الطبعة الوحيدة الكاملة من:

كتاب المجموع

شرح المهذب للشيرازي

للإمام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي

حققه وعلق عليه وأكمله بعد نقصانه

محمد نجيب المطيعي

وحقوق الطبع محفوظة له

مكتبة الإرشاد

جدة - المملكة العربية السعودية

هـــذا الـــكتاب وتكملته

تقرير مجمع البحوث الاسلامية

الذى قدمه الخبير المنتدب لمحكمة القاهرة الكلية

الدائرة ٢٩ تجارى

صاحب الفضيلة الشيخ مختار ابراهيم الهايج

رئيس لجنة السنة بالمجمع

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على اشرف المرسلين ، سيدنا محمد النبى الأمى المبعوث رحمة للعالمين وصل اللهم على آله وصحابته ومن اهتدى بهديه الى يوم الدين .

(وبعد) فقد قضت المحكمة الابتدائية بالقاهرة الدائرة التجارية بجلسة ١٩٧٠/١٢/١٩ بندبى خبيرا فى القضية ٤٧١ تجارى وهى القضـية المبينة بعريضة الدعوى المتنازع فيها بين المدعى الأستاذ محمد نجيب المطيعى وبين المدعى عليه زكريا على يوسف الناشر وموضوع النزاع حول مطالبة المدعى بحقه واجره من المدعى عليه نظير قيامه بتحقيق الأجزاء الاثنى عشر من كتاب المجموع شرح المهذب للامامين النووى والسبكى ونظير قيـامه كذلك بتكملة شرح المهذب من حيث انتهى اليه الامام تقى الدين السبكى الذى قام بالتكملة الأولى لشرح المهذب بعد وفاة الامام النووى رضى الله عنه .

ومن حيث ان مهمتى فى هذه القضية كما هو موضح بمنطوق الحكم بندبى خبيرا فى هذه القضية بعد ان رشحنى مجمع البحوث الاسلامية لهذه المهمة وبناء على طلب المحكمة هو ما يأتى :

« **اولا** » : (أ) مراجعة الأجزاء الاثنى عشر من كتاب المجموع فى طبعتيه الأولى والثانية وبيان جهد المدعى فى الطبعة الثانية ، وهل هو تصحيح للأخطاء الواردة فى الطبعة الأولى أم ان عمل المدعى تحقيق وتعليقات جديدة مما هو ليس موجودا فى الطبعة الأولى .

(ب) القيام بمراجعة الأجزاء الخمسة من الثالث عشر الى نهاية السابع

عشر ، وكذلك الملزمة الأولى من الجزء الثامن عشر التى يدعى الأستاذ المطيعى انه قام بتأليفها بقلمه وتكملة ثانية لشرح المهذب من حيث انتهى الامام السبكى صاحب التكملة الأولى لشرح المهذب بعد وفاة الامام النووى رضى الله عنهما.

وبيان هل ما قام به المدعى فى هذه الأجزاء عبارة عن نقل لعمل مؤلف آخر او تأليف اصيل مستقل له قيمته العلمية .

(جـ) القيام بتصفية الحساب المالى بين المدعى والمدعى عليه على اية حال ينتهى اليها البحث والفحص الدقيق والمراجعة للكتاب فى طبعتيه الأولى والثانية بالنسبة للأجزاء الاثنى عشر الأولى . وكذلك فحص ومراجعة الأجزاء الخمسة التى قام بتأليفها المدعى .

ثانيا ـ التعريف بالامام النووى رضى الله عنه

نسبه ـ مولده ـ وفاته ـ بعض مؤلفاته

نقلا عن تذكرة الحفاظ للحافظ الذهبى

هو الامام الحافظ الأوحد القدوة شيخ الاسلام وعلم الأولياء ، محيى الدين ابو زكريا يحيى بن شرف بن مرى الحزامى الشافعى صاحب التصانيف النافعة .

ولد رضى الله عنه فى المحرم سنة ٦٣١ بقرية نوى من اعمال دمشق بالشام وقدم دمشق سنة ٦٤٩ ، فسكن الرواجية ، يتناول خبز المدرسة فحفظ (التنبيه) فى اربعة اشهر ونصف ، وقرأ ربع المهذب وهما للامام الشيرازى ، وحفظه فى باقى السنة على شيخه الكمال ابن احمد ثم حج الى بيت الله الحرام مع ابيه ، واقام فى المدينة شهرا ونصفا ، ومرض اكثر الطريق فذكر شيخنا ابو الحسن بن العطار أن الشيخ محيى الدين ذكر له انه كان يقرأ كل يوم اثنى عشر درسا على مشايخه شرحا وتصحيحا ، درسين فى الوسيط ودرسا فى المهذب ودرسا فى الجمع بين الصحيحين ودرسا فى صحيح مسلم ودرسا فى (اللمع) لابن جنى ، ودرسا فى اصول الدين ، ودرسا فى اصول المنطق ، ودرسا فى التصريف .

قال الامام النووى : وكنت اعلق جميع ما يتعلق بها من شرح مشكل وتوضيح عبارة وضبط لغة وبارك الله تعالى فى وقتى ، وخطر لى أن أشتغل فى الطب حتى اشتغلت فى كتاب القانون واظلم قلبى ، وبقيت اياما لا اقدر على الاشتغال ، فاشفقت على نفسى ورميت القانون فنار قلبى اهـ . ومن تصانيفه ومؤلفاته رضى الله عنه : شرح صحيح مسلم ورياض الصالحين ،

والأذكار ، وتحرير الألفاظ لكتاب التنبيه ، والارشاد فى علوم الحديث ، والتبيان فى آداب حملة القرآن ، والفتاوى ، والروضة فى اربعة اسفار ، وشرح المهذب وهو المسمى بالمجموع ، وغير ذلك من الكتب التى حفلت بها المكتبة العربية والاسلامية فى شتى العلوم ، وتوفى الامام النووى ليلة الأربعاء لست بقين من رجب سنة ٦٧٦ ودفن ببلدة نوى رضى الله عنه وقبره يزار للآن .

« **ثالثا** » التعريف بكتاب المجموع وبيان قيمته العلمية والتاريخية .
يعتبر كتاب المجموع للامام النووى من أكبر المراجع الفقهية فى مذهب الامام الشافعى رضى الله عنه خاصة ، وفى الفقه الاسلامى عامة ، وهو يعد بحق من التراث الاسلامى الأصيل ، ومن ذخائر الفقه الاسلامى المقارن ولهذا السفر الجليل من الخصائص التى امتاز بها من حيث المنهج العلمى الدقيق الرائع ما يجعله فى الذورة بالنسبة للموسوعات الفقهية فى القديم والحديث ، ومما لا ريب فيه ان كتاب المجموع ثروة عظيمة ضخمة فى الفقه الاسلامى ، تجلى بمبادئه وتشريعاته التى تجعل رجال التشريع وائمة القانون يحنون الهام ويطاطئون الرءوس اجلالا لعظمة التشريع الاسلامى الخالد الباقى على الزمن ، والكفيل بسد حاجة الانسانية فى كل زمان ومكان الى ان يرث الله الأرض ومن عليها وصدق الله العظيم حيث يقول : (**ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون**) وان الذى يستعرض اكبر الأمهات فى الفقه الاسلامى فى مختلف المذاهب كالمحلى لابن حزم ، والأم للامام الشافعى ، والمغنى لابن قدامة فى فقه الحنابلة ، وكتاب المبسوط للسرخسى ، يجد ان كتاب المجموع للامام النووى احد هذه الموسوعات الضخمة الحافلة بالآراء الفقهية لجميع ائمة المذاهب الأربعة وغيرها ، وان كانت عنايته فى المرتبة الأولى خاصة بالفقه الشافعى . وكتاب المجموع يتميز عن غيره من امهات كتب الفقه باستقصائه لآراء المذاهب واستيعاب ادلتها مع ذكر الترجيح بين هذه الآراء ، ولا ادل على سعة افق الامام النووى وطول باعه من انه شرح من متن المهذب للامام الشيرازى نحو مائة واربعين صفحة فى تسعة مجلدات من كتاب المجموع ثم عاجلته المنية دون ان يتمكن من اكمال شرح المهذب على المنهج العلمى الذى اخذ به نفسه والتزمه ، ومن تخريجه لأحاديث الأحكام ، وشرح آياتها ، وذكر جميع اقوال الأئمة من الفقهاء والترجيح بين آرائهم ومذاهبهم ، وبيان علل الأحاديث ودرجاتها والترجمة لرواتها وتفسير غريب القرآن والأحاديث ، وشرح المفردات اللغوية الواردة فى متن المهذب ، مما يجعل كتاب المجموع بحق دائرة معارف عامة فى الفقه والتشريع والتفسير لآى القرآن والحديث ، وغريب اللغة وتراجم الأعلام من الرواة والمحدثين .

واذا كان النووى رضى الله عنه لم يقدر له أن يتم رسالته فى شرح

المهذب فى القرن السابع الهجرى حيث واتته المنية سنة ٦٧٦ بعد أن ملأ الدنيا علما وتأليفا فقد تصدى بعده لهذا العمل الجليل احد الأئمة الأعلام وهو الامام تقى الدين السبكى شيخ الاسلام فى عصره ، وقد ولد ببلدة سبك من أعمال المنوفية سنة ٦٨٣ وتوفى سنة ٧٥٦ واذا كان الامام النووى مفخرة لعلماء الشام فقد كان الامام تقى‌الدين السبكى مفخرة لمصر وعلما من أعلامها، وقد قام الامام الفقيه بالتكملة الأولى لشرح المهذب من حيث انتهى الامام النووى عند أول المعاملات ، وقد سار على منهج سلفه من شرح المهذب للامام الشيرازى ، فعاجلته المنية ووافاه الأجل بعد أن اتم ثلاثة أجزاء من المجموع، فأصبح عدد أجزائه اثنى عشر جزءا . وقد بقى هذا التراث الاسلامى قرابة ستة قرون من الزمان مخطوطات اثرية فى دور الكتب العامة فى الشرق والغرب ، بعضها فى تركيا ، وبعضها فى أوربا ، وبعضها فى دار الكتب المصرية وظل هذا السفر الجليل كنزا مخبوءا لم تنله عناية الفقهاء طيلة هذه القرون الستة بالشرح للبقية منه اللهم الا ما كان من بعض الشروح القليلة لابن بطال الركبى على متن المهذب ولكنها لا تغنى او لا تسد حاجة الفقهاء ، وظل الأمر على هذا الحال بالنسبة لشرح المهذب الذى انتهى الامام تقى الدين السبكى فيه الى باب المرابحة من كتاب البيوع .

ثم اذن الله لهذا السفر الخالد ان يفرج عنه من محبسه وان يأخذ سبله الى عالم النشر حيث ينتفع به الفقهاء ويتزود من معينه رجال التشريع فقيض الله له صفوة من كبار علماء الأزهر وشيوخه الغيورين على تراث الاسلام وعلى راسهم الامام الاكبر الشيخ محمد مصطفى المراغى ، والشيخ الأكبر محمد الأحمدى الظواهرى طيب الله ثراهما .

وقد قام هؤلاء العلماء مشكورين بالعمل الجاد باحياء كتاب المجموع وتحقيقه ، تمهيدا لتكملته ، وقد وفق الله القائمين بأمر هذا العمل فتم بحمد الله وتوفيقه طبع كتاب المجموع للمرة الأولى بعد ان ظل زهاء ستة قرون محفوظات اثرية .

وقد أشرف على هذه الطبعة لجنة من العلماء برياسة المرحوم العالم الجليل الشيخ محمود الديناري وكان ذلك فى سنة ١٩٢٥م . ثم فترت الهمم بعد ذلك ، ولم يواصل العلماء جهدهم لتكملة شرح المهذب بعد أن وفق الله لطبع المخطوطات التى هى شرح الامامين الجليلين النووى والسبكى ، حتى ما طبع للمرة الأولى بالجهود الذاتية لعلماء الأزهر لم يحاول احد ان يقوم باعادة طبعه مرة ثانية حتى عز الكتاب وغلا سعره فبلغ ثمن النسخة ستين جنيها للاثنى عشر جزءا التى طبعت فى الطبعة الأولى .

وهنا تظهر عظمة الكتاب ، وتتجلى قيمته العلمية والتاريخية ، لانه تراث اسلامى أصيل ، وموسوعة فقهية وسجل حافل بضروب التشريع

الاسلامى لا غنى عنه للفقيه والمشرع المشتغل بعلوم السنة وفوق ذلك كله فهو حافل بالتراجم للأعلام ، ولا شك أن القيام باعادة طبع الكتاب وتحقيقه للمرة الثانية والتعليق عليه يجلى أحكامه ويوضح غامضه ويكمل ما عسى أن يكون فيه من نقص واننا لنعلم أن الكتاب فى عصرنا هذا ليطبع مرات ، وكل طبعة تكمل سابقتها مهما تناولها التحقيق ، كل ذلك يؤكد ضرورة اعادة طبع كتاب المجموع واعادة تحقيقه .

واذا كان تحقيق الكتاب للمرة الثانية لاشك انه يفيد جديدا ويؤدى خدمة كبيرة للكتاب نفسه وللقراء ، فلاشك أن الحاجة ماسة الى تكملة كتاب المجموع على نهج الامامين النووى والسبكى طيب الله ثراهما وجزاهما خير ما يجزى به العلماء المخلصين الذين جاهدوا فى سبيل نشر العلم ايمانا واحتسابا وابتغاء رضوان الله الكريم .

وهنا يظهر ضخامة العمل وعظيم الجهد لمن يتصدى لهذا العمل الجليل بعد هذين الامامين العظيمين على المنهج العلمى الذى سلكاه فى شرح المهذب ، وقد قام بهذا العمل الكبير مشكورا السيد الأستاذ محمد نجيب المطيعى وقد وفقه الله وبارك جهوده مع الناشر فى اعادة طبع هذه الذخيرة من كنوز التراث الاسلامى فتم بفضل الله تعالى على يديه اخراج كتاب المجموع فى طبعته الثانية محققا تحقيقا دقيقا ، جعل الناشر يشهد للأستاذ محمد نجيب المطيعى ويثنى على تحقيقه بانه أتم وأوفى من تحقيق الطبعة الأولى التى قام بها جماعة علماء الأزهر ولكن الحق أن الفضل الأول لهؤلاء العلماء الذين حققوا الكتاب من المخطوطات لأول مرة . وقد وعد الناشر القراء وزف اليهم البشرى بأن الأستاذ المطيعى سيقوم بتكملة شرح المهذب بمشيئة الله تعالى على نهج الامامين النووى والسبكى، وقد أثبت الناشر ذلك فى آخر الجزء الثانى عشر وقد بر الأستاذ المطيعى بوعده وقام بما اعتزمه واتفق عليه مع الناشر ، وقدم جهدا محمودا فى سبيل اتمام هذه المهمة الشاقة التى ينوء بها العصبة اولو القوة.

وقدم منهجا لعمله فى اتمام شرح المهذب ، وقد أعد للأمر عدته فاستعان بمعظم المراجع الكبرى للفقه الاسلامى بعامة والفقه الشافعى بخاصة حتى جاءت تكملته نموذجا ممتازا حذا فيه حذو سلفيه فسدد وقارب وأتم من شرح المهذب خمسة أجزاء من الثالث عشر حتى السابع عشر والملزمة الأولى من الجزء الثامن عشر .

ولما كان كتاب المجموع له هذه القيمة العلمية والتاريخية فقد كان لاعادة طبعه وتكملته صدى قوى فى الأوساط العلمية وخاصة الذين يعنيهم شأن الفقه الاسلامى المقارن ويهتمون بأمر التشريع الاسلامى ويلقون بالا لاحياء التراث الاسلامى الأصيل .

وقد برز ذلك الاهتمام فيما كتبه الكتاب من العلماء ورجال الصحافة ، فقد عنى الكاتب الاسلامى الكبير الأستاذ على الجمبلاطى المستشار لوزارة التربية والتعليم بأمر كتاب المجموع فكتب مقالين ضافيين بمجلة منبر الاسلام تعريفا بكتاب المجموع واشادة بشأنه ، وقد وضعه فى قمة الموسوعات الفقهية من كتب التراث الاسلامى التى يجب الحفاظ عليها والعمل على احيائها .

وقد كان مقاله الأول بمنبر الاسلام بعددها الصادر فى رجب سنة ١٣٨٨ هـ . وقد نشر مقاله الثانى فى جمادى الآخرة سنة ١٣٩٠ هـ . ولقد كان للمقالين اثرهما فى ايقاظ الرأى العام وحفزه للاهتمام بهذه الذخيرة من كنوز الفقه الاسلامى ليحرص عليها محبو التراث الاسلامى خصوصا وانه اشار فى مقاله الأول الى المجهود الموفق الذى بذله الأستاذ محمد نجيب المطيعى الذى جند نفسه لتحقيق الأجزاء الاثنى عشر الأولى من الكتاب ، وهى التى اعيد طبعها كما نبه القراء الى قيام الأستاذ المطيعى بتكملة شرح المهذب على نهج سلفيه الامامين النووى والسبكى ، وقد نبه فى مقاله الأخير الى قيام أحدهم بتكملة شرح المهذب فى الجزء الأخير من الكتاب وهو الجزء الثامن عشر بعد أن حالت الظروف بين الأستاذ المطيعى وبين اتمامه لشرح المهذب بعد أن قام بشرح المهذب فى خمسة أجزاء من الـ ١٣ الى الـ ١٧ (١).

وقد قارن الأستاذ على الجمبلاطى بين جهد الأستاذ المطيعى فى الأجزاء الخمسة المذكورة وبين عمل (ذلك الذى حاول اتمام الجزء ١٨ واسمه) محمد حسين العقبى واوضح أن البون شاسع بين الرجلين وبين عمليهما ، وابان أن الأستاذ المطيعى قد التزم منهج سلفيه وسار على هديهما أما الآخر فقد جانبه التوفيق فى شرحه فى الجزء ١٨ والحق أن ما نبه اليه الأستاذ على الجمبلاطى من المقارنة بين عمل الأستاذ المطيعى وبين عمل العقبى وأن الفارق كبير بينهما حق وصدق فشكر الله للأستاذ على الجمبلاطى غيرته الصادقة ويقظته وتقديره الصائب ومتابعته لحركة النشر الاسلامى . الى أن قال فضيلته :

وقد تصدى للكتابة فى شأن كتاب المجموع وأمر تحقيقه وتكملته العالم الجليل فضيلة الشيخ على رفاعى من كبار علماء الأزهر الغيورين والمراقب العام لقسم الوعظ والارشاد سابقا واحد الأساتذة المنتدبين للدراسات العليا بكلية أصول الدين بجامعة الأزهر . فقد كتب ذلك العالم الجليل مقالا فى مجلة الاعتصام فى عدد ربيع الآخر سنة ١٣٩٠ هـ تحت عنوان (عبث لا يسكت عليه وبيان لابد منه) والمقال فيه غيرة صادقة على التراث الاسلامى وتحذير

---

(١) هذا الكلام طبعا بالنسبة للطبعة السابقة التى اتلفها ذلك الناشر .

من العدوان على ذلك التراث بتصدى من لا يحسن القيام (أمثال العقبى) بتكملة شرح المهذب كما صنع العقبى فى تكملة شرح المهذب فى الجزء ١٨ وقد قارن الكاتب فى مقاله بين عمل الأستاذ المطيعى والعقبى . المطيعى الذى التزم فى شرحه للمهذب منهج سلفيه الامامين النووى والسبكى ورجع الى أصول مذهب الشافعى خاصة ، والى أصول المذاهب الفقهية الأخرى عامة ، فاستعان بها فى شرحه للمهذب مما جعل عمله يقارب عمل سلفيه ويوفى بالغرض الذى يخدم هذه الموسوعة الفقهية النادرة . كما وجه الكاتب فى مقاله النقد المرير لصنيع العقبى ووصفه بأنه عبث لايسكت عليه ، وبمراجعتى لما كتبه العقبى فى تكملته فى الجزء ١٨ ظهر لى انه لم تتوفر له المراجع الأصلية خصوصا فى مذهب الشافعى الذى هو العمدة والأصل فى شرح المهذب وقد اكتفى بنقل شرح ابن بطال الركبى للمهذب (بدون عزو الى صاحبه (١)) وما نقله من غيره من أصول المذاهب لم يكن محررا ، فجاء شرحه ناقصا مختصرا لا يفى بالمقصود .

ولا يفوتنى ان انوه بيقظة صحافتنا الواعية واهتمامها بتراث الاسلام العلمى ومتابعتها لشئون نشره والقاء الأضواء عليه . الى أن قال : جاء بجريدة الأخبار ٢٢ جمادى الأولى ١٣٩٠ هـ ٢٦ يوليو ١٩٧٠ م بالملحق الأدبى تحت عنوان (هذا الكتاب قتله ناشره) للأستاذ فاروق منصور المحرر بالأخبار ، وقد أنصف الكاتب الأستاذ المطيعى الذى قام بجهد مشكور فى تحقيق كتاب المجموع وتكملته حتى نهاية الجزء السابع عشر ، وقد أخذ الكاتب على الناشر اسناد تكملة شرح المهذب فى الجزء ١٨ فى غيبة الأستاذ المطيعى الى العقبى الذى لم يلتزم فى عمله فى شرح التكملة منهج أسلافه ، فطلع الجزء الـ ١٨ على غير الصورة المثلى التى ينشدها العلماء ، وأن الباعث الذى دفع الأستاذ فاروق منصور الى نقد العقبى انما هو الغيرة على التراث الاسلامى . ثم خلص فضيلته الى تصفية الحساب المالى .

---

(١) لقد سرق العقبى كل ما كتبه ابن بطال الركبى الشافعى فى شرح غريب المهذب بدون ان يشير الى اسمه فى اى موضع وبدون اى تصرف او حذف او اضافة وسطا عليه بعجره وبجره وبأخطائه المطبعية حتى تعليقات الاستاذ المحقق الشيخ الزهرى النجار لم تسلم من السطو الغبى الخؤون وهذا لعمرو الحق جهل شنيع واستهتار فظيع (ط) .

مقدمة المحقق وصاحب التكملة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذى بنعمته تتم الصالحات ، وبرحمته تهون الملمات ، وتذلل الصعوبات ، واشهد ان لا اله الا الله قيوم الأرض والسموات ، واشهد أن سيدنا ونبينا محمدا رسوله الى الجن والانس من البريات ، واصلي واسلم على اوجه المرسلين عند رب العالمين ، محمد نبى الرحمة والشفيع المشفع يوم الدين ، اكرم الأصفياء ، والداعي الى سلوك المحجة البيضاء ، صلاة معترف بالقصور عن ادراك أقل مراتب الثناء ، وعلى آله السادة النجباء ، وصحابته وأزواجه البررة الأتقياء ، والتابعين لهم مادامت الأرض والسماء .

فى يوم ٩ من شوال سنة ١٣٤٣ الموافق أول يونيه سنة ١٩٢٥ عرضت فكرة طبع كتاب المجموع « على نقصانه » لبعض كبار العلماء ثم صح العزم على اخراج(١) هذه الفكرة الى حيز الوجود على يد لجنة الفت لذلك ، وماكان هذا الاهتمام كله ليتم لولا عظمة هذا الكتاب وفضله على ما سواه مما هو من نوعه .

وقد أوردت اللجنة فى بيانها الذى طبعته فى آخر الجزء التاسع اسماء السادة الذين اكتتبوا فى طبع الكتاب وكان فى مقدمتهم السادة الآتية اسماؤهم :

الأستاذ الأكبر الشيخ محمد مصطفى المراغى ــ وقد تقلد مشيخة الأزهر .

الأستاذ الأكبر الشيخ محمد الأحمدى الظواهرى ــ وقد تقلد مشيخة الأزهر .

الأستاذ الكبير الشيخ عبد الرحمن قراعة ــ وقد تقلد منصب مفتى الديار المصرية .

الأستاذ الأكبر الشيخ مصطفى عبد الرازق ــ وقد تقلد مشيخة الأزهر .

صاحب السعادة أحمد تيمور باشا .

صاحب السعادة طلعت حرب (باشا) .

السيد عبدالرحمن بن شيخ الكاف ، وهو جد زوج كريمتنا الشيخ سقاف ابن على الكاف . وغيرهم من الدعاة والوعاة والهداة والعلية ، من المسلمين

---

(١) من تقرير اللجنة التى قامت بطبع الكتاب سنة ١٩٢٥

فى شتى اقطارهم واصقاعهم وبعد ان اتمت اللجنة طبع الأجزاء التسعة عمدت مطبعة التضامن الأخوى التى تولت طبع هذه الأجزاء الى طبع ماشرحه الامام السبكى واخرجته فى ثلاثة اجزاء مع صفرها . وكان الأنسب ان تكون فى جزءين لتبلغ او تقارب حجم كل جزء من الأجزاء السابقة . ثم نفدت هذه الطبعة من السوق ، وبلغ ثمن المعروض منها ستين جنيها للنسخة الواحدة، فعمد أحد اصحاب المطابع الى استغلال هذه الحاجة عندالناس لهذا الكتاب، فعرض على ان أقوم بتحقيقه فلم آل جهدا فى القيام بذلك ، ولم يكن ينغصنى خلال هذا العمل سوى رداءة الطبع ، وقبح الاخراج وعدم الدقة فى ادراج كل تحقيقاتى ، وما قمت به من تكملة الكتاب بشرح الباقى من متن المهذب ، الأمر الذى عولت معه على ان اعيد النظر فيما عملت من طول ما عبثت يد هذا الرجل بعملى ، حتى وصل الأمر الى رفع الدعوى عليه أمام القضاء ، وكان آخر جناياته على هذا الكتاب ان اهتبل فرصة محنة اعتقالى فأخرج جزءا زائفا زائفا يطفح بالجهالات والضلالات والسرقات الواضحات ، والسطو على شرح غريب المهذب لابن بطال ، وعزوه الى صاحب تلك الأضحوكة التى اسماها الجزء الثامن عشر ، مما حمل العلماء والنقاد واصحاب الأقلام ان ينبروا لشجب هذا العمل الشائن فكتبت مجلة منبر الاسلام لسان المجلس الأعلى للشئون الاسلامية فى عدد جمادى الأولى من سنة ١٣٩٠ تقول فى صفحة ١٩٤ بقلم الأستاذ على الجمبلاطى مستشار وزارة التربية والتعليم :

« ولقد حقق اخونا « المطيعى » هذه الاثنى عشر جزءا التى كانت مطبوعة بوساطة لجنة من أعلام الأزهر الشريف فكان لهذا التحقيق أثره المكمل لعمل السادة الذين اشرفوا على الطبعة الأولى فسد الثغرات التى تخللت صفحاته، من البياضات الموجودة فى الأصل ، وحقق النصوص المنقولة ، ثم شرح الغامض ، وبعد ذلك نهض بالتكملة محتذيا حذو سلفيه الكريمين ، وقد تتلمذ على علمهما ، وتأثر بمنهجهما ، فاعتمد فى شرح المهذب على اكثر ما اعتمد عليه الامامان الجليلان ، من مخطوطات فى دار الكتب والوثائق وفى الجامعة العربية ، وبعض مكتبات الأقاليم الموقوفة ، اذ رأيناه ينقل عن الشامل لابن الصباغ ، ويشير الى مكان النسخة الخطية فى (معهد دمياط) وذلك مع الاستيعاب لمذاهب المسلمين ، والأقوال والأوجه والأحوال والطرق التى تضمنتها كتب المذاهب ، مع عدم الاسراف فى النقول مما حرص عليه الشيخان ، حتى لا يطول الكتاب الى ما قدرناه بخمسين جزءا ، مضافا الى ذلك التفات الى مستحدثات العصر ، عصر الأقمار الصناعية ، والصواريخ عابرات القارات ، وقد سبق ان اوردنا نماذج من هذه التكملة فى مقالنا السابق » .

ثم قال الكاتب رعاه الله وأقامه على الحق : وقد عن لى أن أصل فى قراءتى لهذا السفر الجليل الى المجلد الثامن عشر والأخير فوجدت الملزمة

الاولى تسير على نهج الاجزاء الماضية الى أن قال : وبعد الصفحة الخامسة عشرة وجدت هذه البقية تختلف نهجا ، واسلوبا ، واداء ، ووسما عما عهدته فيما سلف ، فهو يجرى على غير سنن الكتاب ، ولم يلتزم باصطلاحات اصحاب الشافعى وائمة مدرسته ـ ثم أورد الكاتب نماذج من السقطات الشنيعة التى سقطها كاتب تلك الاضحوكة ثم قال : « والحق اننى اكترثت بهذه التكملة الاخيرة لتلعقها بأضخم عمل فى تراثنا التليد ، فاذا كان تحقيقها بمثل هذا الذى رأيناه فى المجلد الأخير ، فقد حق على حماة التراث من رسميين ومحتسبين أن يذودوا عن حماه غيرة على أعمال الخالدين ، من اتجار الناشرين ، هذا الى أن الأمر يتصل فى ديمومته بعلوم أصيلة ، ومراجع شامخة ، ويتصل حالا أو عاجلا بسمعتنا فى البلاد الاسلامية كافة لأن ذكرنا فيها يوزن بمعيار ما يصدر عنا من انتاج ، اذا لم يأنسوا فيه النضج والسمو كنا موضع الزراية . وهذا ما يأباه ماضينا واسلامنا . ا هـ » .

وكتبت صحيفة الأخبار اليومية فى ملحقها الأدبى للأستاذ فاروق منصور بتاريخ ٢٣ جمادى الأولى سنة ١٣٩٠ الموافق ٢٦ يوليو سنة ١٩٧٠ تحت عنوان هذا الكتاب قتله ناشره ، وقد شغل المقال عمودين وسط الصفحة ، نعى على الناشر هذا العمل الذى وصفه الكاتب بأنه جريمة ، ويجب ان تعدل القوانين عندنا حتى تعاقب على مثل هذا العمل الذى يضر بسمعتنا العلمية ومما جاء فى المقال :

وكان الجهد العلمى الذى بذله محمد نجيب المطيعى صفحة جديدة فى تاريخ هذا الكتاب العلمى الشاق ، لقد قام المطيعى بما قصرت عنه اللجنة ، فأخذ على عاتقه اكمال شرح الكتاب فبدأ بالجزء الثالث عشر ووصل الى السابع عشر ، فخرج أحاديث الاحكام ، وشرح الآيات وسرد اقوال الفقهاء من المذاهب الاسلامية ، والترجيح بينها ، والجديد الذى فعله المطيعى هو قيامه بتبسيط احكام الفقه فى ضوء العلم الحديث ، وما استحدثه الانسان فى علم الذرة ، مهتما بالفقه العملى ، ثم عرج الكاتب على عمل الناشر ونعى عليه جراته وصاحبه وتطاولهما على الجزء الثامن عشر .

وجاء فى مجلة الاعتصام لسان (الجمعية الشرعية لتعاون العاملين بالكتاب والسنة المحمدية) بقلم فضيلة الأستاذ الشيخ على رفاعى الأستاذ بالدراسات العليا بالأزهر مقال حول هذه القضية فجزى الله الذابين عن الحق ، المدافعين عن تراثنا الأصيل ، وخدامه المخلصين احسن الجزاء .

والعجب ممن يتصدى للمهذب ويتطاول على عمل الاكابر وهو أمى عاطل من وسائل العلم لأبسط ضروريات اللغة والفقه والحديث مما جعل تلك الاضحوكة يأتى فيها من ضروب الجهل والاجتراء والسطو والتلفيق

والسرقة والافتراء ما يندى له جبين العلم ويبخع نفسه أسفا وحزنا كل عبقرى النهى ذكى الفؤاد .

وقد استخلصت من خلال ممارستى لتحقيق الكتاب منهج الامام النووى مبسطا على النحو الذى نهجته فى اكمال الكتاب ، وأجمله فيما يلى :

١ ـ الكلام على أشرف ما فى الفصل من كلام الله تعالى بذكر أسباب النزول وما ورد فى الآيات من أحاديث مرفوعة أو آثار موقوفة .

٢ ـ الكلام على ما يلى القرآن العظيم فى الشرف من أحاديث نبوية وقدسية ، وتخريجها وبيان طرقها ، والكلام على كل حديث وبيان طرقه والجمع بينه وبين ما يعارضه ان وجد أو الترجيح اذا تعذر ، وبيان العلل وكشف الغطاء عن رواته وما قيل فيهم من علماء الجرح والتعديل .

٣ ـ الكلام على غريب الفصل ومفرداته ، وبيان مشتقاته ومصادره وأسمائه ، ومسموعه ومقيسه والشواهد على ذلك من أشعار الماضين ، وعلماء العربية الراوين ، وأئمتها المتقنين .

٤ ـ الانتقال الى الكلام على الأحكام باستيعاب الأقوال والأوجه ، وبيان ما ورد من المذاهب المخالفة ، وبيان دليلها ثم مناقشته فى حدود الامكان وعلى قدر ما يسمح به المقام ، وبيان دليل مذهب الامام الشافعى رضى الله عنه ومتمسكه والأصل الذى يبنى عليه حكمه .

٥ ـ الاعتماد فى نقل اقوال المذهب وأوجهه على الموسوعات الأصلية من كتب أصحاب الشافعى رضى الله عنه ومن يليهم من أئمة المذهب ومجتهديه .

ولما كان المطبوع من كتب الفقه لا يمكن أن يوفر لنا من المادة ما يغطى شرح المهذب ، فقد عمدنا الى المخطوطات القديمة نرتوى منها ، ونصب من منهلها فاعتمدنا على كتاب الحاوى للماوردى وهو امام مدرسة أصحابنا العراقيين ، وعلى الشامل لابن الصباغ وبحر المذهب للروياني وهي كلها من المخطوطات النادرة ، وكذلك البيان للعمرانى فضلا عن الأم للشافعى ، ومختصره للمزنى ، والرسالة والمسند للشافعى ، مما يتضح ذلك فى ثنايا الكتاب . حسب القارىء منها أنها ثمرة الثمرات لمجهودات مضنية متلاحقة متتابعة ، من الدرس والنقل ، وتحرير النقول ، وربطها بالمهذب ربطا محكما ليتكون منها جميعا بناء لا اضطراب فيه ولا جفاء .

٦ ـ ربط الأحكام الفقهية بالمستحدثات والمكتشفات العلمية وما جد من عقود ومعاملات لربط أحكام الفقه بمظاهر الحياة العصرية مع المحافظة التامة على مقومات التراث ومنهجه والمحافظة عليه وصونه .

٧ ـ ربط قضايا الفقه بالأحداث التاريخية المعاصرة ليكون ذلك ديوانا ينطق بطريقة غير مباشرة ليترجم عنها ويسجلها ، ويبثها للأجيال القابلة ، فى تلافيف الأمثال الفقهية ، ليزداد المؤمنون افادة من تجارب عصرهم ، وسيهديهم الله ويصلح بالهم ، ويجنبهم العثرات والنكبات ، ويشرح صدورهم للمكرمات .

٨ ـ فى الفقه احكام جنائية ومعاملات مدنية واحوال شخصية وقوانين دولية واحكام فى الحروب مرعية ، واخلاق مرضية ، واقضية وشهادات ودعاوى وبينات ، واقرارات ومصالحات ، وعقائد وديانات وبيان المبدل منها والمحرف ، ومتى حرف ومن المحرف ، وصواعق محرقة لمن ينحرف عن دعوتنا ، وينال من ملتنا ، فى حوار المؤمنين المعتزين بالانتماء الى خير امة اخرجت للناس ، والانتساب الى أشرف ملة ارتضاها لنفسه العلى الغفار **« ان الدين عند الله الاسلام »** . فهو كتاب فى الفقه ، وفى العقائد مقارن ، وهو كتاب فيه من النقد الأدبى ما لو جرد فى كتاب لكان جديرا بالاحتفاء ، وهو فى علوم الحديث يعد أجمع كتاب فى العلل واشملها لما يحويه من ادلة لجميع الأصول والفروع والأحكام .

وبالجملة فهو كتاب يعد موسوعة اسلامية كبرى يغنى عن جميع الكتب، ولا تغنى جميعها عنه .

وقد شاب عمل اللجنة الأزهرية انكثيرا من كتب الرجال ومراجع السنة لم تكن قد طبعت وقتئذ وكذلك وردت فروق كثيرة فيما ثبت فى المجموع عن مطبوعة المهذب التى شرح غريبها ابن بطال الركبى فجاءت الأخطاء فى المتون والأعلام شائعة ، ثم جاءت أسماء الحيوانات فى جزاء الصيد كذلك ، فقلما تجد فيها اسما صحيحا ، الأمر الذى جعلنى أعانى كثيرا فى الرجوع الى كتب الحيوان قديمها وحديثها لضبط أسمائها ، هذا غير النقول المغلوطة من كتب لم يتسن للجنة الاطلاع عليها . وقد كان للمشايخ تعليقات أثبتها ورمزت اليها : (ش) . ورمزت لتعليقاتى بـ (ط) ورمزت لطبعة القلعة بـ (ق) . واذا كان لى ان أقدم بين يدى هذا العمل شخصا أعتز بمعاونته لى ، وخدمته لهذا العمل النبيل فهو ابنتى التقية ، وكريمتى النقية ، السيدة عفاف الأبية ، عقيلة الأستاذ الشيخ العلامة سقاف بن عمر بن شيخ الكاف فقد كان لصبرها على نقل المخطوطات ودأبها على تقديم كل ما تستطيع وما لا تستطيع من عمل فى سبيل جمع المواد اللازمة لاكمال هذا الشرح وادراكها الكامل لشرف القصد وسمو الغاية كل ذلك كان له اكبر الأثر فى نجاح هذا العمل الضخم ، الذى يعتز به كل مسلم معاصر .

محمد نجيب ابراهيم المطيعى

مقدمة الامام النووى رضى الله عنه

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله البر الجواد ، الذى جلت نعمه عن الاحصاء بالأعداد ، خالق اللطف والارشاد الهادى الى سبيل الرشاد ، الموفق بكرمه لطرق السداد . المان بالتفقه فى الدين على من لطف به من العباد ، الذى كرم هذه الأمة زادها الله شرفا بالاعتناء بتدوين ما جاء به رسول الله صلى الله عليه وسلم حفظا له على تكرر العصور والآباد ، ونصب كذلك جهابذة من الحفاظ النقاد ، وجعلهم دائبين فى ايضاح ذلك فى جميع الأزمان والبلاد . باذلين وسعهم مستفرغين جهدهم فى ذلك فى جماعات وآحاد . مستمرين على ذلك متابعين فى الجهد والاجتهاد .

احمده ابلغ الحمد واكمله ، وازكاه واشمله ، واشهد ان لا اله الا الله وحده لا شريك له الواحد القهار ، الكريم الغفار ، واشهد أن محمدا عبده ورسوله وحبيبه وخليله ، المصطفى بتعميم دعوته ورسالته ، المفضل على الأولين والآخرين من بريته ، المشرف على العالمين قاطبة بشمول شفاعته ، المخصوص بتأييد ملته وسماحة شريعته ، المكرم بتوفيق أمته للمبالغة فى ايضاح منهاجه وطريقته . والقيام بتبليغ ما ارسل به الى أمته ، صلوات الله وسلامه عليه وعلى اخوانه من النبيين ، وآل كل وسائر الصالحين ، وتابعيهم باحسان الى يوم الدين .

(اما بعد) فقد قال الله تعالى العظيم ، العزيز الحكيم : **(وما خلقت الجن والانس الا ليعبدون ، ما أريد منهم من رزق وما أريد ان يطعمون)** وهذا نص فى أن العباد خلقوا للعبادة ، ولعمل الآخرة ، والاعراض عن الدنيا بالزهادة ، فكان اولى ما اشتغل به المحققون ، واستغرق الأوقات فى تحصيله العارفون ، وبذل الوسع فى ادراكه المشهورون ، وهجر ما سواه لنيله المتيقظون ، بعد معرفة الله وعمل الواجبات ، التشمير فى تبيين ما كان مصححا للعبادات ، التى هى داب أرباب العقول وأصحاب الأنفس الزكيات ، اذ ليس يكفى فى العبادات صور الطاعات ، بل لابد من كونها على وفق القواعد الشرعيات .

وهذا فى هذه الأزمان وقبلها بأعصار خاليات ، قد انحصرت معرفته فى الكتب الفقهيات ، المصنفة فى احكام الديانات ، فهى المخصوصة ببيان ذلك وايضاح الخفيات منها والجليات ، وهى التى اوضح فيها جميع احكام الدين والوقائع الغالبات والنادرات ، وحرر فيها الواضحات والمشكلات ،

وقد اكثر العلماء رضى الله عنهم التصنيف فيها من المختصرات والمبسوطات، واودعوا فيها من المباحث والتحقيقات ، والنفائس الجليلات ، وجمع مايحتاج اليه وما يتوقع وقوعه ولو على أندر الاحتمالات ، البدائع وغايات النهايات، حتى لقد تركونا منها على الجليات الواضحات ، فشكر الله الكريم لهم سعيهم واجزل لهم المثوبات ، وأحلهم فى دار كرامته أعلى المقامات ، وجعل لنا نصيبا من ذلك ومن جميع أنواع الخيرات ، وادامنا على ذلك فى ازدياد حتى الممات، وغفر لنا ما جرى وما يجرى منا من الزلات ، وفعل ذلك بوالدينا ومشايخنا وسائر من نحبه ويحبنا ومن أحسن الينا وسائر المسلمين والمسلمات ، انه سميع الدعوات جزيل العطيات .

ثم ان اصحابنا المصنفين رضى الله عنهم اجمعين . وعن سائر علماء المسلمين ، اكثروا التصانيف كما قدمنا ، وتنوعوا فيها كما ذكرنا ، واشتهر منها لتدريس المدرسين ، وبحث المشتغلين (المهذب والوسيط) وهما كتابان عظيمان صنفهما امامان جليلان : ابو اسحاق ابراهيم بن على بن يوسف الشيرازى ، وابو حامد محمد بن محمد الغزالى رضى الله عنهما ، وتقبل ذلك وسائر اعمالهما منهما .

وقد وفر الله الكريم دواعى العلماء من اصحابنا رحمهم الله على الاشتغال بهذين الكتابين ، وما ذاك الا لجلالتهما وعظم فائدتهما وحسن نية ذينك الامامين ، وفى هذين الكتابين دروس المدرسين ، وبحث المحصلين المحققين ، وحفظ الطلاب المعتنين فيما مضى وفى هذه الأعصار ، فى جميع النواحى والأمصار .

فاذا كانا كما وصفنا ، وجلالتهما عند العلماء كما ذكرنا ، كان من أهم الأمور العناية بشرحهما اذ فيهما أعظم الفوائد ، واجزل العوائد ، فان فيهما مواضع كثيرة انكرها أهل المعرفة ، وفيها كتب معروفة مؤلفة ، فمنها ما ليس عنه جواب سديد ، ومنها ما جوابه صحيح موجود عتيد ، فيحتاج الى الوقوف على ذلك من لم تحضره معرفته ، ويفتقر الى العلم به من لم تحط به خبرته ، وكذلك فيهما من الأحاديث واللغات ، وأسماء النقلة والرواة والاحترازات ، والمسائل والمشكلات ، والأصول المفتقرة الى فروع وتتمات ، ما لابد من تحقيقه وتبيينه بأوضح العبارات .

فأما الوسيط فقد جمعت فى شرحه جملا مفرقات ، سأهذبها ان شاء الله تعالى فى كتاب مفرد ، واضحات متممات .

واما المهذب فاستخرت الله الكريم ، الرءوف الرحيم ، فى جمع كتاب فى شرحه سميته ب **(المجموع)** والله الكريم اسأل ان يجعل نفعى وسائر المسلمين به من الدائم غير الممنوع .

أذكر فيه أن شاء الله تعالى جملاً من علومه الزاهرات ، وأبين فيه أنواعا من فنونه المتعددات ، فمنها تفسير الآيات الكريمات ، والأحاديث النبويات ، والآثار الموقوفات ، والفتاوى المقطوعات والأشعار الاستشهاديات ،والأحكام الاعتقاديات والفروعيات ، والأسماء واللغات ، والقيود والاحترازات ، وغير ذلك من فنونه المعروفات .

وأبين من الأحاديث صحيحها ، وحسنها ، وضعيفها ، مرفوعها ، وموقوفها ، متصلها ، ومرسلها ، ومنقطعها ، ومعضلها ، وموضوعها . مشهورها ، وغريبها ، وشاذها ، ومنكرها ، ومقلوبها ، ومعللها ، ومدرجها وغير ذلك من أقسامها مما ستراها ان شاء الله تعالى فى مواطنها ، وهذه الأقسام التى ذكرتها كلها موجودة فى المهذب وسنوضحها ان شاء الله تعالى.

وأبين منها أيضا لغاتها ، وضبط نقلتها ورواتها ، واذا كان الحديث فى صحيحى البخارى ومسلم رضى الله عنهما ، أو فى أحدهما اقتصرت على اضافته اليهما ، ولا اضيفه معهما الى غيرهما الا نادرا ، لغرض فى بعض المواطن . لأن ما كان فيهما أو فى أحدهما غنى عن التقوية بالاضافة الى ما سواهما ، وأما ما ليس فى واحد منهما فأضيفه الى ما تيسر من كتب السنن وغيرها أو الى بعضها . فاذا كان فى سنن ابى داود والترمذى والنسائى التى هى تمام أصول الاسلام الخمسة أو فى بعضها اقتصرت أيضا على اضافته اليها ، وما خرج عنها أضيفه الى ما تيسر ان شاء الله تعالى مبينا صحته أو ضعفه ، ومتى كان الحديث ضعيفا بينت ضعفه ونبهت على سبب ضعفه ان لم يطل الكلام بوصفه .

واذا كان الحديث الضعيف هو الذى احتج به المصنف أو هو الذى اعتمده أصحابنا صرحت بضعفه ، ثم أذكر دليلا للمذهب من الحديث [الصحيح] (١) ان وجدته والا فمن القياس وغيره .

وأبين فيه ما وقع فى الكتاب من ألفاظ اللغات وأسماء الأصحاب ، وغيرهم من العلماء والنقلة والرواة ، مبسوطا فى وقت ، ومختصرا فى وقت بحسب المواطن والحاجة ، وقد جمعت فى هذا النوع كتابا سميته بـ (تهذيب الأسماء واللغات) جمعت فيه ما يتعلق بمختصر المزنى والمهذب ، والوسيط، والتنبيه ، والوجيز ، والروضة الذى اختصرته من شرح الوجيز للامام أبى القاسم الرافعى رحمه الله من الألفاظ العربية والعجمية والأسماء والحدود والقيود والقواعد والضوابط ، وغير ذلك مما له ذكر فى شىء من هذه الكتب الستة ، ولا يستغنى طالب علم عن مثله ، فما وقع هنا مختصرا لضرورة أحلته على ذلك ، وأبين فيه الاحترازات والضوابط الكليات .

---

(١) ما بين المعقوفين لنا حتى يتسق المعنى (ط) .

(**وأما الأحكام**) فهو مقصود الكتاب ، فأبالغ فى ايضاحها بأسهل العبارات ، واضم الى ما فى الأصل من الفروع والتتمات ، والزوائد المستجادات ، والقواعد المحررات ، والضوابط الممهدات ، ما تقر به ان شاء الله تعالى اعين اولى البصائر والعنايات ، والمبرئين من ادناس الزيغ والجهالات .

ثم من هذه الزيادات ما اذكره فى اثناء كلام صاحب الكتاب ، ومنها ما اذكره فى آخر الفصول والأبواب ، وابين ما ذكره المصنف وقد اتفق الأصحاب عليه ، وما وافقه عليه الجمهور وما انفرد به أو خالفه فيه المعظم ، وهذا النوع قليل جدا ، وابين فيه ماانكر على المصنف من الأحاديث والأسماء واللغات ، والمسائل المشكلات ، مع جوابه ان كان من المرضيات وكذلك ابين فيه جملا مما انكر على الامام ابى ابراهيم اسماعيل بن يحيى المزنى فى مختصره ، وعلى الامام ابى حامد الغزالى فى الوسيط ، وعلى المصنف فى التنبيه ، مع الجواب عنه ان امكن . فان الحاجة اليها كالحاجة الى المهذب ، والتزم فيه بيان الراجح من القولين ، والوجهين ، والطريقين ، والأقوال ، والأوجه ، والطرق ، مما لم يذكره المصنف او ذكره ووافقوه عليه او خالفوه .

واعلم أن كتب المذهب فيها اختلاف شديد بين الأصحاب ، بحيث لا يحصل للمطالع وثوق يكون ما قاله مصنف منهم هو المذهب حتى يطالع معظم كتب المذهب المشهورة ، فلهذا لا اترك قولا ولا وجها ولا نقلا ولو كان ضعيفا أو واهيا الا ذكرته اذا وجدته ان شاء الله تعالى ، مع بيان رجحان ما كان راجحا ، وتضعيف ما كان ضعيفا ، وتزييف ما كان زائفا ، والمبالغة فى تغليط قائله ولو كان من الأكابر .

وانما اقصد بذلك التحذير من الاغترار به . واحرص على تتبع كتب الأصحاب من المتقدمين والمتأخرين الى زمانى من المبسوطات والمختصرات ، وكذلك نصوص . الامام الشافعى صاحب المذهب رضى الله عنه ، فأنقلها من نفس كتبه المتيسرة عندى كالأم والمختصر والبويطى . وما نقله المفنون المعتمدون من الأصحاب .

وكذلك اتتبع فتاوى الأصحاب ، ومتفرقات كلامهم فى الأصول والطبقات ، وشروحهم للحديث وغيرها ، وحيث انقل حكما او قولا ، او وجها ، او طريقا ، او لفظة لغة ، او اسم رجل او حالة ، او ضبط لفظة . او غير ذلك وهو من المشهور ، اقتصر على ذكره من غير تعيين قائليه لكثرتهم . الا ان اضطر الى بيان قائليه لغرض مهم ، فأذكر جماعة منهم ثم اقول : وغيرهم ، وحيث كان ما انقله غريبا اضيفه الى قائله فى الغالب ، وقد اذهل عنه فى بعض المواطن .

وحيث اقول : (الذى عليه الجمهور كذا او الذى عليه المعظم ، او قال

الجمهور ، او المعظم ، أو الأكثرون ، كذا) ثم انقل عن جماعة خلاف ذلك ، فهو كما اذكره ان شاء الله تعالى .

ولا يهولنك كثرة من اذكره فى بعض المواضع على خلاف الجمهور أو خلاف المشهور او الأكثرين ونحو ذلك ، فانى انما اترك تسمية الأكثرين لعظم كثرتهم ، كراهة لزيادة التطويل .

وقد أكثر الله سبحانه وتعالى وله الحمد والنعمة كتب الأصحاب وغيرهم من العلماء من مبسوط ومختصر وغريب ومشهور ، وسترى من ذلك ان شاء الله تعالى فى هذا الكتاب ما تقر به عينك ويزيد رغبتك فى الاشتغال والمطالعة ، وترى كتبا وائمة قلما طرقوا سمعك ، وقد أذكر الجمهور بأسمائهم فى نادر من المواضع لضرورة تدعو اليهم ، وقد انبه على تلك الضرورة .

واذكر فى هذا الكتاب ان شاء الله تعالى مذاهب السلف من الصحابة والتابعين ، فمن بعدهم من فقهاء الأمصار رضى الله عنهم اجمعين ، بأدلتها من الكتاب والسنة والاجماع والقياس ، واجيب عنها مع الانصاف ان شاء الله تعالى ، وأبسط الكلام فى الأدلة فى بعضها واختصره فى بعضها بحسب كثرة الحاجة الى تلك المسألة وقلتها ، واعرض فى جميع ذلك عن الأدلة الواهية وان كانت مشهورة ، فان الوقت يضيق عن المهمات ، فكيف يضيع فى المنكرات والواهيات ، وان ذكرت شيئا من ذلك على ندور نبهت على ضعفه .

واعلم ان معرفة مذاهب السلف بأدلتها من اهم ما يحتاج اليه ، لأن اختلافهم فى الفروع رحمة ، وبذكر مذاهبهم بأدلتها يعرف المتمكن المذاهب على وجهها ، والراجح من المرجوح ، ويتضح له ولغيره المشكلات ، وتظهر الفوائد النفيسات ، ويتدرب الناظر فيها بالسؤال والجواب ، ويتفتح ذهنه ، ويتميز عند ذوى البصائر والألباب ، ويعرف الأحاديث الصحيحة من الضعيفة ، والدلائل الراجحة من المرجوحة ، ويقوم بالجمع بين الأحاديث المتعارضات والمعمول بظاهرها من المؤولات ، ولا يشكل عليه الا أفراد من النادر .

واكثر ما انقله من مذاهب العلماء من كتاب الأشراف والاجماع لابن المنذر ، وهو الامام ابو بكر محمد بن ابراهيم بن المنذر النيسابورى الشافعى ، القدوة فى هذا الفن ، ومن كتب أصحاب أئمة المذاهب ، ولا انقل من كتب اصحابنا من ذلك الا القليل ، لأنه وقع فى كثير من ذلك ما ينكرونه .

واذا مررت باسم احد من اصحابنا أصحاب الوجوه أو غيرهم اشرت الى بيان اسمه وكنيته ونسبه ، وربما ذكرت مولده ووفاته ، وربما ذكرت

طرفا من مناقبه ، والمقصود بذلك التنبيه على جلالته ، واذا كانت المسألة أو الحديث أو الاسم أو اللفظة أو نحو ذلك له موضعان يليق ذكره فيهما ذكرته فى أولهما ، فان وصلت الى الثانى نبهت على أنه تقدم فى الموضع الفلانى .

واقدم فى اول الكتاب أبوابا وفصولا تكون لصاحبه قواعد واصولا ، أذكر فيها ان شاء الله نسب الشافعى رحمه الله واطرافا من أحواله ، وأحوال المصنف الشيخ أبى اسحق رحمه الله ، وفضل العلم وبيان أقسامه ، ومستحقى فضله ، وآداب العالم والمعلم والمتعلم ، وأحكام المفتى والمستفتى ، وصفة الفتوى وآدابها ، وبيان القولين والوجهين والطريقين ، وماذا يعمل المفتى المقلد فيها ، وبيان صحيح الحديث وحسنه وضعيفه ، وغير ذلك مما يتعلق به كاختصار الحديث ، وزيادة الثقات واختلاف الرواة فى رفعه ووقفه ووصله وارساله ، وغير ذلك ، وبيان الاجماع وأقوال الصحابة رضى الله عنهم ، وبيان الحديث المرسل وتفصيله ، وبيان حكم قول الصحابة : أمرنا بكذا أو نحوه ، وبيان حكم الحديث الذى نجده يخالف نص الشافعى رحمه الله وبيان جملة من ضبط الأسماء المتكررة أو غيرها كالربيع المرادى والجيزى والقفال وغير ذلك والله أعلم .

ثم انى أبالغ ان شاء الله تعالى فى ايضاح جميع ما أذكره فى هذا الكتاب وان ادى الى التكرار ولو كان واضحا مشهورا ، ولا أترك الايضاح وان ادى الى التطويل بالتمثيل ، وانما أقصد بذلك النصيحة ، وتيسير الطريق الى فهمه ، فهذا هو مقصود المصنف الناصح .

وقد كنت جمعت هذا الشرح مبسوطا جدا بحيث بلغ الى آخر باب الحيض ثلاث مجلدات ضخمات ، ثم رأيت أن الاستمرار على هذا المنهاج يؤدى الى سآمة مطالعه ، ويكون سببا لقلة الانتفاع به لكثرته ، والعجز عن تحصيل نسخة منه ، فتركت ذلك المنهاج . فأسلك الآن طريقة متوسطة ان شاء الله تعالى لا من المطولات ، ولا من المختصرات المخلات ، وأسلك فيه أيضا مقصودا صحيحا ، وهو أن ما كان من الأبواب التى لا يعم الانتفاع بها لا أبسط الكلام فيها لقلة الانتفاع بها ، وذلك ككتاب اللعان وعويص الفرائض (١)، وشبه ذلك ، لكن لابد من ذكر مقاصدها .

---

(١) شاءت ارادة الله أن يتولى الضعيف كاتب هذا شرح الفرائض على النهج الذى أراده الامام النووى ، وقد رأيته فى المنام مرارا مغتبطا ، بعضها وأنا فى عافية وبعضها وأنا ممتحن ، وكان رضى الله عنه يراعى فارق السن بينى وبينه ، فأنا أكبره بنحو عشر سنين ، وأنا أراعى فارق العلم فهو يكبرنى بمئات السنين .

واعلم أن هذا الكتاب ـ وان سميته شرح المهذب ـ **فهو شرح للمذهب** كله بل لمذاهب العلماء كلهم ، **وللحديث وجمل من** اللغة والتاريخ والأسماء ، وهو أصل عظيم فى معرفة صحيح الحديث وحسنه وضعيفه ، وبيان علله والجمع بين الاحاديث المتعارضات ، وتأويل الخفيات ، واستنباط المهمات، واستمدادى فى كل ذلك وغيره اللطف والمعونة من الله الكريم ، الرءوف الرحيم ، وعليه اعتمادى واليه تفويضى واستنادى .

اسأله سلوك سبيل الرشاد . والعصمة من أحوال اهل الزيغ والعناد، والدوام على جميع أنواع الخير فى ازدياد . والتوفيق فى الأقوال والافعال للصواب ، والجرى على آثار ذوى البصائر والالباب ، وأن يفعل ذلك بوالدينا ومشايخنا وجميع من نحبه ويحبنا ، وسائر المسلمين انه الواسع الوهاب . **وما توفيقى الا بالله عليه توكلت واليه متاب . حسبنا الله ونعم الوكيل ، ولا حول ولا قوة الا بالله العزيز الحكيم .**

فصـــل

فى نسب رسول الله صلى الله عليه وسلم

وقدمته لمقاصد ، منها تبرك الكتاب به ، ومنها أن يحال عليه ما سأذكره من الأنساب ان شاء الله تعالى . وقد ذكره المصنف مستوفى فى باب قسم (١) الفىء فهو صلى الله عليه وسلم أبو القاسم محمد بن عبد الله بن عبد المطلب ابن هاشم بن عبد مناف بن قصى بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤى بن غالب ابن فهر بن مالك بن النضر بن كنانه بن خزيمة بن مدركة بن الياس بن مضر ابن نزار بن معد بن عدنان .

الى هنا مجمع عليه ، وما بعده الى آدم مختلف فيه ، ولا يثبت فيه شىء ، وقد ذكرت فى (تهذيب الأسماء واللغات) عن بعضهم أن للنبى صلى الله عليه وسلم ألف اسم ، وذكرت فيه قطعة تتعلق بأسمائه وأحواله صلى الله عليه وسلم والله أعلم .

---

(١) كان هذا الباب مما ألقته العناية الالهية على عاتقنا ، وقد جاء موقع هذا الباب فى الجزء الثامن عشر من كتاب الجهاد والسير .

باب

فى نسب الشافعى رحمه الله وطرف من اموره واحواله

هو الامام أبو عبد الله محمد بن ادريس بن العباس بن عثمان بن شافع ابن السائب بن عبد الله بن عبد يزيد بن هاشم بن المطلب بن عبد مناف بن قصى القرشى المطلبى الشافعى الحجازى المكى ، يلتقى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى عبد مناف . وقد أكثر العلماء من المصنفات فى مناقب الشافعى رحمه الله وأحواله من المتقدمين ، كداود الظاهرى وآخرين ، ومن المتأخرين كالبيهقى وخلائق لا يحصون ، ومن أحسنها تصنيف البيهقى ، وهو مجلدتان مشتملتان على نفائس من كل فن . وقد شرعت أنا فى جمع متفرقات كلام الأئمة فى ذلك ، وجمعت من مصنفاتهم فى مناقبه ، ومن كتب أهل التفسير والحديث والتاريخ والأخبار والفقهاء والزهاد وغيرهم فى مصنف متوسط بين الاختصار والتطويل ، واذكر فيه ان شاء الله من النفائس ما لا يستغنى طالب علم عن معرفته لاسيما المحدث والفقيه ، ولاسيما منتحل مذهب الشافعى رضى الله عنه . وارجو من فضل الله أن يوفقنى لاتمامه على أحسن الوجوه . واما هذا الموضع الذى نحن فيه فلا يحتمل الا الاشارة الى بعض تلك المقاصد ، والرمز الى أطراف من تلك الكليات والمعاقد. فأقول مستعينا بالله متوكلا عليه مفوضا أمرى اليه :

الشافعى قريشى مطلبى باجماع أهل النقل من جميع الطوائف وأمه ازدية ، وقد تظاهرت الأحاديث الصحيحة فى فضائل قريش ، وانعقد اجماع الأمة على تفضيلهم على جميع قبائل العرب وغيرهم . وفى الصحيحين عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « الأئمة من قريش » (١) وفى صحيح مسلم عن جابر رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « **الناس تبع لقريش فى الخير والشر** » وفى كتاب الترمذى أحاديث فى فضائل الأزد .

---

(١) الذى فى الصحيحين : « لا يزال هذا الامر فى قريش » الحديث ولعل نسبته الى الصحيحين من حيث المعنى ، والذى رواه بهذا اللفظ البخارى فى تاريخه ، والنسائى فى سننه وابو يعلى والامام أحمد بن حنبل وابو داود الطيالسى والبزار ، والله أعلم (ش) .

فصـــل

فى مولد الشافعى رضى الله عنه ووفاته وذكر نبذ من اموره وحالاته

واجمعوا انه ولد سنة خمسين ومائة ، وهى السنة التى توفى فيهـا أبو حنيفة رحمه الله . وقيل : انه توفى فى اليوم الذى ولد فيه الشافعى ، ولم يثبت التقييد باليوم ، ثم المشهور الذى عليه الجمهور ان الشافعى ولد بغزة وقيل بعسقلان (١) وهما من الأراضى المقدسة التى بارك الله فيهـا ، فانهما على نحو مرحلتين من بيت المقدس ، ثم حمل الى مكة وهو ابن سنتين وتوفى بمصر سنة اربع ومائتين ، وهو ابن اربع وخمسين سنة . قال الربيع: توفى الشافعى رحمه الله ليلة الجمعة بعد المغرب وانا عنده ، ودفن بعد العصر يوم الجمعة آخر يوم من رجب سنة اربع ومائتين ، وقبره رضى الله عنه بمصر عليه من الجلالة ، وله من الاحترام ما هو لائق بمنصب ذلك الامام . قال الربيع : رايت فى المنام ان آدم صلى الله عليه وسلم مات ، فسألت عن ذلك فقيل : هذا موت أعلم أهل الأرض ، لأن الله تعالى علم آدم الأسماء كلها، فما كان الا يسيرا حتى مات الشافعى ، ورأى غيره ليلة مات الشافعى قائلا يقول : الليلة مات النبى صلى الله عليه وسلم .

ونشأ يتيما فى حجر امه فى قلة من العيش ، وضيق حال ، وكان فى صباه يجالس العلماء ويكتب ما يستفيده فى العظام ونحوها ، حتى ملأ منها خبايا . وعن مصعب بن عبد الله الزبيرى قال : كان الشافعى رحمه الله فى ابتداء امره يطلب الشعر وأيام العرب والأدب ، ثم أخذ فى الفقه بعد ، قال : وكان سبب اخذه فى العلم أنه كان يوما يسـير على دابة له وخلفه كاتب لأبى ، فتمثل ببيت شعر فقرعه كاتب أبى بسوطه ثم قال له : مثلك يذهب بمروءته فى مثل هذا ؟ أين أنت من الفقه ؟ فهزه ذلك فقصد مجالسة الزنجى مسلم بن خالد ، وكان مفتى مكة ، ثم قدم علينا فلزم مالك بن أنس . وعن الشافعى رحمه الله قال : كنت أنظر فى الشعر فارتقيت عقبة بمنى ، فاذا صوت من خلفى : عليك بالفقه . وعن الحميدى قال : قال الشـافعى : خرجت أطلب النحو والأدب فلقينى مسلم بن خالد الزنجى فقال : يا فتى من أين انت ؟ قلت من أهل مكة قال : اين منزلك ؟ قلت : شعب بالخيف قال : من اى قبيلة أنت ؟ قلت من عبد مناف قال : بخ بخ لقد شرفك الله فى الدنيا والآخرة ، الا جعلت فهمك فى هذا الفقه فكان أحسن بك ؟

---

(١) هاتان المدينتان وكذا بيت المقدس ترزح جميعا وقت كتابة هذه الحاشية تحت نير الرجس الصهيونى ، والتسلط اليهودى ، طهر الله مقدساته مما تعانيه .

ثم رحل الشافعي من مكة الى المدينة قاصدا الأخذ عن أبي عبد الله مالك بن انس رحمه الله . وفي رحلته مصنف مشهور مسموع ، فلما قدم عليه قرأ عليه الموطأ حفظا ، فاعجبته قراءته ولازمه ، وقال له مالك : اتق الله واجتنب المعاصي فانه سيكون لك شأن . وفي رواية أخرى انه قال له : ان الله عز وجل قد القى على قلبك نورا فلا تطفه بالمعاصي . وكان للشافعي رحمه الله حين أتى مالكا ثلاث عشرة سنة ثم نزل باليمن .

واشتهر من حسن سيرته وحمله الناس على السنة والطرائق الجميلةاشياء كثيرة معروفة . ثم ترك ذلك واخذ في الاشتغال بالعلوم ، ورحل الى العراق، وناظر محمد بن الحسن وغيره ، ونشر علم الحديث ومذهب أهله ، ونصر السنة ، وشاع ذكره وفضله ، وطلب منه عبد الرحمن بن مهدي امام أهل الحديث في عصره أن يصنف كتابا في أصول الفقه فصنف كتاب الرسالة ، وهو أول كتاب صنف في أصول الفقه . وكان عبد الرحمن ويحيى بن سعيد القطان يعجبان به ، وكان القطان وأحمد بن حنبل يدعوان للشافعي في صلاتهما ، وأجمع الناس على استحسان رسالته ، وأقوالهم في ذلك مشهورة . وقال المزني : قرأت الرسالة خمسمائة مرة ما من مرة الا واستفدت منها فائدة جديدة ، وفي رواية عنه قال : أنا:أنظر في الرسالة من خمسين سنة ، ما أعلم أني نظرت فيها مرة الا واستفدت شيئا لم اكن عرفته .

واشتهرت جلالة الشافعي رحمه الله في العراق ، وسار ذكره في الآفاق، واذعن بفضله الموافقون والمخالفون ، واعترف بذلك العلماء أجمعون ، وعظمت عندالخلفاء وولاة الأمور مرتبته ، واستقرت عندهم جلالته وامامته، وظهر من فضله في مناظراته اهل العراق وغيرهم ما لم يظهر لغيره . وأظهر من بيان القواعد ومهمات الأصول ما لا يعرف لسواه ، وامتحن في مواطن بما لا يحصى من المسائل ، فكان جوابه فيها من الصواب والسداد بالمحل الأعلى، والمقام الأسمى . وعكف عليه للاستفادة منه الصغار والكبار ، والأئمة والأخيار ، من أهل الحديث والفقه وغيرهم ، ورجع كثيرون منهم عن مذاهب كانوا عليها الى مذهبه ، وتمسكوا بطريقته ، كأبي ثور وخلائق لا يحصون ، وترك كثير منهم الأخذ عن شيوخهم ، وكبار الأئمة ، لانقطاعهم الى الشافعي لما رأوا عنده ما لا يجدونه عند غيره ، وبارك الله الكريم له ولهم في تلك العلوم الباهرة ، والمحاسن المتظاهرة ، والخيرات المتكاثرة ، ولله الحمد على ذلك ، وعلى سائر نعمه التي لا تحصى .

وصنف في العراق كتابه القديم ، ويسمى كتاب الحجة ، ويرويه عنه اربعة من جلة أصحابه وهم أحمد بن حنبل ، وابو ثور ، والزعفراني ، والكرابيسي .

ثم خرج الى مصر سنة تسع وتسعين ومائة . قال أبو عبد الله حرملة ابن يحيى : قدم علينا الشافعى مصر سنة تسع وتسعين ، وقال الربيع سنة مائتين ؛ ولعله قدم فى آخر سنة تسع جمعا بين الروايتين . وصنف كتبه الجديدة كلها بمصر ، وسار ذكره فى البلدان وقصده الناس من الشام والعراق واليمن وسائر النواحى للأخذ عنه وسماع كتبه الجديدة ، واخذها عنه . وساد أهل مصر وغيرهم ، وابتكر كتبا لم يسبق اليها ، منها أصول الفقه ، ومنها كتاب القسامة ، وكتاب الجزية ، وقتال أهل البغى وغيرها .

قال الامام ابو الحسن محمد بن عبد الله بن جعفر الرازى فى كتابه (مناقب الشافعى) : سمعت ابا عمرو احمد بن على بن الحسن البصرى قال : سمعت محمد بن حمدان بن سفيان الطرائفى البغدادى يقول : حضرت الربيع بن سليمان يوما وقد حط على باب داره سبعمائة راحلة فى سماع كتب الشافعى ، رحمه الله ورضى الله عنه .

فصـــل

فى تلخيص جملة من حال الشافعى رضى الله عنه

اعلم انه كان من انواع المحاسن بالمقام الأعلى والمحل الأسنى ، لما جمعه الله الكريم له من الخيرات ، ووفقه له من جميل الصفات ، وسهله عليه من انواع المكرمات . فمن ذلك شرف النسب الطاهر ، والعنصر الباهر ، واجتماعه هو ورسول الله صلى الله عليه وسلم فى النسب ، وذلك غاية الفضل ونهاية الحسب . ومن ذلك شرف المولد والمنشأ ، فانه ولد بالأرض المقدسة ونشأ بمكة ، ومن ذلك انه جاء بعد أن مهدت الكتب وصنفت . وقررت الأحكام ونقحت . فنظر فى مذاهب المتقدمين ، واخذ عن الائمة المبرزين ، وناظر الحذاق المتقنين ، فنظر مذاهبهم وسبرها ، وتحققها وخبرها ؛ فلخص منها طريقة جامعة للكتاب والسنة والاجماع والقياس ، ولم يقتصر على بعض ذلك . وتفرغ للاختيار والترجيح ، والتكميل والتنقيح ، مع جمال قوته ، وعلو همته ، وبراعته فى جميع انواع الفنون ، واضطلاعه منها اشد اضطلاع ، وهو المبرز فى الاستنباط من الكتاب والسنة ، البارع فى معرفة الناسخ والمنسوخ ، والمجمل والمبين ، والخاص والعام ، وغيرها من تقاسيم الخطاب ، فلم يسبقه أحد الى فتح هذا الباب ، لأنه أول من صنف أصول الفقه بلا خلاف ولا ارتياب ، وهو الذى لا يساوى بل لا يدانى فى معرفة كتاب الله تعالى وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ورد بعضها الى بعض .

وهو الامام الحجة فى لغة العرب ونحوهم ، فقد اشتغل فى العربية

عشرين سنة مع بلاغته وفصاحته ، ومع انه عربى اللسان والدار والعصر ، وبها يعرف الكتاب والسنة ، وهو الذى قلد المنن الجسيمة جميع اهل الآثار ، وحملة الأحاديث ونقلة الأخبار ، بتوقيفه اياهم على معانى السنن وتنبيههم ، وقذفه بالحق على باطل مخالفى السنن وتمويههم ، فنعشهم بعد ان كانوا خاملين وظهرت كلمتهم على جميع المخالفين ، ودمغوهم بواضحات البراهين حتى ظلت أعناقهم لها خاضعين .

قال محمد بن الحسن رحمه الله : ان تكلم اصحاب الحديث يوما ما فبلسان الشافعى ، يعنى لما وضع من كتبه ، وقال الحسن بن (١) محمد الزعفرانى : كان اصحاب الحديث رقودا فأيقظهم الشافعى فتيقظوا ، وقال احمد بن حنبل رحمه الله ما أحد مس بيده محبرة ولا قلما الا وللشافعى فى رقبته منة ، فهذا قول امام اصحاب الحديث واهله ، ومن لا يختلفون فى ورعه وفضله .

ومن ذلك ان الشافعى رحمه الله مكنه الله من انواع العلوم حتى عجز لديه المناظرون من الطوائف واصحاب الفنون ، واعترف بتبريزه ، وأذعن الموافقون والمخالفون فى المحافل المشهورة الكبيرة ، المشتملة على ائمة عصره فى البلدان ، وهذه المناظرات معروفة موجودة فى كتبه رضى الله عنه ، وفى كتب الائمة المتقدمين والمتأخرين ، وفى كتاب الأم للشافعى رحمه الله من هذه المناظرات جمل من العجائب والآيات ، والنفائس الجليلات ، والقواعد المستفادات ، وكم من مناظرة وقاعدة فيه يقطع كل من وقف عليها وانصف وصدق ، أنه لم يسبق اليها .

ومن ذلك انه تصدر فى عصر الائمة المبرزين للافتاء والتدريس والتصنيف ، وقد امره بذلك شيخه ابو خالد مسلم بن خالد الزنجى ، امام اهل مكة ومفتيها ، وقال له : افت يا ابا عبد الله فقد والله آن لك ان تفتى ، وكان للشافعى اذ ذاك خمس عشرة سنة ، واقاويل اهل عصره فى هذا كثيرة مشهورة ، واخذ عن الشافعى العلم فى سن الحداثة ، مع توفر العلماء فى ذلك العصر ، وهذا من الدلائل الصريحة لعظم جلالته ، وعلو مرتبته ، وهذا كله من المشهور المعروف فى كتب مناقبه وغيرها .

ومن ذلك شدة اجتهاده فى نصرة الحديث واتباع السنة ، وجمعه فى مذهبه بين أطراف الأدلة ، مع الاتقان والتحقيق ، والغوص التام على المعانى والتدقيق ، حتى لقب حين قدم العراق بناصر الحديث ، وغلب فى عرف

---

(١) الحسن بن محمد بن الصباح المكنى بأبى على صاحب الشافعى المتوفى فى سلخ شعبان ، وقيل فى شهر رمضان سنة ستين ومائتين وهو منسوب الى الزعفرانية قرية قرب بغداد . المطيعى

العلماء المتقدمين والفقهاء الخراسانيين على متبعى مذهبه لقب (أصحاب الحديث) فى القديم والحديث ، وقد روينا عن الامام أبى بكر محمد بن اسحق ابن خزيمة المعروف بامام الأئمة ، وكان من حفظ الحديث ومعرفة السنة بالغاية العالية انه سئل هل تعلم سنة صحيحة لم يودعها الشافعى كتبه ؟ قال : لا . ومع هذا فاحتاط الشافعى رحمه الله لكون الاحاطة ممتنعة على البشر ، فقال ما قد ثبت عنه رضى الله عنه من أوجه من وصيته بالعمل بالحديث الصحيح ، وترك قوله المخالف للنص الثابت الصريح .

وقد امتثل أصحابنا رحمهم الله وصيته ، وعملوا بها فى مسائل كثيرة مشهورة ، كمسألة التثويب فى الصبح ، ومسألة اشتراط التحلل فى الحج بعذر ، وغير ذلك ، وستراها فى مواضعها ان شاء الله تعالى ، ومن ذلك تمسكه بالأحاديث الصحيحة واعراضه عن الأخبار الواهية الضعيفة . ولا نعلم أحدا من الفقهاء اعتنى فى الاحتجاج بالتمييز بين الصحيح والضعيف كاعتنائه ، ولا قريبا منه ، فرضى الله عنه ، ومن ذلك أخذه رضى الله عنه بالاحتياط فى مسائل العبادات وغيرها كما هو معروف من مذهبه ، ومن ذلك شدة اجتهاده فى العبادة ، وسلوك طرائق الورع والسخاء والزهادة ، وهذا من خلقه وسيرته مشهور معروف ، ولا يتمارى فيه الا جاهل أو ظالم عسوف ، فكان رضى الله عنه بالمحل الأعلى من متانة الدين وهو من المقطوع بمعرفته عند الموافقين والمخالفين .

وليس يصح فى الأذهان شىء اذا احتاج النهار الى دليل

وأما سخاؤه وشجاعته ، وكمال عقله وبراعته فانه مما اشترك الخواص والعوام فى معرفته ، فلهذا لا استدل له لشهرته ، وكل هذا مشهور فى كتب المناقب من طرق ، ومن ذلك ما جاء فى الحديث المشهور : **« ان عالم قريش يملأ طباق الأرض علما »** وحمله العلماء من المتقدمين وغيرهم من غير أصحابنا على الشافعى رحمه الله ، واستدلوا له بأن الأئمة من الصحابة رضى الله عنهم ، الذين هم أعلام الدين ، لم ينقل عن كل واحد منهم الا مسائل معدودة ، اذ كانت فتاواهم مقصورة على الوقائع ، بل كانوا ينهون عن السؤال عما لم يقع وكانت هممهم مصروفة الى قتال (١) الكفار لاعلاء كلمة الاسلام ، والى مجاهدة النفوس والعبادة فلم يتفرغوا للتصنيف ، واما من جاء بعدهم وصنف من الأئمة فلم يكن فيهم قريشى قبل الشافعى ، ولم يتصف بهذه الصفة أحد قبله ولا بعده .

وقد قال الامام أبو زكريا يحيى بن زكريا الساجى فى كتابه المشهور فى

---

(١) وفى نسخة بدل قتال : جهاد (ش) .

الخلاف : انما بدات بالشافعى قبل جميع الفقهاء وقدمته عليهم وأن كان فيهم أقدم منه اتباعا للسنة فان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « قدموا قريشا وتعلموا من قريش » وقال الامام ابو نعيم عبد الملك بن محمد ابن عدى الاستراباذى(١) صاحب الربيع بن سليمان المرادى : فى هذا الحديث علامة بينة اذا تأمله الناظر المميز ، علم أن المراد به رجل من علماء هذه الأمة من قريش ، ظهر علمه ، وانتشر فى البلاد ، وكتب كما تكتب المصاحف ، ودرسه المشايخ والشبان فى مجالسهم ، واستظهروا أقاويله وأجروها فى مجالس الحكام والأمراء والقراء وأهل الآثار وغيرهم ، قال : وهذه صفة لا نعلم أنها أحاطت بأحد الا بالشافعى ، فهو عالم قريش الذى دون العلم وشرح الأصول والفروع ومهد القواعد .

قال البيهقى بعد رواية كلام ابى نعيم : والى هذا ذهب أحمد بن حنبل فى تأويل الخبر . ومن ذلك مصنفات الشافعى فى الأصول والفروع التى لم يسبق اليها كثرة وحسنا ، فان مصنفاته كثيرة مشهورة ، كالأم فى نحو عشرين(٢) مجلدا وهو مشهور وجامع المزنى الكبير وجامعه الصغير ،ومختصريه الكبير والصغير ، ومختصر البويطى والربيع . وكتاب حرملة وكتاب الحجة وهو القديم ، والرسالة القديمة ، والرسالة الجديدة ، والأمالى والاملاء ، وغير ذلك مما هو معلوم من كتبه ، وقد جمعها البيهقى فى المناقب. قال القاضى الامام ابو محمد الحسين بن محمد المروزى فى خطبة تعليقه : قيل ان الشافعى رحمه الله صنف مائة وثلاثة عشر كتابا فى التفسير والفقه والأدب وغير ذلك ، وأما حسنها فأمر يدرك بمطالعتها فلا يتمارى فى حسنها موافق ولا مخالف .

وأما كتب اصحابه التى هى شروح لنصوصه ، ومخرجة على أصوله ، مفهومة من قواعده فلا يحصيها مخلوق مع عظم فوائدها ، وكثرة عوائدها ، وكبر حجمها ، وحسن ترتيبها ونظمها ، كتعليق الشيخ ابى حامد الاسفراينى، وصاحبيه القاضى ابى الطيب ، وصاحب الحاوى ، ونهاية المطلب لامام الحرمين ، وغيرها مما هو مشهور معروف ، وهذا من المشهور الذى هو أظهر من أن يظهر ، وأشهر من أن يشهر ، وكل هذا مصرح بغزارة علمه ، وجزالة كلامه ، وصحة نيته فى علمه ، وقد نقل عنه مستفيضا من صحة نيته فى علمه نقول كثيرة مشهورة وكفى بالاستقراء فى ذلك دليلا قاطعا ، وبرهانا صادعا .

---

(١) هو أحد ائمة المسلمين وكان مقدما فى الفقه والحديث توفى سنة ٣٢٠ (ش) .

(٢) النسخة المطبوعة من الأم بين ايدينا برواية الربيع بن سليمان المرادى طبعة بولاق وبهامشها مختصر المزنى وتقع فى سبعة أجزاء (ط) .

قال الساجي في أول كتابه في الخلاف : سمعت الربيع يقول سمعت الشافعي يقول : « وددت ان الخلق تعلموا هذا العلم على أن لا ينسب الى حرف منه » فهذا اسناد لا يتمارى في صحته ، فكتاب الساجي متواتر عنه وسمعه من امام عن امام ، وقال الشافعي رحمه الله : « ما ناظرت أحدا قط على الغلبة ، ووددت اذا ناظرت أحدا ان يظهر الله الحق على يديه » ونظائر هذا كثيرة مشهورة عنه ، ومن ذلك مبالغته في الشفقة على المتعلمين وغيرهم، ونصيحته لله تعالى وكتابه ورسوله صلى الله عليه وسلم والمسلمين ، وذلك هو الدين كما صح عن سيد المرسلين صلى الله عليه وسلم وهذا الذي ذكرته وان كان كله معلوما مشهورا فلا بأس بالاشارة اليه ليعرفه من لم يقف عليه، فان هذا المجموع ليس مخصوصا ببيان الخفيات وحل المشكلات .

فصـــل

في نوادر من حكم الشافعي وأحواله أذكرها ان شاء الله تعالى رموزا للاختصار

قال رحمه الله : طلب العلم افضل من صلاة النافلة ، وقال : من اراد الدنيا فعليه بالعلم ، ومن أراد الآخرة فعليه بالعلم . وقال : ما تقرب الى الله تعالى بشيء بعد الفرائض أفضل من طلب العلم . وقال : ما أفلح في العلم الا من طلبه بالقلة . وقال رحمه الله : الناس في غفلة عن هذه السورة **(والعصر ان الانسان لفي خسر)** وكان قد جزء الليل ثلاثة أجزاء : الثلث الأول يكتب، والثاني يصلي ، والثالث ينام .

وقال الربيع : نمت في منزل الشافعي ليالي فلم يكن ينام من الليل الا أيسره ، وقال بحر بن نصر : ما رايت ولا سمعت كان في عصر الشافعي اتقى لله ولا أورع ولا أحسن صوتا بالقرآن منه ، وقال الحميدي : كان الشافعي يختم في كل شهر ستين ختمة . وقال حرملة سمعت الشافعي يقول : وددت أن كل علم أعلمه تعلمه الناس أؤجر عليه ولا يحمدونني .

وقال أحمد بن حنبل رحمه الله : كأن الله تعالى قد جمع في الشافعي كل خير ، وقال الشافعي رحمه الله : الظرف الوقوف مع الحق حيث وقف ، وقال : ما كذبت قط ولا حلفت بالله تعالى صادقا ولا كاذبا ، وقال : ماتركت غسل الجمعة في برد ولا سفر ولا غيره ، وقال : ما شبعت منذ ست عشرة سنة الا شبعة طرحتها من ساعتي ، وفي رواية من عشرين سنة ، وقال : من لم تعزه التقوى فلا عز له ، وقال : ما فزعت من فقر قط ، وقال : طلب فضول الدنيا عقوبة عاقب الله بها أهل التوحيد ، وقيل للشافعي : مالك تدمن امساك العصا ولست بضعيف ؟ فقال : لأذكر اني مسافر ـ يعني في الدنيا ، وقال : من شهد الضعف من نفسه نال الاستقامة وقال : من غلبته

شدة الشهوة للدنيا لزمته العبودية لأهلها ، ومن رضى بالقنوع زال عنه الخضوع وقال : خير الدنيا والآخرة فى خمس خصال : غنى النفس وكف الأذى وكسب الحلال ولباس التقوى والثقة بالله تعالى على كل حال .

وقال للربيع : « عليك بالزهد » وقال : انفع الذخائر التقوى واضرها العدوان . وقال : من احب أن يفتح الله قلبه أو ينوره ، فعليه بترك الكلام فيما لا يعنيه ، واجتناب المعاصى ، ويكون له خبيئة فيما بينه وبين الله تعالى من عمل ، وفى رواية : « فعليه بالخلوة ، وقلة الأكل وترك مخالطة السفهاء، وبغض اهل العلم الذين ليس معهم انصاف ولا ادب » وقال : « يا ربيع لا تتكلم فيما لا يعنيك ، فانك اذا تكلمت بالكلمة ملكتك ولم تملكها » وقال ليونس بن عبد الأعلى : « لو اجتهدت كل الجهد على ان ترضى الناس كلهم فلا سبيل ، فأخلص عملك ونيتك لله عز وجل » وقال : « لا يعرف الرياء مخلص » وقال : لو اوصى رجل بشىء لأعقل الناس صرف الى الزهاد ، وقال : سياسة الناس اشد من سياسة الدواب . وقال : « العاقل من عقله عقله عن كل مذموم » وقال : « لو علمت أن شرب الماء البارد ينقص من مروءتي ما شربته » .

وقال : « للمروءة اربعة اركان : حسن الخلق ، والسخاء ، والتواضع، والنسك » وقال : « المروءة عفة الجوارح عما لا يعنيها » وقال : « اصحاب المروءات فى جهد » وقال : « من احب أن يقضى الله له بالخير فليحسن الظن بالناس » وقال : « لا يكمل الرجال فى الدنيا الا بأربع بالديانة ، والأمانة ، والصيانة ، والرزانة » وقال : اقمت اربعين سنة اسأل اخوانى الذين تزوجوا عن احوالهم فى تزوجهم فما منهم احد قال « انه رأى خيرا » وقال : « ليس باخيك من احتجت الى مداراته » وقال : « من صدق فى اخوة اخيه قبل علله ، وسد خلله ، وغفر زلله » وقال : « من علامة الصديق أن يكون لصديق صديقه صديقا » .

وقال : « ليس سرور يعدل صحبة الاخوان ، ولا غم يعدل فراقهم » وقال : « لا تقصر فى حق اخيك اعتمادا على مودته » وقال : « لا تبذل وجهك الى من يهون عليه ردك » وقال : «من برك فقد اوثقك ومن جفاك فقد اطلقك» وقال : « من نم لك نم بك » ومن اذا ارضيته قال فيك ما ليس فيك ، واذا اغضبته قال فيك ما ليس فيك » وقال : « الكيس العاقل هو الفطن المتغافل » .

وقال : « من وعظ اخاه سرا فقد نصحه وزانه ، ومن وعظه علانية فقد فضحه وشانه » وقال : « من سام بنفسه فوق ما يساوى ، رده الله الى

قيمته » وقال : « الفتوة حلى الاحرار » وقال : « من تزين بباطل هتك ستره » وقال : « التواضع من اخلاق الكرام والتكبر من شيم اللئام » وقال: « التواضع يورث المحبة ، والقناعة تورث الراحة » وقال : « أرفع الناس قدرا من لا يرى قدره ، واكثرهم فضلا من لا يرى فضله » وقال : « اذا كثرت الحوائج فابدأ بأهمها » وقال : « من كتم سره كانت الخيرة فى يده » وقال : « الشفاعات زكاة المروءات » وقال : « ما ضحك من خطأ رجل الا ثبت صوابه فى قلبه » .

وهذا الباب واسع جدا لكن نبهت بهذه الأحرف على ما سواها .

فصـــل

قد اشرت فى هذه الفصول الى طرف من حال الشافعى رضى الله عنه ، وبيان رجحان نفسه وطريقته ومذهبه ، ومن أراد تحقيق ذلك فليطالع كتب المناقب التى ذكرتها ، ومن اهمها : كتاب البيهقى رحمه الله ، وقد رايت ان اقتصر على هذه الكلمات ، لئلا اخرج عن حد هذا الكتاب ، وأرجو بما اذكره وأشيعه من محاسن الشافعى رضى الله عنه ، وأدعو له فى كتابتى وغيرها من أحوالى ، أن أكون موفيا لحقه او بعض حقه على لما وصلنى من كلامه وعلمه، وانتفعت به ، وغير ذلك من وجوه احسانه الى رضى الله عنه وأرضاه ، وأكرم نزله ومثواه ، وجمع بينى وبينه مع أحبابنا فى دار كرامته ، ونفعنى بانتسابى اليه وانتمائى الى صحبته .

فصـــل

فى أحوال الشيخ أبى اسحاق مصنف الكتاب

اعلم ان أحواله رحمه الله كثيرة ، لا يمكن أن تستقصى لخروجها عن أن تحصى ، لكن أشير الى كلمات يسيرة من ذلك ، ليعلم بها ما سـواها مما هنالك ، وأبالغ فى اختصارها ، لعظمها وكثرة انتشارها .

هو الامام المحقق ، المتقن المدقق ، ذو الفنون من العلوم المتكاثرات ، والتصانيف النافعة المستجادات ، الزاهد العابد الورع ، المعرض عن الدنيا، المقبل بقلبه على الآخرة ، الباذل نفسه فى نصرة دين الله تعـالى ، المجانب للهوى ، أحد العلماء الصالحين ، وعباد الله العارفين الجامعين بين العلم والعبادة ، والورع والزهادة ، المواظبين على وظائف الدين ، واتباع هدى سيد المرسلين صلى الله عليه وسلم ورضى الله عنهم أجمعين .

أبو اسحاق ابراهيم بن على بن يوسف بن عبـد الله الشيرازى (١) الفيروزآبادى رحمه الله ورضى عنه ، منسوب الى فيروزآباد من بلاد شيراز ولد سنة ثلاث (٢) وتسعين وثلاثمائة وتفقه بفارس على أبى الفرج (٣) بن البيضاوى وبالبصرة على الجوزى ، ثم دخل بغداد سنة خمس عشرة وأربعمائة وتفقه على شيخه الامام الجليل الفاضـل أبى الطيب طاهر بن عبـد الله الطبرى ، وجماعات من مشايخه المعروفين . وسمع الحديث على الامام الفقيه الحافظ أبى بكر البرقانى وأبى على بن شاذان وغيرهما من الأئمـة المشهورين . ورأى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى المنـام فقـال له : (شيخ) فكان يفرح ويقول سمانى رسول الله صلى الله عليه وسلم شيخا . قال رحمه الله : كنت أعيد كل درس مائة مرة ، واذا كان فى المسألة بيت شعر يستشهد به حفظت القصيدة كلها من أجله .

وكان عاملا بعلمه ، صابرا على خشونة العيش ، معظما للعلم ، مراعيا للعمل بدقائق الفقه والاحتيـاط . كان يوما يمشى ومعه بعض أصحابه ، فعرض فى الطريق كلب فزجره صاحبه فنهاه الشيخ وقال : أما علمت أن

---

(١) فى ضبط الاعلام لاحمد تيمور باشا : الملقب بجمال الدين (ط) .

(٢) هذه مثل رواية ابن خلكان وروى أبو عبد الله الحميدى انه سأله عن مولده فذكر دلائل دلت على سنة ست وتسعين (ط) .

(٣) فى ابن خلكان أبو عبد الله (ط) .

الطريق بيني وبينه مشترك ؟ . ودخل يوما مسجدا ليأكل طعاما على عادته فنسي فيه دينارا ، فذكره في الطريق فرجع فوجده ، ففكر ساعة وقال : ربما وقع هذا الدينار من غيري ، فتركه ولم يمسه ، قال الامام الحافظ أبو سعد السمعاني : كان الشيخ أبو اسحاق امام الشافعية ، والمدرس ببغداد في النظامية ، شيخ الدهر وامام العصر ، رحل اليه الناس من الأمصار ، وقصدوه من كل الجوانب والأقطار ، وكان يجري مجرى أبي العباس بن سريج ، قال : وكان زاهدا ورعا متواضعا ، متخلقا ظريفا كريما سخيا جوادا طلق الوجه دائم البشر ، حسن المجالسة ، مليح المحاورة ، وكان يحكي الحكايات الحسنة ، والأشعار المستبدعة المليحة ، وكان يحفظ منها كثيرا ، وكان يضرب به المثل في الفصاحة .

وقال السمعاني أيضا : تفرد الامام أبو اسحق بالعلم الوافر ، كالبحر الزاخر ، مع السيرة الجميلة ، والطريقة المرضية ، جاءته الدنيا صاغرة فأباها ، واطرحها وقلاها ، قال : وكان عامة المدرسين بالعراق والجبال تلاميذه واصحابه ، صنف في الأصول والفروع ، والخلاف والجدل والمذهب كتبا ، أضحت للدين انجما وشهبا . وكان يكثر مباسطة اصحابه بما سنح له من الرجز ، وكان يكرمهم ويطعمهم .

حكى السمعاني أنه كان يشتري طعاما كثيرا ، ويدخل بعض المساجد ويأكل مع أصحابه ، وما فضل قال لهم : اتركوه لمن يرغب فيه . وكان رحمه الله طارحا للتكلف . قال القاضي أبو بكر محمد بن عبد الباقي الأنصاري : حملت فتوى الى الشيخ أبي اسحاق فرايته في الطريق ، فمضى الى دكان خباز أو بقال ، واخذ قلمه ودواته وكتب جوابه ومسح القلم في ثوبه .

وكان رحمه الله ذا نصيب وافر من مراقبة الله تعالى ، والاخلاص له ، وارادة اظهار الحق ، ونصح الخلق ، قال أبو الوفاء بن عقيل : شاهدت شيخنا أبا اسحاق لا يخرج شيئا الى فقير الا أحضر النية ، ولا يتكلم في مسألة الا قدم الاستعانة بالله عز وجل ، واخلص القصد في نصرة الحق ، ولا صنف مسألة الا بعد أن صلى ركعات . فلا جرم شاع اسمه ، وانتشرت تصانيفه شرقا وغربا لبركة اخلاصه .

قلت : وقد ذكر الشيخ أبو اسحاق في أول كتابه الملخص في الجدل ، جملا من الآداب للمناظرة ، واخلاص النية وتقديم ذلك بين يدي شروعه فيها ، وكان فيما نعتقده متصفا بكل ذلك .

انشد السمعاني وغيره للرئيس أبي الخطاب علي بن عبد الرحمن ابن هارون بن الجراح :

سقيا لمن صنف التنبيه مختصرا ألفاظه الغر واستقصى معانيه
ان الامام ابا اسحاق صنفه لله والدين لا للكبر والتيه
رأى علوما عن الأفهام شاردة فحازها ابن على كلها فيه
بقيت للشرع ابراهيم منتصرا تذود عنه أعاديه وتحميه

قوله مختصرا بكسر الصاد والفاظه منصوب به . ولأبى الخطاب ايضا :

اضحت بفضل ابى اسحاق ناطقة صحائف شهدت بالعلم والورع
بها المعانى كسلك العقد كامنة واللفظ كالدر سهل جد ممتنع
رأى العلوم وكانت قبل شاردة فحازها الألمعى الندب فى اللمع
لا زال علمك ممدوداً سرادقه على الشريعة منصورا على البدع

ولأبى الحسن القيروانى :

ان شئت شرع رسول الله مجتهدا تفتى وتعلم حقا كل ما شرعا
فاقصد هديت أبا اسحاق مغتنما وادرس تصانيفه ثم احفظ اللمعا

ونقل عنه رحمه الله قال بدأت فى تصنيف المهذب سنة خمس وخمسين واربعمائة ، وفرغت يوم الاحد آخر رجب سنة تسع وستين واربعمائة .

توفى رحمه الله ببغداد يوم الأحد ، وقيل ليلة الأحد الحادى والعشرين من جمادى الآخرة ، وقيل (١) الأولى سنة ست وسبعين واربعمائة ودفن من الغد واجتمع فى الصلاة عليه خلق عظيم ، وقيل : أول من صلى عليه امير المؤمنين المقتدى بأمر الله ، ورؤى فى النوم وعليه ثياب بيض فقيل له : ما هذا ؟ فقال : عز العلم .

فهذه أحرف يسيرة من بعض صفاته ، أشرت بها الى ما سواها من جميل حالاته ، وقد بسطتها فى (تهذيب الأسماء واللغات) وفى كتاب (طبقات الفقهاء) فرحمه الله ورضى عنه وأرضاه وجمع بينى وبينه وسائر أصحابنا فى دار كرامته .

وقد رأيت ان اقدم فى أول الكتاب فصولا ، تكون لمحصله وغيره من طالبى جميع العلوم وغيرها من وجوه الخير ذخرا وأصولا ، وأحرص مع الايضاح على اختصارها ، وحذف الأدلة والشواهد فى معظمها ، خوفا من انتشارها . مستعينا بالله متوكلا عليه ، مفوضا أمرى اليه .

---

(١) نقل ابن خلكان هذه الرواية من روايتى السمعانى فى الذيل . وقال : ودفن من الغد بباب ابريز ببغداد . المطيعى .

فصـــل

وفى الاخلاص والصدق واحضار النية فى جميع الأعمال البارزة والخفية

قال الله تعالى : ((**وما امروا الا ليعبدوا الله مخلصين له الدين**)) (١) وقال تعالى : ((**فاعبدالله(٢)مخلصا**)) وقال تعالى ((**ومن يخرج من بيته مهاجرا الى(٣) الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع أجـره على الله**)) وروينـا عـن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : (سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : **انما الأعمال بالنياتِ وانما لكل امرىء ما نوى ، فمـن كانت هجرته الى الله ورسوله ، فهجرته الى الله ورسوله ، ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته الى ما هاجر اليه**) حديث صحيح متفق على صحته مجمع على عظم موقعه وجلالته ، وهو احـدى قواعد الايمان ، وأول دعائمه ، وآكد الأركان .

قال الشافعى رحمه الله : يدخل هـذا الحديث فى سـبعين بابا مـن الفقه ، وقال أيضا : هو ثلث العلم ، وكذا قاله أيضا غيره . وهو أحـد الأحاديث التى عليها مدار الاسلام ، وقد اختلف فى عدها فقيل : ثلاثـة وقيل : اربعة وقيل : اثنان وقيل : حديث ، وقد جمعتها كلها فى جـزء الأربعين فبلغت أربعين حديثا ، لا يستغنى متدين عن معرفتها ، لانها كلها صحيحة جامعة قواعد الاسلام ، فى الأصـول والفروع والزهـد والآداب ومكارم الاخلاق وغير ذلك ، وانما بدات بهـذا الحديث تأسـيا بأئمتنا ، ومتقدمى أسلافنا من العلماء رضى الله عنهم ، وقد ابتدا به امام أهـل الحديث بلا مدافعة أبو عبد الله البخارى صحيحه ، ونقل جماعة أن السلف كانوا يستحبون افتتاح الكتب بهذا الحديث تنبيها للطالب على تصحيح النية وارادته وجه الله تعالى بجميع أعماله البارزة والخفية .

وروينا (٤) عن الامام أبى سعيد عبد الرحمن بن مهدى رحمه الله قال : لو صنفت كتابا بدأت فى أول كل باب منه بهذا الحديث ، وروينا عنه أيضا

---

(١) الآية ٣ من سورة البينة .

(٢) الآية ١٠٠ من سورة النساء .

(٣) الآية ٢ من سورة الزمر .

(٤) حكى الاستاذ آصف بن على أصغر فيضى عن الأستاذ أحمد محمد شاكر رحمه الله أن القراءة الصحيحة هى روّينا على وزن فعل المبنية للمجهول بتشديد العين والفعل روى المتعدى لمفعولين بتشديد الواو فتقول : روى زيد بكرا الحديث ا هـ من دعائم الاسلام طبعة المطبعى المعارف .

قال : من اراد ان يصنف كتابا فليبدأ بهذا الحديث ، وقال الامام ابو سليمان حمد بن محمد بن ابراهيم بن الخطاب الخطابى الشافعى الامام فى (كتابه المعالم) (١) رحمه الله تعالى كان المتقدمون من شيوخنا يستحبون تقديم حديث : « الأعمال بالنيات » امام كل شيء ينشأ ويبتدأ من أمور الدين ، لعموم الحاجة اليه فى جميع انواعها .

وهذه احرف من كلام العارفين فى الاخلاص والصدق . قال ابو العباس عبد الله بن عباس رضى الله عنهما : « انما يعطى الرجل على قدر نيته » وقال أبو محمد سهل بن عبد الله التسترى رحمه الله : نظر الأكياس فى تفسير الاخلاص فلم يجدوا غير هذا ، ان تكون حركاته وسكونه فى سره وعلانيته لله تعالى وحده ، لا يمازجه شيء ، لا نفس ولا هوى ولا دنيا . وقال السرى رحمه الله : لا تعمل للناس شيئا ولا تترك لهم شيئا ولا تعط لهم شيئا ولا تكشف لهم شيئا .

وروينا عن حبيب بن أبى ثابت التابعى رحمه الله انه قيل له : حدثنا فقال : حتى تجيء النية ، وعن أبى عبد الله سفيان بن سعيد الثورى رحمه الله قال : ما عالجت شيئا اشد على من نيتى أنها تتقلب على ، وروينا عن الأستاذ أبى القاسم عبد الكريم بن هوازن القشيرى رحمه الله فى رسالته المشهورة قال : الاخلاص افراد الحق فى الطاعة بالقصد ، وهو أن يريد بطاعته التقرب الى الله تعالى ، دون شيء آخر من تصنع لمخلوق ، او اكتساب محمدة عند الناس ، أو محبة مدح من الخلق ، أو شيء سوى التقرب الى الله تعالى . قال : ويصح أن يقال الاخلاص تصفية العقل عن ملاحظة الخلق ، والصدق التنقى عن مطالعة النفس (٢) .

فالمخلص لا رياء له والصادق لا اعجاب له . وعن أبى يعقوب السوسى رحمه الله قال : متى شهدوا فى اخلاصهم الاخلاص ، احتاج اخلاصهم الى اخلاص . وعن ذى النون رحمه الله قال : ثلاثة من علامات الاخلاص استواء المدح والذم من العامة ، ونسيان رؤية الأعمال فى الأعمال ، واقتضاء ثواب العمل فى الآخرة . وعن أبى عثمان رحمه الله قال : الاخلاص نسيان رؤية الخلق بدوام النظر الى الخالق ، وعن حذيفة المرعشى رحمه الله قال الاخلاص ان تستوى أفعال العبد فى الظاهر والباطن .

---

(١) ما بين القوسين منا لان الأصل فى علومه والخطابى له معالم السنن وأعلام السنن (ط) .

(٢) هكذا نسخة الأذرعى ، وفى الأذكار للمؤلف : التنقى عن مطاوعة النفس .

وعن أبى على الفضيل بن عياض رحمه الله قال : ترك العمل لأجل الناس رياء ، والعمل لأجل الناس شرك ، والاخلاص أن يعافيك الله منهما . وعن رويم رحمه الله قال : الاخلاص ان لا يريد على عمله عوضا من الدارين ولا حظا من الملكين . وعن يوسف بن الحسين رحمه الله قال : أعز شئ فى الدنيا الاخلاص . وعن أبى عثمان قال : اخلاص العوام مالا يكون للنفس فيه حظ ، واخلاص الخواص ما يجرى عليهم لا بهم ، فتبدو منهم الطاعات وهم عنها بمعزل ، ولا يقع لهم عليها رؤية ولا بها اعتداد .

وأما الصدق فقال الله تعالى : « **يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وكونوا مع الصادقين** (١) » قال القشيرى : الصدق عماد الأمر وبه تمامه ، وفيه نظامه ، واقله استواء السر والعلانية . وروينا عن سهل بن عبد الله التسترى قال : لا يشم رائحة الصدق عبد داهن نفسه أو غيره . وعن ذى النون رحمه الله قال : الصدق سيف الله ما وضع على شيء الا قطعه . وعن الحارث بن اسد المحاسبى بضم الميم رحمه الله قال : الصادق هو الذى لا يبالى لو خرج كل قدر له فى قلوب الخلق من أجل صلاح قلبه ، ولا يحب اطلاع الناس على مثاقيل الذر من حسن عمله ، ولا يكره اطلاعهم على السيء من عمله لأن كراهته ذلك دليل على انه يحب الزيادة عندهم ، وليس هذا من اخلاق الصديقين .

وعن أبى القاسم الجنيد بن محمد رحمه الله قال : الصادق يتقلب فى اليوم أربعين مرة ، والمرائى (٢) يثبت على حالة واحدة اربعين سنة .

(قلت) معناه ان الصادق يدور مع الحق حيث دار فاذا كان الفضل الشرعى فى الصلاة مثلا صلى ، واذا كان فى مجالسة العلماء والصالحين والضيفان والعيال ، وقضاء حاجة مسلم ، وجبر قلب مكسور ونحو ذلك فعل ذلك الأفضل وترك عادته . وكذلك الصوم والقراءة والذكر والأكل والشرب والجد والمزح ، والاختلاط والاعتزال والتنعم ، والابتذال ، ونحوها ، فحيث رأى الفضيلة الشرعية فى شيء من هذا فعله ، ولا يرتبط بعادة ولا بعبادة مخصوصة ، كما يفعله المرائى . وقد كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم احوال فى صلاته وصيامه وأوراده وأكله وشربه ولبسه وركوبه ، ومعاشرة أهله ، وجده ومزاحه ، وسروره وغضبه واغلاظه فى انكار المنكر ، ورفقه فيه ، وعقوبته مستحقى التعزيز ، وصفحه عنهم ، وغير ذلك بحسب الامكان ، والأفضل فى ذلك الوقت والحال .

---

(١) الآية ١١٩ التوبة .

(٢) هكذا نسخة الاذرعى وفى نسخة أخرى المارى .

ولا شك فى اختلاف احوال الشيء فى الافضلية ، فان الصوم حرام يوم العيد ، واجب قبله ، مسنون بعده ، والصلاة محبوبة فى معظم الأوقات ، وتكره فى أوقات وأحوال ، كمدافعة الأخبثين ، وقراءة القرآن محبوبة ، وتكره فى الركوع والسجود ، وغير ذلك . وكذلك تحسين اللباس يوم الجمعة والعيد ، وخلافه يوم الاستسقاء ، وكذلك ما اشبه هذه الأمثلة . وهذه نبذة يسيرة ترشد الموفق الى السداد ، وتحمله على الاستقامة وسلوك طريق الرشاد .

باب

فى فضيلة الاشتغال بالعلم وتصنيفه ، وتعلمه وتعليمه ، والحث عليه ، والارشاد الى طرقه

قد تكاثرت الآيات والأخبار والآثار وتواترت ، وتطابقت الدلائل الصريحة وتوافقت ، على فضيلة العلم والحث على تحصيله ، والاجتهاد فى اقتباسه وتعليمه . وانا أذكر طرفا من ذلك ، تنبيها على ما هنالك ، قال الله تعالى : **« قل هل يستوى الذين يعلمون والذين لا يعلمون »** وقال تعالى : **« وقل رب زدنى علما »** وقال تعالى : **« انما يخشى الله من عباده العلماء »** وقال تعالى **« يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات »** . والآيات كثيرة معلومة . وروينا عن معاوية رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم **« من يرد الله به خيرا يفقهه فى الدين »** رواه البخارى ومسلم .

وعن أبى موسى عبد الله بن قيس الأشعرى رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : **« ان مثل ما بعثنى الله به من الهدى والعلم كمثل غيث اصاب أرضا فكانت منها طائفة طيبة قبلت الماء ، فانبتت الكلأ والعشب الكثير ، وكان منها اجادب امسكت الماء ، فنفع الله بها الناس فشربوا منها وسقوا وزرعوا واصاب طائفة منها أخرى انما هى قيعان لا تمسك الماء ولا تنبت كلأ ، فذلك مثل من فقه فى دين الله ونفعه ما بعثنى الله به ، فعلم وعلم ومثل من لم يرفع بذلك راسا ، ولم يقبل هدى الله الذى أرسلت به »** رواه البخارى ومسلم .

وعن ابن مسعود رضى الله عنه قال : قال النبى صلى الله عليه وسلم : **« لا حسد الا فى اثنتين رجل آتاه الله مالا فسلطه على هلكته فى الحق ، ورجل آتاه الله الحكمة فهو يقضى بها ويعلمها »** . رواه . والمراد بالحسد الغبطة ، وهى أن يتمنى مثله . ومعناه ينبغى أن لا يغبط أحدا الا فى هاتين الموصلتين الى رضاء الله تعالى .

وعن سهل بن سعد رضى الله عنه ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعلى رضى الله عنه : **« فوالله لأن يهدى الله بك رجلا واحدا خير لك من حمر النعم »** رواه. وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : **من دعا الى هدى كان له من الأجر مثل أجور من تبعه ، لا ينقص ذلك من اجورهم شيئا ومن دعا الى ضلالة كان عليه من الاثم مثل آثام من تبعه لا ينقص ذلك من آثامهم »** رواه مسلم . وعن أبى هريرة رضى

الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : **« اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث : صدقة جارية ، أو علم ينتفع به ، أو ولد صالح يدعو له »** رواه مسلم . وعن أنس رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : **« من خرج فى طلب العلم فهو فى سبيل الله حتى يرجع »** رواه الترمذى وقال : حديث حسن .

وعن أبى أمامة الباهلى رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : **« فضل العالم على العابد كفضلى على أدناكم »** . ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : **ان الله وملائكته وأهل السموات والأرض حتى النملة فى حجرها ، وحتى الحوت ليصلون على معلمى الناس الخير »** رواه الترمذى وقال : حديث حسن ، وعن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : **« لن يشبع مؤمن من خير حتى يكون منتهاه الجنة »** رواه الترمذى وقال : حديث حسن .

وعن ابن عباس رضى الله عنهما « أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : **« فقيه واحد اشد على الشيطان من الف عابد »** رواه الترمذى ، وعن أبى هريرة مثله وزاد : **« لكل شىء عماد وعماد هذا الدين الفقه وما عبد الله بأفضل من فقه فى الدين »** . وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول **« الدنيا ملعونة ملعون ما فيها الا ذكر الله وما والاه ، وعالما ومتعلما »** رواه الترمذى وقال : حديث حسن .

وعن أبى الدرداء رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول **« من سلك طريقا يبتغى فيه علما سهل الله له طريقا الى الجنة ، وان الملائكة لتضع ، اجنحتها لطالب العلم رضاء وأن العالم ليستغفر له من فى السماوات ومن فى الأرض حتى الحيتان فى الماء وفضل العالم على العابد كفضل القمر على سائر الكواكب ، وان العلماء ورثة الأنبياء لم يورثوا دينارا ولا درهما وانما ورثوا العلم فمن أخذه أخذ بحظ وافر»** رواه أبو داود والترمذى وغيرهما وفى الباب أحاديث كثيرة وفيما أشرنا اليه كفاية .

وأما الآثار عن السلف فأكثر من أن تحصر ، وأشهر من أن تذكر ، لكن نذكر منها أحرفا متبركين ، مشيرين الى غيرها ومنبهين : عن على رضى الله عنه : **« كفى بالعلم شرفا أن يدعيه من لا يحسنه ، ويفرح اذا نسب اليه ، وكفى بالجهل ذما أن يتبرأ منه من هو فيه »** . وعن معاذ رضى الله عنه : **« تعلموا العلم فان تعلمه لله خشية ، وطلبه عبادة ومذاكرته تسبيح ، والبحث عنه جهاد ، وتعليمه من لا يعلمه صدقة ، وبذله لأهله قربة »** قال أبو مسلم الخولانى : « مثل العلماء فى الأرض مثل النجوم فى السماء اذا بدت للناس اهتدوا بها واذا خفيت عليهم تحيروا » .

عن وهب بن منبه قال : « يتشعب من العلم الشرف وان كان صاحبه دنيئا ، والعز وان كان مهينا ، والقرب وان كان قصيا . والغنى وان كان فقيرا ، والنبل وان كان حقيرا ، والمهابة وان كان وضيعا ، والسلامة وان كان سفيها » . وعن الفضيل قال : « عالم عامل بعلمه يدعى كبيرا فى ملكوت السموات » . وقال غيره : « اليس يستغفر لطالب العلم كل شيء افكهذا منزلة ؟ » وقيل : العالم كالعين العذبة نفعها دائم ، وقيل : العالم كالسراج من مر به اقتبس . وقيل : العلم يحرسك وانت تحرس (١) المال وهو يدفع عنك وانت تدفع عن المال .

وقيل : العلم حياة القلوب من الجهل ، ومصباح البصائر فى الظلم ، به تبلغ منازل الأبرار ، ودرجات الأخيار والتفكر فيه ، ومدارسته ترجح على الصلاة ، وصاحبه مبجل مكرم ، وقيل : مثل العالم مثل الحمة تأتيها البعداء ويتركها الأقرباء فبينا هى كذلك اذ غار ماؤها وقد انتفع بها وبقى قوم يتفكنون أى يتندمون .

قال أهل اللغة الحمة بفتح الحاء عين ماء حار يستشفى بالاغتسال فيها، وقال الشافعى رحمه الله : طلب العلم أفضل من صلاة النافلة ، وقال ليس بعد الفرائض أفضل من طلب العلم . وقال : من أراد الدنيا فعليه بالعلم ، ومن أراد الآخرة فعليه بالعلم ، وقال : من لا يحب العلم فلا خير فيه فلا يكن بينك وبينه معرفة ولا صداقة ، وقال : العلم مروءة له ، وقال : ان لم يكن الفقهاء العاملون أولياء الله فليس لله ولى .

وقال : ما أحد أورع لخالقه من الفقهاء ، وقال : من تعلم القرآن عظمت قيمته . ومن نظر فى الفقه نبل قدره ، ومن نظر فى اللغة رق طبعه ، ومن نظر فى الحساب جزل رايه ، ومن كتب الحديث قويت حجته ومن لم يصن نفسه لم ينفعه علمه ، وقال البخارى رحمه الله فى اول كتاب الفرائض من صحيحه قال عقبة بن عامر رضى الله عنه « تعلموا قبل الظانين » قال البخارى يعنى الذين يتكلمون بالظن . ومعناه تعلموا العلم من أهله المحققين الورعين قبل ذهابهم ومجىء قوم يتكلمون فى العلم بميل نفوسهم وظنونهم التى ليس لها مستند شرعى .

---

(١) من كلام على رضى الله عنه فيما رواه كميل بن زياد النخعى عنه من كلام طويل المطبعى

فصـــل

فى ترجيح الاشتغال بالعلم على الصلاة والصيام وغيرهما من العبادات القاصرة على فاعلها

قد تقدمت الآيات الكريمات فى هذا المعنى كقوله تعالى : **« هل يستوى الذين يعلمون والذين لا يعلمون »** وقوله تعالى : **« انما يخشى الله من عباده العلماء »** وغير ذلك ، ومـن الأحاديث ما سـبق كحديث ابن مسـعود : **(لا حسد الا فى اثنتين)** وحديث : **(من يرد الله به خيرا يفقهه فى الدين)** وحديث : (اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث) وحديث : (فضـل **العالم على العابد كفضلى على أدناكم)** وحديث : **(فقيه واحد أشـد على الشيطان من الف عابد)** وحديث : **(من سلك طريقا يلتمس فيه علما)** ، وحديث : **(من دعا الى هدى)** وحديث : **(لأن يهدى الله بك رجلا واحدا)** وغير ذلك مما تقدم .

وعن عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما قال : (خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذا فى المسـجد مجلسان : مجلس يتفقهـون ، ومجلس يدعون الله ويسألونه ، فقـال كلا المجلسـين الى خير ، أما هؤلاء فيدعون الله تعالى ، وأما هؤلاء فيتعلمون ويفقهون الجاهل . هؤلاء افضل، بالتعليم ارسلت ثم قعد معهم) رواه ابو عبد الله بن ماجه ، وروى الخطيب الحافظ أبو احمد بن على بن ثابت البغدادى فى كتابه (كتاب الفقيه والمتفقه) احاديث وآثارا كثيرة بأسانيدها المطرقة منها عن ابن عمر رضى الله عنهمـا قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا مررتم برياض الجنة فارتعوا قالوا : يارسول الله وما رياض الجنة ؟ قال : حلق الذكر فان لله سيارات من الملائكة ، يطلبون حلق الذكر ، فاذا اتوا عليهم حفوا بهم » .

وعن عطاء قال : مجالس الذكر هى مجـالى الحـلال والحـرام كيف تشترى وتبيع ، وتصلى ، وتصوم وتنكح وتطلق ، وتحج وأشباه هذا . وعن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : **(مجلس فقه خير من عبـادة ستين سنة)** وعن عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : **(يسير الفقه خير من كثير العبادة)** وعن أنس رضى الله عنه قال : (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : **فقيه واحد أفضل عنـد الله من الف عابد)** .

وعن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال **(افضل العبادة الفقه)**

وعن ابى الدرداء : **(ما نحن لولا كلمات الفقهاء ؟)** وعن على رضى الله عنه: **(العالم اعظم اجرا من الصائم القائم الغازى فى سبيل الله)** وعن ابى ذر وابى هريرة رضى الله عنهما قالا : (باب من العلم نتعلمه احب الينا من الف ركعة تطوع ، وباب من العلم نعلمه عمل به أو لم يعمل ، احب الينا من مائة ركعة تطوعا) وقالا : سمعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : **(اذا جاء الموت طالب العلم وهو على هذه الحال مات وهو شهيد)** .

وعن ابى هريرة رضى الله عنه : (لأن أعلم بابا من العلم فى امر ونهى ، احب الى من سبعين غزوة فى سبيل الله) وعن ابى الدرداء : (مذاكرة العلم ساعة خير من قيام ليلة) وعن الحسن البصرى ، قال لأن أتعلم بابا من العلم فأعلمه مسلما احب الى من أن تكون لى الدنيا كلها فى سبيل الله تعالى، وعن يحيى بن أبى كثير : دراسة العلم صلاة. وعن سفيان الثورى والشافعى: (ليس شىء بعد الفرائض افضل من طلب العلم) وعن أحمد بن حنبل وقيل له : اى شىء احب اليك ؟ : (اجلس بالليل انسخ او اصلى تطوعا ، قال فنسخك (١) تعلم بها امر دينك لهو احب) . وعن مكحول : ما عبد الله بأفضل من الفقه .

وعن الزهرى : ما عبد الله بمثل الفقه . وعن سعيد بن المسيب قال : ليست عبادة الله بالصوم والصلاة ، ولكن بالفقه فى دينه . يعنى ليس اعظمها وافضلها الصوم ، بل الفقه . وعن اسحق بن عبد بن ابى فروة : اقرب الناس من درجة النبوة اهل العلم واهل الجهاد فالعلماء دلوا الناس على ما جاءت به الرسل واهل الجهاد جاهدوا على ما جاءت به الرسل .. وعن سفيان بن عيينة : ارفع عند الله تعالى منزلة من كان بين الله وعباده، وهم الرسل والعلماء . وعن سهل التسترى : من اراد النظر الى مجالس الانبياء فلينظر الى مجالس العلماء فاعرفوا لهم ذلك .

* * *

فهذه احرف من أطراف ما جاء فى ترجيح الاشتغال (بالعلم) على العبادة ، وجاء عن جماعات من السلف ممن لم اذكره نحو ما ذكرته ، والحاصل انهم متفقون على ان الاشتغال بالعلم افضل من الاشتغالات بنوافل الصوم والصلاة والتسبيح ونحو ذلك من نوافل عبادات البدن ، ومن دلائله سوى ما سبق ان نفع العلم يعم صاحبه والمسلمين ، والنوافل المذكورة مختصة به ، ولأن العلم مصحح لغيره من العبادات مفتقر اليه ولا ينعكس ، ولأن العلماء ورثة الانبياء ولا يوصف المتعبدون بذلك ، ولأن العابد تابع للعالم مقتد به مقلد له فى عبادته وغيرها واجب عليه طاعته ولا

---

(١) وهكذا فى الأصل ولعل المعنى لنسخك مسالة الخ .. (ط) .

ينعكس ، ولأن العلم تبقى فائدته واثره بعد صاحبه ، والنوافل تنقطع بموت صاحبها ، ولأن العلم صفة لله تعالى ، ولأن العلم فرض كفاية اعنى العلم الذى كلامنا فيه ، فكان افضل من النافلة .

وقد قال امام الحرمين رحمه الله فى كتابه الغياثى (١) : فرض الكفاية افضل من فرض العين من حيث ان فاعله يسد مسد الأمة ، ويسقط الحرج عن الأمة ، وفرض العين قاصر عليه ، وبالله التوفيق .

فصـــل

فيما انشدوه فى فضل طلب العلم وهذا واسع جدا ، ولكن من عيونه ما جاء عن ابى الأسود الدؤلى ظالم بن عمرو التابعى رحمه الله :

العلم زين وتشريف لصاحبه ... فاطلب هديت فنون العلم والأدبا
لا خير فيمن له اصل بلا ادب ... حتى يكون على ما زانه حدبا
كم من كريم اخى عى وطمطمة ... فدم لدى القوم معروف اذا انتسبا
فى بيت مكرمة آباؤه نجب ... كانوا الرءوس فأمسى بعدهم ذنبا
وخامل مقرف الآباء ذى ادب ... نال المعالى بالآداب والرتبا
أمسى عزيزا عظيم الشأن مشتهرا ... فى خده صعر قد ظل محتجبا
العلم كنز وذخر لا نفاد له ... نعم القرين اذا ما صاحب صحبا
قد يجمع المرء مالا ثم يحرمه ... عما قليل فيلقى الذل والحربا
وجامع العلم مغبوط به ابدا ... ولا يحاذر منه الفوت والسلبا
يا جامع العلم نعم الذخر تجمعه ... لا تعدلن به درا ولا ذهبا

غيره :

تعلم فليس المرء يولد عالما ... وليس أخو علم كمن هو جاهل
وان كبير القوم لا علم عنده ... صغير اذا التفت عليه المحافل

ولآخر :

علم العلم من اتاك لعلم ... واغتنم ما حييت منه الدعاء
وليكن عندك الغنى اذا ما ... طلب العلم والفقير سواء

---

(١) لامام الحرمين كتاب اسمه غياث الأمم ، وكتاب اسمه مغيث الخلق ، ولعل المقصود الأول .

ولآخر :

ما الفخر الا لأهل العلم انهمو على الهدى لمن استهدى أدلاء
وقدر كل امرىء ما كان يحسنه والجاهلون لأهل العلم أعداء

ولآخر :

صدر المجالس حيث حل لبيبها فكن اللبيب وانت صدر المجلس

ولآخر :

عاب التفقه قوم لا عقول لهم وما عليه اذا عابوه من ضرر
ماضر شمس الضحى والشمس طالعة ان لايرى ضوءها من ليس ذا بصر

فصل

فى ذم من اراد بفعله غير الله تعالى

اعلم ان ماذكرناه من الفضل فى طلب العلم انما هو فيمن طلبه مريدا به وجه الله تعالى ، لا لغرض من الدنيا ومن أراده لغرض دنيوى كمال أو رياسة او منصب او وجاهة أو شهرة أو استمالة الناس اليه ، أو قهر المناظرين ، أو نحو ذلك فهو مذموم ، قال الله تعالى : **« من كان يريد حرث الآخرة نزد له فى حرثه ومن كان يريد حرث الدنيا نؤته منها ، وماله فى الآخرة من نصيب »** وقال تعالى : **« من كان يريد العاجلة عجلنا له فيها ما نشاء لمن نريد ثم جعلنا له جهنم يصلاها مذموما مدحورا »** الآية ، وقال تعالى : **« ان ربك لبالمرصاد »** وقال تعالى : **« وما امروا الا ليعبدوا الله مخلصين له الدين حنفاء »** والآيات فيه كثيرة .

وروينا فى صحيح مسلم عن ابى هريرة رضى الله عنه قال : (سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : ان أول الناس يقضى يوم القيامة عليه رجل استشهد فاتى به فعرفه نعمه فعرفها قال : فما عملت فيها ؟ قال : قاتلت فيك حتى استشهدت قال : كذبت ، ولكنك قاتلت ليقال جرىء ، فقد قيل ثم أمر به فسحب على وجهه حتى القى فى النار ، ورجل تعلم العلم وعلمه وقرأ القرآن فاتى به فعرفه نعمه فعرفها قال : فما عملت فيها ؟ قال : تعلمت العلم وعلمته وقرات فيك القرآن ، قال كذبت ، ولكنك تعلمت ليقال عالم ، وقرات القرآن ليقال قارىء فقد قيل ثم أمر به فسحب على وجهه حتى القى فى النار) .

وروينا عن ابى هريرة ايضا قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

(من تعلم علما مما يبتغى به وجه الله عز وجل لا يتعلمه الا ليصيب به عرضا من الدنيا لم يجد عرف الجنة يوم القيامة . يعنى ريحها) رواه ابو داود وغيره باسناد صحيح ، وروينا عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : **(من تعلم علما ينتفع به فى الآخرة ،** يريد به عرضا من الدنيا لم يرح رائحة الجنة) روى بفتح الياء مع فتح الراء وكسرها وروى بضم الياء مع كسر الراء وهى ثلاث لغات مشهورة ، ومعناه لم يجد ريحها .

وعن انس وحذيفة قالا : (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من **طلب العلم ليمارى به السفهاء ويكاثر به العلماء ، أو يصرف به وجوه الناس اليه فليتبوأ مقعده من النار)** ورواه الترمذى من رواية كعب من مالك ، وقال فيه : **(أدخله الله النار)** وعن ابى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : **(اشد الناس عذابا يوم القيامة عالم لا ينتفع به)** وعنه صلى الله عليه وسلم : **(شرار الناس شرار العلماء)** .

وروينا فى مسند الدارمى عن على بن ابى طالب رضى الله عنه قال : (يا حملة العلم اعملوا به فانما العالم من عمل بما علم ، ووافق علمه عمله وسيكون اقوام يحملون العلم لا يجاوز تراقيهم ، يخالف عملهم علمهم ، ويخالف سريرتهم علانيتهم ، يجلسون حلقا يباهى بعضهم بعضا حتى ان الرجل ليغضب على جليسه أن يجلس الى غيره ويدعه ، أولئك لا تصعد اعمالهم فى مجالسهم تلك الى الله تعالى) وعن سفيان ما ازداد عبد علما فازداد فى الدنيا رغبة الا ازداد من الله بعدا ، وعن حماد بن سلمة : (من طلب الحديث لغير الله مكر به) والآثار به كثيرة .

فصـــل

فى النهى الاكيد والوعيد الشديد ، لمن يؤذى أو ينتقص الفقهاء والمتفقهين والحث على اكرامهم وتعظيم حرماتهم

قال الله تعالى : **((ومن يعظم شعائر الله فانها من تقوى القلوب))** وقال تعالى : **((ومن يعظم حرمات الله فهو خير له عند ربه))** وقال تعالى : **((واخفض جناحك للمؤمنين))** وقال تعالى : **((والذين يؤذون المؤمنين والمؤمنات بغير ما اكتسبوا فقد احتملوا بهتانا واثما مبينا))** وثبت فى صحيح البخارى عن أبى هريرة رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . (أن الله عز وجل قال : **((من آذى لى وليا فقد آذنته بالحرب))** وروى الخطيب البغدادى عن الشافعى وابى حنيفة رضى الله عنهما قالا : ان لم تكن الفقهاء أولياء الله فليس لله ولى ، وفى كلام الشافعى : الفقهاء العاملون .

وعن ابن عباس رضى الله عنهما : من آذى فقيها فقد آذى رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن آذى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد آذى الله تعالى عز وجل . وفى الصحيح عنه صلى الله عليه وسلم : **(من صلى الصبح فهو فى ذمة الله فلا يطلبنكم الله بشىء من ذمتـه)** وفى رواية **(فلا تخفروا الله فى ذمته)** .

وقال الامام الحافظ أبو القاسم ابن عساكر رحمه الله : اعلم يا اخى وفقنى الله واياك لمرضاته ، وجعلنا ممن يخشاه ويتقيه حق تقاته ، أن لحوم العلماء مسمومة ، وعادة الله فى هتك أستار منتقصهم معلومة ، وأن من أطلق لسانه فى العلماء بالثلب ، بلاه الله قبل موته بموت القلب **(فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب اليم)** .

باب أقسام العلم الشرعى

هى ثلاثة : الأول فرض العين وهو تعلم المكلف مالا يتأدى الواجب الذى تعين عليه فعله الا به ، ككيفية الوضوء والصلاة ونحوهما ، وعليه حمل جماعات الحديث المروى فى مسند ابى يعلى الموصلى عن أنس عن النبى صلى الله عليه وسلم : **(طلب العلم فريضة على كل مسلم)** وهذا الحديث وان لم يكن ثابتا فمعناه صحيح . وحمله آخرون على فرض الكفاية . وأما أصل واجب الاسلام وما يتعلق بالعقائد فيكفى فيه التصديق بكل ما جاء به رسول الله صلى الله عليه وسلم واعتقاده اعتقادا جازما سليما من كل شك ، ولا يتعين على من حصل له هذا تعلم أدلة المتكلمين . هذا هو الصحيح الذى أطبق عليه السلف والفقهاء والمحققون من المتكلمين من اصحابنا وغيرهم فان النبى صلى الله عليه وسلم لم يطالب أحدا بشىء سوى ما ذكرناه .

وكذلك الخلفاء الراشدون ومن سواهم من الصحابة ، فمن بعدهم من الصدر الأول ، بل الصواب للعوام وجماهير المتفقهين والفقهاء الكف عن الخوض فى دقائق الكلام ، مخافة من اختلال يتطرق الى عقائدهم يصعب عليهم اخراجه بل الصواب لهم الاقتصار على ما ذكرناه من الاكتفاء بالتصديق الجازم . وقد نص على هذه الجملة جماعات من حذاق اصحابنا وغيرهم .

وقد بالغ امامنا الشافعى رحمه الله تعالى فى تحريم الاشتغال بعلم الكلام اشد مبالغة . واطنب فى تحريمه وتغليظ العقوبة لمتعاطيه وتقبيح فعله وتعظيم الاثم فيه فقال : **« لأن يلقى الله العبد بكل ذنب ما خلا الشرك خير من أن يلقاه بشىء من الكلام »** وألفاظه بهذا المعنى كثيرة مشهورة .

وقد صنف الغزالى رحمه الله فى آخر امره كتابه المشهور الذى سماه (الجام العوام عن علم الكلام) وذكر أن الناس كلهم عوام فى هذا الفن من الفقهاء وغيرهم الا الشاذ النادر الذى لا تكاد الأعصار تسمح بواحد منهم والله أعلم .

ولو تشكك والعياذ بالله فى شىء من أصول العقائد مما لابد من اعتقاده، ولم يزل شكه الا بتعليم دليل من أدلة المتكلمين وجب تعلم ذلك لازالة الشك وتحصيل ذلك الأصل .

(فرع) اختلفوا فى آيات الصفات واخبارها هل يخاض فيها بالتاويل أم لا ؟ فقال قائلون تتاول على ما يليق بها ، وهذا اشهر المذهبين للمتكلمين ، وقال آخرون : لا تتاول بل يمسك عن الكلام فى معناها ويوكل

علمها الى الله تعالى ويعتقد مع ذلك تنزيه الله تعالى وانتفاء صفات الحادث عنه ، فيقال مثلا : نؤمن بأن الرحمن على العرش استوى ، ولا نعلم حقيقة معنى ذلك والمراد به ، مع انا نعتقد ان الله تعالى ((**ليس كمثله شيء**)) وانه منزه عن الحلول وسمات الحدوث ، وهذه طريقة السلف أو جماهيرهم وهى أسلم . اذ لا يطالب الانسان بالخوض فى ذلك ، فاذا اعتقد التنزيه فلا حاجة الى الخوض فى ذلك ، والمخاطرة فيما لا ضرورة بل لا حاجة اليه ، فان دعت الحاجة الى التأويل لرد مبتدع ونحوه تأولوا حينئذ . وعلى هذا يحمل ما جاء عن العلماء فى هذا والله أعلم .

(**فـــرع**) ولا يلزم الانسان تعلم كيفية الوضوء والصلاة وشبههما الا بعد وجوب ذلك الشيء ، فان كان بحيث لو صبر الى دخول الوقت لم يتمكن من تمام تعلمها مع الفعل فى الوقت فهل يلزمه التعلم قبل الوقت ؟ تردد فيه الغزالى ، والصحيح ما جزم به غيره أنه يلزمه تقديم التعلم كما يلزم السعى الى الجمعة لمن بعد منزله قبل الوقت ، ثم اذا كان الواجب على الفور كان تعلم الكيفية على الفور ، وان كان على التراخى كالحج فعلى التراخى ، ثم الذى يجب من ذلك كله ما يتوقف أداء الواجب عليه غالبا ، دون ما يطرأ نادرا ، فان وقع وجب التعلم حينئذ ، وفى تعلم أدلة القبلة أوجه ، احدها : فرض عين ، والثانى : كفاية واصحهما فرض كفاية ، الا أن يريد سفرا فيتعين لعموم حاجة المسافر الى ذلك .

(**فـــرع**) اما البيع والنكاح وشبههما مما لا يجب أصله فقال امام الحرمين والغزالى وغيرهما : يتعين على من أراده تعلم كيفيته وشرطه وقيل : لا يقال يتعين بل يقال : يحرم الاقدام عليه الا بعد معرفة شرطه ، وهذه العبارة اصح ، وعبارتهما محمولة عليها . وكذا يقال فى صلاة النافلة : يحرم التلبس بها على من لم يعرف كيفيتها ، ولا يقال يجب تعلم كيفيتها .

(**فـــرع**) يلزمه معرفة ما يحل وما يحرم من المأكول والمشروب والملبوس ونحوها مما لا غنى له عنه غالبا ، وكذلك أحكام عشرة النساء ان كان له زوجة ، وحقوق المماليك ان كان له مملوك ونحو ذلك .

(**فـــرع**) قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله : على الآباء والأمهات تعليم أولادهم الصغار ما سيتعين عليهم بعد البلوغ ، فيعلمه الولى الطهارة والصلاة والصوم ونحوها ، ويعرفه تحريم الزنا واللواط والسرقة ، وشرب المسكر والكذب والغيبة وشبهها ، ويعرفه أن بالبلوغ يدخل فى التكليف ويعرفه ما يبلغ به ، وقيل هذا التعليم مستحب ، والصحيح وجوبه ، وهو ظاهر نصه ، وكما يجب عليه النظر فى ماله فهذا أولى وانما المستحب مازاد على هذا من تعليم القرآن وفقه وأدب .

ويعرفه ما يصلح معاشه ، ودليل وجوب تعليم الولد الصغير والمملوك قول الله عز وجل : ((**يا أيها الذين آمنوا قوا أنفسكم وأهليكم نارا**)) قال على بن أبى طالب رضى الله عنه ومجاهد وقتادة : (معناه علموهم ما ينجون به من النار) وهذا ظاهر ، وثبت فى الصحيحين عن ابن عمر رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (**كلكم راع ومسئول عن رعيته**).

ثم اجرة التعليم فى النوع الأول فى مال الصبى . فان لم يكن له مال فعلى من تلزمه نفقته .

وأما الثانى فذكر الامام ابو محمد الحسين بن مسعود البغوى صاحب التهذيب فيه وجهين ، وحكاهما غيره اصحهما : فى مال الصبى ، لكونه مصلحة له ، والثانى : فى مال الولى ، لعدم الضرورة اليه ، واعلم أن الشافعى والأصحاب انما جعلوا للام مدخلا فى وجوب التعليم لكونه من التربية وهى واجبة عليها (١) كالنفقة والله اعلم .

(**فرع**) اما علم القلب وهو معرفة أمراض القلب كالحسد والعجب وشبههما فقال الغزالى : معرفة حدودها واسبابها وطبها وعلاجها فرض عين ، وقال غيره : ان رزق المكلف قلبا سليما من هذه الأمراض المحرمة كفاه ذلك ولا يلزمه تعلم دوائها ، وان لم يسلم نظر ـ ان تمكن من تطهير قلبه من ذلك بلا تعلم ـ لزمه التطهير كما يلزمه ترك الزنا ونحوه من غير تعلم ادلة الترك ، وان لم يتمكن من الترك الا بتعلم العلم المذكور تعين حينئذ والله أعلم .

(**القسم الثانى**) فرض الكفاية وهو تحصيل ما لابد للناس منه فى اقامة دينهم من العلوم الشرعية ، كحفظ القرآن والأحاديث وعلومهما ، والأصول والفقه والنحو واللغة والتصريف ، ومعرفة رواة الحديث ، والاجماع والخلاف ، وأما ما ليس علما شرعيا ويحتاج اليه فى قوام أمر الدنيا كالطب والحساب ففرض كفاية ايضا نص عليه الغزالى ، واختلفوا فى تعلم الصنائع التى هى سبب قيام مصالح الدنيا كالخياطة والفلاحة ونحوهما . واختلفوا ايضا فى أصل فعلها فقال امام الحرمين والغزالى : ليست فرض كفاية .

وقال الامام ابو الحسن على بن محمد بن على الطبرى المعروف بالكيا الهراسى صاحب امام الحرمين : هى فرض كفاية . وهذا اظهر ، قال اصحابنا : وفرض الكفاية المراد به تحصيل ذلك الشىء من المكلفين به أو بعضهم ، ويعم وجوبه جميع المخاطبين به ، فاذا فعله من تحصل به الكفاية سقط الحرج عن الباقين ، واذا قام به جمع تحصل الكفاية ببعضهم فكلهم سواء فى حكم القيام بالفرض فى الثواب وغيره . فاذا صلى على

---

(١) هكذا فى نسخة ، وفى نسخة اخرى : اذا وجبت عليها النفقة (ش) .

جنازة جمع ثم جمع ثم جمع فالكل يقع فرض كفاية ولو اطبقوا كلهم على تركه اثم كل من لا عذر له ممن علم ذلك وأمكنه القيام به ، أو لم يعلم وهو قريب أمكنه العلم ، بحيث ينسب الى تقصير ، ولا يأثم من لم يتمكن لكونه غير أهل أو لعذر .

ولو اشتغل بالفقه ونحوه وظهرت نجابته فيه ورجى فلاحه وتبريزه فوجهان أحدهما : يتعين عليه الاستمرار لقلة من يحصل هذه المرتبة ، فينبغى الا يضيع ما حصله وما هو بصدد تحصيله . واصحهما لا يتعين ، لأن الشروع لا يغير المشروع فيه عندنا الا فى الحج والعمرة ، ولو خلت البلدة من مفت فقيل : يحرم المقام بها والأصح لا يحرم ان أمكن الذهاب الى مفت ، واذا قام بالفتوى انسان فى مكان سقط به فرض الكفاية الى مسافة القصر من كل جانب .

واعلم أن للقائم بفرض الكفاية مزية على القائم بفرض العين ، لأنه اسقط الحرج عن الأمة وقد قدمنا كلام امام الحرمين فى هذا فى فصل ترجيح الاشتغال بالعلم على العبادة القاصرة .

(القسم الثالث) النفل وهو كالتبحر فى أصول الأدلة والامعان فيما وراء القدر الذى يحصل به فرض الكفاية ، وكتعلم العامى نوافل العبادات لفرض العمل لا ما يقوم به العلماء من تمييز الفرض من النفل ، فان ذلك فرض كفاية فى حقهم ، والله أعلم .

فصل

قد ذكرنا اقسام العلم الشرعى ، ومن العلوم الخارجة عنه ما هو محرم أو مكروه أو مباح ، فالمحرم كتعلم السحر فانه حرام على المذهب الصحيح، وبه قطع الجمهور . وفيه خلاف نذكره فى الجنايات حيث ذكره المصنف ان شاء الله تعالى (١) وكالفلسفة والشعبذة والتنجيم وعلوم الطبائعيين ، وكل ما كان سببا لاثارة الشكوك ، ويتفاوت فى التحريم . والمكروه كأشعار المولدين التى فيها الغزل والبطالة . والمباح كأشعار المولدين التى ليس فيها سخف ، ولا شىء مما يكره ، ولا ما ينشط الى الشر ، ولا ما يثبط عن الخير ، ولكن ما يحث على خير أو يستعان به عليه .

---

(١) شاءت ارادة الله أن نتولى شرح كلام المصنف على النهج الذى نهجه الامام النووى رضى الله عنه ، نقول : على نهجه لا على شاوه . المطيعى

فصـــل

تعليم الطالبين وافتاء المستفتين فرض كفاية ، فان لم يكن هنـــاك من يصلح الا واحد تعين عليه ، وان كان جماعة يصلحون فطلب ذلك من احدهم فامتنع فهل يأثم ؟ ذكروا وجهين فى المفتى : والظاهر جريانهما فى المعلم ، وهما كالوجهين فى امتناع احد الشهود ، والأصح لا يأثم . ويستحب للمعلم أن يرفق بالطالب ويحسن اليه ما أمكنه فقد روى الترمذى باسناده عـــن أبى هرون العبدى قال : « كنا نأتى أبا سعيد الخدرى [illegible] مرحبا بوصية رسول الله [illegible] رضى الله عنه فيقول: [illegible] صلى الله عليه وسلم ان النبى صلى الله عليـــه وسلم قال : ان الناس لكم تبع وان رجالا يأتونكم من أقطار الأرض يتفقهون فى الدين فاذا أتوكم فاستوصوا بهم خيرا » .

باب آداب المعـــلم

هذا الباب واسع جدا وقد جمعت فيه نفائس كثيرة لا يحتمل هـذا الكتاب عشرها ، فأذكر فيه ان شاء الله تعالى نبذا منه ، فمن آدابه ادبه في نفسه وذلك في امور ، منها ان يقصد بتعليمه وجه الله تعالى ، ولا يقصد [illegible] لا الى غرض دنيوي : كتحصيل مال او جاه او شهرة او سمعة او [illegible] الى تعلمه عليه ، او المختلفين اليه ، او نحو ذلك، [illegible] تميز عن الأشياء ، أو تكثر [illegible] مشتغل ولا يشين علمه وتعليمه بشيء من الطمع في رفق تحصل [illegible] عليه من خدمة أو مال أو نحوهما وان قل ، ولو كان على صورة الهـدية التي لولا اشتغاله عليه لما اهداها اليه .

ودليل هذا كله سبق في باب ذم من أراد بعلمه غير الله تعالى من الآيات والأحاديث ، وقد صح عن الشافعي رحمه الله تعالى انه قال : « وددت أن الخلق تعلموا هذا العلم على أن لا ينسب الى حرف منه » وقال رحمه الله تعالى : « ما ناظرت أحدا قط على الغلبة ، وودت اذا ناظرت أحـدا ان يظهر الحق على يديه » وقال : « ما كلمت أحـدا قط الا وددت أن يوفق ويسدد ، ويعان ، ويكون عليه رعاية من الله وحفظ » وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال : يا قوم أريدوا بعلمكم الله فاني لم أجلس مجلسا قط أنوي فيه أن أتواضع الا لم أقم حتى اعلوهم ، ولم أجلس مجلسـا قط أنوي فيه ان أعلوهم الا لم أقم حتى افتضح .

ومنها أن يتخلق بالمحاسن التي ورد الشرع بها وحث عليها ، والخلال الحميدة والشيم المرضية التي أرشد اليها من التزهد في الدنيا والتقلل منها ، وعدم المبالاة بفواتهـا والسخاء والجود ومكارم الأخلاق ، وطلاقة الوجه من غير خروج الى حد الخلاعة ، والحلم والصبر والتنزه عن دنيء الاكتسـاب ، وملازمة الورع والخشـوع والسكينة والوقار والتواضـع والخضوع واجتناب الضحك والاكثار من المزح وملازمة الآداب الشرعية الظاهرة والخفيـة كالتنظيف بازالة الأوسـاخ ، وتنظيف الابط ، وازالة الروائح الكريهة واجتناب الروائح المكروهة وتسريح اللحية .

ومنها الحذر من الحسـد والرياء والاعجاب واحتقار الناس وان كانوا دونه بدرجات ، وهذه أدواء وأمراض يبتلى بها كثيرون من اصحاب الأنفس الخسيسـات ، وطريقه في نفي الحسـد أن يعلم أن حكمة الله تعالى اقتضت جعل هذا الفضـل في هذا الانسـان فلا يعترض ولا يكره ما اقتضـته الحكمة (١) بذم الله احترازا من المعاصي .

---

(١) هكذا في نسخة وفي اخرى ولم يذمه الله وكلتا العبارتين تحتاج الى تأمل وتحرير(ش)

وطريقه فى نفى الرياء ان يعلم أن الخلق لا ينفعونه ولا يضرونه حقيقة فلا يتشاغل بمراعاتهم فيتعب نفســه ويضر دينه ويحبط عمله ويرتكب ما يجلب سخط الله ويفوت رضاه ، وطريقه فى نفى الاعجاب أن يعلم أن العلم فضل من الله تعالى ومنة عارية فان لله تعالى ما أخذ وله ما أعطى وكل شىء [illegible] أن لا يعجب بشىء لم يخترعه وليس مالكا له عنده بأجل مسمى ، [illegible] ولا على يقين من دوامه .

وطريقه فى نفى الاحتقار التأدب بما أدبنا الله تعالى ، قال الله تعالى ، **(فلا تزكوا أنفسكم هو اعلم بمن اتقى)** وقال تعالى : **(ان اكرمكم عند الله أتقاكم)** فربما كان هذا الذى يراه دونه أتقى لله تعالى وأطهر قلبا ، وأخلص نية ، وأزكى عملا ، ثم انه لا يعلم ماذا يختم له به ، ففى الصحيح : **« ان احدكم يعمل بعمل اهل الجنة »** الحديث نسأل الله العافية من كل داء ، ومنها استعماله أحاديث التسبيح والتهليل ونحوهما من الأذكار والدعوات وسائر الآداب الشرعيات . ومنها دوام مراقبته لله تعالى فى علانيته وسره ، محافظا على قراءة القرآن ، ونوافل الصلوات والصوم وغيرها ، . معولا على الله تعالى فى كل أمره معتمدا عليه ، مفوضا فى كل الأحوال أمره اليه .

ومنها ــ وهو من أهمها ــ ان لا يذل العلم ، ولا يذهب به الى مكان ينتسب الى من يتعلمه منه ، وان كان المتعلم كبير القدر ، بل يصون العلم عن ذلك كما صانه السلف ، وأخبارهم فى هذا كثيرة مشهورة مع الخلفاء وغيرهم . فان دعت اليه ضرورة أو اقتضت مصلحة راجحة على مفســدة ابتذاله ، رجونا انه لا بأس به ما دامت الحالة هذه ، وعلى هذا يحمل ما جاء عن بعض السلف فى هذا .

ومنها أنه اذا فعل فعلا صحيحا جائزا فى نفس الأمر ، ولكن ظاهره أنه حرام أو مكروه ، أو مخــل بالمروءة ، ونحــو ذلك ، فينبغى له أن يخبر أصحابه ومن يراه يفعل ذلك بحقيقــة ذلك الفعل لينتفعوا ، ولئلا يأثموا بظنهم الباطل ، ولئلا ينفروا عنه ويمتنع الانتفاع بعلمه ، ومن هذا الحديث الصحيح : « انها صفية » (١) .

---

(١) قلت الذى اخرجه البخارى من طريق الزهرى عن على بن الحسن رضى الله عنهما أن صفية زوج النبى صلى الله عليه وسلم أخبرته أنها جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوره فى اعتكافه فى المسجد فى العشر الأواخر من رمضان فتحدثت عنده ساعة ، ثم قامت تنقلب ، فقام النبى صلى الله عليه وسلم معها يقلبها حتى اذا بلغت باب المسجد عند باب ام سلمة اذ مر رجلان من الأنصار فسلما على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهما النبى صلى الله عليه وسلم : « على رسلكما ، انما هى صفية بنت حيى » فقالا : سبحان الله يا رسول الله ، وكبر عليهما فقال النبى صلى الله عليه وسلم : ان الشيطان يبلغ من الانسان مبلغ الدم ، وانى خشيت ان يقذف فى قلوبكما شيئا » . المطيعى

فصـــل

ومـــن آدابه فى درســـه واشـــتغاله ، فينبغى أن لا يزال مجتهـــدا فى الاشتغال بالعلم قراءة واقراء ، ومطالعة [illegible] وتصنيفا [illegible] وسيعـــا ، ومباحثـــة ومذاكرة [illegible] . ولا يستنكف من التعلم ممن هو دونه فى سن أو نسب أو شهرة أو دين ، أو فى علم آخر ، بل يحرص على الفائدة ممن كانت عنده ، وان كان دونه فى جميع هذا ، ولا يستحى من السؤال عما لم يعلم ، فقد روينا عن عمر وابنه رضى الله عنهمـــا قالا : « من رق وجهه رق علمه » . وعن مجاهد : لا يتعلم العلم مستح ولا مستكبر . وفى الصحيح عن عائشة رضى الله عنها قالت : « نعم النساء نساء الأنصار ، لم يمنعهن الحياء أن يتفقهن فى الدين » .

وقال سعيد بن جبير : « لا يزال الرجل عالما ما تعلم ، فاذا ترك العلم وظن أنه قـــد استغنى واكتفى بما عنـــده فهو أجهل ما يكون » وينبغى ان لا يمنعه ارتفاع منصبه وشهرته من استفادة ما لا يعرفه ، فقد كان كثيرون من السلف يستفيدون من تلامذتهم ما ليس عندهم ، وقد ثبت فى الصحيح رواية جماعة من الصحابة عن التابعين ، وروى جماعات من التابعين عن تابعى التابعين ، وهذا عمرو بن شعيب ليس تابعيا ، وروى عنه اكثر من سبعين من التابعين .

وثبت فى الصحيحين **(أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قرأ : « لم يكن الذين كفروا (١) » على ابى بن كعب رضى الله عنه وقال : أمرنى الله أن أقرأ عليك)** فاستنبط العلماء من هذا فوائد ، منها بيان التواضع ، وان الفاضـــل لا يمتنـــع من القراءة على المفضـــول ، وينبغى أن تكون ملازمة الاشتغال بالعلم هى مطلوبه وراس ماله فلا يشتغل بغيره ، فان اضطر الى غيره فى وقت ، فعل ذلك الغير بعد تحصيل وظيفته من العلم .

وينبغى أن يعتنى بالتصنيف اذا تاهل له ، فيه يطلع على حقائق العلم ودقائقه ، ويثبت معه ، لأنه يضطره الى كثرة التفتيش والمطالعة والتحقيق والمراجعة والاطلاع على مختلف كلام الأئمة ومتفقه وواضحه من مشكله ، وصحيحه من ضعيفه ، وجزله من ركيكه وما لا اعتراض عليه من غيره ، وبه يتصف المحقق بصفة المجتهد .

وليحذر كل الحـــذر أن يشرع فى تصنيف ما لم يتاهل له ، فان ذلك

---

(١) الآية الأولى من سورة البينة .

يضره فى دينه وعلمه وعرضه ، وليحذر أيضا من اخراج تصنيفه من يده الا بعد تهذيبه وترداد نظره فيه وتكريره ، وليحرص على ايضاح العبارة وايجازها ، فلا يوضح ايضاحا ينتهى الى الركاكة ، ولا يوجز ايجازا يفضى الى المحق (١) والاستغلاق ، وينبغى أن يكون اعتناؤه من التصنيف بما لم يسبق اليه أكثر . والمراد بهذا أن لا يكون هناك مصنف يغنى عن مصنفه فى جميع أساليبه ، فان أغنى عنه بعضها فليصنف من جنسه ما يزيد زيادات يحتفل بها ، مع ضم ما فاته من الأساليب . وليكن تصنيفه فيما يعم الانتفاع به ، ويكثر الاحتياج اليه ، وليعتن بعلم المذهب ، فانه من أعظم الأنواع نفعا ، وبه يتسلط المتمكن على المعظم من باقى العلوم .

ومن آدابه وآداب تعليمه : اعلم أن التعليم هو الأصل الذى به قوام الدين ، وبه يؤمن امحاق العلم ، فهو من أهم أمور الدين ، وأعظم العبادات، وآكد فروض الكفايات ، قال الله تعالى (٢) : « **واذ أخذ الله ميثاق الذين أوتوا الكتاب لتبيننه للناس ولا تكتمونه** » وقال تعالى : (**ان (٣) الذين يكتمون ما انزلنا**) الآية . وفى الصحيح من طرق أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « **ليبلغ الشاهد منكم الغائب** » والأحاديث بمعناه كثيرة ، والاجماع منعقد عليه .

ويجب على المعلم ان يقصد بتعليمه وجه الله تعالى لما سبق ، والا يجعله وسيلة الى غرض دنيوى ، فيستحضر المعلم فى ذهنه كون التعليم آكد العبادات ، لكون ذلك حاثا له على تصحيح النية ، ومحرضا له على صيانته من مكدراته ومن مكروهاته ، مخافة فوات هذا الفضل العظيم ، والخير الجسيم . قالوا : وينبغى أن لا يمتنع من تعليم أحد لكونه غير صحيح النية ، فانه يرجى له حسن النية ، وربما عسر فى كثير من المبتدئين بالاشتغال تصحيح النية لضعف نفوسهم ، وقلة أنسهم بموجبات تصحيح النية ، فالامتناع من تعليمهم يؤدى الى تفويت كثير من العلم مع انه يرجى ببركة العلم تصحيحها اذا أنس بالعلم .

وقد قالوا : طلبنا العلم لغير الله فأبى أن يكون الا لله ، معناه كانت عاقبته أن صار لله ، وينبغى أن يؤدب المتعلم على التدريج بالآداب السنية ، والشيم المرضية ، ورياضة نفسه بالآداب والدقائق الخفية ، وتعوده الصيانة فى جميع أموره الكامنة والجلية .

---

(١) محقه محقا من باب نفع نقصه وأذهب بركته ، أو أذهب الأمر كله ومحاه فلم يبق أثراً له ومنه قوله تعالى : « يمحَقُ اللهُ الربا » .

(٢) الآية ١٨ من سورة آل عمران .

(٣) الآية ١٥٩ من سورة البقرة .

فأول ذلك أن يحرضه بأقواله وأحواله المتكررات ، على الاخلاص والصدق وحسن النيات ، ومراقبة الله تعالى فى جميع اللحظات ، وأن يكون دائما على ذلك حتى الممات ، ويعرفه أن بذلك تنفتح عليه أبواب المعارف ، وينشرح صدره وتنفجر من قلبه ينابيع الحكم واللطائف ، ويبارك له فى حاله وعلمه ، ويوفق للاصابة فى قوله وفعله وحكمه ، ويزهده فى الدنيا ، ويصرفه عن التعلق بها ، والركون اليها ، والاغترار بها ، ويذكره أنها فانية ، والآخرة آتية باقية ، والتأهب للباقى ، والاعراض عن الفانى ، هو طريق الحازمين ، وداب عباد الله الصالحين .

وينبغى أن يرغبه فى العلم ، ويذكره بفضائله وفضائل العلماء ، وأنهم ورثة الأنبياء ، صلوات الله وسلامه عليهم ، ولا رتبة فى الوجوه أعلى من هذه . وينبغى أن يحنو عليه ويعتنى بمصالحه كاعتنائه بمصالح نفسه وولده ، ويجريه مجرى ولده فى الشفقة عليه ، والاهتمام بمصالحه ، والصبر على جفائه وسوء أدبه ، ويعذره فى سوء أدب وجفوة تعرض منه فى بعض الأحيان ، فان الانسان معرض للنقائص ، وينبغى أن يحب له ما يحب لنفسه من الخير ، ويكره له ما يكرهه لنفسه من الشر ، ففى الصحيحين : **« لا يؤمن احدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه »** .

وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال : **« أكرم الناس على ، جليسى الذى يتخطى الناس ، حتى يجلس الى ، لو استطعت الا يقع الذباب على وجهه لفعلت »** وفى رواية : **« ان الذباب يقع عليه فيؤذينى »** وينبغى أن يكون سمحا يبذل ما حصله من العلم سهلا بالقائه الى مبتغيه ، متلطفا فى افادته طالبيه ، مع رفق ونصيحة وارشاد الى المهمات وتحريض على حفظ ما يبذله لهم من الفوائد النفيسات ، ولا يدخر عنهم من أنواع العلم شيئا يحتاجون اليه اذا كان الطالب أهلا لذلك ، ولا يلقى اليه شيئا لم يتأهل له ، لئلا يفسد عليه حاله ، فلو سأله المتعلم عن ذلك لم يجبه ، ويعرفه أن ذلك يضره ولا ينفعه ، وأنه لم يمنعه ذلك شحا ، بل شفقة ولطفا .

وينبغى أن لا يتعظم على المتعلمين ، بل يلين لهم ويتواضع ، فقد أمر بالتواضع لآحاد الناس ، قال الله تعالى : **« واخفض جناحك للمؤمنين (١) »** وعن عياض بن حمار (٢) رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : **« ان الله أوحى الى أن تواضعوا »** رواه مسلم ، وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : **« ما نقصت صدقة من مال ، وما زاد الله عبدا بعفو الا عزا ، وما تواضع أحد لله الا رفعه الله »** رواه مسلم .

---

(١) الآية ٨٨ من سورة الحجر .

(٢) فى الأصل حماد بالدال وكذا فى أسد الغابة وهو تحريف وصوابه بالراء (ط) .

فهذا فى التواضع لمطلق الناس ، فكيف بهؤلاء الذين هم كأولاده ؟ مع ما هم عليه من الملازمة لطلب العلم ، ومع ما لهم عليه من حق الصحبة ، وترددهم اليه واعتمادهم عليه ؟ وفى الحديث عن النبى صلى الله عليه وسلم : « **لينوا لمن تعلمون ولمن تتعلمون منه** (١) » وعن الفضيل بن عياض رحمه الله : « **ان الله عز وجل يحب العالم المتواضع ويبغض العالم الجبار ، ومن تواضع لله تعالى ورثه الحكمة** » . وينبغى أن يكون حريصا على تعليمهم مهتما به مؤثرا له على حوائج نفسه ومصالحه ما لم تكن ضرورة ، ويرحب بهم عند اقبالهم اليه ، لحديث أبى سعيد السابق ، ويظهر لهم البشر وطلاقة الوجه ، ويحسن اليهم بعلمه وماله وجاهه بحسب التيسير ، ولا يخاطب الفاضل منهم باسمه بل بكنيته ونحوها ، ففى الحديث عن عائشة رضى الله عنها : « **كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكنى أصحابه اكراما لهم وتسنية لأمورهم** » .

وينبغى ان يتفقدهم ويسأل عمن غاب منهم ، وينبغى ان يكون بسط وسعه فى تفهيمهم ، وتقريب الفائدة الى أذهانهم ، حريصا على هدايتهم ، ويفهم كل واحد بحسب فهمه وحفظه فلا يعطيه ما لا يحتمله ، ولا يقصر به عما يحتمله بلا مشقة ، ويخاطب كل واحد على قدر درجته ، وبحسب فهمه وهمته ، فيكتفى بالاشارة لمن يفهمها فهما محققا ، ويوضح العبارة لغيره ، ويكررها لمن لا يحفظها الا بتكرار ، ويذكر الأحكام موضحة بالأمثلة من غير دليل لمن لا ينحفظ له الدليل ، فان جهل دليل بعضها ذكره له ، ويذكر الدلائل لمحتملها ، ويذكر : هذا ما بينا ، على هذه المسألة وما يشبهها ، وحكمه حكمها وما يقاربها ، وهو مخالف لها ، ويذكر الفرق بينهما ، ويذكر ما يرد عليها وجوابه ان أمكنه .

ويبين الدليل الضعيف ، لئلا يغتر به فيقول : استدلوا بكذا وهو ضعيف لكذا ، ويبين الدليل المعتمد ليعتمد ، ويبين له ما يتعلق بها من الأصول والأمثال والأشعار واللغات ، وينبههم على غلط من غلط فيها من المصنفين ، فيقول مثلا : هذا هو الصواب ، وأما ما ذكره فلان فغلط أو ضعيف ، قاصدا النصيحة لئلا يغتر به ، لا لتنقص للمصنف . ويبين له على التدريج قواعد المذهب التى لا تنخرم غالبا ، كقولنا : اذا اجتمع سبب

---

(١) هذا الحديث بهذا اللفظ الذى ساقه الشيخ أعيانى البحث عنه وانما الذى فى مجمع الزوائد ولعله هو وذكره الشيخ بمعناه ما جاء عن أبى هريرة رضى الله عنه مرفوعا : « تعلموا العلم وتعلموا مع العلم السكينة والوقار ، وتواضعوا لمن تعلمون منه » رواه الطبرانى فى الأوسط وفيه عباد بن كثير (ط) .

ومباشرة قدمنا المباشرة (١) ، واذا اجتمع أصل وظاهر ففى المسألة غالبا قولان ، واذا اجتمع قولان قديم وجديد فالعمل غالبا بالجديد الا فى مسائل معدودة ، سنذكرها قريبا ان شاء الله تعالى .

وان من قبض شيئا لغرضه ، لا يقبل قوله فى الرد الى المالك ، ومن قبضه لغرض المالك قبل قوله فى الرد الى المالك لا الى غيره ، وان الحدود تسقط بالشبهة ، وان الأمين اذا فرط ضمن ، وان العدالة والكفاية شرط فى الولايات ، وان فرض الكفاية اذا فعله من يحصل به المطلوب سقط الحرج عن الباقين والا اثموا كلهم بالشرط الذى قدمناه ، وان من ملك انشاء عقد ملك الاقرار به ، وان النكاح والنسب مبنيان على الاحتياط ، وان الرخص لا تباح بالمعاصى ، وان الاعتبار فى الأيمان بالله أو العتاق أو الطلاق أو غيرها بنية الحالف الا ان يكون المستحلف قاضيا فاستحلفها لله تعالى ، لدعوى [illegible] فان الاعتبار بنية القاضى [illegible] ان كان الحالف يوافقه فى [illegible] ، فان حالفه كحنفى استحلف شافعيا فى شفعة الجوار ففيمن تعتبر نيته ؟ وجهان . وان اليمين التى يستحلف بها القاضى لا تكون الا بالله تعالى وصفاته ، وان الضمان يجب فى مال المتلف بغير حق ، سواء كان مكلفا أو غيره ، بشرط كونه من أهل الضمان فى حق المتلف عليه .

فقولنا : من أهل الضمان ، احتراز من اتلاف المسلم مال حربى ونفسه وعكسه . وقولنا : فى حقه ، احتراز من اتلاف العبد مال سيده الا أن يكون المتلف قاتلا خطأ أو شبه عمد ، فان الدية على عاقلته ، وان السيد لا يثبت له مال فى ذمة عبده ابتداء وفى ثبوته دواما وجهان . وان اصل الجمادات الطهارة الا الخمر وكل نبيذ مسكر . وان الحيوان على الطهارة الا الكلب والخنزير وفرع أحدهما .

ويبين له جملا مما يحتاج اليه وينضبط له من اصول الفقه ، وترتيب الأدلة من الكتاب والسنة والاجماع والقياس ، واستصحاب الحال عند من يقول به ، ويبين له أنواع الأقيسة ودرجاتها وكيفية استثمار الأدلة ، ويبين حد الأمر والنهى ، والعموم والخصوص ، والمجمل والمبين ، والناسخ والمنسوخ ، وان صيغة الأمر على وجوه ، وانه عند تجرده يحمل على الوجوب عند جماهير الفقهاء ، وان اللفظ يحمل على عمومه وحقيقته ، حتى يرده دليل تخصيص ومجاز .

---

(١) كالمحرض على القتال ، الميسر لأسبابه ، والمستحضر لآلاته فهذا هو السبب ، والمنفذ للقتل المستعمل للآلة التى أحضرها (السبب) فهذا هو المباشر . وقد أوضحنا فى الجنايات أن لا قصاص على السبب وانما يقع القصاص على المباشر الا فى أحوال بسطناها فى الجزء السابع عشر .
المطيعى

وان اقسام الحكم الشرعى خمسة : الوجوب ، والندب ، والتحريم ، والكراهة ، والاباحة . وينقسم باعتبار آخر الى صحيح وفاسد ، فالواجب ما يذم تاركه شرعا على بعض الوجوه ، احترازا من الواجب الموسع والمخير وقيل : ما يستحق العقاب تاركه ، فهذان أصح ما قيل فيه . والمندوب ما رجح فعله شرعا وجاز تركه . والمحرم ما يذم فاعله شرعا . والمكروه ما نهى عنه الشرع نهيا غير جازم . والمباح ما جاء الشرع بأنه لا فرق بين فعله وتركه فى حق المكلف . والصحيح من العقود ما ترتب اثره عليه ، ومن العبادات ما اسقط القضاء ، والباطل والفاسد خلاف الصحيح .

ويبين له جملا من أسماء المشهورين من الصحابة رضى الله عن جميعهم فمن بعدهم من العلماء الأخيار ، وأنسابهم وكناهم وأعصارهم وطرف حكاياتهم ونوادرهم ، وضبط المشكل من أنسابهم وصفاتهم ، وتمييز المشتبه من ذلك ، وجملا من الألفاظ اللغوية والعرفية المتكررة فى الفقه ضبطا لمشكلها وخفى معانيها ، فيقول : هى مفتوحة ، أو مضمومة ، أو مكسورة ، مخففة او مشددة ، مهموزة او لا ، عربية ، او عجمية ، أو معربة ، وهى التى أصلها عجمى وتكلمت بها العرب ، مصروفة أو غيرها ، مشتقة أم لا ، مشتركة أم لا ، مترادفة ام لا ، وأن المهموز والمشدد يخففان أم لا ، وأن فيها لغة أخرى أم لا .

ويبين ما ينضبط من قواعد التصريف ، كقولنا : ما كان على فعل بفتح الفاء وكسر العين فمضارعه يفعل بفتح العين الا احرفا جاء فيهن الفتح والكسر من الصحيح والمعتل ، فالصحيح دون عشرة احرف ، كنعم أو بئس وحسب ، والمعتل كوتر ووبق وورم وورى الزند ، وغيرهن . وأما ما كان من الأسماء والأفعال على فعل بكسر العين جاز فيه أيضا اسكانها مع فتح الفاء وكسرها فان كان الثانى او الثالث حرف حلق جاز فيه وجه رابع فعل بكسر الفاء والعين .

واذا وقعت مسألة غريبة لطيفة ، او مما يسأل عنها فى المعايات ، نبهه عليها وعرفه حالها فى كل ذلك ، ويكون تعليمه اياهم كل ذلك تدريجا شيئا فشيئا ، لتجتمع لهم مع طول الزمان جمل كثيرات .

وينبغى أن يحرضهم على الاشتغال فى كل وقت ، ويطالبهم فى اوقات باعادة محفوظاتهم ويسألهم عما ذكره لهم من المهمات ، فمن وجده حافظا مراعيا له اكرمه وأثنى عليه ، وأشاع ذلك ، ما لم يخف فساد حاله باعجاب ونحوه ، ومن وجده مقصرا عنفه الا أن يخاف تنفيره ، ويعيده له حتى يحفظه حفظا راسخا ، وينصفهم فى البحث فيعترف بفائدة يقولها بعضهم

وان كان صغيرا ، ولا يحسد أحدا منهم لكثرة تحصيله ، فالحسد حرام للأجانب وهنا اشد ، فانه بمنزلة الوالد ، وفضيلته يعود الى معلمه منها نصيب وافر ، فانه مربيه ، وله فى تعليمه وتخريجه فى الآخرة الثواب الجزيل ، وفى الدنيا الدعاء المستمر والثناء الجميل .

وينبغى ان يقدم فى تعليمهم اذا ازدحموا الأسبق فالأسبق ، لا يقدما فى اكثر من درس الا برضا الباقين ، واذا ذكر لهم درسا تحرى تفهيمهم بأيسر الطرق ، ويذكره مترسلا مبينا واضحا ، ويكرر ما يشكل من معانيه والفاظه ، الا اذا وثق بأن جميع الحاضرين يفهمون بدون ذلك ، واذا لم يصل البيان الا بالتصريح بعبارة يستحى فى العادة من ذكرها فليذكرها بصريح اسمها ، ولايمنعه الحياءومراعاة الآداب منذلك فان ايضاحهاأهم من ذلك . وانما تستحب الكناية فى مثل هذا اذا علم بها المقصود علما جليا ، وعلى هذا التفصيل يحمل ما ورد فى الأحاديث من التصريح فى وقت ، والكناية فى وقت ، ويؤخر ما ينبغى تأخيره ، ويقدم ما ينبغى تقديمه ، ويقف فى موضع الوقف ، ويصل فى موضع الوصل .

واذا وصل موضع الدرس صلى ركعتين ، فان كان مسجدا تأكد الحث على الصلاة ، ويقعد مستقبلا القبلة على طهارة ، متربعا ان شاء ، وان شاء محتبيا وغير ذلك ، ويجلس بوقار ، وثيابة نظيفة بيض ، ولا يعتنى بفاخر الثياب ، ولا يقتصر على خلق ينسب صاحبه الى قلة المروءة ويحسن خلقه مع جلسائه ، ويوقر فاضلهم بعلم او سن أو شرف او صلاح ونحو ذلك ، ويتلطف بالباقين ، ويرفع مجلس الفضلاء ، ويكرمهم بالقيام لهم على سبيل الاحترام ، وقد ينكر القيام من لا تحقيق عنده ، وقد جمعت جزءا فيه الترخيص فيه ودلائله ، والجواب عما يوهم كراهته .

وينبغى أن يصون يديه عن العبث ، وعينيه عن تفريق النظر بلا حاجة ، ويلتفت الى الحاضرين التفاتا قصدا بحسب الحاجة للخطاب ، ويجلس فى موضع يبرز فيه وجهه لكلهم ويقدم على الدرس تلاوة ما تيسر من القرآن ، ثم يبسمل ويحمد الله تعالى ، ويصلى ويسلم على النبى صلى الله عليه وسلم ثم يدعو للعلماء الماضين من مشايخه ووالديه والحاضرين وسائر المسلمين ، ويقول : **حسبنا الله ونعم الوكيل ، ولا حول ولا قوة الا بالله العلى العظيم ، اللهم انى اعوذ بك من أن أضل أو أضل أو أزل او ازل او اظلم أو أظلم أو اجهل او يجهل على .**

فان ذكر دروسا قدم أهمها ، فيقدم التفسير ، ثم الحديث ، ثم الأصول ، ثم المذهب ، ثم الخلاف ، ثم الجدل . ولا يذكر الدرس وبه

ما يزعجه كمرض ، أو جوع ، أو مدافعة الحدث ، أو شدة فرح وغم . ولا يطول مجلسه تطويلا يملهم أو يمنعهم فهم بعض الدروس أو ضبطه ، لأن المقصود افادتهم وضبطهم ، فاذا صاروا الى هذه الحالة فاته المقصود.

وليكن مجلسه واسعا ولا يرفع صوته زيادة على الحاجة ، ولا يخفضه خفضا يمنع بعضهم كمال فهمه ، ويصون مجلسه من اللغط ، والحاضرين عن سوء الأدب فى المباحثة ، واذا ظهر من أحدهم شيء من مبادىء ذلك تلطف فى دفعه قبل انتشاره ، ويذكرهم أن اجتماعنا ينبغى أن يكون لله تعالى ، فلا يليق بنا المنافسة والمشاحنة ، بل شأننا الرفق والصفاء ، واستفادة بعضنا من بعض ، واجتماع قلوبنا على ظهور الحق وحصول الفائدة .

واذا سأل سائل عن اعجوبة فلا يسخرون منه ، واذا سئل عن شيء لا يعرفه ، او عرض فى الدرس ما لا يعرفه ، فليقل : لا أعرفه أو لا أتحققه، ولا يستنكف عن ذلك ، فمن علم العالم أن يقول فيما لا يعلم : لا أعلم أو الله أعلم ، فقد قال ابن مسعود رضى الله عنه : **يا أيها الناس من علم شيئا فليقل به ، ومن لم يعلم فليقل : الله أعلم ، فان من العلم أن يقول لما لا يعلم:** الله أعلم ، قال الله تعالى لنبيه صلى الله عليه وسلم : **(قل ما أسألكم عليه من أجر ، وما أنا من المتكلفين (١))** رواه البخارى وقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، **« نهينا عن التكلف »** رواه البخارى .

وقالوا : ينبغى للعالم أن يورث أصحابه لاأدرى . معناه يكثر منها ، وليعلم ان معتقد المحققين أن قول العالم : لا أدرى لا يضع منزلته ، بل هو دليل على عظم محله ، وتقواه ، وكمال معرفته ، لأن المتمكن لايضره عدم معرفته مسائل معدودة ، بل يستدل بقوله : لا ادرى على تقواه ، وانه لا يجازف فى فتواه ، وانما يمتنع من (لا أدرى) من قل علمه ، وقصرت معرفته ، وضعفت تقواه لأنه يخاف لقصوره ان يسقط من أعين الحاضرين ، وهو جهالة منه ، فانه باقدامه على الجواب فيما لا يعلمه يبوء بالاثم العظيم . ولا يرفعه ذلك عما عرف له من القصور ، بل يستدل به على قصوره ، لأنا اذا رأينا المحققين يقولون فى كثير من الأوقات : لا ادرى وهذا القاصر لا يقولها ابدا علمنا أنهم يتورعون لعلمهم وتقواهم وانه يجازف لجهله وقلة دينه ، فوقع فيما فر عنه ، واتصف بما احترز منه ، لفساد نيته وسوء طويته ، وفى الصحيح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : **« المتشبع بما لم يعط كلابس ثوبى زور »** .

---

(١) الآية ٨٦ من سورة (ص) .

فصـــل

وينبغى للمعلم ان يطرح على أصحابه ما يراه من مســتفاد المسائل ، ويختبر بذلك أفهامهم ويظهر فضل الفاضل ويثنى عليه بذلك ، ترغيبا له وللباقين فى الاشتغال والفكر فى العلم وليتدربوا بذلك ويعتادوه ، ولا يعنف من غلط منهم فى كل ذلك الا أن يرى تعنيفه مصلحة له ، واذا فرغ من تعليمهم أو القاء درس عليهم أمرهم باعادته ، ليرسخ حفظهم له ، فان أشكل عليهم منه شىء ما ، عاودوا الشيخ فى ايضاحه .

فصـــل

ومن اهم ما يؤمر به الا يتاذى ممن يقرأ عليه اذا قرأ على غيره ، وهذه مصيبة يبتلى بها جهلة المعلمين لغباوتهم وفسادنيتهم ، وهو من الدلائل الصريحة على عدم ارادتهم بالتعليم وجه الله تعالى الكريم ، وقد قدمنا عن على رضى الله عنه الاغلاظ فى ذلك والتأكيد فى التحذير منه . وهذا اذا كان المعلم الآخر اهلا ، فان كان فاسقا أو مبتدعا او كثير الغلط ونحو ذلك ، فليحذر من الاغترار به وبالله التوفيق .

باب آداب المتعـــلم

اما آدابه فى نفسه ودرسه فكآداب المعلم ، وقد اوضحناها . وينبغى ان يطهر قلبه من الأدناس ليصلح بقبول العلم وحفظه واستثماره ، ففى الصحيحين عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . **« ان فى الجسد مضغة اذا صلحت صلح الجسد كله ، واذا فسدت فسد الجسد كله الا وهى القلب »** وقالوا : تطييب القلب للعلم كتطييب الأرض للزراعة . وينبغى ان يقطع العلائق الشاغلة عن كمال الاجتهاد فى التحصيل ، ويرضى باليسير من من القوت ، ويصبر على ضيق العيش .

قال الشافعى رحمه الله تعالى : لا يطلب احد هذا العلم بالملك وعز النفس فيفلح ، ولكن من طلبه بذل النفس ، وضيق العيش ، وخدمة العلماء أفلح . وقال أيضا : لا يدرك العلم الا بالصبر على الذل . وقال أيضا : لا يصلح طلب العلم الا لمفلس ، فقيل : ولا الغنى المكفى ؟ فقال : ولا الغنى المكفى . وقال مالك بن أنس رحمه الله : لا يبلغ أحد من هذا العلم ما يريد حتى يضربه الفقر ، ويؤثره على كل شيء . وقال ابو حنيفة رحمه الله : يستعان على الفقه بجمع الهم ، ويستعان على حذف العلائق بأخذ اليسير عند الحاجة ولا يزد .

وقال ابراهيم الآجرى (١) : من طلب العلم بالفاقة ورث الفهم . وقال الخطيب البغدادى (٢) فى كتابه (الجامع لآداب الراوى والسامع) : يستحب للطالب أن يكون عزبا ما امكنه ، لئلا يقطعه الاشتغال بحقوق الزوجة ، والاهتمام بالمعيشة ، عن اكمال طلب العلم ، واحتج بحديث : **« خيركم بعد المائتين خفيف الحاذ ، وهو الذى لا أهل له ولا ولد »** . وعن ابراهيم بن ادهم رحمه الله : « من تعود أفخاذ النساء لم يفلح » يعنى اشتغل بهن . وهذا فى غالب الناس لا الخواص . وعن سفيان الثورى : اذا تزوج الفقيه فقد ركب البحر ، فان ولد له فقد كسر به .

---

(١) الآجريون مذهبهم خمسة كما فى متشابه الأسماء للذهبى وينسبون الى صناعة الآجر وليس احد منهم من رجال الستة ، وقال ابن خلكان فى ترجمة ابى بكر الآجرى : نسبة الى قرية من قرى بغداد يقال لها : آجر (ط) .

(٢) الحافظ ابو بكر احمد الخطيب البغدادى المحدث المسند صاحب تاريخ بغداد ، وهو الذى حمل على ابى حنيفة رحمه الله فى تاريخه مما جعل خاتمة الحنفية الشيخ محمد زاهد الكوثرى عليه رحمة الله يصنف كتابه (تأنيب الخطيب) وقد رد عليه المعلمى اليمانى المحدث بكتابه (التنكيل) الذى طبعه الشيخ محمد نصيف على نفقته (ط) .

وقال سفيان لرجل : تزوجت ؟ فقال : لا ، قال : ما تدرى ما أنت فيه من العافية . وعن بشر الحافى رحمه الله : من لم يحتج الى النساء فليتق الله لا يألف أفخاذهن .

(قلت) هذا كله موافق لمذهبنا ، فان مذهبنا أن من لم يحتج الى النكاح استحب له تركه ، وكذا ان احتاج وعز عن مؤنته ، وفى الصحيحين عن أسامة بن زيد رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : **« ما تركت بعدى فتنة هى أضر على الرجال من النساء »** (١) وفى صحيح مسلم عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : **« ان الدنيا حلوة خضرة ، وان الله مستخلفكم فيها فينظر كيف تعملون ، فاتقوا الدنيا ، واتقوا النساء ، فان أول فتنة بنى اسرائيل كانت فى النساء »** .

وينبغى له أن يتواضع للعلم والمعلم فبتواضعه يناله ، وقد أمرنا بالتواضع مطلقا فهنا أولى ، وقد قالوا : العلم حرب للمتعالى ، كالسيل حرب للمكان العالى . وينقاد لمعلمه ، ويشاوره فى أموره ، ويأتمر بأمره ، كما ينقاد المريض لطبيب حاذق ناصح ، وهذا أولى لتفاوت مرتبتهما ، قالوا : ولا يأخذ العلم الا ممن كملت أهليته ، وظهرت ديانته ، وتحققت معرفته واشتهرت صيانته وسيادته ، فقد قال ابن سيرين ومالك وخلائق من السلف : هذا العلم دين فانظروا عمن تأخذون دينكم .

ولا يكفى فى أهلية التعليم أن يكون كثير العلم ، بل ينبغى مع كثرة علمه بذلك الفن كونه له معرفة فى الجملة بغيره من الفنون الشرعية ، فانها مرتبطة ، ويكون له دربة ودين وخلق جميل وذهن صحيح ، واطلاع تام . وقالوا : ولا تأخذ العلم ممن كان أخذه له من بطون الكتب من غير قراءة على شيوخ أو شيخ حاذق ، فمن لم يأخذه الا من الكتب يقع فى التصحيف ، ويكثر منه الغلط والتحريف . وينبغى أن ينظر معلمه بعين الاحترام ويعتقد كمال أهليته ، ورجحانه على أكثر طبقته ، فهو أقرب الى انتفاعه به ، ورسوخ ما سمعه منه فى ذهنه .

وقد كان بعض المتقدمين اذا ذهب الى معلمه تصدق بشىء وقال : اللهم استر عيب معلمى عنى ، ولا تذهب بركة علمه منى . وقال الشافعى رحمه الله : كنت أصفح الورقة بين يدى مالك رحمه الله صفحا رفيقا هيبة له ،

---

(١) قلت : كل استشهاد الامام النووى هو فى مقام طالب العلم وقد كان النبى صلى الله عليه وسلم يقول لأزواجه وهن أمهات المؤمنين طهرهن الله وصلى وسلم عليهن وهن صواحب بيت النبوة : « انكن صواحب يوسف » . **المطيعى**

لئلا يسمع وقعها . وقال الربيع : والله ما اجترات ان اشرب الماء والشافعى ينظر الى هيبة له . وقال (١) حمدان بن الاصفهانى : كنت عند شريك (٢) رحمه الله فأتاه بعض أولاد المهدى ، فاستند الى الحائط وسأله عن حديث فلم يلتفت اليه ، واقبل علينا ثم عاد فعاد لمثل ذلك ، فقال : أتستخف بأولاد الخلفاء ؟ فقال : شريك : لا ، ولكن العلم اجل عند الله تعالى من أن أضعه ، فجثا على ركبتيه ، فقال شريك : هكذا يطلب العلم .

وعن على بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه قال : من حق العالم عليك أن تسلم على القوم عامة وتخصه بالتحية ، وأن تجلس امامه ، ولا تشير عنده بيدك ، ولا تعمدن بعينك غيره ، ولا تقولن : قال فلان خلاف قوله ، ولا تغتابن عنده أحدا ، ولا تسار فى مجلسه ، ولا تأخذ بثوبه ، ولا تلح عليه اذا كسل ، ولا تشبع من طول صحبته ، فانما هو كالنخلة تنتظر متى يسقط عليك منها شىء .

ومن آداب المتعلم أن يتحرى رضى المعلم وان خالف راى نفسه ، ولا يغتاب عنده ولا يفشى له سرا ، وأن يرد غيبته اذا سمعها ، فان عجز فارق ذلك المجلس . وألا يدخل عليه بغير اذن ، واذا دخل جماعة قدموا أفضلهم وأسنهم ، وأن يدخل كامل الهيبة ، فارغ القلب من الشواغل ، متطهرا متنظفا بسواك ، وقص شارب وظفر ، وازالة كريه رائحة ، ويسلم على الحاضرين كلهم بصوت يسمعهم اسماعا محققا ، ويخص الشيخ بزيادة اكرام ، وكذلك يسلم اذا انصرف ، ففى الحديث الأمر بذلك ، ولا التفات الى من أنكره ، وقد أوضحت هذه المسألة فى كتاب الأذكار . ولا يتخطى رقاب الناس ، ويجلس حيث انتهى به المجلس الا أن يصرح له الشيخ أو الحاضرون بالتقدم والتخطى ، أو يعلم من حالهم ايثار ذلك ، ولا يقيم احدا من مجلسه ، فان آثره غيره بمجلسه لم يأخذه الا أن يكون فى ذلك مصلحة للحاضرين ، بأن يقرب من الشيخ ، ويذاكره مذاكرة ينتفع الحاضرون بها ، ولا يجلس وسط الحلقة الا لضرورة . ولا بين صاحبين الا برضاهما ، واذا فسح له قعد وضم نفسه ، ويحرص على القرب من الشيخ ليفهم كلامه فهما كاملا بلا مشقة ، وهذا بشرط أن لا يرتفع فى المجلس على أفضل منه ويتادب مع رفقته وحاضرى المجلس ، فان تأدبه معهم تأدب مع

---

(١) هو حمدان بن محمد بن سليمان الأصفهانى من الطبقة الثامنة فى الكوفيين توفى بالكوفة روى عن شريك وغيره . (ط)

(٢) شريك بن عبد الله النخعى . قال فى الطبقات الكبرى : اخبرنا محمد بن سليم العبدى قال : سمعت شريكا يحدث مشايخنا عنده فقال : أنا شريك بن عبد الله بن أبى شريك : وأبو شريك جدى شهد القادسية . أ هـ وقال أحمد بن حنبل : هو فى أبى اسحق أثبت من زهير . وقال ابن معين : ثقة يغلط . وقال العجلى : ثقة سىء الحفظ . (ط)

الشيخ ، واحترام لمجلسه . ويقعد قعدة المتعلمين لا قعدة المعلمين ، ولا يرفع صوته رفعا بليغا من غير حاجة ، ولا يضحك ، ولا يكثر الكلام بلا حاجة ، ولا يعبث بيده ولا غيرها ، ولا يلتفت بلا حاجة ، بل يقبل على الشيخ مصغيا اليه ، ولا يسبقه الى شرح مسألة او جواب سؤال الا ان يعلم من حال الشيخ ايثار ذلك ، ليستدل به على فضيلة المتعلم .

ولا يقرأ عليه عند شغل قلب الشيخ وملله وغمه ، ونعاسه واستيفازه، ونحو ذلك مما يشق عليه ، أو يمنعه استيفاء الشرح . ولا يسأله عن شيء في غير موضعه الا ان يعلم من حاله انه لا يكرهه . ولا يلح في السؤال الحاحا مضجرا ، ويغتنم سؤاله عند طيب نفسه وفراغه ، ويتلطف في سؤاله ، ويحسن خطابه ، ولا يستحي من السؤال عما أشكل عليه ، بل يستوضحه أكمل استيضاح ، فمن رق وجهه رق علمه ، ومن رق وجهه عند السؤال ظهر نقصه عند اجتماع الرجال .

واذا قال له الشيخ : افهمت ؟ فلا يقل : نعم ، حتى يتضح له المقصود ايضاحا جليا ، لئلا يكذب ويفوته الفهم . ولا يستحي من قوله : لم أفهم ، لأن استثباته يحصل له مصالح عاجلة وآجلة ، **فمن العاجلة** حفظه المسألة ، وسلامته من كذب ونفاق ، باظهاره فهم ما لم يكن فهمه . ومنها اعتقاد الشيخ اعتناءه ورغبته وكمال عقله وورعه ، وملكه لنفسه وعدم نفاقه ، **ومن الآجلة** ثبوت الصواب في قلبه دائما ، واعتياده هذه الطريقة المرضية ، والأخلاق الرضية .

وعن الخليل بن احمد رحمه الله : منزلة الجهل ، بين الحياء والأنفة . وينبغي اذا سمع الشيخ يقول مسألة ، او يحكي حكاية وهو يحفظها ، أن يصغي لها اصغاء من لم يحفظها ، الا اذا علم من حال الشيخ ايثاره علمه بأن المتعلم حافظها .

وينبغي أن يكون حريصا على التعلم ، مواظبا عليه في جميع أوقاته ليلا ونهارا ، حضرا أو سفرا ، ولا يذهب من اوقاته شيئا في غير العلم ، الا بقدر الضرورة ، لأكل ونوم قدرا لابد منه ، ونحوهما كاستراحة يسيرة لازالة الملل ، وشبه ذلك من الضروريات وليس بعاقل من أمكنه درجة ورثة الأنبياء ثم فوتها ، وقد قال الشافعي رحمه الله في رسالته : « حق على طلبة العلم بلوغ غاية جهدهم في الاستكثار من علمه ، والصبر على كل عارض دون طلبه ، واخلاص النية لله تعالى في ادراك علمه نصا واستنباطا ، والرغبة الى الله تعالى في العون عليه » .

وفي صحيح مسلم عن يحيى بن ابي كثير قال : « لا يستطاع العلم براحة الجسم » ذكره في أوائل مواقيت الصلاة . قال الخطيب البغدادي : أجود أوقات الحفظ الأسحار ، ثم نصف النهار ، ثم الغداة ، وحفظ الليل انفع من حفظ النهار ، ووقت الجوع انفع من وقت الشبع . قال : واجود اماكن الحفظ الغرف ، وكل موضع بعد عن الملهيات ، وقال : وليس

بمحمود الحفظ بحضرة النبات ، والخضرة ، والأنهار ، وقوارع الطرق ؛ لأنها تمنع ـ غالبا ـ خلو القلب .

وينبغى أن يصبر على جفوة شيخه ، وسوء خلقه ، ولا يصده ذلك عن ملازمته واعتقاد كماله ، ويتأول لأفعاله التى ظاهرها الفساد تأويلات صحيحة ، فما يعجز عن ذلك الا قليل التوفيق . واذا جفاه الشيخ ابتدأ هو بالاعتذار ، وأظهر أن الذنب له ، والعتب عليه ، فذلك انفع له دينا ودنيا ، وأبقى لقلب شيخه . وقد قالوا : من لم يصبر على ذل التعلم بقى عمره فى عماية الجهالة ، ومن صبر عليه آل أمره الى عز الآخرة والدنيا . ومنه الأثر المشهور عن ابن عباس رضى الله عنهما : **(ذللت طالبا فعززت مطلوبا)** .

ومن آدابه الحلم والأناة ، وأن يكون همته عالية ، فلا يرضى باليسير مع امكان الكثير ، وأن لا يسوف فى اشتغاله ، ولا يؤخر تحصيل فائدة وان قلت اذا تمكن منها ، وان أمن حصولها بعد ساعة ، لأن للتأخير آفات ، ولأنه فى الزمن الثانى يحصل غيرها ، وعن الربيع قال : « لم ار الشافعى آكلا بنهار ، ولا نائما بليل ، لاهتمامه بالتصنيف ، ولايحمل نفسه ما لاتطيق مخافة الملل ، وهذا يختلف باختلاف الناس ، واذا جاء مجلس الشيخ فلم يجده انتظره ولا يفوت درسه الا أن يخاف كراهة الشيخ لذلك ، بأن يعلم من حاله الاقراء فى وقت بعينه فلا يشق عليه بطلب القراءة فى غيره .

قال الخطيب : واذا وجده نائما لا يستأذن عليه ، بل يصبر حتى يستيقظ أو ينصرف والاختيار الصبر ، كما كان ابن عباس والسلف يفعلون . وينبغى أن يغتنم التحصيل فى وقت الفراغ والنشاط ، وحال الشباب وقوة البدن ، ونباهة الخاطر ، وقلة الشواغل ، قبل عوارض البطالة ، وارتفاع المنزلة ، فقد روينا عن عمر رضى الله عنه : « تفقهوا قبل أن تسودوا » وقال الشافعى : « تفقه قبل أن تراس ، فاذا راست فلا سبيل الى التفقه » .

ويعتنى بتصحيح درسه الذى يتحفظه ، تصحيحا متقنا على الشيخ ، ثم يحفظه حفظا محكما ، ثم بعد ذلك يكرره مرات ليرسخ رسوخا متأكدا ، ثم يراعيه بحيث لا يزال محفوظا جيدا ، ويبدأ درسه بالحمد لله والصلاة على رسوله صلى الله عليه وسلم ، والدعاء للعلماء ومشايخه ووالديه وسائر المسلمين ، ويبكر بدرسه لحديث : **« اللهم بارك لأمتى فى بكورها »** ويداوم على تكرار محفوظاته ، ولا يحفظ ابتداء من الكتب استقلالا ، بل يصحح على الشيخ كما ذكرنا ، فالاستقلال بذلك من اضر المفاسد والى هذا اشار الشافعى رحمه الله بقوله : « من تفقه من الكتب ضيع الأحكام » .

وليذاكر بمحفوظاته ، وليدم الفكر فيها ، ويعتنى بما يحصل فيها من الفوائد ، وليرافق بعض حاضرى حلقة الشيخ فى المذاكرة . قال الخطيب :

وافضل المذاكرة مذاكرة الليل ، وكان جماعة من السلف يفعلون ذلك ، وكان جماعة منهم يبداون من العشاء فربما لم يقوموا حتى يسمعوا أذان الصبح . وينبغى أن يبدأ من دروسه على المشايخ ، وفى الحفظ والتكرار والمطالعة بالأهم فالأهم ، وأول ما يبتدىء به حفظ القرآن العزيز فهو اهم العلوم وكان السلف لا يعلمون الحديث والفقه الا لمن يحفظ القرآن ، واذا حفظه فليحذر من الاشتغال عنه بالحديث والفقه وغيرهما اشتغالا يؤدى الى نسيان شىء منه . أو تعريضه للنسيان .

وبعد حفظ القرآن يحفظ من كل فن مختصرا ، ويبدأ بالأهم ، ومن اهمها الفقه والنحو ، ثم الحديث والاصول ، ثم الباقى على ما تيسر ، ثم يشتغل باستشراح محفوظاته ، ويعتمد من الشيوخ فى كل فن اكملهم فى الصفات السابقة ، فان امكنه شرح دروس فى كل يوم فعل ، والا اقتصر على الممكن من درسين او ثلاثة وغيرها ، فاذا اعتمد شيخا فى فن وكان لا يتاذى بقراءة ذلك الفن على غيره فليقرأ ايضا على ثان وثالث واكثر ما لم يتاذوا ، فان تأذى المعتمد اقتصر عليه ، وراعى قلبه فهو أقرب الى انتفاعه، وقد قدمنا أنه ينبغى أن لا يتاذى من هذا .

واذا بحث المختصرات ، انتقل الى بحث أكبر منها مع المطالعة المتقنة ، والعناية الدائمة المحكمة ، وتعليق ما يراه من النفائس والغرائب وحل المشكلات مما يراه فى المطالعة أو يسمعه من الشيخ . ولا يحتقرن فائدة يراها أو يسمعها فى اى فن كانت ، بل يبادر الى كتابتها ثم يواظب على مطالعة ما كتبه ، وليلازم حلقة الشيخ وليعتن بكل الدروس ، ويعلق عليها ما امكن ، فان عجز اعتنى بالأهم ، ولا يؤثر بنوبته ، فان الايثار بالقرب مكروه ، فان رأى الشيخ المصلحة فى ذلك فى وقت فاشار به امتثل امره .

وينبغى ان يرشد رفقته وغيرهم من الطلبة الى مواطن الاشتغال والفائدة ، ويذكر لهم ما استفاده على جهة النصيحة والمذاكرة وارشادهم ، يبارك له فى علمه ، ويستنير قلبه ، وتتأكد المسائل معه ، مع جزيل ثواب الله عز وجل ، ومتى بخل بذلك كان بضده ، فلا يثبت معه ، وان ثبت لم يثمر . ولا يحسد أحدا ولا يحتقره ، ولا يعجب بفهمه ، وقد قدمنا هذا فى آداب المعلم .

فاذا فعل ما ذكرناه وتكاملت أهليته واشتهرت فضيلته اشتغل بالتصنيف وجد فى الجمع والتأليف محققا كل ما يذكره ، متثبتا فى نقله واستنباطه ، متحريا ايضاح العبارات ، وبيان المشكلات ، متجنبا العبارات الركيكات ، والأدلة الواهيات ، مستوعبا معظم أحكام ذلك الفن ، غير مخل بشىء من أصوله ، منبها على القواعد ، فبذلك تظهر له الحقائق ، وتنكشف المشكلات ، ويطلع على الغوامض وحل المعضلات ، ويعرف مذاهب العلماء ، والراجح من المرجوح ، ويرتفع عن الجمود على محض التقليد ، ويلتحق بالائمة المجتهدين أو يقاربهم ان وفق لذلك ، وبالله التوفيق .

فصـــل

فى آداب يشترك فيها العالم والمتعلم

ينبغى لكل واحـد منهما أن لا يخل بوظيفتـه لعروض مرض خفيف ونحوه ، مما يمكن معه الاشتغال ، ويستشفى بالعلم ، ولا يسأل أحـدا تعنتا وتعجيزا ، فالسائل تعنتـا وتعجيزا لا يستحق جوابا ، وفى حديث النهى عن غلوطات(١) المسائل . وأن يعتنى بتحصيل الكتب شراء واستعارة، ولا يشتغل بنسخها ان حصلت بالشراء لأن الاشتغال اهم الا أن يتعـذر الشراء لعدم الثمن ، أو لعدم الكتاب مع نفاسته فيستنسخه والا فلينسخه ولا يهتم بتحسين الخط بل بتصحيحه ، ولا يرتضى الاستعارة ، مع امكان تحصيله ملكا فان استعاره لم يبطىء به لئلا يفوت الانتفاع به على صاحبه ، ولئلا يكسل عن تحصيل الفائدة منه ، ولئلا يمتنع عن اعارته غيره .

وقد جاء فى ذم الابطاء برد الكتب المستعارة عن السلف اشياء كثيرة نثرا ونظما ، وروينا ها فى كتاب الخطيب (الجامع لأخلاق الراوى والسامع) منها عن الزهرى : اياك وغلول الكتب وهو حبسـها عن أصحابها ، وعن الفضيل : ليس من افعال أهل الورع ولا من أفعال الحكماء أن يأخذ سماع رجل وكتابه ، فيحبسه عنه ، ومن فعل ذلك فقد ظلم نفســه . وقال الخطيب : وبسبب حبسها امتنع غير واحد من اعارتها ، ثم روى فى ذلك جملا عن السلف وانشد فيه أشياء كثيرة . والمختار استحباب الاعارة لمن لا ضرر عليه فى ذلك ، لأنه اعانة على العلم مع ما فى مطلق العارية من الفضل، وروينا عن وكيع : أول بركة الحديث اعارة الكتب .

وعن سفيان الثورى : من بخل بالعلم ابتلى باحدى ثلاث : أن ينساه ، أو يموت ولا ينتفع به ، أو تذهب كتبه . وقال رجل لأبى العتاهية (٢) : أعرنى كتابك ، قال : انى أكره ذلك ، فقال : أما علمت أن المكارم موصولة بالمكاره ، فأعاره . ويستحب شكر المعير لاحسانه .

فهذه نبذة من آداب المعلم والمتعلم ، وهى ان كانت طويلة بالنسبة الى هذا الكتاب فهى مختصرة بالنسبة الى ما جاء فيها ، وانما قصدت بايرادها أن يكون جامعا لكل ما يحتاج اليه طالب العلم وبالله التوفيق .

---

(١) قوله : غلوطات هكذا فى نسخة الأذرعى بدون همز وفى نسخة أخرى أغلوطات بالهمز وهما روايتان . والحديث فى سنن أبى داود قال المنذرى : وفى روايته مجهول وهو عبد الله ابن سعد ، وأراد بالغلوطات المسائل التى يغالط بها العلماء ليزلوا فيها فيهيج بذلك شر وفتنة . وانما نهى عنها لأنها غير نافعة فى الدين ولا تكاد تكون الا فيما لا يقع (ش) .

(٢) أبو العتاهية اسماعيل بن القاسم بن سويد بن كيسان العنسى بالولاء المكنى بأبى اسحاق الشاعر المعروف المولود سنة ١٣٠ والمتوفى سنة ٢١٣ على ما ذكره ابن خلكان . قال فى القاموس : أبو العتاهية ككراهية لقب أبى اسحق اسماعيل بن أبى القاسم بن سويد لا كنيته ووهم الجوهرى وقال الزبيدى شارح القاموس قوله : ابن أبى القاسم الصواب ابن القاسم (ط) .

باب

(آداب الفتوى والمفتى والمستفتى)

اعلم أن هذا الباب مهم جدا فاحببت تقديمه لعموم الحاجة اليه ، وقد صنف فى هذا جماعة من أصحابنا منهم أبو القاسم الصيمرى شيخ صاحب (١) الحاوى ، ثم الخطيب أبو بكر الحافظ البغدادى ثم الشيخ أبو عمرو بن الصلاح (٢) ، وكل منهم ذكر نفائس لم يذكرها الآخران ، وقد طالعت كتب الثلاثة ولخصت منها جملة مختصرة مستوعبة لكل ما ذكروه من المهم ، وضممت اليها نفائس من متفرقات كلام الأصحاب وبالله التوفيق .

اعلم أن الافتاء عظيم الخطر ، كبير الموقع ، كثير الفضل ، لأن المفتى وارث الأنبياء صلوات الله وسلامه عليهم ، وقائم بفرض الكفاية ولكنه معرض للخطأ ، ولهذا قالوا : المفتى موقع عن الله تعالى ، وروينا عن ابن المنكدر قال : العالم بين الله تعالى وخلقه ، فلينظر كيف يدخل بينهم . وروينا عن السلف وفضلاء الخلف من التوقف عن الفتيا أشياء كثيرة معروفة نذكر منها أحرفا تبركا ، وروينا عن عبد الرحمن بن أبى ليلى قال : أدركت عشرين ومائة من الأنصار من اصحاب رسول الله صلى الله

---

(١) أبو الحسن على بن محمد بن حبيب المعروف بالماوردى صاحب الحاوى وهو مخطوطة فى دار الكتب والوثائق العربية بالقاهرة وهو غير كامل لا يوجد الجزء الذى فيه كتاب الوديعة وهناك نسخة فى المكتبة الأزهرية لا يوجد منها سوى الجزء الأول والنسخة الكاملة هى المصورة فى وثائق الجامعة العربية بالقاهرة ، وله الأحكام السلطانية ، وأدب الدنيا والدين وهما مطبوعان متداولان والنكت والعيون ، وتفسير القرآن الكريم ولم أرهما .

اخذ الفقه فى البصرة على أبى القاسم الصيمرى وأخذه فى بغداد عن الشيخ أبى حامد الاسفرايني وقد استوطن بغداد فى درب الزعفران ، ثم غادر بغداد عائدا الى البصرة ثم عاد الى بغداد وتوفى يوم الثلاثاء سلخ ربيع الأول سنة ٥٠ه ودفن من الغد فى مقبرة باب حرب ببغداد وعمره ستة وثمانون سنة ، والماوردى نسبة الى بيع الماورد هكذا قاله السمعانى وأفاده ابن خلكان (ط) .

(٢) أبو عمرو عثمان بن عبد الرحمن بن أبى النصر الكردى الشهرزورى الملقب تقى الدين ابن الصلاح الفقيه الشافعى المحدث ، صاحب المقدمة فى علوم الحديث ، قال ابن خلكان : هو أحد اشياخى الذين انتفعت بهم ، حصل علم الحديث بخراسان ثم رجع الى الشام وتولى التدريس بالمدرسة الناصرية بالقدس ، ثم انتقل الى دمشق وتولى تدريس الحديث بالرواجية ثم تولى التدريس بمدرسة دار الحديث بدمشق ، ثم تولى التدريس بمدرسة ست الشام زمرد خاتون بنت أيوب شقيقة توران شاه وزوجة ناصر الدين بن أسد الدين شيركوه (ط) .

عليه وسلم يسأل احدهم عن المسالة فيردها هذا الى هذا ، وهذا الى هذا ، حتى ترجع الى الأول . وفى رواية : مامنهم من يحدث بحديث الا ود ان اخاه كفاه اياه ، ولا يستفتى عن شيء الا ود أن أخاه كفاه الفتيا .

وعن ابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهم من أفتى عن كل ما يسأل فهو مجنون . وعن الشعبى والحسن وابى حصين بفتح الحاء التابعيين قالوا : ان احدكم ليفتى فى المسالة ولو وردت على عمر بن الخطاب رضى الله عنه لجمع لها أهل بدر . وعن عطاء ابن السائب التابعى : ادركت أقواما يسأل أحدهم عن الشيء فيتكلم وهو يرعد ، وعن ابن عباس ومحمد بن عجلان : اذا أغفل العالم (لا أدرى) أصيبت مقاتله . وعن سفيان بن عيينه وسحنون : أجسر الناس على الفتيا اقلهم علما .

وعن الشافعى وقد سئل عن مسألة فلم يجب ، فقيل له ، فقال : حتى ادرى أن الفضل فى السكوت أو فى الجواب . وعن الأثرم : سمعت احمد بن حنبل يكثر ان يقول : لا ادرى ، وذلك فيما عرف الأقاويل فيه . وعن الهيثم بن جميل : شهدت مالكا سئل عن ثمان وأربعين مسألة فقال فى اثنتين وثلاثين منها : لا أدرى . وعن مالك أيضا : انه ربما كان يسأل عن خمسين مسألة فلا يجيب فى واحدة منها ، وكان يقول : من اجاب فى مسألة فينبغى قبل الجواب أن يعرض نفسه على الجنة والنار وكيف خلاصه ثم يجيب . وسئل عن مسألة فقال : لا ادرى ، فقيل : هى مسألة خفيفة سهلة ، فغضب وقال : ليس فى العلم شيء خفيف .

وقال الشافعى : ما رايت احدا جمع الله تعالى فيه من آلة الفتيا ماجمع فى ابن عيينة أسكت منه عن الفتيا . وقال ابو حنيفة : لولا الفرق من الله تعالى أن يضيع العلم ما أفتيت ، يكون لهم المهنأ وعلى الوزر . وأقوالهم فى هذا كثيرة معروفة . قال الصيمرى والخطيب : قل من حرص على الفتيا ، وسابق اليها ، وثابر عليها ، الا قل توفيقه ، واضطرب فى أموره . وان كان كارها لذلك ، غير مؤثر له ما وجد عنه مندوحة ، وأحال الأمر فيه على غيره ، كانت المعونة له من الله أكثر ، والصلاح فى جوابه أغلب ، واستدلا بقوله صلى الله عليه وسلم فى الحديث الصحيح : « لا تسأل الامارة فانك ان أعطيتها عن مسألة وكلت اليها ، وان أعطيتها عن غير مسألة اعنت عليها » .

فصل

قال الخطيب : ينبغى للامام ان يتصفح احوال المفتين ، فمن صلح للفتيا أقره ، ومن لا يصلح منعه ، ونهاه ان يعود ، وتوعده بالعقوبة ان عاد ، وطريق الامام الى معرفة من يصلح للفتوى ان يسأل علماء وقته ،

ويعتمد اخبار الموثوق بهم ، ثم روى باسناده عن مالك رحمه الله قال : ما افتيت حتى شهد لى سبعون انى اهل لذلك . وفى رواية : ما افتيت حتى سألت من هو اعلم منى : هل يرانى موضعا لذلك ؟ قال مالك : ولا ينبغى لرجل ان يرى نفسه أهلا لشىء حتى يسأل من هو أعلم منه .

فصل

قالوا : وينبغى ان يكون المفتى ظاهر الورع مشهورا بالديانة الظاهرة ، والصيانة الباهرة . وكان مالك رحمه الله يعمل بما لا يلزمه الناس ، ويقول : لا يكون عالما حتى يعمل فى خاصة نفسه بما لا يلزمه الناس مما لو تركه لم يأثم . وكان يحكى نحوه عن شيخه ربيعة (١) .

فصل

شرط المفتى كونه مكلفا مسلما ثقة مأمونا متنزها عن أسباب الفسق وخوارم المروءة ، فقيه النفس ، سليم الذهن ، رصين الفكر ، صحيح التصرف والاستنباط ، متيقظا سواء فيه الحر والعبد والمرأة والأعمى ، والأخرس اذا كتب أو فهمت اشارته . قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح ، وينبغى أن يكون كالراوى فى أنه لا يؤثر فيه قرابة وعداوة ، وجر ونفع ودفع ضر ، لأن المفتى فى حكم مخبر عن الشرع بما لا اختصاص له بشخص ، فكان كالراوى لا كالشاهد ، وفتواه لا يرتبط بها الزام بخلاف حكم القاضى .

قال : وذكر صاحب الحاوى أن المفتى اذا نابذ فى فتواه شخصا معينا صار خصما حكما (٢) معاندا ، فترد فتواه على من عاداه كما ترد شهادته عليه ، واتفقوا على أن الفاسق لا تصح فتواه ، ونقل الخطيب فيه اجماع المسلمين .

ويجب عليه اذا وقعت له واقعة ان يعمل باجتهاد نفسه ، واما المستور وهو الذى ظاهره العدالة ولم تختبر عدالته باطنا ، ففيه وجهان اصحهما : جواز فتواه ، لأن العدالة الباطنة يعسر معرفتها على غير القضاة ، والثانى : لا يجوز كالشهادة ، والخلاف كالخلاف فى صحة النكاح بحضور المستورين . قال الصيمرى : وتصح فتاوى اهل الأهواء والخوارج ومن لا نكفره ببدعته ولا نفسقه ، ونقل الخطيب هذا ثم قال : واما الشرار والرافضة الذين يسبون السلف الصالح ففتاويهم مردودة واقوالهم ساقطة . والقاضى كغيره فى جواز الفتيا بلا كراهة ، هذا هو الصحيح المشهور من مذهبنا ، قال الشيخ : ورأيت فى بعض تعاليق الشيخ أبى حامد أن له الفتوى فى العبادات،

---

(١) شيخه ربيعة المعروف بربيعة الرأى أبو عثمان بن أبى عثمان فروخ مولى آل المنكدر التيميين (ط) .

(٢) وفى نسخة باسقاط « حكما » .

وما لا يتعلق بالقضاء ، وفى القضاء وجهان لأصحابنا أحدهما : الجواز لانه اهل ، والثانى : لا ، لأنه موضع تهمة ، وقال ابن المنذر : تكره الفتوى فى مسائل الأحكام الشرعية (١) وقال شريح : انا أقضى ولا افتى .

فصـــل

قال ابو عمرو : المفتون قسمان مستقل وغيره ، فالمستقل شرطه مع ما ذكرناه ان يكون قيما (٢) بمعرفة أدلة الأحكام الشرعية عن الكتاب والسنة والاجماع والقياس ، وما التحق بها على التفصيل ، وقد فصلت فى كتب الفقه فتيسرت ولله الحمد ، وأن يكون عالما بما يشترط فى الأدلة ، ووجوه دلالتها ، وبكيفية اقتباس الأحكام منها ، وهذا يستفاد من اصول الفقه ، عارفا من علوم القرآن ، والحديث ، والناسخ والمنسوخ ، والنحو واللغة والتصريف ، واختلاف العلماء واتفاقهم بالقدر الذى يتمكن معه من الوفاء بشروط الأدلة والاقتباس منها ، ذا دربة وارتياض فى استعمال ذلك ، عالما بالفقه ضابطا لأمهات مسائله وتفاريعه ، فمن جمع هذه الأوصاف فهو المفتى المطلق المستقل ، الذى يتأدى به فرض الكفاية .

وهو المجتهد المطلق المستقل ، لانه يستقل بالأدلة بغير تقليد وتقيد بمذهب احد ، قال أبو عمرو : وما شرطناه من حفظه لمسائل الفقه لم يشترط فى كثير من الكتب المشهورة لكونه ليس شرطا لمنصب الاجتهاد ، لأن الفقه ثمرته فيتاخر عنه ، وشرط الشىء لا يتأخر عنه ، وشرطه الأستاذ أبواسحاق الاسفراينى وصاحبه أبو منصور البغدادى وغيرهما ، واشتراطه فى المفتى الذى يتأدى به فرض الكفاية هو الصحيح وان لم يكن كذلك فى المجتهد المستقل .

ثم لا يشترط ان يكون جميع الاحكام على ذهنه ، بل يكفيه كونه حافظا المعظم ، متمكنا من ادراك الباقى على قرب . وهل يشترط أن يعرف من الحساب ما يصحح به المسائل الحسابية الفقهية ؟ حكى أبو اسحاق وأبو منصور فيه خلافا لأصحابنا ، والأصح اشتراطه ، ثم انما نشترط اجتماع العلوم المذكورة فى مفت مطلق فى جميع أبواب الشرع . فأما مفت فى باب خاص كالمناسك والفرائض فيكفيه معرفة ذلك الباب ، كذا قطع به الغزالى وصاحبه ابن برهان (٢) (بفتح الباء) وغيرهما ، ومنهم من منعه مطلقا واجازه ابن الصباغ فى الفرائض خاصة والأصح جوازه مطلقا .

« القسم الثانى » المفتى الذى ليس بمستقل ، ومن دهر طويل عدم

---

(١) فى نسخة باسقاط « الشرعية » .

(٢) قوله : قيما هكذا فى نسخة الأذرعى وفى نسخة أخرى « فقيها » بدل « قيما» (ش)

(٣) أحمد بن على بن محمد الوكيل المكنى بأبى الفتح الفقيه الشافعى المتوفى ببغداد سنة ٥٢٠ قال ابن خلكان بفتح الباء وسكون الراء وبعد الهاء الف ونون [ط] .

المفتي المستقل ، وصارت الفتوى الى المنتسبين الى ائمة المذاهب المتبوعة ، وللمفتي المنتسب اربعة احوال .

« **احدها** » : أن لا يكون مقلدا لامامه ، لا في المذهب ولا في دليله ، لاتصافه بصفة المستقل ، وانما ينسب اليه لسلوكه طريقه في الاجتهاد . وادعى الأستاذ ابو اسحاق هذه الصفة لأصحابنا ، فحكى عن أصحاب مالك رحمه الله واحمد وداود وأكثر الحنفية أنهم صاروا الى مذاهب أئمتهم تقليدا لهم ، ثم قال : والصحيح الذي ذهب اليه المحققون ما ذهب اليه اصحابنا : وهو انهم صاروا الى مذهب الشافعي لا تقليدا له ، بل لما وجدوا طرقه في الاجتهاد والقياس أسد الطرق ولم يكن لهم بد من الاجتهاد سلكوا طريقه . فطلبوا معرفة الأحكام بطريق الشافعي . وذكر ابو علي السنجي (بكسر السين المهملة) نحو هذا فقال : اتبعنا الشافعي دون غيره، لانا وجدنا قوله ارجح الأقوال وأعدلها ، لا أنا قلدناه .

« **قلت** » هذا الذي ذكراه موافق لما امرهم به الشافعي ثم المزني في اول مختصره وغيره بقوله : « مع اعلاميه نهيه عن تقليده وتقليد غيره » قال ابو عمرو : دعوى انتفاء التقليد عنهم مطلقا لا يستقيم ، ولا يلائم المعلوم من حالهم او حال أكثرهم ، وحكى بعض اصحاب الأصول منا انه لم يوجد بعد عصر الشافعي مجتهد مستقل ، ثم فتوى المفتي في هذه الحالة كفتوى المستقل في العمل بها ، والاعتداد بها في الاجماع والخلاف .

« **الحالة الثانية** » ان يكون مجتهدا مقيدا في مذهب امامه ، مستقلا بتقرير اصوله بالدليل ، غير انه لا يتجاوز في أدلته أصول امامه وقواعده ، وشرطه كونه عالما بالفقه وأصوله ، وأدلة الأحكام تفصيلا ، بصيرا بمسالك الأقيسة والمعاني ، تام الارتياض في التخريج والاستنباط ، قيما بالحاق ما ليس منصوصا عليه لامامه بأصوله ، ولا يعرى عن شوب تقليد له لاخلاله ببعض أدوات المستقل ، بأن يخل بالحديث أو العربية ، وكثيرا ما أخل بهما المقيد ، ثم يتخذ نصوص امامه أصولا يستنبط منها كفعل المستقل بنصوص الشرع ، وربما اكتفى في الحكم بدليل امامه ، ولا يبحث عن معارض كفعل المستقل في النصوص ، وهذه صفة أصحابنا أصحاب الوجوه ، وعليها كان ائمة اصحابنا او اكثرهم ، والعامل بفتوى هذا مقلد لامامه لا له .

ثم ظاهر كلام الأصحاب أن من هذا حاله لا يتأدى به فرض الكفاية . قال ابو عمرو : ويظهر تأدى الفرض به في الفتوى وان لم يتأد في احياء العلوم التي منها استمداد الفتوى ، لأنه قام مقام امامه المستقل تفريعا على الصحيح ، وهو جواز تقليد الميت . ثم قد يستقل المقيد في مسألة أو باب خاص كما تقدم ، وله أن يفتي فيما لا نص فيه لامامه بما يخرجه على أصوله ، هذا هو الصحيح الذي عليه العمل ، واليه مفزع المفتين من مدد

طويلة ، ثم اذا أفتى بتخريجه فالمستفتى مقلد لامامه لا له ، هكذا قطع به امام الحرمين فى كتابه الغياثى ، وما أكثر فوائده .

قال الشيخ ابو عمرو : وينبغى ان يخرج هذا على خلاف حكاه الشيخ ابو اسحاق الشيرازى وغيره ، أن ما يخرجه أصحابنا هل يجوز نسبته الى الشافعى ؟ والأصح انه لا ينسب اليه ، ثم تارة يخرج من نص معين لامامه وتارة لا يجده ، فيخرج على أصوله بأن يجد دليلا على شرط ما يحتج به امامه فيفتى بموجبه ، فان نص امامه على شىء ونص فى مسألة تشبهها على خلافه فخرج من أحدهما الى الآخر سمى قولا مخرجا وشرط هذا التخريج أن لا يجد بين نصيه فرقا ، فان وجده وجب تقريرهما على ظاهرهما ، ويختلفون كثيرا فى القول بالتخريج فى مثل ذلك لاختلافهم فى امكان الفرق .

« قلت » واكثر ذلك يمكن فيه الفرق وقد ذكروه .

« الحالة الثالثة » أن لا يبلغ رتبة أصحاب الوجوه ، لكنه فقيه النفس ، حافظ مذهب امامه ، عارف بأدلته ، قائم بتقريرها ، يصور ، ويحرر ، ويقرر ، ويمهد ، ويزيف ، ويرجح . لكنه قصر عن أولئك لقصوره عنهم فى حفظ المذهب ، أو الارتياض فى الاستنباط ، أو معرفة الأصول ونحوها من أدواتهم ، وهذه صفة كثير من المتأخرين — الى أواخر المائة الرابعة — المصنفين الذين رتبوا المذهب وحرروه ، وصنفوا فيه تصانيف فيها معظم اشتغال الناس اليوم ، ولم يلحقوا الذين قبلهم فى التخريج . وأما فتاويهم فكانوا يتبسطون فيها تبسط أولئك أو قريبا منه ، ويقيسون غير المنقول عليه ، غير مقتصرين على القياس الجلى ، ومنهم من جمعت فتاويه ولا تبلغ فى التحاقها بالمذهب مبلغ فتاوى أصحاب الوجوه .

« الحالة الرابعة » أن يقوم بحفظ المذهب ونقله وفهمه فى الواضحات والمشكلات ، ولكن عنده ضعف فى تقرير أدلته وتحرير أقيسته ، فهذا يعتمد نقله وفتواه فيما يحكيه من مسطورات مذهبه ، من نصوص امامه ، وتفريع المجتهدين فى مذهبه ، وما لا يجده منقولا ان وجد فى المنقول معناه ، بحيث يدرك بغير كبير فكر أنه لا فرق بينهما ، جاز الحاقه به والفتوى به ، وكذا ما يعلم اندراجه تحت ضابط ممهد فى المذهب ، وما ليس كذلك يجب امساكه عن الفتوى فيه ، ومثل هذا يقع نادرا فى حق المذكور . اذ يبعد كما قال امام الحرمين أن تقع مسألة لم ينص عليها فى المذهب ، ولا هى فى معنى المنصوص ، ولا مندرجة تحت ضابط . وشرطه كونه فقيه النفس ذا حظ وافر من الفقه ، قال ابو عمرو : وان يكتفى فى حفظ المذهب فى هذه الحالة والتى قبلها بكون المعظم على ذهنه ، ويتمكن لدربته من الوقوف على الباقى على قرب .

فصـــل

هـــذه اصـــناف المفتين وهى خمســـة ، وكل صنف منهـــا يشترط فيه حفظ المذهب وفقه النفس ، فمن تصدى للفتيا وليس بهذه الصـــفة فقد باء بأمر عظيم ، ولقد قطع امام الحرمين وغيره بأن الأصـــولى الماهر المتصرف فى الفقه لا يحل له الفتوى بمجرد ذلك ، ولو وقعت له واقعة لزمه أن يسأل عنها ويلتحق به المتصرف النظار البحاث ، من ائمة الخلاف وفحول المناظرين ، لأنه ليس أهلا لادراك حكم الواقعة استقلالا ، لقصـــور آلته ، ولا من مذهب امام ، لعدم حفظه له على الوجه المعتبر .

فان قيل : من حفظ كتابا أو أكثر فى المذهب وهو قاصر ، لم يتصف بصفة أحد ممن سبق ، ولم يجد العامى فى بلده غيره ، هل له الرجوع الى قوله ؟

فالجواب : ان كان فى غير بلده مفت يجد السبيل اليه وجب التوصل اليه بحسب امكانه ، فان تعذر ذكر مسألته للقاصر ، فان وجدها بعينها فى كتاب موثوق بصحته وهو ممن يقبل خبره نقل له حكمه بنصـــه ، وكان العامى فيها مقلدا صاحب المذهب ، قال أبو عمرو : وهذا وجدته فى ضمن كلام بعضهم ، والدليل يعضده ، وان لم يجدها مسطورة بعينها لم يقسها على مسطور عنده ، وان اعتقده من قياس لا فارق ، فانه قد يتوهم ذلك فى غير موضعه .

فان قيل : هل لمقلد أن يفتى بما هو مقلد فيه ؟

قلنا : قطع أبو عبد الله الحليمى وأبو محمد الجوينى وأبو المحاسن الرويانى وغيرهم بتحريمه ، وقال القفال المروزى : يجوز ، قال أبو عمرو : قول من منعه معناه لا يذكره على صورة من يقوله من عند نفســـه ، بل يضيفه الى امامه الذى قلده ، فعلى هذا من عددناه من المفتين المقلدين ليسوا مفتين حقيقـــة ، لكن لمـــا قاموا مقامهم وأدوا عنهم عدوا معهم ، وسبيلهم ان يقولوا مثلا : مذهب الشافعى كذا أو نحو هذا ، ومن ترك منهم الاضافة فهو اكتفاء بالمعلوم من الحال عن التصريح به ، ولا بأس بذلك .

وذكر صاحب الحاوى فى العامى اذا عرف حكم حادثة بناء على دليلها ثلاثة أوجه .

(احدها) يجوز أن يفتى به ويجـــوز تقليده ، لأنه وصـــل الى علمه كوصول العالم .

(والثانى) يجوز ان كان دليلها كتابا أو سنة ، ولايجوز ان كان غيرهما .

(والثالث) لا يجوز مطلقا وهو الأصح والله أعلم .

فصـــل

(فى أحكام المفتين ـ فيه مسائل)

(احداها) الافتاء فرض كفاية فاذا استفتى وليس فى الناحية غيره تعين عليه الجواب ، فان كان فيها غيره وحضرا فالجواب فى حقهما فرض كفاية ، وان لم يحضر غيره فوجهان أصحهما : لا يتعين لما سبق عن ابن أبى ليلى ، والثانى : يتعين ، وهما كالوجهين فى مثله فى الشهادة . ولو سأل عامى عما لم يقع لم يجب جوابه .

(الثانية) اذا أفتى بشىء ثم رجع عنه ـ فان علم المستفتى برجوعه ، ولم يكن عمل بالأول ـ لم يجز العمل به ، وكذا ان نكح بفتواه واستمر على نكاح بفتواه ثم رجع ، لزمه مفارقتها كما لو تغير اجتهاد من قلده فى القبلة فى أثناء صلاته ، وان كان عمل قبل رجوعه ـ فان خالف دليلا قاطعا ـ لزم المستفتى نقض عمله ذلك ، وان كان فى محل اجتهاد لم يلزمه نقضه ، لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد . وهذا التفصيل ذكره الصيمرى والخطيب وأبو عمرو ، واتفقوا عليه ، ولا أعلم خلافه ، وما ذكره الغزالى والرازى ليس فيه تصريح بخلافه .

قال أبو عمرو : واذا كان يفتى على مذهب امام فرجع لكونه بان له قطعا مخالفة نص مذهب امامه ، وجب نقضه وان كان فى محل الاجتهاد ، لأن نص مذهب امامه فى حقه كنص الشارع فى حق المجتهد المستقل . اما اذا لم يعلم المستفتى برجوع المفتى فحال المستفتى فى علمه كلما(١) قبل الرجوع، ويلزم المفتى اعلامه قبل العمل وكذا بعده حيث يجب النقض ، واذا عمل بفتواه فى اتلاف فبان خطؤه وانه خالف القاطع فعن الأستاذ أبى اسحاق انه يضمن ان كان اهلا للفتـوى ، ولا يضمن ان لم يكن اهلا ، لأن المستفتى قصر . كذا حكاه الشيخ أبو عمرو وسكت عليه ، وهو مشكل وينبغى ان يخرج الضمان على قولى الغرور المعروفين فى بابى الغصب والنكاح وغيرهما، أو يقطع بعدم الضمان ، اذ ليس فى الفتوى الزام ولا الجاء (٢) .

(الثالثة) يحرم التساهل فى الفتوى ، ومن عرف به حرم استفتاؤه ، فمن التساهل أن لا يتثبت ، ويسرع بالفتوى قبل استيفاء حقها من النظر والفكر ، فان تقدمت معرفته بالمسئول عنه فلا باس بالمبادرة ، وعلى هذا يحمل ما نقل عن الماضين من مبادرة . ومن التساهل أن تحمله الأغراض

---

(١) كذا بالأصل والعبارة فيها ركاكة ، وتستقيم هكذا : كما كان قبل الرجوع [ط] .

(٢) بهامش نسخة الأذرعى ما نصه : ولا فى الغرور الزام ولا ألجاء نقوله او يقطع بعدم الضمان عجب ا هـ [ش] .

الفاسدة على تتبع الحيل المحرمة أو المكروهة ، والتمسك بالشبه طلبا للترخيص لمن يروم نفعه ، أو التغليظ على من يريد ضره ، وأما من صح قصده فاحتسب فى طلب حيلة لا شبهة فيها ، لتخليص من ورطة يمين ونحوها فذلك حسن جميل . وعليه يحمل ما جاء عن بعض السلف من نحو هذا ، كقول سفيان : انما العلم عندنا الرخصة من ثقة ، فأما التشديد فيحسنه كل أحد ، ومن الحيل التى فيها شبهة ويذم فاعلها : الحيلة السريجية فى سد باب الطلاق .

« **الرابعة** » ينبغى أن لا يفتى فى حال تغير خلقه ، وتشغل قلبه ، ويمنعه التأمل ، كغضب ، وجوع ، وعطش ، وحزن ، وفرح غالب ، ونعاس ، أو ملل ، أو حر مزعج أو مرض مؤلم ، أو مدافعة حدث ، وكل حال يشتغل فيه قلبه ويخرج عن حد الاعتدال فان أفتى فى بعض هذه الأحوال وهو يرى أنه لم يخرج عن الصواب جاز وان كان مخاطرا بها .

« **الخامسة** » المختار للمتصدى للفتوى أن يتبرع بذلك ، ويجوز أن يأخذ عليه رزقا من بيت المال الا أن يتعين عليه وله كفاية ، فيحرم على الصحيح . ثم ان كان له رزق لم يجز أخذ اجرة اصلا ، وان لم يكن له رزق فليس له أخذ أجرة من أعيان من يفتيه على الأصح كالحاكم . واحتال الشيخ أبو حاتم القزوينى من أصحابنا فقال : له أن يقول : يلزمنى أن أفتيك قولا ، وأما كتابة الخط فلا ، فاذا استأجره على كتابة الخط جاز . قال الصيمرى والخطيب : لو اتفق أهل البلد فجعلوا له رزقا من أموالهم على أن يتفرغ لفتاويهم جاز ، أما الهدية فقال أبو مظفر السمعانى : له قبولها ، بخلاف الحاكم فانه يلزم حكمه . قال أبو عمرو : ينبغى أن يحرم قبولها ان كانت رشوة على أن يفتيه بما يريد كما فى الحاكم وسائر ما لا يقابل بعوض .

قال الخطيب : **وعلى الامام أن يفرض لمن نصب نفسه لتدريس الفقه والفتوى فى الأحكام ما يغنيه عن الاحتراف ، ويكون ذلك من بيت المال ، ثم روى باسناده أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أعطى كل رجل ممن هذه صفته مائة دينار فى السنة .**

« **السادسة** » لا يجوز أن يفتى فى الأيمان والاقرار ونحوهما مما يتعلق بالألفاظ الا أن يكون من أهل بلد اللافظ ، أو متنزلا منزلتهم فى الخبرة بمرادهم من ألفاظهم وعرفهم فيها .

« **السابعة** » لا يجوز لمن كانت فتواه نقلا لمذهب امام ــ اذا اعتمد الكتب ــ أن يعتمد الا على كتاب موثوق بصحته ، وبأنه مذهب ذلك الامام، فان وثق بأن أصل التصنيف بهذه الصفة لكن لم تكن هذه النسخة معتمدة، فليستظهر بنسخ منه متفقة ، وقد تحصل له الثقة من نسخة غير موثوق

بها فى بعض المسائل اذا رأى الكلام منتظما وهو خبير فطن لا يخفى عليه لدربته موضع الاسقاط والتغيير . فان لم يجده الا فى نسخة غير موثوق بها فقال أبو عمرو : ينظر فان وجده موافقا لأصول المذهب ، وهو اهل لتخريج مثله فى المذهب ــ لو لم يجده منقولا ــ فله أن يفتي به . فان أراد حكايته عن قائله فلا يقل : قال الشافعى مثلا كذا ، وليقل : وجدت عن الشافعى كذا ، أو بلغنى عنه ، ونحو هذا . وان لم يكن أهلا لتخريج مثله لم يجز له ذلك ، فان سبيله النقل المحض ، ولم يحصل ما يجوز له ذلك ، وله أن يذكره ــ لا على سبيل الفتوى ــ مفصحا بحاله ، فيقول . وجدته فى نسخة من الكتاب الفلانى ونحوه .

« **قلت** » لا يجوز لمفت على مذهب الشافعى اذا اعتمد النقل ان يكتفى بمصنف ومصنفين ونحوهما من كتب المتقدمين واكثر المتأخرين لكثرة الاختلاف بينهم فى الجزم والترجيح لأن هذا المفتى المذكور انما ينقل مذهب الشافعى ، ولا يحصل له وثوق بأن ما فى المصنفين المذكورين ونحوهما هو مذهب الشافعى ، أو الراجح منه ، لما فيهما من الاختلاف ، وهذا مما لا يتشكك فيه من له ادنى أنس بالمذهب ، بل قد يجزم نحو عشرة من المصنفين بشىء وهو شاذ بالنسبة الى الراجح فى المذهب ، ومخالف لما عليه الجمهور ، وربما خالف نص الشافعى أو نصوصا له ، وسترى فى هذا الشرح ان شاء الله تعالى أمثلة ذلك ، وأرجو ان تم (١) هذا الكتاب انه يستغنى به عن كل مصنف ويعلم به مذهب الشافعى علما قطعيا ان شاء الله تعالى .

« **الثامنة** » اذا افتى فى حادثة ثم حدثت مثلها ، فان ذكر الفتوى الأولى ودليلها بالنسبة الى أصل الشرع ان كان مستقلا ، أو الى مذهبه ان كان منتسبا ، أفتى بذلك بلا نظر ، وان ذكرها ولم يذكر دليلها ولا طرأ ما يوجب رجوعه ، فقيل : له أن يفتى بذلك ، والأصح وجوب تجديد النظر ، ومثله القاضى اذا حكم بالاجتهاد ثم وقعت المسألة ، وكذا تجديد الطلب فى التيمم ، والاجتهاد فى القبلة ، وفيهما الوجهان . قال القاضى (٢) أبو الطيب فى تعليقه فى آخر باب استقبال القبلة : وكذا العامى اذا وقعت له مسألة فسأل عنها ثم وقعت له فليلزمه السؤال ثانيا ــ يعنى على الأصح ــ قال : الا ان تكون مسألة يكثر وقوعها ويشق عليه اعادة السؤال عنها ، فلا يلزمه ذلك ، ويكفيه السؤال الأول للمشقة .

---

(١) كانت أمنية الامام النووى ان يتم هذا الكتاب حتى يغنى عن جميع المصنفات ، ولكن هكذا قدر الله ، وأرجو أن تقر عين الشيخ وأعين المنصفين بتمامه بقلم هذا المسكين المكدود محمد نجيب المطيعى .

(٢) أبو الطيب طاهر بن عبد الله بن طاهر بن عمر الطبرى الفقيه الشافعى المولود بآمل سنة ٣٤٨ المتوفى ببغداد سنة ٤٥٠ ذكر ابن خلكان انه منسوب الى طبرستان (ط) .

« **التاسعة** » ينبغي أن لا يقتصر في فتواه على قوله : في المسألة خلاف ، أو قولان ، أو وجهان ، أو روايتان ، أو يرجع الى رأي القاضي ، ونحو ذلك ، فهذا ليس بجواب ، ومقصود المستفتي بيان ما يعمل به ، فينبغي أن يجزم له بما هو الراجح ، فان لم يعرفه توقف حتى يظهر ، أو يترك الافتاء كما كان جماعة من كبار أصحابنا يمتنعون من الافتاء في حنث الناسي.

فصـــل

في آداب الفتوى ـ فيه مسائل

« **احداها** » : يلزم المفتي أن يبين الجواب بيانا يزيل الاشكال . ثم له الاقتصار على الجواب شفاها . فان لم يعرف لسان المستفتي كفاه ترجمة ثقة واحد ، لأنه خبر ، وله الجواب كتابة ، وان كانت الكتابة على خطر . وكان القاضي أبو حامد(١) كثير الهرب من الفتوى في الرقاع . قال الصيمري وليس من الأدب كون السؤال بخط المفتي ، فأما باملائه وتهذيبه فواسع ، وكان الشيخ أبو اسحاق الشيرازي قد يكتب السؤال على ورق له ، ثم يكتب الجواب . واذا كان في الرقعة مسائل فالأحسن ترتيب الجواب على ترتيب السؤال ، ولو ترك الترتيب فلا بأس ، ويشبه معنى قول الله تعالى : « **يوم تبيض (٢) وجوه وتسود وجوه ، فأما الذين اسودت** » .

واذا كان في المسألة تفصيل لم يطلق الجواب فانه خطأ . ثم له ان يستفصل السائل ان حضر ، ويقيد السؤال في رقعة أخرى ثم يجيب ، وهذا أولى واسلم . وله ان يقتصر على جواب أحد الأقسام اذا علم انه الواقع للسائل ، ويقول : هذا اذا كان الأمر كذا ، وله أن يفصل الأقسام في جوابه ، ويذكر حكم كل قسم . لكن هذا كرهه أبو الحسن القابسي من ائمة المالكية وغيره . وقالوا : هذا تعليم للناس الفجور ، واذا لم يجد المفتي من يسأله فصل الأقسام واجتهد في بيانها واستيفائها .

« **الثانية** » : ليس له أن يكتب الجواب على ما علمه من صورة الواقعة اذا لم يكن في الرقعة تعرض له ، بل يكتب جواب ما في الرقعة ، فان أراد جواب ما ليس فيها فليقل : وان كان الأمر كذا وكذا ، فجوابه كذا .

---

(١) هو القاضي أحمد بن عامر بن بشر بن حامد المكنى بأبي حامد المروروذي المتوفى سنة ٣٦٢ ، أخذ الفقه عن أبي اسحاق المروزي وصنف الجامع في المذهب وشرح مختصر المزني ، وكان اماما لا يشق غباره ، ونزل بالبصرة ودرس بها ، وعنه أخذ فقهاء البصرة ، ومن تلاميذه أبو حيان التوحيدي (ط) .

(٢) الآية ١٠٦ من سورة آل عمران والشاهد فيها عدم التقيد بالترتيب في قوله تبيض وتسود ـ وأما الذين اسودت ـ وأما الذين ابيضت . [ط] .

واستحب العلماء أن يزيد على ما فى الرقعة ما له تعلق بها ، مما يحتاج اليه السائل لحديث : « **هو الطهور ماؤه الحل ميتته** (١) » .

« **الثالثة** » : اذا كان المستفتى بعيد الفهم فليرفق به ، ويصبر على تفهم سؤاله ، وتفهيم جوابه ، فان ثوابه جزيل .

« **الرابعة** » : ليتأمل الرقعة تأملا شافيا ، وآخرها آكد ، فان السؤال فى آخرها ، وقد يتقيد الجميع بكلمة فى آخرها ويغفل عنها ، قال الصيمرى : قال بعض العلماء : ينبغى أن يكون توقفه فى المسألة السهلة كالصعبة ليتعاده ، وكان محمد بن الحسن يفعله (٢) . واذا وجد كلمة مشتبهة سأل المستفتى عنها ونقطها وشكلها ، وكذا ان وجد لحنا فاحشا او خطأ يحيل المعنى أصلحه ، وان رأى بياضا فى اثناء سطر او آخره خط عليه أو شغله ، لأنه ربما قصد المفتى بالايذاء ، فكتب فى البياض بعد فتواه ما يفسدها ، كما بلى به القاضى أبو حامد المروروذى .

« **الخامسة** » : يستحب ان يقرأها على حاضريه ممن هو اهل لذلك ، ويشاورهم ويباحثهم برفق وانصاف ، وان كانوا دونه وتلامذته ، للاقتداء بالسلف ، ورجاء ظهور ما قد يخفى عليه الا أن يكون فيها ما يقبح ابداؤه ، او يؤثر السائل كتمانه ، او فى اشاعته مفسدة .

« **السادسة** » : ليكتب الجواب بخط واضح وسط ، لا دقيق خاف ، ولا غليظ جاف ، ويتوسط فى سطورها بين توسيعها وتضييقها ، وتكون عبارة واضحة صحيحة تفهمها العامة ولا يزدريها الخاصة ، واستحب بعضهم أن لا تختلف اقلامه وخطه خوفا من التزوير ، ولئلا يشتبه خطه ، قال الصيمرى : قل ما وجد التزوير على المفتى ، لأن الله تعالى حرس أمر الدين . واذا كتب الجواب أعاد نظره فيه ، خوفا من اختلال وقع فيه ، او اخلال ببعض المسئول عنه .

« **السابعة** » : اذا كان هو المبتدى فالعادة قديما وحديثا أن يكتب فى الناحية اليسرى من الورقة . قال الصيمرى وغيره : وأين كتب من وسط

---

(١) الحديث أخرجه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وابن أبى شيبة من حديث أبى هريرة رضى الله عنه .

(٢) أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيبانى بالولاء الفقيه صاحب أبى حنيفة أصله من قرية على باب دمشق فى وسط الغوطه اسمها [حرستا] وولد فى واسط ونشأ بالكوفة ، وحضر مجلس أبى حنيفة ثم تفقه على أبى يوسف توفى سنة ١٨٩ برنبويه قرية من قرى الرى . [ط] .

الرقعة أو حاشيتها فلا عتب عليه ، ولا يكتب فوق البسملة بحال ، وينبغى ان يدعو اذا اراد الافتاء .

وجاء عن مكحول ومالك رحمهما الله انهما كانا لا يفتيان حتى يقولا : لا حول ولا قوة الا بالله ، ويستحب الاستعاذة من الشيطان ، ويسمى الله تعالى ويحمده ، ويصلى على النبى صلى الله عليه وسلم ، وليقل : (رب اشرح لى صدرى (١)) الآية ونحو ذلك ، قال الصيمرى : وعادة كثيرين ان يبدأوا فتاويهم : الجواب وبالله التوفيق ، وحذف آخرون ذلك ، قال : ولو عمل ذلك فيما طال من المسائل واشتمل على فصول ، وحذف فى غيره ، كان وجها .

« **قلت** » : المختار قول ذلك مطلقا ، واحسنه الابتداء بقول : الحمد لله ، لحديث : « **كل أمر ذى بال لا يبدأ بالحمد لله فهو أجذم (٢)** » وينبغى أن يقوله بلسانه ويكتبه ، قال الصيمرى : ولا يدع ختم جوابه بقوله : وبالله التوفيق ، أو : والله اعلم ، أو : والله الموفق ، قال : ولا يقبح قوله : الجواب عندنا ، أو : الذى عندنا ، أو : الذى نقول به ، أو : نذهب اليه ، أو : نراه كذا ، لانه من اهل ذلك ، قال : واذا اغفل السائل الدعاء للمفتى أو الصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم فى آخر الفتوى الحق المفتى ذلك بخطه ، فان العادة جارية به .

« قلت » : واذا ختم الجواب بقوله : والله أعلم ونحوه مما سبق فليكتب بعده : كتبه فلان ، أو : فلان بن فلان الفلانى ، فينتسب الى ما يعرف به من قبيلة أو بلدة أو صفة ، ثم يقول : الشافعى ، أو : الحنفى مثلا ، فان كان مشهورا بالاسم أو غيره فلا بأس بالاقتصار عليه ، قال الصيمرى : ورأى بعضهم أن يكتب المفتى بالمداد دون الحبر خوفا من الحك ، قال : والمستحب الحبر لا غير .

« **قلت** » : لا يختص واحد منهما هنا بالاستحباب ، بخلاف كتب العلم ، فالمستحب فيها الحبر ، لأنها تراد للبقاء ، والحبر أبقى ، قال الصيمرى : وينبغى اذا تعلقت الفتوى بالسلطان أن يدعو له فيقول : وعلى ولى الأمر أو السلطان أصلحه الله أو سدده الله أو قوى الله عزمه أو أصلح الله به ، أو شد الله أزره ، ولا يقل : أطال الله بقاءه فليست من ألفاظ السلف .

---

(١) يريد الآيات ٢٥ ، ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨ من سورة طه وهى آيات قصيرة كأنها آية واحدة [ط] .

(٢) اخرجه النسائى وابن حبان عن ابى هريرة [ط] .

« **قلت** » : نقل ابو جعفر النحاس وغيره اتفاق العلماء على كراهة قول : « أطال الله بقاءك » وقال بعضهم : هي تحية الزنادقة ، وفي(١) صحيح مسلم في حديث أم حبيبة رضي الله عنها اشارة الى ان الأولى ترك نحو هذا من الدعاء بطول البقاء واشباهه .

« **الثامنة** » : ليختصر جوابه ويكون بحيث تفهمه العامة ، قال صاحب الحاوي : يقول : يجوز ، أو لا يجوز ، أو حق ، أو باطل ، وحكى شيخه الصيمري عن شيخه القاضي أبي حامد ، أنه كان يختصر غاية ما يمكنه ، واستفتي في مسألة آخرها : يجوز ام لا ؟ فكتب : لا ، وبالله التوفيق .

« **التاسعة** » : قال الصيمري والخطيب : اذا سئل عمن قال : أنا اصدق من محمد بن عبد الله ، أو الصلاة لعب ، وشبه ذلك ، فلا يبادر بقوله : هذا حلال الدم ، أو : عليه القتل ، بل يقول : ان صح هذا باقراره، أو بالبينة ، استتابه السلطان ، فان تاب قبلت توبته ، وان لم يتب فعل به كذا وكذا ، وبالغ في ذلك واشبعه . قال : وان سئل عمن تكلم بشيء يحتمل وجوها يكفر ببعضها دون بعض قال : يسأل هذا القائل . فان قال : أردت كذا ، فالجواب كذا . وان سئل عمن قتل أو قلع عينا أو غيرها احتاط ، فذكر الشروط التي يجب بجميعها القصاص ، وان سئل عمن فعل ما يوجب التعزير . ذكر ما يعزر به فيقول : يضربه السلطان كذا وكذا ، ولا يزاد على كذا ، هذا كلام الصيمري والخطيب وغيرهما .

قال ابو عمرو : ولو كتب : عليه القصاص ، أو التعزير بشرطه . فليس ذلك باطلاق ، بل تقييده بشرطه يحمل الوالي على السؤال عن شرطه والبيان اولى .

« **العاشرة** » : ينبغي اذا ضاق موضع الجواب ان لا يكتبه في رقعة اخرى ، خوفا من الحيلة ، ولهذا قالوا : يصل جوابه بآخر سطر ، ولا يدع فرجة لئلا يزيد السائل شيئا يفسدها ، واذا كان موضع الجواب ورقة ملصقة كتب على الألصاق ، ولو ضاق باطن الرقعة وكتب الجواب في ظهرها كتبه في أعلاها الا أن يبتدىء من أسفلها متصلا بالاستفتاء فيضيق الموضع فيتمه في اسفل ظهرها ليتصل جوابه ، واختار بعضهم أن يكتب على ظهرها لا على حاشيتها ، والمختار عند الصيمري وغيره أن حاشيتها اولى من ظهرها ، قال الصيمري وغيره : والأمر في ذلك قريب .

---

(١) أم حبيبة لها في صحيح مسلم ثلاثة احاديث حديث : [من صلى في كل يوم ثنتي عشرة ركعة سوى الفريضة بنى الله له بيتا في الجنة] في كتاب الصلاة ، وحديث : « النهي عن الحداد فوق ثلاثة أيام » وفي كتاب الطلاق ، وحديث : « أنكح اختي بنت أبي سفيان » في كتاب النكاح ، فلا ادري أيها المقصود عنده [ط] .

« **الحادية عشرة** » : اذا ظهر للمفتى ان الجواب خلاف غرض المستفتى وانه لا يرضى بكتابته فى ورقته فليقتصر على مشافهته بالجواب ، وليحذر أن يميل فى فتواه مع المستفتى أو خصمه ، ووجوه الميل كثيرة لا تخفى ، ومنها أن يكتب فى جوابه ما هو له ويترك ما عليه ، وليس له ان يبدأ فى مسائل الدعوى والبينات بوجوه المخالص منها ، واذا سأله احدهم وقال : بأى شىء تندفع دعوى كذا وكذا ؟ أو بينة كذا ؟ لم يجبه كيلا يتوصل بذلك الى ابطال حق ، وله أن يسأله عن حاله فيما ادعى عليه ، فاذا شرحه له عرفه بما فيه من دافع وغير دافع .

قال الصيمرى : وينبغى للمفتى اذا رأى للسائل طريقا يرشده اليه ان ينبهه عليه ، يعنى ما لم يضر غيره ضررا بغير حق ، قال : كمن حلف لا ينفق على زوجته شهرا ، يقول : يعطيها من صداقها أو قرضا أو بيعا ثم يبريها ، وكما حكى أن رجلا قال لأبى حنيفة رحمه الله : حلفت انى أطأ امرأتى فى نهار رمضان ولا أكفر ولا أعصى ، فقال : سافر بها .

« **الثانية عشرة** » : قال الصيمرى اذا رأى المفتى المصلحة ان يفتى العامى بما فيه تغليظ وهو مما لا يعتقد ظاهره ، وله فيه تأويل ، جاز ذلك زجرا له ، كما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه سئل عن توبة القاتل فقال : (لا توبة له) وسأله آخر فقال : (له توبة) ثم قال : « أما الأول فرأيت فى عينه ارادة القتل فمنعته ، وأما الثانى فجاء مستكينا قد قتل فلم أقنطه » قال الصيمرى : وكذا ان سأله رجل فقال ان قتلت عبدى هل على قصاص ؟ فواسع أن يقول : ان قتلت عبدك قتلناك ، فقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم : « **من قتل عبده (١) قتلناه** » ولأن القتل له معان قال : ولو سئل عن سب الصحابى هل يوجب القتل ؟ فواسع أن يقول : روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « **من سب أصحابى فاقتلوه** » فيفعل كل هذا زجرا للعامة ، ومن قل دينه ومروءته (٢) .

« **الثالثة عشرة** » : يجب على المفتى عند اجتماع الرقاع بحضرته أن يقدم الأسبق فالأسبق ، كما يفعله القاضى فى الخصوم ، وهذا فيما يجب فيه الافتاء ، فان تساووا أو جهل السابق قدم بالقرعة ، والصحيح أنه

---

(١) أخرجه أصحاب السنن الأربعة وأحمد فى مسنده ، وقال الترمذى : حديث غريب قلت : رواياته كلها عن الحسن البصرى عن سمرة بن جندب ، وفى سماع الحسن من سمرة خلاف معروف قال البخارى : قال على بن المدينى : سماع الحسن من سمرة صحيح ، وأخذ بحديثه : « من قتل عبدا قتلناه » [ط] .

(٢) قلت : هذا اذا علم أنه لايعمل بما يقوله أما لو علم كما لوكان السائل أميرا ونحوه فلا يجيبه الا بما يعتقده فى المسألة ا هـ من هامش نسخة الأذرعى [ش] .

يجوز تقديم المراة والمسافر الذى شد رحله ، وفى تأخيره ضرر بتخلفه عن رفقته ونحو ذلك على من سبقهما الا اذا كثر المسافرون والنساء ، بحيث يلحق غيرهم بتقديمهم ضرر كثير فيعود بالتقديم بالسبق أو القرعة ، ثم لا يقدم أحدا الا فى فتيا واحدة .

« **الرابعة عشرة** » : قال الصيمرى وأبو عمرو : اذا سئل عن ميراث فليست العادة ان يشترط فى الورثة عدم الرق والكفر والقتل ، وغيرها من موانع الميراث ، بل المطلق محمول على ذلك بخلاف ما اذا أطلق الاخوة والاخوات والاعمال وبنيهم ، فلابد ان يقول فى الجواب : من أب وام ، او من اب ، او من ام ، واذا سئل عن مسألة عول كالمنبرية (١) ، وهى زوجة وابوان وبنتان فلا يقل : للزوجة الثمن ، ولا التسع ، لأنه لم يطلقه احد من السلف ، بل يقل : لها الثمن عائلا ، وهى ثلاثة أسهم من سبعة وعشرين ، أولها ثلاثة أسهم من سبعة وعشرين ، أو يقول ما قاله أمير المؤمنين على بن أبى طالب رضى الله عنه : صار ثمنها تسعا . واذا كان فى المذكورين فى رقعة الاستفتاء من لا يرث افصح بسقوطه فقال وسقط فلان ، وان كان سقوطه فى حال دون حال قال : وسقط فلان فى هذه الصورة او نحو ذلك ، لئلا يتوهم انه لا يرث بحال .

واذا سئل عن اخوة واخوات ، او بنين وبنات ، فلا ينبغى أن يقول للذكر مثل حظ الأنثيين ، فان ذلك قد يشكل على العامى ، بل يقول : يقتسمون التركة على كذا وكذا سهما ، لكل ذكر كذا وكذا سهما ، ولكل أنثى كذا وكذا سهما ، قال الصيمرى : قال الشيخ : ونحن نجد فى تعمد العدول عنه حزازة فى النفس ، لكونه لفظ القرآن العزيز ، وانه قلما يخفى معناه على أحد .

وينبغى ان يكون فى جواب مسائل المناسخات شديد التحرز والتحفظ ، وليقل فيها لفلان كذا وكذا ميراثه من أبيه ، ثم من أخيه . قال الصيمرى : وكان بعضهم يختار ان يقول لفلان كذا وكذا سهما ، ميراثه عن ابيه كذا ، وعن امه كذا . قال : وكل هذا قريب ، قال الصيمرى وغيره : وحسن ان يقول : تقسم التركة بعد اخراج ما يجب تقديمه من دين أو وصية ان كانا .

« **الخامسة عشرة** » : اذا راى المفتى رقعة الاستفتاء وفيها خط غيره ، ممن هو أهل للفتوى ، وخطه فيها موافق لما عنده ، قال الخطيب وغيره : كتب تحت خطه : هذا جواب صحيح ، وبه أقول . او كتب : جوابى مثل هذا . وان شاء ذكر الحكم بعبارة الخص من عبارة الذى كتب ، وأما اذا

---

(١) أوضحناها بجميع صورها فى كتاب الفرائض فى الجزء ١٤ [ط] .

رأى فيها خط من ليس أهلا للفتوى ، فقال الصيمرى : لا يفتى معه ، لأن فى ذلك تقريرا منه لمنكر ، بل يضرب على ذلك بأمر صاحب الرقعة ، ولو لم يستأذنه فى هذا القدر جاز ، لكن ليس له احتباس الرقعة الا باذن صاحبها. قال : وله انتهار السائل وزجره ، وتعريفه قبح ما أتاه ، وانه كان واجبا عليه البحث عن أهل للفتوى ، وطلب من هو أهل لذلك ، وان رأى فيها اسم من لا يعرفه سأل عنه ، فان لم يعرفه فواسع أن يمتنع من الفتوى معه ، خوفا مما قلناه . قال : وكان بعضهم فى مثل هذا يكتب على ظهرها ، قال : والأولى فى هذا الموضع أن يشار على صاحبها بابدالها ، فان ابى ذلك أجابه شفاها .

قال أبو عمرو : واذا خاف فتنة من الضرب على فتيا العادم للأهلية ، ولم تكن خطأ ، عدل الى الامتناع من الفتيا معه ، فان غلبت فتاويه لتغلبه على منصبها بجاه أو تلبيس أو غير ذلك ، بحيث صار امتناع الأهل من الفتيا معه ضارا بالمستفتين ، فليفت معه ، فان ذلك أهون الضررين ، وليتلطف مع ذلك فى اظهار قصوره لمن يجهله . اما اذا وجد فتيا من هو أهل ـ وهى خطأ مطلقا بمخالفتها القاطع ، أو خطأ على مذهب من يفتى ذلك المخطىء على مذهبه قطعا ـ فلا يجوز له الامتناع من الافتاء ، تاركا للتنبيه على خطئها اذا لم يكفه ذلك غيره ، بل عليه الضرب عليها عند تيسره ، أو الابدال وتقطيع الرقعة باذن صاحبها ، أو نحو ذلك . وما يقوم مقامه كتب صواب جوابه عند ذلك الخطأ ، ثم ان كان المخطىء أهلا للفتوى فحسن أن تعاد اليه باذن صاحبها أما اذا وجد فيها فتيا أهل للفتوى ، وهى على خلاف ما يراه هو ، غير انه لا يقطع بخطئها ، فليقتصر على كتب جواب نفسه ، ولا يتعرض لفتيا غيره بتخطئة ولا اعتراض قال صاحب الحاوى : لا يسوغ لمفت اذا استفتى أن يتعرض لجواب غيره برد ولا تخطئة ، ويجيب بما عنده من موافقة أو مخالفة (١) .

« **السادسة عشرة** » : اذا لم يفهم المفتى السؤال أصلا ولم يحضر صاحب الواقعة فقال الصيمرى يكتب « يزاد فى الشرح ليجيب عنه » . أو « لم افهم ما فيها فأجيب » قال وقال بعضهم لا يكتب شيئا أصلا قال : ورأيت بعضهم كتب فى هذا : يحضر السائل لنخاطبه شفاها . وقال الخطيب : ينبغى له اذا لم يفهم الجواب أن يرشد المستفتى الى مفت آخر ان كان والا فليمسك حتى يعلم الجواب ، قال الصيمرى واذا كان فى رقعة الاستفتاء مسائل فهم بعضها دون بعض ، أو فهمها كلها ولم يرد الجواب

---

(١) وفى هامش نسخة الأذرعى ما نصه : قلت : لعل مراده ما اذا كان الجواب محتملا ، اما اذا كان غلطا فالوجه التنبيه عليه لئلا يعمل به ، وكذا لو كان مما يقتضى لمثله الحكم وقد كان الشيخ عز الدين بن عبد السلام يصنع هذا . ا هـ .

فى بعضها ، أو احتاج فى بعضها الى تأمل أو مطالعة . أجاب عما أراد وسكت عن الباقى ، وقال : لنا فى الباقى نظر أو تأمل أو زيادة نظر .

« **السابعة عشرة** » : ليس بمنكر ان يذكر المفتى فى فتواه الحجة اذا كانت نصا واضحا مختصرا ، قال الصيمرى : لا يذكر الحجة ان افتى عاميا ، ويذكرها ان افتى فقيها ، كمن يسأل عن النكاح بلا ولى فحسن أن يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « **لا نكاح الا بولى** » . أو عن رجعة المطلقة بعد الدخول فيقول : له رجعتها قال الله تعالى : « **وبعولتهن أحق بردهن**(١) » ، قال ولم تجر العادة أن يذكر فى فتواه طريق الاجتهاد ، ووجه القياس والاستدلال ، الا أن تتعلق الفتوى بقضاء قاض فيومىء فيها الى طريق الاجتهاد . ويلوح بالنكتة وكذا اذا افتى غيره فيها بغلط فيفعل ذلك لينبه على ما ذهب اليه ، ولو كان فيما يفتى به غموض فحسن ان يلوح بحجته .

وقال صاحب الحاوى : لا يذكر حجة ليفرق بين الفتيا والتصنيف . قال : ولو ساغ التجاوز الى قليل لساغ الى كثير ، ولصار المفتى مدرسا ، والتفصيل الذى ذكرناه أولى من اطلاق صاحب الحاوى المنع . وقد يحتاج المفتى فى بعض الوقائع الى أن يشدد ويبالغ فيقول : وهذا اجماع المسلمين، او : لا اعلم فى هذا خلافا ، أو : فمن خالف هذا فقد خالف الواجب وعدل عن الصواب ، او : فقد أثم وفسق ، أو : وعلى ولى الأمر أن يأخذ بهذا ولا يهمل الأمر ، وما أشبه هذه الألفاظ على حسب ما تقتضيه المصلحة وتوجيه الحال .

« **الثامنة عشرة** » : قال الشيخ أبو عمرو رحمه الله : ليس له اذا استفتى فى شىء من المسائل الكلامية أن يفتى بالتفصيل ، بل يمنع مستفتيه وسائر العامة من الخوض فى ذلك أو فى شىء منه وان قل . ويأمرهم بأن يقتصروا فيها على الايمان جملة من غير تفصيل ، ويقولوا فيها وفى كل ما ورد من آيات الصفات وأخبارها المتشابهة : ان الثابت فيها فى نفس الأمر ما هو اللائق فيها بجلال الله تبارك وتعالى ، وكماله وتقديسه المطلق ، فيقول معتقدنا فيها ، وليس علينا تفصيله وتعيينه ، وليس البحث عنه من شأننا ، بل نكل علم تفصيله الى الله تبارك وتعالى ، ونصرف عن الخوض فيه قلوبنا والسنتنا ، فهذا ونحوه هو الصواب من أئمة الفتوى فى ذلك ، وهو سبيل سلف الأمة ، وائمة المذاهب المعتبرة ، واكابر العلماء والصالحين وهو أصون وأسلم للعامة وأشباههم ، ومن كان منهم اعتقد اعتقادا باطلا تفصيلا ، ففى هذا صرف له عن ذلك الاعتقاد الباطل بما هو أهون وأيسر وأسلم .

---

(١) الآية ٢٢٨ من سورة البقرة .

واذا عزر ولى الأمر من حاد منهم عن هذه الطريقة ، فقد تأسى بعمر بن الخطاب رضى الله عنه فى تعزير (صبيح) بفتح الصـــاد المهملة الذى كان يسأل عن المتشابهات على ذلك . قال : والمتكلمون من أصحابنا معترفون بصحة هذه الطريقة ، وبأنها أسلم لمن سلمت له ، وكان الغزالى منهم فى آخر أمره شديد المبالغة فى الدعاء اليها والبرهنة عليها ، وذكر شيخه امام الحرمين فى كتابه الغياثى أن الامام يحرص ما أمكنه على جمع الخلق على سلوك سبيل السلف فى ذلك .

واستفتى الغزالى فى كلام الله تبـــارك وتعالى فكان من جوابه : واما الخوض فى أن كلامه تعالى حرف وصوت أو ليس كذلك فهو بدعة ، وكل من يدعو العوام الى الخوض فى هذا فليس من أئمة الدين ، وانما هو من المضلين ، ومثاله من يدعو الصبيان الذين لا يحسنون السباحة الى خوض البحر ، ومن يدعو الزمن المقعد الى السفر فى البرارى من غير مركوب .

وفى رسالة له : الصواب للخلق كلهم الا الشاذ النادر ، الذى لا تسمح الأعصار الا بواحد منهم أو اثنين ، سلوك مسلك السلف فى الايمان المرسل، والتصديق المجمل ، بكل ما أنزله الله تعالى ، واخبر به رسول الله صلى الله عليه وسلم ، من غير بحث وتفتيش ، والاشتغال بالتقوى ففيه شـــغل شاغل .

وقال الصيمرى فى كتابه (أدب المفتى والمستفتى) ان مما اجمع عليه أهل التقوى أن من كان موسوما بالفتوى فى الفقه لم ينبغ (وفى نسخة) لم يجز له أن يضع خطه بفتوى فى مسألة من علم الكلام ، قال : وكان بعضهم لا يستتم قراءة مثل هذه الرقعة قال : وكره بعضهم أن يكتب : ليس هذا من علمنا ، أو ما جلسنا لهذا ، والسؤال عن غير هذا أولى ، بل لا يتعرض لشىء من ذلك .

وحكى الامام الحافظ الفقيه أبو عمر بن عبد البر الامتناع من الكلام فى كل ذلك عن الفقهاء والعلماء قديما وحديثا من أهل الحديث والفتوى ، قال : وانما خالف ذلك أهل البدع ، قال الشيخ : فان كانت المسألة مما يؤمن ــ فى تفصيل جوابها من ضرر ــ الخوض المذكور جاز الجواب تفصيلا، وذلك بأن يكون جوابها مختصرا مفهوما ، ليس لهـــا أطراف يتجاذبهـــا المتنازعون ، والسؤال عنه صادر عن مسترشد خاص منقاد ، أو من عامة قليلة التنازع والمماراة ، والمفتى ممن ينقادون لفتواه ونحو هذا ، وعلى هذا ونحوه يحمل ما جاء عن بعض السلف من بغض الفتوى فى بعض المسائل الكلامية ، وذلك منهم قليل نادر والله أعلم .

« **التاسعة عشرة** » : قال الصيمرى والخطيب رحمهمـــا الله : واذا

سأل فقيه عن مسألة من تفسير القرآن العزيز ـ فاذا كانت تتعلق بالأحكام ـ اجاب عنها وكتب خطه بذلك ، كمن سأل عن الصلاة الوسطى ، والقرء ، ومن بيده عقدة النكاح ، وان كانت ليست من مسائل الأحكام ، كالسؤال عن الرقيم والنقير والقطمير والفسلين ، رده الى اهله ، ووكله الى من نصب نفسه له من أهل التفسير ، ولو اجابه شفاها لم يستقبح ، هذا كلام الصيمرى والخطيب ، ولو قيل : انه يحسن كتابته للفقيه العارف به ، لكان حسنا ، واى فرق بينه وبين مسائل الأحكام ؟ والله أعلم .

فصـــل

(فى آداب المستفتى وصفته واحكامه ، فيه مسائل :)

« **احداها** » فى صفة المستفتى : كل من لم يبلغ درجة المفتى فهو فيما يسأل عنه من الأحكام الشرعية مستفت مقلد من يفتيه ، والمختار فى التقليد أنه قبول قول من يجوز عليه الاصرار على الخطأ بغير حجة على عين ما قبل قوله فيه ، ويجب عليه الاستفتاء اذا نزلت به حادثة ، يجب عليه علم حكمها ، فان لم يجد ببلده من يستفتيه وجب عليه الرحيل الى من يفتيه ، وان بعدت داره ، وقد رحل خلائق من السلف فى المسألة الواحدة الليالى والأيام .

« **الثانية** » يجب عليه قطعا البحث الذى يعرف به أهلية من يستفتيه للافتاء اذا لم يكن عارفا بأهليته . فلا يجوز له استفتاء من انتسب الى العلم ، وانتصب للتدريس والاقراء وغير ذلك من مناصب العلماء ، بمجرد انتسابه وانتصابه لذلك . ويجوز استفتاء من استفاض كونه أهلا للفتوى . وقال بعض أصحابنا المتأخرين : انما يعتمد قوله : انا أهل للفتوى لا شهرته بذلك ، ولا يكتفى بالاستفاضة ولا بالتواتر ، لأن الاستفاضة والشهرة بين العامة لا يوثق بها ، وقد يكون أصلها التلبيس ، وأما التواتر فلا يفيد العلم اذا لم يستند الى معلوم محسوس .

والصحيح هو الأول لأن اقدامه عليها اخبار منه بأهليته ، فان الصورة مفروضة فيمن وثق بديانته ، ويجوز استفتاء من أخبر المشهور المذكور بأهليته . قال الشيخ ابو اسحاق المصنف رحمه الله وغيره : يقبل فى أهليته خبر العدل الواحد . قال أبو عمرو (١) : وينبغى أن نشترط فى المخبر ان يكون عنده من العلم والبصر ما يميز به الملتبس من غيره ، ولا يعتمد فى ذلك

---

(١) أبو عمرو بن الصلاح فى المقدمات [ط] .

على خبر آحاد العامة ، لكثرة ما يتطرق اليهم من التلبيس فى ذلك . واذا اجتمع اثنان فأكثر ممن يجوز استفتاؤهم فهل يجب عليه الاجتهاد فى أعلمهم ؟ والبحث عن الأعلم والأورع والاوثق ليقلده دون غيره ؟ فيه وجهان.

« **أحدهما** » : لا يجب ، بل له استفتاء من شاء منهم ، لأن الجميع اهل ، وقد اسقطنا الاجتهاد عن العامى ، وهذا الوجه هو الصحيح عند أصحابنا العراقيين ، قالوا : وهو قول أكثر أصحابنا .

« **والثانى** » : يجب ذلك لأنه يمكنه هذا القدر من الاجتهاد بالبحث والسؤال ، وشواهد الأحوال . وهذا الوجه قول ابى العباس بن سريج (١) ، واختيار (٢) القفال المروزى ، وهو الصحيح عند القاضى (٣) حسين ، والأول اظهر وهو الظاهر من حال الأولين . قال أبو عمرو رحمه الله ، لكن متى اطلع على الأوثق ، فالأظهر انه يلزمه تقليده ، كما يجب تقديم ارجح الدليلين ، وأوثق الروايتين ، فعلى هذا يلزمه تقليد الأورع من العالمين والأعلم من الورعين ، فان كان احدهما أعلم والآخر اورع ، قلد الأعلم على الأصح ، وفى جواز تقليد الميت وجهان الصحيح : جوازه لأن المذاهب لا تموت بموت اصحابها ، ولهذا يعتد بها بعدهم فى الاجماع والخلاف ، ولأن موت الشاهد قبل الحكم لا يمنع الحكم بشهادته بخلاف فسقه . والثانى : لا يجوز لفوات أهليته كالفاسق ، وهذا ضعيف لا سيما فى هذه الأعصار .

« **الثالثة** » : هل يجوز للعامى ان يتخير ويقلد اى مذهب شاء ؟ قال

---

(١) قال الشيخ ابو اسحق الشيرازى فى حقه فى كتاب الطبقات : كان من عظماء الشافعيين وائمة المسلمين وكان يقال له : الباز الأشهب ولى القضاء بشيراز ، وكان يفضل على جميع أصحاب الشافعى حتى على المزنى ، وان فهرست كتبه كانت تشتمل على أربعمائة مصنف ، وكان الشيخ أبو حامد الاسفراينى يقول : نحن نجرى مع أبى العباس فى ظواهر الفقه لا فى دقائقه . وقد انتشر بفضل أبى العباس بن سريج مذهب الشافعى فى أكثر الآفاق ، وكان يناظر أبا بكر محمد بن داود الظاهرى ، وحكى أنه قال له محمد بن داود يوما : ابلغنى ريقى ، قال : ابلعتك دجلة ، وكان يقال : ان الله بعث على رأس المائة عمر بن عبد العزيز ليظهر السنة ويخفى البدعة ، ثم بعث على رأس المائة الثانية محمد بن ادريس الشافعى ثم بعث ابا العباس بن سريج على رأس المائة الثالثة . مات سنة ٣٠٦ ودفن بحجرته ببغداد بالجانب الغربى من الكرخ بسويقة غالب وعمره آنذاك سبع وخمسون سنة وستة أشهر(ط).

(٢) ابو بكر عبد الله بن أحمد بن عبد الله الفقيه المعروف بالقفال المروزى تلقى الفقه عليه الشيخ ابو على السنجى ، والقاضى حسين بن محمد والشيخ أبو محمد الجوينى والد امام الحرمين وغيرهم من الأكابر توفى سنة ٤١٧ وهو ابن تسعين سنة ودفن بسجستان . [ط]

(٣) القاضى حسين بن محمد المروذى صاحب التعليقة فى الفقه توفى سنة ٤٦٢ بمرورود .

الشيخ (١) : ينظر ، ان كان منتسبا الى مذهب بنيناه على وجهين حكاهما القاضى حسين فى أن العامى هل له مذهب ام لا ؟

(احدهما) لا مذهب له ، لأن المذهب لعارف الأدلة فعلى هذا له أن يستفتى من شاء من حنفى وشافعى وغيرهما .

(والثانى) وهو الأصح عند القفال : له مذهب فلا يجوز له مخالفته . وقد ذكرنا فى المفتى المنتسب ما يجوز له ان يخالف امامه فيه ، وان لم يكن منتسبا بنى على وجهين حكاهما ابن برهان فى أن العامى : هل يلزمه ان يتمذهب بمذهب معين ؟ يأخذ برخصه وعزائمه ؟ « احدهما » لا يلزمه كما لم يلزمه فى العصر الأول أن يخص بتقليده عالما بعينه ، فعلى هذا هل له أن يستفتى من شاء ؟ أم يجب عليه البحث عن أشد المذاهب واصحها اصلا ليقلد اهله ؟ فيه وجهان مذكوران كالوجهين السابقين فى البحث عن الأعلم والأوثق من المفتين .

« والثانى » : يلزمه وبه قطع أبو الحسن الكيا (٢) ، وهو جار فى كل من لم يبلغ رتبة الاجتهاد من الفقهاء واصحاب سائر العلوم ، ووجهه انه لو جاز اتباع اى مذهب شاء لأفضى الى أن يلتقط رخص المذاهب متبعا هواه، ويتخير بين التحليل والتحريم والوجوب والجواز . وذلك يؤدى الى انحلال ربقة التكليف بخلاف العصر الأول ، فانه لم تكن المذاهب الوافية بأحكام الحوادث مهذبة وعرفت ، فعلى هذا يلزمه أن يجتهد فى اختيار مذهب يقلده على التعيين ، ونحن نمهد له طريقا يسلكه فى اجتهاده سهلا ، فنقول : اولا ليس له ان يتبع فى ذلك مجرد التشهى ، والميل الى ما وجد عليه آباءه ، وليس له التمذهب بمذهب احد من ائمة الصحابة رضى الله عنهم وغيرهم من الأولين ، وان كانوا اعلم واعلى درجة ممن بعدهم ، لأنهم لم يتفرغوا لتدوين العلم وضبط اصوله وفروعه ، فليس لأحد منهم مذهب مهذب محرر مقرر ، وانما قام بذلك من جاء بعدهم من الأئمة الناحلين لمذاهب الصحابة والتابعين ، القائمين بتمهيد احكام الوقائع قبل وقوعها ، الناهضين بايضاح اصولها وفروعها ، كمالك وابى حنيفة وغيرهما .

---

(١) يراد بالشيخ هنا الشيخ ابو محمد الجوينى والد امام الحرمين وشيخه (ط) .

(٢) زميل الامام الغزالى وهو أبو الحسن على بن محمد بن على الطبرى الملقب عماد الدين المعروف بالكيا الهراسى ، كان من اهل طبرستان وخرج الى نيسابور وتفقه على امام الحرمين أبى المعالى الجوينى ، وكان حسن الوجه جهورى الصوت ، ثم خرج الى نيسابور ثم الى بيهق ، ودرس بها مدة ثم خرج الى العراق ، وتولى تدريس المدرسة النظامية ببغداد الى وفاته فى مستهل المحرم سنة ٥٠٤ ببغداد فى تربة الشيخ ابى اسحق الشيرازى [ط]

ولما كان الشافعى قد تأخر عن هؤلاء الأئمة فى العصر ، ونظر فى مذاهبهم نحو نظرهم فى مذاهب من قبلهم ، فسبرها وخبرها وانتقدها ، واختار ارجحها ، ووجد من قبله قد كفاه مؤنة التصوير والتأصيل ، فتفرغ للاختيار والترجيح ، والتكميل والتنقيح ، مع معرفته ، وبراعته فى العلوم، وترجحه فى ذلك على من سبقه ، ثم لم يوجد بعده من بلغ محله فى ذلك ، كان مذهبه اولى المذاهب بالاتباع والتقليد ، وهذا مع ما فيه من الانصاف، والسلامة من القدح فى احد الأئمة جلى واضح ، اذا تأمله العامى قاده الى اختيار مذهب الشافعى ، والتذهب به .

« **الرابعة** » : اذا اختلف عليه فتوى مفتيين ، ففيه خمسة أوجه للأصحاب . احدها : يأخذ بأغلظهما والثانى : بأخفهما ، والثالث : يجتهد فى الأولى فيأخذ بفتوى الأعلم الأورع كما سبق ايضاحه واختاره السمعانى الكبير ونص الشافعى رضى الله عنه على مثله فى القبلة ، والرابع : يسأل مفتيا آخر فيأخذ بفتوى من وافقه ، والخامس : يتخير فيأخذ بقول أيهما شاء وهذا هو الأصح عند الشيخ أبى اسحاق الشيرازى المصنف ، وعند الخطيب البغدادى ، ونقله المحاملى فى اول المجموع عن اكثر اصحابنا واختاره صاحب الشامل فيما اذا تساوى المفتيان فى نفسه .

وقال الشيخ أبو عمرو : المختار ان عليه ان يبحث عن الأرجح فيعمل به فانه حكم التعارض فيبحث عن الأوثق من المفتيين فيعمل بفتواه وان لم يترجح عنده احدهما استفتى آخر ، وعمل بفتوى من وافقه ، فان تعذر ذلك وكان اختلافهما فى التحريم والاباحة ، وقبل العمل ، اختار التحريم ، فانه احوط ، وان تساويا من كل وجه خيرناه بينهما ، وان أبينا التخيير فى غيره ، لأنه ضرورة وفى صورة نادرة .

قال الشيخ : ثم انما نخاطب بما ذكرناه المفتيين ، وأما العامى الذى وقع له ذلك فحكمه أن يسأل عن ذلك ذينك المفتيين أو مفتيا آخر وقد أرشدنا المفتى الى ما يجيبه به وهذا الذى اختاره الشيخ ليس بقوى بل الأظهر احد الأوجه الثلاثة ، وهى : الثالث والرابع ، والخامس ، والظاهر أن الخامس أظهرها ، لأنه ليس من أهل الاجتهاد ، وانما فرضه أن يقلد عالما أهلا لذلك ، وقد فعل ذلك بأخذه بقول من شاء منهما والفرق بينه وبين ما نص عليه فى القبلة ان أمارتها حسية فادراك صوابها أقرب ، فيظهر التفاوت بين المجتهدين فيها ، والفتاوى أمارتها معنوية فلا يظهر كبير تفاوت بين المجتهدين والله أعلم .

« **الخامسة** » : قال الخطيب البغدادى : اذا لم يكن فى الموضع الذى هو فيه الا مفت واحد فأفتاه لزمه فتواه . وقال أبو المظفر السمعانى رحمه

الله : اذا سمع المستفتى جواب المفتى لم يلزمه العمل به الا بالتزامه ، قال: ويجوز ان يقال انه يلزمه اذا أخذ فى العمل به ، وقيل : يلزمه اذا وقع فى نفسه صحته قال السمعانى : وهذا أولى الأوجه . قال الشيخ أبو عمرو : لم أجد هذا لغيره ، وقد حكى هو بعد ذلك عن بعض الأصوليين أنه اذا أفتاه بما هو مختلف فيه خيره بين ان يقبل منه أو من غيره ثم اختار هو انه يلزمه الاجتهاد فى اعيان المفتين ويلزمه الأخذ بفتيا من اختاره باجتهاده.

قال الشيخ : والذى تقتضيه القواعد أن نفصل فنقول : اذا افتاه المفتى نظر فان لم يوجد مفت آخر لزمه الأخذ بفتياه ، ولا يتوقف ذلك على التزامه لا بالأخذ فى العمل به ولا بغيره ، ولا يتوقف أيضا على سكون نفسه الى صحته . وان وجد مفت آخر ـ فان استبان أن الذى أفتاه هو الأعلم الأوثق ـ لزمه ما أفتاه به ، بناء على الأصح فى تعينه كما سبق ، وان لم يستبن ذلك لم يلزمه ما أفتاه بمجرد افتائه اذ يجوز له استفتاء غيره وتقليده ، ولا يعلم اتفاقهما فى الفتوى ، فان وجد الاتفاق أو حكم به عليه حاكم لزمه حينئذ .

« **السادسة** » : اذا استفتى فأفتى ثم جدثت تلك الواقعة له مرة اخرى ، فهل يلزمه تجديد السؤال ؟ فيه وجهان . احدهما : يلزمه لاحتمال تغير رأى المفتى والثانى : لا يلزمه وهو الأصح ، لأنه قد عرف الحكم الأول ، والأصل استمرار المفتى عليه ، وخصص صاحب الشامل الخلاف بما اذا قلد حيا وقطع فيما اذا كان ذلك خبرا عن ميت ، بأنه لا يلزمه ، والصحيح أنه لا يختص ، فان المفتى على مذهب الميت قد يتغير جوابه على مذهبه .

« **السابعة** » : أن يستفتى بنفسه وله أن يبعث ثقة يعتمد خبره ليستفتى له ، وله الاعتماد على خط المفتى اذا أخبره من يثق بقوله أنه خطه ، أو كان يعرف خطه ولم يتشكك فى كون ذلك الجواب بخطه .

« **الثامنة** » : ينبغى للمستفتى أن يتأدب مع المفتى ويبجله فى خطابه وجوابه ونحو ذلك ، ولا يومىء بيده فى وجهه ، ولا يقل له ما تحفظ فى كذا ؟ أو ما مذهب امامك أو الشافعى فى كذا ؟ ولا يقل اذا أجابه : هكذا قلت أنا ، أو كذا وقع لى . ولا يقل : أفتانى فلان أو غيرك بكذا ، ولا يقل : ان كان جوابك موافقا لمن كتب فاكتب والا فلا تكتب ، ولا يسأله وهو قائم أو مستوفز أو على حالة ضجر أو هم أو غير ذلك مما يشغل القلب . وينبغى أن يبدأ بالأسن الأعلم من المفتين ، وبالأولى فالاولى ان أراد جمع الأجوبة فى رقعة ، فان أراد افراد الأجوبة فى رقاع بدأ بمن شاء ، وتكون رقعة الاستفتاء واسعة ، ليتمكن المفتى من استيفاء الجواب واضحا ، لا مختصرا مضرا بالمستفتى . ولا يدع الدعاء فى رقعة لمن يستفتيه .

قال الصيمرى : فان اقتصر على فتوى واحد قال : ما تقول رحمك الله ؟ أو رضى الله عنك ، أو وفقك الله ، وسددك ورضى عن والديك ؟ . ولا يحسن أن يقول رحمنا الله واياك . وان أراد جواب جماعة قال : ما تقولون رضى الله عنكم ؟ أو ما تقول الفقهاء سددهم الله تعالى ؟ ويدفع الرقعة الى المفتى منشورة ، ويأخذها منشورة فلا يحوجه الى نشرها ولا الى طيها .

« **التاسعة** » : ينبغى ان يكون كاتب الرقعة ممن يحسن السؤال ، ويضعه على الغرض مع ابانة الخط واللفظ وصيانتهما عما يتعرض للتصحيف . قال الصيمرى : يحرص أن يكون كاتبها من اهل العلم ، وكان بعض الفقهاء ممن له رياسة لا يفتى الا فى رقعة كتبها رجل بعينه من اهل العلم ببلده ، وينبغى للعامى أن لا يطالب المفتى بالدليل ، ولا يقل : لم قلت؟ فان احب أن تسكن نفسه لسماع الحجة طلبها فى مجلس آخر ، أو فى ذلك المجلس بعد قبول الفتوى مجردة . وقال السمعانى : لا يمنع من طلب الدليل ، وأنه يلزم المفتى أن يذكر له الدليل ان كان مقطوعا به ، ولا يلزمه ان لم يكن مقطوعا به لافتقاره الى اجتهاد يقصر فهم العامى عنه ، والصواب الأول .

« **العاشرة** » : اذا لم يجد صاحب الواقعة مفتيا ولا احدا ينقل له حكم واقعته لا فى بلده ولا فى غيره قال الشيخ : هذه مسألة فترة الشريعة الأصولية ، وحكمها حكم ما قبل ورود الشرع ، والصحيح فى كل ذلك القول بانتفاء التكليف عن العبد ، وأنه لا يثبت فى حقه حكم لا ايجاب ولا تحريم ولا غير ذلك ، فلا يؤآخذ اذن صاحب الواقعة بأى شىء صنعه فيها . والله أعلم .

باب فى فصول مهمة تتعلق بالمهذب
ويدخل كثير منها واكثرها فى غيره أيضا

فصـــل

اذا قال الصـحابى قولا ـ ولم يخـالفه غيره ، ولم ينتشر ـ فليس هو اجماعا ، وهل هو حجة ؟ فيه قولان للشافعى ، الصحيح الجديد : انه ليس بحجة والقديم : انه حجة ، فان قلنا : هو حجة ، قدم على القياس ، ولزم التابعى العمل به ، ولا يجوز مخالفته . وهل يخص به العموم ؟ فيه وجهان ، واذا قلنا : ليس بحجة فالقياس مقدم عليه ، ويسوغ للتـابعى مخالفته . فأما اذا اختلفت الصحابة رضى الله عنهم على قولين فينبنى على ما تقدم ، فان قلنا بالجديد لم يجز تقليـد واحد من الفريقين ، بل يطلب الدليل ، وان قلنا بالقديم فهما دليلان تعارضا فيرجح أحدهما على الآخر بكثرة العدد ، فان استوى العدد قدم بالأئمة ، فيقدم ما عليه امام منهم على ما لا امام عليه ، فان كان على احدهما اكثر عددا وعلى الآخر اقل الا أن مع القليل اماما فهما سواء .

فان استويا فى العدد والأئمة ـ الا أن فى أحدهمـا احد الشيخين أبى بكر وعمر رضى الله عنهما ، وفى الآخر غيرهما ـ ففيه وجهان لأصحابنا ، احدهما : انهما سواء . والثانى : يقدم ما فيه أحد الشيخين . وهـذا كله مشهور فى كتب اصحابنا العراقيين فى الأصول وأوائل كتب الفروع . والشيخ ابو اسحاق المصنف ممن ذكره فى كتـابه اللمع ، هذا كله اذا لم ينتشر قول الصحابى ، فأما اذا انتشر ـ فان خولف ـ فحكمه ما ذكرناه ، وان لم يخالف ففيه خمسة أوجه ، الأربعة الأول ذكرها أصحابنا العراقيون **احدها** : انه حجة واجماع ، قال المصنف الشيخ أبو اسحاق وغيره من اصحابنا العراقيين : هذا الوجه هو المذهب الصحيح ، **والوجه الثانى** : انه حجة وليس باجماع قال المصنف وغيره : هذا قول ابى بكر الصيرفى . والثالث : ان كان فتيا فقيه فسكتوا عنه فهو حجة ، وان كان حكم امام أو حاكم فليس بحجـة . قال المصنف وغيره : هـذا قول أبى على بن ابى هريرة . والرابع ضد هذا : انه ان كان القائل حاكما أو اماما كان اجماعا ، وان كان فتيا لم يكن اجماعا ، حكاه صاحب الحاوى فى خطبـة الحاوى ، والشيخ ابو محمد الجوينى فى أول كتابه الفروق ، وغيرهما .

قال صاحب الحاوى : هو قول ابى اسحاق المروزى ، ودليله أن الحكم لا يكون غالبا الا بعد مشورة ومباحثة ومناظرة ، وينتشر انتشارا ظاهرا ،

والفتيا تخالف هذا . والخامس : مشهور عند الخراسانيين من اصحابنا فى كتب الأصول ، وهو المختار عند الغزالى فى المستصفى : أنه ليس باجماع ولا حجة . ثم ظاهر كلام جمهور اصحابنا ان القائل القول المنتشر من غير مخالفة لو كان تابعيا أو غيره ممن بعده ، فحكمه حكم الصحابى على ما ذكرناه من الأوجه الخمسة . وحكى فيه وجهان لأصحابنا ، منهم من قال : حكمه حكمه . ومنهم من قال : لا يكون حجة وجها واحدا . قال صاحب الشامل : الصحيح أنه يكون اجماعا ، وهذا الذى صححه هو الصحيح . فان التابعى كالصحابى فى هذا من حيث أنه انتشر وبلغ الباقين ، ولم يخالفوا فكانوا مجمعين ، واجماع التابعين كاجماع الصحابة ، وأما اذا لم ينتشر قول التابعى فلا خلاف أنه ليس بحجة ، كذا قال صاحب الشامل وغيره ، قالوا : ولا يجىء فيه القول القديم الذى فى الصحابى ، لأن الصحابة ورد فيهم الحديث .

فصـــل

قال العلماء : **الحديث ثلاثة أقسام ، صحيح ، وحسن ، وضعيف** قالوا : وانما يجوز الاحتجاج من الحديث فى الأحكام بالحديث الصحيح أو الحسن . فأما الضعيف فلا يجوز الاحتجاج به فى الأحكام والعقائد وتجوز روايته (١) والعمل به فى غير الأحكام كالقصص ، وفضائل الأعمال ، والترغيب والترهيب ، فالصحيح ما اتصل سنده بنقل العدل الضابط عن مثله ، من غير شذوذ ولا علة . وفى الشاذ خلاف ، مذهب الشافعى والمحققين أنه رواية الثقة مايخالف الثقات . ومذهب جماعات من أهل الحديث ، وقيل : انه مذهب اكثرهم : انه رواية الثقة ما لم يروه الثقات وهذا ضعيف .

واما العلة فمعنى خفى فى الحديث ، قادح فيه ، ظاهره السلامة منه ، انما يعرفه الحذاق المتقنون ، الغواصون على الدقائق .

واما الحديث الحسن فقسمان ، احدهما : ما لا يخلو اسناده من مستور لم يتحقق أهليته ، وليس مغفلا كثير الخطأ ، ولا ظهر منه سبب مفسق ، ويكون متن الحديث معروفا برواية مثله أو نحوه من وجه آخر . **والقسم الثانى** : ان يكون راويه مشهورا بالصدق والأمانة الا أنه يقصر فى الحفظ والاتقان عن رجال الصحيح بعض القصور . وأما الضعيف فما ليس فيه صفة الصحيح ولا صفة الحسن .

---

(١) هذا فى غير الموضوع من الأحاديث اما الموضوع فانه يحرم روايته مع العلم به الا مبينا ، كذا بهامش نسخة الأذرعى [ط] .

فصـــل

اذا قال الصـحابى **امرنا بكذا أو نهينـا عن كذا أو من السـنة** كذا ، او مضت السنة بكذا ، أو السنة كذا ، ونحو ذلك ، فكله مرفوع الى رسول الله صلى الله عليه وسلم على مذهبنا الصحيح المشهور ومذهب الجماهير . ولا فرق بين ان يقول ذلك فى حياة رسول الله صلى الله عليـه وسلم أو بعده ، صرح به الغزالى وآخرون . وقال الامام أبو بكر الاسماعيلى من أصحابنا : له حكم الموقوف على الصحابى . وأما اذا قال التابعى : من السنة كذا ففيه وجهان حكاهما القـاضى أبو الطيب الطبرى ، الصحيح منهما والمشهور : انه موقوف على بعض الصحابة . والثانى : انه مرفوع الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكنه مرفوع مرسل .

واذا قال التابعى أمرنا بكذا قال الغزالى : يحتمل ان يريد أمر النبى صلى الله عليه وسلم أو أمر كل الامة ، فيكون حجة ، ويحتمل امر بعض الصحابة ، لكن لا يليق بالعالم أن يطلق ذلك الا وهو يريد من تجب طاعته ، فهذا كلام الغزالى ، وفيـه اشـارة الى خلاف فى أنه موقوف أو مرفوع مرسل .

اما اذا قال الصحابى : كنا نفعل كذا ، أو نقول كذا ، أو كانوا يقولون كذا ، ويفعلون كذا ، أو لا يرون بأسا بكذا ، أو كان يقال أو يفعل كذا ، فاختلفوا فيه هل يكون مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أم لا ؟ فقال المصنف فى اللمع : ان كان ذلك مما لا يخفى فى العادة كان كما لو رآه النبى صلى الله عليه وسلم ولم ينكره ، فيكون مرفوعا ، وان جاز خفاؤه عليه صلى الله عليه وسلم لم يكن مرفوعا ، كقول بعض الأنصار : كنا نجامع فنكسل ، ولا نغتسل ، فهذا لا يدل على عدم وجوب الغسل من الاكسال (١) لانه يفعل سرا فيخفى .

وقال غير الشيخ : ان أضاف ذلك الى حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم كان مرفوعا حجة ، كقوله : كنا نفعله فى حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أو فى زمنه وهو فينا أو وهو بين اظهرنا . وان لم يضـفه فليس بمرفوع ، وبهـذا قطـع الغزالى فى المستصفى وكثيرون . وقال ابو بكر الاسماعيلى وغيره : لا يكون مرفوعا اضافه أم لم يضفه .

وظاهر استعمال كثيرين من المحـدثين وأصحابنا فى كتب الفقه انه مرفوع مطلقا ، سواء أضافه أم لم يضفه ، وهذا قوى ، فان الظاهر من قوله : كنا نفعل أو كانوا يفعلون ، الاحتجاج به وانه فعل على وجه يحتج

---

(١) فى المصباح اكسل المجامع بالالف اذا نزع ولم ينزل ، ضعفا كان أو غيره ، انتهى .

به ، ولا يكون ذلك الا فى زمن رسـول الله صلى الله عليه وسلم ويبلغه . قال الغزالى : وأما قول التابعى : كانوا يفعلون ، فلا يدل على فعل جميع الأمة ، بل على البعض فلا حجة فيه الا أن يصرح بنقله عن أهل الاجمـاع وفى ثبوت الاجماع بخبر الواحد كلام .

قلت : اختلفوا فى ثبوت الاجماع بخبر الواحد ، فاختيار الغزالى انه لا يثبت ، وهو قول أكثر الناس . وذهب طائفة الى ثبوته وهو اختيـار الرازى .

فصـــل

الحـديث المرسـل لا يحتج به عنـدنا وعنـد جمهور المحدثين ، وجماعة من الفقهاء ، وجماهير أصحاب الأصول والنظر ، وحكاه الحاكم ابو عبد الله بن البيع عن سعيد بن المسيب ومالك وجماعة أهل الحديث وفقهاء الحجاز . **وقال أبو حنيفة ومالك فى المشهور عنه** ، واحمد وكثيرون من الفقهـاء او اكثرهم : **يحتج به** ، ونقله الغزالى عن الجمـاهير . قال أبو عمر بن عبد البر وغيره : ولا خلاف أنه لا يجوز العمل به اذا كان مرسله غير متحرز ، يرسل عن غير الثقات . ودليلنا فى رد المرسل مطلقا أنه اذا كانت رواية المجهول المسمى لا تقبل لجهالة حاله ، فرواية المرسل أولى ، لأن المروى عنه محذوف مجهول العين والحال .

ثم ان مرادنا بالمرسل هنا ما انقطع اسناده فسقط من رواته واحـد فاكثر ، وخالفنا فى حده أكثر المحدثين فقالوا : هو رواية التابعى عن النبى صلى الله عليه وسلم . قال الشافعى رحمه الله : « واحتج بمرسل كبار التابعين اذا أسند من جهة أخرى ، أو أرسله من أخذ عن غير رجال الأول ممن يقبل عنه العلم ، أو وافق قول بعض أصحابه ، أو أفتى أكثر العلماء بمقتضاه . قال : ولا اقبل مرسل غير كبـار التابعين ، ولا مرسلهم الا بالشرط الذى وصفته » هذا نص الشافعى فى الرسالة وغيرها ، وكذا نقله عنه الأئمة المحققون من أصحابنا الفقهاء والمحدثين ، كالبيهقى والخطيب البغدادى وآخرين ، ولا فرق فى هذا عنده بين مرسلَ سعيد بن المسيب وغيره ، هذا هو الصحيح الذى ذهب اليه المحققون .

وقد قال الشافعى فى مختصر المزنى فى آخر باب الربا : اخبرنا مالك عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع اللحم بالحيوان » (١) وعن ابن عباس أن جزورا نحرت على

---

(١) فى هامش نسخة الأذرعى ما نصه : قال الماوردى فى باب بيع اللحم بالحيوان : والذى يصير به المرسل حجة أحد سبعة اشياء أما قياس ، او قول صحابى ، واما فعل صحابى ،

عهد ابى بكر الصديق رضى الله عنه فجاء رجل بعناق (١) فقال : اعطونى بهذه العناق ، فقال ابو بكر رضى الله عنه : لا يصلح هذا . قال الشافعى : وكان القاسم بن محمد وسعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وابو بكر بن عبد الرحمن يحرمون بيع اللحم بالحيوان ، قال الشافعى : وبهذا نأخذ . قال : ولا نعلم أحدا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم خالف ابا بكر الصديق رضى الله عنه .

قال الشافعى : « وارسال ابن المسيب عندنا حسن » هذا نص الشافعى فى المختصر نقلته بحروفه ، لما يترتب عليه من الفوائد . فاذا عرف هذا فقد اختلف اصحابنا المتقدمون فى معنى قول الشافعى : « ارسال ابن المسيب عندنا حسن » على وجهين حكاهما المصنف الشيخ ابو اسحاق فى كتابه اللمع ، وحكاهما أيضا الخطيب البغدادى فى كتابيه كتاب « الفقيه والمتفقه » « والكفاية » وحكاهماجماعات آخرون ، **احدهما** : معناه انها حجة عنده بخلاف غيرها من المراسيل . قالوا : لأنها فتشت فوجدت مسندة ، **والوجه الثانى** : انها ليست بحجة عنده بل هى كغيرها على ما ذكرناه ، وقالوا : وانما رجح الشافعى بمرسله والترجيح بالمرسل جائز.

وقال الخطيب البغدادى فى كتاب (الفقيه والمتفقه) والصواب الوجه الثانى . وأما الأول فليس بشىء وكذا قال فى الكفاية : الوجه الثانى هو الصحيح عندنا من الوجهين ، لأن فى مراسيل سعيد مالم يوجد مسندا بحال من وجه يصح . قال : وقد جعل الشافعى لمراسيل كبار التابعين مزية على غيرهم ، كما استحسن مرسل سعيد ، هذا كلام الخطيب . وذكر الامام الحافظ ابو بكر البيهقى نص الشافعى كما قدمته ثم قال : فالشافعى يقبل مراسيل كبار التابعين اذا انضم اليها ما يؤكدها ، فان لم ينضم لم

واما ان يكون قول الاكثرين ، واما أن ينتشر بين الناس من غير دافع له ، واما ان يعمل به اهل العصر وأما أن لا توجد دلالة سواه هذا لفظه . وقال قبله : اخذ الشافعى فى القديم بمراسيل ابن المسيب وجعلها على افرادها حجة لأمور ، منها انه لم يرسل حديثا قط الا وجد مسندا . ومنها انه كان قليل الرواية لا يروى أخبار الآحاد ، ولا يحدث الا بما سمعه من جماعة أو عضده قول الصحابة ورآه منتشرا عند الكافة أو وافقه فعل أهل العصر ، ومنها ان رجال سعيد الذين أخذ منهم وروى عنهم هم أكابر الصحابة . وليس كغيره يأخذ عمن وجد . ومنها أن مسانيده فتشت فكانت عن ابى هريرة وكان يرسلها لما بينهما من الانس والوصلة فانه كان صهر ابى هريرة على ابنته . فصار أرساله كاسناده عن أبى هريرة .. ومذهب الشافعى فى الجديد أن مرسل سعيد وغيره ليس بحجة . وانما قال مرسل سعيد عندنا حسن لهذه الأمور التى وصفها استئناسا بارساله . ثم اعتمادا على ما قارنه من الدليل . فيصير المرسل حجة . وذكر ما كتبته فى صدر الحاشية . وفى كلامه فوائد فتأمله .

(١) العناق بفتح العين الانثى من ولد المعز قبل استكمالها الحول والجمع اعنق وعنوق [ط] .

يقبلها ، سواء كان مرسل ابن المسيب أو غيره ، قال : وقد ذكرنا مراسيل لابن المسيب لم يقبلها الشافعى حين لم ينضم اليها ما يؤكدها ، ومراسيل لغيره قال بها حيث انضم اليها ما يؤكدها ، قال : وزيادة ابن المسيب فى هذا على غيره أنه أصح التابعين ارسالا فيما زعم الحفاظ .

فهذا كلام البيهقى والخطيب ، وهما امامان حافظان فقيهان شافعيان ، مضطلعان من الحديث والفقه والأصول ، والخبرة التامة بنصوص الشافعى ، ومعانى كلامه ، ومحلهما من التحقيق والاتقان ، والنهاية فى العرفان ، بالغاية القصوى ، والدرجة العليا . وأما قول الامام ابى بكر القفال المروزى فى أول كتابه (شرح التلخيص) قال الشافعى فى الرهن الصغير : مرسل ابن المسيب عندنا حجة ، فهو محمول على التفصيل الذى قدمناه عن البيهقى والخطيب والمحققين والله أعلم .

(قلت) ولا يصح تعلق من قال : ان مرسل سعيد حجة (١) بقوله : ارساله حسن . لأن الشافعى رحمه الله لم يعتمد عليه وحده ، بل اعتمده لما انضم اليه قول ابى بكر الصديق ومن حضره وانتهى اليه قوله من الصحابة رضى الله عنهم مع ما انضم اليه من قول أئمة التابعين الأربعة الذين ذكرهم ، وهم أربعة من فقهاء المدينة السبعة ، وقد نقل صاحب الشامل وغيره هذا الحكم عن تمام السبعة وهو مذهب مالك وغيره ، فهذا عاضد ثان للمرسل ، فلا يلزمه من هذا الاحتجاج بمرسل ابن المسيب اذا لم يعتضد .

فان قيل : ذكرتم ان المرسل اذا اسند من جهة اخرى احتج به ، وهذا القول فيه تساهل ، لأنه اذا أسند عملنا بالمسند فلا فائدة حينئذ فى المرسل ولا عمل به .

فالجواب : ان بالمسند يتبين صحة المرسل ، وانه مما يحتج به ، فيكون فى المسألة حديثان صحيحان حتى لو عارضهما حديث صحيح من طريق واحد وتعذر الجمع قدمناهما عليه والله أعلم .

هذا كله فى غير مرسل الصحابى ، أما مرسل الصحابى كاخباره عن شىء فعله النبى صلى الله عليه وسلم أو نحوه مما نعلم أنه لم يحضره لصغر

---

(١) قال ابن أبى حاتم فى كتابه [المراسيل] : حدثنا أبى قال : سمعت يونس ابن عبد الاعلى الصدفى قال : قال لى محمد بن ادريس الشافعى : ليس المنقطع بشىء ما عدا منقطع سعيد بن المسيب ، وروى البيهقى فى المدخل عن الامام أحمد أنه قال : مرسلات ابن المسيب صحاح ، لا نرى أصح من مرسلاته ، وعن يحيى بن معين ، قال : أصح المراسيل مراسيل ابن المسيب رحمه الله والله أعلم ا هـ من هامش نسخة الأذرعى . « ش »

سنه ، او لتاخر اسلامه ، او غير ذلك ، فالمذهب الصحيح المشهور الذى قطع به جمهور أصحابنا وجماهير اهل العلم انه حجة ، واطبق المحدثون المشترطون للصحيح القائلون بأن المرسل ليس بحجة على الاحتجاج به ، وادخاله فى الصحيح ، وفى صحيح البخارى ومسلم من هذا مالا يحصى .

وقال الأستاذ أبو اسحاق الاسفراينى من اصحابنا : لا يحتج به بل حكمه حكم مرسل غيره ، الا ان يبين أنه لا يرسل الا ما سمعه من النبى صلى الله عليه وسلم أو صحابى ، قال : لأنهم قد يروون عن غير صحابى ، وحكى الخطيب البغدادى وآخرون هذا المذهب عن بعض العلماء ولم ينسبوه ، وعزاه الشيخ ابو اسحاق المصنف فى التبصرة الى الأستاذ أبى اسحاق ، والصواب الأول ، وانه يحتج به مطلقا ، لأن روايتهم عن غير الصحابى نادرة ، واذا رووها بينوها فاذا أطلقوا ذلك فالظاهر أنه عن الصحابة ، والصحابة كلهم عدول ، والله أعلم .

فهذه الفاظ وجيزة فى المرسل ، وهى وان كانت مختصرة بالنسبة الى غيرها فهى مبسوطة بالنسبة الى هذا الموضع ، فان بسط هذا الفن ليس هذا موضعه ، ولكن حملنى على هذا النوع اليسير من البسط ان معرفة المرسل مما يعظم الانتفاع بها ، ويكثر الاحتياج اليها ، ولاسيما فى مذهبنا ، خصوصا هذا الكتاب الذى شرعت فيه ، اسأل الله الكريم اتمامه (١) على أحسن الوجوه واكملها ، واتمها واعجلها ، وانفعها فى الآخرة والدنيا ، واكثرها انتفاعا به ، واعمها فائدة لجميع المسلمين ، مع أنه قد شاع فى ألسنة كثيرين من المشتغلين بمذهبنا بل اكثر اهل زماننا أن الشافعى رحمه الله لا يحتج بالمرسل مطلقا الا مرسل ابن المسيب ، فانه يحتج به مطلقا ، وهذان غلطان ، فانه لا يرده مطلقا ولا يحتج بمرسل ابن المسيب مطلقا ، بل الصواب ما قدمناه والله أعلم ، وله الحمد والنعمة ، والفضل والمنة .

فرع

قد استعمل المصنف فى المهذب احاديث كثيرة مرسلة واحتج بها ، مع انه لا يجوز الاحتجاج بالمرسل ، وجوابه أن بعضها اعتضد بأحد الأمور المذكورة ، فصار حجة ، وبعضها ذكره للاستئناس ويكون اعتماده على غيره من قياس وغيره . واعلم أنه قد ذكر فى المهذب أحاديث كثيرة جملها هو مرسلة وليست مرسلة ، بل هى مسندة صحيحه مشهورة فى الصحيحين وكتب السنن ، وسنبينها فى مواضعها ان شاء الله تعالى ،

---

(١) لعل الله استجاب دعاءه ، فان كان كذلك فأرجو أن يتقبل الله هذا العمل مع قصوره وتقصير صاحبه وأن يغفر زلاته ويقيل عثراته آمين . [ط]

كحديث ناقة البراء ، وحديث الاغارة على بنى المصطلق ، وحديث اجابة الوليمة فى اليوم الثالث ، ونظائرها ، والله أعلم .

فصـــل

قال العلمـاء المحققـون من أهـل الحـديث وغـيرهم : اذا كان الحديث ضعيفا لا يقال فيه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أو فعـل او أمر أو نهى أو حكم وما أشبه ذلك من صيغ الجزم ، وكذا لا يقال فيه روى أبو هريرة ، أو قال ، أو ذكر ، أو أخبر أو حدث او نقل او افتى ، وما أشبهه ، وكذلك لا يقال ذلك فى التابعين ومن بعدهم فيما كان ضعيفا فلا يقال فى شىء من ذلك بصيغة الجزم ، وانما يقال فى هذا كله روى عنـه او نقل عنه أو حكى عنه أو جاء عنه أو بلغنا عنه ، أو يقال او يذكر او يحكى أو يروى او يرفع أو يعـزى وما أشـبه ذلك من صـيغ التمريض ، وليست من صيغ الجزم ، قالوا : فصيغ الجزم موضوعة للصـحيح أو الحسـن ، وصيغ التمريض لما سواهما ، وذلك ان صيغة الجزم تقتضى صحته عن المضاف اليه فلا ينبغى أن يطلق الافيما صح والا فيكون الانسان فى معنى الكاذب عليه . وهذا الأدب أخل به المصنف وجماهير الفقهاء من اصحابنا وغيرهم ، بل جماهير أصحاب العلوم مطلقا ، ما عـدا حـذاق المحدثين ، وذلك تساهل قبيح ، فانهم يقولون كثيرا فى الصحيح : روى عنه ، وفى الضعيف : قال ، وروى فلان ، وهذا حيد عن الصواب .

فصـــل

صح عن الشـافعى رحمـه الله أنه قال : اذا وجـدتم فى كتـابى خلاف سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقولوا بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ودعوا قولى . وروى عنه : اذا صح الحديث خلاف قولى فاعملوا بالحديث واتركوا قولى ، أو قال : فهو مذهبى ، وروى هذا المعنى بألفاظ مختلفة . وقد عمل بهذا أصحابنا فى مسألة التثويب واشـتراط التحلل من الاحرام بعذر المرض وغيرهما ، مما هو معروف فى كتب المذهب. وقد حكى المصنف ذلك عن الأصحاب فيهما .

وممن حـكى عنه انه افتى بالحـديث من أصـحابنا أبو يعقوب (١)

---

(١) أبو يعقوب يوسف بن يحيى البويطى المصرى صاحب الشافعى كان واسطة عقد جماعته وأظهرهم نجابة وقام مقامه فى الدرس أوالفتوى ، روى عنه أبو اسماعيل الترمذى وابراهيم الحربى والقاسم الجوهرى والرمادى وغيرهم ، وقد امتحن فى خلافة الواثق وقيد بالحديد ليقول بخلق القرآن فامتنع ولم يزل فى القيد والسجن حتى مات (ط) .

البويطى ، وابو القاسم الداركى (١) ، وممن نص عليه أبو الحسن (٢) الكيا الطبرى فى كتابه فى أصول الفقه ، وممن استعمله من أصحابنا المحدثين الامام أبو بكر (٣) البيهقى وآخرون ، وكان جماعة من متقدمى أصحابنا اذا رأوا مسألة فيها حديث ، ومذهب الشافعى خلافه عملوا بالحديث ، وافتوا به قائلين : مذهب الشافعى ما وافق الحديث ، ولم يتفق ذلك الا نادرا ومنه ما نقل عن الشافعى فيه قول على وفق الحديث .

وهذا الذى قاله الشافعى ليس معناه ان كل احد راى حديثا صحيحا قال هذا مذهب الشافعى وعمل بظاهره . وانما هذا فيمن له رتبة الاجتهاد فى المذهب على ما تقدم من صفته او قريب منه ، وشرطه أن يغلب على ظنه أن الشافعى رحمه الله لم يقف على هذا الحديث أو لم يعلم صحته ، وهذا انما يكون بعد مطالعة كتب الشافعى كلها ونحوها من كتب أصحابه الآخذين عنه وما أشبهها ، وهذا شرط صعب قل من يتصف به ، وانما اشترطوا ما ذكرنا لأن الشافعى رحمه الله ترك العمل بظاهر إحاديث كثيرة رآها وعلمها ، لكن قام الدليل عنده على طعن فيها أو نسخها أو تخصيصها او تأويلها أو نحو ذلك .

قال الشيخ أبو عمرو رحمه الله : ليس العمل بظاهر ما قاله الشافعى بالهين ، فليس كل فقيه يسوغ له أن يستقل بالعمل بما يراه حجة من الحديث ، وفيمن سلك هذا المسلك من الشافعيين من عمل بحديث تركه الشافعى رحمه الله عمدا ، مع علمه بصحته لمانع اطلع عليه وخفى على

---

(١) ابو القاسم عبد العزيز بن عبد الله بن محمد بن عبد العزيز الداركى كان أبوه محدث اصبهان فى وقته . نزل ابو القاسم نيسابور سنة ٣٥٣ ودرس الفقه بها سنين ثم انتقل الى بغداد وسكنها الى حين وفاته تفقه على اسحاق المروزى وعليه تفقه الشيخ أبوحامد الاسفراينى وكان يخالف فى فتواه الامامين أبا حنيفة والشافعى فيقال له فى ذلك فيقول : ويحكم حدث فلان عن فلان عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بكذا وبكذا والأخذ بالحديث اولى من الأخذ بقول الامامين . وتوفى ببغداد يوم الجمعة لثلاث عشرة ليلة خلت من شوال سنة ٣٧٥ عن نيف وسبعين عاما (ط) .

(٢) الكيا الهراسى مضت ترجمته فى حاشية باب آداب المستفتى .

(٣) احمد بن الحسين بن على بن عبد الله بن موسى البيهقى الخسروجردى احد كبار اصحاب الحاكم أبى عبد الله بن البيع فى الحديث ثم الزائد عليه ، وهو أول من جمع نصوص الامام الشافعى فى عشر مجلدات . هكذا أفاده ابن خلكان ، ومن مشهور مصنفاته السنن الكبير ، ودلائل النبوة والسنن الصغير ، والسنن والآثار ، وشعب الايمان ، ومناقب الشافعى المطلبى ، ومناقب احمد ابن حنبل وغير ذلك ، كان مولده فى شعبان سنة ٣٨٤ وتوفى فى العاشر من جمادى الأولى سنة ٤٥٨ ونسبته الى بيهق وهى مجموعة من القرى بنواحى نيسابور وخسروجرد من قراها وهى بضم الخاء (ط) .

غيره ، كأبى الوليد (١) موسى بن أبى الجارود ممن صحب الشافعى قال : صح حديث افطر الحاجم والمحجوم ، فأقول قال الشافعى : افطر الحاجم والمحجوم . فردوا ذلك على أبى الوليد ، لأن الشافعى تركه مع علمه بصحته ، لكونه منسوخا عنده ، وبين الشافعى نسخه واستدل عليه ، وستراه فى كتاب الصيام ان شاء الله تعالى .

وقد قدمنا عن ابن خزيمة انه قال : لا اعلم سنة لرسول الله صلى الله عليه وسلم فى الحلال والحرام لم يودعها الشافعى كتبه . وجلالة ابن خزيمة وامامته فى الحديث والفقه ، ومعرفته بنصوص الشافعى بالمحل المعروف . قال الشيخ أبو عمرو : فمن وجد من الشافعية حديثا يخالف مذهبه نظر — ان كملت آلات الاجتهاد فيه مطلقا ، أو فى ذلك الباب أو المسألة — كان له الاستقلال بالعمل به . وان لم يكمل وشق عليه مخالفة الحديث بعد أن بحث . فلم يجد لمخالفته عنه جوابا شافيا ، فله العمل به ان كان عمل به امام مستقل غير الشافعى ، ويكون هذا عذرا له فى ترك مذهب امامه هنا ، وهذا الذى قاله حسن متعين والله اعلم .

فصـــل

اختلف المحدثون وأصحاب الأصول فى جواز اختصار الحديث فى الرواية على مذاهب . أصحها : يجوز رواية بعضه اذا كان غير مرتبط بما حذفه ، بحيث لا تختلف الدلالة ، ولا يتغير الحكم بذلك ، ولم نر احدا منهم منع من ذلك فى الاحتجاج فى التصانيف ، وقد اكثر من ذلك المصنف فى المهذب ، وهكذا اطبق عليه الفقهاء من كل الطوائف ، واكثر منه أبو عبد الله البخارى فى صحيحه وهو القدوة .

فصـــل

قد اكثر المصنف من الاحتجاج برواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم ونص هو فى كتابه اللمع وغيره من أصحابنا على أنه لا يجوز الاحتجاج به هكذا ، وسببه انه عمرو بن شعيب ابن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص ، فجده الأدنى محمد تابعى ، والأعلى عبد الله صحابى ، فان أراد بجده الأدنى وهو محمد فهو مرسل ، لا يحتج به . وان أراد عبد الله كان متصلا ، واحتج به . فاذا اطلق ولم

---

(١) موسى بن أبى الجارود المكى أبو الوليد صاحب الشافعى روى عن ابن عيينة والبويطى وجماعة عنه ووثقه ابن حبان وغيره وقال ابن حجر فى التقريب : صدوق ، من صغار الطبقة العاشرة (مد) .

يبين احتمل الأمرين فلا يحتج به ، وعمرو وشعيب ومحمد ثقات وثبت سماع شعيب من محمد ومن عبد الله ، هذا هو الصواب الذى قاله المحققون والجماهير ، وذكر ابو حاتم بن حبان (بكسر الحاء) أن شعيبا لم يلق عبد الله ، وابطل الدارقطنى وغيره ذلك ، واثبتوا سماع شعيب من عبد الله وبينوه (١) .

فاذا عرف هذا فقد اختلف العلماء فى الاحتجاج بروايته هكذا فمنعه طائفة من المحدثين كما منعه المصنف وغيره من أصحابنا ، وذهب اكثر المحدثين الى صحة الاحتجاج به وهو الصحيح المختار . روى الحافظ عبد الغنى بن سعيد المصرى باسناده عن البخارى انه سئل ايحتج به ؟ فقال : رايت احمد بن حنبل وعلى بن المدينى والحميدى واسحاق بن راهويه يحتجون بعمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ، ما تركه احد من المسلمين ، وذكر غير عبد الغنى هذه الحكاية ، ثم قال قال البخارى : من الناس بعدهم ؟ وحكى الحسن بن سفيان عن اسحاق بن راهويه قال : عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده كأيوب عن نافع عن ابن عمر ، وهذا التشبيه نهاية الجلالة من مثل اسحاق رحمه الله ، فاختار المصنف فى اللمع طريقة اصحابنا فى منع الاحتجاج به ، وترجح عنده فى حال تصنيف المهذب جواز الاحتجاج به ، كما قال المحققون من أهل الحديث والأكثرون ، وهم أهل هذا الفن وعنهم يؤخذ ، ويكفى فيه ما ذكرناه عن امام المحدثين البخارى ، ودليله أن ظاهره الجد الأشهر المعروف بالرواية وهو عبد الله .

فصـــل

فصل فى بيان القولين والوجهين والطريقين

فالاقوال للشافعى ، والأوجه لأصحابه ، المنتسبين الى مذهبه ، يخرجونها على أصوله ، ويستنبطونها من قواعده ، ويجتهدون فى بعضها وان لم يأخذوه من أصله ، وقد سبق بيان اختلافهم فى أن المخرج هل ينسب الى الشافعى ؟ والأصح إنه لا ينسب ، ثم قد يكون القولان قديمين ، وقد يكونان جديدين ، أو قديما وجديدا ، وقد يقولهما فى وقت ، وقد يقولهما فى وقتين ، وقد يرجح أحدهما ، وقد لا يرجح ، وقد يكون الوجهان لشخصين ، ولشخص ، والذى لشخص ينقسم كانقسام القولين .

---

(١) ذهب ابن حزم رد رواية عمرو بن شعيب كما فعل صاحب المهذب ولكن التحقيق الذى صرنا اليه أن هذا الاسناد هو اسناد أصح الصحيح لثبوت لقاء شعيب لجده عبد الله ابن عمرو رضى الله عنه ، ولأن أكثر احاديث هذا الاسناد او كلها كان عبد الله قد كتبها فى الصادقة ، وتداولها بنوه بالنقل والحفظ والدرس (ط) .

واما الطرق فهى اختلاف الأصحاب فى حكاية المذهب ، فيقول بعضهم مثلا : فى المسألة قولان ، أو وجهان ، ويقول الآخر : لا يجوز قولا واحدا ، أو وجها واحدا . أو يقول أحدهما : فى المسألة تفصيل ، ويقول الآخر فيها خلاف مطلق . وقد يستعملون الوجهين فى موضع الطريقين وعكسه ، وقد استعمل المصنف فى المهذب النوعين ، فمن الأول قوله فى مسألة ولوغ الكلب : « وفى موضع القولين وجهان » ومنه قوله فى باب كفارة (١) الظهار « اذا افطرت المرضع ففيه وجهان ، احدهما : على قولين . والثانى : ينقطع التتابع قولا واحدا » ومنه قوله فى آخر القسمة : و « ان استحق بعد القسمة جزء مشاع بطلت فيه ، وفى الباقى وجهان احدهما : على قولين ، والثانى : يبطل ، ومنه قوله فى زكاة الدين المؤجل وجهان احدهما على قولين ، والثانى : يجب ومنه ثلاثة مواضع متوالية فى أول باب عدد الشهود ، أولها قوله : « وان كان المقر اعجميا ، ففى الترجمة وجهان **احدهما** : يثبت باثنين . **والثانى** : على قولين كالاقرار » ومن النوع الثانى قوله فى قسم الصدقات : « وان وجد فى البلد بعض الأصناف فطريقان ، احدهما : يغلب حكم المكان . والثانى : الأصناف » ومنه قوله فى السلم : « الجارية الحامل طريقان ، احدهما : لا يجوز . والثانى : يجوز » وانما استعملوا هذا لأن الطرق والوجوه تشترك فى كونها من كلام الأصحاب ، وستأتى فى مواضعها زيادة فى شرحها ان شاء الله تعالى .

مسألة

كل مسألة فيها قولان للشافعى رحمه الله قديم وجديد ، فالجديد هو الصحيح وعليه العمل ، لأن القديم مرجوع عنه ، واستثنى جماعة من أصحابنا نحو عشرين مسألة أو اكثر ، وقالوا : يفتى فيها بالقديم ، وقد يختلفون فى كثير منها ، قال امام الحرمين فى النهاية فى باب المياه ، وفى باب الأذان ، قال الأئمة : كل قولين قديم وجديد ، فالجديد اصح الا فى ثلاث مسائل : مسألة التثويب فى اذان الصبح ، القديم استحبابه . ومسألة التباعد عن النجاسة فى الماء الكثير ، القديم انه لا يشترط ، ولم يذكر الثالثة هنا . وذكر فى مختصر النهاية ان الثالثة تأتى فى زكاة التجارة . وذكر فى النهاية عند ذكره قراءة السورة فى الركعتين الأخيرتين أن القديم أنه لا يستحب قال : وعليه العمل .

وذكر بعض المتأخرين من اصحابنا ان المسائل التى يفتى بها على القديم أربع عشرة ، فذكر الثلاث المذكورات ، ومسألة الاستنجاء بالحجر فيما

---

(١) لا نزكى على الله أحدا اذا قلنا : لقد أشبعنا هذه المسائل فى تكملتنا بتوفيق من الله على نحو تقر به أعين أولى الألباب (ط) .

جاوز المخرج ، والقديم جوازه . ومسألة لمس المحارم ، والقديم لا ينقض. ومسألة الماء الجارى ، القديم لا ينجس الا بالتغير . ومسألة تعجيل العشاء ، القديم انه افضل ، ومسألة وقت المغرب ، والقديم امتداده الى غروب الشفق . ومسألة المنفرد اذا نوى الاقتداء فى أثناء الصلاة ، القديم جوازه . ومسألة أكل جلد الميتة المدبوغ ، القديم تحريمه . ومسألة وطء المحرم بملك اليمين ، القديم انه يوجب الحد . ومسألة تقليم أظفار الميت ، القديم كراهته . ومسألة شرط التحلل من الاحرام بمرض ونحوه ، القديم جوازه . ومسألة اعتبار النصاب فى الزكاة ، القديم لا يعتبر .

وهذه المسائل التى ذكرها هذا القائل ليست متفقا عليها ، بل خالف جماعات من الأصحاب فى بعضها أو أكثرها ، ورجحوا الجديد ، ونقل جماعات فى كثير منها قولا آخر فى الجديد يوافق القديم ، فيكون العمل على هذا الجديد لا القديم .

واما حصره المسائل التى يفتى فيها على القديم فى هذه فضعيف ايضا ، فان لنا مسائل اخر صحح الأصحاب أو أكثرهم أو كثير منهم فيها القديم ، منها الجهر بالتأمين للمأموم فى صلاة جهرية ، القديم استحبابه وهو الصحيح عند الأصحاب ، وان كان القاضى (١) حسين قد خالف الجمهور فقال فى تعليقه : القديم انه لا يجهر ، ومنها من مات وعليه صوم ، القديم يصوم عنه وليه ، وهو الصحيح عند المحققين للأحاديث الصحيحة فيه ، ومنها استحباب الخط بين يدى المصلى اذا لم يكن معه عصا ونحوها ، القديم استحبابه وهو الصحيح عند المصنف وجماعات . ومنها اذا امتنع احد الشريكين من عمارة الجدار ، اجبر على القديم وهو الصحيح عند ابن الصباغ وصاحبه الشاشى ، وافتى به الشاشى ، ومنها الصداق فى يد الزوج مضمون ضمان اليد على القديم ، وهو الأصح عند الشيخ أبى حامد وابن الصباغ والله أعلم .

ثم ان اصحابنا افتوا بهذه المسائل من القديم ، مع أن الشافعى رجع عنه فلم يبق مذهبا له ، هذا هو الصواب الذى قاله المحققون ، وجزم به المتقنون من اصحابنا وغيرهم ، وقال بعض أصحابنا : اذا نص المجتهد على خلاف قوله لا يكون رجوعا عن الأول ، بل يكون له قولان . قال الجمهور : هذا غلط لأنهما كنصين للشارع تعارضا وتعذر الجمع بينهما ، يعمل بالثانى ويترك الأول ، قال امام الحرمين فى باب الآنية من النهاية : معتقدى أن الأقوال القديمة ليست من مذهب الشافعى حيث كانت ، لأنه جزم فى الجديد بخلافها ، والمرجوع عنه ليس مذهبا للراجع . فاذا علمت حال

---

(١) ترجمناه فى هامش آداب المفتى والمستفتى (ط) .

القديم ووجدنا اصحابنا افتوا بهذه المسائل على القديم ، حملنا ذلك على انه اداهم اجتهادهم الى القديم ، لظهور دليله وهم مجتهدون ، فافتوا به ولا يلزم من ذلك نسبته الى الشافعي ، ولم يقل احد من المتقدمين في هذه المسائل انها مذهب الشافعي ، أو انه استثناها ، قال ابو عمرو : فيكون اختيار احدهم للقديم فيها من قبيل اختياره مذهب غير الشافعي اذا اداه اجتهاده اليه ، فانه ان كان ذا اجتهاد اتبع اجتهاده ، وان كان اجتهاده مقيدا مشوبا بتقليد ، نقل ذلك الشوب من التقليد عن ذلك الامام ، واذا افتى بين ذلك في فتواه ، فيقول : مذهب الشافعي كذا ، ولكني اقول بمذهب ابي حنيفة وهو كذا .

قال ابو عمرو : ويلتحق بذلك ما اذا اختار احدهم القول المخرج على القول المنصوص ، او اختار من قولين رجح الشافعي احدهما غير ما رجحه، بل هذا اولى من القديم . قال : ثم حكم من لم يكن اهلا للترجيح ان لايتبعوا شيئا من اختياراتهم المذكورة ، لأنه مقلد للشافعي دون غيره . قال : واذا لم يكن اختياره لغير مذهب امامه بني على اجتهاد ـ فان ترك مذهبه الى اسهل منه ـ فالصحيح تحريمه ، وان تركه الى احوط ، فالظاهر جوازه ، وعليه بيان ذلك في فتواه . هذا كلام ابي عمرو . فالحاصل ان من ليس اهلا للتخريج يتعين عليه العمل والافتاء بالجديد من غير استثناء ومن هو أهل للتخريج والاجتهاد في المذهب يلزمه اتباع ما اقتضاه الدليل في العمل والفتيا مبينا في فتواه ان هذا رايه وان مذهب الشافعي كذا وهو ما نص عليه في الجديد .

هذا كله في قديم لم يعضده حديث صحيح ، اما قديم عضده نص حديث صحيح لا معارض له فهو مذهب الشافعي رحمه الله ، ومنسوب اليه اذا وجد الشرط الذي قدمناه ، فيما اذا صح الحديث على خلاف نصه ، والله اعلم .

واعلم ان قولهم : القديم ليس مذهبا للشافعي ، او مرجوع عنه ، او لا فتوى عليه ، المراد به قديم نص في الجديد على خلافه . أما قديم لم يخالفه في الجديد او لم يتعرض لتلك المسألة في الجديد ، فهو مذهب الشافعي واعتقاده ، ويعمل به ويفتى عليه ، فانه قاله ولم يرجع عنه وهذا النوع وقع منه مسائل كثيرة ستأتي في مواضعها ان شاء الله ، وانما اطلقوا ان القديم مرجوع عنه ولا عمل عليه لكون غالبه كذلك .

(**فرع**) ليس للمفتي ولا للعامل المنتسب الى مذهب الشافعي رحمه الله في مسألة القولين ، أو الوجهين ، أن يعمل بما شاء منهما بغير نظر ، بل عليه في القولين العمل بآخرهما ان علمه ، والا فبالذي رجحه الشافعي ، فان قالهما في حالة ولم يرجح واحدا منهما ـ وسنذكر ان شاء الله تعالى

انه لم يوجد هذا الا فى ست عشرة او سبع عشرة مسالة او نقل عنه قولان ، ولم يعلم اقالهما فى وقت أم فى وقتين ؟ وجهلنا السابق – وجب البحث عن أرجحهما ، فيعمل به ، فان كان اهلا للتخريج والترجيح استقل به متعرفا ذلك من نصوص الشافعى ومأخذه وقواعده ، فان لم يكن اهلا فلينقله عن أصحابنا الموصوفين بهذه الصفة فان كتبهم موضحة لذلك ، فان لم يحصل له ترجيح بطريق ، توقف حتى يحصل .

وأما الوجهان فيعرف الراجح منهما بما سبق ، الا أنه لا اعتبار فيهما بالتقدم والتأخر الا اذا وقعا من شخص واحد ، واذا كان احدهما منصوصا والآخر مخرجا فالمنصوص هو الصحيح الذى عليه العمل غالبا ، كما اذا رجح الشافعى احدهما ، بل هذا أولى الا اذا كان المخرج من مسألة يتعذر فيها الفرق ، فقيل لا يترجح عليه المنصوص ، وفيه احتمال ، وقل ان يتعذر الفرق ، أما اذا وجد من ليس أهلا للترجيح خلافا بين الأصحاب فى الراجح من قولين أو وجهين فليعتمد ما صححه الأكثر والأعلم والأورع ، فان تعارض الأعلم والأورع قدم الأعلم ، فان لم يجد ترجيحا عن أحد اعتبر صفات الناقلين للقولين والقائلين للوجهين ، فما راواه البويطى والربيع المرادى (١) والمزنى (٢) عن الشافعى مقدم عند أصحابنا على ما رواه الربيع الجيزى وحرملة وكذا نقله ابو سليمان الخطابى عن أصحابنا فى أول معالم السنن الا انه لم يذكر البويطى فالحقته انا لكونه أجل من الربيع المرادى والمزنى وكتابه مشهور فيحتاج الى ذكره .

قال الشيخ ابو عمرو : ويترجح أيضا ما وافق أكثر أئمة المذاهب وهذا الذى قاله فيه ظهور واحتمال ، وحكى القاضى حسين فيما اذا كان للشافعى

---

(١) أبو محمد الربيع بن سلمان بن عبد الجبار بن كامل المرادى بالولاء ، المؤذن المصرى صاحب الامام الشافعى وهو الذى روى اكثر كتبه ، وقال فيه الشافعى : الربيع راويتى وقال : ما خدمنى احد ما خدمنى الربيع ، وكان يقول له : يا ربيع لو أمكننى أن أطعمك العلم لأطعمتك ومن شعر الربيع :

صبرا جميلا ما أسرع الفرجا من صدق الله فى الامور نجا
من خشى الله لم ينله اذى ومن رجا الله كان حيث رجا

وتوفى فى شوال سنة ٢٧٠ ودفن بالقرافة مما يلى القضاعى بمصر (ط) .

(٢) ابو ابراهيم اسماعيل بن يحيى بن عمرو بن اسحاق المزنى صاحب الشافعى وهو امام الشافعيين وأعرفهم بطرق الشافعى وفتاواه وله المجامع الكبير ، والجامع الصغير ، ومختصر المختصر ، والمنثور ، والمسائل المعتبرة ، والترغيب فى العلم ، وكتاب الوثائق وغير ذلك ، وهو الذي تولى غسل الامام الشافعى توفى فى رمضان سنة ٢٦٤ ودفن من تربة الامام الشافعى بالقرافة الصغرى بسفح المقطم عاش تسعا وثمانين سنة وصلى على الربيع المرادى . والمزنى نسبة الى مزينة بنت كلب قبيلة مشهورة (ط) .

قولان ، احدهما يوافق ابا حنيفة ، وجهين لأصحابنا . احدهما : ان القول المخالف اولى ، وهذا قول الشيخ ابى حامد الاسفراينى فان الشافعى انما خالفه لاطلاعه على موجب المخالفة . والثانى : القول الموافق اولى وهو قول القفال ، وهو الأصح ، والمسألة المفروضة فيما اذا لم يجد مرجحا مما سبق ، واما اذا راينا المصنفين المتأخرين مختلفين ، فجزم احدهما بخلاف ما جزم به الآخر ، فهما كالوجهين المتقدمين على ما ذكرناه من الرجوع الى البحث على ما سبق ويرجح أيضا بالكثرة كما فى الوجهين ويحتاج حينئذ الى بيان مراتب الأصحاب ، ومعرفة طبقاتهم واحوالهم وجلالتهم وقد بينت ذلك فى (تهذيب الأسماء واللغات) بيانا حسنا ، وهو كتاب جليل لا يستغنى طالب علم من العلوم كلها عن مثله . وذكرت فى كتاب (طبقات الفقهاء) من ذكرته منهم اكمل من ذلك واوضح ، واشبعت القول فيهم وانا ساع فى اتمامه ، أسأل الله الكريم توفيقى له ولسائر وجوه الخير .

واعلم ان نقل أصحابنا العراقيين لنصوص الشافعى وقواعد مذهبه ووجوه متقدمى أصحابنا اتقن ، واثبت من نقل الخراسانيين غالبا ، والخراسانيون احسن تصرفا وبحثا وتفريعا وترتيبا غالبا ، ومما ينبغى ان يرجح به أحد القولين ، وقداشار الأصحاب الى الترجيح به ان يكون الشافعى ذكره فى بابه ومظنته ، وذكر الآخر فى غير بابه ، بأن جرى بحث وكلام جر الى ذكره ، فالذى ذكره فى بابه اقوى ، لأنه اتى به مقصودا وقرره فى موضعه بعد فكر طويل بخلاف ما ذكره فى غير بابه استطرادا ، فلا يعتنى به اعتناءه بالأول ، وقد صرح أصحابنا بمثل هذا الترجيح فى مواضع لا تنحصر ، ستراها فى هذا الكتاب فى مواطنها ان شاء الله تعالى ، وبالله التوفيق .

فصل

حيث أطلق فى المهذب (أبا العباس) فهو ابن سريج احمد بن عمر بن سريج واذا أراد أبا العباس (١) ابن القاص فيده ، وحيث أطلق ابا اسحاق (٢) فهو المروزى ، وحيث أطلق ابا سعيد من الفقهاء فهو

---

(١) أحمد بن أبى أحمد المعروف بابن القاص الطبرى تفقه على ابن سريج الذى سبقت ترجمته له كتب كثيرة منها التلخيص ، وادب القاضى ، والمواقيت والمفتاح وكلها تصانيف صغيرة الحجم كبيرة الفائدة ، وقد خر مغشيا عليه فى أثناء وعظه بطرسوس حيث دفن بها سنة ٣٣٥ ، وعرف والده بالقاص لأنه كان يقص الآثار والأخبار .

(٢) ابراهيم بن أحمد بن اسحاق المروزى تفقه على ابن سريج وانتهت اليه الرياسة بعد ابن سريج فى العراق ثم ارتحل الى مصر حيث توفى بها ودفن قريبا من الامام الشافعى فى رجب سنة ٣٤٠ وله من الكتب مختصر المزنى .

الاصطخرى (١) ولم يذكر أبا سعيد من الفقهاء غيره ولم يذكر فى المهذب أبا اسحاق الاسفراينى الأستاذ المشهور بالكلام والأصول وان كان له وجوه كثيرة فى كتب الأصحاب . وأما أبو حامد ففى المهذب اثنان (أحدهما) القاضى أبو حامد (٢) المروروذى ، (والثانى) الشيخ أبو حامد الاسفراينى ، لكنهما يأتيان مقيدين بالقاضى والشيخ فلا يلتبسان وليس فيه أبو حامد غيرهما لا من أصحابنا ولا من غيرهم .

وفيه أبو على ابن خيران وابن ابى هريرة والطبرى ويأتون موصوفين ولا ذكر لأبى على (٣) على السنجى فى المهذب وانما يتكرر فى الوسيط والنهاية وكتب متأخرى الخراسانيين . وفيه أبو القاسم جماعة ، أولهم الأنماطى (٤) ثم الداركى ثم ابن كج (٥) والصيمرى وليس فيه أبو القاسم غير هؤلاء الأربعة ، وفيه ابو الطيب اثنان فقط من أصحابنا أولهما ابن سلمة، والثانى القاضى أبو الطيب شيخ المصنف ويأتيان موصوفين .

وحيث اطلق فى المهذب « عبد الله » فى الصحابة فهو ابن مسعود ، وحيث أطلق الربيع من أصحابنا فهو الربيع بن سليمان المرادى صاحب الشافعى ، وليس فى المهذب الربيع غيره ، لا من الفقهاء ولا من غيرهم الا الربيع بن سليمان (٦) الجيزى فى مسألة دباغ الجلد هل يطهر الشعر ؟ وفيه عبد الله

---

(١) أبو سعيد الحسن بن أحمد اسحاق بن عيسى بن الفضل الاصطخرى كان من نظراء أبى العباس بن سريج وأقران أبى على ابن أبى هريرة وله مصنفات حسنة منها كتاب الأقضية وكان قاضى قم وتولى حسبة بغداد واستقضاه المقتدر على سجستان فسار اليها وأبطل منا كحانهم حيث كانت على غير ولى ولد سنة ٢٤٤ وتوفى سنة ٣٢٨ وقالوا فى النسبة الى اصطخر اصطخرازى كالنسبة الى مرو مروزى والنسبة الى الرى رازى (ط) .

(٢) احمد بن عامر بن بشر بن حامد المروروذى مضت ترجمته فى آداب المستفتى .

(٣) الحسين بن شعيب بن محمد الفقيه الشافعى المتوفى سنة نيف وثلاثين وأربعمائة وسنج قرية كبيرة من قرى مرو .

(٤) أبو الطاهر بركات الخشوعى والأنماطى هو الذى يبيع القرش ، وهو الدمشقى الجبروتى القرشى الرفاء المحدث المولود بدمشق فى رجب سنة ١٠ ، والمتوفى فى صفر سنة ٥٩٨ سئل أبوه لم سموا الخشوعيين فقال : كان جدنا الأعلى يؤم الناس فتوفى فى المحراب فسمى الخشوعى نسبة الى الخشوع .

(٥) القاضى يوسف بن أحمد بن يوسف الكجى الدينورى صحب أبا الحسين وحضر مجلس أبى القاسم الداركى سبقت ترجمته ، وقد صنف كتبا كثيرة فى المذهب وتولى القضاء بالدينور وكانت له نعمة كثيرة فقتله العيارون بالدينور فى ليلة السابع والعشرين من شهر رمضان سنة ٤٠٥ .

(٦) أبو محمد الربيع بن سليمان بن داود بن الأعرج الأزدى بالولاء المصرى الجيزى صاحب الامام الشافعى رضى الله عنه لكنه كان قليل الرواية عنه ، وانما روى عن عبد الله بن

ابن زيد من الصحابة اثنان أحدهما الذى رأى الأذان وهو عبد الله (١) بن زيد ابن عبد ربه الأوسى ، والآخر عبد الله بن زيد (٢) بن عاصم المازنى ، وقد يلتبسان على من لا أنس له بالحديث وأسماه الرجال فيتوهمان واحدا لكونهما يأتيان على صورة واحدة وذلك خطأ ، فأما ابن عبد ربه فلا ذكر له فى المهذب الا فى باب الأذان ، وأما ابن عاصم فمتكرر ذكره فى المهذب فى مواضع من صفة الوضوء ، ثم فى مواضع من صلاة الاستسقاء ، ثم فى أول باب الشك فى الطلاق ، وقد أوضحتهما أكمل ايضاح فى تهذيب الاسماء واللغات .

وحيث ذكر عطاء فى المهذب فهو عطاء بن أبى رباح ، ذكره فى الحيض ، ثم فى أول صلاة المسافر ، ثم فى مسألة التقاء الصفين من كتاب السير ، وفى التابعين أيضا جماعات يسمون عطاء ، لكن لا ذكر لأحد منهم فى المهذب غير ابن أبى رباح وفيه من الصحابة معاوية اثنان (احدهما) معاوية ابن الحكم ذكره فى باب ما يفسد الصلاة لا ذكر له فى المهذب فى غيره ، (والآخر) معاوية بن أبى سفيان الخليفة أحد كتاب الوحى تكرر ويأتى مطلقا غير منسوب .

وفيه من الصحابة معقل اثنان أحدهما معقل بن يسار بياء قبل السين مذكور فى أول الجنائز ، والآخر معقل بن سنان بسين ثم نون فى كتاب الصداق فى حديث بروع (٣) وفيه أبو يحيى البلخى من أصحابنا ذكره فى مواضع من المهذب منها مواقيت الصلاة ، وكتاب الحج ، وليس فيه أبو يحيى غيره .

الحكم كثيرا ، وكان ثقة روى عنه أبو داود والنسائى ، والجيزى نسبة الى الجيزة وقبره بها والعامة فى مصر تنسب الى الجيزة فتقول : جيزاوى ، والجيزة بلدة فى قبالة مصر يفصل بينهما النيل (ط) .

(١) عبد الله بن زيد يقول ابن عبد البر فى الاستيعاب هو ابن ثعلبة بن عبد الله بن زيد من بنى الحارث بن الخزرج . وقال عبد الله بن محمد الأنصارى : ليس فى آبائه ثعلبة ووافق النووى فى كونه عبد الله بن زيد بن عبد ربه بن زيد بن الحارث ، وثعلبة بن عبد ربه هو عم عبد الله ،واخوزيد فادخلوه فى نسبه وذلك خطأ ويخالف النووى من حيث كونه خزرجيا لا أوسيا كما ذكر النووى والصواب أنه خزرجى شهد العقبة وبدرا (ط) .

(٢) هو عبد الله بن زيد ابن عاصم بن كعب المازنى الأنصارى من مازن بن النجار ، يعرف بابن عمارة ، لم يشهد بدرا ، وهو الذى قتل مسيلمة ، وكان مسيلمة قد قتل أخاه حبيب بن زيد وقطعه عضوا عضوا . قال خليفة بن خياط اشترط وحشى وعبد الله بن زيد فى قتل مسيلمة ، وقتل عبد الله يوم الحرة سنة ٦٣ وهو صاحب حديث الوضوء (ط) .

(٣) حديث علقمه قال : « ابى عبد الله فى رجل تزوج امراة وفيه : فقال معقل بن سنان قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى تزوج بنت واشق بمثل ما قضيت ، ففرح بذلك » راجع الجزء ١٥ من المجموع .

وفيه أبو تحيى بتاء مثناة فوق مكسورة يروى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه فى آخر قتال أهل البغى ، ولا ذكر له فى غير هذا الموضع من المهذب ، وفيه القفال ذكره فى موضع واحد ، وهو فى أول النكاح فى مسألة تزويج بنت ابنه بابن ابنه ، وهو القفال الكبير الشاشى ، ولا ذكر للقفال فى المهذب الا فى هذا الموضع ، وليس للقفال المروزى الصغير فى المهذب ذكر ، وهذا المروزى هو المتكرر فى كتب متأخرى الخراسانيين كالابانة ، وتعليق القاضى حسين ،وكتاب المسعودى ، وكتب الشيخ أبى محمد الجوينى ، وكتب الصيدلانى ، وكتب ابى على السنجى ، وهؤلاء تلامذته ، والنهاية ، وكتب الغزالى ، والتتمة ، والتهذيب ، والعدة وأشباهها ، وقد أوضحت حال القفالين فى تهذيب الأسماء واللغات ، وفى كتاب الطبقات ، وسأوضح ان شاء الله تعالى حالهما هنا ان وصلت موضع ذكر القفال وكذلك أوضح باقى المذكورين فى مواضعهم كما شرطته فى الخطبة ان شاء الله تعالى .

وحيث أطلقت أنا فى هذا الشرح ذكر القفال فمرادى به المروزى لأنه أشهر فى نقل المذهب ، بل مدار طريقة خراسان عليه ، وأما الشاشى فذكره قليل بالنسبة الى المروزى فى المذهب ، فاذا أردت الشاشى قيدته فوصفته بالشاشى .

وقصدت ببيان هذه الأحرف تعجيل فائدة لمطالع هذا الكتاب ، فربما ادركتنى الوفاة أو غيرها من القاطعات قبل وصولها ، ورايتها مهمة لا يستغنى مشتغل بالمهذب عن معرفتها واسأل الله خاتمة الخير واللطف وبالله التوفيق.

فصـــل

المزنى وأبو ثور وابو بكر بن المنذر أئمة مجتهدون ، وهم منسوبون الى الشافعى ، فأما المزنى وأبو ثور فصاحبان للشافعى حقيقة ، وابن المنذر متأخر عنهما ، وقد صرح فى المهذب فى مواضع كثيرة بأن الثلاثة من أصحابنا، أصحاب الوجوه ، وجعل أقوالهم وجوها فى المذهب ، وتارة يشير الى أنها ليست وجوها ، ولكن الأول ظاهر ايراده اياها ، فان عادته فى المهذب أن لا يذكر احدا من الأئمة أصحاب المذاهب غير أصحابنا الا فى نحو قوله : يستحب كذا للخروج من خلاف مجاهد ، أو عمر بن عبد العزيز ، أو الزهرى، أو مالك ، وابى حنيفة ، واحمد ، وشبه ذلك ، ويذكر قول ابى ثور والمزنى وابن المنذر ذكر الوجوه ، ويستدل له ويجيب عنه ، وقد قال امام الحرمين فى باب ما ينقض الوضوء من النهاية : اذا انفرد المزنى برأى فهو صاحب مذهب ، واذا خرج للشافعى قولا فتخريجه أولى من تخريج غيره ، وهو ملتحق بالمذهب لا محالة ، وهذا الذى قاله الامام حسن لاشك أنه متعين .

فـرع : ان استغرب من لا انس له بالمذهب الموضع الذى صرح صاحب المهذب فيه بان ابا ثور وابن المنذر من أصحابنا ، دللناه وقلنا : ذكر فى أول الغصب فى مسألة من رد المغصوب ناقص القيمة دون العين أن ابا ثور من أصحابنا ، وذكر نحوه بن المنذر فى صفة الصلاة فى آخر فصل : ثم يسجد سجدة أخرى .

فـرع : اعلم ان صاحب المهذب اكثر من ذكر ابى ثور لكنه لا ينصفه فيقول : قال ابو ثور كذا وهو خطأ ، والتزم هذه العبارة فى اقواله وربما كان قول ابى ثور اقوى دليلا من المذهب فى كثير من المسائل ، وافرط المصنف فى استعمال هذه العبارة حتى فى عبد الله بن مسعود الصحابى رضى الله عنه ، الذى محله فى الفقه وانواع العلم معروف قل من يساويه فيه من الصحابة فضلا عن غيرهم لاسيما الفرائض فحكى عنه فى باب الجد والاخوة مذهبه فى المسألة المعروفة بمربعة ابن مسعود ثم قال : وهذا خطأ . ولا يستعمل المصنف هذه العبارة غالبا فى آحاد أصحابنا أصحاب الوجوه الذين لا يقاربون ابا ثور وربما كانت أوجههم ضعيفة ، بل واهية . وقد أجمع نقلة اللم على جلالة ابى ثور ، وامامته ، وبراعته فى الحديث والفقه ، وحسن مصنفاته فيهما ، مع الجلالة والاتقان ، وأحواله مبسوطة فى تهذيب الأسماء ، وفى الطبقات رحمه الله .

فهذا آخر ما تيسر من المقدمات ولولا خوف املال مطالعة لذكرت فيه مجلدات ، من النفائس المهمة والفوائد المستجادات ، لكنها تأتى ان شاء الله تعالى مفرقة فى مواطنها من الأبواب وأرجو الله النفع بكل ما ذكرته وما سأذكره ان شاء لى ولوالدى ومشايخى وسائر أحبائى والمسلمين أجمعين انه الواسع الوهاب .

وهذا حين اشرع فى شرح أصل المصنف رحمه الله .

بسم الله الرحمن الرحيم

قال المصنف رحمه الله تعالى

(الحمد لله الذى وفقنا لشكره ، وهدانا لذكره) .

«الشرح» بدأ رحمه الله بالحمد لله للحديث المشهور عن ابى هريرة رضى الله عنه واسمه عبد الرحمن بن صخر على الأصح ، من نحو ثلاثين قولا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال : « كل امرذى بال لا يبدأ فيه بالحمد لله اقطع » وفى رواية (بحمد الله) وفى رواية (بالحمد فهو أقطع) وفى رواية : (كل كلام لا يبدأ فيه بالحمد لله فهو أجذم) وفى رواية (كل امر ذى بال لا يبدأ فيه ببسم الله الرحمن الرحيم أقطع) .

روينا كل هذه الالفاظ فى كتاب الأربعين للحافظ عبد القادر الرهاوى، ورويناه فيه من رواية كعب بن مالك الصحابى رضى الله عنه ، والمشهور رواية ابى هريرة ، وحديثه هذا حديث حسن ، رواه ابو داود سليمان بن الأشعث السجستانى ، وأبو عبد الله محمد بن يزيد ، هو ابن ماجه القزوينى فى سننهما ، وأبو عبد الرحمن احمد بن شعيب النسائى فى عمل اليوم والليلة وأبو عوانة يعقوب ابن اسحاق الاسفراينى فى أول صحيحه المخرج على صحيح مسلم ، وروى موصولا ومرسلا ورواية الموصول اسنادها جيد .

قوله صلى الله عله وسلم : « كل امر ذى بال » معناه له حال يهتم به ، ومعنى اقطع أى ناقص قليل البركة ، وأجذم بمعناه ، وهو بجيم وذال معجمة ، يقال : جذم يجذم كعلم يعلم ، قال العلماء رحمهم الله : يستحب البداءة بالحمد لله لكل مصنف ، ودارس ومدرس ، وخطيب وخاطب ، ومزوج ومتزوج وبين يدى سائر الأمور المهمة ، قال الشافعى رحمه الله : احب أن يقدم المرء بين يدى خطبته (يعنى بكسر الخاء) وكل أمر طلبه حمد الله تعالى ، والثناء عليه سبحانه ، والصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، واعترضوا على المزنى رحمه الله حيث لم يبدأ فى مختصره بحمد الله وأجاب الأصحاب عنه بأجوبة (احدها) انه بدأ بالحمد لله وخطب خطبة ، فأخل بذلك من نقل كتابه ، قالوا : وقد وجد فى بعض النسخ : الحمد لله الذى لا شريك له فى ملكه ولا مثل ، الذى هو كما وصف نفسه ، وفوق ما يصفه به خلقه ، ليس كمثله شيء وهو السميع البصير .

الجواب الثانى : يحتمل ان الحديث لم يبلغ المزنى ولا يقدح ذلك فى جلالته .

الجواب الثالث : أن الذى اقتضاه الحديث أن يحمد ، لا أن يكتبه ، والظاهر أن المزنى حمد بلسانه ، فان الحديث مشهور ، فيبعد خفاؤه عليه وتركه له مع علمه .

الجواب الرابع : أن لفظة الحمد ليست متعينة لتسميته حمداً ، لأن الحمد الثناء وقد أثنى المزنى على الله تعالى فى أول كتابه ، فقال بسم الله الرحمن الرحيم ، والتسمية من أبلغ الثناء ، ويؤيد هذا التأويل أنه جاء فى رواية كما نقلناه ، وذكروا أجوبة كثيرة غير مرضية فتركتها . وأما معنى « الحمد » فقال العلماء هو الثناء على المحمود جميل صفاته وأفعاله ، والشكر الثناء عليه بانعامه . فكل شكر حمد وليس كل حمد شكراً ، ونقيض الحمد الذم ، ونقيض الشكر الكفر ، وقوله : (الذى وفقنا) قال أصحابنا المتكلمون : التوفيق خلق قدرة الطاعة ، والخذلان خلق قدرة المعصية ، والموفق فى شىء لا يعصى فى ذلك الشىء ، اذ لا قدرة له على المعصية . قال امام الحرمين : والعصمة هى التوفيق فان عمت كانت توفيقا عاما ، وان خصت كانت توفيقا خاصا . قالوا : ويكون الشكر بالقول والفعل ، ويقال : شكرته وشكرت له ، ويقال فى لغة غريبة : شكرت به بالباء وتشكرت له كشكرته ، والشكران خلاف الكفران وقوله : (وهدانا لذكره) المراد هنا بالهدى خلق الايمان واللطف ، وقد يكون الهدى بمعنى البيان ومنه : (واما ثمود فهديناهم) أى بينا طريق الخير والشر ومثله **(انا هديناه السبيل) (وهديناه النجدين)** اى بينا طريق الخير والشر ،وأما الذكر فأصله التنبيه قال الامام أبو الحسن على بن أحمد الواحدى المفسر الأديب الشافعى : أصل الذكر فى اللغة التنبيه على الشىء ، واذا ذكرته فقد تنبهت عليه ، ومن ذكرك شيئا فقد نبهك عليه ، وليس من لازمه أن يكون بعد نسيان ، قال : ومعنى الذكر حضور المعنى فى النفس ، ويكون تارة بالقلب ، وتارة باللسان ، وتارة بهما ، وهو أفضل الذكر ، ويليه ذكر القلب ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وصلواته على محمد خير خلقه وعلى آله وصحبه) .

« الشرح » أصل الصلاة فى اللغة الدعاء هذا قول جمهور العلماء من اهل اللغة وغيرهم . وقال الزجاج : أصلها اللزوم ، قال الأزهرى وآخرون : الصلاة من الله تعالى الرحمة ، ومن الملائكة الاستغفار ، ومن الآدمي تضرع ودعاء . وأما تسمية رسول الله صلى الله عليه وسلم محمدا فقال اهل اللغة: رجل محمد ومحمود اذا كثرت خصاله المحمودة . قال ابو الحسين أحمد ابن فارس فى كتابه (المجمل) : وبذلك سمى رسول الله صلى الله عليه وسلم محمدا يعنى الهم الله تعالى أهله تسميته به ، لما علم من خصاله

المحمودة ،وانشد ابو نصر اسماعيل بن حماد الجوهرى فى صحاحه وغيره :

اليك أبيت اللعن كان كلالها الى الماجد القرم الجواد المحمد

(القرم بفتح القاف : السيد وقوله : خير خلقه) كذا قاله الامام الشافعى والعلماء انه صلى الله عليه وسلم خير الخلق كلهم من الملائكة والآدميين .

فان قيل كيف قلتم بالتفضيل وفى الصحيحين عن أبى هريرة رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تفضلوا بين الأنبياء » وفى الحديث الآخر : « لا تفضلونى على يونس » ؟ فالجواب من أوجه :

(أحدها) أن النهى عن تفضيل يؤدى الى تنقيص بعضهم ، فان ذلك كفر بلا خلاف .

(الثانى) أنه صلى الله عليه وسلم نهى قبل أن يعلم انه خير الخلق فلما علم قال « أنا سيد ولد آدم » .

(الثالث) نهى تأدبا وتواضعاً .

(الرابع) نهى لئلا يؤدى الى الخصومة كما ثبت فى الصحيح فى سبب ذلك .

(الخامس) نهى عن التفضيل فى نفس النبوة لا فى ذوات الأنبياء ، ولا تتفاوت النبوة وانما التفاوت بالخصائص ، وقد قال الله تعالى : « فضلنا بعضهم على بعض ، منهم من كلم الله ورفع بعضهم درجات » (١) .

واما قوله : (وعلى آله) فهو صحيح موجود فى الكلام الفصيح ، واستعمله العلماء من جميع الطوائف . وذكر أبو محمد عبد الله بن محمد بن السيد البطليوسى فى أول كتابه (الإقتضاب فى شرح أدب الكتاب) ان أبا جعفر النحاس وأبا بكر الزبيدى قالا : لا يجوز اضافة آل الى مضمر ، فلا يقال : صلى الله على محمد وآله ، وانما يقال وأهله أو وآل محمد قال : وهذا مذهب الكسائى وهو أول من قاله ، وليس قوله وقولهما بصحيح لأنه لا قياس يعضده ولا سماع يؤيده .

قال : وقد ذكر أبو على البغدادى انه يقال وآله فى قلة . وذكر المبرد فى الكامل حكاية فيها اضافة آل الى مضمر ثم أنشد أبياتا كثيرة للعرب فى اضافة آل الى مضمر منها قول عبد المطلب :

---

(١) الآية ٢٥٣ من سورة البقرة .

لا هم ان المـرء يحـ ـمى رحله فامنع رحالك
وانصر على آل الصليـ ـب وعابديه اليـوم آلك

يعنى قريشا وكانت العرب تسميهم آل الله لكونهم اهل البيت . واختلف العلماء من أهل اللغة والفقهاء فى آل النبى صلى الله عليه وسلم على أقـوال (أحدها) وهو نص الشافعى وجمهور أصحابنا أنهم بنو هاشم وبنو المطلب (والثانى) عشرته المنسوبون اليه .

(والثالث) أهل دينه كلهم واتباعه الى يوم القيامة ، قال الأزهرى : هذا القول أقربها الى الصواب واختاره أيضا غيره وأما صحابته صلى الله عليه وسلم ففيهم مذهبان (أحدهما) وهو الصحيح وقول المحدثين ان الصحابى كل مسلم رآه صلى الله عليه وسلم وبهذا قطع البخارى فى صحيحه وسواء جالسة أم لا (والثانى) واختاره جماعة من أهل الأصـول هو مـن طالت صحبته ومجالسته على طريق التبع .

وأما قول الفقهاء : قال أصحاب الشـافعى وأصـحاب ابى حنيفـة وأصحابنا فمجاز مستفيض للموافقة بينهم وشدة ارتباط بعضهم ببعض كالصاحب حقيقة ، ويجمع صاحب على صحب كراكب وركب ، وصحاب كجائع وجياع ، وصحبة بالضم كفارة وفرهة وصحبان كشاب وشبان .

والأصحاب جمع صحب كفرخ وأفراخ والصحابة والأصحاب وجمـع الأصحاب أصاحيب وقولهم فى النداء « صاح » معناه صاحبى هكذا سمع من العرب مرخما وصحبته بكسر الحاء أصحبه بفتحها صحبة بضم الصاد وصحابة بالفتح .

وانما ثنى المصنف رحمه الله بعد حمد الله تعالى بالصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم لقوله تعالى : **(ورفعنا لك ذكرك)** قال الشـافعى فى الرسالة ومواضع : اخبرنا ابن عيينة عن ابن أبى نجيح عن مجاهد قال : معناه لا أذكر الا ذكرت معى أشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمدا رسول الله ، وروينا هذا التفسير فى كتاب الأربعين للرهاوى ، عن أبى سعيد عن النبى صلى الله عليه وسلم والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(هذا كتاب مهذب أذكر فيه ان شاء الله تعالى أصول مذهب الشافعى رحمه الله بأدلتها وما تفرع على أصوله (١) فى المسائل المشكلة بعللها) .

---

(١) فى المطبوعة (من المسائل) المطيعى .

« **الشرح** » قد يقال قوله « هذا » اشارة الى حاضر ، وليس هنا الآن شيء يشار اليه ، وجوابه أن هذه العبارة استعملها الأئمة من جميع اصحاب الفنون فى مصنفاتهم وامام النحويين سيبويه رحمه الله صدر كتابه بها ، واجاب العلماء من اصحابنا والنحويين وغيرهم عنها بأجوبة مجموعها أنه لما تأكد عزمه على تصنيفه عاملة معاملة الموجود فأشار اليه ، وذلك لغة العرب قال الله تعالى (هذا يوم الفصل (١)) ونظائره .

ومن المصنفين من يترك موضع الخطبه بياضا فاذا فرغ ذكرها فأشار الى حاضر لتكون عبارته فى الخطبة موافقة لما ذكره .

وقوله : كتاب ، أصل الكتب فى اللغة الضم ومنه كتيبة الخيل لتتابعها واجتماعها فسمى كتابا لضم حروفه ومسائله بعضها الى بعض ، والكتاب اسم للمكتوب مجازا وهو من باب تسمية المفعول بالمصدر وهو كثير ، وهو فى اصطلاح المصنفين كالجنس المستقل الجامع لأبواب ، تلك الأبواب أنواعه ، فكتاب الطهارة يشمل باب المياه والآنية وباب الوضوء وغيرها قال اهل اللغة يقال : كتب يكتب كتبا وكتابة وكتابا وجمعه كتب تضم التاء وتسكن .

وقوله : مهذب قال : اهل اللغة التهذيب التنقية والتصفية والمهذب المنقى من العيوب ورجل مهذب مطهر الأخلاق ، وقوله اذكر فيه ان شاء الله قاله امتثالا لقول الله تعالى « **ولا تقولن لشيء انى فاعل ذلك غدا الا ان يشاء الله (٢)** » فيسن قول : ان شاء الله فى كل شيء يعزم على فعله ولايدخل الاستثناء فى الماضى فلا يقال خرجت امس ان شاء الله والله اعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

« والى الله الكريم ارغب (٣) (واياه اسأل) أن يوفقنى فيه لمرضاته وان ينفع (٤) به فى الدنيا والآخرة انه قريب مجيب وعلى مايشاء قدير ، وماتوفيقى الا بالله عليه توكلت (٥) واليه أنيب وهو حسبى ونعم الوكيل » .

« **الشرح** » اما الكريم فى أسماء الله تعالى فذكر امام الحرمين فى الارشاد ثلاثة مذاهب فى معناه فقال : معناه المفضل ، وقيل العفو وقيل العلى ،

---

(١) الآية ٢١ من سورة الصافات و ٣٨ من المرسلات .

(٢) الآية ١٣ من سورة الكهف .

(٣) ما بين المعقوفين زيادة فى نسخة الركبى (ط) .

(٤) فى المطبوعة (ينفعنى) .

(٥) زيادة فى نسخة الركبى (ط) .

قال وكل نفيس كريم ، وقوله يوفقنى تقدم بيانه ، وقوله وأن ينفع به ، هذا مما يرغبك فى المذهب وهو دعاء هذا العبد الصالح ، وقد سبق فى بيان أحواله أنه كان مجاب الدعوة ،والدنيا اسم لهذه الدار وما فيها سميت به لدنوها وقربها وينسب اليها دنياوى ودنيوى ، قال الجوهرى : ودنيبى .

وقوله انه قريب مجيب ، اقتداء بصالح صلى الله عليه وسلم فى قوله « **ان ربى قريب مجيب** » وتأدبا بقول الله تعالى « **فانى قريب أجيب دعوة الداع** » قالوا : ومعنى قريب أى بالعلم كما فى قوله تعالى « **وهو معكم** » وقوله وهو حسبى أى الذى يكفينى ، والوكيل الحافظ وقيل الموكول اليه تدبير خلقه ، وقيل القائم بمصالحهم .

قال أبو جعفر النحاس قول الانسان وحسبى الله أحسن من قوله وحسبنا الله لما فى الثانى من التعظيم قال تعالى : « **فان تولوا فقل حسبى الله** » قال وفى الاتيان بالواو فى قولك وحسبى الله أو وحسبنا الله اعلام بأنك لم تضرب عن الكلام الأول قال ولو حذفتها جاز لأن المعنى معروف .

واعلم أنه يستحب لكل أحد فى كل موطن قول حسبى الله ، قال الله تعالى : « **فان تولوا فقل حسبى الله** » وقال تعالى « **وقالوا حسبنا الله ونعم الوكيل** » الآية ، وروى البخارى فى صحيحه عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : حسبنا الله ونعم الوكيل قالها ابراهيم صلى الله عليه وسلم حين القى فى النار ، وقالها محمد صلى الله عليه وسلم حين قالوا : ان الناس قد جمعوا لكم فاخشوهم فزادهم ايمانا وقالوا حسبنا الله ونعم الوكيل .

وفى البخارى عن ابن عباس ايضا قال كان آخر قول ابراهيم صلى الله عليه وسلم حين القى فى النار حسبى الله ونعم الوكيل ، واقتدى المصنف وغيره من العلماء فى كتبهم وغيرها بهذا وختموا كلامهم بحسبى الله ونعم الوكيل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب الطهـــارة

« باب ما يجوز به الطهارة من المياه وما لا يجوز »

الشرح : أما الكتاب فسبق بيانه ، والبـاب هو الطريق الى الشيء والموصـل اليه وباب المسجد والدار ما دخل منه اليه ، وباب الميـاه ما يوصل به الى أحكامها ، وقد يذكرون فى الباب أشياء لها تعلق بمقصود الباب وان لم يكن مما ترجم له كادخاله الختـان وتقليم الأظفار وقص الشارب ونحوها فى باب السواك لكونها جميعا من خصال الفطرة فيكون التقدير باب السواك وما يتعلق به ويقاربه •

وقوله : يجوز الطهارة • لفظة يجوز يستعملونها تارة بمعنى يحل وتارة بمعنى يصح وتارة تصلح للأمرين ، وهذا الموضع مما يصلح فيه للأمرين • وأما الطهارة فهى فى اللغة النظافة والنزاهة عن الأدناس ويقال طهر الشيء بفتح الهاء وطهر بضمها والفتح أفصح يطهر بالضم والاسم الطهر ، والطهور بفتح الطاء اسم لما يتطهر به وبالضم اسم للفعل هـذه اللغة المشهورة التى عليها الأكثرون من أهل اللغة • واللغة الثانية بالفتح فيهما واقتصر عليها جماعات من كبار أهل اللغة ، وحكى صاحب مطالع الأنوار الضم فيهمـا وهو غريب شاذ ضعيف وقد أوضحت هـذا كله مفاضا [1] فى تهذيب الأسماء واللغات •

وأما الطهارة فى اصطلاح الفقهاء فهى ازالة حدث أو نجس أو ما فى معناهما وعلى صورتهما ، وقولنا فى معناهما أردنا به التيمم والأغسـال المسنونة كالجمعة وتجديد الوضوء والغسلة الثانية والثالثة فى الحدث والنجس أو مسح الأذن والمضمضة ونحوها من نوافل الطهارة ، وطهارة المستحاضة وسلس البول ، فهذه كلها طهارات ولا ترفع حدثا ولا نجسا وفى المستحاضة والسلس والتيمم وجه ضعيف أنها ترفع •

---

(١) فى الأصل المطبوع مضافا وبالرجوع الى النسخة المخطوطة لهذا الجزء بدار الوثائق وجدناها تقرأ مفاضا وهو معنى أدق وأعم •

وأما المياه فجمع ماء وهو جمع كثرة وجمعه فى القلة أمواه وجمع القلة عشرة فما دونها والكثرة فوقها وأصل ماء موه وهو أصل مرفوض ، والهمزة فى ماء بدل من الهاء ابدال لازم عند بعض النحويين وقد ذكر صاحب المحكم لغة أخرى فيه أن يقال ماه على الأصل وهذا يبطل دعوى لزوم الابدال .

وانما قال المصنف مياه وأتى بجمع الكثرة لأن أنواع الماء زائدة على العشرة فانه طاهر وطهور ونجس ، والطهور ينقسم الى ماء السماء وماء الأرض وماء السماء ينقسم الى مطر وذوب ثلج وبرد ، وماء الأرض الى ماء أنهار وبحار وآبار ومشمس ومسخن ومتغير بالمكث وبما لا يمكن صونه منه وبالتراب وغير ذلك من أنواعه ، وينقسم الطاهر والنجس أقساما معروفة .

وبدأ المصنف بكتاب الطهارة ثم باب المياه وكذا فعله الشافعى والأصحاب وكثيرون من العلماء لمناسبة حسنة ذكرها صاحب التتمة وهو أبو سعيد بن عبد الرحمن بن المأمون المتولى قال : بدأنا بذلك لحديث ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « بنى الاسلام على خمس شهادة أن لا اله الا الله واقام الصلاة وايتاء الزكاة والحج وصوم رمضان » وفى رواية « وصوم رمضان والحج » رواه البخارى ومسلم فبدأ صلى الله عليه وسلم بعد الايمان بالصلاة والعرب تبدأ بالأهم فكان تقديم الصلاة أهم .

وأما التوحيد فله كتب مستقلة وهو علم الكلام وقدموا الصوم على الحج لأنه جاء فى احدى الروايتين ولأنه أعم وجوبا من الحج فانه يجب على كثيرين ممن لا حج عليه ، ويجب أيضا على الفور ويتكرر واذا ثبت تقديم الصلاة فينبغى تقديم مقدماتها ومنها الطهارة ثم من الطهارة أعمها والأصل فيها وهو الماء وبالله التوفيق .

قال المصنف رحمه الله

يجوز رفع الحدث وازالة النجس بالماء المطلق وهو ما نزل من السماء

أو نبع من الأرض فما نزل من السماء ماء المطر وذوب الثلج والبرد ، والأصل فيه قوله عز وجل (وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به) •

الشرح : قوله عز وجل (وينزل) قرىء بالتشديد والتخفيف قراءتان فى السبع ، والنجس بفتح الجيم هو عين النجاسة كالبول ونحوه ، وأما الماء المطلق فالصحيح فى حده أنه العارى عن الاضافة اللازمة وان شئت قلت هو ما كفى فى تعريفه اسم ماء وهذا الحد نص عليه الشافعى رحمه الله فى البويطى ، وقيل هو الباقى على وصف خلقته وغلطوا قائله لأنه يخرج عنه المتغير بما يتعذر صونه عنه أو بمكث أو تراب ونحو ذلك •

واختلفوا فى المستعمل هل هو مطلق أم لا على وجهين أصحهما وبه قطع المصنف فى باب ما يفسد الماء من الاستعمال وآخرون من محققى أصحابنا أنه ليس بمطلق ، والثانى أنه مطلق وبه قطع ابن القاص فى التلخيص والقفال فى شرحه وقال صاحب التقريب ابن القفال الشاشى : الصحيح أنه مطلق منع استعماله تعبدا •

قال القفال : وكونه مستعملا لا يخرجه عن الاطلاق لأن الاستعمال نعت كالحرارة والبرودة وانما يخرجه عن الاطلاق ما يضاف اليه كماء الزعفران وسمى المطلق مطلقا لأنه اذا أطلق الماء انصرف اليه •

وأما قوله نزل من السماء أو نبع من الأرض فكذا قاله غيره واعترض عليه بأن الكل من السماء قال الله تعالى : (أنزل من السماء ماء فسلكه ينابيع فى الأرض) والجواب من وجهين (أحدهما) المراد بنبع ما نشاهده ينبع ولهذا فسره به فقال وما نبع من الأرض ماء البحار الى آخره ، والثانى ليس فى الآية أن كل الماء نزل من السماء لأنه نكرة فى الاثبات ومعلوم أنها لا تعم ، ويقال نبع ينبع بفتح الباء فى المضارع وضمها وكسرها والمصدر نبوع أى خرج •

وذوب الثلج ذائبه وهو مصدر يقال ذاب ذوبا وذوبانا وأذبته وذوبته. وانما ذكر المصنف ذوب الثلج والبرد لأن فى استعمالهما على حالهما

تفصيلا سنذكره فى فرع قريبا ان شاء الله تعالى ، ووجه الدلالة من الاية لما استدل به المصنف هنا وهو جواز الطهارة بماء السماء ظاهر وهـذا الحكم مجمع عليه ، واعترض بعض الغالطين على الفقهاء باستدلالهم بها وقال ماء نكرة ولا عموم لها فى الاثبات .

والجواب أن هذا خيال فاسد وانما ذكر الله تعالى هذا امتنانا علينـا فلو لم نحمله على العموم لفـات المطلوب ، واذا دل دليل على ارادة العموم بالنكرة فى الاثبات أفادته ووجب حملها عليه والله أعلم .

فرع : قال أصحابنا : اذا استعمل الثلج والبرد قبل اذابتهما فان كان يسيل على العضو لشدة حر وحرارة الجسم ورخاوة الثلج صح الوضوء على الصحيح ، وبه قطع الجمهور لحصول جريان الماء على العضو ، وقيل لا يصح لأنه لا يسمى غسلا ، حكاه جماعة منهم أقضى القضاة أبو الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردى البصرى صاحب الحاوى وأبو الفرج محمد بن عبد الواحد بن محمد الدارمى صاحب الاستذكار وهما من كبار أئمتنا العراقيين ، وعزاه الدارمى الى أبى سعيد الاصطخرى ، وان كان لا يسيل لم يصح الغسل بلا خلاف .

ويصح مسح الممسوح وهو الرأس والخف والجبيرة هـذا مذهبنا وحكى أصحابنا عن الأوزاعى جواز الوضوء به وان لم يسل ، ويجزيه فى المغسول والممسوح وهذا ضعيف أو باطل ان صح عنه لأنه لا يسمى غسلا ولا فى معناه ، قال الدارمى ولو كان معه ثلج أو برد لا يذوب ولا يجـد ما يسخنه به صلى بالتيمم ، وفى الاعادة أوجه ثالثها يعيد الحاضر دون المسافر بناء على التيمم لشدة البرد ، ووجه الاعادة ندور هذا الحـال (قلت) أصحها الثالث .

فرع : استدلوا لجواز الطهارة بمـاء الثلج والبرد بمـا ثبت فى الصحيحين عن أبى هريرة رضى الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسكت بين تكبيرة الاحرام والقراءة سكتة يقول فيها أشـياء منها اللهم اغسل خطاياى بالماء والثلج والبرد » وفى رواية « بماء الثلج والبرد » .

« وما نبع من الأرض ماء البحار وماء الأنهار وماء الآبار ، والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم فى البحر « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم توضأ من بئر بضاعة » .

الشرح : هذان الحديثان صحيحان وهما بعضان من حديثين ، أما الأول فروى أبو هريرة قال سأل سائل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله انا نركب البحر ونحمل معنا القليل من الماء فان توضأنا به عطشنا ، أفنتوضأ بماء البحر ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » حديث صحيح رواه مالك فى الموطأ والشافعى وأبو داود والترمذى والنسائى وغيرهم .

قال البخارى فى صحيحه هو حديث صحيح وقال الترمذى حديث حسن وروى « الحل ميتته » وروى « الحلال » وهما بمعنى ، والطهور بفتح الطاء وميتته بفتح الميم . واسم السائل عن ماء البحر عبيد وقيل عبد . وأما قول السمعانى فى الأنساب اسمه العركى فقيه ايهام أن العركى اسم علم له وليس كذلك بل العركى وصف له وهو ملاح السفينة .

وأما الثانى فروى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه قال قيل يارسول الله أتتوضأ من بئر بضاعة وهى بئر يلقى فيها الحيض ، ولحم الكلاب والنتن فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان الماء طهور لا ينجسه شىء » حديث صحيح رواه الأئمة الذين نقلنا عنهم رواية الأول ، قال الترمذى حديث حسن صحيح .

وقوله : « أتتوضأ » بتائين مثناتين من فوق خطاب للنبى صلى الله عليه وسلم معناه تتوضأ أنت يا رسول الله من هذه البئر وتستعمل ماءها فى وضوئك مع أن حالها ما ذكرناه ، وانما ضبطت كونه بالتاء لئلا يصحف فيقال أنتوضأ بالنون ، وقد رأيت من صحفه واستبعد كون النبى صلى الله عليه وسلم توضأ منها . وهذا غلط فاحش ، وقد جاء التصريح بوضوء النبى صلى الله عليه وسلم منها فى هذا الحديث من طرق كثيرة ذكرها البيهقى فى السنن الكبير ورواها آخرون غيره .

وفى رواية لأبى داود قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقال له انه يستقى لك من بئر بضاعة وهى بئر يلقى فيها لحوم الكلاب ، وهذا فى معنى روايات البيهقى وغيره المصرحة بأنه صلى الله عليه وسلم توضأ منها ، ولهذا قال المصنف وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم توضأ من بئر بضاعة .

وفى رواية الشافعى فى مختصر المزنى قيل يا رسول الله انك تتوضأ من بئر بضاعة ، وذكر تمام الحديث ، وروى النسائى عن أبى سعيد الخدرى قال : مررت بالنبى صلى الله عليه وسلم وهو يتوضأ من بئر بضاعة فقلت أتتوضأ منها وهى يطرح فيها ما يكره من النتن فقال : « الماء لا ينجسه شىء » فهذه الرواية تقطع كل شك ونزاع .

وبضاعة بضم الباء الموحدة ويقال بكسرها لغتان مشهورتان حكاهما ابن فارس والجوهرى وآخرون والضم أشهر ولم يذكر جماعة غيره ، ثم قيل هو اسم لصاحب البئر وقيل اسم لموضعها .

وقوله : يلقى فيها الحيض بكسر الحاء وفتح الياء وفى رواية المحايض ومعناه الخرق التى يمسح بها دم الحيض قاله الأزهرى وغيره ، قال الامام أبو سليمان أحمد بن محمد بن ابراهيم بن الخطاب الخطابى : لم يكن القاء المحيض فيها تعمدا من آدمى بل كانت البئر فى حدور والسيول تكسح الأقذار من الأفنية وتلقيها فيها ولا يؤثر فى الماء لكثرته وكذا ذكر نحو هذا المعنى آخرون ، وقيل : كانت الريح تلقى الحيض فيها حكاه صاحب الحاوى وغيره ، ويجوز أن يكون السيل والريح يلقيان قال صاحب الشامل : ويجوز أن المنافقين كانوا يلقون ذلك .

(فرع) الحكم الذى ذكره وهو جواز الطهارة بما نبع من الأرض مجمع عليه الا ما سأذكره ان شاء الله تعالى فى البحر وماء زمزم .

(فرع) ينكر على المصنف قوله فى الحديث الثانى : وروى بصيغة تمريض مع أنه حديث صحيح كما سبق ، وقد سبق فى الفصول فى مقدمة الكتاب أنه لا يقال فى حديث صحيح « روى » بل يقال بصيغ الجزم

فيقال هنا : وتوضأ النبى صلى الله عليه وسلم من بئر بضاعة • وأما قوله فى الحديث الأول : لقوله صلى الله عليه وسلم فعبارة صحيحة لأنها جزم فى حديث صحيح ، وهذان الحديثان بعضان ، وقد سبق فى المقدمة بيان جواز اختصار الحديث •

(فرع) فى فوائد الحديث الأول (احداها) أنه أصل عظيم من أصول الطهارة ذكر صاحب الحاوى عن الحميدى شيخ البخارى وصاحب الشافعى قال قال الشافعى : هذا الحديث نصف علم الطهارة (الثانية) أن الطهور هو المطهر وسأفرد له فرعا ان شاء الله تعالى (الثالثة) جواز الطهارة بماء البحر (الرابعة) أن الماء المتغير بما يتعذر صونه عنه طهور (الخامسة) جواز ركوب البحر ما لم يهج وسيأتى بسط المسألة فى كتاب الحج ان شاء الله تعالى حيث ذكرها المصنف والأصحاب (السادسة) أن ميتات البحر كلها حلال الا ما خص منها وهو الضفدع والسرطان ، وهذا هو الصحيح ، وفيه خلاف فى باب الصيد والذبائح (السابعة) أن الطافى من حيوان البحر حلال وهو ما مات حتف أنفه وهذا مذهبنا (الثامنة) فيه أنه يستحب للعالم والمفتى اذا سئل عن شىء وعلم أن بالسائل حاجة الى أمر آخر متعلق بالمسئول عنه لم يذكره السائل أن يذكره له ويعلمه اياه لأنه سأل عن ماء البحر فأجيب بمائه وحكم ميتته لأنهم يحتاجون الى الطعام كالماء • قال الخطابى : وسبب هذا أن علم طهارة الماء مستفيض عند الخاصة والعامة ، وعلم حل ميتة البحر تخفى ، فلما رآهم جهلوا أظهر الأمرين كان أخفاهما أولى • ونظيره حديث المسىء صلاته فانه سأل النبى صلى الله عليه وسلم أن يعلمه الصلاة فابتدأ بتعليمه الطهارة ثم الصلاة لأن الصلاة تفعل ظاهرا والوضوء فى خفاء غالبا فلما جهل الأظهر كان الأخفى أولى والله أعلم •

(فرع) الطهور عندنا هو المطهر وبه قال أحمد بن حنبل وحكاه بعض أصحابنا عن مالك ، وحكوا عن الحسن البصرى وسفيان وأبى بكر الأصم وابن داوود وبعض أصحاب أبى حنيفة وبعض أهل اللغة أن الطهور هو

الطاهر واحتج لهم بقوله تعالى : (وسقاهم ربهم شرابا طهورا [1]) ومعلوم أن أهل الجنة لا يحتاجون الى التطهير من حدث ولا نجس ، فعلم أن المراد بالطهور الطاهر ، وقال جرير فى وصف النساء :

عذاب الثنايا ريقهن طهور

والريق لا يتطهر به وانما أراد طاهر ، واحتج أصحابنا بأن لفظة طهور حيث جاءت فى الشرع المراد بها التطهير ، من ذلك قوله تعالى : (وأنزلنا من السماء ماء طهورا [2]) (وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به [3]) فهذه مفسرة للمراد بالأولى ، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الحديث الصحيح المذكور فى الفصل : « هو الطهور ماؤه » ومعلوم أنهم سألوا عن تطهير ماء البحر لا عن طهارته ولولا أنهم يفهمون من الطهور المطهر لم يحصل الجواب وقوله صلى الله عليه وسلم : « طهور اناء أحدكم اذا ولغ فيه الكلب أن يغسله سبعا » رواه مسلم من رواية أبى هريرة أى مطهره ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « جعلت لى الأرض مسجدا وطهورا » رواه مسلم وغيره من رواية حذيفة والمراد مطهرة وبكونها مطهرة اختصت هذه الأمة لا بكونها طاهرة .

فان قيل : يرد عليكم حديث : « الماء طهور » قلنا لا نسلم كونه مخالفا وأجاب أصحابنا عن قوله تعالى : (شرابا طهورا) بأنه تعالى وصفه بأعلى الصفات وهى التطهير ، وكذا قول جرير حجة لنا لأنه قصد تفضيلهن على سائر النساء فوصف ريقهن بأنه مطهر يتطهر به لكمالهن وطيب ريقهن وامتيازه على غيره ، ولا يصح حمله على ظاهره ، فانه لا مزية لهن فى ذلك ، فان كل النساء ريقهن طاهر ، بل البقر والغنم وكل حيوان ــ غير الكلب والخنزير ، وفرع أحدهما ــ ريقه طاهر والله أعلم .

(فرع) قال أصحابنا : حديث بئر بضاعة لايخالف حديث القلتين لأن ماءها كان كثيرا لا يغيره وقوع هذه الأشياء فيه ، قال أبو داوود

---

(١) الآية ٢١ من سورة الانسان .
(٢) الآية ٤٨ من سورة الفرقان .
(٣) الآية ١١ من سورة الانفال .

السجستانى فى سننه : سمعت قتيبة بن سعيد يقول : سألت قيم بئر بضاعة عن عمقها قال : أكثر ما يكون الماء فيها الى العانة قلت : فاذا نقص ؟ قال دون العورة قال أبو داود : قدرت بئر بضاعة بردائى مددته عليها ثم ذرعته فاذا عرضها ست أذرع وقال لى الذى فتح لى الباب ، يعنى باب البستان الذى هى فيه لم يغير بناؤها عما كانت عليه ، قال : ورأيت فيها ماء متغير اللون •

قوله : متغير اللون يعنى بطول المكث وبأصل المنبع لا بشىء أجنبى وهذه صفتها فى زمن أبى داود ، لا يلزم أن يكون كانت هكذا فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم •

واعلم أن حديث بئر بضاعة عام مخصوص خص منه المتغير بنجاسة فانه نجس للاجماع ، وخص منه أيضا ما دون قلتين اذا لاقته نجاسة كما سنوضحه فى موضعه ان شاء الله تعالى ، فالمراد الماء الكثير الذى لم تغيره نجاسة لا ينجسه شىء ، وهذه كانت صفة بئر بضاعة والله أعلم •

(فرع) قوله : ماء الأبئار وهو باسكان الباء وبعدها همزة ومن العرب من يقول : آبار بهمزة ممدودة فى أوله وفتح الباء ولا همزة بعدها • وهو جمع بئر جمع قلة ، ويجمع أيضا فى القلة أبؤر باسكان الباء وبعدها همزة مضمومة وفى الكثرة بئار بكسر الباء وبعدها همزة والبئر مؤنثة مهموزة يجوز تخفيفها بقلب الهمزة ياء •

(فرع) قال المزنى فى المختصر : قال الشافعى : فكل ماء من بحر عذب أو مالح أو بئر أو سماء أو ثلج أو برد مسخن وغير مسخن فسواء والتطهر به جائز ، واعترض عليه وقالوا : مالح خطأ وصوابه ملح قال الله تعالى • (وهذا ملح أجاج [1]) •

والجواب أن هذا الاعتراض جهالة من قائله بل فيه أربع لغات ماء ملح ومالح ومليح وملاح بضم الميم وتخفيف اللام ، حكاهن الخطابى وآخرون

---

(1) الآية ٥٣ من سورة الفرقان •

من الأئمة وقد جمعت ذلك بدلائله وأقوال الأئمة فيه وانشاد العرب فيه فى تهذيب الأسماء واللغات ، فمن الأبيات قول عمر بن أبى ربيعه :

ولو تفلت فى البحر والبحر مالح
لأصبح ماء البحر من ريقها عذبا[1]

وقول محمد بن حازم :

تلـونت ألوانا عـلى كثـيرة
وخالط عـذبا من اخائك مالح

فهذا هو الجواب الذى نختـاره ونعتقده ، وذكر أصحابنا جوابين أحدهما هذا ، والثانى أن هذه العبارة ليست للشافعى بل للمزنى ، وعبارة الشافعى فى الأم عذب أو أجاج ، وهـذا الجواب ضعيف جدا لوجهين أحدهما : أن المزنى ثقة وقد نقله عن الشافعى ولا يلزم من كونه ذكر فى الأم عبارة أن لا يذكر غيرها فى موضـع آخر ولا أن لا يسمعها المزنى شفاها ، والثانى : أن هذا الجواب يتضمن تغليط المزنى فى النقل ونسبته الى اللحن ،ولا ضرورة بنا الى واحد منهما ، ثم وجدت فى رسالة للبيهقى الى الشيخ أبى محمد الجوينى أن أكثر أصحابنا ينسبون المزنى فى هذا الى الغلط ويزعمون أن هذه اللفظة لم توجد للشافعى .

قال البيهقى : وقد سمى الشافعى البحر مالحا فى كتابين أحدهما فى أمالى الحج فى مسألة كون صيد البحر حلالا للمحرم ، والثانى فى المناسك الكبير وبالله التوفيق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يكره من ذلك الا ما قصد الى تشميسه فانه يكره الوضوء به ، ومن أصحابنا من قال : لا يكره كما لا يكره [2] بماء تشمس فى البرك والأنهار ، والمذهب الأول ، والدليل عليه ما روى أن النبى صلى الله عليه

---

(١) فتشت فى ديوانه فلم أجده (ط) .
(٢) فى المطبوعة (لا يكره ماتشمس الخ) (ط)

وسلم قال لعائشة وقد سخنت ماء بالشمس : « يا حميراء لا تفعلى هـذا فانه يورث البرص ») • (ويخالف [٣] ماء البرك والأنهـار لأن ذلك لا يمكن حفظه من الشمس ، ولم يتعلق به المنع) •

(الشرح) هذا الحديث المذكور ضعيف باتفاق المحدثين ، وقد رواه البيهقى من طرق وبين ضعفها كلها ، ومنهم من يجعله موضوعا ، وقـد روى الشافعى فى الأم باسناده عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه كان يكره الاغتسال بالماء المشمس وقال : انه يورث البرص ، وهذا ضعيف أيضا باتفاق المحدثين فانه من رواية ابراهيم بن محمد بن أبى يحيى وقد اتفقوا على تضعيفه وجرحوه • وبينوا أسباب الجرح الا الشافعى رحمه الله فانه وثقه ، فحصل من هذا أن المشمس لا أصل لكراهته ، ولم يثبت عن الأطباء فيه شىء ، فالصواب الجزم بأنه لا كراهة فيه • وهـذا هو الوجه الذى حكاه المصنف وضعفه ، وكذا ضعفه غيره وليس بضعيف ، بل هو الصواب الموافق للدليل ولنص الشافعى فانه قال فى الأم : لا أكره المشمس الا أن يكره من جهـة الطب ، كذا رأيته فى الأم ، وكذا نقله البيهقى باسناده فى كتابه معرفة السنن والآثار عن الشافعى • وأما قوله فى مختصر المزنى : « الا من جهة الطب لكراهة عمر لذلك وقوله : انه يورث البرص » فليس صريحا فى مخالفة نصه فى الأم ، بل يمكن حمله عليه ، فيكون معناه لا أكرهه الا من جهة الطب ان قال أهل الطب : انه يورث البرص فهذا ما نعتقده فى المسألة وما هو كلام الشافعى • ومذهب مالك وأبى حنيفة وأحمد وداود والجمهور أنه لا كراهة كما هو المختار •

وأما الأصحاب فمجموع ما ذكروا فيه سبعة أوجه (أحدها) لا يكره مطلقا كما سبق (والثانى) يكره فى كل الأوانى والبلاد بشرط القصد الى تشميسه وهو الأشهر عند العراقيين وزعم صاحب البيان أنه المنصوص وبه قطع المصنف فى التنبيه والقاضى أبو على الحسن بن عمر البندنيجى من كبار العراقيين فى كتابه الجامع • (والثالث) يكره مطلقا ولا يشترط القصد وهو المختار عند صاحب الحاوى قال : ومن اعتبر القصد فقد غلط

---

(٣) ما بين المعقوفين من نسخة الركبى (ط) •

(والرابع) يكره فى البلاد الحـارة فى الأوانى المنطبعة وهى المطرقة ، ولا يشترط القصـد ولا تغطية رأس الاناء وهـذا هو الأشهر عنـد الخراسانيين وغلط امام الحرمين العراقيين فى اشتراط القصد ، وعلى هذا فالمراد بالمنطبعة أوجه (أحدها) جميع ما يطرق وهو قول الشـيخ أبى محمد الجوينى • (والثانى) أنها النحاس خاصة وهو قول الصيدلانى (والثالث) كل ما يطرق الا الذهب والفضـة لصفائهما واختـاره امام الحرمين •

(والخامس [1]) يكره فى المنطبعة بشرط تغطية رأس الاناء حكاه البغوى وجزم به شيخه القاضى حسين وصاحب التتمة (والسادس) ان قال طبيبان يورث البرص كره والا فلا ، حكاه صاحب البيـان وغيره وضعفوه وزعموا أن الحديث لم يفرق فيه ولم يقيد بسؤال الأطبـاء • وهذا التضعيف غلط بل هذا الوجه هو الصواب ان لم يجزم بعـدم الكراهة وهـو موافق لنصه فى الأم ، لكن اشتراط طبيبين ضعيف بل يكفى واحد فانه من باب الاخبار (والسابع) يكره فى البدن دون الثوب، حكاه صاحب البيان وهو ضعيف أو غلط فانه يوهم أن الأوجه السابقة عامة للبدن والثوب وليس كذلك بل الصواب ما قاله صاحب الحاوى أن الكراهة تختص باستعماله فى البدن فى طهارة حدث أو نجس أو تبرد أو تنظف أو شرب ، قال : وسواء لاقى البدن فى عبادة أم غيرها قال : ولا كراهة فى استعماله فيما لا يلاقى البدن من غسل ثوب واناء وأرض لأن الكراهة للبرص ، وهذا مختص بالجسد ، قال : فان استعمله فى طعام وأراد أكله ــ فان كان مائعا كالمرق ــ كره وان لم يبق مائعـا كالخبز والأرز المطبوخ به لم يكره ، هذا كلام صاحب الحاوى وذكر مثله صاحب البحر وهو الامام أبو المحاسن عبد الواحد بن اسماعيل الرويانى • واذا قلنا بالكراهة فتبرد ، ففى زوالها أوجه حكاها الرويانى وغيره ثالثها [2] ان قال طبيبان : يورث البرص كره والا فلا •

---

(١) بقية الأوجه السبعة التى للأصحاب .

(٢) أولها يكره وثانيها لا يكره ، فانتبه (ط) .

وحيث أثبتنا الكراهة فهى كراهة تنزيه وهل هى شرعية يتعلق الثواب بتركها وان لم يعاقب على فعلهـا ؟ أم ارشادية لمصلحة دنيوية لا ثواب ولا عقاب فى فعلها ولا بتركها ؟ فيه وجهان ذكرهما الشيخ أبو عمرو بن الصلاح ، قال : واختار الغزالى الارشادية وصرح الغزالى به فى درسه قال : وهو ظاهر نص الشافعى قال : والأظهر واختيار صاحبى الحاوى والمهذب وغيرهما الشرعية • (قلت) : هـذا الثانى هو المشهور عن الأصحاب والله أعلم •

(فرع) قوله : روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لعائشة رضى الله عنها • هذه عبارة جيدة لأنه حديث ضعيف ، فيقال فيه روى بصيغة التمريض ، وعائشة رضى الله عنها تكنى أم عبد الله كنيت بابن أختهـا أسماء عبد الله بن الزبير ، وهى عائشة بنت أبى بكر عبد الله بن عثمان بن عامر بن عمرو بن كعب بن سعد بن تيم بن مرة بن كعب بن لؤى بن غالب القرشية التيمية تلتقى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى مرة بن كعب ، وسبق باقى نسبها فى نسب رسول الله صلى الله عليه وسلم أول الكتاب ، ومناقب عائشة كثيرة مشهورة ذكرت منهـا جملة صالحة فى تهـذيب الأسماء • توفيت سنة ثمان وقيل : تسع وقيل : سبع وخمسين بالمدينة ، ولم يتزوج النبى صلى الله عليه وسلم بكرا غيرها ، وأقامت عنده تسع سنين وتوفى وهى بنت ثمان عشرة •

وقول المصنف : « قصد الى تشميسه » صحيح وزعم بعض الغالطين أنه لا يقال قصد الى كذا بل قصد كذا ، وهذا خطأ بل يقال : قصدته وقصدت اليه وقصدت له ، ثلاث لغات حكاهن ابن القطاع وغيره • ومن أظرف الأشياء أن اللغات الثلاث اجتمعت متوالية فى حديث واحد فى صحيح مسلم فى نحو سطر ، عن جندب البجلى رضى الله عنه : « أن رجلا من المشركين كان اذا شاء أن يقصد الى رجل من المسلمين قصد له فقتله • وأن رجلا من المسلمين قصد غفلته » وهـذا نصه بحروفه والله أعلم ، وأما قوله : كما لا يكره ماء تشمس فى البرك والأنهار متفق عليه لعدم امكان الصيانة وتأثير الشمس •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان [1] تطهر منه صحت طهارته ، لأن المنع لخوف الضرر وذلك [2] لا يمنع صحة الوضوء كما لو توضأ بماء [3] يخاف من حره أو برده) .

« الشرح » أما صحة الطهارة فمجمع عليه ، وقوله لأن المنع لخوف الضرر ، وذلك لا يمنع صحة الوضوء معناه أن النهى ليس راجعا الى نفس المنهى عنه ، بل لأمر خارج وهو الضرر ، واذا كان النهى لأمر خارج لا يقتضى الفساد على الصحيح المختار لأهل الأصول من أصحابنا وغيرهم . فان قيل لا حاجة الى قوله : لا يمنع صحة الوضوء لأن كراهة التنزيه لا تمنع الصحة قلنا : هذا خطأ لأن الكراهة نهى مانع من الصحة سواء كان نهى تحريم أو تنزيه الا أن يكون لأمر خارج ، فلهذا علل المصنف بأنه لأمر خارج ، ومما حكم فيه بالفساد لنهى التنزيه الصلاة فى وقت النهى فانها كراهة تنزيه ولا تنعقد على أصح الوجهين كما سنوضحه فى موضعه ان شاء الله تعالى . وأما قوله : كما لو توضأ بماء يخاف حره أو برده فمعناه أنه يكره ويصح الوضوء ، وهذان الأمران متفق عليهما عندنا ودليل الكراهة أنه يتعرض للضرر ، ولأنه لا يمكنه استيفاء الطهارة على وجهها .

(فرع) فى قول المصنف : « ولا يكره من ذلك الا ما قصد الى تشميسه » تصريح بما صرح به أصحابنا وهو أنه لا تكره الطهارة بماء البحر ولا بماء زمزم ولا بالمتغير بطول المكث ولا بالمسخن ما لم يخف الضرر لشدة حرارته سواء سخن بطاهر أو نجس ، وهذه المسائل كلها متفق عليها عندنا وفى كلها خلاف لبعض السلف ، فأما ماء البحر فجمهور العلماء من الصحابة فمن بعدهم على أنه لا يكره كمذهبنا ، وحكى الترمذى فى جامعه وابن المنذر فى الاشراف وغيرهما عن عبد الله بن عمر

---

(١) فى نسخة المهذب للركبى (فان خالف وتوضأ به صح الوضوء) (ط) .
(٢) فى نسخة الركبى (فلم يمنع) (ط)
(٣) فى الركبى (بما يخاف) (ط) .

ابن الخطاب وعبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهم أنهما كرها الوضوء به ، وحكاه أصحابنا أيضا عن سعيد بن المسيب • واحتج لهم بحديث روى عن ابن عمرو عن النبى صلى الله عليه وسلم : « تحت البحر نار وتحت النار بحر حتى ، عد سبعة وسبعة » رواه أبو داوود فى سننه، واحتج أصحابنا بحديث : « هو الطهور ماؤه » وبحديث : « الماء طهور » ولأنه لم يتغير عن أصل خلقته فأشبه غيره ، وأما حديث تحت البحر نار فضعيف باتفاق المحدثين وممن بين ضعفه أبو عمر بن عبد البر ولو ثبت لم يكن فيه دليل ولا معارضة بينه وبين حديث هو الطهور ماؤه •

وأما زمزم فمذهب الجمهور كمذهبنا أنه لا يكره الوضوء والغسل به ، وعن أحمد رواية بكراهته لأنه جاء عن العباس رضى الله عنه أنه قال وهو عند زمزم : « لا أحله لمغتسل ، وهو لشارب حل وبل » ودليلنا النصوص الصحيحة الصريحة المطلقة فى المياه بلا فرق ، ولم يزل المسلمون على الوضوء منه بلا انكار ، ولم يصح ما ذكروه عن العباس ، بل حكى عن أبيه عبد المطلب ولو ثبت عن العباس لم يجز ترك النصوص به • وأجاب أصحابنا بأنه محمول على أنه قاله فى وقت ضيق الماء لكثرة الشاربين •

وأما المتغير بالمكث فنقل ابن المنذر الاتفاق على أنه لا كراهة فيه الا ابن سيرين فكرهه ، ودليلنا النصوص المطلقة ولأنه لا يمكن الاحتراز منه فأشبه المتغير بما يتعذر صونه عنه •

وأما المسخن فالجمهور أنه لا كراهة وحكى أصحابنا عن مجاهد كراهته ، وعن أحمد كراهة المسخن بنجاسة وليس لهم دليل فيه روح ، ودليلنا النصوص المطلقة ولم يثبت نهى •

(فرع) ثبت فى الصحيحين عن ابن عمر رضى الله عنهما : « أن الناس نزلوا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم على الحجر أرض ثمود فاستقوا من آبارها وعجنوا به العجين فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يهريقوا ما استقوا ويعلفوا الابل العجين ، وأمرهم أن يستقوا

من البئر التى كانت تردها الناقة » وفى رواية للبخارى أن النبى صلى الله عليه وسلم لما نزل الحجر فى غزوة تبوك أمرهم أن لا يشربوا من آبارها ، ولا يستقوا منها ، فقالوا : قد عجنا منها واستقينا ، فأمرهم النبى صلى الله عليه وسلم أن يطرحوا ذلك العجين ويهريقوا ذلك الماء .

قلت : فاستعمال ماء هذه الآبار المذكورة فى طهارة وغيرها مكروه أو حرام الا لضرورة لأن هذه سنة صحيحة لا معارض لها ، وقد قال الشافعى : اذا صح الحديث فهو مذهبى . فيمنع استعمال آبار الحجر الا بئر الناقة ، ولا يحكم بنجاستها لأن الحديث لم يتعرض للنجاسة ، والماء طهور بالأصالة ، وهذه المسألة ترد على قول المصنف : لا يكره من ذلك الا ما قصد الى تشميسه ، وكذلك يرد عليه : شديد الحرارة والبرودة والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وما سوى المـاء المطلق من المائعـات كالخل وماء الورد والنبيذ وما اعتصر من الثمر أو الشجر لا يجوز رفع الحدث ولا ازالة النجس به لقوله تعالى : (فلم تجدوا ماء فتيمموا) فأوجب التيمم على من لم يجد الماء فدل على أنه لا يجوز الوضوء بغيره ، ولقوله صلى الله عليه وسلم لأسماء بنت أبى بكر الصـديق رضى الله عنهما فى دم الحيض يصيب الثوب : « حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالماء » فأوجب الغسل بالماء فدل على أنه لا يجوز بغيره) .

« الشرح » أما حديث أسماء فرواه البخارى ومسلم بمعناه لكن عن أسماء أن امرأة سألت النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال : « تحته ثم تقرصه بالماء » وفى رواية : « فلتقرصه ثم لتنضحه بماء » هذا لفظه فى الصحيح وليس فى الصحيح أن أسماء هى السائلة ولا فى كتب الحديث المعتمدة ، لكن رواه الشافعى فى الأم كذلك فى رواية ضعيفة بعد أن رواه عن أسماء أن امرأة سألت ، وقد أنكر جمـاعة على المصنف روايته أن أسماء هى السائلة وغلطوه فيه ، وليس هو بغلط ، بل رواه الشافعى كما

ذكرنا ، والمراد متن الحديث وهو صحيح ، ولو اعتنى المصنف بتحقيق الحديث وأتى برواية الصحيحين لكان أكمل له وأبرأ لدينه وعرضه • ومعنى حتيه حكيه ومعنى اقرصيه قطعيه واقلعيه بظفرك ، والدم مخفف الميم على اللغة الفصيحة المشهورة ، وتشدد الميم فى لغية ، والاستدلال من الآية والحديث ليس بالمفهوم ، بل أمر بالتيمم والغسل بالماء فمن غسل بمائع فقد ترك المأمور به •

وأما حكم المسألة : وهو أن رفع الحدث وازالة النجس لا يصح الا بالماء المطلق فهو مذهبنا لا خلاف فيه عندنا ، وبه قال جماهير السلف والخلف من الصحابة فمن بعدهم ، وحكى أصحابنا عن محمد بن عبد الرحمن بن أبى ليلى وأبى بكر الأصم أنه يجوز رفع الحدث وازالة النجس بكل مائع طاهر ، قال القاضى أبو الطيب : الا الدمع فان الأصم يوافق على منع الوضوء به ، وقال أبو حنيفة : يجوز الوضوء بالنبيذ على شرط سأذكره فى فرع مستقل ، وأذكر ازالة النجاسة فى فرع آخر ان شاء الله تعالى •

واحتج لابن أبى ليلى بأنه مائع طاهر فأشبه الماء ، واحتج الأصحاب بالآية التى ذكرها المصنف وبأن الصحابة رضى الله عنهم كانوا يعدمون الماء فى أسفارهم ومعهم الدهن وغيره من المائعات وما نقل عن أحد منهم الوضوء بغير ماء ، ولا يصح القياس على الماء فان الماء جمع اللطافة وعدم التركيب من أجزاء وليس كذلك غيره •

وأما قول الغزالى فى الوسيط : طهارة الحدث مخصوصة بالماء بالاجماع ، فمحمول على أنه لم يبلغه قول ابن أبى ليلى ان صح عنه ، وأما الأصم فلا يعتد بخلافه ، وقد أوضحت حال الأصم فى تهذيب الأسماء واللغات ، وقد قال ابن المنذر فى الاشراف وكتاب الاجماع : أجمع أهل العلم على أنه لا يجوز الوضوء بماء الورد والشجر والعصفر وغيره مما لا يقع عليه اسم ماء وهذا يوافق نقل الغزالى •

(فرع) أما النبيذ فلا يجوز الطهارة به عندنا على أى صفة كان من عسل أو تمر أو زبيب أو غيرها مطبوخا كان أو غيره ، فان نش وأسكر

فهو نجس يحرم شربه وعلى شاربه الحد ، وان لم ينش [1] فطاهر لا يحرم شربه ولكن لا تجوز الطهارة به ، هذا تفصيل مذهبنا وبه قال مالك وأحمد وأبو يوسف والجمهور وعن أبى حنيفة أربع روايات (احداهن) يجوز الوضوء بنبيذ التمر المطبوخ اذا كان فى سفر وعدم الماء (والثانية) يجوز الجمع بينه وبين التيمم وبه قال صاحبه محمد بن الحسن (والثالثة) يستحب الجمع بينهما (الرابعة) أنه رجع عن جواز الوضوء به وقال يتيمم ، وهو الذى استقر عليه مذهبه ، كذا قاله العبدرى ، قال : وروى أنه قال : الوضوء بنبيذ التمر منسوخ ، وحكى عن الأوزاعى الوضوء بكل نبيذ وحكى الترمذى عن سفيان الوضوء بالنبيذ .

واحتج لمن جوز برواية شريك عن أبى فزارة عن أبى زيد مولى عمرو ابن حريث عن ابن مسعود أن النبى صلى الله عليه وسلم قال له ليلة الجن : « هل فى اداوتك ماء ؟ قال : لا الا نبيذ تمر ، قال : ثمرة طيبة وماء طهور ، وتوضأ به » رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه فى سننهم . وعن ابن عباس رفعه : « النبيذ وضوء من لم يجد الماء » وعن على وابن عباس وغيرهما موقوفات ، واحتج أصحابنا بالآية : « فلم تجدوا ماء فتيمموا » وقد سبق وجه التمسك بالآية ، فمن توضأ بالنبيذ فقد ترك المأمور به ، ولهم أسئلة ضعيفة على الآية لا يلتفت اليها وبحديث أبى ذر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « قال : الصعيد الطيب وضوء المسلم ولو لم يجد الماء عشر سنين ، فاذا وجد الماء فليمسه بشرته » حديث صحيح رواه أبو داود والترمذى والنسائى فى سننهم والحاكم أبو عبد الله محمد بن البيع فى المستدرك على الصحيحين قال الترمذى : حديث حسن صحيح وقال الحاكم : حديث صحيح ، والاستدلال منه كالاستدلال من الآية .

ومن القياس كل شىء لا يجوز التطهر به حضرا لم يجز سفرا كماء الورد ، ولأنه مائع لا يجوز الوضوء به مع وجود الماء فلم يجز مع عدمه كماء الباقلا ، ولأنه شراب فيه شدة مطربة فأشبه الخمر ولأنه مائع لا يطلق

---

(١) نشت الخمر اذا أخذت تغلى (ط) .

عليه اسم ماء كالخل • وأما الجواب عن شبههم فحديث ابن مسعود ضعيف باجماع المحدثين • قال الترمذى وغيره : لم يروه غير أبى زيدمولى ابن حريث وهو مجهول لا يعرف ولا يعرف عنه غير هذا الحديث •

وقد ثبت فى صحيح مسلم عن علقمة قال : « سألت ابن مسعود هل شهد أحد منكم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن ؟ قال : لا ولكنا كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات ليلة ففقدناه فالتمسناه فى الأودية والشعاب فقلنا استطير أو اغتيل ، فبتنا بشر ليلة بات بها قوم ؟ فلما أصبحنا اذ هو جاء من قبل حراء فقلنا : يا رسول الله فقدناك فطلبناك فلم نجدك فبتنا بشر ليلة بات بها قوم فقال : أتانى داعى الجن فذهبت معه فقرأت عليهم القرآن ، قال : فانطلق بنا فأرانا آثارهم وآثار نيرانهم » • وفى صحيح مسلم أيضا عن علقمة عن عبد الله قال : « لم أكن ليلة الجن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ووددت أنى كنت معه » فثبت بهذين الحديثين مع ما ذكرناه من اتفاق الحفاظ على تضعيف حديث النبيذ بطلان احتجاجهم •

وأجاب أصحابنا مع هذا بأربعة أجوبة (أحدها) أنه حديث مخالف الأصول فلا يحتج به عند أبى حنيفة (والثانى) أنهم شرطوا لصحة الوضوء بالنبيذ السفر وانما كان النبى صلى الله عليه وسلم فى شعاب مكة كما ذكرناه (الثالث) أن المراد بقوله : نبيذ أى ماء نبذت فيه تمرات ليعذب ، ولم يكن متغيرا ، وهذا تأويل سائغ لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ثمرة طيبة وماء طهور » فوصف النبى صلى الله عليه وسلم شيئين ليس النبيذ واحدا منهما •

فان قيل : فابن مسعود نفى أن يكون معه ماء • وأثبت النبيذ ، فالجواب أنه انما نفى أن يكون معه ماء معد للطهارة وأثبت أن معه ماء نبذ فيه تمرا معدا للشرب ، وحمل كلام النبى صلى الله عليه وسلم على الحقيقة وتأويل كلام ابن مسعود أولى من عكسه • (الرابع) أن النبيذ الذى زعم أنه كان مع ابن مسعود لا يجوز الطهارة به عندهم لأنه نقيع

لا مطبوخ ، فان العرب لا تطبخه وانما تلقى فيه حبات تمر حتى يحلو فتشربه ، وذكر الأصحاب أجوبة كثيرة غير ما ذكرنا وفيما ذكرنا كفاية .

وأما حديث ابن عباس والآثار عنه وعن على وغيرهما فكلها ضعيفة واهية ، ولو صحت لكان عنها أجوبة كثيرة ولا حاجة الى تضييع الوقت بذكرها بلا فائدة ، ولقد أحسن وأنصف الامام أبو جعفر أحمد بن محمد ابن سلامة الطحاوى امام الحنفية فى الحديث والمنتصر لهم حيث قال فى أول كتابه : انما ذهب أبو حنيفة ومحمد الى الوضوء بالنبيذ اعتمادا على حديث ابن مسعود ولا أصل له فلا معنى لتطويل كتابى بشىء فيه .

(فرع) قد ذكرنا أن ازالة النجاسة لا تجوز عندنا وعند الجمهور الا بالماء فلا تجوز بخل ولا بمائع آخر ، وممن نقل هذا عنه مالك ومحمد ابن الحسن وزفر واسحق بن راهويه ، وهو أصح الروايتين عن أحمد ، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف وداود : يجوز ازالة النجاسة من الثوب والبدن بكل مائع يسيل اذا غسل به ثم عصر كالخل وماء الورد ، ولايجوز بدهن ومرق ، وعن أبى يوسف رواية أنه لا يجوز فى البدن بغير الماء .

واحتج لهم بحديث عائشة رضى الله عنها قالت : « ما كان لاحدانا الا ثوب واحد تحيض فيه فاذا أصابه شىء من دم قالت بريقها فمصعته بظفرها » رواه البخارى ، ومصعته بفتح الميم والصاد والعين المهملتين أى أذهبته ، وعن محمد بن ابراهيم عن أم ولد لابراهيم بن عبد الرحمن ابن عوف عن أم سلمة رضى الله عنها قالت قلت : « يا رسول الله انى امرأة أطيل ذيلى فأجره على المكان القذر فقال صلى الله عليه وسلم : يطهره ما بعده » رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه وموضع الدلالة أنها طهارة بغير الماء فدل على عدم اشتراطه ، وبحديث أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا جاء أحدكم الى المسجد فلينظر فان رأى فى نعليه قذرا أو أذى فليمسحه ، وليصل فيهما » حديث حسن رواه أبو داود باسناد صحيح وبحديث أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا وطىء أحدكم بنعله الأذى فان التراب له طهور » رواه أبو داود ، والدلالة من هذين كهى مما قبلهما .

وذكروا أحاديث لا دلالة فيهـا كحديث : « اذا ولغ الكلب فى اناء أحدكم فاغسلوه » وبأى شىء غسله سمى غاسـلا • قالوا : ولأنه مائع طاهر فأشبه الماء ، ولأنها عين تجب ازالتها للعبادة فجاز بغير الماء كالطيب عن ثوب المحرم وهذا يعتمدونه ، ولأن الحكم يتعلق بعين النجاسة فزال بزوالها ، ولأن المراد ازالة العين والخل أبلغ ، ولأن الخمر اذا انقلبت خلا طهرت وطهر الدن وما طهر الا بالخل ، ولأنها نجاسة فلا يتعين لها المـاء كنجاسة النجو ، ولأن الهرة لو أكلت فأرة ثم ولغت فى اناء لم تنجسـه فدل على أن ريقها طهر فمها •

واحتج أصحابنا بقول الله تعالى : (وأنزلنا من السماء ماء طهورا [1]) (وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به [2]) فذكره سبحانه وتعـالى امتنانا فلو حصل بغيره لم يحصل الامتنـان ، وبحديث أسـماء المذكور وتقدم بيان وجه وجه الدلالة ، ولأنه لم ينقل عن النبى صلى الله عليه وسلم ازالة النجاسة بغير الماء ونقل ازالتها بالماء ، ولم يثبت دليـل صريح فى ازالتها بغيره ، فوجب اختصاصه ، اذ لو جاز بغيره لبينه مرة فأكثر ، ليعلم جوازه كما فعل فى غيره ، ولأنها طهارة شرعية فلم تجز بالخل كالوضوء ، ولأن حكم النجاسة أغلظ من حكم الحدث بدليل أنه يتيمم عن الحدث دونها ، ولو وجد من المـاء ما يكفيه لأحدهما غسـلها ، والمستعمل فى النجاسة نجس عند أبى حنيفة ، وكذا عندنا ان انفصل ولم يطهر المحل على الأظهر ، والمستعمل فى الحدث طاهر عندنا ، وكذا على الأصح عن أبى حنيفة ، فاذا لم يجز الوضوء بغير الماء فالنجاسة التى هى أغلظ أولى •

وأما الجواب عن أدلتهم فحديث عائشة أجاب عنه الشيخ أبو حامد وغيره بأن مثل هذا الدم اليسير لا تجب ازالته ، بل تصح الصـلاة معه ويكون عفوا ، ولم ترد عائشة غسله وتطهيره بالريق ، ولهذا لم تقل كنا نغسله بالريق ، وانما أرادت اذهاب صـورته لقبح منظره ، فيبقى المحل نجسا كما كان ولكنه معفو عنه لقلته • وهـذا الجواب على مذهب من

---

(١) الآية ٤٨ من سورة الفرقان •
(٢) الآية ١١ من سورة الأنفال •

يقول قول الصحابى : كنا نفعل كذا يكون مرفوعا وان لم يضفه الى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم أما من اشترط الاضافة فلا يكون عنده مرفوعا بل يكون موقوفا ، ويجىء فيه التفصيل فى قول الصحابى هل انتشر أم لا ؟ وهل هو حجة فى الحالين أم لا ؟ . وفى كل هذا خلاف قدمناه واضحا فى الفصول السابقة فى مقدمة هذا الشرح .

وأما حديث أم سلمة فالجواب عنه من وجهين (أحدهما) أنه ضعيف لأن أم ولد ابراهيم مجهولة ، (والثانى) أن المراد بالقذر نجاسة يابسة ، ومعنى يطهره ما بعده أنه اذا انجر على ما بعده من الأرض ذهب ما علق به من اليابس ، هكذا أجاب أصحابنا وغيرهم ، قال الشيخ أبو حامد فى تعليقه : ويدل على هذا التأويل الاجماع أنها لو جرت ثوبها على نجاسة رطبة فأصابته لم يطهر بالجر على مكان طاهر ، وكذا نقل الاجماع فى هذا أبو سليمان الخطابى ، ونقل الخطابى ، هذا التأويل عن آباء عبد الله مالك والشافعى وأحمد رحمهم الله [1] .

وأما حديث أبى سعيد فلنا فى المسألة قولان ، القديم أن مسح أسفل الخف الذى لصقت به نجاسة كاف فى جواز الصلاة فيه مع أنه نجس عفى عنه ، والجديد أنه ليس بكاف ، فعلى هذا الجواب أن الأذى المذكور محمول على مستقذر طاهر كمخاط وغيره مما هو طاهر أو مشكوك فيه ، وأما حديث أبى هريرة فرواه أبو داود من طرق كلها ضعيفة ولو صح لأجيب عنه بنحو ما سبق . وأما حديث : « اذا ولغ الكلب » فالغسل فيه وفى غيره من الأحاديث المطلقة محمول على الغسل بالماء ، لأنه المعروف المعهود السابق الى الفهم عند الاطلاق ، قال أصحابنا : ولا يعرف الغسل فى اللغة بغير الماء ، وأما قياسهم على الماء فباطل لأنه يرفع الحدث بخلاف المائع ولأنه ينتقض بالدهن والمرق .

وقياسهم على الطيب مردود من وجهين (أحدهما) أن ازالة الطيب وغسله ليس واجبا بل الواجب اذهاب رائحته واهلاكها ، بدليل أنه لو طلى عليه

---

(١) كل واحد من هؤلاء الائمة كنيته ابو عبد الله فصح قوله عن آباء عبد الله (ط) .

طينا أو غسله بدهن كفاه (والثانى) أن النجاسة بطهارة الحدث أشبه من ازالة الطيب ، فالحاق طهارة بطهارة أولى • وأما قولهم : الحكم يتعلق بعين النجاسة فزال بزوالها فليس بلازم ، وينتقض بلحم الميتة اذا وقع فى ماء قليل فينجسه ، واذا زال لا يزول التنجيس ، وقولهم : الخل أبلغ ، غير مسلم لأن فى الماء لطافة ورقة ليست فى الخل وغيره ، ولو صح ما قالوه لكان ازالة النجاسة بالخل أفضل وأجمعنا بخلافه •

وأما قولهم : الدن يطهر بالخل فغير صحيح ، بل يطهر تبعا للخل للضرورة ، ولو كان الخل هو الذى طهره لنجس الخل ، لأن المائع اذا أزيلت به النجاسة تنجس عندهم ، ولأنه لو كان مطهرا لوجب أن تتقدم طهارته فى نفسه ، ولو كان كذلك لم يطهر الخل لحصوله فى محل نجس ، وأما نجاسة النجو فاذا استنجى بالأحجار عفى عما بقى للضرورة ، وهى رخصة ورد الشرع بها ، ولا خلاف أن المحل يبقى نجسا ولهذا لو انغمس فى ماء قليل نجسه فلم تحصل ازالة نجاسة بغير الماء •

وأما مسألة الهرة ففيها ثلاثة أوجه لأصحابنا مذكورة بعد هذا ، فان قلنا بطهارة ما ولغت فيه فليس هو لطهارة فمها بريقها ، بل لأنه لا يمكن الاحتراز منها فعفى عنها كأثر الاستنجاء •

وينبغى للناظر فى هذا الكتاب أن لا يسأم من طول بعض المسائل فانها لا تطول ان شاء الله تعالى الا بفوائد وتمهيد قواعد ، ويحصل فى ضمن ذكر مذاهب العلماء ودلائلها وأجوبتها فوائد مهمة نفيسة وتتضح المشكلات وتظهر المذاهب المرجوحة من الراجحة ، ويتدرب الناظر فيها بالسؤال والجواب ، ويتنقح ذهنه ويتميز عند أولى البصائر والألباب ، ويتعرف الأحاديث الصحيحة من الضعيفة ، والدلائل الراجحة من المرجوحة ، ويقوى للجمع بين الأحاديث التى تظن متعارضات ، ولا يخفى عليه بعد ذلك الا أفراد نادرات وبالله التوفيق •

(فرع) قال الشافعى فى أول مختصر المزنى : وما عدا الماء من ماء ورد أو شجر أو عرق لا تجوز الطهارة به ، واختلف أصحابنا فى ضبط قوله : عرق

فقيل هو بفتح العين والراء وهو عرق الحيوان ، وقيل بفتح العين واسكان الراء وهو المعتصر من كرش البعير • وقد نص على هذا فى الأم ، وقيل بكسر العين واسكان الراء وهو عرق الشجر أى المعتصر منه والأول أصح ، والثالث ضعيف لأنه عطفه على الشجر والثانى فيه بعد لأنه نجس لا يخفى امتناع الطهارة به فلا يحتاج الى بيان •

(فرع) اذا أغلى مائعا فارتفع من غليانه بخار تولد منه رشح فليس بطهور بلا خلاف كالعرق ، ولو أغلى ماء مطلقا فتولد منه الرشح قال صاحب البحر قال بعض أصحابنا بخراسان : لفظ الشافعي يقتضى أنه لا تجوز الطهارة به لأنه عرق قال الرويانى : وهذا غير صحيح عندى لأن رشح الماء ماء حقيقة، وينقص منه بقدره فهو ماء مطلق فيتطهر به • (قلت) : الأصح جواز الطهارة به والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان كمل الماء المطلق بمائع بأن احتاج فى طهارته الى خمسة أرطال ومعه أربعة أرطال فكمله بمائع لم يتغير به كماء ورد انقطعت رائحته ففيه وجهان ، قال أبو على الطبرى : لا يجوز الوضوء به لأنه كمل الوضوء بالماء والمائع فأشبه اذا غسل بعض أعضائه بالماء وبعضها بالمائع ، ومن أصحابنا من قال : انه يجوز ، لأن المائع استهلك فى الماء فصار كما لو طرح ذلك فى ماء يكفيه)•

ثم قال المصنف فى أول الباب الثانى [1] : (اذا اختلط بالماء شىء طاهر ولم يتغير به لقلته لم يمنع الطهارة به ، لأن الماء باق على اطلاقه ، وان لم يتغير به لموافقته الماء فى الطعم واللون والرائحة كماء ورد انقطعت رائحته ففيه وجهان (أحدهما) ان كانت الغلبة للماء جازت الطهارة به لبقاء اسم الماء المطلق ، وان كانت الغلبة للخالط لم تجز لزوال اطلاق اسم الماء ، (والثانى) ان كان ذلك قدرا لو كان مخالفا للماء فى صفاته لم يغيره لم يمنع ، وان كان قدرا لو كان مخالفا له غيره منع ، لأن الماء لما لم يغير بنفسه اعتبر بما يغيره ،

---

(١) هذه العبارة مقتطعة من اول الباب الآتى وقد اتى به محذوفا منه هذه القطعة (ط) .

كما تقول فى الجناية التى ليس لها أرش مقدر لما لم يمكن اعتبارها بنفسها اعتبرت بالجناية على العبيد) .

(الشرح) اعلم أن المسألة الأولى معدودة فى مشكلات المهذب ، وهى أول مسألة ذكروها فى مشكلاته ووجه الاشكال أن بينها وبين المسألة التى بعدها فى أول الباب الثانى اشتباها كما تراه ، وأجابوا بأن المسألة الأولى مفرعة على الثانية فكان ينبغى للمصنف أن يذكر الثانية أولا ، وحاصل حكم المذهب أن المائع المخالط للماء ان قل جازت الطهارة منه والا فلا ، وبماذا تعرف القلة والكثرة ؟ ينظر — فان خالفه فى بعض الصفات — فالعبرة بالتغير فان غيره فكثير والا فقليل ، وهذه هى المسألة الأولى من الباب الثانى وهذا متفق عليه ، وان وافقه فى صفاته ففيما تعتبر به القلة والكثرة الوجهان المذكوران فى الكتاب فى المسألة الثانية أصحهما بتقديره مخالفا فى صفاته كما سنوضحه ان شاء الله تعالى ، هكذا صححه جمهور الخراسانيين وهو المختار . وممن صححه البغوى والرافعى وقطع به القاضى حسين بن محمد وأبو القاسم عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن فوران الفورانى (بضم الفاء) صاحب الابانة وامام الحرمين والغزالى وآخرون . والثانى : يعتبر الوزن فان كان الماء أكثر وزنا جازت الطهارة منه ، وان كان المائع أكثر أو تساويا فلا ، وصححه صاحب البيان وبعض العراقيين ، وقطع به الماوردى وأبو الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم المحاملى فى كتابيه المجموع والتجريد وأبو على البندنيجى ، والمذهب الأول . ولو خالط الماء المطلق ماء مستعمل فطريقان أصحهما أنه كالمائع ففيه الوجهان ، وبهذا قطع الجمهور منهم القاضى أبو الطيب طاهر بن عبد الله وصححه الرافعى وآخرون (والثانى) يعتبر الوزن قطعا وبه قطع الشيخ أبو حامد وأبو نصر عبد السيد بن محمد ابن عبد الواحد صاحب الشامل المعروف بابن الصباغ .

ثم حيث حكمنا بقلة المائع اما لكونه لم يغير الماء مع مخالفته . واما لقلة وزنه على وجه ، واما لعدم تغيره بتقدير المخالفة على الأصح فالوضوء منه جائز ، وهل يجوز استعماله كله ؟ أم يجب ترك قدر المائع ؟ فيه الوجهان اللذان ذكرهما المصنف فى آخر الباب (الأول) قول أبى على الطبرى وقول

غيره والصحيح منهما عند الجمهور جواز استعمال الجميع لما ذكره المصنف ، وهو قول جمهور أصحابنا المتقدمين ، وقد اتفق الجمهور على تغليط أبى على ونقل امام الحرمين عن العراقيين تغليطه وكذا هو فى كتبهم ونقل الرافعى أن الأصحاب أطبقوا على تغليطه ، وقد شذ عن الأصحاب القاضى أبو الطيب والشيخ أبو محمد الجوينى فصححا قول أبى على ، ونقل الماوردى أن طائفة وافقت أبا على وأن الجمهور خالفوه •

ثم ضابط قول أبى على أن الماء ان كان قدرا يكفى للطهارة صحت طهارته سواء استعمل الجميع أو بقى قدر المائع ، وان كان لا يكفيها الا بالمائع وجب أن يبقى قدر المائع ، فعلى مذهبه لو احتاج الجنب الى عشرة أرطال ومعه تسعة من الماء فطرح فيه رطل مائع وقلنا : الاعتبار بالوزن ــ فان اغتسل بالجميع ــ لم يصح ولو توضأ عن حدث بجميعه جاز ، قال أصحابنا : هذا الذى قاله ظاهر الفساد وتحكم لا أصل له ، وأى فرق بين طرحه فى كاف وغيره ؟ وبهذا رد المصنف عليه بقوله كما لو طرح ذلك فى ماء يكفيه •

واعلم أن عبارة المصنف فى حكاية قول أبى على الطبرى ناقصة وموهمة خلاف المراد ، فان ظاهرها أنه يقول لا يجوز الوضوء منه مطلقا ، وليس المراد كذلك بل مذهبه أنه يجوز أن يستعمل منه قدر الماء بلا شك ، وتمام تفصيله على ما ذكرناه من ضابطه ، هكذا صرح به الأصحاب فى حكايتهم عنه ، ولو نقله المصنف كما نقله الأصحاب على ما ذكرناه كان أولى وأصوب وبالله التوفيق •

ثم المراد بقولهم لا يكفيه أى لواجب الطهارة وهو مرة مرة ، صرح به الفورانى والبغوى وآخرون • قال امام الحرمين : لو كان الماء يكفى الوجه واليدين ويقصر عن الرجلين وخلطه بالمائع المذكور صح غسل الوجه واليدين وفى الرجلين خلاف أبى على والجمهور ، فلو كان كافيا وضوءه فقط صح الوضوء به فان فضل شىء ففى استعماله فى طهارة أخرى الخلاف ، وحكى الرافعى وجها أنه يجب تبقية قدر المائع وان كان الماء كافيا وهذا غريب • واذا قلنا بالمذهب وهو جواز استعمال الجميع فكان الماء لا يكفى ومعه مائع يكمله لزمه التكميل ذكره الرافعى وهو فرع حسن ، وصورته أن لا يزيد ثمن المائع على

ثمن الماء ، فان زاد لم يجب كما لا يجب شراء الماء بأكثر من ثمن المثل • وقال الشيخ أبو محمد الجوينى فى كتابه الفروق تفريعا على قول أبى على : لو كان معه ماء كاف لوضوءين الا عضوا فكمله بمائع صحت صلاته بالوضوءين وفرق بينه وبين ما اذا نقص عن أعضائه مرة فكمله بأنه يتيقن استعمال مائع فى طهارة معينة وهنا تيقنه فى احدى الطهارتين لا بعينها والله أعلم •

(فرع) اذا قلنا بالأصح فى المائع المخالط أن الاعتبار بتقديره بغيره فالمعتبر أوسط الصفات وأوسط المخالفات لا أعلاها ولا أدناها ، وهذا متفق عليه الا الرويانى فانه قال : يعتبر بما هو أشبه بالمخالط ، وأما اذا وقع فى قلتين فصاعدا مائع نجس يوافق الماء فى صفاته كبول انقطعت رائحته فيعتبر بتقديره مخالفا بلا خلاف ولا يجىء فيه الوجه القائل باعتبار الوزن ، ويعتبر أغلظ الصفات وأشد المخالفات هنا بلا خلاف لغلظ أمر النجاسة ، هكذا صرح به الأصحاب واتفقوا عليه •

(فرع) أبو على الطبرى المذكور اسمه الحسن بن القاسم الطبرى نسبة الى طبرستان وكذا القاضى أبو الطيب منسوب الى طبرستان [1] ، وتفقه أبو على الطبرى على ابن أبى هريرة وصنف كتبا كثيرة منها الافصاح وهو كتاب نفيس وصنف فى أصول الفقه والجدل • قال المصنف فى طبقاته : وصنف المحرر فى النظر وهو أول مصنف فى الخلاف المجرد • ودرس ببغداد توفى سنة خمسين وثلاثمائة رحمه الله وبالله التوفيق •

---

(١) النسبة الى طبرستان طبرى والنسبة الى طبرية طبرانى (ط) •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب

* (ما يفسد الماء من الطاهرات وما لا يفسده) *

* (اذا اختلط بالماء شيء طاهر ــ الى قوله : اعتبر بالجناية على العبيد) * [1]

(الشرح) هاتان المسألتان تقدمتا فى آخر الباب الأول بشرحهما المستوفى قال أهل اللغة : الفساد ضد الاستقامة وفسد الشيء بفتح السين وضمها يفسد فسادا وفسودا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان تغير أحد أوصافه من طعم أو لون أو رائحة نظرت ــ فان كان مما لا يمكن حفظ الماء منه كالطحلب وما يجرى عليه الماء من الملح والنورة وغيرهما ــ جاز الوضوء به لأنه لا يمكن صون الماء منه فعفى عنه كما عفى عن النجاسة اليسيرة والعمل القليل فى الصلاة ، وان كان مما يمكن حفظه [2] منه نظرت ــ فان كان ملحا انعقد من الماء ــ لم يمنع الطهارة به لأنه كان ماء فى الأصل فهو كالثلج اذا ذاب فيه ، وان كان ترابا طرح فيه لم يؤثر ، لأنه يوافق الماء فى التطهير فهو كما لو طرح فيه ماء آخر فتغير به ، وان كان شيئا سوى ذلك كالزعفران والتمر والدقيق والملح الجبلى والطحلب اذا أخذ ودق وطرح فيه وغير ذلك مما يستغنى عنه الماء لم يجز الوضوء به لأنه زال عنه اطلاق اسم الماء بمخالطة ما ليس بمطهر ، والماء مستغن عنه فلم يجز الوضوء به كماء اللحم والباقلاء) .

(الشرح) أما قوله أولا اذا تغير بما لا يمكن حفظه منه جاز الوضوء به ، فمجمع عليه ، ووجهه ما ذكره من تعذر الاحتراز . ولو قال : جازت

---

(١) سبقت عبارة المتن هذه فلا حاجة الى اعادتها وانظر الفصل قبله فقد قال الشارح رحمه الله تعالى ، ثم قال المصنف فى اول الباب الثانى (ط) .

(٢) فى نسخة الركبى (وان كان مما يمكن حفظ الماء منه) (ط) .

الطهارة لكان أعم وأحسن ولكن قد علم أنه لا فرق بين الوضوء وغيره من أنواع الطهارة فى هذا ، وأن مالا يمنع الوضوء من هذا لا يمنع غيره منها . وأما قوله : ان كان ملحا أنعقد من الماء لم يمنع الطهارة ، ثم ذكر بعده فى الملح الجبلى أنه يسلب الطهورية فهذا أحد أوجه ثلاثة لأصحابنا الخراسانيين، وهو أصحها عند جمهورهم وبه قطع جمهور العراقيين . (والثانى) يسلبان (والثالث) لا يسلبان ، وممن ذكر الخلاف فى المائى من العراقيين الماوردى والدارمى ، وممن ذكره فى الجبلى الفورانى والغزالى والرويانى ، ونقل الفورانى أن اختيار القفال لا يسلبان ، وانما ذكرت هذا لأنى رأيت بعض الكبار ينكر الخلاف فى الجبلى وينسب الغزالى الى التفرد به وكأنه اغتر بقول امام الحرمين : الجبلى يقطع بأن يسلب ومن ظن فيه خلافا فهو غالط .

وأما قوله : وان كان ترابا طرح فيه قصدا [1] لم يؤثر . فهذا هو المذهب الصحيح وبه قطع جماهير العراقيين وصححه الخراسانيون وذكروا وجها أنه يسلب وحكاه الماوردى من العراقيين قولا . وأما قوله فى التراب : لأنه يوافق الماء فى التطهير ، فكذا قاله الجمهور وأنكره عليهم امام الحرمين . وقال : هذا من ركيك الكلام وان ذكره طوائف . فان التراب غير مطهر ، وانما علقت به اباحة بسبب ضرورة ، وهذا الانكار باطل بل الصواب تسميته طهورا ، قال الله تعالى : « ولكن يريد ليطهركم [2] » وفى صحيح مسلم أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « وجعلت لنا الأرض مسجدا وطهورا » وفى رواية « وتربتها طهورا » وقد سبق بيان هذا الحديث ، ومذهبنا أن الطهور هو المطهر فثبت أن التراب مطهر وان لم يرفع الحدث واطلاق اسم التطهير والطهور على التراب فى السنة وكلام الشافعى والأصحاب أكثر من أن يحصر .

وأما قوله : والطحلب اذا أخذ ودق وطرح فيه ، فانما قال (ودق) لأنه اذا لم يدق فهو مجاور لا مخالط ، وهذا الذى ذكره من أنه اذا دق يسلب هو المذهب ، وبه قطع الجمهور وحكى الماوردى والرويانى عن الشيخ أبى حامد أنه لا يسلب قالا : وهو غلط ، وقال صاحب البيان أبو الخير يحيى

---

(١) لم يقل فى المهذب « قصدا » ا هـ من هامش الأذرعى .
(٢) الآية ٦ من سورة المائدة .

ابن سالم و غيره فى الطحلب المدقوق وورق الأشجار المدقوق وجهان حكاهما أبو على فى الافصاح والشيخ أبو حامد • وقال البغوى : الزرنيخ والنورة والحجر المسحوق والطحلب والعشب المدقوق اذا طرح فى الماء هل يسلب ؟ فيه وجهان ، الصحيح نعم لامكان الاحتراز عنه (والثانى) لا ، لأنه معفو عن أصله نص عليه الشافعى فى رواية حرملة وهذا النص غريب والمشهور من النص ما سبق •

وأما قوله : زال عنه اطلاق اسم الماء • فاحتراز مما اذا لم يتغير به لقلته، وقوله : بمخالطة • احتراز من المجاورة • وقوله : ما ليس بمطهر • احتراز من التراب ، وقوله : والماء مستغن عنه ، احتراز مما يجرى عليه كالنورة ونحوها ، وقوله : كماء اللحم والباقلاء يعنى مرقهما ، وانما قاس عليهما لأن أبا حنيفة رحمه الله تعالى يخالفنا فى المسألة ويوافق عليهما ، وأما قوله : تغير أحد أوصاف الماء من طعم أو رائحة أو لون وجعله أحد الأوصاف سالبا ، فهو المذهب الصحيح المشهور الذى قطع به الجمهور فى الطرق ، ونص عليه الشافعى رحمه الله فى البويطى والأم ، كذلك رأيته فيهما •

وحكى المتولى والرويانى عن الشافعى أنه قال : لا يسلب الا تغير الأوصاف الثلاثة وهو نص غريب ، وحكى الرافعى أن صاحب جمع الجوامع حكى قولين (أحدهما) وهو المشهور واختيار ابن سريج أن أحد الأوصاف يسلب (والثانى) وهو رواية الربيع أن اللون وحده يسلب والطعم مع الرائحة يسلب ، فان انفرد أحدهما فلا ، وهذا أيضا غريب ضعيف وأما صفة التغير ــ فان كان تغيرا كثيرا ــ سلب قطعا ، وان كان يسيرا بأن وقع فيه قليل زعفران فاصفر قليلا أو صابون أو دقيق فابيض قليلا بحيث لا يضاف اليه فوجهان ، الصحيح منهما أنه طهور ، صححه الخراسانيون وهو المختار (والثانى) ليس بطهور ، نقله امام الحرمين وغيره عن العراقيين والقفال ووجهه القياس على النجاسة فلا فرق فيها بين التغير الكثير واليسير ، ويجاب عن هذا المذهب المختار : بأن باب النجاسة أغلظ •

(وأما ألفاظ الفصل) فالطحلب بضم الطاء وضم اللام وفتحها لغتان مشهورتان والنورة بضم النون حجارة رخوة فيها خطوط بيض يجرى عليها

الماء فتنحل ، وفى الباقلاء لغتان احداهما تشديد اللام مع القصر ويكتب بالياء ، والثانية تخفيف اللام مع المد ويكتب بألف والله أعلم .

(فرع) هذا الذى ذكرناه من منع الطهارة بالمتغير (بمخالطة ما ليس بمطهر ، والماء يستغنى عنه) هو مذهبنا ومذهب مالك وداود وكذا أحمد فى أصح الروايتين . وقال أبوحنيفة : يجوز بالمتغير بالزعفران وكل طاهر سواء قل التغير أو كثر بشرط كونه يجرى لاثخينا الا مرقة اللحم ومرقة الباقلاء ، ولهذا رد المصنف عليهم بقوله كماء اللحم والباقلاء ، وهذه عادة المصنف يشير الى الزام المخالف بما يوافق عليه فتفطن لذلك . وحكى القاضى حسين فى تعليقه قولا للشافعى كمذهب أبى حنيفة ، وهذا غريب جدا وضعيف ، واحتج لأبى حنيفة بالقياس على الطحلب وشبهه ، واحتج أصحابنا بالقياس الذى ذكره المصنف واعتمدوه .

فان قالوا : انما لم تجز الطهارة بماء الباقلاء لأنه صار أدما ، فالجواب من وجهين (أحدهما) لا تأثير لكونه أدما لأن الماء لو طبخ فيه حنظل وغيره لم يجز التطهر به بالاتفاق وان لم يصر أدما فدل أنه لا أثر للأدمية ، وانما الاعتبار بزوال اطلاق اسم الماء (والثانى) أن هذا المعنى موجود فى ماء الزعفران فانه صار صبغا وطيبا ويحرم على المحرم مسه ويلزمه به الفدية . وأما قياسهم على الطحلب فضعيف لأن الطحلب تدعو الحاجة اليه ولا يمكن الاحتراز عنه بخلاف ما نحن فيه والله أعلم .

(فرع) قال أصحابنا صاحب الحاوى وغيره : سواء فى مخالطة الطاهر للماء كان الماء قلتين أو أكثر ، والحكم فى كل ذلك واحد على ما سبق.

(فرع) قال امام الحرمين : ان اعترض متكلف من أهل الكلام على الفقهاء فى فرقهم بين المجاورة والمخالطة فزعم أن الزعفران ملاقاته أيضا مجاورة فان تداخل الأجرام محال قلنا له : مدارك الأحكام التكليفية لا تؤخذ من هذه المآخذ بل تؤخذ مما يتناوله أفهام الناس ، لاسيما فيما بنى الأمر فيه على معنى ، ولاشك أن أرباب اللسان لغة وشرعا قسموا التغير الى

مجاورة ومخالطة وان كان مايسمى مخالطة عند الاطلاق مجاورة فى الحقيقة ، فالنظر الى تصرف اللسان .

(فــرع) حلف لا يشرب ماء فشرب ماء متغيرا بزعفران ونحوه لم يحنث وان وكل من يشترى له ماء فاشتراه لم يقع الشراء للموكل لأن الاسم لا يقع عليه عند الاطلاق ، ذكره صاحب البيان .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وقع فيه مالا يختلط به فغير [1] رائحته كالدهن الطيب والعــود ففيه قولان ، قال فى البويطى : لا يجوز الوضوء به [2] كالمتغير بزعفران ، وروى المزنى أنه يجوز الوضوء به ، لأن تغيره عن مجــاورة ، فهو كمــا لو تغير بجيفة بقربه ، وان وقع فيه قليل كافور فتغيرت به رائحته ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز الوضوء به كما لو تغير بالزعفران (والثانى) يجوز لأنه لا يختلط به وانما يتغير من جهة المجاورة) .

(الشرح) هذان القولان مشهوران الصحيح منهما باتفاق الأصحاب رواية المزنى أنه يجوز الطهارة به ، وقطع به جمهور كبار العراقيين منهــم الشيخ أبو حامد وصاحباه الماوردى والمحاملى فى كتبه المجموع والتجريد والمقنع ، وأبو على البندنيجى فى كتابه الجامع ، والشيخ أبو الفتح نصر بن ابراهيم بن نصر المقدسى الدمشقى الزاهد فى كتابيه التهــذيب والانتخاب وغيرهم ، وجماعة من الخراسانيين من أصحاب القفال منهم الشيخ أبو محمد فى الفروق والقاضى حسين والفورانى وغيرهم ، والأصح من الوجهين فى المسألة الثانية الجواز أيضا .

واعلم أن المسألة الأولى مسألة القولين لا فرق فيها بين أن يكون التغير بطعم أو لون أو رائحة ، هذا هو الصواب ، وقال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح رحمه الله : عندى أن التغير بالمجاورة لا يكون الا بالرائحة لأن تغير اللون والطعم لا يتصور الا بانفصال أجزاء واختلاطها والرائحة تحصل بدون ذلك،

---

(١) فى نسخة الركبى (فتغيرت به رائحته) (ط) .
(٢) فى الركبى (كما يجوز بما تغير بالزعفران) (ط) .

ولهذا تتغير رائحته بما على طرف الماء لا طعمه ولونه ، وهذا الذى قاله الشيخ أبو عمرو ضعيف مردود لا نعرفه لأحد من الأصحاب الا ما سأذكره عن الماوردى ان شاء الله تعالى بل هو مخالف لمفهوم كلام الأصحاب واطلاقهم المقتضى عدم الفرق بين الأوصاف الثلاثة ، بل هو مخالف لما صرح به جماعة منهم ، منهم شيخ الأصحاب الشيخ أبو حامد وصاحبه المحاملى .

وقال أبو حامد فى تعليقه فى باب الماء الذى ينجس والذى لا ينجس : وان وقع فيه مالا يختلط كالعود الصلب والعنبر ، أو الدهن الطيب فانه لا يختلط ولكن لو غير بعض أوصافه فهو مطهر ، وقال المحاملى فى التجريد قال الشافعى : وان وقع فيه قليل لا يختلط به كعود وعنبر ودهن فلا بأس ، قال : ولا فرق بين أن يغير أوصاف الماء أو لا يغيره . فهذا لفظهما ، وقولهما : أحد أوصافه ، صريح فيما ذكرته فالصواب أنه لا فرق بين الأوصاف ، وقوله كما لو تغير بجيفة بقربه يعنى جيفة ملقاة خارج الماء قريبة منه وفى هذه الصورة لا تضر الجيفة قطعا بل الماء طهور بلا خلاف .

وأما قوله : وان وقع فيه قليل كافور فتغيرت به رائحته فوجهان ، فقد اضطرب المتأخرون فى تصويرها ، وممن نقحها أبو عمرو بن الصلاح فقال : من فسر الكافور هنا بالصلب فقد أخطأ لأنه لا يبقى لقوله قليل فائدة ولا معنى ، ولأنه حينئذ تكون هى المسألة الأولى بعينها ، والصواب أن صورته أن يكون رخوا لكنه قليل بحيث لا يظهر فى أقطار الماء لقلته ، بل يستهلك فى موضع وقوعه . فاذا تغيرت رائحة الجميع علم أنه تغير بالمجاورة فيجىء فيه وجهان مخرجان من المسألة السابقة مسألة القولين .

فان قيل : فالمغير لم يجاور الجميع فكيف يقال تغير الجميع بالمجاورة ؟ قلنا لاتعتبر فى المغير لمجاوره مجاورته لجميع أجزاء الماء فان ذلك هوالمخالط بل يكفى مجاورة بعضه كما فى الدهن والعود وهذا هو الفرق بين المخالط والمجاور ، هذا كلام أبى عمرو ، وكذا ذكر صاحب البيان فى كتابيه البيان ومشكلات المهذب أن المراد ما يختلط أجزاؤه باليسير من أجزاء الماء ثم يتغير به رائحة جميع الماء ، وقد صرح بهذا الفورانى فقال فى الابانة : اليسير

من الكافور الذى يختلط بالماء ويذوب فيه بحيث لا يصل جميع أجزاء الماء اذا وقع فى الماء وتروح به فيه وجهان • هذا ما يتعلق بتحقيق صورة الكتاب ،وقال الماوردى : للكافور ثلاثة أحوال : حال يعلم انحلاله فى الماء فيسلب لأنه مخالط ، وحال يعلم أنه لم ينحل فلا يسلب لأنه مجاور، وحال يشك فان تغير بطعم أو لون يسلب وان تغير برائحة فوجهان • هذا كلام الماوردى ، وقوله فى الحال الأول ينبغى أن يحمل على كافور كثير ليوافق ما سبق والله أعلم •

(فرع) هذا أول [1] موضع ذكر فيه البويطى والمزنى وهما أجل أصحاب الشافعى رحمهم الله ، فأما البويطى بضم الباء فمنسوب الى بويط قرية من صعيد مصر الأدنى ، وهو أبو يعقوب يوسف بن يحيى أكبر أصحاب الشافعى المصريين وخليفته فى حلقته بعد وفاته ، أوصى الشافعى أن يجلس فى حلقته البويطى وقال : ليس أحد أحق بمجلسى من يوسف ابن يحيى ، وليس أحد من أصحابى أعلم منه • ودام فى حلقة الشافعى الى أن جرت فتنة القول بخلق القرآن فحملوه الى بغداد مقيدا ليقول بخلقه فأبى وصبر محتسبا لله تعالى ، وحبسوه ودام فى الحبس الى أن توفى فيه ، وجرى له فى السجن أشياء عجيبة • وكان البويطى رضى الله عنه طويل الصلاة ويختم القرآن كل يوم ، قال الربيع : ما رأيت البويطى بعد ما فطنت له الا رأيت شفتيه يتحركان بذكر أو قراءة ، قال : وكان له من الشافعى منزلة ، وكان الرجل ربما سأل الشافعى مسئلة فيقول : سل أبا يعقوب ، فاذا أجابه أخبره فيقول : هو كما قال ، قال الربيع : وما رأيت أحدا أنزع بحجة من كتاب الله تعالى من البويطى وربما جاء الى الشافعى رسول صاحب الشرطة فيوجه الشافعى البويطى ويقول : هذا لسانى •

وقال أبو الوليد بن أبى الجارود : كان البويطى جارى وما انتبهت ساعة من الليل الا سمعته يقرأ ويصلى ، وكان الشافعى قال لجماعة من أصحابه : أنت يا فلان يجرى لك كذا وأنت كذا وقال للبويطى : ستموت فى

---

(١) يعنى للمصنف والا فالشارح ذكرهما فى مقدمته وترجمناهما فى حواشى هذا الجزء راجع ص ٨٤ (ط)

حديدك ، فكان كما تفرس • جرى لكل واحد ما ذكره ، ودعى البويطى الى القول بخلق القرآن فأبى ، فقيد وحمل الى بغداد ، قال الربيع : رأيت البويطى وفى رجليه أربع حلق قيود فيها أربعون رطلا وفى عنقه غل مشدود الى يده ، وتوفى فى السجن فى رجب سنة احدى وثلاثين ومائتين رحمه الله •

وأما المزنى فهو ناصر مذهب الشافعى وهو أبو ابراهيم اسماعيل بن يحيى بن اسماعيل بن عمرو بن اسحاق بن مسلم بن نهدلة بن عبد الله المصرى قال المصنف فى الطبقات : كان المزنى زاهدا عالما مجتهدا مناظرا محجاجا غواصا على المعانى الدقيقة ، صنف كتبا كثيرة منها الجامع الكبير والجامع الصغير والمختصر والمنثور ، والمسائل المعتبرة ، والترغيب فى العلم ، وكتاب الوثائق • وقال الشافعى : المزنى ناصر مذهبى ، قال البيهقى : ولما جرى للبويطى ما جرى كان القائم بالتدريس والتفقيه على مذهب الشافعى المزنى وأنشد المنصور الفقيه :

لم تر عيناى وتسمع أذنى أحسن نظما من كتاب المزنى

وأنشد أيضا فى فضائل المختصر وذكر من فضائله شيئا كثيرا ، قال البيهقى : ولا نعلم كتابا صنف فى الاسلام أعظم نفعا وأعم بركة وأكثر ثمرة من مختصره ، قال : وكيف لا يكون كذلك واعتقاده فى دين الله تعالى ثم اجتهاده فى الله تعالى ثم فى جمع هذا الكتاب ثم اعتقاد الشافعى فى تصنيف الكتب على الجملة التى ذكرناها رحمنا الله واياهما وجمعنا فى جنته بفضله ورحمته •

وحكى القاضى حسين عن الشيخ الصالح الامام أبى زيد المروزى رحمه الله قال : من تتبع المختصر حق تتبعه لا يخفى عليه شىء من مسائل الفقه ، فانه ما من مسألة من الأصول والفروع الا وقد ذكرها تصريحا أو اشارة ، وروى البيهقى عن أبى بكر محمد بن اسحاق بن خزيمة امام الأئمة قال : سمعت المزنى يقول : مكثت فى تأليف هذا الكتاب عشرين سنة ، وألفته ثمانى مرات وغيرته ، وكنت كلما أردت تأليفه أصوم قبله ثلاثة أيام وأصلى كذا وكذا ركعة • وقال الشافعى : لو ناظر المزنى الشيطان لقطعه • وهذا

قاله الشافعي ـ والمزني في سن الحداثة ـ ثم عاش بعد موت الشافعي ستين سنة يقصد من الآفاق وتشد اليه الرحال ، حتى صار كما قال أحمد بن صالح: لو حلف رجل أنه لم ير كالمزني لكان صادقا ، وذكروا من مناقبه في أنواع طرق الخير جملا نفيسة لا يحتمل هذا الموضع عشر معشارها ، وهي مقتضى حاله وحال من صحب الشافعي ، توفي المزني بمصر ودفن يوم الخميس آخر شهر ربيع الأول سنة أربع وستين ومائتين ـ قال البيهقي : يقال كان عمره سبعا وثمانين سنة •

فهذه نبذة من أحوال البويطي والمزني ذكرتها تنبيها للمتفقه ليعلم محلهما وقد استقصيت أحوالهما بأبسط من هذا في تهذيب الأسماء وفي الطبقات وبالله التوفيق ، وقوله : قال في البويطي معناه قال الشافعي في الكتاب الذي رواه البويطي عن الشافعي فسمى الكتاب باسم مصنفه مجازا ، كما يقول : قرأت البخاري ومسلما والترمذي والنسائي وسيبويه ونظائرها والله أعلم •

(فـرع) في مسائل تتعلق بالباب (احداها) قال الشافعي رحمه الله في الأم : اذا وقع في الماء قطران فتغير به ريحه جاز الوضوء به ثم قال بعده بأسطر : اذا تغير بالقطران لم يجز الوضوء به كذا رأيته في الأم وكذا نقله القاضي أبو الطيب والمحاملي في المجموع وعكسه الشيخ أبو حامد والمحاملي في التجريد وغيرهما ، فقدموا النص المؤخر ، ولعل النسخ مختلفة في التقديم والتأخير ، قال الشيخ أبو حامد والأصحاب : ليست على قولين بل على حالين ، فقوله : يجوز أراد ان لم يختلط بل تغير بمجاوره ، وقوله : لا يجوز يعني اذا اختلط ، وقيل القطران ضربان مختلط وغيره قال الماوردي : وقال بعض أصحابنا : هما قولان وهذا غلط •

(الثانية) قال الماوردي : الماء الذي ينعقد منه ملح ان بدأ في الجمود وخرج عن حد الجاري لم تجز الطهارة به • وان كان جاريا فهو ضربان ضرب يصير ملحا لجوهر التربية كالسباخ التي اذا حصل فيها مطر أو غيره صار ملحا جازت الطهارة به ، وضرب يصير ملحا لجوهر الماء كأعين الملح التي ينبع ماؤها مائعا ثم يصير ملحا جامدا ، فظاهر مذهب الشافعي وما عليه جمهور أصحابه جواز الطهارة لأن اسم الماء يتناوله في الحال وان تغير في وقت آخر

كما يجمد الماء فيصير جمدا • وقال أبو سهل الصعلوكى :لا يجوز لأنه جنس آخر كالنفط ، وكذا نقل القاضى حسين وصاحباه المتولى والبغوى وجهين فى الماء الذى ينعقد منه ملح وعبارة البغوى ماء الملاحة ، والصواب الجواز مطلقا ما دام جاريا والله أعلم •

(الثالثة) قال الماوردى : لو وقع فى الماء تمر أو قمح أو شعير أو غيرها من الحبوب وتغير به نظر — ان كان بحاله صحيحا لم ينحل فى الماء — جازت الطهارة بذلك الماء لأنه تغير مجاورة ، وان انحل لم يجز للمخالطة ، وان طبخ ذلك الحب بالنار فان انحل فيه لم يجز وان لم ينحل ولم يتغير به جازت ، وان لم ينحل وتغير به فوجهان ، قال : ولو تغير بالشمع جازت الطهارة كالدهن ، يعنى على الصحيح من القولين ، ولو تغير بشحم أذيب فيه فوجهان ، قال : ولو تغير بالمنى فوجهان لأنه لا يكاد يماع ولم يرجح واحدا من الوجهين والأصح أنه لا يجوز •

(الرابعة) الماء المتغير بورق الشجر ، قطع الشيخ أبو حامد والماوردى بأنه طهور وكذا نقله الرويانى عن نص الشافعى وذكر الخراسانيون فيه ثلاثة أوجه (أحدها) طهور (والثانى) لا (والثالث) يعفى عن الخريفى فلا يسلب بخلاف الربيعى ، لأن فى الربيعى رطوبة تخالط الماء ولأن تساقطه نادر والخريفى يخالفه فى هذين ، والأصح العفو مطلقا ، صححه الفورانى والرويانى والشاشى فى كتابه المعتمد وصاحب البيان وغيرهم ، ثم الجمهور أطلقوا المسألة وحررها الغزالى ثم الرافعى فقال : ان لم تتفتت الأوراق فهو تغير مجاورة ففيه القولان فى العود ، الصحيح أنه لا يؤثر ، وان تعفنت واختلطت ففيها الأوجه الأصح العفو قال الرافعى وغيره : وهذا اذا تناثرت بنفسها فان طرحت قصدا فقيل على الأوجه ، وقيل : يسلب المتفتت قطعا وهذا أصح • قال الرويانى : ولو تغير بالثمار سلب قطعا والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب

ما يفسد الماء من النجاسة وما لا يفسده

(اذا وقعت فى الماء نجاسة لا يخلو اما أن يكون راكدا أو جاريا أو بعضه راكدا وبعضه جاريا ــ فان كان راكدا نظرت فى النجاسة ــ فان كانت نجاسة يدركها الطرف من خمر أو بول أو ميتة لها نفس سائلة ــ نظرت ــ فان تغير أحد أوصاف الماء من طعم أو لون أو رائحة بالنجاسة ــ فهو نجس لقوله صلى الله عليه وسلم « الماء طهور لا ينجسه شىء الا ما غير طعمه أو ريحه » فنص على الطعم والريح ، وقسنا اللون عليهما لأنه فى معناهما) .

(الشرح) هذا الحكم الذى ذكره وهو نجاسة الماء المتغير بنجاسة مجمع عليه ، قال ابن المنذر : أجمعوا أن الماء القليل أو الكثير اذا وقعت فيه نجاسة فغيرت طعما أو لونا أو ريحا فهو نجس ، ونقل الاجماع كذلك جماعات من أصحابنا وغيرهم ، وسواء كان الماء جاريا أو راكدا قليلا أو كثيرا ، تغير تغيرا فاحشا أو يسيرا ، طعمه أو لونه أو ريحه ، فكله نجس بالاجماع ، وقد سبق فى المتغير بطاهر أنه لا يعتبر التغير اليسير على الأصح وأنه يعتبر تغير الأوصاف الثلاثة على قول ضعيف وتقدم الفرق . ويستثنى مما ذكرناه ما اذا تغير الماء بميتة لا نفس لها سائلة كثرت فيه ، فانه لا ينجس على وجه ضعيف مع قولنا بنجاسة هذا الحيوان ، لكن لما كان هذا الوجه ضعيفا لم يلتفت الأصحاب اليه فلم يستثنوه .

واما الحديث الذى ذكره المصنف فضعيف لا يصح الاحتجاج به ، وقد رواه ابن ماجه والبيهقى من رواية أبى أمامة وذكرا فيه طعمه أو ريحه أو لونه ، واتفقوا على ضعفه ، ونقل الامام الشافعى رحمه الله تضعيفه عن أهل العلم بالحديث ، وبين البيهقى ضعفه وهذا الضعف فى آخره وهو الاستثناء.

وأما قوله : الماء طهور لا ينجسه شىء فصحيح من رواية أبى سعيد الخدرى وسبق بيانه فى أول الباب الأول ، واذا علم ضعف الحديث تعين

الاحتجاج بالاجماع كما قاله البيهقى وغيره من الأئمة ، وقد أشار اليه الشافعى أيضا فقال : الحديث لا يثبت أهل الحديث مثله ولكنه قول العامة لا أعلم بينهم فيه خلافا • وأما قول المصنف : فنص على الطعم والريح وقسنا اللون عليهما فكأنه قاله لأنه لم يقف على الرواية التى فيها اللون وهى موجودة فى سنن ابن ماجه والبيهقى كماقدمنا ، فان قيل : لعله رآها فتركها لضعفها • قلنا : هذا لا يصح لأنه لو راعى الضعف واجتنبه لترك جملة الحديث لضعفه المتفق عليه والله أعلم •

(فرع) لو وقعت جيفة فى ماء كثير فتروح بها بالمجاورة ولم ينحل منها شىء فوجهان الصحيح الذى صرح به كثيرون واقتضاه كلام الباقين أنه نجس ، ونقله امام الحرمين عن دلالة كلام الأئمة وصححه ، لأنه يعد متغيرا بالنجاسة ومستقذرا ، وقال الشيخ أبو محمد : طاهر لأنه مجاور فأشبه الجيفة خارج الماء •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان تغير بعضه دون بعض نجس الجميع لأنه ماء واحد فلا يجوز أن ينجس بعضه دون بعض) •

(الشرح) هذه معدودة من مشكلات المهذب وليست كذلك ، وحاصله أن الماء اذا تغير بعضه بالنجاسة ففيه وجهان (أحدهما) وبه قطع المصنف وصاحب الشامل وذكر الرافعى أن ظاهر المذهب أنه ينجس الجميع سواء كان الذى لم يتغير قلتين أو أكثر (والثانى) وهو الصحيح الجارى على القواعد أن المتغير كنجاسة جامدة ، فان كان الباقى قلتين فطاهر والا فنجس ، وهذا الذى صححناه هو الذى قطع به القفال فى شرح التلخيص وصاحب التتمة ، وصححه غيرهما أيضا وذكر صاحب البيان فيه وفى مشكلات المهذب أن بعض الأصحاب حمل كلام صاحب المهذب على هذا التفصيل وقال : مراده اذا كان الباقى دون قلتين ، وفرع صاحب الشامل على الوجه الأول فقال : لو كان ماء راكد متغير بنجاسة فمرت به قلتان غير متغيرتين فقياس المذهب نجاستهما اذا اتصلتا به فاذا انفصلتا عنه زال حكم النجاسة لأنه قلتان مستقلتان بلا تغير والله أعلم •

(وان لم يتغير نظرت ــ فان كان الماء دون القلتين ــ فهو نجس ، وان كان قلتين فصاعدا فهو طاهر لقوله صلى الله عليه وسلم : « اذا كان الماء قلتين فانه لا يحمل الخبث » ولأن القليل يمكن حفظه من النجاسة فى الظروف ، والكثير لا يمكن حفظه من النجاسة فجعل القلتان حدا فاصلا بينهما) •

(الشرح) هذا الحديث حديث حسن ثابت من رواية عبد الله بن عمر ابن الخطاب رضى الله عنهما ، رواه أبو عبد الله الشافعى وأحمد وأبو داود والترمذى وابن ماجه فى سننهم وأبو عبد الله الحاكم فى المستدرك على الصحيحين قال الحاكم : هو حديث صحيح على شرط البخارى ومسلم وجاء فى رواية لأبى داود وغيره : « اذا كان الماء قلتين لم ينجس » قال البيهقى وغيره : اسناد هذه الرواية اسناد صحيح ، والخبث بفتح الخاء والباء • ومعناه هنا لم ينجس كما جاء فى الرواية الأخرى ، وقوله : قلتين فصاعدا ، معناه فأكثر وهو منصوب على الحال •

وأما حكم المسألة : وهى اذا وقع فى الماء الراكد نجاسة ولم تغيره فحكى ابن المنذر وغيره فيها سبعة مذاهب للعلماء (أحدها) ان كان قلتين فأكثر لم ينجس وان كان دون قلتين نجس ، وهذا مذهبنا ومذهب ابن عمر وسعيد ابن جبير ومجاهد وأحمد وأبى عبيد واسحاق بن راهويه (الثانى) أنه ان بلغ أربعين قلة لم ينجسه شىء ، حكوه عن عبد الله بن عمرو بن العاص ومحمد بن المنكدر (الثالث) ان كان كرا [1] لم ينجسه شىء • وروى عن مسروق وابن سيرين (والرابع) اذا بلغ ذنوبين لم ينجس ، روى عن ابن عباس فى رواية وقال عكرمة : ذنوبا أو ذنوبين (الخامس) ان كان أربعين دلوا لم ينجس ، روى عن أبى هريرة (السادس) اذا كان بحيث لو حرك جانبه تحرك الجانب الآخر نجس والا فلا ، وهو مذهب أبى حنيفة (والسابع)

(١) قال فى النهاية الكر : ستون قفيزا لمائية مكاكيك والمكوك صاع ونصف فعلى هذا فهو هذا فهو اثنا عشر وسقا كل وسق ستون صاعا وهو بضم الكاف (ش) •

لا ينجس كثير الماء ولا قليله الا بالتغير ، حكوه عن ابن عباس وابن المسيب والحسن البصرى وعكرمة وسعيد بن جبير وعطاء وعبد الرحمن بن أبى ليلى وجابر بن زيد ويحيى بن سعيد القطان وعبد الرحمن بن مهدى قال أصحابنا : وهو مذهب مالك والأوزاعى وسفيان الثورى وداود ونقلوه عن أبى هريرة والنخعى • قال ابن المنذر : وبهذا المذهب أقول ، واختاره الغزالى فى الاحياء واختاره الرويانى فى كتابيه البحر والحلية قال فى البحر : « هو اختيارى واختيار جماعة رأيتهم بخراسان والعراق » وهذا المذهب أصحها بعد مذهبنا •

واحتج لأبى حنيفة بأشياء ليس فى شىء منها دلالة لكنى أذكرها لبيان جوابها ان أوردت على ضعيف المرتبة • منها قوله صلى الله عليه وسلم : « لا يبولن أحدكم فى الماء الدائم ثم يتوضأ منه » حديث صحيح متفق على صحته رواه البخارى ومسلم قالوا : وروى أن زنجيا مات فى زمزم فأمر ابن عباس بنزحها ، ومعلوم أن ماء زمزم يزيد على قلتين ولأنه مائع ينجس بورود النجاسة عليه اذا قل فكذا اذا كثر كسائر المائعات ولأنه تيقن حصول نجاسة فيه فهو كالقليل •

واحتج أصحابنا على أبى حنيفة بحديث ابن عمر المذكور فى الكتاب « اذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثا » وفى رواية « لم ينجس » وهما صحيحان كما سبق ، وبحديث أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه فى وضوء النبى صلى الله عليه وسلم من بئر بضاعة وكانت يلقى فيها لحوم الكلاب وخرق الحيض كما سبق بيانه فى أول كتاب الطهارة وسبق أنه حديث صحيح وهذه البئر كانت صغيرة كما سبق بيانها وهم لا يجيزون الوضوء من مثلها •

قال أصحاب أبى حنيفة : انما توضأ منها لأنها كانت جارية ، قال الواقدى : كان يسقى منها الزرع والبساتين وكذا قاله الطحاوى ونقله عن الواقدى • قال أصحابنا هذا غلط ولم تكن بئر بضاعة جارية بل كانت واقفة لأن العلماء ضبطوا بئر بضاعة وعرفوها فى كتب مكة والمدينة ، وأن الماء لم يكن يجرى ، وقد قدمنا بيان هذا فى أول الكتاب عند ذكر حديث بئر بضاعة ، وذكرنا ما رواه أبو داود عن قتيبة وما وصفه هو •

قال أصحابنا : ما نقلوه عن الواقدى مردود لأن الواقدى رحمه الله ضعيف عند أهل الحديث وغيرهم لا يحتج برواياته المتصلة فكيف بما يرسله أو يقوله عن نفسه ، قالوا : ولو صح أنه كان يسقى منها الزرع لكان معناه أنه يسقى منها بالدلو والناضح عملا بما نقله الأثبات فى صفتها • قال أصحابنا : وعمدتنا حديث القلتين ؛ فان قالوا : هو مضطرب لأن الوليد بن كثير رواه تارة عن محمد بن عباد عن جعفر ، وتارة عن محمد بن جعفر بن الزبير ، وروى تارة عن عبد الله بن عبد الله بن عمر بن الخطاب عن أبيه وتارة عن عبيد الله بن عبد الله بن عمر عن أبيه • وهذا اضطراب ثان •

فالجواب أن هذا ليس اضطرابا بل رواه محمد بن عباد ومحمد بن جعفر وهما ثقتان معروفان ، ورواه أيضا عبد الله وعبيد الله ابنا عبد الله بن عمر عن أبيهما وهما أيضا ثقتان وليس هذا من الاضطراب • وبهذا الجواب أجاب أصحابنا وجماعات من حفاظ الحديث وقد جمع البيهقى طرقه وبين رواية المحمدين وعبد الله وعبيد الله وذكر طرق ذلك كله وبينها أحسن بيان ثم قال : فالحديث محفوظ عن عبد الله وعبيد الله ، قال : وكذا كان شيخنا أبو عبد الله الحافظ الحاكم يقول : الحديث محفوظ عنهما وكلاهما رواه عن أبيه ، قال والى هذا ذهب كثير من أهل الرواية • وكان اسحاق بن راهويه يقول : غلط أبو أسامة فى عبد الله بن عبد الله انما هو عبيد الله بن عبد الله بالتصغير • وأطنب البيهقى فى تصحيح الحديث بدلائله فحصل أنه غير مضطرب ، قال الخطابى : ويكفى شاهدا على صحته أن نجوم أهل الحديث صححوه وقالوا به واعتمدوه فى تحديد الماء وهم القدوة وعليهم المعول فى هذا الباب • فممن ذهب اليه الشافعى وأحمد واسحاق وأبو ثور وأبو عبيد ومحمد بن اسحاق وابن خزيمة وغيرهم •

(قلت) وقد سلم أبو جعفر الطحاوى امام أصحاب أبى حنيفة فى الحديث والذاب عنهم بصحة هذا الحديث لكنه دفعه واعتذر عنه بما ليس بدافع ولا عذر فقال : هو حديث صحيح لكن تركناه لأنه روى قلتين أو ثلاثا ، ولأنا لا نعلم قدر القلتين : فأجاب أصحابنا بأن الرواية الصحيحة المعروفة المشهورة قلتين ، ورواية الشك شاذة غريبة فهى متروكة فوجودها كعدمها ، وأما قولهم:

لا نعلم قدر القلتين فالمراد قلال هجر كما رواه ابن جريج ، وقلال هجر كانت معروفة عندهم مشهورة يدل عليه حديث أبى ذر فى الصحيحين أن النبى صلى الله عليه وسلم أخبرهم عن ليلة الاسراء فقال : « رفعت الى السدرة المنتهى فاذا ورقها مثل آذان الفيلة واذا نبقها مثل قلال هجر » فعلم بهذا أن القلال معلومة عندهم مشهورة وكيف يظن أنه صلى الله عليه وسلم يحدد لهم أو يمثل بما لا يعلمونه ولا يهتدون اليه ؟

فان قالوا : روى أربعين قلة وروى أربعين غربا وهذا يخالف حديث القلتين فالجواب أن هذا لا يصح عن النبى صلى الله عليه وسلم وانما نقل أربعين قلة عن عبد الله بن عمرو بن العاص . وأربعين غربا أى دلوا عن أبى هريرة كما سبق ، وحديث النبى صلى الله عليه وسلم مقدم على غيره فهذا ما نعتمده فى الجواب . وأجاب أصحابنا أيضا بأنه ليس مخالفا بل يحمل على أن تلك الأربعين صغار تبلغ قلتين بقلال هجر فقط . فان قالوا : يحمل على الجارى . فالجواب أن الحديث عام يتناول الجارى والراكد ، فلا يصح تخصيصه بلا دليل ولأن توقيته بقلتين يمنع حمله على الجارى عندهم .

فان قالوا : لا يصح التمسك به لأنه متروك بالاجماع فى المتغير بنجاسة ، فالجواب أنه عام خص فى بعضه فبقى الباقى على عمومه كما هو المختار فى الأصول ، فان قالوا : قد روى ابن علية هذا الحديث موقوفا على ابن عمر ، فالجواب أنه صح موصولا مرفوعا الى النبى صلى الله عليه وسلم من طرق الثقات فلا يضر تفرد واحد لم يحفظ توقفه ، وقد روى البيهقى وغيره بالاسناد الصحيح عن يحيى بن معين امام هذا الشأن أنه سئل عن هذا الحديث فقال : جيد الاسناد ، قيل له : فان ابن علية لم يدفعه قال يحيى : وان لم يحفظه ابن علية فالحديث جيد الاسناد .

فان قالوا : انما لم يحمل خبثا لضعفه عنه وهذا يدل على نجاسته ، فالجواب ما قال أصحابنا وأهل الحديث وغيرهم ان هذا جهل بمعانى الكلام وبطرق الحديث ، أما جهل قائله بطرق الحديث ففى رواية صحيحة لأبى داود : « اذا بلغ الماء قلتين لم ينجس » وقد سبق بيانها ، فاذا ثبتت هذه الرواية تعين حمل الأخرى عليها وأن معنى : « لم يحمل خبثا » : لم

ينجس وقد قال العلماء أحسن تفسير غريب الحديث أن يفسر بما جاء فى رواية أخرى لذلك الحديث .

وأما جهله بمعانى الكلام فبيانه من وجهين (أحدهما) أنه صلى الله عليه وسلم جعل القلتين حدا ، فلو كان كما زعم هذا القائل لكان التقييد بذلك باطلا ، فان ما دون القلتين يساوى القلتين فى هذا (والثانى) أن الحمل ضربان حمل جسم وحمل معنى ، فاذا قيل فى حمل الجسم فلان لا يحمل الخشبة مثلا فمعناه لا يطيق ذلك لثقله ، واذا قيل فى حمل المعنى فلان لا يحمل الضيم فمعناه لا يقبله ولا يلتزمه ولا يصبر عليه قال الله تعالى : « مثل الذين حملوا التوراة ثم لم يحملوها » [1] معناه لم يقبلوا أحكامها ولم يلتزموها ، والماء من هذا الضرب لا يتشكك فى هذا من له أدنى فهم ومعرفة والله اعلم .

واحتج أصحابنا من جهة الاعتبار والاستدلال بأشياء (أحدها) وهو العمدة على ما قاله الشيخ أبو حامد أن الأصول مبنية على أن النجاسة اذا صعبت ازالتها وشق الاحتراز منها عفى عنها كدم البراغيث . وموضع النجو وسلس البول والاستحاضة ، واذا لم يشق الاحتراز لم يعف كغير الدم من النجاسات ومعلوم أن قليل الماء لا يشق حفظه وكثيره يشق فعفى عما شق دون غيره ، وضبط الشرع حد القلة بقلتين فتعين اعتماده ولا يجوز لمن بلغه الحديث العدول عنه . قال أصحابنا : ولهذا ينجس المائع وان كثر بملاقاة النجاسة لأنه لا مشقة فى حفظه والعادة جارية به وذكروا دلائل كثيرة وفيما ذكرناه كفاية .

والجواب عما احتجوا به من حديث : « لا يبولن أحدكم فى الماء الدائم ثم يغتسل فيه » من وجهين (أحدهما) أنه عام مخصوص بحديث القلتين (والثانى) وهو الأظهر أنه نهى تنزيه فيكره كراهة شديدة ولا يحرم . وسبب الكراهة الاستقذار لا النجاسة ولأنه يؤدى الى كثرة البول وتغير الماء به وأما قولهم : ان زنجيا مات فى زمزم فنزحها ابن عباس فجوابه من ثلاثة

---

(١) الآية ٥ من سورة الجمعة .

أوجه أجاب بها الشافعى ثم الأصحاب أحسنها : أن هذا الذى زعموه باطل لا أصل له ، قال الشافعى : لقيت جماعة من شيوخ مكة فسألتهم عن هـذا فقالوا : ما سمعنا هذا • وروى البيهقى وغيره عن سـفيان بن عيينة أمام أهل مكة قال : أنا بمكة منذ سبعين سنة لم أر أحـدا لا صـغيرا ولا كبيرا يعرف حديث الزنجى الذى يقولونه وما سمعت أحدا يقول : نزحت زمزم • فهذا سفيان كبير أهل مكة قد لقى خلائق من أصحاب ابن عباس وسمعهم فكيف يتوهم بعد هذا صحة هذه القضية التى من شأنها اذا وقعت أن تشيع فى الناس لاسيما أهل مكة لاسيما أصحاب ابن عباس وحاضروها ؟ وكيف يصل هذا الى أهل الكوفة ويجهله أهل مكة ؟ وقد روى البيهقى هذا عـن ابن عباس من أوجه كلها ضعيفة لا يلتفت اليها •

(الثانى) لو صح لحمل على أن دمه غلب على المـاء فغيره (الثـالث) فعله استحبابا وتنظفا فان النفس تعافه والمشـهور عن ابن عباس أن المـاء لا يتنجس الا بالتغير كما نقله ابن المنذر وغيره وقد سبق بيانه ، وأما قياسهم على المائع فجوابه من أوجه (أحدها) أنه قياس يخالف السنة فلا يلتفت اليه (الثانى) أنه لا يشق حفظ المائع وان كثر بل العادة حفظه وقد سبق بيان هذا (الثالث) أن للماء قوة فى دفع النجس بالاجماع وهو اذا كان بحيث لايتحرك طرفه الآخر بخلاف المائع (الرابع) للماء قوة رفع الحدث فكذا له دفـع النجس بخلاف المائع ، وأما قياسهم على الماء القليل فجوابه ظاهر مما ذكرناه•

قال أصحابنا : اعتبروا حدا واعتبرنا حدا ، وحدنا ما حده رسول الله صلى الله عليه وسلم الذى أوجب الله تعالى طاعته وحرم مخالفته ، وحـدهم مخالف حده صلى الله عليه وسلم مع أنه حد بما لا أصل له وهو أيضا حد لا ضبط فيه فانه يختلف بضيق موضع الماء وسعته ، وقد يضيق موضـع الماء الكثير لعمقه ويتسع موضـع القليل لعـدم عمقه ، فهذا ما يتعلق بالخلاف بيننا وبين أبى حنيفة رحمه الله • وأما مالك وموافقوه فاحتج لهم بقوله صلى الله عليه وسلم : « الماء طهور لا ينجسه شىء » وهو حديث صحيح كما سبق وبالقياس على القلتين وعلى ما اذا ورد الماء على النجاسة •

واحتج أصحابنا عليهم بحديث القلتين وقد وافقنا مالك رحمه الله على القول بدليل الخطاب وبحديث أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا استيقظ أحدكم من منامه فلا يغمس يده فى الاناء حتى يغسلها فانه لا يدرى أين باتت يده » رواه البخارى ومسلم فنهاه صلى الله عليه وسلم عن غمس يده وعلله بخشية النجاسة ، ويعلم بالضرورة أن النجاسة التى قد تكون على يده وتخفى عليه لا تغير الماء ، فلولا تنجيسه بحلول نجاسة لم تغيره لم ينهه وبحديث أبى هريرة أيضا ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا ولغ الكلب فى اناء أحدكم فليغسله سبعا » رواه البخارى ومسلم ، وفى رواية لمسلم : « فليرقه ثم ليغسله سبع مرات » فالأمر بالاراقة والغسل دليل النجاسة ، وبحديث أبى قتادة رضى الله عنه أنه كان يتوضأ فجاءت هرة فأصغى لها الاناء فشربت فتعجب منه فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « انها ليست بنجس انها من الطوافين عليكم أو الطوافات » حديث صحيح رواه مالك فى الموطأ وأبو داود والترمذى وغيرهم قال الترمذى : حديث حسن صحيح ، وفيه دلالة ظاهرة أن النجاسة اذا وردت على الماء نجسته ، واحتجوا بغير ذلك من الأحاديث .

ومن حيث الاستدلال ما سبق مع أبى حنيفة فى أن النجاسة التى يشق الاحتراز منها يعفى عنها ومالا فلا ، وهذا يقتضى الفرق بين القليل والكثير وضبط الشرع بقلتين ، قال امام الحرمين : ولأنه لا يشك منصف أن السلف لو رأوا رطل ماء أصابه قطرات بول أو خمر لم يجيزوا الوضوء به .

وأما الجواب عن الحديث الذى احتجوا به فهو أنه محمول على قلتين فاكثر فانه عام وخبرنا خاص فوجب تقديمه جمعا بين الحديثين ، والجواب عن قياسهم على ما اذا ورد الماء على النجاسة من وجهين (أحدهما) من حيث النص وهو أنه صلى الله عليه وسلم فرق بينهما وذلك فى حديثين أحدهما حديث : « اذا استيقظ أحدكم » فمنع صلى الله عليه وسلم من ايراد اليد على الماء وأمر بايراده عليها ففرق بينهما (والثانى) أنه صلى الله عليه وسلم أمر باراقة ماولغ فيه الكلب لورود النجاسة ، وأمر بايراد الماء على الاناء . فان قالوا : الكلب طاهر عندنا ، قلنا : سنوضح الدلائل على نجاسته

فى بابه ان شاء الله تعالى ، والجواب الثانى مـن حيث المعنى وهـو أنا اذا نجسنا دون القلتين بورود النجاسة لم يشق لامكان الاحتراز منها ولو نجسنا دون القلتين بوروده على نجاسة لشق وأدى الى أن لا يطهر شىء حتى يغمس فى قلتين ، وفى ذلك أشد الحرج فسقط والله أعلم •

واعلم أنه حصل فى هذه المسألة جملة من الأحاديث ذكرناها وبجميعهـا يقول الشافعى رحمه الله على حسب ما سبق ، ولم يرد منها شيئا وهـذه عادته رحمه الله فى تمسكه بالسنة وجمعه بين أطرافها ورده بعضها الى بعض على أحسن الوجوه ، وسترى ان شاء الله تعالى فى هذا الكتاب فى نظائر هذه من مسائل الخلاف وغيرها من ذلك ما تقـر به عينك ، وتزداد اعتقـادا فى الشافعى ومذهبه فليس الخبر الجملى كالعيان التفصيلى وبالله التوفيق •

(فرع) نقل أصحابنـا عن داود بن على الظـاهرى الأصبهانى رحمه الله مذهبا عجيبا فقالوا : انفرد داوود بأن قال : لو بال رجل فى ماء راكد لم يجز أن يتوضأ هو منه لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يبولن أحدكم فى الماء الدائم ثم يتوضأ منه » وهو حديث صحيح سبق بيانه قال : ويجوز لغيره لأنه ليس بنجس عنده ولو بال فى اناء ثم صبه فى ماء أو بال فى شط نهـر ثم جرى البول الى النهر قال : يجوز أن يتوضأ هو منه لأنه ما بال فيه بل فى غيره ، قال : ولو تغوط فى ماء جاز أن يتوضأ منه لأنه تغوط ولم يبل ، وهذا مذهب عجيب وفى غاية الفساد فهو أشنع ما نقل عنه ان صح عنه رحمه الله ، وفساده مغن عن الاحتجاج عليه ولهذا أعرض جمـاعة من أصحابنا المعتنين بذكر الخلاف عن الرد عليه بعد حكايتهم مذهبه وقالوا : فسـاده مغن عن افساده وقد خرق الاجماع فى قوله فى الغائط ، اذ لم يفرق أحـد بينه وبين البول ، ثم فرقه بين البول فى نفس الماء والبول فى اناء ثم يصب فى الماء من أعجب الأشياء •

ومن أخصر ما يرد به عليه أن النبى صلى الله عليه وسلم نبه بالبول على ما فى معناه من التغوط وبول غيره كما ثبت أنه صلى الله عليه وسلم قال فى الفأرة تموت فى السمن : « ان كان جامدا فألقوها وماحولها » وأجمعوا أن

السنور كالفأرة فى ذلك وغير السمن من الدهن كالسمن وفى الصحيح : « اذا ولغ الكلب فى اناء أحدكم فليغسله » فلو أمر غيره فغسله ان قال داود لا يطهر لكونه ما غسله هو ، خرق الاجماع وان قال : يطهر فقد نظر الى المعنى وناقض قوله ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والقلتان خمسمائة رطل بالبغدادى لأنه روى فى الخبر بقلال هجر قال ابن جريج : رأيت قلال هجر فرأيت القلة منها تسع قربتين أو قربتين وشيئا ، فجعل الشافعى رحمه الله الشىء نصفا احتياطا ، وقرب الحجاز كبار تسع كل قربة مائة رطل فصار الجميع خمسمائة رطل ، وهل ذلك تحديد أو تقريب ؟ فيه وجهان (أحدهما) أنه تقريب فان نقص منه رطل أو رطلان لم يؤثر لأن الشىء يستعمل فيما دون النصف فى العادة (والثانى) تحديد فلو نقص ما نقص نجس لأنه لما وجب أن يجعل الشىء نصفا احتياطا (وجب استيفاؤه كما أنه لما وجب غسل شىء من الرأس احتياطا لغسل الوجه) صار ذلك فرضا) (١) .

(الشرح) ذكر أصحابنا الخراسانيون فى القلتين ثلاثة أوجه ، الصحيح وبه قطع العراقيون وجماعات غيرهم أنهما خمسمائة رطل بغدادية (والثانى) ستمائة رطل ، حكاه امام الحرمين وغيره عن أبى عبد الله الزبيرى صاحب الكافى ، قال الامام : وهو اختيار القفال ، قال صاحب الابانة : وهو الأصح وعليه الفتوى ، وكذا قال الغزالى هو الأقصد . وهذا الذى اختاراه ليس بشىء بل شاذ مردود ، واستدل له الغزالى بأبطل منه وأكثر فسادا فزعم أن القلة مأخوذة من استقلال البعير ، وذكر كلاما طويلا لا حاصل له ولا أصل (والوجه الثالث) أنهما ألف رطل ، وهو محكى عن الشيخ الصالح أبى زيد محمد بن أحمد بن عبد الله بن محمد المروزى وهو شيخ القفال المروزى .

قال صاحب الحاوى : علم أن الشافعى رحمه الله لم ير قلال هجر ولا

---

(١) ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق (ط) .

أهل عصره لنفادها ، فاحتاج الى بيانها بما هو معروف عندهم ومشاهد لهم ، فقدرها بقرب الحجاز لأنها متماثلة مشهورة ، وروى عن ابن جريج أنه قال : رأيت قلال هجر والقلة تسع قربتين أو قربتين وشيئا فقال الشافعي : الاحتياط أن تكون القلتان خمس قرب ، وهذا ليس تقليدا لابن جريج بل قبول أخباره ، قال : ولم يتعرض الشافعي لتقدير القرب بالأرطال ، لأنه استغنى بمعرفة أهل عصره فى بلده القرب المشهورة بينهم كما اكتفى النبى صلى الله عليه وسلم بالقلال المشهورة بينهم عن تقديرها • قال : ثم ان أصحابنا بعد الشافعي بعدوا عن الحجاز وغابت عنهم تلك القرب وجهل العوام مقدارها فاضطروا الى تقديرها بالأرطال فاختبروا قرب الحجاز ثم اتفق رأيهم على تقدير كل قربة بمائة رطل بغدادية • قال : وكان أول من قدر ذلك من أصحابنا ابراهيم بن جابر وأبو عبيد بن حربويه ثم تابعهما سائر أصحابنا ، فصارت القلتان خمسمائة رطل عند جميع أصحابنا ، هذا كلام صاحب الحاوى ، وهذا الذى ذكره من أن التقدير بالأرطال ليس هو للشافعي بل لأصحابه هو المشهور الذى صرح به الجمهور •

وقال الشيخ أبو حامد فى تعليقه : الذى قاله الشافعي فى جميع كتبه خمس قرب بقرب الحجاز ، قال : ورأيت أبا اسحاق يحكى عن الشافعي أنه قال خمس قرب وذلك خمسمائة رطل وكذا نقل البندنيجى عن الشافعي أنها خمسمائة رطل وقال المحاملى : حكى أبو اسحاق أن الشافعي قال فى بعض كتبه : انه شاهد القرب وأن القربة تسع مائة رطل • وقال امام الحرمين ظاهر كلام الشافعي أن القربة تسع مائة رطل •

هذا حد القلة فى الشرع ، وأما فى اللغة فقال الأزهرى : هى شبه جب يسع جرارا سميت قلة لأن الرجل القوى يقلها أى يحملها • وكل شىء حملته فقد أقللته ، قال : والقلال مختلفة بالقرى العربية ، وقلال هجر من أكبرها • وقول المصنف : روى فى الخبر بقلال هجر ، يعنى الخبر المذكور : « اذا كان الماء قلتين بقلال هجر لم يحمل خبثا » هكذا رواه بهذه الزيادة الشافعي فى الأم ومختصر المزنى وكذا رواه البيهقى فى السنن الكبير • وهجر هذه

بفتح الهاء والجيم وهى قرية بقرب المدينة ، وليست هجر البحرين ، وقد أوضحت حال هجر هذه وتلك فى تهذيب الأسماء واللغات وقال جماعة من أصحابنا : كان ابتداء عمل هذه القلال بهجر فنسبت اليها ثم عملت فى المدينة فبقيت النسبة على ما كانت ، كما يقال ثياب مروزية [1] وان كانت تعمل ببغداد .

قال الخطابى : قلال هجر مشهورة الصنعة معلومة المقدار ، لا تختلف كما لا تختلف المكاييل والصيعان المنسوبة الى البلدان ، قال : وقلال هجر أكبرها وأشهرها لأن الحد لا يقع بالمجهول . وقال الشيخ أبو حامد فى تعليقه : قال أبو اسحق ابراهيم بن جابر صاحب الخلاف سألت قوما من ثقات هجر فذكروا أن القلال بها لا تختلف ، وقالوا : قايسنا قلتين فوجدناهما خمسمائة رطل . وأما قوله : فرأيت القلة تسع قربتين ، أو قربتين وشيئا ، فهو شك من ابن جريج فى قدر كل قلة ، هذا هو الصواب ، وأما قول الشيخ أبى عمرو ابن الصلاح رحمه الله يحتمل قوله أو قربتين وشيئا التقسيم ، ويحتمل الشك ، فليس كذلك لأنه يقتضى كون القلة مجهولة القدر لاختلافها ، وحينئذ لا يحصل تقدير ، فالصواب أنه للشك وقد صرح به أصحابنا وغيرهم، ممن صرح به صاحب الحاوى وامام الحرمين والغزالى وخلائق وهو موافق لما سبق عن الخطابى وعن نقل الشيخ أبى حامد عن ابن جابر أن هذه القلال متساوية ، وكذا اتفق عليه أصحابنا وجعلوا هذا جوابا عن اعتراض أصحاب أبى حنيفة .

وقولهم القلال تختلف فقالوا : بل هى متفقة كما سبق ، وبالضرورة نقطع أن النبى صلى الله عليه وسلم لا يضبط بمبهم مجهول لا يحصل به ضبط بل شك ونزاع ، والله أعلم .

وأما الرطل فيقال بكسر الراء وفتحها لغتان الكسر أفصح ، قال الأزهرى: ويكون الرطل كيلا ووزنا ، واختلفوا فى رطل بغداد ، فقيل مائة وثلاثون

---

(١) النسبة الى مرومروزى وهذا قاصر على من يعقل اما الثياب والخيل والسيوف وسائر الاشياء فانها تنسب الى مرو فيقال : ثياب مروية وخيول مروية (ط) .

درهما بدراهم الاسلام ، وقيل مائة وثمانية وعشرون ، وقيل مائة وثمانية وعشرون درهما وأربعة أسباع درهم : وهى تسعون مثقالا وسيأتى بسط هذا ان شاء الله تعالى فى زكاة النبات عند ذكر الأوسق ، ومختصره ماذكرناه.

وفى بغداد أربع لغات ، احداها بدالين مهملتين . والثانية باهمال الأولى واعجام الثانية ، والثالثة بغدان بالنون والرابعة مغدان أولها ميم ، ذكرهن أبو عمر الزاهد فى شرح الفصيح وابن الأنبارى وآخرون ، وحكوها عن أبى عبيدة وأبى زيد الانصارى اللغوى وهو من تلاميذ الشافعى ، وقال ابن الأنبارى وتذكر وتؤنث فيقال : هذا بغداد وهـذه بغداد ، وقالوا كلهم : ومعناها بالعربية عطية الصنم ، وقيل بستان الصنم . قال الخطيب البغدادى وأبو سعد السمعانى : الفقهاء يكرهون تسميتها بغداد من أجل هذا ، وسماها أبو جعفر المنصور مدينة السلام لأن دجلة كان يقال لها وادى السلام ويقال لها الزوراء أيضا ، وقد ذكرتها فى تهذيب الأسماء أبسط من هذا ، ودعت الحاجة الى هذه الأحرف هنا لتكررها فى الكتاب وسائر كتب العلم والله أعلم.

وأما قوله : هل ذلك تحديد أو تقريب ؟ فيه وجهان ، فالوجهان مشهوران واختلفوا فى أصحهما ، فقال امام الحرمين قال الأصحاب : الأصح التحديد ، وصححه أيضا القاضى أبو الطيب والرويانى وابن كج وهو قول أبى اسحق المروزى وصحح أكثر الأصحاب أنه تقريب ، ومنهم الغزالى والرافعى ، وهو قول ابن سريج قال المتولى : هو قول عامة الأصحاب غير أبى اسحق ودليل الوجهين فى الكتاب ، والصحيح المختار التقريب .

فان قلنا : تحديد . فقال أصحابنا : لو نقص ما نقص نجس الماء بملاقاة النجاسة ، وان قلنـا تقريب لم يضر النقص القليل . واختلفت عباراتهم فيه ويجمعها أوجه : أحدها : لايضر نقص رطلين ويضر ما زاد ، وهذا ظاهر عبارة المصنف والمحاملى فى التجريد وآخرين ، ونقله الغزالى فى الوسيط عن أكثر الأصحاب . والثانى : لا يضر نقص ثلاثة أرطال ويضر ما زاد ، حكاه الغزالى وغيره . وقطع به البغوى . والثالث : لا يضر نقص ثلاثة وما قاربها ، قاله المحاملى فى المجموع وتبعه عليه صاحب البيان وآخرون . والرابع : لا يضر

نقص مائة رطل وهو القدر الذى شك فيه ابن جريج . وهذا قول صاحب التقريب حكاه عنه امام الحرمين والمتولى وقطع به المتولى .

قال الامام : وهذا الذى قاله صاحب التقريب بعيد جدا وليس بيانا للتقريب وكأنه رد القلتين الى أربعمائة رطل وطرح المشكوك فيه . قال الامام : ولست أعد كلامه هذا من المذهب وانما هو خطأ ظاهر . والخامس : اختاره امام الحرمين والغزالى وجزم به الرافعى أنه لا يضر نقص قدر لايظهر بنقصه تفاوت فى التغير بمقدار مغير معين من زعفران أو نحوه . فان قيل : التقدير بالأرطال رجوع الى التحديد كما أشار اليه الغزالى . فالجواب أن هذا وان كان تحديدا فهو غير التحديد الذى قاله القائل بالتحديد ونفاه القائل بالتقريب ، لأن ذلك التحديد المختلف فيه هو التحديد بخمسمائة رطل وهذا غيره والله أعلم .

وأما قول المصنف فى تعليله : لأن الشىء يستعمل فيما دون النصف فى العادة فمعناه ما قاله الأصحاب أن العرب تقول فيما اذا زاد على الواحد دون النصف واحد وشىء ، فان كان الزائد نصفا قالوا : واحد ونصف فان زاد على النصف قالوا : اثنان الا شيئا فيستعملون الشىء فى الموضعين فى دون النصف . وأما قوله : لما وجب أن يجعل الشىء نصفا احتياطا وجب استيفاؤه كما أنه لما وجب غسل شىء من الرأس احتياطا لغسل الوجه صار فرضا فكذا قاله أصحابنا وذكروا مثله وجوب امساك لحظة من الليل على الصائم لتيقن استيفاء النهار ، والفرق عند القائل بالتقريب أن استيفاء الوجه محقق وجوبه، ولا يتحقق الا بجزء من الرأس ، وما لا يتم الواجب الا به واجب ، وهنا لم يتيقن أن الشىء نصف ليتعين استيفاؤه ، وجعلناه نصفا احتياطا ، والاحتياط لا يجب .

(فرع) ابن جريج المذكور بجيمين الأولى مضمومة وهو منسوب الى جده واسمه عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج القرشى الأموى مولاهم المكى أبو الوليد ، ويقال أبو خالد من كبار تابع التابعين ، ومن جلة العلماء المتقدمين وفضلاء الفقهاء والمحدثين ، وهو أحد الفقهاء الشافعية فى سلسلة الفقه

وسلسلتى متصلة به بحمد الله وقد أوضحتها فى أول تهذيب الأسماء ، فان الشافعى رحمه الله تفقه على أبى خالد مسلم بن خالد بن مسلم الزنجى امام أهل مكة ومفتيهم ، وتفقه الزنجى على ابن جريج وابن جريج على أبى محمد عطاء بن أبى رباح ، وعطاء على ابن عباس وابن عباس على النبى صلى الله عليه وسلم وعلى جماعات من الصحابة عن النبى صلى الله عليه وسلم وقد أوضحت هذا كله فى التهذيب •

قال أحمد بن حنبل رضى الله عنه : أول من صنف الكتب ابن جريج وابن أبى عروبة ، ، وقال عطاء بن أبى رباح : ابن جريج سيد أهل الحجاز ، توفى سنة خمسين ومائة فى قول الجمهور ، وقيل احدى وخمسين ، وقيل تسع وأربعين وقيل ستين ، وقد جاوز مائة سنة رحمه الله وقد بسطت حاله وفضله فى التهذيب •

(فرع) قال القاضى حسين فى تعليقه : قدر القلتين فى أرض مستوية ذراع وربع فى ذراع وربع طولا وعرضا فى عمق ذراع وربع وهذا حسن تمس الحاجة الى معرفته •

(فرع) لو وقع فى الماء نجاسة وشك هل هو قلتان أم لا ؟ فقد قطع أبو القاسم عبد الواحد بن الحسين الصيمرى وصاحبه الماوردى وصاحب البيان بأنه يحكم بنجاسته ، قالوا : لأن الأصل فيه القلة ، وقال امام الحرمين والغزالى فيه احتمالان أظهرهما عندهما هذا ، والثانى : أنه طاهر •

قلت : وهذا الثانى هو الصواب : ولا يصح غيره لأن أصل الماء على الطهارة وشككنا فى المنجس ولا يلزم من حصول النجاسة التنجيس ، وقد قال صلى الله عليه وسلم فى الحديث الصحيح : « الماء طهور لا ينجسه شىء » فلا يخرج من هذا العموم الا ما تحققناه • قال الماوردى والرويانى وغيرهما : لو رأى كلبا وضع رأسه فى ماء هو قلتان فقط وشك هل شرب منه فنقص عن قلتين أم لا فهو طاهر بلا خلاف عملا بالأصل ، والله أعلم •

(فرع) أما غير الماء من المائعات وغيرها من الرطبات فينجس بملاقاة

النجاسة وان بلغت قلالا وهذا لا خلاف فيه بين أصحابنا ، ولا أعلم فيه خلافا لأحد من العلماء ، وسبق الفرق بينه وبين الماء فى الاستدلال على أبى حنيفة رحمه الله وحاصله أنه لا يشق حفظ المائع من النجاسة وان كثر بخلاف كثير الماء .

(فرع) قد سبق وجهان فى أن تقدير القلتين بخمسمائة رطل هل هو تحديد أو تقريب ؟ ولهما نظائر منها سن الحيض تسع سنين والمسافة بين الصفين ثلثمائة ذراع . ومسافة القصر ثمانية وأربعون ميلا ، ونصاب المعشرات ألف وستمائة رطل بغدادية ففى كل هذه المسائل وجهان أصحهما تقريب ، والثانى تحديد ، وستأتى مبسوطة فى مواضعها ان شاء الله تعالى .

واعلم أن المقدرات ثلاثة أضرب (ضرب) تقديره للتحديد بلا خلاف (وضرب) للتقريب بلا خلاف (وضرب) فيه خلاف ، فالمختلف فيه هذه الصورة السابقة ، وأما المتفق على أنه تقريب فسن الرقيق المسلم فيه بأن أسلم فى عبد سنه عشر سنين فيستحق ابن عشر تقريبا ، وكذا لو وكله فى سن ابن عشر سنين لأنه يتعذر تحصيل ابن عشر بالأوصاف المشروطة ، حتى لو شرط ألا يزيد على عشر ولا ينقص لا يصح العقد ذكره البغوى وغيره .

وأما المتفق على أنه تحديد فكثير جدا فمنه تقدير مدة مسح الخف بيوم وليلة حضرا وثلاثة سفرا وأحجار الاستنجاء بثلاث ، وغسل ولوغ الكلب بسبع وانعقاد الجمعة بأربعين ، ونصب زكاة النعم والنقد والعروض والمعشرات وتقدير الأسنان المأخوذة فى الزكاة كبنت مخاض بسنة ونظائرها وسن الأضحية ، والأوسق الخمسة فى العرايا اذا جوزناها فى خمسة . والآجال فى حول الزكاة والجزية ودية الخطأ وتغريب الزانى وانتظار المولى والعنين ومدة الرضاع ومقادير الحدود كحد الزنا والقذف فى الحر والعبد . ونصاب السرقة بربع دينار وغير ذلك فكل هذا تحديد ، وسببه أن هذه المقدرات منصوصة ولتقديرها حكمة ، فلا يسوغ مخالفتها ، وأما المختلف فيه فسببه أن تقديره بالاجتهاد اذ لم يجىء نص صحيح فى ذلك وما قارب المقدر فهو فى المعنى مثله . والله أعلم .

(وان كانت النجاسة مما لا يدركها الطرف ففيه ثلاثة طرق من أصحابنا من قال : لا حكم لها لأنها لا يمكن الاحتراز منها ، فهى كغبار السرجين ، ومنهم من قال : حكمها حكم سائر النجاسات لأنها نجاسة متيقنة فهى كالنجاسة التى يدركها الطرف • ومنهم من قال : فيه قولان (أحدهما) لا حكم لها (والثانى) لها حكم ووجههما ما ذكرناه) •

(الشرح) قوله : لا يدركها الطرف معناه لا تشاهد بالعين لقلتها بحيث لو كانت مخالفة للون ثوب ونحوه ووقعت عليه لم تر لقلتها وذلك كذبابة تقع على نجاسة ثم تقع فى الماء ، قال المتولى وغيره : وكالبول يترشش اليه ونحو ذلك ، وقوله : « السرجين » هى لفظة عجمية ويقال سرقين أيضا بالقاف وتكسر السين فيهما وتفتح فهى أربع لغات موضحات فى تهذيب الأسماء •

(أما حكم المسألة) فعادة أصحابنا يضمون الى هذه المسألة مسألة الثوب اذا أصابه نجاسة لا يدركها الطرف ، والمصنف ذكر هذه الثانية فى باب طهارة البدن ، وأنا أذكرهما جميعا هنا على عادة الأصحاب ووفاء بشرط هذا الكتاب فى تقديم المسائل فى أول مواطنها •

قال أصحابنا : فى الماء والثوب سبع طرق • (أحدها) : يعفى فيهما • (والثانى) ينجسان • قال الماوردى : هذه طريقة ابن سريج (والثالث) فيهما قولان ، قال الماوردى : وهذه طريقة أبى اسحاق المروزى ، (والرابع) : ينجس الماء لا الثوب لأن الثوب أخف حكما فى النجاسة ولهذا يعفى عن دم البراغيث وقليل سائر الدماء والقيح فى الثوب دون الماء ، (والخامس) : عكسه لأن للماء قوة دفع النجاسة عن غيره • فعن نفسه أولى بخلاف الثوب (والسادس) ينجس الثوب وفى الماء قولان ، (والسابع) ينجس الماء وفى الثوب قولان قال الماوردى : وهذه طريقة ابن أبى هريرة •

واختلف المصنفون فى الأصح من هذه الطرق • فقال الماوردى : الأصح وهو طريقة المتقدمين لا ينجس الماء وينجس الثوب كما هو ظاهر نص

الشافعى ووافقه على تصحيحه البندنيجى ، وعكسه القاضى أبو الطيب فقال : الصحيح ينجس الماء لا الثوب الا أن يكون رطبا وكذا قال الامام : الصحيح ينجس الماء وفى الثوب وجهان وهى طريقة الصيدلانى ، وقطع البغوى بنجاسة الماء وهى طريقة القفال وأصحابه • والصحيح المختار من هذا كله لا ينجس الماء ولا الثوب • وبهذا قطع المحاملى فى المقنع ، ونقله فى كتابيه عن أبى الطيب بن سلمة وصححه الغزالى وصاحب العدة وغيرهما لتعذر الاحتراز وحصول الحرج وقد قال الله تعالى : « وما جعل عليكم فى الدين من حرج [1] » والله أعلم •

وأما بيان الطرق والأقوال والأوجه فقد سبق فى أواخر مقدمة الكتاب وبالله التوفيق •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كانت النجاسة ميتة لا نفس لها سائلة كالذباب والزنبور وما أشبههما ففيه قولان (أحدهما) أنها كغيرها من الميتات لأنه حيوان لا يؤكل بعد موته لا لحرمته فهو كالحيوان الذى له نفس سائلة • (والثانى) أنه لا يفسد الماء لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا وقع الذباب فى اناء أحدكم فامقلوه ، فان فى أحد جناحيه داء وفى الآخر دواء » وقد يكون الطعام حارا فيموت بالمقل فيه فلو كان يفسده لما أمر بمقله ليكون شفاء لنا اذا أكلناه ، فان كثر من ذلك ما غير الماء ففيه وجهان •

(أحدهما) أنه ينجس لأنه ماء تغير بالنجاسة • (والثانى) لا ينجس لأن ما لا ينجس الماء اذا وقع فيه وهو دون القلتين لم ينجسه وان تغير به كالسمك والجراد) •

(الشرح) هذا الحديث صحيح رواه البخارى بمعناه من رواية أبى هريرة رضى الله عنه وفيه : « فليغمسه كله ثم لينزعه » ورواه أبو داود فى سننه وزاد : « وانه يتقى بجناحه الذى فيه الداء فليغمسه كله » ورواه

---

(١) من الآية ٧٨ من سورة الحج .

البيهقى عن أبى سعيد الخدرى أيضا ، ومعنى امقلوه : اغمسوه كما فى رواية البخـارى .

قال الخطابى : فيه من الفقه أن أجسام الحيوان طاهرة الا ما دلت عليه السنة من الكلب وما ألحق به . قال : وقد تكلم على هذا الحديث بعض من لا خلاق له ، وقال : كيف يجتمع الداء والشفاء فى جناحى الذبابة ؟ وكيف نعلم ذلك حتى نقدم جنـاح الداء ؟ قال الخطابى : وهـذا سؤال جاهل أو متجاهل . وأن الذى يجد نفسه ونفوس عامة الحيوان قد جمع فيه الحرارة والبرودة والرطوبة واليبوسة [1] وهى أشياء متضادة اذا تلاقت تفاسدت . ثم يرى الله عز وجل قد ألف بينها وجعلها سببا لبقاء الحيوان وصلاحه لجدير أن لا ينكر اجتماع الداء والدواء فى جزءين من حيوان واحد ، وأن الذى ألهم النحل اتخاذ ثقب عجيب الصنعة وتعسل فيه ، وألهم النملة كسب قوتها وادخاره لأوان حاجتها اليه هو الذى خلق الذبابة وجعل لها الهداية الى أن تقدم جناحا وتؤخر آخر لما أراد من الابتـلاء الذى هو مدرجة التعبـد ، والامتحان الذى هو مضمار التكليف ، وفى كل شىء حكمة وعلم (وما يذكر الا أولو الألباب) والله أعلم .

---

(1) كانت مجلة لواء الاسلام قد أحالت علينا أمر الرد على ما كتبته مجلة العربى الكويتية فكتبنا نرد على بعض الحاقدين على السنة المطهرة ، وممـا جاء فى ذلك ما نشرناه فى العـدد السادس من السنة العشرين صفر سنة ١٣٨٦ ما يأتى : حديث الذباب هو حديث فى الامـور العادية وليس فى التعبدية كحديث كلوا الزيت وادهنوا به ، فليس فى ذلك عزيمة وليس فى تركه مخالفة الى أن قلت : فقد يكون لقوله صلى الله عليه وسلم بواعث تربوية لأصحابه أو أسباب اقتصادية لحاجة الواحد منهم الى رشفة من شراب قد يحرم منها لو عافت نفسه هذا الشراب لمجرد ان ذبابة سقطت فيه وقد يكون فى هذا العمل بالنسبة لهم مما يكسبهم مناعة وحصـانة تقيهم مضار الذباب كل ذلك يمكن توجيه الحديث اليه الا ان نتطاول بهذا الى التجريح مادام ثبوته عن طريق العدل الضابط عن مثله مسندا الى رسول الله عليه الصلاة والسلام ولقد قرأت بحثا للمستر دريد مدير مصلحة الكورنتينات المصرية الاسبق حول الأمراض المتوطنة فى الهنـد فى مجلة طبية منذ ثلاثين عاما تقريبا : يفيد بأن الذباب اذا سقط على شىء أكل منه فاستحال فى جوفه الى مادة اسمها البكتريوفاج وهذه المادة تستعمل فى قتل الجراثيم التى تتركها الذبابة بأطرافها ، وقالوا : ان الذباب يتقيأ هذه المادة اذا مات بأسفكسيا الغرق ، وأن هذه المادة استعملت مصلا وعلاجا فى الأمراض المتوطنة ، ولا نزال نقول : ان الحديث ليس من العزائم وان كان معجزة علمية . والذين يمعنون فى ثلب السنة استناداً على مثل هذا الحديث قوم حاقدون مغرضون دأبهم صدع جدار السنة بالتوهين من روايات البخارى كحديث فقأ عين ملك الموت ونبع الماء وقد أجبت عن هذا كله فى كتابنا لا القول المسدد فى الذود عن سنة محمد صلى الله عليه وسلم من سلسلة [تحت راية السنة] .

وقوله : « ما لا نفس لها سائلة » يعنى ما ليس لهـا دم يسيل والنفس الدم ويجوز فى اعراب سائلة ثلاثة أوجه الفتح بلا تنوين والنصب والرفع مع التنوين فيهما ، والزنبور بضم الزاى ، وقوله : لأنه حيوان لا يؤكل بعد موته ، فيه احتراز من السمك والجراد ، وقوله : لا لحرمته احتراز من الآدمى فانه لا ينجس الماء بميتته على الصحيح وهو تفريع على القول بطهارة ميتته ، وسنوضحه ان شاء الله تعالى .

قال أصحابنا : والميتـة التى لا نفس لهـا سائلة هى كالذباب والزنبور والنحل والنمل والخنفساء والبق والبعوض والصراصير والعقارب وبنـات وردان والقمل والبراغيث وأشـباهها وممن صرح بالقمل والبراغيث الامام الشافعى فى الأم والشيخ أبو حامد وآخرون ، وأما الحيـة فحكى الماوردى فيها وجهين أحدهما وهو قول أبى القاسم الداركى وصاحبه الشيخ أبى حامد الاسفراينى : لها نفس سائلة والثانى وهو قول أبى الفياض البصرى وصاحبه أبى القاسم الصيمرى : ليس لها نفس سائلة والأول أصح . وأما الوزغ فقطع الجمهور بأنه لا نفس له سائلة ، ممن صرح بذلك الشيخ أبو حامد فى تعليقه والبندنيجى والقاضى حسين وصاحب الشامل وغيرهم . ونقل الماوردى فيه وجهين كالحية وقطع الشيخ نصر المقدسى بأن له نفسا سائلة قال : وقد ذكره أبو عبيد فى كتاب الطهور ، وأنه قتل فوجد فى رأسه دم ، وكذا رأيت أنا فى كتاب الطهور لأبى عبيد أن الوزغ والحية لهما نفس سائلة ودم فى رءوسهما .

(اذا ثبت ما ذكرناه) فاذا مات ما لا نفس لها سائلة فى دون القلتين من الماء فهل ينجس ؟ فيه قولان مشهوران فى كتب المذهب ونص عليهما الشافعى فى الأم والمختصر ، وهذه أول مسألة ذكر فى الأم فيها قولين قال امام الحرمين وذكر صاحب التقريب قولا ثالثا مخرجا وهو أن ما يعم لا ينجسه كالذباب والبعوض ونحوهما وما لا يعم كالخنافس والعقارب والجعلان ينجسـه . نظرا الى تعذر الاحتراز وعدمه ، وهذا القول غريب ، والمشهور اطلاق قولين ، والصحيح منهمـا أنه لا ينجس المـاء ، هكذا صححه الجمهور ، وقطع به أبو الفتح سليم بن أيوب الرازى فى كتابه الكفاية وصاحبه أبو الفتح نصر المقدسى فى كتابه الكافى وغيرهما ، وشـذ المحاملى فى المقنع والرويانى فى

البحر ورجحا النجاسة ، وهذا ليس بشيء ، والصـواب الطهارة وهو قول جمهور العلماء بل نسب جماعة الشافعي الى خرق الاجماع فى قوله الآخر بالنجاسـة •

قال ابن المنذر فى الاشراف : قال عوام أهل العلم لا يفسد المـاء بموت الذباب والخنفساء ونحوهما قال : ولا أعلم فيه خلافا الا أحد قولى الشافعى وكذا قال ابن المنذر أيضا فى كتاب الاجماع : أجمعوا أن الماء لا ينجس بذلك الا أحد قولى الشافعى • وقد نقل الخطابى وغيره عن يحيى بن أبى كثير أنه قال : ينجس الماء بموت العقرب فيه ، ونقله بعض أصحابنا عن محمـد بن المنكدر ، وهذان امامان من التابعين فلم يخرق الشافعى الاجماع •

فاذا قلنا بالصحيح أنه لا ينجس الماء فلو كثر هذا الحيوان فغير الماء فهل ينجسـه ؟ فيه الوجهـان اللذان ذكرهما المصنف ، قال الشـيخ أبو حامد والبندنيجى والمحاملى فى المجموع وصاحب العدة وغيرهم : هذان الوجهان حكاهما أبو حفص عمر بن أبى العباس بن سريج عن أبيه ، والأصح منهما أنه ينجسه وصححه الشاشى والرافعى وآخرون وقطع به الدارمى فى الاستذكار وابن كج فى التجريد لأنه ماء تغير بالنجاسة ، والوجهان جاريان سواء كان الماء المتغير به قليلا أو كثيرا ، وممن صرح بجريانهما فيما دون القلتين القاضى أبو الطيب فى تعليقه وأشار الى جريانهما أيضا الشيخ أبو حامد ، ويجريان فى الطعام المتغير بهذا الحيوان ذكره الشيخ أبو حامد • قال صاحب البيان : فان قلنا لا ينجس الماء المتغير به كان طاهرا غير طهور ، قال : وكذا ما تغير بسمك أو جراد يكون طاهرا غير مطهر • وحكاه أيضا عن الصيدلانى ، وقال امام الحرمين : يكون على هذا الوجه كالمتغير بورق الشجر يعنى فيكون فيـه الخلاف السابق فى الورق ، والصواب ما ذكره الصيدلانى وصاحب البيان لأنه ليس بأقل من المتغير بزعفران ونحوه والله أعلم •

(فرع) هذان القولان السابقان انما هما فى نجاسة الماء بموت هـذا الحيوان وأما الحيوان نفسه ففيه طريقان أحدهما أن فى نجاسته القولين ان قلنا نجس نجس الماء والا فلا ، وهذا قول القفال (والثانى) القطع بنجاسـة

الحيوان وبهذا قطع العراقيون وغيرهم وهو الصحيح لأنه من جملة الميتات ومذهب مالك وأبى حنيفة أنه لا ينجس بالموت ، دليلنا أنه ميتة وانما لاينجس الماء لتعذر الاحتراز منه .

(فرع) القولان بنجاسة الماء بموته يجريان فى جميع المائعات والأطعمة، صرح به أصحابنا واتفقوا عليه ، والصحيح فى الجميع الطهارة للحديث وعموم البلوى وعسر الاحتراز .

(فرع) هذا الخلاف السابق انما هو فى نجاسة الماء وسائر المائعات وغيرها بموت حيوان أجنبى عنه ، أما الدود المتولد فى الأطعمة والماء كدود التين والتفاح والباقلاء والجبن والخل وغيرها فلا ينجس ما مات فيه بلا خلاف ، هكذا صرح به الأصحاب فى كل الطرق ، قال الرافعى وغيره : وينجس هذا الحيوان على المذهب ولا ينجس على قول عند القفال ، وأما ما شذ به الدارمى فى الاستذكار فقال : قال بعض الأصحاب فى نجاسة المائع بهذا الحيوان خلاف ، فغلط لا يعد من المذهب ، وانما نبهت عليه لئلا يغتر به ، فالصواب ما اتفق عليه الأصحاب وهو الجزم بطهارته .

قال امام الحرمين : فان انعصر هذا الحيوان فيما يجرى من تصرف وعصر أو اختلط من غير قصد فلا مبالاة به وان جمع جامع منه شيئا وتعمد أكله منفردا فوجهان أصحهما تحريمه لأنه ميتة (والثانى) يحل لأن دود الخل والجبن كجزء منه طبعا وطعما ، قال الامام : فان حرمناه عاد الخلاف فى نجاسته يعنى خلاف القفال والجمهور ، وذكر غير الامام فى جواز أكل هذا الحيوان مع ما مات فيه وجهين ، قال الغزالى فى الوجيز : لا يحرم أكله مع الطعام على الأصح ، وجمع الرافعى هذا الخلاف فقال : فى جواز أكله ثلاثة أوجه أصحها يجوز أكله مع ما تولد منه لا منفردا . (والثانى) يجوز مطلقا. (والثالث) يحرم مطلقا . وأما الذباب وسائر ما لا نفس لها سائلة وليس متولدا مما مات فيه فلا يحل أكله بالاتفاق . وان قلنا انه طاهر عند القفال لأنه ميتة ومستقذر ، قال أصحابنا : فان أخرج هذا الحيوان مما مات فيه وألقى فى مائع غيره أورد اليه فهل ينجسه ؟ فيه القولان فى الحيوان الأجنبى ، وهذا متفق عليه فى الطريقتين .

(فرع) ما يعيش فى البحر مما له نفس سائلة ان كان مأكولا فميتته طاهرة ولا شك أنه لا ينجس الماء • وما لا يؤكل كالضفدع وكذا غيره اذا قلنا لا يؤكل ــ فاذا مات فى ماء قليل أو مائع قليل أو كثير ــ نجسه ، صرح به أصحابنا فى طرقهم وقالوا : لا خلاف فيه ، الا صاحب الحاوى فانه قال : فى نجاسته به قولان ، ولعله أراد أن فى نجاسته به خلافا مبنيا على حل أكله ، وان أراد مع تحريم أكله فشاذ مردود • وذكر الرويانى فى الضفدع وجهين (أحدهما) لا نفس لها سائلة فيكون فى نجاسة الماء بها قولان (والثانى) لها نفس سائلة فتنجسه قطعا ، وهــذا الثانى هو المشهور فى كتب الأصحاب ، وجعلوا المسألة خلافية فحكوا هم وابن المنذر عن مالك وأبى حنيفة ومحمد ابن الحسن وأبى عبيد أن الضفدع لا ينجس ما مات فيه ، وكذلك السرطان، ومذهبنا أنه ينجسه والله أعلم •

(فرع) الآدمى الذي لا نجاسة عليه مسلما كان أو كافرا اذا مات فى ماء دون قلتين أو فى مائع قليل أو كثير فهل ينجس ما مات فيه ؟ فيه قولان بناء على نجاسته بالموت والصحيح أنه لا ينجس فلا ينجسه •

(فرع) اذا قلنا بالقول الضعيف وهو أن ما ليس له نفس سائلة ينجس ما مات فيه ، فالجواب عن الحديث ما أجاب به الشافعى والأصحاب أنه لايلزم من المقل الموت فان قيل : لا يؤمن الموت لا سيما ان كان الطعام حارا ، قلنا : لا يمتنع أن يقصد مصلحة الشيء وان احتمل تلفه ، كما يقصد بالفصد وشرب الدواء المصلحة وقد يفضى الى التلف • فان قيل : لم ينه النبى صلى الله عليه وسلم عن أكله على تقدير موته ، قلنا : قد تقرر نجاسة الميتة وما ماتت فيه فلا حاجة الى ذكره فى كل حديث ، وبالله التوفيق •

قال المصنف رحمه الله تعالى

* (اذا أراد تطهير الماء النجس نظر ــ فان كانت نجاسته بالتغير وهو أكثر من قلتين ــ طهر ، بأن يزول التغير بنفسه أو بأن يضاف اليه ماء آخر ، أو بأن يؤخذ بعضه لأن النجاسة بالتغير وقد زال) * •

(الشرح) اذا زال تغير الماء النجس وهو أكثر من قلتين نظر ــ اذ زال باضافة ماء آخر اليه ــ طهر بلا خلاف سواء كان الماء المضاف طاهرا أو نجسا قليلا أو كثيرا ، وسواء صب الماء عليه أو نبع عليه • وان زال بنفسه أى بأن لم يحدث فيه شيء بل زال تغيره بطلوع الشمس أو الريح أو مرور الزمان طهر أيضا على المذهب وبه قطع الجمهور ، وحكى المتولى عن أبى سعيد الاصطخرى أنه لا يطهر لأنه شيء نجس فلا يطهر بنفسه ، وهذا ليس بشيء لأن سبب النجاسة التغير ، فاذا زال طهر لقوله صلى الله عليه وسلم : « اذا بلغ الماء قلتين لم ينجس » وان زال بأخذ بعضه طهر بلا خلاف بشرط أن يكون الباقى بعد الأخذ قلتين ، فان بقى دونهما لم يطهر بلا خلاف • ويتصور زوال تغيره بأخذ بعضه بأن يكون كثيرا لا يدخله الريح ، فاذا نقص دخلته وقصرته وكذلك الشمس فيطيب ، ثم اذا زال التغير وحكمنا بطهارته ثم تغير فهو باق على طهارته ولا أثر لتغيره لأنه ماء طاهر تغير بغير نجاسة لافتة فكان طاهرا كالذى لم ينجس قط ، ذكره صاحب الحاوى وهو ظاهر لا خفاء به ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

* (وان طرح فيه تراب أو جص فزال التغير ففيه قولان ، قال فى الأم : لا يطهر كما لا يطهر اذا طرح فيه كافور أو مسك فزالت رائحة النجاسة ، وقال فى حرملة : يطهر ، وهو الأصح لأن التغير قد زال فصار كما لو زال بنفسه أو بماء آخر ، ويفارق الكافور والمسك ، لأن هناك يجوز أن تكون الرائحة باقية وانما لم تظهر لغلبة رائحة الكافور والمسك) * •

(الشرح) هذان القولان مشهوران وذكر المصنف أن أحدهما فى الأم والآخر فى حرملة ، وكذا قاله المحاملى فى المجموع ، وقال القاضى أبو الطيب: القولان نقلهما حرملة ونقلهما المزنى فى الجامع الكبير ، وقال الشيخ أبو حامد والماوردى : هذان القولان نقلهما المزنى فى جامعه الكبير عن الشافعى ، وقال صاحب الشامل : نص عليهما فى رواية حرملة ، وقال المحاملى فى التجريد : قال الشافعى فى عامة كتبه : يطهر ، وقال فى حرملة : لا يطهر ، كذا قال فى التجريد عن حرملة لا يطهر ، وهو خلاف ما نقل هو فى المجموع وصاحب

المهذب والجمهور عن حرملة أنه يطهر ، ولكن ذكرنا عن القاضى أبى الطيب وصاحب الشامل أنهما نقلا عن حرملة نقل القولين فصح نقله فى التجريد عن حرملة ونقل الأصحاب •

ثم اختلف المصنفون فى الأصح من القولين فصحح المصنف هنا وفى التنبيه وشيخه القاضى أبو الطيب وأبو العباس الجرجانى والشاشى وغيرهم الطهارة ، وهو اختيار المزنى والقاضى وأبى حامد المروروذى ، وصحح الأكثرون أنه لا يطهر ، وهو الأصح المختار ، ممن صححه المحاملى فى كتابيه المجموع والتجريد والفورانى والبغوى وصاحب العدة والرافعى وغيرهما ، وقطع به المحاملى فى المقنع والشيخ نصر فى الكافى وآخرون • واحتج له المتولى بأنه وقع الشك فى زوال التغير ، واذا وقع الشك فى سبب الاباحة لم تثبت الاباحة كما لو رأى شاة مذبوحة فى موضع فيه مسلمون ومجوس ، وشك هل ذبحها المجوسى أو المسلم ؟ لا تباح •

واعلم أن صورة المسألة أن يكون كدرا ولا تغير فيه ، أما اذا صفا فلا يبقى خلاف بل ان كان التغير موجودا فنجس قطعا والا فطاهر قطعا ، كذا صرح به المتولى وغيره ولا فرق بين أن يكون التغير بالطعم أو اللون أو الرائحة ففى الجميع القولان هذا هو الصواب • وقال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح رحمه الله : عندى أن القولين اذا تغير بالرائحة ، فأما اذا تغير بالطعم أو اللون فلا يطهر قطعا لأنه يستتر بالتراب ، قال : وهذا تحقيق لو عرض على الأئمة لقبلوه ، وهذا الذى قاله رحمه الله خلاف ظاهر كلام الأصحاب وخلاف مقتضى اطلاق من أطلق منهم ، وخلاف تصريح الباقين ، فقد صرح جماعة من كبارهم بأنه لا فرق ، قال المحاملى فى التجريد : ان تغير لونه فورد عليه ما له لون كالخل فأزال تغيره أو تغير ريحه فورد عليه ما له ريح كالكافور فأزاله لم يطهر بلا خلاف ، قال : وان طرح عليه ما لا ريح له ولا لون كالتراب وغيره فأزاله فقولان •

وقال هو فى المجموع : اذا تغير طعم الماء أو لونه أو ريحه نجس ويطهر بأربعة أشياء متفق عليها ، وخامس مختلف فيه فذكر زواله بنفسه وبما يضاف

اليه أو ينبع فيه أو يؤخذ منه ، ثم قال : والمختلف فيــه أن يزول بالتراب فقولان ، ثم قال : وجملته أنه متى تغير طعم الماء فورد عليه ما له طعم ، أو ريحه فورد عليه ما له ريح ، أو لونه فورد عليه ماله لون ، لم يطهر بلا خلاف، وان ورد عليه ما لا طعم له ولا لون ولا ريح فأزال تغيره فهل يطهر ؟ فيــه قولان ، هذا كلام المحاملى • وقال صاحب التتمة : ان تغير لونه فطرح فيــه زعفران أو ريحه فطرح فيه مسك لم يطهر ، وان طرح تراب فهل يطهر قبل أن يصفو ؟ فيه قولان أحدهما : لا يطهر لأن زوال لون النجاسة لم يتحقق لاحتمال أن لون التراب غلبه ، وقال الفورانى : اذا وقعت نجاســة فى ماء فغيرت طعمه أو لونه أو ريحه ــ فان زال التغير بزعفران ــ لم يطهر ، وان زال بتراب فقولان ، الأصح لا يطهر لأنه يستر لون النجاسة • وقال الرافعى: أحد القولين يطهر ، لأن التراب لا يغلب على شىء من الأوصــاف الثلاثة ، والأصح لا يطهر لأنه وان لم يغلب على هذه الأوصاف الا أنه يكدر الماء ، والكدورة سبب الستر ، قال : وذكر بعضهم أن هذا الخلاف فى مسألة التراب مفروض فى التغير بالرائحة ، فأما اللون فلا يؤثر فيه التراب ، قال الرافعى : والأصول المعتمدة ساكتة عن هذا التفصيل ، فهذا الذى ذكره هؤلاء مصرح بأنه لا فرق بين الأوصاف والله أعلم •

وأما قوله وان طرح فيــه تراب أو جص ففيــه قولان ، فكذا قاله الأكثرون ، فطردوا القولين فى الجص والنورة التى لم تحرق ونحو ذلك مما ليس بغالب لصفة تغير الماء وقيل : القولان فى التراب فقط ، وأما غيره فلا يؤثر قطعا [1] نقله الرويانى وصاحب البيان وغيرهما ، والصحيح الأول قال الرويانى : وقد نقل المزنى وحرملة النورة صريحا ونقلا فيها القولين •

ويقال جص بكسر الجيم وفتحها لغتان مشهورتان والكسر أجود ، وهى أعجميــة معربة • وقول المصنف : قال فى الأم وقال فى حرملة ، يعنى قال الشافعى فى كتابه (الأم) وهو الكتاب المعروف رواه عنه الربيع بن سليمان

---

(1) يعنى فلا يطهر قطعا وقول الرويانى فى البحر : وقال أبو حامد : القولان فى التراب فاما بغيره فلا يطهر قولا واحدا ، كذا بهامش الأذرعى .

المرادى ، وقوله : قال فى حرملة يعنى الشافعى فى الكتاب الذى يرويه حرملة عنه ، فسمى الكتاب باسم راويه وناقله وهو حرملة مجازا واتساعا كما سبق بيانه عند ذكر البويطى ، وهو حرملة بن يحيى بن عبد الله بن حرملة بن عمران ابن قراد التجيبى بضم التاء المثناة فوق ، ويقال بفتحها والضم أشهر ، المصرى أبو حفص وقيل أبو عبد الله وهو شيخ مسلم بن الحجاج صاحب الصحيح ، أكثر من الرواية عنه فى صحيحه ، وكفى بذلك له شرفا وفضلا ، ولد سنة ست وستين ومائة وتوفى فى شوال سنة ثلاث وأربعين ومائتين ، وقيل سنة أربع وأربعين رحمه الله •

فان قيل : اذا زال التغير بالتراب ينبغى أن يجزم بنجاسة الماء لكونه متغيرا بتراب متنجس ، قلنا : هذا خيال فاسد لأن نجاسة التراب نجاسة مجاورة للماء النجس ، فاذا زالت نجاسة الماء طهر التراب والماء جميعا لأن عينه طاهرة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان قلتين طهر بجميع ما ذكرناه الا بأخذ بعضه فانه لا يطهر لأنه ينقص عن قلتين وفيه نجاسة) •

(الشرح) هذا الذى قاله متفق عليه ، ويقال : طهر بفتح الهاء وضمها والفتح أفصح ، وسبق بيانه فى أول الكتاب والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كانت نجاسته بالقلة بأن يكون دون القلتين طهر بأن ينضاف اليه ماء (آخر) حتى يبلغ قلتين ، ويطهر بالمكاثرة وان لم يبلغ قلتين كالأرض النجسة اذا طرح عليها ماء حتى غمر النجاسة • ومن أصحابنا من قال : لايطهر لأنه دون القلتين وفيه نجاسة ، والأول أصح ، لأن الماء انما ينجس بالنجاسة اذا وردت عليه ، وههنا ورد الماء على النجاسة فلم ينجس ، اذ لو نجس لم يطهر الثوب (النجس) اذا صب عليه الماء) •

(الشرح) أما المسألة الأولى وهى اذا كاثره فبلغ قلتين فيصير طاهرا مطهرا بلا خلاف سواء كان الذى أورده عليه طاهرا أو نجسا ، قليلا أو كثيرا ،

لقوله صلى الله عليه وسلم: « اذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثا » فلو فرقه بعد ذلك لم يؤثر التفريق بل هو باق على طهوريته ، وكذا لو كان معه قلتان متفرقتان نجستان فجمعهما ــ ولا تغير فيهما ــ صارتا طاهرتين ، فان فرقتا بعد ذلك فهما على طهوريتهما ، كما لو وقعت نجاسة مائعة فى قلتين ولم تغيرهما ثم فرقتا فانهما على الطهورية بلا خلاف ، هذا مذهبنا .

وقال أصحاب أحمد : اذا جمع القلتين النجستين لم تطهرا لأن النجستين لا يتولد منهما طاهر ، كالمتولد من كلب وخنزير ، ودليلنا حديث القلتين ، ويخالف ما ذكروه فان للماء قوة وغاية اذا وصلها لا تؤثر فيه نجاسة بخلاف ما ذكروه والله أعلم .

وأما المسألة الثانية وهى اذا كوثر بالماء ولم يبلغ قلتين فهل يطهر ؟ فيه الوجهان اللذان ذكرهما المصنف وذكر دليلهما ، وهما مشهوران ، لكن الأصح عند المصنف وسائر العراقيين أنه يطهر ، وبه قطع منهم شيخهم أبو حامد وهو قول ابن سريج ، والصحيح عند الخراسانيين لا يطهر ، وبه قطع منهم القاضى حسين ، وقال امام الحرمين : ان صح عن ابن سريج قوله الطهارة فهو من هفواته ، اذ لا معنى لغسل الماء من غير أن يبلغ قلتين ، قال : فلا يتمارى فى فساده وكذا صحح البغوى والرافعى عدم الطهارة وهو الأرجح .

فان قلنا بالأول فهو طاهر غير مطهر كما ذكره المصنف فى الفصل بعده . وسنوضحه ان شاء الله تعالى . قال المتولى وآخرون : هذان الوجهان مبنيان على الوجهين فى اشتراط عصر الثوب النجس اذا غسل ، قالوا : ووجه البناء أن الماء الوارد على النجاسة مزيل لها فلا فرق بين أن يرد على ثوب أو ماء نجس ، والوجهان فى العصر مبنيان على أن الغسالة بعد الفراغ من الغسل طاهرة أم لا ؟ . وفيه الخلاف المشهور . قال أصحابنا : ولو كان الماء نجسا بالتغير فكاثره فزال التغير ولم يبلغ قلتين فهو على الوجهين .

ثم صورة المسألة التى نحن فيها أن يكون الماء الطاهر واردا على الماء النجس ، وأن يكون مطهرا وأن يكون أكثر من النجس ، فان كان مثله لم

يطهر بلا خلاف ، صرح به الشيخ أبو على السنجى وامام الحرمين والبغوى وآخرون ، وهو مفهوم من قول المصنف : (ويطهر بالمكاثرة) ونبه عليه أيضا فى الفصل الذى بعده بقوله : (لأن الغلبة للماء الذى غمره) وذكر المحاملى فى التجريد ثم الشيخ نصر المقدسى ، وبه أجاب الرويانى فى البحر أنه يشترط كون الوارد سبعة أضعاف النجس ، وهذا شاذ وغلط نبهت عليه لئلا يغتر به ، ويظن غفلتنا عنه • وكأنه أخذه من وجه لنا شاذ أنه يشترط كون الماء الذى يغسل به النجاسة سبعة أمثالها ، وسنذكره ان شاء الله تعالى فى باب ازالة النجاسة ونوضح ضعفه وبطلانه • قال الشيخ أبو حامد فى التعليق : فان قيل : حيث حكمتم بطهارة هذا الماء ينبغى أن تقولوا اذا ولغ الكلب فى اناء فصب عليه ماء كاثره به أن يطهر الماء والاناء ، يعنى وان لم يبلغ قلتين : قلنا : من أصحابنا من قال يطهر ومنهم من قال لا يطهر حتى يبلغ قلتين وفرق بينهما •

(فرع) قد ذكرنا أنه اذا كوثر الماء فبلغ قلتين طهر بلا خلاف • وذكرنا انه سواء كوثر بماء طاهر أو نجس كثير أو قليل ، ولو كوثر الماء النجس ببول أو ماء ورد أو عرق أو غير ذلك مما ليس بماء فبلغ به قلتين ولا تغير فيه فالجميع نجس بلا خلاف ، وطريقه فى طهارته بعد هذا أن يصب عليه ماء آخر حتى يبلغ به قلتين طاهرا كان المضاف أو نجسا ، ولو كوثر النجس بماء مستعمل فوجهان حكاهما القاضى حسين وصاحباه المتولى والبغوى وغيرهم • أحدهما : يكون الجميع نجسا لأن المستعمل كالمائع فصار كالعرق ، وأصحهما يصير الجميع مطهرا لقوله صلى الله عليه وسلم : « اذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثا » وهذا كله ماء وقد بلغ قلتين • وبنى القاضى والمتولى الوجهين على أن المستعمل اذا بلغ قلتين هل يعود طهورا ؟ ان قلنا نعم فهذا طهور والا فنجس ، ولو كوثر ماء متغير بزعفران ونحوه فزال تغيره الذى كان بالزعفران فهو طهور ، فان وقع فيه بعد ذلك نجاسة لم تنجسه ، قال الرويانى وصاحب البيان : ولو كان معه من الماء الطاهر قلتان الا كوزا فصب عليه كوز ماء متغير بزعفران ونحوه ثم وقعت فيه نجاسة لم ينجس ، فهذا تحقيق مذهبنا وما يتعلق به فى هذه المسألة •

وأما ما يخترعه بعض الحنفية ويقول : ان مذهب الشافعى أنه لو كان قلتين الا كوزا فكمله ببول طهر • فبهتان لا يعرفه أحد من أصحابنا ، قال الشيخ أبو حامد شيخ الأصحاب : اذا كمله ببول أو نجاسة أخرى فالجميع نجس بلا خلاف بين الشافعيين ، وقال : وأصحاب أبى حنيفة يحكون عنا ما ليس مذهبا لنا والله أعلم •

(فرع) وأما قول المصنف : لأن الماء انما ينجس بالنجاسة اذا وردت عليه ، وهنا ورد عليها فلم ينجس ، ففيه بيان قاعدة لنا معروفة وهى الفرق بين الوارد والمورود ، وهذه القاعدة أخذها أصحابنا من قوله صلى الله عليه وسلم : « اذا استيقظ أحدكم من منامة فلا يغمس يده فى الاناء حتى يغسلها، فانه لا يدرى أين باتت يده » رواه البخارى ومسلم ، وقد سبق بيانه وبيان القاعدة وسنعيده حيث ذكره المصنف فى أول صفة الوضوء ان شاء الله تعالى ، ولنا وجه أن الثوب النجس اذا أورد على الماء بنية غسله لم ينجس الماء بل يطهر الثوب ، وهذا القائل لا يفرق بين الوارد والمورود وسنوضحه مع القاعدة فى باب ازالة النجاسة ان شاء الله تعالى وبالله التوفيق •

قال المصنف رحمه الله تعالى

« واذا أراد الطهارة بالماء الذى وقعت فيه نجاسة وحكم بطهارته نظرت — فان كان دون قلتين وحكم بطهارته بالمكاثرة — لم يجز الوضوء به لأنه — وان كان طاهرا — فهو غير مطهر ، لأن الغلبة للماء الذى غمره ، وهو ماء أزيل به النجاسة فلم يصلح للطهارة •

وان كان أكثر من قلتين نظرت — فان كانت النجاسة جامدة — فالمذهب أنه تجوز الطهارة منه ، لأنه لا حكم للنجاسة القائمة فكان وجودها كعدمها، وقال أبو اسحق وأبو العباس بن القاص : لا يجوز حتى يكون بينه وبين النجاسة قلتان ، فان كان بينه وبين النجاسة أقل من قلتين لم يجز لأنه لا حاجة به الى استعمال ماء فيه نجاسة قائمة ، وان كان الماء قلتين وفيه نجاسة قائمة ففيه وجهان ، قال أبو اسحق : لا تجوز الطهارة به لأنه ماء واحد • فاذا كان ما يبقى بعد ما غرف نجسا وجب أن يكون الذى غرفه نجسا ، والمذهب أنه

يجوز لأن ما يغرف منه ينفصل منه قبل أن يحكم بنجاسته فبقى على الطهارة ، وان كانت النجاسة ذائبة جازت الطهارة به ، ومن أصحابنا من قال : لا يتطهر بالجميع بل يبقى منه قدر النجاسة كما قال الشافعى رحمه الله فيمن حلف لا يأكل تمرة فاختلطت بتمر كثير أنه يأكل الجميع الا تمرة ، وهذا لا يصح لأن النجاسة لا تتميز بل تختلط بالجميع فلو وجب ترك بعضه لوجب ترك جميعه بخلاف التمر) •

(الشرح) أما المسألة الأولى وهى اذا حكمنا بطهارة الماء النجس بالمكاثرة من غير أن يبلغ قلتين فقد قطع المصنف بأنه ليس بطهور ، وهكذا قطع به الجمهور وهو تفريع على المذهب أن المستعمل فى ازالة النجاسة لا تجوز الطهارة به ، فأما اذا قلنا بقول الأنماطى : ان المستعمل فى النجس يستعمل فى الحدث فيجوز الوضوء به هنا فانها هى المسألة بعينها ، وقد نبه على هذا صاحب الحاوى وآخرون وصرحوا به •

وأما المسألة الثانية وهى اذا كان الماء أكثر من قلتين وفيه نجاسة جامدة فقد ذكر وجهين (الصحيح منهما) أنه لا يجب التباعد ، بل تجوز الطهارة منه من حيث شاء • (والثانى) يجب التباعد عن النجاسة بقدر قلتين ، وهذا الخلاف مشهور فى الطريقتين ، لكن العراقيون والبغوى حكوه وجهين كما حكاه المصنف ، وحكاه جمهور الخراسانيين قولين ، الجديد يجب التباعد ، والقديم لا يجب ، واتفقوا على أن الصحيح أنه لا يجب التباعد • قال القاضى أبو الطيب والماوردى والمحاملى وهو قول ابن سريج وأبى سعيد الاصطخرى وعامة أصحابنا : قال الخراسانيون وهذه من المسائل التى يفتى فيها على القديم ، وقد قدمت فى مقدمة الكتاب بيانها وحكمها وما يتعلق بها ، وقد حكى الشيخ أبو على السنجى بكسر السين المهملة واسكان النون وبالجيم أن الشافعى نص فى كتابه اختلاف الحديث وهو من كتبه على موافقة القديم ، وحينئذ لا يسلم كون الافتاء هنا بالقديم •

قال أصحابنا : فاذا شرطنا التباعد لابد من رعاية التناسب فى الأبعاد ، فلو كانت النجاسة على وجه البحر فتباعد شبرا ليحسب عمق البحر وحينئذ يزيد على قلتين لم يكفه ذلك ، بل يشترط أن يتباعد قدرا لو حسب مثله فى العمق

وسائر الجوانب لبلغ قلتين ، لأن المقصـــود أن يكون ماء القلتين حائلا بينه وبين النجاسة والعمق الزائد لا يصلح لذلك ، وان كان الماء منبسطا فى عمق شبر فليتباعد زيادة على ذلك بنسبته على ما ذكرنا ، هكذا قاله امام الحرمين والأكثرون ، وحكى المتولى فيه وجهين أحدهما هذا ، والثانى : يعتبر ذلك من جميع جهات النجاسة (سواء [1]) الجهـــة التى يغترف منها وغيرها ، والصحيح الأول لأنه لا تعلق للمستقى بباقى الجهات .

واذا أوجبنا التباعد هل يكون المـــاء المجتنب نجســـا أم طاهرا منع من استعماله ؟ فيه وجهـــان أصحهما طاهر منع اســـتعماله لقوله صلى الله عليه وسلم : « اذا بلغ الماء قلتين لم ينجس » وبهذا قطع كثيرون ، واقتضاه كلام آخرين . ممن صرح به القاضى أبو الطيب فى تعليقه ، والمحاملى فى كتـــابيه المجموع والتجريد ، وأصحاب الحاوى والشامل والبيان وغيرهم من العراقيين وجماعة من الخراسانيين ونقل الاتفاق عليه الشيخان أبو حامد الاسفراينى وأبو محمد الجوينى . (والوجه الثـــانى) وبه قطع القـــاضى حسين وامام الحرمين والبغوى بأنه نجس حتى قال هؤلاء الثلاثة : لو كان الماء قلتين فقط كان نجسا على هذا القول ، وهذا ضعيف أو غلط منابذ لقوله صلى الله عليه وسلم : « اذا بلغ الماء قلتين لم ينجس » وأما اذا قلنا لا يشترط التباعد فله أن يتطهر من أى موضع شاء منه . هكذا صرح به الأصحاب واتفقوا عليه . قال الماوردى : له أن يستعمل منه أقربه الى النجاسة وألصقه بها ، وخالفهم الغزالى فقال فى الوسيط يجب التباعد عن حريم النجاسة وهو ما تغير شكله بسبب النجاسة ، وهذا الذى قاله شاذ متروك مخالف لما اتفق عليه الأصحاب، وقد صرح هو فى البسيط بموافقة الأصحاب فقطع بأن الراكد لا حريم له يجتنب ، وكذا صرح به شيخه امام الحرمين فى مواضع من النهاية فى هـــذا الباب ، وقال : له أن يستعمل من قرب النجاســـة قال : ووجه ذلك أن تراد الماء يوجب تساوى أجزائه فى النجاسة فالقريب والبعيد سواء والله أعلم .

(وأما المسألة الثالثة) وهى اذا كان الماء قلتين فقط وفيه نجاسة جامدة ففى جواز استعماله الوجهان اللذان ذكرهما المصنف ، واتفق المصنفون على

---

(١) فى ش و ق وندمنا فى الوحيدة (سوى) والصواب سواء (ط) .

أن الأصح الجواز كما ذكره المصنف ، ودليله ما ذكره . والثانى : لا يجوز ، حكاه المصنف والأصحاب عن أبى اسحق ، وحكاه البندنيجى عنه وعن ابن سريج ، ثم ان استعمال هذا الماء يحتاج الى فقه وهو أنه : ان أراد استعمال ما يغرفه بدلو مثلا فينبغى أن يغمس الدلو فى الماء غمسة واحدة ، ولا يغترف فى النجاسة ثم يرفعه فيكون باطن الدلو وما فيه من الماء طاهرا ويكون ظاهر الدلو والباقى بعد المغروف نجسا ، أما نجاسة الباقى فلأن فيه نجاسة وقد نقص عن قلتين . وأما نجاسة ظاهر الدلو فلملاصقة الماء النجس ، وهو الباقى بعد المغروف . وانما حكمنا بطهارة ما فى الدلو لأنه انفصل عن الباقى قبل أن ينقص عن قلتين وانما نقص بعد انفصال المأخوذ ، فلو خالف وأدخل الماء فى الدلو شيئا فشيئا فالجميع نجس بلا خلاف ، لأنه حين دخل أول الشىء فى الدلو نقص الباقى عن قلتين فصار نجسا ، فاذا نزلت الدفعة الثانية فى الدلو وهى نجسة تنجس ما فى الدلو فصار الجميع نجسا ، فطريقه بعد هذا الى طهارته أن يصبه فى الباقى أو يغمسه غمسة واحدة حتى يغمره الماء ويمكث لحظة وهو واسع [1] الرأس فيطهر الجميع ، فاذا فصل الدلو كان باطنه وما فيه طاهرا ويكون الباقى وظاهر الدلو نجسا لما سبق .

أما اذا أراد استعمال ما يبقى بعد الغرف فينظر ان أخذها وحدها فى الدلو فالباقى قلتان فهو طاهر بلا خلاف ، وأبو اسحق يوافق على هذا لأنه قلتان وليس فيه نجاسة ، وان أخذ النجاسة مع شىء من الماء — فان أخذه دفعة واحدة — فباطن الدلو وما فيه نجس وظاهره وما بقى طاهر . أما نجاسة باطن الدلو ومافيه فلكونه ماء يسيرا فيه نجاسة ، وأما طهارة الباقى فلانفصال النجاسة عنه قبل نقصه عن قلتين فبقى على طهارته .

قال أصحابنا : فان قطر من الدلو الى الماء الباقى قطرة نظر — ان كانت من ظاهر الدلو — فالباقى على طهارته لأن ظاهر الدلو طاهر وان كانت من باطنه صار الباقى نجسا ، وان شك فالباقى على طهارته ، ذكره الماوردى وغيره وهو واضح . فان تنجس الباقى وأراد تطهيره فطريقه أن يصبه فيه أو

---

(١) لعل واسع الرأس هنا بمعنى أنه يمتلىء بغمسة واحدة (ط) .

يرد الدلو ويغمسه فيه على ما سبق ، قال أصحابنا : ويستحب له أن يخرج النجاسة أولا ثم يغمس الدلو ليكون طهورا بلا خلاف ، ويخرج من خلاف أبى اسحق ومن مراعاة هذه الدقائق • وكذلك يستحب له فى مسألة التباعد أيضا • ولو اختطف النجاسة أولا ثم نزل عليها من المـاء شىء فباطن الدلو وما فيه من الماء نجس ، وظاهره طاهر ، وكذا الباقى من الماء •

وهذه الصورة فى النقص عن قلتين محمولة على نقص يؤثر ، سواء قلنا : القلتان خمسمائة تحديدا أو تقريبا • وفى الدلو لغتـان التأنيث والتذكير ، والتأنيث أفصح • وانما ذكرت هـذا هنـا لئلا ينكر استعمالنا لهـا من لا معرفة له والله أعلم •

(وأما المسألة الرابعة) وهى اذا وقع فى قلتين أو أكثر نجاسة ذائبة ففيها الوجهان اللذان ذكرهما المصنف ، الصحيح منهما باتفـاق الأصحاب جواز استعمال جميعه • والثانى : يجب تبقية قدر النجاسة ولم يسم الجمهور قائل هذا الوجه ، وسماه الدارمى فقال : حكاه ابن القطان عن ابن ميمون • قال أصحابنا : هذا الوجه غلط وأبطلوه بما أبطله به المصنف ، قالوا : لأنا نقطع بأن الباقى ليس عين النجاسة فلا فائدة فى تركه ، بل ان وجب ترك شىء وجب ترك الجميـع ، فلما اتفقوا على أنه لا يجب ترك الجميـع وجب أن يقال : يستعمل الجميع لأن النجاسة استهلكت • وصورة المسألة أن تكون النجاسة الذائبة قليلة لم تغير الماء مع مخالفتها له فى صـفاته ، أو كانت موافقة له فى صفاته وكانت بحيث لو قدرت مخالفة له لم تغيره ، وقد تقدم بيان هذا فى آخر الباب الأول والله أعلم •

(فرع) ان قيل : ما الفائدة فى حكاية المصنف : مذهب أبى اسحق فيما اذا كان الماء قلتين فقط ، ونحن قد عرفنا مذهبه من المسألة الأولى فانه اشترط التباعد عن النجاسة بقلتين ، فيعلم بهذا أنه اذا كان قلتين لا يجوز استعماله بفقد الشرط وهو التبـاعد ؟ فالجواب أن أبا اسحق يقول هنـا : لا يجوز استعماله وان جوزناه هناك لمعنى هنا وهو ما علل به •

(فرع) ذكر المصنف أبا اسحق وابن القـاص ، فأما أبو اسحق فهو المروزى واسمه ابراهيم بن أحمد وهو صاحب أبى العباس بن سريج انتهت

اليه رياسة بغداد فى العلم وشرح المختصر وصنف فى الأصول والفروع ، وعنه وعن أصحابه انتشر فقه الشافعي فى الأقطار ، وهو جدنا فى التفقه فانه أحد أركان سلسلة تفقه الشافعية ، توفى بمصر سنة أربعين وثلثمائة ، وأما أبو العباس بن القاص بتشديد الصاد المهملة فاسمه أحمد بن أبى أحمد ، امام جليل ، وهو صاحب ابن سريج أيضا • وعنه أخذ الفقه أهل طبرستان ، صنف كتبا كثيرة كالتلخيص والمفتاح وأدب القاضى والمواقيت والقبلة وغيرها ، توفى بطرسوس سنة خمس وثلاثين وثلثمائة رحمه الله •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان الماء جاريا وفيه نجاسة جارية كالميتة والجرية المتغيرة فالماء الذى قبلها طاهر ، لأنه لم يصل الى النجاسة فهو كالماء الذى يصب على النجاسة من ابريق ، والذى بعدها طاهر أيضا لأنه لم تصل اليه النجاسة ، وأما ما يحيط (بالنجاسة) من فوقها وتحتها ويمينها وشمالها ــ فان كان قلتين ولم يتغير ــ فهو طاهر وان كان دونهما فنجس كالراكد ، وقال أبو العباس ابن القاص : فيه قول آخر قاله فى القديم انه لا ينجس الماء الجارى الا بالتغير لأنه ماء ورد على النجاسة فلم ينجس من غير تغير كالماء المزال به النجاسة ، وان كانت النجاسة واقفة والماء يجرى عليها فان ما قبلها وما بعدها طاهر ، وما يجرى عليها ان كان قلتين فهو طاهر ، وان كان دونهما نجس ، وكذا كل ما يجرى عليها بعدها فهو نجس ، ولا يطهر شىء من ذلك حتى يركد فى موضع ويبلغ قلتين ، وقال أبو اسحاق وأبو العباس بن القاص والقاضى أبو حامد : ما لم يصل الى الجيفة فهو طاهر : (والماء الذى بعد الجيفة) يجوز أن يتوضأ منه اذا كان بينه وبين الجيفة قلتان والأول أصح ، لأن لكل جرية حكم نفسها فلا يعتبر فيه القلتان) •

(الشرح) هذا الفصل كله ذكره أصحابنا كما ذكره المصنف ورجحوا ما رجحه ، الا أن امام الحرمين والغزالى والبغوى اختاروا فيما اذا كانت النجاسة مائعة مستهلكة لا ينجس الماء وان كان كل جرية دون قلتين ، وهذا غير القول القديم الذى حكاه ابن القاص ، فان ذاك لا فرق فيه بين النجاسة الجامدة والمائعة ، واحتج الامام والغزالى لهذا بأن الأولين لم يزالوا يتوضئون

من الأنهار الصغيرة أسفل من المستنجين وهذا الذى اختاره قوى ، وأجاب الامام عن حديث القلتين بأن مجموع المـاء الذى فى هـذا النهر يزيد على القلتين ، والمشهور فى المذهب والذى عليه الجمهور أنه لا فرق بين الجارى والراكد ، وكذا نقله الرافعى عن الجمهور .

وأما ما ذكره من وضوء الأولين فلم يثبت أنهم كانوا يتوضـئون تحت المستنجين ولا أنهم كانوا يستنجون فى نفس الماء ، وقوله : الجرية هى بكسر الجيم وهى الدفعة التى بين حافتى النهر فى العرض ، هكذا فسرها أصحابنا، وأما قوله : فان كان الذى يحيط بهـا قلتين فهـو طاهر ، فكذا صرح به الأصحاب وله أن يتطهر من أى موضع أراد ولو من نفس النجاسة ولا يجتنب شيئا ، هذا هو المذهب ، وقيل يجىء الخلاف فى التباعد حكاه امام الحرمين عن بعض الأصحاب ، وحكاه الغزالى والبغـوى وغيرهم ، قال الامام وقال الأكثرون : لا يجىء ذلك الخلاف لأن جريان الماء يمنع انتشار النجاسة . ثم اختار الامام والغزالى فى البسيط والوسيط أنه يجب اجتناب حريم النجاسة فى الجارى وهو ما ينسب اليهـا ، وقد سبق أن الغزالى فى الوسيط أوجب اجتناب حريم الراكد أيضا ، ففرق فى البسيط بين الحريمين فأوجب اجتنابه فى الجارى دون الراكد أو كذا فرق شيخه ، قال : لأن الراكد لا حركة له حتى ينفصـل البعض عن البعض فى الحكم ، والمذهب المشـهور الذى قطع به الجمهور أنه لا يجب اجتناب الحريم لا فى الجارى ولا فى الراكد ، وكذا نقله الرافعى عن الجمهور وجعله المذهب والله أعلم .

واذا كانت الجرية التى فيها النجاسة دون القلتين وقلنا : انها نجسة فقال البغوى : محل النجاسة من الماء والنهر نجس ، والجرية التى تعقبها تغسـل المحل فهى فى حكم غسالة النجاسة حتى لو كانت نجاسة كلب فلابد من سبع جريات عليها ، وقوله فى النجاسـة الواقفة : ان كان ما يجرى عليهـا قلتين فطاهر ، يعنى ان كانت الجرية قلتين وكذا كل جرية هى قلتان لا تغير فيهـا فهى طاهرة ، وقوله : ان كانت دونه فنجس يعنى على الصحيح الجديد ، وأما على القديم أن الجارى لا ينجس الا بالتغير فهو طاهر . وقوله : ولا يطهر شىء من ذلك حتى يركد فى موضع فيبلغ قلتين ، وقال أبو اسحاق وابن القاص

ـ الى قوله : والأول أصح ـ هذا الذى صححه هو الذى صححه أصحابنا المصنفون وهو قول أكثر المتقدمين ، وعلى هـذا لا يزال نجسـا وان امتد فراسخ وبلغ مجموعه ألف قلة • وقد يقال : ماء بلغ ألف قلة لا تغير فيه وهو محكوم بنجاسته وهذه صورته ، ويقال : ماء بلغ ألف قلة ولا تغير فيه وهو محكوم بطهارته لا يصح الوضوء ببعضه ، وذلك يتصور فى مسألة البئر التى تسقط فيها شعر الفأرة كما سنوضحها فى مسائل الفرع ان شاء الله تعـالى والله أعلم •

(فرع) لو كانت جرية نجسة لمرورها على نجاسـة واقفة أو لوقوع نجاسة مائعة فيها أو غير ذلك فاتصلت بماء راكد تبلغ به قلتين الا أنهـا لم تختلط به لكون أحدهما صافيا ، والآخر كدرا ، حكم بطهـارة الجميع بلا خلاف بمجرد الاتصال ، كذا قاله أصحابنا لحـديث القلتين ، قالوا : ولأن الاعتبار باجتماع الماء الكثير فى مكان واحد وقد وجد ذلك ، وكذا لو كان قلتان صافية وكدرة احداهما نجسـة غير متغيرة بالنجاسـة فجمعهما وبقى الكدر متميزا غير ممتزج حكم بطهارة الجميع بلا خلاف •

(فرع) ذكر المصنف هنـا القاضى أبا حامد وهو المروروذي بالذال المعجمة وبالتشديد واسمه أحمد بن عامر بن بشر وهو صاحب أبى اسحاق المروزى قال المصنف فى طبقاته : كان اماما لا يشق غباره ، نزل البصرة ودرس بها وعنه أخذ فقهاؤها ، وصنف الجـامع فى المذهب وشرح مختصر المزنى وصنف فى أصول الفقه ، توفى سنة اثنتين وستين وثلثمائة رحمه الله •

(فرع) ذكر المصنف أن المـاء الذى يصب على نجاسـة من ابريق لا ينجس ، ومراده الذى يتصل طرفه بالنجاسة بحيث يكون الماء متصلا من الابريق الى النجاسة ، وانما لا ينجس لأن النجاسة لا تنعطف ، وهذا الذى قاله متفق عليه ، قال امام الحرمين فى كتاب الصيد والذبائح فى مسألة عض الكلب : الماء المتصعد من فوارة اذا وقعت نجاسة على أعلاه لا ينجس ما تحته ونحو هذا ما ذكره القاضى حسين فى الفتاوى ، قال : لو كان كوز يبز [1] الماء

---

(١) لعله من البزياز بفتح الباء قصبة من حديد ، على فم الكير ينفخ النافخ قال الأعشى : (أيها خشيم حرك البزباذا) وبزبز الشىء رمى به ، ويمكن أن يكون (كوزينز) بالنون (ط) •

من أسفله فوضع أسفله على نجاسة لا ينجس المـاء لأن خروج المـاء يمنع النجاسة والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان بعضه جاريا وبعضه راكدا بأن يكون فى النهر موضع منخفض يركد فيه الماء والماء يجرى بجنبه ، والراكد زائل عن سمت الجرى فوقع فى الراكد نجاسة وهو دون قلتين ــ فان كان مع الجرية التى يحاذيها يبلغ قلتين ــ فهو طاهر ، وان لم يبلغ قلتين فهو نجس ، وتنجس كل جرية بجنبها الى أن يجتمع فى موضع قلتان فيطهر) •

(الشرح) هذا الذى ذكره المصنف قد ذكره هكذا أيضـا كثيرون ، وقال الشيخ أبو حامد ، ان كان الراكد النجس دون قلتين نظر ــ ان دخل الجارى على الراكد وخرج منه من الجانب الآخر ــ فان بلغا قلتين فطاهران والا فنجسـان • وان لم يدخل على الراكد بل جرى على سـننه ، فان كان الجارى دون قلتين ــ فهو نجس لأنه يلاصق ماء نجسا ، وان كان قلتين لم ينجس ، ولكن قال الشافعى : لا يطهر به الراكد لأنه يفارقه وما فارق الشىء فليس معه ، وهذا الذى ذكره أبو حامد ضعيف •

وسلك امام الحرمين طريقا جامعا مبسوطا فى هذه المسألة ، ثم اختصره الغزالى فى البسيط • فقال : اذا جرى الماء فى حوض طرفاه راكدان فللطرفين حكم الراكد ، وللمتحرك حكم الجارى ، فلو وقعت نجاسة فى الجـارى لم ينجس الراكد اذا لم نوجب التباعد ، وان كان الراكد قليلا • لأنا نجوز رفع الماء من طرف النجاسة فى هذه الصورة ، فلو وقع فى الراكد وهو دون قلتين نجاسة فهو نجس ، والجارى يلاقى فى جريانه ماء نجسا وقد يقتضى الحـال تنجيسه على ما سبق ، فلو كان الماء يستدير فى بعض أطراف الحوض ثم يشتد فى المنفذ ، قال الامام : أرى له حكم الراكد لأن الاستدارة فى معنى التدافع والتراد يزيد على الركود • ولو كان فى وسط النهر حفرة لها عمق ، فقد نقل صاحب التقريب أن الماء فى الحفرة له حكم الراكد • وان جرى فوقها • يعنى نقله عن نص الشافعى • قال الغزالى : والوجه أن يقال : ان كان الجارى يقلب ماء الحفرة ويبدله فله حكم الجارى أيضا ، وان كان يلبث فيها قليلا ثم يزايلها

فله فى وقت اللبث حكم الراكد وكذا ان كان لا يلبث ، ولكن تتثاقل حركته فله فى وقت التثاقل حكم الماء الذى بين يديه ارتفاع وسنذكره ان شاء الله تعالى فى فرع •

(فرع) قال امام الحرمين والغزالى فى البسيط : اذا جرى الماء منحدرا فى صبب أو مستو من الأرض فهو الجارى حقا ، فلو كان قدامه ارتفاع فالماء يتراد لا محالة ، ويجرى مع ذلك جريا متباطئا ، فظاهر المذهب أن له حكم الراكد ، ومن أصحابنا من قال : هو جار ، قال الامام والغزالى : وهذا ضعيف لا نعده من المذهب •

(فرع) فى مسائل تتعلق بالباب (احداها) : سبق أن المائعات غير الماء تنجس بملاقاة النجاسة وان بلغت قلالا ، وسبق بيان الفرق بينه وبين الماء ، وحكى صاحب العدة عن أبى حنيفة أن المائع كالماء اذا بلغ الحد الذى يعتبرونه •

الثانية : انغمست فأرة فى مائع أو ماء قليل وخرجت حية فمنفذها نجس وقد لاقاه فهل ينجسه ؟ وجهان حكاهما الامام وآخرون ، أصحهما : لا • لأن الأولين لم يحترزوا عن مثل هذا والثانى : نعم طردا للقياس • ولو انغمس فيه مستجمر بالأحجار نجسه بلا خلاف • ولو حمل المصلى مستجمرا بطلت صلاته فى أصح الوجهين لعدم الحاجة اليه •

الثالثة : قال امام الحرمين ولو وقف ماء كثير على مستو من الأرض وانبسط فى عمق شبر أو فتر مثلا فليس للماء فى هذا المقر تراد وتدافع ولا يتقوى البعض بالبعض كما يتقوى اذا كان له عمق مناسب لطوله وعرضه • فاذا وقعت نجاسته على طرف هذا الماء وقلنا لا يجب التباعد فهل يجب هنا ؟ وجهان حكاهما المحاملى فى القولين والوجهين أحدهما : لا ، طردا للقياس • والثانى : يجب لأن أجزاء هذا الماء وان تواصلت فهى ضعيفة ، فاذا قرب من محلها كان كالمغترف من ماء قليل ، قال الامام : وهذا الذى ذكره يقتضى سياقه أن يقال : لو نقص عن القلتين قدرا يسيرا وهو منبسط كما سبق فوقعت فى طرفه نجاسة لا ينجس الطرف الأقصى على الفور ، لأن

النجاسة لا تنبث بسرعة مع انبساط الماء وضعف تراده ، قال الامام : وهذا لم يصر اليه أحد من الأئمة •

الرابعة : قال صاحب العـدة : لو كانت ساقية تجرى من نهر الى آخر فانقطع طرفاها ووقعت فيها نجاسة ، قال صاحب التلخيص نجس الذى فيهـا لأنه دون قلتين ، وان كان متصلا بقلتين قال أصحابنا : هذا اذا كان أسـفل الساقية وأعلاها مستويا والماء راكد فيها نجس كله اذا تقاصر عن قلتين ، فأما ان كان أعلا الساقية أرفع من أسفلها والماء يجرى فيها ــ فوقعت نجاسة فى أسفلها ــ فلا ينجس الذى فى أعلاها ، وصار بمنزلة ماء يصب من اناء على نجاسة فما لم يصل النجاسة منه طاهر ، وان كان فى الطريق •

الخامسة : قال صاحب العدة لو توضأ من بئر ثم أخرج منها دجاجة ميتة منتفخة لم يلزمه أن يعيد من صـلاته الا التى تيقن أنه صلاها بماء نجس ، قال : وقال أبو حنيفة : يلزمه اعادة صلوات ثلاثة أيام ولياليها •

السادسة : قال أصحابنا : لو غمس كوز ممتلىء ماء نجسا فى ماء كثير طاهر ــ فان كان واسع الرأس ــ فأصح الوجهين أنه يعود مطهرا لاتصـاله بقلتين (والثانى) لا ، لأنه كالمنفصل • وان كان ضيق الرأس فأصح الوجهين لا يطهر ، واذا قلنا فى الصورتين يطهر فهل يطهر على الفور أو لابد من مكث زمان يزول فيه التغير لو كان متغيرا ؟ فيه وجهان أصحهما الثـانى ويكون الزمان فى الضيق أكثر منه فى الواسع ، فان كان ماء الكوز متغيرا فلابد من زوال تغيره ولو كان الكوز غير ممتلىء فما دام يدخل فيه الماء لا يطهر لعدم الاتصال الا أن يدخل فيه أكثر مما كان فيه فيكون فيه الوجهان السابقان فى المكاثرة • قال القاضى حسين والمتولى : ولو كان ماء الكوز طاهرا فغمسـه فى نجس ينقص عن قلتين بقدر ماء الكوز فهل يحكم بطهارة النجس ؟ فيـه الوجهان قلت : والطهارة هنا أولى والله أعلم •

السابعة : ماء البئر كغيره فى قبول النجاسـة وزوالها ، فان كان قليـلا وتنجس بوقوع نجاسة فينبغى ألا ينزح لينبع طهور بعده لأنه اذا نزح بقى قعر البئر نجسا وقد يتنجس جدران البئر بالنزح أيضا ، بل ينبغى أن يترك

ليزداد فيبلغ حد الكثرة ، فان كان نبعها قليلا لا يتوقع كثرته صب فيها ماء ليبلغ الكثرة ويزول التغير ان كان تغير ، وان كان الماء كثيرا طاهرا وتفتتت فيه نجاسة كفأرة تمعط شعرها بحيث يغلب على الظن أنه لا تخلو دلو عن شعرة ــ فان لم يتغير ــ فهو طهور كما كان لكن يتعذر استعماله ، فالطريق الى ذلك أن يستقى الماء كله ليذهب الشعر معه • فان كانت العين فوارة وتعذر نزح الجميع فلينزح ما يغلب على الظن أن الشعر خرج كله ، وفسر امام الحرمين هذا بأن يتابع الدلاء بحيث لا تسكن حركة ماء البئر بالدلو الأولى حتى تلحقها الثانية ، ثم هكذا فى كل دلو حتى ينزح مثل الماء الذى كان فى البئر مرة ، قال : والاستظهار عندى أن ينزح مثله مرارا واذا أخذ من هذه البئر بعد الاستقاء المذكور شيئا فهو طاهر لأنه غير مستيقن النجاسة ولا مظنونها ، ولا يضر احتمال بقاء الشعر فان تحقق بعد ذلك شعرا حكم به ، فلو أخذ قبل النزح دلوا فنظر فلم ير فيها شعرا فهو طهور قطعا ، فلو لم ينظر وغلب على ظنه أنه لا ينفك عن شعر ففى طهارته القولان فى تقابل الأصل والظاهر ، هكذا ذكره امام الحرمين وهو كلام حسن ، هذا كله تفريع على المذهب وهو أن الشعر نجس ــ فان قلنا : طاهر ــ فالماء على طهارته صرح به الرافعى وغيره • ونقل عن الغزالى أنه أجرى فى تدريسه للوسيط هذا الحكم مع القول بطهارة الشعر ، قال : لأن الشعر يتمعط ملتصقا به شىء من جلد الفأرة ولحمها وذلك نجس ، وهذا النقل ان صح عنه متروك لأنه توهم منجس والأصل عدمه والله أعلم •

هذا تفصيل مذهبنا ، وحكى ابن المنذر وغيره خلافا منتشرا للعلماء فى البئر اذا وقعت فيها نجاسة لم تغيرها ، فقال مالك وموافقوه فى أن الماء لا ينجس الا بالتغير : هو طاهر يجوز استعماله ، وقال : وعن على بن أبى طالب وابن الزبير : ينزحها حتى تغلبهم ، وعن الحسن والثورى : ينزحها كلها ، وقال الشعبى والأوزاعى وأبو حنيفة وغيرهم : ينزح منها دلاء مخصوصة ، واختلفوا فى عددها واختلافها باختلاف النجاسة ولا أصل لشىء من ذلك ، فالصواب ما قدمناه من مذهبنا ومذهب مالك والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب

ما يفسد الماء من الاستعمال وما لا يفسده

(الماء المستعمل ضربان مستعمل فى طهارة الحدث ، ومستعمل فى طهارة النجس ، فأما المستعمل فى طهارة الحدث فينظر فيه ــ فان استعمل فى رفع الحدث ــ فهو طاهر ، لأنه ماء طاهر لاقى محلا طاهرا فكان طاهرا ، كما لو غسل به ثوب طاهر ، وهل يجوز به الطهارة أم لا ؟ فيه طريقان : من أصحابنا من قال : فيه قولان (المنصوص) أنه لا يجوز لأنه زال عنه اطلاق اسم الماء فصار كما لو تغير بالزعفران ، وروى عنه أنه قال : يجوز الوضوء به لأنه استعمال لم يغير صفة الماء فلم يمنع الوضوء به كما لو غسل به ثوب طاهر ، ومن أصحابنا من لم يثبت هذه الرواية) .

(الشرح) يعنى طهارة الحدث الوضوء والغسل ، واجبا كان أو مندوبا كالأغسال المسنونة وتجديد الوضوء والغسلة الثانية ، ثم قسم طهارة الحدث الى ما رفع حدثا وغيره ، وأما قوله : المنصوص أنه لا يجوز ، فخص هذا بأنه منصوص مع أن هذا الثانى عند هذا القائل منصوص أيضا ثابت عن الشافعى ، فجوابه أنه أراد بالمنصوص المسطور فى كتب الشافعى ، وقد استعمل المصنف مثل هذه العبارة فى مواضع ، منها فى باب الآنية فى نجاسة الشعور ، وأما قوله : وروى عنه فيعنى روى عن الشافعى وهذا الراوى هو عيسى بن أبان الامام المشهور .

قال الشيخ أبو حامد : نص الشافعى فى جميع كتبه القديمة والجديدة أن المستعمل ليس بطهور ، وقال أبو ثور : سألت أبا عبد الله عن الوضوء به فتوقف فيه وحكى عيسى بن أبان أن الشافعى أجاز الوضوء به وتكلم عليه. قال أبو حامد : فقال بعض أصحابنا مذهب الشافعى أنه غير طهور ، وقول أبى ثور لا ندرى من أراد بأبى عبد الله ؟ هل هو الشافعى ؟ أو مالك ؟ أو أحمد ؟ ولو أراد الشافعى فتوقفه ليس حكما بأنه طهور ، وعيسى بن أبان مخالف لنا ، ولا نأخذ مذهبنا عن المخالفين ، وقال بعض الأصحاب : عيسى

ثقة لا يتهم فيما يحكيه ، ففى المسألة قولان • وقال صاحب الحاوى : نصه فى كتبه القديمة والجديدة وما نقله جميع أصحابه سماعا ورواية أنه غير طهور ، وحكى عيسى بن أبان فى الخلاف عن الشافعى أنه طهور ، وقال أبو ثور : سألت الشافعى عنه فتوقف ، فقال أبو اسحق وأبو حامد المروروذى : فيه قولان ، وقال ابن سريج وأبو على بن أبى هريرة : ليس بطهور قطعا ، وهذا أصح ، لأن عيسى ــ وان كان ثقة ــ فيحكى ما حكاه أهل الخلاف ، ولم يلق الشافعى فيحكيه سماعا ولا هو منصوص فيأخذه من كتبه ولعله تأول كلامه فى نصرة طهارته ردا على أبى يوسف فحمله على جواز الطهارة به •

وقال المحاملى : قول من رد رواية عيسى ليس بشىء ، لأنه ثقة وان كان مخالفا (قلت) هذا هو الصواب ، وأن فى المسألة قولين وبهذا الطريق قطع المصنف فى التنبيه والفورانى والمتولى وآخرون ، واتفقوا على أن المذهب الصحيح أنه ليس بطهور ، وعليه التفريع • وأما قول المصنف زال عنه اطلاق اسم الماء ففيه تصريح بأن الماء المستعمل ليس بمطلق ، وقد سبق الخلاف فيه فى أوائل الباب الأول •

(فرع) قد ذكرنا أن المستعمل طاهر عندنا بلا خلاف وليس بمطهر على المذهب وفى المسألتين خلاف للعلماء ، فأما كونه طاهرا فقد قال به مالك وأحمد وجمهور السلف والخلف ، وقال أبو يوسف : نجس وعن أبى حنيفة ثلاث روايات ، احداها رواية محمد بن الحسن : طاهر كمذهبنا ، قال صاحب الشامل وغيره : وهو المشهور عنه • والثانية : نجس نجاسة مخففة • والثالثة: نجس نجاسة مغلظة ، واحتج لهما بقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يبولن أحدكم فى الماء الدائم ثم يتوضأ منه ، ولا يغتسل فيه من الجنابة » قالوا فجمع بين البول والاغتسال ، والبول ينجسه وكذا الاغتسال ، قالوا : ولأنه أدى به فرض طهارة فكان نجسا كالمزال به النجاسة •

واحتج أصحابنا بحديث جابر رضى الله عنه قال : « مرضت فأتانى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رضى الله عنه يعودانى فوجدانى قد أغمى على فتوضأ النبى صلى الله عليه وسلم ثم صب وضوءه على فأفقت » رواه البخارى ومسلم ، هكذا احتج به أصحابنا والبيهقى منهم ، وقد يعترض على

الاستدلال به والجواب ظاهر ، واحتجوا أيضا بقوله صلى الله عليه وسلم : « الماء طهور لا ينجسه شيء » وهو حديث صحيح سبق بيانه فى أول الكتاب ومواضع بعده وهو على عمومه الا ما خص لدليل • واحتج الشافعى ثم الأصحاب بأن النبى صلى الله عليه وسلم والصحابة رضى الله عنهم كانوا يتوضئون ويتقاطر على ثيابهم ولا يغسلونها ، واحتجوا بما ذكره المصنف : ماء طاهر لاقى محلا طاهرا فكان طاهرا ، كما لو غسل به ثوب طاهر ، لأن الماء طاهر والأعضاء طاهرة فمن أين النجاسة ؟ •

قالت الحنفية : لا يمتنع مثل هذا فان الشافعى قال : لو وطىء عبد أمة يعتقدها حرة فولدت فالولد حر ، فالحرية من أين جاءت ، فأجاب الشيخ أبو حامد بأن حكم الولد يتغير بالاعتقاد ، ولهذا لو وطىء أمة يعتقدها أمة كان الولد رقيقا ولو اعتقدها حرة كان حرا ، فيتغير بالاعتقاد وليس الماء كذلك •

والجواب عن حديث « لا يبولن أحدكم فى الماء الدائم ولا يغتسل فيه من الجنابة » من أوجه (أحدها) أن هذا الحديث رواه هكذا أبو داود فى سننه من رواية محمد بن عجلان عن أبيه عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم ورواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يبولن أحدكم فى الماء الدائم ثم يغتسل منه » وفى رواية لمسلم : « لا يغتسل أحدكم فى الماء الدائم وهو جنب ، فقيل لأبى هريرة : كيف يفعل ؟ قال : يتناوله تناولا » فهاتان الروايتان خلاف رواية أبى داود ، قال البيهقى : رواية الحفاظ من أصحاب أبى هريرة كما رواه البخارى ومسلم •

وأشار البيهقى الى تقديم هذه الرواية وجعله جوابا لاستدلالهم به • لكن لا يرتضى هذا الجواب ولا الترجيح ، لأن الترجيح انما يستعمل اذا تعذر الجمع بين الروايتين وليس هو متعذرا هنا بل الجواب المرضى ما اعتمده أصحابنا ، لأنه لا يلزم اشتراك القرينين فى الحكم قال الله تعالى : « كلوا من ثمره اذا أثمر وآتوا حقه [1] » فالأكل غير واجب ، والايتاء واجب • وأجاب

---

(١) الآية ١٤١ من سورة الانعام •

الشيخ أبو حامد بأن المراد اشتراكهما فى منع الوضوء به بعد ذلك ، ونحن نقول به بشرط كون الماء دون قلتين • وجواب آخر وهو أن النهى عن البول والاغتسال فيه ليس لأنه ينجس بمجرد ذلك بل لأنه يقذره ويؤدى الى تغيره، ولهذا نص الشافعى والأصحاب على كراهة الاغتسال فى الماء الراكد وان كان كثيرا ، وسنوضحه فى باب الغسل ان شاء الله تعالى • وعلى الجملة تعلقهم بهذا الحديث وحكمهم بنجاسة الماء به عجب •

وأما قياسهم على المزال به نجاسة فجوابه من أوجه أحدها : لا نسلم نجاسته اذا لم يتغير وانفصل وقد طهر المحل • الثانى : أنا حكمنا بنجاسته لملاقاته محلا نجسا بخلاف المستعمل فى الحدث • الثالث : أنه انتقلت اليه النجاسة ، والله أعلم •

وأما المسألة الثانية : وهى كونه ليس بمطهر فقال به أيضا أبو حنيفة وأحمد وهو رواية عن مالك ، ولم يذكر ابن المنذر عنه غيرها ، وذهب طوائف الى أنه مطهر وهو قول الزهرى ، ومالك والأوزاعى ــ فى أشهر الروايتين عنهما • وأبى ثور وداود • قال ابن المنذر : وروى عن على وابن عمر وأبى أمامة وعطاء والحسن ومكحول والنخعى أنهم قالوا فيمن نسى مسح رأسه فوجد فى لحيته بللا : يكفيه مسحه بذلك البلل ، قال ابن المنذر : وهذا يدل على أنهم يرون المستعمل مطهرا ، قال : وبه أقول •

واحتج لهؤلاء بقول الله تعالى : «وأنزلنا من السماء ماء طهورا» والفعول لما يتكرر منه الفعل ، وبما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه : « توضأ فمسح رأسه بفضل ماء فى يده » وفى حديث آخر أنه صلى الله عليه وسلم « مسح رأسه ببلل لحيته » وعن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم : « اغتسل فنظر لمعة من بدنه لم يصبها الماء فأخذ شعرا من بدنه عليه ماء فأمره على ذلك الموضع » قالوا : ولأنه ماء لاقى طاهرا فبقى كما لو غسل به ثوب ، ولأنه مستعمل فجاز الطهارة به كالمستعمل فى تجديد الوضوء ، ولأن ما أدى به الفرض مرة لا يمتنع أن يؤدى به ثانيا كما يجوز للجماعة أن يتيمموا من موضع واحد ، وكما يخرج الطعام فى الكفارة ثم يشتريه ويخرجه فيها ثانيا وكما يصلى فى الثوب الواحد مرارا •

قالوا : ولأنه لو لم تجز الطهارة بالمستعمل لامتنعت الطهارة ، لأنه بمجرد حصوله على العضو يصير مستعملا ، فاذا سال على باقى العضو ينبغى أن لا يرفع الحدث • وهذا متروك بالاجماع فدل أن المستعمل مطهر ، واحتج أصحابنا بحديث الحكم بن عمرو رضى عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى أن يتوضأ الرجل بفضل طهور المرأة » رواه أبو داود والترمذى والنسائى وغيرهم قال الترمذى : حديث حسن ، وقال البخارى : ليس هو بصحيح • قالوا : ووجه الاستدلال أن المراد بفضل طهورها ما سقط عن أعضائها لأنا اتفقنا نحن والمنازعون على أن الباقى فى الاناء مطهر فتعين حمله على الساقط وفى صحة هذا الحديث والاستدلال به هنا نظر وسيأتى بيانه أوضح من هذا فى باب الغسل ان شاء الله تعالى حيث ذكره المصنف • واحتجوا بحديث أبى هريرة السابق مع أبى حنيفة : « لا يغتسل أحدكم فى الماء الدائم وهو جنب » قالوا : والمراد نهيه لئلا يصير مستعملا ، وفى هذا الاستدلال نظر لأن المختار والصواب أن المراد بهذا الحديث النهى عن الاغتسال فى الدائم وان كان كثيرا لئلا يقذره وقد يؤدى تكرار ذلك الى تغيره •

واحتجوا بالقياس على المستعمل فى ازالة النجاسة ولكن الفرق ظاهر ، وأقرب شىء يحتج به ما احتجوا به قال امام الحرمين وهو عمدة المذهب أن النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضى الله عنهم احتاجوا فى مواطن من أسفارهم الكثيرة الى الماء ولم يجمعوا المستعمل لاستعماله مرة أخرى • فان قيل : تركوا الجمع لأنه لا يتجمع منه شىء ، فالجواب أن هذا لا يسلم ، وان سلم فى الوضوء لم يسلم فى الغسل • فان قيل : لا يلزم من عدم جمعه منع الطهارة به ولهذا لم يجمعوه للشرب والطبخ والعجن والتبرد ونحوها مع جوازها به بالاتفاق ، فالجواب ان ترك جمعه للشرب ونحوه للاستقذار فان النفوس تعافه فى العادة وان كان طاهرا كما استقذر النبى صلى الله عليه وسلم الضب وتركه فقيل أحرام هو ؟ قال : « لا ولكنى أعافه » وأما الطهارة به ثانية فليس فيها استقذار ، فتركه يدل على امتناعه •

ومما احتجوا به أن السلف اختلفوا فيمن وجد من الماء بعض ما يكفيه لطهارته هل يستعمله ثم يتيمم للباقى ؟ أم يتيمم ويتركه ؟ ولم يقل أحد يستعمله ثم يجمعه ثم يستعمله فى بقية الأعضاء ، ولو كان مطهرا لقالوه •

فان قيل : لأنه لا يتجمع منه شيء فالجواب لا نسلم ذلك بل الحال فى ذلك مختلف كما قدمته قريبا .

وأما الجواب عن احتجاجهم بالآية فمن وجهين أحدهما : لا نسلم أن فعولا يقتضى التكرر مطلقا بل منه ما هو كذلك ومنه غيره وهذا مشهور لأهل العربية والثانى : المراد بطهور المطهر والصالح للتطهير والمعد لذلك .

وأما قولهم : توضأ النبى صلى الله عليه وسلم فمسح رأسه بفضل ماء كان فى يده . فهذا الحديث رواه هكذا أبو داود فى سننه واسناده عن عبد الله [1] بن محمد بن عقيل عن الربيع بنت معوذ رضى الله عنها ، وروى مسلم وأبو داوود وغيرهما عن عبد الله بن زيد [2] رضى الله عنه أنه رأى النبى صلى الله عليه وسلم توضأ فذكر صفة الوضوء الى أن قال : « ومسح برأسه بماء غير فضل يديه ، وغسل رجليه » وهذا هو الموافق لروايات الأحاديث الصحيحة فى أنه صلى الله عليه وسلم أخذ لرأسه ماء جديدا .

(فاذا ثبت هذا) فالجواب عن الحديث من أوجه (أحدها) أنه ضعيف فان راويه عبد الله بن محمد ضعيف عند الأكثرين ، واذا كان ضعيفا لم يحتج بروايته ولو لم يخالفه غيره ، ولأن هذا الحديث مضطرب عن عبد الله بن محمد قال البيهقى : قد روى شريك عن عبد الله فى هذا الحديث : « فأخذ الماء جديدا فمسح رأسه مقدمه ومؤخره » .

(الجواب الثانى) لو صح لحمل على أنه أخذ ماء جديدا وصب بعضه ومسح رأسه ببقيته ليكون موافقا لسائر الروايات ، وعلى هذا تأوله البيهقى على تقدير صحته .

(الثالث) يحتمل أن الفاضل فى يده من الغسلة الثالثة لليد ونحن نقول به على الصحيح وكذا فى سائر نقل الطهارة .

---

(١) قلت عبد الله بن محمد بن عقيل بن أبى طالب الهاشمى ابو محمد المدنى عن ابيه وخاله محمد ابن الحنفية وعنه السفيانان وابن عجلان ضعفه النسائى ولينه أبو حاتم وقال الترمذى : صدوق وقال سمعت محمدا يقول : كان أحمد واسحاق والحميدى يحتجون بحديثه قال الواقدى : مات بعد ٢٤٠ (ط) .

(٢) راجع ص ١١٨ (ط) .

وأما قولهم مسح رأســه ببلل لحيته فجوابه من وجهين (أحدهما) أنه ضعيف (والثانى) حمله على بلل الغسلة والثالثة وهو مطهر على الصحيح . وأما قولهم اغتسل وترك لمعة ثم عصر عليها شعرا فجوابه من أوجه (أحدها) أنه ضعيف وقد بين الدارقطنى ثم البيهقى ضعفه ، قال البيهقى : وانما هو من كلام النخعى (الثانى) لو صح لحمل على بلل باق من الغسلة الثالثة (الثالث) أن حكم الاستعمال انما يثبت بعد الانفصال عن العضو ، وهــذا لم ينفصل وبدن الجنب كعضو واحد ، ولهذا لا ترتيب فيه .

وأما قياسهم على ما غسل به ثوب وعلى تجديد الوضوء فجوابه أنه لم يؤد به فرض ، وأما قياسهم على تيمم الجماعة فجوابه أن المستعمل ما علق بالعضو أو سقط عنه على الأصح ، وأما الباقى بالأرض فغير مستعمل قطعا فليس هو كالمــاء ، وأما طعام الكفارة فانما جاز أداء الفرض به مرة أخرى لتجدد عود الملك فيه فنظيره تجدد الكثرة فى الماء ببلوغه قلتين ، ونحن نقول به على الصحيح ، وأما الثوب فلم يتغير من صفته شيء فلا يسمى مستعملا بخلاف الماء ، وتغير الصفات مؤثر فيما أدى به الفرض كالعبد يعتقــه عن كفارة ، أما قولهم لو لم تجز الطهارة به لامتنعت الخ .. فجوابه أنا لا نحكم بالاستعمال ما دام مترددا على العضــو بلا خلاف فلا يؤدى الى مفســدة ولا حرج والله أعلم وله الحمد والنعمة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان قلنا : لا يجوز الوضوء به فهل تجوز ازالة النجاسة به أم لا ؟ فيه وجهان ، قال أبو القاسم الأنماطى وأبو على بن خيران رحمــة الله عليهما : يجوز لأن للماء حكمين : رفع الحدث ، وازالة النجس ، فاذا رفع الحدث بقى ازالة النجس ، والمذهب أنه لا يجوز لأنه ماء لا يرفع الحدث فلم يزل النجس كالماء النجس) .

(الشرح) هذان الوجهان مشهوران واتفقوا على تصحيح عدم الجواز كما ذكره المصنف وقطع به جماعة من المصنفين وهو المنصــوص ، وبه قال جمهور أصحابنا أصحاب الوجوه ، وأما قول الأنمــاطى : للمــاء حكمان

فلا يسلم أن له حكمين على جهة الجمع بل على البدل ، ومعنـاه أنه يصلح لهذا ولهذا ، فأيهما فعل لم يصلح بعده للآخر ، قال الأصحاب : وهذا كما أنه يصلح لرفع الحدث الأصغر وللجنابة فلو استعمله فى أحدهما لم يصلح للآخر بالاتفاق من الأنماطى وغيره والله أعلم .

(فرع) الأنماطى بفتح الهمزة هو أبو القاسم عثمان بن سعيد بن بشار (بالباء الموحدة) وكان اماما عظيما جليل المرتبـة ، أخذ الفقـه عن المزنى والربيع ، قال المصنف : وكان هو السبب فى نشر مذهب الشافعى ببغـداد وكتب كتبه وعليه تفقه ابن سريج ، وهو أحد أجدادنا فى سلسلة التفقه ، توفى ببغداد سنة ثمانين ومائتين رحمه الله .

وأما ابن خيران فهو أبو على الحسن الامام الجليل الزاهد الورع طلبوه للقضاء فامتنع فحبسوه مدة وصبر على امتناعه ثم أطلقوه ، وعتب على ابن سريج لكونه تولى القضاء وقال : هذا الأمر لم يكن فى أصحابنا وانما كان بلية فى أصحاب أبى حنيفة رحمه الله ، توفى أبو على سنة عشرين وثلثمائة . وربما اشتبه أبو على بن خيران هذا بأبى الحسن بن خيران البغدادى صاحب الكتاب المسمى باللطيف وهو كتاب حسن رأيته فى مجلدتين لطيفتين وهو متأخر عن أبى على بن خيران والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان جمع المستعمل حتى صار قلتين ففيه وجهان (أحدهما) أنه يزول حكم الاستعمال كما يزول حكم النجاسة ، ولأنه لو توضأ فيه أو اغتسـل وهو قلتان لم يثبت له حكم الاستعمال ، فاذا بلغ قلتين وجب أن يزول عنه حكم الاستعمال ، والثانى [1] : لا يزول لأن المنع منه لكونه مستعملا ، وهذا لا يزول بالكثرة) .

(الشرح) الكثرة بفتح الكاف وكسرها حكاهمـا الجوهرى وغيره ، والفتح أشهر وأفصح وبه جاء القرآن ، وهذان الوجهان مشهوران وتعليلهما مذكور ، واتفقوا على أن الأصح زوال حكم الاستعمال وقطع به جماعات من

(1) فى نسخة الركبى (ومن اصحابنا من قال) بدل (والثانى) (ط) .

أصحاب المختصرات منهم المحاملى فى المقنع ، والجرجانى فى كتابيه التحرير والبلغة ، قال الرويانى : وهو المنصوص فى الأم والجامع الكبير ، وهو قول أبى اسحق ، والوجه الآخر وهو قول ابن سريج وكذا حكاه عنه الشيخ أبو حامد والماوردى وغيرهما ، وخالفهم البندنيجى وصاحب الابانة فحكيا عن ابن سريج أنه يزول حكم الاستعمال ، والشيخان أعرف من صاحب الابانة وأتقن •

ويجوز أن يكون لابن سريج فيه وجهان ، ويؤيده ان ابن القاص قال فى التلخيص : سمعت أبا العباس بن سريج يقول اذا بلغ الماء قلتين لم يضره الاستعمال ، وهذا ظاهر أنه اراد اذا جمع المستعمل فبلغ قلتين ، ثم رأيت لابن سريج فى كتابه المسمى كتاب الأقسام فى ذلك وجهين ، وكيف كان فالقول بأنه غير طهور ضعيف ، قال أبو حامد والمحاملى : هو غلط واحتج الأصحاب للصحيح بالعلتين المذكورتين فى الكتاب وهما متفق عليهما ، قالوا : وهو أولى بالجواز من الماء النجس لأن النجاسة أغلظ ، والفرق على الوجه الآخر بينه وبين الماء النجس ما فرق به الفورانى وصاحبه المتولى وغيرهما قالوا : النجاسة صارت مستهلكة فسقط أثرها عند ظهور قوة الماء بالكثرة ، وصفة الاستعمال ثابتة لجميعه فنظيره من الماء النجس ما لو كانت النجاسة ملاقية لكل جزء من الماء بأن كان متغيرا ، ففى هذه الحالة لا يزول حكم النجاسة ببلوغه قلتين مع بقاء التغير والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان استعمل فى نفل الطهارة كتجديد الوضوء والدفعة الثانية والثالثة ففيه وجهان (أحدهما) لا تجوز الطهارة لأنه مستعمل فى طهارة فهو كالمستعمل فى رفع حدث (والثانى) يجوز لأنه ماء لم يرفع به حدث ولا نجس فهو كما لو غسل به ثوب طاهر) •

(الشرح) الوجهان مشهوران واتفق الجماهير فى جميع الطرق على أن الصحيح أنه ليس بمستعمل وهو ظاهر نص الشافعى ، وقطع به المحاملى فى المقنع والجرجانى فى كتابيه ، قال الشيخ أبو حامد وغيره : الوجه غلط ، وشذ امام الحرمين عن الأصحاب فقال : الأصح أنه مستعمل ، قال المحاملى فى

المجموع : هذان الوجهان خرجهما ابن سريج ، قال : ومذهب أبى حنيفة أنه مستعمل ، قال أصحابنا : ويجرى الوجهان فى جميع أنواع نفل الطهارة كتجديد الوضوء والغسلة الثانية والثالثة وغسل الجمعة وسائر الأغسال المسنونة ، وماء المضمضة والاستنشاق ، واتفقوا على أن المستعمل فى الغسلة الرابعة ليس بمستعمل لأنها ليست بنفل •

وأما الجنب اذا اغتسل بماء قليل فالمرة الأولى مستعملة وفى الثانية والثالثة الوجهان لأنهما نفل • وقال الماوردى : ليست الثانية والثالثة مستعملتين قطعا لأن تكرار الثلاثة مأثور فى الوضوء وازالة النجاسة دون الغسل • وهذا الذى قاله ضعيف وشاذ بل الصواب الذى عليه الجمهور استحباب الثلاث فى الغسل ، وسنوضحه ان شاء الله تعالى فى بابه ونبين خلائق ممن صرح به •

وأما تجديد الغسل فالصحيح أنه لا يستحب ، وفى وجه يستحب ، فعلى هذا الوجه فى كونه مستعملا الوجهان وعلى الصحيح ليس بمستعمل قطعا ذكره امام الحرمين ، وأما الماء الذى استعمله الصبى فالمذهب أنه مستعمل وبه قطع البغوى لأنه رفع حدثا ، وحكى القاضى حسين وجها آخر أنه غير مستعمل لأنه لم يؤد به فرضا ، ولهذا الفصل فروع سأذكرها فى آخر الباب ان شاء الله تعالى والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وأما المستعمل فى النجس فينظر فيه ، فان انفصل عن المحل متغيرا فهو نجس لقوله صلى الله عليه وسلم : « الماء طهور لا ينجسه شىء الا ما غير طعمه أو ريحه » وان كان غير متغير ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه طاهر وهو قول أبى العباس وأبى اسحاق لأنه ماء لا يمكن حفظه من النجاسة فلم ينجس من غير تغير كالماء الكثير اذا وقع فيه نجاسة (والثانى) أنه ينجس وهو قول أبى القاسم الأنماطى لأنه ماء قليل لاقى نجاسة فأشبه اذا وقعت فيه نجاسة (والثالث) أنه ان انفصل ــ والمحل طاهر ــ فهو طاهر ، وان انفصل ــ والمحل نجس ــ فهو نجس وهو قول أبى العباس بن القاص لأن المنفصل من جملة الباقى فى المحل ، فكان حكمه فى النجاسة والطهارة حكمه • فان قلنا :

انه طاهر فهل يجوز الوضوء به ؟ فيه وجهان ، قال ابن خيران : يجوز وقال سائر أصحابنا : لا يجوز وقد مضى توجيههما) .

(الشرح) أما الحديث المذكور فسبق فى أول باب ما يفسد الماء من النجاسات أنه ضعيف ولكن يحتج على نجاسة الماء المتغير بنجاسة بالاجماع كما سبق هناك ، وأما أبو العباس فهو ابن سريج الامام المشهور ، وهذا أول موضع جاء ذكره فيه فى المهذب وقد ذكرت فى فصول مقدمة الكتاب أنه متى أطلق فى المهذب أبا العباس فهو ابن سريج وهو أحمد بن عمر بن سريج الامام البارع ، قال المصنف فى الطبقات : كان القاضى أبو العباس بن سريج من عظماء الشافعيين وأئمة المسلمين ، وكان يقال له الباز الأشهب ، وولى القضاء بشيراز وكان يفضل على جميع أصحاب الشافعى قال وفهرست كتبه يعنى مصنفاته تشتمل على أربعمائة مصنف ، وقام بنصرة مذهب الشافعى . تفقه على أبى القاسم الأنماطى وأخذ عنه فقهاء الاسلام وعنه انتشر فقه الشافعى فى أكثر الآفاق ، توفى ببغداد سنة ست وثلثمائة رحمه الله . (قلت) وهو أحد أجدادنا فى سلسلة التفقه .

(أما حكم الفصل) فغسالة النجاسة ان انفصلت متغيرة الطعم أو اللون أو الريح بالنجاسة فهى نجسة بالاجماع والمحل المغسول باق على نجاسته . وان لم يتغير فان كانت قلتين ــ فطاهرة بلا خلاف ومطهرة على المذهب . وقيل : فى كونها مطهرة وجهان ، وسنذكرهما ان شاء الله تعالى . وان كانت دون القلتين فثلاثة أوجه ، وحكاها الخراسانيون أقوالا أصحها الثالث وهو أنه ان انفصل وقد طهر المحل فطاهرة والا فنجسة . قال الخراسانيون : وهذا هو الجديد وصححه الجمهور فى الطريقتين وقطع به المحاملى فى المقنع والجرجانى فى البلغة وشذ الشاشى فصحح فى كتابيه المعتمد والمستظهرى أنها طاهرة مطلقا ، وهو ظاهر كلام المصنف فى التنبيه ، والمختار ما صححه الجمهور ، قالوا : والقول بالطهارة مطلقا هو القديم وبالنجاسة مطلقا خرجه الأنماطى من رفع الحدث .

ووجه التخريج أنه انتقل اليه المنع كما فى المستعمل فى رفع الحدث قالوا : فالجديد يقول حكم الغسالة حكم المحل بعد الغسل ، والقديم حكمها قبل

الغسل والمخرج لها حكم المحل قبل الغسل ويتخرج على هذا الخلاف غسالة ولوغ الكلب ، فاذا وقع من الأولى شيء على ثوب وغيره فعلى القديم لا يجب غسله ، وعلى الجديد يغسل ستا ، وعلى المخرج سبعا ، ولو وقع من السابعة لم يغسل على الجديد والقديم ، ويغسل على المخرج مرة ، ومتى وجب الغسل عنهـا فان سبق التغفير بالتراب لم يجب والا وجب ، وفى وجه ضعيف لكل غسلة سبع حكم المحل فيغسل منها مرة .

هذا كله اذا لم يزد وزن الغسالة فان كانت النجاسة ببول مثلا فغسـل فزاد وزن الغسالة ولم يتغير فطريقان المذهب القطع بأنها نجسة ، والثانى فيها الأقوال أو الأوجه .

هذا كله فى الغسل الواجب فاذا غسل المحل النجس غسلة واحدة فزالت النجاسة وحكمنا بطهارة المحل فهذه الغسـالة طاهرة على الأصح كما ذكرنا وهل هى مطهرة فى ازالة النجاسة مرة أخرى ؟ فيه الطريقان السابقان فى أن المستعمل فى الحدث هل يسـتعمل مرة أخرى فى الحـدث ؟ أصحهما : لا ، والثانى على قولين . فاذا قلنا : هى مطهرة فى ازالة النجس ففى الحدث أولى ، وان قلنا : ليست مطهرة فى النجس وهو المذهب فهل هى مطهرة فى الحدث ؟ فيه الوجهان المذكوران فى الكتاب والصحيح ليست مطهرة وأما الغسلة الثانية والثالثة فى ازالة النجاسة فطاهرتان بلا خلاف ، وهل همـا مطهرتان فى ازالة النجاسة ؟ فيه الوجهان المذكوران فى المستعمل فى نفل الطهـارة أصحهما : مطهرتان ، فان قلنا مطهرتان فى النجاسة ففى الحدث أولى والا فالوجهان . وأما الغسلة الرابعـة فمطهرة بلا خلاف لأنهـا ليست مشروعة ، واذا بلغ المستعمل فى النجاسة الطاهر قلتين فالمذهب أنه مطهر قولا واحدا لحـديث القلتين ، وبهذا قطع الجرجانى فى التحرير والبلغة وغيره ، وحكى البغوى فيه الوجهين فى المستعمل فى الحدث والله أعلم .

(فرع) فى مسائل تتعلق بالباب (احداها) قد تقرر أن المستعمل فى طهارة الحـدث فى المرة الأولى يحكم بأنه مسـتعمل بلا خلاف ، واختلف الأصحاب فى علة كونها مستعملة على وجهين أحدهما : كونها أدى بها عبادة فعلى هذا المستعمل فى نفل الطهارة ليس بطهور ، وأصحهما أن العلة كونهـا

أدى بها فرض الطهارة والمراد بفرض الطهارة ما لا تجوز الصلاة ونحوها ووطء المغتسلة عن حيض الا به لا ما يأثم بتركه فيدخل فيه غسل الكتابية عن الحيض ، ووضوء الصبى والوضوء للنافلة ، ولا تدخل الغسلة الرابعة على الوجهين فليست عبادة .

وقولنا : أدى بها فرض الطهارة ، هذه هى العبارة الصحيحة المشهورة التى قالها الأكثرون منهم امام الحرمين والغزالى فى البسيط ، وخالفهم الغزالى فى الوسيط فقال : العلة انتقال المنع ، وهذه العبارة غريبة قل أن توجد لغيره وفيها تجوز اذ ليس هنا انتقال محقق ، ولكنها صحيحة فى الجملة والله أعلم .

(الثانية) الحنفى اذا توضأ بماء هل يصير مستعملا ؟ حكى صاحب البيان فيه ثلاثة أوجه بناء على جواز اقتداء الشافعى به (أحدها) أنه كالشافعى ان نوى صار مستعملا والا فلا ، فانه لا يصح وضوءه حينئذ (والثانى) لا يصير وان نوى ، لأنه لا يعتقد وجوب النية (والثالث) يصير وان لم ينو لأنه محكوم بصحة صلاته ولهذا لا يقتل بالاتفاق ، وهذا الثالث أصح .

(الثالثة) لو غسل المتوضىء رأسه بدل مسحه فوجهان مشهوران حكاهما أبو على الطبرى فى الافصاح والماوردى فى الحاوى ، والدارمى فى الاستذكار وآخرون قالوا حكاهما أبو على بن أبى هريرة أحدهما : لا يصير مستعملا لأن المستحق فى الرأس المسح (والثانى) يصير لأن الزيادة فى الاستعمال على قدر الحاجة لا يمنع مصيره مستعملا كما لو توضأ بصاع من يكفيه نصف صاع ، فان الكل مستعمل ، وهذا الثانى هو الأصح ، وممن صححه الشاشى فى كتابيه المعتمد والمستظهرى .

(الرابعة) : لو غمس المستيقظ من النوم يده فى الاناء قبل غسلها فقط ارتكب مكروها ولا يصير الماء مستعملا ، هذا هو المذهب وهو المشهور ، وبه قطع القاضى حسين وغيره ، وحكى صاحب البيان فيه طريقين أحدهما هذا (والثانى) فى مصيره مستعملا وجهان كالمستعمل فى نفل الطهارة ، وهذا قول أبى على الطبرى .

(الخامسة) : قال القاضى حسين وامام الحرمين لو تقاطر من أعضاء

المتطهر قطرات فى الاناء فان كان قدرا لو كان مخالفا للماء لغيره لم تجز الطهارة به وهذه المسألة تقدمت فى آخر الباب الأول مبسوطة .

(السادسة) : اذا جرى الماء من عضو المتطهر الى عضوه الآخر ــ فان كان محدثا ــ صار انفصاله عن الأول مستعملا فلا يرفع الحدث عن الثانى ، وسواء فى ذلك اليدان وغيرهما ، هذا هو الصحيح الذى قطع به صاحب الحاوى وغيره ، وحكى صاحب البيان فى باب التيمم وجها أنه اذا انتقل من يد الى يد لا يصير مستعملا لأن اليدين كعضو واحد ، ولهذا لا ترتيب فيهما والصواب الأول لأنهما عضوان متميزان ، وانما عفونا عن ذلك فى العضو الواحد للضرورة ، وان كان المتطهر جنبا فقال صاحب الحاوى والبحر : فيه وجهان (أحدهما) يصير مستعملا فلا يرفع الجنابة عن العضو والذى انتقل اليه كالمحدث ، قالا : وأصحهما لا يصير مستعملا حتى ينفصل عن كل البدن لأنه كله كعضو . وقال الفورانى والمتولى وصاحب العدة : اذا صب الجنب على رأسه الماء فسقط من الرأس الى البطن وخرق الهواء صار مستعملا لانفصاله ، وحكى امام الحرمين هذا الكلام عن بعض المصنفين ويعنى به صاحب الابانة الفورانى قال الامام : وفى هذا فضل نظر فان الماء اذا كان يتردد على الأعضاء وهى متفاوتة الخلقة وقع فى جريانه بعض التقاذف من عضو الى عضو لا محالة ، ولا يمكن الاحتراز من هذا ، كيف ؟ ولم يرد الشرع بالاعتناء بهذا أصلا فما كان من هذا الجنس فهو عفو قطعا . وأما التقاذف الذى لا يقع الا نادرا فان كان عن قصد فهو مستعمل ، وان اتفق ذلك بلا قصد لم يمتنع أن يعفى عنه فان الغالب على الظن أنه كان يقع أمثال هذا من الأولين ، وما وقع عنه بحث من سائل ولا تنبيه من مرشد .

(السابعة) : اذا غمس المتوضىء يده فى اناء فيه دون القلتين ــ فان كان قبل غسل الوجه ــ لم يصر الماء مستعملا ، سواء نوى رفع الحدث أم لا ، وان كان بعد غسل الوجه فهذا وقت غسل اليد ففيه تفصيل ذكره امام الحرمين وجماعات من الخراسانيين ، قالوا : ان قصد غسل اليد صار مستعملا وارتفع الحدث عن الجزء الأول من اليد وهو الذى قارنته النية ، وهل يرتفع

عن باقى اليد ؟ فيه خلاف سنذكره ان شاء الله تعالى بين الخضرى والجماعة، المذهب أنه يرتفع .

وان قصد بوضع يده فى الاناء أخذ الماء لم يصر مستعملا وان وضع اليد ولم يخطر له واحدة من الثنتين فالمشهور الذى قطع به الامام والجمهور أنه يصير مستعملا لأن من نوى وعزبت نيته ثم غسل بقية الأعضاء بلا قصد ارتفع حدثه ، وقال الغزالى : المشهور أنه مستعمل ويتجه أن يقال هيئة الاغتراف صارفة للملاقاة الى هذه الجهة بحكم العادة فلا يصير مستعملا ، وهذا الاحتمال الذى ذكره الغزالى قطع به البغوى فجزم فى آخر باب الغسل بأنه لا يصير مستعملا .

والجنب بعد النية كالمحدث بعد غسل وجهه اذ لا ترتيب فى حقه فهذا وقت غسل يده وقال صاحب التتمة : اذا أدخل الجنب يده ناويا غسل الجنابة ليقلب الماء على رأسه ولم يقصد أن يكون أخذه لرأسه دون يده قال المحققون : ترتفع الجنابة عن يده اذا أخرجها ويصير مستعملا ، فان قلب الماء الذى فى يده على رأسه لم يرتفع حدثه ، قال : ومن أصحابنا من قال : لا يصير مستعملا لأنه لا يقصد من حيث العادة غسل اليد وانما يجعلها آلة فتصير كقصد الاغتراف ، فعلى هذا يجب غسل اليد بعد هذا قال : والمحدث بعد غسل الوجه كالجنب والله أعلم .

(الثامنة) : قد سبق أن الماء ما دام مترددا على العضو لا يصير مستعملا بالنسبة الى ذلك العضو ، فاذا نزل جنب فى ماء واغتسل فيه نظر ــ ان كان قلتين ــ ارتفعت جنابته ولا يصير مستعملا بلا خلاف ، صرح به أصحابنا فى جميع الطرق ، وصرحوا بأنه لا خلاف فيه وقد ذكره المصنف فى قوله : ولأنه لو توضأ فيه أو اغتسل وهو قلتان لم يثبت له حكم الاستعمال وكذا لو اغتسل فى قلتين جماعات مجتمعين أو متفرقين ارتفعت جنابتهم ولم يصر مستعملا ، وقد نقل الشيخ أبو محمد الجوينى فى كتابه الفروق نص الشافعى رحمه الله على أن الجماعات اذا اغتسلوا فى القلتين لا يصير مستعملا ، وكذا صرح به البغوى فى باب الغسل وخلائق لا يحصون ولا نعلم فيه خلافا .

وانما نبهت على هذا لأن فى كتاب الانتصار لأبى سعد بن أبى عصرون

آنه لو اغتسل جماعة فى ماء لو فرق على قدر كفايتهم استوعبوه أو ظهر تغيره لو خالفه صار مستعملا فى أصح الوجهين وهـذا الذى ذكرناه شاذ منكر مردود لا يعرف ولا يعرج عليه ، وانما نبهت عليه لئلا يغتر به • ونحو هـذا ما ذكره صاحب البيان قال : ذكر صاحب الشامل أنه لو انغمس فى قلتين أو أدخل يده فيه بنية غسل الجنابة ففيه وجهان أصحهما ترتفع جنابته ولا يصير مستعملا • والثانى : ترتفع ويصير مستعملا • وهذا النقل غلط من صاحب البيان ، ولم يذكر صاحب الشامل هذا الذى زعمه ، بل ذكر مسألة المستعمل اذا جمع فبلغ قلتين هل يعود طهورا ؟ فيه الوجهان لكن فى عبارته بعض الخفاء فأوقع صاحب البيان فى ذلك الوهم الباطل وليس فى عبارته لبس واشكال كبير بحيث يلتبس هذا الالتباس • فحصل أنه ليس فى المسألة خلاف ما دام الماء قلتين •

أما اذا نزل فى دون قلتين فينظر ــ ان نزل بلا نية فلما صار تحت المـاء نوى الغسل ــ ارتفعت جنابته فى الحال ولا يصير الماء مستعملا بالنسبة اليه حتى ينفصل منه ، هكذا قاله الأصحاب واتفقوا عليه وفيه نظر ، لأن الجنابة ارتفعت وانما قالوا لا يصير الماء مستعملا ما دام الماء على العضو للحاجة الى رفع الحدث عن باقيه ، ولا حاجة هنا فان الجنابة ارتفعت بلا خلاف ، وهـذا الاشكال ذكره الرافعى وغيره وهو ظاهر • وأما بالنسبة الى غير هذا المغتسل فيصير فى الحال مستعملا على الصحيح الذى قطع به الجمهور • وممن قطع به الشيخ أبو محمد الجوينى فى الفروق والمتولى والرويانى وغيرهم وفيـه وجه أنه لا يصير حتى ينفصل كما فى حق المغتسل ، ذكره البغوى وهو غريب ضعيف •

قال امام الحرمين : ولو كان المنغمس فيه متوضئا فهو كالجنب وأما اذا نزل الجنب ناويا فقد صار الماء بنفس الملاقاة مستعملا بالنسبة الى غيره على الصحيح ، وفيه وجه البغوى وارتفعت الجنابة عن القدر الملاقى للماء من بدنه أول نزوله ، وكذا لو نزل الى وسطه مثلا بلا نية ثم نوى ارتفعت جنابة ذلك القدر من بدنه بلا خلاف ، وهل ترتفع جنابة الباقى من بدنه فى الصورتين اذا تمم الانغماس ؟ فيه وجهان أحدهما : لا ، وقد صار مستعملا قاله أبو عبد الله الخضرى (بكسر الخاء واسكان الضـاد المعجمتين) من كبـار أصحابنا

الخراسانيين ومتقدميهم • والثانى : وهو المنصوص وهو الصحيح باتفاق الأصحاب يرتفع لأنه انما يصير مستعملا اذا انفصل ، ولأنه لو ردد الماء عليه لم يصر مستعملا حتى ينفصل وهاتان القاعدتان وافق عليهما الخضرى • قال امام الحرمين : قول الخضرى غلط ، وقد ذكر صاحب الابانة والعدة أن الخضرى رجع عنه ، وصورة المسألة اذا تمم غسل الباقى بالانغماس كما ذكرناه أولا ، أما لو اغترف الماء باناء أو يده وصبه على رأسه أو غيره فلا ترتفع جنابة ذلك القدر الذى اغترف له بلا خلاف ، صرح به المتولى والرويانى وغيرهما وهو واضح لأنه انفصل •

ولو نزل جنبان فى دون قلتين نظر ــ ان نزلا بلا نية ثم لما صارا تحت الماء نويا معا ان تصور ذلك ــ ارتفعت جنابتهما وصار مستعملا ، فان نوى أحدهما قبل الآخر ارتفعت جنابة السابق بالنية ، وصار الماء مستعملا بالنسبة الى الآخر وغيره وفيه وجه البغوى وان نزلا مع النية دفعة واحدة ارتفعت جنابة أول جزء من كل منهما وصار مستعملا فى الحال فلا ترتفع عن باقيهما لأنه كالمنفصل عن بدن كل واحد منهما بالنسبة الى غيره وفيه وجه البغوى •

فان قيل : كيف حكمتم فى هذه الصورة بكونه مستعملا كله مع أن الذى لاقى البدن شىء يسير ، وقد يفرض فى بعض الصور أنه لو قدر مخالفا لون باقى الماء لما غيره ؟ فالجواب ما أجاب به امام الحرمين أنه اذا نزل فيه فقد اتصل به جميع الماء ولم يختص الاستعمال بملاقى البشرة لا اسما ولا اطلاقا والله أعلم •

(التاسعة) : اذا كان تحت المسلم كتابية فانقطع حيضها لزمها الغسل واذا اغتسلت بنية غسل الحيض صح غسلها وحل للزوج الوطء وهل يلزمها اعادة هذا الغسل اذا أسلمت ؟ وجهان سنوضحهما ان شاء الله تعالى فى باب نية الوضوء أصحهما يجب ، فان قلنا : لا يجب فقد أدت به عبادة وارتفع حدثها فيصير مستعملا ، وان قلنا : يجب ، ففى صيرورته مستعملا وجهان أصحهما يصير ، وهما مبنيان على الوجهين السابقين فى أن المقتضى لكون الماء مستعملا هل هو تأدى العبادة به ؟ أم أداء الفرض وانتقال المنع ؟ فمن قال بالأول لم يجعل هذا مستعملا ، ومن قال بالثانى جعله • هكذا ذكر المسألة امام الحرمين

وتابعه الغزالى ثم الرافعى وآخرون ، وأما الفورانى وتابعاه صاحبا التتمة والعدة فقالوا : هل يصير مستعملا ؟ وجهان ان قلنا لا تجب الاعادة صار والا فلا ، والمختار ما ذكره الامام .

(العاشرة) : اذا كان على بعض أعضاء المتوضىء أو المغتسل نجاسة حكمية فغسله مرة بنية رفع الحدث أو رفع الحدث والنجس معا طهر عن النجاسة بلا خلاف ، وهل يطهر عن الحدث ؟ وجهان الأصح يطهر وستأتى المسألة مبسوطة فى آخر باب نية الوضوء ان شاء الله تعالى والله أعلم .

(الحادية عشرة) : يجوز الوضوء فى النهر والقناة الجارية ولا كراهة فى ذلك عندنا وعند الجمهور . وحكى الخطابى عن بعض الناس أنه كره الوضوء فى مشارع المياه الجارية وكان يستحب أن يؤخذ له الماء فى ركوة ونحوها ، ويزعم أنه من السنة لأنه لم يبلغه أن النبى صلى الله عليه وسلم توضأ فى نهر أو شرع فى ماء جار ، ودليلنا انه ماء طهور ولم يثبت فيه نهى فلم يكره . وأما قوله : « لم يتوضأ النبى صلى الله عليه وسلم فى نهر » فسببه أنه لم يكن بحضرته نهر ، ولو كان لم تثبت كراهته حتى يثبت النهى والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب
الشك فى نجاسة الماء والتحرى فيه

(اذا تيقن طهارة الماء وشك فى نجاسته توضأ به لأن الأصل بقاؤه على الطهارة ، وان تيقن نجاسته وشك فى طهارته لم يتوضأ به ، لأن الأصل بقاؤه على النجاسة ، وان لم يتيقن طهارته ولا نجاسته توضأ به لأن الأصل طهارته).

(الشرح) هذه الصور الثلاث متفق عليها كما قاله المصنف ، فان قيل : كيف جعل الماء ثلاثة أقسام ، ثالثها : أن لا يتيقن طهارة ولا نجاسة ، ومعلوم أن الماء أصله الطهارة فالصورة الثالثة كالأولى وداخلة فيها ؟

فالجواب أن مراده تقسيم الماء بالنسبة الى حال هذا المتوضىء لا بالنسبة

الى أصل الماء ، ولهذا المتوضىء ثلاثة أحوال (أحدها) أن يكون قد عهد هذا الماء طاهرا وتيقن ذلك بأن اغترفه من ماء كثير لا تغير فيه ثم شك فى نجاسته (الثانى) أن يكون عهده نجسا وشك فى طهارته بأن كان دون قلتين ولاقته نجاسة ثم صب عليه ماء لا يزيد عليه ، وشك هل بلغ قلتين فيطهر أم لا فيبقى نجسا ؟ فالأصل بقاؤه نجسا فيحكم بنجاسته (الثالث) ألا يكون له به عهد وشك فيه فالأصل طهارته • ولهذا قال المصنف فى الصورة الأولى : « توضأ به » لأن الأصل بقاؤه على الطهارة ، وفى الثالثة « توضأ به » لأن الأصل طهارته ، ولم يقل الأصل بقاؤه على الطهارة لأنه لم يعهده طاهرا لكون أصل الماء الطهارة •

والأصل فى هذا الباب أعنى باب العمل على الأصل وعدم تأثير الشك فى المياه والأحداث والثياب والطلاق والاعتاق وغير ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد شكى اليه الرجل يخيل اليه أنه يجد الشىء فى الصلاة فقال : « لا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا » رواه البخارى ومسلم، وسيأتى ان شاء الله تعالى فى آخر هذا الباب فرع حسن فى مسائل تتعلق بهذه القاعدة •

وقوله : « الشك فى نجاسة الماء والتحرى » اعلم أن مراد الفقهاء بالشك فى الماء والحدث والنجاسة والصلاة والصوم والطلاق والعتق وغيرها هو التردد بين وجود الشىء وعدمه ، سواء كان الطرفان فى التردد سواء أو أحدهما راجحا ، فهذا معناه فى استعمال الفقهاء فى كتب الفقه • وأما أصحاب الأصول ففرقوا بينهما فقالوا : التردد [1] بين الطرفين ان كان على السواء فهو الشك ، والا فالراجح ظن والمرجوح وهم •

وأما التحرى فى الأوانى والقبلة وأوقات الصلاة والصوم وغيرها فهو طلب الصواب والتفتيش عن المقصود ، والتحرى والاجتهاد والتأخى بمعنى [2] ، قال الأزهرى تحريت الشىء وتأخيته اذا قصدته والله أعلم •

---

(١) يبحث الاصوليون فى مراتب الادلة بين القطع والظن والشك والوهم فالاول الاعتقاد الجازم المطابق للواقع . والثانى التجويز الراجح ، والثالث التساوى بين جواز الوقوع وعدمه ، الرابع التجويز المرجوح (ط) .

(٢) لعله من التوخى اذا قلنا بالابدال (ط) .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان وجـده متغيرا ولم يعلم بأى شيء تغير توضأ به ، لأنه يجوز أن يكون تغير بطول المكث ، وان رأى حيوانا يبول فى ماء ثم وجـده متغيرا وجوز أن يكون تغيره بالبول لم يتوضأ به ، لأن الظاهر أن تغيره من البول).

(الشرح) المكث اللبث وهو بضم الميم وفتحها والضم أفصح ، قال الله تعالى : (لتقرأه على الناس على مكث [1]) فأما المسألة الأولى وهى اذا رآه متغيرا ولم يعلم بأى شيء تغير فهو طاهر بلا خلاف لما سبق من القاعدة .

وأما الثانية فصـورتها أن يرى حيوانا يبول فى ماء هو قلتـان فأكثر ولا تعظم كثرته عظما لا يغيره ذلك البول ، ويكون البول كثيرا بحيث يحتمل ذلك الماء التغير بذلك البول وهـذا معنى قوله : « وجوز أن يكون تغيره بالبول » وانما حكم بالنجاسة هنا عملا بالظاهر مع أن الأصل للطهارة ، ولم يجيء فيه الخلاف فى المقبرة المشكوك فى نبشها وشبهها ، لأن الظاهر هنـا مستند الى سبب معين وهو البول فترجح بذلك على الأصل وعمل بالظـاهر قولا واحدا ، كما اذا أخبره عدل بولوغ كلب فانه يرجح الظاهر ، وهو قول العدل ويحكم بالنجاسة قولا واحدا ، ويترك الأصل ، لكون الظاهر مستندا الى سبب معين ، وانما محل الخلاف فى أصل وظاهر مستنده عام غير معين ، كغلبة الشك نحو المقبرة ونظائرها ، وسنوضح هذا الأصل فى مسائل الفرع فى آخر الباب ان شاء الله تعالى .

ثم ان ظاهر كلام المصنف أنه لا فرق بين أن يكون رأى الماء قبل البول غير متغير أو لم يكن رآه ، هكذا أطلق المسألة أكثر أصحابنا ، وكذا أطلقها الشافعى فى الأم ، وقال صاحب التهذيب نص الشافعى أن الماء ينجس فقال صاحب التلخيص : هو على اطلاقه ، ومنهم من قال : صورته أن يكون رآه قبل البول غير متغير ثم رآه عقبه متغيرا ، فان لم يكن رآه قبـل البول أو رآه وطال عهده فهو على طهارته ، هذا كلام صاحب التهذيب . وقال القفال فى شرح التلخيص : قال أصحابنا : صورة المسألة أنه رأى الحيوان يبول فى

---

[1] من الآية ١٠٦ من سورة الاسراء .

الغدير فلما انتهى الى شط الغدير فوجده متغيرا ، فأما اذا انتهى اليه فوجده غير متغير فتغير بعد ذلك فلا يحكم بنجاسته بل يستعمله ، وذكر الدارمى أنه لو رأى نجاسة حلت فى ماء فلم يغيره فمضى عنه ثم رجع فوجده متغيرا لم يتطهر به ، وهذا الذى ذكره فيه نظر والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان رأى هرة أكلت نجاسة ثم وردت على ماء قليل فشربت منه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنها تنجسه لأنا تيقنا نجاسة فمها (والثانى) أنها ان غابت ثم رجعت لم تنجسه لأنه يجوز أن تكون قد وردت على ماء فطهر فمها فلا ينجس ما تيقنا طهارته بالشك (والثالث) لا ينجس بكل حال لأنه لايمكن الاحتراز منها فعفى عنها ولهذا قال النبى صلى الله عليه وسلم « انها من الطوافين عليكم أو الطوافات ») .

(الشرح) هذه الأوجه مشهورة ودلائلها كما ذكره المصنف وأصحها عند الجمهور الوجه الثانى ، وهو أنها ان غابت وأمكن ورودها على ماء كثير بحيث اذا ولغت فيه طهر فمها ثم رجعت فولغت لم ينجس ما ولغت فيه ، وان ولغت قبل أن تغيب أو بعد أن غابت ولم يمكن ورودها على الماء الموصوف نجسته ، ودليل هذا الصحيح أنها اذا غابت ثم ولغت فقد تيقنا طهارة الماء وشككنا فى نجاسة فمها ، فلا ينجس الماء المتيقن بالشك ، واذا لم تغب وولغت فهى نجاسة متيقنة . وليس فى الحديث أن الهرة كانت نجسة الفم . وما يستدل به القائل بالطهارة مطلقا من عسر الاحتراز عنها لا يسلم ، فان العسر انما هو فى الاحتراز من مطلق الولوغ ، لا من ولوغ بعد تيقن النجاسة وحكى عن المصنف أنه صحح أنها لا تنجسه بحال ، وهذا هو الأحسن عند الغزالى فى الوجيز ، ودليله الحديث وعموم الحاجة وعسر الاحتراز وقد قال الله تعالى : « وما جعل عليكم فى الدين من حرج [1] » وفى تنجيس هذا حرج ، وقد علم أن بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس بحضرته ماء كثير يطهر فمها ، ولم يعلل صلى الله عليه وسلم بورودها الماء بل بعسر الاحتراز .

وخالف صاحب الحاوى الأصحاب فقال : ان ولغت قبل أن تغيب نجسته

---

(١) من الآية ٧٨ من سورة الحج .

وان غابت فوجهان الأصح تنجسه • ذكره فى مسألة اشتراط المـاء فى ازالة النجاسة ، والمشهور تصحيحه ما قدمناه من الفرق بين غيبتها وعدمها ، وكذا نقل الرافعى عن معظم الأصحاب تصحيحه • ثم صورة المسألة اذا تيقنا نجاسة فمها بأكل نجاسة أو ولوغها فى ماء نجس أو نجاسة فمها بدم أو غيره ، ولافرق فى هذا كله بين ولوغها فى ماء ناقص عن قلتين أو مائع آخر والله أعلم •

(فرع) وأما الحديث المذكور فصحيح رواه الأئمة الأعلام مالك فى الموطأ والشافعى فى مواضـع ، وأبو داود والترمذى والنسـائى وغيرهم ، وهذا الحديث عمدة مذهبنا فى طهـارة سؤر السباع وسائر الحيوان ، غير الكلب والخنزير وفرع أحدهما ، فأنا أنقله بلفظه واختلاف طرقه لشدة الحاجة الى تحقيقه •

فلفظ رواية مالك عن كبشة بنت كعب بن مالك وكانت تحت أبى قتادة قالت : « دخل أبو قتادة فسكبت له وضوءا فجاءت هرة لتشرب منه فأصغى لها الاناء حتى شربت قالت كبشة : فرآنى أنظر اليه ، فقال : أتعجبين يا ابنة أخى ؟ قلت : نعم فقال : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : انها ليست بنجس انما هى من الطوافين عليكم أو الطوافات » هـذا لفظ رواية مالك ورواية الترمذى مثلهـا بحروفها الا أن رواية مالك أو الطوافات « بأو » ورواية الترمذى (انمـا هى من الطوافين والطـوافات) بالواو وبحـذف عليكم •

وفى رواية الدارمى وأبى داود عن كبشة [1] بنت كعب بن مالك وكانت تحت ابن أبى قتادة ، ثم فى رواية أبى داود (والطوافات) وفى رواية الدارمى (أو الطوافات) بأو وفى رواية ابن ماجه عن كبشة بنت كعب وكانت تحت بعض ولد أبى قتادة وفيها (والطوافات) بالواو ، ورواه الربيع عن الشافعى عن مالك بالاسناد • وقال فى كبشة : وكانت تحت ابن أبى قتادة ، أو أبى قتادة ، قال البيهقى : الشك من الربيع ، وقال فيه أو الطوافات بأو • وقال

---

(١) فى تهذيب التهذيب : كبشة بنت كعب بن مالك الأنصـارى روت عن أبى قتـادة وكانت زوجة ابنه عبد الله فى الوضـوء من سؤر الهرة وعنها بنت أختها حميدة بنت عبيد بن رفاعـة زوجة اسحاق بن عبد الله بن أبى طلحة قلت : قال ابن حبان : لها صحبة وتبعه الزبير بن بكار وأبو موسى هـ (ط) •

البيهقى : ورواه الربيع فى موضع آخر عن الشافعى ، وقال : وكانت تحت ابن أبى قتادة ، ولم يشك ، ورواه الشافعى باسناده عن عبد الله بن أبى قتادة عن أبيه عن النبى صلى الله عليه وسلم مثله أو مثل معناه .

وروى أبو داود وابن ماجه هذا الحديث أيضا من رواية عائشة وفيه زيادة قالت عائشة : « وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يتوضأ بفضلها » . قال الترمذى : حديث أبى قتادة حسن صحيح قال : وهو أحسن شىء فى الباب . قال البيهقى : اسناده صحيح وعليه الاعتماد .

وأما لفظة أو الطوافات فرويت بأو وبالواو كما ذكرناها ، قال صاحب مطالع الأنوار : ويحتمل « أو » أن تكون للشك ويحتمل أن تكون للتقسيم ، ويكون ذكر الصنفين من الذكور والاناث ، وهذا الذى قاله محتمل ، وهو الأظهر لأنه للنوعين كما جاء فى روايات الواو ، قال أهل اللغة : الطوافون الخدم والمماليك ، وقيل : هم الذين يخدمون برفق وعناية .

ومعنى الحديث أن الطوافين من الخدم والصغار الذين سقط فى حقهم الحجاب والاستئذان فى غير الأوقات الثلاث التى ذكرها الله تعالى انما سقط فى حقهم دون غيرهم للضرورة وكثرة مداخلتهم بخلاف الأحرار البالغين ، فكذا يعفى عن الهرة للحاجة ، وقد أشار الى نحو هذا المعنى أبو بكر [1] بن العربى فى كتابه عارضة الأحوذى فى شرح الترمذى .

وذكر أبو سليمان الخطابى أن هذا الحديث يتأول على وجهين : أحدهما أنه شبهها بخدم البيت ومن يطوف على أهله للخدمة (والثانى) شبهها بمن يطوف للحاجة والمسألة ومعناه الأجر فى مواساتها كالأجر فى مواساة من يطوف للحاجة والمسألة ، وهذا التأويل الثانى قد يأباه سياق قوله صلى الله عليه وسلم : « انها ليست بنجس » والله أعلم .

(فرع) : سؤر الحيوان مهموز ، وهو ما بقى فى الاناء بعد شربه أو أكله ، ومراد الفقهاء بقولهم سؤر الحيوان طاهر أو نجس : لعابه ورطوبة

---

(١) أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الله بن أحمد المعروف بابن العربى المعارفى الأندلسى الاشبيلى المالكى المشهور ولد ليلة الخميس لثمان من شعبان سنة ٤٦٨ وتوفى بالعدوة ودفن بمدينة فاس شهر ربيع الآخر سنة ٥٤٣ .

فمه ، ومذهبنا أن سؤر الهرة طاهر غير مكروه وكذا سؤر جميع الحيوانات من الخيل والبغال والحمير والسباع والفأرة والحيات وسام أبرص [1] وسائر الحيوان المأكول وغير المأكول ، فسؤر الجميع وعرقه طاهر غير مكروه الا الكلب والخنزير وفرع أحدهما ، وحكى صاحب الحاوى مثل مذهبنا عن عمر بن الخطاب وعلى وأبى هريرة والحسن البصرى وعطاء والقاسم بن محمد . وكره أبو حنيفة وابن أبى ليلى سؤر الهرة وكذا كرهه ابن عمر ، وقال ابن المسيب وابن سيرين : يغسل الاناء من ولوغه مرة ، وعن طاوس قال : يغسل سبعا ، وقال جمهور العلماء : لا يكره كقولنا .

وقال أبو حنيفة : الحيوان أربعة أقسام (أحدها) مأكول كالبقر والغنم فسؤره طاهر (والثانى) سباع الدواب كالأسد والذئب فهى نجسة (والثالث) سباع الطير كالبازى والصقر فهى طاهرة السؤر الا أنه يكره استعماله وكذا الهر (الرابع) البغل والحمار مشكوك فى سؤرهما لا يقطع بطهارته ولا بنجاسته ولا يجوز الوضوء به ، واختلف قوله فى سؤر الفرس والبرذون .

واحتج من منع الطهارة بسؤر السباع بحديث ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن الماء يكون بالفلاة وما ينوبه من السباع والدواب فقال : « اذا كان الماء قلتين لم ينجس » قالوا : فهذا يدل على أن لورود السباع تأثيرا فى تنجيس الماء ، ولأنه حيوان لبنه نجس فكذا سؤره كالكلب .

واحتج أصحابنا بحديث أبى قتادة فى الهرة ليست بنجس وهو صحيح كما سبق بيانه ، قال البيهقى وغيره من أصحابنا : هذا الحديث هو عمدة المذهب ، واحتجوا برواية الشافعى عن ابراهيم بن محمد وابراهيم بن اسماعيل بن أبى حبيبة عن داود بن الحصين عن أبيه عن جابر أن النبى صلى

---

(١) بتشديد الميم وهو من كبار الوزغ وهو معرفة الا انه تعريف جنس وهما أسمان جعلا واحدا ويجوز فيه وجهان : (أحدهما) أن تبنيهما على الفتح كخمسة عشر (والثانى) أن تعرب الاول تضيفه الى الثانى مفتوحا لكونه لا ينصرف ولا يثنى ولا يجمع على هذا اللفظ بل تقول فى التثنية هذان سامأ أبرص وفى الجمع هؤلاء سوام أبرص وان شئت قلت هؤلاء السوام ولا تذكر أبرص ، وان شئت قلت : هؤلاء البرص والأبارص ولا تذكر سام قال الشاعر :

والله لو كنت لهذا خالصا ما كنت عبدا آكل الأبارصا (ط) .

الله عليه وسلم قيل له : أنتوضأ بما أفضلت الحمر ؟ قال : « نعم وبما أفضلت السباع » وهذا الحديث ضعيف لأن الابراهيمين ضعيفان جدا عند أهل الحديث لا يحتج بهما .

وانما ذكرت هذا الحديث وان كان ضعيفا لكونه مشهورا فى كتب الأصحاب ، وربما اعتمده بعضهم فنبهت عليه ولم يذكره الشافعى والمحققون من أصحابنا معتمدين عليه بل تقوية واعتضادا . واعتمدوا حديث أبى قتادة وقد قال البيهقى فى حديث الابراهيمين : اذا ضمت أسانيده بعضها الى بعض أخذت قوة .

ومما احتج أصحابنا به ما رواه مالك فى الموطأ عن يحيى بن عبد الرحمن ابن حاطب أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه خرج فى ركب فيه عمرو بن العاص حتى وردوا حوضا فقال عمرو بن العاص : يا صاحب الحوض هل ترد حوضك السباع ؟ فقال عمر بن الخطاب : « يا صاحب الحوض لا تخبره فانما نرد على السباع وترد علينا » . وموضع الدلالة أن عمر قال : « نرد على السباع وترد علينا » ولم يخالفه عمرو ولا غيره من الصحابة رضى الله عنهم ، وهذا الأثر اسناده صحيح الى يحيى بن عبد الرحمن لكنه مرسل منقطع ، فان يحيى وان كان ثقة فلم يدرك عمر بل ولد فى خلافة عثمان . هذا هو الصواب قال يحيى بن معين : يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب عن عمر باطل ، وكذا قاله غير ابن معين الا أن هذا المرسل له شواهد تقويه والمرسل عند الشافعى اذا اعتضد احتج به كما سبق بيانه فى مقدمة الكتاب ، وهو حجة عند أبى حنيفة مطلقا فيحتج به عليهم . واحتج أصحابنا من القياس بأنه حيوان يجوز بيعه فكان سؤره طاهرا كالشاة .

فان قال المخالف : لا حجة لكم فى هذه الأحاديث لأنها محمولة على ماء كثير فالجواب أن الحديث عام فلا يخص الا بدليل .

فان قالوا : هذا الخبر ورد قبل تحريم لحوم السباع ، فالجواب من أوجه أجاب بها الشيخ أبو حامد وغيره (أحدها) هذا غلط فلم تكن السباع فى وقت حلالا ، وقائل هذا يدعى نسخا والأصل عدمه (الثانى) هذا فاسد اذ

لا يسألون عن سؤره وهو مأكول اللحم ، فانه لا فرق حينئذ بين السباع وغيرها (الثالث) لو صح هذا وكان لحمها حلالا ثم حرم ، بقى السؤر على ما كان من الطهارة حتى يرد دليل تنجيسه .

وأما الجواب عما احتجوا به من الخبر فمن أوجه (أحدها) أنه تمسك بدليل الخطاب وهم لا يقولون به (الثانى) أن السؤال كان عن الماء الذى ترده الدواب والسباع فتشرب منه وتبول فيه غالبا (الثالث) أن الكلاب كانت من جملة ما يرد فالتنجيس بسببها ، ويدل على دخول الكلاب فى ذلك أوجه (أحدها) أنه جاء فى رواية « الدواب والسباع والكلاب » (الثانى) أنها من جملة السباع (الثالث) أنها داخلة فى الدواب . وأما قياسهم على الكلب فهو قياس فى مقابلة النص فلا يقبل ولأن الكلب ورد الشرع بتغليظ نجاسته وغسلها سبعا للتنفير منه ، وأن الملائكة عليهم السلام لا تدخل بيتا فيه كلب ، وليس غيره فى معناه فلا يصح قياسه عليه ، هذا ما يتعلق بسؤر السباع جملة . وأما الهرة فاستدل أصحاب أبى حنيفة رحمه الله لكراهة سؤرها بحديث أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « يغسل الاناء من ولوغ الكلب سبعا ومن ولوغ الهرة مرة » ولأنها لاتجتنب النجاسة فكره سؤرها .

واحتج أصحابنا بحديث أبى قتادة وحديث عائشة وغير ذلك مما قدمناه واضحا ، ولأنه حيوان يجوز اقتناؤه لغير حاجة فكان سؤره طاهرا غير مكروه كالشاة .

وأما الجواب عن حديث أبى هريرة فهو أن قوله : « من ولوغ الهرة مرة » ليس من كلام النبى صلى الله عليه وسلم بل هو مدرج فى الحديث من كلام أبى هريرة موقوفا عليه ، كذا قاله الحفاظ ، وقد بين البيهقى وغيره ذلك ونقلوا دلائله وكلام الحفاظ فيه ، قال البيهقى : وروى عن أبى صالح عن أبى هريرة يغسل الاناء من الهرة كما يغسل من الكلب ، وليس بمحفوظ ، وعن عطاء عن أبى هريرة وهو خطأ من ليث بن أبى سليم ، انما رواه ابن جريج وغيره عن عطاء من قوله ، قال : وروى عن ابن عمر كراهة الوضوء بفضل الهرة .

قال الشافعى رحمــه الله : الهرة ليست بنجس فنتوضأ بفضلها ونكتفى بالخبر عن النبى صلى الله عليه وسلم ولا يكون فى أحد قال خلاف قول النبى صلى الله عليه وسلم حجة ، قال أصحابنا : ولو صح حديث أبى هريرة لم يكن فيه دليل لأنه متروك الظاهر بالاتفاق ، فان ظاهره يقتضى وجوب غسل الاناء من ولوغ الهرة ولا يجب ذلك بالاجماع • قال البيهقى : وزعم الطحاوى أن حديث أبى هريرة صحيح ولم يعلم أن الثقة من أصحابه ميزه من الحــديث وجعله من قول أبى هريرة •

وأما قولهم : لا تجتنب النجاسة فمنتقض باليهودى وشارب الخمر فانه لا يكره سؤرهما والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان ورد على ماء فأخبره رجل بنجاسته لم يقبــل حتى يبين بأى شىء نجس لجواز أن يكون رأى سبعا ولغ فيه فاعتقد أنه نجس بذلك • فان بين النجاسة قبل منه كما يقبل ممن يخبره بالقبلة ، ويقبل فى ذلك قول الرجل والمرأة والحر والعبد ، لأن أخبارهم مقبولة • ويقبل قول الأعمى لأن له طريقا الى العلم بالحس والخبر ، ولا يقبل فيه قول صبى ولا فاسق ولا كافر ، لأن أخبارهم لا تقبل) •

(الشرح) اذا أخبره ثقة بنجاسة ماء أو ثوب أو طعام وغيره فان بين سبب النجاسة وكان ذلك السبب يقتضى النجاسة حكم بنجاسته بلا خلاف لأن خبره مقبول ، وهذا من باب الخبر لا من باب الشهادة ، ويقبل فى هذا المرأة والعبد والأعمى بلا خلاف لأن خبرهم مقبول ولا يقبــل فاسق وكافر بلا خلاف ، ولا مجنون وصبى لا يميز ، وفى الصبى المميز وجهان الصحيح لا يقبل وبه قطع الجمهور كما قطع به المصنف ، ونقله البندنيجى والرويانى عن نص الشافعى لأنه لا يوثق بقوله (والثانى) يقبل لأنه غير متهم ، حكاه جماعات من الخراسانيين وصاحب البيــان وقطع به المحــاملى فى المجموع والقاضى أبو الطيب ، وقال البغوى : هو الأصح ، وطردوا الوجهين فى روايته حديث النبى صلى الله عليه وسلم وغيره ، والصحيح المنع مطلقا ، أما ماتحمله فى الصبا وهو مميز ثم بلغ ورواه وأخبر به فيقبل على المشهور الذى قطع به

الجمهور ، وفيه خلاف ضعيف سنوضحه فى موضعه [1] حيث ذكره المصنف من كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى .

هذا اذا بين سبب النجاسة ، فان لم يبين لم يقبل ، هكذا نص عليه الشافعي والأصحاب ، قال الشيخ أبو حامد : نص عليه الشافعي رواه عنه المزنى فى الجامع الكبير . ثم ان الجمهور أطلقوا المسألة كما أطلقها المصنف . ممن أطلقها الشيخ أبو حامد والماوردي وابن الصباغ والمتولى وغيرهم ، وقال القاضى أبو الطيب فى تعليقه والمحاملى وغيرهما : قال الشافعى : فان كان يعلم من حال المخبر أنه يعلم أن سؤر السباع طاهر وأن الماء اذا بلغ قلتين لا ينجس قبل قوله عند الاطلاق ، هكذا نقل هؤلاء نص الشافعى ، وكذا قطع بهذا التفصيل الذى نص عليه جماعات من أصحابنا المصنفين منهم الشيخ أبو محمد الجوينى فى الفروق والبغوى والرويانى وغيرهم ، ونقله صاحب العدة عن أصحابنا العراقيين ، ونقل صاحب البيان عن الشيخ أبى حامد أنه نقله عن نص الشافعى ولم أر لأحد من أصحابنا تصريحا بمخالفته فهو اذن متفق عليه، ومن أطلق المسألة فكلامه محمول على ما ذكره الامام الشافعى صاحب المذهب ثم كبار أصحابنا .

(فرع) لو أخبره بنجاسته عدلان فهما كالعدل على التفصيل المتقدم ذكره الماوردى وهو ظاهر .

(فرع) قال أصحابنا : اذا أخبره مقبول الخبر بالنجاسة وجب قبوله ولا يجوز الاجتهاد بلا خلاف كما لا يجتهد المفتى اذا وجد النص ، وكما لا يجتهد اذا أخبره ثقة عن علم بالقبلة ووقت الصلاة وغير ذلك ، وقول المصنف : « فان بين النجاسة قبل منه » أى لزمه قبوله .

(فرع) قال أصحابنا يقبل قول الكافر والفاسق فى الاذن فى دخول الدار وحمل الهدية كما يقبل قول الصبى فيهما ولا أعلم فى هذا خلافا ، ذكر أكثر أصحابنا هذه المسألة فى باب استقبال القبلة ، وممن ذكرها هناك صاحب

---

(1) شاء الله أن يلقى على كاهلنا ما كان فى نيته رضى الله عنه انجازه ولله الحمد والمنة سبحانه (ط) .

الحاوى والقاضى أبو الطيب فى تعليقه ، وقال : سمعت أبا الحسن الماسرجسى يقول : يقبل قول الكافر فى ذلك • قلت : ودليل هذه الأحاديث الصحيحة (أن النبى صلى الله عليه وسلم قبل هدايا الكفار) •

(فرع) قول المصنف : يقبل فى ذلك قول الأعمى لأن له طريقا الى العلم بالحس والخبر (الحس بالحاء) يعنى يدركه باحدى الحواس الخمس ، وأما الخبر فهو السماع من ثقة واحد أو جماعة ، واعلم أن أصحابنا وغيرهم من الفقهاء يطلقون لفظ العلم واليقين والمعرفة ويريدون به الاعتقاد القوى ، سواء كان علما حقيقيا أو ظنا ، وهذا نحو ما قدمناه فى استعمالهم لفظ الشك [1] والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان معه اناآن فأخبره رجل أن الكلب ولغ فى أحدهما قبل قوله ولم يجتهد لأن الخبر مقدم على الاجتهاد كما نقوله فى القبلة ، وان أخبره رجل أنه ولغ فى هذا دون ذاك وقال آخر : بل ولغ فى ذاك دون هذا حكم بنجاستهما ، لأنه يمكن صدقهما بأن يكون ولغ فيهما فى وقتين ، وان قال أحدهما : ولغ فى هذا دون ذاك فى وقت معين ، وقال الآخر : بل ولغ فى ذاك دون هذا فى ذلك الوقت بعينه فهما كالبينتين اذا تعارضتا ، فان قلنا : انهما تسقطان سقط خبرهما وجازت الطهارة بهما ، لأنه لم يثبت نجاسة واحد منهما ، وان قلنا : لا تسقطان أراقهما أو صب أحدهما فى الآخر ثم تيمم) •

(الشرح) أما المسألة الأولى وهى اذا أخبره ثقة بولوغ الكلب فى أحد الاناءين بعينه فصورتها أن يكون له اناآن يعلم أن الكلب ولغ فى أحدهما ولا يعلم عينه كذا صورها الامام الشافعى فى حرملة وكذا نقله عنه المحاملى فى كتابيه ، وكذا صورها الشيخ أبو حامد وآخرون وهو واضح فيجب قبول خبره ويحكم بنجاسة ذلك المعين وطهارة الآخر ، وهذا لا خلاف فيه وحينئذ لا يجوز الاجتهاد •

وأما المسألة الثانية وهى اذا أخبره ثقة بولوغه فى ذا ، وثقة بولوغه فى

---

(١) سبق قوله الشك تساوى طرفى الجواز وعدمه (ط) •

ذاك ، فيحكم بنجاستهما بلا خلاف أيضا نص عليه الشافعى فى الأم وحرملة واتفق عليه الأصحاب لما ذكره المصنف من احتمال الولوغ فى وقتين ، ومتى أمكن صدق المخبرين الثقتين وجب العمل بخبرهما .

وأما المسألة الثالثة وهى اذا أخبره ثقة بولوغه فى ذا دون ذاك حين بدا حاجب الشمس يوم الخميس مثلا ، فقال الآخر : بل ولغ فى ذاك دون ذا فى ذلك الوقت ، فقد اختلف الأصحاب فيهـا فقطع الصيدلانى والبغوى بأنه يجتهد فيهما ويستعمل ما غلب على ظنه طهارته ، ولا يجوز أخذ أحدهما بغير اجتهاد لأن المخبرين اتفقا على نجاسة أحدهما فلا يجوز الغاء قولهما ، وقطع أصحابنا العراقيون وجمهـور الخراسانيين بأن المسـألة تبنى على القولين المشهورين فى البينتين اذا تعارضتا أصحهما تسقطان (والثانى) يستعملان وفى الاستعمال ثلاثة أقوال (أحدها) بالقرعة (والثانى) بالقسمة (والثالث) يوقف حتى يصطلح المتنازعان .

قالوا : ان قلنا يسقطان سقط خبر الثقتين وبقى الماء على أصل الطهارة ، فيتوضأ بأيهما شاء ، وله أن يتوضأ بهما جميعا ، قالوا : لأن تكاذبهما وهن خبرهما ولا يمكن العمـل بقولهما للتعـارض فسقط ، قالوا : وان قلنـا تستعملان لم يجىء قول القسمة بلا خلاف وامتنـاعه واضح ، وأما القرعة فقطع الجمهور بأنها لا تجىء أيضا كما قطع به المصنف وحكى صاحب المذهب (بضم الميم واسكان الذال) وجهـا أنه يقرع ويتوضأ بمـا اقتضت القرعة طهارته . وحكى هذا الوجه صاحب البيان وأشار اليه المحاملى فى المجموع فقال : ويمكن الاقراع وهو شاذ ضعيف ، وأما الوقف فقد جزم المصنف بأنه لا يجىء فانه جزم بأنه على قول الاستعمال يريقهما ووافقه على هذا صاحبه الشاشى صاحب المستظهرى وهو شاذ .

والصحيح الذى عليه الجمهور مجىء الوقف ، وممن صرح به الشـيخ أبو حامد وصاحباه القاضى أبو الطيب فى تعليقه والمحاملى فى كتابيه المجموع والتجريد ، والبندنيجى وصاحب الشـامل وآخرون من العراقيين وصاحبا التتمة ، والبحر وآخرون من الخراسانيين ، قال القاضى أبو الطيب وصاحبا الشامل والتتمة وغيرهم : فعلى هذا يتيمم ويصلى ويعيد الصـلاة لأنه تيمم

ومعه ماء محكوم بطهارته ، ووجه جريان الوقف أنه ليس هنا ما يمنعه بخلاف القسمة والقرعة .

ووجه قول المصنف : (لا يجيء الوقف) القياس على من اشتبه عليه اناءآن واجتهد وتحير فيهما ، فانه يريقهما ويصلى بالتيمم بلا اعادة ، لأنه معذور فى الاراقة ولم يقولوا بالوقف فكذا هنا . فهذا ما ذكره الأصحاب واختار الشيخ أبو عمرو بن الصلاح أنه يجتهد على جميع أقوال الاستعمال، لأن قول المخبرين على هذا القول مقبول ، وقد اتفقا على نجاسة أحد الاناءين دون الآخر فيجب العمل بذلك ويميز بالاجتهاد لأنه طريق للتمييز فى هذا الباب بخلاف البينتين .

وسلك امام الحرمين طريقة أخرى انفرد بها فقال : اذا تعارض خبراهما وكان أحد المخبرين أوثق وأصدق عنده اعتمده كما اذا تعارض خبران وأحد الروايتين أوثق ، قال فان استويا فلا تعلق بخبرهما . هذا كلام الامام ومقتضاه أنه اذا كان المخبر فى أحد الطرفين أكثر رجح وعمل به وقد ذكر مثله صاحب البحر وهو الصحيح بل الصواب ، وخالف فى ذلك صاحب البيان فقال : لا فرق بين أن يستوى المخبرون وبين أن يكون أحد الطرفين أكثر فالحكم واحد . وهذا الذى قاله ليس بشيء ، وليس هذا من باب الشهادات التى لها نصاب لا تأثير للزيادة عليه فلا يقع فيها ترجيح بزيادة العدد ، بل هو من باب الأخبار التى يترجح فيها بالعدد . ودليله أنه يقبل فى النجاسة قول الثقة الواحد والعبد والمرأة بلا خلاف ، بخلاف الشهادة .

فهذا ما ذكره الأصحاب وحاصله أوجه أرجحها عند الأكثرين أنه يحكم بطهارة الاناءين فيتوضأ بهما (والثانى) يحكم بنجاسة أحدهما ويجب الاجتهاد وبه قطع الصيدلانى والبغوى (والثالث) يقرع وهو ضعيف أو غلط (والرابع) يوقف حتى يبين ويصلى بالتيمم ويعيد ، وهذه الأوجه اذا استوى المخبران فى الثقة ، فان رجح أحدهما أو زاد العدد عمل به على المذهب كما سبق والله أعلم .

(فرع) قوله : ان قلنا تستعملان ، هو بالتاء المثناة فوق وكذا كل مؤنثتين غائبتين فبالمثناة فوق ، سواء ما له فرج حقيقى وغيره قال الله تعالى :

(اذ همت طائفتان منكم أن تفشلا [1]) (ووجد من دونهم امرأتين تذودان [2]) (ان الله يمسك السموات والأرض أن تزولا [3]) (فيهما عينان تجريان [4]) وانما نبهت بهذا لكثرة ما يلحن فى ذلك والله أعلم .

(فرع) قال ثقة : ولغ الكلب فى هذا الاناء فى وقت بعينه ، وقال آخر : كان هذا الكلب فى ذلك الوقت فى مكان آخر ، فوجهان محكيان فى المستظهرى وغيره أصحهما أنه طاهر للتعارض كما سبق (والثانى) نجس لأن الكلاب تشتبه وقال صاحب المستظهرى : وهذا الوجه ليس بشىء .

(فرع) أدخل كلب رأسه فى اناء وأخرجه ولم يعلم هل ولغ فيه ؟ قال صاحب الحاوى وغيره : ان كان فمه يابسا فالماء طاهر بلا خلاف ، وان كان رطبا فوجهان (أحدهما) يحكم بنجاسة الماء لأن الرطوبة دليل ظاهر فى ولوغه فصار كالحيوان اذا بال فى ماء ثم وجده متغيرا حكم بنجاسته بناء على هذا السبب المعين ، وأصحهما : أن الماء باق على طهارته لأن الطهارة يقين ، والنجاسة مشكوك فيها ، ويحتمل كون الرطوبة من لعابه وليس كمسألة بول الحيوان ، لأن هناك تيقنا حصول النجاسة وهو سبب ظاهر فى تغير الماء ، بخلاف هذا والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشتبه عليه ماءآن طاهر ونجس تحرى فيهما فما غلب على ظنه طهارته منهما توضأ به لأنه سبب من أسباب الصلاة يمكن التوصل اليه بالاستدلال ، فجاز له الاجتهاد فيه عند الاشتباه كالقبلة) .

(الشرح) اذا اشتبه ماءآن طاهر ونجس ففيه ثلاثة أوجه ، الصحيح المنصوص الذى قطع به الجمهور وتظاهرت عليه نصوص الشافعى رحمه الله أنه لا تجوز الطهارة بواحد منهما الا اذا اجتهد وغلب على ظنه طهارته بعلامة تظهر ، فان ظنه بغير علامة تظهر لم تجز الطهارة به (والثانى) تجوز الطهارة

---

(١) الآية ١٢٢ من سورة آل عمران .
(٢) الآية ٢٣ من سورة القصص .
(٣) الآية ٤١ من سورة فاطر .
(٤) الآية ٥٠ من سورة الرحمن .

به اذا ظن طهارته وان لم تظهر علامة بل وقع فى نفسه طهارته ، فان لم يظن لم تجز . حكاه الخراسانيون وصاحب البيان (والثالث) يجوز استعمال أحدهما بلا اجتهاد ، ولا ظن ، لأن الأصل طهارته حكاه الخراسانيون أيضا . قال امام الحرمين وغيره : الوجهان الأخيران ضعيفان .

والتفريع بعد هذا على المذهب وهو وجوب الاجتهاد واشتراط ظهور علامة ، وسواء عندنا كان عدد الطاهر أكثر أو أقل حتى لو اشتبه اناء طاهر بمائة اناء نجسة تحرى فيها ، وكذلك الأطعمة والثياب ، هذا مذهبنا وبمثله قال بعض أصحاب مالك ، وكذا قال بمثله أبو حنيفة فى القبلة والأطعمة والثياب ، وأما الماء فقال لا يتحرى الا بشرط أن يكون عدد الطاهر أكثر من عدد النجس ، وقال أحمد وأبو ثور والمزنى : لا يجوز التحرى فى المياه بل يتيمم ، وهذا هو الصحيح عند أصحاب مالك .

ثم اختلف هؤلاء فقال أحمد : لا يتيمم حتى يريق الماء فى احدى الروايتين وقال المزنى وأبو ثور : يتيمم ويصلى ولا اعادة وان لم يرقه ، وقال عبد الملك ابن الماجشون (بكسر الجيم وضم الشين المعجمة) من أصحاب مالك : يتوضأ بكل واحد ويصلى بعد الوضوءين ولا يعيد الصلاة وقال محمد بن سلمة من أصحاب مالك : يتوضأ بأحدهما ثم يصلى ثم يتوضأ بالآخر ثم يعيد الصلاة ، ونقل القاضى أبو الطيب عن أكثر العلماء جواز الاجتهاد فى الثياب . قال ابن الماجشون ومحمد بن سلمة [1] : يصلى فى كل ثوب مرة ، وأجمعت الأمة على الاجتهاد فى القبلة .

احتج لأحمد والمزنى بأنه اذا اجتهد قد يقع فى النجس ، ولأنه اشتبه طاهر بنجس فلم يجز الاجتهاد كما لو اشتبه ماء وبول ، وأما الماجشون وابن سلمة فقالا : هو قادر على اسقاط الفرض بيقين باستعمالهما فلزمه ، واحتج أصحابنا على الطائفتين بالقياس على القبلة ، وبالقياس على الاجتهاد فى الأحكام وفى تقويم المتلفات وان كان قد يقع فى الخطأ .

وأما الجواب عن الماء والبول من أوجه (أحدها) أن الاجتهاد يرد الماء

---

(١) فى الاصل وفى ش وفى مسلمة وهو خطأ وصوابه سلمة بكسر اللام (ط) .

الى أصله بخلاف البول (والثانى) أن الاشتباه فى الماء يكثر فدعت الحاجة الى الاجتهاد فيهما بخلاف الماء والبول (والثالث) أن الحاق المياه بالقبلة أولى ، وأما قول ابن الماجشون فضعيف بل باطل ، لأن أمره بالصلاة بنجاسة متيقنة وبالوضوء بماء نجس ، وأما أبو حنيفة فاحتج له فى اشتراط زيادة عدد الطاهر بحديث الحسن بن على رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « دع ما يريبك الى ما لا يريبك » حديث حسن رواه الترمذى والنسائى ، قال الترمذى : حديث حسن صحيح .

قالوا : فكثرة النجس تريب فوجب تركه والعدول الى ما لا ريب فيه وهو التيمم قالوا : ولأن الأصول مقررة على أن كثرة الحرام واستواء الحلال والحرام يوجب تغليب حكمه فى المنع كأخت أو زوجة اختلطت بأجنبية ، ولأنه استوى الطاهر والنجس فأشبه الماء والبول ، واحتج أصحابنا بقول الله تعالى : (فلم تجدوا ماء فتيمموا) وهذا واجد فلم يجز التيمم ، وقياسا على الثياب والأطعمة والقبلة فانه يجوز الاجتهاد فيها باتفاقنا مع زيادة عدد الخطأ .

فان قالوا : انما جاز الاجتهاد فى الثياب لأنها أخف حكما بدليل أنه يعفى عن النجاسة اليسيرة فيها ، فالجواب من وجهين (أحدهما) لا نسلم أن الماء يخالف الثياب فى هذا بل يعفى عن النجاسة فيه اذا بلغ قلتين ، وكذا فى دون القلتين اذا كانت نجاسة لا يدركها الطرف أو ميتة لا نفس لها سائلة على الأصح فيهما (الثانى) أن هذا الفرق لما لم يوجب فرقا بينهما اذا زاد عدد الطاهر لم يوجبه اذا استويا . فان قالوا : انما جاز الاجتهاد فى الثياب لأن الضرورة تبيحها اذا لم يجد غيرها بخلاف الماء ، فالجواب من وجهين .

(أحدهما) لا نسلم أن الثوب النجس تباح الصلاة فيه لعدم غيره بل يصلى عاريا ولا اعادة .

(الثانى) لا يجوز اعتبار الاشتباه بحال الضرورة بل بحال الاختيار وهما فيه سواء .

(وأما الجواب) عن الحديث فهو أن الريبة زالت بغلبة الظن بطهارته وبقيت الريبة فى صحة التيمم مع وجود هذا الماء ، وأما قياسهم على الأجنبية المشتبهة بأخته فجوابه من وجهين (أحدهما) أنه قياس فاسد لأن الأخت مع

أجنبية أو أجنبيـات لا يجرى فيهن التحرى بحال ، بل ان اختلطت الأخت بمحصورات لم يجز نكاح واحدة منهن • وان اختلطت بغير محصورات نكح من أراد منهن بلا تحر •واذا لم يجز فيهن التحرى بحال ـ وقد اتفقنا على جريانه فى المـاء اذا كان الطـاهر أكثر ـ لم يصح الحـاق أحدهما بالآخر (الثانى) أن الاشتباه فى النساء نادر بخلاف الماء فدعت الحاجة الى التحرى فيه دونهن • وأما قياسهم على اختلاط زوجته بأجنبيات فجوابه من أربعة أوجه (أحدها) ندرة ذلك بخلاف الماء (الثانى) أن التحرى يرد الشىء الى أصله فالماء يرجع الى أصله وهو الطهارة فأثر فيه الاجتهاد ، وأما الوطء فالأصل تحريمه (الثالث) أن فى مسألة الزوجة لو زاد عدد المباح لم يتحر بخلاف الماء (الرابع) اذا تردد فرع بين أصلين ألحق بأشبههما به وشبه المياه بالثياب والقبلة أكثر فألحق بها دون الزوجة •

وأما قياسهم على الماء والبول فجوابه من أوجه (أحدها) التحرى يرد الماء الى أصله وهو الطهارة بخلاف البول (الثانى) الاشتباه فى المياه يكثر وتعم به البلوى بخلاف الماء والبول (الثالث) لا نسلم أن امتناع التحرى فى الماء والبول لعدم زيادة الطاهر ، بل لأن البول ليس مما يجتهد فيه بحال ، ولهذا لو زاد عدده لم يجز التحرى والله أعلم •

(فرع) قول المصنف : « توضأ به لأنه سبب من أسباب الصلاة يمكن التوصل اليه بالاستدلال فجاز الاجتهاد فيه عند الاشتباه كالقبلة » الضمير[1] فى « لأنه » يعود الى الوضوء أو التطهير الذى دل عليه قوله توضأ به ، وقوله « سبب » أراد به الشرط ، فان الوضوء شرط للصلاة لا سبب لها فان الشرط ما يعدم الحكم لعدمه ، والسبب ما توصل به الى الحكم ، فتساهل المصنف باطلاق السبب على الشرط واحترز به عن الشك فى عدد الركعات والركوع والسجود وغير ذلك من أجزاء الصلاة •

وقوله : « من أسباب الصلاة » أى شروطها وقد صرح بما ذكرناه فى باب طهارة البدن فيما اذا اشتبه ثوبان فقال تحرى فيهما ، لأنه شرط من شروط

---

(١) الضمير عائد الى المشتبه قطعا بدليل قوله : فجاز الاجتهاد فيه وهو لا يجتهد فى الماء الذى •

الصلاة ، وفيه احتراز من الذكاة فانها شرط ، ولكن ليست شرطا فى الصلاة بل فى حل الحيوان ولا يدخلها الاجتهاد فيما اذا اشتبهت ميتة بمذكاة • وقوله « يمكن التوصل اليه بالاستدلال » احتراز مما اذا شك هل توضأ أم لا أو هل غسل عضوه أم لا ، ومن القبلة فى حق الأعمى ، وقاس المصنف على القبلة لأنها مجمع على الاجتهاد فيها • وقوله : « فجاز الاجتهاد فيه عند الاشتباه كالقبلة » كلام صحيح ومراده الرد على من منع الاجتهاد كما سبق • واذا ثبت جوازه فقد يجب اذا لم يقدر على غيره وضاق وقت الصلاة ، وقد لا يجب بأن لا يكون كذلك ، وقد يعترض على المصنف فيقال : كان ينبغى أن يقول : فوجب الاجتهاد ، وهذا اعتراض باطل لما ذكرناه •

(فرع) أما كيفية الاجتهاد فقال صاحب البيان : قال أصحابنا العراقيون هو أن ينظر الى الاناءين ويميز الطاهر منهما بتغير لون أو ريح أو اضطراب فيه أو رشاش حوله أو يرى أثر كلب الى أحدهما أقرب ونحو ذلك ، فاذا فعل ذلك غلب على ظنه نجاسة أحدهما لوجود بعض هذه العلامات وطهارة الآخر لعدمها قال : فأما ذوق الماء فلا يجوز لاحتمال نجاسته ، قال : وأما الخراسانيون فقالوا : هل يحتاج الى نوع دليل ؟ فيه وجهان (أحدهما) نعم كالمجتهد فى الأحكام (والثانى) لا ، قال : وهذا ليس بشىء وهذا الذى حكاه عن العراقيين هو كذلك فى كتبهم ، وكذا نقله أيضا البغوى عن العراقيين •

وقد قدمنا ثلاثة أوجه فى أنه تشترط العلامة ؟ أم يكفيه الظن بلا علامة ؟ أم يجوز الهجوم بلا علامة ولا ظن ولا اجتهاد ؟ والصحيح اشتراط العلامة كما اذا اشتبهت القبلة فانه لابد من علامة بلا خلاف وكذا القاضى والمفتى يشترط ظهور دليل له بلا خلاف ، قال امام الحرمين : ولأن الأمور الشرعية لا تبنى على الالهامات والخواطر ، ومن اكتفى بالظن قال : يجوز استعماله اعتمادا على الأصل والظاهر • وفرق القاضى حسين وصاحبه البغوى وغيرهما بينه وبين القبلة بأن جهة القبلة مشاهدة • ولها علامات ظاهرة تعلم بها اذ أتقن النظر علما يقينا • والأوانى لا طريق الى اليقين فيها فكفى الظن والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان انقلب أحدهما قبل الاجتهاد ففيه وجهان (أحدهما) أنه يتحرى فى الثانى ، لأنه قد ثبت جواز الاجتهاد فيه فلم يسقط بالانقلاب (والثانى) وهو الأصح لا يجتهد لأن الاجتهاد يكون بين أمرين ، فان قلنا : [1] يجتهد فما الذى يصنع ؟ فيه وجهان قال أبو على الطبرى : يتوضأ به لأن الأصل فيه الطهارة فلا يزال اليقين بالشك ، وقال القاضى أبو حامد : يتيمم ولا يتوضأ[2] لأن حكم الأصل زال بالاشتباه بدليل أنه منع من استعماله من غير تحر فوجب التيمم) •

(الشرح) حاصل ما ذكره ثلاثة أوجه أصحها عند أكثر الأصحاب لا يتحرى فى الباقى بل يتيمم ويصلى ولا يعيد ، لأنه ممنوع من استعماله غير قادر على الاجتهاد فسقط فرضه بالتيمم (والثانى) يتوضأ به بلا اجتهاد (والثالث) يجتهد فان ظهر له نجاسته تركه ويتيمم ، وان ظن طهارته توضأ به ولا اعادة على التقديرين ودليل الأوجه مذكور فى الكتاب • وممن صحح الأول المصنف ، ولو قلبه صاحبه فهو كما لو انقلب ففيه الأوجه ، صرح به الشيخ أبو حامد والمحاملى والغزالى وغيرهم • وأما قول المصنف لا يزال حكم اليقين بالشك ، فهى عبارة مشهورة للفقهاء قد أكثر المصنف وغيره منها وأنكرها بعض أهل الأصول على الفقهاء ، وقال : الشك اذا طرأ لم يبق هناك يقين لأن اليقين الاعتقاد الجازم ، والشاك متردد وهذا الانكار فاسد لأن مرادهم أن حكم اليقين لا يزال بالشك لا أن اليقين نفسه يبقى مع الشك ، فان ذلك محال لا يقوله أحد ، ودليل هذه القاعدة وهى كون حكم اليقين لا يزال بالشك الحديث الذى ذكرناه فى أول الباب والله أعلم •

وأبو على الطبرى والقاضى أبو حامد تقدم بيانهما •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اجتهد فيهما فلم يغلب على ظنه شىء أراقهما أو صب أحدهما فى

---

(١) فى نسخة الركبى (فان قلنا : لا يجتهد) ولعله الصواب (ط) .
(٢) فى نسخة الركبى (يتيمم ولا يتحرى) ط .

الآخر وتيمم ، فان تيمم وصلى قبل الاراقة أو الصب أعاد الصلاة لأنه تيمم ومعه ماء طاهر بيقين) .

(الشرح) اذا اجتهد فلم يظهر له شيء فليرقهما أو يخلطهما ثم يتيمم ويصلي ولا اعادة عليه بلا خلاف ، بخلاف ما لو أراق ماء تيقن طهارته في الوقت لغير عذر وتيمم فانه يعيد الصلاة على وجه لأنه مقصر ، وهنا معذور ، ولو أراق الماءين في مسألتنا قبل الاجتهاد فهو كاراقة الماء الذي تيقن طهارته سنها ، فان كان قبل الوقت فلا اعادة ، وان كان في الوقت فلا اعادة في أصح الوجهين لكنه يعصي قطعا ، قال أصحابنا : ولو اجتهد فظن طهارة اناء فأراقه أو أراقهما فهو كالاراقة سفها على ما ذكرنا .

فأما اذا تيمم وصلى قبل الاراقة فتيممه باطل وتلزمه اعادة الصلاة لأنه تيمم ومعه ماء طاهر بيقين ، هكذا قطع به الجمهور وهو الصحيح ، وفي البيان وجه آخر أنه لا اعادة لأنه ممنوع من هذين الماءين ، فكانا كالعدم ، كما لو حال بينه وبينه سبع . وهذا وان كان له وجه فالمختار الأول لأن معه ماء طاهرا وقد ينسب الى تقصير في الاجتهاد وله طريق الى اعدامه بخلاف السبع . وذكر صاحب الحاوي في الاراقة المذكورة فيما اذا لم يغلب على ظنه شيء وجهين : (أحدهما) أنها واجبة ليصح تيممه بلا اعادة (والثاني) قال وهو قول جمهور أصحابنا : لا تجب الاراقة لكن تستحب لأنه ليس معه ماء يقدر على استعماله فجاز له التيمم ويلزمه الاعادة لأن معه ماء طاهرا فلو كانا لو خلطا بلغا قلتين وجب خلطهما بلا خلاف والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان غلب على ظنه طهارة أحدهما توضأ به والمستحب أن يريق الآخر حتى لا يتغير اجتهاده بعد ذلك) .

(الشرح) هذا الذي ذكره متفق عليه ، وقوله توضأ به أي لزمه الوضوء به ولا يجوز العدول عنه الى التيمم ، وقوله : والمستحب أن يريق الآخر ، يعني يستحب اراقته قبل استعمال الطاهر ، صرح به صاحب الحاوي وغيره ، وهو ظاهر نص الشافعي في المختصر فانه قال : تأخي وأراق النجس

على الأغلب عنده وتوضأ بالطاهر وعلل أصحابنا استحباب الاراقة بشيئين أحدهما الذى ذكره المصنف والثانى لئلا يغلط فيستعمل النجس أو يشتبه عليه ثانيا ، قال الشافعى فى الأم والأصحاب : فان خاف العطش أمسك النجس ليشربه اذا اضطر والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان تيقن أن الذى توضأ به كان نجسا غسل ما أصابه منه وأعاد الصلاة لأنه تعين له يقين الخطأ فهو كالحاكم اذا أخطأ النص) .

(الشرح) هذا الذى ذكره من وجوب غسل ما أصابه منه واعادة الصلاة هو المذهب الصحيح المشهور الذى قطع به الجمهور ، وذكر الغزالى فى باب القبلة فيما اذا بان الخطأ فى الأوانى قولين كالقبلة ثم اذا غسله عن النجاسة فهل يكفيه غسلة واحدة عن ازالة النجاسة والوضوء معا ؟ فيه وجهان سبق بيانهما فى آخر باب ما يفسد الماء من الاستعمال ، وسنذكرهما مبسوطين فى أواخر نية الوضوء ان شاء الله تعالى ، والأصح يكفيه ، قال القاضى أبو الطيب ووافقنا أبو حنيفة فى هذه المسألة وهى اعادة الصلاة اذا تيقن استعمال النجس وهى أصل يقيس أصحابنا عليه مسائل : منها اذا أخطأ فى القبلة ، ومنها اذا أخطأ الماء فى رحله وتيمم والله أعلم .

(فرع) قول المصنف تيقن أن الذى توضأ به كان نجسا ، كذا عبارة أصحابنا ، واعلم أنهم يطلقون العلم واليقين ويريدون بهما الظن الظاهر لا حقيقة العلم واليقين ، فان اليقين هو الاعتقاد الجازم وليس ذلك بشرط فى هذه المسألة ونظائرها ، وقد قدمنا فى هذا الباب بيان هذا حتى لو أخبره ثقة بنجاسة الماء الذى توضأ به فحكمه حكم اليقين فى وجوب غسل ما أصابه واعادة الصلاة . وانما يحصل بقول الثقة ظن لا علم ويقين ولكنه نص يجب العمل به ، ولا يجوز العمل بالاجتهاد مع وجوده ، وينقض الحكم المجتهد فيه اذا بان خلاف النص وان كان خبر واحد ، وهذا الذى ذكرته من وجوب الاعادة بسبب خبر الثقة بنجاسة الماء متفق عليه وممن صرح به القاضى حسين فى تعليقه والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(وان لم يتيقن ولكن تغير اجتهاده فظن أن الذى توضأ به كان نجسا قال أبو العباس : يتوضأ بالثانى كما لو صلى الى جهة بالاجتهاد ثم تغير اجتهاده ، والمنصوص فى حرملة أنه لا يتوضأ بالثانى لأنا لو قلنا انه يتوضأ به ولم يغسل ما أصابه الماء الأول من ثيابه وبدنه أمرناه أن يصلى وعلى بدنه نجاسة بيقين وهذا لا يجوز ، وان قلنا : انه يغسل ما أصابه من الماء الأول نقضنا الاجتهاد بالاجتهاد وهذا لا يجوز ، ويخالف القبلة فان هناك لا يؤدى انى الأمر بالصلاة الى غير القبلة ولا الى نقض الاجتهاد بالاجتهاد ، واذا قلنا بقول أبى العباس توضأ بالثانى وصلى ولا اعادة عليه ، وان قلنا بالمنصوص فانه يتيمم ويصلى ، وهل يعيد الصلاة ؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه لا يعيد لأن ما معه من الماء ممنوع من استعماله بالشرع فصار وجوده كعدمه كما لو تيمم ومعه ماء يحتاج اليه للعطش (والثانى) يعيد لأنه تيمم ومعه ماء محكوم بطهارته (والثالث) وهو قول أبى الطيب بن سلمة : ان كان قد بقى من الأول بقية أعاد لأن معه ماء طاهرا بيقين ، وان لم يكن بقى من الأول شىء لم يعد ، لأنه ليس معه ماء طاهر بيقين) .

(الشرح) : هـذه المسألة لها مقـدمة لم يذكرها المصنف وقد ذكرها أصحابنا فقالوا : اذا غلب على ظنه طهارة أحدهما فقد سبق أنه يستحب اراقة الآخر ، فلو خالف فلم يرقه حتى دخل وقت الصـلاة الثانية فهل يلزمه اعادة الاجتهاد للصلاة الثانية ؟ ينظر ــ فان كان على الطهـارة الأولى ــ لم يلزمه بلا خلاف بل يصلى بها ، وان كان قد أحدث نظر ــ ان بقى من الذى ظن طهارته شىء ــ لزمه اعادة الاجتهاد ، صرح به القـاضى أبو الطيب فى تعليقه والمحاملى فى كتابيه وصاحب الشامل وغيرهم من العراقيين والقاضى حسين وصاحباه صاحبا التتمة والتهذيب وغيرهم من الخراسانيين ، وقاسوه على اعادة الاجتهاد فى القبلة للصلاة ، وعلى القاضى والمفتى اذا اجتهد فى قضـية وحكم بشىء ثم حضرت مرة أخرى يلزمه أن يعيد الاجتهاد .

وفى هذه المسائل المقيس عليها وجه مشهور ، أنه لا يجب اعادة الاجتهاد بل له أن يصلى ويحكم بمقتضى الاجتهاد الأول ما لم يتغير اجتهاده ، وينبغى

أن يجيء ذاك الوجه هنا وهو أولى ، وان لم يبق من الذى ظن طهارته شيء ففى وجوب اعادة الاجتهاد فى الآخر طريقان (أحدهما) أنه على الوجهين فيما اذا انقلب أحد الاناءين قبل الاجتهاد هل يجتهد فى الباقى ؟ وقد سبق ، وبهذا الطريق قطع المتولى (والثانى) وهو المذهب لا يعيد الاجتهاد وجها واحدا وبهذا قطع الماوردى والبغوى والرافعى وغيرهم •

اذا عرفت هذه المقدمة فدخل وقت صلاة أخرى فأعاد الاجتهاد ــ فان ظن طهارة الأول ــ فلا اشكال فيتوضأ ببقيته ان كان منه بقية ويصلى ، وان ظن طهارة الثانى فقد نقل المزنى عن الشافعى رضى الله عنه أنه قال : لا يتوضأ بالثانى ولكن يصلى بالتيمم ويعيد كل صلاة صلاها بالتيمم ، وكذا نقل حرملة عن الشافعى أنه لا يتوضأ بالثانى ، فقال جمهور الأصحاب : الذى نقله المزنى وحرملة هو المذهب ، وقال أبو العباس بن سريج هذا الذى نقله المزنى لا يعرف للشافعى وقد غلط المزنى على الشافعى ، والذى يجيء على قياس الشافعى أنه يتوضأ بالثانى كالقبلة •

واتفق جمهور أصحابنا المصنفين فى الطريقتين على أن الصواب والمذهب ما نقله المزنى وحرملة ، وأن ما قاله أبو العباس ضعيف وضعفوه بما ضعفه به المصنف وهو ظاهر • قال الشيخ أبو حامد فى تعليقه : أبى أصحابنا أجمعون ما قال أبو العباس قال : وقالوا هذا من زلات أبى العباس ، قال : قال أبو الطيب بن سلمة ما غلط المزنى لأن الشافعى نص على هذا فى حرملة ، قال أبو حامد : لا يحتاج الى حرملة فان الشافعى نص عليها فى الأم فى باب الماء يشك فيه ، وقال صاحب الحاوى : مذهب الشافعى وما عليه جمهور أصحابه أنه لا يجوز استعمال بقية الأول ولا يجوز استعمال الثانى وخالفهم أبو العباس ، وكذا قال المحاملى خالف سائر أصحابنا أبا العباس فى هذا ، وقالوا : المذهب أنه لا يتوضأ بالثانى • فهذا كلام أعلام الأصحاب • وقد جزم جماعة من المصنفين بالمنصوص ، منهم القاضى حسين والبغوى وآخرون ولم يعرجوا على قول أبى العباس لشدة ضعفه ، وشذ الغزالى عن الأصحاب أجمعين فرجح قول أبى العباس وليس بشيء فلا يغتر به •

قال أصحابنا : فان قلنا بقول أبى العباس توضأ بالثانى ولابد من ايراد

المـاء على جميع المواضع التى ورد عليها المـاء الأول لئلا يكون مستعملا للنجاسة بيقين • وممن صرح بهذا الفورانى وامام الحرمين وصاحب الشامل والغزالى والرافعى وآخرون ، قال صاحب الشامل : ينبغى أن يغسل ما أصابه الماء الأول فى غير مواضع الوضوء ، لأن مواضع الوضوء يطهرها المـاء عن الحدث والنجس جميعا ، قال : ولا يكون ذلك نقضا للاجتهاد بالاجتهاد ، لأنا لا نحكم ببطلان طهارته الأولى ولا صلاته بها ، وانما أمرناه بغسل ما غلب على ظنه نجاسته كما أمرناه باجتناب بقية الماء الأول وحكمنا بنجاسته ، ولا يقال : هو نقض الاجتهاد بالاجتهاد •

وهذا الذى قاله صاحب الشامل رحمه الله من أنه فى أعضاء الوضـوء يكفيه امرار المـاء مرة واحدة عن الحدث والنجس هو ظاهر كلام الغزالى أيضا ، وقال الرافعى : لابد من غسـلها مرتين ، مرة عن الحـدث ومرة عن النجس ، وهذا الذى ذكره الرافعى خلاف قول الأصحاب فى حكاية مذهب ابن سريج كما ذكرناه عن صاحب الشامل والغزالى ، وقد قدمنا أن العضـو الذى تيقنا نجاسته يكفى غسله مرة واحدة عن الحدث والنجس على الأصح من الوجهين ، فهنا أولى اذا لم تتيقن نجاسته ، وعلى الجملة قول ابن سريج هنا ضعيف جدا والله أعلم •

ولا يجب قضاء الصلاة الأولى ولا الثانية على قول ابن سريج ، وأما اذا قلنا بالمنصوص فانه لا يجوز له استعمال الماء الثانى ولا بقية الأول • بل يتيمم ويصلى ، وفى وجوب اعادة هذه الصلاة التى صلاها بالتيمم الأوجه الثلاثة التى ذكرها المصنف ، أصحها الثالث وهو أنه ان كان بقى من الأول بقية لزمه الاعادة والا فلا ، والمراد بهذه البقية بقية يجب استعمالها بأن تكون كافية لطهارته أو غير كافية وقلنا : يجب استعمالها وهو أصح القولين كما سيأتى فى كتاب التيمم ان شاء الله تعالى •

فان كانت البقية غير كافية لطهارته وقلنا لايجب استعمالها فهى كالمعدومة، صرح به امام الحرمين وآخرون وهو واضـح ، وأجاب الأصحاب عن قول القائل الآخر انه ممنوع من استعمال هذا الماء فقالوا : هو قادر على اسقاط الاعادة بأن يريقهما فهو مقصر بترك الاراقة ، وهـذا الخلاف انمـا هو فى

وجوب اعادة الصلاة الثانية التى صلاها بالتيمم • فأما الأولى فلا تجب اعادتها بلا خلاف • وسواء قلنا بالمنصوص أو بقول ابن سريج اتفق أصحابنا على هذا الا الدارمى فانه شذ عنهم فقال فى وجوب اعادة الصلاتين ثلاثة أوجه (أحدها) تجب اعادتهما جميعا (والثانى) تجب اعادة الأولى فقط (والثالث) تجب اعادة الثانية فقط • وهذا الذى شذ به الدارمى وانفرد به عن الأصحاب ضعيف أو باطل وأظنه اشتبه عليه وكيف كان فهو خطأ لا يلتفت اليه ، وانما أذكر مثله لأبين فساده لئلا يغتر به والله أعلم •

(فرع) : لو أراد من جرى له تغير الاجتهاد أن لا يلزمه اعادة الصلاة بلا خلاف تفريعا على المنصوص أراق الماء الثانى والبقية وتيمم وصلى ولا اعادة قطعا لأنه معذور فى الاراقة لا كمن أراقه سفها ، قال امام الحرمين : ولو صب أحدهما فى الآخر فكالاراقة فيتيمم ويصلى بلا اعادة ، وقال : ولو صب الثانى وأبقى بقية الأول تيمم وصلى ولا اعادة لأنه ليس معه ماء متيقن الطهارة ولا مظنونها ، ولو صب البقية وترك الثانى ففى الاعادة الوجهان المذكوران فى الكتاب • والفرق بين هذه المسألة وبين ما اذا حال بينه وبين الماء سبع ونحوه فانه لا اعادة قطعا وهنا خلاف أنه فى مسألة السبع متيقن المانع ولا طريق له ، وهنا مقصر بترك الاراقة والله أعلم •

(فرع) أبو الطيب بن سلمة هذا أول موضع ذكر فيه فى المهذب واسمه محمد بن المفضل بن سلمة بن عاصم البغدادى من كبار أصحابنا تفقه على ابن سريج صنف كتبا كثيرة توفى فى المحرم سنة ثمان وثلاثمائة رحمه الله •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشتبه عليه ماءآن ومعه ماء ثالث يتيقن طهارته ففيه وجهان : (أحدهما) لا يتحرى لأنه يقصر على اسقاط الفرض بيقين فلا يؤدى بالاجتهاد كالمكى فى القبلة (والثانى) أنه يتحرى لأنه يجوز اسقاط الفرض بالطاهر فى الظاهر مع القدرة على الطاهر بيقين ألا ترى أنه يجوز أن يترك ما نزل من السماء ويتيقن طهارته ويتوضأ بما يجوز نجاسته ؟) •

(الشرح) : هذان الوجهان مشهوران ، قال صاحب الحاوى : وحكاهما أبو اسحاق المروزى فى شرحه أصحهما عند جمهور أصحابنا فى الطريقتين

جواز التحرى وهو قول ابن سريج وجمهور أصحابنا المتقدمين أصحاب الوجوه ، والوجه الآخر اختيار أبى اسحاق المروزى ورجحه صاحب المستظهرى • قال : وهو اختيار صاحب الشامل ولم يرجح فى الشامل واحدا من الوجهين فلعله سمعه منه أو رآه فى مصنف آخر له ، والصحيح ما صححه الجمهور وهو جواز التحرى ، واتفقوا على أنه اذا جوزنا التحرى استحب تركه واستعمال الطاهر بيقين احتياطا •

وأجاب الأصحاب عن تمسك من منع الاجتهاد بالقياس على القبلة بأجوبة أحسنها أن القبلة فى جهة واحدة ، فاذا قدر عليها كان طلبه لها فى غيرها عبثا بخلاف الماء الطهور فانه فى جهات كثيرة (الثانى) أن اليقين فى القبلة حاصل فى محل الاجتهاد بخلاف الماء (الثالث) أن المنع من الاجتهاد فى القبلة فى المسألة المفروضة لا يؤدى الى مشقة بخلاف الماء والثياب (الرابع) ذكره الشيخ أبو محمد فى الفروق عن بعض الأصحاب أن الماء مال متمول وفى الاعراض عنه تفويت ماليته مع امكانها فلا تفوت منفعة مال لوجود مال آخر بخلاف القبلة • واستدل الأصحاب فى ترجيح المذهب مع ماسبق بأن الصحابة رضى الله عنهم كان يسمع أحدهم الحديث عن النبى صلى الله عليه وسلم من صحابى آخر فيعمل به ولا يفيده الا الظن ولا يلزمه أن يأتى النبى صلى الله عليه وسلم فيسمعه منه • فيحصل له العلم قطعا واستدل من منع الاجتهاد من نص الشافعى بقوله فى المختصر : ولو كان فى السفر معه اناءان يستيقن أن أحدهما طاهر ، والآخر نجس ، قالوا : فجعل السفر شرطا للاجتهاد لكونه ليس معه ماء آخر ، وأجاب الجمهور بأن السفر شرط لوجوب الاجتهاد لا لجوازه والله أعلم •

وأما قول المصنف : (لأنه يقدر على اسقاط الفرض بيقين فلا يؤدى بالاجتهاد كالمكى فى القبلة) فمراده بالمكى من كان بمكة وليس بينه وبين الكعبة حائل لا أصلى ولا طارىء ، فأما من هو بمكة وبينه وبين الكعبة حائل أصلى كالجبل فانه يجتهد بلا خلاف ، وكذا من بينه وبينها حائل طارىء كالبناء على الصحيح ، كذا صرح به المصنف فى باب استقبال القبلة والأصحاب •

وقوله : (ألا ترى أنه يجوز أن يترك ماء نزل من السماء) الى آخره ، معناه أنه اذا كان بحضرته ماء السماء الذى شاهد نزوله من السماء ولم يقع على نجاسة فهو يقطع بطهارته . ومع هذا يجوز أن يتركه ويتوضأ من اناء فيه ماء قليل قد غاب عنه واحتمل ولوغ كلب فيه أو نجاسة أخرى ، وكذا لو كان بحضرة نهر وشبهه من المياه الكثيرة جاز الوضوء من الاناء الممكن نجاسته ، وهذا لا خلاف فيه والله أعلم .

(فرع) : قال أصحابنا يتخرج على هذين الوجهين مسائل ، والعبارة الجامعة لها أنه هل يجوز الاجتهاد مع القدرة على اليقين ؟ منها لو اشتبه ماءان مستعمل ومطلق وهى المسألة التى ذكرها المصنف بعد هذا ــ فان قلنا: يلزم الأخذ باليقين ــ توضأ بهما والا اجتهد (الثانية) اشتبه ثوبان ومعه ثالث طاهر بيقين أو معه ماء يمكنه غسل أحدهما به ، فان أوجبنا اليقين لم يجتهد بل يصلى فى الثالث أو يغسل وان لم نوجب اليقين اجتهد (الثالثة) معه مزادتان فى كل واحدة قلة واحداهما نجسة واشتبهت ــ فان أوجبنا اليقين ــ وجب خلطهما والا اجتهد (الرابعة) اشتبه لبن طاهر ولبن متنجس ومعه لبن ثالث من ذلك الجنس يتيقن طهارته ، قال الشيخ أبو حامد والمحاملى فى المجموع وأبو على البندنيجى فى جواز التحرى : هذان الوجهان ، قال المتولى : لعل الشيخ أبا حامد أراد اذا كان مضطرا يريد شرب اللبن حتى يجب عليه طلب الطاهر كما عليه فى مسألة الماء طلب الطاهر للطهارة . قال : فأما فى غير حال الاضطرار فلا يمنع من الاجتهاد بلا خلاف لأنه ليس عليه فرض حتى يمنعه على أحد الوجهين من الاجتهاد للقدرة على اليقين ، وانما الغرض الآن المالية ، هذا كلام المتولى وذكر صاحب الشامل نحوه ، وأنكر على الشيخ أبى حامد فالصحيح جواز الاجتهاد فيهما مطلقا من غير خلاف ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشتبه ماء مطلق وماء مستعمل ففيه وجهان (أحدهما) لا يتحرى لأنه يقدر على اسقاط الفرض بيقين بأن يتوضأ بكل واحد منهما (والثانى) أنه يتحرى لأنه يجوز اسقاط الفرض بالطاهر مع القدرة على اليقين) .

(الشرح) : هذان الوجهان مبنيان على الوجهين السابقين فى المسألة قبلها كما بينـاه ، والصحيح منهما جواز التحرى ويتوضأ بمـا ظن أنه المطلق « والثانى » لا يجوز التحرى بل يلزمه اليقين بأن يتوضأ بكل واحد مرة ، وعلى هذا لو أراد الاستنجاء أو غسل نجاسة أخرى غسل بأحدهما ثم بالآخر واذا توضأ بهما فهو غير جازم فى نيته بطهوريته ولكن يعذر فى ذلك للضرورة كمن نسى صلاة من خمس والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشتبه عليه ماء مطلق وماء ورد لم يتحر بل يتوضأ بكل واحـد منهما . وان اشتبه عليه ماء ورد وبول انقطعت رائحته لم يتحر بل يريقهما ويتيمم لأن ماء الورد والبول لا أصل لهما فى التطهير فيرد اليه بالاجتهاد) .

(الشرح) : هذا الذى ذكره فى المسألتين هو المذهب الصحيح الذى قطع به العراقيون فى كتبهم المشهورة ، وصححه الخراسانيون ، وحكوا وجها أنه يجوز التحرى فى المسألتين وحكاه المصنف فى كتابه فى الخلاف ، قال البغوى وسائر الخراسانيين : وعلى هذا الوجه لابد من ظهور علامة ولا يجىء فيـه الوجه السابق فى الماءين أنه يكفى الظن بلا علامة ، قال الخراسانيون : ومثل هذه المسألة مسائل ، منها : اذا اشتبه لبن بقر ولبن أتان وقلنا بالمذهب انه نجس ، أو اشتبه خل وخمر أو شاة ذكاها مسلم وشاة ذكاها مجوسى ، أو لحم ميتـة ولحم مذكاة . فالمذهب فى الجميـع منع الاجتهـاد ، وبه قطع العراقيون . وللخراسانيين وجه ضعيف أنه يجتهد .

ولو اشتبه شاتان مذكاتان احداهما مسمومة ، جاز الاجتهاد فيهما بلا خلاف كالماءين والطعـامين لأنهما مباحتان طرأ على احداهمـا مانع ، ذكره القاضى حسين ، وهو واضح والله أعلم . وقوله : فيرد اليه بالاجتهـاد هو بنصب الدال .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشتبه عليه طعام طاهر وطعام نجس ، تحرى فيهما لأن أصلهما على الاباحة فهما كالماءين) .

(الشرح) : هذا الذى ذكره من التحرى فى الأطعمة متفق عليه ، وسواء كانا جنسا كلبنين أو دبسين أو خلين أو زيتين أو عسلين أو سمنين أو عصيرين أو طحينين ونحو ذلك ، أو جنسين كخل ولبن أو دبس وزيت أو طبيخ وخبز ونحو ذلك ، وكذا طعام وثوب أو تراب وكذا تراب وتراب أو تراب وثوب ونحو ذلك • وكل هذا يجوز التحرى فيه بلا خلاف الا أن الشيخ أبا حامد والدارمى حكيا وجها عن الزبيرى أنه قال : لا يجوز الاجتهاد فى جنسين ، قال أبو حامد : وهذا ليس بشىء ، ولو اشتبه طعامان ومعه ثالث يتيقن طهارته فالمذهب جواز الاجتهاد وفيه خلاف سبق قريبا والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ان اشتبه الماء الطاهر بالمـاء النجس على أعمى ففيه قولان ، قال فى حرملة : لا يتحرى (لأن عليه أمارات تتعلق بالبصر ، فهو كالقبلة) ، وقال فى الأم . يتحرى (لأن[1] له طريقا الى ادراكه بالسمع والشم فيتحرى فيه) كما يتحرى فى وقت الصلاة ، فان قلنا يتحرى فلم يكن له دلالة على الأغلب عنده فوجهان : (أحدهما) [2] لا يقلد لأن من جاز له الاجتهاد فى شىء لا يقلد فيه غيره كالبصير ، (والثانى) [3] يقلد وهو ظاهر نصه فى الأم لأن أمارته تتعلق بالبصر وغيره ، فاذا لم يغلب على ظنه دل على أن أماراته تعلقت بالبصر فصارى كالأعمى فى القبلة) •

(الشرح) اتفقوا على أن الأعمى يجتهد فى أوقات الصلاة ولا يجتهد فى القبلة وفى الأوانى قولان ، الصحيح منهما عند الأصحاب جواز الاجتهـاد وقطع به جماعات منهم الفورانى والماوردى والمحاملى فى المقنع والغزالى فى الوجيز وغيرهم • وقال الشيخ أبو حامد فى التعليق قال أصحابنا : البصـير والأعمى فى الأوانى سواء ، ولم يذكر فيـه خلافا ، وشـذ عن الأصحاب أبو العباس الجرجانى فقطع فى كتابيه التحرير والبلغة بأنه لا يتحرى ، وهذا شاذ متروك نبهت عليه لئلا يغتر به •

---

(١) كل ما بين المعقوفين ساقط من ش وق وط (ط) •
(٢) فى نسخة الركبى (أحدهما من أصحابنا قال) ط •
(٣) فى نسخة الركبى (ومنهم من قال : يجوز أن يقلد) •

فان قلنا يجتهد فاجتهد فلم يظهر له شيء فوجهان ، ذكر المصنف دليلهما أصحهما له التقليد وهو ظاهر نصه فى الأم ، والثانى لا ، فان قلنا : لا يقلد أو قلنا يقلد • فلم يجد من يقلده أو وجد بصيرا وقلده فتحير البصير أيضا قال ابن الصباغ قال الشافعى لا يتيمم ، ولكن يخمن أكثر ما يقدر عليه ويتوضأ ويصلى ، ولم يذكر الاعادة ، قال القاضى أبو الطيب : عندى تجب الاعادة لأنه لم تثبت طهارة الماء عنده بأمارة •

وقال الشيخ أبو حامد : يتيمم ويصلى ويعيد لأنه لم يعلم طهارة الماء ولا ظنها ، قال ابن الصباغ : قول القاضى موافق للنص وقول الشيخ أبى حامد أقيس قال : فان قيل فالأصل الطهارة فالجواب أن يقين النجاسة فى أحدهما منع العمل بالأصل بدليل وجوب التحرى • هذا كلام ابن الصباغ ، وقول الشيخ أبى حامد هو الصحيح الجارى على قاعدة المذهب وعلى الأصول ، والنص يتأول على من ظن طهارته بعلامة أو على غير ذلك والله أعلم •

وقول المصنف (لم يكن دلالة) هو بفتح الدال وكسرها لغتان مشهورتان ويقال : دلولة بضم الدال حكاها الجوهرى وهى العلامة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشتبه ذلك على رجلين فأدى اجتهاد أحدهما الى طهارة أحدهما ، واجتهاد الآخر الى طهارة الآخر توضأ كل واحد منهما بما أداه اليه اجتهاده ، ولم يأتم أحدهما بالآخر ، لأنه يعتقد أن صلاة امامه باطلة) •

(الشرح) : هذا الذى ذكره متفق عليه كما ذكره الا أن أصحابنا حكوا عن أبى ثور رحمه الله أنه يجوز أن يأتم أحدهما بالآخر ولا شك فى ضعف مذهبه فان صلاة المأموم حينئذ باطلة قطعا اما لعدم طهارته واما لعدم طهارة امامه مع علمه بالحال ، ومثل هذه المسألة اذا اختلف اجتهاد رجلين فى القبلة أو خرج من أحدهما حدث وتناكراه ففى كل هذه الصور تصح صلاة كل واحد اعتبارا باعتقاده ولا يصح اقتداؤه بالآخر والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كثرت الأوانى وكثر المجتهدون فأدى اجتهاد كل واحد منهم الى طهارة اناء وتوضأ به وتقدم أحدهم وصلى بالباقين الصبح وتقدم آخر وصلى

بهم الظهر وتقدم آخر وصلى بهم العصر فكل من صلى خلف امام يجوز أن يكون طاهرا فصلاته خلفه صحيحة وكل من صلى خلف امام يعتقد أنه نجس فصلاته خلفه باطلة) .

(الشرح) : هذه المسألة كثيرة الفروع مختلف فى أصلها ، وقد ذكرها المصنف مختصرة جدا فنذكر صورة الكتاب مع التنبيه على قاعدة المذهب ثم فروعها ان شاء الله تعالى .

فصورة الكتاب أن يكون هناك ثلاثة من الأوانى طاهران ونجس واشتبهت ، فاجتهد فيها ثلاثة رجال فأدى اجتهاد كل واحد الى طهارة اناء فاستعمله ثم صلى أحدهم بصاحبيه الصبح ثم آخر بصاحبيه الظهر ثم الآخر العصر وكلهم صلوا الصلوات بتلك الطهارة ففى المسألة ثلاثة أوجه حكاها أصحابنا الخراسانيون أصحها وهو قول ابن الحداد وبه قطع المصنف وسائر العراقيين والمتولى من الخراسانيين أنه يصح لكل واحد الصلاة التى أم فيها والاقتداء الأول ويبطل الاقتداء الثانى .

(والوجه الثانى) يصح لكل واحد التى أم فيها فقط ولا يصح له اقتداء أصلا ، وهذا قول أبى العباس بن القاص صاحب التلخيص لأن المقتدى يعتقد أن أحد اماميه محدث فهو شاك فى أهلية كل واحد منهما للامامة فأشبه الخنثى ، وهذا القياس على الخنثى ضعيف . والفرق أن صاحب الاناء الذى هو الامام يظن أهليته للامامة باجتهاده بخلاف الخنثى فانه لا يظن أهلية نفسه لامامة الرجال فنظير صاحب الاناء أن يكون الخنثى قد ظن كونه رجلا بعلامة كالبول وغيره ، أو بميله الى النساء ، وحينئذ يصح اقتداء الرجل به قطعا .

(والوجه الثالث) وهو قول أبى اسحق المروزى : تصح لكل واحد التى أم فيها ويصح الاقتداء الأول ان اقتصر عليه ، فلو اقتدى بعد ذلك بالآخر بطلت احدى صلاتيه خلفهما لا بعينها فيلزمه اعادتهما كمن نسى صلاة من صلاتين ، فاتفق ابن القاص والمروزى على وجوب اعادة الصلاتين اذا اقتدى اقتداءين ، واختلفا اذا اقتصر على اقتداء فأوجب الاعادة ابن القاص لا المروزى ، واتفق ابن الحداد والمروزى على صحة الاقتداء الأول اذا اقتصر

عليه واختلفا اذا اقتدى ثانيا فقال ابن الحداد : يتعين الثانى للبطلان • وقال المروزى : يجب اعادتهما جميعا وعلى الأوجه كلها يصح لكل واحد الصلاة التى أم فيها بلا خلاف ، وشذ صاحب البيان فحكى وجها أن صلاة امام العصر فى المثال المذكور باطلة فى حقه لأنه لما صلى خلف امامى الصبح والظهر صار كانه اعترف بأنهما الطاهران فتعين هو للنجاسة • وهذا خيال عجيب وعجب ممن قال هذا وكيف يقال هذا ؟ فانه لو اعتقد نفسه نجسا كانت صلاته كلها سواء ، وهذا الوجه خطأ صريح ، وانما أذكر مثله للتنبيه على بطلانه لئلا يغتر به ثم لا تفريع عليه وما أذكره بعد هذا تفريع على المذهب •

قال أصحابنا : ولو اشتبهت أوان والطاهر واحد والباقى نجسات فصلاة كل امام صحيحة فيما أم فيه باطلة فى الاقتداء كله ، خلافا لأبى ثور كما سبق ولو كان الطاهر اثنين والنجس اثنين وصلى كل واحد صلاة فصلاة الأئمة صحيحة بلا خلاف ، وأما الاقتداء ففيه الأوجه ، فعلى قول ابن الحداد وهو الأصح صلاة الصبح صحيحة للجميع وصلاة الظهر صحيحة لامامها وامام الصبح ، باطلة فى حق الباقين ، وصلاتا العصر والمغرب صحيحتان لاماميهما ، باطلة للمأمومين • وعلى قول ابن القاص لا يصح الا ما أم فيها ، وعلى قول المروزى يصح الاقتداء الأول ان اقتصر عليه فان اقتدى ثانيا بطل جميع ما اقتدى فيه ، ولو كان الطاهر ثلاثة وواحد نجسا وصلوا كما ذكرنا فالصبح والظهر صحيحتان فى حق الجميع ، والعصر صحيحة فى حق غير امام المغرب ، والمغرب باطلة فى حق غير امامها ، هذا قول ابن الحداد ، وعلى قول ابن القاص : لا يصح الاقتداء مطلقا ، والمروزى يصحح اقتضاءين ان اقتصر عليهما والا بطل جميع اقتدائه •

ولو كانت الآنية خمسة فان كان الطاهر واحدا والباقى نجسا لم يصح الا ما أم فيها بلا خلاف ، وان كان الطاهر اثنين صحت الصح للجميع والظهر لامامها وامام الصبح وتبطل للباقين والعصر والمغرب والعشاء باطلات الا فى حق أئمتها ، ولو كان الطاهر ثلاثة صحت الصبح والظهر للجميع والعصر لامامها وامامى الصبح والظهر فقط ، وبطلت المغرب والعشاء الا لاماميهما • ولو كان الطاهر أربعة صحت الصلوات كلها الا المغرب فى حق امام العشاء

والا العشاء فى حق غير امامها ، هذا الذى ذكرناه فى الخمسة مذهب ابن الحداد ولا يخفى تفريع الآخرين .

ولو كثرت الأوانى والمجتهدون لم يخف حكمهم وتخريج مسائلهم على ما ذكرنا ، وضابطه على قول ابن الحداد يصح لكل واحد ما أم فيه ومن اقتدى به الأول فالأول بعدد بقية الطاهر .

قال أصحابنا : ولو جلس رجلان فسمع منهما صوت حدث فتناكراه فهو كمسألة الاناءين فتصح صلاة كل واحد فى الظاهر ولا يصح اقتداؤه بصاحبه . ولو كانوا ثلاثة فسمع بينهم صوت تناكروه فهو كمسألة الأوانى الثلاثة وفيها المذاهب فعند ابن القاص لا يصح اقتداء ، وعند ابن الحداد يصح الاقتداء للأول والمروزى يصحح الاقتداء الأول ان اقتصر عليه والا فيعيدهما ، ولو كانوا أربعة أو خمسة فعلى ما سبق فى الآنية حرفا حرفا ، هذا هو المذهب الصحيح المشهور ، وبه قطع الجمهور ، وذكر الشيخ أبو محمد الجوينى والمتولى وجها أنه لا يصح الاقتداء هنا وان صح فى الآنية لتيسر الاجتهاد فى الآنية دون الأشخاص فى الحدث .

قال امام الحرمين : وقد يفرض زيادة فى الآنية وهى أن الخمسة لو اجتهدوا فى الآنية الخمسة ــ والنجس واحد ــ فأدى اجتهاد أحدهم الى طهارة اناء فتوضأ به واجتهد فى بقيتها فعين النجس باجتهاده ، فمن استعمل هذا النجس لا يقتدى به هذا الانسان ويصح اقتداؤه بالباقين بلا خلاف كيف كان ، يعنى ولا اعادة . قال : ولا يتأتى هذا فى مسألة الحدث اذ ليس هناك اجتهاد ولا تمسك بدلالة يعول عليها ، قال : فان تكلف متكلف وفرض فيه علامات ظنية استوى البابان فيما ذكرناه الآن والله أعلم .

(فرع) : ذكر الشيخ أبو حامد وصاحباه القاضى أبو الطيب والمحاملى والبندنيجى وغيرهم هنا مسألة ذات فروع تشبه هذه التى نحن فيها ، وذكرها كثيرون فى آخر صفة الوضوء ، وقد رأيت تقديمها تأسيا بهؤلاء الأئمة ومسارعة الى الخيرات قبل حلول المنية وغيرها من الآفات ، وكان عادة القاضى حسين اذا ذكر مسألة ذكر معها كل ما له تعلق بها وما يشبهها ونعمت الخصلة.

قال أصحابنا رحمهم الله : اذا توضأ للظهر عن حدث وصلاها ثم توضأ للعصر عن حدث وصلاها ثم تيقن أنه نسى مسح الرأس أو فرضا من فروض الطهارة من احدى الطهارتين ولم يعرف عينها لزمه اعادة الصلاتين لأن احداهما باطلة وقد جهلها فهو كمن نسى صلاة من صلاتين ، وهذا لاخلاف فيه بين أصحابنا .

وأما الطهارة فهى مبنية على تفريق الوضوء ، فان قلنا بالقول الصحيح الجديد أن تفريق الوضوء جائز مسح رأسه ثم غسل رجليه وتمت طهارته ، وان قلنا بالقديم ان تفريق الوضوء يبطله ، استأنف الطهارة ، ولو توضأ للظهر عن حدث فصلاها ثم حضرت العصر فجدد الوضوء ولم يحدث وصلى العصر ثم تيقن ترك مسح الرأس فى احدى طهارتيه وجهلها ، فهذه المسألة تبنى على أصلين أحدهما تفريق الوضوء والآخر أن التجديد هل يرفع الحدث ؟ وفيهما خلاف فنذكر الطهارة ثم الصلاة .

فأما الطهارة فان قلنا : التجديد يرفع الحدث فهو الآن متطهر طهارة صحيحة ، اما الأولى واما الثانية ، واما بعضها من الأولى وبعضها من الثانية ، لأنه ان تركه من الثانية فالأولى صحيحة ، والا فالثانية ان قلنا لا يجوز التفريق ، وان جوزناه حصل الوجه واليدان من الأولى ، والرأس والرجلان من الثانية ، وان قلنا بالمذهب الصحيح ان التجديد لا يرفع الحدث بنى على التفريق ، فان قلنا : لا يجوز استأنف الطهارة ، وان قلنا : يجوز بنى على أنه فرق هل يحتاج الى نية أخرى لباقى الأعضاء ؟ وفيه وجهان (أصحهما) لا يحتاج بل تكفيه النية السابقة .

فان قلنا يحتاج الى نية جديدة انبنى على أن تفريق النية على الأعضاء هل يجوز أم لا ؟ وفيه وجهان أصحهما يجوز ، فان قلنا : يجوز بنى على طهارته فيمسح رأسه ثم يغسل رجليه ، وان قلنا : تكفيه النية السابقة انبنى على أن من ترك لمعة من عضوه فى الغسلة الأولى فانغسلت فى الثانية هل يرتفع حدثه؟ وفيه وجهان أصحهما نعم ، فان قلنا : لا يرتفع فهو كما اذا قلنا لا تكفيه النية السابقة ، وان قلنا يرتفع فى مسألة اللمعة ففى التجديد وجهان (أحدهما) هو كاللمعة (والثانى) الجزم بأنه لا يرتفع ، وهذه الأوجه والمسائل المبنى عليها ستأتى فى باب صفة الوضوء وباب نيته ان شاء الله تعالى واضحة مبسوطة .

والحاصل للفتوى من هذا الخلاف أنه يبنى على طهارته فيمسح رأسه ثم يغسل رجليه بناء على الراجح فى جميع هذه الأصول ، هذا حكم الطهارة . وأما الصلاة فيجب اعادة الظهر بلا خلاف بين أصحابنا ، لأنا شككنا فى فعلها بطهارة ، والأصل بقاؤه عليه ، وأما العصر فمبنية على الطهارة فان قلنا طهارته الآن صحيحة فعصره صحيح ، وان قلنا يجب استئنافها أو البناء عليها بمسح الرأس وغسل الرجلين وجب اعادة العصر ، هكذا قاله الأصحاب واتفقوا عليه .

وقد يقال : كيف جزموا بوجوب اعادة الظهر وقد حصل الشك فيها بعد الفراغ منها ، ومن شك فى ترك سجدة من الصلاة بعد الفراغ لا شىء عليه ، بل صلاته صحيحة على المذهب الصحيح وبه قطع المصنف وسائر العراقيين كما هو معروف فى باب سجود السهو . والجواب أن هـذه المسألة ليست كتلك ، والفرق من وجهين (أحدهما) أن الطهارة شرط للصلاة وشككنا هل أتى به أم لا ؟ وعلى تقدير أن لا يكون أتى به لم يدخل فى الصلاة فشككنا هل دخل فيها أم لا ؟ والأصل عدم الدخول ولم يعارض هذا الأصل فى شىء آخر ، وأما مسألة ترك السجدة فقد تعين فيها الدخول فى الصلاة وشك بعد الفراغ فى أنه جرى مبطل أم لا ، والأصـل عدم مبطل ، والظـاهر مضيها على الصحة .

الفرق الثانى أن الشك فى ترك السجدة ونحوها تعم به البلوى فعفى عنه بخلاف الطهارة ، هذا تحرير المسألة وقد ذكرها جماعة ناقصة وأحسنهم لها ذكرا القاضى أبو الطيب فى تعليقه . ولو توضأ للصبح عن حدث فصلاها ثم جدد للظهر ثم توضأ للعصر عن حدث ثم جدد للمغرب ثم توضأ للعشاء عن حدث ثم علم أنه ترك مسحا فى احدى الطهارات (وجب [1] اعادة كل صلاة صلاها بطهارة حدث بلا خلاف ، وفى التى صـلاها بعد تجديد الخـلاف التفصيل السابق ولو توضأ عن حـدث وصلى الصبح ثم نسى أنه توضأ وصلى فتوضأ ثانيا وصلى ثم علم أنه ترك مسحا فى احدى الطهارتين) وسجدة من احدى الصـلاتين ولم يعلم محلهما فطهـارته الآن صحيحة بلا خلاف ،

---

(١) ما بين المعقوفين استدركناه من مقابلة النسخ جميعا .

ويلزمه اعادة الصلاة لاحتمال أنه ترك المسح فى الطهارة الأولى والسجدة من الصلاة الثانية ، ذكره صاحب العدة وهو واضح والله أعلم .

(فرع) ومما ذكره امام الحرمين وغيره متصلا بهذه وهو مما يشبهها : اقتدى شافعى بحنفى وعكسه وفيه خلاف وتعم به البلوى ، والأكثرون ذكروه فى باب صفة الأئمة ، وأنا أرى تقديمه موافقة للامام ومسارعة الى الخير ، لكنى أذكرها مختصرة فان وصلت باب صفة الأئمة بسطتها ان شاء الله تعالى .

قال امام الحرمين : كان شيخى يذكر ههنا اقتداء الشافعى بالحنفى قال : ونحن نذكره . فاذا توضأ حنفى واقتدى به شافعى ، والحنفى لا يعتقد وجوب نية الوضوء والشافعى يعتقدها فثلاثة أوجه (أحدها) وهو قول الأستاذ أبى اسحق الاسفراينى لا يصح اقتداؤه ، نوى أو لم ينو ، لأنه وان نوى فلا يراها واجبة فهى كالمعدومة فلا تصح طهارته (والثانى) وهو قول القفال يصح وان لم ينو لأن كل واحد مؤاخذ بموجب اعتقاده والاختلاف فى الفروع رحمة (والثالث) وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى ان نوى صح والا فلا .

فهذه الأوجه مشهورة ، والمختار وجه رابع سنذكره مع غيره من فروع المسألة ان شاء الله تعالى فى باب صفة الأئمة ، وهو أنه يصح الاقتداء بالحنفى ونحوه الا أن يتحقق اخلاله بما نشترطه ونوجبه ، وهذه الأوجه جارية فى صلاة الشافعى خلف حنفى وغيره على وجه لا يراه الشافعى ويراه ذلك المصلى بأن أبدل الفاتحة أو لم يطمئن أو مس فرجا أو امرأة ، فعند الأستاذ أبى اسحق وأبى حامد صلاة الشافعى خلفه باطلة اعتبارا باعتقاد المأموم ، وعند القفال صحيحة اعتبارا باعتقاد الامام .

قال البغوى : ولو صلى الحنفى على خلاف مذهبه مما يصححه الشافعى بأن اقتصد ولم يتوضأ أو توضأ بماء قدر قلتين وقعت فيه نجاسة لم تغيره فاقتدى به شافعى فعند القفال لا يصح اعتبارا باعتقاد الامام ، وعند أبى حامد يصح اعتبارا باعتقاد المأموم ، قال الامام ولو وجد شافعى وحنفى نبيذ تمر

ولم يجدا ماء فتوضأ به الحنفى وتيمم الشافعى ، واقتدى أحدهما بالآخر فصلاة المأموم باطلة لأن كل واحد يرى بطلان صلاة صاحبه فأشبه الرجلين اذا سمع منهما صوت حدث تناكراه ، ومن هذا القبيل الماء الذى يتوضأ به حنفى هل هو مستعمل ؟ وقد قدمناه فى بابه والله أعلم .

(فرع) : فى مسائل تتعلق بالباب لم يذكرها المصنف أحدها قال القاضى حسين فى تعليقه : لو كان له غنم فاختلطت بغنم غيره أو اختلطت رحله برحال غيره أو حمامه بحمام غيره فله التحرى وكذا قال البغوى : لو اختلطت شاته أو حمامه بشاة غيره وحمامه فله أخذ واحدة بالاجتهاد ، فان نازعه من فى يده فالقول قول صاحب اليد ، وذكر المتولى والرويانى فى شاته وثوبه المختلطين وجهين فى جواز الاجتهاد به .

الثانية : قال أصحابنا اذا اختلطت زوجته بنساء واشتبهت لم يجز له وطء واحدة منهن بالاجتهاد بلا خلاف سواء كن محصورات أو غير محصورات ، لأن الأصل التحريم ، والأبضاع يحتاط لها والاجتهاد خلاف الاحتياط ، ولو اشتبهت أخته من الرضاع أو النسب أو غيرها من محارمه بنسوة فان كن غير محصورات كنسوة بلد كبير فله أن ينكح واحدة منهن بلا خلاف ، ولا يفتقر الى اجتهاد كما لو غصبت شاة وذبحت فى بلد لا يحرم اللحم بسببها لانغمارها فى غيرها ، وان كن محصورات كقرية صغيرة فوجهان ، الصحيح لا يجوز نكاح واحدة منهن ولو اجتهد ، والثانى يجوز سواء اجتهد أم لا ، وهذان الوجهان حكاهما الامام وغيره فى كتاب النكاح .

الثالثة : ان اختلطت ميتة بمذكيات بلد أو اناء بول بأوانى بلد ، فله أكل بعض المذكيات والوضوء ببعض الأوانى . وهذا لا خلاف فيه ، والى أى حد ينتهى ؟ فيه وجهان حكاهما صاحب البحر (أحدهما) الى أن يبقى واحد كما لو حلف لا يأكل تمرة فاختلطت بتمر كثير ، فانه يأكل الجميع الا تمرة ولا يحنث (والثانى) يجوز الى أن يبقى قدر لو كان الاختلاط به ابتداء منع الجواز ولم يرجح واحدا من الوجهين والمختار الأول ، وقد جزم صاحب التتمة بمثله فيما لو خفى عليه موضع النجاسة من أرض ونحوها وسنوضح المسألة فى باب طهارة البدن ان شاء الله تعالى .

الرابعة : حكى صاحب البحر عن القاضى حسين أنه قال : لو كان له دنان فى أحدهما دبس وفى الآخر خل ، واغترف منهما فى اناء واحـد ثم رأى فى الاناء فأرة ميتة لا يعلم من أيهما هى ؟ تحرى فى الدنين • فاذا أدى اجتهاده الى طهارة أحدهما ونجاسة الآخر ـ فان كان اغترف بمغرفتين فالذى أدى اجتهاده الى طهارته طاهر ، والآخر نجس ، وان كان بمغرفة واحدة فان ظهر بالاجتهاد أن الفأرة كانت فى الثانى فالأول باق فى طهارته ، وان ظهر أنها كانت فى الأول فهما نجسان •

الخامسة : اذا اشتبه المـاءآن فتوضأ بأحدهما من غير اجتهـاد وقلنا بالمذهب : انه لا يجوز من غير اجتهاد فبان أن الذى توضأ به طاهر ، فقـد حكى الشاشى فى كتابيه المستظهرى ثم المعتمد أنه لا يصح وضوءه فى اختيار الشيخ أبى اسحق المصنف لأنه متلاعب فهو كالمصلى الى جهة بغير اجتهاد ، فانه لا تصح صلاته بالاتفاق وان وافق القبلة • وكذا من صلى شاكا فى دخول الوقت بلا اجتهاد فوافقه لا تصح صلاته • قال : واختيـار ابن الصباغ أنه يصح وضوءه لأن المقصود اصابة الطاهر وقد حصل ، قال الشاشى : وهـذا يلزم عليه القبلة ويمكنه أن يعتذر بأنه شرع فى الصـلاة شاكا فى شرطها ، فوزانه لو صلى هنا قبل بيان طهـارة الذى توضأ به فانه لا تصح صـلاته بالاتفاق ، قال : ويجاب عن هذا بأن الطهارة فى نفسها عبادة وقد شرع فيهـا شاكا فى شرطها فكان متلاعبا •

(قلت) وقد قطع الغزالى فى فتـاويه بصحة وضوئه والمختـار بطلان وضوئه والله أعلم •

فصـــل

تقدم فى أول الباب الحديث الصحيح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه شكى اليه الرجل يخيل اليه الشىء فى الصلاة فقال صلى الله عليه وسلم « لا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا » قال : أصحابنا : نبه صلى الله عليه وسلم على أن الأصل واليقين لا يترك حكمه بالشك ، وهذه قاعدة

مطردة لا يخرج منها الا مسائل يسيرة لأدلة خاصة على تخصيصها • وبعضها اذا حقق كان داخلا فيها ، وسأذكرها الآن ان شاء الله تعالى •

فعلى هذه القاعدة لو كان معه ماء أو مائع آخر من لبن أو عسل أو دهن أو طبيخ أو ثرب [1] أو عصير أو غيرها مما أصله الطهارة وتردد فى نجاسته فلا يضر تردده وهو باق على طهارته ، وسواء كان تردده بين الطهارة والنجاسة مستويا أو ترجح احتمال النجاسة الا على قول ضعيف حكاه الخراسانيون أنه اذا غلب على ظنه النجاسة حكم بها والصحيح ما سبق • وكذا لو شك فى طلاق أو عتق أو حدث أو طهارة أو حيض زوجته وأمته فله البناء على الأصل ولا يلزمه شيء ، هذا كله ما لم يستند الظن الى سبب معين فان استند كمسألة بول الحيوان فى ماء كثير اذا تغير ومسألة المقبرة المشكوك فى نبشها وثياب المتدينين باستعمال النجاسة وغير ذلك فلها أحكام معروفة ففى بعضها يعمل بالظاهر بلا خلاف كمسألة بول الحيوان وشهادة شاهدين فانها تفيد الظن وتقدم على أصل براءة الذمة بلا خلاف وفى بعضها قولان كمسألة المقبرة ونحوها •

وقد ذكر المصنف فى آخر باب الآنية فى آنية الكفار المتدينين باستعمال النجاسة وجهين (أحدهما) أنه محكوم بنجاستها عملا بالظاهر (والثانى) بطهارتها عملا بالأصل ، وهذا الثانى هو الأصح عند الأصحاب • قال جماعة من الأصحاب هذا الخلاف مبنى على الخلاف فى المقبرة المشكوك فى نبشها قالوا : ومأخذ الخلاف أنه تعارض أصل وظاهر فأيهما يرجح فيه هذا الخلاف • وبالغ جماعات من الخراسانيين فى التخريج على هذا فأجروا قولين فى الحكم بنجاسة ثياب مدمنى الخمر والقصابين وشبههم ممن يخالط النجاسة ولا يتصون منها مسلما كان أو كافرا ، وطردوها فى طين الشوارع الذى يغلب على الظن نجاسته ، وأبعد بعضهم فطردها فى ثياب الصبيان وزاد بعضهم فقال : هل تثبت النجاسة بغلبة الظن ؟ فيه قولان ، والراجح المختار فى هذا كله طريقة العراقيين وهى القطع بطهارة هذا أو شبهه وقد نص الشافعى على طهارة

---

(1) الثرب : شحم قد غشى الكرش والأمعاء رقيق (مختار الصحاح) قلت : هو المسمى بالطرب عند العامة (ط) •

ثياب الصبيان فى مواضع • وذكر جماعة من متأخرى أصحابنا الخراسانيين أن كل مسألة تعارض فيها أصل وظاهر أو أصلان ففيها قولان ، وممن ذكر هذه القاعدة القاضى حسين وصاحباه صاحب التتمة والقاضى أبو سعد الهروى فى كتابه الاشراف على غوامض الحكومات • وهـذا الاطلاق الذى ذكروه ليس على ظاهره ، ولم يريدوا حقيقة الاطلاق فان لنا مسائل يعمل فيها بالظن بلا خلاف بشهادة عدلين فانها تفيد الظن ويعمل بها بالاجماع ، ولا ينظر الى أصل براءة الذمة ، وكمسألة بول الحيوان وأشباهها ، ومسائل يعمل فيهـا بالأصل بلا خلاف كمن ظن أنه طلق أو أحدث أو أعتق أو صلى أربعا لا ثلاثا فانه يعمل فيها كلها بالأصل وهو البقاء على الطهارة وعدم الطـلاق والعتق والركعة الرابعة وأشباهها بل الصواب فى الضابط ما حرره الشيخ أبو عمرو ابن الصلاح فقال : اذا تعارض أصلان أو أصل وظاهر وجب النظر فى الترجيح كما فى تعارض الدليلين • فان تردد فى الراجح فهى مسائل القولين وان ترجح دليل الظاهر حكم به كاخبار عدل بالنجاسة ، وكبول الصبية ، وان ترجح دليل الأصل حكم به بلا خلاف ، هذا كلام أبى عمرو •

قال امام الحرمين ما يتردد فى طهارته ونجاسته مما أصله الطهـارة ثلاثة أقسام :

(أحدها) : ما يغلب على الظن طهارته ، فالوجه الأخذ بطهـارته ، ولو أراد الانسان طلب يقين الطهارة فلا حرج بشرط أن لا ينتهى الى الوسواس الذى ينكد عيشه ويكدر عليه وظائف العبادات ، فان المنتهى الى ذلك خارج عن مسالك السلف الصالحين ، قال والوسوسة مصـدرها الجهل بمسالك الشريعة أو نقصان فى غريزة العقل •

(القسم الثانى) : ما استوى فى طهارته ونجاسته التقديران فيجوز الأخذ بطهارته ولو تركه الانسان كان محتاطا •

(الثالث) : ما يغلب على الظن نجاسته ففيه قولان للشافعى • (أحدهما) طهارته (والثانى) نجاسته • (قلت) هذا الذى أطلقه من القولين ليس على اطلاقه بل هو على ما سبق تفصيله والله أعلم •

(فرع) : اعلم أن للشيخ أبى محمد الجوينى رحمه الله كتاب التبصرة فى الوسوسة وهو كتاب نافع كثير النفائس وسأنقل منه مقاصده ان شاء الله تعالى فى مواضعها من هذا الكتاب ، واشتد انكار الشيخ أبى محمد فى كتابه هذا على من لا يلبس ثوبا جديدا حتى يغسله لما يقع ممن يعانى قصر الثياب وتجفيفها وطيها من التساهل والقائها وهى رطبة على الأرض النجسة ومباشرتها لما يغلب على القلب نجاسته ولا يغسل بعد ذلك ، قال وهذه طريقة الحرورية الخوارج ابتلوا بالغلو فى غير موضعه ، وبالتساهل فى موضع الاحتياط ، قال : ومن سلك ذلك فكأنه يعترض على أفعال رسول الله صلى الله عليه وسلم والصحابة والتابعين وسائر المسلمين فانهم كانوا يلبسون الثياب الجديدة قبل غسلها ، وحال الثياب فى ذلك فى أعصارهم كحالها فى عصرنا بلا شك . ثم قال : أرأيت لو أمرت بغسلها أكنت تأمن فى غسلها أن يصيبها مثل هذه النجاسة المتوهمة ؟ فان قلت : أنا أغسلها بنفسى فهل سمعت فى ذلك خبرا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أو عن أحد من الصحابة أنهم وجهوا على الانسان على سبيل الايجاب أو الندب أو الاحتياط غسل ثوبه بنفسه احترازا من أوهام النجاسة ؟ .

(فرع) : قال أبو محمد فى التبصرة : نبغ قوم يغسلون أفواههم اذا أكلوا خبزا ويقولون الحنطة تداس بالبقر وهى تبول وتروث فى المداسة أياما طويلة ولا يكاد يخلو طحين ذلك عن نجاسته ، قال : وهذا مذهب أهل الغلو والخروج عن عادة السلف ، فانا نعلم أن الناس فى الأعصار السالفة ما زالوا يدرسون بالبقر كما يفعل أهل هذا العصر ، وما نقل عن النبى صلى الله عليه وسلم والصحابة والتابعين وسائر ذوى التقوى والورع أنهم رأوا غسل الفم من ذلك .

هذا كلام الشيخ أبى محمد ، قال الشيخ أبو عمرو : والفقه فى ذلك أن ما فى أيدى الناس من القمح المتنجس بذلك قليل جدا بالنسبة الى القمح السالم من النجاسة فقد اشتبه اذن واختلط قمح قليل نجس بقمح طاهر لا ينحصر ، ولا منع من ذلك بل يجوز التناول من أى موضع أراد ، كما لو اشتبهت أخته بنساء لا ينحصرن فله نكاح من شاء منهن ، وهذا أولى

بالجواز ، وفى كلام الأستاذ أبى منصور البغدادى فى شرحه للمفتاح اشارة الى أنه وان تعين ما سقط الروث عليه فى حال الدراس فمعفو عنه لتعذر الاحتراز عنه •

(فرع) : قال الشيخ أبو محمد فى التبصرة : لو أصاب ثوبه أو غيره شىء من لعاب الخيل والبغال والحمير وعرقها جازت صلاته فيه قال لأنها وان كانت لا تزال تتمرغ فى الأمكنة النجسة وتحك بأفواهها قوائمها التى لا تخلو من النجاسة فانا لا نتيقن نجاسة عرقها ولعابها لأنها تخوض الماء الكثير وتكرع فيه كثيرا ، فغلبنا أصل الطهارة فى لعابها وعرقها قال : ولم يزل رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه وسائر المسلمين بعدهم يركبون الخيل والبغال والحمير فى الجهاد والحج وسائر الأسفار ولا يكاد ينفك الراكب فى مثل ذلك عن أن يصيبه شىء من عرقها أو لعابها وكانوا يصلون فى ثيابهم التى ركبوا فيها ، ولم يعدوا ثوبين ثوبا للركوب وثوبا للصلاة والله أعلم •

(فرع) سئل الشيخ أبو عمرو بن الصلاح فى فتاويه عن خرج [1] حكى أن الكفار الذين يعملونها يجعلون فيها شحم خنزير واشتهر ذلك عنهم من غير تحقيق فقال اذا لم يتحقق فيما بيده نجاسة لم يحكم بالنجاسة ، وسئل عن بقل فى أرض نجسة أخذه البقالون وغسلوه غسلا لا يعتمد عليه فى التطهير هل يحكم بنجاسة ما يصيبه فى حال رطوبته ؟ فقال : اذا لم يتحقق نجاسة ما أصابه من البقل بأن احتمل أنه مما ارتفع عن منبته النجس لم يحكم بنجاسة ما أصابه من ذلك لتظاهر أصلين على طهارته •

وسئل عن الأوراق التى تعمل وتبسط وهى رطبة على الحيطان المعمولة برماد نجس وينسخ فيها ويصيب الثوب من ذلك المداد الذى يكتب به فيها مع عموم البلوى ، فقال : لا يحكم بنجاسته • وسئل عن قليل قمح بقى فى سفل هرى ، وقد عمت البلوى ببعر الفأرة فى أمثال ذلك فقال ما معناه : انه لا يحكم بنجاسة ذلك الا أن يعلم نجاسة فى هذا الجب المعين والله أعلم •

(فرع) : قال امام الحرمين وغيره : فى طين الشوارع الذى يغلب على الظن نجاسته قولان أحدهما : يحكم بنجاسته ، والثانى بطهارته بناء على

(١) الخرج وعاء عربى معروف ـ المصباح ـ المطيعى •

تعارض الأصل والظاهر ، قال الامام : كان شيخى يقول : واذا تيقنا نجاسة طين الشوارع فلا خلاف فى العفو عن القليل الذى يلحق ثياب الطارقين فان الناس لابد لهم من الانتشار فى حوائجهم ، فلو كلفناهم الغسل لعظمت المشقة ، ولهذا عفونا عن دم البراغيث والبثرات ، قال الامام : وكان شيخى يقول : القليل المعفو عنه ما لا ينسب صاحبه الى كبوة أو عثرة أو قلة تحفظ عن الطين .

(فرع) : ماء الميزاب الذى يظن نجاسته ولا يتيقن طهارته ولا نجاسته ، قال المتولى والرويانى : فيه القولان فى طين الشوارع ، وهذا الذى ذكره فيه نظر والمختار الجزم بطهارته لأنه ان كان هناك نجاسة انغسلت .

(فرع) قد سبق أن الشافعى رحمه الله نص على طهارة ثياب الصبيان فى مواضع ، ويدل له أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى وهو حامل أمامة رضى الله عنها وهى طفلة ، رواه البخارى ومسلم وكذا يجوز مؤاكلة الصبيان فى اناء واحد من طبيخ وسائر المائعات وأكل فضل مائع أكل منه صبى وصبية ما لم يتيقن نجاسة يده ، فان يده محمولة على الطهارة حتى يتحقق نجاستها ، وقد ثبت فى الصحيحين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل مع الصبى طبيخا ، ولم تزل الصحابة والتابعون ومن بعدهم على ذلك من غير انكار ، وكذا ريق الصبى وان كان يكثر منه وضع النجاسة فى فمه فهو محمول على الطهارة حتى تتيقن نجاسته .

(فرع) : هذا الذى ذكرناه كله فيما علم أن أصله الطهارة وشك فى عروض نجاسته ، أما ماجهل أصله فقد ذكر المتولى فيه مسائل يقبل منه بعضها وينكر بعض ، فقال : لو كان معه اناء لبن ولم يدر أنه لبن حيوان مأكول أو غيره أو رأى حيوانا مذبوحا ولم يدر أذبحه مسلم أم مجوسى ؟ أو رأى قطعة لحم وشك هل هى من مأكول أو غيره ؟ أو وجد نباتا ولم يدر هل هو سم قاتل أم لا ؟ فلا يباح له التناول فى كل هذه الصور ، لأنه يشك فى الاباحة ، والأصل عدمها . هذا كلام المتولى .

فأما مسألة المذكاة وقطعة اللحم فعلى ما ذكر لأنها انما تباح بذكاة أهل الذكاة ، وشككنا فى ذلك والأصل عدمه ، وأما مسألة النبات واللبن وشبههما

فيتعين اجراؤها على الخلاف المشهور لأصحابنا فى أصول الفقه وكتب المذهب أن أصل الأشياء قبل ورود الشرع على الاباحة أم التحريم أم لا حكم قبل ورود الشرع ؟ وفيه ثلاثة أوجه مشهورة الصحيح منها عند المحققين لا حكم قبل ورود الشرع ولا يحكم على الانسان فى شىء يفعله بتحريم ولا حرج ، ولا نسميه مباحا لأن الحكم بالتحريم والاباحة من أحكام الشرع ، فكيف يدعى ذلك قبل الشرع ، ومذهبنا ومذهب سائر أهل السنة أن الأحكام لا تثبت الا بالشرع ، وأن العقل لا يثبت شيئا ، فان قلنا بالتحريم فهو كما قال المتولى لأن الأصل التحريم وان قلنا بالصحيح فهو حلال حتى يتحقق سبب التحريم •

ويشبه هذا ما ذكره المصنف وأصحابنا فى باب الأطعمة فيما اذا وجدنا حيوانا لا يعرف أهو مأكول أم لا ؟ ولا تستطيبه العرب ولا تستخبثه ولا نظير له فى المستطاب والمستخبث فهل يحل أكله ؟ فيه وجهان مشهوران لأصحابنا بناهما الأصحاب على هذه القاعدة التى ذكرناها •

وأما مسألة قطعة اللحم فقد أطلق المتولى الحكم بتحريمها وقال شيخه القاضى حسين فى تعليقه فيها تفصيلا حسنا فقال : لو وجد قطعة لحم ملقاة وجهل حالها ، فان كانت ملقاة على الأرض غير ملفوفة بخرقة ونحوها فالظاهر أنها ميتة وقعت من طائر ونحوه فتكون حراما ، وان كانت فى مكتل أو خرقة ونحوهما فالظاهر أنها مذكاة فتكون حلالا الا اذا كان فى البلد مجوس واختلطوا بالمسلمين فلا تباح والله أعلم •

(فرع) : قد ذكرنا فى أول هذا الفصل المتعلق بالشك فى الأشياء أن حكم اليقين لايزال بالشك الا فى مسائل يسيرة خرجت لأدلة خاصة على تخصيصها، وبعضها اذا حقق كان داخلا فيها ، وقد اندرج من تلك المسائل جملة فيما سبق فى هذا الفصل كمسألة الصبية ونحوها فقد ذكر أبو العباس بن القاص فى كتابه التلخيص أن كل من شك فى شىء هل فعله أم لا ؟ فهو غير فاعل فى الحكم ولا يزال حكم اليقين بالشك الا فى احدى عشرة مسألة •

(احداها) اذا شك ماسح الخف هل انقضت المدة أم لا ؟

(والثانية) شك هل مسح فى الحضر أم فى السفر ؟ يحكم فى المسألتين بانقضاء المدة .

(الثالثة) اذا أحرم المسافر بنية القصر خلف من لا يدرى أمسافر هو أم مقيم ؟ لم يجز القصر .

(الرابعة) بال حيوان فى ماء كثير فوجده متغيرا ولم يدر أتغير بالبول أم بغيره ؟ فهو نجس .

(الخامسة) المستحاضة المتحيرة يلزمها الغسل عند كل صلاة تشك فى انقطاع الدم قبلها .

(السادسة) من أصابته نجاسة فى بدنه أو ثوبه وجهل موضعها يلزمه غسله كله .

(السابعة) شك مسافر أوصل بلده أم لا ؟ لا يجوز له الترخص .

(الثامنة) شك مسافر هل نوى الاقامة أم لا ؟ لا يجوز له الترخص .

(التاسعة) المستحاضة وسلس البول اذا توضأ ثم شك هل انقطع حدثه أم لا فصلى بطهارته ، لم تصح صلاته .

(العاشرة) تيمم ثم رأى شيئا لا يدرى أسراب هو أم ماء ؟ بطل تيممه وان بان سرابا .

(الحادية عشرة) رمى صيدا فجرحه ثم غاب فوجده ميتا وشك هل أصابته رمية أخرى من حجر غيره ؟ لم يحل أكله وكذا لو أرسل عليه كلبا .

هذه مسائل صاحب التلخيص ، قال القفال فى شرحه للتلخيص : قد خالفه أصحابنا فى هذه المسائل كلها ، فالمسألة الأولى والثانية فى مسح الخف قال أصحابنا : لم يترك فيهما اليقين بالشك ، بل لأن الأصل غسل الرجل وشرط المسح بقاء المدة وشككنا فيه فعملنا بالأصل « الغسل » هذا قول القفال وفيه نظر ، والظاهر قول أبى العباس .

قال القفال : وأما المسألة الثالثة فحكمها صحيح لكنه ليس ترك يقين بشك لأن القصر رخصة بشرط ، فاذا لم يتحقق رجع الى الأصل وهو

الاتمام • قال : وأما الرابعة فحكمها صحيح لكن ليس هو ترك يقين بشك لأن الظاهر تغيره بالبول وهذا فيه نظر ، والظاهر قول أبى العباس أنه ترك الأصل بظاهر وقد سبقت المسألة مستوفاة •

قال : وأما الخامسة فحكمها صحيح لكن ليس ترك أصل بشك بل لأن الأصل وجوب الصلاة عليها ، فاذا شكت فى انقطاع الدم فصلت بلا غسل لم نستيقن البراءة من الصلاة ، وفى هذا الذى قاله القفال نظر • والظاهر قول أبى العباس •

قال : وأما السادسة فليس ترك يقين بشك لأن الأصل أنه ممنوع من الصلاة الا بطهارة عن هذه النجاسة فما لم يغسل الجميع هو شاك فى زوال منعه من الصلاة •

قال : وأما السابعة ففيها وجهان (أحدهما) له القصر لأنه شاك فى زوال سبب الرخصة والأصل عدمه (والثانى) لا يجوز كما قال أبو العباس ولكن ليس ذلك ترك يقين بشك ، وهذا الذى قاله القفال فيه نظر ، والظاهر قول أبى العباس

قال : وأما الثامنة فحكمها صحيح ولكن ليس ترك يقين بشك بل الأصل الاتمام فلا يقصر حتى يتيقن سبب الرخصة وفى هذا نظر ، والظاهر قول أبى العباس •

وأما التاسعة : فحكمها صحيح لكن ليس ترك يقين بشك لأن المستحاضة لا تحل لها الصلاة مع الحدث الا للضرورة ، فاذا شكت فى انقطاع الدم فقد شكت فى السبب المجوز للصلاة مع الحدث فرجعت الى أصل وجوب الصلاة بطهارة كاملة والظاهر قول أبى العباس •

وأما العاشرة : فحكمها صحيح لكن ليس ترك يقين بشك ، وانما بطل التيمم برؤية السراب لأنه توجه الطلب ، واذا توجه الطلب بطل التيمم والظاهر قول أبى العباس •

قال : وأما الحادية عشرة : ففى حل الصيد قولان ، فان قلنا : لا يحل فليس ترك يقين بشك لأن الأصل التحريم ، وقد شككنا فى الاباحة ، قال

القفال : فثبت أن هذه المسائل كلها مستمرة على مذهب الشافعى أن اليقين لا يزال بالشك ، هذا كلام القفال والصواب فى أكثرها مع أبى العباس كما ذكرنا وهو ظاهر لمن تأمله .

وقال امام الحرمين فى باب ما ينقض الوضوء : استثنى صاحب التلخيص مسائل مما يترك فيها اليقين بالشك قال : ونحن نذكر المستفاد منها ونحذف ما لا يشكل ، قال : فمما استثناه أن الناس لو شكوا فى انقضاء الوقت يوم الجمعة لم يصلوا جمعة ولم يستصحبوا اليقين ، وذكر الامام أيضا مسألتى الخف ومسألتى شك المسافر فى وصول بلده ونيته الاقامة ، ولم يزد الامام على ذلك وكذا اقتصر الغزالى على هذه المسائل ونقل خلافا فى مسألتى المسافر دون المسح والجمعة . قال الامام : لعل الفرق أن مدة المسح ووقت الجمعة ليس مما يتعلق باختياره فاذا وقع فيه شك لاح تعين الرد الى الأصل . وأما وصول دار الاقامة والعزم على الاقامة فمتعلق بفعل الشاك ومنه تتلقى معرفته ، فاذا جهله من نفسه فكأنه لم يقع ذلك المعنى أصلا . قال الامام على أن الوجه ما ذكره صاحب التلخيص ، هذا آخر كلام الامام .

ومما لم يستثنه هؤلاء الجماعة اذا توضأ ثم شك هل مسح رأسه مثلا أم لا ؟ وفيه وجهان الأصح صحة وضوئه ، ولا يقال الأصل عدم المسح ، ومثله لو سلم من صلاته ثم شك هل صلى ثلاثا أم أربعا ؟ ففيه ثلاثة أقوال عند الخراسانيين (أصحها) وبه قطع العراقيون لا شيء عليه ومضت صلاته على الصحة ، فان تكلف متكلف وقال المسألتان داخلتان فى القاعدة فانه شك هل ترك أم لا ؟ والأصل عدمه ، فليس تكلفه بشيء لأن الترك عدم باق على ما كان ، وانما المشكوك فيه الفعل ، والأصل عدمه ولم يعمل بالأصل .

وأما اذا سلم من صلاته فرأى عليه نجاسة واحتمل حصولها فى الصلاة وحدوثها بعدها فلا يلزمه اعادة الصلاة بل مضت على الصحة ، وقد ذكر المصنف المسألة فى باب طهارة البدن ، فيحتمل أن يقال : الأصل عدم النجاسة فلا يحتاج الى استثنائها لدخولها فى القاعدة ، ويحتمل أن يقال تحققت النجاسة وشك فى انعقاد الصلاة والأصل عدمه وبقاؤها فى الذمة فيحتاج الى استثنائها ، والله أعلم بالصواب وله الحمد والنعمة وبه التوفيق والعصمة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الآنيــة

(كل حيــوان نجس بالموت طهر جلده بالدباغ وهــو ما عدا الكلب والخنزير لقوله صلى الله عليه وسلم : « أيما اهاب دبغ فقــد طهر » ولأن الدباغ يحفظ الصحة على الجلد ويصلحه للانتفاع به كالحياة ثم الحياة تدفع النجاسة عن الجلد فكذلك الدباغ ، وأما الكلب والخنزير وما تولد منهما أو من أحدهما فلا يطهر جلدهما بالدباغ لأن الدباغ كالحياة ثم الحياة لا تدفع النجاسة عن الكلب والخنزير فكذلك الدباغ) .

(الشرح) : الآنية جمع اناء وجمع الآنية الأوانى ، فالاناء مفرد وجمعه آنية والأوانى جمع الجمع فلا يستعمل فى أقل من تســعة الا مجازا . وأما استعمال الغزالى رحمه الله وجماعة من الخراسانيين الآنيــة فى المفرد فليس بصحيح فى اللغة ، قال الجوهرى : جمع الاناء آنية وجمع الآنيــة الأوانى كسقاء وأســقية وأساق . وأما الحــديث المذكور فصحيح رواه مسلم فى صحيحه وأبو داود والترمذى والنسائى وغيرهم من رواية ابن عباس رضى الله عنهما ، أما مسلم فذكره فى آخر كتاب الطهارة وأما أبو داود والترمذى ففى كتاب اللباس والنسائى فى الذبائح وهذا المذكور لفظ رواية الترمذى وقليلين ، قال الترمذى : حديث حسن صحيح وأما رواية مسلم وأبى داود وآخرين ففيها « اذا دبغ الاهاب فقد طهر » وقد جمعت طرقه واختلاف ألفاظه فى كتاب جامع السنة ، ويقال طهر بفتح الهاء وضمها والفتح أفصح وأشهر وقد سبق بيانه فى أول كتاب الطهارة .

وأما الاهاب بكسر الهمزة فجمعــه أهب بضم الهمزة والهــاء ، وأهب بفتحهما لغتــان ، واختلف أهل اللغــة فيه فقال امام اللغــة والعربية أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد رحمه الله الاهاب هو الجلد قبل أن يدبغ ، وكذا ذكره أبو داود السجستانى فى سننه وحكاه عن النضر بن شميل ولم يذكر غيره ، وكذا قاله الجوهرى وآخرون من أهل اللغة ، وذكر الأزهرى فى شرح ألفاظ المختصر والخطابى وغيرهما أنه الجلد ولم يقيدوه بما لم يدبغ .

الخنزير معروف واختلف أهل العربية فى نونه هل هى زائدة أم أصلية ؟ وقد أوضحته فى تهذيب الأسماء واللغات .

وأما قول المصنف : « فكل حيوان نجس بالموت » فمعناه حكمنا بعد موته بأنه نجس فيدخل فيه الكلب والخنزير فلهذا استثناه المصنف فقال : ما عدا الكلب والخنزير ، وقد ادعى بعضهم أن هذا الاستثناء ليس بصحيح وأنه لا حاجة اليه وزعم أن بقوله : « نجس بالموت » يخرج الكلب والخنزير لأنه لم ينجس بالموت بل كان نجسا قبله واستمرت نجاسته ، هذا الانكار باطل وانما حصل الانكار لحمله كلام المصنف على غير مراده الذى ذكرته فالصواب ما قدمته والله أعلم .

(أما حكم المسألة) فكل الجلود النجسة بعد الموت تطهر بالدباغ الا الكلب والخنزير والمتولد من أحدهما ، وهذا متفق عليه عندنا وسنذكر مذاهب العلماء فيه ان شاء الله تعالى فى فرع ، وحكى المتولى والرويانى وجها أن جلد الميتة ليس بنجس . حكاه المتولى عن حكاية ابن القطان قال : وانما أمر بالدبغ بسبب الزهومة التى فى الجلد فانها نجسة فيؤمر بالدبغ لازالتها كما يغسل الثوب من النجاسة ، وهذا الوجه فى نهاية الضعف وغاية الشذوذ، وفساده أظهر من أن يذكر . وكيف يصح هذا مع قوله صلى الله عليه وسلم « اذا دبغ الاهاب فقد طهر » .

فان قيل : ليس فى الحديث أن الجلد نجس العين فتحمل الطهارة فيه على الطهارة من نجاسة المجاورة بالزهومة كما يقال طهر ثوبه اذا غسل من النجاسة ، فالجواب أن هذا تأويل بعيد ليس له دليل يعضده ولا حجة تسنده فهو مردود على قائله ، وتخصيصه الجلد بالطهارة دون باقى الأعضاء والأجزاء دليل على تناقض قوله وقد قال امام الحرمين : اتفق علماؤنا على أن جلد الميتة قبل الدباغ نجس ، وكذا صرح بنقل الاتفاق عليه آخرون ، والله أعلم .

وأما الكلب والخنزير وفرع أحدهما فلا يطهر جلده بالدباغ بلا خلاف لما ذكره المصنف ، وقوله : فلا يطهر جلدها بالدباغ وفى بعض النسخ المعتمدة جلدهما بالتثنية ، وكلاهما صحيح ، فالتثنية تعود الى النوعين ، وقوله :

جلدها يعود الى الأنواع الأربعة الكلب والخنزير واللذان بعدهما ، وأما قوله : (كل حيوان نجس بالموت) فاحتراز مما لا ينجس بالموت بل يبقى طاهرا ، وذلك خمسة أنواع ذكرها صاحب الحاوى : السمك والجراد والجنين بعد ذكاة أمه ، والصيد اذا قتله الكلب أو السهم بشرطه ، والخامس الآدمى على أصح القولين • فهذه ميتات طاهر لحمها وجلدها ، فأما الجراد فلا جلد له والسمك منه ما لا جلد له ومنه ما له جلد كعظيم حيتان البحر ، والجنين والصيد لهما جلد فيتصرف فيه بلا دباغ جميع أنواع التصرف من بيع واستعمال فى يابس ورطب وغير ذلك •

وأما الآدمى فاذا قلنا بالصحيح : انه لا ينجس بالموت فجلده طاهر لكن لا يجوز استعمال جلده ولا شىء من أجزائه بعد الموت لحرمته وكرامته ، اتفق أصحابنا على تحريمه وصرحوا بذلك فى كتبهم منهم امام الحرمين وخلائق ، قال الدارمى فى الاستذكار : لا يختلف القول أن دباغ جلود بنى آدم واستعمالها حرام ، ونقل الامام الحافظ أبو محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم فى كتابه كتاب الاجماع [1] اجماع المسلمين على تحريم سلخ جلد الآدمى واستعماله وان قلنا بالقول الضعيف : ان الآدمى ينجس بالموت فجلده نجس وهل يطهر بالدبغ ؟ فيه وجهان حكاهما امام الحرمين وابن الصباغ والغزالى وغيرهم الصحيح منهما أنه يطهر وهو اختيار المصنف والجمهور ، لأنهم قالوا : كل جلد نجس بالموت طهر بالدباغ ودليله عموم الحديث : (أيما اهاب دبغ فقد طهر) (والوجه الثانى) لا يطهر بالدبغ لأن دباغه حرام لما فيه من الامتهان ، قال امام الحرمين : وهذا فاسد لأن الدباغ لا يحرم لعينه وانما المحرم حصول الامتهان على أى وجه حصل ، وأغرب الدارمى وابن الصباغ ، وذكرا وجها أنه لا يتأتى دباغه والله أعلم •

---

(١) هو كتاب (مراتب الاجماع) وابن حزم أذكى وافقه من أمام مذهبه داود بن على ولعله أوثق منه رواية (ط) •

فرع فى مذاهب العلماء فى جلود الميتة

هى سبعة مذاهب أحدها : لا يطهر بالدباغ شىء من جلود الميتة لما روى عن عمر بن الخطاب وابنه وعائشة رضى الله عنهم وهو أشهر الروايتين عن أحمد ورواية عن مالك . والمذهب الثانى : يطهر بالدباغ جلد مأكول اللحم دون غيره وهو مذهب الأوزاعى وابن المبارك وأبى داود واسحق بن راهوية . والثالث : يطهر به كل جلود الميتة الا الكلب والخنزير والمتولد من أحدهما وهو مذهبنا ، وحكوه عن على بن أبى طالب وابن مسعود رضى الله عنهما . والرابع : يطهر به الجميع الا جلد الخنزير وهو مذهب أبى حنيفة . والخامس : يطهر الجميع والكلب والخنزير الا أنه يطهر ظاهره دون باطنه فيستعمل فى اليابس دون الرطب ويصلى عليه لا فيه ، وهو مذهب مالك فيما حكاه أصحابنا عنه . والسادس : يطهر بالدباغ جميع جلود الميتة والكلب والخنزير ظاهرا وباطنا ، قال داود وأهل الظاهر ، وحكاه الماوردى عن أبى يوسف . والسابع : ينتفع بجلود الميتة بلا دباغ ويجوز استعمالها فى الرطب واليابس حكوه عن الزهرى .

واحتج لأحمد وموافقيه بأشياء منها قول الله تعالى : (حرمت عليكم الميتة [1]) وهو عام فى الجلد وغيره وبحديث عبد الله بن عكيم قال : أتانا كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم : قبل موته بشهر « ألا تنتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب » وهذا الحديث هو عمدتهم قالوا : ولأنه جزء من الميتة فلم يطهر بشىء كاللحم ، ولأن المعنى الذى نجس به هو الموت وهو ملازم له لا يزول بالدبغ فلا يتغير الحكم . واحتج أصحابنا بالحديثين السابقين : « اذا دبغ الاهاب فقد طهر » و « أيما اهاب دبغ فقد طهر » وهما صحيحان كما سبق بيانه ، وبحديث ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى شاة ميمونة : « هلا أخذوا اهابها فدبغوه فانتفعوا به » قالوا : يا رسول الله انها ميتة قال : « انما حرم أكلها » رواه البخارى ومسلم فى

---

(١) الآية ٣ من سورة المائدة .

صحيحيهما من طرق ، أما مسلم فرواه فى آخر كتاب الطهارة ، وأما البخارى فرواه فى مواضع من صحيحه منها كتاب الزكاة فى الصدقة على موالى أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى كتاب الصيد والذبائح وغيره •

وانما ذكرت هذا لأن بعض الأئمة والحفاظ جعله من أفراد مسلم كأنه خفى عليه مواضعه من البخارى ، واحتجوا أيضا بحديث ابن عباس عن سودة زوج النبى صلى الله عليه وسلم قالت : (ماتت لنا شاة فدبغنا مسكها ثم ما زلنا ننبذ فيه حتى صار شنا) رواه البخارى ، هكذا رواه أبو يعلى الموصلى فى مسنده باسناد صحيح عن ابن عباس قال : (ماتت شاة لسودة فقالت : يا رسول الله ماتت فلانة تعنى الشاة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فهلا أخذتم مسكها ؟ فقالت : نأخذ مسك شاة قد ماتت ؟) وذكر تمام الحديث كروايه البخارى • وبحديث عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم (أمر أن يستمتع بجلود الميتة اذا دبغت) حديث حسن رواه مالك فى الموطأ وأبو داود والنسائى وآخرون بأسانيد حسنة ، وأبو داود وابن ماجه فى اللباس ، والنسائى فى الذبائح • وبحديث ابن عباس قال : (أراد النبى صلى الله عليه وسلم أن يتوضأ من سقاء فقيل له : انه ميتة فقال : دباغه يذهب بخبثه أو نجسه أو رجسه) رواه الحاكم أبو عبد الله فى المستدرك على الصحيحين وقال : حديث صحيح ، ورواه البيهقى وقال : هذا اسناد صحيح • وبحديث جون (بفتح الجيم) ابن قتادة عن سلمة بن المحبق (بالحاء المهملة وبفتح الباء الموحدة المشددة وكسرها) رضى الله عنه (أن نبى الله صلى الله عليه وسلم فى غزوة تبوك دعا بماء من عند امرأة قالت : ما عندى الا فى قربة لى ميتة قال : أليس قد دبغتها ؟ قالت : بلى قال : فان دباغها ذكاتها) رواه أبو داود والنسائى باسناد صحيح ، الا أن جونا اختلفوا فيه قال أحمد بن حنبل : هو مجهول وقال على ابن المدينى : هو معروف • وفى المسألة أحاديث كثيرة وفيما ذكرنا كفاية ، ولأنه جلد طاهر طرأت عليه نجاسة فجاز أن يطهر كجلد المذكاة اذا تنجس •

وأما الجواب عن احتجاجهم بالآية فهو أنها عامة خصتها السنة • وأما حديث عبد الله بن عكيم فرواه أبو داود والترمذى والنسائى وغيرهم قال

الترمذى : هو حديث حسن ، قال : وسمعت أحمد بن الحسن يقول : كان أحمد بن حنبل يذهب الى حديث ابن عكيم هذا لقوله : «قبل وفاته بشهرين» وكان يقول : هذا آخر الأمر ، قال : ثم ترك أحمد بن حنبل هذا الحديث لما اضطربوا فى اسناده حيث روى بعضهم عن ابن عكيم [1] عن أشياخ من جهينة . هذا كلام الترمذى . وقد روى هذا الحديث « قبل موته بشهر » وروى « بشهرين » وروى (بأربعين يوما) قال البيهقى فى كتابه معرفة السنن والآثار وآخرون من الأئمة الحفاظ : هذا الحديث مرسل وابن عكيم ليس بصحابى ، وقال الخطابى : مذهب عامة العلماء جواز الدباغ ووهنوا هذا الحديث لأن ابن عكيم لم يلق النبى صلى الله عليه وسلم انما هو حكاية عن كتاب أتاهم ، وعللوه أيضا بأنه مضطرب ، وعن مشيخة مجهولين لم تثبت صحبتهم .

اذا عرف هذا فالجواب عنه من خمسة أوجه (أحدها) ما قدمناه عن الحفاظ أنه حديث مرسل (والثانى) أنه مضطرب كما سبق وكما نقله الترمذى عن أحمد ولا يقدح فى هذين الجوابين قول الترمذى : انه حديث حسن ، لأنه قاله عن اجتهاده ، وقد بين هو وغيره وجه ضعفه كما سبق (الثالث) أنه كتاب ، وأخبارنا سماع وأصح اسنادا وأكثر رواة وسالمة من الاضطراب فهى أقوى وأولى (الرابع) أنه عام فى النهى ، وأخبارنا مخصصة للنهى بما قبل الدباغ مصرحة بجواز الانتفاع بعد الدباغ ، والخاص مقدم.

(والخامس) أن الاهاب الجلد قبل دباغه ولا يسمى اهابا بعده كما قدمناه عن الخليل بن أحمد والنضر بن شميل وأبى داود السجستانى والجوهرى وغيرهم ، فلا تعارض بين الحديثين بل النهى لما قبل الدباغ تصريحا .

فان قالوا : خبرنا متأخر فقدم ، فالجواب من أوجه (أحدها) لا نسلم

---

(١) قال ابن عبد البر فى الاستيعاب : عبد الله بن عكيم الجهنى يكنى ابا معبد ، اختلف فى سماعه من النبى صلى الله عليه وسلم حديثه عنه صلى الله عليه وسلم « من علق شيئا وكل اليه » وهو القائل : جاءنا كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى ارض جهينة قبل وفاته بشهر وساق الحديث (ط) .

تأخره على أخبارنا لأنها مطلقة فيجوز أن يكون بعضها قبل وفاته صلى الله عليه وسلم بدون شهرين وشهر (الثانى) أنه روى قبل موته بشهر وروى شهرين وروى أربعين يوما كما سبق ، وكثير من الروايات ليس فيها تاريخ ، وكذا هو فى روايتى أبى داود والترمذى وغيرهما ، فحصل فيه نوع اضطراب فلم يبق فيه تاريخ يعتمد (الثالث) لو سلم تأخره لم يكن فيه دليل لأنه عام ، وأخبارنا خاصة ، والخاص مقدم على العام سواء تقدم أو تأخر كما هو معروف عن الجماهير من أهل أصول الفقه .

وأما الجواب عن قياسهم على اللحم فمن وجهين (أحدهما) أنه قياس فى مقابلة نصوص فلا يلتفت اليه (والثانى) أن الدباغ فى اللحم لا يتأتى وليس فيه مصلحة له ، بل يمحقه بخلاف الجلد فانه ينظفه ويطيبه ويصلبه ، وبهذين الجوابين يجاب عن قولهم : العلة فى التنجيس الموت وهو قائم والله أعلم .

وأما الأوزاعى ومن وافقه فاحتج لهم بما روى أبو المليح عامر بن أسامة [1] عن أبيه رضى الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن جلود السباع » رواه أبو داود والترمذى والنسائى وغيرهم بأسانيد صحيحة ، ورواه الحاكم فى المستدرك وقال : حديث صحيح . وفى رواية الترمذى وغيره نهى عن جلود السباع أن تفترش ، قالوا : فلو كانت تطهر بالدباغ لم ينه عن افتراشها مطلقا ، وبحديث سلمة بن المحبق الذى قدمناه : (دباغ الأديم ذكاته) قالوا : وذكاة ما لا يؤكل لا تطهره قالوا : ولأنه حيوان لا يؤكل فلم يطهر جلده بالدبغ كالكلب .

واحتج أصحابنا بقوله صلى الله عليه وسلم : « أيما اهاب دبغ فقد طهر » وبحديث : « اذا دبغ الاهاب فقد طهر » وهما صحيحان كما سبق ، وهما عامان لكل جلد . وبحديث عائشة : « أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يستمتع بجلود الميتة اذا دبغت » وهو حديث حسن كما سبق . وبحديث ابن عباس الذى ذكرناه عن المستدرك وغير ذلك من الأحاديث العامة فهى

---

(١) هو أسامة بن عمير الهذلى بصرى له صحبة ورواية لم يرو عن أسامة هذا غير ابنه أبى المليح عامر (ط) .

على عمومها الا ما أجمعنا على تخصيصه وهو الكلب والخنزير فان قالوا : جلد ما لا يؤكل لا يسمى اهابا كما حكاه عنهم الخطابى ، فالجواب أن هـذا خلاف لغة العرب • قال الامام أبو منصـور الأزهرى : جعلت العرب جلد الانسان اهابا وأنشد فيه قول عنترة :

فشككت بالرمح الأصم اهابه •

أراد رجلا لقبه فى الحرب فانتظم جلده بسنان رمحه ، وأنشد الخطابى وغيره فيه أبياتا كثيرة منها قول ذى الرمة :

لا يدخران من الأيغـام باقية حتى تكاد تفرى عنهما الأهب

وعن عائشة فى وصفها أبيهـا رضى الله عنهما قالت : « وحقن الدماء فى أهبها » تريد دماء الناس ، وهذا مشهور لا حاجة الى الاطالة فيه ولأنه جلد حيوان طاهر فأشبه المأكول •

وأما الجواب عن حديثهم الأول فمن وجهين أحسـنهما وأصحهما ولم يذكر البيهقى وآخرون غيره أن النهى عن افتراش جلود السـباع انما كان لكونها لا يزال عنها الشعر فى العادة ، لأنها انما تقصد للشعر كجلود الفهد والنمر • فاذا دبغت بقى الشـعر نجسـا فانه لا يطهر بالدبغ على المذهب الصحيح ، فلهذا نهى عنها (الثانى) أن النهى محمول على ما قبل الدبغ ، كذا أجاب بعض أصحابنا وهو ضعيف ؛ اذ لا معنى لتخصيص السباع حينئذ بل كل الجلود فى ذلك سواء وقد يجاب عن هذا الاعتراض بأنها خصت بالذكر لأنها كانت تستعمل قبل الدباغ غالبا أو كثيرا •

والجواب عن حـديث سلمة أن المراد أن دباغ الأديم مطهر له ومبيح لاستعماله كالذكاة • وأما قياسهم على الكلب فجوابه أنه نجس فى حيـاته فلا يزيد الدباغ على الحياة والله أعلم • وأما أبو حنيفة فى قوله يطهر بالدبغ جلد الكلب ، وداود فى قوله والخنزير فاحتج لهما بعموم الأحاديث السابقة وبالقياس على الحمار وغيره ، واحتج أصحابنا بأحاديث لا دلالة فيها فتركتها لأنى التزمت فى خطبة الكتاب الاعراض عن الدلائل الواهية • واحتجوا بأن الحياة أقوى من الدباغ بدليل أنها سبب لطهارة الجملة ، والدباغ انما يطهر

الجلد ، فاذا كانت الحيـاة لا تطهـر الكلب والخنزير فالدباغ أولى ؛ ولأن النجاسة انما تزول بالمعـالجة اذا كانت طارئة كثوب تنجس ، أما اذا كانت لازمة للعين فلا ، كالعذرة والروث فكذا الكلب .

وأما احتجاجهم بالأحاديث فأجاب الأصحاب بأنها عامة مخصوصة بغير الكلب والخنزير لما ذكرناه ، وجواب آخر لأبى حنيفة أنا اتفقنا نحن وأنتم على اخراج الخنزير من العموم ، والكلب فى معناه ، وأما قياسهم على الحمار فالفرق أنه طاهر فى الحياة فرده الدباغ الى أصله والله أعلم . وأما مالك ومن وافقه فاحتجوا فى طهارة ظاهره دون باطنه بأن الدباغ انما يؤثر فى الظاهر ، واحتج أصحابنا بعموم الأحاديث الصحيحة السـابقة كحديث : « اذا دبغ الاهاب فقد طهر » وغيره فهى عامة فى طهارة الظـاهر والباطن . وبحديث سودة المتقدم قالت : (ماتت لنا شاة فدبغنا مسكها وهو جلدها فما زلنـا ننبذ فيه حتى صار شنا) حديث صحيح كما سبق وهو صريح فى المسألة فانه استعمل فى مائع وهم لا يجيزونه ، وان كانوا يجيزون شرب الماء منه ، لأن الماء لا ينجس عنـدهم الا بالتغير ، قال أصحابنا : ولأن ما طهر ظاهره طهر باطنه كالذكاة .

وأما الجواب عن قولهم : انمـا يؤثر الدباغ فى الظـاهر . فمن وجهين (أحدهما) لا نسلم ، بل يؤثر فى الباطن أيضا بانتزاع الفضـلات وتنشيف رطوباته المعفنة كتأثيره فى الظاهر (والثانى) أن ما ذكره مخالف للنصـوص الصحيحة الصريحة فلا يلتفت اليه والله أعلم .

وأما الزهرى فاحتج برواية جاءت فى حديث ابن عباس : « هلا أخذتم اهابها فانتفعتم به » ولم يذكر الدباغ ، واحتج أصحابنا بالأحاديث الصحيحة السـابقة ، وأما هـذه الرواية فمطلقة محمـولة على الروايات الصحيحات المشهورات والله أعلم .

وذكر امام الحرمين فى النهـاية مذاهب السلف بنحو ما سبق ثم قال : ولا يستند على هذا السبر [1] غير مذهب الشافعى ، فان من قال يؤثر الدباغ

---

(١) السبر كلمة اصطلاحية عند علماء اصول الفقه وأصلها فى اللغة فتيلة توضع فى الجرح لمعرفة عمقه ، وكأنها استعملت فى معناها مجازا عندهم . (ط) .

فى المأكول خاصة تعلقوا بخصوص السبب فى شاة ميمونة ، وليس ذلك بصحيح فان اللفظ عام مستقل بالافادة ، وأبو حنيفة لم يطرد مذهبه فى الخنزير عملا بالعموم ولا يظهر فرق بين الكلب والخنزير .

وأما الشافعى فانه نظر الى ما أمر به الشرع من استعمال الأشياء الجائزة كالقرظ ، وغاص على فهم المعنى وهو أن سبب نجاسة الجلود بالموت بأنها بانقطاع الحياة عنها تتعرض للبلى والعفن والنتن ، فاذا دبغت لم تتعرض للتغير ، وقد بطل حمل اللفظ على خصوص السبب وامتنع التعميم لما ذكرنا فى جلد الخنزير ، وأرشد [1] الدباغ الى معنى يضاهى به المدبوغ الحيوان فى حال الحياة فان الحياة دافعة للعفن ، والموت جالب له ، والدباغ يرده الى مضاهاة الحياة فى السلامة من التغير ، فانتظم بذلك اعتبار المدبوغ بالحى فقال : كل ما كان فى الحياة طاهرا عاد جلده بالدبغ طاهرا ، وما كان نجسا لا يطهر ، ثم ثبت عنده نجاسة الكلب من نجاسة لعابه والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز الدباغ بكل ما ينشف فضول الجلد ويطيبه ويمنع من ورود الفساد عليه كالشث والقرظ وغير ذلك مما يعمل عمله ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أليس فى الماء والقرظ ما يطهره ؟ » فنص على القرظ لأنه يصلح الجلد ويطيبه فوجب أن يجوز بكل ما عمل عمله) .

(الشرح) هذا الحديث حديث حسن رواه الامامان الحافظان أبو الحسن بن عمر الدارقطنى وأبو بكر أحمد بن الحسين بن على البيهقى فى سننهما من رواية ابن عباس رضى الله عنهما قال : « مر النبى صلى الله عليه وسلم بشاة ميتة فقال : هلا انتفعتم باهابها ؟ » قالوا : يا رسول الله انها ميتة قال : « انما حرم أكلها ، أو ليس فى الماء والقرظ ما يطهرها ؟ » ورواه أبو داود والنسائى فى سننهما بمعناه عن ميمونة رضى الله عنها قالت : « مر على النبى صلى الله عليه وسلم رجال يجرون شاة لهم مثل الحمار فقال صلى

(١) لعل مضافا محذوفا تقديره : (حديث) . فتقول : وارشد حديث الدباغ (ط) .

الله عليه وسلم : « لو أخذتم اهابها ؟ » قالوا : انها ميتة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « يطهرها الماء والقرظ » . هكذا جاءت روايات الحديث يطهرها بالتأنيث ووقع فى المهذب « يطهره » وهو تحريف ، وان كان معناه صحيحا ، والقرظ بالظاء لا بالضاد ، وهذا وان كان واضحا فلا يضر التنبيه عليه فانه يوجد فى كثير من كتب الفقه مصحفا .

والقرظ ورق شجر [1] السلم بفتح السين واللام ومنه أديم مقروظ أى مدبوغ بالقرظ ، قالوا : والقرظ ينبت بنواحى تهامة ، وأما الشث فضبطها فى المهذب بالثاء المثلثة ، ووقعت هذه اللفظة فى كلام الشافعى فقال الأزهرى : هو الشب بالباء الموحدة وهو من الجواهر التى جعلها الله تعالى فى الأرض يدبغ به يشبه الزاج قال : والسماع فيه الشب يعنى بالموحدة وقد صحفه بعضهم فقال الشث يعنى بالمثلثة قال . والشث بالمثلثة شجر مر الطعم لا أدرى أيدبغ به أم لا ؟ هذا كلام الأزهرى وتابعه عليه صاحب الشامل والبحر . وذكره الامام أبو الفرج الدارمى بالمثلثة . وفى صحاح الجوهرى الشث بالمثلثة : نبت طيب الرائحة مر الطعم يدبغ به . وفى تعليق الشيخ أبى حامد قال أصحابنا : الشث يعنى بالمثلثة ، قال : وقاله الشافعى بالموحدة ، قال : وقد قيل الأمران ، وأيهما كان فالدباغ به جائز ، وصرح القاضى أبو الطيب فى تعليقه وآخرون بأنه يجوز بالشب والشث جميعا وهذا لا خلاف فيه .

واعلم أنه ليس للشب ولا الشث ذكر فى حديث الدباغ وانما هو من كلام الامام الشافعى رحمه الله فانه قال رحمه الله : والدباغ بما كانت العرب تدبغ به وهو الشث والقرظ ، هذا هو الصواب ، وقد قال صاحب الحاوى وغيره : جاء فى الحديث النص على الشث والقرظ ، كذا نقله الشيخ أبو حامد عن الأصحاب فانه قال فى تعليقه : الذى وردت به السنة ثم ذكر حديث ميمونة الذى قدمته وقال : هذا هو الذى أعرفه مرويا ، قال : وأصحابنا يروون : « يطهره الشث والقرظ » وهذا ليس بشىء .

---

(1) العامة فى الديار المصرية تسمية شجر السنط والقرظ ثمره وليس ورقه (ط) .

واعلم أن الدباغ لا يختص بالشب والقرظ ، ، بل يجوز بكل ما عمل عملها كقشور الرمان والعفص وغير ذلك مما فى معناه ، قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه : يجوز الدباغ بكل شىء قام مقام القرظ من العفص وقشور الرمان وغيرهما اذا نظف الفضول واستخرجها من باطن الجلد وحفظه من أن يسرع اليه الفساد ، قال : والمرجع فى ذلك الى أهل الصنعة ، هذا هو المذهب وهو الذى نص عليه الشافعى كما قدمته ، وبه قطع المصنف والجماهير فى جميع الطرق ، وذكر بعض العراقيين فيه قولين (أحدهما) هذا (والثانى) لا يجوز بغير الشب والقرظ كما يختص ولوغ الكلب بالتراب على أحد القولين .

وقد حكى الرافعى أيضا وجها فى اختصاصه بالشث والقرظ وحكاه الماوردى عن أهل الظاهر ، وهو غلط لأن النبى صلى الله عليه وسلم أطلق الدباغ وكانت العرب تدبغ بأنواع مختلفة فوجب جوازه بكل ما حصل به مقصود الدباغ . والفرق بينه وبين ولوغ الكلب أن الدباغ احالة فحصل بما تحصل به الاحالة ، والولوغ ازالة نجاسة دخلها التعبد فاختصت بالتراب كالتيمم ولا تفريع على هذا الوجه ، وانما التفريع على المذهب وهو جواز الدباغ بكل ما حصل به مقصوده .

قال أصحابنا فى الطريقتين ولا يحصل بتشميس الجلد ونص عليه الشافعى وفى وجه شاذ يجوز ، حكاه الرافعى وهو مذهب أبى حنيفة ، وأما التراب فالمذهب الصحيح أنه لا يحصل الدباغ به ونص عليه الشافعى وقطع به الجمهور ، ممن قطع به الشيخ أبو حامد والمحاملى فى كتابيه وأبو الفتح سليم بن أيوب الرازى فى كتابه رءوس المسائل والقاضى حسين والفورانى وابن الصباغ وامام الحرمين والبغوى والمتولى وخلائق آخرون من العراقيين والخراسانيين وفيه وجه شاذ أنه يحصل حكاه أبو العباس الجرجانى فى التحرير ورجحه . وقال القاضى أبو الطيب فى تعليقه : قال أبو على الطبرى فى الافصاح : نص الشافعى على أن الدباغ لا يحصل بالتراب والرماد قال القاضى : ولم أر للشافعى فى هذا نصا ، والمرجع فى ذلك الى أهل الصنعة فان كان للتراب والرماد هذا الفعل حصل الدباغ بهما ، وأما الملح فنقل أبو على

الطبرى فى الافصاح أن الشافعى رحمه الله نص أنه لا يحصل به الدباغ ، وبه قطع صاحب الشامل ، وقطع امام الحرمين بالحصول .

(فرع) لو دبغه بعين نجسة كذرق الحمام وغيره أو بمتنجس كقرظ أصابته نجاسة أو دبغه بماء نجس فهل يحصل به الدباغ ؟ فيه وجهان مشهوران فى الطريقتين أصحهما عند الأصحاب الحصول ، وبه قطع ابن الصباغ والبغوى ، لأن الغرض تطيب الجلد وازالة الفضول ، وهذا حاصل بالنجس كالطاهر (والثانى) لا يحصل لأن النجس للتطهير ، فان قلنا بالأصح وجب غسله بعد حصول الدباغ بلا خلاف ويكون نجسا بالمجاورة بخلاف ما لو دبغه بطاهر ، فانه لا يجب غسله على أحد الوجهين كما سيأتى ان شاء الله تعالى .

(فرع) لا يفتقر الدباغ الى فعل فاعل لأن ما طريقه ازالة النجاسة لا يفتقر الى فعل كالسيل اذا مر على نجاسة فأزالها ، فانه يطهر محلها بلا خلاف . فلو أطارت الريح جلد ميتة فألقته فى مدبغة فاندبغ صار طاهرا ذكره الماوردى وغيره وهو واضح .

(فرع) لو أخذ جلد ميتة لغيره فدبغه طهر ولمن يكون ؟ فيه أوجه (أحدها) للدابغ كمن أحيا مواتا بعد أن تحجره غيره فانه للمحيى (والثانى) لصاحب الميتة لتقدم حقه (والثالث) ان كان رفع يده عنه ثم أخذه الدابغ فهو للدابغ ، وان كان غصبه فللمغصوب منه ، وهذا الثالث هو الأصح ، وستأتى هذه الأوجه مبسوطة ان شاء الله تعالى فى أواخر كتاب الغصب حيث ذكرها المصنف ، وانما أشرت اليها لما قدمته فى الخطبة أنه متى أمكن تقديم مسألة لنوع ارتباط قدمتها ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وهل يفتقر الى غسله بالماء بعد الدباغ ؟ فيه وجهان أحدهما : لا يفتقر ، لأن طهارته تتعلق بالاستحالة وقد حصل ذلك فطهر كالخمر اذا استحالت خلا وقال أبو اسحاق : لا يطهر حتى يغسل بالماء لأن ما يدبغ به تنجس بملاقاة

الجلد ، فاذا زالت نجاسة الجلد بقيت نجاسة ما يدبغ به فوجب أن يغسل حتى يطهر) •

(الشرح) هذان الوجهان مشهوران وذكر صاحب المستظهرى أن الأول منهما قول أبى العباس بن القاص ، ورأيت أنا كلامه فى التلخيص وفيه اشارة الى ما ذكره ، واختلف المصنفون فى أصحهما فالأكثرون على أن الأصح وجوب الغسل ، ممن صححه الفورانى وامام الحرمين والغزالى فى البسيط والوجيز ، وابن الصباغ والمتولى والرويانى والرافعى وآخرون ، وقطع به الشيخ أبو الفتح نصر بن ابراهيم المقدسى فى كتابيه التهذيب والانتخاب • وقال البغوى : الأصح لا يفتقر ، وهو مذهب أبى حنيفة والأكثرين وتوجيه الوجهين مذكور فى الكتاب ويدل لعدم الغسل قوله صلى الله عليه وسلم (اذا دبغ الاهاب فقد طهر) ويجاب عنه بأن المراد طهرت عينه التى كانت نجسة ، وليس فيه أنه لا يغسل وهذا فى وجوب غسله بعد الدباغ •

وأما استعمال الماء فى أثناء الدباغ ففى وجوبه وجهان مشهوران عند الخراسانيين وذكرهما الماوردى من العراقيين أصحهما لا يفتقر اليه ، قال امام الحرمين : هذا قول المحققين ، قالوا ومأخذ الوجهين أن المغلب فى الدباغ الازالة أم الاحالة وفيه وجهان . فان غلبنا الازالة افتقر اليه والا فلا • ويستدل للأصح بالقياس على الخمر اذا استحالت فانها تطهر بمجرد الاستحالة ، وللوجه الآخر بقوله صلى الله عليه وسلم « يطهرها الماء والقرظ » ولأنه يلين الجلد ويصل به الشث والقرظ ونحوهما الى جميع أجزائه • واذا أوجبنا غسله بعد الدباغ فهو طاهر العين بلا خلاف والدباغ حاصل قطعا لكنه نجس بالمجاورة على هذا الوجه ، فهو كالثوب النجس فيجوز بيعه اذا جوزنا بيع جلد الميتة المدبوغ ، صرح به امام الحرمين وغيره ، وأما اذا أوجبنا استعمال الماء فى أثناء الدباغ فلم يستعمله فالجلد نجس العين بلا خلاف • صرح به امام الحرمين وآخرون • وهل يطهر بعد ذلك بنقعه فى ماء كثير أم يشترط رده الى المدبغة واستعمال الشث ؟ حكى الرافعى فيه وجهين ، وحكى امام الحرمين عن شيخه والده أبى محمد أنه قال : لابد من ابتداء دبغه ثانيا ، قال الامام : ولا يبعد عندى أنه يكتفى بنقعه فى الماء الطهور ، ووجهه الامام

أحسن توجيـــه ، وأنا أظن الرافعي أراد بالوجهين قول الامام ووالده ثم اذا أوجبنا استعمال الماء بعد الدباغ اشترط كونه طهورا نقيا من أدوية الدباغ وغيرها بلا خلاف لأنه ازالة نجاســة ، وأما اذا اشترطناه فى أثنــاء الدباغ فلا بأس بكونه متغيرا بأدوية الدباغ والله أعلم •

(فرع) الأجزاء التى يتشربها الجلد من الأدوية المدبوغ بهــا طاهرة بلا خلاف وأما الأجزاء المتناثرة من الأدوية فان تناثرت فى أثناء الدباغ فهى نجسة بلا خلاف ، صرح به البغوى ، وان تناثرت بعده فهل نحكم بطهــارته تبعا للجلد أم بنجاستها ؟ فيه وجهان مشهوران قالوا : وهما الوجهــان فى افتقار الجلد الى غسله بعد الدباغ ان قلنا يفتقر فهى نجسة والا فهى طاهرة تبعا له ، كذا قاله القاضى حسين والمتولى والرويانى وغيرهم والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واذا طهر الجلد بالدباغ جاز الانتفاع به لقوله صلى الله عليه وسلم : « هلا أخذتم اهابها فدبغتموه فانتفعتم به ») •

(الشرح) هذا الحديث رواه البخارى ومسلم من رواية ابن عبــاس رضى الله عنهما وقد سبق بيانه فى هذا الباب ، وقوله : « جاز الانتفاع به » يعنى فى اليابســات والمائعات ، وجازت الصــلاة عليه وفيه ، وطهر ظاهره وباطنه • هذا هو المذهب الصحيح الذى تظاهرت عليه نصــوص الشافعى وقطع به العراقيون تصريحا والبغوى وغيره من الخراسانيين ، قال الشــيخ أبو حامد شيخ الأصحاب فى تعليقه لا يختلف المذهب أنه بعد الدباغ طاهر ظاهرا وباطنا • وأن الانتفاع به جائز فى المائعات ، وحكى أبو على بن أبى هريرة فى طهارته قولين ، وحكاهما جماعات من الخراسانيين أصحهما وهــو الجديد : يطهر ظاهرا وباطنا كما ذكرنا •

(والثانى) وهو القــديم : لا يطهر باطنــا فيستعمل فى يابس لا رطب ويصلى عليه لا فيه ، وهــذا النقل عن القديم غريب والمحققون ينكرونه ، ويقولون : ليس للشافعى قول بعدم طهارة باطنه لا قديم ولا غيره ، وانمــا هذا مذهب مالك كما قدمناه عنه ، قال الدارمى فى الاستذكار قال ابن أبى

هريرة : قوله فى القديم فى هذه المسألة كمذهب مالك ، قال الدارمى : ولم ير هذا فى القديم ومما يدل على أن هذا القول الذى حكاه الخراسانيون ليس بصحيح عن القديم أن امام الحرمين قال : كان شيخى يحكى عن القفال أنه قال : لا يتوجه القول القديم فى منع بيع المدبوغ الا بتقدير قول للشافعى كمذهب مالك أنه يطهر ظاهره لا باطنه ، وهذا دليل على أنه ليس للشافعى تصريح بذلك بل استنبطوه من منع البيع ، وليس ذلك بلازم بل لمنع البيع دليل آخر قد ذكره المصنف وغيره والله أعلم .

(فرع) اعلم أن القول القديم ليس بلازم أن يكون كمذهب مالك بل هو قول مجتهد قد يوافق مالكا وقد يخالفه قال القفال فى شرح التخليص : أكثر القديم قد يوافق مالكا ، وانما ذكرت هذا الفرع لأنى رأيت من يغلط فى هذا بمالا أو ثر نشره والله أعلم .

(فرع) استعمال جلد الميتة قبل الدباغ جائز فى اليابس دون الرطب صرح به الماوردى وغيره ، ونقله الرويانى عن الأصحاب فقال قال أصحابنا : يجوز استعماله قبل الدباغ فى اليابسات ، وأما قول الشيخ أبى حامد والشيخ نصر المقدسى وصاحب البيان لا يجوز استعماله قبل الدباغ فمرادهم استعماله فى الرطبات أو فى اللين لا فى اليابس وسيأتى كلام الأصحاب ان شاء الله تعالى فى عظم الفيل أنه يكره استعماله فى اليابس ولا يحرم ، وممن صرح فى عظم الفيل بكراهة استعماله فى اليابس وتحريمه فى الرطب الشيخ نصر فدل أن مراده هنا استعماله فى الرطب . وأما قول العبدرى : لا يجوز استعماله قبل الدباغ فى اليابسات عندنا وعند أكثر العلماء فغلط منه ، وصوابه أن يقول : فى الرطبات .

(فرع) قال الماوردى : يجوز هبته قبل الدباغ ولا يجوز رهنه ، وقال أبو حنيفة يجوز بيعه ورهنه كالثوب النجس ، دليلنا أنه عين نجسة فلا يجوز بيعه ورهنه كالعذرة بخلاف الثوب النجس فان عينه طاهر ، وكذا قال الرويانى : يجوز هبته على سبيل نقل اليد ، وكذا الوصية به لا التمليك والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وهل يجوز بيعه ؟ فيه قولان قال فى القديم : لا يجوز لأنه حرم التصرف فيه بالموت ثم رخص فى الانتفاع به فبقى ما سوى الانتفاع على التحريم ، وقال فى الجديد : يجوز لأنه منع من بيعه لنجاسته ، وقد زالت النجاسة فوجب أن يجوز البيع كالخمر اذا تخللت) •

(الشرح) هذان القولان فى صحة بيع جلد الميتة بعد الدباغ مشهوران ، والصحيح منهما عند الأصحاب هو الجديد وهو صحته ، وبه قال أبو حنيفة وجمهور العلماء ، وقول المصنف : « لأنه حرم التصرف فيه ثم رخص فى الانتفاع » يعنى الانتفاع بعينه لأنه المفهوم من اطلاق الانتفاع ، وأما الانتفاع بثمنه فليس انتفاعا به ولا يلزم من كونه طاهرا منتفعا به أن يجوز بيعه ، فان أم الولد والوقف والطعام فى دار الحرب بهذه الصفة ولا يجوز بيعها ، هذا هو الصواب فى توجيه القديم • وأما ما يوجهه به كثير من الخراسانيين من قولهم : ان منع بيعه انما هو لكونه لايطهر باطنه فضعيف كما قدمناه ، وأجاب الأصحاب عما احتج به للقديم من القياس على أم الولد والوقف وطعام دار الحرب بأن منع بيع أم الولد لاستحقاقها الحرية ، والوقف لا يملكه على الأصح وان ملكه فيتعلق به حق البطن الثانى ، وطعام دار الحرب لا يملكه وانما أبيح له أكل قدر الحاجة ، والمنع فى مسألتنا للنجاسة وقد زالت فجاز البيع •

فاذا جوزنا بيعه جاز رهنه واجارته وان لم نجوز بيعه ففى جواز اجارته وجهان كالكلب المعلم ذكره الماوردى والرويانى ، وقال الرويانى : وقيل يجوز اجارته قطعا وانما القولان فى بيعه ورهنه ، أما بيعه قبل الدباغ فباطل عندنا وعند جماهير العلماء وحكى العبدرى عن أبى حنيفة جوازه •

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(وهل يجوز أكله ؟ ينظر ــ فان كان من حيوان يؤكل ــ ففيه قولان ، قال فى القديم : لا يؤكل لقوله صلى الله عليه وسلم : « انما حرم من الميتة أكلها » وقال فى الجديد : يؤكل لأنه جلد طاهر من حيوان مأكول فأشبه جلد

المذكى ، وان كان من حيوان لا يؤكل لم يحل أكله لأن الدباغ ليس بأقوى من الذكاة ، والذكاة لا تبيح ما لا يؤكل لحمه ، فلأن لا يبيحه الدباغ أولى ، وحكى شيخنا أبو حاتم القزويني عن القاضى أبي القاسم بن كج أنه حكى وجها آخر أنه يحل لأن الدباغ عمل فى تطهيره كما عمل فى تطهير ما يؤكل فعمل فى اباحته بخلاف الذكاة) .

(الشرح) الحديث المذكور ثابت فى الصحيحين وهو تمام حديث ابن عباس المذكور فى أول الفصل فانه صلى الله عليه وسلم قال : « هلا أخذتم اهابها فدبغتموه فانتفعتم به ؟ » قالوا : انها ميتة قال : « انما حرم أكلها » وفى رواية النسائى : « انما حرم الله أكلها » وهذان القولان فى حل أكله مشهوران أصحهما عند الجمهور : القديم ، وهو التحريم للحديث ، وهذه المسألة مما يفتى فيه على القديم ، وقد تقدم بيان المسائل التى يفتى فيها على القديم فى مقدمة الكتاب . وصححت طائفة الجديد وهو حل الأكل ، منهم القفال فى شرح التلخيص والفورانى والرويانى والجرجانى فى كتابه البلغة وقطع به فى التحرير ، ويجاب لهؤلاء عن الحديث بأن المراد تحريم أكل اللحم فانه المعهود ، هذا حكم جلد المأكول . فأما جلد ما لا يؤكل فالمذهب الجزم بتحريمه ، وبه قطع جماعات منهم القاضى أبو الطيب والمحاملى والدارمى والبغوى وغيرهم ، والوجه الآخر ضعيف وحكى الفورانى عن شيخه القفال أنه قال : لا فرق بين المأكول وغيره ففى الجميع القولان وهذا ضعيف .

وقول المصنف : فلأن لا يبيحه الدباغ أولى ، هذه اللام فى قوله « فلأن » مفتوحة وهى لام الابتداء كقولك : لزيد قائم أو اللام الموطئة للقسم ، وهى كثيرة التكرار فى هذا الكتاب وغيره من كتب الفقه وغيرها . وانما ضبطتها لأن كثيرا من المبتدئين يكسرونها وذلك خطأ ، وأما الشيخ أبو حاتم فاسمه محمود بن الحسن كان حافظا للمذهب له مصنفات فى الأصول والمذهب والخلاف والجدل ، وهو القزوينى بكسر الواو منسوب الى قزوين بكسر الواو المدينة المعروفة بخراسان ، وأما ابن كج فبفتح الكاف وبعدها جيم مشددة اسمه يوسف بن أحمد بن كج له مصنفات كثيرة نفيسة فيها نقول غريبة ومسائل غريبة مهمة لا تكاد توجد لغيره ، تفقه على أبى

الحسين بن القطان وحضر مجلس الداركى ، قتله اللصوص ليلة السابع والعشرين من رمضان سنة خمس وأربعمائة بالدينور ، قال المصنف فى الطبقات : جمع ابن كج رئاسة العلم والدنيا ورحل اليه الناس من الآفاق رغبة فى علمه وجوده والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(كل حيوان نجس بالموت نجس شعره وصوفه على المنصوص ، وروى عن الشافعى رحمه الله أنه رجع عن تنجيس شعر الآدمى . واختلف أصحابنا فى ذلك على ثلاث طرق ، فمنهم من لم يثبت هذه الرواية وقال : ينجس الشعر بالموت قولا واحدا ، لأنه جزء متصل بالحيوان اتصال خلقة فينجس بالموت كالأعضاء ، ومنهم من جعل الرجوع عن تنجيس شعر الآدمى رجوعا عن تنجيس جميع الشعور فجعل فى الشعور قولين (أحدهما) ينجس لما ذكرناه (والثانى) لا ينجس لأنه لا يحس ولا يتألم فلا تلحقه نجاسة الموت ، ومنهم من جعل هذه الرواية رجوعا عن تنجيس شعر الآدمى خاصة فجعل فى الشعر [1] قولين (أحدهما) ينجس الجميع لما ذكرناه (والثانى) ينجس الجميع الا شعر الآدمى فانه لا ينجس لأنه مخصوص بالكرامة ، ولهذا يحل لبنه مع تحريم أكله ، وأما شعر رسول الله صلى الله عليه وسلم فانا اذا قلنا شعر غيره طاهر فشعره صلى الله عليه وسلم أولى بالطهارة واذا قلنا : ان شعر غيره نجس ففى شعره عليه السلام وجهان (أحدهما) أنه نجس لأن ما كان نجسا من غيره كان نجسا منه كالدم ، وقال أبو جعفر الترمذى : هو طاهر لأن النبى صلى الله عليه وسلم ناول أبا طلحة رضى الله عنه شعره فقسمه بين الناس . وكل موضع قلنا : انه نجس عفى عن الشعرة والشعرتين فى الماء والثوب لأنه لا يمكن الاحتراز منه فعفى عنه كما عفى عن دم البراغيث) .

(الشرح) أما قوله لأن النبى صلى الله عليه وسلم « ناول أبا طلحة شعره فقسمه بين الناس » فحديث صحيح رواه البخارى ومسلم .

أما أحكام المسألة فحاصلها أن المذهب نجاسة شعر الميتة غير الآدمى ،

---

(١) نسخة الركبى (الشعور) (ط) .

وطهارة شعر الآدمى ، هذا مختصر المسألة ، وأما بسطها فقد ذكر المصنف ثلاث طرق وهى مشهورة فى المذهب ، قال القاضى أبو الطيب وآخرون : الشعر والصوف والوبر والعظم والقرن والظلف تحلها الحياة ، وتنجس بالموت ، هذا هو المذهب ، وهو الذى رواه البويطى والمزنى والربيع المرادى وحرملة ، وروى ابراهيم البليدى عن المزنى عن الشافعى أنه رجع عن تنجيس شعر الآدمى • وقال صاحب الحاوى : الشعر والوبر والصوف ينجس بالموت • هذا هو المروى عن الشافعى فى كتبه والذى نقله عنه جمهور أصحابه البويطى والمزنى والربيع المرادى وحرملة وأصحاب القديم •

قال : وحكى ابن سريج عن أبى القاسم الأنماطى عن المزنى عن الشافعى أنه رجع عن تنجيس الشعر وحكى ابراهيم البليدى عن المزنى عن الشافعى أنه رجع عن تنجيس شعر الآدمى ، وحكى الربيع الجيزى عن الشافعى أن الشعر تابع للجلد يطهر بطهارته وينجس بنجاسته •

واختلف أصحابنا فى هذه الحكايات الثلاث التى شذت عن الجمهور فجعلها بعضهم قولا ثانيا للشافعى أن الشعر طاهر ، وامتنع الجمهور من اثبات قول ثان لمخالفتها نصوصه ، ويحتمل أنه حكى مذهب غيره •

وأما شعر الآدمى ففيه قولان أشهرهما عنه أنه نجس (والثانى) وهو منصوص فى الجديد أنه طاهر ، هذا كلام صاحب الحاوى • واتفق الأصحاب على أن المذهب أن شعر غير الآدمى وصوفه ووبره وريشه ينجس بالموت ، وأما الآدمى فاختلفوا فى الراجح فيه فالذى صححه أكثر العراقيين نجاسته ، والذى صححه جميع الخراسانيين أو جماهيرهم طهارته ، وهذا هو الصحيح فقد صح عن الشافعى رجوعه عن تنجيس شعر الآدمى ، فهو مذهبه وما سواه ليس بمذهب له ، ثم الدليل يقتضيه وهو مذهب جمهور العلماء كما سنذكره ان شاء الله تعالى فى فرع فى مذاهب العلماء •

ثم ان هذا الخلاف فى شعر ميتة الآدمى مفرع على نجاسة ميتة الآدمى ، أما اذا قلنا بطهارة ميتته فشعره طاهر بلا خلاف ، كذا صرح به البغوى والمتولى وغيرهما من الخراسانيين وابن الصباغ والشاشى والشيخ نصر

المقدسى وصاحب البيان وغيرهم من العراقيين ، واذا انفصل شعر آدمى فى حياته فظاهر على أصح الوجهين تكرمة للآدمى ولعموم البلوى وعسر الاحتراز ، وأما اذا انفصل جزء من جسده كيده وظفره فقطع العراقيون أو جمهورهم بنجاسته قالوا : وانما الخلاف فى ميتته بجملته لحرمة الجملة ، وقال الخراسانيون : فيه وجهان أصحهما الطهارة ، وهذا هو الصحيح . قال امام الحرمين من قال : العضو المبان فى الحياة نجس فقد غلط والوجه اعتبار الجزء بالجملة بعد الموت ، وأما شعر رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذا قلنا بطهارة غيره فهو أولى والا فوجهان ، قال أبو جعفر : هو طاهر وقال غيره : هو نجس ، وهذا الوجه غلط أو كالغلط ، وسأذكر فى شعره صلى الله عليه وسلم وفضلات بدنه فرعا مخصوصا بها ان شاء الله تعالى .

وأما قول المصنف : « وكل موضع قلنا : انه نجس عفى عن الشعرة أو الشعرتين فظاهره تعميم العفو فى شعر الآدمى وغيره ، وقد اتفق أصحابنا على العفو ولكن اختلفوا فى تخصيصه بالآدمى فأطلقت طائفة الكلام اطلاقا يقتضى التعميم كما أطلقه المصنف ، منهم القاضى حسين والمحاملى فى المجموع ، وصرح القاضى بجريان العفو فى شعر غير الآدمى ، ونقل بعضهم هذا عن تعليق الشيخ أبى حامد ولم أره أنا فيه هكذا ، ولكن نسخ تعليق الشيخ أبى حامد والقاضى حسين يقع فيها اختلاف ، وخصت طائفة ذلك بشعر الآدمى منهم الفورانى وابن الصباغ والجرجانى فى التحرير والرويانى والبغوى وصاحب البيان ، ولكل واحد من الوجهين وجه ولكن الصحيح التعميم . وعبارة المصنف كالصريحة فيه ، فانه فصل الكلام فى الشعر ثم قال « وكل موضع قلنا انه نجس عفى » ولأن الجميع سواء فى عموم الابتلاء وعسر الاحتراز .

وأما قول المصنف : « كالشعرة والشعرتين » فليس تحديدا لما يعفى عنه بل كالمثال لليسير الذى يعفى عنه ، وعبارة أصحابنا يعفى عن اليسير منه ، كذا صرح به الجمهور ، وذكر ابن الصباغ أن بعض أصحابنا فسره بالشعرة والشعرتين ، وقال امام الحرمين : اذا حكمنا بنجاسة شعر الآدمى فما ينتف من اللحية والرأس على العرف الغالب معفو عنه مع نجاسته كدم البراغيث .

قال : ثم القول فى ضبط القليل كالقول فى دم البراغيث ، قال : ولعل القليل ما يغلب انتنافه مع اعتدال الحال ، والله أعلم .

(فرع) المذهب الصحيح القطع بطهارة شعر رسول الله صلى الله عليه وسلم كما سبق ودليله الحديث وعظم مرتبته صلى الله عليه وسلم ومن قال بالنجاسة قالوا : انما قسم الشعر للتبرك ، قالوا : والتبرك يكون بالنجس كما يكون بالطاهر ، كذا قاله الماوردى وآخرون ، قالوا : لأن القدر الذى أخذه كل واحد كان يسيرا معفوا عنه ، والصواب القطع بالطهارة كما قاله أبو جعفر وحكاه الرويانى عن جماعة آخرين وصححه القاضى حسين وآخرون .

وأما بوله صلى الله عليه وسلم ودمه ففيهما وجهان مشهوران عند الخراسانيين وذكر القاضى حسين وقليل منهم فى العذرة وجهين ونقلهما فى العذرة صاحب البيان عن الخراسانيين ، وقد أنكر بعضهم على الغزالى طرده الوجهين فى العذرة وزعم أن العذرة نجسة بالاتفاق ، وأن الخلاف مخصوص بالبول والدم وهذا الانكار غلط بل الخلاف فى العذرة مشهور ، نقله غير الغزالى كما حكيناه عن القاضى حسين وصاحب البيان وآخرين ، وأشار اليه امام الحرمين وآخرون فقالوا : فى فضلات بدنه صلى الله عليه وسلم كبوله ودمه وغيرهما وجهان وقال القفال فى شرح التلخيص فى الخصائص : قال بعض أصحابنا : جميع ما يخرج منه صلى الله عليه وسلم طاهر ، قال : وليس بصحيح ، فهذا نقل القفال وهو شيخ طريقة الخراسانيين وعليه مدارها ، واستدل من قال بنجاسة هذه الفضلات بأنه صلى الله عليه وسلم كان يتنزه منها ، واستدل من قال بطهارتها بالحديثين المعروفين : « أن أبا طيبة الحاجم حجمه صلى الله عليه وسلم وشرب دمه ولم ينكر عليه » .. « وأن امرأة شربت بوله صلى الله عليه وسلم فلم ينكر عليها » . وحديث أبى طيبة ضعيف وحديث شرب المرأة البول صحيح رواه الدارقطنى وقال : هو حديث صحيح وهو كاف فى الاحتجاج لكل الفضلات قياسا . وموضع الدلالة أنه صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليها ولم يأمرها بغسل فمها ولا نهاها عن العود الى مثله ، وأجاب القائل بالطهارة عن تنزهه صلى الله عليه وسلم عنها أن ذلك على الاستحباب والنظافة ، والصحيح عند الجمهور نجاسة الدم والفضلات وبه

قطع العراقيون ، وخالفهم القاضى حسين فقال : الأصح طهارة الجميع والله أعلم .

(فرع) قدمنا فى شعر ميتة غير الآدمى خلافا ، المذهب الصحيح أنه نجس ، وهذا الخلاف فيما سوى الكلب والخنزير والمتولد من أحدهما ، أما شعور هذه فقطع العراقيون وجماعات من الخراسانيين بنجاستها ولم يذكروا فيها الخلاف ، وقال جماعة من الخراسانيين : اذا قلنا بطهارة غيرها ففيها وجهان أحدهما : الطهارة وأصحهما النجاسة ، قال امام الحرمين : قطع الصيدلانى بنجاستها على هذا القول ، وقال القاضى أبو حامد المروروذى : هى على هذا القول طاهرة ، قال الامام : واختاره شيخى يعنى والده أبا محمد الجوينى ، قال الرافعى : والوجهان جاريان فى حالتى الحياة والموت .

(فرع) قول المصنف : « لأنه جزء متصل بالحيوان اتصال خلقة فنجس بالموت كالأعضاء » احترز بقوله : « متصل » عن الحمل والبيض المتصلب فى جوف ميتته وبقوله : « بالحيوان » عن أغصان الشجر ، كذا قاله الشيخ أبو حامد وغيره ، وبقوله : « اتصال خلقة » عن الأذن الملصقة . وقوله : « فمنهم من لم يثبت هذه الرواية وقال : ينجس الشعر بالموت قولا واحدا » ليس معناه القدح فى الناقل بتكذيب ونحوه ، وانما معناه تأويل الرواية على حكاية مذهب الغير كما قدمناه عن نقل صاحب الحاوى . وقوله : ينجس بضم الجيم وفتحها ، وقوله : « لا يحس ولا يألم » يحس بضم الياء وكسر الحاء هذه اللغة الفصيحة وبها جاء القرآن قال الله تعالى : « هل تحس منهم من أحد [1] » وفيه لغة قليلة يحس بفتح الياء وضم الحاء وقوله : يألم بالهمز ويجوز تركه .

(فرع) قول المصنف : « لأن ما كان نجسا من غيره كان نجسا منه كالدم » قد وافقه على هذه العبارة صاحب الشامل ، وهذا القياس يقتضى القطع بنجاسة الدم وليس مقطوعا به ، بل فيه الخلاف الذى قدمناه ، وقد قال صاحب الحاوى : ان أبا جعفر الترمذى القائل بطهارة شعره صلى الله

(1) الآية ٩٨ من سورة مريم .

عليه وسلم قيل له قد حجمه أبو طيبة وشرب دمه أفتقول بطهارة دمه ؟ فركب الباب وقال : أقول به ، قيل له قد شربت امرأة بوله صلى الله عليه وسلم أفتقول بطهارته ؟ فقال : لا ، لأن البول استحال من الطعام والشراب وليس كذلك الدم والشعر لأنه من أصل الخلقة ، هذا كلام صاحب الحاوى ، وفيه التصريح بأن أبا جعفر يقول بطهارة الشعر والدم ، فاذا كان كذلك لم يرد عليه القياس على الدم لأنه طاهر عنده ، وحينئذ ينكر على المصنف هذا القياس ويجاب عنه بأن المصنف اختار فى أصول الفقه أن القياس على المختلف فيه جائز ، فان منع الخصم الأصل أثبته القايس بدليله الخاص ثم ألحق به الفرع ، وقد أكثر المصنف فى المهذب من القياس على المختلف فيه وكله خارج على هذه القاعدة ، والله أعلم .

(فرع) ذكر المصنف فى هذا الفصل أبا طلحة الصحابى وأبا جعفر الترمذى ، أما أبو طلحة فاسمه زيد بن سهل بن الأسود الأنصارى شهد العقبة وبدرا وأحدا وسائر المشاهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو أحد النقباء ليلة العقبة رضى الله عنهم ، وكان من الصحابة الذين سردوا الصوم بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وسنذكرهم ان شاء الله تعالى فى كتاب الصيام ، قال أبو زرعة الدمشقى الحافظ : عاش أبو طلحة بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم أربعين سنة يسرد الصوم ، وخالفه غيره ، فقال توفى سنة أربع وثلاثين من الهجرة ، وقيل سنة اثنتين وثلاثين رضى الله عنه .

وأما أبو جعفر فاسمه محمد بن أحمد بن نصر أحد الأئمة الذين تنشرح بذكرهم الصدور ، وترتاح لذكر مآثرهم القلوب ، كان رضى الله عنه حنفيا ثم صار شافعيا لرؤيا رآها مشهورة ، قال : رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى المنام فقلت : يا رسول الله آخذ برأى أبى حنيفة ؟ فأعرض عنى ، فقلت : برأى مالك ؟ فقال : خذ ما وافق سنتى ، فقلت : برأى الشافعى ؟ فقال أو ذاك رأى الشافعى ، ذلك رد من خالف سنتى . حكى هذه الرؤيا المصنف فى الطبقات وآخرون ، وهو منسوب الى ترمذ البلدة المعروفة التى نسب اليها الامام الحافظ أبو عيسى الترمذى ، وفى ضبطها ثلاثة أوجه ذكرها

الحافظ أبو سعد السمعانى فى كتابه الأنساب ، أحدها ترمذ بكسر التاء والميم والثانى : بضمهما قال : وهو قول أهل المعرفة والثالث : بفتح التاء وكسر الميم وهو المتداول بين أهل ترمذ وهى مدينة قديمة على طرف نهر بلخ الذى يقال له : (جيحون) وهذه الأوجه الثلاثة تقال فى كل من يقال له الترمذى .
قال المصنف فى الطبقات : سكن أبو جعفر الترمذى بغداد ولم يكن للشافعيين فى وقته بالعراق أرأس ولا أورع ولا أكثر نقلا منه ، وكان قوته فى كل شهر أربعة دراهم ، ولد فى ذى الحجة سنة مائتين وتوفى فى المحرم سنة خمس وتسعين ومائتين رحمه الله ، وموضع بسط أحواله الطبقات والله أعلم .

فرع فى مذاهب العلماء فى شعر الميتة وعظمها وعصبها

فمذهبنا أن الشعر والصوف والوبر والريش والعصب والعظم والقرن والسن والظلف نجسة ، وفى الشعر خلاف ضعيف سبق ، وفى العظم خلاف أضعف منه قد ذكره المصنف بعد هذا ، وأما العصب فنجس بلا خلاف ، هذا فى غير الآدمى وممن قال بالنجاسة عطاء وذهب عمر بن عبد العزيز والحسن البصرى ومالك وأحمد واسحق والمزنى وابن المنذر الى أن الشعور والصوف والوبر والريش طاهرة والعظم والقرن والسن والظلف والظفر نجسة كذا حكى مذاهبهم القاضى أبو الطيب ، وحكى العبدرى عن الحسن وعطاء والأوزاعى والليث بن سعد أن هذه الأشياء تنجس بالموت لكن تطهر بالغسل، وعن مالك وأبى حنيفة وأحمد أنه لا ينجس الشعر والصوف والوبر والريش. قال أبو حنيفة وداود : وكذا لا ينجس العظام والقرون وباقيها . قال أبو حنيفة الا شعر الخنزير وعظمه ورخص للخرازين فى استعمال شعر الخنزير لحاجتهم اليه ، وعنه فى العصب روايتان .

واحتج لمن قال بطهارة الشعر بقول الله تعالى : « ومن أصوافها وأوبارها وأشعارها أثاثا ومتاعا الى حين [1] » وهذا عام فى كل حال وبقوله صلى الله عليه وسلم فى الميتة « انما حرم أكلها » وهو فى الصحيحين وقد قدمناه . وعن أم سلمة عن النبى صلى الله عليه وسلم : « لا بأس بجلد الميتة اذا دبغ

---

(١) الآية ٨٠ من سورة النحل .

ولا بشعرها اذا غسل » وذكروا أقيسة ومناسبات ليست بقوية ، واحتج أصحابنا بقول الله تعالى : « حرمت عليكم الميتة [1] » وهو عام للشعر وغيره. فان قالوا : الشعر ليس ميته قال أصحابنا : قلنا بل هو ميته ، فان الميته اسم لما فارقته الروح بجميع أجزائه ، قال صاحب الحاوى : ولهذا لو حلف لا يمسس ميته فمس شعرها حنث .

فان قالوا : هذه الآية عامة فى الميتة ، والآية التى احتججنا بها خاصه فى بعضها وهو الشعر والصوف والوبر . والخاص مقدم على العام . فالجواب أن كل واحدة من الآيتين فيها عموم وخصوص ، فان تلك الآية أيضا عامة فى الحيوان الحى والميت ، وهذه خاصة بتحريم الميتة ، فكل آية عامة من وجه ، خاصة من وجه ، فتساويا من حيث العموم والخصوص ، وكان التمسك بآيتنا أولى لأنها وردت لبيان المحرم ، وأن الميتة محرمة علينا . ووردت الأخرى للامتنان بما أحل لنا .

واحتجوا بحديث : « هلا أخذتم اهابها فدبغتموه فانتفعتم به ؟ » والغالب أن الشاة لا تخلو من شعر وصوف ولم يذكر لهم طهارته والانتفاع به فى الحال ، ولو كان طاهرا لبينه ، وفى الاستدلال بهذا نظر . واعتماد الأصحاب على القياس الذى ذكره المصنف وذكروا أقيسة كثيرة تركتها لضعفها . وأجاب الأصحاب عن احتجاجهم بقوله تعالى : « ومن أصوافها وأوبارها وأشعارها » أنها محمولة على شعر المأكول اذا ذكى أو أخذ فى حياته كما هو المعهود ، وأجاب الماوردى بجواب آخر أن من للتبعيض والمراد بالبعض الطاهر وهو ما ذكرناه .

وأما الجواب عن قوله صلى الله عليه وسلم « انما حرم أكلها [2] » .

وأما الجواب عن حديث أم سلمة فمن وجهين أجودهما أنه ضعيف باتفاق الحفاظ قالوا : لأنه تفرد به يوسف بن السفر (بفتح السين المهملة واسكان

---

(١) الآية ٣ من سورة المائدة .

(٢) بياض بالأصل ولعل السقط هو (أنه فى طهارة الجلد بالدباغ) لان بقية الحديث « أو ليس فى الماء والقرظ ما يطهرها » والله أعلم (ط) .

الفاء) قالوا : وهو متروك الحديث ، هذه عبارة جميع أهل هذا الشأن فيه وهى أبلغ العبارات عندهم فى الجرح ، قال الدارقطنى : هو متروك يكذب على الأوزاعى ، وقال البيهقى : هو يضع الحديث .

الجواب الثانى : أن هذا الحديث لا يمكن أن يتمسك به من يقول بطهارة الشعر بلا غسل والله أعلم .

واحتج من قال : يطهر الشعر بالغسل بحديث أم سلمة ، وقد بينا اتفاق الحفاظ على ضعفه ، وبيانهم سبب الضعف والجرح ، واحتج أصحابنا بأنها عين نجسة فلم تطهر بالغسل كالعذرة واللحم . واحتج من قال بطهارة عظام الميتة بحديث عن أنس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم : « امتشط بمشط من عاج » وبما رواه أبو داود فى سننه باسناده عن حميد الشامى عن سليمان المنبهى عن ثوبان مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « يا ثوبان اشتر لفاطمة قلادة من عصب وسوارين من عاج » قال صاحب هذا المذهب : والعاج عظم الفيل .

واحتج أصحابنا بقول الله تعالى : (وضرب لنا مثلا ونسى خلقه قال : من يحيى العظام وهى رميم قل يحييها الذى أنشأها أول مرة [1]) فأثبت لها احياء فدل على موتها والميتة نجسة ، فان قالوا : المراد أصحاب العظام فحذف المضاف اختصارا ، قلنا : هذا خلاف الأصل والظاهر فلا يلتفت اليه .

واحتج الشافعى رحمه الله بما روى عمرو بن دينار عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه كره أن يدهن فى عظم فيل لأنه ميته ، والسلف يطلقون الكراهة ويريدون بها التحريم ولأنه جزء متصل بالحيوان اتصال خلقة فأشبه الأعضاء. والجواب عن حديث أنس من وجهين أحدهما أنه ضعيف ضعفه الأئمة (والثانى) أن العاج هو الذبل بفتح الذال المعجمة واسكان الباء الموحدة وهو عظم ظهر السلحفاة البحرية ، وكذا قاله الأصمعى وابن قتيبة وغيرهما من أهل اللغة ، وقال أبو على البغدادى : العرب تسمى كل عظم عاجا .

والجواب عن حديث ثوبان بالوجهين السابقين فان حميدا الشامى

---

(١) الآية ٧٨ من سورة يس .

وسليمان المنبهى مجهولان (والمنبهى بضم الميم وبعدها نون مفتوحة ثم باء موحدة مكسورة مشددة) والله أعلم وبالله التوفيق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان دبغ جلد الميتة وعليه شعر (فقد) قال فى الأم : لا يطهر لأن الدباغ لا يؤثر فى تطهيره ، وروى الربيع بن سليمان الجيزى عنه أنه يطهر لأنه شعر نابت على جلد طاهر ، فكان كالجلد فى الطهارة كشعر الحيوان فى حال الحياة) .

(الشرح) هذان القولان مشهوران أصحهما عند الجمهور نصه فى الأم أنه لا يطهر وقد تقدم عن صاحب الحاوى أنه قال : هو المشهور عن الشافعى والذى نقله عنه جمهور أصحابه ، وممن صححه من المصنفين أبو القاسم الصيمرى والشيخ أبو محمد الجوينى والبغوى والشاشى والرافعى وقطع به الجرجانى فى التحرير ، وصحح الأستاذ أبو اسحق الاسفراينى والرويانى طهارته قال الرويانى : لأن الصحابة فى زمن عمر رضى الله عنهم قسموا الفرى [1] المغنومة من الفرس وهى ذبائح مجوس .

ومما يدل لعدم الطهارة حديث أبى المليح (بفتح الميم) عامر بن أسامة عن أبيه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن جلود السباع » رواه أبو داود والترمذى والنسائى بأسانيد صحيحة ، ورواه الحاكم فى المستدرك وقال : حديث صحيح ، وعن المقدام [2] بن معد يكرب أنه قال لمعاوية رضى الله عنهما : « أنشدك بالله هل تعلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن لبس جلود السباع والركوب عليها ؟ قال نعم » رواه أبو داود والنسائى باسناد حسن وعن معاوية أنه قال لأصحاب النبى صلى الله عليه وسلم « هل تعلمون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ركوب جلود النمور ؟ قالوا : نعم » رواه أبو داود . فهذه الأحاديث ونحوها احتج بها جماعة من أصحابنا على أن الشعر لا يطهر بالدباغ لأن النهى متناول لما بعد الدباغ ،

---

(١) لعله الفراء (ط) .

(٢) المقدام بن معديكرب الكندى صحابى له اربعون حديثا انفرد له البخارى بحديث .

وحينئذ لا يجوز أن يكون النهى عائدا الى نفس الجلد فانه طاهر بالدباغ بالدلائل السابقة ، وانما هو عائد الى الشعر ، وأما ما احتج به الرويانى من الفرى المغنومة فليس فيه أنهم استعملوها فيما لا يجوز استعمال النجس فيه من صلاة وغيرها .

(فرع) اذا قلنا بالأصح : ان الشعر لا يطهر بالدباغ قال القاضى حسين والجرجانى وغيرهما يعفى عن القليل الذى يبقى على الجلد ويحكم بطهارته تبعا .

(فرع) مما ينبغى أن يتفطن له وتدعو الحاجة الى معرفته جلود الثعالب ونحوها اذا ماتت أو أفسدت ذكاتها بادخال السكين فى آذانها ونحو ذلك ، وجلد ما لا يؤكل لحمه ، فهذه لا تصح الصلاة فيها على الأصح لعدم طهارة الشعر بالدباغ قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح رحمه الله : وأما القندس [1] فبحثنا عنه فلم يثبت أنه مأكول فينبغى أن تجتنب الصلاة فيه ، ولأصحابنا وجهان فى تحريم ما أشكل من الحيوان فلم يدر أنه مأكول أم لا ، وسنذكر فى فرع قريب عن صاحب الحاوى نحو هذا فى الشعر ان شاء الله .

(فرع) قال صاحب الحاوى : لو باع جلد الميتة بعد الدباغ قبل اماطة الشعر عنه وفرعنا على أن الجلد يصح بيعه وأن الشعر لا يطهر بالدباغ فله ثلاثة أحوال (احداها) أن يقول : بعتك الجلد دون الشعر فالبيع صحيح (الثانية) أن يقول بعتك الجلد مع شعره فبيع الشعر باطل وفى الجلد قولا تفريق الصفقة أصحهما الصحة (الثالثة) أن يبيعه مطلقا فهل هو كالحالة الثانية أم الأولى ؟ فيه وجهان .

(فرع) ذكر المصنف « الربيع بن سليمان الجيزى » ولا ذكر له فى المهذب الا فى هذا الموضع ، وله ذكر فى غير المهذب فى مسألة قراءة القرآن بالألحان فانه نقلها عن الشافعى ، وقد ذكرتها فى الروضة وفى تهذيب الأسماء،

---

(١) فى كتب الحيوان انه كلب الماء وفسر به حديث أبى هريرة رضى الله عنه الذى رواه الجماعة الا النسائى مرفوعا : « تقاتلون بين يدى الساعة قوما نعالهم الشعر وفى رواية يلبسون الشعر ويمشون فى الشعر وجوههم كالمجان المطرقة حمر الوجوه صغار الأعين ذلف الانوف » قال الدميرى : وقال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح : بحثنا عن القندس فلم يتبين لنا أنه مأكول أو غيره فينبغى أن يتورع عن الصلاة فيه ا هـ فانظر الفرق بين العبارتين (ط) .

وأما الربيع المتكرر فى المهذب وكتب الأصحاب فهو الربيع بن [1] سليمان المرادى وهو راوى الأم وغيرها من كتب الشافعى عنه ، وقد أوضحت حال الربيعين فى تهذيب الأسماء واللغات ، وهـذا الجيزى بكسر الجيم وبالزاى منسوب الى جيزة مصر ، وهو الربيع بن سليمان المصرى الأزدى مولاهم توفى فى ذى الحجـة سـنة ست وخمسين ومائتين ، روى عنـه أبو داود والنسائى فى سننهما وأبو جعفر الطحاوى وآخرون من الأئمة ، وكان عمدة عند المحدثين والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(وان جز الشعر من الحيوانات نظرت ــ فان كان من حيوان يؤكل ــ لم ينجس لأن الجز فى الشعر كالذبح فى الحيوان ولو ذبح الحيوان لم ينجس فكذلك اذا جز شعره ، وان كان من حيوان لا يؤكل فحكمه حكم الحيوان ولو ذبح الحيوان كان ميتة فكذلك اذا جز شعره وجب أن يكون ميتة) .

(الشرح) فى هذه القطعة مسائل (احداها) اذا جز شعر أو صوف أو وبر من مأكول اللحم فهو طاهر بنص القرآن واجماع الأمة ، قال امام الحرمين وغيره : وكان القياس نجاسته كسائر أجزاء الحيوان المنفصلة فى الحياة ولكن أجمعت الأمة على طهارتها لمسيس الحاجة اليها فى ملابس الخلق ومفارشهم ، وليس فى شعور المذكيات كفاية لذلك قالوا : ونظيره اللبن محكوم بطهارته مع أنه مستحيل فى الباطن كالدم والله أعلم .

الثانية : لا فرق بين أن يجـزه مسـلم أو مجوسى أو وثنى ، وهـذا لا خلاف فيه .

الثالثة : اذا انفصل شعر أو صوف أو وبر أو ريش عن حيوان مأكول فى حياته بنفسـه أو بنتف ففيه أوجه ، الصحيح منها وبه قطـع امام الحرمين والبغوى والجمهور أنه طاهر . والثانى : أنه نجس سواء انفصل بنفسه أو بنتف ، حكاه الرافعى وغيره ولا يطهر الا المجزوز ، لأن ما أبين من حى فهو ميت والثالث : ان سقط بنفسه فطـاهر وان نتف فنجس لأنه عدل به عن

---

(١) ترجمناه فى حواشى هذا الجزء (ط) .

الطريق المشروع ، ولما فيه من ايذاء الحيوان فهو كخنقه ، حكاه القاضي حسين والمتولى والروياني والشاشي وغيرهم ، والمختار ما قطع به الجمهور وهو الطهارة مطلقا لأنه فى معنى الجز ، وهو شبيه بمن ذبح بسكين كال فانه يفيد الحل وان كان مكروها ، وأما قول المصنف رحمه الله : وان جز الشعر لم ينجس . لأن الجز كالذبح فربما أوهم أن الساقط بنفسه نجس ، وهذا الوهم خطأ ، وانما مراده بالجز التمثيل لما انفصل فى الحياة .

(فرع) قال البغوى : لو قطع جناح طائر مأكول فى حياته فما عليه من الشعر والريش نجس تبعا لميتته .

الرابعة : اذا جز الشعر والصوف والوبر والريش من حيوان لا يؤكل أو سقط بنفسه أو نتف فاتفق أصحابنا على أن له حكم شعر الميتة ، لأن ما أبين من حى فهو ميت وحينئذ يكون فيه الخلاف السابق فى شعر الميتة ، والمذهب نجاسته من غير الآدمى وطهارته من الآدمى .

(فرع) مهم : قد اشتهر فى ألسنة الفقهاء وكتبهم أن ما أبين من حى فهو ميت وهذه قاعدة مهمة ودليلها حديث أبى واقد الليثى رضى الله عنه قال : قدم النبى صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يجبون أسنمة الابل ويقطعون أليات الغنم فقال : « ما يقطع من البهيمة وهى حية فهو ميتة » رواه أبو داود والترمذى وغيرهما وهذا لفظ الترمذى وقال : هو حديث حسن قال : والعمل عليه عند أهل العلم .

(فرع) اذا قلنا بالمذهب : ان الشعر ينجس بالموت فرأى شعرا لم يدر أنه طاهر أو نجس قال الماوردى : ان علم أنه من حيوان يؤكل فهو طاهر عملا بالأصل ، وان علم أنه من غير مأكول فهو نجس لأنه لا طريق الى طهارته ، وان شك فوجهان بناء على اختلاف الأصحاب فى أن أصل الأشياء على الاباحة أو التحريم ، وذكر مثل هذا التفصيل صاحب البحر ثم قال احتمالا لنفسه فى نجاسة المأكول : لأنه لا يدرى أخذ فى حياته أم بعد موته ؟ وهذا الاحتمال خطأ لأنا تيقنا طهارته ولم يعارضها أصل ولا ظاهر .

وأما قوله فيما اذا شك فوجهان ، فالمختار منهما الطهارة لأننا تيقنا طهارته

فى الحياة ولم يعارضها أصل ولا ظاهر ، فانه لا يمكن دعوى كون الظاهر نجاسته ، وأما احتمال كونه شعر كلب أو خنزير فضعيف لأنه فى غاية الندور . وأما قول صاحب المستظهرى بعد حكاية الوجهين عن حكاية صاحب الحاوى: هذا ليس بشىء بل لا يجوز الانتفاع به وجها واحدا فمردود بما ذكرناه من النقل والدليل والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وأما العظم والسن والقرن والظلف والظفر ففيه طريقان . من أصحابنا من قال : هو كالشعر والصوف لأنه لا يحس ولا يألم ، ومنهم من قال : ينجس قولا واحدا) .

(الشرح) هذان الطريقان مشهوران ، المذهب منهما عند الأصحاب القطع بالنجاسة وقد تقدم دليل المسألة ومذاهب العلماء فيها فى مسألة الشعر ، والقائل بأنه على الخلاف هو أبو اسحاق المروزى ، قال أصحابنا : وقوله لأنه لا يحس ولا يألم غير مسلم فان السن تضرس والعظم [1] يحس ، قال أصحابنا : حكم الظفر حكم العظم والظلف والقرن هذا فى غير الآدمى ، وأما أجزاء الآدمى فتقدم بيانها فى مسألة الشعر ، وأما خف البعير الميت فنجس بلا خلاف .

(فرع) العاج المتخذ من عظم الفيل نجس عندنا كنجاسة غيره من العظام لا يجوز استعماله فى شىء رطب ، فان استعمل فيه نجسه ، قال أصحابنا : ويكره استعماله فى الأشياء اليابسة لمباشرة النجاسة ولا يحرم لأنه لا يتنجس به ، ولو اتخذ مشطا من عظم الفيل فاستعمله فى رأسه أو لحيته فان كانت رطوبة من أحد الجانبين تنجس شعره والا فلا ولكنه يكره ولا يحرم ، هذا هو المشهور للأصحاب . ورأيت فى نسخة من تعليق الشيخ أبى حامد أنه قال : ينبغى أن يحرم وهذا غريب ضعيف .

قلت : وينبغى أن يكون الحكم هكذا فى استعمال ما يصنع ببعض بلاد

---

(١) هذا الكلام مبنى على القول بان الشعر والظفر والسن تحل فيها الحياة ويرده نمو الشعر بعد حلقه ونبت السن أن الضرس بعد قلعه الى البلوغ وقد استدل الغزالى فى معارج القدس على حياة النبات بنموه والنمو حركة وانتشار (ط) .

حوران من أحشاء للغنم على هيئة الأقداح والقصاع ونحوها لا يجوز استعماله فى رطب ويجوز فى يابس مع الكراهة ، قال الرويانى : ولو جعل الدهن فى عظم الفيل للاستصباح أو غيره من الاستعمال فى غير البدن فالصحيح جوازه ، وهذا هو الخلاف فى جواز الاستصباح بزيت نجس لأنه بنجس بوضعه فى العظم • هذا تفصيل مذهبنا فى عظم الفيل ، وانما أفردته عن العظام كما أفرده الشافعى ثم الأصحاب ، قالوا : وانما أفرده لكثرة استعمال الناس له ، ولاختلاف العلماء فيه ، فان أبا حنيفة قال بطهارته بناء على أصله فى كل العظام ، وقال مالك فى رواية : ان ذكى فطاهر والا فنجس بناء على رواية له أن الفيل مأكول ، قال ابراهيم النخعى : انه نجس لكن يطهر بخرطه ، وقد قدمنا دليل نجاسة جميع العظام وهذا منها ومذهب النخعى ضعيف بين الضعف والله أعلم •

(فرع) قال صاحب الشامل وغيره من أصحابنا فى هذا الموضع : سئل فقيه العرب عن الوضوء من الاناء المعوج فقال : ان أصاب الماء تعويجه لم يجز والا فيجوز ، والاناء المعوج هو المضبب بقطعة من عظم الفيل ، وهذا صحيح والصورة فيما دون القلتين • وفقيه العرب ليس شخصا بعينه وانما العلماء يذكرون مسائل فيها ألغاز وملح ينسبونها الى فتيا فقيه العرب وصنف الامام أبو الحسين بن فارس كتابا سماه فتيا فقيه العرب ، ذكر فيه هذه المسألة وأشد الغازا منها •

(فرع) يجوز ايقاد عظام الميتة غير الآدمى تحت القدور وفى التنانير وغيرها ، صرح به صاحب الحاوى والجرجانى فى كتابيه التحرير والبلغة والرويانى وغيرهم •

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(وأما اللبن فى ضرع الشاة الميتة فهو نجس ، لأنه ملاق للنجاسة فهو كاللبن فى اناء نجس وأما البيض فى جوف الدجاجة الميتة فان لم يتصلب قشره فهو كاللبن ، وان تصلب قشره لم ينجس كما لو وقعت بيضة فى شىء نجس)•

(الشرح) أما مسألة اللبن فهو نجس عندنا بلا خلاف ، هذا حكم لبن الشاة وغيرها من الحيوان الذى ينجس بالموت ، فأما اذا ماتت امرأة وفى

ثديها لبن ــ فان قلنا ينجس الآدمى بالموت ــ فاللبن نجس كما فى الشاة . وان قلنا بالمذهب : ان الآدمى لا ينجس بالموت فهذا اللبن طاهر ، لأنه فى اناء طاهر وقد ذكر الرويانى المسألة فى آخر باب بيع الغرر والله أعلم .

وأما البيضة ففيها ثلاثة أوجه حكاها الماوردى والرويانى والشاشى وآخرون أصحها وبه قطع المصنف والجمهور : ان تصلبت فطاهرة والا فنجسة (والثانى) طاهرة مطلقا (والثالث) نجسة مطلقا ، وحكاه المتولى عن نص الشافعى وهذا نقل غريب شاذ ضعيف . قال صاحبا الحاوى والبحر : ولو وضعت هذه البيضة تحت طائر فصارت فرخا كان الفرخ طاهرا على الأوجه كلها كسائر الحيوان .

ولا خلاف أن ظاهر هذه البيضة نجس ، وأما البيضة الخارجة فى حياة الدجاجة فهل يحكم بنجاسة ظاهرها ؟ فيه وجهان ، حكاهما الماوردى والرويانى والبغوى وغيرهم بناء على الوجهين فى نجاسة رطوبة فرج المرأة ، وكذا الوجهان فى الولد الخارج فى حال الحياة ذكرهما الماوردى والرويانى .

وأما اذا انفصل الولد حيا بعد موتها فعينه طاهرة بلا خلاف ، ويجب غسل ظاهره بلا خلاف . واذا استحالت البيضة المنفصلة دما فهل هى نجسة أم طاهرة ؟ وجهان ، ولو اختلطت صفرتها ببياضها فهى طاهرة بلا خلاف ، وسنعيد المسألة فى باب ازالة النجاسة مبسوطة ان شاء الله تعالى ، والدجاجة والدجاج بفتح الدال وكسرها لغتان والفتح أفصح والله أعلم .

(فرع) قد ذكرنا أن اللبن فى ضرع الميتة نجس ، هذا مذهبنا وقول مالك وأحمد وقال أبو حنيفة : هو طاهر ، واحتج له بأنه يلاقى نجاسة باطنية فكان طاهرا كاللبن من شاة حية فانه يخرج من بين فرث ودم ، قالوا : ولأن نجاسة الباطن لا حكم لها بدليل أن المنى طاهر عندكم ويخرج من مخرج البول ، واحتج أصحابنا بأنه ملاق لنجاسة فهو كلبن فى اناء نجس .

وأجابوا عن قولهم : ان اللبن يلاقى الفرث والدم بأنا لا نسلم الملاقاة لأن الفرث فى الكرش ، والدم فى العروق واللبن بينه وبينهما حجاب رقيق ، وأما قولهم نجاسة الباطن لا حكم لها فغير مسلم بل لها حكم اذا انفصل

ما لاصقها ، ولهذا لو ابتلع جوزة وتقايأها صارت نجسة الظاهر ، وأما المنى فقال ابن الصباغ : ان سلمنا أن مخرجه مخرج البول فالفرق أنه عفى عنه لعموم البلوى به ، وتعذر الاحتراز عنه بخلاف اللبن فى الشاة الميتة . وأما مسألة البيض فى دجاجة ميتة فقد ذكرنا فيها ثلاثة أوجه لأصحابنا وحكى تنجيسها عن على بن أبى طالب وابن مسعود ومالك رضى الله عنهم وطهارتها عن أبى حنيفة والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(اذا ذبح حيوان يؤكل لم ينجس بالذبح شىء من أجزائه ، ويجوز الانتفاع بجلده وشعره وعظمه ما لم يكن عليها نجاسة لأنه جزء طاهر من حيوان طاهر مأكول فجاز الانتفاع به بعد الذكاة كاللحم) .

(الشرح) هذا الذى ذكره متفق عليه ، وقوله : « من حيوان مأكول » احتراز من أجزاء غير المأكول فانه لا يجوز الانتفاع بها بمجرد الذكاة .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(وان ذبح حيوان لا يؤكل نجس بذبحه كما ينجس بموته لأنه ذبح لا يبيح أكل اللحم فنجس به كما ينجس بالموت كذبح المجوسى) .

(الشرح) مذهبنا أنه لا يطهر بذبح ما لا يؤكل شعره ولا جلده ولا شىء من أجزائه وبه قال مالك وأحمد واود ، وقال أبو حنيفة يطهر جلده واختلف أصحابه فى طهارة لحمه واتفقوا أنه لا يحل أكله ، وحكى القاضى أبو الطيب وابن الصباغ عن مالك طهارة الجلد بالذكاة . قال ابن الصباغ : الا جلد الخنزير فان مالكا وأبا حنيفة وافقا على نجاستهما ، واحتج لأبى حنيفة بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « دباغ الأديم ذكاته » فشبه الدباغ بالذكاة والدباغ يطهره فكذا الذكاة ولأنه جلد يطهر بالدباغ فطهر بالذكاة كالمأكول ولأن ما طهر جلد المأكول طهر غيره كالدباغ . واحتج أصحابنا بأشياء أحسنها ما ذكره المصنف وفيه كفاية .

فان قالوا : هذا منتقض بذبح الشاة المسمومة فانه لا يبيح أكلها ويفيد

طهارتها ، فالجواب أن أكلها كان مباحا وانما امتنع لعارض وهو السم حتى لو قدر على رفع السم بطريق أبيح الأكل ، ودليل آخر وهو أن المقصود الأصلى بالذبح أكل اللحم فاذا لم يبحه هذا الذبح فلأن لا يبيح طهارة الجلد أولى • وأما الجواب عما احتجوا به من حديث : « دباغ الأديم ذكاته » فمن أوجه على تقدير صحته (أحدها) : أنه عام فى المأكل وغيره فنخصه بالماكول بدليل ما ذكرنا (والثانى) : أن المراد أن الدباغ يطهره (الثالث) ذكره القاضى أبو الطيب أن الأديم انما يطلق على جلد الغنم خاصة وذلك يطهر بالذكاة بالاجماع فلا حجة فيه للمختلف فيه • والجواب عن قياسهم على الدباغ من وجهين (أحدهما) أن الدباغ موضوع لازالة نجاسة حصلت بالموت وليس كذلك الذكاة ، فانها تمنع عندهم حصول نجاسة (والثانى) أن الدباغ احالة ولهذا لا يشترط فيه فعل بل لو وقع فى المدبغة اندبغ بخلاف الذكاة فانها مبيحة فيشترط فيها فعل فاعل بصفة فى حيوان بصفة ، والله أعلم •

(فرع) مذهبنا أنه لا يجوز ذبح الحيوان الذى لا يؤكل لأخذ جلده ولا ليصطاد على لحمه النسور والعقبان ونحو ذلك ، وسواء فى هذا الحمار الزمن والبغل المكسر وغيرهما ، وممن نص على المسألة القاضى حسين ذكرها فى تعليقه فى باب بيع الكلاب قبيل كتاب السلم ، قال وقال أبو حنيفة : يجوز ذبحه لجلده ، وحكى غيره عن مالك روايتين أصحهما عنه جوازه والثانية تحريمه ، وهما مبنيتان على تحريم لحمه عنده •

(فرع) اتخذ حوضا من جلد نجس ووضع فيه قلتين أو أكثر من الماء فالماء طاهر والاناء نجس ، وفى كيفية استعماله كلام سبق فى موضعه ، وان كان دون قلتين فنجس ونظيره لو ولغ كلب فى اناء فيه ماء فان كان قلتين فهو ماء طاهر فى اناء نجس ، والا فهما نجسان • قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه: ولا نظير لهاتين المسألتين والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويكره استعمال أوانى الذهب والفضة لما روى حذيفة بن اليمان رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا تشربوا فى آنية الذهب

والفضة ولا تأكلوا فى صحافهما فانها لهم فى الدنيا ولكم فى الآخرة » وهل يكره كراهة تنزيه أو تحريم ؟ قولان قال فى القديم : كراهة تنزيه لأنه انما نهى عنه للسرف والخيلاء والتشبه بالأعاجم ، وهذا لا يوجب التحريم ، وقال فى الجديد : يكره كراهة تحريم وهو الصحيح لقوله صلى الله عليه وسلم : « الذى يشرب فى آنية الفضة انما يجرجر فى جوفه نار جهنم » فتوعد عليه النار فدل على أنه محرم ، وان توضأ منه صح الوضوء لأن المنع لا يختص بالطهارة فأشبه الصلاة فى الدار المغصوبة ولأن الوضوء هو جريان الماء على الأعضاء وليس فى ذلك معصية وانما المعصية فى استعمال الظرف دون ما فيه، فان أكل أو شرب منه لم يكن المأكول والمشروب حراما لأن المنع لأجل الظرف دون ما فيه •

وأما اتخاذها ففيه وجهان أحدهما : يجوز لأن الشرع ورد بتحريم الاستعمال دون الاتخاذ • والثانى : لا ، وهو الأصح لأن ما لايجوز استعماله لا يجوز اتخاذه كالطنبور والبربط ، وأما أوانى البلور والفيروزج وما أشبههما من الأجناس المثمنة ففيه قولان ، روى حرملة أنه لا يجوز لأنه أعظم فى السرف من الذهب والفضة ، فهو بالتحريم أولى ، وروى المزنى أنه يجوز وهو الأصح لأن السرف غير ظاهر لأنه لا يعرفه الا الخواص من الناس) •

(الشرح) قد جمع هذا الفصل جملا من الحديث فى اللغة والأحكام ويحصل بيانها بمسائل (احداها) : حديث حذيفة فى الصحيحين لكن لفظه فيهما : « لا تشربوا فى آنية الذهب والفضة » الخ فذكر فيه الذهب والفضة، ووقع فى أكثر نسخ المهذب الفضة فقط ، وفى بعضها الذهب والفضة ، وأما الصحاف فجمع صحفه كقصعة وقصاع والصحفه دون القصعة ، قال الكسائى : القصعة ما تسع ما يشبع عشرة والصحفة ما يشبع خمسة • وأما راويه فهو أبو عبد الله حذيفة بن اليمان ، واليمان لقب واسمه حسيل بضم الحاء وفتح السين المهملتين وآخره لام ويقال حسل بكسر الحاء واسكان السين ، واليمان صحابى شهد هو وابنه حذيفة أحدا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وقتل المسلمون يومئذ اليمان رضى الله عنه خطأ ، وكان حذيفة من

فضلاء الصحابة والخصيصين برسول الله صلى الله عليه وسلم توفى بالمدائن سنة ست وثلاثين بعد وفاة عثمان بأربعين ليلة .

وأما قوله : « الذى يشرب فى آنية الفضة انما يجرجر » فهو حديث صحيح رواه البخارى ومسلم من رواية أم سلمة رضى الله عنها ولفظه فيهما : « الذى يشرب فى آنية الفضة انما يجرجر فى بطنه نار جهنم » وفى رواية لمسلم : « ان الذى يأكل ويشرب فى آنية الفضة والذهب » وفى رواية له : « من شرب فى اناء من ذهب أو فضة فانما يجرجر فى بطنه نارا من جهنم » . وقوله صلى الله عليه وسلم يجرجر بكسر الجيم الثانية بلا خلاف ونارا بالنصب على المشهور الذى جزم به المحققون وروى بالرفع على أن النار فاعلة والصحيح الأول ، وهو الذى اختاره الزجاج والخطابى والأكثرون ، ولم يذكر الأزهرى وآخرون غيره ، ويؤيده رواية مسلم : نارا من جهنم ، ورويناه فى مسند أبى عوانه وفى الجعديات من رواية عائشة رضى الله عنها عن النبى صلى الله عليه وسلم : « الذى يشرب فى الفضة انما يجرجر فى جوفه نارا » كذا هو فى الأصول نارا بالألف من غير ذكر جهنم .

وأما معناه فعلى رواية النصب الفاعل هو الشارب مضمر فى يجرجر ، أى يلقيها فى بطنه بجرع متتابع يسمع له صوت لتردده فى حلقه ، وعلى رواية الرفع تكون النار فاعلة ، معناه أن النار تصوت فى جوفه ، وسمى المشروب نارا لأنه يؤول اليها كما قال الله تعالى : (ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما انما يأكلون فى بطونهم نارا [1]) وأما جهنم عافانا الله منها ومن كل بلاء وسائر المسلمين فقال الواحدى : قال يونس وأكثر النحويين : هى عجمية لا تنصرف للتعريف والعجمة ، وقال آخرون : هى عربية لا تنصرف للتأنيث والتعريف ، وسميت بذلك لبعد قعرها يقال بئر جهنام اذا كانت عميقة القعر ، وقال بعض اللغويين : مشتقه من الجهومة وهى الغلظ سميت به لغلظ أمرها فى العذاب .

المسألة الثانية فى لغات الفصل : سبق منها ما يتعلق بالحديثين ، وأما السرف فقال أهل اللغة : هو مجاوزة الحد قال الأزهرى : هو مجاوزة القدر

---

(١) الآية ١٠ من سورة النساء (ط) .

المحدود لمثله ، وأما الخيلاء فبضم الخاء والمد من الاختيال ، قال الواحدى : الاختيال مأخوذ من التخيل وهو التشبه بالشىء فالمختال يتخيل فى صورة من هو أعظم منه تكبرا • وقوله : والتشبه بالأعاجم يعنى بهم الفرس من المجوس وغيرهم وكان هذا غالبا فى الأكاسرة ، وأما الطنبور فبضم الطاء والباء والبربط بفتح البائين الموحدتين وهو العود والأوتار ، وهو فارسى ومعناه بالفارسية صدر البط وعنقه لأن صورته تشبه ذلك •

قال الامام أبو منصور موهوب بن أحمد بن محمد الخضر الجواليقى فى كتابه المعرب هو معرب وتكلمت به العرب قديما وهو من ملاهى العجم ، قال الجواليقى : والطنبور معرب وقد أستعمل فى لفظ العرب قال : والطنبار لغة فيه ، وأما الفيروزج فبفتح الفاء وضم الراء وفتح الزاى والبلور بكسر الباء وفتح اللام هذا هو المشهور ، ويقال بفتح الباء وضم اللام وممن حكى عنه هذا الثانى أبوالقاسم الحريرى وهاتان اللفظتان أيضا عجميتان والله أعلم•

المسألة الثالثة فى أحكام الفصل : فاستعمال الاناء من ذهب أو فضة حرام على المذهب الصحيح المشهور ، وبه قطع الجمهور وحكى المصنف وآخرون من العراقيين والقاضى حسين وصاحباه المتولى والبغوى قولا قديما أنه يكره كراهة تنزيه ولا يحرم ، وأنكر أكثر الخراسانيين هذا القول وتأوله بعضهم على أنه أراد أن المشروب فى نفسه ليس حراما ، وذكر صاحب التقريب أن سياق كلام الشافعى فى القديم يدل على أنه أراد أن عين الذهب والفضة الذى اتخذ منه الاناء ليست محرمة ، ولهذا لم يحرم الحلى على المرأة ، ومن أثبت القديم فهو معترف بضعفه فى النقل والدليل • ويكفى فى ضعفه منابذته للأحاديث الصحيحة كحديث أم سلمة وأشباهه ، وقولهم فى تعليله : انما نهى عنه للسرف والخيلاء ، وهذا لا يوجب التحريم • ليس بصحيح بل هو موجب للتحريم ، وكم من دليل على تحريم الخيلاء ، قال القاضى أبو الطيب : هذا الذى ذكروه للقديم موجب للتحريم كما أوجب تحريم الحرير والمعنى فيهما واحد •

واعلم أن هذا القديم لا تفريع عليه وما ذكره الأصحاب ونذكره تفريع على الجديد وحكى أصحابنا عن داود أنه قال : انما يحرم الشرب دون

الأكل والطهارة وغيرهما وهذا الذى قاله غلط فاحش ففى حديث حذيفة وأم سلمة من رواية مسلم التصريح بالنهى عن الأكل والشرب كما سبق ، وهذان نصان فى تحريم الأكل واجماع من قبل داود حجة عليه ، قال أصحابنا : أجمعت الأمة على تحريم الأكل والشرب وغيرهما من الاستعمال فى اناء ذهب أو فضة الا ما حكى عن داود والا قول الشافعى فى القديم ، ولأنه اذا حرم الشرب فالأكل أولى لأنه أطول مدة وأبلغ فى السرف .

وأما قوله صلى الله عليه وسلم « الذى يشرب فى آنية الفضة » ولم يذكر الأكل فجوابه من أوجه (أحدها) أنه مذكور فى رواية مسلم كما سبق (الثانى) أن الأكل مذكور فى رواية حذيفة وليس فى هذا الحديث معارضة له (والثالث) أن النهى عن الشرب تنبيه على الاستعمال فى كل شىء لأنه فى معناه كما قال الله تعالى : (لا تأكلوا الربا) وجميع أنواع الاستيلاء فى معنى الأكل بالاجماع وانما نبه به لكونه الغالب والله أعلم .

الرابعة : قال أصحابنا وغيرهم من العلماء : يستوى فى تحريم استعمال اناء الذهب والفضة الرجال والنساء وهذا لا خلاف فيه لعموم الحديث وشمول المعنى الذى حرم بسببه ، وانما فرق بين الرجال والنساء فى التحلى لما يقصد فيهن من غرض الزينة للأزواج والتجمل لهم .

الخامسة : قال أصحابنا : يستوى فى التحريم جميع أنواع الاستعمال من الأكل والشرب والوضوء والغسل والبول فى الاناء ، والأكل بملعقة الفضة والتجمر بمجمرة فضة اذا احتوى عليها قالوا : ولا بأس اذا لم يحتو عليها وجاءته الرائحة من بعيد وينبغى أن يكون بعدها بحيث لا ينسب اليه أنه متطيب بها ، وتحرم المكحلة ، وظرف الغالية وان صغر على الصحيح الذى قطع به الجمهور ، وحكى امام الحرمين عن والده أبى محمد ترددا فى جواز ذلك اذا كان من فضة .

قال الامام : والوجه القطع بتحريمه ، وأطلق الغزالى خلافا فى استعمال الاناء الصغير كالمكحلة ولم يخصه بالفضة وكلامه محمول على ما ذكره شيخه وهو التخصيص بالفضة ، ويحرم تزيين الحوانيت والبيوت والمجالس بأوانى الذهب والفضة على المذهب الصحيح المشهور ، وحكى امام الحرمين أن

شيخه حكى فيه وجهين ، قال الامام : والوجه القطع بالتحريم للسرف ، واتفقوا على تحريم استعمال ماء الورد من قارورة الفضة .

قال القاضى حسين فى تعليقه : والحيلة فى استعماله منها أن يصبه فى يده اليسرى ثم يصبه من اليسرى فى اليمنى ويستعمله فلا يحرم ، وكذا قال البغوى فى فتاويه : لو توضأ من اناء فضة فصب الماء على يده ثم صبه منها على محل الطهارة جاز . قال : وكذا لو صب الماء فى يده ثم شربه منها جاز فلو صب الماء على العضو الذى يريد غسله فهو حرام ، لأنه استعمال ، وذكر صاحب الحاوى نحو هذا فقال : من أراد التوقى عن المعصية فى الأكل من اناء الذهب والفضة فليخرج الطعام الى محل آخر ثم يأكل من ذلك المحل فلا يعصى ، قال : وفعل مثل هذا الحسن البصرى ، وحكى القاضى حسين مثله عن شيخه القفال المروزى ودليله ظاهر ، لأن فعله هذا ترك للمعصية فلا يكون حراما كمن توسط أرضا مغصوبة فانه يؤمر بالخروج بنية التوبة، ويكون فى خروجه مطيعا لا عاصيا والله أعلم .

السادسة : لو توضأ أو اغتسل من اناء الذهب صح وضوءه وغسله بلا خلاف نص عليه الشافعى رحمه الله فى الأم ، واتفق الأصحاب عليه ودليله ما ذكره المصنف ، وقوله : كالصلاة فى الدار المغصوبة ، هكذا عادة أصحابنا يقيسون ما كان من هذا القبيل على الصلاة فى الدار المغصوبة ، وسبب ذلك أنهم نقلوا الاجماع على صحة الصلاة فى الدار المغصوبة قبل مخالفة أحمد رحمه الله ، ومثل هذا لو توضأ أو تيمم بماء أو بتراب مغصوب أو ذبح بسكين مغصوب أو أقام الامام الحد بسوط مغصوب صح الوضوء والتيمم والذبح والحد ويأثم والله أعلم . وأما قول المصنف : ولأن الوضوء هو جريان الماء على الأعضاء ففيه تصريح منه بما اتفق عليه الأصحاب من أنه لا يصح الوضوء حتى يجرى الماء على العضو ، وأنه لا يكفى امساسه والبلل وستأتى المسألة مبسوطة فى باب صفة الوضوء ان شاء الله تعالى ، وبهذا الذى ذكرناه من صحة الوضوء من اناء الذهب والفضة قال مالك وأبو حنيفة وجماهير العلماء وقال داود : لا يصح .

السابعة : اذا أكل أو شرب من اناء الفضة أو الذهب عصى بالفعل

ولا يكون المأكول والمشروب حراما نص عليه الشافعي في الأم واتفق الأصحاب عليه ودليله ما ذكره المصنف والله أعلم .

الثامنة : هل يجوز اتخاذ الاناء من ذهب أو فضة وادخاره من غير استعمال ؟ فيه خلاف حكاه المصنف هنا وفي التنبيه والماوردي والقاضي أبو الطيب والأكثرون وجهين وحكاه الشيخ أبو حامد والمحاملي في كتابيه المجموع والتجريد والبندنيجي وصاحب العدة والشيخ نصر المقدسي قولين وذكر صاحبا الشامل والبحر وصاحب البيان أن أصحابنا اختلفوا في حكايته فبعضهم حكاه قولين وبعضهم وجهين واتفقوا على أن الصحيح تحريم الاتخاذ وقطع به بعضهم وهو مذهب مالك وجمهور العلماء لأن ما لا يجوز استعماله لا يجوز اتخاذه كالطنبور . ولأن اتخاذه يؤدي الى استعماله فحرم كامساك الخمر . قالوا : لأن المنع من الاستعمال لما فيه من السرف والخيلاء وذلك موجود في الاتخاذ ، وبهذا يحصل الجواب عن قول القائل الآخر : ان الشرع ورد بتحريم الاستعمال دون الاتخاذ فيقال عقلنا العلة في تحريم الاستعمال وهي السرف والخيلاء وهي موجودة في الاتخاذ والله أعلم .

قال أصحابنا : ولو صنع الاناء صانع أو كسره كاسر ــ فان قلنا : يجوز اتخاذه ــ وجب للصانع الأجرة وعلى الكاسر الأرش والا فلا .

التاسعة : هل يجوز استعمال الأواني من الجواهر النفيسة كالياقوت والفيروزج والعقيق والزمرد وهو بالزاي المعجمة وفتح الراء وضمها والزبرجد وهو بالدال المهملة والبلور وأشباهها ؟ فيه قولان أصحهما باتفاق الأصحاب الجواز وهو نصه في الأم ومختصر المزني وبه قال مالك ، ودليل القولين مذكور في الكتاب ، واذا قلنا بالأصح : انه لا يحرم فهو مكروه ولو اتخذ اناء من هذه الجواهر النفيسة ولم يستعمله قال المحاملي : ان قلنا يجوز استعماله فالاتخاذ أولى والا فكاتخاذ اناء ذهب أو فضة في جميع الأحكام . قال أصحابنا : وما كانت نفاسته بسبب الصنعة لا لجوهره كالزجاج المخروط وغيره لا يحرم بلا خلاف هكذا صرحوا في جميع الطرق بأنه لا خلاف فيه وأشار صاحب البيان الى وجه تحريمه وهو غلط والصواب من حيث المذهب والدليل الجزم باباحته ، ونقل صاحب الشامل الاجماع على ذلك ، قال

أصحابنا : وكذا لو اتخذ لخاتمه فصا من جوهرة مثمنة فهو مباح بلا خلاف ، قال أصحابنا : وكذا لا يكره لبس الكتان النفيس والصوف ونحوه قال صاحبا الحاوى والبحر : الاناء المتخذ من طيب رفيع كالكافور المرتفع والمصاعد والمعجون من مسك وعنبر يخرج فيه وجهان (أحدهما) يحرم استعماله لحصول السرف (والثانى) لا ، لعدم معرفة أكثر الناس له قالا : وأما غير المرتفع كالصندل والمسك فاستعماله جائز قطعا .

(فرع) قد ذكر المصنف أن البلور [1] كالياقوت وأن فى جواز استعماله القولين وقد علق فى ذهن كثير من المبتدئين وشبههم أن المصنف خالف الأصحاب فى هذا ، وأنهم قطعوا بجواز استعمال اناء البلور لأنه كالزجاج ، وهذا الذى علق بأذهانهم وهم فاسد ، بل صرح الجمهور بجريان القولين فى البلور ، وممن صرح بذلك شيخ الأصحاب الشيخ أبو حامد فى تعليقه وأبو على البندنيجى والمحاملى فى المجموع والتجريد والقاضى أبو الطيب وصاحب الشامل وأبو العباس الجرجانى فى كتابيه التحرير والبلغة والشيخ نصر المقدسى وصاحب البيان وآخرون من العراقيين والقاضى حسين وصاحب الابانة والغزالى فى الوجيز وصاحب التتمة والتهذيب والرويانى فى كتابيه البحر والحلية وصاحب العدة وآخرون من الخراسانيين ، وانما خالفهم صاحب الحاوى فقطع بجوازه وقال امام الحرمين : ألحق شيخى البلور بالزجاج وألحقه الصيدلانى والعراقيون بالجواهر النفيسة فيكون على القولين . فحصل أن الجمهور من أصحابنا فى الطريقتين على طرد القولين فى البلور ولم يخالف فيه الا صاحب الحاوى والشيخ أبو محمد والله أعلم .

(فرع) اذا باع اناء ذهب أو فضة قال القاضى أبو الطيب : البيع صحيح لأن المقصود عين يصح بيعها هكذا أطلق القاضى هنا ونقل أبو على البندنيجى فى جامعه هنا اتفاق الأصحاب عليه ، وينبغى أن يبنى على الاتخاذ فان جوزناه صح البيع ، وان حرمناه كان حكمه حكم ما اذا باع جارية مغنية تساوى ألفا بلا غناء ، وألفين بسبب الغناء وذكرها امام الحرمين فى أواخر

---

(١) يضبط البلور بكسر الباء وفتح اللام المشددة كما يضبط بفتح الباء وضم اللام المشددة (ط) .

كتاب الصداق فى فروع تتعلق به • قال : قال الشيخ أبو على : ان باعها بألف صح ، وان باعها بألفين فثلاثة أوجه (أحدها) : لا يصح البيع قاله أبو بكر المحمودى ، لئلا يصير الغناء مقابلا بمال (والثانى) : ان قصد المشترى بالمغالاة فى ثمنها غناءها لم يصح البيع ، وان لم يقصده صح ، قاله الشيخ أبو زيد (والثالث) : يصح بكل حال ولا يختلف الحكم بالمقصود والأغراض قاله أبو بكر الأودنى ، قال الامام : وهذا هو القياس السديد والله أعلم •

(فرع) اذا خلل رجل أو امرأة أسنانه أو شعره بخلال فضة أو اكتحلا بميل فضة فهو حرام كما سبق فى المكحلة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وأما المضبب بالذهب فانه يحرم قليله وكثيره لقوله صلى الله عليه وسلم فى الذهب والحرير : « ان هذين حرام على ذكور أمتى حل لاناثها » فان اضطر اليه جاز لما روى أن عرفجة بن أسعد أصيب أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفا من ورق فأنتن عليه فأمره النبى صلى الله عليه وسلم أن يتخذ أنفا من ذهب) •

(الشرح) أما الحديث الأول فحديث صحيح رواه الترمذى من رواية أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « حرم لباس الحرير والذهب على ذكور أمتى وأحل لاناثهم » قال الترمذى : حديث حسن صحيح • ورواه أبو داود والنسائى وغيرهما من رواية على بن أبى طالب رضى الله عنه باسناد حسن ، وليس فى رواية أبى داود والنسائى (حل لاناثها) ووقع فى رواية لغيرهما ، ورواه البيهقى وغيره من رواية عقبة ابن عامر بلفظه فى المهذب والله أعلم •

وأما حديث عرفجة فحديث حسن أيضا رواه أبو داود والترمذى والنسائى وغيرهم باسناد جيد قال الترمذى وغيره : هو حديث حسن ، وينكر على المصنف قوله (روى) بصيغة تمريض فى حديث حسن وقد تقدم ذكرنا التنبيه على هذا فى مقدمة الكتاب وبعدها ، وراوى حديث عرفجة هذا هو عرفجة رضى الله عنه •

وأما قوله صلى الله عليه وسلم : « ان هذين حرام » أى حرام استعمالهما فى التحلى ونحوه ، والحل بكسر الحاء هو الحلال ، وقوله : « يوم الكلاب » هو بضم الكاف وتخفيف اللام وهو يوم معروف من أيام الجاهلية كانت لهم فيه وقعة مشهورة ، والكلاب اسم لماء من مياه العرب كانت عنده الوقعة فسمى ذلك اليوم يوم الكلاب ، وقيل عنده وقعتان مشهورتان يقال فيهما الكلاب الأول والكلاب الثانى ، وقوله : « من ورق » هو بكسر الراء وهو الفضة وهذا لا خلاف فيه ممن صرح به ابن قتيبة ثم الخطابى وخلائق لا يحصون كلهم مصرحون بأنه ورق بكسر الراء ويوضحه أنه فى رواية النسائى : « اتخذ أنفا من فضة » وكذا رواه الشافعى فى الأم فى باب مايوصل بالرجل والمرأة من أبواب الطهارة ، وكذا رواه المصنف فى المهذب فى باب ما يكره لبسه .

واعلم أن كل ما كان على فعل مفتوح الأول مكسور الثانى جاز اسكان ثانية مع فتح أوله وكسره فيصير فيه ثلاثة أوجه كورق وورق وورق وكتف وكتف وكتف وورك وورك وأشباهه ، فان كان الحرف الثانى أو الثالث حرف حلق جاز فيه أربعة أوجه الثلاثة المذكورة ، والرابع بكسر أوله وثانيه كفخذ وفخذ وفخذ وفخذ . وحروف الحلق العين والغين والحاء والخاء والهاء والهمزة .

وهذا انما أذكره وان كان ظاهرا لكثرة تكرره فى هذا الكتاب وغيره فقد يتكلم به انسان على بعض الأوجه الجائزة فيغلطه فيه من لا يعرف هذه القاعدة وقد رأيت ذلك وبالله التوفيق .

وأما عرفجة الراوى فهو بفتح العين المهملة وأسعد بفتح الهمزة والعين وهو عرفجة بن أسعد بن كرب بن صفوان التميمى العطاردى رضى الله عنه .

أما حكم المسألة : فاعلم أن المضبب هو ما أصابه شق ونحوه فيوضع عليه صفيحة تضمه وتحفظه وتوسع الفقهاء فى اطلاق الضبة على ما كان للزينة بلاشق ونحوه ، ثم المضبب بالذهب فيه طريقان الصحيح منهما القطع بتحريمه سواء كثرت الضبطة [1] أو قلت لحاجة أو لزينة ، وبهذا قطع المصنف

(١) كذا بالأصل ولعله الضبة فزيدت الطاء سهوا (ط) .

وصاحب الحاوى والجرجانى فى كتابيه . والشيخ نصر فى كتابه الكافى والعبدرى فى الكفاية وغيرهم من العراقيين ، ونقله البغوى عن العراقيين . والطريق الثانى وقاله الخراسانيون أنه كالمضبب بالفضة على الخلاف والتفصيل المذكور فيه ، ونقله الرافعى عن معظم الأصحاب لأنه لما استويا فى الاناء فكذا فى الضبة ، والمختار الطريق الأول للحديث فانه يقتضى تحريم الذهب مطلقا ، وأما ضبة الفضة فانما أبيحت لحديث قبيعة السيف وضبة القدح وغير ذلك ، ولأن باب الفضة أوسع فانه يباح منه الخاتم وغيره والله أعلم .

وأما قول المصنف : ان اضطر الى الذهب جاز استعماله فمتفق عليه وقال أصحابنا : فيباح له الأنف والسن من الذهب ومن الفضة ، وكذا شد السن العليلة بذهب وفضة جائز ويباح أيضا الأنملة منهما ، وفى جواز الأصبع واليد منهما وجهان حكاهما المتولى أحدهما : يجوز كالأنملة وبه قطع القاضى حسين فى تعليقه ، وأشهرهما لا يجوز وبه قطع الفورانى والرويانى وصاحبا العدة والبيان لأن الأصبع واليد منهما لا تعمل عمل الأصلية بخلاف الأنملة ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وأما المضبب بالفضة فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال : ان كان قليلا للحاجة لم يكره لما روى أنس رضى الله عنه « أن قدح النبى صلى الله عليه وسلم انكسر فاتخذ مكان الشفة سلسلة من فضة » وان كان للزينة كره لأنه غير محتاج اليه ولا يحرم لما روى أنس قال : « كان نعل سيف رسول الله صلى الله عليه وسلم من فضة وقبيعة سيفه فضة وما بين ذلك حلق الفضة » وان كان كثيرا للحاجة كره لكثرته ولم يحرم للحاجة ، وان كان كثيرا للزينة حرم لقول ابن عمر : لا يتوضأ ولا يشرب من قدح فيه حلقة من فضة أو ضبة من فضة ، وعن عائشة رضى الله عنها : « أنها نهت أن تضبب الأقداح بالفضة » ومن أصحابنا من قال : يحرم فى موضع الشرب لأنه يقع الاستعمال به ولا يحرم فيما سواه لأنه لا يقع به الاستعمال ، ومنهم من قال : يكره ولا يحرم لحديث أنس فى سيف رسول الله صلى الله عليه وسلم) .

(الشرح) قد جمعت هـذه القطعـة جملا من الأحاديث واللغـات والأحكام يحصل بيانها بمسألتين (احداهما) حديث القـدح صحيح رواه البخارى الا أنه وقع فى المهذب فاتخـذ مكان « الشـفة » هو تصحيف ، والصواب ما فى صحيح البخارى وغيره فاتخذ مكان الشعب بفتح الشـين المعجمة واسكان العين وبعدها باء موحدة والمراد بالشعب الشق والصـدع ، وقوله : انكسر معناه انشق كما جاء فى رواية انصدع والمراد أنه شد الشق بخيط فضة فصارت صورته صورة سلسلة وفى رواية للبخارى فسلسله بفضة.

قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح رحمه الله : وقوله فاتخذ ، يوهم أن النبى صلى الله عليه وسلم هو المتخذ وليس كذلك بل أنس هو المتخذ ففى رواية قال أنس : فجعلت مكان الشعب سلسلة . وهذا الذى قاله أبو عمرو قد أشار اليه البيهقى وغيره ، وفى رواية للبخارى عن عاصم قال : رأيت قدح النبى صلى الله عليه وسلم عند أنس بن مالك فكان قد انصـدع فسلسله بفضة ، وقد أوضحت ذلك مع طرق الحديث فى جامع السنة والله أعلم .

وأما الحديث الآخر فحسن روى أبو داود والترمذى منـه : « كانت قبيعة سيف رسول الله صلى الله عليه وسلم من فضة » قال الترمذى : هو حديث حسن وروى محمد بن سعد كاتب الواقدى فى الطبقات القدر المذكور فى المهذب كله بالطريق الذى رواه منه أبو داود والترمذى فجميع الحديث على شرط أبى داود والترمذى فهو حديث حسن .

والقبيعة بفتح القاف وكسر الباء الموحدة وهى التى تكون على رأس قائم السيف وطرف مقبضه ، والحلق بفتح الحاء وكسرها لغتان مشهورتان واللام فيهما مفتوحة جمع حلقة باسكان اللام ، وحكى الجوهرى فتحها أيضا فى لغة رديئة ، والمشهور اسكانها ، ونعل السيف ما يكون فى أسفل غمده من حديد أو فضـة ونحوهما . وأما الأثر عن ابن عمر رضى الله عنهما فصحيح رواه البيهقى وغيره باسناد صحيح لكن لفظه : « كان ابن عمر لا يشرب فى قدح فيه حلقة فضة ولا ضبة فضة » وأما الأثر عن عائشة رضى الله عنهـا فحسن رواه الطبرانى والبيهقى بمعناه والله أعلم .

وأما أنس فهو أبو حمزة أنس بن مالك بن النضر الأنصارى النجارى

بالنون والجيم المدنى ثم البصرى خدم النبى صلى الله عليه وسلم عشر سنين، وتوفى بالبصرة ودفن بها سنة ثلاث وتسعين وهو ابن مائة وثلاث سنين ، وكان أكثر الصحابة أولادا لدعاء رسول الله صلى الله عليه وسلم له بكثرة المال والولد والبركة ، وهو من أكثر الصحابة رواية . وأما ابن عمر فهو أبو عبد الرحمن عبد الله بن عمر بن الخطاب بن نفيل القرشى العدوى ، أسلم مع أبيه بمكة قديما شهد الخندق وهو ابن خمس عشرة سنة ومابعده من المشاهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم توفى بمكة سنة ثلاث وسبعين وهو ابن ثلاث وثمانين وقيل أربع ، ومناقب ابن عمر وأنس مشهورة ذكرت جملا منها فى تهذيب الأسماء وبالله التوفيق .

والمسألة الثانية فى الأحكام : قال الشافعى رحمه الله فى المختصر : (وأكره المضبب بالفضة لئلا يكون شاربا على فضة) وللأصحاب فى المسألة أربعة أوجه حكى المصنف ثلاثة بدلائلها (أحدها) ان كان قليلا للحاجة لم يكره ، وان كان للزينة كره ، وان كان كثيرا حرم ، وان كان للحاجة كره (والوجه الثانى) ان كان فى موضع الاستعمال كموضع فم الشارب حرم والا فلا (والثالث) يكره ولا يحرم بحال (والرابع) حكاه الشيخ أبو محمد الجوينى يحرم بكل حال لما ذكرناه عن ابن عمر وعائشة رضى الله عنهم ، وأصح هذه الأوجه الأول وهو الأشهر عند العراقيين وقطع به كثيرون منهم أو أكثرهم وصححه الباقون منهم ، ممن قطع به الشيخ أبو حامد والمحاملى والماوردى والشيخ نصر المقدسى ونقله القاضى أبو الطيب عن الداركى ومتأخرى الأصحاب ، قال : وحملوا نص الشافعى عليه .

(والوجه الثانى) هو قول أبى اسحق المروزى حكاه عنه القاضى أبو الطيب . والقائل لا يحرم بحال هو أبو على الطبرى وغيره ، كذا قاله القاضى أبو الطيب ، وعلى هذا الوجه الأول وهو الصحيح المختار ذكرنا أن القليل للزينة يكره ، وحكى الخراسانيون وجها على هذا أنه يحرم ، وحكى الماوردى وجها أنه لا يكره .

(فرع) فى بيان الحاجة والقلة فى قولهم ان كان قليلا للحاجة ، أما الحاجة فقال الأصحاب : المراد بها غرض يتعلق بالتضبيب سوى الزينة

كاصلاح موضع الكسر ونحوه ولا يتجاوز به موضع الكسر الا بقدر ما يستمسك به ، قال أصحابنا : ولا يشترط العجز عن التضبيب بنحاس وحديد وغيرهما ، هكذا صرح به ابن الصباغ والمتولى والغزالى والرويانى وصاحب البيان وغيرهم وذكر امام الحرمين احتمالين لنفسه أحدهما هذا ، والثانى معناها أن يعدم ما يضبب به غير الذهب والفضة وأما ضبط القليل والكثير ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) وهو المشهور فى طريقتى العراق وخراسان أن الكثير هو الذى يستوعب جزءا من أجزاء الاناء بكماله كأعلاه أو أسفله أو شفته أو عروته أو شبه ذلك ، والقليل ما دونه وبهذا قطع الفورانى والمتولى والبغوى وصاحبا العدة والبيان وغيرهم • واستدل له الامام أبو الحسن الكيا الهراسى صاحب امام الحرمين فى كتابه (زوايا المسائل) بأنه اذا استوعبت الفضة جزءا كاملا خرج عن أن يكون تابعا للاناء وخرج الاناء عن أن يكون اناء نحاس أو حديد مثلا ، بل يقال اناء مركب من نحاس وفضة لكون جزء من أجزائه المقصودة بكماله فضة بخلاف ما اذا لم يستوعب جزءا بكماله فانه يقع مغمورا تابعا ، ولا يعد الاناء بسببه مركبا من فضة ونحاس ، وهذا استدلال حسن •

والوجه الثانى : أن الرجوع فى القلة والكثرة الى العرف قاله الرويانى وحكاه الرافعى وأشار الى اختياره واستحسانه ، ودليله أن ما أطلق ولم يحد رجع فى ضبطه الى العرف كالقبض فى البيع والحرز فى السرقة واحياء الموات ونظائرها •

والثالث : وهو اختيار امام الحرمين والغزالى ومن تابعهما أن الكثير ما يلمع للناظر على بعد ، والقليل ما لا يلمع ومرادهم ما لا يخرج عن الاعتدال والعادة فى رقته وغلظه ، وأنكر امام الحرمين الوجه الأول وضعفه ثم اختار هذا الثالث ، وهذا الذى اختاره فيه ضعف والمختار الرجوع الى العرف ، والوجه المشهور حسن متجه أيضا ، ومتى شككنا فى الكثرة فالأصل الاباحة والله أعلم •

(فرع) اذا ضبب الاناء تضبيبا جائزا فله استعماله مع وجود غيره من الآنية التى لا فضة فيها ، وهذا لا خلاف فيه ، صرح به امام الحرمين وغيره •

فروع تتعلق بالفصلين السابقين فى الأوانى

(أحدها) قال أصحابنا : لو شرب بكفيه وفى أصبعه خاتم فضة لم يكره وكذا لو صب الدراهم فى اناء وشرب منه أو كان فى فمه دنانير ودراهم فشرب لم يكره ولو أثبت الدراهم فى الاناء بمسامير للزينة قال المتولى والرويانى وصاحب العدة : هو كالضبة للزينة وقطع القاضى حسين بجوازه .

(الثانى) لو اتخذ اناء من ذهب أو فضة وطلاه بنحاس داخله وخارجه فوجهان مشهوران فى تعليق القاضى حسين والتتمة والتهذيب والعدة والبيان وغيرها أصحهما لا يحرم قالوا : وهما مبنيان على أن الذهب والفضة حرام لعينهما أم للخيلاء ؟ ان قلنا لعينهما حرم والا فلا ، وقال امام الحرمين : ان غشى ظاهره ففيه الوجهان وان غشى ظاهره وداخله فالذى أراه القطع بجواز استعماله لأنه اناء نحاس أدرج فيه ذهب مستتر ، وبهذا الذى قاله الامام جزم الغزالى فى البسيط وقال : لا خلاف فيه ولو اتخذ اناء من نحاس وموهه بذهب أو فضة قال امام الحرمين والغزالى فى البسيط والرافعى وغيرهم : ان كان يتجمع منه شيء بالنار حرم استعماله والا فوجهان بناء على المعنيين ، والأصح لا يحرم قاله فى الوسيط والوجيز وأطلق القاضى حسين والبغوى والمتولى وصاحبا العدة والبيان الوجهين ولم يفرقوا بين المستهلك وما يتجمع منه شيء . والصواب حمل كلامهم على المستهلك كما صرح به امام الحرمين وتابعوه ، وقد جزم الماوردى والجرجانى بأنه اذا غشى جميعه بالفضة حرم استعماله والله أعلم .

(الثالث) لو كان له قدح عليه سلسله فضة قطع القاضى حسين وصاحباه المتولى والبغوى وصاحب العدة بجوازه ، وزاد المتولى والبغوى فقالا : لو اتخذ لانائه حلقة أو سلسلة فضة أو رأسا جاز لأنه منفصل عن الاناء لا يستعمله ، هذا كلام هؤلاء الأئمة وينبغى أن يجعل كالتضبيب ويجيء فيه التفصيل والخلاف .

(الرابع) اذا قلنا بطريقة الخراسانيين : ان المضبب بذهب كالمضبب بفضة فهل يسوى بينهما فى التفصيل فى الصغر والكبر ؟ على ما سبق ، قال الرافعى:

لم يتعرض الأكثرون لذلك وعن الشيخ أبى محمد أنه ينبغى أن لا يسوى لأن الخيلاء فى قليل الذهب كالخيلاء فى كثير الفضة ، وأقرب ضابط له تعتبر قيمة ضبة الذهب اذا قومت بفضة ، قال الرافعى وقياس الباب أن لا فرق ، وهذا الذى قاله الرافعى هو الصحيح لأن مأخذ المسألة أن بعض الاناء كالاناء أم لا ؟ والله أعلم .

(الخامس) لو اضطر الى استعمال اناء ولم يجد الا ذهبا أو فضة جاز استعماله حال الضرورة ، وصرح به امام الحرمين والغزالى وجماعات والله أعلم .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى المضبب بالفضة

قد ذكرنا تفصيل مذهبنا فيه ونقل القاضى عياض أن جمهور العلماء من السلف والخلف على كراهة الضبة والحلقة من الفضة ، قال : وجوزهما أبو حنيفة وأصحابه وأحمد واسحق اذا لم يكن فمه على الفضة فى الشرب ، هذا كلام القاضى والمعروف عن أحمد كراهة المضبب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويكره استعمال أوانى المشركين وثيابهم لما روى أبو ثعلبة الخشنى رضى الله عنه قال : قلت يا رسول الله أنا بأرض أهل الكتاب ونأكل فى آنيتهم فقال : « لا تأكلوا فى آنيتهم الا ان لم تجدوا عنها بدا فاغسلوها بالماء ثم كلوا فيها » ولأنهم لا يجتنبون النجاسة فكره لذلك فان توضأ من أوانيهم نظرت ــ فان كانوا ممن لا يتدينون باستعمال النجاسة ــ صح الوضوء لأن النبى صلى الله عليه وسلم توضأ من مزادة مشركة . وتوضأ عمر رضى الله عنه من جرة نصرانى . ولأن الأصل فى أوانيهم الطهارة . وان كانوا ممن يتدينون باستعمال النجاسة ففيه وجهان (أحدهما) : أنه يصح الوضوء لأن الأصل فى أوانيهم الطهارة (والثانى) : لا يصح لأنهم يتدينون باستعمال النجاسة كما يتدين المسلمون بالماء الطاهر فالظاهر من أوانيهم وثيابهم النجاسة) .

(الشرح) حديث أبى ثعلبة رواه البخارى ومسلم ولفظه فيهما

« قلت : يا رسول الله انا بأرض قوم أهل كتاب أفنأكل فى آنيتهم ؟ فقال : ان وجدتم غيرها فلا تأكلوا فيها وان لم تجدوا فاغسلوها وكلوا فيها » وفى رواية للبخارى : « فلا تأكلوا فى آنيتهم الا أن لا تجدوا بدا فان لم تجدوا بدا فاغسلوها وكلوا » وفى رواية أبى داود : « انا نجاور أهل الكتاب وهم يطبخون فى قدورهم الخنزير ويشربون فى آنيتهم الخمر ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ان وجدتم غيرها فكلوا فيها واشربوا ، وان لم تجدوا غيرها فارحضوها بالماء وكلوا واشربوا » . هـذا لفظ الحديث فى كتب الحديث ، ووقع فى المهذب (لا تأكل) خطابا للواحد وله وجه ولكن المعروف لا تأكلوا ، قال أهل اللغة : يقال لابد من كذا أى لا فراق منه ولا انفكاك عنه أى هو لازم ، وأبو ثعلبة الراوى وهو الخشنى بخاء مضمومة ثم شين مفتوحة معجمتين ثم نون منسوب الى خشين بطن من قضاعة واسمه جرهم بضم الجيم والهاء ، قاله أحمد بن حنبل ويحيى بن معين وآخرون . وقيل جرثوم بضم الجيم والمثلثة وقيل غير ذلك ، واسم أبيه ناشم بالنون والشين المعجمة وقيل غير ذلك ، وكان أبو ثعلبة ممن بايع رسول الله صلى الله عليه وسلم تحت الشجرة ثم نزل الشام وتوفى أيام معاوية وقيل أيام عبد الملك سنة خمس وسبعين .

وأما قوله : « توضأ النبى صلى الله عليه وسلم من مزادة مشركة » فهو بعض من حديث طويل رواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما من رواية عمران ابن حصين رضى الله عنهما أنهم كانوا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى سفر فعطشوا فأرسل من يطلب الماء فجاءوا بامرأة مشركة على بعير بين مزادتين من ماء فدعا النبى صلى الله عليه وسلم باناء فأفرغ فيه منهما ثم قال فيه ما شاء الله ثم أعاده فى المزادتين ونودى فى الناس : اسقوا واستقوا فشربوا حتى رووا ولم يدعوا اناء ولا سقاء الا ملأوه وأعطى رجلا أصابته جنابة اناء من ذلك الماء وقال : أفرغه عليك ثم أمسك عن المزادتين وكأنهما أشد امتلاء مما كانتا ، ثم أسلمت المرأة بعد ذلك هى وقومها » . هذا معنى الحديث مختصرا وفيه المعجزة الظاهرة لرسول الله صلى الله عليه وسلم وليس فيه أن النبى صلى الله عليه وسلم توضأ منه صريحا ، لكن الظاهر أنه صلى الله عليه وسلم توضأ منه لأن الماء كان كثيرا وان لم يكن توضأ فقد أعطى الجنب

ما يغتسل به ، وبهذا يحصل المقصود وهو طهارة اناء المشرك ، والمزادة هى التى تسميها الناس الراوية ، وانما الراوية فى الأصل البعير الذى يستقى عليه.

وأما قوله : توضأ عمر من جر نصرانى ، فصحيح رواه الشافعى والبيهقى باسناد صحيح وذكره البخارى فى صحيحه بمعناه تعليقا فقال : وتوضأ عمر بالحميم من بيت نصرانية والحميم الماء الحار ، لكن وقع فى المهذب نصرانى بالتذكير ، قال الحافظ أبو بكر محمد بن موسى الحازمى رواه خلاد بن أسلم عن سفيان بن عيينة باسناده كذلك قال : والمحفوظ ما رواه الشافعى عن ابن عيينة باسناده نصرانية بالتأنيث .

قوله : من « جر » كذا هو فى المهذب وغيره « جر » ورواه الشافعى فى الأم جرة نصرانية بالهاء فى آخرهما وهو الصحيح واختلف الأئمة فى معنى الذى فى المهذب فالمشهور الذى قاله الأكثرون أنه جمع جرة وهى الاناء المعروف من الخزف ، وقولنا جمع جرة هو على اصطلاح أهل اللغة وأما أهل التصريف والنحو فيقولون فيه وفى أشباهه هو اسم جنس ولا يسمونه جمعا ، وذكر ابن فارس فى كتابه حلية العلماء أن الجر هنا سلاخة عرقوب البعير يجعل وعاء للماء ، وذكر هو فى المجمل نحوه والله أعلم .

أما حكم المسألة : فيكره استعمال أوانى الكفار وثيابهم سواء فيه أهل الكتاب وغيرهم والمتدين باستعمال النجاسة وغيره ، ودليله ما ذكره المصنف من الحديث والمعنى ، قال الشافعى رحمه الله : وانا لسراويلاتهم وما يلى أسافلهم أشد كراهة ، قال أصحابنا وأوانيهم المستعملة فى الماء أخف كراهة فان تيقن طهارة أوانيهم أو ثيابهم قال أصحابنا فلا كراهة حينئذ فى استعمالها كثياب المسلم . ممن صرح بهذا المحاملى فى المجموع والبندنيجى والجرجانى فى البلغة والبغوى وصاحبا العدة والبيان وغيرهم ولا نعلم فيه خلافا .

ومراد المصنف بقوله يكره استعمالها اذا لم يتيقن طهارتها وتعليله يدل عليه ، فان قيل فحديث أبى ثعلبة يقتضى كراهة استعمالها اذا وجد عنها بدا وان تيقن طهارتها .

فالجواب أن المراد النهى عن الأكل فى أوانيهم التى كانوا يطبخون فيها

لحم الخنزير ويشربون فيها الخمر كما سبق بيانه فى رواية أبى داود ، وانما نهى عن الأكل للاستقذار كما يكره الأكل فى المحجمة المغسولة ، واذا تطهر من اناء كافر ولم يعلم طهارته ولا نجاسته ــ فان كان من قوم لا يتدينون باستعمال النجاسة ــ صحت طهارته بلا خلاف وان كان من قوم يتدينون باستعمال النجاسة فوجهان الصحيح منهما باتفاق الأصحاب فى الطريقتين أنه تصح طهارته وهو نصه فى الأم وحرملة والقديم وبه قال ابن أبى هريرة •

والوجه الثانى : لا تصح طهارته وهو قول أبى اسحاق وصححه المتولى وهو مخرج من القولين فى الصلاة فى المقبرة المنبوشة كذا قاله الشيخ أبو حامد وقال القاضى أبو الطيب : هو مخرج من مسألة بول الصبية [1] وهذا أجود ، قال أصحابنا المتدينون باستعمال النجاسة وهم الذين يعتقدون ذلك دينا وفضيلة وهم طائفة من المجوس يرون استعمال أبوال البقروأحشائها قربة وطاعة قال الماوردى وممن يرى ذلك البراهمة ، وأما الذين لا يتدينون فكاليهود والنصارى قال امام الحرمين : ولو ظهر من الرجل اختلاطه بالنجاسات وعدم تصونه منها مسلما كان أو كافرا ففى نجاسة ثيابه وأوانيه الخلاف والله أعلم •

(فرع) هذا الذى ذكرناه من الحكم بطهارة أوانى الكفار وثيابهم هو مذهبنا ومذهب الجمهور من السلف وحكى أصحابنا عن أحمد واسحاق نجاسة ذلك لقوله تعالى : (انما المشركون نجس) ولحديث أبى ثعلبة.وقوله صلى الله عليه وسلم فاغسلوها واحتج أصحابنا بقوله تعالى : (وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم) ومعلوم أن طعامهم يطبخونه فى قدورهم ويباشرونه بأيديهم وبحديث عمران وفعل عمر المذكورين فى الكتاب وبأن الأصل الطهارة وبأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يأذن للكفار فى دخول المسجد ، ولو كانوا أنجاسا لم يأذن • وأجاب الأصحاب عن الآية بجوابين (أحدهما) معناها أن المشركين نجس ، أديانهم واعتقادهم وليس المراد أبدانهم وأوانيهم بدليل أن النبى صلى الله عليه وسلم أدخلهم المسجد ، واستعمل آنيتهم وأكل طعامهم وأجابوا عن حديث أبى ثعلبة بأن السؤال كان عن الآنية التى يطبخون

---

(١) فى بعض الأصول (الظبية) بالظاء (ط) •

فيها لحم الخنزير ويشربون فيهـا الخمر كما جاء فى رواية أبى داود التى قدمناها ، وجواب آخر أنه محمول على الاستحباب ، ذكره الشيخ أبو حامد ويدل عليه أنه صلى الله عليه وسلم نهـاهم عن استعمالها مع وجود غيرها ، وهذا محمول على الاستحباب بلا شك والله أعلم .

(فرع) قول المصنف : « ويكره اسـتعمال أوانى المشركين » يعنى بالمشركين الكفار سـواء أهل الكتـاب وغيرهم واسم المشركين يطلق على الجميع ، ومن ذلك قول الله تعالى (ان الله لا يغفر أن يشرك به ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء [1]) ومنه قول النبى صلى الله عليه وسلم « من مات لا يشرك بالله شيئا دخل الجنة » ونظائر ذلك فى الكتاب والسنة واستعمال سلف الأمة مشهورة ، ومن ذلك قوله سبحانه وتعالى (وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله [2]) وقال فى آخر الآية الثـانية (سبحانه عمـا يشركون) والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب تغطية الاناء لمـا روى أبو هريرة رضى الله عنه قال : أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بتغطية الاناء وايكاء السقاء) .

(الشرح) هذا الحديث صحيح رواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما من رواية جابر بن عبد الله رضى الله عنهما ، وروى فى غير الصحيح من رواية أبى هريرة ولفظ رواية جابر : « غطوا الاناء وأوكوا السـقاء » وفى رواية « خمر اناءك واذكر اسم الله ولو تعرض عليه شيئا » وتعرض بضم الراء ، روى بكسرها والضم أصح وأشهر ومعناه تضع عليه عودا أو نحوه عرضا .

وقوله : (تغطية [3] الوضوء) هو بفتح الواو وهو الماء الذى يتوضأ به ، وقوله : وايكاء السقاء الايكاء والسقاء ممدودان والايكاء هو شـد رأس السقاء وهو قربة اللبن أو المـاء ونحوهما بالوكاء وهو الخيط الذى يشد به وهو ممدود أيضا وهذا الحكم الذى ذكره وهو استحباب تغطيـة

---

(١) الآية ٤٨ من سورة النساء .

(٢) الآية ٣٠ من سورة التوبة .

(٣) لم يذكر المصنف هذه العبارة ولا جاءت فى الحديث الذى أورده (ط) .

الاناء متفق عليه ، وسواء فيه اناء الماء واللبن وغيرهما ودليله الحديث الصحيح الذى ذكرناه وفائدته ثلاثة أشياء • أحدها : ما ثبت فى الصحيح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « فان الشيطان لا يحل سقاء ولا يكشف اناء » • الثانى : جاء فى رواية لمسلم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « فان فى السنة ليلة ينزل فيها وباء لا يمر باناء ليس عليه غطاء أو سقاء ليس عليه وكاء الا نزل فيه من ذلك الوباء » قال الليث بن سعد أحد رواته فى مسلم : فالأعاجم يتقون ذلك فى كانون الأول • والوباء بالمد والقصر لغتان واذا قصر همز وكانون عجمى لا ينصرف ، الثالث : صيانته من النجاسة وشبهها والله أعلم •

(فرع) أبو هريرة رضى الله عنه راوى الحديث هو أول من كنى بهذه الكنية قيل كان له هرة يلعب بها فى صغره فكنى بها • واختلف فى اسمه واسم أبيه على نحو ثلاثين قولا أشهرها وأصحها أنه عبد الرحمن بن صخر ، وبه قطع جماعات من أهل هذا الفن وهو سابق المحدثين وأول حفاظه المتصدين لحفظه ، تصدى لحفظ حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى برع فيه وفاق سائر الصحابة رضى الله عنهم فيه ، وروى له عن رسول الله صلى الله عليه وسلم خمسة آلاف حديث وثلثمائة وأربعة وسبعون حديثا وليس لأحد من الصحابة ما يقارب هذا •

قال الشافعى رحمه الله : أبو هريرة أحفظ من روى الحديث فى دهره ، وقال البخارى رحمه الله : روى عن أبى هريرة نحو ثمانمائة رجل وأكثر من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وغيرهم ، وكان أبو هريرة أشهر أهل الصفة فى زمن صحبته ، وكان عريف أهل الصفة توفى بالمدينة ودفن فى البقيع سنة تسع وخمسين وهو ابن ثمان وسبعين سنة رضى الله عنه وقد بسطت حاله فى تهذيب الأسماء وبالله التوفيق •

(فرع) مما يتعلق بما سبق ما ثبت فى صحيح مسلم وغيره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « اذا كان جنح الليل وأمسيتم فكفوا صبيانكم فان الشيطان ينتشر حينئذ ، فاذا ذهب ساعة من الليل فخلوهم وأغلقوا الباب واذكروا اسم الله ، فان الشيطان لا يفتح بابا مغلقا ، وأوكوا قربكم واذكروا

اسم الله وخمروا آنيتكم واذكروا اسم الله ولو أن تعرضوا عليها شيئاوأطفئوا مصابيحكم » وفى رواية لمسلم أيضا : « لا ترسلوا فواشيكم وصبيانكم اذا غابت الشمس حتى تذهب فحمة العشاء » وفى الصحيحين عن ابن عمر وأبى موسى رضى الله عنهم عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا تتركوا النار فى بيوتكم حين تنامون » فهذه سنن ينبغى المحافظة عليها ، وجنح الليل بضم الجيم وكسرها ظلامه ، والفواشي بالفاء جمع فاشية وهى كل ما ينتشر من المال كالبهائم وغيرها ، وفحمة العشاء ظلمتها ، وقد أوضحت شرح هذه الأحاديث وما يتعلق بها ومعانيها فى شرح صحيح مسلم رحمه الله .

وفى صحيح مسلم عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « اذا دخل الرجل بيته فذكر الله تعالى عند دخوله وعند طعامه قال الشيطان لا مبيت لكم ولا عشاء ، واذا دخل ولم يذكر الله تعالى قال الشيطان : أدركتم المبيت ، والعشاء » .

واعلم أنه يستحب التسمية عند دخوله بيته وبيت غيره ، والسلام اذا دخله وان لم يكن فيه أحد ، ويدعو عند خروجه ، قال أنس رضى الله عنه : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من قال يعنى اذا خرج من بيته : باسم الله توكلت على الله ولا حول ولا قوة الا بالله ، يقال له : كفيت ووقيت وتنحى عنه الشيطان » رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن ، وفى الباب أحاديث كثيرة من هذا أوضحتها فى أول كتاب الأذكار ، وفيها أشياء كثيرة تتعلق بهذا الفصل والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب السواك

(السواك سنة لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « السواك مطهرة للفم مرضاة للرب » ويستحب فى ثلاثة أحوال (أحدها) عند القيام للصلاة لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « صلاة بسواك خير من سبعين صلاة بغير سواك » (والثانى) عند اصفرار الأسنان لما روى العباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « استاكوا لا تدخلوا على قلحا » والثالث عند : تغير الفم وذلك قد يكون من النوم وقد يكون بالأزم ، وهو ترك الأكل وقد يكون بأكل شىء يتغير به الفم لما روت عائشة رضى الله عنها قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قام من النوم يشوص فاه بالسواك » وانما استاك لأن النائم ينطبق فمه ويتغير ، وهذا المعنى موجود فى كل ما يتغير به الفم فوجب أن يستحب له السواك) .

(الشرح) فى هذه القطعة جمل من الأحاديث والأسماء واللغات والأحكام يحصل بيانها ان شاء الله تعالى بمسائل (احداها) حديث عائشة : « السواك مطهرة للفم مرضاة للرب » حديث صحيح رواه أبو بكر محمد بن اسحاق بن خزيمة امام الأئمة فى صحيحه والنسائى والبيهقى فى سننهما وآخرون بأسانيد صحيحة ، وذكره البخارى فى صحيحه فى كتاب الصيام تعليقا فقال : وقالت عائشة رضى الله عنها عن النبى صلى الله عليه وسلم : « السواك مطهرة للفم مرضاة للرب » وهذا التعليق صحيح لأنه بصيغة جزم ، وقد ذكرت فى علوم الحديث أن تعليقات البخارى اذا كانت بصيغة الجزم فهى صحيحة . والمطهرة بفتح الميم وكسرها لغتان ذكرهما ابن السكيت وآخرون وهى كل اناء يتطهر به ، شبه السواك بها لأنه ينظف الفم . والطهارة : النظافة . وقوله صلى الله عليه وسلم « مرضاة للرب » قال العلماء : الرب بالألف واللام لا يطلق الا على الله تعالى بخلاف رب فانه يضاف الى المخلوق ، فيقال رب المال ورب الدار ورب الماشية كما قال النبى

صلى الله عليه وسلم فى الحديث فى ضالة الابل : « دعها حتى يأتيها ربها » وقد أنكر بعضهم اضافة رب الى الحيوان وهذا الحديث يرد قوله • وقد أوضحت كل هذا بدلائله فى آخر كتاب الأذكار • ومما جاء فى فضل السواك مطلقا حديث أنس رضى الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أكثرت عليكم فى السواك » رواه البخارى فى باب الجمعة والله أعلم •

وأما حديث عائشة : « صلاة بسواك خير من سبعين بغير سواك » فضعيف رواه البيهقى من طرق وضعفها كلها وكذا ضعفه غيره ، وذكره الحاكم فى المستدرك وقال : هو صحيح على شرط مسلم ، وأنكروا ذلك على الحاكم وهو معروف عندهم بالتساهل فى التصحيح ، وسبب ضعفه أن مداره على محمد بن اسحاق وهو مدلس ولم يذكر سماعه ، والمدلس اذا لم يذكر سماعه لا يحتج به بلا خلاف كما هو مقرر لأهل هذا الفن • وقوله : انه على شرط مسلم ليس كذلك فان محمد بن اسحاق لم يرو له مسلم شيئا محتجا به ، وانما روى له متابعة ، وقد علم من عادة مسلم وغيره من أهل الحديث أنهم يذكرون فى المتابعات من لا يحتج به للتقوية لا للاحتجاج ، ويكون اعتمادهم على الاسناد الأول وذلك مشهور عندهم ، والبيهقى أتقن فى هذا الفن من شيخه الحاكم وقد ضعفه والله أعلم •

ويغنى عن هذا الحديث حديث أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لولا أن أشق على أمتى لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة » رواه البخارى ومسلم ، وفى رواية للبخارى « مع كل صلاة » وقد غلط بعض الأئمة الكبار فزعم أن البخارى لم يروه وجعله من أفراد مسلم ، وقد رواه البخارى فى كتاب الجمعة • وأما حديث العباس فهوضعيف رواه أبو بكر ابن أبى خيثمة فى تاريخه ثم البيهقى عن العباس ، ورواه البيهقى أيضا عن ابن عباس واسنادهما ليس بقوى ، قال البيهقى : هو حديث مختلف فى اسناده وضعفه أيضا غيره ، ويغنى عنه فى الدلالة حديث : « السواك مطهرة للفم » والله أعلم •

وأما حديث عائشة : « اذا قام من النوم يشوص فاه بالسواك » فهو فى الصحيحين بهذا اللفظ من رواية حذيفة بن اليمان رضى الله عنهما ، لا من

رواية عائشـــة ، وقيل : ان ذكر عائشـــة وهم من المصنف وعدوه من غلطه والله أعلم •

المسألة الثانية فى لغاته : قال أهل اللغة : السواك بكسر السين ويطلق السواك على الفعل وهو الاستياك وعلى الآلة التى يستاك بها ويقال فى الآلة أيضا مسواك بكسر الميم ، يقال : ساك فاه يسوكه سوكا ، فان قلت : استاك، لم تذكر الفم • والسواك مذكر نقله الأزهرى عن العرب ، قال : وغلط الليث ابن المظفر فى قوله : انه مؤنث ، وذكر صاحب المحكم أنه يؤنث ويذكر لغتان، قالوا : وجمعه سواك بضم السين والواو ككتاب وكتب ويخفف باسـكان الواو وقال صاحب المحكم : قال أبو حنيفة : يعنى الدينورى الامام فى اللغة: ربما همز فقيل سؤاك ، قال : والسواك مشتق من ساك الشىء اذا دلكه ، وأشار غيره الى أنه مشتق من التســاوك يعنى التمايل يقــال جاءت الابل تتساوك أى تتمايل فى مشيتها ، والصحيح أنه من ساك اذا دلك ، هذا مختصر كلام أهل اللغــة فيه وهو فى اصطلاح الفقهــاء استعمال عود أو نحوه فى الأسنان لاذهاب التغير ونحوه والله أعلم •

وقوله : « مطهرة للفم مرضاة للرب » سبق شرحهما ، وميم الفم مخففة على المشهور ، وفى لغية يجوز تشديدها ، وقد بسطت ذلك فى تهذيب الأسماء واللغات ، وقوله : « يستحب فى ثلاثة أحوال » كذا هو فى المهذب ثلاثة وهو صحيح ، وفى الحال لغتــان التذكير والتأنيث فيقــال ثلاثة أحوال ، وثلاث أحوال وحال حسن ، وحالة حسنة •

وقوله : « صلاة بسواك خير من سبعين صلاة بغير سواك » معناه ثوابها أكثر من ثواب سبعين ، وقوله : لا تدخلوا على قلحا بضم القاف واسكان اللام والحاء المهملة جمع أقلح وهو الذى على أسنانه قلح بفتح القاف واللام وهو صفرة ووسخ يركبان الأسنان • قال صاحب المحكم : ويقال فيه أيضا القلاح بضم القاف وتخفيف اللام ويقــال قلح الرجل بفتح القــاف وكسر اللام وأقلح •

وقوله : وقد يكون بالأزم وهو ترك الأكل ، الأزم بفتح الهمزة واسكان الزاى وأصله فى اللغة الامساك وذكره الشــافعى وتأوله أصحابنا تأويلين

أحدهما : الجوع ، والثاني : السكوت وكلاهما صحيح ، وقول المصنف : « ترك الأكل » كان ينبغى أن يقول : « ترك الأكل والشرب » وقوله : « يشوص فاه » بضم الشين المعجمة وبالصاد المهملة ، والشوص دلك الأسنان عرضا بالسواك ، كذا قاله الخطابى وغيره ، وقيل : الغسل وقيل : التنقية وقيل غير ذلك والصحيح الأول والله أعلم .

المسألة الثالثة : العباس هو العباس بن عبد المطلب أبو الفضل عم رسول الله صلى الله عليه وسلم وتمام نسبه فى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكان أسن من رسول الله صلى الله عليه وسلم بسنتين أو ثلاث ، توفى بالمدينة سنة اثنتين وثلاثين ، وقيل أربع وثلاثين ، وكان أشد الناس سمعا .

المسألة الرابعة فى الأحكام : فالسواك سنة ليس بواجب هذا مذهبنا ومذهب العلماء كافة الا ما حكى الشيخ أبو حامد وأكثر أصحابنا عن داود أنه أوجبه ، وحكى صاحب الحاوى أن داود أوجبه ولم يبطل الصلاة بتركه، قال : وقال اسحاق بن راهويه . هو واجب فان تركه عمدا بطلت صلاته . وهذا النقل عن اسحاق غير معروف ولا يصح عنه ، وقال القاضى أبو الطيب والعبدرى : غلط الشيخ أبو حامد فى حكايته وجوبه عن داود ، بل مذهب داود أنه سنة لأن أصحابنا نصوا أنه سنة ، وأنكروا وجوبه ولا يلزم من هذا الرد على أبى حامد . واحتج لداود بظاهر الأمر ، واحتج أصحابنا بما احتج به الشافعى فى الأم والمختصر بحديث أبى هريرة الذى ذكرناه : « لولا أن أشق على أمتى لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة » قال الشافعى رحمه الله : لو كان واجبا لأمرهم به ، شق أو لم يشق . قال العلماء فى هذا الحديث أن الأمر للوجوب واستدل أصحابنا بأحاديث أخر وأقيسة ، ولا حاجة الى الاطالة فى الاستدلال اذا لم تتيقن خلافا ، والأحاديث الواردة بالأمر محمولة على الندب جمعا بين الأحاديث والله أعلم .

واعلم أن السواك سنة فى جميع الأحوال الا للصائم بعد الزوال ، ويتأكد استحبابه فى أحوال ، هكذا قاله أصحابنا . وعبارة المصنف توهم اختصاص الاستحباب بالأحوال الثلاثة المذكورة وليس الحكم كذلك بل هو مستحب

فى كل الأحوال لغير الصائم لقوله صلى الله عليه وسلم : « السواك مطهرة للفم مرضاة للرب » .

وأما الأحوال التى يتأكد الاستحباب فيها فخمسة أحدها : عند القيام الى الصلاة ، سواء صلاة الفرض والنفل ، وسواء صلى بطهارة ماء أو تيمم أو بغير طهارة كمن لم يجد ماء ولا ترابا وصلى على حسب حاله ، صرح به الشيخ أبو حامد والمتولى وغيرهما . الثانى : عند اصفرار الأسنان ودليله حديث : « السواك مطهرة » وأما احتجاج المصنف له بحديث العباس فلا يصح لأنه ضعيف كما سبق . الثالث : عند الوضوء اتفق عليه أصحابنا ، ممن صرح به صاحبا الحاوى والشامل وامام الحرمين والغزالى والرويانى وصاحب البيان وآخرون ، ولا يخالف هذا اختلاف الأصحاب فى أن السواك هل هو من سنن الوضوء أم لا ؟ فان ذلك الخلاف انما هو فى أنه يعد من سنن الوضوء أم سنة مستقلة عند الوضوء لا منه ، وكذا اختلفوا فى التسمية وغسل الكفين ولا خلاف أنهما سنة ، وانما الخلاف فى كونها من سنن الوضوء ، ودليل استحبابه عند الوضوء حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لولا أن أشق على أمتى لأمرتهم بالسواك مع كل وضوء » وفى رواية : « لفرضت عليهم السواك مع الوضوء » وهو حديث صحيح رواه ابن خزيمة والحاكم فى صحيحيهما وصححاه وأسانيده جيدة ، وذكره البخارى فى صحيحه فى كتاب الصيام تعليقا بصيغة جزم ، وفيه حديث آخر فى الصحيح ذكرته فى جامع السنة تركته هنا لطوله. الرابع : عند قراءة القرآن ذكره الماوردى والرويانى وصاحب البيان والرافعى وغيرهم . والخامس : عند تغير الفم ، وتغيره قد يكون بالنوم وقد يكون بأكل ما له رائحة كريهة ، وقد يكون بترك الأكل والشرب ، وبطول السكوت ، قال صاحب الحاوى : ويكون أيضا بكثرة الكلام والله أعلم .

هذه الأحوال الخمسة التى ذكرها أصحابنا ، وفى صحيح مسلم عن عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم : « كان اذا دخل بيته بدأ بالسواك » والله أعلم.

(فرع) اذا أراد أن يصلى صلاة ذات تسليمات كالتراويح والضحى وأربع ركعات سنة الظهر أو العصر والتهجد ونحو ذلك استحب أن يستاك

لكل ركعتين لقوله صلى الله عليه وسلم « لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة أو مع كل صلاة » وهو حديث صحيح كما سبق .

(فرع) قال المزنى فى المختصر : قال الشافعى رحمه الله : أحب السواك للصلوات عند كل حال تتغير فيها الفم . كذا وقع فى المختصر « عند » بغير واو ، قال القاضى حسين أخل المزنى بالواو ، وكذا قاله غير القاضى وهو كما قالوه فقد قاله الشافعى رحمه الله فى الأم بالواو ، واتفق نص الشافعى رحمه الله والأصحاب على أن السواك سنة عند الصلاة ، وان لم يتغير الفم .

(فرع) فى أول كتاب النكاح من الترمذى عن أبى أيوب رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أربع من سنن المرسلين : الحياء والتعطر والسواك والنكاح » قال الترمذى : حديث حسن ، هذا كلامه وفى اسناده الحجاج بن أرطاة وأبو الشمال ، والحجاج ضعيف عند الجمهور ، وأبو الشمال مجهول فلعله اعتضد بطريق آخر فصار حسنا وقوله : الحياء هو بالياء لا بالنون وانما ضبطته لأنى رأيت من صحفه فى عصرنا وقد سبق بتصحيفه وقد ذكر الامام الحافظ أبو موسى الأصبهانى هذا الحديث فى كتابه الاستغناء فى استعمال الحناء وأوضحه وقال : هو مختلف فى اسناده ومتنه ، يروى عن عائشة وابن عباس وأنس وجد مليح كلهم عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : واتفقوا على لفظ الحياء قال : وكذا أورده الطبرانى والدارقطنى وأبو الشيخ وابن منده وأبو نعيم وغيرهم من الحفاظ والأئمة قال : وكذا هو فى مسند الامام أحمد وغيره من الكتب . ومرادى بذكر هذا الفرع بيان أن السواك كان فى الشرائع السابقة والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يكره الا فى حالة واحدة وهو للصائم بعد الزوال لما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لخلوف فم الصائم أطيب عند الله من ريح المسك » والسواك يقطع ذلك فوجب أن يكره ، ولأنه أثر عبادة مشهود له بالطيب فكره ازالته كدم الشهداء) .

(الشرح) حديث أبى هريرة هذا رواه البخارى ومسلم وهو بعض

حديث والخلوف بضم الخاء واللام وهو تغير رائحة الفم ، ولا يجوز فتح الخاء يقال : خلف فم الصائم بفتح الخاء واللام يخلف بضم اللام وأخلف يخلف اذا تغير .

أما حكم المسألة : فلا يكره السواك فى حال من الأحوال لأحد الا للصائم بعد الزوال فانه يكره . نص عليه الشافعى فى الأم وفى كتاب الصيام من مختصر المزنى وغيرهما ، وأطبق عليه أصحابنا ، وحكى أبو عيسى [1] فى جامعه فى كتاب الصيام عن الشافعى رحمه الله أنه لم ير بالسواك للصائم بأسا أول النهار وآخره ، وهذا النقل غريب وان كان قويا من حيث الدليل ، وبه قال المزنى وأكثر العلماء وهو المختار . والمشهور الكراهة وسواء فيه صوم الفرض والنفل وتبقى الكراهة حتى تغرب الشمس وقال الشيخ أبو حامد : حتى يفطر . قال أصحابنا : وانما فرقنا بين ما قبل الزوال وبعده لأن بعد الزوال يظهر كون الخلوف من خلو المعدة بسبب الصوم لا من الطعام الشاغل للمعدة بخلاف ما قبل الزوال والله أعلم .

(فرع) قول المصنف ولأنه أثر عبادة مشهود له بالطيب فكره ازالته كدم الشهداء قال أبو عبد الله محمد بن على بن أبى على القلعى رحمه الله : قوله مشهود له بالطيب احتراز من بلل الوضوء على أحد الوجهين ومن أثر التيمم وشعر المحرم . وقال غيره : احتراز مما يصيب ثوب العالم من الحبر فانه وان كان أثر عبادة لكنه مشهود له بالفضل لا بالطيب ، ودم الشهداء مشهود له بالطيب فى قوله صلى الله عليه وسلم « فانهم يبعثون يوم القيامة وأوداجهم تفجر دما ، اللون لون الدم والريح ريح المسك » .

وأما الشهداء فجمع شهيد ، واختلف فى سبب تسميته شهيدا فقال الأزهرى : لأن الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم شهد له بالجنة ، وقال النضر بن شميل : الشهيد الحى ، فسموا بذلك لأنهم أحياء عند ربهم ، وقيل : لأن ملائكة الرحمة يشهدونه فيقبضون روحه ، وقيل : لأنه ممن يشهد يوم القيامة على الأمم . حكى هذه الأقوال الأزهرى ، وقيل لأنه شهد له بالايمان وخاتمة الخير بظاهر حاله وقيل : لأن له شاهدا بقتله وهو دمه

---

(١) هو الترمذى .

لأنه يبعث وجرحه يتفجر دما ، وقيل : لأن روحه تشهد دار السلام وروح غيره لا تشهدها الا يوم القيامة .

(فرع) يتعلق بقوله صلى الله عليه وسلم « لخلوف فم الصائم أطيب عند الله من ريح المسك » وكان وقع نزاع بين الشيخ أبى عمرو بن الصلاح والشيخ أبى محمد بن عبد السلام رضى الله عنهما فى أن هذا الطيب فى الدنيا والآخرة أم فى الآخرة ، فقال أبو محمد : فى الآخرة خاصة لقوله صلى الله عليه وسلم فى رواية لمسلم : « والذى نفس محمد بيده لخلوف فم الصائم أطيب عند الله من ريح المسك يوم القيامة » وقال أبو عمرو : (هو عام فى الدنيا والآخرة) واستدل بأشياء كثيرة منها ما جاء فى المسند الصحيح لأبى حاتم بن حبان بكسر الحاء البستى وهو من أصحابنا المحدثين الفقهاء قال : باب فى كون ذلك يوم القيامة . وباب فى كونه فى الدنيا وروى فى هذا الباب باسناده الثابت أنه صلى الله عليه وسلم قال : « لخلوف فم الصائم حين يخلف أطيب عند الله من ريح المسك » .

وروى الامام الحسن بن سفيان فى مسنده عن جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أعطيت أمتى فى شهر رمضان خمسا » قال: « وأما الثانية فانهم يمسون وخلوف أفواههم أطيب عند الله من ريح المسك » وروى هذا الحديث الامام الحافظ أبو بكر السمعانى فى أماليه وقال : هو حديث حسن ، فكل واحد من الحديثين مصرح بأنه فى وقت وجود الخلوف فى الدنيا يتحقق وصفه بكونه أطيب عند الله من ريح المسك قال : وقد قال العلماء شرقا وغربا معنى ما ذكرته فى تفسيره ، قال الخطابى : (طيبه عند الله رضاه به وثناؤه عليه) . وقال ابن عبد البر معناه أزكى عند الله تعالى وأقرب اليه وأرفع عنده من ريح المسك ، وقال البغوى فى شرح السنة : معناه الثناء على الصائم والرضا بفعله ، وكذا قاله الامام القدورى امام الحنفية فى كتابه فى الخلاف معناه أفضل عند الله من الرائحة الطيبة ، ومثله قال البونى من قدماء المالكية ، وكذا قال الامام أبو عثمان الصابونى وأبو بكر السمعانى وأبو حفص بن الصفار الشافعيون فى أماليهم وأبو بكر بن العربى المالكى وغيرهم .

فهؤلاء أئمة المسلمين شرقا وغربا لم يذكروا سوى ما ذكرته ولم يذكر أحد منهم وجها بتخصيصه بالآخرة مع أن كتبهم جامعة للوجوه المشهورة والعربية ، ومع أن الرواية التى فيها ذكر يوم القيامة مشهورة فى الصحيح ، بل جزموا بأنه عبارة عن الرضا والقبول ونحوهما مما هو ثابت فى الدنيا والآخرة ، وأما ذكر يوم القيامة فى تلك الرواية فلأنه يوم الجزاء وفيه يظهر رجحان الخلوف فى الميزان على المسك المستعمل لدفع الرائحة الكريهة طلبا لرضى الله تعالى حيث يؤمر باجتنابها واجتلاب الرائحة الطيبة كما فى المساجد والصلوات وغيرها من العبادات ، فخص يوم القيامة بالذكر فى الرواية لذلك كما خص فى قوله تعالى : « ان ربهم بهم يومئذ لخبير [1] » وأطلق فى باقى الروايات نظرا الى أن أصل أفضليته ثابت فى الدارين كما سبق تقريره ، هذا مختصر ما ذكره الشيخ أبو عمرو رحمه الله .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى السواك للصائم

قد ذكرنا أن مذهبنا : المشهور أنه يكره له بعد الزوال وحكاه ابن المنذر عن عطاء ومجاهد وأحمد واسحق وأبى ثور ، وحكاه ابن الصباغ أيضا عن ابن عمر [2] والأوزاعى ومحمد بن الحسن ، قال ابن المنذر : ورخص فيه فى جميع النهار النخعى وابن سيرين وعروة بن الزبير ومالك وأصحاب الرأى ، قال : وروى ذلك عن عمر وابن عباس وعائشة رضى الله عنهم . واحتج القائلون بأنه لا يكره فى جميع النهار بالأحاديث الصحيحة فى فضله ولم ينه عنه ، واحتجوا بما رواه أبو اسحق ابراهيم بن البيطار الخوارزمى قال : قلت لعاصم الأحول : أيستاك الصائم أول النهار وآخره ؟ قال : نعم قلت : عمن ؟ قال عن أنس عن النبى صلى الله عليه وسلم قالوا : ولأنه طهارة للفم فلم يكره فى جميع النهار كالمضمضة .

واحتج أصحابنا بحديث أبى هريرة فى الخلوف وهو صحيح كما سبق .

---

(١) الآية ١١ من سورة والعاديات .

(٢) الثابت من ابن عمر خلاف هذا قال البخارى فى كتاب الصيام فى باب اغتسال الصائم : « وقال ابن عمر يستاك أول النهار وآخره » نعم حكاه الموفق الحنبلى فى المغنى عن عمر لم حكى عن عمر رواية اخرى انه لا يكره ا هـ اذرعى .

وبحديث عن خباب بن الأرت رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا صمتم فاستاكوا بالغداة ولا تستاكوا بالعشى ، فانه ليس من صائم تيبس شفتاه بالعشى الا كانتا نورا بين عينيه يوم القيامة » رواه البيهقى ولكنه ضعفه وبين ضعفه ، واحتجوا بما ذكره المصنف أنه أثر عبادة مشهود له بالطيب فكره ازالته كدم الشهيد . وأجابوا عن أحاديث فضل السواك بأنها عامة مخصوصة والمراد بها غير الصائم آخر النهار ، وعن حديث الخوارزمى بأنه ضعيف فان الخوارزمى ضعيف باتفاقهم . وعن المضمضة بأنها لا تزيل الخلوف بخلاف السواك والله أعلم .

(فرع) ان قيل ما ذكرتموه من الحديث والمعنى يقتضى فضيلة الخلوف فلم قلتم انه أفضل من تحصيل فضيلة السواك ؟ فالجواب أنه قد ثبت أن دم الشهيد لا يزال بل يترك للمحافظة عليه [1] غسل الميت والصلاة عليه وهما واجبان فاذا ترك من أجله واجبان دل على رجحانه عليهما لكونه مشهودا له بالطيب ، فالمحافظة على الخلوف الذى يشاركه فى الشهادة له بالطيب أولى بالمحافظة فانه انما يترك من أجله سنة السواك والله أعلم .

(فرع) مذهبنا أنه لا يكره للصائم السواك الرطب قبل الزوال اذا لم ينفصل منه شىء يدخل جوفه وبه قال جماعات من العلماء ، وكرهه بعض السلف ، وستأتى المسألة مبسوطة حيث ذكرها الشافعى والأصحاب رحمهم الله فى كتاب الصيام ان شاء الله تعالى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والمستحب أن يستاك عرضا لقوله صلى الله عليه وسلم « استاكوا [2] عرضا وادهنوا غبا واكتحلوا وترا ») .

(الشرح) هذا الحديث ضعيف غيرمعروف ، قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح رحمه الله : بحثت عنه فلم أجد له أصلا ولا ذكرا فى شىء من كتب

---

(١) كذا بالأصل ولعل واوا ساقطة فيقال للمحافظة عليه وغسل الميت الخ (ط) .

(٢) روى ابن أبى شيبة فى مصنفه والطبرانى فى الأوسط عن سليمان بن صرد حديثا بهذا المعنى ولفظه (استاكوا وتنظفوا وأوتروا فان الله عز وجل وتر يحب الوتر) . ط .

الحديث ، واعتنى جماعة بتخريج أحاديث المهذب فلم يذكروه أصلا ، وعقد البيهقى بابا فى الاستياك عرضا ولم يذكر فيه حديثا يحتج به وهذا الحكم الذى ذكره وهو استحباب الاستياك عرضا يستدل له أنه يخشى فى الاستياك طولا ادماء اللثة وافساد عمود الأسنان [1] وأما الحديث الذى اعتمده المصنف فلا اعتماد عليه ولا يحتج به ، وهذا الذى ذكرناه من استحباب الاستياك عرضا هو المذهب الصحيح الذى قطع به الأصحاب فى الطريقتين الا امام الحرمين والغزالى فانهما قالا : يستاك عرضا وطولا فان اقتصر فعرضا ، وهذا الذى قالاه شاذ مردود مخالف للنقل والدليل .

وقد صرح جماعة من الأصحاب بالنهى عن الاستياك طولا منهم الماوردى والقاضى حسين وصاحب العدة وغيرهم ، وصرح صاحب الحاوى بكراهة الاستياك طولا فلو خالف واستاك طولا حصل السواك وان خالف المختار ، وصرح به أصحابنا وأوضح صاحب الحاوى كيفية السواك فقال : يستحب أن يستاك عرضا فى ظاهر الأسنان وباطنها ويمر السواك على أطراف أسنانه وكراسى أضراسه ، ويمره على سقف حلقه امرارا خفيفا ، قال : فأما جلاء الاسنان بالحديد وبردها بالمبرد فمكروه لأنه يضعف الأسنان ويفضى الى انكسارها ولأنه يخشنها فتتراكم الصفرة عليها و الله أعلم .

(فرع) ذكر فى هذا الحديث الادهان غبا وهو بكسر الغين ، وهو أن يدهن ثم يترك حتى يجف الدهن ثم يدهن ثانيا ، وأما الاكتحال وترا فاختلف فيه فقيل يكون فى عين وترا وفى عين شفعا ليكون المجموع وترا ، والصحيح الذى عليه المحققون أنه فى كل عين وتر ، وعلى هذا فالسنة أن يكون فى كل عين ثلاثة أطراف لما روى ابن عباس رضى الله عنهما قال : « كان النبى صلى الله عليه وسلم مكحلة يكتحل منها كل ليلة فى كل عين ثلاثة » رواه الترمذى وقال : حديث حسن ، والوتر بفتح الواو وكسرها لغتان فصيحتان قرىء بهما فى السبع والله أعلم .

---

(١) اطباء الاسنان يقولون : أن الاستياك الصحيح يكون طولا اى أعلى وأسفل لان الغشاء العاجى الاملس الذى يكسو الأسنان ينبغى المحافظة عليه فالاستياك عرضا يضر بهذا الغشاء فيسرع الى الاسنان الفساد وعلى هذا يتوجه كلام امام الحرمين وتلميذه الغزالى (ط) .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والمستحب أن لا يستاك بعود رطب لا يقلع ولا ييابس يجرح اللثة ، بل يستاك بعود بين عودين ، وبأى شيء استاك مما يقلع القلح ويزيل التغير كالخرقة الخشنة وغيرها أجزأه لأنه يحصل به المقصود ، وان أمر أصبعه على أسنانه لم يجزئه لأنه لا يسمى سواكا) .

(الشرح) اللثة بكسر اللام وتخفيف الثاء المثلثة وهى ما حول الأسنان من اللحم ، كذا قاله الجوهرى وقال غيره : هى اللحم الذى ينبت فيه الأسنان ، فأما اللحم الذى يتخلل الأسنان فهو عمر بفتح العين واسكان الميم وجمعه عمور بضم العين ، وجمعها لثات ولثى .

أما حكم المسألة . فقوله : لا يستاك بيابس ولا رطب بل بمتوسط ، كذا قاله أصحابنا قالوا : فان كان يابسا نداه بماء ، وقوله : وبأى شيء استاك مما يزيل التغير والقلح أجزأه ، كذا قال أصحابنا واتفقوا عليه ، قال القاضى أبو الطيب وصاحبه صاحب الشامل وآخرون : فيجوز الاستياك بالسعد والأشنان وشبههما .

وأما الأصبع فان كانت لينة لم يحصل بها السواك بلا خلاف ، وان كانت خشنة ففيها أوجه : الصحيح المشهور لا يحصل ، لأنها لا تسمى سواكا ولا هى فى معناه بخلاف الأشنان ونحوه فانه وان لم يسم سواكا فهو فى معناه ، وبهذا الوجه قطع المصنف والجمهور (والثانى) يحصل لحصول المقصود وبهذا قطع القاضى حسين والمحاملى فى اللباب والبغوى واختاره الرويانى فى كتابه البحر (والثالث) ان لم يقدر على عود ونحوه حصل والا فلا ، حكاه الرافعى . ومن قال بالحصول فدليله ما ذكرناه من حصول المقصود .

وأما الحديث المروى عن أنس عن النبى صلى الله عليه وسلم : « يجزى من السواك الأصابع » فحديث ضعيف ضعفه البيهقى وغيره ، والمختار الحصول لما ذكرناه ثم الخلاف انما هو فى اصبعه أما أصبع غيره الخشنة فتجزى قطعا لأنها ليست جزءا منه فهى كالأشنان . وفى الاصبع عشر لغات

كسر الهمزة ، وفتحها ، وضمها مع الحركات الثلاث فى الباء ، والعاشره أصبوع بضع الهمزة والباء وأفصحهن كسر الهمزة مع فتح الباء والله أعلم .

(فرع) قال أصحابنا : يستحب أن يكون السواك بعود وأن يكون بعود أراك ، قال الشيخ نصر المقدسى : الأراك أولى من غيره ثم بعده النخل أولى من غيره ، قال المتولى : يستحب أن يكون عودا له رائحة طيبة كالأراك، واستدلوا للأراك بحديث أبى خيرة الصباحى [1] رضى الله عنه قال : كنت فى الوفد يعنى وفد عبد القيس الذين وفدوا على رسول الله صلى الله عليه وسلم « فأمر لنا بأراك فقال استاكوا بهذا » وأبو خيرة بفتح الخاء المعجمة واسكان المثناة تحت ، والصباحى بضم الصاد المهملة ، وبعدها باء موحدة مخففة وبالحاء المهملة هكذا ضبطه ابن ماكولا وغيره ، قال : ولم يرو عن النبى صلى الله عليه وسلم من هذه القبيلة سواه والله أعلم .

(فرع) فى مسائل تتعلق بالسواك

قال أصحابنا : يستحب أن يبدأ فى الاستياك بجانب فمه الأيمن للحديث الصحيح أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يحب التيامن فى تطهره وترجله وشأنه كله » وقياسا على الوضوء ، قال القاضى حسين : وينوى به الاتيان بالسنة ، ولا بأس بالاستياك بسواك غيره باذنه للحديث الصحيح فيه . قالوا : ويستحب أن يعود الصبى السواك ليألفه كسائر العبادات ، قال الصيمرى : ويستحب اذا أراد أن يستاك ثانيا أن يغسل مسواكه ، وهذا يحتج له بحديث عائشة رضى الله عنها قالت : « كان نبى الله صلى الله عليه وسلم يستاك فيعطينى السواك لأغسله فأبدأ به فأستاك ثم أغسله فأدفعه اليه » حديث حسن رواه أبو داود باسناد جيد ، وهذا محمول على ما اذا

---

(١) فى القاموس الصنابحى . وفى الاستيعاب هو من ولد صباح بن لكيز بن أفصى بن عبد القيس وينتهى الى ربيعة بن نزار وفى الاصابة : ابو خيرة العبدى ثم الصباحى نسبة الى صباح بضم المهملة وتخفيف الموحدة وآخره حاء مهملة لكيز بن أفصى بطن من عبد القيس ، اخرج البخارى فى التاريخ مختصرا وخليفة والدولابى والطبرانى وابو احمد الحاكم من طريق داود ابن المشاور عن مقاتل بن همام عن أبى خيرة الصباحى قال : كنت فى الوفد الذين أتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم من عبد القيس فزودنا الأراك نستاك به فقلنا يا رسول الله عندنا الجريد ولكن نقبل كرامتك وعطيتك فقال : اللهم اغفر لعبد القيس ، اسلموا طائعين غير مكرهين ، اذ قعد قوم لم يسلموا الا حرابا موتورين ا هـ لفظ الطبرانى (ط) .

حصل عليه شيء من وسخ أو رائحة ونحوهما قال الصيمرى : ويكره أن يدخل مسواكه فى ماء وضوئه ، وهذا فيه نظر ، وينبغى ألا يكره ، قال الرويانى : قال بعض أصحابنا : يستحب أن يقول عند ابتداء السواك : اللهم بيض به أسنانى وشد به لثاتى وثبت به لهاتى ، وبارك لى فيه يا أرحم الراحمين . وهذا الذى قاله وان لم يكن له أصل فلا بأس به فانه دعاء حسن .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب أن يقلم الأظافر ويقص الشارب ويغسل البراجم وينتف الابط ويحلق العانة لما روى عمار بن ياسر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الفطرة عشرة : المضمضة ، والاستنشاق ، والسواك ، وقص الشارب ، وتقليم الأظافر ، وغسل البراجم ، ونتف الابط ، والانتضاح بالماء ، والختان ، والاستحداد ») .

(الشرح) فى هذه القطعة جمل وبيانها بمسائل (احداها) حديث عمار رواه أحمد بن حنبل وأبو داود وابن ماجه باسناد ضعيف منقطع من رواية على بن زيد بن جدعان عن سلمة بن محمد بن عمار عن عمار ، قال الحفاظ : لم يسمع سلمة عمارا ولكن يحصل الاحتجاج بالمتن لأنه رواه مسلم فى صحيحه من رواية عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « عشر من الفطرة : قص الشارب ، واعفاء اللحية ، والسواك ، واستنشاق الماء ، وقص الأظفار ، وغسل البراجم ، ونتف الابط ، وحلق العانة ، وانتقاص الماء » قال مصعب بن شيبة أحد رواته : ونسيت العاشرة الا أن تكون « المضمضة » وقال وكيع وهو أحد رواته : انتقاص الماء الاستنجاء وهو بالقاف والصاد المهملة .

المسألة الثانية فى لغاته : فالظفر فيه لغات : ضم الظاء والفاء واسكان الفاء وبكسر الظاء مع اسكان الفاء وكسرها وأظفور ، والفصيح الأول ، وبه جاء القرآن ، والبراجم بفتح الباء الموحدة جمع برجمة بضمها وهى العقد المتشنجة الجلد فى ظهور الأصابع ، وهى مفاصلها التى فى وسطها بين الرواجب والأشاجع فالرواجب هى المفاصل التى تلى رءوس الأصابع ، والأشاجع بالشين المعجمة هى المفاصل التى تلى ظهر الكف ، وقال أبو عبيد : الرواجب

والبراجم جميعا هى مفاصل الأصابع كلها وكذا قاله صاحب المحكم وآخرون، وهذا مراد الحديث ان شاء الله فانها كلها تجمع الوسخ .

وأما الابط فباسكان البـاء وفيه لغتـان التذكير والتأنيث حكاهما أبو القاسم الزجاجى وآخرون . قال ابن السكيت : الابط مذكر وقد يؤنث فيقال ابط حسن وحسنة وأبيض وبيضاء ، وأما الفطرة فبكسر الفاء وأصلها الخلقة قال الله تعالى : « فطرة الله التى فطر الناس عليها [1] » واختلفوا فى تفسيرها فى هذا الحديث : فقال المصنف فى تعليقه فى الخلاف ، والماوردى فى الحـاوى ، وغيرهما من أصحابنا : هى الدين . وقال الامام أبو سـليمان الخطابى : فسرها أكثر العلماء فى الحديث بالسنة ، قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح : هذا فيه اشكال لبعد معنى السنة من معنى الفطرة فى اللغة قال : فلعل وجهه أن أصله سنة الفطرة أو أدب الفطرة فحذف المضاف وأقيم المضاف اليه مقامه . قلت : تفسير الفطرة هنـا بالسـنة هو الصواب ، ففى صحيح البخارى عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من السنة قص الشارب ونتف الابط وتقليم الأظافر » وأصح ما فسر به غريب الحـديث تفسيره بما جاء فى رواية أخرى لاسيما فى صحيح البخارى .

وأما قوله صلى الله عليه وسلم : « الفطرة عشرة » فمعناه معظمها عشرة « كالحج عرفة » فانها غير منحصرة فى العشرة ، ويدل عليه رواية مسـلم « عشر من الفطرة » وأما ذكر الختان فى جملتها وهو واجب وباقيها سـنة فغير ممتنع فقد يقرن المختلفان كقول الله تعـالى : « كلوا من ثمره اذا أثمر وآتوا حقه [2] » والأكل مباح والايتاء واجب ، وقوله تعالى : « فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وآتوهم [3] » والايتاء واجب والكتابة سنة ونظائره فى الكتاب والسنة كثيرة مشهورة . وأما الانتضاح فاختلف فيه فقيل هو نضح الفرج بقليل من الماء بعد الوضوء لدفع الوسـواس ، والصحيح الذى قاله الخطابى والمحققون أنه الاستنجاء بالماء ، بدليل رواية مسلم : وانتقاص الماء . وهو بالقاف والصاد المهملة ، قال الخطابى : هو مأخوذ من النضح وهو الماء

---

(١) الآية ٣٠ من سورة الروم .
(٢) الآية ١٤١ من سورة الأنعام .
(٣) الآية ٣٣ من سورة النور .

القليل . وأما الاستحداد فهو استعمال الحديدة ، وصار كنـاية عن حلق العانة . وأما راوى الحديث فهو أبو اليقظان عمار بن ياسر واسم أم عمـار سمية بضم السين المهملة وهو وأبوه ياسر وأمه سمية صحابيون رضى الله عنهم ، وكانوا ممن تقدم اسلامهم فى أول الأمر وكانوا يعـذبهم الكفار على الاسلام فيمر بهم النبى صلى الله عليه وسلم فيقول : « صبرا آل ياسر فان موعدكم الجنة » وسمية أول شهيدة فى الاسلام توفى عمار سنة سبع وثلاثين وهو ابن ثلاث وقيل أربع وتسعين سنة رضى الله عنه ، والله أعلم .

المسألة الثالثة فى الأحكام : أما تقليم الأظفار فمجمع على أنه سـنة ، وسواء فيه الرجل والمرأة واليدان والرجلان ، ويستحب أن يبدأ باليد اليمنى ثم اليسرى ثم الرجل اليمنى ثم اليسرى ، قال الغزالى فى الاحياء : يبـدأ بسبحة اليمنى ثم الوسـطى ثم البنصر ثم الخنصر ثم خنصر اليسرى الى ابهام اليمنى ، وذكر فيه حديثا وكلاما فى حكمته وهذا الذى قاله مما أنكره عليه الامام أبو عبد الله المازرى [1] المالكى الامام فى علم الأصول والكلام والفقه ، وذكر فى انكاره عليه كلاما لا أوثر ذكره ، والمقصود أن الذى ذكره الغزالى لا بأس به ، الا فى تأخير ابهام اليمنى فلا يقبل قوله فيه ، بل يقدم اليمنى بكمالها ثم يشرع فى اليسرى ، وأما الحـديث الذى ذكره فبـاطل لا أصل له .

وأما الرجلان فيبدأ بخنصر اليمنى ثم يمر على الترتيب حتى يختم بخنصر اليسرى كما فى تخليل الأصابع فى الوضوء ، وأما التوقيت فى تقليم الأظفار فهو معتبر بطولها ، فمتى طالت قلمها ويختلف ذلك باختـلاف الأشخاص والأحوال ، وكذا الضابط فى قص الشارب ونتف الابط وحلق العانة ، وقد ثبت عن أنس رضى الله عنه قال : « وقت لنا فى قص الشارب وتقليم الأظفار ونتف الابط وحلق العانة أن لا نترك أكثر من أربعين ليلة » رواه مسلم وهذا لفظه ، وفى رواية أبى داود والبيهقى « وقت لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم .. فذكر ما سبق وقال : أربعين يوما » لكن اسنادها ضعيف والاعتماد على رواية مسلم فان قوله : « وقت لنا » كقول الصحابى : أمرنا بكذا ونهينا

(1) نسـبة الى مازرة من صقلية .

عن كذا وهو مرفوع كقوله : قال لنا رسـول الله صلى الله عليه وسلم على المذهب الصحيح الذى عليه الجمهور من أهل الحديث والفقه والأصول . ثم معنى هذا الحديث أنهم لا يؤخرون فعل هذه الأشياء عن وقتها فان أخروها فلا يؤخرونها أكثر من أربعين يوما ، وليس معناه الاذن فى التأخير أربعين مطلقا ، وقد نص الشـافعى والأصحاب رحمهم الله على أنه يستحب تقليم الأظفار والأخذ من هذه الشعور يوم الجمعة ، والله أعلم .

ولو كان تحت الأظفار وسخ فان لم يمنع وصول الماء الى ما تحته لقلته صح الوضوء ، وان منع فقطع المتولى بأنه لا يجزيه ولا يرتفع حدثه ، كما لو كان الوسخ فى موضع آخر من البدن ، وقطع الغزالى فى الاحياء بالاجزاء وصحة الوضوء والغسل أنه يعفى عنه للحاجة ، قال : لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يأمرهم بتقليم الأظفار وينكر ما تحتهـا من وسخ ، ولم يأمرهم باعادة الصلاة والله أعلم .

وأما قص الشارب فمتفق على أنه سنة . ودليله الحديثان السـابقان وحديث زيد بن أرقم رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم . « من لم يأخذ من شاربه فليس منا » رواه الترمذى فى كتاب الاستئذان من جامعه وقال : حديث حسن صحيح . ثم ضابط قص الشارب أن يقص حتى يبدو طرف الشفة ولا يحفه من أصله ، هذا مذهبنا ، وقال أحمد رحمه الله : ان حفه فلا بأس ، وان قصه فلا بأس ، واحتج بالأحاديث الصحيحة كحديث ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أحفوا الشارب واعفوا اللحى » رواه البخارى ومسلم وفى رواية . « جزوا الشوارب » وفى رواية « انهكوا الشوارب » وهذه الروايات محمولة عندنا على الحف من طرف الشفة لا من أصل الشعر ، ومما يستدل به فى أن السـنة قص بعض الشارب كما ذكرنا ما روى ابن عباس رضى الله عنهما قال : « كان النبى صلى الله عليه وسلم يقص أو يأخذ من شاربه قال : وكان ابراهيم خليل الرحمن يفعله » رواه الترمذى وقال : حديث حسن ، وروى البيهقى فى سننه عن شرحبيل بن مسلم الخولانى قال : « رأيت خمسة من أصحاب رسـول الله صلى الله عليه وسلم يقصون شواربهم : أبو أمامة الباهلى ، وعبـد الله بن

بسر ، وعتبة [1] بن عبد السلمى ، والحجاج بن عامر الثمالى ، والمقدام بن معد يكرب وكانوا يقصون شواربهم مع طرف الشفة » .

وروى البيهقى عن مالك بن أنس الامام رحمه الله أنه ذكر احفاء بعض الناس شواربهم فقال مالك : ينبغى أن يضرب من صنع ذلك فليس حديث النبى صلى الله عليه وسلم كذلك ولكن يبدى حرف الشفة والفم ، قال مالك: حلق الشارب بدعة ظهرت فى الناس ، قال الغزالى : ولا بأس بترك سباليه وهما طرفا الشارب ، فعل ذلك عمر رضى الله عنه وغيره . قلت : ولا بأس أيضا بتقصيره روى ذلك البيهقى عن ابن عمر رضى الله عنهما ، ويستحب فى قص الشارب أن يبدأ بالجانب الأيمن لما سبق أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يحب التيامن فى كل شىء ، والتوقيت فى قص الشارب كما سبق فى تقليم الأظفار ، وهو مخير بين أن يقص شاربه بنفسه أو يقصه له غيره لأن المقصود يحصل من غير هتك مروءة ، والله أعلم .

وأما غسل البراجم فمتفق على استحبابه وهو سنة مستقلة غير مختصة بالوضوء ، وقد أوضحها الغزالى فى الاحياء وألحق بها ازالة ما يجتمع من الوسخ فى معاطف الأذن وقعر الصماخ فيزيله بالمسح ، وربما أضرت كثرته بالسمع ، قال : وكذا ما يجتمع فى داخل الأنف من الرطوبات الملتصقة بجوانبه ، وكذا الوسخ الذى يجتمع على غير ذلك من البدن بعرق وغبار ونحوهما ، والله أعلم .

وأما نتف الابط فمتفق أيضا على أنه سنة ، والتوقيت فيه كما سبق فى الأظفار فانه يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال ، ثم السنة نتفه كما صرح به الحديث ، فلو حلقه جاز ، وحكى عن يونس بن عبد الأعلى قال : دخلت على الشافعى رحمه الله وعنده المزين يحلق ابطيه ، فقال الشافعى : قد علمت أن السنة النتف ولكن لا أقوى على الوجع ، ولو أزاله بالنورة فلا بأس . قال الغزالى : المستحب نتفه وذلك سهل لمن تعوده فان حلقه جاز لأن المقصود النظافة ، وأن لا يجتمع الوسخ فى خلل ذلك وربما حصل بسببه رائحة ويستحب أن يبدأ بالابط الأيمن كما سبق والله أعلم .

---

(١) وهو عتبة بن النذر بضم النون وفتح الذال المشددتين كان اسمه عتلة فغير رسول الله صلى الله عليه وسلم (اسمه) (ط) .

وأما حلق العـانة فمتفق على أنه سنة أيضا وهل يجب على الزوجة اذا أمرها زوجها ؟ فيه قولان مشهوران أصحهما الوجوب ، وهذا اذا لم يفحش بحيث ينفر التواق ، فان فحش بحيث نفره وجب قطعـا وستأتى المسـألة مبسوطة فى كتاب النكاح حيث ذكرها المصنف ان شاء الله تعالى .

والسنة فى العانة الحلق كما هو مصرح به فى الحديث فلو نتفها أو قصها أو أزالها بالنورة جاز ، وكان تاركا للأفضل وهو الحلق ويحلق عانته بنفسه، ويحرم أن يوليها غيره الا زوجته أو جاريته التى تستبيح النظر الى عورته ومسها ، فيجوز مع الكراهة . والتوقيت فى حلق العـانة على ما سبق من اعتبار طولها ، وأنه ان أخره فلا يجاوز أربعين يوما ، وقد فعل من السلف جماعة بالنورة ، وكرهها آخرون منهم ، وجمع البيهقى الآثار عنهم فى السنن الكبير وأفرد لها بابا .

وأما حقيقة العانة التى يستحب حلقها فالمشهور أنها الشعر النابت حوالى ذكر الرجل وقبل المرأة وفوقهما ، ورأيت فى كتاب الودائع المنسوب الى أبى العباس بن سريج وما أظنه يصح عنه قال : العانة الشعر المستدير حول حلقة الدبر . وهذا الذى قاله غريب ولكن لا مانع من حلق شـعر الدبر ، وأما استحبابه فلم أر فيه شيئا لمن يعتمد غير هذا فان قصد به التنظف وسـهولة الاستنجاء فهو حسن محبوب والله أعلم .

(فرع) يستحب دفن ما أخذ من هذه الشعور والأظفار وموازاته فى الأرض نقل ذلك عن ابن عمر رضى الله عنهما واتفق عليه أصحابنا وسنبسطه فى كتاب الجنائز حيث ذكره الأصحاب ان شاء الله تعالى .

(فرع) سبق فى الحديث أن اعفاء اللحية من الفطرة فالاعفاء بالمد ، قال الخطـابى وغيره : هو توفيرها وتركها بلا قص ، كره لنـا قصها كفعل الأعاجم ، قال : وكان من زى كسرى قص اللحى وتوفير الشوارب ، قال الغزالى فى الاحياء : اختلف السلف فيما طال من اللحية فقيل : لا بأس أن يقبض عليها ويقص ماتحت القبضة ، فعله ابن عمر ثم جمـاعة من التابعين ، واستحسنه الشعبى وابن سيرين ، وكرهه الحسن وقتادة ، وقالوا : يتركها عافية لقوله صلى الله عليه وسلم : « واعفوا اللحى » .

قال الغزالى : والأمر فى هذا قريب اذا لم ينته الى تقصيصها لأن الطول المفرط قد يشوه الخلقة . هذا كلام الغزالى والصحيح كراهة الأخذ منها مطلقا ، بل يتركها على حالها كيف كانت للحديث الصحيح « واعفوا اللحى » وأما حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم : « كان يأخذ من لحيته من عرضها وطولها » فرواه الترمذى باسناد ضعيف لا يحتج به .

وأما المرأة اذا نبتت لها لحية فيستحب حلقها ، صرح به القاضى حسين وغيره وكذا الشارب والعنفقة لها ، هذا مذهبنا وقال محمد بن جرير : لايجوز لها حلق شىء من ذلك ، ولا تغيير شىء من خلقتها بزيادة ولا نقص .

وأما الأخذ من الحاجبين اذا طالا فلم أر فيه شيئا لأصحابنا ، وينبغى أن يكره لأنه تغيير لخلق الله لم يثبت فيه شىء فكره ، وذكر بعض أصحاب أحمد أنه لا بأس به ، قال : وكان أحمد يفعله وحكى أيضا عن الحسن البصرى ، قال الغزالى : تكره الزيادة فى اللحية والنقص منها ، وهو أن يزيد فى شعر العذارين من شعر الصدغين اذا حلق رأسه ، أو ينزل فيحلق بعض العذارين ، قال : وكذلك نتف جانبى العنفقة [1] وغير ذلك فلا يغير شيئا ، وقال أحمد ابن حنبل : لا بأس بحلق ما تحت حلقه من لحيته ولا يقص ما زاد منها على قبضة اليد ، وروى نحوه عن ابن عمر وأبى هريرة وطاوس وما ذكرناه أولا هو الصحيح والله أعلم .

(فرع) ذكر أبو طالب المكى فى قوت القلوب ثم الغزالى فى الاحياء فى اللحية عشر خصال مكروهة (احداها) : خضابها بالسواد الا لغرض الجهاد ارعابا للعدو باظهار الشباب والقوة فلا بأس اذا كان بهذه النية ، لا لهوى وشهوة ، هذا كلام الغزالى وسأفرد فرعا للخضاب بالسواد قريبا ان شاء الله تعالى (الثانية) : تبييضها بالكبريت أو غيره استعجالا للشيخوخة واظهارا للعلو فى السن لطلب الرياسة والتعظيم والمهابة والتكريم ولقبول حديثه وايهاما للقاء المشايخ ونحوه (الثالثة) : خضابها بحمرة أو صفرة تشبها

---

(١) العذاران جانبا اللحية من شعر الخدين والعنفق خفة الشىء والعنفقة الشعيرات الخفيفة بين الشفة السفلى واللذن (ط) .

بالصالحين ومتبعى السنة لا بنية اتباع السنة (الرابعة) : نتفها فى أول طلوعها وتخفيفها بالموسى ايثارا للمرودة واستصحابا للصبا وحسن الوجه ، وهـذه الخصلة من أقبحها (الخامسة) : نتف الشيب ، وسيأتى بسطه ان شاء الله تعالى (السادسة) : تصفيفها وتعبيتهـا طاقة فوق طاقة للتزين والتصـنع ليستحسنه النساء وغيرهن (السابعة) : الزيادة فيها والنقص منها كما سبق (الثامنة) : تركها شعثة منتفشة اظهارا للزهادة وقلة المبالاة بنفسه (التاسعة) : تسريحها تصنعا (العاشرة) : النظر اليها اعجابا وخيلاء غرة بالشباب وفخرا بالمشيب وتطاولا عن الشباب ، وهاتان الخصلتان فى التحقيق لا تعود الكراهة فيهما الى معنى فى اللحية ، بخلاف الخصال السابقة والله أعلم •

ومما يكره فى اللحية عقـدها ، ففى سنن أبى داود وغيره عن رويفع رضى الله عنه باسناد جيد قال : قال لى رسـول الله صلى الله عليه وسلم : « يا رويفع لعل الحياة ستطول بك فأخبر الناس أنه من عقد لحيته أو تقلد وترا أو استنجى برجيع دابة أو عظم فان محمدا منه برىء » قال الخطابى : فى عقدها تفسيران (أحدهما) أنهم كانوا يعقدون لحاهم فى الحرب وذلك من زى العجم (والثانى) معالجة الشعر لينعقد ويتجمد وذلك من فعل أهل التأنيث والتوضيع •

(فرع) يكره نتف الشيب لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا تنتفوا الشيب فانه نور المسلم يوم القيامة » حديث حسن رواه أبو داود والترمذى والنسائى وغيرهم بأسانيد حسنة قال الترمذى : حسن • هكذا قال أصحابنا يكره ، صرح به الغزالى كما سبق والبغوى وآخرون ، ولو قيل : يحرم للنهى الصريح الصحيح لم يبعد ، ولا فرق بين نتفه من اللحية والرأس •

(فرع) قال أصحابنا : يستحب ترجيل الشعر ودهنه غبا ، وقد سبق تفسير الغب وتسريح اللحية لحديث أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من كان له شعر فليكرمه » رواه أبو داود باسـناد حسن • وعن عبد الله بن مغفل بالغين المعجمة رضى الله عنه أن رسـول الله صلى الله عليـه وسلم : « نهى عن الترجل الا غبـا » حديث صحيح رواه

أبو داود والترمذى والنسائى بأسانيد صحيحة قال الترمذى : حديث حسن صحيح • وعن حميد بن عبد الرحمن الحميرى عن بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم قال : « نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يمتشط أحدنا كل يوم » رواه النسائى باسناد صحيح • وجهالة اسم الصحابى لا تضر لأنهم كلهم عدول •

(فرع) يسن خضاب الشيب بصفرة أو حمرة اتفق عليه أصحابنا ، وممن صرح به الصيمرى والبغوى وآخرون للأحاديث الصحيحة المشهورة فى ذلك منها حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ان اليهود والنصارى لا يصبغون فخالفوهم » رواه البخارى ومسلم •

(فرع) اتفقوا على ذم خضاب الرأس أو اللحية بالسواد • ثم قال الغزالى فى الاحياء والبغوى فى التهذيب وآخرون من الأصحاب : هو مكروه، وظاهر عباراتهم أنه كراهة تنزيه ، والصحيح بل الصواب أنه حرام ، وممن صرح بتحريمه صاحب الحاوى فى باب الصلاة بالنجاسة ، قال : الا أن يكون فى الجهاد ، وقال فى آخر كتابه الأحكام السلطانية : يمنع المحتسب الناس من خضاب الشيب بالسواد الا المجاهد •

ودليل تحريمه حديث جابر رضى الله عنه قال : « أتى بأبى قحافة والد أبى بكر الصديق رضى الله عنهما يوم فتح مكة ورأسه ولحيته كالثغامة بياضا» فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « غيروا هذا واجتنبوا السواد » رواه مسلم فى صحيحه • والثغامة بفتح الثاء المثلثة وتخفيف الغين المعجمة نبات له ثمر أبيض • وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « يكون قوم يخضبون فى آخر الزمان بالسواد كحواصل الحمام لا يريحون رائحة الجنة » رواه أبو داود والنسائى وغيرهما ، ولا فرق فى المنع من الخضاب بالسواد بين الرجل والمرأة ، هذا مذهبنا وحكى عن اسحق ابن راهويه أنه رخص فيه للمرأة تتزين به لزوجها والله أعلم •

(فرع) أما خضاب اليدين والرجلين بالحناء فمستحب للمتزوجة من النساء ، للأحاديث المشهورة فيه وهو حرام على الرجال الا لحاجة التداوى

ونحوه • ومن الدلائل على تحريمه قوله صلى الله عليه وسلم فى الحديث الصحيح : « نعن الله المتشبهين بالنساء من الرجال » ويدل على الحديث الصحيح عن أنس : « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى أن يتزعفر الرجل » رواه البخارى ومسلم ، وما ذاك الا للونه لا لريحه فان ريح الطيب للرجال محبوب والحناء فى هذا كالزعفران • وفى كتاب الأدب من سنن أبى داود عن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم : « أتى بمخنث قد خضب يديه ورجليه بالحناء فقال : ما بال هذا ؟ فقيل : يا رسول الله يتشبه بالنساء فأمر به فنفى الى النقيع فقالوا : يا رسول الله ألا نقتله ؟ فقال انى نهيت عن قتل المصلين » لكن اسناده فيه مجهول ، والنقيع بالنون ، وسنعيد هذا الحديث فى أول كتاب الصلاة حيث ذكره المصنف ان شاء الله تعالى •

وقد أوضح الامام الحافظ أبو موسى الأصبهانى هذه المسألة وبسطها بالأدلة المتظاهرة فى كتابه الاستغناء فى معرفة استعمال الحناء ، وهو كتاب نفيس ، وسنعيد هذه المسألة مبسوطة مع نظائرها فى أول باب طهارة البدن ، ان شاء الله تعالى عند ذكر من جبر عظمه بعظم نجس فهناك ذكرها الشافعى فى المختصر والأصحاب والله أعلم •

(فرع) ومن هذا القبيل ما روى يعلى بن مرة الصحابى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « رأى رجلا عليه خلوق فقال اذهب فاغسله ثم اغسله ثم لا تعد » رواه الترمذى والنسائى قال الترمذى : حديث حسن ، وفى النهى عن الخلوق للرجال أحاديث كثيرة وهو مباح للنساء •

(فرع) يستحب فرق الشعر من الرأس لحديث ابن عباس رضى الله عنه : « كان أهل الكتاب يسدلون أشعارهم وكان المشركون يفرقون رءوسهم ، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يحب موافقة أهل الكتاب فيما لم يؤمر به ، فسدل رسول الله صلى الله عليه وسلم ناصيته ثم فرق بعده » رواه البخارى ومسلم •

(فرع) يكره القزع وهو حلق بعض الرأس لحديث ابن عمر رضى الله عنهما فى الصحيحين قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القزع » وقد ذكره المصنف فى باب العقيقة وسيأتى هنا مبسوطا ان شاء الله تعالى •

(فرع) أما حلق جميع الرأس فقال الغزالى : لا بأس به لمن أراد التنظيف ولا بأس بتركه لمن أراد دهنه وترجيله • هذا كلام الغزالى ، وكلام غيره من أصحابنا فى معناه ، وقال أحمد بن حنبل رحمه الله : لا بأس بقصه بالمقراض ، وعنه فى كراهة حلقه روايتان ، والمختار أن لا كراهة فيه ولكن السنة تركه فلم يصح أن النبى صلى الله عليه وسلم حلقه الا فى الحج والعمرة ، ولم يصح تصريح بالنهى عنه • ومن الدليل على جواز الحلق وأنه لا كراهة فيه حديث ابن عمر رضى الله عنهما قال : « رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم صبيا قد حلق بعض شعره وترك بعضه فنهاهم عن ذلك وقال : احلقوه كله أو اتركوه كله » رواه أبو داود باسناد صحيح على شرط البخارى ومسلم ، وعن عبد الله بن جعفر رضى الله عنهما : « أن النبى صلى الله عليه وسلم أمهل آل جعفر ثلاثا ثم أتاهم فقال : لا تبكوا على أخى بعد اليوم ثم قال : ادعوا لى بنى أخى فجىء بنا كأنا أفرخ فقال : ادعوا لى الحلاق فأمره فحلق رءوسنا » حديث صحيح رواه أبو داود باسناد صحيح على شرط البخارى ومسلم •

(فرع) يحرم وصل الشعر بشعر على الرجل والمرأة ، وكذلك الوشم للأحاديث الصحيحة فى لعن الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة والواشرة الى آخرهن ، وسنوضح المسألة ان شاء الله تعالى فى باب طهارة البدن عند وصل العظم حيث ذكرها الأصحاب ، ونذكر هناك جملا من الفروع المتعلقة بها ان شاء الله تعالى •

(فرع) له تعلق بما تقدم

يكره لمن عرض عليه طيب أو ريحان رده لحديث أبى هريرة قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « من عرض عليه طيب فلا يرده » رواه مسلم ، وعن أنس : « كان النبى صلى الله عليه وسلم لا يرد الطيب » رواه البخارى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجب الختان لقوله تعالى : (أن اتبع ملة ابراهيم [1]) وروى « أن ابراهيم صلى الله عليه وسلم ختن نفسه بالقدوم » ولأنه لو لم يكن واجبا لما كشفت له العورة لأن كشف العورة محرم فلما كشفت له العورة دل على وجوبه) .

(الشرح) روى أبو هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « اختتن ابراهيم النبى صلى الله عليه وسلم وهو ابن ثمانين سنة بالقدوم » رواه البخارى ومسلم ، وينكر على المصنف قوله : « روى » بصيغة التمريض الموضوعة للتضعيف مع أنه فى الصحيحين وقد سبق له نظيره ونبهنا عليه هناك . وقد سبق ايضاح هذه القاعدة فى مقدمة الكتاب .

وفى القدوم روايتان التخفيف والتشديد ، والأكثرون رووه بالتشديد ، وعلى هذا هو اسم مكان بالشام ورواه جماعة بالتخفيف ، وقيل : انه قول أكثر أهل اللغة . واختلفوا على هذا فقيل : المراد به أيضا موضع بالشام ، وأنه يجوز فيه التشديد والتخفيف وقال الأكثرون : المراد به آلة النجار وهى مخففة لا غير وجمعها قدم ، قال أبو حاتم السجستانى : ويجمع أيضا على قدائم ، ولا يقال قداديم قال : وهى مؤنثة ، واتفقوا على فتح القاف فى الآلة والمكان والله أعلم .

فان قيل : لا دلالة فى الآية على وجوب الختان لأنا أمرنا بالتدين بدينه فما فعله معتقدا وجوبه فعلناه معتقدين وجوبه ، وما فعله ندبا فعلناه ندبا ، ولم يعلم أنه كان يعتقده واجبا . فالجواب أن الآية صريحة فى اتباعه فيما فعله ، وهذا يقتضى ايجاب كل فعل فعله الا ما قام دليل على أنه سنة فى حقنا كالسواك ونحوه ، وقد نقل الخطابى أن خصال الفطرة كانت واجبة على ابراهيم صلى الله عليه وسلم .

وأما الاستدلال بكشف العورة فقد ذكره آخرون مع المصنف وقاله قبلهم أبو العباس بن سريج رحمه الله وأورد عليه كشفها للمداواة التى لا تجب ، والجواب أن كشفها لا يجوز لكل مداواة وانما يجوز فى موضع يقول أهل

---

(١) من الآية ١٢٣ من سورة النحل .

العرف : ان المصلحة فى المداواة راجحة على المصلحة فى المحافظة على المروءة وصيانة العورة كما سنوضحه ان شاء الله تعالى فى أول كتاب النكاح حيث ذكره المصنف والأصحاب .

فلو كان الختان سنة لما كشفت العورة المحرم كشفها له . واعتمد المصنف فى كتابه فى الخلاف والغزالى فى الوسيط وجماعة قياسا فقالوا : الختان قطع عضو سليم ، فلو لم يجب لم يجز كقطع الأصبع ، فان قطعها اذا كانت سليمة لا يجوز الا اذا وجب بالقصاص والله أعلم .

(فرع) الختان واجب على الرجال والنساء عندنا وبه قال كثيرون من السلف ، كذا حكاه الخطابى ، وممن أوجبه أحمد وقال مالك وأبو حنيفة : سنة فى حق الجميع وحكاه الرافعى وجها لنا ، وحكى وجها ثالثا أنه يجب على الرجل وسنة فى المرأة ، وهذان الوجهان شاذان ، والمذهب الصحيح المشهور الذى نص عليه الشافعى رحمه الله وقطع به الجمهور أنه واجب على الرجال والنساء ، ودليلنا ما سبق . فان احتج القائلون بأنه سنة بحديث : الفطرة عشرة ومنها الختان ، فجوابه قد سبق عند ذكرنا تفسير الفطرة والله أعلم .

(فرع) قال أصحابنا : الواجب فى ختان الرجل قطع الجلدة التى تغطى الحشفة بحيث تنكشف الحشفة كلها ، فان قطع بعضها وجب قطع الباقى ثانيا ، صرح به امام الحرمين وغيره ، وحكى الرافعى عن ابن كج أنه قال : عندى أنه يكفى قطع شىء من القلفة وان قل بشرط أن يستوعب القطع تدوير رأسها ، وهذا الذى قاله ابن كج شاذ ضعيف ، والصحيح المشهور الذى قطع به الأصحاب فى الطرق ما قدمناه أنه يجب قطع جميع ما يغطى الحشفة ، والواجب فى المرأة قطع ما ينطلق عليه الاسم من الجلدة التى كعرف الديك فوق مخرج البول ، وصرح بذلك أصحابنا واتفقوا عليه . قالوا : ويستحب أن يقتصر فى المرأة على شىء يسير ولا يبالغ فى القطع واستدلوا فيه بحديث عن أم عطية رضى الله عنها أن امرأة كانت تختن بالمدينة فقال لها النبى صلى الله عليه وسلم : « لا تنهكى فان ذلك أحظى للمرأة وأحب الى البعل » رواه أبو داود . ولكن قال : ليس هو بالقوى ، وتنهكى بفتح التاء والهاء أى لا تبالغى فى القطع والله أعلم .

(فرع) قال أصحابنا : وقت وجوب الختان بعد البلوغ ، لكن يستحب للولى أن يختن الصغير فى صغره لأنه أرفق به ، وقال صاحب الحاوى وصاحبا المستظهرى والبيان وغيرهم : يستحب أن يختن فى اليوم السابع لخبر ورد فيه الا أن يكون ضعيفا لا يحتمله فيؤخره حتى يحتمله ، قال صاحبا الحاوى والمستظهرى ، وهل يحسب يوم الولادة من السبعة ؟ فيه وجهان ، قال أبو على بن أبى هريرة : يحسب ، وقال الأكثرون : لا يحسب ، فيختن فى السابع بعد يوم الولادة ذكره صاحب المستظهرى فى باب التعزير • قال صاحب الحاوى : فان ختنه قبل اليوم السابع كره • قال : وسواء فى هذا الغلام والجارية قال : فان أخر عن السابع استحب ختانه فى الأربعين ، فان أخر استحب فى السنة السابعة •

واعلم أن هذا الذى ذكرناه من أنه يجوز ختانه فى الصغر ولا يجب لكن يستحب هو المذهب الصحيح المشهور الذى قطع به الجمهور ، وفى المسألة وجه أنه يجب على الولى ختانه فى الصغر لأنه من مصالحه فوجب • حكاه صاحب البيان عن حكاية القاضى أبى الفتوح عن الصيدلانى وأبى سليمان قال : وقال سائر أصحابنا : لا يجب •

ووجه ثالث انه يحرم ختانه قبل عشر سنين ، لأن ألمه فوق ألم الضرب ولا يضرب على الصلاة الا بعد عشر سنين ، حكاه جماعة منهم القاضى حسين فى تعليقه ، وأشار اليه البغوى فى أول كتاب الصلاة وليس بشىء ، وهو كالمخالف للاجماع والله أعلم •

(فرع) لو كان لرجل ذكران قال صاحب البيان : ان عرف الأصلى منهما ختن وحده ، قال صاحب الابانة : يعرف الأصلى بالبول ، وقال غيره : بالعمل فان كانا عاملين أو يبول منهما وكانا على منبت الذكر على السواء وجب ختانهما وأما الخنثى المشكل فقال فى البيان : قال القاضى أبو الفتوح : يجب ختانه فى فرجيه جميعا لأن أحدهما واجب ولا يتوصل اليه الا بختانهما كما أن من تزوج بكرا لما لم يتمكن من وصوله الى الوطء المستحق الا بقطع بكارتها كان له ذلك بلا ضمان ، قال : فان كان الخنثى صغيرا ختنه الرجال والنساء اذا قلنا بالوجه الضعيف : ان الصغير يجب ختانه ، وان قلنا بالمذهب

انه لا يجب ختان الصغير لم يختن الخنثى الصغير حتى يبلغ فيجب ، وحينئذ أن كان هو يحسن الختان ختن نفسه والا اشترى له جارية تختنه فان لم توجد جارية تحسن ذلك ختنه الرجال والنساء للضرورة كالتطبيب ، هذا كلام صاحب البيان وقطع البغوى بأن لا يختن الخنثى المشكل لأن الجرح على الاشكال لا يجوز ، ذكره قبل كتاب الصداق بأسطر فى فصلين ذكر فيهما أحكام الخنثى وهذا الذى ذكره البغوى هو الأظهر المختار والله أعلم .

(فرع) قد ذكرنا أنه لا يجب الختان حتى يبلغ فاذا بلغ وجب على الفور .

قال صاحب الحاوى وامام الحرمين وغيرهما : فان كان الرجل ضعيف الخلقة بحيث لو ختن خيف عليه لم يجز أن يختن بل ينتظر حتى يصير بحيث يغلب على الظن سلامته ، قال صاحب الحاوى : لأنه لا تعبد فيما يفضى الى التلف .

(فرع) لومات غير مختون فثلاثة أوجه : الصحيح الذى قطع به الجمهور لا يختن ، لأن ختانه كان تكليفا وقد زال بالموت (والثانى) : يختن الكبير والصغير (والثالث) : يختن الكبير دون الصغير ، حكاهما فى البيان وهما شاذان ضعيفان ، وهذه المسألة موضعها كتاب الجنائز ، وهناك ذكرها الأصحاب وسنوضحها هناك ان شاء الله تعالى .

(فرع) قال القاضى حسين والبغوى : يجب على السيد أن يختن عبده أو يخلى بينه وبين كسبه ليختن به نفسه ، قال القاضى : فان كان العبد زمنا فأجرة ختانه فى بيت المال ، وهذا الذى قاله فيه نظر وينبغى أن يجب على السيد كالنفقة .

(فرع) أجرة ختان الطفل فى ماله ، فان لم يكن له مال فعلى من عليه نفقته والله أعلم .

(فرع) قال الشيخ أبو محمد الجوينى فى كتابه التبصرة فى الوسوسة: لو ولد مختونا بلا قلفة فلا ختان لا ايجابا ولا استحبابا ، فان كان من القلفة

التى تغطى الحشفة شىء موجود وجب قطعه كما لو ختن ختانا غير كامل فانه يجب تكميله ثانيا حتى يبين جميع القلفة التى جرت العادة بازالتها فى الختان.

(فرع) فى مذاهب العلماء فى وقت الختان

قد ذكرنا أن أصحابنا استحبوه يوم السابع من ولادته ، قال ابن المنذر فى كتاب الختان من كتابه الاشراف وهو عقب الأضحية وهى عقب كتاب الحج : روى عن أبى جعفر عن فاطمة أنها كانت تختن ولدها يوم السابع ، قال : وكره الحسن البصرى ومالك الختان يوم سابعه لمخالفة اليهود ، قال مالك : عامة ما رأيت الختان ببلدنا اذا ثغر الصبى [1] . قال أحمد بن حنبل: لم أسمع فى ذلك شيئا ، وقال الليث بن سعد : يختن ما بين السبع الى العشر، قال : وروى عن مكحول أو غيره أن ابراهيم الخليل صلى الله عليه وسلم ختن ابنه اسحق لسبعة أيام ، واسماعيل لسبع عشرة سنة ، قال ابن المنذر بعد حكايته هذا كله : ليس فى باب الختان نهى يثبت ، ولا لوقته حد يرجع اليه ، ولا سنة تتبع ، والأشياء على الاباحة ولا يجوز حظر شىء منها الا بحجة ، ولا نعلم مع من منع أن يختن الصبى لسبعة أيام حجة . هذا آخر كلام ابن المنذر .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب
نيـة الوضـوء

(الطهارة ضربان : طهارة عن حدث ، وطهارة عن نجس . فأما الطهاره عن النجس فلا تفتقر الى النية لأنها من باب التروك . فلا تفتقر الى نية ، كترك الزنا والخمر واللواط والغصب والسرقة) .

(الشرح) قال أهل اللغة : النية القصد وعزم القلب ، وهى بتشديد الياء وهذه هى اللغة المشهورة ويقال بتخفيفها . قال الأزهرى : هى مأخوذة

---

(١) ثغر بالبناء للمجهول اذا نبتت أسنانه أو سقط ثغره ، ويقال : اثغر بتشديد المثلثة (ط).

من قولك نويت بلدة كذا أى عزمت بقلبى قصده ، قال : ويقال للموضع الذى بقصده نية بتشديد الياء ونية بتخفيفها ، وكذلك الطية والطية العزم والموضع قاله ابن الأعرابى : وانتويت موضع كذا أى قصدته للنجعة • ويقال للبلد المنوى نوى أيضا ، ويقال نواك الله أى حفظك كان المعنى قصد الله بحفظه اياك ، فالنية عزم القلب على عمل فرض أو غيره ، هذا كلام الأزهرى • وكذا ذكر غيره تشديد الياء وتخفيفها من النية •

وأما الوضوء فهو من الوضاءة بالمد وهى النظافة والنضارة وفيه ثلاث لغات أشهرها أنه بضم الواو اسم للفعل وبفتحها اسم للماء الذى يتوضأ به ، قال ابن الأنبارى وغيره : وهذه اللغة هى قول الأكثرين من أهل اللغة والثانية بفتح الواو فيهما وهى قول الخليل والأصمعى وابن السكيت وغيرهم ، قال الأزهرى : والضم لا يعرف ، والثالثة بالضم فيهما وهى غريبة ضعيفة حكاها صاحب مطالع الأنوار ، وهذه اللغات هى التى فى الطهور والطهور ، وقد سبقت فى أول كتاب الطهارة والله أعلم •

وأما قول المصنف : « الطهارة ضربان ، طهارة عن حدث وطهارة عن نجس » فمعناه أن الطهارة منحصرة فى هذين الضربين فيرد عليه تجديد الوضوء والأغسال المسنونة فانها طهارة وليس فيها رفع حدث ولا ازالة نجس ، ويجاب عنه بأن المراد بطهارة الحدث الطهارة بسبب الحدث أو على صورتها ، وينقسم الى رافعة للحدث وغير رافعة كتجديد الوضوء والأغسال المسنونة والتيمم ، وقد سبق مثل هذه العبارة فى أول باب ما يفسد الماء من الاستعمال ، وذكر المصنف هناك ما يدل على ما ذكرته والله أعلم •

وقوله : كترك الزنا هو بالقصر والمد لغتان ، القصر أشهر وأفصح وبه جاء القرآن (ولا تقربوا الزنا [1]) وقوله : لأنها من باب التروك معناه أن المأمورية فى ازالة النجاسة ترك ما طرأ عليه مما لم يكن ، وليس المطلوب تحصيل شىء بخلاف الوضوء وشبهه فان المأمور به ايجاد فعل لم يكن ، فصارت ازالة النجاسة كترك الزنا واللواط ورد المغصوب فانها لا تفتقر الى نية • فان قيل : فالطهارة عن الحدث ترك أيضا فانها ترك للحدث •

---

(١) الآية ٣٢ من سورة الاسراء •

(فالجواب) لا نسلم أنها ترك بل ايجاد للطهارة بدليل أن تجديد الوضوء والتيمم طهارة ولا ترفع حدثا ، وانما توجد الطهارة • فان قيل : الصوم ترك ويفتقر الى النية ، فالجواب أن الصوم كف مقصود لقمع الشهوة ومخالفة الهوى فالتحق بالأفعال والله أعلم •

أما الحكم الذى ذكره وهو أن ازالة النجاسة لا تفتقر الى نية فهو المذهب الصحيح المشهور الذى قطع به الجمهور ، ونقل صاحب الحاوى والبغوى فى شرح السنة اجماع المسلمين عليه ، وحكى الخراسانيون وصاحب الشامل وجها أنه يفتقر الى النية ، حكاه القاضى حسين وصاحبا الشامل والتتمة عن ابن سريج وأبى سهل الصعلوكى ، وقيل : لا يصح عن ابن سريج • قال امام الحرمين : غلط من نسبه الى ابن سريج ، وبين الامام سبب الغلط بما سنذكره فى باب ازالة النجاسة ان شاء الله تعالى والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وأما الطهارة عن الحدث من الوضوء والغسل والتيمم فلا يصح شىء منها الا بالنية لقوله صلى الله عليه وسلم : « انما الأعمال بالنيات ولكل امرىء ما نوى » ولأنها عبادة محضة طريقها الأفعال فلم تصح من غير نية كالصلاة) •

(الشرح) هذا الحديث متفق على صحته ، رواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما من رواية أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وهو حديث عظيم ، أحد الأحاديث التى عليها مدار الاسلام بل هو أعظمها ، وهى أربعون حديثا • قد جمعتها فى جزء ، قال الشافعى رحمه الله : يدخل فى هذا الحديث ثلث العلم ، وقال أيضا : يدخل فى سبعين بابا من الفقه • وقال غيره نحو هذه العبارة • وكان السلف يستحبون أن يبدأ كل تصنيف بهذا الحديث لكونه منبها على تصحيح النية • قال العلماء : والمراد بالحديث لايكون العمل شرعيا يتعلق به ثواب وعقاب الا بالنية ، ولفظة (انما) للحصر تثبت المذكور وتنفى ما سواه ، قال الخطابى : وأفاد قوله صلى الله عليه وسلم : « وانما لكل امرىء ما نوى » فائدة لم تحصل بقوله : « انما الأعمال بالنيات » وهى أن تعيين العبادة المنوية شرط لصحتها والله أعلم •

وأما قول المصنف : ولأنها عبادة محضة • فالمحضة الخالصة التى ليس فيها شوب بشىء آخر ، واختلف العلماء فى حد العبادة فقال الأكثرون العبادة الطاعة لله تعالى والطاعة موافقة الأمر ، وكذا نقل هذا عن المصنف • وذكر المصنف فى كتابه فى الحدود الكلامية والفقهية خلافا فى العبادة فقال : العبادة والتعبد والنسك بمعنى وهو الخضوع والتذلل ، فحد العبادة ما تعبدنا به على وجه القربة والطاعة • قال : وقيل العبادة طاعة الله تعالى • وقيل ما كان قربة لله تعالى وامتثالا لأمره • قال وهذان الحدان فاسدان • لأنه قد يكون الشىء طاعة وليس بعباده ولا قربة وهو النظر والاستدلال الى معرفة الله تعالى فى ابتداء الأمر • وقال امام الحرمين فى كتابه الأساليب فى مسائل الخلاف هنا : العبادة التذلل والخضوع بالتقرب الى المعبود بفعل ما أمر • وقال المتولى فى كتابه فى الكلام : العبادة فعل يكلفه الله تعالى عباده مخالفا لما يميل اليه الطبع على سبيل الابتلاء ، وقال الماوردى فى الحاوى : العبادة ما ورد التعبد به قربة لله تعالى • وقيل أقوال أخر وفيما ذكرناه كفاية •

وأما قول المصنف : ولأنها عبادة محضة ، فاحترز بالعبادة عن الأكل والنوم ونحوهما • وبالمحضة عن العدة ، وقوله : طريقا الأفعال : قال صاحب البيان والقلعى وغيرهما : هو احتراز من الأذان والخطبة وقيل : احتراز من ازالة النجاسة ، فان طريقها التروك •

(وأما حكم المسألة) فهو أن النية شرط فى صحة الوضوء والغسل والتيمم بلا خلاف عندنا •

(فرع) قد ذكرنا أن النية شرط فى صحة الوضوء والغسل والتيمم وهذا مذهبنا ، وبه قال الزهرى وربيعة شيخ مالك ومالك والليث بن سعد وأحمد بن حنبل واسحق وأبو ثور وأبو عبيد وداود ، قال صاحب الحاوى : وهو قول جمهور أهل الحجاز ، قال الشيخ أبو حامد وغيره : ويروى عن على ابن أبى طالب رضى الله عنه • وذهبت طائفة الى أنه يصح الوضوء والغسل والتيمم بلا نية ، حكاه ابن المنذر عن الأوزاعى والحسن بن صالح ، وحكاه أصحابنا عنهما وعن زفر ، وقال أبو حنيفة وسفيان الثورى : يصح الوضوء والغسل بلا نية ، ولا يصح التيمم الا بالنية ، وهى رواية عن الأوزاعى •

واحتج لهؤلاء بقول الله تعالى (اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم [1]) الآية وبقوله صلى الله عليه وسلم لأم سلمة رضى الله عنها « انما يكفيك أن تحثى على رأسك ثلاث حثيات من ماء ثم تفيضى عليك الماء فاذا أنت قد طهرت » وبأحاديث كثيرة فى الأمر بالغسل من غير ذكر للنية ولو وجبت لذكرت ، ولأنها طهارة بمائع فلم تجب لها نية كازالة النجاسة ولأنه شرط للصلاة لا على طريق البدل فلم يجب له نية كستر العورة • واحترزوا عن التيمم لأنه بدل ولأن الذمية التى انقطع حيضها يحل لزوجها المسلم وطؤها بالاجماع اذا اغتسلت ، ولو وجبت النية لم تحل لأنها لم تصح منها واحتج أصحابنا بقول الله تعالى (وما أمروا الا ليعبدوا الله مخلصين له الدين [2]) والاخلاص عمل القلب وهو النية والأمر به يقتضى الوجوب ، قال الشيخ أبو حامد واحتج أصحابنا بقول الله تعالى : (اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم) لأن معناه فاغسلوا وجوهكم للصلاة ، وهذا معنى النية ، ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم « انما الأعمال بالنيات » لأن لفظة انما للحصر ، وليس المراد صورة العمل فانها توجد بلا نية ، وانما المراد أن حكم العمل لا يثبت الا بالنية • ودليل آخر وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « وانما لكل امرىء ما نوى » وهذا لم ينو الوضوء فلا يكون له ومن القياس أقيسة أحدها قياس الشافعى رحمه الله وهو أنها طهارة من حدث تستباح بها الصلاة فلم تصح بلا نية كالتيمم ، وقولنا : « من حدث » احتراز من ازالة النجاسة وقولنا : « تستباح بها الصلاة » احتراز من غسل الذمية من الحيض •

فان قالوا : التيمم لا يسمى طهارة ، فالجواب أنه ثبت فى الصحيح قوله صلى الله عليه وسلم : (جعلت لى الأرض مسجدا وطهورا) وفى رواية فى صحيح مسلم : (وتربتها طهورا) وثبت أنه صلى الله عليه وسلم قال : (الصعيد الطيب وضوء المسلم) وما كان وضوءا كان طهورا وحصلت به الطهارة •

فان قيل : التيمم فرع للوضوء ولا يجوز أن يؤخذ حكم الأصل من

---

(١) الآية ٦ من سورة المائدة .
(٢) الآية ٥ من سورة البينة .

الفرع • فالجواب أنه ليس فرعا له لأن الفـرع ما كان مأخوذا من الشيء ، والتيمم ليس مأخوذا من الوضوء بل بدل عنه ، فلا يمتنع أخذ حكم المبدل من حكم بدله ، ولأنه اذا افتقر التيمم الى النية مع انه خفيف اذ هو فى بعض أعضاء الوضوء فالوضوء أولى •

فان قيل : التيمم يكون تارة بسبب الحدث وتارة بسبب الجنابة فوجبت فيه النيـة ليتميز ، فالجواب من وجهين (أحدهمـا) أن التمييز غير معتبر ولا مؤثر بدليل أنه لو كان جنبا فغلط وظن أنه محدث فتيمم عن الحدث أو كان محدثا فظن أنه جنب فتيمم للجنابة صح بالاجماع (الثانى) أن الوضوء أيضا يكون تارة عن البول وتارة عن النوم ، فان قالوا وان اختلفت أسبابه فالواجب شيء واحد ، قلنا : وكذا التيمم وان اختلفت أسبابه فالواجب مسح الوجه واليدين • فان قيل : التيمم بدل وشأن البدل أن يكون أضعف من المبدل فافتقر الى نيـة ككنايات الطلاق • فالجواب أن ما ذكروه منتقض بمسح الخف فانه بدل ولا يفتقر عندهم الى النية ، وانما افتقرت كناية الطلاق الى النية لأنها تحتمل الطلاق وغيره احتمالا واحدا والصريح ظاهر فى الطلاق•

وأما الوضوء والتيمم فمستويان ، بل التيمم أظهر فى ارادة القربة ، لأنه لا يكون عادة بخلاف صورة الوضوء ، فاذا افتقر التيمم المختص بالعبـادة الى النية فالوضوء المشترك بينها وبين العادة أولى • فان قيل : التيمم نص فيه على القصد وهو النية بخلاف الوضوء •

فالجواب أن المراد قصد الصعيد ، وذلك غير النية •

قياس آخر : عبادة ذات أركان فوجبت فيها النية كالصلاة فان قالوا : الوضوء ليس عبادة ، قلنا : لا نسمع هذا ، لأن العبادة الطاعة ، أو ما ورد التعبد به قربة الى الله تعالى ، وهذا موجود فى الوضوء • وفى صحيح مسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « الطهور شطر الايمـان » فكيف يكون شطر الايمان ولا يكون عبادة ؟ والأحاديث فى فضل الوضوء وسقوط الخطايا به كثيرة مشهورة فى الصحيح قد جمعتها فى جامع السنة ، وكل هذا مصرح بأن الوضوء عبادة • فان قالوا : المراد بالوضوء الذى يترتب عليـه

هذا الفضل الوضوء الذى فيه نية ، ولا يلزم من ذلك أن ما لا نية فيه ليس بوضـــوء .

فالجواب أن الوضوء فى هذه الأحاديث هو المراد بقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يقبل الله صلاة بغير طهور » وذكر الأصحاب أقيسة كثيرة حذفتها كراهة للاطالة .

وأما الجواب عن احتجاجهم بالآية والأحاديث فمن أوجه (أحدها) : جواب عن جميعها وهو أنها مطلقة مصرحة ببيان ما يجب غسله غير متعرضة للنية وقد ثبت وجوب النية بالآية والحديث والأقيسة المذكورات (والثانى): جواب عن الآية أن دلالتها لمذهبنـــا ان لم تكن راجحة فمعارضـــة لدلالتهم (الثالث) : عن حديث أم سلمة أن السؤال عن نقض الضفائر فقط هل هو واجب أم لا ؟ . وليس فيه تعرض المنية . وقد عرف وجوب النية من قواعد الكتاب والسنة كما ذكرنا . وأما الجواب عن قياسهم على ازالة النجاسة أنها من باب التروك فلم تفتقر الى نية ، كترك الزنا وتقدم فى أول الباب تقريره والاعتراض عليه وجوابه . وأما الجواب عن قياسهم على ستر العورة فهو أن ستر العورة وان كان شرطا الا أنه ليس عبادة محضة ، بل المراد منـــه الصـــيانة عن العيون ، ولهذا يجب ستر عورة من ليس مكلفا ولا من أهل الصلاة والعبادة كمجنون وصبى لا يميز فانه يجب على وليه ستر عورته .

وأما الجواب عن طهارة الذمية فهو أنها لا تصح طهارتها فى حق الله تعالى وليس لها أن تصلى بتلك الطهارة اذا أسلمت ، هذا نص الشافعى رحمه الله وهو المذهب الصحيح ، وانما يصح فى حق الزوج للوطء للضرورة اذ لو لم نقل به لتعذر الوطء ونكاح الكتابية ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجب أن ينوى بقلبه لأن النية هى القصد ، تقول العرب : نواك الله بحفظه أى قصدك الله بحفظه ، فان تلفظ بلسانه وقصد بقلبه فهو آكد) .

(الشرح) النية الواجبة فى الوضوء هى النية بالقلب ولا يجب اللفظ باللسان معها ، ولا يجزىء وحده وان جمعهما فهو آكد وأفضل ، هكذا قاله

الأصحاب واتفقوا عليه ، ولنا قول حكاه الخراسانيون أن نية الزكاة تجزىء باللفظ من غير قصد بالقلب وهو ضعيف ، ووجه مشهور ذكره المصنف وغيره أن نية الصلاة تجب بالقلب واللفظ معا وهو غلط وقد أشار الماوردى الى جريانه فى الوضوء وهو أشذ وأضعف ، والفرق بين الوضوء والزكاة على هذا القول الضعيف الذى ذكرناه أن الزكاة وان كانت عبادة فهى شبيهة بأداء الديون بخلاف الوضوء ، والفرق بين الصلاة والوضوء فى وجوب اللفظ فى الصلاة على الوجه الضعيف دون الوضوء أن نية الوضوء أخف حكما ، ولهذا اختلف العلماء فى وجوبها وأجمعوا على وجوب نية الصلاة ، واختلف أصحابنا فى جواز تفريق نية الوضوء على الأعضاء والأصح جوازه واتفقوا على منع ذلك فى الصلاة .

وأما قول المصنف : لأن النية هى القصد فصحيح كما سبق بيانه ، وقوله: تقول العرب : نواك الله بحفظه أى قصدك بحفظه ، هكذا عبارة شيخه القاضى أبى الطيب وابن الصباغ ، وكذا قاله قبلهم الأزهرى كما قدمته عنه ، وعبارة الأزهرى وان لم تكن بلفظ عبارة المصنف فهى بمعناها .

وأنكر الشيخ أبو عمرو بن الصلاح على المصنف هذه العبارة والنقل عن العرب قال : لأن القصد مخصوص بالحادث لا يضاف الى الله تعالى ، وفى ثبوت ذلك عن العرب نظر ، لأن الذى فى صحاح الجوهرى يقول نواك الله أى صحبك فى سفرك وحفظك ثم ذكر كلام الأزهرى ثم قال : وكأن الذى فى المهذب تحريف من ناقل . هذا كلام أبى عمرو ، وهذا الذى أنكره غير منكر بل صحيح ، وأبو عمرو ممن صححه واعتمده فانه فى القطعة التى شرحها من أول صحيح مسلم فى قول مسلم رحمه الله : (وظننت حين سألتنى تجشم ذلك أن لو عزم لى عليه) قال أبو عمرو : (يقدم على هذا أن الأمر فى اضافة الأفعال الى الله تعالى واسع لا يتوقف فيه على توقيف كما يتوقف عليه فى أسماء الله تعالى وصفاته ، ولذلك توسع الناس فى ذلك فى خطبهم وغيرها . قال : فاذا ثبت هذا فمراد مسلم : « لو أراد الله لى ذلك » على وجه الاستعارة لأن الارادة والقصد والعزم والنية متقاربة ، فيقام بعضها مقام بعض مجازا ، وقد ورد عن العرب أنها قالت : نواك الله بحفظه فقال فيه بعض الأئمة : معناه

قصدك الله بحفظه • هذا كلام أبى عمرو وهو راد لكلامه هنا ، ومعلوم أن من أطلق « قصدك الله بحفظه » لم يرد القصد الذى هو من صفة الحادث بل أراد الارادة ، وقد استعمل المصنف « قصد » فى حق الله تعالى فقال فى فضل ترتيب الوضوء الدليل عليه قوله تعالى : « فاغسلوا وجوهكم وأيديكم » الآية فأدخل المسح بين الغسل فدل على انه قصد ايجاب الترتيب، ومراده بالقصد الارادة والله أعلم • ويقال عرب بضم العين واسكان الراء وعرب بفتحهما لغتان الثانية أشهر والعرب مؤنثة ، والله أعلم •

(فرع) قال أصحابنا رحمهم الله : لو قال بلسانه : نويت التبرد ونوى بقلبه رفع الحدث أو بالعكس فالاعتبار بما فى القلب بلا خلاف ، ومثله ما قاله الشافعى والمصنف والأصحاب فى الحج : لو نوى بقلبه حجا وجرى على لسانه عمرة أو عكسه انعقد ما فى قلبه دون لسانه ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والأفضل أن ينوى من أول الوضوء الى أن يفرغ منه ليكون مستديما للنية ، فان نوى غسل الوجه ، ثم عزبت نيته أجزأه لأنه أول فرض ، فاذا نوى عنده اشتملت النية على جميع الفروض ، وان عزبت نيته عند المضمضة قبل أن يغسل شيئا من وجهه ففيه وجهان (أحدهما) : يجزيه لأنه فعل راتب فى الوضوء لم يتقدمه فرض ، فاذا عزبت النية عنده أجزأه كغسل الوجه (والثانى) لا يجزيه ــ وهو الأصح ــ لأنه عزبت نيته قبل الفرض ، فأشبه اذا عزبت عند غسل الكف ، وما قاله الأول يبطل بغسل الكف ، فانه فعل راتب فى الوضوء لم يتقدمه فرض ، ثم اذا عزبت النية عنده لم يجزه) •

(الشرح) فى هذه القطعة مسائل (احداها) الأفضل أن ينوى من أول الوضوء ويستديم احضار النية حتى يفرغ من الوضوء وهذا الاستحباب متفق عليه ، وأول الوضوء التسمية قال القاضى أبو الطيب والمتولى : يستحب استصحاب نية الوضوء كما يستحب فى الصلاة أن يستديم نيتها من افتتاحها الى التسليم منها ، وهذا الذى قالاه تصريح بالتسوية بين الصلاة والوضوء فى استحباب النية فيهما الى الفراغ منهما ، وانما ذكرت هذا لأنى رأيت كثيرا توهم أن ذلك لا يستحب فى الصلاة لكون الجمهور لم يتعرضوا له ، وهذا

وهم فاسد • وذكر الشيخ أبو محمد الجوينى فى كتابه الوجيز الذى صنفه فى العبادات أن الأكمل أن ينوى مرتين ، مرة عند ابتداء وضوئه ومرة عند غسل وجهه ، ونقل الرويانى هذا عن القفال واستحسنه والله أعلم •

المسألة الثانية : اذا نوى عند ابتداء غسل الوجه ولم ينو قبله ولا بعده صح وضوءه بلا خلاف ، ولو غسل نصف وجهه بلا نية ثم نوى مع غسل باقيه لم يصح ما غسله منه بلا نية بلا خلاف لخلو بعض الفرض عن النية فيعيد غسل ذلك النصف قبل شروعه فى غسل اليدين •

وقول المصنف : (نوى عند غسل الوجه) يعنى عند أوله صح الوضوء بنية عند غسل الوجه ، فهل يثاب على السنن السابقة للوجه التى لم تصادف نية وهى : التسمية ، والسواك وغسل الكفين ، والمضمضة ، والاستنشاق ؟ فيه طريقان (أحدهما) وبه قطع الجمهور : لا يثاب عليها ولا تحسب من طهارته لأنه عمل بلا نية فلم يصح كغيره ، ممن قطع بهذا القاضى حسين وامام الحرمين والغزالى فى البسيط والمتولى والبغوى فى كتابيه التهذيب وشرح السنة وصاحب العدة وآخرون • والطريق الثانى ذكره صاحب الحاوى أنه على الوجهين (أحدهما) : هذا (والثانى) : يثاب ويعتد به من طهارته لأنه من جملة طهارة منوية ، وذكر امام الحرمين هذا احتمالا لنفسه وخرجه ممن نوى صوم التطوع ضحوة فانه يحسب ثواب صومه من أول النهار على أصح الوجهين ، قال : والمحفوظ فى الوضوء أن النية لا تنعطف ، وفرقوا بينه وبين الصوم بفرقين (أحدهما) : أن الصوم خصلة واحدة فاذا صح بعضها صح كلها ، والوضوء أركان متغايرة ، فالانعطاف فيها أبعد (والثانى) : أنه لا ارتباط لصحة الوضوء بالمضمضة فانه يصح بدونها بخلاف امساك بقية النهار والله أعلم •

المسألة الثالثة : اذا نوى عند غسل الكف أو المضمضة أو الاستنشاق وعزبت نيته قبل غسل شيء من الوجه ففيه ثلاثة أوجه مشهورة للخراسانيين، وذكرها من العراقيين الماوردى وغيره (أحدها) : يجزيه ويصح وضوءه قاله أبو حفص بن الوكيل (والثانى) : لا يجزيه قاله أبو العباس بن سريج (والثالث) : ان عزبت عند الكف لا يجزيه وان عزبت عند المضمضة أو

الاستنشاق يجزيه ودليلها ما ذكره المصنف • واتفق الجمهور على أن الأصح أنه لا يصح وضوءه وقطع به جماعة من أصحاب المختصرات وشـذ عنهم الفورانى فصحح الصحة •

ولو نوى عند التسمية أو الاستنجاء ثم عزبت نيته قبل غسل الكف قطع الجمهور بأنه لا يجزيه • وحكى الفورانى وصاحبا العدة والبيان فيه وجهـا أنه يجزيه وليس بشىء •

وهذا الذى ذكرناه من الخلاف فى المضمضة والاستنشاق هو فيما اذا لم ينغسل معهما شىء من الوجه بأن تمضمض من أنبوبة ابريق ونحوه ، وأما اذا انغسل معهما شىء من الوجه كبعض الشفة ونحوها كما هو الغالب ففيه طريقان قطع جمهور العراقيين بأنه يصح وضوءه ، ممن صرح به الشـيخ أبو حامد وأصحابه الثلاثة القاضى أبو الطيب فى تعليقه والماوردى والمحاملى فى كتابيه المجموع والتجريد والبندنيجى وابن الصباغ وغيرهم ؛ وحكى صاحبا التتمة والعدة وغيرهما وجهين (أحدهما) : هذا (والثانى) : أنه كما لو لم يغسل شيئا من الوجه فيكون فيه الخلاف السابق • وقال صـاحب البيان : ان غسل ذلك الجزء بنية الوجه أجزأه قطعا ، والا ففيه الوجهان كما قال صاحبا التتمة والعدة ، وانفرد البغوى فقال : الصحيح أنه لا يجزيه وان انغسل شىء من الوجه لأنه لم يغسله عن الوجه بدليل أنه لا يجزيه عن الوجه بل يجب غسله ثانيا ، وهذا قوى ولكن خالفه صاحب التتمة فقال : يجزيه غسل ذلك المغسول من الوجه ولا تجب اعادته اذا صححنا النيـة وان كان نوى به السنة قال : وهذا على طريقة من يقول : يتأدى الفرض بنية النفـل وهذه القاعدة فيها خلاف وتفصيل سنذكره ان شاء الله تعالى فى باب سجود السهو حيث ذكرها المصنف والأصحاب ، وأشار الغزالى فى البسيط الى نحو هذا الذى فى التتمة والله أعلم •

(فـرع) قول المصنف : لأنه فعل راتب فى الوضوء لم يتقدمه فرض • احترز بقوله : (فعل) عن التسمية ، وبقوله : (راتب فى الوضـوء) من الاستنجاء ، وبقوله : (لم يتقدمه فرض) من غسـل الذراعين ، وقوله : (نوى عند غسل الوجه) يقال عند وعند وعند بكسر العين وفتحها وضمها

ثلاث لغات حكاهن ابن السكيت وغيره أشهرهن الكسر ، وبها جاء القرآن ، وقوله : « عزبت » أى ذهبت وهو بفتح الزاى والمضارع يعزب بضم الزاى وكسرها لغتان مشهورتان والمصدر عزوب والله أعلم •

(فـرع) وقت نية الغسل عند افاضة الماء على أول جزء من البدن ولا يضر عزوبها بعده ، ويستحب استصحابها الى الفراغ كالوضـوء ، فان غسل بعض البدن بلا نيـة ثم نوى أجزأه ما غسل بعـد النية ويجب اعادة ما غسله قبلها والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وصفة النية أن ينوى رفع الحدث أو الطهارة من الحدث ، وأيهما نوى أجزأه ، لأنه نوى المقصود وهو رفع الحدث) •

(الشرح) المتوضئون ثلاثة أقسـام : ماسح خف ، ومن به حدث دائم كالمستحاضة ، وغيرهما ، ويسمى صاحب طهارة الرفاهية ، فأما صاحب طهارة الرفاهية فتجزيه نية رفع الحدث بلا خلاف ، وأما ماسح الخف فالمذهب الصحيح الذى قطع به الأصحاب أنه تجزيه نية رفع الحدث كغيره ، وحكى الرافعى وجها أنه لا تجزيه بل يلزمه نية استباحة الصلاة ، وهذا الوجه مع شدة ضـعفه ينبغى أن يكون مفرعا على الوجه الضعيف أن مسح الخف لا يرفع الحدث عن الرجل وسنوضح ذلك فى بابه ان شاء الله تعالى •

وأما المستحاضة وسلس البول والمذى وغيرهم ممن به حدث دائم ففيهم ثلاثة أوجه الصحيح وبه قطع الجمهور لا تجزيهم نية رفع الحدث وحدها ، وتجزيهم نية استباحة الصلاة لأنه لا يرتفع حدثهم مع جريانه ، وعلى هذا قال المتولى وغيره : يستحب لهم الجمع بين نية الاستباحة ورفع الحدث •

والوجه الثانى : يجزيهم الاقتصار على نية رفع الحدث أو الاسـتباحة ، حكاه الماوردى والرافعى لأن نية رفع الحدث تتضمن الاستباحة (والثالث): يلزمهم الجمع بين النيتين وهو محكى عن أبى بكر الفارسى وأبى عبـد الله الخضرى وأبى بكر القفال المروزى ليكون نية رفع الحدث عن الماضى ونيـة الاستباحة عن المقارن والمتجدد ، وضعف الأصحاب هذا الوجه أشد تضعيف

وهو حقيق بذلك ، قال امام الحرمين : هذا الوجه غلط لاشك فيه فان نية الاستباحة كافية ، وكيف يرتفع الحدث مع جريانه ؟ واذا لم يرتفع فكيف تجب نيته ؟ ونقل المتولى الاتفاق على أنه لا يجب الجمع بينهما ، قال المتولى وغيره : ولأنه اذا أجزأت نية الاستباحة صاحب طهارة الرفاهية فالمستحاضة أولى •

(فـرع) ذكر الماوردى فى صاحب طهارة الرفاهية أنه لو كان محدثا الحدث الأصغر كفاه نية رفع الحدث ، وان كان جنبا أو حائضا كفاه أيضا نية رفع الحدث مطلقا لأنها تنصرف الى حدثه ، فلو نوى الحدث الأكبر كان تأكيدا وهو أفضل ، وهكذا قطع امام الحرمين فى باب غسل الجنابة وجماعات بأن الجنب تجزيه نية رفع الحدث مطلقا ، وحكى الغزالى وغيره فيه وجهـا أنه لا يجزيه • ولو كان عليه حدثان أصغر وأكبر فاغتسل بنية رفع الحـدث مطلقا • فان قلنا بالمذهب : ان الأصغر يدخل فى الأكبر أجزأه وارتفع الحدثان والا فلا يجزيه عن واحد منهما لأنه لا مزية لأحدهما •

(فـرع) لو نوى المحدث غسل أعضائه الأربعة عن الجنابة غالطـا ظانا أنه جنب صح وضوءه ان قلنا بالمذهب : ان غسـل الرأس يجزى عن مسحه ، والا فيحصل له غسل الوجه واليدين دون الرأس والرجلين بسبب الترتيب ، ولو غلط الجنب فظن أنه محدث فاغتسل بنية الحدث فقـد ذكر المصنف فى آخر باب الغسل أنه يجزيه فى أعضاء الوضوء ، وقال به جماعات من الأصحاب ، وقال الخراسانيون : فيه وجهان بناء على أن الحدث هل يحل جميع البدن كالجنابة ؟ أم الأعضاء الأربعة خاصة ؟ وفيه وجهان سنذكرهما ان شاء الله تعالى • فان قلنا : نعم صح غسله لأنه نوى طهارة عامة مثل التى عليه ، وان قلنا : يختص حصل له الأعضاء الأربعة فقط ان قلنا : يجزيه غسل الرأس عن مسحه والا حصلت الأعضاء الثلاثة ، هذا اذا كان غالطا ، فلو تعمد ونوى رفع الحدث الأصغر لم يصح غسله على المذهب الصحيح المشهور ، وحكى الرافعى فيه وجها والله أعلم •

(فـرع) قولهم : نوى رفع الحدث معناه رفع حكم الحدث •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان نوى الطهارة المطلقة لم يجزئه لأن الطهارة قد تكون عن حدث وقد تكون عن نجس فلم تصح بنية مطلقة) •

(الشرح) هذا الذى جزم به المصنف هو المشهور الذى قطع به الجمهور ، وقد نص الشافعى رحمه الله فى البويطى على أنه يجزيه ، فقال أصحابنا : هذا النص محمول على أنه أراد الطهارة عن الحدث ، فأما النية المطلقة فلا تكفيه ، وهذا التأويل مشهور فى كتب الأصحاب ونقله عن الأصحاب كلهم القاضى أبو الطيب فى تعليقه وصاحب العدة وغيرهما ، قال القاضى : وأخل البويطى بقوله عن الحدث ، وفى المسألة وجه أنه يجزيه نية الطهارة مطلقا كما هو ظاهر نصه وبه قطع صاحب الحاوى • وهذا الوجه قوى لأن نية الطهارة فى أعضاء الوضوء على الترتيب المخصوص لا تكون عن نجس ، وهذا الخلاف شبيه بالخلاف فى وجوب نية الفرضية فى صلاة الفرض والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان نوى الطهارة للصلاة أو لأمر لا يستباح الا بطهارة كمس المصحف ونحوه أجزأه لأنه لا يستباح مع الحدث ، فاذا نوى الطهارة لذلك تضمنت نيته رفع الحدث) •

(الشرح) هذا الذى ذكره نص عليه الشافعى رحمه الله واتفق عليه الأصحاب ، ثم اذا نوى الطهارة لشىء لا يستباح الا بالطهارة ارتفع حدثه واستباح الذى نواه وغيره ، وحكى الرافعى وجها أنه اذا نوى استباحة الصلاة لا يصح وضوءه لأن الصلاة ونحوها قد تستباح مع الحدث كالتيمم ، وهذا شاذ بل غلط وخيال عجيب ، والصواب الذى قطع به الأصحاب فى كل الطرق صحة وضوئه ، وفى المصحف ثلاث لغات ضم الميم وكسرها وفتحها أفصحهن الضم ثم الكسر وقد أوضحتهن فى تهذيب الأسماء والله أعلم •

(فرع) اذا نوت المغتسلة عن الحيض استباحة وطء الزوج فثلاثة أوجه الأصح يصح غسلها وتستبيح الوطء والصلاة وغيرهما ، لأنها نوت

ما لا يستباح الا بطهارة (والثانى) : لا يصح ولا تستبيح الوطء ولا تستبيح غيره لأنها نوت ما ينقض الطهارة (والثالث) : تستبيح به الوطء ولا تستبيح غيره كاغتسال الذمية تحت مسلم لانقطاع الحيض قال امام الحرمين : الأصح صحة غسلها لأنها نوت حل الوطء لا نفس الوطء ، وحل الوطء لا يوجب غسلا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان نوى الطهارة لقراءة القرآن أو الجلوس فى المسجد وغير ذلك مما يستحب له الطهارة ففيه وجهان (أحدهما) : أنه لا يجزيه لأنه يستباح من غير طهارة فأشبه ما اذا توضأ للبس الثوب (والثانى) : يجزيه لأنه يستحب له أن لا يفعل ذلك وهو محدث فاذا نوى الطهارة بذلك تضمنت نيته رفع الحدث) .

(الشرح) هذان الوجهان مشهوران ودليلهما ما ذكره وأصحهما عند الأكثرين أنه لا يصح ، ممن صححه الشيخ أبو حامد والماوردى والمحاملى والقاضى أبو الطيب فى كتابه شرح الفروع والبغوى والرويانى فى كتابه الكافى والرافعى وغيرهم ، وبه قطع البغوى فى شرح السنة وجماعة من أصحاب المختصرات ، قال الشيخ أبو حامد : وهو قول عامة أصحابنا ، وصحح جماعة الصحة منهم ابن الحداد والفورانى والشيخ أبو محمد فى الفروق وولده امام الحرمين فى كتابه مختصر النهاية ، واتفق الأصحاب على أنه لو توضأ لما لا يستحب له الطهارة لا يرتفع حدثه .

قال أصحابنا : قراءة القرآن والجلوس فى المسجد والأذان والتدريس وزيارة قبر النبى صلى الله عليه وسلم والسعى بين الصفا والمروة والوقوف بعرفات وقراءة حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ودراسة العلم الشرعى، ففى كل هذه الصور الوجهان ، ذكره الماوردى وغيره . قال الماوردى وغيره : ومما لا يستحب له الوضوء دخول السوق ، والسلام على الأمير ، ولبس الثوب ، والصيام ، وعقد البيع ، والنكاح ، والخروج الى السفر ، ولقاء القادم ، قال القاضى حسين : وكذا زيارة الوالدين . قال البغوى : وكذا

عيادة المريض وزيارة الصديق والنوم والأكل ، وهذا الذى قاله فى النوم غير مقبول بل يستحب الوضوء للنوم ، ممن صرح به من أصحابنا المحاملى فى اللباب ودليله الأحاديث الصحيحة منهـا حديث البراء بن عازب رضى الله عنهما قال : قال لى رسـول الله صلى الله عليه وسلم : « اذا أتيت مضجعك فتوضأ وضوءك للصلاة ثم اضطجع على شقك الأيمن وقل : اللهم أسلمت نفسى اليك » الى آخر الحديث رواه البخارى ومسلم •

ولو نوى تجديد الوضوء أو نوى الجنب غسلا مسنونا ففى ارتفـاع حدثه طريقان ، (أحدهما) : أنه على الوجهين فيما يستحب له الطهارة وبهذا قطع الماوردى (والثانى) وهو المذهب : القطع بأنه لا يرتفع حدثه وجنابته ، لأن هذه الطهارة ليس استحبابها بسبب الحدث ، فلا يتضمن رفعه بخلاف الطهارة لقراءة القرآن وشبهها • ولو نوى الجنب الغسـل لقراءة حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم أو المرور فى المسجد ففى ارتفـاع جنـابته الوجهان اللذان فى المحدث ، قال المحـاملى فى المجموع : وكذا لو نوى المحدث الوضوء للعبور فى المسجد ففيه الوجهان •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان نوى بطهارته رفع الحدث والتبرد والتنظيف صح وضوءه على المنصوص فى البويطى ، لأنه نوى رفع الحدث وضم اليه ما لا ينـافيه ، ومن أصحابنا من قال : لا يصح وضوءه لأنه أشرك فى النيـة بين القربة وغيرها) •

(الشرح) هذا الذى نقله عن النص هو المذهب الصحيح ، صححه الأصحاب وقطع به جماعات ، منهم صـاحب التلخيص والقفال والشـيخ أبو حامد والماوردى والفورانى والمحـاملى وامام الحرمين وابن الصـباغ والبغوى وغيرهم ، والوجه الآخر محكى عن ابن سريج وضـعفوا تعليله بالتشريك وقالوا : ليس هذا تشريكا وانما صححنا وضوءه لأن التبرد حاصل سواء قصده أم لا ، فلم يجعل قصده تشريكا وتركا للاخلاص ، بل هو قصد للعبادة على حسب وقوعها ، لأن من ضرورتها حصول التبرد • ولو اغتسل

بنية رفع الجنابة والتبرد ففيه الخلاف الذى فى الوضوء . والصحيح الصحة ذكره الرافعى وغيره والله أعلم .

(فــرع) قال صاحب الشامل : لو أحرم بالصــلاة بنية الصــلاة والاشتغال بها عن غريم يطالبه صحت صلاته ، لأن اشتغاله عن الغريم لا يفتقر الى قصد . ولهذه المسألة نظائر فى الطواف بنية الطواف والاشــتغال عن الغريم وغيرها وسنوضحها هناك ان شاء الله تعالى .

(فــرع) قال أصحابنا : لو أحرم بصلاة ينوى بها الفرض وتحيــه المسجد صحت صلاته وحصل له الفرض والتحية جميعا ، لأن التحية يحصل بها الفرض فلا يضر ذكرها تصريحا بمقتضى الحــال ، واتفق أصحابنا على التصريح بحصول الفرض والتحية . وصرحوا بأنه لا خلاف فى حصولهما جميعا ، ولم أر فى ذلك خلافا بعد البحث الشــديد سنين . وقال الرافعى وأبو عمرو بن الصلاح : لابد من جريان خلاف فيه كمسألة التبرد ، وهــذا الذى قالاه لم ينقلاه عن أحد ، والمنقول ما ذكرناه والفرق ظاهر فان الذى اعتمده الأصحاب فى تعليل البطلان فى مسألة التبرد هو التشريك بين القربة وغيرها ، وهذا مفقود فى مسألة التحية فان الفرض والتحية قربتان احداهما تحصل بلا قصد فلا يضر فيها القصد كما لو رفع الامام صوته بالتكبير ليسمع المأمومين ، فان صلاته صحيحة بالاجماع ، وان كان قد قصد أمرين لكنهما قربتان وهذا واضح لا يحتاج الى زيادة بيان .

ولو نوى بغسله غسل الجنابة والجمعة حصلا جميعا هذا هو الصحيح وبه قطع المصنف فى باب هيئــة الجمعة والجمهور ، وحكى الخراسانيون وجها أنه لا يحصــل واحد منهما ، قال امام الحرمين : هــذا الوجه حكاه أبو على وهو بعيد ، قال : ولم أره لغيره ، وحكاه المتولى عن اختيار أبى سهل الصعلوكى ، وعلى هذا يفرق بينه وبين التحية بأنها لا تحصل ضمنا وهذا بخلافها على الأصح ، وقال الرافعى : اذا نوى الجمعة والجنابة يبنى على أنه لو اقتصر على الجنابة هل تحصل الجمعة ؟ فيه قولان مشهوران ، ان قلنا : لا يحصل لم يصح الغسل كما لو نوى بصلاته الفرض والســنة ، وان قلنا : يحصل وهو الأصح فوجهان كمسألة التبرد والأصح الحصول .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان أحدث أحداثا ونوى رفع حدث منها ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) : أنه يصح وضوءه لأن الأحداث تتداخل ، فاذا ارتفع واحد ارتفع الجميع (والثانى) : لا يصح لأنه لم ينو رفع جميع الأحداث (والثالث) : ان نوى رفع الحدث الأول صح ، وان نوى ما بعده لم يصح لأن الذى أوجب الطهارة هو الأول دون ما بعده والأول أصح) .

(الشرح) هذه المسألة فيها خمسة أوجه ذكر المصنف منها ثلاثة بأدلتها أصحها عند جمهور الأصحاب يصح وضوءه سواء نوى الأول أو غيره ، وسواء نوى رفع حدث ونفى رفع غيره أو لم يتعرض لنفى غيره (والثانى) : لا يصح مطلقا (والثالث) : ان نوى رفع الأول صح وضوءه والا فلا (والرابع) : ان نوى رفع الأخير صح وضوءه والا فلا ، لأن ماقبل الأخير اندرج فيه ، حكاه صاحب الشامل وجماعة من الخراسانيين (والخامس) : ان اقتصر على نية رفع أحد الأحداث صح وضوءه وان نفى رفع غيره فلا ، حكاه الماوردى والبغوى والغزالى وآخرون ، ولو كان على امرأة غسل جنابة وحيض فنوت أحدهما صح غسلها وحصلا جميعا بلا خلاف ، والفرق أن هذه النية فى الأحداث غير مشروعة ولا معتادة بخلاف نية الجنابة والحيض فيكون من نوى أحد الأحداث مخالفا مقصرا ، فجاء فيه الخلاف بخلاف الحائض والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان نوى أن يصلى به صلاة وأن لا يصلى غيرها ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) : لا يصح لأنه لم ينو كما أمر (والثانى) : يصح لأن نيته للصلاة تضمنت رفع الحدث ، ونيته أن لا يصلى غيرها لغو (والثالث) : أنه يصح لما نوى اعتبارا بنيته) .

(الشرح) هذه الأوجه مشهورة ودليلها كما ذكر . وأصحها عند الأصحاب صحة الوضوء ويستبيح جميع الصلوات وغيرها مما يتوقف على طهارة ، ممن صححه القاضى أبو الطيب والمحاملى فى المجموع والفورانى

والشاشي والبغوي والروياني وصاحب البيان والرافعي وغيرهم ، والقائل بأنه يصح لما نوى فقط هو ابن سريج ، وبالمنع مطلقا هو أبو علي الطبري ، وضعف الأصحاب قول ابن سريج • قال الأصحاب : ولو نوت المستحاضة ومن في معناها ممن به حدث دائم بوضوئها صلاة فرض وأن لا تصلي به فرضا آخر صح وضوءها بلا خلاف لأنه مقتضى طهارتها ، ولو نوت بوضوئها نافلة وأن لا تصلي غيرها أو نوت فريضة وأن لا تصلي غيرها من نفل وغيره ففي صحة وضوئها الأوجه الثلاثة والله أعلم • قال صاحب البيان : قال صاحب الفروع لو نوى أن يصلي بوضوئه صلاة وأن لا يصليها كان متناقضا ولا يرتفع حدثه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولو نوى نية صحيحة ثم غير النية في بعض الأعضاء بأن نوى بغسل الرجل التبرد أو التنظيف ، ولم يحضر نية الوضوء لم يصح ما غسله بنية التبرد والتنظيف ، وان حضرته نية الوضوء وأضاف اليها نية التبرد فعلى ما ذكرت من الخلاف) •

(الشرح) اذا نوى نية صحيحة ثم نوى بغسل الرجل مثلا التبرد فله حالان كما ذكر المصنف (أحدهما) أن لا تحضره نية الوضوء في حال غسل الرجل بل ينوى التبرد غافلا عما سواه ففيه وجهان الصحيح منهما وبه قطع العراقيون لا يصح غسل الرجلين (والثاني) حكاه الخراسانيون وضعفوه أنه يصح لبقاء حكم النية الأولى ، فاذا قلنا بالصحيح فقال الجمهور : ان لم يطل الفصل ونوى رفع الحدث ثم غسل ما غسله بنية التبرد وان طال ، فهل يبني أم يستأنف الوضوء ؟ فيه القولان في جواز تفريق الوضوء ، الصحيح جوازه فيبني ، هذه طريقة الجمهور ، وقال القاضي حسين والبغوي والرافعي: اذا لم يطل الفصل هل يكفيه البناء أم يجب الاستئناف ؟ فيه وجهان بناء على الوجهين في جواز تفريق النية على أعضاء الوضوء وسنذكرهما في مسائل الفرع ان شاء الله تعالى ، ان قلنا : يجوز تفريقها وهو الأصح جاز البناء والا فلا • وصرح صاحب الحاوي بجواز البناء مع قولنا : لا يجوز تفريق النية •

(الحال الثانى) أن يحضره نية الوضوء مع نية التبرد فهو كما لو نوى من أول الطهارة الوضوء والتبرد وفيه الوجهان المنصوص فى البويطى صحة الوضوء (والثانى) : لا يصح ما غسله بنية التبرد فيكون حكمه ما ذكرناه فى الحال الأول والله أعلم •

(فـرع) لهذه المسألة : لو غسـل المتوضىء أعضـاءه الا رجليه فسقط فى نهر فانغسلتا فان كان ذاكرا للنية صح وضوءه والا فالمذهب أنه لا يجزيه غسل الرجلين ، وفيه وجه أنه يجزيه ، هكذا ذكر المسألة البغوى والمتولى وقال القاضى حسين : الأصح صحة وضـوئه اذا لم تكن له نية ، والمختار ما قاله المتولى والبغوى والله أعلم •

(فـرع) فى مسائل تتعلق بالباب :

(احداها) : اذا نوى المحدث الوضوء فقط ففى ارتفاع حدثه وجهان حكاهما الماوردى والرويانى أصحهما ارتفاعه (والثانى) : لا ، لأن الوضوء قد يكون تجديدا فلا يرفع حدثا قال الرويانى : فلو نوى الجنب الغسل لم يجزئه لأنه قد يكون عادة وقد يكون مندوبا ، قال امام الحرمين : الذى قطع به أئمة المذهب أنه اذا نوى بوضوئه أداء الوضوء أو فرض الوضوء صح وارتفع حدثه وقطع أيضا المتولى بأنه اذا نوى فرض الوضوء أو الجنب أو الحائض فرض الغسل أجزأهم •

فان قيل : كيف يصح الوضوء بنية الفرضية قبل دخول وقت الصلاة ؟•

فالجواب أن الوضوء يجب بمجرد الحدث الا أنه لا يتضيق وقته قبل ارادة الصلاة • وهذا على أحد الأوجه فى موجب الوضوء (والثانى) : أنه القيام الى الصـلاة (والثالث) : كلاهما • وجواب آخر أجاب به الرافعى وهو : أن المراد بالفرضية هنا فعل طهارة الحدث المشروطة فى صحة الصلاة ، وشرط الشىء يسمى فرضـا من حيث انه لا يصح الا به ، ولو كان المراد حقيقة الفرضية لما صح وضوء الصبى بهذه النية وهو صحيح بها •

(المسألة الثانية) اذا فرق النية على أعضاء الوضوء فنوى عند غسل

الوجه رفع الحدث عن الوجه ، وعند غسل اليدين رفع الحدث عنهما وكذا عند الرأس والرجلين ففى صحة وضوئه وجهان مشهوران فى كتب الخراسانيين ، وذكرهما من العراقيين الماوردى وابن الصباغ وغيرهما أصحهما عند الأصحاب الصحة وبه قطع الشيخ أبو حامد ونقله الرافعى عن معظم الأصحاب لأنه يجوز تفريق أفعال الوضوء على الصحيح فكذا النية بخلاف الصلاة وغيرها مما لا يجوز فيه تفريق النية ، وخالف الغزالى الأصحاب فقال : الأصح أنه لا يصح .

ثم جمهور الأصحاب أطلقوا المسألة فى تفريق النية ، وقال الرافعى المشهور أن الخلاف فى مطلق التفريق قال وحكى عن بعض الأصحاب أن الخلاف فيما اذا نوى رفع الحدث عن العضو المغسول دون غيره ، قال الرافعى . ثم من الأصحاب من بنى تفريق نية الوضوء على تفريق أفعاله فقال ان جوزنا تفريق الأفعال فكذا النية والا فلا ، ومنهم من رتبه عليه فقال : ان منعنا تفريق الأفعال فالنية أولى والا فوجهان .

والفرق أن الوضوء وان فرق أفعاله عبادة واحدة يرتبط بعضها ببعض ، ولهذا لو أراد مس المصحف بوجهه المغسول قبل غسل باقى الأعضاء لا يجوز فلتشملها نية واحدة بخلاف الأفعال فانها لا تتأتى الا متفرقة والله أعلم .

(المسألة الثالثة) : أهلية النية شرط لصحة الطهارة فلا يصح وضوء مجنون وصبى لا يميز ، وأما الصبى المميز فيصح وضوءه وغسله كما سنوضحه ان شاء الله تعالى فى المسألة السادسة . وأما الكافر الأصلى اذا تطهر ثم أسلم ففيه أربعة أوجه الصحيح المنصوص لا يصح منه وضوء ولا غسل لأنه ليس من أهل النية (والثانى) : يصح غسله دون تيممه ووضوئه ، حكاه المصنف فى باب الغسل وحكاه آخرون . وقال امام الحرمين : هذا الوجه هو قول أبى بكر الفارسى ، قال : وهو غلط صريح متروك عليه قال : وليس من الرأى أن تحسب غلطات لرجال من متن المذهب . (والوجه الثالث) : يصح منه الغسل والوضوء دون التيمم حكاه صاحب الحاوى وغيره (والرابع) : يصح من كل كافر كل طهارة من غسل ووضوء وتيمم ، حكاه امام الحرمين وغيره وهو ضعيف جدا .

وأما المرتد فقال الرافعي : قطع الأصحاب بأنه لا يصح منه غسل ولا غيره ، ولو انقطع حيض مرتدة فاغتسلت ثم أسلمت لم يحل الوطء الا بغسل جديد بلا خلاف كذا قالوه ، وهذا الذى ادعاه الرافعى من الاتفاق ليس متفقا عليه بل ذكر جماعة الخلاف فى المرتد ، فقال صاحب الحاوى فى هذا الباب فى صحة غسل المرتد وجهان ، وقال امام الحرمين فى باب الغسل : حكى المحاملى فى كتاب القولين والوجهين وجها أنه يصح من كل كافر كل طهارة غسلا كان أو وضوءا أو تيمما ، قال : وهذا فى نهاية الضعف ، فقوله : كل كافر يدخل فيه المرتد ، هذا تفصيل مذهبنا • وقال أبو حنيفة : اذا توضأ الكافر صح وضوءه فيصلى به اذا أسلم ووافقنا مالك وأحمد وداود والجمهور على أنه لا يصح وضوءه والله أعلم •

وأما الكتابية تحت المسلم فاذا انقطع حيضها أو نفاسها لم يحل له الوطء حتى تغتسل فاذا اغتسلت حل الوطء للضرورة ، وهذا لا خلاف فيه فاذا أسلمت ، هل يلزمها اعادة ذلك الغسل ؟ فيه وجهان أصحهما عند الجمهور وجوبها ، ممن صححه الفورانى والمتولى وصاحب العدة والرويانى والرافعى وغيرهم : وصحح امام الحرمين عدم الوجوب قال : لأن الشافعى رحمه الله نص أن الكافر اذا لزمه كفارة فأداها ثم أسلم لا يلزمه الاعادة قال : ولعل الفرق بينهما أن الكفارة يتعلق مصرفها بالآدمى فتشبه الديون بخلاف الغسل•

قال المتولى : ولا يحل للزوج الوطء الا اذا اغتسلت بنية استباحة الاستمتاع كما لو ظاهر كافر وأراد الاعتاق لا يجزيه الا بنية العتق عن الكفارة ، فاذا لم ينو لم يحل له الاستمتاع ، وحكى الرويانى وجهين (أحدهما) هذا (والثانى) يحل الوطء بغسلها بلا نية للضرورة قال : وهذا أقيس ، واذا اغتسلت ثم أسلمت هل لزوجها الوطء بهذا الغسل ؟ قال المتولى : هو على الوجهين فى وجوب اعادة الغسل ان أوجبناها لم يحل الوطء حتى تغتسل والا فيحل وذكر الرويانى طريقين (أحدهما) هذا (والثانى) القطع بعدم الحل قال : وهو الأصح لزوال الضرورة • ولو امتنعت زوجته المسلمة من غسل الحيض فأوصل الماء الى بدنها قهرا حل له وطؤها ، قطع به امام الحرمين وغيره ، قال امام الحرمين : وهل يلزمها اعادة

هذا الغسل لحق الله تعالى ؟ فيه الوجهان فى الذمية قال : ويحتمل القطع بالوجوب لأنها تركت النية وهى من أهلها ، وجزم الغزالى بوجوب الاعادة ولم يصرح الامام باشتراط نية الزوج بغسله اياها الاستباحة ، والظاهر أنه على الوجهين الآتيين فى غسله المجنونة .

وأما المجنونة اذا انقطع حيضها فلا يحل لزوجها وطؤها حتى يغسلها ، فاذا غسلها حل الوطء لتعذر النية فى حقها ، واذا غسلها الزوج هل يشترط لحل الوطء أن ينوى بغسله استباحة الوطء ؟ فيه وجهان حكاهما الرويانى وقطع المتولى باشتراط النية ، وقطع الماوردى بعدم الاشتراط ، قال : بخلاف غسل الميت فانه يشترط فيه نية الغسل على أحد الوجهين لأن غسله تعبد . وغسل المجنونة لحق الزوج ، فاذا أفاقت لزمها اعادة الغسل على المذهب الصحيح المشهور ، وذكر المتولى فيه وجهين كالذمية اذا أسلمت قال : وكذا الوجهان فى حل وطئها للزوج بعد الافاقة والله أعلم .

(المسألة الرابعة) : اذا تيقن الطهارة ثم شك فى الحدث لم يلزمه الوضوء لكن يستحب له فلو توضأ احتياطا ثم بان أنه كان محدثا فهل يجزيه ذلك الوضوء ؟ فيه وجهان مشهوران عند الخراسانيين ، أصحهما لا يجزيه لأنه توضأ مترددا فى النية ، اذ ليس هو جازما بالحدث ، والتردد فى النية مانع من الصحة فى غير الضرورة ، وقولنا : فى غير الضرورة احتراز ممن نسى صلاة من الخمس فانه يصلى الخمس وهو متردد فى النية ، ولكن يعفى عن تردده فانه مضطر الى ذلك . والوجه الثانى : يجزيه لأنها طهارة مأمور بها صادفت الحدث فرفعته ، والمختار الأول وبه قطع البغوى فى باب ما ينقض الوضوء كما لو شك هل عليه فائتة صلاة الظهر أم لا فقضاها على الشك ثم بان أنها كانت عليه ، فانه لا يجزيه قطعا ، صرح به المتولى بخلاف ما لو كان محدثا فشك هل توضأ أم لا فتوضأ شاكا ثم بان أنه كان محدثا فانه يصح وضوءه بلا خلاف ، لأن الأصل بقاء الحدث والطهارة واقعة بسبب الحدث وقد صادفته قال البغوى فى هذه الصورة : فلو توضأ ونوى ان كان محدثا فهو عن فرض طهارته والا فهو تجديد ، صح وضوءه عن الفرض، حتى لو زال شكه وتيقن الحدث لا يجب اعادة الوضوء ، وبنى بعض

الأصحاب هذين الوجهين على الوجهين فى الوضوء لما يستحب له الطهارة فان قيل : قولكم الأصح أنه لا يجزيه وتجب الاعادة يمنع وقوع الوضوء مستحبا ويلزم منه أنه لا يستحب اذ لا فائدة فيه بل يحدث ثم يتوضأ وجوبا ولا سبيل الى القول بذلك •

فالجواب ما أجاب به الشيخ أبو عمرو بن الصلاح رحمه الله قال : لانقول بأنه لا يرتفع حدثه على تقدير تحقق الحدث ، وانما نقول : لا يرتفع على تقدير انكشاف الحال ويكون وضوءه هذا رافعا للحدث ان كان موجودا فى نفس الأمر ولم يظهر لنا للضرورة فاذا انكشف الحال زالت الضرورة فوجبت الاعادة بنية جازمة قال : وهذا كما لو نسى صلاة من خمس فانه يصلى الخمس ويجزيه بنية لا يجزى مثلها حال الانكشاف •

(قلت) ولو نسى صلاة من الخمس فصلى الخمس ثم علم المنسية فلم أر فيه كلاما لأصحابنا ، ويحتمل أن يكون على الوجهين فى هذه المسألة ، ويحتمل أن يقطع بأنه لا تجب الاعادة لأنا أوجبناها عليه وفعلها بنية الواجب ولا توجبها ثانيا ، بخلاف مسألة الوضوء فانه تبرع به فلا يسقط به الفرض، وهذا الاحتمال أظهر والله أعلم •

(المسألة الخامسة) : اذا توضأ ثلاثا كما هو السنة فترك لمعة عن وجهه فى الغسلة الأولى ناسيا فانغسلت فى الثانية أو الثالثة وهو يقصد بها التنفل فهل يسقط الفرض فى تلك اللمعة بهذا أم يجب اعادة غسلها ؟ فيه وجهان ، وكذا الجنب اذا ترك لمعة من بدنه فى الغسلة الأولى ناسيا فانغسلت فى الثانية ففيه الوجهان ، وكذا لو أغفل لمعة فى وضوئه فانغسلت فى تجديد الوضوء حيث يشرع التجديد ففى ارتفاع حدث اللمعة الوجهان وهما مشهوران • قال القاضى أبو الطيب فى كتابه شرح الفروع : الصحيح أنه لا يرتفع حدث اللمعة فى المسألتين ، وقال جمهور الخراسانيين : الأصح ارتفاع الحدث بالغسلة الثانية والثالثة والأصح : عدم الارتفاع فى مسألة التجديد لأن الغسلات الثلاث طهارة واحدة ، ومقتضى نيته الأولى أن تحصل الغسلة الثانية بعد كمال الأولى ، فما لم تتم الأولى لا يقع عن الثانية ، وتوهمه الغسل عن الثانية لا يمنع الوقوع عن الأولى كما لو ترك سجدة من الركعة

الأولى وسجد فى الثانية فانه يتم بها الأولى وان كان يتوهم خلاف ذلك ، وأما التجديد فطهارة مستقلة مفردة بنية لم توجه الى رفع الحدث أصلا .

هذا كله اذا غسل اللمعة معتقدا بها التنفل بالثانية أو الثالثة فى الوضوء أو الغسل ، فأما لو نسى اللمعة فى وضوئه أو غسله ثم نسى أنه توضأ أو اغتسل فأعاد الوضوء بنية رفع الحدث والغسل بنية رفع الجنابة فانغسلت تلك اللمعة ثم تذكر الحال فانه يسقط عنه الفرض ويرتفع حدثه وجنابته بلا خلاف ، لأن الفرض باق فى اللمعة وقد نوى الفرض فى الطهارة الثانية ، ومن صرح بهذا مع ظهوره جماعات منهم ابن الحداد فى فروعه والقاضى أبو الطيب فى شرح الفروع والفورانى والبغوى والمتولى والرويانى وآخرون ونقل الفورانى الاتفاق عليه والله أعلم .

(المسألة السادسة) : نية الصبى المميز صحيحة وطهارته كاملة فلو تطهر ثم بلغ على تلك الطهارة جاز أن يصلى بها وكذا لو أولج ذكره فى فرج أو لاط به انسان واغتسل الصبى ثم بلغ لا يلزمه اعادة الغسل بل وقع غسله صحيحا مجزيا ، والصبية اذا جومعت كالصبى فلو لم يغتسلا حتى بلغا لزمهما الغسل بلا خلاف ، وحكى المتولى عن المزنى أنه ذكر فى المنثور أن طهارة الصبى ناقصة فيلزمه الاعادة اذا بلغ وهذا غريب ضعيف جدا والصحيح المشهور ما قدمته وصرح صاحب الحاوى بأنه يجزيه طهارته فى الصبا ويصلى بها بعد البلوغ بلا خلاف فى مذهب الشافعى . وأما اذا تيمم ثم بلغ فقطع الماوردى بأنه يصلى به النفل ولا يصلى به الفرض وقال صاحب العدة والبغوى : لا يبطل تيممه على أصح الوجهين فيصلى به الفرض والنفل لأنه لو صلى بذلك التيمم صلاة الوقت ثم بلغ والوقت باق أجزأته ، ذكره البغوى فى باب الغسل ، وقال الرويانى فى باب التيمم قال أصحابنا العراقيون لا يصلى به الفرض وقال القفال : فيه وجهان والله أعلم .

(السابعة) : هل يشترط الاضافة الى الله تعالى فى نية الوضوء وسائر العبادات ؟ فيه وجهان حكاهما امام الحرمين والغزالى ومن تابعهما أصحهما لا يشترط ، لأن عبادة المسلم لا تكون الا لله تعالى ، ومقتضى كلام الجمهور القطع بأنها لا تشترط والله أعلم .

(الثامنة) : هل تجب النية على غاسل الميت وتشترط فى صحة غسله ؟ فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف وأكثر الأصحاب فى كتاب الجنائز وذكرهما جماعة هنا واختلف فى الأصح منهما وسنوضحه فى الجنائز ان شاء الله تعالى •

(التاسعة) : اذا كان على عضو من أعضاء المتوضىء أو المغتسل نجاسة حكمية فغسله مرة واحدة بنية رفع الحدث وازالة النجاسة أو بنية رفع الحدث وحده حكم بطهارته عن النجاسة بلا خلاف • وهل يطهر عن الحدث والجنابة ؟ فيه وجهان حكاهما الماوردى والشاشى والرويانى وغيرهم أصحهما : يطهر ، وبه قطع القاضى أبو الطيب والشيخ نصر المقدسى فى كتابه الانتخاب وابن الصباغ ، لأن مقتضى الطهارتين واحد فكفاها غسلة واحدة كما لو كان عليها غسل جنابة وحيض • (والثانى) : لا يطهر وبه قطع القاضى حسين وصاحباه المتولى والبغوى وصححه الشاشى فى كتابه المعتمد والرافعى، والمختار الأول ، ذكر القاضى أبو الطيب والقاضى حسين والبغوى والشيخ نصر هذه المسألة فى هذا الباب وذكرها صاحب الشامل فى باب الاجتهاد فى الأوانى والمتولى فى المياه والماوردى والشاشى والرويانى فى باب الغسل ، ولو كان على يده عجين أو طين ونحوهما فغسلهما بنية رفع الحدث لا يجزيه، واذا جرى الماء الى موضع آخر لا يحسب عن الطهارة لأنه مستعمل ، ذكره القاضى حسين والله أعلم •

(العاشرة) : اذا نوى رفع حدث البول ولم يكن حدثه البول بل النوم مثلا ــ فان كان غالطا بأن ظن حدثه البول ــ صح وضوءه بلا خلاف • وقد أشار المزنى رحمه الله الى نقل الاجماع على هذا فانه قال فى باب التيمم من مختصره : ولا نعلم أحدا منع صحة وضوء هذا الغالط • وذكر امام الحرمين هنا فى باب النية أن المزنى نقل الاجماع على ذلك ، قال الامام : وفيه عندى أدنى نظر ، وان كان معتمدا عالما بأن حدثه النوم فنوى البول أو غيره فوجهان أحدهما : يصح ويلغى تعيينه الحدث وأصحهما لا يصح لأنه متلاعب نوى ما ليس عليه وترك ما هو عليه مع علمه ، بخلاف الغالط فانه يعتقد أن نيته رافعة لحدثه مبيحة للصلاة وكأنه نوى استباحة الصلاة •

(فــرع) في وقوع الغلط في النية أذكر فيه ان شاء الله تعالى جملة مختصرة وهي مقررة بأدلتها في مواضعها ، والمقصود جمعها في موضع ، وهذا أليق المواضع بها • قال أصحابنا : اذا غلط في نية الوضوء فنوى رفع حدث النوم وكان حدثه غيره صح بالاتفاق ، وان تعمد لم يصح على الأصح كما أوضحناه ، وكذا حكم الجنب ينوى رفع جنابة الجماع وجنابته باحتلام وعكسه ، والمرأة تنوى الجنابة وحدثها الحيض وعكسه فحكمه ما سبق •

ولو نوى المتيمم استباحة الصلاة بسبب الحدث الأصغر وكان جنبا أو الجنابة فكان محدثا صح بالاتفاق اذا كان غالطا ، وسلم امام الحرمين أن احتماله السابق لا يجيء هنا ، قال أصحابنا : ولو غلط في الصلاة والصوم فنوى غير الذى عليه لم يجزه الا اذا نوى قضاء اليوم الأول من رمضان مثلا وكان عليه الثاني ففى اجزائه وجهان مشهوران ، وقد ذكرهما المصنف في آخر كتاب الصيام لكنه ذكرهما احتمالين وهما وجهان للأصحاب ولو نوى ليلة الثلاثاء صوم الغد وهو يعتقده يوم الاثنين أو نوى رمضان السنة التى هو فيها وهو يعتقدها سنة أربع فكانت سنة ثلاث صح صومه بلا خلاف لتعيينه الوقت بخلاف ما لو نوى صوم الاثنين ليلة الثلاثاء ولم ينو الغد أو نوى رمضان سنة ثلاث في سنة أربع فانه لا يصح لعدم التعيين •

ولو نوى في الصلاة قضاء ظهر يوم الاثنين وكان عليه ظهر الثلاثاء لم يجزه صرح به البغوى ولو كان يؤدى الظهر في وقتها معتقدا أنه يوم الاثنين فكان الثلاثاء صح ظهره صرح به البغوى • ولو غلط في الأذان وظن أنه يؤذن للظهر وكانت العصر فلا أعلم فيه نقلا وينبغى أن يصح ، لأن المقصود الاعلام ممن هو من أهله وقد حصل به ولو غلط في عدد الركعات فنوى الظهر ثلاث ركعات أو خمسا قال أصحابنا : لا يصح ظهره ، ولو صلى في الغيم بنية الأداء ظانا أن الوقت باق ، أو الأسير صام بالاجتهاد ونوى رمضان فبان بعد خروج الوقت أجزأهما ، نص عليه الشافعي والأصحاب •

ولو عين الامام من يصلى خلفه فنوى الصلاة بزيد فكان الذى خلفه عمرا صحت صلاتهما ، ولو نوى المأموم الصلاة خلف زيد فكان عمرا أو نوى الصلاة على الميت زيد فكان عمرا أو على امرأة فكان رجلا أو عكسه لم

تصح صلاته ، ولو قال : خلف هذا زيد أو على هذا الميت زيد فكان عمرا ففى صحة الصلاة وجهان ، ومثله فى البيع لو قال بعتك هذا الفرس فكان بغلا أو عكسه ففى صحته وجهان الأصح فى مسألة الصلاة الصحة تغليبا للاشارة ، وفى مسألة البيع البطلان تغليبا للعبارة غرض المالية ، ومثله فى النكاح لو قال : زوجتك هذه العربية فكانت عجمية أو عكسه أو هذه العجوز فكانت شابة أو عكسه أو البيضاء فكانت سوداء أو عكسه ، وكذا المخالفة فى جميع وجوه النسب والصفات بالعلو والنزول ، ففى صحة النكاح قولان مشهوران الأصح الصحة •

ولو أخرج دراهم بنية زكاة ماله الغائب فكان تالفا لا يجزيه عن الحاضر، ولو أطلق نية الزكاة أجزأه عن الحاضر ومثله فى الكفارة • ولو نوى كفارة الظهار فكان عليه كفارة قتل لم يجزئه ، ولو نوى الكفارة مطلقا أجزأه •

فهذه أمثلة يستضاء بها لنظائرها وستأتى مبسوطة مع غيرها فى مظانها ان شاء الله تعالى والله أعلم •

(المسألة الحادية عشرة) : اذا نوى قطع الطهارة بعد الفراغ منها فالمذهب الصحيح المشهور أنها لا تبطل كما لو نوى قطع الصلاة بعد السلام منها فانها لا تبطل بالاجماع • وممن جزم بهذا ابن الصباغ والجرجانى فى التحرير والرويانى وغيرهم ، وفيه وجه حكاه فى البيان عن الصيدلانى أن طهارته تبطل لأن حكمها باق بدليل أنه يصلى بها ، وان نوى قطع الطهارة فى أثنائها فوجهان مشهوران حكاهما صاحبا الشامل والبحر وآخرون أحدهما : تبطل كما لو قطع الصلاة فى أثنائها وأصحهما : لا يبطل ما مضى وبه قطع الفورانى والجرجانى كما لو عزبت نيته ونوى التبرد فى أثناء طهارته ، فان النية تنقطع ولا يبطل ما مضى بخلاف الصلاة فانها متى انقطعت نيتها بطلت كلها ، فعلى هذا اذا أراد تمام الطهارة وجب تجديد النية بلا خلاف ، صرح به الفورانى والرويانى وصاحب البيان وآخرون ، فان لم يتطاول الفصل بنى ويجىء فيه الوجه السابق فى تفريق النية ، وان طال فعلى قولى تفريق الوضوء •

أما اذا قطع نية الحج ونوى الخروج منه فى أثنائه فلا ينقطع ، ولا يخرج

بلا خلاف . ولو نوى فى أثناء الصلاة الخروج منها بطلت قطعا ، ولو نوى فى أثناء الصوم والاعتكاف الخروج منهما ففى بطلانهما وجهان وسنوضح كل ذلك فى مواضعه ان شاء الله تعالى والله أعلم .

(فـرع) فى مسائل غريبة ذكرها الرويانى فى البحر [1] .

قال : لو نوى أن يصلى بوضوئه صلاة لا يدركها به بأن نوى بوضوئه فى رجب صلاة العيد قال : قال والدى : قياس المذهب صحة وضوئه ويصلى به كل الصلوات لأنه نوى ما لا يباح الا بوضـوء قال : قال جدى : ولو أجنبت بنت تسع سنين فنوت بغسـلها رفع حدث الحيض صح على أصح الوجهين ، وهذا الذى حكاه محمول على ما اذا غلطت فان نوت متعمـدة فالصحيح أنه لا يصح لو كانت ممن حاضت فهذه أولى .

وذكر الرويانى فى آخر باب التحرى فى الأوانى قال : لو أمر غيره بصب الماء عليه فى وضوئه وغسله فصب البعض ونوى المتطهر ، ثم صب البـاقى فى حال كره المتطهر فيها الصب لبرودة الماء أو غيره ، الا أنه لم يأمره ولم ينهه فينبغى أن تصح الطهارة ، ولو نوى الطهارة وغسل البعض ثم صب عليه غيره بغير اذنه وهو غافل لا يعلم به ونية الطهارة عازبة عنه ــ لم يصح ، لأن النية تناولت فعله لا فعل غيره .

(قلت) فى هذا نظر ، قال : ولو أمر بصب الماء عليه فى كل وضوئه ثم نسى الأمر به فصبه عليه بعد ما غسل بعض أعضائه بنفسه صح ولا يضره النسيان ، ولو نام قاعدا فى أثناء وضوئه ثم انتبه فى مدة يسيرة ففى وجوب تجديد النية وجهان كما لو فرق تفريقا كثيرا .

ولو نوى بوضوئه قراءة القـرآن ان كانت كافية فان لم تكن كافية فالصلاة وقلنا لا تكفى نية القراءة فيحتمل أن يصح ، كما لو نوى زكاة ماله الغائب ان كان باقيا ، والا فعن الحاضر فيجزيه اذا كان باقيـا . ولو نوى

---

(١) كتابه بحر المذهب منه نسخة مخطوطة فى دار الكتب والوثائق العربيـة كانت احد مراجعنا فى تكملة هذا الكتاب (ط) .

بوضوئه الصلاة فى مكان نجس ينبغى أن لا يصح ، ولو نوى نية صحيحة وغسل بعض أعضائه ثم بطل الوضوء فى أثنائه بحدث أو غيره هل له ثواب المفعول منه ؟ يحتمل أن يكون له ثوابه كالصلاة اذا بطلت فى أثنائها ، ويحتمل أن يقال : ان بطل بغير اختياره فله ثوابه والا فلا ، ومن أصحابنا من قال : لا ثواب له بحال لأنه يراد لغيره بخلاف الصلاة ، والله أعلم بالصواب ، وله الحمد والنعمة وبه التوفيق والعصمة ، والحمد لله رب العالمين •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب
صفة الوضوء

(المستحب أن لا يستعين فى وضوئه بغيره لما روى أن النبى صلى الله وسلم قال : « انا لا نستعين على الوضوء بأحد » فان استعان بغيره جاز لما روى أن أسامة والمغيرة والربيع بنت معوذ بن عفراء رضى الله عنهم صبوا على النبى صلى الله عليه وسلم الماء فتوضأ • وان أمر غيره حتى وضأه ونوى هو أجزأه ، لأن فعله غير مستحق فى الطهارة ، ألا ترى أنه لو وقف تحت ميزاب فجرى الماء عليه ونوى الطهارة أجزأه) •

(الشرح) هذه القطعة تتضمن مسائل (احداها) فى بيان الأحاديث، أما حديث أسامة رضى الله عنه فرواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما عنه : « أنه صب على النبى صلى الله عليه وسلم فى وضوئه فى حجة الوداع بعد دفعه من عرفة بينها وبين المزدلفة » وأما حديث المغيرة « فصب عليه صلى الله عليه وسلم فى وضوئه ذات ليلة فى غزوة تبوك » رواه البخارى ومسلم • وأما حديث الربيع بنت معوذ فرواه ابن ماجه باسناده عنها قالت : « أتيت النبى صلى الله عليه وسلم بميضأة فقال : اسكبى فسكبت فغسل وجهه وذراعه وأخذ ماء جديدا فمسح به رأسه وغسل رجليه ثلاثا ثلاثا [1] » فى اسناده

(١) فى هذا الحديث ان المضمضة والاستنشاق لا يجبان فى الوضوء لان ظاهره البداءة بغسل الوجه وهو مذهبنا . ا هـ اذرعى •

عبد الله بن محمد بن عقيل واختلفوا فى الاحتجاج به واحتج به الأكثرون وحسن الترمذى أحاديث من روايته فحديثه هذا حسن ، وعن حذيفة بن أبى حذيفة عن صفوان بن عسال رضى الله عنه قال : « صببت على النبى صلى الله عليه وسلم فى الحضر والسفر فى الوضوء » رواه البخارى فى تاريخه فى ترجمة حذيفة وأشار الى تضعيفه ولم يذكر حذيفة سماعا ، وأما حديث : « انا لا نستعين على الوضوء بأحد » فباطل لا أصل له ، ويغنى عنه الأحاديث الصحيحة المشهورة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتوضأ بغير استعانة » والله أعلم .

(المسألة الثانية) فى الأسماء : أما أسامة فهو أبو محمد ويقال أبو زيد ويقال أبو حارثة ويقال أبو يزيد أسامة بن زيد بن حارثة بن شراحيل مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم وابن مولاه وحبه وابن حبه ، أمه أم أيمن واسمها بركة حاضنة رسول الله صلى الله عليه وسلم توفى بالمدينة وقيل بوادى القرى سنة أربع وخمسين وقيل [1] سنة أربعين وتوفى النبى صلى الله عليه وسلم وهو ابن عشرين سنة ، وقيل : تسع عشرة وقيل : ثمان عشرة .

وأما المغيرة فهو أبو عيسى ويقال أبو عبد الله ، ويقال : أبو محمد المغيرة بن شعبة ، أسلم عام الخندق ، توفى واليا على الكوفة فى الطاعون سنة خمسين ، وقيل : سنة احدى وخمسين ، وهو المغيرة بضم الميم وكسرها حكاهما ابن السكيت وغيره ، الضم أشهر .

وأما الربيع فبضم الراء وفتح الباء الموحدة وكسر الياء ومعوذ بضم الميم وفتح العين وكسر الواو المشددة ، وعفراء بفتح العين المهملة واسكان الفاء وبالمد ، وهى الربيع بنت معوذ بن الحارث الأنصارية من المبايعات تحت الشجرة بيعة الرضوان .

(الثالثة) قوله : « تحت مئزاب » هو بميم مكسورة ثم همزة وجمعه مآزيب ويجوز أن يقال ميزاب بياء ساكنة بدل الهمزة كما عرف فى نظائره ،

---

[1] اتفق كتاب السير على ان موته كان بعد مقتل عثمان سنة اربعين او فى آخر خلافة معاوية سنة ثمان او تسع او اربع وخمسين قال ابن عبد البر : وهو اصح ان شاء الله تعالى يعنى اربعا وخمسين (ط) .

وأنكر ابن السكيت ترك الهمز ، ولعله أراد الانكار على من يقول أصله الياء ، فأما انكار النطق بالياء فغلط لا شك فيه ، وهذه قاعدة معروفة لأهل التصريف • قال ابن السكيت : ولا تقل مزراب يعنى بزاى ثم راء وأما مرزاب بتقديم الراء فهى لغة ذكرها ابن فارس وغيره ، قال الجوهرى : وليست بالفصيحة •

(الرابعة) فى الأحكام : فان استعان بغيره فى احضار الماء لوضوئه فلا بأس به ولا يقال انه خلاف الأولى ، لأنه ثبت ذلك فى الصحيح عن النبى صلى الله عليه وسلم فى مواطن كثيرة ، وان استعان بغيره فغسل له أعضاءه صح وضوءه لكنه يكره الا لعذر ، وان استعان به فى صب الماء عليه ــ فان كان لعذر ــ فلا بأس والا فوجهان حكاهما المتولى وغيره (أحدهما) يكره (والثانى) لا يكره لكنه خلاف الأولى وهذا أصح ، وبه قطع البغوى وغيره وهو مقتضى كلام المصنف والأكثرين •

قال أصحابنا : اذا استعان استحب أن يقف الصاب على يسار المتوضىء ونص على استحبابه الشافعى ، لأنه أمكن وأعون وأحسن فى الأدب ، قالوا : واذا توضأ من اناء ولم يصب عليه ــ فان كان يغترف منه ــ استحب أن يجعله عن يمينه ، وان كان يصب منه كالابريق جعله عن يساره وأخذ الماء منه فى يمينه ، واستثنى أبو الفرج السرخسى فى الأمالى صورة فقال : اذا فرغ من غسل وجهه ويمينه حول الاناء الى يمينه وصب على يساره حتى يفرغ من وضوئه قال : لأن السنة فى غسل اليد أن يصب الماء على كفه فيغسلها ثم يغسل ساعده وذراعه ثم مرفقه ولم يذكر الجمهور هذا التحويل وما بعده •

(فرع) قد ذكرنا أنه اذا وضأه غيره صح ، وسواء كان الموضىء ممن يصح وضوءه أم لا ، كمجنون وحائض وكافر وغيرهم ، لأن الاعتماد على نية المتوضىء لا على فعل الموضىء كمسألة الميزاب ، ولا نعلم فى هذه المسألة خلافا لأحد من العلماء الا ما حكاه صاحب الشامل عن داود الظاهرى أنه قال : لا يصح وضوءه اذا وضأه غيره ورد عليه بأن الاجماع منعقد على أن من وقع فى ماء أو وقف تحت ميزاب ونوى صح وضوءه وغسله •

(فـرع) قال الغزالى فى البسيط : لو ألقى انسـان فى ماء مكرها فقال الشيخ أبو على : أطلق الأصحاب صحة وضوئه اذا نوى رفع الحـدث قال : ولكن لابد فيه من تفصيل فاذا نوى رفع الحدث وهو يريد المقام فيه ولو لحظة صح ، لأنه فعل يتصور قصده وان كان قد كره المقـام وتحقق الاضطرار من كل وجه لم يصح وضوءه اذ لا تتحقق النية ، قال : ويمكن أن يقال : الفعل الواحد قد يكون مرادا من وجه مكروها من وجه فارتبطت النية به والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب أن يسمى الله تعالى على الوضوء لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من توضأ وذكر اسم الله تعالى عليه كان طهورا لجميع بدنه » فان نسى التسمية فى أولها وذكرها فى أثنائها أتى بها حتى لا يخلو الوضوء من اسم الله عز وجل ، وان تركها عمدا أجزأه لمـا روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من توضأ ولم يذكر اسم الله عليه كان طهورا لما مر عليه الماء » .

(الشرح) هذا الحديث الذى ذكره عن أبى هريرة رضى الله عنه هو حديث واحد فرقه فرقتين ، ولهذا قال فى الثانى : ومن توضأ بواو العطف وهو حديث ضعيف عند أئمة الحديث ، وقد بين البيهقى وجوه ضـعفه ، وصح عن أحمـد بن حنبل فيمـا نقله الترمذى وغيره أنه قال : لا أعلم فى التسمية حديثا ثابتا ، والحديث المذكور فى الكتاب رواه الدارقطنى والبيهقى وغيرهما ، وروى أبو داود من حديث أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم : « لا وضوء لمن لم يذكر اسم الله عليه » وكذا رواه الترمذى من رواية سعيد بن زيد ورواه ابن ماجه من رواية سعيد بن زيد وأبى سعيد الخـدرى .

قال الترمذى : وفى الباب عن عائشة وأبى هريرة وأبى سعيد وسهل بن سعد وأنس ، وأسانيد هذه الأحاديث كلها ضعيفة ، وذكر البيهقى هـذه الأحاديث ثم قال : أصح ما فى التسمية حديث أنس : « أن النبى صلى الله

عليه وسلم وضع يده فى الاناء الذي فيه الماء ثم قال : « توضئوا باسم الله قال : فرأيت الماء ينبع من بين أصابعه والقوم يتوضأون حتى توضئوا من عند آخرهم وكانوا نحو سبعين رجلا » واسناده جيد ، واحتج به البيهقى فى كتابه معرفة السنن والآثار ، وضعف الأحاديث الباقية . وأما قول الحاكم أبى عبد الله فى المستدرك على الصحيحين فى حديث أبى هريرة : انه حديث صحيح الاسناد ، فليس بصحيح لأنه انقلب عليه اسناده واشتبه ، كذا قاله الحفاظ ويمكن أن يحتج فى المسألة بحديث : « كل أمر ذى بال لا يبدأ فيه بالحمد لله أو بذكر الله » وقد سبق ايضاحه وبيان طرقه فى أول الكتاب والله أعلم . ومعنى « كان طهورا لجميع بدنه أو لما مر عليه الماء » أى مطهرا من الذنوب الصغائر .

(وأما حكم المسألة) : فالتسمية مستحبة فى الوضوء وجميع العبادات وغيرها من الأفعال حتى عند الجماع كذا صرح به القاضى أبو الطيب وصاحبه ابن الصباغ والشيخ نصر وآخرون قال الشيخ نصر :

وكذا عند الخروج من بيته ، وعقد البخارى فى ذلك بابا فى صحيحه فقال : باب التسمية على كل حال وعند الوقاع . واحتج بحديث ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لو أن أحدكم اذا أتى أهله قال : باسم الله اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتنا فقضى بينهما ولد لم يضره الشيطان » رواه البخارى ومسلم .

واعلم أن أكمل التسمية أن يقول : بسم الله الرحمن الرحيم ، فان قال باسم الله فقط حصل فضيلة التسمية بلا خلاف ، صرح به الماوردى فى كتابيه الحاوى والاقناع ، وامام الحرمين وابن الصباغ والشيخ نصر فى كتابه الانتخاب ، والغزالى فى الوجيز ، والمتولى والرويانى والرافعى وغيرهم والله أعلم . وأما قول المصنف فان نسى التسمية فى أولها وذكر فى أثنائها أتى بها فهكذا نص عليه الشافعى فى الأم وبوب لها بابا قال فيه : (فان سها عنها سمى متى ذكر ان ذكر قبل أن يكمل الوضوء) ونقله أبو حامد والماوردى وأبو على البندنيجى وغيرهم عن نصه فى القديم أيضا . وقول المصنف : (وذكر فى أثنائها) اشارة الى ما صرح به الأصحاب أنه لو لم يسم حتى فرغ من

الطهارة لم يسم لفوات محلها ، ممن صرح به القاضى أبو الطيب وابن الصباغ والمتولى والرويانى وغيرهم ونص عليه الشافعى كما سبق .

وأما قوله : (فان نسى التسمية أتى بها) فهو موافق لنص الشافعى كما سبق ، وكذا عبارة كثيرين وهو يوهم أنه لو ترك التسمية عمدا لم يأت بها فى الأثناء ، وليس الحكم كذلك بل من تركها عمدا استحب أن يأتى بها فى أثنائها كالناسى ، كذا صرح به المحاملى فى المجموع والجرجانى فى التحرير وغيرهما ويستحب اذا سمى فى أثناء الطهارة أن يقول : باسم الله على أوله وآخره ، كما يستحب ذلك فى الطعام للحديث الصحيح فيه والله أعلم .

وأما قوله : (وذكر فى أثنائها) فالضمير فيه يعود الى الطهارة ، والأثناء تضاعيف الشيء وخلاله ، واحدها ثنى بكسر الثاء واسكان النون ذكره الجوهرى وغيره .

(فرع) المذهب الصحيح الذى قطع به المصنف والاكثرون أن التسمية سنة من سنن الوضوء ، وذكر الخراسانيون فى التسمية وغسل الكفين والسواك وجهين (أحدهما) أنها كلها من سنن الوضوء (والثانى) أنها سنن مستقلة عند الوضوء لا من سننه ، لأنها ليست مختصة به ، قال امام الحرمين : هذا وهم عندى فان هذه السنن من الوضوء ولا يمتنع أن يشرع الشيء فى مواضع ، وليس شرط كون الشيء من الشيء أن يكون من خصائصه ، فان السجود ركن فى الصلاة ومشروع فى غيرها لتلاوة وشكر ، ومن قال غير هذا فهو غالط . وقال الشيخ أبو حامد : التسمية وغسل الكفين هيئة وليس بسنة ، انما السنة ما كان من وظائف الوضوء الراتبة معها ، قال الماوردى : هذه مخالفة فى العبارة والمعنى واحد .

(فرع) قال الشيخ نصر المقدسى فى آخر صفة الوضوء من كتابيه التهذيب والانتخاب : يستحب أن يقول فى أول وضوئه بعد التسمية (أشهد أن لا اله الا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمدا عبده ورسوله) وهذا الذى ذكره غريب لا نعلمه لغيره ولا أصل له وان كان لا بأس به .

(فـرع) قد ذكرنا أن التسمية سنة وليست بواجبة ، فلو تركهـا عمدا صح وضوءه ، هذا مذهبنا وبه قال مالك وأبو حنيفة وجمهور العلماء ، وهو أظهر الروايتين عن أحمد ، وعنه رواية أنهـا واجبة ، وحكى الترمذى وأصحابنا عن اسحاق بن راهويه أنها واجبة ان تركها عمدا بطلت طهارته وان تركها سهوا أو معتقدا أنها غير واجبة لم تبطل طهارته ، وقال المحاملى وغيره : وقال أهل الظاهر : هى واجبة بكل حال وعن أبى حنيفة رواية أنهـا ليست بمستحبة ، وعن مالك رواية أنها بدعة ورواية أنها مباحة لا فضيلة فى فعلها ولا تركها • واحتج من أوجبها بحديث : « لا وضوء لمن يسم الله » ولأنها عبادة يبطلها الحدث فوجب فى أولها نطق كالصلاة • واحتج أصحابنا عليهم بقوله تعالى : (اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا [1] وجوهكم) وقوله صلى الله عليه وسلم : « توضأ كما أمرك الله » وأشباه ذلك من النصوص الواردة فى بيان الوضوء وليس فيها ايجاب للتسـمية • واحتجوا أيضـا بالحديث المذكور فى الكتاب وهو ضعيف كما سبق ، ولأنها عبادة لا يجب فى آخرها ذكر فلا يجب فى أولها كالطواف ، وفيـه احتراز من الصـلاة وكذا سجود التلاوة اذا قلنا بالأصح : انه يشترط السلام فيه •

والجواب عن الحديث من أوجه أحسنها أنه ضعيف كما سبق (والثانى) المراد لا وضوء كامل (والثالث) جواب ربيعة شيخ مالك والدارمى والقاضى حسين وجماعة آخرين حكاه عنهم الخطابى : المراد بالذكر النية •

والجواب عن قياسهم من وجهين (أحدهمـا) أنه منتقض بالطـواف (والثانى) نقلبه عليهم فنقول : عبادة يبطلها الحدث فلم تجب التسمية فى أولها كالصلاة والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ثم يغسل كفيه ثلاثا لأن عثمان وعليا رضى الله عنهما [2] وصفا وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم : « فغسلا اليد ثلاثا ») •

---

(١) الآية ٦ من سورة المائدة •

(٢) فى نسخة الركبى (كرم الله وجههما) (ط) •

(الشرح) حديث عثمان رواه البخاري ومسلم ، وحديث علي صحيح أيضا ، رواه أبو داود والنسائي وغيرهما باسناد صحيح ، ورواه البخاري ومسلم من رواية عبد الله بن زيد أيضا ورواه أبو داود وغيره من رواية آخرين من الصحابة ، واتفق الأصحاب على أن غسل الكفين سنة في أول الوضوء وهو سنة من سنن الوضوء ، وفيه وجه للخراسانيين أنه سنة مستقلة لا من سنن الوضوء وقد سبق بيانه .

(فرع) ذكر هنا عثمان وعليا ، فأما عثمان فهو أبو عمرو ، ويقال أبو عبد الله ويقال أبو ليلى عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف ، أسلم قديما وهاجر الهجرتين ، ويقال له ذا النورين ، لأنه تزوج بابنتي رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج رقية فماتت عنده ، ثم أم كلثوم فماتت أيضا عنده رضي الله عنهما ، قتل يوم الجمعة لثماني عشرة خلت من ذي الحجة سنة خمس وثلاثين وهو ابن تسعين سنة ، وقيل ثمان وثمانين وقيل ثنتين وثمانين وصلى عليه جبير بن مطعم ، ولي الخلافة ثنتي عشرة سنة .

وأما علي فهو أبو الحسن علي بن أبي طالب بن عبد المطلب واسم أبي طالب عبد مناف وأم علي فاطمة بنت أسد بن هاشم بن عبد مناف وهي أول هاشمية ولدت هاشميا ، أسلمت وهاجرت الى المدينة وتوفيت في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم وصلى عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم ونزل في قبرها .

قتل علي رضي الله عنه ليلة الجمعة لثلاث عشرة خلت من رمضان سنة أربعين وهو ابن ثلاث وستين سنة ، وقيل أربع وقيل خمس ، ولي الخلافة خمس سنين الا يسيرا . رضي الله عنهما ومناقبهما كثيرة مشهورة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ثم ينظر ــ فان لم يقم من النوم ــ فهو بالخيار ان شاء غمس يده ثم غسل وان شاء أفرغ الماء على يده ثم غسل ، فان قام من النوم فالمستحب أن لا يغمس يده حتى يغسلها لقوله صلى الله عليه وسلم « اذا استيقظ

أحدكم من نومه فلا يغمس يده فى الاناء حتى يغسلها ثلاثا فانه لا يدرى أين باتت يده » فان خالف وغمس لم يفسد الماء لأن الأصل الطهارة فلا يزال اليقين بالشك) .

(الشرح) الحديث المذكور صحيح رواه البخارى ومسلم بلفظه الا قوله : « ثلاثا » فانه فى مسلم دون البخارى وقوله صلى الله عليه وسلم : « فانه لا يدرى أين باتت يده » سببه ما قاله الشافعى رحمه الله وغيره أن أهل الحجاز كانوا يقتصرون على الاستنجاء بالأحجار ، وبلادهم حارة ، فاذا نام أحدهم عرق فلا يأمن النائم أن تطوف يده على المحل النجس أو على بثرة أو قملة ونحو ذلك فتتنجس .

(أما حكم المسألة) : فقال أصحابنا اذا كان يتوضأ من قدح وشبهه مما يغمس اليد فيه وليس فيه قلتان نظر — فان شك فى نجاسة يده — كره أن يغمسها فيه حتى يغسلها ثلاثا للحديث ، وسواء كان الشك فى نجاستها للقيام من النوم أو لغيره ، هكذا عبارة أصحابنا ، وصرحوا بأن الحكم متعلق بالشك . قالوا : وانما ذكر النوم فى الحديث مثالا ونبه صلى الله عليه وسلم على المقصود بذكر العلة فى قوله صلى الله عليه وسلم « فانه لا يدرى أين باتت يده » وأما تقييد المصنف المسألة بما اذا قام من النوم فخلاف ما قاله الأصحاب .

وان تيقن طهارة يده فوجهان الصحيح منهما أنه بالخيار ان شاء غسل ثم غمس وان شاء غمس ثم غسل ، لأن كراهة الغمس عند الشك انما كانت للخوف من النجاسة ، وقد تحققنا عدم النجاسة ، وبهذا الوجه قطع المصنف والشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والبندنيجى والمحاملى فى كتبه الثلاثة وابن الصباغ والمتولى والبغوى والجرجانى وصاحبا العدة والبيان وغيرهم . (والثانى) استحباب تقديم الغسل لأن أسباب النجاسة قد تخفى فى حق معظم الناس فيتوهم الطهارة فى موضع النجاسة وربما نسى النجاسة فضبط الباب لئلا يتساهل الشاك ، وهذا الوجه هو المختار عند الماوردى وامام الحرمين وغلطا من قال خلافه والله أعلم .

(فـرع) أنكر على المصنف فى هـذا الفصل شـيئان (أحدهما) تخصيص استحباب الغسل قبل الغمس بما اذا قام من نوم والصواب ضبطه بالشك فى نجاسة اليد كما أوضحناه (والثانى) قوله : استحب أن لا يغمس حتى يغسل • لا يلزم منه كراهة الغمس أولا ، والصواب أنه يكره الغمس قبل الغسل للنهى الصريح فى هذا الحديث الصحيح ، وكذا صرح بالكراهة المصنف فى التنبيه وآخرون ، ونص عليه الشـافعى رحمه الله فى البويطى فقال : (فان غمس يده قبل الغسل أو بعد الغسل مرة أو مرتين فقد أساء) هذا نصه وهذه أول مسألة فى البويطى ، وفى هذا النص تصريح بالكراهة حتى يغسل ثلاثا وأن الغسلتين لا تنفى الكراهة لكن تخففها ، والحديث دليل لهذا والله أعلم •

(فـرع) قد ذكرنا كراهة غمس اليد قبل الغسل متى شك فى نجاسة اليد سواء قام من نوم الليل أو النهار أو شك فى نجاستها بسبب آخر ، وهى كراهة تنزيه ، هذا مذهبنا وبه قال جمهور العلمـاء ، وعن أحمـد روايتان (احداهما) لا فرق بين نوم الليل ونوم النهـار (والثانية) ان قام من نوم الليل كره كراهة تحريم ، وان قام من نوم النهار فكراهة تنزيه ، وبهذا قال داود ، واحتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم : « فانه لا يدرى أين باتت يده » والمبيت يكون فى الليل ، والنهى للتحريم ، وأجاب أصحابنا بأن الليل ذكر لأنه الغالب ونبه صلى الله عليه وسلم على العلة بقوله : « لا يدرى أين باتت يده » وأمر بذلك احتياطا فلا يكون واجبـا ولا تركه محرما كغيره مما فى معناه والله أعلم •

(فـرع) اذا غمس يده وهو شاك فى نجاسـتها قبل غسـلها كان مرتكبا كراهة التنزيه ولا ينجس الماء بل هو باق على طهـارته ، ويجوز أن يتطهر به هذا مذهبنا ومذهب العلماء كافة الا ما حكاه أصحابنا عن الحسن البصرى رحمه الله أنه قال : ينجس ان كان قام من نوم الليل ، وحكى هذا عن اسحاق بن راهويه ومحمـد بن جرير وداود ، وهو ضعيف جدا ، لأن الأصل طهارة الماء واليد فلا ينجس بالشك ، وقواعد الشرع متظاهرة على

هذا ، ولا يمكن أن يقال : الظاهر من اليد النجاسة ، وأما الحديث فمحمول على الاستحباب والله أعلم .

(فـرع) اذا شك فى نجاسة اليد كره غمسها فى المائعات كلها حتى يغسلها فان غمس قبل الغسل لم تنجس ولم يحرم أكله .

(فـرع) قال أصحابنا : اذا كان الماء فى اناء كبير أو صخرة بحيث لا يمكن صبه على اليد وليس معه اناء صغير يغترف به فطريقه أن يأخذ الماء بفمه ثم يغسل به كفيه أو يأخذه بطرف ثوبه النظيف أو يستعين بغيره .

(فـرع) اعلم أن كل ما ذكرناه انما هو فى كراهة تقديم الغمس على الغسل ، وأما أصـل غسل الكفين فسـنة بلا خلاف ، اتفق أصحابنا على التصريح بذلك وتظـاهرت عليه نصوص الشـافعى ودلائله من الأحاديث الصحيحة المشهورة ، وممن نقل اتفاق طرق الأصحاب عليه امام الحرمين فى النهاية ثم فى مختصره للنهاية ، وانما ذكرت هذا الكلام لأن عبارة الغزالى فى الوسيط توهم اثبات خلاف فيه وذلك غير مراد فيتاول كلامه والله أعلم .

(فـرع) فى فوائد الحديث المذكور فى الكتاب (احداها) أن المـاء القليل اذا وردت عليه نجاسة نجسته وان لم تغيره (الثانية) الفرق بين كون الماء واردا أو موروداوقد سبق بيان هذا فى المياه (الثالثة) أن الغسل سبعا مختص بنجاسة الكلب والخنزير وفرعهما ذكره الخطابى وفى الاستدلال بهذا نظر (الرابعة) استحباب غسل النجاسة ثلاثا سواء كانت متحققة أو متوهمة (الخامسة) أن النجاسة المتوهمة يستحب فيها الغسل ولا يكفى الرش وهذا مذهبنـا ومذهب الجمهور ، وقال بعض أصـحاب مالك : ويكفى الرش وسنوضح المسألة بدليلها فى باب ازالة النجاسة ان شاء الله تعالى (السادسة) استحباب الاحتياط فى العبادات وغيرها بحيث لا ينتهى الى الوسوسة وقد أوضحنا الفرق بينهما فى آخر باب الشك فى نجاسة الماء (السابعة) استحباب استعمال لفظ الكنايات فيما يتحاشى من التصريح به لقوله صلى الله عليـه وسلم : « لا يدرى أين باتت يده » ولم يقل فلعل يده وقعت على دبره أو

ذكره ، ولهذا نظائر كثيرة فى القرآن والسنة كقوله تعالى : (الرفث الى [1] نسائكم) وقوله تعالى ([2] وقد أفضى بعضكم الى بعض) وقوله ([3] وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن) وهذا كله اذا علم أن السامع يفهم المقصود فهما جليا ، والا فلابد من التصريح نفيا للبس والوقوع فى خلاف المطلوب وعلى هذا يحمل ما جاء من ذلك مصرحا به والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ثم يتمضمض ويستنشق والمضمضة أن يجعل الماء فى فيه ويديره فيه ثم يتجه ، والاستنشاق أن يجعل الماء فى أنفه ويمده بنفسه الى خياشيمه ثم يستنثر لما روى عمرو بن عبسة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ما منكم من أحد يقرب وضوءه ثم يتمضمض ثم يستنشق ويستنثر الا جرت خطايا فيه وخياشيمه مع الماء » والمستحب أن يبالغ فيهما لقوله صلى الله عليه وسلم للقيط بن صبرة « أسبغ الوضوء وخلل بين الأصابع وبالغ فى الاستنشاق الا أن تكون صائما » ولا يستقصى فى المبالغة . فيصير سعوطا فان كان صائما لم يبالغ للخبر ، وهل يجمع بينهما أو يفصل ؟ قال فى الأم : يجمع لأن على بن أبى طالب رضى الله عنه وصف وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم : « فتمضمض مع الاستنشاق بماء واحد » . وقال فى البويطى : يفصل بينهما لما روى طلحة بن مصرف عن أبيه عن جده قال : « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل بين المضمضة والاستنشاق » ولأن الفصل أبلغ فى النظافة فكان أولى ، واختلف أصحابنا فى كيفية الجمع والفصل فقال بعضهم على قوله فى الأم : يغرف غرفة واحدة يتمضمض منها ثلاثا ويستنشق منها ثلاثا ويبدأ بالمضمضة ، وعلى رواية البويطى يغرف غرفة يتمضمض منها ثلاثا ثم يغرف غرفة أخرى يستنشق منها ثلاثا ، وقال بعضهم على قوله فى الأم : يغرف غرفة يتمضمض منها ويستنشق ثم يغرف غرفة أخرى يتمضمض منها ويستنشق ثم يغرف ثالثة يتمضمض منها ويستنشق

---

(١) من الآية ١٨٧ من البقرة .

(٢) من الآية ٢١ من النساء .

(٣) من الآية ٢٣٧ من البقرة .

فيجمع فى كل غرفة بين المضمضة والاستنشاق • وعلى رواية البويطى يأخذ ثلاث غرفات للمضمضة وثلاث غرفات للاستنشاق ، والأول أشبه بكلام الشافعى رحمه الله ، لأنه قال يغرف غرفة لفيه وأنفه ، والثانى أصح لأنه أمكن ، فان ترك المضمضة والاستنشاق جاز لقوله صلى الله عليه وسلم للأعرابى : « توضأ كما أمرك الله » وليس فيما أمر الله تعالى المضمضة والاستنشاق ، ولأنه عضو باطن دونه حائل معتاد فلا يجب غسله كالعين) •

(الشرح) هذا الفصل فيه جمل وبيانها بمسائل (احداها) فى الأحاديث ، أما حديث عمرو بن عبسة فصحيح رواه مسلم فى صحيحه فى أواخر كتاب الصلاة قبيل صلاة الخوف ، ولفظه فى مسلم : « ما منكم رجل يقرب وضوءه فيتمضمض ويستنشق فينتثر الا خرت خطايا وجهه وفيه وخياشيمه » ، وأما حديث لقيط بن صبرة فصحيح رواه أبو داود والترمذى والنسائى وغيرهم بأسانيد صحيحة من رواية لقيط ، وهذا المذكور فى المهذب لفظ رواية الترمذى ذكره فى كتاب الصيام وقال : حديث حسن صحيح • وهو بعض حديث طويل ، وآخر الحديث فى المهذب عند قوله : « الا أن يكون صائما » • وأما قوله : « ولا يستقصى فى المبالغة » الى آخره فليس من الحديث بل هو من كلام المصنف ، وهو بالواو لا بالفاء ، وقوله : « يستقصى » بالياء المثناة تحت فى أوله لا بالتاء المثناة فوق ، وانما ضبطته لأن القلعى وغيره غلطوا فيه فجعلوه بالفاء والتاء وجعلوه من الحديث ، وهذا خطأ فاحش • وأما حديث على رضى الله عنه فصحيح رواه أبو داود وغيره باسناد صحيح ، وأما حديث طلحة بن مصرف فرواه أبو داود فى سننه باسناد ليس بقوى فلا يحتج به ، وأما قوله صلى الله عليه وسلم للأعرابى : « توضأ كما أمرك الله » فحديث صحيح رواه أبو داود والترمذى وغيرهما قال الترمذى : حديث حسن ، وهو بعض حديث طويل وأصله فى الصحيحين ، وفيه فوائد كثيرة جمعت منها فى شرح صحيح البخارى نحو أربعين فائدة والله أعلم •

(المسألة الثانية) : فى الأسماء : أما عمرو بن عبسة فبعين مهملة ثم باء موحدة ثم سين مهملة مفتوحات وليس فيه نون ، وهذا لا خلاف فيه بين أهل

العلم ، وأما قول ابن البزرى فى ألفاظ المهذب : انه يقال عنبسة بالنون فغلط صريح وتحريف قبيح كنيته عمرو أبو نجيح السلمى قدم على النبى صلى الله عليه وسلم مكة ثم المدينة وكان رابع أربعة فى الاسلام وهو أخو أبى ذر لأمه سكن حمص حتى توفى بها [1] • وأما لقيط بن صبرة فهو بفتح اللام وصبرة بفتح الصاد وكسر الباء وهو لقيط بن عامر بن صبرة العقيلى أبو رزين وقيل لقيط بن عامر غير لقيط بن صبرة ، قال ابن عبد البر وغيره : وهذا غلط بل هما واحد وقد أوضحت حاله فى تهذيب الأسماء • وأما طلحة بن مصرف فهو بضم الميم وفتح الصاد المهملة وكسر الراء المشددة هذا هو الصواب المشهور فى كتب الحديث والنسب والأسماء ، وقال القلعى فى ألفاظ المهذب يروى بفتح الراء أيضا وهذا غريب ولا أظنه يصح • وأما جد طلحة فاسمه كعب بن عمرو ، وهذا هو المشهور الأصح • وقال امام الأئمة أبو بكر محمد بن اسحاق بن خزيمة وغيره : اسمه عمرو بن كعب وقيل : انه لا صحبة لجد طلحة ، ذكر هذا الخلاف فى صحبته جماعة من المتقدمين والمتأخرين ، وكان طلحة من أفاضل التابعين وأئمتهم ، وكان أقرأ أهل الكوفة أو من أقرئهم رحمه الله •

(المسألة الثالثة) فى اللغات والألفاظ : الخياشيم جمع خيشوم وهو أقصى الأنف وقيل الخياشيم عظام رقاق فى أصل الأنف بينه وبين الدماغ ، وقيل غير ذلك ، وأما الاستنثار بالثاء المثلثة فهو طرح الماء والأذى من الأنف بعد الاستنشاق ، وهذا هو المشهور الذى عليه الجمهور من أهل الحديث واللغة والفقه ، وقال ابن قتيبة : هو الاستنشاق ، وكذا حكاه الأزهرى فى تهذيب اللغة عن ابن الأعرابى والفراء والأول هو الصواب الذى تقتضيه الأحاديث ، وقد أوضحتها فى تهذيب الأسماء واللغات وجمعت أقوال العلماء فيها ، ومن أحسنها رواية فى الصحيحين عن عبد الله بن زيد فى صفة وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أنه تمضمض واستنشق واستنثر » •

وأما قوله صلى الله عليه وسلم : « يقرب الوضوء » فهو بضم الياء وفتح القاف وكسر الراء المشددة أى يدنيه والوضوء هنا بفتح الواو ، وهو الماء

---

(١) وفى الجزء الثامن عشر مزيد تحقيق لنا وضبط ومن الله العون (ط)

الذى يتوضأ به وقوله صلى الله عليه وسلم : « الا جرت » كذا ضبطناه فى المهذب « جرت » بالجيم والراء المخففة وكذا وجد بخط ابن الزعفرانى تلميذ المصنف ، وفى صحيح مسلم « خرت » بالخاء المعجمة وتشديد الراء ومعناه سقط وذهبت . قال صاحب مطالع الأنوار : هو فى مسلم بالخاء لجميع الرواة الا ابن أبى جعفر فرواه بالجيم ، والمراد بالخطايا الصغائر كما جاء فى الحديث الصحيح « ما لم يغش الكبائر » .

وقوله فى المهذب : « وينثر » هو بكسر الثاء المثلثة قال أهل اللغة يقال نثر وانتثر واستنثر وهو مشتق من النثرة وهى طرف الأنف وقيل الأنف كله وقوله صلى الله عليه وسلم : « أسبغ الوضوء » أى أكمله وقوله : « فيصير سعوطا » هو بفتح السين وضمها فبالفتح اسم لما يستعط به وبالضم اسم للفعل ، والغرفة بفتح الغين وضمها لغتان بمعنى يستعملان فى الفعل وفى المغروف ، وقيل بالضم للمغروف وبالفتح للفعل وقيل بالضم للمغروف اذا كان ملء الكف وبالفتح للمغروف مطلقا وقيل غير ذلك . ويحسن الضم فى قوله : يأخذ غرفة وقوله : غرفات ، يجوز فيه لغات فتح الغين والراء وضمهما وضم الغين مع اسكان الراء وفتحها ، وقوله : (قال للأعرابى) : هو بفتح الهمزة وهو الذى يسكن البادية ، وقوله : لأنه عضو باطن ، فيه احتراز من الظاهر ، وقوله : (دونه حائل) احتراز من الثقب فى محل الطهارة ، وقوله : معتاد ، احتراز من لحية المرأة والله أعلم .

(المسألة الرابعة) فى الأحكام : فالمضمضة والاستنشاق سنتان ، قال أصحابنا : كمال المضمضة أن يجعل الماء فى فيه ويديره فيه ثم يمجه ، وأقلها أن يجعل الماء فى فيه ولا يشترط المج . وهل تشترط الادارة ؟ فيه وجهان أصحهما لا تشترط ، هذا مختصر ما قاله الأصحاب ، وأما تفصيله فقال الماوردى : المضمضة ادخال الماء مقدم الفم والمبالغة فيها ادارته فى جميع الفم ، قال : والاستنشاق ادخال الماء مقدم الأنف والمبالغة فيه ايصاله خيشومه ، قال : والمبالغة سنة زائدة عليهما . وقال المحاملى فى المجموع : المشروع فيهما ايصال الماء الى الفم والأنف قال : والمبالغة فيهما سنة قال الشافعى : المبالغة فى المضمضة أن يأخذ الماء بشفتيه فيديره فى فمه ثم يمجه ، وفى الاستنشاق أن يأخذ الماء بأنفه ويجذبه بنفسه ثم ينثر ولا يزيد على ذلك .

وقال صاحب العدة : تمام المضمضة أن يأخذ المـاء فى الفم ويحركه ثم يمجه ، وتمام الاستنشاق أن يأخذ الماء بنفسه ويبلغ خياشيمه ولا يجاوز ذلك فيصير سعوطا ، وقال المتولى : المضمضة ادخال المـاء فى الفم والاستنشاق ادخاله الأنف ، قال : والمبالغة فيهما سنة ، فالمبالغة فى المضمضة أن يدخل الماء الفم ويديره على جميع جوانب فمه ويوصله طرف حلقه ويمره على أسنانه ولثاته ثم يمجه ، يفعل ذلك ثلاثا ، وفى الاستنشاق يجعل الماء فى أنفه ويأخذه بالنفس حتى يصل الخياشيم ثم يدخل أصابعه فيزيل ما فى أنفه من أذى ثم يستنثر كما يفعل المتخط ، يفعل ذلك ثلاثا • وقال القاضى أبو الطيب فى تعليقه فى استدلاله على أن المضمضة سنة :

(فان قيل : المضمضة والاستنشاق أن يجعل المـاء فى فيه ويمجه وأن يجذبه بنفسه فى أنفه ويرده ، قلنا : ليس كما ذكرتم ، بل المضمضة ايصال الماء الى باطن الفم ، والاستنشاق ايصاله الى باطن الأنف على أى حال كان ، والذى ذكرتموه انما هو المبالغة فى المضمضة والاستنشاق ، فلو ملأ فمه ماء ثم مجه أو بلعه ولم يدره فى فمه كان مضمضة) • هذا كلام القاضى وفيما ذكرناه قبله من كلام الأصحاب التصريح بأن أقل المضمضة جعل الماء فى الفم، والادارة ليست بشرط لأصل المضمضة بل هى مبالغة ، وخالف المحاملى فى التجريد الجماعة فقال : قال الشافعى : المضمضة أن يأخذ الماء فى فمه ويديره ثم يمجه فان لم يدره فليس بمضمضة ، وكذا نقله صاحب البيان عن الشيخ أبى حامد وهو صريح فى اشتراط الادارة ، والمشهور الذى عليه الجمهور أنها ليست شرطا كما سبق •

(فـرع) المبالغة فى المضمضة والاستنشاق سنة بلا خلاف ، وأما قول الشيخ أبى حامد وصاحبه القاضى أبى الطيب فى تعليقهما : المبالغة فى الاستنشاق سنة فليس معناه أنها ليست سـنة فى المضمضة لأنهما ذكرا فى صفة المضمضة استحباب المبالغة فيها قال أصحابنا : المبالغة فى المضمضة أن يبلغ الماء أقصى الحلق ويديره فيه ، وفى الاستنشاق أن يوصله الخيـاشيم قال فى التتمة : ثم يدخل أصـبعه فيه فينزل ما فى الأنف من أذى فان كان صائما كره أن يبالغ فيهما ، وقال الماوردى : يبـالغ الصـائم فى المضمضة

ولا يبالغ فى الاستنشاق لقوله صلى الله عليه وسلم : « وبالغ فى الاستنشاق الا أن تكون صائما » ولأنه يمكنه رد الماء فى المضمضة باطباق حلقه ولا يمكنه فى الاستنشاق هذا كلام الماوردى ، ويعضده ظاهر نص الشافعى فى الأم فانه قال : وان كان صائما رفق بالاستنشاق لئلا يدخل الماء رأسه ، هذا نصه ولكن الصحيح الذى عليه الجمهور كراهة المبالغة فيهما للصائم لأنه لا يؤمن سبق الماء ، قال أصحابنا : واذا بالغ غير الصائم فلا يستقصى فى المبالغة فيصير سعوطا ويخرج عن كونه استنشاقا .

(فرع) قال الشافعى فى المختصر : يستحب أن يأخذ الماء للمضمضة بيده اليمنى واتفق الأصحاب على استحباب ذلك ودليله حديث عثمان فى صفة وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أنه أخذ الماء للمضمضة بيمينه » رواه البخارى ومسلم .

(فرع) السنة أن ينتثر وهو أن يخرج بعد الاستنشاق ما فى أنفه من ماء وأذى للحديث الصحيح الذى ذكرناه وفيه أحاديث كثيرة جمعتها فى جامع السنة ، قال أصحابنا : ويستنثر بيده اليسرى للحديث الصحيح « كانت يده صلى الله عليه وسلم اليسرى لخلائه وما كان من أذى » وسنوضحه فى باب الاستطابة ان شاء الله تعالى ، وروى البيهقى باسناده الصحيح عن على رضى الله عنه فى صفة وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم قال بعد غسل الكف : « فأدخل يده اليمنى فى الاناء فملأ فمه فتمضمض واستنشق ونثر بيده اليسرى يفعل ذلك ثلاثا » والله أعلم .

فرع فى كيفية المضمضة والاستنشاق

اتفق نص الشافعى والأصحاب على أن سنتهما تحصل بالجمع والفصل وعلى أى وجه أوصل الماء الى العضوين ، واختلف نصه واختيار الأصحاب فى الأفضل من الكيفيتين فنص فى الأم ومختصر المزنى أن الجمع أفضل ، ونص فى البويطى أن الفصل أفضل ، ونقله الترمذى عن الشافعى ، قال المصنف والأصحاب : القول بالجمع أكثر فى كلام الشافعى وهو أيضا أكثر فى الأحاديث ، بل هو الموجود فى الأحاديث الصحيحة ، منها حديث على

رضى الله عنه الذى ذكره المصنف ، وقد قدمنا بيانه وأنه صحيح ومنها حديث عبد الله بن زيد أنه وصف وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم « فتمضمض واستنشق من كف واحدة فعل ذلك ثلاثا » رواه البخـارى ومسلم ، وفى رواية للبخارى « فمضمض واستنشق واستنثر ثلاثا بثـلاث غرفات » وفى رواية لمسلم « فمضمض واستنشق واستنثر من ثلاث غرفات » وفى رواية « تمضمض واستنشق ثلاث مرات من غرفة واحدة » رواه البخارى • ومنها حديث ابن عباس فى صفة وضوء رسول الله صلى الله عليـه وسلم « فأخذ غرفة من ماء تمضمض بها واستنشق » رواه البخارى ، وعن ابن عباس أيضا « أن النبى صلى الله عليـه وسلم توضأ مرة مرة ، وجمـع بين المضمضة والاستنشاق » رواه الدارمى فى مسنده باسناد صحيح فهذه أحاديث صحاح فى الجمع •

وأما الفصل فلم يثبت فيه حديث أصلا وانما جاء فيه حديث طلحة بن مصرف وهو ضعيف كما سبق •

هذا بيان الأحاديث ونصـوص الشافعى ، وأما الأصحاب فجمهورهم حكوا فى المسألة قولين كما حكاه المصنف (أحدهما) الجمع أفضل (والثانى) الفصل أفضل ، وحكى امام الحرمين ومن تابعه طريقـا آخر وهو القطـع بتفضيل الفصل ، وبه قطع المحاملى فى المقنع ، وتأولوا حديث عبد الله بن زيد ونصوص الشافعى على أن المراد بها بيان الجواز ، وهذا فاسد كمـا سأذكره ان شاء الله تعالى •

وأما الجمهور الذين حكوا قولين فاختلفوا فى أصحهما فصحح المصنف والمحاملى فى المجموع والرويانى والرافعى وكثيرون الفصل ، وصحح البغوى والشيخ نصر المقدسى وغيرهما الجمع ، هذا كلام الأصحاب والصحيح بل الصواب تفضيل الجمع للأحاديث الصحيحة المتظاهرة فيه كما سبق وليس لها معارض •

وأما حديث الفصل فالجواب عنه من أوجه (أحدها) أنه ضعيف كمـا سبق فلا يحتج به لو لم يعارضه شىء فكيف اذا عارضه أحاديث كثيرة صحاح

(الثانى) أن المراد بالفصل أنه تمضمض ثم مج ثم استنشق ولم يخلطهما ، قاله الشيخ أبو حامد والشيخ نصر (والثالث) أنه محمول على بيان الجواز وهذا جواب صحيح لأن هذا كان مرة واحدة لأن لفظه فى سنن أبى داود قال : « دخلت على النبى صلى الله عليه وسلم وهو يتوضأ فرأيته يفصل بين المضمضة والاستنشاق » وهذا لا يقتضى أكثر من مرة فحمله على بيان الجواز تأويل حسن • وأما ما تأوله الآخرون من حمل أحاديث الجمع ونصوص الشافعى على بيان الجواز ففاسد ، لأن روايات الجمع كثيرة من جهات عديدة وعن جماعة من الصحابة ، ورواية الفصل واحدة وهى ضعيفة ، وهذا لا يناسب بيان الجواز فى الجمع ، فان بيان الجواز يكون فى مرة ونحوها ويداوم على الأفضل ، والأمر هنا بالعكس ، فحصل أن الصحيح تفضيل الجمع والله أعلم •

وفى كيفية الجمع وجهان أصحهما بثلاث غرفات ، يأخذ غرفة يتمضمض منها ثم يستنشق منها ثم يأخذ غرفة ثانية يفعل بها كذلك ، ثم ثالثة كذلك ، ودليله حديث عبد الله بن زيد ، وهذا الوجه هو قول القاضى أبى حامد واختيار أبى يعقوب الأبيوردى والقاضى أبى الطيب ، واتفق المصنفون على تصحيحه ، ممن صححه القاضى أبو الطيب والمتولى والبغوى والرويانى والرافعى وغيرهم وقطع به الشيخ نصر وغيره •

والوجه الثانى يجمع بغرفة واحدة ، فعلى هذا فى كيفيته وجهان (أحدهما) يخلط المضمضة بالاستنشاق فيمضمض ثم يستنشق ثم يمضمض ثم يستنشق ثم يمضمض ثم يستنشق ، وبهذا قطع البندنيجى من العراقيين تفريعا على قولنا بغرفة (والثانى) لا يخلط بل يتمضمض ثلاثا متوالية ثم يستنشق ثلاثا متوالية ، وهذان الوجهان نقلهما امام الحرمين فقال : قال العراقيون يخلط لأن اتحاد الغرفة يدل على أنهما فى حكم عضو واحد ، وقطع أصحاب القفال بترك الخلط ، قال الامام : وهذا هو الصحيح وكذا صححه الغزالى وآخرون وتصحيحه هو الظاهر ، قال القاضى حسين : لأن الأصل فى الطهارة لا ينتقل الى عضو حتى يفرغ ما قبله •

وأما كيفية الفصل ففيها وجهان (أحدهما) بست غرفات يتمضمض

بثلاث ثم يستنشق بثلاث (والثانى) بغرفتين يتمضمض باحداهما ثلاثا ثم يستنشق بالثانية ثلاثا ، وهذا الثانى أصح ، صححه جماعة منهم الرافعى وقطع به البندنيجى والبغوى على هذا القول . فحصل فى المسألة خمسة أوجه (الصحيح) تفضيل الجمع بثلاث غرفات (والثانى) بغرفة بلا خلط ، (والثالث) بغرفة من الخلط ، (والرابع) الفصل بغرفتين ، (والخامس) بست غرفات ، وهو أضعفها والله أعلم .

(فرع) اتفق أصحابنا على أن المضمضة مقدمة على الاستنشاق سواء جمع أو فصل بغرفة أو بغرفات ، وفى هذا التقديم وجهان حكاهما الماوردى والشيخ أبو محمد الجوينى وولده امام الحرمين وآخرون أصحهما أنه شرط فلا يحسب الاستنشاق الا بعد المضمضة لأنهما عضوان مختلفان ، فاشترط فيهما الترتيب كالوجه واليد ، والثانى : أنه مستحب ويحصل الاستنشاق وان قدمه كتقديم اليسار على اليمين والله أعلم .

(المسألة الخامسة) فى مذاهب العلماء فى المضمضة والاستنشاق وهى أربعة (أحدها) أنهما سنتان فى الوضوء والغسل ، هذا مذهبنا وحكاه ابن المنذر عن الحسن البصرى والزهرى والحكم وقتادة وربيعة ويحيى بن سعيد الأنصارى ومالك والأوزاعى والليث ورواية عن عطاء وأحمد . والمذهب الثانى : أنهما واجبتان فى الوضوء والغسل وشرطان لصحتهما ، وهو مذهب ابن أبى ليلى وحماد واسحق والمشهور عن أحمد ورواية عن عطاء (والثالث) واجبتان فى الغسل دون الوضوء وهو قول أبى حنيفة وأصحابه وسفيان الثورى (والرابع) الاستنشاق واجب فى الوضوء والغسل دون المضمضة وهو مذهب أبى ثور وأبى عبيد وداود ورواية عن أحمد قال ابن المنذر : وبه أقول .

واحتج لمن أوجبهما فيهما بأشياء منها أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يفعلهما ، وفعله صلى الله عليه وسلم بيان للطهارة المأمور بها ، وعن عائشة مرفوعا : « المضمضة والاستنشاق من الوضوء الذى لابد منه » وعن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم « تمضمضوا واستنشقوا » ولأنه عضو من الوجه ويجب غسله من النجس فوجب من الحدث كالخد .

واحتج لمن أوجبهما فى الغسل بحديث عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم : « تحت كل شعرة جنابة فاغسلوا الشعر وأنقوا البشرة » قالوا : وفى الأنف شعر وفى الفم بشرة • وعن أبى هريرة أيضا عن النبى صلى الله عليه وسلم : « أنه جعل المضمضة والاستنشاق ثلاثا للجنب فريضة » وعن على رضى الله عنه : « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : من ترك موضع شعرة من الجنابة لم يغسلها فعل بها كذا وكذا من النار قال على : فمن ثم عاديت رأسى وكان يجز شعره » حديث حسن رواه أبو داود وغيره باسناد حسن ، قالوا : ولأنهما عضوان يجب غسلهما من النجاسة فكذا من الجنابة كما فى الأعضـــاء ، ولأن الفم والأنف فى حكم ظاهر البدن من أوجه لأنه لا يشق ايصال الماء اليهما ، ولا يفطر بوضع الطعام فيهما ، ولا تصح الصلاة مع نجاسة عليهما ، قالوا : ولأن اللسان يلحقه حكم الجنـــابة ولهذا يحرم به القراءة •

واحتج لمن أوجب الاستنشاق دون المضمضة بحديث أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من توضأ فليجعل فى أنفه ماء ثم لينثر » رواه البخارى ومسلم وبقوله صلى الله عليه وسلم للقيط ، « وبالغ فى الاستنشاق الا أن تكون صائما » وهو حديث صحيح كما سبق ، وبحديث سلمة بن قيس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا توضأت فانتثر واذا استجمرت فأوتر » رواه الترمذى وقال : حسن صحيح •

واحتج أصحابنا بقول الله تعـــالى : (فاغسلوا [1] وجوهكم) وقوله تعالى : (وان [2] كنتم جنبا فاطهروا) والوجه عنـــد العرب ما حصلت به المواجهة ، وقال صلى الله عليه وسلم لأبى ذر وقد سأله عن الجنابة تصيبه ولا يجد الماء : « الصعيد الطيب وضوء المسلم وان لم يجد الماء عشر حجج فاذا وجد المـــاء فليمسه بشرته » حـــديث صحيح رواه أبو داود وآخرون بأسانيد صحيحة ، قال الترمذى : هـــو حديث حسن صحيح ، وسنوضحه حيث ذكره المصنف فى التيمم ان شاء الله تعالى •

قال أهل اللغـــة : البشرة ظاهر الجلد ، وأما باطنه فأدمه بفتح الهمزة

(١،٢) الآية ٦ من سورة المائدة .

والدال ، واحتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم للأعرابى : « توضأ كما أمرك الله » وهو صحيح سبق بيانه • وموضع الدلالة أن الذى أمر الله تعالى به غسل الوجه وهو ما حصلت به المواجهة دون باطن الفم والأنف • وهـذا الحديث من أحسن الأدلة ولهذا اقتصر المصنف عليه لأن هذا الأعرابى صلى ثلاث مرات فلم يحسنها فعلم النبى صلى الله عليه وسلم حينئذ أنه لا يعرف الصلاة التى تفعل بحضرة الناس وتشاهد أعمالها فعلمه واجباتها وواجبات الوضوء فقال صلى الله عليه وسلم : « توضأ كما أمرك الله » ولم يذكر له سنن الصـلاة والوضـوء لئلا يكثر عليه فلا يضبطها ، فلو كانت المضمضة والاستنشاق واجبتين لعلمه اياهما ، فانه مما يخفى لا سيما فى حق هذا الرجل الذى خفيت عليه الصلاة التى تشاهد ، فكيف الوضوء الذى يخفى ؟ •

واحتجوا من الأقيسة والمعانى بأشياء كثيرة جدا منها ما ذكره المصنف : عضو باطن دونه حائل معتاد فلم يجب غسله كداخل العين •

والجواب عن احتجاجهم بفعل النبى صلى الله عليه وسلم أنه محمول على الاستحباب بدليل ما ذكرناه ولأن فيه غسل الكفين والتكرار وغيرهما مما ليس بواجب بالاجماع ، والجواب عن حديث عائشة رضى الله عنها من وجهين (أحدهما) : أنه ضعيف وضعفه من وجهين أحدهما : لضعف الرواة والثانى: أنه مرسل ، ذكر ذلك الدراقطنى وغيره (والوجه الثانى) لو صح حمل على كمال الوضوء • والجواب عن حديث أبى هريرة من هذين الوجهين لأنه من رواية عمرو بن الحصين عن ابن علاثة بضم العين المهملة وبلام مخففة ثم ثاء مثلثة قال الدارقطنى وغيره : هما ضعيفان متروكان • وهذه العبارة أشـد عبارات الجرح توهينا باتفاق أهل العلم بذلك ، قال الخطيب البغدادى : كان عمرو بن الحصين كذابا •

وأما قولهم : عضو من الوجه فلا نسـلمه • وأما حديث : « تحت كل شعرة جنابة » الى آخره فضعيف رواه أبو داود والترمذى وغيرهما وضعفوه كلهم لأنه من رواية الحارث بن وجيه وهو ضعيف منكر الحديث ، وجواب ثان وهو حمله على الاستحباب جمعا بين الأدلة ، وجواب ثالث للخطابى أن البشرة عند أهل اللغة ظاهر الجلد كما سبق بيانه ، وداخل الفم والأنف ليس

بشرة ، وأما الشعر فالمراد به ما على البشرة ، وأما حديث : « المضمضة والاستنشاق ثلاثا فريضة » فضعيف ولو صح حمل على الاستحباب ، فان الثلاث لا تجب بالاجماع ، وأما حديث على رضى الله عنه فمحمول على الشعر الظاهر جمعا بين الأدلة ، ويدل عليه أيضا قوله : « عاديت رأسى » •

وأما قولهم : عضوان يجب غسلهما عن النجاسة فكذا من الجنابة فمنتقض بداخل العين ، وأما قولهم داخل الفم والأنف فى حكم ظاهر البدن بدليل عدم الفطر ووجوب غسل نجاستهما ، فجوابه أنه لا يلزم من كونهما فى حكم الظاهر فى هذين الأمرين أن يجب غسلهما ، فان داخل العين كذلك بالاتفاق ، فانه لا يفطر بوضع طعام فيها ولا يجب غسلها فى الطهارة ويحكم بنجاستها بوقوع نجاسة فيها •

فان قالوا : لا تنجس العين عند أبى حنيفة فانه لا يوجب غسلها قال الشيخ أبو حامد : قلنا هذا غلط ، فان العين عنده تنجس وانما لا يجب غسلها عنده لكون النجاسة الواقعة فيها لا تبلغ قدر درهم ، ولهذا لو بلغت النجاسة فى العين وحواليها الدرهم وجب غسلها عنده ، وأما قولهم يتعلق باللسان جنابة بدليل تحريم القراءة ، فجوابه أنه لا يلزم من تعلق حكم الحدث به أنه يجب غسله كما يحرم على المحدث مس المصحف بظهره ولسانه ولا يجب غسلهما ، وأما قوله صلى الله عليه وسلم : « فليجعل فى أنفه ماء ثم لينثر » فمحمول على الاستحباب فان التنثر لا يجب بالاجماع • وقوله صلى الله عليه وسلم : « وبالغ فى الاستنشاق » محمول أيضا على الندب فان المبالغة لا تجب بالاتفاق والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا تغسل العين ، ومن أصحابنا من قال : يستحب غسلها ، لأن ابن عمر رضى الله عنهما كان يغسل عينه حتى عمى ، والأول أصح لأنه لم ينقل ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قولا ولا فعلا ، فدل على أنه ليس بمسنون ، ولأن غسلها يؤدى الى الضرر) •

(الشرح) هذا الأثر عن ابن عمر رضى الله عنهما صحيح رواه مالك

فى الموطأ عن نافع أن ابن عمر : (كان اذا اغتسل من الجنابة يتوضأ فيغسل وجهه وينضح فى عينيه) هـذا لفظه وكذا رواه البيهقى وغيره ، وليس فى رواياتهم (حتى عمى) وفيها وينضح فى عينيه بالتثنية ، وفى المهذب عينـه بالافراد .

وقول المصنف (حتى عمى) يحتمل أن يكون عماه بسبب غسل العين كما هو السابق الى الفهم وكما يدل عليـه كلام أصحابنا ، ويحتمل كونه بسبب آخر ويكون معناه ما زال يغسلهما حتى حصل سبب عمى به فترك بعد ذلك غسلهما ، ففى تهذيب اللغة للأزهرى قال ابن الأعرابى : القـدع انسلاق العين من كثرة البكاء وكان عبد الله بن عمر قدعا .

(قلت) القدع بفتح القـاف والدال وبالعين المهملتين وقوله : « كان قدعا » بكسر الدال فظاهر هـذا أنه عمى بالبكاء ، ويحتمل أنه بالأمرين والله أعلم .

(أما حكم المسألة) فلا يجب غسل داخل العين بالاتفاق وفى استحبابه الوجهان اللذان ذكرهما المصنف أصحهما عند الجمهور : لا يستحب ، وممن صححه المصنف والماوردى والقاضى أبو الطيب والمتولى والشاشى والرافعى وآخرون ، ونقله الماوردى عن أصحابنا المتقـدمين غير الشيخ أبى حامد ، وصححت طائفة الاستحباب وقطع به الشيخ أبو حامد والبندنيجى والمحاملى فى المجموع والتجريد والبغوى وصاحب العدة ونقله البغوى عن نصه فى الأم ، وليس نصـه فى الأم ظاهرا فيمـا نقله فانه قال فى الأم : انما أكدت المضمضة والاستنشاق دون غسل العينين للسنة ، ولأن الفم والأنف يتغيران وأن الماء يقطع من تغيرهما ، وليس كذلك العين . وذكر القاضى أبو الطيب أن بعض الأصحاب قال : يستحب ذلك لأن الشافعى نص عليه ، قال القاضى: ولم أر فيه نصا وانما قال الشافعى : أكدت المضمضة والاستنشاق على غسل داخل العينين والله أعلم .

(فـرع) هذا الذى ذكرناه انما هو فى غسل داخل العين ، أما مآقى العينين فيغسلان بلا خلاف ، فان كان عليهما قذى يمنع وصول الماء الى المحل

الواجب من الوجه وجب مسحه وغسل ما تحته والا فمسحهما مستحب ، هكذا فصله الماوردى ، وأطلق الجمهور أن غسلهما مستحب ونقله الرويانى عن الأصحاب فقال : قال أصحابنا يستحب مسح مآقيه بسبابتيه ، وهـذا الاطلاق محمول على تفصيل الماوردى • وعن أبى أمامة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : (كان يمسح المآقين [1] فى وضوئه) رواه أبو داود باسناد جيد ولم يضعفه ، وقد قال : انه اذا لم يضعف الحديث يكون حسنا أو صحيحا لكن فى اسناده شهر [2] بن حوشب وقد جرحه جماعة لكن وثقه الأكثرون وبينوا أن الجرح كان مستندا الى ما ليس بجارح والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ثم يغسل وجهه وذلك فرض لقوله تعالى : (فاغسلوا وجوهكم) والوجه ما بين منابت شعر الرأس الى الذقن ومنتهى اللحيين طولا ، ومن الأذن الى الأذن عرضا ، والاعتبار بالمنابت المعتادة لا بمن تصلع الشعر عن ناصيته ولا بمن نزل الى جبهته • وفى موضع التحذيف وجهان ، قال أبو العباس : هو من الوجه لأنهم أنزلوه من الوجه ، وقال أبو اسحق : هو من الرأس لأن الله تعالى خلقه من الرأس فلا يصير وجها بفعل الناس) •

(الشرح) غسل الوجه واجب فى الوضوء بالكتاب والسنن المتظاهرة والاجماع ، وهذا الذى ذكره المصنف فى حد الوجه هو الصواب الذى عليه الأصحاب ونص عليه الشافعى رحمه الله فى الأم ، وذكر المزنى فى المختصر فى حده كلاما طويلا مختلا أنكره عليه الأصحاب ونقل امام الحرمين عن

---

(١) المآق مؤخر العين ورواية الحديث مدرج فيها : « الأذنان من الراس » كما قال ذلك سليمان بن حرب شيخ أبى داود ونسبوا الادراج الى أبى امامة ونصه : « ذكر وضوء النبى صلى الله عليه وسلم قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح المآقين وقال : الأذنان من الراس » (ط) •

(٢) كان السبب فى تجريحه اشتغاله على بيت المال وقد أخذ مرة خريطة فقال قائل :

لقد باع شهر دينه بخريطة ... فمن يأمن من القراء بعد يا شهر

وقال أيوب بن أبى الحسين الندبى : ما رأيت أحفظ أقرأ لكتاب الله منه ، وقال البخارى : حسن الحديث مات سنة ١١١ (ط) •

الأصحاب فى حده عبارة حسنة فقال : قال الأصحاب : حده طولا ما بين منحدر تدوير الرأس أو من مبتدأ تسطيح الجبهة الى منتهى ما يقبل من الذقن ، ومن الأذن الى الأذن عرضا • هذا كلام الامام •

قال أصحابنا : ولا يدخل وتدا الأذن فى الوجه ولا خلاف فيه ، قال البغوى : الا أنه لا يمكن غسل جميع الوجه الا بغسلهما ، والبياض الذى بين الأذن والعذار من الوجه عندنا وهو داخل فى الحد • وأما اذا نصلع الشعر عن ناصيته أى زال عن مقدم رأسه فلا يجب غسل ذلك الموضع بلا خلاف لأنه من الرأس ، ولو نزل الشعر عن المنابت المعتادة الى الجبهة نظر ان عمها وجب غسلها كلها بلا خلاف ، وان ستر بعضها فطريقان الصحيح منهما وبه قطع العراقيون وجوب غسل ذلك المستور ، ونقل القاضى حسين أن الشافعى نص عليه فى الجامع الكبير (والثانى) وبه قال الخراسانيون : فيه وجهان أصحهما هذا ، والثانى : لا يجب لأنه فى صورة الرأس •

وأما موضع التحذيف فسمى بذلك لأن الأشراف والنساء يعتادون ازالة الشعر عنه ليتسع الوجه قال الشيخ أبو حامد : هو الشعر الذى بين النزعة والعذار وهو المتصل بالصدغ ، وقال الشاشى فى المستظهرى : هو ما بين ابتداء العذار والنزعة داخلا فى الجبين من جانبى الوجه يؤخذ عنه الشعر ، يفعله الأشراف • وقال الغزالى فى الوسيط : هو القدر الذى اذا وضع طرف الخيط على رأس الأذن والطرف الثانى على زاوية الجبين وقع فى جانب الوجه •

وقال أبو الفرج عبد الرحمن السرخسى فى أماليه : هو موضع الشعر الخفيف الذى ينزل منبته الى الجبين بين بياضين ، أحدهما : بياض النزعة • والثانى : بياض الصدغ ، وقيل فى حده أقوال أخر •

وأما حكمه : ففيه الوجهان اللذان ذكرهما المصنف بدليلهما وكلاهما منقول عن نص الشافعى • قال امام الحرمين فى النهاية : قال الشافعى : موضع التحذيف من الوجه وأشار الشيخ أبو حامد الى نحو هذا ، وقال الرويانى فى البحر : قال القاضى أبو الطيب : قال أبو اسحق المروزى : نص

الشافعى فى الاملاء أنه من الرأس ، فهذان نصـــان ، واتفق الأصـــحاب فى الطريقين على حكاية الخلاف وجهين مع أنهما قولان كما ترى ، فكأنهما لم يثبتا عند واحد منهم وان كان قد ثبت أحدهما عند بعضهم ، واختلفوا فى أصح الوجهين فصحح الماوردى والبندنيجى والغزالى فى الوسيط والوجيز أنه من الوجه ، وبه قطع امام الحرمين ، ونقله الماوردى عن أبى على بن أبى هريرة وصحح الجمهور كونه من الرأس ، منهم القـــاضى أبو الطيب وابن الصباغ والمتولى والشاشى وصاحب البيان وآخرون ونقله الرويانى والرافعى عن الجمهور ، وهو الموافق لنص الشافعى فى حد الرأس والله أعلم .

(فـــرع) قول المصنف : الى الذقن ومنتهى اللحيين ، جمع بينهما تأكيدا والا فأحدهما يغنى عن الآخر ، والذقن بفتح الذال المعجمة والقـــاف وجمعه أذقان وهو مجمع اللحيين ، واللحيان بفتح اللام وأحدهما لحى ، هذه اللغة المشهورة وحكى صاحب مطالع الأنوار وغيره كسر اللام وهـــو غريب ضعيف ، وهما الفكان وعليهما منابت الأسنان السفلى ، والأذن بضم الذال ويجوز اسكانها تخفيفا ، وكذا كل ما كان على فعل بضم أوله وثانيه يجوز اسكان ثانيه كعنق وكتب ورسل ، وفى الشعر لغتان مشهورتان بفتح العين واسكانها والفتح أفصح ، وقوله : لأنهم أنزلوه من الوجه معناه نزلوه منزلة جزء من الوجه ، والذين نزلوه هم الأشراف والنساء كما سبق والله أعلم .

(فـــرع) ذكرنا أن البيـــاض الذى بين الأذن والعذار من الوجه ، هذا مذهبنا وحكاه أصحابنا عن أبى حنيفة ومحمد وأحمـــد وداود ، وعن مالك أنه ليس من الوجه وعن أبى يوسف يجب على الأمرد غســـله دون الملتحى ، وحكى الماوردى هذا التفصيل عن مالك ، ودليلنا أنه تحصل به المواجهة كالخد . واحتج الماوردى وغيره فيه بحديث على رضى الله عنه فى صفة وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال فى غسل الوجه : « ضرب بالماء على وجهه ثم ألقم ابهاميه ما أقبل من أذنيه » رواه أبو داود والبيهقى وليس بقوى ، لأنه من رواية محمد بن اسحق صاحب المغازى وهو مدلس ولم يذكر سماعه فلا يحتج به كما عرف ، فلهذا لم أعتمده وانما اعتمـــدت المعنى وذكرت الحديث تقوية ولأبين حاله والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان كان ملتحيا نظرت ـ فان كانت لحيته خفيفة لا تستر البشرة ـ وجب غسل الشعر والبشرة للآية ، وان كانت كثيفة تستر البشرة وجب افاضة الماء على الشعر ، لأن المواجهة تقع به ولا يجب غسل ما تحته لما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم : « توضأ فغرف غرفة وغسل بها وجهه » وبغرفة واحدة لا يصل الماء الى ما تحت الشعر مع كثافة اللحية ، ولأنه باطن دونه حائل معتاد فهو كداخل الفم والأنف ، والمستحب أن يخلل لحيته لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم : « كان يخلل لحيته » فان كان بعضها خفيفا وبعضها كثيفا غسل ما تحت الخفيف وأفاض الماء على الكثيف) .

(الشرح) فى هذه القطعة مسائل (احداها) حديث ابن عباس رواه البخارى فى صحيحه وقوله : وبغرفة واحدة لا يصل الماء مع كثافة اللحية ، معناه أن لحيته الكريمة كانت كثيفة ، وهذا صحيح معروف ، وأما قوله : « ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يخلل لحيته » فصحيح رواه الترمذى من رواية عثمان بن عفان رضى الله عنه وقال : حسن صحيح ، وفى تخليل اللحية أحاديث كثيرة وينكر على المصنف قوله : روى بصيغة تمريض مع أنه حديث صحيح .

(الثانية) اللحية بكسر اللام وجمعها لحى بضم اللام وكسرها وهو أفصح وهى الشعر النابت على الذقن ، قاله المتولى والغزالى فى البسيط وغيرهما ، وهو ظاهر معروف ، لكن يحتاج الى بيانه بسبب الكلام فى العارضين كما سنوضحه ان شاء الله تعالى ، وقد سبق أن البشرة ظاهر الجلد، والكثة والكثيفة بمعنى ، وقوله لأنه باطن ، احتراز من اليد والرجل وقوله : دونه حائل ، احتراز من الثقب فى موضع الطهارة فانه يجب غسل داخله ، وقوله : « معتاد » احتراز من اللحية الكثة لامرأة .

(الثالثة) اللحية الكثيفة يجب غسل ظاهرها بلا خلاف ولا يجب غسل باطنها ولا البشرة تحته ، هذا هو المذهب الصحيح المشهور الذى نص عليه الشافعى رحمه الله وقطع به جمهور الأصحاب فى الطرق كلها وهو مذهب

مالك وأبى حنيفة وأحمد وجماهير العلماء من الصحابة والتابعين وغيرهم ، وحكى الرافعى قولا ووجها أنه يجب غسل البشرة وهو مذهب المزنى وأبى ثور ، قال الشيخ أبو حامد : غلط بعض الأصحاب فظن المزنى ذكر هذا عن مذهب الشافعى رحمه الله ، قال : وليس كذلك ، وانما حكى مذهب نفسه وانفرد هو وأبو ثور فى هذه المسألة ، ولم يتقدمهما فيها أحد من السلف .

(قلت) قد نقله الخطابى عن اسحق بن راهويه أيضا وهو أكبر منهما ، واحتج لهم بحديث أنس المذكور فى الفرع الثالث بعد هذه المسألة ، وقوله :

فخلل لحيته وقال : « هكذا أمرنى ربى » وبالقياس على غسل الجنابة وعلى الشارب والحاجب .

واحتج الأصحاب بما ذكره المصنف من حديث ابن عباس والقياس وأجابوا عن غسل الجنابة بأنها أغلظ ولهذا وجب غسل كل البدن ولم يجز مسح الخف بخلاف الوضوء ، ولأن الوضوء يتكرر فيشق غسل البشرة فيه مع الكثافة بخلاف الجنابة ، وأما الشارب والحاجب فكثافته نادرة ولا يشق ايصال الماء اليه بخلاف اللحية . وان كانت اللحية خفيفة وجب غسل ظاهرها وباطنها والبشرة تحتها بلا خلاف عندنا ، وان كان بعضها خفيفا وبعضها كثيفا فلكل بعض منهما حكمه لو كان متمحضا فللكثيف حكم اللحية الكثيفة وللخفيف حكم اللحية الخفيفة ، هذا هو المذهب الصحيح وبه قطع الأصحاب فى الطرق .

وقال الماوردى : ان كان الكثيف متفرقا بين الخفيف لا يمتاز ولا ينفرد عنه وجب ايصال الماء الى جميع الشعر والبشرة وحكى الرافعى وجها أن للجميع حكم الخفيف مطلقا ، وحكى الامام أبو سهل الصعلوكى نصا عن الشافعى رحمه الله أن من كان جانبا لحيته خفيفين وبينهما كثيف وجب غسل البشرة كلها كالحاجب ، وهذا نص غريب جدا وقد ذكرته فى طبقات الفقهاء فى ترجمة عمر القصاب والله أعلم .

(فرع) فى ضبط اللحية الكثيفة والخفيفة أوجه (أحدها) ما عده

الناس خفيفا فخفيف ، وما عدوه كثيفا فهو كثيف ، ذكره القاضى حسين فى تعليقه وهو غريب (والثانى) ما وصل الماء الى ما تحته بلا مشقة فهو خفيف، وما لا فكثيف ، حكاه الخراسانيون (والثالث) وهو الصحيح وبه قطع العراقيون والبغوى وآخرون وصححه الباقون وهو ظاهر نص الشافعى أن ما ستر البشرة عن الناظر فى مجلس التخاطب فهو كثيف وما لا فخفيف .

(فــرع) قد ذكرنا أن مذهبنــا أنه يجب غســل اللحية الخفيفــة والبشرة تحتها ، وبه قال مالك وأحمد وداود ، قال بعض أصحابنا : وقال أبو حنيفة رحمه الله : لا يجب غسل ما تحتها كداخل الفم ، وكما سوينا بين الخفيف والكثيف فى الجنابة وأوجبنا غسل ما تحتهما فكذا نسوى بينهما فى الوضوء فلا نوجبــه ، واحتج أصحابنا بقول الله تعــالى : (فاغسلوا [1] وجوهكم) وهذه البشرة من الوجه ويقع بها المواجهة ، ولأنه موضع ظاهر من الوجه فأشبه الخد ويخالف الكثيف فانه يشق ايصال الماء اليه بخلاف هذا.

والجواب عن داخل الفم أنه يحول دونه حائل أصــلى فأسقط فرض الوضوء ، واللحية طارئة والطارىء اذا لم يستر الجميع لم يسقط الفرض كالخف المخرق ، والجواب عن غسل الجنابة أن المعتبر فى الموضعين المشــقة وعدمها ، فلما كانت الجنابة قليلة أوجبنا ما تحت الشعور كلها بعدم المشــقة فكذا ما تحت الخفيف فى الوضوء بخلاف الكثيف والله أعلم .

(فــرع) قد ذكرنا أن التخليل سنة ، ولم يذكر الجمهور كيفيته ، وقال السرخسى : يخللها بأصابعه من أسفلها قال : ولو أخذ للتخليل ماء آخر كان أحسن ، ويستدل لما ذكره من الكيفية بحديث أنس رضى الله عنه : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا توضأ أخذ كفا من ماء فأدخله تحت حنكه فخلل بها لحيته وقال : هكذا أمرنى ربى » رواه أبو داود ولم يضعفه واسناده حسن أو صحيح والله أعلم .

---

(١) من الآية ٦ من المائدة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجب غسل ما تحت الشعر الكثيف فى الوضوء الا فى خمسة مواضع : الحاجب والشارب والعنفقة والعذار واللحية الكثة للمرأة لأن الشعر فى هذه المواضع يخف فى العادة وان كثف لم يكن الا نادرا فلم يكن له حكم) .

(الشرح) قال أصحابنا : ثمانية من شعور الوجه يجب غسلها وغسل البشرة تحتها سواء خفت أو كثفت ، وهى الحاجب والشارب والعنفقة والعذار ولحية المرأة ولحية الخنثى وأهداب العين وشعر الخد ، فأما الخمسة الأولى فقد ذكرها المصنف والأصحاب ، وأما الأهداب فنص عليها الشافعى والأصحاب منهم الشيخ أبو حامد والماوردى والمحاملى وسليم الرازى والقاضى حسين والفورانى وامام الحرمين وابن الصباغ والغزالى والبغوى والمتولى وخلائق لا يحصون ، وأما شعر الخد فصرح به البغوى وغيره ، وأما لحية الخنثى فصرح بها الدارمى والمتولى والبغوى والرافعى وآخرون ، وعلله المتولى بأنه نادر وبأن الأصل فى أحكام الخنثى العمل باليقين ، ويعلل بثالث وهو أن غسل البشرة كان واجبا قبل نبات اللحية وشككنا هل سقط ؟ والأصل بقاؤه ، وهذا تفريع على المذهب أن لحية الخنثى لا تكون علامة لذكورته .

واعلم أنه ينكر على المصنف كونه لم يستثن الا الخمسة وأهمل الثلاثة الأخيرة ، ويجاب عنه بأنه رآها ظاهرة تفهم مما ذكره لأن الكثافة فى الأهداب والخد أندر منها فى الخمسة ، ولحية الخنثى تعلم من كونه له حكم المرأة فيما فيه احتياط .

واعلم أن الشعور الثمانية يجب غسلها وغسل ما تحتها مع الكثافة بلا خلاف الا وجها حكاه الرافعى فيها كلها انها كاللحية والا وجها مشهورا عند الخراسانيين فى العنفقة وحدها أنها كاللحية ووجها أنها ان اتصلت باللحية فهى كاللحية ، وان انفصلت وجب غسل بشرتها مع الكثافة ، حكاه القاضى حسين والفورانى والمتولى وصاحبا العدة والبيان ، فحصل فى العنفقة ثلاثة أوجه الصحيح وجوب غسل بشرتها مع الكثافة .

(فرع) فى تفسير هذه الشعور

أما الحاجب فمعروف سمى حاجبا لمنعه العين من الأذى والحجب المنع .

والشارب هو الشعر النابت على الشفة العليا ، ثم الجمهور قالوا : الشارب بالافراد وقال القاضى أبو الطيب : قال الشافعى فى الأم : يجب ايصال الماء الى أصول الشعر فى مواضع الحاجبين والشاربين والعذارين والعنفقة ، قال القاضى : قيل أراد الشافعى بالشاربين الشعر الذى على ظاهر الشفتين ، وقيل : أراد الشعر على الشفة العليا ، جعل ما يلى الشق الأيمن شاربا وما يلى الأيسر شاربا قال القاضى : هذا هو الصحيح وهذا الذى ذكره القاضى عن الأم ذكره الشافعى فى موضع من الباب ، وقال فى مواضع من الباب : « شارب » بالافراد ، وممن ذكر الشاربين بالتثنية ابن القاص فى التلخيص والغزالى فى كتبه .

وأما العنفقة فهى الشعر النابت على الشفة السفلى ، كذا قاله القاضى حسين وصاحبا التتمة والبيان ، وأما العذار فالنابت على العظم الناتىء بقرب الأذن قاله الشيخ أبو حامد والأصحاب وذكر الأصحاب فى وجوب غسل بشرة هذه الشعور علتين (احداهما) أن كثافتها نادرة كما ذكره المصنف (والثانية) أن المغسول يحيط بجوانبها فجعل لها حكم الجوانب ، وقد أشار الشافعى فى الأم الى العلتين ، والأولى أصحهما وقطع بها جماعة كما قطع بها المصنف .

(فرع) أما شعر العارضين فهو ما تحت العذار ، كذا ضبطه المحاملى وامام الحرمين وابن الصباغ والرافعى وغيرهم ، وفيه وجهان الصحيح الذى قطع به الجمهور أن له حكم اللحية فيفرق بين الخفيف والكثيف كما سبق ، ممن قطع به أبو على البندنيجى والفورانى وامام الحرمين وابن الصباغ والمتولى والبغوى وصاحبا العدة والبيان والرافعى وآخرون ، ونص عليه الشافعى فى الأم وصححه القاضى حسين ، وهو مفهوم من قول المصنف لا يجب غسل ما تحت الشعر الكثيف الا فى خمسة مواضع، وليس هذا منها ، وشذ السرخسى فقال فى الأمالى : ظاهر المذهب أن العارض

كالعذار فيجب غسل ما تحته مع الكثافة ، وهذا شاذ متروك لمخالفته النقل والدليل ؛ فان الكثافة فيه ليست بنادرة فأشبه اللحية .

(فـرع) الشعر الكثيف على اليـد والرجل يجب غسله وغسـل البشرة تحته بلا خلاف لندوره ، وكذا يجب غسل ما تحت الشعر الكثيف فى غسل الجنابة بلا خلاف لعدم المشـقة فيه لقلة وقوعه ، ولهذا احترز عنـه المصنف بقوله : لا يجب غسل ما تحت الشعر الكثيف فى الوضوء .

(فـرع) قول المصنف : وان كثف لم يكن الا نادرا فلم يكن له حكم . هذه العبارة مشهورة فى استعمال العلماء ومعناها عنـدهم لم يكن للنادر حكم يخالف الغالب ، بل حكمه حكمه ، فمعناه هنا أن الكثافة لا تأثير لها فهى كالمعدومة .

(فـرع) قال القاضى حسين : لو نبتت للمرأة لحية استحب لهـا تنفها وحلقها لأنها مثلة فى حقها بخلاف الرجل ، وهذا قد قدمته فى آخر باب السواك والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان استرسلت اللحية خرجت [1] عن حد الوجه ففيها قولان (أحدهما) لا تجب افاضة المـاء عليها لأنه شـعر لا يلاقى محل الفرض فلم يكن محلا للفرض كالذؤابة (والثانى) يجب لما روى : « أن النبى صلى الله عليه وسلم رأى رجلا غطى لحيته فقال : اكشف لحيتك فانها من الوجه » ولأنه شـعر ظاهر ثابت على بشرة الوجه فأشبه شعر الخد) .

(الشرح) هذا الحديث المذكور وجد فى أكثر النسخ ولم يوجد فى بعضها ، وكذا لم يقع فى نسخة قيل : انها مقروءة على المصنف وهو منقول عن رواية ابن عمر قال الحافظ أبو بكر الحازمى : هذا الحديث ضعيف ، قال : ولم يثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم فى هذا شىء . وقول المصنف:

(١) فى نسخة الركبى (ونزلت)

« لأنه شعر ظاهر » احتراز من باطن اللحيـة الكثة ، وقوله : « على بشرة الوجه » احتراز من الناصـية وقوله : « استرسلت اللحيـة » أي امتدت وانبسطت ، والذؤابة بضم الذال وبعدها همزة .

(أما حكم المسألة) : فقال أصحابنا اذا خرجت اللحية عن حد الوجه طولا أو عرضا أو خرج شعر العذار أو العارض أو السبال فهل يجب افاضة المـاء على الخارج ؟ فيه قولان مشهوران ، وهذه المسألة أول مسألة نقل المزنى فى المختصر فيها قولين الصحيح منهما عنـد الأصحاب الوجوب ، وقطـع به جمـاعات من أصحاب المختصرات (والثـانى) لا يجب لكن يستحب ، والقولان جاريان فى الخارج عن حد الوجه طولا أو عرضـا كما ذكرناه ، صرح به أبو على البندنيجى فى كتابه الجامع وآخرون .

ثم ان عبارة جمهور الأصحاب كعبارة المصنف يقولون : هل يجب افاضة الماء على الخارج ؟ فيه قولان ، وعبارة صاحب الشـامل وقليلين هل يجب غسل ظاهر الخارج ؟ فيه قولان ، قال الرافعى : لفظ الافاضة فى اصطلاح المتقدمين اذا استعمل فى الشعر كان لامرار الماء على الظاهر ، ولفظ الغسل للامرار على الظاهر مع الادخال فى الباطن ، ولهذا اعترضوا على الزبيرى حين قال فى هذه المسألة : يجب الغسل فى قول والافاضة فى قول ، وقالوا : الغسل غير واجب قولا واحدا ، وانما القولان فى الافاضة .

ومقصود الأئمة بلفظ الافاضة أن داخل المسترسل لايجب غسله قولاواحد كالشعر النابت تحت الذقن ، وهذا كلام الرافعى وكذا قال المحاملى فى كتابيه لا خلاف أن غسل الشـعر الخارج لا يجب ، وهل يجب افاضـة الماء على ظاهره ؟ فيه القولان ، وقال جمـاعة منهم امام الحرمين كلاما مختصره أن النازل عن حد الوجه ان كان كثيفـا فالقولان فى وجوب افاضة المـاء على ظاهره ، ولا يجب غسل باطنه بلا خلاف ، وان كان خفيفا فالقولان فى وجوب غسله ظاهرا وباطنـا ، وهذا هو الصـواب ، وكلام الباقين محمول عليه ، ومرادهم المسترسل الكثيف كما هو الغالب .

أما قول الغزالى فى البسيط : ان الخارج عن الوجه هل يجب افاضة الماء

على ظاهره خفيفا كان أو كثيفا فمخالف للأصحاب كلهم فلا نعلم أحدا صرح بأنه يكتفى فى الخفيف بالافاضة على ظاهره على قول الوجوب ، وأما عكسه وهو وجوب غسل باطن الكثيف فقد أوجبه الزبيرى وغيره وهو ضعيف بل غلطه الأصحاب فيه .

(فــرع) وقد ذكرنا القولين فى وجوب افاضة الماء على ظاهر شعور الوجه الخارجة عن حده والصحيح منهما عند الأصحاب الوجوب كما سبق وهو محكى عن مالك وأحمد ، وعدم الوجوب محكى عن أبى حنيفة وداود واختاره المزنى ، ودليل القولين ما ذكره المصنف .

وأجاب الأصحاب للقول الصحيح بما احتج به الآخر من القياس على الذؤابة بجوابين (أحدهما) : أن الرأس اسم لما ترأس وعلا وليست الذؤابة كذلك ، والوجه ما حصلت به المواجهة وهى حاصلة بالمسترسل (والثانى) : أنا سلكنا الاحتياط فى الموضعين والله أعلم .

(فرع) فى مسائل تتعلق بغسل الوجه

(احداها) : قال صاحب الحاوى : صفة غسل الوجه المستحبة أن يأخذ الماء بيديه جميعا لأنه أمكن وأصبغ ، ويبدأ بأعلى وجهه ثم يحــدره ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا كان يفعل ، ولأن أعلى الوجه أشرف لكونه موضع السجود ، ولأنه أمكن فيجرى الماء بطبعه ثم يمر يديه بالمــاء على وجهه حتى يستوعب جميع ما يؤمر بايصال الماء اليه ، فان أوصل المــاء على صفة أخرى أجزأه .

هذا كلام الماوردى ، وهذا الذى ذكره من أخذ الماء باليدين هو الصحيح الذى نص عليه فى مختصر المزنى وقطع به الجمهور ، وقيل : يأخذه بيد ، وفيه وجه ثالث لزاهر السرخسى من متقدمى أصحابنا أنه يغرف بكفه اليمنى ويضع ظهرها على بطن كفه اليسرى ويصبه من أعلى جبهته ، وقد ثبت معنى هذه الأوجه الثلاثة فى الحديث الصحيح ففى البخارى ومسلم عن عبد الله بن زيد فى صفة وضــوء رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ثم أدخل يده

فغسل وجهه ثلاثا » هكذا رواه البخارى فى مواضع من صحيحه ومسلم : « يده » بالافراد وفى رواية للبخارى : (ثم أدخل يديه فاغترف بهما فغسل وجهه ثلاثا) وكذا هو بالتثنية فى سنن أبي داود وغيره من رواية على رضى الله عنه ، لكن فى اسنادها ضعف • وفى البخارى عن ابن عباس قال : « ثم أخذ غرفة فجعل بها هكذا أضافها الى يده الأخرى فغسل بها وجهه ثم قال : هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يتوضأ » فهذه الأحاديث دالة على أن جميع ذلك سنة ، لكن الأخذ بالكفين أفضل على المختار لما سبق والله أعلم •

(المسألة الثانية) : قال أصحابنا صاحب التتمة وآخرون : يجب على المتوضىء غسل جزء من رأسه ورقبته وما تحت ذقنه مع الوجه لأنه لا يمكن استيعاب الوجه الا بذلك كما يجب امساك جزء من الليل فى الصيام ليستوعب النهار ، وقد ذكر المصنف هذه المسألة عند ذكر القلتين •

(الثالثة) : لو خرجت فى وجهه سلعة وخرجت عن حد الوجه وجب غسلها كلها على المذهب ، وبه قطع صاحبا البحر والبيان لندوره ، ولأنها كلها تعد من الوجه ، وذكر الجرجانى فى التحرير طريقين أصحهما هذا (والثانى) : أن الخارج عن حد الوجه فيه قولان كاللحية المسترسلة •

(الرابعة) : لو قطع أنفه أو شفته هل يلزمه غسل ما ظهر بالقطع فى الوضوء والغسل ؟ فيه وجهان أصحهما نعم كما لو كشط جلدة وجهه أو يده (والثانى) : لا ، لأنه كان يمكن غسله قبل القطع ولم يكن واجبا فبقى على ما كان •

(الخامسة) : قال الشافعى والأصحاب : يستحب غسل النزعتين مع الوجه لأن بعض العلماء جعلهما من الوجه ، فيستحب الخروج من الخلاف •

(السادسة) : يجب غسل ما ظهر من حمرة الشفتين ذكره الدارمى •

(السابعة) : لو كان له وجهان على رأسين وجب غسل الوجهين ذكره الدارمى قال : ويجزئه مسح أحد الرأسين قال : ويحتمل أن يجب مسح بعض كل رأس •

(الثامنة) : ينبغى أن يغسل الصدغين وهل هما من الرأس أو الوجه ؟ فيه ثلاثة أوجه سنوضحها فى فصل مسح الرأس ، حيث ذكره المصنف ان شاء الله تعالى •

(التاسعة) : لا يجب امرار اليد على الوجه ولا غيره من الأعضاء لا فى الوضوء ولا فى الغسل لكن يستحب ، هذا مذهبنا ومذهب الجمهور ، وقال مالك والمزنى : يجب وسنوضح المسألة بدلائلها ان شاء الله تعالى فى باب الغسل حيث ذكرها المصنف والأصحاب والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ثم يغسل يديه وهو فرض لقوله تعالى : « وأيديكم الى المرافق » ويستحب أن يبدأ باليمنى ثم اليسرى ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا توضأتم فابدأوا بميامنكم » فان بدأ باليسرى جاز لقوله تعالى : (وأيديكم) ولو وجب الترتيب فيهما لما جمع بينهما) •

(الشرح) أما حديث أبى هريرة هذا فحديث حسن رواه أبو داود والترمذى وغيرهما فى كتاب اللباس من سننهما باسناد جيد ولفظه فى أكثر كتب الحديث : « اذا لبستم واذا توضأتم فابدأوا بأيامنكم » وفى بعضها « بميامنكم » كما هو فى المهذب وكلاهما صحيح « الأيامن » جمع أيمن والميامن جمع ميمنة ، وقول المصنف : يبدأ باليمنى ثم باليسرى هو من باب التأكيد ولا حاجة الى قوله : ثم باليسرى ، لأنه قد علم بقوله يغسل يديه ويبدأ باليمنى أن اليسرى بعدها ، وقد استعمل المصنف وغيره نظير هذه العبارة فى مواضع كثيرة ويقال فيها كلها ما ذكرناه هنا •

أما حكم المسألة : فغسل اليدين فرض بالكتاب والسنة والاجماع وتقديم اليمنى سنة بالاجماع وليس بواجب بالاجماع ، قال ابن المنذر : أجمعوا على أنه لا اعادة على من يبدأ بيساره وكذا نقل الاجماع فيه آخرون وحكى أصحابنا عن الشيعة أن تقديم اليمنى واجب ، لكن الشيعة لا يعتد بهم فى الاجماع ، واحتج لهم بحديث أبى هريرة المذكور ولأصحابنا بما احتج

به المصنف وهو قوله تعالى : (وأيديكم) ولو وجب الترتيب لبينه فقال : « فاغسلوا وجوهكم وأيامنكم وشمائلكم » . كما رتب فى الأعضاء الأربعة. وروى البيهقى وغيره عن على رضى الله عنه أنه سئل عن تقديم اليمين فدعا باناء فتوضأ وبدأ بالشمال ، وفى رواية : ما أبالى لو بدأت بالشمال . وعن ابن مسعود رضى الله عنه أنه رخص فى تقديم الشمال ، وأما حديث أبى هريرة فمحمول على الاستحباب بدليل ما ذكرناه مع اجماع من يعتد به .

(فـرع) تقديم اليسار وان كان مجزئا فهو مكروه كراهة تنزيه نص عليه الشافعى رحمه الله تعالى فى الأم ومنه نقلته والله أعلم .

(فـرع) قال أصحابنا وغيرهم من العلماء : يستحب تقديم اليمين فى كل ما هو من باب التكريم كالوضـوء والغسـل ولبس الثوب والنعل والخف والسراويل ودخول المسجد والسواك والاكتحال وتقليم الأظفـار وقص الشارب ونتف الابط وحلق الرأس والسلام من الصلاة والخروج من الخلاء والأكل والشرب والمصافحة واستلام الحجر الأسود والأخذ والعطاء وغير ذلك مما هو فى معناه ، ويستحب تقديم اليسار فى ضد ذلك كالامتخاط والاستنجاء ودخول الخلاء والخروج من المسجد وخلع الخف والسراويل والثوب والنعل وفعل المستقذرات وأشباه ذلك .

ودليل هذه القاعدة أحاديث كثيرة فى الصحيح ، منها حديث عائشة رضى الله عنها « قالت : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعجبه التيمن فى شأنه كله فى طهوره وترجله وتنعله » رواه البخارى ومسلم ، وعن عائشة أيضـا قالت : « كانت يد رسول الله صلى الله عليه وسلم اليمنى لطهوره وطعامه ، وكانت اليسرى لخلائه ، وما كان من أذى » حديث صحيح رواه أبو داود وغيره باسناد صحيح ، وعن حفصة رضى الله عنها : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يجعل يمينه لطعامه وشرابه وثيابه ويجعل يساره لمـا سوى ذلك » رواه أبو داود وغيره باسناد جيد . وعن أم عطية رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لهن فى غسل ابنته رضى الله عنها : « ابدأن بميامنها ومواضع الوضوء منها » رواه البخارى ومسلم .

وفى البـاب حديث أبى هريرة المذكور فى الكتـاب : اذا لبستم واذا توضأتم فابدأوا بأيامنكم » وثبت الابتداء فى الوضـوء باليمين من رواية عثمان وأبى هريرة وابن عباس وغيرهم رضى الله عنهم ، وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « اذا انتعل أحدكم فليبدأ باليمنى واذا نزع بدأ بالشمال لتكون اليمنى أولهما تنعل وآخرهما تنزع » رواه البخارى ومسلم وعن أنس رضى الله عنه أنه قال : « من السـنة اذا دخلت المسجد أن تبدأ برجلك اليمنى واذا خرجت أن تبدأ برجلك اليسرى » رواه الحاكم فى المستدرك فى أوائل باب صفة الصـلاة وقال : هو حديث صحيح على شرط مسلم •

(فـرع) انما يستحب تقديم اليمين فى الوضوء فى اليدين والرجلين وأما الكفان والخدان والأذنان فالسنة تطهيرهما معا فان كان أقطـع قدم اليمنى والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجب ادخال المرفقين فى الغسل لمـا روى جابر رضى الله عنه قال : « كان النبى صلى الله عليه وسلم اذا توضأ أمر الماء على مرفقيه ») •

(الشرح) هـذا الحديث رواه البيهقى واسـناده ضعيف ولفظه : « أدار الماء على مرفقيه » وهذا الذى ذكره المصنف من وجوب غسل المرفقين هو مذهبنا ومذهب العلماء كافة الا ما حكاه أصحابنا عن زفر وأبى بكر بن داود أنهما قالا : لا يجب غسل المرفقين والكعبين ، واحتج أصحابنا بقول الله تعالى : (وأيديكم الى المرافق) فذكر ابن قتيبة والأزهرى وآخرون من أهل اللغة والفقهاء فى كيفية الاستدلال بالآية كلاما مختصره أن جماعة من أهل اللغة منهم أبو العبـاس ثعلب وآخرون قالوا : (الى) بمعنى مع ، وقال أبو العباس المبرد وأبو اسحق الزجاج وآخرون : (الى) للغاية ، وهذا هو الأصح الأشهر فان كانت بمعنى مع فدخول المرفق ظاهر ، وانمـا لم يدخل العضد للاجماع •

وان كانت للغاية فالحد يدخل اذا كان التحديد شاملا للحد والمحـدود

كقولك : قطعت أصابعه من الخنصر الى المسبحة ، أو بعتك هذه الأشجار من هذه الى هذه ، فان الأصبعين والشجرتين داخلان فى القطع والبيع بلاشك لشمول اللفظ ، ويكون المراد بالتحديد فى مثل هذا اخراج ما رواه الحد مع بقاء الحد داخلا ، فكذا هنا اسم اليد شامل من أطراف الأصابع الى الابط ، ففائدة التحديد بالمرافق مع بقاء المرفق .

ومما يستدل به حديث أبى هريرة رضى الله عنه « أنه توضأ فغسل يديه حتى أشرع فى العضدين وغسل رجليه حتى أشرع فى الساقين ، ثم قال هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يتوضأ » رواه مسلم فثبت غسله صلى الله عليه وسلم المرفقين ، وفعله بيان للوضـــوء المأمور به ولم ينقل تركه ذلك والله أعلم .

والمرفق بكسر الميم وفتح الفـاء وعكسه لغتـان مشـهورتان الأولى أفصحهما ، وهو مجتمع العظمين المتداخلين وهما طرفا عظم العضد وطرف عظم الذراع ، وهو الموضع الذى يتكىء عليه المتكىء اذا ألقم راحته رأسه واتكأ على ذراعه ، هذا معنى ما ذكره الأزهرى فى ضبط المرفق والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان طالت أظافيره وخرجت عن رءوس الأصابع ففيه طريقان قال أبو على بن خيران يجب غسلها قولا واحدا لأن ذلك نادر ، ومن أصحابنا من قال : فيه قولان كاللحية المسترسلة) .

(الشرح) هذان الطريقان مشهوران الصحيح منهما القطع بالوجوب حكاه القاضى أبو الطيب عن أبى على بن أبى هريرة أيضا وصححه الجرجانى والرويانى والشـاشى وآخرون وقطع به البغوى وغيره ، وفرقوا بينه وبين اللحية بأن هذا نادر ، ولأنه لا مشقة فى غسله ولأنه مقصر بترك تقليم الأظفار واللحية تخالفه فى كل هذا فلو كان على طرف ظفره الخارج شمع ونحوه فان لم نوجب غسله صح وضوءه والا فلا ، والأظافير والأظفار جمع ظفر ، وتقدم بيانه فى باب السواك واللحية المسترسلة بكسر السين الثانية ، وابن خيران تقدم بيان اسمه وحاله فى باب الماء المستعمل والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان له أصبع زائدة أو كف زائدة لزمه غسلها لأنه فى محل الفرض فان كانت له يدان متساويتان على منكب أو مرفق لزمه غسلهما لوقوع اسم اليد عليهما ، وان كانت احداهما تامة والأخرى ناقصة فالتامة هى الأصلية وينظر فى الناقصة فان خلقت على محل الفرض لزمه غسلها ، كالأصبع الزائدة ، وان خلقت على العضد ولم تحاذ محل الفرض لم يلزمه غسلها ، وان حاذت بعض محل الفرض لزمه غسل ما حذى منها محل الفرض [لأن أسم اليد يقع عليهما [1]]) .

(الشرح) فى الأصبع عشر لغات تقدمت فى باب السواك ، والكف مؤنثة فى اللغة المشهورة وحكى تذكيرها ، سميت كفا لأنه يكف بها عن سائر البدن ، وقيل : لأن بها يضم ويجمع ، والمنكب مجتمع ما بين العضد والكتف وجمعه مناكب ، والعضد بفتح العين وضم الضاد ويقال باسكان الضاد مع فتح العين وضمها ثلاث لغات ، الأولى أفصح وأشهر .

أما حكم المسألة : فاذا كان له أصبع أو كف زائدة وجب غسلها بلا خلاف لما ذكره ، وان كان له يدان متساويتان فى البطش والخلقة وجب غسلهما أيضا بلا خلاف لوقوع اسم اليد ، وان كانت احداهما تامة والأخرى ناقصة فالتامة هى الأصلية فيجب غسلها ، وأما الناقصة فان خلقت فى محل الفرض وجب غسلها أيضا بلا خلاف كالأصبع الزائدة ، قال الرافعى وغيره : وسواء جاوز طولها الأصلية أم لا . قال : ومن الأمارات المميزة للزائدة أن تكون فاحشة القصر ، والأخرى معتدلة ، ومنها فقد البطش وضعفه ونقص الأصابع . وان خلقت الناقصة على العضد ولم يحاذ شىء منها محل الفرض لم يجب غسلها بلا خلاف ، وان حاذته وجب غسل المحاذى على المذهب الصحيح الذى نص عليه الشافعى وقطع به الأكثرون ، منهم الشيخ أبو حامد والمحاملى وامام الحرمين والغزالى والبغوى وصاحب العدة وآخرون . ونقل امام الحرمين عن العراقيين وغيرهم أنهم نقلوا ذلك عن نص الشافعى ثم قال : المسألة محتملة جدا ولكنى لم أر فيها الا نقلهم النص ، هذا كلام الامام .

---

(١) ما بين المعقوفين من نسخة الركبى (ط) .

ونقل جماعات فى وجوب غسل المحاذى وجهين منهم الماوردى وابن الصباغ والمتولى والشاشى والرويانى وصاحب البيان وغيرهم قال الرافعى : قال كثيرون من المعتبرين : لا يجب ، لأنها ليست أصلا ولا نابتة فى محل الفرض ، فتجعل تبعا ، وحملوا النص على ما اذا لصق شىء منها بمحل الفرض • قال امام الحرمين : ولو نبتت [1] سلعة فى العضد وتدلت الى الساعد لم يجب غسل شىء منها بلا خلاف اذا تدلت ولم تلتصق والله أعلم •

(فرع) قد ذكرنا أن من له يدان متساويتان يلزمه غسلهما ، ولو سرق هذا الشخص قطعت احداهما فقط ، هذا هو الصحيح الذى قطع به الجمهور ، ممن قطع به القاضى أبو الطيب والرويانى والشيخ نصر المقدسى فى كتاب الانتخاب ، وذكروه فى هذا الموضع وقطع به أيضا البغوى فى كتاب السرقة ونقله القاضى أبو الطيب والشيخ نصر عن نص الشافعى ، قال البغوى : تقطع احداهما ثم اذا سرق ثانيا قطعت الأخرى ، وأما قول الغزالى فى كتاب السرقة قال الأصحاب : نقطعهما جميعا فغير موافق عليه بل أنكروه عليه وردوه ، والصواب الاكتفاء باحداهما ، وفرق القاضى أبو الطيب والأصحاب بينه وبين الوضوء بأن الوضوء عبادة مبنية على الاحتياط ، وأما الحد فمبنى على الدرء والاسقاط والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان تقلع جلد من الذراع وتدلى منها لزمه غسله لأنه فى محل الفرض وان تقلع من الذراع وبلغ التقلع الى العضد ثم تدلى لم يلزمه غسله لأنه صار من العضد ، وان تقلع من العضد وتدلى منه لم يلزمه غسله ، لأنه [جلد] تدلى من غير محل الفرض ، وان تقلع من العضد وبلغ التقلع الى الذراع ثم تدلى [منه] لزمه غسله لأنه صار من الذراع ، وان تقلع من أحدهما والتحم بالآخر لزمه غسل ما حاذى منه محل الفرض لأنه بمنزلة الجلد الذى على الذراع الى العضد ، فان كان متجافيا عن ذراعه لزمه غسل ما تحته) •

---

(١) السلعة بالفتح الشجة وبالكسر الغدة الدائصة ، وعروض التجارة (ط) .

(الشرح) هذه المسائل التى ذكرها واضحة وحاصلها أن الاعتبار فى الجلد المتقلع بالمحل الذى انتهى التقلع اليه وتدلى منه فيعتبر المنتهى ولا ينظر الى الموضع الذى تقلع منه ، وهكذا ذكر هذه الصورة أصحابنا العراقيون والبغوى وأشار المحاملى فى كتابيه الى أن الشافعى نص عليه فى حرملة صرح البندنيجى بأن الشافعى نص عليه فى حرملة كما ذكره المصنف بحروفه ، ونقله امام الحرمين عن العراقيين ، ثم قال : وهذا غلط بل الصواب أنه يعتبر بأصله فيجب غسل جلدة الساعد المتدلية من العضد ولا يجب غسل جلدة العضد المتدلية من الساعد اذا لم تلتصق به ، وبهذا قطع الماوردى وصححه المتولى والمختار الأول • ثم حيث أوجبنا غسل المتقلعة وجب غسل ظاهرها وباطنها وغسل ما تقلعت عنه وظهر من محل الفرض ، وقوله : (فان بلغ التقلع الى العضد ثم تدلى منه لم يلزم غسله) يعنى سواء حاذى محل الفرض أم لا ، بخلاف ما سبق فى اليد المتدلية من العضد المحاذية لمحل الفرض ، فانه يجب غسل المحاذى منها على الصحيح لأن اسم اليد يقع عليها بخلاف الجلدة • كذا فرق الشيخ أبو حامد وآخرون •

وقوله : « فان كان متجافيا لزمه غسل ما تحته » كذا قاله الأصحاب واتفقوا عليه وفرقوا بينه وبين اللحية الكثيفة فانه لا يجب غسل ما تحتها بأن هذا نادر فلا يسقط ما تحته كلحية المرأة ، قال البغوى : ولو التصقت جلدة العضد بالساعد واستتر ما تحتها من الساعد فغسلها ثم زالت الجلدة لزمه غسل ما ظهر من تحتها لأن الاقتصار على ظاهرها كان للضرورة وقد زالت بخلاف ما لو غسل لحيته ثم حلقت لا يلزمه غسل ما كان تحتها لأن غسل باطنها كان ممكنا ، وانما كان عليه غسل الظاهر وقد فعله والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان أقطع اليد ولم يبق من محل الفرض شىء فلا فرض عليه ، والمستحب أن يمس ما بقى من اليد ماء حتى لا يخلو العضو من الطهارة) •

(الشرح) قوله : يمس هو بضم الياء وكسر الميم ، وقوله : « لا فرض عليه » هذا متفق عليه وكذا اتفقوا على استحباب امساسه الماء

وروى محمد بن جرير فى كتابه اختلاف الفقهاء نحوه عن ابن عباس ، ثم هذا الاستحباب ثابت من أى موضع قطعت فوق محل الفرض ، حتى لو قطعت من المنكب استحب أن يمس موضع القطع ماء بلا خلاف ، نص عليه الشافعى رحمه الله فى الأم ، وذكره الشيخ أبو حامد والبندنيجى وآخرون • واختلف أصحابنا فى تعليل أصل هذا الامساس فقال جماعة : حتى لا يخلو العضد من طهارة كما ذكره المصنف ، وقال الغزالى والبغوى وآخرون : يستحب ذلك اطالة للغرة أى التحجيل ، وقال القاضى أبو الطيب : نص الشافعى على استحبابه فقال أبو اسحق المروزى : لئلا يخلو العضو من طهارته وقال الأكثرون : استحبه لأنه موضع الحلية والتحجيل •

وأما قول المصنف : يمس ما بقى ماء فكذا عبارة الأكثرين والمراد بالامساس غسل باقى اليد ، هكذا صرح به الغزالى فى الوجيز والرويانى فى البحر والرافعى وغيرهم • فان قيل انما كان غسل ما فوق المرفق مستحبا تبعا للذراع وقد زال المتبوع فينبغى ألا يشرع التابع كمن فاته صلوات فى زمن الجنون والحيض فانه لا يقضى النوافل الراتبة التابعة للفرائض كما لا يقضى الفرائض •

فالجواب ما أجاب به الشيخ أبو محمد الجوينى وغيره أن سقوط القضاء عن المجنون رخصة مع امكانه ، فاذا سقط الأصل مع امكانه فالتابع أولى ، وأما سقوط غسل الذراع هنا فلتعذره ، والتعذر مختص بالذراع فبقى العضد على ما كان من الاستحباب ، وصار كالمحرم الذى لا شعر على رأسه يستحب امرار الموسى على رأسه والله أعلم •

وقول المصنف : (وان كان أقطع اليد ولم يبق من محل الفرض شىء فلا فرض عليه) فيه احتراز مما اذا بقى من محل الفرض شىء فانه يجب غسله بلا خلاف لحديث أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « واذا أمرتكم بشىء فأتوا منه ما استطعتم » رواه البخارى ومسلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان لم يقدر الأقطع على الوضوء ووجد من يوضئه بأجرة المثل ، لزمه كما يلزمه شراء الماء بثمن المثل ، فان لم يجد صلى وأعاد كما لو لم يجد ماء ولا ترابا) .

(الشرح) اذا لم يقدر على الوضوء لزمه تحصيل من يوضئه اما متبرعا واما بأجرة المثل اذا وجدها ، وهذا لا خلاف فيه فان لم يجد الأجرة أو وجدها ولم يجد من يستأجره أو وجد فلم يقنع بأجرة المثل صلى على حسب حاله وأعاد ، كما يصلى ويعيد من لم يجد ماء ولا ترابا ، فالصلاة لحرمة الوقت والاعادة لاختلال الصلاة بسبب نادر . هذا اذا لم يقدر الأقطع على التيمم ، فان قدر لزمه أن يتيمم ويصلى ويعيد لأنه عذر نادر ، هذا الذى ذكرناه من وجوب التيمم هو الصواب الذى نص عليه الشافعى وقطع به الأصحاب ، وشذ صاحب البيان فقال فى باب التيمم : لا يلزمه التيمم بل يصلى بحاله وان أمكنه التيمم ، وهذا شاذ منكر وسنعيد المسألة ان شاء الله تعالى فى باب التيمم واضحة مبسوطة ، واتفق الأصحاب على أنه لو وجد من يوضئه متبرعا لزمه القبول اذ لا منة .

والشراء بمد ويقصر لغتان فاذا مد كتب بالألف واذا قصر كتب بالياء والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان توضأ ثم قطعت يده لم يلزمه غسل ما ظهر بالقطع من الحدث وكذا لو مسح شعر رأسه ثم حلقه لم يلزمه مسح ما ظهر ، لأن ذلك ليس ببدل عما تحته فلم يلزمه بظهوره طهارة كما لو غسل يده ثم كشط جلده ، فان أحدث بعد ذلك لزمه غسل ما ظهر بالقطع لأنه صار ظاهرا ، وان حصل فى يده ثقب لزمه غسل باطنه لأنه صار ظاهرا) .

(الشرح) اتفق أصحابنا على أن من توضأ ثم قطعت يده من محل الفرض أو رجله أو حلق رأسه أو كشطت جلدة من وجهه أو يده لم يلزمه

غسل ما ظهر ولا مسحه ما دام على تلك الطهارة ، وهذا لا خلاف فيه عندنا ، ونقله ابن الصباغ عن نص الشافعى رحمه الله فى البويطى ، وكذا رأيته أنا فى البويطى وهو قول جمهور السلف وحكى عن مجاهد والحكم وحماد وعبد العزيز [1] من أصحاب مالك ومحمد بن جرير الطبرى أنهم أوجبوا طهارة ذلك العضو • ووقع فى النهاية والوسيط فى هذه المسألة غلط فقالا : لا يلزمه غسل ذلك خلافا لابن خيران ، قال فى النهاية : نقله العراقيون عن ابن خيران فيقتضى هذا أن يكون وجها فى المذهب ، فان أبا على بن خيران من كبار أصحابنا أصحاب الوجوه ومتقدميهم فى العصر والمرتبة ، ولكن هذا غلط وتصحيف ، وقد اتفق المتأخرون على أن هذا غلط وتصحيف ، وأن صوابه : (خلافا لابن جرير) بالجيم وهو امام مستقل لا يعد قوله وجها فى مذهبنا ، وقد نقله أصحابنا العراقيون والخراسانيون أجمعون ، والغزالى أيضا فى البسيط عن ابن جرير والله أعلم •

وقوله : لم يلزمه غسل ما ظهر بالقطع من الحدث ، احتراز من النجس فانه يجب غسل المقطع من النجاسة ان كانت ، فان خاف من غسله فهى مسألة من على قرحه دم يخاف من غسله فيصلى بحاله ويلزمه الاعادة فى الجديد ان كان دما كثيرا بحيث لا يعفى عنه • وقوله : لأن ذلك ليس ببدل عما تحته فيه اشارة الى الفرق بينه وبين الخف وقوله : ان أحدث بعد ذلك لزمه غسل ما ظهر ، كذا قاله أصحابنا واتفقوا عليه وقد ذكر فى فصل غسل الوجه فى مسائل الفرع وجهين فيما لو تطهر ثم قطع أنفه أو شفته هل يلزمه غسل ما ظهر ؟ وقوله : وان حصل فى يده ثقب لزمه غسل باطنه ، هذا متفق عليه ويقال : ثقب وثقب بفتح الثاء وضمها لغتان ذكرهما الفارابى فى ديوان الأدب أشهرهما الفتح والله أعلم •

(فرع) فى مسائل تتعلق بغسل اليد

(احداها) قال أبو القاسم الصيمرى وصاحبه الماوردى فى الحاوى : يستحب أن يبدأ فى غسل يديه من أطراف أصابعه فيجرى الماء على يده ويدير كفه الأخرى عليها محريا للماء بها الى مرفقه ولا يكتفى بجريان الماء بطبعه

---

(1) هو عبد العزيز بن عبد الله الماجشون كان يرى القدر ثم رجع عنه (ط) .

فان صب عليه غيره بدأ بالصب من مرفقه الى أطراف الأصابع ويقف الصاب عن يساره •

(الثانية) : قال أصحابنا : اذا كان فى أصبعه خاتم فلم يصل المـاء الى ما تحته وجب ايصال الماء الى ما تحته بتحريكه أو خلعه وان تحقق وصوله استحب تحريكه وروى البيهقى فيه حديثا أن النبى صلى الله عليه وسلم : « كان اذا توضأ حرك خاتمه » لكنه ضعيف قال البيهقى : والاعتماد على الأثر فيه عن على وغيره ، ثم روى عن على وابن عمر رضى الله عنهم أنهمـا كانا اذا توضآ حركا الخاتم •

(الثالثة) : يستحب دلك اليدين وقد سبق بيـانه فى غسـل الوجه ويستحب تخليل أصابعهما وسنوضحه فى مسألة تخليل الرجلين ان شاء الله تعالى • ولو كان على يده شعر كثيف لزمه غسـله مع البشرة تحته لندوره ، وقد سبق بيانه فى فصل الوجه •

(الرابعة) : اذا قطعت يده فله ثلاثة أحوال ذكرها الشافعى رحمه الله فى الأم والأصحاب (أحدها) تقطع من تحت المرفق فيجب غسـل باقى محل الفرض بلا خلاف ، (والثانى) يقطع فوق المرفق فلا فرض عليه ويستحب غسل الباقى كما سبق (الثالث) يقطع من نفس المرفق بأن يغسل الذراع ويبقى العظمان ، فنقل الربيع فى الأم أنه يجب غسل ما بقى من المرفق وهـو العظمان ، ونقـل المزنى فى المختصر أنه لا يجب ، وحكى عن القـديم أنه لا يجب • واختلف الأصحاب فيه على طريقين (أحدهما) يجب غسله قولا واحدا وبهذا قطع الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وباقى العراقيين أو أكثرهم ، قالوا : وغلط المزنى فى النقل وكان صوابه أن يقول : قطع من فوق المرفق ، فأسقط لفظة فوق (والطريق الثانى) فيه قولان وهذا مشهور عند الخراسانيين ، وقطع به المتولى والغزالى فى الوجيز ، أصح القولين وجوبه واختلفوا فى أصل القولين فقيل : هما مبنيان على أن غسل العظمين المحيطين بابرة الذراع كان قبل القطع تبعا للابرة أم مقصـودا ؟ وفيه قولان ، فان قلنا : تبعا لم يجب والا وجب ، وقيل : مبنيان على أن حقيقة المرفق ماذا ؟

ففى قول هو ابرة الذراع الداخلة بين ذينك العظمين ، وفى قول هو الابرة مع العظمين ، فعلى الأول لا يجب ، وعلى الثانى يجب والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ثم يمسح برأسه وهو فرض لقوله تعالى : (وامسحوا برءوسكم) والرأس ما اشتمل عليه منابت الشعر المعتاد والنزعتان منه ، لأنه فى منبت الناصية والصدغ من الرأس ، لأنه من منابت شعره) .

(الشرح) يقال : مسح برأسه ومسح رأسه والنزعتان بفتح النون والزاى هذه اللغة الفصيحة المشهورة ، وحكيت لغية باسكان الزاى ، وقد بسطت الكلام فيهما فى تهذيب الأسماء واللغات . والنزعتان هما الموضعان المحيطان بالناصية فى جانبى الجبينين اللذان ينحسر شعر الرأس عنهما فى بعض الناس ، وأما الناصية فهى الشعر بين النزعتين ذكره القاضى أبو الطيب فى تعليقه والشيخ نصر فى الانتخاب ، وحكاه عن أهل اللغة قال ابن فارس : هى قصاص الشعر وجمعها نواص ، ويقال للناصية : ناصاة بلغة طيء كما يقولون للجارية جاراة ونحوه .

أما حكم المسألة : فمسح الرأس واجب بالكتاب والسنة والاجماع ، وقوله (والرأس ما اشتملت عليه منابت الشعر المعتاد) هكذا قاله أصحابنا ، وقوله : « والنزعتان منه » هذا مذهبنا نص عليه الشافعى واتفق عليه الأصحاب وبه قال جمهور العلماء ، وحكى الماوردى وغيره عن قوم من العلماء أنهم قالوا : النزعتان من الوجه لذهاب الشعر عنهما واتصالهما بالوجه ، ودليلنا أنهما داخلتان فى حد الرأس فكانتا منه وليس ذهاب الشعر مخرجا لهما عن حكم الرأس كما لو ذهب شعر ناصيته قال الماوردى : والعرب مجمعة على أن النزعة من الرأس ، وذلك ظاهر فى شعرهم ، ونص الشافعى فى الأم على استحباب غسل النزعتين مع الوجه ، ونقل النص عنه الشيخ أبو حامد والمحاملى وغيرهما قالوا : وانما استحب ذلك للخروج من خلاف من أوجب غسلهما مع الوجه ، والله أعلم .

وأما الصدغ فهو بالصاد ويقال بالسين لغتان الصاد أشهر وهو المحاذى

لرأس الأذن نازلا الى أول العذار ، هكذا ضبطه صاحب البحر وآخرون . وقال الشيخ أبو حامد : هو المحاذى لرأس الأذن وموضع التحذيف قال : وربما تركه بعض الناس عند الحلق قال : وينبغى ألا يترك . واختلف أصحابنا فيه فقطع المصنف والأكثرون بأن الصدغ من الرأس ، ممن قطع بذلك الشيخ أبو حامد والبندنيجى والمحاملى وسليم الرازى فى الكفاية والقاضى حسين وابن الصباغ والشيخ نصر والبغوى وآخرون ، وحكى الماوردى فيه ثلاثة أوجه (أحدها) من الرأس (والثانى) من الوجه (والثالث) وهو قول أبى الفياض وجمهور البصريين أن ما استعلى على الأذنين منه فهو من الرأس ، وما انحدر عنهما فمن الوجه ، قال الرويانى : هذا الثالث هو الصحيح وقال صاحب المستظهرى : هذا الثالث ظاهر الفساد.

وأنكر الشيخ أبو عمرو على الجمهور كونهم قطعوا بأنه من الرأس وقال : الذى رأيته منصوصا صريحا للشافعى فى مختصر الربيع ومختصر البويطى أن الصدغ من الوجه . ثم ذكر كلام الماوردى والرويانى ثم قال : والمذهب ما نقلته عن النص وكأن من خالفه لم يطلع عليه الا السرخسى صاحب الأمالى فاطلع عليه وتأوله ، وقال : أراد بالصدغ العذار وهذا متروك عليه ، هذا كلام أبى عمرو .

وقد قال أبو العباس ابن سريج فى كتابه الأقسام وابن القاص فى التلخيص والقفال فى شرح التلخيص : الصدغان من الوجه لكن ظاهر كلامهم أنهم أرادوا بالصدغ العذار . فان ابن القاص قال : واذا لم يصل الماء بشرة وجهه أجزأه ان كان شعره كثيرا الا فى أربعة مواضع : الحاجبين والشاربين والعنفقة ومواضع الصدغين . هذا لفظ ابن القاص ولفظ القفال مثله ، وزاد القفال بيانا فقال فى أحد تعليلى ذلك : لأن الوجه أحاط بالصدغين من وجهين لأن البياض الذى وراء الصدغ الى الأذن من الوجه ، وهذا تصريح بأن مرادهم بالصدغ العذار ، فبهذا علل الأصحاب غسل العذار فى أحد التعليلين كما سبق .

وأما نص الشافعى فى البويطى فمحتمل أنه أراد بالصدغ العذار كما قال السرخسى ، وكذا تأوله البندنيجى فان الشافعى قال : واذا غسل الأمرد

وجهه غسله كله ولحيته وصدغه الى أصول أذنيه ، واذا غسل الملتحى وجهه غسل ما أقبل من شعر اللحية الى وجهه وأمر المـاء على الصدغ وما خلف الصدغ الى الأذن ، فان ترك من هذا شيئا أعاد . هـذا نصه بحروفه ومن مختصر الربيع والبويطى نقلته ، ونقل الرويانى فى البحر نصه فى البويطى بحروفه ثم قال : قال أصحابنا أراد بالصدغ هنا العذار (قلت) وهذا تأويل صحيح وهو ظاهر ، ولعل سبب هذا الخلاف الاختـلاف فى تحقيق ضبط الصدغ وتحديده والله أعلم .

وروى أبو داود باسناد حسن عن الربيع بنت معوذ رضى الله عنها قالت: (رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يتوضأ فمسح رأسه ما أقبل منه وأدبر وصدغيه وأذنيه مرة واحدة) .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والواجب منه أن يمسـح ما يقـع عليه اسم المسح وان قل ، وقال أبو العباس ابن القاص : أقله ثلاث شعرات كما نقول فى الحلق فى الاحرام ، والمذهب أنه لا يتقدر لأن الله تعـالى أمر بالمسح وذلك يقـع على القليل والكثير) .

(الشرح) المشهور فى مذهبنا الذى تظاهرت عليه نصوص الشافعى وقطع به جمهور الأصحاب فى الطرق أن مسح الرأس لا يتقدر وجوبه بشىء ، بل يكفى فيه ما يمكن ، قال أصحابنا : حتى لو مسح بعض شـعرة واحدة أجزأه ، هكذا صرح به الأصحاب ونقله امام الحرمين عن الأئمة ، ويتصـور المسح على بعض شعرة بأن يكون رأسه مطليا بحناء ونحوه بحيث لم يبق من الشعر ظاهرا الا شعرة فأمر يده عليها على رأسه المطلى ، وقال ابن القاص وأبو الحسن بن خيران فى كتابه اللطيف (وهو غير أبى على بن خيران) : أقله مسح ثلاث شـعرات ، وحكاه الماوردى عن أصحابنا البصريين قال : وعندى أن أقله أن يمسح بأقل شىء من أصبعه على أقل شىء من رأسه لأنه أقل ما يقتصر عليه فى العرف وقال البغوى : ينبغى أن لا يجزى أقل من قدر الناصية ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يمسح أقل منها ، وحكى هذا عن

المزنى ، وقول المصنف : (كما نقول فى الحلق فى الاحرام) يعنى الحلق الذى هو نسك فانه لا يحصل الا بثلاث شعرات ، وكذا الحلق الذى هو حرام على المحرم لا تكمل الفدية فيه الا بثلاث شعرات ، فقاس جماعة على الحلق الأول ، وآخرون على الثانى ، وآخرون عليهما وكله صحيح ، والأول أجود والله أعلم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى أقل ما يجزى من مسح الرأس

وقد ذكرنا أن المشهور من مذهبنا أنه ما يقع عليه الاسم وان قل ، وحكاه ابن الصباغ عن ابن عمر رضى الله عنهما وحكاه أصحابنا عن الحسن البصرى وسفيان الثورى وداود ، وعن أبى حنيفة ثلاث روايات أشهرها : ربع الرأس ، والثانية : قدر ثلاث أصابع بثلاث أصابع ، والثالثة : قدر الناصية، وعن أبى يوسف : نصف الرأس ، وعن مالك وأحمد والمزنى : جميع الرأس على المشهور عنهم • وقال محمد بن سلمة [1] من أصحاب مالك : ان ترك نحو ثلث الرأس جاز وهى رواية عن أحمد •

واحتج لمن أوجب الجميع بقوله تعالى : (وامسحوا [2] برءوسكم) قالوا والباء للالصاق كقوله تعالى : (وليطوفوا بالبيت العتيق [3]) ولأنه ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم مسح الجميع وقياسا على التيمم فى قوله تعالى : (فامسحوا بوجوهكم) [4] ويجب فيه الاستيعاب •

واحتج أصحابنا بأن المسح يقع على القليل والكثير ، وثبت فى الصحيح أن النبى صلى الله عليه وسلم مسح بناصيته ، فهذا يمنع وجوب الاستيعاب ويمنع التقدير بالربع والثلث والنصف فان الناصية دون الربع فتعين أن الواجب ما يقع عليه الاسم والذى اعتمده امام الحرمين فى كتابه الأساليب فى الخلاف أن المسح اذا أطلق فالمفهوم معه المسح من غير اشتراط للاستيعاب ، وانضم اليه أن النبى صلى الله عليه وسلم مسح الناصية وحدها • ولم يخص

---

(١) فى الطبعتين السابقتين : محمد بن مسلمة وهو خطأ (ظ) •
(٢) الآية ٦ من سورة المائدة •
(٣) الآية ٢٩ من سورة الحج •
(٤) الآية ٤٣ من النساء و ٦ المائدة •

أحد الناصية ومنع جواز قدرها من موضع آخر ، فدل على جواز مطلق المسح • وأما قولهم الباء للالصاق فقال أصحابنا : لانسلم أنها هنا للالصاق بل هي للتبعيض ، ونقلوا ذلك عن بعض أهل العربية وقال جماعة منهم اذا دخلت الباء على فعل يتعدى بنفسه كانت للتبعيض كقوله (وامسحوا برءوسكم[1]) وان لم يتعد فللالصاق كقوله تعالى : (وليطوفوا بالبيت) قال أصحابنا : وعلى هذا يحصل الجمع بين الآية والأحاديث ، فيكون النبى صلى الله عليه وسلم مسح كل الرأس فى معظم الأوقات بيانا لفضيلته ، واقتصر على البعض فى وقت بيانا للجواز وأما قياسهم على التيمم فجوابه من وجهين (أحدهما) أن السنة بينت أن المطلوب بالمسح فى التيمم الاستيعاب وفى الرأس البعض (الثانى) فرق الشافعى فى مختصر المزنى بينهما فقال : مسح الرأس أصل فاعتبر فيه حكم لفظه ، والتيمم بدل عن غسل الوجه فاعتبر فيه حكم مبدله•

فان قيل : هذا الفرق فاسد بالمسح على الخف فالجواب أن هذا التعليل يقتضى استيعاب الخف بالمسح لكن ترك ذلك لوجهين (أحدهما) الاجماع على أنه لا يجب (الثانى) أنه يفسد الخف مع أنه مبنى على التخفيف ، ولهذا يجوز مع القدرة على غسل الرجل بخلاف التيمم والله أعلم •

وأما قول ابن القاص ومن وافقه : انه يشترط مسح ثلاث شعرات كالحلق فى الاحرام فأجاب الأصحاب بأن المطلوب فى الحلق الشعر ، وتقدير الآية : محلقين شعر رءوسكم ، والشعر اما جمع كما يقوله أهل اللغة واما اسم جنس كما يقوله أهل النحو والتصريف وهو الصحيح ، وأقل الجمع ثلاث بخلاف المسح فانه غير منوط بالشعر ، واسم المسح يقع على القليل ، وهذا الفرق مشهور ، وممن ذكره بمعناه امام الحرمين والمتولى واتفق الأصحاب على تضعيف قول ابن القاص قال امام الحرمين : هو غلط ، لأن الاستيعاب قد سقط وبطل التقدير فتعين الاكتفاء بما يقع عليه الاسم ، قال الرافعى : وهل يختص قول ابن القاص بما اذا مسح الشعر ؟ أم يجزى فى مسح البشرة ويشترط مسح قدر ثلاث شعرات ؟ فى كلام النقلة ما يشعر بالاحتمالين ، والأول أظهر والله أعلم •

---

(1) الآية ٦ من المائدة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والمستحب أن يمسح جميع الرأس فيأخذ الماء بكفيه ثم يرسله ثم يلصق طرف سبابته بطرف سبابته الأخرى ثم يضعهما على مقدم رأسه ، ويضع ابهاميه على صدغيه ثم يذهب بهما الى قفاه ثم يردهما الى المكان الذى بدأ منه لما روى أن عبد الله بن زيد رضى الله عنه وصف وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم (فمسح رأسه بيديه فأقبل بهما وأدبر ، بدأ بمقدم رأسه ثم ذهب بهما الى قفاه) ولأن منابت شعر الرأس مختلفة ففى ذهابه يستقبل الشعر من مؤخر رأسه فيقع المسح على ظاهر الشعر ، فاذا رد يديه حصل المسح على ما لم يمسح عليه فى ذهابه) .

(الشرح) حديث عبد الله بن زيد هذا رواه البخارى ومسلم بلفظه وفى الصحيحين زيادة بعد قوله : « ثم ذهب بهما الى قفاه ، ثم ردهما حتى رجع الى المكان الذى بدأ منه » وقد أخل المصنف بهذه الزيادة ولابد منها . لأن بها يتم الاستدلال لمجموع ما ذكره .

وعبد الله بن زيد هذا هو راوى حديث صلاة الاستسقاء وهو مذكور فى المهذب هناك وفى أول باب الشك فى الطلاق ، وهو عبد الله بن زيد بن عاصم الأنصارى المازنى المدنى ، وأمه أم عمارة الأنصارية ، شهد هو وأمه أحدا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وقتل بالحرة سنة ثلاث وستين وهو ابن سبعين سنة ، وهو غير عبد الله بن زيد بن عبد ربه الأنصارى الأوسى صاحب الأذان ، وهما مشتركان فى أن كل واحد منهما عبد الله بن زيد الأنصارى ، لكن يفترقان فى الجد والقبيلة وقد أوضحتهما فى تهذيب الأسماء .

(أما حكم المسألة) فاتفق الأصحاب على أنه يستحب مسح جميع الرأس لهذا الحديث وغيره وللخروج من خلاف العلماء ، وهذه الكيفية التى ذكرها المصنف متفق على استحبابها للحديث والمعنى الذى ذكره ، قال أصحابنا : والذهاب من مقدم الرأس الى مؤخره والرجوع الى مقدمه كلاهما يحسب مرة واحدة بخلاف السعى بين الصفا والمروة فانه يحسب الذهاب من الصفا الى المروة مرة ، والرجوع من المروة الى الصفا مرة ثانية على المذهب

الصحيح خلافا لأبى بكر الصيرفى وغيره والفرق ما أشار اليه المصنف وهو أن تمام المسحة الواحدة لا يحصل على جميع الشعر الا بالذهاب والرجوع فانه فى رجوعه يمسح ما لم يمسحه فى ذهابه ، بخلاف السعى فان قطع المسافة بتمامها يحصل فى ذهابه .

قال أصحابنا : وانما يستحب الرد لمن له شعر مسترسل ، أما من لا شعر له أو حلق شعره وطلع منه يسير فلا يستحب له الرد لأنه لا فائدة فيه ، وممن صرح بهذا القفال والصيدلانى وامام الحرمين والغزالى والمتولى والبغوى وصاحب العدة وغيرهم ، وكذا لا يستحب الرد لمن له شعر كثير مضفور ، قاله القفال وامام الحرمين والرويانى وصاحب العدة وقال القفال والبغوى وغيرهما : لو رد فى الصورة التى لا يستحب فيها الرد لم يحسب رده مرة ثانية ، لأن البلل صار مستعملا لحصول مسح جميع الرأس ، قال امام الحرمين : ولو مسح طرف رأسه ثم طرفا آخر لم يكن ذلك من التكرار ، وانما هو محاولة للاستيعاب ، والاستيعاب سنة منفصلة عن التكرار ، ورد اليد من القفا الى الناصية من الاستيعاب والله أعلم .

(فرع) قال الشافعى فى مختصر المزنى رحمهما الله : أحب أن يتحرى جميع رأسه وصدغيه ، هذا لفظه ، قال صاحب الحاوى وغيره : من جعل الصدغين من الرأس قال : قال الشافعى ذلك لاستيعاب الرأس ، ومن جعلهما من الوجه قال : قال الشافعى ذلك ليصير بالابتداء منهما محتاطا فى استيفاء أجزاء الرأس ، فانه اذا لم يفعل هكذا ترك جزءا من أول الرأس لا يمر المسح عليه والله أعلم .

(فرع) اذا مسح جميع الرأس فوجهان مشهوران لأصحابنا فى كتب الفقه وأصول الفقه ، أصحهما : أن الفرض منه ما يقع عليه الاسم والباقى سنة .

والوجه الثانى : أن الجميع يقع فرضا ، فعلى هذا يكون حكمه حكم خصال كفارة اليمين ، فأى خصلة فعلها حكم بأنها الواجب ، ثم قال جماعة من أصحابنا : الوجهان فيمن مسح دفعة واحدة أما من مسح متعاقبا كما هو

الغالب فما سوى الأول سنة قطعا ، والأكثرون أطلقوا الوجهين ولم يفرقوا ، ولهذه المسألة نظائر ، منها اذا طول القيام فى الصلاة أو الركوع أو السجود زيادة على قدر الواجب فهل الواجب الجميع ؟ أم القدر الذى لو اقتصر عليه أجزأه ؟ فيه الوجهان • ومثله لو أخرج بعيرا عن خمس من الابل فهل الواجب منه الخمس أو الجميع ؟ فيه الوجهان ، وقد ذكر المصنف هذه المسألة فى الزكاة ، ومثله لو نذر أن يهدى شاة أو يضحى بها فأهدى بدنة أو ضحى بها أجزأه ، وهل الواجب جميعها أو سبعها والباقى تطوع ؟ فيه الوجهان ، وقد ذكرها المصنف فى باب النذر ، والأصح أن الواجب القدر المجزىء ، وتظهر فائدة الوجهين فى مسألة مسح الرأس واطالة الركوع والسجود فى تكثير الثواب ، فان ثواب الواجب أكثر من ثواب النفل ، وتظهر فائدتهما فى الزكاة فى الرجوع اذا عجل الزكاة ثم جرى ما يقتضى الرجوع فانه يرجع فى الواجب لا فى النفل • وفائدتهما فى النذر أنه يجوز الأكل من الهدى والأضحية المتطوع بهما لا الواجب على الصحيح ، فهذا مختصر هذه المسائل وسنوضحها فى أبوابها ان شاء الله تعالى ، قال صاحب التتمة فى باب صفة الصلاة فى (فصل القراءة) : أصل هذا الخلاف فى هذه المسائل القولان فى الوقص [1] فى الزكاة هل هو عفو أم يتعلق به الفرض ؟ والله أعلم •

(فرع) قول المصنف : (طرف سبابته) هى الأصبع التى تلى الابهام لأنه يشار بها عند السب ، ومقدم هو بفتح القاف والدال المشددة فهذه أفصح اللغات التى فيه ، وهن ست وهى جاريات فى المؤخر ، والابهام بكسر الهمزة هى الأصبع العظمى وهى معرفة وهى مؤنثة ، قال ابن خروف فى شرح الجمل : وتذكيرها لغة قليلة وجمعها أباهم على وزن أكابر ، وقال الجوهرى : أباهيم بالياء ، والقفا مقصور والله أعلم •

---

(١) هو النصاب الذى لم يتم (ط) •

قال المصنف رحمه الله تعالى

« فان كان عليه شعر فمسح الشعر أجزأه وان مسح البشرة أجزأه لأن الجميع يسمى رأسا » .

(الشرح) هذا الذى قطع به من التخيير بين مسح الشعر والبشرة هو الصحيح المشهور ، وبه قطع الجمهور منهم القاضى حسين والفورانى وامام الحرمين والغزالى فى البسيط والمتولى والبغوى والشاشى فى المعتمد وآخرون ، قال صاحب البيان : هو قول أكثر أصحابنا ، وقال آخرون منهم الشيخ أبو حامد والبندنيجى والمحاملى والجرجانى وصاحب العدة : ان كان على بعض رأسه شعر ولا شعر على بعضه تخير بين مسح الشعر والبشرة ، وان كان على رأسه شعر تعين مسحه ولا تجزىء البشرة لأن الفرض انتقل الى الشعر فلم يجز المسح على البشرة تحته كما لو غسل بشرة اللحية الكثيفة وترك شعرها فانه لا يجزئه ، كذا قطع به الأصحاب فى الطريق ، وحكى السرخسى وجها أنه يجزئه فى اللحية ، وليس بشىء .

وفرق المتولى وغيره بين مسح بشرة الرأس واللحية ، فان الواجب غسل الوجه وهو ما يحصل به المواجهة وهى تحصل بالشعر دون البشرة ، وأما الرأس فهو ما ترأس وعلا والبشرة عالية ولأن أهل اللسان والعرف يعدون ماسح بشرة الرأس ماسحا على الرأس فحصل فى المسألتين أوجه أحدها : تجزئه البشرة فى الموضعين والثانى : لا والثالث وهو المذهب : تجزئه فى الرأس دون اللحية والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان له ذؤابة قد نزلت عن الرأس فمسح النازل منها عن الرأس لم يجزئه لأنه لا يقع عليه اسم الرأس ، وان كان له شعر مسترسل عن منبته ولم ينزل عن محل الفرض فمسح أطرافه أجزأه لأن اسم الرأس يتناوله ، ومن أصحابنا من قال : لا يجزئه لأنه مسح على شعر فى غير منبته فهو كطرف الذؤابة وليس بشىء) .

(الشرح) الذؤابة بضم الذال وبعدها همزة وهى الشعر المضفور الى جهة القفا ، وجمعها ذوائب واذا مسح على شعر نازل عن محل الفرض لم يجزئه ، نص عليه الشافعى رحمه الله فى الأم ، واتفق عليه الأصحاب ، وقد ذكر المصنف دليله ، ولو عقص أطراف شعره المسترسل الخارج عن محل الفرض وشده فى وسط رأسه ومسحه لم يجزئه ، نص عليه فى الأم واتفقوا عليه فان قيل : ما الفرق بينه وبين التقصير فى الحج فانه يجوز من الشعر النازل عن محل الفرض ؟ فالجواب ما أجاب به الشيخ أبو حامد فى آخر مسألة اللحية المسترسلة وقاله غيره من أصحابنا أن الفرض فى المسح متعلق بالرأس ، والرأس ما ترأس وعلا ، وما نزل عن محل الفرض لا يسمى رأسا ، والفرض فى الحلق والتقصير متعلق بالشعر بدليل أنه لو لم يكن على رأسه شعر سقط عنه الفرض بخلاف المسح ، واذا كان الفرض متعلقا بالشعر فهو — وان طال — يسمى شعر الرأس .

أما اذا مسح على شعر مسترسل خرج عن منبته ولم يخرج عن محل الفرض فوجهان ، الصحيح منهما باتفاق الأصحاب أنه يجزئه ، والثانى لا يجزئه ، وهو ظاهر نصه فى الأم فانه قال : لو مسح بشىء من الشعر على منابت الرأس قد أزيل عن منبته لم يجزئه ، لأنه شعر على غير منبته فهو كالعمامة ، هذا نصه ، وتأوله الشيخ أبو حامد والمحاملى على ما اذا كان الشعر مسترسلا خارجا عن محل الفرض فعقصه فى وسط رأسه وهذا تأويل ظاهر .

واعلم أن مسألة الوجهين فى شعر خرج عن منبته ولكن بحيث لو مد لم يخرج عن محل الفرض فان كان متجعدا بحيث لو مد موضع المسح لخرج عن محل الفرض فقال الجمهور : لا يجوز المسح عليه وجها واحدا ، ممن قطع بذلك أبو محمد الجوينى فى الفروق وولده امام الحرمين والغزالى والمتولى وجماعات وحكى القاضى حسين فيه وجها وهو شاذ ضعيف فانه كمسألة المعقوص فى وسط الرأس والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان على رأسه عمامة ولم يرد نزعها مسح بناصيته والمستحب أن يتم المسح بالعمامة لما روى المغيرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم توضأ فمسح بناصيته وعلى عمامته ، فان اقتصر على مسح العمامة لم يجزئه لأنها ليست برأس ، ولأنه عضو لا يلحق المشقة فى ايصال الماء اليه فلا يجوز المسح على حائل منفصل عنه كالوجه واليد) .

(الشرح) حديث المغيرة رواه مسلم فى صحيحه ، وتقدم بيان حال المغيرة فى أول هذا الباب ، وقول المصنف : (لأنه عضو لا يلحق المشقة فى ايصال الماء اليه) فيه احتراز من الجبيرة على كسر وقوله : (حائل منفصل) احتراز من مسح شعر الرأس ، والعضو بضم العين وكسرها لغتان .

(فأما حكم المسألة) : فقال أصحابنا : اذا كان عليه عمامة ولم يرد نزعها لعذر ولغير عذر مسح الناصية كلها ويستحب أن يتم المسح على العمامة سواء لبسها على طهارة أو حدث ، ولو كان على رأسه قلنسوة ولم يرد نزعها فهى كالعمامة فيمسح بناصيته ، ويستحب أن يتم المسح عليها صرح به أبو العباس الجرجانى فى التحرير ، وهكذا حكم ما على رأس المرأة ، وأما اذا اقتصر على مسح العمامة ولم يمسح شيئا من رأسه فلا يجزيه بلا خلاف عندنا ، وهو مذهب أكثر العلماء كذا حكاه الخطابى والماوردى عن أكثر العلماء ، وحكاه ابن المنذر عن عروة بن الزبير والشعبى والنخعى والقاسم ومالك وأصحاب الرأى وحكاه غيره عن على بن أبى طالب وابن عمر وجابر رضى الله عنهم وقالت طائفة : يجوز الاقتصار على العمامة قاله سفيان الثورى والأوزاعى وأحمد وأبو ثور واسحق ومحمد بن جرير وداود ، قال ابن المنذر : ممن مسح على العمامة أبو بكر الصديق وبه قال عمر وأنس بن مالك وأبو أمامة ، وروى عن سعد بن أبى وقاص وأبى الدرداء وعمر بن عبد العزيز ومكحول والحسن وقتادة والأوزاعى وأحمد واسحق وأبى ثور ، ثم شرط بعض هؤلاء لبسها على طهارة وشرط بعضهم كونها محنكة أى بعضها تحت الحنك ، ولم يشترط بعضهم شيئا من ذلك .

واحتج لمن جوز ذلك بحديث بلال رضى الله عنه قال : « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم مسح على الخفين والخمار » رواه مسلم .

وعن عمرو بن أمية قال : « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح على عمامته وخفيه » رواه البخارى ، وعن ثوبان قال : « بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم سرية فأصابهم البرد فلما قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرهم أن يمسحوا على العصائب والتساخين » رواه أبو داود باسناد صحيح ، والعصائب العمائم والتساخين بفتح التاء المثناة فوق وبالسين المهملة والخاء المعجمة وهى الخفاف وعن بلال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يخرج فيقضى حاجته فآتيه بالماء فيتوضأ ويمسح على عمامته وموقيه » رواه أبو داود باسناد جيد ، والموق بضم الميم خف قصير ، قالوا ولأنه عضو سقط فرضه فى التيمم فجاز المسح على حائل دونه كالرجل فى الخف .

واحتج أصحابنا بقوله تعالى : (وامسحوا برءوسكم) والعمامة ليست برأس ولأنه عضو طهارته المسح فلم يجز المسح على حائل دونه كالوجه واليد فى التيمم فانه مجمع عليه ولأنه عضو لا تلحق المشقة فى ايصال الماء اليه غالبا فلم يجز المسح على حائل منفصل عنه كاليد فى القفاز ، والوجه فى البرقع والنقاب .

وأما الجواب عن احتجاجهم بالأحاديث فهو ما أجاب به الخطابى والبيهقى وغيرهما من المحدثين وسائر أصحابنا فى كتب الفقه أنه وقع فيها اختصار ، والمراد مسح الناصية والعمامة ليكمل سنة الاستيعاب ، يدل على صحة هذا التأويل أنه صرح به فى حديث المغيرة كما سبق بيانه ، وكذا جاء فى حديث بلال أن النبى صلى الله عليه وسلم « مسح على الخفين وبناصيته وعلى العمامة » قال البيهقى : اسناد هذه الرواية حسن ، وعن أنس قال : « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يتوضأ وعليه عمامة قطرية فأدخل يده تحت العمامة فمسح مقدم رأسه ولم ينقض العمامة » رواه أبو داود . والقطرية بكسر القاف نوع من البرود قال الخطابى : فيها حمرة فان قيل كيف يصح هذا التأويل وكيف يظن بالراوى حذف مثل هذا ؟ فالجواب أنه

ثبت بالقرآن وجوب مسح الرأس وجاءت الأحاديث الصحيحة بمسح الناصية مع العمامة ، وفى بعضها مسح العمامة ولم تذكر الناصية فكان محتملا لموافقة الأحاديث الباقية ، ومحتملا لمخالفتها ، فكان حملها على الاتفاق وموافقة القرآن أولى ، قال أصحابنا : وانما حذف بعض الرواة ذكر الناصية لأن مسحها كان معلوما لأن مسح الرأس مقرر معلوم لهم وكان المهم بيان مسح العمامة ، قال الخطابى : والأصل أن الله تعالى فرض مسح الرأس والحديث محتمل للتأويل ، فلا يترك اليقين بالمحتمل ، قال هو وسائر الأصحاب : وقياس العمامة على الخف بعيد لأنه يشق نزعه بخلافها والله أعلم .

(فرع) فى مسائل تتعلق بمسح الراس

(احداها) : المرأة كالرجل فى صفة مسح الرأس على ماسبق . نص عليه الشافعى رحمه الله تعالى فى البويطى وذكره الأصحاب ، ونقله البخارى فى صحيحه عن سعيد بن المسيب قال الشافعى فى البويطى : وتدخل يدها تحت خمارها حتى يقع المسح على الشعر ، فلو وضعت يدها المبتلة على خمارها قال أصحابنا : ان لم يصل البلل الى الشعر لم يجزئها وان وصل فهى كالرجل اذا وضع يده المبتلة على رأسه ان أمرها عليه أجزأه والا فوجهان الصحيح الاجزاء .

(الثانية) : لو كان له رأسان كفاه مسح أحدهما ، وفيه احتمال للدارمى وقد سبقت المسألة فى فصل غسل الوجه .

(الثالثة) قال أصحابنا : لا تتعين اليد لمسح الرأس فله المسح بأصابعه وبأصبع واحدة أو خشبة أو خرقة أو غيرها أو يمسحه له غيره ، قال الشيخ أبو حامد وغيره : أو يقف تحت المطر فيقع عليه وينوى المسح فيجزئه ، كل ذلك بلا خلاف ولو قطر الماء على رأسه ولم يبل أو وضع عليه يده المبتلة ولم يمرها عليه أو غسل رأسه بدل مسحه أجزأه على الصحيح ، وبه قطع الأكثرون ، لأنه فى معنى المسح . وفيه وجه أنه لا يجزيه لأنه لا يسمى مسحا حكاه المتولى والبغوى والرويانى والشاشى وغيرهم ، ونقل امام الحرمين الاتفاق على اجزاء الغسل قال : لأنه فوق المسح ، فاجزاء المسح مبنى على اجزاء الغسل من طريق الأولى فاذا قلنا بالمذهب وهو اجزاء الغسل فقد نقل

امام الحرمين والغزالى فى البسيط اتفاق الأصحاب على أنه لا يستحب وهل يكره ؟ فيه وجهان ، قال امام الحرمين فى النهـاية : قال الأكثرون : وهو مكروه لأنه سرف كالغسلة الرابعة ، وبهذا قطع المحاملى فى اللباب والجرجانى فى التحرير • والوجه الثـانى : لا يكره وهو قول القفـال ولم يذكر امام الحرمين فى الأساليب غيره وصححه الغزالى فى الوجيز والرافعى • وأما غسل الخف بدل مسحه فمكروه بلا خلاف لأنه تعييب له بلا فائدة وممن نقـل الاتفاق على كراهته امام الحرمين والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ثم يمسح أذنيه ظاهرهما وباطنهما لما روى المقدام [1] بن معد يكرب « أن النبى صلى الله عليه وسلم مسح برأسه وأذنيه ظاهرهما وباطنهما وأدخل أصبعيه فى جحرى أذنيه » ويكون ذلك بماء جديد غير الذى مسح به الرأس لما روى : « أن النبى صلى الله عليه وسلم مسح رأسـه وأمسك مسبحتيه بأذنيه » ولأنه عضو يتميز عن الرأس فى الاسم والخلقة فلا يتبعه فى الطهارة كسائر الأعضاء • وقال فى الأم والبويطى : ويأخذ لصماخيه ماء جديدا غير الماء الذى مسح به ظاهر الأذن وباطنه ، لأن الصماخ فى الأذن كالفم والأنف فى الوجه ، فكما أفرد الفم والأنف عن الوجه بالماء فكذلك الصماخ فى الأذن فان ترك مسح الأذن جاز ، لمـا روى أن النبى صلى الله عليـه وسلم قال للأعرابى : « توضأ كما أمرك الله » وليس فيما أمر الله تعالى مسح الأذنين)•

(الشرح) أما حديث المقـدام فحسن رواه أبو داود والنسـائى والبيهقى وغيرهم بمعناه بأسانيد حسنة وروى أبو داود والترمذى وغيرهما عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم : « مسح برأسه وأذنيه ظاهرهما وباطنهما » قال الترمذى : حديث حسن صحيح ، وروى أبو داود وغيره مثله من رواية عثمان ، وفيه أحاديث كثيرة جمعتها فى جامع السنة • وأما راوى الحديث فهو المقدام بكسر الميم وآخره ميم أخرى وكرب بفتح الكاف وكسر الراء ويجوز صرفه وترك صرفه وجهان مشهوران لأهل العربية

---

(1) النسخة المطبوعة من المهذب (المقداد) وهو خطا (ط) •

وفيه وجه ثالث أن الباء مضمومة بكل حال ، وأما ياء معدى فساكنة بكل حال ، والمقدام من مشهورى الصحابة رضى الله عنهم وهو كندى شامى حمصى يكنى أبا كريمة وقيل : أبا صالح ، وقيل : أبا يحيى ، وقيل أبا بشر، والأول أشهر توفى سنة سبع وثمانين ابن احدى وتسعين سنة .

وأما الحديث الثانى وهو قوله : « روى أن النبى صلى الله عليه وسلم مسح رأسه وأمسك مسبحتيه بأذنيه » فهو موجود فى نسخ المهذب المشهورة وليس موجودا فى بعض النسخ المعتمدة وهو حديث ضعيف أو باطل لا يعرف ، قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح : وهنا نكتة خفيت على أهل العناية بالمهذب وهى أن مصنفه رجع عن الاستدلال بهذا الحديث وأسقطه عن المهذب فلم يفد ذلك بعد انتشار الكتاب ، قال : وجدت بخط بعض تلامذته فى هذه المسألة من تعليقه فى الخلاف فى الحاشية عند استدلاله بهذا الحديث قال الشيخ : ليس له أصل فى السنن فيجب أن تضربوا عليه وفى المهذب فانى صنفته من عشر سنين وما عرفته . قال أبو عمرو بن الصلاح : وبلغنى أن هذا الحديث مضروب عليه فى أصل المصنف الذى هو بخطه . ويغنى عن هذا حديث عبد الله بن زيد أنه رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم : « يتوضأ فأخذ لأذنيه ماء خلاف الماء الذى أخذ لرأسه » حديث حسن رواه البيهقى وقال : اسناده صحيح وأما حديث الأعرابى فصحيح تقدم بيانه فى فصل المضمضة والله أعلم .

وقوله : (جحرى أذنيه) هو بضم الجيم واسكان الحاء وهو الثقب المعروف وفى رواية أبى داود وغيره صماخى أذنيه بدل جحرى وهو تفسير له والأذن بضم الذال ويجوز اسكانها كما سبق فى غسل الوجه مشتقة من الأذن بفتح الهمزة والذال وهو الاستماع ، والصماخ بكسر الصاد ويقال السماخ بالسين لغتان الصاد أفصح وأشهر ، وادعى ابن السكيت وابن قتيبة أنه لا يجوز بالسين . وقول المصنف : وقال فى الأم ، كذا وقع فى المهذب وقال بواو العطف وهو صحيح ، وقوله : ولأنه عضو تميز عن الرأس فى الاسم والخلقة ، احترز بالاسم عن الناصية وبالخلقة عن النزعتين والله أعلم.

(أما أحكام المسألة) فمسح الأذنين سنة للأحاديث السابقة ، والسنة أن

يمسح ظاهرهما وباطنهما ، فظاهرهما ما يلى الرأس وباطنهما ما يلى الوجه ، كذا قاله الصيمرى وآخرون وهو واضح • وأما كيفيـة المسح فقـال امام الحرمين والغزالى وجماعات : يأخذ الماء بيديه ويدخل مسبحتيه فى صماخى أذنيه ويديرهما على المعاطف ويمر الابهامين على ظهور الأذنين ، قال الشيخ أبو محمد الجوينى وغيره : ويلصق بعـد ذلك كفيه المبلولتين بأذنيه طلبـا للاستيعاب ، وقال الفورانى والمتولى وغيرهما : يمسح بالابهام ظاهر الأذن وبالمسبحة باطنها ويمر رأس الأصـبع فى معاطف الأذن ويدخل الخنصر فى صماخيه ، قال الفورانى : ويضع الابهام على ظاهر الأذن ويمرها الى جهـة العلو •

قال أصحابنا : ويمسح الأذنين معا ولا يقدم اليمنى فان كان أقطع اليد قدمها حكى الرويانى وجها أنه يستحب تقديم اليمنى وهو شاذ وغلط •

واعلم أن مسح الأذنين بعد مسح الرأس فلو قدمه عليه فظـاهر كلام الأصحاب أنه لا يحصل له مسح الأذنين لأنه فعله قبل وقته • وذكر الرويانى فى حصوله وجهين والصحيح المنع • ويشترط لمسح الأذنين ماء غير الماء الذى مسح به الرأس بلا خلاف بين أصحابنا وبه قال جمهور العلماء ، قال أصحابنا: ولا يشترط أن يكون أخذه للماء لهما أخذا جديدا ، بل لو أخذ الماء للرأس بأصابعه فمسح ببعضها وأمسك بعضها ثم مسح الأذنين بما أمسكه صح لأنه مسحهما بغير ماء الرأس ، قال الشـافعى فى الأم والبويطى والأصحاب : ويأخذ للصماخين ماء غير ماء ظاهر الأذن وباطنه ، وقد ذكر المصنف دليله ويكون المأخوذ للصماخ ثلاثا كسائر الأعضاء ، صرح به الماوردى فى كتابه الاقناع وهو واضح ، وحكى الماوردى فى الحاوى وجهـا أنه يكفى مسح الصماخ ببقية ماء الأذن لكونه منها وحكاه الرافعى قولا والله أعلم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى الأذنين

مذهبنا أنهما ليستا من الوجه ولا من الرأس بل عضوان مستقلان يسن مسحهما على الانفراد ولا يجب ، وبه قال جماعة من السلف حكوه عن ابن عمر والحسن وعطاء وأبى ثور • وقال الزهرى : هما من الوجه فيغسلان معه وقال الأكثرون : هما من الرأس وقال ابن المنذر : رويناه عن ابن عباس

وابن عمر وأبى موسى وبه قال عطاء وابن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز والنخعى وابن سيرين وسعيد بن جبير وقتادة ومالك والثورى وأبو حنيفة وأصحابه وأحمد . قال الترمذى : هو قول أكثر العلماء من الصحابة فمن بعدهم ، وبه قال الثورى وابن المبارك وأحمد واسحق ، واختلف هؤلاء هل يأخذ لهما ماء جديدا أم يمسحهما بماء الرأس ؟ . وقال الشعبى والحسن بن صالح : ما أقبل منهما فهو من الوجه يغسل معه ، وما أدبر فمن الرأس يمسح معه قال ابن المنذر : واختاره اسحق .

واحتج لمن قال : هما من الوجه بأن النبى صلى الله عليه وسلم : « كان يقول فى سجوده : سجد وجهى للذى خلقه وشق سمعه وبصره » فأضاف السمع الى الوجه كما أضاف اليه البصر . واحتج من قال : هما من الرأس بقول الله تعالى : (وأخذ برأس أخيه يجره اليه) [1] وقيل : المراد به الأذن ، واحتجوا بحديث شهر بن حوشب عن أبى أمامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « الأذنان من الرأس » رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه والبيهقى وغيرهم وروى من رواية ابن عباس وابن عمر وأنس وعبد الله بن زيد وأبى هريرة وعائشة ، وعن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم : « مسح رأسه وقال بالوسطيين من أصابعه فى باطن أذنيه والابهامين من وراء أذنيه » .

واحتج للشعبى ومن وافقه بما روى عن على رضى الله عنه : « أنه مسح رأسه ومؤخر أذنيه » ولأن الوجه ما حصلت به المواجهة وهى حاصلة بما أقبل . واحتج أصحابنا بأشياء أحسنها حديث عبد الله بن زيد : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أخذ لأذنيه ماء خلاف الذى أخذ لرأسه [2] » وهو حديث صحيح كما سبق بيانه قريبا ، فهذا صريح فى انهما ليستا من الرأس اذ لو كانتا منه لما أخذ لهما ماء جديدا كسائر أجزاء الرأس ، وهو صريح فى أخذ ماء جديد فيحتج به أيضا على من قال : يمسحهما بماء الرأس، وفيه رد على من قال : هما من الوجه ، فقد جمع هذا الحديث الصحيح

---

(١) الآية ٧ من سورة الأعراف .

(٢) هو عبد الله بن زيد بن عاصم الأنصارى المازنى اما راوى حديث الاذان فهو عبد الله بن زيد بن عبد ربه الانصارى الأوسى « ط » .

الدلالة للمذهب والرد على جميع المخالفين • واحتجوا على من قال هما من الوجه بأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يمسحهما ، ولم ينقل غسلهما مع كثرة رواة صفة الوضوء واختلاف صفاته ، ولأن الاجماع منعقد على أن المتيمم لا يلزمه مسحهما ، قال القاضى أبو الطيب : ولأن الأصمعى والمفضل ابن سلمة قالا : الأذنان ليستا من الرأس وكفى بهما امامان من أجل أئمة اللغة والمرجع فى اللغة الى نقل أهلها •

واحتجوا على من قال : هما من الرأس بأن الاجماع منعقد على أنه لا يجزىء مسحهما عن مسح الرأس بخلاف أجزائه ، وبأنه لو قصر المحرم من شعرهما لم يجزئه عن تقصير الرأس بالاجماع ، ولأنه عضو يخالف الرأس خلقة وسمتا فلم يكن منه كالخد ، وقولنا : « وسمتا » احتراز من النزعة قال القاضى أبو الطيب والماوردى : ولأن الاجماع منعقد على أن البياض الدائر حول الأذن ليس من الرأس مع قربه فالأذن أولى ، ولأنه لا يتعلق بالأذن شىء من أحكام الرأس سوى المسح ، فمن ادعى أن حكمها فى المسح حكم الرأس فعليه البيان •

وأما الجواب عن احتجاج الزهرى فمن وجهين (أحدهما) المراد بالوجه الجملة والذات كقوله تعالى : (كل شىء هالك الا وجهه [1]) الدليل على هذا أن السجود حاصل بأعضاء أخر (الثانى) أن الشىء يضاف الى ما يقاربه وان لم يكن منه •

والجواب عما احتج به القائلون بأنهما من الرأس من الآية أنه تأويل للآية على خلاف ظاهرها فلا يقبل ، والمفسرون مختلفون فى ذلك فقيل : المراد الرأس ، وقيل : الأذن ، وقيل : الذؤابة ، فكيف يحتج بها والحالة هذه ؟ والجواب عن الأحاديث أنها كلها ضعيفة متفق على ضعفها مشهور فى كتب الحديث تضعيفها الا حديث ابن عباس فاسناده جيد ، ولكن ليس فيه دليل لما ادعوه لأنه ليس فيه أنه مسحهما بماء الرأس المستعمل فى الرأس ، قال البيهقى قال أصحابنا : كأنه كان يعزل من كل يد أصبعين فاذا فرغ من مسح الرأس مسح بهما أذنيه •

---

(١) الآية ٨٨ من سورة القصص •

وأما الجواب عن احتجاج الشعبى بفعل على فمن أوجه (أحدها) أنها رواية ضعيفة لا تعرف (والثانى) ليس فيها دليل على الفرق بين مقدم الأذن ومؤخرها (والثالث) أن ذلك محمول على أنه استوعب الرأس فانمسح مؤخر الأذن معه ضمنا لا مقصودا لأن الاستيعاب لا يتأتى غالبا الا بذلك (الرابع) لو صح ذلك عن على وتعذر تأويله كان ما قدمناه من فعل النبى صلى الله عليه وسلم وما هو المشهور عن على أولى والله أعلم .

(فرع) أجمعت الأمة على أن الأذنين تطهران ، واختلفوا فى كيفية تطهيرهما على المذاهب السابقة قال أبو جعفر محمد بن جرير الطبرى فى كتابه اختلاف الفقهاء أجمعوا أن من ترك مسحهما فطهارته صحيحة ، وكذا نقل الاجماع غيره ، وحكى ابن المنذر وأصحابنا عن اسحق بن راهويه أنه قال : من ترك مسحهما عمدا لم تصح طهارته وهو محجوج باجماع من قبله وبالحديث الذى ذكره المصنف والله أعلم .

وحكى القاضى أبو الطيب وغيره عن الشيعة أنهم قالوا : لا يستحب مسح الأذنين لأنه لا ذكر لهما فى القرآن ، ولكن الشيعة لا يعتد بهم فى الاجماع ، وان تبرعنا بالرد عليهم فدليله الأحاديث الصحيحة الذى ذكرناها ، ولا يلزم من كونه لم يذكر فى القرآن أنه لا يكون سنة للأحاديث الصحيحة والله أعلم .

(فرع) حكى صاحب الحاوى والمستظهرى عن أبى العباس بن سريج رحمه الله أنه كان يغسل أذنيه ثلاثا مع الوجه كما قال الزهرى ، ويمسحهما مع الرأس كما قال الآخرون ، ويمسحهما على الانفراد ثلاثا كما قال الشافعى . قال صاحب الحاوى : ولم يكن ابن سريج يفعل ذلك واجبا بل احتياطا ليخرج من الخلاف . وقال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح : لم يخرج ابن سريج بهذا من الخلاف بل زاد فيه ، فان الجمع بين الجميع لم يقل به أحد ، وهذا الاعتراض مردود لأن ابن سريج لا يوجب ذلك ، بل يفعله استحبابا واحتياطا كما سبق ، وذلك غير ممنوع بالاجماع بل محبوب ، وكم من موضع مثل هذا اتفقوا على استحبابه للخروج من الخلاف وان كان لا يحصل ذلك الا بفعل أشياء لا يقول بايجابها كلها أحد .

وقد قدمنا قريبا أن الشافعي والأصحاب رحمهم الله قالوا : يستحب غسل النزعتين مع الوجه وهما مما يمسح عند الشافعي ، اذ هما من الرأس ، واستيعابه بالمسح مأمور به بالاجماع ، وانما استحبوا غسلهما للخروج من خلاف من قال : هما من الوجه ، ولم يقل أحد بوجوب غسلهما ومسحهما ، ومع هذا استحبه الشافعي والأصحاب ، ونظائر ذلك كثيرة مشهورة فالصواب استحسان فعل ابن سريج رحمه الله والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ثم يغسل رجليه وهو فرض لما روى جابر رضى الله عنه قال : « أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا توضأنا أن نغسل أرجلنا ») .

(الشرح) هذا الحديث رواه الدارقطنى باسناد ضعيف ، ويغنى عنه ما سنذكره من الأحاديث وغيرها ان شاء الله تعالى ، وراوى هذا الحديث هو جابر بن عبد الله الأنصارى السلمى بفتح السين واللام المدنى أبو عبد الله وقيل : أبو عبد الرحمن ، وقيل : أبو محمد شهد مع النبى صلى الله عليه وسلم تسع عشرة غزوة ، توفى بالمدينة سنة ثلاث وسبعين وقيل : ثمان وسبعين وقيل : ثمان وستين ، والصحيح الأول ، وتوفى وله أربع وتسعون سنة رضى الله عنه .

(أما حكم المسألة) : فقد أجمع المسلمون على وجوب غسل الرجلين ولم يخالف فى ذلك من يعتد به ، كذا ذكره الشيخ أبو حامد وغيره ، وقالت الشيعة الواجب مسحهما ، وحكى أصحابنا عن محمد بن جرير أنه مخير بين غسلهما ومسحهما ، وحكاه الخطابى عن الجبائى المعتزلى وأوجب بعض أهل الظاهر الغسل والمسح جميعا واحتج القائلون بالمسح بقوله تعالى : (وامسحوا برءوسكم وأرجلكم) بالجر على احدى القراءتين فى السبع ، فعطف الممسوح على الممسوح ، وجعل الأعضاء أربعة ، قسمين مغسولين ثم ممسوحين ، وعن أنس أنه بلغه أن الحجاج خطب فقال : أمر الله تعالى بغسل الوجه واليدين وغسل الرجلين ، فقال أنس : صدق الله وكذب الحجاج : (فامسحوا برءوسكم وأرجلكم) قرأها جرا ، وعن ابن عباس انما هما

غسلتان ومسحتان ، وعنه أمر الله بالمسح ويأبى الناس الا الغسل وعن رفاعة فى حديث المسىء صلاته قال له النبى صلى الله عليه وسلم « انها لا تتم صلاة أحدكم حتى يسبغ الوضوء كما أمره الله تعالى ، فيغسل وجهه ويديه ويمسح رأسه ورجليه » وعن على رضى الله عنه أنه توضأ فأخذ حفنة من ماء فرش على رجله اليمنى وفيها نعله ثم صنع باليسرى كذلك ، ولأنه عضو يسقط فى التيمم فكان فرضه المسح كالرأس .

واحتج أصحابنا بالأحاديث الصحيحة المستفيضة فى صفة وضوئه صلى الله عليه وسلم أنه غسل رجليه منها حديث عثمان وحديث على وحديث ابن عباس وأبى هريرة وعبد الله بن زيد والربيع بنت معوذ وعمرو بن عبسة وغيرها من الأحاديث المشهورة فى الصحيحين وغيرهما ، وقد جمعتها كلها فى جامع السنة ، ومنها ما ثبت فى الصحيحين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « رأى جماعة توضئوا وبقيت أعقابهم تلوح لم يمسها الماء فقال : ويل للأعقاب من النار » رواه البخارى ومسلم من رواية عبد الله بن عمرو بن العاص ، ورويا نحوه من رواية أبى هريرة . وفى هذا تصريح بأن استيعاب الرجلين بالغسل واجب ، وعن عمر بن الخطاب رضى الله عنه « أن رجلا توضأ فترك موضع ظفر على قدميه فأبصره النبى صلى الله عليه وسلم فقال : ارجع فأحسن وضوءك » رواه مسلم ، وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : « أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله كيف الطهور ؟ فدعا بماء فى اناء فغسل كفيه ثلاثا » وذكر الحديث الى أن قال : « ثم غسل رجليه ثلاثا ثلاثا ثم قال : هكذا الوضوء فمن زاد على هذا أو نقص فقد أساء وظلم » هذا حديث صحيح رواه أبو داود وغيره بأسانيد صحيحة كما سيأتى بيانه ان شاء الله تعالى حيث ذكره المصنف قريبا ، وهذا من أحسن الأدلة فى المسألة .

وعن عمرو بن عبسة فى حديثه الطويل المشهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ما منكم من أحد يقرب وضوءه فيمضمض الا خرت خطايا وجهه وفيه وخياشيمه مع الماء ، الى أن قال : ثم يمسح رأسه الا خرت خطايا رأسه من أطراف شعره مع الماء ثم يغسل قدميه الى الكعبين الا خرت خطايا رجليه من أنامله مع الماء » رواه مسلم بهذا اللفظ وفى رواية قال عمرو بن

عبسة سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم أكثر من سبع مرار ، قال البيهقى : روينا فى الحديث الصحيح عن عمرو بن عبسة عن النبى صلى الله عليه وسلم فى الوضوء « ثم يغسل قدميه الى الكعبين كما أمره الله تعالى » : قال البيهقى وفى هذا دلالة أن الله تعالى أمر بغسلهما .

وعن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا توضأ العبد المسلم أو المؤمن فغسل وجهه خرج من وجهه كل خطيئة » وذكر الحديث الى أن قال : « فاذا غسل رجليه خرجت كل خطيئة مشتها رجلاه مع الماء أو مع آخر قطر الماء حتى يخرج نقيا من الذنوب » رواه مسلم . وعن لقيط بن صبرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « وخلل بين الأصابع » وهو حديث صحيح سبق بيانه فى فصل المضمضة وسنعيده فى تخليل الأصابع قريبا ان شاء الله تعالى ، وفيه دلالة للغسل ، والأحاديث فى المسألة كثيرة جدا وفيما ذكرناه كفاية قال أصحابنا : ولأنهما عضوان محدودان فكان واجبهما الغسل كاليدين .

وأما الجواب عن احتجاجهم بقوله تعالى : (وأرجلكم) فقد قرئت بالنصب والجر فالنصب صريح فى الغسل ، وتكون معطوفة على الوجه واليدين ، وأما الجر فأجاب أصحابنا وغيرهم عنه بأجوبة أشهرها أن الجر على مجاورة الرءوس مع أن الأرجل منصوبة وهذا مشهور فى لغة العرب ، وفيه أشعار كثيرة مشهورة وفيه من مأثور كلامهم كثير ، من ذلك قولهم : (هذا جحر ضب خرب) بجر خرب على جوار ضب وهو مرفوع صفة لجحر، ومنه فى القرآن (انى أخاف عليكم عذاب يوم أليم [1]) فجر أليما على جوار يوم وهو منصوب صفة لعذاب فان قيل : انما يصح الاتباع اذا لم يكن هناك واو ، فان كانت لم يصح والآية فيها واو قلنا : هذا غلط فان الاتباع مع الواو مشهور فى أشعارهم ، من ذلك ما أنشدوه .

لم يبق الا أسير غير منفلت ... وموثق فى عقال الأسر مكبول

فخفض موثقا مجاورته منفلت وهو مرفوع معطوف على أسير .

---

(١) الآية ٢٦ من سورة هود .

فان قالوا : الاتباع انما يكون فيما لا لبس فيه ، وهذا فيه لبس قلنا : لا لبس هنا لأنه حدد بالكعبين والمسح لا يكون الى الكعبين بالاتفاق .

والجواب الثانى : أن قراءتى الجر والنصب يتعادلان ، والسنة بينت ورجحت الغسل فتعين .

الثالث : ذكره جماعات من أصحابنا منهم الشيخ أبو حامد والدارمى والماوردى والقاضى أبو الطيب وآخرون ، ونقله أبو حامد فى باب المسح على الخف عن الأصحاب أن الجر محمول على مسح الخف ، والنصب على الغسل اذا لم يكن خف .

الرابع : أنه لو ثبت أن المراد بالآية المسح لحمل المسح على الغسل جمعا بين الأدلة والقراءتين لأن المسح يطلق على الغسل كذا نقله جماعات من أئمة اللغة ، منهم أبو زيد الأنصارى وابن قتيبة وآخرون ، وقال أبو على الفارسى: العرب تسمى خفيف الغسل مسحا ، وروى البيهقى باسناده عن الأعمش قال : كانوا يقرءونها وكانوا يغسلون .

وأما الجواب عن احتجاجهم بكلام أنس فمن أوجه أشهرها عند أصحابنا : أن أنسا أنكر على الحجاج كون الآية تدل على تعيين الغسل ، وكان يعتقد أن الغسل انما علم وجوبه من بيان السنة فهو موافق للحجاج فى الغسل مخالف له فى الدليل (والثانى) ذكره البيهقى وغيره أنه لم ينكر الغسل انما أنكر القراءة فكأنه لم يكن (يرى) قراءة النصب [1] وهذا غير ممتنع ويؤيد هذا التأويل أن أنسا نقل عن النبى صلى الله عليه وسلم ما دل على الغسل وكان أنس يغسل رجليه (الثالث) : لو تعذر تأويل كلام أنس كان ما قدمناه من فعل النبى صلى الله عليه وسلم وقوله وفعل الصحابة وقولهم مقدما عليه .

وأما قول ابن عباس فجوابه من وجهين ، أحسنهما : أنه ليس بصحيح ولا معروف عنه وان كان قد رواه ابن جرير باسناده فى كتابه (اختلاف العلماء) الا أن اسناده ضعيف ، بل الصحيح الثابت عنه أنه كان يقرأ :

---

(1) بهامش نسخة الأذرعى ما نصه كذا فى الأصل ولعله (بلغه) اهـ .

(وأرجلكم) بالنصب ويقول : عطف على المغسول ، هكذا رواه عنه الأئمة الحفاظ الأعلام منهم أبو عبيد القاسم بن سلام وجماعات القراء والبيهقى وغيره بأسانيدهم ، وثبت فى صحيح البخارى عن ابن عباس أنه توضأ فغسل رجليه وقال : هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يتوضأ • والجواب الثانى نحو الجواب السابق فى كلام أنس •

وأما حديث رفاعة فهو على لفظ الآية فيقال فيه ما قيل فى الآية • وأما حديث على فجوابه من أوجه أحسنها أنه ضعيف ضعفه البخارى وغيره من الحفاظ فلا يحتج به لو لم يخالفه غيره ، فكيف وهو مخالف للسنن المتظاهرة والدلائل الظاهرة (الثانى) لو ثبت لكان الغسل مقدما عليه لأنه ثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (الثالث) جواب البيهقى والأصحاب أنه محمول على أنه غسل الرجلين فى النعلين فقد ثبت عن على من أوجه كثيرة غسل الرجلين فوجب حمل الرواية المحتملة على الروايات الصحيحة الصريحة•

وأما قياسهم على الرأس فمنتقض برجل الجنب فانه يسقط فرضها فى التيمم ولا يجزىء مسحها بالاتفاق والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجب ادخال الكعبين فى الغسل لقوله تعالى : (وأرجلكم الى الكعبين) قال أهل التفسير : مع الكعبين ، والكعبان هما العظمان الناتئان عند مفصل الساق والقدم ، والدليل عليه ما روى النعمان بن بشير رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم أقبل علينا بوجهه وقال : أقيموا صفوفكم، فلقد رأيت الرجل منا يلصق كعبه بكعب صاحبه ومنكبه بمنكبه » فدل على أن الكعب ما قلناه) •

(الشرح) حديث النعمان حديث حسن رواه أبو داود والبيهقى وغيرهما بأسانيد جيده ، وذكره البخارى فى صحيحه تعليقا بصيغة جزم فقال فى أبواب تسوية الصفوف • وقال النعمان بن بشير : (رأيت الرجل منا يلصق كعبه بكعب صاحبه) وقد قدمنا أن تعليقات البخارى اذا كانت بصيغة جزم كانت صحيحة وقوله وروى النعمان : « أن النبى صلى الله عليه

وسلم أقبل علينا » هو من باب تلوين الخطاب ، وفيه حذف تقديره : قال ان النبى صلى الله عليه وسلم أقبل علينا ، ولو أتى المصنف بلفظة (قال) كما هى فى روايات الحديث لكان أحسن وقوله صلى الله عليه وسلم : « أقيموا صفوفكم » معناه أتموها واعتدلوا واستووا فيها : وقوله : « يلصق كعبه بكعب صاحبه ومنكبه بمنكبه » اخبار عن شدة مبالغتهم فى اقامة الصفوف وتسويتها • والمنكب بفتح الميم وكسر الكاف سبق بيانه فى فصل غسل اليدين •

وقول المصنف : (العظمان الناتئان) هو بالنون فى أوله وبعد الألف تاء مثناة فوق ثم همزة ومعناه الناشزان المرتفعان • وقوله : (مفصل الساق) هو بفتح الميم وكسر الصاد ، والساق مؤنثة غير مهموزة وفيها لغة قليلة بالهمز ، وقد قرىء بها فى السبع فى قوله تعالى : (فكشفت عن ساقيها [1]) وغيره •

وأما النعمان بن بشير راوى الحديث فكنيته أبو عبد الله وهو أنصارى خزرجى ، وهو أول مولود ولد للأنصار بعد قدوم النبى صلى الله عليه وسلم المدينة وهو وأبوه بشير صحابيان ، وأم النعمان عمرة بنت رواحة أخت عبد الله بن رواحة صحابية وولد النعمان سنة اثنتين من الهجرة وقتل بقرية من قرى حمص سنة أربع وستين وقيل : سنة ستين رضي الله عنه •

أما أحكام الفصل ففيه مسألتان (احداهما) أنه يجب ادخال الكعبين فى الغسل وهذا لا خلاف فيه عندنا وبه قال الجمهور وخالف فيه زفر وابن داود ، وقد سبق بيان ذلك ودليله فى غسل اليدين ، وقول المصنف قال أهل التفسير أى كثيرون منهم فانهم مختلفون كما سبق •

(المسألة الثانية) : أن الكعبين هما العظمان الناتئان عند مفصل الساق والقدم ، وهذا مذهبنا وبه قال المفسرون وأهل الحديث وأهل اللغة والفقهاء ، وقالت الشيعة : هما الناتئان فى ظهر القدمين فعندهم أن فى كل رجل كعبا واحدا ، وحكاه الخطابى فى كتابه الزيادات فى شرح ألفاظ مختصر المزنى عن أبى هريرة وأهل الكوفة ، وحكاه أصحابنا عن محمد بن الحسن •

---

(١) الآية ٤٤ من سورة النمل .

قال المحاملى : ولا يصح عنه ، وحكاه الرافعى وجها لنا وليس بشىء ، وليس لهؤلاء المخالفين حجة تذكر . ودليلنا عليهم الكتاب والسنة واللغة والاشتقاق .

أما الكتاب فقوله تعالى : (وأرجلكم الى الكعبين) قال أصحابنا : هذا يقتضى أن يكون فى كل رجل كعبان ولا يجىء هذا الا على ما قلناه ، ولو كان كما قالوه لقال الى الكعاب كما قال الى المرافق .

وأما السنة فعن عثمان رضى الله عنه فى صفة وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم : « فغسل رجله اليمنى الى الكعبين ثم اليسرى كذلك » رواه مسلم . وحديث النعمان المذكور فى الكتاب وهو صحيح كما سبق وموضع الدلالة قوله : « يلصق كعبه بكعب صاحبه » وهذا لا يكون الا فى الكعب الذى قلناه ، ونظائر هذا فى الأحاديث كثيرة .

وأما الاشتقاق فهو أن الكعب مشتق من التكعب وهو النتو مع الاستدارة ومنه سميت الكعبة ومنه كعب ثدى المرأة وهذه صفة الكعب الذى قلناه لا الذى قالوه ، وقال الخطابى : وقالت العرب : كعب أدرم وهو المندمج الممتلىء ولا يوصف ظهر القدم بالدرم .

وأما نقل اللغة فقال الماوردى المحكى عن قريش ونزار كلها : مضر وربيعة لا يختلف لسان جميعهم أن الكعب اسم للناتىء بين الساق والقدم ، قال : وهم أولى بأن يعتبر لسانهم فى الأحكام من أهل اليمن لأن القرآن نزل بلغة قريش . وقال صاحب كتاب العين : الكعب ما أشرف فوق الرسغ ونقله أبو عبيد عن الأصمعى وهو قول أبى زيد النحوى الأنصارى والمفضل ابن سلمة وابن الأعرابى وهؤلاء أعلام أهل اللغة ، قال الواحدى : ولا يعرج على قول من قال : الكعب فى ظهر القدم لأنه خارج عن اللغة والأخبار واجماع الناس فهذه أقوال أئمة اللغة المصرحة بما قلنا ، قال الرويانى : فان قيل للبهائم فى كل رجل كعب فينبغى أن يقال كذا فى الآدمى ، قلنا : خلقة الآدمى تخالف البهائم لأن كعب البهيمة فوق ساقها وكعب الآدمى فى أسفله فلا يلزم اتفاقهما والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب أن يبدأ باليمنى قبل اليسرى لما ذكرناه فى اليد ، فان كانت أصابعه منفرجة فالمستحب أن يخلل بينها لقوله صلى الله عليه وسلم للقيط بن صبرة : « وخلل بين الأصابع » وان كانت ملتفة لايصل الماء اليها الا بالتخليل وجب التخليل لقوله صلى الله عليه وسلم : « خللوا بين أصابعكم لا يخلل الله بينها بالنار ») .

(الشرح) حديث لقيط صحيح سبق بيانه فى المضمضة ، والحديث الآخر رواه الدارقطنى من رواية عائشة رضى الله عنها باسناد ضعيف ، وفى التخليل أحاديث منها حديث عثمان بن عفان رضى الله عنه أنه : « توضأ فخلل بين أصابع قدميه ثلاثا » قال : « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فعل كما فعلت » رواه الدارقطنى والبيهقى باسناد جيد ، وعن ابن عباس قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « اذا قمت الى الصلاة فأسبغ الوضوء واجعل الماء بين أصابع يديك ورجليك » رواه أحمد بن حنبل والترمذى وقال : حديث حسن غريب . وهذا كلام الترمذى . وهذا الحديث من رواية صالح مولى التوأمة وقد ضعفه مالك فلعله اعتضد فصار حسنا كما قاله الترمذى .

وعن المستورد بن شداد قال : « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم توضأ فخلل أصابع رجليه بخنصره » رواه أحمد بن حنبل وأبو داود والترمذى وابن ماجه والبيهقى وهو حديث ضعيف فانه من رواية عبد الله بن لهيعة وهو ضعيف عند أهل الحديث .

(أما الأحكام) : فهنا مسألتان (احداهما) يستحب فى غسل الرجلين تقديم اليمنى بل يكره تقديم اليسرى وقد سبق بيان هذا ودليله فى فصل اليدين : وقول المصنف يبدأ باليمنى قبل اليسرى هو من باب التأكيد ولا حاجة الى قوله قبل اليسرى وقد سبق هذا فى فصل غسل اليدين .

(المسألة الثانية) فى التخليل قال أصحابنا ان كانت أصابع رجليه منفرجة استحب التخليل ولا يجب وحديث لقيط محمول على الاستحباب أو على

ما اذا لم يصل الماء الى ما بينها الا بالتخليل ، وان كانت ملتفة وجب ايصال الماء الى ما بينها ، ولا يتعين فى ايصاله التخليل بل بأى طريق أوصله حصل الواجب ، ويستحب مع ايصاله التخليل ، فالتخليل مستحب مطلقا وايصال المـاء واجب وقول المصنف وشيخه القاضى أبو الطيب والقـاضى حسين والماوردى والبغـوى والمتولى وغيرهم ان كانت ملتفـة وجب التخليل ، أرادوا به ايصال المـاء لأنهم فرضوا المسألة فيما اذا لم يصـل المـاء الا بالتخليل . وأما كيفية التخليل فقال الخراسانيون : يخلل بخنصر يده اليسرى ويكون من أسفل القدم مبتدئا بخنصر رجله اليمنى ويختم بخنصر اليسرى ، ممن ذكره هكذا القاضى حسين والغزالى والبغوى والمتولى وصاحب العدة وغيرهم ، وقال القاضى أبو الطيب فى تعليقه : يستحب أن يخلل بخنصر يده اليمنى من تحت الرجل .

وقال امام الحرمين : لست أرى لتعيين اليد اليمنى أو اليسرى فى ذلك أصـلا الا النهى عن الاستنجاء باليمين وليس تخليل الأصابع مشـابها له فلا حجر على المتوضىء فى استعمال اليمين أو اليسار ، فان الأمر كذلك فى غسل الرجلين وخلل الأصابع جزء منها ، ولم يثبت عندى فى تعيين احـدى اليـدين شىء . وذكر الغزالى فى البسيط أن مسـتند الأصحاب فى تعيين اليسرى الاستنجاء ، ثم ذكر قول امام الحرمين ، وذكر الرافعى هذا المشهور عن الخراسانيين من استحباب خنصر اليسرى ونقله عن معظم الأئمـة ، ثم حكى عن أبى طاهر الزيادى أنه قال : يخلل ما بين كل أصبعين من أصـابع رجليه بأصبع من أصابع يده ليكون بماء جديد ويترك الابهامين فلا يخلل بهما لما فيه من العسر .

فحصل من مجموع هذا أن التخليل من أسفل الرجل ويبدأ من خنصر اليمين وفى الأصبع التى يخلل بها أوجه الأشهر أنها خنصر اليسرى (والثانى) خنصر اليمنى ، قاله القاضى أبو الطيب (الثالث) قول أبى طاهر (الرابع) قول الامام أنه لا يتعين فى استحباب ذلك يد وهو الراجح المختار هذا حكم تخليل أصابع الرجلين وأما أصابع اليدين فلم يتعرض له الجمهور وجاء فيه حديث ابن عباس الذى قدمناه ، ونقـل الترمذى اسـتحباب تخليلهما عن اسحاق بن راهويه ، قال الرافعى : سكت الجمهور عنـه وقال ابن كج :

يستحب لحديث لقيط فان الأصابع تشملها وحديث ابن عباس ، قال : وعلى هذا يكون تخليلهما بالتشبيك بينهما والله أعلم .

(فرع) فى مسائل تتعلق بغسل الرجلين

(احداها) اختلفوا فى كيفيته المستحبة فى غسلهما قال الشافعى رحمه الله فى الأم : ينصب قدميه ثم يصب عليهما الماء بيمينه أو يصب عليه غيره ، هذا نصه وكذا قال البغوى وغيره . قال البغوى : ويدلكهما بيساره ويجتهد فى ذلك العقب لا سيما فى الشتاء فان الماء يتجافى عنها ، وكذا أطلق المحاملى فى اللباب وآخرون استحباب الابتداء بأصابع رجله وقال الصيمرى وصاحبه الماوردى ان كان يصب على نفسه بدأ بأصابع رجله كما نص عليه وان كان غيره يصب عليه بدأ من كعبيه الى أصابعه . والمختار ما نص عليه وتابعه عليه الأكثرون من استحباب الابتداء بالأصابع مطلقا .

(الثانية) : اذا كان لرجله أصبع أو قدم زائدة أو انكشطت جلدتها فحكمه ما سبق فى اليد .

(الثالثة) : اذا قطع بعض القدم وجب غسل الباقى فان قطع فوق الكعب فلا فرض عليه ويستحب غسل الباقى كما سبق فى اليد .

(الرابعة) : قال الدارمى : اذا لم يكن له كعبان قدر بقدرهما .

(الخامسة) : قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم والأصحاب : ان كانت أصابعه ملتحمة بعضها فى بعض لا يلزمه شقها بل لا يجوز لكن يغسل ما ظهر قال أصحابنا : فان كان على رجله شقوق وجب ايصال الماء باطن تلك الشقوق ، وقد ذكر المصنف مثله فى فصل غسل اليدين ، فان شك فى وصول الماء الى باطنها أو باطن الأصابع لزمه الغسل ثانيا حتى يتحقق الوصول ، هذا اذا كان شكه فى أثناء الوضوء ، فأما اذا شك بعد الفراغ ففيه خلاف نذكره ان شاء الله تعالى فى آخر الباب فى المسائل الزائدة .

قال أصحابنا : فلو أذاب فى شقوق رجليه شحما أو شمعا أو عجينا أو

خضبهما بحناء وبقى جرمه لزمه ازالة عينه لأنه يمنع وصول الماء الى البشرة. فلو بقى لون الحنـاء دون عينه لم يضره ويصح وضـوءه ، ولو كان على أعضائه أثر دهن مائع فتوضأ وأمس بالماء البشرة وجرى عليهـا ولم يثبت صح وضوءه ، لأن ثبوت الماء ليس بشرط ، صرح به المتولى وصاحبا العدة والبحر وغيرهم .

(فـرع) لو تنفطت رجله ولم تنشق كفـاه غسـل ظاهرها ، فلو انشقت بعد وضوئه لم يلزمه غسل ما ظهر بالانشقاق كما سبق فيمن حلق شعره بعد الطهارة ، فان تطهر بعد ذلك لزمه غسل ما ظهر ، فان كان قد عاد الالتحام لم يلزمه شقه والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والمستحب أن يغسل فوق المرفقين وفوق الكعبين لقوله صلى الله عليه وسلم : « تأتى أمتى يوم القيامة غرا محجلين من آثار الوضوء ، فمن استطاع أن يطيل غرته فليفعل ») .

(الشرح) هذا الحديث رواه البخارى ومسلم من رواية أبى هريرة وفى رواية لمسلم عن نعيم قال : « رأيت أبا هريرة يتوضأ فغسل وجهه فأسبغ الوضوء ثم غسل يده اليمنى حتى أشرع فى العضد ثم غسل اليسرى حتى أشرع فى العضد ، ثم مسح رأسه ثم غسل رجله اليمنى حتى أشرع فى الساق ثم اليسرى حتى أشرع فى الساق ثم قال : هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يتوضأ» وقال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «أنتم الغر المحجلون يوم القيامة من اسباغ الوضوء فمن استطاع منكم فليطل غرته وتحجيله » هذا لفظ رواية مسلم وعن أبى حازم قال : «كنت خلف أبى هريرة رضى الله عنه وهو يتوضأ للصلاة فكان يمر يده حتى تبلغ ابطيه فقلت يا أباهريرة ماهذا الوضوء؟ فقال : سمعت خليلى صلى الله عليه وسلم يقول : تبلغ الحلية من المؤمن حيث يبلغ الوضوء » رواه مسلم بلفظه هنا ، ورواه البخارى بمعنـاه فى أواخر الكتاب فى كتاب اللباس فى اتلاف الصور ، وفيه التصريح ببلوغ أبى هريرة رضى الله عنه بالماء ابطيه وعن نعيم « أنه رأى أبا هريرة رضى الله عنه يتوضأ فغسل وجهه ويديه حتى كاد يبلغ المنكبين ثم غسـل رجليه حتى رفع الى

الساقين ثم قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : ان أمتى يأتون يوم القيامة غرا محجلين من أثر الوضوء فمن استطاع منكم أن يطيل غرته فليفعل » رواه مسلم والغرة بياض فى وجه الفرس ، والتحجيل فى يديه ورجليه ، ومعنى الحديث يأتون بيض الوجوه والأيدى والأرجل .

أما حكم المسألة فاتفق أصحابنا على استحباب غسل ما فوق المرفقين والكعبين ، ثم ان جماعة منهم أطلقوا استحباب ذلك ولم يحدوا غاية الاستحباب بحد كما أطلقه المصنف رحمه الله ، وقال جماعة : يستحب الى نصف الساق والعضد وقال القاضى حسين وآخرون : يبلغ به الابط والركبة، وقال البغوى : نصف العضد فما فوقه ونصف الساق فما فوقه والله أعلم .

(فرع) اختلفت عبارات الأصحاب فى المراد بتطويل الغرة فظاهر كلام المصنف رحمه الله أنها فى اليدين والرجلين ، وكذا قاله امام الحرمين رحمه الله فى كتابه الأساليب فى الخلاف فى مسألة تكرار مسح الرأس ، ثم فى مسألة مسح الأذنين ، وصاحب العدة وغيرهما ، وقال الغزالى رحمه الله : اذا قطعت يده فوق المرفق استحب امساس الماء ما بقى من عضده ، فان تطويل الغرة مستحب ، وهذا مما أنكر على الغزالى لتصريحه بأن الغرة تكون فى اليد ، ولا خلاف عند أهل اللغة وغيرهم فى أن الغرة مختصة بالوجه . وقال القاضى حسين فى تعليقه : اسباغ الوضوء سنة واطالة للغرة ، وهو أن يستوعب جميع الوجه بالغسلة حتى يغسل جزءا من رأسه ويغسل اليدين الى المنكبين ، والرجلين الى الركبتين . وقال المتولى : تطويل الغرة سنة ، وهو أن يغسل بعض مقدم رأسه مع الوجه وتطويل التحجيل سنة ، وهو أن يغسل بعض العضد مع المرفق وبعض الساق مع القدم .

وقال الرافعى رحمه الله : اختلف الأصحاب فى ذلك ففرق بعضهم بين الغرة والتحجيل فقالوا تطويل الغرة غسل مقدمات الرأس مع الوجه وكذا صفحة العنق ، وتطويل التحجيل غسل بعض العضد والساق وغايته استيعاب العضد والساق ، قال : وفسر كثيرون تطويل الغرة بغسل شىء من العضد والساق ، وأعرضوا عما حوالى الوجه ، قال : والأول أولى وأوفق لظاهر

الحديث . وقال الرافعي فى موضع آخر عند استحباب غسل باقى العضد بعد القطع : ان قيل : كيف قال الغزالى يغسل الباقى لتطويل الغرة ، والغرة انما هى فى الوجه والذى فى اليد التحجيل ؟ قلنا : تطويل الغرة والتحجيل نوع واحد من السنن ، فيجوز أن يكون قوله لتطويل الغرة اشارة الى النوع ، على أن أكثرهم لا يفرقون بينهما ويطلقون تطويل الغرة فى اليد قال ورأيت بعضهم احتج عليه بقوله صلى الله عليه وسلم : « فمن استطاع منكم أن يطيل غرته فليفعل » وانما يمكن الاطالة فى اليد لأن الوجه يجب استيعابه ، قال الرافعى : وهذا الاحتجاج ليس بشىء لأن الاطالة فى الوجه أن يغسل الى اللبة وصفحة العنق وهو مستحب نص عليه الأئمة ، هذا كلام الرافعى .

قلت : الصحيح أن الغرة غير التحجيل لقوله صلى الله عليه وسلم « فمن استطاع منكم فليطل غرته وتحجيله » فهذا صريح فى المغايرة بينهما ، ورواية الاقتصار على الغرة لا تخالف هذا لأن فى هذا زيادة ، وزيادة الثقة مقبولة ، ولأنه قد يطلق أحد القرينين ويكون الآخر مرادا كقوله تعالى : (سرابيل تقيكم الحر [1]) أى والبرد ، واذا ثبت تغايرهما فأحسن ما فيه ما قدمناه عن المتولى والرافعى ، ومرادهما غسل جزء يسير من الرأس وما يلاصق الوجه من صفحة العنق ، وهذا غير الجزء الواجب الذى لا يتم غسل الوجه الا به .

(فرع) هذا الذى ذكرناه من استحباب غسل ما فوق المرفقين والكعبين هو مذهبنا لا خلاف فيه بين أصحابنا ، وهو مذهب أبى هريرة كما سبق . وقال أبو الحسن بن بطال المالكى فى شرح صحيح البخارى : هذا الذى قاله أبو هريرة لم يتابع عليه ، والمسلمون مجمعون على أن الوضوء لا يتعدى به ما حد الله ورسوله ولم يجاوز رسول الله صلى الله عليه وسلم قط مواضع الوضوء فيما بلغنا ، وهذا الذى قاله ابن بطال من الانكار على أبى هريرة خطأ ، لأن أبا هريرة لم يفعله من تلقاء نفسه ، بل أخبر أنه رأى النبى صلى الله عليه وسلم يفعل ذلك كما قدمناه عنه ، ولأن تفسير الراوى اذا لم يخالف الظاهر يجب قبوله على المذهب الصحيح لأهل الأصول وأما نقله الاجماع فلا يقبل مع خلاف أبى هريرة وأصحابنا ، وأما كون أكثر

(١) الآية ٨١ من سورة النحل .

العلماء لم يذكروه ولم يقولوا به فلا يمنع كونه سنة بعد صحة الأحاديث فيه ، وأما قوله صلى الله عليه وسلم فى الحديث الآخر : « فمن زاد على هذا فقد أساء » فالمراد زاد فى العدد فغسل أكثر من ثلاث مرات ، كما سنوضحه قريبا ان شاء الله تعالى والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والمستحب أن يتوضأ ثلاثا ثلاثا لما روى أبى بن كعب رضى الله عنه : « أن النبى صلى الله عليه وسلم توضأ مرة مرة ثم قال : هذا وضوء لا يقبل الله الصلاة الا به ، ثم توضأ مرتين مرتين وقال : من توضأ مرتين آتاه الله أجره مرتين ، ثم توضأ ثلاثا ثلاثا وقال : هذا وضوئى ووضوء الأنبياء قبلى، ووضوء خليلى ابراهيم صلى الله عليه وسلم ») .

(الشرح) حديث أبى هذا ضعيف رواه ابن ماجه فى سننه هكذا من رواية أبى باسناد ضعيف ، ورواه ابن ماجه أيضا والبيهقى وغيرهما من رواية ابن عمر واسناده أيضا ضعيف ، قال الامام الحافظ أبو بكر الحازمى: قد روى هذا الحديث من أوجه عن غير واحد من الصحابة وكلها ضعيفة قال : وحديث ابن عمر فى الباب نحو حديث أبى ، قال : وليس فى حديثهما : (ووضوء خليلى ابراهيم) قلت : قوله ليس فى حديثهما : (ووضوء خليلى ابراهيم) ليس بصحيح ، بل ذلك موجود فى حديث ابن عمر رواه أبو يعلى الموصلى فى مسنده ، كذلك رأيته فيه . وذكر القاضى حسين فى تعليقه فى حديث أبى هذا خلافا لأصحابنا منهم من قال : فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه الوضوءات فى مجالس ، لأنه لو كان فى مجلس لصار غسل كل عضو ست مرات وذلك مكروه ، ومنهم من قال : كان فى مجلس واحد للتعليم ، ويجوز مثل ذلك للتعليم ، ورجح صاحب البحر كونه فى مجالس .

قلت : الظاهر أن هذا الخلاف لم ينقلوه عن رواية بل قالوه بالاجتهاد ، وظاهر رواية ابن ماجه وغيره أنه كان فى مجلس واحد وهذا كالمتعين ، لأن التعليم لا يكاد يحصل الا فى مجلس ، وكيف كان فالحديث ضعيف لا يحتج به كما قدمناه ، واذا ثبت ضعفه تعين الاحتجاج بغيره ، وفى ذلك أحاديث

كثيرة صحيحة منها حديث عثمان رضى الله عنه أنه وصف وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم : (فتوضأ ثلاثا ثلاثا) رواه مسلم • وفى رواية البيهقى وغيره : (أن عثمان رضى الله عنه توضأ ثلاثا ثلاثا ثم قال لأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل رأيتم رسول الله صلى الله عليه وسلم فعل هذا ؟ قالوا : نعم) ومنها حديث على رضى الله عنه : (أن النبى صلى الله عليه وسلم توضأ ثلاثا ثلاثا) رواه أحمد بن حنبل رضى الله عنه والترمذى والنسائى قال الترمذى : هذا أحسن شىء فى هذا الباب وأصح • وعن شقيق بن سلمة قال : (رأيت عثمان وعليا رضى الله عنهما يتوضآن ثلاثا ثلاثا ويقولان : هكذا كان وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم) رواه ابن ماجه باسناد صحيح : ومنها حديث عمرو بن شعيب الذى ذكره المصنف بعد هذا وهو صحيح والله أعلم •

أما حكم المسألة فالطهارة ثلاثا ثلاثا مستحبة فى جميع أعضاء الوضوء باجماع العلماء الا الرأس ففيه خلاف للسلف سنفرده بفرع ان شاء الله تعالى ومذهبنا المشهور أن مسح الرأس يكون ثلاثا كغيره ، وحكى بعض أصحابنا عن بعض العلماء أنه لا يستحب الثلاث ، وعن بعضهم أنه أوجب الثلاث وكلاهما غلط ولا يصح هذا عن أحد فان صح فهو مردود بالأحاديث الصحيحة والله أعلم •

(فرع) أبى بن كعب الراوى هنا هو أبو المنذر ، ويقال أبو الطفيل ، أبى بن كعب بن قيس بن عبيد بن زيد بن معاوية بن عمرو بن مالك بن النجار الأنصارى الخزرجى النجارى بالنون شهد العقبة الثانية وبدرا وثبت فى الصحيحين « أن النبى صلى الله عليه وسلم قرأ عليه (لم يكن الذين كفروا) وقال : أمرنى الله أن أقرأ عليك » وفى حديث الترمذى « أقرؤكم أبى » وهو أحد كتاب النبى صلى الله عليه وسلم ، توفى فى خلافة عمر وقيل عثمان ، وقد أوضحت ذلك فى مناقبه فى تهذيب الأسماء •

(فرع) فى تكرار مسح الرأس ، مذهبنا المشهور الذى نص عليه الشافعى رضى الله عنه فى كتبه وقطع به جماهير الأصحاب أنه يستحب مسح

الرأس ثلاثا كما يستحب تطهير باقى الأعضاء ثلاثا ، وحكى أبو عيسى الترمذى فى كتابه عن الشافعى وأكثر العلماء رحمهم الله أن مسح الرأس مرة ، ولا أعلم أحدا من أصحابنا حكى هذا عن الشافعى رضى الله عنه لكن حكى أبو عبد الله الحناطى بالحاء المهملة ثم صاحب البيان والرافعى وغيرهما وجها لبعض أصحابنا أن السنة فى مسح الرأس مرة ، وحكاه الحناطى والرافعى فى مسح الأذنين أيضا ومال البغوى الى اختياره فى مسح الرأس ، وحكى بعض تلامذته أنه كان يعمل به وأشار أيضا الى ترجيحه البيهقى كما سأذكره عنه قريبا ان شاء الله تعالى .

ومذهب الشافعى وأصحابه رضى الله عنهم استحباب الثلاث وهو مذهب داود ورواية عن أحمد وحكاه ابن المنذر عن أنس بن مالك وسعيد بن جبير وعطاء وزاذان وميسرة رضى الله عنهم . وحكى ابن المنذر وأصحابنا عن ابن سيرين أنه قال : يمسح رأسه مرتين ، وقال أكثر العلماء انما يسن مسحة واحدة هكذا حكاه عن أكثر العلماء الترمذى وآخرون ، قال ابن المنذر وممن قال به عبد الله بن عمر وطلحة بن مصرف والحكم وحماد والنخعى ومجاهد وسالم بن عبد الله والحسن البصرى وأصحاب الرأى وأحمد وأبو ثور رضى الله عنهم ، وحكاه غير ابن المنذر عن غيرهم أيضا وهو مذهب مالك وأبى حنيفة وأصحابهما وسفيان الثورى واسحاق بن راهويه واختاره ابن المنذر . فأما ابن سيرين فاحتج له بحديث الربيع بنت معوذ « أن النبى صلى الله عليه وسلم مسح برأسه مرتين » وعن عبد الله بن زيد مثله .

وأما القائلون بمسحة واحدة فاحتجوا بالأحاديث المشهورة فى الصحيحين وغيرهما من روايات جماعات من الصحابة فى صفة وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أنه مسح رأسه مرة واحدة مع غسله بقية الأعضاء ثلاثا ثلاثا » منها رواية عثمان وابن عباس وعبد الله بن زيد رضى الله عنهم ، وروى ذلك أيضا من رواية عبد الله بن أبى أوفى وسلمة بن الأكوع والربيع بنت معوذ وغيرهم ، وقد قال أبو داود فى سننه وغيره من الأئمة : الصحيح فى أحاديث عثمان وغيره مسح الرأس مرة ، وقد سلم لهم البيهقى هذا واعترف به ولم يجب عنه مع أنه المعروف بالانتصار لمذهب الشافعى رضى الله عنه .

قالوا : ولأنه مسح واجب فلم يسن تكراره كمسح التيمم والخف ، ولأن تكراره يؤدى الى أن يصير المسح غسلا ، ولأن الناس أجمعوا قبل الشافعى رضى الله عنه على عدم التكرار فقوله خارق للاجماع •

واحتج الشافعى والأصحاب رحمهم الله بأحاديث وأقيسة (أحدها) وهو الذى اعتمده الشافعى حديث عثمان رضى الله عنه : « أن النبى صلى الله عليه وسلم توضأ ثلاثا ثلاثا » رواه مسلم ، ووجه الدلالة منه أن قوله توضأ يشمل المسح والغسل ، وقد منع البيهقى وغيره الدلالة من هذا لأنها رواية مطلقة وجاءت الروايات الثابتة فى الصحيح المفسرة مصرحة بأن غسل الأعضاء ثلاثا ثلاثا ومسح الرأس مرة ، فصرحوا بالثلاث فى غير الرأس ، وقالوا فى الرأس : « ومسح برأسه » ولم يذكروا عددا ثم قالوا بعده : ثم غسل رجليه ثلاثا ثلاثا ، وجاء فى روايات فى الصحيح ثم غسل يديه ثلاثا ثم مسح برأسه مرة ثم غسل رجليه ثلاثا ثلاثا ، فلم يبق فيه دلالة •

الحديث الثانى : عن عثمان رضى الله عنه « أنه توضح فمسح رأسه ثلاثا وقال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم توضأ هكذا » رواه أبو داود باسناد حسن ، وقد ذكر أيضا الشيخ أبو عمرو بن الصلاح رحمه الله أنه حديث حسن ، وربما ارتفع من الحسن الى الصحة بشواهده وكثرة طرقه ، فان البيهقى وغيره رووه من طرق كثيرة غير طريق أبى داود •

الحديث الثالث : عن على رضى الله عنه أنه توضأ فمسح رأسه ثلاثا ثم قال : « هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فعل » رواه البيهقى من طرق وقال : أكثر الرواة رووه عن على رضى الله عنه دون ذكر التكرار ، قال: وأحسن ما روى عن على رضى الله عنه فيه ما رواه عنه ابنه الحسن بن على رضى الله عنهما فذكره باسناده عنه وذكر مسح الرأس ثلاثا وقال : هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم توضأ ، واسناده حسن • وروى عن أبى رافع وابن أبى أوفى عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه مسح رأسه ثلاثا » واعتمد الشيخ أبو حامد الاسفراينى حديث أبى بن كعب السابق وقد سبق أنه ضعيف لا يحتج به •

وأما الأقيسة فقالوا أحد أعضاء الطهارة فسن تكراره كغيره ، وقالوا : ولأنه ايراد أصل على أصل فسن تكراره كالوجه وفيه احتراز من التيمم ومسح الخف ، قال الشيخ أبو حامد : عادة أصحابنا الخراسانيين فى هذا أنهم يقولون أصل فى الطهارة المبعضة ، يحترزون عن غسل الجنابة فانه لا يتبعض، قال : وانما فعلوا هذا لأنهم لا يعرفون المذهب فى غسل الجنابة والمذهب أنه يسن تكرار الغسل فيه .

وأما الجواب عما احتج به ابن سيرين من حديث الربيع فمن أوجه (أحدها) أنه ضعيف رواه البيهقى وغيره من رواية عبد الله بن محمد بن عقيل وهو ضعيف عند أكثر أهل الحديث (والثانى) لو صح لكان حديث الثلاث مقدما عليه لما فيه من زيادة (الثالث) انه محمول على بيان الجواز وأحاديث الثلاث للاستحباب جمعا بين الأحاديث . وأما حديث عبد الله بن زيد فرواه النسائى باسناد صحيح والجواب عنه من الوجهين الآخرين وقد أشار البيهقى الى منع الاحتجاج به من حيث ان سفيان بن عيينة انفرد عن رفقته فرواه مرتين والباقون رووه مرة ، فعلى هذا يجاب عنه بالأوجه الثلاثة.

وأما دليل القائلين بمسحة واحدة فأجاب أصحابنا عنها بأجوبة كثيرة من أحسنها أنه نقل عن رواتها المسح ثلاثا وواحدة كما سبق ، فوجب الجمع بينهما فيقال الواحدة لبيان الجواز والثنتان لبيان الجواز وزيادة الفضيلة على الواحدة ، والثلاث للكمال والفضيلة . ويؤيد هذا أنه روى الوضوء على اوجه كثيرة فروى على هذه الأوجه المذكورة ، وروى غسل بعض الأعضاء مرة وبعضها مرتين وروى على غير ذلك ، وهذا يدل على التوسعة وأنه لا حرج كيف توضأ على أحد هذه الأوجه ، ولم يقل أحد من العلماء يستحب غسل بعض الأعضاء ثلاثا وبعضها مرتين مع أن حديثه هكذا فى الصحيحين ، فعلم بذلك أن القصد بما سوى الثلاث بيان الجواز فانه لو واظب صلى الله عليه وسلم على الثلاث لظن أنه واجب ، فبين فى أوقات الجواز بدون ذلك وكرر بيانه فى أوقات وعلى أوجه ليستقر معرفته ولاختلاف الحاضرين الذين لم يحضروا الوقت الآخر .

فان قيل : فاذا كان الثلاث أفضل فكيف تركه فى أوقات ؟ فالجواب

ما قدمناه أنه قصد صلى الله عليه وسلم البيان وهو واجب عليه صلى الله عليه وسلم فثوابه فيه أكثر وكان البيان بالفعل آكد وأقوى فى النفوس وأوضح من القول • وأما قول أبى داود وغيره فجوابه من وجهين (أحدهما) أنه قال : « الأحاديث الصحاح » وهذا حديث حسن غير داخل فى قوله (والثانى) أن عموم اطلاقه مخصوص بما ذكرناه من الأحاديث الحسان وغيرها •

وأما الجواب عن قياسهم على التيمم ومسح الخف فهو أنهما رخصة فناسب تخفيفهما والرأس أصل فالحاقه بباقى أعضاء الوضوء أولى • وأما قولهم : تكراره يؤدى الى غسله ، فلا نسلمه لأن الغسل جريان الماء على العضو ، وهذا لا يحصل بتكرار المسح ثلاثا ، وقد أجمع العلماء على أن الجنب لو مسح بدنه بالماء وكرر ذلك لا ترتفع جنابته بل يشترط جرى الماء على الأعضاء • وأما قولهم : خرق الشافعى رضى الله عنه الاجماع فليس بصحيح فقد سبق به أنس بن مالك وعطاء وغيرهما كما قدمناه عن حكاية ابن المنذر ، وابن المنذر هو المرجوع اليه فى نقل المذاهب باتفاق الفرق والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان اقتصر على مرة وأسبغ أجزأه لقوله صلى الله عليه وسلم : « هذا وضوء لا يقبل الله الصلاة الا به ») •

(الشرح) أجمع العلماء على أن الواجب مرة واحدة ، وممن نقل الاجماع فيه ابن جرير فى كتابه اختلاف العلماء وآخرون وحكى الشيخ أبو حامد وغيره أن بعض الناس أوجب الثلاث ، وحكاه صاحب الابانة عن ابن أبى ليلى ، وهذا مذهب باطل لا يصح عن أحد من العلماء ، ولو صح لكان مردودا باجماع من قبله والأحاديث الصحيحة منها حديث ابن عباس رضى الله عنهما توضأ النبى صلى الله عليه وسلم مرة مرة ، رواه البخارى وحديث عبد الله بن زيد « أن النبى صلى الله عليه وسلم غسل بعض أعضائه ثلاثا وبعضها مرتين » رواه البخارى ومسلم وفى رواية للبخارى عن عبد الله بن

زيد . « أن النبى صلى الله عليه وسلم توضأ مرتين مرتين » والأحاديث فى هذا كثيرة مشهورة وهو مجمع عليه ولم يثبت عن أحد خلافه • وأما احتجاج المصنف بحديث : « هذا وضوء لا يقبل الله الصلاة الا به » فباطل لأنه حديث ضعيف سبق بيانه والاعتماد على ماذكرته من الأحاديث الصحيحة والاجماع، وقوله وأسبغ أى عمم الأعضاء واستوعبها ، ومنه درع سابغة وثوب سابغ والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(قال خالف بين الأعضاء فغسل بعضها مرة وبعضها مرتين وبعضها ثلاثا جاز لما روى عبد الله بن زيد : « أن النبى صلى الله عليه وسلم توضأ فغسل وجهه ثلاثا ويديه مرتين ») •

(الشرح) هذا الحكم مجمع عليه وحديث عبد الله بن زيد هذا رواه البخارى ومسلم من طرق هكذا ، وفيه زيادة حسنة وهى أنه مسح رأسه مرة واحدة ، وهذه الزيادة لائقة هنا ليكون الحديث جامعا لطهارة بعض الأعضاء مرة وبعضها مرتين وبعضها ثلاثا كما ذكره المصنف ، وعبد الله بن زيد تقدم بيانه فى مسح الرأس والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان زاد على الثلاث كره لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم « توضأ ثلاثا ثلاثا ثم قال : هكذا الوضوء فمن زاد على هذا أو نقص فقد أساء وظلم ») •

(الشرح) أما حديث عمرو بن شعيب هذا فصحيح رواه أحمد بن حنبل وأبو داود والنسائى وغيرهم بأسانيد صحيحة • وليس فى رواية أحد من هؤلاء قوله : (أو نقص) الا رواية أبى داود فانه ثابت فيها ، وليس فى رواياتهم تصريح بمسح الرأس ثلاثا ، وقد قدمت فى الفصول السابقة فى مقدمة الكتاب أن جمهور المحدثين صححوا الاحتجاج برواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وأن المصنف قطع فى كتابه اللمع بأنه لا يحتج به لاحتمال

الارسال وبينت سبب الاختلاف فيه هنـاك واضحا ، وأن الصحيح جواز الاحتجاج به •

واختلف أصحابنا فى معنى : « أساء وظلم » فقيل : أساء فى النقص وظلم فى الزيادة فان الظلم مجاوزة الحد ووضـع الشىء فى غير موضعه ، وقيل عكسه لأن الظلم يستعمل بمعنى النقص كقوله تعالى : (آتت أكلها ولم تظلم منه شيئا [1]) وقيل : أساء وظلم فى النقص وأساء وظلم أيضا فى الزيادة ، واختاره الشيخ أبو عمرو بن الصلاح لأنه ظاهر الكلام ويدل عليـه رواية الأكثرين فمن زاد فقد أساء وظلم ولم يذكروا النقص •

(أما حكم المسألة) فقال أصحابنا : اذا زاد على الثلاث كره كراهة تنزيه ولا يحرم • هكذا صرح به الأصحاب ، قال امام الحرمين : الغسلة الرابعـة وان كانت مكروهة فليست معصية قال : ومعنى أساء ترك الأولى وتعـدى حد السنة ، وظلم أى وضع الشىء فى غير موضعه • وقال الشيخ أبو حامد فى التعليق : قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم (أحب ألا يتجاوز الثلاث فان جاوزها لم يضره) قال أبو حامد : وأراد بقوله : « لم يضره » أى لا يأثم ، قال : وأصحابنا يقولون : تحرم الزيادة قال : وليس ظاهر المذهب هذا والمراد بالاساءة فى الحديث غير التحريم لأنه يستعمل أساء فيما لا اثم فيه ، وذكر الرويانى فى البحر وجها فى تحريم الزيادة قال : وليس بشىء ، وقال الماوردى: الزيادة على الثـلاث لا تسن وهل تكره ؟ فيـه وجهـان ، قال أبو حامد الاسفراينى : لا تكره وقال سائر أصحابنا : تكره وهو الأصح ، هـذا كلام الماوردى •

وأما نص الشافعى رضى الله عنه فى الأم فقال : لا أحب الزيادة على ثلاث فان زاد لم أكرهه ان شاء الله • هذا لفظ الشافعى ومعنى لم أكرهه أى لم أحرمه ، فحصل ثلاثة أوجه (أحدها) تحرم الزيادة (والثـانى) لا تحرم ولا تكره لكنها خلاف الأولى (والثالث) وهو الصحيح بل الصواب تكره كراهة تنزيه ، فهذا هو الموافق للأحاديث وبه قطع جماهير الأصحاب ، وقـد

---

(١) الآية ٣٣ من سورة الكهف •

أشار الامام أبو عبد الله البخارى فى صحيحه الى نقل الاجماع على ذلك فانه قال فى أول الكتاب فى كتاب الوضوء : (يبين النبى صلى الله عليه وسلم أن فرض الوضوء مرة ، وتوضأ أيضا مرتين وثلاثا ولم يزد قال : وكره أهل العلم الاسراف فيه ، وأن يجاوز فعل النبى صلى الله عليه وسلم) .

(فـرع) المشهور فى كتب الفقه وشروح الحديث وغيرها لأصحابنا وغيرهم أن قوله صلى الله عليه وسلم : (فمن زاد أو نقص) معناه زاد على الثلاث أو نقص منها ولم يذكر أصحابنا وغيرهم مع كثرة كتبهم وحكاياتهم والوجوه الغريبة والمذاهب المشهورة والمهجورة الراجحة والمرجوحة غير هذا المعنى ، وقال البيهقى فى كتابه السنن الكبير : ويحتمل أن المراد بالنقص نقص العضو يعنى لم يستوعبه . وهـذا تأويل غريب ضعيف مردود ، ومقتضاه أن تكون الزيادة فى العضو ــ وهى غسل ما فوق المرفق والكعب ــ اساءة وظلما ، ولا سبيل الى ذلك بل هو مستحب كما سبق ، والبيهقى ممن نص على استحبابه وعقد فيه بابين (أحدهما) باب استحباب امرار الماء على العضد (والثانى) باب الاشراع فى الساق ، وذكر فيهما حديث أبى هريرة السابق والله أعلم . فان قيل : كيف يكون النقص عن الثلاث اساءة وظلما ومكروها وقد ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم فعله كما سبق فى الأحاديث الصحيحة ، قلنا : ذلك الاقتصار كان لبيان الجواز فكان فى ذلك الحال أفضل لأن البيان واجب والله أعلم .

(فـرع) اذا زاد على الثلاث فقد ارتكب المكروه ولا يبطل وضوءه ، هذا مذهبنا ومذهب العلماء كافة وحكى الدارمى فى الاستذكار عن قوم أنه يبطل كما لو زاد فى الصلاة وهذا خطأ ظاهر .

(فـرع) اذا شك فلم يدر أغسل مرتين أم ثلاثا فمقتضى كلام الجمهور أنه يبنى على حكم اليقين وأنهما غسلتان فيأتى بثالثة ، وحكى امام الحرمين وجهين أحدهما : قول والده الشيخ أبى محمد الجوينى رحمه الله أن يقتصر على ما جرى ولا يأتى بأخرى لأنه متردد بين الرابعة وهى بدعة والثالثة وهى سنة ، وترك سنة أولى من اقتحام بدعة بخلاف المصلى يشك

فى عدد الركعات فانه يأخذ بالأقل ليتيقن أداء الفرض ، والشك هنا ليس فى فرض •

والوجه الثانى : يغسل أخرى كالصلاة ، والبدعة انما هى تعمد غسلة رابعة بلا سبب ، مع أن الرابعة وان كانت مكروهة فليست معصية ، هذا كلام امام الحرمين ، والصحيح أنه يأتى بأخرى والله أعلم •

(فرع) قال الشيخ أبو محمد الجوينى فى الفروق : لو توضأ فغسل الأعضاء مرة مرة ثم عاد فغسلها مرة مرة ثم عاد كذلك ثالثة لم يجز [1] قال : ولو فعل مثل ذلك فى المضمضة والاستنشاق جاز قال : والفرق أن الوجه واليد متباعدان ينفصل حكم أحدهما عن الآخر فينبغى أن يفرغ من أحدهما ثم ينتقل الى الآخر : وأما الفم والأنف فكعضو فجاز تطهيرهما معا كاليدين والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجب أن يرتب الوضوء فيغسل وجهه ثم يديه ثم يمسح برأسه ثم يغسل رجليه ، وحكى أبو العباس بن القاص قولا آخر أنه ان نسى الترتيب جاز والمشهور هو الأول والدليل عليه قوله تعالى (فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق) الآية فأدخل المسح بين (الغسلين [2]) وقطع حكم النظير عن النظير ، فدل على أنه قصد ايجاب الترتيب ، ولأنه [3] عبادة يشتمل على أفعال متغايرة يرتبط بعضها ببعض فوجب فيها الترتيب كالصلاة والحج) •

(الشرح) هذا الذى نقله ابن القاص قول قديم كذا ذكره فى كتابه التلخيص ، قال امام الحرمين : هذا القول ان صح فهو مرجوع عنه فلا يعد من المذهب قال أصحابنا : ان ترك الترتيب عمدا لم يصح وضوءه بلا خلاف

---

(١) معنى قوله : لم يجز اى يحصل له سنة التثليث ، لا انه يحرم ، ولا انه لا يصح وضوءه ا هـ اذرعى •

(٢) فى ش و ق (الغسل) (ط) •

(٣) فى نسخة الركبى (ولأنها عبادة تشتمل) (ط) •

وان نسيه فطريقان المشهور القطع ببطلان وضوئه (والثانى) على قولين الجديد بطلانه والقديم صحته وسنوضح دليلهما فى فرع فى مذاهب العلماء ان شاء الله تعالى •

وقوله : (ولأنه عبادة تشتمل على أفعال) فيه احتراز من الخطبة فانها أقوال ولا يشترط ترتيب أركانها عند أصحابنا العراقيين • وقوله : (متغايرة) يعنى فرضا ونفلا ، وفيه احتراز من الطواف وقيل قوله أفعال متغايرة كلاهما احتراز من الغسل ، والأول أصح ، وهو الذى ذكره الشيخ أبو حامد الاسفراينى وغيره • وقوله : (يرتبط بعضها ببعض) معناه اذا غسل وجهه ويديه لا يستبيح شيئا مما حرم على المحدث حتى يتم وضوءه ، وفيه احتراز من الزكاة فان كل جزء من المخرج عبادة تحتاج الى نية عند الدفع ولا تقف صحة بعضها على بعض • وأورد المصنف فى تعليقه على هذه العلة ما اذا كان فى بعض بدن الجنب جبيرة فان طهارته تشتمل على أفعال متغايرة مسحا وغسلا ، ولا يجب فيها الترتيب وأجاب عنه بأن الغسل هو الأصل وهو غير مشتمل على أفعال متغايرة • وقوله : (فدل على أنه قصد ايجاب الترتيب) معنى قصد أراد فأطلق القصد على الارادة وقد سبق ايضاح هذا وبسط الكلام فيه فى باب نية الوضوء والله أعلم •

(فرع) قد ذكر المصنف رحمه الله قولين فى أن نسيان ترتيب الوضوء هل يكون عذرا ويصح الوضوء أم لا ؟ والأصح أنه ليس بعذر ، ومثله لو نسى الماء فى رحله وصلى بالتيمم وكذا لو صلى أو صام أو توضأ بالاجتهاد فصادف قبل الوقت ، أو الاناء النجس ، أو تيقن الخطأ فى القبلة ، أو صلى بنجاسة ناسيا أو جاهلا أو نسى القراءة فى الصلاة أو رأوا سوادا فظنوه عدوا فصلوا صلاة شدة الخوف فبان شجرا ، أو دفع الزكاة الى من ظنه فقيرا فبان غنيا ، أو مرض وقال أهل الخبرة : انه معضوب فأحج عن نفسه فبرىء أو غلطوا فى الوقوف بعرفة فوقفوا فى اليوم الثامن ، أو باعه حيوانا على أنه بغل فبان حمارا أو عكسه • ففى كل هذه المسائل خلاف ، فالأصح أنه لا يعذر فى شىء منها • والخلاف فى بعضها أقوى منه فى بعضها ، والخلاف فى كلها قولان الا مسألة الوقوف والبيع فهو وجهان ، ومثله مسائل

من هذا النوع مختلف فيها لكن الأصح فيها أنه يصح ويعذر • منها : لو نوى الصلاة خلف زيد هذا فكان عمرا أو على هذا الميت زيد فكان عمرا ، أو صلى على هذا الرجل فكان امرأة وعكسه أو باع مال مورثه وهو يظنه حيا فكان ميتا أو شرط فى الزوج أو الزوجة نسبا أو وصفا فبان خلافه سواء كان أعلى من المشروط أم لا ، وأشباه هذا كثيرة ، وسنوضحها فى مواضعها ان شاء الله تعالى ، ومقصودى بهذا الفرع وشبهه جمع النظائر والتنبيه على الضوابط وبالله التوفيق •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى ترتيب الوضوء

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه واجب وحكاه أصحابنا عن عثمان بن عفان وابن عباس ورواية عن على بن أبى طالب رضى الله عنهم ، وبه قال قتادة وأبو ثور وأبو عبيد واسحاق بن راهويه وهو المشهور عن أحمد ، وقالت طائفة : لا يجب حكاه البغوى عن أكثر العلماء وحكاه ابن المنذر عن على وابن مسعود رضى الله عنهما وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وعطاء ومكحول والنخعى والزهرى وربيعة والأوزاعى وأبو حنيفة ومالك وأصحابهما والمزنى وداود واختاره ابن المنذر ، وقال صاحب البيان : واختاره أبو نصر البندنيجى من أصحابنا ، واحتج لهم بآية الوضوء ، والواو لا تقتضى ترتيبا فكيفما غسل المتوضىء أعضاءه كان ممتثلا للأمر ، قالوا : روى ابن عباس رضى الله عنهما : (أن النبى صلى الله عليه وسلم توضأ فغسل وجهه ثم يديه ثم رجليه ثم مسح رأسه) ولأنها طهارة فلم يجب فيها ترتيب كالجنابة وكتقديم اليمين على الشمال والمرفق على الكعب ، ولأنه لو اغتسل المحدث دفعة واحدة ارتفع حدثه فدل على أن الترتيب لا يجب •

واحتج أصحابنا بالآية قالوا : وفيها دلالتان (احداهما) التى ذكرها المصنف وهى أن الله تعالى ذكر مسوحا بين مغسولات ، وعادة العرب اذا ذكرت أشياء متجانسة وغير متجانسة جمعت المتجانسة على نسق ثم عطفت غيرها لا يخالفون ذلك الا لفائدة ، فلو لم يكن الترتيب واجبا لما قطع النظير عن نظيره • فان قيل فائدته استحباب الترتيب فالجواب من وجهين (أحدهما)

أن الأمر للوجوب على المختار وهو مذهب جمهور الفقهاء (والثانى) أن الآية بيان للوضوء الواجب لا للمسنون فليس فيها شيء من سنن الوضوء.

(الدلالة الثانية) أن مذهب العرب اذا ذكرت أشياء وعطفت بعضها على بعض تبتدىء الأقرب فالأقرب ، لا يخالف ذلك الا لمقصود ، فلما بدأ سبحانه بالوجه ثم اليدين ثم الرأس ثم الرجلين دل على الأمر بالترتيب والا لقال فاغسلوا وجوهكم وامسحوا برءوسكم واغسلوا أيديكم وأرجلكم ، وذكر أصحابنا من الآية دليلين آخرين ضعيفين لا فائدة فى ذكرهما الا للتنبيه على ضعفهما لئلا يعول عليهما (أحدهما) أن الواو للترتيب ونقلوه عن الفراء وثعلب وزعم الماوردى أنه قول أكثر أصحابنا واستشهدوا عليه بأشياء وكلها ضعيفة الدلالة ، وكذلك القول بأن الواو للترتيب ضعيف . قال امام الحرمين فى كتابه (الأساليب) : صار علماؤنا الى أن الواو للترتيب وتكلفوا نقل ذلك عن بعض أئمة العربية واستشهدوا بأمثلة فاسدة قال : والذى نقطع به أنها لا تقتضى ترتيبا ومن ادعاه فهو مكابر ، فلو اقتضت لما صح قولهم : تقاتل زيد وعمرو . كما لا يصح تقاتل : زيد ثم عمرو . وهذا الذى قاله الامام هو الصواب المعروف لأهل العربية وغيرهم .

(الدليل الثانى) نقله أصحابنا عن أبى على بن أبى هريرة ونقله امام الحرمين عن علماء أصحابنا أن الله تعالى قال : (اذا قمتم الى الصلاة [1] فاغسلوا وجوهكم) فعقب القيام بغسل الوجه بالفاء ، والفاء للترتيب بلا خلاف ، ومتى وجب تقديم الوجه تعين الترتيب اذ لا قائل بالترتيب فى البعض ، وهذا استدلال باطل وكأن قائله حصل له ذهول واشتباه فاخترعه وتوبع عليه تقليدا . ووجه بطلانه أن الفاء وان اقتضت الترتيب لكن المعطوف على ما دخلت عليه بالواو مع ما دخلت عليه كشىء واحد كما هو مقتضى الواو ، فمعنى الآية : اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا الأعضاء فأفادت الفاء ترتيب غسل الأعضاء على القيام الى الصلاة لا ترتيب بعضها على بعض، وهذا مما يعلم بالبديهة ولا شك أن السيد لو قال لعبده اذا دخلت السوق فاشتر خبزا وتمرا لم يلزمه تقديم الخبز بل كيف اشتراهما كان ممتثلا بشرط

(١) الآية ٦ من سورة المائدة .

كون الشراء بعد دخول السوق كما أنه هنا يغسل الأعضاء بعد القيام الى الصلاة .

واحتج الأصحاب من السنة بالأحاديث الصحيحة المستفيضة عن جماعات من الصحابة فى صفة وضوء النبى صلى الله عليه وسلم وكلهم وصفوه مرتبا مع كثرتهم وكثرة المواطن التى رأوه فيها وكثرة اختلافهم فى صفاته فى مرة ومرتين وثلاث وغير ذلك ، ولم يثبت فيه مع اختلاف أنواعه صفة غير مرتبة وفعله صلى الله عليه وسلم بيان للوضوء المأمور به . ولو جاز ترك الترتيب لتركه فى بعض الأحوال لبيان الجواز كما ترك التكرار فى أوقات .

واحتجوا بحديث فيه ذكر الترتيب صريحا بحرف ثم لكنه ضعيف غير معروف [1] واحتجوا من القياس بما ذكره المصنف رحمه الله : عبادة تشتمل على أفعال متغايرة الخ ولأنه عبادة تشتمل على أفعال يبطلها الحدث فوجب ترتيبها كالصلاة ، وفيه احتراز من الغسل فان قالوا : الوضوء ليس عبادة فقد سبق تقرير كونه عبادة فى أول باب نية الوضوء .

وأما الجواب عن احتجاجهم بالآية فهو أنها دليل لنا كما سبق . وعن حديث ابن عباس رضى الله عنهما أنه ضعيف لا يعرف ، وعن قياسهم على غسل الجنابة أن جميع بدن الجنب شيء واحد فلم يجب ترتيبه كالوجه بخلاف أعضاء الوضوء فانها متغايرة متفاصلة . والدليل على أن بدن الجنب شيء واحد أنه لو جرى الماء من موضع منه الى غيره أجزأه كالعضو الواحد فى الوضوء ، بخلاف الوضوء فانه لو انتقل من الوجه الى اليد لم يجزه . وأما الجواب عن تقديم اليمين فمن وجهين (أحدهما) أن الله تعالى رتب الأعضاء الأربعة وأطلق الأيدى والأرجل ولو وجب ترتيبهما لقال : وأيمانكم (والثانى) أن اليدين كعضو لانطلاق اسم اليد عليهما فلم يجب فيهما ترتيب كالخدين بخلاف الأعضاء الأربعة . وأما الجواب عن قولهم المحدث اذا انغمس ارتفع حدثه ، فهو أن من أصحابنا من قال : يرتفع ومن أصحابنا من

---

(١) احتج البيهقى للترتيب بالحديث الصحيح أبدأوا بما بدأ الله به . واذا وجب البداءة بالوجه تعين الترتيب كما سبق ، وهذا توجيه حسن فان الخبر وان خرج على سبب خاص فان الصحيح ان الاعتبار بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ا هـ أذرعى .

منع كما سنوضح المسألة قريبا ان شاء الله تعالى ، فان منعنا فذاك ، والا فالترتيب يحصل فى لحظات لطيفة ، ولأن الغسل يرفع الحدث الأكبر فالأصغر أولى •

وذكر امام الحرمين فى (الأساليب) الأدلة من الطرفين ثم قال الوضوء يغلب فيه التعبد والاتباع لأنا اذا أوجبنا الترتيب فى الصلاة للاتباع مع أنا نعلم أن المقصود منها الخشوع والابتهال الى الله تعالى فلم ينقل عن النبى صلى الله عليه وسلم ولا أحد من أصحابه تنكيس الوضوء ولا التخيير فيه ولا التنبيه على جوازه ، ولم يؤثر عن فعل علماء المسلمين وعامتهم الا الترتيب كما لم ينقل فى أركان الصلاة الا الترتيب وطريقهما الاتباع ، واستثنى منه تقديم اليمين بالاجماع والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان غسل أربعة أنفس أعضاءه الأربعة دفعة واحدة لم يجزئه الا غسل الوجه لأنه لم يرتب) •

(الشرح) هذا الذى جزم به هو المذهب الصحيح وبه قطع الجمهور ، وفيه وجه أنه يصح وضوءه حكاه القاضى حسين والمتولى والشاشى ، كما لو استأجر المعضوب رجلين ليحجا عنه حجة الاسلام وحجة نذر فى سنة واحدة فحجا فيها فانه يحصل له الحجتان على الصحيح المنصوص • وفيه وجه مخرج من الوضوء • والفرق على المذهب أن الواجب فى الوضوء الترتيب ولم يحصل ، وفى الحج ألا يقدم على حجة الاسلام غيرها ولم يقدم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اغتسل وهو محدث من غير ترتيب ونوى الغسل [1] ففيه وجهان (أحدهما) أنه يجزئه لأنه اذا جاز ذلك عن الحدث الأعلى فلأن يجوز عن الحدث الأدنى أولى (والثانى) : لا يجزئه وهو الأصح لأنه يسقط ترتيبا واجبا بفعل ما ليس بواجب) •

---

(1) نسخة الركبى (ونوى الوضوء) (ط) •

(الشرح) اذا غسل المحدث جميع بدنه بنية الغسل كما ذكره المصنف وغيره أو بنية الطهارة كما ذكره القاضى أبو الطيب وصاحبه ابن الصباغ ، أو بنية رفع الحدث كما ذكره امام الحرمين وآخرون فله ثلاثة أحوال (أحدها) أن يغسل بدنه منكسا لا على ترتيب الوضوء فهل يجزيه ؟ فيه الوجهان المذكوران فى الكتاب بدليلهما أصحهما باتفاق الأصحاب لا يجزيه (الحال الثانى) أن ينغمس فى الماء ويمكث زمانا يتأتى فيه الترتيب فى الأعضاء الأربعة فيجزيه على المذهب الصحيح وبه قطع الجمهور ، وفيه وجه حكاه الرافعى (الثالث) أن ينغمس ولا يمكث فوجهان مشهوران أصحهما عند المحققين والأكثرين الصحة ، ويقدر الترتيب فى لحظات لطيفة والخلاف فى الصور الثلاث فيما سوى الوجه ، وأما الوجه فيجزيه فى جميعها بلا خلاف اذا قارنته النية .

وقال الرافعى : هذا الخلاف اذا نوى رفع الحدث ، فان نوى رفع الجنابة فان قلنا : لا يجزيه لو نوى رفع الحدث فهنا أولى والا فوجهان الأصح يجزيه لأن النية لا تتعلق بخصوص الترتيب ، ثم قال القاضى حسين والمتولى والبغوى وآخرون : هذا الخلاف فى صحة طهارته مبنى على أن الحدث يحل جميع البدن وانما يرتفع بغسل الأعضاء الأربعة تخفيفا أم يختص حلوله بالأعضاء الأربعة ؟ وفيه وجهان ان قلنا : يحل الجميع صحت طهارته لأنه أتى بالأصل والا فلا ، وسأوضح هذين الوجهين ان شاء الله تعالى فى آخر الباب فى المسائل الزائدة ، وقال صاحب المستظهرى : هذا البناء فاسد ، والله أعلم .

(فرع) فى مسائل تتعلق بالترتيب

احداها : اذا توضأ منكسا فبدأ برجليه ثم رأسه ثم يديه ثم وجهه لم يحصل له الا الوجه ان قارنته النية ، فان توضأ منكسا ثانيا وثالثا ورابعا تم وضوءه ، ولو توضأ ونسى أحد أعضائه ولم يعرفه استأنف الوضوء لاحتمال أنه الوجه ، ولو ترك موضعا من وجهه غسل ذلك الموضع وأعاد ما بعد الوجه ، فان لم يعرف موضعه استأنف الجميع .

الثانية : قال الماوردى والشاشى وغيرهما : فى الترتيب فى الأعضاء المسنونة وهى غسل الكفين ثم المضمضة ثم الاستنشاق وجهان (أحدهما) أنه مسنون

كتقديم اليمين ، فلو قدم المضمضة على الكفين أو الاستنشاق على المضمضة حصل على ذلك ، وأصحهما أنه شرط فلا يحصل له ما قدمه كما يشترط الترتيب فى أركان صلاة النفل وفى تجديد الوضوء مع أنه سنة .

فالحاصل أن أعضاء الوضوء ثلاثة أقسام : قسم يجب ترتيبه وهو الأعضاء الأربعة الواجبة ، وقسم لا يجب وهو اليمين على الشمال ، وقسم فيه وجهان وهو المسنون والأصح فيه الاشتراط .

الثالثة : قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه فى أثناء مسألة الترتيب قول الله تعالى (فآمنوا بالله ورسوله [1]) قال : لو آمن برسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن يؤمن بالله تعالى لم يصح ايمانه .

الرابعة : ذكر الأصحاب مسألة التلخيص وفروع ابن الحداد وبسطوها ، وصورتها : جنب غسل بدنه كله الا رجليه ثم أحدث قالوا : يتعلق حكم الحدث بوجهه ويديه ورأسه دون رجليه فيلزمه تطهير الأعضاء الثلاثة مرتبا فيغسل وجهه ثم يديه ثم يمسح رأسه ، وهو بالخيار فى الرجلين ان شاء غسلهما قبل الأعضاء الثلاثة وان شاء بعدها وان شاء بينها ، لأنه لما أحدث لم يتعلق حكم الحدث بالرجلين لبقاء الجنابة فيهما ، وانما أثر فى الأعضاء الثلاثة لطهارتها ، قال صاحب التلخيص والقاضى أبو الطيب وأبو العباس الجرجانى فى كتابه المغاياة وآخرون : لا نظير لهذه المسألة .

قال الأصحاب : ولو غسل الجنب جميع بدنه الا أعضاء الوضوء فقط ثم أحدث لم يجب ترتيب الأعضاء بل يغسلها كيف شاء لما ذكرناه . ولو غسل أعضاء الوضوء فقط ثم أحدث وجب ترتيبها . هذا الذى ذكرناه هو المذهب الصحيح المشهور الذى قطع به الجمهور ، منهم القاضى أبو الطيب وابن الصباغ والبغوى وجماعات ونقله امام الحرمين عن الأصحاب وقال هو المذهب ، وفيه وجه ذكره الشيخ أبو محمد فى الفروق وولده امام الحرمين والمتولى أنه يجب الترتيب فى الصورة الأولى وغيرها ، ووجه ثالث : أنه

---

(1) الآية ٨ من سورة المنافقون .

يسقط الترتيب فى جميع الأعضاء فى الصورة الأولى أيضا حكاه صاحب البيان فى باب صفة الغسل ، والمذهب الأول •

هذا كله تفريع على المذهب أنه اذا اجتمع حدث وجنابة اندرج الحدث فى الجنابة ، فأما اذا قلنا لا يندرج وأنه يجب غسل أعضاء الوضوء مرتين عن الحدثين فانه يجب هنا فى الصورة الأولى غسل الرجلين مرتين مرة عن الحدث فيكون بعد الأعضاء الثلاثة ومرة عن الجنابة يفعلها متى شاء ، وان قلنا بالوجه الثالث أنه لا يندرج الترتيب ويندرج ما سواه وأنه يجب غسل أعضاء الوضوء مرة واحدة لكن مرتبة وجب هنا غسل الرجلين مرة واحدة بعد الأعضاء الثلاثة ، هكذا ذكره القاضى حسين والبغوى وهو ظاهر ، ولكن هذان الوجهان ضعيفان والتفريع على المذهب وهو الاندراج •

قال امام الحرمين : فان قيل الأصغر يندرج تحت الأكبر اذا كانا باقيين بكمالهما فأما اذا بقى من الجنابة غسل الرجلين ثم طرأ الحدث فالوضوء الآن أكمل مما بقى من الغسل قلنا من هذا خرج الشيخ أبو محمد الوجه الذى قاله أنه يجب الترتيب فيؤخر غسل الرجلين ولكن الذى ذكره الأصحاب هو المذهب المعتد به ، وحكم الجنابة على الجملة أغلب وهو بأن يستتبع أولى • قال : فلو نسى حكم الجنابة فى رجليه ونوى رفع الحدث قال الشيخ أبو على : ترتفع الجنابة عن رجليه على المذهب لأن أعيان الأحداث لا أثر لها فلا يضر الغلط فيها ، وحكى وجها أن الجنابة لا ترتفع فيهما لأنها أغلظ من الحدث ، قال الامام : هذا ضعيف مزيف ، ولو غسل كل البدن الا يديه ثم أحدث فلا ترتيب فى يديه على المذهب كما سبق فله غسلهما متى شاء ، ويجب الترتيب فى الوجه والرأس والرجلين ، وكذا الحكم فى ترك الوجه أو الرأس أو ترك عضوين أو ثلاثة والله أعلم •

قال أصحابنا : هذه المسألة تلقى فى المعاياة على أوجه فيقال : وضوء لم يجب فيه غسل القدمين مع وجودهما مكشوفتين بلا علة فيهما وهذه صورته كما سبق على المذهب ، ويقال محدث اقتضى حدثه طهارة بعض أعضاء الوضوء دون بعض مع سلامتها ، قال صاحب التلخيص : ويقال وضوء سقط فيه الترتيب فانه يبدأ برجليه ، لكن نقل صاحب العدة عن الأصحاب أنهم غلطوه

وقالوا : ليس هذا وضوءا بلا ترتيب بل لم يجب فيه غسل الرجلين ، وانكار الأصحاب انكار صحيح والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويوالى بين أعضائه فان فرق تفريقا يسيرا لم يضر ، لأنه لا يمكن الاحتراز منه ، وان كان [1] تفريقا كثيرا وهو بقدر ما يجف الماء على العضو فى زمان معتدل ففيه قولان ، قال فى القديم : لا يجزيه لأنها عبادة يبطلها الحدث فأبطلها التفريق كالصلاة ، وقال فى الجديد : يجزيه لأنها عبادة لا يبطلها التفريق القليل فلا يبطلها التفريق الكثير كتفرقة الزكاة ، فاذا قلنا : انه يجوز فهل يلزمه استئناف النية ؟ فيه وجهان (أحدهما) يلزمه لأنها انقطعت بطول الزمان (والثانى) لا يستأنف لأنه لم يقطع حكم النية فلم يلزمه الاستئناف) .

(الشرح) قوله : (عبادة يبطلها الحدث) فيه احتراز من الحج والزكاة ، وقوله : (عبادة لا يبطلها التفريق القليل) احتراز من الصلاة فانه يبطلها التفريق اليسير كما يبطلها الكثير ، قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه : تفريق الصلاة هو الخروج منها ، وقال امام الحرمين : ذكر الأئمة أن الموالاة شرط فى الصلاة ولا يبين ذلك الا فى تطويل الاعتدال والجلوس بين السجدتين قصدا ، فتفريق الصلاة هو تطويل ركن قصير . قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح : التفريق المبطل للصلاة هو أن يسلم ناسيا وعليه ركعة مثلا ويذكر بعد طول الفصل فتبطل صلاته بلا خلاف ، ولا سبب لبطلانها الا التفريق بين أجزاء الصلاة لأنه بعد السلام غير مصل ، وانما لم يبطل اذا لم يطل الفصل لأنه وان لم يكن من الصلاة فهو فى محل العفو كما عفى عن الفعل القليل وان لم يكن من الصلاة . ويقال : زمان وزمن لغتان مشهورتان . وقول المصنف رحمه الله : لا يبطلها التفريق القليل الى آخره ينتقض بالأذان فانه يبطله التفريق الفاحش دون القليل .

أما حكم المسألة : فالتفريق اليسير بين أعضاء الوضوء لا يضر باجماع المسلمين ، نقل الاجماع فيه الشيخ أبو حامد والمحاملى وغيرهما . وأما

(١) نسخة الركبى (وان فرق تفريقا) (ط) .

التفريق الكثير ففيه قولان مشهوران الصحيح منهما باتفاق الأصحاب أنه لا يضر ، وهو نصه فى الجديد ودليلهما ما ذكره المصنف رحمه الله • ثم قال العراقيون : القولان جاريان سواء فرق بعـذر أم بغيره • وقال جمهـور الخراسانيين القولان فى تفريق بلا عذر ، أما التفريق بعـذر فلا يضر قولا واحدا ، وهذه الطريقة هى الصحيحة عند الفورانى وامام الحرمين والسرخسى والغزالى فى البسيط • وقطع به القاضى حسين والبغوى والمتولى وآخرون قال الرافعى : هى قول أكثر الأصحاب ، وحكى عن نص الشافعى ما يدل عليه قال المسعودى : ولأن الشافعى جوز فى القديم تفريق الصلاة بالعذر اذا سبقه الحدث فيتوضأ ويبنى فالطهارة أولى • ثم من الأعذار أن يفرغ ماؤه فيذهب لتحصيل غيره أو خاف من شىء فهرب ونحو ذلك • وهل النسيان عذر ؟ فيه وجهان مشهوران ، قال الرافعى : أصحهما نعم ، قال امام الحرمين والغزالى فى البسيط : ولا خلاف أنه لو نسى فطول الأركان القصيرة فى الصـلاة لم تبطل صلاته قال : والفرق أنه مصل فى جميع حالاته وتارك الوضـوء ليس مشتغلا بعبادة •

وفى ضبط التفريق الكثير والقليل أربعة أوجه ، الصحيح الذى قطع به المصنف والجمهور أنه اذا مضى بين العضوين زمن يجف فيه العضو المغسول مع اعتدال الزمان وحال الشخص فهو تفريق كثير ، والا فقليل ، ولا اعتبار بتأخر الجفاف بسبب شدة البرد ولا بتسـارعه لشدة الحر ، ولا بحـال المبرود والمحموم • ويعتبر التفريق من آخر الفعل المأتى به من أفعال الوضوء حتى لو غسل وجهه ويديه ثم اشتغل لحظة ثم مسح رأسه بعد جفاف الوجه وقبل جفاف اليد فتفريق قليل ، واذا غسل ثلاثا ثلاثا فالاعتبار من الغسلة الأخيرة ، هكذا صرح بمعنى هـذه الجملة الشيخ أبو حامد والبندنيجى والمحـاملى والرويانى والرافعى وآخرون •

وأهمل المصنف اعتبـار اعتدال حال الشخص ولابد منه كما صرح به الأصحاب ، ومتى كان فى غير حال الاعتدال قدر بحـال الاعتدال وكذا فى التيمم يقدر لو كان ماء • (والوجه الثـانى) التفريق الكثير هو الطويل المتفاحش حكاه صاحب البيان ، وحكاه الشيخ أبو حامد عن حكاية شيخه

أبى القاسم الداركى عن نص الشافعى فى الاملاء ، قال أبو حامد : ولم أره فى الاملاء ولا حكاه غيره من أصحابنا • (والوجه الثالث) يؤخذ التفريق الكثير والقليل من العادة • (والرابع) أن الكثير قدر يمكن فيه تمام الطهارة حكاهما الرافعى ، هذا حكم تفريق الوضوء ، وأما الغسل والتيمم ففيهما ثلاثة طرق (أحدها) أنهما كالوضوء على ما سبق من الخلاف والتفصيل وبهذا قطع جمهور الأصحاب فى الطرق كلها (والثانى) لا يضر تفريقهما قطعا (والثالث) الغسل كالوضوء وأما التيمم فيبطل قطعا وحكاه الماوردى عن جمهور الأصحاب وقال صاحب المستظهرى : هذا ليس بشىء بل الصواب أنهما كالوضوء والله أعلم •

واذا جوزنا التفريق الكثير فان كانت النية الأولى مستصحبة فبنى على وضوئه وهو ذاكر لها أجزأه ، وان كانت قد عزبت فهل يجب تجديد النية ؟ فيه الوجهان اللذان ذكرهما المصنف بدليلهما وهما مشهوران ، اختلف فى أصحهما فصحح الفورانى والبغوى الوجوب ، وقطع به الشيخ أبو حامد وصحح الأكثرون عدم الوجوب منهم أبو على البندنيجى وابن الصباغ والغزالى والرويانى والشيخ نصر المقدسى والشاشى وصاحب العدة والرافعى وآخرون قال القاضى حسين : اذا قلنا يجب تجديد النية فجددها وبنى ففى صحة وضوئه وجهان بناء على تفريق النية على الأعضاء وفيه وجهان سبقا فى آخر باب نية الوضوء ولم يذكر الجمهور هذا البناء • أما اذا فرق تفريقا يسيرا وبنى فلا يجب تجديد النية بلا خلاف ، قال الشيخ أبو محمد فى الفروق : اذا فرق تفريقا كثيرا لعذر جاز البناء بلا نية قطعا وفرق بينه وبين عدم العذر على أحد الوجهين بأن المتفرق بالعذر له حكم المجموع والتفريق بلا عذر كالتوهين للنية والله أعلم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى تفريق الوضوء

قد ذكرنا أن التفريق اليسير لا يضر بالاجماع ، وأما الكثير فالصحيح فى مذهبنا أنه لا يضر وبه قال عمر بن الخطاب وابنه وسعيد بن المسيب وعطاء وطاوس والحسن البصرى والنخعى وسفيان الثورى وأحمد فى رواية داود وابن المنذر وقالت طائفة : يضر التفريق وتجب الموالاة • حكاه ابن المنذر عن

قتادة وربيعة والأوزاعي والليث وأحمد قال : واختلف فيه عن مالك رضى الله عنه • وحكى الشيخ أبو حامد عن مالك والليث : ان فرق بعذر جاز والا فلا •

واحتج من أوجب الموالاة بما رواه أبو داود والبيهقى عن خالد بن معدان عن بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم : « أن النبى صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يصلى وفى ظهر قدمه لمعة قدر الدرهم لم يصبها الماء فأمره أن يعيد الوضوء والصلاة » وعن عمر بن الخطاب رضى الله عنه « أن رجلا توضأ فترك موضع ظفر على قدمه فأبصره النبى صلى الله عليه وسلم فقال : ارجع فأحسن وضوءك ، فرجع ثم صلى » رواه مسلم وعن عمر أيضا موقوفا عليه أنه قال لمن فعل ذلك : أعد وضوءك ، وفى رواية : اغسل ما تركت •

واحتج لمن لا يوجب الموالاة بأن الله تعالى أمر بغسل الأعضاء ولم يوجب موالاة ، وبالأثر الصحيح الذى رواه مالك عن نافع « أن ابن عمر توضأ فى السوق فغسل وجهه ويديه ومسح برأسه ثم دعى الى جنازة فدخل المسجد ثم مسح على خفيه بعد ما جف وضوءه وصلى » قال البيهقى : هذا صحيح عن ابن عمر مشهور بهذا اللفظ وهذا دليل حسن فان ابن عمر فعله بحضرة حاضرى الجنازة ولم ينكر عليه •

والجواب عن حديث خالد أنه ضعيف الاسناد • وحديث عمر لا دلالة له فيه • والأثر عن عمر روايتان احداهما للاستحباب والأخرى للجواز والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والمستحب لمن فرغ من الوضوء أن يقول : أشهد أن لا اله الا الله وحده لا شريك له وأن محمدا عبده ورسوله ، لما روى عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من توضأ فأحسن وضوءه ثم قال : أشهد أن لا اله الا الله وحده لا شريك له وأن محمدا عبده ورسوله ، صادقا [1] من

---

(1) نسخة الركبى (خالصا بدل صادقا) (ط) •

قلبه فتح الله له ثمانية أبواب من الجنة يدخلها من أى باب شاء » ويستحب أيضا أن يقول سبحانك اللهم وبحمدك أشهد أن لا اله الا أنت أستغفرك وأتوب اليك ، لما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من توضأ وقال : سبحانك اللهم وبحمدك أشهد أن لا اله الا أنت أستغفرك وأتوب اليك ، كتب فى رق ثم طبع بطابع فلم يفتح الى يوم القيامة ») .

(الشرح) حديث عمر رضى الله عنه رواه مسلم وأصحاب السنن ، لكن فى المهذب تغييرات فيه فلفظه فى مسلم : « ما منكم من أحد يتوضأ فيبلغ أو يسبغ الوضوء ثم يقول : أشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا عبده ورسوله الا فتحت له أبواب الجنة الثمانية يدخل من أيها شاء » وفى رواية لمسلم أيضا قال : « من توضأ فقال أشهد أن لا اله الا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله » وفى رواية أبى داود : ثم يقول حين يفرغ من وضوئه ، وفى رواية الترمذى بعد قوله : ورسوله « اللهم اجعلنى من التوابين واجعلنى من المتطهرين » ورواية الترمذى كاللفظ الذى ذكره المصنف الا قوله : « صادقا من قلبه » فانه ليس موجودا فى هذه الكتب ولكنه شرط لا شك فيه . قال الحافظ أبو بكر الحازمى : هذه اللفظة غير محفوظة من طريق الثقات ، ورويت الزيادة التى زادها الترمذى من رواية جماعة من الصحابة غير عمر ، وروى أنس عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من توضأ فأحسن الوضوء ثم قال ثلاث مرات : أشهد أن لا اله الا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمدا عبده ورسوله فتحت له ثمانية أبواب الجنة من أيها شاء دخل » رواه أحمد بن حنبل وابن ماجه باسناد ضعيف .

وأما حديث أبى سعيد الذى ذكره المصنف فرواه النسائى فى كتابه (عمل اليوم والليلة) باسناد غريب ضعيف ، ورواه مرفوعا وموقوفا على أبى سعيد، وكلاهما ضعيف الاسناد . وفى سنن الدارقطنى عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم : « من توضأ ثم قال : أشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا عبده ورسوله ، قبل أن يتكلم غفر له ما بين الوضوءين » واسناده ضعيف .

وأما أبو سعيد الخدرى فبضم الخـاء المعجمة واسكان الدال المهملة منسوب الى بنى خدرة بطن من الأنصار رضى الله عنهم ، واسم أبى سعيد سعد بن مالك بن سنان ، وكان أبوه مالك صحابيا استشهد يوم أحد ، توفى أبو سـعيد بالمدينة سـنة أربع وستين وقيل أربع وسبعين وهو ابن أربع وسبعين [1] .

وقوله : كتب فى رق هو بفتح الراء ، والطابع بفتح الباء ، وكسرها لغتان فصيحتان وهو الخـاتم ، ومعنى « طبع » ختم وقوله : فلم يفتح الى يوم القيامة معناه لا يتطرق اليه ابطال واحباط .

(أما حكم المسألة) : فاتفق أصحابنا وغيرهم على استحباب هذا الذكر عقيب الوضوء ولا يؤخره عن الفراغ لرواية أبى داود التى ذكرناها وغيرها قال أبو العبـاس الجرجانى فى كتابه التحرير والبلغة والرويانى فى الحليـة وصاحب البيان وغيرهم : يستحب أن يقول هذا الذكر مستقبل القبلة قال الشيخ نصر المقدسى : ويقول معه « صلى الله على محمد وعلى آل محمد » والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب لمن توضأ أن لا ينفض يده لقوله صلى الله عليه وسلم : « اذا توضأتم فلا تنفضوا أيديكم ») .

(الشرح) هذا الحديث ضعيف لا يعرف ، وثبت فى الصحيحين ضده عن ميمونة رضى الله عنها قالت : « ناولت النبى صلى الله عليه وسلم بعـد اغتساله ثوبا فلم يأخذه وانطلق وهو ينفض يديه » هذا لفظ رواية البخارى وفى رواية مسلم أتيته بالمنديل فلم يمسـه وجعل يقول بالمـاء هكذا يعنى ينفضه ، وفى رواية للبخارى « فجعل ينفض الماء بيده » .

واختلف أصحابنا فى النفض على أوجه (أحـدها) أن المستحب ترك

(1) فى هذا نظر لأنه قال : عرضت يوم أحد على النبى (ص) وأنا ابن ثلاث عشرة سنة .. الخ

النفض ولا يقال النفض مكروه ، قاله أبو على الطبرى فى الافصاح ، والمصنف هنا وفى التنبيه ، والغزالى والجرجانى وآخرون (والثانى) أنه مكروه وبه قطع القاضى أبو الطيب والماوردى والرافعى وغيرهم (والثالث) مباح يستوى فعله وتركه ، وهـذا هو الصحيح وقد أشار اليه صاحب الشـامل وغيره لحديث ميمونة ، ولم يذكر جماعات من أصحابنا نفض اليد ، وأظنهم رأوه مباحا فتركوه ، فممن لم يذكره الشيخ أبو حامد والمحاملى وامام الحرمين والبغوى والشيخ نصر وغيرهم ودليل الاباحة حديث ميمونه ولم يثبت فى النهى شىء والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب أن لاينشف أعضاءه من بلل الوضوء لما روت ميمونة رضى الله عنها قالت : « أدنيت لرسول الله صلى الله عليه وسلم غسلا من الجنابة فأتيته بالمنديل فرده » ولأنه أثر عبادة فكان تركه أولى . فان تنشف جاز لما روى قيس بن سعد رضى الله عنهما قال : « أتانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فوضعنا له غسلا فاغتسل ثم أتيناه بملحفة ورسية فالتحف بها فكأنى أنظر الى أثر الورس على عكنه ») .

(الشرح) أما حديث ميمونة رضى الله عنها فمتفق على صحته رواه البخارى ومسلم بمعناه وقد تقدم قريبا ، وحديث قيس رواه أبو داود فى كتاب الأدب من سننه والنسائى فى كتابه عمل اليوم والليلة وابن ماجه فى كتاب الطهارة وكتاب اللباس والبيهقى فى الغسل وغيرهم واسناده مختلف فهو ضعيف . وروى فى التنشيف أحاديث ضعيفة منها حديث معاذ رضى الله عنه : « رأيت النبى صلى الله عليه وسلم اذا توضأ مسح وجهه بطرف ثوبه » رواه الترمذى وقال غريب واسناده ضعيف . وعن عائشة رضى الله عنهـا قالت : « كانت لرسـول الله صلى الله عليه وسلم خرقة يتنشف بهـا بعد الوضوء » رواه الترمذى وقال : ليس اسناده بالقائم ، وعن سلمان الفارسى رضى الله عنه : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم توضأ فقلب جبة صوف كانت عليه فمسح بها وجهه » رواه ابن ماجه باسناد ضعيف قال الترمذى : ولا يصح عن النبى صلى الله عليه وسلم فى هذا الباب شىء .

وقول ميمونة : أدنيت أى قربت ، وقولها : غسلا هو بضم الغين أى ما يغتسل به ، ولفظة الغسل مثلثة فهى بكسر الغين اسم لما يغسل به الرأس من سدر وخطمى ونحوهما ، وبفتحها مصدر وهو اسم للفعل بمعنى الاغتسال وبضمها مشترك بين الفعل والماء ، فحصل فى الفعل لغتان : الفتح والضم . وقد زعم جماعة ممن صنف فى ألفاظ الفقه أن الفعل لا يقال الا بالفتح وغلطوا الفقهاء فى قولهم باب غسل الجنابة والجمعة ونحوه بالضم ، وهذا الانكار غلط بل هما لغتان كما ذكرنا . والملحفة والمنديل بكسر ميمهما فالملحفة مشتقة من الالتحاف وهو الاشتمال ، والمنديل من الندل وهو بفتح النون واسكان الدال وهو الوسخ لأنه يندل به ، وقال ابن فارس : لعله من الندل وهو النقل ، وقوله : « ورسية » هكذا هو فى المهذب بواو مفتوحة ثم راء ساكنة ثم سين مكسورة ثم ياء مشددة وكذا وجد بخط المصنف وكذا هو فى رواية البيهقى ، والمشهور فى كتب اللغة ملحفة وريسة بكسر الراء وبعدها ياء ساكنة ثم سين مفتوحة ثم هاء ومعناه مصبوغة بالورس وهو ثمر أصفر لشجر يكون باليمن يصبغ به وهو معروف . وقوله على « عكنه » هو بضم العين وفتح الكاف جمع عكنه قال الأزهرى قال الليث وغيره : العكن الأطواء فى بطن المرأة من السمن ، وتعكن الشىء اذا ركم بعضه على بعض .

وقد رأيت لبعض مصنفى ألفاظ المهذب انكارا على المصنف ، قال قوله : « فكأنى أنظر الى أثر الورس على عكنه » زيادة ليست فى الحديث وهذا الانكار غلط منه ، بل هذه اللفظة موجودة فى الحديث مصرح بها فى رواية النسائى والبيهقى .

وأما ميمونة راوية الحديث فهى أم المؤمنين ميمونة بنت الحارث الهلالية كان اسمها برة فسماها رسول الله صلى الله عليه وسلم ميمونة ، والميمون المبارك من اليمن وهو البركة وهى خالة ابن عباس رضى الله عنهما توفيت سنة احدى وخمسين وقيل غير ذلك ، وقد بسطت أحوالها فى تهذيب الأسماء. وأما قيس فهو أبو عبد الله وقيل أبو عبد الملك وقيل أبو الفضل قيس بن سعد بن عبادة بن دليم بضم الدال المهملة وفتح اللام الأنصارى وكان قيس

وآباؤه الثلاثة يضرب بهم المثل فى الكرم ، وقيس وسعد صحابيان توفى قيس بالمدينه سنة ستين رضى الله عنه .

أما حكم التنشيف ففيه طرق متباعدة للأصحاب يجمعها خمسة أوجه الصحيح منها أنه لا يكره لكن المستحب تركه ، وبهذا قطع جمهور العراقيين والقاضى حسين فى تعليقه والبغوى وآخرون ، وحكاه امام الحرمين عن الأئمة ورجحه الرافعى وغيره من المتأخرين المطلعين (والثانى) يكره التنشيف حكاه المتولى وغيره (الثالث) أنه مباح يستوى فعله وتركه ، قاله أبو على الطبرى فى الافصاح والقاضى أبو الطيب فى تعليقه (والرابع) يستحب التنشيف لما فيه من السلامة من غبار نجس وغيره ، وحكاه الفورانى والغزالى والرويانى والرافعى (والخامس) ان كان فى الصيف كره التنشيف وان كان فى الشتاء فلا لعذر البرد حكاه الرافعى ، قال المحاملى وغيره : وليس للشافعى نص فى المسألة قال أصحابنا : وسواء التنشيف فى الوضوء والغسل . هذا كله اذا لم تكن حاجة الى التنشيف لخوف برد أو التصاق بنجاسة ونحو ذلك ، فان كان فلا كراهة قطعا ولا يقال انه خلاف المستحب قال الماوردى : فان كان معه من يحمل الثوب الذى يتنشف به وقف عن يمين المتطهر والله أعلم .

(فرع) فى مذاهب السلف فى التنشيف

قد ذكرنا أن الصحيح فى مذهبنا أنه يستحب تركه ولا يقال التنشيف مكروه ، وحكى ابن المنذر اباحة التنشيف عن عثمان بن عفان والحسن بن على وأنس بن مالك وبشير بن أبى مسعود والحسن البصرى وابن سيرين وعلقمة والأسود ومسروق والضحاك ومالك والثورى وأصحاب الرأى وأحمد واسحاق . وحكى كراهته عن جابر بن عبد الله وعبد الرحمن بن أبى ليلى وسعيد بن المسيب والنخعى ومجاهد وأبى العالية وعن ابن عباس كراهته فى الوضوء دون الغسل ، قال ابن المنذر : كل ذلك مباح ، ونقل المحاملى الاجماع على أنه لا يحرم وانما الخلاف فى الكراهة والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والفرض مما ذكرناه ستة أشياء : النية ، وغسل الوجه ، وغسل اليدين ومسح بعض الرأس ، وغسل الرجلين ، والترتيب • وأضاف اليه فى القديم الموالاة فجعله سبعة ، وسننه اثنتا عشرة : التسمية ، وغسل الكفين ، والمضمضة ، والاستنشاق ، وتخليل اللحية الكثة ، ومسح جميع الرأس ، ومسح الأذنين ، وادخال الماء فى صماخيه ، وتخليل أصابع الرجلين ، وتطويل الغرة ، والابتداء بالميامن ، والتكرار • وزاد أبو العباس بن القاص : مسح العنق بعد مسح الأذنين ، فجعلها ثلاث عشرة ، وزاد غيره أن يدعو على وضوئه فيقول عند غسل الوجه : اللهم بيض وجهى يوم تسود الوجوه ، وعلى غسل اليد : اللهم أعطنى كتابى بيمينى ولا تعطنى بشمالى ، وعلى مسح الرأس : اللهم حرم شعرى وبشرى على النار ، وعلى مسح الأذن : اللهم اجعلنى من الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه ، وعلى غسل الرجلين : اللهم ثبت قدمى على الصراط • فجعله أربع عشرة) •

(الشرح) أما واجبات الوضوء فهى على ما ذكره ، ويجب مع غسل الوجه غسل جزء مما يجاوره ليتحقق غسل الوجه بكماله كما سبق بيانه فى فصل غسل الوجه ، وهو داخل فى قول المصنف والأصحاب (غسل الوجه) لأن مرادهم الغسل المجزى ولا يجزىء الا بذلك ، قال الماوردى : وجعل بعض أصحابنا الماء الطهور فرضا آخر ، وهذا الوجه غلط والصواب أن الماء ليس من فروض الوضوء انما هو شرط لصحته كما ذكره المحاملى وغيره كما نذكره قريبا ان شاء الله تعالى •

وأما قوله فى السنن : منها التسمية وغسل الكفين فهذا هو المذهب ، وقد قدمنا فى أول الباب وجها أنهما سنتان مستقلتان لا من سنن الوضوء ، وقوله : (وتطويل الغرة) أراد به غسل ما فوق المرفقين والكعبين وفيه الكلام السابق ، وقوله : (الابتداء بالميامن) يعنى فى اليدين والرجلين دون الأذنين والكفين فانها تطهر دفعة واحدة كما سبق ، وقوله : (والتكرار) يعنى فى الممسوح والمغسول كما سبق • وقوله : (وزاد أبو العباس بن القاص مسح العنق) • هذا قد ذكره ابن القاص فى كتابه المفتاح واختلفت عبارات

الأصحاب فيه أشد اختلاف ، وقد رأيت أن أذكره بألفاظهم مختصرا ثم ألخصه وأبين الصواب منه لكثرة الحاجة اليه قال القاضي أبو الطيب : مسح العنق لم يذكره الشافعي رضي الله عنه ولا قاله أحد من أصحابنا ولا وردت به سنة ثابتة وقال الماوردي في كتابه الاقناع : ليس هو سنة ، وقال القاضي حسين : هو سنة وقيل وجهان ، فان قلنا : سنة ، مسحه بالماء الذي مسح به الأذنين ولا يمسح بماء جديد ، وقال المتولي : هو مستحب لا سنة يمسح ببقية ماء الرأس أو الأذن ولا يفرد بماء . وقال البغوي : يستحب مسحه تبعا للرأس أو الأذن ، قال الفوراني : يستحب بماء جديد ، وقال الغزالي : هو سنة وقال امام الحرمين . كان شيخي يحكي فيه وجهين أحدهما أنه سنة . والثاني : أدب ، وقال الامام : ولست أرى لهذا التردد حاصلا . وقال الرافعي : هل يمسحه بماء جديد أم بباقي بلل الرأس والأذن ؟ بناه بعضهم على أنه سنة أم أدب ؟ فيه وجهان ، ان قلنا : سنة فبجديد والا فبالباقي . والسنة والأدب يشتركان في الندبية لكن السنة تتأكد ، قال : واختار الروياني مسحه بماء جديد وميل الأكثرين الى مسحه بالباقي .

هذا مختصر ما قالوه وحاصله أربعة أوجه (أحدها) يسن مسحه بماء جديد (والثاني) يستحب ولا يقال مسنون (والثالث) يستحب ببقية ماء الرأس والأذن (والرابع) لا يسن ولا يستحب ، وهذا الرابع هو الصواب ولهذا لم يذكره الشافعي رضي الله عنه ولا أصحابنا المتقدمون كما قدمناه عن القاضي أبي الطيب ولم يذكره أيضا أكثر المصنفين ، وانما ذكره هؤلاء المذكورون متابعة لابن القاص ولم يثبت فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم وثبت في صحيح مسلم وغيره عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : « شر الأمور محدثاتها وكل بدعة ضلالة » وفي الصحيحين عنه صلى الله عليه وسلم : « من أحدث في ديننا ما ليس فيه فهو رد » وفي رواية لمسلم : « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » . وأما الحديث المروي عن طلحة بن مصرف عن أبيه عن جده : « أنه رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح رأسه حتى يبلغ القذال وما يليه من مقدم العنق فهو حديث ضعيف بالاتفاق ، رواه أحمد بن حنبل والبيهقي من رواية ليث بن أبي سليم وهو ضعيف .

وأما قول الغزالى : ان مسح الرقبة سنة لقوله صلى الله عليه وسلم « مسح الرقبة أمان من الغل » فغلط لأن هذا موضوع ليس من كلام النبى صلى الله عليه وسلم وعجب قوله : لقوله ، بصيغة الجزم والله أعلم .

وأما الدعاء المذكور فلا أصل له ، وذكره كثيرون من الأصحاب ولم يذكره المتقدمون وزاد فيه الماوردى فقال : يقول عند المضمضة : اللهم اسقنى من حوض نبيك كأسا لا أظمأ بعده أبدا ، وعند الاستنشاق : اللهم لا تحرمنى رائحة نعيمك وجنانك ، قال : ويقول عند الرأس : اللهم أظلنى تحت عرشك يوم لا ظل إلا ظلك ، وقوله : (ثبت قدمى على الصراط) هو بتشديد الياء على التثنية والصراط بالصاد والسين ، وباشمام الزاى ثلاث لغات وقراءات والله أعلم .

(فرع) قد ذكر المصنف أن سنن الوضوء اثنتا عشرة ، وكذا ذكرها بعضهم ، وزاد بعضهم زيادات واختلفوا فى تلك الزيادات ، وأنا ألخص جميع ذلك وأضبطه ضبطا واضحا مختصرا ان شاء الله تعالى ، وأحذف أدلة ما أذكره من الزيادة ليقرب ضبطها ويسهل حفظها فأقول :

سنن الوضوء ومستحباته منها : استقبال القبلة ، وأن يجلس فى مكان لا يرجع رشاش الماء اليه وأن يجعل الاناء عن يساره فان كان واسعا يغترف منه فعن يمينه ، وأن ينوى من أول الطهارة ، وأن يستصحب النية الى آخرها ، وأن يجمع بين نية القلب ولفظ اللسان وأن لا يستعين فى وضوئه لغير عذر ، وأن لا يتكلم فيه لغير حاجة ، والتسمية ، وغسل الكفين ، والمضمضة ، والاستنشاق ، والمبالغة فيهما لغير الصائم ، والجمع بينهما بثلاث غرف على الأصح ، والسواك على الأصح ، والاستنثار بعد الاستنشاق ، وأن يبدأ فى الوجه بأعلاه ، وفى اليد والرجل بالأصابع ، ويختم بالمرفق والكعب ، ويبدأ فى الرأس بمقدمه ، وأن لا يلطم وجهه بالماء وأن يتعهد الماقين بالسبابتين ، وأن يدلك الأعضاء ، ويحرك الخاتم ، ويتعهد ما يحتاج فيه الى الاحتياط كالعقب ، وأن يخلل اللحية والعارض الكثيفين واطالة الغرة واطالة التحجيل ، ومسح كل الرأس ، ومسح الأذنين ، ومسح الصماخين ، وغسل النزعتين مع الوجه ، وكذا موضع التحذيف والصدع اذا قلنا هما من الرأس للخروج من

الخلاف وتخليل الأصابع والابتداء باليد والرجل اليمنى ، وتكرار الغسل والمسح ثلاثا ثلاثا ، وأن لا يسرف فى صب الماء ، وأن لا يزيد على ثلاث ، وأن لا ينقص عنها ، وأن لا ينقص ماء الوضوء عن مد ، والموالاة على القول الصحيح الجديد ، وأن يقول عقب الفراغ : أشهد أن لا اله الا الله وحده لا شريك له الى آخر الذكر السابق وأن لا ينشف أعضاءه ، وكذا لا ينفض يده على ما فيه من الخلاف السابق • وقد نقل القاضى عياض فى شرح صحيح مسلم أن العلماء كرهوا الكلام فى الوضوء والغسل ، وهذا الذى نقله من الكراهة محمول على ترك الأولى ، والا فلم يثبت فيه نهى فلا يسمى مكروها الا بمعنى ترك الأولى •

(فـرع) قال المحاملى فى اللباب : الوضوء يشتمل على فرض وسنة ونفل وأدب وكراهة وشرط فالفرض ستة وفى القديم سبعة كما سبق ، والسنة خمسة عشر وذكر نحو بعض ما سبق ، والنفل التطهر مرتين مرتين ، والأدب عشرة : استقبال القبلة ، والعلو على مكان لا يترشش اليه الماء ، وأن يجعل الاناء عن يساره والواسع على يمينه ، ويغرف بها ، وأن لا يستعين الا عن ضرورة ، وأن يبدأ بأعلى الوجه ، وبالكفين ، ومقدم الرأس وأصابع الرجلين، وأن لا ينفض يديه ، ولا ينشف أعضاءه • والكراهة ثلاثة : الاسراف فى الماء ولو كان بشط البحر ، والزيادة على ثلاث ، وغسل الرأس بدل مسحه • والشرط واحد وهو الماء المطلق ، هذا كلامه ومعظمه حسن • وقوله : غسل الرأس مكروه هو أحد الوجهين وقد سبق أن الأصح عدم الكراهة والله أعلم •

(فرع) فى مسائل زائدة تتعلق بالباب

(احداها) فى موجب الوضوء ثلاثة أوجه حكاها المتولى والشاشى فى المعتمد وغيرهما (أحدها) وجود الحدث فلولاه لم يجب (والثانى) القيام الى الصلاة فانه لا يتعين الوضوء قبله (والثالث) وهو الصحيح عند المتولى وغيره يجب بالحدث والقيام الى الصلاة جميعا والأوجه جارية فى موجب غسل الجنابة هل هو انزال المنى والجماع أم القيام الى الصلاة أم كلاهما ؟ فاذا

قلنا : يجب بوجود الحدث فهو وجوب موسع الى القيام الى الصلاة ولا يأثم بالتأخير عن الحدث بالاجماع •

قال الشيخ أبو محمد الجوينى فى كتابه الفروق فى باب التيمم : أجمع العلماء أنه اذا أجنب أو أحدث لا يجب عليه الغسل ولا الوضوء حتى يدخل وقت الصلاة بالفعل أو الزمان ، ومعنى الفعل أن يريد قضاء فائتة ، وهذا الذى قاله ليس مخالفا لما سبق لأن مراده لا يكلف بالفعل والله أعلم •

(المسألة الثانية) أجمع العلماء على جواز الوضوء قبل دخول وقت الصلاة نقل الاجماع فيه ابن المنذر فى كتابه الاجماع وآخرون ، وهذا فى غير المستحاضة ومن فى معناها فانه لا يصح وضوءها الا بعد دخول الوقت والله أعلم •

(الثالثة) أجمعوا أن الجنابة تحل جميع البدن ، وأما الحدث الأصغر ففيه وجهان لأصحابنا مشهوران للخراسانيين وحكاهما الشاشى فى جماعة من العراقيين (أحدهما) يحل جميع البدن كالجنابة وليس بعض البدن أولى من بعض ، ولأن المحدث ممنوع من مس المصحف بظهره وسائر بدنه ولولا الحدث فيه لم يمنع ، فعلى هذا انما اكتفى بغسل الأعضاء الأربعة تخفيفا لتكراره بخلاف الجنابة (والثانى) لا يحل جميع البدن بل يختص بالأعضاء الأربعة لأن وجوب الغسل مختص بها وانما لم يجز مس المصحف بغيرها لأن شرط الماس أن يكون متطهرا ولا يكون شيء من بدنه محدثا ولا يكفيه طهارة محل المس وحده ، ولهذا لو غسل وجهه ويديه لم يجز مسه بيديه مع قولنا بالمذهب الصحيح ان الحدث يرتفع عن العضو بمجرد غسله ، ولا يتوقف على فراغ الوضوء وفيه خلاف سنذكره ان شاء الله تعالى • واختلفوا فى الأصح من هذين الوجهين فقال الشاشى : الأصح أنه يعم البدن وقال البغوى وغيره • الأصح اختصاصه بالأعضاء الأربعة ، وهذا الذى صححه البغوى هو الأرجح والله أعلم •

(الرابعة) المرأة كالرجل فى الوضوء الا فى اللحية الكثة كما سبق •

(الخامسة) يشترط فى غسل الأعضاء جريان الماء عليها فان أمسه الماء

ولم يجر لم تصح طهارته اتفق عليه الأصحاب ونص عليه الشافعى رحمه الله فى الأم فى باب قدر الماء الذى يتوضأ به وقد أشار اليه المصنف فى باب الآنية فى قوله : اذا توضأ من اناء الفضة ــ لأن الوضــوء هو جريان المــاء على الأعضاء ؛ ودليله أنه لا يسمى غسلا ما لم يجر ، ولو غمس عضوه فى المــاء كفاه لأنه يسمى غسلا .

(السادسة) ماء الوضوء والغسل غير مقدر لكن يستحب أن لا ينقص فى الوضوء عن مد ولا فى الغسل عن صاع ، والاسراف مكروه بالاتفــاق وسيأتى هذا كله مبسوطا حيث ذكره المصنف فى باب الغسل ان شاء الله تعالى .

(السابعة) اذا كان على بعض أعضائه شمع أو عجين أو حناء وأشــباه ذلك فمنع وصول الماء الى شىء من العضو لم تصح طهارته سواء أكثر ذلك أم قل ، ولو بقى على اليد وغيرها أثر الحناء ولونه دون عينه أو أثر دهن مائع بحيث يمس الماء بشرة العضو ويجرى عليها لكن لا يثبت صحت طهارته ، وقد تقدم هذا فى فصل غسل الرجل . ولو كان تحت أظفــاره وسخ يمنع وصول الماء الى البشرة لم يصح وضوءه على الأصح وقد سبق بيــانه فى باب السواك .

(الثامنة) يستحب امرار اليد على أعضاء الطهارة فى الوضوء والغسل ولا يجب ، وقد تقدم بيانه فى فصل غسل الوجه .

(التاسعة) اذا شرع المتوضىء فى غسل الأعضاء ارتفع الحدث عن كل عضو بمجرد غسله ولا يتوقف ارتفاعه عن ذلك العضــو على غسل بقيــة الأعضاء . هذا هو المذهب الصحيح المشهور ، وبه قطع الجمهور وقد صرح به المصنف فى آخر باب ما يوجب الغسل ، وقال امام الحرمين : يتوقف فاذا غسل وجهه ويديه ومسح رأسه لم يرتفع الحدث عن شىء منها حتى يغســل رجليه . واحتج بأنه لا يجوز مس المصحف بيده فلولا بقاء الحدث عليهــا لجاز وحجة الجمهور أن غسل الأعضاء موجب لازالة الحدث فلا فرق بين كلها أو بعضها والجواب عن مسألة مس المصحف أن شرط الماس أن يكون كامل الطهارة ولا يكون عليه حدث ، ولهذا اتفقوا على أنه لا يجوز للمحدث مسه

بصدره ، وان قلنا : الحدث يختص بأعضاء الوضوء كما سبق ايضاحه فى المسألة الثالثة .

(العاشرة) اذا شرع فى الوضوء فشك فى أثنائه فى غسل بعض الأعضاء بنى على اليقين وهو أنه لم يغسله ، وهذا لا خلاف فيه لأن الأصل عدم غسله ولو شك بعد الفراغ من الطهارة فى غسل بعض الأعضاء فهل هو كالشك فى أثنائها فيلزمه غسله وما بعده أم لا يلزمه شيء كما لو شك فى ترك ركن من الصلاة بعد السلام ؟ فيه وجهان حكاهما جماعة منهم المتولى فى آخر باب الأحداث وصاحب العدة والرويانى هنا وآخرون ورجح صاحب العدة والرويانى وجوب غسله وهو احتمال لصاحب الشامل قالوا : لأن الطهارة تراد لغيرها فلم تتصل بالمقصود بخلاف الصلاة قال صاحب الشامل : وقطع الشيخ أبو حامد بأنه لا شيء عليه كالصلاة فقيل له : هذا يؤدى الى الدخول فى الصلاة بطهارة مشكوك فيها فقال هذا غير ممتنع كما لو شك هل أحدث أم لا ؟ وهذا الذى قاله أبو حامد هو الأظهر المختار . واحتج الرويانى لما رجحه بالقياس على المسافر اذا صلى الظهر وفرغ منها ثم شك فى فرض منها وأراد أن يجمع اليها العصر لم يجز لأن شرط صحة العصر فى وقت الظهر أن يتقدم العلم بصحة الظهر ، قال : ومثله لو خطب للجمعة ثم شك فى ترك فرض من الخطبة لم تجز صلاة الجمعة حتى يتيقن اتمام الخطبة ، وهذا الذى قاله فى المثالين فيه نظر وسنعود اليه ان شاء الله تعالى فى موضعه والله أعلم .

(الحادية عشرة) اذا توضأ وصلى الظهر ثم توضأ وصلى العصر ثم تيقن مسح الرأس فى احدى الطهارتين ولا يعرف عينها ففيه تفصيل وكلام طويل وفروع كثيرة سبق بيانها فى آخر باب الشك فى نجاسة الماء .

(الثانية عشرة) يستحب لمن توضأ أن يصلى عقبه ركعتين فى أى وقت كان وفى أوقات النهى عن النوافل التى لا سبب لها لأن هذا سبب وهو الوضوء وذكر كثيرون من أصحابنا هذه المسألة فى باب الأوقات التى تكره فيها النافلة وذكرها فى هذا الباب صاحب البحر وغيره ، ودليل المسألة أحاديث كثيرة فى الصحيح منها حديث أبى هريرة رضى الله عنه : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لبلال رضى الله عنه : حدثنى بأرجى عمل عملته

فى الاسلام فانى سمعت دق نعليك بين يدى فى الجنة ؟ فقال : ما عملت عملا أرجى عندى من أنى لم أتطهر طهورا فى ساعة من ليل أو نهـار الا صليت بذلك الطهور ما كتب لى أن أصلى » رواه البخارى فى صحيحه واحتج به على فضل الصلاة بعد الوضوء وكذا احتج به أصحابنا وهو ظاهر فى ذلك وعن عثمان رضى الله عنه قال : « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم توضأ ثم قال : من توضأ نحو وضوئى هذا ثم صلى ركعتين لا يحدث نفسه فيهما غفر له ما تقدم من ذنبه » رواه مسلم فى صحيحه .

(الثالثة عشرة) اتفق أصحابنا على استحباب تجديد الوضوء وهو أن يكون على وضوء ثم يتوضأ من غير أن يحدث ومتى يستحب ؟ فيه خمسة أوجه أصحها ان صلى بالوضـوء الأول فرضا أو نفلا وبه قطـع البغوى (والثانى) ان صلى فرضا استحب والا فلا وبه قطع الفورانى (والثالث) يستحب ان كان فعل بالوضوء الأول ما يقصد له الوضوء والا فلا ، ذكره الشاشى فى كتابيه المعتمد والمستظهرى فى باب المـاء المستعمل واختـاره . (والرابع) ان صلى بالأول أو سجد لتلاوة أو شكر أو قرأ القرآن فى المصحف استحب والا فلا ، وبه قطع الشيخ أبو محمد الجوينى فى أول كتابه الفروق (والخامس) يستحب التجديد ولو لم يفعل بالوضوء الأول شيئا أصلا حكاه امام الحرمين قال وهذا انما يصح اذا تخلل بين الوضوء والتجديد زمن يقع بمثله تفريق ، فاما اذا وصله بالوضوء فهو فى حكم غسلة رابعة ، وهذا الوجه غريب جدا ، وقد قطع القاضى أبو الطيب فى كتابه شرح الفروع والبغوى والمتولى والرويانى وآخرون بأنه يكره التجديد اذا لم يؤد بالأول شيئا قال المتولى والرويانى : وكذا لو توضأ وقرأ القرآن فى المصحف يكره التجديد . قالا : ولو سجد لتلاوة أو شكر لم يستحب التجديد ولا يكره والله أعلم .

أما الغسل فلا يستحب تجديده على المذهب الصحيح المشهور وبه قطع الجمهور ، وفيه وجه أنه يستحب حكاه امام الحرمين وغيره .

أما التيمم فالمشهور أنه لا يستحب تجديده وفى وجه ضعيف يستحب وصورته فى الجريح والمريض ونحوهما ممن يصح تيممه مع وجود المـاء ، ويتصور فى غيرهما اذا لم نوجب الطلب ثانيا اذا بقى فى مكانه الذى صلى فيه

وستأتى المسألة مبسوطة فى التيمم ان شاء الله تعالى ، فان قلنا بتجديد التيمم فتصور للنافلة بعد الفريضة وكذا للفريضة بعد النافلة اذا قدم النافلة .
واحتج الأصحاب لأصل استحباب التجديد بما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « من توضأ على طهر كتب الله له عشر حسنات » رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه والبيهقى وغيرهم ولكنه ضعيف متفق على ضعفه ، وممن ضعفه الترمذى والبيهقى .

واحتج البيهقى بحديث أنس قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يتوضأ عند كل صلاة ، وكان أحدنا يكفيه الوضوء ما لم يحدث » رواه البخارى ، لكن لا دلالة فيه للتجديد لاحتمال أنه كان يتوضأ عن حدث ، وهذا الاحتمال مقاوم لاحتمال التجديد فلا يرجح التجديد الا بمرجح آخر .

(الرابعة عشر) اذا توضأ الصحيح وهو غير المستحاضة ومن فى معناها ممن به حدث دائم فله أن يصلى بالوضوء الواحد ما شاء من الفرائض والنوافل ما لم يحدث . هذا مذهبنا ومذهب مالك وأبى حنيفة والثورى وأحمد وجماهير العلماء ، وحكى أبو جعفر الطحاوى وأبو الحسن بن بطال فى شرح صحيح البخارى عن طائفة من العلماء أنه يجب الوضوء لكل صلاة وان كان متطهرا ، وحكى الحافظ أبو محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهرى فى كتابه كتاب (الاجماع [1]) هذا المذهب عن عمرو بن عبيد قال : وروينا عن ابراهيم يعنى النخعى أنه لا يصلى بوضوء واحد أكثر من خمس صلوات ، وحكى الطحاوى عن قوم أنه يجوز جمع صلوات بوضوء للمسافر دون الحاضر .

واحتج من أوجبه لكل صلاة وان كان ظاهرا بقوله تعالى : (اذا قمتم [2] الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم) الآية ، ودليلنا حديث بريدة رضى الله عنه : « أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى الصلوات بوضوء واحد يوم فتح مكة ومسح على خفيه وقال له عمر بن الخطاب رضى الله عنه : لقد صنعت اليوم شيئا لم تكن تصنعه فقال : عمدا صنعته يا عمر » رواه مسلم .

---

(١) اسم الكتاب (مراتب الاجماع) (ط) .
(٢) الآية ٦ من سورة المائدة .

وعن سويد بن النعمان رضى الله عنه : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى العصر ثم أكل سويقا ثم صلى المغرب ولم يتوضأ » رواه البخارى فى مواضع من صحيحه • وعن عمرو بن عامر عن أنس قال : « كان النبى صلى الله عليه وسلم يتوضأ عند كل صلاة قلت : كيف كنتم تصنعون ؟ قال : يجزى أحدنا الوضوء ما لم يحدث » رواه البخارى • وعن جابر بن عبد الله قال : « ذهب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى امرأة من الأنصار ومعه أصحابه فقدمت له شاة مصلية فأكل وأكلنا ثم حانت الظهر فتوضأ وصلى ثم رجع الى فضل طعامه فأكل ، ثم حانت العصر فصلى ولم يتوضأ » رواه الطحاوى باسناد صحيح على شرط مسلم • وفى الصحيحين أحاديث كثيرة من هذا كحديث الجمع بين الصلاتين بعرفة وبمزدلفة ، وفى سائر الأسفار ، والجمع بين الصلوات الفائتات يوم الخندق وغير ذلك •

وأما الآية الكريمة فمعناها اذا قمتم الى الصلاة محدثين ، وانما لم يذكر محدثين لأنه الغالب ، وبين النبى صلى الله عليه وسلم ذلك بفعله فى مواطن كثيرة وبتقريره أصحابه على ذلك والله أعلم •

أما المستحاضة وسلس البول والمذى وغيرهما ممن به حدث دائم فاذا توضأ أحدهم استباح فريضة واحدة وما شاء من النوافل ، ولا يباح له غير فريضة كما سيأتى ايضاحه فى كتاب الحيض ان شاء الله تعالى حيث ذكره المصنف • وهل يرتفع حدثه بالوضوء ؟ فيه طريقان ، المذهب لا يرتفع ، وبه قطع الجمهور • وقال القفال : فيه قولان ، قال امام الحرمين والشاشى وغيرهما : هذا الذى قاله القفال غلط وكيف يرتفع الحدث مع جريانه دائما ؟ ذكروا المسألة فى باب مسح الخف وسننبه عليها هناك ان شاء الله تعالى والله أعلم •

(الخامسة عشرة) اذا أحدث أحداثا متفقة أو مختلفة كفاه وضوء واحد بالاجماع وكذا لو أجنب مرات بجماع امرأة واحدة أو نسوة أو احتلام أو بالمجموع كفاه غسل بالاجماع ، وسواء كان الجماع مباحا أو زنا ، وممن نقل الاجماع فيه أبو محمد بن حزم والله أعلم •

(السادسة عشرة) يستحب المحافظة على الدوام على الطهارة وعلى المبيت على طهارة وفيهما أحاديث مشهورة ، وقد ذكر المحاملى فى اللبـاب أنواع الوضوء المسنون فجعلها عشرة وزاد فيها غيره فبلغ مجموعها خمسة وعشرين نوعا منها تجديد الوضوء ، والوضـوء فى الغسل والوضـوء عند النوم والوضوء للجنب عند الأكل أو الشرب ، والوضوء من حمل الميت وعنـد الغضب وعند الغيبة وعند قراءة القرآن وعنـد قراءة حديث النبى صلى الله عليه وسلم وروايته ودراسة العلم وعند الأذان واقامة الصلاة وللخطبة فى غير الجمعة وكذا للجمعة اذا لم نوجب فيها الطهارة ولزيارة قبر النبى صلى الله عليه وسلم وللوقوف بعرفات وللسعى بين الصـفا والمروة والوضـوء من القصد والحجامة والقىء وأكل لحم الجزور للخروج من خلاف العلماء فى وجوبه • وكذا يندب الوضوء لكل نوم أو لمس أو مس اختلف فى النقض به وقلنا لا ينقض وكذا فى مس الرجل والمرأة الخنثى ومسه أحد فرجيه ونحو ذلك • ورأيت فى فتاوى ابن الصباغ أنه يستحب لمن قص شاربه الوضوء ولعله أراد الخروج من خلاف من أوجب طهارة ما ظهر بالقطع فيعيد الوضوء للترتيب والموالاة والله أعلم •

(السابعة عشرة) قال البغوى قال القاضى حسين : لو نذر أن يتوضأ انعقد نذره وعليه تجديد الوضوء بعد أن يصلى بالأول صلاة ، فان توضأ وهو محدث لم يجزئه عن نذره لأنه واجب شرعا ، وان جدد الوضوء قبل أن يصلى بالأول لم يخرج عن نذره • قال : ومن أصحابنا من قال : لا يلزم الوضوء بالنذر لأنه غير مقصود فى نفسه قال : ولو نذر التيمم لا ينعقد قطعا لأنه لا يجدد ، هذا كلام البغوى وقد جزم المتولى فى باب النذر بانعقاد نذر الوضوء وحكى وجها فى انعقاد نذر التيمم ، وهو مبنى على الخلاف الذى قدمته فى تجديد التيمم ، فالمذهب انعقاد نذر الوضوء وعدم انعقـاد نذر التيمم • قال المتولى : ولو نذر الوضوء لكل صلاة لزمه ، واذا توضأ لهـا عن حدث لم يلزمه الوضوء لها ثانيا ، بل يكفيه الوضـوء الواحد لواجبى الشرع والنذر والله أعلم •

(الثامنة عشرة) قال الشافعى رحمه الله فى آخر هذا الباب بعد أن ذكر

فرائض الوضوء وسننه : وذلك أكمل الوضوء ان شاء الله تعالى . فاعترض عليه فى هذا الاستثناء فأجاب الشيخ أبو حامد فى تعليقه والبندنيجى وغيرهما من أصحابنا بأن الشافعى لم يذكر استحباب غسل العينين فى هـذا الكتاب وصح أن ابن عمر كان يفعله فاستثنى لاخلاله بذلك خوفا أن يكون ذلك من تمام الوضوء وهذا الجواب الذى ذكروه وان كان فيه بعض الحسن فالأجود غيره ، وهو أنه خشى أن يكون فيه سنة صحيحة عن النبى صلى الله عليه وسلم بزيادة فيه على ما ذكره أو بابطال ما أثبته ولم تبلغه فاحتاط بالاستثناء ولأنه أثبت أشياء لم يثبتها بعض العلماء وحذف أشياء أثبتها بعضهم فالاستثناء حسن لهذا مع أنه مستحب فى كل المواطن والله أعلم وقال الشافعى فى المختصر : وليست الأذنان من الرأس فتغسلان قال أبو سليمان الخطابى وغيره قال بعض الناس أو أكثرهم : هـذا لحن لأنه جواب النفى بالفاء فصوابه فتغسلا بحذف النون قال الخطابى : وقوله فتغسلان بالنون صحيح عند عامة النحويين على اضمار المبتدأ ، قال الله تعالى : « ولا يؤذن لهم فيعتذرون [1] » أى فهم يعتذرون وقال الشافعى فى المختصر : ولو غسل وجهه مرة وذراعيه مرة مرة ومسح بعض رأسه ما لم يخرج عن منابت شعر رأسه أجزأه ، واحتج بأن النبى صلى الله عليه وسلم مسح بناصيته وعلى عمامته ، قال الشافعى : والنزعتان من الرأس وغسل رجليه مرة مرة عاما بكل مرة أجزأه ، واحتج بأن النبى صلى الله عليه وسلم توضأ مرة مرة هـذا لفظه فاعترض عليه لادخال حديث مسح الناصية وذكر النزعتين بين أعضاء الوضوء .

والجواب عنه أن هذا كلام اعترض بين الجمل المعطوف بعضها على بعض دعت الحاجة الى ذكره ، وهو أنه أراد الاحتجاج للاقتصار على بعض الرأس عند ذكره الاقتصار فكان الاحتجاج له مهما فعجله وذكر النزعتين ليبين أنهما من الرأس الذى تكلم فيه وحكم بأن بعضه يكفى ، فكأنه يقول : ان اقتصر على بعض الرأس ولو بعض النزعة منه جاز ، فلما كان ما ذكره مهما اعترض به بين الجمل ، وقد جاء مثل هذا فى القرآن العزيز فى مواضع منها قوله

---

(١) الآية ٣٦ من سورة المرسلات .

تعالى : « فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون ـ وله الحمد فى السموات والأرض ـ وعشيا [1] » اعترض قوله تعالى : (وله الحمد فى السموات والأرض) ومثله قوله تعالى : « وانه لقسم لو تعلمون ـ عظيم » اعترض (لو تعلمون) ومثله قوله تعالى : « قالت رب انى وضعتها أنثى ـ والله أعلم بما وضعت ـ وليس الذكر كالأنثى وانى سميتها مريم » اعترض قوله تعالى : (والله أعلم بما وضعت) على قراءة من قرأ وضعت بفتح العين واسكان التاء ونظائره كثيرة • ومما جاء منه فى شعر العرب قول امرىء القيس •

ألا هل أتاها ـ والحوادث جمة ـ بأن امرىء القيس بن تملك بيقرا [3]

فاعترض قوله : والحوادث جمة ، وقول الآخر :

ألم يأتيك ـ والأنباء تنمى ـ بما لاقت لبون بنى زياد

فاعترض (والأنباء تنمى) وقول الآخر :

اليك ـ أبيت اللعن ـ كان كلالها الى الماجد القرم الجواد المحمد

فاعترض أبيت اللعن ، وفى هذه الأبيات شواهد لمسائل كثيرة من النحو واللغة ، والله أعلم •

(التاسعة عشرة) أنكر على صاحب الوسيط مسائل وألفاظ قد ذكرناها فى مواضعها من هذا الباب ونبهنا على صوابها • منها قوله فى غسل الكفين : فان تيقن طهارة اليد ففى بقاء الاستحباب وجهان ، ومنها قوله : اذا حلق شعره لا يلزمه طهارة موضعه خلافا لابن خيران وصوابه (ابن جرير) ومنها قوله : (تطويل الغرة) وقوله : لقوله صلى الله عليه وسلم « مسح الرقبة أمان من الغل » وغير ذلك مما نبهنا عليه فى موضعه والله أعلم وله الحمد والنعمة وبه التوفيق والعصمة •

---

(1) الآيتان ١٧ ، ١٨ من سورة الروم •

(2) هذا البيت لم نجده فى ديوانه ولا فى قصيدته التى توجه بعدها الى قيصر مستنجدا على بنى أسد :

سما لك شوق بعد ما كان أقصرا وحلت سليمى بطن ظبى فعرعرا

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب المسح على الخفين

(يجوز المسح على الخفين فى الوضوء لما روى المغيرة بن شعبة رضى الله عنه : « أن النبى صلى الله عليه وسلم مسح على الخفين فقلت : يا رسول الله نسيت ؟ فقال : بل أنت نسيت ، بهذا أمرنى ربى » ولأن الحاجة تدعو الى لبسه وتلحق المشقة فى نزعه فجاز المسح عليه كالجبائر) .

(الشرح) فى هذه القطعة مسائل (احداها) حديث المغيرة صحيح رواه أبو داود فى سننه بهذا اللفظ ورواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما أن النبى صلى الله عليه وسلم مسح على الخفين وهذا هو المقصود ، قال العلماء : وقوله صلى الله عليه وسلم للمغيرة : بل أنت نسيت ليس معناه الاخبار بنسيانه وانما هو للمقابلة كما يقول الرجل للرجل : فعلت كذا ولم يكن فعله فيقول : بل أنت فعلته مبالغة فى براءته منه كأنه يقول : لم أفعل ذلك كما أنك لم تفعله . وقيل فى معناه غير هذا ، والمغيرة بضم الميم وكسرها سبق بيانه فى أول باب صفة الوضوء .

(الثانية) قوله : « يجوز المسح على الخف فى الوضوء » فيه احتراز من الجنابة والحيض والنفاس وسائر الأغسال الواجبة والمسنونة ومن ازالة النجاسة ، وسنوضحها كلها ان شاء الله تعالى . وقوله : « لأن الحاجة تدعو الى لبسه فجاز المسح عليه كالجبيرة » هكذا قاسه أصحابنا وأرادوا الزام طائفة خالفت فى مسح الخف ووافقت فى الجبيرة ، فالجبيرة مجمع عليها .

(الثالثة) مذهبنا ومذهب العلماء كافة جواز المسح على الخفين فى الحضر والسفر وقالت الشيعة والخوارج : لا يجوز ، وحكاه القاضى أبو الطيب عن أبى بكر بن داود وحكى المحاملى فى المجموع وغيره من أصحابنا عن مالك ست روايات (احداها) لا يجوز المسح (الثانية) يجوز ولكنه يكره (الثالثة) يجوز أبداً وهى الأشهر عنه والأرجح عند أصحابه (الرابعة) يجوز مؤقتا (الخامسة) يجوز للمسافر دون الحاضر (السادسة) عكسه . وكل هذا الخلاف باطل مردود وقد نقل ابن المنذر فى كتاب الاجماع اجماع

العلمـاء على جواز المسح على الخف ، ويدل عليـه الأحاديث الصحيحة المستفيضة فى مسح النبى صلى الله عليه وسلم فى الحضر والسـفر ، وأمره بذلك وترخيصه فيه واتفاق الصحابة فمن بعدهم عليه • قال الحافظ أبو بكر البيهقى : روينا جواز المسح على الخفين عن عمر وعلى وسعد بن أبى وقاص وعبد الله بن مسعود وعبـد الله بن عباس وحذيفة بن اليمـان وأبى أيوب الأنصارى وأبى موسى الأشعرى وعمار بن ياسر وجابر بن عبد الله وعمرو بن العاص وأنس بن مالك وسهل بن سعد وأبى مسعود الأنصارى والمغيرة بن شعبة والبراء بن عازب وأبى سـعيد الخدرى وجابر بن سمرة وأبى أمامة الباهلى وعبد الله بن الحارث بن جزء وأبى زيد الأنصارى رضى الله عنه •

(قلت) ورواه خلائق من الصـحابة غير هؤلاء الذين ذكرهم البيهقى وأحاديثهم معروفة فى كتب السنن وغيرها • قال الترمذى : وفى الباب عن عمر وسلمان وبريدة وعمرو بن أمية ويعلى بن مرة وعبـادة بن الصـامت وأسامة بن شريك وأسامة بن زيد وصفوان بن عسال وأبى هريرة وعوف بن مالك وابن عمر وأبى بكرة وبلال وخزيمة بن ثابت • قال أبو بكر بن المنذر : روينا عن الحسن البصرى قال : حدثنى سبعون من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أن رسـول الله صلى الله عليـه وسلم كان يمسح على الخفين » قال : وروينـا عن ابن المبـارك قال : ليس فى المسح على الخفين اختلاف هو جائز ، وقال جماعات من السلف نحو هذا • وثبت فى الصحيحين من رواية المغيرة « أن النبى صلى الله عليه وسلم مسح على الخفين فى غزوة تبوك وهى من آخر أيامه صلى الله عليه وسلم » وقد اتفق العلماء على أن آية الوضـوء المذكورة فى المـائدة نزلت قبل غزوة تبوك بمدد • وثبت فى الصحيحين عن جرير البجلى رضى الله عنه قال : « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح على الخفين » زاد أبو داود فى روايته قالوا لجرير : انمـا كان هذا قبل نزول المائدة فقال جرير : وما أسلمت الا بعد نزول المائدة وكان اسلام جرير متأخرا جدا [1] وروينا فى سنن البيهقى عن ابراهيم بن أدهم

---

(1) كان اسلامه فى العاشرة من الهجرة رضى الله عنه عن الأذرعى . وقال جرير : اسلمت قبل موت النبى صلى الله عليه وآله وسلم باربعين يوما قال الشاعر :

لولا جـرير هلكت بجيـلة نعم الفتى وبئست القبيلة

رحمه الله قال : ماسمعت فى المسح على الخفين حديثا أحسن من حديث جرير .

وأما الأمر بالغسل فى الآية فمحمول على غير لابس الخف ببيان السنة ، وليس للمخالفين شبهة فيها روح وأما ما روى عن على وابن عباس وعائشة من كراهة المسح فليس بثابت بل ثبت فى صحيح مسلم وغيره عن على رضى الله عنه أنه روى المسح على الخف عن النبى صلى الله عليه وسلم ، ولو ثبت عن ابن عباس وعائشة ذلك لحمل على أن ذلك قبل بلوغهما جواز المسح عن النبى صلى الله عليه وسلم فلما بلغا رجعا ، وقد روى البيهقى معنى هذا عن ابن عباس . وعلى الجملة المسألة غنية عن الاطناب فى بسط أدلتها بكثرتها والله أعلم .

وأما جواز المسح فى الحضر ففيه أحاديث كثيرة فى الصحيح منها حديث حذيفة قال : « كنت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فانتهى الى سباطة قوم فبال قائما فتوضأ فمسح على خفيه » رواه مسلم ، وفى رواية البيهقى : « سباطة قوم بالمدينة » وعن على رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم جعل مسح الخفين ثلاثة أيام ولياليهن للمسافر ، ويوما وليلة للمقيم » رواه مسلم ، ومنها حديث خزيمة بن ثابت وعوف بن مالك وهما صحيحان سيأتى بيانهما قريبا فى مسألة التوقيت ان شاء الله تعالى والله أعلم .

(المسألة الرابعة) قال أصحابنا : مسح الخفين وان كان جائزا فغسل الرجل أفضل منه بشرط أن لا يترك المسح رغبة عن السنة ، ولا شك فى جوازه ، وقد صرح جمهور الأصحاب بهذا فى باب صلاة المسافر فى مسألة تفضيل القصر على الاتمام وفى غيرها ، وقد أشار المصنف الى هذا بقوله : يجوز المسح ولم يقل يسن أو يستحب ، ودليل تفضيل غسل الرجل أنه الذى واظب عليه النبى صلى الله عليه وسلم فى معظم الأوقات ، ولأن غسل الرجل هو الأصل فكان أفضل كالوضوء مع التيمم فى موضع جواز التيمم ، وهو اذا وجد فى السفر ماء يباع بأكثر من ثمن المثل فله التيمم ، فلو اشتراه وتوضأ كان أفضل ، صرح به البغوى وغيره ، هذا مذهبنا وبه قال أبو حنيفة ومالك . وروى ابن المنذر عن عمر بن الخطاب وابنه رضى الله عنهما تفضيل غسل الرجل أيضا ورواه البيهقى عن أبى أيوب الأنصارى أيضا .

وقال الشعبى والحكم وحماد : المسح أفضل وهو أصح الروايتين عن أحمد ، والرواية الأخرى عنه أنهما سواء وهو اختيار ابن المنذر ، واحتج لمن فضل المسح بقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث المغيرة المذكور فى الكتاب : (بهذا أمرنى ربى) وبحديث صفوان الذى ذكره المصنف بعد هذا : « أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا ننزع خفافنا » الحديث ، والأمر اذا لم يكن للوجوب كان ندبا ، ودليلنا ما سبق ، والمراد بالأمر فى الحديثين أمر اباحة وترخيص بدليل ما ذكرناه ويؤيده أن فى رواية من حديث صفوان : « أرخص لنا أن لا ننزع خفافنا » رواه النسائى ، وفى حديث المغيرة تأويل آخر أى أمرنى ببيانه والله أعلم .

(الخامسة) أجمع العلماء على أنه لا يجوز المسح على القفازين فى اليدين والبرقع فى الوجه ، وأما العمامة فمذهبنا أنه لا يجوز المسح عليها وحدها وفيها خلاف للعلماء سبق بيانه بدلائله فى فصل مسح الرأس والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز ذلك فى غسل الجنابة لما روى صفوان بن عسال المرادى رضى الله عنه قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا اذا كنا مسافرين أو سفرا أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليهن الا من جنابة لكن من غائط أو بول أو نوم ثم نحدث بعد ذلك وضوءا » ولأن غسل الجنابة يندر فلا تدعو الحاجة فيه الى المسح على الخف فلم يجز) .

(الشرح) أما حديث صفوان فصحيح رواه الشافعى رحمه الله فى مسنده وفى الأم والترمذى والنسائى وابن ماجه وغيرهم بأسانيد صحيحة ، قال الترمذى : هو حديث حسن صحيح الا أنه ليس فى رواية هؤلاء قوله : « ثم نحدث بعد ذلك وضوءا » وهى زيادة باطلة لا تعرف ، وقوله : « الا من جنابة » هكذا هو أيضا فى كتب الحديث المشهورة « الا » وهى الا التى للاستثناء ، وقال الرويانى صاحب البحر فى باب ما ينقض الوضوء : روى أيضا (لا) من جنابة بحرف لا التى للنفى ، وكلاهما صحيح المعنى لكن المشهور (الا) .

وقوله : « لكن من غائط أو بول أو نوم » كذا وقع فى المهذب بحرف أو والمشهور فى كتب الحديث والفقه لكن من غائط وبول ونوم بالواو ، وفى رواية للنسائى « أرخص لنا أن لا ننزع خفافنا » بدل قوله « يأمرنا » وقوله: لكن من غائط الى آخره ، قال أهل العربية : لفظة لكن للاستدراك تعطف فى النفى مفردا على مفرد وتثبت للثانى ما نفته عن الأول ، تقول ما قام زيد لكن عمرو ، فان دخلت على مثبت احتيج بعدها الى جملة ، تقول قام زيد لكن عمرو لم يقم ، فقوله (لا ننزعها الا من جنـابة لكن من غائط وبول ونوم) معناه أرخص لنا فى المسح مع هذه الثلاثة ولم نؤمر بنزعها الا فى حال الجنابة ، وفيه محذوف تقديره : لكن لا ننزع من غائط وبول ونوم ، لأن تقدير الأول أمرنا بنزعها من الجنابة • وفائدة هذا الاستدراك بيان الأحوال التى يجوز فيها المسح ونبه بالغائط والبول والنوم على ما فى معناها من باقى أنواع الحدث الأصغر وهى زوال العقل بجنون وغيره ولمس النساء ومس فرج الآدمى ، ونبه بالجنابة على ما فى معناها من الحدث الأكبر فيدخل فيه الحيض والنفاس ، وقد يؤخذ من ذكر الأحوال الثلاثة أنه لا يجوز المسح على الخف، عن النجاسة والله أعلم •

وعسال والد صفوان هو بعين ثم سين مشددة مهملتين ، وصفوان هـذا من كبار الصحابة رضى الله عنهم غزا مع النبى صلى الله عليـه وسلم اثنتى عشرة غزوة ، سكن الكوفة ، وقوله : « مسافرين أو سفرا » شك من الراوى هل قال : مسافرين أو قال سفرا ، وهما بمعنى واحد ، ولكن لما شك الراوى أيهما قال ، احتاط فتردد ولم يجزم بأحدهما وهكذا صوابه سفرا براء منونه ويكتب بعدها ألف ولا يجوز غير هذا بلا خلاف ، وربما غلط فيـه فقيل سفرى بالياء وهذا خطأ فاحش وتصحيف قبيح • قال الخطابى وغيره : قوله سفرا جمع سافر كما يقال راكب وركب وصاحب وصحب وقيل : انه لم ينطق بواحده الذى هو سافر بل قدروه ، وقيل نطق به والله أعلم •

وفى هذا الحديث فوائد (احداها) جواز مسح الخف (الثـانية) أنه مؤقت (الثالثة) أن وقته للمسافر ثلاثة أيام ولياليهن وجاء فى رواية البيهقى وغيره فى هذا الحديث وللمقيم يوم وليلة (الرابعة) أنه لا يجوز المسح فى

غسل الجنابة وما فى معناه من الأغسال الواجبة والمسنونة (الخامسة) جوازه فى جميع أنواع الحدث الأصغر (السادسة) أن الغائط والبول والنوم ينقض الوضوء وهو محمول على نوم غير ممكن مقعده (السابعة) أنه يؤمر بالنزع للجنابة فى أثناء المدة حتى لو غسل الرجل فى الخف ثم أحدث وأراد المسح لم يجز ، وفيه غير ذلك من الفوائد ، وهو حديث طويل ، وقد يقتصرون على رواية هذا القدر الذى ذكره المصنف منه والله أعلم •

(أما حكم مسألة الكتاب) فهو أنه لا يجزىء المسح على الخف فى غسل الجنابة ، نص عليه الشافعى واتفق عليه الأصحاب وغيرهم ولا أعلم فيه خلافا لأحد من العلماء ، وكذا لا يجزىء مسح الخف فى غسل الحيض والنفاس والولادة ولا فى الأغسال المسنونة كغسل الجمعة والعيد وأغسال الحج وغيرها نص عليه الشافعى واتفق عليه الأصحاب •

قال أصحابنا : ولو دميت رجله فى الخف فوجب غسلها لا يجزيه المسح على الخف بدلا عن غسلها ، وهذا لا خلاف فيه وكل هذا مستنبط من حديث صفوان كما سبق ، قال أصحابنا : واذا لزمه غسل جنابة أو حيض ونفاس فصب الماء فى الخف فاغتسلت الرجلان ارتفعت الجنابة عنهما وصحت صلاته، ولكن لو أحدث لم يجز له المسح حتى ينزع الخف فيلبسه طاهرا ، وكذا بعد انقضاء المدة لو غسل الرجل فى الخف صح وضوءه ولكن لا يجوز المسح بعده حتى ينزعه ، وكل هذا لا خلاف فيه ولو دميت رجله فى الخف فغسلها فيه جاز المسح بعده ولا يشترط نزعه ، ذكره البغوى والرافعى وغيرهما وأطلق الشافعى فى الأم والقاضى أبو الطيب والدارمى والمتولى والرويانى وغيرهم وجوب النزع اذا أصاب الرجل نجاسة ، ولعل مرادهم اذا لم يمكن الغسل فى الخف ، والفرق بين الجنابة والنجاسة أن الشرع أمر بنزع الخف للجنابة فى حديث صفوان ، ولم يأمر به للنجاسة والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وهل هو مؤقت أم لا ، فيه قولان قال فى القديم : غير مؤقت لما روى أبى بن عمارة رضى الله عنه قال : « قلت يا رسول الله أمسح على الخف ؟ قال : نعم ، قلت : يوما ؟ قال : ويومين ، قلت : وثلاثة ؟ قال : نعم وما شئت »

وروى : « وما بدا لك » وروى : « حتى بلغ سبعا قال : نعم وما بدا لك » ولأنه مسح بالماء فلم يتوقت كالمسح على الجبائر ، ورجع عنه قبل أن يخرج الى مصر ، وقال : يمسح المقيم يوما وليلة ، والمسافر ثلاثة أيام ولياليهن لما روى علي رضى الله عنه : «أن النبى صلى الله عليه وسلم جعل للمسافر أن يمسح ثلاثة أيام ولياليهن وللمقيم يوما وليلة » ولأن الحاجة لا تدعو الى أكثر من ذلك [1] فلم تجز الزيادة عليه) .

(الشرح) أما حديث على فصحيح رواه مسلم وأما حديث أبى بن عمارة فرواه أبو داود ، والدارقطنى والبيهقى وغيرهم من أهل السنن واتفقوا على أنه ضعيف مضطرب لا يحتج به ، وعمارة بكسر العين وضمها وجهان مشهوران ، ممن ذكرهما من أئمة هذا الفن أبو عمر بن عبد البر فى كتابه الاستيعاب والبيهقى فى السنن ومن المتأخرين الحافظ عبد الغنى المقدسى وآخرون ، واتفقوا على أن الكسر أفصح وأشهر ، ولم يذكر ابن ماكولا وآخرون غير الكسر ، رواه البيهقى عن أبى عبيد القاسم بن سلام وخالفهم ابن عبد البر فقال الضم هو قول الأكثرين ، قالوا : وليس فى الأسماء عمارة بكسر العين غيره ، وقد بسطت بيانه فى تهذيب الأسماء .

وقوله : « وما بدا لك » هو بألف ساكنة قال أهل اللغة يقال : بدا له فى هذا الأمر بداء بالمد أى حدث له رأى لم يكن ، ويقال : رجل له بدوات والبداء محال على الله تعالى بخلاف النسخ . وأما قوله : لأنه مسح بالماء فلم يتوقت ، فاحتراز من التيمم ، وقوله كالمسح على الجبائر ، معناه أنه لا يتوقت قولا واحدا وبهذا قطع العراقيون وفيه خلاف ضعيف ذكره الخراسانيون سنوضحه فى باب التيمم ان شاء الله تعالى .

(أما حكم المسألة) فاتفق أصحابنا على أن المذهب الصحيح توقيت المسح ، وأن القديم فى ترك التوقيت ضعيف واه جدا ، ولم يذكره كثيرون من الأصحاب فعلى القديم لا يتوقت المسح بالأيام ، لكن لو أجنب وجب النزع ، كذا نقله ابن القاص فى التلخيص عن القديم ونقله أيضا القفال فى

(1) فى نسخة الركبى (من يوم وليلة) (طـ) .

شرحه وصاحبا الشامل والبحر ولا تفريع على هـذا القديم ، وانما تتفرع المسائل فى هذا الباب وغيره على أن المسح مؤقت فعلى هذا للمسافر ثلاثة أيام بلياليهن وللمقيم يوم وليلة بلا خلاف • قال أصحابنا : وله أن يصلى فى مدة المسح ما شاء من الصلوات فرائض الوقت والقضاء والنذر والتطوع بلا خلاف ، قال أصحابنا : فأكثر ما يمكن المقيم أن يصلى بالمسح من فرائض الوقت سبع صلوات اذا جمع الصلاتين فى المطر ، فان لم يحـدث فى نصف اليوم الأول فى أول الوقت ويصلى ، ثم فى اليوم الثـانى والثالث والرابع مسح وصلى فى أول الوقت ، هذا مذهبنا •

وحكى ابن المنذر عن الشعبى وأبى ثور ، واسحاق وسليمان بن داود أنه لا يصلى بالمسح الا خمس صلوات ان كان مقيما وان كان مسافرا فخمس عشرة وحكاه أصحابنا عن داود ، وهذا مذهب باطل والأحاديث الصحيحة فى التوقيت بالزمان ترده والله أعلم •

(فـرع) المراد بالمسافر الذى يمسح ثلاثة أيام ولياليهن المسـافر سفرا طويلا ، وهو السفر الذى تقصر فيه الصلاة وهو ثمانية وأربعون ميلا بالهاشمى ، وقدره بالمراحل مرحلتان قاصدتان كما سيأتى بيانه واضحا فى باب صلاة المسافر ان شاء الله تعالى ، وهذا الذى ذكرناه من أن المسح ثلاثة أيام لا يكون الا فى سفر تقصر فيه الصلاة متفق عليه ، فمن الأصحاب من بينه هنا ، ومنهم من بينه فى باب التيمم ومنهم من بينه فى باب استقبال القبلة عند ذكرهم التنفل على الراحلة فى السفر وجمهورهم بينوه فى باب صـلاة المسافر ، وخالفهم المصنف فلم يبينه فى موضع من هذه المذكورات ، وبينـه فى ثلاثة مواضع غيرها من المهذب • (أحدها) مسألة نقـل الزكاة فى باب قسم الصدقات (والثانى) فى سفر أحد الأبوين بالولد فى باب الحضـانة (والثالث) فى مسألة تغريب الزانى ، فبين فى هذه المواضع الثلاثة أن مسح الخف ثلاثة أيام انما يجوز فى سفر طويل ، قال أصحابنا : الرخص المتعلقة بالسفر ثمان : ثلاثة تختص بالطويل وهى القصر والفطر فى رمضان ومسح الخف ثلاثة أيام ، وثنتان تجوزان فى الطويل والقصير وهما ترك الجمعة وأكل الميتة ، وثلاث فى اختصاصها بالطـويل قولان وهى الجمع بين الصـلاتين

واسقاط الفرض بالتيمم وجواز التنفل على الراحلة والأصح اختصاص الجمع بالسفر الطويل دون الآخرين ، وسيأتى ايضاح كل ذلك فى مواضعه ان شاء الله تعالى ، ويأتى قريبا بيان صحة قول الأصحاب أكل الميتة من رخص السفر قال الشيخ أبو حامد فى تعليقه فى باب استقبال القبلة : « السفر القصير الذى يبيح التنفل على الراحلة والتيمم وغيرهما هو مثل أن يخرج الى ضيعة له مسيرة ميل أو نحوه » هذا لفظه وكذا قال غيره .

(فرع) فى مذاهب السلف فى توقيت مسح الخف

قد ذكرنا أن الصحيح من مذهبنا والذى عليه العمل والتفريع أنه مؤقت للمسافر ثلاثة أيام بلياليها وللمقيم يوم وليلة ، وبهذا قال أبو حنيفة وأحمد وأصحابهما وجمهور العلماء من الصحابة والتابعين فمن بعدهم ، قال أبو عيسى الترمذى : التوقيت ثلاثا للمسافر ويوما وليلة للمقيم هو قول عامة العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم ، وقال الخطابى : التوقيت قول عامة الفقهاء ، قال ابن المنذر : وممن قال بالتوقيت عمر وعلى وابن مسعود وابن عباس وأبو زيد الأنصارى وشريح وعطاء والثورى وأصحاب الرأى وأحمد واسحق وحكاه أصحابنا أيضا عن الحسن بن صالح والأوزاعى وأبى ثور . وقالت طائفة : لا توقيت ويمسح ما شاء . حكاه أصحابنا عن أبى سلمة بن عبد الرحمن والشعبى وربيعة والليث وأكثر أصحاب مالك وهو المشهور عن مالك ، وفى رواية عنه أنه مؤقت ، وفى رواية مؤقت للحاضر دون المسافر ، قال ابن المنذر : وقال سعيد بن جبير : يمسح من غدوه الى الليل .

واحتج من قال لا توقيت بما ذكره المصنف من حديث أبى بن عمارة والقياس على الجبيرة وبحديث ابراهيم النخعى عن أبى عبد الله الجدلى عن خزيمة بن ثابت قال جعل لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا ولو استزدناه لزادنا ، يعنى المسح على الخفين للمسافر ، وبحديث أنس بن مالك أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا توضأ أحدكم ولبس خفيه فليصل فيهما وليمسح عليهما ثم لا يخلعهما ان شاء الا من جنابة » وبحديث عقبة بن عامر قال : « خرجت من الشام الى المدينة يوم الجمعة فدخلت على عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال : متى أولجت خفيك فى رجليك ؟ قلت : يوم الجمعة قال

فهل نزعتهما ؟ قلت : لا قال : أصبت السنة » وفى رواية قال : « لبستهما يوم الجمعة واليوم يوم الجمعة ثمان قال : أصبت السنة » رواه البيهقى وغيره وعن ابن عمر أنه كان لا يوقت فى الخفين وقتا .

واحتج أصحابنا والجمهور بأحاديث كثيرة صحيحة فى التوقيت منها حديث على المذكور فى الكتاب رواه مسلم وبحديث صفوان بن عسال السابق وهو صحيح كما بيناه ، وبحديث أبى بكرة : « أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن المسح على الخفين فقال : للمسافر ثلاثة أيام ولياليهن وللمقيم يوم وليلة » وهو حديث حسن قال البيهقى قال الترمذى قال البخارى : هو حديث حسن . وبحديث خزيمة بن ثابت قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فى المسح على الخفين : للمسافر ثلاث وللمقيم يوم » حديث صحيح رواه أبو داود والترمذى وغيرهما قال الترمذى : حديث حسن صحيح . وبحديث عوف بن مالك الأشجعى : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر فى غزوة تبوك بالمسح على الخفين ثلاثة أيام ولياليهن المسافر ، وللمقيم يوم وليلة » قال البيهقى : قال الترمذى : قال البخارى : (هذا الحديث حسن) والأحاديث فى التوقيت كثيرة .

وأما الجواب عن احتجاج الأولين بحديث أبى بن عمارة فهو أنه ضعيف بالاتفاق كما سبق بيانه ولو صح لكان محمولا على جواز المسح أبدا بشرط مراعاة التوقيت ، لأنه انما سأل عن جواز المسح لا عن توقيته فيكون كقوله صلى الله عليه وسلم « الصعيد الطيب وضوء المسلم ولو الى عشر سنين » فان معناه أن له التيمم مرة بعد أخرى وان بلغت مدة عدم الماء عشر سنين ، وليس معناه أن مسحة واحدة تكفيه عشر سنين ، فكذا هنا .

والجواب عن حديث خزيمة أنه ضعيف بالاتفاق ، وضعفه من وجهين (أحدهما) أنه مضطرب (والثانى) أنه منقطع قال شعبة : لم يسمع ابراهيم من أبى عبد الله الجدلى قال البخارى : ولا يعرف للجدلى سماع من خزيمة قال البيهقى : قال الترمذى : سألت البخارى عن هذا الحديث فقال : لا يصح . ولو صح لم تكن فيه دلالة لأنه ظن أن لو استزاده لزاده ،

والأحكام لا تثبت بهذا . وأما حديث أنس فضعيف رواه البيهقى وأشار الى تضعيفه ، وأما الرواية عن عمر فرواها البيهقى ثم قال : قد روينا عن عمر التوقيت فاما أن يكون رجع اليه حين بلغه التوقيت عن النبى صلى الله عليه وسلم واما أن يكون قوله الموافق للسنة الصحيحة المشهورة أولى ، المروى عن ابن عمر يجاب عنه بهذين الجوابين والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان السفر معصية لم يجز أن يمسح أكثر من يوم وليلة لأن ما زاد يستفيده بالسفر وهو [1] معصية فلا يجوز أن يستفاد بها رخصة) .

(الشرح) اذا كان سفره معصية كقطع الطريق واباق العبد ونحوهما لم يجز أن يمسح ثلاثة أيام بلا خلاف لما ذكره المصنف ، وهل يجوز يوما وليلة أم لا يستبيح شيئا أصلا ؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد فى باب صلاة المسافر والماوردى والشيخ نصر المقدسى والشاشى هنا وحكاهما البندنيجى والغزالى وآخرون فى باب صلاة المسافر أصحهما : يجوز ، وبه قطع جمهور المصنفين كما أشار اليه المصنف ، لأن ذلك جائز بلا سفر ، والثانى : لا يجوز تغليظا عليه كما لا يجوز له أكل الميتة بلا خلاف ، فان أراد الأكل والمسح فليتب وحكى الماوردى هذين الوجهين فى العاصى بسفره وفى الحاضر المقيم على معصية ، قال : وبالجواز قال ابن سريج وبالمنع قال أبو سعيد الاصطخرى ، وهذا الوجه فى المقيم غريب والمشهور القطع بالجواز ، ونقل البندنيجى والرافعى الوجهين أيضا فى العاصى بالاقامة كعبد أمره سيده بالسفر فأقام ، ويقال رخصة ورخصة باسكان الخاء وضمها وجهان مشهوران فى كتب اللغة والله أعلم .

(فرع) قال ابن القاص وسائر أصحابنا : لا يستبيح من سفره معصية شيئا من رخص السفر ، من القصر والفطر والمسح ثلاثا والجمع والتنفل على الراحلة وترك الجمعة وأكل الميتة الا التيمم اذا عدم الماء ففيه

---

(١) فى نسخة الركبى : (والسفر معصية) (ط) .

ثلاثة أوجه ، الصحيح أنه يلزمه التيمم وتجب اعادة الصلاة ، فوجوب التيمم لحرمة الوقت والاعادة لتقصيره بترك التوبة (والثاني) يجوز التيمم ولا تجب الاعادة (والثالث) يحرم التيمم ويأثم بترك الصلاة اثم تارك لها مع امكان الطهارة لأنه قادر على استباحة التيمم بالتوبة من معصيته • قال ابن القاص والقفال وغيرهما : ولو وجد العاصي بسفره ماء فاحتاج اليه للعطش لم يجز له التيمم بلا خلاف ، قالوا : وكذا من به قروح يخاف من استعمال الماء الهلاك وهو عاص بسفره لا يجوز له التيمم لأنه قادر على التوبة وواجد للماء ، قال القفال فى شرح التلخيص : فان قيل : كيف حرمتم أكل الميتة على العاصي بسفره مع أنه يباح للحاضر فى حال الضرورة وكذا لو كان به قروح فى الحضر جاز التيمم ؟ •

فالجواب أن أكل الميتة وان كان مباحا فى الحضر عند الضرورة لكن سفره سبب لهذه الضرورة وهو معصية فحرمت عليه الميتة فى الضرورة كما لو سافر لقطع الطريق فجرح لم يجز له التيمم لذلك الجرح مع أن الجريح الحاضر يجوز له التيمم • فان قيل : تحريم الميتة واستعمال الجريح الماء يؤدى الى الهلاك فجوابه ما سبق أنه قادر على استباحته بالتوبة ، هذا كلام القفال وقال الشيخ أبو حامد فى باب استقبال القبلة من تعليقه قال بعض أصحابنا : جواز أكل الميتة لا يختص بالسفر لأن للمقيم أكلها عند الضرورة ، قال أبو حامد : وهذا غلط لأن الميتة التى تحل فى السفر بسبب السفر غير التى تحل فى الحضر ، ولهذا لا تحل الميتة لعاص بسفره ، وتحل للمقيم على معصيته عند الضرورة ، هذا كلام أبى حامد ، وفى المسألة تفريع وكلام سنوضحه فى باب صلاة المسافر ان شاء الله تعالى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويعتبر ابتداء المدة من حين يحدث بعد لبس الخف لأنها عبادة مؤقتة فكان ابتداء وقتها من حين جواز فعلها كالصلاة) •

(الشرح) مذهبنا أن ابتداء المدة من أول حدث بعد اللبس فلو أحدث ولم يمسح حتى مضى من بعد الحدث يوم وليلة أو ثلاثة ان كان

مسافرا انقضت المدة ولم يجز المسح بعد ذلك حتى يستأنف لبسا على طهارة وما لم يحدث لا تحسب المدة ، فلو بقى بعد اللبس يوما على طهارة اللبس ثم أحدث استباح بعد الحدث يوما وليلة ان كان حاضرا ، وثلاثة أيام ولياليها ان كان مسافرا ، هذا مذهبنا ومذهب أبى حنيفة وأصحابه وسفيان الثورى وجمهور العلماء ، وهو أصح الروايتين عن أحمد وداود وقال الأوزاعى وأبو ثور : ابتداء المدة من حين يمسح بعد الحدث وهو رواية عن أحمد وداود وهو المختار الراجح دليلا واختاره ابن المنذر ، وحكى نحوه عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وحكى الماوردى والشاشى عن الحسن البصرى أن ابتداءها من اللبس . واحتج القائلون من حين المسح بقوله صلى الله عليه وسلم : « يمسح المسافر ثلاثة أيام » وهى أحاديث صحاح كما سبق ، وهذا تصريح بأنه يمسح ثلاثة ، ولا يكون ذلك الا اذا كانت المدة من المسح ولأن الشافعى رضى الله عنه قال : اذا أحدث فى الحضر ومسح فى السفر أتم مسح مسافر فعلق الحكم بالمسح .

واحتج أصحابنا برواية رواها الحافظ القاسم بن زكريا المطرزى فى حديث صفوان من أن الحدث الى الحدث وهى زيادة غريبة ليست ثابتة ، وبالقياس الذى ذكره المصنف . وأجابوا عن الأحاديث بأن معناها أنه يجوز المسح ثلاثة أيام ونحن نقول به اذا مسح عقب الحدث فان أخر فهو مفوت على نفسه .

وأما قولهم اذا أحدث فى الحضر ومسح فى السفر أتم مسح مسافر ، فجوابه أن الاعتبار فى المدة بجواز الفعل ومن الحدث جاز الفعل ، والاعتبار فى العبادة بالتلبس بها وقد وجد ذلك فى مسألة المسافر فى السفر والدليل على هذا أن من دخل وقت الصلاة وهو حاضر ثم سافر فى الوقت فله القصر ، ومن دخل الصلاة فى الحضر ثم سارت به السفينة يتم فدخول وقت المسح كدخول وقت الصلاة وابتداء المسح كابتداء الصلاة . واحتج بعض أصحابنا بأنه انما يحتاج الى الترخص بالمسح من حين يحدث ، وهذا فاسد فانه يحتاج بمجرد اللبس لتجديد الوضوء والله أعلم .

واعلم أنه اذا لبسه ثم أراد تجديد الوضوء قبل أن يحدث جاز له المسح

فلا تحسب عليه المدة حتى يحدث والله أعلم • وأما قول المصنف : عبادة مؤقتة فقيل احتراز عن الوضوء والغسل وقيل : ليس باحتراز بل تقريب للفرع من الأصل ، وقيل : انه ينتقض بالزكاة فانه يجوز تعجيلها وليس بمنتقض بها ، لأنه قال : من حين جواز فعلها لا من حين وجوبه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان لبس الخف فى الحضر وأحدث ومسح ثم سافر أتم مسح مقيم ، لأنه بدأ بالعبادة فى الحضر فلزمه حكم الحضر كما لو أحرم بالصلاة فى الحضر ثم سافر ، وان أحدث فى الحضر ثم سافر ومسح فى السفر قبل خروج وقت الصلاة أتم مسح مسافر من حين أحدث فى الحضر ، لأنه بدأ بالعبادة فى السفر فثبت له رخصة السفر ، وان سافر بعد خروج وقت الصلاة ثم مسح ففيه وجهان ، قال أبو اسحق : يتم مسح مقيم لأن خروج وقت الصلاة عنه فى الحضر بمنزلة دخوله فى الصلاة فى وجوب الاتمام فكذا فى المسح • وقال أبو على بن أبى هريرة : يتم مسح مسافر لأنه تلبس بالمسح وهو مسافر فهو كما لو سافر قبل خروج الوقت ، ويخالف الصلاة لأنها [1] تفوت وتقضى ؛ فاذا فاتت فى الحضر ثبتت فى الذمة صلاة الحضر فلزمه قضاؤها والمسح لا يفوت ولا يثبت فى الذمة فصار كالصلاة قبل فوات الوقت) •

(الشرح) فى هذه القطعة أربع مسائل (احداها) لبس الخف فى الحضر وسافر قبل الحدث فيمسح مسح مسافر بالاجماع (الثانية) لبس وأحدث فى الحضر ثم سافر قبل خروج وقت الصلاة فيمسح مسح مسافر أيضا عندنا وعند جميع العلماء الا ما حكاه أصحابنا عن المزنى أنه مسح مقيم ؛ قال القاضى أبو الطيب : كذا حكاه الداركى عن المزنى وهو غلط ، بل مذهب المزنى كمذهبنا مسح مسافر ، فان قيل : قد تلبس بالمدة فى الحضر، قلنا : الحضر انما يؤثر فى العبادة وهى المسح لا فى المدة •

(الثالثة) أحدث فى الحضر ثم سافر بعد خروج الوقت فهل يمسح مسح

---

(١) فى نسخة الركبى (لأن الصلاة تفوت وتقضى) (ط) •

مسافر أم مقيم ؟ فيه الوجهان اللذان ذكرهما المصنف بدليلهما الصحيح مسح مسافر صححه جميع المصنفين وقاله مع ابن أبى هريرة جمهور المتقدمين •

(الرابعة) أحدث ومسح فى الحضر ثم سافر قبل تمام يوم وليلة فمذهبنا أنه يتم يوما وليلة من حين أحدث وبه قال مالك واسحق وأحمد وداود فى رواية عنهما • وقال أبو حنيفة والثورى يتم مسح مسافر وهى رواية عن أحمد وداود •

واحتج الأصحاب بما ذكره المصنف وهو أنها عبادة اجتمع فيها الحضر والسفر فتغلب حكم الحضر كما لو أحرم بالصلاة فى سفينة فى البلد فسارت وفارقت البلد وهو فى الصلاة فانه يتمها صلاة حضر باجماع المسلمين وهذا القياس اعتمده أصحابنا • وفيه سؤال ظاهر ، فيقال : كيف صورة مسألة الصلاة فانه ان أحرم بنية القصر لم تنعقد صلاته ، وهذا متفق عليه عندنا صرح به أصحابنا الا امام الحرمين فانه ذكر فيه فى باب صلاة المسافر احتمالين ، والمذهب البطلان وان أحرم بالظهر مطلقا أو بنية الاتمام فالاتمام واجب لكن ليس سببه اجتماع الحضر والسفر ، بل سببه فقد شرط القصر وهو نية القصر عند الاحرام بالصلاة ، وهذا سؤال حسن •

والجواب أن صورته أن يحرم بالصلاة مطلقا وتحصل به الدلالة من وجهين (أحدهما) أن الحكم وهو اتمام الصلاة معلل بعلتين (احداهما) اجتماع الحضر والسفر (والثانية) فقد نية القصر • (والوجه الثانى) أن مراد الأصحاب الزام أبى حنيفة رضى الله عنه فانه وافقنا على وجوب الاتمام فى هذه المسألة ومذهبه أن القصر عزيمة لا يحتاج الى نية فليس لوجوب الاتمام عنده سبب الا اجتماع الحضر والسفر ، فأوجب الاتمام تغليبا للحضر فينبغى أن يكون المسح مسح مقيم تغليبا للحضر والله أعلم •

(فرع) اذا مسح أحد خفيه فى الحضر ثم سافر ومسح الآخر فى السفر فهل يمسح مسح مقيم أم مسافر ؟ فيه وجهان (أحدهما) مسح مسافر ، وبه قطع القاضى حسين والبغوى والرافعى قال القاضى : وضابط ذلك أنه متى سافر قبل كمال الطهارة مسح مسح مسافر لأنه لم يتم المسح

فى الحضر فكأنه لم يأت شىء منه (والوجه الثانى) مسح مقيم وبه قطع المتولى وصححه الشاشى وهو الصحيح أو الصواب لأنه تلبس بالعبادة فى الحضر واجتمع فيها الحضر والسفر ، فغلب حكم الحضر ، وهذه العلة التى اعتمدها الأصحاب فى أصل المسألة كما سبق والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان [1] مسح فى السفر ثم أقام أتم مسح مقيم ، وقال المزنى : ان مسح يوما وليلة يمسح ثلث يومين وليلتين وهو ثلثا يوم وليلة ، لأنه لو مسح ثم أقام فى الحال مسح ثلث ما بقى وهو يوم وليلة ، فاذا بقى له يومان وليلتان وجب أن يمسح ثلثهما ووجه المذهب أنه عبادة تتغير بالسفر والحضر . فاذا اجتمع فيها السفر والحضر غلب حكم الحضر ولم يقسط عليهما كالصلاة) .

(الشرح) مذهب الشافعى رحمه الله الذى لا خلاف فيه بين أصحابه أنه اذا مسح فى السفر ثم أقام أتم مسح مقيم ، فان كان قد مضى بعد الحدث دون يوم وليلة تممهما وان كان مضى يوم وليلة وأكثر فى السفر انقضت المدة بمجرد قدومه وحكم انقضاء المدة معروف ، قال أصحابنا : فان كان مسح فى سفر أكثر من يوم وليلة ثم قدم فصلواته فى السفر كلها صحيحة بلا خلاف وانما يحكم بانقضاء المدة بالقدوم . قالوا : ولو قدم فى أثناء الصلاة فى سفينة بعد مضى يوم وليلة فى السفر بطلت صلاته بمجرد القدوم بلا خلاف لأن انقضاء المدة فى أثناء الصلاة يبطلها فانه يوجب غسل القدمين أو كمال الوضوء ، قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم والأصحاب : ولو نوى المسافر الاقامة وهو فى أثناء الصلاة بعد مضى يوم وليلة بطلت صلاته ، وان كان قبل مضيها لم تبطل ، ودليل أصل المسألة هو ما ذكره المصنف وهو اجتماع الحضر والسفر ، هذا عمدة الأصحاب فى المسألة .

وأما مذهب المزنى فذكره المصنف وشيخه القاضى أبو الطيب وجماعة ولم يذكره الأكثرون . قال صاحب الشامل : ذكره المزنى فى مسائله المعتبرة على الشافعى . قال القاضى أبو الطيب والمحاملى : قال أبو العباس بن سريج فى

---

(١) فى نسخة الركبى (وان احدث فى السفر ومسح ثم اقام) (ط) .

التوسط بين الشافعي والمزني : ان كان المزني يذهب الى أن القياس هـذا ولكن ترك للاجماع أو غيره فليس بيننا وبينه كبير خلاف ، وان كان يذهب الى أنه يحكم بهذا فهو خلاف الاجماع • وهذا الذى قاله ابن سريج تصريح بانعقاد الاجماع على خلاف قول المزني فيكون دليلا آخر عليه ، ثم ضابط مذهب المزني أنه يمسح ثلث ما بقى من المدة والله أعلم •

ويقال : بقى بكسر القاف وبقى بفتحها فالفتح لغـة طيء والكسر هو الأفصح الأشهر وهو لغة سائر العرب وبه جاء القرآن قال الله تعالى : (وذروا ما بقى من الربا [1]) • وقول المصنف : (يغلب حـكم الحضر ولا يقسط عليهما كالصلاة) يعنى لمن صلى فى سفينة فى السفر فدخلت دار الاقامة وقد صلى ركعة فانه يلزمه الاتمام بالاجماع ولا يوزع ، فيقـال : يتمها ثلاث ركعات ، ونقض ابن الصباغ على المزني أيضا بمن مسح نصف يوم فى الحضر ثم سافر فانه يبنى على الأقل ولا يقسط • وقوله : ولو مسح ثم أقام لا فرق فيه من أن يصير مقيما بوصوله دار اقامته أو يقيم فى أثناء سفره فى بلد بنية اقامة أربعة أيام غير يومى الدخول والخروج فأما ان نوى فى أثنـاء سفره اقامة دون أربعة أيام فانه يتم مدة مسافر لأن رخص السفر باقية والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان شك هل مسح فى الحضر أو السفر ؟ بنى الأمر على أنه مسـح فى الحضر ، لأن الأصل غسل الرجل والمسح رخصـة بشرط فاذا لم يتيقن شرط الرخصة رجع الى أصل الفرض وهو الغسل وان شك هل أحدث فى وقت الظهر أو فى وقت العصر ؟ بنى الأمر على أنه أحدث فى وقت الظهر لأن الأصل غسل الرجلين فلا يجوز المسح الا فيما تيقنه) •

(الشرح) هاتان المسألتان نص عليهما الشافعي رضى الله عنه فى الأم هكذا ، واتفق الأصحاب عليهما ونقل الاتفـاق عليهما امام الحرمين وحكى الماوردى والرويانى عن المزني أنه قال : تكون المدة من العصر لأن الأصـل بقاء مدة المسح واحتج الأصحاب بما احتج به المصنف وهو أن الأصل غسل

(1) الآية ٢٧٨ من سورة البقرة •

الرجل ، ثم ضابط المذهب أنه متى شك فى ابتداء المدة أو انقضائها بنى على ما يوجب غسل الرجلين لأنه أصل متيقن فلا يترك بالشك • قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم والأصحاب : فان حصل له هذا الشك ثم تذكر أنه مسح فى السفر أو أنه لم تنقض المدة فله أن يصلى بذلك اللبس ويستبيح المسح الى تمام المدة التى تذكرها قالوا : فان كان صلى فى حال الشك لزمه أعادة ما صلى فى حال الشك ، لأنه صلى وهو يعتقد أنه يلزمه الطهارة فلزمه الاعادة كما لو تيقن الحدث وشك فى الطهارة وصلى على شكه ثم تيقن أنه كان متطهرا فانه يلزمه الاعادة بلا خلاف لأنه صلى شاكا من غير أصل يبنى عليه ، وكما لو صلى شاكا فى دخول الوقت بغير اجتهاد فوافقه يلزمه الاعادة •

وهذا الذى ذكرناه من وجوب اعادة ما صلى فى حال شكه فى بقاء مدة المسح متفق عليه قال أصحابنا ولا يجوز له أن يمسح فى مدة الشك بل ينزع الخف ويستأنف المدة فلو مسح مع الشك ثم تذكر أن المدة لم تنقض لم يصح ذلك المسح بل يلزمه اعادته وفى وجوب استئناف الوضوء قولا تفريق الوضوء ، هكذا قطع به القفال فى شرحه التلخيص ، وصاحبه القاضى حسين فى تعليقه ، وصاحبه البغوى وآخرون ، وحكاه الشاشى فى المعتمد والمستظهرى عن شيخه الشيخ أبى اسحق مصنف الكتاب وخالفهم صاحب الشامل فقال : مسحه فى حال شكه صحيح لأن الطهارة تصح مع الشك فى سببها كما لو شك فى الحدث فتوضأ ينوى رفع الحدث ثم تيقن أنه كان محدثا فانه تجزيه طهارته •

وهذا الذى قاله صاحب الشامل ضعيف أو فاسد لأن العبادة وهى المسح وجدت فى الشك فلم تصح كمسألة الصلاة السابقة وغيرها مما سبق وكما لو شك فى القبلة فصلى بلا اجتهاد فوافق القبلة فانه يلزمه الاعادة بلا خلاف • وأما مسألة الحدث التى احتج بها فان أراد أنه تيقن الطهارة وشك فى الحدث فالأصح أنه اذا بان الحال وتيقن أنه كان محدثا لا يصح وضوءه بل يلزمه اعادته كما سبق بيانه فى باب نية الوضوء ، وان أراد أنه تيقن الحدث وشك فى الطهارة فتوضأ مع شكه فانه يجزيه فليست نظير مسألة المسح ، لأنه يجب عليه الوضوء وقد فعل ما وجب عليه بخلاف مسألة المسح • وأبطل الشاشى

قول صاحب الشامل بنحو ما ذكرته قال : واستشهاده غير صحيح وهو فى غير موضعه ، لأنه اذا شك فى الحدث فهو مأمور بالطهارة اما استحسانا ان كان تيقن الطهارة وشك فى الحدث ، واما ايجابا ان كان عكسه • فاذا كان مأمورا بالطهارة ثم بان الحدث فقد تيقن وجود ما تطهر بسببه بخلاف ماسح الخف، فانه ممنوع منه فى حال شكه والله أعلم •

(فـــرع) فيما يفعل من العبادات فى حال الشك من غير أصل يرد اليه ولا يكون مأمورا به فلا يجزيه وان وافق الصواب • فمن ذلك اذا شك فى دخول وقت الصلاة فصلى بلا اجتهاد فوافق الوقت لا يجزيه وكذا لو شك الأسير ونحوه فى دخول شهر رمضان فصام بلا اجتهاد فوافق رمضان ، أو شك انسان فى القبلة فصلى بلا اجتهـــاد فوافق القبلة ، أو شك المتيمم فى دخول وقت الصلاة فتيمم لها بلا اجتهاد أو طلب الماء شاكا فى دخول الوقت بلا اجتهاد فوافقه أو تيقن الحدث وشك فى الطهارة فصلى شاكا فبـــان أنه كان متطهرا ، أو شك ليلة الثلاثين من شعبان هل هو من رمضان فصام بلا دليل شرعى فوافق رمضان • ففى كل هذه المسائل لايجزيه ما فعله بلا خلاف، ومثله لو وجبت عليه كفارة مرتبة فنوى الصوم من الليل قبل أن يطلب الرقبة ثم طلبها فلم يجدها لا يجزيه صومه الا أن يجدد النية فى الليل بعد العدم • وستأتى هذه المسائل مع نظائرها فى مواطنها ان شاء الله تعالى مبسوطة •

ولو اشتبه ماءان طاهر ونجس فتوضأ بأحدهما بلا اجتهاد وقلنا بالمذهب: انه يجب الاجتهاد فبان أنه الطاهر لم يجزه على الأصح ، وقد سبق بيانه فى باب الشك فى نجاسة الماء فهذه أمثلة يستدل بها على نظائرها وسنوضحها مع نظائرها فى مواطنها ان شاء الله تعالى •

وأما غير العبادات فمنه ما لا يصح فى حال الشك كما فى العبادات ومنه ما يصح ومنه مختلف فيه ، فمن الأول ما اذا أخبر رجل بمولود له فقال : ان كان بنتا فقد زوجتكها أو قال : ان كانت بنتى طلقها زوجها أو مات وانقضت عدتها فقد زوجتكها أو كان تحتـــه أربعة نســـوة فقال له رجل : ان كانت احداهن ماتت فقد زوجتك بنتى فبان الأمر كما قدر لم يصح النكاح على

المذهب وبه قطع الجمهور وقيل فيه وجهان • ومن الثانى ما اذا رأى امرأة وشك هل هى زوجته أم أجنبية ؟ فقال : أنت طالق أو أنت حرة نفذ الطلاق والعتق بلا خلاف ومن الثالث اذا باع مال مورثه ظانا حياته فبان ميتا أو باع مالا يظنه لأجنبى فبان أن وكيله كان اشتراه له أو بان أن مالكه وكله فى بيعه ولم يعلم ففى صحته وجهان ، وقيل قولان أصحهما الصحة ولكل واحد من هذه الأقسام نظائر سنذكرها واضحة بفروعها فى مواضعها ان شاء الله تعالى والله أعلم •

(فـرع) ذكر صاحب التلخيص والقفال وآخرون من الأصحاب فى هذا الموضع مسائل تتعلق بمسألة الشك فى المسح وهى أن الأصـل يترك بالشك فى مسائل معدودة ، وقد قدمت أنا المسائل التى ذكروها مع الكلام عليها وضممت اليها نظائرها فى آخر باب الشك فى نجاسة الماء وبالله التوفيق•

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان لبس خفيه وأحدث ومسح وصلى الظهر والعصر والمغرب والعشاء ثم شك هل كان مسحه قبل الظهر أو بعده ؟ بنى الأمر فى الصلاة أنه صلاها قبل المسح فتلزمه الاعادة لأن الأصل بقاؤها فى ذمته وبنى الأمر فى المدة أنها من الزوال ليرجع الى الأصل وهو غسل الرجلين) •

(الشرح) هـذه المسألة معدودة فى مشكلات المهذب مشـهورة بالاشكال ، واشكالها من وجهين (أحدهما) أنه قال : مسح وصلى الظهر فجعله مصليا للظهر وانه شك هل صلاها بوضوء أم لا ؟ وأوجب اعادتهـا ، وقد علم من طريقته وطريقة سائر العراقيين والصحيح عند الخراسانيين أن الشك بعد فراغ الصلاة لا يوجب الاعادة ، وقد صرح به المصنف فى باب سجود السهو •

(الاشكال الثانى) أنه قال : ثم شك هل كان مسحه قبـل الظهر أو بعدها ؟ فجعل الشك فى نفس المسح ووقته وربط به حكم المدة وقد تقرر أن مدة المسح تعتبر من الحدث لا من المسح ، فأجاب صاحب البيان فى كتـابه

مشكلات المهذب عن الاشكال الأول فقال : ليست هذه المسألة على ظاهرها وأنه تيقن أنه صلى الظهر وشك فى الطهارة لها فان من شك هل صلى بطهارة أم لا لم يلزمه الاعادة كما لو شك هل صلى ثلاثا أم أربعا ؟ قال : بل صورتها أنه تيقن أنه صلى العصر والمغرب والعشاء بطهارة وشك هل كان حدثه قبل الظهر وتوضأ لها وصلاها أم كان حدثه بعدها ولم يصلها فيلزمه أن يصلى الظهر وأن يبنى المدة على أنها من الزوال ، هذا كلام صاحب البيان .

وقال أبو الحسن الزبيدى بفتح الزاى : صورة المسألة أنه لبس خفيه فى الحضر وأحدث فى الحضر قبل استواء الشمس مثلا وصلى الظهر فى وقتها فى الحضر ثم سافر بعد فراغه منها ودخل وقت العصر وهو فى السفر فصلى العصر والمغرب والعشاء ثم شك هل كان مسحه بعد الظهر فى وقت العصر فله مدة المسافرين وعليه قضاء الظهر . وان كان مسحه قبل الظهر فله مدة مقيم وليس عليه قضاء الظهر . فنقول له : يلزمك الأخذ بالأشد وهو أنك صليتها بغير مسح فيجب قضاؤها لأن الأصل بقاؤها فى ذمتك ، والأصل أيضا عدم المسح فالأصلان متفقان على وجوب قضائها . وأما المدة فيبنى على أنها قبل الظهر ليرجع الى الأصل وهو غسل الرجل فوقت الحدث عنده قبل الاستواء معلوم متيقن والظهر صلاها فى الحضر بيقين هذا كلام الزبيدى .

وقال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح : الجواب عن الاشكال الأول أن ذلك مخرج على قول حكاه الخراسانيون أن حصول مثل هذا الشك بعد الصلاة يوجب اعادتها ، والجواب عن الثانى أن صورة المسألة أن يقترن الحدث والمسح فكأنه قال : لبس ثم أحدث ومسح جميعا ثم قال بعد ذلك : ثم شك هل كان مسحه قبل الظهر أو بعدها ؟ ومعناه هل كان حدثه ومسحه المقترنين [1] فاجتزى بذكر أحدهما اقتصارا ؟ هذا كلام أبى عمرو . فأما ما قاله صاحب البيان فخلاف كلام المصنف وأما ما قاله الزبيدى فمحتمل أن يكون مراد المصنف ، وأما ما قاله أبو عمرو فالجواب الثانى حسن وأما الأول فضعيف أو باطل لوجهين (أحدهما) كيف يصح حمل كلام المصنف على

---

(١) المقترنين منصوب على أنه خبر كان (ط) .

قول غريب ضعيف فى طريقة الخراسانيين وهو وسائر العراقيين مصرحون بخلافه ؟ وكذا كثيرون والأكثرون من الخراسانيين • (والثانى) أن هـذا الحكم الذى التزمه أن الشك فى الطهارة بعد فراغ الصلاة لا يوجب اعادتها كالشك فى ركعة ليس بمقبول ، بل من شك فى الطهـارة بعـد الفراغ من الصلاة يلزمه اعادة الصـلاة بخلاف الشك فى أركانها كركعة وسجدة فانه لا يلزمه شىء على المذهب ، والذى ذكره الأصحاب أنه لا يلزمه انما هو فى الشك فى أركانها هكذا صرحوا به •

والفرق بين الأركان والطهارة من وجهين (أحدهما) أن الشك فى الاركان يكثر فعفى عنه نفيا للحرج بخلاف الشك فى الطهارة (والثانى) أن الشك فى السجدة وشبهها حصل بعد تيقن انعقاد الصلاة والأصل استمرارها على الصحة بخلاف الشك فى الطهارة ، فانه شك هل دخل فى الصـلاة أم لا ؟ والأصل عدم الدخول ، فقد صرح الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب فى تعليقهما والمحاملى وآخرون فى باب المياه وآخرون فى آخر صفة الوضـوء والقاضى أبو الطيب فى شرح فروع ابن الحـداد وسائر الأصحاب بمعنى ما قلته ، فقالوا : اذا توضأ المحدث ثم جدد الوضوء ، ثم صلى صلاة واحدة ثم تيقن أنه نسى مسح رأسه من أحد الوضوءين لزمه اعادة الصلاة ، لجواز أن يكون ترك المسح من الطهـارة الأولى ، ولم يقولوا : انه شك بعـد الصلاة ، ولهذا نظائر لا تحصى والله أعلم •

واعلم أن الشيخ أبا حامد الاسفراينى قال فى تعليقه فى آخر باب الاجازة على الحج والوصية به وهو فى آخر كتاب الحج : قال الشافعى رضى الله عنه فى الاملاء : ولو اعتمر أو حج فلما فرغ من الطواف شك هل طاف متطهرا أم لا ؟ أحببت أن يعيـد الطواف، ولا يلزمه ذلك ، قال أبو حامد وهـذا صحيح ، وانما قلنـا لا يعيد الطواف لأنه لمـا فرغ منه حكمنا بصحته فى الظاهر ولا يؤثر فيه الشك الطارىء بعد الحكم بصحته فى الظاهر بخلاف من شك فى أثناء العبادة هل هو متطهر أم لا ؟ فانها لا يجزيه لأنه لم يحكم له بأدائها فى الظاهر ، قال : وهكذا الحكم فى الصلاة اذا فرغ منها ثم شك هل صلى بطهارة أم لا ؟ أو هل قرأ فيها أم لا ؟ أو هل ترك منها سجدة أم لا ؟

لما ذكرناه من أنه قد حكم له بصحتها بعد خروجه منها فى الظاهر فلا يؤثر فيها الشك بعدها . قال أبو حامد : وهذه المسألة حسنة . هذا كلام أبى حامد ونقله . وهكذا نقل المسألة فى الباب المذكور من كتاب الحج عن الاملاء القاضى أبو الطيب فى كتابيه التعليق والمجرد والمحاملى فى كتابيه المجموع والتجريد وغيرهم ولم يذكروا فيها خلافا فحصل فى المسألة خلاف فى أن الشك فى الطهارة بعد الفراغ من الصلاة هل يوجب اعادتها أم لا ؟

واعلم أن المسألة التى ذكرها المصنف نص عليها الشافعى رضى الله عنه فى الأم والأصحاب على غير ما ذكره المصنف فقالوا : اذا شك هل أدى بالمسح ثلاث صلوات أم أربعا ؟ أخذ فى وقت المسح بالأكثر وفى أداء الصلاة بالأقل احتياطا للأمرين مثاله : لبس خفيه وتيقن أنه أحدث ومسح وصلى العصر والمغرب والعشاء وشك هل تقدم حدثه ومسحه فى أول وقت الظهر وصلى به الظهر أم تأخر حدثه ومسحه الى أول وقت العصر ولم يصل الظهر ؟ فيأخذ فى الصلاة باحتمال التأخر وأنه لم يصلها فيجب قضاؤها لأن الأصل بقاؤها عليه ويأخذ فى المدة باحتمال التقدم فيجعلها من الزوال ، لأن الأصل غسل الرجل فيعمل بالأصل والاحتياط فى الطرفين والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز المسح على كل خف صحيح يمكن متابعة المشى عليه سواء كان من الجلود أو اللبود أو الخرق أو غيرها ، فأما الخف المخرق ففيه قولان قال فى القديم : ان كان الخرق لا يمنع متابعة المشى عليه جاز المسح عليه لأنه خف يمكن متابعة المشى عليه فأشبه الصحيح ، وقال فى الجديد : ان ظهر من الرجل شىء لم يجز المسح عليه لأن ما انكشف حكمه الغسل والجمع بينهما لا يجوز ، فغلب حكم الغسل كما لو انكشفت احدى الرجلين واستترت الأخرى) .

(الشرح) اتفق أصحابنا على أنه لا يشترط فى الخف جنس الجلود ، بل يجوز المسح على الجلود واللبود والخرق المطبقة والخشب وغيرها بشرط أن يكون صحيحا يمكن متابعة المشى عليه ، لأن سبب الاباحة الحاجة وهى موجودة فى كل ذلك وهو نظير الاستنجاء بالأحجار . واتفق الأصحاب

ونصوص الشافعي رضى الله عنه على أنه يشترط فى الخف كونه قويا يمكن متابعة المشى عليه قالوا : ومعنى ذلك أن المشى يمكن عليه فى مواضع النزول وعند الحط والترحال وفى الحوائج التى يتردد فيها فى المنزل وفى المقيم نحو ذلك كما جرت عادة لابسى الخفاف ، ولا يشترط امكان متابعة المشى فراسخ ، هكذا صرح به أصحابنا .

وأما المخرق ففيه أربع صور (احداها) أن يكون الخرق فوق الكعب فلا يضر ويجوز المسح عليه بلا خلاف نص عليه الشافعى رضى الله عنه فى الأم والمختصر وغيرهما واتفق عليه الأصحاب (الثانية) يكون الخرق فى محل الفرض وهو فاحش لا يمكن متابعة المشى عليه فلا يجوز المسح بلا خلاف (الثالث) يكون فى محل الفرض ولكنه يسير جدا بحيث لا يظهر منه شىء من محل الفرض قال أصحابنا : وذلك كمواضع الخرز فيجوز المسح بلا خلاف قال القاضى حسين وغيره : ما بقى من مواضع الخرز لا يضر وان نفذ منه الماء (الرابعة) يكون فى محل الفرض يظهر منه شىء من الرجل ويمكن متابعة المشى عليه ففيه القولان المذكوران فى الكتاب وهما مشهوران أصحهما ، أنه لا يجوز وهو نصه فى الجديد وسواء حدث الخرق بعد اللبس أو كان قبله وسواء كان فى مقدم الخف أو مؤخره أو وسطه . وأما قول الشافعى رضى الله عنه فى المختصر : وان تخرق من مقدم الخف شىء ، فليس مراده التقييد بالمقدم بل ذكره لكونه الغالب . كذا أجاب الماوردى عنه . وقال الشيخ أبو حامد والقاضى حسين والرويانى : أراد موضع القدم ولم يرد المقدم الذى هو ضد المؤخر وأما قول المصنف : كما لو انكشفت احدى الرجلين واستترت الأخرى فقياس صحيح وفيه تنبيه على مسألة مهمة من أصول الباب وهى أنه لو لبس خفا فى رجل دون الأخرى ومسح عليه وغسل الأخرى لم يجز بلا خلاف وسنوضحها مقصودة بتفريعها فى المسائل الزائدة فى آخر الباب ان شاء الله تعالى والله أعلم .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى الخف المخرق خرقا فى محل الفرض يمكن متابعة المشى عليه . قد ذكرنا أن الصحيح الجديد فى مذهبنا أنه لايجوز

المسح عليه وبه قال معمر بن راشد وأحمد بن حنبل وحكى ابن المنـــذر عن سفيان الثورى واسحق ويزيد بن هرون وأبى ثور جواز المسح على جميع الخفاف وعن الأوزاعى ان ظهرت طائفة من رجله مسح على خفيـــه وعلى ما ظهر من رجله ، وعن مالك رضى الله عنه ان كان الخرق يسيرا مسح وان كان كثيرا لم يجز المسح ، وعن أبى حنيفة وأصحابه : ان كان الخرق قدر ثلاثة أصابع لم يجز المسح وان كان دونه جاز ، وعن الحسن البصرى : ان ظهر الأكثر من أصابعه لم يجز قال ابن المنذر وبقول الثورى أقول لظاهر اباحة رسول الله صلى الله عليه وسلم المسح على الخفين قولا عاما يدخل فيه جميع الخفاف .

واحتج القائلون بالجواز على اختلاف مذاهبهم بما احتج به ابن المنذر وبأن جواز المسح رخصة وتدعو الحاجة الى المخرق وبأنه لا تخلو الخفاف عن الخرق غالبا وقد يتعذر خرزه لاسيما فى السفر فعفى عنه للحـــاجة ، وبأنه خف يحرم على المحرم لبسه وتجب به الفدية ، فجاز المسح عليه كالصحيح .

واحتج أصحابنا بأشياء كثيرة أحسنها ما ذكره المصنف . وأجابوا عن استدلالهم باطلاق اباحة المسح أنه محمول على المعهود وهو الخف الصحيح، وعن الثانى أن المخروق لا يلبس غالبا ، فلا تدعو اليه الحاجة ، وعن قولهم : يحرم على المحرم لبسه وتجب به الفدية بأن ايجاب الفدية منوط بالترفه وهو حاصل بالمخرق ، والمسح منوط بالستر ولا يحصل بالمخرق ، ولهذا لو لبس الخف فى احدى الرجلين لا يجوز المسح ، ولو لبسه محرم وجبت الفـــدية والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان تخرقت الظهارة ــ فان كانت البطانة صفيقة ــ جاز المسح عليه ، وان كانت تشف لم يجز لأنه كالمكشوف) .

(الشرح) الظهارة والبطانة بكسر أولهما ، وقوله تشف بفتح التـــاء وكسر الشين المعجمة وتشديد الفاء ، ومعناه رقيقة ، والصفيقة القوية المتينة قال الشافعى رضى الله عنه : اذا تخرقت الظهارة وبقيت البطـــانة جاز المسح

عليها ، هذا نصه • قال جمهور الأصحاب مراده واذا كانت البطانة صفيقة يمكن متابعة المشى عليها فان كانت رقيقة لا يمكن متابعة المشى عليها لم يجز ، هكذا قطع به المصنف والأصحاب فى الطرق ، حكى الرويانى والرافعى رحمهما الله وجها غريبا ضعيفا أنه يجوز وان كانت البطانة رقيقة كما لو كان الخف طاقا واحدا فتشقق ظاهره ولم ينفذ يجوز المسح بخلاف اللفافة لأنها مفردة •

قال الرويانى : قال الشافعى : وكل شىء ألصق بالخف فهو منه قال الرافعى : وعلى ما ذكرناه فى تخرق الظهارة دون البطانة يقاس ما اذا تخرق من الظهارة موضع ومن البطانة موضع لا يحاذيه ، وقطع الغزالى فى هذه الصورة بالجواز ، قال القاضى أبو الطيب : ولو تخرق الخف وتحته جورب يستر محل الفرض لم يجز المسح بخلاف البطانة لأن الجورب منفصل عن الخف والبطانة متصلة به ، ولهذا يتبع البطانة الخف فى البيع ولا يتبعه الجورب والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان لبس خفا له شرج فى موضع القدم فان كان مشدودا بحيث لا يظهر شىء من الرجل واللفافة اذا مشى فيه جاز المسح عليه) •

(الشرح) الشرج بفتح الشين والراء وبالجيم وهى العرى قال أصحابنا : اذا لبس خفا له شرج وهو المشقوق فى مقدمه نظر — ان كان الشق فوق محل الفرض — لم يضر ، لأن ذلك الموضع لو لم يكن مستورا جاز المسح وان كان الشق فى محل الفرض فان كان لا يرى منه شىء من الرجل اذا مشى جاز المسح عليه وان كانت ترى — فان لم يشده — لم يجز المسح وان شده جاز المسح عليه بشرط أن لا يبقى شىء من الرجل أو اللفافة يبين فى حال المشى •

هكذا ذكر هذا التفصيل الشافعى رضى الله عنه فى الام وأصحابنا العراقيون ونقلوه عن نصه وقطعوا به وكذا قطع به جمهور الخراسانيين وحكى امام الحرمين عن والده أبى محمد أنه حكى وجها لا يجوز المسح على

الخف المشرج المشدود مطلقا كما لو لف على رجله قطعة جلد وشدها فان : والصحيح القطع بالجواز لأن الستر حاصل • قال أصحابنا : فاذا لبسه وشده ثم فتح الشرج بطل المسح فى الحال وان لم يظهر شىء من الرجل ، لأنه اذا مشى فيه ظهرت الرجل ، فبمجرد الفتح خرج عن كونه يمكن متابعة المشى عليه مع الستر ، وهذا متفق عليه عند أصحابنا والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان لبس جوربا جاز المسح عليه بشرطين (أحدهما) أن يكون صفيقا لا يشف (والثانى) أن يكون منعلا ، فان اختل أحد الشرطين لم يجز المسح عليه) •

(الشرح) هذه المسألة مشهورة وفيها كلام مضطرب للأصحاب ونص الشافعى رضى الله عنه عليها فى الأم كما قاله المصنف ، وهو أنه يجوز المسح على الجورب بشرط أن يكون صفيقا منعلا ، وهكذا قطع به جماعة منهم الشيخ أبو حامد والمحاملى وابن الصباغ والمتولى وغيرهم ، ونقل المزنى أنه لايمسح على الجوربين الا أن يكونا مجلدى القدمين ، وقال القاضى أبو الطيب : لا يجوز المسح على الجورب الا أن يكون ساترا لمحل الفرض ويمكن متابعة المشى عليه •

قال : وما نقله المزنى من قوله الا أن يكونا مجلدى القدمين ليس بشرط وانما ذكره الشافعى رضى الله عنه لأن الغالب أن الجورب لا يمكن متابعة المشى عليه الا اذا كان مجلد القدمين ، هذا كلام القاضى أبى الطيب وذكر جماعات من المحققين مثله ، ونقل صاحبا الحاوى والبحر وغيرهما وجها انه لا يجوز المسح وان كان صفيقا يمكن متابعة المشى عليه حتى يكون مجلد القدمين ، والصحيح بل الصواب ما ذكره القاضى أبو الطيب والقفال وجماعات من المحققين أنه ان أمكن متابعة المشى عليه جاز كيف كان والا فلا ، وهكذا نقله الفورانى فى الابانة عن الأصحاب أجمعين فقال : قال أصحابنا : ان أمكن متابعة المشى على الجوربين جاز المسح والا فلا ، والجورب بفتح الجيم والله أعلم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى الجورب

قد ذكرنا أن الصحيح من مذهبنا أن الجورب ان كان صفيقا يمكن متابعة المشى عليه جاز المسح عليه والا فلا • وحكى ابن المنذر اباحة المسح على الجورب عن تسعة من الصحابة على وابن مسعود وابن عمر وأنس وعمار بن ياسر وبلال والبراء وأبى أمامة وسهل بن سعد ، وعن سعيد بن المسيب وعطاء والحسن وسعيد بن جبير والنخعى والأعمش والثورى والحسن بن صالح وابن المبارك وزفر وأحمد واسحق وأبى ثور وأبى يوسف ومحمد • قال : وكره ذلك مجاهد وعمرو بن دينار والحسن بن مسلم ومالك والأوزاعى ، وحكى أصحابنا عن عمر وعلى رضى الله عنهما جواز المسح على الجورب وان كان رقيقا وحكوه عن أبى يوسف ومحمد واسحق وداود • وعن أبى حنيفة المنع مطلقا وعنه أنه رجع الى الاباحة ، واحتج من منعه مطلقا بأنه لا يسمى خفا فلم يجز المسح عليه كالنعل •

واحتج أصحابنا بأنه ملبوس يمكن متابعة المشى عليه ساترا لمحل الفرض فأشبه الخف ، ولا بأس بكونه من جلد أو غيره بخلاف النعل فانه لا يستر محل الفرض ، واحتج من أباحه وان كان رقيقا بحديث المغيرة رضى الله عنه : « أن النبى صلى الله عليه وسلم مسح على جوربيه ونعليه » وعن أبى موسى مثله مرفوعا • واحتج أصحابنا بأنه لا يمكن متابعة المشى عليه فلم يجز كالخرقة •

والجواب عن حديث المغيرة من أوجه (أحدها) أنه ضعيف ضعفه الحفاظ ، وقد ضعفه البيهقى ونقل تضعيفه عن سفيان الثورى وعبد الرحمن ابن مهدى وأحمد بن حنبل وعلى بن المدينى ويحيى بن معين ومسلم بن الحجاج وهؤلاء هم أعلام أئمة الحديث ، وان كان الترمذى قال : حديث حسن فهؤلاء مقدمون عليه بل كل واحد من هؤلاء لو انفرد قدم على الترمذى باتفاق أهل المعرفة • (الثانى) لو صح لحمل على الذى يمكن متابعة المشى عليه جمعا بين الأدلة وليس فى اللفظ عموم يتعلق به (الثالث) حكاه البيهقى رحمه الله عن الأستاذ أبى الوليد النيسابورى أنه حمله على أنه مسح على جوربين منعلين لا أنه جورب منفرد ونعل منفردة ، فكأنه قال :

مسح جوربيه المنعلين ، وروى البيهقى عن أنس بن مالك رضى الله عنه ما يدل على ذلك • والجواب عن حديث أبى موسى من الأوجه الثلاثة فان فى بعض رواته ضعفا ، وفيه أيضا ارسال ، قال أبو داود فى سننه : هذا الحديث ليس بالمتصل ولا بالقوى والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان لبس خفا لا يمكن متابعة المشى عليه اما لرقته أو لثقله لم يجز المسح عليه ، لأن الذى تدعو الحاجة اليه ما يمكن متابعة المشى عليه وما سواه لا تدعو الحاجة اليه فلم تتعلق به الرخصة) •

(الشرح) أما ما لا يمكن متابعة المشى عليه لرقته فلا يجوز المسح عليه بلا خلاف لما ذكره ، وأما ما لا يمكن متابعة المشى عليه لثقله كخف الحديد الثقيل فالصحيح المشهور الذى قطع به الجمهور فى الطرق أنه لا يجوز المسح عليه لما ذكره المصنف • وممن قطع به الشيوخ أبو حامد والمحاملى وابن الصباغ والبغوى وخلائق ونقله الرويانى فى البحر عن الأصحاب ، قال الرافعى : وهو مقتضى قول الأصحاب تصريحا وتلويحا وقطع امام الحرمين والغزالى بالجواز وان عسر المشى فيه • لأن ذلك لضعف اللابس لا الملبوس ولا نظر الى أحوال الملابسين والاعتماد على ما قاله الجمهور • واتفق الأصحاب على أن خف الحديد الذى لا يمكن متابعة المشى عليه يجوز المسح عليه ويمكن أن يحمل كلام امام الحرمين والغزالى على ما يمكن متابعة المشى عليه مع عسر ومشقة ، وكلام الغزالى صالح لهذا التأويل • وفى كلام الامام بعد منه ، ولكنه يحتمل ، فعلى هذا لا يبقى خلاف والله أعلم •

(فرع) فى مسائل تتعلق بما سبق

(احداها) قال أصحابنا : لا يشترط اتفاق جنس الخفين بل لو كان أحدهما جلدا والآخر لبدا وشبه ذلك جاز ، ولذا لو كان أحدهما من جلد والآخر من خشب ــ وأكثر ما يقع هذا فيمن قطع بعض احدى رجليه ــ جاز •

(الثانية) لو اتخذ خفا واسعا لا يثبت فى الرجل اذا مشى فيه أو ضيقا جدا بحيث لا يمكن المشى فيه فوجهان حكاهما جماعات منهم القاضى حسين

أصحهما لا يجوز المسح عليهما ، وبه قطع البغوى وصححه الرافعى وغيره ، ونقله فى الضيق الشاشى عن جمهور الأصحاب لأنه لا حاجة اليه والثانى يجوز لأنه صالح فى نفسه بدليل أنه يصلح لغيره ، فأما الضيق الذى يتسع بالمشى فيجوز المسح عليه بلا خلاف صرح به البغوى وغيره .

(الثالثة) لو لبس خفا واسع الرأس يرى منه القدم ولكن محل الفرض مستور من أسفل ومن الجوانب فوجهان ، الصحيح جواز المسح وبه قطع الجمهور ، منهم القاضى حسين وامام الحرمين والغزالى فى البسيط والمتولى والبغوى وآخرون لأنه ساتر محل الفرض والثانى : لا يجوز وبه قطع البندنيجى وصاحبا الحاوى والعدة والشيخ نصر المقدسى فى تهذيبه كما لو انكشفت عورته من جيبه والمذهب الأول .

قال أصحابنا : لو صلى فى قميص واسع الجيب ترى عورته من جيبه لم تصح صلاته ، ولو كان ضيق الجيب ولكن وقف على طرف سطح بحيث ترى عورته من تحت ذيله صحت صلاته ، قالوا أفيجب فى الخف الستر من أسفل ومن الجوانب دون الأعلى ؟ وفى العورة من فوق ومن الجوانب دون الأسفل ؟ قال القاضى حسين وآخرون : والفرق بينهما أن القميص يلبس من أعلى ويتخذ ليستر أعلى البدن ، والخف يلبس من أسفل ويتخذ ليستر أسفل الرجل فأخذ به قالوا : فالمسألتان مختلفتان صورة متفقتان معنى ، وشذ الشاشى فقال فى المعتمد : لا تصح صلاة من صلى على طرف سطح ترى من تحته عورته ، لأنه لا يعد سترا ووافق على مسألة الخف وفرق بأن المعتبر ستر محل الفرض والله أعلم .

(الرابعة) اذا لبس خف زجاج يمكن متابعة المشى عليه جاز المسح عليه ، وان كان ترى تحته البشرة بخلاف ما لو ستر عورته بزجاج فانه لا يصح اذا وصف لون البشرة ، لأن المقصود سترها عن الأعين ولم يحصل ، والمعتبر فى الخف عسر القدرة على غسل الرجل بسبب الساتر ، وذلك موجود . هكذا قطع به أصحابنا فى الطريقين ، وممن صرح به القفال والصيدلانى والقاضى حسين وامام الحرمين والغزالى فى البسيط والمتولى والبغوى وصاحب البيان وآخرون ، وأما قول الرويانى فى البحر قال القفال : يجوز ، فغير مقبول منه

بل قطع الجمهور بل الجميع بالجواز ، ولا نعلم أحدا صرح بمنعه ، وقد نقل القاضى حسين جوازه عن الأصحاب مطلقا .

(الخامسة) اذا لبس خفا من خشب ــ فان كان يمكن متابعة المشى عليه بغير عصا ــ جاز المسح عليه ، وان لم يمكنه الا بعصا ــ فان كان ذلك لعلة فى رجله كقروح ونحوها ــ جاز المسح لأنه يجوز المسح للزمن والمقعد . وان كان امتناع المشى لحدة فى رأس الخف لم يجز المسح عليه ، هكذا ذكر هذا التفصيل القاضى حسين وصاحباه المتولى والبغوى .

(السادسة) لو لف على رجله قطعة أدم واستوثق شده بالرباط وكان قويا يمكن متابعة المشى عليه لم يجز المسح عليه لأنه لا يسمى خفا ولا هو فى معناه ولأنه لا يثبت عند التردد غالبا هكذا ذكره الشيخ أبو محمد وولده امام الحرمين ومن تابعهما .

(السابعة) قال أصحابنا : يجوز المسح على خفين قطعا من فوق الكعبين ولا يشترط ارتفاعهما عليه بلا خلاف عندنا ونقل أبو الفتح سليم الرازى فى كتابه رءوس المسائل أن بعض الناس قال : لا يجوز حتى يكونا فوق الكعبين بثلاث أصابع وهذا تحكم لا أصل له .

(الثامنة) هل يشترط كون الخف صفيقا يمنع نفوذ الماء ؟ فيه وجهان حكاهما امام الحرمين وغيره (أحدهما) يشترط فان كان منسوجا بحيث لو صب عليه الماء نفذ لم يجز المسح وبهــذا قطع الماوردى والفورانى والمتولى قال الرافعى : وهو ظاهر المذهب لأن الذى يقع عليه المسح ينبغى أن يكون حائلا بين الماء والقدم (والثانى) لا يشترط بل يجوز المسح وان نفذ المــاء ، واختاره امام الحرمين والغزالى لوجود الستر ، قال الامام : ولأن علمــاءنا نصوا على أنه لو انتقبت ظهارة الخف من موضع آخر لا يحاذيه وكان بحيث لا يظهر من القدمين شىء ولكن لو صب الماء فى ثقب الظهارة يجرى الى ثقب البطانة ووصل الى القدم جاز المسح ، فاذن لا أثر لنفوذ الماء مع أن المــاء فى المسح لا ينفذ والغســل ليس مأمورا به هــذا كلام الامام والمذهب الأول والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وفى الجرموقين وهو الخف الذى يلبس فوق الخف وهما صحيحان قولان قال فى القديم والاملاء : يجوز المسح عليه لأنه خف صحيح يمكن متابعة المشى عليه فأشبه المنفرد ، وقال فى الجديد : لا يجوز لأن الحاجة لا تدعو الى لبسه فى الغالب ، وانما تدعو الحاجة اليه فى النادر فلا تتعلق به رخصة عامة كالجبيرة فان قلنا بقوله الجديد فأدخل يده فى ساق الجرموق ومسح على الخف ففيه وجهان • قال الشيخ أبو حامد الاسفراينى رحمه الله : لا يجوز ، وقال شيخنا القاضى أبو الطيب الطبرى رحمه الله : يجوز لأنه مسح على ما يجوز المسح عليه فأشبه اذا نزع الجرموق ثم مسح عليه ، فاذا قلنا : يجوز المسح على الجرموق فلم يمسح وأدخل يده الى الخف ومسح عليه ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لأنه يجوز المسح على الظاهر • فاذا أدخل يده ومسح على الباطن لم يجز كما لو كان فى رجله خف منفرد فأدخل يده الى باطنه ومسح الجلد الذى يلى الرجل (والثانى) يجوز لأن كل واحد منهما محل المسح فجاز المسح على ما شاء منهما) •

(الشرح) الجرموق بضم الجيم والميم وهو أعجمى معرب • وقوله : وهو الخف • ولم يقل وهما أراد الجرموق الفرد ، وليس الجرموق فى الأصل مطلق الخف فوق الخف ، بل هو شىء يشبه الخف فيه اتساع يلبس فوق الخف فى البلاد الباردة ، والفقهاء يطلقون أنه الخف فوق الخف لأن الحكم يتعلق بخف فوق خف سواء كان فيه اتساع أو لم يكن • وقوله : (فلا يتعلق به رخصة عامة كالجبيرة) فيه اشارة الى أنه يتعلق به رخصة خاصة حتى يجوز المسح عليه قولا واحدا فى بعض البلاد الباردة لشدة البرد ، كما يتعلق بالجبيرة رخصة خاصة فى حق الكسير ، وقد نقل الشيخ أبو عمرو عن والده الجزم بذلك قال : فلا أدرى أخذه من اشعار كلام المصنف به أم رآه منقولا لغيره من الأصحاب قال : ولم أجد لما ذكره أصلا فى كتب الأصحاب ، بل وجدت ما يشعر بخلافه ، والحاقه على هذا القول بالقفازين أولى من الحاقه بالجبيرة التى هى من باب الضرورات ، فاذا لم يجز المسح على القفازين فى

شدة البرد فى المواضع الباردة فكذا الجرموق الذى لا يعسر ادخال اليد تحته ومسح الخف •

قال : وانما قال المصنف رحمه الله تعالى (رخصة عامة) ليتم القياس على الجبيرة فانه لو قال : (فلا يتعلق به رخصة كالجبيرة) لم يستقم ، فان الجبيرة تتعلق بها رخصة وهى الخاصة فى حق الكسير ، فاذا ثبت له انتفاء الرخصة العامة ثبت محل النزاع ، هذا كلام الشيخ أبى عمرو ، وحاصله أنه اختار أن قوله « رخصة عامة » ليس للاحتراز من تعلق رخصة خاصة به بل هو لتقريب الشبه من الجبيرة المقيس عليها ، وأن القولين فى جواز المسح على الجرموق يجريان فى شدة البرد وغيرها ، وهذا هو الذى يقتضيه كلام الأصحاب ، والأصح من القولين عند الأصحاب أنه لا يجوز المسح على الجرموق ووافقهم عليه القاضى أبو الطيب فى تعليقه وخالفهم فى كتابه شرح فروق ابن الحداد فصحح الجواز وهو اختيار المزنى •

وشرط مسألة القولين أن يكون الخفان والجرموقان صحيحين يجوز المسح على كل واحد لو انفرد كما قاله المصنف ، فأما ان كان الأعلى صحيحا والأسفل مخرقا فيجوز المسح على الأعلى قولا واحدا ، لأن الأسفل فى حكم اللفافة ، هكذا قطع به الأصحاب فى كل الطرق وصرحوا بأنه لا خلاف فيه ، وشذ الدارمى فحكى فيه طريقين المنصوص منهما هذا • والثانى : أنه على القولين ، وليس بشىء ، وان كان الأعلى مخرقا والأسفل صحيحا لم يجز المسح على الأعلى ويجوز على الأسفل قولا واحدا ، ويكون الأعلى فى معنى خرقة لهما فوق الخف • فلو مسح على الأعلى فى هذه الصورة فوصل البلل الى الأسفل فان قصد مسح الأسفل أجزأه ، وان قصد مسح الأعلى لم يجزئه، وان قصدهما أجزأه على المذهب ، وفيه وجه حكاه الرافعى • وان لم يقصد واحدا منهما بل قصد أصل المسح فوجهان قال الرافعى : أصحهما الجواز ، لأنه قصد اسقاط فرض الرجل بالمسح وقد وصل الماء اليه والله أعلم •

واذا جوزنا المسح على الجرموقين فلبس فوقهما ثانيا وثالثا جاز المسح على الأعلى ، صرح به أبو العباس بن القاص فى التلخيص والدارمى والبغوى والرويانى وغيرهم ، قال البغوى : فان كانت كلها مخرقة الا الأعلى جاز

المسح عليه بلا خلاف وكان ما تحته كاللفافة ، واذا قلنا : لا يجوز المسح على الجرموق فأدخل يده تحته ومسح الأسفل ففى جوازه الوجهان اللذان ذكرهما المصنف وهما مشهوران الصحيح منهما الجواز ، كما لو أدخل يده تحت العمامة ومسح الرأس ، وكما لو أدخل الماء فى الخف وغسل الرجل ، ممن صححه صاحبا الحاوى والتتمة والرويانى وقطع به امام الحرمين والغزالى والبغوى ، قال صاحب الحاوى : وهو قول جمهور أصحابنا وقطع المحاملى بالوجه الآخر • ثم ظاهر كلام المصنف والأصحاب أن الوجه القائل لا يجوز المسح هو قول الشيخ أبى حامد : تخريج له وليس الأمر كذلك ، بل قد نقله أبو حامد فى تعليقه عن الأصحاب لا يجزيه المسح على الأسفل ، وتمسك الشيخ أبو حامد بظاهر نص الشافعى رضى الله عنه فى الأم فانه قال : لو لبس الجرموقين طرحهما ومسح على الخفين ، قال فظاهره : أنه لو أدخل يده ومسح على الخف لا يجوز ، قال : والفرق بينه ما اذا أدخل يده تحت العمامة فمسح الرأس أن مسح الرأس أصل فقوى أمره • وهذا بدل فضعف فلم يجز المسح عليه مع استتاره •

قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه : هذا الذى قاله أبو حامد ليس بصحيح لأن الشافعى رضى الله عنه قال ذلك لكون الغالب أن الماسح لا يتمكن من مسح الأسفل الا بطرح الأعلى ، كما قال اذا انقضت مدة المسح نزع الخفين، وانما قال ذلك لأن الغالب أنه لا يتمكن من غسل الرجلين الا بنزع الخفين ، والا فقد اتفقنا على أنه لو غسل رجليه فى الخف جاز وان لم ينزعهما • قال الرويانى : هذا الذى قاله أبو الطيب هو الصحيح الذى لا يحل أن يقال غيره • قال : والفرق الذى ذكره أبو حامد لا معنى له فحصل أن الصحيح جواز المسح على الأسفل ، واذا قلنا بجواز المسح على الجرموقين فأدخل يده ومسح الأسفل فقد ذكر المصنف فى جوازه وجهين وهما مشهوران أصحهما الجواز صححه ابن الصباغ والرويانى وآخرون لأن كل واحد محل للمسح فأشبه شعر الرأس وبشرته •

(فرع) فى مسائل تتعلق بمسح الجرموقين

(احداها) اذا قلنا يجوز المسح على الجرموقين فينبغى أن يلبس الخفين والجرموقين جميعا على طهارة غسل الرجلين ، فان لبس الخفين على طهارة ثم

لبس الجرموقين على حـدث لم يجز المسح عليهما على المذهب ، وبه قطـع العراقيون وصححه الخراسانيون لأنه لبس ما يمسح عليه على حدث ، وفيه وجه ضعيف للخراسانيين أنه يجوز كما لو لبس الخف على طهارة ثم أحدث ثم رقع فيه رقعة • وان لبس الخف على طهارة ثم أحدث ومسح عليه ثم لبس الجرموق على طهارة المسح ففى جواز المسح عليه وجهان مشهوران وقـد ذكرهما المصنف بعد هذا (أحدهما) يجوز المسح لأنه لبسهما على طهـارة (والثانى) لا ، لأنها طهارة ناقصة هكذا علله الأكثرون •

قال المحاملى وغيره : الوجهان مبنيان على الخلاف فى المسح على الخف هل يرفع الحدث عن الرجل ؟ قال الرويانى : الأصح منع المسح وهو قول الداركى وقال غيره : الأصح الجواز وهو قول الشيخ أبى حامد ، ومقتضى كلام الرافعى وغيره ترجيحه وهو الأظهر المختار ، لأنه لبس على طهـارة ، وقولهم انها طهارة ناقصة غير مقبول ، قال الرافعى قال الشيخ أبو على : اذا جوزنا المسح هنا فابتداء المدة من حين أحدث بعد لبس الخف لا من حين أحدث بعد لبس الجرموق • قال وفى جواز المسح على الأسفل الخلاف فيما اذا لبسهما على طهارة قال : ولو لبس الأسفل على حدث ثم غسل الرجل فيه ثم لبس الجرموق على هذه الطهارة لم يجز المسح على الأسفل ، وفى جوازه على الأعلى وجهان أصحهما المنع •

(المسألة الثانية) اذا جوزنا المسح على الجرموق فقد ذكر أبو العباس بن سريج فيه ثلاثة معان أصحها أن الجرموق بدل عن الخف ، والخف بدل عن الرجل (والثانى) أن الأسفل كلفافة والأعلى هو الخف (والثالث) أنهمـا كخف واحد فالأعلى ظهارة والأسفل بطانة • وفرع الأصحاب على هذه المعانى مسائل كثيرة منها لو لبسهما معا فأراد الاقتصار على مسح الأسفل جاز على المعنى الأول دون الآخرين ، وقد سبقت المسألة ، ومنها لو تخرق الأعلى من الرجلين جميعا أو خلعه منهما بعد مسحه وبقى الأسفل بحاله ــ فان قلنـا بالمعنى الأول ــ لم يجب نزع الأسفل بل يجب مسحه وهل يكفيه مسحه أم يجب استئناف الوضوء ؟ فيه القولان فى نازع الخفين ، وان قلنا بالمعنى الثالث

فلا شيء عليه ، وان قلنا بالثانى وجب نزع الأسفل أيضا وغسل القدمين وفى وجوب استئناف الوضوء القولان .

فحصل من الخلاف فى المسألة خمسة أقوال (أحدها) لا يجب شيء (وأصحها) يجب مسح الأسفل فقط (والثالث) يجب مسحه مع استئناف الوضوء (والرابع) يجب نزع الخفين وغسل الرجلين (والخامس) يجب ذلك مع استئناف الوضوء ، وقد ذكر المصنف المسألة فى آخر الباب .

ومنها لو تخرق الأعلى من احدى الرجلين أو نزعه فان قلنا بالمعنى الثالث فلا شيء عليه ، وان قلنا بالثانى وجب نزع الأسفل أيضا من هذه الرجل ووجب نزعهما من الرجل الأخرى وغسل القدمين ، وفى استئناف الوضوء القولان . وان قلنا بالمعنى الأول فهل يلزمه نزع الأعلى من الرجل الأخرى ؟ فيه وجهان ، أصحهما نعم كمن نزع احدى الخفين فاذا نزعه عاد القولان فى أنه يكفيه مسح الأسفل أم يجب استئناف الوضوء ؟ (والثانى) لا يلزمه نزع الثانى وفى واجبه القولان (أحدهما) مسح الأسفل الذى نزع أعلاه (والثانى) استئناف الوضوء ومسح هذا الأسفل والأعلى من الرجل الأخرى .

ومنها لو تخرق الأسفل منهما لم يضر على المعانى كلها ، فلو تخرق من احداهما ــ فان قلنا بالمعنى الثانى أو الثالث ــ فلا شيء عليه ، وان قلنا بالأول وجب نزع واحد من الرجل الأخرى لئلا يجمع بين البدل والمبدل ، ذكره البغوى وغيره ، ثم اذا نزع ففى واجبه القولان (أحدهما) مسح الخف الذى نزع جرموقه (والثانى) استئناف الوضوء والمسح عليه وعلى الأعلى الذى تخرق الأسفل تحته . ومنها لو تخرق الأسفل والأعلى من الرجلين أو من احداهما وجب نزع الجميع على المعانى كلها ، لكن اذا قلنا بالمعنى الثالث وكان الخرقان فى موضعين غير متحاذيين لم يضره كما سبق بيانه فى مسألة اشتراط كون الخف مانعا نفوذ الماء . ومنها لو تخرق الأعلى من رجل والأسفل من أخرى ــ فان قلنا بالثالث ــ فلا شيء عليه ، وان قلنا بالأول نزع الأعلى المتخرق وأعاد مسح ما تحته ، وهل يكفيه ذلك أم يجب استئناف الوضوء ماسحا عليه وعلى الأعلى من الرجل الأخرى ؟ فيه القولان .

هـذا كله تفريع على جواز مسح الجرموقين ، أما اذا منعناه فتخرق الأسفلان فان كان عند التخرق على طهارة لبسه الأسفل مسح الأعلى لأنه صار أصلا لخروج الأسفل عن صلاحيته للمسح ، وان كان محدثا لم يجز مسح الأعلى كاللبس على حدث ، وان كان على طهارة مسح فوجهان كما سبق فى تفريع القديم ، ولو لبس جرموقا فى رجل واقتصر على الخف فى الرجل الأخرى فعلى الجديد لا يجوز مسح الجرموق وعلى القديم يبنى على المعانى الثلاثة ان قلنا بالأول لم يجز كما لا يجوز المسح فى خف وغسل الرجل الأخرى ، وان قلنا بالثالث جاز ، وكذا ان قلنا بالثانى على أصح الوجهين والله أعلم .

(المسألة الثالثة) اذا احتاج الى وضع جبيرة على رجليه فوضعها ثم لبس فوقها الخف ، ففى جواز المسح عليه وجهان (أحدهما) : يجوز وبه قطع الشيخ أبو محمد الجوينى فى الفروق لأنه خف صحيح ، والجبيرة كلفافة وحكى هذا عن أبى حنيفة رضى الله عنه وأصحهما : لا يجوز لأنه ملبوس فوق ممسوح فأشبه العمامة ، وممن صحح المنع صاحبا العدة والبيان ونقل الرويانى عن العراقيين أنه كالجرموق فوق الخف .

(الرابعة) قال البغوى : ولو لبس خفا ذا طاقين غير ملتصقين فمسح على الطاق الأعلى فهو كمسح الجرموق ، وان مسح الأسفل فكمسح الخف تحت الجرموق ، قال : وعندى أنه يجوز المسح على الأعلى ولا يجوز على الأسفل لأن الجميع خف واحد فمسح الأسفل كمسح باطن الخف .

(الخامسة) فى مذاهب العلماء فى الجرموقين : قد سبق أن مذهبنا الجديد الأظهر منع المسح على الجرموقين وهو رواية عن مالك رضى الله عنه ، وقال سفيان الثورى وأبو حنيفة والحسن بن صالح وأحمد وداود والمزنى وجمهور العلماء : يجوز قال الشيخ أبو حامد : هو قول العلماء كافة ، وقال المزنى فى مختصره : لا أعلم بين العلماء فى جوازه خلافا . واحتج المجوزون من الحديث بحديث بلال رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يمسح على عمامته وموقيه . وأجاب أصحابنا عنه بأن الموق هو الخف لا الجرموق ، وهذا هو الصحيح المعروف فى كتب أهل الحديث وغريبه ،

وهذا متعين لأوجه : أحدها : أنه اسمه عند أهل اللسان والثانى : أنه لم ينقل أنه صلى الله عليه وسلم كان له جرموقان مع أنهم نقلوا جميع آلاته صلى الله عليه وسلم والثالث : أن الحجاز لا يحتاج فيه الى الجرموقين فيبعد لبسه والله أعلم •

(فـرع) ذكر المصنف فى هذه المسألة الشيخ أبا حامد الاسفراينى والقاضى أبا الطيب الطبرى وهما أجل مصنفى العراقيين ، وقد بسطت أحوالهما بعض البسط فى تهذيب الأسماء وفى كتاب الطبقات ، وأنبه هنا على رموز من ذلك ، فأما أبو حامد فهو أحمد بن محمد بن أحمد شيخ الأصحاب ، وعليه وعلى تعليقه معول جمهور الأصحاب ، انتهت اليه رياسة بغداد وامامتها ، وكان أوحد أهل عصره ، قال الخطيب أبو بكر البغدادى الحافظ : كان يحضر درسه سبعمائة متفقه ، قال غيره : أفتى وهو ابن سبع عشرة سنة • وقد تأول بعضهم حديث أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم : « ان الله يبعث لهذه الأمة على رأس كل مائة سنة من يجدد لها دينها » فكان فى المائة الأولى عمر بن عبد العزيز ، والثانية الشـافعى ، والثالثة ابن سريج ، والرابعة الشيخ أبو حامد هذا رحمه الله ، توفى فى شوال سنة ست وأربعمائة رحمه الله تعالى •

وأما القاضى أبو الطيب فهو طاهر بن عبد الله بن طاهر بن عمر الطبرى من طبرستان الامام الجامع للفنون المعمر ، بدأ بالاشتغال بالعلم وله أربع عشرة سنة فلم يخل بدرسه يوما واحـدا الى أن مات وهو ابن مائة سـنة وسنتين ولد سنة ثمان وأربعين وثلاثمائة وتوفى عصر السبت ودفن يوم الأحد العشرين من شهر ربيع الأول سنة خمسين وأربعمائة ، وله مصنفات كثيرة نفيسة فى فنون العلم ومن أحسنها تعليقه فى المذهب ، ولم أر لأصحابها أحسن منه فى أسلوبه وله المجرد فى المذهب وهو كثير الفوائد ، وشرح فروع ابن الحداد وما أكثر فوائده ، وله فى الأصول والخلاف وفى ذم الغنى وفى أنواع كتب كثيرة ، وكان يروى الحديث الكثير بالروايات العالية ، ويقول الشعر الحسن رحمه الله •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان لبس خفا مغصوبا ففيه وجهان قال ابن القاص : لا يجوز المسح عليه لأن لبسه معصية فلم يتعلق به رخصة ، وقال سائر أصحابنا : يجوز لأن المعصية لا تختص باللبس فلم تمنع صحة العبادة كالصلاة فى الدار المغصوبة) .

(الشرح) هذا الخلاف مشهور فى المذهب ، وعبارة الأصحاب كعبارة المصنف يقولون : قال ابن القاص : لا يجوز ، وقال سائر أصحابنا : يجوز والصحيح عند جماهير الأصحاب صحة المسح ، وبه قطع البندنيجى وغيره كالصلاة فى دار مغصوبة ، والذبح بسكين مغصوب ، والوضوء والتيمم بماء وتراب مغصوبين ، فان ذلك كله صحيح وان عصى بالفعل ، وقد سبق فى باب الآنية بيان هذا مع غيره وأشار ابن الصباغ والغزالى وغيرهما الى ترجيح منع الصحة لأن المسح انما جاز لمشقة النزع وهذا عاص بترك النزع واستدامة اللبس ، فينبغى أن لا يعذر ، ولأنه يعصى باللبس أكثر من الامساك ولأن تجويزه يؤدى الى اتلافه بالمسح بخلاف الصلاة فى الدار المغصوبة فان الصلاة فيها والجلوس سواء قال الرويانى : هذا غلط لأنه اذا توضأ بالماء فقد أتلفه ولم يمنع ذلك الصحة .

(قلت) للآخرين أن يفرقوا بأن المسح رخصة فلا تستفاد بالمعصية بخلاف الوضوء فيقاس على التيمم بتراب مغصوب حيث لا يجب كالتيمم لنافلة فانه رخصة والله أعلم . وأما قول المصنف : قال ابن القاص : لا يجوز وقال سائر أصحابنا : يجوز فمعناه قال ابن القاص : لا يصح ولا يستبيح به شيئا ، وقال سائر أصحابنا يصح ويستبيح به الصلاة وغيرها فأراد بالجواز الصحة والا فالفعل حرام بلا شك والله أعلم .

(فرع) لو لبس خف ذهب أو فضة فهو حرام بلا خلاف ، وهل يصح المسح عليه ؟ فيه الوجهان اللذان فى المغصوب ، كذا صرح به الماوردى والمتولى والرويانى وآخرون ونقله الرويانى عن الأصحاب وقطع البغوى بالمنع ، ويمكن الفرق بأن تحريم الذهب والفضة لمعنى فى نفس الخف فصار

كالذى لا يمكن متابعة المشى عليه بخلاف المغصوب ولو لبس الرجل خفا من حرير صفيق يمكن متابعة المشى عليه فينبغى أن يكون كالذهب والله أعلم •

(فــرع) قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم والأصحاب رحمهم الله• لا يصح المسح على خف من جلد كلب أو خنزير أو جلد ميتة لم يدبغ وهذا لا خلاف فيه • وكذا لا يصح المسح على خف أصابته نجاسة الا بعد غسله لأنه لا يمكن الصــلاة فيه ، وفائدة المسح وان لم تنحصر فى الصــلاة ــ فالمقصود الأصلى هو الصلاة وما عداها من مس المصحف وغيره كتبع لها ، ولأن الخف بدل عن الرجل ولو كانت نجسة لم تطهر عن الحدث مع بقــاء النجاسة عليها فكيف يمسح على البدل وهو نجس العين ؟ • قال الشيخ أبو الفتح نصر المقدسى : وكذا لا يجوز المسح على خف خرز بشعر الخنزير ولا الصلاة فيه وان غسله سبعا احداهن بالتراب ، لأن المــاء والتراب لا يصل الى مواضع الخرز المتنجسة ، وهذا الذى ذكره أبو الفتح هو المشــهور ، قالوا : فاذا غسله سبعا احداهن بالتراب طهر ظاهره دون باطنه وقال القفال فى شرح التلخيص : سألت الشــيخ أبا زيد عن الصــلاة فى الخف المخروز بالهلب [1] يعنى شعر الخنزير فقال : الأمر اذا ضاق اتسع • قال القفــال : ومراده أن بالناس الى الخرز به حاجة فتجوز الصلاة فيه للضرورة والله أعلم•

وقد قال الرافعى فى آخر كتاب الأطعمة : اذا تنجس الخف بخرزه بشعر الخنزير فغسل سبعا احداهن بالتراب طهر ظاهره دون باطنه ، وهو موضــع الخرز ، قال : وقيــل كان الشــيخ أبو زيد يصلى فى الخف النوافل دون الفرائض فراجعه القفال فيه فقال : الأمر اذا ضاق اتســع • أشار الى كثرة النوافل ، هذا كلام الرافعى • وقوله أشار الى كثرة النوافل لا يوافق عليه بل الظاهر أنه أشار الى أن هذا القدر مما تعم به البلوى ويتعــذر أو يشق الاحتراز منه فعفى عنه مطلقا ، وانما كان لا يصلى فيه الفريضة احتياطا لهــا

---

(١) الهلب بالضم الشعر كله أو ما غلظ منه أو ذنب الفرس أو شعر الخنزير الذى يخرز به (ط) •

والا فمقتضى قوله العفو فيهما ، ولا فرق بين الفرض والنفل فى اجتناب النجاسة ، ومما يدل على صحة ما تأولته ما قدمته عن نقل القفال فى شرحه التلخيص والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز المسح الا أن يلبس الخف على طهارة كاملة فان غسل احدى الرجلين فأدخلها الخف ثم غسل الأخرى فأدخلها الخف لم يجز المسح عليه حتى يخلع ما لبسه قبل كمال الطهارة ثم يعيده الى رجله ، والدليل عليه ما روى أبو بكرة رضى الله عنه : « أن النبى صلى الله عليه وسلم أرخص للمسافر ثلاثة أيام ولياليهن ، وللمقيم يوما وليلة اذا تطهر فلبس خفيه أن يمسح عليهما ») .

(الشرح) أما حديث أبى بكرة فحديث حسن تقدم بيانه فى مسألة التوقيت واسم أبى بكرة نفيع بضم النون وفتح الفاء وهو نفيع بن الحارث كنى بأبى بكرة لأنه تدلى ببكرة من حصن الطائف الى النبى صلى الله عليه وسلم توفى بالبصرة سنة احدى وخمسين وقيل اثنتين وخمسين رضى الله عنه.

وقوله : ولا يجوز المسح الا أن يلبس الخف على طهارة كاملة ، احترز بكاملة عما اذا غسل احدى الرجلين ولبس خفها ثم غسل الأخرى ولبسها فانه قد يسمى لبسا على طهارة مجازا ، فأراد نفى هذا المجاز والتوهم ، ولو حذف كاملة لصح كلامه لأن حقيقة الطهارة لا تكون الا بالفراغ ، ويقال لبس الخف والثوب وغيرهما بكسر الباء يلبسه بفتحها .

أما حكم المسألة : فلا يصح المسح عندنا الا أن يلبسه على طهارة كاملة ، فلو غسل أعضاء وضوئه الا رجليه ثم لبس الخف أو لبسه قبل غسل شىء ثم أكمل الوضوء وغسل رجليه فى الخف صحت طهارته ، لكن لا يجوز المسح اذا أحدث ، فطريقه أن يخلع الخفين ثم يلبسهما ولو غسل احدى رجليه ثم لبس خفها ثم غسل الأخرى ولبس خفها اشترط نزع الأول ثم لبسه على الطهارة . قال أصحابنا : ولا يشترط نزع الثانى ، وحكى الرويانى وغيره وجها عن ابن سريج أنه يشترط لأن كل واحد من الخفين مرتبط بالآخر ،

ولهذا لو نزع أحدهما وجب نزع الآخر ، وهذا الوجه شاذ ليس بشيء لأن المطلوب لبسهما على طهارة كاملة ، وقد وجـد ، والترتيب فى اللبس ليس بشرط بالاجماع •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى اشتراط الطهـارة الكاملة فى لبس الخف قد ذكرنا أن مذهبنا أنه شرط ، وبه قال مالك وأحمد فى أصح الروايتين واسحق ، وقال أبو حنيفة وسفيان الثورى ويحيى بن آدم والمزنى وداود رضى الله عنهم : يجوز لبسهما على حدث ثم يكمل الطهارة ، فاذا أحدث بعد ذلك جاز المسح • واختاره ابن المنذر فيما اذا غسل احدى رجليه ثم لبس خفها قبل غسل الأخرى • واحتج هؤلاء بأنه أحدث بعد لبس وطهارة كاملة ، ولأن اسـتدامة اللبس كالابتداء ، ولهـذا لو حلف لا يلبس وهو لابس فاستدام حنث ، فاذا لبس على حدث ثم تطهر فاستدامته اللبس على طهـارة كالابتداء ، قالوا : ولأن عندكم لو نزع ثم لبس استباح المسح ولا فائدة فى النزع ثم اللبس •

واحتج أصحابنا بحـديث أبى بكرة رضى الله عنه الذى ذكره المصنف رحمه الله ، وعن المغيرة رضى الله عنه قال : صببت على رسول الله صلى الله عليه وسلم فى وضوئه ثم أهويت لأنزع خفيه فقـال : دعهما فانى أدخلتهما طاهرتين فمسح عليهما ، رواه البخارى ومسلم ، وعن صفوان بن عسال رضى الله عنه قال : « أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نمسح على الخفين اذا نحن أدخلناهما على طهر » رواه البيهقى باسناد جيد • وعن ابن عمر رضى الله عنهما « سألت عمر رضى الله عنه أيتوضأ أحدنا ورجلاه فى الخفين ؟ قال نعم : اذا أدخلهما وهما طاهرتان » رواه البيهقى باسناد صحيح •

فان قالوا دلالة هذه الأحاديث بالمفهوم ولا نقول به • قلنا هو عنـدنا حجة وذلك مقرر فى موضعه وجواب آخر وهو أن المسح رخصة واتفقوا على اشتراط الطهارة له ، واختلفوا فى وقتها وجاءت هذه الأحاديث مبينة لجواز المسح لمن لبس على طهارة كاملة فلا يجوز غيره الا بدليل صريح • فان قالوا : اذا لبس خفا بعد غسل رجليه ثم الآخر كذلك فقد لبس على طهارة • قلنا :

ليس كذلك فان حقيقة الطهارة لا تكون الا بغسل الرجلين فلبس الخف الأول كان سابقا على كمال الطهارة . وسلك امام الحرمين فى الأساليب طريقة حسنة فقال : تقدم الطهارة الكاملة على المسح شرط بالاتفاق والطهارة تراد لغيرها .

فان تخيل متخيل أن الطهارة شرط للمسح كان محالا لأن المسح يتقدمه الحدث وهو ناقض للطهارة فاستحال تقديرها شرطا فيه مع تخلل الحدث ، فوضح أن الطهارة شرط فى اللبس وكل ما شرطت الطهارة فيه شرط تقديمها بكمالها على ابتدائه . ثم اشتراط الطهارة فى اللبس غير معقول المعنى لأن اللبس فى نفسه ليس قربة ، واذا أحدث بطلت طهارته ولا تنقطع الطهارة فى جواز المسح وهذا خارج عن مأخذ المعنى ، والمسح رخصة مستثناة فتثبت حيث يتحققه ، واذا تردد فيه تعين الرجوع الى الأصل وهو غسل الرجل وليس مع المخالفين نص وقد ثبتت الرخصة فى محل الاجماع .

وأما الجواب عن دليلهم الأول فهو أن السنة دلت على اشتراط اللبس على طهارة ولم يحصل ذلك ، وعن الثانى أن الاستدامة انما تكون كالابتداء اذا كان الابتداء صحيحا وليس كذلك هنا . وعن الثالث أن الشرع ورد باشتراط اللبس على طهارة والنزع ثم اللبس محصلان لذلك فلم يكن عبثا بل طاعة ولهذا نظائر كثيرة منها أن المحرم لو اصطاد صيدا وبقى فى يده حتى حل من احرامه يلزمه ارساله ، ثم له اصطياده بمجرد ارساله ، ولا يقال لا فائدة فى ارساله ثم أخذه والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان لبس خفين على طهارة ثم أحدث ثم لبس الجرموقين لم يجز المسح عليه قولا واحدا لأنه لبس على حدث ، وان مسح الخفين ثم لبس الجرموقين ثم أحدث ــ وقلنا : انه يجوز المسح على الجرموق ــ ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز المسح عليه لأن المسح على الخف لم يزل الحدث عن الرجل ، فكأنه لبس على حدث (والثانى) يجوز لأن مسح الخف قام مقام غسل الرجلين) .

(الشرح) هاتان المسألتان تقدم شرحهما واضحا فى فرع مسائل الجرموق والأصح من الوجهين المذكورين الجواز كما سبق ، وقوله فى

الصورة الأولى لم يجز المسح قولا واحدا يعنى سواء قلنا يجوز المسح على الجرموق أم لا ، وهذا الذى قاله من الاتفاق على طريقة العراقيين ، وفيه وجه سبق بيانه ، وقوله : لأن المسح لم يزل الحدث عن الرجل ، هذا اختياره وفى المسألة وجهان مشهوران سنذكرهما واضحين ان شاء الله تعالى والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان تطهر ولبس خفيه فأحدث قبل أن تبلغ الرجل الى قدم الخف لم يجز المسح نص عليه فى الأم لأن الرجل حصلت فى مقرها وهو محدث فصار كما لو بدأ باللبس وهو محدث) .

(الشرح) هذا الذى ذكره هو المذهب وبه قطع الجمهور ، وفيه وجه أنه يجوز المسح حكاه الرافعى وغيره ، وهو مخرج من نص الشافعى أن من أخرج رجله من قدم الخف الى الساق ثم ردها لا يبطل مسحه ، ويجعل حكمه حكم لابس لم ينزع ، وسيأتى الفرق بينهما فى آخر الباب حيث فرق المصنف ان شاء الله تعالى ، قال البغوى : ولو أدخل رجله فى ساق الخف قبل الغسل ثم غسلها فى الساق ثم أدخلها موضع القدم جاز المسح وهذا واضح فان ادخالها الساق ليس بلبس ويجىء فيه وجه الرافعى وغيره والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واذا توضأت المستحاضة ولبست الخفين ثم أحدثت حدثا غير حدث الاستحاضة ومسحت على الخف جاز لها أن تصلى بالمسح فريضة واحدة وما شاءت من النوافل ، وان تيمم المحدث ولبس الخف ثم وجد الماء لم يجز له المسح على الخف لأن التيمم طهارة ضرورة فاذا زالت الضرورة بطلت من أصلها فيصير كما لو لبس الخف على حدث ، وقال أبو العباس بن سريج : يصلى بالمسح فريضة واحدة وما شاء من النوافل كالمستحاضة) .

(الشرح) هذه المسألة مشهورة فى كتب الأصحاب ، وفى صورتها فى المهذب بعض الخفاء ، فصورتها عند الأصحاب أن تتوضأ المستحاضة بعد دخول وقت فريضة ، وتلبس الخفين على تلك الطهارة ثم تحدث بغير حدث

الاستحاضة كبول ونوم ولمس قبل أن تصلى تلك الفريضة ، فاذا توضأت جاز لها المسح فى حق هذه الفريضة وتصلى بالمسح هذه الفريضة وما شاءت من النوافل ، فان أحدثت مرة أخرى فلها المسح لاستباحة النوافل ولا يجوز لفريضة أخرى ، ولو توضأت ولبست الخف وصلت فريضة الوقت ثم أحدثت لم يجز أن تمسح فى حق فريضة أصلا ، لا فائتة ولا مؤداة ، ولكن لها أن تمسح لما شاءت من النوافل .

واحتج الأصحاب لكونها لا تمسح لغير فريضة ونوافل بأن طهارتها فى الحكم مقصورة على استباحة فريضة ونوافل ، وهى محدثة بالنسبة الى ما زاد على ذلك فكأنها لبست على حدث بل لبست على حدث حقيقة فان طهارتها لا ترفع الحدث على المذهب ، هذا الذى ذكرناه هو المذهب الصحيح المشهور وبه قطع الجمهور فى الطرق ونقله أبو بكر الفارسى عن نص الشافعى رضى الله عنه . وفى المسألة وجهان آخران (أحدهما) لا يجوز لها المسح أصلا لا لفريضة ولا نافلة حكاه صاحب التلخيص والدارمى وجماعة من الخراسانيين وصححه البغوى وبه قطع الجرجانى فى التحرير لأنها محدثة وانما جوزت لها الصلاة مع الحدث الدائم للضرورة ولا ضرورة الى مسح الخف بل هى رخصة بشرط لبسه على طهارة كاملة ولم توجد (والوجه الآخر) انها تستبيح المسح ثلاثة أيام ولياليهن فى السفر ويوما وليلة فى الحضر ولكنها تجدد الطهارة ماسحة لكل فريضة حكاه الرافعى وغيره عن تعليق الشيخ أبى حامد واحتمال لامام الحرمين ، واعترف بأن المنقول عن الأصحاب خلافه ونقل المتولى وغيره اتفاق الأصحاب على أنها لا تزيد على فريضة .

ومذهب زفر وأحمد رضى الله عنهما أنها تمسح ثلاثة أيام سفرا ويوما وليلة حضرا ودليل المذهب ما قدمناه ، وأما قول الغزالى فى الوسيط لا تزيد على فريضة بالاجماع فليس كما قال ، وهو محمول على أنه لم يبلغه مذهب زفر وأحمد وقول الشيخ أبى حامد ، وقال القفال : فى جواز مسحها لفريضة قولان بناء على أن طهارتها هل ترفع الحدث ؟ وفيه قولان ، قال امام الحرمين: تخريجه على رفع الحدث غير صحيح فكيف يرتفع حدثها مع جريانه دائما وكذا قال الشاشى فى المعتمد والمستظهرى هذا البناء فاسد ، ولا يجوز أن

يقال يرتفع حدثها مع دوامه واتصاله فان ذلك محال وسنوضح الخلاف فى ارتفاع حدثها بالطهارة فى آخر باب الحيض فى مسائل طهارتها ان شاء الله تعالى والله أعلم •

هذا كله اذا أحدثت غير حدث الاستحاضة ، أما حدث الاستحاضة فلا يضر ولا تحتاج بسببه الى استئناف طهارة الا اذا أخرت الدخول فى الصلاة بعد الطهارة وحدثها يجرى وقلنا بالمذهب : انه ينقض طهارتها ويجب استئنافها فحينئذ يكون حدث الاستحاضة كغيره على ما سبق • هذا كله اذا لم ينقطع دمها ، أما اذا انقطع دمها قبل أن تمسح وشفيت فلا يجوز لها المسح بل يجب الخلع واستئناف الطهارة هكذا قطع به الجمهور وصرحوا بأنه لا خلاف فيه ، وحكى البغوى وجها شاذا أن انقطاع دمها كحدث طارىء فلها المسح ، وهذا خلاف المذهب والدليل لأن طهارتها لضرورة وقد زالت الطهارة والضرورة فصارت لابسة على حدث بلا ضرورة والله أعلم •

وحكم سلس البول والمذى ومن به حدث دائم وجرح سائل حكم المستحاضة على ما سبق وكذا الوضوء المضموم اليه التيمم لجرح أو كسر له حكم المستحاضة، واذا شفى الجريح لزمه النزع كالمستحاضة صرح به الصيدلانى وامام الحرمين وغيرهما ، وأما المتيمم الذى محض التيمم ولبس الخف على طهارة التيمم فان كان تيممه لا باعواز الماء بل بسبب آخر فحكمه حكم المستحاضة لأنه لا يتأثر بوجود الماء لكنه ضعيف فى نفسه فصار كالمستحاضة، هكذا صرح به جماعة منهم الرافعى وان كان التيمم لفقد الماء وهى مسألة الكتاب فقال الجمهور : لا يجوز المسح بل اذا وجد الماء وجب الوضوء وغسل الرجلين ، ونقله المتولى عن نص الشافعى رضى الله عنه ، وقال ابن سريج : هو كالمستحاضة فتستبيح فريضة ونوافل كما سبق ، والمذهب الفرق لأن طهارته لا تستمر عند رؤية الماء فنظيره من المستحاضة أن ينقطع دمها والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والمستحب أن يمسح أعلا الخف وأسفله فيغمس يديه فى الماء ثم يضع كفه اليسرى تحت عقب الخف وكفه اليمنى على أطراف أصابعه ثم يمر اليمنى

الى ساقه واليسرى الى أطراف أصابعه لما روى المغيرة بن شعبة رضى الله عنه قال : « وضأت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى غزوة تبوك فمسح أعلى الخف وأسفله » وهل يمسح على عقب الخف ؟ فيه طريقان ، من أصحابنا من قال يمسح عليه قولا واحدا لأنه خارج من الخف يلاقى محل الفرض فهو كغيره ، ومنهم من قال : فيه قولان (أحدهما) يمسح عليه وهو الأصح لما ذكرناه (والثانى) لا يمسح لأنه صقيل وبه قوام الخف فاذا تكرر المسح عليه بلى وخلق وأضر به وان اقتصر على مسح القليل من أعلاه أجزأه لأن الخبر ورد بالمسح ، وهذا يقع عليه اسم المسح ، وان اقتصر على مسح ذلك من أسفله ففيه وجهان قال أبو اسحق يجزيه لأنه خارج من الخف يحاذى محل الفرض فهو كأعلاه ، وقال أبو العباس بن سريج : لا يجزئه وهو المنصوص فى البويطى وهو ظاهر ما نقله المزنى) .

(الشرح) فى هذا الفصل مسائل (احداها) حديث المغيرة رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه وغيرهم وضعفه أهل الحديث ممن نص على ضعفه البخارى وأبو زرعة الرازى والترمذى وآخرون ، وضعفه أيضا الشافعى رضى الله عنه فى كتابه القديم ، وانما اعتمد الشافعى رضى الله عنه فى هذا على الأثر عن ابن عمر رواه البيهقى وغيره ، وروى الترمذى بإسناده عن عبد الرحمن بن أبى الزناد عن أبيه عن عروة بن الزبير عن المغيرة رضى الله عنه قال : « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح على الخفين على ظاهرهما » قال الترمذى هذا حديث حسن . فان قيل : كيف حكم الترمذى بأنه حديث حسن وقد جرح جماعة من الأئمة ابن أبى الزناد ؟ فجوابه من وجهين (أحدهما) أنه لم يثبت عنده سبب الجرح فلم يعتد به كما احتج البخارى ومسلم وغيرهما بجماعة سبق جرحهم حين لم يثبت جرحهم مبين السبب (والثانى) أنه اعتضد بطريق أو طرق أخرى فقوى وصار حسنا كما هو معروف عند أهل العلم بهذا الفن والله أعلم .

(الثانية) المغيرة بضم الميم وكسرها لغتان تقدمتا مع بيان حاله فى أول صفة الوضوء ، وعقب الرجل بفتح العين وكسر القاف ، هذا هو الأصل ويجوز اسكان القاف مع فتح العين وكسرها وقد سبق التنبيه على هذه

القاعدة ، والساق مؤنثة غير مهموزة وفيها لغة قليلة بالهمز سبق بيانهـا فى غسل الرجلين ، وتبوك بفتح التاء بلدة معروفة وهى غير مصروفة ويقـال غزوة وغزاة لغتان مشهورتان ، وكانت غزوة تبوك سنة تسع من الهجرة وهى من غزوات النبى صلى الله عليه وسلم بنفسه • وقوله لأنه خارج من الخف ، فيه احتراز من باطنه الذى يلاقى بشرة الرجل ، وقوله يلاقى محل الفرض ، احتراز من ساق الخف ، وقوله لأنه صقيل ، يعنى أملس رقيقا ، وقوله وبه قوام الخف ، هو بكسر القاف وفتحها لغتان مشهورتان الكسر أفصح أى بقاؤه ، وقوله وخلق هذا بفتح الخاء وبضم اللام وفتحها وكسرها ثلاث لغات وآخلق أيضا لغة رابعة • وقوله وأضر به ، يقال ضره وأضر به يضره ويضر به ، فاذا حذفت الباء كان ثلاثيا واذا ثبتت كان رباعيا والله أعلم •

(الثالثة) فى أحكام الفصل : اتفق أصحابنا على أنه يستحب مسح أعلى الخف، وأسفله ونص عليـه الشافعى رضى الله عنـه قالوا وكيفيته كما ذكر المصنف رحمه الله لكونه أمكن وأسهل ، ولأن اليد اليسرى لمباشرة الأقذار والأذى ، واليمنى لغير ذلك فكانت اليسرى آليق بأسفله ، واليمنى بأعلاه ، وأما العقب فنص فى البويطى على استحباب مسحه كذا رأيته فيه وكذا نقله الأصحاب عنه ، ونقل الشيخ أبو حامد استحبابه عن نصه فى الجامع الكبير ، ونقله القاضى أبو حامد والماوردى وغيرهما عن نصـه فى مختصر الطهـارة الصغير ، ونقله المحاملى عن ظاهر نصه فى القديم • وظاهر نصه فى مختصر المزنى أنه لايمسح فانه قال : يضع كفه اليسرى تحت عقب الخف وكفه اليمنى على أطراف أصابعه ثم يمر اليمنى الى ساقه واليسرى الى أطراف الأصابع ، وللأصحاب طريقان كما ذكر المصنف (أحدهما) فى استحبابه قولان ومنهم من يقول وجهان ، ودليلهما ما ذكره المصنف (والثانى) وهو المذهب وبه جزم كثيرون القطع باستحبابه كما نص عليه فى هذه الكتب المذكورة وتأول نصه فى مختصر المزنى على أن المراد وضع أصابعه تحت عقبه وراحته على عقبه ، ونقل الماوردى عدم استحبابه عن ابن سريج والله أعلم •

وأما الواجب من المسح فان اقتصر على مسـح جزء من أعلاه أجزأه بلا خلاف ، وان اقتصر على مسح أسفله أو بعض أسفله فنص الشافعى رضى

الله عنه فى البويطى ومختصر المزنى أنه لا يجزئه ويجب اعادة ما صلى به ، ونقله الشيخ أبو محمد الجوينى فى الفروق عن نصه فى الجامع الكبير ، وفى رواية موسى بن أبى الجارود ونقله الرويانى وصاحب العدة عن نصه فى الاملاء ، وللأصحاب ثلاث طرق حكاها صاحب الحاوى وامام الحرمين وغيرهما (أحدها) لا يجزىء مسح أسفله بلا خلاف ، وهذه طريقة أبى العباس بن سريج وجمهور الأصحاب وهى المذهب ، قال المحاملى وابن الصباغ : قال ابن سريج : لا يجزىء ذلك باجماع العلماء .

(والطريق الثانى) يجزىء قولا واحدا وهو قول أبى اسحق المروزى ، وزعم أنه مذهب الشافعى رضى الله عنه قال : وغلط المزنى فى نقله ذلك فى المختصر عن الشافعى ولا يعرف هذا للشافعى ، وانما استنبطه المزنى وغلط فى استنباطه ، وتأول المتولى وغيره نصه فى مختصر المزنى على أنه أراد بالباطن داخل الخف وهو ما يمس بشرة الرجل .

(والطريق الثالث) فى اجزائه قولان حكاه الماوردى عن أبى على بن أبى هريرة ، وحكاه الرويانى عن القفال ورجحه الرافعى واتفق القائلون بهذا الطريق على أن الصحيح من القولين أنه لا يجزىء ، والصواب الطريق الأول وهو القطع بعدم الاجزاء فهذا هو المعتمد نقلا ودليلا . أما النقل فهو الذى نص عليه الشافعى رضى الله عنه فى الكتب التى ذكرناها ولم يثبت عنه خلافه، وأما دعوى أبى اسحاق أن المزنى غلط فغلطه أصحابنا فيها قالوا : والمزنى لم يستنبط ما نقله بل نقله عن الشافعى سماعا وحفظا ، قال الشيخ أبو محمد : قال المزنى فى الجامع الكبير : حفظى عن الشافعى رضى الله عنه أنه قال ان مسح الباطن وترك الظاهر لا يجوز .

ثم ان المزنى لم ينفرد بذلك بل وافقه البويطى وابن أبى الجارود ونصه فى الاملاء كما قدمناه . وأما الدليل فلأنه ثبت الاقتصار على الأعلى عن النبى صلى الله عليه وسلم ولم يثبت الاقتصار على الأسفل ، والمعتمد فى الرخص الاتباع فلا يجوز غير ما ثبت التوقيف فيه وعن على رضى الله عنه : « لو كان الدين بالرأى كان أسفل الخف أولى بالمسح من أعلاه وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح على ظاهر خفيه » رواه أبو داود والبيهقى من

طرق . قال الشيخ أبو محمد الجوينى وصاحب الحاوى وغيرهما : معنى كلام على رضى الله عنه : لكان مسح الأسفل أولى لكونه يلاقى النجاسات والأقذار لكن الرأى متروك بالنص . قال أصحابنا ولأنه موضع لا يرى غالبا فلم يجز الاقتصار عليه كالباطن الذى يلى بشرة الرجل ، قالوا : وأما مسحه مع الأعلى استحبابا فعلى طريق التبع للأعلى لاتصاله به بخلاف الباطن .

قال أصحابنا : ولأن القول بجوازه خارق للاجماع فكان باطلا . ونقل الشيخ أبو حامد والمحاملى وابن الصباغ والرويانى وغيرهم عن ابن سريج أنه قال : أجمع المسلمون أنه لا يجزىء الاقتصار على الأسفل وقال القاضى أبو الطيب فى تعليقه : قال أصحابنا : خالف أبو اسحق اجماع الفقهاء قبله فى هذه المسألة فلم يعتد بقوله والله أعلم .

(فرع) لو مسح فوق كعبه من الخف أو مسح باطنه الذى يلى بشرة الرجل لم يجزئه بالاتفاق ، ولو اقتصر على مسح حرف الخف قال البغوى : هو كأسفله ، ولو اقتصر على مسح عقبه ففيه طرق (احداها) أنه كأسفله نقله البغوى (والثانى) ان قلنا يجزىء الأسفل فالعقب أولى والا فوجهان لأن العقب أقرب الى الأعلى ، ذكره القاضى حسين (والثالث) ان قلنا لا يجزىء الأسفل فالعقب أولى والا فوجهان وهو ضعيف (والرابع) قاله الماوردى والرويانى ان قلنا مسح العقب سنة أجزأه والا فوجهان أحدهما : لا يجزىء كالساق والثانى : يجزىء لأنه فى محل الفرض (والخامس) قال الشاشى ان قلنا مسحه ليس بسنة لم يجزىء والا فوجهان كأسفله (والسادس) الجزم باجزائه حكاه الرويانى قال الرافعى : الأظهر عند الأكثرين أنه لا يجزىء ، وهذا هو المذهب المعتمد .

(فرع) قال أصحابنا : يجزىء المسح باليد وبأصبع وبخشبة أو خرقة أو غيرها ، ولا يستحب تكرار المسح بخلاف الرأس لأن المسح هنا بدل فأشبه التيمم ، هذا هو المذهب الصحيح المشهور وبه قطع الجمهور ، بل نقل امام الحرمين والغزالى وغيرهما أن التكرار مكروه ، وحكى الرافعى عن ابن كج وجها أنه يسن التكرار ، واختاره ابن المنذر وحكى ابن المنذر عن ابن

عمر وابن عباس وعطاء رضى الله عنهم الاقتصار على مسحة واحدة ، وهـذا هو المعتمد ولم يثبت فى التكرار شىء فلا يصار اليه .

(فـرع) لو غسـل الخف بدل مسحه فالصحيح عنـد الأصحاب جوازه ، وفيه وجه كما سبق فى الرأس فعلى الصحيح هو مكروه وتقدم فى كراهة غسل الرأس وجهان ، وسبق بيان الفرق ، قال القـاضى حسين : لو غسل الخف بدل مسحه أو وضع يده المبتلة عليه ولم يمرها عليه أو قطر الماء عليه ولم يسل أجزأه عند الأصحاب ، وعند القفال لا يجزئه كما ذكرناه فى الرأس ، هذا مذهبنا وحكى ابن المنذر فيما اذا غسـل الخف أو أصـابه المطر ونوى : أنه يجزئه عن الحسن بن صالح وأصحاب الرأى وسـفيان الثورى واسحق وعن مالك وأحمـد رضى الله عنهما لا يجزئه واختـاره ابن المنذر .

(فـرع) قال امام الحرمين والغزالى : قصد استيعاب الخف ليس بسنة بل السنة مسح أعلاه وأسفله لأنه لم ينقل عن النبى صلى الله عليه وسلم أكثر من مسح الأعلى والأسفل ، وأطلق جمهور الأصحاب استحباب استيعاب الخف بالمسح [1] ممن أطلق هذه العبارة القاضى حسين والفورانى والمتولى والجرجانى فى كتابه البلغة وصاحب العدة وغيرهم .

(فـرع) لو كان أسفل الخف نجسا بنجاسة يعفى عنها لا يمسح أعلى أسفله بل يقتصر على مسح أعلاه وعقبه وما لا نجاسة عليه ، صرح به امام الحرمين والغزالى فى البسيط والوجيز والمتولى والرويانى وآخرون ، قال الرويانى : لأنه لو مسحه زاد التلويث ولزمه حينئذ غسل اليد وأسفل الخف والله أعلم .

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى استحباب مسح أسـفل الخف وفى الواجب من أعلاه .

---

(١) قال فى الروضة . وليس استيعابه جميعه سنة على اصح الوجهين ا هـ الاذرعى .

قد ذكرنا أن مذهبنا استحباب مسح أسفله وأن الواجب أقل جزء من أعلاه ، فأما استحباب الأسفل فحكاه ابن المنذر عن سعد بن أبى وقاص وعبد الله بن عمر وعمر بن عبد العزيز ومكحول والزهرى ومالك وابن المبارك واسحق • وحكى ابن المنذر عن الحسن وعروة بن الزبير وعطاء والشعبى والنخعى والأوزاعى والثورى وأصحاب الرأى وأحمد رضى الله عنهم أنه لا يستحب مسح الأسفل واختاره ابن المنذر ، واحتجوا بحديث على رضى الله عنه : لو كان الدين بالرأى ، وقد سبق بيانه وبحديث المغيرة أن النبى صلى الله عليه وسلم مسح ظاهر الخف ، رواه الترمذى وقال حديث حسن وقد سبق بيانه والاعتراض عليه وجوابه فى أول هذه المسألة ، ولأنه ليس محلا للفرض فلا يسن كالساق ولأنه قد يكون على أسفله نجاسة •

واحتج أصحابنا بحديث المغيرة الذى ذكره المصنف رحمه الله وبأثر ابن عمر رضى الله عنهما الذى قدمناه لكن حديث المغيرة ضعيف كما سبق ، ولأنه بارز من الخف يحاذى محل الفرض فسن مسحه كأعلاه ، ولأنه مسح على حائل منفصل فتعلق بكل ما يحاذى محل الفرض كالجبيرة ، ولأنه ممسوح فسن استيعابه كالرأس ، ولأنه طهارة فاستوى أسفل القدم وأعلاه كالوضوء•

وأما حديث على رضى الله عنه فأجابوا عنه بأن معناه لو كان الدين بالرأى لكان ينبغى لمن أراد الاقتصار على أقل ما يجزى أن يقتصر على أسفله ، ولكنى رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم اقتصر على أعلاه ولم يقتصر على أسفله ، فليس فيه نفى استحباب الاستيعاب ، وهذا كما صح أن النبى صلى الله عليه وسلم مسح بناصيته ولم يلزم منه نفى استحباب استيعاب الرأس ، وانما المقصود منه بيان أن الاستيعاب ليس بواجب ، وهكذا الجواب عن حديث المغيرة ، وأما قياسهم على الساق فجوابه من وجهين (أحدهما) أنه ليس بمحاذ للفرض فلم يسن مسحه كالذؤابة النازلة عن حد الرأس بخلاف أسفله فانه محاذ محل الفرض فهو كشعر الرأس الذى لم ينزل عن محل الفرض (الثانى) أن هذا منتقض بمسح العمامة مع الناصية وبمسح الأذن وأما قولهم قد يكون على أسفله نجاسة فجوابه أنه اذا كانت نجاسة لم يمسح أسفله عندنا كما سبق والله أعلم •

وأما الاقتصار على أقل جزء من أعلاه فوافقنا عليه الثورى وأبو نور وداود وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : يجب مسح قدر ثلاث أصابع ، وقال أحمد رضى الله عنه : يجب مسح أكثر ظاهره وعن مالك مسح جميعه الا مواضع الغضون ، واحتجوا بما روى عن على رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم مسح على خفيه خطوطا بالأصابع » وعن الحسن البصرى قال : من السنة أن يمسح على الخفين خطوطا بالأصابع ، قال أصحاب أبى حنيفة رضى الله عنهم : وأقل الأصابع ثلاث ، ولأنه مسح فى الطهارة فلم يكفه فيه مطلق الاسم كما لو بل شعرة ووضعها على الخف ، ولأن من مسح بأصبع لا يسمى ماسحا ولأن المسح ورد مطلقا فوجب الرجوع الى فعل النبى صلى الله عليه وسلم ولأنه مسح فى طهارة فلم يكف مطلق الاسم كمسح وجه المتيمم .

واحتج أصحابنا بأن المسح ورد مطلقا ولم يصح عن النبى صلى الله عليه وسلم فى تقدير واجبه شىء فتعين الاكتفاء بما ينطلق عليه الاسم ، فان قالوا : لم ينقل الاقتصار على مطلق الاسم . قلنا : لا يفتقر ذلك الى نقل لأنه مستفاد من اطلاق اباحة المسح فانه يتناول القليل والكثير ولا يعدل عنه الا بدليل . فان قالوا : لا يسمى ذلك مسحا ، قلنا هذا خلاف اللغة فلا خلاف فى صحة اطلاق الاسم عندهم .

وأما الجواب عن دلائلهم فكلها تحكم لا أصل لشىء منها ، وأما حديث على رضى الله عنه فجوابه من أوجه (أحسنها) أنه ضعيف فلا يحتج به (والثانى) لو صح حمل على الندب جمعا بين الأدلة (الثالث) أنه قال : مسح بأصابعه ولا يقولون بظاهره ، فان تأولوه فليس تأويلهم أولى من تأويلنا ، وأما قول الحسن فجوابه من وجهين (أحدهما) أنه ليس بحجة فانقول التابعى : « من السنة كذا » لا يكون مرفوعا الى النبى صلى الله عليه وسلم بل هو موقوف هذا هو الصحيح المشهور قال القاضى أبو الطيب : وقال بعض أصحابنا : هو مرفوع مرسل وقد سبق بيان هذا فى مقدمة الكتاب (والثانى) : لو كان حجة لحمل على الندب ، وأما قولهم : لو مسح شعره فجوابه ان سمى ذلك مسحا قلنا بجوازه والا فلا يرد علينا ، وقولهم لا يسمى

المسح بالأصبع مسحا لا نسلمه وقولهم يجب الرجوع الى فعل النبى صلى الله عليه وسلم جوابه أنه لم يثبت التقدير الذى قالوه ، وقياسهم على التيمم جوابه أنه لا يصح الحاق ذا بذاك لأنا أجمعنا على الاستيعاب هناك دون هنا فتعين ما ينطلق عليه الاسم والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا مسح على الخف ثم خلعه أو انقضت مدة المسح وهو على طهارة المسح قال فى الجديد : يغسل قدميه ، وقال فى القديم : يستأنف الوضوء ، واختلف أصحابنا فى القولين فقال أبو اسحق : هى مبنية على القولين فى تفريق الوضوء ، فان قلنا يجوز التفريق كفاه غسل القدمين ، وان قلنا لا يجوز لزمه استئناف الوضوء ، وقال سائر أصحابنا : القولان أصل فى نفسه (أحدهما) يكفيه غسل القدمين لأن المسح قائم مقام غسل القدمين ، فاذا بطل المسح عاد الى ما قام المسح مقامه كالمتيمم اذا رأى الماء (والثانى) يلزمه استئناف الوضوء لأن ما أبطل بعض الوضوء أبطل جميعه كالحدث) •

(الشرح) قوله : قال أبو اسحق « هى مبنية » هكذا هو فى النسخ أى المسألة وللشافعى رضى الله عنه فى هذه المسألة نصوص مختلفة • قال المزنى فى مختصره : قال الشافعى رضى الله عنه : وان نزع خفيه بعد مسحهما غسل قدميه ، قال : وفى القديم وكتاب ابن أبى ليلى يتوضأ ، هذا نقل المزنى وقال فى البويطى : من مسح خفيه ثم نزعهما فأحب الى أن يبتدىء الوضوء ، فان لم يفعل وغسل رجليه فقط وهو على طهارة المسح أجزأه ذلك ، وسواء غسلهما بقرب نزعه أو بعده ما لم ينتقض وضوءه ، هذا نصه فى البويطى •

وقال فى الأم فى باب ما ينقض المسح : اذا أخرج احدى قدميه أو هما من الخف بعد مسحه فقد انتقض المسح وعليه أن يتوضأ ، وقال فى الأم أيضا فى باب وقت المسح على الخفين : لو مسح فى السفر يوما وليلة ثم نوى الاقامة أو قدم بلده نزع خفيه واستأنف الوضوء ، لا يجزيه غير ذلك ، قال : ولو كان المسافر قد استكمل يوما وليلة ثم دخل فى صلاة فنوى الاقامة قبل اكمال الصلاة فسدت صلاته وكان عليه أن يستقبل وضوءا ثم يصلى تلك

الصلاة . ثم قال بعده بأسطر : واذا شك المقيم هل استكمل يوما وليلة أم لا ، نزع خفيه واستأنف الوضوء ، وقال فى كتاب اختلاف أبى حنيفة وابن أبى ليلى رضى الله عنهما من كتب الأم أيضا اذا صلى وقد مسح خفيه ثم نزعهما أحببت أن لا يصلى حتى يستأنف الوضوء ، فان لم يزد على غسل رجليه جاز . فهذه نصوص الشافعى ومن هذه الكتب نقلتها . ونقل الأسحاب والمزنى عن القديم أنه يجب الاستئناف ونقل ابن الصباغ والرويانى وغيرهما أن الشافعى نص فى حرملة أنه يكفيه غسل القدمين . وخالفهم البندنيجى وصاحب العدة فنقلا وجوب الاستئناف عن القديم والأم والاملاء وحرملة ، ونقلا جواز الاقتصار على القدمين عن البويطى وكتاب ابن أبى ليلى ، هذه نصوص الشافعى .

واتفق الأصحاب على أن فى المسألة قولين (أحدهما) وجوب الاستئناف (والثانى) يكفى غسل القدمين . ثم اختلفوا فى أصلهما على ست طرق (أحدها) أن أصلهما تفريق الوضوء ان جوزناه كفى غسل القدمين والا وجب الاستئناف ، وهذا الطريق قول ابن سريج وأبى اسحق المروزى وأبى على بن أبى هريرة وحكاه الشيخ أبو حامد والبندنيجى عن أبى العباس وأبى اسحق وحكاه الماوردى عن أبى على بن أبى هريرة وجمهور البغداديين . والطريق الثانى والقولان أصل بنفسه غير مبنى على شىء ، وهذا الطريق نقله المصنف وغيره من الجمهور (والثالث) هما مبنيان على قولين للشافعى فى أن طهارة بعض الأعضاء اذا انتقضت هل ينتقض الباقى ؟ ان قلنا ينتقض وجب استئناف الوضوء والا كفى القدمان ، حكاه القاضى أبو الطيب فى تعليقه والماوردى . قال الماوردى : هو قول أصحابنا البصريين (والرابع) هما مبنيان على أن المسح على الخف هل يرفع الحدث عن الرجل ؟ ان قلنا : نعم وجب الاستئناف لأن الحدث عاد الى الرجل فيعود الى الجميع وان قلنا لا يرفع كفى القدمان وهذا الطريق مشهور فى طريقتى العراقيين والخراسانيين . (والخامس) أنهما مرتبان ومبنيان على تفريق الوضوء على غير ما سبق . فان جوزنا التفريق كفى القدمان والا فقولان (والسادس) عكسه ان منعنا التفريق وجب الاستئناف والا فقولان ، حكى هذين الطريقين الدارمى فى الاستذكار .

واختلف المصنفون فى أرجح هذه الطرق فقال الشيخ أبو حامد : الصحيح الطريق الأول وهو البناء على تفريق الوضوء ، وقال الخراسانيون : هـذا الطريق غلط صريح ، ممن صرح بذلك شيخهم القفال وأصحابه الثلاثة الشيخ أبو محمد والقاضى حسين والفورانى والمتولى والبغوى وآخرون ، قال امام الحرمين : هذا الطريق غلط عند المحققين واحتجوا فى تغليطه بأشياء (أحدها) أن التفريق لا يضر فى الجديد بلا خلاف وقد نص على القولين فى الجديد كما سبق (والثانى) أن التفريق بعذر لا يضر وانقضاء المدة عذر • (الثالث) أن القولين جاريان مع قرب الزمان حتى لو توضأ ومسح الخف ثم خلعه قبـل جفاف الأعضاء جرى القولان ، ولا خلاف أن مثل هذا التفريق لا يضر ، وهذا الثالث هو الذى اعتمده امام الحرمين والمتولى والبغوى •

وفرق الشيخ أبو محمد الجوينى بين التفريق هنا وهناك بأن ماسح الخف اذا نزعه بطلت طهارة القدمين والطهارة اذا بطل بعضها بطلت كلها فلهذا جرى القولان مع قرب الزمان ، وأما من فرق الوضوء تفريقا يسيرا فلم يبطل شىء مما فعل فلهـذا جاز له البناء بلا خلاف • وأجاب الشـيخ أبو حامد عن الاعتراض الأول بأن الشافعى انما نص فى كتاب ابن أبى ليلى من الجديد على استحباب الاستئناف لا على وجوبه ، وهذا الجواب فاسد لأن الاستئناف منصوص عليه فى غير كتاب ابن أبى ليلى من الكتب الجديدة كالأم وغيره مما سبق • وأما الاعتراض الثانى وهو أن التفريق بعـذر لا يضر ، فلا يسلمه العراقيون كما سبق فى بابه ، وأما الثالث وهو جريان القولين وان نزع على الفور فلا يسلمه صاحب هـذه الطريقة وقال القفـال وسائر الخراسانيين والمحاملى من العراقيين أصبح الطرق البناء على رفع الحـدث والأصح أن المسح يرفع الحدث عن الرجل ، وضعف البندنيجى وابن الصباغ وصاحبه الشاشى وغيرهم البناء على رفع الحدث وقالوا : الأصح أنهما أصل بنفسه ، واختار الدارمى الطريق السادس ، فهـذه طرق الأصحاب واختـلافهم فى أرجحها والأصح أنهما أصل فى نفسه •

وأما أصح القولين فاختلفوا فيه فصحح جماعة وجوب الاستئناف منهم الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب فى تعليقه والمحاملى فى كتـابه وسليم

الرازى فى كتابه رءوس المسائل وصاحب العدة والشيخ نصر فى كتابيه الانتخاب والتهذيب وقطع به جماعات من أصحاب المختصرات كالمقنع للمحاملى والكفاية لسليم الرازى والكافى للشيخ نصر ، وصحح جماعة الاكتفاء بالقدمين منهم القاضى حسين والمصنف فى التنبيه والرويانى والبغوى والجرجانى فى كتابيه التحرير والبلغة والشاشى فى كتابيه والرافعى فى كتابيه وقطع به جماعة من أصحاب المختصرات منهم الماوردى فى كتابه الاقناع والغزالى فى الخلاصة ، وهذا هو الأصح المختار ، فعلى هذا يستحب استئناف الوضوء كما نص عليه فى كتاب ابن أبى ليلى وغيره ليخرج من الخلاف .

ثم اذا قلنا يكفيه غسل القدمين فغسلهما عقب النزع أجزأه ، فان أخر غسلهما حتى طال الزمان ففيه قولا تفريق الوضوء ، صرح به المتولى وصاحب العدة والرويانى وغيرهم وهو واضح ، ويجىء حينئذ الخلاف فى التفريق بعذر هل يؤثر أم لا ؟ والله أعلم .

هذا كله اذا خلع الخفين وهو على طهارة المسح ، فان كان على طهارة الغسل بأن كان غسل رجليه فى الخف، فطهارته كاملة ولا يلزمه شىء بلا خلاف بل يصلى بطهارته ما أراد وله أن يستأنف لبس الخفين بهذه الطهارة والله أعلم . وأما قول المصنف : (قال فى الجديد يغسل قدميه . وقال فى القديم : يستأنف) فظاهره أنه ليس فى الجديد الاستئناف وليس كذلك بل فى الجديد قولان كما سبق ، وقوله : واختلف أصحابنا فى ذلك فقال أبو اسحق : هى مبنية على تفريق الوضوء وقال سائر أصحابنا القولان أصل فى نفسه ، هذا مما ينكر على المصنف لأن قوله سائر أصحابنا معناه باقيهم غير أبى اسحق فهو تصريح بأن أبا اسحق انفرد واتفق الباقون على خلافه ، وليس الأمر كذلك بل قد قال بمثل قول أبى اسحق بن سريج وأبو على بن أبى هريرة والبغداديون كما سبق بيانه ، ولا يعذر المصنف فى مثل هذا لأنه مشهور موجود فى تعليق الشيخ أبى حامد والماوردى وهو كثير النقل منها والله أعلم.

(فرع) اذا ظهرت الرجل وانقضت المدة وهو فى صلاة بطلت صلاته بلا خلاف ، نص عليه الشافعى كما سبق فى نصه فى الأم واتفق عليه

الأصحاب قالوا : ولا يجيء فيه القول القديم فى سبق الحدث أنه يتوضأ ويبنى لأن هذا مقصر بمضايقة المدة وترك تعهد الخف بخلاف من سبقه الحدث ودليل بطلان صلاته أن طهارته فى رجليه ووجب غسلها بلا خلاف ، وفى الباقى القولان •

(فرع) اذا لم يبق من مدة المسح قدر يسع صلاة ركعتين فافتتح صلاة ركعتين فهل يصح الافتتاح ثم تبطل الصلاة عند انقضاء المدة ؟ أم لا تصح أصلا ؟ ففيه وجهان حكاهما الرويانى فى البحر قال : وفائدتهما لو اقتدى به غيره ثم فارقه عند انقضاء المدة هل يصح اقتداؤه ؟ فيه الوجهان • (قلت) : وفائدة أخرى وهو أنه لو احرم بركعتين نافلة ثم أراد أن يقتصر على ركعة ويسلم ان قلنا انعقدت جاز والا فلا ، والأصحح الانعقاد لأنه على طهارة فى الحال فكيف يمتنع انعقاد صلاته والله أعلم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فيمن خلع خفيه أو انقضت مدته وهو على طهارة المسح •

قد ذكرنا أن فى مذهبنا قولين أصحهما يكفيه غسل القدمين (والثانى) يجب استئناف الوضوء وللعلماء أربعة مذاهب (أحدها) يكفيه غسل القدمين وبه قال عطاء وعلقمة والأسود وحكى عن النخعى وهو مذهب أبى حنيفة وأصحابه والثورى وأبى ثور والمزنى ورواية عن أحمد رضى الله عنهم (والثانى) يلزمه استئناف الوضوء وبه قال مكحول والنخعى والزهرى وابن أبى ليلى والأوزاعى والحسن بن صالح واسحاق وهو أصح الروايتين عن أحمد رضى الله عنه (الثالث) ان غسل رجليه عقب النزع كفاه وان أخر حتى طال الفصل استأنف الوضوء وبه قال مالك والليث (الرابع) لا شىء عليه لا غسل القدمين ولا غيره بل طهارته صحيحة يصلى بها ما لم يحدث كما لو لم يخلع ، وهذا المذهب حكاه ابن المنذر عن الحسن البصرى وقتادة وسليمان ابن حرب واختاره ابن المنذر وهو المختار الأقوى ، وحكاه أصحابنا عن داود الا أنه قال : يلزمه نزعهما ولا يجوز أن يصلى فيهما • وهذه المذاهب تعرف أدلتها مما ذكره المصنف رحمه الله وجرى فى خلال الشرح الا مذهب الحسن

فاحتج له بأن طهارته صحيحة فلا تبطل بلا حدث كالوضوء ، وأما نزع الخف فلا يؤثر فى الطهارة بعد صحتها كما لو مسح رأسه ثم حلقه ، وقال أصحابنا : الأصل غسل الرجل والمسح بدل فاذا زال وجب الرجوع الى الأصل والله أعلم .

(فرع) اذا نزع أحد خفيه فهو كنزعهما وهذا مذهبنا ومذهب جمهور العلماء منهم مالك والثورى وأبو حنيفة والأوزاعى وابن المبارك وأحمد رضى الله عنهم ، وحكى ابن المنذر عن الزهرى وأبى ثور أنهما قالا : يغسل التى نزع خفها ويمسح على خف الأخرى : دليلنا أنهما كعضو واحد ولهذا لا يجب الترتيب فيهما فصار ظهور أحدهما كظهورهما والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان مسح على خفيه ثم أخرج الرجلين من قدم الخف الى الساق لم يبطل المسح على المنصوص لأنه لم تظهر الرجل من الخف وقال القاضى أبو حامد فى جامعه : يبطل وهو اختيار شيخنا القاضى أبى الطيب ــ رحمه الله ــ لأن استباحة المسح تتعلق باستقرار القدم فى الخف ، ولهذا لو بدأ باللبس فأحدث قبل أن تبلغ الرجل قدم الخف ثم أقرها لم يجزه [1]) .

(الشرح) نص الشافعى رحمه الله فى الأم على أن من بدأ باللبس فأحدث قبل بلوغ الرجل قدم الخف لم يصح لبسه ولا يستبيح المسح . ونص أن لابس الخفين لو نزع الرجلين أو احداهما من قدم الخف ولم يخرجها من الساق ثم ردها لم يبطل مسحه ، ونص على هذه الثانية أيضا فى القديم هكذا .

فأما المسألة الأولى فالمذهب ما نص عليه وبه قطع الأصحاب فى كل الطرق الا وجها شاذا قدمناه حيث ذكر المصنف المسألة فى فصل اللبس على طهارة ، وأما الثانية ففيها اختلاف كثير مشهور ، الأصح أيضا ما نص عليه فى الأم والقديم أنه لا يبطل مسحه وبه قطع المحاملى فى كتابيه وأبو محمد فى

(1) فى نسخة الركبى (لم يجز المسح عليه) (ط) .

الفروق والغزالى فى البسيط ، ورجحه البغوى وآخرون وحكاه الماوردى وسليم عن شيخهما أبى حامد ، وقال القاضى أبو الطيب فى تعليقه وسليم الرازى فى رءوس المسائل والدارمى فى الاستذكار والشاشى وغيرهم فى المسألة قولان : الجديد يبطل مسحه ، والقديم لا يبطل ، قال أبو الطيب وغلط بعضهم فقال : لا يبطل قولا واحدا ، قال والصحيح أنه يبطل وحكاه الماوردى عن البصريين من أصحابنا وصححه صاحب العدة وغيره •

وسلك امام الحرمين طريقة لم يذكرها الجمهور فقال : كان شيخى ينقل عن نص الشافعى أن لابس الخف لو نزع رجلا من مقرها وأنهاها من مقرها الى الساق فهو نازع وان بقى منها شىء فى مقر القدم وهو محل فرض الغسل فليس نازعا فاذا رد القدم فاللبس مستدام ولا يضر ما جرى ، قال الامام ولم أر فى الطرق ما يخالف هذا وهذا الذى قاله غريب • وفرق الأصحاب بين هذه المسألة والتى قبلها بفرقين (أحدهما) فرق جمع وهو أنا عملنا بالأصل فى المسألتين واستدمنا ما كانت الرجل عليه ، قالوا : ونظيره من حلف لا يدخل دارا ولا يخرج منها لا يحنث الا بانفصال جميعه دخولا أو خروجا (الثانى) أن الاستدامة أقوى من الابتداء كما تقول الاحرام والعدة يمنعان ابتداء النكاح دون دوامه •

قال أصحابنا : ولو زلزل الرجل فى الخف ولم يخرجها عن القدم لم يبطل مسحه بلا خلاف ، ولو خرج من أعلا الخف شىء من محل الفرض بطل المسح بلا خلاف ، قال صاحب البيان : ولو كان الخف طويلا خارجا عن العادة فأخرج رجله الى موضع لو كان الخف معتادا لبان شىء من محل الفرض بطل مسحه يعنى بلا خلاف ، وحكى القاضى أبو الطيب وأصحابنا ابطال المسح فى المسألة الثانية عن مالك وأبى حنيفة والثورى وأحمد واسحق رضى الله عنهم ، وعن الأوزاعى لا يبطل ، وذكر المصنف دليل الجميع وتقدم ذكر القاضى أبى حامد فى باب ما يفسد الماء من النجاسة وتقدم ذكر القاضى أبى الطيب فى هذا الباب والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان مسح الجرموق فوق الخف وقلنا : يجوز المسح عليه ثم نزع الجرموق فى أثناء المدة ففيه ثلاث طرق (احدها) أن الجرموق كالخف المنفرد ، فاذا نزعه كان على قولين (أحدهما) يستأنف الوضوء فيغسل وجهه ويديه ويمسح برأسه ويمسح على الخفين (والثانى) لا يستأنف الوضوء فعلى هذا يكفيه المسح على الخفين (والطريق الثانى) أن نزع الجرموق لا يؤثر لأن الجرموق مع الخف تحته بمنزلة الظهارة مع البطانة ولو تقلعت الظهارة بعد المسح لم يؤثر فى طهارته (الطريق الثالث) أن الجرموق فوق الخف كالخف فوق اللفافة ، فعلى هذا اذا نزع الجرموق نزع الخف كما ينزع اللفافة ، وهل يستأنف الوضوء أم يقتصر على غسل القدمين ؟ فيه قولان) .

(الشرح) هذه الطريقة مشهورة فى المذهب لكن بعض الأصحاب يسميها طرقا ، وبعضهم يسميها أوجها ، وهذه طريقة الجمهور وهذه الأوجه ذكرها ابن سريج واتفق الخراسانيون على نقلها عنه ونقلها عنه من العراقيين المحاملى فى المجموع وابن الصباغ وآخرون ، وقد تقدم بيانها مع شرح ما يتعلق بها موضحا فى مسائل مسح الجرموقين ، وأورد القاضى أبو الطيب على الطريق الأول فقال : هذا باطل بل يجب استئناف الوضوء بلا خلاف لأن جواز المسح على الجرموق انما هو على القديم وفى القديم لا يجوز تفريق الوضوء ، فأجاب عنه صاحب الشامل بأنه لا يمتنع أن يرجع عن وجوب استئناف الطهارة بنزع الخفين ولا يرجع عن مسح الجرموق فيصح أن يخرج فيه القولان . قلت : هذا الجواب ضعيف ولكن يجاب بجوابين حسنين أجودهما أن جواز مسح الجرموق ليس مختصا بالقديم بل هو منصوص عليه فى الاملاء كما ذكره المصنف وجميع الأصحاب ، والاملاء من الكتب الجديد التى يجوز فيها تفريق الوضوء . والثانى : أن ذلك متصور على القديم أيضا فيما اذا نزع الجرموق عقب المسح والله أعلم .

(فرع) فى مسائل تتعلق بالباب

احداها قال أصحابنا يجوز مسح الخف لمن لا يحتاج الى مشى كزمن وامرأة تلازم بيتها وملازم للركوب وغيره .

(الثانية) قال أصحابنا : سليم الرجلين لو لبس خفا فى احداهما لا يصح مسحه ، وقد صرح المصنف بهذا فى مسألة الخف المخرق فلو لم يكن له الا رجل واحدة جاز المسح على خفها بلا خلاف ، ولو بقيت من محل الفرض فى الرجل الأخرى بقية لم يصح المسح حتى يسترها بما يجوز المسح عليه ثم يمسح عليهما جميعا ، فلو كانت احدى رجليه عليلة بحيث لا يجب غسلها فلبس الخف فى الصحيحة قطع الدارمى بصحة المسح وقطع صاحب البيان بمنعه وهو الأصح لأنه يجب التيمم عن الرجل العليلة فهى كالصحيحة .

(الثالثة) مسح الخف هل يرفع الحدث عن الرجل ؟ فيه خلاف مشهور حكاه القاضى أبو الطيب فى تعليقه والمحاملى والرويانى وآخرون قولين ، وحكاه : جماعة من الخراسانيين وجهين ، وقال امام الحرمين وآخرون هما قولان مستنبطان من معانى كلام الشافعى رضى الله عنه ، ويؤيد كونهما قولين أنهم بنوا مسألة من نزع الخفين هل يستأنف ؟ أم يكفيه غسل القدمين على أن المسح يرفع الحدث أم لا ؟ ولولا أنهما قولان لم يصح البناء اذ كيف يبنى قولان على وجهين ؟ .

ثم اتفق الجمهور على أن الأصح أنه يرفع الحدث وخالفهم الجرجانى فقال فى التحرير : والأصح أنه لا يرفع ، وحجة من قال بهذا أنه طهارة تبطل بظهور الأصل فلم ترفع الحدث كالتيمم ، ولأنه مسح قائم مقام الغسل فلم يرفع كالتيمم وفيه احتراز من مسح الرأس فانه ليس ببدل ، وحجة الأصح فى أنه يرفع الحدث أنه مسح بالماء فرفع كمسح الرأس ولأنه يجوز أن يصلى به فرائض ، ولو كان لا يرفع لما جمع به فرائض كالتيمم وطهارة المستحاضة والله أعلم .

(الرابعة) اذا لبس الخف وهو يدافع الحدث لم يكره وبه قال ابراهيم النخعى ونقل عنه أنه كان اذا أراد أن يبول وهو على طهارة لبس خفيه ثم بال وقال أحمد بن حنبل رضى الله عنه يكره كما تكره الصلاة فى هذه الحال ودليل عدم الكراهة أن اباحة المسح على الخف مطلقة ولم يثبت نهى ، ويخالف الصلاة فان مدافعة الحدث فيها يذهب الخشوع الذى هو مقصود الصلاة وليس كذلك لبس الخف . قال امام الحرمين : لو كان على طهارة

وأرهقه حدث ووجد من المـاء ما يكفيه لوجهه ويديه ورأسه دون رجليه ووجد خفا يمكنه لبسه ومسحه فهل يلزمه ذلك ؟ فيـه احتمالان أظهرهما لا يلزمه ، وقد عبر الغزالى فى الوسيط عن هذين الاحتمالين بالتردد فقـد يتوهم منه وجهـان وستأتى المسألة فى باب التيمم مبسـوطة حيث ذكرها ان شاء الله تعالى .

(الخامسة) أنكر على الغزالى رحمه الله قوله مسح الخف يبيح الصلاة الى احدى غايتين مضى يوم وليلة حضرا وثلاثة سفرا وترك غايتين أخريين وهما اذا وجب عليه غسل جنابة وحيض ونحوهما أو دميت رجله ولم يمكن غسلها فى الخف ، وقد سبق ذلك مبينا ، وأنكر عليه وعلى المزنى أشياء سبق مفرقة فى مواضعها من الباب والله أعلم وله الحمد والمنة .

(تم الجزء الأول ويليه الجزء الثانى وأوله)

باب الأحداث التى تنقض الوضوء

بسم الله الرحمن الرحيم

قال المصنف رحمه الله تعالى

(باب الأحداث التى تنقض الوضوء)

(الأحداث التى تنقض الوضوء خمسة : الخارج من السبيلين ، والنوم ، والغلبة على العقل بغير النوم ، ولمس النساء ، ومس الفرج : فأما الخارج من السبيلين فانه ينقض الوضوء لقوله تعالى : (أو جاء أحد منكم من الغائط) ولقوله صلى الله عليه وسلم « لا وضوء الا من صوت أو ريح ») .

(الشرح) قال الله تعالى (وان كنتم مرضى أو على سفر أو جاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا [1]) اختلف العلماء فى (أو) هذه فقال الأزهرى : هى بمعنى الواو . قال : وهى واو الحال ، وأنشد فيه أبياتا . قال : ولا يجوز فى الآية غير معنى الواو حتى يستقيم التأويل على ما أجمع عليه الفقهاء . وقال القاضى أبو الطيب فى تعليقه فى مسألة ملامسة المرأة : فى الآية تقديم وتأخير ذكره الشافعى عن زيد بن أسلم ، تقديرها : اذا قمتم الى الصلاة من النوم ، أو جاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء فاغسلوا وجوهكم وأيديكم وامسحوا برءوسكم وأرجلكم ، وان كنتم جنبا فاطهروا ، وان كنتم مرضى أو على سفر فلم تجدوا ماء فتيمموا .

قال :وزيد بن أسلم من العالمين بالقرآن . والظاهر أنه قدر الآية توقيفاً مع أن التقدير فى الآية لابد منه ، فان نظمها يقتضى أن المرض والسفر حدثان يوجبان الوضوء ، ولا يقوله أحد .

وأما قوله صلى الله عليه وسلم : « لا وضوء الا من صوت أو ريح » فحديث صحيح . رواه الترمذى وغيره بهذا اللفظ بأسانيد صحيحة من رواية

---

(١) ٤٣ من سورة النساء .

أبى هريرة رضى الله عنه ، ورواه مسلم من رواية أبى هريرة رضى الله عنه بقريب من معناه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا وجد أحدكم فى بطنه شيئا فأشكل عليه أخرج منه شىء أم لا ؟ فلا يخرجن من المسجد حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا » .

وثبت عن عبد الله بن زيد بن عاصم رضى الله عنه قال : شكى الى النبى صلى الله عليه وسلم الرجل يخيل اليه أنه يجد الشىء فى الصلاة . فقال : « لا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا » رواه البخارى ومسلم . ومعنى يجد ريحا يعلمه ويتحقق خروجه ، وليس المراد يشمه ، والأحاديث فى الدلالة على الذى ذكره كثيرة مشهورة .

(أما حكم المسألة) فالخارج من قبل الرجل أو المرأة أو دبرهما ينقض الوضوء ، سواء كان غائطا أو بولا أو ريحا أو دودا أو قيحا أو دما أو حصاة أو غير ذلك ولا فرق فى ذلك بين النادر والمعتاد ، ولا فرق فى خروج الريح بين قبل المرأة والرجل ودبرهما . نص عليه الشافعى رحمه الله فى الأم ، واتفق عليه الأصحاب .

قال أصحابنا : ويتصور خروج الريح من قبل الرجل اذا كان آدر ــ وهو عظيم الخصيين ــ وكل هذا متفق عليه فى مذهبنا . ولا يستثنى من الخارج الا شىء واحد وهو المنى ، فانه لا ينقض الوضوء على المذهب الصحيح المشهور الذى قطع به الجمهور .

قالوا : لأن الخارج الواحد لا يوجب طهارتين ، وهذا قد أوجب الجنابة فيكون جنبا لا محدثا . قال الرافعى : لأن الشىء مهما أوجب أعظم الأثرين بخصوصه لا يوجب أوهنهما بعمومه ، كزنا المحصن يوجب أعظم الحدين دون أخفهما . وحكى جماعة منهم صاحب البيان عن القاضى أبى الطيب أنه ينقض الوضوء فيكون جنبا محدثا .

وقد وافق القاضى أبو الطيب الجمهور فى تعليقه فقال (فى مسألة من وجب عليه وضوء وغسل) : انه يكون جنبا لا محدثا ، وهناك ذكر عن الجمهور المسألة .

وأما قول الغزالى رحمه الله : الخارج من السبيلين ينقض الوضوء ، طاهرا كان أو نجسا ، فمراده بالطاهر الدود والحصا وشبههما مما هو طاهر العين ، وانما ينجس بالمجاورة .

قال الرافعى : ولا يغتر بتعميم الأئمة القول فى أن الخارج من السبيلين ينقض الوضوء . فان هذا ظاهر يعارضه تصريحهم فى تصوير الجنابة المفردة عن الحدث على أن من أنزل بمجرد النظر ، فهو جنب غير محدث . وأما أدلة الانتقاض بكل خارج من السبيلين غير المنى فكلها صحيحة ظاهرة .

أما الغائط فبنص الكتاب والسنة والاجماع . وأما البول فبالسنة المستفيضة ، والاجماع والقياس على الغائط . وأما الريح فبالأحاديث الصحيحة التى قدمناها وهى صريحة تتناول الريح من قبلى الرجل والمرأة ودبرهما ، وأما المذى والودى والدود وغيرها من النادرات فسنذكر دليلها فى فرع مذاهب العلماء والله أعلم .

(**فرع**) ذكر المصنف أن نواقض الوضوء خمسة ، وهكذا ذكرها جمهور الأصحاب ، وبقى من النواقض ثلاثة أشياء : أحدها متفق عليه ، والآخران مختلف فيهما فالمتفق عليه انقطاع الحدث الدائم كدم الاستحاضة وسلس البول والمذى ونحو ذلك ، فان صاحبه اذا توضأ حكم بصحة وضوئه ، فلو انقطع حدثه وشفى انتقض وضوءه ووجب وضوء جديد ، كما سنوضحه فى باب الحيض ان شاء الله . والمختلف فيه نزع الخف ، وفيه خلاف تقدم واضحا . والأصح أن مسح الخف يرفع الحدث ، فاذا نزعه عاد الحدث . وهل يعود الى الأعضاء كلها أم الى الرجلين فقط ؟ فيه القولان .

والثالث : الردة وفيها ثلاثة أوجه ، أصحها أنها تبطل التيمم دون الوضوء . والثانى تبطلهما . والثالث لاتبطل واحدا منهما . حكاها البندنيجى ــ فى آخر باب التيمم ــ وآخرون .

وممن ذكر مسألة الخف وانقطاع الحدث الدائم من النواقض فى هذا الباب المحاملى فى (اللباب) ولعل الأصحاب لم يذكروهما هنا ، لكونهما موضحتين فى بابيهما . وأما مسألة الردة فالنقض فى الوضوء وجه ضعيف لم

يعرجوا عليه هنـا . وقد قطع المصنف ببطـلان التيمم بالردة [1] ذكره فى باب التيمم .

واحتج لابطال الوضـوء والتيمم بأن الطهارة عبـادة لا تصح مع الردة ابتداء ، فلا تبقى معها دواما كالصلاة اذا ارتد فى أثنائها . ولعدم الابطال بأنها ردة بعد فراغ العبادة فلم تبطلها كالصوم والصلاة بعد الفراغ منهما . وللفرق بين الوضوء والتيمم بقوة الوضوء وضعف التيمم .

وأما اذا اغتسل ثم ارتد ثم أسلم فالمذهب أنه لا يجب اعادة الغسل ، وبه قطع الأصحاب ، وفيه وجه أنه يجب . حكاه الرافعى ، وهو شاذ ضعيف ، ولو ارتد فى أثناء وضوئه ثم أسلم ، فان أتى بشىء منه فى حال الردة لم يصح ما أتى به فى الردة ، كذا قطع به امام الحرمين وغيره ، ويجىء فيه الوجه الشاذ الذى سبق فى باب نية الوضوء عن حكاية المحاملى أنه يصح من كل كافر كل طهارة ، وان لم يأت بشىء فقـد انقطعت النية ، فان لم تجدد نيـة لم يصح وضوءه ، وان جددها بعد الاسلام ــ وقلنا لا يبطل الوضوء بالردة ــ انبنى على الخلاف فى تفريق النية ، والأصح أنه لا يضر كما سبق بيانه فى باب نيـة الوضوء .

فان قلنا : يضر ، استأنف الوضوء ، والا فان كان الفصل قريبا بنى ، والا ففيه القولان فى الموالاة والله أعلم .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى الخارج من السبيلين

قد سبق أن مذهبنا أن الخارج من أحد السبيلين ينقض ، سواء كان نادرا أو معتادا وبه قال الجمهور . قال ابن المنـذر : أجمعوا أنه ينتقض بخروج الغائط من الدبر ، والبول والمذى من القبل ، والريح من الدبر . قال : ودم الاستحاضة ينقض ــ فى قول عامة العلماء ــ الا ربيعة [2] .

---

(١) راجع بقية أحكام المرتد فى قتال أهل البغى جزءى ١٧ ، ١٨ لنا . المطيعى .

(٢) ربيعة الرأى شيخ مالك واسمه ربيعة بن عبد الرحمن (ط) .

قال واختلفوا فى الدود يخـرج من الدبر ، فكان عطـاء بن أبى رباح والحسن البصرى وحماد بن أبى سليمان وأبو مجلز والحكم وسفيان الثورى والأوزاعى وابن المبارك والشافعى وأحمـد واسحاق وأبو ثور يرون منـه الوضـوء •

وقال : قتادة ومالك : لا وضوء فيه • وروى ذلك عن النخعى • وقال مالك : لا وضوء فى الدم يخرج من الدبر • هذا كلام ابن المنذر • ونقـل أصحابنا عن مالك أن النادر لا ينقض ، والنادر عنده كالمذى يدوم لا بشهوة ، فان كان بشهوة فليس بنادر • وقال داود : لا ينقض النادر وان دام الا المذى للحديث •

واحتج لمن قال لا ينقض النادر بقوله صلى الله عليه وسلم : « لا وضوء الا من صوت أو ريح » وهو حديث صحيح كما سبق ، وبحديث صفوان بن عسال المتقدم فى أول باب مسح الخف • وقوله : لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام الا من جنـابة ، لكن من غائط وبول ونوم ــ ولأنه نادر ــ فلم ينقض ، كالقىء ، وكالمذى الخارج من سلس المذى •

واحتج أصحابنا بحديث على رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى المذى : « يغسل ذكره ويتوضأ » وفى رواية « الوضـوء فيه » وفى رواية : « يتوضأ وضوءه للصلاة » رواه البخارى ومسلم •

وعن ابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهم قالا « فى الودى الوضوء » رواه البيهقى ، ولأنه خارج من السبيل فنقض كالريح والغـائط ، ولأنه اذا وجب الوضوء بالمعتاد الذى تعم به البلوى فغيره أولى •

وأما الجواب عن حديثهم الأول فهو أنا أجمعنـا على أنه ليس المراد به حصر ناقض الوضوء فى الصوت والريح ، بل المراد نفى وجوب الوضـوء بالشك فى خروج الريح ، كما قدمناه •

وأما حديث صفوان فبين فيه جواز المسح وبعض ما يمسح بسببه ، ولم يقصد بيان جميع النواقض ، ولهذا لم يسـتوفها • ألا تراه لم يذكر الريح

وزوال العقل ، وهما مما ينقض بالاجماع ، وأما القيء فلأنه من غير السبيل فلم ينقض كالدمع • وأما سلس المذى فللضرورة ، ولهذا نقول هو محدث ، ولا يجمع بين فريضتين ولا يتوضأ قبل الوقت فهذا ما نعتمده فى المسألة دليلا وجوابا • وأما ما احتج به بعض أصحابنا « الوضوء مما خرج » فقد رواه البيهقى عن على وابن عباس رضى الله عنهم قال : وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم ولا يثبت ، والله أعلم •

(فـرع) قد ذكرنا أن خروج الريح من قبلى الرجل والمرأة ينقض الوضوء ، وبه قال أحمد ومحمد بن الحسن ، وقال أبو حنيفة : لا ينقض •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان انسد المخرج المعتاد وانفتح دون المعـدة مخرج انتقض الوضـوء بالخارج منه ، لأنه لابد للانسان من مخرج يخرج منه البول والغـائط ، فاذا انسد المعتاد صار هذا هو المخرج فانتقض الوضوء بالخارج منه ، وان انفتح فوق المعدة ففيه قولان (أحدهما) ينتقض الوضوء بالخارج منه لمـا ذكرناه ، وقال فى حرملة لا ينتقض لأنه فى معنى القيء ، وان لم ينسد المعتـاد وانفتح فوق المعدة لم ينقض الوضوء بالخارج منه ، وان كان دون المعدة ففيه وجهان (احدهما) لا ينتقض الوضوء بالخارج منه لأن ذلك كالجـائفة ، فلا ينتقض الوضوء بما يخرج منه ، (والثانى) ينتقض لأنه مخرج يخرج منه الغائط فهو كالمعتـاد) •

(الشرح) المعدة بفتح الميم وكسر العين ، وبكسر الميم واسكان العين، ومراد الشافعى والأصحاب بما تحت المعدة ما تحت السرة ، وبما فوق المعدة ما فوق السرة ، ولو انفتح فى نفس السرة ، أو فى محاذاتها فله حكم ما فوقها لأنه فى معناه ذكره امام الحرمين وغيره •

وقد ذكر المصنف أربع صور احداها : ينسد المعتاد وينفتح مخرج تحت المعدة فينتقض الوضوء بالخارج منه قولا واحدا ، هكذا قطع به الأصحاب فى كل الطرق الا صاحب الحاوى ، فحكى عن أبى على بن أبى هريرة أنه قال : فيه قولان كما لو لم ينسد ، قال : وأنكر سائر أصحابنا ذلك عليه ونسبوه الى الغفلة فيه •

الثانية : ينسد المعتاد وينفتح فوق المعدة فقولان مشهوران ، الصحيح عند الجمهور لا ينتقض ، ممن صححه القاضى أبو حامد والجرجانى والرافعى فى كتابيه ، واختاره المزنى ، وقطع المحاملى بالانتقاض وهو ضعيف •

الثالثة : لا ينسد المعتاد وينفتح تحت المعـدة ، ففى الانتقـاض خلاف مشهور ، منهم من حكاه وجهين ، وبعضهم حكاه قولين ، والأصح باتفـاقهم لا ينقض ، وبه قطع الجرجانى فى التحرير •

الرابعة : لا ينسد المعتاد وينفتح فوق المعدة ، فطريقان قطع الجمهور بأنه لا ينتقض قولا واحدا ، ممن صرح به المصنف هنا • وفى التنبيه والماوردى والشيخ أبو محمـد والقاضى حسين والفـورانى وامام الحرمين والغزالى والمتولى والبغوى وصاحب العـدة والرافعى وآخرون ، ونقـل الفورانى والمتولى الاتفاق عليه ، وقال الشيخ أبو حامد والبندنيجى والمحـاملى : ان قلنا فيما اذا انسـد الأصلى وانفتح فوق المعدة لا ينقض فهنـا أولى والا فوجهان ، وادعى صاحب البيان أن هذه طريقة الأكثرين ، وأن صاحب المهذب خالفهم ، وليس كما قال والله أعلم •

(فرع) فى مسائل تتعلق بهذه المسالة

(احداها) قال صاحب الحاوى : هذه المسائل والتفصيل الذى ذكرناه فى المخرج المنفتح ، هى اذا كان انسداد المخرج عارضا لعلة ، قال وحينئذ حكم السبيلين جار عليهما فى نقض الوضوء بسهما ووجوب الغسل بالايلاج فيهما ، فأما اذا كان انسداد الأصلى من أصـل الخلقة فسبيل الحـدث هو التفتح والخارج منه ناقض للوضـوء ، سواء كان تحت المعدة أو فوقهـا ، والمنسد كالعضو الزائد من الخنثى لا وضوء بسمه ولا غسل بايلاجه أو ايلاج فيه ، هذا كلام صاحب الحاوى ولم أر لغيره تصريحا بموافقته أو مخالفته ، والله أعلم •

(الثانية) لافرق فيما ذكرناه فى المنفتح بين الرجل والمرأة والقبل والدبر•

(الثالثة) حيث حكمنا فى مسائل المنفتح بالانتقاض بالخارج ، فان كان

الخارج بولا أو غائطا انتقض بلا خلاف ، وان كان غيرهما كدم أو قيح أو حصاة ونحوها ففيه قولان حكاهما الخراسانيون .

قال امام الحرمين وآخرون منهم : أصحهما الانتقاض ، وبه قطع المتولى وهو مقتضى اطلاق العراقيين لأنا جعلناه كالأصلى ، ولا فرق عندنا فى الأصلى بين المعتاد وغيره ، وخالف البغوى الجماعة فقال : الأصح لا ينقض لأنا جعلناه كالأصلى للضرورة ، لكون الانسان لابد له من مخرج يخرج منه المعتاد ، فاذا خرج غير المعتاد عدنا الى الأصل ، ولو خرج منه الريح انتقض عند الجمهور لأنه معتاد ، وطرد البغوى والرافعى فيه القولين .

(الرابعة) اذا نقضنا بالخارج هل يكفيه الاستنجاء فيه بالحجر أم يتعين الماء ؟ فيه ثلاثة أوجه (أصحها) يتعين الماء ، (والثانى) لا ، (والثالث) يتعين فى الخارج النادر دون المعتاد وان قلنا : لا ينقض تعين الماء لازالة هذه النجاسة بلا خلاف .

(الخامسة) حيث قلنا ينقض الخارج منه هل يجب الوضوء بمسه والغسل بالايلاج فيه ؟ فيه وجهان مشهوران ، أصحهما بالاتفاق لا يجب لأنه ليس بفرج قال امام الحرمين : وهذا الخلاف على بعده لا يتعدى أحكام الحدث ، فلا يثبت بالايلاج فيه شىء من أحكام الوطء سوى الغسل ، على وجه ، وهكذا قطع به الجمهور مع الامام .

وذكر القاضى حسين ــ فى تعليقه ــ الوجهين فى وجوب الحد [1] بالايلاج فيه وذكر صاحب البيان أن الوجهين يجريان فى وجوب المهر بالايلاج فيه ، وحصول التحليل به ، قال الرافعى : وطرد أبو عبد الله الحناطى ــ بالحاء المهملة والنون ــ الوجهين فى المهر وسائر أحكام الوطء .

(قلت) وكل هذا شاذ فاسد .

(السادسة) اذا كان فوق سرة الرجل ونقضنا به ، ففى وجوب ستره ،

---

(1) راجع ما كتبناه فى أبواب النكاح من الجزءين ١٥ ، ١٦ والحدود من الجزء ١٨ . المطيعى .

وحل النظر اليه للرجال وجهان (أصحهما) : لا يجب الستر ، ويحل النظر لأنه ليس فى محل العورة ، وقال الرافعى : ويجرى الوجهان لو حاذى السرة ، وقلنا بالمذهب : انها ليست عورة •

(السابعة) اذا نقضنا بخروج الريح منه ــ فنام ملصقا له بالأرض ــ ففى انتقاضه وجهان حكاهما صاحبا الحاوى والبحر أصحهما لا ينتقض •

(فــرع) الخنثى الذى زال اشكاله اذا خرج من فرجه الزائد شىء ، فله حكم المنفتح تحت المعدة مع انفتاح الأصلى ، وأما الخنثى المشكل اذا بال من أحد قبليه [1] ففيه ثلاثة طرق قطع الجمهور بأنه كالمنفتح تحت المعدة مع انفتاح الأصلى لاحتمال أنه زائد ، وممن قطع بهذا امام الحرمين والمتولى والقاضى أبو الفتوح ، وقطع أبو على السنجى بالانتقاض ، كذا حكاه عنــه صاحب البيان ، وقطع الماوردى بأنه لا ينتقض ، ذكره فى مسائل لمس الخنثى فرجه ، واذا بال منهما توضأ قطعا •

(فــرع) لو كان لرجل ذكران فخــرج من أحدهمــا شىء انتقض وضوءه ، ذكره الماوردى •

(فــرع) اذا خرج دم من الباســور ان كان داخــل الدبر نقض الوضوء ، وان كان الباسور خارج الدبر لم ينقض ، هكذا ذكره الصيمرى وغيره •

(فــرع) لو أخرجت دودة رأسها من أحد السبيلين ، ثم رجعت قبل انفصــالها ففى انتقاض الوضــوء وجهــان • حكاهما الماوردى والرويانى والشــاشى وغيرهم ، (أصحهما) ينتقض للخروج (والثانى) لا ، لعــدم الانفصال ، والله أعلم •

---

(1) لفظ الامام فى النهاية (فرع) خروج الخارج من احد سبيلى الخنثى المشكل بمشــابة خروج نجاسة من سبيل ينفتح أسفل من المعدة وقد مضى (ط) •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان ادخل فى احليله مسباراً وأخرجه ، او زرق فيه شيئا وخرج منه ، انتقض وضوءه) .

(الشرح) الاحليل بكسر الهمزة ، هو مجرى البول من الذكر ، والمسبار بكسر الميم وبالباء الموحدة بعد السين ، وهو ما يسبر به الجرح من حديدة أو ميل أو فتيلة أو نحوه ، أى يعرف به غور الجرح ، ويقال له أيضا : السبار بكسر السين وحذف الميم ، وكذا ذكره الشافعى رحمه الله ، ويقال سبرت الجرح أسبره سبرا كقتلته أقتله قتلا ، واتفق الأصحاب على أنه اذا أدخل رجل أو امرأة فى قبلهما أو دبرهما شيئا من عود أو مسبار أو خيط أو فتيلة [أو اصبع] أو غير ذلك ثم خرج ، انتقض الوضوء ، سواء اختلط به أم لا ، وسواء انفصل كله أو قطعة منه لأنه خارج من السبيل .

وأما مجرد الادخال فلا ينقض بلا خلاف ، فلو غيب بعض المسبار فله أن يمس المصحف ما لم يخرجه ، ولو صلى لم تصح صلاته ، لا بسبب الوضوء بل لأن الطرف الداخل تنجس ، والظاهر له حكم ثوب المصلى ، فيكون حاملا لمتصل بالنجاسة ، فلو غيب الجميع صحت صلاته ، هكذا ذكره القاضى حسين فى تعليقه والمتولى والشاشى فى المعتمد وآخرون .

وحكى الشيخ أبو محمد فى الفروق أن بعض أصحابنا قال : لو لف على اصبعه خرقة وأدخلها فى دبره وهو فى الصلاة لم تبطل صلاته فحصل وجهان ، وحاصلهما أن النجاسة الداخلة هل لها حكم النجاسة ؟ ويتنجس المتصل بها ، الذى له حكم الظاهر أم لا ؟ والأشهر أن لها حكم النجاسة وينجس المتصل بها ، وفى الفتاوى المنقولة عن صاحب [1] الشامل أنه لا حكم لها .

وذكر القاضى حسين هنا والمتولى فى كتاب الصيام وغيرهما فرعا له تعلق بهذا وهو أنه لو ابتلع خيطا فى ليلة من رمضان فأصبح صائما وبعض الخيط

---

(١) الشامل لابن الصباغ وقد عثرت على نسخة خطية منه فى مكتبة معهد دمياط الأزهرى وقد اعاننى الله على نقل أكثرها وقد نقلنا فى تكملتنا لهذا الكتاب ما اعان على شرح بقية المهذب . المطيعى .

من فمه ، وبعضه داخل فى جوفه فان نزع الخيط غيره فى نومه أو مكرها له ــ لم يبطل صومه ، وتصح صلاته • وان بقى الخيط لم تصح صلاته ، لاتصاله بالنجاسة ، ويصح صومه • وان نزعه أو ابتلعه بطل صومه وصحت صلاته لكن يغسل فمه ان نزعه وأيهما أولى بالمحافظة عليه ؟ فيه وجهان ، أرجحهما عند القاضى وغيره : مراعاة صحة الصــوم أولى ، لأنه عبادة دخل فيهــا فلا يبطلها •

قال القاضى : وهذا كما لو دخل فى صلاة القضاء ثم بان له أنه لم يبق من الوقت الا قدر اذا اشتغل باتمام القضــاء فاته صــلاة الوقت يلزمه اتمــام القضاء •

لشروعه فيه ، فعلى هذا يصلى فى مسألة الخيط على حسب حاله ويعيد ، (والثانى) الصلاة أولى بالمراعاة ، ولأنها آكد من الصيام ، ولأنهــا متعددة فانها ثلاث صلوات ، ونقل الشاشى هذه المسألة عن القاضى كما ذكرتها •

ثم قال : وعندى أن البقاء على حاله لا يصح ، بل ينزعه أو يبتلعه ويبطل صومه ، لأن بطلان الصوم حاصل لا محالة ، لأنه مستديم لادخاله بعد الفجر، واستدامته بالابتداء كما لو طلع الفجر وهو مجامع فاستدام ، فانه يبطــل بابتداء الجماع • هذا كلام الشاشى وهو ضعيف والفرق ظاهر ، فان مستديم الجماع يعد مجامعا منتهكا حرمة اليوم ، بخلاف مستديم الخيط والله أعلم •

نظير المسألة ما اذا كان محرما بحج ، وهو بقرب عرفات ولم يكن وقف بها ولا صلى العشاء ولم يبق من وقت العشاء والوقوف الا قدر يســير ، بحيث لو صلى فاته الوقوف ، ولو ذهب الى الوقوف لفاتته الصلاة وأدرك الوقوف ، ففيه ثلاثة أوجه (الصحيح) منها عند القاضى وغيره أنه يذهب الى الوقوف ويعذر فى تأخير الصلاة ، لأن فوات الوقوف أشق ، فانه لا يمكن قضاؤه الا بعد سنة ، وقد يعرض قبل ذلك عارض ، وقد يعرض فى القضــاء ما يحصل به الفوات أيضا ، وقد يموت مع ما يلزمه من المشقة الشديدة فى تكرار هذا السفر ، ولزوم دم الفوات ، وغير ذلك •

والصلاة يجوز تأخيرها بعــذر الجمع الذى ليس فيه هــذه المشقة ، ولا قريب منها ، مع امكان قضائها فى الحال (والثانى) يقدم الصلاة لأنهــا

آكد وعلى الفور ، وهذا ليس بشيء وان كان مشهورا (والثالث) يصلى صلاة الخوف ماشيا ، فيحصل الحج والصلاة جميعا ، ويكون هذا عذرا من أعذار صلاة شدة الخوف ، وقد حكى امام الحرمين وغيره هذه الأوجه فى باب الخوف عن القفال رحمه الله ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما النوم فينظر فيه ، فان وجد منه وهو مضطجع ، او مكب أو متكىء انتقض وضوءه ، لما روى عن على كرم الله وجهه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((العينان وكاء السه ، فمن نام فليتوضأ)) وان وجد منه وهو قاعد ، ومحل الحدث متمكن من الأرض : فانه قال فى البويطى : ينتقض وضوءه ، وهو اختيار المزنى لحديث على ، ولأن ما نقض الوضوء فى حال الاضطجاع نقضه فى حال القعود كالاحداث ، والمنصوص فى الكتب أنه لا ينتقض وضوءه ، لما روى انس رضى الله عنه قال : ((كان اصحاب رسول الله (صلى الله عليه وسلم) ينتظرون العشاء فينامون قعودا ثم يصلون ولا يتوضأون)) .

وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((من نام جالسا فلا وضوء عليه ، ومن وضع جنبه فعليه الوضوء)) ويخالف الأحداث فانها تنقض الوضوء لعينها ، والنوم ينقض لانه يصحبه خروج الخارج وذلك لا يحس به اذا نام زائلا عن مستوى الجلوس ، ويحس به اذا نام جالسا ، وان نام راكعا أو ساجدا او قائما فى الصلاة ففيه قولان .

قال فى الجديد : ((ينتقض وضوءه)) لحديث على رضى الله عنه ، ولانه نام زائلا عن مستوى الجلوس ، فأشبه المضطجع .

وقال فى القديم : ((لا ينتقض وضوءه)) لقوله صلى الله عليه وسلم : ((اذا نام العبد فى صلاته (١) باهى الله به ملائكته ، يقول ((عبدى روحه عندى وجسده ساجد بين يدى)) فلو انتقض وضوءه لما جعله ساجدا) .

(الشرح) فى هذا الفصل جمل من الأحاديث واللغات والألفاظ والأسماء والأحكام وبيانها مع فروعها بمسائل .

(احداها) حديث على رضى الله عنه ، حديث حسن ، رواه أبو داود وابن ماجه وغيرهما بأسانيد حسنة .

---

(١) فى ك والركبى (فى سجوده) .

وأما حديث أنس رضى الله عنه فصحيح ، رواه فى صحيحه بمعناه قال : « كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ينامون ثم يصلون ولا يتوضأون » رواه أبو داود وغيره بلفظه فى المهذب ، الا قوله « قعودا » فانه لم يذكره ، لكن ذكر ما يدل عليه فقال (حتى تخفق رءوسهم) واسناد رواية أبى داود اسناد صحيح ، وكذلك رواه الشافعى رحمه الله فى مسنده وغيره ، وفى رواية لأبى داود والبيهقى وغيرهما : « كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ينامون ثم يصلون ولا يتوضأون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم » .

وفى رواية للبيهقى . « لقد رأيت أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يوقظون للصلاة حتى انى لأسمع لأحدهم غطيطا ، ثم يقومون فيصلون ولا يتوضأون » .

وأما حديث عمرو بن شعيب فضعيف جدا ، ورواه أبو داود وغيره من رواية ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الوضوء على من نام مضطجعا ، فانه اذا اضطجع استرخت مفاصله » قال أبو داود : (هذا حديث منكر) وأما حديث المباهاة بالساجد فيروى من رواية أنس ، وهو حديث ضعيف جدا .

(المسألة الثانية) فى اللغات والألفاظ : المكب بضم الميم وكسر الكاف يقال أكب فلان على وجهه ، وكببته أنا لوجهه اذا صرعته لوجهه ، قال الله تعالى : (أفمن يمشى مكبا على وجهه [1]) قال أهل اللغة والتصريف : هذا من النادرات أن يقال أفعلت وفعلت غيرى وقوله أو متكئا هو بهمز آخره ، والوكاء بكسر الواو وبالمد وهو الخيط الذى يشد به رأس الوعاء ، والسه بفتح السين المهملة وكسر الهاء المخففة وهى الدبر ، ومعناه اليقظة وكاء الدبر ، أى حافظة ما فيه من الخروج ، أى ما دام الانسان مستيقظا فانه يحس بما يخرج منه ، فاذا نام زال ذلك الضبط .

وقوله يحس به ، هو بضم الياء وكسر الحاء ، هذه اللغة الفصيحة

---

(١) الآية ٢٢ من سورة الملك .

المشهورة ، وبها جاء القرآن ، قال الله تعالى (هل تحس منهم من أحد) وفى لغة قليلة بفتح الياء وضم الحاء ، قوله « مستوى الجلوس » هو بفتح الواو، أى عن استوائه ، وأصل المباهاة المفاخرة ، والروح تذكر وتؤنث ، لغتان ، ومذهب أصحابنا المتكلمين أنها أجسام لطيفه والله أعلم .

(الثالثة) فى الأسماء أما على رضى الله عنه فسبق بيانه فى أول صفة الوضوء وأنس تقدم فى باب الآنية ، وعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده تقدم بيانه فى آخر الفصول السابقة فى مقدمة الكتاب ، والبويطى فى الباب الثانى من الكتاب .

(الرابعة) فى الأحكام ، وحاصل المنقول فى النوم خمسة أقوال للشافعى، الصحيح منها من حيث المذهب ، ونصه فى كتبه ونقل الأصحاب ، والدليل أنه : ان نام ممكنا مقعده من الأرض أو نحوها لم ينتقض ، وان لم يكن ممكنا انتقض على أى هيئة كان ، فى الصلاة وغيرها .

والثانى : أنه ينتقض بكل حال ، وهذا نصه فى البويطى .

الثالث : ان نام فى الصلاة لم ينتقض على أى هيئة كان ، وان نام فى غيرها غير ممكن مقعده انتقض والا فلا ، وهذه الأقوال ذكرها المصنف .

والرابع : ان نام ممكنا أو غير ممكن ، وهو على هيئة من هيئات الصلاة سواء كان فى الصلاة أو فى غيرها لم ينتقض والا انتقض .

والخامس : ان نام ممكنا أو قائما لم ينتقض والا انتقض ، حكى هذين القولين الرافعى وغيره ، وحكى أولهما القفال فى شرح التلخيص والصواب القول الأول من الخمسة ، وما سواه ليس بشىء ، وقد ذكر المصنف دلائلها وسأبسطها فى فرع مذاهب العلماء ان شاء الله تعالى .

وتأول أصحابنا نصه فى البويطى على أن المراد أنه نام غير ممكن ، وقال امام الحرمين ، قال الأئمة : غلط البويطى ، وهذا الذى قاله الامام ليس بجيد ، والبويطى يرتفع عن التغليط ، بل الصواب تأويل النص وهو محتمل

للتأويل ، وهذا نصه فى البويطى « قال ومن نام مضطجعا أو راكعا أو ساجدا فليتوضأ ، وان نام قائما فزالت قدماه عن موضع قيامه فعليه الوضوء ، وان نام جالسا فزالت مقعدته عن موضع جلوسه وهو نائم فعليه الوضوء ، ومن نام جالسا أو قائما فرأى رؤيا وجب عليه الوضوء ، ومن شك أنام جالسا أو قائما أو لم ينم ؟ فليس عليه شىء حتى يستيقن النوم ، فان ذكر أنه رؤيا وشك أنام أم لا ؟ فعليه الوضوء ، لأن الرؤيا لا تكون الا بنوم » هذا نصه بحروفه فى البويطى ومنه نقلته •

فقوله : ان نام جالسا فزالت مقعدته فعليه الوضوء ، دليل على أن من لم تزل لا وضوء عليه فيتأول باقى كلامه على النائم غير ممكن ، والله أعلم •

(فـرع) اذا نام فى صلاته ممكنا مقعده من الأرض ، لم تبطل صلاته بلا خلاف الا على رواية البويطى ، ولا تفريع عليها ، ولو نام فى الصلاة غير ممكن ــ ان قلنا بالقديم الضعيف ــ فصلاته ووضوءه صحيحان • وان قلنا بالمذهب بطلا ، قال القاضى حسين والمتولى وغيرهما : لو صلى مضطجعا لمرض فنام ، ففى بطلان وضوئه القولان ، لأن علة منع انتقاض وضوء المصلى على القديم حرمة الصلاة ، وهى موجودة والله أعلم •

(فـرع) فى مسائل تتعلق بالفصل ، والتفريع على المذهب ، وهو أن نوم الممكن لا ينقض وغيره ينقض •

(احداها) قال الشافعى فى الأم والمختصر ، والأصحاب رحمهم الله : يستحب للنائم ممكنا أن يتوضأ لاحتمال خروج حدث ، وللخروج من خلاف العلماء •

(الثانية) قال الشافعى فى الأم والأصحاب : لا ينتقض الوضوء بالنعاس وهو السنة [1] ، وهذا لا خلاف فيه ، ودليله من الأحاديث : حديث ابن عباس رضى الله عنهما قال : « قام رسول الله صلى الله عليه وسلم ــ يعنى يصلى فى الليل ــ فقمت الى جنبه الأيسر ، فجعلنى فى شقه الأيمن ، فجعلت اذا أغفيت يأخذ بشحمة أذنى ، فصلى احدى عشرة ركعة » رواه مسلم •

---

(١) السنة بكسر السين وفتح النون المخففة •

قال الشافعي والأصحاب : الفرق بين النوم والنعاس أن النوم فيه غلبة على العقل وسقوط حاسة البصر وغيرها ، والنعاس لا يغلب على العقل ، وانما تفتر فيه الحواس بغير سقوط ، قال القاضي حسين والمتولي : حد النوم ما يزول به الاستشعار من القلب ، مع استرخاء المفاصل .

وقال امام الحرمين : « النعاس يغشى الرأس فتسكن به القوى الدماغية ، وهو مجمع الحواس ومنبت الأعصاب ، فاذا فترت فترت الحركات الارادية ، وابتداؤه من أبخرة تتصعد فتوافى أعباء من قوى الدماغ ، فيبدو فتور فى الحواس ، فهذا نعاس وسنة ، فاذا تم انغمار القوة الباصرة ، فهذا أول النوم ، ثم تترتب غلبة فتور الأعضاء واسترخاؤها ، وذلك غمرة النوم ، قال : ولا ينتقض الوضوء بالغفوة ، واذا تحققنا النوم لم نشترط غايته ، فان الشافعي رحمه الله نقض وضوء النائم قائما ، ولو تناهى نومه لسقط » هذا كلام امام الحرمين .

قال أصحابنا : ومن علامات النعاس أن يسمع كلام من عنده ، وان لم يفهم معناه . قالوا : والرؤيا من علامات النوم ، ونص عليه فى الأم ، وفى البويطى كما سبق ، واتفقوا عليه . فلو تيقن الرؤيا وشك فى النوم انتقض اذا لم يكن ممكنا ، فان خطر بباله شيء فشك أكان رؤيا أم حديث نفس ؟ لم ينتقض لأن الأصل بقاء الطهارة . ولو شك أنام ؟ أم نعس ؟ وقد وجد أحدهما ، لم ينتقض ، قال الشافعي فى الأم : والاحتياط أن يتوضأ .

(الثالثة) لو تيقن النوم وشك : هل كان ممكنا أم لا ؟ فلا وضوء عليه ، هكذا صرح به صاحب البيان وآخرون ، وهو الصواب ، وأما قول البغوى فى مسائل الشك فى الطهارة : لو تيقن رؤيا ولا يذكر نوما فعليه الوضوء ، ولا يحمل على النوم قاعدا لأنه خلاف العادة ، فهو متأول أو ضعيف ، والله أعلم .

(الرابعة) نام جالسا فزالت ألياه أو احداهما عن الأرض ، فان زالت قبل الانتباه انتقض لأنه مضى لحظة وهو نائم غير ممكن ، وان زالت بعد الانتباه أو معه أو لم يدر أيهما سبق لم ينتقض لأن الأصل الطهارة ، ولا فرق بين أن

تقع يده على الأرض ، أو لا تقع ، وحكى عن أبى حنيفة رحمه الله أنه ان وقعت يده على الأرض انتقض والا فلا ، ودليلنا أن الاعتبار بمحل الحدث ، فتعين التفصيل الذى ذكره أصحابنا •

(الخامسة) نام ممكنا مقعده من الأرض مستندا الى حائط أو غيره لا ينتقض وضوءه سواء كان بحيث لو وقع الحائط لسقط أم لا ، وهذا لا خلاف فيه بين أصحابنا ، قال امام الحرمين : ونقل المعلقون عن شيخى أنه كان يقول ان كان بحيث لو رفع الحائط لسقط انتقض ، قال الامام : وهذا غلط من المعلقين والذى ذكروه انما هو مذهب أبى حنيفة •

(السادسة) قليل النوم وكثيره عندنا سواء ، نص عليه الشافعى والأصحاب فنوم لحظة ويومين سواء فى جميع التفصيل والخلاف •

(السابعة) قال أصحابنا : لا فرق فى نوم القاعد الممكن بين قعوده متربعا أو مفترشا أو متوركا أو غيره من الحالات ، بحيث يكون مقعده لاصقا بالأرض أو بغيرها متمكنا ، وسواء القاعد على الأرض ، وراكب السفينة والبعير وغيره من الدواب فلا ينتقض الوضوء بشىء من ذلك ، نص عليه الشافعى رحمه الله فى الأم واتفق الأصحاب عليه ، ولو نام محتبيا وهو أن يجلس على أليتيه رافعا ركبتيه محتويا عليهما بيديه أو غيرهما ، ففيه ثلاثة أوجه ، حكاها الماوردى والرويانى (أحدها) لا ينتقض كالمتربع (والثانى) ينتقض كالمضطجع (والثالث) ان كان نحيف البدن بحيث لا تنطبق آلياه على الأرض انتقض والا فلا ، قاله أبو الفياض البصرى ، والمختار الأول •

(الثامنة) اذا نام مستلقيا على قفاه وألصق أليتيه بالأرض • فانه يبعد خروج الحدث منه ، ولكن اتفق الأصحاب على أنه ينتقض وضوءه لأنه ليس كالجالس الممكن ، فلو استثفر وتلجم بشىء فالصحيح المشهور الانتقاض أيضا ، وبه قطع امام الحرمين فى النهاية •

وقال فى كتابه (الأساليب) فى الخلاف فيه للنظر مجال ويظهر عدم الانتقاض ، وقال صاحبه أبو الحسن ألكيا فى كتابه فى الخلافيات : فيه تردد للأصحاب •

(التاسعة فى مذاهب العلمـاء فى النوم) قـد سبق أن الصحيح ـ فى مذهبنا ـ أن النائم الممكن مقعده من الأرض أو نحوها لا ينتقض وضوءه ، وغيره ينتقض ، سواء كان فى صلاة أو غيرها ، وسـواء طال نومه أم لا ، وحكى عن أبى موسى الأشعرى وسعيد بن المسيب وأبى مجلز وحميد الأعرج أن النوم لا ينقض بحال ولو كان مضطجعا ، قال القاضى أبو الطيب واليه ذهب الشـيعة .

وقال اسحاق بن راهويه وأبو عبيد القاسم بن سـلام والمزنى : ينتقض بالنوم بكل حال ورواه البيهقى باسناده عن الحسن البصرى ، قال ابن المنذر : وبه أقول ، قال : وروى معناه عن ابن عبـاس وأنس وأبى هريرة رضى الله عنهم ، وقال مالك وأحمد فى احدى الروايتين : ينقض كثير النوم بكل حال دون قليله ، وحكاه ابن المنذر عن الزهرى وربيعة والأوزاعى .

وقال أبو حنيفة وداود : ان نام على هيئة من هيئـات المصلى كالراكع والساجد والقائم والقاعد لم ينتقض ، سواء كان فى الصلاة أم لا ، وان نام مستلقيا أو مضطجعا انتقض . ولنا قول أن نوم المصلى خاصة لا ينتقض به كيف كان ، كما سبق وحكاه أصحابنا عن ابن المبارك ، وحكاه الماوردى عن اجماعة من التابعين .

واحتج لأبى موسى وموافقيه بقول الله تعـالى (اذا قمتم الى الصـلاة فأغسلوا وجوهكم) الى آخر الآية فذكر سبحانه نواقض الوضوء ولم يذكر النوم ، وبحديث أبى هريرة رضى الله عنه المتقدم : « لا وضوء الا من صوت أو ريح » قالوا : ولأنا أجمعنا ـ نحن وأنتم ـ على أن النوم ليس حدثا فى عينه وأنتم أوجبتم الوضوء لاحتمال خروج الريح ، والأصل عدمه فلا يجب الوضوء بالشك .

واحتج أصحابنا بحديث على رضى الله عنه « العينان وكاء السه فمن نام فليتوضأ » وهو حديث حسن كما سبق بيانه ، وبحديث صفوان : « لكن من غائط أو بول أو نوم » وهـو حديث حسن كما سبق بيـانه ، وفى المسألة أحاديث كثيرة ، ولأن النائم غير الممكن يخرج منه الريح غالبا ، فأقام الشرع

هذا الظاهر مقام اليقين . كما أقام شهادة الشاهدين التى تفيد الظن مقام اليقين فى شغل الذمة .

وأما الجواب عن احتجاجهم بالآية فمن وجهين :

أحدهما : أن جماعة من المفسرين قالوا وردت الآية فى النوم أى اذا قمتم الى الصلاة ــ من النوم ــ فاغسلوا وجوهكم . وكذا حكاه الشافعى فى الأم عن بعض أهل العلم بالقرآن قال : ولا أراه الا كما قال .

والثانى : أن الآية ذكر فيها بعض النواقض وبينت السنة الباقى ولهذا لم يذكر البول وهو حدث بالاجماع . وأما الجواب عن حديث أبى هريرة فهو أنه ورد فى دفع الشك لا فى بيان أعيان الأحداث وحصرها ولهذا لم يذكر فيه البول والغائط وزوال العقل وهى أحداث بالاجماع ونظيره حديث عبد الله ابن زيد الذى قدمناه فى شرح أول الفصل « لا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا » وأما قولهم : خروج الخارج مشكوك فيه ، فجوابه ما قدمناه أن الشرع جعل هذا الظاهر كاليقين كما جعل شهادة شاهدين كاليقين والله أعلم.

واحتج من قال : ينقض بكل حال بعموم حديثى على وصفوان رضى الله عنهما وبالقياس على الاغماء .

واحتج أصحابنا بحديث أنس : « كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ينامون ثم يصلون ولا يتوضأون » وهو صحيح ذكرناه بطرقه فى أول الفصل .

وعن أنس رضى الله عنه قال : « أقيمت صلاة العشاء . فقال رجل : لى حاجة فقام النبى صلى الله عليه وسلم يناجيه حتى نام القوم أو بعض القوم ، ثم صلوا » وفى رواية « حتى نام أصحابه ثم جاء فصلى بهم » رواهما مسلم فى صحيحه ، وعن ابن عمر رضى الله عنهما « أن النبى صلى الله عليه وسلم شغل ليلة عن العشاء فأخرها حتى رقدنا فى المسجد ثم استيقظنا ثم خرج علينا » .

وعن ابن عباس رضى الله عنهما . « أعتم رسول الله صلى الله عليه وسلم

بالعشاء حتى رقد الناس واستيقظوا ورقدوا واستيقظوا » روى البخارى فى صحيحه هذين الحديثين بهذا اللفظ ، وظاهرهما أنهم صلوا بذلك الوضوء وروى مالك والشافعى باسناد الصحيح : « أن ابن عمر رضى الله عنهما كان ينام وهو جالس ثم يصلى ولا يتوضأ » وروى البيهقى وغيره معناه عن ابن عباس وزيد بن ثابت وأبى هريرة وأبى أمامة رضى الله عنهم ، فهـذه دلائل ظاهرة من الأحاديث الصحيحة والآثار .

واحتج جماعة من أصحابنا بحديث عمرو بن شعيب المذكور فى الكتـاب وبحديث حذيفـة : « كنت أخفق برأسى فقلت : يا رسـول الله وجب على وضوء ؟ قال : لا حتى تضع جنبك » وهذان الحديثان ضعيفان . بين البيهقى وغيره ضعفهما وفيما سبق ما يغنى عنهما .

وأما الجواب عن الحديث فهو أنه محمول على نوم غير الممكن . وهـذا يتعين المصير اليه للجمع بين الأحاديث الصحيحة . وأما قياسهم على الاغمـاء فالفرق ظاهر لأن المغمى عليه ذاهب العقل لا يحس بشىء أصلا ، والنـائم يحس . ولهذا اذا صيح به تنبه .

واحتج من قال : ينقض كثير النوم ــ كيف كان ــ دون قليله بحديث أنس : « أنهم كانوا ينامون فتخفق رؤوسهم » وهذا يكون فى النوم القليل . ولأنه مع الاستثقال يغلب خروج الخارج بخلاف القليل . واحتج أصحابنا بالأحاديث السابقة وليس فيها فرق بين القليل والكثير .

والجواب عن حديث أنس أنا قد بينا أنه حجة لنـا وليس فيه فرق بين قليله وكثيره ودعواهم أن خفق الرءوس انما يكون فى القليل لا يقبل . وأما المعنى الذى ذكروه فلا نسلمه ، لأن النوم اما أن يجعل حدثا فى عينه كالاغماء. وهم لا يقولون به ، واما دليلا على الخارج . وحينئذ انما تظهر دلالته اذا لم يكن المحل ممكنا وأما المتمكن فيبعد خروجه منه ولا يحس به فلا ينتقض بالوهم .

واحتج من قال لا ينقض النوم على هيئة من هيئات الصـلاة بما رواه أبو خالد الدالانى عن قتادة عن أبى العالية عن ابن عباس قال : قال النبى صلى

الله عليه وسلم « انما الوضوء على من نام مضطجعا فانه اذا اضطجع استرخت مفاصله » وبحديث حذيفة الذى قدمناه أنه نام جالسا فقال : يا رسول الله « أمن هذا وضوء ؟ قال : لا حتى تضع جنبك على الأرض » •

واحتج أصحابنا بالأحاديث الصحيحة السابقة كحديث على وصفوان وغيرهما من غير تعرض لهذا الفرق الذى زعموه ولا أصل له ولأنه نام غير ممكن مقعده من الأرض فأشبه المضطجع ولأننا اتفقنا ــ نحن وهم ــ على أن النوم ليس حدثا فى عينه وانما هو دليل للخارج فضبطناه نحن بضابط صحيح جاءت به السنة ، ومناسبته ظاهرة ، وضبطوه بما لا أصل له ولا معنى يقتضيه ، فان الساجد والراكع كالمضطجع ولا فرق بينهما فى خروج الخارج •

وأما حديث الدالانى فجوابه أنه حديث ضعيف باتفاق أهل الحديث • وممن صرح بضعفه من المتقدمين أحمد بن حنبل والبخارى وأبو داود • قال أبو داود وابراهيم الحربى : هو حديث منكر •

ونقل امام الحرمين فى كتابه (الأساليب) اجماع أهل الحديث على ضعفه ، وهو كما قال ، والضعف عليه بين • وأجاب أصحابنا عنه بأجوبة وتأولوه تأويلات لا حاجة اليها مع الاتفاق على ضعفه ، فانه لا يلزم الجواب عما ليس بدليل • وأما حديث حذيفة فضعيف أيضا كما سبق بيانه قريبا •

واحتج من قال : لا ينتقض وضوء النائم فى الصلاة كيف كان ، بحديث المباهاة المذكور فى الكتاب ، ولأن الحاجة تدعو اليه ولا يمكن لمجتهد ونحوه الاحتراز منه الا بعسر فعفى عنه كما عفى عن أشياء كثيرة فى الصلاة للحاجة •

واحتج أصحابنا بما احتجوا به على القائلين : لا ينقض النوم على هيئة المصلى •

وأجابوا عن حديث المباهاة بما سبق من الاتفاق على ضعفه ، ولو صح لكان تسميته ساجدا باسم ما كان عليه ، فمدحه على مكابدة العبادة • وأما المعنى الذى ذكروه فلا يقبل لأن الأحداث لا تثبت الا توقيفا وكذا العفو

عنها ، فحصل فى هذه المسألة جمل من الأحاديث جمعنا بينها ولم نرد منهـا صحيحا ، ولله الحمد ، وهو أعلم بالصواب .

(العاشرة) كان من خصائص نبينا صلى الله عليه وسلم أنه لا ينتقض وضوءه بالنوم مضطجعا للأحاديث الصحيحة ، منها حديث ابن عباس رضى الله عنهما فى الصحيحين « أنه صلى الله عليه وسلم نام حتى سمع غطيطه ، ثم صلى ولم يتوضأ » وقال صلى الله عليه وسلم « ان عينى تنامان ولا ينـام قلبى » .

فان قيل : هذا مخالف للحديث الصحيح « أن النبى صلى الله عليه وسلم نام فى الوادى عن صلاة الصبح حتى طلعت الشمس ، ولو كان غير نائم القلب لما ترك صلاة الصبح ، فجوابه من وجهين (أحدهما) وهو ـ المشـهور فى كتب المحدثين والفقهاء ـ أنه لا مخالفة بينهما ، فان القلب يقظـان يحس بالحدث ، وغيره مما يتعلق بالبدن ويشـعر به القلب ، وليس طلوع الفجر والشمس من ذلك ، ولاهو مما يدرك بالقلب ، وانما يدرك بالعين وهى نائمة.

والجواب الثانى حكاه الشيخ أبو حامد فى تعليقه فى هذا الباب عن بعض أصحابنا قال : كان للنبى صلى الله عليه وسلم نومان (أحدهما) ينـام قلبه وعينه (والثانى) عينه دون قلبـه ، فكان نوم الوادى من النوع الأول . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما زوال العقل بغير النوم فهو ان يجن او يغمى عليه او يسكر او يمرض فيزول عقله فينتقض وضوءه ، لانه اذا انتقض الوضوء بالنوم فلأن ينتقض بهذه الأسباب أولى ، ولا فرق فى ذلك بين القاعد وغيره ، ويخالف النوم فان النـائم اذا كلم تكلم ، واذا نبـه تنبه ، فاذا خرج منه الخـارج وهـو جالس احس به بخلاف المجنـون والسكران . قال الشـافعى رحمه الله : قد قيـل انه قل من جن (١) الا وينزل ، فالمستحب ان يغسل احتياطا) .

---

(١) فى الركبى (يجن) ط .

(الشرح) أجمعت الأمة على انتقاض الوضوء بالجنون وبالاغماء ، وقد نقل الاجماع فيه ابن المنذر وآخرون . واستدل له أصحابنا وغيرهم بحديث عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم : « أغمى عليه ثم أفاق فاغتسل ليصلى ، ثم أغمى عليه ثم أفاق فاغتسل » رواه البخارى ومسلم ، واتفق أصحابنا على أن من زال عقله بجنون أو اغماء أو مرض أو سكر بخمر أو نبيذ أو غيرهما ، أو شرب دواء للحاجة أو غيرها فزال عقله انتقض وضوءه ، ولا خلاف فى شىء من هذا الا وجها للخراسانيين أنه لا ينتقض وضوء السكران اذا قلنا : له حكم الصاحى فى أقواله وأفعاله . حكاه الفورانى والغزالى فى البسيط ، والمتولى وصاحب العدة والرويانى وغيرهم ، وهو غلط صريح ، فان انتقاض الوضوء منوط بزوال العقل ، فلا فرق فيه بين العاصى والمطيع .

قال أصحابنا : والسكر الناقض هو الذى لا يبقى معه شعور ، دون أوائل النسوة . وقال أصحابنا : ولا فرق فى كل ذلك بين القاعد ممكنا مقعده وغيره ، ولا بين قليله وكثيره . وأما الدوار ــ بضم الدال وتخفيف الواو ، وهو دوار الرأس ــ فلا ينقض مع بقاء التمييز . ذكره امام الحرمين ، وهو واضح .

قال القاضى حسين والمتولى : حد الجنون زوال الاستشعار من القلب مع بقاء الحركة والقوة فى الأعضاء . والاغماء زوال الاستشعار مع فتور الأعضاء ، والله أعلم .

وأما قوله : قال الشافعى قد قيل : قل من يجن الا وينزل ، فهو مشهور عن الشافعى ، ذكره فى الأم وحرملة ، وأما لفظ النص فقال فى الأم ــ فى آخر باب ما يوجب الغسل : « وقد قيل ما جن انسان الا أنزل ، فان كان هذا هكذا اغتسل المجنون للانزال ، وان شك فيه أحببت له الاغتسال احتياطا ولم أوجب ذلك عليه حتى يستيقن الانزال » .

هذا نصه بحروفه ومن الأم نقلته ، وكذا نقله عن الأم جماعة من الأصحاب ، ونقله الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والماوردى وجماعة

فى المغمى عليــه • والذى فى الأم انما هو فى المجنون كمــا نقلته ، واختلف الأصحاب فى المسألة ، فجزم المصنف وجماعات من المحققين بأن غسل المجنون اذا أفاق سنة ولا يجب ، الا أن يتيقن خروج المنى •

وقال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وجماعات من الأصحاب : ان كان الغالب من حال الذين يجنون الانزال وجب الغسل اذا أفاق وان لم يتحقق الانزال ، كما توجب الوضوء بالنوم مضطجعا للظن الغالب ، فان لم يــكن الانزال غالبا لم يجب الغسل بالشك ونقل صاحب البحر هذا التفصيل عن الأصحاب •

ونقل صاحب الحــاوى عن الأصحاب أن الاغمــاء ان كان لا ينفك عن الانزال وجب الغسل وان كان قد ينفك فلا ، والصحيح طريقة المصنف ومن وافقه أنه يستحب الغســل ولا يجب حتى يتيقن خروج المنى ، فان القواعد تقتضى أن لا تنتقض الطهارة الا بيقين الحدث ، خالفنا ذلك فى النوم بالنصوص التى جاءت ، وبقى ما عداها على مقتضاه •

قال أصحابنا : ويستحب للمغمى عليه الغسل اذا أفاق اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال ابن المنذر وابن الصباغ وغيرهما : أجمع العلمــاء على أن الغسل لا يجب عليه ، وحكى الرافعى وجها ضــعيفا شاذا أنه يجب الغسل من الجنون مطلقا ، ووجها أشذ منه أنه يجب من الاغماء أيضا • ذكره فى باب الغسل ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وأما لمس النساء فانه ينقض الوضوء ، وهو أن يلمس الرجل بشرة المرأة أو المرأة بشرة الرجل بلا حائل بينهمــا فينتقض وضــوء اللامس منهمــا لقوله تعالى : (أو لامستم (١) النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا) •

وفى الملموس قولان : (احدهما) ينتقض وضوءه لانه لمس بين الرجل والمرأة ينقض طهــر اللامس ، فنقض طهــر الملموس كالجمــاع ، وقال فى حــرملة : ((لا ينتقض)) لأن عائشة رضى الله عنها قالت : ((افتقدت رسول الله صلى الله

---

(١) الآية (٦) من سورة المائدة ط •

عليه وسلم فى الفراش فقمت أطلبه فوقعت يدى على اخمص قدميه ، فلما فرغ من صلاته قال : أتاك شيطانك ؟)) .

ولو انتقض طهره لقطع الصلاة ، ولأنه لمس ينقض الوضوء فنقض طهر اللامس دون الملموس ، كما لو مس ذكر غيره ، وان لمس شعرها او ظفرها لم ينتقض الوضوء لأنه لا يلتذ بلمسه ، وانما يلتذ بالنظر اليه . وان لمس ذات رحم محرم ففيه قولان : (أحدهما) ينتقض وضوءه للآية ، (والثانى) لا ينتقض لأنه ليس بمحل لشهوته فاشبه لمس الرجل الرجل والمرأة المرأة ، وان مس صغيرة لا تشتهى او عجوزا لا تشتهى ففيه وجهان ، (أحدهما) ينتقض لعموم الآية ، (والثانى) لا ينتقض لأنه لا يقصد بلمسها الشهوة فأشبه الشعر) .

(الشرح) فى هذا الفصل مسائل احداها حديث عائشة صحيح رواه مسلم فى صحيحه فى كتاب الصلاة من طريقين بغير هذا اللفظ .

أما الطريق الأولى فقالت : « افتقدت النبى صلى الله عليه وسلم ذات ليلة فظننت أنه ذهب الى بعض نسائه ، فتحسست ثم رجعت فاذا هو راكع أو ساجد يقول : سبحانك اللهم وبحمدك لا اله الا أنت » .

وأما الثانية فقالت : « فقدت رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة من الفراش فالتمسته فوقعت يدى على بطن قدمه ، وهو فى المسجد ، وهما منصوبتان وهو يقول : اللهم أعوذ برضاك من سخطك » الى آخر الدعاء .

وفى رواية للبيهقى باسناد صحيح : « فالتمست بيدى فوقعت يدى على قدميه وهما منصوبتان وهو ساجد يقول : « اللهم أعوذ » الى آخره ، فحصل من مجموع هذه الروايات أن الرواية المذكورة فى الكتاب صحيحة المعنى ، لكن قوله : « أتاك شيطانك » غير مذكور فى الروايات المشهورة . وذكرها البيهقى فى السنن الكبير فى باب ضم العقبين فى السجود من أبواب صفة الصلاة باسناد صحيح ، فيه رجل مختلف فى عدالته وقد روى له البخارى ، وقد ذكر مسلم فى أواخر صحيحه هذه اللفظة وأن النبى صلى الله عليه وسلم قال لها : « أقد جاءك شيطانك ؟ » والله أعلم .

(المسألة الثانية) فى اللغات والألفاظ والاحترازات ، قوله تعالى : (أو لمستم النساء) قرىء فى السبع لمستم ولامستم ، والنساء من الجموع التى

لا واحد لها من لفظها ، كالرهط والنفر والقوم ، وكذا النسوة بكسر النون وضمها لغتان .

وقوله : « يلمس » بضم الميم وكسرها لغتان ، وقوله « لا حائل بينهما » تأكيد وايضاح ولو حذفه لاستغنى عنه ، فان لمس البشرة انما يكون اذا لم يكن حائل ، وقوله : « لأنه لمس بين الرجل والمرأة » فيه احتراز مما اذا أولج فى بهيمة فانه ينقض طهر اللامس دون الملموس ، واحتراز أيضا من لمس الرجل ذكر غيره فانه ينقض اللامس دون الملموس ــ على المذهب ــ وبه قطع المصنف والعراقيون .

وقوله : « ينقض طهر اللامس » احتراز من مس الصغيرة والشعر والظفر، وقولها : « افتقدت » وفى الرواية الثانية لمسلم : « فقدت » وهما لغتان فصيحتان .

قال أهل اللغة : يقال فقدت الشيء أفقده فقدا وفقدانا وفقدانا بكسر القاف وضمها [1] ، وكذا افتقدته أفتقده افتقادا ، وقولها اخمص قدميه ، هو مفسر فى رواية مسلم (بطن قدمه) .

قال أهل اللغة : الاخمص ما دخل من باطن القدم فلم يصب الأرض ، والشيطان كل جنى مارد ، ونونه أصلية ، وقيل زائدة ، فعلى الأول وهو من شطن اذا بعد ، وعلى الثانى من شاط اذا احترق وهلك ، وقوله لأنه لمس ينقض الوضوء احتراز من لمس الشعر ، ولو قال : لمس يوجب الوضوء على اللامس لكان أحسن ليعم باحترازه الشعر والجماع ، ويكون فيه احتراز عما قاس عليه الأول ، وهكذا عادة المصنف فانه يذكر فى قياس القول الثانى قيودا يخرج بها ما قاس عليه الأول ولم يعمل هنا بعادته ، ولا يقال قد احترز عن الجماع بقوله : ينقض الوضوء ، لأن الجماع ناقض للوضوء وان كان يوجب الغسل ، وفيه وجه شاذ سنذكره فى باب صفة الغسل ان شاء الله تعالى .

---

(١) كسر القاف وضمها فى مضارعه اما المصدر وهو فقدانا فلعله بكسر الفاء وضمها وبهذا يستقيم السياق والله اعلم (ط) .

وقوله : « كما لو مس ذكر غيره » يعنى فانه ينقض الماس دون الممسوس قولا واحدا ، وهذا على طريقة المصنف والعراقيين ، وفيه خلاف للخراسانيين سنذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى •

(المسألة الثانية) اذا التقت بشرتا رجل وامرأة أجنبية تشتهى ، انتقض وضوء اللامس منهما ، سواء كان اللامس الرجل أو المرأة ، وسواء كان اللمس بشهوة أم لا ، تعقبه لذة أم لا ، وسواء قصد ذلك أم حصل سهوا أو اتفاقا ، وسواء استدام اللمس أم فارق بمجرد التقاء البشرتين ، وسواء لمس بعضو من أعضاء الطهارة أم بغيره ، وسواء كان الملموس أو الملموس به صحيحا أو أشل ، زائدا أم أصليا ، فكل ذلك ينقض الوضوء عندنا ، وفى كله خلاف للسلف سنذكره فى فرع مذاهب العلماء ان شاء الله تعالى •

ولنا أوجه ضعيفة فى بعض هذه الصور ، منها وجه حكاه القاضى حسين وغيره أن المرأة لا تزال ملموسة ولا تكون لامسة ــ وان كانت هى الفاعلة ــ بل يكون فيها القولان فى الملموس •

ووجه حكاه الرافعى وغيره أن لمس العضو الأشل أو الزائد لا ينقض ، ووجه حكاه الرافعى عن الحناطى أن ابن سريج كان يعتبر الشهوة فى الانتقاض • قال الحناطى : وحكى هذا عن نص الشافعى ، ووجه حكاه الفورانى وامام الحرمين وآخرون أن اللمس انما ينقض اذا وقع قصدا ، وهذه الأوجه شاذة ضعيفة والصحيح المعروف فى المذهب ما سبق •

(الرابعة) هل ينتقض وضوء الملموس ؟ فيه قولان مشهوران ، قد ذكر المصنف دليلهما ، وذكر الماوردى والقاضى حسين والمتولى وغيرهم أن القولين مبنيان على القراءتين ، فمن قرأ « لمستم » لم ينقض الملموس لأنه لم يلمس ، ومن قرأ « لامستم » نقضه لأنها مفاعلة ، وهذا البناء الذى ذكروه ليس بواضح ، واختلف فى الأصح من القولين ، فصحح الرويانى والشاشى فى طائفة قليلة عدم الانتقاض وصحح الأكثرون الانتقاض ، ممن صححه الشيخ أبو حامد والمحاملى فى التجريد وصاحب الحاوى والجرجانى فى التحرير ، والبغوى والرافعى فى كتابيه وآخرون وقطع به أبو عبد الله الزبيرى فى كتابه

الكافى والمحـاملى فى المقنع والشـيخ نصر المقدسى فى الكافى وغيرهم من أصحاب المختصرات ، وهو المنصوص عليه فى معظم كتب الشافعى .

قال الشيخ أبو حامد : نقل حرملة أنه لا ينتقض ، ونص الشـافعى فى مختصر المزنى والأم والبويطى والاملاء والقـديم وسائر كتبه أنه ينتقض ، وكذا قال المحاملى وغيره . قال الشـافعى فى حرملة « لا ينتقض » وقال فى سـائر كتبه « ينتقض » وبعضـهم يقول : عامة كتبـه ينتقض ، كذا قاله البندنيجى .

ونقل القاضى أبو الطيب وغيره أن الشافعى نص فى حرملة على قولين : الانتقاض وعدمه ، وأجاب هؤلاء عن حديث عائشة بأنه يحتمل كون اللمس كان فوق حائل ، وعن القياس على الممسوس أن المعتبر فى مس الذكر مسه ببطن كفه ولم يحصل ذلك من الممسوس ، والمعتبر هنا التقاء بشرتى رجل وامرأة .

(فـرع) لو التقت بشرة رجل وامرأة بحركة منهما دفعـة واحدة ، فكل واحد منهما لامس وليس فيهما ملموس . ذكره الدارمى وهو واضح .

(الخامسة) اذا لمس أحدهما شعر الآخر أو سنه أو ظفره أو لمس بشرته بسنه أو شـعره أو ظفره فطريقـان (أحدهما) لا ينتقض وهو المذهب ، والمنصوص فى الأم وبه قطع الجمهور (والثانى) فيه وجهان حكاهما الماوردى وجماعات من الخراسانيين أحدهما : الانتقاض لأن الشعر له حكم البدن فى الحل بالنكاح والتحريم بالطلاق ، ووقوع الطلاق بايقاعه عليه ، وعتقهـا باعتاقه ووجوب غسله بالجنابة والموت وغيرهما وغير ذلك من الأحكام .

واستدلوا من نص الشافعى بقوله فى المختصر : « والملامسة أن يفضى بشىء منه الى جسـدها » والشـعر شىء فينبغى أن ينقض ، والصحيح أنه لا ينقض كما نص عليه فى الأم ، وقاله الجمهور لأنه لا يقصد ذلك للشهوة غالبا انما تحصل اللذة وتثور الشهوة عن التقاء البشرتين للاحساس . وأما نصه فى المختصر فمراده به ما صرح به فى الأم وغيره . فعلى هذا قال الشافعى فى الأم والأصحاب « يستحب أن يتوضأ من لمس الشعر والسن والظفر » .

(فـرع) تيقن لمسها وشك هل لمس شعرها أم غيره ؟ وهل لمسـها بظفره أو بشعره أم بغيره ؟ لم ينتقض لأن الأصل بقـاء الطهارة ويستحب أن يتوضأ •

(السادسة) اذا لمس ذات رحم محرما ففى انتقاضه قولان مشـهوران ذكر المصنف دليلهما • قال القاضى أبو الطيب والمحاملى فى كتابيه وصـاحبا الشامل والبحر وآخرون : نص عليهما الشافعى فى حرملة • قال المحاملى فى المجموع : « لم يذكر الشافعى هـذه المسألة الا فى حرملة » وقال الشـيخ أبو حامد فى التعليق « ظاهر قول الشافعى فى جميع كتبه أنه لا ينتقض ، الا أن أصحابنا قالوا فيه قولان ولست أعلم أن ذلك منصوص » •

وقال صاحب الحاوى : « فى المسألة قولان أصحهما وبه قال فى الجديد والقديم : لاينتقض •فحصل من هذا أن المشهور عن الشافعى عدم الانتقاض•

واتفق أصحابنا فى جميـع الطرق على أنه الصحيح الا صاحب الابانة فصحح الانتقاض وهو شاذ ليس بشىء • وهذان القولان فى محرم ذات رحم كالأم والبنت والأخت وبنت الأخ والأخت والعمة والخـالة ، وأما المحرمة برضاع أو مصاهرة كأم الزوجة وبنتها وزوجة الأم والابن والجد ففيها طريقان (المذهب) أنها على القولين ، الصحيح عدم الانتقاض ، وبهذا قطع البغوى والرافعى والآخرون • (والثانى) حكاه الرويانى : القطع بالانتقاض ، قال : وهذا ليس بشىء ، وحكى فى البيان الطريقين فيمن كانت حلالا له ، ثم حرمت بالمصاهرة كأم زوجته وبنتها ، والصحيح الأول وأما المحرمة على التأبيد بلعان أو وطء شبهة أو بالجمع كأخت الزوجة وبنتها قبل الدخول والمحرمة لمعنى فيها كالمرتدة والمجوسية والمعتدة فينقض لمسها بلا خلاف •

(فـرع) اذا قلنا : لا ينقض لمس المحرم ، فلمسها بشهوة لم ينتقض صرح به القاضى حسين والبغوى ، قالا : لأنها كالرجل فى حقه فيصير كما لو لمس رجل رجلا بشهوة فانه لا ينتقض •

(فـرع) قال أصحابنا : لو لمس صـغيرة أو عجوزا لا تشتهى من محارمه ، وقلنا : الصغيرة والعجوز الأجنبية تنقض ففيها القولان •

(فـرع) لمس امرأة وشك هل هى محرم أم أجنبية ؟ فعلى القولين فى المحارم لأن الأصل بقاء الطهارة • ذكره الدارمى •

(السابعة) لمس صـغيرة لا تشتهى أو عجوزا لا تشتهى ، فوجهـان مشهوران ذكر المصنف دليلهما ومن الأصحاب من حكاهما قولين ، والصواب وجهان ومن قال قولان أراد أنهما مخرجان •

قال القاضى أبو الطيب والرويانى وجماعات : ليس للشافعى نص فى هذه المسألة ولكن الأصحاب خرجوها على وجهين بناء على القولين فى المحارم ، واتفقوا على أن الصحيح فى الصغيرة عدم الانتقاض ، وأما العجوز فالجمهور صححوا الانتقاض وقطع به جماعة لأنها مظنة الشهوة ومحل قابل فى الجملة •

وشذ الجرجانى فصحح عدم الانتقاض وقطع به المحـاملى فى المقنع ، والصحيح الانتقاض والخلاف فى صـغيرة لا تشتهى كما ذكرنا ، فأما التى بلغت حدا تشتهيها الرجال فتنقض بلا خلاف • والرجوع فى ضبط هذا الى العرف • ورأيت فى تعليق الشيخ أبى حامد قال : « الصغيرة مثل أن يكون لها سبع سنين فما دونها » والصواب ما قدمته لأن هـذا يختلف باختـلاف الصغيرات •

قال الدارمى : ويجرى الخلاف فى لمس المرأة شيخا هرما وصبيا صغيرا لا يشتهيان قال صاحب الحاوى : ويجرى الخلاف اذا لمس شيخ فقد الشهوة واللذة بدن شابة ، وقطع الدارمى بأن الشيخ اذا لمس ينتقض كما لمس العنين والخصى والمراهق فانه ينتقض بلا خلاف والله أعلم •

(فروع) « الأول » لمس امرأة أو لمسته فوق ثوب رقيق بشهوة ولم تمس البشرة أو تضاجعا كذلك بشهوة ، لا ينتقض لعدم حقيقة الملامسة •

« الثانى » لمس لسانها أو لثتها أو لمسها بلسانه انتقض • ذكره الدارمى وهو واضح ولو تصادم لساناهما دفعة فلامسان •

« الثالث » لمس امرأة ميتة أو لمست رجلا ميتا ففى انتقـاض اللامس

طريقان حكاهما ابن الصباغ والبغوى والشاشى وآخرون (احداهما) أنه على الوجهين فى العجوز وبهذا قطع الماوردى والرويانى والقاضى حسين وامام الحرمين والمتولى وغيرهم لعدم الشهوة واللذة (والطريق الثانى) القطع بالانتقاض وهذا هو الصحيح المختار وممن صححه البغوى وقطع به جماعة. منهم الدارمى والمحاملى والفورانى . ونقل الشيخ أبو حامد الاتفاق عليه كما لو مس ذكر ميت وكما لو أولج فى ميتة فانه يلزمه الغسل بلا خلاف .

« الرابع » لمس عضوا مقطوعا من امرأة كيد وأذن وغيرهما . أو لمست عضوا مقطوعا من رجل فطريقان (أحدهما) فيه وجهان (أحدهما) ينتقض كلمسه فى حال الاتصال (وأصحهما) : لا لأنها ليست امرأة ولا شهوة ولا لذة . وهذا الطريق مشهور عند الخراسانيين .

(والثانى) وهو المذهب : لا ينتقض وبه قطع العراقيون والبغوى ونقله القاضى حسين فى تعليقه عن نص الشافعى . ونقل القاضى أن الشافعى نص على الانتقاض فى مس الذكر المقطوع وعلى عدمه فى اليد المقطوعة . فمن الأصحاب من نقل وخرج . فجعل فى المسألتين خلافا ومنهم من قرر النصين وفرق بأنه مس ذكرا ولم يلمس امرأة والشرع ورد بمس الذكر ولمس المرأة.

« الخامس » لو لمس الخنثى المشكل بشرة خنثى مشكل أو لمس رجل أو امرأة بدن المشكل أو لمس المشكل بدنهما ، لم ينتقض للاحتمال ، فلو لمس المشكل بشرة رجل وامرأة انتقض هو لأنه لمس من يخالفه ولا ينتقض الرجل ولا المرأة للشك ، وكذا لو لمساه لم ينتقض واحد منهما للشك . وفى انتقاض الخنثى القولان فى الملموس ، فلو اقتدت المرأة بهذا الرجل لم تصح صلاتها لأنها ان لم تكن محدثة فامامها محدث .

« السادس » لو ازدحم رجال ونساء فوقعت يده على بشرة لا يعلم أهى بشرة امرأة أم رجل ؟ لم ينتقض كما لو شك هل لمس محرما أم أجنبية أو هل لمس شعرا أو بشرة كما سبق بيانه .

« السابع » اذا لمس الرجل أمرد حسن الصورة بشهوة أم بغيرها لم ينتقض وضوء واحد منهما صغيرا كان أو كبيرا . هذا هو المذهب الصحيح

المشهور وبه قطع الجمهور وحكى الماوردى والرويانى والشاشى وغيرهم وجها عند أبى سعيد الاصطخرى أنه ينتقض لأنه فى معنى المرأة والله أعلم •

(فــرع) فى مذاهب العلماء فى اللمس قد ذكرنا أن مذهبنا أن التقاء بشرتى الأجنبى والأجنبية ينقض سواء أكان بشهوة وبقصد أم لا ، ولا ينتقض مع وجود حائل وان كان رقيقا • وبهذا قال عمر بن الخطاب وعبــد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وزيد بن أسلم ومكحول والشعبى والنخعى وعطاء ابن الســائب والزهرى ويحيى بن ســعيد الأنصــارى وربيعة وســعيد بن عبد العزيز وهى احدى الروايتين عن الأوزاعى •

« المذهب الثانى » لا ينتقض الوضوء باللمس مطلقا وهو مروى عن ابن عباس وعطاء وطاوس ومسروق والحسن وسفيان الثورى وبه قال أبو حنيفة لكنه قال اذا باشرها دون الفرج وانتشر فعليه الوضوء •

« المذهب الثالث » ان لمس بشــهوة انتقض والا فلا ، وهو مروى عن الحكم وحماد ومالك والليث واسحاق ، ورواية عن الشعبى والنخعى وربيعة والثورى • وعن أحمد ثلاث روايات كالمذاهب الثلاثة •

« المذهب الرابع » : ان لمس عمدا انتقض والا فلا ، وهو مذهب داود ، وخالفه ابنه فقال : لا ينتقض بحال •

« والخامس » ان لمس بأعضاء الوضوء انتقض والا فلا ، حكاه صــاحب الحاوى عن الأوزاعى ، وحكى عنه أنه لا ينتقض الا اللمس باليد •

« السادس » ان لمس بشهوة انتقض وان لمس فوق حائل رقيق ، حكى عن ربيعة ومالك فى رواية عنهما •

« السابع » ان لمس من تحــل له لم ينتقض وان لمس من تحرم عليــه انتقض • حكاه ابن المنذر وصاحب الحاوى عن عطاء وهذا خلاف ما حكاه الجمهور عنه ولا يصح هذا عن أحد ان شاء الله •

واحتج لمن قال لا ينتقض مطلقا بحديث حبيب بن أبى ثابت عن عروة عن عائشة رضى الله عنها « أن النبى صلى الله عليه وسلم قبل بعض نسائه ثم خرج الى الصلاة ولم يتوضأ » وعن أبى روق عن ابراهيم التيمى عن عائشة « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يقبل بعد الوضوء ثم لا يعيد الوضوء » وبحديث عائشة المتقدم أن يدها وقعت على قدم النبى صلى الله عليه وسلم وهو ساجد وهو صحيح كما سبق وبالحديث المتفق على صحته أن النبى صلى الله عليه وسلم « صلى وهو حامل أمامة بنت زينب رضى الله عنهما فكان اذا سجد وضعها واذا قام رفعها » رواه البخارى ومسلم وبحديث عائشة فى الصحيحين أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يصلى وهى معترضة بينه وبين القبلة فاذا أراد أن يسجد غمز رجلها فقبضتها » .

وفى رواية للنسائى باسناد صحيح « فاذا أراد أن يوتر مسنى برجله » وحتجوا بالقياس على المحارم والشعر قالوا : ولو كان اللمس ناقضا لنقض لمس الرجل كما أن جماع الرجل الرجل كجماعه المرأة .

واحتج أصحابنا بقول الله تعالى (أو لمستم النساء) واللمس يطلق على الجس باليد . قال الله تعالى (فلمسوه [1] بأيديهم) وقال النبى صلى الله عليه وسلم لماعز رضى الله عنه « لعلك قبلت أو لمست » الحديث ونهى عن بيع الملامسة ، وفى الحديث الآخر « واليد زناها اللمس » .

وفى حديث عائشة « قل يوم الا ورسول الله صلى الله عليه وسلم يطوف علينا فيقبل ويلمس » قال أهل اللغة اللمس [2] يكون باليد وبغيرها ، وقد يكون بالجماع ، قال ابن دريد : اللمس أصله باليد ليعرف مس الشيء وأنشد الشافعى وأصحابنا وأهل اللغة فى هذا قول الشاعر :

وألمست كفى كفه طلب الغنى
ولم أدر ان الجود من كفه يعدى

---

(١) الآية : « ولو نزلنا عليك كتابا فى قرطاس فلمسوه بأيديهم » الآية ٧ الانعام .
(٢) أوضحنا وجوها من مادتها فى بيع الملامسة من كتاب البيوع ، جـ ١٣ . المطيعى .

قال أصحابنا : ونحن نقول بمقتضى اللمس مطلقا ، فمتى التقت البشرتان انتقض سواء كان بيد أو جماع ، واستدل مالك ثم الشافعى وأصحابهما بحديث مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه « قال قبلة الرجل امرأته وجسها بيده من الملامسة ، فمن قبل امرأته أو جسها بيده فعليه الوضوء » وهذا اسناد فى نهاية من الصحة كما تراه .

فان قيل ذكر النساء قرينة تصرف اللمس الى الجماع ، كما أن الوطء أصله الدوس بالرجل واذا قيل وطىء المرأة لم يفهم منه الا الجماع ، فالجواب أن العادة لم تجر بدوس المرأة بالرجل ، فلهذا صرفنا الوطء الى الجماع بخلاف اللمس فان استعماله فى الجس باليد للمرأة وغيرها مشهور .

وذكر أصحابنا أقيسة كثيرة منها أنه لمس يوجب الفدية على المحرم ، فنقض كالجماع قال امام الحرمين فى (الأساليب) الوجه أن يقال ما ينقض الوضوء لا يعلل وفاقا ، قال وقد اتفق الأئمة على أن اقتضاء الاحداث الوضوء ليس مما يعلل ، واذا كان كذلك فلا مجال للقياس ، وليس لمس الرجل الرجل فى معنى لمسه المرأه ، فان لمسها يتعلق به وجوب الفدية وتحريم المصاهرة وغير ذلك ، فلا مطمع لهم فى القياس على الرجل ، وقد سلم أكثرهم أن الرجل والمرأة اذا تجردا وتعانقا وانتشر له وجب الوضوء ، فيقال لهم بم نقضتم فى الملامسة الفاحشة . ؟

فان قالوا بالقياس لم يقبل ، وان قالوا لقربه من الحدث ، قلنا : القرب من الحدث ليس حدثا بالاتفاق ، ولا يرد علينا النائم فانه انما انتقض بالسنة لكونه لا يشعر بالخارج ، فلم يبق لهم ما يوجب الوضوء فى الملامسة الفاحشة الا ظاهر القرآن العزيز وليس فيه فرق بين الملامسة الفاحشة وغيرها .

وأما الجواب عن احتجاجهم بحديث حبيب بن أبى ثابت فمن وجهين أحسنهما وأشهرهما أنه حديث ضعيف باتفاق الحفاظ ، ممن ضعفه سفيان الثورى ويحيى بن سعيد القطان وأحمد بن حنبل وأبو داود وأبو بكر النيسابورى وأبو الحسن الدارقطنى وأبو بكر البيهقى وآخرون من المتقدمين والمتأخرين .

---

(١) السنة بكسر السين وفتح النون المخففة .

قال أحمد بن حنبل وأبو بكر النيسابورى وغيرهما : غلط حبيب من قبله الصائم الى القبلة فى الوضوء ، وقال أبو داود : روى عن سفيان الثورى أنه قال : ما حدثنا حبيب الا عن عروة المزنى ، يعنى لا عن عروة بن الزبير وعروة المزنى مجهول ، وانما صح من حديث عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يقبل وهو صائم » .

(والجواب الثانى) لو صح لحمل على القبلة فوق حائل جمعا بين الأدلة، والجواب عن حديث أبى روق بالوجهين السابقين وضعفوا الحديث بوجهين.
أحدهما : ضعف أبى روق ضعفه يحيى بن معين وغيره .

والثانى : أن ابراهيم التيمى لم يسمع عائشة ، هكذا ذكره الحفاظ أبو داود وآخرون وحكاه عنهم البيهقى فتبين أن الحديث ضعيف مرسل ، قال البيهقى : وقد روينا سائر ما روى فى هذا الباب فى الخلافيات وبينا ضعفها ، فالحديث الصحيح عن عائشة فى قبلة الصائم . فحمله الضعفاء من الرواة على ترك الوضوء منها . والجواب عن حديث حمل أمامة فى الصلاة ورفعها ووضعها من أوجه أظهرها أنه لا يلزم من ذلك التقاء البشرتين .

والثانى : أنها صغيرة لا تنقض الوضوء .

والثالث : أنها محرم والجواب عن حديث عائشة فى وقوع يدها على بطن قدم النبى صلى الله عليه وسلم أنه يحتمل كونه فوق حائل والجواب عن حديثها الآخر أنه لمس من وراء حائل وهذا هو الظاهر فيمن هو نائم فى فراش وهذان الجوابان اذا سلمنا انتقاض ظهر الملموس والا فلا يحتاج اليهما .

وأما قياسهم على الشعر والمحارم ولمس الرجل الرجل فجوابه ما سبق أن الشعر لا يلتذ بلمسه ، والمحرم والرجل ليسا مظنة شهوة وقد سبق عن امام الحرمين ابطال القياس فى هذا الباب .

واحتج لمن قال ينقض اللمس بشهوة دون غيره بحديث أمامة والظاهر أنه كان يحصل معه مباشرة . لكن بغير شهوة . ولأنها مباشرة بلا شهوة

فأشبهت مباشرة الشعر والمحارم والرجل • ولأنها ملامسة فاشترط فى ترتب الحكم عليها الشهوة كمباشرة المحرم بالحج •

واحتج أصحابنا بقول الله تعالى (أو لمستم النساء) ولم يفرق • والجواب عن حديث أمامة بالأوجه الثلاثة السابقة • وعن الشعر وما بعده بأنه ليس مظنة شهوة ولذة • وعن مباشرة المحرم بأنه منع من الترفه وذلك يختص بالشهوة بخلاف هذا ، واحتج لداود بقول الله تعالى (أو لمستم) وهذا يقتضى قصدا • واحتج أصحابنا بالآية وليس فيها فرق • ولأن الأحداث لا فرق فيها بين العمد والسهو كالبول والنوم والريح •

وقولهم اللمس يقتضى القصد غلط لا يعرف عن أحد من أهل اللغة وغيرهم ، بل يطلق اللمس على القاصد والساهى كما يطلق اسم القاتل والمحدث والنائم والمتكلم على من وجد ذلك منه قصدا أو سهوا أو غلبة •

واحتج لمن خص النقض باليد بالقياس على مس الذكر •

واحتجاج الأصحاب بالآية والملامسة لا تختص باليد ، وغير اليد فى معناها فى هذا وليس على اختصاص اليد دليل • وأما مس الذكر باليد فمثير للشهوة بخلاف غير اليد • ولمس المرأة يثير الشهوة بأى عضو كان •

واحتج لمن قال : اللمس فوق حائل رقيق ينقض بأنه مباشرة بشهوة • فأشبه مباشرة البشرة • واحتج الأصحاب بأن المباشرة فوق حائل لا تسمى لمسا • ولهذا لو حلف لا يلمسها فلمس فوق حائل لم يحنث والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وأما مس الفرج فانه ان كان ببطن الكف نقض الوضوء لما روت بسرة بنت صفوان رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا مس احدكم ذكره فليتوضأ » •

وروت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ويل للذين يمسون فروجهم ثم يصلون ولا يتوضئون » قالت (١) : بأبى وامى هذا

---

(١) الركبى والمتوكلية : قالت عائشة رضى الله عنها (ط) •

للرجال ، افرايت النساء ؟ فقال : « اذا مست احداكن فرجها فلتتوضا » وان كان بظهر الكف لم ينتقض لما روى ابو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا افضى احدكم بيده الى ذكره ليس بينهما شىء فليتوضا وضوءه للصلاة » والافضاء لا يكون الا ببطن الكف ، ولأن ظهر الكف ليس بآلة لمسه فهو كما لو أولج الذكر فى غير الفرج ، وان مس بما بين الأصابع ففيه وجهان ، (المذهب) انه لا ينتقض لأنه ليس بباطن الكف .

(والثانى) ينتقض لأن خلقته خلقة الباطن ، وان مس حلقة الدبر انتقض وضوءه وحكى ابن القاص قولا انه لا ينقض ، وهو غير مشهور ووجهه انه لا يلتذ بمسه والدليل على انه ينقض انه احد السبيلين فاشبه القبل ، وان انسد المخرج المعتاد وانفتح دون المعدة مخرج فمسه ففيه وجهان .

(احدهما) لا ينقض لأنه ليس بفرج ، (والثانى) ينقض لأنه سبيل للحدث فاشبه الفرج ، وان مس فرج غيره من صغير أو كبير أو حى أو ميت انتقض وضوءه لأنه اذا انتقض بمس ذلك من نفسه ولم يهتك به حرمة فلأن ينتقض بمس ذلك من غيره وقد هتك به حرمة أولى ، وان مس ذكرا مقطوعا ففيه وجهان .

(احدهما) لا ينتقض وضوءه كما لو مس يدا مقطوعة من امراة .

(والثانى) ينتقض لأنه قد وجد مس الذكر ، ويخالف اليد المقطوعة فانه لم يوجد لمس المراة ، وان مس فرج بهيمة لم يجب الوضوء ، وحكى ابن عبد الحكم قولا آخر انه يجب الوضوء ، وليس بشىء لأن البهيمة لا حرمة لها ، ولا تعبد عليها) .

(الشرح) فى هذه الجملة مسائل :

« احداها » حديث بسرة حديث حسن ، رواه مالك فى الموطأ والشافعى فى مسنده وفى الأم ، وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وغيرهم فى سننهم بالأسانيد الصحيحة . قال الترمذى وغيره : هو حديث حسن صحيح. وقال الترمذى : فى كتاب العلل . قال البخارى : « أصح شىء فى هذا الباب حديث بسرة » وعليه ايراد سنذكره مع جوابه فى فرع مذاهب العلماء ان شاء الله تعالى .

وأما حديث عائشة فضعيف . وفى حديث بسرة كفاية عنه ، فانه روى « مس ذكره » وروى « من مس فرجه » وأما حديث أبى هريرة فرواه

الشافعي فى مسنده وفى الأم والبويطى بأسانيده ، ورواه البيهقى من طرق كثيرة ، وفى اسناده ضعف لكنه يقوى بكثرة طرقه .

(المسألة الثانية) فى ألفاظ الفصل ، أصل الفرج ، الخلل بين شيئين . قوله يمسون بفتح الميم على المشهور ، وحكى ضمها فى لغة قليلة ، والماضى مسست بكسر السين على المشهور ، وعلى اللغية الضعيفة بضمها .

قولها « بأبى وأمى » معناه أفديك بأبى وأمى من كل مكروه . ويجوز أن يقول الانسان « فداك أبى وأمى » سواء كان أبواه مسلمين أم لا . هذا هو الصحيح المختار ومن العلماء من منعه اذا كانا مسلمين . وقد أوضحت ذلك بدلائله فى كتاب (الأذكار) الذى لا يستغنى طالب الآخرة عن مثله . قوله الافضاء لا يكون الا ببطن الكف ، معناه الافضاء باليد لا يكون الا ببطن الكف ، والا فالافضاء يطلق على الجماع وغيره .

قال الشافعى رحمه الله فى الأم : « والافضاء باليد انما هو ببطنها ، كما يقال أفضى بيده مبايعا ، وأفضى بيده الى الأرض ساجدا ، والى ركبتيه راكعا » هذا لفظ الشافعى فى الأم ونحوه فى البويطى ومختصر الربيع . وهذا الذى ذكره الشافعى مشهور كذلك فى كتب اللغة .

قال ابن فارس فى المجمل : أفضى بيده الى الأرض اذا مسها براحته فى سجوده ونحوه فى صحاح الجوهرى وغيره . وقوله : ولأن ظهر الكف ليس بآلة لمسه ، معناه أن التلذذ لا يكون الا بالباطن ، فالباطن هو آلة مسه . وقوله : حلقة الدبر هى باسكان اللام ، هذه اللغة المشهورة . وحكى الجوهرى فتحها أيضا فى لغة رديئة وكذلك حلقة الحديد وحلقة العلم وغيرها، كله باسكان اللام على المشهور . وقوله : فلأن ينتقض هو بفتح اللام ، وقد سبق بيانه فى باب الانية . قوله : « لأن البهيمة لا حرمة لها ولا تعبد عليها » هذه العبارة عبارة الشافعى رحمه الله ، وشرحها صاحب الحاوى وغيره فقالوا : معناه لا حرمة لها فى وجوب ستر فرجها وتحريم النظر اليه ، ولا تعبد عليها فى أن الخارج منه لا ينقض طهرا .

(المسألة الثالثة) فى الأسماء : أما عائشة وابن القاص فسبق بيانهما ، وأما بسرة فبضم الباء واسكان السين المهملة ، وهى بسرة بنت صفوان بن نوفل ابن أسد بن عبد العزى • وورقة بن نوفل عمها ، وهى جدة عبد الملك بن مروان أم أمه ، وهى ممن بايع رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى عنها •

وأما ابن عبد الحكم هذا فهو أبو محمد عبد الله بن عبد الحكم بن أعين المصرى كان من أجل أصحاب مالك وأفضت اليه الرياسة بمصر بعد أشهب ، وأحسن الى الشافعى كثيرا ، فأعطاه من ماله ألف دينار وأخذ له من أصحابه ألفى دينار • ولد سنة خمسين ومائة وتوفى سنة أربع عشرة ومائتين رحمه الله•

(المسألة الرابعة فى الأحكام) فاذا مس الرجل أو المرأة قبل نفسه أو غيره من صغير أو كبير حى أو ميت ذكر أو أنثى انتقض وضوء الماس ، ودليله ما ذكره المصنف ، ويتصور كون مس الرجل قبل المرأة ناقضا اذا كانت محرما له أو صغيرة ، وقلنا بالمذهب ان لمسها لا ينقض ، فينتقض بمس فرجها بلا خلاف • وحكى الماوردى والشاشى والرويانى وغيرهم وجها شاذا أنه لا ينتقض بمس ذكر الميت • وحكى الرافعى وجها آخر أنه لا ينتقض بمس ذكر الصغير • وحكى غيره وجها شاذا أنه لا ينتقض بمس فرج غيره الا بشهوة ، والصحيح المشهور الانتقاض بكل ذلك ، ثم انه لا ضبط لسن الصغير ، حتى لو مس ذكر ابن يوم انتقض • صرح به الشيخان أبو حامد وأبو محمد وامام الحرمين وغيرهم •

(فرع) ولو مس ذكرا أشل أو بيد شلاء انتقض على المذهب ، وبه قطع الجمهور لأنه مس ذكرا • وحكى الماوردى والرويانى والشاشى وجها شاذا ، أنه لا ينتقض لأنه لا لذة •

(الخامسة) ان مس ببطن الكف وهو الراحة وبطن الأصابع انتقض ، وان مس بظهر الكف فلا • ودليله مذكور فى الكتاب •

وان مس برءوس الأصابع أو بما بينها أو بحرفها أو بينها بحرف الكف ففى الانتقاض وجهان مشهوران ، الصحيح عند الجمهور لا ينتقض ، وبه

قطع البندنيجى • ثم الوجهان فى موضع الاستواء من رءوس الأصابع ، أما المنحرف الذى يلى الكف فانه من الكف فينقض ، وجها واحدا •

قال الرافعى : من قال : المس برءوس الأصابع ينقض ، قال باطن الكف ما بين الاظفار والزند فى الطول ، ومن قال : لا ينقض قال : باطن الكف هو القدر المنطبق اذا وضعت احدى الكفين على الأخرى مع تحامل يسير ، والتقييد بتحامل يسير ليدخل المنحرف • وحكى الماوردى عن أبى الفياض البصرى وجها أنه ان مس بما بين الأصابع مستقبلا للعانة ببطن كفه انتقض ، وان استقبلها بظهر كفه لم ينقض • قال الماوردى : وهذا لا معنى له •

(السادسة) اذا مس دبر نفسه أو دبر آدمى غيره انتقض على المذهب ، وهو نصه فى الجديد وهو الصحيح عند الأصحاب وقطع به جماعات منهم • وحكى ابن القاص فى كتابه المفتاح قولا قديما أنه لا ينتقض ، ولم يحكه هو فى التلخيص ، وقد حكاه جمهور أصحابنا المصنفين عن حكاية ابن القاص عن القديم ولم ينكروه وقال صاحب الشامل : قال أصحابنا لم نجد هذا القول فى القديم ، فان ثبت فهو ضعيف • قال أصحابنا والمراد بالدبر ملتقى المنفذ ، أما ما وراء ذلك من باطن الأليين فلا ينقض بلا خلاف •

(السابعة) اذا انفتح مخرج تحت المعدة أو فوقها وحكمنا بأن الخارج منه ينقض الوضوء ــ على التفصيل والخلاف السابقين ــ فهل ينتقض الوضوء بمسه ؟ فيه وجهان ، أصحهما لا ينتقض ، وقد سبق بيانهما فى فروع مسائل المنفتح فى أول الباب •

(الثامنة) اذا مس ذكرا مقطوعا ففى انتقاض وضوئه وجهان مشهوران• ذكرهما المصنف بدليلهما أصحهما عند الأكثرين الانتقاض • ونقله القاضى حسين عن نص الشافعى ، وصححه المتولى والبغوى والرافعى وآخرون ، وقطع به الجرجانى فى التحرير واختار الشيخ أبو محمد فى كتابه الفروق وصاحب الشامل : عدم الانتقاض لكونه لا لذة فيه ولا يقصد ، ولا يكفى اسم الذكر كما لو مسه بظهر كفه وسواء قطع كل الذكر أو بعضه ففيه الوجهان • صرح به البغوى وغيره • قال الماوردى • ولو مس من ذكر الصغير

الأغلف ما يقطع فى الختان انتقض بلا خلاف لأنه من الذكر ما لم يقطع • قال : فان مس ذلك بعد القطع لم ينتقض لأنه بائن من الذكر لا يقع عليه اسم الذكر •

(التاسعة) اذا مس فرج بهيمة لم ينتقض وضوءه على المذهب الصحيح• وهو المشهور فى نصوص الشافعى • وحكى ابن عبد الحكم عن الشافعى أنه ينقض قال الشيخ أبو حامد الاسفراينى فى تعليقه : ابن الحكم هذا هو عبد الله بن عبد الحكم • وحكى الفورانى وامام الحرمين وصاحب العدة وغيرهم هذا القول عن حكاية يونس بن عبد الأعلى عن الشافعى • وحكاه الدارمى عن حكاية ابن عبد الحكم ويونس جميعا ، فمن الأصحاب من أنكر كون هذا قولا للشافعى • وقال : مذهبه أنه لا ينقض بلا خلاف ، وانما حكاه الشافعى عن عطاء • قال المحاملى : لم يثبت أصحابنا هذا قولا للشافعى •

وقال البندنيجى : رد أصحابنا هذه الرواية وذهب الأكثرون الى اثباته • وجعلوا فى المسألة قولين • قال الدارمى : ولا فرق فى هذا بين البهائم والطير• ثم الجمهور أطلقوا الخلاف فى فرج البهيمة ، وظاهره طرد الخلاف فى قبلها ودبرها • وقال الرافعى القول بالنقض انما هو بالقبل أما دبر البهيمة فلا ينقض قطعا ، لأن دبر الآدمى لا يلحق على القديم بقبله فدبر البهيمة أولى • وهذا الذى قاله غريب وكأنه بناه على أن القول الضعيف فى النقض قول قديم كما ذكره الغزالى ، وليس هو بقديم ، ولم يحكه الأصحاب عن القديم وانما حكوه عن رواية ابن عبد الحكم ويونس ، وهما ممن صحب الشافعى بمصر دون العراق •

فاذا قلنا بالمذهب وهو أن مس فرج البهيمة لا ينقض فأدخل يده فى فرجها ففى الانتقاض وجهان مشهوران ، وحكاهما امام الحرمين عن الأصحاب أصحهما بالاتفاق لا ينقض • صححه الفورانى والامام والغزالى فى البسيط والرويانى وغيرهم • هذا حكم مذهبنا فى البهيمة •

وحكى أصحابنا عن عطاء أن مس فرج البهيمة المأكولة ينقض وغيرها لا ينقض وعن الليث ينقض الجميع لاطلاق الفرج • والصواب عدم النقض

مطلقا لأن الأصل عدم النقض حتى تثبت السنة به ولم تثبت • واطلاق الفرج فى بعض الروايات محمول على المعتاد المعروف وهو فرج الآدمى والله أعلم •

(فروع) « الأول » اللمس ينقض سواء كان عمدا أو سهوا • نص عليه الشافعى والأصحاب رحمهم الله تعالى : وحكى الحناطى والرافعى وجها أنه لا ينتقض بمس الناسى وهذا شاذ ضعيف •

(الثانى) اذا مس ذكرا أشل أو بيد شلاء انتقض على المذهب وفيه وجه سبق بيانه ولو مس ببطن أصبع زائدة أو كف زائدة انتقض أيضا على المذهب ، ونقله أيضا الشيخ أبو حامد عن نص الشافعى وقطع به الجمهور وفيه وجه مشهور وهو ضعيف •

ثم الجمهور أطلقوا الانتقاض بالكف الزائدة ، وقال البغوى ان كانت الكفان عاملتين انتقض بكل واحدة ، وان كان العامل احداهما انتقض بها دون الأخرى • وأطلق الجمهور أيضا الانتقاض بالاصبع الزائدة •

قال المتولى والبغوى وغيرهما : هذا اذا كانت الزائدة نابتة على وفق سائر الأصابع فان كانت على ظهر الكف لم ينقض المس ببطنها ، قال الرافعى ان كانت الاصبع الزائدة على سنن الأصابع الأصلية نقضت فى أصح الوجهين والا فلا فى أصح الوجهين •

(الثالث) قال أصحابنا : لا ينقض مس الأنثيين وشعر العانة من الرجل والمرأة ، ولا موضع الشعر ، ولا ما بين القبل والدبر ، ولا ما بين الأليين وانما ينقض نفس الذكر وحلقة الدبر وملتقى شفرى المرأة ، فان مست ما وراء الشفر لم ينقض بلا خلاف • صرح به امام الحرمين والبغوى وآخرون ولو جب ذكره قال أصحابنا ان بقى منه شىء شاخص ــ وان قل ــ انتقض بمسه بلا خلاف ، وان لم يبق منه شىء أصلا فهو كحلقة الدبر فينتقض على الصحيح • وان نبت فى موضع الجب جلدة فمسها فهو كمسه من غير جلدة ، قاله امام الحرمين وغيره وهو واضح ، هذا تفصيل مذهبنا • وحكى أصحابنا عن عروة بن الزبير أن مس الانثيين والالية والعانة ينقض ، وقال جمهور العلماء : لا ينقض ذلك كمذهبنا •

واحتج لعروة بما روى « من مس ذكره أو أنثييه أو رفغيه فليتوضأ » وهذا حديث باطل موضوع انما هو من كلام عروة ، كذا قاله أهل الحديث ، والأصل أن لا نقض الا بدليل والرفغ بضم الراء واسكان الفاء وبالغين المعجمة وهو أصل الفخذين ، ويقال لكل موضع يجتمع فيه الوسخ رفغ •

(الرابع) اتفق أصحابنا ونصوص الشافعى أن المس بغير بطن الكف من الأعضاء لا ينقض ، الا صاحب الشامل فقال : لو مس بذكره دبر غيره ينبغى أن ينتقض لأنه مسه بآلة مسه •

وحكى صاحب البحر هـذا عن بعض أصحابنا بالعراق ، وأظنـه أراد صاحب الشامل ، ثم قال : هذا ليس بصحيح لأن الاعتماد على الخبر ولم يرد بهذا خبر ، وصرح الدارمى ثم امام الحرمين بأنه لا ينقض فقالا فى باب غسل الجنابة : اذا أجنب من غير حدث بأن أولج ذكره فى بهيمـة أو رجل أجزأه الغسل بلا خلاف • فهـذا تصريح بأن ادخال الذكر فى دبر الرجل لا ينقض الوضوء ، فوضعه عليه أولى فالصواب أنه لا ينتقض بمسه به ولا بادخاله لأن الباب مبنى على اتباع الاسم ولهذا لو قبل امرأة وعانقها ــ فوق حائل رقيق ــ وأطال وانتشر ذكره لا ينتقض ولو وقع بعض رجله على رجلهـا ــ بلا قصد ــ انتقض فى الحال لوجود اللمس ، مع أن الأول أفحش • بل لا نسبة بينهما ووافق صـاحب الشـامل على أنه لو مس بذكره ذكر غيره لم ينقض والله أعلم •

(الخامس) لو كان له ذكر مسدود فمسه انتقض وضوءه على الصحيح المشهور وفيه وجه حكاه الصيمرى وصاحبا البحر والبيان •

(السادس) اذا كان له ذكران عاملان انتقض بمس كل واحـد منهمـا بلا خلاف صرح به الأصحاب وان كان العامل أحدهما فوجهان ، الصحيح الذى قطع به الجمهور أنه ينتقض بالعامل ولا ينتقض بالآخر ، مسن قطع به الدارمى والماوردى والفورانى والبغوى وصاحب العدة وآخرون • ونقله الرويانى عن أصحابنا الخراسانيين وقال المتولى : المذهب أنه ينتقض أيضـا بغير العامل لأنه ذكر • وشذ الشاشى عن الأصحاب فقال فى كتابيه : ينبغى أن لا ينتقض بأحد العاملين كالخنثى • وهذا غلط مخالف للنقل والدليل •

قال الماوردى ولو أولج أحد العاملين فى فرج لزمه الغسل ، ولو خرج من أحدهما شىء وجب الوضوء قال : ولو كان يبول من أحدهما وحده فحكم الذكر جار عليه ، والآخر زائد لا يتعلق به حكم فى نقض الطهارة .

قال الدارمى : ولو خلق للمرأة فرجان فبالت منهما وحاضت انتقض بكل واحد وان بالت وحاضت من أحدهما فالحكم متعلق به .

(السابع) الممسوس ذكره لا ينتقض وضوءه على المذهب الصحيح وبه قطع العراقيون وكثير من الخراسانيين أو أكثرهم ، وقال كثيرون من الخراسانيين : فيه قولان كالملموس ، والفرق — على المذهب — أن الشرع ورد هناك بالملامسة ، وهى تقتضى المشاركة الا ما خرج بدليل وهنا ورد بلفظ المس والممسوس لم يمس .

(فرع) فى مذاهب العلماء قد ذكرنا أن مذهبنا انتقاض الوضوء بمس فرج الآدمى بباطن الكف ولا ينتقض بغيره ، وبه قال عمر بن الخطاب وسعد بن أبى وقاص وابن عمر وابن عباس وأبو هريرة وعائشة وسعيد بن المسيب وعطاء بن أبى رباح وأبان بن عثمان وعروة بن الزبير وسليمان بن يسار ومجاهد وأبو العالية والزهرى ومالك والأوزاعى وأحمد واسحاق وأبو ثور والمزنى .

وعن الأوزاعي : أنه ينقض المس بالكف والساعد وهو رواية عن أحمد ، وعنه رواية أخرى أنه ينقض بظهر الكف وبطنها ، وأخرى أن الوضوء مستحب وأخرى يشترط المس بشهوة ، وهو رواية عن مالك .

وقالت طائفة : لا ينقض مطلقا ، وبه قال على بن أبى طالب وابن مسعود وحذيفة وعمار ، وحكاه ابن المنذر أيضا عن ابن عباس وعمران بن الحصين وأبى الدرداء وربيعة ، وهو مذهب الثورى وأبى حنيفة وأصحابه وابن القاسم وسحنون ، قال ابن المنذر : وبه أقول .

وقال بعض أهل العلم : ينقض مسه ذكر نفسه دون غيره ، واحتج لهؤلاء

بحديث طلق بن على رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن مس الذكر فى الصلاة فقال « هل هو الا بضعة منك » .

وعن أبى ليلى قال : « كنا عند النبى صلى الله عليه وسلم فأقبل الحسن يتمرغ عليه فرفع عن قميصه وقبل زبيبته » ولأنه مس عضو منه فلم ينقض كسائر الأعضاء .

واحتج أصحابنا بحديث بسرة وهو صحيح ، كما قدمنا بيانه ، وبحديث أم حبيبة قالت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « من مس فرجه فليتوضأ » قال البيهقى : قال الترمذى سألت أبا زرعة عن حديث أم حبيبة فاستحسنه ، قال ورأيته يعده محفوظا .

وعن زيد بن خالد أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من مس ذكره فليتوضأ » .

قال القاضى أبو الطيب : قال أصحابنا : روى الوضوء من مس الذكر بضعة عشر نفسا من الصحابة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فان قيل : قال يحيى بن معين : ثلاثة أحاديث لا تصح .

أحدها : الوضوء من مس الذكر ، فالجواب أن الأكثرين على خلافه فقد صححه الجماهير من الأئمة الحفاظ ، واحتج به الأوزاعى ومالك والشافعى وأحمد وهم أعلام أهل الحديث والفقه ولو كان باطلا لم يحتجوا به ، فان قالوا : حديث بسرة رواه شرطى لمروان عن بسرة وهو مجهول .

فالجواب أن هذا وقع فى بعض الروايات ، وثبت من غير رواية الشرطى، روى البيهقى عن امام الأئمة محمد بن اسحاق بن خزيمة قال أوجب الشافعى الوضوء من مس الذكر لحديث بسرة ، وبقول الشافعى أقول ، لأن عروة سمع حديث بسرة منها ، فان قالوا الوضوء هنا غسل اليد ، قلنا هذا غلط ، فان الوضوء اذا أطلق فى الشرع حمل على غسل الأعضاء المعروفة هذا حقيقته شرعا ولا يعدل عن الحقيقة الا بدليل ، واحتج أصحابنا بأقيسة ومعان

لا حاجة اليها مع صحة الحديث وأما الجواب عن احتجاجهم بحديث طلق بن على فمن أوجه .

أحدها : أنه ضعيف باتفاق الحفاظ وقد بين البيهقى وجوها من وجوه تضعيفه .

الثانى : أنه منسوخ فان وفادة طلق بن على على النبى صلى الله عليه وسلم كانت فى السنة الأولى من الهجرة ، ورسول الله صلى الله عليه وسلم يبنى مسجده ، وراوى حديثنا أبو هريرة وغيره ، وانما قدم أبو هريرة على النبى صلى الله عليه وسلم سنة سبع من الهجرة ، وهذا الجواب مشهور ذكره الخطابى والبيهقى وأصحابنا فى كتب المذهب .

والثالث : أنه محمول على المس فوق حائل لأنه قال « سألته عن مس الذكر فى الصلاة » والظاهر أن الانسان لا يمس الذكر فى الصلاة بلا حائل .

والرابع : أن خبرنا أكثر رواة فقدم .

الخامس : أن فيه احتياطا للعبادة فقدم ، وأما حديث أبى ليلى فجوابه من أوجه .

أحدها : أنه ضعيف بين البيهقى وغيره ضعفه .

الثانى :يحتمل أنه كان فوق حائل .

الثالث : أنه ليس فيه أنه مس زبيبته ببطن كفه ولاينقض غير بطن الكف.

الرابع : أنه ليس فيه أنه صلى بعد مس زبيبته ببطن كفه ، ولم يتوضأ ، وعلى الجملة استدلالهم بهذا الحديث من العجائب . وأما قياسهم على سائر الأعضاء فجوابه من وجهين :

أحدهما : أنه قياس ينابذ النص فلا يصح .

الثانى : أن الذكر تثور الشهوة بمسه غالبا بخلاف غيره والله أعلم .

(فرع) مس الدبر ناقض عندنا على الصحيح ، وهو رواية عن أحمد ، وقال مالك وأبو حنيفة وداود وأحمد فى رواية : لا ينقض ولا ينقض

مس فرج البهيمة عندنا ، وبه قال العلماء كافة الا عطاء والليث ، واذا مست المرأة فرجها انتقض وضوءها عندنا وعند أحمد ، وقال أبو حنيفة ومالك : لا ينتقض •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان مس الخنثى المشكل فرجه أو ذكره أو مس ذلك منه غيره لم ينتقض الوضوء ، حتى يتحقق أنه مس الفرج الأصلى أو الذكر الأصلى ، ومتى جوز أن يكون الذى مسه غير الأصلى لم ينتقض الوضوء (١) ، ولذا لو تيقنا أنه انتقض طهر احدهما ولم نعرفه بعينه لم نوجب الوضوء على واحد منهما ، لأن الطهارة متيقنة ، ولا يزال ذلك بالشك) •

(الشرح) هذا الذى ذكره المصنف رحمه الله فى بعضه تساهل ، فأنا أذكر المذهب على ما قاله الأصحاب واقتضته الأدلة ثم أبين وجه التساهل ان شاء الله • قال أصحابنا : اذا مس الخنثى المشكل ذكر رجل أو فرج امرأة انتقض طهر الخنثى ولا ينتقض الممسوس لاحتمال أنه مثله الا اذا قلنا بالوجه الضعيف ان الممسوس فرجه ينتقض فينتقض هنا لأنه ملموس أو ممسوس •

وأما اذا مس الخنثى المشكل فرج نفسه أو ذكر نفسه فلا ينتقض بالاتفاق لاحتمال أنه عضو زائد لكن يندب الوضوء للاحتمال • فان مسهما معا أو مس أحدهما ثم مس الآخر انتقض بالاتفاق • وان مس أحدهما ثم مس مرة ثانية وشك هل الممسوس ثانيا هو الأول ؟ أو الآخر ؟ لم ينتقض لاحتمال أنه الأول وان مس أحدهما ثم صلى الظهر ثم توضأ ثم مس الآخر ثم صلى العصر فوجهان مشهوران (أحدهما) تلزمه اعادة الصلاتين لأن احداهما بغير وضوء فهو كمن نسى صلاة من صلاتين (والثانى) لا يلزمه اعادة واحدة من الصلاتين لأن كل واحدة مفردة بحكمها وقد صلاها مستصحبا أصلا صحيحا فلا تلزمه اعادتها • كمن صلى صلاتين بالاجتهاد الى جهتين • ويخالف من نسى صلاة من صلاتين لأن ذمته اشتغلت بكل واحدة من الصلاتين ــ والأصل أنه لم يفعلها فتبقى ــ وهنا فعلها قطعا معتمدا أصلا صحيحا • وصحح الرويانى

---

(١) فى الركبى والمتوكلية (وكذا) بدل (ولذا) •

الوجه الأول وهو شاذ منفرد بتصحيحه • وصحح جمهور الأصحاب الوجه الثانى وهو أنه لا اعادة • صححه الفورانى والرافعى وآخرون وقطع به القفال فى شرح التلخيص والقاضى حسين فى تعليقه والشيخ أبو محمد فى الفروق والمتولى والبغوى وغيرهم •

ولو مس أحدهما وصلى الظهر ثم مس الآخر وصلى العصر ولم يتوضأ بينهما لزمه اعادة العصر بلا خلاف لأنه صلاها محدثا قطعا ولا يلزمه اعادة الظهر بلا خلاف لأنها مضت على الصحة ولم يعارضها شىء • ولو مس ذكره وصلى أياما يمس فيها الذكر ثم بان أنه رجل فهل يلزمه قضاء تلك الصلوات ؟ فيه طريقان حكاهما المتولى والشاشى : (أحدهما) وبه قطع القاضى حسين أنه على وجهين بناء على القولين فيمن صلى الى جهة أو جهات ثم تيقن الخطأ •

(والثانى) وهو الصحيح عند المتولى والشاشى وقطع به البغوى وهو المختار : تلزمه الاعادة بلا خلاف كمن ظن الطهارة وصلى فبان محدثا • بخلاف القبلة فان أمرها مبنى على التخفيف فيباح تركها فى نافلة السفر مع القدرة ، ولا يجوز ترك الطهارة مع القدرة ولأن اشتباه القبلة ــ والخطأ فيها يكثر ــ بخلاف الحدث • ومتى أبحنا للخنثى الصلاة بعد مس أو لمس أو ايلاج ــ بناء على الأصل ــ ثم بان خلافه ففى وجوب الاعادة الطريقان •

وكذا ينبغى أن يكون الحكم فى الرجل والمرأة اذا لمساه أو مساه أو أولج فيه رجل أو أولج هو فى امرأة ولم نوجب طهارة وصلى فبان الخنثى بصفة توجب الطهر ففى الاعادة الخلاف • هذا حكم مس الخنثى نفسه أو رجلا أو امرأة : أما اذا مس رجل فرج الخنثى فلا ينتقض واحد منهما لاحتمال أنه عضو زائد وكذا اذا مست المرأة ذكر الخنثى فلا وضوء للاحتمال • ولو مس الرجل ذكر الخنثى انتقض وضوء الرجل ، لأن الخنثى ان كان رجلا فقد مس ذكره وان كان امرأة فقد لمسها بلمس عضوها الزائد ، ولا ينتقض الخنثى لاحتمال أنه رجل والممسوس لا ينتقض • هكذا قاله الأصحاب •

ومرادهم التفريع على المذهب وهو الممسوس لا ينتقض وأن العضو الزائد ينقض لمسه ، ولو مست المرأة فرج الخنثى فهو كمس الرجل ذكر

الخنثى فتنقض المرأة لأنه ان كان رجلا فقد لمسه ، وان كان أنثى فقد مست فرجها فهى لامسة أو ماسة ولا ينتقض الخنثى بما سبق ، وان مس الرجل أو المرأة فرجى الخنثى انتقض الماس ، وضابطه أن من مس من الخنثى ما له مثله انتقض والا فلا ، فينتقض الرجل بمسه ذكر الخنثى لا فرجه والمرأة عكسه •

وأما اذا مس الخنثى خنثى فينظر ان مس فرجيه انتقض الماس ، وكذا لو مس فرج مشكل وذكر مشكل آخر انتقض لأنه مس أو لمس ، وان مس أحد فرجى المشكل لم ينتقض ، كالواضح لاحتمال الزيادة ، ولو لمس احدى الخنثيين فرج صاحبه ومس الآخر ذكر الأول فقد انتقض طهر أحدهما بيقين لأنهما ان كانا رجلين انتقض ماس الذكر أو أنثيين انتقض ماس الفرج ، أو رجل وامرأة انتقضا جميعا ، فانتقاض أحدهما متيقن لكنه غير متعين ، والأصل فى حق كل واحد الطهارة فلا تبطل بالاحتمال ، فلكل واحد أن يصلى بتلك الطهارة •

هذا كله اذا لم يكن بين الخنثى وبين من مسه محرمية أو غيرها مما يمنع نقض الوضوء باللمس ، فان كان لم يخف حكمه بتقدير أحواله ، وحيث لا ينقض فى هذه الصور يستحب الوضوء لاحتمال الانتقاض ، هذا مختصر كلام الأصحاب فى المسألة وفروعها •

وأما قول المصنف : « أو مس ذلك منه غيره لم ينتقض حتى يتحقق أنه مس الفرج الأصلى أو الذكر الأصلى » فهذا مما ينكر عليه لأن غيره ان كان مس منه ما له مثله انتقض كما قدمناه لأنه ماس أو لامس ، ويجاب عن المصنف بأن مراده لا ينتقض بسبب المس فان الكلام فيه •

وأما اذا مس منه ما له مثله فينتقض بسبب اللمس أو المس لا بالمس على التعيين ولم يرد أنه لا ينتقض بكل سبب ولكن كلامه موهم • وقوله : ومتى جوز أن يكون الذى مسه غير الأصلى لم ينتقض ، هذا مكرر وزيادة لا حاجة اليها ، لأنه قد علم من قوله : لم ينتقض حتى يتحقق أنه مس الأصلى ، الا أن فيه ضربا من الايضاح والتأكيد فلهذا ذكره ، وقوله : وكذا لو تيقنا أنه انتقض طهر أحدهما ولم نعرفه بعينه لم نوجب الوضوء على واحد منهما ، مثاله مس أحد الخنثيين ذكر صاحبه ، والآخر فرج الأول وقد بيناه والله أعلم•

(**فـرع**) هـذا أول موضع جرى فيـه شيء من أحكام الخنثى فى الكتاب ، ولبيان أحكامه وصفات وضوحه واشكاله مواطن ، منها هذا الباب وباب الحجر وكتـاب الفرائض وكتاب النكاح ، وللأصحاب فيـه عادات مختلفة ، فبعضهم ذكره هنا ، كامام الحرمين والغزالى وآخرين ، وبعضهم فى الحجر ، وذكر المصنف منه هناك شيئا وأكثرهم ذكروه فى الفرائض ، ومنهم المصنف فى المهذب وبعضهم فى النكاح ، ومنهم المصنف فى التنبيه والبغوى ، وبعضهم أفرده بالتصنيف ، كالقاضى أبى الفتوح وغيره .

وقد ذكر البغوى فيه فصلين حسنين قبيل كتاب الصداق ، وقد قدمت فى الخطبة أنى أقدم ما أمكن تقديمه فى أول مواطنه ، فأذكر ان شاء الله تعالى معظم أحكامه مختصرة جدا ، وسأوضحها ان شاء الله تعالى فى مواطنها أيضا مفصلة ، والكلام فيه يحصره فصلان : (أحدهما) فى طريق معرفة ذكورته وأنوثته وبلوغه . (والثانى) فى أحكامه فى حال الاشكال .

(أما الفصل الأول) ففى معرفة حاله ، قال أصحابنا : الأصل فى الخنثى ما روى الكلبى عن أبى صالح عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال فى مولود له ما للرجال وما للنساء : « يورث من حيث يبول » وهذا حديث ضعيف بالاتفاق وقد بين البيهقى وغيره ضعفه والكلبى وأبو صالح ، هذان ضعيفان وليس هو أبا صالح ذكوان السمان ، الراوى فى الصحيحين عن أبى هريرة ، وروى عن على بن أبى طالب وسعيد بن المسيب مثله .

واعلم أن الخنثى ضربان (أحدهما) وهو المشهور أن يكون له فرج المرأة وذكر الرجل (والضرب الثانى) أن لا يكون له واحد منهما ، بل له ثقبـة يخرج منها الخارج ولا تشبه فرج واحد منهما . وهذا الضرب الثانى ذكره صاحب الحـاوى والبغوى والرافعى وجمـاعات فى كتاب الفرائض . قال البغوى : وحكم هذا الثانى أنه مشكل يوقف أمره حتى يبلغ فيختار لنفسه ما يميل اليه طبعه من ذكورة وأنوثة ، فان أمنى على النساء ومال اليهن طبعه فهو رجل وان كان عكسه فامرأة . ولا دلالة فى بول هذا .

وأما الضرب الأول فهو الذى فيـه التفريع ، فمذهبنا أنه اما رجل واما

امرأة وليس قسما ثالثا ، والطريق الى معرفة ذكورته وأنوثته من أوجه ، منها البول ، فان بال بآلة الرجال فقط فهو رجل ، وان بال بآلة المرأة فقط فهو امرأة ، وهذا لا خلاف فيه ، فان كان يبول بهما جميعا نظر ــ ان اتفقا فى الخروج والانقطاع والقدر ــ فلا دلالة فيه • وان اختلفا فى ذلك ففيه وجهان•

أحدهما : لا دلالة فى البول فهو مشكل ان لم تكن علامة أخرى •

والثانى : وهو الأصح أنهما ان كانا ينقطعان معا ، ويتقدم أحدهما فى الابتداء فهو للمتقدم ، وان استويا فى التقدم وتأخر انقطاع أحدهما فهو للمتأخر ، وان تقدم أحدهما وتأخر الآخر فهو للسابق على أصح الوجهين ، وقيل لا دلالة ، وان استويا فى الابتداء والانقطاع وكان أحدهما أكثر وزنا فوجهان ، أحدهما : يحكم بأكثرهما ، وهو نص الشافعى فى الجامع الكبير للمزنى • وهو مذهب أبى يوسف ومحمد • والثانى ــ وهو الأصح : لا دلالة فيه ، وصححه البغوى والرافعى وغيرهما • وقطع به صاحب الحاوى فى كتاب الفرائض وامام الحرمين هنا ، وهو مذهب أبى حنيفة والأوزاعى •

ولو زرق كهيئة الرجل أو رشش كعادة المرأة فوجهان ، أصحهما لا دلالة فيه • والثانى : يدل فعلى هذا ان زرق بهما فهو رجل ، وان رشش بهما فامرأة ، وان زرق بأحدهما ورشش بالآخر فلا دلالة ، ولو لم يبل من الفرجين وبال من ثقب آخر فلا دلالة فى بوله ، ومنها المنى والحيض ، فان أمنى بفرج الرجل فهو رجل ، وان أمنى بفرج المرأة أو حاض به فهو امرأة ، وشرطه فى الصور الثلاث أن يكون فى زمن امكان خروج المنى والحيض ، وأن يتكرر خروجه ليتأكد الظن به ولا يتوهم كونه اتفاقا •

ولو أمنى بالفرجين فوجهان ، أحدهما : لا دلالة ، وأصحهما : أنه ان أمنى منهما بصفة منى الرجل فرجل ، وان أمنى بصفة منى النساء فامرأة ، لأن الظاهر أن المنى بصفة منى الرجال ينفصل من رجل وبصفة منى النساء ينفصل من امرأة ، ولو أمنى من فرج النساء بصفة منى الرجال أو من فرج الرجال بصفة منى النساء ، أو أمنى من فرج الرجال بصفة منيهم ومن فرج النساء بصفة منيهن فلا دلالة ، ولو تعارض بول وحيض فبال من فرج الرجل وحاض

من فرج المرأة فوجهان ، أصحهما : لا دلالة للتعارض • والثانى : يقدم البول لأنه دائم متكرر ، قال امام الحرمين : كان شيخى يميل الى البول ، قال والوجه عندى القطع بالتعارض ، ولو تعارض المنى والحيض فثلاثة أوجه ذكرها البغوى وغيره •

أحدهما : وهو قول أبى اسحاق أنه امرأة لأن الحيض مختص بالنساء والمنى مشترك والثانى ـ وهو قول أبى بكر الفارسى : أنه رجل ، لأن المنى حقيقة وليس دم الحيض حقيقة ، والثالث : لا دلالة للتعارض وهو الأصح الأعدل ، وهو قول أبى على بن أبى هريرة وصححه الرافعى ، ومنها الولادة وهى تفيد القطع بالأنوثة وتقدم على جميع العلامات المعارضة لها لأن دلالتها قطعية •

قال القاضى أبو الفتوح فى كتابه (كتاب الخناثى) لو ألقى الخنثى مضغة، وقال القوابل : انها مبدأ خلق آدمى حكم بأنها امرأة ، وان شككن دام الاشكال ، قال ولو انتفخ بطنه فظهرت أمارات حمل لم يحكم بأنه امرأة حتى يتحقق الحمل ، أما نبات اللحية ونهود الثدى ففيهما وجهان : (أحدهما) يدل النبات على الذكورة والنهود على الأنوثة لأن اللحية لا تكون غالبا الا للرجال والثدى لا يكون غالبا الا للنساء (والثانى) وهو الأصح لا دلالة لأن ذلك قد يختلف ، ولأنه لا خلاف أن عدم اللحية فى وقته لا يدل للأنوثة ولا عدم النهود فى وقته للذكورة ، فلو جاز الاستدلال بوجوده عملا بالغالب لجاز بعدمه عملا بالغالب •

قال امام الحرمين : ولا يعارض نبات اللحية والنهود شيئا من العلامات المتفق عليها ، وأما نزول اللبن من الثدى فقطع البغوى بأنه لا دلالة فيه للأنوثة ، وذكر غيره فيه وجهين الأصح لا دلالة ، وأما عدد الأضلاع ففيه وجهان (أحدهما) يعتبر ، فان كانت أضلاعه من الجانب الأيسر ناقصة ضلعا فهو رجل وان تساوت من الجانبين فامرأة ، ولم يذكر البول غيره •

(والثانى) لا دلالة فيه وهو الصحيح وبه قطع صاحب الحاوى والأكثرون وصححه الباقون ، لأن هذا لا أصل له فى الشرع ولا فى كتب التشريح •

قال امام الحرمين : هذا الذى قيل ــ من تفاوت الأضلاع ــ لست أفهمه ولا أدرى فرقا بين الرجال والنساء ، وقال صاحب الحاوى : لا أصل لذلك ، لاجماعهم على تقديم المبال عليه ــ يعنى ــ ولو كان له أصل لقدم على المبال ، لأن دلالته حسية كالولادة .

قال أصحابنا : ومن العلامات شهوته ، وميله الى النساء أو الرجال ، فان قال : أشتهى النساء ويميل طبعى اليهن ، حكم بأنه رجل ، وان قال : أميل الى الرجال ، حكم بأنه امرأة ، لأن الله تعالى أجرى العادة بميل الرجل الى المرأه والمرأة الى الرجل . وان قال : أميل اليهما ميلا واحدا أو لا أميل الى واحد منهما فهو مشكل .

وقال أصحابنا : وانما نراجعه فى ميله وشهوته ونقبل فى ذلك قوله اذا عجزنا عن العلامات السابقة ، فأما مع واحدة منها فلا نقبل قوله ، لأن العلامة حسية وميله خفى ، قال أصحابنا : وانما نقبل قوله فى الميل بعد بلوغه وعقله كسائر أخباره ولأن الميل انما يظهر بعد البلوغ . هذا هو المذهب الصحيح المشهور .

وحكى الرافعى وغيره وجها أنه يقبل قول الصبى المميز فى هذا كالتخيير بين الأبوين فى الحضانة ، وهذا ليس بشىء ، لأن تخييره بين الأبوين تخيير شهوة للرفق به ولا يلزمه الدوام عليه ولا يتعلق به أحكام بخلاف قول الخنثى فانه اخبار . فيشترط أن يكون ممن يقبل خبره وليس موضوعا للرفق ولأنه يتعلق به حقوق كثيرة فى النفس والمال والعبادات له وعليه وهو أيضا لازم لا يجوز الرجوع عنه .

وفرع أصحابنا على اخباره فروعا ، أحدها : أنه اذا بلغ وفقدت العلامات، ووجد الميل لزمه أن يخبر به ليحكم به ويعمل عليه فان أخره أثم وفسق . كذا قاله البغوى وغيره .

الثانى : أن الاخبار انما هو بما نجده من الميل الجبلى ، ولا يجوز الاخبار بلا ميل بلا خلاف .

الثالث : اذا أخبر بميله الى أحدهما عمل به ولا يقبل رجوعه عنه ، بل يلزمه الدوام عليه فلو كذبه الحس بأن يخبر أنه رجل ثم يلد بطل قوله ويحكم بأنه امرأة وكذا لو ظهر حمل وتبيناه ، كما لو حكمنا بأنه رجل بشيء من العلامات ثم ظهر حمل فانا نبطل ذلك ونحكم بأنه امرأة •

وأما قول الغزالى فى الوسيط « فاذا أخبر لا يقبل رجوعه الا أن يكذبه الحس بأن يقول أنا رجل ثم يلد » فهذه العبارة مما أنكر عليه لأنه استثنى من قبول رجوعه ما اذا ولد ، فأوهم أنه يشترط فى الحكم بأنوثته رجوعه اليها ، وذلك غير معتبر بلا خلاف بل بمجرد العلم بالحمل يحكم بأنه أنثى وان لم يرض ، وكلام الغزالى محمول على هذا فكأنه قال فلا يقبل رجوعه بل يجرى عليه الأحكام الا أن يكذبه الحس ، فالاستثناء راجع الى جريان الأحكام لا الى قبول الرجوع ، وهذا الذى ذكرناه ــ من منع قبول الرجوع ــ هو فيما عليه ويقبل رجوعه عما هو له قطعا ، وقد نبه عليه امام الحرمين ، وأهمله الغزالى والرافعى وغيرهما •

الرابع : اذا أخبر حكم بقوله فى جميع الأحكام ، سواء ما له وما عليه ، وقال امام الحرمين : لأن ابن عشر سنين ، لو قال : بلغت صدقناه لأن الانسان أعرف بما جبل عليه •

قال البغوى وغيره : حتى لو مات للخنثى قريب فأخبر بالذكورة ــ وارثه بها يزيد ــ قبل قوله وحكم له بمقتضاه ، ولو قطع طرفه فأخبر بالذكورة وجب له دية رجل •

وقال امام الحرمين فى كتاب الجنايات : « لو أقر الخنثى بعد الجناية على ذكره بأنه رجل فظاهر المذهب أنه لا يقبل اقراره لايجاب القصاص » قال : « ومن أصحابنا من قال : يقبل وهذا مزيف لا أصل له والوجه القطع بأن قوله غير مقبول ــ بعد الجناية ــ اذا كان يتضمن ثبوت حق لولاه لم يثبت مالا كان أو قصاصا لأنه متهم » وهذا الذى ذكره الامام ظاهر ، والخلاف فى اقراره بعد الجناية ، أما قبله فمقبول فى كل شيء بلا خلاف •

الخامس : قد سبق أنه انما يرجع الى قوله اذا عجزنا عن العلامات فلو

حكمنا بقوله ثم وجد بعض العلامات ، فالذى يقتضيه كلام الأصحاب أنه لا يبطل قوله بذلك لأنهم قالوا : لا يرجع عنه الا أن يكذبه الحس لأنه حكم لدليل ، فلا يترك بظن مثله ، بل لابد من دليل قاطع ، وذكر الرافعى فيه احتمالين لنفسه (أحدهما) هذا ، (والثانى) يحتمل أن يحكم بالعلامة كما لو تداعى اثنان طفلا ، وليس هناك قائف ، فانتسب بعد بلوغه الى أحدهما ، ثم وجدنا قائفا ، فانا نقدم القائف على اخباره والله أعلم •

(الفصل الثانى) فى أحكام الخنثى المشكل على ترتيب المهذب مختصرة جدا فاذا لم يتبين الخنثى بعلامة ولا اخباره بقى على اشكاله ، وحيث قالوا : خنثى فمرادهم المشكل وقد يطلقونه ــ نادرا ــ على الذى زال اشكاله لقرينة يعلم بها ، كقوله فى التنبيه فى باب الخيار فى النكاح « وان وجد أحد الزوجين الآخر خنثى ففى ثبوت الخيار قولان ، وهذه نبذة من أحكامه » •

اذا توضأ الخنثى المشكل أو اغتسل أو تيمم لعجزه عن الماء بسبب ايلاج وملامسة فان كان فى موضع حكمنا بانتقاض طهارته صار الماء والتراب مستعملا • وكل موضع لم يحكم بانتقاضها للاحتمال ففى مصيره مستعملا الوجهان فى المستعمل فى نقل الطهارة ذكره القاضى أبو الفتوح • وفى ختانه وجهان سبقا فى باب السواك ، الأصح : لا يختن وحكم لحيته الكثيفة كلحية المرأة فى الوضوء لا فى استحباب حلقها وقد سبق بيانه فى الوضوء ، ولو خرج شىء من فرجيه انتقض وضوءه فان خرج من أحدهما ، ففيه ثلاث طرق ــ سبقت فى أول هذا الباب ــ ولو لمس رجلا أو امرأة أو لمسه أحدهما ، لم يوجب الوضوء على أحد منهم ، وان مس ذكر نفسه أو فرجه أو فرج خنثى آخر ، أو ذكره لم ينتقض ، وكذا لو مس فرجه رجل ، أو ذكره امرأة ــ وقد سبق بيانه ــ ولو مس انسان ذكرا مقطوعا • وشك هل هو ذكر خنثى ؟ أو ذكر رجل •

قال القاضى أبو الفتوح فى كتابه كتاب الخنائى : يحتمل أن لا ينتقض : قطعا للشك قال : والأصح أنه على الوجهين فى ذكر الرجل المقطوع لندوره ، ولا يجزيه الاستنجاء بالحجر فى قبليه على الأصح ، وقيل وجهان • ولو أولج

فى فرج أو أولج رجـل فى قبله لم يتعلق به حكم الوطء فلو أولج فى امرأة وأولج فى قبله رجل ، وجب الغسل على الخنثى ويبطل صومه وحجه لأنه اما رجل أولج ، واما امرأة وطئت ولا كفارة عليه فى الصوم ان قلنا : لا يجب على المرأة ، لاحتمال أنه المرأة ويستحب له اخراجها •

قال البغوى : وكل موضع لا نوجب الغسل على الخنثى لا نبطل صومه ولا حجه ولا نوجب على المرأة التى أولج فيها عدة ولا مهر لها ولو أولج ذكره فى دبر رجل ونزعه لزمهما الوضوء لأنه ان كان رجلا لزمهما الغسل وان كان امرأة فقد لمست رجلا وخرج من دبر الرجل شىء ، فغسل أعضاء الوضـوء واجب ، والزيادة مشكوك فيها والترتيب فى الوضوء واجب لتصح طهارته ، وقيل لا يجب وهو غلط وسنوضحه فى بابه ان شاء الله تعالى •

ولو أن خنثيين أولج كل واحـد فى فرج صاحبه ، فلا شىء على واحـد منهما ، لاحتمال زيادة الفرجين ، ولو أولج كل واحد فى دبر صاحبه ، لزمهما الوضوء بالاخراج ولا غسل لاحتمال أنهما امرأتان ، ولو أولج أحدهما فى فرج صاحبه ، والآخر فى دبر الأول لزمهما الوضوء بالنزع لاحتمال أنهمـا امرأتان ولا غسل •

واذا أمنى الخنثى من فرجيه لزمه الغسل ، ومن أحدهما قيل يجب وقيل وجهان • قال البغوى : ولو أمنى من الذكر وحاض من الفرج وحكمنا ببلوغه واشكاله لم يجز له ترك الصـلاة والصوم لذلك الدم ، لجواز أنه رجل ، ولا يمس المصحف ولا يقرأ فى غير الصلاة ، فاذا انقطع الدم اغتسل لجواز كونه امرأة ، ولو أمنى من الذكر اغتسـل ولا يمس المصحف ولا يقرأ حتى يغتسل ، هكذا نقل البغوى هذه المسائل عن ابن سريج ، ثم قال : والقياس أنه لا يجب الغسل بانقطـاع الدم ولا يمنع المصحف والقرآن كما لا يترك الصلاة لذلك الدم ، فان أمنى معه وجب كما لا يجب الوضوء بمس أحـد فرجيه ، ويجب لهما جميعا قال : وما ذكره ابن سريج احتياط •

قلت : وقطع القاضى أبو الفتوح بأنه لا يجب الغسـل بخروج الدم من الفرجين وان استمر يوما وليلة لاحتمال أنه رجل ، وهذا دم فساد بخلاف المنى

من الفرجين • لأنه لا يكون فاسدا ، وبول الخنثى الذى لم يأكل شيئا كالأنثى فلا يكفى نضحه على المذهب ، وله حكم المرأة فى الأذان والاقامة ، ولو صلى مكشوف الرأس صحت صلاته ، هكذا أطلقه البغوى وكثيرون •

وقال أبو الفتوح : يجب عليه ستر جميع عورة المرأة فان كشف بعضهما مما سوى عورة الرجل أمرناه بستره ، فان لم يفعل ، وصلى كذلك لم تلزمه الاعادة للشك ، وذكر فى وجوب الاعادة وجهين ، ولا يجهر بالقراءة فى الصلاة كالمرأة ولا يجافى مرفقيه عن جنبيه فى الركوع والسجود كالمرأة •

وقال أبو الفتوح : لا نأمره بالمجافاة ولا بتركها بل يفعل أيهما شاء ، والمختار ما قدمناه ، واذا نابه شيء فى صلاته صفق كالمرأة ولا يؤم رجلا ولا خنثى فان أم نساء وقف قدامهن ، ولا جمعة عليه بالاتفاق لكن يستحب •

قال أبو الفتوح : فلو صلى الظهر ، ثم بان رجلا وأمكنه ادراك الجمعة لزمه السعى اليها ، فان لم يفعل لزمه اعادة الظهر • وهذا تفريع على الصحيح أن الرجل اذا صلى الظهر قبل فوات الجمعة لا يجزئه ، قال : ولو صلى بهم الجمعة أو خطب أو كمل به العدد لزمهم الاعادة ، فان لم يعيدوا حتى بان رجلا ، قال : ففى سقوط الاعادة وجهان ، الصحيح : تجب الاعادة ، ويحرم عليه لبس الحرير لأنه أبيح للنساء للتزين للزوج واذا مات ــ فان كان له قريب من المحارم ــ غسله والا فأوجه أصحها ــ عند الخراسانيين ــ يغسله الأجانب من الرجال والنساء للضرورة واستصحابا لما كان فى الصغر •

والثانى : يغسله أوثق من هناك من الرجال ، أو النساء من فوق ثوب ، قاله الماوردى •

والثالث : يشترى له جارية من ماله ، والا فمن بيت المال تغسله ، ثم تباع وهذا ضعيف بالاتفاق •

والرابع : هو كرجل أو امرأة لم يحضرهما الا أجنبية أو أجنبى وفيه وجهان •

(أحدهما) ييمم (والثانى) يغسل من فوق ثوب ــ وهــذا الرابع ــ اختاره ابن الصباغ والمتولى والشاشى وغيرهم ، ويستحب تكفينه فى خمسة أثواب كالمرأة واذا مات محرما ، قال البغوى لا يخمر رأسه ولا وجهه ، وهذا ان أراد به أنه يستحب فهو حسن احتياطا ، لأنه ان كان رجلا وجب كشف رأسه ، وان كان امرأة وجب كشف الوجه ، فالاحتياط كشفهما ، وان أراد وجوب ذلك فهو مشكل ، وينبغى أن يكفى كشف أحدهما •

ويقف الامام فى الصلاة عليه عند عجيزته كالمرأة ، ولو حضر جنائز قدم الامام الرجل ثم الصبى ثم الخنثى ثم المرأة ، ولو صلى الخنثى على الميت فله حكم المرأة ولا يسقط به الفرض على أصح الوجهين •

ويتولى حمل الميت ودفنه الرجال ، فان فقدوا فالخناثى ثم النساء ، وحيث أوجبنا فى الزكاة أنثى لم تجزىء الخنثى ، وحيث أوجبنا الذكر أجزأ الخنثى على الصحيح ، وفيه وجه لقبح صورته ويعد ناقصا •

ولا يباح له حلى النساء ، وكذا لا يباح له أيضا حلى الرجال للشك فى اباحته • ذكره القاضى أبو الفتوح ، ولو كان صائما فباشر بشهوة فأمنى بأحد فرجيه أو رأى الدم يوما وليلة لم يفطر ، وان اجتمعا أفطر وليس له الاعتكاف فى مسجد بيته ، وان جوزناه للمرأة وفيه احتمــال لأبى الفتوح ، قال : ولا يبطل اعتكافه بخروج الدم من فرجه ولا يخرج من المسجد الا أن يخــاف تلويثه ، ولو أولج فى دبره بطــل اعتكافه ولو أولج فى قبله أو أولج هو فى رجل أو امرأة أو خنثى ففى بطلان اعتكافه قولان ، كالمباشرة بغير جماع ، قال أبو الفتوح : ولا يلزمه الحج الا اذا كان له محرم من الرجال أو النساء كأخيه وأخواته يخرجون معه ، ولا أثر لنسوة ثقات أجنبيات فانه لا تجوز الخلوة بهن •

قال أصحابنا : واذا أحرم فستر رأسه أو وجهــه فلا فدية ، فان سترهما وجبت ، وان لبس المخيط وستر وجهه وجبت ، وان لبسه وستر رأسه فلا ، لاحتمال أنه امرأة ، ويستحب ترك المخيط فان لبسه استحبت الفدية ولا يرفع صوته بالتلبية ولا يرمل ولا يضطبع ولا يحلق بل يقصر ويمشى فى كل المسعى

ولا يسعى كالمرأة ويستحب له أن يطوف ويسعى ليلا ، كالمرأة لأنه أستر فان طاف نهارا طاف متباعدا عن الرجال والنساء وله حكم المرأة فى الذبح فالرجل أولى منه .

قال البغوى : ولو أولج البائع أو المشترى فى زمن الخيار أو الراهن أو المرتهن فى فرج الخنثى فليس له حكم الوطء فى الفسخ والاجازة وغيره ، قال: فان اختار الأنوثة بعده تعلق بالوطء السابق الحكم ، ولو اشترى خنثى قد وضح وبان رجلا فوجده يبول بفرجيه فهو عيب لأن ذلك لاسترخاء المثانة ، وان كان يبول بفرج الرجال فليس بعيب ، واذا وكل فى قبول نكاح أو طلاق فلم أر فيه نقلا ، وينبغى أن يكون كالمرأة للشك فى أهليته ، فلو أولج فيه غاصب قهرا فلا مهر كما سبق ، ولايدخل فى الوقف على البنين ولا على البنات، ويدخل فى الوقف عليهما على الصحيح وفيه وجه ، ويدخل فى الوقف على الأولاد . وليس لمن وهب لأولاده وفيهم خنثى أن يجعله كابن ، فلا يفضل الابن عليه وجها واحدا ، وان كان يفضل الابن على البنت على وجه ضعيف ، ولو أوصى بعتق أحد رقيقيه دخل فيه الخنثى على الصحيح ، وفيه وجه . ويورث ــ اليقين هو ومن معه ــ ويوقف ما يشك فيه .

ولو قال له سيده : ان كنت ذكرا فأنت حر :

قال البغوى : ان اختار الذكورة أو الأنوثة فلا ، وان مات قبل الاختيار فكسبه لسيده لأن الأصل رقه ، وقيل يقرع فان خرج سهم الحرية فهو موروث وان خرج سهم الرق فهو لسيده ، ويحرم على الرجال والنساء النظر اليه اذا كان فى سن يحرم النظر فيه الى الواضح . ولا تثبت له ولاية النكاح ولا ينعقد بشهادته ولا بعبارته ، ولو ثار له لبن لم تثبت به أنوثته على المذهب ، فلو رضع منه صغير يوقف فى التحريم ، فان بان أنثى حرم لبنه والا فلا ، وأما حضانته وكفالته بعد البلوغ فلم أر فيه نقلا ، وينبغى أن يكون كالبنت البكر حتى يجىء فى جواز استقلاله وانفراده عن الأبوين اذا شاء وجهان : وديته دية امرأة ، فان ادعى وارثه أنه كان رجلا صدق الجانى بيمينه ولا يتحمل الدية مع العاقلة ولا يقتل فى القتال اذا كان حربيا الا اذا قاتل كالمرأة ، واذا أسرناه لم يقتل الا اذا اختار الذكورة ، ولا يسهم له فى الغنيمة ويرضخ له كالمرأة .

ولا تؤخذ منه جزية فان اختار الذكورة بعد مضى سنة أخذت منه جزية ما مضى ولا يكون اماما ولا قاضيا ، ولا يثبت بشهادته الا ما يثبت بامرأة ، وشهادة خنثيين كرجل فهذه أطراف من مسائل الخنثى نقحتها ولخصتها مختصرة وستأتي ان شاء الله تعالى مبسوطة بأدلتها وفروعها فى مواطنها ، وقل أن تراها فى غير هذا الموضع هكذا والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وما سوى هذه الأشياء الخمسة لا ينقض الوضوء ، كدم الفصد والحجامة والقيء لما روى أنس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم : احتجم وصلى ولم يتوضأ ولم يزد على غسل محاجمه) •

(الشرح) أما حديث أنس هذا فرواه الدارقطنى والبيهقى وغيرهما وضعفوه ويغنى عنه ما سنذكره ان شاء الله تعالى • ومذهبنا أنه لا ينتقض الوضوء بخروج شيء من غير السبيلين ، كدم الفصد والحجامة والقيء والرعاف سواء قل ذلك أو كثر • وبهذا قال ابن عمر وابن عباس وابن أبى أوفى وجابر وأبو هريرة وعائشة وابن المسيب وسالم بن عبد الله بن عمر والقاسم بن محمد وطاوس وعطاء ومكحول وربيعة ومالك وأبو ثور وداود • قال البغوى : وهو قول أكثر الصحابة والتابعين •

وقالت طائفة : يجب الوضوء بكل ذلك ، وهو مذهب أبى حنيفة والثورى والأوزاعى وأحمد واسحاق •

قال الخطابى : وهو قول أكثر الفقهاء ، وحكاه غيره عن عمر بن الخطاب وعلى رضى الله عنهما ، وعن عطاء وابن سيرين وابن أبى ليلى وزفر • ثم اختلف هؤلاء فى الفرق بين القليل والكثير ، واحتجوا بما روى عن معدان بن طلحة عن أبى الدرداء أن النبى صلى الله عليه وسلم « قاء فأفطر » قال معدان فلقيت ثوبان فذكرت ذلك له ، فقال : أما صببت له وضوءه •

وعن اسماعيل بن عياش عن ابن جريج عن ابن أبى مليكه عن عائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا قاء أحدكم فى صلاته أو قلس أو رعف

فليتوضأ ثم ليبن على ما مضى ما لم يتكلم » وبما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال للمستحاضة : « انما ذلك عرق وليس بالحيضة فتوضئى لكل صلاة » فعلل وجوب الوضوء بأنه دم عرق وكل الدماء كذلك .

وعن يزيد بن خالد عن يزيد بن محمد عن عمر بن عبد العزيز عن تميم الدارى عن النبى صلى الله عليه وسلم « الوضوء من كل دم سائل » وعن سلمان قال « رآنى النبى صلى الله عليه وسلم وقد سال من أنفى دم فقال : أحدث لذلك وضوءا » وعن ابن عباس كان النبى صلى الله عليه وسلم « اذا رعف فى صلاته توضأ ثم بنى على ما بقى من صلاته » ولأنه نجس خرج الى محل يلحقه حكم التطهير فنقض كالبول .

واحتج أصحابنا بحديث أنس المذكور فى الكتاب لكنه ضعيف ــ كما سبق ــ وأجود منه حديث جابر « أن رجلين [1] من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم حرسا المسلمين ليلة فى غزوة ذات الرقاع ، فقام أحدهما يصلى، فجاء رجل من الكفار فرماه بسهم فوضعه فيه ، فنزعه ثم رماه بآخر ثم ركع وسجد ودماؤه تجرى » رواه أبو داود فى سننه باسناد حسن . واحتج به أبو داود ، وموضع الدلالة أنه خرج دماء كثيرة واستمر فى الصلاة ، ولو نقض الدم لما جاز بعده الركوع والسجود واتمام الصلاة . وعلم النبى صلى الله عليه وسلم ذلك ولم ينكره . وهذا محمول على أن تلك الدماء لم يكن يمس ثيابه منها الا قليل يعفى عن مثله . هكذا قاله أصحابنا ولابد منه . وأنكر الخطابى على من يستدل بهذا الحديث مع سيلان الدماء على ثيابه وبدنه ويجاب عنه بما ذكرنا .

واحتجوا أيضا بما رواه البيهقى عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم فى ترك الوضوء من ذلك ولأن ما لا يبطل قليله لا يبطل كثيره كالجشاء وهذا قياس الشافعى . وأحسن ما أعتقده فى المسألة أن الأصل أن لا نقض حتى يثبت بالشرع ولم يثبت ، والقياس ممتنع فى هذا الباب لأن علة النقض غير معقولة .

---

(١) هما عباد بن بشر وعمار بن ياسر والذى أصيب هو الاول ولما سأله عمار عما أخره عن الخروج من الصلاة قال : كنت فى سورة الكهف فخشيت أن اقطعها .

وأما الجواب عن احتجاجهم بحديث أبى الدرداء فمن أوجه أحسنها أنه ضعيف مضطرب ، قاله البيهقى وغيره من الحفاظ •

والثانى : لو صح لحمل على ما تغسل به النجاسة ، وهذا جواب البيهقى وغيره •

والثالث : أنه يحتمل الوضوء لا بسبب القىء فليس فيه أنه توضأ من القىء •

والجواب عن حديث ابن جريج من أوجه أحسنها أنه ضعيف باتفاق الحفاظ ، وضعفه من وجهين :

أحدهما : أن رواية اسماعيل بن عياش عن ابن جريج ، وابن جريج حجازى ، ورواية اسماعيل عن أهل الحجاز ضعيفة عند أهل الحديث •

والثانى : أنه مرسل ، قال الحفاظ : المحفوظ فى هذا أنه عن ابن جريج عن أبيه عن النبى صلى الله عليه وسلم ، ممن قال ذلك الشافعى وأحمد بن حنبل ومحمد بن يحى الذهلى وعبد الرحمن بن أبى حاتم عن أبيه وأبو زرعة وأبو احمد بن عدى والدارقطنى والبيهقى وغيرهم ، وقد بين الدارقطنى والبيهقى ذلك أحسن بيان •

والجواب الثانى : لو صح لحمل على غسل النجاسة كما سبق وبه أجاب الشافعى والأصحاب وغيرهم ، والثالث : أنه محمول على الاستحباب •

والجواب عن حديث المستحاضة من وجهين :

أحدهما : أنه ضعيف غير معروف وحديث المستحاضة مشهور فى الصحيحين بغير هذه الزيادة ، وهى ذكر الوضوء فهى زيادة باطلة •

والثانى : لو صح لكان معناه اعلامها أن هذا الدم ليس حيضا بل هو موجب للوضوء لخروجه من محل الحدث ولم يرد أن خروج الدم ــ من حيث كان ــ يوجب الوضوء ، ومن العجب تمسكهم بهذا الحديث الضعيف

الذى لو صح لم يكن فيه دلالة ، وقد قال امام الحرمين فى الأساليب : ان هذا الحديث مما يعتمدونه وهذا أشد تعجبا .

وأما حديث تميم الدارى ، فجوابه من أوجه . أحدها : أنه ضعيف وضعفه من وجهين :

أحدهما : أن يزيد ويزيد الراويين مجهولان .

والثانى : أنه مرسل أو منقطع ، فان عمر بن عبد العزيز لم يسمع تميما .

الجواب الثانى والثالث : لو صح حمل على غسل النجاسة أو الاستحباب، والجواب عن حديثى سلمان وابن عباس من الأوجه الثلاثة ، وأما قياسهم فرده أصحابنا وقالوا : الحدث المجمع عليه غير معقول المعنى ولا يصح القياس لعدم معرفة العلة .

قال أبو بكر بن المنذر : لا وضوء فى شىء من ذلك لأنى لا أعلم ــ مع من أوجب الوضوء فيه ــ حجة . هذا كلام ابن المنذر الذى لا شك فى اتقانه وتحقيقه وكثرة اطلاعه على السنة ومعرفته بالدلائل الصحيحة وعدم تعصبه والله أعلم .

وأما قول المصنف : لا ينقض الوضوء بشىء سوى هذه الخمسة فهو كقوله فى أول الباب الذى ينقضه خمسة ، وقد قدمنا فى أول الباب أنه ترك ثلاثة : انقطاع الحدث الدائم ، ونزع الخف ، والردة على خلاف فيهما .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وكذلك أكل شىء من اللحم لا ينقض الوضوء ، وحكى ابن القاص قولا آخر : أن أكل لحم الجزور ينقض الوضوء ، وليس بمشهور ، والدليل على أنه لا ينقض الوضوء : ما روى جابر رضى الله عنه ((قال : كان آخر الأمرين من رسول الله صلى الله عليه وسلم ترك الوضوء مما غيرت النار)) ولأنه اذا لم ينتقض الوضوء باكل لحم الخنزير ــ وهو حرام ــ فلأن لم ينتقض بغيره أولى).

(الشرح) حديث جابر صحيح ، رواه أبو داود والنسائى وغيرهم بأسانيد صحيحة ، ومذهبنا أنه لا ينتقض الوضوء بشىء من المأكولات ،

سواء ما مسته النار وغيره غير لحم الجزور . وفى لحم الجزور ـ بفتح الجيم ـ وهو لحم الابل ، قولان ، الجديد المشهور لا ينتقض ، وهو الصحيح عند الأصحاب والقديم أنه ينتقض ، وهو ضعيف عند الأصحاب ولكنه هو القوى أو الصحيح من حيث الدليل ، وهو الذى أعتقد رجحانه ، وقد أشار البيهقى الى ترجيحه واختياره والذب عنه ، وسنرى دليله ان شاء الله تعالى •

وقد اختلف العلماء فى هذه المسألة على ثلاثة مذاهب (أحدها) : لا يجب الوضوء بأكل شىء سواء ما مسته النار ولحم الابل وغير ذلك ، وبه قال جمهور العلماء وهو محكى عن أبى بكر الصديق وعمر وعثمان وعلى وابن مسعود وأبى بن كعب وأبى طلحة وأبى الدرداء وابن عباس وعامر بن ربيعة وأبى أمامة رضى الله عنهم وبه قال جمهور التابعين ومالك وأبو حنيفة •

وقالت طائفة : يجب مما مسته النار ، وهو قول عمر بن عبد العزيز والحسن والزهرى وأبى قلابة وأبى مجلز وحكاه ابن المنذر عن جماعة من الصحابة ابن عمر وأبى طلحة وأبى موسى وزيد بن ثابت وأبى هريرة وعائشة رضى الله عنهم •

وقالت طائفة : يجب من أكل لحم الجزور خاصة ، وهو قول أحمد بن حنبل واسحاق بن راهويه ويحيى بن يحيى ، وحكاه الماوردى عن جماعة من الصحابة زيد بن ثابت وابن عمر وأبى موسى وأبى طلحة وأبى هريرة وعائشة، وحكاه ابن المنذر عن جابر بن سمرة الصحابى ومحمد بن اسحاق وأبى ثور وأبى خيثمة واختاره من أصحابنا أبو بكر بن خزيمة وابن المنذر ، وأشار اليه البيهقى كما سبق •

واحتج من أوجبه مما مست النار بأحاديث صحيحة منها حديث زيد بن ثابت وأبى هريرة وعائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم « توضأوا مما مست النار » رواها كلها مسلم فى صحيحه ، وفى المسألة عن أبى طلحة وأبى موسى وأبى سعيد وأم حبيبة وأم سلمة وغيرهم عن النبى صلى الله عليه وسلم •

واحتج أصحابنا بالأحاديث الصحيحة ، منها حديث ابن عباس « أن النبى

صلى الله عليه وسلم أكل كتف شاة ثم صلى ولم يتوضأ » رواه البخاري ومسلم .

وعن عمرو بن أمية الضمرى قال : « رأيت النبى صلى الله عليه وسلم يحتز من كتف شاة يأكل منها ثم صلى ولم يتوضأ » رواه البخارى ومسلم من طرق ، وعن ميمونة أن النبى صلى الله عليه وسلم « أكل عندها كتفا ثم صلى ولم يتوضأ » رواه مسلم .

وعن أبى رافع قال : « أشهد لكنت أشوى لرسول الله صلى الله عليه وسلم بطن الشاة ثم صلى ولم يتوضأ » رواه مسلم ، وعن جابر وعائشة وأم سلمة مثله عن النبى صلى الله عليه وسلم .

قال البيهقى وغيره : وفى الباب عن عثمان وابن مسعود وسويد بن النعمان ومحمد بن مسلمة وعبد الله بن عمرو بن العاص والمغيرة وأبى هريرة وعبد الله ابن الحرث ورافع بن خديج وغيرهم .

واحتج الأصحاب أيضا بحديث جابر المذكور فى الكتاب ، واعترض عليه جماعة ممن نفى القول بايجاب الوضوء ، فقالوا : لا دلالة فيه لأنه مختصر من حديث طويل رواه أبو داود وغيره عن جابر قال : « ذهب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه الى امرأة من الأنصار فقربت شاة مصلية (أى مشوية) فأكل وأكلنا فحانت الظهر فتوضأ ثم صلى ثم رجع الى فضل طعامه فأكل ثم حانت صلاة العصر فصلى ولم يتوضأ » قالوا فقوله آخر الأمرين يريد هذه القضية وأن الصلاة الثانية هى آخر الأمرين يعنى آخر الأمرين من الصلاتين لا مطلقا . وممن قال هذا التأويل أبو داود السجستانى .

قالوا : والأحاديث الواردة بالأمر بالوضوء متأخرة على حديث جابر وناسخة له ، وممن قال هذا الزهرى وغيره فعندهم أن أحاديث ترك الوضوء منسوخة بأحاديث الأمر به ، وهذا الذى قالوه ليس كما زعموه ، فأما تأويلهم حديث جابر فهو خلاف الظاهر بغير دليل فلا يقبل وهذه الرواية المذكورة لا تخالف كونه آخر الأمرين ، فلعل هذه القضية هى آخر الأمرين واستمر

العمل بعدها على ترك الوضوء ، ويجوز أيضا أن يكون ترك الوضوء قبلها ، فانه ليس فيها أن الوضـــوء كان لسبب الأكل ، وأما دعواهم نسخ أحاديث ترك الوضوء فهى دعوى بلا دليل فلا تقبل •

وروى البيهقى عن الامام الحافظ عثمان بن سعيد الدارمى شيخ مسلم قال : اختلف الأول والآخر من هذه الأحاديث ، فلم يقف على الناسخ منهـــا ببيان يحكم به فأخذنا باجماع الخلفاء الراشدين والأعلام من الصحابة رضى الله عنهم فى الرخصة فى ترك الوضوء مع أحاديث الرخصة •

والجواب عن أحاديثهم انها منسوخة هكذا أجاب الشـــافعى وأصحابه وغيرهم من العلماء ومنهم من حمل الوضوء فيها على المضمضة وهو ضعيف•

واحتج القائلون بوجوب الوضوء بأكل لحم الجزور بحـــديث جابر بن سمرة أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أنتوضأ من لحوم الغنم ؟ قال : « ان شئت فتوضأ وان شئت فلا تتوضأ قال أتوضأ من لحوم الابل ؟ قال : نعم فتوضأ من لحوم الابل » رواه مسلم من طرق •

وعن البراء سئل النبى صلى الله عليه وسلم عن الوضوء من لحوم الابل « فأمر به » قال أحمد بن حنبل واسحاق بن راهويه صح عن النبى صلى الله عليه وسلم فى هذا حديثان حديث جابر والبراء •

وقال امام الأئمة محمد بن اسحاق بن خزيمة : لم نر خلافا بين علمـــاء الحديث فى صحة هذا الحديث وانتصر البيهقى لهذا المذهب ، فقال ــ بعد أن ذكر ما ذكرناه : وأما ما روى عن على وابن عباس رضى الله عنهم « الوضـــوء مما خرج وليس مما دخل » فمرادهما ترك الوضوء مما مست النار قال : وأما ما روى عن أبى جعفر عن ابن مسعود « أنه أتى بقصعة من لحم الجزور من الكبد والسنام فأكل ولم يتوضـــأ » فهو منقطع وموقوف قال وبمثل هـــذا لا يترك ما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم •

واحتج أصحابنا بأشياء ضعيفة ــ فى مقابلة هذين الحديثين ــ فتركتهـــا لضعفها والمعتمد للمذهب حديث جابر المذكور : « كان آخر الأمرين » ولكن

لا يرد عليهم لأنهم يقولون ينتقض بأكله نيئا وأصحابنا يقولون : هو محمول أكله مطبوخا لأنه الغالب المعهود .

وأجاب الأصحاب عن حديث جابر بن سمرة والبراء بجوابين :

أحدهما : أن النسخ بحديث جابر كان آخر الأمرين .

والثانى : حمل الوضوء على غسل اليد والمضمضة قالوا : وخصت الابل بذلك لزيادة سهوكة لحمها ، وقد نهى أن يبيت وفى يده أو فمه دسم خوفا من عقرب ونحوها وهذان الجوابان اللذان أجاب بهما أصحابنا ضعيفان . أما حمل الوضوء على اللغوى فضعيف لأن الحمل على الوضوء الشرعى مقدم على اللغوى كما هو معروف فى كتب الأصول وأما النسخ فضعيف أو باطل لأن حديث ترك الوضوء مما مست النار عام ، وحديث الوضوء من لحم الابل خاص ، والخاص يقدم على العام ، سواء وقع قبله أو بعده وأقرب ما يستروح اليه قول الخلفاء الراشدين وجماهير الصحابة والله أعلم .

(فرع) لا فرق عند أحمد بين أكل لحم الابل مطبوخا ونيئا ومشويا ففى كله الوضوء ، وكذا قولنا القديم ، ولأحمد رواية أنه يجب الوضوء من شرب لبن الابل ولا أعلم أحدا وافقه عليها ، ومذهبنا ومذهب العلماء كافة لا وضوء من لبنها .

واحتج أصحاب أحمد بحديث عن أسيد بن حضير ــ بضم أولهما والحاء مهملة والضاد معجمة ــ رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا توضأوا من ألبان الغنم وتوضأوا من ألبان الابل » رواه ابن ماجه باسناد ضعيف فلا حجة فيه ودليلنا أن الأصل الطهارة ولم يثبت ناقض .

واختلف أصحاب أحمد فى أكل كبد الجزور وطحاله وسنامه ودهنه ومرقه ، وعندنا وعند الجمهور لا ينقض لما سبق فى اللبن ، وأما قول الغزالى رحمه الله فى الوسيط لا وضوء مما مسته النار خلافا لأحمد فمما أنكروه عليه، لأن أحمد لا ينقض بما مست النار ، وانما ينقض بالجزور خاصة والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وكذلك لا ينتقض الطهر بقهقهة المصلى لما روى (١) عن جابر رضى الله عنه ، أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : الضحك ينقض الصلاة ولا ينقض الوضوء).

(الشرح) حديث جابر هذا روى مرفوعا وموقوفا على جابر ورفعه ضعيف قال البيهقى وغيره : الصحيح أنه موقوف على جابر ، وذكره البخارى فى صحيحه عن جابر موقوفا عليه ، ذكره تعليقا ، والضحك معروف ، وهو بفتح الضاد وكسر الحاء ، هذا أصله ، ويجوز اسكان الحاء مع فتح الضاد وكسرها ، ويجوز كسرهما فهى أربعة أوجه .

واختلف العلماء فى الضحك فى الصلاة ان كان بقهقهة ، فمذهبنا ومذهب جمهور العلماء أنه لا ينقض ، وبه قال ابن مسعود وجابر وأبو موسى الأشعرى ، وهو قول جمهور التابعين فمن بعدهم .

وروى البيهقى عن أبى الزناد قال : أدركت من فقهائنا الذين ينتهى الى قولهم سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد وأبا بكر بن عبد الرحمن ، وخارجة بن زيد بن ثابت ، وعبد الله بن عبيد الله بن عتبة ، وسليمان بن يسار ومشيخة جلة سواهم يقولون : الضحك فى الصلاة ينقضها ولا ينقض الوضوء . قال البيهقى : وروينا نحوه عن عطاء والشعبى والزهرى، وحكاه أصحابنا عن مكحول ومالك وأحمد واسحاق وأبى ثور وداود .

وقال الحسن البصرى وابراهيم النخعى وسفيان الثورى وأبو حنيفة : ينقض الوضوء . وعن الأوزاعى روايتان ، وأجمعوا أن الضحك اذا لم يكن فيه قهقهة لا يبطل الوضوء ، وعلى أن القهقهة خارج الصلاة لا تنقض الوضوء.

واحتج للقائلين بالنقض فى الصلاة بما روى عن أبى العالية والحسن البصرى ومعبد الجهنى وابراهيم النخعى والزهرى : « أن رجلا أعمى جاء والنبى صلى الله عليه وسلم فى الصلاة فتردى بماء فى بئر فضحك طوائف من الصحابة ، فأمر النبى صلى الله عليه وسلم من ضحك أن يعيد الوضوء والصلاة » .

---

(١) فى الركبى بحذف (عن) (ط) .

وعن عمران بن الحصين عن النبى صلى الله عليه وسلم « الضحك فى الصلاة قرقرة تبطل الصلاة والوضوء » ولأنها عبادة يبطلها الحدث فأبطلها الضحك كالصلاة واحتج أصحابنا بحديث جابر المذكور فى الكتاب وقد بيناه ، وبأن الضحك لو كان ناقضا لنقض فى الصلاة وغيرها كالحدث ، لأنها صلاة شرعية فلم ينقض الضحك فيها الوضوء ، كصلاة الجنازة فقد وافقوا عليها • وذكر الأصحاب أقيسة كثيرة ومعانى ، والمعتمد أن الطهارة صحيحة ونواقض الوضوء محصورة ، فمن ادعى زيادة فليثبتها ولم يثبت فى النقض بالضحك شيء أصلا •

وأما ما نقلوه عن أبى العالية ورفقته وعن عمران وغير ذلك مما رووه فكلها ضعيفة واهية باتفاق أهل الحديث • قالوا : ولم يصح فى هذه المسألة حديث • وقد بين البيهقى وغيره وجوه ضعفها بيانا شافيا ، فلا حاجة الى الاطالة بتفصيله مع الاتفاق على ضعفها •

وأما قياسهم فلا يصح لأن الأحداث لا تثبت قياسا لأنها غير معقولة العلة كما سبق ولو صح لكان منتقضا بغسل الجنابة فانه يبطله خروج المنى ولا يبطله الضحك فى الصلاة بالاجماع • قال ابن المنذر : بعد أن ذكر اختلاف العلماء فيه وبقول من قال لا وضوء نقول : لا لأنا لا نعلم لمن أوجب الوضوء حجة • قال : والقذف فى الصلاة عند من خالفنا لا يوجب الوضوء فالضحك أولى والله أعلم •

(فرع) قدمنا فى أول الباب أن الردة لا تنقض الوضوء عندنا على الصحيح وبه قال جمهور العلماء • وقال الأوزاعى وأحمد وأبو ثور وأبو داود : تنقض •

واحتجوا بقوله تعالى (ومن يكفر بالايمان فقد حبط [1] عمله) ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « لا وضوء الا من صوت أو ريح » وهو حديث صحيح سبق بيانه أول الباب •

---

(١) الآية ٥ من سورة المائدة .

والجواب عن الآية الكريمة أن المراد بالاحباط من مات على الردة كما قال سبحانه وتعالى : (ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم) [1] .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والمستحب أن يتوضأ من الضحك فى الصلاة ومن الكلام القبيح لما روى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أنه قال : « لأن أتوضأ من الكلمة الخبيثة احب الى من أتوضأ من الطعام الطيب » ، وقالت عائشة رضى الله عنها : « يتوضأ احدكم من الطعام الطيب ولا يتوضأ من الكلمة العوراء » . وقال ابن عباس رضى الله عنهما : « الحدث حدثان حدث اللسان وحدث الفرج ، واشدهما حدث اللسان ») .

(الشرح) الأثر المذكور ، عن ابن عباس مشهور ، رواه البخارى فى كتاب الضعفاء ، وأشار الى تضعيفه ، وقول عائشة : الكلمة العوراء أى القبيحة قال الهروى ، قال ابن الأعرابى : تقول العرب للردىء من الأمور والأخلاق أعور والأنثى عوراء ثم ان المصنف حمل هذه الآثار على الوضوء الشرعى الذى هو غسل الأعضاء المعروفة ، وكذا حملها ابن المنذر وجماعة من أصحابنا .

وقال ابن الصباغ الأشبه أنهم أرادوا غسل الفم ، وكذا حملها المتولى على غسل الفم ، وحكى الشاشى فى المعتمد كلام ابن الصباغ . ثم قال وهذا بعيد بل ظاهر كلام الشافعى أنه أراد الوضوء الشرعى .

قال : والمعنى يدل عليه لأن غسل الفم لا يؤثر فيما جرى من الكلام وانما يؤثر فيه الوضوء الشرعى ، والغرض منه تكفير الخطايا كما ثبت فى الأحاديث فحصل أن الصحيح أو الصواب استحباب الوضوء الشرعى من الكلام القبيح ، كالغيبة والنميمة والكذب والقذف وقول الزور والفحش وأشباهها . ولا خلاف فى استحبابه اذا ضحك فى الصلاة ولا يجب شىء من ذلك .

---

(1) الآية ٢١٧ من سورة البقرة .

قال ابن المنذر فى كتابيه (الاشراف والاجماع) وابن الصباغ [1] : أجمع العلماء على أنه لا يجب الوضوء من الكلام القبيح ، كالغيبة والقذف وقول الزور وغيرها ونقل الرويانى عن الشيعة ايجاب الوضوء من ذلك . والشيعة لا يعتد بخلافهم . واحتج الشافعى ثم ابن المنذر ثم البيهقى وأصحابنا فى المسألة بحديث أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من قال فى حلفه باللات والعزى فليقل : لا اله الا الله ، ومن قال لغيره : تعال أقامرك فليتصدق » رواه البخارى ومسلم .

(فرع) قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله وما أوجب الطهارة فلا فرق فيه بين ما وجد منه بتعمده واختياره ، وما وجد بغير تعمد واختيار ، كالساهى والمكره على الحدث . ومن سبقه الحدث ودليله الكتاب والسنة . قال الله تعالى : (وان [2] كنتم جنبا فاطهروا) والجنابة تكون باحتلام وغيره . والاحتلام بغير قصد واختيار وأمر النبى صلى الله عليه وسلم فى المذى بالوضوء ، وهو يخرج بلا قصد . وقد سبق فى اللمس والمس ساهيا وجه شاذ ضعيف . أنهما لا ينقضان .

(فرع) قال أبو العباس بن القاص فى التلخيص « لا يبطل شىء من العبادات بعد انقضاء فعلها الا الطهارة اذا تمت ثم أحدث فتبطل » قال القفال فى شرح التلخيص قال غير أبى العباس لا نقول بطلت الطهارة بل نقول انتهت نهايتها . فان أطلقنا لفظ « بطلت » فهو مجاز . وذكر جماعة غير القفال أيضا الخلاف ، والأظهر قول من يقول : انتهت ولا يقول : بطلت الا مجازا . كما يقال : اذا غربت الشمس انتهى الصوم ولا يقال بطل . واذا مضت مدة الاجارة يقال انتهت الاجارة لا بطلت . وقوله لا يبطل شىء من العبادات بعد انقضائها يستثنى منه الردة المتصلة بالموت فانها تحبط العبادات بالنص والاجماع والله أعلم .

---

(١) فى الشامل له نسخة خطية فى معهد دمياط الدينى كاملة ولعلها ادق نسخة فى العالم اليوم .

(٢) من الآية ٤٣ من سورة النساء .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن تيقن الطهارة وشك فى الحدث بنى على يقين الطهارة لأن الطهارة يقين فلا يزال ذلك بالشك . وان تيقن الحدث وشك فى الطهارة بنى على يقين الحدث لأن الحدث يقين فلا يزال بالشك ، وان تيقن الطهارة والحدث وشك فى السابق منهما نظرت ـ فان كان قبلهما طهارة ـ فهو الآن محدث ، لأنه تيقن ان الطهارة قبلهما ورد عليها حدث فأزالها وهو يشك هل ارتفع هذا الحدث بطهارة بعده أم لا ؟ فلا يزال يقين الحدث بالشك وان كان قبلهما حدث فهو الآن متطهر لأنه [قد] تيقن أن الحدث قبلهما [قد] ورد عليه طهارة فأزالته وهو يشك هل ارتفعت هذه الطهارة بحدث بعدها أم لا ؟ فلا يزال يقين الطهارة بالشك . وهذا كما نقول فى رجل أقام بينة بدين وأقام المدعى عليه بينة بالبراءة، فانا نقدم بينة البراءة لأنا تيقنا أن البراءة وردت على دين واجب فأزالته ، ونحن نشك هل اشتغلت ذمته بعد البراءة بدين بعدها ؟ فلا يزال يقين البراءة بالشك) .

(الشرح) فى الفصل ثلاث مسائل :

(احداها) اذا تيقن الحدث وشك هل تطهر أم لا ؟ فليزمه الوضوء بالاجماع ودليله مع الاجماع ما ذكره المصنف .

(الثانية) تيقن الطهارة ، وشك فى الحدث بنى على يقين الطهارة ، ولا يلزمه الوضوء ، سواء حصل الشك ، وهو فى صلاة أو غيرها ، هذا مذهبنا ، وبه قال جمهور العلماء .

وحكى أصحابنا عن الحسن البصرى أنه ان شك وهو فى صلاة فلا وضوء عليه وان كان فى غيرها لزمه الوضوء ، وحكى المتولى والرافعى وجها لأصحابنا مثله وعن مالك ثلاث روايات ، احداها : مثله ، والثانية : يلزمه الوضوء بكل حال ، والثالثة : يستحب .

ودليل الجمهور ما ذكره المصنف مع قوله صلى الله عليه وسلم : « لا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا » رواه البخارى ومسلم ، وسبق فى أول الباب .

قال أصحابنا وسواء فى الشك استوى احتمالان عنده أو ترجح أحدهما فالحكم سواء وقد قدمت بيان هذه القاعدة فى باب الشك فى نجاسة الماء .

قال امام الحرمين : اتفق الأصحاب على أن من تيقن الوضوء وغلب على ظنه الحدث فله الأخذ بالوضوء ، قال : وقد ذكرنا قولين للشافعى رحمه الله فى أن مايغلب على الظن نجاسته هل يحكم بنجاسته ؟ قال : وكان شيخى يقول الفرق بينهما أن الاجتهاد يتطرق الى تمييز الطاهر من النجس لأن للنجاسة أمارات بخلاف الحدث والطهارة ، قال الامام : وعندى من هذا فضل مباحثة فأقول تمييز الحيض من الاستحاضة ، والمنى من غيره ، انما هو بالصفات وهذا اجتهاد . فاطلاق القول بأن الاجتهاد لا يتطرق الى الأحداث غير سديد، ثم ذكر الامام لنفسه فرقا بعبارة طويلة حاصلة أن الأسباب التى تظن بها النجاسة كثيرة جدا ، وهى قليلة فى الأحداث فلا مبالاة بالنادر منها فتعين التمسك بحكم اليقين .

قال أصحابنا : واذا تيقن الطهارة وشك فى الحدث استحب أن يتوضأ ، فان توضأ ودام الاشكال فوضوءه وصلاته صحيحان مجزيان ، وان بان كونه كان محدثا ففى اجزائه وجهان سبقا فى آخر نية الوضوء .

(المسألة الثالثة) اذا علم أنه جرى منه بعد طلوع الشمس طهارة وحدث لا يعلم أسبقهما ففيه أربعة أوجه .

أحدها : أنه يضد ما كان قبل طلوع الشمس ودليله ما ذكره المصنف وهذا الوجه هو قول أبى العباس بن القاص ذكره فى باب المسح على الخف من كتابه التلخيص ، وبه قطع المصنف هنا وفى التنبيه ، وهكذا قطع به جمهور المصنفين . فعلى هذا لو لم يعرف ما كان قبلهما لزمه الوضوء صرح به الدارمى والمتولى وغيرهما لأنهما تعارضا وما قبلهما لا يعرف ولابد من طهارة متيقنة أو مظنونة أو مستصحبة وليس هنا شىء فوجب الوضوء .

والوجه الثانى : أنه يتعارض الأمران ويسقطان ويكون حكمه ما كان قبلهما فان كان قبل طلوع الشمس متطهرا فهو الآن متطهر والا فمحدث ،

وهذا الوجه حكاه جماعات من الخراسانيين وحكاه الدارمى وغيره عن ابن المرزبان •

قال الدارمى وغيره ــ ورجع عنه ابن المرزبان الى قول ابن القاص حين بلغه ــ وهذا الوجه غلط لا شك فيه لأنا علمنا بطلان ما قبلهما قطعا ، فكيف نحكم ببقائه ونعمل بمقتضاه •

والوجه الثالث : يعمل بما يظنه ، فان تساويا فمحدث ، وهــذا الوجه اختاره الدارمى فى الاستذكار •

والوجه الرابع : يلزمه الوضوء بكل حال وهذا هو الأظهر المختار حكاه القاضى أبو الطيب فى تعليقه ، وابن الصباغ والمتولى والرويانى والشــاشى وآخرون ، قال القاضى أبو الطيب : هو قول عامة أصحابنا ، وأشــار ابن الصباغ الى ترجيحه واختاره الدارمى فى كتابه الاستذكار وغيره ورجحه غيره ودليله أن الطهارة والحدث ــ بعد طلوع الشمس ــ تعارضا فليس أحدهمــا أولى من الآخر وما قبلهما تحققنا بطلانه ولابد من طهارة معلومة أو مظنونة أو مستصحبة فوجب الوضوء ، ثم ان الجمهور أطلقوا المسألة ، وقال المتولى والرافعى : صورتهما فيمن عادته تجديد الوضوء ، فأما من لم يعتده فالظاهر أن طهارته تكون بعد الحدث فيكون الآن متطهرا وتباح له الصلاة والله أعلم•

وأما قول المصنف : لا يزال اليقين بالشك فمعناه حكم اليقين ، وقد سبق بيان هذه العبارة فى باب الشك فى نجاسة الماء • وقوله « الآن » هو الزمان الحاضر وأما قياسه على مسألة البراءة من الدين ، فكذا قاسه أصحابنا لكن صورها المتولى تصــويرا حسنا مشابها لمسألة الحــدث ، وقال « استشهد أصحابنا ، فقالوا :لو علمنا لزيد على عمروألف درهم فأقام عمرو بينة بالأداء أو الابراء فأقام زيد بينة أن عمرا أقر له بألف درهم مطلقا لم يثبت بهــذه البينة شيء لاحتمال أن الألف الذى أقر به هى الألف الذى علمنــا وجوبه وقامت البينة ببراءته منه ولا تشغل ذمته بالاحتمال ولهــذه المسألة فروع ، وتتمات سبق بيانها ، فى آخر باب الشك فى نجاسة الماء ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن أحدث حرمت عليه الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يقبل الله صلاة بغير طهور » ويحرم عليه الطواف ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « الطواف بالبيت صلاة الا أن الله أباح فيه الكلام » ويحرم عليه مس المصحف لقوله تعالى (لا يمسه الا المطهرون) ولما روى حكيم بن حزام رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا تمس القرآن الا وانت طاهر » ويحرم عليه حمله فى كمه لأنه اذا حرم مسه فلأن يحرم حمله وهو فى الهتك أبلغ وأولى.

ويجوز أن يتركه بين يديه ويتصفح أوراقه بخشبة لأنه غير مباشر له ولا حامل له . وهل يجوز للصبيان حمل الألواح وهم محدثون ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يجوز كما لا يجوز لغيرهم .

(والثانى) يجوز لأن طهارتهم لا تنحفظ وحاجتهم الى ذلك ماسة ، وان حمل رجل متاعا ، وفى جملته مصحف وهو محدث جاز ، لأن القصد نقل المتاع فعفى عما فيه من القرآن كما لو كتب كتابا الى دار الشرك وفيه آيات من القرآن ، وان حمل كتابا من كتب الفقه وفيه آيات من القرآن أو حمل الدراهم الأحدية او الثياب التى طرزت بآيات من القرآن ففيه وجهان :

(احدهما) لا يجوز لأنه يحمل القرآن .

(والثانى) يجوز لأن القصد منه غير القرآن ، وان كان على موضع من بدنه نجاسة فمس المصحف بغيره جاز ، وقال القاضى أبو القاسم الصيمرى رحمه الله : لا يجوز كما لا يجوز للمحدث أن يمس المصحف بظهره ، وان كانت الطهارة تجب فى غيره وهذا لا يصح لأن حكم الحدث يتعدى وحكم النجاسة لا يتعدى محلها) .

(الشرح) فى هذا الفصل مسائل (احداها) حديث « لا يقبل الله صلاة بغير طهور » صحيح رواه مسلم من رواية ابن عمر رضى الله عنهما ، وحديث « الطواف بالبيت صلاة الا أن الله أباح فيه الكلام » رواه البيهقى وغيره من رواية ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم باسناد ضعيف ، والصحيح عندهم أنه موقوف على ابن عباس ، وحديث « لا تمس القرآن الا وأنت طاهر » رواه المصنف والشيخ أبو حامد ، عن حكيم بن حزام ، والمعروف فى كتب الحديث والفقه أنه عن عمرو بن حزم عن النبى صلى الله

عليه وسلم فى الكتاب الذى كتبه له لما وجهه الى اليمن واسناده ضعيف ، رواه مالك فى الموطأ مرسلا ورواه البيهقى أيضا من رواية ابن عمر والله أعلم.

(الثانية) : فى اللغات والألفاظ والأسماء لا يقبل الله صلاة بغير طهور ــ هو بضم الطاء ويجوز فتحها فى لغة ــ والمراد به فعل الطهارة ، وفى المصحف ثلاث لغات ضم الميم وفتحها وكسرها تقدم بيانهن فى نية الوضوء .

قوله : فلأن يحرم ــ هو بفتح اللام ــ وقد سبق بيانه فى مواضع والدراهم الأحدية ــ بفتح الهمزة والحاء وكسر الدال وتشديد الياء ــ هى المكتوب عليها (قل هو الله أحد) .

وأما حكيم بن حزام ــ بالزاى ــ فهو أبو خالد حكيم بن حزام بن خويلد ابن أسد بن عبد العزى أسلم يوم الفتح وكان ولد فى جوف الكعبة ولم يصح أن غيره ولد فى الكعبة . وعاش مائة وعشرين سنة ستين فى الجاهلية ، وستين فى الاسلام وتوفى بالمدينة ، وأما الصيمرى ــ فهو بصاد مهملة مفتوحة ثم ياء ساكنة ، ثم ميم مفتوحة على المشهور ، وحكى ضمها ــ وقد بينته فى تهذيب الأسماء وهو منسوب الى قرية عند البصرة وقيل غير ذلك وهو أبو القاسم عبد الواحد بن الحسين بن محمد كان من كبار أئمة أصحابنا حضر مجلس أبى حامد المروروذى وتفقه على أبى الفياض وتفقه عليه أقضى القضاة الماوردى صاحب الحاوى وكان حافظا للمذهب حسن التصانيف له مصنفات كثيرة فى أنواع من العلوم منها الايضاح فى المذهب نحو سبع مجلدات نفيس وقد بسطت حاله فى تهذيب الأسماء .

(المسألة الثالثة) : أجمع المسلمون على تحريم الصلاة على المحدث وأجمعوا على أنها لا تصح منه سواء ان كان عالما بحدثه أو جاهلا أو ناسيا لكنه ان صلى جاهلا أو ناسيا فلا اثم عليه وان كان عالما بالحدث وتحريم الصلاة مع الحدث فقد ارتكب معصية عظيمة ولا يكفر عندنا بذلك الا أن يستحله ، وقال أبو حنيفة : يكفر لاستهزائه .

دليلنا أنه معصية فأشبهت الزنا وأشباهه ، هذا كله اذا لم يأت ببدل ولا اضطر الى الصلاة محدثا .

أما المستحاضة وسلس البول وسائر من به حدث دائم ومن صلى بالتيمم ومن صلى الفرض بلا ماء ولا تراب لعدمهما أو أكره على الصلاة محدثا فلاشك فى أنه لا اثم عليه فى هذه المواضع فى الصلاة وان كان محدثا .

وحكم سجود التلاوة والشكر حكم الصلاة فى ذلك وأما ما يفعله عوام الفقراء وشبههم من سجودهم بين يدى المشايخ ــ وربما كانوا محدثين ــ فهو حرام باجماع المسلمين . وسواء فى ذلك كان متطهرا أو غيره وسواء استقبل القبلة أم لا . وقد يتخيل كثير منهم أن ذلك تواضع وكسر للنفس وهذا خطأ فاحش وغباوة ظاهرة فكيف تكسر النفوس أو تتقرب الى الله تعالى بما حرمه وربما اغتر بعضهم بقوله تعالى : (ورفع أبويه على العرش وخروا له سجدا [1]) والآية منسوخة أو متأولة كما هو معروف فى كتب العلماء . وسئل الشيخ أبو عمرو بن الصلاح رحمه الله عن هذا السجود الذى قدمناه فقال : هو من عظائم الذنوب ونخشى أن يكون كفرا .

(المسألة الرابعة) : يحرم على المحدث الطواف بالكعبة . فان طاف عصى ولم يصح .

هذا مذهبنا وبه قال مالك وأحمد فى احدى الروايتين عنه . وقال أبو حنيفة يصح بلا طهارة وفى تحريمه عنه روايتان دليلنا الحديث المذكور وهو صحيح . عن ابن عباس كما ذكرنا . وثبت فى الصحيح أن النبى صلى الله عليه وسلم توضأ للطواف وقال : « لتأخذوا عنى مناسككم » وسواء الطواف فى حج وعمرة وغيره والله أعلم .

(المسألة الخامسة) يحرم على المحدث مس المصحف وحمله سواء ان حمله بعلاقته أو فى كمه أو على رأسه . وحكى القاضى حسين والمتولى وجها أنه يجوز حمله بعلاقته وهو شاذ فى المذهب وضعيف .

قال أصحابنا : وسواء مس نفس الأسطر أو ما بينها أو الحواشى أو الجلد فكل ذلك حرام . وفى مس الجلد وجه ضعيف أنه يجوز . وحكى الدارمى وجها شاذا بعيدا أنه لا يحرم مس الجلد ولا الحواشى ولا ما بين

---

(1) الآية ١٠١ من سورة يوسف .

الأسطر ولا يحرم الا نفس المكتوب • والصحيح الذى قطع به الجمهور تحريم الجميع •

وفى مس العلاقة والخريطة والصندوق اذا كان المصحف فيها وجهان مشهوران أصحهما يحرم ، وبه قطع المتولى والبغوى لأنه متخذ للمصحف منسوب اليه كالجلد • والثانى : يجوز واختاره الرويانى فى مس الصندوق • وأما حمل الصندوق وفيه المصحف فاتفقوا على تحريمه •

قال أبو محمد الجوينى فى الفروق : وكذا يحرم تحريكه من مكان الى مكان ، وأما اذا تصفح أوراقه بعود ففيه وجهان مشهوران فى كتب الخراسانيين أصحهما وبه قطع المصنف وسائر العراقيين يجوز ، لأنه غير مباشر له ولا حامل •

والثانى : لا يجوز ورجحه الخراسانيون لأنه حمل الورقة وهى بعض المصحف ، ولو لف كمه على يده وقلب الأوراق بها فهو حرام • هكذا صرح به الجمهور منهم الماوردى والمحاملى فى المجموع وامام الحرمين والغزالى والرويانى وغيرهم ، وفرقوا بينه وبين العود بأن الكم متصل به وله حكم أجزائه فى منع السجود عليه وغيره بخلاف العود • قال امام الحرمين ولأن التقليب يقع باليد لا بالكم ، قال ومن ذكر فيه خلافا فهو غالط ، وشذ الدارمى عن الأصحاب فقال ان مسه بخرقة أو بكمه فوجهان ، وان مسه بعود جاز •

وأما اذا حمل المصحف فى متاع فوجهان حكاهما الماوردى والخراسانيون أصحهما وبه قطع المصنف والجمهور ، ونقله الماوردى والبغوى عن نص الشافعى يجوز لأنه غير مقصود •

والثانى : يحرم لأنه حامله حقيقة ولا أثر لكون غيره معه ، كما لو حمل المصلى متاعا فيه نجاسة فان صلاته تبطل ، قال الماوردى : وصورة المسألة أن يكون المتاع مقصودا بالحمل ، فان كان بخلافه لم يجز ، وانما قاس المصنف على ما اذا كتب كتابا الى دار الشرك فيه آيات ، لأن النبى صلى الله عليه

وسلم كتب الى دار الشرك كتابا فيه شيء من القرآن مع نهيه صلى الله عليه وسلم عن المسافرة بالقرآن الى دار الكفر فدل على أن الآيات فى ضمن كتاب لا يكون لها حكم المصحف والله سبحانه أعلم .

وأما اذا حمل كتاب فقه وفيه آيات من القرآن أو كتاب حديث فيه آيات أو دراهم أو ثوبا أو عمامة طرز بآيات أو طعاما نقش عليه آيات فوجهان مشهوران ذكر المصنف دليلهما أصحهما بالاتفاق جوازه . وقطع به امام الحرمين والبغوى وجماعات ومنهم من قطع به فى الثوب وخص الخلاف بالدراهم وعكسه المتولى فقطع بجواز مس كتاب الفقه وجعل الوجهين فى مس ثوب أو خشبة أو حائط أو طعام أو دراهم عليها آيات . وكذا ذكر غيره الوجهين فى مس الحائط أو الحلوى والخبز المنقوش بقرآن . والصحيح الجواز مطلقا لأنه ليس بمصحف ولا فى معناه . قال المتولى وغيره : اذا لم نحرمه فهو مكروه وفيما قالوه نظر .

وقال الماوردى : الدراهم والدنانير المنقوشة بقرآن ضربان ضرب لا يتداوله الناس كثيرا ولا يتعاملون به غالبا كالتى عليها سورة الاخلاص وضرب يتداولونه كثيرا فالأول لا يجوز حمله وفى الثانى الوجهان . والمشهور فى كتب الأصحاب اطلاق الوجهين بلا فرق بين المتداول وغيره . فالفرق غريب نقلا ضعيف دليلا ، قال القاضى حسين : ويجوز مس خاتم نقش بآيات وحمله ، ولعله فرعه على الصحيح والا فهو كالدراهم .

وأما اذا كان على موضع من بدنه نجاسة غير معفو عنها فان أصاب المصحف بموضع النجاسة فهو حرام بلا خلاف . وان أصابه بغيره فوجهان . الصحيح أنه لا يحرم وبه قطع الجمهور . وقال الصيمرى : يحرم وقد ذكر المصنف دليلهما . قال القاضى أبو الطيب : هذا الذى قاله الصيمرى مردود بالاجماع .

قال المتولى : اذا قلنا بالمذهب أنه لا يحرم فهو مكروه . وفيما قاله نظر .

وأما الصبى فان كان غير مميز لم يجز لوليه تمكينه من المصحف لئلا ينتهكه . وان كان مميزا فهل يجب على الولى والمعلم تكليفه الطهارة لحمل

المصحف واللوح ومسهما ؟ فيه وجهان مشهوران أصحهما عند الأصحاب لا يجب للمشقة • ونقله الماوردى عن أكثر الأصحاب ، وقطع القاضى حسين والمتولى به فى اللوح ، وذكر الوجهين فى المصحف ، وقطع الجرجانى بأنه لا يمنع من مس المصحف واللوح فى الكتب ، والمشهور طرد الوجهين فيهما فى المكتب وغيره ، وقول المصنف هل يجوز للصبيان ؟ فيه وجهان ، أحدهما : لا يجوز • والثانى : يجوز ، وقد قال مثله الفورانى وابن الصباغ والرويانى وهو تساهل ، فان الصبى ليس مكلفا فكيف يقال هل يجوز له ؟ فيه وجهان والعبارة الصحيحة ما قدمناه والله أعلم •

(فرع) فى مسائل « احداها » أجمع المسلمون على جواز قراءة القرآن للمحدث والأفضل أنه يتطهر لها ، قال امام الحرمين والغزالى فى البسيط : ولا نقول قراءة المحدث مكروهة ، فقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يقرأ مع الحدث •

« الثانية » : كتاب تفسير القرآن ان كان القرآن فيه أكثر ، كبعض كتب غريب القرآن حرم مسه وحمله وجها واحدا ، كذا ذكره الماوردى وغيره ونقله الرويانى عن الأصحاب ، وان كان التفسير أكثر كما هو الغالب ففيه أوجه أصحها لا يحرم لأنه ليس بمصحف ، وبهذا قطع الدارمى وغيره •

والثانى : يحرم لتضمينه قرآنا كثيرا •

والثالث : ان كان القرآن متميزا عن التفسير بخط غليظ حمرة أو صفرة ونحو ذلك حرم والا فلا ، وبه قطع القاضى حسين وصاحباه المتولى والبغوى وضعفه غيرهم ، قال المتولى : واذا لم يحرم كره ، وأما كتب القراءات فجعلها الشيخ نصر المقدسى ككتب الفقه وقطع هو بجوازها •

وأما كتب حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم فأطلق الماوردى والقاضى حسين والبغوى وغيرهم جواز مسها وحملها مع الحدث ، وقال المتولى والرويانى : يكره • والمختار ما قاله آخرون أنه ان لم يكن فيها شىء من القرآن جاز ، والأولى أن لا يفعل الا بطهارة ، وان كان فيها قرآن فعلى الوجهين فى كتب الفقه •

(الثالثة) يجوز للمحدث مس التوراة والانجيل وحملهما ، وكذا قطع به الجمهور وذكر الماوردى والرويانى فيه وجهين ؛ أحدهما لا يجوز ، والثانية قالا وهو قول جمهور أصحابنا يجوز لأنها مبدلة منسوخة .

قال المتولى : فان ظن أن فيها شيئا غير مبدل كره مسه ولا يحرم ؛ قال الرافعى : وحكم المنسوخ تلاوته من القرآن حكم التوراة .

(الرابعة) اذا كتب المحدث أو الجنب مصحفا نظر ان حمله أو مسه فى حال كتابته حرم والا فالصحيح جوازه لأنه غير حامل ولا ماس ، وفيه وجه مشهور أنه يحرم . ووجه ثالث حكاه الماوردى أنه يحرم على الجنب دون المحـــدث .

(الخامسة) اذا كتب القرآن فى لوح فله حكم المصحف فيحرم مســـه وحمله على البالغ المحدث ، هـــذا هو المذهب الصحيح وبه قطع الأكثرون ، وفيه وجه مشهور أنه لا يحرم لأنه لا يراد للدوام بخلاف المصحف فعلى هذا يكره ، قاله فى التتمة ، ولا فرق بين أن يكون المكتوب قليلا أو كثيرا فيحرم على الصحيح ، قال امام الحرمين : لو كان على اللوح آية أو بعض آية كتب للدراسة حرم مسه وحمله .

(السادسة) لا يجوز كتابة القرآن بشىء نجس ، ذكره البغوى وغيره ، قال البغوى وغيره : يكره نقش الحيطان والثياب بالقرآن وبأسماء الله تعالى. قال القاضى حسين والبغوى وغيرهما : واذا كتب قرآنا على حلوى وطعـــام فلا بأس بأكله . قال القاضى : فان كان على خشبة كره احراقها .

(السابعة) قال القاضى حسين وغيره : لا يجوز توسد المصحف ولا غيره من كتب العلم ، قال القاضى : الا أن يخاف عليـــه السرقة فيجوز ، وهـــذا الاستثناء فيه نظر ، والصـــواب منعه فى المصحف وان خاف السرقة . قال القـــاضى حسين : ولا يمكن الصـــبيان من محو الألواح بالأقدام ولا يمكن المجنون والصبى الذى لا يميز من حمل المصحف لئلا ينتهكه .

(الثامنة) لو خاف المحـــدث على المصحف من حرق أو غرق أو وقوع نجاسة عليه أو وقوعه بيد كافر جاز أخـــذه مع الحدث . صرح به الدارمى

وغيره بل يجب ذلك صيانة للمصحف ولو لم يجد من يودعه المصحف وعجز عن الوضوء فله حمله مع الحدث • قال القاضى أبو الطيب : ولا يلزمه التيمم له لأنه لا يرفع الحدث وفيما قاله نظر • وينبغى أن يجب التيمم لأنه وان لم يرفع الحدث فيبيح الصلاة ومس المصحف وحمله •

(التاسعة) قال القاضى حسين وغيره : يكره للمحدث حمل التعاويذ ــ يعنون الحروز ــ قال أبو عمرو بن الصلاح فى الفتاوى : كتابة الحروز واستعمالها مكروه وترك تعليقها هو المختار • وقال فى فتوى آخرى : « يجوز تعليق الحروز التى فيها قرآن على النساء والصبيان والرجال ويجعل عليها شمع ونحوه ويستوثق من النساء وشبههن بالتحذير من دخول الخلاء بها ؛ والمختار أنه لا يكره اذا جعل عليه شمع ونحوه لأنه لم يرد فيه نهى » ونقل ابن جرير الطبرى عن مالك نحو هذا فقال : قال مالك « لا بأس بما يعلق على النساء الحيض ، والصبيان من القرآن اذا جعل فى كن كقصبة حديد أو جلد يحرز عليه » وقد يستدل للاباحة بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يعلمهم من الفزع كلمات : أعوذ بكلمات الله التامة من غضبه وشر عباده ومن همزات الشياطين وأن يحضرون » قال : وكان عبد الله بن عمرو يعلمهن من عقل من بنيه ومن لم يعقل كتبه فأعلقه عليه ، رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن •

(العاشرة) اذا تيمم المحدث تيمما صحيحا فله مس المصحف ، وان كان لم يرتفع حدثه وكذا اذا توضأ من به حدث دائم كالمستحاضة فله مس المصحف وحمله ، وأما من لم يجد ماء ولا ترابا فيصلى على حاله للضرورة ويحرم عليه مسه وحمله لعدم الضرورة •

(الحادية عشرة) اتفقوا على أنه لا يجوز المسافرة بالمصحف الى أرض الكفار اذا خيف وقوعه فى أيديهم لحديث ابن عمر رضى الله عنهما فى الصحيحين أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى أن يسافر بالقرآن الى أرض العدو » واتفقوا أنه يجوز أن يكتب اليهم الآية والآيتان وشبههما فى أثناء كتاب لحديث أبى سفيان رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

كتب الى هرقل عظيم الروم كتابا فيه : « يا أهل الكتـاب تعالوا الى كلمة سواء بيننا وبينكم » الآية .

(الثانية عشرة) قال أصحابنا لا يمنع الكافر سماع القرآن ويمنع مس المصحف وهل يجوز تعليمه القرآن ؟ ينظر ـ ان لم يرج اسلامه ـ لم يجز ، وان رجى جاز فى أصح الوجهين وبه قطع القـاضى حسين ورجحه البغوى وغيره . والثانى : لا يجوز كما لا يجوز بيعه المصحف ، وان رجى اسلامه . قال البغوى : وحيث رآه معاندا لا يجوز تعليمه بحال ، وهل يمنع التعليم ؟ فيه وجهان حكاهما المتولى والرويانى وغيرهما أصحهما يمنع .

(الثالثة عشرة) أجمع العلماء على وجوب صيانة المصحف واحترامه ، فلو ألقاه والعياذ بالله فى قاذورة كفر ، وأجمعوا على استحباب كتابة المصحف وتحسين كتابته وتبيينها وايضاحها وايضـاح الخط دون مشـقة وتعليقه ، ويستحب نقط المصحف وشكله لأنه صيانة له من اللحن والتحريف ، وفى تذهيبـه وتفضيضه خلاف سنذكره حيث ذكره المصنف والأصحاب فى باب زكاة الذهب والفضة ، وبيع المصحف وشراؤه جائز عندنا وفى كراهة بيعـه وجهان المنصوص يكره ، وفيه مذاهب للسلف سنوضحها حيث ذكره المصنف فى باب ما يجوز بيعه ان شاء الله تعالى . وبيعه للكفار حرام ، وفى انعقـاده قولان أصحهما لا ينعقد ، وسنوضحه مع فروعه فى كتاب البيع ان شاء الله تعالى ، وأما آداب قراءة القرآن وتفضيلها على التسبيح وتحسين الصـوت بالقرآن ونحو ذلك فسأذكره موضحا ان شاء الله تعالى فى آخر باب ما يوجب الغسل فهو أليق به .

(فـرع) فى مذاهب العلمـاء فى مس المصحف وحمـله : مذهبنـا تحريمهما ، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد وجمهور العلماء . وعن الحكم وحماد وداود : يجوز مسه وحمله وروى عن الحكم وحماد جواز مسه بظهر الكف دون بطنه . واحتجوا بأن النبى صلى الله عليه وسلم كتب الى هرقل كتابا فيه قرآن وهرقل محدث ، يمسه وأصحابه ، ولأن الصـبيان يحملون الألواح محدثين بلا انكار ، ولأنه اذا لم تحرم القراءة فالمس أولى ، وقاسوا

حمله على حمله فى متاع • واحتج أصحابنا بقول الله تعالى : (انه لقرآن كريم فى كتاب مكنون لا يمسه الا المطهرون تنزيل من رب العالمين [1]) فوصفه بالتنزيل ، وهذا ظاهر فى المصحف الذى عندنا ، فان قالوا المراد اللوح المحفوظ لا يمسه الا الملائكة المطهرون ولهذا قال : يمسه بضم السين على الخبر ، ولو كان المصحف لقال يمسه بفتح السين على النهى ، فالجواب أن قوله تعالى : تنزيل ، ظاهر فى ارادة المصحف فلا يحمل على غيره الا بدليل صحيح صريح ، وأما رفع السين فهو بلفظ الخبر ، كقوله : (لا تضار والدة بولدها) على قراءة من رفع •

وقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يبيع أحدكم على بيع أخيه » باثبات الياء ، ونظائره كثيرة مشهورة وهو معروف فى العربية ، فان قالوا : لو أريد ما قلتم لقال لا يمسه الا المتطهرون ، فالجواب أنه يقال فى المتوضىء مطهر ومتطهر واستدل أصحابنا بالحديث المذكور وبأنه قول على وسعد بن أبى وقاص وابن عمر رضى الله عنهم ولم يعرف لهم مخالف فى الصحابة •

والجواب عن قصة هرقل أن ذلك الكتاب كان فيه آية ولا يسمى مصحفا، وأبيح حمل الصبيان الألواح للضرورة ، وأبيحت القراءة للحاجة وعسر الوضوء لها كل وقت وحمله فى المتاع لأنه غير مقصود ، وبالله التوفيق •

باب الاستطابة

الاستطابة والاستنجاء والاستجمار عبارات عن ازالة الخارج من السبيلين عن مخرجه فالاستطابة والاستنجاء يكونان تارة بالماء وتارة بالاحجار • والاستجمار يختص بالأحجار مأخوذا من الجمار وهى الحصى الصغار • وأما الاستطابة فسميت بذلك لأنها تطيب نفسه بازالة الخبث • قال الأزهرى : يقال استطاب يستطيب فهو مستطيب ، وأطاب يطيب فهو مطيب اذا فعل ذلك•

وأما الاستنجاء فقال الأزهرى : قال شمر : هو مأخوذ من نجوت الشجر وأنجيتها اذا قطعتها كأنه يقطع الأذى عنه ، وقال ابن قتيبة : هو مأخوذ من

(1) الآية ٧٩ من سورة الواقعة .

النجوة وهى ما يرتفع من الأرض وكان الرجل اذا أراد قضاء الحاجة تستر بنجوة قال الأزهرى : قول شمر أصح والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا أراد دخول الخلاء ومعه شيء عليه ذكر الله تعالى ، فالمستحب ان ينحيه ، لما روى أنس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم : « كان اذا دخل الخلاء وضع خاتمه » وانما وضعه لانه كان عليه محمد رسول الله) .

(الشرح) حديث أنس هذا مشهور ، رواه أبو داود وابن ماجه والبيهقى وغيرهم فى كتاب الطهارة ، والترمذى فى اللباس ، والنسائى فى الزينة وضعفه أبو داود والنسائى والبيهقى ، قال أبو داود : هو منكر ، وانما يعرف عن أنس « أن النبى صلى الله عليه وسلم اتخذ خاتما من ورق ثم ألقاه » وقال النسائى : هذا الحديث غير محفوظ وخالفهم الترمذى فقال : حديث حسن صحيح غريب .

وقوله : وانما وضعه ــ الى آخره ــ هو من كلام المصنف لا من الحديث ولكنه صحيح ، ففى الصحيحين « أن نقش خاتمه صلى الله عليه وسلم كان : محمد رسول الله » ويقال خاتم وخاتم بكسر التاء وفتحها وخاتام وخيتام أربع لغات ، والخلاء بالمد وهو الموضع الخالى ، وقوله كان اذا دخل الخلاء أى أراد الدخول .

(واما حكم المسالة) فاتفق أصحابنا على استحباب تنحية ما فيه ذكر الله تعالى عند ارادة دخول الخلاء ولا تجب التنحية ، وممن صرح بأنه مستحب المصنف وشيخه القاضى أبو الطيب فى تعليقه ، والمحاملى فى كتبه الثلاثة وابن الصباغ والشيخ نصر المقدسى فى كتبه الثلاثة الانتخاب والتهذيب والكافى وآخرون .

قال المتولى والرافعى وغيرهما لا فرق فى هذا بين أن يكون المكتوب عليه درهما ودينارا أو خاتما أو غير ذلك ، وكذا اذا كان معه عوذة ، وهى الحروز المعروفة ــ استحب أن ينحيه صرح به المتولى وآخرون وألحق الغزالى فى الاحياء والوسيط بذكر الله تعالى اسم رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وقال امام الحرمين لا يستصحب شيئا عليه اسم معظم ولم يتعرض الجمهور لغير ذكر الله تعالى ، وفى اختصاص هذا الأدب بالبنيان وجهان ، قال الشيخ أبو حامد فى تعليقه يختص ، وقطع الجمهور بأنه يشترك فيه البنيان والصحراء وهو ظاهر كلام المصنف وصرح به المحاملى وغيره • واذا كان معه خاتم ، فقد قلنا ينزعه قبل الدخول فلو لم ينزعه سهوا أو عمدا ودخل فقيل : يضم عليه كفه لئلا يظهر •

قال ابن المنذر : ان لم ينزعه جعل فصه مما يلى بطن كفه ، وحكى ابن المنذر عن جماعة من التابعين ابن المسيب والحسن وابن سيرين ، الترخيص فى استصحابه ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب أن يقول اذا دخل الخلاء باسم الله لقوله صلى الله عليه وسلم : « ستر ما بين عورات أمتى واعين الجن باسم الله ») •

(الشرح) هذا الحديث رواه الترمذى وغيره من رواية على رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ستر ما بين الجن وعورات بنى آدم اذا دخل الكنيف أن يقول باسم الله » قال الترمذى : اسناده ليس بالقوى • والستر بكسر السين الحجاب ، قال ابن السكيت يقال : ما دون ذلك الأمر ستر وما دونه حجاب ، وما دونه وجاح بمعنى واحد ، والوجاح بواو مفتوحة وجيم ثم ألف ثم حاء مهملة ، وقوله : باسم الله هكذا يكتب باسم بالألف ، وانما تحذف الألف من بسم الله الرحمن الرحيم لكثرة تكرارها ، كذا علله أهل الأدب والمصنفون فى الخط وفيه نظر ، وقوله : اذا دخل أى أراد الدخول وهذا الأدب متفق على استحبابه ويستوى فيه الصحراء والبنيان صرح به المحاملى والأصحاب والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب أن يقول « اللهم انى أعوذ بك من الخبث والخبائث » لما روى أنس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم كان اذا دخل الخلاء قال ذلك) •

(**الشرح**) حديث أنس هذا رواه البخارى ومسلم ، قال الخطابى : الخبث بضم الباء جماعة الخبيث والخبائث جمع الخبيثة يريد ذكور الشياطين واناثهم قال : وعامة المحدثين يقولون : خبث ، وهو غلط والصواب الضم ، وهذا الذى غلطهم الخطابى فيه ليس بغلط بل انكار تسكين البـاء وشبهه غلط ، فان التسكين فى هذا وشبهه جائز تخفيفا بلا خلاف عنـد أهل النحو والتصريف ، وهو باب معروف عندهم فمن ذلك كتب ورسل وعنق وأشباهها مما هو على ثلاثة أحرف مضموم الأول والثانى ، ولعل الخطـابى أراد أنه ليس ساكنا فى الأصل ، ولم يرد انكار الاسكان تخفيفـا ، ولكن عبـارته موهمة ، وقد صرح جماعة من أئمة هذا الفن باسكان الباء منهم أبو عبيـد القاسم بن سلام امام هذا الفن ، واختلف الذين رووه ساكن الباء فى معنـاه فقيل : الخبث الشر ؛ وقيل : الكفر ، وقيل : الشيطان . والخبائث : المعاصى .

قال ابن الأعرابى : الخبث فى كلام العرب المكروه ، فان كان من الكلام فهو الشتم ، وان كان من الملل فهو الكفر ؛ وان كان من الطعام فهو الحرام ، وان كان من الشراب فهو الضار .

وقوله : اذا دخل الخلاء أى اذا أراد دخوله وكذا جاء مصرحا به فى رواية للبخارى ، وهذا الذكر مجمع على استحبابه ، وسواء فيه البناء والصحراء ؛ وقول المصنف يقـول : باسم الله ويقـول : اللهم انى أعوذ بك من الخبث والخبائث ، فيه اشارة الى أنه يستحب أن يقدم التسمية وهكذا صرح به امام الحرمين والغزالى والرويانى والشيخ نصر وصاحبا العدة والبيان وآخرون ، وقد جاء فى رواية من حديث أنس هذا : « بسم الله اللهم انى أعوذ بك من الخبث والخبائث » ويخالف هذا التعوذ فى الصلاة والقراءة فانه يقـدم على البسملة لأن التعوذ هناك للقراءة ــ والبسملة من القرآن ــ فقـدم التعوذ عليها بخلاف هذا والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويقول : اذا خرج غفرانك الحمد لله الذى اذهب عنى الأذى وعافانى لما روى (١) أبو ذر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم كان اذا خرج من

(١) فى النسخة المطبوعة من المهذب (لما روى أبو داود رضى الله عنه) وهو خطأ فاحش (ط) .

الخلاء قال : « الحمد لله الذى اذهب عنى الاذى وعافانى » وروت عائشة رضى الله عنها قالت : ما خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم من الخلاء الا قال : « غفرانك ») .

(**الشرح**) حديث أبى ذر هـذا ضعيف رواه النسائى فى كتابه (عمل اليوم والليلة) من طرق بعضها مرفوع وبعضها موقوف على أبى ذر واسناده مضطرب غير قوى ورواه ابن ماجه عن أنس عن النبى صلى الله عليـه وسلم باسناد ضعيف .

قال الترمذى : لا يعرف فى هذا الباب الا حديث عائشـة ، وأما حديث عائشة فصحيح رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه ؛ ورواه النسائى فى اليوم والليلة ، قال الترمذى : حديث حسن ، ولفظ روايتهم كلهم قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا خرج من الغائط قال « غفرانك » وبين هذا اللفظ ولفظ المصنف تفاوت لا يخفى لكن المقصود يحصل ؛ جاء فى الذى يقال عقب الخروج أحاديث كثيرة ليس فيها شىء ثابت الا حديث عائشة المذكور وهـذا مراد الترمذى بقوله لا يعرف فى الباب الا حديث عائشة والله أعلم .

« وغفرانك » منصـوب بتقـدير أسألك غفرانك أو اغفر غفرانك ، والوجهان مقولان فى قول الله تعالى : (غفرانك ربنا) والأول أجود ، واختاره الخطابى وغيره ، قال الخطابى : وقيل فى سبب قول النبى صلى الله عليه وسلم هذا الذكر فى هذا الموطن قولان .

أحدهما : أنه استغفر من ترك ذكر الله تعالى حال لبثه على الخلاء ، وكان لا يهجر ذكر الله تعالى الا عند الحاجة .

والثانى : أنه استغفر خوفا من تقصيره فى شكر نعمة الله تعالى التى أنعمها عليه فأطعمه ثم هضمه ثم سهل خروجه ، فرأى شكره قاصرا عن بلوغ هـذه النعمة ؛ فتداركه بالاستغفار ، وقولها : (خرج من الغائط) أى الموضع الذى يتغوط فيه ، قال أهل اللغة : أصل الغائط المكان المطمئن كانوا يأتونه للحاجة، فكنوا به عن نفس الحـدث ، كراهة لاسمه ، ومن عادة العـرب التعفف فى ألفاظها ، واستعمال الكنايات فى كلامها وصون الألسن مما تصان الأبصـار

والأسماع عنه وهذا الذى ذكره المصنف متفق على استحبابه ويشترك فيه البناء والصحراء صرح به المحاملى وغيره والله أعلم .

وأبو ذر اسمه جندب بفتح الدال وضمها ابن جنادة بالضم ، وقيل فى اسمه أقوال أخر أسلم بمكة فى أول الأمر رابع أربعة وقيل خامس خمسة ومناقبه كثيرة مشهورة وزهده من المشهورات ، توفى بالربذة سنة اثنتين وثلاثين ، وقد بسطت أحواله فى تهذيب الأسماء رضى الله عنه ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب ان يقدم فى الدخول رجله اليسرى ، وفى الخروج اليمنى لان اليسار للأذى واليمنى لما سواه) .

(الشرح) اليسار بفتح الياء وكسرها لغتان الفتح أفصح عند الجمهور، وخالفهم ابن دريد ، وهذا الأدب متفق على استحبابه وهذه قاعدة معروفة ، وهى أن ما كان من التكريم بدىء فيه باليمنى وخلافه باليسار ، وقد قدمت هذه القاعدة بأمثلتها ودلائلها من الأحاديث الصحيحة فى باب صفة الوضوء فى فصل غسل اليد وفى اختصاص هذا الأدب بالبنيان وجهان .

أحدهما ــ وبه قطع امام الحرمين والغزالى ــ يختص ، وهو ظاهر كلام المصنف وكثيرين ، وأصحهما لا يختص . صرح به المحاملى فى كتبه وغيره ، ونقله الرافعى عن الأكثرين ، قال : فيقدم فى الصحراء رجله اليسرى اذا بلغ موضع جلوسه واذا فرغ قدم اليمنى فى انصرافه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان فى الصحراء ابعد لما روى المغيرة رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم « كان اذا ذهب الى الغائط أبعد » ويستتر عن العيون بشىء لما روى ابو هريرة ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من اتى الغائط فليستتر ، فان لم يجد الا ان يجمع كثيبا من رمل فليستتر به ») .

(الشرح) حديث المغيرة صحيح رواه أحمد بن حنبل والدارمى فى مسنديهما ، وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وغيرهم بأسانيد

صحيحة • قال الترمذى هو حديث حسن صحيح • وعن المغيرة أيضا قال : كنت مع النبى صلى الله عليه وسلم فى سفر فقال « يا مغيرة خذ الاداوة ، فأخذتها ، فانطلق رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى توارى عنى فقضى حاجته » رواه البخارى ومسلم •

وعن جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان اذا أراد البراز انطلق حتى لا يراه أحد » رواه أبو داود وابن ماجه باسناد فيه ضعف يسير ، وسكت عليه أبو داود ، فهو حسن عنده ، وأما حديث أبى هريرة فحسن ، رواه أحمد والدارمى وأبو داود وابن ماجه بأسانيد حسنة • وعن عبد الله بن جعفر رضى الله عنهما قال « كان أحب ما استتر به النبى صلى الله عليه وسلم هدف أو حائش نخل » رواه مسلم ، والحائش بالحاء المهملة والشين المعجمة ، وهو الحائط ، والكثيب بالثاء المثلثة ، قطعة من الرمل مستطيلة محدودبة تشبه الربوة ، وهذان الأدبان متفق على استحبابهما ، وجاء فيهما أحاديث كثيرة جمعتها فى جامع السنة ، قال الرافعى وغيره : ويحصل هذا التستر بأن يكون فى بناء مسقف أو محوط يمكن سقفه ، أو يجلس قريبا من جدار وشبهه ، وليكن الساتر قريبا من آخرة الرحل ، وليكن بينه وبينه ثلاث أذرع فأقل ، ولو أناخ راحلته وتستر بها ، أو جلس فى وهدة أو نهر أو أرخى ذيله حصل هذا الغرض والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يستقبل القبلة ولا يستدبرها لما روى ابو هريرة رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا ذهب احدكم الى الغائط فلا يستقبل القبلة ولا يستدبرها لغائط ولا بول » ويجوز ذلك فى البنيان لماروت عائشة رضى الله عنها ان ناسا كانوا يكرهون استقبال القبلة بفروجهم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أو قد فعلوها حولوا بمقعدتى الى القبلة » ولأن فى الصحراء خلقا من الملائكة والجن يصلون فيستقبلهم بفرجه ، وليس ذلك فى البنيان) •

(**الشرح**) حديث أبى هريرة صحيح رواه الشافعى فى مسنده ، وفى الأم باسناده الصحيح بهذا اللفظ المذكور فى الكتاب ، ورواه مسلم فى صحيحه دون قوله : لغائط ولا بول ، ورواه البخارى ومسلم من رواية أبى أيوب ،

ووقع فى المهذب لغائط باللام • وقد روى هذا الحديث لغائط وبغائط ، باللام وبالباء ، وكلاهما صحيح • وأما حديث عائشة فرواه أحمد بن حنبل وابن ماجه واسناده حسن ، لكن أشار البخارى فى تاريخه فى ترجمة خالد بن أبى الصلت الى أن فيه علة • وقوله صلى الله عليه وسلم « أو قد فعلوها » هو بفتح الواو ، وهى واو العطف ، وهو استفهام توبيخ وتقريع •

قال الواحدى فى تفسير قول الله تعالى (أو لو كان آباؤهم لا يعقلون شيئا ولا يهتدون [1]) انما جعل الاستفهام للتوبيخ لأنه يقتضى الاقرار ، بما الاقرار به فضيحة كما يقتضى الاستفهام الاخبار عن المستفهم عنه ، والمقعدة بفتح الميم ، وهى موضع القعود لقضاء حاجة الانسان •

(اما حكم المسألة) فمذهبنا أنه يحرم استقبال القبلة واستدبارها ببول أو غائط فى الصحراء ، ولا يحرم ذلك فى البنيان ، ودليله ما ذكره المصنف مع ما سأذكره فى فروع مذاهب العلماء ان شاء الله تعالى •

قال أصحابنا الخراسانيون وجماعة من العراقيين منهم صاحب الشامل : انما يجوز الاستقبال والاستدبار فى البنيان بشرط أن يكون بينه وبين الجدار ونحوه ثلاث أذرع فما دونها ، ويكون الجدار ونحوه مرتفعا قدر مؤخرة الرحل ، فان زاد ما بينهما على ثلاث أذرع أو قصر الحائل عن مؤخرة الرحل فهو حرام ، الا اذا كان فى بيت بنى لذلك فلا حرج فيه • قالوا : ولو كان فى الصحراء وتستر بشىء على ما ذكرناه من الشرطين زال التحريم ، فالاعتبار بالساتر وعدمه • فحيث وجد الساتر بالشرطين حل فى البناء والصحراء وحيث فقد أحد الشرطين حرم فى الصحراء والبناء • وذكر الماوردى والرويانى وجهين ، (أحدهما) هذا (والثانى) يحل فى البناء مطلقا بلا شرط ويحرم فى الصحراء مطلقا ، وان قرب من الساتر • والصحيح الأول •

قال أصحابنا : ولا فرق فى الساتر بين الجدار والدابة والوهدة وكثيب الرمل ونحو ذلك • ولو أرخى ذيله فى قبالة القبلة فهل يحصل به الستر ؟ فيه

---

(١) الآية ١٧٠ من سورة البقرة وقد وردت فى الاصل هكذا (أو لو كانوا لا يعقلون .. الخ) ط•

وجهان ، حكاهما امام الحرمين وغيره (أحدهما) لا يحصل لأنه لا يعد ساترا (وأصحهما) يحصل لأن المقصود أن لا يستقبل ولا يستدبر بسوءته ، وهذا المقصود يحصل بالذيل ، وبهذا الثانى قطع الفورانى وآخرون وصححه الامام والغزالى فى البسيط وحيث جوزنا الاستقبال ــ قال المتولى : يكره ، وقال امام الحرمين : اذا كان فى بيت يعد مثله ساترا لم يحرم الاستقبال والاستدبار، لكن الأدب أن يتوقاهما ويهيىء مجلسه ماثلا عنهما ولم يتعرض الجمهور للكراهة التى ذكرها المتولى ، والمختار أنه لاكراهة ، للأحاديث التى سنذكرها ان شاء الله تعالى ، لكن الأدب والأفضل الميل عن القبلة اذا أمكن بلا مشقة ، والله أعلم .

(فرع) اذا تجنب استقبال القبلة واستدبارها حال خروج البول والغائط ، ثم أراد استقبالها حال الاستنجاء ، فمقتضى مذهبنا واطلاق أصحابنا جوازه ، لأن النهى ورد فى استقبالها واستدبارها ببول أو غائط ، وهذا لم يفعله . ونقل الرويانى فى الحلية جوازه عن أبى حنيفة قال : وهو صحيح يحتمله مذهبنا ، ولا كراهة أيضا فى اخراج الريح الى القبلة لما ذكرناه والله أعلم .

(فرع) قال العبدرى من أصحابنا فى كتابه الكفاية . يجوز عندنا الجماع مستقبل القبلة ومستدبرها فى البناء والصحراء ، قال : وبه قال أبو حنيفة وأحمد وداود ، واختلف فيه أصحاب مالك، فجوزه ابن القاسم وكرهه ابن حبيب ، ونقل غير العبدرى من أصحابنا أيضا أنه لا كراهة فيه عندنا ، لأن الشرع ورد فى البول والغائط ، والله أعلم .

(فرع) قال أصحابنا : لا يحرم استقبال بيت المقدس ببول ولا غائط ، ولا استدباره لا فى البناء ولا فى الصحراء . قال المتولى وغيره ولكنه يكره . ونقل الرويانى عن الأصحاب أيضا أنه يكره لكونه كان قبلة .

وأما حديث معقل بن أبى معقل الأسدى رضى الله عنه قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يستقبل القبلتين ببول أو غائط » رواه أحمد بن حنبل وأبو داود وابن ماجه وغيرهم واسناده جيد ، ولم يضعفه أبو داود ،

فأجاب عنه أصحابنا بجوابين لمتقدمى أصحابنا ، (أحدهما) أنه نهى عن استقبال بيت المقدس حيث كان قبلة ، ثم نهى عن الكعبة حين صارت قبلة فجمعهما الراوى • قال صاحب الحاوى : هذا تأويل أبى اسحاق المروزى وأبى على بن أبى هريرة (والثانى) المراد بالنهى أهل المدينة لأن من استقبل بيت المقدس وهو فى المدينة استدبر الكعبة ، وان استدبره استقبلها ، والمراد بالنهى عن استقبالهما النهى عن استقبال الكعبة واستدبارها • قال صاحب الحاوى : هذا تأويل عن بعض المتقدمين ، فهذان تأويلان مشهوران للأصحاب ، ولكن فى كل واحد منهما ضعف ، والظاهر المختار أن النهى وقع فى وقت واحد ، وأنه عام لكلتيهما فى كل مكان ، ولكنه فى الكعبة نهى تحريم فى بعض الأحوال على ما سبق ، وفى بيت المقدس نهى تنزيه ولا يمتنع جمعهما فى النهى وان اختلف معناه ، وسبب النهى عن بيت المقدس كونه كان قبلة فبقيت له حرمة الكعبة • وقد اختار الخطابى هذا التأويل •

فان قيل : لم حملتموه فى بيت المقدس على التنزيه ؟ قلنا : للاجماع فلا نعلم من يعتد به حرمه • والله أعلم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى استقبال القبلة واستدبارها ببول أو غائط • هى أربعة مذاهب :

(أحدها) مذهب الشافعى أن ذلك حرام فى الصحراء جائز فى البنيان على ما سبق ، وهذا قول العباس بن عبد المطلب وعبد الله بن عمر والشعبى ومالك واسحاق ورواية عن أحمد •

(والمذهب الثانى) يحرم ذلك فى الصحراء والبناء وهو قول أبى أيوب الأنصارى الصحابى ومجاهد والنخعى والثورى وأبى ثور ورواية عن أحمد•

(والثالث) يجوز ذلك فى البناء والصحراء وهو قول عروة بن الزبير وربيعة وداود الظاهرى •

(والرابع) يحرم الاستقبال فى الصحراء والبناء ، ويحل الاستدبار فيهما وهو رواية عن أبى حنيفة وأحمد •

واحتج لمن حرم مطلقا بحديث أبى أيوب رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اذا أتيتم الغائط فلا تستقبلوا القبلة ولا تستدبروها ببول ولا غائط ولكن شرقوا أو غربوا » قال أبو أيوب : « فقدمنا الشام فوجدنا مراحيض قد بنيت قبل القبلة فننحرف ونستغفر الله » رواه البخارى ومسلم.

وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اذا جلس أحدكم على حاجة فلا يستقبلن القبلة ولا يستدبرها » رواه مسلم .

وعن سلمان رضى الله عنه قال « نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نستقبل القبلة لغائط أو بول » رواه مسلم ، قالوا ولأنه انما منع لحرمة القبلة وهذا موجود فى البناء كالصحراء ولأنه لو كفى الحائل لجاز فى الصحراء ، فان بيننا وبين الكعبة أودية وجبالا وأبنية .

واحتج أصحابنا عليهم بحديث عائشة المذكور فى الكتاب وبحديث ابن عمر رضى الله عنهما قال « رقيت على ظهر بيت فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم قاعدا على لبنتين مستقبلا بيت المقدس مستدبرا الكعبة » رواه البخارى ومسلم .

وعن جابر رضى الله عنه قال « نهى نبى الله صلى الله عليه وسلم أن نستقبل القبلة ببول فرأيته قبل أن يقبض بعام يستقبلها » حديث حسن ، رواه أحمد وأبو داود والترمذى ، وهذا لفظهما ، قال الترمذى : حديث حسن .

وعن مروان الأصفر قال « رأيت ابن عمر أناخ راحلته مستقبل القبلة ، ثم جلس يبول اليها فقلنا يا أبا عبد الرحمن أليس قد نهى عن هذا ؟ قال بلى انما نهى عن ذلك فى الفضاء ، فاذا كان بينك وبين القبلة شىء يسترك فلا بأس » رواه أبو داود والدارقطنى والحاكم أبو عبد الله فى المستدرك على الصحيحين وقال : هو صحيح على شرط البخارى ، ولأنه تلحقه المشقة فى اجتناب القبلة فى البناء دون الصحراء ، فان قالوا : خصوا الجواز بمن لحقه مشقة ، قلنا : الرخصة ترد لسبب ، ثم تعم كالقصر ، ولأن الأحاديث تعارضت فى المنع والجواز فوجب الجمع بينهما ويحصل الجمع بينهما بما قلناه فانها جاءت على فقه ولا تكاد تحصل بغيره .

وأما الجواب عن الأحاديث التى احتجوا بها ، فهو أنها محمولة على من كان بالصحراء للجمع بين الأحاديث ، وأما قول أبى أيوب رضى الله عنه فنحرف ونستغفر الله تعالى فجوابه من وجهين :

أحدهما : أنه شك فى عموم النهى فاحتاط بالاستغفار .

والثانى : أن هذا مذهبه ، ولم ينقله عن النبى صلى الله عليه وسلم صريحا ، وقد خالفه غيره من الصحابة ، كما سبق ، وأما قولهم المنع لحرمة القبلة وما بعده فجوابه أن الشرع ورد بالفرق على ما قدمناه فلا يلتفت الى قياس ومعنى يخالفه .

ومع هذا فالفرق ظاهر فان المشقة تلحق فى البناء دون الصحراء .

واحتج من أباح مطلقا بحديثى جابر وعائشة قالوا : وهما ناسخان للنهى قالوا : ولأن الأحاديث تعارضت فرجعنا الى الأصل .

واحتج أصحابنا بأن الأحاديث السابقة صحيحة فلا يجوز الغاؤها بل يجب الجمع بينها فجمعنا بينها واستعملناها ولم نعطل شيئا منها .

وأما قولهم : ناسخان فخطأ لأن النسخ لا يصار اليه الا اذا تعذر الجمع ولم يتعذر هنا وأما من جوز الاستدبار ــ دون الاستقبال ــ فمحجوج بالأحاديث الصحيحة المصرحة بالنهى عنهما جميعا والله أعلم .

(فرع) قول المصنف : ولأن فى الصحراء خلقا من الملائكة والجن يصلون ، هكذا قاله أصحابنا واعتمدوه ، ورواه البيهقى باسناد ضعيف عن الشعبى التابعى من قوله وهو تعليل ضعيف فانه لو قعد قريبا من حائط واستقبله ووراءه فضاء واسع جاز بلا شك صرح به امام الحرمين والبغوى وغيرهما ويدل عليه ما قدمناه عن ابن عمر أنه أناخ راحلته وبال اليها فهذا يبطل هذا التعليل فانه لو كان صحيحا لم يجز فى هذه الصورة ، فانه مستدبر الفضاء الذى فيه المصلون ، ولكن التعليل الصحيح أن جهة القبلة معظمة ، فوجب صيانتها فى الصحراء ، ورخص فيها فى البناء للمشقة ، وهذا التعليل اعتمده القاضى حسين والبغوى والرويانى وغيرهم ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يرفع ثوبه حتى يدنو من الأرض ، لما روى ابن عمر رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم ((كان لا يرفع ثوبه حتى يدنو من الأرض))) .

(الشرح) حديث ابن عمر ضعيف رواه أبو داود والترمذى وضعفاه .

وهـذا الأدب مستحب بالاتفاق وليس بواجب كذا صرح به الشـيخ أبو حامد وابن الصباغ والمتولى وغيرهم ، ومعناه اذا أراد الجلوس للحاجة لا يرفع ثوبه عن عورته ـ فى حال قيامه ـ بل يصبر حتى يدنو من الأرض . ويستحب أيضا أن يسبل ثوبه اذا فرغ قبل انتصابه ، صرح به الماوردى فى الاقنـاع وهذا كله اذا لم يخف تنجس ثوبه ، فان خافه رفع قدر حاجتـه والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويرتاد موضعا للبول فان كانت الأرض الأصلية دقها بعود او حجر حتى لا يترشش عليه البول لما روى ابو موسى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليـه وسلم قال : اذا أراد احدكم ان يبول فليرتد لبوله) .

(الشرح) حديث أبى موسى ضعيف رواه أحمد وأبو داود عن رجل عن أبى موسى ، وقوله فليرتد أى يطلب موضعا لينا ، وأبو موسى هو عبد الله ابن قيس الأشعرى منسوب الى الأشعر جد القبيلة ، توفى أبو موسى بمكة ، وقيل بالكوفة سنة خمسين وقيل احدى وخمسين وقيل أربع وأربعين وهو ابن ثلاث وستين ومناقبه مشهورة ، وقد ذكرتها فى التهذيب .

وهذا الأدب متفق على استحبابه ، قال أصحابنا : يطلب أرضا لينة ترابا أو رملا فان لم يجد الا أرضا صلبة دقها بحجر ونحوه لئلا يترشش عليـه والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويكره ان يبول قائما من غير عذر ، لما روى عن عمر رضى الله عنه ، انه قال ((ما بلت قائما منذ اسلمت)) ولانه لا يامن ان يترشش عليه ولا يكره ذلك

لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم « أتى سباطة قوم فبال قائما لعلة بمأبضيه ») .

(**الشرح**) أما الأثر المذكور عن عمر رضى الله عنه ، فذكره الترمذى فى كتابه تعليقا لا مسندا ، وروى ابن ماجه والبيهقى عن عمر أنه قال : « أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا أبول قائما فقال : يا عمر لا تبل قائما ، فما بلت بعد قائما » لكن اسناده ضعيف .

وروى عن جابر قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبول الرجل قائما » رواه ابن ماجه والبيهقى وضعفه البيهقى وغيره ويغنى عن هذا حديث عائشة رضى الله عنها قالت « من حدثكم ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يبول قائما فلا تصدقوه ، ما كان يبول الا قاعدا » رواه أحمد والترمذى والنسائى وابن ماجه والبيهقى وغيرهم واسناده جيد وهو حديث حسن .

وأما الحديث الآخر أن النبى صلى الله عليه وسلم « أتى سباطة قوم فبال قائما » فصحيح رواه البخارى ومسلم من رواية حذيفة بن اليمان رضى الله عنهما والذى فى الصحيحين « أتى سباطة قوم فبال قائما » وأما قوله : لعلة بمأبضيه فرواه البيهقى من رواية أبى هريرة لكن قال : لا تثبت هذه الزيادة ، وذكر الخطابى ثم البيهقى فى سبب بوله صلى الله عليه وسلم قائما أوجها .

(أحدها) قالا وهو المروى عن الشافعى رحمه الله : أن العرب كانت تستشفى بالبول قائما لوجع الصلب فنرى أنه كان به صلى الله عليه وسلم اذ ذاك وجع الصلب قال القاضى حسين فى تعليقه . وصار هذا عادة لأهل هراة يبولون قياما فى كل سنة مرة احياء لتلك السنة .

(والثانى) أنه لعله بمأبضيه .

(والثالث) أنه لم يجد مكانا يصلح للقعود ، فاحتاج الى القيام اذا كان الطرف الذى يليه عاليا مرتفعا ويجوز وجه رابع أنه لبيان الجواز .

وأما السباطة فبضم السين وهى ملقى التراب والكناسة ونحوها ، تكون بفناء الدور مرفقا للقوم ، قال الخطابى : ويكون ذلك فى الغالب سهلا لينا

منثالا يخد فيه البول ، ولا يرجع على البائل ، وأما المئبض ، فبهمزة ساكنة بعد الميم ثم باء موحدة مكسورة ثم ضاد معجمة ، ويجوز تخفيف الهمزة بقلبها ألفا كما فى رأس وأشباهه ، والمئبض باطن الركبة من الآدمى وغيره ، وجمعه مآبض بالمد ، كمسجد ومساجد ، وأما بوله صلى الله عليه وسلم فى سباطة القوم ، فيحتمل أوجها • (أظهرها) أنه علم أن أهلها يرضون ذلك ولا يكرهونه ، ومن كان هذا حاله جاز البول فى أرضه •

(الثانى) أنها لم تكن مختصة بهم بل كانت بفناء دورهم للناس كلهم فأضيفت اليهم لقربها منهم •

(الثالث) أنهم أذنوا لمن أراد قضاء الحاجة فيها بصريح الاذن أو بمعناه ، والله أعلم •

(اما حكم المسالة) فقال أصحابنا : يكره البول قائما بلا عذر كراهة تنزيه ولا يكره للعذر وهذا مذهبنا ، وقال ابن المنذر : اختلفوا فى البول قائما فثبت عن عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت وابن عمر وسهل بن سعد أنهم بالوا قياما ، وروى ذلك عن على وأنس وأبى هريرة ، وفعله ابن سيرين وعروة ، وكرهه ابن مسعود والشعبى وابراهيم بن سعد وكان ابراهيم بن سعد لا يقبل شهادة من بال قائما • قال وقال مالك : ان كان فى مكان يتطاير اليه من البول شىء فمكروه ، وان كان لا يتطاير فلا كراهة ؛ قال ابن المنذر : البول جالسا أحب الى وقائما مباح وكل ذلك ثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويكره ان يبول فى ثقب أو سرب لما روى عبد الله بن سرجس رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن البول فى جحر » ولأنه ربما خرج عليه ما يلسعه أو يرد عليه البول) •

(الشرح) حديث ابن سرجس صحيح رواه أحمد وأبو داود والنسائى وغيرهم بالأسانيد الصحيحة وفى رواياتهم زيادة ، قالوا لقتادة الراوى عن ابن سرجس : ما تكره من البول فى جحر ؟ فقال كان يقال انها مساكن الجن ،

والثقب بفتح الثاء وضمها لغتان تقدمتا فى باب صفة الوضوء فى فصل غسل اليد ، والفتح أفصح وأشهر ، والسرب بفتح السين والراء .

فالثقب ما استدار وهو الجحر المذكور فى الحديث والسرب ما كان مستطيلا وعبد الله بن سرجس وهو بصرى ، وأبوه سرجس بفتح السين المهملة وكسر الجيم وآخره سين أخرى ، لا ينصرف .

وهذا الذى قاله المصنف من الكراهة متفق عليه ، وهى كراهة تنزيه والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويكره أن يبول فى الطريق والظل والموارد ، لما روى معاذ رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال « اتقوا اللاعن الثلاثة : البراز فى الموارد ، وقارعة الطريق ، والظل ») .

(الشرح) هذا الحديث رواه أبو داود وابن ماجه والبيهقى باسناد جيد ، وفى صحيح مسلم عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اتقوا اللعانين ، قالوا وما اللعانان يا رسول الله ؟ قال الذى يتخلى فى طريق الناس أو فى ظلهم » وعن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم « من سل سخيمته على طريق عامر من طرق المسلمين فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين » رواه البيهقى ، السخيمة بفتح السين المهملة وكسر الخاء المعجمة هى الغائط ، والملاعن مواضع اللعن جمع ملعنة ، كمقبرة ومجزرة موضع القبر والجزر . وأما اللعانان فى رواية مسلم فهما صاحبا اللعن أى الذى يلعنهما الناس كثيرا .

وفى رواية أبى داود اللاعنان ، ومعناه الأمران الجالبان للعن ، لأن من فعلهما لعنه الناس فى العادة ، فلما صارا سببا للعن أضيف الفعل اليهما .

قال الخطابى : وقد يكون اللاعن بمعنى الملعون ، فالتقدير اتقوا الملعون فاعلهما وأما الموارد فقال الخطابى وغيره هى طرق الماء واحدها مورد ، قالوا : والمراد بالظل مستظل الناس الذى اتخذوه مقيلا ومناخا ينزلونه أو يقعدون

تحته ، قالوا وليس كل ظل يمنع قضاء الحاجة تحته ، فقد قعد النبى صلى الله عليه وسلم لحاجته تحت حائش النخل • ثبت ذلك فى صحيح مسلم ، وللحائش ظل بلا شك •

وأما البراز ، فقال الخطابى : هو هنا بفتح الباء وهو الفضاء الواسع من الأرض كنوا به عن قضاء الحاجة كما كنوا عنه بالخلاء ، ويقال تبرز الرجل اذا تغوط كما يقال تخلى ، قال : وأهل الحديث يروونه البراز بكسر الباء وهو غلط • هذا كلام الخطابى • وقال غيره : الصواب البراز بكسر الباء وهو الغائط نفسه ، كذا ذكره أهل اللغة فاذا كان البراز بالكسر فى اللغة هو الغائط ، وقد اعترف الخطابى بأن الرواة نقلوه بالكسر تعين المصير اليه ، فحصل أن المختار كسر الباء ، وقد بسطت الكلام فى هذه اللفظة فى تهذيب الأسماء واللغات •

وأما قارعة الطريق فأعلاه ، قاله الأزهرى والجوهرى وغيرهما ، وقيل صدره وقيل ما برز منه ، والطريق يذكر ويؤنث لغتان مشهورتان تقدم بيانهما • وأما معاذ الراوى فهو أبو عبد الرحمن معاذ بن جبل بن عمرو الأنصارى المدنى من كبار الصحابة وفقهائهم ؛ ومن أعلمهم بالأحكام شهد بدرا وسائر المشاهد ، وأسلم وله ثمان عشرة سنة ، توفى سنة ثمان عشرة شهيدا فى طاعون عمواس بفتح العين والميم وهى قرية بالأردن من الشام وقبره بغور بيسان ، ومناقبه كثيرة مشهورة ، رضى الله عنه •

وهذا الأدب وهو اتقاء الملاعن الثلاث ، متفق عليه ، وظاهر كلام المصنف والأصحاب أن فعل هذه الملاعن أو بعضها مكروه كراهة تنزيه لا تحريم ، وينبغى أن يكون محرما لهذه الأحاديث ، ولما فيه من ايذاء المسلمين ، وفى كلام الخطابى وغيره اشارة الى تحريمه والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويكره ان يبول فى مساقط الثمار لأنه يقع عليه فينجس) •

(الشرح) هذا الذى ذكره متفق عليه ، ولا فرق بين الشجر المباح والذى يملكه ولا بين وقت الثمر وغير وقته لأن الموضع يصير نجسا ، فمتى

وقع الثمر تنجس وسواء البول والغائط ، وانما اقتصر المصنف على البول اختصارا وتنبيها للأدنى على الأعلى وانما لم يقولوا بتحريم ذلك ، لأن تنجس الثمار به غير متيقن .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويكره ان يتكلم لما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال ((لا يخرج الرجلان يضربان الغائط كاشفين عن عورتهما يتحدثان ، فان الله تبارك وتعالى يمقت على ذلك))) .

(الشرح) هذا الحديث حسن رواه أحمد وأبو داود وغيرهما باسناد حسن ، ورواه الحاكم فى المستدرك وقال : هو حديث صحيح ، وفى رواية للحاكم قال أبو سعيد : قال النبى صلى الله عليه وسلم « فى المتغوطين أن يتحدثا فان الله يمقت على ذلك » ومعنى يضربان الغائط يأتيانه . قال أهل اللغة : يقال ضربت الأرض اذا أتيت الخلاء ، وضربت فى الأرض اذا سافرت . وقوله صلى الله عليه وسلم كاشفين ، كذا ضبطناه فى كتب الحديث وفى المهذب وهو منصوب على الحال ، ووقع فى كثير من نسخ المهذب كاشفان بالألف وهو صحيح أيضا ، خبر مبتدأ محذوف أى وهما كاشفان والأول أصوب والمقت البغض ؛ وقيل : أشد البغض ، وقيل : تعيب فاعل ذلك .

وأبو سعيد الخدرى سعد بن مالك ، تقدم بيانه فى آخر صفة الوضوء ، وهذا الذى ذكره المصنف من كراهة الكلام على قضاء الحاجة متفق عليه . قال أصحابنا : ويستوى فى الكراهة جميع أنواع الكلام ، ويستثنى مواضع الضرورة بأن رأى ضريرا يقع فى بئر ، أو رأى حية أو غيرها تقصد انسانا أو غيره من المحترمات فلا كراهة فى الكلام فى هذه المواضع بل يجب فى أكثرها ، فان قيل : لا دلالة فى الحديث المذكور لما ادعاه المصنف لأن الذم لمن جمع كل الأوصاف المذكورة فى الحديث . قلنا ما كان بعض موجبات المقت لاشك فى كراهته ، ويؤيده الرواية التى قدمناها عن الحاكم والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويكره ان يرد السلام أو يحمد الله تعالى اذا عطس ، او يقول مثل ما يقول المؤذن . لأن النبى صلى الله عليه وسلم سلم عليه رجل فلم يرد عليه حتى توضأ ثم قال : كرهت أن أذكر الله تعالى الا على طهر))) .

(الشرح) هذا الحديث صحيح لكن المصنف لم يذكره على وجهه ففوت المقصود منه ، وموضع الدلالة • روى المهاجر بن قنفذ رضى الله عنه قال « أتيت النبى صلى الله عليه وسلم وهو يبول فسلمت عليه فلم يرد على حتى توضأ ثم اعتذر الى فقال : انى كرهت أن أذكر الله تعالى الا على طهر • أو قال : على طهارة » • رواه أحمد وأبو داود والنسائى وابن ماجه وغيرهم بأسانيد صحيحة • وفى رواية البيهقى « فسلمت عليه وهو يتوضأ فلم يرد على » وهذه الرواية قريبة مما ذكره المصنف • وقوله صلى الله عليه وسلم « كرهت أن أذكر الله الا على طهر » هذه الكراهة بمعنى ترك الأولى لا كراهة تنزيه • واحتج غير المصنف بحديث ابن عمر رضى الله عنهما قال « مر رجل بالنبى صلى الله عليه وسلم وهو يبول فسلم عليه فلم يرد عليه » رواه مسلم وعن جابر : « أن رجلا مر على النبى صلى الله عليه وسلم وهو يبول فسلم عليه • فقال له النبى صلى الله عليه وسلم اذا رأيتنى على مثل هذه الحالة فلا تسلم على فانك ان فعلت ذلك لم أرد عليك » رواه ابن ماجه • وهذا الذى ذكره المصنف من كراهة رد السلام وما بعده متفق عليه عندنا وكذا التسبيح وسائر الأذكار •

قال البغوى فى شرح السنة : فان عطس على الخلاء حمد الله تعالى فى نفسه ، قاله الحسن والشعبى والنخعى وابن المبارك • قال البغوى : يحمد الله تعالى فى نفسه هنا وفى حال الجماع • ثم هذه الكراهة التى ذكرها المصنف والأصحاب كراهة تنزيه لا تحريم بالاتفاق • وحكى ابن المنذر الكراهة عن ابن عباس وعطاء ومعبد الجهنى وعكرمة • وعن النخعى وابن سيرين قالا : لا بأس به قال ابن المنذر : وترك الذكر أحب الى ولا أؤثم من ذكر • والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والمستحب ان يتكىء على رجله اليسرى لما روى سراقة بن مالك رضى الله عنه قال : « علمنا رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اتينا الخلاء أن نتوكأ على اليسرى » ولأنه اسهل فى قضاء الحاجة) •

(الشرح) هذا الحديث ضعيف رواه البيهقى عن رجل عن أبيه عن

سراقة قال « علمنا رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا دخل أحدنا الخلاء أن يعتمد اليسرى وينصب اليمنى » وسراقة هو أبو سفيان سراقة بن مالك بن جعشم بضم الجيم ، واسكان العين المهملة وضم الشين المعجمة وفتحها المدلجي توفى سنة أربع وعشرين رضى الله عنه ، وقوله يتكىء ويتوكأ بهمز آخرهما وهذا الأدب مستحب عند أصحابنا ، واحتجوا فيه بما ذكره المصنف، وقد بينا أن الحديث لا يحتج به فيبقى المعنى ويستأنس بالحديث والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يطيل القعود لأنه روى عن لقمان عليه السلام انه قال : طول القعود على الحاجة تتجع منه الكبد ، وياخذ منه الباسور ، فاقعد هوينا واخرج) .

(الشرح) هذا الأدب مستحب بالاتفاق ولقمان هو الحكيم الذى قال الله تعالى فيه (ولقد آتينا لقمان الحكمة [1]) قال أبو اسحاق الثعلبى المفسر : اتفق العلماء على أنه كان رجلا صالحا حكيما ولم يكن نبيا ، الا عكرمة فانفرد وقال : كان نبيا وقوله تتجع أوله تاء مثناة فوق . ويجوز بالمثناة تحت والجيم مفتوحة ــ يقال تجعت تتجع كمرضت تمرض والكبد ــ بفتح الكاف وكسر الباء ، ويجوز تسكين الباء مع فتح الكاف وكسرها ، كما سبق فى نظائره والباسور ضبطناه فى المهذب بالباء والسين ، وفيها ثلاث لغات ذكرهن الجوهرى وغيره باسور بالباء والسين وناسور بالنون وناصور بالنون والصاد . وهى علة فى مقعدة الانسان ، وقوله : هوينا هو مقصور غير منون تصغير هونى كحبلى تأنيث الأهون ، والمشهور فيه الهونا كالدنيا ، وقد قيل هونا كما قد قيل دنيا [2] والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واذا بال تنحنح حتى يخرج ان كان هناك شىء ، ويمسح ذكره مع مجامع العروق ثم ينثره) .

---

(١) الآية ١٢ من سورة لقمان .

(٢) قلت : خبر لقمان لا أصل له ، والعمل به على سبيل الادب كما يقول الامام النووى لا على سبيل الطب فانه لا علاقة بين الكبد والقعود لقضاء الحاجة كما لا علاقة لذلك بالباسور والله اعلم .

(**الشرح**) قوله ينتره ـ بفتح أوله وضم ثالثه ـ والنتر جذب بجفاء كذا قاله أهل اللغة واستنتر اذا جذب بقية بوله عند الاستنجاء ، قال الشافعي رحمه الله فى الأم • يستبرىء البائل من البول لئلا يقطر عليه قال « وأحب الى أن يقيم ساعة قبل الوضوء وينتر ذكره » هذا لفظ نصه ، وكذا قال جماعات يستحب أن يصبر ساعة يعنون لحظة لطيفة •

وقال الماوردى والرويانى وغيرهما : يستحب أن ينتر ثلاثا مع التنحنح ، وقال جماعة منهم الرويانى : ويمشي بعده خطوة أو خطوات •

وقال امام الحرمين ويهتم بالاستبراء فيمكث بعد انقطاع البول ويتنحنح قال وكل أعرف بطبعه قال والنتر ما ورد به الخبر وهو أن يمر اصبعا ليخرج بقية ان كانت ، والمختار : أن هذا يختلف باختلاف الناس ، والمقصود أن يظن أنه لم يبق فى مجرى البول شيء يخاف خروجه ، فمن الناس من يحصل له هذا المقصود بأدنى عصر ومنهم من يحتاج الى تكراره ومنهم من يحتاج الى تنحنح ومنهم من يحتاج الى مشى خطوات ، ومنهم من يحتاج الى صبر لحظة ومنهم من لا يحتاج الى شيء من هذا وينبغى لكل أحد أن لا ينتهى الى حد الوسوسة •

قال أصحابنا : وهذا الأدب وهو النتر والتنحنح ونحوهما مستحب ، فلو تركه فلم ينتر ولم يعصر الذكر واستنجى عقيب انقطاع البول ثم توضأ فاستنجاؤه صحيح ووضوءه كامل لأن الأصل عدم خروج شيء آخر قالوا : والاستنجاء يقطع البول فلا يبطل استنجاؤه ووضوؤه الا أن يتيقن خروج شيء •

واحتج جماعة فى هذا الأدب بما روى يزداد ، وقيل ازداد بن فساءة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا بال أحدكم فلينتر ذكره ثلاث مرات» رواه أحمد وأبو داود فى المراسيل وابن ماجه والبيهقى واتفقوا على أنه ضعيف •

وقال الأكثرون : هو مرسل ، ولا صحبة ليزداد ، وممن نص على أنه لا صحبة له البخارى فى تاريخه وأبو حاتم الرازى وابنه عبد الرحمن وأبو

داود وأبو أحمد بن عدى الحافظ وغيره ، وقال يحيى بن معين وغيره لا نعرف يزداد فالتعويل على المعنى الذى ذكره الأصحاب ، ويزداد بزاى ثم دال مهملة ثم ألف ثم ذال معجمة ، وفساءة بالفاء والسين المهملة المخففة وبالمد .

(**فـرع**) قال أصحابنا : يكره حشو الذكر بقطنة ونحوها ، وصرح به المتولى والرويانى والرافعى ونقله الرويانى عن الأصحاب والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والمستحب ان لا يستنجى بالمـاء فى موضع قضاء الحاجة لمـا روى عن عبد الله بن مغفل رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يبولن أحدكم فى مستحمه ثم يتوضأ فيه ، فان عامة الوسواس منه ») .

(**الشرح**) هـذا الحديث حسن رواه أحمـد وأبو داود والترمذى والنسائى وغيرهم باسناد حسن ، وروى حميد بن عبد الرحمن الحميرى عن رجل صحب النبى صلى الله عليه وسلم كما صحبه أبو هريرة رضى الله عنه قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يمتشط أحدنا كل يوم أو يبول فى مغتسله » رواه أحمد وأبو داود والنسائى والبيهقى واسناده صحيح .

قال الخطابى : المستحم المغتسل سمى مستحما مشتقا من الحميم وهو الماء الحار الذى يغتسل به . وعبد الله بن مغفل ، بغين معجمة مفتوحة ثم فاء مشددة مفتوحة كنيته أبو سعيد ، وقيل أبو عبد الرحمن ، وقيل أبو زياد وهو ممن بايع رسول الله صلى الله عليه وسلم تحت الشجرة بيعة الرضوان توفى سنة ستين رضى الله عنه .

واتفق أصحابنا على أن المستحب أن لا يستنجى بالماء فى موضع قضـاء الحاجة لئلا يترشش عليه وهذا فى غير الأخلية المتخذة لذلك .

أما المتخذ لذلك كالمرحاض فلا بأس فيـه لأنه لا يترشش عليه ولأن فى الخروج منه الى غيره مشقة ، وقول المصنف والأصحاب : لا يستنجى بالماء فى موضعه ، احتراز من الاستنجاء بالأحجار . فان شرطه أن لا ينتقل عن موضعه كما سنوضحه ان شاء الله تعالى .

(فـرع) فى مسـائل تتعلق بآداب قضـاء الحاجة (احداها) قال أصحابنا لا بأس بالبول فى اناء لما روت عائشة رضى الله عنها قالت « يقولون ان النبى صلى الله عليه وسلم أوصى الى على رضى الله عنه ، لقد دعى بالطست يبول فيها فانخنس فمات ، وما أشعر به » هذا حديث صحيح رواه النسائى وابن ماجه والبيهقى فى سننهم ، والترمذى فى كتاب الشمائل هكذا ، ورواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما بمعناه ، قالا : قالت فدعى بالطست ولم تقل ليبول فيها وهو محمول على الرواية الصحيحة الصريحة فى البول ، والطست بالسين المهملة وهى مؤنثة •

وعن أميمة بنت رقيقة رضى الله عنها قالت « كان للنبى صلى الله عليـه وسلم قدح من عيـدان يبول فيه ويضـعه تحت السرير » رواه أبو داود والنسائى والبيهقى ولم يضعفوه وأميمة ورقيقـة ، بضم أولهما ، ورقيقـة بقافين •

وقولها : من عيدان هو ــ بفتح العين المهملة ــ وهى النخل الطـوال المتجردة الواحدة عيدانة •

الثانية : يحرم البول فى المسجد فى غير اناء ، وأما فى الاناء ففيه احتمالان لابن الصباغ ذكرهما فى باب الاعتكاف •

أحدهما : الجواز كالفصد والحجامة فى اناء •

والثانى : التحريم لأن البول مستقبح فنزه المسجد منه ، وهذا الثـانى هو الذى اختاره الشاشى وغيره ، وهو الأصح المختار وجزم به صاحب التتمة فى باب الاعتكاف ، ونقله العبدرى فى باب الاعتكاف عن الأكثرين •

الثالثة : يحرم البول على القبر ويكره البول بقربه •

الرابعة : قال أصحابنا : يكره البول فى المـاء الراكد قليلا كان أو كثيرا لحديث جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى أن يبـال فى الماءالراكد » رواه مسلم • وفى الصحيحين نحوه من رواية أبى هريرة رضى

الله عنه • وأما الجارى فان كان قليلا كره ، وان كان كثيرا لا يكره ، هكذا قاله جماعة من أصحابنا وفيه نظر ، وينبغى أن يحرم البول فى القليل مطلقا لأنه ينجسه ويتلفه على نفسه وعلى غيره ، وأما الكثير الجارى فلا يحرم لكن الأولى اجتنابه ، ومما ينهى عنه التغوط بقرب الماء ، صرح به الشيخ نصر فى الانتخاب ، والكافى وهو واضح داخل فى عموم النهى عن البول فى الموارد •

الخامسة : قال أصحابنا : يكره استقبال الريح بالبول لئلا يرده عليه فيتنجس بل يستدبرها هذا هو المعتمد فى كراهته ، وأما الحديث المروى عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يكره البول فى الهواء فضعيف بل قال الحافظ أبو أحمد بن عدى : انه موضوع ، وجاء عن حسان ابن عطية التابعى قال : يكره للرجل أن يبول فى هواء وأن يتغوط على رأس جبل •

السادسة : قال أصحابنا يستحب أن يهيىء أحجار الاستنجاء قبل جلوسه، لحديث عائشة رضى الله عنها ، أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اذا ذهب أحدكم الى الغائط فليذهب معه بثلاثة أحجار » حديث حسن رواه أحمد وأبو داود والنسائى وابن ماجه والدارقطنى وغيرهم •

قال الدارقطنى : اسناده حسن صحيح فهذا هو المعتمد ، وأما ما احتج به جماعة من أصحابنا من حديث « اتقوا الملاعن وأعدوا النبل » فليس بثابت فلا يحتج به ، والنبل ــ بضم النون وفتح الباء الموحدة ــ الأحجار الصغار•

السابعة : لا يجوز أن يبول على ما منع الاستنجاء به لحرمته كالعظم ، وسائر المطعومات •

الثامنة : قال امام الحرمين والغزالى والبغوى وآخرون : يستحب أن لا يدخل الخلاء مكشوف الرأس ، قال بعض أصحابنا فان لم يجد شيئا وضع كمه على رأسه ويستحب أن لا يدخل الخلاء حافيا ، ذكره جماعة منهم أبو العباس بن سريج فى كتاب الأقسام •

وروى البيهقى باسناده حديثا مرسلا ، أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان اذا دخل الخلاء لبس حذاءه وغطى رأسه » وروى البيهقى أيضا عن

عائشة « كان النبى صلى الله عليه وسلم اذا دخل الخلاء غطى رأسه واذا أتى أهله غطى رأسه » لكنه ضعيف ، قال البيهقى : وروى فى تغطية الرأس عند دخول الخلاء عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه ، وهو صحيح عنه ، قلت : وقد اتفق العلماء على أن الحديث المرسل والضعيف والموقوف يتسامح به فى فضائل الأعمال ويعمل بمقتضاه وهذا منها •

التاسعة : قال صاحب البيان وغيره : يستحب لمن هو على قضاء الحاجة أن لا ينظر الى فرجه ولا الى ما يخرج منه ولا الى السماء ولا يعبث بيده •

العاشرة : قال المصنف فى التنبيه وكثيرون من أصحابنا يستحب أن لا يستقبل الشمس ولا القمر ، واستأنسوا فيه بحديث ضعيف ، وهو مخالف لاستقبال القبلة فى أربعة أشياء •

أحدها : أن دليل القبلة صحيح مشهور ودليل هذا ضعيف بل باطل ، ولهذا لم يذكره المصنف ، ولا كثيرون ولا الشافعى ، وهذا هو المختار لأن الحكم بالاستحباب يحتاج الى دليل ، ولا دليل فى المسألة •

الثانى : يفرق فى القبلة بين الصحراء والبناء كما سبق ، ولا فرق هنا ، صرح به المحاملى وآخرون •

الثالث : النهى فى القبلة للتحريم وهنا للتنزيه •

الرابع : أنه فى القبلة يستوى الاستقبال والاستدبار ، وهنا لا بأس بالاستدبار وانما كرهوا الاستقبال ، هذا هو الصحيح المشهور ؛ وبه قطع المصنف فى التنبيه والجمهور وقال الصيمرى وأبو العباس الجرجانى فى كتابه الشافى : يكره الاستدبار أيضا والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والاستنجاء واجب من البول والغائط لما روى ابو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « وليستنج بثلاثة احجار » ولأنها نجاسة لا تلحق المشقة فى ازالتها غالبا فلا تصح الصلاة معها كسائر النجاسات) •

(الشرح) حديث أبى هريرة هذا صحيح رواه الشافعى وأبو داود غيرهما بأسانيد صحيحة ، وسأذكره بكماله ان شاء الله تعالى .

قوله : « وليستنج » هو هكذا بالواو معطوف على ما قبله ، كما سأذكره بكماله ان شاء الله تعالى . وقول المصنف « لا تلحقه المشقة فى ازالتها » احتراز من دم البراغيث ونحوه . وقوله « فلم تصح الصلاة معها » عبارة حسنة ؛ فانه لو قال فوجب ازالتها لا تنقض بنجاسة على ثوب لا يصلى فيه ، والغائط معروف وتقدم فى هذا الباب بيان أصله .

(اما حكم المسألة) فالاستنجاء واجب عندنا من البول والغائط وكل خارج من أحد السبيلين نجس ملوث ، وهو شرط فى صحة الصلاة ؛ وبه قال أحمد واسحاق وداود وجمهور العلماء ورواية عن مالك . وقال أبو حنيفة : هو سنة ، وهو رواية عن مالك ، وحكاه القاضى أبو الطيب وابن الصباغ والعبدرى وغيرهم عن المزنى وجعل أبو حنيفة هذا أصلا للنجاسات ، فما كان منها قدر درهم بغلى عفى عنه وان زاد فلا ، وكذا عنده فى الاستنجاء ان زاد الخارج على درهم وجب وتعين الماء ولا يجزيه الحجر ولا يجب عنده الاستنجاء بالحجر .

واحتجوا بحديث أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم « من استجمر فليوتر من فعل فقد أحسن ، ومن لا فلا حرج » رواه الدارمى وأبو داود وابن ماجه ؛ وهو حديث حسن ؛ ولأنها نجاسة لا تجب ازالة أثرها فكذا عينها كدم البراغيث ، ولأنه لا تجب ازالتها بالماء فلم يجب غيره ، وقال المزنى: ولأنا أجمعنا على جواز مسحها بالحجر فلم تجب ازالتها كالمنى .

واحتج أصحابنا بحديث أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « انما أنا لكم مثل الوالد ، فاذا ذهب أحدكم الى الغائط فلا يستقبل القبلة ولا يستدبرها بغائط ولا بول وليستنج بثلاثة أحجار ، ونهى عن الروث والرمة وأن يستنجى الرجل بيمينه » حديث صحيح رواه الشافعى فى مسنده وغيره باسناد صحيح ، ورواه أبو داود والنسائى وابن ماجه فى سننهم بأسانيد صحيحة بمعناه ؛ قال البيهقى فى كتابه معرفة السنن والآثار : قال

الشافعي فى القديم : هـو حديث ثابت • وعن سلمان رضى الله عنـه قال : « نهانا رسـول الله صلى الله عليـه وسلم أن يستنجى أحدنا بأقل من ثلاثة أحجار » رواه مسلم •

وعن عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا ذهب أحدكم الى الغائط فليذهب معه بثلاثة أحجار يستطيب بهن ، فانهـا تجزى عنه » حديث صحيح رواه أحمد وأبو داود والنسائى وابن ماجه والدارقطنى، وقال اسناده حسن صحيح • واحتج الأصحاب بحديث ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم « مر بقبرين فقال : انهما يعذبان وما يعذبان فى كبير • أما أحدهمـا فكان يمشى بالنميمة وأما الآخر فكان لا يستنزه من بوله » وروى « لا يستبرىء » رواه البخارى ومسلم وفى الاستدلال به نظر •

واحتجوا من القياس بمـا ذكره المصنف ، والجـواب عن حديثهم أنه لا حرج فى ترك الايتار ، وهو محمول على الايتار الزائد على ثلاثة أحجـار جمعا بينه وبين باقى الأحاديث الصحيحة لحديث سلمان وغيره •

والجواب عن قياسهم على دم البراغيث أن ذلك مشقة عظيمة بخـلاف أصل الاستنجاء ، ولهذا تظاهرت الأحاديث الصحيحة على الأمر بالاستنجاء ، ولم يرد خبر فى الأمر بازالة دم البراغيث • وقياس المزنى على المنى لا يصح لأنه طاهر والبول نجس ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان خرجت منه حصاة او دودة لا رطوبة معها ، ففيه قولان • (أحدهما) يجب الاستنجاء لأنها لا تخلو من رطوبة (والثانى) لا يجب ، وهو الأصح لأنه خارج من غير رطوبة ، فاشبه الريح) •

(الشرح) هذان القولان مشهوران ، وحكاهما بعض الأصحاب عن الجامع الكبير ، وخالف الغزالى وشيخه وشيخ شيخه الأصحاب ، فنقلوهما وجهين والصواب قولان ، والصحيح منهما عند المصنف والجمهور لا يجب ، واختاره المزنى وقال امام الحرمين : الأصح الوجوب ، ولو خرج المعتاد يابسا كبعرة لا رطوبة معها ، فهى كالحصاة لا يجب الاستنجاء على الصحيح ، كذا

صرح به الشيخ أبو محمد فى الفروق والقاضى حسين وابن الصباغ والشاشى والبغوى وجماعات ، وقطع به أبو العباس بن سريج فى كتاب الأقسام .

وقول المصنف : فأشبه الريح ، كذا قاسه الأصحاب ؛ وأجمع العلماء على أنه لا يجب الاستنجاء من الريح والنوم ولمس النساء والذكر . وحكى عن قوم من الشيعة أنه يجب ، والشيعة لا يعتد بخلافهم .

قال الشيخ نصر فى الانتخاب : ان استنجى لشىء من هـذا فهو بدعة ، وقال الجرجانى : يكره الاستنجاء من الريح ؛ والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستنجى قبل أن يتوضا ، فان توضأ ثم استنجى صح الوضوء ، وان تيمم ثم استنجى لم يصح التيمم . وقال الربيع : فيه قول آخر انه يصح . قال ابو اسحاق : هذا من كيسه ، والأول هو المنصوص عليه فى الأم ، ووجهه أن التيمم لا يرفع الحدث وانما تستباح به الصلاة من نجاسة النجو ، فلا تستباح مع بقاء المانع ، ويخالف الوضوء فانه يرفع الحدث فجاز أن يرفع الحدث والمانع قائم ، وان تيمم وعلى بدنه نجاسة فى غير موضع الاستنجاء ففيه وجهان : (أحدهما) أنه كنجاسة النجو (والثانى) أنه يصح التيمم لأن التيمم لا تستباح به الصلاة من هذه النجاسة ، فصح فعله مع وجودها بخلاف نجاسة النجو) .

(**الشرح**) اذا توضأ أو تيمم قبل الاستنجاء ثم استنجى بالحجر أو بالماء لافا على يده خرقة أو نحوها بحيث لا يمس فرجه ، فقد نص الشافعى رحمه الله فى البويطى : أنه يصح وضوءه ولا يصح تيممه ، ونقل المزنى فى المنثور عن الشافعى فى صحة التيمم والوضوء جميعا قولين .

ونقل ابن القاص أنه يصح الوضوء وفى التيمم قولان . ونقل الربيع أنه لا يصح التيمم ، قال : وفيه قول آخر أنه يصح فحصل فى المسألتين ثلاثة أقوال : (أحدها) يصح الوضوء والتيمم (والثانى) لا يصحان : (والثالث) يصح الوضوء ولا يصح التيمم . وهذا الثالث هو الصحيح عند الأصحاب ، وقطع به أكثر المتقدمين والمتأخرين وصححه الباقون قال القاضى أبو الطيب : غلط من ذكر الخلاف فى الوضوء . وقال امام الحرمين نقل الخلاف فى

الوضوء بعيد جدا ، ولولا أن المزنى نقله فى المنثور عن الشافعى لما عددته من المذهب .

وقال الشيخ أبو حامد : قال أصحابنا : هذا الذى ذكره الربيع فى صحة التيمم ليس بمذهب الشافعى . وقال المحاملى غلط أصحابنا الربيع فى ذلك وهذا معنى قول المصنف : قال أبو اسحاق : هذا من كيس الربيع وهو بكسر الكاف ، معناه : ليس هذا منصوصا للشافعى ، بل الربيع خرجه من عند نفسه . وأما قول صاحب الابانة : الأصح صحة التيمم فغلط مخالف للأصحاب ونصوص الشافعى والدليل ، أما اذا كان على موضع من بدنه نجاسة فى غير موضع الاستنجاء فتيمم قبل ازالتها ففى صحة التيمم الوجهان اللذان ذكرهما المصنف وهما مشهوران ونقل ابن الصباغ أن الشافعى نص فى الأم على أنه لا يصح تيممه حتى يزيلها . واختلف الأصحاب فى الأصح فصحح الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وابن الصباغ والشيخ نصر والشاشى وآخرون من العراقيين بطلان التيمم . وصحح امام الحرمين والبغوى صحته وبه قطع أبو على الطبرى فى الافصاح ، ودليله ما ذكره المصنف .

وقال امام الحرمين : ولأنه لا خلاف أنه لو تيمم وهو مكشوف العورة صح تيممه ، وان كان هذا التيمم لا يستعقب اباحة الصلاة حتى يستر عورته . وذكر القاضى أبو الطيب نحو هذا . وهذا الذى أورداه من ستر العورة اشكال قوى . ويمكن الفرق بأن ستر العورة أخف من ازالة النجاسة، ولهذا تصح الصلاة مع العرى بلا اعادة بخلاف النجاسة ، والله أعلم .

ثم صورة المسألة أن يكون مع هذا التيمم من الماء مايكفيه لازالة النجاسة من غير زيادة ، كذا صورها امام الحرمين وغيره وهو الصواب ، وتتصور أيضا فيمن تيمم لجراحة أو مرض ، بحيث لا يجب استعمال الماء فى الحدث ويجب فى النجس لقلته . وقال البغوى : الوجهان فيمن ليس معه ما يغسل به النجاسة ، فأما من معه ما يكفيه للنجاسة فلا يصح تيممه قبل ازالتها ، والصواب ما سبق .

ولو تيمم وليس عليه نجاسة ، ثم حدثت نجاسة وقلنا النجاسة المقارنة تمنع صحة التيمم ففى الحادثة وجهان حكاهما الرويانى . قال : وهما كالوجهين فيما اذا تيمم ثم ارتد ، لأن النجاسة تمنع الصلاة كالردة .

وقال القاضى حسين : ان تيمم عالما بالنجاسة صح تيممه لأن طلبه الماء للتيمم يكفيه له وللنجاسة ، وان تيمم وعليه نجاسة لا يعلمها أو حدثت بعد التيمم بطل التيمم لأنه يجب طلب لماء لازالتها والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واذا اراد الاستنجاء نظرت ــ فان كانت النجاسة بولا أو غائطا ولم تجاوز الموضع المعتاد ــ جاز الماء والحجر ، والأفضل ان يجمع بينهما لأن الله تعالى اثنى على اهل قباء ، فقال سبحانه وتعالى « فيه رجال يحبون أن يتطهروا والله يحب المطهرين (١) » فسألهم النبى صلى الله عليه وسلم عما يصنعون ، فقالوا نتبع الحجارة الماء . فان اراد الاقتصار على احدهما فالماء افضل لأنه أبلغ فى الانقاء ، وان اراد الاقتصار على الحجر جاز لما روت عائشة رضى الله عنها قالت « بال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام عمر خلفه بكوز من ماء ، فقال ما هذا يا عمر ؟ فقال ماء نتوضأ به ، فقال ما أمرت ، كلما بلت أن اتوضأ ، ولو فعلت لكان سنة » ولأنه قد يبتلى بالخارج فى مواضع لا يلحق الماء فيها ، فسقط وجوبه) .

(الشرح) أما حديث عائشة فرواه أبو داود وابن ماجه والبيهقى فى سننهم ، وهو حديث ضعيف ، والمراد بالوضوء هنا الاستنجاء بالماء . وقوله : لكان سنة أى واجبا لازما . ومعناه : لو واظبت على الاستناء بالماء لصار طريقة لى يجب اتباعها .

وأما حديث أهل قباء فروى فيه عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « نزلت هذه الآية فى أهل قباء (فيه رجال يحبون أن يتطهروا) وكانوا يستنجون بالماء فنزلت فيهم هذه الآية » . رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه والبيهقى وغيرهم ولم يضعفه أبو داود لكن اسناده ضعيف فيه يونس بن الحرث قد ضعفه الأكثرون وابراهيم بن أبى ميمونة . وفيه جهالة.

---

(١) الآية ١٠٨ من سورة التوبة .

وعن عويم بن ساعد رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم أتاهم فى مسجد قباء فقال « ان الله قد أحسن عليكم الثناء فى الطهور فما هذا الطهور الذى تطهرون به ؟ قالوا والله يا رسول الله ما نعلم شيئا الا أنه كان لنا جيران من اليهود يغسلون أدبارهم فغسلنا كما غسلوا » رواه أحمد بن حنبل فى مسنده وأبو بكر محمد بن اسحاق بن خزيمة فى صحيحه • وعن جابر وأبى أيوب وأنس رضى الله عنهم قالوا : نزلت هذه الآية « فيه رجال يحبون أن يتطهروا » فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « يا معشر الأنصار قد أثنى الله عليكم فى الطهور فما طهوركم ؟ قالوا : نتوضأ للصلاة ونغتسل من الجنابة ونستنجى بالماء • فقال هو ذلك فعليكموه » رواه ابن ماجه والدارقطنى والبيهقى وفى رواية للبيهقى « فما طهوركم ؟ قالوا نتوضأ للصلاة ونغتسل من الجنابة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فهل مع ذلك غيره ؟ قالوا لا ، غير أن أحدنا اذا خرج من الغائط أحب أن يستنجى بالماء قال : هو ذاك فعليكموه » واسناد هذه الرواية ورواية ابن ماجه وغيره اسناد صحيح الا أن فيه عتبة بن أبى حكيم وقد اختلفوا فى توثيقه فوثقه الجمهور ولم يبين من ضعفه سبب ضعفه ، والجرح لا يقبل الا مفسرا فيظهر الاحتجاج بهذه الرواية ، فهذا الذى ذكرته من طرق • الحديث هو المعروف فى كتب الحديث أنهم كانوا يستنجون بالماء ، وليس فيها ذكر الجمع بين الماء والأحجار •

وأما قول المصنف : قالوا تتبع الحجارة الماء ، فكذا يقوله أصحابنا وغيرهم فى كتب الفقه والتفسير ، وليس له أصل فى كتب الحديث ، وكذا قال الشيخ أبو حامد فى التعليق أن أصحابنا رووه قال : ولا أعرفه ، فاذا علم أنه ليس له أصل من جهة الرواية فيمكن تصحيحه من جهة الاستنباط ، لأن الاستنجاء بالحجر كان معلوما عندهم يفعله جميعهم ، وأما الاستنجاء بالماء فهو الذى انفردوا به فلهذا ذكر ولم يذكر الحجر لأنه مشترك بينهم وبين غيرهم ولكونه معلوما ، فان المقصود بيان فضلهم الذى أثنى الله تعالى عليهم بسببه ، ويؤيد هذا قولهم : اذا خرج أحدنا من الغائط أحب أن يستنجى بالماء ، فهذا يدل على أن استنجاءهم بالماء كان بعد خروجهم من الخلاء ، والعادة جارية بأنه لا يخرج من الخلاء الا بعد التمسح بماء أو حجر ، وهكذا

المستحب أن يستنجى بالحجر فى موضع قضاء الحاجة ويؤخر المـاء الى أن ينتقل الى موضع آخر والله أعلم .

وقباء ــ بضم القاف ، يذكر ويؤنث وفيـه لغتـان المد والقصر . قال الخليل : مقصور ، وقال الأكثرون : ممدود ، ويجوز فيها أيضـا الصرف وتركه ، والأفصح الأشهر مده وتذكيره وصرفه ــ وهو قرية على ثلاثة أميال من المدينة ، وقيل أصله اسم بئر هناك ، وثبت فى الصحيح أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يزور قباء كل سبت راكبا وماشيا ويصلى فيه والله أعلم .

(وأما حكم المسالة) فقال أصحابنا : يجوز الاقتصار فى الاستنجاء على الماء ويجوز الاقتصار على الأحجار ؛ والأفضل أن يجمع بينهمـا فيستعمل الأحجار ثم يستعمل الماء فتقديم الأحجار لتقل مباشرة النجاسة واستعمال الماء ثم يستعمل الماء ليطهر المحل طهارة كاملة فلو استنجى أولا بالماء لم يستعمل الأحجار بعده لأنه لا فائدة فيه ، صرح به الماوردى وآخرون وهو واضح ، وان أراد الاقتصار على أحدهما فالماء أفضل لأنه يطهر المحل ، ولا فرق فى جواز الاقتصار على الأحجار ــ بين وجود الماء وعدمه ــ ولا بين الحـاضر والمسافر والصحيح والمريض ــ هـذا مذهبنا وبه قال جمـاهير العلماء من الصحابة والتابعين فمن بعدهم .

وحكى ابن المنذر عن سعد بن أبى وقاص وحذيفة وابن الزبير رضى الله عنهم أنهم كانوا لا يرون الاستنجاء بالماء ، وعن سعيد بن المسيب قال مايفعل ذلك الا النساء وقال عطاء : غسل الدبر محدث ؛ قال القاضى أبو الطيب وغيره قالت الزيدية والقاسـمية من الشـيعة : لا يجوز الاستنجاء بالأحجار مع وجود المـاء .

فأما سعيد وموافقوه فكلامهم محمول على أن الاستنجاء بالماء لا يجب أو أن الأحجار عندهم أفضل ؛ وأما الشيعة فلا يعتد بخلافهم ومع هذا فهم محجوجون بالأحاديث الصحيحة أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بالاستنجاء بالأحجار وأذن فيه وفعله ، وقد سبقت جملة من الأحاديث وسنذكر البـاقى فى مواضعها ان شاء الله تعالى .

وأما الدليل على جوازه بالماء فأحاديث كثيرة صحيحة مشهورة منهـا حديث أنس كان النبى صلى الله عليه وسلم « يأتى الخلاء فأتبعه أنا وغلام باداوة من ماء فيستنجى بها » رواه البخارى ومسلم •

وعن عائشة أنها قالت لنسوة « مرن أزواجكن أن يستنجوا بالمـاء فانى استحييهم وان النبى صلى الله عليه وسلم كان يفعله » حديث صحيح رواه أحمد والترمذى والنسائى وآخرون ، قال الترمذى : حديث حسن صحيح •

وعن أبى هريرة : كان النبى صلى الله عليه وسلم « اذا أتى الخلاء أتيته بماء فى ركوة فاستنجى ثم مسح يده على الأرض ثم أتيته باناء آخر فتوضأ » رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه والبيهقى ، ولم يضعفه أبو داود ولا غيره واسناده صحيح الا أن فيه شريك بن عبـد الله القاضى وقـد اختلفوا فى الاحتجاج به وفى المسألة أحاديث كثيرة غير ما ذكرنا •

قال الخطابى : وزعم بعض المتأخرين أن الماء مطعوم فلهذا كره الاستنجاء به سعد وموافقوه وهذا قول باطل منابذ للأحاديث الصحيحة والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اراد الاقتصار على الحجر لزمه أمران : (أحدهما) أن يزيل العين حتى لا يبقى الا أثر لاصق لا يزيله الا الماء (والثانى) أن يستوفى ثلاث مسحات لما روى أن رجلا قال لسلمان رضى الله عنـه ((انه علمكم نبيكم كل شىء حتى الخراءة ؟ قال : أجل نهانا أن نجتزىء باقل من ثلاثة أحجار) فان استنجى بحجر له ثلاثة أحرف أجزأه لأن القصد عند المسحات وقد وجد ذلك) •

(الشرح) حديث سـلمان رواه مسلم فى صحيحه ووقع فى المهـذب « نهانا أن نجتزىء » والذى فى مسلم نستنجى بدل نجتزىء وفى رواية لمسلم قال : « ولا يستنجى أحدكم بدون ثلاثة أحجار » وقوله الخراءة ــ هى بكسر الخاء وبالمد •

قال الخطابى : هى أدب التخلى والقعود عند الحاجة وسلمان الراوى هو أبو عبد الله سلمان الفارسى الأصبهانى ، من فضـلاء الصحابة وفقهـائهم وزهادهم وعبادهم ومناقبه أكثر من أن تحصر وهو مولى النبى صلى الله عليه

وسلم توفى بالمدائن سنة ست وثلاثين ، وقيل سبع وعمر عمرا طويلا جدا ، واتفقوا على أنه عاش مائتين وخمسين سنة ، واختلفوا فى الزيادة عليها فقيل ثلثمائة وخمسين ، وقيل غير ذلك والله أعلم .

(واما حكم المسألة) فمن اقتصر على الحجر لزمه أمران :

أحدهما : أن يزيل العين حتى لا يبقى الا أثر لاصق لا يزيله الا الماء هكذا نص عليه الشافعى فى الأم ومختصر المزنى بهذا اللفظ ، وكذا قاله الأصحاب فى كل الطرق الا الصيمرى وصاحبه صاحب الحاوى فقال : اذا بقى ما لا يزول بالحجر ويزول بصغار الخزف والخرق ففيه وجهان .

أحدهما : وهو ظاهر مذهب الشافعى ، وقول أكثر الأصحاب تجب ازالته لأنها ممكنة بغير الماء .

والثانى : وهو قول بعض المتقدمين لا يجب لأن الواجب الازالة بالأحجار وقد أزال ما يزول بالأحجار ، ورجح الرويانى هذا الثانى وهو الصواب ، لأن الشرع لم يكلفه غير الأحجار ، وقد تظاهرت الأحاديث الصحيحة المصرحة باجزاء الأحجار .

(الثانى) أنه يلزمه ثلاث مسحات وان حصل الانقاء بمسحة واحدة ، نص عليه الشافعى فى الأم ، واتفق عليه جماهير الأصحاب فى كل الطرق .

وحكى الحناطى ــ بالحاء المهملة والنون ــ وصاحب البيان والرافعى وجها أنه اذا حصل الانقاء بحجر كفاه وهذا شاذ ضعيف ، والصواب وجوب ثلاث مسحات مطلقا ، ثم هو مخير بين المسح بثلاثة أحجار أو بحجر له ثلاثة أحرف ، هكذا نص عليه الشافعى فى الأم وغيره ، واتفق عليه الأصحاب وفرقوا بينه وبين من رمى الجمار فى الحج ، بحجر له ثلاثة أحرف فانه لا يحسب له الا حجر واحد لأن المقصود هناك عدد الرمى ، والمقصود هنا عدد المسحات .

قال الشافعى والأصحاب : والمسح بثلاثة أحجار أفضل من أحرف حجر ، للحديث « وليستنج بثلاثة أحجار » .

وقال المحاملى وغيره : ولو بال وتغوط فالمستحب أن يمسح بستة أحجار فان مسحهما بحجر له ستة أحرف ست مسحات أجزأه لحصول المسحات •

قال ابن الصباغ وغيره : وكذا الخرقة الغليظة التى اذا مسح بأحد وجهيها لا يصل البلل الى الجانب الآخر يجوز أن يمسح بوجهيها ويحسب مسحتين •

وحكى الدارمى فى الاستذكار عن ابن جابر أنه لا يجزئه حجر له ثلاثة أحرف وأظنه أراد بابن جابر : ابراهيم بن جابر من أصحابنا ، وحينئذ يكون وجها شاذا فى المذهب وهو رواية عن أحمد بن حنبل واختاره ابن المنذر للحديث •

قال أصحابنا : واذا حصل الانقاء بثلاثة أحجار بلا زيادة ، فان لم يحصل بثلاثة وجب رابع • فان حصل به استحب خامس ولا يجب ، فان لم يحصل وجب خامس • فان حصل به فلا زيادة والا وجب سادس • فان حصل به استحب سابع ولا يجب والا وجب ، وهكذا أبدا متى حصل بثلاثة فما فوقها لم تجب زيادة •

وأما الاستحباب فان كان حصول الانقاء بوتر لم يستحب الزيادة والا استحب الايتار لقوله صلى الله عليه وسلم « من استجمر فليوتر » رواه البخارى ومسلم من رواية أبى هريرة ، وحكى صاحب البيان وجها أن الايتار بخامس واجب لعموم الأمر بالايتار ، وهذا الوجه شاذ ، فان الأمر بالايتار بعد الثلاث للاستحباب والله أعلم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى عدد الأحجار ، قد ذكرنا أن مذهبنا وجوب ثلاث مسحات ، وان حصل الانقاء بدونها ، وبه قال أحمد واسحاق وأبو ثور ، وقال مالك وداود : الواجب الانقاء ، فان حصل بحجر أجزأه ، وهو وجه لنا كما سبق ، وحكاه العبدرى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وبه قال أبو حنيفة حيث أوجب الاستنجاء • واحتجوا بحديث أبى هريرة السابق « من استجمر فليوتر من فعل فقد أحسن ومن لا فلا حرج » قالوا : ولأن المقصود الانقاء لأنه لو استنجى بالماء لم يشترط عدد فكذا الحجر •

واحتج أصحابنا بحديث سلمان ، وهو صريح فى وجوب الثلاث ، وبحديث أبى هريرة : « وليستنج بثلاثة أحجار » وهما صحيحان ، سبق بيانهما ، وبحديث عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اذا ذهب أحدكم الى الغائط فليذهب معه بثلاثة أحجار يستطيب بهن ، فانها تجزىء عنه » وهو صحيح — سبق بيانه فى مسألة وجوب الاستنجاء . وبحديث أبى هريرة « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا بثلاثة أحجار وينهى عن الروث والرمة » رواه أحمد وأبو داود والنسائى وابن ماجه بأسانيد صحيحة (الرمة) [1] بكسر الراء : العظم البالى — وبحديث خزيمة سئل النبى صلى الله عليه وسلم عن الاستطابة فقال : « بثلاثة أحجار » رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه والبيهقى ولم يضعفه أبو داود ولا غيره . وبحديث ابن مسعود « أتى النبى صلى الله عليه وسلم الغائط ، فأمرنى أن آتيه بثلاثة أحجار ، فوجدت حجرين والتمست الثالث فلم أجد ، فأخذت روثة فأتيته بها ، فأخذ الحجرين وألقى الروثة وقال انها ركس » رواه البخارى هكذا ، ورواه أحمد والدارقطنى والبيهقى ، فى بعض رواياته زيادة « فألقى الروثة وقال ائتنى بحجر ، يعنى ثالثا » وفى بعضها « ائتنى بغيرها » وبحديث جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من استجمر فليوتر » رواه مسلم ، وفى رواية لأحمد والبيهقى : « واذا استجمر أحدكم فليستجمر ثلاثا » قال البيهقى : هذه الرواية تبين أن المراد بالايتار فى الرواية الأولى ما زاد على الواحد . واحتجوا من القياس بأشياء كثيرة ، منها قياس القاضيين أبى الطيب وحسين فى تعليقيهما : عبادة تتعلق بالأحجار ، يستوى فيها الثيب والأبكار ، فكان للعدد فيها اعتبار ، قياسا على رمى الجمار .

قال أبو الطيب : قولنا يستوى فيها الثيب والأبكار احتراز من الرجم ، ولا حاجة الى الأقيسة مع هذه الأحاديث الصحيحة . قال الخطابى فى حديث سلمان : « أمرنا أن نستنجى بثلاثة أحجار » .

---

(١) رم العظم يرم من باب ضرب فهو رميم ، اذا بلى قال تعالى : « يحيى العظام وهى رميم » والرمة : العظام البالية وتجمع على رمم . اما الرمة بالضمة فهى قطعة الحبل وبها كنى ذو الرمة الشاعر (ط) .

فى هذا البيان الواضح أن الاقتصار على أقل من ثلاثة أحجار لا يجوز ؛ وان حصل الانقاء بدونها ، ولو كفى الانقاء لم يكن لاشتراط العدد معنى ، فانا نعلم أن الانقاء قد يحصل بواحد ، وليس هذا كالماء اذا أنقى كفى ، لأنه يزيل العين والأثر ، فدلالته قطعية ، فلم يحتج الى الاستظهار بالعدد • وأما الحجر فلا يزيل الأثر ، وانما يفيد الطهارة ظاهرا لا قطعا ، فاشترط فيه العدد كالعدة بالأقراء ، لما كانت دلالتها ظنا اشترط فيها العدد ، وان كان قد تحصل براءة الرحم بقرء • ولهـذا اكتفى بقرء فى استبراء الأمة ولو كانت العـدة بالولادة لم يشترط العدد ، لأن دلالتها قطعية • هذا مختصر كلام الخطابى•

فان قيل : التقييد بثلاثة أحجار ، انما كان لأن الانقاء لا يحصل بدونهـا غالبا ، فخرج مخرج الغالب ، قلنا : لا يجوز حمل الحديث على هذا ، لأن الانقاء شرط بالاتفاق ، فكيف يحل به ويذكر ما ليس بشرط مع كونه موهما للاشتراط • فان قيل : فقـد ترك ذكر الانقاء ، قلنـا ذلك من المعلوم الذى يستغنى بظهوره عن ذكره بخلاف العدد ، فانه لا يعرف الا بتوقيف • فنص على ما يخفى وترك ما لا يخفى ولو حمل على ما قالوه لكان اخلالا بالشرطين معا ، وتعرضا لما لا فائدة فيه ، بل فيه ابهام •

والجواب عن الحديث الذى احتجوا به أن الوتر الذى لا حرج فى تركه هو الزائد على ثلاثة جمعـا بين الأحاديث • والجواب عن الدليلين الآخرين سبق فى كلام الخطابى ؛ والله أعلم •

(فـرع) قال أصحابنا : لو مسح ذكره مرتين أو ثلاثا ثم خرجت منه قطرة ، وجب استئناف الثلاث •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وفى كيفية الاستنجاء بالحجر وجهان • قال ابو على بن ابى هريرة : يضع حجرا مقدم صفحته اليمنى ، ويمره الى آخرها ، ثم يدير الحجر الى الصفحة اليسرى ، فيمره عليها الى ان ينتهى الى الموضع الذى بدأ منه ويأخذ الثـانى فيمره على الصفحة اليسرى ، ويمره الى آخرها ، ثم يديره الى صفحته اليمنى فيمره عليها من اولها الى ان ينتهى الى الموضع الذى بدأ منه ، ويأخذ الثـالث فيمره على المسربة لقوله صلى الله عليه وسلم : « يقبل بواحـد ويدبر بآخر

ويحلق بالثالث » وقال أبو اسحاق : يمر حجرا على الصفحة اليمنى ، وحجرا على الصفحة اليسرى ، وحجرا على المسربة ، لقوله صلى الله عليه وسلم « أو لا يجد أحدكم ثلاثة احجار ، حجران للصفحتين وحجر للمسربة » والأول أصح لأنه يمر كل حجر على المواضع الثلاثة) .

(الشرح) أما الحديث الأول فضعيف منكر لا أصل له [1] وينكر على المصنف قوله فيه : « لقوله صلى الله عليه وسلم » فعبر عنه بصيغة الجزم مع أنه حديث منكر . أما الثانى فحديث حسن ، عن سهل بن سعد الساعدى رضى الله عنه قال : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الاستطابة فقال « أو لا يجد أحدكم ثلاثة أحجار ، حجرين للصفحتين ، وحجرا للمسربة » رواه الدارقطنى والبيهقى وقالا : اسناده حسن .

وأما قول الرافعى : الحديثان ثابتان ، فغلط منه فى الحديث الأول ، ووقع فى الحديث حجرين وحجرا بالنصب . وفى المهذب حجران وحجر بالرفع ، وكلاهما صحيح ، فالأول على البدل من ثلاثة والثانى على الابتداء . وقد جاء القرآن بالوجهين فالبدل فى مواضع كثيرة كقوله تعالى (ان هذا لفى الصحف الأولى صحف ابراهيم [2]) وابتداء قوله تعالى (قد كان لكم آية فى فئتين التقتا ، فئة تقاتل فى سبيل [3] الله) وقوله : « ويحلق » هو بضم الياء وكسر اللام المشددة ، أى يديره كالحلقة ، والمسربة هنا مجرى الغائط وهى بضم الراء ، وقيل : يجوز فتحها ، وللمسربة معنى آخر فى اللغة وهى الشعر المستدق من السرة الى العانة ، وجاء ذكرها فى الحديث وليست مرادة هنا .

(واما حكم المسالة) ففى كيفية الاستنجاء ثلاثة أوجه :

أحدها : يمر حجرا من مقدم الصفحة اليمنى ويديره عليها ثم على اليسرى حتى يصل الموضع الذى بدأ منه ، ثم يمر الحجر الثانى من أول الصفحة

---

(١) قول الامام النووى : منكر لا أصل له غير متوجه اذ المنكر له أصل وهو روايته على سبيل النكارة ، وعندى أن ما لا أصل له ما ليس بحديث الا ان يكون المراد : لا أصل له صحيح فيتوجه . ط .

(٢) الآية ١٨ من سورة الأعلى .

(٣) الآية ١٣ من سورة آل عمران .

اليسرى الى آخرها ، ثم على اليمنى حتى يصل موضع ابتدائه ، ثم يمر بالثالث على المسربة ، وهذا قول ابن أبى هريرة .

الثانى : أن يمسح بحجر الصفحة اليمنى وحدها ، ثم بحجر اليسرى وحدها ، وبالثالث المسربة . وهذا قول أبى اسحاق المروزى .

والثالث : يضع حجرا على مقدم المسربة ويمره الى آخرها ، ثم حجرا على مؤخرة المسربة ، ويمره الى أولها ، ثم يحلق بالثالث ، حكاه البغوى وهو غريب . واتفق الأصحاب على أن الصحيح هو الوجه الأول ، لأنه يعم المحل بكل حجر . ونقل القاضى أبو الطيب وصاحبا الشامل والتتمة عن الأصحاب أنهم غلطوا أبا اسحاق المروزى فى الوجه الثانى .

ونقل القاضى حسين فى تعليقه : أن الشافعى نص فى الكبير على قول أبى اسحاق لكن الأصحاب تأولوه ، وعلى هذا الجواب عن الحديث الذى احتج به أن قوله صلى الله عليه وسلم حجرين للصفحتين معناه كل حجر للصفحتين. ثم اختلفوا فى هذا الخلاف ، فالصحيح أنه خلاف فى الأفضل وأن الجميع جائز . وبهذا قطع العراقيون والبغوى وآخرون من الخراسانيين ، وحكاه الرافعى عن معظم الأصحاب وحكى الخراسانيون وجها أنه خلاف فى الوجوب ، فصاحب الوجه الأول لا يجيز الكيفية الثانية وصاحب الثانى لا يجيز الأولى ، وهذا قول الشيخ أبى محمد الجوينى وقال الغزالى فى درسه : ينبغى أن يقال من قال بالأول لا يجيز الثانى ، ومن قال بالثانى لايجيز الأول . قال المتولى : فان احتاج الى استعمال حجر رابع وخامس فصفة استعماله كصفة الثالث لأنا أمرناه فى الثالث بمسح الجميع لأن عين النجاسة زالت بالحجرين الأولين ، وليس فى المحل الا أثر فلا يخشى انبساطه .

(**فرع**) قال أصحابنا الخراسانيون : ينبغى أن يضع الحجر على موضع طاهر بقرب النجاسة ، ولا يضعه على نفس النجاسة ، لأنه اذا وضعه عليها أبقى شيئا منها ونشرها ، وحينئذ يتعين الماء ، ثم اذا انتهى الى النجاسة أدار الحجر قليلا قليلا حتى يرفع كل جزء من الحجر جزءا من النجاسة ، فلو أمر الحجر من غير ارادة ونقل النجاسة من موضع الى موضع تعين الماء ، وان

أمر ولم ينقل فهل يجزئه ؟ فيه وجهـان الصحيح يجزئه . هكذا ذكره امام الحرمين والغزالى والرافعى وغيرهم ولم يشترط العراقيون شيئا من ذلك وهو الصحيح ؛ فان اشتراط ذلك تضييق للرخصة غير ممكن الا فى نادر من الناس مع عسر شديد ، وليس لهذا الاشتراط أصل فى السنة ؛ والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز أن يستنجى بيمينه ، لما روت عائشـة رضى الله عنهـا قالت « كانت يد رسول الله صلى الله عليه وسلم اليمنى لطهورة وطعامه وكانت يده اليسرى لخلائه وما كان من أذى » فان كان يستنجى بغير الماء أخذ ذكره بيساره ومسحه على ما يستنجى به من أرض أو حجر ، فان كان الحجر صغيرا غمز عقبه عليه وأمسكه بين ابهـامى رجليه ومسح ذكره عليه بيسـاره ، وان كان يستنجى بالماء صب الماء بيمينه ومسحه بيساره ، فان خالف واستنجى بيمينه اجزأه لأن الاستنجاء يقع بما فى اليد لا باليد فلم تمنع صحته) .

(الشرح) حديث عائشة صحيح ، رواه أحمـد وأبو داود باسـناد صحيح ، وروى جماعة من الصحابة فى النهى عن الاستنجاء باليمين ؛ فروى أبو قتادة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « اذا أتى أحدكم الخلاء فلا يمس ذكره بيمينه ، ولا يتمسح بيمينه » رواه البخـارى ومسلم . وعن سلمان الفارسى رضى الله عنه قال « نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نستنجى باليمين » رواه مسلم .

وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « انما أنا لكم بمنزلة الوالد أعلمكم ، فاذا أتى أحدكم الغائط فلا يستقبل القبلة ولا يستدبرها ولا يستطيب بيمينه . وكان يأمر بثلاثة أحجار وينهى عن الروث والرمة » حديث صحيح رواه أبو داود والنسائى وغيرهما بأسانيد صحيحة ، وهـذا لفظ أبى داود وقوله صلى الله عليـه وسلم : « انما أنا لكم بمنزلة الوالد » فيه تفسيران ذكرهما صاحب الحاوى وآخرون ، أظهرهما ــ ولم يذكر الخطابى وغيره ــ أنه كلام بسط وتأنيس للمخاطبين ، لئلا يستحيوا عن مسألته فيما يحتاجون اليه من أمر دينهم ، لاسيما ما يتعلق بالعورات ونحوها، فقال : أنا كالوالد فلا تستحيوا منى فى شىء من ذلك كما لا تستحيون من الوالد . والثانى : معناه يلزمنى تأديبكم وتعليمكم أمر دينكم ، كمـا يلزم

الوالد ذلك ويجوز أن يكون المراد كالوالد فى الأمرين جميعا • وفى ثالث أيضا وهو الحرص على مصلحتكم والشفقة عليكم والله أعلم •

(واما حكم المسالة) فقال الأصحاب : يكره الاستنجاء باليمين كراهة تنزيه ولا يحرم ، هكذا صرح به الجمهور ، قال الشيخ أبو حامد فى تعليقه : يستحب أن يستنجى بيساره ، وهو منهى عن الاستنجاء بيمينه نهى تنزيه لا تحريم • وقال امام الحرمين : الاستنجاء باليمين مكروه غير محرم ، قال : وحرمه أهل الظاهر وقال ابن الصباغ وآخرون : الاستنجاء باليسار أدب ، وليس اليمين معصية ، وقال القاضى أبو الطيب وآخرون : يستحب أن يستنجى بيساره ، وقال المحاملى والفورانى والغزالى فى البسيط ، والبغوى والرويانى وصاحب العدة وآخرون : يكره باليمين وقال أبو محمد الجوينى فى الفروق والبغوى فى شرح السنة : النهى عن اليمين نهى تأديب ، وعبارات الجمهور ممن لم أذكرهم نحو هذه العبارات • وقال الخطابى : النهى عن الاستنجاء باليمين عند أكثر العلماء نهى تأديب وتنزيه ، وقال بعض أهل الظاهر : لا يجزئه •

وأما قول المصنف لا يجوز الاستنجاء باليمين ، فكذا قاله سليم الرازى فى الكفاية والمتولى والشيخ نصر فى كتبه التهذيب والانتخاب والكافى ، وكذا رأيته فى موضع من تعليق أبى حامد ، وظاهر هذه العبارة تحريم الاستنجاء باليمين ، ولكن الذى عليه جمهور الأصحاب أنه مكروه كراهة تنزيه كما ذكرنا ، ويؤيده قول الشافعى فى مختصر المزنى : النهى عن اليمين أدب ، ويمكن أن يحمل كلام المصنف وموافقيه على أن قولهم : لا يجوز ، معناه ليس مباحا ــ مستوى الطرفين فى الفعل والترك ــ بل هو مكروه راجح الترك ، وهذا أحد المذهبين المشهورين فى أصول الفقه وقد استعمل المصنف لا يجوز فى مواضع ليست محرمة وهى تتخرج على هذا الجواب •

فان قيل : هذا غير معتاد فى كتب المذهب ، قلنا هو موجود فيها وان كان قليلا ، ولا يمتنع استعماله على اصطلاح الأصول ، وقد حكى أن المصنف ضرب فى نسخة أصله بالمهذب على لفظة : يجوز أن ، وبقى قوله لا يستنجى باليمين ، وهذا يصحح ما قلناه والله أعلم •

قال أصحابنا : ويستحب أن لا يستعين بمينه فى شىء من أمور الاستنجاء الا لعذر ، وقول المصنف : ان كان الحجر صغيرا غمز عقبه عليه أو أمسكه بين ابهامى رجليه ، كذا قاله أصحابنا ، لئلا يستنجى بيمينه ولا يمس ذكره بيمينه ، فان لم يمكنه ذلك واحتاج الى الاستعانة باليمين فالصحيح الذى قاله الجمهور أنه يأخذ الحجر بيمينه ، والذكر بيساره ، ويحرك اليسار دون اليمين ، فان حرك اليمين أو حركهما كان مستنجيا باليمين مرتكبا لكراهة التنزيه • ومن أصحابنا من قال : يأخذ الذكر بيمنه والحجر بيساره ويحرك اليسار ، لئلا يستنجى باليمين ، حكاه صاحب الحاوى وغيره وهو غلط ، فانه منهى عن مس الذكر بيمينه •

وذكر الرافعى وجها أنه لا طريق الى الاحتراز من هذه الكراهة الا بالامساك بين العقبين أو الابهامين ، وكيف استعمل اليمين بامساك الحجر أو غيره فمكروه ، وهذا الوجه غلط أيضا ، قال أصحابنا : فلو كان بيده اليسرى مانع كقطع وغيره فلا كراهة فى اليمين للضرورة والله أعلم •

(فرع) فى مسائل تتعلق بالفصل

(احداها) السنة أن يستنجى قبل الوضوء ليخرج من الخلاف وليأمن انتقاض طهره ؛ قال أصحابنا : ويستحب أن يبدأ فى الاستنجاء بالماء بقبله •

(الثانية) اذا أراد الرجل الاستنجاء من البول مسح ذكره على ثلاثة مواضع من الحجر طاهرة فلو مسحه ثلاثا على موضع واحد لم يجزئه وتعين الماء •

قال القاضى حسين : ولو وضع رأس الذكر على جدار ومسحه من أسفل الى أعلى لم يجزئه ، وان مسحه من أعلى الى أسفل أجزأه وفى هذا التفصيل نظر •

(الثالثة) اذا أراد الاستنجاء فى الدبر بالماء استحب أن يعتمد على أصبعه الوسطى لأنه أمكن ، ذكره الماوردى وغيره ويستعمل من الماء ما يظن زوال النجاسة به فان فعل ذلك ثم شم من يده رائحة النجاسة فوجهان حكاهما

الماوردى وغيره (أحدهما) يدل ذلك على بقاء النجاسة فتجب ازالتها بزيادة الغسل وعلى هذا يستحب شم الأصبع ، قال الماوردى : وهذا مستبعد وان كان مقولا (والثانى) لا يدل على بقاء النجاسة فى محل الاستنجاء ، ويدل على بقائها فى الأصبع ، فعلى هذا لا يستحب شم الأصبع • وهذان الوجهان مأخوذان من القولين فيما اذا غسلت النجاسة وبقيت رائحتها هل يحكم بطهارة المحل ؟ وقد ذكرهما المصنف فى باب ازالة النجاسة وهناك نشرحهما ونبسط الكلام فيه ان شاء الله تعالى •

قال الغزالى فى الاحياء : يدلك دبره مع الماء حتى لا يبقى أثر تدركه الكف بالمس قال : ولا يستقصى فيه بالتعرض للباطن فان ذلك منبع الوسواس ، قال: وليعلم أن كل ما لا يصل الماء اليه فهو باطن ولا يثبت للفضلات الباطنة حكم النجاسة حتى تبرز وما ظهر ثبت له حكم النجاسة وحد ظهوره أن يصله الماء ، وقوله : لا يثبت للفضلات الباطنة حكم النجاسة ، يحتمل أنه أراد فى وجوب ازالتها ، ويحتمل أنها لا يحكم بكونها نجاسة مطلقا ، وفى المسألة خلاف سبق مبسوطا فى أول باب ما ينقض الوضوء •

(الرابعة) قال أصحابنا : الرجل والمرأة والخنثى المشكل فى استنجاء الدبر سواء ، وأما القبل فأمر الرجل فيه ظاهر ، وأما المرأة فنص الشافعى رحمه الله على أن البكر والثيب سواء ، فيجوز اقتصارهما على الحجر ، وبهذا قطع جماهير الأصحاب فى الطريقتين وقطع الماوردى بأن الثيب لا يجزئها الحجر ، حكاه المتولى والشاشى وصاحب البيان وجها وهو شاذ والصواب الأول •

قال الأصحاب : لأن موضع الثيابة والبكارة فى أسفل الفرج والبول يخرج من ثقب فى أعلى الفرج فلا تعلق لأحدهما بالآخر ، فاستوت البكر والثيب الا أن الثيب اذا جلست انفرج أسفل فرجها ، فربما نزل البول الى موضع الثيابة والبكارة وهو مدخل الذكر ومخرج الحيض والمنى والولد ، فان تحققت نزول البول اليه وجب غسله بالماء ، وان لم تتحقق استحب غسله ولا يجب • نص الشافعى على استحبابه اذا لم تتحقق واتفق الأصحاب عليه ، واتفقوا على وجوب غسله اذا تحققت نزوله ، قال صاحب البيان وغيره :

يستحب للبكر أن تدخل أصبعها فى الثقب الذى فى الفرج فتغسله ولا يلزمها ذلك بالاتفاق .

قال الشافعى والأصحاب : ويلزم الثيب أن توصل الحجر الى الموضع الذى يجب ايصال الماء اليه فى غسل الجنابة ويجب ايصال الماء الى ما يظهر عند جلوسها على قدميها ، وان لم يظهر فى حال قيامها ، نص عليه الشافعى والأصحاب وشبهه الشافعى بما بين الأصابع ولا يبطل صومها بهذا قال الرويانى : قال أصحابنا : ما وراء هذا فهو فى حكم الباطن ، فلا تكلف ايصال الماء والحجر اليه ، ويبطل الصوم بالواصل اليه ، ولنا وجه ضعيف ، أنه لا يجب ايصال الماء الى داخل فرج الثيب .

وأما الخنثى المشكل فقطع الأكثرون بأنه يتعين الماء فى قبليه ، ممن قطع به الماوردى والقاضى حسين والفورانى والغزالى فى البسيط ، والبغوى والرويانى وصاحب العدة وقال المتولى والشاشى وصاحب البيان : هل يتعين الماء فى قبليه ؟ أم يجزىء الحجر ؟ فيه وجهان كمن انفتح له مخرج دون المعدة مع انفتاح الأصلى . وقلنا ينقض الخارج منه ، الأصح يتعين الماء وهذه الطريقة أصح ، ولعل مراد الأكثرين التفريع على الأصح ، فان قلنا : يجزئه الحجر وجب لكل فرج ثلاثة أحجار والله أعلم .

(الخامسة) السنة أن يدلك يده بالأرض بعد غسل الدبر ، ذكره البغوى والرويانى وآخرون لحديث ميمونة رضى الله عنها قالت : « وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم وضوءا للجنابة فأكفأ بيمينه على شماله مرتين أو ثلاثا ، ثم غسل فرجه ثم ضرب بيده الأرض أو الحائط مرتين أو ثلاثا » رواه البخارى ومسلم وهذا لفظ البخارى وفى رواية مسلم : « ثم أفرغ على فرجه وغسله بشماله ، ثم ضرب بشماله الأرض فدلكها دلكا شديدا » وعن أبى هريرة : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أتى الخلاء أتيته بماء فاستنجى ثم مسح يده على الأرض ثم أتيته باناء آخر فتوضأ » رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه وغيرهم وهو حديث حسن وعن جرير بن عبد الله رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم : « دخل الغيضة فقضى حاجته ، ثم استنجى من اداوة ومسح يده بالتراب » رواه النسائى وابن ماجه باسناد جيد .

(السادسة) يستحب أن يأخذ حفنة من ماء فينضح بها فرجه وداخل سراويله أو ازاره بعد الاستنجاء دفعا للوسواس ؛ ذكره الروياني وغيره ، وجاء به الحديث الصحيح فى خصال الفطرة وهو الانتضاح ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز الاستنجاء بالحجر وما يقوم مقامه ، قال أصحابنا : ويقوم مقامه كل جامد طاهر ، مزيل للعين وليس له حرمة ، ولا هو جزء من حيوان) •

(الشرح) اتفق أصحابنا على جواز الاستنجاء بالحجر وما يقوم مقامه، وضبطوه بما ضبطه به المصنف قالوا : وسواء فى ذلك الأحجار والأخشاب والخرق والخزف والآجر الذى لا سرجين فيه وما أشبه هذا • ولا يشترط اتحاد جنسه ؛ بل يجوز فى القبل جنس وفى الدبر جنس آخر ، ويجوز أن يكون الثلاثة حجرا ، وخشبة ، وخرقة • نص عليه الشافعى واتفق الأصحاب عليه ، هذا مذهبنا • قال الشيخ أبو حامد : وبه قال العلماء كافة الا داود فلم يجوز غير الحجر ، وكذا نقل أكثر أصحابنا عن داود ، قال القاضى أبو الطيب: هذا ليس بصحيح عن داود بل مذهبه الجواز •

واحتج الأصحاب بحديث أبى هريرة قال : « اتبعت النبى صلى الله عليه وسلم وخرج لحاجته فقال : ابغنى أحجارا أستنقض بها ، أو نحوه ولا تأتنى بعظم ولا روث » رواه البخارى ، وبقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث أبى هريرة الآخر : « ليستنج بثلاثة أحجار ، ونهى عن الروث والرمة » •

قال أصحابنا : فنهيه صلى الله عليه وسلم عن الروث والعظم دليل على أن غير الحجر يقوم مقامه والا لم يكن لتخصيصهما بالنهى معنى • وعن ابن مسعود رضى الله عنه قال : « أتى النبى صلى الله عليه وسلم الغائط فأمرنى أن آتيه بثلاثة أحجار ، فوجدت حجرين والتمست الثالث فلم أجده ، فأخذت روثة فأتيته بها ، فأخذ الحجرين وألقى الروثة وقال : هذا ركس » رواه البخارى قال أصحابنا : موضع الدلالة أنه صلى الله عليه وسلم علل منع الاستنجاء بها بكونها ركسا ولم يعلل بكونها غير حجر •

واحتج الأصحاب أيضا بحديث رؤوه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال :

« الاستنجاء بثلاثة أحجار أو ثلاثة أعواد . قيل فان لم يجد ؟ قال : ثلاث حفنات من تراب » وهذا ليس بصحيح عن النبى صلى الله عليه وسلم . قال البيهقى : الصحيح أنه من كلام طاوس . وروى من حديث سراقة بن مالك عن النبى صلى الله عليه وسلم وهو ضعيف أيضا . قال البيهقى : وأصح ما روى فى هذا ما رواه يسار بن نمير قال : كان عمر رضى الله عنه اذا بال قال : ناولنى شيئا أستنجى به ، فأناوله العود والحجر ، أو يأتى حائطا يتمسح به أو يمسه الأرض ، ولم يكن يغسله .

وأما قوله صلى الله عليه وسلم : « وليستنج بثلاثة أحجار » وشبهه . فانما نص على الاحجار لكونها غالب الموجود للمستنجى بالفضاء ، مع أنه لا مشقة فيها ولا كلفة فى تحصيلها . وهذا نحو قول الله تعالى : (ولا تقتلوا أولادكم من املاق [1]) وقوله تعالى : (فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة ان خفتم [2]) ونظائر ذلك ، فكل هذا مما ليس له مفهوم يعمل به لخروجه على الغالب ، والله أعلم .

(**فرع**) ورد الشرع باستعمال الحجر فى الاستنجاء ورمى جمار الحج وباستعمال الماء فى طهارة الحدث والنجس ، وباستعمال التراب فى التيمم وغسل ولوغ الكلب ، وباستعمال القرظ فى الدباغ . فأما الحجر فمتعين فى الرمى دون الاستنجاء ، لأن الرمى لا يعقل معناه بخلاف الاستنجاء ، وأما الماء فى الطهارة والتراب فى التيمم فمتعينان ، وفى التراب فى الولوغ قولان ، وفى الدباغ طريقان تقدما ، المذهب أنه لا يتعين القرظ ، والثانى : قولان كالولوغ ، والفرق أن الولوغ دخله التعبد والفرق بين الدباغ والاستنجاء أن الاستنجاء مما تعم به البلوى ويضطر كل أحد اليه فى كل وقت وكل مكان ولا يمكن تأخيره ، فلو كلف نوعا معينا شق ، وتعذر فى كثير من الأوقات ووقع الحرج ، وقد قال الله تعالى : (وما جعل عليكم فى الدين من حرج [3]) والدباغ بخلافه فى كل هذا ، والله أعلم .

---

(١) من الآية ١٥١ من سورة الأنعام .
(٢) من الآية ١٠١ من سورة النساء .
(٣) من الآية ٧٨ من سورة الحج .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فاما غير المـاء من المائعـات فلا يجوز الاستنجاء به لانه ينجس بملاقاة النجاسة فيزيد فى النجاسة ، وما ليس بطاهر كالروث والحجر النجس لا يجوز الاستنجاء به [(١) لنهيه صلى الله عليه وآله وسلم عن الاستنجاء بالروث]ولانه نجس فلا يجوز الاستنجاء به كالماء النجس ، فان استنجى بذلك لزمه بعد ذلك ان يستنجى بالماء لأن الموضع قد صار نجسا بنجاسة نادرة فوجب غسله بالماء . ومن أصحابنا من قال : يجزئه (٢) الحجر لأنها نجاسة على نجاسة فلم تؤثر).

(**الشرح**) اذا استنجى بمائع غير الماء لم يصح ، ويتعين بعده الاستنجاء بالماء ولا يجزئه الأحجـار بلا خلاف ، لما ذكر المصنف . وأما قول صاحب البيان : اذا استنجى بمائع فهل يجزئه بعده الحجر ؟ فيه وجهان فغلط بلا شك، كأنه اشتبه عليه كلام صاحب المهذب فتوهم أن قوله : ومن أصحابنا من قال : يجزئه الحجر ، عائد الى المسألتين وهما الاستنجاء بالماء وبالنجس كالروث ، وهذا وهم باطل ، لأن مراد صاحب المهذب الخلاف فى المسألة الثانية وحدها ، وأما مسألة المائع فمتفق فيها على أن الماء يتعين ، لأن المائع ينشر النجاسـة ، وقد أشار المصنف الى هذا بقوله : فيزيد فى النجاسة . والله أعلم .

وأما النجس وهو الروث والحجر النجس وجلد الميتة والثوب النجس وغيرها فلا يجوز الاستنجاء به ، فان خالف واستنجى به لم يصح بلا خلاف ، وهل يتعين بعده الاستنجاء بالماء أم يجوز بالأحجار ؟ فيه الوجهـان اللذان ذكرهما المصنف بدليلهما : الصحيح عند الجمهور يتعين الماء ، وبه قطع امام الحرمين والغزالى فى البسيط والبغوى وغيرهم ، وصححه الجمهور وخالفهم المحاملى فقال فى التجريد ، قال أصحابنا : اذا استنجى بنجس لزمه أن يستنجى بثلاثة أحجار طاهرة . قال : حتى لو استنجى بجلد كلب أجزأه الحجر بعـد ذلك ، لأن النجاسة الطارئة تابعة لنجاسة النجو .

قال : وقال الشيخ أبو حامد : الذى يجىء على المذهب أنه لا يجزئه الا الماء ، هذا كلام المحاملى ، ورأيت أنا فى تعليق الشيخ أبى حامد خلاف مانقله

---

(١) ما بين المعقوفين من نسخة الركبى والمتوكلية (ط) .
(٢) فى الركبى : يجزى فيه الحجر . (ط) .

عنه فقطع بأنه اذا استنجى بجامد نجس كفاه بعـده الأحجار • قال : فلو استنجى بكلب فالذى يجىء على تعليل الأصحاب أنه يجزئه الحجر ، ولايحتاج الى سبع مرات احداهن بالتراب ، هذا كلامه ، ولكن نسخ التعليق تختلف وقد قدمت نظائر هذا ، والصواب فى مسألة الاستنجاء بجلد كلب أنه يجب سبع غسلات احداهن بتراب ، والصحيح فى سائر النجاسات أنه يتعين الماء •

(فـرع) قد ذكرنا أنه لا يجوز الاستنجاء بنجس ، هـذا مذهبنا ومذهب جمهور العلماء ، وجوزه أبو حنيفة بالروث •

دليلنا حديث أبى هريرة المتقدم فى الفصل قبله • وقوله صلى الله عليـه وسلم : « ولا تأتنى بعظم ولا روث » وحديثـه الآخر : « ونهى عن الروث والرمة » وحديث ابن مسعود : « فأخذ الحجرين وألقى الروثة وقال : انهـا ركس » وهذه أحاديث صحاح تقدمت قريبا • وعن سلمان : « نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الروث والعظام » رواه مسلم • وعن جابر : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتمسح بعظم أو بعر » رواه مسلم • وعن أبى هريرة « نهى النبى صلى الله عليـه وسلم أن يستنجى بعظم أو روث وقال : انهما لا يطهران » رواه الدارقطنى وقال اسناد صحيح • وعن رويفع ابن ثابت قال : قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم « يا رويفع لعل الحياة ستطول بك بعدى فأخبر الناس أن من عقد لحيته أو تقلد وترا أو استنجى برجيع دابة أو عظم ، فان محمدا منه برىء » رواه أبو داود والنسائى باسناد جيد ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وما لا يزيل العين لا يجوز الاستنجاء به كالزجاج والحممة ، لمـا روى ابن مسعود رضى الله عنه : « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن الاستنجاء بالحممة » ولأن ذلك لا يزيل النجو) •

(الشرح) هذا الحديث ضعيف ولفظه : « قدم وفد الجن على النبى صلى الله عليه وسلم فقالوا : يا محمد انه أمتك أن يستنجوا بعظم أو روثة أو حممة ، فان الله عز وجل جعل لنا فيها رزقا ، فنهى النبى صلى الله عليـه وسلم » رواه أبو داود والدارقطنى والبيهقى ولم يضعفه أبو داود ، وضعفه الدارقطنى والبيهقى •

والحممة [1] بضم الحـاء وفتح الميمين مخففتين وهى الفحم ، كذا قاله أصحابنا فى كتب الفقه ، وكذا قاله أهل اللغة وغريب الحديث • وقال الخطابى: الحمم الفحم وما أحرق من الخشب والعظام ونحوهما ، قال : والاستنجاء به منهى عنه لأنه جعل رزقا للجن فلا يجوز افساده عليهم ، قال البغوى : قيل : المراد بالحممة الفحم الرخو الذى يتناثر اذا غمز فلا يقلع النجاسة • والزجاج معروف وهو بضم الزاى وفتحها وكسرها ثلاث لغات ، حكاهن ابن السكيت والجوهرى وغيرهما •

وأما راوى الحديث فهو أبو عبد الرحمن عبـد الله بن مسعود بن غافل بالغين المعجمة والفاء ابن حبيب الهذلى ، وهو من كبـار الصحابة وساداتهم وكبار فقهائهم وملازمى رسول الله صلى الله عليه وسلم وخدامه ، ومنـاقبه كثيرة مشهورة ، أسلم فى أول الاسلام سادس ستة ، وأسلمت أمه ، وسكن الكوفة ثم عاد الى المدينة وتوفى بها سنة ثنتين وثلاثين ، وهو ابن بضع وستين سنة [2] وقد ذكرت قطعة من أحواله فى التهذيب رضى الله عنه •

(واما حكم المسألة) فاتفق الأصحاب على أن شرط المستنجى به كونه قالعا لعين النجاسة ، واتفقوا على أن الزجاج والقصب الأملس وشبههما لا يجزىء، وأما الفحم فقطع العراقيون بأنه لا يجزىء ، وقال الخراسانيون : اختلف نص الشافعى فيه • قالوا : وفيه طريقان الصحيح منهما أنه على حالتين ، فان كان صلبا لا يتفتت أجزأ الاستنجاء به • وان كان رخوا يتفتت لم يجزىء • وقيل : فيه قولان مطلقا ، حكاهما القفال والقاضى حسين والمتولى وغيره من الخراسانيين ، وحكاهما الدارمى من العراقيين • قال امام الحرمين : هـذا الطريق غلط والصـواب التفصيل ، فانه لم يصح الحـديث بالنهى ، فتعين التفصيل بين الرخو والصلب •

قال أصحابنا : فاذا استنجى بزجاج ونحوه لزمه الاستنجاء ثانيا ، فان كان

---

(1) هذه المادة أخذ منها حروف الحميم والحمام الذى يستحم فيه الناس ، وحمة القرب ، ومحام عن هذا الأمر ثابت عليه وحامة الرجل أقرباؤه وحمة السنان حدته ، وحم الظهيرة قال الشـاعر :

ولقد ربأت اذا الصحاب تواكلوا حم الظهيرة فى النخاع الأطول .

(2) ودفن بالبقيع وصلى عليه الزبير أو عثمان على خلاف فى الروايات .

حين استنجى بالزجاج بسط النجاسة بحيث تعدت محلها تعين المـاء ، والا فتكفيه الأحجار • هكذا صرح به الفورانى وامام الحرمين والغزالى والمتولى وصاحب العدة وآخرون • وقال القفال والقاضى حسين والبغوى : يتعين الماء لأنه يبسط النجاسة ، ومرادهم اذا بسط ، وقـد قال الغزالى فى البسيط : لا خلاف أنه اذا لم يبسط النجاسة يكفيه الأحجار ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وما له حرمة من المطعومات كالخبز والعظم لا يجوز الاستنجاء به • لأن النبى صلى الله عليـه وسلم نهى عن الاستنجاء بالعظم ، وقال : « هـو زاد اخوانكم من الجن » فان خالف واستنجى به لم يجزئه ، ولأن الاستنجاء بغير الماء رخصة ، والرخص لا تتعلق بالمعاصى) •

(الشرح) أما حديث النهى عن الاستنجاء بالعظم فصحيح ، رواه جماعة من الصحابة ، منهم سلمان وجابر وأبو هريرة ورويفع ، وأحاديثهم صحيحة تقدمت قريبا فى الفرع • وأما قوله : وقال : « هو زاد اخوانكم من الجن » فقد رواه مسلم فى صحيحه باسناده عن الشعبى عن علقمة عن ابن مسـعود عن النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث طويل ، قال فى آخره وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « لا تستنجوا بالعظم والبعرة فانهما طعام اخوانكم » يعنى الجن ، ورواه مسلم من طريق آخر ولم يذكر هذه الزيادة فيه ، ورواه من طريق ثالث عن داود بن أبى هند عن الشعبى ولم يذكر هذه الزيادة ، ثم قال : قال الشعبى : قال النبى صلى الله عليه وسلم : « لا تستنجوا بالعظم والبعر » قال الترمذى : كأن هذه الرواية أصح • يعنى فيكون مرسلا (قلت) لا يوافق الترمذى ، بل المختار أن هذه الزيادة متصلة •

(واما حكم المسالة) فلا يجوز الاستنجاء بعظم ولا خبز ولا غيرهمـا من المطعوم لما سبق فان خالف واستنجى به عصى ولا يجزئه • هكذا نص عليـه الشـافعى وقطع به الجمهور ، وفيـه وجه أنه يجزئه ان كان العظم طاهرا لا زهومة عليه ، حكاه الخراسانيون لحصول المقصود ، والصحيح الأول ، لأنه رخصـة فلا تحصل بحرام ، وقد اتفقوا على تحريمـه ، واذا لم يجزئه

المطعوم كفاه بعـده الحجر بلا خلاف ، ان لم ينشر النجاسـة ولم يكن على العظم زهومة •

قال الماوردى : ولو أحرق عظم طاهر بالنار وخرج عن حال العظم فوجهان أحدهما : يجوز الاستنجاء به لأن النار أحالته ، والثـانى : لا يجوز لعموم الحديث فى النهى عن الرمة وهى العظم البالى ، ولا فرق بين البالى بنـار أو مرور الزمان ، وهذا الثانى أصح والله أعلم •

(**فـرع**) اتفق أصحابنا على تحـريم الاستنجاء بجميـع المطعومات كالخبز واللحم والعظم وغيرها ، وأما الثمار والفواكه فقسمها الماوردى تقسيما حسنا فقال : منها ما يؤكل رطبا لا يابسا ، كاليقطين فلا يجوز الاستنجاء به رطبا ويجوز يابسا اذا كان مزيلا ومنها ما يؤكل رطبا ويابسا وهو أقسام •

(أحدها) مأكول الظاهر والباطن كالتين والتفاح والسفرجل وغيرها ، فلا يجوز الاستنجاء بشىء منه رطبا ولا يابسا •

(والثانى) ما يؤكل ظاهره دون باطنه كالخوخ والمشمش وكل ذى نوى فلا يجوز بظاهره ، ويجوز بنواه المنفصل •

(والثالث) ما له قشر ومأكوله فى جوفه كالرمان ، فلا يجوز الاستنجاء بلبه ، وأما قشره فله أحوال :

(أحدها) لا يؤكل رطبا ولا يابسا كالرمان فيجوز الاستنجاء بالقشر ، وكذا لو استنجى برمانة فيها حبها جاز اذا كانت مزيلة •

(والثانى) يؤكل قشره رطبا ويابسا كالبطيخ فلا يجوز رطبا ولا يابسا •

(والثالث) يؤكل رطبا لا يابسا كاللوز والباقلاء ، فيجوز بقشره يابسـا لا رطبا وأما ما يأكله الآدميون والبهائم ، فان كان أكل البهائم له أكثر جاز ، وان كان أكل الآدميين له أكثر لم يجز ، وان استويا فوجهان ، من اختلاف أصحابنا فى ثبوت الربا فيه ، هذا كلام الماوردى ، وذكر الرويانى نحوه ، قال

البغوى : ان استنجى بما مأكوله فى جوفه كالجوز واللوز اليابس كره وأجزأه ، فان انفصل القشر جاز الاستنجاء به بلا كراهة ، والله أعلم .

(فرع) قال أصحابنا : ومن الأشياء المحتمة التى يحرم الاستنجاء بها الكتب التى فيها شىء من علوم الشرع ، فان استنجى بشىء عالما أثم . وفى سقوط الفرض الوجهان : الصحيح لا يجزئه ، فعلى هذا تجزئه الأحجار بعده ، ولو استنجى بشىء من أوراق المصحف ، والعياذ بالله عالما صار كافرا مرتدا ، نقله القاضى حسين والرويانى وغيرهما ، والله أعلم .

(فرع) لو استنجى بقطعة ذهب أو فضة ، ففى سقوط الفرض به وجهان ، حكاهما الماوردى وآخرون ، قال الماوردى والرافعى : الصحيح سقوطه ولو استنجى بقطعة ديباج سقط الفرض على المشهور ، وطرد الماوردى فيه الوجهين ، وطردهما أيضا فى الاستنجاء بحجارة الحرم ، قال : وظاهر المذهب سقوط الفرض بكل ذلك ، لأن لماء زمزم حرمة تمنع الاستنجاء به ، ثم لو استنجى به أجزأه بالاجماع .

(فرع) قال الشافعى فى البويطى : ولا يستنجى بعظم ذكى ولا ميت للنهى عن العظم مطلقا ، وقال فى الأم : ولا يستنجى بعظم للخبر ، فانه ــ وان كان غير نجس ــ فليس هو بنظيف ، وانما الطهارة بنظيف طاهر ، ولا أعلم شيئا فى معنى عظم الا جلد ذكى غير مدبوغ ، فانه ليس بنظيف ، وان كان طاهرا ، وأما الجلد المدبوغ ، فنظيف طاهر ، هذا نصه فى الأم وقال فى مختصر المزنى : والفرق بين أن يستطيب بيمينه فيجزئه ، وبالعظم فلا يجزىء أن اليمين أداة ، والنهى عنها أدب ، والاستطابة طهارة ، والعظم ليس بطاهر . هذا نصه فى المختصر ، واعترض على قوله : والعظم ليس بطاهر ، فان العظم لا يصح الاستنجاء به طاهرا كان أو نجسا ، واختلف أصحابنا فى هذا الكلام على ثلاثة أوجه .

(أحدها) أن هذا غلط من المزنى ، وانما قال الشافعى : والعظم ليس بنظيف ، كما سبق عن الأم ، وأراد بقوله : ليس بنظيف أن عليه سهوكة ، قال الماوردى : وهذا قول أبى اسحاق المروزى ، وبه قطع القاضى أبو الطيب .

(والثانى) أن نقل المزنى صحيح ، وقوله : ليس بطاهر ، أى ليس بمطهر، قال الماوردى : وهذا تأويل أبى على بن أبى هريرة •

(والثالث) أنه ذكر احدى العلتين فى العظم النجس ، لأن العظم النجس يمتنع الاستنجاء به لعلتين •

احداهما : كونه نجسا ، والأخرى كونه مطعوما والعظم الطاهر يمتنع لكونه مطعوما فقط ، قال الماوردى هذا تأويل أبى حامد الاسفراينى ، واختار الأزهرى الوجه الأول ، وهو تغليط المزنى وبسط الكلام فيه ، وفى الفرق بين النظيف والطاهر ، قال : فما فيه زهومة أو رائحة كريهة فهو طاهر ليس بنظيف، وذلك كالعظم وجلد المذكى قبل الدباغ ، هذا تفصيل مذهبنا وقال أبو حنيفة ومالك : يصح الاستنجاء بالعظم ، وممن قال : لا يجوز ، أحمد وداود •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وما هو جزء من حيوان كذنب حمار لا يجوز الاستنجاء به ، ومن أصحابنا من قال : يجوز ، والأول أصح لأنه جزء من حيوان فلم يجز الاستنجاء به كما لو استنجى بيده ولأن له حرمة فهو كالطعام) •

(**الشرح**) الصحيح عند الأصحاب تحريم الاستنجاء بأجزاء الحيوان فى حال اتصاله كالذنب والأذن والعقب والصوف والوبر والشعر وغيرها ، وخالفهم الماوردى والشاشى فقالا : الأصح صحة الاستنجاء لأن حرمة الحيوان فى منع ايلامه لا منع ابتذاله بخلاف المطعوم ، والصواب ما صححه الجمهور ، وهو التحريم وعدم اجزائه ، وقيل : يحرم ويجزىء ، فاذا قلنا بالصحيح وهو أنه لا يجزىء كفاه الأحجار بعده • وأما الاستنجاء بيد آدمى ففيه كلام منتشر حاصلة أربعة أوجه :

(الصحيح) لا يجزئه لا بيده ولا بيد غيره ، وبه قطع المتولى وآخرون ، لأنه محترم (والثانى) يجزئه بيده وبد غيره ، حكاه الماوردى عن ابن خيران وليس بشىء (والثالث) يجوز بيده ولا يجوز بيد غيره ، وبه قطع امام الحرمين وغيره (والرابع) يجزئه بيد غيره دون يده ، كما يسجد على يد غيره دون يده،

وهذا اختيار الماوردى ، وحكاه الفورانى عن الشيخ أبى حامد وهو ضعيف أو غلط ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان استنجى بجلد مدبوغ ففيه قولان ، قال فى حرملة : لا يجوز لانه كالرمة ، وقال فى الأم : يجوز لانه ان كان ليناً فهو كالخرق ، وان كان خشناً فهو كالخزف . وان استنجى بجلد حيوان ماكول اللحم مذكى غير مدبوغ ففيه قولان ، قال فى الأم وحرملة : لا يجوز ، لانه لا يقلع النجو لزوجته ، وقال فى البويطى : والأول هو الصحيح المشهور) .

(الشرح) حاصل ما ذكره ثلاثة أقوال .

(أصحها) عند الأصحاب يجوز بالمدبوغ دون غيره ، وهو نصه فى الأم .

(والثانى) يجوز بهما قاله فى البويطى .

(والثالث) لا يجوز بواحد منهما ، قاله فى حرملة ، وحكى امام الحرمين طريقا آخر وهو القطع بنصه فى الأم ، وتأويل الآخرين ، ودليل الجمع ذكره المصنف ، ثم لا فرق فى المدبوغ ــ بين المذكى والميتة ــ لأنهما طاهران قالعان، هذا هو الصحيح المشهور الذى قطع به الجمهور ، وفيه وجه أنه لايجوز بجلد الميتة المدبوغ وان جاز بالمدبوغ المذكى تفريعا على قولنا : لا يجوز بيعه ، حكاه جماعة منهم الماوردى عن أبى على بن أبى هريرة وليس بشىء ، هذه طريقة الأصحاب كلهم الا المتولى ، فانه انفرد بطريقة غريبة فقال : ان كان جلد مذكى واستنجى بالجانب الذى يلى اللحم ؟ فهو كما لو استنجى بمطعوم ، لأنه مما يؤكل فى الجملة ، وان استنجى بالجانب الذى عليه الشعر ــ وشعره كثير ــ جاز ، وان كان الجلد مدبوغا ، وهو جلد مذكى جاز ، وان كان جلد ميتة فقولان بناء على أن الدباغ هل يطهر باطن الجلد أم لا ، والله أعلم .

فان قيل : الجلد مأكول ، فكيف جوزتم الاستنجاء به ؟ فالجواب ما أجاب به الأصحاب أنه غير مأكول عادة ولا مقصود بالأكل ، ولهذا جاز بيع جلدين بجلد ، والله أعلم .

وقول المصنف : كالرمة هى ــ بكسر الراء وتشديد الميم ــ وهو العظم البالى كذا قاله الشافعى فى الأم وأصحابنا وغيرهم ، قال الخطابى : سميت العظام رمة ، لأن الابل ترمها أى تأكلها ، وانما قاس المصنف عليها لأن النص ثبت فيها ، كما سبق فى الأحاديث ، والله أعلم •

(فرع) فى مسائل تتعلق بالفصل

(احداها) قال الشافعى رحمه الله فى الأم والمختصر : « ولا يستنجى بحجر قد استنجى به مرة الا أن يكون طهر بالماء » واتفق الأصحاب على أنه اذا استنجى بحجر ثم غسل ويبس جاز الاستنجاء به ثانية ، فان غسل ويبس جاز ثالثة ، وهكذا أبدا ، ولا يكره ذلك كما لا يكره أن يصلى فى الثوب مرات ، بخلاف رمى الجمار فى الحج ، فانه يكره أن يرمى بحصاة قد رمى بها هو أو غيره ، لأنه جاء أن ما تقبل منها رفع ، وما لم يتقبل ترك ، ولأن المطلوب تعدد المرمى به ، ولو غسله ثم استنجى به ــ والماء باق عليه ــ لم يصح ، فان انبسطت النجاسة تعين الاستنجاء بالماء والا فقد قال امام الحرمين : كان شيخى يقول : يتعين الماء أيضا لأن ذلك البلل ينجس بملاقاة النجاسة فيصير فى حكم نجاسة أجنبية فيتعين الماء • قال امام الحرمين : ولى فى هذا نظر ، لأن عين الماء لا تنقلب نجسا ، وانما تجاور النجاسة أو تخالطها ، هذا كلام الامام ، والمختار قول شيخه ، وهو مقتضى كلام غيره ، وان غسله ولم يبق عليه ماء وبقيت رطوبة فوجهان حكاهما ابن كج والدارمى وصاحبا الحاوى والبحر وغيرهم • أصحهما : لا يصح الاستنجاء به ، وبه قطع القاضى أبو الطيب والشيخ أبو محمد والقاضى حسين وصاحبا التتمة والتهذيب وآخرون • وحكى صاحب البيان عن الصيمرى وجها ثالثا : ان كانت الرطوبة يسيرة صح والا فلا•

(فرع) اذا استنجى بحجر فحصل به الانقاء ثم استعمل حجرا ثانيا وثالثا ولم يتلوثا ففى جواز استعمالهما مرة أخرى من غير غسلهما وجهان ، حكاهما القاضى حسين وصاحبا التتمة والبحر ، أصحهما : يجوز لأنهما طاهران ، صححه الشاشى والرافعى ، وقطع به البغوى ، والثانى : لا يجوز لأنه تبعد سلامته من نجاسة خفيفة ، وقياسا على الماء المستعمل •

(فـرع) لو رأى حجرا شك فى استعماله جاز استعماله ، لأن الأصل طهارته ، والمستحب تركه أو غسله ، ولو علم أنه مستعمل ، وشك فى غسله لم يجز استعماله لأن الأصل بقاء النجاسة عليه .

(فـرع) قال المـاوردى : اذا جف ورق الشـجر ظاهره وباطنه أو ظاهره ، جاز الاستنجاء به ان كان مزيلا ، وان كان ندى الظاهر ففيه الوجهان فى الحجر الندى .

(المسألة الثانية) ورق الشجر الذى يكتب عليه والحشيش اليابسات . قال الماوردى وغيره : ان كان خشنا مزيلا جاز الاستنجاء به والا فلا .

(الثالثة) نص الشافعى رحمه الله فى البويطى ومختصر الربيع على جواز الاستنجاء بالتراب . قال أصحابنا : أراد اذا كان مستحجرا تمكن الازالة به ، فان كان دقيقا لا تمكن الازالة به لم يجزىء ، لأنه تعلق بالمحل . هكذا ذكره الجمهور منهم المـاوردى والفورانى وامام الحـرمين ، ونقله الرويانى عن أصحابنا ، وذكر المتولى والرويانى وجها أنه يجوز بالتراب ، وان كان رخوا ، الحديث السابق فى الاستنجاء بثلاث حثيات من تراب ، وهذا الوجه غلط والحديث باطل ، فقد قدمنا أنه ليس من كلام النبى صلى الله عليه وسلم وقد أمر بالحجر فلا يجزىء الا الحجر وما فى معنـاه ، وليس التراب الرخو فى معناه ، قال القاضى حسين : فعلى هـذا الوجه الضعيف يجب أربع مسحات ويستحب خامسة للايتار ، وهذا كله ليس بشىء .

(الرابعة) قال المحاملى وصاحبا البحر والبيان وغيرهم : قال الشـافعى رحمه الله فى حرملة : اذا نتف الصوف من الغنم واستنجى به كرهته وأجزأه . قالوا : وانما كرهه لأن فيه تعذيب الحيوان ، فأما الاستنجاء بالصوف فليس بمكروه ، فان أخذه من شاة بعد ذكاتها أو جزه فى حياتها فلا كراهة .

(الخامسة) نص الشافعى رحمه الله على جواز الاستنجاء بالآجر . قال أصحابنا : قاله على عادة أهل عصره بالحجاز ومصر ، أنهم لا يخلطون بترابه السرجين ، فأما ما خلط به فلا يجـوز ، وقيـل : بل علم بخلطه بالسرجين

وجوزه ، لأن النار تحرق السرجين ، فاذا غسل طهر ظاهره ، وهذا الوجه ضعيف ، وسنذكر المسألة مبسوطة فى آخر باب ازالة النجاسة حيث ذكرها المصنف ان شاء الله تعالى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان جاوز الخارج الموضع المعتاد ـ فان كان غائطا فخرج الى ظاهر الألية ـ لم يجز فيه الا الماء ، لأن ذلك نادر فهو كسائر النجاسات ، وان خرج الى باطن الألية ولم يخرج الى ظاهرها ففيه قولان (أحدهما) أنه لا يجزىء فيه الا الماء لأنه نادر فهو كما لو خرج الى ظاهرة الألية (والثانى) يجزىء فيه الحجر ، لأن المهاجرين رضى الله عنهم هاجروا الى المدينة فأكلوا التمر ، ولم يكن من عادتهم ، ولا شك انه رقت بذلك أجوافهم ولم يؤمروا بالاستنجاء بالماء ، ولأن ما يزيد على المعتاد لا يمكن ضبطه فجعل الباطن كله حدا ، ووجب الماء فيما زاد ، وان كان بولا ففيه طريقان .

قال ابو اسحاق : اذا جاوز مخرجه حتى رجع على الذكر اعلاه أو أسفله لم يجز فيه الا الماء ، لأن ما يخرج من البول لا ينتشر الا نادرا بخلاف ما يخرج من الدبر ، فانه لابد من ان ينتشر . ومن أصحابنا من قال : فيه قولان (أحدهما) لا يجوز فيه الا الماء ، نص عليه فى البويطى ، ووجهه ما قال أبو اسحاق (والثانى) يجوز فيه الحجر ما لم يجاوز الحشفة ، نص عليه فى الأم ، لأنه لما جاز الحجر فى الغائط ـ ما لم يجاوز باطن الألية لتعذر الضبط ـ وجب أن يجوز فى البول ما لم يجاوز الحشفة لتعذر الضبط) .

(الشرح) قال أصحابنا : اذا خرج الغائط فله أربعة أحوال :

(أحدها) أن لا يجاوز نفس المخرج فيجزئه الأحجار بلا خلاف .

(الثانى) أن يجاوزه ، ولا يجاوز القدر المعتاد من أكثر الناس ، فيجزئه الحجر أيضا ، لأنه يتعذر الاحتراز من هذا القدر ، ونقل المزنى أنه اذا جاوز المخرج تعين الماء ، ونقل البويطى نحوه ، فمن الأصحاب من جعله قولا آخر ، وقطع الجمهور بأنه ليس على ظاهره ، بل يكفيه الحجر قولا واحدا ، ثم منهم من غلط المزنى فى النقل ، وهذا قول العراقيين وجماعة من الخراسانيين ونقل البندنيجى والمحاملى اتفاق الأصحاب على تغليطه ، ومنهم من تأوله على أنه سقط من الكلام شىء ، وصوابه اذا جاوز المخرج وما حوله ، وهذا ـ وان

سموه تأويلا فهو ــ بمعنى التغليط ، ثم ان جمهور الأصحاب قالوا : الاعتبار بعادة غالب الناس وذكر الدارمى وجهين فى أن الاعتبار بعادة الناس أم بعادته.

(الحال الثالث) أن ينتشر ويخرج عن المعتاد ، ولا يجاوز باطن الألية ، فهل يتعين الماء أم يجزئه الحجر ؟ فيه قولان (أصحهما) يجزئه الحجر ، وهو نصه فى الأم وحرملة والاملاء ، كذا قاله البندنيجى وغيره وصححه الأصحاب (والثانى) يتعين المـاء نص عليه فى المختصر والقديم . وقـد ذكر المصنف دليلهما . وهذا الذى استدل به من قصة المهاجرين صحيح مشهور ، واستدل به الشافعى فى الأم والأصحاب .

(الرابع) أن ينتشر الى ظاهر الأليين ، فان كان متصلا تعين الماء فى جميعه كسائر النجاسات لندوره ، وتعذر فصل بعضه عن بعض ، وان انفصل بعضه عن بعض تعين الماء فى الذى على ظاهر الألية ، وأما الذى لم يظهر ولم يتصل فهو على الخلاف والتفصيل السابق ان لم يجاوز العادة أجزأ الحجر ، وان جاوزه فقولان أصحهما : يجزئه أيضا . هكذا ذكر هـذا التفصيل الشيخ أبو محمد فى الفروق والقاضى حسين والمتولى وآخرون . ونقله الرويانى عن الأصحاب . وفى الحاوى وغيره وجه مخالف لهذا وليس بشىء . ولو انتشر الخارج انتشارا معتادا وترشش منه شىء الى محل متصل قريب من الخارج بحيث يكفى فيـه الحجر لو اتصـل ؛ تعين المـاء فى المترشش . صرح به الصيدلانى ونقله عنه امام الحرمين ولم يذكر غيره والله أعلم .

وأما البول فان انتشر وخرج عن الحشفة متصلا تعين فيه الماء ، وان لم يخرج عنها فطريقان ذكرهما المصنف والأصحاب ، اختلف فى الراجح منهما ، فقطع الشيخ أبو حامد والماوردى بأنه يتعين المـاء لندوره وقال الجمهور : الصحيح أنه على القولين فى انتشار الغائط الى باطن الألية ، وقطع المحاملى فى المقنع باجزاء الحجر ما لم يجـاوز الحشـفة ، وصححه الرافعى . قال البندنيجى : « وهو ظاهر نصه فى حرملة » وهذا هو الأصح لأن البول ينتشر أيضا فى العادة ، ويشق ضبط ما تدعو الحاجة اليه ، فجعلت الحشفة فاصلا ، فعلى هذا حكمه حكم الغـائط اذا لم يخرج عن باطن الألية على التفصـيل والخلاف السابق والله أعلم .

وقول المصنف : قال أبو اسحاق اذا جاوز مخرجه حتى رجع على الذكر أعلاه وأسفله ، كذا قاله أبو اسحاق ، وكذا نقله الأصحاب عنه •

(اما اللغات) وقوله : « أعلاه وأسفله » مجروران على البدل من الذكر ، تقديره حتى رجع على أعلا الذكر وأسفله ؟ ويقال الأليان والأليتان بحذف التاء واثباتها ، وحذفها أفصح وأشهر ، والله أعلم •

والمراد بباطن الألية ما يستتر فى حال القيام وبظاهرها ما لا يستتر •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان الخارج نادرا كالدم والمذى والودى أو دودا أو حصاة ـ وقلنا : يجب الاستنجاء منه ـ فهل يجزى فيه الحجر [أم لا] ؟ فيه قولان (أحدهما) انه كالبول والغائط ، وقد بيناهما (والثانى) لا يجزىء الا بالماء ، لأنه نادر فهو كسائر النجاسات) •

(الشرح) اذا كان الخارج نادرا كالدم والقيح والودى والمذى وشبهها فهل يجزئه الحجر ؟ فيه طريقان ؛ الصحيح منهما ـ وبه قطع العراقيون أنه على قولين ، (أصحهما) يجزيه الحجر ، نص عليه فى المختصر وحرملة ، لأن الحاجة تدعو اليه والاستنجاء رخصة والرخص تأتى لمعنى ؛ ثم لا يلزم وجود ذلك المعنى فى جميع صورها كالقصر وأشباهه (والقول الثانى) يتعين الماء ، قاله فى الأم ، ويحتج له مع ما ذكره المصنف بالحديث الصحيح أن النبى صلى الله عليه وسلم « أمر بغسل الذكر من المذى » وسنذكره واضحا فى باب الغسل ان شاء الله تعالى • والجواب الصحيح عن هذا الحديث : أنه محمول على الندب ، والطريق الثانى : ذكره الخراسانيون أنه يجزيه الحجر قولا واحدا ، وتأولوا قوله فى الأم على ما اذا كان الخارج لا من داخل الفرج بل من قرح أو باسور وشبهه خارج الدبر ، وهو تأويل بعيد ، والله أعلم •

ثم المذهب الصحيح أن القولين جاريان ، سواء خرج النادر وحده أو مع المعتاد ، وحكى الفورانى وغيره عن القفال أن القولين فيما اذا خرج النادر مع المعتاد ، فان تمحض النادر تعين الماء قطعا • والصحيح طرد القولين فى

الحالين • كذا صرح به المتولى وغيره ، وهو مقتضى اطلاق الجمهور • قال الماوردى : ودم الاستحاضة نادر فيكون على القولين ، قال هو وغيره : ودم البواسير الذى فى داخل الدبر نادر • واتفقوا على أن المذى من النادر كما ذكره المصنف ، وفى كلام الغزالى ما يوهم خلافا فى كونه نادرا ، ولا خلاف فيه ، فليحمل كلامه على موافقة الأصحاب •

قال الماوردى : ودم الحيض معتاد فيكفى فيه الحجر قولا واحدا ، وهذا الذى قاله قد يستشكل من حيث ان الأصحاب فى الطريقتين قالوا : لا يمكن الاستنجاء بالحجر من دم الحيض فى حق المغتسلة ، لأنه يلزمها غسل محل الاستنجاء فى غسل الحيض ، فيقال : صورته فيما اذا انقطع دم الحائض ولم تجد ما تغتسل به • أو كان بها مرض ونحوه مما يبيح لها التيمم ؛ فانها تستنجى بالحجر عن الدم ، ثم تتيمم للصلاة بدلا عن غسل الحيض وتصلى ، ولا اعادة بخلاف المستحاضة •

ومن خرج منه مذى أو دم أو غير ذلك من النادر فانه اذا استنجى بالحجر وتيمم لعدم الماء وصلى تلزمه الاعادة على أحد القولين ، وهو قولنا : لا يصح استنجاؤه ، وأما قول أمام الحرمين والغزالى : قال العراقيون : لا يكفى الحجر فى دم الحيض الموجب للغسل ؛ فمحمول على ما اذا وجدت الماء واستنجت بالحجر وغسلت باقى البدن ولم تغسل موضع الاستنجاء ؛ فهنا لا يصح استنجاؤها بلا خلاف ، لأنه يجب غسل ذلك الموضع عن غسل الحيض ، ولم يريدا بقولهما : قال العراقيون أن غيرهم يخالفهم بل أرادا أنهم هم الذين ابتدأوا بذكر ذلك وشهروه فى كتبهم فقد ذكره الخراسانيون أيضا ولكنهم أخذوه من كتب العراقيين والله أعلم •

وأما قول المصنف فى الدود [1] أو الحصى اذا أوجبنا الاستنجاء منه فهل

---

(١) يذهب المالكية الى عدم نقض الوضوء بالدود والحصى ولو خرج مبتلا ببلل كثير ، واذا عرض فى الصلاة قطعها واستنجى وعاد يصلى بغير ان يعيد الوضوء ويلغزون لهذه المسألة نظما كما فى حاشية الصفطى على الجواهر الزكية :

قل للفقيه ولا تخجلك هيبته ... شىء من المخرج المعتاد قد عرضا
فاوجب القطع واستنجى المصلى له ... لكن به الطهر يا مولاى ما انتقضا

لم ينظمون الجواب على القافية والروى وفيه :

جواب هذا الحصى والدود ان خرجا ... مع بلة كثرت قد زال ما غمضا

يجزأ الحجر ؟ فيه القولان كالنادر ، فكذا قاله الشيخ أبو حامد والبندنيجى والمحاملى وابن الصباغ والبغوى والجمهور ، قال القاضى أبو الطيب : وهذا غلط لأن الاستنجاء هنا انما يجب لتلك البلة ، وهى معتادة ، فيكفى الحجر قولا واحدا ، وحكى الرويانى عن القفال مثله ، وهذا هو الصحيح المعتمد .

قال ابن الصباغ وغيره : والمنى طاهر لا يجب الاستنجاء منه وهو محمول على من خرج منه منى ، ولم يخرج غيره وصلى بالتيمم لمرض ، أو فقد الماء ، فانه تصح صلاته ولا اعادة ، كما ذكرنا فى دم الحيض ، أما اذا اغتسل من الجنابة فلابد من غسل رأس الذكر والله أعلم .

(فرع) فى مسائل تتعلق بالباب

(احداها) قال أصحابنا : شرط جواز الاستنجاء بالحجر من الغائط أن لا يقوم من موضع قضاء الحاجة حتى يستنجى فان قام تعين الماء ، لأن بالقيام تنطبق الأليان فتنتقل النجاسة من محلها الى محل أجنبى ، فان لم يكن معه أحجار وكانت بقربه ، ولم يجد من يناوله اياها فطريقه أن يزحف على رجليه من غير أن تنطبق أالياه حتى يصل الى الحجر قال الشيخ أبو محمد : ولو قام متفاحجا [1] بحيث لا تنطبق الأليان ، أو استيقن النجاسة لم يجاوز محلها أجزأه الحجر قال أصحابنا : ولو وقع الخارج منه على الأرض ثم ترشش منه بشىء فارتفع وعلق بالمحل أو تعلقت بالمحل نجاسة أجنبية تعين الماء ، فان تميز المرتفع وأمكن غسله وحده غسله وكفاه الأحجار فى نجاسة المحل .

(الثانية) لا يجب الاستنجاء على الفور ، بل يجوز تأخيره حتى يريد الطهارة أو الصلاة .

(الثالثة) الاستنجاء طهارة مستقلة ، ليست من الوضوء ، هذا هو الصحيح المشهور الذى قاله الجمهور ، وحكى المتولى ــ وجها ــ أنه من

---

(١) فى الأصل بتاخير الحاء وصوابه بالجيم والتفاجج فتح ما بين الرجلين كأنه يحدث فجا بينهما والفحج بتقديم المهملة هو تباعد العقبين وعلى هذا تتوجه عبارة الشيخ أبى محمد الجوينى اذا قيل متفاحجا أو متفاجا بالمعجمة المشددة .

واجبات الوضوء ، واستنبطه من القول الشاذ الذى قدمناه أن الوضوء لا يصح قبل الاستنجاء ، قال المتولى : وهذا ليس بصحيح .

(الرابعة) اذا استنجى بالأحجار فعرق محله وسال العرق منه وجاوزه وجب غسل ما سال اليه ، وان لم يجاوزه فوجهان (أحدهما) غسله (والصحيح) لا يلزمه شىء لعموم البلوى بذلك ، ولو انغمس هذا المستجمر فى مائع أو فيما دون قلتين نجسه بلا خلاف .

(الخامسة) قال الشافعى رحمه الله فى الأم والأصحاب : انما يجزىء الاستجمار ــ المتوضىء والمتيمم ــ أما المغتسل من جنابة وغيرها فلا يجزئه ، بل لابد من تطهير محله بالماء ، وهذا متفق عليه وهو ــ كما قلنا ــ لا يكفى مسح الخف فى حق المغتسل بخلاف المتوضىء ، والفرق أن الاستجمار ومسح الخف رخصتان دعت الحاجة اليهما لتكرار الوضوء ، وأما الغسل فنادر فلا تدعو الحاجة اليهما فيه ، والله أعلم .

(فرع) له تعلق بالباب ، روى أبو داود باسناد فيه ضعف عن امرأة من بنى غفار « أن النبى صلى الله عليه وسلم أردفها على حقيبة فحاضت ، فأمرها أن تغسل الدم بماء وملح » الحديث .

قال الخطابى : الملح مطعوم ، فقياسه جواز غسل الثوب بالعسل ، كثوب الابريسم الذى يفسده الصابون ، وبالخل اذا أصابه حبر ونحوه ، قال : ويجوز ــ على هذا ــ التدلك بالنخالة ، وغسل الأيدى بدقيق الباقلا والبطيخ ونحوه ، مما له قوة الجلاء . قال : وحدثونا عن يونس بن عبد الأعلى قال : دخلت الحمام بمصر فرأيت الشافعى يتدلك بالنخالة ، هذا كلام الخطابى .

باب ما يوجب الغسل

يقال : غسل الجنابة ، وغسل الحيض ، وغسل الجمعة ، وغسل الميت ، وما أشبهها ــ بفتح الغين وضمها ــ لغتان الفتح أفصح وأشهر عند أهل اللغة ، والضم هو الذى يستعمله الفقهاء أو أكثرهم ، وزعم بعض المتأخرين أن الفقهاء غلطوا فى الضم وليس كما قال ، بل غلط هو فى انكاره ما لم يعرفه،

وقد أوضحته فى (تهذيب الأسماء واللغات) وأشرت الى بعضه فى آخر صفة الوضوء من هذا الشرح .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والذى يوجب الغسل ايلاج الحشفة فى الفرج ، وخروج المنى ، والحيض، والنفاس ، فاما ايلاج الحشفة فانه يوجب الغسل لما روت عائشة رضى الله عنها ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا التقى الختانان وجب الغسل » والتقاء الختانين يحصل بتغييب الحشفة فى الفرج ، وذلك ان ختان الرجل هو الجلد الذى يبقى بعد الختان ، وختان المرأة جلدة كعرف الديك فوق الفرج ، فتقطع منها فى الختان ، فاذا غابت الحشفة فى الفرج حاذى ختانه ختانها ، واذا تحاذيا فقد التقيا ، ولهذا يقال : التقى الفارسان اذا تحاذيا وان لم يتضاما) .

(الشرح) حديث عائشة صحيح رواه مسلم بمعناه ، قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « اذا جلس بين شعبها الأربع ومس الختان الختان وجب الغسل » هذا لفظ مسلم ، رواه الشافعى وغيره بلفظه فى المهذب واسناده أيضا صحيح . وفى المسألة أحاديث كثيرة ، سأذكرها ان شاء الله تعالى فى فرع مذاهب العلماء ؛ وأما قول المصنف : والتقاء الختانين يحصل بتغييب الحشفة الى آخره ، فهو لفظ الشافعى رحمه الله ، وتابعه عليه الأصحاب ، وبين الشيخ أبو حامد فرج المرأة ، والتقاء الختانين بيانا شافيا فقال هو وغيره : ختان الرجل هو الموضع الذى يقطع منه فى حال الختان وهو ما دون حزة الحشفة .

---

(١) قال النووى رحمه فى تهذيب الاسماء واللغات : « الغسل بالفتح مصدر غسل الشىء غسلا والغسل بالكسر ما يغسل به الرأس بالسدر والخطمى ونحوهما والغسل بالضم اسم للاغتسال واسم للماء الذى يغتسل به وهو أيضا جمع غسول بفتح الغين وهو ما يغسل به الثوب من اشنان ونحوه وفى المهذب فى حديث ميمونة رضى الله عنها أدنيت لرسول الله صلى الله عليه وسلم غسلا من الجنابة وفى حديث قيس بن سعد رضى الله عنه أتانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فوضعنا له غسلا . والغسل فى هذين الحديثين مضموم الغين والمراد به الماء الذى يغتسل به كما تقدم وهذا الذى ذكرته من ضم الغين فى هذين الحديثين مجمع عليه عند أهل اللغة والحديث والفقه وغيرهم الى ان قال : وقد جمع شيخنا امام أهل الأدب فى وقته بلا مدافعة رضى الله تعالى عنه (ابن مالك) فى المثلث بين اللغتين غير مرجح احداهما مع شدة معرفته وتحقيقه وتمكنه واطلاعه وتدقيقه ثم سألته عنه أيضا فقال : اذا أريد به الاغتسال فالمختار ضمه ويجوز فتحه كقولنا غسل الجنابة أى اغتسالها الخ » .

وأما ختان المرأة ــ فاعلم ــ أن مدخل الذكر هو مخرج الحيض والولد والمنى ، وفوق مدخل الذكر ثقب مثل احليل الرجل ، هو مخرج البول ، وبين هذا الثقب ومدخل الذكر جلدة رقيقة ، وفوق مخرج البول جلدة رقيقة مثل ورقة بين الشفرين ، والشفران تحيطان بالجميع ، فتلك الجلدة الرقيقة يقطع منها فى الختان وهى ختان المرأة ، فحصل أن ختان المرأة مستعل ، وتحتــه مخرج البول ، وتحت مخرج البول مدخل الذكر . قال البندنيجى وغيره : ومخرج الحيض الذى هو مخرج الولد ومدخل الذكر هو خرق لطيف ، فاذا افتضت البكر اتسع ذلك الخرق فصارت ثيبا .

قال أصحابنا : فالتقاء الختانين أن تغيب الحشفة فى الفرج ، فاذا غابت فقد حاذى ختانه ختانها ، والمحاذاة هى التقاء الختانين ، وليس المراد بالتقــاء الختانين التصاقهما وضم أحدهما الى الآخر ، فانه لو وضع موضع ختانه على موضع ختانها ، ولم يدخله فى مدخل الذكر لم يجب غسل باجماع الأمة ، هذا كلام الشيخ أبى حامد وغيره ، زيد بعضهم على بعض . قال صاحب الحاوى : وشبه العلماء الفرج بعقد الأصابع خمسة وثلاثين [1] ، فعقــد الثلاثين هو صورة الفرج وعقد الخمسة بعدها فى أسفلها هى مدخل الذكر ومخرج المنى والحيض والولد ، والله أعلم .

(اما حكم المسالة) فالذى يوجب اغتسال الحى أربعة متفق عليها ، وهى ايلاج حشفة الذكر فى فرج ، وخروج المنى والحيض والنفاس ، وفى خروج الولد والعلقة والمضغة خلاف نذكره ان شاء الله تعالى قريبــا ، ولم يذكره المصنف هنا وسنذكره قريبا ، وانما لم يذكره لأنه مندرج عنده فى خروج المنى، لأنه منى منعقد . ويجب غسل الميت وله باب معروف ، وقد يجب غسل البدن بعارض بأن يصيبه كله نجاسة ، أو تقع فى موضع منه ويخفى مكانهــا . أما ايلاج الحشفة فيوجب الغسل بلا خلاف عندنا ، والمراد بايلاجها ادخالهــا بكمالها فى فرج حيوان آدمى أو غيره ، قبله أو دبره ، ذكر أو أنثى ، حى أو ميت ، صغير أو كبير ، فيجب الغسل فى كل ذلك ، والله أعلم .

---

(١) هذا التصوير للرقم ٣٥ كان عند نقل الأرقام من الهندية الى العربية وفيهــا ملامح من كتابتها اليوم بعد تطويرها . (ط) .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اولج (١) فى فرج امرأة ميتة وجب عليه الغسل ، لأنه فرج آدمية ، فاشبه فرج الحيـــة ، وان اولج فى دبر امرأة او رجل أو بهيمة وجب [عليه] الغسل ، لأنه فرج حيوان ، فاشبه فرج المرأة ، وان أولج فى دبر خنثى مشكل وجب عليه الغسل ، وان أولج فى فرجه لم يجب ، لجواز ان يكون ذلك عضوا زائدا فلا يجب الغسل بالشك) .

(الشرح) هذه المسائل كلها متفق عليها عندنا ، كما ذكرها المصنف ، ودليلها ما ذكره .

(فرع) فى مسائل تتعلق بالفصل

(احداها) قد ذكرنا أنه اذا أولج ذكره فى قبل امرأة أو دبرها أو دبر رجل أو خنثى أو صبى أو فى قبل بهيمة أو دبرها وجب الغسل بلا خلاف ، وسواء كان المولج فيه حيـــا ، أو ميتـــا ، أو مجنونا ، أو مكرها أو مباحا كالزوجة ، أو محرما ، ويجب على المولج والمولج فيه المكلفين وعلى النـــاسى والمكره .

وأما الصبى اذا أولج فى فرج امرأة أو دبر رجل ، أو أولج رجل فى دبره؛ فيجب الغسل على المرأة والرجل ، وكذا اذا استدخلت امرأة ذكر صبى فعليها الغسل ، ويصير الصبى فى كل هذه الصور جنبا ، وكذا الصبية اذا أولج فيها رجل أو صبى ، وكذا لو أولج صبى فى صبى ، وسواء فى هذا الصبى المميز وغيره ، واذا صار جنبا لا تصح صلاته ما لم يغتسل كما اذا بال لاتصح صلاته حتى يتوضأ ولا يقال : يجب عليه الغسل ، كما لا يقال يجب عليه الوضوء ؛ بل يقال : صار محدثا ، ويجب على الولى أن يأمره بالغسل ان كان مميزا ، كما يأمره بالوضوء . فان لم يغتسل حتى بلغ لزمه الغسل ، كما اذا بال ثم بلغ يلزمه الوضوء ، وان اغتسل وهو مميز صح غســـله ، فاذا بلغ لا تلزمه اعادته ، كما لو توضأ ثم بلغ يصلى بذلك الوضوء ، وقد سبق فى آخر باب

---

(١) النسخة المطبوعة من المهذب « فان أولج » وقد شطر الشارح والفصل هنا شطرين وأحيانا يسوق فصلين او ثلاثة حيث لا علاقة له بوحدة الموضوع . (ط) .

نية الوضوء وجه شاذ أنه تجب اعادة طهارته اذا بلغ ، والصبية كالصبى فيما ذكرنا ، ولو أولج مجنون أو أولج فيه صار جنبا ، فاذا أفاق لزمه الغسل .

(الثانية) لو استدخلت امرأة ذكر رجل وجب الغسل عليه وعليها ، سواء أكان عالما بذلك ، مختارا أم نائما أم مكرها ، نص عليه الشافعى فى الأم واتفق عليه الأصحاب ولو استدخلت ذكرا مقطوعا ففى وجوب الغسل عليها وجهان هما كالوجهين فى انتقاض الوضوء بمسه ، حكاهما الدارمى والمتولى والرويانى وآخرون . قال الدارمى : ولا حد عليها بلا خلاف ، ولا مهر لها لو أولج المقطوع فيها رجل ، ولو استدخلت ذكر ميت لزمها الغسل ، كما لو أولج فى ميت ، ولو استدخلت ذكر بهيمة لزمها الغسل ، كما لو أولج فى بهيمة. صرح به الشيخ أبو محمد الجوينى والدارمى والمتولى وآخرون . ونقله الرويانى عن الأصحاب قال امام الحرمين : وفيه نظر من حيث انه نادر ، قال : ثم فى اعتبار قدر الحشفة فيه كلام يوكل الى فكر الفقيه .

(الثالثة) وجوب الغسل وجميع الأحكام المتعلقة بالجماع ، يشترط فيها تغييب الحشفة بكمالها فى الفرج ، ولا يشترط زيادة الحشفة ولا يتعلق ببعض الحشفة وحده شىء من الأحكام ، وهذا كله متفق عليه فى جميع الطرق ، الا وجها حكاه الدارمى وحكاه الرافعى عن حكاية ابن كج أن بعض الحشفة كجميعها ، وهذا فى نهاية من الشذوذ والضعف ، ويكفى فى بطلانه قوله صلى الله عليه وسلم « اذا التقى الختانان وجب الغسل » أما اذا قطع بعض الذكر — فان كان الباقى دون قدر الحشفة — لم يتعلق به شىء من الأحكام باتفاق الأصحاب وان كان قدرها فقط تعلقت الأحكام بتغييبه كله دون بعضه ، وان كان أكثر من قدر الحشفة فوجهان مشهوران ذكرهما المصنف فى مواضع من المهذب ، منها باب الخيار فى السماح فى مسألة العنين ، ورجح المصنف منهما أنه لا يتعلق الحكم ببعضه ولا يتعلق الا بتغييب جميع الباقى ، وكذا رجحه الشاشى ونقله الماوردى عن نص الشافعى ورجح الأكثرون تعلق الحكم بقدر الحشفة منه ، وقطع به الفورانى وامام الحرمين والغزالى والبغوى وصاحب العدة وآخرون وصححه الرافعى وغيره .

(الرابعة) اذا كان غير مختون فأولج الحشفة لزمهما الغسل بلا خلاف ،

ولا أثر لذلك • ولو لف على ذكره خرقة وأولجه بحيث غابت الحشفة ولم ينزل ففيه ثلاثة أوجه حكاها الماوردى والشاشى فى كتابيه ، والرويانى وصاحب البيان وغيرهم (الصحيح) وجوب الغسل عليهما ؛ وبه قطع الجمهور لأن الأحكام متعلقة بالايلاج وقد حصل (والثانى) لا يجب الغسل ولا الوضوء لأنه أولج فى خرقة ولم يلمس بشرة ، وصححه الرويانى ، قال : وهو اختيار الحناطى (والثالث) ان كانت الخرقة غليظة تمنع اللذة لم يجب ، وان كانت رقيقة لا تمنعها وجب ، وهذا قول أبى الفياض البصرى والقاضى حسين وقال الرافعى فى هذا الثالث : الغليظة هى التى تمنع وصول بلل الفرج الى الذكر ، ووصول الحرارة من أحدهما الى الآخر ، والرقيقة ما لا تمنع • قال الرويانى : ويجرى هذا الخلاف فى افساد الحج به ، وينبغى أن يجرى فى كل الأحكام •

(الخامسة) اذا أولج ذكر أشل وجب الغسل على المذهب ، وبه قطع الأكثرون • وحكى الدارمى فيه وجهين •

(السادسة) اذا انفتح له مخرج غير الأصلى وحكمنا بنقض الوضوء بالخارج فأولج فيه ففى وجوب الغسل وجهان سبقا فى باب ما ينقض الوضوء، الصحيح : لا يجب ، ولو أولج فى الأصلى وجب بلا خلاف •

(السابعة) لو كان له ذكران ، قال الماوردى فى مسائل لمس الخنثى : ان كان يبول منهما وجب الغسل بايلاج أحدهما ؛ وان كان يبول بأحدهما تعلق الحكم به دون الآخر ، وقد ذكرنا هذا فى باب ما ينقض الوضوء • وذكرت هناك ايلاج الخنثى المشكل والايلاج فيه مبسوطا •

(الثامنة) اذا أتت المرأة المرأة فلا غسل ما لم تنزل ، وهذا وان كان ظاهرا فقد ذكره الدارمى وغيره ، وقد يخفى فنبهوا عليه ، وقد قال الشافعى فى الأم والأصحاب : لو أولج ذكره فى فم المرأة وأذنها وابطها وبين أليتها ولم ينزل فلا غسل ونقل فيه ابن جرير الاجماع •

(التاسعة) ذكر المتولى وغيره فى الموجب للغسل ثلاثة أوجه (أحدها) ايلاج الحشفة ، أو نزول المنى لأنه حكم يتعلق بالجنابة فتعلق بسببه كقراءة

القرآن ومس المصحف والصلاة وغيرها • (والثانى) القيام الى الصلاة لأنه لا يلزمه قبله (والثالث) هو الصحيح : يجب بالايلاج مع القيام الى الصلاة أو بالانزال مع القيام الى الصلاة ، كما أن النكاح يوجب الميراث عند الموت ، والوطء يوجب العدة عند الطلاق ، وتقدم مثل هذه الأوجه فى موجب الوضوء ، وبسطت الكلام فى شرح هذا كله بسطا كاملا فى آخر صفة الوضوء •

(العاشرة) اذا وطىء امرأة ميتة فقد ذكرنا أنه يلزمه الغسل ، وهل يجب اعادة غسل الميتة ان كانت غسلت ؟ فيه وجهان مشهوران ، أصحهما عند الجمهور لا يجب لعدم التكليف ، وانما يجب غسل الميت تنظيفا واكراما ، وشذ الرويانى فصحح وجوب اعادته ، والصواب الأول • قال أصحابنا : ولا يجب بوطئها مهر • قال القاضى أبو الطيب وغيره : كما لا يجب بقطع يدها دية ، وفى وجوب الحد على الواطىء أوجه (أحدها) يجب لأنه وطء محرم بلا شبهة • (والثانى) لا لخروجها عن المظنة • (والثالث) ــ وقيل : انه منصوص ــ ان كانت ممن لا يحد بوطئها فى الحياة وهى الزوجة ، والأمة، والمشتركة ، وجارية الابن ونحوهن ، فلا حد والا فيحد ، والأصح أنه لا يجب مطلقا • قال أصحابنا : وتفسد العبادات بوطء الميتة ، وتجب الكفارة فى الصوم والحج •

(الحادية عشرة) قال صاحبا الحاوى والبيان فى كتاب الصداق : قال أصحابنا : الأحكام المتعلقة بالوطء فى قبل المرأة تتعلق بالوطء فى دبرها الا خمسة أحكام : التحليل للزوج الأول ، والاحصان ، والخروج من التعنين ، ومن الايلاء (والخامس) لا يتغير به اذن البكر ، بل يبقى اذنها بالسكوت • هكذا ذكراه ، وذكره المحاملى فى اللباب (سادسا) وهو أن الوطء فى الدبر لا يحل بحال بخلاف القبل (وسابعا) وهو أن خروج منى الرجل بعد الاغتسال من دبرها لا يوجب غسلا ثانيا ، وخروجه من قبلها يوجبه على تفصيل سنذكره قريبا ان شاء الله تعالى (قلت) وهذا الذى ذكروه ضابط نفيس يستفاد منه فوائد ، وقد يخرج من الضابط مسائل يسيرة فى بعضها وجه ضعيف ، كالمصاهرة وتقرير المسمى فى الصداق ونحو ذلك ، ولكنها وجوه ضعيفة شاذة لا تقدح فى الضابط والله أعلم •

(الثانية عشرة) فى مذاهب العلماء فى الايلاج • قد ذكرنا أن مذهبنا أن الايلاج فى فرج المرأة ودبرها ، ودبر الرجل ، ودبر البهيمة وفرجها ، يوجب الغسل وان لم ينزل ، وبهذا قال جمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم • وقال داود : لا يجب ما لم ينزل ، وبه قال عثمان بن عفان وعلى وأبى بن كعب وزيد بن ثابت ومعاذ بن جبل وأبو سعيد الخدرى رضى الله عنهم • ثم منهم من رجع عنه الى موافقة الجمهور ، ومنهم من لم يرجع • وقال أبو حنيفة : لا يجب بالايلاج فى بهيمة ولا ميتة • واحتج لمن لم يوجب مطلقا بما روى البخارى فى صحيحه عن زيد بن خالد الجهنى رضى الله عنه « أنه سأل عثمان بن عفان عن الرجل يجامع امرأته ولم يمن • قال عثمان : يتوضأ كما يتوضأ للصلاة ويغسل ذكره • وقال عثمان : سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم » قال زيد : فسألت عن ذلك على بن أبى طالب والزبير بن العوام وطلحة بن عبيد الله وأبى بن كعب فأمروه بذلك • وعن أبى أيوب الأنصارى أنه سمع ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن أبى بن كعب أنه قال : يا رسول الله اذا جامع الرجل المرأة فلم ينزل ؟ قال : « يغسل ما مس المرأة منه ثم يتوضأ ويصلى » •

قال البخارى : « الغسل أحوط وذاك الآخر • انما بينا اختلافهم » يعنى أن الغسل آخر الأمرين من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقصدنا بيان اختلاف الصحابة ، مع أن آخر الأمرين الغسل ، هذا كله فى صحيح البخارى، وبعضه فى مسلم وعن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر على رجل من الأنصار فأرسل اليه فخرج ورأسه يقطر ، فقال : « لعلنا أعجلناك ؟ » قال : نعم يا رسول الله ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « اذا أعجلت أو أقحطت فلا غسل عليك وعليك الوضوء » رواه البخارى ومسلم • ومعنى أعجلت أو أقحطت ، أى جامعت ولم تنزل • وروى أقحطت بضم الهمزة وبفتحها وعن أبى سعيد أيضا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « انما الماء من الماء » رواه مسلم • ومعناه لا يجب الغسل بالماء الا من انزال الماء الدافق ، وهو المنى •

واحتج أصحابنا والجمهور بحديث عائشة أن رسول الله صلى الله عليه

وسلم قال : « اذا جلس بين شعبها الأربع ومس الختـان الختـان وجب الغسـل » رواه مسلم ، وفى الرواية الأخرى : « اذا التقى الختـانان وجب الغسل » وهو صحيح كما سبق وعن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا قعد بين شعبها الأربع وألزق الختان بالختان فقد وجب الغسل » رواه البخارى ومسلم•وفى رواية لمسلم : « وان لم ينزل » وفى رواية البيهقى: « أنزل أو لم ينزل » قيل : المراد بشعبها رجلاها وشفراها ، وقيـل : يداها ورجلاها ، وقيل ساقاها وفخذاها • وعن عائشة أن رجلا سأل النبى صلى الله عليه وسلم : الرجل يجامع أهله ثم يكسل هل عليهما الغسل ؟ فقال النبى صلى الله عليه وسلم « انى لأفعـل ذلك أنا وهـذه ثم نغتسل » رواه مسلم فى صحيحه ، وفى الباب أحاديث كثيرة صحيحة •

واستدل الشافعى رحمه الله بقول الله تعالى : (ولا جنبا الا عابرى سبيل حتى تغتسلوا [1]) قال : والعرب تسمى الجماع ــ وان لم يكن معه انزال ــ جنـابة •

واستدل أصحابنا من القياس بأنه حكم من أحكام الجماع فتعلق به ؛ وان لم يكن معه انزال كالحدود ، والجواب عن الأحاديث التى احتجوا بها أنها منسوخة • هكذا قاله الجمهور • وثبت عن ابن عباس رضى الله عنهما جواب آخر ، وهو أن معنى الماء من الماء ، أى لا يجب الغسل بالرؤية فى النوم الا أن ينزل • وأما الآثار التى عن الصحابة رضى الله عنهم ؛ فقالوها قبل أن يبلغهم النسخ ، ودليل النسخ أنهم اختلفوا فى ذلك ، فأرسلوا الى عائشة رضى الله عنها فأخبرتهم أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا جلس بين شـعبها الأربع وجهدها وجب الغسل » فرجع الى قولها من خالف • وعن سهل بن سعد الساعدى قال : حدثنى أبى بن كعب أن الفتيا التى كانوا يفتون « انما الماء من الماء » • كانت رخصة رخصها رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بدء الاسلام ، ثم أمر بالاغتسال بعد • وفى رواية : « ثم أمرنا » حديث صحيح رواه الدارمى وأبو داود والترمذى وابن ماجه والبيهقى وغيرهم بأسـانيد صحيحة • قال الترمذى : هو حديث حسن صحيح •

---

(١) من الآية ٤٣ من سورة النساء .

وعن محمود بن لبيد قال : « سألت زيد بن ثابت عن الرجل يصيب أهله ثم يكسل ولا ينزل قال : يغتسل ، فقلت ان أبيا كان لا يرى الغسل فقال زيد : ان أبيا نزع عن ذلك قبل أن يموت » هذا صحيح رواه مالك فى الموطأ باسناده الصحيح ، قوله : نزع أى رجع ، ومقصودى بذكر هذه الأدلة بيان أحاديث المسألة والجمع بينها ، والا فالمسألة اليوم مجمع عليها ، ومخالفة داود لا تقدح فى الاجماع عند الجمهور والله أعلم .

واحتج أبو حنيفة فى منع الغسل بايلاجه فى بهيمة وميتة بأنه لا يقصد به اللذة ، فلم يجب كايلاج أصبعه . واحتج أصحابنا : بأنه أولج ذكره فى فرج فأشبه قبل المرأة الحية . فان قالوا : ينتقض هذا بالسمك ، فان فى البحر سمكة يولج فيها سفهاء الملاحين ببحر البصرة ، فالجواب ما أجاب به القاضى أبو الطيب ، ونقله الرويانى عن الأصحاب ، أنه ان كان هذا هكذا وجب الغسل بالايلاج فيها ، لأنه حيوان له فرج . والجواب عن دليلهم من وجهين . (أحدهما) أنه منتقض بوطء العجوز الشوهاء المتناهية فى القبح العمياء الجذماء البرصاء المقطعة الأطرف ، فانه يوجب الغسل بالاتفاق مع أنه لا يقصد به لذة فى العادة . (والثانى) أن الأصبع ليست آلة للجماع ، ولهذا لو أولجها فى امرأة حية لم يجب الغسل بخلاف الذكر والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما خروج المنى فانه يوجب الغسل على الرجل والمرأة فى النوم واليقظة لما روى ابو سعيد الخدرى رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « الماء من الماء » وروت أم سلمة رضى الله عنها قالت : « جاءت أم سليم امرأة ابى طلحة الى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ان الله لا يستحى من الحق هل على المرأة من غسل اذا هى احتملت ؟ » قال : نعم اذا رأت الماء) .

(الشرح) حديث أبى سعيد صحيح ، رواه مسلم من طريقين لفظه فيهما : (انما الماء من الماء) ورواه البيهقى وغيره : (الماء من الماء) كما وقع فى المهذب يجب الغسل بالماء من انزال الماء الدافق وهو المنى .

أما حديث أم سلمة فرواه البخارى ومسلم بلفظه فى المهذب ، ورواه مسلم

أيضا والدارمى من رواية أنس ومن رواية عائشة • ويجمع بين الروايات بأن الجميع حضروا القصة فرووها •

وأم سلمة هى أم المؤمنين واسمها هند بنت أبى أمية حذيفة المخزومية ، كانت قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم زوجة لأبى سلمة عبد الله بن عبد الأسد ، وهاجر بها الهجرتين الى الحبشة ، ثم توفى فتزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة أربع ، وقيل : سنة ثلاث ، توفيت سنة تسع وخمسين ولها أربع وثمانون سنة ، ودفنت بالبقيع • وأما أم سليم فهى أم أنس بن مالك بلا خلاف بين العلماء ، وقول الصيدلانى وامام الحرمين والغزالى والرويانى: هى جدة أنس غلط بلا شك باجماع أهل النقل من الطوائف ، قيل : اسمها سهلة ، وقيل : رميلة ، وقيل : رميثة ، وقيل : أنيقة ، وقيل غير ذلك ، وهى من فاضلات الصحابيات ومشهوراتهن ، وكان النبى صلى الله عليه وسلم يكرمها ويكرم أختها أم حرام بنت [1] ملحان ويقيل عندهما وكانتا خالتيه ومحرمين له واسم أبى طلحة زوجها زيد بن سهل شهد العقبة وبدرا وأحدا والمشاهد كلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان من النقباء ليلة العقبة ، ومناقبه مشهورة (رض) وقولها : « ان الله لا يستحيى من الحق » روى يستحيى بياءين ، وروى يستحى بياء واحدة وكلاهما صحيح ، والأصل بياءين فحذفت احداهما •

قال الأخفش : استحى بواحدة لغة تميم واستحيى بياءين لغة أهل الحجاز ، وبها جاء القرآن [2] والاحتلام افتعال من الحلم ــ بضم الحاء واسكان اللام ــ وهو ما يراه النائم من المنامات ، يقال : حلم فى منامه ــ بفتح الحاء واللام ــ واحتلم وحلمت كذا وحلمت بكذا ، هذا أصله ، ثم جعل اسما لما يراه النائم من الجماع فيحدث معه انزال المنى غالبا ، فغلب لفظ الاحتلام فى هذا دون غيره من أنواع المنام ، لكثرة الاستعمال •

---

(١) قال ابو عمر بن عبد البر فى الاستيعاب : لم اقف لها على اسم صحيح وزوجها عبادة ابن الصامت خرجت مع زوجها عبادة غازية فى البحر فاستشهدت فى قبرص صرعتها دابة وهى تنزل من سفن الغزو وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد دعا لها بالشهادة .

(٢) فى قوله تعالى : « ان الله لا يستحيى ان يضرب مثلا ما » .

وقوله صلى الله عليه وسلم : « نعم اذا رأت الماء » بيـان لحالة وجوب الغسل بالاحتلام ، وهى اذا كان معه انزال المنى ، والله أعلم •

وقوله : واليقظة هى ــ بفتح القاف ــ وهى ضد النوم •

اما أحكام الفصل ففيه مسائل

(احداها) أجمع العلماء على وجوب الغسـل بخروج المنى ، ولا فرق عندنا بين خروجه بجماع أو احتلام ، أو استمناء ، أو نظر ، أو بغير سبب ، سواء خرج بشهوة أو غيرها • وسواء تلذذ بخروجه أم لا ، وسـواء خرج كثيرا أو يسيرا ولو بعض قطرة ، وسواء خرج فى النوم أو اليقظة من الرجل والمرأة ، العاقل والمجنون ، فكل ذلك يوجب الغسل عندنا وقال أبو حنيفة ومالك وأحمد : لا يجب الا اذا خرج بشـهوة ودفق ، كما لا يجب بالمذى لعدم الدفق •

دليلنا الأحاديث الصحيحة المطلقة ، كحديث : « الماء من الماء » وبالقياس على ايلاج الحشفة ، فانه لا فرق فيه ، ولا يصح قياسهم على المذى ، لأنه فى مقابلة النص ، ولأنه ليس كالمنى وحكى صاحب البيان عن النخعى أنه قال : (لا يجب على المرأة الغسل بخروج المنى) ولا أظن هذا يصح عنه ، فان صح عنه فهو محجوج بحديث أم سلمة • وقد نقـل أبو جعفر محمـد بن جرير الطبرى اجماع المسلمين على وجوب الغسل بانزال المنى من الرجل والمرأة ، والله أعلم •

(المسألة الثانية) اذا أمنى واغتسل ثم خرج منه منى ــ على القرب ــ بعد غسله لزمه الغسل ثانيا ، سواء كان ذلك قبل أن يبول بعد المنى أو بعد بوله ، هذا مذهبنا نص عليه الشافعى ، واتفق عليه الأصحاب ، وبه قال الليث وأحمد فى رواية عنه •

وقال مالك وسفيان الثورى وأبو يوسف واسحاق بن راهويه : لا غسل مطلقا ، وهى أشهر الروايات عن أحمـد ، وحكاه ابن المنـذر عن على بن أبى طالب وابن عباس وعطاء والزهرى وغيرهم رضى الله عنهم •

وقال أبو حنيفة : ان كان ما بال قبل الغسل ثم خرج المنى فلا غسل عليه لأنه بقية المنى الذى اغتسل عنه والا فيجب الغسل ثانيا ، وهو رواية ثالثة عن أحمد وأبى حنيفة عكس هذا ، ان كان بال لم يغتسل ، لأنه منى عن غير شهوة والا وجب الغسل لأنه عن شهوة . دليلنا على الجميع قوله صلى الله عليه وسلم : « الماء من الماء » ولم يفرق ، ولأنه نوع حدث فنقض مطلقا كالبول والجماع وسائر الأحداث .

(الثالثة) لو قبل امرأة فأحس بانتقال المنى ونزول فأمسك ذكره فلم يخرج منه فى الحال شىء ، ولا علم خروجه بعد ذلك ، فلا غسل عليه عندنا ، وبه قال العلماء كافة الا أحمد ، فانه قال ــ فى أشهر الروايتين عنه ــ يجب الغسل ، قال : ولا يتصور رجوع المنى .

دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « انما الماء من الماء » ولأن العلماء مجمعون على أن من أحس بالحدث كالقرقرة والريح ، ولم يخرج منه شىء لا وضوء عليه ، فكذا هنا ، قال صاحب الحاوى : ولو أنزلت المرأة المنى الى فرجها فان كانت بكرا لم يلزمها الغسل حتى يخرج من فرجها ، لأن داخل فرجها فى حكم الباطن ، ولهذا لا يلزمها تطهيره فى الاستنجاء والغسل ، فأشبه احليل الذكر ، وان كانت ثيبا لزمها الغسل لأنه يلزمها تطهير داخل فرجها فى الاستنجاء ، فأشبه العضو الظاهر .

(الرابعة) لو انكسر صلبه فخرج منه المنى ولم ينزل من الذكر ، ففى وجوب الغسل وجهان حكاهما الماوردى والرويانى والشاشى وغيرهم قال الشاشى : أصحهما : لا يجب ، وبه قطع القاضى أبو الطيب فى تعليقه ، ذكره فى كتاب الحجر . قال الماوردى هما مأخوذان من القولين فى انتقاض الوضوء بخارج من منفتح غير السبيلين وقال المتولى : اذا خرج المنى من ثقب فى الذكر غير الاحليل أو من ثقب فى الأنثيين أو الصلب فحيث نقضنا الوضوء بالخارج منه أوجبنا الغسل وقطع البغوى بوجوب الغسل بخروجه من غير الذكر ، والصواب تفصيل المتولى . قال أصحابنا : وهذا الخلاف فى المنى المستحكم ، فان لم يستحكم لم يجب الغسل بلا خلاف ولو خرج المنى من قبلى الخنثى

المشكل لزمه الغسل فان خرج من أحدهما ففيه طريقان حكاهما صاحب البيان وغيره •

(أحدهما) يجب (والثانى) على وجهين ، وسبق بيانه فى باب ما ينقض الوضوء ولو خرج المنى من دبر رجل أو امرأة ففى وجوب الغسل وجهان ، أشار اليهما القاضى أبو الفتوح بناء على الخروج من غير المخرج والله أعلم •

(**فرع**) فى لغات المنى والودى والمذى ، وتحقيق صفاتها ، أما المنى فمشدد ، ويسمى منيا لأنه يمنى أى يصب ، وسميت منيا لما يراق فيها من الدماء ، ويقال : أمنى ومنى بالتخفيف ومنى بالتشديد ثلاث لغات ، الأولى أفصح وبها جاء القرآن قال الله تعالى (أفرأيتم ما تمنون) وفى المذى ثلاث لغات المذى ــ باسكان الذال وتخفيف الياء ــ والمذى بكسر الذال وتشديد الياء ــ وهاتان مشهورتان • قال الأزهرى وغيره : التخفيف أفصح وأكثر ، والثالثة المذى ــ بكسر الذال واسكان الياء ــ حكاها أبو عمر الزاهد فى شرح الفصيح عن ابن الأعرابى ويقال : مذى بالتخفيف وأمذى ومذى بالتشديد ، والأولى أفصح والودى ــ باسكان الدال المهملة وتخفيف الياء ــ ولا يجوز عند جمهور أهل اللغة غير هذا وحكى الجوهرى فى الصحاح عن الأموى أنه قال بتشديد الياء وحكى صاحب مطالع الأنوار لغية أنه بالذال المعجمة وهذان شاذان ويقال ودى بتخفيف الدال وودى وودى بالتشديد ، والأولى أفصح ، قال الأزهرى : لم أسمع غيرها قال أبو عمر الزاهد : قال ابن الأعرابى : يقال مذى وأمذى ومذى بالتشديد وهو المذى مثال الرمى ، والمذى مثال العمى وودى وأودى وودى • وأمنى ومنى ومنى قال : والأولى منها كلها أفصح وأما صفاتها فمما يتأكد الاعتناء به لكثرة الحاجة اليه ، فمنى الرجل فى حال صحته أبيض ثخين يتدفق فى خروجه دفعه بعد دفعة ويخرج بشهوة ويتلذذ بخروجه ثم اذا خرج يعقبه فتور ورائحته كرائحة طلع النخل قريبة من رائحة العجين واذا يبس كانت رائحته كرائحة البيض ، هذه صفاته، وقد يفقد بعضها مع أنه منى موجب للغسل ، بأن يرق ويصفر لمرض أو يخرج بغير شهوة ، ولا لذة لاسترخاء وعائه ، أو يحمر لكثرة الجماع ويصير كماء اللحم ، وربما خرج دما عبيطا ، ويكون طاهرا موجبا للغسل • وفى تعليق

أبى محمد الأصبهانى أنه فى الشتاء أبيض ثخين وفى الصيف رقيق ، ثم ان من صفاته ما يشاركه فيها غيره • كالثخانة والبياض يشاركه فيها الودى ومنهـا ما لا يشاركه فيها غيره وهى خواصه التى عليها الاعتماد فى معرفته ، وهى ثلاث (احداها) الخروج بشهوة مع الفتور عقيبه (والثانية) الرائحة التى تشبه الطلع والعجين ، كما سبق (والثالثة) الخروج بتزريق ودفق فى دفعات ، فكل واحدة من هذه الثلاثة كافية فى كونه منيا ولا يشترط اجتماعها ، فان لم يوجد منها شىء لم يحكم بكونه منيا •

وأما منى المرأة فأصفر رقيق • قال المتولى : وقد يبيض لفضل قوتها ، قال امام الحرمين والغزالى : ولا خاصية له الا التلذذ وفتور شـهوتها عقيب خروجه ولا يعرف الا بذلك ، وقال الرويانى : رائحته كرائحة منى الرجل ، فعلى هذا له خاصيتان يعرف باحداهما ، وقال البغوى : خروج منيها بشهوة أو بغيرها يوجب الغسل كمنى الرجل وذكر الرافعى أن الأكثرين قالوا تصريحا وتعريضا يطرد فى منيها الخواص الثلاث ، وأنكر عليه الشيخ أبو عمرو بن الصلاح وقال : هذا الذى ادعاه ليس كما قاله ، والله أعلم •

وأما المذى فهو ماء أبيض رقيق لزج يخرج عند شهوة ، لا بشهوة ، ولا دفق ولا يعقبه فتور وربما لا يحس بخروجه ، ويشترك الرجل والمرأة فيه ، قال امام الحرمين : واذا هاجت المرأة خرج منها المذى ، قال : وهو أغلب فيهن منه فى الرجال وأما الودى فماء أبيض كدر ثخين ، يشبه المنى فى الثخـانة ويخالفه فى الكدورة ولا رائحة له ، ويخرج عقيب البول اذا كانت الطبيعـة مستمسكة وعند حمل شىء ثقيل ويخرج قطرة أو قطرتين ونحوهما •

وأجمع العلمـاء أنه لا يجب الغسـل بخروج المذى والودى ، واتفق أصحابنا على وجوب الغسل بخروج المنى على أى حال ، ولو كان دما عبيطا ويكون حينئذ طاهرا ، صرح به الشيخ أبو حامد والأصحاب وحكى الرافعى ــ وجهـا شاذا ــ أنه اذا كان كلون الدم لم يجب الغسـل ، وليس بشىء والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان احتلم ولم ير المنى أو شك هل خرج منه المنى لم يلزمه الغسل ، وان رأى المنى ولم يذكر احتلاما لزمه الغسل ، لما روت عائشة رضى الله عنها ((أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن الرجل يجد البلل ولا يذكر الاحتلام ، قال : يغتسل ، وعن الرجل يرى أنه احتلم ولا يجد البلل قال : لا غسل عليه))) .

(الشرح) حديث عائشة هذا مشهور ، رواه الدارمى وأبو داود والترمذى وغيرهم ، لكنه من رواية عبد الله بن عمر العمرى ، وهو ضعيف عند أهل العلم لا يحتج بروايته ، ويغنى عنه حديث أم سليم المتقدم [1] ، فانه يدل على جميع ما يدل عليه هذا ، وتقدم تفسير الاحتلام ، وهذا الحكم الذى ذكره المصنف متفق عليه ونقل ابن المنذر الاجماع على أنه اذا رأى فى منامه أنه احتلم أو جامع ولم يجد بللا فلا غسل عليه ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان رأى المنى فى فراش ينام فيه هو وغيره لم يلزمه الغسل ، لأن الغسل لا يجب بالشك . والأولى أنه يغتسل ، وان كان لا ينام فيه غيره لزمه الغسل ، واعادة الصلاة من آخر نوم [2] نام فيه) .

(الشرح) هنا مسألتان (احداهما) رأى منيا فى فراش ينام فيه هو وغيره ممن يمكن أن يمنى ، فلا غسل عليه لاحتمال أنه من صاحبه ، ولا يجب على صاحبه لاحتمال أنه من الآخر ، ولا يجوز أن يصلى أحدهما خلف الآخر قبل الاغتسال والمستحب لكل واحد منهما أن يغتسل .

(الثانية) رأى المنى فى فراش ينام فيه ، ولا ينام فيه غيره ، أو ثوبه الذى يلبسه ولا يلبسه غيره ، أو ينام فيه ويلبسه صبى لم يبلغ سن انزال المنى فيلزمه الغسل ، نص عليه الشافعى رحمه الله فى الأم ، واتفق عليه الأصحاب الا وجها شاذا حكاه صاحب البيان أنه لا يجب وليس بشىء ، والصواب الوجوب ، فعلى هذا قال أصحابنا : يلزمه اعادة كل صلاة صلاها لا يحتمل

---

(١) الذى قالت فيه : ((هل على المراة من غسل اذا هى احتلمت ؟ قال : اذا رات الماء)) .
(٢) فى نسخة الركبى : من آخر يوم نام فيه (ط) .

حدوث المنى بعدها ، ويستحب أن يعيد كل صلاة يجوز أن المنى كان موجودا فيها ، ثم ان الشافعى والأصحاب أطلقوا المسألة • وقال صاحب الحاوى : هذا اذا رأى المنى فى باطن الثوب فان رآه فى ظاهره فلا غسل عليه ، لجواز أن يكون أصابه من غيره والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجب الغسل من المذى ، وهو الماء الذى يخرج بأدنى شهوة ، والدليل عليه ما روى على بن أبى طالب رضى الله عنه قال : « كنت رجلا مذاء ، فجعلت أغتسل فى الشتاء حتى تشقق ظهرى ، فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فقال : لا تفعل ، اذا رأيت المذى فاغسل ذكرك وتوضأ وضوءك للصلاة ، فاذا فضخت الماء فاغتسل » ولا من الودى ، وهو ماء يقطر منه عند البول ، لأن الايجاب بالشرع ، ولم يرد الشرع الا فى المنى) •

(الشرح) حديث على رضى الله عنه صحيح ، رواه أبو داود والنسائى والبيهقى بلفظه فى المهذب الا أنهم قالوا : « فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم أو ذكر له » • ورواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما عن على قال : « كنت رجلا مذاء فأمرت المقداد أن يسأل النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك ، فسأله فقال : توضأ واغسل ذكرك » وفى رواية لهما : « فأمرت رجلا » وفى رواية للنسائى : « فأمرت عمار بن ياسر » • وفى رواية لمسلم : « توضأ وانضح فرجك » وفى رواية « منه الوضوء » ووقع فى بعض نسخ المهذب : « فاذا نضحت الماء فاغتسل » بالنون والحاء المهملة ، وفى بعضها (فضخت) بالفاء والخاء المعجمة ومعناهما دفقت •

وقوله : « كنت مذاء » هو بفتح الميم وتشديد الذال وبالمد ، ومعناه كثير المذى كضراب • وقوله : « أمرت المقداد » وفى الرواية الأخرى (عمارا) محمول على أنه أمر أحدهما ثم أمر الآخر قبل أن يخبر الأول • وقوله فى رواية صاحب الكتاب ومن وافقه : « فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم » أى أمرت من ذكر ، كما جاء فى معظم الروايات وفى رواية لمسلم وغيره : « فاستحييت أن أسأل النبى صلى الله عليه وسلم لمكان ابنته فأمرت رجلا فسأله » ومعنى « استحييت لمكان ابنته » أن المذى يكون غالبا لمداعبة

الزوجة وقبلتها ونحو ذلك ، والأدب أن لا يذكر الرجل مع أصهاره ما يتضمن شيئا من ذلك ، والله أعلم .

(واما حكم المسألة) فأجمع المسلمون على أن المذى والودى لا يوجبان الغسل ، وقد سبق بيان هذا وبيان حقيقة المذى والودى ولغتهما قريبا ، وأشار المصنف بقوله : (لأن الايجاب بالشرع) الى مذهب أهل الحق أن الأحكام انما تثبت بالشرع ، وأن العقل لا يوجب شيئا ولا يحسنه ولا يقبحه. والله أعلم .

(فرع) فى حديث على رضى الله عنه هذا فوائد :

منها أن المذى لا يوجب الغسل ، وأنه نجس ، وأنه يجب غسل النجاسة ، وأن الخارج من السبيل اذا كان نادرا لا يكفى فى الاستنجاء منه الحجر ، بل يتعين الماء ، وأنه يجب الغسل من المنى ، وأن المذى وغيره من النادرات يوجب الوضوء ، وأنه يجوز الاستنابة فى الاستفتاء ، وأنه يجوز العمل بالظن وهو خبر الواحد هنا ، مع القدرة على اليقين بالمشافهة ، وأنه يستحب مجاملة الأصهار والتأدب معهم بترك الكلام فيما يتعلق بمعاشرة النساء أو يتضمنه ، وأنه يستحب الاحتياط فى استيفاء المقصود ، ولهذا أمر بغسل الذكر ، والواجب منه موضع النجاسة فقط ، هذا مذهبنا ومذهب الجمهور ، وعن مالك وأحمد رواية أنه يجب غسل كل الذكر ، وعن أحمد رواية أنه يجب غسل الذكر والأنثيين .

دليلنا ما روى سهل بن حنيف رضى الله عنه قال : « كنت ألقى من المذى شدة وعناء فكنت أكثر من الغسل ، فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فقال : انما يجزئك من ذلك الوضوء » رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن صحيح . وعن على رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من المذى الوضوء » قال الترمذى : حديث حسن صحيح .

وأما الأمر بغسل الذكر فى حديث المقداد فعلى الاستحباب . أو أن المراد بعض الذكر ، وهو ما أصابه المذى . وأما حديث عبد الله بن سعد الأنصارى

رضى الله عنه قال : « سألت رسـول الله صلى الله عليـه وسلم عما يوجب الغسل ، وعن الماء يكون بعد الماء ، فقال : ذلك المذى ، وكل فحل يمذى ، فتغسل من ذلك فرجك وأنثييك وتوضأ وضوءك للصلاة » رواه أبو داود وغيره باسناد صحيح ؛ فمحمول على ما اذا أصاب الذكر والأنثيين ، أو على الاستحباب لاحتمال اصابة ذلك ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فاذا خرج منه ما يشبه المنى والمذى ولم يتميز له فقد اختلف اصحابنا فيه ، فمنهم من قال : يجب عليه الوضـوء منه ، لأن وجوب غسل الأعضـاء مستيقن ، وما زاد على أعضاء الوضوء مشكوك فى وجوبه ، فلا يجب بالشك. ومنهم من قال : هو مخير بين أن يجعله منيا فيجب منه الغسل ، وبين أن يجعله مذيا فيجب الوضوء وغسل الثوب منه ، لأنه يحتمل الأمرين احتمالا واحدا ، وقال الشيخ الامام احسن الله توفيقـه : وعندى انه يجب ان يتوضأ مرتبـا ويغسل سائر بدنه ويغسل الثوب منه ، لأنا ان جعلناه منيا اوجبنا عليه غسل ما زاد على أعضـاء الوضـوء بالشك ، والأصـل عدمه ، وان جعلنـاه مذيا أوجبنا عليه غسل الثوب ، والترتيب فى الوضوء بالشك ، والأصـل عدمه . وليس أحد الأصلين أولى من الآخر ، ولا سبيل الى اسقاط حكمهما لأن الذمة قد اشتغلت بفرض الطهارة والصلاة . والتخيير لا يجوز ، لأنه اذا جعله مذيا لم يأمن أن يكون منيا فلم يغتسل له ، وان جعله منيا لم يأمن أن يكون مذيا ولم يغسل الثوب منه ، ولم يرتب الوضوء منه ، واحب أن يجمع بينهمـا ليسقط الفرض بيقين) .

(الشرح) اذا خرج منه ما يشبه المنى والمذى واشتبه عليه ففيه أربعة أوجه (أحدها) يجب الوضوء مرتبا ولا يجب غيره ، وقد ذكر المصنف دليله. قال الرافعى وغيره : فعلى هذا لو اغتسل كان كمحدث اغتسل .

(والثانى) يجب غسل أعضاء الوضوء فقط ولا يجب ترتيبها ، بل يغسلها كيف شاء ، لأن المتحقق هو وجوبها ، والترتيب مشكوك فيه ، وهذا الوجه مشهور فى طريقة الخراسانيين ، وصححه الشيخ أبو محمد الجوينى فى كتابه الفروق ، وهذا عجب منه ، بل هذا الوجه غلط صريح لا شك فيه ، فانه اذا لم يرتب فصلاته باطلة قطعا ، لأنه لم يأت بموجب واحد منهما ، وقـد حكى القاضى حسين هذا الوجه فى آخر صفة الوضوء عن شيخه القفال ، وأنه رجع

عنه فقال : قال القفال : الترتيب واجب الا فى ثلاث صور (احداها) هـذه (والثانية) اذا أولج الخنثى ذكره فى دبر رجل فعلى المولج فيه الوضوء بلا ترتيب • (والثالثة) مسألة ابن الحداد التى قدمناها فى فصل ترتيب الوضوء• قال القاضى : ثم ان القفال رجع عن المسألتين الأولتين ، وقال : الأصل شغل ذمته بالصلاة ولا تبرأ بهذا ، فصرح القاضى برجوع القفال وأن هذا الوجه خطأ ، وكأن من حكاه خفى عليه رجوع القفال عنه •

(والوجه الثالث) أنه مخير بين التزام حكم المنى أو المذى ، وهـذا هو المشهور فى المذهب ، وبه قال أكثر أصحابنا المتقدمين ، وقطـع به جمهور المصنفين وصححه الرويانى والرافعى وجماعة من فضلاء المتأخرين ، لأنه اذا أتى بمقتضى أحدهما برىء منه يقينا ، والأصل براءته من الآخر ولا معارض لهذا الأصل بخلاف من نسى صلاة من صلاتين ، لأن ذمته اشتغلت بهما جميعا، والأصل بقاء كل واحد منهما •

(والوجه الرابع) يلزمه مقتضى المنى والمذى جميعا ؛ وهو الذى اختاره المصنف وجعله احتمالا لنفسه ، وهو وجه حكاه الرافعى ، وهو الذى يظهر رجحانه لأن ذمته اشتغلت بطهارة ، ولا يستبيح الصلاة الا بطهارة متيقنة أو مظنونة أو مستصحبة ، ولا يحصل ذلك الا بفعل مقتضاهما جميعـا • قال أصحابنا : فان قلنا بالتخيير فتوضأ وصلى فى ثوب آخر صحت صلاته ، وان صلى فى الثوب الذى فيه البلل ولم يغسله لم تصح صلاته ، لأنه اما جنب ، واما حامل نجاسة • وان اغتسل وصلى فى هذا الثوب قبل غسله صحت صلاته لاحتمال أنه منى ؛ قال الرافعى : ويجرى هـذا الخلاف فيما لو أولج خنثى مشكل فى دبر رجل فهما على تقدير ذكورة الخنثى جنبـان والا فمحدثان ، فالجنابة محتملة ؛ فاذا توضأ وجب الترتيب ؛ وفيه الوجه السابق وهو غلط ، والله أعلم •

(فـرع) قد يعترض على المصنف فى قوله : على اختياره يلزمه غسل الثوب مع الوضوء والغسل فيقال : الصواب أنه لا يجب غسل الثوب ، لأن الأصل طهارته ، فلا يجب غسله بالشك ، بخلاف الجمع بين الوضوء والغسل ،

لأن ذمته اشتغلت بأحدهما ولا تصح الصلاة الا به ، ولا نعلم أنه أتى به الا اذا جمع بينهما فوجب الجمع ، وهذا اعتراض حسن •

فان قيل : ما الفرق ــ على قول الجمهور ــ بين هذه المسألة وما اذا ملك اناء من ذهب وفضة مختلطين وزنه ألف : ستمائة من أحدهما وأربعمائة من الآخر ، ولا يعرف أيهما أكثر ، فان المذهب وجوب الاحتياط بأن يزكى ستمائة من كل واحد ، ولم يلزمه الجمهور هنا الاحتيــاط ؛ فالجواب أن فى مسألة الاناء يمكنه معرفة اليقين بسبكه ولا يمكنه اليقين بعينه ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما الحيض فانه يوجب الغسل لقوله تعالى : (ويسالونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النســاء فى المحيض ، ولا تقربوهن حتى يطهــرن ، فاذا تطهرن فأتوهن (١) الآية) قيل فى التفسير هو الاغتسال ، ولقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت أبى حبيش : « اذا اقبلت الحيضة فدعى الصلاة واذا أدبرت فاغتسلى وصلى » وأما دم النفاس فانه يوجب الغسل ، لأنه حيض مجتمع ، ولأنه يحرم الصوم والوطء ، ويسقط فرض الصلاة فأوجب الغسل كالحيض) •

(الشرح) أما تفسير الآية فقال جمهور المفسرين : المحيض هنــا هو الحيض وهو مذهبنا ، نص عليه الشافعى والأصحاب ؛ قال القاضى أبو الطيب فى أول باب الحيض : اختلف الناس فى المحيض فعندنا هو الدم ، وقال قوم هو الفرج نفسه لأنه موضع الدم كالمبيت والمقيل موضع البيتوتة والقيلولة • وقال قوم : هو زمان الحيض • وهذان القولان غلط ، لأن الله تعالى قال : (قل هو أذى) والفرج والزمان لا يوصــفان بذلك وفى حديث أم سلمة : « سألت النبى صلى الله عليه وسلم عن غسل المحيض » أى الدم وسنزيد فى تفسير الآية وايضاحها فى أول كتاب الحيض ان شاء الله تعالى •

وأما حديث بنت أبى حبيش فصحيح رواه البخــارى ومسلم من رواية عائشة رضى الله عنها من طرق ، وفى بعض رواياتهما « واذا أدبرت فاغتسلى وصلى » كما هو فى المهذب ، وفى بعضــها : « فاغسلى عنك الدم وصلى »

---

(١) الآية ٢٢٢ من سورة البقرة •

والحيضة بكسر الحاء وفتحها فالكسر اسم لحالة الحيض ، والفتح بمعنى الحيض وهى المرة الواحدة منه .

قال الخطابى : الصواب الكسر وغلط من فتح وجوز القاضى عياض وغيره الفتح وهو أقوى ، وحبيش بضم الحاء المهملة ثم باء موحدة مفتوحة ثم ياء مثناة من تحت ساكنة ثم شين معجمة ، واسم أبى حبيش قيس بن المطلب بن أسد بن عبد العزى .

(واما حكم المسألة) فأجمع العلماء على وجوب الغسل بسبب الحيض وبسبب النفاس ، وممن نقل الاجماع فيهما ابن المنذر وابن جرير الطبرى وآخرون ، وذكر المصنف دليلهما ، ووجه الدلالة من الآية أنه يلزمها تمكين الزوج من الوطء ، ولا يجوز ذلك الا بالغسل ، وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب . واختلف أصحابنا فى وقت وجوبه فقال القاضى أبو الطيب والمحاملى وابن الصباغ وآخرون من العراقيين والرويانى : الصحيح أنه يجب بأول خروج الدم ، كما قالوا : يجب الوضوء بأول قطرة من البول ، قالوا : وفيه وجه أنه يجب بانقطاع الدم ، وليس بشىء ، وعكس الخراسانيون هذا فقالوا : الأصح أنه يجب بانقطاعه لا بخروجه ، كذا صححه الفورانى وجماعات منهم . قال امام الحرمين ، قال الأكثرون : يجب بانقطاع الدم ، وقال أبو بكر الاسماعيلى : يجب بخروجه وهو غلط ، لأن الغسل مع دوام الحيض غير ممكن ، وما لا يمكن لا يجب . قال الامام : والوجه أن يقال : يجب بخروج جميع الدم ، وذلك يتحقق عند الانقطاع . وقطع الشيخ أبو حامد بوجوبه بالانقطاع ، والبغوى بالخروج ، وكل من أوجب بالخروج قاسوه على البول والمنى . وقد سبق فيهما ثلاثة أوجه عن المتولى وغيره فى أن الوجوب بخروج البول والمنى ؟ أم بالقيام الى الصلاة ؟ أم بالمجموع ؟ قال المتولى : وتلك الأوجه جارية فى الحيض قال : الا أن القائلين هناك : يجب بالخروج اختلفوا ، فمنهم من قال : يجب بخروج الدم ، ومنهم من قال : بانقطاعه ، فحصل أربعة أوجه فى وقت وجوب غسل الحيض والنفاس (أحدها) بخروج الدم (والثانى) بانقطاعه (والثالث) بالقيام الى الصلاة (والرابع) بالخروج والانقطاع والقيام الى الصلاة ، والأصح وجوبه بالانقطاع .

قال امام الحرمين وغيره : وليس فى هـذا الخلاف فائدة فقهية ، وقال صاحب العدة : فائدته أن الحائض اذا أجنبت ، وقلنا : لا يجب غسل الحيض الا بانقطاع الدم ، وقلنا ـ بالقول الضعيف ـ ان الحـائض لا تمنع قراءة القرآن ، فلها أن تغتسل عن الجنابة لاستباحة قراءة القرآن ، وسيأتى هذا مع زيادة ايضاح فى أول كتاب الحيض ان شاء الله تعالى •

وذكر صاحب البحر فى كتاب الجنائز له فائدة أخرى حسـنة فقال : لو استشهدت الحائض فى قتال الكفار قبل انقطاع حيضها ، فان قلنـا : يجب بالانقطاع لم تغسل وان قلنا بالخروج فهل تغسل ؟ فيه الوجهان فى غسـل الجنب الشهيد ، فحصـل فى الخلاف فائدتان (احداهما) مسألة الشـهيد (والثانية) مسألة الحائض اذا أجنبت ، فان قيل : الحائض على القول القديم يباح لها القراءة سواء قلنا : يجب الغسل بخروج الدم أم بانقطاعه فينبغى اذا أجنبت أن لا يختلف الحكم •

فالجواب انا اذا قلنا : لا يجب الغسل بخروج الدم فأجنبت فهذه امرأة جنب لا غسل عليها الا للجنابة ، فاذا اغتسلت لها ارتفعت جنابتهـا وبقيت حائضا مجردة فتباح القراءة (على القديم) واذا قلنا : يجب الغسل بالخروج فاغتسلت للجنابة لم يصح ، ولم ترتفع جنابتها ، لأن عليها غسلين غسل حيض وغسل جنابة ، وغسل الحيض لا يمكن صحته مع جريان الدم ، واذا لم يصح غسل الحيض لم يصح غسل الجنابة ، لأن من عليه حدثان لا يمكن أن يرتفع أحدهما ويبقى الآخر كمن أحدث بنوم مثلا ، ثم شرع فى البول وتوضأ فى حال بوله عن النوم فانه لا يصح بلا شك ، والله أعلم •

(فـرع) قال صاحب البيان وغيره : لو خرج الدم من قبلى الخنثى المشكل أو من أحدهما فلا غسل عليه وان كان بصفة دم الحيض وفى وقته ، لجواز أنه رجل •

(فـرع) قال الشافعى رحمه الله فى المختصر : وتغتسل الحائض اذا طهرت ، والنفساء اذا انقطع دمها • قال القاضى حسين وصاحب البحر : قيل لا معنى لتغيير العبارة فى الحائض والنفساء الا تحسين اللفظ وقيل هى اشارة

الى أن دم النفاس لا يتقدر أقله ، فمتى ارتفع بعـد الولادة وان قل وجب الغسل • ودم الحائض لو ارتفع قبل يوم وليلة لا يكون حيضا ولا غسل •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما اذا ولدت المرأة ولدا ولم تر دما ، ففيه وجهـان (أحدهما) يجب عليها الغسل لأن الولد منى منعقد (والثانى) لا يجب لانه لا يسمى منيا) •

(الشرح) هذان الوجهان مشهوران ، والأصح منهما ــ عند الأصحاب فى الطريقتين ــ وجوب الغسل ، وقطع به جماعة من أصحاب المختصرات ، وشذ الشاشى فصحح عدم الوجوب •

ثم من الأصحاب من ذكر المسألة هنا ومنهم من ذكرها فى كتاب الحيض، ومنهم من ذكرها فى الموضعين ، قال المـاوردى فى كتـاب الحيض : القول بالوجوب هو قول ابن سريج ومذهب مالك ، وبعدمه قول أبى على بن أبى هريرة ومذهب أبى حنيفة • وعن أحمد روايتان كالوجهين ، وهـذا التعليل الذى ذكره المصنف للوجوب وهو كون الولد منيـا منعقدا ؛ هو التعليل المشهور فى الطريقتين ، وذكر القاضى حسين هذا التعليل وعلة أخرى وهى أن الولد لا يخلو عن رطوبة وان خفيت • قال الماوردى : وتوجد الولادة بلا دم فى نساء الأكراد كثيرا •

قال أصحابنا : فاذا قلنا : لا غسل عليها فعليها الوضوء ، ولو خرج منها ولد بعد ولد وقلنا : يجب الغسل فاغتسلت للأول قبل خروج الثـانى وجب الغسل للثانى • اتفق عليه أصحابنا • ولو ألقت علقة أو مضغة ففى وجوب الغسل الوجهان الأصح الوجوب ، ذكره المتولى وآخرون ، وقطع القـاضى حسين والبغوى بالوجوب فى المضغة ، وخص الوجهين بالعلقة ، قال الماوردى : وهل يصح غسلها بمجرد وضعها أم لا يصح حتى تمضى ساعة ؟ فيه وجهان ، بناء على الوجهين فى أن أقل النفاس محدود بساعة أم لا ؟ والصحيح الذى يقتضيه اطلاق الجمهور صحة الغسل بمجرد الوضع ؛ والصحيح أن النفـاس غير محدود والله أعلم •

(فـرع) اذا ولدت فى نهار رمضان ولم تر دما ففى بطـلان صومها طريقـان :

(أحدهما) لا يبطل ؛ سواء أوجبنا الغسل أم لا ، وبه قطع الفورانى فى كتاب الحيض .

(والثانى) فيه وجهان بناء على الغسل ان أوجبناه بطل الصوم ، والا فلا وبهذا الطريق قطع الماوردى والبغوى وغيرهما ، وأنكره صـاحب البحر ؛ وقال : عندى أنه لا يبطل لأنها مغلوبة كالاحتلام وهذا ــ الذى قاله ــ قوى فى المعنى ، ضعيف التعليل أما ضعف تعليله فلأنه ينتقض بالحيض فانه يبطـل الصوم وان كانت مغلوبة ، وأما قوته فى المعنى فلأن الذى اعتمده الأصحاب فى تعليل وجوب الغسل أن الولد منى منعقد وهذا يصلح لوجوب الغسـل لا لبطلان الصوم ، فان خروج المنى من غير مباشرة ولا استمناء لا يبطـل الصوم والله أعلم .

(فـرع) اذا حاضت ثم أجنبت أو أجنبت ثم حاضت لم يصح غسلها عن الجنـابة فى حال الحيض ، لأنه لا فائدة فيـه ، وفيه وجه ضعيف ذكره الخراسانيون أنه يصح غسلها عن الجنابة ويفيدها قراءة القرآن اذا قلنا بالقول الضعيف : ان للحائض قراءة القرآن ، وقد تقدم هذا قريبا عن صاحب العدة.

(فـرع) قال أصحابنا وغيرهم : أعضاء الجنب والحائض والنفسـاء وعرقهم طاهر وهذا لا خلاف فيه بين العلماء ، ونقل ابن المنذر الاجماع فيه ، وحكى أصحابنا عن أبى يوسف أن بدن الحائض نجس فلو أصابت ماء قليلا نجسته ، وهذا النقل لا أظنه يصح عنه ، فان صح فهو محجوج بالاجماع ، وبقوله صلى الله عليه وسلم : « حيضتك ليست فى يدك » وقوله صلى الله عليه وسلم : « ان المسلم لا ينجس » رواهما البخارى ومسلم ، وسنبسط المسألة فى آخر كتاب الحيض ان شاء الله تعالى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان استدخلت المرأة المنى ثم خرج منها لم يلزمها الغسل) .

(الشرح) اذا استدخلت المرأة المنى فى فرجها أو دبرها ثم خرج منها لم يلزمها الغسل ، هذا هو الصواب الذى قطع به الجمهور فى الطريقتين ، وحكى القفال والمتولى والبغوى وغيرهم من الخراسانيين ــ وجها شاذا ــ أنه يلزمها الغسل وهو قول الشيخ أبى زيد المروزى . قال البغوى والرافعى : وعلى هذا لا فرق بين ادخالها قبلها أو دبرها ، كتغييب الحشفة وحكوا مثل هذا الوجه عن الحسن البصرى ، وحكاه ابن المنذر عن عطاء والزهرى وعمرو بن شعيب ، وهو غلط وان كثر قائلوه وناقلوه ، ثم انه وان كان له أدنى خيال اذا استدخلته فى قبلها لاحتمال أنها تلذذت فأنزلت منيها ، فاختلط به فاذا خرج المنى الأجنبى صحبه منيها ، لكن ايجابه بخروجه من الدبر لا وجه له ولا خيال وممن قال من السلف : لا يجب ، قتادة والأوزاعى وأحمد واسحاق ، ودليله النصوص فى أن الغسل انما يلزمه بمنيه ، واتفق الأصحاب على أنها لو أدخلت فى فرجها دم الحيض أو أدخل الرجل فى دبره أو قبله المنى وخرجا فلا غسل . نقله القاضى أبو الطيب وغيره .

وقال أصحابنا : ويلزمها الوضوء بخروجه ، كما سبق فى باب ما ينقض الوضوء أما اذا جومعت فاغتسلت ثم خرج منها منى الرجل ، فقال الأصحاب : لا غسل عليها أيضا وعليها الوضوء . قال المتولى : كان القاضى حسين يقول : مراد الأصحاب اذا كانت الموطوءة صغيرة لا تنزل أو كبيرة ، لكن أنزل الزوج عقيب الايلاج ، بحيث لم تنزل هى فى العادة ، فأما اذا امتد الزمان قبل انزاله فالغالب أنها تنزل ويختلط المنيان فعليها الغسل ثانيا . وذكر الرويانى عن الأصحاب أنه لا غسل عليها . ثم ذكر كلام القاضى بحروفه وحكى امام الحرمين عن بعض الأصحاب وجوب الغسل ، ثم قال : وعندى فى هذا تفصيل، فذكر نحو كلام القاضى ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واذا أسلم الكافر ولم يجب عليه غسل فى حال الكفر فالمستحب أن يغتسل ، لما روى : « أنه أسلم قيس بن عاصم فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يغتسل » ولا يجب ذلك لأنه أسلم خلق كثير ولم يامرهم النبى صلى الله عليه وسلم بالغسل ، وان وجب عليه غسل فى حال الكفر ولم يغتسل لزمه أن يغتسل ، وان كان قد اغتسل فى حال الكفر ، فهل يجب عليه اعادته ؟ فيه وجهان (احدهما) لا تجب اعادته لأنه غسل صحيح ، بدليل أنه تعلق به اباحة الوطء فى حق الحائض اذا طهرت ، فلم تجب اعادته كغسل المسلم (والثانى) تجب اعادته وهو الأصح لأنه عبادة محضة ، فلم تصح من الكافر فى حق الله تعالى ، كالصوم والصلاة) .

(الشرح) حديث قيس بن عاصم حديث حسن رواه أبو داود والترمذى والنسائى من رواية قيس بن عاصم هذا . قال الترمذى : حديث حسن ، وقيس هذا من سادات العرب كنيته أبو على . وقيل : أبو قبيصة ، وقيل : أبو طلحة ، قدم على النبى صلى الله عليه وسلم فى وفد بنى تميم سنة تسع من الهجرة فأسلم ، وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « هذا سيد أهل الوبر » وكان حليما عاقلا ، قيل للأحنف بن قيس : ممن تعلمت الحلم ؟ قال : من قيس ابن عاصم رضى الله عنه ، وقول المصنف : (لأنه عبادة محضة) احترز بعبادة عن البيع وغيره من المعاملات ، وبمحضة عن العدة والكفارة ، وقوله : (فلم تصح من الكافر فى حق الله) احتراز من غسل الكافرة التى طهرت من الحيض ، فانه عبادة محضة ويصح من الكافر لكن فى حق الآدمى .

اما احكام الفصل ففيه ثلاث مسائل

(احداها) اذا أجنب الكافر ثم أسلم قبل الاغتسال لزمه الغسل ، نص عليه الشافعى واتفق عليه جماهير الأصحاب . وحكى الماوردى عن أبى سعيد الاصطخرى وجها أنه لا يلزمه ، وهو مذهب أبى حنيفة لقول الله تعالى : (قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف) [1] ولحديث عمرو بن

---

(١) الآية ٣٨ من سورة الأنعام .

العاص أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الاسلام يهدم ما قبله » رواه مسلم ، ولأنه أسلم خلق كثير لهم الزوجات والأولاد ، ولم يأمرهم النبى صلى الله عليه وسلم بالغسل وجوبا ، ولو وجب لأمرهم به ، وهذا الوجه ليس بشىء لأنه لا خلاف أنه يلزمه الوضوء ، فلا فرق بين أن يبول ثم يسلم أو يجنب ثم يسلم وأما الآية الكريمة والحديث فالمراد بهما غفران الذنوب ، فقد أجمعوا على أن الذمى لو كان عليه دين أو قصاص لا يسقط باسلامه ، ولأن ايجاب الغسل ليس مؤاخذة وتكليفا بما وجب فى الكفر ، بل هو الزام شرط من شروط الصلاة فى الاسلام فانه جنب ، والصلاة لاتصح من الجنب ، ولا يخرج باسلامه عن كونه جنبا • والجواب عن كونهم لم يؤمروا بالغسل بعد الاسلام أنه كان معلوما عندهم ، كما أنهم لم يؤمروا بالوضوء لكونه معلوما لهم ، والفرق بين وجوب الغسل ومنع قضاء الصوم والصلاة من وجهين • أحدهما : ما سبق أن الغسل مؤاخذة بما هو حاصل فى الاسلام وهو كونه جنبا بخلاف الصلاة • والثانى : أن الصلاة والصوم يكثران فيشق قضاؤهما وينفر عن الاسلام • وأما الغسل فلا يلزمه الا غسل واحد ولو أجنب ألف مرة وأكثر فلا مشقة فيه •

(المسألة الثانية) اذا أجنب واغتسل فى الكفر ثم أسلم ففى وجوب اعادة الغسل وجهان مشهوران ذكر المصنف دليلهما ، أصحهما عند الأصحاب وجوب الاعادة ، ونص عليه الشافعى وقطع به القاضى أبو الطيب وآخرون ، وأجابوا عن احتجاج القائل الآخر بالحائض ، فقالوا : لا يلزم من صحته فى حق الزوج للضرورة صحته بلا ضرورة قاسوه على المجنونة اذا طهرت من الحيض فغسلها زوجها ليستبيحها ، فانها اذا أفاقت يلزمها الغسل ، وهذا على المذهب والمشهور ، وفيها خلاف ضعيف سبق فى آخر باب نية الوضوء ؛ ولا فرق فى هذا بين الكافر المغتسل فى الكفر والكافرة المغتسلة لحلها لزوجها المسلم ، فالأصح فى الجميع وجوب الاعادة ، وخالف امام الحرمين الجمهور ، فصحح فى الحائض عدم الاعادة ، وقد سبق هذا فى آخر باب نية الوضوء •

(الثالثة) اذا أسلم ولم يجنب فى الكفر استحب أن يغتسل ، ولا يجب عليه الغسل بلا خلاف عندنا ؛ وسواء فى هذا الكافر الأصلى والمرتد والذمى

والحربى • قال الخطابى وغيره : وبهذا قال أبو حنيفة وأكثر العلماء • وقال مالك وأحمد وأبو ثور : يلزمه الغسل ، واختاره ابن المنذر والخطابى •

واحتجوا بحديث قيس بن عاصم ، وبحديث أبى هريرة رضى الله عنه قال : « بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم خيلا قبل نجد ، فجاءت برجل يقال له ثمامة بن آثال فربطوه بسارية من سوارى المسجد » وذكر الحديث وفى آخره فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أطلقوا ثمامة فانطلق الى نخل قريب فاغتسل ، ثم دخل المسجد فقال : أشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله » رواه البخارى وفى رواية للبيهقى وغيره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « مر عليه فأسلم فأطلقه وبعث به الى حائط أبى طلحة ، وأمره ان يغتسل ، فاغتسل وصلى ركعتين » •

قال البيهقى : يحتمل أن يكون أسلم عند النبى صلى الله عليه وسلم ثم اغتسل ودخل المسجد فأظهر الشهادة ثانيا جمعا بين الروايتين •

واحتج أصحابنا بما ذكره المصنف وهو أنه أسلم خلق كثير ولم يأمرهم النبى صلى الله عليه وسلم بالاغتسال ، ولأنه ترك معصية فلم يجب معه غسل كالتوبة من سائر المعاصى ، والجواب عن حديثيهما من وجهين (أحدهما) حملهما على الاستحباب جمعا بين الأدلة ، ويؤيده أنه صلى الله عليه وسلم أمر قيسا أن يغتسل بماء وسدر واتفقنا على أن السدر غير واجب (الثانى) أنه صلى الله عليه وسلم علم أنهما أجنبا لكونهما كانت لهما أولاد ، فأمرهما بالغسل لذلك لا للاسلام والله أعلم •

(فرع) يستحب للكافر اذا أسلم أن يحلق شعر رأسه ، نص عليه الشافعى فى الأم والشيخ أبو حامد والبندنيجى والقاضى أبو الطيب والمحاملى وابن الصباغ والرويانى والشيخ نصر وآخرون • واحتجوا له بحديث عثيم ، بضم العين المهملة وفتح المثلثة ، عن أبيه عن جده أنه جاء الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : أسلمت ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم « ألق عنك شعر الكفر » يقول : احلق ، رواه أبو داود والبيهقى واسناده ليس بقوى ، لأن عثيما وكليبا ليسا بمشهورين ولا وثقا ، لكن أبا داود رواه ولم يضعفه ، وقد

قال : انه اذا ذكر حديثا ولم يضعفه فهو عنده صالح ، أى صحيح أو حسن ، فهذا الحديث عنده حسن •

ويستحب أن يغتسل بماء وسدر ، لما ذكرناه من حديث قيس • والله أعلم •

(فـرع) اذا أراد الكافر الاسلام فليبادر به ولا يؤخره للاغتسال ، بل تجب المبادرة بالاسلام ، ويحرم تحريما شديدا تأخيره للاغتسال وغيره ، وكذا اذا استشار مسلما فى ذلك حرم على المستشار تحريما غليظا أن يقول له أخره الى الاغتسال ، بل يلزمه أن يحثه على المبادرة بالاسلام • هذا هو الحق والصواب • وبه قال الجمهور • وحكى الغزالى رحمه الله فى باب الجمعة وجها أنه يقدم الغسل على الاسلام ليسلم مغتسلا • قال : وهو بعيد ، وهذا الوجه غلط ظاهر لا شك فى بطلانه وخطأ فاحش ، بل هو من الفواحش المنكرات ، وكيف يجوز البقاء على أعظم المعاصى وأفحش الكبائر ورأس الموبقات وأقبح المهلكات لتحصيل غسل لا يحسب عبادة لعدم أهلية فاعله • وقد قال صاحب التتمة فى باب الردة : لو رضى مسلم بكفر كافر ، بأن طلب كافر منه أن يلقنه الاسلام فلم يفعل ، أو أشار عليه بأن لا يسلم أو أخر عرض الاسلام عليه بلا عذر ، صار مرتدا فى جميع ذلك ، لأنه اختار الكفر على الاسلام • وهذا الذى قاله افراط أيضا ، بل الصواب أن يقال : ارتكب معصية عظيمة • وأما قول النسائى فى سننه : باب تقديم غسل الكافر اذا أراد أن يسلم • واحتج بحديث أبى هريرة أن ثمامة انطلق فاغتسل ثم جاء فأسلم فليس بصحيح ولا دلالة فيما ذكره لما ادعاه • والله أعلم •

ويتعلق بهذا الفصل مسائل نفيسة تقدمت فى أواخر باب نية الوضوء • وبالله التوفيق •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن اجنب حرم عليه الصلاة والطواف ومس المصحف وحمله ، لأنا دللنا على ان ذلك يحرم على المحدث ، فلأن يحرم على الجنب اولى ، ويحرم عليه قراءة القرآن ، لما روى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يقرأ الجنب ولا الحائض شيئا من القرآن » [ويحرم (١) عليه اللبث

(١) ما بين المعقوفين من المتوكلية والركبى (ط) •

فى المسجد] ولا يحرم عليه العبور لقوله تعالى : (لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ، ولا جنبا الا عابرى سبيل (١)) وأراد موضع الصلاة . وقال فى البويطى : ويكره له أن ينام حتى يتوضأ ، لما روى أن عمر رضى الله عنه قال : « يا رسول الله أيرقد أحدنا وهو جنب ؟ قال : نعم اذا توضأ أحدكم فليرقد » قال أبو على الطبرى : واذا أراد أن يطأ أو يأكل أو يشرب توضأ ، ولا يستحب ذلك للحائض لأن الوضوء لا يؤثر فى حدثها ويؤثر فى حدث الجنابة، لأنه يخففه ويزيله من أعضاء الوضوء) .

(**الشرح**) هذا الفصل مشتمل على جمل ويتعلق به فروع كثيرة منتشرة ، فالوجه أن نشرح كلام المصنف مختصرا ثم نعطف عليه مذاهب العلماء ثم الفروع والمتعلقات ، أما الآية الكريمة فسيأتى تفسيرها والمراد بها فى فرع مذاهب العلماء ان شاء الله تعالى . وأما حديث ابن عمر : « لا يقرأ الجنب ولا الحائض شيئا من القرآن » فرواه الترمذى وابن ماجه والبيهقى وغيرهم وهو حديث ضعيف ضعفه البخارى والبيهقى وغيرهما ، والضعف فيه بين ، وسنذكر فى فرع مذاهب العلماء غيره مما يغنى عنه وأما حديث عمر رضى الله عنه فصحيح رواه البخارى ومسلم .

وقوله : فلأن يحرم على الجنب هو بفتح اللام ، وقد سبق ايضاحه فى باب الآنية ثم فى مواضع . وقوله : لا يقرأ الجنب ، بكسر الهمزة ، وروى بضمها على الخبر ، الذى يراد به النهي وهما صحيحان ، وممن ذكرهما القاضى أبو الطيب فى هذا الموضع من تعليقه ونظائرهما كثيرة مشهورة واللبث هو الاقامة . قال أهل اللغة : يقال لبث بالمكان وتلبث أى أقام قال الأزهرى وصاحب المحكم وغيرهما : يقال لبث يلبث لبثا ولبثا باسكان الباء وفتحها زاد فى المحكم ولباثة ولبيثة ، يعنى بفتح اللام فيهما .

وأما الجنابة فأصلها فى اللغة البعد وتطلق فى الشرع على من أنزل المنى ، وعلى من جامع وسمى جنبا ، لأنه يجتنب الصلاة والمسجد والقراءة ويتباعد عنها ، ويقال : أجنب الرجل يجنب وجنب بضم الجيم وكسر النون ، يجنب بضم الياء وفتح النون لغتان مشهورتان ، الأولى أفصح وأشهر ، يقال رجل

---

(١) الآية ٤٣ من سورة النساء .

جنب ورجلان ورجال وامرأة وامرأتان ونسوة جنب بلفظ واحد ، قال الله تعالى : (وان كنتم جنبا فاطهروا) [1] قال أهل اللغة : ويقال : جنبان وأجناب فيثنى ويجمع والأول أفصح وأشهر •

(واما حكم المسألة) فيحرم على الجنب ستة أشياء الصلاة والطواف ومس المصحف وحمله واللبث فى المسجد وقراءة القرآن ، فأما الأربعة الأولى فتقدم شرحها وما يتعلق بها فى باب ما ينقض الوضوء ، وأما قراءة القرآن فيحرم كثيرها وقليلها حتى بعض آية ، وكذا يحرم اللبث فى جزء من المسجد ولو لحظة •

وأما العبور فلا يحرم ، وقد ذكر المصنف دليل الجميع ، قال أصحابنا : ويكره للجنب أن ينام حتى يتوضأ ، ويستحب اذا أراد أن يأكل أو يشرب أو يطأ من وطئها أولا أو غيرها أن يتوضأ وضوءه للصلاة ويغسل فرجه فى كل هذه الأحوال ولا يستحب هذا الوضوء للحائض والنفساء ، نص عليه الشافعى فى البويطى واتفق عليه الأصحاب ، ودليله ما ذكره المصنف أن الوضوء لا يؤثر فى حدثها لأنه مستمر ، فلا تصح الطهارة مع استمراره ، وهذا ما دامت حائضا ، فأما اذا انقطع حيضها فتصير كالجنب يستحب لها الوضوء فى هذه المواضع ، لأنه يؤثر فى حدثها كالجنب • وهذا الذى قلناه وقاله المصنف والأصحاب أن الوضوء يؤثر فى حدث الجنب ويزيله عن أعضاء الوضوء هو الصحيح الذى قطع به الجمهور وخالف فيه امام الحرمين ، فقال : لا يرتفع شىء من الحدث حتى تكمل الطهارة •

وقد سبق بيان هذه المسائل فى المسائل الزوائد فى آخر صفة الوضوء ودليل استحباب الوضوء وغسل الفرج فى هذه الأحوال أحاديث صحيحة منها حديث عمر رضى الله عنه قال : « يا رسول الله أيرقد أحدنا وهو جنب ؟ فقال : نعم اذا توضأ » رواه البخارى ومسلم •

وفى الصحيحين عن ابن عمر قال : ذكر عمر لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه تصيبه الجنابة من الليل فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم « توضأ

---

(١) الآية ٥ من سورة المائدة .

واغسل ذكرك ثم نم » وعن عائشة « كان النبى صلى الله عليه وسلم اذا أراد أن ينام ، وهو جنب غسل فرجه وتوضأ للصلاة » رواه البخارى ومسلم هذا لفظ البخارى • وفى رواية مسلم : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أراد أن ينام وهو جنب توضأ وضوءه للصلاة قبل أن ينام » وفى رواية له « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا كان جنبا فأراد أن يأكل أو ينام توضأ وضوءه » • وعن عمار بن ياسر أن النبى صلى الله عليه وسلم « رخص للجنب اذا أكل أو شرب أو نام أن يتوضأ » رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن صحيح ، ومعناه اذا أراد أن يأكل • وعن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « اذا أتى أحدكم أهله ثم أراد أن يعود ، فليتوضأ بينهما وضوءا » رواه مسلم • زاد البيهقى فى رواية « فانه أنشط للعود » •

وأما حديث ابن عباس فى الصحيح أن النبى صلى الله عليه وسلم « قام من الليل فقضى حاجته ثم غسل وجهه ويديه ثم نام » فالمراد بحاجته الحدث الأصغر • وأما حديث أبى اسحاق السبيعى ــ بفتح السين المهملة ــ عن الأسود عن عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان ينام وهو جنب ولا يمس ماء » رواه أبو داود والترمذى والنسائى وغيرهم ، فقال أبو داود عن يزيد بن هارون : وهم السبيعى فى هذا • يعنى قوله ولا يمس ماء • وقال الترمذى : يرون أن هذا غلط من السبيعى •

وقال البيهقى : طعن الحفاظ فى هذه اللفظة وتوهموها مأخوذة عن غير الأسود وأن السبيعى دلس ، قال البيهقى : وحديث السبيعى بهذه الزيادة صحيح من جهة الرواية لأنه بين سماعه من الأسود والمدلس اذا بين سماعه ممن روى عنه وكان ثقة فلا وجه لرده •

(قلت) قالت طائفة من أهل الحديث والأصول : ان المدلس لا يحتج بروايته وان بين السماع ، والصحيح الذى عليه الجمهور ، أنه اذا بين السماع احتج به ، فعلى الأول لا يكون الحديث صحيحا ، ولا يحتاج الى جواب ، وعلى الثانى جوابه من وجهين • (أحدهما) ما رواه البيهقى عن ابن سريج

رحمه الله واستحسنه البيهقى أن معناه : لا يمس ماء للغسل ، لنجمع بينه وبين حديثها الآخر ، وحديث عمر الثابتين فى الصحيحين • (والثانى) أن المراد أنه كان يترك الوضوء فى بعض الأحوال ليبين الجواز اذ لو واظب عليه لاعتقدوا وجوبه ، وهذا عنـدى حسن أو أحسن ، وثبت فى الصحيحين عن أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم « طاف على نسـائه بغسل واحد ، وهن تسـع نسوة » • فيحتمل أنه كان يتوضأ بينها ، ويحتمل ترك الوضوء لبيان الجواز، وفى رواية لأبى داود أنه طاف على نسائه ذات ليلة يغتسل عند هذه وعند هذه فقيل يا رسول الله ألا تجعله غسلا واحدا فقال : « هذا أزكى وأطيب وأطهر » قال أبو داود : والحديث الأول أصح •

(قلت) وان صح هذا الثانى حمل على أنه كان فى وقت وذاك فى وقت ، والحديثان محمولان على أنه كان برضاهن ان قلنا بالأصح ، وقول الأكثرين أن القسم كان واجبا عليه صلى الله عليه وسلم فى الدوام ، فان القسم لا يجوز أقل من ليلة ليلة برضاهن والله أعلم •

(فـرع) روى أبو داود والنسائى باسناد جيد عن على رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تدخل الملائكة بيتا فيه صورة[1]

---

(١) نظر كثير من الناس الى احاديث النهى عن التصوير واتخاذ الصور الى تعميمها على كل صور ولو كانت مباحة لا يتناولها التحريم من حيث العلة التى قام عليها التحريم ولا من حيث المفسدة فان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (ان أشد الناس عذابا يوم القيامة المصورون) روى أحمد فى مسنده ومسلم فى صحيحه من حديث ابن مسعود ، فهم أشد عذابا من جميع الناس كافرهم ومسلمهم ، ولما كان الذى يعذب هذا العذاب ويذوق هذا النكال يجب ان يتكافأ الجزاء مع الذنب ، واستحقاق المصورين للعذاب الذى يفوق عذاب الناس أجمعين يجعلنا ننظر فى طبيعة التصويرى الذى أوبقهم الى هذا النكال العظيم ذلك أن عملهم فى التصوير هو تصوير المعبودات من الأوثان والصور المعظمة ولو لم تكن صورا على الحقيقة بل يصدق على ذلك لو صنع خطا مستطيلا وفى وسطه أو فى جزء منه خط مستعرض فان ذلك وغيره يعبد ، وصانعه أشـد عذابا من عابديه والصور المجردة من المعانى والقاصرة على مجرد الزينة كانت موجودة فى بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى شكل قرام أو ستارة أو تمثال مجسم على باب بيته منحوت من الحجارة حتى قال النبى صلى الله عليه وسلم لعائشة رضى الله عنها يوما (أميطى عنى قرامك فانه لا تزال تصاويره تعرض على فى صلاتى) فأمره لها بإماطته لم يكن سببه منع الملائكة وانما كان سببه شغله صلى الله عليه وسلم فى الصلاة ، وكان مقتضى أن تميط هذا القرام أن تنحيه بعيدا عن البيت اذا كان مثل هذه الصور مما يمنع الملائكة بيد أن الذى فعلته عائشة رضى الله عنها وأقرها عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم أن موقت القرام قطعتين وصنعتهما وسادتين يجلس عليها رسول الله صلى الله عليه

ولا جنب ولا كلب » قال الخطـابى المراد الملائكة الذين ينزلون بالرحمـة والبركة لا الحفظة لأنهم لا يفارقون الجنب ولا غيره . قال : وقيل لم يرد بالجنب من أصابته جنابة فأخر الاغتسال الى حضور الصلاة ولكنه الجنب الذى يتهاون بالغسل ويتخذ تركه عادة لأن النبى صلى الله عليه وسلم « كان ينام وهو جنب ويطوف على نسائه بغسل واحد . » قال : وأما الكلب فهو أن يقتنى كلبا لغير الصيد والزرع والماشية وحراسة الدار ، قال : وأما الصورة

وسلم ويؤخذ من هذا جواز اتخـاذ الصور فى اثاث البيت كالكرسى والسرير والبسط وجدران المنزل اذا لم يؤد ذلك الى التشويش على المصلى .

وكان خاتم عمر بن الخطاب أمير المؤمنين رضى الله عنه منقوشا عليه طائر وكان التمثال الذى كان امام بيت النبى صلى الله عليه وسلم وامتنع عن جبريل دخول البيت بسببه قد أمر جبريل رسول الله صلى الله عليه وسلم بكسر رأس هذا التمثال حتى لا تخلص اليه صورة حية ، فأخـذنا من هذا الحديث جواز فن السيريال وبالجملة فان الصور الفوتوغرافية لا حرمة فيها وانما عملهـا مباح ، ومثالها فى الاباحة أن يقف الانسـان أمام المرآة ليرى صورته فيها بل يراها حية متحركة بحركته فاذا كانت هذه الصورة مباحة فلو أنه أطال الوقوف أمام المرآة لرغبته فى الوقوف لمـا اعترض عليه أحد ولو توصل الى اختراع زر يضغط عليه فيثبت صورته فى المرآة ويتركه وينصرف لما كان فى هذا محظور ولو كان محظورا لكان النظر فى المرآة محظورا أيضا لانه احداث صورة منفصلة عن صاحبها على مسطح آخر بعيد عنه ، ولقالوا ينبغى الا يقترب أحد من المرايا حتى لا تقع هذه الجريمة جريمة وجود صورة المرء فى مسطح مصقول هذا وان التصـوير اليوم أصبح جزءا من الجهاد والاعداد فالجيوش الحديثة لكى توفر دماء أبنائها ووقتهم تصطنع طائرات بغير قائد وأقمارا صناعية تعلو فى الفضاء وليس لها وظيفة الا تصوير المواقع والاحاطة بكل كبيرة وصـغيرة حتى ما يختزن فى باطن الأرض من مواد جيولوجية كالمعادن التى فى باطن الأرض والمياه الجوفية والنفط الذى هو عصب الطاقة اليوم فى الدنيا ، فأى تصوير فى هذا حرام . سبحانك اللهم تنزهت عن هذه الصغائر فانقذ أمة محمد من التعلق بسفساف الأمر وتافه الرأى . والى أن يقتنع المتنطعون بحل التصوير بل بوجوبه على الكفاية بل بالتمكن منه والأخذ بناصيته والتسابق فيه مع الأمم الأخرى يكون المسلمون فى مؤخرة الأمم ويكون غيرهم قد سبقهم الى أن يصنع آلة التصوير كزر القميص بل آلة التصوير مع التسجيل للصوت بأحجام بالغة الدقة فى الصـغر ، وما ذلك الا لأنهم لم تقف فى وجوههم عقبات من آراء الجاهلين بأحكام الدين والخابطين فيه خبط العشـواء فى الليلة الظلماء فيوبقون أمتهم فى التخلف ، ويقيدونها بأغلال الموقات التى تتجمع من المماحكات اللفظية والتصورات الوهمية والسذاجة فى الدين اذا كان صاحب الرأى محل احسـان الظن به وليس متآمرا على دينه وقومه ، فاذا أحسنا الظن بهؤلاء حكمنا بسذاجتهم وتعاطيهم الدين بطريقة بلهاء ، أما اذا أقمناهم مقام من يسىء الظن برأيهم وحكمنـا بذكائهم فقد وضعناهم فى مواضع المتهمين المأجورين لاضعاف كيان المسلمين وتمكين أعدائهم منهم كل التمكين ، وانما كان مقتضى نهيه صلى الله عليه وسلم عن التصوير ألا تنتقل عادات الوثنيين الينا خصوصا وقد جاء الفىء للمسلمين بكل ما فى بيوت المشركين من صور معبوداتهم وأوثانهم فنهاهم عن هـذه الصور حتى لا تنعكس بيوت المشركين فى حياة المسلمين وهـذا هو غاية الحفظ لأمة محمـد صلى الله عليه وسلم من الذوبان والضياع ، بذلك حفظت لنا مساجدنا من هذه الصور ومن آلات العزف .

وصفت عبادتنا من كدورات المادة وأوحال اللهو (ومن أحسـن من الله حكما لقوم يوقنون) (ط) .

فهى كل مصور من ذوات الأرواح ، سواء كان على جدار أو سقف أو ثوب • هذا كلام الخطابى وفى تخصيصه الجنب بالمتهاون والكلب بالذى يحرم اقتناؤه نظر وهو محتمل •

(فـرع) هذا الذى ذكرناه من كراهة النوم قبل الوضوء للجنب هو مذهبنـا وبه قال أكثر السلف أو كثير منهم حكاه ابن المنـذر عن على بن أبى طالب وابن عباس وأبى سعيد الخدرى وشداد بن أوس وعائشة والحسن البصرى وعطاء والنخعى ومالك وأحمد واسحاق واختـاره ابن المنذر قال : وقال سـعيد بن المسيب وأصحاب الرأى : هو بالخيـار ، دليلنا الأحاديث السابقة والله أعلم •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى قراءة الجنب والحائض ، مذهبنـا أنه يحرم على الجنب والحائض قراءة القرآن قليلهـا وكثيرها حتى بعض آية ؛ وبهذا قال أكثر العلمـاء كذا حكاه الخطـابى وغيره عن الأكثرين ، وحكاه أصحابنا عن عمر بن الخطاب وعلى وجابر رضى الله عنهم والحسن والزهرى والنخعى وقتادة وأحمد واسحاق •

وقال داود : يجوز للجنب والحائض قراءة كل القرآن ، وروى هذا عن ابن عباس وابن المسيب ، قال القـاضى أبو الطيب وابن الصـباغ وغيرهما : واختاره ابن المنذر ، وقال مالك : يقرأ الجنب الآيات اليسيرة للتعوذ ، وفى الحائض روايتان عنه (احداهما) تقرأ (والثانية) لا تقرأ ، وقال أبو حنيفة : يقرأ الجنب بعض آية ولا يقرأ آية وله رواية كمذهبنا •

واحتج من جوز مطلقا بحديث عائشـة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يذكر الله تعالى على كل أحيـانه » رواه مسلم ؛ قالوا : والقرآن ذكر ولأن الأصل عدم التحريم •

واحتج أصحابنا بحديث ابن عمر المذكور فى الكتاب لكنه ضعيف كمـا سبق وعن عبد الله بن سلمة • بكسر اللام ، عن على رضى الله عنه قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقضى حاجته فيقرأ القرآن ولم يكن يحجبه ،

وربما قال : يحجزه عن القرآن شيء ليس الجنابة » رواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه والبيهقى وغيرهم • قال الترمذى : حيث حسن صحيح ، وقال غيره من الحفاظ المحققين : هو حديث ضعيف ورواه الشافعى فى سنن حرملة ثم قال : ان كان ثابتا ففيه دلالة على تحريم القراءة على الجنب •

قال البيهقى : ورواه الشافعى فى كتاب جماع الطهور ، وقال : وان لم يكن أهل الحديث يثبتونه ، قال البيهقى : وانما توقف الشافعى فى ثبوته لأن مداره على عبد الله بن سلمة وكان قد كبر وأنكر من حديثه وعقله بعض النكرة وانما روى هذا الحديث بعدما كبر ، قاله شعبة ، ثم روى البيهقى عن الأئمة تحقيق ما قال ، ثم قال البيهقى : وصح عن عمر رضى الله عنه أنه كره القراءة للجنب ، ثم رواه باسناده عنه • وروى عن على لا يقرأ الجنب القرآن ولا حرفا واحدا ، وروى البيهقى عن عبد الله بن مالك الغافقى أنه سمع النبى صلى الله عليه وسلم يقول : « اذا توضأت وأنا جنب أكلت وشربت ولا أصلى ولا أقرأ حتى أغتسل » واسناده أيضا ضعيف •

واحتج أصحابنا أيضا بقصة عبد الله بن رواحة رضى الله عنه المشهورة : « أن امرأته رأته يواقع جارية له ، فذهبت فأخذت سكينا وجاءت تريد قتله ، فأنكر أنه واقع الجارية وقال « أليس قد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم الجنب أن يقرأ القرآن ؟ قالت : بلى فأنشدها الأبيات المشهورة فتوهمتها قرآنا فكفت عنه ، فأخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فضحك ولم ينكر عليه » •

والدلالة فيه من وجهين (أحدهما) أن النبى صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليه قوله : حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم القرآن (والثانى) أن هذا كان مشهورا عندهم يعرفه رجالهم ونساؤهم ، ولكن اسناد هذه القصة ضعيف ومنقطع • وأجاب أصحابنا عن احتجاج داود بحديث عائشة بأن المراد بالذكر غير القرآن ، فانه المفهوم عند الاطلاق • وأما المذاهب الباقية فقد سلموا تحريم القراءة فى الجملة ، ثم ادعوا تخصيصا لا مستند له • فان قالوا : جوزنا للحائض خوف النسيان ، قلنا : يحصل المقصود بتفكرها بقلبها • والله أعلم •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى مكث الجنب فى المسجد وعبوره فيه بلا مكث ، مذهبنا أنه يحرم عليه المكث فى المسجد جالسا أو قائما أو مترددا أو على أى حال كان ، متوضئا كان أو غيره ، ويجوز له العبور من غير لبث ، سواء كان له حاجة أم لا ، وحكى ابن المنذر مثل هذا عن عبد الله بن مسعود وابن عباس وسعيد بن المسيب والحسن البصرى وسعيد بن جبير وعمرو بن دينار ومالك . وحكى عن سفيان الثورى وأبى حنيفة وأصحابه واسحاق بن راهويه أنه لا يجوز له العبور الا أن لا يجد بدا منه فيتوضأ ثم يمر .

وقال أحمد : يحرم المكث ويباح العبور لحاجة ولا يباح لغير حاجة . قال: ولو توضأ استباح المكث .

وجمهور العلماء على أن الوضوء لا أثر له فى هذا . وقال المزنى وداود وابن المنذر : يجوز للجنب المكث فى المسجد مطلقا . وحكاه الشيخ أبو حامد عن زيد بن أسلم .

واحتج من أباح المكث مطلقـا بما ذكره ابن المنذر فى الاشراف وذكره غيره أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « المسلم لا ينجس » رواه البخارى ومسلم من رواية أبى هريرة ، وبما احتج به المزنى فى المختصر واحتج به غيره أن المشرك يمكث فى المسجد ، فالمسلم الجنب أولى ، وأحسن ما يوجه به هذا المذهب أن الأصل عدم التحريم ، وليس لمن حرم دليل صحيح صريح .

واحتج أصحابنا بقول الله تعالى : (لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ولا جنبا الا عابرى سبيل [1]) قال الشافعى رحمه الله فى الأم : قال بعض العلماء بالقرآن : معناها لا تقربوا مواضع الصـلاة . قال الشافعى : وما أشبه ما قال بما قال : لأنه ليس فى الصلاة عبور سبيل ، انما عبور السبيل فى موضعها وهو المسجد ، قال الخطابى وعلى ما تأولها الشافعى تأولها أبو عبيـدة معمر بن المثنى . قال البيهقى فى معرفة السنن والآثار : وروينا هذا التفسير عن ابن عباس قال وروينا عن جابر قال : « كان أحدنا يمر فى المسجد مجتازا وهو جنب » وعن أفلت بن خليفة عن جسره بنت دجاجة

---

(١) الآية ٤٣ من سورة النساء .

عن عائشة رضى الله عنها قالت « جاء النبى صلى الله عليه وسلم وبيوت أصحابه شارعة فى المسجد ، فقال وجهوا هذه البيوت عن المسجد فانى لا أحل المسجد لحائض ولا جنب » رواه أبو داود وغيره • قال البيهقى : « ليس هو بقوى » قال : قال البخارى « عند جسرة عجائب » وقد خالفها غيرها فى سد الأبواب • وقال الخطابى « ضعف هذا الحديث » وقالوا : أفلت مجهول ، وقال الحافظ عبد الحق : « هذا الحديث لا يثبت » •

(قلت) وخالفهم غيرهم ، فقال أحمد بن حنبل « لا أرى بأفلت بأسا » وقال الدارقطنى « هو كوفى صالح » وقال أحمد بن عبد الله العجلى « جسرة تابعية ثقة » وقد روى أبو داود هذا الحديث ولم يضعفه ، وقد قدمنا أن مذهبه أن ما رواه ولم يضعفه ولم يجد لغيره فيه تضعيفا فهو عنده صالح ، ولكن هذا الحديث ضعفه من ذكرنا ، وجسرة بفتح الجيم واسكان السين المهملة ، وأفلت بالفاء • قال الخطابى : وجوه البيوت أبوابها ، وقال ومعنى وجهوها عن المسجد ؛ اصرفوا وجوهها عن المسجد •

وأجاب أصحابنا عن احتجاجهم بحديث « المسلم لا ينجس » بأنه لا يلزم من عدم نجاسته جواز لبثه فى المسجد •

وأما القياس على المشرك فجوابه من وجهين :

(أحدهما) أن الشرع فرق بينهما ، فقام دليل تحريم مكث الجنب • وثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم حبس بعض المشركين فى المسجد ، فاذا فرق الشرع لم يجز التسوية •

(والثانى) أن الكافر لا يعتقد حرمة المسجد فلا يكلف بها ، بخلاف المسلم وهذا كما أن الحربى لو أتلف على المسلم شيئا لم يلزمه ضمانه لأنه لم يلتزم الضمان بخلاف المسلم والذمى اذا أتلفا • واحتج من حرم المكث والعبور بحديث : « لا أحل المسجد لحائض ولا جنب » وبحديث سالم بن أبى حفصة عن عطية بن سعد العوفى المفسر عن أبى سعيد الخدرى قال : قال النبى صلى الله عليه وسلم لعلى بن أبى طالب رضى الله عنه : « يا على لا يحل

لأحد يجنب فى هذا المسجد غيرى وغيرك » رواه الترمذى فى جامعه فى مناقب على وقال : حديث حسن غريب لا نعرفه الا من هذا الوجه . قال أبو نعيم ضرار بن صرد : معنـاه لا يحل لأحد يستطرقه جنبـا غيرى وغيرك . قال الترمذى : سمع البخارى منى هذا الحديث واستغربه ، قالوا : ولأنه موضع لا يجوز المكث فيه ، فكذا العبور ، كالدار المغصوبة وقياسا على الحـائض ومن فى رجله نجاسة .

واحتج أصحابنا بما احتج به الشـافعى وغيره وهو قول الله تعـالى (لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ولا جنبا الا عابرى سبيل) وتقدم ذكر الدلالة منها . قال أصحاب أبى حنيفة : المراد بالآية أن المسافر اذا أجنب وعدم الماء جاز له التيمم والصلاة وان كانت الجنابة باقية ، لأن هذه حقيقة الصلاة . والجواب أن هذا الذى ذكروه ليس مختصا بالمسافر بل يجوز للحاضر فلا تحمل الآية عليه ، وأما ما ذكرناه فهو الظاهر ، وقد جاء الحديث وأقوال الصحابة وتفسيرهم على وفقه فكان أولى .

واحتجوا بحديث جابر : « كنا نمشى فى المسجد جنبا لا نرى به بأسا » رواه الدارمى باسناد ضعيف ، ولأنه مكلف أمن تلويث المسجد فجاز عبوره كالمحدث .

وأما الجواب عن حديثهم الأول فهو أنه ان صح حمل على المكث جمعا بين الأدلة ، وأما الثانى فضعيف لأن مداره على سالم بن أبى حفصة وعطية وهما ضعيفان جدا شيعيان متهمان فى رواية هذا الحديث ، وقد أجمع العلماء على تضعيف سالم وغلوه فى التشيع ، ويكفي فى رده بعض ما ذكرنا ، لا سيما وقد استغربه البخارى امام الفن ، على أنه لو صح لم يكن معناه ما ذكره أبو نعيم لأنه خلاف ظاهره ، بل معناه اباحة المكث فى المسجد مع الجنابة ، وقد ذكر أبو العباس بن القاص هذا فى خصائص النبى صلى الله عليه وسلم .

وأما قياسهم على الدار المغصوبة ، فمنتقض بمواضع الخمور والملاهى والطرق الضيقة . وأما قياسهم على من على رجله نجاسة فانما يمنع عبوره اذا كانت النجاسة جارية أو متعرضة للجريان ، وهذا يمنع صيانة للمسجد من

تلويثه ، والجنب بخلافه فنظير الجنب من على رجله نجاسة يابسة فله العبور • وبهذا يجاب عن قياسهم على الحائض ان حرمنا عبورها ، والا فالأصح جواز عبورها اذا أمنت التلويث • والله أعلم •

فصـــل

(يتعلق بقراءة الجنب والحائض والمحدث واذكارهم ومواضع القراءة واحوالها ونحو ذلك)

وهذا الفصل من المهمات التى يتأكد لطالب الآخرة معرفتها ، وقد جمعت فى هذا كتابا لطيفا ، وهو (التبيان فى آداب حملة القرآن) وأنا أشير هنا الى جمل من مقاصده ان شاء الله تعالى ، وفيه مسائل :

(احداها) قد ذكرنا أنه يحرم على الجنب والحائض والنفساء قراءة شيء من القرآن وان قل حتى بعض آية ، ولو كان يكرر فى كتاب فقه أو غيره فيه احتجاج بآية حرم عليه قراءتها • ذكره القاضى حسين فى الفتاوى ، لأنه يقصد القرآن للاحتجاج • قال أصحابنا : ولو قال لانسان : خذ الكتاب بقوة ، ولم يقصد به القرآن جاز ، وكذا ما أشبهه ، ويجوز للجنب والحائض والنفساء فى معناه أن تقول عند المصيبة (انا لله وانا اليه راجعون [1]) اذا لم تقصد القرآن •

قال أصحابنا الخراسانيون : ويجوز عند ركوب الدابة أن يقول : (سبحان الذى سخر لنا هذا وما كنا له مقرنين [2]) لا بقصد القرآن • وممن صرح به الفورانى والبغوى والرافعى وآخرون • وأشار العراقيون الى منعه، والمختار الصحيح الأول •

قال القاضى حسين وغيره : ويجوز أن يقول فى الدعاء (ربنا آتنا فى الدنيا حسنة وفى الآخرة حسنة وقنا عذاب النار [3]) قال امام الحرمين ووالده

---

(١) الآية ١٥٦ من سورة البقرة •
(٢) الآية ١٣ من سورة الزخرف •
(٣) الآية ٢٠١ من سورة البقرة •

الشيخ أبو محمد والغزالى فى البسيط : اذا قال الجنب باسم الله أو الحمد لله ، فان قصد القرآن عصى وان قصد الذكر لم يعص وان لم يقصد واحدا منهما لم يعص أيضا قطعا ، لأن القصد مرعى فى الأبواب .

(المسألة الثانية) تجوز للجنب قراءة ما نسخت تلاوته كـ « الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما » وما أشبه ، صرح به القاضى حسين والبغوى وآخرون .

(الثالثة) يجوز للجنب والحائض النظر فى المصحف وقراءته بالقلب دون حركة اللسان . وهذا لا خلاف فيه .

(الرابعة) قال أصحابنا : اذا لم يجد الجنب ماء ولا ترابا يصلى الفريضة وحدها لحرمة الوقت ولا يقرأ زيادة على الفاتحة ، وفى الفاتحة وجهان حكاهما الخراسانيون (أحدهما) ورجحه القاضى حسين والرافعى : لا تجوز قراءة الفاتحة أيضا لأنه عاجز عنها شرعا فيأتى بالأذكار التى يأتى بها من لا يحسن الفاتحة .

(والثانى) وهو الصحيح وبه قطع الشيخ أبو حامد وسائر العراقيين والرويانى فى الحلية وآخرون من الخراسانيين : أنه تجب قراءة الفاتحة ، لأنه قادر وقراءته كركوعه وسجوده ، وستأتى المسألة ان شاء الله تعالى مبسوطة فى باب التيمم .

(الخامسة) غير الجنب والحائض لو كان فمه نجسا كره له قراءة القرآن. قال الرويانى : وفى تحريمه وجهان خرجهما والدى (أحدهما) يحرم كمس المصحف بيده النجسة (والثانى) لا يحرم كقراءة المحدث ، كذا أطلق الوجهين ، والصحيح أنه لا يحرم ، وهو مقتضى كلام الجمهور ، واطلاقهم أن غير الجنب والحائض والنفساء لا يحرم عليه القراءة .

(السادسة) أجمع المسلمون على جواز قراءة القرآن للمحدث الحدث الأصغر والأفضل أن يتوضأ لها . قال امام الحرمين وغيره : ولا يقال قراءة

المحدث مكروهة ، فقد صح عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه كان يقرأ مع الحدث » والمستحاضة فى الزمن المحكوم بأنه طهر كالمحدث .

(السابعة) لا يكره للمحدث قراءة القرآن فى الحمام ، نقله صاحبا العدة والبيان وغيرهما من أصحابنا ، وبه قال محمد بن الحسن ونقله ابن المنذر عن ابراهيم النخعى ومالك . ونقل عن أبى وائل شقيق بن سلمة التابعى الجليل والشعبى ومكحول ، والحسن وقبيصة بن ذويب كراهته ، وحكاه أصحابنا عن أبى حنيفة ، ورويناه فى مسند الدارمى عن ابراهيم النخعى ، فيكون عنه خلاف . دليلنا أنه لم يرد الشرع بكراهته فلم يكره كسائر المواضع .

(الثامنة) لا تكره القراءة فى الطريق مارا اذا لم يلته [1] ، وروى نحو هذا عن أبى الدرداء وعمر بن عبد العزيز . وعن مالك كراهتها . قال الشعبى: تكره القراءة فى الحش [2] وبيت الرحا وهى تدور ، وهذا الذى ذكره مقتضى مذهبنا .

(التاسعة) اذا كان يقرأ فعرضت له ريح أمسك عن القراءة حال خروجها.

(العاشرة) أجمع المسلمون على جواز التسبيح والتهليل والتكبير والتحميد والصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم وغير ذلك من الأذكار وما سوى القرآن للجنب والحائض ، ودلائله مع الاجماع فى الأحاديث الصحيحة مشهورة .

(الحادية عشرة) قراءة القرآن أفضل من التسبيح والتهليل وسائر الأذكار الا فى المواضع التى ورد الشرع بهذه الأذكار فيها ، وستأتى دلائله ان شاء الله تعالى حيث ذكره المصنف فى أذكار الطواف .

---

(١) يفتعل من اللهو « ط » .

(٢) الحش البستان والفتح أكثر من الضم والجمع حشان بضم الحاء وكسرها وهنا مستعمل مجازا ، لان العرب كانوا يقضون الحاجة فى البساتين فلما اتخذوا الكنف وجعلوها خلفا عنها اطلقوا عليها ذلك الاسم ، وفى مختصر العين : المحش الدبر والمحش المخرج « ط » .

(الثانية عشرة) يستحب أن ينظف فمه قبل الشروع فى القراءة بسواك ونحوه ويستقبل القبلة ويجلس متخشعا بسكينة ووقار ، ولو قرأ قائما أو مضطجعا أو ماشيا أو على فراشه جاز ، ودلائله فى الكتاب والسنة مشهورة، واذا أراد القراءة تعوذ وجهر به . والتعوذ سنة ليس بواجب ويحافظ على قراءة بسم الله الرحمن الرحيم فى أوائل السور غير براءة ، فاذا شرع فى القراءة فليكن شأنه الخشوع والتدبر والخضوع فهو المطلوب والمقصود ، وبه تنشرح الصدور وتستنير القلوب . قال الله تعالى : (كتاب أنزلناه اليك مبارك ليدبروا آياته [1]) وقال تعالى (أفلا يتدبرون القرآن [2]) والأحاديث فيه كثيرة ، وقد بات جماعة من السلف يردد أحدهم الآية جميع ليلته أو معظمها ، وصعق جماعات من السلف عند القراءة ، ومات جماعات منهم بسبب القراءة ، وقد ذكرت فى التبيان جملة من أخبار هؤلاء رضى الله عنهم .

ويسن تحسين الصوت بالقرآن للأحاديث الصحيحة المشهورة فيه . وقد أوضحتها فى التبيان وسأبسطها ان شاء الله تعالى فى هذا الكتاب حيث ذكر المصنف المسألة فى كتاب الشهادات . قالوا : فان لم يكن حسن الصوت حسنه ما استطاع ، ولا يخرج بتحسينه عن حد القراءة الى التمطيط المخرج له عن حدوده ، ويستحب البكاء عند القراءة ، وهى صفة العارفين وشعار عباد الله الصالحين ، قال الله تعالى (ويخرون للأذقان يبكون ويزيدهم خشوعا [3]) والأحاديث والآثار فيه كثيرة . وفى الصحيحين عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قرأ على النبى صلى الله عليه وسلم الى أن قال (حسبك) قال فرأيت عينيه تذرفان ، وطريقه فى تحصيل البكاء أن يتأمل ما يقرؤه من التهديد والوعيد الشديد والمواثيق والعهود ، ثم يفكر فى تقصيره فيها ، فان لم يحضره عند ذلك حزن وبكاء ، فليبك على فقد ذلك ، فانه من المصائب .

ويسن ترتيل القراءة . قال الله تعالى : (ورتل القرآن ترتيلا [4]) وثبت فى الأحاديث الصحيحة أن قراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت مرتلة ،

---

(١) الآية ٢٩ من سورة ص .
(٢) الآية ٢٤ من سورة محمد .
(٣) الآية ١٠٩ من سورة الاسراء .
(٤) الآية ٤ من سورة المزمل .

واتفقوا على كراهة الافراط فى الاسراع ويسمى ألهذا • قالوا : وقراءة جزء بترتيل أفضـــل من قراءة جزءين ــ فى قدر ذلك الزمن ــ بلا ترتيل • قال العلماء : والترتيل مستحب للتدبر ، ولأنه أقرب الى الاجلال والتوقير ، وأشد تأثيرا فى القلب ، ولهذا يستحب الترتيـــل للأعجمى الذى لا يفهم معنـــاه ، ويستحب اذا مر بآية رحمة أن يسأل الله تعالى من فضله ، واذا مر بآية عذاب أن يستعيذ من العذاب أو من الشر ونحو ذلك ، واذا مر بآية تنزيه لله تعالى نزه ، فقال : تبارك الله أو جلت عظمة ربنا ونحو ذلك • وهذا مستحب لكل قارىء ، سواء فى الصلاة وخارجها ، وسواء الامام والمأموم والمنفرد • وقد ثبت ذلك فى صحيح مسلم من فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وسنبسط ذلك بدلائله ان شاء الله تعـــالى ، حيث ذكره المصنف فى آخر باب سجود التلاوة •

ولا تجوز القراءة بالأعجمية سواء أحسن العربية أم لا ، وسواء كان فى الصلاة أم خارجها ، وتجوز بالقراءات السبع ولا تجوز بالشواذ ، وسنوضح ذلك بدلائله فى صفة الصلاة حيث ذكره المصنف ان شاء الله تعالى ، والأولى أن يقرأ على ترتيب المصحف ، سواء قرأ فى الصـــلاة أم خارجها ، واذا قرأ سورة قرأ بعدها التى تليها ، لأن ترتيب المصحف لحكمة فلا يتركها الا فيما ورد الشرع فيه بالتفريق كصلاة الصبح يوم الجمعة (بألم) و (هل أتى) وصلاة العيد بـ (ق) (واقتربت) ونظائر ذلك ، فلو فرق أو عكس جاز وترك الأفضل • وأما قراءة السورة من آخرها الى أولها ، فمتفق على منعه وذمه ؛ لأنه يذهب بعض أنواع الاعجاز ويزيل حكمة الترتيب ، وأما تعليم الصبيان من آخر الختمة الى أولها فلا بأس به لأنه يقع فى أيام •

(**فـــرع**) القراءة فى المصحف أفضل من القراءة عن ظهر القلب ، لأنها تجمع القراءة والنظر فى المصحف وهو عبادة أخرى ، كذا قاله القاضى حسين وغيره من أصحابنا • ونص عليه جماعات من السلف ولم أر فيه خلافا ، ولعلهم أرادوا بذلك فى حق من يستوى خشوعه وحضور قلبه ــ فى الحالين ــ فأما من يزيد خشوعه وحضور قلبه وتدبره فى القراءة عن ظهر القلب فهى أفضل فى حقه •

(فـرع) لا كراهة فى قراءة الجماعة مجتمعين بل هى مستحبة ، وكذا الادارة وهى أن يقرأ بعضهم جزءا أو سورة مثلا ويسكت بعضهم ، ثم يقرأ الساكتون ويسكت القـارئون ، وقد ذكرت دلائله فى التبيان ، وللقـارئين مجتمعين آداب كثيرة منها ما سبق فى آداب القارىء وحده • ومنها أشـياء يتساهل فيها فى العادة ، فمن ذلك أنهم مأمورون باجتناب الضحك واللغط والحديث فى حال القراءة الا كلاما يسيرا للضرورة ، وباجتناب العبث باليـد وغيرها ، والنظر الى ما يلهى أو يبدد الذهن • وأقبح من ذلك النظر الى من يحرم النظر اليه كالأمرد وغيره ، سواء كان بشـهوة أم بغيرها ويجب على الحاضر فى ذلك المجلس أن ينكر ما يراه من هذه المنكرات وغيرها ، فينكر بيده ثم لسانه على حسب الامكان ، فان لم يستطع فليكرهه بقلبه •

(فـرع) جاءت فى الصحيح أحاديث تقتضى استحباب رفع الصـوت بالقراءة وأحاديث تقتضى أن الاسرار والاخفاء أفضل • قال العلماء : وطريق الجمع بينها أن الاخفاء أبعد من الرياء ، فهو أفضل فى حق من يخاف الرياء ، وكذا ما يتأذى المصلون وغيرهم بجهره فالاخفاء أفضل فى حقه ، فان لم يخف الرياء ولم يتأذ أحد بجهره فالجهر أفضل ، لأن العمل فيه أكثر ، ولأن فائدته تتعدى الى السامعين ، ولأنه يوقظ قلب القـارىء ويجمـع همه الى الفكر ويصرف سمعه اليه ويطرد النوم ويزيد فى النشاط ، وقد أوضحت جملة من الأحاديث والآثار الواردة من ذلك فى التبيان •

(فـرع) يسن تحسين الصـوت بالقـراءة ، للأحاديث الصحيحة المشهورة فيه ، وسنبسطه ان شاء الله تعالى حيث ذكره المصنف فى كتـاب الشهادات [1] ويسن طلب القراءة من حسن الصوت والاصغاء اليها ، وهذا متفق على استحبابه ، وهو عادة الأخيار والمتعبدين وعباد الله الصالحين • وفى الصحيحين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعبد الله بن مسعود ، اقرأ على القرآن فانى أحب أن أسمعه من غيرى ، فقرأ عليه من سورة النساء حتى بلغ : (فكيف اذا جئنا من كل أمة بشهيد وجئنا بك على هؤلاء شـهيدا) والآثار فيه كثيرة مشهورة ، وقد مات جماعة من الصالحين بقراءة من سألوه

---

(١) شاء الله تعالى أن نتولى بسطه على منهجه الذى سنه وذلك فى الجزء التاسع عشر «ط».

القراءة ؛ واستحب العلماء افتتاح مجلس حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم بقراءة قارىء حسن الصوت ما تيسر من القرآن .

(فرع) ينبغى للقارىء أن يبتدىء من أول السورة أو من أول الكلام المرتبط ويقف على آخرها ، أو آخر الكلام المرتبط بعضه ببعض ، ولا يتقيد بالأجزاء والأعشار ، فانها قد تكون فى وسط كلام مرتبط كالجزء فى قوله تعالى : (والمحصنات) ، (وما أبرىء نفسى) ، (قال ألم أقل لك انك لن تستطيع معى صبرا) ، (ومن يقنت منكن) ، (وما أنزلنا على قومه) ، (اليه يرد علم الساعة) ، (قال فما خطبكم) فكل هذا وشبهه لا يبتدأ به ، ولا يوقف عليه ، ولا يغتر بكثرة الفاعلين له ، ولهذا قال العلماء : قراءة سورة قصيرة بكمالها أفضل من قدرها من طويلة لأنه قد يخفى الارتباط .

(فرع) تكره القراءة فى أحوال ، منها حال الركوع والسجود والتشهد وغيرها من أحوال الصلاة سوى القيام ، وتكره فى حال القعود على الخلاء ، وفى حال النعاس وحال الخطبة لمن يسمعها . ويكره للمأموم قراءة ما زاد على الفاتحة فى صلاة جهرية اذا سمع قراءة الامام ولا يكره فى الطواف، وتقدم بيان القراءة فى الحمام والطريق وقراءة من فمه نجس .

(فرع) اذا مر القارىء على قوم سلم عليهم وعاد الى القراءة ، فان أعاد التعوذ كان حسنا ، ويستحب لمن مر على القارىء أن يسلم عليه ، ويلزم القارىء رد السلام باللفظ . وقال الواحدى [1] من أصحابنا : لا يسلم المار ؛ فان سلم رد عليه القارىء بالاشارة ، وهذا ضعيف ، ولو عطس القارىء فى الصلاة أو خارجها فليحمد الله تعالى ، ولو عطس غيره شمته القارىء ، ولو سمع المؤذن أو المقيم قطع القراءة وتابعه ، وقد ذكر المصنف المسألة فى باب الأذان ، ولو طلبت منه حاجة وأمكنه الجواب باشارة مفهمة وعلم أنه لا يشق ذلك على الطالب أجابه اشارة .

---

(١) الامام أبو الحسن على بن أحمد الواحدى النيسابورى توفى فى جمادى الآخرة ٤٦٨ هـ وكتابه فى التفسير وكتابه فى اسباب نزول القرآن . (ط) .

(فـرع) اذا قرأ : (أليس الله بأحكم الحاكمين) ؛ (أليس ذلك بقادر على أن يحيى الموتى) استحب أن يقول : بلى وأنا على ذلك من الشاهدين ، واذا قرأ (سبح اسم ربك الأعلى) قال : سبحان ربى الأعلى ، واذا قرأ : (وقل الحمد لله الذى لم يتخذ ولدا) قال : الحمد لله الذى لم يتخذ ولدا . وقد بسطت ذلك فى التبيان وسأذكره فى صفة الصلاة من هذا الكتاب مبسوطا ان شاء الله تعالى .

(فـرع) جاء عن ابراهيم النخعى أنه اذا قرأ : (وقالت اليهود يد الله مغلولة) ، (وقالت اليهود عزير ابن الله) ونحوهما خفض صوته قليلا .

وقال غيره : اذا قرأ (ان الله وملائكته يصلون على النبى) الآية ، استحب أن يقول : صلى الله عليه وسلم تسليما .

(فـرع) فى الأوقات المختارة للقراءة أفضلها ما كان فى الصلاة ، ومذهبنا أن تطويل القيام فى الصلاة أفضل من تطويل السجود وغيره ، وسنبسط المسألة بأدلتها ومذاهب العلماء فيها فى صفة الصلاة ان شاء الله تعالى . وقد ذكرها المصنف فى باب صلاة الخوف . وأفضل الأوقات الليل ونصفه الآخر أفضل ، والقراءة بين المغرب والعشاء محبوبة ، وأفضل النهار بعد الصبح ، ولا كراهة فى شىء من الأوقات . ونقل عن بعض السلف كراهة القراءة بعد العصر ، وليس بشىء ولا أصل له ، ويختار من الأيام يوم عرفة ، ثم يوم الجمعة ، ثم الاثنين والخميس ، ومن الأعشار العشر الأواخر من شهر رمضان ، والأول من ذى الحجة ، ومن الشهور رمضان .

(فـرع) (فى آداب ختم القرآن) يستحب كونه فى أول الليل أو أول النهار وان قرأ وحده فالختم فى الصلاة أفضل واستحب السلف صيام يوم الختم وحضور مجلسه . وقالوا : يستجاب الدعاء عند الختم وتنزل الرحمة ، وكان أنس بن مالك رضى الله عنه اذا أراد الختم جمع أهله وختم ودعا ، واستحبوا الدعاء بعد الختم استحبابا متأكدا وجاء فيه آثار كثيرة ، ويلح فى الدعاء ويدعو بالمهمات ويكثر من ذلك فى صلاح المسلمين وصلاح

ولاة أمورهم ؛ ويختار الدعوات الجامعة ، وقد جمعت فى التبيان منها جملة ، واستحبوا اذا ختم أن يشرع فى ختمة أخرى •

(فـرع) (فى آداب حامل القرآن) ليكن على أكمل الأحوال وأكرم الشمائل ، ويرفع نفسه عن كل ما نهى القرآن عنه ، ويتصون عن دنىء الاكتساب ، وليكن شريف النفس عفيفا ، متواضعا للصالحين وضعفه المسلمين ، متخشعا ذا سكينة ووقار • قال عبد الله بن مسعود رضى الله عنه : ينبغى لحامل القرآن أن يعرف بليله اذا الناس نائمون ، وبنهاره اذا الناس مفطرون ، وبحزنه اذا الناس يفرحون ، وببكائه اذا الناس يضحكون ، وبصمته اذا الناس يخوضون ، وبخشوعه اذا الناس يختالون • وقال الحسن البصرى رحمه الله ان من كان قبلكم رأوا القرآن رسائل من ربهم ، فكانوا يتدبرونها بالليل ، وينفذونها بالنهار ، وقال الفضيل رحمه الله : حامل القرآن حامل راية الاسلام ، ينبغى أن لا يلهو مع من يلهو ولا يسهو مع من يسهو ، ولا يلغو مع من يلغو ، تعظيما لحق القرآن ، وليحذر أن يتخذ القرآن معيشة يكتسب بها •

ولا بأس بالاستئجار لقراءة القرآن عندنا ، وسنبسط المسألة [1] بأدلتها ان شاء الله تعالى فى كتاب الاجارة ، وليحافظ على تلاوته ، ويكثر منها بحسب حاله ، وقد بسطت الكلام فى بيان هذا ، وعادات السلف فيه فى التبيان ، ويكون اعتناؤه بتلاوته فى الليل أكثر ، لأنه أجمع القلب ، وأبعد من الشاغلات ، والملهيات ، والتصرف فى الحاجات ، وأصون فى تطرق الرياء ، وغيره من المحبطات ، مع ما جاء فى الشرع من بيان مافيه الخيرات ، كالاسراء، وحديث النزول ، وحديث : «فى الليل ساعة يستجاب فيها الدعاء وذلك كل ليلة» وسنبسط الكلام ، والأحاديث فى هذه المسألة حيث ذكرها المصنف فى باب صلاة التطوع ، ان شاء الله تعالى ، وليحذر كل الحذر من نسيانه ، أو نسيان شىء منه ، أو تعريضه للنسيان ، ففى الصحيحين عن أبى موسى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « تعاهدوا القرآن ، فوالذى نفس محمد بيده

---

(١) وكما عرفت فان الله تعالى شاء ان نبسطها نحن فى كتاب الاجارة ملتزمين منهجه وذلك فى الجزء الرابع عشر •

لهو أشد تفلتا من الابل فى عقلها » وفى سنن أبى داود ، عن أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « عرضت على ذنوب أمتى فلم أر ذنبا أعظم من سورة من القرآن أو آية أوتيها رجل ، ثم نسيها » وفيه ، عن سعد بن عبادة ، عن النبى صلى الله عليه وسلم : « من قرأ القرآن ثم نسيه لقى الله عز وجل يوم القيامة أجذم » والله أعلم .

(فـرع) فى آداب الناس كلهم مع القرآن ، قال الله تعالى : (ومن يعظم شـعائر الله فانها من تقوى القلوب [٢]) وفى صحيح مسلم عن تميم الدارى ، أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الدين النصيحة ، قلنا : لمن يا رسول الله ؟ قال لله : ولكتابه ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم » وهـذا الحديث أصل من أصول الاسلام ، وقد أوضحت شرحه فى أول شرح صحيح مسلم ، وبينت الدلائل فى أن مدار الاسلام عليه وأقوال العلماء فى شرحه .

ومختصر ما يحتاج اليه هنا أن العلماء قالوا : نصيحة كتاب الله تعالى هى الايمان بأنه كلام الله تعالى وتنزيله لا يشبهه شىء من كلام الخلق ، ولا يقـدر الخلق على مثل سـورة منـه ، وتلاوته حق تلاوته ، وتحسـينها وتدبرها والخشوع عندها ، واقامة حروفه فى التلاوة والذب عنـه لتأويل المحرفين ، وتعرض الملحدين ، والتصديق بما فيـه والوقوف مع أحكامه وتفهم علومه وأمثاله ، والاعتبار بمواعظه والتفكر فى عجائبه والبحث عن عمومه وخصوصه وناسخه ومنسـوخه ، ومجمله ومبينه وغير ذلك من أقسـامه ونشر علومه والدعاء اليه والى جميع ما ذكرنا من نصيحته .

وأجمعت الأمة على وجوب تعظيم القرآن على الاطلاق وتنزيهه وصيانته . وأجمعوا على أن من جحد منه حرفا مجمعا عليه ، أو زاد حرفا لم يقرأ به أحد وهو عالم بذلك فهو كافر . وأجمعوا على أن من استخف بالقرآن أو بشىء منه أو بالمصحف أو ألقاه فى قاذورة أو كذب بشىء مما جاء به من حكم أو خبر ، أو نفى ما أثبته أو أثبت ما نفاه أو شك فى شىء من ذلك وهـو عالم به كفر .

---

(١) الآية ٣٢ من سورة الحج .

ويحرم تفسيره بغير علم ، والكلام فى معانيه لمن ليس من أهله • وهـذا مجمع عليه وأما تفسير العلماء فحسن بالاجماع ويحرم المراء فيه والجـدال بغير حق ، ويكره أن يقول نسيت آية كذا ، بل يقول : أنسيتها أو أسقطتها•

ويجوز أن يقول : سـورة البقرة وسورة النساء وسـورة العنكبوت وغيرها ، ولا كراهة فى شىء من هذا ، والأحاديث الصحيحة فى هذا كثيرة ، وكره بعض السلف هـذا وقال : انما يقال السـورة التى يذكر فيها البقرة ونحوها ، والصـواب أنه لا كراهة فقد تظاهرت فيـه الأحاديث الصحيحة وأقاويل الصحابة فمن بعدهم ، ولا يكره أن يقـال : قراءة أبى عمرو وابن كثير وغيرهما وكرهه بعض السلف ، والصواب أن لا كراهة وعليه عمـل السلف والخلف ، ولا يكره أن يقول : الله تعالى يقول ، وكرهه مطرف بن عبد الله بن الشخير التابعى • وقال : انما يقال قال الله تعالى بصيغة الماضى ، والصـواب الأول ، قال الله تعـالى : (والله يقول الحق [1]) والأحاديث الصحيحة فى ذلك كثيرة مشهورة وقد جمعت منها جملة فى أول شرح صحيح مسلم وفى أواخر كتاب الأذكار ، ولا يكره النفث مع القراءة للرقية ؛ وهو نفخ لطيف بلا ريق ، وكرهه أبو جحيفة الصـحابى والحسن البصرى والنخعى رضى الله عنهم ، والصحيح أنه لا كراهة ، فقد ثبت فى الصحيحين عن عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يفعله ، وقد أوضحت ذلك فى التبيان ولو كتب القرآن فى اناء ثم غسله وسقاه المريض ، فقـال الحسن البصرى ومجـاهد وأبو قلابة والأوزاعى : لا بأس به ، وكرهه النخعى ، ومقتضى مذهبنا أنه لا بأس به ، فقد قدمنا فى مسـائل مس المصحف أنه لو كتب القرآن على حلوى أو غيرها من الطعام فلا بأس بأكله •

(فـرع) فى الآيات والسور المستحبة فى أوقات وأحوال مخصوصة•

هذا الباب غير منحصر لكثرة ما جاء فيه ، ومعظمه يأتى ان شاء الله تعالى فى هذا الشرح فى مواطنه كالسور المستحبة فى الصلوات الخاصة ، كالجمعـة والمنافقون فى صلاة الجمعـة ، و (قاف) و (اقتربت) فى العيد و (سبح)

---

(١) الآية ٤ من سورة الاحزاب .

و (هل أتاك) فى الجمعة والعيد فكلاهما سنة فى صحيح مسلم وغيره ، و (ألم تنزيل) و (هل أتى) فى صبح الجمعة وغير ذلك مما سنوضحه فى مواضعه ان شاء الله تعالى •

ويحافظ على (يس) و (الواقعة) و (تبارك : الملك) و (قل هو الله أحد) و (المعوذين) و (آية الكرسى) كل وقت ، و (الكهف) يوم الجمعة وليلتها ، ويقرأ (آية الكرسى) كل ليلة اذا أوى الى فراشه ، ويقرأ كل ليلة الآيتين من آخر البقرة (آمن الرسول) الى آخرها ، والمعوذتين عقيب كل صلاة ، ويقرأ اذا استيقظ من النوم ونظر فى السماء آخر آل عمران : (ان فى خلق السموات والأرض) الى آخرها •

ويقرأ عند المريض الفاتحة وقل هو الله أحد والمعوذتين مع النفخ فى اليدين ويمسحه بهما • ثبت ذلك فى الصحيحين عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكل ما ذكرته فى هذا الفصل فيه أحاديث صحاح مشهورة • ويقرأ عند الميت (يس) لحديث فيه فى سنن أبى داود وغيره •

واعلم أن آداب القراءة والقارىء وما يتعلق بهما لا تنحصر فنقتصر على هذه الأحرف منها لئلا نخرج عن حد الشرح الذى نحن فيه ، وبالله التوفيق •

(**فرع**) قال امام الحرمين ، روى أن رجلا سلم على رسول الله صلى الله عليه وسلم فضرب صلى الله عليه وسلم يده على حائط وتيمم ثم أجاب • وقيل : كان التيمم فى الاقامة وموضع الماء ، ولكن أتى به النبى صلى الله عليه وسلم تعظيما للسلام وان لم يفد التيمم اباحة محظور ، قال : فلو تيمم المحدث وقرأ عن ظهر القلب كان جائزا على مقتضى الحديث ، هذا كلام امام الحرمين• وذكر الغزالى مثله ولا نعرف أحدا وافقهما ، وهذا الحديث فى الصحيحين من رواية أبى الجهيم بن الحرث الا أنه ليس فيه أنه تيمم فى المدينة ، بل فى الصحيحين أنه أقبل من نحو بئر جمل فتيمم ، وهذا ظاهر فى أنه كان خارج المدينة وعادما للماء ، وسنعيد الحديث والكلام عليه فى باب التيمم ان شاء الله تعالى وبالله التوفيق •

فصـــل

(فى المســاجد وأحكامها)

وما يتعلق بها وما يندب فيها وما تنزه منه ونحو ذلك ، وفيه مسائل :

(احداها) قد سبق أنه يحرم على الجنب المكث فى المسجد ولا يحرم العبور من غير مكث ولا كراهة فى العبور ، سواء كان لحاجة أم لغيرها ، لكن الأولى أن لا يعبر الا لحاجة ليخرج من خلاف أبى حنيفة وغيره • هــذا مقتضى كلام الأصحاب تصريحا واشارة • وقال المتولى والرافعى : ان عبر لغير غرض كره وان كان لغرض فلا • وحكى الرافعى وجها أنه لا يجوز العبور الا لمن لم يجد طريقا غيره ، وقطع الجرجانى فى التحرير بأنه لا يجوز العبور الا لحــاجة ، وهذان شاذان ، والصواب جوازه لحاجة ولغيرها ولمن وجد طريقا ولغيره ، وبه قطع الأصحاب •

(الثانية) لو احتلم فى المسجد وجب عليه الخروج منه الا أن يعجز عن الخروج لاغلاق المسجد ونحوه ، أو خاف على نفسه أو ماله ، فان عجز أو خاف جاز أن يقيم للضرورة • قال المتولى والبغوى والرافعى وآخرون : فان وجد ترابا غير تراب المسجد تيمم ولا يتيمم بتراب المسجد ، كما لو لم يجد الا ترابا مملوكا فانه لا يتيمم به ، فان خالف وتيمم به صح ، ولو أجنب وهو خارج المسجد والماء فى المسجد لم يجز أن يدخل ويغتسل فى المسجد لأنه يلبث لحظة مع الجنابة • قال البغوى : فان كان معه اناء تيمم ثم دخل وأخرج فيه الماء للغسل ، وان لم يكن اناء صلى بالتيمم ثم يعيد وهذا الذى قال فيه نظر وينبغى أن يجوز الغسل فيه اذا لم يجد غيره ولم يجد اناء ولا يكفى التيمم حينئذ لأنا جوزنا المرور فى المسجد الطويل لغير حاجة ، فكيف يمتنع مكث لحظة لطيفة لضرورة لا مندوحة عنها • واذا دخل للاستقاء لا يجوز أن يقف الا قدر حاجة الاستقاء •

(فــرع) لو احتلم فى مسجد له بابان أحدهما أقرب فالأولى أن يخرج من الأقرب ، فان خرج من الأبعد لغرض بأن كانت داره فى تلك الجهة ونحو ذلك لم يكره ، والا ففى الكراهة وجهان حكاهما المتولى بناء على المســافر

اذا كان له طريقان يقصر فى أحدهما دون الآخر ، فسلك الأبعد لغير غرض ، هل يقصر ؟ فيه قولان .

(المسألة الثالثة) يجوز للمحدث الجلوس فى المسجد باجماع المسلمين ، وسواء قعد لغرض شرعى كانتظار صلاة أو اعتكاف أو سماع قرآن أو علم آخر أو وعظ أم لغير غرض ، ولا كراهة فى ذلك . وقال المتولى : ان كان لغير غرض كره ، ولا أعلم أحدا وافقه على الكراهة ولم ينقل أن النبى صلى الله عليه وسلم والصحابة رضى الله عنهم كرهوا ذلك أو منعوا منه ، والأصل عدم الكراهة حتى يثبت نهى .

(الرابعة) يجوز النوم فى المسجد ولا كراهة فيه عندنا ، نص عليه الشافعى رحمه الله فى الأم واتفق عليه الأصحاب ، قال ابن المنذر فى الاشراف : رخص فى النوم فى المسجد ابن المسيب وعطاء والحسن والشافعى . وقال ابن عباس : لا تتخذوه مرقدا . وروى عنه : ان كنت تنام للصلاة فلا بأس . وقال الأوزاعى : يكره النوم فى المسجد . وقال مالك : لا بأس بذلك للغرباء ولا أرى ذلك للحاضر . وقال أحمد واسحاق : ان كان مسافرا أو شبهه فلا بأس ، وان اتخذه مقيلا ومبيتا فلا ، قال البيهقى فى السنن الكبير : روينا عن ابن مسعود وابن عباس ومجاهد وسعيد بن جبير ما يدل على كراهيتهم النوم فى المسجد . قال : فكأنهم استحبوا لمن وجد مسكنا أن لا يقصد النوم فى المسجد . واحتج الشافعى ثم أصحابنا لعدم الكراهة بما ثبت فى الصحيحين عن ابن عمر رضى الله عنهما قال : « كنت أنام فى المسجد وأنا شاب أعزب » وثبت أن أصحاب الصفة كانوا ينامون فى المسجد ، وأن العرنيين كانوا ينامون فى المسجد . وثبت فى الصحيحين : « أن عليا رضى الله عنه نام فيه » « وأن صفوان بن أمية نام فيه » « وأن المرأة صاحبة الوشاح كانت تنام فيه » وجماعات آخرين من الصحابة ، وأن ثمامة بن أثال كان يبيت فيه قبل اسلامه، وكل هذا فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

قال الشافعى فى الأم : واذا بات المشرك فى المسجد فكذا المسلم ، واحتج بنوم ابن عمر وأصحاب الصفة . وروى البيهقى عن ابن المسيب عن النوم فى

المسجد فقال : أين كان أصحاب الصفة ينامون ؟ يعنى لا كراهة ، فانهم كانوا ينامون فيه •

قال الشافعى فى المختصر : ولا بأس أن يبيت المشرك فى كل مسجد الا المسجد الحرام ، قال أصحابنا : لا يمكن كافر من دخول حرم مكة ، وأما غيره فيجوز أن يدخل كل مسجد ويبيت فيه باذن المسلمين ويمنع منه بغير اذن ، ولو كان الكافر جنبا فهل يمكن من اللبث فى المسجد ؟ فيه وجهان مشهوران أصحهما : يمكن ، وستأتى المسألة مبسوطة حيث ذكرها المصنف فى كتاب الجزية ان شاء الله تعالى •

(الخامسة) يجوز الوضوء فى المسجد اذا لم يؤذ بمائه ، وممن صرح بجواز الوضوء فى المسجد ويسقط الماء على ترابه صاحبا الشامل والتتمة ، فقالا فى باب الاعتكاف : يجوز الوضوء فى المسجد • والأولى أن يكون فى اناء • وكذا صرح به غيرهما • قال البغوى فى باب الاعتكاف : ويجوز نضح المسجد بالماء المطلق ولا يجوز بالمستعمل لأن النفس تعافه ، وهذا الذى قاله ضعيف ، والمختار الجواز بالمستعمل أيضا ، وسنوضحه فى باب الاعتكاف ان شاء الله تعالى •

قال ابن المنذر : أباح كل من يحفظ عنه العلم الوضوء فى المسجد الا أن يبله ويتأذى به الناس فانه يكره ، هذا كلام ابن المنذر • ونقل أبو الحسن بن بطال المالكى الترخيص فى الوضوء فىالمسجد عن ابن عمر وابن عباس وطاوس وعطاء والنخعى وابن القاسم المالكى وأكثر أهل العلم • وعن ابن سيرين ومالك وسحنون كراهته تنزيها للمسجد •

(السادسة) لا بأس بالأكل والشرب فى المسجد ، ووضع المائدة فيه ، وغسل اليد فيه ، وسيأتى بسط هذه المسائل بدلائلها ، وفروعها ان شاء الله تعالى ، حيث ذكرها المصنف فى كتاب الاعتكاف •

(السابعة) يكره لمن أكل ثوما ، أو بصلا ، أو كراثا ، أو غيرها مما له رائحة كريهة ، وبقيت رائحته ، أن يدخل المسجد من غير ضرورة ، للأحاديث

الصحيحة فى ذلك ، منها حديث ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من أكل من هـذه الشجرة ـ يعنى الثوم ـ فلا يقربن مسـجدنا » رواه البخارى ، ومسلم ، وفى رواية مسلم : « مساجدنا » وعن أنس قال النبى صلى الله عليه وسلم : « من أكل من هذه الشجرة فلا يقربنا ولا يصلين معنا » رواه البخارى ومسلم ، وعن جابر قال قال النبى صلى الله عليه وسلم : « من أكل ثوما ، أو بصلا فليعتزلنا ، أو فليعتزل مسجدنا » رواه البخارى ومسلم، وفى رواية لمسلم : « من أكل البصل والثوم والكراث فلا يقربن مسجدنا ؛ فان الملائكة تتأذى مما يتأذى منه بنو آدم » وعن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه خطب يوم جمعة ؛ فقال فى خطبته : « ثم انكم ـ أيها الناس ـ تأكلون شجرتين لا أراهما الا خبيثتين البصل والثوم ، لقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، اذا وجد ريحهما من الرجل فى المسجد أمر به فأخرج الى البقيع فمن أكلهما فليمتهما طبخا » رواه مسلم .

(**فـرع**) لا يحرم اخراج الريح من الدبر فى المسـجد لكن الأولى اجتنابه لقوله صلى الله عليه وسلم : « فان الملائكة تتأذى مما يتأذى منه بنو آدم » والله أعلم .

(الثامنة) ثبت فى الصحيحين عن أنس رضى الله عنه ، أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « البصاق فى المسجد خطيئة وكفارتها دفنها » وستأتى المسألة ان شاء الله تعالى بفروعها حيث ذكرها المصنف فى آخر باب ما يفسد الصلاة.

(التاسعة) يحرم البول والفصد والحجامة فى المسجد فى غير اناء ، ويكره الفصد والحجامة فيه فى اناء ولا يحرم . وفى تحريم البول فى اناء المسجد ـ وجهان ـ أصحهما : يحرم ، وقـد سبقت المسألة فى باب الاستطابة . قال صاحب التتمة وغيره : ويحرم ادخال النجاسة الى المسجد . فأما من على بدنه نجاسة أو به جرح فان خاف تلويث المسجد حرم عليه دخوله ، وان أمن لم يحرم ، قال المتولى : هو كالمحدث ودليل هذه المسائل حديث أنس رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ان هذه المساجد لا تصلح لشىء من هذا البول ولا القذر انما هى لذكر الله وقراءة القرآن » أو كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه مسلم .

(العاشرة) قال الصيمرى وصاحب البيان : يكره غرس الشجر فى المسجد ، ويكره حفر البئر فيه قالوا : لأنه بناء فى مال غيره وللامام قلع ما غرس فيه •

(الحادية عشرة) تكره الخصومة فى المسجد ورفع الصوت فيه ونشد الضالة وكذا البيع والشراء والاجارة ونحوها من العقود هذا هو الصحيح المشهور • وللشافعى قول ضعيف أنه لا يكره البيع والشراء • وسأذكر المسألة مبسوطة فى آخر كتاب الاعتكاف حيث ذكرها المصنف والشافعى والأصحاب ان شاء الله تعالى •

ودليل هذه المسائل حديث أبى هريرة رضى الله عنه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « من سمع رجلا ينشد ضالة فى المسجد فليقل لا ردها الله عليك ، فان المساجد لم تبن لهذا » رواه مسلم ، وفى رواية الترمذى : « اذا رأيتم من يبيع أو يبتاع فى المسجد فقولوا : لا أربح الله تجارتك واذا رأيتم من ينشد ضالة فقولوا لا رد الله عليك ضالتك » • قال الترمذى : حديث حسن • وعن بريدة رضى الله عنه أن رجلا نشد فى المسجد فقال : من دعى الى الجمل الأحمر ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا وجدت انما بنيت المساجد لما بنيت له » رواه مسلم وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشراء والبيع فى المسجد وأن تنشد فيه ضالة وأن ينشد فيه شعر» رواه أبو داود والترمذى والنسائى ، قال الترمذى : حديث حسن • وعن السائب بن يزيد قال : « كنت فى المسجد فحصبنى رجل فنظرت فاذا عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال : اذهب فأتنى بهذين فجئته بهما فقال : من أين أنتما ؟ فقالا من أهل الطائف فقال لو كنتما من أهل البلد لأوجعتكما ترفعان أصواتكما فى مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم » رواه البخارى والله أعلم •

(فرع) لا بأس بأن يعطى السائل فى المسجد شيئا لحديث عبدالرحمن ابن أبى بكر الصديق رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « هل منكم أحد أطعم اليوم مسكينا ؟ فقال أبو بكر : دخلت المسجد

فاذا أنا بسائل يسأل فوجدت كسرة خبز فى يد عبد الرحمن ، فأخذتها فدفعتها اليه » رواه أبو داود باسناد جيد .

(الثانية عشرة) قال المتولى وغيره : يكره ادخال البهائم والمجانين والصبيان الذين لا يميزون المسجد لأنه لا يؤمن تلويثهم اياه ، ولا يحرم ذلك لأنه ثبت فى الصحيحين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى حاملا أمامة بنت زينب رضى الله عنهما وطاف على بعيره ولا ينفى هذا الكراهة لأنه صلى الله عليه وسلم فعله لبيان الجواز فيكون حينئذ أفضل فى حقه فان البيان واجب وقد سبق نظير هذا فى الوضوء مرة مرة .

(الثالثة عشرة) يكره أن يجعل المسجد مقعدا لحرفة كالخياطة ونحوها لحديث أنس السابق فى المسألة التاسعة ، فأما من ينسخ فيه شيئا من العلم أو اتفق قعوده فيه فخاط ثوبا ولم يجعله مقعدا للخياطة فلا بأس به .

(الرابعة عشرة) يجوز الاستلقاء فى المسجد على القفا ووضع احدى الرجلين على الأخرى وتشبيك الأصابع ونحو ذلك . ثبت فى صحيحى البخارى ومسلم أن النبى صلى الله عليه وسلم فعل ذلك كله .

(الخامسة عشرة) يستحب عقد حلق العلم فى المساجد وذكر المواعظ والرقائق ونحوها والأحاديث الصحيحة فى ذلك كثيرة مشهورة .

(**فرع**) يجوز التحدث بالحديث المباح فى المسجد وبأمور الدنيا وغيرها من المباحات وان حصل فيه ضحك ونحوه ما دام مباحا لحديث جابر ابن سمرة رضى الله عنه قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقوم من مصلاه الذى صلى فيه الصبح حتى تطلع الشمس ، فاذا طلعت قام ، قال : وكانوا يتحدثون فيأخذون فى أمر الجاهلية فيضحكون ويتبسم » رواه مسلم .

(السادسة عشرة) لا بأس بانشاد الشعر فى المسجد اذا كان مدحا للنبوة أو الاسلام أو كان حكمة أو فى مكارم الأخلاق أو الزهد ونحو ذلك من أنواع الخير ، فأما ما فيه شىء مذموم كهجو مسلم أو صفة الخمر أو ذكر

النساء أو المرد أو مدح ظالم أو افتخار منهى عنه ، أو غير ذلك فحرام لحديث أنس السابق فى المسألة التاسعة • فمما يحتج به للنوع الأول حديث سعيد بن المسيب قال : « مر عمر بن الخطاب فى المسجد وحسان ينشد الشعر فلحظ اليه فقال : كنت أنشد فيه وفيه من هو خير منك ، ثم التفت الى أبى هريرة فقال : أنشدك بالله أسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : أجب عنى اللهم أيده بروح القدس ؟ قال نعم » رواه البخارى ومسلم ، ومما يحتج به للنوع الثانى حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن تناشد الأشعار فى المسجد » حديث حسن رواه النسائى باسناد حسن •

(السابعة عشرة) يسن كنس المسجد وتنظيفه وازالة ما يرى فيه من نخامة أو بصاق أو نحو ذلك ، ثبت فى الصحيحين عن أنس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم رأى بصاقا فى المسجد فحكه بيده ، وفى الصحيح أحاديث كثيرة فى هذا وهو مجمع عليه •

(الثامنة عشرة) من البدع المنكرة ما يفعل فى كثير من البلدان من ايقاد القناديل الكثيرة العظيمة السرف فى ليال معروفة من السنة كليلة نصف شعبان ، فيحصل بسبب ذلك مفاسد كثيرة منها مضاهاة المجوس فى الاعتناء بالنار والاكثار منها ، ومنها اضاعة المال فى غير وجهه ، ومنها ما يترتب على ذلك فى كثير من المساجد من اجتماع الصبيان وأهل البطالة ولعبهم ، ورفع أصواتهم ، وامتهانهم المساجد وانتهاك حرمتها وحصول أوساخ فيها وغير ذلك من المفاسد التى يجب صيانة المسجد من أفرادها •

(التاسعة عشرة) السنة لمن دخل المسجد ومعه سلاح أن يمسك على حده كنصل السهم وسنان الرمح ونحوه لحديث جابر رضى الله عنه أن رجلا مر بسهام فى المسجد فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم « أمسك بنصالها » رواه البخارى ومسلم • وعن أبى موسى رضى الله عنه قال : قال النبى صلى الله عليه وسلم « من مر فى شىء من مساجدنا أو أسواقنا ومعه نبل فليمسك

أو ليقبض على نصالها بكفه أن يصيب أحدا من المسلمين منها بشيء » رواه البخاري ومسلم .

(العشرون) السنة للقادم من سفر أن يبدأ بالمسجد فيصلي فيه ركعتين لحديث كعب بن مالك رضي الله عنه قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قدم من سفر بدأ بالمسجد فصلى فيه ركعتين» رواه البخاري ومسلم .

(الحادية والعشرون) ينبغي للجالس في المسجد لانتظار صلاة أو اشتغال بعلم أو لشغل آخر أو لغير ذلك من طاعة ومباح أن ينوي الاعتكاف فانه يصح عندنا ، وان قل زمانه .

(الثانية والعشرون) قال الصيمري وغيره من أصحابنا : لا بأس باغلاق المسجد في غير وقت الصلاة لصيانته أو لحفظ آلاته هكذا قالوه وهذا اذا خيف امتهانها ، وضياع ما فيها ، ولم يدع الى فتحها حاجة ، فأما اذا لم يخف من فتحها مفسدة ولا انتهاك حرمتها ، وكان في فتحها رفق بالناس فالسنة فتحها ، كما لم يغلق مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم في زمنه ولا بعده.

(الثالثة والعشرون) يكره لداخل المسجد أن يجلس فيه حتى يصلي ركعتين ، وستأتي المسألة بفروعها في باب صلاة التطوع ان شاء الله تعالى .

(الرابعة والعشرون) ينبغي للقاضي أن لا يتخذ المسجد مجلسا للقضاء ، فان جلس فيه لصلاة أو غيرها فاتفقت حكومة ، فلا بأس بالقضاء فيها فيه ، وستأتي المسألة مبسوطة في كتاب الأقضية ان شاء الله تعالى [1] .

(الخامسة والعشرون) يكره أن يتخذ على القبر مسجد للأحاديث الصحيحة المشهورة في ذلك ، وأما حفر القبر في المسجد ، فحرام شديد التحريم ، وستأتي المسألة بفروعها الكثيرة ان شاء الله تعالى حيث ذكرها المصنف في آخر الجنائز .

---

(١) الجزء التاسع عشر وهو من شرحنا « ط » .

(السادسة والعشرون) حائط المسجد من داخله وخارجه له حكم المسجد فى وجوب صيانته وتعظيم حرماته ، وكذا سطحه ، والبئر التى فيه ، وكذا رحبته ، وقد نص الشافعى والأصحاب رحمهم الله على صحة الاعتكاف فى رحبته وسطحه وصحة صلاة المأموم فيهما مقتديا بمن فى المسجد •

(السابعة والعشرون) السنة لمن أراد دخول المسجد أن يتفقد نعليه ويمسح ما فيهما من أذى قبل دخوله ، لحديث أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا جاء أحدكم الى المسجد فلينظر فان رأى فى نعليه قذرا أو أذى فليمسحه وليصل فيهما » حديث حسن رواه أبو داود باسناد صحيح •

(الثامنة والعشرون) يكره الخروج من المسجد بعد الأذان حتى يصلى الا لعذر لحديث أبى الشعثاء قال : « كنا قعودا مع أبى هريرة رضى الله عنه فى المسجد فأذن المؤذن فقام رجل من المسجد يمشى فأتبعه أبو هريرة بصره حتى خرج من المسجد فقال أبو هريرة : أما هذا فقد عصى أبا القاسم صلى الله عليه وسلم » رواه مسلم •

(التاسعة والعشرون) يستحب أن يقول عند دخوله المسجد : أعوذ بالله العظيم وبوجهه الكريم وسلطانه القديم من الشيطان الرجيم ، باسم الله والحمد لله اللهم صلى على سيدنا محمد وعلى آل سيدنا محمد وسلم ، اللهم اغفر لى ذنوبى وافتح لى أبواب رحمتك ، واذا خرج من المسجد قال مثله الا أنه يقول : وافتح لى أبواب فضلك ويقدم برجله اليمنى فى الدخول ، واليسرى فى الخروج ، فأما تقديم اليمنى واليسرى فتقدم دليله فى صفة الوضوء فى فضل غسل اليدين • وأما هذه الأذكار فقد جاءت بها أحاديث متفرقة ، جمعتها فى كتاب الأذكار بعضها فى صحيح مسلم ، ومعظمها فى سنن أبى داود والنسائى ، وقد أوضحتها فى الأذكار ، فان طال عليه هذا كله فليقتصر على ما فى مسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « اذا دخل أحدكم المسجد فليقل : اللهم افتح لى أبواب رحمتك ، واذا خرج فليقل : اللهم انى أسألك من فضلك » •

(الثلاثون) لا يجوز أخذ شيء من أجزاء المسجد كحجر وحصاة وتراب وغيره ، وقد سبق فى هذه المسألة تحريم التيمم بتراب المسجد ومثله الزيت والشمع الذى يسرج فيه ، وفى سنن أبى داود باسناد صحيح عن أبى هريرة ، قال بعض الرواة : أراه رفعه الى النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ان الحصاة لتناشد الذى يخرجها من المسجد » .

(الحادية والثلاثون) يسن بناء المساجد وعمارتها وتعهدها واصلاح ما تشعث منها لحديث عثمان بن عفان رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « من بنى لله تعالى مسجدا بنى الله له مثله فى الجنة » رواه البخارى ومسلم ، ويجوز بناء المسجد فى موضع كان كنيسة وبيعة أو مقبرة درست اذا أصلح ترابها ، فقد ثبت فى الصحيحين عن أنس : « أن مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان فيه قبور المشركين فنبشت » وجاء فى الكنيسة والبيعة أحاديث ، منها حديث عثمان بن أبى العاص رضى الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يجعل مسجد أهل الطائف حيث كانت طواغيتهم » رواه أبو داود باسناد جيد .

(**فرع**) يكره زخرفة المسجد ونقشه وتزيينه للأحاديث المشهورة ، ولئلا تشغل قلب المصلى ، وفى سنن البيهقى عن أنس عن النبى صلى الله عليه وسلم : « ابنوا المساجد واتخذوها جما » وعن ابن عمر « نهانا أو نهينا أن يصلى فى مسجد مشرف » قال أبو عبيد : الجم التى لا شرف لها .

(الثانية والثلاثون) فى فضل المساجد فى صحيح مسلم عن أبى هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « أحب البلاد الى الله تعالى مساجدها ، وأبغض البلاد الى الله أسواقها » والأحاديث فى فضلها كثيرة ولا بأس أن يقال : مسجد فلان ومسجد بنى فلان على سبيل التعريف .

(الثالثة والثلاثون) المصلى المتخذ للعيد وغيره ، الذى ليس بمسجد لا يحرم المكث فيه على الجنب والحائض على المذهب . وبه قطع الجمهور ، وذكر الدارمى فيه وجهين وأجراهما فى منع الكافر من دخوله بغير اذن ذكره فى باب صلاة العيد وقد يحتج له بحديث أم عطية فى الصحيحين « أن النبى

صلى الله عليه وسلم أمر الحيض أن يحضرن يوم العيد ويعتزلن المصلى ويجاب عنه : بأنهن أمرن باعتزاله ليتسع على غيرهن وليتميزن والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب فى صفة الغسل

(اذا أراد الرجل ان يغتسل من الجنابة فانه يسمى الله تعالى وينوى الغسل من الجنابة أو الغسل لاستباحة امر لا يستباح الا بالغسل ، كقراءة القرآن والجلوس فى المسجد ، ويغسل كفيه ثلاثا قبل أن يدخلهما فى الاناء ، ثم يغسل ما على فرجه من الأذى ثم يتوضأ وضوءه للصلاة ، ثم يدخل أصابعه العشر فى الماء فيغرف غرفة يخلل بها أصول شعره من رأسه ولحيته ثم يحثى على راسه ثلاث حثيات ثم يفيض الماء على سائر جسده ويمر يديه على ما قدر عليه من بدنه ، ثم يتحول من مكانه ثم يغسل قدميه ، لأن عائشة وميمونة رضى الله عنهما وصفتا غسل رسول الله صلى الله عليه وسلم نحو ذلك .

والواجب من ذلك ثلاثة اشياء : النية ، وازالة النجاسة ـ ان كانت ـ وافاضة الماء على البشرة الظاهرة وما عليها من الشعر حتى يصل الماء الى ما تحته ، وما زاد على ذلك سنة لما روى جبير بن مطعم رضى الله عنه قال : « تذاكرنا الغسل من الجنابة عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : اما انا فيكفينى أن أصب على راسى ثلاثا ثم افيض بعد ذلك على سائر جسدى ») .

(الشرح) حديثا عائشة وميمونة صحيحان رواهما البخارى ومسلم فى صحيحيهما مفرقين ، وفيهما مخالفة يسيرة فى الألفاظ ، وحديث جبير بن مطعم رواه أحمد بن حنبل فى مسنده باسناده الصحيح كما ذكره المصنف ، ورواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما مختصرا ، ولفظه فيهما : « أما أنا فأفيض على رأسى ثلاث مرات » فعلى هذا لا دلالة فيه لمسألة الكتاب ، وعلى رواية أحمد وجه الدلالة ظاهر ، وقد جاء فى الصحيحين فى حديثى عائشة وميمونه الاقتصار على افاضة الماء ، وقوله : يحثى ثلاث حثيات صحيح ، يقال : حثيت أحثى حثيا وحثيات وحثوت أحثو حثوا وحثوات [1] لغتان فصيحتان ، وسائر جسده أى باقيه وجبير بن مطعم ـ بضم الميم وكسر العين ـ وهذا

---

(١) الحثى التراب كالثرى اذا حثى . (ط) .

لا خلاف فيه ، وانما نبهت على كسر العين مع أنه ظاهر لأنى رأيت بعض من جمع فى ألفاظ الفقه قال يقال : بفتح العين وهذا غلط لا شك فيه ولا خلاف وكنية جبير أبو محمد ، أسلم سنة سبع وقيل ثمان ، وكان من سادات قريش وحلمائهم ، توفى بالمدينة سنة أربع وخمسين ، رضى الله عنه .

(أما احكام الفصل) فاذا أراد الرجل الغسل من الجنابة سمى الله تعالى ، وصفة التسمية كما تقدم فى الوضوء : بسم الله ، فاذا زاد الرحمن الرحيم جاز ولا يقصد بها القرآن ، وهذا الذى ذكرناه من استحباب التسمية هو المذهب الصحيح ، وبه قطع الجمهور وفيه وجه حكاه القاضى حسين والمتولى وغيرهما أنه لا يستحب التسمية للجنب ، وهذا ضعيف لأن التسمية ذكر ولا يكون قرآنا الا بالقصد كما سبق فى الباب الماضى ولم يذكر الشافعى فى المختصر والأم والبويطى التسمية ، وكذا لم يذكرها المصنف فى التنبيه والغزالى فى كتبه ، فيحتمل أنهم استغنوا بقولهم : يتوضأ كما يتوضأ للصلاة ، لأن وضوء الصلاة يسمى فى أوله .

وينوى الغسل من الجنابة أو الغسل لاستباحة ما لا يستباح الا بالغسل كالصلاة والقراءة والمكث فى المسجد ، فان نوى لما يباح بلا غسل ــ فان كان مما لا يندب له الغسل ، كلبس ثوب ونحوه ــ لم يصح غسله عن الجنابة ، وان كان مما يستحب له الغسل كالمرور فى المسجد والوقوف بعرفة ونحوه ، ففيه الوجهان فى نظيره فى الوضوء ، أصحهما : لا يجزئه ، وقد تقدم فى باب نية الوضوء بيان صفة النية ومحلها وهو القلب ، ووقتها وهو أن واجبه عند أول افاضة الماء على جزء من بدنه ويستحب استدامتها الى الفراغ ويستحب أن يبتدىء بالنية مع التسمية ، فان لم ينو الا عند افاضة الماء أجزأه ولا يثاب على ما قبلها من التسمية وغيرها على المذهب . وقال الماوردى : فى ثوابه وجهان ، وقد سبق مثله فى الوضوء . ولو نوت المغتسلة من انقطاع الحيض استباحة وطء الزوج ففى صحة غسلها ثلاثة أوجه سبقت فى باب نية الوضوء . وأما صفة الغسل فهى كما ذكرها المصنف باتفاق الأصحاب ، ودليلها الحديث ، الا أن أصحابنا الخراسانيين نقلوا للشافعى قولين فى هذا الوضوء :

(أحدهما) أنه يكمله كله بغسل الرجلين ، وهذا هو الأصح وبه قطع العراقيون .

(والثانى) أنه يؤخر غسل الرجلين ، ونقله بعضهم عن نصه فى البويطى ، وكذا رأيته أنا فى البويطى صريحا ، وهذان القولان انما هما فى الأفضل ، والا فكيف فعل حصل الوضوء . وقد ثبت الأمران فى الصحيح من فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ففى روايات عائشة أنه صلى الله عليه وسلم « توضأ وضوءه للصلاة ثم أفاض الماء عليه » وظاهر هذا أنه أكمل الوضوء بغسل الرجلين . وفى أكثر روايات ميمونة أنه صلى الله عليه وسلم « توضأ ثم أفاض الماء عليه ، ثم تنحى ، فغسل رجليه» وفى رواية لها للبخارى : «توضأ وضوءه للصلاة غير قدميه ثم أفاض عليه الماء ثم نحى قدميه فغسلهما » .

وهذه الرواية صريحة فى تأخير القدمين ، فعلى القول الضعيف تتأول روايات عائشة وأكثر روايات ميمونة ، على أن المراد بوضوء الصلاة أكثره ، وهو ما سوى الرجلين كما بينته ميمونة ؛ فهذه الرواية صريحة والباقى محتمل للتأويل فيجمع بينهما بما ذكرناه ، وعلى القول الصحيح المشهور يجمع بينهما بأن الغالب من أحواله ، والعادة المعروفة له صلى الله عليه وسلم اكمال الوضوء ، وبين الجواز فى بعض الأوقات بتأخير القدمين كما توضأ ثلاثا ثلاثا فى معظم الأوقات وبين الجواز بمرة مرة فى بعضها . وعلى هذا انما غسل القدمين بعد الفراغ للتنظيف .

قال أصحابنا : وسواء قدم الوضوء كله أو بعضه ، أو أخره أو فعله فى أثناء الغسل فهو محصل سنة الغسل ، ولكن الأفضل تقديمه ، ولم يذكر الجمهور ماذا ينوى بهذا الوضوء قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح رحمه الله : لم أجد فى مختصر ولا مبسوط تعرضا لكيفية نية هذا الوضوء الا لمحمد ابن عقيل الشهرزورى فقال : يتوضأ بنية الغسل ، قال : ان كان جنبا من غير حدث أصغر فهو كما قال ، وان كان جنبا محدثا كما هو الغالب فينبغى أن ينوى بوضوئه هذا رفع الحدث الأصغر ، لأنا ان أوجبنا الجمع بين الوضوء والغسل فظاهر لأنه لا يشرع وضوءان ، فيكون هذا هو الواجب ، وان قلنا بالتداخل كان فيه خروج من الخلاف .

وقال الرافعى رحمه الله فى مسألة من أحدث وأجنب • وان قلنا يجب الوضوء وجب افراده بالنية لأنه عبادة مستقلة • وان قلنا لا يجب لم يحتج الى افراده بالنية ، وذكر صاحب البيان هذا الذى ذكره الرافعى احتمالا ولا خلاف أنه لا يشرع وضوءان ، سواء كان جنبا محدثا أم جنبا فقط وسيأتى ايضاحه بدليله فى مسألة من أحدث وأجنب ان شاء الله تعالى •

وأما قول المصنف : يغسل ما على فرجه من الأذى ، فكذا قاله الشافعى والأصحاب ومرادهم ما على القبل والدبر من نجاسة ، كأثر الاستنجاء وغيره وما على القبل من منى ورطوبة فرج وغير ذلك ، فالقذر يتناول الطاهر والنجس • ونقل الرافعى عن ابن كج وغيره وجهين فى أن المراد بالأذى النجاسة أم المستقذر كالمنى ؟ والصحيح ارادتهما جميعا •

وأما قول المصنف الواجب منه ثلاثة أشياء أحدها ازالة النجاسة ، فكذا قاله شيخه القاضى أبو الطيب والماوردى فى الاقناع والمحاملى فى المقنع وابن الصباغ والجرجانى فى التحرير والشاشى والشيخ نصر وآخرون ، ولم يعد الأكثرون ازالة النجاسة من واجبات الغسل ، وأنكر الرافعى وغيره جعلها من واجب الغسل •قالوا : لأن الوضوء والغسل سواء ، ولم يعد أحد ازالة النجاسة من أركان الوضوء ، لكن يقال ازالة النجاسة شرط لصحة الوضوء والغسل ، وشرط الشيء لا يعد منه كالطهارة وستر العورة لا يعدان من أركان الصلاة •

قلت : وكلام المصنف وموافقيه صحيح ، ومرادهم لا يصح الغسل ، وتباح الصلاة به الا بهذه الثلاثة ، وهكذا يقال فى الوضوء • وأما النية وافاضة الماء على جميع البدن ، شعره وبشره فواجبان بلا خلاف ، وسواء كان الشعر الذى على البشرة خفيفا أو كثيفا يجب ايصال الماء الى جميعه وجميع البشرة تحته بلا خلاف ، بخلاف الكثير فى الوضوء ، لأن الوضوء متكرر فيشق غسل بشرة الكثيف ، ولهذا وجب غسل جميع البدن فى الجنابة دون الحدث الأصغر ، ودليل وجوب ايصال الماء الى الشعر والبشرة جميعا ما سبق من حديث جبير بن مطعم وغيره فى صفة غسل رسول الله صلى الله

عليه وسلم وهو بيان المطهارة المأمور بها فى قوله تعالى : « وان كنتم جنبا فاطهروا [1] » .

وأما حديث أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم (تحت كل شعرة جنابة فاغسلوا الشعر وأنقوا البشرة) فرواه أبو داود ، ولكنه ضعيف ضعفه الشافعى ويحيى بن معين والبخارى وأبو داود وغيرهم . ويروى عن الحسن عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسلا ، ويروى موقوفا على أبى هريرة ، وكذا المروى عن على رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم : « من ترك موضع شعرة من جنابة لم يغسلها فعل به كذا وكذا من النار » . قال على : فمن ثم عاديت رأسى ، وكان يجز شعره ، فهو ضعيف أيضا والله أعلم .

وأما قوله : « وما زاد على ذلك سنة » فصحيح ، وقد ترك من السنن أشياء . منها استصحاب النية الى آخر الغسل ، والابتداء بالأيامن ، فيغسل شقه الأيمن ثم الأيسر . وهذا متفق على استحبابه ، وكذا الابتداء بأعلى البدن ، وأن يقول بعد فراغه : أشهد أن لا اله الا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله . صرح به المحاملى فى اللباب والجرجانى والرويانى فى الحلية وآخرون ، واستقبال القبلة وتكرار الغسل ثلاثا ثلاثا ، وتقدم فى الوضوء مستحبات كثيرة أكثرها يدخل هنا ، كترك الاستعانة والتنشيف وغير ذلك . وأما موالاة الغسل فالمذهب أنها سنة ؛ وقد تقدم بيانها فى باب صفة الوضوء . وأما تجديد الغسل ففيه وجهان الصحيح : لا يستحب . والثانى : يستحب ، وسبق بيانه واضحا فى الزوائد فى آخر صفة الوضوء .

(**فرع**) المذهب الصحيح المشهور الذى قطع به الجمهور أنه يستحب افاضة الماء على جميع البدن ثلاث مرات ، وممن صرح به المحاملى فى المقنع واللباب ، وسليم الرازى فى الكفاية ، والقاضى حسين والفورانى وامام الحرمين والمصنف فى التنبيه والغزالى فى البسيط والوسيط والوجيز والمتولى والشيخ نصر فى كتبه الانتخاب ، والتهذيب ، والكافى والرويانى فى الحلية ، والشاشى فى العمدة ، والرافعى فى كتابيه ، وآخرون يطول ذكرهم ،

---

(١) الآية ٤٢ من سورة النساء .

وقد سبق فى باب صفة الوضوء فى مسألة تكرار مسح الرأس أن الشيخ أبا حامد نقل أن مذهب الشافعى أن تكرار الغسل مسنون •

وقال امام الحرمين : فحوى كلام الأصحاب استحباب ايصال الماء الى كل موضع ثلاثا ، فانا اذا رأينا ذلك فى الوضوء ومبناه على التخفيف فالغسل أولى • وكذا قال الغزالى فى البسيط والمتولى وآخرون : اذا استحب التكرار فى الوضوء فالغسل أولى •

قال المتولى والرافعى وآخرون : فان كان ينغمس فى نهر انغمس ثلاث مرات وشذ الماوردى عن الأصحاب فقال فى باب المياه : لا يستحب تكرار الغسل ثلاثا ، وهذا الذى انفرد به ضعيف متروك ، وانما بسطت هذا الكلام لأنى رأيت جماعة من أهل زماننا ينكرون على صاحبى التنبيه والوسيط استحبابهما التكرار فى الغسل ، ويعدونه شذوذا منهما ، وهذا من الغباوة الظاهرة ، ومكابرة الحس ، والنقول المتظاهرة •

(فرع) مذهبنا أن دلك الأعضاء فى الغسل وفى الوضوء سنة ليس بواجب فلو أفاض الماء عليه فوصل به ولم يمسه بيديه أو انغمس فى ماء كثير أو وقف تحت ميزاب أو تحت المطر ناويا فوصل شعره وبشره أجزأه وضوءه وغسله ، وبه قال العلماء كافة الا مالكا والمزنى فانهما شرطاه فى صحة الغسل والوضوء • واحتج لهما بأن الغسل هو امرار اليد ، ولا يقال لواقف فى المطر اغتسل • قال المزنى : ولأن التيمم يشترط فيه امرار اليد فكذا هنا •

واحتج أصحابنا بقوله صلى الله عليه وسلم لأبى ذر رضى الله عنه : « فاذا وجدت الماء فأمسه جلدك » ولم يأمره بزيادة ، وهو حديث صحيح سبق ذكره وسنوضحه فى موضعه فى التيمم ان شاء الله تعالى ، وله نظائر كثيرة من الحديث ، ولأنه غسل فلا يجب امرار اليد فيه كغسل الاناء من ولوغ الكلب •

وقولهم : « لا تسمى الافاضة غسلا » ممنوع ، وقول المزنى ممنوع أيضا ، فان المذهب الصحيح أن امرار اليد لا يشترط فى التيمم ، كما سنوضحه فى موضعه ان شاء الله تعالى •

(فـــرع) الوضوء ســنة فى الغســل وليس بشرط ولا واجب ، هذا مذهبنا ، وبه قال العلماء كافة الا ماحكى عن أبى ثور وداود أنهما شرطاه ، كذا حكاه أصحابنا عنهما • ونقل ابن جرير الاجماع على أنه لا يجب ، ودليله أن الله تعالى أمر بالغسل ولم يذكر وضوءا • وقوله صلى الله عليه وسلم لأم سلمة : « يكفيك أن تفيضى عليك الماء » وحديث جبير بن مطعم السابق فى الكتاب • وقوله صلى الله عليه وسلم للذى تأخر عن الصلاة معه فى السفر فى قضية المزادتين ، واعتذر بأنه جنب فأعطاه اناء وقال : « اذهب فأفرغه عليك » وحديث أبى ذر : « فاذا وجدت الماء فأمســه جلدك » وكل هذه الأحاديث صحيحة معروفة ، وغير ذلك من الأحاديث • وأما وضوء النبى صلى الله عليه وسلم فى غسله فمحمول على الاستحباب جمعا بين الأدلة ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كانت امراة تغتسل من الجنابة كان غسلها كغسل الرجل) •

(**الشرح**) هذا الذى قاله متفق عليه•قال أصحابنا : فان كانت بكرا لم يلزمها ايصال الماء الى داخل فرجها ، وان كانت ثيبا وجب ايصاله الى ما يظهر فى حال قعودها لقضاء الحاجة لأنه صار فى حكم الظاهر ، هــكذا نص عليــه الشافعى وجمهور الأصحاب ، وحكى القاضى حسين والبغوى وجها ضعيفا أنه يجب على الثيب ايصاله الى داخل فرجها بناء على نجاسته ، ووجها أنه يجب فى غسل الحيض والنفاس لازالة النجاســة ولا يجب فى الجنــابة ، وقطع امام الحرمين بأنه لا يجب على الثيب ايصاله الى ما وراء ملتقى الشفرين • قال : لأنا اذا لم نوجب ايصال الماء الى داخل الفم فهذا أولى • والصواب ماسبق عن الشافعى والأصحاب ، وقد تقدمت المسألة فى باب الاستطابة ، وهنــاك ذكرها الأكثرون ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان كان لها ضفائر ــ فان كان يصل الماء اليها من غير نقض ــ لم يلزمهــا نقضها ، لان ام سلمة رضى الله عنها قالت : « يا رســول الله انى امراة اشــد ضفر راسى افانقضه للغسل من الجنابة ؟ فقال النبى صلى الله عليه وسلم :

لا ، انما يكفيك ان تحثى على راسك ثلاث حثيات من ماء ثم تفيضى عليك الماء ، فاذا انت قد طهرت » وان لم يصل الماء اليها الا بنقضها لزمها نقضها ، لان ايصال الماء الى الشعر والبشرة واجب) .

(الشرح) حديث أم سلمة رواه مسلم ــ بهذا اللفظ ــ وتقدم بيان اسمها وحالها فى الباب السابق وقولها : أشد ضفر رأسى هو ــ بفتح الضاد واسكان الفاء ــ هكذا ضبطه الأئمة المحققون ، قال الخطابى وصاحب المطالع معناه أشد فتل شعرى ، وأدخل بعضه فى بعض وأضمه ضما شديدا يقال ضفرته اذا فعلت به ذلك وذكر الامام ابن برى ــ فى جزء له فى لحن الفقهاء ــ أن هذا الضبط لحن وأن صوابه ، ضفر بضم الضاد والفاء جمع ضفيرة كسفينة وسفن ، وهذا الذى قاله خلاف ما قاله المحققون والمتقدمون ورأيت لابن برى فى هذا الجزء أشياء كثيرة يعدها من لحن الفقهاء وتصحيفهم وليست كما قال ، وقد أوضحت كثيرا من ذلك فى تهذيب الأسماء واللغات . قال الأزهرى : الضفائر والضمائر والغدائر بالغين المعجمة هى الذوائب ، اذا أدخل بعضها فى بعض نسجا ، واحدتها ضفيرة وضميرة وغديرة ، فاذا لويت فهى عقائص واحدتها عقيصة .

(اما حكم المسألة) فهذا الذى ذكره المصنف من الفرق بين وصول الماء بغير نقض وعدم وصوله متفق عليه عندنا ، وبه قال جمهور العلماء وحملوا حديث أم سلمة على أنه كان يصل بغير نقض ، ودليله ما ذكره المصنف أن الواجب ايصال الماء فكان الاعتبار به ، وكذا المغتسلة من حيض ونفاس وللجمعة وغيرها من الأغسال المشروعة ، وحكى أصحابنا عن النخعى وجوب نقضها مطلقا ، وحكى ابن المنذر عن الحسن وطاوس أنه لا تنقضها فى الجنابة وتنقض فى الحيض ، وبه قال أحمد لكن اختلف أصحابه هل النقض واجب ؟ أم مستحب ؟ دليلنا ما سبق .

قال الشافعى : وأستحب أن تغلغل الماء فى أصول الشعر وأن تغمر ضفائرها .

قال أصحابنا : ولو كان لرجل شعر مضفور فهو كالمرأة فى هذا والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كانت تغتسل من الحيض فالمستحب لها ان تاخذ فرصة من المسك فتتبع بها اثر الدم ، لما روت عائشة رضى الله عنها ان امراة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تسأله عن الغسل من الحيض فقال : « خذى فرصة من مسك فتطهرى بها فقالت : كيف اتطهر بها ؟ فقال صلى الله عليه وسلم : سبحان الله تطهرى بها قالت عائشة رضى الله عنها : قلت تتبعى بها آثر الدم » فان لم تجد مسكا فطيبا غيره ، لأن القصد تطييب الموضع فان لم تجد فالماء كاف) .

(**الشرح**) حديث عائشة هذا رواه البخارى ومسلم وفى رواية لمسلم ، أن المرأة السائلة أسماء بنت شكل ــ بفتح الشين والكاف ــ وقيل : باسكان الكاف وذكر جماعة منهم الخطيب الحافظ أبو بكر البغدادى فى كتابه المبهمات أنها أسماء بنت يزيد بن السكن خطيبة النساء ، والفرصة بكسر الفاء واسكان الراء وبالصاد المهملة وهى القطعة ، والمسك بكسر الميم وهو الطيب المعروف ، وقيل : بفتح الميم وهى الجلد أى قطعة من جلد ، والصواب الأول ، ويوضحه أنه ثبت فى رواية فى الصحيحين فرصة ممسكة ــ بفتح السين المشددة ــ أى قطعة صوف أو قطن أو نحوهما مطيبة بالمسك ، وهذا التطييب متفق على استحبابه . قال البغوى وآخرون : تأخذ مسكا فى خرقة أو صوفة أو قطنة ونحوها وتدخلها فرجها . والنفساء كالحائض فى هذا . نص عليه الشافعى والأصحاب .

قال المحاملى فى المقنع : يستحب للمغتسلة من حيض أو نفاس أن تطيب بالمسك أو غيره المواضع التى أصابها الدم من بدنها وتعميمه البدن غريب [1]

---

(١) وقال النووى فى شرح صحيح مسلم : (وذكر المحاملى من أصحابنا فى كتابه المقنع أنه يستحب للمغتسلة من الحيض والنفاس أن تطيب جميع المواضع التى أصابها الدم من بدنها ، وهذا الذى ذكره من تعميم مواضع الدم من البدن غريب لا أعرفه لغيره بعد البحث عنه ا هـ) .

ثم قال النووى بعد ذلك فى شرح حديث (تتبعى بها آثار الدم) : قال جمهور العلماء : يعنى الفرج وقد قدمنا عن المحاملى انه قال : تطيب كل موضع أصابه الدم من بدنها وفى ظاهر الحديث حجة له ا هـ . (قلت) وهذا تأييد للنص من السنة ويطرح قول ابن السبكى فى الطبقات فى ترجمة المحاملى قوله (الا أن للمحاملى أن يقول : هو ظاهر اللفظ فى قولها (الدم) وتقييده بالفرج لابد له عليه من دليل ، والمعنى يساعد المحاملى ، لأن المقصود دفع الرائحة الكريهة ، وهى لا تختص . ثم قال : هذا أقصى ما يتحيل به فى مساعدة المحاملى والحق عند الانصاف مع الأصحاب ا هـ . =

قال أصحابنا : فان لم تجد مسكا فطيبا غيره فان لم تجد شيئا من الطيب استحب طين أو نحوه لقطع الرائحة الكريهة وممن ذكر الطين بعد فقد الطيب البندنيجى وابن الصباغ والمتولى والرويانى فى الحلية والرافعى ثم الصحيح المشهور الذى عليه الجمهور من أصحابنا وغيرهم من العلماء أن المقصود بالمسك تطييب المحل ودفع الرائحة الكريهة ، وحكى صاحب الحاوى فيه ــ وجهين ــ (أحدهما) تطييب المحل ليكمل استمتاع الزوج باثارة الشهوة وكمال اللذة (والثانى) لكونه أسرع الى علوق الولد قال : فان فقدت المسك وقلنا بالأول أتت بما يقوم مقامه فى دفع الرائحة ، وان قلنا بالثانى فيما يسرع الى العلوق كالقسط والأظفار ونحوهما قال : واختلف الأصحاب فى وقت استعماله فمن قال بالأول قال بعد الغسل ومن قال بالثانى فقبله هذا كلام صاحب الحاوى وهذا الوجه الثانى ليس بشىء ، وما تفرع عليه أيضا ليس بشىء، وهو خلاف الصواب وما عليه الجمهور ، والصواب أن المقصود به تطييب المحل ، وأنها تستعمله بعد الغسل لحديث عائشة أن أسماء بنت شكل سألت النبى صلى الله عليه وسلم عن غسل المحيض : « فقال تأخذ احداكن ماءها وسدرتها فتطهر فتحسن الطهور ثم تصب على رأسها فتدلكه ثم تصب عليها الماء ثم تأخذ فرصة ممسكة فتطهر بها » رواه مسلم بهذا اللفظ وقد اتفقوا على استحبابه للمزوجة وغيرها والبكر والثيب والله أعلم .

وأما قول المصنف : « فان لم تجد فالماء كاف » فكذا عبارة امام الحرمين وجماعة ، وقد يقال الماء كاف ــ وجدت الطيب أم لا ــ وعبارة الشافعى فى الأم والمختصر أحسن من هذه قال : « فان لم تفعل فالماء كاف » وكذا قاله البندنيجى وغيره وعبارة المصنف وموافقية أيضا صحيحة ومرادهم أن هذه سنة متأكدة يكره تركها بلا عذر ، فاذا عدمت الطيب فهى معذورة فى تركها ولا كراهة فى حقها ولا عتب ، وهذا كما قال الأصحاب : يعذر المريض وشبهه

= قلت : وهذه كما ترى غفلة من ابن السبكى لعدم استظهاره من السنة ما استظهره النووى ، بل انه لم يطلع على قول النووى نفسه فى رده على نفسه واقراره بأن الحجة من الحديث المحاملى بقوله (وفى ظاهر الحديث حجة له) ولم يذكر النووى هنا قوله هناك فى شرح مسلم ، بل اصر على حكمه على المحاملى وهكذا فعل ابن السبكى والحق مع المحاملى وليس مع الاصحاب والله أعلم (ط) .

فى ترك الجماعة وان قلنا : هى سنة لأنها سنة متأكدة يكره تركها كما سنوضحه فى بابه ان شاء الله تعالى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب ان لا ينقص فى الغسل من صاع ولا فى الوضوء من مد لان النبى صلى الله عليه وسلم : « كان يغتسل بالصاع ويتوضأ بالمد » فان اسبغ بما دونه اجزأه لما روى « ان النبى صلى الله عليه وسلم توضأ بما لا يبل الثرى » قال الشافعى رحمه الله : وقد يرفق بالقليل فيكفى ويخرق بالكثير فلا يكفى) •

(الشرح) الثرى مقصور وهو ما تحت وجه الأرض من التراب الندى ، والصاع أربعة أمداد بلا خلاف والصحيح أن الصاع هنا خمسة أرطال وثلث بالبغدادى كما هو فى زكاة الفطر خمسة وثلث بالاتفاق ، وذكر الماوردى والقاضى حسين والرويانى فيه وجهين : (أحدهما) هذا (والثانى) : أنه ثمانية أرطال بالبغدادى ، والمشهور الأول • وقد سبق بيان رطل بغدادى فى مسألة القلتين وقوله : أسبغ أى عمم الأعضاء ومنه ثوب سابغ أى كامل •

(اما حكم المسألة) فأجمعت الأمة على أن ماء الوضوء والغسل لا يشترط فيه قدر معين ، بل اذا استوعب الأعضاء كفاه بأى قدر كان ، وممن نقل الاجماع فيه أبو جعفر محمد بن جرير الطبرى ، وقد سبق فى باب صفة الوضوء أن شرط غسل العضو جريان الماء عليه قال الشافعى والأصحاب : ويستحب أن لا ينقص فى الغسل من صاع ولا فى الوضوء من مد • قال الرافعى : والصاع والمد تقريب لا تحديد ، وفى صحيح مسلم عن سفينة رضى الله عنه « كان النبى صلى الله عليه وسلم يغتسل بالصاع ويتوضأ بالمد » وفى مسلم أيضا عن أنس « بالصاع الى خمسة أمداد » وفى البخارى اغتساله صلى الله عليه وسلم وبالصاع من رواية جابر وعائشة ، ويدل على جواز النقصان عن صاع ومد مع الاجماع حديث عائشة : « كنت أغتسل أنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم فى اناء واحد يسع ثلاثة أمداد وقريب من ذلك » رواه مسلم •

ويدل على أن ماء الطهارة غير مقدر بقدر للوجوب حديث عائشة « كنت

أغتسل أنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم من اناء واحد تختلف أيدينا فيه من الجنابة » رواه البخارى ومسلم وعن أنس « كان النبى صلى الله عليه وسلم والمرأة من نسائه يغتسلان من اناء واحد » وعن ابن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم وميمونة كانا يغتسلان من اناء واحد » رواهما البخارى وفى صحيح مسلم نحوه عن أم سلمة وميمونة ، وفى سنن أبى داود والنسائى باسناد حسن عن أم عمارة الأنصارية « أن النبى صلى الله عليه وسلم توضأ باناء فيه قدر ثلثى مد » وأما الحديث الذى ذكره المصنف : « توضأ بما لا يبل الثرى » فلا أعلم له أصلا والله أعلم .

(**فرع**) اتفق أصحابنا وغيرهم على ذم الاسراف فى الماء فى الوضوء والغسل ، وقال البخارى فى صحيحه : كره أهل العلم الاسراف فيه . والمشهور أنه مكروه كراهة تنزيه ، وقال البغوى والمتولى : حرام ومما يدل على ذمه حديث عبد الله بن مغفل بالغين المعجمة رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « انه سيكون فى هذه الأمة قوم يعتدون فى الطهور والدعاء » رواه أبو داود باسناد صحيح .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز ان يتوضأ الرجل والمرأة من اناء واحد ، لما روى ابن عمر رضى الله عنهما قال : كان الرجال والنساء يتوضأون فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم من اناء واحد : ويجوز ان يتوضأ احدهما بفضل وضوء الآخر ، لما روت ميمونة رضى الله عنها قالت : « اجنبت فاغتسلت من جفنة ففضلت فيها فضلة ، فجاء النبى صلى الله عليه وسلم يغتسل منه فقلت انى [قد] اغتسلت منه فقال النبى صلى الله عليه وسلم : الماء ليس عليه جنابة واغتسل منه ») .

(**الشرح**) حديث ابن عمر رواه البخارى قال : « كان الرجال والنساء يتوضأون فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم جميعا » وحديث ميمونة صحيح أيضا رواه الدارقطنى بلفظه هنا ، ورواه أبو داود والترمذى والنسائى وغيرهم بمعناه عن بعض أزواج النبى صلى الله عليه وسلم ولم يسموا ميمونة . قال الترمذى : حديث حسن صحيح ، والجفنة ــ بفتح الجيم ــ وهى القصعة بفتح القاف ، وقوله : ففضلت ــ هو بفتح الضاد وكسرها ــ

لغتان مشهورتان ــ أى بقيت ، واتفق العلماء على جواز وضوء الرجل والمرأة واغتسالهما جميعا من اناء واحد لهذه الأحاديث السابقة واتفقوا على جواز وضوء الرجل والمرأة بفضل الرجل •

وأما فضل المرأة فيجوز عندنا الوضوء به أيضا للرجل سواء خلت به أم لا قال البغوى وغيره : ولا كراهة فيه للأحاديث الصحيحة فيه ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة ، وجمهور العلماء ، وقال أحمد وداود : لا يجوز اذا خلت به ، وروى هذا عن عبد الله ابن سرجس والحسن البصرى ، وروى عن أحمد كمذهبنا ، وعن ابن المسيب والحسن كراهة فضلها مطلقا • واحتج لهم بحديث الحكم بن عمرو رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلى نهى أن يتوضأ الرجل بفضل وضوء المرأة » رواه أبو داود والترمذى والنسائى وروى مثله عن عبد الله بن سرجس ، قال الترمذى : حديث الحكم حسن •

واحتج أصحابنا بحديث ميمونة المذكور فى الكتاب ، وهو صحيح صريح فى الدلالة على الطائفتين ، وقد سبق فى الفصل الماضى أحاديث كثيرة صحيحة يستدل بها للمسألة ، واذا ثبت اغتسالهما معا ، فكل واحد مستعمل فضل الآخر ، ولا تأثير للخلوة • وأما حديث الحكم بن عمرو ، فأجاب أصحابنا عنه بأجوبة (أحدها) : جواب البيهقى وغيره أنه ضعيف ، قال البيهقى ، قال الترمذى : سألت البخارى عنه فقال ليس هو بصحيح ، قال البخارى : وحديث ابن سرجس الصحيح أنه موقوف عليه ومن رفعه فقد أخطأ ، وكذا قال الدارقطنى : وقفه أولى بالصواب من رفعه وروى حديث الحكم أيضا موقوفا عليه ، قال البيهقى فى كتاب المعرفة : الأحاديث السابقة فى الرخصة أصح فالمصير اليها أولى •

(الجواب الثانى) جواب الخطابى وأصحابنا أن النهى عن فضل أعضائها وهو ما سال عنها ، ويؤيد هذا أن رواية داود بن عبد الله الأودى عن حميد ابن عبد الرحمن الحميرى عن بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه نهى أن تغتسل المرأة بفضل الرجل ، أو يغتسل الرجل بفضل المرأة » رواه أبو داود والنسائى والبيهقى باسناد

صحيح وداود وثقه أحمد بن حنبل ويحيى بن معين فى رواية ، وضعفه يحيى فى رواية ، قال البيهقى : هذا الحديث رواته ثقات الا أن حميدا لم يسم الصحابى فهو كالمرسل الا أنه مرسل جيد ، لولا مخالفته للأحاديث الثابتة الموصولة ، وداود لم يحتج به البخارى ومسلم • قلت : جهالة عين الصحابى لا تضر لأنهم كلهم عدول ، وليس هو مخالفا للأحاديث الصحيحة ، بل يحمل على أن المراد ما سقط من أعضائهما ، ويؤيده أنا لا نعلم أحدا من العلماء منعها فضل الرجل فينبغى تأويله على ما ذكرته ، الا أن فى رواية صحيحة لأبى داود والبيهقى : « وليغترفا جميعا » وهذه الرواية تضعف هذا التأويل ، ويمكن تتميمه مع صحتها ويحملنا على ذلك أن الحديث لم يقل أحد بظاهره ومحال أن يصح وتعمل الأمة كلها بخلاف المراد منه •

(الجواب الثالث) ذكره الخطابى وأصحابنا أن النهى للتنزيه جميعا بين الأحاديث والله أعلم •

(فرع) قال الغزالى فى الوسيط : وفضل ماء الجنب طاهر وهو الذى مسه الجنب والحائض والمحدث خلافا لأحمد ، فأنكر عليه فى هذا أربعة أشياء أحدها قوله خلافا لأحمد ، فمقتضاه أن أحمد يقول بنجاسته وهو عند أحمد طاهر قطعا ، لكن اذا خلت به المرأة لا يجوز للرجل أن يتوضأ به على رواية عنه •

(الثانى) أنه فسر فضل الجنب بفضل الجنب والحائض والمحدث •

(الثالث) قوله فضل الجنب طاهر فيه نقص والأجود مطهر •

(الرابع) قوله : (وهو الذى مسه) فيه نقص وصوابه وهو الذى فضل من طهارته ، أما ما مسه فى شربه أو أدخل يده فيه بلا نية فليس هو فضل جنب • وما أفضله من طهارته وان لم يمسه فهو فضل جنب ، فأوهم ادخال مالا يدخل ، واخراج ما هو داخل ، ويمكن أن يجاب عن الأول بأنه أراد فضل الجنب مطهر مطلقا ، وخالفنا أحمد فى بعض الصور ، وعن الثانى بجوابين (أحدهما) : أن المراد بالجنب الممنوع من الصلاة ثم فسره بالثلاثة • (والثانى) أنه أراد فضل الجنب وغيره فحذف قوله (وغيره) لدلالة التفسير

عليه واقتصر على الجنب اقتداء بالشافعي والمزني والأصحاب فانهم ترجموا هذا بباب فضل الجنب ثم ذكروا فيه الجنب وغيره .

ويجاب عن الثالث : بأنه لم ينف كونه مطهرا ، وقد علم أن الماء الطاهر مطهر الا أن يتغير أو يستعمل ، وهذا لم يثبت فيه تغير ولا استعمال ، وعن الرابع : أن المراد مسه في الطهارة واكتفى بقرينة الحال والمراد مسه في استعماله والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان أحدث واجنب ففيه ثلاثة اوجه :

(احدها) انه يجب الغسل ويدخل فيه الوضوء وهو المنصوص في الأم لأنهما طهارتان فتداخلتا كغسل الجنابة وغسل الحيض .

(والثاني) انه يجب عليه الوضوء والغسل لأنهما حقان مختلفان ، يجبان بسببين مختلفين ، فلم يدخل أحدهما في الآخر كحد الزنا والسرقة .

(والثالث) انه يجب أن يتوضأ مرتبا ويغسل سائر البدن لأنهما متفقان في الغسل ، ومختلفان في الترتيب ، فما اتفقا فيه تداخلا ، وما اختلفا فيه لم يتداخلا [قال الشيخ الامام رحمه الله واحسن توفيقه (١) :] وسمعت شيخنا أبا حاتم القزويني يحكي فيه وجها رابعا : انه يقتصر على الغسل الا انه يحتاج ان ينويهما ، ووجهه لأنهما عبادتان متجانستان صغرى وكبرى فدخلت الصغرى في الكبرى في الأفعال دون النية كالحج والعمرة) .

(الشرح) للجنب ثلاثة أحوال . حال يكون جنبا لم يحدث الحدث الأصغر وحال يحدث ثم يجنب ، وحال يجنب ثم يحدث .

فالحال الأول يجنب ــ بلا حدث ــ فيكفيه غسل البدن ولا يلزمه الوضوء بلا خلاف عندنا ــ كما سبق بيانه ودليله ــ وله أن يصلي بذلك الغسل من غير وضوء ، ويكون الوضوء سنة في الغسل كما سبق .

---

(١) ما بين المعقوفين في المتوكلية والركبية وليس في نسخة النووي ولا في بقية النسخ (ط) .
وأبو حاتم القزويني همام محمود بن الحسن بن محمد بن يوسف بن الحسن بن محمد بن مكرمة بن انس بن مالك الانصاري الطبري المتوفى سنة ٤٤٠ والامام الراوي عنه هنا هو امام الحرمين عبد الملك الجويني أبو المعالي (ط) .

قال أصحابنا : ويتصور أن يكون جنبا غير محدث فى صور ، أشهرها أن ينزل المتطهر المنى من غير مباشرة تنقض الوضوء بنظر أو استمناء أو مباشرة فوق حائل أو فى النوم قاعدا ، فهذا جنب بلا خلاف وليس محدثا على المذهب الصحيح المشهور الذى قطع به الجمهور ، وأطبقوا على تصوير انفراد الجنابة عن الحدث به ، وفيه وجه للقاضى أبى الطيب أنه جنب محدث ، وقد سبقت المسألة فى باب ما ينقض الوضوء .

(الصورة الثانية) : أن يلف على ذكره خرقة ويولجه فى امرأة فلا وضوء عليه ، ويجب الغسل على المذهب ، وفيه خلاف سبق فى الباب قبله .

(الصورة الثالثة) : أن يولج فى فرج بهيمة أو دبر رجل فيكون جنبا ولا يكون محدثا لأنه لم يمس فرج آدمى بباطن كفه ، وهذه الصورة ذكرها أبو الفرج الدارمى وامام الحرمين والرافعى وغيرهم ؛ وهى أوضح من غيرها ، هذه الصور الثلاث هى المشهورة قال الرافعى : وألحق بها المسعودى الجماع مطلقا ، وقال : انه يوجب الجنابة لا غير قال : واللمس الذى يتقدمه يصير مغمورا به كما أن خروج الخارج بالانزال ينغمر ، ولأنه لو جامع المحرم بالحج لزمه بدنة ، وان كان يتضمن اللمس ، ومجرد اللمس يوجب شاة قال الرافعى : وعند الأكثرين يحصل بالجماع الحدثان ولا يندفع أثر اللمس بخلاف اندفاع أثر خروج الخارج لأن اللمس يسبق حقيقة الجماع ، فيجب ترتيب حكمه عليه ، فاذا تمت حقيقة الجماع وجب أيضا حكمها وفى الانزال لا يسبق خروج الخارج الانزال ، بل اذا أنزل حصل خروج الخارج وخروج المنى معا ، وخروج المنى أعظم الحدثين ، فيدفع حلوله حلول الأصغر — مقترنا به .

وأما مسألة المحرم فممنوعة على وجه وان سلمنا ففى الفدية معنى الزجر والمؤاخذة ، وسبيل الجنايات اندراج المقدمات فى المقاصد ولهذا لو انفردت مقدمات الزنا أوجب تعزيزا فاذا انضمت اليه لم يجب التعزير مع الحد ، وأما هنا فالحكم منوط بصورة اللمس ؛ ولهذا استوى عمده وسهوه والله أعلم .

الحال الثانى : أن يحدث ثم يجنب ، كما هو الغالب ، ففيه الأوجه الأربعة

التى ذكرها المصنف ، الصحيح عند الأصحاب وهو المنصوص فى الأم أنه يكفيه افاضة الماء على البدن ويصلى به بلا وضوء (والثانى) : يجب الوضوء مرتبا ، وغسل جميع البدن ، فتكون أعضاء الوضوء مغسولة مرتين ، وعلى هذا له أن يقدم الوضوء وله أن يؤخره الى ما بعد فراغه من الغسل وله أن يواسطه فى أثناء الغسل ، والأفضل تقديمه (والثالث) : يجب الوضوء مرتبا وغسل باقى البدن ولا يجب اعادة غسل أعضاء الوضوء وله تقديم الوضوء وتأخيره كما ذكرناه (والرابع) : يكفيه غسل جميع البدن بلا وضوء بشرط أن ينوى الوضوء والغسل ، فان اقتصر على نية الغسل لزمه الوضوء أيضا ، وقد ذكر المصنف أدلة الأوجه .

الحال الثالث : أن يجنب من غير حدث ثم يحدث فهل يؤثر الحدث ؟ فيه وجهان (أحدهما) : لا يؤثر فيكون جنبا غير محدث ، حكاه الدارمى عن ابن القطان ، وحكاه الماوردى عن جمهور الأصحاب ، فعلى هذا يجزيه الغسل بلا وضوء قطعا . (والثانى) : يؤثر فيكون جنبا محدثا وتجرى فيه الأوجه الأربعة ، وبه قطع القاضى أبو الطيب والمحاملى وابن الصباغ والشيخ نصر فى كتابيه الانتخاب والتهذيب والبغوى وآخرون ، وفيه وجه ثالث حكاه القاضى حسين أنه لا يدخل هنا الوضوء فى الغسل قطعا ؛ بل لابد منهما ، وفرق بينه وبين ما اذا تقدم الحدث فان فيه الأوجه الأربعة بأن هناك وردت الجنابة على أضعف منها فرفعته ، وهنا عكسه فأشبه الحج والعمرة يدخل الأقوى على الأضعف ولا ينعكس على المذهب ، وهذا الوجه غلط وخيال عجيب الأصح أنه كتقدم الحدث فتجىء فيه الأوجه الاربعة ، وحيث أوجبنا الوضوء فقد ذكرنا أنه يجوز تقديمه وتأخيره ، والأفضل تقديمه واذا قدمه فهل يقدم غسل الرجلين معه ؟ أم يؤخرهما ؟ فيه الخلاف السابق فى أول الباب ، وكذا الكلام فى نية هذا الوضوء تقدم فى أول الباب . وعلى الأوجه كلها لا يشرع وضوءان فى جميع الأحوال بلا خلاف . وقد نقل الرافعى وآخرون الاتفاق على أنه لا يشرع وضوءان ، ولعله مجمع عليه ويحتج له بحديث عائشة « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يتوضأ بعد الغسل من الجنابة » رواه الترمذى والنسائى وابن ماجه قال الترمذى : حديث حسن صحيح .

وأما قول المصنف : لأنهما حقا مختلفان فاحتراز من غسل الحيض والجنابة . وقوله « يجبان بسببين » احتراز من الحج والعمرة . وقوله « مختلفين » احتراز ممن زنى وهو بكر فلم يحد حتى زنى وهو محصن ، فانه يقتصر على رجمه على أحد القولين ، وكذا المحرم اذا لبس ثم لبس فى مجالس قبل أن يكفر عن الأول ، فانه تجب كفارة واحدة فى أحد القولين .

وقوله فى تعليل الوجه الرابع : عبادتان ، احتراز عن حقين لآدمى وقوله متجانسان احتراز من كفارة ظهار وكفارة يمين . وقوله صغرى وكبرى ، احتراز ممن دخل فى الجمعة فخرج الوقت فى أثنائها ، فانه يتمها ظهرا على المذهب ولا يلزمه تجديد نية الظهر ، ويحتمل أنه احتراز عن الصبح والظهر ، فان احداهما لا تدخل فى الأخرى ، لا فى الأفعال ولا فى النية . وقد يفرق بين مسألة الغسل ومسألة الحج والعمرة بأن الحج يشمل كل أفعال العمرة فدخلت فيه ، والغسل لا يشمل ترتيب الوضوء . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان توضأ من الحدث ثم ذكر أنه كان جنبا او اغتسل من الحدث ثم ذكر انه كان جنبا اجزأه ما غسل من الحدث عن الجنابة ، لأن فرض الغسل فى اعضاء الوضوء من الجنابة والحدث واحد) .

(الشرح) هنا مسألتان (احداهما) توضأ بنية الحدث ثم ذكر أنه كان جنبا فيجزيه المغسول ، وهو وجهه ويداه ورجلاه ودليله ما ذكره المصنف .

(الثانى) غسل جميع بدنه بنية رفع الحدث الأصغر غالطا ، فقطع المصنف بارتفاع الحدث عن أعضاء الوضوء دون غيرها ، وظاهر كلامه ارتفاعه عن جميع أعضاء الوضوء والرأس وغيره ، وكذا أطلقه جماعة بارتفاعه عن الرأس ، وآخرون بأنه لا يرتفع عنه وهذا هو الأصح لأن فرض الرأس فى الوضوء المسح ، فالذى نواه انما هو المسح فلا يجزيه عن غسل الجنابة . ولنا وجه أنه لا يجزئه ما غسله بنية الحدث عن شىء من الجنابة ، حكاه الرافعى ، وقد سبقت المسألة واضحة فى باب نية الوضوء والله أعلم .

فـــرع فى مســائل تتعلق بالباب

(احداها) قال الشافعى رحمه الله فى البويطى : أكره للجنب أن يغتسل فى البئر ، معينة كانت أو دائمة ، وفى المـاء الراكد الذى لا يجـرى • قال وسواء قليل الماء وكثيره أكره الاغتسال فيه والبول فيه • هذا نصه بحروفه • واتفق أصحابنا على كراهته كما ذكر • قال فى البيان : والوضوء فيه كالغسل ويحتج للمسألة بحديث أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يغتسل أحدكم فى الماء الدائم وهو جنب » فقيل كيف يفعل يا أبا هريرة ؟ قال « يتناوله تناولا » رواه مسلم •

(الثانية) يجوز الغسل من انزال المنى قبل البول وبعده ، والأولى أن تكون بعد البول خوفا من خروج منى بعد الغسل • حكى الدرامى عن قوم أنه لا يجوز قبل البول •

(الثالثة) السنة اذا غسل ما على فرجه من أذى أن يدلك يده بالأرض ثم يغسلها ثبت ذلك فى الصحيحين عن ميمونة عن فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وسبق بيانه فى باب الاستطابة •

(الرابعة) لا يجوز الغسل بحضرة الناس الا مستور العورة ، فان كان خاليا جاز الغسل مكشوف العورة ، والستر أفضل •

واحتج البخارى والبيهقى لجواز الغسل عريانا فى الخـلوة بحديثى أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم « أن موسى اغتسل عريانا فذهب الحجر بثوبه » و « أن أيوب كان يغتسل عريانا فخر عليه جراد من ذهب » رواهما البخارى • وروى مسلم أيضا قصة موسى صلى الله عليه وسلم ، والاحتجاج به تفريع على الاحتجاج بشرع من قبلنا •

واحتجوا لفضل الستر بحديث بهز بن حكيم بن معاوية بن حيدة عن أبيه عن جده قال : قلت يا رسـول الله عوراتنـا ما نأتى منهـا وما نذر ؟ قال : « احفظ عورتك الا من زوجتك أو ما ملكت يمينك » قلت أرأيت اذا كان أحدنا خاليا ؟ قال « الله أحق أن يستحيا من الناس » رواه أبو داود والترمذى

والنسائى وابن ماجه . قال الترمذى : حديث حسن هـذا مذهبنـا ، ونقل القاضى عياض جواز الاغتسال عريانا فى الخلوة عن جماهير العلماء . قال : ونهى عنه ابن أبى ليلى لأن للماء ساكنا . واحتج فيه بحديث ضعفه العلماء .

(الخامسة) الوضوء والمضمضة والاستنشاق سنن فى الغسل ، فان ترك الثلاثة صح غسله . قال الشافعى فى المختصر : فان ترك الوضوء والمضمضة والاستنشاق فقد أساء ويستأنف المضمضة والاستنشاق .

قال القاضى حسين وغيره : سماه مسيئا لترك هذه السنن ، فانها مؤكدة فتاركها مسىء لا محالة . قالوا : وهـذه اسـاءة بمعنى الكراهة لا بمعنى التحريم . قال القاضى والمتولى والرويانى وآخـرون : وأمـره باسـتئناف المضمضة والاستنشاق دون الوضـوء لمعنيين : (أحدهمـا) أن الخلاف فى المضمضة والاستنشاق كان موجودا فى زمانه ، فان أبا حنيفة وغيره ممن تقدم يوجبونهما ، فأحب الخروج من الخلاف والوضوء لم يكن أوجبه أحد ، وانما حدث خلاف أبى ثور وداود بعده . (والثانى) : أن الماء قد وصل الى موضع الوضوء دون موضعهما ، فأمره بايصاله اليهما . قال أصـحابنا : ويستحب استئناف الوضوء ، لكن استحباب المضمضة والاستنشاق آكد ، وقد تقدمت مذاهب العلماء فى حكم المضمضة والاستنشاق فى الغسل ، والوضوء فى باب صفة الوضوء بدلائلها . ومذهبنا ومذهب الجمهور أنهما سنتان فى الوضـوء والغسل .

(السادسة) لا يجب الترتيب فى أعضـاء المغتسل لكن تستحب البداءة بالرأس ثم بأعالى البدن وبالشق الأيمن .

(السابعة) يجب ايصال الماء الى غضون البدن من الرجل والمرأة وداخل السرة وباطن الأذنين والابطين وما بين الاليين وأصابع الرجلين وغيرها مما له حكم الظاهر وحمرة الشفة . وهذا كله متفق عليه . ولو التصقت الأصـابع والتحمت لم يجب شقها ، وقد سبق ايضاح هذا وبسطه فى صفة الوضوء ، ومما قد يغفل عنه باطن الاليين والابط والعكن والسرة فليتعهـد كل ذلك ويتعهد ازالة الوسـخ الذى يـكون فى الصـماخ ، قال الشـافعى فى الأم والأصحاب : يجب غسل ما ظهر من صماخ الأذن دون ما بطـن ، ولو كان

تحت أظفاره وسخ لا يمنع وصـول الماء الى البشرة لم يضر وان منع ففى صحة غسله خلاف سبق بيانه فى بابى السواك وصفة الوضوء .

(الثامنة) اذا كان ما على بعض أعضائه أو شعره حناء أو عجين أو طيب أو شمع أو نحوه فمنع وصول الماء الى البشرة أو الى نفس الشعر لم يصح غسله ، وقد تقدم بيان هذا مع فروع حسنة تتعلق به فى آخر صفة الوضوء ، ولو كان شعره متلبدا بحيث لا يصل الماء الى باطن الشعر لم يصح غسله الا بنفشه حتى يصل الماء الى جميع أجزائه ؛ هكذا نص عليه الشافعى فى الأم وقطع به الأصحاب .

ولو انعقدت فى رأسه شعرة أو شعرات فهل يعفى عنها ؟ ويصح الغسل وهى معقودة ؟ وان كان الماء لا يصل باطن محل العقد ، فيه وجهان حكاهما الرويانى والرافعى وغيرهما ، (أحدهما) : يعفى عنه وهو قول الشيخ أبى محمد الجوينى وصححه الرويانى والرافعى لأنها فى معنى الأصبع الملتحمة ، ولأن الماء يبل محلها ، (والثانى) : لا يعفى عنه كالملبد ، وقطع هذه الشعرات ممكن بلا ضرر بخلاف الأصبع الملتحمة .

(التاسعة) لو ترك من رأسه شعرة لم يصبها الماء لم يصح غسله . وعن أبى حنيفة أنه يصح : فلو نتف تلك الشعرة ، قال الماوردى : ان كان الماء وصل أصلها أجزأه والا لزمه ايصاله أصلها ، قال : وكذا لو أوصل الماء الى أصول شعره دون الشعر ثم حلقه أجزأه ، وذكر صاحب البيان فيه وجهين : (أحدهما) هذا ، (والثانى) : يلزمه غسل مقطع الشعرة والشعرات ، وبه قطع ابن الصباغ فى الفتاوى المنقولة عنه .

(العاشرة) اذا انشق جلده بجراحة وانفتح فمها وانقطع دمها وأمكن ايصال الماء الى باطنها الذى يشاهد بلا ضرر وجب ايصاله فى الغسل والوضوء ، قطع به الأصحاب ، وقد سبق بيانه فى صفة الوضوء ، قال الشيخ أبو محمد الجوينى : والفرق بينه وبين الفم والأنف أنهما باقيان على الاستبطان ،وانما يفتح فمه لحاجة ومحل الجراحة صار ظاهرا فأشبه مكان

الافتضاض من المرأة الثيب ، وقد سبق نص الشافعى على أنه يلزمها ايصال الماء الى ما برز بالافتضاض .

قال أبو محمد : فان كان للجراحة غور فى اللحم لم يلزمه مجاورة ما ظهر منها ، كما لا يلزم المرأة مجاوزة ما ظهر بالافتضاض . ولو اندملت الجراحة والتأمت سقط الفرض فى ذلك الموضع ، كما لو عادت البكارة بعد الافتضاض فانه يسقط غسل ما كان ظهر بالافتضاض ؛ وكما لو التحمت أصابع رجليه فانه لا يجوز له شقها ، بل يكفيه غسل ما ظهر ، وقد سبق هذا فى صفة الوضوء . قال أبو محمد : ولو كان فى باطن الجراحة دم وتعذرت ازالته وخشى زيادة سرايتها الى العضو لم يلزمه ايصال الماء الى باطنها ولزمه قضاء الصلوات عند الشافعى اذا اندملت . ولا يلزمه القضاء عند المزنى رضى الله عنهما .

(الحادية عشرة) : لو قطعت شفته أو أنفه فهل يلزمه غسل ما ظهر بالقطع فى الوضوء والغسل ؟ فيه وجهان سبق ايضاحهما فى صفة الوضوء . أصحهما يجب لأنه صار ظاهرا ، ولو كان غير مختون فهل يلزمه فى غسل الجنابة غسل ما تحت الجلدة التى تقطع فى الختان ، فيها وجهان حكاهما المتولى والرويانى وآخرون (أصحهما) يجب صححه الرويانى والرافعى ، لأن تلك الجلدة مستحقة الازالة ، ولهذا لو أزالها انسان لم يضمن ، واذا كانت مستحقة الازالة فما تحتها كالظاهر . (والثانى) لا يجب ، وبه جزم الشيخ أبو عاصم العبادى فى الفتاوى ، لأنه يجب غسل تلك الجلدة ولا يكفى غسل ما تحتها ، فلو كانت كالمعدومة لم يجب غسلها ، فبقى ما تحتها باطنا .

(الثانية عشرة) لا يجب غسل داخل عينيه ، وحكم استحبابه كما سبق فى صفة الوضوء ، ولو نبت فى عينه شعر لم يلزمه غسله .

(الثالثة عشرة) لو كان على بعض بدن الجنب نجاسة فغسل ذلك الموضع غسلة واحدة بنية الجنابة ارتفعت النجاسة ، وهل يجزئه عن الجنابة ؟ فيه وجهان سبقا فى مواضع بسطتها فى باب نية الوضوء ، أصحهما يجزئه ، ولو صب الجنب على رأسه الماء وكان على ظهره نجاسة فنزل عليها فأزالها

فان قلنا الماء المستعمل فى الحدث يصلح لازالة النجاسة طهر المحل عن النجاسة وهل يطهر عن الجنابة ؟ قال الرويانى فيه الوجهان • وان قلنا : المستعمل فى الحدث لا يصلح للنجس • قال الرويانى : ففى طهارته عن النجس هنا وجهان :

(أحدهما) يطهر لأن الماء قائم على المحل وانما يصير مستعملا بالانفصال

(والثانى) لا يطهر لأنا لا نجعل الماء فى حالة تردده على العضو مستعملا للحاجة الى ذلك فى الطهارة الواحدة ، وهذه طهارة أخرى ، فعلى هذا يجب تطهير هذا المحل عن النجاسة ، وهل يكفيه الغسلة الواحدة فيه عن النجس والجنابة اذا نواها ؟ فيه الوجهان •

(الرابعة عشرة) لو أحدث المغتسل فى أثناء غسله لم يؤثر ذلك فى غسله بل يتمه ويجزيه ، فان أراد الصلاة لزمه الوضوء ، نص على هذا كله الشافعى فى الأم والأصحاب ولا خلاف فيه عندنا ، وحكاه ابن المنذر عن عطاء وعمرو بن دينار وسفيان الثورى واختاره ابن المنذر ، وعن الحسن البصرى أنه يستأنف الغسل ، دليلنا أن الحدث لا يبطل الغسل بعد فراغه فلا يبطله فى أثنائه كالأكل والشراب •

(الخامسة عشرة) هل يجب على السيد أن يشترى لمملوكه ماء الوضوء والغسل من الحيض والجنابة ؟ فيه وجهان حكاهما المتولى والرويانى هنا وآخرون فى النفقات (أحدهما) يجب كزكاة فطره ، (والثانى) لا ، لأن للطهارة بدلا وهو التيمم فينتقل اليه كما لو أذن لعبده فى الحج متمتعا ، فانه لا يلزم السيد الهدى ، بل ينتقل العبد الى الصوم ، ويخالف الفطرة فلا بدل لها ، ولم يرجحها واحدا من الوجهين ، والأول عندى أصح لأنه من مؤن العبد وهى على سيده ، وهل يلزم الزوج شراء ماء الطهارة لزوجته ؟ فيه خلاف ذكره المصنف فى باب ما يجب بمحظورات الاحرام ، وذكره المتولى والرويانى وآخرون هنا • وذكره البغوى وآخرون فى النفقات والأظهر تفصيل ذكره البغوى وتابعه عليه الرافعى ، قال : ان كان الغسل لاحتلامها لم يلزمه ، وان

كان لجماعه أو نفاس لزمه فى أصح الوجهين لأنه بسببه ، وان كان حيض لم يلزمه فى أصح الوجهين لأنه من مؤن التمكين وهو واجب عليها .

قال الرافعى ؛ وينظر على هذا القياس فى ماء الوضوء الى أن السبب منه كاللمس أم لا ؟ وفى أجرة الحمام وجهان مشهوران فى كتاب النفقات (أحدهما) : لا يجب الا اذا عسر الغسل الا فى الحمام لشدة برد وغيره ، واختاره الغزالى (وأصحهما)وبه قطع المصنف والبغوى والرويانى وآخرون فى كتاب النفقات الوجوب الا أن يكون من قوم لا يعتادون دخوله ، فان أوجبناها قال الماوردى : انما تجب فى كل شهر مرة .

(السادسة عشرة) قال أبو الليث الحنفى فى نوازله : لو كان فى الانسان قرحة فبرأت ، وارتفع قشرها ، وأطراف القرحة متصلة بالجلد الا الطرف الذى كان يخرج منه القيح فانه مرتفع ، ولا يصل الماء الى ماتحت القشرة أجزأه وضوءه وفى معناه الغسل .

فصل

فى الأغسال المسنونة

لم يذكر لها المصنف رحمه الله بابا مستقلا ، بل ذكرها مفرقة فى أبوابها وقد ذكرها هو فى التنبيه والأصحاب مجموعة فى باب اقتداء بالمزنى رحمه الله، فأحببت موافقة الجمهور فى ذكرها مجموعة فى موضع ؛ فانه أحسن وأحوط وأنفع وأضبط فأذكرها ان شاء الله تعالى فى هذا الفصل فى غاية الاختصار بالنسبة الى عادة هذا الشرح ، لكونى أبسطها ان شاء الله تعالى بفروعها وأداتها وما يتعلق بها فى مواضعها .

فمنها غسل الجمعة وهو سنة عندنا وعند الجمهور وأوجبه بعض السلف ، وفيمن يستحب له أربعة أوجه :

(الصحيح) أنه يستحب لكل من حضر الجمعة سواء الرجل والمرأة ومن تجب عليه ، ومن لا تجب ، ولا يستحب لغيره .

(والثانى) يستحب لكل من تجب عليه ، سواء حضر أم انقطع لعذر ، حكاه الماوردى والرويانى ، ورجحه الرويانى وادعى أنه قول جمهور أصحابنا، وليس كما قال •

(والثالث) يستحب لمن حضر ممن تلزمه الجمعة دون من لا تلزمه حكاه الشاشى وغيره ، وهذا ضعيف أو غلط •

(الرابع) يستحب لكل أحد سواء حضر أو لم يحضر ، ومن تلزمه ومن لا تلزمه ، ومن انقطع عنها لعذر ، أو لغيره كغسل العيد • حكاه المتولى وغيره•

قال الشافعى ، والأصحاب : ويدخل وقت غسل الجمعة بطلوع الفجر ، ويبقى الى صلاة الجمعة ، والأفضل أن يكون عند الرواح اليها • فلو اغتسل قبل الفجر لم يحسب • هكذا قطع به الأصحاب فى جميع الطرق الا امام الحرمين فحكى ــ وجهــا ــ أنه يحسب ، وليس بشىء ، ولو اغتســل بعد الفجر ، ثم أجنب لم يبطل غسل الجمعة عنــدنا ، قال الماوردى : وبه قال العلماء كافة الا الأوزاعى فانه أبطله •

دليلنا أن غسل الجمعة يراد للتنظيف فاذا تعقبه غسل الجنابة لم يبطله ، بل هو أبلغ فى النظافة • قال الرويانى وغيره : ويستحب أن يستأنف غسل الجمعة ليخرج من الخلاف ، قال القفال وصاحبه الصــيدلانى والأصحاب : ان لم يجد الماء تيمم ، قالوا : ويتصور ذلك فى قوم توضأوا وفرغ ماؤهم ، وفى الجريح فى غير أعضاء الوضوء ، واســتبعد الغزالى وغيره التيمم لأن المراد قطع الرائحة ، والصواب الأول لأنها طهارة شرعية فناب عنهــا التيمم كغيرها • ولغسل الجمعة فروع ، وتتمات ، نبسطها فى بابها ان شاء الله تعالى •

ومن الغسل المسنون غسل العيدين وهو سنة لكل أحد بالاتفاق ، سواء الرجال والنساء والصبيان ، لأنه يراد للزينة وكلهم من أهلها بخلاف الجمعة ، فانه لقطع الرائحة ، فاختص بحاضرها على الصحيح •

ويجوز بعد الفجر وهل يجوز قبله ؟ قولان (أحدهما) : لا ، كالجمعة • وأصحهما : نعم لأن العيد يفعل أول النهار فيبقى أثره ولأن الحــاجة تدعو

الى تقديمه لأن الناس يقصدونه من بعيد فعلى هـذا فيه أوجـه (أحـدها) يجوز فى جميع الليل (والثانى) لا يجوز الا عند السحر ، وأصحها : يجوز فى النصف الثانى لا قبله ، هذا مختصر ما يتعلق بغسل العيد ، وسيأتى ايضاحه مبسوطا بأدلته حيث ذكره المصنف فى صلاة العيد ان شاء الله تعالى .

ومن المسنون غسل الكسوفين وغسل الاستسقاء . ومنه غسل الـكافر اذا أسلم ولم يكن أجنب ، وقد سبق ايضاحه فى باب ما يوجب الغسل . ومنه غسل المجنون والمغمى عليـه اذا أفاق وقد سـبق بيانهمـا فى باب ما ينقض الوضـوء .

ومنه أغسال الحج ، وهى الغسل للاحرام ولدخـول مـكة ، وللوقوف بعرفة وللوقوف بالمشعر الحرام ، وثلاثة أغسال لرمى الجمار فى أيام التشريق الثلاثة ، نص الشافعى على هذه السبعة فى الأم قال : ولا يغتسـل لجـمرة العقبة . قال أصحابنا : انما لم يغتسل لها لأن وقتها يدخل من نصف الليل ، ويبقى الى آخر النهار ، فلا يجتمع لها الناس ، ولأنه اغتسل للوقوف بالمشعر الحرام ، وهو يرمى جمرة العقبة بعده بساعة ، فأثر الغسل باق فلا حاجـة الى اعادته ، وأضاف الشافعى ــ فى القديم ــ الى هذه السبعة الغسل لطوافى الزيارة والوداع . قال القاضى أبو الطيب : وللحلق . قال البغوى وغيره : ويسن للحائض والنفساء جميع أغسال الحـج الا غسـل الطواف ، لكونها لا تطوف .

ومن المستحب الغسل من غسل الميت ، وللشافعى ــ قول ــ انه يجب ان صح الحديث فيه . ولم يصح فيه حديث ، ولا فرق فى هذا بين غسل الميت المسلم والكافر ، فيسن الغسل من غسلهما ، ويسن الوضوء من مس الميت . نص عليه الشافعى فى مختصر المزنى رحمهما الله وقاله الأصحاب ، ونقله امام الحرمين عن أصحابنا المراوزة وسنبسط الكلام فيه فى الجنائز ان شاء الله تعالى حيث ذكره المصنف .

ومن المستحب الغسل من الحجامة ودخول الحمام ، نص عليهما الشافعى ــ فى القديم ــ وحكاه عن القديم ابن القاص والقفال وقطعا به ، وكذا قطع

به المحاملى فى اللباب والغزالى فى الخلاصة والبغوى وآخرون ، ونقله الغزالى فى الوسيط عن ابن القاص ثم قال : وأنكر معظم الأصحاب استحبابهما ، قال البغوى : أما الحجامة فورد فيها أثر ، وأما الحمام فقيل : أراد به اذا تنور [1] يغتسل والا فلا • وقيل : استحبه لاختلاف الأيدى فى ماء الحمام • قال : وعندى أن معنى الغسل أنه اذا دخله فعرق استحب ألا يخرج حتى يغتسل •

هذا كلام البغوى وروى البيهقى باسناد ــ ضعفه ــ عن عائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الغسل من خمسة من الجنابة ، والحجامة ، وغسل يوم الجمعة ، والغسل من ماء الحمام » وباسناده عن ابن عمرو بن العاص قال : « كنا نغتسل من خمس من الحجامة ، والحمام ، ونتف الابط ، ومن الجنابة ، ويوم الجمعة » والله أعلم •

ومن المستحب الغسل لمن أراد حضور مجمع الناس صرح به أصحابنا ونقله الرويانى فى البحر عن نص الشافعى ، ورأيت فى الأم ما يدل عليه صريحا أو اشارة ظاهرة ، قال أبو عبد الله الزبيرى فى الكافى : يستحب فى كل أمر اجتمع الناس له أن يغتسل المرء له ، ويقطع الرائحة المغيرة من جسده ويمس من طيب أهله ، هذه هى السنة • وقال البغوى : يستحب لمن أراد الاجتماع بالناس أن يغتسل ويتنظف ويتطيب • قال المحاملى فى اللباب : يستحب الغسل عند كل حال تغير فيه البدن قال أصحابنا : وآكد هذه الأغسال غسل الجمعة والغسل من غسل الميت وأيهما آكد ؟ فيه قولان مشهوران ذكرهما المصنف فى الجنائز ، أصحهما عند المصنف وسائر العراقيين الغسل من غسل الميت وهو نصه فى الجديد •

والثانى : غسل الجمعة وهو قوله القديم وصححه البغوى والرويانى وغيرهما • قال الرافعى : وصححه الأكثرون • وهذا هو الصحيح أو الصواب لأن أحاديث غسل الجمعة صحيحة ، وليس فى الغسل من غسل الميت شىء صحيح •

---

(١) لعله يريد اذا أصابه غبار النورة يغتسل لازالته (ط) •

وفائدة القولين فيما لو أوصى بماء لأولى الناس أو وكل من يدفعه الى أولاهم أو آكدهم حاجة فوجد رجلان ، أحدهما : قد غسل ميتا ، والآخر : يريد حضور الجمعة فأيهما أولى به ؟ فيه القولان ، وستأتى دلائل كل ما ذكرته فى مواضعه ان شاء الله تعالى ، وبالله التوفيق .

فصـــل

فى دخـــول الحمـــام

روى عن عائشة رضى الله عنها قالت : « نهى رسول الله صلى الله عليـه وسلم عن دخول الحمامات ، ثم رخص للرجال أن يدخلوها فى الميازر » رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه وغيرهم . قال الترمذى : ليس اسناده بذاك القائم . وعن أبى المليح ــ بفتح الميم ــ قال : دخل نسوة من أهل الشـام على عائشة فقالت : من أنتن ؟ فقلن : من أهل الشام فقالت : لعلكن مـن الكورة التى يدخل نساؤها الحمامات ؟ قلن : نعم ، قالت : أما انى سـمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « ما من امرأة تخلع ثيابها فى غير بيتها الا هتكت ما بينها وبين الله تعالى » رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه ، قال الترمذى : حديث حسن .

وعن عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « انها ستفتح عليكم أرض العجم وستجدون فيها بيوتا يقال لها : الحمامات ، فلا يدخلنها الرجال الا بالأزر وامنعوها النساء الا مريضـة أو نفساء » رواه أبو داود وابن ماجه . وفى اسناده من يضعف ، وجاء فى دخول الحمام ، عن السلف آثار متعارضة فى الاباحة والكراهة . فعن أبى الدرداء رضى الله عنه : « نعم البيت الحمام يذهب الدرن ويذكر النار » .. وعن على وابن عمر رضى الله عنهم : « بئس البيت الحمـام يبـدى العورة ويذهب الحياء » .

وأما أصحابنا فكلامهم فيه قليل ، وممن تكلم فيـه من أصحابنا الامام الفقيه الحافظ أبو بكر السمعانى المروزى رحمه الله ، فقال : جملة القول فى دخول الحمام أنه مباح للرجال بشرط التستر وغض البصر ، ومكروه للنساء

الا لعذر من نفاس أو مرض قال : وانما كره للنساء لأن أمرهن مبنى على المبالغة فى التستر ، ولما فى وضع ثيابهن فى غير بيوتهن من الهتك ؛ ولما فى خروجهن واجتماعهن من الفتنة والشر وأنشد :

دهتك بعلة الحمـــام نعم ومال بها الطريق الى يزيد

قال : وللداخل آداب منها أن يتذكر بحره حر النار ، ويستعيذ بالله تعالى من حرها ويسأله الجنة ، وأن يكون قصده التنظيف والتطهر دون التنعيم والترفه ، وألا يدخله اذا رأى فيه عاريا ، بل يرجع ، وألا يصلى فيه ، ولا يقرأ القرآن ولا يسلم ، ويستغفر الله تعالى اذا خرج ويصلى ركعتين ، فقد كانوا يقولون : يوم الحمام يوم اثم وروى لكل أدب منها خبرا أو أثرا وذكر آدابا أخر .

وذكر الامام الغزالى رحمه الله فى الاحياء فيه كلاما حسنا طويلا مختصره أنه لا بأس بدخول الحمام ، دخل أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم حمامات الشام ، قال : وعلى داخله واجبات وسنن ، فعليه واجبان فى عورته : صونها عن نظر غيره ومســـه ، فلا يتعاطى أمرها ، وازالة وسخها الا بيده . وواجبان فى عورة غيره أن يغض بصره عنها ، وأن ينهاه عن كشفها لأن النهى عن المنكر واجب ، فعليه ذلك وليس عليه القبول .

قال : ولا يسقط الانكار الا لخوف ضرر أو شتم أو نحوه ، ولا يسقط عنه بظنه أنه لا يفيد قال : ولهذا صار الحزم فى هـــذه الأزمان ترك دخـــول الحمام ، اذ لا يخلو عن عورات مكشوفة ، لاسيما ما فوق العـــانة وتحت السرة ولهذا استحب اخلاء الحمام . قال : والسنن عشر ، النية بأن لا يدخـــل عبثا ولا لغرض الدنيا ، بل يقصد التنظف المحبـــوب ، وأن يعطى الحمامى الأجرة قبل دخوله ، ويقدم رجله اليسرى فى دخوله قائلا : بسم الله الرحمن الرحيم ، أعوذ بالله من الرجس النجس الخبيث المخبث الشيطان الرجيم . وأن يدخل وقت الخلوة أو يتكلف اخلاء الحمام فانه ــ وان لم يكن فى الحمام الا أهل الدين والمحتاطون فى العورات ــ فالنظر الى الأبدان مكشوفة فيـــه شوب من قلة الحياء ، وهو مذكر للفكر فى العورات ، ثم لا يخلو الناس فى

الحركات عن انكشاف العورات فيقع عليها البصر . وأن لا يعجل بدخول البيت الحار حتى يعرق فى الأول ، وألا يكثر صب الماء بل يقتصر على قدر الحاجة فهو المأذون فيه ، وأن يذكر بحرارته حرارة نار جهنم لشبهه بها ، وألا يكثر الكلام ، ويكره دخوله بين المغرب والعشاء وقريبا من الغروب ، وأن يشكر الله تعالى اذا فرغ على هذه النعمة وهى النظافة ، ويكره من جهة الطب [1] صب الماء البارد على الرأس عند الخروج من الحمام وشربه . ولا بأس بقوله لغيره عافاك الله ولا بالمصافحة ولا بأن يدلكه غيره يعنى فى غير العورة .

هذا كلام الغزالى ، ثم ذكر فى النساء كلاما حذفته لكون كلام السمعانى أصوب منه ، قال : واذا دخلت المرأة لضرورة فلا تدخل الا بمئزر سابغ ، قال ولا يقرأ القرآن الا سرا ولا يسلم اذا دخل ، فقد اتفق هو والسمعانى على ترك القراءة والسلام ، فأما القراءة فتقدم فى آخر باب ما يوجب الغسل أنها لا تكره ولعل مرادهما الأول تركها لا أنها مكروهة . وأما ترك السلام فقد وافقهما عليه صاحب التتمة ، فقال : لا يستحب السلام لداخله على من فيه لأنه بيت الشيطان ، ولأن الناس يكونون مشتغلين بالتنظف ، وكذا قاله غيرهم .

والحمام مذكر لا مؤنث ، كذا نقله الأزهرى فى تهذيب اللغة عن العرب ونقله غيره وجمعه حمامات ، مشتق من الحميم وهو الماء الحار . والله أعلم وبه التوفيق .

باب التيمم

قال أبو منصور الأزهرى رحمه الله : التيمم فى كلام العرب القصد ، يقال : تيممت فلاناً ويممته وتأممته وأممته ، أى قصدته ، والتيمم ثابت بالكتاب والسنة واجماع الأمة ، وهو رخصة وفضيلة اختصت بها هذه الأمة ، زادها الله شرفا لم يشاركها فيها غيرها من الأمم ، كما صرحت به الأحاديث الصحيحة المشهورة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

---

(١) يتوجه كلامه فيما لو كان البدن دافئا أو عرقا وصب الماء باردا فجأة بكثرة شديدة فان ذلك يورث الشلل واقله شلل الوجه وقد يشل بلفحة الهواء والله أعلم . (ط) .

وأجمعوا على أن التيمم مختص بالوجه واليدين ، سواء تيمم عن الحدث الأصغر أو الأكبر ، سواء تيمم عن كل الأعضاء أو بعضها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(يجوزالتيمم عن الحدث الأصغر لقوله تعالى : « وان كنتم مرضى او على سفر او جاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا (١) » ويجوز عن الحدث الأكبر وهو الجنابة والحيض ، لما روى عن عمار بن ياسر رضى الله عنهما قال : (أجنبت فتمعكت فى التراب فاخبرت النبى صلى الله عليه وسلم بذلك فقال صلى الله عليه وسلم : انما كان يكفيك هكذا ، وضرب يديه على الأرض ومسح وجهه وكفيه) ولأنه طهارة عن حدث فناب عنها التيمم كالوضوء ، ولا يجوز ذلك عن ازالة النجاسة لأنها طهارة فلا يؤمر بها للنجاسة فى غير محل النجاسة كالغسل) •

(الشرح) أما الآية الكريمة فتقدم تفسيرها فى باب ما ينقض الوضوء ، وقوله تعالى : (صعيدا طيبا) قيل : حلالا ، وقيل : طاهرا ، وهو الأظهر الأشهر ، وهو مذهب أصحابنا •

وأما حديث عمار فمتفق على صحته رواه البخارى ومسلم ، وقوله : (تمعكت) أى تدلكت ؛ وفى رواية فى الصحيح تمرغت وهو بمعنى تدلكت • وراوى الحديث عمار تقدم بيان حاله فى آخر السواك •

وينكر على المصنف قوله : روى بصيغة التمريض الموضوعة للعبارة عن حديث ضعيف ، مع أن هذا الحديث متفق على صحته ، وقد نبهت على مثله مرات وذكرته فى مقدمة الكتاب ، وقوله : (ولأنه طهارة عن حدث) احتراز من طهارة النجس •

(اما الأحكام) فيجوز التيمم عن الحدث الأصغر بالكتاب والسنة والاجماع ، ويجوز عن الحدث الأكبر ، وهو الجنابة والحيض والنفاس ، وكذا الولادة اذا قلنا توجب الغسل ، ولا خلاف فى هذا عندنا ، ولا يجوز فى ازالة النجاسة ، ودليله ما ذكره المصنف وأما قول المصنف هنا : يجوز

---

(١) الآية ٤٣ من سورة النساء •

التيمم ، وقوله فى التنبيه : يجب فكلاهما صحيح فهو واجب فى حال جائز فى حال . فاذا لم يجد الماء وضاق الوقت وجب ، واذا وجد الماء بأكثر من ثمن المثل جاز التيمم ولا يجب [1] ، بل لو اشتراه وتوضأ كان أفضل وكذا اذا لم يجد الماء وأراد نافلة أو فريضة فى أول الوقت جاز التيمم ولم يجب .

(فرع) قد ذكرنا أن التيمم عن الحدث الأكبر جائز ، هذا مذهبنا وبه قال العلماء كافة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم ، الا عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود وابراهيم النخعى التابعى فانهم منعوه ، قال ابن الصباغ وغيره : وقيل : ان عمر وعبد الله رجعا ، واحتج لمن منعه بأن الآية فيها اباحته للمحدث فقط ، واحتج أصحابنا والجمهور بقول الله تعالى : (اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم [2]) الى قوله تعالى : (وان كنتم جنبا فاطهروا) ثم قال تعالى : (فلم تجدوا ماء فتيمموا) وهو عائد الى المحدث والجنب جميعا . وقد ثبت فى الصحيحين عن أبى موسى الأشعرى قال : قال عبد الله بن مسعود : « لو أن جنبا لم يجد الماء شهرا لايتيمم ، قال أبو موسى له : كيف يصنع بهذه الآية (فلم تجدوا ماء فتيمموا ؟) فقال عبد الله : لو رخص لهم لأوشكوا اذا برد عليهم الماء أن يتيمموا » فهذا دليل على أنهم كانوا متفقين على أن الآيةتدل على جواز التيمم للجنب .

واحتجوا من السنة بحديث عمار السابق وهو فى الصحيحين ، وبحديث عمران بن الحصين « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى ثم رأى رجلا معتزلا لم يصل مع القوم فقال : يا فلان ما منعك أن تصلى مع القوم ؟ فقال يا رسول الله أصابتنى جنابة ولا ماء ، فقال : عليك بالصعيد فانه يكفيك ، فلما حضر الماء أعطى النبى صلى الله عليه وسلم هذا الرجل اناء من ماء فقال اغتسل به » رواه البخارى ومسلم .

وعن أبى ذر رضى الله عنه ، أنه كان يعزب فى الابل وتصيبه الجنابة ، فأخبر النبى صلى الله عليه وسلم فقال له : « الصعيد الطيب وضوء المسلم ،

---

(١) راجع بحثنا فى التسعير فى الجزء ١٢ (ط) .
(٢) الآية ٦ من سورة المائدة .

وان لم يجد الماء عشر سنين ، فاذا وجد الماء فليمسه بشرته » رواه أبو داود والترمذى والنسائى والحاكم وغيرهم ، قال الترمذى : حديث حسن صحيح، وقال الحاكم : حديث صحيح • وفى المسألة أحاديث كثيرة غير ما ذكرته •

ومن القياس ما ذكره المصنف ، ولأن ما كان طهورا فى الحدث الأصغر كان فى الأكبر كالماء • وأما الآية فليس فيها منع التيمم عن الجنابة ، بل فيها جوازه كما ذكرنا ، ولو لم يكن فيها بيانه فقد بينته السنة •

(فـرع) اذا تيمم الجنب والتى انقطع حيضها ونفاسها ثم قدر على استعمال الماء لزمه الغسل • هذا مذهبنا ، وبه قال العلماء كافة الا أبا سلمة ابن عبد الرحمن التابعى فقـال : لا يلزمه ، ودليلنـا حديث عمران وحديث أبى ذر السابقان •

(فـرع) قال الشـافعى فى الأم والأصـحاب : يجـوز للمسـافر والمعزب [1] فى الابل أن يجامع زوجته وان كان عادما للماء ، ويغسل فرجه ويتيمم •

واتفق أصحابنا على جواز الجماع من غير كراهة ، قالوا : فان قدر على غسل فرجه فغسله وتيمم وصلى صحت صلاته ولا يلزمه اعادتها ، فان لم يغسل فرجه لزمه اعادة الصلاة ــ ان قلنا : رطوبة فرج المرأة نجسة ــ والا فلا اعادة • هذا بيان مذهبنا • وحكى ابن المنذر جواز الجماع عن ابن عباس وجابر بن زيد والحسن البصرى وقتادة والثورى والأوزاعى وأصحاب الرأى وأحمد واسحاق ، واختاره ابن المنذر وحكى عن على بن أبى طالب وابن مسعود وابن عمر والزهرى أنهم قالوا : ليس له ذلك • وعـن مالك قال : لا أحب أن يصيب امرأته الا ومعه ماء • وعن عطاء قال : ان كان بينه وبين الماء ثلاث ليال لم يصبها ، وان كان أكثر جاز ، وعن أحمد فى كراهته روايتان• دليلنا على الجميع ما احتج به ابن المنذر أن الجماع مباح فلا نمنعه ولا نكرهه الا بدليل ، فهذا هو المعتمد فى الدلالة • وأما حديث عمرو بن شعيب عن

---

(١) المعزاب والمعزابة من عزب بماشيته ، وابل عزيب : لا تروح على الحى (ط) •

أبيه عن جده قال : « قال رجل : يا رسول الله الرجل يغيب لا يقدر على الماء أيجامع أهله ؟ قال نعم » رواه أحمد فى مسنده ، فلا يحتج به لأنه ضعيف ، فانه من رواية الحجاج [1] بن أرطاة وهو ضعيف ، والله أعلم .

(**فـرع**) قد ذكرنا أن مذهبنا أن التيمم عن النجاسة لا يجوز ، ومعناه اذا كان على بعض بدنه نجاسة فتيمم فى وجهـه ويديه لا يصـح ، وبه قال جمهور العلماء وجوزه أحمد ، واختلف أصحابه فى وجوب اعادة هذه الصلاة.

قال ابن المنذر : كان الثـورى والأوزاعى وأبو ثور يقولون : يمسـح موضع النجاسة بتراب ويصلى . قال : وحكى أبو ثور هذا عن الشافعى ، قال : والمعروف من قول الشافعى بمصر أن التيمم لا يجزىء عن نجاسة ، واحتج أصحابنا بما ذكره المصنف ، وقول المصنف : فلا يؤمر بها للنجاسة ، احتراز من الحدث فانه يؤمر بطهارته فى غير محله . وقوله : كالغسل هـو بفتح الغين ، معناه كما لو كان على بدنه نجاسة فلا يؤمر بالغسل فى غير محلها ، ولأن التيمـم رخصـة ، فلا يجـوز الا فيما ورد الشرع به ، وهو الحدث والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والتيمم مسح الوجه واليدين مع المرفقين بضربتين او اكثر ، والدليل عليه ما روى أبو أمامة وابن عمر رضى الله عنهم : ((أن النبى صلى الله عليه وسلم : قال التيمم ضربتان ضربة للوجه وضربة لليدين الى المرفقين)) .

وحكى بعض أصحابنا عن الشافعى رحمه الله أنه قال فى القـديم : التيمم ضربتان ضربة للوجه وضربة للكفين ، ووجهه فى حديث عمـار ، وانكر الشـيخ أبو حامد [الاسفراينى رحمه الله] ذلك وقال : المنصوص فى القديم والجديد هو الأول ، ووجهه أنه عضو فى التيمم فوجب استيعابه كالوجه ، وحديث عمـار يتأول على أنه مسح كفيه الى المرفقين بدليل حديث أبى أمامة وابن عمر) .

(**الشرح**) أما حديث ابن عمر فسـيأتى بيـانه ان شـاء الله ، وأما حديث أبى أمامة فمنكر لا أصل له ، واسم أبى أمامة صدى بضم الصـاد

---

(1) هو صدوق يدلس فاذا صرح بالتحديث كان حجة ، وهو احد الأعلام وكان قاضيا للبصرة قال : أبو حاتم اذاقال : حدثنا ، فهو صالح لا يرتاب فى حفظه وصدقه (ط) .

وفتح الدال المهملة وتشديد الياء ابن عجلان الباهلى من بنى باهلة ، سكن حمص رضى الله عنه ، وابن عمر تقدم بيانه فى الآنية ، والشيخ أبو حامد فى مسح الخف والعضو بكسر العين وضمها ، وقوله : ولأنه عضو فى التيمم احترز (بعضو) عن مسح الخف و (بالتيمم) عن مسح الرأس فى الوضوء .

(واما حكم المسألة) فمذهبنا المشهور أن التيمم ضربتان ، ضربة للوجه وضربة لليدين مع المرفقين ، فان حصل استيعاب الوجه واليدين بالضربتين والا وجبت الزيادة حتى يحصل الاستيعاب . وحكى أبو ثور وغيره قولا للشافعى فى القديم أنه يكفى مسح الوجه والكفين ؛ وأنكر أبو حامد والماوردى وغيرهما هذا القول وقالوا : لم يذكره الشافعى فى القديم ، وهذا الانكار فاسد ، فان أبا ثور من خواص أصحاب الشافعى وثقاتهم وأئمتهم فنقله عنه مقبول ، واذا لم يوجد فى القديم حمل على أنه سمعه منه مشافهة وهذا القول وان كان قديما مرجوحا عند الأصحاب فهو القوى فى الدليل وهو الأقرب الى ظاهر السنة الصحيحة . وقال كثيرون من الخراسانيين : لا يشترط ضربتان ، بل الواجب ايصال التراب الى الوجه واليدين ، سواء حصل بضربتين أو ضربة ، وسيأتى بيان هذا فى واجبات التيمم ان شاء الله تعالى ، هذا تلخيص مذهبنا .

وحكى ابن المنذر وجوب الضربتين عن على بن أبى طالب وابن عمر والحسن البصرى والشعبى وسالم بن عبد الله ومالك والليث والثورى وأصحاب الرأى ، وعبد العزيز بن أبى سلمة ، قال أصحابنا : وهو قول أكثر العلماء . وحكى الماوردى وغيره عن ابن سيرين أنه لا يجزئه الا ثلاث ضربات : ضربة لوجهه ، وضربة لكفيه ، وضربة لذراعيه . وقال آخرون : الواجب ضربة للوجه والكفين ، حكاه ابن المنذر عن عطاء ومكحول والأوزاعى وأحمد واسحاق . قال ابن المنذر : وبه أقول وبه قال داود ، وحكاه الخطابى عن عامة أصحاب الحديث .

وأما قدر الواجب من اليدين فالمشهور من مذهبنا أنه الى المرفقين كما سبق وبه قال مالك وأبو حنيفة وأكثر العلماء ، وقال عطاء ومن بعده ممن

ذكرناه : الى الكفين ، وحكى الماوردى وغيره عن الزهرى أنه يجب مسحهما الى الابطين ، وما أظن هذا يصح عنه ، وقد قال الخطابى : لم يختلف العلماء فى أنه لا يجب مسح ما وراء المرفقين .

واحتج من قال : ضربة للوجه والكفين بحديث عمار قال : « أجنبت فتمعكت فى التراب وصليت ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : انما كان يكفيك هكذا ، فضرب النبى صلى الله عليه وسلم بكفيه الأرض ، فنفخ فيهما ثم مسح بهما وجهه وكفيه » رواه البخارى ومسلم .

واحتج أصحابنا بأشياء كثيرة لا يظهر الاحتجاج بها فتركتها ، وأقربها أن الله تعالى أمر بغسل اليد الى المرفق فى الوضوء ، وقال فى آخر الآية : (فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً فامسحوا بوجوهكم وأيديكم) وظاهره أن المراد الموصوفة أولا وهى المرفق . وهذا المطلق محمول على ذلك المقيد ، لاسيما وهى آية واحدة ، ذكر الشافعى رحمه الله هذا الدليل بعبارة أخرى ، فقال كلاماً معناه أن الله تعالى أوجب طهارة الأعضاء الأربعة فى الوضوء فى أول الآية ثم أسقط منها عضوين فى التيمم فى آخر الآية ، فبقى العضوان فى التيمم على ما ذكرا فى الوضوء ، اذ لو اختلفا لبينهما ، وقد أجمع المسلمون على أن الوجه يستوعب فى التيمم كالوضوء فكذا اليدان . قال البيهقى فى كتابه معرفة السنن والآثار : قال الشافعى رحمه الله : انما منعنا أن نأخذ برواية عمار فى الوجه والكفين ثبوت الحديث عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه مسح وجهه وذراعيه ، وأن هذا أشبه بالقرآن .

والقياس أن البدل من الشىء يكون مثله ، قال البيهقى : حديث عمار أثبت من مسح الذراعين ، الا أن حديث الذراعين جيد بشواهده ، ورواه جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم : « التيمم ضربة للوجه وضربة لليدين الى المرفقين » وعن أبى جهيم الأنصارى قال : « أقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم من نحو بئر جمل فلقيه رجل فسلم عليه فلم يرد عليه النبى صلى الله عليه وسلم حتى أقبل الى الجدار فمسح بوجهه ويديه ثم رد عليه السلام » رواه البخارى هكذا مسنداً وذكره مسلم تعليقاً ، وهو مجمل فسره ابن عمر فى روايته قال : « مر رجل على رسول الله صلى الله عليه وسلم فى سكة من السكك وقد

خرج من غائط أو بول ، فسلم عليه فلم يرد عليه حتى كاد الرجل يتوارى فى السكة ضرب بيديه على الجدار ومسح بهما وجهه ، ثم ضرب ضربة أخرى فمسح ذراعيه ثم رد على الرجل السلام وقال : « انى لم يمنعنى أن أرد عليك السلام الا أنى لم أكن على طهر » هكذا رواه أبو داود فى سننه الا أنه من رواية محمد بن ثابت العبدى وليس هو بالقوى عند أكثر أهل الحديث ، وروى البيهقى فى حديث أبى الجهيم فمسح وجهه وذراعيه ، رواه من طرق يعضد بعضها بعضا ، قال : وله شاهد من حديث ابن عمر ، فذكر حديثه هذا .

قال البيهقى : وهذا الحديث رواه عن العبدى جماعة من الأئمة وذكرهم . قال : وأنكر البخارى على العبدى رفع هذا الحديث . قال البيهقى : ورفعه غير منكر ، فقد صح رفعه من جهة الضحاك بن عثمان ويزيد بن عبد الله بن أسامة ، وانما انفرد العبدى فيه بذكر الذراعين . قال البيهقى : وقد صح عن ابن عمر من قوله وفعله التيمم ضربتان : ضربة للوجه وضربة لليدين الى المرفقين ، فقوله : وفعله . يشهد لصحة رواية العبدى ، فانه لا يخالف النبى صلى الله عليه وسلم فيما يروى عنه . قال الشافعى والبيهقى : أخذنا بحديث مسح الذراعين لأنه موافق لظاهر القرآن وللقياس وأحوط : قال الخطابى : الاقتصار على الكفين أصح فى الرواية ، ووجوب الذراعين أشبه بالأصول وأصح فى القياس ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز التيمم الا بالتراب لما روى حذيفة بن اليمان رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « فضلنا على الناس بثلاث : جعلت لنا الأرض مسجدا وجعل ترابها لنا طهورا ، وجعلت صفوفنا كصفوف الملائكة » فعلق الصلاة على الأرض ثم نزل فى التيمم الى التراب ، فلو جاز التيمم بجميع الأرض لما نزل عن الأرض الى التراب : ولأنه طهارة عن حدث فاختص بجنس واحد كالوضوء) .

(الشرح) حديث حذيفة صحيح رواه مسلم وقال فيه : « جعلت لنا الأرض كلها مسجدا وتربتها طهورا » قال الخطابى : معناه أن من كان قبلنا لم تبح لهم الصلاة الا فى البيع والكنائس .

والتراب معروف وله خمسة عشر اسما ذكرتها مفصلة فى تهذيب الأسماء [1] ، ثم الصحيح المشهور أنه اسم جنس لا يثنى ولا يجمع الا اذا اختلفت أنواعه • ونقل أبو عمر الزاهد عن المبرد أنه جمع واحده ترابة ، وقوله : « لأنه طهارة عن حدث » احتراز من الدباغ •

(أما حكم المسألة) فمذهبنا أنه لا يصح التيمم الا بتراب ، هذا هو المعروف فى المذهب وبه قطع الأصحاب وتظاهرت عليه نصوص الشافعى وحكى الرافعى عن أبى عبد الله الحناطى (بالحاء المهملة والنون) أنه حكى فى جواز التيمم بالذريرة والنورة والزرنيخ والأحجار المدقوقة والقوارير المسحوقة وأشباهها قولين للشافعى ، وهذا نقل غريب ضعيف شاذ مردود ، وانما أذكره للتنبيه عليه لئلا يغتر به ، والصحيح فى المذهب أنه لا يجوز الا بتراب ، وبه قال أحمد وابن المنذر وداود • قال الأزهرى والقاضى أبو الطيب: هو قول أكثر الفقهاء وقال أبو حنيفة ومالك : يجوز بكل أجزاء الأرض حتى بصخرة مغسولة ، وقال بعض أصحاب مالك : يجوز بكل ما اتصل بالأرض كالخشب والثلج وغيرهما ، وفى الملح ثلاثة أقوال لأصحاب مالك • (أحدها): يجوز ، (والثانى) : لا • (والثالث) ــ وهو عندهم أشهرها ــ أنه ان كان مصنوعا لم يجز التيمم به والا جاز •

وقال الأوزاعى والثورى : يجوز بالثلج وكل ما على الأرض • واحتجوا بقول الله تعالى : (فتيمموا صعيدا) والصعيد ما على الأرض وبقوله صلى الله عليه وسلم : « جعلت لنا الأرض مسجدا وطهورا » رواه البخارى ومسلم ، وبحديث أبى الجهيم السابق فى التيمم بالجدار ، وبحديث عمار أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « انما كان يكفيك هكذا ، ثم ضرب بيديه ثم نفضهما ثم مسح وجهه وكفيه » رواه البخارى ومسلم • وفى رواية لمسلم :

---

(١) قال فيه : وذكر فيه أبو جعفر النحاس فى كتابه صناعة الكتاب فى التراب خمس عشرة لغة يقال : تراب وتورب يعنى على مثال جعفر وترابه ويترب بفتح أولهما والاثلب والاثلب الاول بفتح الهمزة واللام والثانى بكسر الهمزة واللام والثاء مثلثة فيهما ومنه قولهم بغيه الاثلب وهو الكثكث بفتح الكافين والدقعم بكسر الدال والعين والدقعاء بفتح الدال والمد والرغام بفتح الراء والغين المعجمة ومنه أرغم الله تعالى انفه أى ألصقه بالرغام وهو البرا مقصور مفتوح الباء الموحدة كالعصا والكملخم بكسر الكاف واللام واسكان الميم بينهما والخاء أيضا معجمة والعثير بكسر العين المهملة واسكان الثاء المثلثة بعدها مثناة من تحت مفتوحة (ط) .

« انما يكفيك أن تضرب بيـديك الأرض ثم تنفخ ثم تمسـح بهما وجهك وكفيك » قالوا : فهذا يدل على أنه لا يختص بتراب ذى غبار يعلق بالعضـو كما قلتم ، قالوا : لأنه طهارة بجامد فلم يختص بجنس كالدباغ .

واحتج أصحابنا بقوله تعالى : (فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه) وهذا يقتضى أن يمسح بما له غبار يعلق بعضه بالعضو وبحديث حذيفة ، وروى البيهقى عن ابن عباس قال : « الصـعيد الحـرث حـرث الأرض » وبالقياس الذى ذكره المصنف . وأما قولهم : الصعيد ما صـعد على وجه الأرض فلا نسلم اختصاصه به ، بل هو مشترك يطلق على وجه الأرض وعلى التـراب وعلى الطـريق ، كذا نقـله الأزهـرى عـن العـرب واذا كان كذلك لم يخص بأحد الأنواع الا بدليل ومعنا حديث حذيفة وتفسير ابن عباس ترجمان القرآن بتخصيص التراب . وأما حديث : « جعلت لنا الأرض مسجدا وطهورا » فمختصر محمول على ما قيده فى حديث حذيفة .

وأما التيمم بالجدار فمحمول على جدار عليه غبار ، لأن جدرانهم مـن الطين ، فالظاهر حصول الغبار منها ، وحديث النفخ فى اليدين محمول على أنه علق باليد غبار كثير فخففه ، ونحن نقول باستحباب تخفيفه . ورواية مسلم ثم ينفخ محمولة على ما اذا علق بهما غبار كثير ولا يصح أن يعتقـد أنه أمره بازالة جميع الغبار ، والفرق بين التيمم والدباغ أن المراد بالدباغ تنشيف فضول الجلد وذلك يحصل بأنواع ، فلم يختص ، والتيمم طهارة تعبدية فاختصت بما جاءت به السنة كالوضوء والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فاما الرمل فقد قال فى القديم والاملاء : يجوز التيمم به ، وقال فى الام : لا يجوز . فمن اصحابنا من قال : لا يجوز قولا واحـدا وما قاله فى القـديم والاملاء محمول على رمل يخالطه التراب ، ومنهم من قال ــ على قولين .

(احدهما) يجوز لما روى ابو هريرة رضى الله عنه ان رجلا قال للنبى صلى الله عليه وسلم : « انا بارض الرمل وفينا الجنب والحائض ونبقى اربعة اشهر لا نجد الماء فقال صلى الله عليه وسلم : عليكم بالأرض » .

(والثانى) لا يجوز لأنه ليس بتراب فاشبه الجص) .

(**الشرح**) حديث أبى هريرة هذا ضعيف ، رواه أحمد فى مسنده ، ورواه البيهقى من طرق ضعيفة وبين ضعفه ، وجاء فى بعضها (عليكم بالتراب) وصورة مسألة الكتاب التى ذكر المصنف فيها الطريقين فى رمل خالص لا يخالطه تراب . وهذان الطريقان مشهوران ، واتفق الأصحاب على أن الصحيح طريقة التفصيل وهو أنه ان خالطه تراب جاز والا فلا ، وحملوا القولين على هذين الحالين وبهذا الطريق قطع جماعات من المصنفين ، ونقله الشيخ أبو حامد والمحاملى وامام الحرمين عن عامة الأصحاب قالوا : وغلط من قال : فيه قولان .

قال القاضى أبو الطيب : طريقة القولين هى قول ابن القاص ، وأما قول المصنف فى التنبيه : « فان خالطه جص أو رمل لم يجز التيمم به » فمحمول على رمل دقيق يلصق بالعضو ، والذى ذكره الأصحاب هو فى رمل خشن لا يلصق وبهذا يحصل الفرق بينه وبين ما اذا خالطه دقيق ونحوه ، فانه لا يجوز التيمم به لأنه يلصق بالعضو ، وقد سبق أن الجص بكسر الجيم وفتحها وهو معرب والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان احرق الطين وتيمم بمدقوقه ففيه وجهان .

(احدهما) لا يجوز التيمم به ، كما لا يجوز بالخزف المدقوق .

(والثانى) يجوز لان احراقه لم يزل اسم الطين والتراب عن مدقوقه ، بخلاف الخزف . ولا يجوز الا بتراب له غبار يعلق بالعضو ، فان تيمم بطين رطب او تراب ند (١) لا يعلق غباره لم يجز ، لقوله تعالى : (فامسحوا بوجوهكم وايديكم (٢) منه) وهذا يقتضى انه يمسح بجزء من الصعيد ، ولانه طهارة فوجب ايصال الطهور فيها الى محل الطهارة كمسح الراس ، ولا يجوز بتراب نجس لانه طهارة فلا تجوز بالنجس كالوضوء ، ولا يجوز بما خالطه جص او دقيق لانه ربما حصل على العضو فمنع وصول التراب اليه ، ولا يجوز بما استعمل فى العضو ، فاما ما تناثر من اعضاء المتيمم ففيه وجهان .

---

(١) ند أصلها ندى كتعب حذفت الياء للثقل ومثل شج فى قول الشارح (ط) .

(٢) الآية ٤٣ من سورة النساء (ط) .

(احدهما) لا يجوز التيمم به كما لا يجوز الوضوء بما تساقط من اعضاء المتوضىء .

(والثانى) يجوز لأن المستعمل منه ما بقى على العضو ، وما تناثر غير مستعمل فجاز التيمم به ، ويخالف الماء لانه لا يدفع بعضه بعضا والتراب يدفع بعضه بعضا فدفع ـ ما ادى به الفرض فى العضو ـ ما تناثر منه) .

(الشرح) فى هذه القطعة مسائل :

(احداها) اذا أحرق الطين وتيمم بمدقوقه فوجهان مشهوران أصحهما عند الجمهور : لا يجوز ، وبه قطع الشيخ أبو حامد البغوى ، والأصح عند امام الحرمين وصاحب البحر والمحققين : الجواز . وهذا أظهر ، قال امام الحرمين : القول بأنه لا يجوز غلط غير معدود من المذهب ، وقد ذكر المصنف دليل الوجهين .

وقال القاضى أبو الطيب : ان احترق ظاهره وباطنه لم يجز ، وان احترق ظاهره دون باطنه ففيه وفى الطين الخراسانى اذا دق وجهان ، والأظهر الجواز مطلقا أما اذا أصابته نار فاسود ولم يحترق ، فالمذهب القطع بجواز التيمم به، وبه قطع البغوى وغيره . وحكى الرافعى فيه وجها وهو ضعيف لأنه تراب ولا يشبه الخزف بحال ، ولو احترق فصار رمادا لم يجز التيمم به بلا خلاف كالخزف ، نقله الرافعى وغيره وهو ظاهر والله أعلم .

(الثانية) يشترط كون التراب له غبار يعلق بالعضو ، وقد ذكر المصنف دليله وبه قال أبو يوسف ، وقال مالك وأبو حنيفة : لا يشترط الغبار ، وقد سبقت المسألة بدلائلها ، وقوله : تراب ند هو بتنوين الدال مثل شج .

(الثالثة) لا يجوز التيمم بتراب نجس بلا خلاف عندنا ، ونقله الشيخ أبو حامد عن العلماء كافة ، قال الأوزاعى : فانه جوزه بتراب المقابر قال : ولعله أراد اذا لم تكن منبوشة فيوافقنا . واحتج المحاملى وغيره بقوله تعالى : (صعيدا طيبا) قالوا : والمراد طاهرا وهذا هو الراجح فى معنى الطيب فى الآية كما قدمناه ، واحتجوا أيضا بما ذكره المصنف وكان ينبغى للمصنف أن يقول : لأنه طهارة عن حدث ليحترز عن الدباغ ، فانه يجوز بالنجس على

أصح الوجهين كما سبق • قال أصحابنا : وسواء كان التراب الذى خالطته النجاسة كثيرا أو قليلا لا يجوز التيمم به بلا خلاف ، بخلاف الماء الكثير لأن للماء قوة تدفع النجاسة ، وذكر أصحابنا هنا تراب المقابر وحكمه أنه اذا تيقن نبشها فترابها نجس ، وان تيقن عدم نبشها فترابها طاهر ، وان شك فطاهر أيضا على الأصح ، فحيث قلنا : طاهر جاز التيمم به والا فلا ، الا أنها اذا لم تنبش تجوز الصلاة عليها مع الكراهة ، لكونها مدفن النجاسة ولا يكره التيمم بترابها لأنه طاهر فهو كغيره صرح به الشيخ نصر فى الانتخاب وهو واضح حسن •

قال الشافعى رحمه الله فى الأم : ولو وقع المطر على المقبرة لم يصح التيمم بها لأن صديد الميت قائم فيها لا يذهبه المطر كما لا يذهب التراب ، قال : وهكذا كل ما اختلط من الأنجاس بالتراب مما يصير كالتراب •

وذكر الأصحاب هنا التيمم بالأرض التى أصابتها نجاسة ذائبة ، فزال أثرها بالشمس والريح وفيها القولان المشهوران : الجديد أنها لا تطهر فلا يجوز التيمم بها ، والقديم أنها تطهر فيجوز التيمم بها عند الجمهور • وقال القفال فى شرح التلخيص : اذا قلنا بالقديم ، فهى طاهرة تجوز الصلاة عليها ، وفى جواز التيمم بترابها قولان قال : وهكذا قال الشافعى فى القديم : ان جلد الميتة يطهر بالدباغ وتجوز الصلاة عليه وفيه ، ولا يجوز بيعه ؛ فجعله طاهرا فى حكم دون حكم ، هذا كلام القفال وهو شاذ ، ومنع بيع المدبوغ ليس للنجاسة كما سبق فى بابه والله أعلم •

(الرابعة) لا يصح التيمم بتراب خالطه جص أو دقيق أو زعفران أو غيره من الطاهرات التى تعلق بالعضو ، وسواء كان الخليط قليلا أو كثيرا مستهلكا ، هذا هو الصحيح المشهور • قال البندنيجى • وهو المنصوص ، وحكى الأصحاب عن أبى اسحاق المروزى وجها أنه يجوز اذا كان الخليط مستهلكا ، كما يجوز الوضوء بالماء الذى استهلك فيه مائع ، قال الشيخ أبو حامد والأصحاب هذا الوجه غلط • والفرق أن الماء يجرى بطبعه فاذا أصاب المائع موضعا جرى الماء بعده ، وأما الخليط فربما علق بالعضو فمنع

التراب من العلوق ولأن للماء قوة التطهير ، ولأنه لا تضره النجاسة اذا كان كثيرا بخلاف التراب ، وأما اذا اختلط بالتراب فتات الأوراق ، فقال امام الحرمين والغزالى فى البسيط : الظاهر أنه كالزعفران ، يعنى فيكون فيه التفصيل والخلاف ، وقيل يعفى عنه كما فى الماء ، فان قيل ما الفرق بين مخالطة الدقيق ونحوه ؟ ومخالطة الرمل حيث جاز فى الرمل دون الدقيق ؟ قلنا الدقيق يعلق باليد كما يعلق التراب فيمنع التراب ، والرمل لا يعلق ، أما اذا خالط التراب مائع طاهر من طيب أو خل أو لبن أو غيره ، فقال الماوردى : ان تغير به لم يجز التيمم به والا جاز .

وقال القاضى أبو الطيب وصاحب البحر : ان تغيرت رائحته بماء الورد ثم جف جاز التيمم به ، لأن بالجفاف ذهب ماء الورد وبقيت رائحته المجاورة.

(فرع) هذا الذى ذكره المصنف من أن الجص لا يجوز التيمم به ، هو المذهب الصحيح المقطوع به فى طرق الأصحاب ، وشذ وأغرب القاضى أبو بكر البيضاوى فحكى فى كتابه شرح التبصرة له فى جواز التيمم بالجص ثلاثة أوجه .

(أحدها) : يجوز ، (والثانى) : لا يجوز ، (والثالث) : ان كان محرقا لم يجز والا جاز . وبهذا الثالث قطع صاحب الحاوى والبحر ، وهو ضعيف جدا ، نبهت عليه لئلا يغتر به .

(الخامسة) التراب المستعمل فيه صور :

(احداها) أن يلصق بالعضو ثم يؤخذ منه ، فالمشهور فى المذهب أنه لا يجوز التيمم به ، وهو الصحيح الذى قطع به الجمهور كالماء المستعمل ، وذكر الشيخ أبو حامد والماوردى وامام الحرمين والغزالى وغيرهم فيه وجهين (أحدهما) هذا (والثانى) يجوز ، لأن التيمم لا يرفع الحدث فلا يصير مستعملا بخلاف الماء ، واختاره الماوردى ، وذكر الغزالى فى تدريسه أن هذا الخلاف يلتفت على أن سبب الاستعمال فى الماء هو انتقال المنع أم تأدى العبادة .

(الثانية) أن يصيب العضو ثم يتناثر منه فوجهان مشهوران ذكر المصنف دليلهما ، أصحهما لا يجوز التيمم به ، صححه الشيخ أبو حامد والمحاملى فى المجموع والفورانى وامام الحرمين وابن الصباغ والبغوى وصاحب العدة وآخرون ، وقطع به المتولى وغيره ، ونقله البندنيجى وابن الصباغ عن نص الشافعى ، قال الشيخ أبو حامد والمحاملى وغيرهما : الوجه الآخر غلط .

(الثالثة) أن يتساقط عن العضو ولم يكن لصق به ولا مسه ، بل لاقى ما لصق بالعضو ، فالمشهور أنه ليس بمستعمل كالباقى على الأرض ، قال الرويانى : وقيل فيه وجهان ، قال : ولا معنى لهذا والله أعلم .

(فرع) فى مسائل تتعلق بالفصل

(احداها) قال أصحابنا : يجوز التيمم بجميع أنواع التراب من الأحمر والأبيض والأسود والأعفر وغير ذلك ، قال أصحابنا : وسواء فى ذلك التراب المأكول وغيره ، هذا هو المذهب الصحيح المشهور ، وفى البيان وجه أنه لا يجوز بالتراب الأرمنى ولا بالمأكول وليس بشىء . قال الشافعى رحمه الله فى المختصر : والصعيد التراب من كل أرض سبخها ومدرها وبطحائها وغيرها . وقال فى الأم : ولا يتيمم ببطحاء رقيقة كانت أو غليظة .

قال أصحابنا : السبخة التراب الذى فيه ملوحة ولا ينبت فالتيمم به جائز ، وبه قال جمهور العلماء . وحكى الماوردى عن ابن عباس واسحاق ابن راهويه أنهما منعاه لقوله تعالى : (صعيدا طيبا) ودليلنا أن النبى صلى الله عليه وسلم « تيمم بتراب المدينة وهى سبخة » ولأنه جنس يتطهر به ، فاستوى ملحه وعذبه كالماء . وأما الطيب فى الآية فمعناه الطاهر ، وقيل : الحلال كما سبق ، وأما المدر فهو التراب الذى يصيبه الماء فيجف ويصلب ، ويصح التيمم به اذا دق أو كان عليه غبار ، وأما البطحاء فهو بفتح الباء وبالمد ، يقال فيه الأبطح ، ذكره الأزهرى وغيره واختلفوا فى تفسيره ، فالصحيح الأوضح ما ذكره الأزهرى وامام الحرمين والغزالى وآخرون أنه التراب اللين فى مسيل الماء . وقال القاضى أبو الطيب : هو مجرى السيل اذا جف واستحجر ، وقال الشيخ أبو حامد والماوردى وآخرون : فيه تأويلان

(أحدهما) : القاع ، (والثانى) : الأرض الصلبة • وأما قول الشافعى فى الأم : لا يجوز بالبطحاء ، وقوله فى المختصر : يجوز ، فقال الأصحاب : ليست على قولين بل على حالين ، فقوله : لا يجوز أراد اذا لم يكن فيها تراب يعلق باليد • وقال صاحبا الحاوى والبحر وغيرهما : وأما الحمأة [1] المتغيرة اذا جفت وسحقت فيجوز التيمم بها لأنها طين خلق منتنا ، فهى كالماء الذى خلق منتنا • قال أصحابنا : ولا يجوز التيمم بمدقوق الكذان ، وهو حجر رخو يصير بالدق كالتراب ، والله أعلم •

(المسألة الثانية) قال أصحابنا يجوز أن يتيمم الجماعة من موضع واحد كما يتوضأون من اناء ، ويجوز أن يتيمم الواحد من تراب يسير يستصحبه معه فى خرقة ونحوها مرات ، كما يتوضأ من اناء مرات •

(الثالثة) قال أصحابنا : يجوز أن يتيمم من غبار تراب على مخدة أو ثوب أو حصير أو جدار أو أداة [2] ونحوها ، نص عليه فى الأم وقطع به الجمهور • قال العبدرى وغيره : « وكذا لو ضرب بيده على حنطة أو شعير فيه غبار » وحكى صاحب البحر وجها شاذا أنه لا يجوز ، وهو مذهب أبى يوسف لأنه لم يقصد الصعيد ، وهذا الوجه ليس بشىء ، للحديث الصحيح الذى سبق أن النبى صلى الله عليه وسلم : « تيمم بالجدار » ولأنه قصد الصعيد ، فلا فرق بين أن يكون على الأرض أو على غيرها •

(الرابعة) الأرضة بفتح الهمزة والراء ، وهى دويبة تأكل الخشب والكتب ونحوها اذا استخرجت ترابا • قال القاضى حسين : ان استخرجته من مدر جاز التيمم به ولا يضر اختلاطه بلعابها ، فانه طاهر فصار كتراب عجن بخل أو ماء ورد ، وان استخرجت شيئا من الخشب لم يجز لعدم التراب •

(الخامسة) لو تيمم بتراب على ظهر حيوان ــ ان كان كلبا أو خنزيرا نظر ــ ان علم نجاسته بأن وقع عليه التراب فى حال رطوبته أو أصابه عرقه ــ

---

(١) تسكن الميم اذا أنثت وتحرك اذا حذفت الهاء قال تعالى : (من حمأ مسنون) •

(٢) الاداة الآلة « ط » •

لم يجز التيمم به ، وان علم أنه طاهر لعلمه بانتفاء ذلك جاز التيمم به ، وان لم يعلم الحال فقال القاضي حسين وصاحبا التتمة والبحر والرافعي ، « فيه القولان فى تقابل الأصل والظاهر » قال صاحب البحر : « والأصح الجواز » وهذا الذى ذكروه مشكل ، وينبغى أن يجوز التيمم به بلا خلاف للأصل ، وليس هنـا ظاهر يعارضه ،وان كان حيوانا آخر جاز بلا خلاف الا أن يكون امرأة ففيها تفصيل وخلاف يأتى قريبا ان شاء الله تعالى والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يصح التيمم الا بالنية لما ذكرناه فى الوضوء ، وينوى بالتيمم استباحة الصلاة ، فان نوى به رفع الحدث ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح لأنه لا يرفع الحدث . (والثانى) يصح لأن نية رفع الحدث تتضمن استباحة الصلاة) .

(الشرح) النية فى التيمم واجبة عندنا بلا خلاف ، وكذلك فى الوضوء والغسل ، وقد تقدم فى باب نية الوضوء بيان مذاهب العلماء فيها بدلائلها وفروع كثيرة ، وأما صفة نية التيمم ـ فان نوى استباحة الصلاة أو استباحة مالا يباح الا بالطهارة ـ صـح تيممه بلا خلاف ، لأنه نوى مقتضاه . وان نوى رفع الحدث بنى على أن التيمم يرفع الحدث أم لا ؟ وفيه وجهان الصحيح منهما أنه لا يرفع الحدث ، وبه قطع جمهور الأصحاب والثانى ـ وهو قول أبى العباس بن سريج : يرفع فى حق فريضة واحدة ، ودليل المذهب حديث عمران بن حصين الذى قدمناه فى تيمم الجنب وأمر النبى صلى الله عليـه وسلم له بالاغتسال حين وجد الماء ، وحديث أبى ذر السابق أيضا : « الصعيد الطيب وضوء المسلم فاذا وجد الماء فليمسه بشرته » وحديث عمرو بن العاص حين تيمم فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « صليت بأصحابك وأنت جنب » وكلها أحاديث صحاح ظاهرة فى أن الحدث ما ارتفع ، اذ لو ارتفع لم يحتج الى الاغتسال .

قال امام الحرمين : هذا المنقول عن ابن سريج ضـعيف معـدود مـن الغلطات فان ارتفاع الحدث لا يتبعض ، فاذا نوى المتيمم رفع الحدث ـ ان قلنا بقول ابن سريج ـ صح ، وان قلنـا بالمذهب فوجهان مشـهوران ذكر

المصنف دليلهما ، (أصحهما) باتفاق الأصحاب لا يصح تيممه ، وبه قطع القاضى أبو الطيب وجماعات .

(الثانى) يصح ونقله ابن خيران قولا ، وهو غريب ضعيف ، ولو تيمم الجنب بنية رفع الجنابة ، فكمحدث نوى رفع الحدث ، ولو نوى الطهارة عن الحدث لم يصح كما لو نوى رفع الحدث . ذكره القاضى أبو الطيب ومتابعوه ابن الصباغ والرويانى والشيخ نصر ، والله أعلم .

(**فرع**) ذكرنا أن التيمم لا يرفع الحدث عندنا ، وبه قال جماهير العلماء . وقال داود والكرخى الحنفى وبعض المالكية : يرفعه . دليلنا ما سبق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يصح التيمم الا بنية الفرض ، فان نوى بتيممه صلاة مطلقة او صلاة نافلة لم يستبح الفريضة . وحكى شيخنا ابو حاتم القزوينى أن ابا يعقوب الأبيوردى حكى عن الاملاء قولا آخر انه يستبيح به الفرض ، ووجهه انه طهارة فلم يفتقر الى نية الفرض كالوضوء . والذى يعرفه البغداديون من اصحابنا ، كالشيخ أبى حامد وشيخنا القاضى أبى الطيب انه لا يستبيح به الفرض لأن التيمم لا يرفع الحدث وانما يستباح به الصلاة ، فلا يستبيح به الفرض حتى ينويه بخلاف الوضوء ، فانه يرفع الحدث فاستباح به الجميع ، وهل يفتقر الى تعيين الفريضة ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يفتقر لأن كل موضع افتقر الى نية الفريضة افتقر الى تعيينها ، كاداء الصلاة (والثانى) لا يحتاج الى تعيينها ، ويدل عليه قوله فى البويطى) .

(**الشرح**) ينبغى للمتيمم لفريضة أن ينوى استباحة تلك الفريضة بعينها ، فان نوى استباحة الفرض مطلقا ولم يعين فوجهان مشهوران فى طريقة العراقيين أصحهما : يجزئه ويستبيح أى فريضة أراد ، اتفق الأصحاب على تصحيحه ، وبه قطع جمهور الخراسانيين . ونقل امام الحرمين اتفاق طرق المراوزة عليه ، قال : والوجه الآخر حكاه العراقيون وهو مطرح لا التفات اليه ، وصرح القاضى أبو الطيب وابن الصباغ والمتولى وآخرون من الطريقتين بأن اشتراط تعيين الفريضة غلط والقائلون بالاشتراط هم

أبو اسحاق المروزى وأبو على ابن أبى هريرة وأبو القاسم الصيمرى ، واختاره أبو على السنجى ــ بالسين المهملة والنون والجيم ــ حكاه عنهم الرافعى •

وأما قول المصنف : « وعليه يدل قوله فى البويطى » فالمذكور فى البويطى أنه اذا نوى فريضتين كان له أن يصلى احداهما • ووجه الدلالة منه أنه خيره بينهما فلو وجب التعيين لم يستبح واحدة منهما ، وللقائل الآخر أن يجيب عن هذا النص ويقول : انما جوز له أن يصلى احداهما لأنه نواها وعينها ونوى معها غيرها فلغى الزائد • قال أصحابنا : فاذا قلنا بالمذهب ان التعيين ليس بشرط ، فنوى استباحة الظهر فله أن يصلى فريضة أخرى ، واذا نوى الحاضرة صلى الفائتة ، وكذا عكسه والله أعلم •

أما اذا لم ينو الفريضة بل نوى استباحة النافلة أو نوى استباحة الصلاة ولم يقصد فرضا ولا نفلا ففيه ثلاث طرق الصحيح منها عند جمهور الأصحاب أنه لا يستبيح الفرض فى الصورتين •

(والثانى) فى استباحته قولان ، واختار الرويانى فى الحلية الاستباحة •

(والثالث) ان نوى النفل ففى استباحة الفرض القولان ، وان نوى الصلاة فقط استباح الفرض قولا واحدا ، وهذا الطريق اختيار امام الحرمين والغزالى قال الامام : لأن الصلاة اسم جنس تتناول الفرض والنفل ، ويخالف ما لو نوى المصلى الصلاة فانها لا تنعقد الا نفلا ، لأن الصلاة لا يمكن أن يجمع فيها بين فرض ونفل بنية واحدة فحمل على الأقل وهو النفل • وأما التيمم فيمكن الجمع فى نيته بين فرض ونفل ، فحملت الصلاة فى نيته على الجنس ، ثم اذا قلنا بالمذهب فى الصورتين ، وهو أنه لا يستبيح الفرض استباح النفل على الصحيح المشهور الذى قطع به الجمهور • وفيه وجه ضعيف غريب فى التتمة والتهذيب وغيرهما أنه لا يستبيح النفل أيضا ، وعلى هذا الوجه لا يستبيح النفل تابعا للفرض والله أعلم •

هذا تفريع مذهبنا ، وجوز أبو حنيفة استباحة الفرض بنية التيمم للنفل كالوضوء • وقال مالك وأحمد : لا يستبيح الفرض بنية النفل ، ودليل الجميع

قد أشار اليه المصنف ، وأما أبو حاتم القزوينى فتقدم بيانه فى باب الآنية . وأما أبو يعقوب الأبيوردى فبفتح الهمزة وكسر الباء الموحدة وفتح الواو واسكان الراء منسوب الى أبيورد بلدة بخراسان ، قال أبو سعد السمعانى : وينسب اليها أيضا الباوردى ، قال : والنسبة الأولى هى الصحيحة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان تيمم للنفل كان له ان يصلى على الجنازة ، نص عليه فى البويطى ، لأن صلاة الجنازة كالنفل ، وان تيمم لصلاة الفرض استباح به النفل لان النفل تابع للفرض ، فاذا استباح المتبوع استباح التابع ، كما اذا اعتق الام عتق الحمل) .

(الشرح) هنا مسألتان (احداهما) نوى بتيممه استباحة نافلة معينة أو مطلقة فالصحيح الذى تظاهرت عليه نصوص الشافعى ، وأطبق عليه الأصحاب وسائر العلماء أن تيممه صحيح . وحكى جماعات من الخراسانيين وجها أنه لا يصح تيممه وحكاه صاحب التتمة قولا للشافعى ، فعلى هذا لا يصح التيمم للنفل مفردا ، وانما يصح تبعا للفرض ، قالوا : لأن التيمم انما جوز للضرورة ، ولا ضرورة للنفل .

قال القاضى حسين وصاحبا التتمة والبحر : نظير هذه المسألة : المعضوب اذا استأجر من يحج عنه فرضا جاز ، وفى النفل قولان قال القاضى : وكذا المستحاضة لو توضأت للنفل ، ففى صحته وجهان ، ووجه المنع أنه لا ضرورة بها الى النفل ، وهذا الوجه غلط لا شك فيه ومخالف لما تظاهرت عليه الأدلة . وقد جوزت النافلة الى غير القبلة للحاجة والتخفيف فالتيمم أولى فانه بدل ، ولا تفريع على هذا الوجه وانما التفريع على المذهب ، فاذا نوى استباحة نافلة جاز أن يصلى من جنس النوافل ما شاء الى أن يحدث ، وله سجود التلاوة والشكر ومس المصحف وحمله .

وان كان جنبا أو من انقطع حيضها استباحا القراءة واللبث فى المسجد وحل وطؤها لأن النافلة آكد من هذه الأشياء فانها تفتقر الى الطهارة بالاجماع وهذه مختلف فيها ، وله أن يصلى على جنائز سواء تعينت عليه أم لا ، هذا

هو المذهب وفيه وجه : أنه يستبيحها لأنها فرض ، ووجه ثالث : ان تعينت عليه لم يستبحها بتيمم النافلة ، والا استباحها ، وسيأتي بيان هـذه الأوجه بأدلتها حيث ذكرها المصنف فى أواخر هذا الباب • أما اذا نوى استباحة مس المصحف أو نوى الجنب أو المنقطع حيضها قراءة القرآن واللبث فى المسجد ، أو نوت استباحة الوطء فانهم يستبيحون ما نووا ــ على المذهب الصحيح المشهور ــ وبه قطع الأصحاب • وحكى الرافعى فيه الوجه السابق فى التيمم النافلة المجردة ، والصواب ما سبق ، وهل يستبيحون صلاة النفل ؟ فيه وجهان مشهوران ، حكاهما الماوردى وابن الصباغ والمتولى والشاشى وآخرون •

أحدهما : يجوز كعكسه ، وأصحهما : لا ، لأن النافلة آكد ، ولنا وجه شاذ مذكور فى التتمة والبحر وغيرهما : أنه لا يصح التيمم لمس المصحف الا اذا احتاج اليه بأن كان مسافرا ، وليس معه من يحمله ، ووجه فى التهذيب وغيره : أنه لا يصح تيمم منقطعة الحيض بنية استباحة الوطء ، وقد سبق مثله فى الغسل ، ووجه أنه يصح ان كان لها زوج ، والا فلا ، حكاه المتولى فى باب نية الوضوء وهذه الأوجه ضعيفة ، فاذا قلنا فى هذه المسائل يستبيح النافلة ، ففى استباحته الفرض الطريقان السابقان ، المذهب أنه لا يستبيحه ولو نوى استباحة الصلاة مطلقا وقلنا ــ بالأصح ــ انه لا يستبيح الفرض استباح النفل ، وهذه الأشياء على المذهب وفيه وجه فى البحر تفريعا على أن النفل لا يصح استباحته منفردا ، قال الماوردى ولا يستبيح فى هذه الصورة الطواف ، وفى هذا نظر ولو تيمم للجنازة استباحها وهل هو كالتيمم للنفل أم للفرض ؟ فيه وجهان فى التهذيب وغيره أصحهما : كالنافلة ، صححه الرافعى وغيره لأنها وان تعينت فهى كالنفل فانها تسقط بفعل غيره بخلاف المكتوبة ، والله أعلم •

(المسألة الثانية) اذا نوى استباحة فريضة مكتوبة استباحها ويستبيح النفل قبلها وبعدها ، فى الوقت وبعده ، هذا هو المذهب الصحيح المشهور • وحكى الخراسانيون ــ وجها ــ أنه لا يستبيح فى هذه الصورة النفل مطلقا ــ ووجها أنه يستبيحه مادام وقت الفريضة باقيا ولا يستبيحه بعده ،

ووافقهم على هذا الوجه من العراقيين المحاملى والشيخ نصر وقطع به الدارمى ، وحكاه امام الحرمين عن نقل العراقيين • ولنا ــ قول ــ أنه لا يستبيح النفل قبل الفريضة ويستبيحه بعدها ، وقد ذكره المصنف فى أواخر الباب والصحيح ما سبق • أما اذا نوى الفريضة والنافلة معا فيستبيحهما جميعا بلا خلاف • قال امام الحرمين : اتفقت الطرق على هذا • وحينئذ له التنفل قبل الفرض وبعده ، ووافق عليه المخالفون فى التى قبلها ، وطرد الرافعى فيه الوجه بالمنع مع النفل ، بعد خروج الوقت ، وليس بشىء •

قال الشيخ أبو محمد فى الفروق : لو تيمم للظهر فى وقتها وصلاها ، ثم دخل وقت العصر ، لم يجز له فعل سنة الظهر بذلك التيمم على أحد الوجهين • ولو لم يصل الظهر فى وقتها ، فقضاها فى وقت العصر ، وقضى سنة الظهر بذلك التيمم ، جاز بلا خلاف تبعا للفريضة • قال : على هذا الأصل ينبغى أن يقال : من نسى العشاء فذكرها وقت الظهر قضاها وقضى الوتر قولا واحدا • وانما القولان فى قضاء الوتر اذا فعل العشاء فى وقتها • وهذا الذى قاله فى الوتر فيه نظر ، ولا أعلم من وافقه عليه والله أعلم •

(فرع) فى مسائل تتعلق بنية التيمم

(احداها) فى ضبط ما تقدم مختصرا ، فاذا نوى رفع الحدث لم يصح تيممه على المذهب وفيه وجه ، وان نوى استباحة نافلة استباحها وما يتبعها من مس المصحف وسجود تلاوة وغيره مما سبق دون الفرض ، هذا هو المذهب ، وفى وجه لا يصح تيممه وفى قول : يباح الفرض أيضا • ولو نوى الفرض بلا تعيين فالمذهب أنه يباح أى فرض أراد ، وفى وجه لا يصح تيممه حتى يعين الفرض ، ولو نوى الصلاة فله النفل وحده على الأصح وقيل : الفرض أيضا ، وقيل :تيممه باطل • ولو نوى الفرض وحده استباحه والنفل قبله وبعده ، فى الوقت وبعده ، وفى وجه لا يباح النفل ، وفى وجه يباح فى الوقت فقط ، وفى قول يباح بعد الفرض لا قبله ، ولو نواهما أبيحا كيف شاء ، وفى وجه لا يباح النفل بعد الوقت •

(الثانية) نوى استباحة فريضتين فوجهان مشهوران عند الخراسانيين

وذكرهما من العراقيين الدارمى (أصحهما) : يصح تيممه وبه قطع جمهور العراقيين ، وهو نصه فى البويطى كما سبق لأنه نواها وغيرها ، فلغا الزائد [1] (والثانى) لا يصح لأنه نوى مالا يباح فلغت نيته فعلى الأول قال الجمهور يصلى أيتهما شاء ، وهو نصه فى البويطى وشذ الدارمى فقال : يصلى الأولى ، فخصه بالأولى وليس بشيء •

(الثالثة) لو نوى فرض التيمم فوجهان مشهوران للخراسانيين (أحدهما) يصح كما لو نوى المتوضىء فرض الوضوء • قال الرويانى : فعلى هذا هو كالتيمم للنفل (وأصحهما) لا يصح • قال امام الحرمين : والفرق أن الوضوء مقصود فى نفسه ، ولهذا استحب تجديده بخلاف التيمم ، قال الرافعى : ولو نوى اقامة التيمم المفروض فهو كنية فرض التيمم ، فلا يصح فى الأصح • قال البغوى : ولو نوى فرض الطهارة ففيه الوجهان الأصح لا يصح • وقال الماوردى : لو نوى التيمم وحده أو الطهارة وحدها لم يصح ، وقد سبق عن القاضى أبى الطيب أنه لو نوى الطهارة عن الحدث لم يصح والله أعلم •

(الرابعة) لو تيمم عن الحدث الأصغر غالطا ظانا أن حدثه الأصغر فكان جنبا أو عكسه صح تيممه بلا خلاف عندنا • وحكى القاضى أبو الطيب وغيره عن مالك وأحمد أنه لا يصح ، واحتج المزنى والأصحاب بأن مقتضاهما واحد فلا أثر للغلط ، وأنكر الشيخ أبو محمد هذا فى كتابه الفروق وقال : هذه العلة منتقضة بمن عليه فائتة ظنها الظهر فقضاها ثم بأن أنها العصر فلا تجزئه بالاتفاق وان كان مقتضاهما واحدا ، قال : والعلة الصحيحة أن الجنب ينوى بتيممه ما ينويه المحدث وهو استباحة الصلاة فلا فرق •

وأما الصلاة فيجب تعيينها فاذا نوى الظهر فقد نوى غير ما عليه ، والمتيمم نوى ما عليه ، وذكر القاضى حسين عن الأصحاب أنهم أنكروا على المزنى هذه العلة وقالوا : الصواب التعليل بنحو ما ذكره الشيخ أبو محمد ، وهذا الانكار على المزنى فيه نظر ، والأظهر أن كلامه صحيح ، والفرق بينه وبين

---

(١) لغا يلغو وبابه قال اى بطل ، ولغا الرجل تكلم باللغو اما المتعدى منه فمهموز (ط) •

الصلاة ظاهر . هذا كله اذا كان غالطا ، فان تعمد فنوى الأكبر وعليه الأصغر أو عكسه مع علمه ففى صحته وجهان حكاهما المتولى سبق مثلهما فى باب نية الوضوء ، والأصح البطلان لتلاعبه ، ولو أجنب فى سفره ونسى جنابته وكان يتوضأ عند وجود الماء ويتيمم عند عدمه ثم ذكر جنابته لزمه اعادة صلوات الوضوء دون صلوات التيمم ، ذكره صاحب العدة ، وهو ظاهر على ما سبق .

(الخامسة) تيمم لفائتة ظنها عليه فبان أن لا فائتة عليه لم يصح تيممه بخلاف ما لو توضأ لفائتة ظنها فبان أن لا فائتة ، فانه يصح وضوءه ، ولو تيمم لفائتة ظنها الظهر فبانت العصر لم يصح ، ولو توضأ لفائتة ظنها الظهر فبانت العصر صح ، والفرق ما فرق به البغوى وغيره بأن التيمم يبيح ولايرفع الحدث ونيته صادفت استباحة مالا يستباح ، والوضوء يرفع الحدث واذا ارتفع استباح ما شاء . قال البغوى والمتولى والرويانى : لو ظن أن عليه فائتة ، ولم يتحققها فتيمم لها ثم تذكرها لم يجز أن يصليها بذلك التيمم لأن وقت الفائتة بالتذكر . قال المتولى : ولأن المقصود من التيمم استباحة الصلاة ومالم يتحققها لا يباح له فعلها . وهذا التعليل فاسد ، فان فعلها مباح ، بل مستحب ، وقد أنكر عليهم الشاشى هذا فحكاه ثم قال : وعندى فى هذا نظر لأنه أمر بالتيمم لها لتوهم بقائها عليه فاذا تحقق بقاؤها عليه كان أولى بالاجزاء . هذا كلامه ، وينبغى أن يكون فى صحته وجهان كما سبق فيمن شك هل أحدث ؟ فتوضأ محتاطا ، ثم بان أنه كان محدثا هل يصح وضوءه ؟ وقد يفرق بضعف التيمم والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واذا اراد التيمم فالمستحب له ان يسمى الله عز وجل لانه طهارة عن حدث فاستحب اسم الله تعالى عليه كالوضوء ثم ينوى ويضرب بيديه على التراب ويفرق اصابعه ، فان كان التراب ناعما فترك الضرب ووضع اليدين جاز ويمسح بهما وجهه ويوصل التراب الى جميع البشرة الظاهرة من الوجه ، والى ما ظهر من الشعور ، ولا يجب ايصال التراب الى ما تحت الحاجبين والشاربين والعذارين والعنفقة . ومن اصحابنا من قال : يجب ذلك كما يجب ايصال الماء اليه فى الوضوء . والمذهب الاول لأن النبى صلى الله عليه وسلم وصف التيمم

واقتصر على ضربتين ومسح وجهه باحداهما ومسح اليدين بالاخرى ، وبذلك لا يصل التراب الى باطن هذه الشعور ، ويخالف الوضوء لانه لا مشقة فى ايصال الماء الى ما تحت هذه الشعور ، وعليه مشقة فى ايصال التراب فسقط وجوبه ، ثم يضرب ضربة اخرى فيضع بطون أصابع يده اليسرى على ظهور أصابع يده اليمنى ويمرها على ظهر الكف فاذا بلغ الكوع جعل أطراف اصابعه على حرف الذراع ثم يمر ذلك الى المرفق ثم يدير بطن كفه الى بطن الذراع ويمره عليه ويرفع ابهامه ، فاذا بلغ الكوع امر ابهام يده اليسرى على ابهام يده اليمنى ، ثم يمسح بكفه اليمنى يده اليسرى مثل ذلك ، ثم يمسح احدى الراحتين بالأخرى ويخلل بين أصابعهما لما روى أسلع رضى الله عنه قال : قلت لرسول الله صلى الله عليه وسلم : « انا جنب فنزلت آية التيمم فقال يكفيك هكذا فضرب بكفيه الأرض ثم نفضهما ثم مسح بهما وجهه ثم امرهما على لحيته ثم اعادهما الى الأرض فمسح بهما الأرض ثم دلك احداهما بالأخرى ثم مسح ذراعيه ظاهرهما وباطنهما . والفرض مما ذكرناه : النية ومسح الوجه ومسح اليدين بضربتين او أكثر ، وتقديم الوجه على اليد . وسننه : التسمية ، وتقديم اليمنى على اليسرى) .

(**الشرح**) هذه القطعة يجمع شرحها مسائل :

(احداها) حديث أن النبى صلى الله عليه وسلم وصف التيمم بضربتين صحيح تقدم بيانه ، وحديث أسلع غريب ضعيف رواه الدارقطنى والبيهقى باسناد ضعيف وفيه مخالفة لما فى المهذب فى اللفظ وبعض المعنى وهو أسلع بفتح الهمزة وبالسين والعين المهملتين ــ على وزن أحمد وهو الأسلع بن شريك بن عوف التميمى خادم رسول الله صلى الله عليه وسلم وصاحب راحلته .

والكف مؤنثة ، سميت بذلك لأنها تكف عن البدن أى تمنع ما يقصده من ضربة ونحوها . والكوع ــ بضم الكاف ــ وهو طرف العظم الذى يلى الابهام والرسغ هو ــ مفصل الكف وله طرفان ــ وهما عظمان الذى يلى الابهام كوع ، والذى يلى الخنصر كرسوع ويقال فى الكوع كاع كبوع وباع ، والذراع تؤنث وتذكر والتأنيث أفصح والابهام مؤنثة ، وقد تذكر وسبق بيانها فى صفة الوضوء والراحة معروفة وجمعها راح .

(والمسألة الثانية) يستحب التسمية فى أول التيمم لما ذكره المصنف ،

وقوله لأنه طهارة عن حدث احتراز من الدباغ وغيره من ازالات النجاسات وليس مراده بالقياس على الوضوء أن أحدا خالف فى التيمم ووافق فى الوضوء فألزمه ما يوافق عليه ، بل مراده أن النص ورد فى الوضوء فألحقنا التيمم به ، وتقدمت صفة التسمية وفروعها فى باب صفة الوضوء ، وظاهر اطلاق المصنف والأصحاب : أنه يستحب التسمية لكل متيمم ، سواء كان حدثه أصغر أم أكبر كما سبق فى الغسل .

(الثالثة) قوله : ثم ينوى ويضرب يديه على التراب ويمسح وجهه ، هكذا عبارة أكثر الأصحاب ، وقال الماوردى فى الاقناع والغزالى فى الخلاصة والشيخ نصر فى الانتخاب والشاشى فى العمدة : ينوى عند مسح وجهه واقتصروا على هذه العبارة . وظاهرها أنه لا تجب النية قبله كما فى الوضوء [1] . قال البغوى والرافعى : يجب أن ينوى مع ضرب اليد على التراب ويستديم النية الى مسح جزء من الوجه ، قالا : فلو ابتدأ النية بعد أخذ التراب أو نوى مع الضرب ثم عزبت نيته قبل مسح شىء من الوجه لم يصح لأن القصد الى التراب . وان كان واجبا فليس بركن مقصود ، وانما المقصود منه نقل التراب،فمسح الوجه هو المقصود فتجب النية عنده .وحكى الرافعى ــ فيما اذا قارنت النية نقل التراب وعزبت قبل مسح شىء من الوجه وجها غريبا ــ أنه يجزئه والله أعلم .

وأما قوله : ويضرب يديه على التراب ، فان كان ناعما فترك الضرب ووضع اليدين جاز فمتفق عليه ، كذا صرح به أصحابنا ، ونص الشافعى على الضرب . قال أصحابنا : أراد اذا لم يعلق الغبار الا بالضرب أو أراد التمثيل لا الاشتراط قال أصحابنا : ولا يشترط اليد ، بل المطلوب نقل التراب ، سواء حصل بيد أو خرقة أو خشبة أو نحوها ، ونص عليه الشافعى فى الأم ، قال فى الأم : وأستحب أن يضرب بيديه جميعا والله أعلم .

---

(١) الشاشى من تسمى بهذا الاسم كثير من الشافعية أولهم القفال محمد بن على الشاشى الكبير ويليه ولده القاسم الشاشى الصغير اما صاحب كتاب العمدة أو المعتمد فهو محمد بن احمد ابن الحسين فخر الاسلام ابو بكر الشاشى ولد سنة ٤٢٩ بميافارقين وتوفى يوم السبت ٢٥ من شوال سنة ٥٠٧ ودفن مع شيخه الشيخ ابى اسحاق الشيرازى صاحب المهذب رحمهما الله تعالى (ط) .

وأما قوله : ويفرق أصابعه فى ضربة مسح الوجه فكذا نص عليه الشافعى فى مختصر المزنى ، وفى البويطى ، وكذا قاله جميع أصحابنا العراقيين ، وأطبقوا عليه فى كتبهم المشهورة ، وجعلوه مستحبا • وكذا نقله عن جميع العراقيين جماعات ، منهم صاحب البيان ، وكذا قاله جماعة من أصحابنا الخراسانيين ، قالوا : وفائدة استحباب التفريق زيادة تأثير الضرب فى اثارة الغبار ، وليكون أسهل وأمكن فى تعميم الوجه بضربة واحدة • وقال أكثر الخراسانيين : لا يفرق فى ضربة الوجه ، فان فرق ففى صحة تيممه وجهان وجه البطلان أنه يصير ناقلا لتراب اليد قبل مسح الوجه ، فان التراب الذى يحصل بين الأصابع لا يزول فى مسح الوجه فيمنع انتقال تراب آخر وأحسن البغوى من الخراسانيين فى بيان المسألة فقال : نص الشافعى أنه يفرق فى الضربتين فقال بعض أصحابنا : لا يفرق فى الأولى ، فان فرق فيها دون الثانية لم يصح مسح ما بين الأصابع لأنه مسح بتراب أخذ قبل مسح الوجه ، وان فرق فى الضربتين فوجهان (أحدهما) يجوز لأنه أخذ لليدين ترابا جديدا •

(والثانى) لا يجوز لأن بعض المأخوذ أولا بقى بين أصابعه فيصير كما لو كان على وجهه تراب فنقل اليه ترابا آخر من غير أن ينفض الأول فانه لا يجوز قال : والمذهب عندى أنه اذا فرق فى الضربتين صح كما نص عليه ولا بأس بأخذ تراب اليد قبل مسح الوجه حتى لو ضرب يديه على تراب ، فمسح بيمينه جميع وجهه ، وبيساره يمينه جاز ، والترتيب واجب فى المسح دون أخذ التراب ، هذا كلام البغوى ، والقائل بأنه لا يجوز التفريق فى الأولى مطلقا هو القفال ، واستبعد امام الحرمين والغزالى قوله • وقالا : هذا تضييق للرخصة • قال الامام : هذا الذى قاله القفال غلو ومجاوزة حد وليس بالمرضى اتباع شعب الفكر ودقائق النظر فى الرخص ، وقد تحقق من فعل الشارع ما يشعر بالتسامح فيه قال : ولم يوجب أحد من أئمتنا على من يريد التيمم أن ينفض الغبار عن وجهه ويديه أولا ، ثم يبتدىء بنقل التراب اليها مع العلم بأن المسافر فى تقلباته لا يخلو عن غبار يغشاه فليقتصر على أن ترك التفريق فى الأولى ليس بشرط • هذا كلام الامام • وقطع صاحب العدة بأنه لو فرق فى الأولى دون الثانية جاز ، وقال الرويانى قال القفال : نقل المزنى تفريق الأصابع فى الأولى ، قال القفال : فصوبه جميع أصحابنا وعندى أنه غلط فى

النقل ، ولم يذكر الشافعي ذلك فى الأولى انما ذكره فى الثانية • قلت : هذا اعتراف من القفال بمخالفته جميع الأصحاب ، ودعواه غلط المزنى باطلة من وجهين :

(أحدهما) أن التغليط لا يصار اليه ، وللكلام وجه ممكن ، وهذا النقل له وجه كما سبق بيان فائدته • (والثانى) أن المزنى لم ينفرد بهذا ، بل قد وافقه فى نقله البويطى كما قدمته ، كذلك رأيته صريحا فى كتاب البويطى رحمه الله وجمع الرافعى متفرق كلام الأصحاب وأنا أنقله مختصرا قال : روى المزنى التفريق فى الأولى ، فمن الأصحاب من غلطه منهم القفال وصوبه الآخرون وهو الأصح ثم القائلون بالأول اختلفوا فى أنه هل يجوز التفريق فى الأولى ؟ فجوزه الأكثرون ، قالوا : وان لم يفرق فى الثانية أجزأه ذلك التراب الذى بين الأصابع لما بينها • وقال قائلون منهم القفال : لا يصح تيممه ، ثم قال الرافعى بعد هذا ، صحح الأصحاب رواية المزنى وهى المذهب هذا كلام الرافعى •

وانما بسطت هذه المسألة وأطنبت فيها هذا الاطناب ، وان كان ما ذكرته مختصرا بالنسبة اليها لأنى رأيت كثيرا من أكابر عصرنا ينتقصون صاحب المهذب والتنبيه بقوله : « يفرق فى الضربة الأولى » وينسبونه الى الشذوذ ومخالفة المذهب والأصحاب والدليل • وهذه أعجوبة من العجائب ، وحاصلها اعتراف صاحبها بعظيم من الجهالة ونهاية من عدم الاطلاع وتسفيهه للأصحاب وكذبه عليهم ، بل على الشافعى ، فقد صح التفريق فى الأولى عن الشافعى بنقل امامين هما أجل أصحابه وأتقنهم باتفاق العلماء وهما البويطى والمزنى ، وصح التفريق أيضا عن جمهور الأصحاب ، والله يرحمنا أجمعين •

وأما قول المصنف : « ويمسح بهما وجهه » فكذا عبارة الجمهور ، وظاهرها أنه لا استحباب فى البداءة بشىء من الوجه دون شىء • وقد صرح جماعة من أصحابنا باستحباب البداءة بأعلى الوجه • منهم المحاملى فى اللباب والرافعى ، وقال صاحب الحاوى : مذهب الشافعى أنه يبتدأ بأعلى وجهه كالوضوء ، قال : ومن أصحابنا من قال : يبدأ بأسفل وجهه ثم يستعلى لأن الماء فى الوضوء اذا استعلى به انحدر بطبعه فعم جميع الوجه ، والتراب

لا يجرى الا بامرار اليد فيبدأ بأسفله ليقل ما يصير على أعلاه من الغبار ليكون أجمل لوجهه وأسلم لعينه ، والله أعلم .

وأما قوله : « ويوصل التراب الى جميع البشرة الظاهرة من الوجه والى ما ظهر من الشعر » فأراد بالبشرة الظاهرة مالا شعر عليه ، واحترز به عن البشرة المستترة بالشعور . وقوله : « والى ما ظهر من الشعر » يعنى الشعر الذى يجب غسله فى الوضوء ، كذا قاله أصحابنا ، قالوا : وفى ايصال التراب الى ظاهر ما خرج من اللحية عن الوجه القولان كالوضوء .

وأما قوله : « لا يجب ايصال التراب الى ما تحت الحاجبين والشاربين والعذارين ومن أصحابنا من قال : يجب ، والمذهب الأول » فكذا قاله أصحابنا ، واتفقوا على أن الصحيح أنه لا يجب ، وقطع به القاضى حسين وامام الحرمين والغزالى والمتولى والبغوى وآخرون ، وادعى امام الحرمين أنه لا خلاف فيه ، ودليل الوجهين مذكور فى الكتاب وقوله : الحاجبين والشاربين والعذارين تمثيل ، والمراد الشعور التى يجب ايصال الماء اليها فى الوضوء ، وهى الثلاثة المذكورة والعنفقة ولحية المرأة والخنثى وأهداب العين وشعر الخدين سواء خفت أو كثفت ، وكذا اللحية الخفيفة للرجل صرح به أصحابنا ، وحكم الشعر على الذراع حكم شعر الوجه ، حكى الخلاف فيه فى فتاوى القاضى حسين وجزم القاضى والبغوى بأنه لا يجب ايصال التراب الى ما تحته ، كما قالا فى الوجه ؛ قال القاضى : ولا يستحب ايصال التراب الى البشرة التى تحت الشعر الكثيف التى يستحب ايصال الماء اليها والله أعلم .

وأما قوله : ثم يضرب ضربة أخرى فيضع بطون أصابع يده الخ . فهذه الكيفية ذكرها الشافعى رحمه الله فى مختصر المزنى ؛ واتفق الأصحاب على استحبابها ، وأشار الرافعى الى حكاية وجه أنها لا تستحب ، بل هى وغيرها سواء ، وليس هذا بشىء ، وانما استحبها الشافعى والأصحاب لأنه ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يزد فى مسح اليدين على ضربة واحدة ، وثبت بالأدلة وجوب استيعاب اليدين فذكروا هذه الكيفية ليبينوا صورة حصول الاستيعاب بضربة ، وذكر جماعات من الأصحاب أنهم أرادوا الجواب عن

اعتراض من قال : الواجب مسح الكف فقط ، وأنه لا يتصور استيعاب الذراعين مع الكفين بضربة فبينوا تصوره ، ولم يثبت فى هذه الكيفية حديث عن النبى صلى الله عليه وسلم والحديث الذى ذكره المصنف ليس فيه دلالة لها ولا هو ثابت كما سبق بيانه • وذكر الغزالى أنها سنة ، ومراده أن السنة لا يزيد على ضربتين ولا يتمكن من ذلك الا بهذه الكيفية ، فكانت سنة لكونها محصلة لسنة الاقتصار على ضربة مع الاستيعاب •

قال الرافعى : وزعم بعضهم أن هذه الكيفية منقولة عن فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وليس هذا بشىء ، قال أصحابنا : وكيف أوصل التراب الى الوجه واليدين بضربتين فأكثر بيده أو خرقة أو خشبة جاز ، ونص عليه فى الأم كما سبق وأما قوله : « ثم يمسح احدى الراحتين بالأخرى ، ويخلل بين أصابعهما » فاتفق جمهور العراقيين على أنه سنة ليس بواجب • ونقله ابن الصباغ عن الأصحاب مطلقا • هذا اذا كان فرق أصابعه فى الضربتين أو فى الثانية أما اذا فرق فى الأولى فقط ، وقلنا : يجزيه فيجب التخليل ، وقال الخراسانيون والماوردى : فى وجوب التخليل ومسح احدى الراحتين بالأخرى وجهان •

وقال البغوى : ان قصد بامرار الراحتين على الذراعين مسحهما حصل والا فلا والصحيح طريقة العراقيين ، قال العراقيون : ويسقط فرض الراحتين، وما بين الأصابع حين يضرب اليدين على التراب ، قالوا : فان قيل : اذا سقط فرض الراحتين صار التراب الذى عليهما مستعملا فكيف يجوز مسح الذراعين به ؟ ولا يجوز نقل الماء الذى غسلت به احدى اليدين الى الأخرى ؟ فالجواب من وجهين • (أحدهما) : أن اليدين كعضو واحد ، ولهذا جاز تقديم اليسار على اليمين ، ولا يصير التراب مستعملا الا بانفصاله ، والماء ينفصل عن اليد المغسولة فيصير مستعملا • الثانى : أنه يحتاج الى هذا هاهنا فانه لا يمكنه أن يتم الذراع بكفها ، بل يفتقر الى الكف الأخرى ، فصار كنقل الماء من بعض العضو الى بعضه وهذان الجوابان ذكرهما ابن الصباغ وغيره وهما مشهوران فى كتب العراقيين ، ونقل صاحب البيان وجها أنه يجوز نقل الماء من يد الى أخرى لأنهما كيد ، فعلى هذا يسقط السؤال •

(فـرع) اذا كان يجرى احدى اليدين على الأخـرى فرفعها قبـل استيعاب العضو ثم أراد أن يعيدها للاستيعاب فوجهان حكاهما امام الحرمين وغيره (أحدهما) : لا يجوز لأن الباقى على الماسحة صار بالفصل مستعملا • (والثانى) : يجوز قال وهو الأصح لأن المستعمل هو الباقى على الممسوح ، وأما الباقى على الماسحة فهو فى حكم التراب الذى يضرب عليه اليد مرتين •

(فـرع) وأما قول المصنف : الواجب من ذلك النية ومسح الوجـه واليدين بضربتين فصاعدا ، وترتيب اليد على الوجه وسـننه : التسـمية ، وتقديم اليمنى على اليسرى ففيه نقص • قال أصحابنا : أركان التيمم سـتة متفق عليها وهى : النية ، ومسح الوجه ، واليدين ، وتقـديم الوجـه على اليدين ، والقصد الى الصعيد ، ونقله • وثلاثة مختلف فيها أحدها : الموالاة وفيها ثلاث طرق [1] :

(المذهب) أنها سنة ليست بواجبة ، وتقدم بيانها فى صـفة الوضـوء (والثانى) : الترتيب فى نقل التراب للوجه واليدين وفيه وجهان حـكاهما الرافعى وغيره (أصحهما) لا يجب فله أن يأخذ التراب بيديه جميعا ويمسح بيمينه وجهه وبيساره يمينه ، هذا هو الذى اختـاره البغوى كما سـبق (والثانى) : يجب تقديم النقل للوجه قبل النقل لليد • (والثالث) : استيفاء ضربتين ، قطع المصنف وسائر العراقيين وجماعة من الخراسانيين بأنه واجب ، وهذا هو المعروف من مذهب الشافعى ، ولم يذكر أكثر الخراسانيين ذلك فى الواجبات ولا تعرضوا له •

وقال الرافعى : قد تكرر لفظ الضربتين فى الأحاديث ، فجرت طائفة من الأصحاب على الظاهر ، فقالوا : لا يجوز أن ينقص منهما ، وقال آخرون : الواجب ايصال التراب الى الوجه واليدين سواء كان بضربة أو أكثر ، قال :

---

(١) الطرق أن يكون للشافعى رحمه الله اكثر من قول فيذهب أصحابه الى الاختلاف فيهـا فبعضهم يقول انها على قولين أو على ثلاثة وبعضهم يقول : ليست على اختلاف أقوال وانما هى على اختلاف احوال ثم يتبين من خلال الاختلاف الراجح فيقال له المذهب فالمذهب هو الراجح من الطرق والأظهر هو الراجح من الأقوال والأصح هو الراجح من الأوجه ، والأقوال والقول ما كان للشافعى واختلاف أصحابه فى المسائل اسمه الأوجه وترى هذا التنويع فيما يلى فى قوله بعـد قليل (على المذهب) (وعلى الأصح) (وعلى الصحيح) (ط) •

وهذا أصح لكن يستحب أن لا يزيد على ضربتين ولا ينقص ، وفيه وجه أنه يستحب ضربة للوجه وضربة لليد اليمنى وثالثة لليسرى ، والأول هو المشهور • هذا كلام الرافعى فى الشرح ، وقطع فى كتابه المحرر بأن الضربتين سنة ، والمعروف ما قدمته • فهذه الواجبات المتفق عليها المختلف فيها ، وقد استوفى المصنف المتفق عليه فان قيل : فلم يذكر القصد الى الصعيد وهو أحد الأركان الستة ، قلنا : بل ذكره فى الفصل الذى بعد هذا ، ولم يستوعب بهذه العبارة جميع الفروض ، بل قال : الفرض مما ذكرناه ، والقصد ليس مما ذكره والله أعلم •

وأما السنن فكثيرة (احداها) التسمية •

(الثانية) تقديم اليد اليمنى على اليسرى • (الثالثة) الموالاة على المذهب • (الرابعة) أن يبدأ بأعلى وجهه على الأصح ، وقيل بأسفله كما سبق •

(الخامسة) أن يمسح احدى الراحتين بالأخرى ، ويخلل الأصابع على الصحيح وقيل يجبان كما سبق • (السادسة) أن لا يزيد على ضربتين ؛ قال المحاملى فى اللباب والرويانى : الزيادة على مسحة للوجه ومسحة لليدين مكروهة ، وحكى الرافعى وجها أنه يستحب تكرار المسح كالوضوء وليس بشىء لأن السنة فرقت بينهما ولأن فى تكرار الغسل زيادة تنظيف بخلاف التيمم • (السابعة) أن يخفف التراب المأخوذ وينفخه اذا كان كثيرا بحيث يبقى قدر الحاجة وقد ثبت فى الأحاديث الصحيحة أن النبى صلى الله عليه وسلم نفخ فى يديه بعد أخذ التراب ، ونص عليه الشافعى والأصحاب ، وقال صاحب الحاوى : نص فى القديم أنه يستحب ولم يستحبه فى الجديد ، فقال بعض أصحابنا فيه قولان : القديم يستحب والجديد لا يستحب ، وقال آخرون على حالين ان كان كثيرا نفخ والا فلا (والثامنة) أن يديم يده على العضو لا يرفعها حتى يفرغ من مسحه ، وفى هذا وجه أنه واجب وقد سبق • (التاسعة) أن يستقبل القبلة كالوضوء •• (العاشرة) امرار التراب على العضو تطويلا للتحجيل كما سبق فى الوضوء ، وليخرج من خلاف من أوجبه، وممن صرح باستحبابه المتولى والبغوى ، ونقله صاحب البحر عن الأصحاب ،

وحكى الرافعى وجها ضعيفا أنه لا يستحب • (الحـادية عشرة) ينبغى أن يستحب بعده النطق بالشهادتين كما سبق فى الوضوء والغسل ، وربما دخل فى السنن بعض ما سأذكره ان شاء الله تعالى فى فرع المسائل الزائدة •

(فـرع) يجب الترتيب فى تيمم الجنابة كما يجب فى تيمم الحدث الأصغر فيمسح وجهه ثم يديه ، وان كان لا يجب الترتيب فى غسل الجنابة ، قال الشيخ أبو محمد : والفرق أن الترتيب انما يظهر فى المحلين المختلفين ولا يظهر فى المحل الواحد ، فالبدن فى الغسل شىء واحد ، فصار كعضو مـن أعضاء الوضوء ، وأما الوجه واليدان فى التيمم فمحلان مختلفان والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(قال فى الأم : فان أمر غيره حتى يممه ونوى هو جاز كما يجوز فى الوضوء وقال ابن القاص : « لا يجوز قلته تخريجا » • وقال فى الأم : وان سفت عليـه الريح ترابا عمه فامر يديه على وجهه لم يجزه لأنه لم يقصـد الصعيد ، وقال القاضى أبو حامد : هذا محمول عليه اذا لم يقصد ، فاما اذا صمد للريح فسفت عليه التراب أجزأه وهذا خلاف المنصوص) •

(الشرح) فى الفصل مسألتان :

(احداهما) اذا يممه غيره باذنه ، ونوى الآمر ان كان معذورا ، كأقطع ومريض وغيرهما جاز بلا خلاف ، وان كان قادرا فوجهان الصحيح والمنصوص جوازه كالوضوء وبهذا قال جمهور الأصحاب • والثانى : لا يجوز وهو قول ابن القاص ، وقوله : قلته تخريجا هو من كلام ابن القاص ، وانما قال هذا لأن عادته فى كتابه التلخيص أن يذكر المسائل التى نص عليها الشـافعى ، ويقول عقبة قاله نصا ، واذا قال شيئا غير منصوص وقد خرجه هو قال : قلته تخريجا ، وهذه المسألة خرجها من التى بعدها وهى مسألة الريح •

وابن القاص ــ بتشديد الصاد المهملة ــ هو أبو العباس وقد ذكرت حاله فى أبواب المياه ، أما اذا يممه غيره بغير أمره وهو مختار ونوى ، فهو كمـا لو صمد فى الريح • قاله امام الحرمين والغزالى وغيرهما وهو واضح •

(المسألة الثانية) اذا ألقت عليه الريح ترابا استوعب وجهه ثم يديه ، فان

لم يقصدها لم يجزه بلا خلاف ، وان قصدها وصمد لها ؛ ففيه خلاف مشهور حكاه الأصحاب وجهين وحقيقته قولان • (أحدهما) : لا يصح وهو الصحيح نص عليه فى الأم وهو قول أكثر أصحابنا المتقدمين ، وقطع به جماعات من المتأخرين وصححه جمهور الباقين ؛ ونقله امام الحرمين عن الأئمة مطلقا ، قال : والوجه الآخر ليس معدودا من المذهب • (والثانى) : يصح ، وهو قول القاضى أبى حامد ، واختيار الشيخ أبى حامد الاسفراينى ، قال الرويانى فى كتابيه البحر والحلية : واختاره الحليمى والقاضى أبو الطيب وجماعة قال : وهو الاختيار والأصح ، وحكاه صاحب التتمة قولا قديما ، والمذهب الأول ، وصورة المسألة اذا قصد ثم وقع عليه التراب فلو وقع عليه ثم قصد لم يجزه بلا خلاف ، وهذا ــ وان كان ظاهرا يفهم من كلام المصنف ــ فلا يضر ايضاحه •

وقوله : « ترابا عمه » هو بالعين المهملة ، أى استوعبه هذا هو المشهور المعروف ، وذكره أبو القاسم بن البزدى وغيره ــ بالغين المعجمة ــ أى غطاه وهو صحيح أيضا وبمعنى الأول لكن الأول أجود ، وقوله : « صمد » هو بالصاد والميم على وزن قصد وبمعناه ؛ والله أعلم •

(**فرع**) اذا كان على بعض أعضائه تراب فتيمم به نظر ــ ان أخذه من غير أعضاء التيمم ومسحها به ــ جاز بلا خلاف ، نص عليه الشافعى والأصحاب ، كما لو أخذه من الأرض ، وان كان على وجهه فرده عليه ومسحه به لم يجزه بلا خلاف لعدم النقل ، وان أخذه من الوجه ومسح به أو أخذه من اليد ومسح به الوجه فوجهان ، أصحهما هو نصه فى الأم جوازه لوجود النقل ، ولو أخذه من الوجه ففصله ثم رده اليه ، أو أخذه من اليد ففصله ثم رده اليها فطريقان حكاهما صاحب التهذيب وغيره ، أصحهما على الوجهين ، والثانى : لا يجوز وجها واحدا ، لأنه ليس بنقل حقيقى ، ولو تمعك فى التراب فوصل وجهه ويديه ، ان كان لعذر كالأقطع وغيره جاز بلا خلاف والا فوجهان الصحيح جوازه ، صححه الأصحاب ونقله الرويانى عن نصه فى الأم • قال امام الحرمين : الوجه القطع بالجواز • قال : ولا أرى للخلاف وجها لأن الأصل قصد التراب وقدحصل ، ولو مد يده فصب غيره فيها

ترابا ، أو ألقت الريح ترابا على كمه فمسح به وجهه أو أخذه من الهـواء فمسح به فوجهان الأصح جوازه ،صححه الروياني والرافعي وغيرهما .

فرع في مسائل تتعلق بما سبق

(احداها) ينبغي أن يمسح وجهه بالتراب ولا يقتصر على وضعه عليه ، فان ضرب يده على التراب ثم وضعها على وجهه ولم يمرها ، فقد قال البغوي والرافعي : يجوز على أصح الوجهين كما قلنا في مسح الرأس ، وقطع الشيخ أبو محمد في الفروق والمتولي بأنه لا يجزيه ، قال المتولي : بخلاف الوضوء فان الماء اذا وضع على العضو يحس به ويسيل والتراب لا يتعدى ، فيتحقق وصول الماء جميع العضو ، ولا يتحقق في التراب الا بامرار اليد . قال : حتى لو لم يتحقق وصول الماء وجب الامرار ، ولو تحقق وصول التراب بأن كان كثيرا صح تيممه .

(الثانية) قال القاضي حسين والبغوي : اذا أحدث المتيمم بعد أخـذه التراب وقبل المسح بطل ذلك الأخذ وعليه الأخذ ثانيا ، بخلاف ما لو أحدث بعد أخذ الماء قبل غسل الوجه فانه لا يضره لأن المطلوب في الوضوء الغسل لا نقل الماء وهنا المطلوب نقل التراب ، وأما اذا يممه غيره ، فقال القاضي : يجب أن ينوي الآمر عند ضرب المأمور يده على الأرض ، فلو أحدث أحدهما بعد النية والضرب لم يضر ، بل يجوز أن يمسح بعد ذلك ، بخلاف ما لو أخذ التراب بنفسه ثم أحدث فانه يبطل الأخذ لأن هناك وجد هيئة القصد الحقيقي فصار كما لو استأجر رجلا ليحج عنه ، ثم جامع المستأجر في مـدة احرام الأجير فانه لا يفسد الحج . قال الرافعي : هـذا الذي قاله القـاضي مشكل وينبغي أن يبطل بحدث الآمر .

(الثالثة) اذا ضرب يده على تراب على بشرة امرأة أجنبية ــ فان كان التراب كثيرا يمنع التقاء البشرتين ــ صح تيممه والا فلا . كذا قاله القاضي حسين ، ونحوه في التهذيب وغيره ، لأن الملامسة حدث قارن النقل وهو ركن ، فصار كمقارنته مسح الوجه . وقال المتولي : أخذه لوجهه صحيح ولا يضر اللمس معه ، لأن العبادة هي المسح لا الأخذ . فان أخذ بعد ذلك ليديه بطل مسح وجهه لأنه أحدث قال الرافعي : قول القاضي هو الوجه .

(الرابعة) اذا كانت يده نجسة فضربها على تراب طاهر ومسح بها وجهه جاز على أصح الوجهين ، وبه قطع البغوى والرويانى ، وقد تقدمت المسألة فى باب الاستطابة • ولا يصح مسح اليد النجسة بلا خلاف ، كما لا يصح غسلها فى الوضوء مع بقائها نجسة • ولو تيمم ثم وقعت عليه نجاسة فقال امام الحرمين : لا يبطل تيممه قطعا وقال المتولى : فيه وجهان كما لو تيمم ثم ارتد لأنها تمنع اباحة الصلاة • والصواب قول الامام • ولو تيمم قبل الاجتهاد فى القبلة ففى صحته وجهان ، كما لو تيمم وعليه نجاسة ، ذكره فى البحر ، ولو تيمم مكشوف العورة صح بالاتفاق ، وقد ذكرناه فى باب الاستطابة •

(الخامسة) قال أصحابنا : اذا قطعت يده من بعض الساعد ، وجب مسح ما بقى من محل الفرض ، فان قطع من فوق المرفق فلا فرض عليه ، ويستحب أن يمس الموضع ترابا كما سبق فى الوضوء • حتى قال البندنيجى والمحاملى : لو قطع من المنكب استحب أن يمسح المنكب كما قلنا فى الوضوء وبهذا اللفظ نص عليه الشافعى فى الأم ، قال العبدرى : هذا الذى ذكرناه من استحباب غسل موضع القطع فوق المرفق فى الوضوء ومسحه بالتراب فى التيمم هو مذهبنا ومذهب مالك وزفر وأحمد وداود ، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد : يجب غسله فى الوضوء ، ومسحه فى التيمم • دليلنا أنه فات محل الوجوب قال أصحابنا : وكل ما ذكرناه فى الوضوء من الفروع فى قطع اليد وزيادة الكف والأصبع وتدلى الجلدة يجىء مثله فى التيمم ، قال الدارمى : لو انقطعت أصابعه وبقيت متعلقة باليد فهل ييممها ؟ فيه وجهان (قلت) قياس المذهب القطع بوجوب التيمم ولو لم يخلق له مرفق استظهر حتى يعلم • قال أصحابنا : ولو كان فى اصبعه خاتم فلينزعه فى ضربة اليدين ليدخل التراب تحته ، قال صاحب العدة وغيره : ولا يكفيه تحريكه بخلاف الوضوء لأن الماء يدخل تحته بخلاف التراب •

(السادسة) يتصور تجديد التيمم فى حق المريض والجريح ونحوهما ممن يتيمم مع وجود الماء اذا تيمم وصلى فرضا ثم أراد نافلة ، ويتصور فى حق من لا يتيمم الا مع عدم الماء اذا تيمم وصلى فرضا ولم يفارق موضعه وقلنا لا يجب الطلب ثانيا ، وهل يستحب التجديد فى هذين الموضعين ؟ فيه

وجهان حكاهما الشاشي المشهور : لا يستحب ، وبه قطع القفـال والقاضي حسين وامام الحرمين والغزالي والمتولي والبغوي والروياني وآخرون لأنه لم ينقل فيه سنة ولا فيه تنظيف ، واختار الشاشي استحبابه كالوضوء .

(السابعة) اتفق أصحابنا على أنه يشترط ايصال الغبار الى جميع بشرة اليد من أولها الى المرفق ، فان بقي من هذا لم يمسه غبار لم يصح تيممه . وزاد الشافعي هذا بيانا فقال في الأم : لو ترك من وجهه أو يديه قدرا يدركه الطرف أو لا يدركه لم يمر عليه التراب ، لم يصح تيممه وعليه اعادة كل صلاة صلاها كذلك . ونقل امام الحرمين هذا عن الأصحاب ثم قال : وهذا مشكل فان الضربة الثانية التي لليدين اذا ألصقت ترابا بالكفين فالظاهر أنه يصل ما لصق بالكف الى مثل سعتها من السـاعدين ، ولست أظن ذلك الغبـار ينبسط على الساعدين ظهرا وبطنا ثم على ظهور الكفين ، وقد ورد الشرع بالاقتصار على ضربتين ، وهذا مشكل جدا فلا يتجه الامسلكان (أحدهما) المصير الى القول القديم وهو الاكتفاء بمسح الكفين (والثاني) أن نوجب اثارة الغبار ، ثم نكتفي بايصال جرم اليد مسحا الى الساعدين من غير تكليف بسط التراب في عينه ، والذي ذكره الأصحاب أنه يجب ايصال التراب الى جميع محل التيمم يقينا . فان شك وجب ايصال التراب الى موضع الشـك حتى يتيقن انبساط التراب على جميع المحـل ونحـن نقطع بأن هـذا ينافي الاقتصار على ضربة واحدة لليدين ، فالذي يجب اعتقاده أن الواجب استيعاب المحل بالمسح باليد المغبرة من غير ربط الفكر بانبساط الغبار ، وهذا شيء أظهرته ولم أر بدا منه وما عندي أن أحدا من الأصحاب يسمح بأنه لا يجب بسط التراب على الساعدين . هذا كلام امام الحرمين ، وهذا الذي اختاره ظاهر والله أعلم .

(فـرع) مذهبنا أنه يجب ايصال التراب الى جميع البشرة الظاهرة من الوجه والشعر الظاهر عليه قال العبدري : وبه قال أكثر العلماء . وعن أبي حنيفة روايات (احداها) كمذهبنا وهي التي ذكرها الكرخي في مختصره (والثانية) ان ترك قدر درهم منه لم يجزه ودونه يجزيه (والثالثة) : ان ترك دون ربع الوجه أجزأه والا فلا .

(والرابعة) ان مسح أكثره وترك الأقل منه أو من الذراع أجزأه والا فلا • حكاه الطحاوى عنه وعن أبى يوسف وزفر • وحكى ابن المنذر عن سليمان بن داود أنه جعله كمسح الرأس دليلنا بيان النبى صلى الله عليه وسلم وقد استوعب الوجه والقياس على الوضوء والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز التيمم للمكتوبة الا بعد دخول وقتها ، لأنه قبل دخول الوقت مستغن عن التيمم ، كما لو تيمم مع وجود الماء فان تيمم قبل دخول الوقت لفائتة فلم يصلها حتى دخل الوقت ففيه وجهان قال أبو بكر بن الحداد : يجوز أن يصلى به الحاضرة لأنه تيمم وهو غير مستغن عن التيمم فأشبه اذا تيمم للحاضرة بعد دخول وقتها ، ومن أصحابنا من قال : لا يجوز لأنها فريضة تقدم التيمم على وقتها فأشبه اذا تيمم لها قبل دخول الوقت) •

(الشرح) شروط صحة التيمم أربعة :

(أحدها) كون المتيمم أهلا للطهارة وقد سبق بيانه فى باب نية الوضوء (الثانى) كون التراب مطلقا وقد سبق بيانه (الثالث) أن يكون المتيمم معذورا بفقد الماء أو العجز عن استعماله وسيأتى بيانه فى الفصول بعده (الرابع) أن يكون التيمم بعد دخول الوقت واتفقت نصوص الشافعى والأصحاب على أن التيمم للمكتوبة لا يصح الا بعد دخول وقتها • قال أصحابنا : سواء كان التيمم للعجز عن استعمال الماء بسبب عدمه أو لمرض أو جراحة وغير ذلك •

ولو أخذ التراب على يديه قبل الوقت ومسح بهما وجهه فى الوقت لم يصح ، بل يشترط الأخذ فى الوقت كما يشترط المسح فيه لأنه أحد أركان التيمم فأشبه المسح • صرح به البغوى وغيره • قال أصحابنا : فلو خالف وتيمم لفريضة قبل وقتها لم يصح لها بلا خلاف ولا يصح أيضا للنافلة على الصحيح المشهور المنصوص فى البويطى ، وقال صاحب التتمة وغيره فى صحة تيممه للنفل وجهان بناء على القولين فيمن أحرم بالظهر قبل الزوال هل تنعقد صلاته نفلا ؟ ونقل الشاشى هذا الخلاف عن بعض الأصحاب ، ثم قال : هذا

خلاف نصه فى البويطى ويخالف الصلاة فانه أحرم بها معتقدا دخول وقتها فانعقدت نفلا ، وهنا تيمم عالما بعدم دخول الوقت فلم يصح .

واعلم أن قولهم : لا يصح التيمم قبل الوقت ؛ معناه قبل الوقت الذى تصح فيه تلك الصلاة ، فلو جمع بين الظهر والعصر فى وقت الظهر وتيمم للعصر بعد سلامه من الظهر صح . لأن هذا وقت فعلها . هذا اذا قلنا بالمذهب الصحيح المشهور أنه يجوز الجمع بين الصلاتين للمتيمم ، ولا يضر الفصل بالتيمم . وفيه وجه لأبى اسحاق المروزى أنه لا يصح الجمع بسبب الفصل ، وليس بشىء . ولو تيمم وصلى الظهر ثم تيمم ليضم اليها العصر فدخل وقت العصر قبل أن يشرع فيها فقد حكى صاحب البحر عن والده أنه قال اجتهادا لنفسه : يبطل الجمع ولا يصح هذا التيمم للعصر ، لوقوعه قبل وقتها مع بطلان الجمع ، وقطع الرافعى بهذا وفيه احتمال ظاهر ، ويجوز أن يخرج جواز فعلها بهذا التيمم على الوجهين فى التيمم لفائتة قبل وقت الحاضرة هل تباح به الحاضرة ؟ ويمكن الفرق بأنه فى مسألة الفائتة صح تيممه لما نوى واستباحه فاستباح غيره بدلا ، وهنا لم يستبح مانوى على الصفة التى نوى فلم يستبح غيره ، أما اذا أراد الجمع فى وقت العصر ، فتيمم للظهر فى وقت الظهر ، فانه يصح لأنه وقتها . ولو تيمم فيه للعصر لم يصح لأنه لم يدخل وقتها . ذكره الرويانى ، وهو ظاهر ، قال أصحابنا : والفائتة وقتها بتذكرها فلا يصح التيمم لها ، الا اذا تذكرها ، فلو شك هل عليه فائتة ؟ فتيمم لها ، ثم بان أن عليه فائتة فقد سبق فى آخر فصل نية التيمم أن المشهور أنه لا يصح تيممه ، والله أعلم .

أما اذا تيمم لمكتوبة فى أول وقتها ، وأخر الصلاة الى أواخر الوقت فصلاها بذلك التيمم ، فانه يصح على المذهب الصحيح المشهور الذى نص عليه الشافعى ، وقطع به جمهور الأصحاب فى الطرق كلها ، قالوا : وكذا يجوز أن يصليها بذلك التيمم بعد خروج الوقت ، وهذا بشرط ألا يفارق موضعه ، ولا يتجدد ما يتوهم بسببه حصول ماء . وحكى الماوردى والرويانى والشاشى فيه وجهين ، الأصح المنصوص هذا . والثانى : قول ابن سريج والاصطخرى أنه يلزمه تعجيل الصلاة عقب التيمم ، ولا يؤخر الا قدر الأذان والاقامة والتنفل بما هو من مسنونات فرضه . فان أخر عن هذا بطل تيممه

لأنها طهارة ضرورة فلزم تعجيلها كطهارة المستحاضة ، والمذهب الأول ، لأن حدث المستحاضة يتجدد بعد الطهارة ، بخلاف المتيمم • أما اذا تيمم شاكا فى دخول الوقت فبان أنه كان قد دخل فلايصح تيممه لعدم شرطه وهو العلم بالوقت حال التيمم ، صرح به الماوردى وآخرون وقد سبقت هذه القاعدة وأمثلتها فى باب مسح الخف •

أما اذا تيمم لفائتة فلم يصلها حتى دخل وقت فريضة حاضرة ، فهل له أن يصلى بذلك التيمم تلك الحاضرة ؟ فيه وجهان مشهوران فى الطريقتين ، وقد ذكر المصنف دليلهما ، قال ابن الحداد : يجوز وهو الصحيح عند الأصحاب • والثانى : لا يجوز قاله الشيخ أبو زيد المروزى ، وأبو عبد الله الخضرى ــ بكسر الخاء واسكان الضاد المعجمتين ــ ولو تيمم للظهر فى وقتها ، ثم تذكر فائتة ، فهل له أن يصلى به الفائتة ؟ فيه طريقان مشهوران • (أحدهما) أنه على الوجين (والثانى) القطع بالجواز ، والفرق أن الفائتة واجبة فى نفس الأمر حال التيمم ، بخلاف الحاضرة فى المسألة الأولى •

ووافق أبو زيد والخضرى على الجواز هنا ، ونقل القاضى أبو الطيب فى شرح الفروع اتفاق الأصحاب على الجواز هنا ، ولو تيمم لفائتة ثم تذكر قبل قضائها فائتة أخرى ، فقال القفال فى شرح التلخيص : اتفق الأصحاب على أن له أن يصلى بهذا التيمم الفائتة التى تذكرها ، ونقل البغوى فيه الخلاف فقال : يجوز على ظاهر المذهب ، وعلى الوجه الآخر لا يجوز • وهذا الذى نقله البغوى متعين • ولو تيمم لفريضة فى وقتها ثم نذر صلاة فهل له أن يصلى بهذا التيمم المنذورة بدل المكتوبة ؟ فيه الوجهان حكاهما الرويانى وغيره • هذا كله تفريع على المذهب ، وهو أن تعيين الفريضة لا يشترط فى صحة التيمم ، فان شرطناه لم يصح التيمم لغير ما عينه • هذا كله فى التيمم للمكتوبة •

أما النافلة فضربان ، مؤقتة وغيرها ، فغيرها يتيمم لها متى شاء الا فى الأوقات التى نهى عن الصلاة فيها ، فانه لا يتيمم فيها لنافلة لا سبب لها ، فان خالف وتيمم لها فقد نص الشافعى رحمه الله فى البويطى أنه لا يصح تيممه ولا يستبيح به النافلة بعد خروج وقت النهى • وبهذا قطع أكثر

الأصحاب لأنه تيمم قبل الوقت • وقال القاضى حسين والمتولى : فى صحة تيممه وجهان بناء على انعقاد هذه الصلاة فى وقت النهى • وحكى هذا الخلاف الرويانى والشاشى وضعفاه ، ولو تيمم قبل وقت الكراهة ثم دخل لم يبطل تيممه بلا خلاف ، فاذا زال وقت الكراهة صلى به •

وأما النافلة المؤقتة فعبارة المصنف هنا وفى التنبيه تشعر بأنه لا يشترط فى التيمم لها دخول الوقت ، وصرح جمهور الخراسانيين بأنه لا يصح التيمم لها الا بعد دخول وقتها • قال الرافعى : وهذا هو المشهور فى المذهب• وحكى امام الحرمين والغزالى وجهين ، (أحدهما) هذا ، (والثانى) : يجوز قبل وقتها لأن أمرها أوسع من الفرائض ؛ ولهذا أجيز نوافل بتيمم واحد ، فاذا قلنا بالمشهور احتجنا الى بيان أوقات النوافل ، فوقت سنن المكتوبات والوتر والضحى والعيد معروف فىمواضعها ووقت الكسوف بحصول الكسوف ، والاستسقاء باجتماع الناس لها فى الصحراء ، وتحية المسجد بدخوله ، والخلاف جار فى جميع النوافل المؤقتة من الرواتب وغيرها وفى عبارة الغزالى ايهام اختصاصه بالرواتب فلا يغتر به ، والله أعلم • وفى وقت التيمم لصلاة الجنازة وجهان مشهوران أصحهما وأشهرهما أنه يدخل بغسل الميت لأنها ذلك الوقت تباح وتجزىء ، وبهذا قطع امام الحرمين والغزالى فى كتبه والبغوى وصاحب العدة • والثانى بالموت لأنه السبب ، وبهذا قطع الغزالى فى الفتاوى وصححه الشاشى قال القاضى حسين : والمستحب أن يتيمم بعد التكفين لأن الصلاة قبل التكفين تكره وان كانت جائزة ، ولو لم يجد ماء يغسل به الميت ــ وقلنا بالأصح انه لا يصح التيمم لها الا بعد غسله ــ وجب أن ييمم الميت أولا ثم يتيمم هو للصلاة عليه ، وهذا مما يسأل عنه فيقال شخص لا يصح تيممه حتى ييمم غيره ، والله أعلم •

(**فرع**) اذا تيمم لنافلة فى وقتها استباحها وما شاء من النوافل ولا يستبيح به الفرض على المذهب ، والمنصوص فى الأم ، وفيه القول الضعيف الذى سبق أن الفرض يباح بنية النفل ، فعلى هذا الضعيف يصلى به الفريضة ان تيمم فى وقتها ، وان كان قبله فعلى الوجهين فيمن تيمم لفائتة ثم دخل وقت حاضرة فأرادها به • هكذا نقله امام الحرمين عن حكاية الشيخ أبى على السنجى • قال الامام : وهذا بعيد جدا فان تيممه للفائتة استعقب جواز فعل

الفائتة به ثم دام امكان أداء فرض به حتى دخل وقت الفريضة ، وهنا لم يستعقب تيممه امكان أداء فرض ، أما اذا تيمم لنفل قبل الزوال وهو ذاكر فائتة فتيممه يصلح للفائتة على القول الضعيف ، فلو زالت الشمس فأراد الظهر به بدلا عن الفائتة ففيه الوجهان .

(فرع) هذا الذى ذكرناه من أن التيمم لمكتوبة لا يصح الا بعد دخول وقتها هو مذهبنا ومذهب مالك وأحمد وداود وجمهور العلماء .

وقال أبو حنيفة : يجوز قبل الوقت ، واحتجوا بالقياس على الوضوء ومسح الخف وازالة النجاسة ، ولأنه وقت يصلح للمبدل فصلح للبدل ، كما بعد دخول الوقت ، واحتج أصحابنا بقول الله تعالى : (اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا) الى قوله تعالى : (فلم تجدوا ماء فتيمموا [1]) فاقتضت الآية أنه يتوضأ ويتيمم عند القيام ، خرج جواز تقديم الوضوء بفعل النبى صلى الله عليه وسلم والاجماع ، بقى التيمم على مقتضاه لأنه تيمم وهو مستغن عن التيمم ، فلم يصح ، كما لو تيمم ومعه ماء . فان قالوا ينتقض بالتيمم فى أول الوقت فانه مستغن ، وانما يحتاج فى أواخر الوقت قلنا : بل هو محتاج الى براءة ذمته من الصلاة واحراز فضيلة أول الوقت ، ولأنها طهارة ضرورة فلم تصح قبل الوقت كطهارة المستحاضة فقد وافقوا عليها .

قال امام الحرمين فى الأساليب : ثبت جواز التيمم بعد الوقت ، فمن جوزه قبله فقد حاول اثبات التيمم المستثنى عن القاعدة بالقياس ، وليس ما قبل الوقت فى معنى ما بعده . والجواب عن قياسهم على الوضوء أنه قربة مقصودة فى نفسها ترفع الحدث بخلاف التيمم فانه ضرورة فاختص بحال الضرورة كأكل الميتة ، ولأن التيمم لاباحة الصلاة ولا تباح الصلاة قبل الوقت . والجواب عن مسح الخف أنه رخصة وتخفيف فلا يضيق باشتراط الوقت ، يدل على أنه رخصة للتخفيف جوازه مع القدرة على غسل الرجل ، والتيمم ضرورة ولهذا لا يجوز مع القدرة على استعمال الماء . والجواب عن ازالة النجاسة أنها طهارة رفاهية فالتحقت بالوضوء بخلاف التيمم .

---

(١) الآية ٦ من سورة المائدة .

وقولهم : (يصلح للمبدل فصلح للبدل) ينتقض بالليل فانه يصلح لعتق الكفارة دون بدلها وهو الصوم ، وينتقض بيوم العيد ، فانه يصلح لنحر هدى التمتع دون بدله وهو الصوم ، قال الدارمى : قال أبو سعيد الاصطخرى : لا تناظر الحنفية فى هذه المسألة لأنهم خرقوا الاجماع فيها ، والله أعلم .

(**فرع**) ذكر المصنف أبا بكر ابن الحداد ، وهذا أول موضع ذكره [1] ، وهو محمد بن أحمد القاضى صاحب الفروع من نظار أصحابنا ومتقدميهم فى العصر والمرتبة والتدقيق ، تفقه على أبى اسحاق المروزى وكان عارفا بالعربية والمذهب وانتهت اليه امامة أهل مصر فى زمنة ، توفى سنة خمس وأربعين ثلاثمائة رحمه الله .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز التيمم بعد دخول الوقت الا لعادم الماء أو الخائف من استعماله ، فاما الواجد فلا يجوز له التيمم ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « الصعيد الطيب وضوء المسلم ما لم يجد الماء » فان وجد الماء ـ وهو محتاج اليه للعطش ـ فهو كالعادم لأنه ممنوع من استعماله ، فاشبه اذا وجد ماء و [حال] بينهما سبع).

(**الشرح**) هذا الحديث صحيح سبق بيانه فى أول الباب من رواية أبى ذر رضى الله عنه ، ومذهبنا ومذهب مالك والجمهور أنه لا يجوز التيمم مع وجود ماء يقدر على استعماله ولا يحتاج اليه لعطش ونحوه ، سواء خاف خروج الوقت لو توضأ أم لا ؟ وسواء صلاة العيد والجنازة وغيرهما ، وحكى البغوى وجها أنه اذا كان معه ماء وخاف فوات وقت الصلاة لو اشتغل بالوضوء صلى بالتيمم لحرمة الوقت ثم يتوضأ ويعيد الصلاة ، وهذا الوجه شاذ ليس بشىء ، وحكى العبدرى مثله عن الأوزاعى والثورى ورواية عن مالك ، وقال أبو حنيفة : يجوز التيمم لصلاة العيد والجنازة مع وجود الماء اذا خاف فوتهما ، وحكى هذا عن الزهرى والأوزاعى والثورى واسحاق ورواية عن أحمد ، واحتجوا بأن النبى صلى الله عليه وسلم « أقبل من نحو بئر جمل فسلم عليه رجل فلم يرد عليه السلام حتى تيمم بالجدار ثم رد عليه » وهو صحيح سبق بيانه .

---

(١) هذا بالاضافة الى المهذب اما نحن فقد ترجمناه فى حاشية الجزء الأول « ط » .

وروى البيهقى وغيره عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه تيمم وصلى على جنازة وعن ابن عباس رضى الله عنهما فى رجل تفجؤه جنازة ، قال : يتيمم ويصلى عليها ، قالوا : ولأنها يخاف فوتها فأشبه العادم ، واحتج أصحابنا بقول الله تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا) وبالحديث المذكور فى الكتاب وبأحاديث كثيرة مصرحة بأن التيمم لا يجوز مع وجود الماء ، وبالقياس على غيرهما من الصلوات ، وبالقياس على الجمعة اذا خاف فوتها ، وهذا قياس الشافعى •

فان قالوا : الجمعة تنتقل الى بدل فلا تفوت من أصلها ، قلنا : لا نسلم بل تفوت الجمعة بخروج وقتها ، وقد نقل الشيخ أبو حامد وغيره الاجماع على أنها تفوت بخروجه ، والجنازة لا تفوت بل يصليها على القبر الى ثلاثة أيام بالاجماع ، ويجوز بعدها عندنا ، وبالقياس على من هو عار وفى بيته ثوب لو ذهب اليه فاتته ، وبالقياس على ازالة النجاسة • والجواب عن الحديث من وجهين (أحدهما) أنه يحتمل أنه تيمم لعدم الماء (والثانى) جواب القاضى أبى الطيب وصاحب الحاوى والشيخ نصر وغيرهم أن الطهارة للسلام ليست بشرط فخف أمرها بخلاف الصلاة ، وأما الأثران عن ابن عمر وابن عباس فضعيفان ، وقولهم : « يخاف فوتهما » ينتقض بالجمعة والله أعلم •

هذا حكم واجد الماء الذى لا يخاف من استعماله ولا يحتاج اليه لعطش، فأما الخائف فسيأتى حكمه ان شاء الله تعالى ، وأما من يحتاج اليه للعطش فهو كالعادم فيتيمم مع وجوده ، وهذا لا خلاف فيه ، نقل ابن المنذر وغيره الاجماع عليه ، واتفق أصحابنا على أنه اذا احتاج اليه لعطش نفسه أو رفيقه أو حيوان محترم من مسلم أو ذمى أو مستأمن أو بهيمة جاز التيمم بلا اعادة• قال أصحابنا : ويحرم عليه الوضوء فى هذه الحالة ، وقد نبه المصنف على هذا بقوله : « لأنه ممنوع من استعماله » يعنى أنه ممنوع من استعماله شرعا ــ منع تحريم ــ ولا فرق بين أن يدفعه الى المحتاج هبة أو بعوض ، صرح به الغزالى فى الخلاصة وصاحبا التتمة والتهذيب وآخرون ، ولو كان محتاجا اليه لعطشه فآثر به محتاجا لعطشه وتيمم جاز ولا اعادة ، بخلاف

ما لو آثره لوضوئه ، فانه يعصى ويعيد على تفصيل سنذكره ان شاء الله تعالى .

والفرق أن الحق فى الطهارة متمحض لله تعالى ، فلا يجوز تفويته ، وأما الشرب فمعظم المطلوب منه حق نفسه ، والايثار فى حظوظ النفوس من عادة الصالحين ، وقد صرح الأصحاب بالمسألة فى كتاب الأطعمة ، وسنزيدها ايضاحا هناك ان شاء الله تعالى ، وممن ذكرها هنا الشيخ أبو محمد والغزالى فى البسيط أما اذا كان الحيوان غير محترم كالحربى والمرتد والخنزير والكلب ، وسائر الفواسق الخمس المذكورة فى الحديث وما فى معناها ، فلا يجوز صرف الماء الى سقيها بالاتفاق ، بل يجب الوضوء به ، فان سقاها وتيمم أثم ولزمه الاعادة ان تيمم مع بقاء الماء ، وان كان بعد السقى فهو كاراقة الماء سفها ، وسيأتى حكمها حيث ذكره المصنف ان شاء الله تعالى ، وأما العطش المبيح للتيمم فقال امام الحرمين والغزالى فى البسيط : القول فيه كالقول فى الخوف المعتبر فى المرض ، وسيأتى تفصيله ان شاء الله تعالى .

ثم اتفق أصحابنا على أنه لا فرق بين عطشه فى الحال ، وثانى [1] الحال فله تزود الماء اذا احتاج اليه للعطش قدمه بلا خلاف قال الجمهور : وكذا لو خشى عطش رفيقه أو حيوان محترم فليتزود ويتيمم ولا اعادة عليه ، وحكى امام الحرمين عن والده أنه كان يقول يتزود لعطش رفيقه كما ذكرنا ، قال الامام : وفى هذا نظر . قال الرافعى : الظاهر الذى اتفق عليه الجمهور أنه يتزود لرفيقه كنفسه فلا فرق بين الروحين ، قال المتولى : لو كان يرجو وجود الماء فى غده ولا يتحققه فهل له التزود ؟ فيه وجهان ، قلت : الأصح الجواز لحرمة الروح ، قال المتولى : ولا نأمر العطشان أن يتوضأ بالماء ثم يجمعه ويشربه لأن النفس تعافه . قال الرافعى : كان والدى يقول : ينبغى أن يلزمه ذلك اذا أمكن ولا يجوز التيمم ، قال : ما ذكره والدى يجىء وجها فى المذهب ، لأن أبا على الزجاجى والماوردى وآخرين ذكروا فى كتبهم أن من معه ماء طاهر وآخر نجس ــ وهو عطشان ــ يشرب النجس ويتوضأ بالطاهر ،

---

(١) كذا فى ش و ق ولعلها (تأتى) والاسم الاناة او تالى باللام (ط) .

فاذا أمروا بشرب النجس ليتوضأ بالطاهر فأولى أن يؤمر بالوضوء ويشرب المستعمل •

قلت : هذا الذى حكاه الرافعى عن هؤلاء مشكل ، وقد حكاه الشاشى فى كتابيه عن الماوردى ثم ضعفه ، واختار أنه يشرب الطاهر ويتيمم ، وهذا هو الصواب ، فيشرب الطاهر ويكون وجود النجس كالعدم فانه لا يحل شربه الا اذا عدم الطاهر ، وقولهم : انه بدخول الوقت صار مستحقا للطهارة لا يسلم ، فانما يستحق للطهارة اذا لم يحتج اليه وهذه المسألة مفروضة فيما اذا عطش بعد دخول الوقت ، أما اذا عطش قبله فيشرب الطاهر ، ويحرم شرب النجس بلا خلاف ، صرح به الماوردى وهو واضح •

(**فرع**) قال أصحابنا لو كان معه ماء لا يحتاج اليه للعطش ، لكن يحتاج الى ثمنه فى نفقته ومؤنة سفره جاز التيمم ، صرح به القاضى حسين والمحاملى فى اللباب والمتولى والرويانى •

(**فرع**) اذا ازدحم جمع على بئر لا يمكن الاستقاء منها الا بالمناوبة لضيق الموقف أو لاتحاد آلة الاستقاء ونحو ذلك ــ فان كان يتوقع وصول النوبة اليه قبل خروج الوقت ــ لم يجز التيمم ، وان علم أنها لا تصل اليه الا بعد خروج الوقت ، فقد حكى جمهور الخراسانيين عن الشافعى رحمه الله أنه نص على أنه يصبر ليتوضأ بعد الوقت وأنه نص فيما لو حضر جمع من العراة وليس معهم الا ثوب يتناوبونه وعلم أن النوبة لا تصل اليه الا بعد الوقت أنه يصبر ولا يصلى عاريا ، ولو اجتمعوا فى سفينة أو بيت ضيق ، وهناك موضع يسع قائما فقط ، نص أنه يصلى فى الحال قاعدا ، واختلفوا فى هذه النصوص على طريقين • (أظهرهما) : وهى التى قال بها الشيخ أبو زيد المروزى وقطع بها صاحب الابانة ونقلها عن الأصحاب مطلقا ، أن المسائل كلها على قولين • (أظهرهما) : يصلى فى الوقت بالتيمم وعاريا وقاعدا لأنه عاجز فى الحال ، والقدرة بعد الوقت لا تؤثر كما لو كان مريضا عاجزا عن القيام واستعمال الماء فى الوقت ويغلب على ظنه القدرة بعده ، فانه يصلى فى الوقت قاعدا وبالتيمم ، فعلى هذا القول لا اعادة عليه فى المسائل كلها كالمريض •

وذكر امام الحرمين احتمالا فى وجوب الاعادة على المصلى قاعدا لندوره ، وذكر البغوى فى وجوب الاعادة عليهم كلهم قولين ، وقال : أصحهما [1] تجب كالعاجز الذى معه ماء لا يجد من يوضئه ، فانه يتيمم ويصلى ويعيد ، والمذهب الصحيح المشهور ما قدمته أنه لا اعادة عليهم لأنهم عاجزون فى الحال وجنس عذرهم غير نادر بخلاف ما قاس عليه البغوى .

والقول الثانى من أصل المسألة : يصبر الى ما بعد الوقت ، لأنه ليس عاجزا مطلقا ، والطريق الثانى : تقرير النصوص ، والفرق بأن أمر القيام أسهل من الوضوء والستر ، ولهذا جاز تركه فى النافلة مع القدرة ولم يجز فيها العرى والتيمم مع القدرة على الستر والماء ، وهذا الفرق مشهور قاله القفال والأصحاب وضعفه امام الحرمين بأن القيام ركن فى الفريضة فلا ينفع تخفيف أمره فى النفل .

قال الرافعى : وللفارق أن يقول : ما كان واجبا فى الفرض والنفل ، أهم مما وجب فى أحدهما ، هذا هو المشهور فى حكاية النصوص ، وقال جماعة كثيرة من الأصحاب : لا نص للشافعى فى مسألة البئر ، ونص فى الأخريين على ما سبق ، فمنهم من نقل وخرج قولين فى المسألتين ؛ ومنهم من قرر النصين وفرق بوجهين (أحدهما) : ماسبق (والثانى) : أن للقيام بدلا وهو القعود بخلاف الستر ، وبهذا الطريق قطع المصنف فى آخر باب ستر العورة ، والشيخ أبو حامد والشيخ أبو محمد فى الفروق والقاضى حسين والبغوى . قال الرافعى : وهؤلاء ألحقوا مسألة البئر بمسألة السفينة ، وقالوا يتيمم فى الحال ، واعلم أن امام الحرمين والغزالى رحمهما الله أجريا الخلاف الذى فى هذه المسألة فيما اذا لاح للمسافر الماء ولا عائق عنه ، لكن ضاق الوقت ، وعلم أنه لو اشتغل به لخرج الوقت والله أعلم .

ونقل القاضى أبو الطيب اتفاق الأصحاب على أنه لو كان معه ثوب نجس ، ومعه ماء يغسله به ، ولكن لو اشتغل بغسله لخرج الوقت لزمه

---

(١) يلاحظ ان الشارح رحمه الله لم يتحر بدقة ما سبق أن نوهنا به فى التزام اصطلاحات المذهب ولعل الحرص على هذا من الأظهر والأصح والطريق والمذهب والقول والوجه والصحيح والغريب والشاذ فان المتأخرين أكثر دقة فى التزام هذه الاصطلاحات من المتقدمين (ط) .

غسله وان خرج الوقت ولا يصلى عاريا ؛ كما لو كان معه ماء يتوضأ به أو يغترفه من بئر ولا مزاحم له لكن ضاق الوقت بحيث لو اشتغل بالوضوء خرج الوقت ، وصارت صلاته قضاء فانه لا يصلى بالتيمم بل يشتغل بالوضوء .

(فرع) قال الشافعى فى الأم والأصحاب رحمهم الله : لو كان فى سفينة فى البحر ، ولا يقدر على الماء ، ولا على الاستقاء تيمم وصلى ، ولا اعادة عليه لأنه عادم .

(فرع) قال أصحابنا : لو عدم الماء ووجد بئرا فيها ماء لا يمكنه النزول اليه الا بمشقة شديدة وليس معه ما يدليه الا ثوبه أو عمامته لزمه ادلاؤه ثم يعصره ان لم تنقص قيمة الثوب أكثر من ثمن الماء ، فان زاد النقص على ثمن الماء تيمم ولا اعادة ؛ وان قدر على استئجار من ينزل اليها بأجرة المثل لزمه ولم يجز التيمم والاجاز بلا اعادة ، ولو كان معه ثوب ان شقه نصفين وصل الماء والا لم يصل ــ فان كان نقصه بالشق لا يزيد على الأكثر من ثمن الماء ، وثمن آلة الاستقاء ــ لزمه شقه ، ولم يجز التيمم والا جاز بلا اعادة .

(فرع) قال الماوردى : لو عدم الماء وعلم أنه لو حفر موضعه وصل الماء فان كان يحصل بحفر قريب لا مشقة فيه وجب الحفر ولم يجز التيمم والا جاز بلا اعادة .

(فرع) لو وجد المسافر خابية ماء مسبل على الطريق لم يجز أن يتوضأ منه ، بل يتيمم ويصلى ولا اعادة ، لأن المالك وضعه للشرب لا للوضوء ذكره أبو عاصم العبادي ثم صاحب التتمة ، ونقله صاحب البحر عن الأصحاب قال أبو عاصم وغيره : ويجوز الشرب منه للغنى والفقير ، والله أعلم .

(فرع) فى مسائل ذكرها القاضى حسين هنا فى تعليقه ولها تعلق بمسألة خوف العطش قال : اذا كان معه دابة من حمار وغيره ، لزمه أن يحصل لها الماء لعطشها وكذا اذا كان معه كلب محترم ،

ككلب صيد وغيره فان وجد من يبيعه الماء له بثمن مثله لزمه شراؤه وان لم يبعه الا بأكثر من ثمن مثله لزمه أيضا شراؤه ، وهل تلزمه الزيادة على ثمن المثل ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) : تلزمه لأنه عقد صدر من أهله فهو كما لو باعه غير الماء بأضعاف ثمنه .

(والثانى) : لا تلزمه لأنه كالمكره على هذه الزيادة لوجوب الشراء عليه ، فان لم يبعه صاحبه ولم يكن محتاجا اليه جاز لصاحب الكلب أن يكابره عليه ، ويأخذه منه قهرا لكلبه ودابته ، كما يأخذه لنفسه فان كابره فأتى الدفع على نفس صاحب الماء كان دمه هدرا ، وان أتى على صاحب الكلب كان مضمونا . قال : ولو احتاج كلبه الى طعام ، ومع غيره شاة فهل له أن يكابره عليها لكلبه ، فيه وجهان ، أحدهما : نعم كالماء .

والثانى : لا ، لأن للشاة حرمة أيضا ، لأنها ذات روح ، ومتى كان صاحبه محتاجا اليه لا يجوز مكابرته بحال ، فلو كان صاحبه يحتاج اليه فى المنزل الثانى ، وهناك من يحتاج اليه فى المنزل الأول فوجهان (أحدهما) : صاحبه أولى لأنه مالكه (والثانى) : المحتاج أولى لتحقق حاجته فى الحال ، ولو كان معه ثوب لا يحتاج اليه ، وغيره محتاج ، فهو كالماء على ما سبق . فان كان الأجنبى يحتاج اليه لستر العورة للصلاة ، لزمه شراؤه بثمن المثل ، ولا يلزمه بالزيادة ، وان كان يحتاج اليه للبرد فباعه بأكثر من ثمن المثل ففى لزوم الزيادة الوجهان ، وان لم يبعه فحكم مكابرته حكم الماء . هذا كلام القاضي .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز لعادم الماء ان يتيمم الا بعد الطلب ، لقوله تعالى : « فلم تجدوا ماء فتيمموا » ولا يقال لم يجد الا بعد الطلب ، ولأنه بدل أجيز عند عدم المبدل فلا يجوز فعله الا بعد ثبوت العدم كالصوم فى الكفارة لا يفعله حتى يطلب الرقبة ، ولا يصح الطلب الا بعد دخول الوقت ، لأنه انما يطلب ليثبت شرط التيمم وهو عدم الماء ، فلم يجز فى وقت لا يجوز فيه فعل التيمم والطلب ان ينظر عن يمينه وشماله ، وأمامه ووراءه ، فان كان بين يديه حائل من جبل أو غيره صعده ونظر حواليه ، وان كان معه رفيق ساله عن الماء) .

(الشرح) في الفصل مسائل (احداها) لا يجوز لعادم الماء التيمم الا بعد طلبه ، هذا مذهبنا وبه قال مالك وداود وهو رواية عن أحمد . قال أبو حنيفة : ان ظن بقربه ماء لزمه طلبه والا فلا . واحتج له بأنه عادم للأصل فانتقل الى بدله ، كما لو عدم الرقبة في الكفارة ، ينتقل الى الصوم ، واحتج أصحابنا بقوله تعالى : (فلم تجدوا) قال الشافعي والأصحاب لا يقال : لم يجد الا لمن طلب فلم يصب . فأما من لم يطلب فلا يقال : لم يجد . ونقلوا هذا عن أهل اللغة قالوا : ولهذا لو قال لوكيله : اشتر لي رطبا فان لم تجد فعنبا لا يجوز أن يشترى العنب قبل طلب الرطب ، وبالقياس على الرقبة في الكفارة والهدى في التمتع فانه لا ينتقل الى بدلهما الا بعد طلبهما في مظانهما . وبالقياس على الحاكم فانه لا ينتقل الى القياس الا بعد طلب النص في مظانه ، ولأنه شرط من شروط الصلاة قد يصادف بالطلب ، فوجب طلبه كالقبلة . وأما قياسهم على الرقبة فرده أصحابنا وقالوا : لا ينتقل الى الصوم الا بعد طلب الرقبة في مظانها ، والله أعلم .

المسألة الثانية : هذا الذى أطلقه المصنف من القطع بوجوب الطلب بكل حال هو الذى أطلقه العراقيون وبعض الخراسانيين ، وقال جماعات من الخراسانيين : ان تحقق عدم الماء حواليه لم يلزمه الطلب ، وبهذا قطع امام الحرمين والغزالى وغيرهما واختاره الرويانى . ومنهم من ذكر فيه وجهين ، قال الرافعى : أصح الوجهين فى هذه الصورة أنه لا يجب الطلب . قال امام الحرمين : انما يجب الطلب اذا توقع وجود الماء توقعا قريبا أو مستبعدا ، فان قطع بأن لا ماء هناك بأن يكون فى بعض رمال البوادى فيعلم بالضرورة استحالة وجود ماء لم نكلفه التردد لطلبه لأن طلب ما يعلم استحالة وجوده محال ، ثم هذا الذى ذكره هؤلاء هو فيما اذا تيقن أن لاماء هناك ، فأما اذا ظن العدم ولم يتيقنه فيجب الطلب بلا خلاف عند جميعهم ، وصرحوا كلهم به الا صاحب الابانة فانه حكى فيه وجهين وأنكرهما امام الحرمين عليه وقال : لست أثق بهذا النقل وانما الوجهان فى التيمم الثانى ، كما سنذكره ان شاءالله تعالى .

الثالثة : قال أصحابنا : لا يصح الطلب الا بعد دخول الوقت ودليله

ما ذكره المصنف ، فان طلب وهو شاك فى دخول الوقت ثم بان أنه وافق الوقت لم يصح طلبه ، صرح به الماوردى وآخرون كما قلنا فى التيمم نفسه ، وكما لو صلى شاكا فى الوقت أو الى جهة بغير اجتهاد فوافق ، فانه لا يصح . وقد سبقت هذه القاعدة فى فرع ــ فى باب مسح الخف ــ فان قيل : اذا طلب قبل الوقت فدخل الوقت ولم يفارق موضعه ، ولا تجدد ما يحتمل وجود ماء ، كان طلبه ثانيا عبثا . فالجواب ما أجاب به صاحب الشامل وغيره أنه انما يتحقق عدم وجود ماء اذا كان ناظرا الى مواضع الطلب ولم يتجدد فيها شىء ، وهذا يكفيه فى الطلب بعد دخول الوقت والله أعلم .

(فــرع) لو طلب فى أول الوقت وأخر التيمم فتيمم فى آخر الوقت جاز ما لم يحــدث ما يوجب تجــديد الطلب ، صرح به البغــوى والرويانى والشاشى وصاحب البيان وآخرون .

الرابعة : فى صفة الطلب ، قال أصــحابنا أول الطلب أن يفتش رحله ثم ينظر حواليه يمينا وشمالا وقداما وخلفا ، ولا يلزمه المشى أصلا بل يكفيه نظره فى هذه الجهات وهو فى مكانه هذا ان كان الذى حواليه لا يستتر عنه ، فان كان بقربه جبل صغير ونحوه صعده ونظر حواليه ، ان لم يخف ضررا على نفسه أو ماله الذى معه أو المخلف فى رحله فان خاف لم يلزمه المشى اليه قال الشافعى فى البويطى : « وليس عليه أن يدور فى الطلب ، لأن ذلك أكثر ضررا عليه من اتيان الماء فى الموضع البعيد وليس ذلك عليه عند أحد » هــذا نصه بحروفه وهكذا ذكر الطلب الأصحاب فى الطريقتين ، كما ذكرته . وحكى امام الحرمين هذا عن صاحب التقريب ، ثم حكى عن شيخه أنه يتردد قليلا ، قال الامام : وليس بينهما اختلاف عندى ، بل ذلك يختلف باختلاف الأرض فنضبطه ونقول : لا يلزمه أن يبعد عن منزل الرفقة نصف فرسخ ، ولا نقول : لا يفارق الخيام بل يطلب من موضع لو انتهى اليه واستغاث بالرفقة لم يبعد عنه غوثهم مع ما هم عليه من تشاغلهم بأقوالهم وأفعالهم . ويختلف باختلاف الأرض واستوائها فان وصله نظره كفى والا تردد قليلا ، وتابع الغــزالى وغيره الامام فى هذا الضبط . قال الرافعى بعد حكايته كلام الامام : هــذا الضبط لا يوجد لغير الامام لكن الأئمة بعده تابعوه عليه وليس فى الطــريق

ما يخالفه (قلت) بل قد خالفه الأصحاب فان ضبطهم الذى حكيته أولا يخالف ضبطه والله أعلم •

هذا كله اذا لم يكن معه رفقة ، فان كان وجب سؤالهم الى أن يستوعبهم أو يضيق الوقت فلا يبقى الا ما يسع تلك الصلاة ، هذا هو المذهب الصحيح المشهور وبه قطع البغوى وغيره ، وفى وجه الى أن يبقى من الوقت ما يسع ركعة ، حكاه صاحبا التتمة والبحر ، وفى وجه ثالث : يستوعبهم وان خرج الوقت ، حكاه الرافعى وهو والذى قبله ضعيفان • قال أصحابنا : وله أن يطلب بنفسه ، وله أن يوكل ثقة عنده يطلب له ، سواء فيه الطلب بالنظر فى الأرض والطلب من الرفقة قال أصحابنا : ولا يجب أن يطلب من كل واحد بعينه بل ينادى فيهم : من معه ماء ؛ من يجود بالماء • أو نحو هذه العبارة •

قال البغوى وغيره : لو قلت الرفقة لم يلزم الطلب من كل واحد بعينه ، قال أصحابنا : ولو بعث النازلون واحدا يطلب لهم أجزأ عنهم كلهم ولا فرق فى جواز التوكيل فى الطلب بين المعذور وغيره ، هذا هو المذهب الصحيح المشهور • وحكى الخراسانيون وجها ، أنه لا يجوز التوكيل فى الطلب الا لمعذور ، قال المتولى : هذا الوجه مبنى على الوجه السابق أنه اذا يممه غيره بلا عذر لم يصح ، وهذا الوجه شاذ ضعيف ، وكذا المبنى عليه • ولو طلب له غيره بغير اذنه لم يجزه بلا خلاف • قال صاحب الحاوى : والطلب من الرفقة معتبر بالمنزل الذى فيه رفقته ، وليس عليه طلبه فى غير المنزل المنسوب الى منزله ، فيسأله من فيه من أهله وغير أهله بنفسه أو بمن يصدقه عن الماء معهم أو فى منزلهم ، فمن أخبره عن الماء بالمنزل لم يعتمده الا أن يكون ثقة ، ومن أخبره أن لا ماء بيده عمل بقوله وان كان فاسقا ، لأنه ان لم يكن صادقا فهو مانع •

قال أصحابنا : فاذا علم أن مع أحد الرفقة ماء وجب استيهابه ، فان وهب له وجب قبوله ، هذا هو الصحيح المشهور الذى قطع به الجمهور ، ونقله المحاملى والبغوى وغيرهما ، عن نص الشافعى ، وفيه وجه أنه لا يلزمه قبول الهبة ؛ حكاه المتولى وآخرون من الخراسانيين وصاحب البيان وهو شاذ

مردود اذ لا منة فيه • ووجه ثالث : أنه يجب قبول الهبة لكن لا يجب الاستيهاب • حكاه الشيخ أبو حامد والمحاملى وامام الحرمين والغزالى والمتولى والبغوى وغيرهم لصعوبة السؤال على أهل المروءة ، كما لا يجب استيهاب ثمن الرقبة فى الكفارة ، والمذهب الأول لأنه لا منة بالماء فى العادة بخلاف الرقبة ، ولهذا لو وهبت الرقبة ابتداء لم يجب قبولها بخلاف الماء ، هذا كله فيمن أراد التيمم ولم يسبق له طلب ، فان كان سبق له طلب وتيمم ، وأراد تيمما آخر لبطلان الأول بحدث أو غيره أو لفريضة أخرى ؛ أو لغير ذلك ، فهل يحتاج الى اعادة الطلب ؟ ينظر ــ فان احتمل ولو على ندور حصول الماء بأن انتقل من موضع التيمم أو طلع ركب أو سحابة أو نحو ذلك ــ وجب الطلب بلا خلاف على حسب ما تقدم ، فكل موضع تيقن بالطلب الأول أن لا ماء فيه ولم يحتمل حدوث ماء فيه لهذا السبب لا يجب الطلب منه على أصح الوجهين عند الخراسانيين ، والذى ظن أن لا ماء فيه يجب الطلب منه بلا خلاف على الوجه الشاذ الذى قدمناه عن صاحب الابانة•

وأما اذا لم يحتمل حدوث ماء ولم يفارق موضعه فان كان تيقن بالطلب الأول أن لا ماء فحكمه ما سبق أنه لا يلزمه الطلب على الأصح عند الخراسانيين ، وان لم يتيقنه ، بل ظن العدم فانه يكفى ذلك فى الأول ، فهل يحتاج فى الثانى الى اعادة الطلب ؟ فيه وجهان مشهوران للخراسانيين • أصحهما عند امام الحرمين وغيره : يحتاج ، وبه قطع البغوى ، وهو مقتضى اطلاق العراقيين ، بل صرح به جماعة منهم كالشيخ أبى حامد والماوردى لأنه قد يحصل ماء من بئر خفيت أو بدلالة شخص • فعلى هذا قال امام الحرمين والبغوى وغيرهما : يكون الطلب الثانى أخف من الأول ولا يجب أن يطلب ثانيا من رحله لأنه علم أن لا ماء فيه علم احاطة ، قال الشيخ أبو حامد : واذا طلب ثانيا وصلى ثم حضرت صلاة أخرى وجب الطلب لها ثالثا وهكذا كلما حضرت صلاة ، قال : ولو كان عليه فوائت تيمم للأولى ، ولا يجوز التيمم للثانية الا بعد طلب ثان ، وكذا يجب أن يطلب للثالثة وما بعدها قال : وكذا اذا أراد الجمع بين الصلاتين طلب للثانية وهذا الذى قاله فيه نظر •

(**فرع**) يجوز الجمع بين الصلاتين للمتيمم ، واذا أوجبنا الطلب

ثانيا لا يضر التفريق به بين الصلاتين لأنه خفيف وفيه وجه مشهور عن أبى اسحاق المروزى : أنه لا يجوز الجمع للمتيمم لحصول الفصل بالطلب وهو ضعيف فى المذهب والدليل قال القاضى أبو الطيب وغيره : لأنه اذا جاز الفصل بينهما بالاقامة ــ وليست بشرط ــ فالتيمم الذى هو شرط أولى ، قالوا : ولأنا لا نكلفه فى الطلب الا أن يقف موضعه ويلتفت عن جوانبه ، وهذا لا يؤثر فى الجمع والله أعلم .

(**فرع**) فى مذاهب العلماء فى طلب الماء ، قد ذكرنا أن مذهبنا وجوب الطلب اذا عدم الماء سواء رجاه أو توهمه ، وبه قال مالك وداود وهو رواية عن أحمد وقال أبو حنيفة : ان ظن وجوده بقربه لزمه والا فلا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان بذله له لزمه قبوله لأنه لا منة عليه فى قبوله ، وانباعه منه بثمن المثل وهو واجد للثمن غير محتاج اليه لزمه شراؤه ، كما يلزمه شراء الرقبة فى الكفارة والطعام للمجاعة ، فان لم يبذله له وهو غير محتاج اليه لنفسه لم يجز أن يكابره على اخذه كما يكابره على طعام يحتاج اليه للمجاعة وصاحبه غير محتاج اليه ، لأن الطعام ليس له بدل وللماء بدل) .

(**الشرح**) قوله : « باعه منه » صحيح ، وقد عده بعض الناس فى لحن الفقهاء وقال لا يقال باع منه انما يقال باعه وليس كما قال بل هما جائزان ، وقد أوضحته فى تهذيب الأسماء بدلائله وشواهده والشرى والشراء : لغتان مقصور بالياء وممدود بالألف والمجاعة ــ بفتح الميم ــ هى المخمصة ، وهى شدة الجوع ، وهذه القطعة تشتمل على ثلاث مسائل :

احداها : اذا وهب له الماء لزمه قبوله ، هذا هو الصحيح المنصوص ، وبه قطع الأصحاب فى الطرق ، وحكى صاحب التتمة والبيان وغيرهما ــ وجها ــ أنه لا يلزمه ،كما لا يلزمه قبول الرقبة للكفارة ، وهذا ليس بشىء لأن الماء لا يمن به فى العادة بخلاف الرقبة ، ولو وهب له ثمن الماء لم يلزمه قبوله بالاتفاق ، ونقل امام الحرمين الاجماع فيه ، ثم الصحيح المشهور أنه لا فرق بين هبة الأجنبى والقريب وذكر الدارمى وجماعة أن هبة الأب لابنه

تمن الماء وعكسه فى وجوب قبولها وجهان كقبول المال ليحج به • وأما هبة آلة الاستقاء فكهبة ثمن الماء ، ذكره القاضى حسين وامام الحرمين والغزالى والمتولى والبغوى وآخرون ، وأما اعارتها فقطع الجمهور بوجوب قبولها مطلقا وهو الصحيح ؛ فعلى هذا هل يلزمه طلب العارية ؟ فيه الوجهان السابقان فى استيهاب الماء ذكره الامام والغزالى وغيرهما • أصحهما : يجب وانفرد الماوردى فقال : يلزمه الاستعارة ان كان ثمن الآلة قدر ثمن الماء فان كان أكثر فوجهان (أحدهما) : لا يلزم لأنها قد تتلف فيضمنها (والثانى) يلزم لأن الظاهر سلامتها والله أعلم •

المسألة الثانية : اذا وجد الماء يباع بثمن مثله وهو واجد للثمن غير محتاج اليه لزمه شراؤه بلا خلاف ، ودليله ما ذكره المصنف ، وفى ثمن المثل ثلاثة أوجه مشهورة عند الخراسانيين • (أحدها) أنه أجرة نقله الى الموضع الذى هذا المشترى فيه ، ويختلف ذلك ببعد المسافة وقربها ، وعلى هذا قال الرافعى : يجوز أن يعتبر الوسط المقتصد ، ويجوز أن يعتبر الحد الذى يسعى اليه المسافر عند تيقن الماء ، فان ذلك الحد لو لم يقدر على السعى اليه بنفسه وقدر على بذل أجرة لمن ينقل له الماء منه لزمه •

(والوجه الثانى) يعتبر ثمن مثله فى ذلك الموضع فى غالب الأوقات فان الشربة الواحدة فى وقت عزة الماء يرغب فيها بدنانير ، فلو كلفناه شراه بقيمته فى الحال لحقه المشقة والحرج ، وبهذا الوجه قطع الشيخ أبو حامد والبندنيجى والماوردى والقاضى أبو الطيب والمحاملى وصاحب الشامل وحكوه عن أبى اسحاق المروزى ، واختاره الرويانى •

(والوجه الثالث) يعتبر ثمن مثله فى ذلك الموضع فى تلك الحالة فان ثمن المثل يعتبر حالة التقويم ، وهذا الثالث هو الصحيح عند جمهور الأصحاب ، وبه قطع الدارمى وجماعة من العراقيين ، ونقله صاحب البيان عن الشيخ أبى حامد ، ونقله امام الحرمين عن الأكثرين قال : والوجه الأول بناه قائلوه على أن الماء لايملك ، وهو وجه سخيف قال : والوجه الثانى أيضا ليس بشىء•

قال : وعلى طريقة الأكثرين الأقرب أن يقال لا يعتبر ثمن الماء عند الحاجة

الى سد الرمق فان ذلك لا ينضبط ، وربما رغب فى الشربة حينئذ بدنانير ، ويبعد فى الرخص والتخفيفات أن توجب ذلك على المسافر ، ولكن يعتبر الزمان والمكان من غير انتهاء الأمر الى سد الرمق ، وأما الغزالى رحمه الله فانفرد عن الأصحاب ، فاختار الوجه الأول قال الرافعى : ولم نر أحدا اختاره غيره وغير من تابعه والله أعلم .

أما اذا لم يبع الماء الا بأكثر من ثمن المثل فلا يلزمه شراه بلا خلاف لكن الأفضل أن يشتريه ، صرح به جماعة منهم أبو عبد الله الزبيرى فى كتابه الكافى، قال أصحابنا : وسواء كثرت الزيادة على ثمن المثل أو قلت لا يلزمه الشراء ، هذا هو الصحيح المشهور وبه قطع الجمهور فى كل الطرق ونص عليه الشافعى رحمه الله فى الأم ، وفيه وجه أنه يجب شراه بزيادة يتغابن الناس بها ، وبه قطع البغوى ، وحكاه المتولى عن القاضى حسين بعد حكايته عن الأصحاب أنه لا فرق ، والمذهب ما سبق عن الجمهور لأن هذا القدر من المال محترم ولهذا لو خاف تلف شىء يسير من ماله لو ذهب الى الماء لم يلزمه الذهاب ، وبهذا الذى ذكرناه عن جمهور أصحابنا ، قال جماهير علماء السلف والخلف وقال الثورى وأبو حنيفة : يلزمه شراؤه بالغبن اليسير ، وقال الحسن البصرى يلزمه شراه بكل ماله والله أعلم .

هذا اذا وجد ثمن الماء وهو غير محتاج اليه ، فان وجده ولكنه يحتاج اليه لدين مستغرق أو نفقته ، أو نفقة من تلزمه نفقته من عياله أو مملوكه أو حيوانه المحترم أو غير ذلك من مؤن السفر فى ذهابه ورجوعه من مأكوله ومشروبه ، وملبوسه ومركوبه لم يجب صرفه فى الماء ، فان فضل عن هذه الحاجات لزمه صرفه فى الماء من أى نوع كان ماله ولو لم يكن معه ماء ولا ثمنه ووجد من يقرضه الماء وجب قبوله على المذهب ، وفيه وجه أنه لا يجب حكاه البغوى . ولو أقرضه ثمن الماء ــ فان لم يكن له مال غائب ــ لم يلزمه قبوله بلا خلاف وان كان فوجهان مشهوران ، قطع امام الحرمين والغزالى بالوجوب ، والأصح أنه لا يجب ، صححه الرافعى وغيره ، لأنه لا يؤمن أن يطالبه قبل وصوله الى ماله ، ولو وجد من يبيعه الماء بثمن مؤجل ــ فان لم يكن له مال غائب ــ لم يلزمه شراؤه بلا خلاف ، وان كان فوجهان ، الصحيح

يلزمه شراه ، وهو المنصوص فى البويطى وبه قطع الجمهور • ممن قطع به القاضى أبو الطيب والبندنيجى والمحاملى فى المجموع والفورانى وابن الصباغ والمتولى والشيخ نصر والبغوى وآخرون ، لأن الأجل لازم فلا مطالبة قبل حلوله بخلاف القرض •

وشذ الماوردى فقطع بأنه لا يلزمه الشراء بمؤجل وان كان مالكا للثمن فى بلده ، لأنه يجوز أن يتلف ماله فيبقى الدين عليه وفى ذلك ضرر ، واختاره الشاشى ، والمختار الأول • وصورة المسألة أن يكون الأجل ممتدا الى أن يصل بلد ماله ، ولا فرق بين أن يزاد فى الثمن بسبب الأجل ما يليق به أو لا يزاد ، هذا هو الصحيح المشهور وفيه وجه أنه لا يلزمه اذا زاد على ثمن النقد وبه قطع القاضى حسين وهو شاذ ضعيف ، فان قيل : لم قطعتم هنا بأنه لا يلزمه الشراء بمؤجل اذا لم يكن له مال غائب وقلتم فيمن لا يجد طول [1] حرة ، ووجد حرة ترضى بمهر مؤجل لا يباح له نكاح الأمة فى وجه ، فالجواب ما أجاب به المتولى وغيره أنه فى النكاح تعلق به حق ثالث وهو الولد ، فان ولد الأمة يكون رقيقا فراعينا حقه ، وهنا الحق لله تعالى ، وهو مبنى على المسامحة مع أنه أتى ببدل • ولو وجد آلة الاستقاء بالثمن أو الأجرة لزمه تحصيلها بثمن المثل أو أجرة المثل ، فان زاد لم يجب ، كذا قاله الأصحاب •

قال الرافعى : ولو قيل : يجب ما لم تجاوز الزيادة ثمن مثل الماء لكان حسنا ، وكذا العريان اذا وجد ثوبا يباع أو يؤجر يلزمه تحصيله بثمن المثل أو أجرة المثل اذا وجد • قال أصحابنا : واذا لم يفعل ما أوجبناه عليه فى هذه الصور كلها وصلى بالتيمم أثم ولزمه الاعادة الا اذا وهب له الماء فلم يقبله فانه يأثم ، وفى الاعادة تفصيل ، فان كان الماء حال التيمم باقيا فى يد الواهب وهو باق على هبته لم يصح تيممه ، وان لم يكن الماء باقيا أو رجع عن هبته ففى الاعادة الوجهان فيمن أراق الماء سفها ، وسيأتى ايضاحهما حيث ذكرهما المصنف ان شاء الله تعالى • ولو وجد العريان ماء وثوبا يباعان ومعه ثمن

---

(١) الطول كالقول القدرة على الصداق والكلفة والمؤنة قال تعالى : « ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات » (ط) •

أحدهما فقط لزمه شراء الثوب لأنه لا بدل له • قال البغوى : ولهذا يلزمه أن يشترى لعبده ساتر عورته ، ولا يلزمه شراء الماء لطهارته فى السفر ، والله أعلم •

المسألة الثالثة : اذا احتاج الى ماء الطهارة دون العطش ووجد الماء مع من لا يحتاج اليه فطلبه منه بيعا أو هبة أو قرضا فامتنع من ذلك لم يجز أن يقهره على أخذه بلا خلاف ، بخلاف ما لو احتاج اليه لشـدة العطش وصاحبه غير محتاج اليه فانه يقهره على أخـذه ، لأن لمـاء الطهارة بدلا فيتيمم ويصلى ولا اعادة •

قال أصحابنا ولا يجب على صاحب الماء بذله لطهارة هذا المحتاج ، هذا هو الصحيح المشهور • وحكى صاحب البيـان عن أبى عبيد بن حربويه من أصحابنا أنه قال : يلزمه • وحكى الدارمى عن أبى عبيد أنه حكاه عن بعض المتقدمين والمذهب الأول ، ولا يجوز للعارى أن يقهر صاحب الثوب على أخذه لستر العورة للصـلاة فان خاف من حر أو برد فله قهره اذا لم يضطر صاحبه اليه ، هكذا ذكره البغوى وغيره ، وهو كما ذكره •

قال أصحابنا : وحيث قلنا يجوز أن يقهره ويكابره ، فان قهره فأدى الى هلاك المالك كان هدرا لأنه ظالم بمنعـه ، وان أدى الى هلاك المضـطر كان مضمونا لأنه مظلوم • قال أصحابنا : ولو كان مع المحتاج الى ماء الطهارة ماء مغصوب أو مرهون أو وديعة تيمم وصلى ولا اعادة عليه ، ويحرم عليه أن يتوضأ به ، وهذا وان كان ظاهرا فذكرته لأن بعض الناس قد يتساهل فيه ، فان خالف وتوضأ به صح ــ وان كان عاصيا ــ وأجزأته صلاته والله أعلم •

وأما قول المصنف رحمه الله : (لا يجوز أن يكابره على الماء للطهارة كما يكابره على طعام يحتاج اليه للمجاعة لأن الطعام لا بدل له وللماء بدل) فهذا التعليل ينتقض بالعارى فانه لا يجوز أن يكابر صـاحب الثوب ، وان كان لا بدل للثوب وانما التعليل الصحيح أن المكابرة فى الطعـام جازت لحرمة الروح ، ولهـذا حلت الميتة للمضطر وأما الطهارة بالمـاء فانما تجب على من وجده ، وهذا لم يجده والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان (١) دل على ماء ولم يخف فوت الوقت ولا انقطاعا عن رفق ولا ضررا فى نفسه وماله لزمه طلبه) .

(الشرح) الرفقة (٢) بضم الراء وكسرها لغتان مشهورتان وقوله رفق (٣) هو بالتنكير من غير تاء بعد القاف ، وهو يتناول رفقة كان معهم ورفقة يصادفهم الآن . وهذا الذى ذكره المصنف هو المذهب الصحيح المشهور ، وبه قطع العراقيون وكثير من الخراسانيين أو أكثرهم ، وعبروا بعبارة المصنف . وسلك امام الحرمين والغزالى ومن تابعهما طريقة أخرى اختصرها الرافعى وهذبها فقال : اذا تيقن وجود الماء حواليه فله ثلاث مراتب.

احداها : أن يكون على مسافة ينتشر اليها النازلون فى الاحتطاب والاحتشاش والبهائم فى الرعى فيجب السعى اليه ، وهذا فوق حد الغوث الذى يسعى اليه عند التوهم ، قال الامام محمد بن يحيى : ولعله يقرب من نصف فرسخ .

المرتبة الثانية : أن يكون بعيدا بحيث لو سعى اليه لفاته وقت الصلاة فيتيمم ولا يسعى اليه لأنه فاقد فى الحال ، ولو وجب انتظار الماء بعد الوقت لما جاز التيمم أصلا بخلاف واجد الماء فانه لا يتيمم وان خرج الوقت . قال الرافعى : والأشبه بكلام الأئمة أن الاعتبار من أول وقت الصلاة لو كان نازلا فى ذلك المنزل ، ولا بأس باختلاف المواقيت والمسافات ، وعلى هذا لو انتهى الى المنزل فى آخر الوقت والماء فى حد القرب وجب السعى اليه وان فات الوقت كما لو كان الماء فى رحله ، والأشبه أن يجعل وقت الحاضرة معيارا للفوائت والنوافل فانها الأصل والمقصود بالتيمم غالبا .

---

(١) هذا الفصل ساقط من النسخة المتداولة من متن المهذب والمطبوعة فى جزءين والصادرة عن مطبعة عيسى الحلبى وكذلك الفصول التى بعد هذا الفصل (ط) .

(٢) هو بضم الراء فى لغة تميم وبكسرها فى لغة قيس والجمع رفق كسدر (ط) .

(٣) فى الطبعتين السابقتين ش و ق (رفقة) مع ضبط الشارح لها وكذلك نسخة المهذب المطبوعة وهو تحريف لعبارة المصنف وغفلة عن تحقيق النووى رضى الله عنه . والذى أغراهم به ابتداء الشارح بمفرد الكلمة فى قوله : الرفقة بضم الراء الخ فتامل (محققه الطيعى) .

(قلت) هذا الذى نقله الرافعى عن الأشبه بكلام الأئمة ليس بمقبول ، بل ظاهر عباراتهم أن الاعتبار بوقت طلب الماء . هذا هو الموجود فى كتبهم وهو ظاهر نص الشافعى فى الأم وغيره ، فان عبارة الشافعى وعبارة الأصحاب كلهم كعبارة المصنف وهى صريحة فيما قلته ، والله أعلم .

المرتبة الثالثة : أن يكون بين المرتبتين ، فيزيد على ما يتردد اليه للحاجات . ولا ينتهى الى حد خروج وقت الصلاة ، فنص الشافعى فيما اذا كان الماء عن يمين المنزل أو يساره أنه يلزمه تحصيله ولا يجوز التيمم ، ونص فيما اذا كان فى صوب مقصده أنه لا يجب السعى اليه ، واختلف الأصحاب فيه على طريقين (أحدهما) تقرير النصين ، والفرق بأن المسافر قد يتيامن ويتياسر فى حوائجه ، ولا يمضى فى صوب مقصده ثم يرجع قهقرى ، وجوانب المنزل منسوبة اليه دون ما بين يديه (والطريق الثانى) فيهما قولان بالنقل والتخريج ، وهو أظهر ، لأن المسافر ما دام سائرا لا يعتاد المضى يمينا وشمالا كما لا يرجع قهقرى ، واذا كان نازلا ينتشر من الجوانب كلها ويعود ، ودليل الجواز أنه فاقد والمنع أنه قادر على تحصيله .

قال الرافعى : وما ذكرناه من الطريقين هو نقل امام الحرمين والغزالى فى آخرين وقال صاحب التهذيب : ان كان الماء فى طريقه وتيقن وصوله اليه قبل خروج الوقت ، وصلى فى الوقت بالتيمم جاز على المذهب . وقال فى الاملاء : لا يجوز بل يؤخر حتى يصل الى الماء ، وان كان الماء على يمينه أو يساره أو وراءه لم يلزمه اتيانه وان أمكن فى الوقت ، لأن فى زيادة الطريق مشقة عليه ، كما لو وجد الماء يباع بأكثر من ثمن المثل . وقيل : لا فرق ، بل متى أمكنه أن يأتى الماء فى الوقت من غير خوف فلا فرق بين أن يكون عن يمينه أو يساره أو أمامه ، ففى جواز التيمم قولان .

قال الرافعى : وبين هذا المذكور فى التهذيب وبين الأول بعض المخالفة توجيها وحكما ، أما التوجيه فظاهر ، وأما الحكم فلأن هذا الكلام انما يستمر فى حق السائر ، ومقتضاه نفى الفرق بين الجوانب فى حق النازل فى المنزل لأنه يحتاج الى الرجوع الى المنزل من أى جانب مضى اليه ، وفى زيادة الطريق مشقة .

وأما الكلام الأول فمقتضاه الفرق بين الجوانب فى حق النازل أيضا الا أن ذلك الفرق ممنوع كما سبق • وأيضا فان مقتضى الأول أن السعى الى ما عن اليمين واليسار أولى بالايجاب ، ومقتضى كلام التهذيب أن الايجاب فيما على صوب المقصد أولى •

قال الرافعى : واعلم أن المذهب جواز التيمم وان علم وصوله الى الماء فى آخر الوقت • واذا جاز التيمم لمن يعلم الوصول الى الماء فى صوب مقصده فأولى أن يجوز للنازل فى بعض المراحل اذا كان الماء عن يمينه أو يساره لزيادة مشقة السعى اليه ، واذا جاز للنازل فالسائر أولى بالجواز • هذا كله فى حق المسافر • وأما المقيم فذمته مشغولة بالقضاء لو صلى بالتيمم فليس له أن يصلى بالتيمم وان خاف فوت الوقت لو سعى الى الماء • هـذا آخر كلام الرافعى والله أعلم •

قال أصحابنا : والاعتبار فى الدلالة على الماء بدلالة ثقة ، وهو من يقبل خبره من رجل أو امرأة أو عبد أو أعمى ، ولا أثر لقول فاسق ومغفل وغيرهما ممن لا يقبل خبره والله أعلم •

وأما قول المصنف (ولم يخف ضررا فى نفسه وماله) فكذا قاله أصحابنا ، قالوا : اذا كان بقربه ماء يخاف لو سعى اليه ضررا على نفسه من سبع أو عدو أو غيرهما ، أو على ماله الذى معه أو الذى فى منزله من غاصب أو سارق أو غيرهما فله التيمم ، وهذا الماء كالمعدوم • قال أصحابنا : وهكذا لو كان فى سفينة ولا ماء معه وخاف الضرر لو استقى من البحر فله التيمم ولا اعادة عليه•

قال أصحابنا : والخوف على بعض أعضائه كالخوف على نفسه • قالوا : ولا فرق فى المال الذى يخاف عليه بين الكثير والقليل ، الا أن يكون قدرا يجب احتماله فى تحصيل الماء ثمنا أو أجرة ، وأما اذا خاف الانقطاع عن رفقة ، فقد أطلق المصنف أنه لا يلزمه الذهاب الى الماء ، وهكذا أطلقه الجمهور • وقال جماعة : ان كان عليه ضرر فى الانقطاع عن الرفقة فله التيمم ، والا فوجهان أصحهما له التيمم أيضا ، وهما قريبان من الوجهين فى نفقة الرجوع فى الحج

لمن لا أهل له ، هل تشترط أم لا ؟ مأخذهما فى الموضعين أنه ضرر عليه ولكنه تفوته الألفة والمؤانسة والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان (١) طلب فلم يجد فتيمم ــ ثم طلع عليه ركب قبل ان يدخل فى الصلاة لزمه ان يسالهم عن الماء فان لم يجد معهم الماء أعاد التيمم لأنه لما توجه الطلب بطل التيمم) .

(الشرح) قال أهل اللغة : الركب هم ركبان الابل العشرة ونحوهم ، وهو مختص بركبان الابل ، هذا أصله . ومراد أصحابنا بالركب جماعة يجوز أن يكون معهم ماء ، سواء كانوا على دواب أو رجالة . قال أصحابنا : فاذا تيمم بعد الطلب ثم حدث ما يحتمل القدرة على الماء بسببه بطل تيممه ، وان بان أنه لا قدرة له على الماء ، وذلك بأن رأى جماعة أقبلت أو سحابة أظلت بقربه أو سرابا ظنه ماء أو ماء توهمه طاهرا فكان نجسا ، أو بئرا توهم أن فيها ماء فلم يكن ، أو أنه يمكن نزولها فلم يمكن وما أشبه هذا لأن التيمم يراد لاباحة الصلاة ، فاذا رأى هذه الأشياء توجه الطلب ، واذا توجه بطل التيمم لأنه خرج عن الاباحة . هذا اذا لم يكن هناك مانع يمنع وجوب الوضوء على تقدير كونه ماء ، فان كان لم يبطل تيممه ، لأن التيمم يجوز فى هذه الحالة ابتداء ــ قال امام الحرمين وغيره : ضابط المذهب أن التمكن من استعمال الماء أو توهم التمكن يبطل تيممه ــ فلو رأى بئرا فيها ماء ولا يمكنه النزول فيها ولا دلو أو لا حبل معه ــ فان علم أول ما رآها أنه لا يقدر عليها ــ لم يبطل تيممه والا بطل ، ولو طلع عليه جماعة عراة لم يبطل تيممه ، ولو رأى ماء وسبعا أو عدوا يمنعه منه ــ فان رأى الماء أولا ثم رأى المانع ــ بطل تيممه وان رأى المانع أولا أو رآهما معا لم يبطل .

قال أصحابنا : ولو سمع بعد التيمم رجلا يقول : معى ماء ، بطل تيممه وان بان كاذبا ، ولو سمعه يقول : أودعنى فلان ماء أو غصبت من فلان ماء لم يبطل تيممه ان كان فلان غائبا ، فان كان حاضرا بطل لامكان طلبه منه ، ولو

---

(١) هذا الفصل ساقط من النسخة المتداولة من المهذب كما نوهنا آنفا (ط) .

قال • معى ماء أودعنيه فلان أو غصبته من فلان بطل تيممه على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، ونقله المتولى عن الأصحاب لأنه أطمعه فى الماء بتقديم ذكره ، وفيه احتمال للقاضى حسين أنه لايبطل على قولنا : لا يتبعض الاقرار ؛ وضعفه البغوى والشاشى وغيرهما • قال الشاشى فى المعتمد : لأنه لا فرق فى الاقرار بين قوله : له على ألف من ثمن خمر ، وقوله : له على من ثمن خمر ألف ، فى أن الجميع على قولين لأنه وصل اقراره بما يبطله ، سواء تقدم ذكر الخمر أو تأخر • وهنـا المؤثر فى التيمم توجه الطلب ، ثم ان جاز أن يخرج قولا الى التيمم من الاقرار لم لا يجوز أن يخرج فى قوله : عندى ماء أودعنيه فلان قولا أنه لا يبطل ؟ لأنه لما وصله بآخر كلامه بان أنه لا يقدر عليه ، وقد وافق القاضى فى بطلان تيممه فى هذه الصورة والله أعلم •

وأما قول المصنف : « فان لم يجد معهم الماء أعاد الطلب » فقد سبق بيان الخلاف فيـه ، وأنه اذا قلنـا بوجوب الطلب كان أخف من الطلب الأول والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان (١) طلب ولم يجـد جاز له التيمم لقوله تعـالى : « فلم تجـدوا ماء فتيمموا » وهل الأفضل أن يقدم التيمم أو الصلاة أم لا ؟ ينظر ــ فان كان على ثقة من وجود الماء فى آخر الوقت ــ فالأفضل أن يؤخر التيمم فان الصـلاة فى اول الوقت فضيلة ، والطهارة بالماء فريضة فكان انتظار الفريضة اولى ، وان كان على اياس من وجوده فالأفضل أن يتيمم ويصلى لأن الظـاهر انه لا يجـد الماء ، فلا يضيع فضيلة اول الوقت لأمر لا يرجوه وان كان يشك فى وجوده ففيه قولان احدهما : ان تاخيرها افضل لأن الطهارة بالماء فريضة والصـلاة فى اول الوقت فضيلة فكان تقديم الفريضة اولى • والثانى : أن تقديم الصلاة بالتيمم افضل وهو الاصح لأن فعلهـا فى اول الوقت فضـيلة متيقنة والطهارة بالمـاء مشكوك فيها فكان تقديم الفضيلة المتيقنة أولى) •

(الشرح) اذا عدم الماء بعد طلبه المعتبر جاز له التيمم للآية والأحاديث الصحيحة والاجماع ، ولا فرق فى الجواز بين أن يتيقن وجود الماء فى آخر الوقت أو لا يتيقنه ــ هذا مذهبنا ومذهب العلماء كافة • ونقل المحاملى فى

---

(١) هذا الفصل ساقط من النسخة المتداولة من المهذب كما نوهنا آنفا (ط) •

المجموع الاجماع عليه ، وكذا نقل الشيخ أبو حامد وغيره أنه لا خلاف فيه ، وحكى صاحبا التتمة والتهذيب قولا للشافعى نص عليه فى الاملاء : أنه لا يجوز التيمم اذا علم وصوله الى الماء قبل خروج الوقت وهو شاذ ضعيف لا تفريع عليه ، وانما التفريع على المذهب وهو الجواز — ثم ان الجمهور أطلقوا الجواز ، وقال الماوردى : هذا اذا تيقن وجود الماء فى غير منزله ، أما اذا تيقن أنه يجده فى آخر الوقت — فى منزله الذى هو فيه أول الوقت — فيجب التأخير ، قال : ولا وجه لقول من أطلق من أصحابنا استحباب التأخير ، فاذا قلنا بالمذهب فللعادم ثلاثة أحوال :

(أحدها) أن يتيقن وجود الماء فى آخر الوقت ، بحيث يمكنه الطهارة والصلاة فى الوقت فالأفضل أن يؤخر الصلاة ليأتى بها بالوضوء لأنه الأصل والأكمل هذا هو المذهب الصحيح المقطوع به فى جميع الطرق وانفرد صاحب التتمة بحكاية وجه أن تقديم الصلاة فى أول الوقت بالتيمم أفضل ، وحكاه الشيخ أبو محمد ، والصواب الأول .

واحتج له الشيخ أبو حامد الاسفراينى والمحاملى وغيرهما بأن الوضوء أكمل من التيمم ، فكان راجحا على فضيلة أول الوقت ، ويؤيد هذا أن التيمم لا يجوز مع القدرة على الماء ، ويجوز تأخير الصلاة الى آخر الوقت ، مع القدرة على الصلاة فى أوله ، ولأن الوضوء هو الأصل ولهذا يصلى به صلوات . وأما تعليل المصنف بأن الوضوء فريضة فمشكل ، لأن التيمم اذا فعله وقع أيضا فريضة ، فالصحيح ما سبق من التعليل ، ونضم اليه أن فيه خروجا من الخلاف فان نصه فى الاملاء : أن هذا التيمم باطل . وهو أيضا مذهب الزهرى ، فانه لا يجوز التيمم حتى يخاف فوت الوقت .

(الحال الثانى) أن يكون على يأس من وجود الماء فى آخر الوقت ، فالأفضل تقديم التيمم والصلاة فى أول الوقت بلا خلاف ، لحيازة فضيلة أول الوقت ، وليس هنا ما يعارضها .

(الحال الثالث) أن لا يتيقن وجود الماء ، ولا عدمه وله صورتان .

(احداهما) : أن يكون راجيا ، ظانا الوجود ففيه قولان مشهوران فى كتب الأصحاب ونص عليهما فى مختصر المزنى أصحهما ــ باتفاق الأصحاب ــ أن تقديم الصلاة بالتيمم فى أول الوقت أفضل ، وهو نصه فى الأم (والثانى) : التأخير أفضل وهو نصه فى الاملاء ، وهو مذهب مالك وأبى حنيفة وأحمد وأكثر العلماء • ودليلهما يعرف مما سبق •

الصورة الثانية : أن يشك ، فلا يترجح الوجود على العدم ولا عكسه ، فطريقان ، قطع جمهور العراقيين بأنه على القولين ، كما فى الرجاء والظن • ممن صرح بذلك المصنف هنا ، والشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والماوردى والمحاملى وآخرون • والطريق الثانى : الجزم بأن التقديم أفضل صرح به القاضى حسين وصاحب العدة وغيرهما من الخراسانيين وأشار اليه البغوى وغيره • وعبارة امام الحرمين والغزالى والمتولى وآخرين : ان كان يظن وبعضهم يقول : يرجو ففيه قولان • ولم يتعرضوا للشك ، وأما الرافعى فجزم فى صورة الشك بالتقديم قولا واحدا ، قال : وانما القولان اذا كان يظن ، قال : وربما وقع فى كلام بعضهم ذكر القولين فيما اذا لم يظن الوجود ولا العدم ولا وثوق به • ولعل ذاك القائل أراد بالظن اليقين ، وهذا الذى أنكره الرافعى من نقل القولين فى حال الشك المستوى الطرفين مردود ، فقد صرح بالقولين فى حالة الشك الشيخ أبو حامد والماوردى والمحاملى فى التجريد ، فقالوا : لو كان لا يعلم وجود الماء فى آخر الوقت ولا عدمه ، ولم يكن أحد الاحتمالين ــ فى وجوده وعدمه ــ أقوى من الآخر ، ففيه القولان• هذا لفظ هؤلاء الثلاثة وهم شيوخ المذهب وصرح به غيرهم وهو مقتضى عبارة المصنف وآخرين فى قولهم : وان كان يشك ففيه قولان والله أعلم •

قال امام الحرمين وغيره : هذا الخلاف فيمن أراد أن يقتصر على صلاة واحدة فأما من تيمم وصلى فى أول الوقت ، ثم صلى بالوضوء عند وجود الماء فى آخره فهو النهاية فى تحصيل الفضيلة والله أعلم •

(**فرع**) اختلف كلام الأصحاب فى تأخير الصلاة عن أول الوقت الى أثنائه لانتظار الجماعة ، فقطع أبو القاسم الداركى ، وأبو على الطبرى ،

وصاحب الحاوى وآخرون من كبار العراقيين باستحباب التأخير وتفضيله على فضيلة أول الوقت ، وقطع أكثر الخراسانيين بأن تقديم الصلاة ــ منفردا ــ أفضل ، ونقل امام الحرمين والغزالى فى البسيط أنه لا خلاف فيه ، ونقل جماعات من الأصحاب أنه ان رجا الجماعة فى آخر الوقت ولم يتحققها ففى استحباب التأخير وجهان بناء على القولين فى التيمم ، وحكى صاحبا الشامل والبيان هذا عن الأصحاب مطلقا ، ونقل الرويانى عن القاضى أبى على البندنيجى أنه قال : قال الشافعى فى الأم : التقديم أول الوقت منفردا أفضل ، وقال فى الاملاء : التأخير للجماعة أفضل • وقال القاضى أبو الطيب : حكم الجماعة حكم التيمم ، ان تيقن الجماعة آخر الوقت فالتأخير أفضل ، وان تيقن عدمها فالتقديم أفضل ، وان رجا الأمرين فعلى القولين • وهذا الذى حكاه عن القاضى أبى الطيب هو الذى ذكره أبو على البندنيجى فى جامعه ، كذا رأيته فى نسخة معتمدة منه ، فهذا كلام الأصحاب فى المسألة •

وقد ثبت فى صحيح مسلم : « أن النبى صلى الله عليه وسلم أخبر أنه سيجىء أئمة يؤخرون الصلاة عن أول وقتها ، قال : فصلوا الصلاة لوقتها واجعلوا صلاتكم معهم نافلة » فالذى نختاره أنه يفعل ما أمره به النبى صلى الله عليه وسلم فيصلى مرتين مرة فى أول الوقت منفردا لتحصيل فضيلة أول الوقت ، ومرة فى آخره مع الجماعة لتحصيل فضيلتها ، وقد صرح أصحابنا باستحباب الصلاة مرتين على ما ذكرناه فى باب صلاة الجماعة وسنبسطه هناك ان شاء الله تعالى •

فان أراد الاقتصار على صلاة واحدة ــ فان تيقن حصول الجماعة آخر الوقت ــ فالتأخير أفضل لتحصيل شعارها الظاهر ، ولأنها فرض كفاية على الصحيح فى مذهبنا وفرض عين على وجه لنا ، وهو قول ابن خزيمة من أصحابنا ، وهو مذهب أحمد بن حنبل وطائفة ففى تحصيلها خروج من الخلاف ، ولم يقل أحد يأثم بتأخيرها ، ويحتمل أن يقال : ان فحش التأخير فالتقديم أفضل ؛ وان خف فالانتظار أفضل والله أعلم •

(**فرع**) قال صاحب البيان : هذان القولان ــ فيمن ظن وجود الماء فى آخر الوقت ــ يجريان فى المريض العاجز عن القيام اذا رجا القدرة

على القيام فى آخر الوقت ، وفى العارى اذا رجا السترة فى آخـر الوقت ، والمنفرد اذا رجا الجماعة فى آخر الوقت هل الأفضل لهم تقديم الصلاة فى أول الوقت على حالهم ؟ أم تأخيرها لما يرجونه ؟ قال : ولا يترك الترخص بالقصر فى السفر ، وان علم اقامته فى آخر الوقت بلا خلاف ، وقال : قال صاحب الفروع : ان خاف فوت الجماعة لو أسبغ الوضوء وأكمله فادراك الجماعة أولى من الانحباس على اكمال الوضوء وفى هذا نظر .

(فـرع) لو دخل المسجد والامام فى الصلاة ـ وعلم أنه ان مشى الى الصف الأول فاتته ركعة وان صلى فى أواخر الصفوف لم تفته ـ فهذا لم أر فيه لأصحابنا ولا لغيرهم شيئا ، والظاهر أنه ان خاف فوت الركعـة الأخيرة حافظ عليها ، وان خاف فوت غيرها مشى الى الصف الأول ، للأحاديث الصحيحة فى الأمر باتمام الصف الأول وفى فضله والازدحام عليه والاستهام، وخيرصفوف الرجال أولها والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان (١) تيمم وصلى ثم علم انه كان فى رحله ماء نسـيه لم تصح صـلاته وعليه الاعادة على المنصوص ، لانها طهارة واجبة فلا تسقط بالنسيان ، كما لو نسى عضوا من أعضائه فلم يغسله . وروى أبو ثور عن الشافعى رحمهما الله : انه قال : تصح صلاته ولا اعادة عليه لأن النسـيان عذر حال بينه وبين المـاء فسقط الفرض بالتيمم كما لو حال بينهما سبع . وان كان فى رحله ماء واخطأ رحله فطلبه فلم يجـده فتيمم وصلى ففيه وجهـان ، قال أبو على الطبرى : لا تلزمه الاعادة لانه غير مفـرط فى الطلب ، ومن اصـحابنا من قال : تلزمه لأنه فرط فى حفظ الرحل) .

(الشرح) الرحل منزل الرجل من حجر أو مدر أو شـعر أو وبر ، كذا نقله الأزهرى وسائر أهل اللغة ، قالوا : ويقع أيضا اسم الرحل على متاعه وأثاثه ومنه البيت المشهور :

ألقى الصحيفة كى يخفف رحله

---

(١) هذا الفصل ساقط من النسخة المتداولة من المهذب كما نوهنا آنفا (ط) .

وكلام المصنف والفقهاء فى هذا الباب يتناول الرحل بالمعنيين ، وقد غلط وجهل من أنكر على الفقهاء اطلاقه بمعنى المتاع والله أعلم •

ثم فى الفصل خمس مسائل ذكر المصنف منها مسألتين :

(احداها) اذا تيمم بعد الطلب الواجب من رحله وغيره وصلى — ثم علم أنه كان فى رحله ماء يجب استعماله وكان علمه قبل التيمم ثم نسيه — فالمنصوص فى مختصر المزنى وجامعه الكبير والأم وجميع كتب الشافعى أنه يلزمه اعادة الصلاة ، وقال أبو ثور : سألت أبا عبد الله فقال : لا اعادة عليه هكذا حكاه الجمهور عن أبى ثور • وقال ابن المنذر فى الاشراف ، والشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والماوردى والمصنف وآخرون : قال أبو ثور قال الشافعى : لا اعادة • واختلف الأصحاب فى المسألة على طرق ، أصحها وأشهرها أن فيها قولين أصحهما وجوب الاعادة وهو الجديد ، والثانى : لا اعادة وهو القديم ، وقد ذكر المصنف دليلهما وهذه طريقة أبى اسحاق المروزى • وقد قدمنا فى فصل ترتيب الوضوء فرعا فى مسائل من هذا القبيل فى كل مسألة قولان •

والطريق الثانى : القطع بوجوب الاعادة كما نص عليه الشافعى فى كتبه ، وهؤلاء اختلفوا فى الجواب عن رواية أبى ثور ، فقال كثيرون : لعله أراد بأبى عبد الله مالكا أو أحمد ، وضعف المحققون هذا بأن أبا ثور لم يلق مالكا ، وليس معروفا بالرواية عن أحمد ، وانما هو صاحب الشافعى وأحد رواة كتبه القديمة كما قدمناه فى مقدمة الكتاب ، ولأن مذهب أحمد وجوب الاعادة وتأول هؤلاء روايته على أن غيره أدرج الماء فى رحله وهو لا يعلم ، فالصحيح فى هذه الصورة أنه لا اعادة ، كما سنذكره ان شاء الله تعالى ، وممن قال بهذا التأويل أبو الفياض البصرى حكاه عنه الماوردى • الطريق الثالث : أن المسألة على حالين فنصه على وجوب الاعادة اذا كان الرحل صغيرا تمكن الاحاطة به ، ورواية أبى ثور اذا كان كبيرا لا تمكن الاحاطة به • حكاه الماوردى عن أبى على ابن أبى هريرة ، وحكاه الشاشى عن أبى الفياض •

(المسألة الثانية) اذا علم فى موضع نزوله بئرا ثم نسيها وتيمم وصلى ثم

ذكرها فهو كنسيان الماء ، ففيه الطريقان الأولان ، فأما اذا لم يعلم البئر أصلا ، ثم علمها بعد صلاته بالتيمم ، فقال صاحب الشامل والشيخ نصر وغيرهما : قال الشافعي فى الأم : لا اعادة ، وقال فى البويطى : تجب الاعادة ، قالوا : وأراد بالأول اذا كانت البئر خفية ، وبالثانى اذا كانت ظاهرة ، وذكر صاحب الحاوى فيها ثلاثة أوجه :

أحدها : تجب الاعادة ، وهو قول ابن خيران .

والثانى : لا تجب وهو قول ابن سريج .

والثالث : ان كانت ظاهرة الأعلام بينة الآثار وجبت الاعادة لتقصيره وان كانت خفية لم تجب لعدم تقصيره ، قال : وبهذا قال الشيخ أبو حامد وأبو الفياض وجمهور أصحابنا البغداديين والبصريين ، وهذا الثالث هو الصحيح ، ولو كان الماء يباع فنسى أن معه ثمنه فصلى بالتيمم ثم ذكر ، فالمذهب الصحيح الذى قطع به الدارمى والشيخ نصر فى كتابيه الانتخاب والكافى أنه كنسيان الماء فى رحله وفيه احتمال لابن كج حكاه الرافعى .

(المسألة الثالثة) اذا أدرج غيره الماء فى رحله ولم يعلم صاحب الرحل الا بعد صلاته بالتيمم ، فطريقان مشهوران حكاهما الصيدلانى وامام الحرمين والغزالى وصاحب العدة وآخرون . أحدهما : أنه على القولين فى نسيان الماء فى رحله لكن أصحهما هنا أنه لا اعادة وهناك وجوب الاعادة . والطريق الثانى : القطع بعدم الاعادة لعدم تقصيره وهذا الطريق صححه امام الحرمين والغزالى فى البسيط ، ثم الجمهور أطلقوا المسألة كما ذكرنا . وقال البغوى : ان طلب فى رحله فلم يجد فذهب للطلب من موضع آخر فأدرج فى غيبته فلا اعادة ، وان لم يطلب من رحله لعلمه أن لا ماء فيه ، وكان قد أدرج ولم يعلم فالأصح وجوب الاعادة لتقصيره .

(الرابعة) لو كان فى رحله ماء فطلب الماء فى رحله ، فلم يجده فتيمم وصلى ثم وجده ، فان لم يمعن فى الطلب وجبت الاعادة ، وان أمعن حتى ظن العدم فوجهان ، وقيل قولان ، وهما مخرجان من القولين فى الخطأ فى القبلة ،

أصحهما : وجوب الاعادة وبه قطع الفورانى لندوره ، والثانى : لا ، لعدم تقصيره •

(الخامسة) اذا كان فى رحله ماء فأخطأ رحله بين الرحال لظلمة أو غيرها فطلبه فلم يجده فصلى بالتيمم ثم وجده ــ فان لم يمعن فى الطلب ــ وجبت الاعادة وان أمعن فثلاثة طرق أصحها وأشهرها أن فيه وجهين أصحهما لا اعادة • والثانى : تجب وبهذا الطريق قطع المصنف وكثيرون ، ودليلهما فى الكتاب •

(والطريق الثانى) القطع بعدم الاعادة ، وبه قطع الماوردى والفورانى والبغوى • (والثالث) ان وجده قريبا وجبت الاعادة ، وان كان بعيدا فلا اعادة حكاه الرافعى عن الحليمى ، قال الرافعى ، والمذهب أنه لا اعادة مطلقا ، وقال الرويانى فى الحلية : ان أضل رحله فلا اعادة وان أضله بين الرحال لزمه الاعادة ، والمشهور أنه لا فرق والله أعلم •

(فرع) لو غصب رحله الذى فيه الماء وحيل بينه وبينه تيمم ولا اعادة بلا خلاف كما لو حال دونه سبع ولأنه غير مفرط بخلاف الناسى • ولو ضل عن القافلة أو عن الماء صلى بالتيمم ولا اعادة بالاتفاق ، وممن صرح به الرويانى وصاحب العدة والشاشى وصاحب البيان وآخرون وهو واضح والله أعلم •

(فرع) قال أبو العباس الجرجانى فى كتابه المعاياة : لو نسى الماء فى رحله وصلى بالتيمم لزمه الاعادة على الأصح ، ولو عجز عن استعمال الماء فتيمم وصلى لم تلزمه الاعادة ، ولو صلى بنجاسة نسيها أو عجز عن ازالتها لزمه الاعادة ، فسوينا بين العجز والنسيان فى النجاسة ، وفرقنا بينهما فى التيمم ، والفرق أنه أتى فى التيمم ببدل بخلاف النجاسة •

(فرع) قد ذكر المصنف هنا أبا ثور وأبا على الطبرى وتقدم ذكر أبى على فى باب الشك فى نجاسة الماء ، وهناك بينا اسمه وحاله ، وتقدم بيان حال أبى ثور فى آخر الفصول التى فى مقدمة الكتاب ، وأما قول الغزالى فى

الوسيط فى نسيان الماء فى رحله وفيه قول قديم كما فى نسيان الفاتحة وترتيب الوضوء ناسيا فكذا وقع فى النسخ وصوابه حذف لفظة ناسيا •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فيمن نسى الماء فى رحله وصلى بالتيمم ثم علمه ؛ فالصحيح فى مذهبنا وجوب الاعادة ، وبه قال أبو يوسف وأحمد ، ورواية عن مالك ، وقال أبو حنيفة وأبو ثور وداود : لا اعادة وهى رواية عن مالك وحكاه محمد بن جرير عن سفيان الثورى • واحتجوا بحديث ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ان الله تجاوز لى عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » حديث حسن رواه ابن ماجه والبيهقى باسناد حسن ، ولأنه صلى على الوجه الذى يلزمه ذلك الوقت فلم تلزمه اعادة ، ولأن النسيان عذر حال بينه وبين الماء فأشبه السبع ولأنه صلى ولا يعلم معه ماء فلم تلزمه اعادة كمن صلى ثم رأى بقربه بئرا •

واحتج أصحابنا بأن التيمم لا يكفى واجد الماء بالاتفـاق اذا لم يكن مريضا ونحوه ، وهذا واجد ــ والنسيان لا ينافى الوجود ــ فهو واجد غير ذاكر ، ولأنه شرط للصلاة فلم يسقط بالنسيان كستر العورة ، وغسل بعض الأعضاء ، وكمريض صلى قاعدا ــ متوهما عجزه عن القيام ــ وكان قادرا ، وكحاكم نسى النص فحكم بالقياس ، وكمن نسى الرقبة فى الكفارة فصام وكمن كان الماء فى اناء على كتفه فنسيه فتيمم وصلى فانه يعيد بالاتفاق ، ذكره القاضى أبو الطيب • والجواب عن الحديث الذى احتجوا به أن أصـحابنا وغيرهم من أهل الأصول اختلفوا فيه هل هو مجمل أم عام ؟ فان قلنا : مجمل توقف الاحتجاج به على بيان المراد فلا حجة لهم فيـه ، وان قلنـا عام وهو الأصح فقد خص منه غرامات المتلفات ، ومن صلى محدثا ناسيا ، ومن نسى بعض أعضاء طهارته ، ومن نسى ساتر العورة وغير ذلك مما ذكرناه فى دليلنا وغيره مما هو معروف ، فكذا يخص منه نسـيان الماء فى رحله قياسـا على نسيان بعض الأعضاء وغيره مما ذكرناه ، فان التخصيص بالقياس جائز •

فهذا هو الجواب الذى نعتقده ونعتمده ، وأما أصحابنا فى كتب المذهب فيقولون : المراد رفع الاثم بدليل وجوب غرامة الاتلاف ناسـيا ؛ والقتـل خطأ ، وهذا ضعيف لأنه ان كان الحديث عاما فليس تخصيصه منحصرا فى رفع

الاثم ، فان أكل الناسى فى الصوم وكلام الناسى فى الصلاة وغير ذلك لا يضر، وان كان مجملا فيتوقف فيه الى البيان .

والجواب عن قولهم : صلى على الوجه الذى يلزمه ؛ أنه ان أرادوا يلزمه فى نفس الأمر فلا نسلمه ، وان أرادوا فى الظاهر وبالنسبة الى اعتقاده فينتقض بمن نسى بعض الأعضاء ، وعن القياس على السبع أنه لا تقصير فيه بخلاف مسألتنا ، ولهذا اتفقنا على أن السبع لو حال بينه وبين ساتر العورة صحت صلاته عاريا ، ولو تركها ناسيا أعاد . وأما قياسهم على البئر ــ فان كانت ظاهرة ــ لزمه الاعادة كما سبق فلا نسلم حكمها ، وان كانت خفية فالفرق أنه لا ينسب فيها الى تفريط بخلاف النسيان والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجد بعض ما يكفيه ففيه قولان ، قال فى الأم : يلزمه ان يستعمل ما معه ثم يتيمم لقوله تعالى : (فلم تجدوا (١) ماء فتيمموا) وهذا واجد للماء فيجب الا يتيمم وهو واجد له ، ولأنه مسح ابيح للضرورة فلا ينوب الا فى موضع الضرورة كالمسح على الجبيرة ، وقال فى القديم والاملاء : يقتصر على التيمم لأن عدم بعض الأصل بمنزلة عدم الجميع فى جواز الاقتصار على البدل ، كما نقول فيمن وجد بعض الرقبة فى الكفارة) .

(الشرح) قوله : (مسح أبيح للضرورة) احتراز من مسح الخف ، واذا وجد المحدث حدثا أصغر أو أكبر بعض ما يكفيه من الماء لطهارته ففى وجوب استعماله القولان اللذان ذكرهما المصنف بدليلهما ، واتفق الأصحاب على أن الأصح وجوب استعماله ، وهو احدى الروايتين عن أحمد وداود ، وحكاه ابن الصباغ عن عطاء والحسن بن صالح ومعمر بن راشد . والقول الآخر هو مذهب مالك وأبى حنيفة وسفيان الثورى والأوزاعى والمزنى وابن المنذر . قال البغوى : وهو قول أكثر العلماء ، والمختار الوجوب ، ودليله مع ما ذكر المصنف حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « واذا أمرتكم بشىء فافعلوا منه ما استطعتم » رواه البخارى

---

(١) من الآية ٤٣ من سورة النساء والآية ٦ من سورة المائدة (ط) .

ومسلم • والفرق بينه وبين بعض الرقبة فى الكفارة بالنص والمعنى ، أما النص فقوله تعالى : (فتحرير رقبة [من قبل أن يتماسا] فمن لم يجد فصيام شهرين) [1] معناه لم يجد رقبة ، وهذا لم يجدها ، وقال تعالى فى التيمم (فلم تجدوا ماء) [2] وهذا واجد ماء • وأما المعنى فلأن ايجاب بعض الرقبة مع الشهرين جمع بين البدل والمبدل ، وذلك غير لازم • وفى مسألتنا التيمم يقع عن العضو الذى لم يغسله لا عن المغسول ، ولأن عتق بعضها لا يفيد شيئا لا يفيده الصوم ، وغسل بعض الأعضاء يفيد مالا يفيده وهو رفع الحدث عن ذلك العضو •

قال الفورانى والمتولى والرويانى وصاحبا العدة والبيان : اختلف أصحابنا فى أصل هذين القولين ، فقيل مأخوذان من تفريق الوضوء ان جوزناه وجب استعماله والا فلا • قالوا : والصحيح انهما قولان مستقلان غير مأخوذين من شىء • قال أصحابنا : واذا قلنا : لا يجب استعماله فهو مستحب • قالوا : واذا أوجبناه وجب تقديمه على التيمم ، لأن التيمم لعدم الماء لا يصح مع وجوده بخلاف ما سنذكره فى تيمم الجريح ان شاء الله تعالى • قالوا : فيستعمله المحدث فى وجهه وما بعده على الترتيب ثم يتيمم لما بقى ، ويستعمله الجنب أولا فى أى بدنه شاء •

قال أصحابنا : ويستحب أن يبدأ بمواضع الوضوء ورأسه وأعالى بدنه وأيهما أولى ؟ فيه خلاف • نقل صاحبا البحر والبيان عن الأصحاب أنه يستحب أن يبدأ برأسه وأعاليه • قال صاحب البيان : ولو قيل يستحب أن يبدأ بأعضاء الوضوء كان محتملا • وقطع البغوى وغيره باستحباب تقديم أعضاء الوضوء والرأس ، والمختار تقديم أعضاء الوضوء ثم الرأس ثم الشق الأيمن ، كما يفعل من يغسل جميع البدن ، هذا اذا كان جنبا غير محدث ، فان كان جنبا محدثا ــ فان قلنا بالمذهب : ان الحدث يندرج فى الجنابة ــ فالحكم كما لو كان جنبا فقط ، وان قلنا : لا يندرج وكان الماء يكفى للوضوء وحده لزمه أن يتوضأ عن الحدث ويتيمم عن الجنابة ، وهو مخير فى تقديم

---

(١) من الآيات ٣ ، ٤ من سورة المجادلة ومابين المعقوفين كان ساقطا من ش و ق والوحيدة (ط).
(٢) الآية ٤٣ من النساء و ٦ من المائدة (ط) .

الوضوء على تيمم الجنابة وتأخيره ، اذ لا يجب الترتيب بين الطهارتين لكن يستحب تقديم الوضـــوء ، هـــذا كله اذا وجد ترابا تيمم به ، فان لم يجده فطريقان فى التهذيب وغيره (أحدهما) أن استعمال هذا الماء النـــاقص على القولين (وأصحهما) القطع بوجوب استعماله ، وبه قطع المتولى ، ونقـــله الرويانى عن الأصحاب لأنه لا بدل هنا فوجب اســـتعماله بلا خلاف كبعض ما يستر العورة ، بخلاف بعض الرقبة فى الكفارة فانه لا يعتقه العاجز عـــن الصوم لأن الكفارة على التراخى • والله أعلم •

(فـــرع) لو لم يجد ماء ووجد ثلجا أو بردا لا يقدر على اذابته ، فان كان جنبا أو حائضا فوجوده كعدمه فيتيمم ويصلى ولا اعادة عليه ــ على المذهب ــ وبه قطع الجمهور • وحكى الدارمى وجها أن الاعادة تجب ، ذكره فى أول باب المياه وقد ذكرته أنا هناك • وان كان محدثا ففى وجوب استعماله فى الرأس طريقان فى التهذيب وغيره ، قالوا : أصحهما لا يلزمه قولا واحداً لأن الترتيب واجب فلا يمكن اســـتعماله فى الرأس قبل التيمم عن الوجه واليدين ، ولا يمكن التيمم مع وجود ما يحكم بوجوب استعماله •

والطريق الثانى : أنه على القولين وبه قطع الجرجانى فى المعاياة • قال الجرجانى والرويانى والرافعى وآخرون : فاذا قلنا يجب استعماله تيمم على الوجه واليدين تيمما واحـــداً ، ثم مســـح به الرأس ثم تيمم على الرجلين للترتيب ، ولا يؤثر هذا الماء فى صـــحة التيمم للوجه واليدين لأنه لا يجب استعماله فيها ، فوجوده بالنســـبة اليهما كالعدم ، وهذا الطريق أقوى فى الدليل لأنه واحد ، والمحذور الذى قاله الأول يزول بما ذكرناه •

(فـــرع) اذا لم يجد ماء ووجد ما يشـــترى به بعض ما يكفيه ففى وجوب شراه القولان فى وجوب استعماله اذا كان معه •

(فـــرع) اذا لم يجد شـــيئاً من الماء ووجـــد تراباً لا يكفيه للوجه واليدين ، بل لأحدهما فطريقان (أحدهما) [1] للبغوى والشاشى وغيرهما ،

---

(١) كذا فى ش و ق ولعله : فطريقان أحدهما قال البغوى والشاشى وغيرهما هو أصحهما أو بحذف (أحدهما) لأنها زائدة (ط) .

أصحهما القطع بوجوب استعماله ، وبه قطع القاضى حسين ، وكما لو وجد بعض ما يستر العورة أو أحسن بعض الفاتحة • (والثانى) : على القولين واختاره الشاشى فى المعتمد ، وضعف الطريق الأول ، وقال : لو قيل لا يجب استعماله قولا واحداً لكان أولى ، ووجهه بما ليس بتوجيه فالصواب القطع بوجوب استعماله •

(**فـرع**) لو كان عليه نجاسات فوجد ما يغسل بعضها دون بعض فالمذهب الصحيح المشهور الذى قطع به الجمهـور : القطع بوجوب غسـل ما أمكن كبعض الفاتحة والسترة ، وحكى القاضى حسين فى تعليقه وجها أنه لا يجب لأنه لا يسقط فرض الصلاة بخلافهما •

(**فـرع**) قال أصحابنا : لو تيمم لعدم الماء ثم رأى ماء ــ فان احتمل عنده أنه يكفيه لطهارته ــ بطل تيممه ، وان علم بمجرد رؤيته أنه لا يكفيه فهو على القولين فى وجوب استعماله ابتداء ان أوجبناه بطل تيممه والا فلا •

(**فـرع**) لو منع المتطهر من الوضوء الا منكوسا فهل له التيمم ؟ أم يلزمه غسل الوجه لتمكنه منه ؟ فيه القولان فيمن وجد بعض ما يكفيه ، حكاه صاحب البحر عن والده قال : « ولا تلزمه اعادة الصلاة اذا امتثل المأمور به على القولين » •

(قلت) : فى وجوب الاعادة احتمال ، الا أن الأظهر أنها لا تجب كمـا ذكره لأنه فى معنى من غصب ماؤه ، ولا اعادة عليه قطعا •

(**فـرع**) قال صاحبا الحاوى والبحر : لو مات رجل معه ماء لنفسه لا يكفيه لغسل جميع بدنه ، فان قلنا : يجب اسـتعمال النـاقص وجب على رفيقه غسله به وتيممه للباقى • وان قلنـا : لا يجب اقتصر به على التيمـم قالا : فعلى هذا لو غسله به ضمن قيمته لورثته ، لأنه أتلفه من غير حاجة ، وفيما قالاه نظر لأن أصحابنا اتفقوا على استحباب استعمال الناقص فينبغى أن لا يضمن ، ويمكن أن يقال استحبابه يتوقف على رضاء المالك ولم يوجد •

(**فـرع**) لو كان محدثا أو جنبا أو حائضا وعلى بدنه نجاسة ومعه

ماء لا يكفى الا لأحدهما تعين عليه غسل النجاسة به ، لأنه لا بدل لها بخلاف الحدث ، وهذا متفق عليه عند أصحابنا ، وحكاه العبدرى عن أبى حنيفة ومحمد وأحمد وداود • ورواية عن أبى يوسف ، وبه قال ابن المنذر • وقال حماد بن أبى سليمان وأبو يوسف فى الرواية الأخرى عنه : يتوضأ ولا يغسل النجاسة ، وهو الظاهر من مذهب مالك • ودليلنا ما سبق •

قال أصحابنا : وينبغى أن يستعمل هـذا الماء أولا فى ازالة النجاسة ثم يتيمم للحدث ، فان خالف فتيمم ثم غسلها ففى صحة تيممه وجهان سبقا فى باب الاستطابة وفى هذا الباب (أحدهما) : لا يصح لأن التيمم يراد لاباحة الصلاة وهذا لا يبيحها لبقـاء النجاسة عليـه (وأصحهما) يصح ، كما أن الجريح يجوز أن يتيمم ثم يغسل الصحيح ، وان كان تيممه لا تباح الصـلاة عقبة ، هكذا أطلق الأصحاب المسألة • وقال القاضى أبو الطيب فى تعليقه : هذا الذى ذكرناه من وجوب استعمال الماء فى ازالة النجاسة دون الحدث هو فيما اذا كان مسـافرا ، فان كان حاضرا فغسـل النجاسـة به أولى ، يعنى ولا يجب ، لأنه لابد من اعادة الصلاة ، سواء غسل النجاسة أو توضأ •

(فـرع) قال أصحابنا : لو كان محرما وعلى بدنه طيب وهو محدث ومعه ما يكفى أحدهما فقط وجب غسل الطيب ويتيمم للحدث ان لم يمكن الوضوء به ، وجمعه لغسل الطيب ، فان أمكن وجب فعله ، ولو كان عليـه نجاسة وطيب غسل النجاسة ، وقد ذكر المصنف هاتين المسألتين فى الحج •

(فـرع) لو عدم ماء الطهارة وساتر العورة ووجدهما يباعان ومعه ثمن أحدهما وجب شرى السترة لأنه لا بدل لها ، ولأن النفع بها يدوم ، ولأنها تجب للصلاة والصيانة عن العيون ، والماء يخالفها فى كل هذا •

(فـرع) قال أصحابنا العراقيون : اذا أجنب فلم يجد المـاء فتيمم وصلى فريضة ثم أحدث ووجد ما يكفيه لأعضاء وضوئه فقط ــ فان قلنا : يجب استعماله للجنابة ــ بطل تيممه ولزمه استعماله ، وان قلنا : لا يجب فقال ابن سريج رحمه الله : ان توضأ به ارتفع حدثه وجاز أن يصلى به النفل

دون الفرض ، لأن التيمم الذى ناب عن غسل الجنابة أباح فريضة وما شاء من النوافل ، فلما أحدث حرمت النوافل ، فاذا توضأ ارتفع تحريم النوافل ولا يستبيح الفرض ، لأن هذا الوضوء لم ينب عن الجنابة ، فان لم يتوضأ به وتيمم للفريضة جاز واستباح الفريضة والنافلة جميعا ، فان تيمم للنافلة وحدها فوجهان :

(أحدهما) : يستبيحها كما يستبيحها اذا نوى الفريضة تبعا ، (وأصحهما) لا يستبيحها وهو قول القاضى أبى الطيب لأنه يقدر على الوضوء لها فلا يستبيحها بالتيمم ، بخلاف التيمم للفريضة فانه ينوب عن غسل الجنابة . قالوا : وهذه المسألة مما يمتحن به ، فيقال : وضوء يستباح به النافلة دون الفريضة ولا نظير لها . ويقال : وضوء يصح بنية استباحة النفل، ولا يصح بنية استباحة الفرض ، ويقال محدث ممنوع من الصلاة لحدثه فان تيمم للفرض استباحه واستباح النفل ، وان تيمم للنفل لم يصح له ولا لغيره . وهذا السؤال الثالث يجىء على الوجه الثانى وهذا كله تفريع على قولنا : لا يجب استعمال الناقص ، هكذا ذكر هذه المسألة العراقيون والمتولى .

وحكى امام الحرمين هذا عن العراقيين ثم قال : وهذا فيه نظر ، قال : والوجه أن يقال : الوضوء مع الجنابة لا أثر له ، ولا يتضمن رفع الحدث ووجوده بمثابة ما اذا طرأ الحدث ثم وجد ماء قليلا فيخرج على وجوب استعماله ، وسواء قلنا : يجب أو لا يجب فلا بد من التيمم للنافلة ، قال : وفى المسألة احتمال على الجملة . هذا كلام الامام والمشهور ما سبق .

أما اذا اغتسل الجنب وبقى عضو من بدنه لم يجد له ماء فتيمم له ثم أحدث فتيمم ثانيا ، ثم وجد ماء يكفى ذاك العضو دون وضوئه ، فقد قال القاضى حسين والمتولى والبغوى والرويانى : ان قلنا فيمن وجد بعض ما يكفيه : لا يلزمه استعماله وجب استعمال هذا الماء فى ذلك العضو ، ولا يبطل تيممه ، لأن التيمم الثانى وقع عن الحدث ولم يقدر بعده على ما يزيل الحدث .

وان قلنا : يجب استعماله فقد تعارض فرضان أحدهما : الباقى من الجنابة،

والثانى : المقدور عليه من أعضاء الوضوء ، وليس أحدهما أولى من الآخر. هذا كلام هؤلاء ونقله امام الحرمين عن ابن سريج قال : ونقله الصيدلانى عنه ولم يعترض عليه .

قال الامام : وفرقه بين قولنا : يجب استعماله أو لا يجب غير صحيح ، وكذا أنكره الغزالى فى البسيط ، والشاشى . قال الشاشى : هذا بناء فاسد وتفريع باطل ، بل يلزمه استعماله فى العضو الباقى من الجنابة ــ قولا واحدا ــ ولا يبطل تيممه على القولين ، لأن الماء تعين استعماله عن الجنابة والتيمم وقع عن الحدث ، فلم يؤثر فيه ما لا يجب استعماله فيه . وهذا الذى قاله الشاشى هو الأظهر ، وقد قطع صاحب الحاوى فى باب صفة الغسل بأنه اذا أجنب فوجد ما يكفيه الا موضعا يسيرا فاغتسل وبقى ذلك الموضع فتيمم وصلى ثم وجد ما يكفيه لبدنه للباقى من الجنابة لزمه استعماله فى هذا الباقى من الجنابة ، ولا يستعمله فى أعضاء الوضوء ، فاذا استعمله فى الباقى تيمم وصلى فرضا ونفلا . قال : وان تيمم قبل استعماله جاز لأن التيمم للحدث الطارىء ، واستعمال الماء للجنابة فجاز تقديم أحدهما على الآخر . قال : فلو أراق هذا الماء بعد التيمم لم يكن له أن يصلى بهذا التيمم ، بل يجدد تيمما بعد الاراقة لأن تيممه لم يقع عن العضو الباقى من الجنابة والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اجتمع ميت وجنب او ميت وحائض انقطع دمها ، وهناك ماء يكفى احدهما ــ فان كان لاحدهما ــ كان صاحبه احق به لانه محتاج اليه لنفسه ، فلا يجوز له بذله لغيره ، فان بذله للآخر وتيمم لم يصح تيممه وان كان الماء لهما كانا فيه سواء . وان كان [الماء] مباحا او لغيرهما واراد ان يجود به على احدهما فالميت اولى لانه خاتمة طهارته ، والجنب والحائض يرجعان الى الماء فيغتسلان . وان اجتمع ميت وحى على بدنه نجاسة والماء يكفى احدهما ، ففيه وجهان (احدهما) صاحب النجاسة اولى ، لانه ليس لطهارته بدل ولطهارة الميت بدل ، وهو التيمم [فكان (١) صاحب النجاسة احق بالماء] (والثانى) الميت اولى وهو ظاهر المذهب لانه خاتمة طهارته . وان اجتمع حائض وجنب والماء يكفى احدهما ، ففيه وجهان . قال ابو اسحق [رحمه الله :] الجنب اولى لان غسله منصوص عليه فى القرآن ومن اصحابنا من قال : الحائض اولى

---

(١) ما بين المعقوفين من المتوكلية والركبى (ط) .

لانها تستبيح بالغسل ما يستبيح الجنب وزيادة وهو الوطء [فكانت اولى] وان اجتمع جنب ومحدث ـ وهناك ماء يكفى المحدث ولا يكفى الجنب ـ فالمحدث اولى لان حدثه يرتفع به ولا يرتفع به حدث الجنب ، وان كان [الماء] يكفى الجنب ولا يفضل عنه شيء ، ويكفى المحدث ويفضل عنه ما يغسل به الجنب بعض بدنه ففيه ثلاثة اوجه (احدها) الجنب أولى لانه يستعمل جميع الماء بالاجماع ، واذا دفعناه الى المحدث بقى ماء مختلف فى وجوب استعماله فى الجنابة (والثانى) المحدث اولى لان فيه تشريكا بينهم [فى الماء] . (والثالث) انهما سواء ، فيدفع [الماء] الى من شاء منهما ، لانه يرفع حدث كل واحد منهما ويستعمله كل واحد منهما بالاجماع) .

(الشرح) فى الفصل مسائل :

(احداها) اذا اجتمع ميت ، وجنب ، وحائض ، ومحدث ، ومن على بدنه نجاسة ، وهناك ما يكفى أحدهم ـ فان كان لأحدهم ـ فهو أحق به ، ولا يجوز له أن يبذله لطهارة غيره . قال امام الحرمين وغيره : لأن الايثار انما يشرع فى حظوظ النفوس لا فيما يتعلق بالقرب والعبادات ، قال أصحابنا : ويستوون كلهم فى تحريم البذل ، لما ذكرناه . هذا هو المذهب الصحيح وبه قطع الجمهور . وحكى الدرامى وابن الصباغ وغيرهما عن أبى سحاق المروزى أنه قال : من أصحابنا من قال : فيه قول آخر أنه ان كان الماء للجنب أو الحائض أو المحدث لزمه أن يقدم الميت به على نفسه ويأخذ ثمنه من مال الميت . قال ابن الصباغ : وهذا لا يعرف للشافعى ، والصواب الأول وعليه التفريع ، فلو خالف صاحب الماء وبذله لغيره ـ قال المحاملى فى المجموع والصيدلانى : لا تصح هبته ، ولا يزول ملكه فيه ، كأنه محجور عليه فيه ، وذكر جماعات فى صحة هبته وجهين ، وسنشرحهما مع ما يتعلق بهما فى مسألة من أراق الماء سفها ، حيث ذكرها المصنف بعد هذا ان شاء الله تعالى .

قال أصحابنا : فاذا صلى بالتيمم ـ فان كان الماء باقيا فى يد الموهوب له ـ لم يصح تيمم الباذل ، وعليه اعادة الصلاة . وان كان الماء قد تلف ففى وجوب الاعادة الوجهان فيمن أراق الماء بعد دخول الوقت سفها أصحهما : لا تجب وسنشرحهما فى موضعهما ان شاء الله تعالى مع فروعهما ، فهذا الذى ذكرته

من التفصيل هو الذى قاله الأصحاب فى الطريقتين ولم يوضح المصنف المسألة بتفصيلها ، بل أطلق وجوب الاعادة ، وكلامه محمول على ما اذا تيمم والماء باق فى يد الموهوب ، وقد أنكر بعضهم عليه اطلاقه ولا يصح انكاره لأن مراده ما ذكرته ، هذا كله فيمن وهب بعد دخول الوقت ، أما من وهب قبل الوقت فلا تحرم هبته وتصح صلاته بالتيمم ولا اعادة كما لو أراقه قبل الوقت • واذا أوجبنا الاعادة مع بقاء الماء أو مع عدمه على أحد الوجهين ففى قدر ما تجب اعادته ثلاثة أوجه ، ستأتى هناك ان شاء الله تعالى ، ومعنى قول الأصحاب فى هذا : صاحب الماء أحق به أى لاحق لغيره فيه •

قال الأزهرى : أحق فى كلام العرب له معنيان • (أحدهما) : استيعاب الحق كله كقولك فلان أحق بماله أى لا حق لأحد فيه غيره (والثانى) : على ترجيح الحق وان كان للآخر فيه نصيب ، كقولك : فلان أحسن وجها من فلان ، لا تريد نفى الحسن عن الآخر ، بل تريد الترجيح ، قال : وهذا معنى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الأيم أحق بنفسها من وليها » أى لا يفتات عليها فيزوجها بغير اذنها ، ولم ينف حق الولى فانه هو الذى يعقد عليها وينظر لها والله أعلم •

(المسألة الثانية) اذا كان الماء لهم فهم فيه سواء ، ولا يجوز لأحدهم أن يبذل نصيبه لطهارة غيره ان كان نصيب الباذل يكفيه ، وان كان لا يكفيه وقلنا : يجب استعماله لم يجز بذله والا فيجوز •

(الثالثة) اذا كان الماء لأجنبى فأراد أن يجود به على أحوجهم أو أوصى بماء لأحوج الناس فى الموضع الفلانى أو وكل من يصرفه الى أحوجهم فأيهم أحق ؟ فيه التفصيل الذى ذكره المصنف وسنشرحه ان شاء الله تعالى ، هكذا صورها امام الحرمين والغزالى ومن تابعهما ، وصورها المصنف وجمهور الأصحاب فى الطريقتين فيما اذا وصل هؤلاء المحتاجون الى ماء مباح وذكروا فيها التفاصيل المذكورة ، وأنكر امام الحرمين هذا عليهم وقال : هذا عندى غلط ظاهر فان الماء المباح اذا ازدحم عليه قوم وجب أن يستووا فى تملكه ، ولا يتوقف الملك على الحاجة ، بل يجب القطع باستوائهم ويقسم الماء بينهم

بالسوية ، ولا ينظر الى أحداثهم وأحوالهم قال : ولا خفاء بما نبهنا عليه من هذا الزلل .

قال الرافعي : (لا منافاة بين كلام امام الحرمين وكلام الأصحاب لأنهم أرادوا التقديم على سبيل الاستحباب وكأنهم يقولون : مجرد الوصول الى الماء المباح لا يقتضى الملك وانما يثبت الملك بالاستيلاء والاحراز فيستحب لغير الأحوج ترك الاستيلاء والاحراز ايثارا للاحوج ، والأصحاب يسلمون أنهم لو لم يفعلوا ذلك ، واستولوا عليه وازدحموا كان الأمر كما ذكره امام الحرمين ؛ لكن يمكن أن ينازعهم فيما ذكروه من الاستحباب ويقول : هو متمكن من الطهارة بالماء فلا يجوز العدول الى التيمم ، كما لو ملك الماء) هذا كلام الرافعي ، فاذا ثبت دفعه الى الأحوج ففيه صور :

(احداها) اذا حضر ميت مع جنب أو حائض أو محدث فهو أحق منهم لعلتين (احداهما) التى ذكرها الشافعي والمصنف والأصحاب أنه خاتمة أمره فخص بأكمل الطهارتين والأحياء سيجدون الماء (والثانية) : أن القصد من غسل الميت تنظيفه ولا يحصل بالتراب ، والقصد من طهارة الأحياء استباحة الصلاة وذلك يحصل بالتيمم ، وقال أبو يوسف : الحى أحق من الميت ، وهو رواية عن مالك وأحمد قال أصحابنا : ولا يفتقر استحقاق الميت وتخصيصه الى قبول وارث ونحوه ، كما لو تطوع انسان بتكفين ميت فانه لا يفتقر الى قبول وحكى الدارمى والرافعى وجها فى اشتراط قبول هبة الماء للميت وليس بشىء .

(الثانية) اذا حضر ميت ومن عليه نجاسة ــ فان كان على الميت نجاسة ــ فهو أحق بلا خلاف والا فوجهان مشهوران ، الصحيح منهما عند الأصحاب أن الميت أحق . قال أصحابنا : هما مبنيان على العلتين فى الميت ان قلنا بالأولى فهو أحق ، وان قلنا بالثانية فالنجس أحق ، لأنه لا يسقط فرضه بالتيمم وتحصل طهارة الميت بالتيمم ولوحضر ميتان ، والماء يكفى أحدهما ــ فان كان الماء موجودا قبل موتهما ــ فالأول أحق ، وان وجد بعد موتهما أو ماتا معا فأفضلهما أحق به ، فان استويا أقرع بينهما ، نقله الرافعى .

(الثالثة) لو حضر من عليه نجاسة مع جنب وحائض ومحدث فهو أحق منهم بلا خلاف لأنه لا بدل لطهارته .

(الرابعة) حضر جنب وحائض فثلاثة أوجه مشهورة (أصحها) عند الأصحاب : الحائض أحق لغلظ حدثها ، وقول القائل الآخر ان غسل الجنب منصوص عليه فى القرآن لا حجة فيه ، فان غسلها ثابت بالأحاديث الصحيحة والاجماع . (والوجه الثانى) : الجنب أحق ، لأن الصحابة رضى الله عنهم اختلفوا فى صحة تيمم الجنب دون الحائض فقدم لتصح طهارتهما بالاجماع ، هكذا احتج له القاضى حسين والصيدلانى ، قال امام الحرمين : هذا ضعيف جدا ، ولم يصح عن الصحابة فى تيمم الحائض شىء . (والثالث) : يستويان حكاه الدارمى عن ابن القطان ؛ فعلى هذا قال الأكثرون يقرع بينهما ، وممن صرح بهذا للقفال والقاضى حسين والمتولى والبغوى والرويانى وآخرون ، وقال امام الحرمين وغيره : فيه تفصيل اختصره الرافعى فقال : ان طلب أحدهما القرعة والآخر القسمة فالقرعة أولى فى أصح الوجهين والقسمة فى الثانى . هذا ان أوجبنا استعمال الماء الناقص عن الكفاية والا تعينت القرعة ، وان اتفقا على القسمة جاز ان أوجبنا استعمال الناقص والا فلا ؛ لأنه تضييع .

(الخامسة) حضر جنب ومحدث ، فان كان الماء يكفى الوضوء دون الغسل ، فالمحدث أحق ان لم نوجب استعمال الناقص ، وان أوجبناه فثلاثة أوجه ، (أصحها) المحدث أحق لأنه يرتفع به حدثه بكماله . (والثانى) : الجنب أحق لغلظ حدثه . (والثالث) : يستويان ويجىء فيه ما سبق من الاقراع والقسمة ، وقول المصنف : « فيدفع الى من شاء منهما » المراد به اذا كان صاحب الماء يجود به على المحتاج ، وأما الوكيل والوصى والحاكم فى المباح فيقرعون بينهما على الأصح ، ويقسمون على الوجه الآخر ولا تخيير ، وان لم يكن الماء كافيا لواحد منهما فالجنب أولى ان أوجبنا استعمال الناقص ، والا فكالمعدوم ، وان كان كافيا لكل واحد منهما نظر ان فضل عن الوضوء منه شىء ولم يفضل عن الغسل فالجنب أولى ــ ان لم نوجب استعمال الناقص ــ لأنه اذا استعمله المحدث يضيع الباقى وان أوجبنا

استعمال الناقص ففيه الأوجه الثلاثة المذكورة فى الكتاب ، أصحها الجنب أحق • والثانى : المحدث • والثالث : هما سواء •

وان لم يفضل من واحد منهما شيء ، أو فضل عن كل واحد منهما شيء فالجنب أحق ، وفى الحاوى ــ وجه ــ أنه اذا كان لا يفضل عن واحد منهما شيء فهما سواء ، والصحيح الأول، وان كان يكفى الغسل ولا يكفى الوضوء ان تصور ذلك فالجنب أحق • قال الرافعى : (ويتصور ذلك بأن يكون المغتسل نضو الخلق فاقد الأعضاء ، والمتوضىء ضخم الأعضاء) واذا استعمل الماء ــ فى هذه المسائل ــ غير من قلنا : انه أحق فقد أساء وطهارته صحيحة والله أعلم •

(**فرع**) قال الشافعى فى مختصر المزنى رحمهما الله : لو كان مع الميت ماء ، فخافت رفقته العطش شربوه ويمموه وأدوا ثمنه فى ميراثه ، واتفق أصحابنا على أنه يحل لهم شربه وعليهم ضمانه بقيمته يوم الشرب كما قلنا فى غيره من المتلفات • قال القاضى أبو الطيب وغيره : وسمى الشافعى القيمة هنا ثمنا مجازا ، والا فحقيقة الثمن ما كان فى عقد ، ولكن قد سمت العرب القيمة ثمنا •

قلت : قد قال أهل اللغة مثل هذا ، فقال الأزهرى فى تهذيب اللغة : قال الليث : ثمن كل شيء قيمته ، وقال الهروى فى الغريبين : الثمن قيمة الشيء •

قال أصحابنا : وانما أوجبنا القيمة ولم نوجب المثل ، وان كان الماء مثليا لأن المسألة مفروضة فيما اذا كانوا فى برية ، للماء فيها قيمة ، ثم رجعوا الى بلدهم ، ولا قيمة للماء فيه ، وأراد الوارث تغريمهم فى البلد ، فلو ردوا الماء لكان اسقاطا للضمان • هذا هو المذهب الصحيح المقطوع به فى طرق الأصحاب ، وحكى صاحب البحر والرافعى وجها ، أن مراد الشافعى بالثمن المثل ، وأنه يرد مثل الماء لا قيمته وهذا شاذ والصواب الأول •

وأما اذا غرموا فى موضع الشرب فانهم يغرمون مثل الماء ، بلا خلاف ، قال صاحبا العدة والبحر : وكذا لو غرموا فى موضع آخر للماء فيه قيمة فلهم

أداء مثل الماء ، وان كان أقل من قيمته يوم الاتلاف كمن أتلف حنطة غـرم مثلها ، وان كانت قيمتها يوم الغرم أقل • ولو غرموا القيمة ثم اجتمعوا هم والوارث فى موضع للماء فيه قيمة فهل له رد القيمة والمطالبـة بمثـل الماء ؟ وجهان ، كالوجهين فيمن أتلف مثليا فتعذر المثل فغرم القيمة ثم وجد المثل هل للمالك أن يرد القيمة ويطالب بالمثل ؟ هكذا قاله القاضى حسـين والفورانى وصاحب العدة وآخرون وسنوضح المسألة فى كتاب الغصب [1] ان شاء الله تعالى •

هذا كله اذا احتاج الأحياء الى ماء الميت للعطش ، فأما اذا لم يحتاجوا اليه للعطش بل للطهارة ، فانهم يغسلونه منه بقدر حاجته ، وما بقى حفظوه للورثة ، ويحرم عليهم الوضوء به بل يتيممون ، فان توضأوا به أثموا وضمنوه على ما سبق والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان لم يجد ماء ولا ترابا صلى على حسب حاله [واعاد (٢) الصـلاة] ، لان الطهارة شرط من شروط الصلاة فالعجز عنها لا يبيح ترك الصـلاة كستر العورة وازالة النجاسة واستقبال القبلة والقيام والقراءة) •

(فـرع) قوله : (على حسب حاله) هو ــ بفتح السين ــ أى قدر حاله ولو حذف لفظة حسب صح الكلام أيضا ، وقوله (شرط من شروط الصلاة) احتراز من العقل فانه شرط ، ولكن من شروط التكليف ، وقوله (والقيام والقراءة) مما ينكر عليه لأنه جعلهما من الشروط ، ومعلوم عنده وعند غيره أنهما ليسا من الشرط بل من الفرائض والأركان ، وكان ينبغى أن يحذفهما فقد حصل الغرض بما قبلهما أو يقول لأن الطهارة لازم من لوازم الصـلاة ليتناول كل المذكورات وكأنه أراد بالشرط ما لا تصح الصلاة الا بوجوده لا حقيقته •

(واما حكم المسألة) فاذا لم يجد المكلف ماء ولا ترابا بأن حبس فى موضع

---

(١) وضحناه نحن بقدر ما استطعنا وله الحمد والمنة على نعمة اكماله (ط) .

(٢) ما بين المعقوفين من المتوكلية (ط) .

نجس أو كان فى أرض ذات وحل ولم يجد ماء يخففه به أو ما أشبه ذلك ففيه أربعة أقوال حكاها أصحابنا الخراسانيون :

(أحدها) يجب عليه أن يصلي فى الحال على حسب حاله ، ويجب عليه الاعادة اذا وجد ماء أو ترابا فى موضع يسقط الفرض فيه بالتيمم . وهذا القول هو الصحيح الذى قطع به كثيرون من الأصحاب أو أكثرهم وصححه الباقون ، وهو المنصوص فى الكتب الجديدة (والثانى) لا تجب الصلاة بل تستحب ويجب القضاء ، سواء صلى أم لم يصل حكوه عن القديم ، وحكاه الشيخ أبو حامد وغيره من العراقيين (والثالث) يحرم عليه الصلاة ويجب القضاء ، حكاه امام الحرمين وجماعة من الخراسانيين عن القديم (والرابع) تجب الصلاة فى الحال على حسب حاله ولا تجب الاعادة ، حكوه عن القديم أيضا ، وستأتى أدلة هذه الأقوال فى فرع مذاهب العلماء ان شاء الله تعالى .

قال امام الحرمين : واذا قلنا تجب الصلاة فى الوقت ويجب القضاء فالمذهب الظاهر أن ما يأتى به فى الوقت صلاة ولكن يجب تدارك النقص ، ولا يمكن الا بفعل صلاة كاملة . قال : ومن أصحابنا من قال : الذى يأتى به تشبه كالامساك فى رمضان لمن أفطر عمدا . قال الامام : وهذا بعيد جدا .

قال أصحابنا : فاذا قلنا بالمذهب وهو وجوب الصلاة فى الحال ووجوب القضاء صلى الفرض وحده ولا يجوز النفل ولا مس المصحف وحمله ؛ فان كان جنبا لم يجز له المكث فى المسجد ولا قراءة القرآن فى غير الصلاة ، وان كانت امرأة انقطع حيضها لم يجز وطؤها لأن هذه الأشياء انما تباح بالطهارة ولم تأت بها وانما صلى الفريضة للضرورة محافظة على حرمتها .

وحكى الجرجانى فى المعاياة وصاحب البيان وجها أنه يباح وطؤها وليس بشىء واذا صلى الفرض وكان جنبا ، أو منقطعة الحيض ، لم يقرأ فى الصلاة ما زاد على الفاتحة بلا خلاف ، وفى الفاتحة وجهان سبق بيانهما وشرحهما فى آخر باب ما يوجب الغسل ، أصحهما : تجب . والثانى : تحرم ، بل يأتى بالأذكار التى يأتى بها من لا يحسن الفاتحة ، قال أصحابنا : واذا شرع فى

الصلاة على حسب حاله فرأى الماء أو التراب فى أثنائها بطلت صلاته هذا هو الصحيح المشهور ، وبه قطع الجمهور •

وحكى القاضى حسين وجها أنها لا تبطل كالوجه المحكى فى طريقة خراسان أن المتيمم فى الحضر اذا رأى الماء فى أثناء الصلاة لا تبطل ، وهذا الوجه ليس بشىء • قال أصحابنا : ولو أحدث فى هذه الصلاة أو تكلم بطلت بلا خلاف •

(فرع) قال أبو العباس الجرجانى فى المعاياة : ليس أحد يصح احرامه بصلاة الفرض ولا يصح بالنفل الا من عدم الماء والتراب أو السترة الطاهرة ، أو كان على بدنه نجاسة لا يقدر على ازالتها والله أعلم •

(فرع) قال أصحابنا : اذا عدم الماء والتراب فصلى على حسب حاله وأوجبنا الاعادة أعاد اذا وجد الماء أو وجد التراب فى موضع يسقط الفرض فيه بالتيمم • أما اذا قدر على التيمم فى حالة لا يسقط الفرض فيها بالتيمم كالحضر فانه لا يعيدها بالتيمم لأنه لا فائدة فى الاعادة حينئذ ، وكيف يصلى محدثا صلاة لا تنفعه من غير ضرورة ولا حرمة وقت ؟ وانما جازت صلاة الوقت فى هذا الحال ، لحرمة الوقت ، وقد زال •

قال الرويانى : قال والدى : اذا كان عليه صلاة فائتة بغير عذر وقلنا : يجب قضاؤها على الفور فعدم الماء والتراب ، فعندى أنه لا يلزمه القضاء فى هذه الحالة لأنا لو ألزمناه ذلك احتاج الى الاعادة ثانيا وثالثا ، ومالا يتناهى بخلاف المؤداة فانه يجب فعلها لحرمة الوقت ، ولا يؤدى الى التسلسل • قال: وهل له أن يقضى فى هذه الحالة ؟ فيه وجهان ، يعنى يقضى فى الحال ثم يقضى اذا وجد الطهور •

(قلت) والصواب منهما أنه لا يجوز لما ذكرناه ، والله أعلم •

(فرع) اذا ربط على خشبة أو شد وثاقه أو منع الأسير أو غيره من الصلاة وجب عليهم أن يصلوا على حسب حالهم بالايمان ، ويكون ايماؤه

بالسجود أخفض من الركوع ويجب الاعادة • أما وجوب الصلاة فلحرمة الوقت ، وأما الاعادة فلأنه عذر نادر غير متصل • هذا هو المذهب الصحيح المشهور •

وحكى القاضى أبو الطيب وصاحب الحاوى وجماعة من العراقيين والخراسانيين فيهم قولا قديما : أنه لا اعادة عليهم كالمريض ، والفرق على المذهب أن المرض يعم • وقال الصيدلانى فى هذا وفى الغريق يتعلق بعود ويصلى بالايماء : ان استقبل القبلة فلا اعادة ، كالمريض يصلى بالايمان والا وجبت الاعادة • وقال البغوى فى الغريق : يصلى بالايماء لا يعيد ما يصلى الى القبلة ويعيد غيره فى أصح القولين • وأما المريض اذا لم يجد من يحوله الى القبلة فيجب أن يصلى على حسب حاله وتجب الاعادة على الصحيح المشهور لندوره • قال الرويانى : ومن أصحابنا من قال : فى الاعادة قولان ، وهذا شاذ والله أعلم •

(**فرع**) اذا أوجبنا الاعادة فى هذه المسائل السابقة ومسألة من لم يجد ماء ولا ترابا ، ومسألة من صلى بنجاسة لا يقدر على ازالتها فأعاد ففى الفرض من صلاته أربعة أقوال حكاها الشيخ أبو حامد والأصحاب فى الطريقتين • وذكر صاحب الحاوى أن المزنى وأبا على ابن أبى هريرة نقلاها ، وقد ذكرها المصنف فى مسألة النجاسة فى باب طهارة البدن • قال امام الحرمين وغيره : كل صلاة صلاها فى الوقت عالما باختلالها مع بذل الامكان ثم أمرناه بالقضاء فقضاها ، ففى الواجب من الصلاتين أربعة أقوال أصحها عند الأصحاب أنها الثانية ، وهو نصه فى الأم • والثانى : الأولى • والثالث : احداهما لا بعينها • والرابع : كلاهما واجب ، وهو نصه فى الاملاء ، واختاره القفال والفورانى وابن الصباغ ، وهو قوى لأنه مكلف بهما ، ويظهر فائدة الخلاف فى مسائل :

منها اذا أراد أن يصلى الثانية بتيمم الأولى ، وسيأتى تفصيله قريبا ان شاء الله تعالى ، وسيأتى فى بيان هذه الأقوال وما يشبهها من الصلوات المفعولات على نوع خلل زيادات فى آخر الباب فى فرع مستقل بذلك ان شاء الله تعالى •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فيمن لم يجد ماء ولا ترابا ، قد قدمنا أن فى مذهبنا أربعة أقوال ، وقال بكل واحد منها طائفة من العلماء ، فحكى ابن المنذر عن الأوزاعى وسفيان الثورى وأصحاب الرأى أنه لا يصلى فى الحال ، بل يصبر حتى يجد الماء أو التراب ، وهو قول أبى يوسف ورواية عن أبى ثور ، والرواية الأخرى عنه أنه لا يصلى ولا يعيد ، وحكاها أصحابنا عن داود ، وعن مالك رواية أنه يصلى ويعيد ، ورواية أنه يصلى ولا يعيد ، ورواية لا يصلى ، وفى الاعادة عندهم خلاف •

وقال أحمد : يصلى : وفى الاعادة روايتان • وقال المزنى : يصلى ولا يعيد ، وكذا عنده كل صلاة صلاها على حسب حاله لا تجب اعادتها ، صرح بذلك فى مختصره ونقله عنه الأصحاب ، واحتج من منع الصلاة فى الحال بقول الله تعالى : (لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ولا جنبا) [1] وبحديث ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يقبل الله صلاة بغير طهور » رواه مسلم • وبحديث على رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « مفتاح الصلاة الطهور » رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن ، وبالقياس على الحائض قبل انقطاع حيضها •

واحتج من لم يوجبها فى الحال ولم يوجب القضاء بأنه عاجز عن الطهارة كالحائض ، واحتج لمن قال : يصلى ولا يعيد بحديث عائشة رضى الله عنها « أنها استعارت قلادة من أسماء فهلكت ، فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم ناسا من أصحابه فى طلبها فأدركتهم الصلاة فصلوا بغير وضوء ، فلما أتوا النبى صلى الله عليه وسلم شكوا ذلك اليه فنزلت آية التيمم » رواه البخارى ومسلم • ووجه الدلالة أنهم صلوا بغير طهارة ولم يأمرهم النبى صلى الله عليه وسلم باعادة ، قالوا : ولأن ايجاب الاعادة يؤدى الى ايجاب ظهرين عن يوم ، وقياسا على المستحاضة والعريان والمصلى بالايماء لشدة الخوف أو للمرض •

---

(١) من الآية ٤٣ من سورة النساء •

واحتج أصحابنا لوجوب الصلاة فى الحال بحديث عائشة المذكور ، فان هؤلاء الصحابة رضى الله عنهم صلوا على حسب حالهم حين عدموا المطهر معتقدين وجوب ذلك ، وأخبروا به النبى صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليهم ولا قال : ليست الصلاة واجبة فى هذا الحال ، ولو كانت غير واجبة لبين ذلك لهم ، كما قال لعمار رضى الله عنه : « انما كان يكفيك كذا وكذا » وبحديث أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ما نهيتكم عنه فاجتنبوه وما أمرتكم به فافعلوا منه ما استطعتم » رواه البخارى ومسلم ، وهو مأمور بالصلاة بشروطها ، فاذا عجز عن بعضها أتى بالباقى ، كما لو عجز عن ستر العورة أو القبلة أو ركن كالقيام .

واحتجوا لوجوب الاعادة بقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يقبل الله صلاة بغير طهور » ولأنه عذر نادر غير متصل فلم تسقط الاعادة ، كمن صلى محدثا ناسيا أو جاهلا حدثه ، وكمن صلى الى القبلة فحول انسان وجهه عنها مكرها أو منعه من اتمام الركوع فانه يلزمه الاعادة بالاتفاق ، كذا نقل الاتفاق فيه الشيخ أبو محمد الجوينى ، قال : وهذا مما وافق عليه المزنى .

وأما الجواب عن احتجاج الأولين بالآية فمن وجهين :

(أحدهما) أن المراد لا تقربوا موضع الصلاة وهو المسجد .

(والثانى) أنها محمولة على واجد المطهر ، وهذا الثانى هو الجواب عن الحديث أيضا ، كما فى قوله صلى الله عليه وسلم : « لا صلاة لمن لم يقرأ بأم الكتاب » معناه اذا قدر عليها ، وهذا هو الجواب أيضا عن الحديث الآخر . (والجواب) عن قياسهم على الحائض أن الحائض مكلفة بترك الصلاة لا طريق لها الى فعلها ولو وجدت الطهور ، وهذا بخلافها .

(والجواب) عن حديث عائشة أن تأخير البيان الى وقت الحاجة جائز والقضاء على التراخى . (والجواب) عن قولهم يؤدى الى ايجاب ظهرين أنه لا امتناع فى ذلك اذا اقتضاه الدليل ، كما اذا اشتبه عليه وقت الصلاة أو الصوم فصلى وصام بالاجتهاد ثم تحقق أنه فعله قبل الوقت وأدرك الوقت ،

فانه يلزمه الاعادة ، فقد أوجبنا عليه ظهرين • (والجواب) عن المستحاضة أن عذرها اذا وقع دام ، وعمن بعدها أن أعذارهم عامة ، فلو أوجبنا الاعادة شق وحصل الحرج بخلاف مسألتنا والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما الخائف من استعمال الماء فهو ان يكون به مرض او قروح يخاف معها من استعمال الماء ، او فى برد شديد يخاف التلف من استعمال الماء ، فينظر فيه ـ فان خاف التلف من استعمال الماء ـ جاز له التيمم لقوله تعالى : « وان كنتم مرضى او على سفر او جاء احد منكم من الغائط او لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا (١) » قال ابن عباس رضى الله عنهما : اذا كانت بالرجل جراحة فى سبيل الله عز وجل او قروح او جدرى فيجنب فيخاف ان يغتسل فيموت فانه يتيمم بالصعيد •

وروى عن عمرو بن العاص رضى الله عنه قال (احتلمت فى ليلة باردة فى غزاة ذات السلاسل فأشفقت ان اغتسلت ان اهلك فتيممت وصليت باصحابى صلاة الصبح فذكر ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فقال يا عمرو : وصليت باصحابك وانت جنب ؟ فقال : سمعت الله تعالى يقول « ولا تقتلوا أنفسكم ان الله كان بكم رحيما (٢) ») ولم ينكر عليه • وان خاف الزيادة فى المرض وابطاء البرء قال فى الأم : لا يتيمم ، وقال فى القديم والبويطى والاملاء : يتيمم اذا خاف الزيادة ، فمن اصحابنا من قال : هما قولان • (احدهما) يتيمم لانه يخاف الضرر من استعمال الماء فأشبه اذا خاف التلف (والثانى) لا يجوز لانه واجد للماء لا يخاف التلف من استعماله ، فاشبه اذا خاف أنه يجد البرد ، ومنهم من قال لا يجوز ـ قولا واحدا ـ وما قاله فى القديم والبويطى والاملاء محمول عليه اذا خاف زيادة مخوفه ، وحكى أبو على فى الافصاح طريقا آخر أنه يتيمم قولا واحدا ، وان خاف من استعمال الماء شيئا فاحشا فى جسمه فهو كما لو خاف الزيادة فى المرض ، لانه يتألم قلبه بالشين الفاحش كما يتألم بزيادة المرض) •

(**الشرح**) أما قول ابن عباس رضى الله عنهما فرواه البيهقى موقوفا على ابن عباس ورواه مرفوعا أيضا الى النبى صلى الله عليه وسلم • وأما حديث عمرو بن العاص فرواه أبو داود والحاكم أبو عبد الله فى المستدرك على الصحيحين والبيهقى ، ولكن رووه من طريقين مختلفتى الاسناد والمتن، متن احداهما كما ذكره فى المهذب ومتن الثانية أن عمرا احتلم فغسل مغابنه

---

(١) الآية ٤٢ من سورة النساء •

(٢) الآية ٢٩ من سورة النساء •

وتوضأ وضوءه للصلاة ثم صلى بهم » وذكر الباقى بمعنى ما سبق ولم يذكر التيمم ، قال الحاكم فى الرواية الثانية : هذا حديث صحيح على شرط البخارى ومسلم قال : والذى عندى أنهما عللاه بالرواية الأولى يعنى لاختلافهما وهى قضية واحدة • قال الحاكم : ولا تعلل رواية التيمم رواية الوضوء ، فان أهل مصر أعرف بحديثهم من أهل البصرة ، يعنى أن رواية الوضوء يرويها مصرى عن مصرى ، ورواية التيمم بصرى عن مصرى • قال البيهقى : ويحتمل أن يكون فعل ما نقل فى الروايتين جميعا فغسل ما أمكنه وتيمم للباقى وهـذا الذى قاله البيهقى متعين لأنه اذا أمكن الجمع بين الروايتين تعين •

وقوله : مغابنه ــ بفتح الميم وبغين معجمـة وبعد الألف باء موحـدة مكسورة ــ والمراد بها هنا الفرج وما قاربه ، والقـروح الجروح ونحوها واحدها قرح ــ بفتح القاف وضمها ــ والجدرى بضم الجيم ، وفتحها لغتان فصيحتان ، والدال مفتوحة فيهما وابطاء البرء هو بضم الباء واسكان الراء ، وبعدها همزة ، يقال برىء من المرض برءا بضم الباء وبرأ برءا بفتحها وبرأ برءا ثلاث لغات أفصحهن الثانية ، وهو مهموز فيهن • ومنهم من ترك الهمز تخفيفا ، وقوله أشفقت أى خفت ، وقوله : أهلك هو بكسر اللام هـذه اللغة الفصيحة وبها جاء القرآن ، وحكى أبو البقاء فتحها وأنه قرىء به فى الشواذ ، وهذا شاذ ان ثبت وذات السلاسل ، بفتح السين الأولى وكسر الثانية وهى من غزوات الشام وكان فى جمادى الآخرة سنة ثمان من الهجرة وأميرها عمرو بن العاص قيل : سميت بذلك باسم ماء بأرض جذام يقـال له المسلسل ، كذا ذكره ابن هشام فى كتابه سيرة رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكره غيره ، وهذا يؤيد ما ذكرناه أنها بفتح السين الأولى وهذا هو المشهور ، وقد حكى فيها الضم ، وقد أوضحته فى تهذيب الأسماء واللغات • وعمرو بن العاص يكنى أبا عبد الله ، وقيل : أبا محمد وأسلم قبل الفتـح بأشهر [1] ، وقيل أسلم بين الحديبية وخيبر • مات بمصر عاملا عليها سنة اثنتين ، وقيل ثلاث وأربعين ، وقيل احدى وخمسين يوم الفطـر وهو ابن

---

(١) على ما حققناه فى كتابنا (خالد بن الوليد) انه اسلم مع خالد فى صـفر فى السـنة الثامنة (ط) •

سبعين سنة ، ويقال ابن العاصي والعاص باثبات الياء وحذفها ، واثباتها هو الصحيح الفصيح وفى حديثه هذا فوائد :

احداها : جواز التيمم لخوف التلف مع وجود الماء •

الثانية : جواز التيمم للجنب •

الثالثة : أن التيمم لشدة البرد فى السفر يسقط الاعادة •

الرابعة : التيمم لا يرفع الحدث لأن النبى صلى الله عليه وسلم سماه جنبا •

الخامسة : جواز صلاة المتوضىء خلف المتيمم •

السادسة : استحباب الجماعة للمسافرين •

السابعة : أن صاحب الولاية أحق بالامامة فى الصلاة ، وان كان غيره أكمل طهارة أو حالا منه •

الثامنة : جواز قول الانسان : سمعت الله يقول أو : الله يقول كذا وقد كره هذه الصيغة مطرف بن عبد الله بن الشخير التابعى ، وقال انما يقال : قال الله بصيغة الماضى وهذا الذى قاله شاذ باطل ويرده الكتاب والسنة واستعمال الأمة ، وقد ذكرت دليله مبسوطا فى كتاب أدب القراء وكتاب الأذكار قال الله تعالى : (والله يقول الحق [1]) وفيه فضيلة لعمرو لحسن استنباطه من القرآن ، وفيه غير ذلك من الفوائد والله أعلم •

(اما احكام المسالة) فالمرض ثلاثة أضرب :

(أحدها) : مرض يسير لا يخاف من استعمال الماء معه تلفا ولا مرضا مخوفا ولا ابطاء برء ولا زيادة ألم ولا شيئا فاحشا ، وذلك كصداع ووجع ضرس وحمى وشبهها فهذا لا يجوز له التيمم بلا خلاف عندنا ، وبه قال العلماء كافة الا ما حكاه أصحابنا عن أهل الظاهر وبعض أصحاب مالك أنهم

---

(١) الآية ٤ من سورة الاحزاب •

جوزوه للآية ، دليلنا أن التيمم رخصة أبيحت للضرورة ، فلا يباح بلا ضرورة ولا ضرورة هنا ، ولأنه واجد للماء لا يخاف ضررا فلا يباح التيمم كما لو خاف ألم البرد دون تعقب ضرر . قال أصحابنا : ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : (الحمى من فيح جهنم فأبردوها بالماء) رواه البخارى ومسلم من رواية ابن عمر وغيره فندب الى الماء للحمى فلا تكون سببا لتركه والانتقال الى التيمم ، والجواب عن الآية من وجهين (أحدهما) : أن ابن عباس رضى الله عنهما فسرها بالجراحة ونحوها كما سبق ، وروى هذا التفسير مرفوعا كما سبق والجراحة ونحوها يخاف معها الضرر من الماء فلا يلحق بها غيرها . (والثانى) : أنها لو كانت عامة لخصصناها بما سبق .

(الضرب الثانى) مرض يخاف معه من استعمال الماء تلف النفس أو عضو أو حدوث مرض يخاف منه تلف النفس أو عضو أو فوات منفعة عضو ، فهذا يجوز له التيمم مع وجود الماء بلا خلاف بين أصحابنا الا صاحب الحاوى ، فانه حكى فى خوف الشلل طريقين أحدهما : فيه قولان كما فى خوف زيادة المرض ، وأصحهما القطع بالجواز ، كما قاله الجمهور والا ماحكاه امام الحرمين عن العراقيين أنهم نقلوا فى جواز التيمم لمن خاف مرضا مخوفا قولين ، وهذا النقل عنهم مشكل ، فان الموجود فى كتبهم كلهم القطع بجواز التيمم لخوف حدوث مرض مخوف ، وقد أشار الرافعى أيضا الى الانكار على امام الحرمين فى هذا النقل هذا بيان مذهبنا . وحكى أصحابنا عن عطاء بن أبى رباح والحسن البصرى أنهما قالا : لا يجوز التيمم للمريض الا عند عدم الماء لظاهر الآية . دليلنا ما سبق من تفسير ابن عباس وحديث عمرو بن العاص ، وحديث الرجل الذى أصابته الشجة وغيره من الأدلة الظاهرة ، وأما الآية فحجة لنا وتقديرها والله أعلم ، وان كنتم مرضى فعجزتم أو خفتم من استعمال الماء أو كنتم على سفر فلم تجدوا ماء فتيمموا .

(الضرب الثالث) أن يخاف ابطاء البرء ، أو زيادة المرض وهى كثرة الألم وان لم تطل مدته أو شدة الضنى وهو الداء الذى يخامر صاحبه وكلما ظن أنه برىء نكس ، وقيل : هو النحافة والضعف ، أو خاف حصول شين فاحش على عضو ظاهر وهو الذى يبدو فى حال المهنة غالباً ففى هذه الصور

النصوص ؛ والخلاف الذى ذكره المصنف ، وحاصله ثلاث طرق ، الصحيح منها : أن فى المسألة قولين أصحهما جواز التيمم ولا اعادة عليه ، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد وداود وأكثر العلماء لظاهر الآية وعموم البلوى ، ولأنه لا يجب شراء الماء بزيادة يسيرة لدفع الضرر والضرر هنا أشد ، ولأنه يجوز الفطر فى ترك القيام فى الصلاة بهذا النوع ودونه فههنا أولى • والقول الثانى : لا يجوز التيمم وبه قال عطاء والحسن وأحمد • والطريق الثانى : القطع بالجواز • والثالث : القطع بالمنع ، وحكى أصحابنا عن أبى اسحاق المروزى أنه لا يجوز التيمم للشين الفاحش قطعاً وانما الخلاف فى زيادة المرض وغيره مما سبق ، وحكى الماوردى عنه أنه على الخلاف وهذا هو الصحيح ؛ ودليله ماذكره المصنف ثم الخلاف فى شين فاحش على عضو ظاهر كما ذكرنا ؛ فأما « شين يسير على عضو ظاهر » كسواد قليل وشين كثير على عضو غير ظاهر فلا يبيح التيمم لأنه ليس فيه ضرر كثير فأشبه الصداع ونحوه والله أعلم •

(فرع) اذا كانت العلة المرخصة فى التيمم مانعة من استعمال الماء فى جميع أعضاء الطهارة تيمم عن الجميع ، فان منعت بعضا دون بعض غسل الممكن وتيمم عن الباقى كما سنوضحه ان شاء الله تعالى فى فصل تيمم الجريح •

(فرع) قال أصحابنا : يجوز أن يعتمد فى كون المرض مرخصا فى التيمم ، وأنه على الصفة المعتبرة على معرفة نفسه ان كان عارفا والا فله الاعتماد على قول طبيب واحد حاذق مسلم بالغ عدل ، فان لم يمكن بهذه الصفة لم يجز اعتماده وفيه وجه ضعيف أنه يجوز اعتماد قول صبى مراهق وبالغ فاسق لعدم التهمة ، حكاه صاحبا التتمة والتهذيب وغيرهما ، واتفقوا على أنه لا يعتمد الكافر ويقبل قول المرأة وحدها والعبد وحده ، هذا هو الصحيح المشهور ، ورأيت فى نسخة من تعليق القاضى حسين فيهما وجهين ، ويقبل قول واحد على المذهب ، وبه قطع القاضى حسين والمتولى والبغوى وغيرهم وحكى الرافعى عن أبى عاصم أنه حكى فى اشتراط العدد وجها ؛ والصحيح الأول لأنه من باب الاخبار ، واذا لم يجد طبيبا بالصفة المشروطة

فقد قال صاحب البحر ، قال أبو على السنجى : لا يتيمم ، ولم يزد على هذا ولم أر لغيره موافقة له ولا مخالفة .

(فـرع) أصحابنا : لا فرق فى هـذه المسائل فى تيمـم المريض بين المسافر والحاضر ولا بين الحدث الأصغر والأكبر ، ولا اعادة فى شىء مـن هذه الصورة الجائزة بلا خلاف ، سواء فيه المسافر والحاضر لعمومه .

(فـرع) اذا تيمم للمرض ثم برأ فى أثناء صلاته فهو كالمسافر يجد الماء فى صلاته وسيأتى بيانه ان شاء الله تعالى ، قاله الدارمى والمحـاملى فى اللباب وغيرهما وهو ظاهر .

(فـرع) الأقطع والمريض الذى لا يخاف ضررا من استعمال المـاء اذا وجد ماء ولم يقدر على استعماله فقد قدمنا فى باب صفة الوضـوء أنه يلزمه تحصيل من يوضئه بأجرة أو غيرها . فان لم يجد وقدر على التيمم وجب عليه أن يتيمم ويصلى ثم يعيد ، كذا نص عليه الشافعى ، ونقله الشيخ عن نص الشافعى ولم يذكر غيره وكذا حكاه آخرون عن النص وصرح به أيضا جماعات من الأصحاب ، وكذا قال صاحب التهذيب فى الزمن عندما لا يجد من يناوله يتيمم ويصلى ويعيد الصلاة ، وشذ صاحب البيان عن الأصحاب ، فقال : يصلى على حسب حاله ويعيد ولا يتيمم لأنه واجد للماء . وهذا الذى قاله غلط فاحش مخالف لنص الشافعى والأصحاب والدليل لأنه عاجز عـن استعماله فهو كما لو حال بينهما سبع ، وانما وجبت الاعادة لندوره والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان فى بعض بدنه قرح [يخاف استعمال المـاء فيه التلف] غسـل الصحيح ، وتيمم عن الجريح ، وقال أبو اسحاق : يحتمل قولا آخر أن يقتصر على التيمم كما لو عجز عن الماء فى بعض بدنه للاعواز ، والأول أصح ، لأن العجز هناك ببعض الأصل ، وهاهنا العجز ببعض البدن وحكم الأمرين مختلف ، ألا ترى ان الحر اذا عجز عن بعض الأصل فى الكفارة جعل كالعاجز عن جميعه فى جواز الاقتصار على البدل . ولو كان نصـفه حرا ونصفه عبدا لم يكن العجز بالرق فى البعض كالعجز بالجميـع ، بل اذا ملك بنصـفه الحـر مالا لزمه أن يكفر بالمال) .

(**الشرح**) قال أصحابنا : اذا كان فى بعض أعضاء طهارة المحدث أو الجنب والحائض والنفساء قرح ونحوه ، وخاف من استعمال الماء الخوف المجوز للتيمم لزمه غسل الصحيح والتيمم عن الجريح ، هذا هو الصحيح الذى نص عليه الشافعى وقاله جمهور أصحابنا المتقدمين • وقال أبو اسحاق المروزى وأبو على ابن أبى هريرة والقاضى أبو حامد المروروذى : فيه قولان كمن وجد بعض ما يكفيه من الماء (أحدهما) : يجب غسل الصحيح والتيمم (والثانى) : يكفيه التيمم ، والمذهب الأول ، وأبطل الأصحاب هذا التخريج بما ذكره المصنف • قال أصحابنا : فان كان الجريح جنبا أو حائضا أو نفساء ، فهو مخير ان شاء غسل الصحيح ثم تيمم عن الجريح وان شاء تيمم ثم غسل اذ لا ترتيب فى طهارته قال أصحابنا : وهذا بخلاف المسافر اذا وجد بعض ما يكفيه وأوجبنا استعماله فانه يجب استعماله أولا ثم يتيمم لأنه هناك أبيح له التيمم لعدم الماء ، فلا يجوز مع وجوده وهنا أبيح للجراحة وهى موجودة، هذا هو الصحيح المشهور ، وحكى القاضى حسين وامام الحرمين والمتولى وغيرهم ــ وجها ــ أنه يجب تقديم الغسل هنا وهو شاذ ضعيف •

قال أصحابنا : فان كانت الجراحة على وجهه فخاف ان غسل رأسه نزول الماء اليها لم يسقط غسل الرأس ، بل يلزمه أن يستلقى على قفاه أو يخفض رأسه ، فان خاف انتشار الماء وضع بقرب الجراحة خرقة مبلولة ، وتحامل عليها ، ليقطر منها ما يغسل الصحيح الملاصق للجريح ، قال صاحبا التهذيب والبحر : فان لم يمكنه ذلك أمس ما حوالى الجريح الماء من غير افاضة وأجزأه ، وقد رأيت نص الشافعى رحمه الله فى الأم نحو هذا ، فانه قال : ان خاف لو أفاض الماء اصابة الجريح أمس الماء الصحيح امساسا لا يفيض وأجزأه ذلك اذا أمس الشعر والبشرة ، هذا نصه بحروفه ، قال أصحابنا : فان كان الجرح فى ظهره استعان بمن يغسله ويمنع وصول الماء الى الجراحة ، وكذا الأعمى يستعين ، فان لم يجدا متبرعا لزمه تحصيله بأجرة المثل ، فان لم يجد غسل ما يقدر عليه وتيمم للباقى وأعاد لندوره ، نص عليه الشافعى ، واتفق الأصحاب عليه •

قال أصحابنا : ولا يجب مسح موضع الجراحة بالماء ، وان كان لا يخاف

منه ضررا ، ونقل امام الحرمين اتفاق الأصحاب على هـذا ، لأن الواجب الغسل ؛ فاذا تعذر فلا فائدة فى المسح بخلاف مسح الجبيرة ، فانه مسح على حائل كالخف قال أصحابنا : ولا يلزمه أن يضع عليها عصابة لتمسح عليها هذا هو الصحيح المشهور ، وحكى امام الحرمين عن والده أنه أوجب وضع شيء عليها اذا أمكنه ليمسح عليه . قال الامام : ولم أر هذا لأحد من الأصحاب وفيه بعد من حيث انه لا يوجد له نظير فى الرخص ، وليس للقياس مجال فى الرخص ، ولو اتبع لكان أولى شيء وأقربه أن يمسح الجرح عند الامكان ، فاذا كان ذلك لايجب بالاتفاق ، فوضع العصابة أولى بأن لا يجب . قال الامام : ولو كان متطهرا فأرهقه حدث ووجد من الماء ما يكفيه لوجهه ويديه ورأسه دون رجليه ، ولو لبس الخف أمكنه المسح عليه ، فهل يلزمه لبس الخف ليمسح عليه بعد الحدث ؟ قياس ما ذكره شيخى ايجاب ذلك ، وهو بعيد عندى ، ولشيخى أن يفرق بأن مسح الخف رخصة محضة ؛ فلا يليق بها ايجابها ، وما نحن فيه ضرورة فيجب فيه الممكن ، هذا كلام الامام وحكى الغزالى فى هاتين الصورتين ترددا ومراده به ما ذكره الامام .

قال أصحابنا : فان احتاج الى العصابة لامساك الدواء أو لخوف انبعاث الدم عصبها على ظهر على موضع الجراحة وما لا يمكن عصبها الا بعصبة من الصحيح فان خاف من نزعها لم يجب المسح عليها بدلا عما تحتها من الصحيح كالجبيرة لا عن موضع الجراحة . قال أصحابنا : فان كانت الجراحة على موضع التيمم ، وجب امرار التراب على موضعها لأنه لا ضرر ولا خوف عليه فى ذلك بخلاف غسله بالماء ، قال الشافعى والأصحاب : حتى لو كان للجراحة أفواه مفتحة وأمكن امرار التراب عليها لزمه ذلك لأنها صارت ظاهرة . قال أصحابنا : واستحب الشافعى رحمه الله هنا أن يقدم التيمم ثم يغسل صحيح الوجه واليدين ليكون الغسل بعده مزيلا آثار الغبار عن الوجه واليدين ، هـذا حكم الجنب والحائض والنفساء ، أما المحدث اذا كانت جراحته فى أعضاء الوضوء ففيه ثلاثة أوجه مشهورة عند الخراسانيين (أحدها) : أنه كالجنب فيتخير بين تقديم التيمم على غسل الصحيح وتأخيره وتوسيطه ، وهـذا اختيار الشيخ أبى على السنجى ــ بكسر السين المهملة وبالجيم ــ وبه قطع صاحب الحاوى قال : والأفضل

تقديم الغسل ، (والثانى) : يجب تقديم غسل جميع الصحيح (والثالث) : يجب الترتيب فلا ينتقل من عضو حتى يكمل طهارته محافظة على الترتيب فانه واجب ، وهذا هو الأصح عند الأصحاب صححه المتولى والرويانى وصاحب العدة وآخرون من الخراسانيين ، وقطع به جمهور العراقيين منهم القاضى أبو الطيب والمحاملى فى المجموع وابن الصباغ والشيخ نصر فى كتابيه ، والشاشى فى المعتمد وآخرون ونقله الرويانى عن جمهور الأصحاب •

فعلى هذا قال أصحابنا : ان كانت الجراحة فى وجهه وجب تكميل طهارة الوجه أولا فان شاء غسل صحيحه ثم تيمم عن جريحه ، وان شاء تيمم ثم غسل ، والأولى تقديم التيمم قاله الشيخ نصر • وذكر المتولى وجها أنه يجب تقديم الغسل وهو الشاذ الذى حكيناه فى الجنب وليس بشىء ولا يخفى تفريعه فيما بعد ، ولكن لا يفرع عليه فاذا فرغ من طهارة الوجه على ماذكرنا ، غسل اليدين ثم مسح الرأس ثم غسل الرجلين ، وان كانت الجراحة فى يديه أو احداهما غسل وجهه ثم ان شاء غسل صحيح يديه ثم تيمم عن جريحهما ، وان شاء تيمم ثم غسل ثم يمسح رأسه ثم يغسل رجليه ، وان كانت الجراحة فى جميع رأسه غسل الوجه واليدين ثم تيمم عن الرأس ثم غسل الرجلين وان كانت الجراحة فى الرجلين طهر الأعضاء قبلهما ثم تخير فيهما بين تقديم الغسل والتيمم •

قال صاحب البيان : اذا كانت الجراحة فى يديه استحب أن يجعل كل يد كعضو مستقل فيغسل وجهه ثم صحيح اليمنى ، ثم يتيمم عن جريحهما أو يقدم التيمم على غسل صحيحها ثم يغسل صحيح اليسرى ثم يتيمم عن جريحها أو يعكس ، قال : وكذا الرجلان • وهذا الذى قاله حسن ، فان الترتيب بين اليمين واليسار سنة فاذا اقتصر على تيمم واحد فقد طهرهما فى حالة واحدة • هذا كله اذا كانت الجراحة فى عضو ، فان كانت فى عضوين وجب تيممان ، وان كانت فى ثلاثة وجب ثلاثة ، فان كانت فى الوجه واليدين غسل صحيح الوجه ثم تيمم عن جريحه أو عكس ثم غسل صحيح اليدين ثم تيمم عن جريحهما أو عكس ثم مسح الرأس ثم غسل الرجلين ، وان كانت فى اليدين والرجلين غسل الوجه ثم طهر اليدين غسلا وتيمما ثم مسح الرأس ثم طهر الرجلين غسلا وتيمما •

(فان قيل) اذا كانت الجراحة فى وجهــه ويده فينبغى أن يجزئه تيمم واحد ، فيغسل صحيح الوجه ثم يتيمم عن جريحه وجريح اليــد ثم يغســل صحيح اليد فانه يجوز أن يوالى بين تيممهما فيغسل صحيح الوجه ثم يتيمم عن جريحه ثم يتيمم عن جريح اليد ثم يغسل صحيحهما ، واذا جاز تيمماهما فى وقت فينبغى أن يكفى تيمم واحد لهما ، كما لو تيمم للمرض أو لعدم الماء ، فانه يكفيه تيمم واحد لكل الأعضاء ، فالجواب أن التيمم هنا وقع عن بعض الأعضاء فى طهارة ــ وجب فيها الترتيب ــ فلو جوزنا تيمما واحدا لحصــل تطهير الوجه واليد فى وقت واحد وهذا لا يجوز بخلاف التيمم عن الأعضاء كلها فانه لا ترتيب هناك ، وان كانت الجراحة فى الوجه واليد والرجل غسل صحيح الوجه ، وتيمم عن جريحه ثم اليدين كذلك ثم مسح رأسه ثم غســل الرجلين وتيمم لجريحهما ، أما اذا عمت الجراحات الأعضاء الأربعة ، فقــال القاضى أبو الطيب وغيره : يكفيه تيمم واحد لأنه ســقط الترتيب لــكونه لا يجب غسل شىء من الأعضاء ، قالوا : ولو عمت الرأس وكانت فى بعض من كل واحد من الأعضاء الثلاثة وجب غسل صحيح الأعضاء الثلاثة وأربعة تيممات على ما ذكرنا من الترتيب والفرق بين الصورتين أن فى الأولى سقط حكم الوضوء وبقى الحكم للتيمم ، وفى الثانية : ترتيب الوضوء باق . قال صاحب البحر : فاذا تيمم فى هذه الصورة أربعة تيممات وصلى ثم حضرت فريضة أخرى أعاد التيممات الأربعة ولا يلزمه غسل صحيح الوجه ويعيــد ما بعده وهذا الذى قاله فى اعادة غسلما بعد الوجه هو اختياره ، وسيأتى فيه خلاف للأصحاب ان شاء الله تعالى والله أعلم .

(فــرع) المتيمم للجراحة لا يلزمه اعادة الصلاة بالاتفاق لأنه مما تعم به البلوى ويكثر كالمرض والله أعلم .

(فــرع) اذا كان فى بدنه حبات الجدرى ان لم يلحقه ضرر من غسل ما بينها وجب غسله ، وان لحقه ضرر لم يجب ، ذكره القــاضى أبو الطيب وغيره ويكون كالجريح والله أعلم .

(فــرع) اذا غسل الصحيح وتيمم عن العليل بسبب مرض أو جراحة أو كسر أو نحوها استباح بتيممه فريضة وما شــاء من النوافل ، فاذا أراد

فريضة أخرى قبل أن يحدث ــ فان كان جنبا ــ أعاد التيمم دون الغسل بالاتفاق كذا قاله الأصحاب فى كل الطرق •

وقال الرافعى : فى اعادة الغسل خلاف كما فى المحدث وهذا ضعيف متروك • وان كان محدثا أعاد التيمم ولا يجب على المذهب الصحيح الذى قاله الأكثرون غسل صحيح الأعضاء ؛ وممن صرح بهذا وقطع به ابن الحداد وصاحب الحاوى وامام الحرمين والغزالى وصاحب العدة وآخرون قال امام الحرمين : أجمع الأصحاب أنه لا يجب اعادة غسل صحيح الأعضاء ؛ قال : وهذا وان كان يتطرق اليه احتمال فهو متفق عليه وقال ابن الصباغ : قول ابن الحداد يحتاج الى تفصيل فان كانت الجراحة فى الرجلين أجزأه التيمم ، وان كانت فى الوجه أو اليد ؛ فينبغى أن يعيد التيمم وغسل ما بعد موضع الجراحة ، ليحصل الترتيب قال الشاشى : قول ابن الحداد أصح وبسط الاستدلال له فى المعتمد فقال : لأن ما غسله من صحيح أعضائه ارتفع حدثه ، وناب التيمم عما سواه وسقط فرضه فالأمر باعادة غسله ــ من غير تجدد حدث ــ غلط وليس الأمر بالتيمم لكل فريضة لبطلان الأول ، بل لأنه طهارة ضرورة ، فأمر به لكل فرض لا لتغيير صفة الطهارة ، ولهذا أمرنا المستحاضة بالطهارة لكل فرض وان كان حالها بعد الفرض كحالها قبله وقد حصل الترتيب فى الغسل وسقط الفرض فى الأعضاء مرتبا • هذا كلام الشاشى • وقال القاضى حسين وصاحبا التتمة والتهذيب : اذا أوجبنا الترتيب وجب اعادة غسل ما بعد العليل وفى غسل صحيح العليل وما قبله طريقان أصحهما : لا يجب • والثانى فيه قولان قيل بناء على تفريق الوضوء وقيل على ماسح الخف اذا خلعه • وقال الرافعى : أصح الوجهين وجوب اعادة غسل ما بعد العليل • والصحيح المختار ما قدمته عن الجمهور والله أعلم •

(فرع) قال البغوى وغيره : اذا كان جنبا والجراحة فى غير أعضاء الوضوء فغسل الصحيح وتيمم للجريح ثم أحدث قبل أن يصلى فريضة لزمه الوضوء ولا يلزمه اعادة التيمم لأن تيممه عن غير أعضاء الوضوء فلا يؤثر فيه الحدث • ولو صلى فريضة ثم أحدث توضأ للنافلة ولا يتيمم ، وكذا حكم الفرائض والله اعلم •

(فـرع) اذا اندملت الجراحة وهو على طهارة فأراد الصلاة فان كان محدثا ، فعليه غسل محل الجراحة وما بعده بلا خلاف وفيما قبله طريقان ، أصحهما وأشهرهما أنه على القولين فى نازع الخف ، أصحهما : لا يجب . والطريق الثانى : القطع بأنه لا يجب وان كان جنبا لزمه غسل محل الجراحة وفى الباقى الطريقان .

(فـرع) قال أصحابنا : اذا غسل الصحيح وتيمم عن الجريح ، ثم توهم اندمال الجراحة ، فرآها لم تندمل فوجهان :

أحدهما : يبطل تيممه ، كتوهم وجود الماء بعد التيمم وأصحهما — باتفاقهم — لا يبطل لأن طلب الاندمال ليس بواجب ، فلم يبطل بالتوهم بخلاف الماء . هكذا علله الأصحاب قال امام الحرمين : قولهم لا يجب البحث عن الاندمال عند امكانه وتعلق الظن به ليس نفيا عن الاحتمال : أما اذا اندمل الجرح فصلى بعد اندماله صلوات وهو لا يعلم اندماله فانه يلزمه اعادتهن بلا خلاف لتفريطه . كذا صرح بأنه لا خلاف فيه صاحب التتمة وغيره .

(فـرع) قد ذكرنا أن مذهبنا المشهور أن الجريح يلزمه غسل الصحيح والتيمم عن الجريح . وهو الصحيح فى مذهب أحمد . وعن أبى حنيفة ومالك أنه ان كان أكثر بدنه صحيحا ، اقتصر على غسله ولا يلزمه تيمم وان كان أكثره جريحا كفاه التيمم ولم يلزمه غسل شىء والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز أن يصلى بتيمم واحد أكثر من فريضة ، وقال المزنى : يجوز ، وهذا خطأ لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : « من السنة الا يصلى بالتيمم الا صلاة واحدة ، ثم يتيمم للصلاة الأخرى » وهذا مقتضى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأنها طهارة ضرورة ، فلا يصلى بها فريضتين من فرائض الأعيان ، كطهارة المستحاضة) .

(الشرح) مذهبنا أنه لا يجوز الجمع بين فريضتين بتيمم سواء كانتا فى وقت أو وقتين قضاء أو أداء ، ولا بين طوافين مفروضين ولا طواف وصلاة

مفروضين ويتصور هـذا فى الجريح والمريض ، وسواء فى هـذا الصحيح والمريض والصبى والبالغ ، وهذا كله متفق عليه الا وجها حكاه الرافعى عن حكاية الحناطى : أنه يجوز الجمع بين فوائت بتيمم وبين فائتة ومؤداة ، والا وجها حكاه الدارمى أن للمريض جمـع فريضتين بتيمم ، والا وجهـا حكاه صاحب البحر والرافعى أنه يصح جمع الصبى فريضتين بتيمم ، وهذه الأوجه شاذة ضعيفة والمشهور ما سبق • ولو جمع منذورتين ، أو منذورات بتيمم أو منذورة ومكتوبة أو منذورات • قال القاضى أبو الطيب والمحاملى وابن الصباغ وآخرون من العراقيين : لا يجوز قطعـا لأن المنذورة واجبة متعينـة فأشبهت المكتوبة ، وقال الخراسانيون والماوردى والدارمى من العراقيين : فى جوازه وجهان ؛ أصحهما عند الجميع : لا يجوز ، وبعضهم يقول : قولان •

قال الخراسانيون : هما مبنيان على أن النذر يسلك به مسلك أقل واجب الشرع ؟ أم أقل ما يتقرب به ؟ وفيه قولان فان قلنا بالثانى جاز كالنافلة والا فلا كالمكتوبة ، وأما ركعتا الطواف فان قلنا بالصحيح انهما سنة فلهما حكم النوافل ، فيجوز الجمع بينهما وبين مكتوبة بتيمم وان قلنا : انهما واجبتان لم يجز الجمع بينهما وبين فريضة أخرى وهل يجوز بينهما وبين الطواف ؟ فيـه طريقان (أحدهما) لا ، لأنهمافرضان ، يفتقر كلواحد منهما الى نية (والطريق الثانى) وبه قطع امام الحرمين والبغوى والرافعى أنهما على وجهين أصحهما لا يجوز ، (والثانى) : يجوز ، وهو قول ابن سريج وبه قطع صاحبا الحاوى والتتمة لأنها تابعة للطواف ، فهى كجزء منه وهـذا ضعيف لأنهـا لو كانت كالجزء لم يجز الفصل بينها وبين الطواف وقد اتفقوا على أنه لو أخر ركعتى الطواف عنه سنين ، ثم صلاهما جاز والله أعلم •

ولو صلى فريضـة بتيمم ثم طاف به تطـوعا جاز فلو أراد أن يصلى به ركعتى هذا الطواف فهو على الطريقتين ان قلنـا بالوجه الضعيف ان ركعتى طواف التطوع واجبة لم يجز وان قلنا بالمذهب انهـا سنة جاز قطعـا • قال البغوى وغيره : وفى جواز الجمع بين خطبة الجمعة وصلاتها وجهان كالطواف لأنها تابعة للصلاة ، هذا اذا شرطنا الطهـارة فى خطبـة الجمعة وهو الأصح والله أعلم •

(فـرع) في مذاهب العلماء فيما يبـاح بالتيمم الواحد من فرائض الأعيـان .

مذهبنا أنه لا يباح الا فريضة واحدة ، وبه قال أكثر العلماء ، وحكاه ابن المنذر عن علي بن أبي طالب وابن العباس وابن عمر والشعبي والنخعي وقتادة وربيعة ويحيى الأنصاري ومالك والليث وأحمد واسحاق . وحكى عن ابن المسيب والحسن والزهري وأبي حنيفة ويزيد بن هارون أنه يصلي به فرائض ما لم يحدث ، قال : وروى هـذا أيضا عن ابن عبـاس وأبي جعفر ، وقال أبو ثور : يجوز أن يجمع فوائت بتيمم ولا يصلي به بعد خروج الوقت فريضة أخرى هـذا ما حكاه ابن المنذر . وقال المزني وداود : يجوز فرائض بتيمم واحد كما قال أبو حنيفة وموافقوه ، قال الروياني في الحلية : وهو الاختيار وهو الأشهر من مذهب أحمد خلاف ما نقله عنه ابن المنذر ، واحتج لمن جوز فرائض بتيمم واحد ، بقوله صلى الله عليه وسلم : « الصعيد الطيب وضـوء المسلم ما لم يجد الماء » وهو حديث صحيح سبق بيانه وبالقياس على الوضوء وعلى الجمع بين نوافل بتيمم وعلى مسح الخف ولأن الحدث الواحد لا يجب له طهران .

واحتج أصحابنا بقوله تعالى : (اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم) الى قوله تعالى : (فلم تجدوا ماء فتيمموا) فاقتضى وجوب الطهارة عند كل صلاة فدلت السنة على جواز صلوات بوضوء فبقي التيمم على مقتضـاه ، واحتجوا بحديث ابن عباس المذكور في الكتاب ولكنه ضعيف رواه الدارقطني والبيهقي وضعفاه فانه من رواية الحسن بن عمـارة ، وهو ضعيف ، واحتج البيهقي بما رواه عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : « يتيمم لكل صلاة وان لم يحدث » . قال البيهقي : اسناده صحيح قال : وروى عن علي وابن عبـاس وعمرو بن العاص ، ولأنهما مكتوبتان فلا تباحان بطهارة ضرورة كصـلاتي وقتين في حق المستحاضة ولأنها طهارة ضرورة فلا يباح بها الا قدر الضرورة .

والجواب عن احتجاجهم بالحديث أن معناه يستبيح بالتيمم صلاة بعـد صلاة بتيممات ، وان استمر ذلك عشر سنين حتى يجد الماء . هذا معناه عند

جميع العلماء ، وعن قياسهم على الوضوء أنه طهارة رفاهية يرفع الحدث ، والتيمم طهارة ضرورة فقصرت على الضرورة ، وعن النوافل أنها تكثر ويلحق المشقة الشديدة فى اعادة التيمم لها فخفف أمرها لذلك ، كما خفف بترك القيام فيها مع القدرة وبترك القبلة فى السفر ولا مشقة فى الفرائض ، ولهذا المعنى فرق الشرع بين قضاء الصوم والصلاة فى الحائض ، وعن مسح الخف بأنه طهارة قوية ، يرفع الحدث عن معظم الأعضاء بالاتفاق وكذا عن الرجل على الأصح ، والتيمم بخلافه ، ولأن مسح الخف تخفيف ولهذا يجوز مع امكان غسل الرجل ، والتيمم ضرورة لا يباح الا عند العجز ، فقصر على الضرورة ، وعن قولهم : الحدث الواحد لا يوجب طهارتين أن الطهارة هنا ليست للحدث بل لاباحة الصلاة ، فالتيمم الأول أباح الصلاة الأولى ، والثانى الثانية والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ان نسى صلاة من صلوات اليوم والليلة ، ولا يعرف عينها ، قضى خمس صلوات ، وفى التيمم وجهان (احدهما) يكفيه تيمم واحد لأن المنسية واحدة وما سواها ليس بفرض (والثانى) يجب لكل واحدة تيمم لأنه صار كل واحدة منها فرضا .

وان نسى صلاتين من صلوات اليوم والليلة لزمه خمس صلوات . قال ابن القاص : يجب ان يتيمم لكل واحدة منها لأنه اى صلاة بدا بها يجوز ان تكون هى المنسية فزال بفعلها حكم التيمم ، ويجوز أن تكون الفائتة هى التى تليها فلا يجوز أداؤها بتيمم مشكوك فيه . ومن اصحابنا من قال : يجوز ان يصلى ثمانى صلوات بتيممين ، فيزيد ثلاث صلوات وينقص ثلاث تيممات فيتيمم ويصلى الصبح والظهر والعصر والمغرب ، ثم يتيمم ويصلى الظهر والعصر والمغرب والعشاء فيكون قد صلى احداهما بالتيمم الأول ، والثانية بالثانى ، وان نسى صلاتين من يومين ، فان كانتا مختلفتين فهما بمنزلة الصلاتين من يوم وليلة ، وان كانتا متفقتين لزمه ان يصلى عشر صلوات فيصلى خمس صلوات بتيمم ، ثم يتيمم ويصلى خمس صلوات ، وان شك هل هما متفقتان ؟ او مختلفتان ؟ لزمه أن يأخذ بالأشد وهو أنهما متفقتان) .

(الشرح) اذا نسى صلاة من صلوات يوم وليلة لا يعرف عينها لزمه أن يصلى الخمس ، فان أراد أن يصليها بالتيمم فوجهان مشهوران ؛ وقد ذكرهما

المصنف بدليلهما • (أحدهما) يجب لكل واحدة تيمم وهو قول ابن سريج والخضرى ، واختاره القفال ، فعلى هذا قال البندنيجى : يجب لكل واحدة طلب الماء ثم التيمم (والثانى) يكفيه تيمم واحد لكلهن وهو الصحيح ، وبه قال ابن القاص وابن الحداد وجمهور أصحابنا المتقدمين وصححه المصنفون ، ونقله الغزالى فى البسيط عن عامة أصحابنا ، ثم قال أبو الحسن بن المرزبان والشيخ أبو على السنجى هذا الخلاف مفرع على المذهب وهو أنه لا يشترط تعيين الفريضة فى نية التيمم •

فان قلنا بالوجه الضعيف : انه يشترط تعيين الفريضة وجب لكل صلاة تيمم بلا خلاف ، واختار الدارمى أن الخلاف جار هنا ، سواء شرطنا التعيين أم لا ، وأشار الرافعى الى ترجيح هذا وهو الأصح ، أما اذا نسى صلاتين من يوم وليلة ــ فان قلنا فى الواحدة : يلزمه خمس تيممات فهنا أولى ، وان قلنا بالمذهب انه يكفيه تيمم فهو هنا مخير ان شاء عمل بطريقة ابن القاص صاحب التلخيص وهى أن يتيمم لكل صلاة من الخمس وان شاء عمل بطريقة ابن الحداد وهى أن يصلى ثمانى صلوات بتيممين فيصلى بالأول الصبح والظهر والعصر والمغرب ، وبالثانى الظهر والعصر والمغرب والعشاء فيخرج عما عليه بيقين لأنه صلى الظهر والعصر والمغرب مرتين ، فان كانت الفائتتان فى هذه الثلاث فقد تأدت كل واحدة بتيمم وان كانتا الصبح والعشاء حصلت الصبح بالأول والعشاء بالثانى وان كانت احداهما فى الثلاث والأخرى صبحا أو عشاء فكذلك • هكذا صرح الأصحاب بأنه مخير بين طريقتى ابن القاص وابن الحداد ، وحكى الرافعى وجها شاذا أنه يتيمم مرتين يصلى بكل تيمم الخمس وهذا ليس بشىء ، ثم المشهور والمستحسن عند الأصحاب طريقة ابن الحداد ، وعليها يفرعون ولها ضابطان :

(أحدهما) وهو الذى نقله صاحب البيان أن يضرب عدد المنسى فى عدد المنسى منه ثم يزيد المنسى على ما حصل من الضرب ويحفظ مبلغ المجتمع ثم يضرب المنسى فى نفسه ، فما بلغ نزعه من الجملة المحفوظة فما بقى فهو عدد ما يصلى • وأما عدد التيمم فيقدر المنسى مثاله فى مسألتنا : تضرب اثنتين فى خمسة ، ثم تزيد عدد المنسية فيجتمع اثنا عشر ، ثم تضرب اثنتين فى اثنتين،

فذلك أربعة ، فتنزعها من الاثنى عشر ، تبقى ثمانية ، وهو عدد ما يصلى ، ويكون بتيممين على عدد المنسيتين .

(الضابط الثانى) وهو الذى نقله الرافعى تزيد عدد المنسى منه عددا لا ينقص عما بقى من المنسى منه بعد اسقاط المنسى وتقسم المجموع صحيحا على المنسى ، مثاله فى مسألتنا : المنسى صلاتان ، والمنسى منه خمس تزيد عليه ثلاثة ، لأنها لا تنقص عما بقى من الخمسة بعد اسقاط الاثنين ، والمجموع وهو ثمانية ، تنقسم على الاثنين صحيحا .

وأما كيفية أداء الصلوات فابتدىء من المنسى منه بأى صلاة شاء ، ويصلى بكل تيمم ما تقتضيه القسمة ، لكن شرط براءة زمته بالعدد المذكور أن يترك فى المرة ما بدأ به فى المرة التى قبلها ويأتى بالعدد الذى تقتضيه القسمة . مثاله ما سبق فانه ترك فى المرة الثانية الصبح التى بدأ بها فى الأولى ، ولو صلى بالتيمم الأول الظهر والعصر والمغرب والعشاء ، وبالثانى الصبح والظهر والعصر والمغرب لم يجزه لاحتمال أن المنسيتين العشاء مع الظهر أو مع العصر أو مع المغرب فبالتيمم الأول حصلت تلك ولم تحصل العشاء وبالتيمم الثانى لم يصل العشاء ، فان صلى العشاء بعد هذا بالتيمم الثانى أو غيره أجزأه . ولو بدأ فصلى بالتيمم الأول العشاء والمغرب والعصر والظهر وبالثانى المغرب والعصر والظهر والصبح أجزأه ، لأنه وفى بالشرط ، ولو صلى بالأول المغرب والعصر والظهر والصبح ، وبالثانى العشاء والمغرب والعصر والظهر لم يجزئه الا أن يصلى الصبح أيضا بالتيمم الثانى أو بغيره ، ولو خالف الترتيب ووفى بالشرط فصلى بالأول الصبح ثم المغرب ثم العصر ثم الظهر ، وبالثانى العشاء ثم الظهر ثم المغرب ثم العصر أجزأه لحصول المقصود . هذا كله اذا كان المنسى صلاتين ، أما اذا نسى ثلاث صلوات من يوم وليلة ولا يعرف عينهن ، فعلى طريقة ابن القاص يصلى خمس صلوات كل صلاة بتيمم وعلى الوجه الشاذ الذى حكاه الرافعى : يتيمم ثلاث مرات يصلى بكل تيمم الخمس وعلى طريقة ابن الحداد يقتصر على ثلاث تيممات ويصلى تسع صلوات ، فعلى عبارة البيان يضرب ثلاثة فى خمسة فذلك خمسة عشر ثم يزيد عليه ثلاثة تكون ثمانية عشر ، ثم تضرب ثلاثة فى ثلاثة تكون تسعة ، فتنزعها من ثمانية عشر

تبقى تسعة ، وهو عدد ما يصلى بثلاثة تيممات فيصلى بالتيمم الأول الصبح والظهر والعصر ، وبالثانى الظهر والعصر والمغرب وبالثالث العصر والمغرب والعشاء .

وعلى عبارة الرافعى يضم الى الخمس أربعا لأن الأربعة لا تنقص عما بقى من الخمسة بعد اسقاط الثلاثة بل يزيد عليه ، وينقسم المجموع وهو تسعة صحيحا على الثلاثة ، ولو ضممنا الى الخمسة اثنين أو ثلاثة لم ينقسم فيصلى بكل تيمم ثلاثا على ما ذكرنا وله أن يرتبها على غير الترتيب المذكور اذا وفى بالشرط السابق ، فان أخل به بأن صلى بالتيمم الأول العصر ثم الظهر ثم الصبح ، وبالثانى المغرب ثم العصر وبالثالث العشاء ثم المغرب ثم العصر لم يجزئه لاحتمال أن التى عليه الصبح والعشاء ، وثالثتهما الظهر أو العصر فيحصل بالتيمم الأول الظهر أو العصر وبالثالث العشاء ويبقى الصبح عليه فيحتاج الى تيمم رابع يصليها به . وأما اذا نسى أربع صلوات فيضرب أربعة فى خمسة ثم يزيد عليه أربعة تبلغ أربعة وعشرين ، ثم يضرب أربعة فى أربعة تبلغ ستة عشر ينزعها من أربعة وعشرين تبقى ثمانية ، وهو عدد ما يصلى بأربعة تيممات ، فيصلى بالتيمم الأول الصبح والظهر وبالثانى الظهر والعصر وبالثالث العصر والمغرب وبالرابع المغرب والعشاء ، ولا يخفى بعد ما سبق حكم تقديم بعض الصلوات على بعض وما يجوز منه وما لا يجوز . وعلى هذه التنزيلات ينزل ما زاد من عدد المنسى والمنسى منه .

هذا كله اذا كانت الصلاتان أو الصلوات مختلفات ، سواء كانت من يوم أو يومين بأن قال : نسيت صلاتين مختلفتين من يومين لا أدرى صبح وظهر أم ظهر وعصر أم عصر وعشاء وشبه ذلك . أما اذا نسى صلاتين متفقتين بأن قال : هما صبحان أو ظهران أو عصران أو مغربان أو عشاءآن فيلزمه عشر صلوات وهن صلوات يومين ، وفى التيمم الوجهان فى أصل المسألة قول ابن سريج والخضرى : يلزمه لكل صلاة تيمم ، وقول الجمهور يكفيه تيممان يصلى بكل واحد الخمس ولا يكفيه ثمان صلوات بالاتفاق لاحتمال أن الذى عليه صبحان أو عشاءآن وما أتى بهما الا مرة ، أما اذا شك هل فائتتاه متفقتان أم مختلفتان ؟ فعليه الأغلظ الأحوط وهو أنهما متفقتان .

(فـرع) لو تيقن أنه ترك أحد أمرين : اما طواف فرض واما صلاة فرض لزمه أن يأتى بالطواف وبالصلوات الخمس ، فعلى قول الجمهور يكفيه تيمم واحد للجميع ، وعلى قول ابن سريج والخضرى يجب ستة تيممات •

(فـرع) اذا صلى فريضة منفردا بتيمم ثم أدرك جماعة يصلونها فأراد اعادتها بذلك التيمم فيبنى على أن الفرض منهما ماذا ؟ وفيه أربعة أوجه ، الأصح الفرض الأولى ، والثانى : الثانية ، والثالث : كلاهما فرض ، والرابع : احداهما لا بعينها • فان قلنا بالأولين جاز ، وان قلنا بالثالث لم يجز • قاله القاضى حسين وغيره ، وان قلنا بالرابع فهو على الوجهين فى المنسية ، هكذا قال الأصحاب • قال امام الحرمين : والاكتفاء هنا بتيمم واحد أولى ، فانه لا يجب الشروع فى الثانية بخلاف المنسية •

(فـرع) اذا صلى الفرض بالتيمم على وجه يجب قضاؤه ، كالمربوط على خشبة والمحبوس فى موضع نجس ونحوه فأراد القضاء على وجه كامل بذلك التيمم ، فيبنى على أن الفرض ماذا ، وفيه أربعة أقوال تقدمت قريبا ، أصحها : الفرض الثانية ، والثانى : الأولى ، والثالث : كلاهما ، والرابع : احداهما لا بعينها • فان قلنا : الفرض الأولى جاز ، وان قلنا : كلاهما فرض لم يجز ، وان قلنا : احداهما لا بعينها فعلى الوجهين فى المنسية وان قلنا : الثانية فقال الرافعى وغيره لا يجوز وهذا ضعيف ، والمختار أنه يجوز كما سبق فى مثله فى الفرع قبله ، ولا فرق بين تقدم نفل على فرض وعكسه ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز ان يصلى بتيمم واحد ما شاء من النوافل لانها غير محصورة فخف امرها ، ولهذا اجيز ترك القيام فيها ، فان نوى بالتيمم الفريضة والنافلة جاز ان يصلى النافلة قبل الفريضة وبعدها لانه نواهما بالتيمم ، وان نوى بالتيمم الفريضة ولم ينو النافلة جاز أن يصلى النافلة بعدها • وهل يجوز أن يصليها قبلها ؟ فيه قولان قال فى الأم : له ذلك لأن كل طهارة جاز أن يتنفل بها بعد الفريضة جاز قبلها كالوضوء ، وقال فى البويطى : ليس له ذلك لانه يصليها على وجه التبع للفريضة فلا يجوز ان يتقدم على متبوعها ، ويجوز ان يصلى على جنائز بتيمم واحد اذا لم يتعين لأنه يجوز تركها فهى كالنوافل ، وان تعينت عليه ففيه وجهان (احدهما) لا يجوز ان يصلى بتيمم أكثر من صلاة لانها

فريضة تعينت عليه فهى كالمكتوبة (والثـانى) يجوز وهو ظاهر المذهب لانهـا ليست من جنس فرائض الاعيان) .

(الشرح) هذا الفصل فيه ثلاث مسائل :

(احداها) يجوز أن يصلى بالتيمم الواحد ما شاء من النوافل سواء تيمم للنفل فقط أم له وللفرض أم للفرض واستباح النفل تبعا ، وهذا متفق عليه الا اذا قلنا ــ بوجه شاذ سبق فى أوائل الباب ــ ان النفل لا يباح بالتيمم .

(المسألة الثانية) اذا تيمم للفرض والنفـل أو للفرض وحده اسـتباح الفرض واستباح النفل أيضا قبل الفريضة وبعـدها فى الوقت وبعـد خروج الوقت ، وفى قول : لا يستبيح النفل قبل الفريضة اذا اقتصر على نية الفرض ، وفى وجه لا يستبيح النفل بعد خروج الوقت ، وقد سبق بيان هذا كله مشروحا مع ما يتعلق به فى فصل نية التيمم .

(الثالثة) قال أصحابنا العراقيون : اذا لم يتعين عليه صلاة الجنازة فلها فى التيمم حكم النوافل فيجمع بالتيمم الواحد بين صلوات جنائز كثيرة صلاة بعد صلاة ، وان شاء صلى عليهن دفعة وله أن يجمع بين فريضة وجنائز ، وان تعينت عليه فوجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما . أصحهما باتفاقهم أنها كالنوافل وهو المنصوص للشافعى فى كتبه المشهورة ، والثانى ، كالفريضة فلا يجمع بينها وبين مكتوبة ، ولا بين صلاتى جنازة ، وهو قول أبى على ابن أبى هريرة وأبى سعيد الاصطخرى ، وذكر الدارمى أن الكرابيسى نقله عن الشـافعى فيكون قولا قديمـا ويصير فى المسألة قولان ، قال العراقيون : ولا تصح صلاة الجنازة قاعدا مع القدرة على القيام ، سواء تعينت أم لا .

وقال أصحابنا الخراسانيون : نص الشافعى رحمه الله أنه يجمع بين فريضة وجنائز بتيمم ونص أنها لا تصح على الراحلة ولا قاعدا ، واختلفوا على ثلاث طرق (أحدها) قولان . أحدهما : يلحق بالفـرائض فى التيمم والقيـام ، والثانى : يلحق بالنوافل فيهما . (والطريق الثانى) ان تعينت فكالفرائض فى التيمم والقيام والا فكالنوافل فيهما ، (والثالث) تقرير النصين ، فلها حكم

النفل فى التيمم وان تعينت ولا يجوز القعود فيهـا وان لم يتعين ، لأنه معظم أركانها وهذا الثالث هو الصحيح عندهم ، وهو نحو طريقة العراقيين • وجمع امام الحرمين وغيره هذا بعبارة مختصرة فقالوا : فيها أوجه أحدها : يجوز الجمع بتيمم والقعود ، والثانى : لا ، والثالث : يجوز ان لم يتعين• وان تعينت فلا • والرابع وهو الأصح : يجوز الجمع بتيمم مطلقا ، ولا يجوز القعـود مطلقا •

ولو أراد أن يصلى على جنازتين أو جنائز صلاة واحدة بتيمم ــ وقلنا لا يجوز صلاتان ــ فوجهان أشهرهما لايجوز ، وبه قطع ابن الصباغ والمتولى والرويانى ، والثانى يجوز ، واختاره الشاشى • قال صاحب البحر وغيره : فعلى الأول لو تيمم بتيممين وصلى على الجنائز صلاتين أو صلاة واحدة لم يجز لأن التيمم على التيمم لا تأثير له ، بل هو فى حكم تيمم واحد ، والله أعلم•

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا تيمم عن الحدث استباح ما يستباح بالوضوء ، فان احدث بطل تيممه كما يبطل وضوءه ، ويمنع مما كان يمنع منه قبل التيمم ، وان تيمم عن الجنابة استباح ما يستباح بالغسل من الصلاة وقراءة القرآن ، فان احـدث منع من الصلاة ولم يمنع من قراءة القرآن ، لأن تيممه قام مقام الغسل ، ولو اغتسـل ثم احدث لم يمنع من القراءة فكذا اذا تيمم ثم احدث ، وان تيمم ثم ارتد بطل تيممه لأن التيمم لا يرفع الحدث وانما تستباح به الصلاة والمرتد ليس من اهل الاستباحة) •

(الشرح) فى الفصل ثلاث مسائل :

(احداها) اذا تيمم أو توضأ ثم ارتد والعياذ بالله فهل يبطلان ؟ فيـه ثلاثة أوجه سبق بيانها فى أول باب ما ينقض الوضـوء أصحها يبطل التيمم دون الوضوء • الثانى : يبطلان والثالث : لا يبطلان •

(الثانية) اذا تيمم عن الحدث الأصغر استباح ما يستبيح بالوضوء من الصلاة وغيرها الا الجمع بين فرضين ونحوه مما سبق فاذا أحدث بطل تيممه ومنع ما كان يمنعه قبل التيمم كما لو توضأ ثم أحدث •

(الثالثة) اذا تيمم عن الحدث الأكبر كجنابة وحيض استباح الصـلاة

والقراءة والمكث فى المسجد وغيرها مما يباح بالغسل فاذا أحدث منع من الصلاة والطواف ومس المصحف وحمله • ولا يمنع من قراءة القرآن والمكث فى المسجد ، ويستمر جواز القراءة والمكث وان أراد تيمما جديدا • وهذا كله باتفاق الأصحاب فى كل الطرق الا ما انفرد به الدارمى فقال : اذا تيمم الجنب فصلى ثم أراد التيمم لحدث أو غيره هل يقرأ القرآن قبل تيممه ؟ فيه وجهان قال أبو حامد : لا يجوز وقال ابن المرزبان : يجوز ، وهذا النقل شاذ متروك ثم ان الجمهور أطلقوا الجزم باستباحته ولم يفرقوا بين الحاضر والمسافر ، وقال البغوى : اذا تيمم الجنب فى الحضر وصلى هل له قراءة القرآن ؟ وهل له مس المصحف جنبا كان أو محدثا ؟ فيه وجهان الأصح : الجواز والمشهور ما سبق وهو أن الحاضر كالمسافر فيباح له كل ذلك ، أما اذا تيمم جنب ثم رأى الماء فيحرم عليه جميع ما حرم عليه قبل التيمم حتى يغتسل • ولو تيمم جنب ثم أحدث ثم وجد ماء لا يكفيه للوضوء قال البغوى وغيره : ان قلنا : يجب استعمال الناقص بطل تيممه فى كل شىء فيستعمله ثم يتيمم ، وان قلنا : لا يجب استعمال الناقص فتيممه باق على الصحة فى جواز القراءة والاعتكاف وبطل فى حق الصلاة ، فاذا تيمم استباحها والله أعلم •

(**فرع**) لا يعرف جنب يباح له القراءة والمكث فى المسجد دون الصلاة أو مس المصحف الا من تيمم عن الجنابة ثم أحدث والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا تيمم لعدم الماء ثم راى الماء ــ فان كان قبل الدخول فى الصلاة ــ بطل تيممه لأنه لم يحصل فى المقصود ، فصار كما لو راى الماء فى اثناء التيمم) •

(**الشرح**) اذا تيمم لحدث أصغر أو أكبر ثم رأى ماء يلزمه استعماله بطل تيممه بلا خلاف عندنا سواء رآه فى أثناء التيمم أو بعد الفراغ منه • وقولنا : تيمم لعدم الماء احتراز ممن تيمم لمرض أو جراحة ونحوهما مما لا يشترط فيه عدم الماء ، فان هذا لا يؤثر فيه وجود الماء • وقولنا : ماء يلزمه استعماله احتراز مما اذا رآه ولم يتمكن من استعماله بأن كان دونه حائل أو كان محتاجا اليه لعطش ونحوه فانه لا يبطل تيممه لأن وجود هذا الماء كالعدم

ولا فرق عندنا بين أن يجد المـاء وقد ضاق وقت الصـلاة بحيث لو اشتغل بالوضوء خرج وقت الصلاة ولو صلى بالتيمم أدرك وبين ألا يضيق ، هـذا مذهبنا • ونقل ابن المنذر فى كتابيه كتاب الاجماع وكتاب الاشراف اجمـاع العلماء عليه • ونقل أصحابنا عن أبى سلمة بن عبد الرحمن التابعى والشعبى أنهما قالا : ان رأى الماء بعد الفراغ من التيمم لا يبطل وان رآه فى أثنـائه بطل ، ونقل القاضى أبو الطيب وغيره الاجماع على أن رؤيته فى الثانية يبطل ، واحتج لأبى سلمة بأن وجود المبدل بعد فراغه من البدل لا يبطل البدل كما لو وجد المكفر الرقبة بعد فراغه من الصوم ، وكما لو فرغت من العدة بالأشهر ثم حاضت •

واحتج أصحابنا بقوله صلى الله عليه وسلم : « الصعيد الطيب وضـوء المسلم ، فاذا وجد الماء فليمسه بشرته » وهو صحيح سبق بيانه ، وبالقياس على رؤيته فى أثناء التيمم ، وبأن التيمم لا يراد لنفسه بل للصلاة ، فاذا وجد الأصل قبل الشروع فى المقصود لزم الأخذ بالأصل ، كالحاكم اذا سمع شهود الفرع ، ثم حضر شهود الأصل قبل الحكم ، والجواب عن الصوم والأشهر [1] أنهما مقصودان • وذكر القاضى عبد الوهاب المالكى أن مذهبهم أنه يتوضأ الا أن يخشى فوت الوقت ، ومذهبنا ومذهب الجمهور أنه لا فرق ، لأنه واجد للماء والله أعلم •

قال أصحابنا : ولو توهم القدرة على ما يجب استعماله ، بطل تيممه كما لو تيقنه وذلك بأن يرى سرابا ونحوه أو جماعة يجوز أن معهم ماء ، وانمـا يبطل فى جميع هذه الصور ، اذا لم يقارن ذلك ما يمنع وجوب اسـتعماله ، بأن يحول دونه سبع ، ونحوه أو يحتاج اليه للعطش ، وقـد سبقت المسألة بنظائرها والله أعلم •

(فـرع) اذا ظن المتيمم العارى القدرة على الثوب فلم يكن لم يبطـل تيممه بلا خلاف • وعلله الغزالى بان طلبه ليس من شرط التيمم ، والله أعلم •

---

(١) يريد صوم المكفر ثم وجد انه الرقبة بعد فراغه منه والمعتدة بالأشهر اذا حاضت بعـد فراغها (ط) •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان رأى الماء بعد الفراغ من الصلاة نظر ـ فان كان فى الحضر ـ اعاد الصلاة لأن عدم الماء فى الحضر عذر نادر غير متصل ، فلم يسقط معه الفرض (١) ، كما لو صلى بنجاسة نسيها ، [وان (٢) كان فى السفر نظرت] فان كان فى سفر طويل لم يلزمه الاعادة ، لأن عدم الماء فى السفر عذر عام ، فسقط معه فرض الاعادة ، كالصلاة مع سلس البول ، وان كان فى سفر قصير ففيه قولان أشهرهما : أنه لا يلزمه الاعادة لأنه موضع يعدم فيه الماء غالبا ، فأشبه السفر الطويل .

وقال فى البويطى : لا يسقط الفرض [عنه] لأنه لا يجوز له القصر فلا يسقط الفرض عنه بالتيمم كما لو كان فى الحضر ، وان كان فى سفر معصية ففيه وجهان : (أحدهما) تجب [عليه] الاعادة ، لأن سقوط الفرض بالتيمم رخصة تتعلق بالسفر ، والسفر معصية ، فلم تتعلق به رخصة (والثانى) لا تجب ، لأنا لما اوجبنا عليه ذلك ، صار عزيمة فلم يلزمه الاعادة) .

(الشرح) فى هذه القطعة مسائل :

(احداها) اذا عدم الحاضر الماء فى الحضر . فحاصل المنقول فيه ثلاثة أقوال . الصحيح المشهور المقطوع به فى أكثر كتب الشافعى وطرق الأصحاب : أنه يتيمم ويصلى الفريضة وتجب اعادتها اذا وجد الماء . أما وجوب الصلاة بالتيمم فقياسا على المسافر والمريض لاشتراكهما فى العجز وأما الاعادة فلأنه عذر نادر غير متصل ، احترازنا بالنادر عن المسافر والمريض ، وبغير المتصل عن الاستحاضة . (والقول الثانى) تجب الصلاة بالتيمم ولا اعادة ، كالمسافر والمريض ، حكاه الخراسانيون ، وهو مشهور عندهم . (والثالث) لا تجب الصلاة فى الحال بالتيمم بل يصبر حتى يجد الماء . حكاه صاحب البيان وجماعة من الخراسانيين وليس بشىء .

(المسألة الثانية) اذا صلى بالتيمم فى سفر طويل ، ثم وجد الماء بعد الفراغ لا يلزمه الاعادة لظواهر الأحاديث ولأن عدم الماء فى السفر عذر عام فسقط الفرض بالتيمم بسببه ، كالصلاة قاعدا لعذر المرض ، ولا فرق بين وجود الماء

---

(١) فى نسخة الركبى (فرض الاعادة) (ط) .
(٢) زيادة فى المتوكلية (ط) .

فى الوقت وبعده • قال صاحب البحر : قال أصحابنا : ولا تستحب الاعادة فى هذه المسألة ، ثم المذهب الصحيح المشهور أنه لا فرق بين أن يكون السفر مسافة القصر أو دونها وان قل ، وهذا هو المنصوص فى كتب الشافعى • وقال الشافعى فى البويطى : وقد قيل لا يتيمم الا فى سفر يقصر فيه الصلاة فمن أصحابنا من جعل هذا قولا للشافعى ، فقال : فى قصير السفر قولان وممن سلك هذه الطريقة المصنف ، وقال الأكثر : القصير كالطويل بلا خلاف ، وانما حكى الشافعى مذهب غيره ، وهذا هو المذهب ، والدليل عليه اطلاق السفر فى القرآن • قال الشافعى رحمه الله : ولم تحده الصحابة رضى الله عنهم بشىء، وحدوا سفر القصر ، ولما روى الشافعى عن ابن عيينة عن ابن عجلان عن نافع أن ابن عمر رضى الله عنهما « أقبل من الجرف حتى كان بالمربد تيمم وصلى العصر ثم دخل المدينة والشمس مرتفعة فلم يعد الصلاة » • هذا اسناد صحيح ، والجرف بضم الجيم والراء وبعدهما فاء ، موضع بينه وبين المدينة ثلاثة أميال ، والمربد بكسر الميم ، موضع بقرب المدينة •

(المسألة الثالثة) العاصى بسفره كالآبق وقاطع الطريق وشبههما اذا عدم الماء فى سفره ثلاثة أوجه ؛ والصحيح أنه يلزمه أن يصلى بالتيمم ويلزمه الاعادة ، والثانى : يلزمه التيمم ولا تجب الاعادة ، والثالث : لا يجوز التيمم ؛ وهذا الثالث غريب حكاه الحناطى وصاحب البيان والرافعى ، فعلى هذا يقال له : ما دمت على قصدك المعصية لا يحل لك التيمم ، فان ثبت استبحت التيمم وغيره ، كما أنه لا يحل له الميتة عند الضرورة ، بل يقال : تب وكل ، والصواب الأول لأنه يلزمه أمران : التوبة والصلاة ، فاذا أخل بأحدهما لا يباح له الاخلال بالآخر ، وليس التيمم فى هذا الحال تخفيفا بل عزيمة ، فلا تكون المعصية سببا لاسقاطه ، فعلى هذا لو رأى الماء فى صلاته بطلت ويلزمه الخروج منها ، كما اذا رأى الماء فى أثناء صلاة الحضر بالتيمم ، وقد تقدم ذكر هذه الأوجه فى باب المسح على الخف ، وذكرنا هناك ضابطا فيما يستبيحه العاصى بسفره وما لا يستبيحه ، وبالله التوفيق •

(**فرع**) اذا نوى المسافر اقامة أربعة أيام فأكثر فى بلد وعدم الماء فيه وصلى بالتيمم فحكمه حكم الحاضر بلا خلاف ، فيلزمه اعادة ما صلى بالتيمم

على المذهب • ولو نوى هذه الاقامة فى موضع من البادية يعم فيه عدم الماء فلا اعادة فيه بلا خلاف ، هكذا صرح بالصورتين صاحب الحاوى وامام الحرمين ونقله الرويانى عن القفال ، وقاله آخرون ولا نعلم فيه خلافا • ولو دخل المسافر فى طريقه قرية فعدم الماء فيها وصلى بالتيمم فوجهان ، حكاهما المتولى والرويانى وآخرون • (أحدهما) لا اعادة ، لأنه مسافر ولهذا يباح له القصر والفطر ، (وأصحهما) وجوب الاعادة ، صححه الرويانى والرافعى، وهو قول القفال ، وقطع به البغوى وغيره ، لأن عدم الماء فى القرية نادر ، فالضابط الأصلى ما قاله الرافعى وأشار اليه امام الحرمين وصاحب الشامل وآخرون : أن الاعادة تجب اذا تيمم فى موضع يندر فيه عدم الماء ، ولا يجب اذا كان العدم يغلب فيه ، بدليل ما ذكرنا من هاتين الصورتين •

قال الرافعى : اعلم أن وجوب الاعادة على المقيم ليس لعلة الاقامة ، بل لأن فقد الماء فى موضع الاقامة نادر • وكذا عدم الاعادة فى السفر ليس لكونه مسافرا ، بل لأن فقد الماء فى السفر مما يعم حتى لو أقام فى مفازة أو موضع يعدم فيه الماء غالبا وطالت اقامته وصلى بالتيمم فلا اعادة ، وفى مثله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لأبى ذر رضى الله عنه ، وكان يقيم بالربذة ويفقد الماء أياما : « التراب كافيك ولو لم تجد الماء عشر حجج » قال : ولو دخل المسافر فى طريقه قرية وعدم الماء تيمم وأعاد على الأصح ، وان كان حكم السفر باقيا عليه لندور العدم •

واذا عرفت هذا علمت أن قول الأصحاب ان المقيم يقضى والمسافر لا يقضى جار على الغالب فى حال السفر والاقامة ، والا فالحقيقة ما بيناه • هذا كلام الرافعى وذكر معناه امام الحرمين وصاحب الشامل وآخرون والله أعلم •

(فرع) قال صاحب البيان : قال الشيخ أبو حامد : اذا خرج الرجل الى ضيعته وبستانه فعدم الماء كان له أن يتيمم ويتنفل على الراحلة ، قال : فمقتضى قوله انه سفر قصير ففى اعادة ما صلى فيه بالتيمم القولان : المشهور ، ونص البويطى والله أعلم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فيمن عدم الماء فى الحضر •

قد ذكرنا أن مذهبنا المشهور أنه يصلى بالتيمم وعليه الاعادة ، وبه قال جمهور العلماء ، وهو رواية عن أبى حنيفة ، وعنه رواية أنه لا يصلى بالتيمم. وعن مالك والثورى والأوزاعى والمزنى والطحاوى : يصلى بالتيمم ولا يعيد ، وهو رواية عن أحمد وقول لنا كما سبق . واحتج لمن لم يوجب الصلاة بقوله تعالى : (وان كنتم مرضى أو على سفر أو جاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا [1]) فأباحه للمريض وللمسافر فلم يجز لغيرهما ، وبأن ايجابها مع ايجاب الاعادة يؤدى الى ايجاب ظهرين عن يوم ، ولأن الصلاة تفعل لتجزىء وهذه غير مجزئة ، واحتج لمن أوجب الصلاة بلا اعادة بالقياس على المسافر . واحتج أصحابنا لوجوب الصلاة بقوله تعالى : (اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم) الى قوله (فلم تجدوا ماء فتيمموا) وهذا عام . وفى الاستدلال بالآية نظر ، ولأنه مكلف عدم الماء فلزمه التيمم للفريضة كالمسافر ، ولأنه عاجز عن استعمال الماء فلزمه التيمم كالمريض وقياسا على صلاة الجنازة ، وقد وافقوا عليها وأجاب أصحابنا عن احتجاجهم بالآية بجوابين . (أحدهما) : أن السفر ذكر فيها لكونه الغالب لا للاشتراط ، كقوله تعالى : (ولا تقتلوا أولادكم من املاق [2]) (والثانى) : أنها محمولة على تيمم لا اعادة معه ، وعن قولهم يؤدى الى ايجاب ظهرين أن المقصود الثانية ، وانما وجبت الأولى لحرمة الوقت ، كامساك يوم الشك اذا ثبت أنه من رمضان ، وفى هذا جواب عن قولهم : الصلاة تفعل لتجزىء فيقال : وقد تفعل حرمة للوقت كما ذكرنا ، واحتج أصحابنا للاعادة بأنه عذر نادر غيرمتصل ،فأشبه من نسى بعض أعضاء الطهارة ، وفى هذا جواب عن احتجاجهم ، والله أعلم .

(**فرع**) فى مذاهب العلماء فيمن صلى بالتيمم فى السفر ثم وجد الماء بعد الفراغ من الصلاة قد ذكرنا أن مذهبنا أنه لا اعادة سواء وجد الماء فى الوقت أو بعده حتى لو وجده عقب السلام فلا اعادة ، وبه قال الشعبى والنخعى وأبو سلمة بن عبد الرحمن ومالك وأبو حنيفة والثورى والأوزاعى وأحمد واسحاق والمزنى وابن المنذر وجمهور السلف والخلف . وحكى ابن

---

(١) الآية ٤٣ من سورة النساء .

(٢) الآية ١٥١ من سورة الأنعام .

المنذر وغيره عن طاوس وعطاء والقاسم بن محمد ومكحول وابن سيرين والزهرى وربيعة أنهم قالوا : اذا وجد الماء فى الوقت لزمه الاعادة ، واستحبه الأوزاعى ولم يوجبه ، قال ابن المنذر : وأجمعوا أنه اذا وجده بعد الوقت لا اعادة ، واحتج لهؤلاء بأن الماء هو الأصل فوجوده بعد التيمم كوجود النص بعد الحكم بالاجتهاد .

واحتج أصحابنا بحديث عطاء بن يسار عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه قال : « خرج رجلان فى سفر فحضرت الصلاة وليس معهما ماء فتيمما صعيدا طيبا وصليا ، ثم وجد الماء فى الوقت فأعاد أحدهما الصلاة والوضوء ، ولم يعد الآخر ، ثم أتيا رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرا ذلك له ، فقال للذى لم يعد : أصبت السنة وأجزأتك صلاتك ، وقال للذى توضأ وأعاد : لك الأجر مرتين » رواه أبو داود والنسائى والبيهقى وغيرهم ، قال أبو داود : ذكر أبى سعيد فى هذا الحديث وهم وليس بمحفوظ بل هو مرسل . قلت : ومثل هذا المرسل يحتج به الشافعى وغيره كما قدمنا بيانه فى مقدمة هذا الكتاب أن الشافعى يحتج بمرسل كبار التابعين اذا أسند من جهة أخرى أو يرسل من جهة أخرى أو يقول به بعض الصحابة أو عوام العلماء ، وقد وجد فى هذا الحديث شيئان من ذلك (أحدهما) : ما قدمناه قريبا ، عن ابن عمر رضى الله عنهما : (أنه أقبل من الجرف حتى اذا كان بالمربد تيمم وصلى العصر ثم دخل المدينة والشمس مرتفعة فلم يعد الصلاة) وهذا صحيح عن ابن عمر كما سبق (الثانى) : روى البيهقى باسناده عن أبى الزناد قال : « كان من أدركت من فقهائنا الذين ينتهى الى قولهم منهم سعيد بن المسيب ، وذكر تمام فقهاء المدينة السبعة : يقولون من تيمم وصلى ثم وجد الماء وهو فى الوقت أو بعده لا اعادة عليه » واحتج أصحابنا أيضا بالقياس على المريض يصلى بالتيمم أو قاعدا ، والجواب عن احتجاجهم أن ما ذكروه ليس نظير مسألتنا بل نظيره من صلى بالتيمم ومعه ماء نسيه ، ونظير مسألتنا ما عمله الصحابى باجتهاد ثم نزل النص باثبات الحكم بخلاف اجتهاده فانه لا يبطل ما عمله والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان معه فى السفر ماء فدخل عليه وقت الصلاة فأراقه أو شربه من غير حاجة وتيمم وصلى ففيه وجهان (أحدهما) : يلزمه الاعادة ، لأنه مفرط فى اتلافه (والثانى) : لا يلزمه لأنه تيمم وهو عادم للماء ، فصار كما لو أتلفه قبل دخول الوقت) .

(الشرح) قال أصحابنا : اذا كان معه ماء صالح لطهارته فأخرجه عن كونه مطهرا باراقته أو شربه أو سقى دابة أو غيرها أو تنجيسه أو صب الزعفران ونحوه فيه أو غير ذلك ــ ثم احتاج الى التيمم ــ تيمم بلا خلاف ، لأنه فاقد للماء ، ثم ينظر ــ فان كان تفويت الماء قبل دخول الوقت ــ فلا اعادة عليه بلا خلاف وان فوته سفها لأنه لا فرض عليه قبل الوقت . وقد أشار المصنف الى هذا بقوله : (كما لو أتلفه قبل دخول الوقت) وان فوته فى الوقت ــ فان كان لغرض كشربه لحاجة أو سقيه دابة محترمة لحاجتها أو غسل ثوبه لنجاسة أو تنظفا ــ فلا اعادة بلا خلاف لأنه معذور ، وكذا لو اشتبه اناءآن فعجز عن معرفة الطاهر فأراقهما فلا اعادة قطعا لأنه معذور ، وان كان التفويت فى الوقت لغير غرض فهو حرام بلا خلاف ، وفى وجوب الاعادة وجهان مشهوران وقد ذكر المصنف دليلهما ، أصحهما عند الأصحاب لا اعادة، قال صاحب الشامل : وهذا كمن قطع رجله فانه عاص واذا صلى جالسا أجزأه قال القاضى حسين والمتولى : الوجهان هنا كالقولين فيمن فر ، فطلق امرأته بائنا فى مرض الموت هل ينقطع ارثها ؟ لأن بدخول الوقت تعلق حق الطهارة بالماء كما أن بالمرض تعلق حقها بالارث ، أما اذا مر بماء فى الوقت فلم يتوضأ ، فلما بعد منه تيمم وصلى ففى الاعادة طريقان ، أصحهما وأشهرهما ، والذى قطع به الغزالى والبغوى والأكثرون : القطع بأن لا اعادة لأنه تيمم وهو عادم للماء ولم يفرط فى اتلافه ، والثانى : حكاه الرافعى عن الشيخ أبى محمد أنه على الوجهين لأنه يعد مقصرا والله أعلم .

(فرع) لو وهب الماء الصالح لطهارته فى الوقت لغير محتاج اليه لعطش ونحوه أو باعه لغير حاجته الى ثمنه ، ففى صحة البيع والهبة وجهان

مشهوران فى الطريقتين ، حكاهما الدارمى وجماعات من العراقيين وامام الحرمين وجماعة من الخراسانيين • قال البغوى والرافعى وغيرهما : أصحهما لا يصح البيع ولا الهبة لأن التسليم حرام فهو عاجز عن تسليمه شرعا ، فهو كالعاجز حسا ، وبهذا قطع المحاملى والصيدلانى ، والثانى : يصحان • قال الامام : وهو الأقيس ، لأنه ملكه والمنع لا يرجع الى معنى فى العقد ، واختار الشاشى هذا ، وقال : الأول ليس بشىء لأن توجه الفرض لا يمنع صحة الهبة ، كما لو وجب عليه عتق رقبة فى كفارة فأعتقها لا عن الكفارة أو وهبها فانه يصح وكما لو وجب عليه ديون فطولب بها فوهب ماله وسلمه فانه يصح والأظهر ما قدمنا تصحيحه • قال امام الحرمين والغزالى فى البسيط : هذان الوجهان يشبهان ما لو وهب رجل للوالى شيئا تطوعا على طريق الرشوة هل يملكه ؟ منهم من منع الملك للمعصية ومنهم من لم يمنع وقال : هو أهل للتصرف ، فان قلنا : يصح بيع الماء وهبته فى مسألتنا فحكم الاعادة ما سبق فى الاراقة لغير غرض ، كذا قاله الجمهور • وقطع البغوى بأنه لا اعادة ، والمذهب الأول •

وان قلنا : لا يصح البيع والهبة لم يصح تيممه مادام الماء باقيا فى يد الموهوب له والمشترى وعليه استرجاعه ان قدر ، فان لم يقدر تيمم وصلى وعليه الاعادة على الصحيح وبه قطع الأصحاب ، ونقل امام الحرمين فيه اتفاق الأصحاب • وشذ الدارمى فحكى فى الاعادة الوجهين فى الاراقة سفها وليس بشىء ، لأن الماء باق على ملكه وليس كالمغصوب ، لأن هذا مقصر بتسليمه ، فان تلف فى يد المشترى والموهوب له قبل التيمم ففى الاعادة الوجهان فى الاراقة ، واذا أوجبنا الاعادة فى مسألة الاراقة وبيع الماء وهبته ففى قدر ما يعيده ثلاثة أوجه الصحيح المشهور تجب اعادة الصلاة التى فوت الماء فى وقتها ولا يجب غيرها لأن ماسواها فوت الماء قبل دخول وقتها فلم تجب اعادتها • والثانى : يجب اعادة ما يؤديه غالبا بوضوئه ، قال امام الحرمين : هذا الوجه عندى فى حكم الغفلة والغلط • والثالث : تجب اعادة كل ما صلاه بالتيمم الى أن أحدث حكاه البغوى وغيره وهذا الوجه والذى قبله ليسا بشىء فانه يلزم قائلهما أن يقول من توضأ ثم أحدث من غير ضرورة وتيمم أعاد • قال المتولى وغيره : واذا أراد الاعادة لم يصح فى الوقت

بالتيمم ، بل يؤخر حتى يجد الماء أو يصبر الى حالة يصح فيها التيمم بلا اعادة .

(فرع) قال القاضى حسين : ولو كان له ثوب فحرقه وصلى عريانا فحكمه ما ذكرناه فى اراقة الماء من أوله الى آخره .

(فرع) قال أصحابنا : اذا قلنا لا يصح هبة هذا الماء استرده الواهب ، فان تلف فى يد الموهوب له فلا ضمان عليه ، لأن الهبة ليست من عقود الضمان ومالا ضمان فى صحيحه لا ضمان فى فاسده ، كذا قطع به امام الحرمين وأصحاب البحر والعدة والبيان وغيرهم . وانفرد القاضى حسين فقال : ان أتلفه الموهوب له ضمنه وان تلف عنده فوجهان ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان راى الماء فى اثناء الصلاة نظرت ـ فان كان ذلك فى الحضر ـ بطل تيممه وصلاته لانه يلزمه الاعادة بوجود الماء ، وقد وجد الماء فوجب ان يشتغل بالاعادة ، وان كان فى السفر لم يبطل [تيممه] [وقال المزنى : يبطل والمذهب (١) الأول] لانه وجد الأصل بعد الشروع فى المقصود فلا يلزمه الانتقال اليه ، كما لو حكم بشهادة شهود الفرع ثم وجد شهود الأصل ، وهل يجوز الخروج منها ؟ فيه وجهان . (احدهما) لا يجوز ، واليه اشار فى البويطى لان ما لا يبطل [الطهارة] الصلاة لم يبح الخروج منها كسائر الأشياء . وقال اكثر اصحابنا : يستحب الخروج منها ، كما قال الشافعى رحمه الله فيمن دخل فى صوم الكفارة . ثم وجد الرقبة ان الافضل ان يعتق ، وان راى الماء فى الصلاة فى السفر ثم نوى الاقامة بطل تيممه وصلاته ، لانه اجتمع [حكم] الحضر والسفر فى الصلاة فوجب ان يغلب حكم الحضر فيصير كانه تيمم وصلى وهو حاضر ثم وجد الماء ، وان راى الماء فى اثناء الصلاة فى السفر فاتمها وقد فنى الماء لم يجز ان يتنفل حتى يجدد التيمم ، لان برؤية الماء حرم عليه افتتاح الصلاة ، وان راى الماء فى صلاة نافلة . فان كان قد نوى عددا اتمها كالفريضة ، وان لم ينو عددا سلم من ركعتين ولم يزد عليهما) .

(الشرح) اذا تيمم لعدم الماء ثم رأى فى أثناء صلاته ماء يلزم استعماله نظرت ـ فان كان ممن يلزمه الاعادة بطل تيممه وصلاته على المذهب

---

(١) زيادة من المتولية والركبى (ط) .

الصحيح ، وفيه وجه ضعيف عند الخراسانيين أنها لا تبطل بل يتمها محافظة على حرمتها ثم يعيدها والمشهور الأول ، لأنه لا بد من اعادتها فلا وجه للبقاء فيها ، ويدخل فى هذا القسم المصلى بالتيمم فى الحضر أو موضع يندر فيه عدم الماء .

ومن صلى بنجاسة عجز عن غسلها اذا قلنا بالمذهب : ان عليهما الاعادة ، ويدخل فيه المسافر سفرا قصيرا اذا قلنا بالقول الضعيف المنقول عن البويطى : انه يعيد ويدخل فيه العاصى بسفره على أصح الوجهين ، أما اذا رأى الماء فى أثناء الصلاة بالتيمم من لا اعادة عليه ، كالمسافر سفرا طويلا أو قصيرا على المذهب ، أو المقيم فى موضع يعدم فيه الماء غالبا ، فالصحيح المشهور الذى نص عليه الشافعى رحمه الله وقطع به العراقيون وبعض الخراسانيين أنه لا تبطل صلاته .

وقال جمهور الخراسانيين : نص هنا أنه لا تبطل صلاته ، ونص فى المستحاضة اذا انقطع دمها فى أثناء الصلاة أنها تبطل ، فجعلهما ابن سريج على قولين أحدهما : يبطلان لزوال الضرورة ، والثانى : لا يبطلان للتلبس بالمقصود . قالوا والمذهب تقرير النصين ، والفرق أن حدثها متجدد بعد الطهارة ، ولأنها مستصحبة للنجاسة وهو بخلافها فيهما ، والتفريع بعد هذا على المذهب ، وهو أنه لا تبطل صلاة المتيمم برؤية الماء فى أثنائها ، ثم الأصحاب أطلقوا فى طريقتى العراق وخراسان أن رؤية الماء فى أثنائها لا يبطلها وقال صاحب البحر : ان رآه بعد فراغه من تكبيرة الاحرام لم تبطل صلاته وان رآه بعد شروعه فى التكبيرة وقبل فراغ التكبيرة بطل تيممه وصلاته . وهذا الذى قاله لم أجد لغيره تصريحا بموافقته ولا مخالفته ، و هو حسن فانه لا يصير فى الصلاة الا بفراغه من التكبيرة ، لكن بعض التكبيرة جزء من الصلاة ففيه احتمال لهذا المعنى . ثم ذكر صاحب البحر أن والده قال : اذا رأى الماء فى أثناء الصلاة فاستمر اقتصر على تسليمة واحدة لأنه عاد الى حكم الحدث بالتسليمة الأولى . ولو أحدث بعد التسليمة الأولى لم يأت بالثانية ، فكذا هنا قال : وليس على أصلنا مسألة يقتصر فيها على تسليمة واحدة الا هذه . قال ولو كان عليه سجود سهو فنسيه وسلم لا يسجد وان قرب

الفصل . قال صاحب البحر : وهذا الذى قاله والذى حسن عندى ، قال : ولكن يمكن أن يقال لابأس بأن يسلم الثانية لأنها من تتمة الصلاة ، وقطع فى كتابه الحلية بما قاله والده ، وفيه نظر . وينبغى أن يقطع بأنه يسلم الثانية، والله أعلم .

اذا ثبت أنه لا تبطل صلاته برؤية الماء فى أثنائها فهل يباح الخروج منها ؟ أم يستحب ؟ أم يحرم ؟ فيه أوجه ؛ الصحيح الأشهر وقول أكثر الأصحاب أنه يستحب الخروج منها والوضوء للخروج من خلاف العلماء فى بطلانها ، وكما نص الشافعى على استحباب الخروج من صلاة من أحرم بها منفردا للدخول فى الجماعة ، وكما نص على استحباب الخروج من صوم الكفارة لمن وجد الرقبة فى أثنائه ، والوجه الثانى : يجوز الخروج منها ، لكن الأفضل الاستمرار فيها لقول الله تعالى « ولا تبطلوا أعمالكم [1] » والثالث : يحرم الخروج منها للآية ، وهذا ضعيف .

قال امام الحرمين : لست أراه من المذهب ثم ان الأصحاب أطلقوا الأوجه وقال امام الحرمين : الذى أراه أن المتيمم اذا رأى الماء فى الصلاة فى آخر الوقت وقد ضاق الوقت لا يجوز له الخروج أصلا ، وهذا الذى قاله الامام متعين ولا أعلم أحدا يخالفه وقال القاضى حسين والشيخ أبو محمد الجوينى : الخلاف فى هذه المسألة انما هو فى أن الأفضل أن يقلب فرضه نفلا ويسلم من ركعتين أم الأفضل أن يتمها فريضة ؟ قالا : فأما الخروج المطلق فليس بأفضل بلا شك . وزاد القاضى حسين ، فقال : الخروج عندى مكروه ــ وجها واحدا ــ وهذا الذى ذكره خلاف المذهب الصحيح المعروف فى جميع الطرق، قال الشاشى : ولا معنى لقولهما يجعلها نافلة ، فان تأثير رؤية الماء فى النفل كتأثيرها فى الفرض ، أما اذا رأى الماء فى أثناء الصلاة فى السفر ، ثم نوى الاقامة وهو فى الصلاة فانه يبطل تيممه وصلاته على المذهب ، وبه قطع المصنف والعراقيون ، وفيه وجه للخراسانيين أنها لا تبطل وهو المذكور فى رؤية الحاضر الماء فى الصلاة ، والصحيح الأول ووجهه ما ذكره المصنف .

---

(١) الآية ٣٣ من سورة محمد .

ولو شرع فى صلاة مقصورة ، فوجد الماء فيهـا ثم نوى اتمامها بطلت صلاته فى أصح الوجهين لأن تيممه صح لركعتين فريضة ، وقـد التزم الآن ركعتين فريضة لم يتيمم لها ، هكذا ذكر جمهور الأصحاب هاتين المسألتين ، وخالفهم الماوردى ، فقال اذا رأى الماء فى أثنائها ثم نوى الاقامة أو الاتمام ، قال : ابن القـاص تبطل صـلاته . وقال سائر أصحابنا لا تبطل بل يتمها ، واختار الدارمى أيضا أنها لا تبطل وأطلق امام الحـرمين والغزالى وجهين ، ولو شرع فى صلاة مقصورة ، ثم نوى الاقامة ولم ير ماء أتمهـا وهل تجب الاعادة ؟ وجهان . (أحدهما) : تجب ، ونقله صاحب الشامل عن ابن القاص لأنه صار مقيما ، والمقيم تلزمه الاعادة . (والثانى) : لا تجب ، وبه قطـع الرويانى وادعى أنه لا خلاف فيه ، واختاره صاحب الشامل بعد حكايته قول ابن القاص ، فان قلنا بالأول فرأى الماء فيها بعد نية الاقامة بطلت كصـلاة الحاضر ، ولو نوى الاتمام فى أثناء المقصورة ثم وجد الماء نقل صاحب البحر الاتفاق على أنه يمضى فيها ولا تبطل وهذا ظاهر ، قال البغوى : ولو اتصلت السفينة التى يصلى فيها بدار الاقامة فى أثناء صلاته بالتيمم لم تبطل ولا تجب الاعادة فى أصح الوجهين ، كما لو وجد الماء فى الصلاة والله أعلم .

أما اذا رأى الماء فى أثنائها فى السفر ففرغ منها ثم أراد انشاء نافلة بذلك التيمم فان كان الماء باقيا أو تلف ولم يعلم بتلفه قبل سلامه لم يجز بلا خلاف ، وان علم تلفه قبل سلامه ففيه وجهان قطع المصنف وسائر العراقيين وجماعة من الخراسانيين بأنه لا يجوز ، وقطع أكثر الخراسانيين بالجواز حتى قال صاحب العدة : لو كانت الصلاة التى هو فيها نافلة جاز له بعد السلام منها أن يصلى به فريضة ان كان نواها لأنه عند الفراغ من الصلاة ليس بواجد للماء ولا متوهم ، واختار صاحب الشامل هذا الثانى فقال : هذا الذى قاله الأصحاب من بطلان التيمم فيه نظر ، لأن هذا الماء لا يجب استعماله لهـذه الصلاة ولا قدر على استعماله لغيرها فينبغى ألا يبطل تيممه قال : ويلزم من قال لا يصلى النافلة أن يقول اذا مر به ركب وهو فى الصلاة ففرغ منها وقد ذهب الركب لا يجوز التنفل ، لأن توجه الطلب يمنع ابتداء الصلاة بالتيمم ، واختاره الرويانى أيضا وأورد ايراد صاحب الشامل هذا قال : فان منعـه الأولون فهو بعيد .

(قلت) الأصح ما قاله العراقيون لأن التيمم ضعف برؤية الماء وكان مقتضى الدليل بطلان الصلاة التى هو فيها فى الحال خالفناه لحرمتها ، وهذا ليس بموجود فى غيرها والله أعلم .

أما اذا رأى الماء فى أثناء نافلة فستة أوجه مفرقة فى كتب الأصحاب وحكاها مجموعة صاحب البيان وغيره ، أصحها وأشهرها : أنه ان كان نوى عددا أتمه والا اقتصر على ركعتين ولم تجز الزيادة ، وبهذا قطع المصنف والأكثرون ، ونص عليه الشافعى رحمه الله فى الأم ، ونقله الشيخ أبو حامد عن أصحابنا مطلقا لأنه ان نوى عددا فهو كالفريضة لدخوله فى صريح نيته ، وان لم ينو عددا فعرف الشرع فى النافلة ركعتان فصار كالمنوى . والثانى : لا يزيد على ركعتين ، وان كان نواه وهو قول الشيخ أبى زيد وأبى على السنجى لأن السنة النافلة ركعتان فالزائد كنافلة مستأنفة . والثالث : يقتصر على ما صلى منها مطلقا ، ولا تجوز الزيادة وان كان نواها ، حكوه عن ابن سريج لأن مقتضى رؤية الماء بطلان الصلاة خالفنا هذا فى الفريضة لأنه لو اقتصر على بعضها بطلت . والنافلة يجوز الاقتصار على بعضها . والرابع : يجوز له أن يزيد بعد رؤية الماء ما شاء من الركعات وان زاد على ما نوى . قاله القفال لأنه صح دخوله فيها وهى صلاة واحدة فجاز الزيادة فيها كما لو طول الركعات . والخامس : وبه قطع البندنيجى ان نوى عددا أتمه والا بنى على القولين فيمن نذر صلاة مطلقة ان قلنا يلزمه ركعتان صلى ركعتين ، وان قلنا ركعة لم يزد عليها . والسادس : يبطل مطلقا لأن مقتضى الدليل بطلان الصلاة بالتيمم مع وجود الماء خالفناه فى الفريضة للضرورة ولحرمتها ، ولهذا يحرم قطعها كما سنوضحه قريبا ان شاء الله تعالى بخلاف النافلة ولو دخل فى نافلة بنية مطلقة ، فصلى ركعتين ثم قام الى ثالثة ثم رأى الماء قال صاحب البحر : قال القاضى أبو الطيب : يتم هذه الركعة ويسلم لأنها لا تتبعض قال : وهذا كما قال

(قلت) ولا يخفى أن هذا لا يجىء على كل الأوجه والله أعلم .

(**فرع**) اذا تيمم للمرض فبرأ فى أثناء صلاته فهو كما لو تيمم لعدم الماء فوجده فى أثنائها .

(فـــرع) اذا دخل فى صلاة مفروضة فى أول وقتها حرم عليه قطعها من غير عذر وان كان الوقت واسعا • هـــذا هو المذهب والمنصـــوص وبه قطع الأصحاب • وقال امام الحرمين : الذى أراه أن هذا جائز قال : وكذا المقضية التى على التراخى يجوز قطعها بغير عذر لأن الوقت موسع قبل الشروع فيها، فكذا بعد الشروع كما لو أصبح المسافر صائما ثم أراد الفطر فانه يجوز ، قال : والذى أراه أن من شرع فى صلاة الجنازة فله قطعها اذا كانت لا تتعطل بقطعه قال : ومصداق ما ذكرته نص الشافعى رحمه الله : أن من تحرم بالصلاة منفردا ثم وجد جماعة فله الخروج منها ليدرك الجماعة قال : وهذه فصول رأيتها فأبديتها وعندى أن الأصحاب لا يسمحون بها ولا يجوزون للشارع فى فائتة الخروج منها بغير عذر وان كان القضاء على التراخى ، ولكن القياس ماذكرته ، هذا كلام امام الحرمين وجزم الغزالى فى الوسيط بجواز قطـــع الفريضة فى أول وقتها ، ولم يذكر فيها خلافا ، ولأن الأصحاب لا يسمحون به كما ذكره امام الحرمين ، فأوهم الغزالى بعبارته أن هذا مذهب الشـــافعى والأصحاب ، وليس كذلك وانما هو احتمال لامام الحرمين كما ذكرته ، ولم يتابع الغزالى فى البســـيط الامام بل حـــكى كلام الامام ثم قال : وليس فى الأصحاب من يسمح بذلك فى القضاء وصلاة الوقت وان كان فى أول الوقت وهذا الذى ذكره فى البسيط هو الصواب وليته قال فى الوسيط مثله •

واعلم أن الصـــواب أنه لا يجوز قطـــع المكتوبة من غير عذر وان كان الوقت واسعا ولا المقضية • هذا نص الشافعى رحمه الله وهو متفق عليـــه عند الأصحاب ، قال الشافعى رحمه الله فى الأم فى أول باب تفريق الصوم والصلاة وهو آخر أبواب الصلاة : (من دخل فى صوم واجب عليه من شهر رمضان أو قضاء ، أو صوم نذر أو كفارة من وجه من الوجوه أو صـــلى مكتوبة فى وقتها أو قضاها أو صلاة نذر لم يكن له أن يخرج من صوم أو صلاة ما كان مطيقا للصوم والصلاة على طهارة ، فان خرج من واحد منهما بلا عذر عامدا كان مفسدا آثما عندنا) هذا نصه فى الأم بحروفه ومن الأم نقلته • وكذا نقله عن نصه فى الأم جماعات •

وأما اتفاق الأصحاب على تحريم قطعها بلا عذر ، فقد اعترف به امام

الحرمين كما سبق ونقله الغزالى فى البسيط كما قدمته وقال صاحب التتمة فى باب التيمم وباب صلاة الجماعة : من شرع فى الصلاة منفردا ثم أراد قطعها لا يجوز له ذلك بلا خلاف يعنى بلا عذر ، وكذا قاله جماعات غيره ومنهم المصنف هنا فى المهذب • فقد صرح بذلك فى قوله : لأن ما لا يبطل الصلاة لا يبيح الخروج منها ، وكذا صرح به الباقون وهو أشهر من أن أطنب فى نقل كلامهم فيه وقد نقله من المتأخرين عن المذهب وعن الأصحاب الرافعى وأبو عمرو بن الصلاح وأنكرا على امام الحرمين والغزالى انفرادهما عن الأصحاب بتجويز قطعها • ودليل تحريم القطع قول الله تعالى : « ولا تبطلوا أعمالكم » وهو على عمومه الا ما خرج بدليل • وأما مسألتا الصوم والصلاة اللتان احتج بهما امام الحرمين فالجواب عنهما أن العذر فيهما موجود والله أعلم •

وقال الرافعى فى أول باب صوم التطوع : لو شرع فى صوم قضاء رمضان ــ فان كان القضاء على الفور ــ لم يجز الخروج منه ، وان كان على التراخى فوجهان ، (أحدهما) : يجوز ، قاله القفال وقطع به الغزالى والبغوى وطائفة (وأصحهما) لا يجوز وهو المنصوص فى الأم وبه قطع الرويانى فى الحلية وهو مقتضى كلام الأكثرين ، لأنه تلبس بالفرض ، ولا عذر قطعه فلزمه اتمامه ، كما لو شرع فى الصلاة فى أول الوقت قال : وأما صوم الكفارة فما لزم بسبب محرم فهو كالقضاء الذى على الفور وما لزم بسبب غير محرم كقتل الخطأ فكالقضاء الذى على التراخى ، وكذا النذر المطلق • قال : وهذا كله مبنى على المذهب وهو انقسام القضاء الى واجب على الفور وهو ما عصى بتأخيره والى واجب على التراخى وهو ما لم يعص بتأخيره ، ولنا وجه أن القضاء على التراخى مطلقا • هذا آخر كلام الرافعى •

(**فرع**) قال أصحابنا : قال الشافعى فى الأم : لو تيمم ودخل فى مكتوبة ثم رعف انصرف • فان لم يجد من الماء الا ما يغسل به الدم غسله واستأنف التيمم والصلاة لأنه لما لزمه طلب الماء بطل تيممه ، قالوا : وان وجد الماء لزمه الوضوء واستئناف الصلاة بلا خلاف ، ولا يجىء فيه القول القديم فيمن سبقه الحدث أو رعف أنه يبنى لأنه لا تجوز صلاة واحدة بتيمم

ووضوء كما لا تجوز عدة واحدة بأقراء وأشهر ، ولا كفارة بعضها عتق وبعضها صوم والله أعلم .

(فرع) فى مذاهب العلماء فيمن وجد الماء أثناء صلاة السفر .

قد سبق أنّ مذهبنا المشهور أنه لا تبطل صلاته بل يتمها ولا اعادة عليه وبه قال مالك واسحق وأبو ثور وابن المنذر وداود وهو رواية عن أحمد وقال سفيان الثورى وأبو حنيفة والمزنى : تبطل وهو أصح الروايتين عن أحمد ونقله البغوى عن أكثر العلماء . قال أبو حنيفة : الا أن يكون صلاة العيدين أو الجنازة أو كان الذى رآه سؤر حمار ، فلا تبطل . قال القاضى أبو الطيب والماوردى : قال ابن سريج : الذى أختاره هنا قول المزنى ، واحتج من قال : يبطل بقوله تعالى : « فلم تجدوا ماء » وبقوله صلى الله عليه وسلم : « فاذا وجدت الماء فأمسه جلدك » ولأن ما أبطل الطهارة خارج الصلاة أبطلها فيها كالحدث ، ولأنها طهارة ضرورة فبطلت بزوال الضرورة كطهارة المستحاضة ، ولأن ما منع ابتداء الصلاة منع استدامتها كالحدث ، ولأنه مسح أقيم مقام غيره فبطل بظهور أصله فى الصلاة وغيرها ، كماسح الخف اذا ظهرت رجله ، ولأنها صلاة جاز ترك الأصل فيها للعذر ، فاذا زال العذر فيها بالقدرة على الأصل وجب الرجوع الى الأصل ، كالمريض اذا صلى قاعدا فبرأ فى الصلاة والأمى اذا تعلم الفاتحة فى أثناء الصلاة ، والعريان اذا وجد السترة ، ولأن الصبية اذا شرعت فى العدة بالأشهر فحاضت فى أثنائها انتقلت الى الأقراء ، فكذا هنا .

واحتج أصحابنا بعموم قوله صلى الله عليه وسلم : « لاتنصرف حتى تسمع صوتا أو تجد ريحا » وهو حديث صحيح كما سبق ، وهذا الحديث وان ورد على سبب فالتمسك بعموم اللفظ لا بخصوص السبب على المختار عند أصحابنا وغيرهم من أهل الأصول ، ولأن رؤية الماء ليس حدثا لكن وجوده مانع من ابتداء التيمم ، وذكرأصحابنا أدلة كثيرة لا يظهر الاستدلال بأكثرها فحذفتها . وأما الجواب عن احتجاجهم بالآية الكريمة والحديث فهو أنهما محمولان على واجد الماء قبل الدخول فى الصلاة .

والجواب عن القياس على الحدث أنه مناف للصلاة بكل حال بخلاف التيمم وعن المستحاضة بأن حدثها متجدد ، ولأنها مستصحبة للنجاسة والمتيمم بخلافها ، وعن القياس الآخر على الحدث أنه مناف بكل حال ، ولأنه يحتمل فى الدوام ما لا يحتمل فى الابتداء ، كطرءآن العدة بالشبهة والاحرام على النكاح وعن الخف أنه ينسب الى تفريط لعدم تعهده واصلاحه أو لمضايقته المدة ، فنظير الماسح من نسى الماء فى رحله وصلى بالتيمم فيعيد على الصحيح لتقصيره وعن القياس على المريض والأمى والعريان أن هذه أحوال تغير صفة الصلاة ولا تبطلها • وعن المعتدة أنها رأت الأصل قبل الفراغ من البدل، والمتيمم رأى الماء بعد الفراغ من البدل وهو التيمم فليس نظيرها ، وانما نظير المتيمم من العدة أن تحيض بعد أن تنقضى الأشهر وتتزوج ، وحينئذ لا أثر للحيض وعدتها صحيحه ، ونظير العدة من التيمم أن ترى الماء فى أثناء التيمم والله اعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان تيمم للمرض وصلى ثم برأ لم يلزمه الاعادة ، لأن المرض من الأعذار العامة فهو كعدم الماء فى السفر) •

(الشرح) اذا تيمم للمرض حيث جوزناه وصلى ثم برأ لا يلزمه الاعادة بلاخلاف سواء كان فى سفر أوحضر لأنه عذر عام ، فلو وجبت الاعادة حصل الحرج وقد قال الله تعالى : « وماجعل عليكم فى الدين من حرج [1] » ويقال برأ وبرىء وبرؤ ، ثلاث لغات سبق بيانهن قريبا والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان تيمم لشدة البرد وصلى ثم زال البرد ، فان كان فى الحضر لزمه الاعادة لأن ذلك من الأعذار النادرة ، وان كان فى السفر ففيه قولان (احدهما) لا يجب لأن عمرو بن العاص رضى الله عنه تيمم وصلى لشدة البرد ، وذكر ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فلم يامره بالاعادة • (والثانى) يجب لان البرد الذى يخاف منه الهلاك ، ولا يجد ما يدفع ضرره عذر نادر غير متصل فهو كعدم الماء فى الحضر) •

---

(1) الآية ٧٨ من سورة الحج •

(الشرح) حديث عمرو وحاله تقدم بيانه فى فصل تيمم المريض ، وقوله : عذر نادر ، احتراز من المرض وعدم الماء فى السفر ، وقوله : غير متصل ، احتراز من الاستحاضة .

(اما حكم المسالة) فقال أصحابنا : اذا وجد المحدث أو الجنب الماء وخاف من استعماله لشدة البرد ، لا لمرض ونحوه وخوفا ، يجوز للمريض التيمم ، فان قدر على أن يغسل عضوا فعضوا ويدثره ، أو قدر على تسخين الماء بأجرة مثله أو على ماء مسخن بثمن مثله لزمه ذلك ولم يجز له التيمم لا فى الحضر ولا فى السفر ، لأنه واجد للماء قادر على استعماله ، فان خالف وتيمم لم يصح تيممه ويلزمه اعادة ما صلى به ، وان لم يقدر على شىء من ذلك وقدر على غسل بعض الأعضاء الظاهرة من غير ضرر لزمه ذلك ثم يتيمم للباقى ، وان لم يقدر على شىء من ذلك تيمم وصلى لحديث عمرو بن العاص فانه تيمم للبرد واستدل بالآية ، وأقره النبى صلى الله عليه وسلم على ذلك كله ، وهل تجب اعادة هذه الصلاة ؟ قال أصحابنا : ان كان التيمم فى السفر ففيه قولان مشهوران ، نص عليهما فى البويطى ، رجح الشافعى رحمه الله منهما وجوب الاعادة ، وكذا رجحه جمهور الأصحاب ، وصحح المتولى والرويانى فى الحلية أنه لا اعادة لحديث عمرو .

وأجاب الجمهور عن حديث عمرو بأن الاعادة على التراخى وتأخير البيان الى وقت الحاجة جائز على المذهب الصحيح ، ويحتمل أنه كان يعلم وجوب الاعادة أو أنه كان قد قضى ، وان كان فى الحضر فطريقان قطع الجمهور فى كل الطرق بوجوب الاعادة لندوره . وحكى الدارمى فى الاستذكار وغيره من الأصحاب عن أبى الحسين بن القطان من أصحابنا أنه قال : ان قلنا : يعيد المسافر فالحاضر أولى ، والا فقولان ، ونقل العبدرى فى الكفارة عن أبى حاتم القزوينى أنه قال : فيهما ثلاثة أقوال ، أحدها : يعيد الحاضر والمسافر ، والثانى : لا يعيدان ، والثالث : يعيد الحاضر دون المسافر . والصحيح وجوب الاعادة عليهما ، هذا تفصيل مذهبنا . وحكى ابن المنذر وأصحابنا عن الحسن البصرى وعطاء أنه لا يجوز له التيمم ، بل يستعمل الماء وان مات . وحكوا عن مالك وأبى حنيفة والثورى أنه يتيمم ويصلى

ولا يعيد ، لا المسافر ولا الحاضر ، واختاره ابن المنذر . وقال أحمد : لا يعيد المسافر ، وفى الحاضر روايتان ، ودليل الجميع يعرف مما سبق ؛ ولو كان معه ثوب نجس فخاف الهلاك من شدة حر أو برد لو نزعه صلى فيه وأعاد ، وقد ذكر المصنف المسئلة فى باب طهارة البدن والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن صلى بغير طهارة لعدم الماء والتراب لزمه الاعادة لان ذلك عذر نادر غير متصل ، فصار كما لو نسى الطهارة وصلى مع القدرة على الطهارة) .

(الشرح) قد سبق بيان حكم من لم يجد ماء ولا ترابا ، وأن فيه أربعة أقوال أصحها تجب الصلاة فى الحال وتجب الاعادة ، وبسطنا أدلته وفروعه . وقوله : عذر نادر غير متصل ، سبق الاحتراز منها قريبا ، وقاسه على ما لو نسى الطهارة لأنه مجمع عليه والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا كان على بعض أعضائه كسر يحتاج الى وضع الجبائر وضع الجبائر على طهر ، فان وضعها على طهر ثم احدث وخاف من نزعها او وضعها على غير طهر وخاف من نزعها مسح على الجبائر ، لان النبى صلى الله عليه وسلم امر عليا رضى الله عنه ان يمسح على الجبائر ، ولانه تلحقه المشقة فى نزعها فجاز المسح عليها كالخف ، وهل يلزمه مسح الجميع أم لا ؟ فيه وجهان (احدهما) : يلزمه مسح الجميع ، لانه [مسح] اجيز للضرورة فوجب فيه الاستيعاب كالمسح فى التيمم . (والثانى) : يجزيه ما يقع عليه الاسم لانه مسح على حائل منفصل فهو كمسح الخف . وهل يجب التيمم مع المسح ؟ [فيه قولان] قال فى القديم : لا يتيمم ، كما لا يتيمم مع المسح على الخف . وقال فى الام : يتيمم ، لحديث جابر رضى الله عنه « أن رجلا أصابه حجر فشجه فى راسه ثم احتلم ، فسال أصحابه هل تجدون لى رخصة فى التيمم ؟ قالوا : ما نجد لك رخصة وانت تقدر على الماء ، فاغتسل فمات » فقال النبى صلى الله عليه وسلم « انما كان يكفيه ان يتيمم ويعصب على راسه خرقة يمسح عليها ويغسل سائر جسده » ولانه يشبه الجريح لانه يترك غسل العضو لخوف الضرر ، ويشبه لابس الخف لانه لا يخاف الضرر من غسل العضو ، وانما يخاف المشقة من نزع الحائل كلابس الخف ، فلما اشبههما وجب عليه الجمع بين المسح والتيمم ، فان

---

(١) ما بين المعقوفين من المتوكلية (ط) .

برأ وقدر على الغسل فان كان قد وضع الجبائر على غير طهر لزمه اعادة الصلاة، وان كان وضعها على طهر ففيه قولان (أحدهما) : لا يلزم الاعادة ، كما لا يلزم ماسح الخف (والثانى) يلزمه لانه ترك غسل العضو لعذر نادر غير متصل فصار كما لو ترك غسل العضو ناسيا) .

(**الشرح**) قال الأزهرى وأصحابنا : الجبائر هى الخشب التى تسوى فتوضع على موضع الكسر وتشد عليه حتى ينجبر على استوائها ، واحدتها جبارة بكسر الجيم ، وجبيرة بفتحها . قال صاحب الحاوى : الجبيرة ما كان على كسر ، واللصوق بفتح اللام ما كان على قرح ، وقد أنكر جماعة ممن صنف فى ألفاظ المهذب على المصنف . قوله : وان كان على عضوه كسر . وقالوا : هذا غلط وانما يقال عضو مكسور ولا يقال عليه كسر ،وهذا الانكار باطل ، بل يقال عضو مكسور وفيه كسر وعليه كسر ، كله بمعنى واحد .

وأما حديث جابر فرواه أبو داود والبيهقى وضعفه البيهقى ، وأما حديث على رضى الله عنه فضعيف رواه ابن ماجه والبيهقى وغيرهما واتفقوا على ضعفه لأنه من رواية عمرو بن خالد الواسطى واتفق الحفاظ على ضعفه ، قال أحمد بن حنبل ويحيى بن معين وآخرون : هو كذاب ، قال البيهقى : هو معروف بوضع الحديث ، ونسبه الى الوضع وكيع ، قال البيهقى : ولا يثبت فى هذا الباب عن النبى صلى الله عليه وسلم شىء قال : وأقرب شىء فيه حديث جابر الذى سبق وليس بالقوى قال : وانما فيه قول الفقهاء من التابعين فمن بعدهم مع ما رويناه عن ابن عمر . فذكر باسناده أن ابن عمر رضى الله عنهما توضأ وكفه معصوبة فمسح عليها وعلى العصابة وغسل ما سوى ذلك . قال : وهذا عن ابن عمر صحيح ثم روى البيهقى جواز المسح على الجبائر وعصائب الجراحات بأسانيده عن أئمة التابعين . وينكر على المصنف قوله : « لأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر عليا » فأتى بصيغة الجزم فى حديث متفق على ضعفه وتوهينه ، وقد سبق التنبيه على هذه العبارة، والقاعدة فى الفصول المذكورة فى مقدمة الكتاب . وقوله : لأنه مسح أجيز للضرورة ، احتراز من مسح الخف فانه تخفيف ورخصة ، وقوله مسح على حائل منفصل فيه احتراز من مسح اللحية فى التيمم .

(اما حكم المسالة) فقال أصحابنا : اذا احتاج الى وضع الجبيرة وضمها ، فان كان لا يخاف ضررا من نزعها وجب نزعها وغسل ما تحتها ان لم يخف ضررا من غسله قال العبدرى : وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد وداود : لا يلزمه نزعها وان لم يخف ضررا ، قال أصحابنا : وان خاف الضرر من نزعها لم يجب نزعها ، والخوف المعتبر ما سبق فى المرض المجوز للتيمم على التفصيل السابق اتفاقا واختلافا ، هكذا قاله الأصحاب ، قال أصحابنا : ولا يجوز أن يضع الجبيرة على شيء من الصحيح الا القدر الذى لا يتمكن من ستر الكسر الا به ، قالوا : ويجب أن يضعها على طهر .

وحكى امام الحرمين وجها عن والده أنه لا يجب وضعها على طهر اذا لم نوجب الاعادة على من وضعها على غير طهر ، وهذا شاذ ، والصحيح المشهور أنه يجب وضعها على طهر مطلقا ، وبه قطع الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والرويانى فى الحلية وآخرون ، وهو مراد المصنف بقوله : وضع الجبائر على طهر أى يجب عليه الطهارة لوضع الجبيرة على عضوه ، وهو مراد الشافعى رحمه الله بقوله فى المختصر : (ولا يضعها الا على وضوء) فان خالف ووضعها على غير طهر ، فان لم يخف ضررا من نزعها وجب نزعها ثم يلبسها على طهارة ، وان خاف لم يلزمه نزعها بل يصح مسحه ويكون آثما ، هكذا صرح به المحاملى والأصحاب ، واذا أراد لابس الجبيرة الطهارة فليفعل ثلاثة أمور غسل الصحيح من باقى أعضائه والمسح على الجبيرة والتيمم ، أما غسل الصحيح ، فيجب غسل الأعضاء الصحيحة ، وكل ما يقدر عليه من أطراف الجبيرة على التفصيل المتقدم فى فصل الجريح ، هذا هو الصواب المقطوع به فى معظم طرق الأصحاب وحكى بعض الخراسانيين والرافعى طريقا آخر أن فى غسل الصحيح القولين فيمن وجد بعض ما يكفيه من الماء ، وقد سبق مثل هذا الطريق فى الجريح وعلى هذا الطريق يتعين التيمم ، والمذهب القطع بوجوب غسل الصحيح ، لأن كسر العضو لا يزيد على فقده ، ولو فقده وجب غسل الباقى قطعا .

وأما مسح الجبيرة بالماء فواجب باتفاق الأصحاب فى كل الطرق ، وممن نقل اتفاقهم عليه امام الحرمين الا قولا حكاه الرافعى عن حكاية الحناطى أنه

يكفيه التيمم ولا يمسح الجبيرة بالماء ، ونقله صاحب العدة أيضا ، واختاره القاضي أبو الطيب والمذهب الأول ، وهل يجب استيعاب الجبيرة بالمسح كالوجه فى التيمم ؟ أم يكفى مسح ما ينطلق عليه الاسم كالرأس والخف ؟ فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما ، أصحهما عند الأصحاب يجب الاستيعاب صححه الشيخ أبو محمد فى الفروق ، والبغوى والرويانى فى الحلية ، والرافعى وغيرهم ، وهو مذهب أبى حنيفة وأحمد .

وأما التيمم مع غسل الصحيح ومسح الجبيرة بالماء ، ففيه طريقان ، أصحهما وأشهرهما والتى قطع الجمهور بها أن فيه قولين أصحهما عند الجمهور وجوبه وهو نصه فى الأم والبويطى والكبير . والثانى : لا يجب وهو نصه فى القديم ، وظاهر نصه فى المختصر وصححه الشيخ أبو حامد والجرجانى والرويانى فى الحلية ، قال العبدرى : وبهذا قال أحمد وسائر الفقهاء ، والطريق الثانى حكاه الخراسانيون وصححه المتولى منهم أنه ان كان ما تحت الجبيرة عليلا لا يمكن غسله لو كان ظاهرا وجب التيمم كالجريح وان أمكن غسله لو ظهر لم يجب التيمم كلابس الخف ، وقد ذكر المصنف دليل القولين والمذهب الوجوب ، فاذا أوجبنا التيمم ــ فلو كانت الجبيرة على موضع التيمم ــ ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو محمد وولده امام الحرمين والغزالى وآخرون . (أحدهما) : يجب مسحها بالتراب كما يجب مسحها بالماء . (وأصحهما) عند الأصحاب وبه قطع الماوردى والبغوى وآخرون : لا يجب مسحها بالتراب بل يمسح ما سواها لأن التراب ضعيف ، فلا يؤثر فوق حائل بخلاف المسح بالماء ، فان تأثيره فوق الحائل معهود فى الخف ، فعلى هذا يستحب قاله الدارمى وغيره لأن فيه خروجا من الخلاف .

وأما وقت مسح الجبيرة بالماء ــ فان كان جنبا ــ مسح متى شاء اذ لا ترتيب عليه . وان كان محدثا مسح اذا وصل غسل عضوها ، وأما وقت التيمم فعلى ماسبق فى تيمم الجريح سواء اتفاقا واختلافا وتفريعا ومختصره أنه ان كان جنبا فوجهان . (أحدهما) : يجب تقديم الغسل ثم يتيمم ، (والصحيح) المشهور ان شاء قدم التيمم على الغسل وان شاء أخره وان شاء وسطه ، وان كان محدثا فثلاثة أوجه مشهورة (أحدها) : يجب تقديم

غسل جميع المقدور عليه • (والثانى) : يتخير كالجنب ، (والثالث) وهو الصحيح عند جمهور الأصحاب لا ينتقل من عضو حتى يكمل طهارته ، هكذا صححه الأصحاب فى طرقهم • ونقل الرافعى تصحيحه عنهم فعلى هذا يجىء التفصيل السابق فى تيمم الجريح بين أن يكون عليه جبيرة فى الوجه أو اليد أو الرجل أو جبيرتان أو جبائر ، والحكم ما سبق هناك ، فعلى الثالث يتعدد التيمم بحسب الجبائر ، كما سبق هناك ، وعلى الوجهين الأولين يكفى تيمم واحد عن الجبائر كلها ، وهل يجب على صاحب الجبيرة اعادة الوضوء لكل فريضة ؟ وان لم يحدث كما يجب اعادة التيمم ؟ أم يكفى غسل ما بعد الجبيرة ؟ أم لا يجب غسل شىء مالم يحدث ؟ فيه ثلاثة أوجه كما سبق فى الجريح والصحيح أنه لا يجب غسل شىء ،ونقل الاتفاق عليه هنا امام الحرمين وآخرون ، وصرح به الماوردى والغزالى وغيرهما • وممن ذكر الخلاف فيه القاضى حسين والبغوى ، وقطع الشيخ أبو حامد بوجوب اعادة الوضوء كالمستحاضة ، والمذهب أنه لا يجب ، ويفارق المستحاضة فان حدثها متجدد ، وحكم اعادة مسح الجبيرة حكم اعادة الغسل • وقطع الغزالى بأنه لا يجب ، وهو المذهب ، واذا شفى صاحب الجبيرة لزمه غسل موضعها ، وحكم وجوب استئناف الوضوء أو الغسل ان كان جنبا وعدم وجوبه على ما سبق فى الجريح • والله أعلم •

هذا كله اذا كان الكسر محوجا الى الجبيرة فوضعها أما اذا لم يحتج الى وضعها لكن خاف من ايصال الماء الى العضو فحكمه حكم الجريح ، فيجب غسل الصحيح بقدر الامكان على التفصيل السابق هناك ويجب التيمم مع غسل الصحيح ولا يجب مسح موضع الكسر بالماء ، وان لم يخف منه ضررا لأن المسح بالماء لا تأثير له من غير حائل كما قدمناه فى الجريح بخلاف الجبيرة فانه مسح على حائل كالخف ، كذا قطع به الأصحاب فى الطرق ، ونقله الرافعى عن الأئمة ، ثم قال : وللشافعى سياق يقتضى وجوب المسح ؛ ووجوب التيمم فى هذه الصورة متفق عليه ، بلا خلاف ، لئلا يبقى موضع الكسر بلا طهارة ، فاذا تيمم وكان الكسر فى محل التيمم وجب مسحه بالتراب ، كما سبق فى الجريح ، لأنه لا ضرر فيه ولا حائل دونه والله أعلم •

وأما اعادة الصلاة التى يفعلها الكسير ، فان لم يكن عليه ساتر من جبيرة أو لصوق فلا اعادة بالاتفاق لأن التيمم اذا تجرد للمرض والجراحة ونحوهما لا يجب معه اعادة فمع غسل بعض الأعضاء أولى أن لا يجب وان كان عليه ساتر من جبيرة أو لصوق أو نحوهما فان كان وضعه على طهر ففى وجوب الاعادة قولان ذكرهما المصنف بدليلهما الصحيح منهما عند جمهور الأصحاب لا يجب الاعادة ، وقطع به جماعات وهو مذهب مالك وأبى حنيفة وأحمد وانفرد البغوى بترجيح الوجوب • وان كان وضعه على غير طهر فطريقان ، أصحهما القطع بوجوب الاعادة لندوره وتقصيره ، وبهذا الطريق قطع المصنف والجمهور فى الطرق كلها وصححه الباقون ، والثانى : أن فى الاعادة قولين حكاه القاضى أبو الطيب والبندنيجى والدارمى وصاحب الشامل والمتولى والرويانى وآخرون من العراقيين والخراسانيين • قال المتولى : فى المسئلة ثلاثة أقوال ، أصحها : ان وضع على طهر لم تجب الاعادة ، وان وضع على غير طهر وجبت ، والثانى : يجب مطلقا ، والثالث : لا يجب مطلقا • وقال القاضى حسين وامام الحرمين : ان وضع على طهر لم يعد فى القديم وفى الجديد قولان ، وان وضع على غير طهر أعاد فى الجديد وفى القديم قولان ، ثم المشهور أنه لا فرق فى الاعادة بين أن نوجب التيمم ويفعله أو لا نوجبه ، وقال أبو حفص بن الوكيل من أصحابنا : الخلاف اذا لم نوجب التيمم أما اذا أوجبناه فتيمم فلا يعيد ــ قولا واحدا ــ والمذهب الأول ، وبه قطع الجمهور ، ثم الجمهور أطلقوا الخلاف فى الاعادة •

قال القاضى أبو الطيب وأصحاب الشامل والتتمة والبحر والرافعى : هذا الخلاف اذا كانت الجبيرة أو اللصوق على غير محل التيمم ، فان كان عليه ــ وقلنا : لا يجب التيمم ــ فكذلك وان قلنا : يجب وجبت الاعادة ــ ــ قولا واحدا ــ لنقصان البدل والمبدل ولم أر للجمهور تصريحا بمخالفة هذه الجماعة ولا بموافقتها لكن اطلاقهم يقتضى أن لا فرق • هذا تفصيل مذهبنا ، وحكى ابن المنذر عن جمهور العلماء أنه لا اعادة عليه ، وحكى العبدرى عن أحمد بن حنبل وسائر الفقهاء أنه لا يجب التيمم على صاحب الجبيرة والله أعلم •

(**فـرع**) قطع الشيخ أبو حامد والماوردي والدارمي وابن الصباغ وسائر العراقيين وصاحب التتمة وغيره من الخراسانيين بأن المسح على الجبيرة غير مؤقت بل يمسح من غير نزع وان تطاولت الأزمان الى أن يبرأ ، وذكر الفوراني وامام الحرمين والغزالي وآخرون من الخراسانيين وجها أنه مؤقت كالخف كذا أطلقوه .

قال الرافعي : فعلى هذا الوجه يختلف بالحضر والسفر ، فينزع المقيم الجبيرة بعد يوم وليلة ، والمسافر بعد ثلاث ، وأنكره عليه الشيخ أبو عمرو ابن الصلاح وقال : الصواب أنه يختص بيوم وليلة حضرا وسفرا . والأظهر ما ذكره الرافعي وهو مقتضى اطلاق من حكى هذا الوجه ، وهذا الوجه في أصله ضعيف والصواب أنه غير مؤقت لأن الرخصة وردت غير مقيدة بخلاف الخف ، ولأن الحاجة تدعو الى استدامة الجبيرة . قال القاضي أبو الطيب : ولأن الخف ينزعه للجنابة بخلاف الجبيرة . قال امام الحرمين : هذا الخلاف انما يثبت اذا أمكن نزع الجبيرة ووضعها بغير ضرر العضو ، فان أضر به لم يجب بلا خلاف . قال : وصورة الخلاف اذا لم يمكن النزع بغير خلل يعود الى العضو الا بعد كل يوم وليلة ، فان أمكن في كل وقت لم يجز المسح عليها ، وهذا الذي قاله الامام حاصله رفع الخلاف من أصله فانا قدمنا اتفاق الأصحاب على أنه اذا لم يكن في النزع ضرر لا يجوز المسح بلا خلاف والله أعلم .

(**فـرع**) قال أصحابنا : حكم اللصوق وغيره من الجرح حكم الجبيرة في جميع ما سبق ، فان قدر على حل عصابته وغسله من غير ضرر لزمه والا فهو كالجبيرة على ما سبق . قال القاضي حسين وغيره : وكذا لو وضع قشر الباقلا ونحوه على خدشه فهو كالجبيرة . قال صاحب التهذيب : وكذا لو طلى على خدشه شيئا ، قال : وكذا الشقوق على الرجل اذا احتاج فيها الى تقطير شيء يجمد فيها .

(**فـرع**) قال أصحابنا : اذا أجنب صاحب الجبيرة ونحوها لم يلزمه نزعها ، بل يغسل الصحيح ويمسح عليها ويتيمم كالمحدث ، بخلاف لابس الخف يلزمه النزع للجنابة لعدم المشقة هناك .

(فـرع) لو كان على عضويه جبيرتان فرفع احداهما لا يلزمه رفـع الأخرى ، بخلاف الخفين لأن لبسهما جميعـا شرط بخلاف الجبيرتين ، ولو سقطت جبيرته عن عضوه فى الصلاة بطلت صلاته ، سواء كان برأ أم لا ، كانخلاع الخف ، هذا مذهبنا . وحكى صاحب العدة عن أبى حنيفة أنه ان سقطت قبل البرء لم تبطل ، دليلنا القياس على الخف وعلى ما بعد البرء ، ولو اندمل ما تحت الجبيرة وبرأ وهو لا يعلم فصلى بعده صـلوات وجب قضاؤهن بلا خلاف ، كذا نقل الاتفاق فيه صاحب التتمة وغيره ، ولو توهم اندماله بعد التيمم فبان أنه لم يندمل ، ففى بطلان تيممه الوجهان فى تيمم الجريح أصحهما لا يبطل ، وقد سبقت المسألة هناك مستوفاة وبالله التوفيق .

فصـــل

فى مسائل تتعلق بباب التيمم

(احداها) اذا تيمم وعليه خفان أو عمامة لبسهما على طهر ثم خلع ذلك لم يبطل تيممه عندنا وبه قال مالك وأبو حنيفة والجمهور وحكى العبدرى عن أحمد أنه يبطل .

(الثانية) قال الرويانى : قال والدى : لو عدم الجنب الماء فتيمم لقراءة القرآن فشرع فيها ثم رأى الماء فان لم ينو عند الشروع فى القراءة قراءة قدر معلوم لزمه قطع القـراءة بمجـرد رؤية المـاء ، وان نوى قـدرا احتمـل وجهين . أحدهما : له الاتمام كما لو نوى نافلة محصورة له اتمامهـا على المذهب . والثانى : يلزمه القطع لأن القراءة لا يرتبط بعضها ببعض . قال الرويانى : وهذا الثانى أصح ولا وجه للأول . قال : ولو كان فى وسط الآية لزمه قطعها .

(الثالثة) قال الرويانى : قال والدى لو تيمم عادم الماء قبل الاجتهـاد فى القبلة ففى صحة تيممه وجهان ، بناء على من تيمم وعليه نجاسة .

(الرابعة) اذا تيمم وعليه عمامة أو خفان لبسهما على طهارة ثم نزعهما لم يبطل تيممـه عنـدنا وعند مالك وأبى حنيفـة وداود والعلمـاء كافـة الا رواية حكاها العبدرى عن أحمد أنه يبطل .

(فـرع) قال المحاملى فى اللباب : التيمم يشتمل على فرض وسنة وأدب وكراهة وشرط ، فالفرض سبعة : طلب الماء ، والقصد الى الصعيد ، والنية ، ومسح الوجه واليدين ،والترتيب ،والتتـابع على قول • والسـنة خمسة : التسمية ، والاقتصار على ضربتين ، ونفض الغبار الكثير ، وتقديم اليمنى • والأدب ثلاثة : استقبال القبلة ، والابتداء بأعلى الوجه وبالكفين فى اليدين • والكراهة استعمال التراب الكثير ، والزيادة على الضربتين ، والشرط واحد وهو كون التراب مطلقا • قال : وينقض التيمم ما ينقض الوضوء ، وخمسة أشياء أيضا ، وجود الماء أو ثمنه وتوهمه ، وارتفاع المرض ، والاقامة قال : ويفارق التيمم الوضوء فى خمسة أشياء : كون التيمم فى عضـوين ، ولا يجب ايصال التراب الى أصول الشعر مطلقا ، ولا يصلى فرضين بتيمم ولا يتيمم الا لعذر ، وبعد دخول الوقت • وهذا آخر كلام المحاملى ، وقد ترك من الشروط العذر ودخول الوقت • وقد شذ عن ضبطه مسائل وتفاصيل ووجوه سبقت فى مواضعها والله أعلم •

فصـــل

فى حكم الصلوات المامور بهن فى الوقت مع خلل للضرورة

قال أصحابنا : العذر ضربان ، عام ونادر ، فالعام لا قضاء معه للمشقة ، ومن هذا الضرب المريض يصلى قاعدا أو موميا ، أو بالتيمم خوفا من استعمال الماء ، ومنه المصلى بالايماء فى شدة الخوف ، والمسافر يصلى بالتيمم لعجزه عما يجب عليه أن يستعمله • وأما النادر فقسمان ، قسم يدوم غالبا وقسم لا يدوم ، فالأول كالمستحاضة وسلس البول والمذى ومن به جرح سائل أو رعاف دائم أو استرخت مقعدته فدام خروج الحدث منه ومن أشبههم ، فكلهم يصلون مع الحدث والنجس ولا يعيدون للمشقة والضرورة • وأما الذى لا يدوم غالبا فنوعان ، نوع يأتى معه ببدل للخلل ونوع لا يأتى ، فمن الثانى من لم يجد ماء ولا ترابا ، والمريض والزمـن ونحوهما ممن لا يخاف مـن استعمال الماء لكن لا يجد من يوضئه ومن لا يقدر على التحول الى القبلة والأعمى وغيره ممن لا يقدر على معرفة القبلة ولا يجد من يعرفه اياها ، ومن على بدنه أو جرحه نجاسة لا يعفى عنها ولا يقدر على ازالتها ، والمربوط على

خشبة ومن شد وثاقه ، والغريق ومن حول عن القبلة أو أكره على الصلاة الى غيرها أو على ترك القيام ، فكل هؤلاء يجب عليهم الصلاة على حسب الحال ، وتجب الاعادة لندور هذه الأعذار ، وفى بعض هؤلاء خلاف ضعيف تقدم فى هذا الباب .

وأما المصلى عريانا لعدم السترة ففى كيفية صلاته قولان ، (أصحهما وأشهرهما) : تجنب الصلاة قائما باتمام الركوع والسجود . (والثانى) : يصلى قاعدا ، فعلى هذا هل يتم الركوع والسجود ؟ أم يقتصر على ادناء الجبهة من الأرض ؟ فيه قولان . وحكى امام الحرمين والغزالى وجها أنه يتخير بين القيام والقعود ، ويجرى هذا الخلاف فى المحبوس فى موضع نجس بحيث لو سجد لسجد على النجاسة ، هل يتم السجود أم يقتصر على الايماء ؟ أم يتخير ؟ ويجرى فيمن وجد ثوبا طاهرا لو فرشه بقى عريانا ، وان لبسه صلى على النجاسة ، ويجرى فى العارى اذا لم يجد الا ثوبا نجسا ، والأصح فى هاتين الصورتين أنه يصلى عاريا . فاذا قلنا فى العريان : لا يتم الركوع والسجود لزمه الاعادة على المذهب ، وفيه قول ضعيف لا يعيد ، وقد سبق نظيره فيمن صلى بغير ماء ولا تراب ونظائره . وان قلنا : يتم الأركان ، فان كان من قوم عادتهم العرى لم تجب الاعادة بلا خلاف ، وان كانوا لا يعتادونه فالمذهب الصحيح الذى قطع به العراقيون وجماعة من الخراسانيين أنه لا اعادة أيضا . وفيه وجه حكاه الخراسانيون أنها تجب وهو شاذ ضعيف .

وقد قال الشيخ أبو حامد فى تعليقه فى باب ستر العورة : لا يجب عليه الاعادة ولا أعلم فيه خلافا ــ يعنى بين المسلمين ــ فأشار الى الاجماع عليه ، ثم لا فرق فى سقوط الاعادة بين الحضرو السفر ، لأن الثوب يعز فى الحضر ولا يبذل بخلاف الماء . وأما الثانى وهو ما يأتى معه ببدل ففيه صور ، منها من يتيمم فى الحضر لعدم الماء أو لشدة البرد فى الحضر أو السفر ، أو لنسيان الماء فى رحله ، ونحوه فى السفر ، أو تيمم مع الجبيرة الموضوعة على غير طهر ، والصحيح عند الأصحاب أنه تجب الاعادة على جميعهم ، وتقدمت تفاصيل الخلاف فيهم ، ومنها المتيمم مع الجبيرة الموضوعة على طهر فلا اعادة

عليه فى أصح القولين ، ومن الأصحاب من جعل مسألة الجبيرة من العـذر العام ، وهو حسن والله أعلم .

ونقل امام الحرمين والغزالى أن أبا حنيفة رحمه الله قال : كل صلاة تفتقر الى القضاء لا يجب فعلها فى الوقت ، وأن المزنى رحمه الله قال : كل صلاة وجبت فى الوقت وان كانت مع خلل لم يجب قضـاؤها ، قالا : وهما قولان منقولان عن الشافعى رحمه الله . وهذا الذى قاله المزنى هو المختار لأنه أدى وظيفة الوقت ، وانما يجب القضـاء بأمر جديد ، ولم يثبت فيه شىء بل ثبت خلافه والله أعلم .

قال امام الحرمين وغيره : ثم ما حكمنا من الأعذار بأنه دائم وأسقطنا الفرض به ، فلو اتفق زواله بسرعة فهو كالدائم المتمادى نظرا الى جنسه ، وما حـكمنا بأنه لا يدوم فاتفق دوامه لم يلحق بالدائم ، بل حكمه حـكم ما ينقطع على قرب الحاقا لما يشذ من الجنس بالجنس ، ثم كل صلاة أوجبناها فى الحال مع خلل وأوجبنا قضاءها فقضاها ، ففى الفرض من صلاتيه أربعـة أقوال مشهورة فى الطريقتين ، وقد سبق بيانها ، أصحها عند الجمهور أن الفرض الثانية . والثانى الأولى ، والثالث احداهما لابعينها ، والرابع كلاهما فرض ، واختاره القفال والفورانى وصاحب الشامل وهو قوى ، فانه مكلف بهما .

قال امام الحرمين :واذا أوجبنا الصلاة فى الوقت وأوجبنا القضاء فالمذهب أن ما يأتى به فى الوقت صـلاة ، ولكن يجب قضاؤها للنقص ، قال : ومـن أصحابنا من قال : ليست صلاة بل تشبه الصلاة كالامساك فى رمضان لمن أفطر عمدا ، قال : وهذا بعيد . قال فان قيل : هلا قلتم الصلاة المفعولة فى الوقت مع الخلل فاسدة كالحجة الفاسدة التى يجب المضى فيها ؟ قلنا : ايجاب الاقدام على الفاسد محال ، وأما التشبه فلا يبعد ايجابه ، والله أعلم بالصواب وله الحمد والمنة وبه التوفيق والعصمة .

كتـــاب الحيض

قال الله تعالى : (ويســألونك عن المحيض [1] قال هــو أذى فاعتزلوا النساء فى المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن ، فاذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله ان الله يحب التوابين ويحب المتطهرين [2]) .

قال أهل اللغة : يقال حاضت المرأة تحيض حيضا ومحيضا ومحاضا فهى حائض بحذف الهاء لأنه صفة للمؤنث خاصــة فلا يحتاج الى عــلامة تأنيث بخلاف قائمة ومسلمة ، هذه اللغة الفصيحة المشهورة . وحكى الجوهرى عن الفراء : أنه يقال أيضا : حائضة : وأنشد :

كحائضة يزنى بها غير طاهر [3]

قال الهروى : يقال حاضت وتحيضت ودرست بفتح الدال والراء والسين المهمــلة وعركت بفتح العين وكسر الراء وطمثت بفتح الطــاء وكسر الميــم وزاد غيره ونفست وأعصرت وأكبرت وضحكت ، كله بمعنى حاضت . قال صاحب الحاوى : للحيض ستة أسماء وردت اللغة بها أشــهرها الحيض ، والثــانى الطمث والمرأة طامث . قال الفــراء : الطمث الدم ولذلك قيل اذا افتض البكر طمثها أى أدماها قال الله تعالى « لم يطمثهن انس قبلهم ولا جان » [4] . الثالث العراك والمرأة عارك والنساء عوارك . الرابع الضحك والمرأة ضاحك . قال الشاعر :

وضحك الأرانب فوق الصفا كمثل دم الحــرق يوم اللقا

والخامس : الاكبار ، والمرأة مكبر ، قال الشاعر :

يأتى النساء على أطهارهن ولا يأتى النســاء اذ أكبرن اكبارا

---

(١) فى متن المهذب المطبوع جعله بابا والطبعتان من ش و ق جعلتاه كتابا وكذلك فعلنا وهو وان كان يتدرج فى كتاب الطهارة فيكون بابا منه ولكن اتساعه واستقلاله يتوجه معهما جعله كتابا.

(٢) الآية ٢٢٢ من سورة البقرة .

(٣) هذه الشطرة لبيت أوله :

رأيت جيون العام والعام قبله

(٤) الآية ٧٤ من سورة الرحمن .

والسادس : الاعصار ، والمرأة معصر ، قال الشاعر :

جاريــة قــد أعصرت أو قــد دنا اعصــارها

قال أهل اللغة : وأصل الحيض السيلان ، يقال حاض الوادى أى سال يسمى حيضا لسيلانه فى أوقاته ، قال الأزهرى والحيض دم يرخيه رحم المرأة، بعد بلوغها فى أوقات معتادة والاستحاضة سيلان الدم فى غير أوقاته المعتادة ودم الحيض يخرج من قعر الرحم ويكون أسود محتدما ، أى حارا ، كأنه محترق قال : والاستحاضة دم يسيل من العاذل ، وهو عرق فمه الذى يسيل فى أدنى الرحم ، دون قعره ، قال وذكر ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما هذا كلام الأزهرى والعاذل بالعين المهملة ، وكسر الذال المعجمة •

قال الهروى فى الغريبين [1] وغيره من أهل اللغة : الحيض دم يخرج فى أوقاته بعد بلوغها ، والاستحاضــة دم يخرج فى غير أوقاته ، قال صــاحب الحاوى : أما المحيض فى قول الله تعالى : « ويسألونك عن المحيض » فهو دم الحيض باجماع العلماء • وأما المحيض فى قوله تعالى : (فاعتزلوا النساء فى المحيض) فقيل انه دم الحيض وقيل زمانه وقيل مكانه وهو الفرج ، قال : وهذا قول أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم وجمهور المفسرين •

وقال الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى وآخرون : مذهبنا أن المحيض هو الدم وهو الحيض وقال قوم : هو الفرج وهو اسم للموضع كالمبيت والمقيل موضع البيتوتة والقيلولة وقال قوم زمان الحيض قال : وهما قولان ضعيفان •

قال صاحب الحاوى وسمى الحيض أذى لقبح لونه ورائحته ونجاسته واضراره قال الجاحظ فى كتاب الحيوان والذى يحيض من الحيوان أربع : المرأة والأرنب والضبع والخفاش وحيض الأرنب والضبع مشهور فى أشعار العرب •

---

(١) هو كتاب فى غريب القرآن وغريب الحديث (ط) •

(فـرع) ثبت فى الصحيح عن عائشة رضى الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الحيض : « هذا شىء كتبه الله على بنات آدم » . قال البخارى فى صحيحه قال البخارى فى صحيحه قال بعضهم : أول ما أرسل الحيض على بنى اسرائيل قال البخارى : وحديث النبى صلى الله عليه وسلم فى أكثر ، يعنى أنه عام فى جميع بنات آدم .

(فـرع) يجوز أن يقال حاضت المـرأة وطمثت ونفست بفتح النون وكسر الفاء وعركت ولا كراهة فى شىء من ذلك وروينا فى حلية الأولياء لأبى نعيم الأصبهانى باسناده عن محمد بن سيرين أنه كره أن يقال طمثت ، دليلنا أن هذا شائع فى اللغة والاستعمال فلا تثبت كراهته الا بدليل صحيح . وأما ما رويناه فى سنن البيهقى عن زيد بن باينوس [1] قال : قلت لعائشة رضى الله عنها : « ما تقولين فى العراك » ؟ قالت الحيض تعنون ؟ قلنـا : نعم قالت سموه كما سماه الله تعالى » فمعناه والله أعلم أنهم قالوا : العراك ولم يقولوا الحيض تأدبا واستحياء من مخاطبتها باسمه الصريح الشائع وهو مما يستحيى النساءمنه ومن ذكره ، فقالت : لا تتكلفوا معى هذا وخاطبونى باسمه الذى سماه الله تعالى والله أعلم .

(فـرع) أعلم أن باب الحيض من عويص الأبواب ، ومما غلط فيه كثيرون من الكبار لدقة مسائله واعتنى به المحققون وأفردوه بالتصنيف فى كتب مستقلة . وأفرد أبو الفرج الدارمى من أئمة العراقيين مسألة المتحيرة فى مجلد ضخم ليس فيه الا مسألة المتحيرة وما يتعلق بها وأتى فيه بنفائس لم يسبق اليها وحقق أشياء مهمة من أحكامها وقـد اختصرت أنا مقاصـده فى كراريس ، وسأذكر فى هذا الشرح ما يليق به منها ان شاء الله تعالى وجمع امام الحرمين فى النهاية فى باب الحيض نحو نصف مجلد ، وقال بعد مسـائل الصفرة والكدرة : لا ينبغى للناظر فى أحكام الاستحاضة أن يضجر من تكرير الصور واعادتها فى الأبواب وبسط أصحابنا رحمهم الله مسائل الحيض أبلغ بسط ، وأوضحوه أكمل ايضاح ، واعتنوا بتفاريعه أشد اعتناء ، وبالغوا فى تقريب مسائله بتكثير الأمثلة وتكرير الأحكام ، وكنت جمعت فى الحيض

---

(١) زيد هذا مجهول وليس فى طريقه من عائشة أصل (ط) .

فى شرح المهذب مجلدا كبيرا مشتملا على نفائس ، ثم رأيت الآن اختصاره والاتيان بمقاصده ، ومقصودى بما نبهت عليه ألا يضجر مطالعه باطالته فانى أحرص ان شاء الله تعالى على ألا أطيله الا بمهمات ، وقواعد مطلوبات ، وما ينشرح به قلب من له طاب [1] مليح ، وقصد صحيح ، ولا التفات الى كراهة ذوى المهانة والبطالة فان مسائل الحيض يكثر الاحتياج اليها لعموم وقوعها •

وقد رأيت مالا يحصى من المرات من يسأل من الرجال والنساء عن مسائل دقيقة وقعت فيه لا يهتدى الى الجواب الصحيح فيها الا أفراد من الحذاق المعتنين بباب الحيض ، ومعلوم أن الحيض من الأمور العامة المتكررة ، ويترتب عليه ما لا يحصى من الأحكام كالطهارة والصلاة والقراءة والصوم والاعتكاف والحج والبلوغ والوطء والطلاق والخلع والايلاء وكفارة القتل وغيرها والعدة والاستبراء وغير ذلك من الأحكام فيجب الاعتناء بما هذه حاله •

قد قال الدارمى فى كتاب المتحيرة : (الحيض كتاب ضائع لم يصنف فيه تصنيف يقوم بحقه ويشفى القلب) وأنا أرجو من فضل الله تعالى أن ما أجمعه فى هذا الشرح يقوم بحقه أكمل قيام ، وأنه لاتقع مسألة الا وتوجد فيه نصا أو استنباطا لكن قد يخفى موضعها على من لا تكمل مطالعته وبالله التوفيق •

(**فرع**) قال صاحب الحاوى : النساء أربعة أضرب طاهر ، وحائض ، ومستحاضة ، وذات دم فاسد • فالطاهر ذات النقاء ، والحائض من ترى دم الحيض فى زمنه بشرطه ، والمستحاضة من ترى الدم على أثر الحيض على صفة لا يكون حيضا ، وذات الفساد من يبتديها دم لا يكون حيضا • هذا كلام صاحب الحاوى وقال أيضا قبله : قال الشافعى : لو رأت الدم قبل استكمال تسع سنين فهو دم فاسد ، ولا يقال له استحاضة لأن الاستحاضة لا تكون الا على أثر حيض ثم قال فى فصل المميزة لو رأت خمسة عشر يوما

---

(١) الطاب الطيب قال كثير بن كثير النوفلى يمدح عمر بن عبد العزيز •

يا عمر ابن عمر الخطاب ... مقابل الأعراق فى الطاب الطاب
بين ابى العاص وآل الخطاب ... ان وقفوا بقباء الأبواب
يدفعنى الحاجب بعد البواب ... بعدل عند الحر قلع الأبواب

دما أسود ثم رأت أحمر ، فالأسود حيض وفى الأحمر وجهان ، قال أبو اسحاق : هو استحاضة • وقال ابن سريج : هو دم فساد لا استحاضة لأن الاستحاضة ما دخل على أثر الحيض فى زمانه ثم جاوز خمسة عشر • فهذا كلام صاحب الحاوى ، وحاصله أن الاستحاضة لا تطلق الا على دم متصل بالحيض وليس بحيض ، وأما ما لا يتصل بحيض فدم فساد ولا يسمى استحاضة ، وقد وافقه عليه جماعة • وقال الأكثرون : يسمى الجميع استحاضة ، قالوا : والاستحاضة نوعان نوع يتصل بدم الحيض وقد سبق بيانه ونوع لا يتصل به كصغيرة لم تبلغ تسع سنين رأت الدم وكبيرة رأته وانقطع لدون يوم وليلة فحكمه حكم الحدث ، هكذا صرح بهذين النوعين أبو عبد الله الزبيرى والقاضى حسين والمتولى والبغوى والسرخسى فى الأمالى وصاحب العدة وآخرون ، وهو الأصح الموافق لما سبق عن الأزهرى وغيره من أهل اللغة : أن الاستحاضة دم يجرى فى غير أوانه ، وقد استعمل المصنف هذا فى المهذب فقال فى فصل النفاس : وان رأت قبل الولادة خمسة أيام ــ الى قوله ــ من أصحابنا من قال هو استحاضة واستعمله فى التنبيه فى قوله : وفى الدم الذى تراه الحامل قولان ، أصحهما • أنه حيض ، والثانى : استحاضة واستعمله أيضا الجرجانى وآخرون والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا حاضت المراة حرم عليها الطهارة لأن الحيض يوجب الطهارة وما اوجب الطهارة منع صحتها كخروج البول) •

(الشرح) هذه المسألة عدها جماعات من مشكلات المهذب لكونه صرح بتحريم الطهارة ، والطهارة افاضة الماء على الأعضاء وليس افاضة الماء محرمة عليها مع أنها يستحب لها أنواع كثيرة من الطهارة كغسل الاحرام وغيره ، وقد وافق الشاشى المصنف فى العبارة فقال فى المعتمد : يحرم عليها الطهارة • والذى قاله جمهور الأصحاب لا تصح طهارتها ، وذكر صاحب البيان فى كتابه مشكلات المهذب : ان لكلام المصنف تأويلين ، (أحدهما) (قال) وهو الأظهر : أن معنى حرم عليها الطهارة أى لم تصح طهارتها وتعليله يقتضيه ، (والثانى) : مراده اذا قصدت الطهارة تعبدا مع علمها بأنها لا تصح

فتأثم بهذا لأنها متلاعبة بالعبادة ، فأما امرار الماء عليها بغير قصد العبادة فلا تأثم به بلا خلاف • وهذا كما أن الحائض اذا أمسكت عن الطعام بقصد الصوم أثمت وان أمسكت بلا قصد لم تأثم • وهذا التأويل الثانى هو الصحيح كما يحرم على المحدث فعل الصلاة وان كانت لا تصح منه • قال امام الحرمين وجماعة من الخراسانيين : لا يصح غسل الحائض الا على قول بعيد : أن الحائض تقرأ القرآن ، فعلى هذا لو أجنبت ثم حاضت لم يجز لها القراءة ، فلو اغتسلت صح غسلها وقرأت ، وقد سبق بيان هذا فى باب ما يوجب الغسل •

(**فرع**) هذا الذى ذكرناه من أنه لا تصح طهارة حائض ، هو فى طهارة لرفع حدث سواء كانت وضوءا أو غسلا ، وأما الطهارة المسنونة للنظافة كالغسل للاحرام والوقوف ورمى الجمرة فمسنونة للحائض بلا خلاف • صرح بذلك أصحابنا وصرح به المصنف أيضا فى أول باب الاحرام ويدل عليه قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعائشة رضى الله عنها حين حاضت : « اصنعى ما يصنع الحاج غير أن لا تطوفى » رواه البخارى ومسلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويحرم عليها الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم : « اذا اقبلت الحيضة فدعى الصلاة » ويسقط فرضها لما روت عائشة رضى الله عنها قالت : « كنا نحيض عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا نقضى [الصلاة] ولا نؤمر بالقضاء » ولأن الحيض يكثر فلو اوجبنا قضاء ما يفوتها لشق وضاق) •

(**الشرح**) الحديثان المذكوران رواهما البخارى ومسلم من رواية عائشة رضى الله عنها فالأول روياه بلفظه وسبق بيانه وشرح الحيضة فى باب ما يوجب الغسل ، وأما الثانى فروياه بمعناه ، ورواه أبو داود وغيره بلفظه هنا •

(**واما حكم المسألة**) فأجمعت الأمة على أنه يحرم عليها الصلاة فرضها ونفلها وأجمعوا على أنه يسقط عنها فرض الصلاة فلا تقضى اذا طهرت • قال أبو جعفر بن جرير فى كتابه اختلاف الفقهاء : أجمعوا على أن عليها اجتناب

كل الصلوات فرضها ونفلها واجتناب جميع الصيام فرضه ونفله واجتناب الطواف فرضه ونفله ، وأنها ان صلت أو صامت أو طافت لم يجزها ذلك عن فرض كان عليها ؛ ونقل الترمذى وابن المنذر وابن جرير وآخرون الاجماع أنها لا تقضى الصلاة وتقضى الصوم .

وفرق أصحابنا وغيرهم بين قضاء الصوم والصلاة بما ذكره المصنف أن الصلاة تكثر فيشق قضاؤها بخلاف الصوم ، وبهذا الفرق فرقوا فى حق المغمى عليه فانه يلزمه قضاء الصوم ولا يلزمه قضاء الصلاة . وأطبق الأصحاب على هذا الفرق فى الحائض وقال امام الحرمين :المتبع فى الفرق الشرع وهو حديث عائشة رضى الله عنها قالت : « كنا نؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر بقضاء الصلاة » وأراد امام الحرمين أنه لا يمكن فرق من جهة المعنى ، وقد نقل البخارى فى صحيحه فى كتاب الصوم عن أبى الزناد نحو قول امام الحرمين فقال : قال أبو الزناد : (ان السنن ووجوه الحق لتأتى كثيرا على خلاف الرأى ؛ فما يجد المسلمون بدا من اتباعها من ذلك الحائض تقضى الصوم دون الصلاة) وهذا الذى قالاه اعتراف بالعجز عن الفرق والذى ذكره أصحابنا فرق حسن فليعتمد . واستدل الشافعى رضى الله عنه على سقوط فرض الصلاة بدليل آخر ، فقال : وجدت كل مكلف مأمورا بفعل الصلاة على حسب حاله فى المرض والمسايفة [1] وغير ذلك ، والحائض مكلفة وهى غير مأمورة بها على حسب حالها ، فعلمت أنها غير واجبة عليها .

(**فرع**) قال أصحابنا : وفى معنى الصلاة سجود التلاوة والشكر فيحرمان على الحائض والنفساء كما تحرم صلاة الجنازة ، ولأن الطهارة شرط .

(**فرع**) قال أبو العباس ابن القاص فى التلخيص والجرجانى فى المعاياة : كل صلاة تفوت فى زمن الحيض لا تقضى الا صلاة واحدة وهى ركعتا الطواف فانها لا تتكرر . وأنكر الشيخ أبو على السنجى هذا وقال : هذا لا يسمى قضاء لأن الوجوب لم يكن فى زمن الحيض ، ولو جاز أن

---

(١) يعنى صلاة الحرب وهى صلاة الخوف (ط) .

يسمى هذا قضاء لجاز أن يسمى قضاء فائتة كانت قبل الحيض ، وهذا الذى قاله أبو على هو الصواب ، لأن ركعتى الطواف لا يدخل وقتها الا بالفراغ من الطواف فان قدر أنها طافت ، ثم حاضت عقيب الفراغ من الطواف صح ما قاله أبو العباس ان سلم لهما ثبوت ركعتى الطواف فى هذه الصورة والله أعلم .

(فرع) مذهبنا ومذهب جمهور العلماء من السلف والخلف أنه ليس على الحائض وضوء ولا تسبيح ولا ذكر فى أوقات الصلوات ولا فى غيرها ، وممن قال بهذا الأوزاعى ومالك والثورى وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور حكاه عنهم ابن جرير ، وعن الحسن البصرى قال : تطهر وتسبح،وعن أبى جعفر قال لنا « مر نساء الحيض أن يتوضأن فى وقت الصلاة ، ويجلسن ويذكرن الله عز وجل ويسبحن » وهذا الذى قالاه محمول على الاستحباب عندهما فأما استحباب التسبيح فلا بأس به وان كان لا أصل له على هذا الوجه المخصوص ، وأما الوضوء فلا يصح عندنا وعند الجمهور ، بل تأثم به ان قصدت العبادة كما سبق ،والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويحرم الصوم لما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت : « كنا نؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر بقضاء الصلاة » فدل على انهن كن يفطرن . ولا يسقط فرضه لحديث عائشة ، ولأن الصوم فى السنة مرة فلا يشق قضاؤه) .

(الشرح) حديث عائشة رضى الله عنها رواه مسلم وغيره ،.وفى رواية أبى داود والترمذى والنسائى : « كنا نحيض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فيأمرنا بقضاء الصوم ولا يأمرنا بقضاء الصلاة » فان قيل ليس فى الحديث دليل على تحريم الصوم ، وانما فيه جواز الفطر ، وقد يكون الصوم جائزا لا واجبا كالمسافر ، قلنا : قد ثبت شدة اجتهاد الصحابيات رضى اللهعنهن فى العبادات وحرصهن على الممكن منها ، فلو جاز الصوم لفعله بعضهن ، كما فى القصر وغيره ، ويدل أيضا على تحريم الصوم قوله صلى الله عليه وسلم : (ما رأيت من ناقصات عقل ودين أغلب لذى لب منكن) ثم قال : (وتمكث الليالى ما تصلى وتفطر فى رمضان فهذا نقصان الدين) رواه

البخارى ومسلم من رواية أبى سعيد الخدرى ، وفى رواية للبخارى : « أليس اذا حاضت لم تصل ولم تصم ؟ » .

(اما حكم المسالة) فأجمعت الأمة على تحريم الصوم على الحائض والنفساء وعلى أنه لا يصح صومها ، كما قدمنا نقله عن ابن جرير ، وكذا نقل الاجماع غيره ، قال امام الحرمين : وكون الصوم لا يصح منها لا يدرك معناه ، فان الطهارة ليست مشروطة فيها ، وأجمعت الأمة أيضا على وجوب قضاء صوم رمضان عليها ، نقل الاجماع فيه الترمذى وابن المنذر وابن جرير وأصحابنا وغيرهم والمذهب الصحيح الذى قطع به الجمهور أن القضاء يجب بأمر جديد وليست مخاطبة بالصوم فى حال حيضها لأنه يحرم عليها الصوم ، فكيف تؤمر به ؟ وهى ممنوعة منه بسبب هى معذورة فيه ولا قدرة لها على ازالته ؟ . وحكى القاضى حسين وامام الحرمين والغزالى فى البسيط والمتولى والرويانى وغيرهم وجها أنه يجب عليها الصوم فى حال الحيض وتعذر فى تأخيره لأنه لو لم يجب فى الحال لم يجب القضاء كالصلاة .

قال امام الحرمين : المحققون يأبون هذا الوجه لأن الوجوب شرطه اقتران الامكان به قال : ومن يطلب حقيقة الفقه لا يقيم لمثل هذا الخلاف وزنا قلت : وهذا الوجه يتخرج على قاعدة مذهبنا فى الأصول والكلام أن تكليف مالا يطاق جائز قال الغزالى فى البسيط : ليس لهذا الخلاف فائدة فقهية قلت : تظهر فائدة هذا وشبهه فى الأيمان وتعليق الطلاق والعتق ونحو ذلك بأن يقول : متى وجب عليك صوم فأنت طالق والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويحرم [عليها] الطواف لقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة رضى الله عنها : « اصنعى ما يصنع الحاج غير ان لا تطوفى [بالبيت] » ولأنه يفتقر الى الطهارة ولا تصح منها الطهارة) .

(الشرح) حديث عائشة رواه البخارى ومسلم من رواية عائشة .

وقد أجمع العلماء على تحريم الطواف على الحائض والنفساء ، وأجمعوا أنه لا يصح منها طواف مفروض ولا تطوع وأجمعوا أن الحائض والنفساء

لا تمنع من شيء من مناسك الحج الا الطواف وركعتيه ، نقل الاجماع فى هذا كله ابن جرير وغيره والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويحرم عليها قراءة القرآن لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يقرأ الجنب ولا الحائض شيئا من القرآن ») .

(الشرح) هذا الحديث رواه الترمذى والبيهقى من رواية ابن عمر رضى الله عنهما وضعفه الترمذى والبيهقى ، وروى لا يقرأ بكسر الهمزة على النهى وبضمها على الخبر الذى يراد به النهى وقد سبق بيانه فى آخر باب ما يوجب الغسل ، وهذا الذى ذكره من تحريم قراءة القرآن على الحائض هو الصحيح المشهور وبه قطع العراقيون وجماعة من الخراسانيين وحكى الخراسانيون قولا قديما للشافعى : أنه يجوز لها قراءة القرآن . وأصل هذا القول أن أبا ثور رحمه الله قال : قال أبو عبد الله : يجوز للحائض قراءة القرآن . فاختلفوا فى أبى عبد الله فقال بعض الأصحاب : أراد به مالكا وليس للشافعى قول بالجواز ، واختاره امام الحرمين والغزالى فى البسيط . وقال جمهور الخراسانيين : أراد به الشافعى وجعلوه قولا قديما . قال الشيخ أبو محمد : وجدت أبا ثور جمعهما فى موضع فقال : قال أبو عبد الله ومالك .

واحتج من أثبت قولا بالجواز اختلفوا فى علته على وجهين أحدهما : أنها تخاف النسيان لطول الزمان بخلاف الجنب . والثانى : أنها قد تكون معلمة فيؤدى الى انقطاع حرفتها ، فان قلنا بالأول جاز لها قراءة ما شاءت اذ ليس لما يخاف نسيانه ضابط ، فعلى هذا هى كالطاهر فى القراءة . وان قلنا بالثانى لم يحل الا ما يتعلق بحاجة التعليم فى زمان الحيض ، هكذا ذكر الوجهين وتفريعهما امام الحرمين وآخرون . هذا حكم قراءتها باللسان ، فأما اجراء القراءة على القلب من غير تحريك اللسان والنظر فى المصحف وامرار ما فيه فى القلب فجائز بلا خلاف . وأجمع العلماء على جواز التسبيح والتهليل وسائر الأذكار غير القرآن للحائض والنفساء وقد تقدم ايضاح هذا مع جمل من الفروع المتعلقة به فى باب ما يوجب الغسل والله أعلم .

(فـرع) في مذاهب العلماء في قراءة الحائض القرآن .

قد ذكرنا أن مذهبنا المشهور تحريمها وهو مروى عن عمر وعلى وجابر رضى الله عنهم وبه قال الحسن البصرى وقتادة وعطاء وأبو العالية والنخعى وسعيد بن جبير والزهرى واسحق وأبو ثور . وعن مالك وأبى حنيفة وأحمد روايتان احداهما : التحريم والثانية : الجواز وبه قال داود .واحتج لمن جوز بما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها كانت تقرأ القرآن وهى حائض ولأن زمنه يطول فيخاف نسيانها . واحتج أصحابنا والجمهور بحديث ابن عمر المذكور ، ولكنه ضعيف وبالقياس على الجنب فان من خالف فيها وافق على الجنب الا داود . والمختار عند الأصوليين أن داود لا يعتد به فى الاجماع والخلاف ، وفعل عائشة رضى الله عنها لا حجة فيه على تقدير صحته ، لأن غيرها من الصحابة خالفها واذا اختلفت الصحابة رضى الله عنهم رجعنا الى القياس . وأما خوف النسيان فنادر فان مدة الحيض غالبا ستة أيام أو سبعة ولا ينسى غالبا فى هذا القدر ولأن خوف النسيان ينتفى بامرار القرآن على القلب والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويحرم حمل المصحف ومسه لقوله تعالى : (لا يمسـه الا المطهرون (١)) ويحرم اللبث فى المسجد لقوله صلى الله عليه وسلم « لا احل المسجد لجنب ولا لحائض » فأما العبور فيه فانها اذا استوثقت من نفسها [بالشد واللجم (٢)] جاز ، لانه حدث يمنع اللبث فلا يمنع كالجنابة) .

(**الشرح**) يحرم على الحائض والنفساء مس المصحف وحمله واللبث فىالمسجد وكل هذا متفق عليه عندنا ، وتقدمت أدلتـه وفروعه الـكثيرة مبسوطة فى باب ما يوجب الغسل . والحديث المذكور رواه أبو داود والبيهقى وغيرهما من رواية عائشة رضى الله عنها واسناده غير قـوى وسـبق بيـانه هناك .

---

(١) الآية ٧٩ من سورة الواقعة (ط) .

(٢) ما بين المعقوفين من الركبى والمتوكلية (ط) .

وأما عبورها بغير لبث فقال الشافعي رضى الله عنه فى المختصر : أكره ممر الحائض فى المسجد قال أصحابنا : ان خافت تلويثه لعدم الاستيثاق بالشد أو لغلبة الدم حرم العبور بلا خلاف • وان أمنت ذلك فوجهان الصحيح منهما جوازه وهو قول ابن سريج وأبى اسحاق المروزى ، وبه قطع المصنف والبندنيجى وكثيرون ، وصححه جمهور الباقين كالجنب وكمن على بدنه نجاسة لا يخاف تلويثه • وانفرد امام الحرمين فصحح تحريم العبور وان أمنت لغلظ حدثها بخلاف الجنب والمذهب الأول •

هذا حكم عبورها قبل انقطاع الحيض فاذا انقطع ولم تغتسل فالمذهب القطع بجواز عبورها فى المسجد ، وطرد صاحب الحاوى وامام الحرمين فيه الوجهين ، والحائض الذمية كالمسلمة فتمنع من المكث فى المسجد بلا خلاف بخلاف الكافر الجنب فان فى تمكينه من المكث فيه وجهين مشهورين • قال الشيخ أبو محمد الجوينى فى كتابه الفروق فى مسائل شروط الصلاة : والفرق أن المنع لخوف التلويث والكافرة كالمسلمة فى هذا • قال أصحابنا : والمستحاضة وسلس البول ومن به جرح سائل ونحوهم ان خافوا التلويث حرم العبور وقد سبق هذا فى آخر باب ما يوجب الغسل والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويحرم الوطء فى الفرج لقوله تعالى : « فاعتزلوا النساء فى المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن ، فاذا تطهرن فأتوهن من حيث امركم الله (١) » فان وطئها مع العلم بالتحريم ففيه قولان • قال فى القديم : ان كان فى اول الدم لزمه ان يتصدق بدينار ، وان كان فى آخره لزمه ان يتصدق بنصف دينار لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى الذى ياتى امراته وهى حائض : « يتصدق بدينار او بنصف دينار » وقال فى الجديد : لا يجب [عليه الكفارة] لانه وطء محرم للأذى ، فلم تتعلق به الكفارة كالوطء فى الدبر) •

(الشرح) أجمع المسلمون على تحريم وطء الحائض للآية الكريمة والأحاديث الصحيحة • قال المحاملى فى المجموع : قال الشافعى رحمه الله : من فعل ذلك فقد أتى كبيرة • قال أصحابنا وغيرهم : من استحل وطء

---

(١) الآية ٢٢٢ من سورة البقرة .

الحائض حكم بكفره • قالوا : ومن فعله جاهلا وجود الحيض أو تحريمه ، أو ناسيا أو مكرها فلا اثم عليه ولا كفارة ، لحديث ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ان الله تجاوز عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » حديث حسن رواه ابن ماجه والبيهقى وغيرهما • وحكى الرافعى عن بعض الأصحاب أنه يجىء على القديم قول أنه يجب على الناسى كفارة كالعامد • وهذا ليس بشىء • وأما اذا وطئها عالما بالحيض وتحريمه مختارا ففيه قولان ، الصحيح الجديد لا يلزمه كفارة بل يعزر ويستغفر الله تعالى ويتوب ، ويستحب أن يكفر الكفارة التى يوجبها القديم ، والثانى وهو القديم يلزمه الكفارة • وذكر المصنف دليلهما ، والكفارة الواجبة فى القديم دينار ان كان الجماع فى اقبال الدم ، ونصف دينار ان كان فى ادباره ، والمراد باقبال الدم زمن قوته واشتداده ، وبادباره ضعفه وقربه من الانقطاع ، هذا هو المشهور الذى قطع به الجمهور •

وحكى الفورانى وامام الحرمين وجها عن الأستاذ أبى اسحق الاسفراينى أن اقباله ما لم ينقطع وادباره ما بعد انقطاعه وقبل اغتسالها ، وبهذا قطع القاضى أبو الطيب فى تعليقه فعلى قول الجمهور : لو وطىء بعد الانقطاع وقبل الاغتسال لزمه نصف دينار ، قاله البغوى وغيره ، واستدلوا لهذا القول القديم بحديث ابن عباس المذكور ، وحملوا قوله بدينار أو بنصف دينار على التقسيم ، وأن الدينار فى الاقبال والنصف فى الادبار : وحكى المتولى والرافعى قولا قديما شاذا أن الكفارة الواجبة عتق رقبة بكل حال ، لأنه روى ذلك عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وهذا شاذ مردود • وقال صاحب الحاوى : قال الشافعى فى القديم : ان صح حديث ابن عباس قلت به• قال فكان أبو حامد الاسفراينى : وجمهور البغداديين يجعلونه قولا قديما ، وكان أبو حامد المروزى وجمهور البصريين لا يجعلونه قولا قديما ولا يحكونه مذهبا للشافعى ، لأنه علق الحكم على صحة الحديث ولم يصح ، وكان ابن سريج يقول : لو صح الحديث لكان محمولا فى القديم على الاستحباب لا على الايجاب • هذا كلام صاحب الحاوى •

وقال امام الحرمين : من أصحابنا من أوجب الكفارة ، وهو بعيد غير

معدود من المذهب بل هى مستحبة • قلت : واتفق المحدثون على ضعف حديث ابن عباس هذا واضطرابه ، وروى موقوفا ، وروى مرسلا وألوانا كثيرة • وقد رواه أبو داود والترمذى والنسائى وغيرهم ، ولا يجعله ذلك صحيحا ، وذكره الحاكم أبو عبد الله فى المستدرك على الصحيحين ، وقال : هو حديث صحيح ، وهذا الذى قاله الحاكم خلاف قول أئمة الحديث ، والحاكم معروف عندهم بالتساهل فى التصحيح • وقد قال الشافعى فى أحكام القرآن : هذا حديث لا يثبت مثله ، وقد جمع البيهقى طرقه وبين ضعفها بيانا شافيا ، وهو امام حافظ متفق على اتقانه وتحقيقه ، فالصواب أنه لا يلزمه شىء والله أعلم •

ومن أوجب دينارا أو نصفه فهو على الزوج خاصة ، وهو مثقال الاسلام المعروف من الذهب الخالص ويصرف الى الفقراء والمساكين • قال الرافعى : ويجوز صرفه الى فقير واحد والله أعلم • وأما قول المصنف : فان وطئها مع العلم بالتحريم فكان ينبغى أن يضم اليه :والعلم بالحيض والاختيار • وقوله : لأنه وطء محرم للأذى احترازا من الوطء فى الاحرام ونهار رمضان •

(فرع) فى مذاهب العلماء فيمن وطىء فى الحيض عامدا عالما ــ قد ذكرنا أن المشهور فى مذهبنا أنه لا كفارة عليه ، وهو مذهب مالك وأبى حنيفة وأصحابهما وأحمد فى رواية ، وحكاه أبو سليمان الخطابى عن أكثر العلماء ، وحكاه ابن المنذر عن عطاء وابن أبى مليكه والشعبى والنخعى ومكحول والزهرى وأيوب السختيانى وأبى الزناد وربيعة وحماد بن أبى سليمان وسفيان الثورى والليث بن سعد • وقالت طائفة من العلماء : يجب الدينار ونصفه على التفصيل المتقدم ، واختلاف منهم فى اعتبار الحال حكاه ابن المنذر عن ابن عباس وقتادة والأوزاعى وأحمد واسحاق ، وعن سعيد ابن جبير أن عليه عتق رقبة ، وعن الحسن البصرى عليه ما على المجامع فى نهار رمضان ، هذا هو المشهور عن الحسن ، وحكى ابن جرير عنه قال : يعتق رقبة أو يهدى بدنه أو يطعم عشرين صاعا ، ومعتمدهم حديث ابن عباس وهو ضعيف باتفاق المحدثين فالصواب أن لا كفارة عليه والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويحرم الاستمتاع فيما بين السرة والركبة ، وقال ابو بكر اسحاق : لا يحرم غير الوطء فى الفرج لقوله صلى الله عليه وسلم : « اصنعوا كل شيء غير النكاح » ولأنه وطء حرم للأذى فاختص به [الفرج] كالوطء فى الدبر ، والمذهب الأول لما روى عمر رضى الله عنه قال : « سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ما يحل للرجل من امرأته وهى حائض فقال : ما فوق الازار ») .

(الشرح) أما الحديث الأول فبعض حديث ، روى أنس رضى الله عنه : « أن اليهود كانت اذا حاضت منهم المرأة أخرجوها من البيت ، ولم يؤاكلوها ولم يجامعوهن فى البيت فسأل أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنزل الله عزوجل : (ويسألونك عن المحيض [1]) الآية ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « اصنعوا كل شيء الا النكاح » رواه مسلم .

وأما حديث عمر رضى الله عنه فرواه ابن ماجه والبيهقى بمعناه وفى الصحيحين عن عائشة رضى الله عنها قالت : « كانت احدانا اذا كانت حائضا فأراد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يباشرها أمرها أن تتزر ثم يباشرها ، قالت : وأيكم يملك اربه كما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يملك اربه » وعن ميمونة رضى الله عنها نحوه رواه البخارى ومسلم ، وفى رواية : « كان يباشر نساءه فوق الازار » يعنى فى الحيض ، والمراد بالمباشرة هنا التقاء البشرتين على أى وجه كان .

(اما حكم المسالة) ففى مباشرة الحائض بين السرة والركبة ثلاثة أوجه أصحها عند جمهور الأصحاب أنها حرام ، وهو المنصوص للشافعى رحمه الله فى الأم والبويطى وأحكام القرآن ، قال صاحب الحاوى وهو قول أبى العباس وأبى على ابن أبى هريرة وقطع به جماعة من أصحاب المختصرات . واحتجوا له بقوله تعالى : (فاعتزلوا النساء فى المحيض) وبالحديث المذكور ، ولأن ذلك تحريم للفرج ، ومن يرعى حول الحمى يوشك أن يخالط الحمى وأجاب القائلون بهذا عن حديث أنس المذكور بأنه محمول على القبلة ولمس

---

(١) الآية ٢٢٢ من سورة البقرة .

الوجه واليد ونحو ذلك مما هو معتاد فغالب الناس ، فان غالبهم اذا لم يستمتعوا بالجماع استمتعوا بما ذكرناه لا بما تحت الازار •

والوجه الثانى : أنه ليس بحرام ، وهو قول أبى اسحاق المروزى وحكاه صاحب الحاوى عن أبى على بن خيران ورأيته أنا مقطوعا به فى كتاب اللطيف لأبى الحسن ابن خيران من أصحابنا وهو غير أبى على بن خيران ، واختاره صاحب الحاوى فى كتابه الاقناع والرويانى فى الحلية وهو الأقوى من حيث الدليل لحديث أنس رضى الله عنه فانه صريح فى الاباحة • وأما مباشرة النبى صلى الله عليه وسلم فوق الازار فمحمولة على الاستحباب جمعا بين قوله صلى الله عليه وسلم وفعله ، وتأول هؤلاء الازار فى حديث عمر رضى الله عنه على أن المراد به الفرج بعينه ونقلوه عن اللغة ، وأنشدوا فيه شعرا ، وليست مباشرة النبى صلى الله عليه وسلم فوق الازار تفسيرا للازار فى حديث عمر رضى الله عنه بل هى محمولة على الاستحباب كما سبق •

والوجه الثالث : ان وثق المباشر تحت الازار بضبط نفسه عن الفرج لضعف شهوة أو شدة ورع جاز ، والا فلا ، حكاه صاحب الحاوى ومتابعوه عن أبى الفياض البصرى وهو حسن ونقل أبو على السنجى والقاضى حسين والمتولى فى المسألة قولين بدل الوجهين الأولين •

قال القاضى :الجديد التحريم والقديم الجواز ثم على قول من لا يحرمه هو مكروه ، وصرح به المتولى وغيره • هذا حكم الاستمتاع بما بين السرة والركبة • أما ما سواه فمباشرتها فيه حلال باجماع المسلمين نقل الاجماع فيه الشيخ أبو حامد والمحاملى فى المجموع وابن الصباغ والعبدرى وآخرون ، وأما ما حكاه صاحب الحاوى عن عبيدة السلمانى الامام التابعى ــ وهو بفتح العين وكسر الباء ــ من أنه لا يباشر شىء من بدنه شيئا من بدنها فلا أظنه يصح عنه ولو صح فهو شاذ مردود بالأحاديث الصحيحة المشهورة فى مباشرته صلى الله عليه وسلم فوق الازار ، واذنه فى ذلك فى قوله صلى الله عليه وسلم : « اصنعوا كل شىء الا النكاح » وباجماع من قبله ومن بعده والله أعلم •

ثم لا فرق بين أن يكون على الموضع الذى يستمتع به فوق الازار شىء

من دم الحيض أو لا ، وحكى المحاملى فى التجريد وجماعة من المتأخرين وجها أنه ان كان عليه شيء من دم الحيض حرم لأنه أذى ، وهذا الوجه شاذ وغلط والصواب الأول ، وبه قطع الأصحاب فى جميع الطرق لعموم الأحاديث ، ولأن الاصل الاباحة حتى يثبت دليل ظاهر فى التحريم وقياسا على مالو كان عليها نجاسة أخرى . وأما الاستمتاع بنفس السرة والركبة وما حاذاهما فلم أر فيه نصا لأصحابنا والمختار الجزم بجوازه لعموم قوله صلى الله عليه وسلم : « اصنعوا كل شيء الا النكاح » ويحتمل أن يخرج على الخلاف فى كونهما عورة ، ان قلنا عورة كانتا كما بينهما ، وان قلنا ــ بالمذهب ــ انهما ليستا عورة أبيحا قطعا كما وراءهما والله أعلم .

(فــرع) فى مذاهب العلماء فى المبــاشرة فيما بين السرة والركبة بغير وطء ، وقد ذكرنا الخلاف فى مذهبنا ودلائله ، وممن قال بتحريمها أبو حنيفة ومالك ، وحكاه ابن المنذر عن ســعيد بن المســيب وطاوس وشريح وعطاء وسليمان بن يسار وقتادة وحكاه البغوى عن أكثر أهل العــلم . وممن قال بالجواز عكرمة ومجاهد والشعبى والنخعى والحــكم والثورى والأوزاعى ومحمد بن الحسن وأحمد وأصبغ المالكى وأبو ثور واسحاق بن راهويه وابن المنذر وداود ، ونقله عنهم العبدرى وغيره وتقدم دليل الجميع والله أعلم .

(فــرع) اذا قلنا : تحرم المباشرة بين السرة والركبة ففعله متعمــدا مختارا عالما بالتحريم أثم ولا كفارة عليه بلا خلاف ، صرح به الماوردى وغيره وهو ظاهر ، فان ايجاب الكفارة على القديم انما كان لذلك الحديث الضعيف وليس هنا حديث ولا هو فى معناه ، فان الوطء حــرام بالاجمــاع ويكفر مستحله وهذا بخلافه ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واذا طهرت من الحيض حل لها الصوم ، لان تحريمه بالحيض ، وقــد زال . ولا تحل الصلاة والطواف وقراءة القرآن وحمل المصحف لان المنع منهــا للحدث والحــدث باق ، ولا يحــل الاستمتاع بها حتى تغتسل لقوله تعــالى « ولا تقربوهن (١) حتى يطهرن فاذا تطهرن » . قال مجــاهد : حتى يغتسلن ،

(١) الآية ٢٢٢ من سورة البقرة .

فان لم تجد الماء فتيممت حل لها ما يحل بالغسل ، لأن التيمم قائم مقام الغسل فاستبيح به ما يستباح بالغسل ، فان تيممت وصلت فريضة لم يحرم وطؤها ، ومن أصحابنا من قال : يحرم وطؤها بفعل الفريضة ، كما يحرم فعل الفريضة بعدها ، والأول اصح ، لأن الوطء ليس بفرض فلم يحرم بفعل الفريضة كصلاة النفل) .

(الشرح) قال أصحابنا : يتعلق بالحيض أحكام :

(أحدها) يمنع صحة الطهارة الا أغسال الحج ونحوها مما لا يفتقر الى الطهارة (الثانى) تحرم الطهارة بنية العبادة الا ما استثنينا من أغسال الحج ونحوها (الثالث) يمنع وجوب الصلاة (الرابع) يحرمها (الخامس) يمنع صحتها (السادس) يمنع وجوب الصوم (السابع) يحرمه (الثامن) يمنع صحته (التاسع) يحرم مس المصحف وحمله وقراءة القرآن والمكث فى المسجد ، وكذا العبور على أحد الوجهين (العاشر) يحرم سجود التلاوة والشكر ويمنع صحته (الحادى عشر) يحرم الاعتكاف ويمنع صحته . (الثالث عشر [1]) يمنع وجوب طواف الوداع (الرابع عشر) يحرم الوطء وكذا المباشرة بين السرة والركبة على أحد الأوجه (الخامس عشر) يحرم الطلاق (السادس عشر) تبلغ به الصبية (السابع عشر) تتعلق به العدة والاستبراء (الثامن عشر) يوجب الغسل ، وهل يجب بخروجه أم بانقطاعه أم بهما ؟ فيه أوجه سبقت فى باب ما يوجب الغسل . ومعظم هذه الأحكام مجمع عليه . قال أصحابنا : فاذا طهرت من الحيض ارتفع من هذه الأمور المحرمة تحريم الصوم والطلاق والظهار ، وارتفع أيضا تحريم العبور فى المسجد على الأصح اذا قلنا بتحريمه فى زمن الحيض ، وقد سبق حكاية وجه عن حكاية صاحب الحاوى وامام الحرمين أن العبور يبقى تحريمه حتى تغتسل وليس بشيء ، ولا يرتفع ما حرم للحدث كالصلاة والطواف ، والسجود والقراءة ، والاعتكاف ومس المصحف والمكث فى المسجد ، ولا يرتفع أيضا تحريم الجماع والمباشرة بين السرة والركبة فان لم تجد الماء فتيممت استباحت جميع ذلك لأن التيمم كالغسل .

---

(١) هكذا بالأصل ولعل فيه سقطا (ش) وهو الثانى عشر ولعله (يحرم به الظهار) لأنه لم يذكر فيما يتعلق بأحكامه والله أعلم (ط) .

قال أصحابنا : اذا تيممت ثم أحدثت لم يحرم وطؤها بلا خلاف ، وممن نقل اتفاق الأصحاب على هذا القاضى أبو الطيب ، لأنهـا اسـتباحت الوطء بالتيمم ، والحدث لا يحرم الوطء كما لو اغتسلت ثم أحدثت • قال القـاضى ولأنا لو قلنا يحرم الوطء بعد الحدث لأدى الى تحريمه ابتداء بعد التيمم لأنه ينتقض الوضوء بالتقاء البشرتين قبل الوطء • أما اذا تيممت ثم رأت الماء فيحرم الوطء على المذهب ، وبه قطع الأصحاب فى الطريقتين لأن طهارتها بطلت برؤية الماء وعادت الى حدث الحيض • وحكى الدرامى وجها شاذا أنه يحل الوطء بعد رؤية الماء ، والصواب الأول •

قال القاضى أبو الطيب : فلو رأت الماء فى خلال الجماع نزع فى الحال واغتسلت ، وأما اذا تيممت وصلت فريضة فهل يصح الوطء بعد الفريضة بذلك التيمم ؟ أم لا يحل الا بتيمم جديد ؟ فيـه الوجهـان اللذان ذكرهما المصنف ، وقد ذكر دليلهما ، الصحيح جوازه • ولو تيممت فوطئها ثم أراد الوطء ثانيا بذلك التيمم ففى جوازه وجهان حكاهما صاحب الحاوى وغيره ، الصحيح جوازه لارتفاع حدث الحيض بالتيمم ، وبهـذا قطع الجمهـور ، والثانى : لا يجوز الا بتيمم جديد كما لا يجمع بين فريضتين بتيمم ، وهذا ليس بشىء • ولو تيممت وصلت فريضة وقلنا : يجوز الوطء بعدها فلم يطأ حتى خرج وقت تلك الفريضة فهل يحل الوطء بذلك التيمم ؟ فيه وجهـان حكاهما الشيخ أبو حامد والمحاملى فى كتابيه والفورانى وغيرهم فى آخر باب التيمم ، وحكاهما أيضا صاحب الحاوى وآخرون ، الصـحيح جوازه لأن خروج الوقت لا يزيد على الحدث • والثانى : لا يجوز الوطء الا بتيمم جديد قال صاحب الحاوى : وبه قال ابن سريج واختاره الشيخ أبو حامد لأن دخول الوقت رفع حكم التيمم ، ولهذا تجب اعادته للصـلاة الأخـرى ، وهـذا الاستدلال ضعيف أو باطل لأن التيمم لا يبطل بخروج الوقت ، ولهذا له أن يصلى به ما شاء من النوافل على المذهب كما سـبق ، ولو عدمت الماء والتراب صلت الفريضة لحرمة الوقت كما سبق ولا يجوز الوطء حتى تجد أحد الطهورين • هذا هو الصحيح المشهور وبه قطع الجمهـور ، وحـكى الجرجانى فى المعاياة وصاحب البيان والرافعى وجها شاذا أنه يجوز الوطء كالصلاة ، وهذا ليس بشىء •

قال أصحابنا : والمقيمة فى هذا كالمسافرة فاذا عدمت المقيمة الماء أو كانت مريضة أو جريحة فتيممت حل الوطء ، وان كان صلاتها يجب قضاؤها لأن طهارتها صحيحة والله أعلم .

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى وطء الحائض اذا طهرت قبل الغسل قد ذكرنا أن مذهبنا تحريمه حتى تغتسل أو تتيمم حيث يصح التيمم وبه قال جمهور العلماء . كذا حكاه الماوردى عن الجمهور ، وحكاه ابن المنذر عن سالم بن عبد الله وسليمان بن يسار والزهرى وربيعة ومالك والثورى والليث وأحمد واسحاق وأبو ثور ، ثم قال ابن المنذر : وروينا باسناد فيه مقال عن طاوس وعطاء ومجاهد أنهم قالوا : ان أدرك الزوج الشبق أمرها أن تتوضأ ثم أصابها ان شاء .

قال ابن المنذر : وأصح من هذا عن عطاء ومجاهد موافقة القول الأول ، قال : ولا يثبت عن طاوس خلاف قول سالم ، قال : فاذا بطل أن يصح عن هؤلاء قول ثان كان القول الأول كالاجماع . هذا كلام ابن المنذر . وقال أبو حنيفة : ان انقطع دمها لأكثر الحيض ــ وهو عشرة أيام عنده ــ حل الوطء فى الحال ، وان انقطع لأقله لم يحل حتى تغتسل أو تتيمم ، فان تيممت ولم تصل لم يحل الوطء حتى يمضى وقت صلاة . وقال داود الظاهرى : اذا غسلت فرجها حل الوطء . وحكى عن : مالك تحريم الوطء اذا تيممت عند فقد الماء . هكذا نقل أصحابنا وغيرهم هذا الخلاف مطلقا كما ذكرته ، وقال ابن جرير ، أجمعوا على تحريم الوطء حتى تغسل فرجها ، وانما الخلاف بعد غسله ، واحتج لأبى حنيفة بأنه يجوز الصوم والطلاق وكذا الوطء ولأن تحريم الوطء هو للحيض وقد زال وصارت كالجنب ، واحتج أصحابنا بقول الله تعالى : (فاعتزلوا النساء فى المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن ، فاذا تطهرن فأتوهن [1]) وقد روى حتى يطهرن بالتخفيف والتشديد، والقراءتان فى السبع ، فقراءة التشديد صريحة فى اشتراط الغسل ، وقراءة التخفيف يستدل بها من وجهين (أحدهما) معناها أيضا يغتسلن ، وهذا شائع فى اللغة فيصار اليه جمعا بين القراءتين (والثانى) أن الاباحة معلقة بشرطين

---

(١) الآية ٢٢٢ من سورة البقرة .

أحدهما : انقطاع دمهن • والثانى : تطهرهن وهو اغتسالهن ، وما علق بشرطين لا يباح بأحدهما ، كما قال الله تعالى : (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم [1]) فان قيل ليستا شرطين بل شرط واحد ، ومعناه حتى ينقطع دمهن ، فاذا انقطع فأتوهن ، كما يقال : لاتكلم زيدا حتى يدخل الدار فاذا دخل فكلمه ، فالجواب من أوجه (أحدها) أن ابن عباس والمفسرين وأهل اللسان فسروه فقالوا : معناه فاذا اغتسلن • فوجب المصير اليه (والثانى) أن ما قاله المعترض فاسد من جهة اللسان فانه لو كان كما قال لقيل : فاذا طهرن ، فأعيد الكلام ، كما يقال : لا تكلم زيدا حتى يدخل ، فاذا دخل فكلمه ، فلما أعيد بلفظ آخر دل على أنهما شرطان ، كما يقال : لا تكلم زيدا حتى يأكل فاذا أكل فكلمه • (الثالث) ان فيما قلنا جمعا بين القراءتين فتعين ، واحتج أصحابنا بأقيسة كثيرة ومناسبات ، أحسنها ما ذكره امام الحرمين فى الأساليب ، فقال : أولى متمسك من طريق المعنى اعتبار صورة الاتفاق ، فنقول : اتفقنا على التحريم اذا طهرت لدون العشرة فاستمرار التحريم بعد انقطاع الدم ان علل بوجوب غسل الحيض لزم التحريم اذا طهرت لأكثر الحيض ، وان علل بامكان عود الدم فهو منتقض بما اذا اغتسلت أو تيممت أو خرج وقت الصلاة ، ثم ذكر معانى أخر ، ثم قال : فالوجه اعتماد ما ناقضوا فيه ، وكل ما ذكروه منتقض بما سلموه فان قيل : تحريم الوطء بالحيض غير معلل ، قلنا وجوب الغسل بالانقطاع غير معلل ، ولا يمكن أن يقال عادت الى ما كانت فان الغسل واجب ، فوجب الرجوع الى ظاهر القرآن لانسداد طريق النظر ، فظاهر القرآن تحريم الوطء حتى تغتسل ، وأما الجواب عن جواز الصوم أن الشرع ورد بتحريم الصوم على الحائض ، وهذه ليست بحائض وهنا حرم الوطء حتى تغتسل • وعن الطلاق أن تحريمه لتطويل العدة ، وذلك يزول بمجرد الانقطاع • وعن قولهم : التحريم للحيض من أوجه • (أحدها) لا نسلم ، بل هو لحدث الحيض وهو باق (الثانى) أنه ينتقض بالانقطاع لدى أكثر الحيض (الثالث) أن الجنابة لا تمنع الوطء ، وكذا غسلها بخلاف الحيض ، والله أعلم •

---

(١) الآية ٦ من سورة النساء •

(فـرع) قال أبو العباس الجرجانى فى المعاياة : ليست امرأة تمنع من الصلاة بحكم الحيض الا ويحرم وطؤها الا واحدة وهى من انقطع دمها وعدمت الماء فتيممت ثم أحدثت فانها تمنع من الصلاة دون الوطء هـذا كلامه • وقد ينازع فيه ويقال : المنع من الصلاة هنا للحدث قال : وانقطاع الدم اذا أباح الصلاة أباح الوطء الا فى حق من عدمت الماءوالتراب فتصلى ولا يحل وطؤها على الصحيح •

(فـرع) لو أراد الزوج أو السيد الوطء فقالت : أنا حائض فان لم يمكن صدقها لم يلتفت اليها وجاز الوطء • وان أمكن صدقها ولم يتهمها بالكذب حرم الوطء ، وان أمكن الصدق ولكن كذبها ، فقال القاضى حسين فى تعليقه وفتاويه وصاحب التتمة : يحل الوطء لأنها ربما عاندته ومنعت حقه، ولأن الأصل عدم التحريم ولم يثبت سببه • وقال الشاشى : ينبغى أن يحرم وان كانت فاسقة ، كما لو علق طلاقها على حيضها فيقبل قولهـا والمذهب الأول ، وفرق القاضى بينه وبين تعليق الطلاق بأن الزوج مقصر فى تعليقه بما لا يعـرف الا من جهتها • قال القاضى وغيره : ولو اتفقا على الحيض وادعى انقطاعه وادعت بقاءه فى مدة الامكان فالقول قولها بلا خلاف للأصل•

(فـرع) لوطهرت زوجته أو أمته المجنونة من الحيض حرمت عليه حتى يغسلها فاذا صب الماء عليها ونوى غسلها عن الحيض حلت ، وان لم ينو فوجهان سبقا فى باب نية الوضوء • ولو شك هل حاضت المجنونة أو العاقلة أم لا ؟ لم يحرم لأن الأصل عدم التحريم وعدم الحيض •

(فـرع) اذا ارتكبت المرأة من المحرمات المذكورة أثمت وتعزر وعليها التوبة ولا كفارة عليها بالاتفاق • صرح به الماوردى وغـيره لأن الأصـل البراءة •

(فـرع) يجوز عندنا وطء المستحاضة فى الزمن المحكوم بأنه طهر وان كان الدم جاريا ، وهذا لا خلاف فيه عندنا ، قال القاضى أبو الطيب وابن الصباغ والعبدرى : وهو قول أكثر العلماء ، ونقله ابن المنذر فى الاشراف عن ابن عباس وابن المسيب والحسن وعطاء وسعيد بن جبير وقتادة وحماد بن

أبى سليمان وبكر بن عبد الله المزنى والأوزاعى ومالك والثورى واسحاق وأبى ثور • قال ابن المنذر : وبه أقول • وحكى عن عائشة والنخعى والحكم وابن سيرين منع ذلك ، وذكر البيهقى وغيره أن نقل المنع عن عائشة ليس بصحيح عنها بل هو قول الشعبى أدرجه بعض الرواة فى حديثها •

وقال أحمد : لا يجوز الوطء الا أن يخاف زوجها العنت ، واحتج للمانعين بأن دمها يجرى فأشبهت الحائض ، واحتج أصحابنا بما احتج به الشافعى فى الأم ، وهو قول الله تعالى : (فاعتزلوا النساء فى المحيض [1] ولا تقربوهن حتى يطهرن فاذا تطهرن فأتوهن) وهذه قد تطهرت من الحيض• واحتجوا أيضا بما رواه عكرمة عن حمنة بنت جحش رضى الله عنها « أنها كانت مستحاضة وكان زوجها يجامعها » رواه أبو داود وغيره بهذا اللفظ باسناد حسن ، وفى صحيح البخارى قال : قال ابن عباس « المستحاضة يأتيها زوجها اذا صلت ، الصلاة أعظم » ولأن المستحاضة كالطاهر فى الصلاة والصوم والاعتكاف والقراءة وغيرها فكذا فى الوطء ولأنه دم عرق فلم يمنع الوطء كالناسور ، ولأن التحريم بالشرع ولم يرد بتحريم ، بل ورد باباحة الصلاة التى هى أعظم كما قال ابن عباس • والجواب عن قياسهم على الحائض : أنه قياس يخالف ما سبق من دلالة الكتاب والسنة فلم يقبل ، ولأن المستحاضة لها حكم الطاهرات فى غير محل النزاع فوجب الحاقه بنظائره لا بالحيض الذى لا يشاركه فى شىء •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(أقل سن تحيض فيه المراة تسع سنين ، قال الشافعى رحمه الله : أعجل من سمعت من النساء تحيض ، نساء تهامة يحضن لتسع سنين . فاذا رات الدم لدون ذلك فهو دم فساد ، ولا تتعلق به احكام الحيض) •

(**الشرح**) تهامة ــ بكسر التاء ــ وهو اسم لكل ما نزل عن نجد من بلاد الحجاز ، ومكة من تهامة ، قال ابن فارس : سميت تهامة من التهم يعنى

---

(١) الآية ٢٢٢ من سورة البقرة •

ـ بفتح التاء والهاء ـ وهو شدة الحر وركود الريح ، وقال صاحب المطالع : سميت بذلك لتغير هوائها ، يقال : تهم الدهن اذا تغير •

(اما حكم المسالة) ففى أقل سن يسكن فيه الحيض ؟ ثلاثة أوجه الصحيح استكمال تسع سنين ، وبه قطع العراقيون وغيرهم • والثانى : بالشروع فى التاسعة • والثالث : بمضى نصف التاسعة ، والمراد بالسنين القمرية •

والمذهب الذى عليه التفريع استكمال تسع وهل هى تحديد أم تقريب وجهان حكاهما صاحب الحاوى والدارمى فى كتاب المتحيرة والمتولى والشاشى وغيرهم • (أحدهما) : تحديد ، فلو نقص عن التسع ما نقص فليس بحيض وهذا مقتضى اطلاق كثيرين (وأصحهما) تقريب صححه الرويانى والرافعى وغيرهما ، فعلى هذا قال صاحب الحاوى : لا يؤثر نقص اليوم واليومين ، قال الدارمى : لا يؤثر الشهر والشهران •

قال المتولى والرافعى : ان كان بين رؤية الدم واستكمال التسع ما لا يسع حيضا وطهرا كان ذلك الدم حيضا والا فلا • قال المتولى : واذا قلنا تحديد فرأته قبل التسع متصلا باستكمالها نظر ان رأت قبل التسع أقل من يوم وليلة وبعد التسع يوما وليلة جعل الجميع حيضا واذا رأت قبل التسع يوما وليلة وبعدها دون يوم وليلة فليس لها حيض وان كان الجميع يوما وليلة بعضه قبل التسع وبعضه بعدها فهل يجعل حيضا ؟ فيه وجهان ، قال الدارمى بعد أن ذكر الاختلافات : كل هذا عندى خطأ لأن المرجع فى جميع ذلك الى الوجود ، فأى قدر وجد فى أى حال وسن كان ، وجب جعله حيضا والله أعلم •

ثم ان الجمهور لم يفرقوا فى هذا بين البلاد الحارة والباردة وفيه وجه حكاه امام الحرمين عن حكاية والده أنه اذا وجد الدم لتسع سنين فى البلاد الباردة التى لا يعهد فى أمثالها مثل ذلك فليس بحيض والمذهب الأول • قال أصحابنا : قال الشافعى رحمه الله : رأيت جدة بنت احدى وعشرين سنة وقيل : انه رآها بصنعاء اليمن قالوا : هذا رآه واقعا ويتصور جدة بنت تسع عشرة سنة ولحظة فتحمل لتسع وتضع لستة أشهر بنتا ، وتحمل تلك البنت

لتسع سنين ، وتضع لستة أشهر ، هذا ما يتعلق بأقل سن الحيض ، وأما آخره فليس له حد بل هو ممكن حتى تموت كذا قاله صاحب الحاوى وغيره وهو ظاهر .

قال أصحابنا : فالمعتمد فى هذا الوجود ، وقد وجد من تحيض لتسع سنين ، فوجب المصير اليه كما يرجع الى العادة فى أقل مدة الحمل وأكثرها ، وفى القبض فى المبيع واحياء الموات والحرز فى السرقة وغيرها ، أما اذا رأت الدم لدون أقل سن الحيض المذكور فليس بحيض ، بل هو حدث ينقض الوضوء ولا يوجب الغسل ولا يمنع الصوم ولا يتعلق به شىء من أحكام الحيض ويسمى دم فساد . وهل يسمى استحاضة ؟ فيه خلاف قدمناه فى أول الباب . واذا ادعت المرأة الحيض فى سن الامكان قبل قولها بغير يمين كما يقبل قول الغلام فى انزال المنى لسن الامكان والله أعلم .

(**فرع**) قال أصحابنا : أقل سن يجوز أن تنزل المرأة فيه المنى هو سن الحيض وفيه الأوجه الثلاثة السابقة ، الصحيح استكمال تسع سنين ، قال امام الحرمين : وعلى الجملة هى أسرع بلوغا من الغلام ، وأما الغلام فاختلفوا فيه وحاصل المنقول فيه ثلاثة أوجه ، (أصحها) عند العراقيين : استكمال تسع سنين ، وبهذا قطع جماعة منهم هنا فى باب الحيض كالشيخ أبى حامد والبندنيجى والقاضى أبى الطيب وابن الصباغ . (والثانى) : مضى تسع سنين ونصف ، وهو ظاهر نص الشافعى رحمه الله فى كتاب اللعان . (والثالث) : استكمال عشر سنين ، وسيأتى ايضاحه ان شاء الله تعالى فى باب الحجر وما يلحق من النسب والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واقل الحيض يوم وليلة ، وقال فى موضع [آخر (١)] : يوم ، فمن اصحابنا من قال : هما قولان ، ومنهم من قال : [هو] يوم وليلة ـ قولا واحدا ـ وقوله : يوم اراد بليلته ، ومنهم من قال : يوم ـ قولا واحدا ـ وانما قال : يوم وليلة قبل ان يثبت عنده اليوم فلما ثبت عنده [اليوم] رجع اليه ـ والدليل على ذلك ان المرجع فى ذلك الى الوجود ، وقد ثبت الوجود فى هذا القدر . قال

(١) ما بين المعقوفين من نسخة المهذب المطبوعة .

الشافعى رحمه الله : رايت امراة اثبت لى عنها انها لم تزل تحيض يوما لا تزيد عليه . وقال الأوزاعى رحمه الله : عندنا امراة تحيض غدوة وتطهر عشية . وقال عطاء رحمه الله : رايت من النساء من تحيض يوما وتحيض خمسة عشر يوما وقال ابو عبد الله الزبيرى رحمه الله كان فى نسائنا من تحيض يوما وتحيض خمسة عشر يوما وأكثره خمسة عشر يوما ، لما رويناه عن عطاء وابى عبد الله الزبيرى وغالبه ست او سبع لقوله صلى الله عليه وسلم لحمنة بنت جحش رضى الله عنها : « وتحيضى فى علم الله ستة ايام او سبعة ايام كما تحيض النساء ويطهرن ميقات حيضهن وطهرهن » واقل طهر فاصل بين الدمين خمسة عشر يوما لا اعرف فيه خلافا ، فان صح ما يروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال : « فى النساء نقصان دينهن ان احداهن تمكث شطر دهرها لا تصلى » دل ذلك على ان أقل الطهر خمسة عشر يوما ، لكنى لم اجده بهذا اللفظ الا فى كتب الفقه) .

(الشرح) فى الفصل مسائل :

(احداها) فى أقل الحيض ، نص الشافعى رحمه الله فى العدد أن أقله يوم ، ونص فى باب الحيض من مختصر المزنى وفى عامة كتبه أقله يوم وليلة ، واختلف الأصحاب فيه على ثلاث طرق ذكرها المصنف بدليلها ، (أحدها) يوم بلا ليلة ، (والثانى) قولان أحدهما : يوم بلا ليلة والثانى : يوم وليلة . (والطريق الثالث) وهو أصحها باتفاق الأصحاب أن أقله يوم وليلة قولا واحدا وهذا الطريق قول المزنى وأبى العباس بن سريج وجماهير أصحابنا المتقدمين وقطع به كثيرون من المتأخرين ونقله المحاملى وابن الصباغ عن الأكثرين .

قال الشيخ أبو حامد وآخرون : ولا يصح قول من قال : فيه قولان : لأن الاعتبار بالوجود ، فان صح الوجود فى يوم تعين ، قالوا : ولأنه اذا أمكن حمل كلاميه على حالين كان أولى من الحمل على قولين ، كذا كل مجتهد ، كما اذا أمكن حمل حديثى النبى صلى الله عليه وسلم على حالين ، والجمع بينهما كان مقدما على النسخ والتعارض ، وضعف الشيخ أبو حامد وامام الحرمين وغيرهما طريقة القطع بيوم لأن الشافعى رحمه الله انما قال يوم فى مسائل العدد اختصارا أو حين أراد تحديد أقل الحيض فى بابه ، والرد على من قال أقله ثلاثة أيام ، قال الشافعى : أقله يوم وليله ، فوجب اعتماد

ما حققه فى موضع التحديد ، هذا هو المشهور فى مذهبنا ، والموجود فى كتب أصحابنا •

وقال الامام أبو جعفر محمد بن جرير الطبرى فى كتابه اختلاف الفقهاء : حدثنى الربيع عن الشافعى أن الحيض يكون يوما وأقل وأكثر ، قال : وحدثنى الربيع أن آخر قول الشافعى أن أقل الحيض يوم وليلة ، وهذا النص الذى نقله ابن جرير عن الشافعى غريب جدا ، ولكن تأويله على ما سأذكره فى الفرع بعد هذا ان شاء الله تعالى ، والصواب عند الأصحاب أن أقل الحيض يوم وليلة وعليه التفريع والعمل وما سواه متأول عليه ودليله من نص الشافعى رحمه الله شيئان ، (أحدهما) : أنه ذكره فى معظم كتبه وفى مظنته ، (والثانى) : أنه آخر قوله كما نقله الثقة ابن جرير •

(المسألة الثانية) أكثر الحيض خمسة عشر باتفاق أصحابنا ، وذكر المصنف دليله •

(المسألة الثالثة) غالب الحيض ست أو سبع بالاتفاق •

(المسألة الرابعة) أقل طهر فاصل بين حيضتين خمسة عشر يوما باتفاق أصحابنا ، لأنه أقل ما ثبت وجوده ولا حد لأكثره بالاجماع • قال أصحابنا : وقد تبقى المرأة جميع عمرها لا تحيض وحكى القاضى أبو الطيب أن امرأة كانت فى زمنه تحيض فى كل سنة يوما وليلة وهى صحيحة تحبل وتلد وكان نفاسها أربعين يوما • وأما غالب الطهر ، فقال أصحابنا : هو ثلاثة وعشرون يوما أو أربعة وعشرون ، بناء على أن غالب الحيض ماذا ، فالغالب أن فى كل شهر حيضا وطهرا فغالب الحيض ستة أو سبعة وباقيه طهر • هذا ما يتعلق بايضاح أصل المذهب •

وأما قوله طهر فاصل بين الدمين خمسة عشر يوما فاحترز به عن شيئين (أحدهما) الطهر الذى بين الحيض والنفاس اذا قلنا بالأصح : ان الحامل تحيض فانه يجوز أن يكون دون خمسة عشر ولو يوما على المذهب الصحيح ، كما سيأتى ان شاء الله تعالى ، (الثانى) أيام النقاء المتخللة ، بين

أيام الحيض فى حق ذات التلفيق اذا قلنا بالتلفيق وأراد المصنف بقوله : بين الدمين : بين الحيضتين ، ولو قال : بين الحيضتين ؛ كما قال فى التنبيه لكان أحسن ليحترز عن الشيئين المذكورين والله أعلم .

وأما قوله : لا أعرف فيه خلافا ، فمحمول على نفى الخلاف فى مذهبنا ، والا فالخلاف فيه للعلماء مشهور ، سنذكره فى فرع مذاهب العلماء ان شاء الله تعالى . وأما قول المحاملى فى كتابيه : أقل الطهر خمسة عشر يوما بالاجماع ، ونحوه فى التهذيب وقول القاضى أبى الطيب فى مسألة التلفيق : أجمع الناس أن أقل الطهر خمسة عشر يوما فمردود غير مقبول ، فلا يحمل كلام المصنف عليه ، وان كان لو حمل عليه لم يكن غلطا فى اللفظ فانه قد قال : لا أعرف فيه خلافا ولا يلزم من عدم معرفته عدم الخلاف والله أعلم .

وأما حديث : « تمكث شطر دهرها » فحديث باطل لا يعرف ، وانما ثبت فى الصحيحين « تمكث الليالى ما تصلى » كما سبق بيانه فى مسألة تحريم الصوم ، وأما حديث حمنة فصحيح ، رواه أبو داود والترمذى وغيرهما من رواية حمنة ، قال الترمذى : هو حديث حسن قال : وسألت البخارى عنه فقال : هو حديث حسن قال : وكذا قال أحمد بن حنبل : هو حديث حسن صحيح ، قال الخطابى : وقد ترك بعض العلماء الاحتجاج بهذا الحديث لأن راويه عبد الله بن محمد بن عقيل ليس بذاك .

(قلت) هذا الذى قاله هذا القائل لا يقبل فان أئمة الحديث صححوه كما سبق ، وهذا الراوى وان كان مختلفا فى توثيقه وجرحه فقد صحح الحفاظ حديثه هذا ، وهم أهل هذا الفن ، وقد علم من قاعدتهم فى حد الحديث الصحيح والحسن ، أنه اذا كان فى الراوى بعض الضعف أجيز حديثه بشواهد له أو متابعة وهذا من ذلك . وقوله صلى الله عليه وسلم : « تحيضى فى علم الله » أى التزمى الحيض وأحكامه فيما أعلمك الله من عادة النساء ، هكذا قاله أصحابنا فى كتب الفقه ، والعلم هنا بمعنى المعلوم .

وقال الخطابى : معناه فيما علم الله من أمرك من ستة أو سبعة وقوله صلى الله عليه وسلم « كما تحيض النساء » المراد غالب النساء لاستحالة

ارادة كلهن لاختلافهن وقوله صلى الله عليه وسلم : « ميقات حيضهن » وهو بنصب التاء على الظرف أى فى وقت حيضهن ، واختلفوا فى حال حمنة فقيل : كانت مبتدأة فردها رسول الله صلى الله عليه وسلم الى غالب عادة النساء ، وقيل : كانت معتادة ستة أو سبعة فردها اليها ذكر هذا الخلاف فيها الخطابى وجمهور أصحابنا فى كتب المذهب وذكرهما الشافعى رحمه الله فى الأم احتمالين • واختار المصنف بعد هذا أنها كانت مبتدأة وكذا اختار امام الحرمين وابن الصباغ والشاشى وآخرون ورجحه الخطابى قال : ويدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم « كما تحيض النساء ويطهرن » •

واختار الشافعى رحمه الله فى الأم أنها كانت معتادة وأوضح دليله وقال : هذا أشبه معانيه • قال صاحب التتمة : من قال كانت معتادة ذكروا فى ردها الى الستة أو السبعة ثلاث تأويلات أحدها معناه ستة ان كانت عادتك ستة أو سبعة ان كان عادتك سبعة • الثانى : لعلها شكت هل عادتها ستة أو سبعة ؟ فقال : تحيضى ستة ان لم تذكرى عادتك أو سبعة ان ذكرت أنها عادتك • الثالث : لعل عادتها كانت تختلف ، ففى بعض الشهور ستة وفى بعضها سبعة ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم « ستة فى شهر الستة وسبعة فى شهر السبعة » فتكون لفظة (أو) للتقسيم ، وبسطت الكلام فى هذا الحديث لأنه من الأحاديث التى عليها مدار كتاب الحيض وتدخل فى كل مصنفات الحيض ، والله أعلم •

(**فرع**) ذكر المصنف فى هذا الفصل حمنة بنت جحش وعطاء والأوزاعى ، والزبيرى ، فأما حمنة فبحاء مهملة مفتوحة ثم ميم ساكنة ثم نون ثم هاء وأبوها جحش بجيم مفتوحة ثم حاء مهملة ساكنة ثم شين معجمة وهى أخت زينب بنت جحش زوج النبى صلى الله عليه وسلم وأما عطاء فهو محمد عطاء بن أبى رباح ، واسم أبى رباح أسلم وعطاء من كبار أئمة التابعين فى الفقه والزهد والورع وغير ذلك وهو أحد شيوخنا فى سلسلة التفقه ، فهو شيخ ابن جريج الذى هو شيخ مسلم بن خالد الزنجى شيخ الشافعى

كما سبق بيانه فى مقدمة الكتاب • توفى عطاء رحمه الله سنة أربع عشرة ومائة وقيل : خمس عشرة وقيل سبع عشرة • وأما الأوزاعى فهو أبو عمر من كبار تابعى التابعين وأئمتهم البارعين كان امام أهل الشام فى زمنه أفتى فى سبعين ألف مسألة وقيل ثمانين ألفا توفى فى خلوته فى حمام [1] بيروت مستقبل القبلة متوسدا بيمينه سنة سبع وخمسين ومائة قيل : هو منسوب الى الأوزاع قرية كانت بخارج باب الفراديس من دمشق ، وقيل قبيلة من اليمن ، وقيل غير ذلك • وأما الزبيرى ، فهو من أصحابنا أصحاب الوجوه منسوب الى الزبير بن العوام أحد العشرة المشهود لهم بالجنة رضى الله عنه وهو أبو عبد الله الزبيرى بن أحمد بن سليمان بن عبد الله بن عاصم بن الزبير ابن العوام وللزبيرى كتب نفيسة وأحوال شريفة فهذه أحرف فى تعريف هذه الأسماء وقد بسطت أحوال أصحابها ومناقبهم فى تهذيب الأسماء وبالله التوفيق •

(فرع) قد ذكرنا أن أكثر الحيض خمسة عشر يوما وكذا أقل الطهر والمراد خمسة عشر بلياليها وهذا القيد لابد منه لتدخل الليلة الأولى •

(فرع) لو وجدنا امرأة تحيض أقل من يوم وليلة أو أكثر من خمسة عشر أو تطهر أقل من خمسة عشر ، واشتهرت عادتها كذلك متكررة ففيها ثلاثة أوجه حكاها امام الحرمين والغزالى وغيرهما ، (أحدها) : لا يعتبر حال هذه بل الحكم على ما عهد لأن بحث الأولين أوفى (والثانى) : يعتبر ليكون هذا حيضها وطهرها لأن الاعتماد على الوجود وقد حصل قال امام الحرمين : هذا قول طوائف من المحققين منهم الأستاذ أبو اسحق الاسفراينى والقاضى حسين •

(قلت) واختاره الدارمى فى الاستذكار وصاحب التتمة • (والثالث) :

---

(١) كان الاوزاعى يقسم حياته بعض العام لطلب العلم وتدريسه وبعضه للحج وبعضه للرباط وكان مرابطا فى ثغر بيروت حتى ادركته منيته وهو مرابط فى سبيل الله ، وله نظراء فى عهده مثل عبد الرحمن بن هرمز الاعرج وهو مدنى ولكنه كان يرابط فى ثغر الاسكندرية ووافته منيته وهو مرابط ولا يزال قبره وزاويته قرب ساحل البحر من الاسكندرية بحى زاوية الاعرج من شمال الاسكندرية فرضى الله عنهم أجمعين (ط) .

ان كان قدرا يوافق مذهب السلف الذين يقولون باعتماد الوجود اعتمدناه وعملنا به ، وان لم يوافق مذهب أحد لم يعتمد • قال امام الحرمين : والذى أختاره ولا أرى العدول عنه الاكتفاء بما استقرت عليه مذاهب الماضين من أئمتنا فى الأقل والأكثر ، فانا لو فتحنا باب اتباع الوجود فى كل ما يحدث وأخذنا فى تغيير ما يمهد تقليلا وتكثيرا لاختلطت الأبواب وظهر الاضطراب ، والوجه اتباع ما تقرر للعلماء الباحثين قبلنا • وذكر الرافعى نحو ما ذكره امام الحرمين ثم قال : فالأظهر أنه لا اعتبار بحال هذه المرأة • بل الاعتبار بما تقرر ، لأن احتمال عروض دم الفساد لهذه المرأة أقرب من انخرام العادة المستمرة •

قال : ويدل عليه الاجماع على أنها لو كانت تحيض يوما وتطهر يوما على الاستمرار لا يجعل كل نقاء طهرا مستقلا كاملا • قال : فهذا الوجه هو المذهب المعتمد وعليه تفريع الباب ، واختار الشيخ أبو عمرو بن الصلاح قول الأستاذ أبى اسحاق فقال : الصحيح اتباع ذلك فانه نص الشافعى ، نقله عنه صاحب التقريب فيه ، وناهيك اتقانا وتحقيقا واطلاعا ، وكأن الأصحاب لم يطلعوا على النص • قال : وفى المحيط للشيخ أبى محمد الجوينى عن الأستاذ أبى اسحاق قال : كانت امرأة تستفتينى باسفرايين وتقول : ان عادتها فى الطهر مستمرة على أربعة عشر يوما على الدوام فجعلت ذلك طهرها على الدوام •

(قلت) وهذا النص الذى نقله أبو عمرو واختاره موافق لما قدمته عن ابن جرير عن الربيع عن الشافعى ، فان ذلك النص وان كان مطلقا فهو محمول على هذه الصورة والله أعلم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى اقل الحيض والطهر واكثرهما

أجمع العلماء على أن أكثر الطهر لا حد له ، قال ابن جرير : وأجمعوا على أنها لو رأت الدم ساعة وانقطع لا يكون حيضا • وهذا الاجماع الذى ادعاه غير صحيح فان مذهب مالك أن أقل الحيض يكون دفعة فقط ، واختلفوا فيما سوى ذلك ، فمذهبنا المشهور أن أقل الحيض يوم وليلة وأكثره خمسة

عشر • قال ابن المنذر : وبه قال عطاء وأحمد وأبو ثور • وقال الثورى وأبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد : أكثر الحيض عشرة أيام وأقله ثلاثة أيام • قال : وبلغنى عن نساء الماجشون أنهن كن يحضن سبع عشرة • قال أحمد : أكثر ما سمعناه سبع عشرة • قال ابن المنذر وقال طائفة : ليس لأقل الحيض ولا لأكثره حد بالأيام ، بل الحيض اقبال الدم المنفصل عن دم الاستحاضة • والطهر ادباره ، وقال الثورى : أقل الطهر بين الحيضتين خمسة عشر يوما ، قال أبو ثور : وذلك مما لا يختلفون فيه فيما نعلم ، وأنكر أحمد واسحاق التحديد فى الطهر • قال أحمد : الطهر ما بين الحيضتين على ما يكون ، وقال اسحاق : توقيتهم الطهر بخمسة عشر باطل ، هـذا نقل ابن المنذر ، وحكى أصحابنا عن أبى يوسف أقل الحيض يومان وأكثره الثالث ، وعن مالك لأحد لأقله وقد يكون دفعة واحدة • وحكى الماوردى عن مالك ثلاث روايات فى أكثر الحيض (احداها) خمسة عشر ، (والثانية) سبعة عشر ، (والثالثة) غير محدود ، وعن مكحول أكثره سبعة أيام ، قال العبدرى : واختلف أصحاب مالك فى أقل الطهر ، فروى ابن القاسم أنه غير محدود وأنه ما يكون مثله طهرا فى العادة ، وروى عبد الملك بن الماجشون أنه خمسة أيام وقال سحنون : ثمانية أيام ، وقال غيره : عشرة أيام ، وقال محمد بن سلمة [1] : خمسة عشر وهو الذى يعتمده أصحابه البغداديون ، وقال أحمد فى رواية الأثرم وأبى طالب : أقل الطهر ثلاثة عشر يوما ، وقال الماوردى : قال أكثر العلماء : أقل الطهر خمسة عشر • وقال مالك : أقله عشرة ، وحكى ابن الصباغ عن يحيى بن أكثم بالثاء المثلثة أن أقل الطهر تسعة عشر يوما •

فأما أدلة هذه المذاهب فمنها مسألة الاجماع أن أكثر الطهر لا حد له ودليلها فى الاجماع ، ومن الاستقراء أن ذلك موجود مشاهد ، ومن أظرفه ما نقله القاضى أبو الطيب فى تعليقه قال : أخبرتنى امرأة عن أختها أنها تحيض فى كل سنة يوما وليلة ، وهى صحيحة تحبل وتلد ونفاسها أربعون يوما •

وأما أقل الحيض فاحتج لمن قال : أقله ثلاثة أيام بحديث أم سلمة رضى

(١) فى ش و ق محمد بن مسلمة بزيادة الميم والصواب ما ههنا (ط) •

الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم جاءته فاطمة بنت أبى حبيش رضى الله عنها ، فقالت : انى أستحاض فقال : « ليس ذلك الحيض انما هو عرق ، لتقعد أيام أقرائها ثم لتغتسل ولتصل » رواه أحمد بن حنبل ، قالوا : وأقل الأيام ثلاثة ، وبحديث واثلة بن الأسقع رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أقل الحيض ثلاثة أيام ، وأكثره عشرة أيام » رواه الدارقطنى ، وعن أبى أمامة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يكون الحيض أكثر من عشرة أيام ولا أقل من ثلاثة أيام » .

وعن أنس رضى الله عنه قال : « الحيض ثلاث ، أربع ، خمس ، ست ، سبع ، ثمان ، تسع ، عشر » قالوا : وأنس لا يقول هذا الا توقيفا . قالوا : ولأن هذا تقدير والتقدير لا يصح الا بتوقيف أو اتفاق ، وانما حصل الاتفاق على ثلاث ، واحتج أصحابنا بقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت أبى حبيش رضى الله عنها : « دم الحيض أسود يعرف ، فاذا كان ذاك فأمسكى عن الصلاة » رواه أبو داود وغيره بأسانيد صحيحة . قال أصحابنا : وهذه الصفة موجودة فى اليوم والليلة ، ولأن أقل الحيض غير محدود شرعا فوجب الرجوع فيه الى الوجود ، وقد ثبت الوجود فى يوم وليلة كما ذكره المصنف عن عطاء والأوزاعى والشافعى والزبيرى .

وروينا بالاسناد الصحيح فى سنن البيهقى عن الامام عبد الرحمن بن مهدى رحمه الله قال : كانت امرأة يقال لها أم العلا قالت : حيضتى منذ أيام الدهر يومان قال اسحاق بن راهويه : وصح لنا عن غير امرأة فى زماننا أنها قالت : حيضتى يومان وعن يزيد بن هرون قال : عندى امرأة تحيض يومين ، وروى فى هذا المعنى غير ما ذكرنا . قال أصحابنا ولا مجال للقياس فى هذه وأما الجواب عن حديث أيام أقرائها لو ثبت فمن وجهين : (أحدهما) ليس المراد بالأيام هنا الجمع بل الوقت (الثانى) أنها مستحاضة معتادة ردها الى الأيام التى اعتادتها ، ولا يلزم من هذا أن كل حيض لا ينقص عن ثلاثة أيام ، وأما حديث واثله وأبى أمامة وأنس فكلها ضعيفة متفق على ضعفها عند المحدثين ، وقد أوضح ضعفها الدارقطنى ثم البيهقى فى كتاب الخلافيات ثم السنن الكبيرة . وقولهم : التقدير لا يصح الا بتوقيف ، جوابه أن التوقيف

ثبت فيما ذكرناه لأن مداره على الوجود ، وقد ثبت ذلك على ما قدمناه . وأما من قال : أقل الحيض ساعة ، فاعتمدوا ظواهر النصوص المطلقة ، والقياس على النفاس ، واحتج أصحابنا بأن الاعتماد على الوجود ، ولم يثبت دون ما قلناه .

والجواب عن النصوص أنها مطلقة فتحمل على الوجود ، وعن النفاس أنه وجد لحظة ، فعملنا بالوجود فيهما ، وأما من قال أكثر الحيض عشرة ، فاحتجوا بحديث واثلة وأبى أمامة وأنس ؛ وكلها ضعيفة واهية كما سبق ، وليس لهم حديث ولا أثر يجوز الاحتجاج به . واحتج أصحابنا بما ثبت مستفيضا عن السلف من التابعين فمن بعدهم أن أكثر الحيض خمسة عشر ، وأنهم وجدوه كذلك عيانا ، وقد جمع البيهقى أكثر ذلك فى كتابه فى الخلافيات وفى السنن الكبير ، فممن رواه عنه عطاء والحسن وعبيد الله بن عمر ويحيى بن سعيد وربيعة وشريك والحسن بن صالح وعبد الرحمن ابن مهدى رحمهم الله .

وأما قول يحيى بن أكثم : أقل الطهر تسعة عشر ، فاستدل له ابن الصباغ قال : أكثر الحيض عنده عشرة ، والشهر يشتمل على حيض وطهر ، وقد يكون الشهر تسعة وعشرين منها عشرة للحيض والباقى طهر ، ودليلنا بثبوت الوجود فى خمسة عشر . وأما قوله : فبناه على أن أكثر الحيض عشر وقد بينا بطلانه ــ فان قيل روى اسحاق بن راهويه عن بعضهم أن امرأة من نساء الماجشون حاضت عشرين يوما ؛ وعن ميمون بن مهران أن بنت سعيد ابن جبير كانت تحته وكانت تحيض من السنة شهرين فجوابه بما أجاب به المصنف فى كتابه (النكت) أن هذين النقلين ضعيفان ، (فالأول) عن بعضهم وهو مجهول وقد أنكره بعضهم ، وقد أنكره الامام مالك بن أنس وغيره من علماء المدينة ، (والثانى) رواه الوليد بن مسلم عن رجل عن ميمون ، والرجل مجهول والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وفى الدم الذى تراه الحامل قولان ، احدهما : انه حيض لانه دم لا يمنعه الرضاع فلا يمنعه الحمل كالنفاس ، والثانى : انه دم فساد ، لانه لو كان ذلك حيضا لحرم الطلاق وتعلق به انقضاء العدة) .

(**الشرح**) يقال : الرضاع والرضاع بفتح الراء وكسرها فيهما ، وامرأة حامل وحاملة ، والأول أشهر وأفصح ، فان حملت على رأسها أو ظهرها فحاملة لا غير ، والدم مخفف الميم على اللغة المشهورة ، وفيه لغية شاذة بتشديدها .

(**أما حكم المسألة**) فاذا رأت الحامل دما يصلح أن يكون حيضا فقولان مشهوران قال صاحب الحاوى والمتولى والبغوى وغيرهم : الجديد أنه حيض ، والقديم : ليس بحيض ، واتفق الأصحاب على أن الصحيح أنه حيض ، فان قلنا ليس بحيض فهو دم فساد كما ذكر المصنف ، وهل يسمى استحاضة ؟ فيه خلاف سبق ، وسواء قلنا استحاضة أو دم فساد هو حدث ينقض الوضوء ، فان لم يستمر فهو كالبول ، فلها أن تصلى بالوضوء الواحد صلوات ، وان استمر فلها حكم الاستحاضة المستمرة وسيأتى بيانها فى آخر الباب ان شاء الله تعالى .

قال الدارمى فى الاستذكار : « اختلف أصحابنا فى محل القولين فمنهم من قال : هما اذا رأت الدم فى أيام عادتها وعلى صفة دم الحيض ، فان رأته فى غير أيام الحيض أو رأت صفرة أو كدرة فليس بحيض قولا واحدا ، ومنهم من قال : لا فرق ، بل الخلاف جار فى كل ما يجوز أن يكون حيضا لغير الحامل ، وقال أبو على ابن أبى هريرة : القولان اذا قلنا للحمل حكم ، فان قلنا : لا حكم له فهو حيض قولا واحدا ، وقال أبو اسحاق : القولان جاريان سواء قلنا له حكم أم لا ، قال : واختلفوا أيضا فمنهم من قال : القولان اذا مضى للحمل أربعون يوما وما رأته قبل ذلك حيض قولا واحدا ، ومنهم من قال : القولان فى الجميع ، هذا آخر كلام الدارمى وقال الشاشى : اذا قلنا : الحامل لا تحيض فمن متى ينقطع حيضها ؟ وجهان الصحيح بنفس العلوق ، والثانى : من وقت حركة الحمل .

(قلت) الصحيح المشهور جريان القولين بنفس العلوق ، وفى جميع الأحوال التى ذكرها الدارمى وأما قول المصنف : أحدهما أنه حيض لأنه دم الا يمنعه الرضاع ولا يمنعه الحمل كالنفاس فمعناه أن المرضع لا تحيض

غالبا وكذا الحامل ، فلو اتفق رؤية الدم فى حال الرضاع كان حيضا بالاتفاق فكذا فى حال الحمل فهما سواء فى الندور ، فينبغى أن يكونا سواء فى الحكم بأنهما حيض • وأما قوله : كالنفاس فمراده اذا ولدت ولدين بينهما دون ستة أشهر ورأت الدم بينهما وقلنا : انه نفاس ــ فهذه حامل ومرضع ودمها نفاس ، ومعناه أن النفاس لا يمنعه الرضاع والحمل ، والحيض لا يمنعه الرضاع، فينبغى أن لا يمنعه الحمل كما قلنا فى النفاس ، قال صاحب البيان فى مشكلات المهذب : مراده الاستدلال على أبى حنيفة رحمه الله لأنه يقول : دم الحامل ليس بحيض والدم بين الولدين نفاس ، فقاس على ما وافق عليه ، قال القلعى : وقوله : لا يمنعه الرضاع ليس باحتراز بل للدلالة على الحكم والتقريب من الأصل والله أعلم •

(**فرع**) اذا قلنا : دم الحامل حيض فقد ذكر المصنف أنه لا تنقضى به العدة وكذا قاله أصحابنا فى هذا الباب ، ونقل الغزالى والمتولى وغيرهما الاتفاق على هذا ، ومرادهم أن الحامل اذا كان عليها عدة واحدة وحملها لصاحب العدة وحاضت أدوارا فلا تنقضى بها العدة ولا يحسب شىء من الأطهار المعجلة قرءا ، أما اذا كان الحمل بحيث لا تنقضى به العدة بأن لا يكون لصاحب العدة مثل ان مات صبى عن زوجته أو فسخ نكاحه بعينه أو غيره بعد دخوله وامرأته حامل من الزنا أو تزوج الرجل حاملا من الزنا وطلقها بعد الدخول وهى ترى الدم على الأدوار ــ فان قلنا : الحامل تحيض ــ ففى انقضاء عدتها بهذه الأطهار المتخللة فى مدة الحمل وجهان مشهوران سيأتى ايضاحهما فى كتاب [1] العدد ان شاء الله تعالى •

ولو كان عليها عدتان بأن طلقها وهى حامل ثم وطئها بشبهة فوجبت العدة الثانية فهل تتداخل العدتان ؟ فيه خلاف معروف • فان قلنا : لا تتداخل كانت معتدة عن الطلاق ، فلو حاضت على الحمل فهل يحسب اطهارها فى الحمل عن عدة الشبهة ؟ فيه وجهان ، أصحهما : يحسب ، فعلى هذا يكون حيض الحامل مؤثرا فى انقضاء العدة ولا يحسن اطلاق القول بأنه لا تنقضى به العدة الا أن يقيد بما قيدناه به أولا والله أعلم •

---

(١) فنى عن البيان أن العدد حصتنا فى شرح المهذب (ط) •

(فـرع) اذا قلنا : دم الحامل حيض فانقطع ثم ولدت بعد انقطاعه بخمسة عشر يوما فصاعدا ، فلا شك فى كونه حيضا ، وان ولدت قبل مضى خمسة عشر ففى كونه حيضا وجهان مشهوران ، وقد ذكرهما المصنف فى فصل النفاس ، (أصحهما) بالاتفاق أنه حيض ، لأنه دم بصفة الحيض ، وانما يشترط أن يكون بين الدمين خمسة عشر اذا كانا دمى حيض ، ولهذا قال المصنف والأصحاب . أقل طهر فاصل بين الحيضتين خمسة عشر . قال المتولى : وعلى هذا لو رأت النفاس ستين يوما ثم انقطع ثم عاد الدم ، فان عاد بعد خمسة عشر فهو حيض ، وان عاد قبلها فهل يجعل الثانى حيضا ؟ فيه هذان الوجهان ، أحدهما : لا ، لنقصان ما بينهما عن طهر كامل ، وأصحهما : نعم لاختلافهما .

(فـرع) اذا قيل اذا جعلتم دم الحامل حيضا لم يبق وثوق بانقضاء العدة ، والاستبراء بالحيض لاحتمال الحيض على الحمل ، فالجواب أن الغالب أنها لا تحيض ، فاذا حاضت حصل ظن براءة الرحم ، وذلك كاف فى العدة والاستبراء ، فان بان خلافه على الندور عملنا بما بان والله أعلم .

(فـرع) فى مذاهب السلف فى حيض الحامل ، وقد ذكرنا أن الأصح عندنا أن الدم الذى تراه حيض . وبه قال قتادة ومالك والليث ، وقال ابن المسيب والحسن وعطاء ومحمد بن المنكدر وعكرمة وجابر بن زيد والشعبى ومكحول والزهرى والحكم وحماد والثورى والأوزاعى وأبو حنيفة وأبو يوسف وأحمد وأبو ثور وأبو عبيد وابن المنذر : ليس بحيض ، ودليل المذهبين فى الكتاب ، ومما يستدل به للصحيح فى كونه حيضا أنه دم بصفات دم الحيض وفى زمن امكانه ولأنه متردد بين كونه فسادا لعلة أو حيضا ، والأصل السلامة من العلة . وأما قول القائل الآخر : لو كان حيضا لا نقضت العدة به ففاسد ، لأن العدة لطلب براءة الرحم ، ولا تحصل البراءة بالأقراء مع وجود الحمل ، ولأن العدة تنقضى به فى بعض الصور كما سبق بيانه ، وأما قوله : لو كان حيضا لحرم الطلاق ، فجوابه أن تحريم طلاق الحائض انما كان لتطويل العدة ولا تطويل هنا ، لأن عدتها بالحمل والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان رات يوما دما (١) ويوما نقاء ، ولم يعبر الخمسة عشر [يوما] ففيه قولان (احدهما) لا يلفق [الدم] بل يجعل الجميع حيضا لانه لو كان ما راته من النقاء طهرا لانقضت العدة بثلاثة منها (والثانى) يلفق الطهر الى الطهر ، والدم الى الدم فيكون ايام النقاء طهرا وايام الدم حيضا لانه لو جاز ان يجعل ايام النقاء حيضا لجاز ان يجعل ايام الدم طهرا ، ولما لم يجز ان تجعل ايام الدم طهرا لم يجز ان تجعل ايام النقاء حيضا ، فوجب أن يجرى كل واحد منهما على حكمه) .

(الشرح) النقاء بالمد ، وقوله : يوما دما ويوما نقاء أحسن من قوله فى التنبيه يوما طهرا ويوما دما ، فكيف يسمى طهرا مع أنه حيض فى أحد القولين ؟ بل هو الأصح ، وقوله يوما أراد بليلته ليكون أقل الحيض تفريعا على المذهب كذا صرح به أصحابنا ، ولو رأت يوما بلا ليلة أو نصف يوم ففيه خلاف مرتب يأتى بيانه فى آخر الباب فى فصل التلفيق ان شاء الله تعالى، والأصح من هذين القولين عند جمهور الأصحاب أن الجميع حيض ، وهو نص الشافعى رحمه الله فى عامة كتبه ، وقد فرق المصنف مسألة التلفيق هذه فذكرها هنا مختصره وذكر فروعها فى آخر الباب ، وكان ينبغى أن يؤخرها كلها أو يجمع كل ما يتعلق بالتلفيق فى موضع واحد كما فعله الأصحاب ، وقد رأيت أن أؤخر شرح هذه المسألة الى هناك وبالله التوفيق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا رات المراة الدم لسن يجوز ان تحيض فيه امسكت عما تمسك عنه الحائض ، فان انقطع لدون اليوم والليلة كان ذلك دم فساد فتتوضا وتصلى ، وان انقطع ليوم وليلة او لخمسة عشر يوما او لما بينهما فهو حيض ، فتغتسل عند انقطاعه سواء كان الدم على صفة دم الحيض او على غير صفته ، وسواء كان لها عادة ، فخالف عادتها او لم تكن . وقال ابو سعيد الاصطخرى : ان رات الصفرة او الكدرة فى غير وقت العادة لم يكن حيضا ، لما روى عن ام عطية رضى الله عنها قالت : « كنا لا نعتد بالصفرة والكدرة بعد الغسل شيئا » ولانه ليس فيه امارة الحيض فلم يكن حيضا ، والمذهب انه حيض ، لانه دم صادف زمان الامكان ولم يجاوزه ، فاشبه اذا رات الصفرة او الكدرة فى ايام عادتها .

---

(١) وفى نسخة المهذب المطبوعة « فان رات يوما طهرا ويوما دما » (ط) .

وحديث ام عطية يعارضه ما روى عن عائشة رضى الله عنها انها قالت : « كنا نعد الصفرة والكدرة حيضا » وقوله : انه ليس فيه امارة غير مسلم ، بل وجوده فى أيام الحيض امارة ، لأن الظاهر من حالها الصحة والسلامة ، وان ذلك دم الجبلة دون العلة) .

(**الشرح**) حديث أم عطية صحيح ، رواه البخارى والدارمى وأبو داود والنسائى وغيرهم ، وهذا المذكور فى المهذب هو لفظ رواية الدارمى ، وفى رواية البخارى « كنا لا نعد الصفرة والكدرة شيئا » وفى رواية أبى داود « كنا لا نعد الصفرة والكدرة بعد الطهر شيئا » واسنادها اسناد صحيح على شرط البخارى ، ومما ينكر على المصنف قوله : روى عن أم عطية بصيغة التمريض مع أنه حديث صحيح وقد سبق التنبيه على أمثال هذا وروى البيهقى باسناد ضعفه عن عائشة رضى الله عنها قالت : « ما كنا نعد الصفرة والكدرة شيئا ونحن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم » وأما حديث عائشة رضى الله عنها المذكور فى الكتاب فلا أعلم من رواه بهذا اللفظ لكن صح عن عائشة رضى عنها قريب من معناه فروى مالك فى الموطأ عن عقبة بن أبى عقبة عن أمه مولاة عائشة قالت : « كانت النساء يبعثن الى عائشة رضى الله عنها بالدرجة [1] فيها الكرسف فيه الصفرة من دم الحيض فتقول لا تعجلن حتى ترين القصة البيضاء تريد بذلك الطهر من الحيضة » هذا لفظه فى الموطأ وذكره البخارى فى صحيحه تعليقا بصيغة جزم فصح هذا اللفظ عن عائشة رضى الله عنها والدرجة بضم الدال واسكان الراء وبالجيم وروى بكسر الدال وفتح الراء وهى خرقة أو قطنة أو نحو ذلك تدخله المرأة فرجها ثم تخرجه لتنظر هل بقى شىء من أثر الحيض أم لا ؟ وقولها القصة هى بفتح القاف وتشديد الصاد المهملة ، وهى الجص شبهت الرطوبة النقية الصافية بالجص فهذا موقوف على عائشة . وأما حديث أم عطية فهل هو موقوف ، أم مرفوع ؟ فيه خلاف قدمناه فى الفصول السابقة فى مقدمة الكتاب فيما اذا قال الصحابى : كنا نفعل كذا وأوضحنا المذاهب فيه .

---

(١) الدرجة هى شىء يدرج فيدخل فى حياء الناقة ودبرها وتترك أياما مشدودة العين والانف فيأخذها غم كغم المخاض ثم يحلون الرباط فيخرج ذلك منها ويلتطخ به ولد غيرها فتظن أنه ولدها فترامه فشبهوا الخرقة تحتشى بها الحائض بدرجة الناقة ، وقد ضبط بعضهم الدرجة على وزن منبة كالباجى وغيره وخطأهم صاحب القاموس (ط) .

واسم أم عطية : نسيبة بضم النون وفتح السين واسكان الياء وقيل بفتح النون وكسر السين وهى نسيبة بنت كعب وقيل : بنت الحارث أنصارية بصرية كانت تغزو مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت غاسلة للميتات وذكرت جملة من أحوالها فى تهذيب الأسماء • وأما أبو سعيد الاصطخرى فبكسر الهمزة وقيل يجوز بفتحها وهى همزة قطع ، ويجوز تخفيفها كهمزة الأرض ونحوها ، منسوب الى اصطخر المدينة المعروفة ، واسمه الحسن بن أحمد ولد سنة أربع وأربعين ومائتين وتوفى سنة ثمان وعشرين وثلاثمائة وكان من كبار أصحابنا وأئمتهم وعبادهم وأخيارهم وله أحوال جميلة وكتب نفيسه وذكرت جملة من أحواله فى التهذيب والطبقات • وقوله : دم الجبلة بكسر الجيم وتشديد اللام أى الخلقة ومعناه دم الحيض المعتاد الذى يكون فى حال السلامة ، وليس هو دم العلة الذى هو دم الاستحاضة ، وأما الصفرة والكدرة فقال الشيخ أبو حامد فى تعليقته : هما ماء أصفر وماء كدر وليسا بدم • وقال امام الحرمين : هما شىء كالصديد يعلوه صفرة وكدرة ليسا على لون شىء من الدماء القوية ولا الضعيفة •

(أما الأحكام) فقال أصحابنا رحمهم الله : اذا رأت المرأة الدم لزمان ــ يصح أن يكون حيضا بأن يكون لها تسع سنين فأكثر ولم يكن عليها بقية طهر ولا هى حامل أو حائل وقلنا بالصحيح : انها تحيض ــ أمسكت عن الصوم والصلاة والقرآن والمسجد والوطء وغير ذلك مما تمسك عنه الحائض ، لأن الظاهر أنه حيض ، وهذا الامساك واجب على الصحيح المشهور وبه قطع الأصحاب فى كل الطرق الا صاحبى الحاوى والتهذيب فحكيا وجها شاذا • قال صاحب الحاوى : هو قول ابن سريج أنه لا يجوز للمبتدأة أن تمسك بل يجب عليها أن تصلى مع رؤية الدم ، فان انقطع لدون يوم وليلة ، كانت الصلاة واجبة عليها وأجزأها ما صلت وان استدام يوما وليلة تركت الصلاة حينئذ لأن الدم الذى رأته يجوز أن يكون حيضا ويجوز أن يكون دم فساد ، فلا يجوز ترك الصلاة بالشك • قال صاحب الحاوى : وهذا الوجه فاسد من وجهين (أحدهما) أن المعتادة اذا فاتحها الدم تمسك (والثانى) المعتادة اذا جاوز الدم عادتها تمسك وان كان هذا الاحتمال موجودا ، وانما أمرناها بالامساك لأن الظاهر أنه حيض وهذا المعنى موجود فى المبتدأة قال :

فبطل قول ابن سريج ، والتفريع بعد هذا على المذهب وهو وجوب الامساك.

قال أصحابنا : فاذا أمسكت فانقطع الدم لدون يوم وليلة تبينا أنه دم فساد ، فتقضى الصلاة بالوضوء ولا غسل . فان كانت صامت فى ذلك اليوم فصومها صحيح ، وان انقطع ليوم وليلة أو خمسة عشر أو لما بينهما فهو حيض سواء كان أسود أو أحمر وسواء كانت مبتدأة أو معتادة وافق عادتها أو خالفها بزيادة أو نقص أو تقدم أو تأخر ، وسواء كان الدم كله بلون واحد أو بعضه أسود وبعضه أحمر ، وسواء تقدم الأسود أو الأحمر ، ولا خلاف فى شيء من هذا الا وجهين شاذين ضعيفين . (أحدهما) : حكاه صاحب الحاوى أنها كانت مبتدأة ورأت دما أحمر لا يكون حيضا لضعفه بل هو دم فساد ، ووافق هذا القائل على أنها لو رأت الأحمر وهى معتادة كان حيضا . (والوجه الآخر) حكاه البغوى وغيره : أنها اذا رأت أحمر وأسود وتقدم الأحمر كان الحيض هو الأسود وحده ان أمكن جعله حيضا ، قال هذا القائل : ولو رأت خمسة حمرة ثم خمسة سوادا ثم خمسة حمرة كان الأحمر الأول دم فساد والأحمر والأسود بعده حيضا . وسنوضح هذه المسألة فى فصل المميزة ان شاء الله تعالى ، أما اذا كان الذى رأته صفرة أو كدرة فقد قال الشافعى فى مختصر المزنى رحمه الله : الصفرة والكدرة فى أيام الحيض حيض .

واختلف الأصحاب فى ذلك على ستة أوجه الصحيح المشهور الذى قاله أبو العباس بن سريج وأبو اسحق المروزى وجماهير أصحابنا المتقدمين والمتأخرين أن الصفرة والكدرة فى زمن الامكان ، وهو خمسة عشر يكونان حيضا ، سواء كانت مبتدأة أو معتادة خالف عادتها أو وافقها ، كما لو كان أسود أو أحمر وانقطع لخمسة عشر . (والوجه الثانى) : قول أبى سعيد الاصطخرى وأبى العباس بن القاص ان الصفرة والكدرة فى أيام العادة حيض وليست فى غير أيام العادة حيضا فان رأت الصفرة والكدرة مبتدأة أو معتادة فى غير أيام العادة فليست بحيض ، وان رأتها معتادة فهى فى أيام العادة حيض . (والوجه الثالث) قول أبى على الطبرى وغيره من أصحابنا أنه ان تقدم الصفرة والكدرة دم قوى أسود أو أحمر ولو بعض يوم ، كانت حيضا فى الخمسة عشر ، وان لم يتقدمها شيء لم يكن حيضا على انفرادها .

وحكى صاحب الشامل وغيره هذا عن حكاية أبى على ابن أبى هريرة عن بعض أصحابنا (والرابع) حكاه السرخسى فى الأمالى والمتولى والبغوى وآخرون من الخراسانيين أنه ان تقدم على الصفرة دم قوى يوما وليلة كان حيضا تبعا للقوى • وان تقدمها دون يوم وليلة فليست حيضا (والخامس) حكاه ابن كج والسرخسى ان تقدمها دم قوى ولحقها دم قوى كانت حيضا والا كانت كالنقاء (والسادس) حكاه السرخسى ان تقدمها دم قوى يوما وليلة ولحقها دم قوى يوما وليلة كانت حيضا والا فلا •

وقد نقل الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى وامام الحرمين والبغوى والرافعى وآخرون اتفاق الأصحاب على أن الصفرة والكدرة فى أيام العادة تكون حيضا ، وهذا الذى نقلوه مخالف لما قدمناه من الخلاف فى اشتراط تقدم الأسود فانه جار فى أيام العادة ، وقد صرح به صاحب التتمة وغيره : قال أصحابنا المصنفون : ومأخذ الخلاف بين الاصطخرى والجمهور اختلافهم فى مراد الشافعى بقوله : الصفرة والكدرة فى أيام الحيض حيض • فالاصطخرى يقول : معناه فى أيام العادة ، والجمهور يقولون : فى أيام الامكان • قال الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وآخرون : قال أبو اسحاق المروزى : كنت أقول مراد الشافعى فى أيام العادة حتى رأيته قال فى كتاب العدة : (والصفرة والكدرة فى أيام الحيض حيض ، والمبتدأة والمعتادة فى ذلك سواء) فلما قال : هما سواء علمت أنه لم يعتبر أيام العادة •

ثم قال الجمهور من أصحابنا فى الطرق كلها لا فرق فى جريان الخلاف المذكور بين المبتدأة والمعتادة ، وذكر امام الحرمين والغزالى — وجهين — أصحهما هذا والعبارة عنه أن حكم مرد المبتدأة وهو يوم وليلة أو ست أو سبع حكم ما وراء العادة ، والوجه الثانى حكم مردها حكم أيام العادة • قال امام الحرمين : هذا الوجه غير مرضى والله أعلم •

(**فرع**) اعلم أن مسائل الصفرة مما يعم وقوعه وتكثر الحاجة اليه ، ويعظم الانتفاع به فنوضح أصلحها مختصرة • قال أصحابنا رحمهم الله : اذا رأت المبتدأة خمسة عشر يوما أو يوما وليلة ، أو ما بينهما صفرة أو كدرة ،

فعلى المذهب وقول الجمهور الجميع حيض ، وعلى الأوجه الخمسة الباقية ليس بحيض فتتوضأ وتصلى ولها حكم الطاهرات ولو رأت أياما سوادا ثم صفرة ، ولم يجاوز الخمسة عشر ، فعلى المذهب الجميع حيض وعند الاصطخرى الأسود حيض ، والباقى طهر ولا يخفى قياس الباقين • ولو رأت نصف يوم سودا ثم أياما صفرة فعلى المذهب الجميع حيض وعند الاصطخرى كله دم فساد • ولو رأت خمسة صفرة ثم خمسة سودا ثم انقطع فعند الاصطخرى حيضها السواد وعلى المذهب حكمها حكم من رأت خمسة حمرة ثم خمسة سوادا ، وفيها ثلاثة أوجه يأتى بيانها ان شاء الله تعالى ، أصحها الجميع حيض ، والثانى الأسود حيض والصفرة دم فساد ولو رأت خمسة صفرة ثم خمسة عشر سوادا ، فعند الاصطخرى : حيضها السواد وعلى المذهب فيه ثلاثة أوجه (أحدها) : حيضها حيض المبتدأة من أول الأصفر يوم وليلة أو ست أو سبع (والثانى) : حيضها السواد (والثالث) : حيضها الصفرة لسبقها وتعذر الجمع وهذا ضعيف ، وسيأتى ايضاح هذه الأوجه فى فصل المميزة ان شاء الله تعالى •

ولو رأت خمسة صفرة ثم ستة عشر سوادا فعند الاصطخرى حيضها حيض المبتدأة من أول الأسود وعلى المذهب : حيضها حيض المبتدأة من أول الصفرة الا على الوجه الثالث فى المسألة قبلها ، فان حيضها الصفرة • ولو رأت خمسة سوادا ثم خمسة حمرة ثم خمسة صفرة ، فعند الاصطخرى حيضها عشرة السواد والحمرة ، وعلى المذهب : حيضها الخمسة عشر ، ولو رأت خمسة حمرة ثم خمسة صفرة ثم خمسة سوادا ، فعلى المذهب لها حكم من رأت عشرة حمرة ثم خمسة سوادا ، وفيها الأوجه الثلاثة الأصح الجميع حيض والثانى الحيض الأسود ، والثالث فاقدة التمييز وعند الاصطخرى الحمرة والسواد حيض وفى الصفرة بينهما القولان فى النقاء المتخلل بين الدمين ، هكذا ذكره البغوى وغيره هذا كله فى المبتدأة •

أما المعتادة فاذا كانت عادتها خمسة أيام من كل شهر فرأت خمسة سوادا ثم خمسة صفرة ، فعلى المذهب الجميع حيض ، وعند الاصطخرى حيضها الأسود ، ولو رأت خمسة سوادا ثم طهرت خمسة عشر ثم رأت خمسة صفرة

فعلى المذهب الصفرة حيض ثان وبينه وبين السواد طهر كامل ، وعند الاصطخرى الصفرة دم فساد ، لأنها ليست فى أيام العادة ، ولو كان عادتها عشرة من أول الشهر ، فرأت خمسة سوادا ثم عشرة صفرة وانقطع ، فعلى المذهب الجميع حيض لأنه فى مدة الامكان ، وعند الاصطخرى ، قال صاحب الحاوى حيضها عشرة ، خمسة السواد مع خمسة من أول الصفرة ، وهذا ظاهر ، ولو كان عادتها خمسة فرأت خمسة سوادا ثم خمسة صفرة ، ثم خمسة حمرة أو سوادا وانقطع ، فعند الاصطخرى السواد والحمرة حيض ، وفى الصفرة بينهما القولان فى النقاء بين الدمين ، وأما على المذهب فاختلفوا فيه ، فقال الشيخ أبو حامد والمحاملى فى المجموع والتجريد : قال ابن سريج : السواد والحمرة حيض ، وفى الصفرة القولان فى النقاء كما قال الاصطخرى قالا : قال أبو العباس والفرق بين هذه المسألة وباقى المسائل حيث حكمنا بأن الصفرة فى مدة الامكان حيض اذا تأخرت عن السواد أن العادة فى الحيض أن يكون فى أوله قويا أسود ثخينا ثم يرق فيحمر ثم يصفر ثم ينقطع فتكون الصفرة من بقايا الحيض فحكم بأنها حيض • وأما هنا فهذه الصفرة يعقبها حمرة ، فعلمنا أنه ليست بقية حيض لأنه لا يضعف ثم يقوى ، وانما اصفر لأنه انقطع فكان نقاء بين حيضتين • هكذا نقل أبو حامد والمحاملى عن ابن سريج ولم يخالفاه بل قرراه • وحكى صاحب الشامل هذا عن أبى حامد ، وأنكره وقال هذا لا يجىء على مذهب الشافعى ولا مذهب ابن سريج ، لأن عندهما الصفرة فى زمن الامكان حيض ، وانما يجىء على قول الاصطخرى ، وذكر صاحب البحر نحو قول صاحب الشامل وقال صاحب الحاوى والقاضى أبو الطيب وصاحب التتمة : المذهب أن الجميع حيض • وهذا هو الصواب والله أعلم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى الصفرة والكدرة •

قد ذكرنا أن الصحيح فى مذهبنا أنهما فى زمن الامكان حيض ولا تتقيد بالعادة ، ونقله صاحب الشامل عن ربيعة ومالك وسفيان والأوزاعى وأبى حنيفة ومحمد وأحمد واسحاق • وقال أبو يوسف : الصفرة حيض والكدرة ليست بحيض الا أن يتقدمها دم • وقال أبو ثور : ان تقدمها دم فهما حيض والا فلا ، قال : واختاره ابن المنذر وحكى العبدرى عن أكثر الفقهاء أنهما

حيض فى مدة الامكان ، وخالفه البغوى فقال : قال ابن المسيب وعطاء والثورى والأوزاعى وأحمد وأكثر الفقهاء : لا تكون الصفرة والكدرة فى غير أيام الحيض حيضا ، ومدار أدلة الجميع على الحديثين المذكورين فى الكتاب ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان عبر الدم الخمسة عشر فقد اختلط حيضها بالاستحاضة ، فلا يخلو اما ان تكون مبتداة غير مميزة ، او مبتداة مميزة ، او معتادة غير مميزة ، او معتادة مميزة أو ناسية غير مميزة ، او ناسية مميزة ، فان كانت مبتداة غير مميزة وهى التى بدأ بها الدم وعبر الخمسة عشر والدم على صفة واحدة ففيها قولان (احدهما) : تحيض أقل الحيض لانه يقين وما زاد مشكوك فيه فلا يحكم بكونه حيضا ، (والثانى) : ترد الى غالب عادة النساء وهو ست او سبع ، وهو الاصح لقوله صلى الله عليه وسلم لحمنة بنت جحش : ((تحيضى فى علم الله ستة أيام أو سبعة ايام كما تحيض النساء ويطهرن ميقات حيضهن وطهرهن)). ولانه لو كان لها عادة ردت اليها لان [الظاهر أن] حيضها فى هذا الشهر كحيضها فيما تقدم فاذا لم يكن لها عادة فالظاهر ان حيضها كحيض نسائها ولداتها فردت اليها ، والى أى عادة ترد ؟ فيه وجهان (احدهما) : الى غالب عادة النساء لحديث حمنة (والثانى) : الى عادة نساء بلدها وقومها لأنها أقرب اليهن ، فان استمر بها الدم فى الشهر الثانى اغتسلت عند انقضاء اليوم والليلة فى احد القولين وعند انقضاء الست او السبع فى الآخر ، لانا قد علمنا بالشهر الأول انها مستحاضة ، وان حكمها ما ذكرناه فتصلى وتصوم ولا تقضى الصلاة وأما الصوم ، فلا تقضى ما يأتى به بعد الخمسة عشر ، وفيما تأتى به قبل الخمسة عشر وجهان (احدهما) : تقضيه لجواز ان يكون صادف زمان الحيض فلزمها قضاؤه كالناسية (والثانى) : لا تقضى وهو الاصح لأنها صامت فى زمان حكمنا بالطهر فيه بخلاف الناسية فانه (١) لم يحكم لها بحيض ولا طهر) .

(الشرح) حديث حمنة صحيح سبق بيانه مع بيان اسمها ، وبيان الاختلاف فى أنها كانت مبتدأة أو معتادة ، والمبتدأة بهمزة مفتوحة بعد الدال ، وهى التى ابتدأها الدم ولم تكن رأته ، والمميزة بكسر الياء فاعلة من التمييز ، وقوله : كحيض نسائها ولداتها ، هو بكسر اللام وتخفيف الدال المهملة وبالتاء المثناة فوق ، ومعناه أقرانها .

---

(١) فى المطبوعة من المهذب (فانا لم نحكم لها بحيض ولا طهر) « ط » .

(واما احكام المسالة)فلما فرغ المصنف من حكم الحائض اذا لم يجاوز دمها أكثر الحيض انتقل الى بيان حكم المستحاضات ، وهن من جاوز دمهن أكثر الحيض ، واختلط الحيض والطهر ، وهن منقسمات الى هذه الأقسام التى ذكرها (احداهن) المبتدأة وهى التى ابتدأها الدم لزمان الامكان وجاوز خمسة عشر ، وهو على لون أو على لونين ، ولكن فقد شرط من شروط التمييز التى يأتى ذكرها ان شاء الله تعالى ، ففيها قولان مشهوران نص عليهما الشافعى رحمه الله فى الأم فى باب المستحاضة • (أحدهما) : حيضها يوم وليلة من أول الدم ، (والثانى) : ست أو سبع ، ودليلهما فى الكتاب •

واختلفوا فى أصحهما فصحح المصنف والشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب فى كتابه المستخلص ، وسليم الرازى فى رءوس المسائل والرويانى فى الحلية والشاشى وصاحب البيان قول الست أو السبع ، وصحح الجمهور فى الطريقين قول اليوم والليلة ، وممن صححه القاضى أبو حامد فى جامعه والشيخ أبو محمد الجوينى والغزالى فى الخلاصة والشيخ نصر المقدسى والبغوى والرافعى وآخرون • وقطع به جماعات من أصحاب المختصرات منهم ابن القاص فى المفتاح والتلخيص ، وأبو عبد الله الزبيرى فى الكافى وباب الحيض فى آخر كتابه ، وله اصطلاح غريب فى ترتيب كتابه ، وأبو الحسن ابن خيران فى كتابه اللطيف ، وسليم الرازى فى الكفاية ، والمحاملى فى المقنع والشيخ نصر فى الكافى وآخرون ، وهو نص الشافعى فى البويطى ومختصر المزنى ، واختاره ابن سريج وعلى القولين ابتداء حيضها من أول رؤية الدم •

قال أصحابنا : فاذا قلنا حيضها ست أو سبع فباقى الشهر طهر وهو تمام الدور وهو ثلاثون يوما ، وهكذا يكون دورها أبدا ثلاثين ، منها ستة أو سبعة حيض والباقى طهر ، وان قلنا حيضها يوم وليلة ، ففى طهرها ثلاثة أوجه ، هكذا حكاها امام الحرمين والغزالى وجماعات من الخراسانيين أوجها، وحكاها الشيخ أبو محمد فى الفروق أقوالا أصحها وأشهرها أنه تسعة وعشرون يوما تمام الشهر ، وبه قطع الشيخ أبو حامد والعراقيون وجماعات من الخراسانيين ، وصححه شيخهم القفال لأن الغالب أن الدور ثلاثون •

فاذا ثبت للحيض يوم وليلة تعين الباقى للطهر ، ولأن الرد الى يوم وليلة فى الحيض انما كان للاحتياط • فالاحتياط فى الطهر أن يكون باقى الشهر ، والوجه الثانى : أن الطهر خمسة عشر يوما فيكون دورها ستة عشر يوما أبدا منها يوم وليلة حيض وخمسة عشر طهر لأنها ردت الى أقل الحيض وترد الى أقل الطهر ، وهذا الوجه مشهور عند الخراسانيين ، ونقله القاضى حسين والمتولى والبغوى وآخرون عن نصه فى البويطى ، وكذا رأيته أنا فى البويطى نصا صريحا لا يحتمل التأويل ، وهذا فى غاية الضعف • قال امام الحرمين : هذا الوجه اتباع لفظ واعراض عن المعنى ، لأن الرد الى أقل الحيض انما كان لتكثر صلاتها ، فاذا ردت الى أقل الطهر عاجلها الحيض فقلت صلاتها • والوجه الثالث : ترد الى غالب الطهر واختاره الشيخ أبو محمد الجوينى وقال انه المشهور من نص الشافعى ، ودليله أن مقتضى الدليل الرد الى الغالب ، خالفنا فى الحيض للاحتياط وليس فى أقل الطهر احتياط فبقيناه على مقتضى الدليل ، فعلى هذا يرد الى الغالب من غالب الطهر وهو ثلاثة وعشرون أو أربعة وعشرون ولا يتعين أحدهما ، هكذا صرح به الشيخ أبو محمد فى كتابه الفروق ، وامام الحرمين والغزالى فى البسيط والرافعى وآخرون وقال الغزالى فى الوسيط : على هذا ترد الى أربعة وعشرين لأنه أحوط • ونقله امام الحرمين عن والده أبى محمد ، والأول أصح والله أعلم •

قال أصحابنا العراقيون والمتولى : واذا قلنا ترد الى ست أو سبع فهل ذلك على سبيل التخيير ؟ فيه وجهان مشهوران عندهم ، وحكاهما القاضى أبو الطيب والمحاملى والشيخ نصر فى الانتخاب وغيرهم عن ابن سريج ، أحدهما : أنه للتخيير بين الست والسبع ، فان شاءت جعلت حيضها ستا ، وان شاءت سبعا لأن كل واحد منهما عادة وبهذا قطع الجرجانى فى البلغة ، واختاره ابن الصباغ ونقله القاضى أبو الطيب وغيره عن أبى اسحاق المروزى قال الرافعى : وزعم الحناطى أنه الأصح لظاهر الحديث ، (والوجه الثانى) أنه ليس للتخيير بل للتقسيم ، فان كانت عادة النساء ستا فحيضها ست وان كانت سبعا فسبع ، وهذا هو الصحيح وبه قطع جمهور الخراسانيين وصححه العراقيون والمتولى • قال امام الحرمين : تخيل التخيير محال ؛ فعلى هذا فى النساء المعتبرات أربعة أوجه (أحدها) : نساء زمانها فى الدنيا كلها

لظاهر حديث حمنة حكاه المصنف وآخرون • (والثانى) : نساء بلدها وناحيتها • (والثالث) : نساء عصبتها خاصة ، حكاه الرويانى والرافعى كالمهر (والرابع) وهو الأصح باتفاق الأصحاب : نساء قراباتها من جهة الأب والأم جميعا ، هكذا صرح به الصيدلانى وامام الحرمين والبغوى ، وبهذا الوجه قطع البغوى وجماعات • ونقله امام الحرمين عن الأكثرين ، فعلى هذا ان لم يكن لها نساء عشيرة اعتبر نساء بلدها لأنها أقرب اليهن ، كذا صرح به البغوى والمتولى ، ثم ان كان عادة النساء المعتبرات ستا فحيض هذه ست ، وان كانت سبعا فسبع ، وان كانت دون ست أو فوق سبع فوجهان حكاهما البغوى وغيره أصحهما ترد الى الست ان كانت عادتهن دونها والى السبع ان كانت فوقها ، لأنه أقرب الى الحديث وبهذا قطع الفورانى وامام الحرمين والغزالى وغيرهم • وادعى الغزالى فى البسيط اتفاق الأصحاب عليه ، (والثانى) : ترد الى عادتهن زادت أو نقصت • قال البغوى : وهذا أقيس لأن الاعتبار بالنساء •

ولو كان بعضهن يحضن ستا وبعضهن يحضن سبعا فقال امام الحرمين وآخرون : ترد الى الست ، وقال البغوى والرافعى : ان استوى البعضان فالى الست ، والا فالاعتبار بغالب النسوة ، ولو حاض بعضهن فوق سبع وبعضهن دون ست فحيضها الست هذا بيان مرد المبتدأة • ثم ما حكم بأنه حيض من يوم وليلة أو ست أو سبع فلها فيه حكم الحائض فى كل شىء • وما فوق الخمسة عشر لها فيه حكم الطاهرات فى كل شىء • وأما ما بين المرد والخمسة عشر ففيه قولان مشهوران فى جميع كتب الأصحاب من العراقيين والخراسانيين وحكاهما صاحب الحاوى عن الأم ونقله المصنف وشيخه القاضى أبو الطيب وجهين وأنكر ذلك عليهما ، أصحهما باتفاق الأصحاب أن لها فيه حكم الطاهرات فى كل شىء فيصح صومها وصلاتها وطوافها ، وتحل لها القراءة ومس المصحف والجماع ، ولا يلزمها قضاء الصوم والصلاة وغيرهما مما تفعله فيه ، ويصح قضاء ما تقضيه فيه من صلاة وصوم وطواف وغيرها ، لأن هذه فائدة الحكم بأن اليوم والليلة أو الست أو السبع حيض ليكون الباقى طهرا ، وقياسا على المميزة والمعتادة ، فان ما سوى أيام تمييزها وعادتها يكون طهرا بلا خلاف ، فكذا المبتدأة •

والثانى : أنها تؤمر فى هذه المدة بالاحتياط الذى تؤمر به المتحيرة كما سيأتى ان شاء الله تعالى ، فتغتسل لكل صلاة وتصلى وتصوم ولا تقرأ القرآن ولا توطأ ، ويلزمها قضاء الصوم الذى أدته فى هذه الأيام ولا تقضى الصلوات المؤديات فيها بلا خلاف ، كذا صرح به الأصحاب . ونقل الاتفاق عليه الرافعى وغيره ، قالوا : ولا يجىء فيه الخلاف فى قضاء صلاة المتحيرة ، ودليل هذا القول أن هذا الزمان يحتمل أنه طهر وأنه حيض ، فأشبهت المتحيرة ، والمذهب الأول . ثم ظاهر كلام الجمهور أنها اذا ردت الى ست أو سبع كان ذلك حيضا بيقين وفيما وراءه القولان . وقال المتولى : يوم وليلة من أول الست والسبع حيض بيقين ، وفيما بعده الى تمام ست أو سبع القولان (أحدهما) : أنه حيض بيقين ، (والثانى) : أنه حيض مشكوك فيه فيحتاط فيه فتغتسل وتقضى صلواته والصواب الأول .

قال أصحابنا : فاذا رددنا المبتدأة الى يوم وليلة فلها ثلاثة أحوال ، حال طهر بيقين وهو ما بعد الخمسة عشر الى آخر الشهر ، وحال حيض بيقين ، وهو اليوم والليلة ، وحال طهر مشكوك فيه ، وهو ما بعد يوم وليلة الى آخر خمسة عشر ، وان رددناها الى ست أو سبع فلها أربعة أحوال ، حال طهر بيقين ، وهو ما بعد الخمسة عشر الى آخر الشهر ،وحال حيض بيقين وهو اليوم والليلة ، وحال حيض مشكوك فيه وهو ما بعد يوم وليلة الى آخر ست أو سبع ، وحال طهر مشكوك فيه وهو ما بعد ست أو سبع الى آخر الخمسة عشر والله أعلم .

(**فرع**) قال أصحابنا رحمهم الله : اذا رأت المبتدأة الدم فى أول أمرها أمسكت عن الصوم والصلاة وغيرهما مما تمسك عنه الحائض رجاء أن ينقطع على خمسة عشر يوما فما دونها فيكون كله حيضا . فاذا استمر وجاوز الخمسة عشر علمنا أنها مستحاضة ، وفى مردها القولان ، فاذا استمر بها الدم فى الشهر الثانى وجب عليها الغسل عند انقضاء المرد ، وهو يوم وليلة أو ست أو سبع ، ولا تمسك الى آخر الخمسة عشر ، لأنا علمنا بالشهر الأول أنها مستحاضة ، فالظاهر أن حالها فى هذا الشهر كحالها فى الأول ، وهكذا حكم الشهر الثالث وما بعده . ومتى انقطع الدم فى بعض الشهور

لخمسة عشر فما دونها تبينا أن جميع الدم فى ذلك الشهر حيض ، فيتدارك ما ينبغى تداركه من صوم وغيره مما فعلته بعد المرد وتبينا أن غسلها بعد المرد لم يصح لوقوعه فى الحيض ولا اثم عليها فيما فعلته بعد المرد من صوم وصلاة وغيرهما لأنها معذورة •

قال أصحابنا : وتثبت الاستحاضة بمرة واحدة بلا خلاف ، ولا يجىء فيها الخلاف المعروف فى ثبوت العادة فى قدر الحيض بمرة واحدة ، ونقل امام الحرمين والغزالى وغيرهما العادة فى باب الحيض أربعة أقسام :

(أحدها) : ما يثبت فيه بمرة واحدة بلا خلاف وهو الاستحاضة لأنها علة مزمنة فاذا وقعت فالظاهر دوامها ويبعد زوالها ، وسواء فى هذا المبتدأة والمعتادة والمميزة •

(الثانى) : ما تثبت فيه العادة بمرتين ، وفى ثبوته بمرة واحدة وجهان الأصح الثبوت وهو قدر الحيض •

(الثالث) : لا تثبت بمرة ولا مرات على الأصح وهو التوقف بسبب تقطع الدم اذا كانت ترى يوما دما ويوما نقاء ، كما سيأتى ايضاحه فى موضعه ان شاء الله تعالى •

(الرابع) : لا تثبت العادة فيه بمرة ولا مرات متكررات بلا خلاف ، وهى المستحاضة اذا انقطع دمها فرأت يوما دما ويوما نقاء ، واستمرت لها أدوار هكذا ثم أطبق الدم على لون واحد ، فانه لا يلتقط لها قدر أيام الدم بلا خلاف وان قلنا باللقط لو لم يطبق الدم ، قالوا : وكذا لو ولدت مرات ولم تر نفاسا أصلا ، ثم ولدت وأطبق الدم وجاوز ستين يوما لم يصر عدم النفاس عادة بلا خلاف ، بل هذه مبتدأة فى النفاس والله أعلم •

(فرع) اذا لم تعرف المبتدأة وقت ابتداء دمها ، فحكمها حكم المتحيرة ذكره الرافعى وهو ظاهر •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى المبتدأة ، حكى العبدرى عن زفر : ترد

الى يوم وليلة وهى رواية عـن أحمـد ، وقال عطاء والأوزاعى والثورى واسحاق : الى ست أو سبع ؛ وهى رواية عن أحمد ، وعن أبى حنيفة : الى أكثر الحيض عنده وهو عشرة أيام ، وعن أبى يوسف : ترد فى اعادة الصلاة الى ثلاثة أيام ، وهو أقـل الحيض عنـده ، وفى الوطء الى أكثره احتياطا للأمرين ، وعن مالك رواية خمسة عشر يوما ، ورواية كأقرانها ، وعن داود الى خمسة عشر ، ودلائلها تعرف مما سبق والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كانت مبتداة مميزة وهى التى بدا بها الدم وعبر الخمسة عشر ودمها فى بعض الأيام بصفة دم الحيض وهو المحتدم القانىء الذى يضرب الى السواد ، وفى بعضـها احمر مشرق او اصـفر ، فان حيضها أيام السـواد بشرطين : (احدهما) الا ينقص الأسـود عن يوم وليلة . (والثـانى) الا يزيد على اكثره ، والدليل عليه ما روى ان فاطمة بنت ابى حبيش رضى الله عنها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم : انى استحاض افادع الصلاة ؟ فقال صلى الله عليه وسلم « ان دم الحيض اسود يعرف ، فاذا كان ذلك فامسكى عن الصـلاة واذا كان الآخر فتوضئى وصلى فانما هو عرق » ولأنه خارج يوجب الغسـل فجاز ان يرجع الى صفته عند الاشكال كالمنى ، وان رات فى الشهر الأول يوما وليلة دما أسود ثم احمر أو أصفر امسكت عن الصوم والصلاة ، لجواز أن لا تجـاوز الخمسة عشر ، فيكون الجميع حيضا ، وفى الشهر الثانى يلزمها أن تغتسل عند تغير الدم وتصلى وتصوم لأنا علمنا بالشهر الأول أنها مستحاضة ، فان رات فى الشهر الثالث السواد فى ثلاثة أيام ثم احمر أو اصفر ، وفى الشهر الرابع رات السواد فى اربعة أيام ثم احمر أو اصفر كان حيضها فى كل شهر الأسود) .

(الشرح) حديث فاطمة رضى الله عنها صحيح رواه أحمد بن حنبل وأبو داود والنسائى وغيرهم بلفظه هنا بأسانيد صـحيحة من رواية فاطمـة وأصله فى البخارى ومسلم بغير هذا اللفظ من رواية عائشة رضى الله عنها ، وقوله صلى الله عليه وسلم « انما هو عرق » هو ــ بكسر العين واسكان الراء ــ أى دم عرق وهذا العرق يسمى العاذل كما سبق فى أول الباب . وقول امام الحرمين والغزالى : عرق انقطع ، منكر فلا يعرف لفظة انقطع فى الحديث ، وقوله : المحتدم هو ــ بالحاء والدال المهملتين ــ وهو اللذاع للبشرة بحدته ، مأخوذ من احتدام النهار وهو اشتداد حره ، وهكذا فسره أصحابنا فى كتب الفقه ، والمشهور فى كتب اللغة أن المحتدم الذى اشـتدت

حمرته حتى اسود والفعل منه احتدم ، وأما القانىء فبالقاف وآخره همزة على وزن القارىء ، قال أصحابنا : وهو الذى اشتدت حمرته فصار يضرب الى السواد ، وقال أهل اللغة : هو الذى اشتدت حمرته ، والفعل منه قنأ يقنأ كقرأ يقرأ ، والمصدر القنوء كالرجوع ولا خلاف بين أهل اللغة فى أن آخره مهموز ، ونبهت على هذا لأنى رأيت من يغلط فيه ، قال امام الحرمين وغيره : وليس المراد بالأسود فى الحديث وفى كلام أصحابنا الأسود الحالك ؛ بل المراد ما تعلوه حمرة مجسده كأنها سواد بسبب تراكم الحمرة وقد أشار المصنف فى وصفه الى هذا •

(اما حكم المسالة) فمذهبنا أن المبتدأة المميزة ترد الى التمييز بلا خلاف عندنا ودليله ما ذكره المصنف ، قال أصحابنا : والمميزة هى التى ترى الدم على نوعين أو أنواع بعضها قوى ، وبعضها ضعيف ، أو بعضها أقوى من بعض ؛ فالقوى أو الأقوى حيض والباقى طهر ، وبماذا يعرف تغير القوة والضعف ؟ فيه وجهان : (أحدهما) : أن الاعتبار باللون وحده فالأسود قوى بالنسبة الى الأحمر ، والأحمر قوى بالنسبة الى الأشقر ، والأشقر أقوى من الاصفر والاكدر اذا جعلناهما حيضا • وبهذا الوجه قطع امام الحرمين والغزالى ؛ وادعى الامام أنه متفق عليه ، وقال : لو رأت خمسة سوادا مع الرائحة ، وخمسة سوادا بلا رائحة ، فهما دم واحد بالاتفاق ، (والوجه الثانى) : أن القوة تحصل بثلاث خصال وهى اللون والرائحة الكريهة والثخانة ، فاللون معتبر كما سبق وماله رائحة كريهة أقوى ممالا رائحة له ، والثخين أقوى من الرقيق •

قال الرافعى : هذا الوجه هو الذى قطع به العراقيون وغيرهم قال : وهو الأصح ألا ترى أن الشافعى رحمه الله قال فى صفة دم الحيض : انه محتدم ثخين له رائحة ، وورد فى الحديث التعرض لغير اللون كما ورد التعرض للون ، فعلى هذا ان كان بعض دمها باحدى الصفات الثلاث والبعض خاليا من جميعها فالقوى هو الموصوف بها ، وان كان للبعض صفة وللبعض صفتان فالقوى ماله صفتان ، وان كان للبعض صفتان وللبعض ثلاث فالقوى ماله ثلاث ، وان كان للبعض صفة وللبعض صفة

أخرى فالقوى السابق • هكذا ذكر هذا التفصيل صاحب التتمة قال الرافعى : وهو موضع تأمل وهذه صفة التمييز قال أصحابنا : وانما يحكم بالتمييز بثلاثة شروط ألا ينقص القوى عن يوم وليلة ولا يزيد على خمسة عشر ولا ينقص الضعيف عن خمسة عشر ليمكن جعل القوى حيضا والضعيف طهرا • وأخل المصنف وأكثر العراقيين بهـذا الشرط الثالث ولابد منـه ، فلو رأت نصف يوم أسود ثم أطبقت الحمرة فات الشرط الأول ، ولو رأت ستة عشر أسود ثم أحمر فات الشرط الثانى ، ولو رأت يوما وليلة أسود ثم أربعة عشر أحمر ثم عاد الأسود فات الشرط الثالث ، وتكون فى هذه الصور الثـلاث غير مميزة • قال الرافعى : وقول الأصحاب بشرط أن لا ينقص الضـعيف عن خمسة عشر متصلة والا فلو رأت يوما أسود ويومين أحمر ، وهـكذا أبدا فجملة الضعيف فى الشهر لم ينقص عن خمسة عشر لكن لما لم تكن متصلة لم يكن ذلك تمييزا وهذا الذى ذكرناه من أن شروط التمييز ثلاثة فقط هو الصحيح المشهور ، وبه قطع الجمهور • وذكر المتولى شرطا رابعا ، وهو أن لا يزيد مجموع الدمين القوى والضعيف على ثلاثين يوما فان زاد سـقط حكم التمييز لأن الثلاثين لا تخلو غالبا من حيض وطهر ، وذكر امام الحرمين وغيره وجها أن الضعيف ان كان مع القوى الذى قبله تسعين يوما فما دونها عملنا بالتمييز وجعلنا دورها أبدا تسـعين يوما ، وهـذا الذى ذكره الامام والمتولى شاذان ضعيفان والمذهب أنه لا فرق بين قصر الزمان وطوله قال الرافعى : المذهب أنه لا فرق ، والله أعلم •

قال أصحابنا : فاذا رأت الأسود يوما وليلة أو أكثر ثم اتصل بهأحمـر قبل الخمسة عشر وجب عليها أن تمسك فى مدة الأحمر عما تمسـك عنـه الحائض ، لاحتمال أن ينقطع الأحمر قبل مجاوزة المجموع خمسة عشر ، فيكون الجميع حيضا • فان جاوز خمسة عشر عرفنا حينئذ أنها مستحاضة مميزة فيكون حيضها الأسود ، ويكون الأحمر طهرا بالشروط السابقة ، فعليها الغسل عقب الخمسة عشر وتصلى ، وتصوم وتقضى صـلوات أيام الأحمر ، وقولهم : الأسود والأحمر ، تمثيل والا فالاعتبار بالقوى والضعيف كيف كان على ما سبق من صفاتهما • هذا حكم الشهر الأول فأما الشـهر الثانى وما

بعده فاذا انقلب الدم القوى الى الضعيف لزمها أن تغتسل عند انقلابه ، وتصلى وتصوم ويأتيها زوجها ولا ينتظر الخمسة عشر .

قال أصحابنا : وهذا لا خلاف فيه قالوا : ولا يخرج على الخلاف فى ثبوت العادة فى قدر الحيض بمرة لأن الاستحاضة علة مزمنة فالظاهر دوامها ، وقد سبق بيان هذا فى الفرع السابق ، فان انقطع الضعيف فى بعض الأدوار قبل مجاوزة الخمسة عشر يوما تبينا أن الضعيف مع القوى فى هذا الدور كان حيضا فيلزمها قضاء الصوم والطواف والاعتكاف فى الواجبات المفعولات فى أيام الضعيف وهذا لا خلاف فيه . ولو رأت فى الشهر الثالث الدم القوى ثلاثة أيام ثم ضعف وفى الشهر الرابع خمسة ثم ضعف وفى الخامس ستة ثم ضعف وكذا ما بعده فحيضها فى كل شهر القوى ، ويكون الضعيف طهرا بشروطها وتغتسل وتصلى وتصوم أبدا عند انقلاب الدم الى الضعيف ويأتيها زوجها ، ومتى انقطع الضعيف فى شهر قبل مجاوزة خمسة عشر فالجميع حيض . قال صاحب التتمة والأصحاب : وسواء فى هذا كله كان القوى فى الشهر الثانى وما بعده بقدر القوى فى الشهر الأول أو دونه أو أكثر منه فى ذلك الزمان أو قبله أو بعده ، لأن الحكم بكونه حيضا ليس بسبب العادة بل المعتمد صفة الدم فمتى وجدت تعلق الحكم بها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان رات خمسة ايام دما احمر او اصفر ، ثم رات خمسة أيام دما اسود ثم احمر (١) الى آخر الشهر ، فالحيض هو الأسود وما قبل الأسود وبعده استحاضة وخرج ابو العباس وجهين ضعيفين (احدهما) أنه لا تمييز لها لان الخمسة الأولة [حيض لانه] دم بدا فى وقت يصلح ان يكون حيضا والخمسة الثانية اولى ان تكون حيضا لانها فى وقت يصلح للحيض وقد انضم اليه علامة الحيض وما بعدهما بمنزلتهما ، فيصير كان الدم كله مبهم فيكون على القولين فى المبتداة غير المميزة (والوجه الثانى) ان حيضها العشر الأول لان الخمسة الأولة حيض بحكم البداية فى وقت يصلح ان يكون حيضا والخمسة الثانية حيض باللون . وان رات خمسة ايام دما احمر ، ثم رات دما اسود الى آخر الشهر فهى غير مميزة لان السواد زاد على الخمسة عشر فبطل دلالته ، فيكون على القولين فى المبتداة غير المميزة . وخرج ابو العباس وجها أن ابتداء حيضها

(١) فى النسخة المطبوعة : ثم احمر الدم الى آخر الشهر (ط) .

من اول الأسود اما يوم وليلة واما ست او سبع لأنه بصفة دم الحيض ، وهذا لا يصح لأن هذا اللون لا حكم له اذا عبر (١) الخمسة عشر ، وان رأت خمسة عشر يوما دما أحمر وخمسة عشر يوما أسود وانقطع فحيضها الأسود ، وان استمر الأسود ولم ينقطع لم تكن مميزة فيكون حيضها من ابتداء الدم يوما وليلة فى أحد القولين أو ستا أو سبعا فى القول الآخر ، وعلى الوجه الذى خرجه أبو العباس يكون حيضا من أول الدم الأسود يوما وليلة او ستا أو سبعا) .

(الشرح) قوله : الأولة هذه لغة قليلة واللغة الفصيحة المشهورة الأولى وقوله : كأن الدم كله مبهم أى على لون واحد . وقوله : بحكم البداية هكذا يوجد فى المهذب وغيره من كتب الفقه وهو لحن عند أهل العربية وصوابه البدءة والبدءة أو البداءة ثلاث لغات مشهورات حكاهن الجوهرى وغيره الأولى : بفتح الباء واسكان الدال وبعدها همزة مفتوحة ، والثانية كذلك الا أن الباء مضمومة والثالثة بضم الباء وفتح الدال وزيادة الألف ممدودة ومعناهن الابتداء قبل غيره . وقوله : دلالته هى بكسر الدال وفتحها والفتح أجود وفيها لغة ثالثة حكاها الجوهرى دلولة بضم الدال .

(اما أحكام الفصل) فاذا رأت المميزة دما قويا وضعيفا ، فلها ثلاثة أحوال ، حال يتقدم القوى ، وحال يتقدم الضعيف وحال يتوسط الضعيف بين قويين.

(الحال الأول) أن يتقدم قوى ويستمر بعده ضعيف واحد بأن رأت خمسة سوادا ثم أطبقت الحمرة فالحيض هو السواد سواء انقطعت الحمرة بعد مجاوزة الخمسة عشر بيوم أو شهر أو أكثر وان طال زمانها طولا كثيرا .

هذا هو المذهب وفيه الوجهان السابقان عن المتولى وامام الحرمين فى اشتراط انقطاع الأحمر قبل مجاوزة ثلاثين أو تسعين وهما شاذان ضعيفان ، وظاهر نص الشافعى رحمه الله يبطلهما لاطلاقه أن الضعيف طهر ولو تعقب القوى ضعيف ثم أضعف فان أمكن الجمع بين القوى والضعيف المتوسط بأن رأت خمسة سوادا ثم خمسة حمرة ثم أطبقت الصفرة ففيه طريقان حكاهما امام الحرمين وجماعة ، أصحهما : الحاق الحمرة بالسواد فيكونان حيضا والصفرة طهرا لأنهما قويان بالنسبة الى الصفرة وهما فى زمن الامكان

---

(١) فى النسخة المطبوعة : اذا اعتبر . وهذا من اغلاط المصححين (ط) .

وبهذا قطع أبو على السنجى فى شرح التلخيص والبغوى والثانى : على وجهين أحدهما : هذا والثانى الحاق الحمرة بالصفرة للاحتياط فيكون حيضها الأسود فقط ، وأما اذا لم يمكن الجمع بينهما بأن رأت خمسة سوادا ثم أحد عشر حمرة ثم أطبقت الصفرة ، فطريقان حكاهما امام الحرمين وغيره ، أصحهما وأشهرهما القطع بأن السواد حيض وما بعده من الحمرة والصفرة كلاهما طهر لقوة السواد باللون والأولية • والثانى : على وجهين أصحهما هذا ، والثانى : أنها فاقدة للتمييز لأن الحمرة كالسواد لقوتها بالنسبة الى ما بعدها فيصير كأن السواد استمر ستة عشر ، أما اذا تعقب القوى ضعيفان توسط أضعفهما بأن رأت سوادا ثم صفرة ثم حمرة فهذه الصورة تبنى على التى قبلها وهى توسط الحمرة ، فان ألحقنا هناك الحمرة المتوسطة بالصفرة بعدها فهنا أولى بأن نلحق الصفرة بالحمرة بعدها ، فيكون حيضها الأسود والباقى طهرا ، وان ألحقناها بالسواد قبلها فالحكم هنا ، كما اذا رأت سوادا ثم حمرة ثم عاد السواد وسنذكره ان شاء الله تعالى •

(الحال الثانى) أن يتقدم الضعيف وهى مسائل الكتاب ولها صور (احداها) : أن يتوسط قوى بين ضعيفين بأن ترى خمسة حمرة ثم خمسة سوادا ثم تطبق الحمرة أو ترى خمسة حمرة ثم عشرة سوادا ثم تطبق الحمرة، ففيها الأوجه الثلاثة التى حكاها المصنف ، وهى مشهورة حكوها عن ابن سريج ، أصحها باتفاقهم أن حيضها السواد المتوسط ، ويكون ما قبله وبعده طهرا للحديث : « دم الحيض أسود » وهو حديث صحيح كما بيناه ، ولأن اللون علامة بنفسه فقدم ولهذا قدمنا التمييز على العادة على المذهب • والثانى : أنها فاقدة للتمييز لما ذكره المصنف من التعليل ، ولأن الجمع بين الدمين خلاف مقتضى العمل بالتمييز ، والعدول عن الأولية مع امكان العمل بها بعيد ، فيكون على القولين فى المبتدأة فتحيض من أول الحمرة يوما وليلة فى قول ، وستا وسبعا فى قول • والثالث : يجمع بين الأولية واللون فيكون حيضها الحمرة الأولى مع السواد ، هذا اذا أمكن الجمع بينهما ، فان لم يمكن بأن رأت خمسة حمرة ثم أحد عشر سوادا فان قلنا فى المسألة الأولى يقدم اللون أو قلنا فاقدة للتمييز فكذا هنا ، وان قلنا بالجمع فهو متعذر هنا فتكون فاقدة للتمييز ، وفيه وجه مشهور أن حيضها الحمرة الأولى تغليبا

للأولية لتعذر الجمع • قال امام الحرمين : هذا الوجه هفوة لا أعده من المذهب • هذا الذى ذكرناه من التفصيل والخلاف هو المشهور ، وبه قطع الجمهور • وقال صاحب الحاوى : ان كانت مبتدأة فحيضها السواد بلا خلاف ، وان كانت معتادة فوجهان ، قال أبو العباس وأبو على : حيضها الحمرة ، وقال أبو اسحاق وجمهور المتأخرين : حيضها السواد وحده •

(الصورة الثانية) رأت خمسة حمرة ثم أطبق السواد فجاوز الخمسة عشر فثلاثة أوجه ، الصحيح المشهور أنها فاقدة للتمييز فتحيض من أول الحمرة يوما وليلة فى قول وستا أو سبعا فى قول : وبهذا الوجه قطع البغوى وادعى الاتفاق عليه • والثانى : الحيض من أول السواد يوما وليلة فى قول وستا أو سبعا فى قول : وهذان الوجهان ذكرهما المصنف بدليلهما • والثالث حكاه الخراسانيون : حيضها الحمرة لقوة الأولة وهو ضعيف جدا كما قدمناه •

(الثالثة) رأت خمسة عشر [1] حمرة ثم خمسة عشر سوادا وانقطع فالمذهب أن حيضها السواد • وعلى تخريج ابن سريج هى فاقدة للتمييز • ولم يذكر المصنف تخريج ابن سريج هنا كما لم يذكره شيخه القاضى أبو الطيب ولابد من ذكره هنا كما سبق فيما اذا رأت خمسة حمرة ثم خمسة سوادا ، وقد ذكره هنا الشيخ أبو محمد والمحاملى والبغوى وآخرون•

(الرابعة) : رأت خمسة عشر حمرة ثم خمسة عشر سوادا ثم استمر فهى فاقدة للتمييز ، فحيضها يوم وليلة فى قول ، وست أو سبع فى قول ، ويكون ذلك من أول الأحمر على المذهب ، وعلى تخريج ابن سريج من أول الأسود ، وعلى الوجه الشاذ الناظر الى الأول يكون حيضها الحمرة فى الخمسة عشر ، فعلى المذهب ــ وهو أنها فاقدة للتمييز ــ تؤمر بترك الصوم والصلاة وغيرهما مما تمسك عنه الحائض أحدا وثلاثين يوما فى قول وستة وثلاثين أو سبعة وثلاثين يوما فى قول ، فانها اذا رأت الحمرة تؤمر بالامساك عن الصلاة وغيرها لاحتمال الانقطاع قبل تجاوز خمسة

---

(١) حمرة صفة لتمييز العدد المحذوف « يوما » وكذلك سوادا •

عشر فيكون هو الحيض ، فاذا جاوز الأسود الخمسة عشر علمنا أنها فاقدة للتمييز فيكون حيضها يوما وليلة فى قول وستا أو سبعا فى قول ، وقد انقضى الآن دورها فتبتدىء الآن حيضا ثانيا يوما وليلة ، أو ستا أو سبعا فتمسك أيضا ذلك القدر ، فصار امساكها أحدا وثلاثين يوما فى قول ، وستة وثلاثين أو سبعة وثلاثين فى قول • قال أصحابنا : ولا يعرف امرأة تؤمر بترك الصلاة أحدا وثلاثين يوما الا هذه وأما قول الغزالى وجماعة : لا يعرف من تترك الصلاة شهرا الا هذه ففيه نقص ، وتمامه ما ذكرناه •

(الحال الثالث) أن يتوسط دم ضعيف بين قويين بأن رأت سوادين بينهما حمرة أو صفرة ففيه أقسام كثيرة ، رتبها صاحب الحاوى ترتيبا حسنا فجعله ثمانية أقسام ، وبعضها ليس من صور التمييز لكن اقتضاه التقسيم ، (أحدها) أن يبلغ كل واحد من الدماء الثلاثة يوما وليلة ولا يجاوز الجميع خمسة عشر ، بأن ترى خمسة سوادا ثم خمسة حمرة أو صفرة ، ثم خمسة سوادا ، فالمذهب أن الجميع حيض ، وبه قطع الجمهور • وقال أبو اسحاق : الضعيف المتوسط ، كالنقاء المتخلل بين دمى الحيض ، ففيه القولان ، أحدهما: أنه حيض مع السوادين ، والثانى : طهر • وقطع السرخسى فى الأمالى بقول أبى اسحاق •

(القسم الثانى) أن يجاوز المجموع خمسة عشر بأن رأت سبعة سوادا ثم سبعة حمرة ثم سبعة سوادا ، قال ابن سريج : حيضها السواد الأول مع الحمرة ، وأما السواد الثانى فطهر • وقال أبو اسحاق : حيضها السوادان وتكون الحمرة بينهما طهرا ولا يجىء قولا التلفيق لمجاوزة خمسة عشر ، وهذا الذى حكاه عن أبى اسحاق ضعيف جدا ، بل غلط ، لأن الدم جاوز خمسة عشر ، ولو رأت ثمانية سوادا ثم ثمانية حمرة ثم ثمانية سوادا فحيضها السواد الأول بالاتفاق •

(الثالث) أن ينقص الجميع عن يوم وليلة بأن ترى ساعة أسود ثم ساعة أحمر ثم ساعة أسود وينقطع ، فالجميع دم فساد •

(الرابع) أن ينقص كل دم عن أقل الحيض ويبلغه المجموع بأن ترى

ثلث يوم وليلة سوادا ، ثم ثلثهما حمرة ثم ثلثهما سوادا ، فعلى قول ابن سريج وهو المذهب : الجميع حيض ، وعلى قول أبى اسحاق : لا حيض والجميع دم فساد لأنه يخرج الحمرة فلا يبقى يوم وليلة ، فلو رأت نصف يوم وليلة من كل واحد من الثلاثة كان الجميع حيضا عند ابن سريج ، وعلى قول أبى اسحاق : الأسودان حيض ، وفى الحمرة قولا التلفيق .

(الخامس) أن يبلغ كل واحد من السوادين يوما وليلة وتنقص الحمرة ، فعند ابن سريج الجميع حيض وعند أبى سحاق حيضها السوادان ، وفى الحمرة قولا التلفيق ، ولو رأت ثمانية أيام سوادا ثم نصف يوم حمرة ثم سبعة سوادا ، فعلى قول ابن سريج حيضها السواد الأول مع الحمرة ، وعلى قول أبى اسحاق حيضها الخمسة عشر السواد دون الحمرة بينهما ، قلت : هذا الذى نقله عن أبى اسحاق ضعيف أو غلط .

(السادس) أن ينقص كل سواد عن يوم وليلة وتبلغ الحمرة يوما وليلة ، بأن ترى نصف يوم وليلة سوادا ، ثم خمسة حمرة ثم نصف يوم وليلة سوادا ، فعند ابن سريج الجميع حيض وعند أبى اسحاق حيضها الأسودان وفيما بينهما قولا التلفيق .

(السابع) أن يبلغ السواد الأول أقل الحيض وكذا الأحمر ، وينقص السواد الأخير عن ذلك بأن رأت خمسة سوادا ثم خمسة حمرة ثم نصف يوم سوادا فالجميع حيض بالاتفاق .

(الثامن) أن ينقص الأولان دون الأخير بأن ترى نصف يوم سوادا ثم نصفه حمرة ثم خمسة سوادا ، فعلى قول ابن سريج الجميع حيض ، وعلى قول أبى اسحاق حيضها السواد الثانى . ولو رأت نصف يوم سوادا ثم نصفه حمرة ، ثم خمسة عشر سوادا فالسواد الثانى هو الحيض بالاتفاق . هذا آخر كلام صاحب الحاوى والله أعلم .

(**فرع**) الصفرة والكدرة مع السواد كالحمرة مع السواد اذا قلنا بالمذهب : انهما فى أيام الحيض حيض ــ ولا يخفى تفريع أبى سعيد

الاصطخرى فيهما ، وسبق فى مسائل الصفرة تفريعات لها تعلق بهذا الفصل .

(**فرع**) رأت خمسة عشر حمرة ثم نصف يوم سوادا : فحيضها الحمرة ، وأما الأسود فطهر ، ولو رأت يوما حمرة ثم ليلة سوادا فالجميع حيض على المذهب ، وفيه الوجه الذى سبق عن صاحب الحاوى فى المبتدأة والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان رات ستة (١) عشر يوما دما احمر ثم رات دما اسود وانفصل لم يكن لها تمييز ، فيكون حيضها يوما وليلة فى اول الدم الأحمر فى احد القولين ، وستا او سبعا فى الآخر . وقال ابو العباس : يكون حيضها يوما وليلة من اول الأحمر وخمسة عشر طهرا ، وتبتدىء من أول الدم الأسود حيضا آخر فى احد القولين يوما وليلة ، وفى القول الثانى يجعل حيضها ستا أو سبعا والباقى استحاضة ، الا ان يكون الأسود فى الثالث والعشرين (٢)) .

(**الشرح**) هكذا توجد هذه المسألة فى نسخ المهذب ، وحكى بعض المتأخرين أنه رأى أصل المصنف ، وقد ضرب المصنف بخطه على قوله : الا أن يكون الأسود فى الثالث والعشرين ، فهذه المسألة معدودة من مشكلات المهذب ولا أراها من المشكلات فأما على المذهب ، وهو أنه لا تمييز لها وأن حيضها من أول الأحمر يوم وليلة ، أو ست أو سبع وباقى الشهر طهر فظاهر لا اشكال فيه ، وأما على قول أبى العباس فيحتمل أمرين : (أظهرهما) أن معناه أنا ان قلنا المبتدأة ترد الى يوم وليلة فحيض هذه يوم وليلة من أول الأحمر ، وباقى الأحمر وهو خمسة عشر طهر ثم تبتدىء حيضا آخر من أول الأسود يوما وليلة ، هذا كله اذا قلنا المبتدأة ترد الى يوم وليلة ، فان قلنا ترد الى ست أو سبع فحيضها من أول الأحمر ست أو سبع وباقى الشهر

---

(١) فى النسخة المطبوعة من المهذب : وان رات سبعة عشر .

(٢) هذه القطعة من المتن سقط منها من المجموع ما هو ثابت فى النسخة المطبوعة من المهذب وهى : (فانه اذا كان ابتداء الاسود من الثالث والعشرين ، فعلى قول ابى العباس رضى الله عنه يكون حيضها من أول الأحمر سبعة وخمسة عشر طهرا وتبتدى من اول الاسود حيضا آخر يوما وليلة فى احد القولين وستا أو سبعا فى القول الآخر) ا هـ ص ٤٠ جـ ١ طبعة عيسى البابى الحلبى « المطيعى »

طهر ، لأن الباقى من الأحمر تسعة أيام أو عشرة فلا يمكن أن يجعل طهرا فاصلا بين الحيضتين ، فتعين أن يكون ما بعد الست أو السبع الى آخر الشهر طهرا ، الا أن تكون رأت اثنين وعشرين يوما دما أحمر واتصل الأسود من الثالث والعشرين فيكون حيضها من أول الأحمر ستا أو سبعا والباقى من الأحمر وهو خمسة عشر أو ستة عشر طهرا وتبتدى حيضا آخر من أول الثالث والعشرين ستا أو سبعا وتقدير كلام المصنف :

وقال أبو العباس : يكون حيضها يوما وليلة من أول الأحمر وخمسة عشر طهر هذا أحد القولين : والقول الثانى حيضها ست أو سبع وباقى الشهر طهر الا أن يكون الأحمر قد امتد وبدأ السواد فى الثالث والعشرين فيكون باقى الأحمر طهرا وتبتدىء من الأسود حيضا آخر ستا أو سبعا • هذا هو الاحتمال الظاهر المختار لكلام أبى العباس ، والاحتمال الثانى وهو الذى ذكره صاحب البيان فى مشكلات المهذب ونقله صاحب البحر عن أبى العباس أنه أراد أنا نحيضها من أول الأحمر يوما وليلة قولا واحدا ، ولا يجىء قول الست أو السبع ويكون باقى الأحمر طهرا ثم تبتدىء حيضا آخر من أول السواد ، وفى قدره القولان فى المبتدأة • أحدهما : يوم وليلة والثانى : ست أو سبع الا أن يكون الأحمر اثنين وعشرين والأسود فى الثالث والعشرين ، فان فى القدر الذى ترد اليه من أول الأحمر القولين •

أحدهما : يوم وليلة ، والثانى : ست أو سبع ، وباقى الأحمر طهر ، ثم تبتدىء من أول الأسود حيضا آخر • وهذان الاحتمالان ذكرهما صاحب البيان وجهين عن أبى العباس ، والأول منهما هو الصحيح ، والثانى ضعيف لأنه مخالف للقواعد من وجهين • أحدهما : الجزم برد المبتدأة الى يوم وليلة ، والقاعدة أنها على قولين ، والثانى : أنه جعل لها حيض من أول الأحمر وطهر بعده ، ثم جعلت فى السواد مبتدأة ، وينبغى أن تجعل معتادة اذا قلنا بالمذهب : ان العادة تثبت بمرة ، فانه سبق لها دور وهو ستة عشر يوما منها يوم وليلة حيض وخمسة عشر طهر •

وذكر القاضى أبو الطيب هذه المسألة فى تعليقه فقال : قال أبو العباس :

ان قلنا : ترد المبتدأة الى يوم وليلة رددنا هذه الى يوم وليلة من أول الأحمر ويكون بعده خمسة عشر طهرا ثم تبتدىء حيضا آخر من أول الأسود .

وان قلنا : ترد الى ست أو سبع ردت هنا الى ذلك من أول الأسود لأنا لو جعلنا ذلك من أول الأحمر لم يبق بينه وبين الأسود طهر صحيح الا أن يكون استمر الأسود الى آخر الثانى والعشرين فانها ترد الى أول الأحمر لأنه يجعل بعده طهر صحيح ، هذا كلام القاضى ، ويمكن حمل حكاية المصنف عليه والله أعلم .

(فـرع) رأت خمسة حمرة ثم خمسة سوادا ثم خمسة حمرة وانقطع فالجميع حيض وليست مستحاضة ، هذا هو المذهب وبه قطع الأصحاب وفيه وجه حكاه البغوى أن الحمرة السابقة طهر والباقى حيض ، وقد سبقت المسألة ، ولو رأت خمسة حمرة ثم نصف يوم سوادا ثم أطبقت الحمرة فلا تمييز لها . ولو رأت نصف يوم سوادا ثم نصفه حمرة ، ثم اليوم الثانى والثالث والرابع والخامس كذلك ثم رأت السادس سوادا كله ثم أطبقت حمرة وجاوز خمسة عشر . فما بعد السادس طهر والسادس حيض وما قبله من السواد حيض أيضا وفى الحمرة المتخللة طريقان حكاهما المحاملى فى المجموع وصاحب البيان (أحدهما) حيض وهو قول ابن سريج . (والثانى) أنها على القولين فى النقاء المتخلل بين الدماء ، ولو رأت يوما وليلة سوادا ثم خمسة أو عشرة أو ثلاثة عشر حمرة ثم يوما سوادا ثم أطبقت الحمرة ، فحكمه ما ذكرناه وهو أن السوادين حيض ، وفى الحمرة المتخللة الطريقان ، وما بعد السواد الثانى طهر .

(فـرع) قال امام الحرمين فى آخر باب الحيض : لو رأت دما قويا يوما وليلة فصاعدا ولم يتجاوز خمسة عشر ثم اتصل به الضعيف وتمادى ستة مثلا ، ولم يعد الدم القوى أصلا ، فالذى يقتضيه قياس التمييز أنها طاهر وان استمر الضعيف سنين قال : وقد يختلج فى النفس استبعاد الحكم بطهارتها ، وهى ترى الدم دائما ، ولكن ليس لأكثر الطهر مرد يتعلق به فلم يبق ضبط الا بالتمييز فظاهر القياس أنها طاهر وان بلغ الدم الضعيف ما بلغ ، وهذا الذى قاله الامام متعين وهو مقتضى كلام الأصحاب .

(**فـرع**) قال الرافعى : المفهوم من كلام الأصحاب فى انقلاب الدم القوى الى الضعيف أن يتمحض ضعيفا حتى لو بقيت خطوط من السـواد ، وظهرت خطوط من الحمرة لا ينقطع حكم الحيض ، وانما ينقطع اذا لم يبق شيء من السواد أصلا ، وقد صرح بهذا المفهوم امام الحرمين رحمه الله .

قال المصنف رحمه الله تعالى

((١) وان كانت معتادة غير مميزة ، وهى التى كانت تحيض من كل شهر اياما ثم عبر الدم عادتها وعبر الخمسة عشر ولا تمييز لها ، فانها لا تغتسـل بمجاوزة (٢) الدم عادتها لجواز أن ينقطع الدم الخمسة عشر فاذا عبر الخمسة عشر ردت الى عادتها فتغتسل بعد الخمسـة عشر وتقضى صـلاة ما زاد على عادتها ، لما روى أن امراة كانت تهراق الدم على عهد رسول الله صلى الله عليـه وسلم فاستفتت لها ام سلمة رضى الله عنها فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « لتنظر عدد الليالى والأيام التى كانت تحيضهن من الشهر قبل ان يصيبها الذى اصابها فلتدع للصلاة قدر ذلك ») .

(**الشرح**) حديث أم سلمة صحيح رواه مالك فى الموطأ والشـافعى وأحمـد فى مسنديهما وأبو داود والنسـائى وابن ماجه فى سننهم بأسانيد صحيحة على شرط البخارى ومسلم ، وقولها تهراق الدم ــ بضم التاء وفتح الهاء ــ أى تصب الدم والدم منصوب على التشبيه بالمفعول به أو على التمييز على مذهب الكوفيين وقوله صلى الله عليه وسلم : « فلتدع » يجوز فى هذه اللام وشبهها من لامات الأمر التى يتقدمهـا فاء أو واو ثلاثة أوجه كسرها واسكانها وفتحها والفتح غريب .

(**أما أحكام المسالة**) فاذا كان لها عادة دون خمسـة عشر ، فرأت الدم وجاوز عادتها وجب عليها الامساك كما تمسك عنه الحائض لاحتمال الانقطاع قبل مجاوزة خمسة عشر فيكون الجميع حيضا ولا خلاف فى وجوب هـذا الامساك وقد سبق فى المبتدأة وجه شاذ أنه لا يجب الامساك ، واتفقوا أنه لا يجىء هنا لأن الأصل استمرار الحيض هنا ، ثم انقطع على خمسة عشر يوما فما دونها فالجميع حيض . وان جاوز خمسة عشر علمنا انها مستحاضة فيجب

---

(١) فى نسخة المهذب : « فان » .

(٢) فى النسخة « لمجاوزتها » .

عليها أن تغتسل • ثم ان كانت غير مميزة ردت الى عادتها فيكون حيضها أيام العادة فى القدر والوقت وما عدا ذلك فهو طهر تقضى صلاته •

قال أصحابنا : وسواء كانت العادة أقل الحيض والطهر ، أو غالبهما أو أقل الطهر وأكثر الحيض أو غير ذلك وسواء قصرت مدة الطهر ، أو طالت طولا متباعدا ، فترد فى ذلك الى ما اعتادته من الحيض والطهر ويكون ذلك دورها أى قدر كان ، فان كان عادتها أن تحيض يوما وليلة وتطهر خمسة عشر ثم يعود الحيض فى السابع عشر والطهر فى الثامن عشر وهكذا ، فدورها ستة عشر يوما • وان كانت تحيض خمسة وتطهر خمسة عشر فدورها عشرون • وان كانت تحيض خمسة عشر وتطهر خمسة عشر فدورها ثلاثون وان كانت تحيض يوما وتطهر تسعة وثمانين فدورها تسعون يوما ، وان كانت تحيض يوما أو خمسة أو خمسة عشر وتطهر تمام سنة فدورها سنة • وكذا ان كانت تطهر تمام سنتين فدورها سنتان ، وكذا ان كانت تطهر تمام خمس سنين فدورها خمس سنين ، وكذا ان زاد • وهذا الذى ذكرناه من أن الدور قد يكون سنة أو سنتين أو خمس سنين أو أكثر وترد اليه هو الصحيح المشهور وبه قطع الجمهور ، وممن صرح به الشيخ أبو حامد فى تعليقه والمحاملى فى المجموع وصاحب التتمة وآخرون •

وقال القفال : لا يجوز عندى أن يجعل الدور سنة ونحوها ، اذ يبعد الحكم بالطهر سنة أو نحوها مع جريان الدم • قال : فالوجه أن يجعل غاية الدور تسعين يوما الحيض منها ما يتفق والباقى طهر ، لأن الشرع جعل عدة الآيسة ثلاثة أشهر • هذا قول القفال وتابعه عليه امام الحرمين والغزالى وصاحب العدة وآخرون من متأخرى الخراسانيين ، فالمذهب ما قدمته عن الجمهور • وقال الرافعى : ظاهر المذهب أنه لا فرق بين أن تكون عادتها أن تحيض أياما من كل شهر أو من كل سنة وأكثر • قال : وهو الموافق لاطلاق الأكثرين •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان استمر بها الدم فى الشهر الثانى ـ وجاوز العادة ـ اغتسلت عند مجاوزة العادة لأنا علمنا بالشهر الأول انها مستحاضة ، فتغتسل فى كل شهر عند مجاوزة العادة بمرة (١) وتصلى وتصوم) .

(الشرح) هذا الذى ذكره متفق عليه ولم يذكروا فيه الخلاف فى ثبوت العادة بمرة ، وقد سبق فى الفصل الماضى دليله ، وهو أن الاستحاضة علة مزمنة ، فالظاهر دوامها . وقوله : علمنا بالشهر الأول أنها مستحاضة ، يعنى والظاهر بقاء الاستحاضة ، وقوله : وتصلى وتصوم يعنى تصير طاهرا فى كل شىء من الصوم والصلاة والوطء والقراءة وغيرها . وانما اقتصر المصنف على ذكر الصوم والصلاة تنبيها بهما على ما سواهما . وقوله : تغتسل وتصلى وتصوم يعنى يجب عليها ذلك ، وهكذا تفعل فى كل شهر ، فان انقطع دمها فى بعض الشهور على خمسة عشر فما دونها علمنا أنها ليست مستحاضة فى هذا الشهر . وأن جميع ما رأته فيه حيض فتتدارك ما يجب تداركه من الصوم وغيره وكذا ان كانت قضت فى هذه الأيام صلوات أو طافت أو اعتكفت تبينا بطلان جميع ذلك ، لمصادفته الحيض . قال أصحابنا : واذا صامت بعد أيام العادة فى الشهر الثانى ، وما بعده وطافت وفعلت غير ذلك مما تفعله الطاهر المستحاضة صح ذلك ولا قضاء عليها بلا خلاف قالوا : ولا يجىء فيه القول الضعيف الذى سبق فى المبتدأة فانها تؤمر بالاحتياط الى خمسة عشر وفرقوا بأن العادة قوية والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وتثبت العادة بمرة واحدة فاذا حاضت فى شهر خمسة ايام ثم استحيضت فى شهر بعده ردت الى الخمسة ومن اصحابنا من قال : لا تثبت الا بمرتين فان لم تحض الخمس مرتين لم تكن معتادة بل هى مبتداة ، لان العادة لا تستعمل فى مرة والمذهب الأول ، لحديث المرأة التى استفتت لها ام سلمة رضى الله عنها ، فان النبى صلى الله عليه وسلم ردها الى الشهر الذى يلى شهر الاستحاضة ولان ذلك اقرب اليها فوجب ردها اليه) .

---

(١) بمرة ليست فى النسخة المطبوعة .

(**الشرح**) قد سبق فى آخر فصل المبتدأة أن مايثبت بالعادة وما لا يثبت وما ثبت وما يثبت بالتكرار أربعة أقسام ، وأوضحناها هناك • والمراد هنا بيان ما تثبت به العادة فى قدر المحيض والطهر وفيه أربعة أوجه ، أصحها باتفاق الأصحاب أنها تثبت بمرة واحدة مطلقا ، قال صاحب الحاوى : هذا ظاهر مذهب الشافعى ونص عليه فى الأم ، وقال صاحب الشامل والعدة : هو نص الشافعى فى البويطى ، وكذا رأيته أنا فى البويطى ، قال القاضى أبو الطيب والمحاملى : هو قول ابن سريج وأبى اسحق المروزى وعامة أصحابنا وبه قطع البغوى وغيره •

(والثانى) لا تثبت الا بمرتين وهو مشهور فى الطرق كلها حكاه المتولى وغيره عن أبى على بن خيران واتفقوا على تضعيفه •

(والثالث) لاتثبت الا بثلاث مرات حكاها الرافعى عن حكاية أبى الحسن العبادى وهو شاذ متروك ، وقد نقل القاضى أبو الطيب والمحاملى والماوردى وامام الحرمين وابن الصباغ والمتولى والرويانى وآخرون اتفاق الأصحاب على ثبوتها بمرتين ، وأنهم انما اختلفوا فى المرة وأن اعتبار المرتين ضعيف •

(والرابع) تثبت فى حق المبتدأة بمرة ولا تثبت فى حق المعتادة الا بمرتين، حكاه السرخسى فى الأمالى عن ابن سريج ونقله المتولى وغيره وقال الماوردى والدارمى فى آخر كتاب المتحيرة : اتفقوا على ثبوتها بمرة للمبتدأة واختلفوا فى المعتادة ، لأنه ليس للمبتدأة أصل ترد اليه ، فكان ما رأته أولى بالاعتبار من جعلها مبتدأة ، وأن الظاهر أنها فى الشهر الثانى كالأول ، وأما الانتقال من عادة تقررت وتكررت مرات فلا تجعل بمرة ، وهذا الوجه وان فخمه الماوردى والدارمى فهو غريب ، وقد صرح الجمهور بأن الخلاف جار فى المبتدأة •

فأما دليل الأوجه فقد ذكرنا دليل الرابع ، واحتجوا للثانى والثالث بأن العادة مشتقة من العود ، وذلك لا يستعمل الا فى متكرر ، وحجة الأول وهو المذهب ما احتج به المصنف والأصحاب من الحديث ، ولأن الظاهر أنها فى هذا الشهر كالذى يليه ، فانه أقرب اليها فهو أولى مما انقضى وأولى من رد

المبتدأة الى أقل الحيض أو غالبه ، فانها لم تعهده بل عهـدت خلافه ، وأما احتجاج الآخرين بأن العادة من العود فحجة باطلة لأن لفظ العادة لم يرد به نص فيتعلق به بل ورد النص بخلافه فى حديث أم سلمة ، هذا تفصيل مذهبنا .

وقال أبو حنيفة : لا تثبت العادة الا بمرتين ، وعن أحمد رواية كذلك ، ورواية لا تثبت الا بثلاث مرات ، وقال مالك فى أشهر الروايتين عنه لا اعتبار بالعادة والله أعلم .

(**فـرع**) رأت مبتدأة فى أول الشهر عشرة أيام دما وباقيه طهرا ، وفى الشهر الثانى خمسـة ، وفى الثالث أربعـة ثم استحيضت فى الرابع ، قال أصحابنا : ترد الى الأربعة بلا خلاف لتكررها فى العشرة والخمسـة ، ولو انعكس فرأت فى الأول أربعة ، وفى الثانى خمسة واستحيضت فى الثالث فان أثبتنا العادة بمرة ردت الى الخمسة ، وان لم تثبتها الا بمرتين ردت الى الأربعة لتكررها ، هذا هو الأصح ، وفيـه وجه أنها ليست معتـادة وصححه امام الحرمين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وتثبت العادة بالتمييز كما تثبت بانقطاع الدم ، فاذا رات المبتداة خمسة ايام دما اسود ثم اصفر واتصل ، ثم رات فى الشهر الثانى دمـا مبهما ، كان عادتها ايام السواد) .

(**الشرح**) هذا الذى ذكره من ثبوت العـادة بالتمييز هو الصحيح المشهور وبه قطع الأصحاب فى الطريقتين ، وحكى امام الحرمين وجهـا أنه لا تثبت العادة بالتمييز بل متى انخرم التمييز وأطبق الدم على لون واحـد كانت كمبتدأة لم تميز قط وفيها القولان والصواب الأول . ثم الجمهور فى الطرق كلهـا أطلقوا القول بالرجوع الى العـادة التمييزية . وقال المتولى والسرخسى : لا ترجع اليها الا اذا كان الحيض والطهر فيها ثلاثين يوما فما دونها ، فان زاد لم يكن للتمييز حكم بناء على الوجه الضعيف فى اشتراط ذلك فى العمل بالتمييز ، وهذا شاذ متروك ، والصـواب أنه لا فرق . قال القاضى أبو الطيب والأصحاب : واذا رأت بعـد شهر التمييز دما مبهمـا ،

اغتسلت بعد مضى قدر أيام التمييز وصلت وصامت ، وفعلت ما تفعله الطاهرة المستحاضة ولا تمسك الى الخمسة عشر بخلاف الشهر الأول لأنا قد علمنا استحاضتها ، وهكذا فى كل شهر تغتسل بعد مضى قدر التمييز ، فان انقطع الدم فى بعض الشهور قبل مجاوزة خمسة عشر فجميع ما رأته فى هذا الشهر حيض .

(فرع) لو كان عادتها خمسة سوادا وباقى الشهر حمرة وتكرر هذا مرات ثم رأت فى بعض الأدوار عشرة سوادا ، ثم باقيه حمرة ، ثم أطبق السواد فى الدور الذى يليه . قال امام الحرمين والغزالى والرافعى : اتفق الأصحاب على أنا نحيضها من كل شهر عشرة أيام ، ولو رأت خمسة سوادا ثم باقى الشهر حمرة وتكرر هذا ثم رأت فى شهر عشرة سوادا ثم باقيه حمرة ثم أطبق دم مبهم فى الذى يليه قالوا : فحيضها أيضا فى هذا الدور وما بعده العشرة .

قال الرافعى : فى الصورتين اشكالان (أحدهما) أنهم حكموا فى الصورة الأولى بالرد الى العشرة ، وهذا ظاهر ان أثبتنا العادة بمرة والا فينبغى ألا يكتفى بسبق العشرة مرة ، قال الغزالى : هذه عادة تمييزية فتسحبها مرة وجها واحدا ، كغير المستحاضة اذا تغيرت عادتها القديمة مرة واحدة فانا نحكم بالحالة الناجزة ، قال الرافعى : هذا الجواب لا يشفى القلب .

(الاشكال الثانى) : اذا أفاد التمييز عادة المستحاضة ، ثم تغير قدر القوى بعد انخرام التمييز أو قبله وجب ألا ينخرم بالرد اليه ، بل يخرج على الخلاف فى اجتماع العادة والتمييز ، ولم يزد امام الحرمين فى هذا على دعوى اختصاص الخلاف بالعادة الجارية من غير استحاضة ، وهذا الذى نقله الامام والغزالى والرافعى من الاتفاق على ثبوت العادة التمييزية بمرة غير مقبول ، بل الخلاف فيها مشهور وممن صرح بأنه على الخلاف القاضى أبو الطيب والمحاملى والسرخسى فى الأمالى والشيخ نصر المقدسى وصاحب البيان وآخرون قال هؤلاء : اذا رأت المبتدأة دما أحمر واستمر شهرا ثم رأت فى الشهر الثانى خمسة سوادا ثم باقيه حمرة ثم رأت فى الثالث دما مبهما وأطبق ففى الشهر الأول هى مبتدأة اذ لا تمييز لها وفى مردها القولان وفى الشهر

الثانى مميزة ترد الى التمييز ، وفى الثالث ــ ان قلنا : تثبت العادة بمرة ــ فحيضها خمسة أيام . وان قلنا : لا تثبت بمرة كانت كمبتدأة لا تمييز لها ، هكذا قطع به هؤلاء الا القاضى أبا الطيب ، فقال : ان قلنا : لا تثبت العادة بمرة ــ فان قلنا : ترد فى الشهر الأول الى يوم وليلة ــ ردت اليها فى الثالث لتكررهما فى الشهرين ، وان قلنا : ترد الى ست أو سبع ردت فى الثالث الى الخمسة لتكررهما فى الشهرين قال : ولو رأت المبتدأة خمسة سوادا ، ثم باقى الشهر حمرة ثم أطبق الدم المبهم فى الشهر الثانى فهل ترد الى الخمسة وتحصل العادة بمرة أم لا ؟ فيه الخلاف والأصح ردها الى الخمسة والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويثبت الطهر بالعادة كما يثبت الحيض ، فاذا حاضت خمسة ايام وطهرت خمسين يوما ثم رأت الدم وعبر الخمسة عشر جعل حيضها فى كل شهرين خمسة أيام والباقى طهر) .

(**الشرح**) اتفق أصحابنا على ثبوت الطهر بالعادة ، وسواء طالت مدة الطهر سنة أو سنتين أو أكثر ، هذا هو الصحيح المشهور ، وقد تقدم قول القفال ومن تابعه أنه لا تثبت فيما اذا زاد الحيض والطهر على تسعين يوما ، والأول هو المذهب وعليه التفريع ، فاذا رأت المبتدأة يوما وليلة حيضا ، ثم طهرت خمسة عشر ، ثم حاضت يوما وليلة وطهرت خمسة عشر ، ثم أطبق دم مبهم كان دورها ستة عشر يوما ، منها يوم وليلة حيض وخمسة عشر طهر ، وان رأت ذلك مرة واحدة ثم أطبق الدم ، فان أثبتنا عادة التمييز بمرة فكذلك والا فليست معتادة . ولو رأت يوما وليلة دما وستة طهرا مرة أو مرتين ثم أطبق الدم كان دورها سنة ويوما ، منها يوم وليلة حيض وسنة طهر ، وكذلك حكم ما زاد ونقص ، وظاهر عبارة المصنف أنه أثبت عادة التمييز بمرة ، فاما أن يكون فرعه على المذهب وهو ثبوتها بمرة ، واما أن يكون اختياره القطع بثبوتها بمرة ، كما قاله امام الحرمين ومن تابعه والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز ان تنتقل العادة فتتقدم وتتاخر ، وتزيد وتنقص ، وترد الى آخر ما رأت من ذلك ، لأن ذلك أقرب الى شهر الاستحاضة ، فان كان عادتها الخمسة الثانية من الشهر فرأت الدم من أول الشهر واتصل فالحيض هو الخمسة المعتادة . وقال أبو العباس : فيه وجه آخر أن حيضها الخمسة الأولة لأنه بدأ بها فى وقت يصلح أن يكون حيضا ، والأول أصح لأن العادة قد ثبتت فى الخمسة الثانية فوجب الرد اليها كما لو لم يتقدم دم ، وان كان عادتها خمسة ايام من أول كل شهر ثم رأت فى بعض الشهور الخمسة المعتادة ثم طهرت خمسة عشر يوما ثم رأت الدم وعبر الخمسة عشر فانها ترد الى عادتها وهى الخمسة الأولة . وخرج أبو العباس وجها آخر أن الخمسة الأولة من الدم الثانى حيض لأنها رأته فى وقت يصلح أن يكون حيضا ، والأول هو المذهب لأن العادة قد ثبتت فى الحيض من أول كل شهر فلا تتغير الا بحيض صحيح) .

(الشرح) هذا الفصل كثير المسائل ويقتضى أمثلة كثيرة ، وقد اختصره المصنف وأشار الى مقصوده ، ولابد فى الشرح من بسطه وايضاح أقسامه وأمثلته ، فالعمل بالعادة المتنقلة متفق عليه فى الجملة ، ولكن فى بعض صوره تفصيل وخلاف ، فاذا كان عادتها الخمسة الثانية من الشهر فرأت فى بعض الشهور الخمسة الأولى دما وانقطع فقد تقدمت عادتها ولم يزد حيضها ولم ينقص ؛ ولكن نقص طهرها فصار عشرين بعد أن كان خمسة وعشرين ، وان رأته فى الخمسة الثالثة أو الرابعة أو الخامسة أو السادسة فقد تأخرت عادتها ولم يزد حيضها ولم ينقص ؛ ولكن زاد طهرها ، وان رأته فى الخمسة الثانية مع الثالثة فقد زاد حيضها وتأخرت عادتها ، وان رأته فى الخمسة الأولى والثانية فقد زاد حيضها وتقدمت عادتها ، وان رأته فى الخمسة الأولى والثانية والثالثة فقد زاد حيضها فصار خمسة عشر وتقدمت عادتها وتأخرت ، وان رأته فى أربعة أيام أو ثلاثة أو يومين أو يوم من الخمسة المعتادة فقد نقص حيضها ولم تنتقل عادتها ، وان رأته فى يوم أو يومين أو ثلاثة أو أربعة من الخمسة الأولى فقد نقص حيضها وتقدمت عادتها ، وان رأت ذلك فى الخمسة الثالثة أو الرابعة أو ما بعد ذلك فقد نقص حيضها وتأخرت عادتها . قال القاضى أبو الطيب وغيره : لا خلاف فى كل هذه الصور بين أصحابنا . وقال أبو حنيفة رحمه الله : ان رأته قبل العادة فليس بحيض ، وان رأته بعدها فحيض لأن المتأخر تابع . دليلنا أنه دم صادف الامكان فكان حيضا .

قال أصحابنا : ثم فى كل هذه الصور اذا استحيضت فأطبق دمها بعد عادة من هذه العادات ردت اليها ان كانت تكررت • فان لم تتكرر ردت اليها أيضا على المذهب • وفيها الخلاف السابق فى ثبوت العادة بمرة أو مرتين فان لم نثبتها بمرة ردت الى العادة القديمة • أما اذا كان عادتها خمسة من أول الشهر فرأت فى شهر ستة وطهرت باقيه ، ثم رأت فى الشهر الذى يليه سبعة وطهرت ثم استحيضت فى الثالث واستمر الدم المبهم ، فان أثبتنا العادة بمرة ردت الى السبعة • فان قلنا : لا تثبت الا بمرتين فوجهان أصحهما عند امام الحرمين ترد الى الخمسة فانها المتكررة حقيقة على خيالها ، والثانى وهو الأشهر وصححه الرافعى وغيره : ترد الى الستة لأنها تكررت فوجدت مرة منفردة ومرة مندرجة فى جملة السبعة ، وان قلنا بالوجه الشاذ : انها لا تثبت الا بثلاث مرات ردت الى الخمسة قطعا •

أما بيان قدر الطهر اذا تغيرت العادة ففيه صور ، فاذا كان عادتها خمسة من أول الشهر فرأت فى شهر الخمسة الثانية فقد صار دورها المتقدم على هذه الخمسة خمسة وثلاثين ، منها خمسة حيض وثلاثون طهر ، فان تكرر هذا بأن رأت بعد هذه الخمسة ثلاثين طهرا ثم عاد الدم فى الخمسة الثالثة من الشهر الآخر ، وهكذا مرارا أو مرتين ثم استحيضت فأطبق الدم المبهم فانها ترد الى هذا أبدا فيكون لها خمسة حيضا وثلاثون طهرا ، وهذا متفق عليه •

وان لم يتكرر بأن استمر الدم من أول الخمسة الثانية ، فهل نحيضها فى هذا الشهر ؟ فيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى اسحاق المروزى : لا حيض لها فى هذا الشهر ، فاذا جاء الشهر الثانى ابتدأت من أوله حيضا خمسة أيام وباقيه طهر ، وهكذا جميع الشهور كما كانت عادتها • (والوجه الثانى) وهو قول جمهور الأصحاب : نحيضها فى هذا الشهر خمسة من أول الدم المبتدأ وهى الخمسة الثانية ، ثم ان أثبتنا العادة بمرة جعلنا دورها خمسة وثلاثين ، منها خمسة حيض والباقى طهر ، وهكذا أبدا • وان لم نثبتها بمرة فوجهان الصحيح منهما وهو الذى نقله امام الحرمين وغيره من المحققين أن طهرها خمسة وعشرون بعد الخمسة لأن ذلك هو المتكرر من طهرها ، والثانى أن طهرها فى هذا الدور عشرون وهو الباقى فى هذا الشهر ، ثم تحيض من

أول الشهر الثانى خمسة وتطهر باقيه ، وهكذا أبدا مراعاة لعـادتها القديمة قدرا ووقتا ، فهذا الذى حكيناه عن جمهور الأصحاب هو الصواب المعتمد ، وأما قول أبى اسحاق فضعيف جدا ، قال امام الحرمين : انما قال أبو اسحاق هذا لاعتقاده لزوم أول الأدوار ما أمكن قال الامام : وهذا الوجه وان صح عن أبى اسحاق فهو متروك عليه معدود من هفواته ، قال : وهو كثير الغلط فى الحيض ، ومعظم غلطه من افراطه فى اعتبار أول الدور • ووجه غلطه أنها اذا رأت الخمسة الثانية ثم استمر ، فأول دمها فى زمن امكان الحيض ، وقد تقدم عليه طهر كامل ، فالمصير الى تخلية هذا الشهر عن الحيض باطل لا أصل له • قال الامام : ثم نقل النقلة عن أبى اسحاق غلطا فاحشا فقالوا : عنده لو رأت فى الخمسة الثانية دما ثم استمر الى آخر الشهر ثم رأت خمسة أيام نقاء من أول الشهر الثانى ثم استمر الدم الى آخر الشهر ثم رأت النقاء خمسة ثم استمر الدم الى آخر الشهر ثم رأت النقاء خمسة ، وهكذا على هذا الترتيب سنين كثيرة ، فهذه امرأة لا حيض لها ، وهذا فى نهاية من السقوط والركاكة ، هذا آخر كلام الامام •

ثم ان امام الحرمين والغزالى والرافعى وآخرين نقلوا مذهب أبى اسحاق كما قدمته ، وهو أنه لا حيض لها فى الشهر الأول ، فاذا جاء الثانى فلها من أوله خمسة حيض وباقيه طهر ، وكذا ما بعـده من الشهور فيستمر دورها ثلاثين يوما أبدا •

وقال الشيخ أبو محمد الجوينى فى كتابه الفروق على مذهب أبى اسحاق: زاد [1] طهرها وصار خمسة وخمسين يوما وصار دورها ستين يوما أبدا ، خمسة حيض وخمسة وخمسون طهر تفريعا على المذهب أن العادة تثبت بمرة ، وهذا الذى نقله الشيخ أبو محمد ظاهر ، لكن المشـهور عنه ما قدمنـاه والله أعلم •

أما اذا كان عادتها خمسة من أول الشهر فرأت الدم فى الخمسة الثـانية وانقطع ثم عاد فى أول الشهر الثانى فقد صار دورها خمسة وعشرين ، فان

---

(١) كذا بالأصل ولعل العبارة : (وزاد الشيخ ابو محمد الجوينى فى كتـابه الفروق على مذهب ابى اسحاق : اذا زاد طهرها الخ) « ط » .

تكرر بأن رأت الدم فى أول الشهر الثانى خمسة ، ثم طهرت خمسة وعشرين ثم عاد الدم ، وهكذا مرارا أو مرتين ثم استحيضت ردت الى ذلك وجعل دورها خمسة وعشرين أبدا ، وان لم يتكرر بأن عاد فى الخمسة الأولى واستمر ، فالخمسة الأولى حيض بلا خلاف ، وأما الطهر فان أثبتنا العادة بمرة فهو عشرون ، والا فخمسة وعشرون • وأما اذا حاضت خمستها المعهودة أول الشهر ثم طهرت عشرين ، ثم عاد الدم فى الخمسة الأخيرة من هذا الشهر فقد تقدم حيضها وصار دورها خمسة وعشرين ، فان تكرر ذلك بأن رأت الخمسة الأخيرة دما وانقطع ثم طهرت عشرين ثم رأت الدم خمسة ثم طهرت عشرين ؛ وهكذا مرات أو مرتين ثم استحيضت ردت الى ذلك وجعل دورها أبدا خمسة وعشرين ، وان لم يتكرر بأن استمر الدم الخمسة الأخيرة ؛ قال الرافعى : فحاصل ما يخرج من طرق الأصحاب فى هذه المسألة ونظائرها أربعة أوجه (أصحها) تحيض خمسة من أول الدم وتطهر عشرين وهكذا أبدا • (والثانى) تحيض خمسة وتطهر خمسة وعشرين (والثالث) تحيض عشرة من هذا الدم وتطهر خمسة وعشرين ، ثم تحافظ على دورها القديم •

(والرابع) أن الخمسة الأخيرة استحاضة وتحيض من أول الشهر خمسة وتطهر خمسة وعشرين على عادتها القديمة ، وقد تقدم عن أبى اسحاق المحافظة على أول الدور والحكم بالاستحاضة فيما قبله • واختلفوا فى قياسه ؛ فقيل قياسه الوجه الثالث • وقيل : بل الرابع •

أما لو كانت المسألة بحالها فحاضت خمستها وطهرت أربعة عشر يوما ثم عاد الدم واستمر فالمتخلل بين حيضتها والدم ناقص عن أقل الطهر وفيها أربعة أوجه • (أصحها) أن يوما من أول الدم العائد استحاضة تكميلا للطهر ، وخمسة بعده حيض وخمسة عشر طهر وصار دورها عشرين • (والثانى) أن اليوم الأول من الدم العائد استحاضة ثم العشرة الباقية من هذا الشهر مع خمسة من أول الذى يليه حيض ومجموعه خمسة عشر ثم تطهر خمسة وعشرين تمام الشهر ، وتحافظ على دورها القديم • (والثالث) أن اليوم الأول من الدم العائد استحاضة وبعده خمسة حيض وخمسة وعشرون طهر وهكذا

أبدا • (والرابع) أن جميع الدم العائد الى آخر الشهر استحاضة وتفتتح دورها القديم من أول الشهر الثانى والله أعلم •

أما اذا كانت عادتها الخمسة الثانية فرأت الدم من أول الشهر واتصل ، ففيه الوجهان المشهوران فى الكتاب (الصحيح) منهما عند المصنف وشيخه أبى الطيب وصاحب البيان وغيرهم أن حيضها الخمسة المعتادة لأن العادة تثبت فيها فلا تغير الا بحيض صحيح • فعلى هذا يبقى دورها كما كان • (والثانى) وهو قول أبى العباس : حيضها الخمسة الأولى من الشهر فعلى هذا يكون قد نقص طهرها خمسة أيام وصار دورها خمسة وعشرين ولو كانت المسألة بحالها فرأت الخمسة المعتادة وطهرت دون الخمسة عشر ، ثم رأت الدم واتصل فانها تبقى على عادتها بلا خلاف ووافق عليه أبو العباس •

الدم واستمر فوجهان المذهب عند المصنف وشيخه وغيرهما : أنها على عادتها

أما إذا كان عادتها الخمسة الأولى فرأتها ثم طهرت خمسة عشر ثم أطبق ويكون حيضها خمسة من أول كل شهر وباقيه طهر ، فعلى هذا يكون باقى هذا الشهر طهرا ولا أثر للدم الموجود فيه ، والثانى أن الخمسة الأولى من الدم الثانى حيض ، فعلى هذا يصير دورها عشرين ، خمسة حيض ، وخمسة عشر طهر ، ولو رأت الخمسة المعتادة وطهرت عشرة ، ثم رأت دما متصلا ردت الى الخمسة المعتادة من أول كل شهر بلا خلاف •

أما اذا كان عادتها خمسة أول الشهر ، فرأت فى أول الشهر خمسة حمرة ثم أطبق السواد الى آخر الشهر فهو مبنى على ما سبق فى فصل المميزة ، فان قلنا : ان الأسود لا يرفع حكم الأحمر كان حيضها الخمسة الأولى وهى أيام الأحمر ، وان قلنا بالمذهب انه يرفعه فحيضها خمسة من أول الأسود ، وقد انتقلت عادتها • ولو كانت المسألة بحالها فرأت فى أول الشهر خمسة حمرة ثم خمسة سوادا ثم أطبقت الحمرة ، ففيها الأوجه الثلاثة السابقة فى مثلها فى المبتدأة ، فان قلنا هناك : حيضها السواد فحيضها هنا الخمسة الثانية وقد انتقلت عادتها ، وان قلنا هناك انها غير مميزة فحيضها هنا الخمسة الأولى وهى أيام عادتها ، وان قلنا هناك حيضها العشرة الأولى فحيضها هنا العشرة أيضا وهى الحمرة والسواد وقد زادت عادتها •

هذا كله فى العادة الواحدة ، أما اذا كان لها عادات فقد تكون منتظمات ، وقد لا تكون فالأول مثل أن كانت تحيض من شهر ثلاثة أيام ثم من الذى بعده خمسة ثم من الذى بعده سبعة ثم تعود فى الشهر الرابع الى الثلاثة وفى الخامس الى الخمسة ، وفى السادس الى السبعة ثم تعود فى السابع الى الثلاثة وفى الثامن الى الخمسة ، وهكذا فتكررت لها هذه العادة ، ثم استحيضت وأطبق الدم ففى ردها الى هذه العادة وجهان مشهوران للخراسانيين أصحهما: ترد اليها ، وبه قطع العراقيون وجماعة من الخراسانيين منهم أبو محمد الجوينى والمتولى لأنها عادة فردت اليها كالوقت والقدر . والثانى : لا ترد صححه البغوى لأن كل واحد من هذه المقادير ينسخ ما قبله ولا فرق على الوجهين بين انقطاع عادتها على الوجه المذكور أو غيره بأن كانت ترى خمسة ثم ثلاثة ثم سبعة أو سبعة ثم خمسة ثم ثلاثة وينتظم كذلك ، ولا فرق أيضا بين أن ترى كل واحد من هذه المقادير مرة أو مرات ، بأن كانت ترى فى شهر ثلاثة ، وفى الثانى ثلاثة ، وفى الثالث ثلاثة ، وفى الرابع خمسة ، وكذا فى الخامس والسادس وفى السابع سبعة وفى الثامن والتاسع كذلك ، ثم تعود الى الثلاثة متكررة ثم الخمسة كذلك ثم السبعة كذلك .

قال أصحابنا : ولو رأت الأعداد الثلاثة فى ثلاثة أشهر فقط فرأت فى شهر ثلاثة ثم فى شهر خمسة ثم فى شهر سبعة واستحيضت فى الرابع ، فلا خلاف أنها لا ترد الى هذه العادات ، كذا قاله امام الحرمين وغيره قالوا : لأنا ان أثبتنا العادة بمرة فالقدر الأخير نسخ ما قبله وان لم نثبتها بمرة فظاهر . قال الرافعى : ولهذا قال الأئمة : أقل ما تستقيم فيه العادة فى المثال المذكور أولا ستة أشهر ، فان كانت ترى هذه المقادير مرتين مرتين فأقله سنة ، فحصل أن محل الوجهين اذا تكررت العادة الدائرة . ثم ان قلنا بالصحيح : انها ترد الى هذه العادة فاستحيضت بعد شهر الثلاثة ردت فى أول شهر الاستحاضة الى الخمسة ، وفى الثانى الى السبعة ، وفى الثالث الى الثلاثة ، وفى الرابع الى الخمسة ، وفى الخامس الى السبعة ، وفى السادس الى الثلاثة ، وفى السابع الى الخمسة ، وهكذا أبدا ، وان استحيضت بعد شهر الخمسة ردت الى السبعة ثم الى الثلاثة ثم الى الخمسة ثم الى السبعة وهكذا . وان استحيضت بعد شهر السبعة ، ردت الى الثلاثة ثم الخمسة ثم السبعة ثم الثلاثة ، وهكذا

أبدا ، ولا يخفى بعد هذا ما اذا كانت ترى الثلاثة فى شهرين ، ثم الخمسة كذلك ، ثم السبعة كذلك •

وان قلنا : لا ترد الى هذه العادة فقد نقل الغزالى رحمه الله فيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) ترد الى القدر الأخير قبل الاستحاضة أبدا ، بناء على ثبوت العادة وانتقالها بمرة واحدة • (والثانى) ترد الى القدر المشترك بين الحيضتين السابقتين للاستحاضة أبدا ، فعلى هذا ان استحيضت بعد شهر الخمسة أو الثلاثة ردت الى الثلاثة لأنها المشتركة بين الشهرين السابقين ، وان استحيضت بعد السبعة ردت الى الخمسة لأنها المشتركة (والوجه الثالث) أنها كالمبتدأة لأن شيئا من هذه الأقدار لم يصر عادة لعدم تكرره على حاله ولا أثر لتكرره فى ضمن غيره فانه حينئذ ليس بحيضة بل بعضها •

قال الرافعى : وهذان الوجهان مفرعان على أن العادة لا تثبت بمرة قال : ولم أر بعد البحث نقل هذه الأوجه تفريعا على قولنا : لا ترد الى هذه العادة لغير الغزالى ، ولم يذكرها شيخه امام الحرمين ، وانما ذكرها شيخه فيما اذا لم تتكرر العادة الدائرة ، وقد سبق أن محل الوجهين ما اذا تكررت فثبت انفراد الغزالى بنقل هذه الأوجه على هذا الوجه ، والذى ذكره غيره تفريعا عليه الرد الى القدر المتقدم على الاستحاضة لا غير ، ثم اذا رددناها الى القدر المتقدم على الاستحاضة هل يلزمها الاحتياط ؟ فيما بين أقل العادات وأكثرها ؟ فيه وجهان ؛ أصحهما لا ، كذات العادة الواحدة لا تحتاط بعد المرد ؛ والثانى: يلزمها لاحتمال امتداد الحيض اليه فعلى هذا يجتنبها الزوج الى آخر السبعة فى المثال المذكور •

ثم ان استحيضت بعد شهر الثلاثة تحيضت من كل شهر ثلاثة ثم تغتسل وتصلى وتصوم عقب الثلاثة ، ثم تغتسل مرة أخرى عقب الخمسة ، ثم تغتسل عقب السبعة ، وتقضى صوم السبعة ، أما الثلاثة فانها لم تصمها ، وأما الباقى فلاحتمال الحيض ، ولا تقضى الصلاة أصلا ، لأن الثلاثة حيض • وما بعدها صلت فيه • وان استحيضت بعد شهر الخمسة تحيضت من كل شهر خمسة ،

ثم تغتسل وتصوم وتصلى عقب الخمسة ثم تغتسل عقب السبعة ، وتقضى صوم الجميع ، وتقضى صلوات اليوم الرابع والخامس لاحتمال طهرها فيهما ، ولم تصل فيهما ، وان استحيضت بعد شهر السبعة تحيضت من كل شهر سبعة ، واغتسلت عقب السابع وقضت صوم السبعة وصلوات ما بعد الثلاثة المتيقنة والله أعلم •

هذا كله اذا ذكرت العادة المتقدمة على الاستحاضة • فان نسيتها فطريقان (أحدهما) حكاه الجرجانى فى التحرير فيها قولان ، أحدهما : أنها كالمبتدأة ، والثانى : ترد الى الثلاث (والطريق الثانى) وهو المذهب وبه قطع الأصحاب فى جميع الطرق أنها تحتاط فتحيض من كل شهر ثلاثة أيام لأنها أقل الأقدار التى عهدتها وهى حيض بيقين ، ثم تغتسل فى آخر الثلاث وتصوم وتصلى ، ولا تمس مصحفا ، وتجتنب المسجد والقراءة والوطء ثم تغتسل فى آخر الخامس ، وفى آخر السابع ، وتتوضأ فيما بين ذلك لكل فريضة كسائر المستحاضات وهى طاهر الى آخر الشهر ، قال أصحابنا : وهكذا حكمها فى كل شهر أبدا •

قال الرافعى : وهل يختص ما ذكرناه بقولنا ترد الى العادة الدائرة ؟ أم هو مستمر على الوجهين ؟ مقتضى كلام الأكثرين أنه مستمر على الوجهين ، وقال امام الحرمين يختص بقولنا : ترد الى العادة الدائرة ، فأما ان قلنا ترد الى القدر المقدم على الاستحاضة فوجهان ، (أحدهما) ترد الى أقل العادات (والثانى) أنها كالمبتدأة ، وقد سبق فيها قولان فى أنها هل تحتاط الى آخر الخمسة عشر ، ويجريان هنا • (الحال الثانى) اذا لم تكن العادات منتظمات بل كانت هذه العادات مختلفات تارة تتقدم الثلاثة على الخمسة وتارة عكسه ، وتارة يتقدمان على السبعة وتارة عكسه وتارة تتوسط السبعة وغير ذلك من الاختلاف •

قال الرافعى : ذكر امام الحرمين والغزالى : أن هذه الحالة تبنى على حالة الانتظام ان قلنا هناك : لا ترد الى العادة الدائرة فهنا أولى فترد الى القدر المتقدم على الاستحاضة وان قلنا هناك : ترد الى العادة الدائرة ؛ فعدم الانتظام كالنسيان فتحتاط كما سبق ، قال : وذكر غيرهما طرقا حاصلها ثلاثة

أوجه ، أصحها : الرد الى القدر المتقدم على الاستحاضة بناء على ثبوت العادة بمرة : والثانى : ان تكرر المتقدم عليها ردت اليه والا فالى أقل عاداتها لأنه متكرر ؛ والثالث : أنها كالمبتدأة ، فان قلنا بالوجهين الأولين احتاطت الى آخر أكثر العادات ، وان قلنا كالمبتدأة ففى الاحتياط الى آخر الخمسة عشر القولان ، هكذا نقله الرافعى عن الأصحاب • وقال المتولى : هل يلزمها الاحتياط على هذه الأوجه الثلاثة ؟ فيه وجهان ، هذا كله اذا عرفت القدر المتقدم على الاستحاضة ، فان نسيته والعادات غير منتظمة فوجهان أصحهما وبه قال الأكثرون ترد الى أقل العادات • والثانى : أنها كالمبتدأة ، فعلى هذا فى الاحتياط الخلاف الذى فى المبتدأة ، وعلى هذا يجب الاحتياط الى آخر أكثر العادات على أصح الوجهين ، وقيل : يستحب • قال الرافعى : الصحيح من الخلاف فى الاحتياط عند العلم فى حال الانتظام أنها لا تحتاط ، والصحيح فى النسيان وفى حال عدم الانتظام أيضا تحتاط ، لكن فى آخر أكثر الأقدار لا الى تمام الخمسة عشر • قال البغوى : ولو لم ينتظم أوائل العادات بأن كانت تحيض فى بعض الأشهر فى أوله وفى بعضها فى آخره وفى بعضها فى وسطه ، ردت الى ما قبل الاستحاضة • فان جهلته فهى كالناسية ، فمن أول الشهر الى انقضاء أقل عاداتها تتوضأ لكل فريضة ثم تغتسل بعد ذلك لكل فريضة الى آخر الشهر والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كانت (١) معتادة مميزة ، وهى ان يكون عادتها ان تحيض فى كل شهر خمسة ايام ، ثم رات فى شهر عشرة ايام دما اسود ، ثم دما احمر او اصفر واتصل ، ردت الى التمييز وجعل حيضها ايام السواد وهى العشرة ، وقال ابو على بن خيران ترد الى العادة وهى الخمسة ، والأول اصح ، لأن التمييز علامة قائمة فى شهر الاستحاضة فكان اعتباره اولى من اعتبار عادة انقضت) •

(الشرح) اذا كان عادتها خمسة من أول الشهر ثم استحيضت وهى مميزة ، فان وافق التمييز العادة بأن رأت الخمسة الأولى سوادا وباقى الشهر حمرة فحيضها الخمسة بلا خلاف ، وان لم يوافقها فثلاثة أوجه (الصحيح)

---

(١) نسخة المهذب المطبوعة هكذا : (فان كانت معتادة لحين وهى أن تكون لها عدة فى كل شهر أن تحيض خمسة أيام) « ط » .

باتفاق المصنفين أنها ترد الى التمييز ، وهو قول ابن سريج وأبى اسحاق • قال البندنيجى : هو المنصوص • وقال الماوردى : هو مذهب الشافعى رحمه الله لقوله صلى الله عليه وسلم : « دم الحيض أسود » ولأن التمييز علامة ظاهرة ولأنه علامة فى موضع النزاع والعادة علامة فى نظيره ، وسواء على هذا زاد التمييز على العادة أو نقص (والثانى) ترد الى العادة ، وهو قول ابن خيران والاصطخرى ومذهب أبى حنيفة وأحمد لقوله صلى الله عليه وسلم : « لتنظر عدد الليالى والأيام التى كانت تحيضهن » ولم يفصل ، ولأن العادة قد ثبتت واستقرت والتمييز معرض للزوال ، ولهذا لو زاد الدم القوى على خمسة عشر بطلت دلالته ، فعلى هذا لو نسيت عادتها فحكمها حكم ناسية لا تمييز لها ، وسيأتى بيانه ان شاء الله تعالى • وهذا الوجه وان كان قد وجهناه توجيها حسنا فهو ضعيف عند الأصحاب •

قال الشيخ أبو حامد : قال أبو اسحاق المروزى انكر على أبى على بن خيران وأبى سعيد : لم يأخذا بمذهب صاحبهما يعنى الشافعى ، ولا صارا الى دليل • وقال القاضى أبو الطيب : قال أبو اسحاق : هذا الذى قالاه غلط لا يعذر قائله (قلت) وهذا افراط • (والوجه الثالث) ان أمكن الجمع بين العادة والتمييز حيضناها الجميع عملا بالدلالتين وان لم يمكن سقطا وكانت كمبتدأة لا تمييز لها وفيها القولان • وهذا الوجه مشهور عند الخراسانيين ولكنه أضعف من الذى قبله • مثال ما ذكرناه : كان عادتها خمسة من أول الشهر فرأت خمسة سوادا ثم أطبقت الحمرة فحيضها خمسة السواد باتفاق الأوجه الثلاثة ، ولو رأت عشرة سوادا ثم أطبقت الحمرة فعلى الوجه الأول والثالث حيضها العشرة • وعلى الثانى حيضها خمسة من أول السواد ، ولو رأت خمسة حمرة ثم خمسة سوادا ثم أطبقت الحمرة ، فعلى الأول حيضها السواد وعلى الثانى خمسة الحمرة وعلى الثالث العشرة • ولو رأت عشرة حمرة ثم خمسة سوادا ثم أطبقت الحمرة ، فعلى الأول حيضها السواد وعلى الثانى خمسة من أول عشرة الحمرة وعلى الثالث عشرة الحمرة مع خمسة السواد • ولو رأت السواد يوما أو يومين أو ثلاثة أو أربعة أو ستة أو سبعة أو ما زاد الى خمسة عشر ثم أطبقت الحمرة • فعلى الأول حيضها السواد مطلقا ، وعلى الثانى خمسة من أول الشهر مطلقا ، وعلى الثالث الأكثر من

التمييز والعادة • ولو رأت خمسة حمرة ثم أحد عشر سوادا ؛ فعلى الأول حيضها السواد ، وعلى الثانى الحمرة ، وعلى الثالث لا يمكن الجمع • ويجىء على الأول وجه أن حيضها الحمرة بناء على تقديم الأولية على اللون فى حق المميزة • وقد سبق بيانه ، وقد صرح به هنا صاحب الحاوى •

فعلى هذا يتفق القول بالتمييز والقول بالعادة أن حيضها خمسة الحمرة ، وانما يختلفان فى مأخذه ، هل هو التمييز أو العادة ؟ كما قالوا فيما لو رأت خمسة سوادا ثم أطبقت الحمرة أو خمسة خمرة ثم أطبقت الصفرة ، فان حيضها الخمسة الأولى على الأوجه كلها ، وانما يختلفون فى مأخذه ، ولو رأت عشرين حمرة ثم خمسة سوادا ثم أطبقت الحمرة فقال الفورانى والبغوى وصاحب العدة : الخمسة الأولى من أول الأحمر على عادتها وأيام السواد حيض آخر وما بينهما طهر • قالوا : وهذا متفق عليه وحكى الرافعى هذا ثم قال : ومنهم من قال هذا صحيح على الوجه الثالث ، وأما على الأول فحيضها السواد وطهرها المتقدم عليه خمسة وأربعون ، وصار دورها خمسين يوما • وان قلنا بالثانى فحيضها خمسة من أول الشهر وخمسة وعشرون بعدها طهر على عادتها والله أعلم •

(**فرع**) قد ذكرنا أن مذهبنا أن العادة اذا انفردت عمل بها واذا انفرد التمييز عمل به ، واذا اجتمعا قدم التمييز على الصحيح ، وقال أحمد : يعمل بكل منهما على انفراده وتقدم العادة اذا اجتمعا ، وقال أبو حنيفة والثورى : لا يعتبر التمييز مطلقا ، وتعتبر العادة ان وجدت والا فمبتدأة ، وقال مالك : لا يعمل بالعادة وانما يعمل بالتمييز ان وجد •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ان كانت ناسية مميزة وهى التى كانت لها عادة فنسيت عادتها ، ولكنها تميز الحيض من الاستحاضة باللون فانها ترد الى التمييز ، فانها لو ذكرت عادتها لردت الى التمييز ، فاذا نسيت الأولى ، وعلى قول من قال : تقدم العادة على التمييز حكمها حكم من لا تمييز له) •

(**الشرح**) هذا الفصل وحكمه كما ذكره المصنف ، كذا ذكره الجمهور • وقال امام الحرمين : اتفق الأصحاب على أنها ترد هنا الى التمييز للضرورة والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كانت ناسية للعادة غير مميزة لم يخل اما ان تكون ناسية للوقت والعدد او ناسية للوقت ذاكرة للعدد ، او ناسية للعدد ذاكرة للوقت ـ فان كانت ناسية للوقت والعدد وهى المتحيرة ففيها قولان ، احدهما : انها كالمبتدأة التى لا تمييز لها ، نص عليه فى العدد ، فيكون حيضها من اول كل هلال يوما وليلة فى أحد القولين او ستا او سبعا فى الآخر ، فان عرفت متى رأت الدم جعلنا ابتداء شهرها من ذلك الوقت وعددنا لها ثلاثين يوما حيضناها لأنه ليس بعض الأيام بأن يجعل حيضا بأولى من بعض ، فسقط حكم الجميع وصارت كمن لا عادة لها ، [ولا تمييز (١)] والثانى وهو : المشهور والمنصوص فى الحيض أنه لا حيض لها ولا طهر بيقين ، فتصلى وتغتسل لكل صلاة لجواز أن يكون ذلك وقت انقطاع الحيض ولا يطؤها الزوج وتصوم مع الناس شهر رمضان ، فيصح لها أربعة عشر يوما لجواز أن يكون اليوم الخامس عشر [من حيضها] بعضه من أول يوم من الشهر وبعضه من السادس عشر فيفسد عليها بذلك يومان ثم تصوم شهرا آخر فيصح لها منه أربعة عشر يوما . فان كان الشهر الذى صامه الناس ناقصا [صح لها منه ثلاثة عشر يوما من الصوم لجواز ان يكون ابتداء الحيض من بعض اليوم الأول وانتهاؤه فى بعض السادس عشر ، فيبطل عليها صوم ستة عشر يوما وتصح لها صوم ثلاثة عشر يوما ، فان كان شهر قضائها كاملا بقى عليها قضاء يومين ، وان كان ناقصا بقى قضاء ثلاثة أيام ، وان كانا كاملين بقى قضاء يومين وان كان شهر الأداء كاملا وشهر القضاء ناقصا بقى قضاء ثلاثة ايام ، وان قضت فى شوال صح لها صوم ثلاثة عشر يوما ان كمل واثنا عشر ان نقص ، وان قضت فى ذى الحجة فعشرة ان كمل وتسعة ان نقص ، فان كان الشهر الذى صامه الناس ناقصا وجب] عليها قضاء يوم فتصوم أربعة أيام من سبعة عشرة يوما ، يومين فى أولها ويومين فى آخرها ، وان كان الشهر تاما وجب عليها قضاء يومين ، فتصوم ستة أيام من ثمانية عشر يوما ، ثلاثة فى أولها وثلاثة فى آخرها ، فيصح لها صوم الشهر ، وان لزمها صوم ثلاثة ايام قضتها من تسعة عشر يوما ، أربعة من أولها وأربعة من آخرها ، وان لزمها صوم أربعة أيام قضتها من عشرين يوما ، خمسة فى أولها وخمسة فى آخرها ، وكلما زاد فى هذه المدة يوم زاد فى الصوم يومان ، يوم فى أوله ، ويوم فى آخره ، وعلى هذا القياس يعمل فى طوافها) .

(الشرح) هذه المسألة وما بعدها من مسائل الناسية ، وهو من عويص باب الحيض ، بل هى معظمة . وهى كثيرة الصور والفروع والقواعد

---

(١) ما بين المعقوفين ثابت فى المهذب وليس ثابتا فى الطبعتين السابقتين وانظر مبلغ السقط من هاتين الطبعتين (ط) .

والتمهيدات والمسائل المشكلات ، وقد غلط الأصحاب بعضهم بعضا فى كثير منها واهتموا بها حتى صنف الدارمى فيها مجلدة ضخمة ليس فيها غير مسألة المتحيرة وتقريرها وتحقيق أصولها ، واستدراكات كثيرة استدركها هو على كثير من الأصحاب ، وسترى ما أنقل منها هنا من نفائس التحقيق ان شاء الله تعالى •

وقد كنت اختصرت مقاصد تلك المجلدة فى نحو خمس كراريس ، وقد رأيت الآن الاقتصار على نبذ يسيرة من ذلك • وينبغى للناظر فيها أن يعتنى بحفظ ضوابطها وأصولها فيسهل عليه بعده جميع ما يراه من صورها ، واتفق أصحابنا المتقدمون والمتأخرون على أن ناسية الوقت والعدد تسمى متحيرة • قال الدارمى والقاضى حسين وغيرهما : وتسمى أيضا محيرة بكسر الياء لأنها تحير الفقيه فى أمرها ، ولا يطلق اسم المتحيرة الا على من نسيت عادتها قدرا ووقتا ولا تمييز لها ، وأما من نسيت عددا لا وقتا وعكسها فلا يسميها الأصحاب متحيرة وسماها الغزالى متحيرة ؛ والأول هو المعروف •

ثم ان النسيان قد يحصل بغفلة أو اهمال أو علة متطاولة لمرض ونحوه أو لجنون وغير ذلك ، وانما تكون الناسية متحيرة اذا لم تكن مميزة ، فان كانت مميزة فقد سبق قريبا ــ أن المذهب أنها ترد الى التمييز •

واعلم أن حكم المتحيرة لا يختص بالناسية ، بل المبتدأة اذا لم تعرف وقت ابتداء دمها كانت متحيرة ، وجرى عليها أحكامها ، وقد ذكرنا هذا فى فصل المبتدأة والله أعلم •

أما حكم المتحيرة ففيها ثلاثة طرق أصحها وأشهرها والذى قطع الجمهور به أن فيها قولين ، أصحهما عند الأصحاب : أنها تؤمر بالاحتياط كما سنبينه ان شاء الله تعالى ، والثانى : أنها كالمبتدأة وهو نصه فى باب العدد • والطريق الثانى : القطع بأنها كالمبتدأة ، وبه قطع القاضى أبو حامد فى جامعه • والثالث: تؤمر بالاحتياط قطعا وهو اختيار الدارمى وصاحب الحاوى وغيرهما ، وتأول هؤلاء نصه فى باب العدد على أنه أراد الناسية لقدر حيضها اذا ذكرت وقته ،

وقيل : أراد أنها كالمبتدأة فى حكم العدة أى يحصل لها من كل شهر قرء ، فان قلنا : انها كالمبتدأة فطريقان ، أشهرهما أنها على قولين :

(أحدهما) ترد الى يوم وليلة ، (والثانى) ست أو سبع كما فى المبتدأة وبهذا الطريق قطع المصنف والقفال والقاضيان أبو الطيب وحسين والفورانى وأبو على السنجى فى شرح التلخيص وامام الحرمين وصاحب الأمالى والغزالى والمتولى والبغوى وصاحب العدة والشاشى وخلائق .

(والطريق الثانى) : ترد الى يوم وليلة قولا واحدا ، وبه قطع الشيخ أبو حامد والمحاملى وسليم الرازى وابن الصباغ والجرجانى فى التحرير والشيخ نصر والصحيح طريقة المصنف وموافقيه فى طرد القولين ، وبها قال الجمهور . وأما قول صاحب البيان فى مشكلات المهذب : ان أكثر الأصحاب قالوا : ترد الى يوم وليلة قولا واحدا فغير مقبول والمشاهد خلافه ، كما ذكرناه ورأيناه قال أصحابنا : واذا رددناها الى مرد المبتدأة اما يوم وليلة واما ست أو سبع ، فابتداء دورها من أول كل هلال حتى لو أفاقت مجنونة متحيرة فى أثناء الشهر الهلالى حكم بطهرها باقى الشهر وابتداء حيضها من أول الشهر المستقبل . هكذا قاله الجمهور وهو ظاهر نص الشافعى فى كتاب العدد فى مختصر المزنى ، فانه قال : ولو ابتدأت مستحاضة أو نسيت أيام حيضها تركت الصلاة يوما وليلة استقبلنا بها الحيض من أول هلال يأتى عليها ، فاذا هل هلال الرابع انقضت عدتها .

واختلف أصحابنا فى علة تخصيصه بأول الهلال مع أنه تحكم لا يقتضيه طبع ولا عادة ، فقال جماعة منهم : الغالب أن أول الحيض يبتدىء مع أول الهلال . قال المتولى : لأن أول الهلال تهيج الدماء وأنكر المحققون هذا ، وقالوا هذه مكابرة للحس ، واحتج له امام الحرمين بأن المواقيت الشرعية هى بالأهلة وهذا قريب ، وقال الغزالى : لأن الهلال مبادى أحكام الشرع ، وهذا غير مقبول وهو شبيه الأول فى أنه انكار للحس فان الزكاة والعدد والديات والجزى والكفارات وغيرها انما تبتدىء من حين الشروع سواء وافق الهلال أو خالفه ، قال امام الحرمين : وهذا القول وهو رد المتحيرة الى

مرد المبتدأة من أول الهلال قول ضعيف مزيف لا أصل له • هذا قول الجمهور تفريعا على هذا القول الضعيف • وحكى المحاملى وابن الصباغ وآخرون عن ابن سريج وجها أنه يقال لها متى كان يبتدىء دمك ؟ فان ذكرت وقتا فهو أوله والا قيل : متى تذكرين أنك كنت طاهرا ؟ فان قالت : يوم العيد أو عرفات أو نحوه فحيضها عقبه • وقال القفال اذا أفاقت مجنونة متحيرة فابتداء دورها من الافاقة ، لأنه وقت التكليف • وأنكر عليه الأصحاب وغلطوه بأنها قد تفيق فى أثناء الحيض ، ثم على قول القفال : دورها ثلاثون يوما كسائر المستحاضات ، فلها فى أول كل ثلاثين حيض ، وهو يوم وليلة أو ست أو سبع ولا يعتبر الهلال ، كذا حكاه عنه المتولى وآخرون •

وقال جمهور أصحابنا فى الطريقتين : شهرها بالهلال فلها فى كل هلال حيض، قال الرافعى : متى أطلقنا الشهر فى المستحاضات أردنا به ثلاثين يوما ، سواء كان من أول الهلال أم لا ، ولا نعنى به الشهر الهلالى الا فى هذا الموضع على هذا القول ، قال أصحابنا : فاذا رددناها الى يوم وليلة أو ست أو سبع فذلك القدر حيض ، فاذا مضى اغتسلت وصامت وصلت الى آخر الشهر وما تأتى به من الصلاة لا قضاء فيه وما تأتى به من الصوم لا تقضى ما زاد منه على خمسة عشر ، وفيما بين المرد الى الخمسة عشر القولان السابقان فى المبتدأة ويباح الوطء للزوج بعد المرد • هذا تفريع قول الرد الى مرد المبتدأة وهو ضعيف باتفاق الأصحاب كما سبق ، ولا تفريع عليه ولا عمل ؛ وانما التفريع والعمل على المذهب وهو الأمر بالاحتياط ، قال أصحابنا : وانما أمرت بالاحتياط لأنه اختلط حيضها بغيره وتعذر التمييز بصفة أو عادة أو مرد كمرد المبتدأة ، ولا يمكن جعلها طاهرا أبدا فى كل شىء ، ولا حائضا أبدا فى كل شىء ، فتعين الاحتياط ، ومن الاحتياط تحريم وطئها أبدا ، ووجوب العبادات كالصوم والصلاة والطواف والغسل لكل فريضة وغير ذلك مما سنوضحه ان شاء الله تعالى • قال امام الحرمين : وهذا الذى نأمرها به من الاحتياط ليس هو للتشديد والتغليظ فانها غير منسوبة الى ما يقتضى التغليظ ، وانما نأمرها به للضرورة ، فانا لو جعلناها حائضا أبدا أسقطنا الصوم والصلاة وبقيت دهرها لا تصلى ولا تصوم ؛ وهذا لا قائل به من الأمة ، وان بعضنا الأيام — ونحن لا نعرف أول الحيض وآخره — لم يكن

اليه سبيل قال : وينضم الى هذا أن الاستحاضة نادرة ، والمتحيرة أشد ندورا ، وقد ينقرض دهور ولا توجد متحيرة ، هذا كلام الامام ، وقد أطلق الأصحاب أنها مأمورة بالاحتياط وهو كلام صحيح ، سواء كان حقيقة كما هو ظاهر كلامهم أم مجازا كما أشار اليه امام الحرمين ، قال أصحابنا : هى مأمورة بالاحتياط فى معظم الأحكام ونحن نفصلها ان شاء الله تعالى فى فصول متنوعة ، ليسهل الوقوف على المقصود من أحكامها لكثرة انتشارها .

فصـــل

فى وطء المتحيرة

قال أصحابنا : يحرم على زوجها وسيدها وطؤها فى كل حال وكل وقت لاحتمال الحيض فى كل وقت والتفريع على قول الاحتياط ، وحكى صاحب الحاوى وغيره وجها أنه يحل له لأنه يستحق الاستمتاع ولا نحرمه بالشك ، ولأن فى منعها دائما مشقة عظيمة والمذهب التحريم ، وبه قطع الأصحاب فى الطرق كلها ونقل المتولى وغيره اتفاقهم عليه ، فعلى هذا لو وطىء عصى ولزمها غسل الجنابة ولا يلزمه التصدق بدينار على القول القديم ، لأنا لم نتيقن الوطء فى الحيض ، وفى حل الاستمتاع بما بين السرة والركبة الخلاف السابق فى الحيض ، ذكره جماعات منهم الدارمى والرافعى .

فصـــل

فى قراءتها القرآن ودخولها المسجد ومس المصحف وحمله وتطوعها بصوم وصلاة وطواف . أما مس المصحف وحمله فحرام عليها وأما دخول المسجد فحكمها فيه حكم الحائض فيحرم عليها المكث فيه ويحرم العبور ان خافت تلويثه . وان أمنت فوجهان ؛ أصحهما الجواز . هذا فى غير المسجد الحرام ، وكذا دخولها المسجد الحرام لغير الطواف ، وأما دخولها للطواف فيجوز للطواف المفروض ، وفى المسنون وجهان سنوضحهما قريبا ان شاء الله تعالى .

وأما قراءة القرآن فحرام فى غير الصلاة الا على القول الضعيف الذى

حكاه الخراسانيون عن القديم أنها حلال للحائض ، هكذا قاله الأصحاب ، واختار الدارمى فى كتاب المتحيرة والشاشى جواز القراءة لهـا ، والمشـهور التحريم ، وأما فى الصلاة فتقرأ الفاتحة وفيما زاد عليها وجهان •

قال الرافعى : أصحهما الجواز ، وأما تطوعها بالصوم والصلاة والطواف ففيه أوجه (أحدها) أنه يحرم جميع ذلك فان فعلته لم يصح لأن حـكمها حكم الحائض وانما جوز لها الفرض للضرورة ولا ضرورة هنا ، (والثانى) وهو الأصح عند الدارمى والشاشى والرافعى وغيرهم من المحققين : يجـوز ذلك كما يجوز ذلك للمتيمم مع أنه محدث ، ولأن النوافل من مهمات الدين وفى منعها تضييق عليها ولأن النوافل مبنية على التخفيف ، وبهذا قطع امام الحرمين ونقله عن الأصحاب (والوجه الثالث) تجويز السنن الراتبة وطواف القدوم دون النفل المطلق • حكاه صاحب الحاوى لأنها تابعة للفرض ، فهى كجزء منه والله أعلم •

فصـــل

فى عدتهـــا

قال أصحابنا : لا تؤمر فى العدة بالأحوط والقعود الى تبين اليأس ، بل اذا طلقت أو فسخ نكاحها اعتدت بثلاثة أشهر ، أولها من حين الفرقة ، فاذا مضت ثلاثة أشهر ولم يكن حمل انقضت عدتها وحلت للأزواج ، لأن الغالب أن المرأة تحيض وتطهر فى كل شهر فحمل أمرها على ذلك • قال أصحابنا : ولأنا لو أمرناها بالقعود الى اليأس عظمت المشقة وطال الضرر لاحتمال نادر مخالف للظن وغالب عادة النساء بخلاف الزامها وظائف العبادات فان الأمر فيه سهل بالنسبة الى هذا ولأن غيرها يشاركها فيه •

وحكى امام الحرمين هنا والغـزالى فى العـدد وغيرهما عـن صاحب التقريب ، أنه حكى وجها أنه يلزمها القعود الى اليأس ثم تعتد بثلاثة أشهر ، لأنه الأحوط قال الامام : وهذا الوجه بعيد فى المذهب والذى عليه جماهير الأصحاب الاكتفاء بثلاثة أشهر وهذا هو الصحيح ، وبه قطع الأصحاب فى معظم الطرق ، وحكى الدارمى عن كثير من الأصحاب أنها تعتد بثلاثة أشهر ، كما حكيناه عن الجمهور ، قال : حتى رأيت للمحمودى من أصحابنا فى كتاب

الحيض أنها اذا طلقها زوجها لم يراجعها بعد مضى اثنين وثلاثين يوما وساعتين ولا تتزوج الا بعد ثلاثة أشهر احتياطا لأمرين ثم أنكر الدارمى على الأصحاب قولهم تعتد بثلاثة أشهر وغلطهم فى ذلك وبالغ فى ابطال قولهم ، وايضاح الصواب عنده ، وذكر فيه نحو كراسة مشتملة على نفائس وأنا أشير الى مقصوده مختصرا .

قال الدارمى : ينبغى أن نبين عدة غيرها ، لنبنى عليها عدتها ، فعدة المطلقة الحائل ثلاثة أقراء كل قرء طهر الا الأول فقد يكون بعد طهر ، وطلاقها فى الحيض بدعة وفى الطهر سنة الا أن يكون جامعها فيه فبدعة أخف من الحيض ، وهل يحسب قرءا فيه وجهان فان طلقها فى طهر لم يجامعها فيه حسبت بقيته قرءا وأتت بطهرين بعده فاذا رأت الدم بعد ذلك خرجت من العدة وقيل : يشترط مضى يوم وليلة وقيل ان لم يكن لها عادة مستقيمة اشترط والا فلا . وان طلقها فى طهر جامعها فيه فان حسبناه قرءا فكما لو لم يجامع فيه والا وجب ثلاثة أطهار بعده ، وان طلقها فى حيض وجب ثلاثة أطهار ، وهل يقع الطلاق مع آخر اللفظ ؟ أم عقبه ؟ فيه وجهان ، وهل تشرع فى العدة مع وقت الحكم بالطلاق ؟ أم عقيبه ؟ فيه وجهان وللناس خلاف فى تجزىء القرء ، هل هو الى غاية أم الى غير غاية ؟ وقد قال كثير من أصحابنا : أقل زمان يمكن انقضاء العدة فيه اثنان وثلاثون يوما ولحظتان بأن يطلقها وقد بقى شىء من الطهر ، فتعتد به قرءا ثم تحيض يوما وليلة ، ثم تطهر خمسة عشر ، ثم تحيض يوما وليلة ، ثم تطهر خمسة عشر وهو القرء الثالث ثم ترى الدم لحظة ؟ وينبغى أن تبنى العدة على ما سبق فاذا طلقها وكان جزء من آخر لفظه أو شىء منه على قول من لا يقول بالجزء فى أول الحيض وقع الطلاق فى الحيض بلا خلاف ، وتعتد بالأطهار بعده ، وان طابق الطلاق آخر الطهر ، اعتدت به قرءا على قول من أوقع الطلاق على آخر لفظه وحسب من العدة ولا يحسب على المذهب الآخر .

ولو بقى بعد طلاقه شىء من آخر الطهر فعلى مذهب من لا يقول بالجزء تعتد به قرءا ، لأنه ينقسم قسمين فيقع الطلاق فى الأول منهما وتعتد بالثانى

وهو أغلظ اذا قلنا بالطلاق عقيب لفظه ، وبالعدة عقيب الطلاق ، وان قلنا غير ذلك فأولى ، وعلى مذهب من يقول بالجزء ان كان الثانى جزءا واحدا فان قلنا الطلاق عقيب لفظه والعدة مطابقة للطلاق أو قلنا الطلاق بآخر لفظه والعدة بعده ، حسب قرءا ، لأن ذلك الجزء وقع فيه الطلاق وطابقته العدة ، أو صادفته العدة وتقدمه الطلاق فى آخر لفظه وان قلنا الطلاق بآخر لفظه ، والعدة تطابقه فأولى بذلك ، وان قلنا الطلاق عقب لفظه والعدة عقيبة لم يحسب قرءا ، لأن الطلاق يقع فى هذا الجزء ولا يبقى بعده شىء من الطهر للعدة .

وان كان بقى جزء اعتدت به قرءا على جميع هذه المذاهب ، فقد تكون العدة على بعض هذه المذاهب اثنين وثلاثين يوما وجزءا ،وهو أقل ما يمكن وذلك أن يطلقها فيطابق آخر طلاقه آخر الطهر وقلنا : وقع الطلاق بآخر اللفظ وطابقه أول العدة فأقل العدة اذن نوبتان وزيادة ، وأكثرها ثلاث نوب، يوم وليلة وجزء وذلك أن يطلقها وقد بقى جزء من الطهر على قول من قال به ، ولا يحسب قرءا عند من أوقع الطلاق عقيب لفظه وجعل أول العدة عقيب الطلاق ، ثم تمضى نوبة حيض وطهر فيكون قرءا ثم ثانيه يكون ثانيا ثم ثالثه قرءا ثالثا ، ثم يمضى يوم وليلة على قول من شرط ذلك . وان طلقها فى طهر جامعها فيه فأطول العدة على أغلظ المذاهب ثلاث نوب ويوم وليلة وطهر الا جزءا وذلك بأن يكون جامعها عاصيا فى آخر الحيض ، وطلقها فاتفق آخر لفظه فى أول جزء من الطهر وطابقه فنقول الطلاق بآخر لفظه وهو أول جزء من الطهر وفيه جماع وقلنا : لا تعتد به وذلك طهر الا جزءا ، ثم تمضى نوبة فتعتد بالطهر قرءا ثم نوبة ثانية ، ثم ثالثة ثم يوم وليلة فهذا أكثر ما يمكن أن يكون عدة على أشد مذاهبنا ولا يخفى بما ذكرناه تفريع ما فى المذاهب وانما قصدنا بيان أقصى الغايتين فى الأقل والأكثر على أقصى المذاهب .

فاذا تقرر هذا رجعنا الى المتحيرة فنقول حكم علتها متعلق بالنوبة وهذه المتحيرة لا تعلم شيئا من أمرها الا أنه مضى لها حيض وطهر ، ويدخل فى شكها أنها هل هى مبتدأة ؟ أم ذات عادة ؟ وأنها ان كانت معتادة فلا تعرف

عادتها وحكم هذه حكم الأولى للاحتياط لأنها أشد تحيرا • ثم النوبة مأخوذة من الزمان الذى مضى بين ابتداء الدم الى رؤية الدم المتصل ، وقد تعلم قدر نوبتها ، وان جهلت قدر الحيض والطهر منها بأن شكت فى قدرها عملنا على أكثر ما يبلغ شكها اليه ، فان ذكرت حدا فقالت أشك فى نوبتى الا أنى أقطع بأنها لا تجاوز شهرين أو سنة جعلنا ذلك نوبتها ، فان أطلقت الشك من غير حد فأضعف أحوالها أن تكون نوبتها من بلوغها تسع سنين ، الى رؤية الدم المتصل فيكون جميع ذلك نوبة • فان شكت فى قدر ذلك جعلته أكثر ما يبلغ شكها وتحتاج أيضا الى معرفة الزمن الذى بين أول الدم المتصل والطلاق ، وهذان الوقتان قد تعلمهما وقد تجهلهما وقد تعلم أحدهما وتجهل الآخر ، فان شكت هل هى مبتدأة ؟ أم معتادة ؟ قابلت بين الزمان الذى اعتبرنا به نوبتها وبين ثلاثين يوما التى هى نوبة المبتدأة ، فان كان ذلك الزمان أكثر جعلته نوبتها على أنها معتادة ، وان كانت الثلاثون أكثر جعلتها نوبتها على أنها مبتدأة ، وان كان الزمان ثلاثين يوما استوى الأمران • ومن هذا يظهر اغفال من قال عدتها ثلاثة أشهر لأنه يجوز أن يعلم أن عدتها أقل من ذلك أو لا يعلم قدر النوبة ، الا أن الزمان الذى من رؤيتها دم الابتداء الى دم الاتصال دون ثلاثين ، وعلمت أنها معتادة ، فاذا علم أثر النوبة عملنا على أنه مضى من الزمان بين رؤية الدم المتصل والطلاق ما هو أغلظ فى تطويل العدة على أغلظ المذاهب ، وذلك أن يكون آخر طلاقه قبل آخر الطهر بجزء على قول من قال به ، فيقع الطلاق فى ذلك الجزء على مذهب من قال : يقع عقيب لفظه ، ولا وقت للقرء من الطهر بعده على مذهب من قال : أول العدة عقب وقوع الطلاق ، فيحتاج الى ثلاثة أقراء ، يخرج من ثلاث نوب ، وهى ثلاثة أمثال الزمان الأول الذى اعتبرناه فى استخراج النوبة ، ثم يوم وليلة بعد النوب على مذهب من قال يحتاج الى اليوم والليلة فحصل ثلاث نوب ويوم وليلة وجزء ، ولو أنه عصى بجماعها وطلقها ولم يعلم متى جامعها جعل جماعة كأنه وقع آخره فى أول جزء من الطهر ، فلم يعتد بذلك الطهر على مذهب من قال ذلك ، فتعتد بعده بثلاث نوب ويوم وليلة ، ومعرفة الطهر أن تنظر الزمان الذى حكمت بأنه نوبتها فتسقط منه يوما وليلة للحيض ثم تعتد بالباقى منه الا جزءا ولا تعتد بذلك قرءا ثم بثلاث نوب ، ثم يوم وليلة •

وانما بينا الحكم على أصعب المذاهب ليخرج عدتها أطول ما يمكن • ومن أحب أن يبنى على قياس باقى وجوه أصحابنا فليفعل فقد تكون عدتها دون ثلاثة أشهر بأن يعلم بأنها معتادة والزمان المعتبر به نوبتها دون ثلاثين يوما وقد يزيد على ذلك الى أن يبلغ الى حد يعلم أن سنها لا تبلغه فى العادة ، وأن سن الحيض لا يبلغه ، فان بلغ الجزء الأول فهى وان لم تعش اليه فستبلغ سن اليأس ، فيكون لها حكم اليائسة ، وان انقطع دمها قبل سن اليأس فلها حكم غيرها من المعتدات التى انقطع دمهن فى العدة ، فهذا حكمها اذا جهلت نوبتها فعلمت أقصى ما يمكن أن يكون نوبة وجهلت الزمان من الدم والطلاق فعملت على أغلظه ، فان علمت النوبة عملت على قدرها ، وكذا ان علمت الزمان بين الدم والطلاق وان لم تعلم لكن علمت أنه مماثل لنوبتها فالحكم على ما مضى ، وان علمت أنه ينقص عن نوبتها اعتدت بقدر نقصانه قرءا ، ثم بيومين ثم بيوم وليلة ، لأن آخره طهر على هذا التنزيل ، وان شكت فى قدر النقصان جعلته أكثر الاحتمال لأنه يطول بها العدة • هذا آخر كلام الدارمى مختصرا وفيه جمل من النفائس • ومع هذا فالعمل على ما قاله الجمهور من الاعتداد بثلاثة أشهر ، الا أن يعلم من عادتها ما يقتضى زيادة أو نقصانا والله أعلم •

فصل فى طهارة المتحيرة

قال أصحابنا : ان علمت وقت انقطاع الحيض بأن قالت : أعلم أن حيضتى كانت تنقطع مع غروب الشمس لزمها الغسل كل يوم عقب غروب الشمس ، وليس عليها فى اليوم والليلة غسل سواه ، وتصلى بذلك الغسل المغرب وتتوضأ لما سواها من الصلوات لأن الانقطاع عند كل مغرب محتمل ولا يحتمل فيما سواها ؛ وان لم يعلم وقت انقطاعه لزمها أن تغتسل لكل فريضة لاحتمال الانقطاع قبلها ، واعلم أن اطلاق كثيرين من الأصحاب بأن يلزمها الغسل لكل فريضة محمول على ما اذا لم يعلم وقت انقطاعه كما صرح به الأصحاب ، وقد صرح به المصنف فى مواضع من الفصل بعد هذا • قال أصحابنا : ويشترط أن تغتسل فى وقت الصلاة لأنها طهارة ضرورة كالتيمم •

هذا هو الصحيح المشهور • وحكى امام الحرمين وغيره وجها أنها اذا ابتدأت غسلها قبل الوقت وفرغت منه مع أول الوقت جاز • لأن الغرض ألا تفصل بين الغسل والصلاة • قال امام الحرمين : وهذا الوجه غلط • ثم اذا اغتسلت هل تلزمها المبادرة بالصلاة عقب الغسل أم لها تأخيرها عن الغسل ؟ فيه طريقان حكاهما امام الحرمين وغيره : (أحدهما) أنه على الوجهين فى المستحاضة اذا توضأت هل عليها المبادرة أم لها التأخير ؟ فان قلنا يلزمها المبادرة فأخرت بطل غسلها ووجب استئنافه (والطريق الثانى) القطع بأنه لا تجب المبادرة • وقال الامام والغزالى : وهو الأصح • قال الامام وقول الأول أنها كالمستحاضة غلط لأن ايجاب المبادرة على المستحاضة على الأصح ليقل حدثها وهذا لا يتفق فى الغسل ، لأن عين الدم ليست موجبة للغسل ، وانما الموجب الانقطاع ، ولا يتكرر الانقطاع بين الغسل والصلاة ، فان قيل اذا أخرت الصلاة احتمل انقطاع حيضها بين الغسل والصلاة • قلنا هذا المعنى لا يختلف تقديره بقصر الزمان وطوله لأنه ممكن مع قصر الزمان وطوله ، ومالا حيلة فى دفعه يقر على ما هو ، لكن ان أخرت الصلاة عن الغسل لزمها الوضوء قبل الصلاة ان قلنا انه يلزم المستحاضة ، هذا كلام الأصحاب وهو صريح فى صحة الغسل فى أول الوقت وأثنائه ، وقطع صاحب الحاوى بأنه يجب الغسل لكل فريضة فى وقتها بحيث لا يمكنها بعد الغسل الا فعل الصلاة لجواز انقطاعه فى آخر وقتها ، ولا يكفيها الغسل والصلاة السابقان وهو غريب جدا ، فحصل أربعة أوجه فى غسلها ، الصحيح المشهور أنه يشترط وقوعه فى وقت الصلاة متى كان ، والثانى : يشترط ذلك مع المبادرة الى الصلاة ، والثالث : يكفى وقوع آخره مع أول الوقت ، والرابع : يشترط وقوعه قبل آخر الوقت بقدر الصلاة والله أعلم •

فصل فى صلاتها المكتوبة

قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله : يلزمها أن تصلى الصلوات الخمس أبدا ، وهذا لا خلاف فيه لأن كل وقت يحتمل طهرها ، فمقتضى الاحتياط وجوب الصلاة ، ثم ان الشافعى والأصحاب فى الطريقتين لم

يشترطوا صلاتها فى آخر الوقت ، بل أوجبوا الصلاة فى الوقت متى شاءت كغيرها ، وصرح أكثرهم بهذا ، وهو مقتضى اطلاق الباقين • وقطع صاحب الحاوى بأن عليها الصلاة فى آخر الوقت ، ونقله بعد هذا بأسطر عن الأصحاب، وهو موافق لما سبق من قوله فى الغسل ، وهو وان كان له وجه فهو شاذ متروك لما فيه من الحرج ، ثم اذا صلت الخمس فى أوقاتها هل يجب قضاؤها ؟ ظاهر نص الشافعى أنه لا يجب ، لأنه نص على وجوب قضاء الصوم ولم يذكر قضاء الصلاة ، وهو ظاهر كلام المصنف •

وقد صرح بأن لا قضاء الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وابن الصباغ وجمهور العراقيين والغزالى فى الوجيز ، ونقله الدارمى وصاحب الحاوى والشيخ نصر وآخرون عن جمهور أصحابنا ، لأنها ان كانت حائضا فلا صلاة عليها ، وان كانت طاهرا فقد صلت • وقال الشيخ أبو زيد المروزى رحمه الله : يجب قضاء الصلوات لجواز انقطاع الحيض فى أثناء الصلاة أو بعدها فى الوقت ، ويحتمل انقطاعه قبل غروب الشمس فيلزمها الظهر والعصر، وقبل طلوع الفجر فيلزمها المغرب والعشاء ، واذا كنا نفرع على قول الاحتياط وجب مراعاته فى كل شىء ، هذا قول أبى زيد • قال الرافعى :ويحكى أيضا عن ابن سريج قال : وهو ظاهر المذهب عند الجمهور وبه قطع المتولى والبغوى وغيرهما •

(قلت) وقطع به القاضى حسين أيضا ورجحه امام الحرمين وجمهور الخراسانيين والدارمى وصاحب الحاوى والشيخ نصر المقدسى من العراقيين ، قالوا : لأنه مقتضى الاحتياط ، والشافعى كما لم يذكر القضاء لم ينفه ، ومقتضى مذهبه الوجوب ، وحجة الأولين ما ذكره امام الحرمين أنا لا نلزم المتحيرة كل ممكن لأنه يؤدى الى حرج شديد ، والشريعة تحط عن المكلف أمورا بدون هذا الضرر ، والدليل على أنه لا يلزمها كل ممكن أن عدتها تنقضى بثلاثة أشهر ولا تقعد الى اليأس •

واختار صاحب الحاوى طريقة أخرى فقال : الصحيح عندى أنها تنزل تنزيلين هما أغلظ أحوالها • أحدهما : تقرير دوام الطهر الى وقت الصلاة

وامكان أدائها ووجوب الحيض بعده ، فيلزمها الصلاة فى أول الوقت بالوضوء دون الغسل • والتنزيل الثانى دوام الحيض الى دخول وقت الصلاة ثم وجود الطهر بعده فيجب الغسل فى آخر الوقت دون الوضوء ، فحصل من التنزيلين أنه يلزمها أن تصلى الظهر فى أول وقتها بالوضوء لاحتمال أن يكون آخر طهرها ثم تصليها فى آخر وقتها بالغسل لاحتمال أن يكون أول طهرها ، فاذا دخل وقت العصر صلت العصر فى أول وقتها بالوضوء • ثم صلتها بالغسل فى آخر الوقت اذا بقى منه ما يسع ما يلزمها به لصلاة العصر ، ثم أعادت الظهر مرة ثالثة فى آخر وقت العصر بالغسل لاحتمال ابتداء الطهر فى آخر وقت العصر فيلزمها الظهر والعصر • فان قدمت العصر الثانية على الظهر الثالثة كان الغسل لها وتوضأت للظهر • وان قدمت الظهر على العصر كان الغسل لها وتوضأت للعصر • فاذا غربت الشمس صلت المغرب بغسل صلاة واحدة لأنه ليس لها الا وقت واحد ، فاذا دخل وقت العشاء صلتها فى أول الوقت بالوضوء ثم أعادتها فى آخره وتعيد معها المغرب وتغتسل للأولى منهما وتتوضأ للأخرى فاذا طلع الفجر صلت الصبح فى أول الوقت بوضوء ثم أعادتها فى آخره بغسل فتصير مصلية للظهر ثلاث مرات ؛ مرة فى أول الوقت بالوضوء ومرة ثانية فى آخره بالغسل ، وثالثة فى آخر وقت العصر بغسل لها وللعصر ، وتصير مصلية للعصر مرتين ، مرة فى أول وقتها بوضوء وثانية فى آخره بغسل ، وتصير مصلية للمغرب مرتين ، مرة فى وقتها بالغسل ، ومرة فى آخر وقت العشاء بالغسل لها ، وتصير مصلية للعشاء مرتين ، مرة بالوضوء فى أول وقتها ومرة فى آخره بالغسل ، وكذا الصبح فتبرأ بيقين • هذا كلام صاحب الحاوى ، وأما طريقة جمهور العراقيين فظاهرة لا تحتاج الى تفريع ، بل تصلى أبدا ولا قضاء •

وأما طريقة أبى زيد المروزى ومتابعيه فقال القاضى حسين والمتولى والبغوى وآخرون : تصلى على هذه الطريقة الصلوات الخمس مرتين بستة أغسال وأربع وضوءات ، فتصلى الظهر فى وقتها بغسل ، ثم العصر كذلك ، ثم المغرب كذلك ثم تتوضأ بعد المغرب وتقضى الظهر ، ثم تتوضأ وتقضى العصر ، ثم تصلى العشاء فى وقتها بغسل ثم الصبح فى وقتها بغسل ثم تتوضأ وتقضى المغرب ثم تتوضأ وتقضى العشاء ثم تقضى الصبح بعد طلوع الشمس

بغسل • هذا كلامهم ، وبسطه امام الحرمين وأوضحه بأدلته وزاد فيه وأتقنه ثم لخص طريقته واختصرها الرافعى فقال : اذا قلنا بهذه الطريقة تغتسل فى أول وقت الصبح وتصليها ، ثم اذا طلعت الشمس اغتسلت مرة أخرى وصلتها لاحتمال أن الحيض صادف المرة الأولى وانقطع بعدها فلزمتهـا ، وبالمرتين تبرأ من الصبح قطعا ، ولا يشترط المبادرة بالمرة الثانية بعد طلوع الشمس ، بل متى صلتها قبل انقضاء خمسة عشر يوما من أول وقت الصبح أجزأها لأن الحيض ان انقطع فى وقت الصبح لم يعد الى الخمسة عشر • قال امام الحرمين ولا يشترط تأخير جميع الصلاة الثانية عن الوقت ، بل لو وقع بعضها فى آخر الوقت جاز بشرط أن يكون دون تكبيرة اذا قلنا تجب الصلاة بادراك تكبيرة أو دون ركعة ، لأنه ان انقطع قبل المرة الثانية أجزأها الثانية ، وان انقطع فى أثنائها فلا شىء عليها •

قال الرافعى انكارا على امام الحرمين : ينبغى أن ينظر الى أول زمـن الغسل مع الجزء الواقع من الصلاة فى الوقت لاحتمال الانقطاع فى أثنـاء الغسل ، ومعلوم أنه لا يمكن أن يكون ذلك دون تكبيرة ، ويبعد أن يـكون دون ركعة • هذا حكم الصبح ؛ وأما العصر والعشاء فتصليهما مرتين كذلك ، وأما الظهر فلا يكفى وقوعها فى المرة الثانية فى أول وقت العصر ، ولا يكفى أيضا وقوع المغرب فى أول وقت العشاء لاحتمال الانقطاع فى أواخر وقتهما ، فيجب أن تعيد الظهر فى الوقت الذى تعيد العصر وهو بعـد خروج وقت العصر ، وتعيد المغرب مع العشاء بعد خروج وقت العشاء • ثم اذا أعادت الظهر والعصر بعد المغرب نظر ان قدمتهما على أداء المغرب وجب غسل للظهر ووضوء للعصر وغسل للمغرب ، وانما كفاها غسل للظهر والعصر لأنه ان انقطع حيضها قبل المغرب فقد اغتسلت له ، وان انقطع بعد المغرب فليس عليها ظهر ولا عصر ، وانما وجب غسل المغرب لاحتمال الانقطاع فى خلال الظهر والعصر وعقبها ، وكذا الحكم اذا قضت المغرب والعشاء بعد طلوع الفجر قبل أداء الصبح ، وحينئذ تكون مصلية الصـلوات الخمس مرتين بوضوءين وثمانية أغسال •

وان أخرت الظهر والعصر عن أداء المغرب اغتسلت للمغرب وكفاها ذلك

للظهر والعصر لأنه ان انقطع قبل الغروب فهي طاهر والا فلا ظهر ولا عصر عليها ويجب وضوء للظهر ووضوء للعصر كسائر المستحاضات ، وكذا القول فى المغرب والعشاء اذا أخرتهما عن أداء الصبح ، وحينئذ تكون مصلية الصلوات الخمس بأربعة وضوءات وستة أغسال ، وعلى الطريق الأول يكون قد أخرت المغرب والصبح عن أول وقتهما لتقديمها القضاء عليهما فتبرأ عما سواهما ، وأما هما فقال امام الحرمين : اذا أخرت الصلاة الأولى عن أول الوقت حتى مضى ما يسع الغسل • وتلك الصلاة لم يكف فعلها مرة أخرى فى آخر الوقت أو بعده على التصوير السابق لاحتمال أنها طاهر فى أول الوقت ثم يطرأ الحيض فيلزمها الصلاة وتكون الصلاتان واقعتين فى الحيض، بل يحتاج الى فعلهما مرتين أخريين بغسلين ويشترط كون احداهما بعد انقضاء وقت الرفاهية والضرورة وقبل تمام خمسة عشر يوما من افتتاح الصلاة فى المرة الأولى ، وأن تكون الثانية فى أول السادس عشر من آخر الصلاة فى المرة الأولى وحينئذ تبرأ بيقين •

ومع هذا كله لو اقتصرت على أداء الصلوات فى أوائل أوقاتها ، ولم تقض شيئا حتى مضت خمسة عشر يوما أو مضى شهر لم يجب عليها لكل خمسة عشر يوما الا قضاء صلوات يوم وليلة فقط لأن القضاء لاحتمال الانقطاع ولا يتصور الانقطاع فى خمسة عشر الا مرة واحدة ، ويجوز أن يجزيه قضاء صلاتى جمع وهما ظهر وعصر أو مغرب وعشاء فاذا شككنا وجب قضاء صلوات يوم وليلة كمن نسى صلاتين من خمس • ولو كانت تصلى فى أوساط الأوقات لزمها أن تقضى للخمسة عشر صلوات يومين وليلتين لاحتمال أن يطرأ الحيض فى وسط صلاة فتبطل وينقطع فى وسط أخرى فتجب ، ويحتمل أن يكونا مثلين •

ومن فاته صلاتان متماثلتان لا يعرفهما لزمه صلوات يومين وليلتين بخلاف ما لو صلت فى أول الأوقات فانه لو فرض ابتداء الحيض فى أثناء الصلاة لم يجب لأنها لم تدرك من الوقت ما يسعها • هذا آخر كلام الرافعى المختصر من كلام امام الحرمين قال امام الحرمين فان قيل : هذا الذى ذكرتموه الآن مخالف ما سبق من قولكم يجب قضاء كل صلاة ،

فانكم الآن صرتم الى أنه لا يجب فى الخمسة عشر الا قضاء خمس صلوات • فالجواب أن هذا الذى ذكرناه من الاكتفاء بقضاء خمس صلوات فى الخمسة عشر أمر أغفله الأصحاب وهو مقطوع به والذى ذكرناه أولا هو فيما اذا أرادت أن تبرأ فى كل يوم عما عليها ، وكانت تؤثر المبادرة وتخاف الموت فى آخر كل ليلة فأما اذا أخرت القضاء فلا شك أنه لا يجب فى الخمسة عشر الا قضاء صلوات يوم وليلة ، فان نسبنا ناسب الى مخالفة الأصحاب سفهنا عقله ، فان القول فى هذه المقاضاة يتعلق بمسالك الاحتمالات ، وقد مهد الأئمة القواعد كالتراجم ، ووكلوا استقصاءها الى أصحاب الفطن والقرائح، ونحن نسلم لمن يبغى مزيدا أن يبدى شيئا وراء ما ذكرنا مفيدا على شرط أن يكون مفيدا ، وبالجملة النظر الذى يخفف فى أمر المتحيرة بالغ الموقع مستفاد ، هذا آخر كلام امام الحرمين ، وقد صرح البغوى وآخرون بما ذكره امام الحرمين ، من أنها اذا لم تزد على الصلوات فى أول أوقاتها لا يجب فى الشهر الا قضاء صلوات يومين ، هذا بيان صلوات الوقت فأما اذا أرادت صلاة مقضية أو منذورة ففيها كلام نذكره بعد صيامها ان شاء الله •

فصل فى صيام المتحيرة (١)

اتفقت نصوص الشافعى والأصحاب على أنه يلزمها أن تصوم جميع شهر رمضان لاحتمال الطهر فى كل يوم فاذا صامته وكان تاما اختلفوا فيما يحسب لها منه فنقل امام الحرمين وجماعات أن الشافعى رحمه الله نص أنه يحسب لها منه خمسة عشر يوما ، وبهذا قطع جمهور أصحابنا المتقدمين ، ممن قطع به أبو على الطبرى فى الافصاح والشيخ أبو حامد والمحاملى وأبو على السنجى فى شرح التلخيص وآخرون من المصنفين ، ونقله صاحب الحاوى عن أصحابنا كلهم ونقله الدارمى عن جمهور أصحابنا قال : ولم أر فيه خلافا الا ما سنذكره عن أبى زيد ، ونقله الشيخ أبو محمد الجوينى فى كتابه المحيط عن عامة مشايخهم ثم قال : وأجمع الأصحاب عليه وقطع به من

---

(١) لم يثبت الشارح كلمة فصل لصاحب المتن مع استهلاله كل مسالة بها وبدا صارت هذه الكلمة للشارح ، ولكنا اثبتناها للمصنف فى تكملتنا « ط » •

المتأخرين الغزالى فى كتابه الخلاصة والجرجانى فى كتابيه التحرير والبلغة . وقال الشيخ أبو زيد المروزى امام أصحابنا الخراسانيين : لا يحسب لها منه الا أربعة عشر يوما لاحتمال ابتداء الدم فى بعض اليوم الأول ، وانقطاعه فى بعض السادس عشر فيفسد الستة عشر ويبقى أربعة عشر . وأطبق المتأخرون من الخراسانيين على متابعة أبى زيد ووافقه من العراقيين الدارمى وصاحب الحاوى والقاضى أبو الطيب والمصنف وصاحب الشامل وآخرون من المتأخرين .

وأشار امام الحرمين وغيره الى أن فى المسألة طريقين ، أحدهما : اثبات خلاف فى أنه يحصل أربعة عشر أو خمسة عشر ، والثانى ، القطع بأربعة عشر ، وتأولوا النص على أنها حفظت أن دمها كان ينقطع فى الليل ، واحتج القائلون بخمسة عشر بأن أكثر مدة الحيض خمسة عشر يوما فيبقى خمسة عشر هكذا أطلقوه . قال الشيخ أبو محمد : هذا الذى قاله أبو زيد يحتمل ، لكن الذى أجمع عليه أصحابنا خمسة عشر وسلوك سبيل التخفيف عنها فى بعض الأحوال ، هذا الذى ذكرته من الاختلاف هو المشهور فى طريق المذهب .

واختار امام الحرمين طريقة أخرى ؛ فحكى نص الشافعى وقول أبى زيد واختلاف الأصحاب ثم قال : والذى يجب استدراكه فى هذا أنا اذا قلنا : ترد المبتدأة الى سبعة أيام ويحكم لها بالطهر ثلاثة وعشرين يوما فيتجه أن يقال حيض المتحيرة سبعة أيام فى كل ثلاثين يوما فانه لا فرق بينها وبين المبتدأة الا فى شىء واحد وهو أنا نعلم ابتداء دور المبتدأة دون المتحيرة ، فأما تنزيلها على غالب الحيض قياسا على المبتدأة فمتجه لا ينقدح غيره فليقدر لها سبعة أيام فى شهر رمضان ثم قد تفسد بالسبعة ثمانية ، فيحصل لها اثنان وعشرون يوما قال : فان قيل هذا عود الى القول الضعيف أن المتحيرة ترد الى مرد المبتدأة قلنا : هى مقطوعة عنها فى ابتداء الدور ، فأما ردها الى الغالب فيما يتعلق بالعدد الذى انتهى التفريع اليه فلا يتجه غيره ، وأقصى ما يتخيله الفارق أن المتحيرة كان لها عادات فلا نأمن اذا ردت الى الغالب أن تخالف تلك العادات ، والمبتدأة لم يسبق لها عادة فهذا الفرق ضعيف ؛ لأن المبتدأة

ربما كانت تحيض عشرة لو لم تستحض ، هـذا آخـر كلام امام الحرمين فحصل فى المسألة ثلاثة أوجه ، أو ثلاثة مذاهب لأصحابنا • وحكى القاضى أبو الطيب عن محمد بن الحسن صاحب أبى حنيفة رحمهم الله : أنه يبطل عليها من رمضان صوم عشرة أيام ، وهى أكثر الحيض عنده ؛ وهذا موافق لنص الشافعى ومتقدمى أصحابنا رحمهم الله أنه يبطل خمسة عشر وتحصل خمسة عشر والله أعلم •

هذا كله اذا كان شهر رمضان تاما ، أما اذا صامته وكان ناقصا ، وقلنا بطريقة المصنف والمتأخرين : ان الكل يحصل منه أربعـة عشر ، فقـد قطع الأصحاب فى الطريقتين بأنها لا يحسب لها منه الا ثلاثة عشر يوما لأنه يفسد ستة عشر ، لما ذكرناه من احتمال الطرو من نصف النهار ، وانقطاعه فى نصف السادس عشر فيبقى ثلاثة عشر ، هكذا صرح به الدارمى وصاحب الحاوى ، والشيخ نصر والمتولى والبغوى والرافعى وآخرون من الطريقتين ، ولم أر فيه خلافا لأحد من أصحابنا • وأما قول المصنف : فتصوم رمضان وشهرا آخر ، فان كان الشهر الذى صامه الناس ناقصا وجب عليها قضاء يوم • فقد حمله صاحب البيان على أن معناه أنها صامت مع الناس رمضـان الناقص فحصل لها منه أربعة عشر وصامت شهرا كاملا فحصل منه أربعة عشر أيضا فبقى يوم قال : لأن الشهر الهلالى لا يخلو من طهر صحيح متفرقا أو متتابعا ، فاذا كان الشهر ناقصا فلا بد فيه من طهر كامل ويدخل النقص على أكثر الحيض قال : ومن اعترض على صاحب المهذب فى هذا فليس قوله بصحيح لأن الله تعالى أجرى العادة أن الشهر لا يخلو من طهر صحيح •

هذا كلام صاحب البيان فيه وفى مشكلات المهذب وليس هو بصحيح ؛ بل مجرد دعوى لا يوافقه عليها أحد ؛ بل صرح الأصحاب بمخالفتها كما سبق، بل الصواب حمل كلام المصنف على ما اذا لم تصم مع الناس رمضـان بل صامت شهرين كاملين غير رمضان الذى صامه الناس ناقصا فبقى عليها يوم وهذا الذى حملناه عليه يتعين المصير اليه لأنه موافق للأصحاب وللقاعدة مع سلامته من دعوى لا تقبل وكلام المصنف يدل عليه ، فانـه قال « فان كان الشهر الذى صامه الناس » ولم يقل الذى صامته • وقد أنكر الرافعى وغيره

على المصنف وغلطوه وأبطلوا تأويل صاحب البيان ولا يصح الانكار على المصنف بل كلامه محمول على هذا الذى قلنا من أنها اذا لم تصم رمضان الناقص وصامت شهرين كاملين غيره ، يبقى عليهـا يوم هـذا تفريع على المذهب وهو أن من أفطر رمضان الناقص كفاه تسعة وعشرون يوما ، ولنا وجه أنه يلزمه ثلاثون يوما ، حكاه الدارمى هنا وحكاه غـيره ، وسـيأتى ايضاحه فى كتاب الصيام ان شاء الله تعالى .

(**فـرع**) فى صيام المتحيرة يوما عن قضاء أو نذر أو كفارة أو فدية فى الحج أو تطوع أو غيره ، فاذا أرادت تحصيل صوم يوم ، فهى مخيرة ان شاءت صامت أربعة أيام من سبعة عشر : يومين من أولها ويومين من آخرها ، وهذا الطريق هو الذى ذكره المصنف وصاحب الحاوى وآخرون ، وقـد يكون لها فى هذا غرض بأن تريد ألا يتخلل فطر بين الصوم فى واحد مـن الطرفين لأنه ان بدأ الحيض فى اليوم الأول سلم السابع عشر ، وان بدأ فى الثانى سلم الأول . وان كان الثانى آخر حيضة سلم السادس عشر ، وان شاءت صامت ثلاثة أيام من سبعة عشر فتصوم الأول والثالث والسابع عشر فيحصل يوم على كل تقدير ، لأنه ان بدأ الحيض فى أثنـاء الأول حصـل السابع عشر ، وان بدأ فى الثانى حصل الأول ، وان كان الأول آخر حيضة حصل الثالث ، وان كان الثالث آخر حيضة حصل السابع عشر ، وهذا الذى ذكرناه من صوم الأول والثالث والسابع عشر ، تمثيل وليس بشرط . وانما ضابط براءتها بثلاثة أن تصوم يوما متى شاءت وتفطر الذى يليه ، ثم تصوم يوما آخر : اما الثالث واما الخامس عشر واما ما بينهما وتفطر السادس عشر وتصوم السابع عشر ، فهذا أقصر مدة يمكن فيها قضاء اليوم ، ولها أن تؤخر الصوم الثالث عن السابع عشر الى آخر التاسع والعشرين لكن شرطه أنه يكون المتروك بعد الخمسة عشر مثل ما بين صومها الأول والثانى وأقل ، فلو صامت الأول والثالث والثامن عشر لم يجزئها لأن المتروك بعد الخمسة عشر يومان ، وليس بين الصومين الأولين الا يوم ، وانما امتنع ذلك لاحتـمال انقطاع الحيض فى الثالث وابتداء حيض آخر فى الثامن . ولو صامت الأول والرابع والثامن عشر جاز لحصول الشرط ولو صامت فى هـذه الصـورة السـابع عشر بدل الثـامن عشر جاز لأن المتروك أقل . ولو صامت الأول

والخامس عشر فقد خللت بين الصومين ثلاثة عشر فلها أن تصوم الثالث فى التاسع والعشرين أو السابع عشر أو ما بينهما ولا يجوز أن تصوم السادس عشر لأن الشرط أن تترك شيئا بعد الخمسة عشر ؛ فانها لو صامته احتمل انقطاع الحيض فى نصف اليوم الأول وابتداؤه فى نصف السادس عشر فينقطع فى التاسع والعشرين فتفسد الثلاثة ، أما اذا صامت الثلاثة من ثلاثين يوما فصامت الأول والأخير مع يوم بينهما فلا يجزيها لأنها ان صامت مع الطرفين الخامس عشر احتمل انقطاع الحيض فى نصف الخامس عشر فيفسد هو والأول ، ويفسد الأخير لطرءان الحيض فى نصفه • وان صامت مع الطرفين السادس عشر احتمل انقطاع الحيض فى النصف الأول وينقطع فى نصف السادس عشر وتبتدىء فى النصف الأخير فيفسد الجميع • وان صامت مع الطرفين السابع عشر احتمل الانقطاع فى نصف الثانى والابتداء فى نصف السابع عشر فيفسد الجميع وهكذا القول فى تنزيل باقى الصور ، أما اذا صامت الثلاثة من أحد وثلاثين يوما أو اثنين وثلاثين أو أكثر فصامت الطرفين ويوما بينهما فلا يجزيها أيضا وتنزيله ظاهر • قال الدارمى بعد أن ذكر نحو ما ذكرته : فبان أن أقل ما يصح منه صوم يوم ثلاثة أيام ، وأن أقل ما يصح منه صوم الثلاثة سبعة عشر وأكثره تسعة وعشرون •

هذا الذى ذكرناه فى طريق صوم اليوم هو الصحيح المشهور فى كتب متأخرى الأصحاب من الطريقتين ، ونقل جماعة أن الشافعى نص أنه يكفيها صوم يومين بينهما أربعة عشر وقال امام الحرمين : نص الشافعى أنها تصوم يومين بينهما خمسة عشر ، قال الامام : وأجمع أئمتنا على أنه حسب صوم الأول من الخمسة عشر ، فانها لو صامت يوما وأفطرت خمسة عشر ثم صامت يوما احتمل كون اليومين طرآ فى حيضتين ، واذا أفطرت بينهما أربعة عشر فيحصل أحدهما • قال الامام : وهذا المنقول عن الشافعى لا يتجه الا مع انطباق الحيض على أول اليوم وآخره ابتداء وانقطاعا وحاصل ما ذكره الامام موافقة غيره فى نقل النص أنها تصوم يومين بينهما أربعة عشر ، وبهذا قطع الشيخ أبو حامد والمحاملى وجماعات من كبار المتقدمين ، ونقله صاحب الحاوى عن أصحابنا ثم أفسده ، وكذا نقله الدارمى وأفسده ، وكذا أفسده من حكاه من المتأخرين ، وهذا الافساد بنوه على طريقتهم أن صوم رمضان

خمسةعشر فليس هو بفاسد بل يكفيها يومان بينهما أربعةعشر ولا تبالي باحتمال الطرءان نصف النهار • هذا كله تفريع على المذهب ، المنصوص الذى قطع به الأصحاب أنها على قول الاحتياط تبنى أمرها على تقدير أكثر الحيض ، أما على اختيار امام الحرمين الذى قدمناه عنه أنها ترد الى سبعة فقال الامام : يكفيها صوم يومين بينهما سبعة أيام قال : ولكن ــ وان كان هــذا ظاهرا منقاسا ــ فنحن نتبع الأئمة ونفرعه على تقدير أكثر الحيض ، فهذا الذى ذكرته فى هذا الفرع وما قبله مختصر واضح جامع يسهل به معرفة ما سأذكره ان شاء تعالى ويتضح به جمل من قواعد صومها وبالله التوفيق •

(فرع) فى صيامها يومين

واتفق جماهير من المتقدمين والمتأخرين فى الطريقتين على أنها اذا أرادت صوم يومين فأكثر ضعفت الذى عليها وضمت اليه يومين ، وقسمت الجميع نصفين فصامت نصفه فى أول الشهر ونصفه فى أول النصف الآخر ونعنى بالشهر ثلاثين يوما متى شاءت ابتدأت ولم أر لأحد من الأصحاب خلاف هذا الا لصاحب الحاوى والدارمى فأنا أذكر ان شاء الله تعالى طريقة الجمهور لوضوحها وشهرتها وخفة الكلام فيها ثم طريقة صاحب الحاوى ثم الدارمى ، واختصر كل ذلك مع الايضاح الذى يفهمه كل أحد ان شاء الله تعالى •

قال الجمهور : اذا أرادت صوم يومين ضعفتهما وضمت اليهما يومين فتكون ستة أيام تصوم منها ثلاثة متى شاءت ثم تفطر تمام خمسة عشر ثم تصوم السادس عشر والسابع عشر والثامن عشر فيحصل يومان قطعا لأنه ان بدأ الحيض فى نصف اليوم الأول حصل السابع عشر والثامن عشر ، وان بدأ فى نصف الثانى حصل الأول والثامن عشر ، وان بدأ فى نصف الثالث حصل الأولان ، وان كان الأول آخر حيضة حصل الثانى والثالث ، وان كان الثانى آخر حيضة حصل الثالث والسادس عشر ، وان أرادت صوم ثلاثة أيام ضعفتها وضمت اليها يومين فتكون ثمانية فتصوم أربعة وتفطر تمام خمسة عشر ثم تصوم أربعة واذا أرادت صوم أربعة صامت الخمسة الأولى والخمسة الرابعة ، وان أرادت صوم

خمسة صامت ستة أولا ثم ستة أولها السادس عشر • وان أرادت صوم ستة صامت سبعة ثم سبعة أولها السادس عشر ، وان أرادت سبعة صامت ثمانية ثم ثمانية أولها السادس عشر ، وهكذا تفعل فيما بعد ذلك الى ثلاثة عشر فتصوم أربعة عشر ثم أربعة عشر أولها السادس عشر ، وان أرادت أربعة عشر صامت ثلاثين متوالية ، وان أرادت خمسة عشر صامت ثلاثين متوالية يحصل منها أربعة عشر ثم يبقى يوم وقد سبق بيان طريق اليوم • وان أرادت ستة عشر أو سبعة عشر فأكثر صامت ثلاثين متوالية يحصل منها أربعة عشر ثم يحصل الباقى بطريقه السابق وهذا كله واضح •

قال المتولى والبغوى والرافعى وآخرون : ولو صامت فى جميع هذه الصور قبل خمسة عشر ما عليها متواليا من غير زيادة وصامت مثله من أول السابع عشر وصامت بينهما يومين مجتمعين أو متفرقين متصلين بالصوم الأول أو بالثانى أو غير متصلين أجزأها وبرئت ذمتها بيقين • هذه طريقة الجمهور أما صاحب الحاوى فحكى عن الأصحاب حكاية غريبة قال : قال أصحابنا : اذا أرادت صوم يومين صامت يومين فى أول الشهر ويومين فى أول النصف الثانى ، وان أرادت ثلاثة صامت ثلاثة فى الأول وثلاثة فى أول النصف الثانى ، وان أرادت أربعة أو أكثر فكذلك تصوم القدر الذى عليها ثم تفطر تمام خمسة عشر ثم تصوم مثل الذى عليها • قال : وهذا الذى أطلقه الأصحاب ليس بصحيح وانما يصح فى حق من علمت أن حيضها يبتدىء فى الليل ، وأما من لم تعلم فلا يجزيها فى اليومين الا ستة من ثمانية عشر ، ثم ذكر طريقة الجمهور التى ذكرناها ، وهذا الذى حكاه عن الأصحاب غريب جدا ، ومع غرابته هو جار على قول المتقدمين أنها اذا صامت رمضان حصل لها خمسة عشر •

وأما طريقة الدارمى فانها طريقة حسنة بديعة نفيسة بلغت فى التحقيق والتنقيح والتدقيق ، مشتملة على جمل من النفائس الغريبات والتنبيهات المهمات ، استدرك فيها على الأصحاب أمورا ضرورية لابد من بيانها وبسطها

أبلغ بسط فذكر فى صيامها يومين وثلاثة وما بعدها الى أربعة عشر قريبا من ثلاثة أرباع مجلد ضخم ، وفيها من المستفادات ما ينبغى أن لا يخلى هـذا الكتاب من ذكر مقاصده ولا يليق بطالب تحقيق باب الحيض بل الفقه مطلقا جهالته والاعراض عنه ، وقد أفردت مختصر ذلك فى كراريس ؛ وأذكر هنـا مقاصده مختصرة ان شاء الله تعالى .

قال رحمـه الله : اذا أرادت صـوم يومين فان ارادتهما متتابعين فأقل ما يمكن ذلك أن تصوم ثمانية عشر متوالية ، فان ارادتهما متفرقين صامت ذلك بثلاثة من سبعة عشر الى تسعة وعشرين على التفصيل السابق ، وان أرادتهما مجتمعين فأقل ما يمكن تحصـيلهما به خمسـة أيام ، كما أن أقل ما يحصل به اليوم ثلاثة أيام ، وهى ضعفة وواحد ، فكذا اليومان ضعفهما وواحد ، وأقل ما يصح منه هذه الخمسة تسعة عشر ، فتصوم الأول والثالث والسابع عشر والتاسع عشر ، ويخلى الرابع والسادس عشر يبقى بينهمـا أحد عشر يوما تصوم منها يوما ، أيها شاءت ، فيحصل من ذلك أحد عشر قسما بعدد أيام التخيير ، فهذا أقل ما يمكن أن تصوم منه الخمسة . ونحن نزيد فى ذلك يوما الى الحد الذى هو أكثر الممكن ، ومتى قلنا بعد هذا تصوم من الطرفين أو من أحد الطرفين كذا فمرادنا به فى الطرف الأول الأول فما بعده مما يليه متواليا ، ومرادنا به فى الطرف الآخر الآخر وما قبله مما يليه ، فان أرادت تحصيل صوم يومين بخمسة من عشرين صامت من أحد الطرفين الأول والثالث ، ومن الطرف الآخر الأول والرابع وأخلت يومين يليان الثلاثة ويوما يلى الأربعة يبقى بين ذلك عشرة أيام تصوم منها يوما أيها شـاءت ، فيحصل فى ذلك عشرة أقسام بعد أيام التخيير . وان شاءت عكست فنقلت الصوم ، والاخلاء من طرف الى طرف فيحصل عشرون قسـما ، عشرة فى الأول وعشرة فى عكسه ، وان شاءت صـامت من كل طرف اليـوم الأول والرابع وأخلت يوما من كل طرف بعد الرابع يبقى عشرة أيام ، تصوم منها يوما أيها شاءت ، وهذا القسم لا ينعكس فاضبط هذا الموضع .

واعلم أن كل قسم يكون الصوم والاخلاء فى طرف كما فى الطرف الآخر لا ينعكس ، ومتى خالف طرف طرفا فى شىء من الصوم والاخلاء أو الصوم

خاصة انعكس بالبدل ، وهو أن تجعل ما فى كل طرف فى الآخر فحصل فى طريق صوم يومين بخمسة من عشرين ثلاثون قسما ، عشرة انعكست وعشرة لم تنعكس أما اذا أرادت تحصيل يومين بخمسة من أحد وعشرين فتصوم من طرف الأول والثالث ، ومن طرف الأول والخامس ، وتخلى ثلاثة تلى الثلاثة ويوما يلى الخمسة يبقى بين ذلك تسعة أيام تصوم أيها شاءت ، ولها أن تبدل ما فى أحد الطرفين بالآخر فيكون ثمانية عشر قسما • وان شاءت صامت الأول والرابع من كل طرف وأخلت من كل طرف يومين يليان الصوم، تبقى تسعة تصوم منها يوما ، وهذه تسعة أقسام ولا تنعكس لتساوى الصوم والاخلاء فى كل طرف ، وان شاءت صامت من طرف الأول والرابع ، ومن طرف الأول والخامس وأخلت يومين يليان الأربعة ، ويوما يلى الخمسة تبقى تسعةتصوم أيها شاءت ، وهذا القسم ينعكس لاختلاف اليوم والاخلاء•

وان شاءت صامت من طرف الأول والخامس وأخلت يوما من كل طرف وصامت من التسعة الباقية يوما ، وهذا القسم لا ينعكس ، فجملة أقسام الأحد والعشرين أربعة وخمسون قسما • أما اذا أرادت تحصيل يومين بخمسة من اثنين وعشرين فتصوم من طرف الأول والسادس وتخلى أربعة تلى الثلاثة ويوما يلى الستة تبقى ثمانية ، تصوم يوما منها ولها العكس ، وان شاءت صامت من طرف الأول والرابع ، ومن طرف الأول والخامس وأخلت ثلاثة تلى الأربعة ويومين يليان الخمسة يبقى ثمانية ، تصوم منها يوما ولها العكس ، وان شاءت صامت من طرف الأول والرابع ، ومن طرف الأول والسادس وأخلت ثلاثة تلى الأربعة ويوما يلى الستة وصامت يوما من الثمانية الباقية ولها العكس للاختلاف ، وان شاءت صامت الأول والخامس من كل طرف وأخلت يومين من كل طرف ، ثم صامت يوما من الثمانية الباقية ، وهذا لا ينعكس لعدم الاختلاف ، وان شاءت صامت الأول والخامس من طرف ، والأول والسادس من طرف وأخلت يومين يليان الخمسة ويوما يلى الستة وصامت يوما من الثمانية وهذا ينعكس للاختلاف• وان شاءت صامت الأول والسادس من كل طرف وأخلت يوما من كل طرف وصامت يوما من الثمانية وهذا لا ينعكس ، فجملة الأقسام ثمانون •

أما اذا أرادت تحصيل يومين بخمسة من ثلاثة وعشرين فتصوم من طرف الأول والثالث ومن طرف الأول والسابع ، وتخلى خمسة تلى الثلاثة ويوما يلى السبعة يبقى بينهما سبعة تصوم منها يوما وينقسم هذا اليوم بحسب ما سبق ، وجملة أقسامه مائة وخمسة أقسام أوضحتها فى المختصر من كتاب الدارمى مفصلة • أما اذا أرادت يومين بخمسة من أربعة وعشرين فتصوم الأول والثالث من طرف والأول والثامن من طرف ، وتخلى ستة تلى الثلاثة ويوما يلى الثمانية ، ثم تصوم يوما من الستة الباقية ، وينقسم بحسب ما مضى ، فجملة أقسامه مائة وستة وعشرون قسما •

أما اذا أرادت يومين بخمسة من خمسة وعشرين فتصوم الأول والثالث من طرف والأول والتاسع من طرف ، وتخلى سبعة أيام تلى الثلاثة ويوما يلى السبعة وتصوم يوما من الخمسة الباقية وينقسم كما سبق ، فجملة أقسامه مائة وأربعون ، أما اذا أرادت يومين بخمسة من ستة وعشرين فتصوم الأول والثالث من طرف والأول والعاشر من طرف وتخلى ثمانية تلى الثلاثة ويوما يلى العشرة وتصوم يوما من الأربعة الباقية ، وجملة أقسامه مائة وأربعة وأربعون قسما •

أما اذا أرادت تحصيل يومين بخمسة من سبعة وعشرين فتصوم الأول والثالث من طرف والأول والحادى عشر من طرف وتخلى تسعة تلى الثلاثة ويوما يلى الأحد عشر ، وتصوم يوما من الثلاثة الباقية ، وجملة أقسامه مائة وخمسة وثلاثون • أما اذا أرادت يومين بخمسة من ثمانية وعشرين فتصوم الأول والثالث من طرف ، والأول والثانى عشر من طرف ، وتخلى عشرة تلى الثلاثة ويومين تلى الاثنى عشر وتصوم يوما من اليومين الباقيين ، فجملة أقسامه مائة وعشرة أقسام ، أما اذا أرادت يومين بخمسة من تسعة وعشرين فتصوم الأول والثالث من طرف والأول والثالث عشر من طرف وتخلى أحد عشر تلى الثلاثة ويوما يلى الثلاثة عشر وتصوم اليوم الباقى بينهما ، وهو متعين فى جميع أقسامه التسعة والعشرين فلا يتصور فيه تخيير ، بخلاف ما قبل التسعة والعشرين ، فجملة أقسامه ستة وستون قسما ، فجميع الأقسام فى صوم يومين بخمسة من جملة تسعة عشر الى تسعة وعشرين ألف قسم

وقسم ، أما اذا أرادت يومين بخمسة من أكثر من تسعة وعشرين فلا يصح . هذا ما يتعلق بصوم اليومين وبالله التوفيق .

(فرع) فى صيامها ثلاثة ايام

قد سبق أن طريقة الجمهور فى صوم الثلاثة أن تضعفها وتزيد يومين فتصير ثمانية ، تصوم أربعة وتفطر تمام خمسة عشر ، ثم تصوم أربعة أولها السادس عشر ، وسبق أن صاحب الحاوى نقل عن الأصحاب أنها تصوم ثلاثة فى أول الشهر وثلاثة فى أول النصف الآخر . وأما طريقة الدارمى فبسطها بسطا لم يبلغ أحد قريبا منه فى مسألة ، فبلغ بها نحو ثمان كراريس ، وليس فيها الا بيان صومها ثلاثة أيام ، وأتى فيها من العجائب والتدقيقات بما لا مزيد عليه ، وقد أوضحتها فى المختصر ، وأشير هنا الى بعض من كل نوع ، وقد سبق طريق بسطه .

قال الدارمى رحمه الله : اذا أرادت صوم ثلاثة أيام متوالية صامت تسعة عشر متوالية فيحصل منها ثلاثة ، وان أرادت أن تفرد كل يوم صامت تسعة أيام كل ثلاثة من سبعة عشر ، كما سبق فى صوم اليوم ، وان أرادت أن تصوم يومين على ما ذكرنا فى اليوم ، ويوما على ما ذكرنا فى اليوم جاز ، وحصل الثلاثة بثمانية اليومان بخمسة واليوم بثلاثة ، وان أرادت الثلاثة بحكم مفرد كما صامت اليومين بحكم مفرد ، فأقل ما تحصل به الثلاثة سبعة أيام وهو ضعفها وواحد ، كما قلنا فى اليوم واليومين ، وأقل ما يحصل منه هذه السبعة أحد وعشرون يوما فتصوم فى كل طرف الأول والثالث والخامس وتخلى مما يلى كل خمسة يوما وتصوم يوما من السبعة الباقية ، فالأقسام تسعة بعدد أيام التخيير . ولها أن تزيد فى عدد الأيام التى تصوم السبعة منها كما كان لها ذلك فى اليوم واليومين .

فان أرادت ذلك من اثنين وعشرين يوما صامت الأول والثالث والخامس من طرف ، والأول والرابع والسادس من طرف . وأخلت يومين يليان الخمسة ويوما يلى الستة وصامت يوما من الثمانية الباقية ، وان شاءت صامت الأول والثالث والسادس من الطرفين . أو الأول والثالث والسادس من طرف .

والأول والرابع والسادس من طرف ـ فجملة الأقسام فى الاثنين والعشرين أربعون • أما اذا أرادت تحصيل سبعة من ثلاثة وعشرين فتصوم الأول والثالث والخامس من طرف • والأول والخامس والسابع من طرف ، وتخلى ثلاثة تلى الخمسة ويوما يلى السبعة وتصوم يوما من السبعة الباقية • وان شاءت صامت الأول والثالث والسادس من طرف ، والرابع والسابع من طرف ، وله أقسام كثيرة تبلغ مائة وخمسة أقسام أوضحتها فى المختصر •

أما اذا أرادت تحصيل ثلاثة بسبعة من أربعة وعشرين فتصوم الأول والثالث والخامس من طرف ، والأول والسادس والثامن من طرف ، وتخلى أربعة تلى الخمسة ويوما يلى الثمانية وتصوم يوما من الستة الباقية • وان شاءت صامت الأول والثالث والسادس من طرف والأول والخامس والثامن من طرف ، وتبلغ أقسامه مائتين وعشرة أقسام أما اذا أرادت ثلاثة بسبعة من خمسة وعشرين فتصوم الأول والثالث والخامس من طرف والأول والسابع والتاسع من طرف ، وتخلى خمسة تلى الخمسة ويوما يلى التسعة وتصوم يوما من الخمسة الباقية ، وان شاءت صامت الأول والثالث والسادس من طرف ، والأول والسادس والتاسع من طرف ، وله أقسام كثيرة تبلغ ثلاثمائة وخمسين قسما أوضحتها فى المختصر •

أما اذا أرادت ثلاثة بسبعة من ستة وعشرين فتصوم الأول والثالث والخامس من طرف ، والأول والثامن والعاشر من طرف ، وتخلى ستة تلى الخمسة ويوما يلى العشرة وتصوم يوما من الأربعة الباقية ، وان شاءت صامت الأول والثالث والسادس من طرف والأول والسابع والعاشر من طرف ، وله أقسام كثيرة تبلغ خمسمائة قسم وأربعة أقسام ، أوضحتها فى المختصر ، أما اذا أرادت ثلاثة بسبعة من سبعة وعشرين ، فتصوم الأول والثالث والخامس من طرف ، والأول والتاسع والحادى عشر من طرف وتخلى سبعة تلى الخمسة ويوما يلى الأحد عشر وتصوم يوما من الثلاثة الباقية ، وان شاءت صامت الأول والثالث والسادس من طرف ، والأول والثامن والحادى عشر من طرف وله أقسام تبلغ ستمائة قسم وثلاثين قسما• أما اذا أرادت ثلاثة بسبعة من ثمانية وعشرين فتصوم الأول والثالث والخامس من طرف ، والأول والعاشر والثانى عشر من طرف ، وتخلى ثمانية تلى

الخمسة ، ويوما يلى الاثنى عشر وتصوم يوما من اليومين الباقيين ، وجملة أقسامه ستمائة وستون قسما أما اذا أرادت ثلاثة بسبعة من تسعة وعشرين فتصوم الأول والثالث والخامس من طرف ،والأول والحادى عشر والثالث عشر من طرف ، وتخلى تسعة تلى الخمسة ويوما يلى الثلاثة عشر ، وتصوم اليوم الباقى بينهما ، وهو متعين ، وان شاءت أبدلت الأقسام ، وجملة أقسامه أربعمائة وخمسة وتسعون قسما فتصير جميع الأقسام فى تحصيل ثلاثة أيام بسبعة من أحد وعشرين الى تسعة وعشرين ثلاثة آلاف وثلاثة أقسام أما اذا أرادت ثلاثة بستّة من ثلاثين فأكثر فلا يصح •

(فـرع) فى صيامها أربعة أيام ، فان أرادتها متوالية صامت عشرين يوما متوالية ، وان أرادتها متفرقة يوما يوما ، فعلت ما ذكرناه فى صوم اليوم، وان أرادت صيامها يومين يومين فعلت ما قدمناه فى اليومين ، وان أرادت ثلاثة متوالية ويوما فردا ، فعلت فى الثلاثة ما سبق فيها ، وفى اليوم ما بيناه فيـه ، وكذلك كلما أرادت صـيام أيام فلها تفريقها وصومها على ما ذكرناه فى أقل منها ، ولها صومها على ما نذكره فيها ، فان أرادت تحصيل الأربعـة على قياس ما سبق فيما قبلها ، والتفريع على طريقة الدارمى ، فأقل ما تحصل به صوم تسعة أيام ، وهو ضعفها وواحد كما سبق فى اليوم واليومين والثلاثة وأقل ما تحصل منه هذه التسعة ثلاثة وعشرون ، فتصوم الأول والثـالث والخامس والسابع من الطرفين ، وتخلى يوما يلى السبعة فيهما وتصوم يوما من السبعة الباقية فأقسامه سبعة • أما اذا أرادت تحصيل الأربعة بتسـعة من أربعة وعشرين ، فتصوم الأول والثالث والخامس والسـابع من طرف والأول والرابع والسادس والثامن من طرف وتخلى يومين يليان السـبعة ويوما يلى الثمانية ، وتصوم يوما من الستة الباقية ولها الابدال وأقسامه اثنان وأربعون قسما •

أما اذا أرادت تحصيل الأربعة بتسعة من خمسة وعشرين ، فتصوم الأول والثالث والخامس والسابع من طرف ، والأول والخامس والسابع والتاسع من طرف ، وتخلى ثلاثة تلى السبعة ويوما يلى التسعة ، وتصـوم يوما من الخمسة الباقية ، ولها الابدال وأقسامه مائة وأربعون أما اذا أرادت تحصيل

أربعة بتسعه من ستة وعشرين ، فتصوم الأول والثالث والخامس والسابع من طرف ، والأول والسادس والثامن والعاشر من طرف ، وتخلى أربعة تلى السبعة ويوما يلى العشرة ، وتصوم يوما من الأربعة الباقية ولهـا الابدال وأقسامه ثلثمائة وستة وثلاثون قسما • أما اذا أرادت تحصيل أربعة بتسعة من سبعة وعشرين فتصوم الأول والثالث والخامس والسـابع من طرف ، والأول والسابع والتاسع والحادى عشر من طرف وتخلى خمسة تلى السبعة ويوما يلى الأحد عشر ، وتصوم من الثلاثة الباقية ، ولها الابدال وأقسامه ستمائة وثلاثون قسما ، أما اذا أرادت أربعة بتسـعة من ثمانيـة وعشرين فتصوم الأول والثالث والخامس والسابع من طرف ، والأول والثامن والعاشر والثانى عشر من طرف ، وتخلى ستة تلى السـبعة ويوما يلى الاثنى عشر وتصوم يوما من اليومين الباقيين ولها الابدال وأقسامه سـبعمائة وثمانية وعشرون قسما ، أما اذا أرادت تحصيل أربعة بتسعة من تسعة وعشرين ، فتصوم الأول والثالث والخامس والسابع من طـرف ، والأول والتاسـع والحادى عشر والثالث عشر من طرف ، وتخلى سبعة تلى السبعة ويوما يلى الثلاثة عشر ، وتصوم اليوم الباقى ، ولها الابدال وأقسامه تسعمائة وأربعة وعشرون قسما ، فجملة الأقسام فى تحصيل أربعة بتسعة من ثلاثة وعشرين الى تسعة وعشرين ثلاثة آلاف وسبعة أقسام •

(فـرع) فى صيامها خمسة أيام • ان أرادت خمسة متوالية صامت أحدا وعشرين يوما متوالية ، وان أرادتها مفرقة صامتها على ما سبق فيما قبلها ، وان أرادت صومها على قياس ما مضى صامت ضعفها وواحدا ، وذلك أحد عشر يوما وأقل ما تصح منه خمسـة وعشرون يوما ، فتصـوم الأول والثالث والخامس والسابع والتاسع من الطرفين ، وتخلى يوما ويوما وتصوم يوما من الخمسة الباقية • وان أرادت الخمسة بأحد عشر من ستة وعشرين صامت الأول والثالث والخامس والسابع والتاسع من طرف والأول والرابع والسادس والثامن والعاشر من طرف وأخلت يومين ويوما وصامت يوما من الأربعة الباقية ولها الابدال وأقسامه ستة وثلاثون • وان أرادت الخمسة بأحد عشر من سبعة وعشرين صامت الأول والثـالث والخامس والسـابع والتاسع من طرف والأول والخامس والسابع والتاسع والحادى عشر من

طرف وأخلت ثلاثة ويوما وصامت يوما من الثلاثة الباقية ، ولها الابدال ؛ وجملة أقسامه مائة وخمسة وثلاثون • وان أرادت الخمسة بأحد عشر من ثمانية وعشرين ، صامت الأول والثالث والخامس والسابع والتاسع من طرف ، والأول والسادس والثامن والعاشر والثانى عشر ، وأخلت أربعة ويوما وصامت يوما من اليومين الباقيين ، وجملة أقسامه ثلثمائة وأربعة وثلاثون قسما • وان أرادت الخمسة بأحد عشر من تسعة وعشرين صامت الأول والثالث والخامس والسابع والتاسع من طرف ، والأول والسابع والتاسع والحادى عشر والثالث عشر من طرف ، وأخلت خمسة ويوما وصامت اليوم الباقى وأقسامه أربعمائة وسبعة وسبعون ، فجملة الأقسام فى تحصيل خمسة بأحد عشر من خمسة وعشرين الى تسعة وعشرين تسعمائة وخمسة وثمانون قسما •

(فرع) فى صيامها ستة أيام ، ان أرادتها متوالية صامت اثنين وعشرين يوما متوالية ، وان أرادتها متفرقة فقد سبق بيانها ، وان أرادتها على قياس ما سبق صامت ضعفها وواحدا ، وذلك ثلاثة عشر يوما ، وأقل ما تحصل منه الثلاثة عشر سبعة وعشرون فتصوم الأول والثالث والخامس والسابع والتاسع والحادى عشر من الطرفين ، وتخلى يوما ويوما وتصوم يوما من الثلاثة الباقية • وان أرادت الستة بثلاثة عشر من ثمانية وعشرين صامت الأول والثالث والخامس والسابع والتاسع والحادى عشر من طرف والأول والرابع والسادس والثامن والعاشر والثانى عشر من طرف ، وأخلت يومين ويوما وصامت يوما من اليومين الباقيين ولها الابدال وأقسامه اثنان وعشرون • وان أرادت الستة بثلاثة عشر من تسعة وعشرين صامت الأول والثالث والخامس والسابع والتاسع والحادى عشر من طرف ، والأول والخامس والسابع والتاسع والحادى عشر والثالث عشر من طرف ، وأخلت ثلاثة ويوما وصامت اليوم الباقى ولها الابدال وأقسامه ستة وستون ، فجملة الأقسام فى تحصيل ستة بثلاثة عشر من سبعة وعشرين الى تسعة وعشرين أحد وتسعون قسما •

(فرع) فى صيامها سبعة أيام • ان أرادتها متوالية صامت ثلاثة

وعشرين متوالية ، وان أرادتها مفرقة فقد سبق بيانهـا ، وان أرادتهـا على قياس ما مضى صامت ضعفها وواحدا وذلك خمسة عشر وتحصل من تسعة وعشرين ، فتصوم الأول والثالث والخامس والسابع والتاسع والحادى عشر والثالث عشر من الطرفين وأخلت يوما ويوما وصامت اليوم الباقى ، وهذا النوع قسم واحد فلا تصح سبعة من خمسة عشر من أقل من تسعة وعشرين ولا أكثر منها .

(فـرع) فى صيامها ثمانية أيام . أقل ما يكفيها للثمانية ثمانية عشر ، وأقل ما يصح منه ذلك أربعة وعشرون ، فتصوم ثمانية من كل طرف ويومين من الثمانية الباقية أيها شاءت وأقسامه ثمانية وعشرون ، وان أرادتها بثمانية عشر من خمسة وعشرين صامت ثمانية من كل طرف ، ويومين من التسـعة الباقية ، وكذا ان أرادتها من ستة وعشرين الى ثلاثين ولها الابدال .

(فـرع) فى صيامها تسعة . أقل ما تصح منه عشرون من خمسـة وعشرين فتصوم تسعة من كل طرف ويومين من السبعة الباقية ، وأقسـامه أحد وعشرون ، وان أرادت ذلك من ستة وعشرين الى ثلاثين فعلت ما سبق.

(فـرع) فى صيامها عشرة . أقل ما تصح منـه اثنان وعشرون من ستة وعشرين فتصوم عشرة فى كل طرف ، ويومين فى الستة الباقية وأقسامه خمسة عشر ، وان أرادت ذلك من سبعة وعشرين الى ثلاثين فعلت ما سبق.

(فـرع) فى صومها أحد عشر . أقل ما تصح منه أربعة وعشرون من سبعة وعشرين فتصوم أحد عشر من كل طرف ويومين من الخمسة الباقية وأقسامه عشرة ، وان أرادته من ثمانية وعشرين الى ثلاثين فعلت .

(فـرع) فى صومها اثنى عشر . أقل ما تصح منه ستة وعشرون من ثمانية وعشرين فتصوم من كل طرف اثنى عشر ويومين من الأربعة الباقيـة وأقسامه ستة ، وان أرادته من تسعة وعشرين أو ثلاثين فعلت .

(فـرع) فى صومها ثلاثة عشر : تصومها بثمانية وعشرين من تسعة

وعشرين فتصوم ثلاثة عشر فى كل طرف ويومين من الثلاثة الباقية وأقسامه ثلاثة وان أرادته من ثلاثين فعلت .

(فـرع) فى صومها أربعة عشر : لا يحصل الا بثلاثين متوالية فان زاد صومها على أربعة عشر فعلت فى أربعة عشر ما ذكرنا وفيما دونها ما سبق والله أعلم .

(فـرع) فى صوم المتحيرة صوما متتابعا لنذر أو كفارة قتـل أو جماع فى نهار رمضان أو غير ذلك والتفريع على طريقة المتأخرين أنه لا يحصل لها من الشهر الا أربعة عشر ، قال أصـحابنا : اذا أرادت صـوم شـهرين متتابعين صامت مائة وأربعين يوما متوالية لأنه يحصل لها من مائة وعشرين ستة وخمسون ، ومن عشرين الأربعة البـاقية ولا ينقطع التتـابع بالحيض المتخلل وان أرادت أربعة عشر صامت ثلاثين متواليـة وان أرادت يومين صامت ثمانية عشر ، وان أرادت ثلاثة صامت تسعة عشر ، وان أرادت أربعة فعشرين أو خمسة فأحدا وعشرين وعلى هـذا وان أرادت صـوما متتابعا وأرادت تخليل فطر بينه صامت ذلك القدر متواليا ثم صامته مرة أخـرى قبل السابع عشر ثم مرة أخرى من السابع عشر ، فاذا أرادت يومين متتابعين صامت يومين متتابعين ثم تصوم السابع عشر والثامن عشر وتصوم بينهما يومين متتابعين ، هذه طريقة الأصحاب ، وخالفهم الدارمى وبسط طريقتـه بسطا منتشرا فأنا ألخص مقاصده ان شاء الله تعالى .

قال : اذا أرادت صوم يومين متتابعين بستة من ثمانية عشر صامت يومين فى أول الثمانية عشر ويومين فى آخرها وأخلت من كل طرف يوما وصامت يومين متتابعين من الاثنى عشر الباقية ، وفى ذلك أحد عشر قسما أقل مـن عدد الأيام المخير فيها بيوم ، وهذا أصل لكل يومين متتابعين تصومهما مـن جملة أيام التخيير ، لأنها تصوم من أيام التخيير الأول والثانى والثالث أو الثالث والرابع وهكذا الى آخرها فينقص من عدد الأيام واحد . وان أرادت صيامهما بستة من تسعة عشر صامت يومين من كل طرف وأخلت لكل طرف يومين يليانه وتصوم يومين متتابعين من الأحد عشر الباقية فتكون أقسـامه

عشرة ، وان أرادتهما بستة من عشرين صامت يومين من كل طرف وأخلت لكل طرف ثلاثة أيام وصامت يومين متتابعين من العشرة الباقية ، وأقسامه تسعة • وان أرادتهما من أحد وعشرين أخلت أربعة وأربعة وصامت يومين أيضا من التسعة الباقية وأقسامه ثمانية ، وان أرادتهما من اثنين وعشرين أخلت خمسة وخمسة وصامت يومين من ثمانية وأقسامه سبعة • وان أرادتهما من ثلاثة وعشرين أخلت ستة وستة وصامت يومين من السبعة وأقسامه ستة وان أرادتهما من أربعة وعشرين وأخلت سبعة وسبعة وصامت يومين من الستة وأقسامه خمسة ، وان أرادتهما من خمسة وعشرين أخلت ثمانية وثمانية وصامت يومين من الخمسة وأقسامه أربعة • وان أرادتهما من ستة وعشرين أخلت تسعة وتسعة وصامت يومين من الأربعة وأقسامه ثلاثة ، وان أرادتهما من سبعة وعشرين أخلت عشرة وعشرة وصامت يومين من الثلاثة وله قسمان ، وان أرادتهما من ثمانية وعشرين أخلت أحد عشر وأحد عشر وصامت اليومين الباقيين وله قسم واحد ، وان أرادتهما من تسعة وعشرين لم يكن الا بزيادة فى الصوم لأنها تحتاج أن تخلى اثنى عشر واثنى عشر ، فلا يبقى بينهما يومان فأقل مايمكن تصحيحه منه من تسعة وعشرين أن تصوم من كل طرف يومين وتخلى فى كل طرف أحد عشر ، وتصوم الثلاثة الباقية ، وان أرادتهما من ثلاثين فعلت ما ذكرناه فى تسعة وعشرين الا أنها تصوم الأربعة الباقية أما اذا أرادت صوم ثلاثة أيام متتابعة فأقل ما تصح منه تسعة عشر تصوم ثلاثة من كل طرف وتخلى يوما ويوما وتصوم الثلاثة متتابعة من الأحد عشر الباقية وأقسامه تسعة أقل من أيام التخيير بيومين • وان أرادت ثلاثة من عشرين صامت ثلاثة من كل طرف وأخلت يومين ويومين وصامت ثلاثة من العشرة الباقية ، وأقسامه ثمانية •

والذى أراه اختصار العبارة فقد وضح الطريق وعلم أنها تصوم من كل طرف الأيام التى تريدها وتصومها مرة ثالثة من الأيام الباقية بعد الاخلاء ، وعلم أيضا أن الاخلاء يكون من كل طرف بقدر ما أخلى من الطرف الآخر ، وعلم أيضا أن الأقسام أقل من الأيام بالقدر الذى نذكره فى أول كل فصل ، فالأقسام فى هذا الفصل أقل من الأيام الباقية بيومين ، فنقتصر بعد هذا على ذكر الاخلاء من أحد الطرفين ، فاذا أرادت ثلاثة من أحد وعشرين

أخلت ثلاثة ، وأقسامه سبعة ، واذا أرادتها من اثنين وعشرين أخلت ستة ، ومن ثلاثة وعشرين تخلى خمسة وأقسامه خمسة ، ومن أربعة وعشرين تخلى ستة وأقسامه أربعة ، ومن خمسة وعشرين تخلى سبعة وأقسامه ثلاثة ، ومن ستة وعشرين تخلى ثمانية وله قسمان ، ومن سبعة وعشرين تخلى تسعة وله قسم واحد ، ومن ثمانية وعشرين لا يمكن الا بزيادة صوم فتصوم ثلاثة من كل طرف وتخلى تسعة وتسعة وتصوم الأربعة الباقية ، ومن تسعة وعشرين تصوم الخمسة الباقية ومن ثلاثين الستة الباقية .

أما اذا أرادت صوم أربعة متتابعة فتصح بصوم اثنى عشر ، وأقل ما تصح منه عشرون ، فتصوم فى كل طرف أربعة وتخلى يوما ويوما وتصوم أربعة من العشرة الباقية وأقسامه سبعة أقل من الأيام بثلاثة . وان أرادتها من أحد وعشرين أخلت يومين وأقسامه ستة ، ومن اثنين وعشرين تخلى ثلاثة ، ومن ثلاثة وعشرين أربعة ، ومن أربعة وعشرين خمسة ، ومن خمسة وعشرين ستة ، ومن ستة وعشرين سبعة ، ومن سبعة وعشرين لا يمكن الا بزيادة صوم ، فتخلى سبعة وتصوم الخمسة الباقية ، ومن ثمانية وعشرين تصوم الستة الباقية ، ومن تسعة وعشرين السبعة الباقية ، ومن ثلاثين الثمانية الباقية . أما اذا أرادت خمسة متتابعة فتصح بصوم خمسة عشر ، وأقل ما تصح منه أحد وعشرون فتصوم خمسة من كل طرف وتخلى يوما ويوما وتصوم خمسة من التسعة الباقية وأقسامه خمسة . ومن اثنين وعشرين تخلى يومين وأقسامه أربعة ، ومن ثلاثة وعشرين تخلى ثلاثة ، ومن أربعة وعشرين أربعة ، ومن خمسة وعشرين خمسة وتصوم الخمسة الباقية ، ومن ستة وعشرين لا يمكن الا بزيادة صوم ، فتصوم خمسة فى كل طرف وتخلى خمسة فى طرف وتصوم الستة الباقية ، ومن سبعة وعشرين تصوم السبعة الباقية ، ومن ثمانية وعشرين الثمانية الباقية ، ومن تسعة وعشرين التسعة ومن الثلاثين العشرة الباقية . أما اذا أرادت ستة متتابعة فتصح بصوم ثمانية عشر ، وأقل ما تصح منه اثنان وعشرون فتصوم ستة من كل طرف وتخلى يوما من كل طرف وتصوم ستة من الثمانية الباقية ، وأقسامه ثلاثة ، ومن ثلاثة وعشرين تخلى يومين ، ومن أربعة وعشرين ثلاثة ، ومن خمسة وعشرين لا يمكن الا بزيادة ، فتصوم ستة من كل طرف وتخلى ثلاثة

وتصوم السبعة الباقية ، ومن ستة وعشرين تصوم الثمانية الباقية ومن سبعة وعشرين التسعة الباقية ومن ثمانية وعشرين العشرة الباقية ، ومن تسعة وعشرين الأحد عشر الباقية ، ومن ثلاثين الاثنى عشر الباقية .

أما اذا أرادت سبعة متتابعة ، فتصح بأحد وعشرين من ثلاثة وعشرين ، ولا يحصل بأقل من هذا ، فتصوم من كل طرف سبعة ، وتخلى يوما ويوما وتصوم السبعة الباقية ، فان أرادتهما من أربعة وعشرين صامت الثمانية الباقية، ومن خمسة وعشرين التسعة الباقية ، ومن ستة وعشرين العشرة الباقية ، ومن سبعة وعشرين الأحد عشر ، ومن ثمانية وعشرين الاثنى عشر ، ومن تسعة وعشرين الثلاثة عشر ، ومن ثلاثين الأربعة عشر الباقية . أما اذا أرادت ثمانية متتابعة فلا تصح الا من متتابع وكذا ما زاد ، فأقل ما تصح منه ثمانية أربعة وعشرون ، وأقل ما تصح منه تسعة خمسة وعشرون ، والله أعلم .

فصل

فى تحصيل المتحيرة صلاة او صلوات مقضيات او منذورات

وهذا الذى نذكره فيه تفريع على طريقة المصنف والشيخ أبى زيد والمتأخرين فى أنها اذا صامت رمضان حصل منه أربعة عشر وفسد ستة عشر قال أصحابنا : قضاء الصلاة يجرى على قياس قضاء الصوم ، فاذا أرادت صلاة واحدة مقتضية أو منذورة أو نحوها صلتها متى شاءت بغسل ثم أمهلت زمانا يسع الغسل وتلك الصلاة ثم تعيدها بغسل آخر ، ولها تأخير الصلاة الثانية وغسلها الى آخر الخامس عشر من حين بدأت بالأولى ، ثم تمهل من أول السادس عشر قدر الامهال الأول ، ثم تعيدها بغسل آخر مرة ثالثة قبل تمام شهر من المرة الأولى . ويشترط ألا تؤخر الثالثة عن أول ليلة السادس عشر أكثر من قدر الامهال بين آخر الأولى وأول الثالثة ، ولها أن تنقصه عن قدر الامهال ان كان امهالا طويلا بشرط ألا ينقص عن قدر أقل الامهال ، وهو ما يسع تلك الصلاة وغسلها ، فلو اغتسلت وصلت ثم أمهلت الى أول اليوم الثانى فاغتسلت وصلتها فلها

أن تفعل الثالثة بغسلها بعد أن يمضى من أول السادس عشر قدر الصلاة الأولى وغسلها ، ولها ذلك فى أول السابع عشر وما بينهما ، ولا يجوز تأخيره عن أول السابع عشر وان صلت الثانية فى أول العاشر فلها فعل الثانية بعد مضى قدرها وغسلها من أول السادس عشر الى أول السادس والعشرين ولا يجوز بعده .

قال امام الحرمين وغيره : ولا فرق بين الصلاة وصوم يوم فى هذا ، الا أن الصوم يستوعب يوما ، فيكون الامهال الأول يوما فأكثر ، والصلاة تحصل فى لحظة فكفى الامهال بقدرها . وهذا الامهال شرط لابد منه ، فلو أخلت به فى أحد الطرفين لم يجزها الصلاة لأنها ان تركت الامهال الأول وصلت الصلاة الثانية متصلة بالأولى احتمل انقطاع الحيض فى أثناء الثانية وابتداؤه فى الثالثة ، وان تركت الامهال الثانى فصلت الثالثة متصلة بالخمسة عشر احتمل انقطاع الحيض فى الأولى وابتداؤه فى الثالثة .

هذا حكم الصلاة الواحدة ، فان أرادت صلوات فهى مخيرة بين طريقتين: احداهما وهى التى ذكرها المتولى والبغوى وآخرون ، ونقلها امام الحرمين عن الأئمة أنها كالصلاة الواحدة فتصلى تلك الصلوات ثلاث مرات كما ذكرنا فى الصلاة الواحدة ، وتفعلهن فى كل مرة متواليات ، وتغتسل فى كل مرة للصلاة الأولى وتتوضأ لكل واحدة من الباقيات ، وسواء اتفقت الصلوات أم اختلفت ويشترط من الامهال ما سبق فى الصلاة الواحدة ، ويكون مجموع الصلوات كالواحدة فتمهل بعد فعلهن زمانا يسعهن كلهن مع الغسل والوضوءات .

(والطريق الثانى) ذكره امام الحرمين وغيره أخف من هذا ، وهو أنه ان كانت الصلوات متفقات كمائة صبح ضعفتهن وزادت صلاتين ، ثم قسمت الجملة نصفين فصلت فى أول شهر مائة صبح وصبحا متواليات ، ثم صلت فى أول السادس عشر مائة وصبحا ؛ ويجب لكل صلاة من الجميع غسل جديد بخلاف الطريق الأول ، فاذا فعلت هذا حصل لها مائة صبح بيقين ، لأنه ان قدر ابتداء الحيض فى نصف الصبح الأولى فسد ما أتت به فى النصف الأول من الشهر ، وانقطع فى نصف الصبح الأولى من أول السادس عشر فيبقى

بعدها مائة وان بدأ فى الصلاة الموفية مائة من الأولى وانقطع فى الموفية مائه من السادس عشر حصل تسع وتسعون فى الأول مع الزائدة على المائة فى السادس عشر ، وان بدأ فى الموفية عشرين أو أربعين أو غيرها انقطع فى مثلها فى السادس عشر ، ويحصل تمام المائة مما قبل ابتدائه وبعد انقطاعه . قال امام الحرمين وغيره : ويشترط أن يكون زمن جملة الأغسال والصلوات فى الأول مثل زمنها فى السادس عشر ، ولا يشترط ضبط أزمنة أفراد الأغسال والصلوات ، هذا اذا كانت الصلوات متفقات فان كانت أجناسا بأن أرادت عشرين صبحا وعشرين ظهرا وعشرين عصرا وعشرين مغربا وعشرين عشاء ، فهذه الصور تخالف صورة المتفقات من حيث انه اذا قدر فساد صلاة بانقطاع الحيض احتمل ذلك كل صلاة من الأجناس الخمسة ، فكل جنس يحتمل بطلان صلاتين منه فيجب لهذا الاحتمال أن تزيد على الضعف عشر صلوات من كل جنس صلاتين ، فتصلى مائة صلاة من كل جنس عشرين وترتب الأجناس فتبدأ بالصبح مثلا ، ثم تصلى بعد المائة وقبل انقضاء الخمسة عشر صلوات من كل جنس صلاتين ثم تمهل من أول السادس عشر زمانا يسع صلاة ثم تعيد المائة من الأجناس على الترتيب السابق فتبرأ مما عليها بيقين لأنه ان بدأ الحيض فى الصلاة الأولى انقطع فى ساعة الامهال فى أول السادس عشر فتحصل المائة بعدها .

وان انقطع الحيض فى الصلاة الأولى حصل بعدها تسع وتسعون ، وحصلت الموفية مائة من العشرة المتوسطة ، وان انقطع فى الصبح الثالثة فى الأول عاد فى الصبح الثانية من السادس عشر ، فحصل لها من الأول مائة الا ثلاثة أصباح وحصل صبحان من العشرة المتوسطة وصبح من المفعولات السادس عشر ، وانما قلنا : يعود فى الصبح الثانية ولم نقل فى الثالثة بسبب ساعة الامهال ، وعلى هذا التنزيل تخرج باقى التقديرات . وهذا الذى قلناه من ساعة الامهال فى أول السادس عشر لابد منه لأنها لو لم تمهل بل صلت فى أول السادس عشر ، بقى عليها صلاة لاحتمال ابتداء الحيض فى الصلاة الأولى وانقطاعه فى الأول وفى السادس عشر ، ويبقى ذلك مائة الا صلاة ، فلو فعلت هذا لزمها اعادة صبح والله أعلم .

فصـــل فى طواف المتحيرة

قال أصحابنا : فعل الصلاة الواحدة وصوم اليوم الواحد وفعل الطواف سواء ، ففى الأنواع الثلاثة اذا أرادت واحدا منها فطريقها أن تفعله ثلاث مرات بشرط الامهال الذى ذكرناه فى الصوم والصلاة ، وجميع ما سبق فى الصلاة من التقديرات يجىء مثله فى الطواف حرفا حرفا اتفق عليه أصحابنا فاذا أرادت طوافا واحدا أو عددا اغتسلت وطافت ثلاث مرات ، وتصـــلى مع كل طواف ركعتيه ، فكل طواف مع ركعتيه وغسله كصلاة مع غســـلها فتغتسل وتطوف وتصلى الركعتين ، ثم تمهل قدرا يسع مثل طوافها وغسله وركعتيه ، ثم تفعل ذلك ثانية ثم تمهل حتى يمضى تمام خمسة عشر يوما من أول اشتغالها بغسل الطواف الأول وتمهل بعد الخمسة عشر لحظة تســـع الغسل والطواف وركعتيه ويكون قدر الامهال الأول ثم تغتســـل وتطوف وتصلى ركعتيه مرة ثالثة ، والغســـل واجب فى كل مـــرة للطواف ، وأما الركعتان ، فان قلنا : هما سنة كفى لهما غسل الطواف . وان قلنا : واجبتان فثلاثة أوجه الصحيح المشهور وبه قطع الجمهـــور يجب للصـــلاة وضـــوء لا تجديد غسل ، والثانى : لا يجب تجديد غسل ولا وضوء لأنها تابعـــة للطواف كجزء منه ، وبهذا قطع المتولى ، والثالث : يجب تجديد الغسل ، حكاه أبو على السنجى فى شرح التلخيص والرافعى وهو شاذ ضعيف ، فان الغسل للركعتين لا فائدة فيه لأنها ان كانت طاهرا حال الطواف ثم حاضت بعده فغسل الحائض باطل ، وان كانت حائضا حال الطواف ثم طهرت فالطواف باطل فلا تصح ركعتاه ، وقد صرح الجمهور بأن الغسل لا يجب تجديده للركعتين ، وانما اشتهر الخلاف فى الوضوء ، فهذا مختصر ما ذكره المحققون المتأخرون فى الطواف .

وقال ابن الحـــداد وأبو على الطبرى والمحـــاملى وآخرون مـــن كبار المتقدمين : اذا أرادت طوافا أتت به مرتين بينهما خمسة عشر يوما ، ونقل الشيخ أبو حامد هذا عن أصحابنا ، ثم قال : وهذا غلط لاحتمال وقوعهما فى حيضين وبينهما طهر قال : ولكن تطوف ثم تمهل تمام خمسة عشر يوما من

حين شرعت فى الطواف ثم تطوف ثانيا ، وهذا الذى اختاره الشيخ أبو حامد هو الذى قطع به صاحب الحاوى والشيخ أبو على السنجى ، وكل هـذا ضعيف أو باطل ، والصواب ما قدمناه عن حذاق المتأخرين أنها تطوف ثلاث مرات ، وقد أطبق عليه متأخرو الخراسانيين ووافقهم من كبـار العـراقيين الدارمى والقاضى أبو الطيب بعد تخطئتهما الأصـحاب فى اقتصـارهم على طوافين •

وأما قول المصنف (وعلى هذا القياس تعمل فى طوافها) فظاهره أنهـا اذا أرادت طوافا واحدا طافته أربع مرات فتطوف مرتين ثم تمهل تمام خمسة عشر ، ثم تطوف مرتين كما ذكر هو فى صوم اليوم الواحد أنها تصومه من أربعة أيام ، وقد صرح بهذا فى الطواف شيخه القاضى أبو الطيب فى كتابه شرح فروع ابن الحداد وهذا صحيح لكن ليس هو متعينا ، بل الاقتصـار على ثلاث جائز على ما بيناه والله أعلم •

فصـــل

فى مسائل ذكرها صاحب البحر تتعلق بالمتحيرة

(احداها) لو صلت امرأة خلف المتحيرة لم يصح اقتداؤها لاحتـمال مصادفة الحيض فأشبه صلاة الرجل خلف خنثى وليس كمن صلى خلف من يشك فى حدثه لأن الظاهر هناك الطهارة •

(الثانية) صلت متحيرة خلف متحيرة فيه وجهان ، الصحيح لا يصح اقتداؤها •

(الثالثة) وطىء المتحيرة زوجها فى نهار رمضان وهما صائمان ، وقلنا : يلزم المرأة الكفارة للجماع لا يلزمها هنا على الصحيح من الوجهين لاحتمال الحيض ، والأصل براءتها •

(الرابعة) أفطرت متحيرة لارضاع ولدها ، وقلنا : يلزم المفطرة للارضاع فدية فلا يلزم المتحيرة على الصحيح لما ذكرناه فى الجماع فى الصوم •

(الخامسة) اذا كان عليها قضاء صوم يوم فقد سبق أنها تقضيه بثلاثة أيام ، فلو صامت يوما من الثلاثة ثم شكت هل كانت نوت صومه ؟ أم لا ؟

فوجهان (أحدهما) يحسب لها اليوم ولا أثر للشك لأنه بعد فراغ اليوم (والثانى) لا يحسب لأن صيام الأيام الثلاثة كيوم واحد ، فأشبه الشك قبل فراغ اليوم قال : وأصل هذا أن من عليه صوم شهرين متتابعين فصام يوما ثم شك هل نوى أم لا ؟ هل غير النية أم لا ؟ هل يلزمه الاستئناف ؟ فيه وجهان ، قلت : الأظهر أنه لا يؤثر هذا الشك فى الصورتين لأنه بعد الفراغ حقيقة ، ولأنه يشق الاحتراز منه •

(السادسة) لو أرادت المتحيرة الجمع بين الصلاتين فى السفر فى وقت الأولى لم يصح لأن شرطه أن تتقدم الأولى وهى صحيحة يقينا ، أو بناء على أصل ، ولم يوجد هنا ، وليس كمن شك هل أحدث أم لا ؟ فصلى الظهر ، فان له أن يصلى بعدها العصر جمعا لأنه يبنى على أصل الطهارة السابقة •

(السابعة) اذا قلنا تصح صلاة الطاهر خلف مستحاضة فى زمن محكوم بأنه طهر فصلت خلف مستحاضة لها حيض وطهر فى الزمن المشكوك فيه فوجهان : أحدهما لا يصح مطلقا ، كما يحرم الوطء مطلقا ، وأصحهما ان كان المشكوك عقيب الطهر جاز ، وان كان عقيب الحيض لم يجز بناء على الأصل والله أعلم •

(فرع) يجب على الزوج نفقة زوجته المتحيرة ، ممن نص عليه الغزالى فى الخلاصة ، ولا خيار له فى فسخ نكاحها ، لأن جماعها ليس مأيوسا منه ، بخلاف الرتقاء ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كانت ناسية لوقت الحيض ذاكرة العدد ، فكل زمن تيقنا فيه الحيض الزمناها اجتناب ما تجتنبه الحائض ، وكل زمان تيقنا فيه طهرها ابحنا فيه ما يباح للطاهر واوجبنا ما يجب على الطاهر ، وكل زمان شككنا فى طهرها حرمنا وطأها واوجبنا ما يجب على الطاهر احتياطا ، وكل زمان جوزنا فيه انقطاع الحيض اوجبنا عليها أن تغتسل فيه للصلاة ، ويعرف ذلك بتنزيل احوالها ، ونذكر من ذلك مسائل تدل على جميع احكامها ان شاء الله تعالى وبه الثقة •

فاذا قالت : كان حيضى عشرة ايام من الشهر لا اعرف وقتها لم يكن لها حيض ولا طهر بيقين ، لانه يمكن فى كل وقت ان تكون حائضا ويمكن ان تكون

طاهرا ، فيجعل زمانها فى الصلاة والصـــوم زمان الطهر ، وتتوضأ فى العشر الأول لكل فريضة ، ولا تغتسل ، لأنه لا يمكن انقطـاع الدم فيه ، فاذا مضى العشر امرناها بالغسل لامكان انقطاع الدم ، ثم نلزمها بعد ذلك ان تغتسل لكل صلاة الى آخر الشهر ، لأن كل وقت من ذلك يمكن انقطـاع الدم فيه ، فان عرفت وقتا من اليوم كان ينقطع دمها فيه الزمناها أن تغتسل كل يوم فى ذلك الوقت ، ولا يلزمهـا أن تغتسـل فى غيره ، لانا قد علمنـا وقت انقطـاع دمها من اليوم .

وان قالت : كنت احيض احدى العشرات الثـلاث من الشهر فليس لهـا حيض ولا طهر بيقين ، فنجعل زمانهـا زمان الطهر فتصلى من أول الشـهر وتتوضأ لكل فريضة وتغتسل فى آخر كل عشر لامكان انقطـاع الدم فيـه وان قالت : حيضى ثلاثة أيام فى العشر الأول من الشهر فليس لها حيض ولا طهر بيقين فى هذه العشرة ، فتصلى من أول العشر ثلاثة ايام بالوضوء ثم تغتسـل لكل صلاة ، [الى آخر العشر] الا أن تعرف انقطاع الدم فى وقت بعينه فتغتسل ذلك الوقت فى كل يوم وتتوضأ فى غيره . وان قالت : كان حيضى أربعة أيام من العشر الأول صلت بالوضوء أربعـة أيام ثم تغتسل لكل صـلاة ، [الى آخر العشر] وعلى هذا التنزيل فى الخمس والست والسبع والثمان والتسع ، فان علمت يقين طهرها فى وقت بان قالت : كان حيضى عشرة أيام فى كل شـهر ، وأعلم انى كنت فى العشر الأخيرة طاهرا . فانها فى العشر الأول تتوضأ لكل صلاة لأنه لا يحتمل انقطاع الدم فيه ، فاذا مضت العشر اغتسلت لكل صلاة ، الا ان تعلم انقطاع الدم فى وقت بعينه فتغتسل فيه دون غيره ، وفى العشر الثالثة طاهر بيقين فتتوضأ لكل فريضة . وان قالت : كان حيضى خمسة ايام فى العشر الأول وكنت فى اليـوم الأول من العشر الأول طاهراً ، ففى اليوم الأول طهر بيقين فتتوضأ فيه لكل صلاة فريضة وفى اليوم الثانى والثالث والرابع والخامس طهر مشكوك فيه فتتوضأ فيه لكل فريضة ، والسادس حيض بيقين ، فانه على أى تنزيل نزلنا لم يخرج اليوم السادس منه ، فتترك فيـه ما تترك الحـائض ثم تغتسل فى آخره لامكان انقطاع الدم فيه ، ثم تغتسل بعد ذلك لكل صلاة الى آخر العاشر ، ثم تدخل فى طهر بيقين فتتوضأ لكل فريضة ، وان قالت : كان حيضى ستة أيام فى العشر الأول ، كان لها يومان حيض بيقين ، وهما الخامس والسادس ، لأنه ان ابتدأ الحيض من أول العشر فآخره السادس ، وان ابتدأ من الخامس فآخره العاشر ،والخامس والسادس داخلان فيه بكل حال . وان قالت : كان حيضى سبعة أيام من العشر الأول حصل لهـا اربعـة أيام حيض بيقين ، وهى من الرابع الى السابع ، وان قالت ثمانية كان حيضها بيقين ستة من الثالث الى آخر الثامن . فان قالت تسعة كان ثمانية من الثـانى الى آخر التاسع لما بينا وان قالت : كان حيضى فى كل شهر عشرة ايام لا أعرفها وكنت فى اليوم السادس طاهرا فانها من أول الشهر الى آخر السادس فى طهر بيقين . ومن السابع الى آخر الشهر فى طهر مشكوك فيه ، فتتوضأ لكل فريضة الى ان

يمضى عشرة أيام بعد السادس ، ثم تغتسل لامكان انقطاع الدم فيه ، ثم تغتسل بعد ذلك لكل صلاة ، الا أن تعرف الوقت الذى كان ينقطع فيه الدم فتغتسل كل يوم فيه دون غيره وان قالت : كان حيضى فى كل شهر خمسة أيام لا اعرف موضعها واعلم أنى كنت فى الخمسة الأخيرة طاهرا واعلم أن لى طهرا صحيحا غيرها فى كل شهر ، فانه يحتمل أن يكون حيضها فى الخمسة الأولى والباقى طهر ، ويحتمل أن يكون حيضها فى الخمسة الثانية والباقى طهر ، ولا يجوز أن يكون فى الخمسة الثالثة لأن ما قبلها وما بعدها دون أقل الطهر ، ويحتمل أن يكون حيضها فى الخمسة الرابعة ويكون ما قبلها طهرا ، ويحتمل ان يكون حيضها فى الخمسة الخامسة ويكون ما قبلها طهرا فيلزمها أن تتوضأ لكل صلاة فى الخمسة الأولى وتصلى لأنه طهر مشكوك فيه ، ثم تغتسل لكل فريضة من أول السادس الى آخر العاشر لأنه طهر مشكوك فيه ، ويحتمل انقطاع الدم فى كل وقت منه ومن أول الحادى عشر الى آخر الخامس عشر تتوضأ لكل فريضة لأنه طهر بيقين ، ومن أول السادس عشر تتوضأ لكل صلاة الى آخر العشرين لأنه طهر مشكوك فيه لا يحتمل انقطاع الحيض فيه ، ثم تغتسل لكل صلاة الى آخر الخامس والعشرين لأنه طهر مشكوك فيه ، وتغتسل لكل صلاة لأنه يحتمل انقطاع الحيض فى كل وقت منها ، ومن أول السادس والعشرين الى آخر الشهر تتوضأ لكل فريضة لأنه طهر بيقين .

وان علمت يقين الحيض فى بعض الأيام بأن قالت : كان حيضى فى كل شهر عشرة أيام وكنت أكون فى اليوم العاشر حائضا ، فانه يحتمل أن يكون العاشر آخر حيضها ويكون ابتداؤها من أول الشهر ويحتمل أن يكون العاشر أول حيضها فيكون آخره التاسع عشر ، ويحتمل أن يكون ابتداؤها ما بين اليوم الأول من الشهر واليوم العاشر ، فهى من أول الشهر الى اليوم التاسع فى طهر مشكوك فيه ، ولا يحتمل انقطاع الدم فيه فتتوضأ لكل صلاة وتصلى واليوم العاشر يكون حيضا بيقين ، تترك فيه ما يجب على الحائض تركه وتغتسل فى آخره ، ثم تغتسل لكل صلاة الى تمام التاسع عشر ، الا أن تعلم انقطاع الدم فى وقت بعينه فتغتسل فيه من الوقت الى الوقت ، ثم بعد ذلك فى طهر بيقين الى آخر الشهر ، فتتوضأ لكل صلاة فريضة . فان قالت : كان حيضى فى كل شهر عشرة أيام ، ولى فى كل شهر طهر صحيح ، وكنت فى اليوم الثانى عشر حائضا ، فانها فى خمسة عشر يوما من آخر الشهر فى طهر بيقين ، وفى اليوم الأول والثانى من أول الشهر فى طهر بيقين ، وفى الثالث والرابع والخامس فى طهر مشكوك فيه ، تتوضأ فيه لكل فريضة ، وفى السادس الى تمام الثانى عشر فى حيض بيقين ، ومن الثالث عشر الى تمام الخامس عشر فى طهر مشكوك فيه ، ويحتمل انقطاع الحيض فى كل وقت منها فتغتسل لكل صلاة . وان قالت : كان حيضى خمسة أيام من العشر الأول ، وكنت فى اليوم الثانى من الشهر طاهرا وفى اليوم الخامس حائضا ، فانه يحتمل ان يكون ابتداء حيضها من الثالث وآخره الى تمام السابع ، ويحتمل ان يكون من الرابع وآخره الى

تمام الثامن ، ويحتمل أن يكون ابتداؤه من الخامس وآخره تمام التاسع ، فاليوم الأول والثانى طهر بيقين ، والثالث والرابع طهر مشكوك فيه ، والخامس والسادس والسابع حيض بيقين ، ثم تغتسل فى آخر السابع ، فيكون ما بعده الى تمام التاسع طهرا مشكوكا فيه تغتسل فيه لكل صلاة . وان قالت : كان لى فى كل شهر حيضتان ولا أعلم موضعهما ولا عددهما ، فان الشيخ أبا حامد الاسفراينى رحمه الله ذكر ان أقل ما يحتمل أن يكون حيضها يوما من أول الشهر ويوما من آخره ويكون ما بينهما طهراً . وأكثر ما يحتمل أن يكون حيضها أربعة عشر يوما من أول الشهر أو من آخره ويوما وليلة من أول الشهر أو من آخره ويكون بينهما خمسة عشر يوما طهرا ، ويحتمل ما بين الأقل والأكثر فيلزمها أن تتوضأ وتصلى فى اليوم الأول من الشهر لأنه طهر مشكوك فيه ، ثم تغتسل لكل صلاة الى آخر الرابع عشر لاحتمال انقطاع الدم فيه ، ويكون الخامس عشر والسادس عشر طهرا بيقين ، لأنه ان كان ابتداء الطهر فى اليوم الثانى ، فاليوم السادس عشر آخره . وان كان من الخامس عشر ، فالخامس عشر والسادس عشر داخل فى الطهر ، ومن السابع عشر الى آخر الشهر طهر مشكوك فيه . وقال شيخنا القاضى أبو الطيب الطبرى رحمه الله : هذا خطأ لأنا اذا نزلناها هذا التنزيل لم يجز ان يكون هذا حالها فى الشهر الذى بعده ، بل يجب أن تكون فى سائر الشهور كالمتحيرة الناسية لأيام حيضها ووقته ، فتغتسل لكل صلاة ولا يطؤها الزوج . وتصوم رمضان وتقضيه على مابيناه).

(**الشرح**) اذا كانت ناسية لوقت الحيض ذاكرة لعدده فالقاعدة فيه أن كل زمان تيقنا فيه حيضها ثبت فيه جميع أحكام الحيض ، وكل زمان تيقنا فيه طهرها ثبت فيه جميع أحكام الطاهر المستحاضة ، وكل زمان احتمل الحيض والطهر أوجبنا فيه الاحتياط فيجب عليها ما يجب على الطاهر من العبادات ، وحكمها فى الاستمتاع حكم الحائض . ثم ان كان هذا الزمان المحتمل للطهر وللحيض لا يحتمل انقطاع الحيض لزمها الوضوء لكل فريضة ، ولا يجب الغسل . وان كان يحتمل انقطاع الحيض وجب الغسل لكل فريضة لاحتمال انقطاع الدم قبلها ، فان علمت أنه كان ينقطع فى وقت بعينه من ليل أو نهار اغتسلت كل يوم فى ذلك الوقت ، ولا غسل عليها الى مثل ذلك الوقت من اليوم الثانى .

هذا أصل الفصل وتمهيد قاعدته ، وعليه يخرج كل ما سنذكره ان شاء الله تعالى وهذا القدر كاف لمن يؤثر الاختصار ، ولكن عادة الأصحاب ايضاحه وبسطه بالأمثلة ، وأنا أتابعهم وأذكر ان شاء الله تعالى مسائل مستقصاة

ملخصة واضحة فى فروع متراسلة ليكون أنشط لمطالعيه ، وأبعد من ملالة ناظريه ، وأيسر فى تحصيل المرغوب منه فيه ، وأسهل فى ادراك الطالب ما يبغيه ، والله الكريم أستعينه وأستهديه .

(فرع) قال أصحابنا رحمهم الله : الحافظة لقدر حيضها انما ينفعها حفظها وتخرج عن التحير المطلق اذا حفظت مع ذلك قدر الدور وابتداءه ، فان فقدت ذلك بأن قالت : كان حيضى خمسة عشر أضللتها فى دورى ولا أعرف سوى ذلك فلا فائدة فيما ذكرت لاحتمال الحيض والطهر والانقطاع فى كل وقت ، وكذا لو قالت : حيضى خمسة عشر وابتداء دورى يوم كذا ولا أعرف قدره فلا فائدة فيما حفظت للاحتمال المذكور ، ولها فى هذين المثالين حكم المتحيرة فى كل شىء . وهكذا لو قالت : كان حيضى خمسة من كل ثلاثين ولا أعرف ابتداءها أو لا أدرى أهى فى كل شهر أو شهرين أو سنة أو سنتين ؟ ولا أدرى فى أى وقت من شهر هى ؟ فهذه لها حكم المتحيرة التى لا تذكر شيئا أصلا ؟ وحكمها ما سبق الا فى الصيام فانها اذا قالت : كان حيضى خمسة أيام من ثلاثين وصامت رمضان حصل لها خمسة وعشرون يوما ان كان تاما ، وعلمت أن حيضها كان يبتدئها فى الليل ، فان علمت أنه كان يبتدئها فى النهار أو شكت حصل لها أربعة وعشرون يوما ، ثم اذا أرادت قضاء صوم هذه الخمسة صامت أحد عشر يوما ، فيحصل لها منها خمسة على كل تقدير ولا يكفيها صوم عشرة لاحتمال الابتداء فى أثناء يوم ؛ فيفسد ستة الا أن تعلم أنه كان يبتدئها فى الليل فيكفيها العشرة ، ولو كان على هذه التى قالت كان حيضى خمسة من ثلاثين صوم يوم واحد صامت يومين بينهما أربعة أيام ان علمت أن حيضها كان يبتدىء فى الليل فيحصل لها يوم ، فان لم تعلم وقت ابتدائه صامت يومين بينهما خمسة أيام ، فيحصل أحدهما ، ولو كان عليها يومان صامتهما مرتين بينهما ثلاثة أيام ان علمت الابتداء ليلا ، والا فأربعة وضابطه اذا لم تعلم وقت الابتداء أنها تضيف الى أيام الحيض يوما لاحتمال الطرءان فى أثناء النهار وتصوم ما عليها ثم تفطر بقدر الباقى من أيام الحيض مع اليوم المضاف ثم تصوم اليوم الذى عليها مرة أخرى . فان كان عليها يومان وحيضها خمسة من ثلاثين كما ذكرنا أضافت يوما فتصير ستة

فتصوم يومين وتفطر أربعة ثم تصوم يومين ، ولو كان عليها ثلاثة صامتها ثم أفطرت ثلاثة ثم صامت ثلاثة وهكذا ما أشبه ذلك والله أعلم .

(فرع) اذا قالت : حيضى خمسة أيام فى كل ثلاثين يوما أو عشرة من عشرين من الشهر ، أو من خمسة عشر وشبه ذلك ، فهذه قد يكون لها حيض بيقين وطهر بيقين ، ومشكوك فيه يحتمل انقطاع الحيض فيه ومشكوك فيه لا يحتمله ، وقد لا يكون حيض ولا طهر بيقين وقد يكون طهر بيقين دون حيض بيقين ولا يتصور عكسه وطريقة معرفة هذه الأقسام أن تنظر الى المنسى ، فان كان نصف المنسى فيه أو أقل لم يكن لها حيض بيقين ، وان كان أكثر من نصفه كان لها حيض بيقين ، وهو يقدر على ما زاد على النصف مرتين ، ويكون من وسط المنسى فيه ويكون ما قبله مشكوكا فيه لا يحتمل الانقطاع فتتوضأ لكل فريضة كسائر المستحاضات وما بعده تغتسل لكل فريضة ، وان شئت [1] أسقطت المنسى من المنسى فيه ، ثم أسقطت بقية المنسى فيه من المنسى ، فما بقى فهو حيض بيقين ، وتلك البقية هى القدر المشكوك فيه من الطرفين .

مثال ذلك وهو مثال يجمع الأقسام الأربعة قالت : كان حيضى ستة أيام من العشرة الأولى من الشهر فيجعل شهرها أربعة أقسام ، الأربعة الأولى زمن مشكوك فيه يحتمل الانقطاع فتتوضأ فيها لكل فريضة وتصلى الخامس والسادس حيض بيقين ، لأنه ان بدأ الحيض فى أول العشرة انتهى الى آخر السادس ، وان انقطع على العاشر بدأ من الخامس ، فالخامس والسادس حيض لدخولهما فى التقديرين ، والسابع والثامن والتاسع والعاشر مشكوك فيه يحتمل الانقطاع ، فتغتسل فيها لكل فريضة الا أن تعلم أن الدم كان ينقطع فى وقت من اليوم فيكفيها كل يوم غسل واحد فى ذلك ، وتتوضأ لباقى فرائض ذلك اليوم ، وما بعد العشرة الى آخر الشهر طهر بيقين . ولو قالت : حيضى سبعة أيام من العشرة الأولى فلها أربعة أيام حيض بيقين وهى الرابع والخامس والسادس والسابع وتتوضأ للثلاثة الأولى وتغتسل للثلاثة الأخيرة لكل فريضة الا أن تعلم الانقطاع فى وقت بعينه ، ولو قالت : ثمانية

---

(١) كذا بالأصل ولعله : شاءت (ط) .

من العشرة فحيضها ستة ، أولها الثالث ، ولو قالت : تسعة من العشرة فحيضها ثمانية ، أولها الثانى وتتوضأ فى اليوم الأول وتغتسل لكل فريضة فى العاشر. ولو قالت : ستة من أحد عشر فالسادس حيض بيقين وتتوضأ لكل فريضة فى الخمسة الأولى وتغتسل فى الخمسة الأخيرة ، ولو قالت : خمسة من التسعة الأولى فالخامس حيض بيقين وتتوضأ لما قبله وتغتسل لما بعده الى آخر التاسع وما بعده الى آخر الشهر طهر بيقين .

ولو قالت : حيضى عشرة من الشهر فليس لها حيض ولا طهر بيقين فتتوضأ لكل فريضة الى قبيل آخر العاشر ثم تغتسل من آخر العاشر الى آخر الشهر لكل فريضة الا أن تعلم الانقطاع فى وقت بعينه فيكفيها الغسل فيه كل يوم مرة ، ولو قالت : عشرة من العشرين الأول توضأت الى قبيل آخر العاشر ثم اغتسلت الى آخر العشرين ثم هى طاهرة بيقين فى العشر الأخيرة . ولو قالت : عشرة من الخمسة عشر الأولى فالخمسة الأولى تتوضأ والخمسة الثانية حيض بيقين ، والثالثة تغتسل وباقى الشهر طهر بيقين .

ولو قالت : خمسة عشر فى العشرين الأولى فالخمسة الأولى تتوضأ والثانية والثالثة حيض بيقين ، والرابعة تغتسل والعشرة الأخيرة طهر بيقين ، ولو قالت عشرة فى العشرين الأخيرة فالعشرة الأولى طهر بيقين ، والثانية تتوضأ ، والثالثة تغتسل ، ولو قالت خمسة عشر من العشرين الأخيرة فالعشرة الأولى طهر بيقين والخمسة الثالثة تتوضأ والرابعة والخامسة حيض بيقين والسادسة تغتسل . ولو قالت : حيضى احدى العشرات فلا حيض ولا طهر بيقين فتتوضأ فى جميع الشهر الى آخر العشرات ، فتغتسل فى آخر كل عشرة. ولو قالت : حيضى يومان من العشرة الأولى ، أو قالت ثلاثة ، أو قالت أربعة ، أو قالت خمسة فلا حيض ولا طهر فتتوضأ مدة أيامها ، ثم تغتسل لكل فريضة الى آخر العشرة ثم هى طاهر بيقين .

وأما قول المصنف رحمه الله (وعلى هذا التنزيل فى الخمس والست والسبع والثمان والتسع) فهو مما عدوه من مشكلات المهذب حتى ان بعضهم قال : مراد المصنف أنها اذا قالت : لى تسعة أيام فى العشرة الأولى فلا حيض لها بيقين ، ثم اعترض هذا الحامل وغلط المصنف ولقد أخطأ هذا الحامل

وظلم بوضعه الكلام فى غير موضعه ، فان المصنف رحمه الله أجل قدرا وأعلى محلا من أن يخفى عليه هذا الذى لا يشك فيه أقل مبتدىء شرح باب الحيض ، فكيف يظن بهذا الامام أنه يقول اذا قالت : حيضى تسعة أيام من العشرة الأولى فلا حيض لها ، وأى خفاء فى هذا ليغلط فيه • وانما مراد المصنف عطف هذا الكلام على ما تقدم فى أول الفصل وهو قوله : فكل زمان تيقنا فيه الحيض ألزمناها اجتناب ما تجتنبه الحائض ، الى قوله : ويعرف ذلك بتنزيل أحوالها ، ثم قال : ونذكر من ذلك مسائل تدل على أحكامها فذكر ما ذكره ، ثم قال : وعلى هذا التنزيل فى الخمس والست ، يعنى يعمل ماذكرناه وبه يعرف يقين الحيض والطهر والمشكوك فيه ، فيعمل فى الست والسبع والثمان والتسع على ما ذكرنا من التنزيل وهو أن ما احتمل الحيض والطهر فهو مشكوك فيه ، وما يتعين لأحدهما فهو له ؛ وحينئذ اذا قالت : خمسة من العشرة فلا حيض بيقين وتتوضأ فى خمسة •

ولو قالت ستة من العشرة فالخامس والسادس حيض ، وان قالت : سبعة فأربعة حيض أولها الرابع كما سبق ايضاحه ، فهذا تأويل صحيح لكلام المصنف ، وذكر صاحب البيان فى كتابه مشكلات المهذب لكلامه تأويلين (أحدهما) وهو الذى اقتصر عليه فى البيان : أن معناه اذا قالت : كان حيضى فى الخمس أو الست أو السبع أو الثمان أو التسع أياما لا يزيد على نصف المنسى فيه بأن قالت : كان حيضى فى الخمس يومين أو فى الست والسبع والثمان والتسع ثلاثة فاقتصر المصنف على ذكر الأيام المنسى فيها ولم يذكر قدر المنسى وعطف ذلك على ما ذكره فى قوله : فان قالت : كان حيضى فى العشرة ثلاثة أو أربعة ، لأن الثلاثة والأربعة أقل من نصف العشرة (قلت) فعلى هذا تكون الخمس والست والسبع والثمان والتسع معطوفات على العشرة •

(والتأويل الثانى) أنه أراد اذا قالت : حيضى خمس أو ست أو سبع أو ثمان أو تسع من أيام لا تزيد هذه المذكورة على نصفها ، فذكر المنسى دون المنسى فيه اكتفاء بما ذكره واعتمادا على فهم السامع بعد تقرير القاعدة فهذه ثلاثة أجوبة عن عبارة المصنف على تقدير ثبوتها عنه ، وقد قال بعض كبار

متأخرى أصحابنا المذكورين ، طبقة أصحاب المصنف أنه رأى جزءا فيه وصية الشيخ أبى اسحاق المصنف رحمه الله الى الفقهاء ؛ وفيه أنه أمرهم بالضرب على قوله ، وعلى هذا التنزيل فى الخمس والست والسبع والثمان والتسع ، والله أعلم •

(فـــرع) فيما اذا عرفت يقين طهرها فى وقت من الشهر ، بأن قالت : كان حيضى عشرة من الشهر لا أعلم عينها ، وأعلم أنى كنت فى العشرة الأخيرة طاهرا فالعشرة الأولى تتوضأ والثـانية تغتسل لكل فريضـة ، الا أن تعلم الانقطاع فى وقت ؛ فتقتصر على الغسـل فيه كل يوم والعشرة الأخيرة طهر بيقين ، وتوجيه هذا ظاهر وكذا ما أشبهه مما أحذف دليله ، فان ذكرت ما قد يخفى دليله بينته ان شاء الله تعالى فان قالت : حيضى عشرة من الشهر وكنت فى العشرة الأولى طاهرا فالعشرة الأولى طهر بيقين ؛ والثانية تتوضأ ، والثالثة تغتسل لكل فريضـة وان قالت : حيضى خمسة من العشرة الأولى ، وكنت أكون فى اليوم الأول طاهرا فالأول طهر بيقين ، والثـانى والثالث والرابع والخامس تتوضأ لكل فريضة والسادس حيض بيقين ، والسـابع الى آخر العاشر تغتسل لكل فريضة ، وما بعد العاشر الى آخر الشهر طهر بيقين • وان قالت : حيضى خمسـة من العشرة الأولى وكنت طاهرا فى الثـانى فاليومان الأولان طهر بيقين ، والثالث والرابع والخامس تتوضأ والسادس والسـابع حيض بيقين والثامن والتاسع والعاشر تغتسل لكل فريضة ، وان قالت حيضى خمسة من العشرة الأولى وكنت طاهرا فى الثالث فالثلاثة الأولى طهر ، والرابع والخامس تتوضأ ، والسادس والسابع والثامن حيض بيقين ، والتاسع والعاشر تغتسل لكل فريضة • وان قالت : حيضى عشرة من الشـهر وكنت طاهرا فى السادس ، فالستة الأولى طهر بيقين ؛ ومن السابع الى آخر السـادس عشر تتوضأ ثم بعده تغتسل الى آخر الشهر لكل فريضة • وكذا لو قالت : حيضى عشرة من الشهر ، وكنت طاهرا فى السابع أو التاسع أو العاشر ، فاليوم الذى كانت فيه طاهرا وما قبله طهر ثم بعـده تتوضأ عشرة أيام ثم تغتسـل الى آخر الشهر •

وان قالت حيضى عشرة من الشهر وكنت فى الحادى عشر طاهرا فالعشرة

الأولى تتوضأ وتغتسل فى آخرها لاحتمال الانقطاع والحادى عشر طهر بيقين ، وبعده تتوضأ الى آخر الحادى والعشرين ، ثم تغتسل بعده الى آخر الشهر لكل فريضة • وان قالت : حيضى خمسة من الشهر وكنت فى الخمسة الأخيرة طاهرا ، أو لى طهر صحيح غيرها فيحتمل أن حيضها الخمسة الأولى والباقى طهر • ويحتمل أن تكون الخمسة الثانية والباقى طهر ويحتمل أن تكون الرابعة ، ويحتمل أن تكون الخامسة ، ولا يجوز أن تكون الثالثة لأنه لا يبقى قبلها ولا بعدها أقل الطهر سوى الخمسة الأخيرة فالخمسة الأولى تتوضأ والثانية تغتسل لاحتمال الانقطاع والثالثة طهر بيقين ، والرابعة تتوضأ والخامسة تغتسل ، لاحتمال الانقطاع والسادسة طهر بيقين • وان قالت : حيضى خمسة عشر من الشهر ، وكنت فى الثانى عشر طاهرا ، فالثانى عشر وما قبله طهر بيقين ، والثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر تتوضأ والسادس عشر فما بعده الى آخر السابع والعشرين حيض بيقين والثلاثة الأخيرة تغتسل لكل فريضة • ولو قالت : حيضى خمسة من العشرة الأولى ، وكنت فى السادس طاهرا فحيضها الخمسة الأولى وان قالت : كنت فى الخامس طاهرا فحيضها الخمسة الثانية ، وليست فى هاتين ناسية وان كان سؤالها كسؤال ناسية ، وان قالت : وكنت فى السادس حائضا فالسادس حيض بيقين فتغتسل بعده الى آخر العشرة وتتوضأ فى الأربعة قبله ، واليوم الأول طهر بيقين •

ولو قالت : وكنت فى الخامس حائضا فالخامس حيض ، وتتوضأ فى الأربعة قبله وتغتسل بعده الى آخر التاسع ثم ما بعده طهر بيقين ، وان قالت : حيضى خمسة من العشرة الأولى وكنت فى الثانى طاهرا وفى الخامس حائضا فالأول والثانى طهر بيقين وكذا العاشر وما بعده والخامس والسادس والسابع حيض بيقين وتتوضأ فى الثالث والرابع وتغتسل فى الثامن والتاسع • ولو قالت : لا أعلم قدر حيضى وأعلم أنى كنت طاهرا فى طرفى الشهر فلحظة من أول الشهر ولحظة من آخره طهر بيقين ثم بعد اللحظة الأولى تتوضأ يوما وليلة ثم تغتسل لكل فريضة الى أن يبقى لحظة من آخر الشهر ثم اللحظة مع اللحظة الأولى من الشهر الآتى طهر •

(فـــرع) فيما اذا عرفت يقين حيضها فى وقت من الشهر فان قالت كان حيضى عشرة أيام فى كل شهر لا أعلمها وأعلم أنى كنت أكون حائضا فى العاشر فتتوضأ الى آخر التاسع ويكون العاشر حيضا وتغتسل بعده الى آخر التاسع عشر ثم باقى الشهر طهر بيقين فان قالت : حيضى عشرة لا أعلمها وكنت حائضا فى السادس فالخمسة الأولى تتوضأ والثانية حيض بيقين لدخولها فى التقديرين • والثالثة تغتسل لكل فريضة وباقى الشهر طهر بيقين • وان قالت: حيضى عشرة من الشهر وكنت حائضا فى الثانى عشر فاليومان الأولان طهر بيقين وما بعدهما الى آخر الحادى عشر تتوضأ والثـانى عشر حيض بيقين وتغتسل بعده الى آخر الحادى والعشرين وما بعـده طهر بيقين ولو قالت : حيضى خمسة عشر وكنت حائضا فى الثانى عشر فالثانى عشر والثالث عشر والرابع عشر والخـامس عشر حيض بيقين والأحد عشر قبلهـا تتوضأ ومن السادس عشر الى آخر السادس والعشرين تغتسل لكل فريضة والأربعة الباقية من الشهر طهر بيقين • ولو قالت : حيضى فى كل شهر عشرة ولى فى كل شهر طهر صحيح وكنت فى الثانى عشر حائضـا ؛ فاليومان الأولان طهـر بيقين ، والثالث والرابع والخامس تتوضأ ومن أول السادس الى آخر الثـانى عشر حيض بيقين والثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر تغتسل لكل فريضة والخمسة عشر الباقية طهر بيقين •

ولو قالت : حيضى خمســة من العشرة الأولى ، وكنت فى اليوم الأول حائضا ؛ فحيضها الخمسة الأولى ، وان قالت : كنت فى العاشر حائضا فحيضها الخمسة الثانية وليست فى الصورتين ناسية وان كان سؤالها كسؤال الناسية•

(فـــرع) اذا قالت : كان لى فى كل شهر حيضتان لا أعلم موضعهما ولا قدرهما [1] :

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ذكر الشيخ ابو حامد ان اقل ما يحتمل ان يكون حيضا يوم من اول الشهر او آخره ويوم وليلة من اول الشهر او آخره ويكون بينهما خمســة عشر يوما

---

(١) آثرنا وضعها فى صورة الفصول المعزوة الى المصنف وان سيقت على سبيل الاستشهاد لما يقول (ط) .

طهرا ، ويحتمل ما بين الاقل والاكثر ، فيلزمها ان تتوضا وتصلى فى اليوم الأول من الشهر لانه طهر مشكوك فيه ، ثم تغتسل لكل صلاة الى آخر الرابع عشر لاحتمال انقطاع الدم فيه ، ويكون الخامس عشر والسادس عشر طهرا بيقين لانه ان كان ابتداء الطهر فى اليوم الثانى فالسادس عشر الى آخر الشهر طهر مشكوك فيه . وقال شيخنا القاضى أبو الطيب : هذا خطأ لانا اذا نزلنا هـذا التنزيل لم يجز أن يكون ذلك حالها فى الشهر الذى بعده ، بل يجب أن تكون فى سائر الشهور كالمتحيرة الناسية لأيام حيضـها ووقته فتغتسل لكل صـلاة ، ولا يطؤها الزوج ، وتصوم رمضان وتقضيه على (١) ما بيناه) .

هذا كلام المصنف وكذا نقله المتأخرون عن الشيخ أبى حامد وكذا قطع بما قاله أبو حامد المحاملى وابن الصباغ وآخرون ، ونقله صاحب البيان عن أكثر أصحابنا وحكاه القـاضى أبو الطيب فى تعليقه عن أبى حامد ثم قال : وهذا خطأ بيقين لأنه يحتمل أن يكون اليوم الأخير حيضا ، فيعقبه خمسـة عشر طهر من الشهر الثانى فلا يبقى بعد ذلك من الشهر الثانى ما يسع حيضتين قال وكذا قوله : ان الخامس عشر والسادس عشر طهر بيقين ؛ وليس بصحيح فيما سوى الشهر الأول قال : فالصواب فى هذا أن يقال : هذا الذى قالته لا يتصور فكأنها لم تقل شيئا فهى متحيرة لا تحفظ شيئا قال : وانما يصـح ما ذكره أبو حامد فيما اذا قالت : لى حيضتان فى شهر بعينه فيكون حكمها فى ذلك الشهر بعينه ما ذكره وتكون فيما سواه متحيرة . هذا كلام أبى الطيب .

وهذا الانكار الذى أنكروه على أبى حامد متوجه على ما نقلوه من عبارة أبى حامد أنها قالت : لى فى كل شهر حيضتان والذى رأيتـه أنا فى تعليق أبى حامد اذا قالت لى حيضتان من الشهر والباقى طهر وهذه العبارة لا تقتضى تكرر ذلك فى كل شهر . واعلم أن الشيخ أبا حامد أرفع محلا وأعظم مرتبة من أن يخفى عليه هذا الذى نقلوه عنه وهو خطأ ظاهر لا يخفى على أقل متفقه شرح باب الحيض ، فيتعين حمل كلام الشيخ أبى حامد على ما نقلته عن تعليقه أنها قالت : لى فى الشهر الفلانى حيضتان فيكون حكمها ما ذكره ، وقد وافق عليه القاضى أبو الطيب كما سبق ولا شك فى صحة هذا وعبارته تقتضيه .

وأما عبـارة من يقول ذلك فيما اذا قالت : لى فى كل شـهر حيضتان فمحمولة على هذا ؛ ومعناها لى فى كل شهر أحيضه حيضتان ، وكنت أحيض

---

(١) هذه القطعة مكررة ساقها الشارح استشهادا وليعقب عليها بكلام جديد (ط) .

فى صفر وجمادى وشوال مثلا ، فحصل أن كلام أبى حامد صحيح وأنه ينبغى ألا يجعل بينه وبين أبى الطيب خلاف ، والله أعلم •

وأما قول المصنف : (يحتمل ما بين الأقل والأكثر) فمعناه أنه يحتمل أن حيضها ثلاثة أيام ؛ يومان فى آخر الشهر ويوم فى أوله ، ويحتمل عكسه ، ويحتمل أنه أربعة بعضها فى أوله وبعضها فى آخره ، وكذا خمسة وستة وسبعة وما بعدها الى خمسة عشر بعضها فى أوله وبعضها فى آخره ، ويحتمل أن الحيض الأول فى اليوم الأول ، ويحتمل فى الثانى أو الثالث أو الثالث عشر وما بينهما ، والمقصود حيضتان بينهما خمسة عشر للطهر • وأما قوله : (فليزمها أن تتوضأ وتصلى فى اليوم الأول لأنه طهر مشكوك فيه) فسببه أنه يحتمل أن الحيض الأول بعد اليوم الأول ، لقوله يحتمل ما بين الأقل والأكثر كما بيناه • وأما قوله : ومن السابع عشر الى آخر الشهر طهر مشكوك فيه فقد يتوهم من لا يفكر أن الطهر فى هذه المدة على صفة واحدة ، وليس كذلك ، بل تتوضأ فى السابع عشر لأنه لا يحتمل الانقطاع • بل تغتسل لكل فريضة لاحتمال الانقطاع فى كل وقت ، وهذا متفق عليه ، أطبق أصحابنا الذين ذكروا المسألة على التصريح به • وذكر الشيخ أبو حامد فى تعليقه فرعا حسنا لهذه المسألة فقال : لو قالت لى فى الشهر ــ يعنى شهرا معينا ــ حيضتان ولى فيه طهر واحد متصل ، فاليوم الأول حيض بيقين ، لأنا لو جعلناه مشكوكا فيه لصار لها طهران ، وقد قالت طهر واحد ، ثم يحتمل ما احتملت المسألة الأولى أن تكون أربعة عشر من الأول حيضا ، وخمسة عشر بعدها طهر ، واليوم الأخير الحيضة الأخرى ، وأن يكون الأول حيضا وبعده خمسة عشر طهر ، والأربعة الباقية الحيضة الأخرى ، ويحتمل ما بين ذلك كما سبق • فاليوم الأول مع ليلته حيض بيقين ، وبعده تغتسل لكل فريضة الى آخر الأربعة عشر ، والخامس عشر والسادس عشر طهر بيقين ، ثم تتوضأ لكل فريضة من أول السابع الى آخر التاسع والعشرين ، واليوم الأخير حيض بيقين ، ولا يلزمها الاغتسال لكل فريضة بعد السابع عشر بخلاف المسألة قبلها ، لأنه لا يتصور الانقطاع هنا قبل آخر الشهر ، لأنه لو انقطع لم يبق بعده طهر كامل ، ولصار لها فى الشهر أكثر من طهر واحد متصل ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ وان كانت ذاكرة للوقت ناسية للعدد نظرت فان كانت ذاكرة لوقت ابتدائه بأن قالت : كان ابتداء حيضى من أول يوم من الشهر ـ حيضناها يوما وليلة من أول الشهر لأنه يقين ، ثم تغتسل بعده وتحصل فى طهر مشكوك فيه الى آخر الخامس عشر فتصلي وتغتسل لكل صلاة لجواز انقطاع الدم ، وما بعده طهر بيقين الى آخر الشهر فتتوضأ لكل فريضة . وان كانت ذاكرة لوقت انقطاعه بأن قالت : كان حيضى ينقطع فى آخر الشهر قبل غروب الشمس حيضناها قبل ذلك يوما وليلة وكانت طاهرا من أول الشهر الى آخر الخامس عشر ، تتوضأ لكل فريضة لأنه لا يحتمل انقطاع الحيض ولا يجب الغسل الا فى آخر الشهر فى الوقت الذى تيقنا انقطاع الحيض فيه .

وان قالت : كان حيضى فى كل شهر خمسة عشر يوما ، وكنت اخلط احد النصفين بالآخر أربعة عشر فى أحد النصفين ويوما فى الآخر ولا أدرى أن اليوم فى النصف الأول أو الأربعة عشر ، فهذه يحتمل أن يكون اليوم فى النصف الثانى والأربعة عشر فى النصف الأول فيكون ابتداء الحيض من اليوم الثانى من الشهر وآخره تمام السادس عشر ، ويحتمل ان يكون اليوم فى النصف الاول والأربعة عشر فى النصف الثانى ، فيكون ابتداء الحيض من أول الخامس عشر وآخره التاسع والعشرون ، فاليوم الأول والآخر من الشهر طهر بيقين والخامس عشر والسادس عشر حيض بيقين ، ومن الثانى الى الخامس عشر طهر مشكوك فيه ، ومن اول السابع عشر الى آخر التاسع والعشرين طهر مشكوك فيه ، فتغتسل فى آخر السادس عشر وفى آخر التاسع والعشرين لأنه يحتمل انقطاع الدم فيهما ، وعلى هذا التنزيل والقياس فان قالت : كان حيضى خمسة عشر يوما وكنت أخلط اليوم واشك هل كنت أخلط بأكثر من يوم ؟ فالحكم فيه فى المسألة قبلها الا فى شىء واحد ، وهو أن ههنا يلزمها أن تغتسل لكل صلاة بعد السادس عشر لجواز أن يكون الخلط بأكثر من يوم ، فيكون ذلك الوقت وقت انقطاع الحيض ، الا أن تعلم انقطاع الحيض فى وقت بعينه من اليوم فتغتسل فيه فى مثله) .

(**الشرح**) أما المسألتان الأوليان فيما اذا ذكرت الابتداء والانقطاع فظاهرتان حكمهما ما ذكره . الا أن قوله فى الثانية قالت : كان حيضى ينقطع فى آخر الشهر قبل غروب الشمس ينكر عليه ، وصوابه حذف قوله : قبل غروب الشمس ليصح ما ذكره بعده من الحكم ، فانه لو انقطع قبل آخر الشهر بلحظة لم ينته الطهر الى آخر الخامس عشر ، بل يجب ترك لحظة من آخره ويجب الحكم بالحيض فى لحظة من آخر التاسع والعشرين أما اذا قالت : كان حيضى من كل شهر خمسة عشر يوما وكنت أخلط أحد النصفين

بالآخر ، أربعة عشر فى أحد النصفين ويوما فى النصف الآخر ؛ ولا أدرى هل اليوم فى النصف الأول والأربعة عشر فى الآخر ؟ أو الأربعة عشر فى الأول واليوم فى الآخر ؟ فاليوم الأول والآخر طهر بيقين ، والخامس عشر والسادس عشر حيض بيقين ، ومن أول الثانى الى آخر الرابع عشر مشكوك فيه لايحتمل الانقطاع ، فتتوضأ فيه لكل فريضة وتغتسل فى أول ليلة السابع عشر لاحتمال الانقطاع فى آخر السادس عشر ثم تتوضأ بعد ذلك ولا تغتسل الا فى آخر التاسع والعشرين ، فالحاصل أن لها يومين طهرا بيقين الأول والأخير ، ويومين حيضا وهما الخامس عشر والسادس عشر ، وعليها غسلان ولها زمنان مشكوك فيهما وتتوضأ فيهما ، وهما ما بين الثانى والخامس عشر ، وما بين السادس عشر والأخير ، فان طافت أو قضت فائتة فى أحد الشكين لم يجزها ، فان طافت أو قضت فى الشكين جميعا أجزأها قطعا ، لأن أحدهما طهر بيقين .

قال الدارمى فى الاستذكار : فان طلقها زوجها فى أول يوم من شهر انقضت عدتها فى الخامس عشر من الشهر الثالث ، وان أرادت قضاء ما فاتها من رمضان وهو خمسة عشر صامت شهرا غير يومى الحيض وأجزأها قطعا ، لأنه يحصل لها يوما الطهر مع أحد الشكين . أما اذا قالت : حيضى خمسة عشر أخلط أحد النصفين بالآخر بيومين لا أعرف أيهما اليومان ؟ واليومان الأولان واليومان الآخران طهر بيقين ، والرابع عشر والخامس عشر والسادس عشر والسابع عشر حيض بيقين وتغتسل عقيب التاسع عشر والثامن والعشرين وتتوضأ سوى ما ذكرنا . ولو قالت : حيضى خمسة عشر أخلط بثلاثة فلها ثلاثة فى أوله وثلاثة من آخره طهر بيقين وستة حيض ، أولها الثالث عشر وتغتسل عقيب الثامن عشر والسابع والعشرين ، وهكذا كلما زاد الخلط يوما زاد يقين الحيض يومين فى الوسط وزاد يقين الطهر يوما فى كل طرف . ولو قالت : حيضى أربعة عشر أخلط منها بيوم فالأولان والآخران طهر بيقين والخامس عشر والسادس عشر حيض بيقين فتغتسل عقيب السادس عشر والثامن والعشرين وتتوضأ لما سواه . ولو قالت : حيضى ثلاثة أيام من الشهر وكنت أخلط أحد النصفين بالآخر بيوم فالثلاثة عشر الأولى والثلاثة عشر الأخيرة طهر بيقين ، والخامس عشر والسادس عشر حيض ، والرابع عشر والسابع عشر مشكوك فيهما ، فتتوضأ فيهما وتغتسل عقيب السادس عشر

والسابع عشر لأن الانقطاع فى آخر أحدهما • ولو قالت : كنت أحيض خمسة عشر أخلط أحد النصفين بالأخر بيوم ، ولا أدرى هل كنت أخلط بأكثر من يوم أم لا ، فحكمها حكم من قالت أخلط بيوم فقط ، ولا يخالفها الا فى شىء واحد ، وهو أن هذه يلزمها أن تغتسل بعد السادس عشر لكل فريضة الى آخر التاسع والعشرين لجواز أن يكون الخلط بأكثر من يوم ، الا أن تعلم انقطاع الحيض فى وقت بعينه ، فتغتسل كل يوم فى ذلك الوقت فقط •

ولو قالت : كنت أحيض خمسة عشر يوما أخلط أحد النصفين بالآخر بجزء فقط فلها جزء من أول الليلة الأولى ، وجزء من آخر اليوم الأخير طهر بيقين ، ولا تترك بسبب هذين الجزءين صلاة ، ويبطل صوم الخامس عشر لحصول الحيض فى آخره ، ولا يجب الغسل الا فى موضعين : (أحدهما) بعد جزء من أول ليلة السادس عشر (والثانى) اذا بقى جزء من اليوم الأخير من الشهر وتتوضأ فيما سواهما ، ولو كانت المسألة بحالها وقالت لا أدرى هل كنت أخلط بجزء أم بأكثر ؟ فحكمها حكم التى قبلها الا فى الغسل ، فانه يلزمها هنا أن تغتسل لكل فريضة بعد مضى جزء من السادس عشر الى أن يبقى جزء من آخر الشهر لاحتمال الخلط بأكثر من جزء • ولو قالت : حيضى أربعة عشر يوما ونصف يوم ، والكسر فى أول حيض ، وكنت أخلط أحد النصفين بالآخر بيوم ، فالأول ونصف الثانى طهر ، ومن نصف الثانى الى آخر السادس عشر حيض وما بعده طهر • ولا تغتسل الا فى آخر السادس عشر ، وحكم الصوم والعدة فى هذه المسائل على ما سبق فى أول هذا الفصل •

(فـــرع) قالت : حيضى ثلاثة أيام من احدى عشرات الشهر ، فليس لها حيض ولا طهر بيقين فتصلى بالوضوء ثلاثا من أول كل عشرة وتغتسل بعد ذلك الى آخر كل عشرة ، ويحرم وطؤها ما دام هذا حالها ، فان أرادت طوافا طافت مرتين بينهما يومان فصاعدا ، أو طافت فى يومين متلاصقين من طرفى عشرتين ، وان طلقت فى أول شهر انقضت عدتهـا يوم الثامن والعشرين من الشهر الثالث ، ولو كان حيضها أربعا أو خمسا أو ستا أو سبعا أو ثمانيا أو تسعا من احدى عشرات الشهر فليس لهـا حيض ولا طهر بيقين وتصـلى

بالوضوء من أول كل عشرة قدر أيام حيضها وتغتسل بعده لكل فريضة الى آخر كل عشرة •

(فـــرع) قالت كنت أحيض خمسة من الشهر ثلاثة منها من احـدى خمســات الشهر ويومين من الخمســة التى تليها ولا أعلم هل اليومان من الخمسة المتقدمة ؟ أم من المتأخرة ؟ فليس لها فى الشهر حيض متيقن زمانه ، واليومان الأولان والآخران من الشهر بيقين ، وباقى الشهر مشكوك فيــه ، وتغتسل عشرة أغسال عقب السابع والثامن والثانى عشر والثالث عشر والسابع عشر والثامن عشر والثانى والعشرين والثالث والعشرين والسابع والعشرين والثامن والعشرين ، وتتوضأ فيما سوى هذه الأوقات لأن الانقطاع لا يتصور فى غيرها وهو محتمل فيها لأنه يحتمل أن الثلاثة من الخمسة الأولى واليومين من الثانية فينقطع فى آخر السابع ، ويحتمل عكسه فينقطع فى آخر الثــامن ، ويحتمل أن الثلاثة من الثانية واليومين من الثالثة فينقطع فى آخر الثانى عشر، ويحتمل عكسه فينقطع فى آخر الثالث عشر وباقى التقديرات ظاهر وان شئت قلت : لا غسل عليها فى الخمسة الأولى وتغتسل عقب الثانى والثالث من كل خمســة •

(فـــرع) قالت : كان حيضى يومين من العشرة الأولى من الشــهر وكنت أخلط نهار احدى الخمستين بالأخرى بلحظة فمن أول الشهر الى مضى لحظة من أول النهار الرابع طهر بيقين ، وتتوضأ بعده حتى يبقى لحظــة من آخر الخامس ، وتلك اللحظة من ليلة السادس ولحظة من أول نهار الســادس حيض بيقين ، وتغتسل بعد هذه اللحظة لكل فريضة حتى يبقى لحظة من آخر السابع ، وتلك اللحظة وما بعدها الى آخر الشهر طهر بيقين وتغتسل فى هذه اللحظــة •

(فـــرع) قالت : لا أعرف قــدر حيضى ولكن أعلم أنى كنت أخلط شهرا بشهر فلحظة من أول الشهر ولحظة من آخره حيض بيقين ، وتغتسل بعد اللحظة الأولى حتى تبقى لحظة من آخر الخامس عشر ، وتلك اللحظة مع لحظة من أول ليلة السادس عشر طهر بيقين ثم تتوضأ حتى تبقى لحظــة من آخر الشــهر •

(فـــرع) قالت : حيضى عشرة وأخلط أحد نصفى الشهر بالآخر بيوم فستة أيام من أول الشهر وستة من آخره طهر بيقين ، والخامس عشر والسادس عشر حيض بيقين ، وتغتسل عقب السادس عشر والرابع والعشرين وتتوضأ لما سوى المذكور .

(فـــرع) قالت : حيضى عشرة من الشهر وطهرى عشرون متصـــلة فالعشرة المتوسطة طهر بيقين ، والأولى والثـــالثة مشكوك فيهما وتغتســـل فى آخرهما .

(فـــرع) قالت : حيضى خمسة من الشهر منها السادس أو السادس والعشرون فالأول طهر بيقين ، ومن الحادى عشر الى آخر الحادى والعشرين طهر أيضا ، وتغتسل عقب الســـادس لكل فريضـــة الى آخر العاشر وعقب السادس والعشرين الى آخر الشهر وتتوضأ فيما سوى ذلك .

(فـــرع) قالت : كنت أخلط العشرة الأولى بالوسطى بيوم والوسطى بالأخيرة بيوم ، ولا أعلم قدر حيضى ، فلها اثنا عشر يوما حيض ، وهى العاشر والحادى والعشرون وما بينهما ولها ستة من أول الشهر وستة من آخره طهر بيقين ، وتغتسل عقب الحـــادى والعشرين لكل فريضـــة الى آخر الرابع والعشرين .

ولو قالت : حيضى عشرة أخلط الخمسة الثانية من الشهر بالثـــالثة ، والثالثة بالرابعة فلها سبعة حيض بيقين ، وهى العاشر الى آخر السادس عشر ، ولها من الأول الى آخر السادس ومن أول العشرين الى آخر الشـــهر طهر بيقين ، فتغتسل عقب السادس عشر لكل فريضة الى آخر التاسع عشر .

(فـــرع) قالت : حيضى ثلاثة أيام لا أعلمها ، وكان حيضى من أول النهار ، وصامت رمضان كله فعليها قضاء ثلاثة أيام ، فان شاءت صامت ستة متوالية وأجزأها ، وان أرادت تقليل الصوم فأقل ما يجزيها صيام أربعة أيام متفرقة بين كل يومين يومان فتصوم الأول والرابع والسابع والعاشر فيحصل ثلاثة قطعا لأنه على كل تقدير لا يبطل الا يوم . ولو قالت : حيضى خمســـة أيام من الشهر ، ولا أعلم متى كان يبتدىء الدم ، وصامت رمضان فسد ستة

أيام لاحتمال الطرءان له نصف النهار ، فتصوم له بعده اثنى عشر متتابعة يحصل لها منها ستة على كل تقدير ، فان أرادت تفريق القضاء وتقليل الصوم صامت يوما ، وأفطرت خمسة ثم صامت يوما وأفطرت خمسة ، وكذا مرة ثالثة ورابعة وخامسة فتكون قد صامت من الشهر خمسة أيام يحصل لها منها أربعة على كل تقدير ، يبقى يومان فتصومهما من ثلاثة عشر ، تصوم الأول والسابع والثالث عشر ، وأما قول الغزالى فى البسيط والوسيط فى هذه المسألة : تقضى خمسة أيام فمنكر ظاهر وكأنه تابع الفورانى فيه فغلطا .

(فرع) قال القاضى أبو الطيب : كل موضع قلنا عليها الوضوء لكل فريضة فلها صلاة النافلة . وكل موضع قلنا : الغسل لكل فريضة لم يجز النافلة الا بالغسل أيضا هذا كلامه وفيه نظر ، ويحتمل أن تستبيح النافلة بغسل الفريضة والله أعلم .

(فرع) هذا الذى ذكرناه فى هذا الفصل من تنزيل المسائل وأحكامها هو المذهب المشهور المعروف الذى تطابقت عليه فرق الأصحاب واتفقت عليه طرقهم ، وشذ عنهم صاحب الحاوى فذكر طريقة عجيبة مخالفة للأصحاب والدليل ، فقال : اذا قالت : لى فى كل شهر حيضة لا أعلم قدرها ، فلها حكم المبتدآت فى أن تحيض فى أول كل شهر ، وفى قدره قولان . (أحدهما) يوم وليلة (والثانى) ست أو سبع ثم الزمن المردود اليه من يوم وليلة أو ست أو سبع حيض بيقين وما بعد الخمسة عشر طهر بيقين وما بينهما مشكوك فيه ، ثم فرع على هذه الطريقة مسائل كثيرة وهذه طريقة شاذة مردودة ، وانما ذكرتها لأنبه على فسادها لئلا يغتر بها والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(هذا الذى ذكرناه فى المستحاضة اذا عبر دمها الخمسة عشر ولم يتخللها طهر ، فاما اذا تخللها طهر بان رات يوما وليلة دما ويوما وليلة نقاء وعبر الخمسة عشر فهى مستحاضة . وقال ابن بنت الشافعى رحمه الله : الطهر فى اليوم السادس عشر يفصل بين الحيض وبين ما بعده فيكون الدم فى الخمسة عشر حيضا ، وفى النقاء الذى بينهما قولان فى التلفيق ، لانا حكمنا فى اليوم السادس عشر لما رات النقاء بطهارتها وامرناها بالصوم والصلاة وما بعده ليس بحيض ، بل هو طهر فكان بمنزلة ما لو انقطع الدم بعد الخمسة عشر ولم يعد ،

والمنصوص أنها مستحاضة اختلط حيضها بالاستحاضة ، لأنه لو كان النقاء فى اليوم السادس عشر يميز لوجب ان يميز فى الخمسة عشر كالتمييز باللون ، فعلى هذا ينظر فيها ، فان كانت مميزة بأن ترى يوما وليلة دما أسود ، ثم ترى النقاء عشرة أيام ، ثم ترى يوما وليلة دما أسود ، ثم احمر فترد الى التمييز فيكون الحيض أيام الاسود وما بينهما على القولين ، وان كان لها عادة فى كل شهر خمسة أيام ردت الى عادتها .

فان قلنا : لا يلفق كانت الخمسة كلها حيضا ، وان قلنا : يلفق كانت أيام الدم حيضا وذلك ثلاثة أيام ونقص يومان من العادة ، ومن أصحابنا من قال : يلفق لها قدر العادة من الخمسة عشر يوما ، فيحصل لها خمسة أيام من تسعة أيام ، وان كانت عادتها ستة أيام فان قلنا : لا يلفق كان حيضها خمسة أيام لأن اليوم السادس من أيام العادة لا دم فيه ، لان الدم فى الأفراد فلم يجز أن يجعل حيضا ، لأن النقاء انما يجعل حيضا على هذا القول اذا كان واقعا بين الدمين ، فعلى هذا ينقص من عادتها يوم . واذا قلنا : يلفق من أيام العادة كان حيضها ثلاثة أيام وينقص يومان ، واذا قلنا : يلفق من خمسة عشر حصل لها ستة أيام من أحد عشر يوما ، وان كانت عادتها سبعة أيام ـ فان قلنا : ان الجميع حيض ـ كان حيضها سبعة أيام لا ينقص منها شىء ، لأن اليوم السابع دم ، فيمكن استيفاء جميع أيام عادتها ، وان قلنا : يلفق لها من أيام العادة كان حيضها أربعة أيام ، وان قلنا : يلفق من خمسة عشر كان لها سبعة أيام من ثلاثة عشر يوما ، وعلى هذا القياس ، وان كانت مبتدأة لا تمييز لها ولا عادة ففيها قولان (احدهما) ترد الى يوم وليلة ، فيكون حيضها من أول ما رأت يوما وليلة ، والباقى طهر ، وان قلنا : ترد الى ست أو سبع فهى كمن عادتها ستة أيام او سبعة أيام وقد بيناه ، فأما اذا رأت نصف يوم دما ونصف يوم نقاء ـ ولم تجاوز الخمسة عشر ـ فهى على القولين فى التلفيق . وقال بعض اصحابنا : هذه مستحاضة هذه لا يثبت لها حكم الحيض حتى يتقدم لها اقل الحيض ، ومنهم من قال : لا يثبت لها حكم الحيض الا أن يتقدمه اقل الحيض متصلا ، ويتعقبه اقل الحيض متصلا ، والصحيح هو الأول ، وانها على القولين فى التلفيق ، فاذا قلنا : لا يلفق ، حصل لها أربعة عشر يوما ونصف يوم حيضا ، واذا قلنا : يلفق حصل لها سبعة أيام ونصف حيضا وما بينهما من النقاء طهر . وان جاوز الخمسة عشر كانت مستحاضة فترد الى التمييز ان كانت مميزة أو الى العادة ان كانت معتادة ، وان كانت مبتدأة لا تمييز لها ولا عادة . فان قلنا : انها ترد الى ست او سبع كان ذلك كالعادة وان قلنا : ترد الى يوم وليلة ، فان قلنا : لا يلفق فلا حيض لها لأنه لا يحصل لها يوم وليلة من غير تلفيق وان قلنا : يلفق من أيام العادة لم يكن لها حيض لأن اليوم والليلة كأيام العادة ولا يحصل لها من اليوم والليلة اقل الحيض وان قلنا : يلفق من الخمسة عشر لفق لها مقدار يوم وليلة من يومين وليلتين ، وان رأت ساعة دما وساعة نقاء ولم يجاوز الخمسة عشر ـ فان كان الدم بمجموعه يبلغ اقل الحيض ـ فقد

قال ابو العباس وابو اسحاق : فيه قولان فى التلفيق ، وان كان لايبلغ بمجموعه اقل الحيض مثل ان ترى ساعة دما ثم ينقطع ثم ترى فى آخر الخامس عشر ساعة دما . قال أبو العباس : اذا قلنا : يلفق فهو دم فساد لأنه لا يتلفق منه ما يكون حيضا ، واذا قلنا : لا يلفق احتمل وجهين (احدهما) : يكون حيضا لأن زمان النقاء على هذا القول حيض فلا ينقص الحيض عن اقله بل الخمسة عشر حيض (والثانى) لا يكون حيضا لأن النقاء انما يكون حيضا على سبيل التبع للدم والدم لم يبلغ بمجموعه اقل الحيض فلم يجعل النقاء تابعا له وان رات ثلاثة ايام دما وانقطع [اثنى عشر يوما ثم رات ثلاثة ايام دما وانقطع] فالأول حيض لأنها راته فى زمان امكانه والثانى دم فساد ولا يجوز ان يجعل ابتداء الحيض لأنه لم يتقدمه اقل الطهر ، ولا يمكن ضمه الى ما راته قبل الخمسة عشر لأنه خارج عن الخمسة عشر ، وان رات دون اليوم دما ثم انقطع الى تمام الخمسة عشر يوما ثم رات ثلاثة ايام دما فان الحيض هو الثانى ، والأول ليس بحيض ، لأنه لا يمكن اضافته الى ما بعد الخمسة عشر ولا يمكن أن يجعل بانفراده حيضا لأنه دون اقل الحيض) .

(الشرح) ابن بنت الشافعى هو أحمد بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن عثمان بن شافع بن السائب كنيته أبو محمد وقيل أبو عبد الرحمن . وأمه زينب بنت الامام الشافعى ويقع فى اسمه وكنيته تخبيط فى كتب المذهب فاعتمد ما ذكرته لك محققا ، روى عن أبيه عن الشافعى ، وكان اماما مبرزا لم يكن فى آل شافع بعد الشافعى مثله ، وسرت اليه بركة جده وعلمه . وقد بسطت حاله فى تهذيب الأسماء وفى الطبقات رحمه الله .

واعلم أن هذا الفصل يقال له : فصل التلفيق ، ويقال فصل التقطع ، وقد قدم المصنف بعضه فى أول الباب وأخرت أنا شرح تلك القطعة الى هنا . قال أصحابنا : اذا انقطع دمها فرأت يوما وليلة دما ، ويوما وليلة نقاء أو يومين ويومين فأكثر ، فلها حالان ، احداهما : ينقطع دمها ولا يتجاوز خمسة عشر . والثانى يجاوزها [1] .

(الحال الأول) اذا لم يجاوز ففيه قولان مشهوران (أحدهما) أن أيام الدم حيض وأيام النقاء طهر ، ويسمى قول التلفيق وقول اللقط . (والثانى) أن أيام الدم وأيام النقاء كلاهما حيض ، ويسمى قول السحب وقول ترك التلفيق ، واختلفوا فى الأصح منهما فصحح قول التلفيق الشيخ أبو حامد

---

(١) ظهر من كلام الشارح انها اكثر من حالين على ما سترى اذ بلغت اربعة احوال (ط) .

والبندنيجى والمحاملى وسليم الرازى والجرجانى والشيخ نصر والرويانى فى الحلية وصاحب البيان ، وهو اختيار أبى اسحاق المروزى ، وصحح الأكثرون قول السحب ، فممن صححه القضاة الثلاثة أبو حامد فى جامعه وأبو الطيب وحسين فى تعليقهما وأبو على السنجى فى شرح التلخيص والسرخسى فى الأمالى والغزالى فى الخلاصة والمتولى والبغوى والرويانى فى البحر والرافعى وآخرون وهو اختيار ابن سريج • قال الرافعى : هو الأصح عند معظم الأصحاب • وقال صاحب الحاوى : الذى صرح به الشافعى فى كل كتبه أن الجميع حيض ، وقال فى مناظرة جرت بينه وبين محمد بن الحسن ما يقتضى أن النقاء طهر ، فخرجها جمهور أصحابنا على قولين • وذكر امام الحرمين وابن الصباغ نحو كلام صاحب الحاوى • قال ابن الصباغ : ومن أصحابنا من قال : الجميع حيض قولا واحدا وأما ذكره مع محمد بن الحسن كان مناظرة ، وقد ينصر الانسان فى المناظرة غير مذهبه • وقال الدارمى فى مواضع من كتاب المتحيرة : من قال فيه قولان فقد غلط ، بل الصواب القطع بالتلفيق، ولم يذكر لطريقته هذه الشاذة مستندا ، فحصل فى المسألة ثلاثة طرق (أحدها) القطع بالتلفيق • (والثانى) القطع بالسحب ، وهو المشهور من نصوصه (والثالث) فى المسألة قولان ، وهو المشهور فى المذهب •

وبالتلفيق قال مالك وأحمد وبالسحب أبو حنيفة • وقد سبق دليل القولين ، فالحاصل أن الراجح عندنا قول السحب • قال أصحابنا : وسواء كان التقطع يوما وليلة دما ويوما وليلة نقاء أو يومين ، ويومين أو خمسة وخمسة أو ستة وستة أو سبعة وسبعة ويوما ، أو يوما وعشرة ، أو خمسة أو يوما وليلة دما ، وثلاثة عشر نقاء ويوما وليلة دما ، أو غير ذلك فالحكم فى الكل سواء وهو أنه اذا لم يجاوز خمسة عشر فأيام الدم حيض بلا خلاف وفى أيام النقاء المتخلل بين الدم القولان • ولو تخلل بين الدم الأسود صفرة أو كدرة وقلنا : انها ليست بحيض فهى كتخلل النقاء والا فالجميع حيض ، ولو تخللت حمرة فالجميع حيض قطعا •

واعلم أن القولين انما هما فى الصلاة والصوم والطواف والقراءة والغسل والاعتكاف والوطء ونحوها ، ولا خلاف أن النقاء ليس بطهر فى انقضاء

العدة وكون الطلاق سنيا قال الغـزالى فى البسيط : أجمعت الأمة على أنه لا يجعل كل يوم طهرا كاملا ، قال المتولى وغيره : اذا قلنا بالتلفيق فلا خلاف أنه لا يجعل كل دم حيضا مستقلا ولا كل نقاء طهرا مستقلا ، بل الدماء كلها حيض واحد يعرف والنقاء مع ما بعده من الشهر طهر واحد قال أصحابنا : وعلى القولين اذا رأت النقاء فى اليوم الثانى عملت عمل الطاهرات بلا خلاف لأنا لا نعلم أنها ذات تلفيق لاحتمال دوام الانقطاع قالوا : فيجب عليها أن تغتسل وتصـوم وتصلى ولهـا قراءة القرآن ومس المصحف والطـواف والاعتكاف وللزوج وطؤها ، ولا خلاف فى شىء من هذا الا وجهـا حكاه الرافعى أنه يحرم وطؤها على قول السحب وهو غلط ولا تفريع عليه ، فاذا عاودها الدم فى اليوم الثالث تبينا أنها ملفقة ان قلنا بالتلفيق تبينا صحة الصوم والصلاة والاعتكاف واباحة الوطء وغيرها وان قلنا بالسحب تبينا بطـلان العبادات التى فعلتها فى اليوم الثانى ، فيجب عليها قضاء الصوم والاعتكاف والطواف المفعولات عن واجب ، وكذا لو كانت صلت عن قضـاء أو نذر ولا يجب قضاء الصلاة المؤداة لأنه زمن الحيض ، ولا صلاة فيه ، وان كانت صامت نفلا ، قال صاحب البيان : تبينـا أنه لا ثواب فيه وفيما قاله نظر ، وينبغى أن يقال لها ثواب على قصد الطاعة ولا ثواب على نفس الصوم اذا لم يصح ولعل هذا مراده ، قال أصحابنا : وتتبين أن وطء الزوج لم يكن مباحا لكن لا اثم للجهل •

قال أصحابنا : وكلما عاد النقاء فى هـذه الأيام الى الرابع عشر وجب الاغتسال والصلاة والصوم وحل الوطء وغيره كما ذكرنا فى اليوم الثانى ، فاذا لم يعد الدم فكله ماض على الصحة ، وان عاد فحكمه ما ذكرناه فى الثانى ، هكذا قطع به الأصحاب فى كل الطرق الا وجها شاذا حكاه امام الحرمين ومن تابعه أن النقاء الثانى وهو الحاصل فى اليوم الرابع يبنى على أن العادة هل تثبت بمرة أم لا ؟ فان أثبتناها بمرة وقلنا أيام النقاء حيض أمسكت عما تمسك عنه الحائض لانتظار عود الدم ، وان قلنا لا تثبت بمرة اغتسلت وفعلت العبادات وعلى هذا الوجه تمسك فى النقاء الثالث وهـذا الوجه ليس بشىء وقد حكاه امام الحرمين عن والده ثم ضعفه • وقال : هذا بعيد لم أره لغيره • هذا حكم الشهر الأول فاذا جاء الشهر الثانى فرأت

اليوم الأول وليلته دما ، والثانى وليلته نقاء ، ففيه طريقـان حكاهما امام الحرمين وغيره .

(أحدهما) وبه قطع الشـيخ أبو حامد وابن الصـباغ وغيرهمـا من العراقيين والشيخ أبو زيد وغيره من الخراسانيين أن حكم الشهر الثـانى والثالث والرابع وما بعدها أبدا كالشهر الأول فتغتسل عند كل نقاء وتفعل العبادات ويطؤها الزوج .

(والطريق الثانى) البناء على ثبوت العادة بمرة أو بمرتين فان أثبتناها بمرة فقد علمنا التقطع بالشهر الأول فلا تغتسل ولا تصلى ولا تصوم اذا قلنا بالسحب وان لم تثبتها بمرة اغتسلت وفعلت العبادات كالشهر الأول ، فعلى هذا الطريق تثبت عادة التقطع فى الشهر الثالث بالعادة المتكررة فى الشهرين السابقين ، وكذا حكم الرابع فما بعده فلا تغتسل فى النقاء ولا تفعل العبادات ولا توطأ اذا قلنا بالسحب وهذا الطريق هو الأصح عند الرافعى وبه قطع صاحب الحاوى ، وأشار امام الحرمين الى ترجيح الطـريق الأول ويؤيده أن الشافعى نص فى الأم على وجوب الغسل والصلاة كلما عاد النقاء .

قال امام الحرمين : ولا خلاف بين فرق الأصحاب أنها لو تقطع دمها مرارا فى شهور ثم استحيضت وأطبق الدم بلا تقطع فلا يحكم على قول التلفيق بتقطع الحيض حتى يلتقط لها حيضا من الخمسة عشر ، ويحكم بتخلل دم الاستحاضة فى أثنـاء الحيض ، قال : فاذا كل دور فى التقطـع يقدر كأنه ابتـداء التقطـع ، لأنه اذا انقطـع الدم حينـا فبنـاء الأمر على عوده بعيد ، هذا كله اذا كان المتقطع فى كل مرة يبلغ أقل الحيض وهو يوم وليلة أو يزيد ، ولم يجاوز الخمسة عشر كما بيناه فى أول المسألة .

ولو رأت المبتدأة نصف يوم دما وانقطع وقلنا بالمذهب الصحيح الذى سيأتى ان شاء الله تعالى أن من انقطع دمها نصف يوم ونصف يوم نقاء تكون ذات تلفيق ، فانه على قول السحب لا غسل عليها عند الانقطاع الأول ، لأنه ان عاد الدم فى الخمسة عشر فالنقاء كله حيض وان لم يعد فالدم الذى رأته دم فساد وعليها أن تتوضأ وتصلى ، وباقى الانقطاعات اذا بلغ مجموع الدماء أقل الحيض صار حكمه ما تقدم فى الصورة الأولى وهى اذا رأت دما يوما

وليلة ثم نقاء كذلك هذا تفريع قول السحب ؛ وأما على قول التلفيق فلايلزمها الغسل فى الانقطاع الأول أيضا على المذهب الصحيح ، لأنا لا ندرى هل هو حيض أم لا ؟ وفيه وجه أنه يجب الغسل ، وبه قطع صاحبا التتمة والعدة ، كما يجب الغسل على الناسية احتياطا ، وهذا الوجه ليس بشىء ، وأما سائر الانقطاعات ــ فاذا بلغ مجموع ما سبق من الدم أقل الحيض ــ وجب الغسل وقضاء الصوم والصلاة • وحكم الدور الثانى والثالث على القولين حكم الحالة الأولى •

أما اذا لم يبلغ واحد من الطرفين يوما وليلة بأن رأت نصف يوم دما ونصفه نقاء ، وهكذا الى آخر الخامس عشر ففيه ثلاث طرق ، (الصحيح) الأشهر منها طرد القولين فى التلفيق ، كما اذا بلغ كل دم يوما وليلة ، فعلى قول التلفيق حيضها أنصاف الدم وهو سبعة أيام ونصف ، وعلى قول السحب حيضها أربعة عشر يوما ونصف يوم ، لأن النصف الأخير لم يتخلل بين دمى حيض ، ولا يحكم بأن النقاء حيض على قول السحب الا اذا تخلل بين دمى حيض •

(والطريق الثانى) لا حيض لها ، وكل ذلك دم فساد •

(والطريق الثالث) ان توسط قدر أقل الحيض متصلا جرى القولان فى التلفيق والا فالجميع دم فساد • أما اذا بلغ أحد الطرفين أقل الحيض دون الآخر فثلاثة طرق أيضا ، أصحها طرد القولين • والثانى : أن الذى بلغه حيض وباقيه دم فساد • والثالث : ان بلغ الأول أقل الحيض فهو وما سواه حيض ، وان بلغ الآخر الأقل فهو حيض دون ما سواه ، هذا كله اذا بلغ مجموع الدماء أقل ، فان لم يبلغه بأن رأت ساعة دما وساعة نقاء ، ثم ساعة وساعة ولم يبلغ المجموع يوما وليلة فطريقان أصحهما أنه على القولين أيضا ان قلنا بالتلفيق فلا حيض لها ، بل هو دم فساد ؛ وان قلنا بالسحب فوجهان (أصحهما) لا حيض لها أيضا لأن الدم لم يبلغ ما يمكن أن يكون حيضا • (والثانى) أن الدماء وما بينها حيض • (والطريق الثانى) : القطع بأنه لا حيض ، فحصل فى القدر المعتبر من الدمين ليجعل ما بينهما حيضا ، وعلى قول السحب أوجه ؛ الصحيح المشهور أنه يشترط أن يبلغ مجموع الدماء

قدر أقل الحيض ، ولا يضر نقص كل دم عن أقل الحيض . وهذا الوجه هو قول أبى العباس بن سريج وأبى اسحاق المروزى وأبى بكر المحمودى وجماهير أصحابنا المتقدمين ، وصححه أصحابنا المتأخرون المصنفون ونقله القاضى أبو الطيب والماوردى عن عامة الأصحاب (والثانى) يشترط أن يكون كل واحد من الدمين بالغا أقل الحيض ، حتى لو رأت دما ناقصا عن أقل الحيض ودمين آخرين غير ناقصين ، فالأول دم فساد والآخران وما بينهما من النقاء حيض (والثالث) وهو قول أبى القاسم الأنماطى : لا يشترط شىء من ذلك ، بل لو كان مجموع الدماء نصف يوم أو أقل فهى وما بينها من النقاء حيض على هذا القول الذى يفرع عليه ، وهو قول السحب (والرابع) لا يشترط بلوغ كل واحد من الدمين أقل الحيض ، لكن يشترط بلوغ أولهما الأقل ، (والخامس) يشترط بلوغ أحدهما الأقل أيهما كان ، (والسادس) يشترط الأقل فى الأول أو الآخر أو الوسط .

(**فرع**) قال أصحابنا : القولان فى التلفيق ، هما فيما اذا كان النقاء زائدا على الفترات المعتادة بين دفعات الحيض ، فأما الفترات فحيض بلا خلاف ، ثم الجمهور لم يضبطوا الفرق بين حقيقتى الفترات والنقاء ، وهو من المهمات التى يتأكد الاعتناء بها ويكثر الاحتياج اليها وتقع فى الفتاوى كثيرا ، وقد رأيت ذلك ، وقد وجدت ضبطه فى أتقن مظانه وأحسنها وأكملها وأصونها ، فنص الشافعى رحمه الله فى الأم فى باب الرد على من قال : لا يكون الحيض أقل من ثلاثة أيام ، والشيخ أبو حامد الاسفراينى وصاحبه القاضى أبو الطيب الطبرى وصاحبه الشيخ أبو اسحاق مصنف الكتاب فى تعاليقهم على أن الفترة هى الحالة التى ينقطع فيها جريان الدم ويبقى لوث وأثر ، بحيث لو أدخلت فى فرجها قطنة يخرج عليها أثر الدم من حمرة أو صفرة أو كدرة ، فهى فى هذه الحالة حائض قولا واحدا طال ذلك أم قصر . والنقاء هو أن يصير فرجها بحيث لو جعلت القطنة فيه لخرجت بيضاء ، فهذا ما ضبطه الامام الشافعى والشيوخ الثلاثة ، ولا مزيد عليه فى وضوحه وصحة معناه والوثوق بقائليه . وقد قال امام الحرمين : ان الأصحاب لم يضبطوا ذلك ، وان منتهى المذكور فيه أن ما يعتاد تخلله بين دفعات الدم فهو من الفترات وما زاد فهو على القولين فى النقاء جميعه من غير استثناء

لقــدر الفترة منه ، هــذا كلام امام الحرمين والاعتــماد على ما قدمناه ، والله أعلم .

(الحال الثانى [1]) اذا انقطع الدم وجاوز خمسة عشر ، فاذا رأت يوما وليلة دما ومثله نقاء ، وهكذا حتى جاوز خمسة عشر متقطعا فلا خلاف أنه لا يلتقط لها أيام الحيض من جميع الشهر ، وان كان مجموع الملتقط دون خمسة عشر ولكنها مستحاضة اختلط حيضها بالاستحاضة وهى ذات تقطع . هذا هو الصحيح المشهور الذى نص عليه الشافعى فى كتاب الحيض وقطع به جماهير الأصحاب المتقدمين والمتأخرين . وقال أبو عبد الرحمن ابن بنت الشافعى وأبو بكر المحمودي وغيرهما : ليست مستحاضة بل السادس عشر فما بعده طهر لها فيه حكم الطاهرات المستحاضات . وأما الخمسة عشر فهى على القولين فى التلفيق . (أحدهما) : السحب فتكون كل الخمســة عشر حيضا . (والثانى) : التلفيق فتكون أيام الدم حيضا والنقاء طهرا ، وهذا الذى ذكرناه من قول ابن بنت الشافعى ومتابعيه هو فيما اذا انفصل دم الخمسة عشر عما بعدها ، فكانت ترى يوما وليلة دما ومثله نقاء ، فالسادس عشر يكون نقاء ، فلو اتصل الدم بالدم بأن رأت ستة أيام دما ثم ستة نقاء ثم ستة دما فالسادس عشر فيه دم متصل بدم الخامس عشر ، فقد وافــق ابن بنت الشافعى وغيره الأصحاب وقال : هى فى الجميع مستحاضة ، واتفق الأصحاب على تغليط ابن بنت الشافعى ومتابعيه فى هذا التفصيل ، وغلط فيه ابن سريج فمن بعده . قال امام الحرمين : رأيت الحذاق لا يعدون قوله هذا من جملة المذهب ، فالصواب ما قدمنــاه من نص الشافعى والأصحاب رحمهم الله أنها مستحاضة . قال أصحابنا : لهذه المستحاضة أربعة أحوال ، (أحدها) أن تكون مميزة بأن ترى يوما وليلة دما أسود ، ثم يوما وليلة نقاء ثم يوما وليلة أسود ثم يوما وليلة نقاء وكذا مرة ثالثة ورابعة وخامسة ، ثم ترى بعد هذه العشرة يوما وليلة دما أحمر ويوما وليلة نقاء ، ثم مرة ثانية وثالثة وتجاوز خمسة عشر متقطعا كذلك أو متصلا دما أحمر ، فهذه المميزة ترد الى التمييز ، فيكون العاشر فما بعده طهرا ، وفى التسعة القولان ، ان

---

(1) وانظر الحال الأول فى أول شرح الفصل وكان أجدر به ان يجعل الثانى تسعين كما سيأتى فى الهامش بعده (ط) .

قلنا بالتلفيق فحيضها خمسة السواد ، وان قلنا بالسحب فالتسعة كلها حيض ، وانما لم يدخل معها العاشر لما قدمنا بيانه أن النقاء انما يكون حيضا على قول السحب اذا كان بين دمى حيض .

ولو رأت يوما وليلة دما أسود . ويوما وليلة دما أحمر ، وهكذا الى أن رأت الخامس عشر أسود والسادس عشر أحمر ثم اتصلت الحمرة وحدها أو مع تخلل النقاء بينها فهى أيضا مميزة ، وان قلنا بالتلفيق فحيضها أيام السواد، وهى ثمانية ، وان قلنا بالسحب فالخمسة عشر كلها حيض ، والمقصود أن الدم الضعيف المتخلل بين الدماء القوية كالنقاء ، بشرط أن يستمر الضعيف بعد الخمسة عشر وحده ، وضابطه أن على قول السحب حيضها الدماء القوية فى الخمسة عشر مع ما يتخللها من النقاء أو الدم الضعيف . وعلى قول التلفيق حيضها القوى دون المتخلل . ثم هذا الذى ذكرناه من التمييز هو على اطلاقه اذا كانت مبتدأة ، وكذا لو كانت معتادة وقلنا بالمذهب : ان من اجتمع لها عادة وتمييز ترد الى التمييز . فأما اذا قلنا بالوجه الضعيف انها ترد الى العادة فانها تكون معتادة ويأتى حكمها فى الحال الثانى ان شاء الله تعالى.

هذا كله اذا كان التمييز تمييزا معتبرا كما مثلناه ، فأما ان فقد شرط من شروط التمييز فرأت يوما وليلة دما أسود ويوما وليلة أحمر ، واستمر هكذا يوما ويوما الى آخر الشهر ، فهذه ــ وان كانت صورة مميزة ــ فليست مميزة فى الحكم لفقد أحد شروط التمييز وهو ألا يجاوز الدم القوى خمسة عشر . وقد نقل امام الحرمين وغيره اتفاق الأصحاب على أنها غير مميزة ، قال امام الحرمين والأصحاب : فاذا علم أنها غير مميزة نظر ان كانت معتادة ردت الى العادة وصار كأن الدماء على لون واحد ، وان لم تكن معتادة فهى مبتدأة فترد الى مرد المبتدأة من يوم وليلة أو ست أو سبع ولا التفات الى اختلاف ألوان الدماء .

(الحال الثانى [1]) أن تكون ذات التقطع معتادة غير مميزة وهى حافظة

---

(١) الحال الثانى هنا مشتق من الحال الثانى وهو حال من تجاوز الخمسة عشرة وتكون معتادة وعلى هذا يكون ما سبق من الحال الثانى هو فى المبتدأة وكان الأولى بالشارح أن يقسم الحال الثانى الى قسمين مبتدأة ومعتادة ، ومن لم لا يقع ليس فى تسلسل الاحكام وطردها والله أعلم (ط) .

لعادتها وكانت عادتها أيامها متصلة لا تقطع فيها فترد الى عادتها ، فعلى قول السحب كل دم يقع فى أيام العادة مع النقاء المتخلل بين الدمين يكون جميعه حيضا ، فان كان آخر أيام العادة نقاء لم يكن حيضا لكونه لم يقع بين دمى حيض وأما على قول التلفيق فأيام النقاء طهر ويلتقط لها قدر عادتها وفيما يلتقط منه خلاف مشـــهور ، حكاه المصنف والجمهور (وجهين) وحكاه الشيخ أبو حامد والماوردى والجرجانى (قولين) أصحهما : يلتقط ذلك من مدة الامكان وهى خمسة عشر ولا يبالى بمجاوزة الملقوط منه قدر العادة ، والثانى : يلتقط ما أمكن من زمان عادتها ولا يتجاوز ذلك ولا يبالى بنقص قدر الحيض عن العادة ، وهذه أمثلة ما ذكرناه : كان عادتها من أول كل شهر خمسة أيام فتقطع دمها يوما ويوما وجاوز خمسة عشر ، فان قلنا بالسحب فحيضها الخمسة الأولى دما ونقاء ، وان قلنا بالتلفيق فان قلنـــا : يلقط من أيام العادة فحيضها اليوم الأول والثالث والخامس ونقص من عادتها يومان ، وما سوى ذلك طهر ، وانقلنا : يلقط من مدة الامـــكان فحيضـــها الأول والثالث والخامس والسابع والتاسع وما سواها طهر ، ولو كانت عادتهـــا ستة ــ فان قلنا بالسحب ــ فحيضها الخمسة الأولى ، ويكون السادس وما بعده طهرا ، لأنه ليس بين دمى حيض ، ويكون قد نقص من عادتها يوم •

وان قلنا : تلفق من عادتها فحيضها الأول والثالث والخامس ، وان قلنا : من مدة الامكان فحيضها هذه الثلاثة والسابع والتاسع والحادى عشر ، وان كانت عادتها سبعة ــ فان سحبنا ــ فحيضها السبعة الأولى ، وان لقطنا من العادة فحيضها الأول والثالث والخامس والسابع ، وان لقطنا من الامكان فحيضها هذه الأربعة والتاسع والحادى عشر والثالث عشر • وان كانت عادتها ثمانية ــ فان سحبنا ــ فحيضها السبعة الأولى ، وان لقطنا من العادة فحيضها أفراد السبعة ، وان لقطنا من الامكان فحيضها الأفراد الثمانية من الخمسة عشر ، وان كانت عادتها تسعة فان سحبنا فحيضها التسعة الأولى ، وان لقطنا من العادة فحيضها أفراد التسعة ، وهى خمسة • وان لقطنا من الامكان فحيضها أفراد الخمسة عشر وهى ثمانية ، ونقص من العادة يوم لأنه لا يمكن التقاط الســـابع عشر لمجاوزته الخمســـة عشر ، ولو كانت عادتها عشرة ــ فان سحبنا ــ فحيضها التسعة الأولى ، وان لقطنا من العادة فحيضها

آفراد التسعة وهى خمسة والا فالأفراد الثمانية وان كانت عادتها أحد عشر ــ فان سحبنا ــ فهى حيضها ، وان لقطنا من العادة فأفرادها والا فأفراد الخمسة عشر ، وان كانت عادتها اثنى عشر ــ فان سحبنا ــ فأحد عشر ، وان لقطنا من العادة فأفرادها والا فأفراد الخمسة عشر ، وان كانت عادتها ثلاثة عشر فان سحبنا فهى حيضها ، وان لقطنا من العادة فأفرادها والا فأفراد الخمسة عشر ، وان كانت عادتها أربعة عشر فان سحبنا فحيضها الثلاثة عشر وان لقطنا من العادة فأفرادها والا فأفراد الخمسة عشر وان كانت عادتها خمسة عشر فان سحبنا فهى حيضها وان لقطنا من العادة أو الامكان بأفرادها الثمانية ، وقال الغزالى والأصحاب : وعلى الوجهين جميعا نأمرها فى الدور الأول أن تحيض أيام الدماء لاحتمال الانقطاع على خمسة عشر فلا تكون مستحاضة والله أعلم .

(الحال الثالث [1]) أن تكون مبتدأة لا تمييز لها . وفيها القولان المعروفان (أحدهما) ترد الى يوم وليلة . (والثانى) الى ست أو سبع ، فان رددناها الى ست أو سبع فحكمها حكم من عادتها ست أو سبع وقد بيناها ، وان رددناها الى يوم وليلة فحيضها يوم وليلة ، سواء سحبنا أو لقطنا من العادة أو من الامكان ، ثم ان هذه المبتدأة اذا صلت وصامت فى أيام النقاء حتى جاوز خمسة عشر ؛ وتركت الصوم والصلاة فى أيام الدم كما أمرناها فيجب عليها قضاء صيام أيام الدم وصلواتها بعد المرد بلا خلاف ، لأنا تبينا أنهما واجبان ، وأما صلوات أيام النقاء وصيامها فلا تقضيهما على قول التلفيق ، وأما على قول السحب فلا تقضى الصلاة لأنها ان كانت حائضا فلا صلاة عليها ، وان كانت طاهرا فقد صلت . وفى وجوب قضاء الصوم قولان أصحهما : لا يجب كالصلاة ، والثانى : يجب لأنها صامت مترددة فى صحته فلا يجزئها بخلاف الصلاة فانها ان لم تصح لم يجب قضاؤها ، واعلم أن هذا الحكم مطرد فى جميع شهورها . قال الرافعى بعد أن ذكر هذه الجملة : فخرج مما ذكرناه أنا ان حكمنا باللقط لم تقض من الخمسة الا عشر صلوات سبعة أيام وصيامها ان رددنا المبتدأة الى يوم وليلة وهى أيام الدم سوى اليوم

---

(1) كان يمكن اعتبار الحال الثالث هذا وما بعده من بعض اقسام الحالين الاصليين المبنى عليهما الشرح (ط) .

الأول ، وان رددناها الى ست أو سبع فان لم تجاوز باللقط أيام العادة ، وكان الرد الى ست قضتها من خمسة أيام ، وهى أيام الدم بعد المرد ، وان ردت الى سبع فمن أربعة ، وهى أيام الدم بعد المرد ، وان جاوزناها وردت الى ست قضتها من يومين •

(الحال الرابع) الناسية وهى ضربان :

أحدهما : من نسيت قدر عادتها ووقتها وهى المتحيرة وفيهـا القولان أحدهما أنها كالمبتدأة وقد سبق حكمها ، والصحيح أنه يلزمها الاحتياط ، فعلى هذا ، فان قلنا بالسحب احتاطت فى أزمنة الدم بالأمور السابقة فى حال اطباق الدم بلا فرق لاحتمال الطهر والحيض والانقطاع ، وتحتاط فى أزمنة النقاء أيضا اذ ما زمان الا ويحتمل أن يكون حيضا لكن لا يلزمها الغسـل فى وقت لأن الغسل انما تؤمر به المتحيرة المطبقة لاحتمال انقطاع الدم وهذا غير محتمل هنا ، ولا يلزمها تجديد الوضوء أيضا لكل فريضة ، لأن ذلك انما يجب لتجدد خروج الحدث ولا تجدد فى النقاء فيكفيها لزمان النقاء الغسل عند انقضاء كل نوبة من نوب الدماء •

وأما اذا قلنا باللقط فعليها الاحتياط فى جميع أزمنـة الدم وعنـد كل انقطاع ، وأما أزمنة النقاء فهى فيهـا طاهرة فى الوطء وجميـع الأحكام • (الضرب الثانى) من نسيت قدر عادتها وذكرت وقتهـا أو نسيت الوقت وذكرت القدر فتحتاط أيضا على قول التلفيق والسحب مع رعاية ما نذكره • مثاله قالت : أضللت خمسة فى العشرة الأولى وتقطع دمها يوما يوما وجاوز الخمسة عشر ، فان قلنا بالسحب فاليوم العاشر طهر لأنه نقاء ليس بين دمى حيض ولا غسل عليها فى الخمسة الأولى لتعذر الانقطـاع وتغتسـل عقب الخامس والسابع والتاسع لجواز الانقطاع فى هذه الأزمان • وهل يلزمهـا الغسل فى أثناء السابع والتاسع ؟ وجهان (أحدهما) : نعم لاحتمال الانقطاع فى الوسط • (والثانى) وهو الصحيح بل الصواب وقول جماهير الأصحاب : لا يلزمها لأن الانقطاع لو فرض فى الوسط هنا لزم منه الابتداء فى أثنـاء الثانى أو الرابع وهى نقية وأما اذا قلنا باللقط فان لم يجاوز أيام العادة • فالحكم كما ذكرنا على قول السحب الا أنها طاهر فى أيام النقاء فى كل حكم

وأنها تغتسل عقب كل نوبة من نوب الدم فى جميع المدة لأن المتقطع حيض وان جاوزنا أيام العادة فحيضها خمسة أيام وهى الأول والثالث والخامس والسابع والتاسع على تقدير انطباق الحيض على الخمسة الأولى • وعلى تقدير تأخره الى الخمسة الثانية ليس لها الا يومان دما وهما السابع والتاسع فتضم اليها الحادى عشر والخامس عشر فهى اذا حائض فى السابع والتاسع بيقين لدخولهما فى كل تقدير والله أعلم •

(فرع) هذا الذى قدمناه هو فيما اذا انقطع الدم يوما وليلة دما ومثله نقاء ، أما اذا انقطع نصف يوم دما ونصفه نقاء وجاوز خمسة عشر — فان كانت مميزة ردت الى التمييز ، فان كانت ترى نصف يوم دما أسود ونصفه نقاء ثم الثانى والثالث والرابع والخامس كذلك ثم ترى نصف السادس دما أحمر ونصفه نقاء ثم كذلك السابع وما بعده وجاوز الخمسة عشر كانت أنصاف السواد حيضا وفيما بينهما من النقاء القولان ، وما بعد ذلك من الحمرة والنقاء طهر وهذا تفريع على المذهب ، أنه لا يشترط فى الأول ولا فى غيره أن يتصل الدم يوما وليلة ، وان كانت معتادة غير مميزة ردت الى العادة فان كانت عادتها خمسة أيام فرأت نصف يوم دما ، ونصفه نقاء ثم هكذا حتى جاوز خمسة عشر — فان سحبنا — فحيضها أربعة أيام ونصف من الأول ، وان لقطنا من العادة فحيضها يومان ونصف وهى أنصاف الدم فى الخمسة ، وان لقطنا من الامكان فحيضها خمسة أيام من العشرة الأولى وهى أنصاف الدم وان كانت مبتدأة غير مميزة • قال أصحابنا : ان قلنا ترد الى ست أو سبع فهى كمن عادتها ست أو سبع ، وان قلنا : ترد الى يوم وليلة فان سحبنا أو لقطنا من العادة فلا حيض لها لأنه لا يحصل لها أقل الحيض ، فان لقطنا من الامكان لقطنا لها يوما وليلة فان كانت ترى نصف يوم دما ونصفه الآخر مع الليلة نقاء لفقنا اليوم والليلة من أربعة أيام ، وان كانت ترى نصف يوم وليلة دما ونصفهما نقاء لفقنا من يومين • هكذا قطع به جماهير الأصحاب وحكى صاحب الحاوى على قول السحب وجهين (أحدهما) : لا حيض لها كما قاله الجمهور • (والثانى) وهو قول أبى العباس بن سريج نحيضها يوما وليلة وان لم تر الدم فى جميعه ، وهذا غريب ضعيف ، والله أعلم •

(فـرع) اذا رأت ثلاثة أيام دما ثم اثنى عشر نقاء ثم ثلاثة دما ثم انقطع فالثلاثة الأولى حيض لأنه فى زمان الامكان ، والثلاثة الأخيرة دم فساد ولا يجوز أن تجعل حيضا مع الثلاثة الأولى وما بينهما لمجاوزته خمسة عشر يوما ، ولا يجوز أن تجعل حيضا ثانيا لأنه لم يتقدمه أقل طهر ، وهكذا لو رأت يوما وليلة دما أو يومين أو ثلاثة أو أربعة أو خمسة أو ستة أو غير ذلك ثم رأت النقاء تمام خمسة عشر ، ثم رأت يوما وليلة فأكثر دما فالأول حيض والآخر دم فساد ولا خلاف فى شيء من هذا ، ولو رأت دما دون يوم وليلة ثم رأت النقاء تمام خمسة عشر ثم رأت الدم يوما وليلة أو ثلاثة أيام أو خمسة أو نحو ذلك : فالأول دم فساد ، والثانى : حيض لوقوعه فى زمن الامكان ، ولا يضم الأول اليه لمجاوزة الخمسة عشر ولا يستقل بنفسه ولو رأت نصف يوم دما ثم تمام خمسة عشر نقاء ثم نصف يوم دما فالدمان جميعا دم فساد ولا حيض لها بلا خلاف ، لأن كل دم لا يستقل ولا يمكن ضمه الى الآخر لمجاوزة خمسة عشر . ولو رأت المبتدأة يوما بلا ليلة دما ثم ثلاثة عشر نقاء ثم ثلاثة أيام دما ، فقد رأت فى الخمسة عشر يومين دما ، فى أولها يوما ، وفى آخرها يوما ــ فان قلنا : لا تلفق ــ فحيضها الدم الثانى وأما الأول فدم فساد ، وان لفقنا من العادة فحيضها أيضا الثانى ، وأما الأول فدم فساد لأن المبتدأة ترد الى يوم وليلة أو ست أو سبع وليس فى هذا الزمان ما يمكن جعله حيضا وان لفقنا فى مدة الامكان وهى الخمسة عشر ــ فان قلنا : المبتدأة ترد الى يوم وليلة ــ حيضناها اليوم الأول ومن الخامس عشر مقدار ليلة فيتم لها يوم وليلة وان قلنا : ترد الى ست أو سبع فحيضها الأول من الخامس عشر بليلته لأنه الممكن ويكون الدم بعد الخمسة عشر دم فساد .

(فـرع) اذا كانت عادتها أن تحيض فى الشهر عشرة أيام من أونه فرأت فى شهر يومين دما ثم ستة نقاء ثم يومين دما وانقطع واستمر الطهر ــ فان سحبنا ــ فالعشرة حيض ، وان لفقنا فحيضها أربعة أيام وهى أيام الدم . ولو كان عادتها خمسة فرأت ثلاثة دما ثم أربعة نقاء ثم ثلاثة دما فان سحبنا فالعشرة حيض وان لفقنا فحيضها ستة الدم ، ولو كان عادتها خمسة من

أول الشهر فرأت فى أوله أربعة دما ثم خمسة نقاء ثم العاشر دما فان سحبنا فالعشرة حيض ، وان لفقنا فحيضها خمسة الدم • ولو رأت يوما وليلة دما وسبعة نقاء ويومين دما فان سحبنا فالعشرة حيض والا فثلاثة الدم ،وسواءفى هذا كله لفقنا من العادة أو من الامكان وانما الخلاف فيما اذا جاوز التقطع الخمسة عشر ، وهذا وان كان ظاهرا فلا يضر التنبيه عليه لبعض المبتدئين ، والله أعلم •

(فـرع) ذكر المحاملى وصاحب الشامل وآخرون ونقلوه عن ابن سريج قالوا : لو كان عادتها خمسة أيام من الشهر وباقيه طهر فرأت فى شهر اليوم الأول نقاء والثانى دما والثالث نقاء والرابع دما ثم لم تزل هكذا حتى رأت السادس عشر دما وانقطع ــ فان قلنا لا تلفق ــ فحيضها خمسة عشر أولها الثانى وآخرها السادس عشر وان لفقنا ، فحيضها ثمانية الدم • هذا اذا وقف على السادس عشر فان جاوزه فقد صارت مستحاضة على المذهب خلافا لابن بنت الشافعى رضى الله عنهم • فان لفقنا من العادة فحيضها يومان الثانى والرابع اذ ليس فى أيام العادة دم سواهما ، وان لفقنا من مدة الامكان فحيضها الثانى والرابع والسادس والثامن والعاشر ، وان سحبنا فهل الاعتبار بعدد العادة أم بزمنها ، فيه وجهـان ، ذكرهمـا ابن سريج والأصـحاب • (أحدهما) : الاعتبار بزمانها فيكون حيضها الثانى والثالث والرابع ولا يمكن ضم الأول والخامس اليها لأنهما نقاء ليس بين دمى حيض • (والثانى) الاعتبار بعددها ولا تبالى بمجاوزة الزمان ، فيكون حيضها خمسة ، وهى الثانى والثالث والرابع والخامس والسادس ؛ فحصل فى حيضها ثلاثة أوجه (أحدها) يومان (والثانى) ثلاثة ، (والثالث خمسة) ؛ وفى زمنه أربعـة أوجه ، (أحدها) أنه الثانى والرابع ، (والوجه الثانى) أنه الثانى والثالث والرابع ، (والوجه الثالث) أنه الثانى والرابع والسادس والثامن والعاشر (والوجه الرابع) أنه الثانى والثالث والرابع والخامس والسادس •

قال ابن سريج : فلو كانت المسألة بحالها فحاضت قبل عادتها بيوم ورأت النقاء فى اليوم الأول من الشهر والدم فى اليوم الثانى والنقاء فى الثالث والدم فى الرابع وهكذا حتى جاوز خمسة عشر ، فان لفقنا من العادة فحيضها اليوم الثانى والرابع فقط ؛ اذ ليس فى زمن العادة دم سواهما ، وان لفقنا مـن

الامكان قال ابن سريج : احتمل وجهين ، أحدهما : أن يكون أول الحيض اليوم الذى سبق العادة ، والوجه الثانى : أن يكون أوله اليوم الثانى من الشهر . قال : والأول أظهر لأنه دم فى زمن الامكان ، فعلى هذا يلفق لها خمسة ، وهى أيام الدماء آخرها الثامن ، وان قلنا بالوجه الثانى لفقنا لها خمسة آخرها العاشر ، وان سحبنا بنى على الوجهين ، فان قلنا الاعتبار بزمن العادة حيضناها ثلاثة أيام ، وهى الثانى والثالث والرابع ، وان قلنا : الاعتبار بعدد أيام العادة حيضها خمسة ، أولها الذى بدأ فيه الدم وآخرها الرابع فحصل فى قدر حيضها ثلاثة أوجه (أحدها) : يومان (والثانى) : ثلاثة (والثالث) : خمسة ، وفى زمنه خمسة أوجه (أحدها) : يومان الثانى والرابع ، (والوجه الثانى) : ثلاثة أيام الثانى والثالث والرابع . (والوجه الثالث) : خمسة أيام الدماء ، أولها الذى سبق عادتها وآخرها الثامن . (والوجه الرابع) : خمسة أيام أولها الثانى وآخرها العاشر . (والوجه الخامس) : خمسة أيام متوالية أولها الدم الذى تقدم له وآخرها الرابع ، وهذه المسألة فى نهاية من الحسن ، والله أعلم .

(**فرع**) اذا انتقلت عادتها بتقدم أو تأخر ثم استحيضت وتقطع دمها ففيها الخلاف السابق بين أبى اسحاق والأصحاب فى مراعاة الأولية كما ذكرناه فى حال اطباق الدم ، ويعود الخلاف فى ثبوت العادة بمرة ؛ مثال التقدم كان عادتها خمسة من ثلاثين ، فرأت فى بعض الأدوار يوم الثلاثين دما واليوم الذى بعده نقاء وتقطع دمها هكذا وجاوز خمسة عشر . قال أبو اسحاق : حيضها أيامها القديمة وما قبلها استحاضة ــ فان سحبنا ــ فحيضها اليوم الثانى والثالث والرابع ــ وان لفقنا ــ فالثانى والرابع . وقال الجمهور وهو المذهب : تنتقل العادة بمرة فان سحبنا فحيضها خمسة متوالية أولها يوم الثلاثين ، وان لفقنا من العادة فحيضها يوم الثلاثين والثانى والرابع، وان لفقنا من الخمسة عشر ضممنا اليها السادس والثامن ، مثال التأخر أن ترى فى بعض الأدوار اليوم الأول نقاء والثانى دما والثالث نقاء والرابع دما ، واستمر هكذا متقطعا ، فعند أبى اسحاق الحكم كما سبق فى صورة التقدم ، وعلى المذهب ان سحبنا فحيضها خمسة متوالية أولها الثانى ، وان لفقنا من العادة فالثانى والرابع والسادس لأن السادس وان خرج عن العادة القديمة

فبالتأخر انتقلت عادتها وصار الثانى أولها والسادس وان لفقنا من الخمسة عشر ضممنا اليها الثامن والعاشر ، وقد صار طهرها السابق على الاستحاضة فى هذه الصورة ستة وعشرين ، وفى صورة التقدم أربعة وعشرين .

ولو لم يتقدم الدم فى المثال المذكور ولا تأخر لكن تقطع هو والنقاء يومين يومين لم يعد خلاف أبى اسحاق ، بل يبنى على القولين ، فان سحبنا فحيضها خمسة متوالية والسادس كالدماء بعده ، وان لفقنا من العادة فحيضها الأول والثانى والخامس ، وان لفقنا من الخمسة عشر ضممنا اليها السادس والتاسع وحكى الرافعى وجها شاذا أن الخامس لا يجعل حيضا اذا لفقنا من العادة ، ولا التاسع اذا لفقنا من الخمسة عشر ، لأنهما ضعفا باتصالهما بدم الاستحاضة، وطردوا الوجه فى كل نوبة دم يخرج بعضها عن العادة ان اقتصرنا عليها أو عن الخمسة عشر ان اعتبرناها . هذا بيان حيضها ، أما قدر طهرها الى استئناف حيضة أخرى فينظر ــ ان كان التقطع بحيث ينطبق الدم على أول الدور ــ فهو ابتداء الحيضة الأخرى ، وان لم ينطبق فابتداؤها أقرب نوب الدماء الى الدور ، تقدمت أو تأخرت ، فان استويا فى التقدم والتأخر فابتداء حيضها النوبة المتأخرة ، ثم قد يتفق التقدم والتأخر فى بعض أدوار الاستحاضة دون بعض . وطريق معرفة ذلك أن تأخذ نوبة دم ونوبة نقاء وتطلب عددا صحيحا يحصل من مضروب مجموع النوبتين فيه مقدار دورها ، فان وجدته فاعلم انطباق الدم على أول الدور والا فاضربه فى عدد يكون الحاصل منه أقرب الى دورها زائدا كان أو ناقصا ، واجعل حيضها الثانى أقرب الدماء الى الدور ، فان استوى طرفا الزيادة والنقص فالاعتبار بالزائد . مثاله : عادتها خمسة من ثلاثين وتقطع يوما ويوما ، وجاوز خمسة عشر فنوبة الدم يوم ، ونوبة النقاء مثله ، وتجد عددا اذا ضربت الاثنين فيه يبلغ ثلاثين ، وهو خمسة عشر ، فتعلم انطباق الدم على أول دورها أبدا مادام التقطع بهذه الصفة ، ولو كانت المسألة بحالها وتقطع يومين يومين فلا تجد عددا يحصل من ضرب أربعة فيه من ثلاثين ، فاطلب ما يقرب الحاصل من الضرب فيه من ثلاثين وهنا عددان سبعة وثمانية ، أحدهما يحصل منه ثمانية وعشرون والآخر اثنان وثلاثون فاستوى طرفا الزيادة والنقص ، فخذ بالزيادة واجعل أول الحيضة الثانية الثالث والثلاثين ، وحينئذ يعود خلاف أبى اسحاق

لتأخر الحيض عن أول الدور فحيضها عنده فى الدور الثانى هو اليوم الثالث والرابع فقط على قول السحب والتلفيق جميعا •

وأما على المذهب فان سحبنا فحيضها خمسة متوالية أولها الثالث ، وان لفقنا من العادة فحيضها الثالث والرابع والسابع ، وان لفقنا من الخمسة عشر فحيضها هذه الثلاثة مع الثامن والحادى عشر ، ثم فى الدور الثالث ينطبق الدم على أول الدور فلا يبقى خلاف أبى اسحاق ؛ ويكون الحكم كما ذكرناه فى الدور الأول ثم فى الدور الرابع يتأخر الدم ويعود الخلاف ، وعلى هذا أبدا • قال الرافعى : ولم نر أحدا يقول اذا تأخر الدم فى الدور الثانى يومين فقد صار أول الأدوار المجاوزة اثنين وثلاثين ، فيجعل هذا القدر دورا لهما تفريعا على ثبوت العادة بمرة ، وحينئذ ينطبق الدم علىأول الدور أبدا ، لأنا نجد عددا يحصل منضرب الأربعة فيهذا القدر وهوثمانية • قال : ولو قال قائل بهذا لم يكن به بأس • فان قيل : هذا الدور حدث فى زمن الاستحاضة فلا عبرة به ، قلنا : لا نسلم فقد أثبتنا عادة المستحاضة مع دوام الاستحاضة ، ألا ترى أن المستحاضة المميزة يثبت لها بالتمييز عادة معمول بها ؟ ولو كانت المسألة بحالها ورأت ثلاثة دما وأربعة نقاء فمجموع النوبتين سبعة ، ولا نجد عددا اذا ضربت السبعة فيه بلغ ثلاثين ، فاضربها فى أربعة لتبلغ ثمانية وعشرين ، واجعل أول الحيضة الثالثة التاسع والعشرين ولا تضربها فى خمسة فانه يبلغ خمسة وثلاثين وهى أبعد من الدور ، ثم اذا صار أول الحيضة التاسع والعشرين فقد تقدم الحيض على أول الدور ، فعلى قياس أبى اسحاق ما قبل الدور استحاضة ، وحيضها اليوم الأول على قول التلفيق والسحب ؛ وقياس المذهب لا يخفى •

ولو كانت عادتها ستة من ثلاثين وتقطع دمها ستة ستة وجاوز ، ففى الدور الأول حيضها الستة الأولى بلا خلاف ، وأما الدور الثانى فانها ترى ستة من أوله نقاء وهى أيام عادتها ، فعند أبى اسحاق لا حيض لها فى هذا الدور أصلا ، وعلى المذهب وجهان حكاهما امام الحرمين وغيره • (أصحهما) : حيضها الستة الثانية على قولى السحب والتلفيق جميعا ، (والثانى) : حيضها الستة الأخيرة من الدور الأول ، لأن الحيضة اذا فارقت محلها فقد يتقدم وقد يتأخر ، والستة الأخيرة صادفت زمن الامكان لأنه

مضى قبلها طهر كامل ، فوجب جعلها حيضا ؛ ويجيء هذا الوجه حيث خلت جميع أيام العادة عن الدم .

هذا كله اذا لم ينقص الدم الموجود فى زمن العادة عن أقل الحيض ، فلو نقص بأن كانت عادتها يوما وليلة فرأت فى بعض الأدوار يوما دما وليلة نقاء واستحيضت فثلاثة أوجه على قول السحب ، (أصحها) وبه قال أبو اسحاق المروزى : لا حيض لها فى هذه الصورة . (والثانى) : تعود الى قول التلفيق ، وبه قال أبو بكر المحمودى ، (والثالث) : حيضها الأول والثانى والليلة بينهما ، وبه قال الشيخ أبو محمد : وأما على قول التلفيق ــ فان لفقنا من الخمسة عشر ــ حيضناها الأول والثانى وجعلنا الليلة بينهما طهرا ، وان لفقنا من العادة فوجهان حكاهما الامام والغزالى فى البسيط الأصح قول أبى اسحاق : لا حيض لها ، وبه قطع الرافعى . والثانى : ترجع الى الوجه الآخر وهو التلفيق من الخمسة عشر ، وادعى الغزالى فى الوسيط أنه لا طريق غيره وليس كما قال . هذا كله فيمن كان لها قبل الاستحاضة عادة غير متقطعة ، أما من كانت لها عادة متقطعة ثم استحيضت مع التقطع فينظر ــ ان كان التقطع بعد الاستحاضة كالتقطع قبلها ــ فمردها قدر حيضها على اختلاف القولين ، مثاله كانت ترى ثلاثة دما وأربعة نقاء ثم ثلاثة دما وتطهر عشرين ثم استحيضت والتقطع على هذه الصفة ــ فان سحبنا ــ كان حيضها قبل الاستحاضة عشرة وكذا بعدها ، وان لفقنا كان حيضها ستة يتوسط بين نصفيهما أربعة وكذا الآن ، وان اختلف التقطع بأن تقطع فى المثال المذكور يوما يوما ثم استحيضت ــ فان سحبنا ــ فحيضها الآن تسعة أيام لأنها جملة الدماء الموجودة فى زمن العادة مع النقاء المتخلل ، وان لفقنا من العادة فحيضها الأول والثالث والتاسع ، اذ ليس لها فى أيام حيضها القديم على هذا القول دم لها فى هذه الثلاثة وان لفقنا من الخمسة عشر ضممنا الى هذه الثلاثة الخامس والسابع والحادى عشر تكميلا لقدر حيضها والله أعلم .

(فرع) قوله فى التنبيه [1] (وان رأت يوما طهرا ويوما دما ففيه قولان) ينكر عليه فى ثلاثة أشياء أحدها : تسميته طهرا مع أنه حيض فى

---

(١) هو كتاب للمصنف أيضا كالمهذب (ط) .

الأصح ، والثانى : تقديم الطهر فى اللفظ ، فان الابتداء انما هو من الدم بلا خلاف ، والثالث اهماله بيان صورة المسألة ، وهى مصورة فيمن تقطع دمها ولم يجاوز خمسة عشر ، فان جاوز فهى مستحاضة كما سبق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(دم النفاس يحرم ما يحرمه الحيض ويسقط ما يسقطه الحيض لانه حيض مجتمع احتبس لأجل الحمل ، فكان حكمه حكم الحيض . فان خرج قبل الولادة شىء لم يكن نفاسا ، وان خرج بعد الولادة كان نفاسا ، وان خرج مع الولد ففيه وجهان (احدهما) انه ليس بنفاس لانه ما لم ينفصل جميع الولد فهى فى حكم الحامل ، ولهذا يجوز للزوج رجعتها ، فصار كالدم الذى تراه فى حال الحمل . وقال ابو اسحاق وابو العباس بن ابى احمد بن القاص : هو نفاس لانه دم انفصل بخروج الولد ، فصار كالدم الخارج بعد الولادة ، وان رات الدم قبل الولادة خمسة ايام ثم ولدت ورات الدم ، فان الخارج بعد الولادة نفاس ، واما الخارج قبله ففيه وجهان من اصحابنا من قال : هو استحاضة لانه لا يجوز ان يتوالى حيض ونفاس من غير طهر كما لا يجوز ان يتوالى حيضتان من غير طهر ، ومنهم من قال : اذا قلنا : ان الحامل تحيض فهو حيض لان الولد يقوم مقام الطهر فى الفصل) .

(الشرح) فى هذه القطعة مسائل :

احداها فى ألفاظها (النفاس) بكسر النون ، وهو عند الفقهاء الدم الخارج بعد الولد وعلى قول من يجعل الخارج معه نفاسا يقول ؛ هو الخارج مع الولد أو بعده ، وأما أهل اللغة فقالوا : النفاس الولادة ويقال فى فعله : نفست المرأة بضم النون وفتحها والفاء مكسورة فيهما وهاتان اللغتان مشهورتان حكاهما ابن الأنبارى والجوهرى والهروى فى الغريبين وآخرون أفصحهما : الضم ولم يذكر صاحب العين والمجمل غيره . وأما اذا حاضت فيقال نفست بفتح النون وكسر الفاء لا غير ، كذا قال ابن الأنبارى والهروى وآخرون ؛ ويقال فى الولادة : امرأة نفساء بضم النون وفتح الفاء وبالمد ونسوة نفاس بكسر النون . قالوا : وليس فى كلام العرب فعلاء يجمع على فعال الا نفساء وعشراء للحامل جمعها عشار ، ويجمع النفساء أيضا نفساوات بضم النون ، قال صاحب المطالع : وبالفتح أيضا قال : ويجمع على نفس أيضا بضم النون والفاء قال ويقال فى الواحدة نفسى مثل كبرى ونفسى بفتح النون ، ويقال امرأتان نفساوان والولد منفوس وقوله : (لأجل الحيض)

هو بفتح الهمزة وحكى الجوهرى وغيره كسرها أيضا والمشهور فى اللغة تعديته بمن ، فيقال من أجل الحيض ومن أجل كذا ، قال تعالى (من أجل ذلك كتبنا [1]) .

وقوله : (للزوج رجعتها) هى بفتح الراء وكسرها لغتان مشهورتان وسبق فى أول الباب بيان اللغتين فى الحامل والحاملة ، وسبق بيان حال أبى اسحاق وأبى العباس فى أبواب المياه . وقوله : أبو العباس ابن أبى أحمد ابن القاص كذا وقع هنا وهو صحيح ، وقوله ابن القاص يكتب بالألف وهو مرفوع هنا صفة لأبى العباس ولا يجوز جره على أنه صفة لأبى أحمد لأنه يفسد المعنى فان القاص هو أبو أحمد ، وعادتهم أن يصفوا أبا العباس بأحد أوصاف ثلاثة فتارة يقال : أبو العباس ابن أبى أحمد ، وتارة أبو العباس صاحب التلخيص ، أو صاحب التلخيص بلا كنية كما يفعله الغزالى وغيره ، وتاره يجمعون بين الوصفين الأولين كما فعله المصنف هنا والله أعلم .

المسألة الثانية : اذا نفست المرأة فلها حكم الحائض فى الأحكام كلها الا أربعة أشياء مختلفا فى بعضها . (أحدها) أن النفاس لا يكون بلوغا ، فان البلوغ يحصل بالحمل قبله والحيض قد يكون بلوغا (والثانى) لا يكون النفاس استبراء (الثالث) لا يحسب النفاس من عدة الايلاء على أحد الوجهين ، واذا طرأ عليها قطعها بخلاف الحيض فانه يحسب ولا يقطع . (الرابع) لا ينقطع تتابع صوم الكفارة بالحيض ، وفى انقطاعه بالنفاس وجهان ، وما سوى هذه الأربعة يستوى فيه الحائض والنفساء ، فيحرم عليها ما حرم على الحائض كالصلاة والصوم والوطء وغيرها مما سبق ، ويسقط عنها ما يسقط عن الحائض من الصلاة وتمكين الزوج وطواف الوداع وغيرها مما سبق ، ويحرم على الزوج وطؤها وطلاقها ، ويكره عبورها فى المسجد والاستمتاع بما بين سرتها وركبتها اذا لم نحرمهما ، ويلزمها الغسل وقضاء الصوم وتمنع صحة الصلاة والصوم والطواف والاعتكاف والغسل . وأما قول المصنف : (النفاس يحرم ما يحرم الحيض ، ويسقط ما يسقطه الحيض) فكلام صحيح ولكنه ناقص لأن باقى الأحكام التى ذكرتها لم يتعرض لها ،

---

(١) من الآية ٣٢ المائدة .

وكان ينبغى أن يعبر بالعبارة التى ذكرتها أولا لسهولتها ، وكأنه اقتصر على ما ذكره تنبيها به على الباقى ، ولهذا قال : (فكان حكمه حكم الحيض) وهذا الذى ذكرناه من أن النفساء لها حكم الحائض لا خلاف فيه ونقل ابن جرير اجماع المسلمين عليه ، ونقل المحاملى اتفاق أصحابنا على أن حكمها حكم الحائض فى كل شىء ، ولا بد من استثناء ما ذكرته أولا ، والله أعلم .

(**فـرع**) ذكرنا أن النفساء يسقط عنها فرض الصلاة وهذا جار فى كل نفساء وحكى البغوى والمتولى وغيرهما وجها أنها لو شربت دواء ليسقط الجنين ميتا فأسقطته ميتا وجب عليها قضاء صلوات أيام النفاس لأنها عاصية، والأصح الأشهر أنه لا يجب . وسنوضح المسألة فى أول كتاب الصلاة ان شاء الله تعالى .

المسـألة الثالثة : فى حقيقة النفاس وحكم الدم قبل الولادة وبعدها ؛ فأما الدم الخارج بعد الولادة فنفاس بلا خلاف ، وفى الخارج مع الولد ثلاثة أوجه .

(الصحيح) عند جمهور المصنفين وبه قطع جمهور أصحابنا المتقدمين أنه ليس بنفاس ، بل له حكم الدم الخارج قبل الولادة وسنذكر حكمه ان شاء الله تعالى ، واحتج له الأصحاب بما ذكره المصنف ، قال الرويانى : ولأنه لا خلاف أن ابتداء الستين يكون عقب انفصال الولد فلو جعلناه نفاسـا لزادت مدة النفاس على ستين يوما .

(والوجه الثانى) : أنه نفاس وصححه ابن الصباغ .

(والثالث) : له حكم الدم الخارج بين التوأمين . حكاه البغوى وهو شاذ ضعيف واذا قلنا : هو نفاس فله فوائد منها وجوب الغسل اذا لم تر دما بعده وقلنا : لا يجب الغسل بخروج الولد ومنها بطلان الصوم اذا لم تر دما بعده أصلا أو ولدت مع آخر جزء من النهار وكان الدم المتعقب للولد بعد غروب الشمس ، ومنها منع وجوب الصلاة اذا كانت الولادة مستوعبة لجميع الوقت أو كانت الحامل مجنونة وأفاقت فى آخر الوقت واتصلت الولادة بالجنون بحيث لو لم توجد الولادة لوجبت الصلاة والله أعلم .

وأما الدم الخارج قبل الولادة فقد أطلق المصنف وجمهور الأصحاب في الطرق كلها أنه ليس بنفاس بل له حكم دم الحامل . وقال صاحب الحاوي : ان انفصل عما بعد الولادة فليس بنفاس بلا خلاف ، وان اتصل به فوجهان (أحدهما) أنه نفاس وهو قول أبي الطيب بن سلمة وقال : وأول نفاسها من حين بدأ بها الدم المتصل بالولادة . (والثاني) : ليس بنفاس ومراده بما قبل الولادة ما قاربها ، وقد أوضح الرافعي المسألة فقال : لو رأت الحامل الدم على عادتها واتصلت الولادة بآخره ولم يتخلل طهر أصلا فوجهان أصحهما : أنه حيض والثاني : أنه دم فساد . قال : ولا خلاف أنه ليس بنفاس لأن النفاس لا يسبق الولادة ولهذا قطع الجمهور بأن ما يبدو عند الطلق ليس بنفاس وقالوا : ابتداء النفاس من انفصال الولد . وحكى صاحب الافصاح وجها أن ما يبدو عند الطلق نفاس ، لأنه من آثار الولادة ثم عند الجمهور كما لا يجعل نفاسا لا يجعل حيضا ، كذا حكاه القاضي أبو المكارم في العدة وكذا حكاه الحناطي ، وحكى معه وجها أنه حيض على قولنا : الحامل تحيض . واذا كان الأصح في هذه الصورة أنه ليس بحيض وجب أن تستثنى هذه الصورة من قولنا : الحامل تحيض على أصح القولين، لأنها حامل بعد في هذه الصورة قال الرافعي : فحصل في وقت ابتداء النفاس أوجه ، (أحدها) : يحسب من الدم البادىء عند الطلق . (والثاني) : من الدم الخارج مع ظهور الولد . (والثالث) وهو الأصح : من وقت انفصال الولد وحكى امام الحرمين وجها أنها لو ولدت ولم تر دما أياما ثم رأت الدم فابتداء النفاس يحسب من خروج الولد ، لا من رؤية الدم وهذا وجه رابع ، وموضعه اذا كانت الأيام المتخللة دون أقل الطهر ، والله أعلم .

المسألة الرابعة : اذا رأت الحامل دما يمكن أن يكون حيضا وانقطع ، ثم ولدت قبل مضي خمسة عشر يوما من انقطاعه فوجهان أصحهما عند الأصحاب : أنه حيض ان قلنا : الحامل تحيض والا فهو دم فساد . والثاني : أنه دم فساد سواء قلنا : الحامل تحيض أم لا ، ودليلهما مذكور في الكتاب هكذا حكى الأصحاب هذا الخلاف وجهين ، وهو في المعنى طريقان ، (أحدهما) أنه دم فساد (والثاني) على القولين في دم الحامل ، ثم لا فرق في جريان هذا الخلاف ، بين أن ترى الدم في زمن عادتها أو غيره ولا فرق

بين أن تتصل بالولادة أم لا على الصحيح ، كما سبق فى المسألة الثالثة ، وقد تقدم فى هذه المسألة زيادة فى أول الباب . وأما قول المصنف : من أصحابنا من قال : هو استحاضة ، فهو تصريح بأن دم الاستحاضة يطلق على الجارى فى غير أوانه وان لم يتصل بحيض ، وقد أوضحت الخلاف فيه فى أول الباب والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واكثر النفاس ستون يوما وقال المزنى : اربعون يوما ، والدليل على ما قلناه ما روى عن الأوزاعى قال : عندنا امراة ترى النفاس شهرين وعن عطاء والشعبى وعبيد الله بن الحسن العنبرى والحجاج بن ارطاة : ان النفاس ستون يوما وليس لأقله حد ، وقد تلد المراة ولا ترى الدم وروى ان امراة ولدت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم تر نفاسا فسميت ذات الجفوف) .

(**الشرح**) هذا الحديث غريب والجفوف بضم الجيم معناه الجفاف وهما مصدران لجف الشيء يجف بكسر الجيم وبفتحها أيضا فى لغية .

أما حكمه فمذهبنا المشهور الذى تظاهرت عليه نصوص الشافعى رحمه الله وقطع به الأصحاب أن أكثر النفاس ستون ولا حد لأقله ومعناه لا يتقيد بساعة ولا بنصف ساعة مثلا ولا نحو ذلك بل قد يكون مجرد مجة أى دفعة كما قاله المصنف فى التنبيه والأصحاب وحكى أبو عيسى الترمذى فى جامعه عن الشافعى أنه قال : أكثره أربعون يوما . وهذا عجيب والمعروف فى المذهب ما سبق وأما اطلاق جماعة من أصحابنا أقل النفاس ساعة ، فليس معناه الساعة التى هى جزء من اثنى عشر جزءا من النهار بل المراد مجة كما ذكره الجمهور . وانفرد صاحب الحاوى فقال : ليس للشافعى رحمه الله فى كتبه نص فى أقل النفاس ورى أبو ثور عنه أن أقله ساعة . قال : واختلف أصحابنا هل الساعة حد لأقله أم لا ؟ على وجهين (أحدهما) وهو قول أبى العباس وجميع البغداديين أنه محدود الأقل وبه قال محمد بن الحسن وأبو ثور . (والثانى) : وهو قول البصريين أنه لا حد لأقله ، وانما ذكر الساعة تقليلا لا تحديدا وأقله مجة دم وبه قال مالك والأوزاعى وأحمد واسحق . هذا كلام صاحب الحاوى . وقال صاحب الشامل : وقع فى بعض نسخ المزنى أقله ساعة وأشار ابن المنذر الى أن للشافعى فى ذلك قولين فانه

قال كان الشافعى يقول : اذا ولدت فهى نفساء فاذا أرادت الطهر وجب الغسل والصلاة قال : وحكى أبو ثور عن الشافعى أن أقل النفاس ساعة والصحيح المشهور ما قدمناه أن أقله مجة • وبنى صاحب الحاوى على ما ذكره من الخلاف فى تحديده بساعة أنها لو ولدت ولم تر دما أصلا وقلنا : ان الولادة بلا دم توجب الغسل فهل يصح غسلها عقب الولادة ؟ أم لابد من تأخيره ساعة ؟ فيه وجهان ان قلنا محدود لم يصح والا فيصح ، وهذا البناء ضعيف انبنى على ضعيف بل الصواب القطع بصحة غسلها وكيف تمنع صحته بسبب النفاس ولا دم هنا والله أعلم •

قال الرويانى فى البحر : ولا خلاف أن ابتداء الستين يكون عقيب انفصال الولد سواء قلنا : الدم الخارج مع الولد نفاس أم لا ، ولم يذكر المصنف غالب النفاس وتركه عجب فقد ذكره هو فى التنبيه والأصحاب ، ثم انه قال بعد هذا : ترد المبتدأة الى غالبه فى أحد القولين ، وهذا يزيد التعجب من تركه ، وأنه استغنى بشهرته وقد اتفق أصحابنا على أن غالبه أربعون يوما ومأخذه العادة والوجود والله أعلم •

(فرع) ذكر المصنف فى هذا الفصل أسماء جماعة منهم عطاء والأوزاعى ، وقد بينا حالهما فى أول الباب ، وأما الشعبى فبفتح الشين وهو أبو عمرو عامر بن شراحيل بفتح الشين وقيل : عامر بن عبد الله بن شراحيل الكوفى التابعى الكبير المتفق على جلالته وامامته وبراعته وشدة حفظه ، روينا عنه قال : أدركت خمسمائة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم • وروينا عنه قال : (ما كتبت سوداء فى بيضاء قط ، ولا حدثنى رجل بحديث فأحببت أن يعيده على ولا حدثنى رجل بحديث الا حفظته) وأحواله كثيرة ذكرت جملة منها فى تهذيب الأسماء • ولد لست سنين خلت من خلافة عمر بن الخطاب رضى الله عنه وتوفى سنة أربع ومائة • وقيل سنة ثلاث وقيل وقيل خمس وقيل ست ، وأما العنبرى فهو عبيد الله بن الحسن ابن الحسين بن مالك العنبرى القاضى البصرى ، ولى قضاء البصرة بعد سوار بن عبد الله نسب الى العنبر بن عمرو بن تميم جد من أجداده ، قال محمد بن سعد : كان محمودا ثقة عاقلا ، وهو من تابع التابعين • وأما الحجاج بن أرطاة فبفتح الهمزة واسكان الراء وبالطاء المهملة ، وهو أبو

أرطاة النخعي الكوفي من تابع التابعين وهو أحد المفتين بالكوفة استفتى وهو ابن ست عشرة سنة وولي قضاء البصرة رحمهم الله أجمعين •

(فرع) في مذاهب العلماء في أكثر النفاس وأقله ، قد ذكرنا أن مذهبنا المشهور أن أكثره ستون يوما ، وبه قال عطاء والشعبي والعنبري والحجاج بن أرطاه ومالك وأبو ثور وداود • وقال ابن المنذر : وزعم ابن القاسم أن مالكا رجع عن التحديد بستين يوما وقال يسأل النساء عن ذلك ، وذهب أكثر العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم الى أن أكثره أربعون، كذا حكاه عن الأكثرين الترمذي والخطابي وغيرهما قال الخطابي : قال أبو عبيد : على هذا جماعة الناس ، وحكاه ابن المنذر عن عمر بن الخطاب وابن عباس وأنس وعثمان بن أبي العاص وعائذ بن عمرو ــ بالذال المعجمة ــ وأم سلمة والثوري وأبي حنيفة وأصحابه وابن المبارك وأحمد واسحاق وأبي عبيد رضي الله عنهم • وحكى الترمذي وابن المنذر وابن جرير وغيرهم عن الحسن البصري أنه خمسون ، وقال القاضي أبو الطيب : قال الطحاوي : قال الليث : قال بعض الناس : انه سبعون يوما • قال ابن المنذر وذكر الأوزاعي عن أهل دمشق أن أكثر النفاس من الغلام ثلاثون يوما ومن الجارية أربعون • وعن الضحاك أكثره أربعة عشر يوما واحتج للقائلين بأربعين بحديث أم سلمة رضي الله عنها قالت : « كانت النفساء تجلس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أربعين يوما » حديث حسن رواه أبو داود والترمذي وغيرهما • قال الخطابي : أثنى البخاري على هذا الحديث • واحتجوا بأحاديث بمعنى هذا من رواية أبي الدرداء وأنس ومعاذ وعثمان ابن أبي العاص ، وأبي هريرة رضي الله عنهم قالوا : ولأن هذا تقدير فلا يقبل الا بتوقيف أو اتفاق ، وقد حصل الاتفاق على أربعين •

واحتج أصحابنا بأن الاعتماد في هذا الباب على الوجود ، وقد ثبت الوجود في الستين بما ذكره المصنف في الكتاب عن هؤلاء الأئمة ، فتعين المصير اليه كما قلنا في أقل : الحيض والحمل وأكثرهما • قال أصحابنا ولأن غالبه أربعون فينبغي أن يكون أكثره زائدا كما في الحيض والحمل • ونقل أصحابنا عن ربيعة شيخ مالك ، وهو تابعي ، قال أدركت الناس يقولون

أكثر النفاس ستون • وأما الجواب عن حديث أم سلمة فمن أوجه (أحدها) أنه محمول على الغالب • (والثانى) حمله على نسوة مخصوصات ، ففى رواية لأبى داود كانت المرأة من نساء النبى صلى الله عليه وسلم تقعد فى النفاس أربعين ليلة (الثالث) أنه لا دلالة فيه لنفى الزيادة ، وانما فيه اثبات الأربعين ، واعتمد أكثر أصحابنا جوابا آخر وهو تضعيف الحديث ، وهذا الجواب مردود ، بل الحديث جيد كما سبق ، وانما ذكرت هذا لئلا يغتر به• وأما الأحاديث الأخر فكلها ضعيفة ضعفها الحفاظ منهم البيهقى وبين أسباب ضعفها والله أعلم •

وأما أقل النفاس فقد ذكرنا أن أقله عندنا مجة ، قال القاضى أبو الطيب : وبه قال جمهور العلماء ، وقد سبق أنه مذهب مالك والأوزاعى وأحمد واسحاق ، وعن أبى حنيفة ثلاث روايات أصحها مجة كمذهبنا ، (والثانية) أحد عشر ، (والثالثة) خمسة وعشرون ، ولم يذكر ابن المنذر وابن جرير والخطابى عنه غيرها • وحكى الماوردى عن الثورى أقله ثلاثة أيام ، وقال المزنى : أقله أربعة أيام ، واحتج أصحابنا بأن الاعتماد على الوجود ، وقد حصل الوجود فى القليل والكثير ، حتى وجد من لم تر نفاسا أصلا • قال صاحب الحاوى : وسبب اختلاف العلماء أن كلا منهم ذكر أقل ما بلغه فوجب الرجوع الى أقل ما وجد • وأما قول المصنف : قال المزنى : أكثر النفاس أربعون ، فغريب عن المزنى والمشهور عنه أنه قال : أكثره ستون كما قاله الشافعى ، وانما خالفه فى أقله ، كذا نقله الفورانى والغزالى وصاحب العدة وآخرون ، فان صح ما ذكره المصنف وذكروه كان عن المزنى روايتان ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان ولدت توامين بينهما زمان ففيه ثلاثة اوجه (احدها) يعتبر النفاس من الولد الأول لانه دم يعقب الولادة فاعتبرت المدة منه كما لو كان وحده (والثانى) يعتبر من الثانى لانه ما دام معها حمل فالدم ليس بنفاس ، كالدم الذى تراه قبل الولادة (والثالث) يعتبر ابتداء المدة من الأول ثم تستانف المدة من الثانى ، لأن كل واحد منهما سبب للمدة ، فاذا وجدا اعتبر الابتداء من كل واحد منهما ، كما لو وطىء امراة بشبهة فدخلت فى العدة ثم وطئها فانها تستانف العدة) •

(**الشرح**) يقال : زمان وزمن لغتان ؛ وقوله : ولدت توأمين ، وهو بفتح التاء واسكان الواو وبعدها همزة مفتوحة ، ومعناه ولدان هما حمل واحد ، وشرط كونهما توأمين أن يكون بينهما دون ستة أشهر ، فان كانت ستة أشهر فهما حملان ونفاسان بلا خلاف ، وسواء كان بينهما شهر أو شهران أو أكثر ما لم يبلغ ستة أشهر فهما توأمان وهذه الأوجه الثلاثة التى ذكرها المصنف مشهورة لمتقدمى أصحابنا ، وحكى ابن القاص فى التلخيص أن بعض أصحابنا حكاها أقوالا ، والمشهور أنها أوجه أصحها عند الشيخ أبى حامد وأصحابنا العراقيين والبغوى والرويانى وصاحب العدة وغيرهم من الخراسانيين أن النفاس معتبر من الولد (الثانى) ، وهو مذهب محمد وزفر ، ورواية عن أحمد وداود وصحح ابن القاص وامام الحرمين والغزالى كونه من الأول ، وهو مذهب أبى حنيفة ومالك وأبى يوسف ، وأصح الروايتين عن أحمد ورواية عن داود ، وتوجيه الجميع مذكور فى الكتاب . فان قلنا : يعتبر من الثانى ففى حكم الدم الذى بينهما ثلاثة طرق (أصحها) — وبه قطع القاضى حسين — فيه القولان فى دم الحامل ، أصحهما أنه حيض والثانى : دم فساد (والطريق الثانى) القطع بأنه دم فساد كالذى تراه فى مبادىء خروج الولد . وبهذا قطع الشيخ أبو حامد . (والثالث) القطع بأنه حيض ؛ لأنه بخروج الأول انفتح باب الرحم ، فخرج الحيض بخلاف ما قبله فانه منسد .

وقال الرافعى : قال الأكثرون ان قلنا دم الحامل حيض ، فهذا أولى والا فقولان وأما اذا قلنا بالوجه الثالث : ان المدة تعتبر من الولد الأول ثم تستأنف فمعناه أنهما نفاسان يعتبر كل واحد منهما على حدته ، ولا يبالى بزيادة مجموعهما على ستين ، حتى لو رأت بعد الأول ستين يوما دما وبعد الثانى ستين كانا نفاسين كاملين قال امام الحرمين : حتى لو ولدت أولادا فى بطن ورأت على اثر كل واحد ستين فالجميع نفاس ولكل واحد حكم نفاس مستقل لا يتعلق حكم بعضها ببعض . وأما اذا قلنا : ان الاعتبار بالأول فمعناه أنهما نفاس واحد ابتداؤه من خروج الولد الأول فان زاد مجموعهما على ستين يوما فهى مستحاضة ، وسيأتى حكمها ان شاء الله تعالى وان وضعت الثانى بعد مضى ستين يوما من حين وضعت الأول . قال جماعة :

كان ما رأته بعد الثانى دم فساد وليس بنفاس • وقال امام الحرمين : قال الصيدلانى : اتفق أئمتنا فى هذه الصورة أن الولد الثانى ينقطع عن الأول وتستأنف نفاسا ، فان الذى تقدمه نفاس كامل ويستحيل أن تلد الثانى وترى الدم عقيبه ولا يكون نفاسا • قال الامام : وسمعت شيخى يقول : الدم بعد الثانى دم فساد فى هذه الصورة ، وهذا ولد تقدمه النفاس • قال الامام : ويلزم على قياس هذا أن يقال : اذا ولدت ورأت ستين يوما دما ثم تمادى اجتنان الولد الثانى أشهرا ثم ولدته ورأت دما أنه دم فساد ، وهذا بعيد جدا ، وبهذا يتبين أن كل ولد يستعقب نفاسا • هذا آخر كلام الامام •

(**فرع**) اذا أسقطت عضوا من الجنين وبقى الباقى مجتنا ورأت بعد العضو دما قال المتولى : هل يكون نفاسا ؟ فيه الوجهان فى الدم بين التوأمين، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان رات دم النفاس ساعة ثم طهرت خمسة عشر يوما ثم رات الدم يوما وليله ففيه وجهان (أحدهما) أن الأول نفاس والثانى حيض وما بينهما طهر (والوجه الثانى) : أن الجميع نفاس لأن الجميع وجد فى مدة النفاس وفيما بينهما القولان فى التلفيق) •

(**الشرح**) قال أصحابنا : اذا انقطع دم النفساء فتارة يتجاوز التقطع ستين يوما وتارة لا يتجاوزها : فان لم يتجاوزها نظر فان لم يبلغ مدة النقاء بين الدمين أقل الطهر ، وهو خمسة عشر يوما ، فأوقات الدم نفاس ، وفى النقاء المتخلل قولا التلفيق أصحهما : أنه نفاس ، والثانى : أنه دم فساد • مثال هذا : أن ترى ساعة دما وساعة نقاء ، أو يوما أو يومين ، أو خمسة أو عشرة أو أربعة عشر وأربعة ونحوهما من التقديرات ، أما اذا بلغت مدة النقاء أقل الطهر بأن رأت الدم ساعة أو يوما أو أياما عقب الولادة ، ثم رأت النقاء خمسة عشر يوما فصاعدا ثم رأت الدم يوما وليلة فصاعدا ففى الدم العائد الوجهان اللذان ذكرهما المصنف رهما مشهوران • قال الشيخ أبو حامد والأصحاب : أصحهما أن الأول نفاس والعائد حيض وما بينهما طهر ، لأنهما دمان تخللهما طهر كامل فلا يضم أحدهما الى الآخر كدمى الحيض ، وهذا الوجه قول أبى اسحاق المروزى ، وهو مذهب أبى يوسف ومحمد وأبى

ثور • والثاني : وهو قول أبي العباس بن سريج أن الدمين نفاس لوقوعه في زمن الامكان كما لو تخلل بينهما دون خمسة عشر ، وفي النقاء المتخلل القولان أحدهما : أنه طهر ، والثاني : أنه نفاس ، هذا هو المشهور وبه قطع الجمهور •

وحكى امام الحرمين والغزالي وجها أن النقاء المتخلل طهر على القولين ، وأن هذه الصورة تستثنى على قول السحب ، اذ يبعد أن تجعل المدة الكاملة في الطهر نفاسا ، بخلاف ما اذا كانت المدة ناقصة فانها لا تصلح طهرا وحدها، فتبعت الدم • أما اذا كان الدم العائد بعد خمسة عشر النقاء دون يوم وليلة ، فان قلنا في الصورة الأولى انه نفاس فهنا أولى ، وان قلنا هناك انه حيض فهنا وجهان أصحهما أنه دم فساد لأن الطهر الكامل قطع حكم النفاس وبهذا قطع الجرجاني وهو مذهب زفر ومحمد : الثاني : أنه نفاس لأنه تعـذر جعله حيضا وأمكن جعله نفاسا • وهذا مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف • أما اذا كان الدم العائد أكثر من خمسة عشر ــ فان قلنا في الصورة الأولى : ان العائد نفاس ــ فكذا هنا ، وان قلنا أنه حيض فهي مستحاضة في الحيض قد اختلط حيضها بالاستحاضة ، فينظر أمبتدأة هي أم معتادة أم مميزة ؟ وقد سبق بيانها • أما اذا ولدت ولم تر دما أصلا حتى مضى خمسـة عشر يوما فصاعدا ثم رأت الدم فهل هو حيض أم نفاس ؟ فيه الوجهان • أصحهما أنه حيض • ذكره امام الحرمين والغزالي وغـيرهما ، فان قلنا : انه حيض فلا نفاس لهذه المدة أصلا • أما اذا ولدت ولم تر دما أصلا ثم رأته قبل خمسة عشر يوما من الولادة ، فهل يكون ابتداء النفاس من رؤية الدم أم من وقت الولادة ؟ فيه وجهان حكاهما امام الحرمين أصحهما من رؤية الدم • وقـد سبق بيان هذا في أول فصل النفاس والله أعلم •

هذا كله اذا تقطع دمها ولا يجاوز ستين يوما ، فان جاوزها نظر ان بلغ زمن النقاء في الستين خمسة عشر يوما ثم جاوز العائد فالعائد حيض بلا خلاف والنقاء قبله طهر ، وان لم يبلغ النقاء خمسة عشر فهي مستحاضة ، فان كانت مميزة ردت الى التمييز وان كانت مبتدأة فهل ترد الى أقل النفاس أم غالبه ؟ فيه خلاف ، وان كانت معتادة ردت الى العادة ، وفي الأحوال كلها يراعى التلفيق ، فان سحبنا فالدماء في أيام المرد مع النقاء المتخلل نفاس ، وان

لفقنا فلا يخفى حكمه ، وهل يلفق من العادة ؟ أم من مدة الامكان وهى الستون ؟ فيه الوجهان السابقان فى فصل التلفيق .

(**فرع**) قال المحاملى وغيره : ان أبا العباس بن سريج فرع على هذه المسألة فقال : اذا قال لامرأته الحامل : اذا وضعت فأنت طالق ، طلقت بالوضع ، وكم القدر الذى يقبل قولها فيه اذا ادعت انقضاء العدة ، يبنى على الوجهين السابقين فى الدم العائد بعد الطهر الكامل فى الستين ، فان جعلناه حيضا فأقل ما يمكن انقضاء العدة فيه سبعة وأربعون يوما ولحظتان، لأنه يمكن أن تضع قبل المغرب بلحظة وترى الدم فى اللحظة ثم تطهر خمسة عشر ثم تحيض يوما وليلة ثم تطهر خمسة عشر ثم تحيض يوما وليلة ثم تطهر خمسة عشر ثم ترى الدم لحظة وقد انقضت عدتها ، قال المحاملى وغيره : وبنى ابن سريج هذا على ما اذا رأت النفاس ، قال لم تره أصلا انقضت عدتها بسبعة وأربعين يوما ولحظة واحدة ، هذا اذا قلنا الدم العائد حيض ، فان قلنا هو نفاس فأقل مدة تنقضى فيها عدتها اثنان وتسعون يوما ولحظة ، لأن الستين لا يحصل فيها دم يحسب حيضا ، فلا يتصور فيها الا طهر واحد ، ثم تحيض بعد الستين يوما وليلة ، ثم تطهر خمسة عشر ثم تحيض يوما وليلة ثم تطهر خمسة عشر ثم ترى الدم لحظة ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان نفست المراة وعبر الدم الستين فحكمها حكم الحيض اذا عبر الخمسة عشر فى الرد الى التمييز والعادة والأقل والغالب لانه بمنزلة الحيض فى احكامه فكذلك فى الرد عند الاشكال) .

(**الشرح**) اذا عبر دم النفساء الستين ففيه طريقان ، أصحهما أنه كالحيض اذا عبر الخمسة عشر فى الرد الى التمييز ان كانت مميزة أو العادة ان كانت معتادة غير مميزة أو الأقل أو الغالب ان كانت مبتدأة غير مميزة ، ووجهه ما ذكره المصنف ، وبهذا الطريق قطع المصنف وشيخه القاضى أبو الطيب وامام الحرمين والغزالى والأكثرون ، والطريق الثانى حكاه المحاملى وابن الصباغ والمتولى والبغوى والشيخ نصر وآخرون من العراقين والخراسانيين: أن فى المسألة ثلاثة أوجه ، أصحها باتفاقهم أنه كالطريق الأول . (والثانى)

أن الستين كلها نفاس وما زاد عليه استحاضة ، وبه قطع ابن القاص فى المفتاح واختاره المزنى حكاه أصحابنا عنه ، قال الماوردى : قاله المزنى فى جامعه الكبير وفرقوا بينه وبين الحيض بأن الحيض محكوم به من حيث الظاهر وليس مقطوعا به فجاز أن ينتقل عنه الى ظاهر آخر ، والنفاس مقطوع به فلا ينتقل عنه الى غيره الا بيقين وهو مجاوزة الأكثر • قال الرافعى : وهذا القائل يجعل الزائد استحاضة الى تمام طهرها المعتاد ان كانت معتادة أو المردودة اليه ان كانت مبتدأة ثم ما بعده (والوجه الثالث) أن الستين نفاس والذى بعده حيض على الاتصال به ، لأنهما دمان مختلفان ، فجاز أن يتصل أحدهما بالآخر ، وبهذا الوجه قال أبو الحسن بن المرزبانى قال صاحب التتمة والعدة وغيرهما : فعلى هذا ان زاد الدم بعد الستين حكمنا بأنها مستحاضة فى الحيض • قال أصحابنا : وهذا الوجه ضعيف جدا ، وهو أضعف من الذى قبله ، قال أصحابنا وأصل هذين الوجهين أنه هل يصح أن يتصل دم الحيض بدم النفاس ؟ أم لابد من طهر فاصل بينهما ؟ وفيه وجهان مشهوران • قال صاحب الحاوى وغيره : حكاهما أبو اسحاق المروزى فى كتابه المصنف فى الحيض ، قال صاحب الشامل وغيره : وهما مبنيان على الوجهين فيما لو رأت الحامل خمسة أيام دما ، ثم ولدت قبل مجاوزة خمسة عشر ، وقلنا : الحامل تحيض ، فهل تكون الخمسة عشر حيضا أم لا ؟ وقد سبق بيانه ، فأحد الوجهين فى المسألتين من يقول لا يتصل الحيض بالنفاس كما لا يتصل حيض بحيض ، والثانى : يتصل لاختلافهما • ثم ان هؤلاء الجماعة الذين حكوا الأوجه الثلاثة أطلقوها وخصص الشيخ أبو حامد وآخرون الأوجه بغير المميزة ، وقطعوا بأن المميزة ترد الى التمييز •

أما اذا قلنا بالمذهب ، وهو أنها كالحائض اذا عبر دمها خمسة عشر ، فقال أصحابنا : ان كانت معتادة غير مميزة وذكرت عادتها فقالت : كنت أنفس أربعين يوما مثلا ردت الى عادتها وكان نفاسها أربعين ، وهل يشترط تكرر العادة ؟ فيه الخلاف السابق فى الحيض ، والأصح أنه لا يشترط بل تصير معتادة بمرة واحدة فاذا ردت الى العادة فى النفاس فلها فى الحيض حالتان :

(احداهما) أن تكون معتادة فى الحيض أيضا فيحكم لها بالطهر بعد

الأربعين على قدر عادتها فى الطهر ، ثم تحيض على قدر عادتها فى الحيض ثم تستمر كذلك .

(الحالة الثانية) أن تكون مبتدأة فى الحيض فيجعل لها بعد الأربعين دور المبتدأة فى الطهر والحيض ، وقد سبق بيان الخلاف فى قدر دور المبتدأة ويكون الطهر متصلا بالأربعين والحيض بعده فلو كانت قد ولدت مرارا وهى ذات جفاف ثم ولدت مرة ونفست وجاوز دمها الستين . قال أصحابنا : لا تقول عدم النفاس عادة لها بل هى مبتدأة فى النفاس كالتى لم تلد قط ، أما المبتدأة فى النفاس غير المميزة اذا جاوز دمها الستين وهى غير مميزة ففيها القولان السابقان فى الحيض ، أصحهما : الرد الى أقل النفاس ، وهو لحظة لطيفة نحو مجة (والثانى) الرد الى غالبه وهو أربعون يوما هكذا قاله الجمهور ، وزاد صاحب العدة قولا ثالثا وهو أنها ترد الى أكثر النفاس وهو ستون يوما ، وهذا غريب عن الشافعى ، وانما نقله الأصحاب عن المزنى مذهبا للمزنى وحكاه الشيخ أبو حامد وغيره وجها لبعض أصحابنا ، وحكى المحاملى فى المجموع وغيره من أصحابنا طريقا آخر عن ابن سريج وأبى اسحاق وهى الرد الى الأقل قولا واحدا فحصل ثلاثة طرق ، والصحيح المشهور ما سبق من القولين ، فاذا علم حالها فى مردها فى النفاس فلها فى الحيض حالتان احداهما أن تكون معتادة فيجعل لها بعد مرد النفاس قدر عادتها فى الطهر طهرا ثم بعده قدر عادتها فى الحيض حيضا ثم تستمر كذلك .

(الحالة الثالثة) أن تكون مبتدأة فى الحيض أيضا فقدر مردها فى الطهر والحيض كالمعتادة ، أما المبتدأة المميزة فترد الى التمييز بشرط ألا يزيد القوى على أكثر النفاس ، وأما المعتادة المميزة فهل يقدم تمييزها ؟ أم العادة ؟ فيه الخلاف السابق فى مثله فى الحيض ، والأصح تقديم التمييز . وأما المعتادة الناسية لعادتها فى النفاس ففيها الخلاف فى المتحيرة فى الحيض ففى قول هى كالمبتدأة فترد الى اللحظة فى قول ، والى أربعين يوما فى قول ، وعلى المذهب تؤمر بالاحتياط ، رجح امام الحرمين هنا الرد الى مرد المبتدأة ، لأن أول النفاس معلوم ، وتعيين أول الهلال للحيض تحكم لا أصل له . قال الرافعى : اذا قلنا ــ بالاحتياط ــ فان كانت مبتدأة فى الحيض وجب الاحتياط أبدا لأن أول حيضها مجهول ، وقد سبق أن المبتدأة اذا جهلت

ابتداء دمها كانت كالمتحيرة ، وان كانت معتادة فى الحيض ناسية لعادتها استمرت أيضا على الاحتياط أبدا ، وان كانت ذاكرة لعادة الحيض فقد التبس عليها الدور لالتباس آخر النفاس ، فهى كمن نسيت وقت الحيض دون قدره ، وقد سبق بيانها والله أعلم •

(فرع) قال الفورانى والبغوى وصاحب العدة وغيرهم : الصفرة والكدرة فى زمن النفاس حكمهما حكمهما فى زمن الحيض ، فاذا اتصلت صفرة أو كدرة بالولادة ولم تجاوز الستين ــ فان وافق عادتها ــ فنفاس والا ففيه الخلاف كما فى الحيض • والأصح أنه نفاس ، وقال صاحب الحاوى : هو نفاس بلا خلاف لأن الولادة شاهدة للنفاس فلم يشترط شاهد فى الدم بخلاف الحيض قال : وسواء المبتدأة وغيرها والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كانت عادتها أن تحيض خمسة ايام وتطهر خمسة عشر ، فان شهرها عشرون يوما ، فان ولدت فى وقت حيضها ، ورات عشرين يوما الدم ثم طهرت خمسة عشر يوما ، ثم رأت الدم بعد ذلك واتصل وعبر الخمسة عشر كان حيضها وطهرها على عادتها فتكون نفساء فى مدة العشرين وطاهرا فى مدة الخمسة عشر وحائضا فى خمسة ايام بعدها ، وان كانت عادتها أن تحيض عشرة ايام ، وتطهر عشرين فان شهرها ثلاثون يوما فان ولدت فى وقت حيضها ورات عشرين يوما دما وانقطع وطهرت شهرين ثم رأت الدم بعد ذلك وعبر الخمسة عشر فان حيضها لم يتغير ، بل هى فى الحيض على عادتها ، ولكن زاد طهرها فصار شهرين بعد ما كان عشرين يوما فتكون نفساء فى العشرين الأولة وطاهرا فى الشهرين بعدها وحائضا فى العشرة التى بعدها) •

(الشرح) هاتان المسألتان مشهورتان فى كتب العراقيين ، ونقلوهما عن أبى اسحاق [1] ، كما ذكرهما المصنف بحروفهما ، قال : وهما مفرعتان على ثبوت العادة بمرة وهو المذهب •

(فرع) قال أصحابنا : لا يشترط فى ثبوت حكم النفاس أن يكون الولد كامل الخلقة ولا حيا ، بل لو وضعت ميتا أو لحما تصور فيه صورة آدمى أو لم يتصور وقال القوابل انه لحم آدمى ثبت حكم النفاس هكذا

---

(١) يعنى أبا اسحاق المروزى فاذا قيل الشيخ أبو اسحق كان المصنف كما لو قلنا الشيخ أبو حامد الاسفرايينى ولو قلنا : القاضى أبو حامد كان المرورودى (ط) .

صرح به المتولى وآخرون ، وقال الماوردى : ضابطه أن تضع ما تنقضى به العدة وتصير به أم ولد .

(فـرع) اذا انقطع دم النفساء واغتسلت جاز وطؤها ، كما تجوز الصلاة وغيرها ولا كراهة فى وطئها ، هذا مذهبنا وبه قال الجمهـور ، قال العبدرى : هو قول أكثر الفقهاء قال : وقال أحمد : يكره وطؤها فى ذلك الطهر ولا يحرم ، وحكى صاحب البيان عن على بن أبى طالب وابن عباس وأحمد رضى الله عنهم أنه يكره وطؤها اذا انقطع دمها لدون أربعين . دليلنا أن لها حكم الطاهرات فى كل شىء ، فكذا فى الوطء وليس لهم دليل يعتمد ، وانما احتج لهم بحديث ضعيف غريب وليس فيه دلالة لو صح ثم لا فرق عندنا بين أن ينقطع الدم عقب الولادة أو بعد أيام فللزوج الوطء قال صاحبا الشامل والبحر : اذا انقطع عقيب الولادة فعليها أن تغتسل ويباح الوطء عقيب الغسل ، قال : فان خافت عـود الدم استحب التوقف عـن الوطء احتياطا والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(يجب على المستحاضة ان تغسل الدم وتعصب الفرج وتستوثق بالشد وبالتلجم ، لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم قال لحمنة بنت جحش رضى الله عنها : « انعت لك الكرسف ، فقالت : انه اكثر من ذلك ، فقال : تلجمى » فان استوثقت ثم خرج الدم من غير تفريط فى الشد لم تبطل صلاتها ، لما روت عائشة رضى الله عنها ان فاطمة بنت (١) أبى حبيش رضى الله عنها استحيضت، فقال النبى صلى الله عليه وسلم « تدع الصلاة ايام اقرائها ثم تغتسل وتتوضا لكل صلاة وتصلى حتى يجىء ذلك الوقت ، وان قطر الدم على الحصير ») .

(**الشرح**) حديث حمنة صحيح رواه أبو داود والترمذى وغـيرهما بهذا اللفظ الا قوله : (تلجمى) فانه فى الترمذى خاصة . وفى رواية أبى داود بدله « فاتخذى ثوبا » وهو بمعنى تلجمى . ثم هـذا بعض حديث طويل مشهور . قال الترمذى : هو حديث حسن صـحيح ، قال : وسألت محمدا ، يعنى البخارى عنه فقال : حديث حسن . قال : وكذا قال أحمد بن حنبل : هو حديث حسن صحيح ، والكرسف بضم الكاف والسين القطن ، وأنعت أصف .

---

(١) مها جرية وهى أم محمد بن عبد الله بن جحش (ط) .

وأما حـديث بنت أبى حبيش فرواه أبو داود والدارقطنى والبيهقى ، وليس فى روايتهم : « حتى يجىء ذلك الوقت » ولا فى رواية أبى داود :

« ان قطر الدم على الحصير » وهو حديث ضعيف باتفاق الحفاظ ، ضعفه أبو داود فى سننه وبين ضعفه وبين البيهقى ضعفه ، ونقل تضعيفه عن سفيان الثورى ويحيى بن سعيد القطان وعلى بن المدينى ويحيى بن معين ، وهؤلاء حفاظ المسلمين ، ورواه أبو داود والبيهقى من طرق أخرى كلها ضعيفة • واذا ثبت ضعف الحديث تعين الاحتجاج بما سأذكره ان شاء الله تعالى ، وقد سبق فى أول الباب بيان حديث حمنة بنت أبى حبيش •

(أما حكم المسألة) فقال أصحابنا : اذا أرادت المستحاضة الصلاة ونعنى بالمستحاضة التى يجرى دمها مستمرا فى غير أوانه لزمها الاحتياط فى طهارتى الحدث والنجس ، فتغسل فرجها قبل الوضوء أو التيمم ان كانت تتيمم ، وتحشوه بقطنة وخرقة دفعا للنجاسة وتقليلا لها ، فان كان دمها قليلا يندفع بذلك وحده فلا شىء عليها غيره • وان لم يندفع بذلك وحده شدت مع ذلك على فرجها وتلجمت ، وهو أن تشد على وسطها خرقة أو خيطا أو نحو ذلك على صورة التكة ، وتأخذ خرقة أخرى مشقوقة الطرفين فتدخلها بين فخذيها وأليتها ، وتشد الطرفين فى الخرقة التى فى وسطها أحدهما قدامها عند سرتها والآخر خلفها ، وتحكم ذلك الشد وتلصق هـذه الخـرقة المشـدودة بين الفخذين بالقطنة التى على الفرج الصاقا جيدا ، وهذا الفعل يسمى تلجما واستثفارا لمشابهته لجام الدابة • وثفرها بفتح الثاء المثلثة والفاء ، وسـماه الشافعى رحمه الله التعصيب • قال أصحابنا : وهذا الذى ذكرناه من الحشو والشد والتلجم واجب • قال الرافعى الا فى موضعين : أحدهمـا أن تتأذى بالشد ويحرقها اجتماع الدم فلا يلزمها لما فيه من الضرر • الثانى أن تكون صائمة فتترك الحشو نهارا وتقتصر على الشد والتلجم • قالوا : ويجب تقديم الشد والتلجم على الوضوء وتتوضأ عقب الشد من غير امهال ، فان شـدت وتلجمت وأخرت الوضوء وطال الزمان ثم توضأت ففى صحة وضوئها وجهان حكاهما صاحب الحاوى قال : وهما الوجهان فيمن تيمم وعلى بدنه نجاسة• قال أصحابنا : فاذا استوثقت بالشد على الصـفة المذكورة ثم خرج دمهـا بلا تفريط لم تبطل طهارتها ولا صلاتها ، ولها أن تصلى بعد فرضها ما شاءت

من النوافل لعدم تفريطها ولتعذر الاحتراز عن ذلك • وقد ثبتت الأحاديث الصحيحة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال للمستحاضة : « اذا أقبلت الحيضة فدعي الصلاة واذا أدبرت فاغسلي عنك الدم وصلي » فهـذا مع حديث حمنة دليل لجميع ما ذكرناه وينضم اليه المعنى الذى قدمناه • وأما اذا خرج الدم بتقصيرها فى الشد أو زالت العصابة عن موضعها لضعف الشد فزاد خروج الدم بسببه فانه يبطل طهرها ، وان كان ذلك فى أثناء الصـلاة بطلت ، وان كان بعد فريضة لم تستبح نافلة لتقصيرها والله أعلم •

وأما تجديد غسل الفرج وحشوه وشده لكل فريضة فينظر ان زالت العصابة عن موضعها زوالا له تأثير ، أو ظهر الدم على جوانب العصـابة ، وجب التجديد بلا خلاف • نقل الاتفاق عليه امام الحرمين وغيره لأن النجاسة كثرت وأمكن تقليلها والاحتراز عنها فوجب التجـديد كنجاسـة النجو اذا خرجت عن الألبين فانه يتعين الماء وان لم تزل العصابة عن موضعها ولا ظهر الدم فوجهان حكاهما الخراسانيون أصحهما عندهم وجوب التجديد كمـا يجب تجديد الوضوء • (والثانى) لا يجب اذ لا معنى للأمر بازالة النجاسة مع استمرارها بخلاف الأمر بتجديد طهارة الحدث مع استمراره فانه معهود فى التيمم • قال امام الحرمين : وهذا الوجه غير سديد لأنه لا خلاف فى الأمر به • واذا زالت العصابة فلا أثر للزوال ، وانما الأثر لتجدد النجاسة • قال الرافعى : ونقل المسعودى هذا الخلاف قولين ، قال البغوى والرافعى : وهذا الخلاف جار فيما اذا انتقض وضوءها قبل الصلاة ، واحتاجت الى وضوء آخر بأن خرج منها ريح فيلزمها تجديد الوضوء وفى تجديد الاحتياط بالشد الخلاف ، ولو انتقض وضوءها بالبـول وجب تجـديد العصـابة بلا خلاف لظهور النجاسة والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا تصلى بطهارة اكثر من فريضة لحديث فاطمة بنت ابى حبيش ويجوز ان تصلى ما شاءت من النوافل لأن النوافل تكثر فلو ألزمناها أن تتوضأ لكل نافلة شق عليها) •

(الشرح) مذهبنا أنها لا تصلى بطهارة واحدة أكثر من فريضة مؤداة كانت أو مقضية ، وأما المنذورة ففيها الخلاف السـابق فى باب التيمـم •

واحتج المصنف والأصحاب بحديث فاطمة المذكور وهو ضعيف باتفاق الحفاظ كما ذكرناه ، قالوا : ولا يصح ذكر الوضوء فيه عن النبى صلى الله عليه وسلم وانما هو من كلام عروة بن الزبير ، واذا بطل الاحتجاج به تعين الاحتجاج بغيره فيقال : مقتضى الدليل وجوب الطهارة من كل خارج من الفرج خالفنا ذلك فى الفريضة الواحدة للضرورة وبقى ما عداها على مقتضاه، وتستبيح ماشاءت من النوافل بطهارة مفردة ، وتستبيح ما شاءت منها بطهارة الفريضة قبل الفريضة وبعدها لما ذكره المصنف • وقد حكى القاضى حسين وغيره فى استباحتها النافلة وجهين بناء على القولين فى صحة استباحة المعضوب والميت فى حج التطوع ، وحكوا مثلهما وجهين فى استباحة النافلة بالتيمم ، والمذهب الجواز فى كل ذلك • وقد سبق بيان ذلك كله فى باب التيمم هذا بيان مذهبنا ، وممن قال انه لا يصح بوضوئها أكثر من فريضة عروة ابن الزبير وسفيان الثورى وأبو ثور • وقال أبو حنيفة : طهارتها مقدرة بالوقت فتصلى ما شاءت من الفرائض الفائتة فى الوقت فاذا خرج بطلت طهارتها • وقال ربيعة ومالك وداود : دم الاستحاضة ليس بحدث فاذا تطهرت صلت ما شاءت من الفرائض والنوافل الى أن تحدث بغير الاستحاضة • واحتج من جوز فرائض بحديث رواه : « المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة » وهذا حديث باطل لا يعرف ، والله أعلم •

(**فرع**) مذهبنا أن طهارة المستحاضة الوضوء ولا يجب عليها الغسل لشىء من الصلوات الا مرة واحدة فى وقت انقطاع حيضها ، وبهذا قال جمهور السلف والخلف وهو مروى عن على وابن مسعود وابن عباس وعائشة رضى الله عنهم وبه قال عروة بن الزبير وأبو سلمة بن عبد الرحمن وأبو حنيفة ومالك وأحمد • وروى عن ابن عمر وابن الزبير وعطاء بن أبى رباح رضى الله عنهم أنهم قالوا يجب عليها الغسل لكل صلاة ، وروى هذا أيضا عن على وابن عباس وروى عن عائشة أنها قالت : تغتسل كل يوم غسلا واحدا وعن ابن المسيب والحسن أنهما قالا : تغتسل من صلاة الظهر الى الظهر دائما ، ودليلنا أن الأصل عدم الوجوب فلا يجب الا ما ورد الشرع به ، ولم يصح عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه أمرها بالغسل الا مرة واحدة عند انقطاع الحيض ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « اذا أقبلت الحيضة

فدعى الصلاة ، واذا أدبرت فاغتسلى » وليس فى هذا ما يقتضى تكرار الغسل وأما الأحاديث الواردة فى سنن أبى داود والبيهقى وغيرهما ، أن النبى صلى الله عليه وسلم أمرها بالغسل لكل صلاة فليس فيها شىء ثابت ، وقد بين البيهقى ومن قبله ضعفها ، وانما صح فى هذا ما رواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما أن أم حبيبة [1] بنت جحش رضى الله عنها استحاضت فقال لها النبى صلى الله عليه وسلم : « انما ذلك عرق فاغتسلى ثم صلى » فكانت تغتسل عند كل صلاة • قال الشافعى رضى الله عنه : انما أمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تغتسل وتصلى وليس فيه أنه أمرها أن تغتسل لكل صلاة قال : ولا أشك أن غسلها كان تطوعا غير ما أمرت به وذلك واسع لها هذا لفظ الشافعى رحمه الله وكذا قاله شيخه سفيان بن عيينة ، والليث ابن سعد وغيرهما ، والله أعلم •

(فرع) قال صاحب الحاوى والبندنيجى وغيرهما : اذا توضأت المستحاضة ارتفع حدثها السابق ولم يرتفع المستقبل ولا المقارن ولكن تصح صلاتها وطوافها ونحوهما مع قيام الحدث للضرورة كالمتيمم ، ونقل المحاملى هذا عن ابن سريج ، ونقله صاحب البيان عن أصحابنا العراقيين • وقد سبق فى باب مسح الخف أن القفال وغيره من الخراسانيين قالوا : فى ارتفاع حدثها بالوضوء قولان ، وأن امام الحرمين والشاشى قالا : هذا غلط بل الصواب أنه لا يرتفع ، قالا : ويستحيل ارتفاع حدثها مع مقارنته للطهارة وقال امام الحرمين هنا قال الأصحاب : لا يرتفع حدثها المستقبل وفى ارتفاع الماضى وجهان والمقارن ليس بحدث ، فحصل فى المسألة ثلاثة طرق (أشهرها) : يرتفع حدثها الماضى دون المقارن والمستقبل ، (والثانى) فى الجميع قولان ، (والثالث) وهو الصحيح دليلا : لا يرتفع شىء من حدثها لكن تستبيح الصلاة وغيرها مع الحدث للضرورة ، وفى كيفية نيتها فى الوضوء أوجه سبقت فى باب نية الوضوء (أصحها) : تجب نية استباحة الصلاة ولا تجب نية رفع الحدث ولا تجزىء • (والثانى) يكفيها نية رفع الحدث أو الاستباحة • (والثالث) : يجب الجمع بينهما والله أعلم •

---

(١) هى اخت زينب أم المؤمنين وحمنة واكثرهم يسقطون الهاء فيقولون أم حبيب وكانت تحت عبد الرحمن بن عوف ، وقد مرت احاديث اخرى ان المستحاضة حمنة (ط) .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز أن تتوضأ [لفرض (١) الوقت] قبل دخول الوقت لأنها طهارة ضرورة فلا تجوز قبل وقت الضرورة ، فان توضأت فى اول الوقت واخرت الصلاة فان كان بسبب يعود الى مصلحة الصلاة كانتظار الجماعة وستر العورة والاقامة صحت صلاتها ، وان كان لغير ذلك ففيه وجهان أحدهما أن صلاتها باطلة لأنها تصلى مع نجاسة يمكن حفظ الصلاة منها . (والثانى) يصح لأنه وسع فى الوقت فلا يضيق عليها ، وان اخرتها حتى خرج الوقت لم يجز لها (٢) ان تصلى به لأنه لا عذر لها فى ذلك ، ومن أصحابنا من قال : يجوز أن تصلى بعد خروج الوقت ، لأنا لو منعناها من ذلك صارت طهارتها مقدرة بالوقت وذلك لا يجوز عندنا) .

(الشرح) مذهبنا أنه لا يصح وضوء المستحاضة لفريضة قبل وقتها ، ووقت المؤداة معروف ووقت المقضية بتذكرها ، وقد سبقت المسألة بفروعها فى باب التيمم فتجيء تلك الفروع كلها هنا ، وقد سبق فى النافلة المؤقتة وجهان ، (أصحهما) : لا يصح التيمم لها الا بعد دخول وقتها . (والثانى) يجوز ، وهما جاريان فى وضوء المستحاضة . وحكى امام الحرمين وجها أنها لو شرعت فى الوضوء قبل الوقت بحيث أطبق آخره على أول الوقت صح وضوءها وصلت به فريضة الوقت ، وهذا ليس بشيء ، ودليل المذهب أنها طهارة ضرورة فلا يجوز شيء منها قبل الوقت لعدم الضرورة . وقال أبو حنيفة رحمه الله : يجوز وضوءها قبل الوقت . ودليلنا ماذكرناه والله أعلم .

قال أصحابنا : وينبغى أن تبادر بالصلاة عقيب طهارتها ، فان أخرت ففيها أربعة أوجه ، (الصحيح) منها أنها ان أخرت لاشتغالها بسبب من أسباب الصلاة كستر العورة والأذان والاقامة والاجتهاد فى القبلة والذهاب الى المسجد الأعظم والسعى فى تحصيل سترة تصلى اليها وانتظار الجماعة ونحو ذلك جاز ، وان أخرت بلا عذر بطلت طهارتها لتفريطها . (والثانى) تبطل طهارتها سواء أخرت بسبب الصلاة أو لغيره ، حكاه صاحب الحاوى وهو غريب ضعيف . (والثالث) يجوز التأخير وان خرج الوقت ولا تبطل طهارتها . قال صاحب الابانة : ما لم تصل الفريضة ، يعنى بعد الوقت ،

---

(١) ما بين المعقوفين سقط من الطبعتين وفى نسخة المهذب لسبب باللام (ط) .

(٢) فى الطبعتين السابقتين (لم يجزها) فى المهذب (لم يجزلها) وهو ما يؤيده السياق وكلام الشارح « ط » .

قال : وهذا قول القفال وشيخه الخضرى قياسا على التيمم ، ولأن الوقت موسع فلا نضيقه عليها ، وخروج الوقت لا يوجب نقض الطهارة ، ولأن المبادرة لو وجبت خوفا من كثرة الحدث والنجس لوجب الاقتصار على أركان الصلاة (والرابع) لها التأخير ما لم يخرج وقت الصلاة ، وليس لها الصلاة بعد الوقت بتلك الطهارة لأن جميع الوقت فى حق الصلاة كالشيء الواحد فضبطت الطهارة به ، قال امام الحرمين : وهذا الوجه بعيد عن قياس الشافعي مشابه لمذهب أبى حنيفة رحمه الله ، قال الامام : فان قلنا : تجب المبادرة فقد ذهب ذاهبون من أئمتنا الى المبالغة فى الأمر بالبدار • وقال آخرون : ولو تخلل فصل يسير لم يضر • قال : وضبطه على التقريب عندى أن يكون على قدر الزمن المتخلل بين صلاتى الجمع فى السفر ، وقد سبق فى باب التيمم أن المذهب المشهور أنه لا يلزم المتيمم المبادرة وأنها تلزم المستحاضة ، وأن بعض الأصحاب خرج من كل واحدة الى الأخرى وجعل فيهما خلافا ، وأن المذهب الفرق ، وسبق بيان الفرق والله أعلم •

واذا توضأت المستحاضة للفريضة فقد سبق أنها تستبيح ما شاءت من النوافل وتبقى هذه الاستباحة مادام وقت الفريضة باقيا ، فاذا خرج الوقت فوجهان حكاهما الشيخ أبو حامد وصاحب الحاوى وآخرون • قال أبو حامد : الصحيح أنها لا تستبيح النفل بعد الوقت بذلك الوضوء ، وقطع البغوى بالاستباحة ، وقد سبق فى باب التيمم أن من تيمم لفريضة فله التنفل بعد الوقت على أصح الوجهين ، والأصح هنا أنه لا يجوز لها ؛ والفرق أن حدثها متجدد ونجاستها متزايدة بخلاف المتيمم ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان دخلت فى الصلاة ثم انقطع دمها ففيه وجهان (احدهما) لا تبطل صلاتها كالمتيمم اذا راى الماء فى الصلاة (والثانى) تبطل لأن عليها طهارة حدث وطهارة نجس ، ولم تات عن طهارة النجس بشيء وقد قدرت عليها فلزمها الاتيان بها ، وان انقطع دمها قبل الدخول فى الصلاة لزمها غسل الدم واعادة الوضوء ، فان لم تفعل حتى عاد الدم ــ فان كان عود الدم بعد الفراغ من الصلاة ــ لم تصح صلاتها ، لأنه اتسع الوقت للوضوء والصلاة من غير حدث ولا نجس ، وان كان عوده قبل الفراغ من الصلاة ففيه وجهان (أحدهما) تصح لأنا تيقنا بعود الدم ان الانقطاع لم يكن له حكم ، لأنه لا يصلح للطهارة والصلاة •

(والثانى) وهو الاصح ان صلاتها باطلة لأنها استفتحت الصلاة وهى ممنوعة منها فلم تصح بالتبيين ، كمـا لو استفتح لابس الخف الصـلاة وهو شاك فى انقضاء مدة المسح ثم تبين ان المدة لم تنقض) •

(الشرح) قال أصحابنا رحمهم الله : اذا توضأت المستحاضة فانقطع دمها انقطاعا محققا حصل معه برؤها وشفاؤها من علتها ، وزالت استحاضتها نظر ــ ان حصل هذا خارج الصلاة ــ فان كان بعد صلاتها فقد مضت صلاتها صحيحة وبطلت طهارتها فلا تستبيح بها بعد ذلك نافلة ، وان كان قبل الصلاة بطلت طهارتها ولم تستبح تلك الصلاة ولا غيرها ، هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور • وحكى امام الحرمين وجها أنه اذا اتصل الشفاء بآخر الوضوء لم تبطل • قال الامام : وهذا لا يعد من المذهب وحكى صاحب الحاوى وجها أنها اذا شفيت وقد ضاق وقت الصلاة عن الطهارة ولم يبق الا مايسع الصلاة وحدها ولم تكن صلتها فلها أن تصليها بهذه الطهارة قال : وهذا ضعيف لأن التيمم يبطل برؤية الماء قبل الصلاة وان ضاق وقتها ، وهذان الوجهان شاذان مردودان •

واعلم أن قول الأصحاب : اذا شفيت يلزمها استئناف الوضوء المراد به اذا خرج منها دم فى أثناء الوضوء أو بعده والا فلا يلزمها الوضوء بل تصلى بوضوئها الأول بلا خلاف ، وصرح به الغزالى فى البسيط وغيره • أما اذا حصل الانقطاع فى نفس الصـلاة ففيه الوجهـان المذكوران فى الـكتاب (الصحيح) منهما باتفاق الأصحاب بطلان صلاتها وطهارتها ، (والثانى) : لا تبطل كالمتيمم والصواب الأول ، وقد سبق فى باب التيمم أن الشافعى رحمه الله نص على بطلان صلاة المستحاضة دون المتيمم ، وأن من الأصحاب من نقل وخرج فجعل فى كل مسئلة قولين ، وقرر الجمهور النصين وفرقوا بوجهين ، أحدهما أن حدثها ازداد بعد الطهارة ، والثانى أنها مسـتصحبة للنجاسة وهو يخالفها فيها وحكى الشيخ أبو محمد عن أبى بكر الفارسى أنه حكى قولا عن الربيع عن الشافعى أنها تخرج من الصلاة وتتوضأ وتزيل النجاسة وتبنى على صلاتها ، وهذا يكون بناء على القول القديم فى سـبق الحدث ، والله أعلم •

هذا حكم انقطاع الشفاء ، أما اذا توضأت ثم انقطع دمها وهى تعتـاد

الانقطاع والعود أو لا تعتاد لكن أخبرها بذلك من يعتمد من أهل المعرفة فينظر ان كانت مدة الانقطاع يسيرة لا تسع الطهارة والصلاة التى تطهرت لها ، فلها الشروع فى الصلاة فى حال الانقطاع ولا تأثير لهذا الانقطاع لأن الظاهر عود الدم على قرب فلا يمكنها اكمال الطهارة والصلاة بلا حدث ، فلو امتد الانقطاع على خلاف عادتها أو خلاف ما أخبرت به تبينا بطلان طهارتها ووجب قضاء الصلاة • أما اذا كانت مدة الانقطاع تسع الطهارة والصلاة فيلزمها اعادة الوضوء بعد الانقطاع لتمكنها منه فى حال الكمال ، فلو عاد الدم على خلاف العادة قبل التمكن ففى وجوب اعادة الوضوء وجهان ، أصحهما : لا يجب فلو شرعت فى الصلاة بعد هذا الانقطاع من غير اعادة الوضوء ثم عاد الدم قبل الفراغ وجب قضاء الصلاة فى أصح الوجهين لأنها حال الشروع كانت شاكة فى بقاء الطهارة وصحة الصلاة • هذا كله اذا عرفت عود الدم ، أما اذا انقطع وهى لا تدرى أيعود أم لا ؟ وأخبرها به من تثق بمعرفته فتؤمر باعادة الوضوء فى الحال ، ولا يجوز أن تصلى بالوضوء السابق لأنه يحتمل أن هذا الانقطاع شفاء والأصل دوام هذا الانقطاع ، فان عاد الدم قبل اسكان فعل الطهارة والصلاة فوجهان ، (أصحهما) : أن الوضوء صحيح بحاله لأنه لم يوجد انقطاع عن الصلاة مع الحدث • (والثانى) يجب الوضوء نظرا الى أول الانقطاع ، ولو خالفت أمرنا أولا وشرعت فى الصلاة من غير اعادة الوضوء ، فان لم يعد الدم لم تصح صلاتها لظهور الشفاء ، وكذا ان عاد بعد امكان الوضوء والصلاة لتفريطها ، فان عاد قبل الامكان ففى وجوب اعادة الصلاة الوجهان كما فى الوضوء ، لكن الأصح هنا وجوب الاعادة لأنها شرعت مترددة ، وعلى هذا لو توضأت بعد الانقطاع وشرعت فى الصلاة ثم عاد الدم فهو حدث جديد ، فيلزمها أن تتوضأ وتستأنف الصلاة والله أعلم •

فهذا المجموع الذي ذكرناه هو المعروف فى طرق الأصحاب وذكره الرافعى ثم قال : هذا هو الذى ذكره معظم أصحابنا العراقيين وغيرهم قال : وبينه وبين كلام الغزالى بعض الاختلاف فانه جعل الانقطاع قسمين ، (أحدهما) ألا يبعد من عادتها عود الدم (والثانى) أن يبعد وذكر التفصيل والخلاف • وهذان القسمان يفرضان فى التى لها عادة بالعود ، قال :

وما حكيناه عن الأصحاب يقتضى جواز الشروع فى الصلاة متى كان العود معتادا بعد أو قرب ، وانما يمتنع الشروع من غير استئناف الوضوء اذا لم يكن العود معتادا أصلا قال : فيجوز أن يؤول كلامه على ما ذكره المعظم ولا يبعد أن يلحق ندرة العود وبعده فى عادتها بعدم اعتياد العود والله أعلم •

(فـرع) قال المتولى : لو كان دمها ينقطع فى حال ويسيل فى حال ، لزمها الوضوء والصلاة فى وقت انقطاعه ، الا أن تخاف فوت الوقت فتتوضأ وتصلى فى حال سيلانه ، فان كانت ترجو الانقطاع فى آخر الوقت ولا تتحققه فهل الأفضل تعجيل الصلاة فى أول الوقت أم تأخيرها الى آخره ؟ فيه وجهان بناء على القولين فى مثله فى التيمم •

(فـرع) توضأت ثم انقطع دمها انقطاعا يوجب بطلان الطهـارة ، فتوضأت بعد ذلك ودخلت فى الصلاة فعاد الدم بطل وضوءها ولزمها استئنافه وهل يجب استئناف الصلاة أم يجوز البناء ؟ فيـه القـولان فيمن سـبقه الحدث ، الصحيح وجوب الاستئناف ، قال البغوى : ولو كان به جرح غير سائل فانفجر فى خلال الصلاة أو ابتدأت الاستحاضة فى خلال الصلاة ، وجب الانصراف من الصلاة لغسل النجاسة وتتوضأ المستحاضة وتستأنف الصلاة ، ويجىء قول فى البناء كما سبق فى الحدث والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وسلس البول وسلس المذى حكمهما حكم المستحاضة فيما ذكرناه ، ومن به ناصور او جرح يجرى منه الدم حكمه حكم المستحاضة فى غسل النجاسة عند كل فريضة لأنها نجاسة متصلة لعلة فهى كالاستحاضة) •

(الشرح) سلس البول هنا بكسر اللام وهى صفة للرجل الذى به هذا المرض ، وأما سلس بفتح اللام فاسم لنفس الخارج فالسلس بالكسر كالمستحاضة وبالفتح كالاستحاضة ، وأما الناصور فكذا وقع هنـا بالنون والصاد وهو صحيح وفيه ثلاث لغات احداها هذه والثانية ناسـور بالسين والثالثة باسور بالباء والسين ، وقد سبق ايضاحه فى باب الاستطابة •

قال أصحابنا : حكم سلس البول ، وسلس المذى حكم المستحاضة فى

وجوب غسل النجاسة وحشو رأس الذكر والشد بخرقة والوضوء لكل فريضة والمبادرة بالفريضة بعد الوضوء وحكم الانقطاع وغير ذلك مما سبق • وأما صاحب الناصور والجرح السائل فهما كالمستحاضة فى وجوب غسل الدم لكل فريضة والشد على محله ، ولا يجب الوضوء فى مسألة الجرح ، ولا فى مسألة الناسور الا أن يكون فى داخل مقعدته بحيث ينقض الوضوء • ثم هذا الذى ذكرناه انما هو فى السلس الذى هو عادة ومرض ، أما من خرج منه مذى بسبب حادث كنظر الى امرأة وقبلتها فله حكم سائر الأحداث فيجب غسله ، والوضوء منه عند خروجه للفرض والنفل ، لأنه لا حرج فيه ، أما من استطلق سبيله فدام خروج البول والغائط والريح منه ، فحكمه حكم المستحاضة فى كل ما ذكرناه ، اتفق عليه أصحابنا • أما من دام خروج المنى منه فقال صاحب الحاوى والبحر عليه الاغتسال لكل فريضة قالا : قال الشافعى : وقل من يدوم به خروج المنى لأن معه تلف النفس أما ذات دم الفساد وهى التى استمر بها دم غير متصل بالحيض فى وقت لا يصلح للحيض كدم تراه من لها دون تسع سنين أو رأته حامل ، وقلنا ليس هو بحيض أو رأته غيرهما فى وقت لا يصلح للحيض بأن رأته قبل مضى خمسة عشر للطهر ففيها وجهان حكاهما صاحب الحاوى والبحر (أحدهما) أنها كالمستحاضة فى جميع الأحكام السابقة • قال : وهذا قول أبى اسحاق المروزى لأن دم الفساد ليس بأندر من المذى وقد جعلناه كالاستحاضة • (والثانى) وهو قول ابن سريج أنه حدث كسائر الأحداث فاذا خرج هذا الدم بعد صلاتها فريضة لم تصح النافلة بعدها لأن دم الفساد لا يدوم بخلاف الاستحاضة ، واذا دام خرج عن كونه فاسدا وصار حيضا واستحاضة ، هذا كلام صاحب الحاوى والبحر ، والمشهور أنها كالمستحاضة والله أعلم •

(فرع) قال أصحابنا : اذا تطهرت المستحاضة طهارتى الحدث والنجس على الوجه المشروط وصلت فلا اعادة عليها ، وكذا كل من ألحقناه بها من سلس البول والمذى ومن به حدث دائم وجرح سائل ونحوهم لا اعادة عليهم ، وقد سبقت هذه المسألة فى آخر باب التيمم مع نظائرها •

(فرع) قال البغوى : لو كان سلس البول بحيث لو صلى قائما

سال بوله ولو صلى قاعدا استمسك فكيف يصلى ؟ فيه وجهان (أصحهما) : قاعدا حفظا للطهارة ولا اعادة عليه على الوجهين ،وهذان الوجهان فى فتاوى القاضى حسين ، قال القفال : يصلى قائما ، وقال القاضى حسين : يصلى قاعدا.

(فـرع) يجوز وطء المستحاضة فى الزمن المحكوم بأنه طهـر ولا كراهة فى ذلك وان كان الدم جاريا ، هذا مذهبنا ومذهب جمهور العلماء ، وقد سبقت المسألة بدلائلها فى أول الباب ولها قراءة القرآن ، واذا توضأت استباحت مس المصحف وحمله وسجود التلاوة والشكر ، وعليها الصلاة والصوم وغيرهما من العبادات التى على الطاهر ، ولا خلاف فى شىء من هذا عندنا . قال أصحابنا : وجامع القول فى المستحاضة أنه لا يثبت لها شىء من أحكام الحيض بلا خلاف ، ونقل ابن جرير الاجماع على أنها تقرأ القـرآن وأن عليها جميع الفرائض التى على الطاهر ، وروى عن ابراهيم النخعى أنها لا تمس مصحفا ، ودليلنا القياس على الصلاة والقراءة والله أعلم .

(فرع) فى مسائل تتعلق بباب الحيض

(احداها) لا تكره مؤاكلة الحائض ومعاشرتها وقبلتها والاستمتاع بها فوق السرة وتحت الركبة ، ولا تمتنع من فعل شىء من الصنائع ولا مـن الطبخ والعجن والخبز وادخال يدها فى المائعات ، ولا يجتنب الزوج مضاجعتها اذا سترت ما بين السرة والركبة ، وسؤرها وعرقها طاهران ، وهذا كله متفق عليه ، وقد نقل ابن جرير اجماع المسلمين على هـذا ودلائله فى الأحاديث الصحيحة ظاهرة مشهورة ، وقد سبقت هذه المسألة فى آخر باب ما يوجب الغسل . وأما قول الله عز وجل : (فاعتزلوا النساء فى المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن [1]) فالمراد به اعتزال وطئهن ومنع قربان وطئهن لقوله صلى الله عليه وسلم فى الحديث الصحيح : « اصنعوا كل شىء الا النكاح » وقـد تظاهرت الأحاديث الصحيحة بمعناه مع الاجماع ، والله أعلم .

(الثانية) قال ابن جرير : أجمع العلمـاء على أن للحائض أن تخضب

---

(1) الآية ٢٢٢ من سورة البقرة .

يدها بخضاب يبقى أثره فى يدها بعد غسله ، وقد سبق ايضاح هذه المسألة مع أشياء كثيرة لها فى آخر صفة الوضوء .

(الثالثة) الحرة والأمة فى الحيض والنفاس سواء بخلاف العدة .

(الرابعة) علامة انقطاع الحيض ووجود الطهر أن ينقطع خروج الدم وخروج الصفرة والكدرة ، فاذا انقطع طهرت سواء خرجت بعده رطوبة بيضاء أم لا ، قال صاحب الشامل : التربة رطوبة خفية لا صفرة فيها ولا كدرة ، تكون فى القطنة أثر لا لون ، قال : وهذا يكون بعد انقطاع الحيض، وكذا قال البيهقى فى السنن : التربة هى الشيء الخفى اليسير .

(قلت) هى التربة بفتح التاء المثناة فوق وكسر الراء ثم ياء مثناة من تحت مشددة ، وقد سبق فى أوائل الباب قول عائشة رضى الله عنها للنساء : « ولا تعجلن حتى ترين القصة البيضاء » تريد بذلك الطهر وقدمنا معناه ، وقال أصحابنا : واذا مضى زمن حيضها لزمها أن تغتسل فى الحال لأول صلاة تدركها ، ولا يجوز لها بعد ذلك أن تترك صوما ولا صلاة ولا تمنع من الوطء ولا غير ذلك مما يثبت فى حق الطاهر ولا تستطهر بشيء أصلا . وقال مالك رحمه الله : تستطهر بثلاثة أيام ، دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « اذا أقبلت الحيضة فدعى الصلاة واذا أدبرت فاغتسلى وصلى » والله أعلم .

فصـــل

فى اشياء انكرت على الغزالى رحمه الله فى باب الحيض من الوسيط

منها قوله : أما حكم الحيض فهو المنع من أربعة أمور : (الأول) كل ما يفتقر الى الطهارة (الثانى) الاعتكاف (الثالث) الصوم (الرابع) الجماع، وهذه العبارة يطلقها للحصر ، وليس حكم الحيض منحصرا فى هذه الأربعة ، بل له أحكام أخر ، منها بطلان الطهارة وامتناع صحتها ووجوب الغسل عند انقطاعه ، اما بالانقطاع واما بخروجه على الخلاف السابق فى باب ما يوجب الغسل ، ومنها حصول الاستبراء والبلوغ به وتحريم الطلاق وسقوط فرض الصلاة ، وعدم انقطاع التتابع فى صوم الكفارة والنذر ، ومنع وجوب طواف الوداع ، ومنها تحريم قراءة القرآن ومن ذلك قوله فى حديث عائشة رضى

الله عنها فى أول الكتاب : « ونال منى ما ينال الرجل من امرأته الا ما تحت الازار » هذه الزيادة غير معروفة فى كتب الحديث المعتمدة وهى موضع الاستدلال • وفى الصحيحين أحاديث تغنى عنه • ومن ذلك قوله فى آخر الباب الثانى فرعان (الأول) المبتدأة اذا رأت خمسة سوادا ثم أطبق الدم على لون واحد ، ففى الشهر الثانى نحيضها خمسة لأن التمييز أثبت لها عادة • هذه العبارة توهم خلاف الصواب ، فمراده أنها رأت خمسة سوادا ثم أطبقت الحمرة الى آخر الشهر ثم رأت الشهر الثانى سوادا مستمرا فترد فى الشهر الثانى الى الخمسة وتثبت العادة فى التمييز بمرة على اختياره ، وقد سبقت المسألة موضحة فى فصل المميزة •

أما اذا رأت خمسة سوادا ثم أطبقت الحمرة فان حيضها خمسة السواد ويكون ما بعده من الحمرة طهرا ، وان استمرت سنة وأكثر كما سبق ، ومن ذلك قوله : لقول حمنة بنت جحش « كنا لا نعتد بالصفرة » والمعروف فى صحيح البخارى وغيره أن هذا من كلام أم عطية ، ومن ذلك قوله فى المتحيرة: ترد الى أول الأهلة فانها مبادىء أحكام الشرع ، هذا مما أنكروه عليه ، فان أحكام الشرع ليست مختصة بأوائل الأهلة • ومن ذلك قوله : انها مأمورة بالاحتياط والأخذ بأسوأ الاحتمالات فى أمور • (الثالث [1]) الاعتداد بثلاثة أشهر ، هذا ما أنكروه عليه ، فان الاعتداد بثلاثة أشهر ليس من أسوا الاحتمالات ، بل الأسوأ صبرها الى سن اليأس ، وهو وجه حكاه هو فى كتاب العدة كما بيناه ، ومن ذلك قوله لأن الانقطاع فى صلاة لا تفسد ما مضى ، كان ينبغى أن يقول : لأن الطرآن ويمكن تكلف وجه لما ذكره • ومن ذلك قوله فى أول الباب الرابع فى الصورة الثالثة : ثم بعده الى آخر التاسع والعشرين يحتمل الحيض ، هكذا وقع فى البسيط والوسيط ، وهو غلط ، وصوابه الى قبيل آخر جزء من الثلاثين • ومن ذلك قوله اذا قالت أضللت خمسة فى شهر فاذا جاء شهر رمضان تصومه كله ثم تقضى خمسة هكذا قال وكذا قاله الفورانى وكأن الغزالى أخذه من كتاب الفورانى على عادته وهو غلط ، وصوابه تقضى ستة لاحتمال الطرآن فى وسط النهار بناء

---

(١) هكذا فى جميع النسخ ولعله (الثانى) لان ما قبلها (الاول) (ط) •

على طريقته ، وطريقة جمهور المتأخرين أنه يفسد على المتحيرة من رمضان ستة عشر يوما ، ومن ذلك قوله فى باب التلفيق : لو حاضت عشرا وطهرت خمس سنين فدورها تسعون يوما لأنه اكتفى به فى عدة الآيسة ، فلو تصور أن يزيد الدور عليه لما اكتفى به ، هذا مما أنكروه عليه ، وكيف يقال لا تتصور الزيادة عليه ، وهو متصور يدرك بالعقل والنقل ، وانما اكتفى به لأنه الغالب، ونحن لا نكتفى فى المتحيرة بالغالب •

ومن ذلك قوله فى المستحاضة الثانية المبتدأة : اذا رأت يوما دما ويوما نقاء وصامت الى خمسة عشر وجاوز دمها ، وفى مردها قولان ، فان ردت الى يوم وليلة فحيضها يوم وليلة ثم لا يلزمها الا قضاء تسعة أيام لأنها صامت سبعة فى أيام النقاء ، ولولا ذلك النقاء لما لزمها الا ستة عشر ، فاذا احتسبنا سبعة منها بقى تسعة هذا مما أنكروا عليه فيه أشياء • قوله : تسعة فى الموضعين ، وصوابه ثمانية ، وقوله ستة عشر ، وصوابه خمسة عشر ، فانها صامت سبعة فالذى بقى ثمانية ، فان الطرآن وسط النهار لا يتصور هنا وقد ذكر المسألة على الصواب صاحب التهذيب وغيره •

ومن ذلك قوله فى المستحاضة : الرابعة الناسية ، فى المتحيرة التى تقطع دمها يوما ويوما أنها على قول السحب اذا أمرناها بالاحتياط حكمها حكم من أطبق الدم عليها وانما تفارقها فى أنا لا نأمرها بتجديد الوضوء فى وقت النقاء ، ولا بتجديد الغسل • هذا مما أنكروه عليه ، فانه يوهم أن المتحيرة عند اطباق الدم مأمورة بتجديد الوضوء ، فان هذه تفارقها فى ذلك ، وليست المتحيرة مأمورة بتجديد الوضوء وانما تؤمر بتجديد الغسل ، فكان ينبغى أن يقول : تفارقها فى الأمر بتجديد الغسل ، وكذلك لا تؤمر بتجديد الوضوء ومن ذلك قوله فى آخر باب النفاس : اذا انقطع دم النفساء فرأت دما ، ثم انقطع خمسة عشر ثم عاد ، فالعائد حيض أو نفاس ؟ فيه وجهان ، فاذا قلنا نفاس ورأينا ترك التلفيق فالأشهر أن مدة النقاء حيض ، وصوابه نفاس كذا قال هنا وفى البسيط ، وكذا قال شيخه فى النهاية : الأشهر أن مدة النقاء حيض وصوابه نفاس • وقد سبق ايضاح هذه المسألة وغيرها مما ذكرناه فى مواضعها والله أعلم بالصواب وله الحمد والمنة وبه التوفيق والعصمة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب ازالة النجاسة

(والنجاسة هى البول والقىء والمذى والودى ومنى غير الآدمى والدم والقيح وماء القروح والعلقة والميتة والخمر والنبيذ والكلب والخنزير وما ولد(١) منهما وما تولد من احدهما ، ولبن ما لا يؤكل غير الآدمى ورطوبة فرج المراة ، وما تنجس بذلك) .

(**الشرح**) فى هذه القطعة مسألتان (احداهما) فى لغات النجاسة وحدها . قال أهل اللغة : النجس هو القذر ، قالوا ويقال شىء نجس ، ونجس بكسر الجيم وفتحها ، والنجاسة الشىء المستقذر ، ونجس الشىء ينجس ، كعلم يعلم . قال صاحب المحكم : النجس ، والنجس ، والنجس ، القذر من كل شىء ، يعنى بكسر النون وفتحها مع اسكان الجيم فيهما ، وبفتحهما جميعا ، قالوا : ورجل نجس ونجس ، يعنى بفتح الجيم وكسرها مع فتح النون فيهما ، الجمع أنجاس ، قال وقيل النجس يكون للواحد والاثنين والجمع والمؤنث بلفظ واحد ، فاذا كسروا النون ثنوا وجمعوا ، وهى النجاسة ، وقد أنجسه ونجسه .

وأما حد النجاسة فى اصطلاح الفقهاء ، فقال المتولى : حدها كل عين حرم تناولها على الاطلاق مع امكان التناول لا لحرمتها . قال وقولنا : على الاطلاق احتراز من السموم التى هى نبات ، فانها لا يحرم تناولها على الاطلاق ، بل يباح القليل منها وانما يحرم الكثير الذى فيه ضرر . قال : وقولنا : مع امكان التناول احتراز من الأشياء الصلبة ، لأنه لا يمكن تناولها ، وقولنا : لا لحرمته احتراز من الآدمى ، وهذا الذى حدد به المتولى ليس محققا فانه يدخل فيه التراب والحشيش المسكر والمخاط والمنى وكلها طاهرة مع أنها محرمة . وفى المنى وجه أنه يحل أكله ، فينبغى أن يضم اليها لا لحرمتها أو استقذارها أو ضررها فى بدن أو عقل والله أعلم .

(الثانية) هذه العبارة التى ذكرها انما يطلقها الفقهاء للحصر ، وهى موضوعة للحصر عند الجمهور من أصحابنا وغيرهم من أهل الأصول

---

(١) فى نسخة المهذب (وما توالد منهما وما توالد من احدهما) (ط) .

والكلام ، واذا علم أنها للحصر فكأنه قال لا نجاسة الا هـذه المذكورات ؛ وهذا الحصر صحيح ، فان قيل : يرد عليه أشياء من النجاسة مختلف فيهـا ، منها شعر ما لا يؤكل اذا انفصل فى حياته فانه نجس على المذهب كما سبق فى باب الآنية • ومنها الجدى اذا ارتضـع كلبة أو خنزيرة فنبت لحمه [1] على لبنها ففى نجاسته وجهان حكاهما صـاحب المستظهرى وغيره أظهرهما أنه طاهر • ومنها الماء الذى ينزل من فم الانسـان فى حال النوم ، فيـه خلاف وتفصيل سنذكره فى مسائل الفرع ان شاء الله تعالى •

فالجواب عن الأول أن شعر ما لا يؤكل اذا انفصل فى حياته يكون ميتة ، فهو داخل فى قوله : والميتة ، فقـد علم أن ما انفصـل من حى فهو ميت ، ولا يحتاج أن يتكلف فيقول ؛ انما لم يذكر الشعر هنـا لأنه ذكره فى باب الآنية ، بل الاعتماد على ما ذكرته • والجواب عن الجدى والمـاء أنه اختار طهارتهما • وأما المنى والمذى والودى فسبق بيـان صفاتها ولغاتهـا فى باب ما يوجب الغسل ، وسبق الغائط فى الاستطابة • والخمر مؤنثة ويقال فيهـا خمرة بالهاء فى لغة قليلة ، وقد غلط من أنكرها على الغزالي رحمه الله ، وقد بينت ذلك فى تهذيب الأسماء واللغـات واختلف أهل العربيـة فى نون خنزير هل هى أصل أم زائدة ؟ والأظهر أنها أصلية كعرنيب • وأما قوله : ورطوبة فرج المرأة كان الأولى أن يحذف المرأة ويقول ورطوبة الفرج ، فان الحكم فى رطوبة فرج المرأة وسائر الحيوانات الطاهرة سواء كما سنوضحه فى موضعه ان شاء الله تعالى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فاما البول فهو نجس لقوله صلى الله عليه وسلم : « تنزهوا من البول فان عامة عذاب القبر منه ») •

(الشرح) هذا الحديث رواه عبد بن حميد ـ شيخ البخارى ومسلم فى مسنده من رواية ابن عبـاس رضى الله عنهما باسناد كلهم عدول ضابطون

---

(1) مقتضى القياس على لحم الجلالة انه لا يؤكل لحمها وقد افتيت بحرمتها لمن سـأل فى اذاعة مصر عن جدى ارضع من كلبة ، ولا شك انه حلال وطاهر عند المالكية .

ودليلى فيه ما ورد فى حـديث الرضـاع (ما أنبت اللحم وانشر العظم) فاذا كانت خمس رضعات تحرمها فكيف بما ورد فى هذا الجدى (ط) .

بشرط الصحيحين الا رجلا واحدا وهو أبو يحيى القتات ، فاختلفوا فيه فجرحه الأكثرون ووثقه يحيى بن معين فى رواية عنه • وقد روى له مسلم فى صحيحه وله متابع على حديثه وشواهد يقتضى مجموعها حسنة وجواز الاحتجاج به ، ورواه الدارقطنى من رواية أنس قال فيها : المحفوظ أنه مرسل وفى المسألة أحاديث صحيحة منها حديث ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم « مر بقبرين فقال : انهما يعذبان وما يعذبان فى كبير ، أما أحدهما فكان لا يستبرىء من البول وأما الآخر فكان يمشى بالنميمة » وروى « يستنزه من البول » وروى « يستتر » حديث صحيح رواه البخارى ومسلم بهذه الألفاظ وعن أنس رضى الله عنه : « أن اعرابيا بال فى ناحية المسجد فأمر النبى صلى الله عليه وسلم بذنوب من ماء فأهريق عليه » رواه البخارى ومسلم ، وعن أبى هريرة مثله رواه البخارى • وقوله : تنزهوا معناه تباعدوا وتحفظوا •

أما حكم المسألة فى الأبوال فهى أربعة أنواع : بول الآدمى الكبير ، وبول الصبى الذى لم يطعم ، وبول الحيوانات المأكولة ، وبول غير المأكول ، وكلها نجسة عندنا وعند جمهور العلماء ، ولكن نذكرها مفصلة لبيان مذاهب العلماء ودلائلها ، فأما بول الآدمى الكبير فنجس باجماع المسلمين ، نقل الاجماع فيه ابن المنذر وأصحابنا وغيرهم ، ودليله الأحاديث السابقة مع الاجماع ، وأما بول الصبى الذى لم يطعم فنجس عندنا وعند العلماء كافة • وحكى العبدرى وصاحب البيان عن داود أنه قال : هو طاهر ، دليلنا عموم الأحاديث والقياس على الكبير ، وثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم نضح ثوبه من بول الصبى وأمر بالنضح منه ، فلو لم يكن نجسا لم ينضح ، وأما بول باقى الحيوانات التى لا يؤكل لحمها فنجس عندنا وعند مالك وأبى حنيفة وأحمد والعلماء كافة ، وحكى الشاشى وغيره عن النخعى طهارته وما أظنه يصح عنه ، وان صح فمردود بما ذكرناه ، وحكى ابن حزم فى كتابه المحلى عن داود أنه قال : الأبوال والأرواث طاهرة من كل حيوان الا الآدمى ، وهذا فى نهاية من الفساد ، وأما بول الحيوانات المأكولة وروثها فنجسان عندنا وعند أبى حنيفة وأبى يوسف وغيرهما ، وقال عطاء والنخعى والزهرى ومالك وسفيان الثورى وزفر وأحمد : بوله وروثه طاهران ، وحكاه صاحب البيان وجها لأصحابنا ،

وحكاه الرافعى عن أبى سعيد الاصطخرى واختاره الرويانى ، وسبقهم باختياره امام الأئمة أبو بكر محمد بن اسحاق بن خزيمة من أصحابنا واختاره فى صحيحه واستدل له ، والمشهور من مذهبنا الجزم بنجاستهما .

وعن الليث بن سعد ومحمد بن الحسن أن بول المأكول طاهر دون روثه ، وقال أبو حنيفة : ذرق الحمام طاهر ، واحتج لمن قال بالطهارة بحديث أنس رضى الله عنه قال : « قدم ناس من عكل أو عرينة فاجتووا المدينة فأمرهم النبى صلى الله عليه وسلم أن يشربوا من أبوال ابل الصدقة وألبانها » رواه البخارى ومسلم وعكل وعرينة بضم العين فيهما وهما قبيلتان . وقوله : اجتووا بالجيم أى استوخموا ، واحتج لهم بحديث يروى عن البراء مرفوعا : « ما أكل لحمه فلا بأس ببوله » وعن جابر مرفوعا مثله .

واحتج أصحابنا بقول الله تعالى : « ويحرم عليهم الخبائث » والعرب تستخبث هذا وباطلاق الأحاديث السابقة ، وبالقياس على ما يؤكل ، وعلى دم المأكول ، والجواب عن حديث أنس أنه كان للتداوى وهو جائز بجميع النجاسات سوى الخمر كما سنقرره بدلائله فى كتاب الأطعمة ان شاء الله تعالى ، وعن حديثى البراء وجابر أنهما ضعيفان واهيان ذكرهما الدارقطنى وضعفهما وبين ضعفهما وروى : (ولا بأس بسؤره) وكلاهما ضعيف والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما الغائط فهو نجس لقوله صلى الله عليه وسلم لعمار رضى الله عنه : « انما تغسل ثوبك من الغائط والبول والمنى (١) [والمذى] والدم والقىء ») .

(الشرح) حديث عمار هذا رواه أبو يعلى الموصلى فى مسنده

---

(١) هذا الحديث قال الدارقطنى بعد ان ساق اسناده الى على بن زيد عن سعيد بن المسيب عن عمار بن ياسر قال : « اتى على رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا على بئر ادلو ماء فى ركوة لى فقال : يا عمار ما تصنع ؟ قلت : يا رسول الله بابى وامى اغسل ثوبى من نخامة اصابته فقال: يا عمار انما يغسل الثوب من خمس من الغائط والبول والقىء والدم والمنى ، يا عمار ما نخامتك ودموع عينيك والماء الذى فى ركوتك الا سواء » لم يروه غير ثابت بن حماد وهو ضعيف جدا وابراهيم وثابت ضعيفان ا هـ وفى التعليق المغنى : والحديث رواه ابن عدى فى الكامل وقال : لا أعلم روى هذا عن على بن زيد غير ثابت بن حماد ، وله احاديث فى اسانيدها الثقات يخالف فيها وهى مناكير ومقبولات ا هـ (ط) .

والدارقطني والبيهقي ، قال البيهقي : هو حديث باطل لا أصل له • وبين ضعفه الدارقطني والبيهقي ويغني عنه الاجماع على نجاسة الغائط ولا فرق بين غائط الصغير والكبير بالاجماع • وينكر على المصنف قوله : (لقوله صلى الله عليه وسلم) فأتى بصيغة الجزم فى حديث باطل ، وقد سبق نظائر هذا الانكار • وسبق فى باب الآنية خلاف لأصحابنا فى أن هذه الفضلات من رسول الله صلى الله عليه وسلم هل كانت نجسة ؟ وسبق بيان حال عمار فى باب السواك والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما سرجين البهائم وذرق الطيور فهو كالغائط فى النجاسة لما روى ابن مسعود رضى الله عنه قال : « اتيت النبى صلى الله عليه وسلم بحجرين وروثة فاخذ الحجرين والقى الروثة وقال : انها ركس » فعلل نجاسته بانه ركس ، والركس الرجيع وهذا رجيع فكان نجسا ، ولأنها خارج من الدبر احالته الطبيعة فكان نجسا كالغائط) •

(الشرح) حديث ابن مسعود رواه البخارى بلفظه ، وقد سبق أن مذهبنا أن جميع الأرواث والذرق والبول نجسة من كل الحيوان ، سواء المأكول وغيره والطير وكذا روث السمك والجراد وما ليس له نفس سائلة كالذباب فروثها وبولها نجسان على المذهب ، وبه قطع العراقيون وجماعات من الخراسانيين • وحكى الخراسانيون وجها ضعيفا فى طهارة روث السمك والجراد وما لا نفس له سائل ، وقد قدمنا وجها عن حكاية صاحب البيان والرافعى أن بول ما يؤكل وروثه طاهران وهو غريب ، وهذا المذكور من نجاسة ذرق الطيور كلها هو مذهبنا ، وقال أبو حنيفة : كلها طاهرة الا ذرق الدجاج لأنه لا نتن الا فى ذرق الدجاج ، ولأنه عام فى المساجد ، ولم يغسله المسلمون كما غسلوا بول الآدمى • واحتج أصحابنا بما ذكره المصنف وأجابوا عن عدم النتن بأنه منتقض ببعر الغزلان ، وعن المساجد بأنه ترك للمشقة فى ازالته مع تجدده فى كل وقت ، وعندى أنه اذا عمت به البلوى وتعذر الاحتراز عنه يعفى عنه وتصح الصلاة كما يعفى عن طين الشوارع وغبار السرجين •

وأما قول المصنف : الركس الرجيع فكذا قاله ، ومن أهل اللغة من يقول:

الركس القذر . وأما قوله : فعلل نجاسته بأنه ركس . فكلام عجيب وصوابه فعلل تركه ، فان قيل : ليس فى الحديث دليل للنجاسة ، وانما فيه ترك الاستنجاء بالروث ولا يلزم من ذلك النجاسة كما لم يلزم من تركه بالعظم والمحترمات . (فالجواب) أن الاعتماد فى الاستدلال على قوله صلى الله عليه وسلم « انها ركس » ولا يجوز أن يحمل على أنه مجرد اخبار بأنهما ركس ورجيع ، فان ذلك اخبار بالمعلوم فيؤدى الحمل عليه الى خلو الكلام عن الفائدة فوجب حمله على ما ذكرناه ، ثم التعليل بأنها ركسٌ يشمل روث المأكول وغيره . وقوله : لأنه خارج من الدبر احتراز من المنى . وقوله : أحالته الطبيعة . احتراز من الدود والحصى وقاسه على الغائط لأنه مجمع عليه . وقد سبق فى أول الكتاب أن السرجين لفظة عجمية ويقال بفتح السين وكسرها ويقال سرقين والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما القىء فهو نجس لحديث عمار ، ولأنه طعام استحال فى الجوف الى النتن والفساد فكان نجسا كالغائط) .

(الشرح) قد سبق قريبا أن حديث عمار باطل لا يحتج به وقوله : استحال فى الجوف احتراز من البيضة اذا صارت دما فانها لا تنجس على أحد الوجهين وقوله : استحال الى النتن والفساد احتراز من المنى . وهذا الذى ذكره من نجاسة القىء متفق عليه سواء فيه قىء الآدمى وغيره من الحيوانات صرح به البغوى وغيره ، وسواء خرج القىء متغيرا أو غير متغير . وقال صاحب التتمة : ان خرج غير متغير فهو طاهر وهذا الذى جزم به المتولى ، هو مذهب مالك نقله البراذعى منهم فى التهذيب والصحيح الأول وبه قطع الجماهير ، والله أعلم .

(فرع) قال أصحابنا الرطوبة التى تخرج من المعدة نجسة . وحكى الشاشى عن أبى حنيفة ومحمد طهارتها دليلنا أنها خارجة من محل النجاسة وسمى جماعة من أصحابنا هذه الرطوبة بالبلغم وليس بصحيح ، فليس البلغم من المعدة والمذهب طهارته وانما قال بنجاسته المزنى وأما النخاعة الخارجة من الصدر فطاهرة كالمخاط .

(فـرع) الماء الذى يسيل من فم الانسان حال النوم ، قال المتولى : ان انفصل متغيرا فنجس والا فطاهر • وقال الشيخ أبو محمـد الجوينى فى كتاب التبصرة فى الوسوسة منه ما يسيل من اللهوات فهو طاهر ومنه مايسيل من المعدة فهو نجس بالاجماع وطريق التميز منها أن يراعى عادته ، فان كان يسيل من فمه فى أوائل نومه بلل وينقطع حتى اذا طال زمان النوم انقطع ذلك البلل وجفت شفته ونشفت الوسادة فالظاهر أنه من الفم لا من المعدة وان طال زمان النوم وأحس مع ذلك بالبلل فالظاهر أنه من المعدة ، واذا أشكل فلم يعرفه فالاحتياط غسله • هذا كلام الشيخ أبى محمد وسألت أنا عدولا من الأطباء فأنكروا كونه من المعدة وأنكروا على من أوجب غسله • والمختار: لا يجب غسله الا اذا عرف أنه من المعدة ، ومتى شك فلا يجب غسـله لكن يستحب احتياطا وحيث حكمنا بنجاسته وعمت بلوى انسان به وكثر فى حقه فالظاهر أنه يعفى عنه فى حقه ويلتحق بدم البراغيث وسلس البول والاستحاضة ونحوها مما عفى عنه للمشقة والله أعلم •

(فـرع) قال أصحابنا : المرة نجسة ، قال الشيخ أبو محمد فى كتابه الفروق فى مسائل المياه المرارة بما فيها من المرة نجسة •

(فـرع) الجرة بكسر الجيم وتشديد الراء ، وهى ما يخرجه البعير من جوفه الى فمه للاجترار قال أصحابنا : هى نجسـة صرح بهـا البغوى وآخرون • ونقل القاضى أبو الطيب اتفاق الأصحاب على نجاستها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما المذى فهو نجس لما روى عن على رضى الله عنه ، قال : « كنت رجلا مذاء فذكرت ذلك لرسـول الله صلى الله عليه وسلم فقـال : اذا رايت المذى فاغسل ذكرك وتوضأ وضوءك للصلاة » ولانه خارج من سبيل الحدث لا يخلق منه طاهر فهو كالبول ، واما الودى فنجس لما ذكرناه من العلة ولانه يخرج مع البول فكان حكمه حكمه) •

(**الشرح**) أجمعت الأمة على نجاسة المذى والودى ثم مذهبنا ومذهب الجمهور أنه يجب غسل المذى ولا يكفى نضحه بغير غسل • وقال أحمد بن حنبل رحمه الله أرجو أن يجزيه النضح ، واحتج له برواية فى صحيح مسلم

فى حديث على : « توضأ وانضح فرجك » ودليلنا رواية : « اغسل » وهى أكثر والقياس على سائر النجاسات . وأما رواية النضح فمحمولة على الغسل وحديث على رضى الله عنه صحيح ، رواه هكذا أبو داود والنسائى وغيرهما بأسانيد صحيحة ورواه البخارى ومسلم عن على أنه أمر المقداد أن يسأل النبى صلى الله عليه وسلم ، وقد سبق ايضاحه والجمع بين الروايات وبين فوائد هذا الحديث فى باب ما يوجب الغسل ، وقول المصنف : « روى عن على » مما ينكر لأنه صيغة تمريض ، والحديث صحيح متفق على صحته ، وقوله : خارج من سبيل الحدث احتراز من المخاط والعرق ونحوهما من الطاهرات وقوله : لا يخلق منه طاهر احتراز من المنى وقوله فى الودى : يخرج مع البول ، الأجود أن يقال عقبه والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما منى الآدمى فطاهر لما روى عن عائشة رضى الله عنها : « انها كانت تحت المنى من ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يصلى » ولو كان نجسا لما انعقدت معه الصلاة ولأنه مبتدأ خلق بشر فكان طاهرا كالطين) .

(الشرح) حديث عائشة صحيح رواه مسلم لكن لفظه : « لقد رأيتنى أفركه من ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم فركا فيصلى فيه » هذا لفظه فى صحيح مسلم وسنن أبى داود وغيره من كتب السنن ، وأما اللفظ الذى ذكره المصنف فغريب . وقوله تحت المنى أى تفركه وتحته وقوله : لأنه مبتدأ خلق بشر احتراز من منى الكلب .

(واما حكم المسالة) فمنى الآدمى طاهر عندنا ، هذا هو الصواب المنصوص للشافعى رحمه الله فى كتبه وبه قطع جماهير الأصحاب وحكى صاحب البيان وبعض الخراسانيين فى نجاسته قولين ، ومنهم من قال : القولان فى منى المرأة فقط ، والصواب الجزم بطهارة منيه ومنيها وسواء المسلم والكافر ، لكن ان قلنا رطوبة فرج المرأة نجسة تنجس منيها بملاقاتها كما لو بال الرجل ولم يغسل ذكره بالماء ثم أمنى فان منيه ينجس بملاقاة المحل النجس واذا حكمنا بطهارة المنى استحب غسله من البدن والثوب للأحاديث الصحيحة فى البخارى ومسلم عن عائشة رضى الله عنها : « أنها كانت تغسل

المنى من ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم » ولأن فيه خروجا من خلاف العلماء فى نجاسته •

(فـرع) قد ذكرنا أن المنى طاهر عندنا ، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء واسحاق بن راهويه وأبو ثور وداود وابن المنذر ، وهو أصح الروايتين عن أحمد • وحكاه العبدرى وغيره عن سعد بن أبى وقاص وابن عمر وعائشة رضى الله عنهم وقال الثورى والأوزاعى ومالك وأبو حنيفة وأصحابه : نجس، لكن عند أبى حنيفة يجزى فركه يابسا ، وأوجب الأوزاعى ومالك غسله يابسا ورطبا ، واحتج لمن قال بنجاسته بحديث عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : « كان يغسل المنى » رواه مسلم • وفى رواية : « كنت أغسله من ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم » رواه البخارى ومسلم • وفى رواية لمسلم أنها قالت لرجل أصاب ثوبه منى فغسله كله : « انما كان يجزيك أن رأيته أن تغسل مكانه ، فان لم تره نضحت حوله ، لقد رأيتنى أفركه من ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم فركا فيصلى فيه » وذكروا أحاديث كثيرة ضعيفة ، منها حديث عن عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يأمر بحت المنى » • قالوا : وقياسا على البول والحيض لأنه يخرج من مخرج البول ، ولأن المذى جزء من المنى لأن الشهوة تحلل كل واحد منهما فاشتركا فى النجاسة • واحتج أصحابنا بحديث فركه ، ولو كان نجسا لم يكف فركه كالدم والمذى وغيرهما ، وهذا القدر كاف ، وهو الذى اعتمدته أنا فى طهارته ، وقد أكثر أصحابنا من الاستدلال بأحاديث ضعيفة ولا حاجة اليها • وعلى هذا انما فركه تنزها واستحبابا وكذا غسله كان للتنزه والاستحباب وهذا الذى ذكرناه متعين أو كالمتعين للجمع بين الأحاديث •

وأما قول عائشة : « انما كان يجزيك » فهو وان كان ظاهره الوجوب فجوابه من وجهين (أحدهما) حمله على الاستحباب ، لأنها احتجت بالفرك ، فلو وجب الغسل لكان كلامها حجة عليها لا لها ، وانما أرادت الانكار عليه فى غسل كل الثوب ، فقالت : (غسل كل الثوب بدعة منكرة ، وانما يجزيك فى تحصيل الأفضل والأكمل كذا وكذا) وذكر أصحابنا أقيسة ومناسبات كثيرة غير طائلة ولا نرتضيها ولا نستحل الاستدلال بها ولا نسمح بتضييع

الوقت فى كتابتها ، وفيما ذكرناه كفاية ، وأجاب أصحابنا عن القيـاس على البول والدم بأن المنى أصل الآدمى المكرم ، فهو بالطين أشبه بخلافهما ، وعن قولهم : يخرج من مخرج البول بالمنـع • قالوا : بل ممرهما مختلف • قال القاضى أبو الطيب : وقد شق [1] ذكر الرجل بالروم فوجد كذلك فلا ننجسه بالشك • قال الشيخ أبو حامد : ولو ثبت أنه يخرج من مخرج البول لم يلزم منه النجاسة ، لأن ملاقاة النجاسة فى الباطن لا تؤثر ، وانما تؤثر ملاقاتها فى الظاهر ، وعن قولهم المذى جزء من المنى بالمنع أيضا • قالوا : بل هو مخالف له فى الاسم والخلقة وكيفيـة الخروج ، لأن النفس والذكر يفتران بخروج المنى ، وأما المذى فعكسه ، ولهذا من به سلس المذى لا يخرج معه شىء من المنى ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما منى غير الآدمى ففيه ثلاثة اوجه (احدها) الجميـع طاهر الا منى الكلب والخنزير لأنه خارج من حيوان طاهر يخلق منه مثل اصله فكان طاهرا ، كالبيض ومنى الآدمى (والثانى) الجميـع نجس لأنه من فضـول الطعـام المستحيل ، وانما حكم بطهارته من الآدمى لحرمته وكرامته ، وهذا لا يوجد فى غيره (والثالث) ما أكل لحمه فمنيه طاهر كلبنه ، وما لا يؤكل لحمه فمنيـه نجس كلبنه) •

(**الشرح**) هذه الأوجه مشهورة ودلائلها ظاهرة ، والأصح طهـارة الجميع غير الكلب والخنزير وفرع أحدهما ، وممن صرح بتصحيحه الشيخ أبو حامد والبندنيجى وابن الصباغ والشاشى وغيرهم • وأشار المصنف فى التنبيه الى ترجيحه وصحح الرافعى النجاسة مطلقا ، والمذهب الأول • أما منى الكلب والخنزير وما تولد من أحدهما ، فانه نجس بلا خلاف ، كما صرح به المصنف •

(**فـرع**) البيض من مأكول اللحم طاهر بالاجماع ، ومن غيره فيـه وجهان كمنيه الأصح الطهارة • وقد أشار المصنف فى تعليله الوجه الأول الى القطع بهذا قال أصحابنا : ويجرى الوجهان فى بزر القز لأنه أصـل الدود كالبيض • وأما دود القز فطـاهر بلا خلاف ، وثبت فى صحيح مسـلم عن

---

(١) هذه اول اشارة الى عملية تشريحية ينبنى عليها حكم شرعى فى الكتاب (ط) •

أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه أن رسـول الله صلى الله عليه وسلم قال : « المسك أطيب الطيب » وفى الصحيحين أن وبيص الطيب كان يرى من مفارق رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى فأرة المسك المنفصلة فى حال حياة الظبية وجهان . (أصحهما) الطهارة كالجنين (والثانى) النجاسة كسائر الفضلات والأجزاء المنفصلة فى الحياة فان انفصلت بعد موتها فنجسـة على المذهب كاللبن ، وقيل طاهرة كالبيض المتصلب ، حكاه الرافعى .

(فـرع) البيضة الطـاهرة اذا استحالت دما ففى نجاستها وجهـان (الأصح) النجاسة كسـائر الدماء (والثانى) الطهـارة كاللحم وغيره من الأطعمة اذا تغيرت ، ولو صارت مدرة وهى التى اختلط بياضـها بصفرتها فطاهر بلا خلاف ، صرح به صاحب التتمة وغيره ، وكذا اللحم اذا خنز وأنتن فطاهر على المذهب ، وفيه وجه أنه نجس ، حكاه الشاشى وصاحب البيان فى باب الأطعمة ، وهو شاذ ضعيف جدا .

(فـرع) هل يحل أكل المنى الطاهر ؟ فيه وجهان ؟ الصحيح المشهور أنه لا يحل لأنه مستخبث قال تعالى : (ويحرم عليهم الخبائث [1]) والثـانى يجوز ، وهو قول الشيخ أبى زيد المروزى لأنه طاهر لا ضرر فيه . وسنبسط الكلام فيه وفى المخاط وأشباهه فى كتاب الأطعمة ان شاء الله تعالى . واذا قلنا بطهارة بيض ما لا يؤكل لحمه جاز أكله بلا خلاف لأنه غير مستقذر ، وهل يجب غسل ظاهر البيض اذا وقع على موضـع طاهر ؟ فيه وجهان حكاهما البغوى وصاحب البيان وغيرهما بناء عن أن رطوبة الفرج طاهرة أم نجسة ، وقطع ابن الصباغ فى فتاويه بأنه لا يجب غسله ، وقال : الولد اذا خرج طاهر لا يجب غسله باجماع المسلمين وكذا البيض ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما الدم فنجس لحديث عمار رضى الله عنه ، وفى دم السمك وجهـان (احدهما) نجس كغيره (والثانى) طاهر ، لانه ليس باكثر من الميتة ، وميتة السمك طاهرة فكذا دمه) .

(الشرح) أما حديث عمار فضعيف سبق بيان ضعفه ، ويغنى عنـه

---

(١) من الآية ١٥٧ من سورة الأعراف .

حديث عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال للمستحاضة : « اذا أقبلت الحيضة فدعى الصلاة ، واذا أدبرت فاغسلى عنك الدم وصلى » رواه البخارى ومسلم • وعن أسماء رضى الله عنها قالت : « جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : احدانا يصيب ثوبها من دم الحيض كيف تصنع به ؟ قال تحته ثم تقرصه بالماء ثم تنضحه ثم تصلى فيه » رواه البخارى ومسلم • والدلائل على نجاسة الدم متظاهرة ، ولا أعلم فيه خلافا عن أحد من المسلمين الا ما حكاه صاحب الحاوى عن بعض المتكلمين أنه قال : هو طاهر ، ولكن المتكلمين لا يعتد بهم فى الاجماع والخلاف ، على المذهب الصحيح الذى عليه جمهور أهل الأصول من أصحابنا وغيرهم لاسيما فى المسائل الفقهيات ، وأما الوجهان فى دم السمك فمشهوران ونقلهما الأصحاب أيضا فى دم الجراد ونقلهما الرافعى أيضا فى الدم المتحلب من الكبد والطحال ، والأصح فى الجميع النجاسة • وممن قال بنجاسة دم السمك مالك وأحمد وداود • وقال أبو حنيفة : طاهر • وأما دم القمل والبراغيث والقراد والبق ونحوهما مما ليس له نفس سائلة فنجسة عندنا كغيرها من الدماء ، لكن يعفى عنها فى الثوب والبدن للحاجة • كما سنوضحه ان شاء الله تعالى • وممن قال بنجاسة هذه الدماء مالك • وقال أبو حنيفة : هى طاهرة ، وهى أصح الروايتين عن أحمد ، وأما قول المصنف لأنه ليس بأكثر من الميتة فكلام ناقص لأنه ينتقض بدم الآدمى ، فانه نجس مع أن ميتته طاهرة على المذهب ، فينبغى أن يزاد فيقال ميتته طاهرة مأكولة •

(فرع) مما تعم به البلوى الدم الباقى على اللحم وعظامه ، وقل من تعرض له من أصحابنا ، فقد ذكره أبو اسحاق الثعلبى المفسر من أصحابنا ، ونقل عن جماعة كثيرة من التابعين أنه لا بأس به ، ودليله المشقة فى الاحتراز منه • وصرح أحمد وأصحابه بأن ما يبقى من الدم فى اللحم معفو عنه ولو غلبت حمرة الدم فى القدر لعسر الاحتراز منه ، وحكوه عن عائشة وعكرمة والثورى وابن عيينة وأبى يوسف وأحمد واسحاق وغيرهم ، واحتجت عائشة والمذكورون بقوله تعالى : (الا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا [1]) قالوا : فلم ينه عن كل دم بل عن المسفوح خاصة وهو السائل •

---

(١) من الآية ١٤٥ من سورة الأنعام .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما القيح فهو نجس لانه دم استحال الى نتن ، فاذا كان الدم نجسا فالقيح اولى . واما ماء القروح فان كان له رائحة فهو نجس كالقيح وان لم يكن له رائحة فهو طاهر ، كرطوبة البدن ، ومن اصحابنا من قال : فيه قولان (احدهما) طاهر كالعرق (والثانى) نجس لانه تحلل بعلة فهو كالقيح) .

(الشرح) القيح نجس بلا خلاف وكذا ماء القروح المتغير نجس بالاتفاق . وأما غير المتغير فطاهر على المذهب ، وبه قطع القاضى أبو الطيب والشيخ أبو حامد وآخرون ونقله أبو حامد عن نصه فى الاملاء ، وقيل : فى نجاسته قولان ، وقد ذكر المصنف دليل الجميع ، وقوله : تحلل بعلة ، احتراز من الدمع والعرق . وأما قوله : كرطوبات البدن ، فمعناه أنها طاهرة بالاتفاق، وهو كما قال : وقد ضبط الغزالى وتابعه [1] الرافعى وغيره هذا بعبارة وجيزة، فقال : ما ينفصل من باطن الحيوان قسمان . (أحدهما) ما ليس له اجتماع واستحالة فى الباطن ، وانما يرشح رشحا . (والثانى) ما يستحيل ويجتمع فى الباطن ثم يخرج . فالأول كالدمع واللعاب والعرق والمخاط وحكمه حكم الحيوان المنفصل منه ان كان نجسا ، وهو الكلب والخنزير ، وفرع أحدهما فهو نجس أيضا ، وان كان طاهرا وهو سائر الحيوانات فهو طاهر بلا خلاف. وأما الثانى فكالدم والبول والعذرة والروث والقىء والقيح وكله نجس ، ويستثنى اللبن والمنى والعلقة على تفصيل فى ذلك .

واعلم أنه لا فرق فى العرق واللعاب والمخاط والدمع بين الجنب والحائض والطاهر والمسلم والكافر والبغل والحمار والفرس والفأرة وجميع السباع والحشرات ، بل هى طاهرة من جميعها ومن كل حيوان طاهر ، وهو ما سوى الكلب والخنزير وفرع أحدهما ، ولا كراهة فى شىء من ذلك عندنا ، وكذا لا كراهة فى سؤر شىء منها وهو بقية ما شربت منه ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما العلقة ففيها وجهان ، قال ابو اسحاق : هى نجسة لانه دم خارج من الرحم فهو كالحيض ، وقال ابو بكر الصيرفى : هى طاهرة لانه دم غير مسفوح ، فهو كالكبد والطحال) .

---

(١) بكسر الباء الموحدة .

(**الشرح**) العلقة هى المنى اذا استحال فى الرحم فصار دما عبيطا ؛ فاذا استحال بعده فصار قطعة لحم فهو مضغة ، وهذان الوجهان فى العلقة مشهوران ، ودليلهما ما ذكره المصنف ؛ أصحهما الطهارة ، ونقله الشيخ أبو حامد عن الصيرفى وعامة الأصحاب ، وصرح بتصحيحه الشيخ أبو حامد والمحاملى والرافعى فى المحرر وآخرون ، وأما المضغة فالمذهب القطع بطهارتها كالولد ، وبهذا قطع الأكثرون ونقل القاضى حسين وصاحب العدة والبيان فيها وجهين ؛ وكذا وقع فى كثير من نسخ الوسيط وأنكروه عليه ، ولا يصح انكار من أنكر ذلك ، ونسبته الى الانفراد بنقل وجه فى نجاسة المضغة ، فان الوجه نقله غيره ممن ذكرناه .

وقوله : مسفوح أى سائل ، وقوله : كالكبد هى بفتح الكاف وكسر الباء ، ويجوز اسكان الباء مع فتح الكاف وكسرها كما سبق فى نظائرها ، والطحال بكسر الطاء ، وانما قاس على الكبد والطحال لأنهما طاهران بالاجماع ، والأحاديث الصحيحة مشهورة فى أن النبى صلى الله عليه وسلم أكل الكبد ؛ وللحديث الصحيح عن ابن عمر رضى الله عنهما قال : « أحلت لنا ميتتان ودمان ؛ فالميتتان : السمك والجراد ؛ والدمان الكبد والطحال » قال البيهقى : روى هكذا عن ابن عمر ؛ وروى عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال ولكن الرواية الأولى هى الصحيحة وهى فى معنى المرفوع (قلت) ويحصل الاستدلال بها لأنها مرفوعة أيضا ، فانها كقول الصحابى : أمرنا بكذا ونهينا عن كذا ؛ وهذا عند أصحابنا وعند المحدثين وجمهور الأصوليين والفقهاء فى حكم المرفوع الى رسول الله صلى الله عليه وسلم صريحا كما سبق بيانه فى مقدمة الكتاب وأما أبو بكر الصيرفى فهذا أول موضع جرى فيه ذكره فى الكتاب وهو أبو بكر محمد بن عبد الله كان اماما بارعا متقنا صاحب مصنفات كثيرة فى الأصول وغيره . قال الخطيب البغدادى : توفى لثمان بقين من شهر ربيع الأول سنة ثلاثين وثلاثمائة رحمه الله .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما الميتة من غير السمك والجراد والآدمى فهى نجسة لانه محرم الاكل من غير ضرر ، فكان نجسا كالدم ، واما السمك والجراد فهما طاهران لانه يحل اكلهما ، ولو كانا نجسين لم يحل [اكلهما] . واما الآدمى ففيه قولان

(احدهما) انه نجس لانه ميت لا يحل اكله فكان نجسا كسائر الميتات (والثانى) انه طاهر لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تنجسوا موتاكم فان المؤمن لا ينجس حيا ولا ميتا » ولأنه لو كان نجسا لما غسل كسائر الميتات) .

(الشرح) أما الحديث فرواه الحاكم أبو عبد الله وصاحبه البيهقى عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم قال الحاكم فى آخر كتاب المستدرك على الصحيحين : هذا حديث صحيح على شرط البخارى ومسلم قال البيهقى: وروى موقوفا على ابن عباس من قوله وكذا ذكره البخارى فى صحيحه فى كتاب الجنائز تعليقا عن ابن عباس : « المسلم لا ينجس حيا ولا ميتا » ورواية المرفوع مقدمة لأن فيها زيادة علم كما سبق تقريره فى مقدمة الكتاب . وقد ثبت فى الصحيحين عن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ان المؤمن لا ينجس » وهذا عام يتناول الحياة والموت .

(اما حكم المسألة) فالسمك والجراد اذا ماتا طاهران بالنصوص والاجماع قال الله تعالى : « أحل لكم صيد البحر [1] وطعامه » وقال تعالى : « وهو الذى [2] سخر لكم البحر لتأكلوا منه لحما طريا » وثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال فى البحر : « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » وقد سبق بيانه وفوائده فى أول الكتاب وعن عبد الله بن أبى أوفى رضى الله عنه قال : « غزونا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم سبع غزوات نأكل معه الجراد » رواه البخارى ومسلم ، وسواء عندنا الذى مات بالاصطياد أو حتف نفسه والطافى من السمك وغير الطافى وسواء قطع رأس الجرادة أم لا وكذا باقى ميتات البحر اذا قلنا بالأصح : ان الجميع حلال فميتتها طاهرة وسيأتى تفصيلها فى بابها ان شاء الله تعالى .

وأما الآدمى هل ينجس بالموت أم لا ؟ فيه هذان القولان الصحيح منهما أنه لا ينجس اتفق الأصحاب على تصحيحه ودليله الأحاديث السابقة والمعنى الذى ذكره ، وعجب ارسال المصنف القولين من غير بيان الراجح منهما فى مثل هذه المسألة التى تدعو الحاجة اليها ، وقد ذكر البندنيجى فى كتاب الجنائز

---

(١) الآية ٩٦ من سورة المائدة .

(٢) الآية ١٢ من سورة النحل .

وصاحب الشامل فى باب الآنية أن القول بالطهارة هو نصه فى الأم وبالنجاسة هو نصه فى البويطى ، وسواء فى جريان القولين المسلم والكافر . وأما قوله تعالى : « انما المشركون نجس » فليس المراد نجاسة الأعيان والأبدان بل نجاسة المعنى والاعتقاد ولهذا ربط النبى صلى الله عليه وسلم الأسير الكافر فى المسجد وقد أباح الله تعالى طعام أهل الكتاب والله أعلم .

وأما باقى الميتات فنجسة ودليلها الاجماع ، واستثنى صاحب الحاوى وغيره فقالوا : الميتات نجسة الا خمسة أنواع : السمك والجراد والآدمى والصيد اذا قتله سهم أو كلب معلم أرسله أهل للذكاة ، والجنين اذا خرج ميتا بعد ذكاة أمه وزاد القفال فحكم بطهارة ما ليس له نفس سائلة فى قول كما حكيناه عنه فى باب المياه وحكى صاحب الحاوى والشاشى عنه وجهين فى نجاسة الضفدع بالموت ولا يرد شىء من هذا على المصنف . أما الصيد والجنين فليسا منه بل جعل الشرع هذا ذكاتهما ولهذا قال النبى صلى الله عليه وسلم فى الحديث الصحيح « ذكاة الجنين ذكاة أمه » فصرح بأنه مذكى شرعا وان لم تنله السكين مباشرة ، وأما ما زاده القفال وصاحب الحاوى فضعيف انفردا به عن الجمهور والصحيح النجاسة كما أوضحناه هناك وبالله التوفيق.

وأما قول المصنف : يحرم الأكل من غير ضرر وكان نجسا . فينتقض بالمخاط والمنى وجلد الميتة اذا دبغ فانها محرمة الأكل على الأصح من غير ضرر وليست نجسة ، فكان ينبغى أن يقول : من غير ضرر ولا استقذار وقوله فى السمك والجراد : يحل أكلها يعنى من غير ضرورة ولا حاجة والا فالميتة يحل أكلها فى المخمصة ، ويحل أكل الدواء النجس للحاجة وان لم يكن ضرورة ، والله أعلم .

(فرع) العضو المنفصل من حيوان حى كألية الشاة وسنام البعير وذنب البقرة والأذن واليد وغير ذلك نجس بالاجماع ومما يستدل به من السنة حديث أبى واقد الليثى رضى الله عنه قال : قدم النبى صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يجبون أسنمة الابل ويقطعون أليات الغنم فقال : « ما تقطع من البهيمة وهى حية فهو ميتة » رواه أبو داود والترمذى وغيرهما ، وهذا لفظ الترمذى ، قال الترمذى : حديث حسن قال : والعمل على هذا عند أهل

العلم • وأما العضو المبان من السمك والجراد والآدمى كيده ورجله وظفره ومشيمة الآدمى ففيها كلها وجهـان أصحهما طهارتها ، وهو الذى صححه الخراسانيون كميتاتها • والثانى : نجاستها وانمـا يحكم بطهـارة الجملة لحرمتها • وبهذا قطع العراقيون أو جمهورهم فى يد الآدمى وسائر أعضـائه وتكرر نقل القاضى أبى الطيب الاتفاق على نجاسة يد السارق وغيره اذا قطعت أو سقطت ، ونقل القاضى أيضا الاتفاق على نجاسة مشيمة الآدمى ، والصحيح الطهارة كما ذكرناه ، وأما مشـيمة الآدمى فنجسـة بلا خلاف كما فى سائر أجزائه المنفصلة فى حياته والله أعلم •

(**فـرع**) عصب الميتة غير الآدمى نجس بلا خلاف ، ولا يخرج على الخلاف فى الشـعر والعظم لأنه يحس ويألم بخلافهمـا ذكره المتولى وغيره والله أعلم •

(**فـرع**) فى مذاهب العلماء فى نجاسة الآدمى بالموت ، قد ذكرنا أن الأصح عندنا أنه لا ينجس ، وبه قال مالك وأحمـد وداود وغيرهم ، وقال أبو حنيفة : ينجس وروى عنه أنه يطهر بالغسل ، وعن مالك وأحمـد رواية بنجاسته •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وأما الخمر فهى نجسة لقوله عز وجل « انما الخمر والميسر والأنصـاب والأزلام رجس من عمل الشيطان (١) [فاجتنبوه لعلكم تفلحون] » ولأنه يحرم تناوله من غير ضرورة فكان نجسا كالدم ، وأما النبيذ فهو نجس لأنه شراب فيه شدة مطربة فكان نجسا كالخمر) •

(**الشرح**) الخمر نجسة عندنا وعند مالك وأبى حنيفة وأحمد وسائر العلماء الا ما حكاه القاضى أبو الطيب وغيره عن ربيعـة شيخ مالك وداود أنهما قالا : هى طاهرة وان كانت محرمة كالسم الذى هو نبات وكالحشيش المسكر ، ونقل الشيخ أبو حامد الاجماع على نجاستها ، واحتج أصـحابنـا بالآية الكريمة ، قالوا : ولا يضر قرن الميسر والأنصاب والأزلام بها مع أن هذه الأشياء طاهرة لأن هـذه الثلاثة خرجت بالاجمـاع فبقيت الخمر على

---

(١) الآية ٩٠ من سورة المائدة وما بين المعقوفين من المتوكلية (ط) •

مقتضى الكلام ، ولا يظهر من الآية دلالة ظاهرة لأن الرجس عند أهل اللغة القذر ولا يلزم من ذلك النجاسة ، وكذا الأمر بالاجتناب لا يلزم منه النجاسة وقول المصنف : ولأنه يحرم تناوله من غير ضرر فكان نجسا كالدم لا دلالة فيه لوجهين . (أحدهما) أنه منتقض بالمنى والمخاط وغيرهما كما ذكرنا قريبا . (والثانى) أن العلة فى منع تناولهما مختلفة فلا يصح القيـاس لأن المنع من الدم لكونه مستخبثا ، والمنع من الخمر لكونها سـببا للعداوة والبغضـاء وتصد عن ذكر الله وعن الصلاة كما صرحت به الآية الكريمة ، وأقرب ما يقال ما ذكره الغزالى أنه يحكم بنجاستها تغليظا وزجرا عنها قياسا على الكلب وما ولغ فيه والله أعلم .

واعلم أنه لا فرق فى نجاسة الخمر بين الخمر المحترمة وغيرها ، وكذا لو استحال باطن حبات العنب خمرا فانه نجس ، وحكى امام الحرمين والغزالى وغيرهما وجها ضعيفا أن الخمر المحترمة طاهرة ووجها أن باطن حبات العنب المستحيل طاهرة ، وهما شاذان والصواب النجاسة .

وأما النبيذ فقسمان مسكر وغيره ، فالمسكر نجس عندنا وعند جمهور العلماء وشربه حرام وله حكم الخمر فى التنجيس والتحريم ووجوب الحد ، وقال أبو حنيفة وطائفة قليلة : هو طاهر ويحل شربه ، وفى رواية عنـه يجوز الوضوء به فى السفر ، وقد سبق فى باب المياه بيان مذهبنا ومذهبه والدلائل من الطرفين مستقصاة ، وقد ثبتت الأحاديث الصحيحة الذى يقتضى مجموعها الاستفاضة أو التواتر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « كل مسكر خمر وكل مسكر حرام » وهذه الألفاظ مروية فى الصحيحين من طرق كثيرة وحكى صاحب البيان وجها أن النبيـذ المسكر طاهر لاختلاف العلمـاء فى اباحته ، وهذا الوجه شاذ فى المذهب وليس هو بشىء . وأما القسم الثانى من النبيذ فهو ما لم يشتد ولم يصر مسكرا ، وذلك كالماء الذى وضع فيـه حبات تمر أو زبيب أو مشمش أو عسل أو نحوها فصار حلوا ، وهذا القسم طاهر بالاجماع يجوز شربه وبيعـه ، وسائر التصرفات فيه ، وقد تظـاهرت الأحاديث فى الصحيحين من طرق متكاثرة على طهارته وجواز شربه . ثم ان مذهبنا ومذهب الجمهور جواز شربه ما لم يصر مسكرا وان جاوز ثلاثة أيام ، وقال أحمد رحمه الله : لا يجوز بعد ثلاثة أيام .

واحتج له بحديث ابن عباس رضى الله عنهما قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينبذ له من أول الليل فيشربه اذا أصبح يومه ذلك والليلة التى تجىء والغد والليلة الأخرى والغد الى العصر فان بقى شىء سقى الخادم أو أمر به فصب » رواه مسلم وفى رواية لمسلم وغيره كان رسول الله صلى الله عليه وسلم « ينقع له الزبيب فيشربه اليوم والغد وبعد الغد الى مساء الثالثة ، ثم يأمر به فيسقى أو يهراق » وفى رواية لمسلم « ينبذ له الزبيب فى السقاء فيشربه يومه والغد وبعد الغد فاذا كان مساء الثالثة شربه وسقاه فان فضل شىء أهراقه » . ودليلنا حديث بريدة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « كنت نهيتكم عن الانتباذ الا فى سقاء فانتبذوا فى كل وعاء ولا تشربوا مسكرا » رواه مسلم ، فهذا عام يتناول ما فوق ثلاثة أيام ولم يثبت نهى فى الزيادة فوجب القول باباحة ما لم يصر مسكرا وان زاد على الثلاثة ، والجواب عن الروايات التى احتج بها لأحمد أنه ليس فيها دليل على تحريم بعد الثلاثة بل فيها دليل على أنه ليس بحرام بعد ثلاثة لأنه « كان يسقيه الخادم » ولو كان حراما لم يسقه ، وانما معنى الحديث أنه صلى الله عليه وسلم كان يشربه ما لم يصر مسكرا فاذا مضت ثلاثة أيام أو نحوها امتنع من شربه ثم ان كان بعد ذلك قد صار مسكرا أمر باراقته لأنه صار نجسا محرما ولا يسقيه الخادم لأنه حرام على الخادم كما هو حرام على غيره ، وان كان لم يصر مسكرا سقاه الخادم ولا يريقه لأنه حلال ومال من الأموال المحترمة ولا يجوز اضاعتها وانما ترك صلى الله عليه وسلم شربه والحالة هذه تنزها واحتياطا كما ترك رسول الله (صلى الله عليه وسلم) أكل الضب وأكلوه بحضرته ، وقيل له : « أحرام هو ؟ » قال : « لا ولكن لم يكن بأرض قومى فأجدنى أعافه » . وقد حصل مما ذكرناه أن لفظة : أو ، فى قوله : سقاه الخادم أو أمر به فصب ، ليست للشك ولا للتخيير بل للتقسيم واختلاف الحال وقد أوضحت هذا الحديث وما يتعلق بالمسألة فى شرح صحيح مسلم رحمه الله وبالله التوفيق .

(**فرع**) مذهبنا ومذهب الجمهور أنه يجوز الانتباذ فى جميع الأوعية من الخزف والخشب والجلود والدباء (وهى القرع) والمزفت والنحاس وغيرها ، ويجوز شربه منها ما لم يصر مسكرا كما سبق . وأما الأحاديث

المشهورة فى الصحيحين عن ابن عباس وغيره رضى الله عنهم أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن الانتباذ فى الدباء والحنتم » وهى جرار خضر وقيل كل الجرار ، والنقير وهى الخشبة المنقورة من النخل والمزفت والمقير وهو المطلى بالزفت والقار فهى المنسوخة بحديث بريدة الذى قدمناه قريبا ، وقد بسطت ذلك بدلائله فى أول شرح صحيح البخارى ، ثم فى شرح مسلم وبالله التوفيق •

(فرع) شرب الخليطين والمنصف اذا لم يصر مسكرا ليس بحرام لكن يكره ، فالخليطان ما نقع من بسر أو رطب أو تمر أو زبيب ، والمنصف ما نقع من تمر ورطب وسبب الكراهة أن الاسكار يسرع اليه بسبب الخلط قبل أن يتغير طعمه فيظن الشارب أنه ليس مسكرا وهو مسكر ، ودليل الكراهة حديث جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى أن يخلط الزبيب والتمر ، والبسر والتمر » وفى رواية أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى أن ينبذ التمر والزبيب جميعا ، ونهى أن ينبذ الرطب والبسر جميعا » وفى رواية : « لا تجمعوا بين الرطب والبسر ، وبين الزبيب والتمر نبيذا » • وعن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من شرب النبيذ منكم فليشربه زبيبا فردا أو تمرا فردا أو بسرا فردا » • وعن قتادة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تنبذوا الزهو والرطب جميعا ، ولا تنبذوا الزبيب والتمر جميعا ، وانتبذوا كل واحد منهما على حدته » • وعن ابن عمر وابن عباس وأبى هريرة رضى الله عنهم عن النبى صلى الله عليه وسلم نحوه وروى هذه الروايات كلها مسلم وروى البخارى وغيره بعضها أيضا والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما الكلب فهو نجس لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم « دعى الى دار فاجاب ودعى الى دار فلم يجب فقيل له فى ذلك ، فقال : ان فى دار فلان كلبا ، فقيل له : وفى دار فلان هرة فقال : الهرة ليست بنجسة » فدل على ان الكلب نجس).

(الشرح) [1] مذهبنا أن الكلاب كلها نجسة المعلم وغيره الصغير والكبير ، وبه قال الأوزاعى وأبو حنيفة وأحمد واسحاق وأبو ثور وأبو عبيد ، وقال الزهرى ومالك وداود : هو طاهر وانما يجب غسل الاناء من ولوغه تعبدا ، وحكى هذا عن الحسن البصرى وعروة بن الزبير واحتج لهم بقول الله تعالى : « فكلوا مما أمسكن عليكم[2] » ولم يذكر غسل موضع امساكها ، وبحديث ابن عمر رضى الله عنهما قال : « كانت الكلاب تقبل وتدبر فى المسجد فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يكونوا يرشون شيئا من ذلك » ذكره البخارى فى صحيحه فقال : وقال أحمد بن شبيب حدثنا أبى الى آخر الاسناد والمتن ، وأحمد هذا شيخه ، ومثل هذه العبارة محمول على الاتصال وأن البخارى رواه عنه كما هو معروف عند أهل هذا الفن ، وذلك واضح فى علوم الحديث • وروى البيهقى وغيره هذا الحديث متصلا وقال فيه : « وكانت الكلاب تقبل وتدبر فى المسجد فلم يكونوا يرشون شيئا من ذلك » واحتج أصحابنا بحديث أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « اذا ولغ الكلب فى اناء أحدكم فليرقه ثم ليغسله سبع مرات » رواه مسلم • وعن أبى هريرة أيضا قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « طهور اناء أحدكم اذا ولغ فيه الكلب أن يغسله سبع مرات

---

(١) حديث (دعى الى دار) لم يلتفت اليه الشارح رحمه الله تعالى وبيض مكانه ولكن الحافظ فى التلخيص الحبير قال بعد أن ساق الخبر : (ولم أجده بهذا السياق ولهذا بيض له النووى فى شرحه ولكن رواه احمد والدارقطنى والحاكم والبيهقى من حديث عيسى بن المسيب عن أبى زرعة عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يأتى دار قوم من الانصار ودونهم دار لا يأتيها فشق ذلك عليهم فقالوا : يا رسول الله تأتى دار فلان ولا تأتى دارنا فقال النبى صلى الله عليه وسلم : ان فى داركم كلبا فقالوا : فان فى دارهم سنورا . فقال النبى صلى الله عليه وسلم : السنور سبع) وقال ابن أبى حاتم فى العلل : سألت أبا زرعة عنه فقال : لم يرفعه أبو نعيم وهو أصح ، وعيسى ليس بالقوى . قال العقيلى : لايتابعه على هذا الحديث الا من هو مثله أو دونه ، وقال ابن حبان : خرج عن حد الاحتجاج به وقال ابن عدى : هذا لايرويه غير عيسى ، وهو صالح فيما يرويه . ولما ذكره الحاكم قال : هذا الحديث صحيح تفرد به عيسى عن أبى زرعة وهو صدوق لم يجرح قط . كذا قال وقد ضعفه أبو حاتم الرازى وأبو داود وغيرهم ، وقال ابن الجوزى : لا يصح ، وقال ابن العربى ليس معناه أن الكلب نجس بل معناه أن الهر سبع لينتفع به بخلاف الكلب فلا منفعة فيه . كذا قال وفيه نظر لا يخفى على المتأمل . قلت : وروى ابن خزيمة فى صحيحه والحاكم من طريق منصور ابن صفية عن أمه عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : انها ليست بنجس هى كبعض أهل البيت ـ يعنى الهرة . لفظ ابن خزيمة والدارقطنى ا هـ جـ ١ ص ٢٥ طبعة اليمانى المدنى (ط) .

(٢) الآية ٤ من سورة المائدة .

أولاهن بالتراب » رواه مسلم وفى رواية له : « طهر اناء أحدكم اذا ولغ الكلب فيه أن يغسل سبع مرات » والدلالة من الحديث الأول ظاهرة لأنه لو لم يكن نجسا لما أمر باراقته لأنه يكون حينئذ اتلاف مال وقد نهينا عن اضاعة المال ، والدلالة من الحديث الثانى ظاهرة أيضا فان الطهارة تكون من حدث أو نجس وقد تعذر الحمل هنا على طهارة الحدث فتعينت طهارة النجس وأجاب أصحابنا عن احتجاجهم بالآية بأن لنا خلافا معروفا فى أنه يجب غسل ما أصابه الكلب أم لا ؟ فان لم نوجبه فهو معفو للحاجة والمشقة فى غسله بخلاف الاناء وأما الجواب عن حديث ابن عمر فقال البيهقى مجيبا عنه أجمع المسلمون على نجاسة بول الكلب ووجوب الرش على بول الصبى فالكلب أولى قال : فكان حديث ابن عمر قبل الأمر بالغسل من ولوغ الكلب أو أن بولها خفى مكانه فمن تيقنه لزمه غسله والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما الخنزير (١) فنجس لانه اسوأ حالا من الكلب لانه مندوب الى قتله من غير ضرر فيه ومنصوص على تحريمه فاذا كان الكلب نجسا فالخنزير اولى ، واما ماتولد منهما أو من أحدهما(٢) فنجس لأنه مخلوق من نجس فكان مثله).

(الشرح) نقل ابن المنذر فى كتاب الاجماع اجماع العلماء على نجاسة الخنزير وهو أولى ما يحتج به لو ثبت الاجماع ، ولكن مذهب مالك طهارة الخنزير ما دام حيا وأما ما احتج به المصنف فكذا احتج به غيره ولا دلالة فيه وليس لنا دليل واضح على نجاسة الخنزير فى حياته ، وقوله : مندوب الى قتله من غير ضرر فيه احتراز من الحية والعقرب والحدأة وسائر الفواسق الخمس وما فى معناها فانها طاهرة وان كان مندوبا الى قتلها لكن لضررها ، وأما قوله : ان المتولد منهما أو من أحدهما حيوان طاهر من نجس ، فهو متفق عليه عندنا . ولو ارتضع جدى من كلبة ونبت لحمه على لبنها ففى نجاسته وجهان أصحهما ليس بنجس [٣] وقد سبقا فى أول الباب ، وقوله : لأنه مخلوق من نجس فكان مثله ينقض بالدود المتولد من الميتة ومن السرجين

---

(١) و (٢) فى بعض نسخ المهذب (فهو نجس) فيهما « ط » .

(٣) سبق تعليقنا على هذا الحكم واستدلالنا بحكم التحريم فى الرضاع وتحريم الجلالة او كراهتها والله اعلم ط .

فانه طاهر على المذهب وبه قطع الجمهور كما سنوضحه قريبا ان شاء الله تعالى ، وكان ينبغى أن يقول : لأنه مخلوق من حيوان نجس ليحترز عما ذكرناه فان الميتة لا تسمى حيوانا ، وقد يمنع هذا الاعتراض ويقال : الدود لا يخلق من نفس الميتة ونفس السرجين ، وانما يتولد فيها كدود الخل لا يخلق من نفس الخل بل يتولد فيه ، وقد أجاب القاضى أبو الطيب بهذا الجواب عن نحو هذا الاعتراض فى مسألة طهارة المنى والله أعلم .

وأما باقى الحيوانات غير الكلب والخنزير والمتولد من أحدهما فهى طاهرة كلها وسيأتى بيانه قريبا ان شاء الله تعالى فى مسائل الفرع .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما لبن ما لا يؤكل لحمه غير الآدمى ففيه وجهان قال ابو سعيد الاصطخرى : هو طاهر لأنه حيوان طاهر فكان لبنه طاهرا كالشاة [والبقرة(١)] والمنصوص انه نجس لأن اللبن كلحم (٢) المذكى بدليل انه يتناول من الحيوان ويؤكل كما يتناول اللحم المذكى ولحم ما لا يؤكل نجس فكذا لبنه) .

(**الشرح**) الألبان أربعة أقسام : (أحدها) لبن مأكول اللحم كالابل والبقر والغنم والخيل والظباء وغيرها من الصيود وغيرها ، وهذا طاهر بنص القرآن والأحاديث الصحيحة والاجماع . (والثانى) لبن الكلب والخنزير والمتولد من أحدهما وهو نجس بالاتفاق . (الثالث) لبن الآدمى وهو طاهر على المذهب وهو المنصوص ، وبه قطع الأصحاب الا صاحب الحاوى فانه حكى عن الأنماطى من أصحابنا أنه نجس ، وانما يحل شربه للطفل للضرورة ذكره فى كتاب البيوع وحكاه الدارمى فى أواخر كتاب السلم وحكاه هناك الشاشى والرويانى وهذا ليس بشىء ، بل هو خطأ ظاهر ، وانما حكى مثله للتحذير من الاغترار به وقد نقل الشيخ أبو حامد فى تعليقه عقب كتاب السلم اجماع المسلمين على طهارته ، قال الرويانى فى آخر باب بيع الغرر : اذا قلنا بالمذهب ان الآدمية لا تنجس بالموت فماتت وفى ثديها لبن فهو طاهر يجوز شربه وبيعه . (الرابع) لبن سائر الحيوانات الطاهرة غير ما ذكرنا ، والصحيح

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من ش و ق .

(٢) فى بعض النسخ (كاللحم) و (فكذلك لبنه) « ط » .

المنصوص نجاستها ، وقال الاصطخرى : طاهرة وقد ذكر المصنف دليل الوجهين ، وممن قال بطهارته أبو حنيفة ، وبنجاسته مالك وأحمد وداود ، فان قلنا بالطهارة فهل يحل شربه ؟ فيه وجهان حكاهما المتولى وغيره (أصحهما) جواز شربه لأنه طاهر (والثانى) تحريمه ، وبه قطع الغزالى فى البسيط ، لأنه يقال انه يؤذى ، ولأنه مستقذر «أشبه المخاط وجمع جماعة هذا الخلاف وحكى الدارمى فى آخر كتاب السلم فى لبن الأتان ونحوها ثلاثة أوجه ، (الصحيح) أنه نجس لا يجوز بيعه (والثانى) أنه طاهر ويجوز بيعه وشربه (والثالث) طاهر لا يجوز بيعه ولا شربه • وقول المصنف : لبن ما لا يؤكل غير الآدمى ، فيه وجهان : اطلاقه يقتضى دخول الكلب والخنزير ، وكان ينبغى أن يقول من الحيوان الطاهر ، وكأنه ترك بيانه لظهوره والله أعلم •

(فرع) الأنفحة ان أخذت من السخلة بعد موتها أو بعد ذبحها وقد أكلت غير اللبن فهى نجسة بلا خلاف ، وان أخذت من سخلة ذبحت قبل أن تأكل غير اللبن فوجهان ، الصحيح الذى قطع به كثيرون طهارتها ، لأن السلف لم يزالوا يجبنون بها ولا يمتنعون من أكل الجبن المعمول بها • وحكى العبدرى عن مالك وأحمد فى أصح الروايتين عنه نجاسة الأنفحة الميتة كمذهبنا ، وعن أبى حنيفة وأحمد فى الرواية الأخرى أنها طاهرة كالبيض • دليلنا أنها جزء من السخلة فأشبهت اليد بخلاف البيضة فانها ليست جزءا • ولنا فى البيضة فى جوف الدجاجة الميتة ثلاثة أوجه سبقت فى باب الآنية (أحدها) أنها طاهرة (والثانى) نجسة (وأصحها) ان كانت تصلبت فطاهرة والا فنجسة ، وأما اللبن فى ضرع شاة ميتة فنجس عندنا بلا خلاف ، وسبق بيانه فى باب الآنية والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اما رطوبة فرج المرأة فالمنصوص انها نجسة لأنها رطوبة متولدة فى محل النجاسة فكانت نجسة • ومن اصحابنا من قال : هى طاهرة كسائر رطوبات البدن) •

(الشرح) رطوبة الفرج ماء أبيض متردد بين المذى والعرق ، فلهذا اختلف فيها ثم ان المصنف رحمه الله رجح هنا وفى التنبيه النجاسة ، ورجحه

أيضا البندنيجي وقال البغوي والرافعي وغيرهما : الأصح الطهارة ، وقال صاحب الحاوي في باب ما يوجب الغسل : نص الشافعي رحمه الله في بعض كتبه على طهارة رطوبة الفرج ، وحكى التنجيس عن ابن سريج فحصل في المسألة قولان منصوصان للشافعي ، أحدهما ما نقله المصنف ، والآخر نقله صاحب الحاوي ، والأصح طهارتهما . ويستدل للنجاسة أيضا بحديث زيد بن خالد رضي الله عنه أنه سأل عثمان بن عفان رضي الله عنه قال : « أرأيت اذا جامع الرجل امرأته ولم يمن ؟ قال عثمان : يتوضأ كما يتوضأ للصلاة ويغسل ذكره ، قال عثمان : سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم » رواه البخاري ومسلم ، زاد البخاري فسأل علي بن أبي طالب والزبير بن العوام وطلحة بن عبيد الله وأبي بن كعب فأمروه بذلك . وعن أبي بن كعب رضي الله عنه أنه قال : « يا رسول الله اذا جامع الرجل المرأة فلم ينزل ؟ قال : يغسل ما مس المرأة منه ثم يتوضأ ويصلي » رواه البخاري ومسلم ، وهذان الحديثان في جواز الصلاة بالوضوء بلا غسل منسوخان كما سبق في باب ما يوجب الغسل . وأما الأمر بغسل الذكر وما أصابه منها فثابت غير منسوخ وهو ظاهر في الحكم بنجاسة رطوبة الفرج ، والقائل الآخر بحمله على الاستحباب لكن مطلق الأمر للوجوب عند جمهور الفقهاء والله أعلم . /

وقول المصنف : رطوبة فرج المرأة فيه نقص والأحسن رطوبة الفرج ، فانه لا فرق بين رطوبة فرج المرأة وغيرها من الحيوان الطاهر كما سبق ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما ما تنجس (١) بذلك فهو الأعيان الطاهرة اذا لاقاها شيء من هذه النجاسات واحدهما رطب [والآخر يابس] فينجس بملاقاتها) .

(الشرح) هذا الذي قاله واضح لا خفاء به لكن يستثنى من هذا الاطلاق أشياء ، أحدها : الميتة التي لا نفس لها سائلة فانها نجسة على المذهب ولا تنجس ما ماتت فيه على الصحيح . (الثاني) النجاسة التي لا يدركها

---

(١) في بعض النسخ « ينجس » بصيغة المضارعة و « فهي » بدلا من « فهو » وما بين المعقوفين ساقط من ش و ق « ط » .

الطرف لاتنجس الماء والثوب على الأصـح كما سبق (الثالث) الهرة اذا كانت أكلت نجاسة ثم ولغت فى ماء قليل أو مائع قبل أن تغيب لا تنجسه على أحد الأوجه (الرابع) اذا لاقت النجاسة قلتين فصاعدا من المـاء فلم تغيره لا تنجسه .

(فـرع) فى مسائل تتعلق بالنجاسات (أحدها) شعر الميتة نجس على المذهب الا من الآدمى فطاهر على المذهب سواء انفصل فى حياته أو بعـد موته ، وقد سبق تفصيل الشعور فى باب الآنية ، وسبق فيه أن المذهب نجاسة عظم الميتة ، وسبق فيه أن ما لا يؤكل لحمه اذا ذبح كان نجسا .

(الثانية) قال أصحابنا : الأعيان جماد وحيوان وما له تعلق بالحيوان ، فالجماد كله طاهر الا الخمر وكل نبيذ مسكر . وحكى وجه أن النبيذ طاهر ووجه أن الخمرة المحترمة طاهرة وأن باطن العنقود اذا استحال خمرا طاهر . وهذه الأوجه سبق بيانها وهى شاذة ضعيفة ، والمراد بالجماد ما ليس بحيوان ولا كان حيوانا ولا جزءا من حيوان ولا خرج من حيوان . وقولنا ولا كان حيوانا احتراز من الميتة وقولنا ولا جزءا من حيوان احتراز من العضو المبان من الشاة ونحوها فى الحياة وقولنا ولا خرج من حيـوان احتراز من البول والروث وغيرهما من النجاسات المنفصلة عن باطن الحيوان . وأما الحيوان فكله طاهر الا الكلب والخنزير والمتولد من أحدهما ، وحكى صاحب البيان وجها عن الصيدلانى أن الدود المتولد من الميتة نجس وهـذا شاذ مردود ، والصواب الجزم بطهارته كسائر الحيوان ، وأما ما له تعلق بالحيوان كالميتة والفضلات فقد سبق تفصيله وبيان الطاهر منه من النجس والله أعلم .

(الثالثة) النجاسة المستقرة فى الباطن لا حكم لها ما لم يتصل بها شىء من الظاهر مع بقاء حكم الظاهر عليه ، كما اذا ابتلع بعض خيط فحصل بعضه فى المعدة وبعضه خارج فى الفم أو أدخل فى دبره اصبعه أو عودا وبقى بعضـه خارجا فوجهان سبقا فى أول باب ما ينقض الوضوء . (أصحهما) وبه قطع الأكثرون يثبت لها حكم النجاسة فلا تصح صلاته ولا طوافه فى هذه الحال لأنه مستصحب بمتصل بالنجاسة (والثانى) لا يثبت حكم النجاسة وقـد سبق هناك توجيههما وبيان قائلهما وما يتفرع عليهما من المسائل والله أعلم .

(الرابعة) فى الفتاوى المنقولة عن صاحب الشامل أن الولد اذا خرج من الجوف، طاهر لا يحتاج الى غسله باجماع المسلمين ، قال : ويجب أن يكون البيض كذلك فلا يجب غسل ظاهره ، والنجاسة الباطنة لا حكم لها . ولهذا اللبن يخرج من بين فرث ودم ، وهو طاهر حلال ، وهذا الذى قاله أن النجاسة الباطنة لا حكم لها وفى البيض ، هو اختياره وقد قدمنا الخلاف فيهما .

(الخامسة) قال صاحب التتمة : الوسخ المنفصل من بدن الآدمى فى الحمام وغيره حكمه حكم ميتة الآدمى لأنه متولد من البشرة قال : وكذا الوسخ المنفصل عن سائر الحيوان حكمه حكم ميتته ، وهذا الذى قاله فى وسخ الآدمى ضعيف لم أره لغيره ، والمختار القطع بطهارته لأنه عرق جامد .

(السادسة) قال أصحابنا رحمهم الله : اذا أكلت البهيمة حبا وخرج من بطنها صحيحا فان كانت صلابته باقية بحيث لو زرع نبت فعينه طاهرة لكن يجب غسل ظاهره لملاقاة النجاسة ، لأنه وان صار غذاء لها فمما تغير الى الفساد فصار كما لو ابتلع نواة وخرجت فان باطنها طاهر ويطهر قشرها بالغسل ، وان كانت صلابته قد زالت بحيث لو زرع لم ينبت فهو نجس . ذكر هذا التفصيل هكذا القاضى حسين والمتولى والبغوى وغيرهم .

(السابعة) الزرع النابت على السرجين ، قال الأصحاب : ليس هو نجس العين لكن ينجس بملاقاة النجاسة ، نجاسة مجاورة واذا غسل طهر ، واذا سنبل فحباته الخارجة طاهرة قطعا ولا حاجة الى غسلها ، وهكذا القثاء والخيار وشبههما يكون طاهرا ولا حاجة الى غسله . قال المتولى : وكذا الشجرة اذا سقيت ماء نجسا فأغصانها وأوراقها وثمارها طاهرة كلها ، لأن الجميع فرع الشجرة ونماؤها ، قال البغوى : واذا خرج من فرجه دود فهو طاهر العين ، ولكن ظاهره نجس ، فاذا غسل طهر .

(فرع) المسك طاهر بالاجماع ويجوز بيعه بالاجماع ، وقد حكى الماوردى فى كتاب البيوع عن الشيعة أنهم قالوا : هو نجس لا يجوز بيعه ، وهو غلط فاحش مخالف للأحاديث الصحيحة وللاجماع ، وسنوضح المسألة بأدلتها ان شاء الله تعالى فى باب ما نهى عنه من بيع الغرر ، حيث ذكره المصنف والأصحاب .

(**فـرع**) قال الماوردى والرويانى فى آخر باب بيع الغرر : أما الزباد فهو لبن سنور فى البحر رائحته كرائحة المسك ، قالا : فاذا قلنا بنجاسة لبن ما لا يؤكل لحمه ، ففى هذا وجهـان (أحدهما) أنه نجس لا يجوز بيعـه اعتبارا بجنسـه (والثانى) طاهر كالمسك هذا كلام الماوردى والرويانى •

والصواب طهارته وصحة بيعه ، لأن الصحيح أن جميع حيوان البحر طاهر يحل لحمه ولبنه ، كما سنوضحه فى بابه ان شاء الله تعالى ، هذا على تقدير تسليم ما ذكره الماوردى انه لبن هذا السنور البحرى وقد سمعت جماعة من أهل الخبرة بهذا من الثقات يقولون : بأن الزباد انما هو عرق سنور برى ، فعلى هذا هو طاهر بلا خلاف ، لكن قالوا : انه يغلب فيه اختلاطه بما يتساقط من شعره ، فينبغى أن يحترس عما فيه شىء من شعره ، لأن الأصح عنـدنا نجاسة شعر ما يؤكل لحمه اذا انفصل فى حياته غير الآدمى ، والأصح أن سنور البر لا يؤكل والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يطهر من النجاسات بالاستحالة الا شيئان : (احدهما) جلد الميتـة [اذا دبغ] ، وقد دللنا عليه فى موضعه (والثانى) الخمر اذا استحالت بنفسها خلا فتطهر بذلك لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه خطب فقال : « لا يحل خل من خمر قد أفسدت حتى يبدأ الله افسادها ، فعند ذلك يطيب الخل ، ولا بأس ان يشتروا من أهل الذمة خلا ما لم يتعمـدوا الى افساده » ولأنه انمـا حكم بنجاستها للشدة المطربة الداعية الى الفساد ، وقد زال ذلك من غير نجاسـة خلفتها ، فوجب أن يحكم بطهارتها) •

(**الشرح**) أما قوله لا يطهر بالاستحالة الا شيئان فقد يورد عليه ثلاثة أشياء وهى العلقة والمضغة اذا نجسناهما ، فانهما يطهران بمصيرهما حيوانا ، والثالث البيضة فى جوف الدجاجة الميتـة اذا حكمنا بنجاسـتها فانها تطهر بمصيرها فرخا بلا خلاف ، كما سبق فى باب الآنية ، ويجاب عن البيضة بأنها نجسة العين ، وانما تنجست بالمجاورة • وأما العلقة والمضـغة ففرعهما على الأصح وهو طهارتهما • وقد سبق بيانهما قريبا فاكتفى به • وأما قول عمر رضى الله عنه فآخره قوله : (يتعمدوا الى افساده) وقد رواه البيهقى دون قوله : ولا بأس أن يشتروا الى آخره •

قوله : أفسدت هو بضم الهمزة ومعناه خللت ، وقوله : حتى يبدأ الله افسادها هو بفتح الياء من يبدأ وبهمز آخره ، ومعنى هذا الكلام أن الخمر اذا خللت فصارت خلا لم يحل ذلك الخل ، ولكن لو قلب الله الخمر خلا بغير علاج آدمى حل ذلك الخل ، وهـذا معنى قوله : يبدأ الله افسـادها يعنى بافسادها جعلها خلا ، وهو افساد للخمر ، وان كان صـلاحا لهذا المائع من حيث انه صار حلالا ومالا • وأما قوله : ولا بأس أن يشتروا من أهل الذمة خلا ، فمعناه أنه يباح ذلك ، ولا يمتنع لكونهم كفارا لا يوثق بأقوالهم ، بل يباح كما تباح ذبائحهم وغيرها من أطعمتهم ، وقد قال الله تعالى : (وطعـام الذين أوتوا الكتاب [1] حل لكم) وهذا يتناول الخل وغيره ولا يقبل دعوى أكثر المفسرين ومن تابعهم فى تخصيصهم ذلك بالذبائح وممن تابعهم المصنف فى أول باب الربا ، والصواب ما ذكرناه ، وقوله : من غير نجاسة خلفتها هو بتخفيف اللام أى جاءت بعدها •

(اما حكم المسألة) فاذا استحالت الخمر خلا بنفسها طهرت وسأذكر فرعا مشتملا على نفائس من أحكام التخلل والتخليل ان شاء الله تعالى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان خللت بخل او ملح لم تطهر لما روى ان ابا طلحة رضى الله عنه سـال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ايتام ورثوا خمرا فقال : « أهرقها فقال : أفلا أخللها ؟ قال لا » فنهـاه عن التخليل فدل على انه لا يجوز ولأنه لو جاز لندبه اليه لما فيه من اصلاح مال اليتيم ، ولأنه اذا طرح فيها الخل نجس الخل فاذا زالت [الشدة المطربة] بقيت نجاسة الخل النجس فلم يطهر ، وان نقلها من شمس الى ظل او من ظل الى شمس حتى تخللت ففيه وجهان • (أحدهما) تطهر لأن الشدة قد زالت من غير نجاسة خلفتها • (والثانى) لا تطهر لأنه فعل محظور توصل به الى استعجال ما يحل فى الثانى فلم يحل به كما لو قتل مورثه أو نفر صيدا حتى خرج من الحرم الى الحل) •

(الشرح) أما حديث أبى طلحة فصحيح رواه أبو داود وغيره بأسانيد صحيحة عن أنس رضى الله عنه أن أبا طلحة سأل رسول الله صلى الله عليـه وسلم فذكره بلفظه فى المهذب ، وروى مسلم فى صحيحه والترمذى عن أنس

---

(١) الآية ٥ من المائدة .

قال : « سئل النبى صلى الله عليه وسلم أنتخذ الخمر خلا ؟ قال : لا » قال الترمذى : هذا حديث حسن صحيح • وقول المصنف : روى أن أبا طلحة ، مما ينكر عليه حيث ذكره بصيغة تمريض وهو حديث صحيح ، وأبو طلحة اسمه زيد بن سهل ، سبق بيانه فى باب ما يوجب الغسل •

(أما حكم المسالة) فالتخليل عندنا وعند الأكثرين حرام ، فلو فعله فصار خلا لم يطهر ، قال البغوى : ولا يمكن تطهيره بعد هذا بطريق كالخل اذا وقعت فيه نجاسة • وقال أبو حنيفة : تطهر بالتخليل ، دليلنا هذان الحديثان الصحيحان ، وأما مسألة النقل من ظل الى شمس وعكسه فالأصح فيها الطهارة ، والوجهان جاريان فيما لو فتح رأسها ليصيبها الهواء استعجالا للحموضة • نقله الرافعى •

(فرع) الخمر نوعان محترمة وغيرها فالمحترمة هى التى اتخذ عصيرها ليصير خلا وغيرها ما اتخذ عصيرها للخمرية ، وفى النوعين مسائل :

(احداها) تخليلها بطرح عصير أو خل أو خبز حار أو ملح أو غيرها فيها حرام بلا خلاف عند أصحابنا فاذا خللت فهذا الخل نجس لعلتين ذكرهما المصنف والأصحاب احداهما : تحريم التخليل ، والثانية : نجاسة المطروح بالملاقاة فتستمر نجاستها اذ لا مزيل لها ولا ضرورة الى الحكم بانقلابها به طاهرا بخلاف أجزاء الدن ، قال أصحابنا : وسواء فى هذا المحترمة وغيرها والمطروح قصدا ، والواقع فيها اتفاقا بالقاء الريح وغيرها ، وفى وجه ضعيف يجوز تخليل المحترمة وتطهر به وفى وجه تطهر المحترمة وغيرها اذا طرح بلا قصد حكاهما الرافعى ، والصحيح المشهور أنه لا فرق كما سبق •

(الثانية) لو طرح فى العصير بصلا أو ملحا واستعجل به الحموضه قبل الاشتداد فصار خمرا ، ثم انقلبت بنفسها خلا والبصل فيها فوجهان حكاهما الرافعى (أحدهما) يطهر لأنه لاقاه فى حال طهارته كأجزاء الدن (وأصحهما) لا يطهر لأن المطروح ينجس بالتخمر ، فتستمر نجاسته بخلاف أجزاء الدن للضرورة ، ولو طرح العصير على خل ، وكان العصير غالبا بحيث يغمر الخل عند الاشتداد ففى طهارته اذا انقلبت خلا هذان الوجهان ، ولو كان الخل غالبا يمنع العصير من الاشتداد فلا بأس بل يطهر قطعا •

(الثالثة) امساك الخمر المحترمة لتصير خلا جائز ، هـذا هو الصواب الذى قطع به الأصحاب ، وحكى امام الحرمين عن بعض الخلافيين ــ وجها ــ أنه لا يجوز وهذا غلط مردود ، وأما غير المحترمة فيجب اراقتها فلو لم يرقها فتخللت طهرت لأن النجاسة للشدة وقد زالت ، وحكى الرافعى وجها أنهـا لا تطهر لأنه عاص بامساكها فصار كالتخليل والمذهب الأول •

(الرابعة) متى عادت الطهارة بالتخلل طهرت أجزاء الظرف للضرورة وفيه وجه ، قال الدارمى : ان لم تتشرب شيئا من الخمر كالقوارير طهرت ، وان تشربت لم تطهر ، والصواب الذى قطع به الجماهير الطهارة مطلقا للضرورة ، ثم كما يطهر ما يلاقى الخل بعد التخلل يطهر ما فوقه مما أصابه الخمر فى حال الغليان ، قاله القاضى حسين وأبو الربيع الايلاقى وحكاه الرافعى عنهما ولم يذكر خلافه وهذا الايلاقى بكسر الهمزة وبعدها ياء مثناة من تحت وآخره قاف واسمه طاهر بن عبد الله منسوب الى ايلاق وهى بلاد الشـاش المتصلة بالترك قاله السمعانى وهى أحسن بلاد الاسلام وأنزهها قال : وكان أبو الربيع هذا بارعا فى الفقه تفقه بمرو على القفال المروزى وبنيسابور على أبى طاهر الزيادى وببخارى على أبى عبد الله الحليمى وأخذ الأصول عن أبى اسحاق الاسفراينى وعليه تفقه أهل الشاش ، وقد بسطت أحواله فى تهذيب الأسماء•

(فـرع) لا يصح بيع الخمر المحترمة على المذهب وحكى الشـيخ أبو على السنجى (بكسر السين المهملة وبالجيم وجها ضعيفا) : أنه يصح بناء على الوجه الشاذ فى طهارتها ، ولو استحالت أجواف حبات العناقيد خمرا ، ففى صحة بيعها ــ اعتمادا على طهارة ظاهرها وتوقع طهارة باطنها ــ وجهان وطردهما فى البيضة المستحيل باطنها دما ، والصحيح البطلان فى الجميع •

(فـرع) مذهبنا أنه يجوز امسـاك ظروف الخمر والانتفـاع بهـا واستعمالها فى كل شىء اذا غسلت وغسلها ممكن وبه قال جمهور العلمـاء ؛ وعن أحمد رحمه الله أنه يجب كسر دنانها وشق زقوقها دليلنا أنها مال وقد نهينـا عن اضاعته ، ولأن الأصـل أن لا وجوب ولا يثبت شىء يدل على الوجوب • وأما حديث أنس رضى الله عنه قال : « كنت أسقى أبا عبيـدة وأبا طلحة وأبى بن كعب شرابا من فضيخ وخمر فأتاهم آت فقال : ان الخمر

قد حرمت فقال أبو طلحة : يا أنس قم الى هذه الجرة فاكسرها فقمت وكسرتها » رواه البخارى ومسلم فليس فيه دليل على وجوب الكسر ، فان النبى صلى الله عليه وسلم لم يأمر بذلك ، بل فى حديث أبى طلحة الذى ذكره المصنف دليل على عدم الوجوب ، فان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أهرقها » ولم يذكر اتلاف ظرفها وممن ذكر هذه المسألة من أصحابنا صاحب المستظهرى •

(فرع) قال المتولى فى كتاب البيع : التصرف فى الخمر حرام على أهل الذمة عندنا وقال أبو حنيفة : لا يحرم قال : والمسألة مبنية على خطاب الكفار بالفروع ومذهبنا أنهم مخاطبون وسأوضح المسألة فى أول كتاب الصلاة ان شاء الله تعالى وبه التوفيق •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى تخلل الخمر وتخليلها • أما اذا انقلبت بنفسها خلا فتطهر عند جمهور العلماء ونقل القاضى عبد الوهاب المالكى فيه الاجماع وحكى غيره عن سحنون المالكى أنها لا تطهر ، وأما اذا خللت بوضع شىء فيها فمذهبنا أنها لا تطهر وبه قال أحمد والأكثرون • وقال أبو حنيفة والأوزاعى والليث : تطهر وعن مالك ثلاث روايات أصحها عنه أن التخليل حرام [وتطهر [1]] فلو خللها طهرت والثانية : حرام ولا تطهر والثالثة : حلال وتطهر دليلنا ما سبق •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان أحرق السرجين أو العذرة فصار رمادا لم يطهر لأن نجاستها لعينها، ويخالف الخمر فان نجاستها لمعنى معقول وقد زال) •

(الشرح) مذهبنا أنه لا يطهر السرجين والعذره وعظام الميتة وسائر الأعيان النجسة بالاحراق بالنار ، وكذا لو وقعت هذه الأشياء فى مملحة أو وقع كلب ونحوه وانقلبت ملحا ولا يطهر شىء من ذلك عندنا وبه قال مالك وأحمد واسحق وداود وحكى أصحابنا عن أبى حنيفة طهارة هذا كله ، وحكاه صاحب العدة والبيان وجها لأصحابنا ، وقال امام الحرمين : قال أبو زيد والخضرى من أصحابنا : كل عين نجسة رمادها طاهر تفريعا على القديم اذ

---

(1) ما بين المقوفين ليس فى ش و ق (ط) •

الشمس والريح والنار تطهر الأرض النجسة ، وهـذا ليس بشيء وقد فرق المصنف بينها وبين الخمر اذا تخللت والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما دخان النجاسة اذا احرقت ففيه وجهان (احدهما) انه نجس لانهـا اجزاء متحللة من النجاسة فهو كالرماد (والثاني) ليس بنجس لانه بخار نجاسة فهو كالبخار الذى يخرج من الجوف) •

(**الشرح**) الوجهان فى نجاسـة دخان النجاسة مشهوران ، ودليلهما مذكور فى الكتاب (أصحهما) عند الأصحاب النجاسة وجمع الدخان دواخن ويقال فى الدخان دخن أيضـا بالفتح وبضم الدال وتشـديد الخاء حكاهما الجوهرى والبخار بضم الباء وهو هذا المرتفع كالدخان وسواء دخان الأعيان النجسة كالسرجين ودخان الزيت المتنجس ففى الجميع الوجهان ذكره البغوى•

(**فـرع**) قال صاحب الحاوى : اذا قلنا دخان النجاسـة نجس فهل يعفى عنه ؟ فيه وجهان فان قلنا : لا يعفى فحصل فى التنور فان مسحه بخرقة يابسة طهر وان مسحه برطبة لم يطهر الا بالغسل بالماء ، وقال صاحب البيان : قال أصحابنا : اذا قلنا بالنجاسة فعلق بالثوب فان كان قليلا عفى عنه وان كان كثيرا لم يطهر الا بالغسل ، وان سود التنور فألصق عليه الخبز قبل مسـحه فظاهر أسفل الرغيف نجس هكذا ذكره الشيخ أبو حامد •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واذا ولغ الكلب فى اناء او ادخل عضوا منه فيه وهو رطب لم يطهر الاناء حتى يغسل سبع مرات احداهن بالتراب ، لما روى عن ابى هريرة ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « طهور اناء احدكم اذا ولغ فيه الكلب ان يغسل سبعا • احداهن بالتراب » فعلق طهارته بسبع مرات فدل انه لا يحصل بما دونه) •

(**الشرح**) حديث أبى هريرة هذا صحيح رواه مسلم وقد ذكرناه قبل هذا ، لكن فى رواية مسلم « أولاهن بالتراب » وأما رواية المصنف «احداهن» فغريبة لم يذكرها البخارى ومسلم وأصحاب الكتب المعتمدة الا الدارقطنى فذكرها من رواية على رضى الله عنه • وقد اختلف العلماء فى ولوغ الكلب ، فمذهبنا أنه ينجس ما ولغ فيه ويجب غسل انائه سبع مرات احداهن بالتراب،

وبهذا قال أكثر العلماء • حكى ابن المنذر وجوب الغسل سبعا عن أبى هريرة وابن عباس وعروة بن الزبير وطاوس وعمرو بن دينار ومالك والأوزاعى وأحمد واسحاق وأبى عبيد وأبى ثور • قال ابن المنذر : وبه أقول ، وقال الزهرى : يكفيه غسله ثلاث مرات وقال أبو حنيفة : يجب غسله حتى يغلب على الظن طهارته ، فلو حصل ذلك بمرة أجزأه • وكذا عنده سائر النجاسات العينية • قال : ويجب غسل النجاسة الحكمية ثلاثا • وعن أحمد رواية أنه يجب غسله ثمانى مرات احداهن بالتراب ، وهى رواية عن داود أيضا •

وقال مالك والأوزاعى : لا ينجس الطعام الذى ولغ فيه ، بل يحل أكله وشربه والوضوء به • قالا : ويجب غسل الاناء تعبدا • قال مالك : وان ولغ فى ماء جاز أن يتوضأ به لأنه طاهر ، وفى جواز غسل هذا الاناء بهذا الماء روايتان عنه واحتج لأبى حنيفة بحديث يرويه عبد الوهاب بن الضحاك عن اسماعيل بن عياش عن هشام بن عروة عن أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم فى الكلب يلغ فى الاناء قال : « يغسله ثلاثا أو خمسا أو سبعا » وبالقياس على سائر النجاسات • واحتج لأحمد رحمه الله بحديث عبد الله بن مغفل المزنى رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « اذا ولغ الكلب فى الاناء فاغسلوه سبع مرار وعفروه الثامنة فى التراب » رواه مسلم • واحتج لمالك والأوزاعى فى عدم نجاسته وجواز الانتفاع بالطعام بأن الأمر بغسل الاناء كان تعبدا ، ولا يلزم منه نجاسة الطعام واتلافه • واحتج أصحابنا والجمهور على وجوب الغسل سبعا بحديث أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « طهور اناء أحدكم اذا ولغ فيه الكلب أن يغسل سبعا أولاهن بالتراب » رواه مسلم • وفى رواية عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا شرب الكلب فى اناء أحدكم فليغسله سبعا » رواه البخارى ومسلم وروى هذا المتن فى الصحيح جماعة من الصحابة رضى الله عنهم ، وذكر أصحابنا أقيسة كثيرة ومناسبات لا قوة فيها ، ولا حاجة اليها مع ما ذكرناه من السنن الصحيحة المتظاهرة •

وأما الدليل على الأوزاعى ومالك فحديث أبى هريرة قال : قال رسول

الله صلى الله عليه وسلم « اذا ولغ الكلب فى اناء أحدكم فليرقه ، ثم ليغسله سبع مرار » رواه مسلم ، وهذا نص فى وجوب اراقته واتلافه وذلك ظاهر فى نجاسته فلولا النجاسة لم تجز اراقته وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم : « طهور اناء أحدكم » ظاهر فى نجاسته كما أوضحناه فى مسألة نجاسة الكلب. وأما الجواب عما احتج به لأبى حنيفة فهو أنه حديث ضعيف باتفاق الحفاظ لأن راويه عبد الوهاب مجمع على ضعفه وتركه ، قال الامام العقيلى والدراقطنى : هو متروك الحديث ، وهذه العبارة هى أشد العبارات توهينا وجرحا باجماع أهل الجرح والتعديل . وقال البخارى فى تاريخه : عنده عجائب وهذه أيضا من أوهن العبارات ، وقال عبد الرحمن بن أبى حاتم امام هذا الفن : قال أبى : كان عبد الوهاب يكذب قال : وحدث بأحاديث كثيرة موضوعة فخرجت اليه فقلت له : ألا تخاف الله عز وجل فضمن لى أن لايحدث فحدث بها بعد ذلك . وأقوال أئمة هذا الفن فيه بنحو ما ذكرته مشهورة ، وانما بسطت الكلام فى هذا الرجل لأن مدار الحديث عليه ومدار مذهبهم عليه ؛ فأردت ايضاح الحديث وراويه فقد يقال لا يقبل الجرح الا مفسرا ففسرته ؛ وأما اسماعيل بن عياش فمتفق على ضعفه فى روايته عن الحجازيين واختلف فى قبول روايته عن الشاميين ، وقد روى هذا الحديث عن هشام بن عروة ومعلوم أنه حجازى فلا يحتج به ولو لم يكن فى الحديث سبب آخر يضعفه ؛ وكيف وفيه عبد الوهاب الذى حاله ما وصفناه ، وأما قياسهم على سائر النجاسات فلا يلتفت اليه مع هذه السنن الصحيحة المتظاهرة على مخالفته .

فان قال قائل منهم : حديثكم رواه أبو هريرة وقد أفتى بغسله ثلاثا . فالجواب من وجهين (أحسنهما) أن هذا ليس بثابت عنه فلا يقبل دعوى من نسبه اليه ، بل قد نقل ابن المنذر عنه وجوب الغسل سبعا كما قدمناه . وقد علم كل منصف ممن له أدنى عناية أن ابن المنذر امام هذا الفن أعنى نقل مذاهب العلماء من الصحابة والتابعين فمن بعدهم ، وأن معول الطوائف فى نقل المذاهب عليه . (الجواب الثانى) : أن عمل الراوى وفتواه بخلاف حديث رواه ليس بقادح فى صحته ولا مانع من الاحتجاج به عند الجمهور من الفقهاء والمحدثين والأصوليين ، وانما يرجع الى قول الراوى عند الشافعى

وغيره من المحققين اذا كان قوله تفسيرا للحديث ليس مخالفا لظاهره ، ومعلوم أن هذا لا يجيء فى مسألتنا ، فكيف نجعل السبع ثلاثا ؟ وأما الجواب عما احتج به أحمد وهو أن المراد اغسلوه سبع مرار احداهن بماء وتراب فيكون التراب مع الماء بمنزلة الغسلتين ، وهذا التأويل محتمل فيقال به للجمع بين الروايات ، فان الروايات المشهورة سبع مرات فاذا أمكن حمل هذه الرواية على موافقتها صرنا اليه ، وأما الجواب عما احتج به الأوزاعى ومالك فهو أن النبى صلى الله عليه وسلم نص على الأمر باراقته واتلافه فوجب العمل به والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والافضل ان يجعل التراب فى غير السابعة ليرد عليه ما ينظفه ، وفى ايها جعل جاز لعموم الخبر) .

(الشرح) هذا الذى قاله متفق عليه عندنا ، ونقل القاضى أبو الطيب أن الشافعى نص فى حرملة أنه يستحب جعل التراب فى الأولى ، وكذا قاله أصحابنا وهو موافق لرواية مسلم التى قدمناها فالحاصل أنه يستحب جعل التراب فى الأولى فان لم يفعل ففى غير السابعة أولى فان جعله فى السابعة جاز ، وقد جاء فى روايات فى الصحيح سبع مرات ، وفى رواية سبع مرات أولاهن بالتراب ، وفى رواية أخراهن بدل أولاهن ، وفى رواية سبع مرات السابعة بتراب ، وفى رواية سبع مرات وعفروه الثامنة فى التراب ، وقد روى البيهقى وغيره هذه الروايات كلها وفيه دليل على أن التقييد بالأولى وغيرها ليس للاشتراط ، بل المراد احداهن ، وهو القدر المتيقن من كل الروايات والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان جعل بدل التراب الجص او الأشنان وما اشبههما ففيه قولان (احدهما) لا يجزئه لانه تطهير ، نص فيه على التراب فاختص به كالتيمم (والثانى) يجزئه لانه تطهير نجاسة نص فيه على جامد ، فلم يختص به كالاستنجاء والدباغ ، وفى موضع القولين وجهان (احدهما) [ان القولين] فى

حال عدم التراب : فاما مع وجود التراب فلا يجوز بغيره قولا واحدا (والثانى) [أن القولين] فى الأحوال كلهـا [لأنه جعله فى أحد القولين كالتيمم وفى الآخر جعله كالاستنجاء والدباغ وفى الأصلين جميعا لا فرق بين وجود المنصوص عليه وبين عدمه] (١) .

(**الشرح**) قوله : بدل التراب منصوب على الظرف ، والجص بكسر الجيم وفتحها وهو معروف وقد سبق بيانه فى باب المياه ، والأشنان بضم الهمزة وكسرها لغتان حكاهما أبو عبيدة والجواليقى وغيرهما وهو معرب وهو بالعربية حرض ، وقد أوضحته فى تهذيب الأسماء واللغات .

(**اما حكم المسالة**) فحاصل المنقول فيها أربعة أقوال رابعها مخرج أظهرها عند الرافعى وغيره من المحققين لا يقوم غير التراب مقامه (والثانى) يقوم وصححه المصنف فى التنبيه والشاشى (والثالث) يقوم عند عدم التراب دون وجوده (والرابع) يقوم فيما يفسده التراب كالثياب دون الأوانى ونحوها ، ودلائل الأقوال ظاهرة مما ذكره المصنف والاحترازات أيضا ظاهرة والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان غسل بالماء وحده ففيه وجهان (احدهما) يجزئه لأن الماء ابلغ من التراب فهو بالجواز اولى (والثانى) لا يجزئه لأنه امر بالتراب ، ليكون معونة للماء لتغليظ النجاسة وهذا لا يحصل بالماء وحده) .

(**الشرح**) صورة المسألة أن يغسل بالماء وحده ثمان مرات ، فهل يجزئه ؟ وتقوم الثامنة مقام التراب ؟ فيه هذان الوجهان وهما مشهوران ، الصحيح لا يقوم وقد ذكر دليلهما ولكن دليل الأول فاسد جدا ، وفيه وجه ثالث أنه يقوم عند عدم التراب دون وجوده وطردوا الخلاف فيما لو غمس الاناء أو الثوب فى ماء كثير والأصح أنه لا يكفى ؛ بل لابد من التراب والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان ولغ كلبان فوجهان (احدهما) يجب لكل كلب سبع مرات كما امر فى بول رجل بذنوب ، ثم يجب فى بول رجلين ذنوبان (والثانى) يجزئه فى الجميع

---

(١) كل ما بين المعقوفين من المتوكلية والركبى (ط) .

سبع مرات ، وهو المنصوص فى حرملة لأن النجاسة لا تتضاعف بعدد الكلاب بخلاف البول) .

(**الشرح**) اذا تكرر الولوغ من كلب أو كلاب فثلاثة أوجه (الصحيح) المنصوص أنه يكفى للجميع سبع ، لأن النجاسة على النجاسة من جنسها لا أثر لها كما سنذكره ان شاء الله تعالى فيما اذا ولغ كلب فى اناء ثم وقع فيه نجاسة ، وقولنا : من جنسها احتراز مما اذا وقع فيه نجاسة ثم ولغ فيه كلب فانها تؤثر فيجب غسله سبعا بعد أن كان مرة . (والثانى) يجب لكل ولغة سبع احداهن بالتراب لأنه يصدق عليه أنه ولغ فيه كلب فصار كما لو غسله ثم ولغ فيه (والثالث) أنه ان كان تعدد الولوغ من كلب كفى سبع لجميع ولغاته ؛ وان تعددت الكلاب وجب لكل كلب سبع حكاه صاحب الحاوى وغيره ، وقوله : كما أمر فى بول رجل بذنوب ، ثم يجب فى بول رجلين ذنوبان كلام عجيب ، لأنه جعله عمدة الدليل ، ولم ينكر عليه المصنف عند احتجاجه للوجه الثانى ، بل سلمه وقرره وذكر الفرق مع أنه ذكر بعد أسطر أن التقدير فى بول الرجلين بذنوبين ضعيف ، وسنوضح المسألة هناك ان شاء الله تعالى ، والذنوب بفتح الذال المعجمة هى الدلو الممتلئة ماء ، هذا قول الأكثرين ، وقال ابن السكيت هى التى فيها قريب من المد وفيها لغتان التأنيث والتذكير ، والتأنيث أفصح وجمعها فى القلة أذنبة وفى الكثرة ذنايب كقلوص وقلايص والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان ولغ [الكلب (١)] فى اناء ووقعت فيه نجاسة أخرى اجزاه سبع مرات للجميع (٢) لأن النجاسات تتداخل ، ولهذا لو وقع فيه بول ودم اجزاه لهما غسل مرة واحدة) .

(**الشرح**) هذا الذى قاله متفق عليه ونص عليه فى حرملة . قال : ولو غسله مرة ثم وقعت فيه نجاسة غسله ستا والله أعلم .

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط فى ش و ق « ط » .
(٢) (فى ش و ق) لأن الطهارة تتداخل الخ « ط » .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان أصاب الثوب من ماء الغسلات ففيه وجهان (أحدهما) يغسل من كل غسله مرة ، لأن كل غسل يزيل سبع النجاسة (والثانى) حكمه حكم الاناء الذى انفصل عنه ، لأن المنفصل كالبلل الباقى فى الاناء ، وذلك لا يطهر الا بما بقى من العدد فكذلك المنفصل ، وان جمع ماء الغسلات ففيه وجهان :

(احدهما) الجميع طاهر لأنه ماء انفصل من الاناء وهو طاهر .

(والثانى) انه نجس ، وهو الصحيح ، لأن السابعة طاهرة والباقى نجس، فاذا اختلط ولم يبلغ قلتين وجب أن يكون نجسا) .

(الشرح) قد سبق بيان حكم غسالة نجاسة الكلب وغيره فى باب ما يفسد الماء من الاستعمال . ونعيد منه هنا ما يتعلق بما ذكره المصنف مختصرا ، فاذا انفصلت غسالة ولوغ الكلب متغيرة بالنجاسة فهى نجسة قطعا، وان انفصلت غير متغيرة فثلاثة أوجه أو أقوال كما سبق . أحدها : أنها طاهرة ، والثانى : نجسة ، والثالث وهو الأصح : ان كانت غير الأخيرة فنجسة ، وان كانت الأخيرة فطاهرة تبعا للمحل المنفصل عنه ، فان قلنا بهذا فجمعت السابعة الى الست ولم تبلغ قلتين فوجهان . (أحدهما) الجميع طاهر لأن الاناء محكوم بطهارته الآن . (والثانى) وهو الصحيح : أن الجميع نجس لما ذكره المصنف ، ولو أصاب شيء من ماء غسله ثوبا فان قلنا : انها طاهرة ، فالثوب طاهر ولا أثر لها ، أما ان قلنا : نجسة تنجس الثوب ، وفيما يكفى فى غسل ذلك الثوب أوجه أصحها له حكم ذلك المحل بعد هذه الغسلة فيجب له حكمه قبل هذه الغسلة ، فيجب بعدد غسله ، فيجب غسله بعدد ما بقى ، ويجب التتريب ان كان لم يترب (والثانى) له حكمه قبل هذه الغسلة فيجب بعدد ما كان قبلها ، والتتريب ان كان لم يتقدمها (والثالث) يكفيه غسلة واحدة ، وقد ذكر المصنف دليله .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان ولغ الخنزير ، فقد قال ابن القاص : قال فى القديم : يغسل مرة . وقال سائر اصحابنا : يحتاج الى سبع مرات . وقوله فى القديم مطلق لانه قال : يغسل واراد به سبع مرات ، والدليل عليه أن الخنزير أسوأ حالا من الكلب [على ما بيناه] ، فهو باعتبار العدد أولى) .

(الشرح) حاصل ما ذكره أن فى ولوغ الخنزير طريقين (أحدهما) فيه قولان وهى طريقة ابن القاص (أحدهما) يكفى مرة بلا تراب كسائر النجاسات (والثانى) يجب سبع مع التراب . (والطريق الثانى) يجب سبع قطعا ، وبه قال الجمهور ، وتأولوا نصه فى القديم كما أشار اليه المصنف .

واعلم أن الراجح من حيث الدليل أنه يكفى غسلة واحدة بلا تراب ، وبه قال أكثر العلماء الذين قالوا بنجاسة الخنزير . وهذا هو المختار لأن الأصل عدم الوجوب حتى يرد الشرع ، لا سيما فى هذه المسألة المبنية على التعبد ، وممن قال يجب غسله سبعا أحمد ومالك فى رواية عنه . قال صاحب العدة : ويجرى هذا الخلاف الذى فى الخنزير فيما أحد أبويه كلب أو خنزير . وذكر صاحب التلخيص فى المتولد بين الكلب والخنزير قولين ، وهذا صحيح لأن الشرع انما ورد فى الكلب وهذا المتولد لا يسمى كلبا .

(فرع) فى مسائل مهمة تتعلق بالولوغ مختصرة جدا

(احداها) قال أصحابنا : لا فرق بين ولوغ الكلب وغيره من أجزائه ، فاذا أصاب بوله أو روثه أو دمه أو عرقه أو شعره أو لعابه أو عضو منه شيئا طاهرا مع رطوبة أحدهما وجب غسله سبعا احداهن بالتراب ، وقد ذكر المصنف هذا فى أوائل مسائل الولوغ . وقيل : يكفى غسله فى غير الولوغ مرة كسائر النجاسات ، حكاه المتولى والرافعى وغيرهما ، وهذا الوجه متجه وقوى من حيث الدليل ، لأن الأمر بالغسل سبعا من الولوغ انما كان لينفرهم عن مؤاكلة الكلب ، وهذا مفقود فى غير الولوغ ، والمشهور فى المذهب أنه يجب سبعا مع التراب ، وبه قطع الجمهور لأنه أبلغ فى التنفير من مقاربتها واقتنائها والله أعلم .

(الثانية) لا يكفى التراب النجس على أصح الوجهين لأنه ليس بطهور ، والثانى : يكفى لأن الغرض الاستظهار به .

(الثالثة) لو تنجست أرض ترابية بنجاسة الكلب كفى الماء وحده سبع مرات من غير تراب أجنبى على أصح الوجهين اذ لا معنى لتتريب التراب .

(الرابعة) قال أصحابنا : لا يكفى فى استعمال التراب ذره على المحل بل لابد من ماء يمزجه به ليصل التراب بواسطته الى جميع أجزاء المحل ويتكدر به وسواء طرح الماء على التراب أو التراب على الماء أو أخذ الماء الكدر من موضع وغسل به ولا يجب ادخال اليد فى الاناء ، بل يكفى أن يلقيه فى الاناء ويحركه • وحكى صاحب الحاوى فى قدر التراب الواجب وجهين (أحدهما) ما يقع عليه الاسم (والثانى) ما يستوجب محل الولوغ قال صاحب البحر : هذا هو المشهور •

(الخامسة) لو غسله ستا بالماء ثم مزج التراب بماء ورد أو خل ونحوه من المائعات وغسله بها السابعة لم يكفه على الصحيح وفيه وجه مشهور عند الخراسانيين أنه يكفى وهو خطأ ظاهر كما لو غسل السبع بخل وتراب فانه لا يجزىء بالاتفاق •

(السادسة) لو ولغ الكلب فى اناء فيه طعام جامد ألقى ما أصابه وما حوله وبقى الباقى على طهارته السابقة وينتفع به كما فى الفأرة تموت فى السمن ونحوه • قال أصحابنا وممن صرح به صاحبا الشامل والبيان وآخرون • قال أصحابنا : ضابط الجامد أنه اذا أخذ منه قطعة لا يتراد من الباقى ما يملأ موضع القطعة على القرب فان تراد فهو مائع •

(السابعة) لو ولغ فى ماء قليل أو مائع فأصاب ذلك الماء أو المائع ثوبا أو بدنا أو اناء آخر وجب غسله سبع مرات احداهن بتراب •

(الثامنة) قال أصحابنا : لو ولغ فى ماء كثير بحيث لم ينقص بولوغه عن قلتين لم ينجسه ولا ينجس الاناء ان لم يكن أصاب جرمه الذى لم يصله الماء مع رطوبة أحدهما •

(التاسعة) قال أصحابنا : لو وقع الاناء الذى ولغ فيه فى ماء قليل نجسه ولم يطهر الاناء وان وقع فى ماء كثير لم ينجس الماء وهل يطهر الاناء أ فيه خمسة أوجه حكاها الأصحاب مفرقة وجمعها صاحب البيان وغيره (أحدها) يطهر لأنه لو كان كذلك ابتداء لم ينجس (والثانى) يحسب ذلك غسلة فيجب

بعده ست مرات مع التراب ، لأن الاناء ما لم ينفصل عن المـاء فهو فى حكم غسلة واحدة (والثالث) يحسب ستا ويجب سابعة بتراب (والرابع) ان كان الكلب أصاب نفس الاناء حسب ذلك غسلة وان كان أصاب المـاء الذى فى الاناء وتنجس الاناء تبعا حسب سبعا لأنه تنجس تبعا للماء الذى وقع الآن فيه (والخامس) ان كان الاناء ضيق الرأس حسب مرة وان كان واسعا طهر ولا حاجة الى ماء آخر ولا تراب لأن الماء يجول فيه مرارا ولم يصح شىء من الأوجه والأظهر أنه يحسب مرة .

(العاشرة) لو كانت نجاسة الكلب عينية كدمه وروثه فلم تزل الا بست غسلات مثلا فهل يحسب ذلك ستا ؟ أم واحدة ؟ أم لا يحسب شيئا ؟ فيـه ثلاثة أوجه ولم أر من صرح بأصحها ، ولعل أصحها أنه يحسب مرة كما قال الأصحاب : يستحب غسل النجاسة فى غير الكلب ثلاث مرات فان لم تزل عينها الا بغسلات استحب بعد زوال العين غسلة ثانية وثالثة فجعل ما زالت به العين غسلة واحدة .

(الحادية عشرة) اذا لم يرد استعمال الاناء الذى ولغ فيـه الكلب فهل يجب عليه اراقته ؟ أم يستحب ولا يجب ؟ فيه وجهان حكاهما صاحبا الحاوى والبحر وغيرهما قال صاحبا الحـاوى والبحر : الأصح الذى قاله الجمهور مستحب ولا يجب قياسا على باقى المياه النجسـة بخلاف الخمر فانه يجب اراقتها لأن النفوس تطلبها فيخاف الوقوع فى شربها والثانى : يجب ويحرم الانتفاع به لقوله صلى الله عليه وسلم « وليرقه » حديث صحيح رواه مسلم كما سبق بيانه ، والأمر للوجوب عند جمهور الفقهاء ، ويفرق بينه وبين سائر النجاسات بأن المراد هنا الزجر والتنفير من الكلاب ، والمبالغة فى التغليظ فى ذلك ولهذا غلظ بالعدد والتراب .

(الثانية عشرة) لو كان الماء أكثر من قلتين وتغير بالنجاسة ثم ولغ فيـه كلب ثم أصاب ذلك الماء ثوبا ، قال صاحب البحر : قال القاضى حسين : يجب غسل الثوب سبعا احداهن بالتراب لأن المـاء المتغير بالنجاسة كالخل الذى وقعت فيه نجاسة ، وكذا رأيته فى فتاوى القاضى حسين .

(الثالثة عشرة) لو أدخل الكلب رأسه فى اناء فيه ماء أو مائع وأخرجه ولا يعلم هل ولغ فيه أم لا ؟ فان لم يكن على فمه رطوبة فالمائع طاهر ، وان كانت عليه رطوبة فطاهر أيضا على أصح الوجهين وقد سبقت المسألة فى باب المياه .

(الرابعة عشرة) قال أهل اللغة : يقال ولغ الكلب يلغ بفتح اللام فيهما وحكى أبو عمر الزاهد عن ثعلب عن ابن الأعرابى أن من العرب من يقول : ولغ بكسرها والمصدر منهما ولغا وولوغا ويقال : أولغه صاحبه قال : الولوغ فى الكلب والسباع كلها أن يدخل لسانه فى المائع فيحركه ، ولا يقال ولغ بشىء من جوارحه غير اللسان ، ولا يكون الولوغ لشىء من الطير الا الذباب قال : ويقال لحس الكلب الاناء وقفنه ولجنه ولجده بالجيم فيهما كله بمعنى اذا كان فارغا فان كان فيه شىء قيل ولغ وقال صاحب المطالع : الشرب أعم من الولوغ فكل ولوغ شرب ولا عكس . قال الجوهرى : قال أبو زيد : يقال ولغ الكلب بشرابنا وفى شرابنا ومن شرابنا والله أعلم .

(**فرع**) سؤر الهرة والبغل والحمار والسباع والفأرة وسائر الحيوانات غير الكلب والخنزير وما تولد من أحدهما طاهر لا كراهة فيه عندنا ، فاذا ولغ فى طعام جاز أكله بلا كراهة واذا شرب من ماء جاز الوضوء به . وقد سبقت المسألة فى باب الشك فى نجاسة الماء وسبق هناك الأوجه فى الهرة اذا أكلت نجاسة ثم ولغت فى ماء أو مائع والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجزىء فى بول الصبى (١) الذى لم يطعم الطعام النضح وهو ان يبله بالماء وان لم ينزل عنه ، ولا يجزى فى بول الصبية الا الغسل لما روى على رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال فى بول الرضيع : « يغسل من بول الجارية وينضح من الغلام ») .

(**الشرح**) فى بول الصبى والصبية اللذين لم يأكلا غير اللبن من الطعام للتغذى ثلاثة أوجه الصحيح أنه يجب غسل بول الجارية ويجزىء النضح فى

---

(١) فى بعض نسخ المهذب (الغلام) .

بول الصبى (والثانى) يكفى النضح فيهما حكاه الخراسانيون (والثالث) يجب الغسل فيهما حكاه المتولى وهذان الوجهان ضعيفان والمذهب الأول ، وبه قطع المصنف والجمهور • قال البغوى : وبول الخنثى كبول الأنثى من أى فرجيه خرج ، ويشترط فى النضح اصابة الماء جميع موضع البول ، وأن يغمره ولا يشترط أن ينزل عنه ، والغسل أن يغمره وينزل عنه • هذه عبارة الشيخ أبى حامد والجمهور ، وشرحها امام الحرمين فقال : النضح أن يغمره ويكاثره بالمـاء مكاثرة لا يبلغ جريانه وتردده وتقطره بخلاف الغسـل فانه يشترط فيه جريان بعض الماء وتقاطره وان لم يشترط عصره •

قال الرافعى وغيره : لايراد الماء ثلاث درجات (الأولى) النضح المجرد ، (الثانية) مع الغلبة والمكاثرة ، (والثالثة) أن يضم الى ذلك السيلان ، فلا تجب الثالثة قطعا ، وتجب الثانية على أصح الوجهين • والثانى يكفى الأول • وأما حديث على رضى الله عنه فحديث حسن ، رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه والحاكم أبو عبد الله فى المستدرك • قال الترمذى : حديث حسن ، ذكره فى كتاب الصلاة • وقال الحاكم حديث صحيح • قال : وله شاهدان صحيحان فرواه بلفظه أو بمعناه من رواية لبابة بنت الحارث زوجة العباس • ومن رواية أبى السمح مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم وخادمه عن النبى صلى الله عليه وسلم وقد رواهما أيضا أبو داود وغيره قال البخارى : حديث أبى السمح هذا حديث حسن وثبت فى صحيحى البخارى ومسلم « عن أم قيس بنت محصن رضى الله عنها أنها جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم بابن لها صغير لم يأكل الطعام ، فأجلسه رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حجره فبال عليه ، فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم بماء فنضحه عليه ولم يغسـله » وفى صحيح مسلم عن عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليـه وسلم « كان يؤتى بالصبيان فيبرك عليهم ويحنكهم ، فأتى بصبى فبال عليه فدعا بماء فأتبعه بوله ولم يغسله » وذكر أصحابنا فى الفرق بين بول الصبى والصبية من حيث المعنى فرقين ، أحدهما : أن بولها أثخن وألصق بالمحـل • والثانى : أن الاعتنـاء بالصبى أكثر فانه يحمله الرجال والنساء فى العادة ، والصـبية لا يحملها الا النساء غالبا ، فالابتلاء بالصبى أكثر وأعم والله أعلم •

هذا كلام الأصحاب فى المسألة ، وأما الشافعى فقال فى مختصر المزنى : يجزىء فى بول الغلام الرش ، واستدل بالسنة ثم قال : ولا يبين لى فرق بينه وبين الصبية • ونقل صاحب جمع الجوامع فى نصوص الشافعى أن الشافعى نص على جواز الرش على بول الصبى ما لم يأكل ، واحتج بالحديث ثم قال : ولا يبين لى فى بول الصبى والجارية فرق من السنة الثابتة ، ولو غسل بول الجارية كان أحب الى احتياطا ، وان رش عليه ما لم تأكل الطعام أجزأ ان شاء الله تعالى • ولم يذكر عن الشافعى غير هـذا ، وقال البيهقى : كأن أحاديث الفرق بين بول الصبى والصبية لم تثبت عند الشافعى ، قال الشيخ أبو عمرو ابن الصـلاح انكارا على الغزالى رحمهما الله فى قوله : « ومنهم من قاس الصبية على الصبى ، وهو غلط لمخالفته النص » قال : قوله هذا غير مرضى من وجهين :

(أحدهما) كونه جعله وجها لبعض الأصحاب مع أنه القول المنصـوص للشافعى كما ذكرناه •

(والثانى) جعله اياه غلطـا وهو يرتفع عن ذلك ارتفـاعا ظاهرا فانه المنصوص ، ثم ذكر النص الذى قدمناه ، ثم قال : الفرق بينهما حينئذ كأنه قول مخرج لا منصوص ، ومع هـذا لا يذكر كثير من المصنفين غيره قال : ولا يقوى ما يذكر من الفرق من جهة المعنى قال : وذكر القاضى حسين نص الشافعى أنه لا يبين لى فرق بينهما ثم قال : وأصحابنا يجعلون فى بول الصبية قولين (أقيسهما) أنه كبول الصبى (والثانى) يجب غسله • قال أبو عمرو : ومع ما ذكرناه من رجحان التسوية من حيث نص الشافعى فالصحيح الفرق لورود الحديث من وجوه تعاضدت بحيث قامت الحجة به •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى ذلك

مذهبنا المشهور أنه يجب غسل بول الجارية ، ويكفى نضح بول الغلام ، وبه قال على بن أبى طالب وأم سلمة والأوزاعى وأحمد واسحاق وأبو عبيـد وداود ، وقال مالك وأبو حنيفة والثورى : يشترط غسل بول الغلام والجارية، وقال النخعى : يكفى نضحهما جميعا ، وهو رواية عن الأوزاعى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وما سوى ذلك من النجاسات ينظر فيه فان كانت جامدة كالعذرة أزيلت ثم غسل موضعها على مانبينه(١) ان شاء الله تعالى ، وان كانت ذائبة كالبول والدم والخمر فانه يستحب [أن يغسل (٢)] منه ثلاثا ، لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا استيقظ أحدكم من منامه فلا يغمس يده فى الاناء حتى يغسلها ثلاثا فانه لا يدرى اين باتت يده » فندب صلى الله عليه وسلم الى الثلاث للشك فى النجاسة ، فدل على ان ذلك يستحب اذا تيقن ، ويجوز الاقتصار على [غسل] مرة لما روى ابن عمر رضى الله عنهما قال : « كانت الصلاة خمسين ، والغسل من الجنابة سبع مرات ، وغسل الثوب من البول سبع مرات ، فلم يزل رسول الله صلى الله عليه وسلم يسأل حتى جعلت الصلاة خمسا ، والغسل من الجنابة مرة ، وغسل الثوب من البول مرة » والغسل الواجب من ذلك ان تكاثر النجاسة بالماء حتى تستهلك فيه ، فان كانت النجاسة على الأرض أجزأته المكاثرة ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم « أمر فى بول الأعرابى بذنوب [من ماء] » وانما امر بالذنوب لأن ذلك يغمر (٣) النجاسة وتستهلك فيه . وقال ابو سعيد الاصطخرى وابو القاسم الأنماطى : الذنوب تقدير فيجب فى بول واحد ذنوب ، وفى بول اثنين ذنوبان ، والمذهب أن ذلك ليس بتقدير لأن ذلك يؤدى الى أن يطهر البول الكثير من رجل بذنوب ، وما دون ذلك من رجلين لا يطهر الا بذنوبين وان كانت النجاسة على الثوب ففيه وجهان: (احدهما) يجزئه المكاثرة كالأرض . (والثانى) لا يجزئه حتى يعصر لأنه يمكن عصره بخلاف الأرض ، والأول أصح . وان كانت النجاسة فى اناء فيه شىء ، فوجهان : (احدهما) يجزىء فيه المكاثرة كالأرض (والثانى) لا يجزىء حتى يراق ما فيه ثم يغسل لقوله صلى الله عليه وسلم فى الكلب يلغ فى الاناء : « فليهرقه ثم ليغسله سبع مرات ») .

(**الشرح**) هذه القطعة فيها أحاديث ومسائل . أما الأحاديث فالأول حديث : « اذا استيقظ أحدكم » رواه مسلم بلفظه من رواية أبى هريرة رضى الله عنه وأصله فى الصحيحين وقد سبق بيانه وما يتعلق به من الفوائد فى أول صفة الوضوء ، وينكر على المصنف قوله فيه : روى بصيغة تمريض ، وأما حديث ابن عمر رضى الله عنهما فرواه أبو داود ولم يضعفه ، لكن فى اسناده أيوب بن جابر وقد اختلفوا فى تضعيفه . وأما حديث : « أمر النبى صلى الله

---

(١) فى بعض نسخ المذهب (على ما بينته) وليس فيه مشيئة .

(٢) ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق « ط » .

(٣) فى بعض نسخ المهذب (حتى يغمر البول ويستهلك) .

عليه وسلم أن يصبوا على بول الأعرابى ذنوبا » فرواه البخارى ومسلم من طرق من رواية أنس رضى الله عنه ، ورواه البخارى أيضا بمعناه من رواية أبى هريرة ، وأما حديث : « فليهرقه ثم ليغسله سبع مرات » فصحيح رواه مسلم ، وقد قدمناه فى مواضع من هذا الباب ، وقوله : يلغ هو بفتح اللام كما سبق بيانه •

أما المسائل (فاحداها) الأعيان النجسة كالميتة والروث وغيرهما لا يطهر بالغسل بل اذا وقعت على طاهر ونجسته لا يمكن تطهيره حتى تزول عين النجاسة ، وهكذا اذا اختلطت هذه النجاسات بتراب وغيره فصب عليه الماء لم يطهر ، قال أصحابنا : ولا طريق الى طهارة هذه الأرض الا بأن يحفر ترابها ويرمى ، فلو ألقى عليها ترابا طاهرا أو طينها صحت الصلاة عليها •

(الثانية) اذا كانت النجاسة ذائبة كأثر البول والدم والخمر وغيرها استحب غسلها ثلاث مرات ، والواجب مرة واحدة ، ودليلهما ما ذكره المصنف ، وعن أحمد بن حنبل رواية أنه يجب غسل النجاسة كلها سبع مرات كالكلب ، ودليلنا حديث ابن عمر وهو صريح فى المرة واطلاق الأحاديث الصحيحة المشهورة كحديث غسل دم الحيض : « وصبوا عليه ذنوبا من ماء » وغير ذلك ، وبمذهبنا قال الجمهور ، قال أصحابنا : فان لم يزل عين الدم أو طعمه أو طعم سائر النجاسات الا بغسلات كفاه زوال العين ، ويستحب بعد ذلك غسله ثانية وثالثة لحديث : « اذا استيقظ أحدكم » •

(الثالثة) الواجب فى ازالة النجاسة الذائبة من الأرض المكاثرة بالماء ، بحيث تستهلك فيه وتطهر الأرض بمجرد ذلك وان لم ينصب الماء ، سواء كانت الأرض صلبة أم رخوة ، هذا هو الصحيح وفيه وجه أنها لا تطهر حتى ينصب ، حكاه الخراسانيون بناء على اشتراط العصر فى الثوب ، ووجه حكاه الخراسانيون وجماعة من العراقيين أنه يشترط كون الماء المصبوب سبعة أمثال البول ، ووجه أنه يشترط فى بول كل رجل ذنوب من ماء ، فلو كان مائة ، وجب مائة ذنوب وهذا الوجه هو الذى حكاه المصنف عن الأنماطى والاصطخرى • وهذه الأوجه كلها ضعيفة والمذهب الأول • وأما نص

الشافعى رحمه الله أنه يصب على البول سبعة أضعافه ، وقوله : وان بال اثنان لم يطهر الا بذنوبين محمول على ما اذا لم تحصل المكاثرة الا بذلك أو على الاستحباب والاحتياط ، ولا يشترط جفاف الأرض بلا خلاف كما لا يشترط جفاف الثوب بلا خلاف ، وان شرطنا العصر قال أصحابنا : ولو وقع على الأرض والثوب وغيرهما ماء المطر حصلت الطهارة بلا خلاف قال أصحابنا : ثم الخمر والبول والدم وسائر النجاسات الذائبة حكمها ماذكرنا ، هذا مذهبنا وبه قال مالك وأحمد وداود والجمهور • وقال أبو حنيفة رحمه الله : ان كانت الأرض رخوة ينزل الماء فيها أجزأه صبه عليها ، وان كانت صلبة لم يجزئه الا حفرها ونقل ترابها ، دليلنا حديث بول الأعرابى فى المسجد وصب الذنوب عليه ، وأما الحديث الوارد فى الأمر بحفره فضعيف •

(الرابعة) اذا كانت النجاسة على ثوب ونحوه فالواجب المكاثرة بالماء ، وفيه وجه سبعة الأمثال الذى سبق وليس بشىء ، وفى اشتراط العصر وجهان أصحهما لا يشترط بل يطهر فى الحال ، وهما مبنيان على الخلاف فى طهارة غسالة النجاسة•والأصح طهارتها اذا انفصلت غير متغيرة وقد طهر المحل ولهذا كان الأصح أنه لا يشترط العصر ، فان شرطناه لم يحكم بطهارة الثوب مادام الماء فيه ، فان عصره طهر حينئذ ، وان لم يعصره حتى جف فهل يطهر ؟ وجهان حكاهما الخراسانيون الصحيح يطهر لأنه أبلغ فى زوال الماء • والثانى : لايطهر لأن الماء الذى وجبت ازالته باق ، ولأن وجوب العصر مفرع على نجاسة الغسالة ، وهى باقية فى الثوب حكما ، وهذا ضعيف والمعتمد الجزم بالطهارة• ولو عصره وبقيت رطوبة فهو طاهر بلا خلاف •

(الخامسة) اذا كانت النجاسة مائعا فى اناء فصب عليه ماء غمره ولم يرفه فهل يطهر الاناء وما فيه ؟ فيه وجهان ذكرهما المصنف بدليلهما وهما مشهوران ، الصحيح منهما : لا يطهر • ولو غمس الثوب النجس فى اناء دون قلتين من الماء فوجهان الصحيح وبه قطع الجمهور : ينجس الماء ولا يطهر الثوب ، وقال ابن سريج : يطهر الثوب ولا ينجس الماء ، ولو ألقت الريح الثوب فى الماء وهو دون القلتين نجس الماء ولم يطهر الثوب بلا خلاف ،

ووافق ابن سريج على النجاسة هنا ، واستدلوا بهذا على اشتراطه النيـة فى ازالة النجاسة ، وأنكر امام الحرمين والغزالى وغيرهما هذا الاستدلال •

(السادسة) اذا كان داخل الاناء متنجسا فصب فيه ماء غمر النجاسة ، فهل يطهر فى الحـال قبل اراقة الغسالة ؟ وجهان بنـاء على اشتراط العصر أصحهما الطهارة كالأرض والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كانت النجاسة خمرا فغسلها وبقيت الرائحة ففيه قولان احدهما : لا يطهر كما لو بقى اللون (والثانى) يطهر لأن الخمر لها رائحة شديدة فيجوز ان تكون لقوة رائحتها تبقى الرائحـة من غير جزء من النجاسـة ، وان كانت النجاسة دما فغسله ولم يذهب الأثر اجزاه لما روى ان خولة بنت يسار قالت : « يا رسول الله ارايت لو بقى اثر ؟ فقال صلى الله عليـه وسلم : المـاء يكفيك ولا يضرك اثره ») •

(الشرح) حديث خولة هذا رواه البيهقى فى السنن الكبيرة من رواية أبى هريرة باسناد ضعيف وضعفه ، ثم روى عن ابراهيم المزنى الامام قال : لم نسمع بخولة بنت يسار [1] الا فى هذا الحديث • قال أصحابنا : يجب محاولة ازالة طعم النجاسة ولونها وريحها فان حاوله فبقى طعم النجاسـة لم يطهر بلا خلاف لأنه يدل على بقـاء جزء منهـا ، وان بقى اللون وحده وهو سهل الازالة لم يطهر ، وان كان غيرها كدم الحيض يصيب ثوبا ولا يزول بالمبالغة فى الحت والقرص طهر على المذهب • وحكى الرافعى ــ وجها ــ أنه لا يطهر وهو شاذ ، قال الرافعى : والصحيح الذى قطع به الجمهور أن الحت والقرص مستحبان وليسا بشرط ، وفى وجه شاذ هما شرط ، وان بقيت الرائحة وحدها وهى عسرة الازالة كرائحة الخمر وبول المبرسم وبعض أنواع العذرة فقولان، وقيل : وجهان أصحهما يطهر ، وممن حكاه وجهين القاضى أبو الطيب ، قال

---

(١) ساق ابو عمر فى الاستيعاب هذه الرواية فى ترجمة خولة بنت يسار وقال : روى عنها ابو سلمة ، واخشى ان تكون خولة بنت اليمان لان اسناد حديثهما واحد وانما هو على بن ثابت عن الوازع بن نافع عن أبى سلمة بالحديث الذى ذكرنا فى اسم خولة بنت اليمان . وقال الحافظ ابن حجر فى الاصابة : قلت : لا يلوم من كون الاسـناد اليها واحـدا مع اختلاف المتن أن تكونا واحدة ا هـ ط .

الشيخ أبو حامد : هما قولان منصوصان وقد ذكر المصنف دليلهما • وان بقى اللون والرائحة لم يطهر على الصحيح ، وحكى الرافعى فيه وجهـا • قال صاحب التتمة : واذا لم تزل النجاسة بالماء وحده ، وأمكن ازالتها باشنان ونحوه وجب • ثم ما حكمنا بطهارته فى هذه الصور مع بقاء لون أو رائحة فهو طاهر حقيقة • وهذا هو الصحيح الذى قطع به الجمهور ، وفى التتمة وجه أنه يكون نجسا معفوا عنه وليس بشىء ، هـذا تلخيص حكم المسألة وما ذكره الأصحاب •

وأما قول المصنف : أحدهما لا يطهر كما لو بقى اللون • فمراده لون يسهل ازالته كما ذكرناه ، وهكذا من أطلق من العراقيين أنه لا يطهر مع بقاء اللون مرادهم ماذكرنا ، وقد نقل الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب الاتفاق على أنه اذا بقى اللون لا يطهر ومرادهما ما ذكرنا ، وقد أنكر بعض الناس على المصنف قوله : كاللون ، وزعم أن صوابه كالطعم قال : لأن اللون لا يضر بقاؤه قطعا وهذا الانكار خطأ من قائله فانه بجهالته فهم خلاف الصواب ثم اعترض ، والصواب صحة ما قاله المصنف وحمله على ما ذكرناه فقد صرح غيره بما تأولناه • وأما قول صاحب البيان : القولان فى بقاء رائحة الخمر ، فان بقى رائحة غيرها فقال عامة أصحابنا : لا يطهر ، وقال صاحب التلخيص والفروع : فيه القولان كالخمر • فليس كما قال بل الصواب الذى عليه الأكثرون طرد القولين فى الجميع على ما سبق • وكأن صاحب البيان قلد فى هذه الدعوى صاحب العدة على عادته فى النقل عنه ، وممن صرح بطردهما فى غير الخمر الشيخ أبو حامد والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان الثوب نجسا فغمسه فى اناء فيه دون القلتين من الماء نجس الماء ، ولم يطهر الثوب ، ومن أصحابنا من قال : ان قصد ازالة النجاسة لم ينجسه وليس بشىء لأن القصد لا يعتبر فى ازالة النجاسة ولهذا يطهر بماء المطر وبغسل المجنون قال أبو العباس بن القاص : اذا كان ثوب كله نجس فغسل بعضه فى جفنة ثم عاد فغسل ما بقى لم يطهر حتى يغسل الثوب كله دفعة واحدة ، لأنه اذا صب على بعضه ماء ورد جزء من البعض الآخر على الماء فنجسه واذا نجس الماء نجس الثوب) •

(**الشرح**) أما المسألة الأولى فسبق بيانها قريبا فى المسألة الخامسة من المسائل السابقة ، وقوله : « ومن أصحابنا من قال » هو ابن سريج ، وقوله : « ولهذا يطهر بماء المطر وبغسل المجنون » ظاهره أن ابن سريج يوافق على هذا ولا يبعد أنه يخالف فيه فقد نقل عنه اشتراط النية فى ازالة النجاسة كما سبق فى باب نية الوضوء وأما المسألة الثانية ، وهى مسألة ابن القاص فهى مشهورة عنه لكن قال المحاملى فى التجريد فى باب المياه : هذا غلط من ابن القاص ، قال : وقال عامة أصحابنا : يطهر الثوب • وقال صاحب البيان : حكى صاحب الافصاح والشيخ وأبو حامد والمحاملى أن ابن القاص قال : اذا كان الثوب كله نجسا فغسل نصفه ثم عاد الى ما بقى فغسله لم يطهر حتى يغسله كله قال : لأنه اذا غسل نصفه فالجزء الرطب الذى يلاصق الجزء اليابس النجس ينجس به لأنه ملاصق لما هو نجس ، ثم الجزء الذى بعده ينجس بملاصقته الجزء الأول ثم الذى بعده ينجس بملاصقته حتى ينجس جميع الأجزاء الى آخر الثوب • قال الشيخ أبو حامد : غلط ابن القاص بل يطهر الثوب لأن الجزء الذى يلاصق الجزء النجس ينجس به ، لأنه لاقى عين النجاسة ، فأما الجزء الذى يلاصق ذلك الجزء فلا ينجس به لأنه لاقى ما هو نجس حكما لا عينا ، ولهذا قال النبى صلى الله عليه وسلم فى الحديث الصحيح « فى الفأرة تموت فى السمن الجامد : ألقوها وما حولها وكلوا سمنكم » فحكم صلى الله عليه وسلم بنجاسة ما لاقى عين النجاسة دون الجزء المتصل بذلك المتنجس ، ولو كان كما قال ابن القاص لنجس السمن كله •

وأما ابن الصباغ فحكى أن ابن القاص قال : اذا غسل نصفه فى جفنة ثم عاد فغسل النصف الآخر لم يطهر حتى يغسله كله وحكى عنه العلة التى ذكرها عنه الشيخ أبو حامد قال ابن الصباغ • والحكم كما قاله ابن القاص لكن أخطأ فى الدليل ، بل الدليل لما قاله أن الثوب اذا وضع نصفه فى الجفنة وصب عليه ماء يغمره لاقى هذا الماء جزءا مما لم يغسله وذلك الجزء نجس وهو وارد على دون القلتين فنجسه واذا نجس الماء نجس الثوب • قال صاحب البيان : وعندى أنهما مسألتان فان غسل نصفه فى جفنة فالحكم ما قاله ابن القاص ، وان غسل نصفه بصب الماء عليه بغير جفنة فالحكم ما قاله

الشيخ أبو حامد ، هذا آخر كلام صاحب البيان وقد رأيت أنا المسألة فى التلخيص لابن القاص كما نقلها المصنف وابن الصباغ فانه قال : لو أن ثوبا نجسا كله غسل بعضه فى جفنة ثم عاد الى ما بقى فغسله لم يجز حتى يغسل الثوب دفعة واحدة ، هذا كلامه بحروفه قال القفال فى شرحه : فى هذه المسألة وجهان الصحيح ما قاله ابن القاص وهو أن جميع الثوب نجس قال : وقال صاحب الافصاح : يطهر واستدل بحديث فأرة السمن قال القفال : والصواب قول ابن القاص . واستدل له بنحو ما ذكره ابن الصباغ وفرق بينه وبين السمن بأنه جامد لا يتراد قال : ونظير مسألتنا السمن الذائب فحصل أن الصحيح ما قاله ابن القاص ، ووافقه عليه القفال والمصنف وابن الصباغ وصاحب البيان . ويحمل كلام الآخرين على ما حمله صاحب البيان وعليه يحمل ما نقله الرافعى عن الأصحاب أنهم قالوا : لو غسل أحد نصفى ثوب ثم نصفه الآخر ، فوجهان أحدهما لا يطهر حتى يغسل كله دفعة واحدة وأصحهما أنه ان غسل مع النصف الثانى ما يجاوره من النصف الأول طهر الثوب كله ، وان اقتصر على النصفين فقط طهر الطرفان وبقى المنتصف نجسا فيغسله وحده والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا اصاب الأرض نجاسة ذائبة فى موضع ضاح فطلعت عليه الشمس وهبت عليه الريح فذهب اثرها ففيه قولان ، قال فى القديم والاملاء : يطهر لانه لم يبق شىء من النجاسة فهو كما لو غسل بالماء ، وقال فى الام : لا يطهر وهو الاصح لانه محل نجس فلا يطهر بالشمس كالثوب النجس) .

(الشرح) هذان القولان مشهوران وأصحهما عند الأصحاب لا يطهر كما صححه المصنف ، ونقله البندنيجى عن نص الشافعى فى عامة كتبه ، وحكى فى المسألة طريقين (أحدهما) : فيه القولان (والثانى) : القطع بأنها لا تطهر وتأويل نصه على أرض مضت عليه سنون وأصابها المطر ، ثم القولان فيما اذا لم يبق من النجاسة طعم ولا لون ولا رائحة ، وممن قال بأنها لا تطهر مالك وأحمد وزفر وداود وممن قال بالطهارة أبو حنيفة وصاحباه ثم قال العراقيون : هما اذا زالت النجاسة بالشمس أو الريح ، فلو ذهب أثرها بالظل لم تطهر عندهم قطعا ، وقال الخراسانيون : فيه خلاف

مرتب وأما الثوب النجس ببول ونحوه اذا زال أثر النجاسة منه بالشمس فالمذهب القطع بأنه لا يطهر وبه قطع العراقيون .

ونقل امام الحرمين عن الأصحاب أنهم طردوا فيه القولين كالأرض قال :

وذكر بعض المصنفين يعنى الفورانى أنا اذا قلنا : يطهر الثوب بالشمس فهل يطهر بالجفاف فى الظل ؟ فيه وجهان وهذا ضعيف قال الامام : ولا شك أن الجفاف لا يكفى فى هذه الصورة فان الأرض تجف بالشمس على قرب ولم ينقلع بعد آثار النجاسة ، فالمعتبر انقلاع الآثار على طول الزمان بلا خلاف ، وكذا القول فى الثياب . وقول المصنف : « موضع ضاح » هو بالضاد المعجمة قال أهل اللغة : هو البارز والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان طبخ اللبن الذى خلط بطينة السرجين لا يطهر ، لان النار لا تطهر النجاسة ، وقال ابو الحسن بن المرزبان : اذا غسل طهر ظاهره ، فتجوز الصلاة عليه ولا تجوز الصلاة فيه ، لان ما فيه من السرجين كالزئبر [فى الثوب (١)] فيحترق بالنار ، ولهذا ينتقب (٢) موضعه فاذا غسل طهر فجازت الصلاة عليه والمذهب الاول) .

(الشرح) قال أصحابنا : اللبن النجس ضربان مختلط بنجاسة جامدة ، كالروث والعذرة وعظام الميتة وغير مختلط بها ، فالمختلط نجس لا طريق الى تطهيره لأن الأعيان النجسة لا تطهر بالغسل ، وهذا فيه عين نجسة فان طبخ أى أحرق فالمذهب أنه لا يطهر ، وبه قطع الجمهور وخرج أبو زيد والخضرى وآخرون قولا : أن النار تؤثر فيطهر خرجوه من القول القديم أن الأرض تطهر بالشمس . قالوا : فالنار أبلغ ، فعلى قول الجمهور لو غسل لم يطهر على الصحيح المنصوص وقال ابن المرزبان والقفال : يطهر ظاهره واختاره ابن الصباغ . قال صاحب البيان : فاذا قلنا : انه لا يطهر بالاحراق فكسر منه موضع فما ظهر بالكسر نجس لا يطهر بالغسل

---

(١) ما بين المعقوفين ليس فى (ش) ولا (ق) « ط » .

(٢) فى ش و ق ينتقب « ط » .

وتصح الصلاة على مالم يكسر منه ولكنها مكروهة كما لو صلى فى مقبرة غير منبوشة لكونها مدفن النجاسة قال الشافعى والأصحاب : ويكره أن يبنى به مسجدا • قال القاضى أبو الطيب : لا يجوز أن يبنى به مسجدا ولا يفرش به فان فرش به وصلى عليه لم تصح صلاته فان بسط عليه شيئا صحت مع الكراهة ولو حمله مصل ففى صحة صلاته الوجهان فيمن حمل قارورة فيها نجاسة وسد رأسها بنحاس الصحيح أنه لا تصح صلاته •

(والضرب الثانى) غير المختلط بنجاسة جامدة ، كالمعجون ببول أو بماء نجس أو خمر فيطهر ظاهره بافاضة الماء عليه ويطهر باطنه بأن ينقع فى الماء حتى يصل الى جميع أجزائه كما لو عجن عجين بماء نجس ، فلو طبخ هذا اللبن طهر على تخريج أبى زيد ظاهره ، وكذا باطنه على الأصح ، وأما على المذهب وقول الجمهور فهو باق على نجاسته ويطهر بالغسل ظاهره دون باطنه ، وانما يطهر باطنه بأن يدق حتى يصير ترابا ثم يفاض الماء عليه ، فلو كان بعد الطبخ رخوا لا يمنع نفوذ الماء فهو كما قبل الطبخ • وقول المصنف: كالزئبر هو بزاى مكسورة ثم همزة ثم باء موحدة مكسورة على المشهور عند أهل اللغة • قال الجوهرى : ويقال بضم الباء وهو ما يعلو الثوب الجديد كالزغب وقوله : قال ابن المرزبان : هو بميم مفتوحة ثم راء ساكنه ثم زاى مضمونة ثم باء موحدة ، والمرزبان بالفارسية وهو معرب وهو زعيم فلاحى العجم وجمعه مرازبة ، ذكر هذا كله الجوهرى فى صحاحه • وابن المرزبان هذا هو أبو الحسن على بن أحمد المرزبان البغدادى صاحب ابن القطان ، تفقه عليه الشيخ أبو حامد ، كان اماما فى المذهب ورعا ، قال : ما أعلم أن لأحد على مظلمة • وهو يعلم أن الغيبة مظلمة ، توفى فى رجب سنة ست وستين وثلاثمائة ، ذكرت أحواله فى الطبقات والتهذيب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان اصاب اسفل الخف نجاسة فدلكه على الارض نظرت فان كانت نجاسة رطبة لم يجزه (١) ، وان كانت يابسة فقولان • قال فى الجديد : لا يجوز حتى يغسله لانه ملبوس نجس فلا يجزىء فيه المسح كالثوب • وقال فى الاملاء

---

(١) فى بعض نسخ المهذب (لم يجز) و (ففيه قولان) و (فليمسحه بالارض) « ط » .

والقديم : يجوز لما روى ابو سعيد الخدرى رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « اذا جاء احدكم الى المسجد فلينظر نعليه فان كان بهما خبث فليمسحه على الأرض ثم ليصل فيهما » ولأنه تتكرر فيه النجاسة فأجزأ فيه المسح كموضع الاستنجاء) .

(**الشرح**) اذا أصابت أسفل الخف أو النعل نجاسة رطبة فدلكه بالأرض فأزال عينها وبقى أثرها نظر ان دلكها وهى رطبة لم يجزئه ذلك ولا يجوز الصلاة فيه بلا خلاف لأنها تنتشر من محلها الى غيره من أجزاء الخف الظاهرة ، وان جفت على الخف فدلكها وهى جافة بحيث لم تنتشر الى غير موضعها منه فالخف نجس بلا خلاف ، ولكن هل يعفى عن هذه النجاسة فتصح الصلاة ؟ فيه قولان ، ودليلهما ما ذكره المصنف ، أصحهما عند الأصحاب (الجديد) وهو أنه لا تصح الصلاة ، وبه قال أحمد فى أصح الروايات عنه (والقديم) الصحة ، وبه قال أبو حنيفة واتفقوا على أنه لو وقع هذا الخف فى مائع أو فيما دون قلتين من الماء نجسه ، كما لو وقع فيه مستنج بالأحجار قال الرافعى : اذا قلنا بالقديم وهو العفو فله شروط : (أحدها) أن يكون للنجاسة جرم يلتصق بالخف ، أما البول ونحوه فلا يكفى دلكه بحال (الثانى) أن يدلكه فى حال الجفاف ، وأما مادام رطبا فلا يكفى دلكه قطعا (الثالث) أن يكون حصول النجاسة بالمشى من غير تعمد ، فلو تعمد تلطيخ الخف بها وجب الغسل قطعا ، والقولان جاريان فيما لو أصاب أسفل الخف وأطرافه من طين الشوارع المتيقن نجاسته الكثير الذى لا يعفى عنه ، وسائر النجاسات الغالبة فى الطرق كالروث وغيره واعلم أن الغزالى وصاحبه محمد بن يحيى جزما بالعفو عن النجاسة الباقية على أسفل الخف ، وهذا شاذ مردود والله أعلم .

وأما حديث أبى سعيد المذكور فى الكتاب فحديث حسن رواه أبو داود باسناد صحيح ولفظه : « اذا جاء أحدكم الى المسجد فلينظر فان رأى فى نعليه قذرا أو أذى فليمسحه وليصل فيهما » وروى أبو داود بأسانيد عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : «اذا وطىء أحدكم بنعليه الأذى فان التراب له طهور » رواه من طرق كلها ضعيفة والاعتماد على حديث أبى سعيد .

وأجاب فى الجديد عن الحديث بأن المراد بالقذر والأذى ما يستقذر ولا يلزم منه النجاسة ، وذلك كمخاط ونخامة وشبههما مما هو طاهر أو مشكوك فيه، وهذا الحديث وجوابه تقدما فى أول الكتاب فى مسألة اشتراط الماء لازالة النجاسة .

وأما قول المصنف : لأنه ملبوس نجس فلا يجوز فيه المسح فاحترز بملبوس عن محل الاستنجاء ، وبقوله : نجس عن خف المحرم اذا علق به طيب فانه يجزيه ازالته بالمسح ، والله أعلم .

(**فرع**) فى مسائل تتعلق بالباب مختصرة جدا خشية الاطالة ، وفرارا من السآمة والملالة .

(**احداها**) أن ازالة النجاسة التى لم يعص بالتلطخ بها فى بدنه ليس على الفور وانما تجب عند ارادة الصلاة ونحوها لكن يستحب تعجيل ازالتها .

(الثانية) اذا نجس الزيت والسمن والشيرج وسائر الأدهان ، فهل يمكن تطهيره ؟ فيه وجهان مشهوران ، وقد ذكرهما المصنف فى باب ما يجوز بيعه (أصحهما) عند الأكثرين لا يطهر بالغسل ولا بغيره لقوله صلى الله عليه وسلم فى الفارة تقع فى السمن : « ان كان مائعا فلا تقربوه » ولم يقل اغسلوه ولو جاز الغسل لبينه لهم ، وقياسا على الدبس والخل وغيرهما من المائعات اذا تنجست فانه لا طريق الى تطهيرها بلا خلاف (والثانى) يطهر بالغسل بأن يجعل فى اناء ويصب عليه الماء ويكاثر به ويحرك بخشبة ونحوها تحريكا يغلب على الظن أنه وصل الى أجزائه ثم يترك حتى يعلو الدهن ثم يفتح أسفل الاناء فيخرج الماء ويطهر الدهن وهذا الوجه قول ابن سريج ورجحه صاحب العدة ، وقال البغوى وغيره : ليس هو بصحيح ، وقال صاحب العدة : لا يطهر السمن بالغسل قطعا وفى غيره الوجهان والمشهور أنه لا فرق . أما الزئبق فقال المحاملى فى اللباب وصاحب التهذيب وغيرهما : ان أصابته نجاسة ولم يتقطع بعد اصابتها طهر بصب الماء عليه ، وان تقطع فهو كالدهن ولا يمكن تطهيره على الأصح .

(الثالثة) اذا أصابت النجاسة شيئا صقيلا كالسيف والسكين والمرآة ونحوها لم تطهر بالمسح ولا تطهر الا بالغسل كغيرها ، وبه قال أحمد وداود ، وقال مالك وأبو حنيفة : تطهر بالمسح .

(الرابعة) اذا سقيت السكين ماء نجسا ثم غسلها طهر ظاهرها وهل يطهر باطنها بمجرد الغسل ؟ أم لا يطهر حتى يسقيه مرة ثانية بماء طهور يورده عليها ؟ فيه وجهان حكاهما صاحب البيان وآخرون ؛ ولو طبخ لحم بماء نجس صار باطنه وظاهره نجسا ، وفى كيفية طهارته وجهان (أحدهما) يغسل ثم يعصر كالبساط ، (والثانى) يشترط أن يغلى مرة أخرى بماء طهور ، وقطع القاضى حسين فى مسألتى السكين واللحم بأنه يجب سقيها واغلاؤها ، واختار الشاشى أن الغسل كاف فيهما وهو المنصوص قال الشافعى رحمه الله فى الأم فى كتاب صلاة الخوف : لو أحمى حديدة ، ثم صب عليها سما أو غسلها فيه فشربته ؛ ثم غسلت بالماء طهرت لأن الطهارات كلها انما جعلت على ما ظهر فيه ليس على الأجواف ، هذا نصه بحروفه . قال المتولى : واذا غسل السكين طهر ظاهره دون باطنه ، ويجوز استعماله فى الأشياء الرطبة كما يجوز فى اليابسة لكن لا تصح الصلاة وهو حامله ، وانما جاز استعماله فى الرطب مع قولنا بنجاسة باطنه ، لأن الرطوبة لاتصل باطنه اذ لو وصلت لطهرت بالماء.

(الخامسة) قال صاحب التتمة وغيره : للماء قوة عند الورود على النجاسة ، فلا ينجس بملاقاتها بل يبقى مطهرا ، فلو صبه على موضع النجاسة من الثوب ، فانتشرت الرطوبة فى الثوب لا يحكم بنجاسة موضع الرطوبة ، ولو صب فى اناء نجس ولم يتغير بالنجاسة فهو طهور ، فاذا أداره على جوانبه طهرت الجوانب كلها ، هذا كله قبل الانفصال قال : فلو انفصل الماء متغيرا وقد زالت النجاسة عن المحل فالماء نجس ، وفى المحل وجهان (أحدهما) أنه طاهر لانتقال النجاسة الى الماء (والثانى) وهو الصحيح : أن المحل نجس أيضا لأن الماء المنفصل نجس وقد بقيت منه أجزاء فى المحل قال : ولو وقع بول على ثوب فغسل بماء موزون فانفصل زائد الوزن فالزيادة بول ، والماء نجس كما لو تغير ، وفى طهارة المحل الوجهان الصحيح لا يطهر قلت : وقد

سبق فى المياه وجه شاذ أن هـذا الماء طاهـر مع زيادة الوزن وليس بشىء فالمذهب نجاسته •

(السادسة) قال أصحابنا : اذا اختلطت العذرة أو الروث وغيرهما من الأعيان النجسة بتراب نجس ولم يتميز لم يطهر بصب الماء عليها لأن العـين النجسة لاتطهر بالغسل وطريقه أن يزال التراب الذى وصلته أو يطرح عليه تراب طاهر يغطيه والأول أولى ، قال صاحب الشامل وغيره : لو طين على النجاسة أو طرح عليها ترابا طاهرا وصلى عليه جاز ، لكن تكره الصلاة لأنه مدفن النجاسة ، وكذا لو دفن ميتة ، وسوى فوقها الطاهر تصح الصـلاة عليه وتكره •

(السابعة) ماذكر صاحب التتمة بعد أن ذكر الوجهين فى مسألة ابن القاص السابقة وهى : اذا غسل نصف الثوب ثم عاد فغسـل نصـفه قال : لو غسل الثوب عن النجاسة ثم وقعت عليه نجاسة عقب فراغه من غسله ، هل يجب عليه غسل جميع الثوب ؟ أم يكفى غسل موضع النجاسة ؟ فيه هذان الوجهان ، قلت والصحيح أنه يكفى غسل موضعها وهو الموافق للدليل ولما ذكره الأصحاب هناك •

قال : ولو خرز الخف بشعر خنزير رطب صار نجسا ، فاذا غسله هل يطهر ظاهره ؟ فيه هذان الوجهان (أحدهما) لا يطهر لأن الذى يتخلل ثقب الخف من الخيط نجس لملاصقته الشعر مع الرطوبة فاذا غسل ظاهره اتصلت الرطوبة بالموضع النجس ولا ينفذ الماء فيه ليطهر الجميع فيعود المغسـول نجسا (والثانى) : يطهر فيجوز أن يصلى عليه لا فيه ، ولو عرقت رجله فيه أو أدخلها فيه رطبة لم ينجس ولا تتعدى النجاسة من الخرز الذى فى ثقب الخف الى المغسول وكان القاضى حسين يختار هذا الوجه •

(الثامنة) صب الماء على ثوب نجس وعصره فى اناء وهو متغير ثم صب عليه ماء آخر وعصره فخرج متغير ثم جمع الماءين فزال التغير ، ولم يبلغ قلتين فهو نجس هذا هو الصـواب ، وبه قطع الجمهـور ، وحكى صاحب المستظهرى وجها أنه طاهر وليس بشىء •

(التاسعة) قال الشيخ أبو محمد الجويني في كتاب التبصرة في الوسوسة : اذا غسل فمه النجس فليبالغ في المغرغرة ليغسل كل ما هو في حد الظاهر ولا يبتلع طعاما ولا شرابا قبل غسله لئلا يكون أكل نجاسة .

(العاشرة) اذا كانت أعضاؤه رطبة فهبت الريح فأصابه غبار الطريق أو غبار السرجين لم يضره ، وقد ذكر المصنف المسألة في باب المياه .

(الحادية عشرة) لو صبغ يده بصبغ نجس أو خضب يده أو شعره بحناء نجس بأن خلط ببول أو خمر أو دم وغسله فزالت العين وبقي اللون فهو طاهر ، هذا هو الصحيح ، وبه قطع الأكثرون منهم البغوي ، ونقله المتولي عن عامة الأصحاب قال : وقال الأستاذ أبو اسحاق [1] : لا يطهر مع بقاء اللون وقال صاحب الحاوي : ان بقي لون النجاسة فنجس ، وان بقي لون الخضاب فوجهان ، ونقل صاحب المستظهري هذا عن الحاوي ثم ضعفه ، وقال هذا عجيب واعتبار زوال اللون لا معنى له قال : وقد نص الشافعي رحمه الله في موضع آخر أنه يطهر بالغسل مع بقاء اللون والمذهب ما سبق وهو الجزم بالطهارة . قال صاحب الحاوي : فان قلنا لا يطهر فان كان الخضاب على شعر كاللحية لم يلزمه حلقه ، بل يصلي فيه ويتركه حتى ينصل لأنه ينصل عن قرب فاذا نصل أعاد الصلوات ، وان كان على بدن ، وهو مما ينصل كالحناء انتظر فصوله ثم يعيد ما صلى معه ، فان كان مما لا ينصل كالوشم فان أمن التلف في ازالته لزمه كشطه لأنه ليس له أمد ينتظر بخلاف الحناء ، وان خاف التلف فان كان غيره أكرهه تركه بحاله ، وان كان هو الذي فعله فوجهان كما لو صلى بعظم نجس والله أعلم .

(فرع) في استعمال النجاسات في البدن وغيره خلاف وتفصيل نوضحه ان شاء الله تعالى في باب ما يكره لبسه .

(الثانية عشر) اذا توضأ انسان في طست ثم صب ذلك الماء في بئر فيها ماء كثير لم يفسد الماء ولم يجب نزح شيء منه عندنا وعند جماهير العلماء . وقال أبو يوسف : يجب نزح جميعها ، وقال محمد : ينزح منه عشرون دلوا .

---

(١) الأستاذ هو ابو اسحاق الاسفرايني (ط) .

(الثالثة عشرة) لا يشترط فى غسل النجاسة فعل مكلف ولا غـيره بل يكفى ورود الماء عليها وازالة العين ، سواء حصل ذلك بغسل مكلف أو مجنون أو صـبى أو القاء الريح أو نحوها أو بنزول المطر عليه أو مرور السيل أو غيره ، نص عليه الشافعى فى الأم ، واتفق عليه لكن يجىء فيه الوجه السابق فى اشتراط النية فى ازالة النجاسة ، لكنه وجه باطل مخالف للاجماع كمـا سبق ، قال الشافعى والأصحاب : فلو وقع البول ونحوه على أرض فقلع التراب الذى أصابه ـ فان استظهر حتى علم أنه لم ينزل البول عن ذلك ـ كان الموضع طاهرا والا فلا والله أعلم .

تم الجزء الثانى ويليه الجزء الثالث وأوله :

كتاب الصـــلاة

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصـــلاة

قال المصنف رحمه الله تعالى

(الصلاة (١) المكتوبة خمس لما روى طلحة بن عبيد الله رضى الله عنه قال : « جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم رجل من أهل نجد ثائر الرأس ، نسمع دوى صوته ولا نفقه ما يقول حتى دنا ، فاذا هو يسأل عن الاسلام ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خمس صلوات [كتبهن الله عليك] فى اليوم والليلة ، قال : هل على غيرهن ؟ قال : لا الا أن تطوع ») .

(**الشرح**) الصلاة فى اللغة الدعاء ، وسميت الصلاة الشرعية صـلاة لاشتمالها عليه ، هذا هو الصحيح وبه قال الجمهور من أهل اللغة وغيرهم من أهل التحقيق وقيل فى اشتقاقها ومعناه أقوال كثيرة أكثرها فاسدة لاسيما قول من قال : هى مشتقة من صليت العود على النار اذا قومته ، والصـلاة تقيم العبد على الطاعة وبطلان هذا الخطأ أظهر من أن نذكره لأن لام الكلمة فى الصـلاة واو ، وفى صليت ياء ، فكيف يصح الاشـتقاق مع اختـلاف الحروف الأصلية ؟ . وأما حديث طلحة فرواه البخارى ومسلم وهو بعض حديث طويل مشهور . وقوله : « ثائر » أى منتفش شعره وهو برفع الراء وقوله : « نسمع ولا نفقه » هو بالنون المفتوحة فيهما ، وروى بالياء المثناة من تحت مضمومة ، وكلاهما صحيح لكن النون أصح وأشهر .

وقوله « دوى » هو بفتح الدال المهملة ، هـذا هو المشهور ، وحكى صاحب المطالع ضمها وهو شاذ ضعيف ، ومعناه بعـده فى الهواء وعلوه ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « الا أن تطوع » هو بتشديد الطاء والواو ، على ادغام احدى التاءين فى الطاء . ويجوز تخفيف الطاء على الحذف .

وأما طلحة الراوى ، فهو أحد العشرة المشهود لهم بالجنـة ، رضى الله

---

(١) فى نسخة الركبى (الصلوات المكتوبات خمس) ط .

عنهم ، وهو أبو محمد طلحة بن عبيد الله بن عثمان بن عمرو بن كعب بن سعد ابن تيم بن كعب بن مرة بن لؤى القرشى التيمى ، يلتقى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى مرة بن كعب ، ومناقبه كثيرة مشهورة ، سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم طلحة الخير ، وطلحة الجود ، قتل يوم الجمل لعشر خلون من جمادى الأولى سنة ست وثلاثين ودفن بالبصرة ، وحديثه هذا مشتمل على فوائد كثيرة جمعتها واضحة فى أول شرح صحيح البخارى ومختصرها أن فيه بطوله وجوب الصلوات الخمس كل يوم وليلة ووجوب الصيام ووجوب الزكاة وأنه لا يجب من الصلوات الا الخمس ولا من الصيام غير رمضان وأن من حافظ على الواجبات ولم يفعل شيئا من النوافل دخل الجنة ، وأن الايمان والاسلام يطلق على الصلاة والصيام وغيرهما من الطاعات ، وفيه أنه ليس فى المال حق متأصل غير الزكاة ، وفيه جواز قول رمضان من غير ذكر الشهر وجواز الحلف بالله تعالى من غير استحلاف ، وتقرير هذه الفوائد مما يتعلق بها موضح هنا .

(اما حكم المسالة) فأجمعت الأمة على أن الصلوات الخمس فرض عين، وأجمعوا أنه لا فرض عين سواهن ، واختلفوا فى العيد هل هو فرض كفاية أم سنة ؟ وفى الوتر هل هو سنة أم واجب ؟ مع اجماعهم أنه ليس بفرض . وأما صلاة الجنازة ففرض كفاية وأما ركعتا الطواف فالأصح أنهما سنة ، ومن قال بوجوبهما فانما وجبتا عنده لعارض وهو الطواف لا بالأصالة ، فأشبهت المنذورة . وقد كان قيام الليل واجبا فى أول الاسلام ، ثم نسخ فى حق الأمة ، وهل نسخ فى حق النبى صلى الله عليه وسلم ؟ فيه وجهان لأصحابنا . قال أكثرهم : لم ينسخ ، والصحيح أنه نسخ . ونقله الشيخ أبو حامد عن نص الشافعى رحمه الله ، ويدل عليه حديث سعد بن هشام عن عائشة ، وهو حديث طويل قال فيه : قلت « أنبئينى عن قيام رسول الله صلى الله عليه وسلم » قالت « ألست تقرأ يا أيها المزمل » فذكرته الى أن قالت « فصار قيام الليل تطوعا بعد أن كان فريضة » رواه مسلم فى صحيحه والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجب ذلك الا على مسلم بالغ عاقل طاهر ، فاما الكافر فان كان اصليا لم تجب عليه ، واذا اسلم لا يخاطب بقضائها لقوله تعالى : (قل للذين كفروا

ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف) ولأن فى ايجاب ذلك عليهم تنفيرا فعفى عنه ، وان كان مرتدا وجبت عليه ، واذا اسلم لزمه قضاؤها لأنه اعتقد وجوبها وقدر على التسبب الى ادائها فهو كالمحدث) .

(الشرح) أما الكافر المرتد فيلزمه الصلاة فى الحال ، واذا أسلم لزمه قضاء ما فات فى الردة لما ذكره المصنف ، هذا مذهبنا لا خلاف فيه عندنا . وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد فى رواية عنه وداود : لا يلزم المرتد اذا أسلم قضاء ما فات فى الردة ولا فى الاسلام قبلها ، وجعلوه كالكافر الأصلى يسقط عنه بالاسلام ما قد سلف والله أعلم .

وأما الكافر الأصلى فاتفق أصحابنا فى كتب الفروع على أنه لا يجب عليه الصلاة والزكاة والصوم والحج وغيرها من فروع الاسلام ، فأما فى كتب الأصول فقال جمهورهم : هو مخاطب بالفروع كما هو مخاطب بأصل الايمان ، وقيل لا يخاطب بالفروع . وقيل : يخاطب بالمنهى عنه كتحريم الزنا والسرقة والخمر والربا وأشباهها دون المأمور به كالصلاة ، والصحيح الأول ، وليس هو مخالفا لقولهم فى الفروع لأن المراد هنا غير المراد هناك ، فمرادهم فى كتب الفروع أنهم لا يطالبون بها فى الدنيا مع كفرهم ، واذا أسلم أحدهم لم يلزمه قضاء الماضى ، ولم يتعرضوا لعقوبة الآخرة ومرادهم فى كتب الأصول أنهم يعذبون عليها فى الآخرة زيادة على عذاب الكفر ، فيعذبون عليها وعلى الكفر جميعا لا على الكفر وحده ، ولم يتعرضوا للمطالبة فى الدنيا فذكروا فى الأصول حكم أحد الطرفين وفى الفروع حكم الطرف الآخر ، والله أعلم .

(فرع) لا يصح من كافر أصلى ولا مرتد صلاة ، ولو صلى فى كفره ثم أسلم لم تتبين صحتها بل هى باطلة بلا خلاف . أما اذا فعل الكافر الأصلى قربة لا يشترط النية لصحتها كالصدقة والضيافة وصلة الرحم والاعتاق والقرض والعارية والمنحة وأشباه ذلك فان مات على كفره فلا ثواب له عليها فى الآخرة لكن يطعم بها فى الدنيا ويوسع فى رزقه وعيشه وان أسلم فالصواب المختار أنه يثاب عليها فى الآخرة للحديث الصحيح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « اذا أسلم العبد فحسن اسلامه كتب الله له بكل

حسنة كان زلفلها » أى قدمها ومعنى حسن اسلامه أى أسلم اسلاما محققا لا نفاق فيه .

وفى الصحيحين عن حكيم بن حزام رضى الله عنه قلت « يا رسول الله أرأيت أمورا كنت أتحنث بها فى الجاهلية من صدقة أو اعتاق أو صلة رحم أفيها أجر ؟ » فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أسلمت على ما أسلفت من خير » وفى رواية الصحيح« أسلمت على ما أسلفت لك من الخير » قوله : أتحنث أى أتعبد فهذان حديثان صحيحان لا يمنعهما عقل ولم يرد الشرع بخلافهما فوجب العمل بهما . وقد نقل الاجماع على ما ذكرته من اثبات ثوابه اذا أسلم وقد أوضحت المسألة بدلائلها وما يتعلق بها مبسوطا فى أول شرحى صحيحى البخارى ومسلم .

وأما قول أصحابنا وغيرهم : لا يصح من كافر عبادة ولو أسلم لم يعتد بها . فمرادهم لا يعتد بها فى أحكام الدنيا وليس فيه تعرض لثواب الآخرة فان أطلق مطلق أنه لا يثاب عليها فى الآخرة وصرح بذلك فهو مجازف غالط مخالف للسنة الصحيحة التى لا معارض لها . وقد قال الشافعى والأصحاب وغيرهم من العلماء اذا لزم الكافر كفارة ظهار أو قتل أو غيرهما فكفر فى حال كفره أجزأه ، واذا أسلم لا يلزمه اعادتها والله أعلم .

(فرع) اذا صلى المسلم ثم ارتد ثم أسلم ووقت تلك الصلاة باق لم يجب اعادتها وقال أبو حنيفة ومالك وأحمد فى رواية عنه يجب والمسألة مبنية على أصل سبق وهو أن عندنا تبطل الأعمال بالردة الا أن يتصل بها الموت وعندهم يبطل بنفس الارتداد . احتجوا بقول الله تعالى (ومن يكفر بالايمان فقد حبط عمله [1]) واحتج أصحابنا بقول الله تعالى (ومن يرتد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم) [2] فعلق الحبوط بشرطين : الردة والموت عليها والمعلق بشرطين لا يثبت بأحدهما والآية التى احتجوا بها مطلقة وهذه مقيدة فيحمل المطلق على المقيد .

قال الشافعى والأصحاب : يلزم المرتد اذا أسلم أن يقضى كل ما فاته فى

---

(١) الآية ٥ من سورة المائدة .
(٢) الآية ٢١٧ من سورة البقرة .

الردة أو قبلها وهو مخاطب فى حال الردة بجميع ما يخاطب به المسلم واذا أسلم لا يلزمه اعادة ما كان فعله قبل الردة من حج وصلاة وغيرهما والله أعلم.

(فـرع) اذا أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر وجبت عليه الصلاة كما لو هاجر فان تركها لزمه القضاء سواء علم وجوبها أم جهله وهذا مذهبنا . وقال أبو حنيفة رحمه الله : لا يلزمه ما لم يعلم وجوبها دليلنا عموم النصوص والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما الصبى فلا تجب عليه لقوله صلى الله عليه وسلم ((رفع القلم عن الصبى حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق)) ولا يجب عليه القضاء اذا بلغ لان زمن الصغر يطول فلو اوجبنا القضاء شق فعفى عنه) .

(الشرح) هذا الحديث صحيح رواه عن النبى صلى الله عليه وسلم على وعائشة رضى الله عنهما رواه أبو داود والنسائى فى كتاب الحدود من سننهما من رواية على باسناد [1] صحيح ورويناه هما وابن ماجه فى كتاب الطلاق من رواية عائشة ، وقد كرره المصنف فى مواضع كثيرة من المهذب ، وقل أن يذكر راويه وقد ذكره فى كتاب السير من رواية على رضى الله عنه ، وأما المسألتان اللتان ذكرهما وهما أن الصلاة لا تجب على صبى ولا صبية ولا يلزمهما قضاؤها بعد البلوغ فمتفق عليهما لما ذكره ، ويقال زمن وزمان لغتان مشهورتان واتفقوا على أن الصبى لا تكليف عليه ولا يأثم بفعل شىء لكن يجب على وليه أداء الزكاة ونفقة القريب من ماله ، وكذا غرامة اتلافه ونحوها والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما من زال عقله بجنون او اغماء او مرض فلا تجب عليه لقوله صلى الله عليه وسلم ((رفع القلم عن ثلاثة)) فنص على المجنون وقسنا عليه كل من زال عقله بسبب مباح . وان زال عقله بمحرم كمن شرب المسكر او تناول

---

(١) قد أعدت تخريجه مستقصى فى البيوع وغيرها من تكملتنا (ط) .

دواء من غير حاجة فزال عقله وجب عليه القضاء اذا افاق لانه زال عقله بمحرم فلم يسقط عنه الفرض) .

(الشرح) منْ زال عقله بسبب غير محرم ، كمن جن أو أغمى عليه أو زال عقله بمرض أو بشرب دواء لحاجة أو أكره على شرب مسكر فزال عقله فلا صلاة عليه ، واذا أفاق فلا قضاء عليه ، بلا خلاف للحديث ، سواء قل زمن الجنون والاغماء أو كثر . هذا مذهبنا ، وقال أبو حنيفة رحمه الله : ان كان الاغماء دون يوم وليلة لزمه قضاء ما فات فيه ، وان كان أكثر فلا ، ونقل ابن حزم عن عمار بن ياسر وعطاء ومجاهد وابراهيم النخعي وحماد بن أبي سليمان وقتادة : أن المغمى عليه يقضي ، دليلنا القياس على المجنون وعلى ما فوق يوم وليلة ، أما اذا زال عقله بمحرم بأن شرب المسكر عمدا عالما به مختارا ، أو شرب دواء لغير حاجة ، وهو مما يزول به العقل ، فزال عقله لم تصح صلاته في ذلك الحال ، فاذا عاد عقله لزمه القضاء . قال الشافعي رحمه الله في الأم : أقل السكر أن يذهب عنه لغلبته بعض ما لم يكن يذهب . وقال الشافعي في موضع آخر : (السكران من اختل كلامه المنظوم ، وباح بسره المكتوم) وقال أصحابنا : هو أن تختل أحواله فلا تنتظم أفعاله وأقواله ، وان كان له بقية تمييز وفهم كلام ، فأما من حصل له بشرب الخمر نشاط وهزة لدبيب الخمر ولكن لم يستول عليه بعد ولم يختل شيء من عقله فهو في حكم الصاحي ، فتصح صلاته في هذه الحال وجميع تصرفاته بلا خلاف ولا ينتقض وضوءه ، وقد سبق هذا في باب ما ينقض الوضوء ، وسنعيده ايضاحا في كتاب الطلاق وحيث بسطه المصنف والأصحاب ان شاء الله تعالى .

(فرع) قد ذكرنا أن الجنون والاغماء وما في معناهما مما يزيل العقل بغير معصية يمنع وجوب الصلاة ولا اعادة سواء كثر زمن الجنون والاغماء ونحوهما أم قل ، حتى لو كان لحظة أسقط فرض الصلاة . ويتصور اسقاط الفرض بجنون لحظة واغماء لحظة فيما اذا بلغ مجنونا وقد بقي من وقت الصلاة لحظة ، ثم زال الجنون عقب خروج الوقت .

وحكى أصحابنا عن أبي حنيفة أنه قال : يلزم المغمى عليه بعد الاقامة قضاء يوم وليلة ، ولا يلزمه ما زاد . وقال أحمد : يلزمه الجميع وان كثر .

وروى هذا عن طاوس وعطـاء ومجاهد ، وروى مثل مذهبنـا عن مالك وأحمد ، والله أعلم •

(فـرع) قال أصحابنا : يجوز شرب الدواء المزيل للعقل للحاجة ، كما أشـار اليه المصنف بقوله : شرب دواء من غير حاجة ، واذا زال عقله والحالة هذه لم يلزمه قضاء الصلوات بعد الافاقة لأنه زال بسبب غير محرم ، ولو احتيج فى قطع يده المتأكلة الى تعاطى ما يزيل عقله فوجهـان أصحهما جوازه ، وسنوضح هـذه المسألة ان شاء الله تعـالى بفروعها فى باب حد الخمر • أما اذا أراد تناول دواء فيه سم ، قال الشيخ أبو حامد فى التعليق وصاحب البيان : قال الشافعى رحمه الله فى كتاب الصلاة : ان غلب على ظنه أنه يسلم منه جاز تناوله ، وان غلب على ظنه أنه لا يسلم منه لم يجز ، وذكر فى كتاب الأطعمة أن فى تناوله اذا كان الغالب منه السلامة قولين ، قال الشيخ أبو حامد والبندنيجى : فان حرمناه وزال عقله بتناوله وجب القضاء ، وان لم نحرمه فلا قضاء •

(فـرع) قال أصحابنا رحمهم الله : اذا لم يعلم كون الشراب مسكرا أو كون الدواء مزيلا للعقل لم يحرم تناوله ، ولا قضاء عليه كالاغماء ، فان علم أن جنسه مسكر وظن أن ذلك القدر لا يسكر وجب القضاء لتقصـيره وتعاطيه الحرام • وأما ما يزيل العقل من غير الأشربة والأدوية كالبنج وهذه الحشيشة المعروفة فحكمه حكم الخمر فى التحريم ووجوب قضاء الصلوات ، ويجب فيه التعزير دون الحد [1] ، والله أعلم •

(فـرع) لو وثب من موضع فزال عقله فان فعله لحاجة فلا قضاء ، وان فعله عبثا لزمه القضـاء • هكذا نص عليه الشـافعى ، ونقله الشيخ أبو حامد عن النص ، واتفق الأصحاب عليه ، ولو وثب لغير حاجة فانكسرت رجله فصلى قاعدا فلا قضاء على أصح الوجهين ، وستأتى المسألة مبسوطة فى صفة الصلاة مع نظائرها ان شاء الله تعالى •

---

(١) وكذلك يجب التعزير فى شرب الدخان لتيقن ضرره باجماع الأطباء مسلمين وغير مسلمين وتغيير نكهة الفم بما يؤذى الملائكة لمن يدخل المسجد من المدخنين (ط) •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وأما الحائض والنفساء فلا يجب عليهما فعل الصلاة لما ذكرناه فى باب الحيض ، وان جن فى حال الردة ففاته صلوات لزمه قضاؤها ، وان حاضت المرأة فى حال الردة ففاتها صلوات لم يلزمها قضاؤها ، لأن سقوط الصلاة عن المجنون للتخفيف ، والمرتد لا يستحق التخفيف ، وسقوط القضاء عن الحائض عزيمة ، وليس لأجل التخفيف ، والمرتد من أهل العزائم) .

(الشرح) أما الحائض والنفساء فلا صلاة عليهما ولا قضاء بالاجماع، وقد سبق ايضاحه فى كتاب الحيض مع ما يتعلق به . وأما قوله : ان الصلاة الفائتة فى حال جنون المرتد يجب قضاؤها اذا أسلم بعد الافاقة ، والفائتة فى حال ردة الحائض والنفساء لا يجب قضاؤها فمتفق عليه . وقوله : لأن سقوط القضاء عنه للتخفيف وسقوطه عنها عزيمة ، هكذا قاله أصحابنا وهو ظاهر وذكر الشيخ أبو عمرو بن الصلاح رحمه الله أن الغزالى رحمه الله قال فى درسه : الفرق بينهما عسر ، وأورد عليه وجوب قضاء الصوم عليها . قال الشيخ : ونحن نقرر الفرق فنقول : العزيمة الحكم الثابت على وفق الدليل ، والرخصة الحكم الثابت على خلاف الدليل لمعارض راجح ، وانما كان سقوط قضاء الصلاة عن الحائض عزيمة لأنها مكلفة بترك الصلاة ، فاذا تركتها فقد امتثلت ما أمرت به من الترك فلم تكلف مع ذلك بالقضاء . ولا نقول الفرق بين الصوم والصلاة كثرتها وندوره فيكون اسقاط قضائها تخفيفا ورخصة ، بل سبب اسقاط قضائها ما ذكرناه ، وهذا يقتضى اسقاط قضاء الصوم أيضا ، لكن للشرع زيادة اعتناء بصوم رمضان ، فأوجب قضاءه بأمر محدود فى وقت ثان ، وتسميته قضاء مجاز ، وهو فى الحقيقة فرض مبتدأ ، فمخالفة الدليل ان حصلت فهى وجوب قضاء الصوم ، لا فى عدم قضاء الصلاة ، فثبت أن عدم قضاء الصلاة ليس رخصة ، وأن المرتدة ساوت المسلمة فى مستنده فتساويا فى الحكم فيه . وأما كون سقوط القضاء عن المجنون رخصة فلأن الدليل يقتضى أن من فاته صلاة فى وقتها من غير أن يكون مكلفا بتركها فى وقتها يؤمر بقضائها فى وقت آخر لئلا يخلو من وظيفتها [ولهذا وجب قضاؤها على النائم وانما سقط ذلك عن المجنون رخصة وتخفيفا ،] والمرتد ليس أهلا لذلك فلزمه القضاء . هذا آخر كلام الشيخ أبى عمرو وأما قول المصنف : لأجل التخفيف ، فهو مما أنكر على

الفقهاء من الألفاظ • وقيل ان صوابه (من أجل) قال الله تعالى : (من أجل ذلك كتبنا على بنى اسرائيل [1]) وهـذا هو المعروف فى استعمال العرب وكتب اللغة ، وفيه لغتان فتح الهمزة وكسرها ، حكاهما الجوهرى وغيره ، الفتح أفصح وأشهر وبه جاء القرآن •

(**فـرع**) لو سـكر ثم جن ثم أفاق وجب قضـاء المدة التى قبل الجنون ، وفى مدة الجنون وجهـان مشـهوران الأصح لا يجب ، صححه المتولى وآخرون ، وقطـع به البغوى وغيره ، لأنه ليس سـكران فى مدة الجنون بخلاف الردة فانها اذا تعقبها الجنون كان مرتدا فى مدة الجنون • قال المتولى : فاذا لم يعرف وقت الجنون وجب قضاء الصلوات التى يمتـد اليها السكر غالبا ، ولو سكرت ثم حاضت لم تقض أيام الحيض كمـا لو ارتدت ثم حاضت ، ولو شربت دواء للحيض فحاضت لم يلزمها القضـاء ، وكذا لو شربت دواء لتلقى الجنين فألقته ونفست لم يلزمها قضـاء صلوات مدة النفاس على الصحيح من الوجهين ، لأن سقوط القضـاء من الحائض والنفساء عزيمة كما سبق • وفى النفاس وجه مشهور وان كان ضعيفا حكاه صاحبا التتمة والتهذيب • قال الرافعى : فالحاصل أن من لم يؤمر بالترك لا يستحيل أن يؤمر بالقضاء ، فاذا لم يؤمر كان تخفيفا ، ومن أمر بالترك فامتثل الأمر لا يؤمر بالقضاء الا الحائض والنفساء فى الصوم فانهما يؤمران بتركه وبقضائه ، وهو خارج عن القياس للنص ؛ والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يؤمر احد ممن لا يجب عليه فعل الصلاة بفعلها الا الصبى فانه يؤمر بفعلها لسبع سنين ويضرب على تركها لعشر ، لما روى سبرة الجهنى رضى الله عنه قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : علموا الصبى الصلاة لسبع سنين واضربوه عليها ابن عشر سنين » •

(**الشرح**) حديث سبرة صحيح رواه أبو داود والترمذى وغيرهمـا بأسانيد صحيحة • قال الترمذى : هـو حديث حسن ، ولفظ أبى داود : « مروا الصبى بالصلاة اذا بلغ سـبع سنين ، واذا بلغ عشر سنين فاضربوه

---

(1) الآية ٣٢ من سورة المائدة •

عليها » ولفظ الترمذى كلفظ المصنف ، وسبرة بفتح السين المهملة واسكان الباء الموحدة ، وهو سبرة بن معبد ، قال الترمذى وغيره : ويقال سبرة بن عوسجة الجهنى أبو ثربه (بضم الثاء المثلثة وفتح الراء) وقيل كنيته أبو الربيع ، حكاه الحافظ أبو القاسم على بن الحسن الدمشقى المعروف بابن عساكر رحمه الله ، وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين واضربوهم عليها وهم أبناء عشر وفرقوا بينهم فى المضاجع » رواه أبو داود باسناد حسن والاستدلال به واضح لأنه يتناول بمنطوقه الصبى والصبية فى الأمر بالصلاة والضرب عليها ، وفيه زيادة أخرى وهى التفريق فى المضاجع .

واعلم أن قوله صلى الله عليه وسلم : « مروا أولادكم بالصلاة » ليس أمرا منه صلى الله عليه وسلم للصبى ، وانما هو أمر للولى ، فأوجب على الولى أن يأمر الصبى ، وهذه قاعدة معروفة فى الأصول أن الأمر بالأمر بالشىء ليس أمرا بالشىء ما لم يدل عليه دليل كقوله تعالى : (خذ من [1] أموالهم صدقة) .

(اما حكم المسالة) فمن لا تلزمه الصلاة لا يؤمر بفعلها لا ايجابا ولا ندبا الا الصبى والصبية فيؤمران بها ندبا اذا بلغ سبع سنين وهما مميزان ، ويضربان على تركها اذا بلغا عشر سنين ، فان لم يكونا مميزين لم يؤمروا لأنها لا تصح من غير مميز ، وقد اقتصر المصنف على الصبى ، ولو قال : الصبى والصبية لكان أولى ، وأنه لا فرق بينهما بلا خلاف ، صرح به أصحابنا لحديث عمرو بن شعيب الذى ذكرناه ، وهذا الأمر والضرب واجب على الولى سواء كان أبا أو جدا أو وصيا أو قيما من جهة القاضى ، صرح به أصحابنا منهم صاحبا الشامل والعدة وآخرون ذكره صاحب العدة فى آخر باب موقف الامام والمأموم هناك ، وذكره المزنى عن الشافعى فى المختصر ، ودليل هذه القاعدة قوله تعالى : (وأمر أهلك بالصلاة) [2] وقوله تعالى :

---

(١) الآية ١٠٣ من سورة التوبة .
(٢) الآية ١٣٢ من سورة طه .

(قوا أنفسكم وأهليكم نارا [1]) وقوله صلى الله عليه وسلم : « وان لولدك عليك حقا » رواه مسلم فى صحيحه فى كتاب الصيام من رواية ابن عمرو بن العاص ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « كلكم راع ومسئول عن رعيته ، والرجل راع فى أهله ومسئول عن رعيته » رواه البخارى ومسلم • قال الشافعى فى المختصر : « وعلى الآباء والأمهات أن يؤدبوا أولادهم ويعلموهم الطهارة والصلاة ويضربوهم على ذلك اذا عقلوا » قال أصحابنا : ويأمره الولى بحضور الصلوات فى الجماعة ، وبالسواك وسائر الوظائف الدينية ، ويعرفه تحريم الزنا واللواط والخمر والكذب والغيبة وشبهها • قال الرافعى : قال الأئمة : يجب على الآباء والأمهات تعليم أولادهم الطهارة والصلاة والشرائع بعد سبع سنين وضربهم على تركها بعد عشر سنين ، وأجرة تعليم الفرائض فى مال الصبى ، فان لم يكن له مال فعلى الأب فان لم يكن فعلى الأم • وهل يجوز أن يعطى أجرة تعليم ما سوى الفاتحة والفرائض من مال الصبى ؟ فيه وجهان أصحهما يجوز ، وقد سبق بيان هذا مع ما يتعلق به فى مقدمة الكتاب فى بيان أقسام العلم • والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان دخل فى الصلاة ثم بلغ فى اثنائها قال الشافعى رحمه الله : (احببت ان يتم ويعيد ولا يبين لى أن عليه الاعادة) قال ابو اسحاق : يلزمه الاتمام ويستحب له ان يعيد ، وقوله (احببت) يرجع الى الجمع بين الاتمام والاعادة وهو الظاهر من المنصوص ، والدليل عليه أن صلاته صحيحة ، وقد ادركه الوجوب وهو فيها فلزمه الاتمام ، ولا يلزمه ان يعيد لانه صلى الواجب بشروطه فلا يلزمه الاعادة وعلى هذا لو صلى فى اول الوقت ثم بلغ فى آخره اجزاه ذلك عن الفرض لانه صلى صلاة الوقت بشروطها فلا يلزمه الاعادة •

وحكى عن ابى العباس بن سريج مثل قول ابى اسحاق ، وحكى عنه انه قال : يستحب الاتمام وتجب الاعادة فعلى هذا لو صلى فى اول الوقت وبلغ فى آخره لزمه ان يعيد ، لأن ما صلى قبل البلوغ نفل فاستحب اتمامه فيلزمه ان يعيد ، لانه ادرك وقت الفرض ولم يات به ، فيلزمه ان ياتى به ، ومن اصحابنا من قال : ان خرج منها ثم بلغ ولم يبق من وقتها ما يمكن قضاؤها فيه لم تلزمه الاعادة ، وان بقى من وقتها ما يمكنه القضاء فيه لزمه ، وهذا غير صحيح لانه لو وجبت الاعادة اذا بقى من الوقت قدر الصلاة لوجبت الاعادة اذا ادرك مقدار ركعة) •

---

(١) الآية ٦ من سورة التحريم •

(**الشرح**) حاصل ما ذكره مسألتان (احداهما) اذا بلغ فى أثناء الصلاة بالسن فثلاثة أوجه الصحيح الذى عليه الجمهور ــ وهو ظاهر النص ــ أنه يلزمه اتمام الصلاة ، ويستحب اعادتها ولا يجب • والثانى : يستحب الاتمام وتجب الاعادة • والثالث قاله الاصطخرى ولم يذكره المصنف ان بقى من الوقت ما يسع تلك الصلاة وجبت الاعادة والا فلا •

(المسألة الثانية) صلى وفرغ منها وهو صبى ثم بلغ فى الوقت فثلاثة أوجه الصحيح : تستحب الاعادة ولا تجب • والثانى : تجب سواء قل الباقى من الوقت أم كثر والثالث قاله الاصطخرى : ان بقى من الوقت ما يسع تلك الصلاة بعد بلوغه وجبت الاعادة والا فلا • وقد ذكر المصنف توجيه الجميع ، هذا كله فى غير الجمعة أما اذا صلى الظهر يوم الجمعة ثم بلغ وأمكنه ادراك الجمعة ــ فان قلنا فى سائر الأيام تجب الاعادة ــ وجبت الجمعة ، والا فوجهان مشهوران حكاهما المصنف فى باب صلاة الجمعة ، (أحدهما) وبه قال ابن الحداد : يجب أيضا ، لأنه كان مأمورا بالجمعة (والصحيح) لا تجب كالمسافر والعبد اذا صليا الظهر ثم زال عذرهما وأمكنهما ، لا يلزمهما بلا خلاف والله أعلم •

(**فرع**) مذهبنا المشهور المنصوص أن الصبى اذا بلغ فى أثناء الوقت وقد صلى لا يلزمه الاعادة • وقال أبو حنيفة ومالك وأحمد : يلزمه اعادة الصلاة دون الطهارة ، وقال داود : يلزمه اعادة الطهارة والصلاة ، واحتج لأبى حنيفة بأن صلاته وقعت نفلا فلا تنقلب فرضا ، وقياسا على المصلى قبل الوقت • واحتج أصحابنا بأنه أدى وظيفة يومه ، قال الشيخ أبو حامد وغيره : وقولهم لا تنقلب فرضا نوافقهم عليه فنقول : قد صلى صلاة مثله ووقعت نفلا وامتنع به وجوب الفرض عليه ، لا أنه انقلب فرضا • والجواب عن المصلى قبل الوقت أنه غير مأمور به ولا مندوب اليه ، ولا مأذون فيه بخلاف مسألتنا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن وجبت عليه الصلاة وامتنع من فعلها ــ فان كان جاحدا لوجوبها ــ فهو كافر ويجب قتله بالردة لأنه كذب الله تعالى فى خبره ، وان تركها وهو معتقد لوجوبها وجب عليه القتل ، وقال المزنى يضرب ولا يقتل ، والدليل

على انه يقتل قوله صلى الله عليه وسلم : « نهيت عن قتل المصلين » ولانه احدى دعائم (١) الاسلام لا تدخله النيابة بنفس ولا مال فيقتل بتركها كالشهادتين ، ومتى يقتل ؟ فيه وجهان قال أبو سعيد الاصطخرى : يقتل بترك الصلاة الرابعة اذا ضاق وقتها فيقال له : ان صليت والا قتلناك ، لأنه يجوز أن يكون ما دون ذلك تركها (٢) لعذر . وقال أبو اسحاق : يقتل بترك الصلاة الثانية اذا ضاق وقتها ، ويقال له : ان صليت والا قتلناك ويستتاب كما يستتاب المرتد لانه ليس باكثر من المرتد ، وفى استتابة المرتد قولان ، (احدهما) : ثلاثة أيام ، (والثانى) : يستتاب فى الحال فان تاب والا قتل وكيف يقتل ؟ المنصوص انه يقتل ضربا بالسيف . وقال أبو العباس : لا يقصد قتله لكن يضرب بالخشب وينخس بالسيف حتى يصلى أو يموت كما يفعل بمن قصد النفس أو المال ، ولا يكفر بترك الصلاة لأن الكفر بالاعتقاد ، واعتقاده صحيح ، فلم يحكم بكفره ، ومن أصحابنا من قال يكفر بتركها لقوله صلى الله عليه وسلم : « بين الكفر (٣) والعبد ترك الصلاة فمن تركها فقد كفر » والمذهب الأول والخبر متأول .

(الشرح) أما حديث « نهيت عن قتل المصلين » فرواه أبو داود فى سننه فى كتاب الأدب فى باب حكم المخنثين عن أبى هريرة « أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى بمخنث قد خضب يديه ورجليه بالحناء فقال النبى صلى الله عليه وسلم : ما بال هذا ؟ فقالوا : يا رسول الله يتشبه بالنساء فأمر به فنفى الى النقيع فقالوا : يا رسول الله ألا تقتله ؟ فقال : انى نهيت عن قتل المصلين » واسناده ضعيف فيه مجهول والنقيع بالنون الحمى المذكور فى باب احياء الموات ، وروى هذا الحديث البيهقى من رواية عبد الله بن عدى بن الخيار عن عبد الله بن عدى الأنصارى الصحابى رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم بمعناه ، ورواه مرسلا عن عبيد الله عن النبى صلى الله عليه وسلم .

وأما حديث « بين الكفر والعبد ترك الصلاة » فصحيح رواه مسلم من رواية جابر بمعناه كما سنذكره فى فرع مذاهب العلماء .

أما قول المصنف : (لأنه احدى دعائم الاسلام لا تدخله النيابة بنفس ولا مال فيقتل بتركها كالشهادتين) فالضمير فى قوله : (لأنه) يعود الى

---

(١) فى نسخة المهذب المطبوعة (ولانها احدى دعائم الاسلام) ويبدو أنه تغيير من المصحح وكثيرا ما يتصرف المصححون على غير ما يتوجه عند المحققين (ط) .

(٢) فى نسخة المهذب المطبوعة ، تركه .

(٣) النسخة المطبوعة بتقديم العبد .

فرض الصلاة المعلوم من سياق الكلام وان لم يذكره بلفظه ، والدعائم : القواعد واحدتها : دعامة بكسر الدال وقوله : لا تدخله النيابة بنفس ولا مال احتراز من الزكاة والصوم والحج فانه لا يقتل بترك واحد منها ولا بتركها كلهـا .

(**اما حكم الفصل**) ففيه مسائل (احداها) اذا ترك الصلاة جاحدا لوجوبها أو جحد وجوبها ولم يترك فعلها فى الصورة فهو كافر مرتد باجماع المسلمين ويجب على الامام قتله بالردة الا أن يسلم ويترتب عليه جميع أحكام المرتدين ، وسواء كان هذا الجاحد رجلا أو امرأة ، هذا اذا كان قد نشأ بين المسلمين ، فأما من كان قريب العهد بالاسلام أو نشأ ببادية بعيدة من المسلمين بحيث يجوز أن يخفى عليه وجوبها فلا يكفر بمجرد الجحد ، بل نعرفه وجوبها فان جحد بعد ذلك كان مرتدا فان قيل : كيف أهمل المصنف هذا القيد وهو كونه نشأ بين المسلمين مع أنه شرط بلا خلاف ؟ فالجواب أن فى لفظه ما يقتضى اشتراطه ، وهو قوله : (فان كان جاحدا) لأن الجاحد عند أهل اللغة من أنكر شيئا سبق اعترافه به . هكذا صرح به صاحب المجمل وغيره ، وقد أوضحته فى تهذيب الأسماء .

(**فرع**) من جحد وجوب صوم رمضان أو الزكاة أو الحج أو نحوها من واجبات الاسلام أو جحد تحريم الزنا أو الخمر ونحوهما من المحرمات المجمع عليها ــ فان كان مما اشتهر واشترك الخواص أو العوام فى معرفته كالخمر والزنا فهو مرتد ، وان كان مجمعا عليه لكن لا يعرفه الا الخواص كاستحقاق بنت الابن السدس مع بنت الصلب ، وتحريم نكاح المعتدة ، وكاجماع أهل عصر على حكم حادثة لم يكفر بجحده لأنه معذور بل نعرفه الصواب ليعتقده ، هذا هو الصحيح فى المسألة وفيها زيادة سنوضحها فى كتاب الردة [1] ان شاء الله تعالى .

(المسألة الثانية) من ترك الصلاة غير جاحد قسمان : أحدهما تركها لعذر كنوم ونسيان ونحوهما فعليه القضاء فقط ، ووقته موسع ولا اثم

---

(١) لم يتسن للنووى رضى الله عنه ان يصل الى كتاب الردة وقد شرحناه مترسمين خطاه وقد شهد بذلك الاشياخ وحكم القضاء المبنى على نصيحة خبراء مجمع البحوث بالأزهر (هـ) .

عليه . والثانى : تركها بلا عذر تكاسلا وتهاونا فيأثم بلا شك ويجب قتله اذا أصر وهل يكفر ؟ فيه وجهان حكاهما المصنف وغيره ، أحدهما يكفر ، قال العبدرى : وهو قول منصور الفقيه من أصحابنا وحكاه المصنف فى كتابه فى الخلاف عن أبى الطيب بن سلمة من أصحابنا والثانى : لا يكفر وهو الصحيح المنصوص الذى قطع به الجمهور ، وقد ذكر المصنف دليلهما وسنوضحه فى فرع مذاهب العلماء ان شاء الله تعالى . وقال المزنى : يحبس ويؤدب ولا يقتل ، واذا قلنا يقتل فمتى يقتل ؟ فيه خمسة أوجه الصحيح يقتل بترك صلاة واحدة اذا ضاق وقتها ، وهذا هو الذى اختاره المصنف فى التنبيه ، ولم يذكره هنا . والثانى : اذا ضاق وقت الثانية . والثالث : اذا ضاق وقت الرابعة ، والرابع اذا ترك أربع صلوات . والخامس : اذا ترك من الصلوات قدرا يظهر لنا به اعتياده الترك وتهاونه بالصلاة . والمذهب الأول ، وعلى هذا قال أصحابنا : الاعتبار باخراج الصلاة عن وقت الضرورة ، فاذا ترك الظهر لم يقتل حتى تغرب الشمس ، واذا ترك المغرب لم يقتل حتى يطلع الفجر . قال الرافعى : هكذا حكاه الصيدلانى ، وتابعه عليه الأئمة .

(المسألة الثالثة) قال أصحابنا : على الأوجه كلها لا يقتل حتى يستتاب، وهل تكفى الاستتابة فى الحال ؟ أم يجب استتابته ثلاثة أيام ؟ فيه قولان ، قال صاحب العدة وغيره الأصح أنه فى الحال ، والقولان فى استحباب الاستتابة على الأصح وقيل فى وجوبها .

(الرابعة) الصحيح المنصوص عليه فى البويطى أنه يقتل بالسيف ضربا للرقبة كما يقتل المرتد وفيه وجه أنه ينخس بحديدة أو يضرب بخشبة ، ويقال له : صل والا قتلناك ولا يزال يكرر عليه حتى يصلى أو يموت ، وهذا قول ابن سريج كما حكاه المصنف والأصحاب .

(فرع) اذا قتل فالصحيح أنه يغسل ويصلى عليه ويدفن فى مقابر المسلمين ويرفع قبره كغيره ، وفيه خلاف سنذكره فى كتاب الجنائز ان شاء الله تعالى .

(فرع) اذا أراد السلطان قتله فقال : صليت فى بيتى تركه ، لأنه أمين على صلاته ، صرح به صاحب التهذيب وغيره ، ولو ترك الصلاة وقال :

تركتها ناسيا أو للبرد أو لعدم الماء أو لنجاسة كانت على ونحو ذلك من الأعذار صحيحة كانت الأعذار أم باطلة قال صاحب التتمة : يقال له : صل فان امتنع لم يقتل على المذهب لأن القتل يستحق بسبب تعمد تأخيرها عن الوقت ، ولم يتحقق ذلك • وفيه وجه أنه يقتل لعناده ، ولو قال : تعمدت تركها ولا أريد فعلها قتل بلا خلاف ، وان قال : تعمدت تركها بلا عذر ولم يقل ولا أصليها قتل أيضا على الصحيح لتحقق جنايته وفيه وجه أنه لا يقتل ما لم يصرح بترك القضاء •

(فـرع) لو امتنع من فعل الوضوء قتل على الصحيح لأن الصلاة لا تصح الا به وفيه وجه حكاه الرافعى أنه لا يقتل •

(فـرع) لو امتنع من صلاة الجمعة وقال : أصليها ظهرا بلا عذر فقد جزم الغزالى فى الفتاوى بأنه لا يقتل لأنه لا يقتل بترك الصوم ، فالجمعة أولى لأن لها بدلا وتسقط بأعذار كثيرة ، وتابع الرافعى الغزالى على هذا فحكاه عنه ، واقتصر عليه وجزم الشاشى فى فتاويه بأنه يقتل بترك الجمعة وان كان يصليها ظهرا لأنه لا يتصور قضاؤها ، وليست الظهر قضاء عنها • واختار الشيخ أبو عمرو بن الصلاح ما قاله الشاشى وبسط القول فى أدلته وقرره تقريرا حسنا فى فتاويه •

(فـرع) لو امتنع من فعل الصلاة المنذورة لم يقتل • ذكره صاحب البيان وغيره •

(فـرع) لو قتل انسان تارك الصلاة فى مدة الاستتابة فقد ذكر صاحب البيان أنه يأثم ولا ضمان عليه كقاتل المرتد ، وكذا قال القفال فى الفتاوى : انه لا قصاص فيه قال الرافعى : وليكن هذا جوابا على الصحيح المنصوص فى الزانى المحصن أنه لا قصاص فى قتله ، قال القفال : فلو جن قبل فعلها لم يقتل فى حال الجنون ، فلو قتله انسان لزمه القصاص ، وكذا لو سكر ، ولو جن المرتد أو سكر فقتله رجل فلا قصاص لقيام الكفر •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فيمن ترك الصلاة تكاسلا مع اعتقاده وجوبها فمذهبنا المشهور ما سبق أنه يقتل حدا ولا يكفر ، وبه قال مالك

والأكثرون من السلف والخلف : وقالت طائفة : يكفر ويجرى عليه أحكام المرتدين فى كل شىء ، وهو مروى عن على بن أبى طالب ، وبه قال ابن المبارك واسحاق بن راهوية وهو أصح الروايتين عن أحمد ، وبه قال منصور الفقيه من أصحابنا كما سبق • وقال الثورى وأبو حنيفة وأصحابه وجماعة من أهل الكوفة والمزنى • لا يكفر ولا يقتل بل يعزر ويحبس حتى يصلى واحتج لمن قال بكفره بحديث جابر رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « ان بين الرجل وبين الشرك والكفر ترك الصلاة » رواه مسلم بهـذا اللفظ ، وهكذا الرواية « الشرك والكفر » بالواو ، وفى غير مسلم « الشرك أو الـكفر » وأما الزيادة التى ذكرها المصنف وهى قوله : (فمن تركها فقد كفر) فليست فى صحيح مسلم وغيره من الأصول • وعن بريدة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « العهد الذى بيننا وبينهم الصلاة فمن تركها فقد كفر » رواه الترمذى والنسـائى • قال الترمذى : حديث حسن صحيح وعن شقيق بن عبد الله العقيلى التابعى المتفق على جلالته قال : « كان أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم لا يرون شيئا من الأعمـال تركه كفر غير الصلاة » رواه الترمذى فى كتاب الايمان باسـناد صحيح واحتجوا بالقياس على كلمة التوحيد •

واحتج لأبى حنيفة وموافقيه بحديث ابن مسعود رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا يحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث : الثيب الزان والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة » رواه البخارى ومسلم وهكذا الرواية « الزان » وهى لغة واللغة الفاشية الزانى باليـاء ، وبالقياس على ترك الصوم والزكاة والحج وسائر المعاصى واحتج أصحابنا على قتله بقول الله تعالى : (اقتلوا [1] المشركين) الى قوله تعالى : (فان تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم) وعن ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله ويقيموا الصـلاة ويؤتوا

---

(١) الآية من سورة التوبة (فاذا انسلخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وخذوهم واحصروهم واقعدوا لهم كل مرصد فان تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم)

الزكاة فاذا فعلوا ذلك عصموا منى دماءهم وأموالهم » رواه البخارى ومسلم وبحديث « نهيت عن قتل المصلين » وبالقياس على كلمة التوحيد •

واحتجوا على أنه لا يكفر لحديث عبادة بن الصامت رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « خمس صلوات افترضهن الله ، من أحسن وضوءهن وصلاهن لوقتهن وأتم ركوعهن وخشوعهن كان له على الله عهد أن يغفر له ، ومن لم يفعل فليس له على الله عهد ان شاء غفر له وان شاء عذبه » حديث صحيح رواه أبو داود وغيره بأسانيد صحيحة ، وبالأحاديث الصحيحة العامة كقوله صلى الله عليه وسلم : « من مات وهو يعلم أن لا اله الا الله دخل الجنة » رواه مسلم وأشباهه كثيرة ، ولم يزل المسلمون يورثون تارك الصلاة ويورثون عنه ، ولو كان كافرا لم يغفر له ولم يرث ولم يورث • وأما الجواب عما احتج به من كفره من حديث جابر وبريدة ورواية شقيق فهو أن كل ذلك محمول على أنه شارك الكافر فى بعض أحكامه ، وهو وجوب القتل • وهذا التأويل متعين للجمع بين نصوص الشرع وقواعده التى ذكرناها ، وأما قياسهم فمتروك بالنصوص التى ذكرناها ، والجواب عما احتج به أبو حنيفة أنه عام مخصوص بما ذكرناه ، وقياسهم لا يقبل مع النصوص ، فهذا مختصر ما يتعلق بالمسألة والله أعلم بالصواب •

(فرع) فى الاشارة الى بعض ما جاء فى فضل الصلوات الخمس ، فمن ذلك ما ذكرناه فى الفرع قبله ، وعن أبى هريرة رضى الله عنه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : أرأيتم لو ان نهرا بباب أحدكم يغتسل منه كل يوم خمس مرات هل يبقى من درنه شيء ؟ قالوا : لا يبقى من درنه شيء ، قال : فذلك مثل الصلوات الخمس يمحو الله بهن الخطايا » رواه البخارى ومسلم • وعن جابر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مثل الصلوات الخمس كمثل نهر غمر على باب أحدكم يغتسل منه كل يوم خمس مرات » رواه مسلم ، وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « الصلوات الخمس والجمعة الى الجمعة كفارة لما بينهن ما لم يغش الكبائر » رواه مسلم ، وعن أبى موسى أن رسول

الله صلى الله عليه وسلم قال « من صلى البردين دخل الجنة » رواه البخارى ومسلم : البردان الصبح والعصر وستأتى جملة من الأحاديث فى نحو هـذا فى أول باب صلاة الجماعة ان شاء الله تعالى .

باب مواقيت الصـلاة

قال المصنف رحمه الله تعالى

(أول وقت الظهر اذا زالت الشمس وآخره اذا صار ظل كل شيء مثله غير الظل الذى يكون للشخص عند الزوال ، والدليل عليه ما روى ابن عباس رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « امنى جبريل عليه السلام عند باب البيت مرتين فصلى بى الظهـر فى المرة الأولى حين زالت الشمس والفيء مثل الشراك ، ثم صـلى [بى] المرة الأخـيرة حين كان ظل كل شيء مثله ») .

(الشرح) حديث ابن عباس رضى الله عنهما أصل فى المواقيت وقـد ذكره المصنف مقطعا ، والوجه أن نذكره هنا بكماله ونضم اليه الأحاديث التى هى أصول المواقيت . عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أمنى جبريل عند البيت مرتين فصلى الظهر فى المرة الأولى حين كان الفيء مثل الشراك ثم صلى العصر حين كان كل شيء مثل ظليه ، ثم صلى المغرب حين وجبت الشمس وأفطر الصائم ، ثم صلى العشـاء حين غاب الشفق ، ثم صلى الفجر حين برق الفجر وحرم الطعـام على الصائم ، وصلى المرة الثانية الظهر حين كان ظل كل شيء مثله لوقت العصر بالأمس ، ثم صلى العصر حين كان ظل كل شيء مثليه ، ثم صلى المغرب لوقته الأول ، ثم صلى العشاء الآخرة حين ذهب ثلث الليل ، ثم صلى الصبح حين أسـفرت الأرض ، ثم التفت الى جبريل فقال : يامحمد هـذا وقت الأنبيـاء قبلك ، والوقت فيما بين هذين الوقتين » رواه أبو داود والترمذى وغيرهمـا من أصحاب السنن والحاكم أبو عبد الله فى المسـتدرك ، وقال : هو حـديث صحيح ، وقال الترمذى : حديث حسن وهذا المذكور لفظ رواية الترمذى ، ولفظ الباقين بمعناه . وروى حديث امامة جبريل جماعة من الصحابة غير ابن عباس وليس فى هذه الكتب المشهورة قوله فى المهذب : « عند باب البيت » انما فيها عند البيت ثم رواه الترمذى من رواية جابر عن النبى صلى الله عليه

وسلم قال : « أمنى جبريل » قال فذكر نحو حديث ابن عباس بمعناه ، قال الترمذى : حديث ابن عباس حسن ، قال : وقال محمد يعنى البخارى أصح شىء فى المواقيت حديث جابر •

وعن بريدة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم « أن رجلا سأله عن وقت الصلاة فقال : صل معنا هذين يعنى اليومين ، فلما زالت الشمس أمر بلالا رضى الله عنه فأذن ثم أمره فأقام الظهر ، ثم أمره فأقام العصر والشمس مرتفعة بيضاء نقية ، ثم أمره فأقام المغرب حين غابت الشمس ، ثم أمره فأقام العشاء حين غاب الشفق ، ثم أمره فأقام الفجر حين طلع الفجر ، فلما أن كان اليوم الثانى أمره فأبرد الظهر فأبرد بها فأنعم أن يبرد بها ، وصلى العصر والشمس مرتفعة آخرها فوق الذى كان وصلى المغرب قبل أن يغيب الشفق وصلى العشاء بعدما ذهب ثلث الليل وصلى الفجر فأسفر بها ، ثم قال : أين السائل عن وقت الصلاة ؟ فقال الرجل : أنا يارسول الله قال : وقت صلاتكم بين ما رأيتم » رواه مسلم ، وفى رواية له قال فى المغرب فى اليوم الثانى ثم أمره بالاقامة للمغرب قبل أن يرتفع الشفق •

وعن أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أنه أتاه سائل يسأله عن مواقيت الصلاة فلم يرد عليه شيئا ، قال : فأقام الفجر حين انشق الفجر ، والناس لا يكادون يعرف بعضهم بعضا ، ثم أمره فأقام بالظهر حتى زالت الشمس ، والقائل يقول : قد انتصف النهار وهو كان أعلم منهم ، ثم أمره فأقام بالعصر والشمس مرتفعة ، ثم أمره فأقام بالمغرب حين وقعت الشمس ، ثم أمره فأقام العشاء حين غاب الشفق ثم أخر الفجر من الغد حتى انصرف منها ، والقائل يقول : قد طلعت الشمس أو كادت ، ثم أخر الظهر حتى كان قريبا من وقت العصر بالأمس ، ثم أخر العصر حتى انصرف منها ، والقائل يقول قد احمرت الشمس ، ثم أخر المغرب حتى كان عند سقوط الشفق ، ثم أخر العشاء حتى كان ثلث الليل الأول ، ثم أصبح فدعا السائل فقال « الوقت ما بين هذين » رواه مسلم ، والأحاديث فى الباب كثيرة سنذكرها فى مواضعها من الكتاب ان شاء الله تعالى •

وقوله صلى الله عليه وسلم « أمنى جبريل » هو الملك الكريم رسول الله

تعالى الى رسله الآدميين صلوات الله وسلامه عليهم ، وفيه تسع لغات حكاها ابن الأنبارى وحكاها عنه أيضا أبو منصور موهوب بن أحمد بن محمد ابن الخضر الجواليقى فى كتاب المعرب ، وهى جبريل وجبريل بكسر الجيم وفتحها ، وجبرئل بفتح الجيم وهمزة بعد الراء وتشديد اللام وجبرائيل بهمزة ثم ياء مع الألف وجبراييل بياءين بعد الألف وجبرئيل بهمزة بعد الراء وياء وجبرئيل بكسر الهمزة وتخفيف اللام وجبرين وجبرين بكسر الجيم وفتحها .

قال جماعات من المفسرين : وحكاه صاحب المحكم والجوهرى وغيرهما من أهل اللغة فى جبريل وميكائيل :أن جبر وميك اسمان أضيفا الى ايل وال ، قالوا : وايل وال اسمان لله تعالى ، قالوا : ومعنى جبر وميك (١) بالسريانية عبد ، فتقديره عبد الله . قال أبو على الفارسى : هذا خطأ من وجهين : (أحدهما) أن ايل وال لا يعرفان فى أسماء الله فى اللغة العربية . (والثانى) أنه لو كان كذلك لم ينصرف آخر الاسم فى وجوه العربية ، ولكان آخره مجرورا أبدا كعبد الله . قال الواحدى : هذا الذى قاله أبو على أراد به أنه ليس هذا فى العربية قال : وقد قال بالأول جماعة من العلماء قلت : الصواب قول أبى على فان ما ادعوه لا أصل له والله أعلم .

وأما لفظ الظهر فمشتق من الظهور لأنها ظاهرة فى وسط النهار ، وقوله صلى الله عليه وسلم « والفىء مثل الشراك » هو بكسر الشين وهو أحد سيور النعل التى تكون على وجهها ، وليس الشراك هنا للتحديد والاشتراط ، بل لأن الزوال لا يبين بأقل منه ، وأما الظل والفىء فقال أبو محمد عبد الله ابن مسلم بن قتيبة فى أوائل أدب الكاتب : يتوهم الناس أن الظل والفىء بمعنى ، وليس كذلك ، بل الظل يكون غدوة وعشية ومن أول النهار الى

---

(١) قال الباحث اليهودى مراد فرج فى كتابه القراءون والربانون طبعة مطبعة الرغائب بدار المؤيد بمصر (اسرائيل نطقها العبرى يسرائيل بالياء وهى مركبة من كلمتين يسرى وايل ويسرا من مصدر سرة بفتح وضم متوسطا ممدودا والهاء لا تنطق بمعنى غلب) أ هـ وهؤلاء المغاليك يظنون أن يعقوب عليه السلام صارع الله (تعالى عما يصفون) فغلب الله وقهره فسمى يسرائيل يعنى قاهر الله بمشيئة الله فض الله أفواههم وشل أيديهم وكبتهم وأخزاهم وعندنا أن اسرائيل تعنى (عبد الله) رغم تحريفهم عاملهم الله بما يستحقون فى الدارين (ط) .

آخره • ومعنى الظل الستر • ومنه قولهم : « أنا فى ظلك » ومنه : « ظل الجنة » وظل شجرها انما سترها ونواحيها ، وظل الليل سواده لأنه يستر كل شيء ، وظل الشمس ما سترته الشخوص من مسقطها • قال : وأما الفيء فلا يكون الا بعد الزوال ، ولا يقال لما قبل الزوال فيء ، وانما سمى بعد الزوال فيئا لأنه ظل فاء من جانب الى جانب ، أى رجع والفيء الرجوع • هـذا كلام ابن قتيبة ، وهو كلام نفيس ، وقد أوضحت هذه الألفاظ فى (تهذيب الأسماء واللغات) وبالله التوفيق •

(**اما احكام المسألة**) فأجمعت الأمة على أن أول وقت الظهر زوال الشمس، نقل الاجماع فيه خلائق ، ودليله الأحاديث السابقة ، والمراد بالزوال ما يظهر لنا لا الزوال فى نفس الأمر ، فان ذلك يتقدم على ما يظهر ، ولكن لا اعتبار بذلك وانما يتعلق التكليف ويدخل الوقت بالزوال الذى يظهر لنا ، فلو شرع فى تكبيرة الاحرام بالظهر قبل ظهور الزوال ، ثم ظهر عقبها أو فى أثنائها لم تصح الظهر ، وان كانت التكبيرة حاصلة بعد الزوال فى نفس الأمر لكن قبل ظهوره لنا • ذكره امام الحرمين وغيره • قالوا : وأما قبل ظهور الظـل فهو معدود من وقت الاستواء • قال : وكذا الصبح ولو اجتهد فيها وطلع الفجر بحيث علم وقوعها بعد طلوعه لكن فى وقت لا يتصور أن يبين الفجر للناظر لم تصح الصبح ، والله أعلم •

وأما آخر وقت الظهر فهو اذا صـار ظل الشيء مثله غير الظـل الذى يكون له عند الزوال ، واذا خرج هذا دخـل وقت العصر متصـلا به ولا اشتراك بينهما ، هذا مذهبنا وبه قال الأوزاعى والثورى والليث وأبو يوسف ومحمد وأحمد • وقال عطاء وطاوس : اذا صار ظل الشيء مثله دخل وقت العصر وما بعده وقت للظهر والعصر على سبيل الاشتراك حتى تغرب الشمس وقال اسحاق بن راهوية وأبو ثور والمزنى وابن جرير : اذا صار ظله مثله فقدر أربع ركعات بعده وقت للظهر والعصر ، ثم يتمحض الوقت للعصر • وقال مالك : اذا صار ظله مثله فهو آخـر وقت الظهـر وأول وقت العصر بالاشتراك ، فاذا زاد على المثل زيادة بينة خرج وقت الظهر • وعن مالك رواية أن وقت الظهر يمتد الى غروب الشمس • وقال أبو حنيفة : يبقى

وقت الظهر حتى يصير الظل مثلين ، فاذا زاد على ذلك يسيرا كان أول وقت العصر • قال القاضى أبو الطيب : قال ابن المنذر : لم يقل هذا أحد غير أبى حنيفة ، واحتج من قال بالاشتراك بحديث ابن عباس المذكور قالوا : فصلى الظهر فى اليوم الثانى فى الوقت الذى صلى فيه العصر فى الأول وعن ابن عباس أيضا قال : « جمع النبى صلى الله عليه وسلم بالمدينة من غير خوف ولا سفر » رواه البخارى ومسلم وفى رواية لمسلم : « من غير خوف ولا مطر » فدل على اشتراكهما قالوا : ولأن الصلوات زيد فيها على بيان جبريل فى اليوم الثانى وللاختيار فينبغى أن يزاد وقت الظهر •

واحتج أصحابنا بحديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما أن نبى الله صلى الله عليه وسلم قال : « اذا صليتم الفجر فانه وقت الى أن يطلع قرن الشمس الأول ، ثم اذا صليتم الظهر فانه وقت الى أن تحضر العصر ، فاذا صليتم العصر فانه وقت الى أن تصفر الشمس ، فاذا صليتم المغرب فانه وقت الى أن يسقط الشفق ، فاذا صليتم العشاء فانه وقت الى نصف الليل » رواه مسلم من طرق كثيرة وفى بعضها : « وقت الظهر اذا زالت الشمس مالم تحضر العصر » • واحتجوا أيضا بحديث أبى موسى السابق عن صحيح مسلم قال فيه فى صلاة الظهر فى اليوم الثانى : « ثم أخر الظهر حتى كان قريبا من وقت العصر بالأمس ، ثم قال فى آخره : الوقت ما بين هذين » وهذا نص فى أن وقت الظهر لا يمتد وراء ذلك فيلزم منه عدم الاشتراك ، وبحديث أبى قتادة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ألا انه ليس فى النوم تفريط انما التفريط على من لم يصل الصلاة حتى يجىء وقت الأخرى » رواه مسلم فى جملة حديث طويل واحتجوا بأحاديث كثيرة منها مالا يحتج به وبأقيسة لا حاجة اليها مع هذه الأحاديث الصحيحة الصريحة •

وأما الجواب عن قوله صلى الله عليه وسلم : « صلى بى العصر فى اليوم الأول حين صار ظل الشىء مثله وصلى بى الظهر فى اليوم الثانى حين صار ظل كل شىء مثله » فمعناه بدأ بالعصر فى اليوم الأول حين صار ظل كل شىء مثله وفرغ من الظهر فى اليوم الثانى حين صار الظل مثله ، وبهذا التفسير يحصل بيان أول وقت العصر وآخر وقت الظهر ولو حمل على الاشتراك لم

يحصل تحديد آخر وقت الظهر ولفات بيانه وقد قال فى آخـر الحديث : « الوقت بين هذين » قال الشيخ أبو حامد : ولأن حقيقة الكلام أن يـكون فرغ من الصلاتين حين صار ظل الشيء مثله فمنعنا الاجماع من ارادة ذلك فى العصر فتأولناها على أنه ابتدأ حينئذ وبقيت الظهر على حقيقته ، ونظير ما تأولنا عليه لفظ الحديث قول الله تعالى (واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن) [1] وقال تعـالى : (واذا طلقتم النسـاء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن) [2] المراد بالبلوغ الأول مقارنته وبالتالى حقيقة انقضاء الأجل ، ويقال : بلغ المسافر البلد اذا انتهى اليه وان لم يدخله وبلغه اذا دخله • وأما الجواب عن الجمع بالمدينة فمن وجهين (أحدهما) : أنه محمول على أنه أخر الظهر الى آخر وقتها ، وقدم العصر فى أول وقتها فصار صورته صورة جمع وليس بجمع ، وعلى هذا التأويل حمـله امامان تابعيـان من رواته وهما : أبو الشعثاء جابر بن زيد راويه عن ابن عباس ، والآخر عمرو بن دينار ثبت ذلك عنهما فى صحيح مسلم وغيره (والثانى) أنه جمع بعذر : اما بمطر واما مرض عند من يقول به كما سنوضحه فى باب صلاة المسافر ان شاء الله تعالى، وأما قولهم : زيد فى الصلاة على بيان جبريل فتلك الزيادات ثبتت بنصوص ولا نص هنا فى الزيادة ولا مدخل للقياس •

واحتج لأبى حنيفة بحديث ابن عمر رضى الله عنهما أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « انما بقاؤكم فيما سلف من الأمم قبلكم كما بين صلاة العصر الى غروب الشمس أوتى أهل التوراة التوراة فعملوا حتى اذا انتصف النهار عجزوا فأعطوا قيراطا قيراطا ثم أوتى أهل الانجيل الانجيل فعملوا الى صلاة العصر فعجزوا فأعطوا قيراطا قيراطا ثم أوتينا القرآن فعملنا الى غروب الشمس فأعطينا قيراطين قيراطين فقال أهل الكتاب : أى ربنا أعطيت هؤلاء قيراطين قيراطين وأعطيتنا قيراطا قيراطا ونحن أكثر عملا قال الله تعالى : هل ظلمتكم من أجركم من شيء ؟ قالوا : لا • قال : فهو فضلى أوتيه من أشاء» رواه البخارى ومسلم قالوا : فهذا دليل على أن وقت العصر أقصر من وقت الظهر • ومن حين يصير ظل الشيء مثله الى غروب الشمس هو ربع النهـار

---

(١) الآية ٢٣١ من سورة البقرة .
(٢) الآية ٢٣٢ من سورة البقرة .

وليس بأقل من وقت الظهر ، بل هـو مثله ، واحتجوا بأقيسـة ومناسبات لا أصل لها ولا مدخل لها فى الأوقات • واحتج أصـحابنا عليهم بحـديث ابن عباس وهو صحيح كما سبق واحتجوا بأحاديث كثيرة فى الصـحيحين وغيرهما فى دلالة بعضها نظر ويغنى عنها حديث ابن عباس • وأوجز امام الحرمين فى الأساليب فقال : عمدتنا حديث جبريل ، ولا حجة للمخالف الا حديث ساقه النبى صلى الله عليه وسلم مساق ضرب الأمثال ، والأمثال مظنة التوسعات والمجاز ، ثم التأويل متطرق الى حديثهم ولا يتطرق الى ما اعتمدناه تأويل ولا مطمع فى القياس من الجانبين • هذا كلام الامام ، وأجاب الأصحاب عن حديث ابن عمر بأربعة أجوبة (أحدها) جواب امام الحرمين المذكور (الثانى) أن المراد بقولهـم : أكثر عمـلا أن مجموع عمـل الفريقين أكثر (والثالث) أن ما بعد صلاة العصر مع التأهب لها بالأذان والاقامة والطهارة وصلاة السنة أقل مما بين العصر ونصف النهار (الرابع) حكاه الشـيخ أبو حامد فى تعليقه عن أبى سعيد الاصطخرى قال : كثرة العمل لا يلزم منها كثرة الزمان فقد يعمل الانسان فى زمن قصير أكثر مما يعمل غيره فى زمن مثله أو أطول منه •

(**فـرع**) للظهر ثلاثة أوقات وقت فضيلة ووقت اختيار ووقت عذر • فوقت الفضيلة أوله وسيأتى بيان الخلاف فيما تحصل به فضيلة أول الوقت ان شاء الله تعالى حيث تعرض له المصـنف ، ووقت الاختيـار ما بعد وقت الفضيلة الى آخر الوقت ، ووقت العذر وقت العصر فى حق من يجمع بسفر أو مطر ، هكذا قال الأكثرون : ان أوقات الظهر ثلاثة كمـا ذكرنا ، وقال القاضى حسين : لها أربعة أوقات وقت فضيلة ووقت اختيار ووقت جـواز ووقت عذر • فوقت الفضيلة اذا صار ظل الشىء مثل ربعه والاختيار اذا صار مثل نصفه والجواز اذا صار ظله مثله وهو آخر الوقت والعذر وقت العصر لمن جمع بسفر أو مطر •

(**فـرع**) بدأ المصنف بصلاة الظهر كما بدأ الشـافعى والأصحاب تأسيا بامامة جبريل عليه السـلام فانه بدأ بالظهـر كمـا سـبق • وقال

البندنيجى : بدأ الشافعى فى الجديد بالظهر [1] وفى القديم بالصبح ، قال : وعليه كل الفقهاء ، فان قيل : كيف بدأ بالظهر والاسراء كان فى الليل ووجبت الصلوات الخمس فى الليل فأول صلاة تحضر بعد ذلك هى الصبح ، فالجواب أن ذلك محمول على أنه نص على أن أول وجوب الخمس من الظهر والله أعلم .

(فرع) قال صاحب البيان : اذا زالت الشمس وجبت الظهر ، ويستحب فعلها حينئذ ، ولا ينتظر بها مصير الفىء مثل الشراك . وحكى الساجى عن الشافعى رحمه الله أنه يستحب ذلك ولا يجب ، وليس بشىء ، قال : ومن الناس من قال : لا يجوز أن يصلى حتى يصير الفىء مثل الشراك، لحديث جبريل عليه السلام . وحكى القاضى أبو الطيب هذا فى تعليقه عن بعض الناس قال : وهو خلاف ما اتفق عليه الفقهاء وخلاف الأحاديث دليلنا حديث أبى موسى السابق وحديث ابن عمرو بن العاص السابق قريبا « وقت الظهر اذا زالت الشمس » وأما حديث جبريل فالمراد به أنه حين زالت الشمس كان الفىء حينئذ مثل الشراك من ورائه لاأنه أخر الى أن صار مثل الشراك .

(فرع) فى معرفة الزوال

قال أصحابنا رحمهم الله : الزوال هو ميل الشمس عن كبد السماء بعد انتصاف النهار ، وعلامته زيادة الظل بعد تناهى نقصانه ، وذلك أن ظل الشخص يكون فى أول النهار طويلا ممتدا ، فكلما ارتفعت الشمس نقص ، فاذا انتصف النهار وقف الظل ، فاذا زالت الشمس عاد الظل الى الزيادة فاذا أردت أن تعلم هل زالت فانصب عصا أو غيرها فى الشمس على أرض مستوية وعلم على طرف ظلها ثم راقبه فان نقص الظل علمت أن الشمس لم تزل ، ولاتزال تراقبه حتى يزيد فمتى زاد علمت الزوال حينئذ . قال أصحابنا : ويختلف قدر مايزول عليه الشمس من الظل باختلاف الأزمان والبلاد ، فأقصر ما يكون الظل عند الزوال فى الصيف عند تناهى طول

---

(1) فى الزاهر فى غريب الفاظ مختصر المزنى للامام أبى منصور الازهرى قال : الصلاة الاولى يقال لها : الظهر ومنه قوله تعالى (وحين تظهرون) يقال : اظهر القوم اذا دخل وقت الظهر او الظهيرة وذلك حين تزول الشمس (ط) .

النهار ، وأطول ما يكون فى الشتاء عند تناهى قصر النهار . ونقل القاضى أبو الطيب أن أبا جعفر الراسبى قال فى كتاب المواقيت : ان عند انتهاء طول النهار فى الصيف لا يكون بمكة ظل لشىء من الأشخاص عند الزوال ستة وعشرين يوما قبل انتهاء الطول وستة وعشرين يوما بعد انتهائه وفى هذه الأيام متى لم ير للشخص ظل فان الشمس لم تزل ، فاذا رأى الظل بعد ذلك فان الشمس قد زالت وباقى أيام السنة معرفة الزوال بمكة كمعرفتها بغيرها ونقل الشيخ أبو حامد فى تعليقه أنه انما لا يكون للانسان فىء بمكة عند الزوال فى يوم واحد فى السنة لا غير والله أعلم .

قال أصحابنا : قامة الانسان ستة أقدام ونصف بقدم نفسه .

(فرع) فى قول الله تعالى (أقم [1] الصلاة لدلوك الشمس الى غسق الليل) أما غسق الليل فظلامه ، وأما الدلوك فاختلف فيه أهل التفسير والفقه واللغة ، فقال الشافعى فى البويطى وأصحابنا : هو زوال الشمس ، وهو قول ابن عمر وابن عباس وأنس بن مالك وأبى بردة وعائشة والحسن البصرى . وقال أبو حنيفة : هو الغروب ، وهو مروى عن على وابن مسعود وابن زيد ، وهما قولان مشهوران فى كتب أهل التفسير واللغة وممن حكاهما من أهل اللغة ابن قتيبة والأزهرى والجوهرى وآخرون ، وجزم الزبيدى فى مختصر العين وابن فارس بأنه الزوال واختاره الأزهرى والجوهرى ، واختار ابن قتيبة الغروب والله أعلم ، وفائدة الخلاف أن الظهر هل تجب بأول الوقت أم لا ؟ ومذهبنا الوجوب وأبو حنيفة بخلافه وسيأتى مبسوطا ان شاء الله .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واول وقت العصر اذا صار ظل كل شىء مثله وزاد ادنى زيادة وآخره اذا صار ظل كل شىء مثليه ، لما روى ابن عباس رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم قال ((وصلى [بى] جبريل العصر حين [2] صار ظل كل شىء مثل ظله ثم صلى [بى] [3] المرة الاخيرة حين صار ظل كل شىء مثليه)) ثم يذهب وقت الاختيار ويبقى وقت الجواز والأداء الى غروب الشمس .

---

(١) الآية ٧٨ من سورة الاسراء .

(٢) فى نسخة (حين كان) (ط) .

(٣) ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق (ط) .

وقال ابو سعيد الاصطخرى : اذا صار ظل كل شيء مثليه فاتت الصلاة ، ويكون ما بعده وقت القضاء ، والمذهب الأول لما روى ابو قتادة رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ليس التفريط فى النوم ، انما التفريط فى اليقظة ان تؤخر صلاة حتى يدخل وقت صلاة اخرى ») .

(الشرح) حديث ابن عباس صحيح سبق بيانه ، وحديث أبى قتادة صحيح أيضا رواه أبو داود بهذا اللفظ باسناد صحيح على شرط مسلم ، وروى مسلم فى صحيحه بمعناه قال : « ليس فى النوم تفريط انما التفريط على من لم يصل الصلاة حتى يجىء وقت الأخرى » واليقظة بفتح اليـاء والقاف ، وأبو قتادة اسمه الحارث بن ربعى وقيل النعمان بن ربعى ، وقيل عمرو بن ربعى والصحيح الأول ، وهو أنصارى سلمى بفتح السين واللام مدنى ، يقال له : فارس رسول الله صلى الله عليه وسلم شهد أحدا والخندق وما بعدهما من المشاهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلف فى شهوده بدرا . توفى بالمدينة سنة أربع وخمسين وهو ابن سبعين سنة رضى الله عنه .

(اما حكم المسالة) فمذهبنا أنه يدخل وقت العصر [1] اذا صار ظل كل شيء مثله غير الظل الذى يكون له عند الزوال ، وهو اذا انقضى وقت الظهر ولا اشتراك بينهما ولا فاصل بينهما هذا مذهبنا وسبق بيان مذاهب العلماء فى ذلك . وأما قول المصنف « وزاد أدنى زيادة » فكذا نص عليه الشافعى فى مختصر المزنى ، وكذا ذكره الشيخ أبو حامد والماوردى والقاضى أبو الطيب والمحاملى وجماهير العراقيين والمتولى وآخرون من الخراسانيين. وقال صاحب الذخائر : اختلف أصحابنا فى هذه الزيادة على ثلاثة أوجه (أحدها) أنها لبيان انتهاء الظل الى المثل والا فالوقت قد دخل قبل حصول الزيادة بمجرد حصول المثل ، فعلى هذا تكون الزيادة من وقت العصر (والثانى) أنها من وقت الظهر وانما تدخل العصر عقبها قال وهذا ظاهر كلام الشافعى والعراقيين وعليه كثير من الأصحاب ، (والثالث) أنها ليست من وقت الظهر ولا من وقت العصر بل هى فاصل بين الوقتين ، هذا ماحكاه

---

(١) قال الازهرى فى غريب المختصر : [وأما العصر فانما سميت عصرا باسم ذلك الوقت والعرب تقول : فلان يأتى العصرين والبردين اذا كان يأتيه طرفى النهار ، والعصران هما الغداة والعشى ا هـ] (ط)

فى الذخائر وهذا الثالث ليس بشىء لقوله صلى الله عليه وسلم « وقت العصر ما لم تحضر العصر» فدل على أنه لا فاصل بينهما والأصح أنها من وقت العصر » وبه قطع القاضى حسين وآخرون ونقل الرافعى الاتفاق عليه .. وأما آخر وقت العصر فهو غروب الشمس ، هذا هو الصحيح الذى نص عليه الشافعى وقطع به جمهور الأصحاب ، وقال أبو سعيد الاصطخرى : آخره اذا صار ظل الشىء مثليه ، فان أخر عن ذلك أثم وكانت قضاء ، قال الشيخ أبو حامد : هذا الذى قاله الاصطخرى لم يخرجه على أصل الشافعى، لأن الشافعى نص فى القديم والجديد أن وقتها يمتد حتى تغرب الشمس ، انما هو اختيار لنفسه وهو خلاف نص الشافعى والأصحاب ، واستدل بحديث جبريل ، ودليل المذهب حديث أبى قتادة السابق وحديث أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من أدرك من الصبح ركعة قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح ، ومن أدرك ركعه من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر » رواه البخارى ومسلم . وحديث أبى موسى الذى ذكرته فى أول الباب عن صحيح مسلم « أن النبى صلى الله عليه وسلم أخر العصر حتى انصرف منها والقائل يقول : قد احمرت الشمس »

وأما حديث جبريل فانما ذكر فى وقت الاختيار لا وقت الجواز . بدليل الأحاديث الصحيحة التى ذكرتها . وهذا التأويل متعين للجمع بين الأحاديث ، ولأن هذه الأحاديث متأخرة عن حديث جبريل ، فيكون العمل عليها ، ولأنها أصح منه بلا خلاف بين أهل الحديث ، وان كان هو أيضا صحيحا ، ولأن الحائض وغيرها من أهل الأعذار اذا زال عذرهم قبل غروب الشمس بركعة لزمتهم العصر بلا خلاف ، ولو كان الوقت قد خرج لم يلزمهم وهذا الالزام حسن ذكره امام الحرمين وغيره . وقد قال الغزالى فى درسه : ان الاصطخرى يحمل حديث من أدرك ركعة من العصر على أصحاب الأعذار .

(**فرع**) قال القاضى حسين والصيدلانى وامام الحرمين والرويانى وغيرهم : للعصر خمسة أوقات : وقت فضيلة ، ووقت اختيار ، ووقت جواز بلا كراهة ، ووقت جواز وكراهة ، ووقت عذر . فالفضيلة من أول الوقت الى أن يصير ظل الشخص مثله ونصف مثله ، ووقت الاختيار الى أن يصير

مثلين ، والجواز بلا كراهة الى اصفرار الشمس ، والجواز مع الكراهة حال الاصفرار حتى تغرب والعذر وقت الظهر لمن جمع بسفر أو مطر • وقد نقل أبو عيسى الترمذى عن الشافعى وغيره من العلماء كراهة تأخير العصر ، ودليل الكراهة حديث أنس قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « تلك صلاة المنافقين ، يجلس يرقب الشمس حتى اذا كانت بين قرنى الشيطان قام فنقرها أربعا لا يذكر الله فيها الا قليلا » رواه مسلم ، والله أعلم

(فرع) قد ذكرنا أن مذهبنا أن وقت الاختيار للعصر يمتد الى مصير ظل كل شيء مثليه • وبه قال جماهير العلماء • وقال أبو حنيفة : يمتد الى اصفرار الشمس •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واول وقت المغرب اذا غابت الشمس ، لما روى : «ان جبريل عليه السلام صلى المغرب حين غابت [الشمس] (١) وأفطر الصائم » وليس لها وقت واحد ، وهو بقدر ما يتطهر ويستر العورة ويؤذن ويقيم الصلاة ويدخل فيها فان اخر الدخول عن هذا الوقت اثم لما روى ابن عباس أن جبريل عليه السلام صلى المغرب فى المرة الأخيرة كما صلاها فى المرة الأولى ولم يغير • ولو كان لها وقت آخر لبين كما بين فى سائر الصلوات ، فان دخل فيها فى وقتها ففيه ثلاثة أوجه • (أحدها) : أن له ان يستديمها الى غيبوبة الشفق ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قرأ الأعراف فى صلاة المغرب (والثانى) لا يجوز [له] ان يستديمها اكثر من قدر ثلاث ركات لأن جبريل صلى ثلاث ركعات (الثالث) [أن] له أن يصلى مقدار أول الوقت فى سائر الصلوات لأنه لا يكون مؤخرا فى هذا القدر ، ويكون مؤخرا فيما زاد عليه ، ويكره أن يسمى صلاة المغرب العشاء لما روى عبد الله بن مغفل رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا تغلبنكم الأعراب على اسم صلاة المغرب وتقول الأعراب هى هى العشاء ») •

(الشرح) حديث جبريل عليه السلام صحيح سبق بيانه ، وحديثه الآخر هو تمام الأول ، وحديث عبد الله بن مغفل صحيح أيضا رواه البخارى، والأعراب سكان البادية ، وحديث قراءة النبى صلى الله عليه وسلم بالأعراف فى المغرب صحيح رواه البخارى بمعناه ، فرواه عن مروان بن الحكم قال :

---

(١) ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق (ط) •

قال لى زيد بن ثابت « مالك تقرأ فى المغرب بقصار ؟ وقد سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ بأطول الطوليين » هذا لفظ البخارى ، وفى رواية النسائى واسنادها صحيح عن زيد « لقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ فيها بأطول الطوليين ، ألمص » .

وأما مغفل فبضم الميم وفتح الغين المعجمة والفاء ، وكنية عبد الله بن مغفل أبو سعيد ، وقيل أبو عبد الرحمن ، وقيل أبو زياد المزنى ممن بايع بيعة الرضوان سكن المدينة ثم البصرة وبها توفى سنة ستين ، وكان من فقهاء الصحابة رضى الله عنهم .

(اما حكم المسالة) فأول وقت المغرب اذا غربت الشمس وتكامل غروبها وهذا لا خلاف فيه ، نقل ابن المنذر وخلائق لا يحصون الاجماع فيه .

قال أصحابنا : والاعتبار سقوط قرصها بكماله ، وذلك ظاهر فى الصحراء ، قال الشيخ أبو حامد والأصحاب : ولا نظر بعد تكامل الغروب الى بقاء شعاعها بل يدخل وقتها مع بقائه ، وأما فى العمران وقلل الجبال فالاعتبار بألا يرى شىء من شعاعها على الجدران وقلل [1] الجبال ، ويقبل الظلام من المشرق . وأما آخر وقت المغرب نص الشافعى رحمه الله فى كتبه المشهورة الجديدة والقديمة أنه ليس لها الا وقت واحد وهو أول الوقت ، ونقل أبو ثور عن الشافعى أن لها وقتين ، الثانى منهما ينتهى الى مغيب الشفق ، هكذا نقله عنه القاضى أبو الطيب وغيره . قال القاضى : والذى نص عليه الشافعى فى كتبه أنه ليس لها الا وقت واحد وهو أول الوقت ، وقال صاحب الحاوى : حكى أبو ثور عن الشافعى فى القديم أن لها وقتين يمتد ثانيهما الى مغيب الشفق . وقال فمن أصحابنا من جعله قولا ثانيا ، قال : وأنكره جمهورهم لأن [2] الزعفرانى وهو أثبت أصحاب القديم حكى عن الشافعى أن للمغرب وقتا واحدا .

---

(١) جمع قلة بضم القاف أعلى الرأس والسنام والجبل أو أعلى كل شىء وبكسرها الرعدة والخوف وبفتحها النهضة من علة أو فقر (ط) .

(٢) هو ابو الحسين الزعفرانى احد قدماء اصحابنا من رواة القديم (ط) .

واختلف أصحابنا المصنفون فى المسألة على طريقين ، (أحدهما) القطع بأن لها وقتا فقط ، وبهذا قطع المصنف هنا والمحاملى وآخرون من العراقيين، ونقله صاحب الحاوى عن الجمهور كما سبق (والطريق الثانى) على قولين ، أحدهما هذا ، والثانى يمتد الى مغيب الشفق وله أن يبدأ بالصلاة فى كل وقت من هذا الزمان ، وبهذا الطريق قطع المصنف فى التنبيه وجماعات من العراقيين وجماهير الخراسانيين وهو الصحيح ، لأن أبا ثور ثقة امام ، ونقل الثقة مقبول ولا يضره كون غيره لم ينقله ، ولا كونه لم يوجد فى كتب الشافعى ، وهذا مما لا شك فيه ، فعلى هذا الطريق اختلف فى أصح القولين ، فصحح جمهور الأصحاب القول الجديد ، وهو أنه ليس لها الا وقت واحد ، وصحح جماعة القديم ، وهو أن لها وقتين ، ممن صححه من أصحابنا أبو بكر بن خزيمة وأبو سليمان الخطابى وأبو بكر البيهقى والغزالى فى احياء علوم الدين وفى درسه والبغوى فى التهذيب ، ونقله الرويانى فى الحلية عن أبى ثور والمزنى وابن المنذر وأبى عبد الله الزبيرى ، قال : وهو المختار ، وصححه أيضا العجلى والشيخ أبو عمرو بن الصلاح •

(قلت) هذا القول هو الصحيح لأحاديث صحيحة ، منها حديث عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « وقت المغرب ما لم يغب الشفق » وفى رواية « وقت المغرب اذا غابت الشمس ما لم يسقط الشفق » وفى رواية « وقت المغرب ما لم يسقط ثور الشفق » رواه مسلم بهذه الألفاظ كلها ، وقوله : ثور الشفق هو بالثاء المثلثة أى ثورانه وفى رواية أبى داود فور الشفق بالفاء وهو بمعنى ثوره • وعن أبى موسى الأشعرى فى بيان النبى صلى الله عليه وسلم للسائل عن مواقيت الصلاة قال : « ثم أخر المغرب حتى كان عند سقوط الشفق » رواه مسلم ، وقد سبق بطوله ، وعن بريدة : « أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى المغرب فى اليوم الثانى قبل أن يغيب الشفق » رواه مسلم ، وقد سبق بطوله • وعن أبى قتادة فى حديثه السابق « ليس فى النوم تفريط انما التفريط على من لم يصل الصلاة حتى يجىء وقت الأخرى » رواه مسلم وسبق بيانه فاذا عرفت الأحاديث الصحيحة تعين القول به جزما لأن الشافعى نص عليه فى القديم كما نقله أبو ثور وعلق الشافعى القول به فى الاملاء على ثبوت الحديث ،

وقد ثبت الحديث بل أحاديث ، والاملاء من كتب الشافعى الجديدة ، فيكون منصوصا عليه فى القديم والجديد ، وهذا كله مع القاعدة العامة التى أوصى بها الشافعى رحمه الله أنه اذا صح الحديث خلاف قوله يترك قوله ويعمل بالحديث ، وأن مذهبه ما صح فيه الحديث ، وقد صح الحديث ولا معارض له ، ولم يتركه الشافعى الا لعدم ثبوته عنده ، ولهذا علق القول به فى الاملاء على ثبوت الحديث وبالله التوفيق •

وأما حديث صلاة جبريل عليه السلام فى اليومين فى وقت فجوابه من ثلاثة أوجه (أحسنها وأصحها) : أنه انما أراد بيان وقت الاختيار لا وقت الجواز فهكذا هو فى أكثر الصلوات وهى العصر والعشاء والصبح وكذا المغرب • (والثانى) أن حديث جبريل مقدم فى أول الأمر بمكة وهذه الأحاديث متأخرة بالمدينة فوجب تقديمها فى العمل • (والثالث) أن هذه الأحاديث أقوى من حديث جبريل لوجهين (أحدهما) أن رواتها أكثر (والثانى) أنها أصح اسنادا ، ولهذا خرجها مسلم فى صحيحه دون حديث جبريل ، وهذا لا شك فيه ، فحصل أن الصحيح المختار أن للمغرب وقتين يمتد ما بينهما الى مغيب الشفق ، ويجوز ابتداؤها فى كل وقت من هذا ، فعلى هذا لها ثلاثة أوقات : وقت فضيلة واختيار وهو أول الوقت ، والثانى: وقت جواز وهو ما لم يغب الشفق ، والثالث : وقت عذر وهو وقت العشاء فى حق من جمع لسفر أو مطر وهذا الذى ذكرناه من أن وقت الفضيلة ووقت الاختيار واحد وهو أول الوقت هو الصواب ، وبه قطع المحققون • وقال القاضى حسين والبغوى : على هذا يكون النصف الأول مما بين أول الوقت ومغيب الشفق وقت اختيار • والنصف الثانى : وقت جواز ، وهذا ليس بشىء ويكفى فى رده حديث جبريل ، وقد نقل أبو عيسى الترمذى عن العلماء كافة من الصحابة فمن بعدهم كراهة تأخير المغرب •

أما اذا قلنا : ليس للمغرب الا وقت واحد فهو اذا غربت الشمس ومضى قدر طهارة وستر العورة وأذان واقامة وخمس ركعات ، هذا هو الصحيح ، وبه قطع الخراسانيون ، وقيل : يعتبر ثلاث ركعات للفرض فقط ، وبهذا قطع المصنف وآخرون من العراقيين ، وادعى الرويانى أنه ظاهر المذهب ،

وليس كما ادعى • وحكى القاضى أبو الطيب فى تعليقه وجها أنه لا يتقدر بالصلاة بل بالعرف فمتى أخر عن المتعارف فى العادة خرج الوقت ، وهـذا قوى ، ولكن المشهور اعتبار خمس ركعـات منها ركعتان للسـنة فكيف يقال : ان السنة تكون مقضية ؟ فاذا مضى هذا القدر فقـد انقضى الوقت وما يمكن تقديمه على الغروب كالطهارة ، والستر لا يجب تقـديمه ولكن يستحب ، وفيه وجه أنه يجب تقديم ما يمكن تقديمه وهو الوضوء والستر دون التيمم والأذان والاقامة ووضوء المستحاضة ومن فى معنـاها • حكاه القاضى حسين والمتولى وغيرهما وهو شاذ والصواب الأول ، والمعتبر فى كل ذلك الوسط المعتدل بلا اطالة ولا استعجال ، هكذا أطلق الجمهور • قال القفال : تعتبر هذه الأمور متوسطة لا طويلة ولا قصيرة لكن يعتبر فى حق كل انسـان فعل نفسـه لأنهم يختلفون فى ذلك فبعضهم خفيف الحركات والجسم والقراءة وبعضهم عكسه ، قال جماعة من الخراسانيين ويحتمل مع ذلك أيضا أكل لقم يكسر بها حدة الجوع ، هكذا قالوا •

والصواب أنه لا ينحصر الجواز فى لقم ففى الصحيحين عن أنس (رض) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « اذا قدم العشاء فابدأوا به قبل أن تصلوا صلاة المغرب ، ولا تعجلوا عن عشائكم » فان أخر الدخول فيها عن هذا القدر المذكور أثم وصارت قضاء ، وان لم يؤخر بل دخل فيها فى هـذا الوقت فهل له أن يمدها ويستديمها ؟ فيه ثلاثة أوجه مشهورة حكاها المصنف والمحاملى وآخرون قال البندنيجى : هذه الأوجه حكاها أبو اسحاق المروزى فى الشرح ، وقد ذكر المصنف أدلتها (أحدها) لا يجوز ، (والثانى) يجوز استدامتها الى القدر الذى يتمادى اليه فضيلة أول الوقت فى سائر الصلوات، (والثـالث) وهو الصحيح : يجوز اسـتدامتها الى مغيب الشفق صححه أصحابنا منهم الشيخ أبو حامد والمحاملى والجرجانى وآخرون وقطـع به المصنف فى التنبيه والمحاملى فى المقنع ودليله حديث قراءة النبى صلى الله عليه وسلم فى المغرب الأعراف وهو صحيح كما سبق ، وفى رواية النسائى قرأ بالأعراف فرقها فى الركعتين وهذا يمنع تأويل من قال : قرأ ببعضها والله أعلم•

(**فـرع**) أنكر الشيخ أبو حامد على أصحابنا المتقـدمين وغيرهم

قولهم : هل للمغرب وقت ؟ أم وقتان ؟ وقال : عبارتهم هذه غلط قال : بل للصلوات كلها وقت واحد ولكن المغرب يقصر وقتها وغيرها يطول ، وأجاب الشيخ أبو على السنجى عن هذا الانكار وقال فى كتابه شرح التلخيص : ليس المراد بقولنا : للصبح وغيرها وقتان أن يكون وقتان منفردين ولكن وقت واحد له أول وآخر كالصبح وقتها : أول طلوع الفجر ، ووقتها الثانى ما لم تطلع الشمس ، وحينئذ لا انكار على طائفة اصطلحت على هذا .

(فرع) قال القاضى حسين : ان قيل كيف قلتم للمغرب وقت واحد على الجديد مع أنه يجوز الجمع بين المغرب والعشاء فى وقت المغرب بالسفر والمطر ، ومن شرط الجمع وقوع الصلاتين فى أحدهما ؟ فالجواب من وجهين (أحدهما) انه لا يشترط وقوع الصلاتين فى وقت أحدهما ، انما يشترط وقوع احداهما عقب الأخرى (والثانى) أن وقت المغرب بعد الطهارة ونحوها قدر خمس ركعات للفريضة والسنة ، وهذا القدر يمكن فيه صلاة المغرب والعشاء مقصورة وكذا تامة تفريعا على الأصح أن التى يقع بعضها خارج الوقت أداء ، هذا كلام القاضى والسؤال قوى ، والجوابان ضعيفان ، أما الأول فينتقض بمن جمع بين الظهر والعصر فى آخر وقت العصر بحيث وقعت الظهر قبل غروب الشمس والعصر بعد الغروب .

فان قيل : المراد بالجمع جمع التقديم ، قلنا : انما صحت الظهر والعصر فى آخر وقت الظهر بحيث وقعت العصر فى وقتها ، لأن الوقت قابل لها بخلاف المغرب والعشاء ، فان بعد خروج وقت المغرب لا يصلح الوقت للعشاء على قوله الجديد فينبغى أن لا يصح ، وقد صحت بالاتفاق ، فدل على امتداد الوقت .

وأما الجواب الثانى : فظاهر الفساد أيضا فانه لا يظن بالنبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه أنهم كانوا يجمعون بحيث يقع بعض الصلاة الثانية لا فى وقت الأولى ولا فى وقت الثانية ، ولأنه اذا جمع فى وقت المغرب جاز القصر بلا خلاف ولو كان كما قال القاضى لكان فى صحة القصر خلاف بناء على أن الصلاة التى يقع بعضها خارج الوقت أداء أم قضاء ، وبناء على المقضية فى السفر ، فظهر بما قلناه أن الصحيح امتداد وقت المغرب والله أعلم .

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى وقت المغرب : قد ذكرنا اجماعهم على أن أول وقتها غروب الشمس وبينا المراد بالغروب ، وحكى الماوردى وغيره عن الشيعة أنهم قالوا : لا يدخل وقتها حتى يشتبك النجوم والشيعة لا يعتد بخلافهم ، وأما آخر وقتها فقد ذكرنا أن المشهور فى مذهبنا أن لها وقتا واحدا وهو أول الوقت وأن الصحيح أن لها وقتين يمتد ثانيهما الى غروب الشفق • وممن قال بالوقتين أبو حنيفة والثورى وأحمد وأبو ثور واسحاق وداود وابن المنذر ، وممن قال بوقت واحد الأوزاعى ، ونقله أبو على السنجى فى شرح التلخيص عن أبى يوسف ومحمد وأكثر العلماء ، وعن مالك ثلاث روايات الصحيحة منها ــ وهى المشهورة فى كتب أصحابه وأصحابنا ــ أنه ليس لها الا وقت واحد ولم ينقل ابن المنذر عنه غيرها ، والثانية : وقتان الى مغيب الشفق ، والثالثة : يبقى الى طلوع الفجر ، ونقله ابن المنذر عن طاوس وعطاء ، وقد سبقت دلائل المسألة وقد يستدل للشيعة بحديث يروى أن النبى صلى الله عليه وسلم « صلى المغرب عند اشتباك النجوم » ودليلنا حديث جبريل عليه السلام ، وحديث أبى موسى وبريدة أنه صلى المغرب حين غربت الشمس ، وهى أحاديث صحيحة كما سبق •

وعن رافع بن خديج رضى الله عنه قال : « كنا نصلى مع النبى صلى الله عليه وسلم المغرب فينصرف أحدنا وانه ليبصر مواقع نبله » رواه البخارى ومسلم ، وعن سلمة بن الأكوع رضى الله عنه قال : « كنا نصلى مع النبى صلى الله عليه وسلم المغرب اذا توارت بالحجاب » رواه البخارى ومسلم وعن أبى هريرة رضى الله عنه أنه قال لعقبة بن عامر رضى الله عنه وقد أخر المغرب أما سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لا تزال أمتى بخير » أو قال : « على الفطرة ما لم يؤخروا المغرب الى أن تشتبك النجوم » رواه أبو داود باسناد حسن وهو حديث حسن ، وعن العباس بن عبد المطلب رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تزال أمتى على الفطرة ما لم يؤخروا المغرب حتى تشتبك النجوم » رواه ابن ماجه باسناد جيد ، والأحاديث فى المسألة كثيرة • وأما الحديث المحتج لهم به فباطل لا يعرف ولا يصح ، ولو نقل لكان محمولا على أنه صلى الله عليه وسلم صلاها كذلك

مرة لبيان الجواز ، وقد صح فى أحاديث سبقت أن النبى صلى الله عليه وسلم أخر المغرب لبيان الجواز ، والله أعلم .

(فـرع) يكره تسمية المغرب عشاء ، كذا صرح به المصنف وغيره ، للحديث السابق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وأول وقت العشاء اذا غاب الشـفق ، وهو الحمـرة ، وقال المزنى :ـ « الشفق البياض » والدليل عليه « ان جبريل عليه السـلام صلى العشـاء الأخيرة حين غاب الشفق » والشفق هو الحمرة . والدليـل عليـه ما روى عبد الله بن عمرو بن العـاص رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسـلم قال : « وقت المغرب الى أن تذهب حمرة الشفق » ولأنها صلاة تتعلق باحد النيرين والمتفقين فى الاسم الخاص فتعلقت باظهرهما وانورهما كالصبح ، وفى آخره قولان ، قال فى الجديد : الى ثلث الليل لما روى أن جبريل عليه السلام صلى فى المرة الأخيرة العشاء الآخرة حين ذهب ثلث الليل ، وقال فى القديم والاملاء : الى نصف الليل لما روى عبد الله بن عمرو رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « وقت العشاء ما بينك وبين نصف الليل » ثم يذهب وقت الاختيار ويبقى وقت الجواز الى طلوع الفجر الثانى وقال ابو سعيد الاصطخرى : اذا ذهب ثلث الليل او نصفه فاتت الصلاة وتكون قضاء والمذهب الأول ، لما رويناه من حديث أبى قتـادة رضى الله عنـه . ويكره ان تسمى العشاء العتمة لمـا روى ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا يغلبنكم الأعراب على اسم صلاتكم » قال ابن عيينة : انها العشاء وانهم يعتمون بالابل . ويكره النوم قبلها والحديث بعدها ، لمـا روى أبو برزة (١) رضى الله عنه قال : « نهانا رسول الله صلى الله عليه وسـلم عن النوم قبلها والحديث بعدها ») .

(الشرح) فى هذه القطعة مسائل (احداها) فى الأحاديث ، أما حديثا جبريل الأول والثانى فصحيحان سبق بيانهما ، وأما حديث عبد الله بن عمرو ابن العـاص : « وقت المغـرب الى أن تذهب حمرة الشفق » فغريب بهذا اللفظ ، والثابت منه فى صحيح مسلم وغيره عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « وقت المغرب ما لم يسقط ثور الشفق » كما سبق بيانه وتحصـيل الدلالة بهذا لأن ثوره هو ثورانه وهذه صفة الأحمر لا الأبيض ، وأما حديث

---

(١) فى النسخة المطبوعة من المهذب ابو هريرة وهو خطأ (ط) .

عبد الله بن عمرو بن العاص الآخر فصحيح أيضا رواه مسلم ولفظه فى مسلم عن النبى صلى الله عليه وسلم « وقت صلاة العشاء الى نصف الليل الأوسط » وأما حديث أبى قتادة فصحيح سبق بيانه ، وأما حديث ابن عمر ابن الخطاب رضى الله عنهما : « لا يغلبنكم الأعراب على اسم صلاتكم » فصحيح رواه مسلم ، ولفظه عنده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لايغلبنكم الأعراب على أسماء صلاتكم الا انها العشاء وهم يعتمون بالابل » وقول المصنف قال ابن عيينه : انها العشاء الى آخره كان ينبغى حذف ذكر ابن عيينة وأما حديث أبى برزة فصحيح رواه البخارى ومسلم لكن لفظه عندهما عن أبى برزة قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكره النوم قبلها والحديث بعدها يعنى العشاء » .

(المسألة الثانية) فى أسماء الرجال فابن عمر وأبو قتادة والمزنى سبق بيانهم ، وذكر أحوالهم فى مواضعهم ، وأما عبد الله بن عمرو بفتح العين فروى عنه هنا حديثين : حديث وقت المغرب الى أن تذهب حمرة الشفق ، والحديث الآخر : وقت العشاء ما بينك وبين نصف الليل . وهو عبد الله بن عمرو بن العاصى بالياء على الفصيح وبحذفها على لغة قليلة وهو الأشهر فى كتب المحدثين وغيرهم وفى ألسنتهم ، ابن وائل بن هاشم بن سعيد بضم السين وفتح العين بن سهم بن هصيص [1] بضم الهاء بصادين مهملتين بن كعب بن لؤى بن غالب القرشى السهمى كنية عبد الله : أبو محمد ، وقيل أبو عبد الرحمن ، وقيل أبو نصير أسلم قبل أبيه ولم يكن بينه وبين أبيه فى السن الا احدى عشرة سنة وقيل اثنتا عشرة ، وفى الحديث عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول : « نعم أهل البيت عبد الله وأبو عبد الله وأم عبد الله » وكان عبد الله مجتهدا فى العبادة اجتهادا بليغا وكان كثير العلم والسماع من النبى صلى الله عليه وسلم توفى بمكة وقيل بالطائف وقيل بمصر فى ذى الحجة سنة خمس وستين وقيل ثلاث وستين وقيل : ثلاث وسبعين وقيل سنة ست وستين وقيل سبع وستين وهو ابن ثنتين وسبعين سنة .

---

(١) فى الاصابة (هضيض) بالمعجمتين وهو خطأ ، وتكنيته بأبى نصر استغربها ابو عمر ابن عبد البر فى الاستيعاب (ط) .

وأما أبو برزة فبفتح الباء الموحدة واسكان الراء وبعدها زاى وهو أبو برزة فضلة بن عبيد الأسلمى أسلم قديما ، وشهد فتح مكة ، ثم نزل البصرة ، ثم غزا خراسان ، وتوفى بها وقيل بالبصرة وقيل بنيسابور وقيل فى مفارق بين سجستان وهراة سنة ستين ، وقيل أربع وستين .

وأما ابن عيينة فهو أبو محمد سفيان بن عيينة بن أبى عمران الهلالى كوفى سكن مكة وكان امام أهلها فى عصره وهو أحد شيوخ الشافعى وأحد أجدادنا فى سلسلة التفقه ، سمع خلائق من أئمة التابعين روى عنه الأعمش وهو تابعى وأحد شيوخه وخلائق من الأئمة كالثورى وابن جريج وابن المبارك والشافعى ووكيع وابن مهدى وأحمد وغيرهم ، وكان من أعلم الناس بالقرآن قال الشافعى رحمه الله : ما رأيت أحدا من الناس فيه من آلة العلم ما فى سفيان بن عيينة ، وما رأيت أحدا أحسن تفسيرا للحديث منه .

روينا عن سفيان قال قرأت القرآن وأنا ابن أربع سنين ، وكتبت الحديث وأنا ابن سبع ، ولد سنة سبع ومائة وتوفى بمكة يوم السبت غرة رجب سنة ثمان وتسعين ومائة رحمه الله .

(المسالة الثالثة فى الأحكام) : أجمعت الأمة على أن وقت العشاء مغيب الشفق واختلفوا فى الشفق هل هو الحمرة ؟ أم البياض ؟ وسنذكر فيه فرعا مستقلا ان شاء الله تعالى . ومذهبنا أنه الحمرة دون البياض ، وأما الصفرة التى بعد الحمرة وقبل البياض فاختلف كلام الأصحاب فيها فقال الغزالى فى الوسيط : الشفق الحمرة دون الصفرة والبياض . وقال امام الحرمين والغزالى فى البسيط : يدخل وقت العشاء بزوال الحمرة والصفرة ، وقد يستدل لهما بما نقله صاحب جمع الجوامع عن نص الشافعى أنه قال : الشفق الحمرة التى فى المغرب ، فاذا ذهبت الحمرة ولم ير منها شىء فقد دخل وقتها ، ومن افتتحها وقد بقى من الحمرة شىء أعادها ، فهذا لفظه وهو محتمل لما قاله امام الحرمين لأن الحمرة ترق وتستحيل لونا آخر ، بحيث يعد بقية للون الحمرة ، وفى حكم جزء منها ، ولكن نص الشافعى فى مختصر المزنى : الشفق الحمرة وهكذا عبارات جماهير الأصحاب . وهذا ظاهر فى أنه يدخل الوقت بمغيب الحمرة وان بقيت الصفرة وهذا هو المذهب .

وأما آخر وقت العشاء المختار ففيه قولان مشهوران (أحدهما) وهو المشهور فى أنه يمتد الى ثلث الليل (والثانى) وهو نصه فى القديم والاملاء من الجديد : يمتد الى نصف الليل ودليلهما فى الكتاب ، وهما حديثان صحيحان ، واختلف المصنفون فى أصح القولين فقال القاضى أبو الطيب صحح أبو اسحاق المروزى كونه نصف الليل ، وصحح أصحابنا ثلث الليل ، وممن صحح ثلث الليل البغوى والرافعى ، وقطع به جماعة من أصحاب المختصرات منهم الماوردى فى الاقناع والغزالى فى الخلاصة والشاشى فى العمدة ، ودليل الثلث حديث جبريل وحديث أبو موسى الأشعرى ، وقد سبق بطوله ، وممن صحح النصف الشيخ أبو حامد والمحاملى وسليمان فى رؤوس المسائل وأبو العباس الجرجانى والشيخ نصر فى تهذيبه والرويانى ، وقطع به جماعة منهم أبو عبد الله الزبيرى وسليم فى الكفاية والمحاملى فى المقنع ونصر المقدسى فى الكافى .

هذه طريقة جماهير الأصحاب فى وقت الاختيار أن فيه قولين كما ذكرنا ، وانفرد صاحب الحاوى فقال : فيه طريقان (أحدهما) فيه قولان كما سبق ، قال : وهى طريقة الجمهور (والثانية) وهى طريقة ابن سريج : ليست على قولين بل الأحاديث الواردة بالأمرين ، والنصان للشافعى محمولان على اختلاف حال الابتداء والانتهاء ، فالمراد بالثلث أنه آخر وقت الابتداء بها ، والمراد بالنصف أنه آخر وقت الانتهاء وهذا الطريق غريب ، والمختار ثلث الليل ، فاذا ذهب وقت الاختيار بقى وقت الجواز الى طلوع الفجر الثانى ، هذا هو المذهب ، نص عليه الشافعى وقطع به جمهور أصحابنا المتقدمين والمتأخرين . وقال أبو سعيد الاصطخرى : اذا ذهب وقت الاختيار فاتت العشاء ويأثم بتركها وتصير قضاء ، وهذا الذى قاله هو أيضا أحد احتمالين حكاهما القفال فى شرح التلخيص عن أبى بكر الفارسى ، وقد قال الشافعى فى باب استقبال القبلة : اذا مضى ثلث الليل فلا أراها الا فائتة ، فمن أصحابنا من وافق الاصطخرى لظاهر هذا النص ، وتأول الجمهور قال القاضى أبو الطيب ، قال أصحابنا : أراد الشافعى أن وقت الاختيار فات دون وقت الجواز ، لأن الشافعى قال فى هذا الكتاب : ان المعذورين اذا زالت أعذارهم قبل الفجر بتكبيرة لزمتهم المغرب والعشاء ، فلو لم يكن وقتا لها لما لزمتهم

وقال الشيخ أبو حامد فى تعليقه فى الرد الاصطخرى : اذا كمل الصبى والكافر والمجنون والحائض قبل الفجر بركعة لزمتهم العشاء بلا خلاف ، ووافق عليه الاصطخرى ، فلو لم يكن ذلك وقتا لها لم يلزمهم • فهذا كلام الشيخ أبى حامد ، وقد غلط بعض المتأخرين الشارحين للتنبيه فنقل عنه موافقة الاصطخرى وهذه غباوة من هذا الشارح ، وكأنه اشتبه عليه كلام أبى حامد لطوله والصواب عن أبى حامد موافقة الجمهور فى امتداد وقت العشاء الى الفجر ، وانكاره على الاصطخرى ، والله أعلم •

(**فرع**) للعشاء أربعة أوقات ، فضيلة واختيار وجواز وعذر ، فالفضيلة أول الوقت ، والاختيار بعده الى ثلث الليل فى الأصح • وفى قول نصفه ، والجواز الى طلوع الفجر الثانى والعذر وقت المغرب لمن جمع بسفر أو مطر •

(**فرع**) قال صاحب التتمة : فى بلاد المشرق نواح تقصر لياليهم فلا يغيب الشفق عندهم • فأول وقت العشاء عندهم أن يمضى من الزمان بعد غروب الشمس قدر يغيب الشفق فى مثله فى أقرب البلاد اليهم •

(**فرع**) قيل : ان ما بين المغرب والعشاء نصف سدس الليل ، فان طال الليل طال نصف السدس ، وان قصر قصر •

(المسألة الرابعة) يستحب أن لا تسمى العشاء الآخرة عتمة للحديث السابق ، هكذا قاله المحققون من أصحابنا (يستحب أن لا تسمى عتمة) وكذا قال الشافعى فى الأم : « أحب أن لا تسمى العشاء الآخرة عتمة » وقال المصنف والشيخ أبو حامد وطائفة قليلة : « يكره أن تسمى عتمة » فان قيل : فقد جاءت أحاديث كثيرة بتسميتها عتمة ، كقوله صلى الله عليه وسلم « لو يعلمون ما فى العتمة والصبح لأتوهما ولو حبوا » رواه البخارى وغيره من رواية أبى هريرة بهذا اللفظ • فالجواب من وجهين (أحدهما) أن هذا الاستعمال ورد فى نادر من الأحوال لبيان الجواز ، فانه ليس بحرام (والثانى) أنه خوطب به من قد يشتبه عليه العشاء بالمغرب ، فلو قيل العشاء لتوهم ارادة المغرب لأنها كانت معروفة عندهم بالعشاء وأما العتمة فصريحة فى العشاء الآخرة فاحتمل اطلاق العتمة لهذه المصلحة •

واعلم أنه يجوز أن يقال العشاء الآخرة ، والعشاء فقط من غير وصف بالآخرة ، قال الله تعالى : (ومن بعد صلاة العشاء) وثبت فى صحيح مسلم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيما امرأة أصابت بخورا فلا تشهد معنا العشاء الآخرة » وثبت فى صحيح مسلم استعمال العشاء الآخرة من جماعات من الصحابة رضى الله عنهم ، وقد أنكر الأصمعى قول العشاء الآخرة . وقال : الصواب العشاء فقط ، وهذا غلط لما ذكرته ، وقد أوضحت هذا كله فى تهذيب الأسماء .

(الخامسة) يكره النوم قبل العشاء والحديث بعدها للحديث الصحيح السابق والمراد بالحديث الذى يكره بعدها ما كان مباحا فى غير هذا الوقت ، أما المكروه فى غيره فهنا أشد كراهة ، وسبب الكراهة أنه يتأخر نوعا فيخاف تفويته لصلاة الليل ان كانت له صلاة ليل ، أو تفويته الصبح عن وقتها أو عن أوله ، وهذه الكراهة اذا لم تدع حاجة الى الكلام ، ولم يكن فيه مصلحة . أما الحديث للحاجة فلا كراهة فيه ، وكذا الحديث بالخير كقراءة حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ومذاكرة الفقه وحكايات الصالحين ، والحديث مع الضيف ونحوها فلا كراهة فى شىء من ذلك ، وقد جاءت بهذا كله أحاديث صحيحة مشهورة ، وجمعتها فى أواخر كتاب الأذكار . وسبب عدم الكراهة فى هذا النوع أنه خير ناجز فلا يترك لمفسدة متوهمة ، بخلاف ما اذا لم يكن فى الحديث خير ، فانه مخاطرة بتفويت الصلاة لغير مصلحة والله أعلم .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى الشفق وآخر وقت العشاء :

أما الشفق فقد سبق أنهم أجمعوا أنه يدخل وقت العشاء بمغيبه ، واختلفوا فى الشفق ، فمذهبنا أنه الحمرة ، ونقله صاحب التهذيب عن أكثر أهل العلم ، ورواه البيهقى فى السنن الكبير عن عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب وابن عمر وابن عباس وأبى هريرة وعبادة بن الصامت وشداد بن أوس رضى الله عنهم ، ومكحول وسفيان الثورى ، ورواه مرفوعا الى النبى صلى الله عليه وسلم وليس بثابت مرفوعا ، وحكاه ابن المنذر عن ابن أبى ليلى ومالك والثورى وأحمد واسحاق وأبى يوسف ومحمد بن الحسن ، وهو

قول أبى ثور وداود . وقال أبو حنيفة وزفر والمزنى : هو البياض . وروى ذلك عن معاذ بن جبل وعمر بن عبد العزيز والأوزاعى ، واختاره ابن المنذر قال : وروى عن ابن عباس روايتان . واحتج أصحابنا للحمرة بأشياء من الحديث والقياس لا يظهر منها دلالة لشيء يصح منها ، والذى ينبغى أن يعتمد أن المعروف عند العرب أن الشفق الحمرة ، وذلك مشهور فى شعرهم ونثرهم ، ويدل عليه أيضا نقل أئمة اللغة .

قال الأزهرى : « الشفق عند العرب الحمرة » قال الفراء : سمعت بعض العرب يقول « عليه ثوب مصبوغ كأنه الشفق » وكان أحمر . وقال ابن فارس فى المجمل قال الخليل : « الشفق الحمرة التى من غروب الشمس الى وقت العشاء الآخرة » قال وقال ابن دريد أيضا : « الشفق الحمرة » وذكر ابن فارس قول الفراء ولم يذكر هذا وقال الزبيدى فى مختصر العين : الشفق الحمرة بعد غروب الشمس ، وقال الجوهرى : الشفق بقية ضوء الشمس وحمرتها فى أول الليل الى قريب من العتمة ، ثم ذكر قول الخليل والفراء ولم يذكر غير هذا ، فهذا كلام أئمة اللغة ، وبالله التوفيق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ووقت الصبح اذا طلع الفجر الثانى ، وهو الفجر الصادق الذى يحرم به الطعام والشراب على الصائم ، وآخره اذا اسفر لما روى : « أن جبريل عليه السلام صلى الصبح حين طلع الفجر ، وصلى من الغد حين اسفر ، ثم التفت وقال : هذا [وقتك (١)] ووقت الأنبياء من قبلك ، وفيما بين هذين وقت » ثم يذهب وقت الاختيار ويبقى وقت الجواز الى [حين] طلوع الشمس وقال أبو سعيد الاصطخرى يذهب الوقت وما بعده وقت القضاء والمذهب الأول لحديث أبى قتادة رضى الله عنه ، ويكره أن تسمى صلاة الغداة لأن الله تعالى سماها بالفجر ، فقال تعالى : (وقرآن الفجر ان قرآن الفجر كان مشهودا) (٢) وسماها رسول الله صلى الله عليه وسلم الصبح فقال : « من ادرك ركعة من الصبح فقد ادركها » .

(الشرح) حديث جبريل عليه السلام صحيح سبق بيانه وكذا حديث أبى قتادة ، وحديث من أدرك ركعة من الصبح رواه البخارى ومسلم من

---

(١) ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق (ط) .
(٢) الآية ٧٨ من سورة الاسراء .

رواية أبى هريرة ، وأجمعت الأمة على أن أول وقت الصبح طلوع الفجر الصادق ، وهو الفجر الثانى ، وآخر وقت الاختيار اذا أسفر أى أضاء ، ثم يبقى وقت الجواز الى طلوع الشمس ، وقال الاصطخرى • يخرج الوقت بالاسفار ، ويكون ما بعده قضاء ، ويأثم بالتأخير اليه ، وقد سبق دليله • ودليل المذهب فى وقت صلاة العصر • قال صاحب التهذيب : ويكره تأخير الصبح بغير عذر الى طلوع الحمرة ، يعنى الحمرة التى قبيل طلوع الشمس•

(**فرع**) قال أصحابنا : الفجر فجران (أحدهما) يسمى الفجر الأول والفجر الكاذب (والآخر) يسمى الفجر الثانى والفجر الصادق ، فالفجر الأول يطلع مستطيلا نحو السماء كذنب السرحان ، وهو الذئب ، ثم يغيب ذلك ساعة ثم يطلع الفجر الثانى الصادق مستطيرا ، بالراء أى منتشرا ، عرضا فى الأفق • قال أصحابنا : والأحكام كلها متعلقة بالفجر الثانى ، فيه يدخل وقت صلاة الصبح ويخرج وقت العشاء ويدخل فى الصوم ، ويحرم به الطعام والشراب على الصائم ، وبه ينقضى الليل ويدخل النهار ، ولا يتعلق بالفجر الأول شىء من الأحكام باجماع المسلمين • قال صاحب الشامل : سمى الفجر الأول كاذبا لأنه يضىء ثم يسود ويذهب ويسمى الثانى صادقا لأنه صدق عن الصبح وبينه ، ومما يستدل به للفجرين من الحديث ، حديث ابن مسعود رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : (لا يمنعن أحدكم أو واحدا منكم أذان بلال من سحوره فانه يؤذن أو ينادى بليل ليرجع قائمكم ، وليتنبه نائمكم وليس أن يقول الفجر أو الصبح • وقال ــ بأصابعه ورفعها الى فوق وطأطأها الى أسفل ــ حتى يقول هكذا • وقال بسبابتيه احداهما فوق الأخرى ثم مدهما عن يمينه وشماله) رواه البخارى ومسلم وعن سمرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (لا يغرنكم أذان بلال ولا هذا العارض لعمود الصبح حتى يستطير) رواه مسلم ورواه الترمذى عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (لا يمنعنكم من سحوركم أذان بلال ، ولا الفجر المستطيل ، ولكن الفجر المستطير فى الأفق) قال الترمذى : حديث حسن ، وعن طلق بن على رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (كلوا واشربوا ولا يهمنكم الساطع المصعد ، وكلوا واشربوا حتى يعترض لكم الأحمر)

رواه أبو داود والترمذى قال الترمذى : هذا حديث حسن قال : والعمل عليه عند أهل العلم أنه لا يحرم الأكل والشرب على الصائم حتى يكون الفجر المعترض والله أعلم .

(فرع) صلاة الصبح من صلوات النهار ، وأول النهار طلوع الفجر الثانى هذا مذهبنا ، وبه قال العلماء كافة الا ما حكاه الشيخ أبو حامد فى تعليقه عن قوم أنهم قالوا : ما بين طلوع الشمس والفجر لا من الليل ولا من النهار ، بل زمن مستقل فاصل بينهما ، قالوا : وصلاة الصبح لا فى الليل ولا فى النهار . وحكى الشيخ أبو حامد أيضا عن حذيفة بن اليمان وأبى موسى الأشعرى وأبى مجلز والأعمش رضى الله عنهم قالوا : آخر الليل طلوع الشمس وهو أول النهار . قالوا وصلاة الصبح من صلوات الليل قالوا : وللصائم أن يأكل حتى تطلع الشمس هكذا نقله أبو حامد عن هؤلاء ولا أظنه يصح عنهم . وقال القاضى أبو الطيب وصاحب الشامل : وحكى عن الأعمش أنه قال : هى من صلوات الليل ، وانما قبل طلوع الشمس من الليل يحل فيه الأكل للصائم قال : وهذه الحكاية بعيد صحتها مع ظهور تحريم الأكل بطلوع الفجر فى كل عصر مع ظاهر القرآن ، فان احتج له بقوله تعالى : (فمحونا آية الليل وجعلنا آية النهار مبصرة [1]) وآية النهار هى الشمس فيكون النهار من طلوعها ، ويقول أمية بن أبى الصلت :

والشمس تطلع كل آخر ليلة حمراء تبصر لونها تتوقد

فالجواب أنه يثبت كونه من النهار بقوله تعالى (وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر [2]) وباجماع أهل الأعصار على تحريم الطعام والشراب بطلوع الفجر ، وثبت فى حديث جبريل عليه السلام أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : (ثم صلى الفجر حين برق الفجر وحرم الطعام على الصائم) وهو حديث صحيح كما سبق ، وثبتت الأحاديث الأربعة فى الفرع الذى قبل هذا ، وفى الصحيحين أن رسول الله

---

(١) الآية ١٢ من سورة الاسراء .

(٢) الآية ١٨٧ من سورة البقرة .

صلى الله عليه وسلم قال (ان بلالا يؤذن بليل فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم) والليل لا يصح الصوم فيه باجماع المسلمين •

وأما الجواب عن الآية التى احتج له بها فليس فيها دليل لأن الله تعالى أخبر أن الشمس آية للنهار ، ولم ينف كون غيرها آية فاذا قامت الدلائل على أن هذا الوقت من النهار وجب العمل بها ، ولأن الآية العلامة ، ولا يلزم أن يقارن جميع الشيء ، كما أن القمر آية الليل ولا يلزم مقارنته لجميع الليل ، وأما الشعر فقد نقل الخليل بن أحمد امام اللغة أن النهار هو الضياء الذى بين طلوع الفجر وغروب الشمس ، وحينئذ يحمل قول الشاعر أنه أراد قريب آخر كل ليلة لا آخرها حقيقة فان قيل : فقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم (صلاة النهار عجماء) قلنا : قال الدارقطنى وغيره من الحفاظ : هذا ليس من كلام النبى صلى الله عليه وسلم ولم يرو عنه ، وانما هو قول بعض الفقهاء قال الشيخ أبو حامد وسألت عنه أبا الحسن الدارقطنى فقال : لا أعرفه عن النبى صلى الله عليه وسلم صحيحا ولا فاسدا مع أن المراد معظم صلوات النهار ، ولهذا يجهر فى الجمعة والعيد والله أعلم •

واحتج الأصحاب على من قال : ان ما بين الفجر والشمس لا من الليل ولا من النهار بقول الله تعالى : (يولج الليل فى النهار ويولج النهار فى الليل [1]) فدل على أنه لا فاصل بينهما والله أعلام •

(فرع) لصلاة الصبح اسمان الفجر والصبح جاء القرآن بالفجر [2] والسنة بالفجر والصبح كما سبق بيانه ، قال الشافعى فى الأم : أحب أن لا تسمى الا بأحد هذين الاسمين ولا أحب أن تسمى الغداة ، هذا نص الشافعى ، وكذا قاله المحققون من أصحابنا فقالوا : يستحب تسميتها صبحا وفجرا ولا يستحب تسميتها غداة ولم يقولوا تكره تسميتها غداة ، وقول المصنف وشيخه القاضى أبى الطيب : يكره أن تسمى غداة غريب ضعيف

---

(١) الآية ٦١ من سورة الحج و ٢٦ من سورة لقمان و ١٣ من سورة فاطر و ٦ من سورة الحديد .

(٢) قال الازهرى فى شرح مختصر المزنى : (والفجر سمى فجرا لانفجار الصبح وهما فجران الاول وهو الاسود وهو الكاذب والثانى وهو ابيض لانتشار البياض فى الافق قال ابو داود الايادى:

فلما اضاءت لنا سدفة ولاح من الصبح خيط انارا

لا دليل له وما ذكره لا يدل على الكراهة ، فان المكروه ما ثبت فيه نهى غير جازم ، ولم يرد فى الغداة نهى ، بل اشتهر استعمال لفظ الغداة فيها فى الحديث وفى كلام الصحابة رضى الله عنهم من غير معارض ، فالصواب أنه لا يكره لكن الأفضل الفجر والصبح والله أعلم .

(**فرع**) لو دخل فى الصبح أو العصر أو غيرهما وخرج الوقت وهو فيها لم تبطل صلاته سواء كان صلى فى الوقت ركعة أو أقل أو أكثر ، لكن هل تكون أداء ؟ أم قضاء ؟ فيه خلاف سنوضحه حيث ذكره المصنف ان شاء الله تعالى ، هذا مذهبنا وبه قال جمهور العلماء . وقال أبو حنيفة : تبطل الصبح لأنها عبادة يبطلها الحدث فبطلت بخروج الوقت فيها كطهارة مسح الخف ، دليلنا حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر ، ومن أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح » رواه البخارى ومسلم ، والجواب عن مسألة الخف أن صلاته انما بطلت هناك لبطلان طهارته وهنا لم تبطل طهارته والله أعلم .

(**فرع**) ثبت فى صحيح مسلم عن النواس بن سمعان رضى الله عنه قال : « ذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم الدجال قلنا : يا رسول الله وما لبثه ؟ قال : أربعون يوما ، يوم كسنة ، ويوم كشهر ، ويوم كجمعة . وسائر أيامه كأيامكم ، قلنا : يا رسول الله فذلك اليوم الذى كسنة أتكفينا فيه صلاة يوم ؟ قال : لا . اقدروا له قدره » فهذه مسألة سيحتاج اليها نبهت عليها ليعلم حكمها بنص كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الحديث الصحيح وبالله التوفيق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(تجب الصلاة فى اول الوقت لأن الأمر تناول اول الوقت فاقتضى الوجوب فيه) .

(**الشرح**) مذهبنا أن الصلاة تجب بأول الوقت وجوبا موسعا ، ويستقر الوجوب بامكان فعلها ، وبه قال مالك وأحمد وداود وأكثر العلماء نقله الماوردى عن أكثر الفقهاء ، وعن أبى حنيفة روايات (احداها) كمذهبنا،

وهى غريبة ، (والثانية) وهى رواية زفر عنــه : يجب اذا بقى من الوقت ما يسع صلاة الوقت (والثالثة) وهى المشهورة عنه وحكاها عنه جمهــور أصحابنا أنها تجب بآخر الوقت اذا بقى منه قدر تكبيرة ، فلو صلى فى أول الوقت قال أكثر أصحاب أبى حنيفة : تقع صلاته موقوفة ، فان بقى الى آخر الوقت مكلفا تبينا وقوعها فرضا والا كانت نفلا ، وقال الكرخى منهم تقع نفلا ، فان بقى الى آخر الوقت مكلفا منع ذلك النفل وجوب الفرض عليه • واحتج لأبى حنيفة فى كونها لا تجب بأول الوقت لأنها لو وجبت لم يجز تأخيرها كصوم رمضان ، ولأن وقت الصلاة كحول الزكاة فانه يجوز فعلها فى أوله وآخره كالصلاة ، ثم الزكاة تجب بآخره فكذا الصلاة ، ولأن من دخل وقت الصلاة وهو حاضر ومضى ما يمكن فيه الصلاة ثم سافر فله قصر هذه الصلاة ، فلو وجبت بأول الوقت لم يجز قصرها ، كما لو سافر بعــد الوقت ، ولأنه مخير بين فعلها فى أول الوقت وتركها ، فاذا فعلها فيه كانت نفــلا •

واحتج أصحابنا بقوله تعالى : (أقم الصلاة لدلوك الشمس الى غسق الليل [1]) والدلوك الزوال كما سبق بيانه فى وقت الظهر ، وهذا أمر وهو يقتضى الوجوب ، وعن أبى ذر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « كيف أنت اذا بقيت فى قوم يؤخرون الصلاة عن وقتها ؟ قال فما تأمرنى ؟ قال : صل الصلاة لوقتها ثم اذهب لحاجتك ، فان أقيمت الصــلاة وأنت فى المسجد فصل » رواه مسلم ومعناه يؤخرون الصلاة عن أول وقتها ، فهذا هو المنقول عن أولئك الأمراء ، وهو التأخر عن أول الوقت لا عن الوقت كله ومعنى (صل الصلاة لوقتها) أى لأول وقتها ، ولأنها عبادة مقصــودة لا لغيرها تجب فى البدن لا تعلق لها بالمال ، تجوز فى عموم الأوقات ، فكان كل وقت لجوازها وقتا لوجوبها كالصوم • قال القاضى أبو الطيب : احترزنا بقولنا مقصودة لا لغيرها عن الوضوء ، وبقولنا تجب فى البدن عن الزكاة ، وبقولنا : لا تعلق بالمال عن الحج ، وبقولنا : فى عموم الأوقات عن صــلاة الجمع ، فانه تجوز صلاة العصر فى وقت الظهر تبعــا ، وان كانت الآن غير

---

(١) آية ٧٨ من سورة الاسراء •

واجبة ، لكنها لا تجوز فى هذا الوقت فى عموم الأوقات ، وانما تجوز فى سفر أو مطر أو فى نسك الحج .

والجواب عن قولهم : لو وجبت بأول الوقت لم يجز تأخيرها كصوم رمضان أن الواجب ضربان : موسع ومضيق ، فالموسع يتبع فيه التوسع وله أن يفعله فى كل وقت من ذلك الزمن المحدود للتوسع ، ومن هذا الضرب الصلاة ، وأما المضيق فتجب المبادرة به ؛ ومن هذا صوم رمضان فى حق المقيم . والجواب عن قياسهم على حول الزكاة أن تعجيل الزكاة جوز رخصة للحاجة والا فقياس العبادات ألا تقدم . وجواب آخر وهو أن الزكاة لا تجب الا بعد انقضاء الحول بالاتفاق ، واتفقنا على أن الصلاة تجب فى الوقت ، لكن قلنا نحن : تجب بأوله ، وهم : بآخره ، فلا يصح الحاقها بها ، والجواب عن مسألة المسافر أن لنا فيها خلافا ، ففى وجه قال المزنى وابن سريج : لا يجوز القصر ، وعلى الصحيح المنصوص وقول جمهور أصحابنا يجوز القصر ، فعلى هذا انما جاز القصر لأنه صفة للصلاة والاعتبار فى صفتها بحال فعلها لا بحال وجوبها ، ولهذا لو فاته صلاة فى حال قدرته على القيام أو الماء ثم عجز عنهما صلاها قاعدا بالتيمم وأجزأته ، ولو فاتته وهو عاجز عنهما فقضاها وهو قادر لزمه القيام والوضوء . والجواب عن قياسهم على النوافل أنه يجوز تركها مطلقا والمكتوبة لا يجوز تركها مطلقا بالاجماع ، ولأنه ينتقض بمن نذر أن يصلى ركعتين فى يوم كذا فله أن يصليهما فى أى وقت منه شاء ، فلو صلاهما فى أوله وقعتا فرضا .

قال امام الحرمين فى الأساليب : « الوجه أن نقول لهم : أتسلمون الواجب الموسع أم تنكرونه ؟ فان أنكروه أقمنا عليه قواطع الأدلة ، والقول الوجيز فيه أن المعنى بالواجب الموسع أن يقول الشارع قد أوجبت عليك تحصيل هذا الفعل ، وضربت لتحصيلك اياه هذا الأمد ، فمتى فعلته فيه فى أوله أو آخره فقد امتثلت ما أمرتك به فهذا غير منكر عقلا ؛ وله نظائر ثابتة بالاتفاق كالكفارات وقضاء الصلوات المنسيات والصوم المتروك بعذر ، وان اعترفوا بالواجب الموسع قلنا لهم : المكلف مأمور بتحصيل الصلاة فى وقت موسع ؛ ومتى أوقعها فيه سقط عنه الفرض ، وعبادات البدن لا تصح قبل

وجوبها . فان قالوا : لو وجبت لعصى بتأخيرها عن أول الوقت . قلنا هـذه صفةللواجب المضيق ، وقد بينا أن هذا واجب موسع كالكفارة والله أعلم » .

(فـرع) اذا دخل وقت الصلاة وأراد تأخيرها الى أثناء الوقت أو آخره هل يلزمه العزم على فعلها ؟ فيه وجهان مشهوران لأصحابنا فى كتب الأصول ، وممن ذكرهما المصنف فى اللمع ، وممن ذكرهما فى كتب المذهب صاحب الحاوى ، (أحدهما) : لا يلزمه العزم (والثـانى) : يلزمه ، فان أخرها بلا عزم وصلاها فى الوقت أثم وكانت أداء ، والوجهان جاريان فى كل واجب موسع .

وجزم الغزالى فى المستصفى بوجوب العزم وهو الأصح ، قال : فان قيل : قوله : صل فى هذا الوقت ليس فيه تعرض للعزم فايجابه زيادة على مقتضى الصيغة ، ولأنه لو غفـل عن العزم ومات فى وسط الوقت لم يكن عاصيا ، قلنا : قولكم : لو غفل عن العزم لا يكون عاصيا صحيح ، وسببه أن الغافل لا يكلف ، أما اذا لم يغفل عن الأمر فلا يترك العزم الا بضـده ، وهو العزم على الترك مطلقا ، وهذا حرام وما لا خلاص من الحرام الا به فهو واجب ، فهذا الدليل على وجوبه وان لم يدل بمجرد الصيغة من حيث وضع اللسان ، لكن دليل العقل أقوى من دلالة الصيغة ، والله أعلم .

(فـرع) اذا أخر الصلاة وقلنا : لا يجب العزم أو أوجبناه وعزم ثم مات فى وسط الوقت فجأة فهل يموت عاصيا ؟ فيه وجهان مشهوران فى كتب الخراسانيين الصحيح لا يموت عاصيا لأنه مأذون له فى التأخير . قال الغزالى فى المستصفى : ومن قال : يموت عاصيا فقد خالف اجماع السلف ، فانا نعلم أنهم كانوا لا يؤثمون من مات فجأة بعد مضى قدر أربع ركعات من الزوال ولا ينسبونه الى تقصير لا سيما اذا اشتغل بالوضوء ونهض الى المسـجد فمات فى الطريق ، بل محال أن يعصى وقـد جاز له التأخير ، ومتى فعـل ما يجوز له كيف يمكن تعصيته ؟ . فان قيل : جاز التأخير بشرط سـلامة العاقبة ، قلنا : محال لأن العاقبة مستورة عنه ، فاذا سألنا وقال : العـاقبة مستورة عنى وعلى صوم يوم ، وأريد تأخيره الى الغد ، فهل لى تأخيره مع

جهل العاقبة ؟ أم أعصى بالتأخير ؟ فان قلنا : لا تعصى قال : فلم آثم بالموت الذى ليس الى • وان قلنا : يعصى خالفنا الاجماع فى الواجب الموسع • وان قلنا ان كان فى علم الله أنك تموت قبل الغد عصيت ، وان كان فى علمه أنك تحيى فلك التأخير • قال : فما يدرينى ما فى علم الله تعالى ، فما قولكم فى حق الجاهل ؟ فلابد من الجزم بتحليل أو تحريم •

فان قيل : اذا جوزتم تأخيره أبدا ولا يعصى اذا مات فلا معنى لوجوبه، قلنا : تحقق الوجوب بأنه لم يجز التأخير الا بشرط العزم ، ولا يجوز العزم على التأخير الا الى مدة يغلب على ظنه البقاء اليها ، كتأخير الصلاة من ساعة الى ساعة وتأخير الصوم من يوم الى يوم مع العزم على التفرغ له فى كل وقت ، وتأخير الحج من سنة الى سنة فلو عزم المريض المشرف على الهلاك على التأخير شهرا ، أو الشيخ الضعيف على التأخر سنين وغالب ظنه أنه لا يبقى الى تلك المدة عصى بهذا التأخير وان لم يمت ووفق للعمل لأنه مؤاخذ بظنه كالمعزر اذا ضرب ضربا يهلك ، أو قطع سلعته وغالب ظنه الهلاك بها يأثم وان سلم ، ولهذا قال أبو حنيفة : لا يجوز تأخير الحج من سنة الى سنة ، لأن البقاء الى سنة لا يغلب على الظن • ورآه الشافعى غالبا على الظن فى الشاب الصحيح دون الشيخ والمريض ، ثم المعزر اذا فعل ما يغلب على الظن السلامة فهلك منه ضمن لأنه أخطأ فى ظنه ، والمخطىء ضامن غير آثم • هذا آخر كلام الغزالى رحمه الله ، ولنا فيمن أخر الحج حتى مات ثلاثة أوجه • أصحها : يموت عاصيا الشيخ والشاب الصحيح (والثانى) لا يموت عاصيا (والثالث) يعصى الشيخ دون الشاب ، وهو الذى اختاره الغزالى هنا كما ذكرناه عنه ، ولكن الأصح عند الأصحاب العصيان مطلقا • وسنبسط المسألة بفروعها وما يترتب على العصيان من الأحكام فى كتاب الحج حيث ذكرها المصنف ان شاء الله تعالى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والافضل فيما سوى الظهر والعشاء التقديم فى اول الوقت لما روى عبد الله رضى الله عنه قال : « سالت رسول الله صلى الله عليه وسلم اى الأعمال افضل ؟ فقال : الصلاة فى أول وقتها » ولأن الله تعالى امر بالمحافظة عليها • قال الشافعى رحمه الله : ومن المحافظة عليها تقديمها فى اول الوقت لانه اذا

اخرها عرضها للنسيان وحوادث الزمان [واما العشـــاء ففيهـا قولان قال فى القديم والاملاء : تقديمها افضل ، وهو الأصح لما ذكرناه فى سائر الصلاة وقال فى الجديد : تاخيرها افضل لقوله صلى الله عليه وسلم « لولا ان أشق على امتى لأمرتهم بتأخير العشاء والسواك عند كل صلاة » (١)] .

(الشرح) حديث عبد الله المذكور ، وهو ابن مسعود رضى الله عنه ، رواه ابن خزيمـــة فى صحيحه بهـــذا اللفظ والبيهقى هكذا من رواية ابن مسعود ، ورواه أبو داود والترمذى من رواية أم فروة الصحابية رضى الله عنها عن النبى صلى الله عليه وسلم هكذا ، ولكنه ضعيف ضعفه الترمذى وضعفه بين . ويغنى عنه ما سنذكره من الأحاديث الصحيحة ان شاء الله تعالى .

(اما حكم المسالة) فالأفضل تعجيل الصبح فى أول وقتهـــا ، وهو اذا تحقق طلوع الفجر ، هذا مذهبنا ومذهب عمر وعثمـــان وابن الزبير وأنس وأبى موسى وأبى هريرة رضى الله عنهم ، والأوزاعى ومالك وأحمد واسحاق وداود وجمهور العلماء .

وقال ابن مسعود والنخعى والثورى وأبو حنيفة : تأخيرها الى الاسفار أفضل ، واحتج لمن قال بالاسفار بحديث رافع بن خديج رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « أسفروا بالفجر فانه أعظم للأجر » رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن صحيح وهذا لفظ الترمذى وفى رواية أبى داود : « أصبحوا بالصبح فانه أعظم للأجر » وعن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه قال : « ما رأيت رسول الله صلى الله عليـــه وسلم صلى صلاة لغير ميقاتها الا صلاتين جمع بين المغرب والعشاء بجمع ، يعنى المزدلفة ، وصلى الفجر يومئذ قبل ميقاتها » رواه البخارى ومسلم ، قالوا : ومعلوم أنه لم يصلها قبل طلوع الفجر ، وانما صلاها بعـــد طلوعه مغلسا بها فدل على أنه كان يصليها فى جميع الأيام غير ذلك اليوم مســـفرا بها . قالوا : ولأن الاسفار يفيد كثرة الجماعة واتصال الصـــفوف ، ولأن الاسفار يتسع به وقت التنفل قبلها ، وما أفاد كثرة النافلة كان أفضل .

---

(١) هذا الفصل ساقط من ش و ق وقد ثبت فى نسخة الركبى وترى شرحه بعد قليـل وانظر كيف فات المشايخ !! وكنا قد اثبتنا هذا النص فى الطبعة السابقة فى هامش بعد هذا ولكن مكانه هنا .

واحتج أصحابنا بقول الله تعالى (حافظوا على الصلوات [1]) ومن المحافظة تقديمها فى أول الوقت لأنه اذا أخرها عرضها للفوات ، ويقول الله تعالى (وسارعوا الى مغفرة من ربكم [2]) والصلاة تحفظ ذلك ، وبقوله (فاستبقوا الخيرات) [3] وبحديث عائشة رضى الله عنها قالت : « كنا نساء المؤمنات يشهدن مع النبى صلى الله عليه وآله وسلم صلاة الفجر متلفعات بمروطهن ثم ينقلبن الى بيوتهن حين يقضين الصلاة لا يعرفهن أحد من الغلس » رواه البخارى ومسلم ، المتلفعات المتلففات والمروط الأكسية ، وعن أبى برزة رضى الله عنه قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ينفتل من صلاة الغداة حين يعرف الرجل جليسه ، وكان يقرأ بالستين الى المائة » رواه البخارى • وعن جابر رضى الله عنه قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يصلى الظهر اذا زالت الشمس ، والعصر والشمس حية ، والمغرب اذا غابت الشمس ، والعشاء اذا رأى فى الناس قلة أخر واذا رأى كثرة عجل والصبح بغلس » رواه البخارى ومسلم وعن قتادة عن أنس رضى الله عنه قال : « تسحر نبى الله صلى الله عليه وسلم وزيد بن ثابت فلما فرغا من سحورهما قام نبى الله صلى الله عليه وسلم الى الصلاة فصلى ، قلت لأنس : كم كان بين فراغهما من سحورهما ودخولهما فى الصلاة ؟ قال قدر ما يقرأ الرجل خمسين آية » رواه البخارى بلفظه ومسلم بمعناه • وعن سهل ابن سعد رضى الله عنه قال : « كنت أتسحر فى أهلى ثم يكون سرعة بى أن أدرك صلاة الفجر مع رسول الله صلى الله عليه وسلم » رواه البخارى ، وعن أبى مسعود البدرى رضى الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى الصبح مرة بغلس ، ثم صلى مرة أخرى فأسفر بها ثم كانت صلاته بعد ذلك التغليس حتى مات لم يعد الى أن يسفر » رواه أبو داود باسناد حسن • قال الخطابى : هو صحيح الاسناد • وعن مغيث بن سمى قال : « صليت مع ابن الزبير صلاة الفجر فصلى بغلس وكان يسفر بها ، فلما سلم قلت لابن عمر : ما هذه الصلاة ؟ وهو الى جانبى • فقال : هذه صلاتنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر رضى الله عنهما ، فلما قتل عمر أسفر بها

---

(١) الآية ٢٣٨ سورة البقرة .
(٢) الآية ١٣٢ من سورة آل عمران .
(٣) الآية ١٤٨ من سورة البقرة .

عثمان رضى الله عنه » قال الترمذى فى كتاب العلل قال البخارى هذا حديث حسن •

وأما الجواب عن حديث رافع بن خديج فمن وجهين (أحدهما) أن المراد بالاسفار طلوع الفجر وهو ظهوره ، يقال سفرت المرأة أى كشفت وجهها ، فان قيل : لا يصح هـذا التأويل لقوله صلى الله عليـه وسلم « فانه أعظم للأجر » لأن هذا يدل على صحة الصلاة قبل الاسفار لكن الأجر فيها أقل • فالجواب أن المراد أنه اذا غلب على الظن دخول الوقت ولم يتيقنه جاز له الصلاة ، ولكن التأخير الى اسفار الفجر وهو ظهوره الذى يتيقن به طلوعه أفضل • وقيل : يحتمل أن يكون الأمر بالاسـفار فى الليـالى المقمرة فانه لا يتيقن فيها الفجر الا باستظهار فى الاسفار (والثانى) ذكره الخطابى أنه يحتمل أنهم لما أمروا بالتعجيل صلوا بين الفجر الأول والثانى طلبا للثواب ، فقيل لهم : صلوا بعد الفجر الثانى وأصبحوا بها فانه أعظم لأجركم ، فان قيل : لو صلوا قبل الفجر لم يكن فيها أجر ، فالجواب أنهم يؤجرون على نيتهم وان لم تصح صلاتهم ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « اذا اجتهد الحاكم فأخطأ فله أجر » •

وأما الجواب عن حديث ابن مسعود رضى الله عنه فمعناه أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى الفجر فى هذا اليوم قبل عادته فى باقى الأيام وصلى فى هذا اليوم فى أول طلوع الفجر ليتسع الوقت لمناسك الحج ، وفى غير هـذا اليوم كان يؤخر عن طلوع الفجر قدر ما يتوضأ المحدث ويغتسـل الجنب ونحوه فقوله : قبل ميقاتها معناه قبل ميقاتها المعتاد بشىء يسير ، والجواب عن قولهم : (الاسفار تفيد كثرة الجماعة ويتسع به وقت النافلة) أن هـذه القاعدة لا تلتحق بفائدة فضيلة أول الوقت ولهذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغلس بالفجر •

(فصـل) وأما الظهر فى غير شدة الحر فمذهبنا أن تعجيلها فى أول الوقت أفضل ، وبه قال الجمهور ، وقال مالك : أحب أن تصلى فى الصيف والشتاء والفىء ذراع كما قال عمر رضى الله عنه ، دليلنا حديث أبى برزة رضى الله عنه قال : « كان النبى صلى الله عليه وسلم يصلى الظهر اذا زالت

الشمس » رواه البخارى ومسلم ، وعن جابر بن سمرة رضى الله عنهما قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى الظهر اذا دحضت الشمس » رواه مسلم قوله : والشمس دحضت أى زالت .

(**فصل**) وأما العصر فتقديمها فى أول الوقت أفضل وبه قال جمهور العلماء وقال الثورى وأبو حنيفة وأصحابه : تأخيرها أفضل ما لم تتغير الشمس ، واحتجوا بقول الله تعالى : (أقم الصلاة طرفى النهار) [1] وبحديث على بن شيبان رضى الله عنه قال : « قدمت على رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان يؤخر العصر مادامت الشمس نقية » . وعن عبد الواحد بن نافع عن ابن رافع بن خديج عن أبيه رضى الله عنه قال : « أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتأخير العصر » ولأنها اذا أخرت اتسع وقت النافلة : واحتج أصحابنا بقول الله تعالى : (حافظوا على الصلوات) [2] وقد سبق تقرير وجه الدليل بالآيتين السابقتين فى الظهر وبحديث أنس رضى الله عنه قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى العصر والشمس مرتفعة حية فيذهب الذاهب الى قباء فيأتيهم والشمس مرتفعة » رواه البخارى ومسلم وفى رواية لهما « فيذهب الذاهب الى العوالى » قال العلماء : العوالى قرى عند المدينة أقربها منها على أربعة أميال وقيل ثلاثة وأبعدها على ثمانية . وعن أبى أمامة بن سهل بن حنيف وهو صحابى ابن صحابى رضى الله عنهما قال : « صلينا مع عمر بن عبد العزيز الظهر ثم خرجنا حتى دخلنا على أنس بن مالك فوجدناه يصلى العصر فقلت : ياعم ما هذه الصلاة التى صليت ؟ قال العصر وهذه صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم التى كنا نصلى معه » رواه البخارى ومسلم . وعن رافع بن خديج رضى الله عنه قال : « كنا نصلى العصر مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم تنحر الجزور فتقسم عشر قسم فنأكل لحما نضيجا قبل مغيب الشمس » رواه البخارى ومسلم . وعن أنس رضى الله عنه قال : « صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم العصر فلما انصرف أتاه رجل من بنى سلمة فقال : يارسول الله انا نريد أن ننحر جزورا لنا ونحب أن تحضرها فانطلق وانطلقنا معه

---

(١) الآية ١١٤ من سورة هود .

(٢) الآية ٢٣٨ من سورة البقرة .

فوجدنا الجزور لم تنحر ، فنحرت ثم قطعت ثم طبخ منها ثم أكلنا قبل أن تغيب الشمس » رواه مسلم • وعن هشام بن عروة عن أبيه أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كتب الى أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه : « ان صل العصر والشمس بيضاء نقية قدر ما يسير الراكب ثلاث فراسخ » رواه مالك فى الموطأ عن هشام ، وأما الجواب عن احتجاجهم بالآية فقال أصحابنا : قال أهل اللغة : الطرف ما بعد النصف ، وعن حديث على بن شيبان أنه باطل لا يعرف ، وعن حديث رافع أنه ضعيف رواه الدارقطنى والبيهقى وضعفاه وبينا ضعفه ، ونقل البيهقى عن البخارى أنه ضعفه وضعفه أيضا أبو زرعة الرازى وأبو القاسم اللالكائى وغيرهما ، وقولهم : يتسع وقت النافلة سبق جوابه فى تقديم الصبح والله أعلم •

(فصل) وأما المغرب فتعجيلها فى أول وقتها أفضل بالاجماع •

(فصل) وأما العشاء فذكر المصنف والأصحاب فيها القولين ، (أحدهما) : وهو نصه فى الاملاء ــ والقديم أن تقديمها أفضل كغيرها [1] ولأنه الذى واظب عليه النبى صلى الله عليه وسلم •

وقد وى النعمان بن بشير رضى الله عنهما قال : « أنا أعلم الناس بوقت هذه الصلاة صلاة عشاء الآخرة ، كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصليهما لسقوط القمر لثالثه » رواه أبو داود والترمذى باسناد صحيح ، وهذا نص فى تقديمها ، (والقول الثانى) تأخيرها أفضل وهو نصه فى أكثر الكتب الجديدة لحديث أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لولا أن أشق على أمتى لأمرتهم أن يؤخروا العشاء الى ثلث الليل أو نصفه » رواه الترمذى وقال حديث حسن صحيح ، ورواه باسناد صحيح ، فقال : « لولا أن أشق على المؤمنين لأمرتهم بتأخير العشاء وبالسواك عند كل صلاة » • وعن زيد بن خالد رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لولا أن أشق على أمتى لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة ولأخرت صلاة العشاء الى ثلث الليل »

---

(1) هذا الذى اشار اليه النووى سقط من الطبعتين السابقتين غير الكاملتين وقد نقلنا كلام المصنف بين معقوفين فى الفصل •

« رواه أبو داود والترمذى ، وقال حديث حسن صحيح ، وأما الحديث المذكور فى النهاية والوسيط : « لولا أن أشق على أمتى لأمرتهم بالسواك مع كل صلاة ولأخرت العشاء الى نصف الليل » فهو بهذا اللفظ حديث منكر لا يعرف ، وقول امام الحرمين : انه حديث صحيح ليس بمقبول فلا يغتر به وعن جابر بن سمرة رضى الله عنهما قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يؤخر صلاة العشاء الآخرة » رواه مسلم ، وعن أبى برزة رضى الله عنه قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يستحب أن يؤخر العشاء » رواه البخارى ومسلم • وعن عائشة رضى الله عنها قالت « أعتم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعشاء حتى ناداه عمر رضى الله عنه : الصلاة ، نام النساء والصبيان ، فخرج وقال : ما ينتظرها من أهل الاسلام غيركم ، وكانوا يصلون فيما بين أن يغيب الشفق الى ثلث الليل الأول » رواه البخارى ومسلم وهذا لفظ البخارى وفى رواية لمسلم : « أعتم رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى نام أهل المسجد فخرج فصلى فقال : انه لوقتها ، لولا أن أشق على أمتى » وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال « أعتم رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى رقد الناس واستيقظوا ، ورقدوا واستيقظوا فقام عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال : الصلاة • فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « لولا أن أشق على أمتى لأمرتهم أن يصلوها هكذا » رواه البخارى ومسلم • وعن ابن عمر رضى الله عنهما قال : « مكثنا ذات ليلة ننتظر رسول الله صلى الله عليه وسلم لصلاة العشاء الآخرة فخرج الينا حين ذهب ثلث الليل أو بعده ، فلا ندرى أشىء شغله فى أهله أو غير ذلك ؟ فقال حين خرج : انكم تنتظرون صلاة ما ينتظرها أهل دين غيركم ، ولولا أن تثقل على أمتى لصليت بهم هذه الساعة ثم أمر المؤذن فأقام الصلاة وصلى » رواه مسلم بلفظه والبخارى بعضه • وعن أنس رضى الله عنه قال : « أخر النبى صلى الله عليه وسلم العشاء الى نصف الليل ثم صلى ثم قال : صلى الناس وناموا أما انكم فى صلاة ما انتظرتموها » رواه البخارى ومسلم ، وعن عائشة رضى الله عنها قالت : « أعتم النبى صلى الله عليه وسلم ذات ليلة حتى ذهب عامة الليل وحتى نام أهل المسجد ، ثم خرج فصلى فقال : انه لوقتها لولا أن أشق على أمتى » رواه مسلم • فهذه أحاديث صحاح فى

فضيلة التأخير وهو مذهب أبي حنيفة وأحمد واسحاق وآخرين ، وحكاه الترمذى عن أكثر العلماء من الصحابة والتابعين ، ونقله ابن المنذر عن ابن مسعود وابن عباس والشافعى وأبى حنيفة ، والأصح من القولين عند أصحابنا أن تقديمها أفضل ، ممن صححه الشيخ أبو حامد والمحاملى فى المجموع والتجريد والمصنف هنا وفى التنبيه ، والشيخ نصر والشاشى فى المستظهرى وآخرون ، وقطع به سليم فى الكفاية والمحاملى فى المقنع ، والجرجانى فى كتابيه ، والشيخ نصر فى الكافى والغزالى فى الخلاصة ، والشاشى فى العمدة . وقطع الزبيرى فى الكافى بتفضيل التأخير وهو أقوى دليلا للأحاديث السابقة .

فان قلنا بهذا أخرت الى وقت الاختيار وهو نصف الليل فى قول وثلثه فى قول هكذا صرح به القاضى حسين وصاحب العدة وآخرون قالوا : ولا يؤخرها عن وقت الاختيار ، هذا الذى ذكرناه من أن فى استحباب تأخير العشاء وتقديمها قولين هو المشهور فى المذهب . قال صاحب الحاوى : وقال ابن أبى هريرة : ليست على قولين ، بل على حالين ، فان علم من نفسه أنه اذا أخرها لا يغلبه نوم ولا كسل استحب تأخيرها ، والا فتعجيلها ، وجمع بين الأحاديث بهذا ، وضعف الشاشى هذا الذى قاله ابن أبى هريرة ، وليس هو بضعيف كما زعم ، بل هو الظاهر أو الأرجح والله أعلم .

(**فرع**) فيما يحصل به فضيلة أول الوقت فى جميع الصلوات ثلاثة أوجه : (أصحها) وبه قطع العراقيون وصاحب التقريب وآخرون يحصل بأن يشغل أول دخول الوقت بأسباب الصلاة كالأذان والاقامة وستر العورة وغيرها ، ولا يضر الشغل الخفيف كأكل لقم وكلام قصير ، ولا يكلف العجلة على خلاف العادة ، وشرط الشيخ أبو محمد تقديم ستر العورة قبل الوقت لنيل فضيلة أول الوقت ، لأن الستر واجب لا اختصاص له بالصلاة ، وضعفه امام الحرمين وغيره ، ونقلوا عن العراقيين وغيرهم أنه لا يشترط تقديمه و (الوجه الثانى) يبقى وقت الفضيلة الى نصف الوقت وادعى صاحب البيان أنه المشهور ، وكذا أطلقه جماعة . وقال آخرون : الى نصف وقت الاختيار (والثالث) لا تحصل فضيلة أول الوقت حتى يقدم قبل الوقت ما يمكن

تقديمه من الأسباب لتنطبق الصلاة على أول الوقت ، وعلى هـذا قيـل : لا ينال المتيمم فضيلة أول الوقت ، وهذا الوجه الثالث غلط صريح ، وان كان مشهورا فى كتب الخراسانيين فانه مخالف للسنة المستفيضة عن فعـل رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن أصحابه فمن بعدهم من التابعين وسائر أئمة المسلمين . قال امام الحرمين : هذان الوجهان الأخيران حكاهما الشيخ أبو على ، وهما ضعيفان .

(فـرع) قال أصحابنا : اذا كان يوم غيم استحب أن تؤخر الصلاة حتى يتيقن الوقت أو لا يبقى الا وقت لو أخر عنه خاف خروج الوقت .

(فـرع) لو كان عادة الامام تأخير الصـلاة فهـل يستحب لغيره تقديمها فى أول الوقت لحيازة فضيلته ؟ أم تأخيرها لفضيلة الجماعة ؟ فيـه خلاف منتشر سبق بيانه واضحا فى باب التيمم .

(فـرع) هذا المذكور من فضيلة أول الوقت تستثنى منه صور منها من يدافع الحدث ، ومن حضره طعام وتاق اليه ، والمتيمم الذى يتيقن وجود الماء فى آخر الوقت ، وكذا المريض الذى لا يقدر على القيام أول الوقت ، ويعلم قدرته عليه فى آخره بالعادة ، والمنفرد الذى يعلم حضور الجماعة فى آخر الوقت اذا قلنا يستحب لها التأخير على ما سبق فى باب التيمم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما الظهر فانه ان كان فى غير حر شديد فتقديمها افضل لمـا ذكرناه ، وان كان فى حر شديد وتصلى جمـاعة فى موضع تقصـده الناس من البعـد استحب (١) الابراد بها بقدر (٢) ما يحصل فيء يمشى فيه القاصد الى الصـلاة لما روى ابو هريرة رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليـه وسلم قال : « اذا اشتد الحر فابردوا بالصلاة ، فان شـدة الحر من فيح جهنم » وفى صـلاة الجمعة وجهان (احدهما) انها كالظهر لما روى انس رضى الله عنه « ان النبى صلى الله عليه وسلم : كان اذا اشتد البرد بكر بها ، واذا اشتد الحر ابرد بها »

---

(١) فى النسخة المطبوعة (فالمستحب) « ط » .
(٢) فى النسخة المطبوعة (بمقدار) « ط » .

(والثانى) (١) تقديمها أفضل بكل حال ، لأن الناس لا يتأخرون عنها لأنهم قد ندبوا الى التبكير فلم يكن للتاخير وجه) .

(الشرح) حديث أبى هريرة رواه البخارى ومسلم ، وفيح جهنم بفتح الفاء واسكان الياء المثناة تحت وبالحاء ، وهو غليانها وانتشار لهبها ووهجها ، وحديث أنس رضى الله عنه فى صحيح البخارى ، لكن لفظه عن أنس رضى الله عنه قال : « كان النبى صلى الله عليه وسلم اذا اشتد البرد بكر بالصلاة ، واذا اشتد الحر أبرد بالصلاة » يعنى الجمعة هذا لفظه ، وترجم له البخارى (باب اذا اشتد الحر يوم الجمعة) .

(اما حكم المسالة) فتقديم الظهر فى أول وقتها فى غير شدة الحر أفضل بلا خلاف لما سبق من الأحاديث . أما فى شدة الحر لمن يمضى الى جماعة وطريقه فى الحر فالابراد بها سنة مستحبة على المذهب الصحيح الذى نص عليه الشافعى ، وقطع به جمهور العراقيين والخراسانيين ، وفيه وجه شاذ حكاه الخراسانيون أن الابراد رخصة وأنه لو تكلف المشقة وصلى فى أول الوقت كان أفضل ، هكذا حكاه جماعات من الخراسانيين والقاضى أبو الطيب فى تعليقه بهذا اللفظ ، ومنهم أبو على السنجى فى شرح التلخيص وزعم أنه الأصح ، وليس كما قال ، بل هذا الوجه غلط منابذ للسنن المتظاهرة ، فقد ثبت فى الأحاديث الصحيحة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أمر بالابراد وأنه فعله . قال أصحابنا : والحكمة فيه أن الصلاة فى شدة الحر والمشى اليها يسلب الخشوع أو كماله ، فاستحب التأخير لتحصيل الخشوع ، كمن حضره طعام تتوق نفسه اليه ، أو كان يدافع الأخبثين ، وحقيقة الابراد أن يؤخر الصلاة عن أول الوقت بقدر ما يحصل للحيطان فىء يمشى فيه طالب الجماعة ولا يؤخر عن النصف الأول من الوقت ، وللابراد أربعة شروط : أن يكون فى حر شديد ، وأن تكون بلاد حارة ، وان يصلى جماعة وأن يقصدها الناس من البعد ، هكذا نص الشافعى فى الأم وجمهور الأصحاب على هذه الشروط الأربعة ، وترك المصنف اشتراط البلاد الحارة ، وهو وجه مشهور حكاه صاحب الحاوى وجماعة من الخراسانيين . وفى البويطى قول :

---

(١) وفيها (أن تقديمها) « ط » .

أنه لو قربت منازلهم من المسجد استحب الابراد كما لو بعدوا ، وهذا القول حكاه القاضى أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما من العراقيين وجماعة من الخراسانيين وطردوه فى جماعة هم فى موضع لا يأتيهم اليه أحد ، وفيمن يمكنه المشى الى المسجد فى ظل ، وفيمن صلى فى بيته منفردا ، والأصح المنصوص أنهم كلهم لا يبردون بل تشترط الشروط الأربعة ، هكذا قاله الأصحاب متابعة لنص الشافعى رحمه الله ، وظاهر الحديث أنه لا يشترط غير اشتداد الحر ، وأما الجمعة فالأصح أنهم لا يبردون بها ، ودليل الوجهين فى الكتاب والله أعلم .

وأما حديث زهير عن أبى اسحاق عن سعيد بن وهب عن خباب بن الأرت رضى الله عنه قال : « شكونا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حر الرمضاء فلم يشكنا . قال زهير قلت لأبى اسحاق : أفى الظهر ؟ قال : نعم ، قلت : أفى تعجيلها ؟ قال : نعم » رواه مسلم ، فهو منسوخ بين البيهقى وغيره نسخه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واوكد (١) الصلوات فى المحافظة عليها الصلاة الوسطى ، لأن الله تعالى خصها بالذكر فقال تعالى (والصلاة الوسطى) [والصلاة الوسطى هى الصبح والدليل عليه أن الله تعالى قال (وقوموا لله قانتين)] فقرنها بالقنوت (٢) ولا قنوت الا فى الصبح ، ولأن الصبح يدخل وقتها والناس فى أطيب نوم فخصت بالمحافظة [عليها] حتى لا يتغافل عنها بالنوم ، ولهذا خصت بالتثويب [فدل على ما قلناه] (٣)) .

(الشرح) اتفق العلماء على أن الصلاة الوسطى آكد الصلوات الخمس، واختلفوا فيها ، فقال الشافعى : هى الصبح ، نص عليه فى الأم وغيره وهو مذهب مالك ، ونقله الواحدى عن عمر ومعاذ بن جبل وابن عباس وابن عمر وجابر رضى الله عنهم وعطاء وعكرمة ومجاهد والربيع بن أنس رحمهم الله وقال طائفة : هى العصر ، وهو مذهب أبى حنيفة وأحمد وداود وابن المنذر ، ونقله الواحدى عن على وابن مسعود وأبى هريرة رضى الله عنهم والنخعى

---

(١) فى النسخة المطبوعة : (وآكد الصلاة) .
(٢) ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق (ط) .
(٣) كل ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق (ط) .

والحسن وقتادة والضحاك والكلبى ومقاتل • ونقله ابن المنذر عن أبى أيوب الأنصارى وأبى سعيد الخدرى وابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم وعبيدة السلمانى رحمه الله ، ونقله الترمذى عن أكثر العلماء من الصحابة وغيرهم وقالت طائفة : هى الظهر ، وهو رواية عن أبى حنيفة ، ونقله الواحدى عن زيد بن ثابت وأبى سعيد الخدرى وأسامة بن زيد وعائشة ، ونقله ابن المنذر عن عبد الله بن شداد ، وقال قبيصة ابن ذؤيب : هى المغرب ، قال الواحدى: وقال بعضهم : هى العشاء الآخرة وبعضهم : انها احدى الصلوات الخمس مبهمة ، ونقل القاضى عياض عن بعضهم : انها الجمعة ، وعن بعضهم ان الوسطى جميع الصلوات الخمس • فهذه مذاهب العلماء فيها ، والصحيح منها مذهبان العصر والصبح ، والذى تقتضيه الأحاديث الصحيحة أنها العصر ، وهو المختار •

قال صاحب الحاوى : نص الشافعى رحمه الله أنها الصبح وصحت الأحاديث أنها العصر ، ومذهبه اتباع الحديث ، فصار مذهبه أنها العصر ، قال : ولا يكون فى المسألة قولان كما وهم بعض أصحابنا • هذا كلام صاحب الحاوى •

واحتج القائلون أنها العصر بحديث على رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال يوم الأحزاب : « شغلونا عن الصلاة الوسطى ؛ صلاة العصر ، ملأ الله بيوتهم وقبورهم نارا » رواه مسلم بهذا اللفظ والبخارى بمعناه •

واحتج أصحابنا بما ذكره المصنف ، وأجابوا عن الحديث بأن العصر تسمى وسطى ولكن لا نسلم أنها المرادة فى القرآن ، وهذا الجواب ضعيف ، واحتجاج أصحابنا بقوله تعالى : (وقوموا لله قانتين) مما ينكره المخالفون ، ويقولون لا نسلم اثبات القنوت فى الصبح ، وان سلمناه لا نسلم أن المراد بالقنوت هذا القنوت المعروف عندكم ، بل القنوت الطاعة والعبادة ، كذا قال أهل اللغة : ان هذا أشهر معانيه ، والجواب عن هذا الانكار أن القنوت فى اللغة يطلق على طول القيام ، وعلى الدعاء ففى صحيح مسلم أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أفضل الصلاة طول القنوت » وقال أبو اسحاق

الزجاج : المشهور فى اللغة والاستعمال أن القنوت العبادة والدعاء لله تعالى فى حال القيام ، قال الواحدى : فتظهر الدلالة للشافعى أن الوسطى الصبح لأنه لا فرض يدعى فيه قائما غيرها ، والله أعلم .

ومما استدل به البيهقى على أنها الصبح وليست العصر حديث عائشة رضى الله عنها أنها قالت لمن يكتب لها مصحفا : « اكتب حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى وصلاة العصر وقوموا لله قانتين » قالت عائشة « سمعتها من رسول الله صلى الله عليه وسلم » رواه مسلم ، قال فعطف العصر على الوسطى يدل على أنها غيرها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز تاخير الصلاة الى آخر الوقت لقوله صلى الله عليه وسلم « اول الوقت رضوان الله وآخره عفو الله » ولانا لو لم نجوز التاخير ضاق على الناس، فسمح لهم بالتاخير ، فان صلى ركعة فى الوقت ثم خرج ففيه وجهان (احدهما) وهو ظاهر المذهب ، وهو قول ابى على بن خيران انه يكون مؤديا للجميع ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من ادرك من الصبح ركعة قبل ان تطلع الشمس فقد ادرك الصبح ، ومن ادرك من العصر ركعة قبل ان تغرب الشمس فقد ادرك العصر » ومن أصحابنا من قال : هو مؤد لما صلى فى الوقت قاض لما صلى بعد خروج الوقت اعتبارا (١) بما فى الوقت وبعده) .

(الشرح) حديث أول الوقت رضوان الله ، حديث ضعيف رواه الترمذى من رواية ابن عمر ، ورواه الدارقطنى من رواية ابن عمر ، وجرير ابن عبد الله ، وأبى محذورة وأسانيد الجميع ضعيفة وجمعها البيهقى وقال : أسانيده كلها ضعيفة ويغنى عنه الأحاديث التى قدمتها فى الباب كحديث : « ليس التفريط فى النوم » وحديث امامة جبريل عليه السلام وحديث : « وقت الظهر ما لم تحضر العصر ، وصلى المغرب عند سقوط الشفق » وغير ذلك من الأحاديث الصحيحة . وأما حديث أبى هريرة : « من أدرك من الصبح ركعة الى آخره » فرواه البخارى ومسلم بلفظه ، وقد ذكرته قبل

---

(١) فى نسخة الركبى : (ومن اصحابنا من قال : يكون مؤديا لما صلى فى الوقت قاضيا لما صلى بعد خروج الوقت اعتبارا بما ادركه من الوقت وبما صلى بعد خروج الوقت) .

هذا ، وفى رواية فى الصحيحين « من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة » .

(**اما حكم المسالة**) فيجوز تأخير الصلاة الى آخر الوقت بلا خلاف حيث تقع جميعا فى الوقت ، فاذا وقع بعض صلاته فى الوقت وبعضه خارجه نظر ان وقع فى أول الوقت ركعة فصاعدا فثلاثة أوجه (أصحها) باتفاقهم ، قال البندنيجى : وهو المنصوص فى الجديد والقديم أن الجميع أداء (والثانى) الجميع قضاء ، حكاه الخراسانيون (والثالث) ما فى الوقت أداء وما بعده قضاء ، وهو قول أبى اسحاق المروزى حكاه عنه القاضى أبو الطيب وآخرون ، ودليل الوجهين فى الكتاب ودليل القضاء أن الاعتبار بآخر الصلاة ، ولهذا لو خرج الوقت فى أثناء الجمعة أتموها ظهرا ، وان كان الواقع فى الوقت دون ركعة فطريقان : المذهب أن الجميع قضاء ، وبه قطع الأكثرون. والثانى : أنه على الأوجه حكاه القاضى حسين وآخرون .

وحيث قلنا : الجميع قضاء أو البعض لم يجز للمسافر قصر تلك الصلاة على قولنا : لا تقصر المقضية ، ولو أراد انسان تأخير الشروع فى الصلاة الى حد يخرج بعضها عن الوقت ــ فان قلنا كلها أو بعضها قضاء ــ لم يجز بلا خلاف ، وان قلنا : كلها أداء لم يجز أيضا على المذهب ، وبه قطع البغوى ، وهو الذى صوبه امام الحرمين ، وفيه تردد للشيخ أبى محمد ، وجزم البندنيجى بالجواز وليس بشىء . أما اذا شرع فى الصلاة وقد بقى من الوقت ما يسع جميعها فمدها بتطويل القراءة حتى خرج الوقت قبل فراغها فثلاثة أوجه ، (أصحها) : لا يحرم ولا يكره ، لكنه خلاف الأولى ، (والثانى) يكره ، (والثالث) يحرم ، حكاه القاضى حسين فى تعليقه ، والله أعلم .

(**فرع**) ذكرنا أن حديث (أول الوقت رضوان الله) ضعيف ، والرضوان بكسر الراء وضمها لغتان قرىء بهما فى السبع ، قال الشافعى رحمه الله فى المختصر : رضوان الله تعالى انما يكون للمحسنين ، والعفو يشبه أن يكون للمقصرين ، قال أصحابنا : قوله : للمقصرين قد يستشكل من حيث ان التأخير لا اثم فيه فكيف يكون فاعله مقصرا ؟ وأجابوا بوجهين

(أحدهما) أنه مقصر بالنسبة الى من صلى فى أول الوقت وان كان لا اثم عليه (والثانى) أنه مقصر بتفويت الأفضل كما يقال من ترك صلاة الضحى فهو مقصر وان لم يأثم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يعذر احد من اهل الفرض فى تاخير الصلاة عن وقتها الا نائم او ناس او مكره او من يؤخرها للجمع بعذر السفر او المطر لقوله صلى الله عليه وسلم « ليس التفريط فى النوم انما التفريط فى اليقظة [ان يؤخر الصلاة حتى يدخل وقت صلاة اخرى] (١) فنص على النائم وقسنا عليه الناسى والمكره لأنهما فى معناه ، واما من يؤخر الصلاة لسفر او مطر فنذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى) •

(**الشرح**) حديث ليس فى النوم تفريط ؛ صحيح سبق بيانه من رواية أبى قتادة رضى الله عنه ، وقوله : لا يعذر أحد من أهل الفرض الى آخره هكذا قاله أصحابنا ، فان قيل : يرد عليه المرأة اذا رأت دما يحتمل الحيض فانها تمسك عن الصلاة على الصحيح كما سبق فى بابه ، وقد ينقطع لدون يوم وليلة وتتيقن وجوب الصلاة ولم يستثنها ، وجوابه أن الصلاة لم تكن واجبة عليها فى ظاهر الحكم حين أخرتها والله أعلم •

واعلم أن قوله : (ان من يؤخرها للجمع بالمطر) تفريع على القول الضعيف فى جواز التأخير فى الجمع بالمطر ، والأصح أنه لا يجوز التأخير وانما يجوز التقديم • وأما قوله : (أو من أكره على تاخيرها) فمحمول على أن من أكره على ترك الصلاة ، ومنع من الايماء بها أو أكره على التلبس بما ينافيها ، فأما من لم يكن كذلك وأمكنه الايماء برأسه وعينه أو نحو ذلك فيجب عليه الصلاة فى الوقت لحرمته ، ويعيد كما قاله أصحابنا فى مسألة الغريق والمصلوب والمريض وغيرهم ممن عجز عن القبلة واتمام الأركان : انه يجب الصلاة فى الحال بحسب الامكان وتجب الاعادة على المذهب ، وسبق بيان المسألة والخلاف فيها فى باب التيمم ، وقد نص الشافعى رحمه الله على المكره ، فقال فى البويطى فى آخر كتاب الصلاة قبل الجنائز بدون ورقة : ولو أسر رجل ومنع من الصلاةفقدر أن يصليها ايماء صلاها ولم يدعها

---

(١) ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق (ط) •

وأعادها (قلت) ودليله قوله صلى الله عليه وسلم : (واذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم) رواه البخارى ومسلم من رواية أبى هريرة رضى الله عنه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا بلغ الصبى او اسلم الكافر او طهرت الحائض او النفساء او افاق المجنون او المغمى عليه ، وقد بقى من وقت الصلاة قدر ركعة لزمه فرض الوقت لما روى أبو هريرة رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : (من ادرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد ادرك الصبح ، ومن ادرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد ادرك العصر) فان بقى من الوقت دون الركعة ففيه القولان روى المزنى عنه انه لا يلزمه لحديث ابى هريرة رضى الله عنه ولأن بدون الركعة لا يدرك الجمعة فكذلك ههنا . وقال فى كتاب استقبال القبلة : يلزمه بقدر تكبيرة لأنه ادراك حرمة فاستوى فيه الركعة والتكبيرة كادراك الجماعة ، وتخالف الجمعة فانه ادراك فعل فاعتبر فيه الركعة ، وهذا ادراك حرمة فهو كالجماعة . واما الصلاة التى قبلها فينظر فيها ـ فان كان ذلك فى وقت الصبح أو الظهر أو المغرب ـ لم يلزمه ما قبلها ، لأن ذلك ليس بوقت لما قبلها ، وان كان ذلك فى وقت العصر او وقت العشاء ـ قال فى الجديد : يلزمه الظهر بما يلزم به العصر ويلزم المغرب بما يلزم به العشاء ـ وفيما يلزم به العصر والعشاء قولان احدهما : ركعة والثانى : تكبيرة ، والدليل عليه أن وقت العصر وقت الظهر ووقت العشاء وقت المغرب فى حق أهل العذر وهو المسافر ، وهؤلاء من أهل العذر فجعل ذلك وقتا لها فى حقهم . وقال فى القديم : فيه قولان (أحدهما) يجب بركعة وطهارة (والثانى) يجب الظهر والعصر بمقدار خمس ركعات : اربع للظهر وركعة للعصر ، وتجب المغرب مع العشاء بأربع ركعات : ثلاث للمغرب وركعة للعشاء ، لأن الوقت اعتبر لادراك الصلاتين فاعتبر وقت يمكن الفراغ من احداهما والشروع فى الأخرى وغلط أبو اسحق فى هذا فقال : اربع من العصر وركعة من الظهر واربع من العشاء وركعة من المغرب ، وهذا خلاف النص فى القديم وخلاف النظر ، لأن العصر تجب بركعة فدل على ان الأربع للظهر . وخرج أبو اسحاق فى المسالة قولا خامسا انه يدرك الظهر والعصر بمقدار احدى الصلاتين وتكبيرة) .

(الشرح) اذا زال الصبا أو الكفر أو الجنون أو الاغماء أو الحيض أو النفاس فى آخر الوقت ـ فان بقى من الوقت قدر ركعة ـ لزمته تلك الصلاة بلا خلاف لحديث أبى هريرة رضى الله عنه وهو فى الصحيحين كما سبق بيانه قريبا والمعتبر فى الركعة أخف ما يمكن وحكى امام الحرمين عن والده أنه قال مرة : يكفى ركعة مسبوق ، وضعفه الامام . وهل يشترط

معها زمن امكان الطهارة ؟ فيه قولان حكاهما الخراسانيون وبعضهم يحكى وجهين (أصحهما) وبه قطع العراقيون : لا يشترط لظاهر الحديث (والثانى) يشترط ليتمكن من فعل الركعة ، واذا بقى من الوقت قدر تكبيرة فما فوقها مما لا يبلغ ركعة فقولان (أصحهما) باتفاق الأصحاب تلزمه تلك الصلاة لأنه ادراك جزء منه ، كادراك الجماعة (والثانى) لا ، لمفهوم الحديث وقياسا على الجمعة ، وفى اشتراط زمن الطهارة القولان ، فان قلنا تلزم بتكبيرة فأدرك زمن نصف تكبيرة ان تصور ذلك ففى اللزوم به تردد للشيخ أبى محمد حكاه امام الحرمين والغزالى فى البسيط لأنه ادراك جزء من الوقت الا أنه لا يسع ركنا .

قال أصحابنا : وشرط الوجوب بركعة أو تكبيرة أن يمتد السلامة من المانع قدر امكان الطهارة وفعل تلك الصلاة ، فان عاد مانع قبل ذلك لم تجب . مثاله : بلغ صبى فى آخر وقت العصر ثم جن أو أفاق مجنون ثم عاد جنونه أو طهرت ثم جنت أو أفاقت ثم حاضت ــ فان مضى فى حال السلامة ما يسع طهارة وأربع ركعات وجبت العصر والا فلا . ويستوى فى الادراك بركعة جميع الصلوات ، فان كانت المدركة صبحا أو ظهرا أو مغربا لم يجب غيرها ، وان كانت عصرا أو عشاء وجب مع العصر الظهر ، ومع العشاء المغرب بلا خلاف . وفيما تجب به قولان (أظهرهما) باتفاق الأصحاب وهو نصه فى الجديد : تجب بما تجب به الأولى فتجب الصلاتان بركعة فى قول وبتكبيرة فى قول ، وهو الأظهر (والثانى) وهو القديم لا تجب الظهر مع العصر الا بادراك أربع ركعات مع ما تجب به العصر ، فعلى قول يشترط خمس ركعات وعلى قول أربع وتكبيرة ، وعلى هذا تكون الأربع للظهر والركعة أو التكبيرة للعصر على الصحيح المنصوص فى القديم ، ليمكن الفراغ من الظهر والشروع فى العصر ، وتدرك المغرب بأربع ركعات من آخر وقت العشاء ، ثلاث للمغرب ، وركعة للعشاء . وقال أبو اسحاق المروزى الأربع للعصر والركعة للظهر ، قال : ويشترط فى المغرب مع العشاء خمس ركعات أربع للعشاء وركعة للمغرب قال المصنف والأصحاب : هذا الذى قاله أبو اسحاق غلط صريح مخالف للنص والدليل ، فكيف يصح أن يشترط للثانية أربع ركعات ويكتفى فى الأولى بركعة ؟ وهل يشترط مع ذلك زمن

امكان الطهارة ؟ فيه القولان السابقان (أظهرهما) لا يشترط واذا جمعت الأقوال حصل فيما يلزم به كل صلاة فى آخر وقتها أربعة أقوال (أصحها) قدر تكبيرة (والثانى) تكبيرة وطهارة (والثالث) ركعة (والرابع) ركعة وطهارة ، وفيما يلزم به الظهر مع العصر ثمانية أقوال هذه الأربعة (والخامس) قدر أربع ركعات وتكبيرة (والسادس) هذا وزيادة طهارة (والسابع) خمس ركعات (والثامن) هذا وطهارة وفيما تلزم به المغرب مع العشاء أثنا عشر قولا هذه الثمانية (والتاسع) ثلاث ركعات وتكبيرة (والعاشر) ثلاث ركعات وتكبيرة وطهارة (والحادى عشر) أربع ركعات (والثانى عشر) هذا وطهارة •

(فرع) عادة أصحابنا يسمون هؤلاء أصحاب الأعذار ، فأما غير الكافر فتسميته معذورا ظاهرة ، ويسمى الكافر معذورا لأنه لا يطالب بالقضاء بعد الاسلام تخفيفا عنه ، كما لا يطالبون تخفيفا عنهم ، واستدلوا على وجوب الظهر بادراك آخر وقت العصر ، ووجوب المغرب بادراك آخر وقت العشاء بأنهما كالصلاة الواحدة ووقت احداهما وقت الأخرى فى حق المعذور بسفر • وهذا الحكم رواه البيهقى عن عبد الرحمن بن عوف وابن عباس وفقهاء المدينة السبعة رضى الله عنهم •

واعلم أن الأصحاب أطلقوا اشتراط أربع ركعات للزوم الظهر على القول الضعيف وهذا محمول على غير المسافر ، أما المسافر فانما يشترط فى حقه للظهر ركعتان فقط •

(فرع) قد ذكرنا أن الصحيح عندنا أنه يجب على المعذور الظهر بادراك ما تجب به العصر ، وبه قال عبد الرحمن بن عوف وابن عباس وفقهاء المدينة السبعة وأحمد وغيرهم ، وقال الحسن وقتادة وحماد والثورى وأبو حنيفة ومالك وداود : لا تجب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فاما اذا أدرك جزءا من اول الوقت ، ثم طرا العذر بان كان عاقلا فى الوقت فجن ، او طاهرا فحاضت ؛ نظرت فان لم يدرك ما يسع فرض الوقت سقط الوجوب ولم يلزمه القضاء وقال ابو يحيى البلخى : حكمه حكم آخر

الوقت فيلزمه فى احد القولين بركعة وفى الثانى بتكبيرة . والمذهب الأول لأنه لم يتمكن من فعل الفرض فسقط وجوبه [كما لو هلك النصاب بعد الحول وقبل التمكن من الأداء] ويخالف آخر الوقت ، فانه يمكنه ان يبنى ما بقى على ما أدرك بعد [خروج] الوقت فليزمه ، وان أدرك من الوقت ما يسع للفرض ثم طرا الجنون او الحيض استقر الوجوب ولزمه القضاء اذا زال العذر وحكى عن أبى العباس انه قال : لا يستقر حتى يدرك آخر الوقت ، والمذهب الأول لأنه وجب عليه وتمكن من أدائه فاشبه اذا وجبت الزكاة وتمكن من أدائها فلم يخرج حتى هلك المال ، واما الصلاة التى بعدها [فانها لا] تلزمه وقال ابو يحيى البلخى : تلزمه العصر بادراك وقت الظهر وتلزمه العشاء بادراك وقت المغرب كعكسه [لأن وقت الأولى وقت الثانية فى حال الجمع كما ان وقت الثانية وقت الأولى فى حال الجمع فاذا لزمته الأولى بادراك وقت الثانية لزمته الثانية بادراك وقت الأولى] (١) والمذهب الأول لأن وقت الأولى وقت الثانية على سبيل التبع ، ولهذا لا يجوز فعل الثانية فى الجمع حتى يقدم الأولى بخلاف وقت الثانية فانه وقت للأولى لا على وجه التبع ولهذا يجوز فعلها قبل الأولى) .

(الشرح) اذا طرأ العذر الذى يمكن طرءآنه وهو الجنون والاغماء والحيض والنفاس ، فان كان الماضى من الوقت دون قدر الفرض فطريقان ، المذهب الصحيح وبه قطع الجمهور لا يجب شىء ولا يجب القضاء . وقال أبو يحيى البلخى وغيره من أصحابنا : حكم أول الوقت حكم آخره فيجب القضاء بادراك ركعة فى قول وتكبيرة فى قول ، وغلطه الأصحاب بما ذكره المصنف ، وان كان قد مضى من الوقت قبل وجود العذر ما يسع تلك الصلاة وجب قضاء تلك الصلاة على الصحيح المنصوص ، وبه قطع الأكثرون ، وخرج ابن سريج قولا أنه لا يجب القضاء الا اذا أدرك جميع الوقت ، خرجه من المسافر اذا سافر فى أثناء الوقت ، نص على أن له القصر ، ولو كانت تجب بأول الوقت لم يقصر الوجوب ، وقد سبق الجواب عن مسألة القصر قريبا فى مسألة وجوب الصلاة بأول الوقت ، فعلى المذهب المعتبر أخف ما يمكن من الصلاة حتى لو دخلت فى الصلاة فى أول الوقت وطولتها فحاضت فيها ــ وقد مضى من الوقت ما يسعها لو خففتها لزمها القضاء لأنها فوتتها مع التمكن .

ولو كان الرجل مسافرا فطرأ جنون أو اغماء أو كانت مسافرة فطرأ

---

(١) ما بين المعقوفين فليس فى ش و ق (ط) .

الحيض بعد ما مضى من وقت الصلاة المقصورة ما يسع ركعتين وجب قضاؤها ، لأنه لو قصرها لأمكنه أداؤها ، هكذا صرح به الأصحاب ، منهم الشيخ أبو محمد الجويني فى التبصرة ، وهل يشترط مع امكان فعلها وامكان الطهارة ؟ فيه طريقان (أحدهما) لا ، لامكان تقديمها قبل الوقت الا اذا لم يجز تقديم طهارة صاحب الواقعة كالمتيمم والمستحاضة (والثانى) فى اشتراطه لمن يمكنه تقديمها الخلاف الذى فى آخر الوقت ، لأنه وان أمكن التقديم لا يجب ، واذا أوجبنا الظهر أو المغرب بادراك أول وقتها لم تجب العصر والعشاء على المذهب ، وأوجبهما البلخى اذا أدرك من أول الظهر ثمانى ركعات ، ومن أول المغرب سبع ركعات ، هكذا نقله عنه الأصحاب ، وأخل المصنف ببيان اشتراط ثمانى ركعات ؛ واتفق الأصحاب على تغليط أبى يحيى البلخى فى هذا لأن وقت الظهر لا يصلح للعصر الا اذا صليت الظهر جمعا والله أعلم •

واعلم أن الحكم بوجوب الصلاة اذا أدرك من وقتها ما يسعها لا يختص بأوله بل لو كان المدرك من وسطه لزمت الصلاة •

مثاله : أفاق المجنون فى أثناء الوقت وعاد جنونه فى الوقت ، أو بلغ صبى ثم جن ، أو أفاقت مجنونة ثم حاضت ، أو طهرت ثم جنت فى الوقت • وقد تلزم الظهر بادراك أول وقت العصر ، كما تلزم بآخره •

مثاله : أفاق مغمى عليه بعد أن مضى من وقت العصر ما يسع الظهر والعصر فان كان مقيما فالمعتبر قدر ثمانى ركعات ، وان كان مسافرا يقصر ، كفى قدر أربع ركعات ، ويقاس المغرب مع العشاء فى جميع ما ذكرناه بالظهر مع العصر والله أعلم •

(**فرع**) قول المصنف : سقط الوجوب مجاز ، والمراد امتنع الوجوب ، وأبو يحيى البلخى من كبار أصحابنا ، أصحاب الوجوه ، سافر الى أقاصى الدنيا فى طلب الفقه حتى بلغ فيه الغاية ، وكان حسن البيان فى النظر ، عذب اللسان فى الجدل ، وهو من أصحاب ابن سريج رحمهما الله تعالى ورضى عنهما •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن وجبت عليه الصلاة فلم يصل حتى فات الوقت لزمه قضاؤها لقوله صلى الله عليه وسلم : « من نام عن صلاة او نسيها فليصلها اذا ذكرها » والمستحب ان يقضيها على الفور للحديث الذى ذكرناه ، فان اخرها جاز لما روى : « ان النبى صلى الله عليه وسلم فاتته صلاة الصبح فلم يصلها حتى خرج من الوادى » ولو كانت على الفور لما اخرها . وقال ابو اسحاق : ان تركها بغير عذر لزمه قضاؤها على الفور لانه مفرط فى التاخير [وان فاتته صلوات (١)] والمستحب ان يقضيها على الترتيب ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم فاتته اربع صلوات يوم الخندق فقضاها على الترتيب ، فان قضاها من غير ترتيب جاز لانه ترتيب استحق للوقت فسقط بفوات الوقت كقضاء الصوم .

وان ذكر الفائتة وقد ضاق وقت الحاضرة لزمه ان يبدا بالحاضرة لان الوقت تعين لها فوجبت البداية بها ، كما لو حضره رمضان وعليه صوم رمضان قبله ولانه اذا اخر الحاضرة فاتت فوجبت البداية بها) .

(**الشرح**) أما الحديث الأول فصحيح ، ففى صحيح البخارى عن أنس عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من نسى صلاة فليصل اذا ذكر » .

وفى صحيح مسلم عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا رقد أحدكم عن الصلاة أو غفل عنها فليصلها اذا ذكرها » وأما الحديث الثانى ففى الصحيحين عن عمران بن حصين رضى الله عنه قال : « كنا فى سفر مع النبى صلى الله عليه وسلم وأنا أسرينا حتى كنا فى آخر الليل وقعنا وقعة ولا وقعة أحلى عند المسافر منها فما أيقظنا الا حر الشمس ، فلما استيقظ النبى صلى الله عليه وسلم شكوا اليه الذى أصابهم ، فقال : لا ضير ولا ضرر ارتحلوا ، فارتحلوا فسار غير بعيد ثم نزل فدعا بالوضوء فتوضأ ونودى بالصلاة فصلى بالناس » .

وأما حديث فوات أربع صلوات يوم الخندق ، فرواه الترمذى والنسائى من رواية أبى عبيدة بن عبد الله بن مسعود عن أبيه ، وأبو عبيدة لم يسمع أباه فهو حديث منقطع لا يحتج به . ويغنى عنه حديث جابر رضى الله عنه :

---

(١) ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق (ط) .

« أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه جاء يوم الخندق بعد ما غربت الشمس فجعل يسب كفار قريش ، وقال : يا رسول الله ما كدت أصلى العصر حتى كادت الشمس تغرب ، فقال صلى الله عليه وسلم : والله ما صليتها ، فقمنا الى بطحان فتوضأ للصلاة وتوضأنا لها فصلى العصر بعد ما غربت الشمس، ثم صلى بعدها المغرب » رواه البخارى ومسلم • وقوله : البداية لحن عند أهل العربية • والصواب البداءة بضم الباء والمد ، والبدأة بفتحها واسكان الدال بعدها همزة ، والبدوءة بضم الباء والدال وبعدها همزة ممدودة ثلاث لغات حكاهن الجوهرى وغيره •

أما حكم الفصل ففيه مسألتان (احداهما) من لزمه صلاة ففاتته لزمه قضاؤها سواء فاتت بعذر أو بغيره ، فان كان فواتها بعذر كان قضاؤها على التراخى ويستحب أن يقضيها على الفور قال صاحب التهذيب : وقيل : يجب قضاؤها حين ذكر للحديث ، والذى قطع به الأصحاب أنه يجوز تأخيرها لحديث عمران بن حصين • وهذا هو المذهب ، وان فوتها بلا عذر فوجهان كما ذكر المصنف (أصحهما) عند العراقيين أنه يستحب القضاء على الفور ، ويجوز التأخير كما لو فاتت بعذر (وأصحهما) عند الخراسانيين أنه يجب القضاء على الفور ، وبه قطع جماعات منهم أو أكثرهم • ونقل امام الحرمين اتفاق الأصحاب عليه ، وهذا هو الصحيح لأنه مفرط بتركها ، ولأنه يقتل بترك الصلاة التى فاتت ، ولو كان القضاء على التراخى لم يقتل •

(**فرع**) الصوم الفائت من رمضان كالصلاة ، فان كان معذورا فى فواته كالفائت بالحيض والنفاس والمرض والاغماء والسفر فقضاؤه على التراخى ما لم يحضر رمضان السنة القابلة ، وسيأتى تفصيله فى كتاب الصيام ان شاء الله تعالى ، وان كان متعديا فى فواته ففيه الوجهان كالصلاة ، أصحهما عند العراقيين قضاؤه على التراخى ، وأصحهما عند الخراسانيين وبعض العراقيين ، وهو الصواب أنه على الفور ، وأما قضاء الحج الفاسد فهل هو على الفور أم التراخى ؟ فيه وجهان مشهوران ، ذكرهما المصنف والأصحاب فى موضعهما أصحهما على الفور لأنه متعد بالافساد • وأما الكفارة فان كانت بغير عدوان ككفارة القتل خطأ وكفارة اليمين فى بعض

الصور ، فهى على التراخى بلا خلاف لأنه معذور • وان كان متعديا فهل هى على الفور أم على التراخى ؟ فيه وجهان حكاهما القفال والأصحاب (أصحهما) على الفور • قال القفال : هما كالوجهين فى قضاء الحج لأن الكفارة كالحج (الثانية) اذا فاته صلاة أو صلوات استحب أن يقدم الفائتة على فريضة الوقت المؤداة وأن يرتب الفوائت فيقضى الأولى ثم الثانية ثم الثالثة ، وهكذا لحديث جابر وللخروج من خلاف العلماء الذى سنذكره ان شاء الله تعالى فى فرع مذاهب العلماء •

وان ترك الترتيب أو قدم المؤداة على المقضية أو قدم المتأخرة على الفوائت جاز لما ذكره المصنف ، وان ذكر الفائتة وقد ضاق وقت الحاضرة لزمه تقديم الحاضرة لما ذكره المصنف ، ولو شرع فى الحاضرة ثم ذكر الفائتة وهو فيها أتم الحاضرة سواء اتسع الوقت أم ضاق ، لأن الحاضرة لا يجوز الخروج منها وان اتسع الوقت ، لكن يتمها ثم يقضى الفائتة ، ويستحب أن يعيد الحاضرة ، هكذا صرح جماعة من أصحابنا بهذه المسألة ، منهم الشيخ أبو حامد وصاحب التهذيب والرافعى • ولو دخل فى الفائتة معتقدا أن فى الوقت سعة فبان ضيقه وجب قطعها والشروع فى الحاضرة على الصحيح من المذهب ؛ وفى وجه ضعيف يجب اتمام الفائتة ، ولو تذكر فائتة ــ وهناك جماعة يصلون الحاضرة والوقت متسع ــ استحب أن يصلى الفائتة أولا منفردا ثم يصلى الحاضرة منفردا أيضا ان لم يدرك جماعة لأن الترتيب مختلف فى وجوبه ، والقضاء خلف الأداء فيه أيضا خلاف السلف فاستحب الخروج من الخلاف •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى قضاء الفوائت •

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يجب ترتيبها ولكن يستحب ، وبه قال طاوس والحسن البصرى ومحمد بن الحسن وأبو ثور وداود • وقال أبو حنيفة ومالك : يجب ما لم تزد الفوائت على صلوات يوم وليلة ، قالا : فان كانت فى حاضرة فذكر فى أثنائها أن عليه فائتة بطلت الحاضرة ويجب تقديم الفائتة ثم يصلى الحاضرة ؛ وقال زفر وأحمد : الترتيب واجب قلت الفوائت أم كثرت • قال أحمد : ولو نسى الفوائت صحت الصلوات التى يصليها بعدها • قال

أحمد واسحاق : ولو ذكر فائتة وهو فى حاضرة تمم التى هو فيها ثم قضى الفائتة ثم يجب اعادة الحاضرة • واحتج لهم بحديث ابن عمر رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من نسى صلاة فلم يذكرها الا وهو مع الامام ، فاذا فرغ من صلاته فليعد الصلاةالتى نسى ثم ليعد الصلاة التى صلاها مع الامام » وهذا حديث ضعيف ضعفه موسى بن هرون الحمال (بالحاء) الحافظ • وقال أبو زرعة الرازى ثم البيهقى : الصحيح أنه موقوف ، واحتج أصحابنا بأحاديث ضعيفة أيضا ، والمعتمد فى المسألة أنها ديون عليه لا يجب ترتيبها الا بدليل ظاهر ؛ وليس لهم دليل ظاهر ، ولأن من صلاهن بغير ترتيب فقد فعل الصلاة التى أمر بها فلا يلزمه وصف زائد بغير دليل ظاهر والله أعلم •

(فرع) أجمع العلماء الذين يعتد بهم على أن من ترك صلاة عمدا لزمه قضاؤها وخالفهم أبو محمد على بن حزم فقال : لا يقدر على قضائها أبدا ولا يصح فعلها أبدا قال : بل يكثر من فعل الخير وصلاة التطوع ليثقل ميزانه يوم القيامة ويستغفر الله تعالى ويتوب ، وهذا الذى قاله مع أنه مخالف للاجماع باطل من جهة الدليل ، وبسط هو الكلام فى الاستدلال له ، وليس فيما ذكر دلالة أصلا • ومما يدل على وجوب القضاء حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « أمر المجامع فى نهار رمضان أن يصوم يوما مع الكفارة » أى بدل اليوم الذى أفسده بالجماع عمدا • رواه البيهقى باسناد جيد وروى أبو داود نحوه ، ولأنه اذا وجب القضاء على التارك ناسيا فالعامد أولى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان نسى صلاة ولم يعرف عينها لزمه ان يصلى خمس صلوات • وقال المزنى : [يلزمه ان] (١) يصلى اربع ركعات وينوى الفائتة ويجلس فى ركعتين ثم يجلس فى الثالثة ثم يجلس فى الرابعة ، وهذا غير صحيح لان تعيين النية شرط فى صحة الصلاة ، ولا يحصل ذلك الا بان يصلى خمس صلوات بخمس نيات) •

---

(١) ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق (ط) •

(**الشرح**) اذا نسى صلاة أو صلاتين أو ثلاثا أو أربعا من الخمس ، قال الشافعى فى الأم والأصحاب : لزمه أن يصلى الخمس ، وفيه مذهب المزنى ، ودليل المذهب مذكور ، وعلى مذهب المزنى يجهر بالقراءة فى الأوليين، حكاه عنه القاضى أبو الطيب وصاحب الشامل فى باب صفة الصلاة ، وهناك ذكر كثيرون المسألة ، قال : لأن الجهر يكون فى ثلاث صلوات فغلب ، ولو نسى صلاتين من يومين ــ ان علم اختلافهما وجهل عينهما ــ كفاه أن يصلى الخمس ، وان علم اتفاقهما أو شك لزمه أن يصلى عشر صلوات كل صلاة مرتين ، وقد ذكر المصنف هذه المسألة فى باب التيمم . قال الشافعى رحمه الله فى الأم : لو كان عليه ظهر أو عصر أو جهل أيتهما هى فدخل بنية احداهما ثم شك أيتهما نوى لم تجزه هذه الصلاة عن واحدة منهما ، ولو كان عليه فوائت لا يعرف عددها ويعلم المدة التى فاته فيها بأن قال : تركت صلوات من هذا الشهر ولا أعلم قدرها ، فوجهان حكاهما صاحبا التتمة والبيان والشاشى (أحدهما) وهو قول القفال يقال له : كم تتحقق أنك تركت ؟ فان قال : عشر صلوات وأشك فى الزيادة لزمه العشر دون الزيادة (والثانى) وهو قول القاضى حسين ، يقال له : كم تتحقق أنك صليت فى هذا الشهر ؟ فاذا قال كذا وكذا ألزمناه قضاء ما زاد ، لأن الأصل شغل ذمته فلا يسقط الا ما تحققه .

قال صاحب التتمة : ونظير المسألة من شك بعد سلامه هل ترك ركنا ؟ وفيه قولان (أحدهما) لا شىء عليه (والثانى) يلزمه البناء على الأقل ان قرب الفصل ، وان بعد لزمه الاستئناف فعلى قياس الأول يلزمه قضاء ما تحقق تركه فحسب وعلى الثانى يلزمه ما زاد على ما تحقق فعله ، قلت : قول القاضى حسين أصح ، والذى ينبغى أن يختار وجه ثالث وهو أنه ان كان عادته الصلاة ويندر تركه لم يلزمه الا ما تيقن تركه كما لو شك بعد السلام فى ترك ركن فان المذهب أنه لا يلزمه شىء لأن الظاهر مضيها على الصحة ، وان كان يصلى فى وقت ويترك فى وقت ولم تغلب منه الصلاة لزمه قضاء ما زاد على ماتيقن فعله لأن الأصل بقاؤه فى ذمته ولم يعارضه ظاهر والله أعلم .

(فـرع) فى مسائل تتعلق بالباب (احداها) اذا اشتبه عليه وقت الصلاة ـ والعجب أن المصنف ترك هذه المسألة وهى مهمة ومشهورة فى كل الكتب حتى فى التنبيه ، قال أصحابنا : اذا اشـتبه وقتها لغيم أو لحبس فى موضع مظلم أو غيرهما لزمه الاجتهاد فيه ، ويسـتدل بالدرس والأوراد والأعمال وشبهها ، ويجتهد الأعمى كالبصير لأنه يشارك البصير فى هـذه العلامات بخلاف القبلة ، وانما يجتهدان اذا لم يخبرهما ثقة بدخول الوقت عن مشاهدة ، فان أخبر عن مشاهدة بأن قال : رأيت الفجر طالعا أو الشفق غاربا ، لم يجز الاجتهاد ، ووجب العمل بخبره • وكذا لو أخبر ثقـة عـن اخبار عن مشاهدة وجب قبوله ، فان أخبر عن اجتهاد لم يجز للبصير القادر على الاجتهاد تقليده لأن المجتهد لا يجوز له تقليد مجتهد ، ويجوز للأعمى والبصير العاجز عن الاجتهاد تقليده على أصـح الوجهين لضعف أهليته ، وهذا ظاهر نص الشافعى رحمه الله ، وقطع به القاضى أبو الطيب فى تعليقه فى تقليد الأعمى ، واذا وجب الاجتهاد فصلى بغير اجتهاد لزمه اعادة الصـلاة وان صادف الوقت ، لتقصيره وتركه الاجتهاد الواجب ، وقد تقدم نظيره فى باب التيمم •

قال فى التتمة : لو ظن دخول الوقت فصلى بالظن بغير علامة ظهـرت فصادف الوقت لا تصح صلاته لتفريطه بترك الاجتهاد والعلامة ، واذا لم تكن له دلالة أو كانت فلم يغلب على ظنه شىء لزمه الصبر حتى يظن دخول الوقت ، والاحتياط أن يؤخر الى أن يتيقنه أو يظنه ، ويغلب على ظنه أنه لو أخر خرج الوقت نص عليه الشافعى رحمه الله ، واتفق الأصحاب عليه ، واذا قدر على الصبر الى اسـتيقان دخـول الوقت جاز له الاجتهـاد على الصحيح ، وهو قول جمهور أصحابنا • وفيـه وجه اختاره أبو اسـحاق الاسفراينى وهو نظير مسألة الأوانى ؛ اذا اشـتبه اناءان ومعه ثالث يتيقن طهارته •

ولو كان فى بيت مظلم وقدر على الخروج لرؤية الشمس فهل له الاجتهاد فيه وجهان حكاهما صاحب التتمة وغيره (أحدهما) لا ، لقدرته على اليقين والصحيح الجواز كما للصحابى اعتماد رواية صحابى وفتـواه ، وان كان قادرا على سماعه من النبى صـلى الله عليه وسلم وتحصـيل العلم القطعى

بذلك ، وحيث جاز الاجتهاد فصلى به ان لم يتبين الحال فلا شيء عليه ، وان بان وقوع الصلاة فى الوقت أو بعده فلا شيء عليه وقد أجزأته صلاته لكن الواقعة فيه أداء والواقعة بعده قضاء على أصح الوجهين ، فعلى هذا لو كان مسافرا وقصرها وجبت اعادتها تامة اذا قلنا : لا يجوز قصر المقضية وان كان وقوعها قبل الوقت وأدركه وجبت الاعادة بلا خلاف ، وان لم يدركه فقولان (الصحيح) وجوب الاعادة ، وبه قطع الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب فى تعليقهما والبندنيجى (والثانى) لا يجب ، وهـذا الخلاف والتفصيل كنظيره فيمن اشتبه عليه شهر رمضان • ولو أخبره ثقة أن صلاته وقعت قبل الوقت فان أخبره عن علم ومشاهدة وجبت الاعادة كالحاكم اذا وجد النص بخلاف حكمه فانه يجب نقض حكمه ، وان أخبره عن اجتهاد فلا اعادة بلا خلاف ، ولو علم المنجم الوقت بالحساب حكى صاحب البيان أن المذهب أنه يعمل به بنفسه ولا يعمل به غيره •

(فـرع) المؤذن الثقة العارف بالمواقيت هل يجوز اعتماده فى دخول الوقت ؟ فيه أربعة أوجه : (أحدها) يجوز للأعمى فى الصحو والغيم ، ويجوز للبصير فى الصحو ولا يجوز له فى الغيم لأنه فى الغيم مجتهد والمجتهد لا يقلد المجتهد ، وفى الصحو يشاهد فهو مخبر عن مشاهدة • وهذا الوجه هو الذى رجحه الرويانى والرافعى وغيرهما • (والثانى) وهو الأصح : يجوز للبصير والأعمى فى الصحو والغيم قاله ابن سريج والشيخ أبو حامد وصححه صاحب التهذيب ، ونقله عن نص الشافعى رحمه الله ، وقطع به البندنيجى وصاحب العدة ، قال البندنيجى : ولعله اجماع المسلمين لأنه لا يؤذن فى العادة الا فى الوقت • (والثالث) لا يجوز لهما لأنه اجتهاد وهما مجتهدان حكاه فى التهذيب والتتمة • (والرابع) يجوز للأعمى دون البصير من غير فرق بين الغيم والصحو حكاه القاضى أبو الطيب فى تعليقه • ولو كثر المؤذنون فى يوم صحو أو غيم وغلب على الظن أنهم لا يخطئون لكثرتهم جاز اعتمادهم للبصير والأعمى بلا خلاف •

(فـرع) الديك الذى جربت اصابته فى صياحه للوقت يجوز اعتماده فى دخول الوقت ذكره القاضى حسين وصاحب التتمة والرافعى •

(المسألة الثانية) [1] قال الشافعى رحمه الله فى المختصر : الوقت للصلاة وقتان وقت مقام ورفاهية ووقت عذر وضرورة ، واتفق أصحابنا على أن المراد بوقت المقام والرفاهية وقت المقيم فى وطنه اذا لم يكن هناك مطر ، وأما وقت العذر والضرورة ففيه وجهان مشهوران لمتقدمى أصحابنا حكاهما الشيخ أبو حامد وسائر شارحى المختصر ، الصحيح عندهم وهو قول أبى اسحاق المروزى وغيره أن المراد به وقت واحد ، وهو الوقت الجامع بين الصلاتين بسفر أو مطر ووقت صبى بلغ وكافر أسلم ومجنون ومغمى عليه أفاق وحائض ونفساء طهرتا قبل خروج وقت الصلاة الثانية فتلزمهم الصلاتان (والثانى) : أن المراد بوقت العذر وقت الجامع ، والمراد بوقت الضرورة وقت الصبى والباقين ــ قال الجمهور هذا التفسير غلط •

(الثالثة) اذا دخل فى الصلاة المكتوبة فى أول وقتها أو غيره حرم قطعها بغير عذر وهذا هو نص الشافعى فى الأم ، وقطع به جماهير الأصحاب ، وقد سبقت المسألة مبسوطة فى باب التيمم وذكرنا هناك أن الصحيح أيضا تحريم قطع الصوم الواجب بقضاء أو نذر أو كفارة وأوضحنا جميع ذلك •

(الرابعة) يستحب ايقاظ النائم للصلاة لاسيما ان ضاق وقتها لقوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى » ولحديث عائشة رضى الله عنها قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى صلاته من الليل وأنا معترضة بين يديه فاذا بقى الوتر أيقظنى فأوترت » وفى رواية : « فاذا أوتر قال : قومى فأوترى ياعائشة » رواه مسلم ، وعن أبى بكرة رضى الله عنه قال : « خرجت مع النبى صلى الله عليه وسلم لصلاة الصبح فكان لا يمر برجل الا ناداه بالصلاة أو حركه برجله » رواه أبو داود باسناد فيه ضعف ولم يضعفه والله أعلم •

باب الأذان

قال أهل اللغة : أصل الأذان الاعلام والأذان للصلاة معروف ، يقال فيه الأذان والأذين والتأذين ، قال الجوهرى [2] فى الغريبين • قال : وقال

---

(١) راجع قوله : فرع فى مسائل تتعلق بالباب (ط) •

(٢) هكذا بالأصل ولعله الهروى لأنه صاحب الغريبين أما الجوهرى فله الصحاح (ط) •

شيخى الأذين المؤذن المعلم بأوقات الصلاة فعيل بمعنى مفعل • قال الأزهرى : يقال : أذن المؤذن تأذينا وأذانا ، أى أعلم الناس بوقت الصلاة فوضع الاسم موضع المصدر • قال : وأصله من الأذن كأنه يلقى فى آذان الناس بصوته ما يدعوهم الى الصلاة •

قال القاضى عياض رحمه الله : اعلم أن الأذان كلام جامع لعقيدة الايمان مشتمل على نوعه من العقليات والسمعيات ، فأوله اثبات الذات وما يستحقه من الكمال والتنزيه عن أضدادها ، وذلك بقوله « الله أكبر » وهذه اللفظة مع اختصار لفظها دالة على ماذكرناه ، ثم صرح باثبات الوحدانية ونفى ضدها من الشركة المستحيلة فى حقه سبحانه وتعالى ، وهذه عمدة الايمان والتوحيد المقدمة على كل وظائف الدين ، ثم صرح باثبات النبوة والشهادة بالرسالة لنبينا صلى الله عليه وسلم وهى قاعدة عظيمة بعد الشهادة بالوحدانية ، وموضعها بعد التوحيد لأنها من باب الأفعال الجائزة الوقوع • وتلك المقدمات من باب الواجبات ، وبعد هذه القواعد كملت العقائد العقليات فيما يجب ويستحيل ويجوز فى حقه سبحانه وتعالى ثم دعا الى ما دعاهم اليه من العبادات فدعا الى الصلاة وجعلها عقب اثبات النبوة لأن معرفة وجوبها من جهة النبى صلى الله عليه وسلم لا من جهة العقل ، ثم دعا الى الفلاح وهو الفوز والبقاء فى النعيم المقيم ، وفيه اشعار بأمور الآخرة من البعث والجزاء ، وهى آخر تراجم عقائد الاسلام ثم كرر ذلك باقامة الصلاة للاعلام بالشروع فيها ، وهو متضمن لتأكيد الايمان وتكرار ذكره عند الشروع فى العبادة بالقلب واللسان ، وليدخل المصلى فيها على بينة من أمره وبصيرة من ايمانه ويستشعر عظيم ما دخل فيه ، وعظمة حق من يعبده وجزيل ثوابه • هذا آخر كلام القاضى وهو من النفائس الجليلة وبالله التوفيق •

(**فرع**) الأصل فى الأذان ما روى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما قال « كان المسلمون حين قدموا المدينة يجتمعون فيتحينون الصلوات ليس ينادى بها فتكلموا يوما فى ذلك فقال بعضهم : اتخذوا ناقوسا مثل ناقوس النصارى ، وقال بعضهم : بل بوقا مثل قرن اليهود ، فقال عمر : أولا تبعثون رجلا ينادى بالصلاة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

يا بلال قم فناد بالصلاة » رواه البخارى ومسلم • هذا النداء دعاء الى الصلاة غير الأذان كان قبل شرع الأذان ، وعن عبد الله بن زيد بن عبد ربه الأنصارى رضى الله عنه قال : « لما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالناقوس يعمل ليضرب به للناس لجمع الصلاة طاف بى وأنا نائم رجل يحمل ناقوسا فى يده فقلت : يا عبد الله أتبيع الناقوس ؟ فقال : وما تصنع به ؟ فقلت ندعو به الى الصلاة قال : أفلا أدلك على ما هو خير من ذلك ؟ فقلت : بلى • فقال تقول : الله أكبر الله أكبر ، الله أكبر الله أكبر ، أشهد أن لا اله الا الله ، أشهد أن لا اله الا الله ، أشهد أن محمدا رسول الله ، أشهد أن محمدا رسول الله ، حى على الصلاة ، حى على الصلاة ، حى على الفلاح ، حى على الفلاح ، الله أكبر الله أكبر ، لا اله الا الله • ثم استأخر عنى غير بعيد، ثم قال : ثم تقول اذا أقمت الصلاة : الله أكبر الله أكبر ، أشهد أن لا اله الا الله أشهد أن محمدا رسول الله حى على الصلاة حى على الفلاح قد قامت الصلاة قد قامت الصلاة الله أكبر الله أكبر لا اله الا الله ، فلما أصبحت أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته بما رأيت فقال : انها رؤيا حق ان شاء الله فقم مع بلال فألق عليه ما رأيت فليؤذن به ، فانه أندى صوتا منك ، فقمت مع بلال فجعلت ألقيه عليه فيؤذن به ، فسمع ذلك عمر بن الخطاب وهو فى بيته فخرج يجر رداءه يقول : والذى بعثك بالحق يارسول الله لقد رأيت مثل ما رأى • فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فلله الحمد » رواه أبو داود باسناد صحيح : وروى الترمذى بعضه بطريق أبى داود ، وقال : حسن صحيح ، وقال فى آخره : « فلله الحمد وذلك أثبت » •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(الأذان والاقامة مشروعان للصلوات الخمس لما روى : « ان النبى صلى الله عليه وسلم استشار المسلمين فيما يجمعهم على الصلاة فقالوا : البوق فكرهه من اجل اليهود ، ثم ذكر الناقوس فكرهه من اجل النصارى ، فارى تلك الليلة عبد الله بن زيد النداء فاخبر النبى صلى الله عليه وسلم بلالا فاذن به ») •

(الشرح) هذا الحديث الذى ذكره رواه بهذا اللفظ ابن ماجه باسناد ضعيف جدا من رواية ابن عمر رضى الله عنهما ويغنى عنه حديث عبد الله

ابن زيد الذى قدمناه وغيره من الأحاديث الصحيحة ، وانما الصحيح فى رواية ابن عمر ما قدمناه فى الفصل السابق • وقوله فى هذا الحديث فأرى تلك الليلة • هذا التقييد بالليلة ضعيف غريب ، وانما الصحيح ما سبق • والناقوس هو الذى يضرب به لصلاة النصارى جمعه نواقيس ، وقوله من أجل هو بفتح الهمزة وكسرها حكاهما الجوهرى ، والمشهور الفتح وبه جاء القرآن •

وعبد الله بن زيد هذا هو أبو محمد عبد الله بن زيد بن عبد ربه الأنصارى شهد العقبة وبدرا وكانت رؤياه الأذان فى السنة الأولى من الهجرة بعد بناء النبى صلى الله عليه وسلم مسجده ، توفى رضى الله عنه بالمدينة سنة اثنتين وثلاثين ، وهو ابن أربع وستين سنة •

(واما حكم المسألة) فالأذان والاقامة مشروعان للصلوات الخمس بالنصوص الصحيحة والاجماع ، ولا يشرع الأذان ولا الاقامة لغير الخمس بلا خلاف ، سواء كانت منذورة أو جنازة أو سنة وسواء سن لها الجماعة كالعيدين والكسوفين والاستسقاء أم لا كالضحى ، ولكن ينادى للعيد والكسوف والاستسقاء : الصلاة جامعة ، وقد ذكره المصنف فى أبوابها ، وكذا ينادى للتراويح : الصلاة جامعة اذا صليت جماعة ، ولا يستحب ذلك فى صلاة الجنازة على أصح الوجهين وبه قطع الشيخ أبو حامد والبندنيجى والمحاملى وصاحب العدة والبغوى وآخرون وقطع الغزالى بأنه يستحب فيها ، والمذهب الأول وهو المنصوص • قال الشافعى رحمه الله فى أول كتاب الأذان من الأم : لا أذان ولا اقامة لغير المكتوبة ، فأما الأعياد والكسوف وقيام شهر رمضان فأحب أن يقال فيه : الصلاة جامعة ، قال : والصلاة على الجنازة وكل نافلة غير العيد والخسوف فلا أذان فيها ولا قول : الصلاة جامعة • **هذا نصه والله أعلم •**

وأما قول صاحب الذخائر : ان المنذورة يؤذن لها ويقيم اذا قلنا يسلك بالنذر مسلك واجب الشرع فغلط منه ، وهو كثير الغلط وقد اتفق الأصحاب على أنه لا يؤذن للنذر ولا يقام ولا يقال : الصلاة جامعة • وهذا مشهور •

(فـرع) ذكرنا أن مذهبنـا أن الأذان والاقامـة لا يشرعان لغـير المكتوبات الخمس • وبه قال جمهور العلماء من السلف والخلف ، ونقـل سليم الرازى فى كتابه رءوس المسائل وغيره عن معاوية بن أبى سفيان وعمر ابن عبد العزيز رضى الله عنهم أنهما قالا : هما سنة فى صلاة العيدين ، وهذا ان صح عنهما محمول على أنه لم يبلغهما فيه السنة ، وكيف كان هو مذهب مردود •

وقد ثبت فى صحيح مسلم عن جابر بن سـمرة رضى الله عنـه قال : « صليت مع النبى صلى الله عليه وسلم العيدين غير مرة ولا مرتين بغير أذان ولا اقامة » وفى المسألة أحاديث كثيرة صحيحة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وهو افضـل من الامامة ، ومن اصحابنا من قال : الامامة افضـل لأن الاذان يراد للصلاة فكان القيام بامر الصلاة أولى من القيام بما يراد لها ، والأول اصح لقوله تعالى : (ومن أحسن قولا ممن دعا الى الله وعمل صالحا) قالت عائشة رضى الله عنها : نزلت فى المؤذنين ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « والأئمة ضمناء والمؤذنون أمناء ، فارشد الله الأئمة وغفر للمؤذنين » والأمين احسن (١) حالا من الضمين • وعن عمر رضى الله عنه قال : « لو كنت مؤذنا لما باليت ان لا اجاهد ولا احج ولا أعتمر بعد حجة الاسلام ») •

(الشرح) هذا التفسير المنقول عن عائشة رضى الله عنها مشهور عنها ووافقها عليه عكرمة • وقال آخرون : المراد بالداعى الى الله تعالى هنا هو النبى صلى الله عليه وسلم وهذا قول ابن عباس وابن زيد والسدى ومقاتل وفى رواية عن ابن عباس أنه أبو بكر رضى الله عنه •

وأما حديث : الأئمة ضـمناء الى آخـره ، فرواه أبو داود والترمذى وغيرهما من رواية أبى هريرة ولكن ليس اسـناده بقـوى وذكر الترمذى تضعيفه عن على بن المدينى امام هذا الفن ، وضعفه أيضا البخارى وغيره لأنه من رواية الأعمش عن رجل عن أبى صالح عن أبى هريرة ، ورواه البيهقى أيضا من رواية عائشة واسناده أيضا ليس بقوى • ولكن يغنى عنه ماسنذكره

---

(١) فى بعض النسخ والأمناء والضمناء بالجمع (ط) •

ان شاء الله تعالى ، والضمان فى اللغـة هو الـكفالة والحفظ والرعاية قاله الهروى وغيره •

قال الشافعى فى الأم : يحتمل أنهم ضـمناء لما غابوا عليـه من الاسرار بالقراءة والذكر وقيل : المراد ضمناء الدعاء ، أى يعم القوم به ولا يخص نفسه به ، وقيل : لأنه يتحمل القراءة والقيام عن المسبوق ، وقيل لأنه يسقط بفعلهم فرض الكفاية وقال الخطابى : قال أهل اللغة : الضامن الراعى ، قال ومعنى الحديث أنه يحفظ على القوم صلاتهم ، وليس هو من الضمان الموجب للغرامة •

وأما أمانة المؤذنين فقيل لأنهم أمناء على مواقيت الصلاة ، وقيل أمناء على حرم الناس يشرفون على موضع عال ، وقيل : أمناء فى تبرعهم بالأذان ، وقول المصنف : والأمين أحسن حالا من الضمين ، الضمين هو الضامن • قال المحاملى : لأن الأمين متطوع بعمله والضامن يجب عليه فعل ذلك •

(اما حكم المسألة) فهل الأذان أفضل من الامامة أم هى أفضل منه ، فيه أربعة أوجه (أصحها) عند العراقيين والسرخسى والبغوى الأذان أفضل ، وهو نصه فى الأم وبه قال أكثر الأصحاب •

قال المحاملى : هو مذهب الشافعى ، قال وبه قال عامة أصحابنا وغلط من قال غيره ، وكذا قال الشيخ أبو حامـد انه مذهب الشـافعى وعامـة أصحابنا • (والثانى) الامامة أفضل ، وهو الأصح عند الخراسانيين ونقلوه عن نص الشـافعى وصححه القـاضى أبو الطيب ، وقطـع به الدارمى • (والثالث) : هما سـواء ، حـكاه صاحب البيـان والرافعى وغيرهما • (والرابع) : ان علم من نفسه القيام بحقوق الامامة وجميع خصـالها فهى أفضل والا فالأذان • حكاه الشيخ أبو حامد وصاحب البيان وغيرهما ، ونقله الرافعى عن أبى على الطبرى والقـاضى أبى القاسـم بن كج والمسـعودى والقاضى حسين ، والمذهب ترجيح الأذان ، وقد نص فى الأم على كراهـة الامامة فقال : أحب الأذان لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « اللهـم اغفر للمؤذنين » وأكره الامامة للضمان وما على الامام فيها هذا نصه •

واحتج لمن رجح الامامة بأن النبى صلى الله عليه وسلم ثم الخلفاء الراشدين أموا ولم يؤذنوا وكذا كبار العلماء بعدهم • وفى الصحيحين عن مالك بن الحويرث رضى الله عنه قال : قال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم « ليؤذن لكم أحدكم وليؤمكم أكبركم » •

واحتج من رجح الأذان بحديث معاوية رضى الله عنه قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : المؤذنون أطول الناس أعناقا يوم القيامة » رواه مسلم وبحديث أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لو يعلم الناس ما فى النداء والصف الأول ثم لم يجدوا الا أن يستهموا عليه لاستهموا » رواه البخارى ومسلم • وعن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه قال « لا يسمع مدى صوت المؤذن جن ولا انس ولا شىء الا شهد له يوم القيامة » سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم • رواه البخارى •

وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اذا نودى للصلاة أدبر الشيطان له ضراط حتى لا يسمع التأذين ، فاذا قضى النداء أقبل حتى اذا ثوب بالصلاة أدبر حتى اذا قضى التثويب أقبل حتى يخطر بين المرء ونفسه ، يقول اذكر كذا واذكر كذا ــ لما لم يكن يذكر ــ حتى يظل الرجل لا يدرى كم صلى » رواه البخارى ومسلم ، وعن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من أذن اثنتى عشرة سنة وجبت له الجنة ، وكتب له بتأذينه فى كل يوم ستون حسنة ، ولكل اقامة ثلاثون حسنة » رواه ابن ماجه والدارقطنى والحاكم وقال : حديث صحيح ، وهو من رواية عبد الله بن صالح كاتب الليث ، ومنهم من جرحه ومنهم من وثقه ، وله شاهد يقويه ، وأجاب هؤلاء عن مواظبة النبى صلى الله عليه وسلم على الامامة • وكذا من بعده من الخلفاء والأئمة ولم يؤذنوا بأنهم كانوا مشغولين بمصالح المسلمين التى لا يقوم غيرهم فيها مقامهم ، فلم يتفرغوا للأذان ومراعاة أوقاته ، وأما الامامة فلابد لهم من صلاة ، ويؤيد هذا التأويل ما رواه البيهقى باسناد صحيح عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال « لو كنت أطيق الأذان مع الخلافة لأذنت » •

(**فـرع**) قال كثير من أصحابنا : يكره أن يكون الامام هو المؤذن ممن نص على هذا الشيخ أبو محمد الجوينى والبغوى وغيرهما ، واحتج هؤلاء بحديث عن جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى أن يكون الامام مؤذنا » رواه البيهقى وقال : هو ضـعيف بمـرة ، وقال القاضى أبو الطيب : قال أبو على الطبرى : الأفضل أن يجمع الرجـل بين الأذان والامامة ليحوز الفضيلتين ، وبهذا قطع صاحب الحاوى وهو الأصح، وفيه حديث جيد سنذكره فى مسألة الأذان قائما ونقل الرافعى عن ابن كج أيضا أنه استحب الجمع بينهما ، قال : ولعـله أراد الأذان لقـوم والامامة لآخرين .

(قلت) واذا لم يثبت فى الجمع بينهـما نهى فكراهته خطأ ، فحصـل وجهان الصحيح أنه يستحب ، وقد قال القاضى أبو الطيب فى أول صفة الصلاة فى مسألة لا يقوم حتى يفرغ المؤذن من الاقامة : أجمع المسلمون على جواز كون المؤذن اماما واستحبابه . قال صاحب الحاوى : فى كل واحد من الأذان والامامة فضل ، وللانسان فيهما أربعة أحوال : حال يمكنه القيام بهما والفراغ لهما ، فالأفضل أن يجمع بينهما ، وحال يعجز عن الامامة لقلة علمه وضعف قراءته ويقدر على الأذان لعلو صـوته ومعرفتـه بالأوقات ، فالانفراد للأذان أفضل ، وحال يعجز عن الأذان لضعف صوته وقلة ابلاغه ويكون قيما بالامامة لمعرفته أحكام الصلاة وحسن قراءته فالامامة أفضل . وحال يقدر على كل واحد ويصلح له ولا يمكنه الجمع فأيهما أفضل ؟ فيه وجهان .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان تنازع جماعة فى الأذان وتشاحوا اقرع بينهم لقوله صلى الله عليـه وسلم « لو يعلم الناس ما فى النداء والصف الأول ثم لم يجدوا الا ان يستهموا عليه لاستهموا ») .

(**الشرح**) هذا الحديث رواه البخارى ومسلم من رواية أبى هريرة ، والاستهام الاقتراع ، والنداء بكسر النون وضمها لغتان مشهورتان الكسر أشهر ، وبه جاء القرآن ، وقوله : (اذا تنازعوا أقرع) هذا اذا لم يـكن

للمسجد مؤذن راتب ، أو كان له مؤذنون وتنازعوا فى الابتداء ، أو كان المسجد صغيرا وأدى اختلاف أصواتهم الى تهويش فيقرع ويؤذن واحد ، وهو من خرجت له القرعة . أما اذا كان هناك راتب ونازعه غيره فيقدم الراتب ، وان كان جماعة مرتبون وأمكن أذان كل واحد فى موضع من المسجد لكبره أذن كل واحد وحده ، وان كان صغيرا ولم يؤد اختلاف أصواتهم الى تهويش أذنوا دفعة واحدة والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

([وهما سنتان (١)] ومن اصحابنا من قال : هما [فرض] من فروض الكفاية ، فان اتفق اهل بلد او [اهل] صقع على تركها قوتلوا عليه لانه من شعائر الاسلام فلا يجوز تعطيله ، وقال ابو على بن خيران وابو سعيد الاصطخرى : هو سنة الا فى الجمعة فانه من فرائض الكفاية فيها ، لانها لما اختصت الجمعة بوجوب الجماعة اختصت بوجوب الدعاء اليها والمذهب الاول لانه دعاء الى الصلاة فلم تجب ، كقوله : الصلاة جامعة) .

(الشرح) الصقع بضم الصاد ، الناحية والكورة ، ويقال صقع وسقع وزقع بالصاد والسين والزاى ثلاث لغات ، وقوله : الصلاة جامعة بنصبهما الصلاة على الاغراء ، وجامعة على الحال ، وقوله : دعاء الى الصلاة فلم تجب كقوله : الصلاة جامعة ، يعنى حيث تشرع الصلاة جامعة كالعيد والكسوف وهذا القياس ضعيف ، لأنه ليس فى قوله الصلاة جامعة شعار ظاهر بخلاف الأذان .

وقوله (شعائر الاسلام) هى جمع شعيرة بفتح الشين ، قال أهل اللغة والمفسرون : هى متعبدات الاسلام ومعالمه الظاهرة مأخوذة من شعرت ، أى علمت ، فهى ظاهرات معلومات .

(اما حكم المسالة) ففى الأذان والاقامة ثلاثة أوجه كما ذكر المصنف ، أصحها أنهما سنة ، والثانى فرض كفاية ، والثالث فرض كفاية فى الجمعة ، سنة فى غيرها ، وهو قول ابن خيران والاصطخرى كما ذكره المصنف وغيره ، وحكاه السرخى عن أحمد السيارى من أصحابنا ، ومما احتجوا به لكونهما

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من ش و ق (ط) .

سنة قوله صلى الله عليه وسلم للأعرابى المسىء صلاته : افعل كذا وكذا ، ولم يذكرهما مع أنه صلى الله عليه وسلم ذكر الوضوء واستقبال القبلة وأركان الصلاة •

قال صحابنا : فان قلنا : فرض كفاية فأقل ما يتأدى به الفرض أن ينتشر الأذان فى جميع أهل ذلك المكان ، فان كانت قرية صغيرة بحيث اذا أذن واحد سمعوا كلهم سقط الفرض بواحد ، وان كان بلدا كبيرا وجب أن يؤذن فى كل موضع واحد بحيث ينتشر الأذان فى جميعهم ، فان أذن واحد فحسب سقط الحرج عن الناحية التى سمعوه دون غيرهم •

قال صاحب الابانة : ويسقط فرض الكفاية بالأذان لصلاة واحدة فى كل يوم وليلة ولا يجب لكل صلاة ، وحكى امام الحرمين هذا عنه ولم يحك عن غيره وقال : لم أر لأصحابنا ايجابه لكل صلاة ، قال : ودليله أنه اذا حصل مرة فى كل يوم وليلة لم تندرس الشعار ، واقتصر الغزالى فى البسيط على ما ذكره صاحب الابانة وهذا الذى ذكروه خلاف ظاهر كلام جمهور أصحابنا ، فان مقتضى كلامهم واطلاقهم أنه اذا قيل : انه فرض كفاية وجب لكل صلاة ، وهذا هو الصواب تفريعا على قولنا فرض كفاية لأنه المعهود ، ولا يحصل الشعار الا به ، واذا قلنا الأذان سنة حصلت بما يحصل به اذا قلنا فرض كفاية •

قال أصحابنا : فان قلنا : فرض كفاية فاتفق أهل بلد أو قرية على تركه وطولبوا به فامتنعوا وجب قتالهم كما يقاتلون على ترك غيره من فروض الكفاية • وان قلنا : هو سنة فتركوه فهل يقاتلون ؟ فيه وجهان مشهوران فى كتب العراقيين ، وذكرهما قليلون من الخراسانيين ، (الصحيح) منهما لا يقاتلون كما لا يقاتلون على ترك سنة الظهر والصبح وغيرهما ، (الثانى): يقاتلون لأنه شعار ظاهر بخلاف سنة الظهر •

قال امام الحرمين : قال الأصحاب : لا يقاتلون • وقال أبو اسحق المروزى : يقاتلون وهو باطل لا أصل له ، وهو رجوع الى أنه فرض كفاية والا فلا قتال على ترك السنة ، هكذا قاله امام الحرمين وابن الصباغ

والشاشي وآخرون ، قال الامام : واذا قلنا انه فرض كفاية فى الجمعة خاصة فوجهان (أحدهما) لا يسقط الفرض الا بأذان يفعل بين يدى الخطيب . (والثانى) : يسقط بأن يؤتى به لصلاة الجمعة وان لم يكن بين يديه ، واتفقوا على أنه لا يسقط بأذان يفعل فى يوم الجمعة لغير صلاة الجمعة ، وقال الامام : والقول فى الاقامة كالقول فى الأذان فى جميع ماذكرناه .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى الأذان والاقامة

مذهبنا المشهور أنهما سنة لكل الصلوات فى الحضر والسفر للجماعة والمنفرد لا يجبان بحال . فان تركهما صحت صلاة المنفرد والجماعة ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه واسحاق بن راهويه ، ونقله السرخسى عن جمهور العلماء وقال ابن المنذر : هما فرض فى حق الجماعة فى الحضر والسفر قال : وقال مالك : تجب فى مسجد الجماعة ، وقال عطاء والأوزاعى : ان نسى الاقامة أعاد الصلاة ، وعن الأوزاعى ــ رواية ــ أنه يعيد مادام الوقت باقيا. قال العبدرى : هما سنة عند مالك وفرضا كفاية عند أحمد ، وقال داود : هما فرض لصلاة الجماعة وليسا بشرط لصحتها ، وقال مجاهد : ان نسى الاقامة فى السفر أعاد ، وقال المحاملى : قال أهل الظاهر : هما واجبان لكل صلاة واختلفوا فى اشتراطهما لصحتها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وهل يسن للفوائت ؟ فيه ثلاثة اقوال قال فى الام : يقيم لها ولا يؤذن والدليل عليه ما روى ابو سعيد الخدرى رضى الله عنه قال : « حبسنا يوم الخندق حتى ذهب هوى من الليل حتى كفينا وذلك قول الله عز وجل : وكفى الله المؤمنين القتال ، فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم بلالا فامره فاقام الظهر [فصلاها] واحسن كما تصلى فى وقتها ثم اقام العصر فصلاها كذلك ثم اقام المغرب فصلاها كذلك ثم اقام العشاء فصلاها كذلك ، ولان الأذان للاعلام بالوقت وقد فات الوقت ، والاقامة [تراد] لاستفتاح (١) الصلاة وذلك موجود ، وقال فى القديم : يؤذن ويقيم للأولى وحدها ويقيم للتى بعدها والدليل عليه ما روى عبد الله بن مسعود رضى الله عنه : « ان المشركين شغلوا النبى صلى الله عليه وسلم عن أربع صلوات حتى ذهب من الليل ما شاء الله

---

(١) ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق وفى بعض النسخ لافتتاح (ط) .

فامر [النبى صلى الله عليه وسلم] بلالا فاذن ثم اقام فصلى الظهر ثم اقام فصلى العصر ثم اقام فصلى المغرب ثم اقام فصلى العشاء ولأنهما صلاتان جمعهما وقت واحد فكانتا باذان واقامتين كالمغرب والعشاء بالمزدلفة فان النبى صلى الله عليه وسلم صلاهما باذان واقامتين وقال فى الاملاء : ان امل اجتماع الناس اذن واقام ، وان لم يؤمل اقام ، والدليل عليه ان الأذان يراد لجمع الناس ، فاذا لم يؤمل الجمع لم يكن للأذان وجه واذا امل كان له وجه . قال ابو اسحاق : وعلى هذا القول للصلاة الحاضرة ايضا اذا امل الاجتماع لها اذن واقام وان لم يؤمل اقام ولم يؤذن) .

(الشرح) حديث أبى سعيد رضى الله عنه صحيح رواه الامامان أبو عبد الله الشافعى وأحمد بن حنبل فى مسنديهما بلفظه هنا باسناد صحيح ، ورواه النسائى لكن لم يذكر المغرب والعشاء واسناده صحيح أيضا ، وحديث ابن مسعود رضى الله عنه مرسل فانه من رواية ابنه أبى عبيدة عنه وابنه لم يسمع منه لصغره وقد سبق بيان هذا فى آخر باب مواقيت الصلاة .

وحديث أن النبى صلى الله عليه وسلم جمع المغرب والعشاء بالمزدلفة بأذان واقامتين صحيح رواه مسلم من رواية جابر ، ويوم الخندق هو يوم الأحزاب وكان ذلك سنة أربع من الهجرة ، وقيل سنة خمس ، وحديث ابن مسعود كان يوم الخندق أيضا وهو مخالف لحديث أبى سعيد ، ويجاب عن اختلافهما بأنهما قضيتان جرتا فى أيام الخندق ، فان أيام الخندق كانت خمسة عشر يوما وكان فوات هذه الصلوات للاشتغال بالقتال وكان ذلك قبل نزول صلاة الخوف كذا صرح به فى رواية الشافعى وأحمد وغيرهما .

وقوله : ذهب هوى من الليل هو بفتح الهاء وكسر الواو وتشديد الياء ، ويقال أيضا بضم الهاء حكاهما صاحب مطالع الأنوار وغيره ، لكن الفتح هو المشهور الأفصح ومعناه طائفة منه .

(اما حكم المسألة) فاذا أراد قضاء فوائت دفعة واحدة أقام لكل واحدة بلا خلاف ، ولا خلاف أنه لا يؤذن لغير الأولى منهن ، وهل يؤذن للأولى ؟ فيه الأقوال الثلاثة التى ذكرها المصنف بدلائلها . أصحها عند جمهور الأصحاب يؤذن ، ممن صححه الشيخ أبو حامد فى تعليقه والمحاملى فى

كتابيه المجموع والتجريد وقطع به فى المقنع وصححه المصنف فى التنبيه ، وصاحب الابانة والشيخ نصر ، والرويانى فى الحلية وقطع به سليم الرازى فى الكفاية وصححه فى رؤوس المسائل فهـذا هو الصـحيح الذى جاءت به الأحاديث الصحيحة ، ولا يغتر بتصحيح الرافعى وغيره منع الأذان ولو أراد قضاء فائتة وحدها أقام لها وفى الأذان هـذه الأقوال أصـحها يؤذن قال أصحابنا : الأذان فى الجديد حق الوقت وفى القديم حق الفريضة وفى الاملاء حق الجماعة ولو أراد قضاء الفوائت متفـرقات كل واحـدة فى وقت ففى الأذان لكل واحدة الأقوال الثلاثة أصحها يؤذن ، ولو قضى فائتة فى جماعة جاء القولان الجديد والقديم دون نص الاملاء ولو والى بين فريضة الوقت ومقضية فان قدم فريضة الوقت أذن لها وأقام للمقضية ولم يؤذن وان قدم المقضية أقام لها ، وفى الأذان لها الأقوال الثلاثة . وأما فريضة الوقت فقال الفورانى وامام الحرمين ان قلنا يؤذن للمقضية لم يؤذن لها والا أذن وقطع السرخسى فى الأمالى بأنه يؤذن لها وقطع المتولى والبغوى وصاحب العـدة بأنه لا يؤذن لها ، والأصح أنه لا يؤذن لفريضة الوقت الا أن يؤخرها عن المقضية بحيث يطول الفصل بينهـما فانه حينئـذ يؤذن لفريضـة الوقت بلا خلاف .

واعلم أنه لا يشرع توالى أذانين الا فى صورتين (احداهما) : اذا أخروا المؤداة الى آخر وقتها فأذنوا لها وصلوا ثم دخلت فريضة أخرى فيؤذن لها قطعا (الثانية) اذا صلى فائتة قبيل الزوال مثلا وأذن لها على قولنا يشرع الأذان لها فلما فرغ من الصلاة دخلت الظهر فيؤذن ولم يستثن امام الحرمين غير هذه الصورة الثانية ولابد من استثناء الأولى أيضا والله أعلم .

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى الأذان للفائتة : قد ذكر أن الأصـح عندنا أنه مشروع لها ، قال الشـيخ أبو حامد : وهـو مذهب مالك وأبى حنيفة وأحمد وأبى ثور وقال الأوزاعى واسحاق لا يؤذن قال أبو حامد : وقال أبو حنيفة اذا أراد فوائت أذن لكل واحدة دليلنا أنه لا يشرع زيادة على أذان للأحاديث الصحيحة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم السـابقة أنه لم يوال بين أذانين .

(فـرع) المنفرد فى صحراء أو بلد يؤذن على المذهب والمنصوص فى الجديد والقديم لاطلاق الأحاديث وفيه قول مخرج أنه لا يؤذن ، ووجـه خرجه أبو اسحاق المروزى من نصه فى الاملاء ان رجا حضور جماعة أذن والا فلا . هذا كله اذا لم يبلغ المنفرد أذان غيره فان بلغه فطريقان (أحدهما) أنه كما لو لم يبلغه فيكون فيـه الخلاف وبهـذا الطريق قطـع الماوردى والبندنيجى . قال البندنيجى : القول الجديد يؤذن والقديم لا (والطريق الثانى) لا يؤذن لأن مقصود الأذان حصل بأذان غيره فان قلنا : يؤذن أقام ، وان قلنا لا يؤذن فهل يقيم ؟ فيه طريقان : الصحيح وبه قطع الجمهور : يقيم (والثانى) حكاه جماعة من الخراسانيين وفيه وجهان ، وهذا غلط .

واذا قلنا : يؤذن فهل يرفع صوته ؟ نظر ان صلى فى مسجد قد صليت فيه جماعة لم يرفع لئلا يوهم دخول وقت صلاة أخرى ، نص عليه فى الأم واتفقوا عليه ، وان لم يكن كذلك فوجهان الأصح : يرفع لعموم الأحاديث فى رفع الصوت بالأذان والثانى ان رجا جماعة رفع والا فلا .

ولو أقيمت جماعة فى مسجد فحضر قوم لم يصلوا ، فهل يسن لهـم الأذان ؟ قولان الصحيح نعم وبه قطع البغوى وغيره ، ولا يرفع الصـوت لخوف اللبس سواء كان المسجد مطروقا أو غير مطروق .

قال امام الحرمين : حيث قلنا فى الجماعة الثانية فى المسجد الذى أذن فيه مؤذن وصليت فيه جماعة لا يرفع الصوت لا نعنى به أنه يحرم الرفع ، بل نعنى به أن الأولى أن لا يرفع . واذا قلنا : المنفرد لا يرفع صوته فلا نعنى به أن الأولى أن لا يرفع صوته ، فان الرفع أولى فى حقـه ولكن نعنى أنه يعتد بأذانه وان لم يرفع ، هكذا قاله امام الحرمين ، فعنده أن الخلاف فى رفع المنفرد صوته هو فى أنه هل يعتد بأذانه بلا رفع أم لا ؟ والذى قاله الجمهور أنه يعتد به بلا رفع بلا خلاف وانما الخلاف فى استحباب الرفع ، قالوا : فيكفى أن يسمع نفسه وشرط امام الحرمين أن يسمع من هو عنده ، قال الشافعى فى الأم : وأذان الرجل فى بيته واقامته كهما فى غير بيته ، سواء سمع المؤذنين حوله أم لا . هذه نصه ، وتابعه الشيخ أبو حامد وغيره والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان جمع بين صلاتين فان جمع بينهما فى وقت الأول منهما اذن وأقام للأولى وأقام للثانية كما فعل النبى صلى الله عليه وسلم بعرفة ، وان جمع بينهما فى وقت الثانية فهما كالفائتتين لأن الأولى قد فات وقتها ، والثانية تابعة لها [وقد بينا حكم الفوائت (١)]) .

(الشرح) هذا الحديث رواه مسلم من رواية جابر رضى الله عنه ، وقوله : فهى ، يعنى المسألة . قال أصحابنا : ان جمع بينهما فى وقت الأولى أذن للأولى بلا خلاف وأقام لكل واحدة للحديث المذكور ، وان جمع فى وقت الثانية وبدأ بالأولى كما هو المشروع لم يؤذن للثانية ، وهل يؤذن للأولى ؟ فيه الأقوال الثلاثة التى فى الفوائت ، هكذا قاله الأصحاب فى الطرق ، وخالفهم القاضى حسين والمتولى فقالا : ان قلنا يؤذن للفائتة فهنا أولى ، والا فوجهان لأنها مؤداة ، والمذهب أنه على الأقوال الثلاثة التى فى الفوائت ، الصحيح أنه يؤذن لحديث جابر المذكور فى مسألة الفوائت فى الجمع بمزدلفة .

وقد روى البخارى ومسلم من رواية ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم « صلى الصلاتين بمزدلفة باقامة » وفى رواية لأبى داود بأذان ، وروى الأذان البخارى عن ابن مسعود موقوفا عليه ، ويجاب عن حديث ابن عمر رضى الله عنه بجوابين (أحدهما) أنه انما حفظ الاقامة ، وقد حفظ جابر الأذان فوجب تقديمه لأن معه زيادة علم (والثانى) أن جابرا استوفى أمور حجة النبى صلى الله عليه وسلم وأتقنها ، فهو أولى بالاعتماد والله أعلم .

فلو خالف فبدأ بالعصر وقلنا بالمذهب انه يصح الجمع أذن للعصر التى بدأ بها قولا واحدا ولا يؤذن للظهر ، ويقيم لكل واحدة ، صرح به صاحب التتمة وغيره قال لا يؤذن للثانية ، سواء قلنا الترتيب شرط أم لا ، لأنا ان شرطناه صارت الثانية فائتة والفائتة المفعولة بعد فرض الوقت لا يؤذن لها ، وان لم نشرطه فالثانية من صلاتى الجمع لا يؤذن لها .

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من ش و ق (ط) .

وقال صاحب الابانة : اذا شرطنا الترتيب فبدأ بالعصر فهى كالمقضية ، ففى الأذان لها الخلاف .

قال امام الحرمين والأصحاب : هذا غلط صريح لا وجه له لأن صلاة العصر مؤداة فى وقتها قطعا ، وانما يتطرق الخلل بترك الترتيب الى الظهر فقط .

وقال صاحب الحاوى : ان بدأ العصر أذن لها وهل يؤذن للظهر ؟ فيه ثلاثة أقوال قال الشاشى : هذا صحيح فى العصر وغير صحيح فى الظهر بعدها ، فان قيل اذا جمع فى وقت العصر وبدأ بالظهر لم لا يؤذن للعصر لأن الوقت لها ؟ فالجواب ما أجاب به المصنف والأصحاب أن العصر فى حكم التابعة للظهر هنا ، ونقل الرافعى وجها عن أبى الحسن بن القطان أنه يستحب أن يؤذن لكل واحدة من صلاتى الجمع سواء قدم أو أخر وهذا الوجه حكاه الدارمى وهو غلط مخالف للأحاديث الصحيحة ، ولما قاله الشافعى والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز الأذان لغير الصبح قبل دخول الوقت لأنه يراد للاعلام بالوقت فلا يجوز قبله . واما الصبح فيجوز أن يؤذن لها بعد نصف الليل لقول النبى صلى الله عليه وسلم « ان بلالا يؤذن بليل فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم » ولأن الصبح يدخل وقتها والناس نيام وفيهم الجنب والمحدث ، فاحتيج الى تقديم الأذان ليتاهب للصلاة و [يخالف] سائر الصلوات [فانه] يدخل وقتها والناس مستيقظون فلا يحتاج الى تقديم الأذان ، وأما الاقامة فلا يجوز تقديمها على الوقت لأنها تراد لاستفتاح الصلاة فلا تجوز قبل الوقت) .

(الشرح) هذا الحديث صحيح رواه البخارى ومسلم من رواية ابن عمر رضى الله عنهما وروى ابن خزيمة والبيهقى وغيرهما من رواية عائشة وغيرها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ان ابن مكتوم ينادى بليل فكلوا واشربوا حتى ينادى بلال » قال البيهقى : قال ابن خزيمة : ان صحت هذه الرواية فيجوز أن يكون بين ابن أم مكتوم وبلال نوب ، فكان بلال فى نوبة يؤذن بليل ، وكان ابن أم مكتوم فى نوبة يؤذن بليل قال : وان لم تصح

رواية من روى تقديم أذان ابن أم مكتوم فقد صح خبر ابن عمر وابن مسعود وسمرة وعائشة أن بلالا كان يؤذن بليل والله أعلم .

واسم ابن أم مكتوم[1] عمرو بن قيس ، وقيل عبد الله بن زائدة القرشي العامري وهو ابن خال خديجة أم المؤمنين رضى الله عنها استخلفه النبى صلى الله عليه وسلم ثلاث عشرة مرة فى غزواته ، وشهد فتح القادسية واستشهد بها فى خلافة عمر رضى الله عنه ، واسم أم مكتوم عاتكة بنت عبد الله .

(**اما احكام الفصل**) فلا يجوز لغير الصبح قبل وقتها بلا خلاف لما ذكره قال الشافعى فى الأم والأصحاب : لو أوقع بعض كلمات الأذان لغير الصبح قبل الوقت وبعضها فى الوقت لم يصح بل عليه استئناف الأذان كله . هذا هو المشهور وقال الشيخ أبو محمد فى كتابه الفروق : قال الشافعى رحمه الله : لو وقع بعض كلمات الأذان قبل الزوال وبعضها بعده بنى على الواقع فى الوقت ، قال : ومراده قوله فى آخر الأذان : الله أكبر الله أكبر ، فيأتى بعده بالتكبير مرتين ، ثم الشهادة الى آخره ولا يحتاج الى أربع تكبيرات وليس مراده أن غير ذلك يحسب له ، فان الترتيب واجب ، قال : ولا يضر قوله : لا اله الا الله بين التكبيرات لأنه لو خلل بينها كلاما يسيرا لا يضر ، فالذكر أولى .

ونقل الشيخ أبو على السنجى فى شرح التلخيص عن الأصحاب نحو هذا ، ويجوز للصبح قبل وقتها بلا خلاف ، واختلف أصحابنا فى الوقت الذى يجوز فيه من الليل على خمسة أوجه أصحها ــ وهو قول أكثر أصحابنا ــ وبه قطع معظم العراقيين يدخل وقت أدائها من نصف الليل .

(والثانى) أنه قبيل طلوع الفجر فى السحر ، وبه قطع البغوى وصححه القاضى حسين والمتولى وهذا ظاهر المنقول عن بلال وابن أم مكتوم .

(والثالث) يؤذن فى الشتاء لسبع يبقى من الليل ، وفى الصيف لنصف سبع نقله امام الحرمين وآخرون من الخراسانيين ، ورجحه الرافعى على خلاف عادته فى التحقيق .

---

(١) ومكتوم هو نفسه عمرو لانه أعمى لا يبصر وأمه مكناة به فهو ابن ام نفسه (ط) .

(والرابع) أنه يؤذن بعد وقت العشاء المختار ، وهو ثلث الليل فى قول، ونصفه فى قول حكاه القاضى حسين وصاحبا الابانة والتتمة والبيان وغيرهم.

(والخامس) جميع الليل وقت لأذان الصبح ، حكاه امام الحرمين وصاحب العدة والبيان وآخرون وهو فى غاية الضعف بل غلط .

قال امام الحرمين : لولا علو قدر الحاكى له وهو الشيخ أبو على وأنه لا ينقل الا ما صح وتنقح عنده لما استجزت نقل هذا الوجه . وكيف يحسن الدعاء لصلاة الصبح فى وقت الدعاء الى المغرب والسرف فى كل شيء مطرح ؟ هذا كلام الامام ، والظاهر أن صاحب هذا القول لا يقوله على الاطلاق الذى ظنه امام الحرمين ؛ بل انما يجوزه بعد مضى صلاة العشاء الآخرة وقطعة من الليل . وأما الوجه الذى نقله الخراسانيون أنه يؤذن فى الشتاء لسبع يبقى ، وفى الصيف لنصف سبع ، فهو أيضا تقييد باطل ، وكأنهم بنوه على حديث باطل نقله الغزالى وغيره عن سعد القرظ [1] الصحابى قال « كان الأذان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الشتاء لسبع يبقى من الليل ، وفى الصيف لنصف سبع » وهذا الحديث باطل غير معروف عند أهل الحديث . وقد رواه الشافعى فى القديم باسناد ضعيف عن سعد القرظ قال « أذنا فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم بقباء ، وفى زمن عمر رضى الله عنه بالمدينة فكان أذاننا فى الصبح فى الشتاء لسبع ونصف يبقى من الليل ، وفى الصيف لسبع يبقى منه » وهذا المنقول مع ضعفه مخالف لقول صاحب هذا الوجه فالصحيح اعتبار نصف الليل كما سبق والله أعلم .

وأما الاقامة فلا يصح تقديمها على وقت الصلاة ، ولا على ارادة الدخول فيها ولابد من هذين الشرطين ، وهما دخول الوقت وارادة الدخول فى الصلاة ، فان أقام قبيل الوقت بجزء لطيف بحيث دخل الوقت عقب الاقامة ثم شرع فى الصلاة عقب ذلك لم تصح اقامته ، وان كان ما فصل بينها وبين الصلاة لكونها وقعت قبل الوقت ، وقد نص فى الأم على هذا ، وان أقام فى الوقت وأخر الدخول فى الصلاة بطلت اقامته ان طال الفصل لأنها تراد للدخول فى الصلاة فلا يجوز الفصل والله أعلم .

---

(١) بالاضافة الى القرظ لانه كان يبيعه (ط) .

(فـرع) قال أصحابنا : السنة أن يؤذن للصبح مرتين ، احداهما قبل الفجر ، والأخرى عقب طلوعه لقوله صلى الله عليه وسلم « ان بلالا يؤذن بليل فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم » والأفضل أن يكون مؤذنان، يؤذن واحد قبل الفجر والآخر بعده ، فان اقتصر على أذان واحـد جاز أن يكون قبل الفجر وأن يكون بعده ، وجاز أن يكون بعض الكلمات قبـل الفجر وبعضها بعده اذا لم يطل بينهما فصل ، واذا اقتصر على أذان واحـد فالأفضـل أن يكون بعـد الفجر على ما هو المعهود فى سائر الصلوات ، والله أعلم •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى الأذان للصبح وغيرها • أما غيرها فلا يصح الأذان لها قبل وقتها باجماع المسلمين ، نقل الاجماع فيه ابن جرير وغيره • وأما الصبح فقد ذكرنا أن مذهبنا جوازه قبل الفجر وبعده ، وبه قال مالك والأوزاعى وأبو يوسف وأبو ثور وأحمد واسحاق وداود • وقال الثورى وأبو حنيفة ومحمد : لا يجوز قبل الفجر •

وحكى ابن المنذر عن طائفة أنه يجوز أن يؤذن قبل الفجر ان كان يؤذن بعده ، واحتج لأبى حنيفة وموافقيه بحديث ابن عمر رضى الله عنهما أن بلالا رضى الله عنه أذن قبل الفجر فأمره النبى صلى الله عليه وسلم أن يرجع فينادى « ألا ان العبد نام ألا ان العبد نام ثلاثا » دليلنا حديث ابن عمر رضى الله عنهما : ان بلالا « يؤذن بليل » وهو فى الصحيحين كما سبق ، وفى الصحيح أحاديث كثيرة بمعنـاه • وأما حديث ابن عمـر الذى احتجوا به ، فرواه أبو داود والبيهقى وغيرهما وضعفوه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والأذان تسع عشرة كلمة ، الله أكبر الله أكبر ، الله أكبر الله أكبر ، أشهد ان لا اله الا الله ، أشهد أن لا اله الا الله ، أشهد أن محمدا رسول الله ، أشهد ان محمدا رسول الله ، ثم يرجع فيمد صوته ويقول : أشهد ان لا اله الا الله ، اشهد ان لا اله الا الله ، أشهد أن محمدا رسول الله ، أشهد أن محمدا رسول الله ، حى على الصلاة ، حى على الصلاة ، حى على الفلاح ، حى على الفلاح ، الله أكبر الله أكبر ، لا اله الا الله • لما روى أبو محذورة رضى الله عنه قال : « القى على رسول الله صلى الله عليه وسلم التأذين بنفسه فقال : قل الله أكبر

الله أكبر » فذكر نحو ما قلناه وان كان فى اذان الصبح زاد فيه [التثويب] وهو ان يقول بعد الحيعلة : « الصلاة خير من النوم مرتين » وكره ذلك فى الجديد .

قال أصحابنا : يسن ذلك قولا واحد ، وانما كره [ذلك] فى الجديد لأن ابا محذورة لم يحكه ، وقد صح ذلك فى حديث ابى محذورة ، وانه قال له : « حى على الفلاح ، الصلاة خير من النوم ، الصلاة خير من النوم ، الله اكبر الله أكبر لا اله الا الله ، و [أما] الاقامة [فانها] احدى عشرة كلمة : الله اكبر الله أكبر ، أشهد أن لا اله الا الله ، أشهد ان محمدا رسول الله ، حى على الصلاة حى على الفلاح ، قد قامت الصلاة قد قامت الصلاة ، الله أكبر الله أكبر لا اله الا الله ، وقال فى القديم : الاقامة مرة [مرة] لأنه لفظ فى الاقامة فكان فرادا (١) كالحيعلة والأول أصح لما روى أنس رضى الله عنه قال : « أمر بلال أن يشفع الأذان ويوتر الاقامة [ولأن سائر الفاظ الاقامة ، الا الاقامة (٢)] قد قضى حقها فى اول الأذان فأعيدت على النقصان كآخر الأذان ولفظ الاقامة لم يقض حقه فى الأذان فلم يلحقه النقصان » .

(**الشرح**) حديث أنس « أمر بلال أن يشفع الأذان ويوتر الاقامة » صحيح رواه البخارى ومسلم بلفظه . وأما حديث أبى محذورة فى الترجيح فصحيح رواه مسلم . لكنه وقع التكبير فى أوله فى رواية مسلم مرتين فقط : الله أكبر الله أكبر أشهد أن لا اله الا الله ، وفى رواية أبى داود والنسائى وغيرهما التكبير أربعا كما هو فى المهذب واسناده صحيح ، قال الترمذى : هو حديث صحيح .

وأما حديث أبى محذورة فى التثويب فرواه أبو داود وغيره باسناد جيد، وعن أنس رضى الله عنه قال : (من السنة اذا قال المؤذن فى أذان الفجر حى على الفلاح ، قال : الصلاة خير من النوم ، الله أكبر الله أكبر لا اله الا الله) رواه ابن خزيمة فى صحيحه والدارقطنى والبيهقى . قال البيهقى : اسناده صحيح .

وأبو محذورة بالحاء المهملة وضم الذال المعجمة اسمه سمرة بن معير بميم مكسورة ثم عين ساكنة ثم ياء مثناه تحت مفتوحة ثم راء ، ويقال أوس ابن معير ، ويقال : سمرة بن عمير ، ويقال : أوس بن معير بضم الميم وفتح الياء المشددة ، كان من أحسن الناس صوتا ، أسلم بعد الفتح ، توفى بمكة

---

(١) هذا التعبير أدق جمع لفرد لان الفرد الذى هو نصف الزوج والمتحد يجمع على فراد ، واما ما لا نظير له فيجمع على أفراد ، والاقامة نصف الأذان (ط) .

(٢) كل ما بين المعقوفين ساقط من ش و ق (ط) .

سنة تسع وخمسين ، وقيل تسع وسبعين ، وأما التثويب فمأخوذ من ثاب اذا رجع كأنه رجع الى الدعاء الى الصلاة مرة أخرى لأنه دعا اليها بقوله « حى على الصلاة » ثم دعا اليها بقوله « الصلاة خير من النوم » قال الترمذى فى جامعه ويقال فيه التثويب •

وأما الحيعلة فهى بفتح الحاء وهى قوله « حى على الصلاة ، حى على الفلاح » قال الأزهرى : قال الخليل : لا تأتلف العين والحاء فى كلمة واحدة أصلية فى الحروف لقرب مخرجيهما الا أن يتألف فعل من كلمتين ، مثل « حى على » فيقال « حيعلة » ومثل الحيعلة من المركبات البسملة والحمدلة والحوقلة فى بسم الله والحمد لله ولا حول ولا قوة الا بالله وأشباهها ، وقد أوضحتها فى تهذيب الأسماء واللغات • وقوله « أمر بلال أن يشفع الأذان » هو بفتح الياء ، أى أمره به رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الأمر والنهى •

وقوله « الا الاقامة » يعنى قوله قد قامت الصلاة فيأتى به مرتين • وقوله « ثم يرجع فيمد صوته » لو قال فيرفع صوته كان أحسن لأنه لا يلزم من المد الرفع ، والمراد الرفع • وقوله « يرجع » هو بفتح الياء واسكان الراء وتخفيف الجيم ، وقد رأيت من يضم الياء ويشدد الجيم ، وهو تصحيف ، لأن الترجيع اسم للذى يأتى به سرا •

(واما حكم المسألة) فمذهبنا أن الأذان تسع عشرة كلمة كما ذكر باثبات الترجيع وهو ذكر الشهادتين مرتين سرا قبل الجهر ، وهذا الترجيع سنة على المذهب الصحيح الذى قاله الأكثرون ، فلو تركه سهوا أو عمدا صح أذانه وفاته الفضيلة وفيه وجه حكاه الخراسانيون وبعضهم يحكيه قولا أنه ركن لا يصح الأذان الا به • قال القاضى حسين : نقل أحمد البيهقى عن الامام الشافعى أنه ان ترك الترجيع لا يصح أذانه ، والمذهب الأول لأنه جاءت أحاديث كثيرة بحذفه ، منها حديث عبد الله بن زيد الذى قدمناه فى أول الباب ، ولو كان ركنا لم يترك ، ولأنه ليس فى حذفه اخلال ظاهر بخلاف باقى الكلمات ، والحكمة فى الترجيع أنه يقوله سرا بتدبر واخلاص •

وأما التثويب فى الصحيح ففيه طريقان الصحيح الذى قطع به المصنف والجمهور أنه مسنون قطعا لحديث أبى محذورة .

(والطريق الثانى) فيه قولان (أحدهما) هـذا وهو القـديم ، ونقله القاضى أبو الطيب وصاحب الشامل عن نص الشافعى فى البويطى فيكون منصوصا فى القديم والجديد ونقله صاحب التتمة عن نص الشافعى رحمه الله فى عامة كتبه (والثانى) وهو الجديد لأنه يكره ، وممن قطع بطريقة القولين الدارمى ، وادعى امام الحرمين أنها أشهر والمذهب أنه مشروع ، فعلى هذا فهو سنة لو تركه صح الأذان وفاته الفضيلة . هكذا قطع به الأصحاب .

وقال امام الحرمين : فى اشتراطه احتمال ، قال : وهو بالاشتراط أولى من الترجيع ثم ظاهر اطلاق الأصحاب أنه يشرع فى كل أذان للصبح سـواء ما قبل الفجر وبعده ، وقال صاحب التهذيب : ان ثوب فى الأذان الأول لم يثوب فى الثانى فى (أصح) الوجهين .

وأما الاقامة ففيها خمسة أقوال (الصحيح) أنها احدى عشرة كلمة كما ذكره المصنف ، وهذا هو القول الجديد وقطـع به كثيرون من الأصحاب ، ودليله حديث أنس .

(والثانى) أنها عشر كلمات يفرد قوله قد قامت الصلاة . وهـذا قول قديم حكاه المصنف والأصحاب .

(والثالث) قديم أيضا أنها تسع كلمات يفرد أيضا التكبير فى آخرها ، حكاه امام الحرمين .

(والرابع) قديم أيضا أنها ثمان كلمات يفرد التكبير فى أولها وآخرها مع لفظ الاقامة ، حكاه القاضى حسين والفورانى والسرخسى وصاحب العدة وجها . وحكاه البغوى قولا .

(والخامس) أنه ان رجع فى الأذان ثنى جميـع كلمات الاقامة فيكون سبع عشرة كلمة ، وان لم يرجع أفرد الاقامة فجعلها احدى عشرة كلمة .

قال البغوى : وهذا اختيار أبى بكر محمد بن اسحاق بن خزيمـة من

أصحابنا ، والمذهب أنها احدى عشرة كلمة سواء رجع أم لا ، ودليله حديث عبد الله بن زيد الذى ذكرناه فى أول الباب وحديث أنس المذكور هنا . فان قيل : فقد قال : أمر بلال أن يشفع الأذان ويوتر الاقامة فهذا ظاهره أنه يأتى بالتكبير مرة فقط ، وقد قلتم يأتى به مرتين .

فالجواب أنه وتر بالنسبة الى تكبير الأذان فان التكبير فى أول الأذان أربع كلمات ، ولأن السنة فى تكبيرات الأربع أن يأتى بها فى نفسين كل تكبيرتين فى نفس ، وفى الاقامة يأتى بالتكبيرتين فى نفس فصارت وترا بهذا الاعتبار والله أعلم .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى ألفاظ الأذان .

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه تسع عشرة كلمة ، وبه قال طائفة من أهل العلم بالحجاز وغيره ؛ وقال مالك ، هو سبع عشرة كلمة أسقط تكبيرتين من أوله ؛ وقال أبو حنيفة وسفيان الثورى هو خمس عشرة كلمة أسقطا الترجيع وجعلا التكبير أربعا كمذهبنا ، وقال أحمد واسحاق : اثبات الترجيع وحذفه كلاهما سنة ؛ وحكى الخرقى عن أحمد أنه لا يرجع .

واحتج لأبى حنيفة وموافقيه فى اسقاط الترجيع بحديث عبد الله بن زيد ؛ واحتج أصحابنا بحديث أبى محذورة قالوا : وهو مقدم على حديث عبد الله بن زيد لأوجه (أحدها) أنه متأخر (والثانى) أن فيه زيادة ؛ وزيادة الثقة مقبولة (الثالث) أن النبى صلى الله عليه وسلم لقنه اياه (والرابع) عمل أهل الحرمين بالترجيع والله أعلم .

(فرع) فى مذاهبهم فى التثويب : قد ذكرنا أن مذهبنا أنه سنة فى أذان الصبح وممن قال بالتثويب عمر بن الخطاب رضى الله عنه وابنه وأنس والحسن البصرى وابن سيرين والزهرى ومالك والثورى وأحمد واسحاق وأبو ثور وداود ، ولم يقل أبو حنيفة بالتثويب على هذا الوجه ، دليلنا الحديث السابق فيه .

(فرع) فى مذاهبهم فى الاقامة مذهبنا المشهور أنها احدى عشرة كلمة كما سبق وبه قال عمر بن الخطاب وابنه وأنس والحسن البصرى

ومكحول والزهرى والأوزاعى وأحمد واسحاق وأبو ثور ويحيى بن يحيى وداود وابن المنذر قال البيهقى : وممن قال بافراد الاقامة سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والحسن وابن سيرين ومكحول والزهرى وعمر بن عبد العزيز ومشايخ جلة من التابعين سواهم ، قال البغوى : هو قول أكثر العلماء .

وقال مالك : عشر كلمات جعل قوله : قد قامت الصلاة مرة ، وقال أبو حنيفة والثورى وابن المبارك : هو سبع عشرة كلمة مثل الأذان عندهم مع زيادة قد قامت الصلاة مرتين ، واحتج لأبى حنيفة وموافقيه بحديث أبى محذورة « أن النبى صلى الله عليه وسلم علمه الأذان تسع عشر كلمة والاقامة سبع عشرة كلمة » رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن صحيح .

وعن عبد الرحمن بن أبى ليلى عن عبد الله بن زيد قال « كان أذان رسول الله صلى الله عليه وسلم شفعا شفعا فى الأذان والاقامة » وعن عبد الرحمن بن أبى ليلى عن معاذ مثله وقياسا على الأذان ، واحتج أصحابنا بحديث عبد الله بن زيد المذكور فى أول الباب وهو صحيح كما سبق بيانه ، وبحديث أنس قال « أمر بلال أن يشفع الأذان ويوتر الاقامة الا الاقامة » رواه البخارى ومسلم ورواه البيهقى باسنادين صحيحين أيضا عن أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أمر بلالا أن يشفع الأذان ويوتر الاقامة » .

وعن ابن عمر رضى الله عنهما قال « انما كان الأذان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مرتين مرتين والاقامة مرة مرة غير أنه يقول : قد قامت الصلاة قد قامت الصلاة » رواه أبو داود والنسائى باسناد صحيح . وفى المسألة أحاديث كثيرة واحتجوا بأقيسة كثيرة لا حاجة اليها مع الأحاديث الصحيحة قالوا : والحكمة فى أفراد الاقامة أن السامع يعلم أنها اقامة فلو ثنيت لاشتبهت عليه بالأذان ، ولأنها للحاضرين فلم يحتج الى تكرير للتأكيد بخلاف الأذان ، وأجابوا عن حديث عبد الله بن زيد بأن ابن أبى ليلى لم يدرك عبد الله بن زيد ولم يدرك أيضا معاذا ، هكذا أجاب به حفاظ الحديث واتفقوا عليه ، ولأن المشهور عن عبد الله بن زيد افراد الاقامة كما سبق فى أول الباب فى حديث بدء الأذان .

قال ابن خزيمة : سمعت الامام محمد بن يحيى الذهلى يقول : ليس فى أخبار عبد الله بن زيد فى الأذان أصح من هذا ــ يعنى الرواية التى ذكرناها فى أول الباب ــ وعن حديث أبى محذورة أن الرواية اختلفت عنه ، فروى جماعة عنه افراد الاقامة وآخرون تثنيتها ، وقد روى ابن خزيمة والدارقطنى والبيهقى طرقهم وبينوها .

وقد اتفقنا نحن وأصحاب أبى حنيفة على أن حديث أبى محذورة هــذا لا يعمل بظاهره لأن فيه الترجيع وتثنية الاقامة وهم لا يقولون بالترجيــع ونحن لا نقول بتثنية الاقامة فلابد لنا ولهم من تأويله فكان الأخذ بالأفراد أولى لأنه الموافق لباقى الروايات والأحاديث الصحيحة ، كحديث أنس وغيره مما سبق فى الافراد .

قال البيهقى : أجمعوا أن الاقامة ليست كالأذان فى عدد الكلمات اذا كان بالترجيع فدل على أن المراد به جنس الكلمات ، وأن تفسيرها وقع من بعض الرواة توهما منه أن ذلك هو المراد ، ولهذا لم يرو مسلم فى صحيحه الاقامة فى حديث أبى محــذورة مع روايته الأذان عنه ، ثم ذكر البيهقى بأسانيده الصحيحة روايات عن أبى محذورة تبين صحة قوله ، ثم روى البيهقى عن ابن خزيمة قال : الترجيع فى الأذان مع تثنية الاقامة من جنس الاختلاف المباح فيباح أن يرجع فى الأذان ويثنى الاقامة ، ويباح أن يثنى الأذان ويفرد الاقامة لأن الأمرين صحا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فأما تثنية الأذان بلا ترجيع وتثنية الاقامة فلم يثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم .

قال البيهقى : وفى صحة التثنية فى الاقامة سوى لفظ التكبير وكلمتى الاقامة نظر ففى اختلاف الروايات ما يوهم أن يكون الأمر بالتثنية عاد الى كلمتى الاقامة وفى دوام أبى محذورة وأولاده على ترجيــع الأذان وافراد الاقامة ما يؤذن بضعف رواية من روى تثنيتها ويقتضى أن الأمر بقى على ما كان عليه هو وأولاده وسعد القرظ وأولاده فى حرم الله تعــالى وحرم رسوله صلى الله عليه وسلم الى أن وقع التغيير فى أيام المصريين [1] .

---

(١) يعنى على عهد الدولة الفاطمية التى بسطت سلطانها على مصر والشام والحجاز واليمن، وكان خلفاؤها ووزراؤها وقادتها قرامطة يخفون القرمطة الا عن خاصتهم ممن يعتنق دعوتهم ولاتزال

قال الشافعي رحمه الله : أدركت ابراهيم بن عبد العزيز بن عبد الملك بن أبي محذورة يؤذن كما حكى ابن محيريز ــ يعني بالترجيع ــ قال : وسمعته يحدث عن أبيه عن ابن محيريز عن أبي محذورة عن النبي صلى الله عليه وسلم معنى ما حكى ابن جريج قال : وسمعته يفرد الاقامة الا لفظ الاقامة .

وقال الشافعي في القديم : الرواية في الأذان تكلف لأنه خمس مرات في اليوم والليلة في المسجدين ، يعني مسجدي مكة والمدينة على رؤوس المهاجرين والأنصار ، ومؤذنوا مكة آل أبي محذورة ، وقد أذن أبو محذورة للنبي صلى الله عليه وسلم وعلمه الأذان ثم ولده بمكة وأذن آل سعد القرظ منذ زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر رضي الله عنه ، كلهم يحكي الأذان والاقامة والتثويب وقت الفجر ، كما ذكرنا ، فان جاز أن يكون هذا غلطا من جماعتهم والناس بحضرتهم ويأتينا من طرف الأرض من يعلمنا ذلك جاز له أن يسألنا عن عرفة ومنى ثم يخالفنا ، ولو خالفنا في المواقيت لكان أجوز له من مخالفتنا في هذا الأمر الظاهر المعمول به . وروى البيهقي عن مالك قال : أذن سعد القرظ في هذا المسجد في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم متوافرون فلم ينكره أحد منهم . وكان سعد وبنوه يؤذنون بأذانه الى اليوم ، فقيل له كيف أذانهم ؟ فقال يقول : الله أكبر الله أكبر ، الله أكبر الله أكبر ، فذكره بالترجيع قال ؛ والاقامة مرة مرة . قال أبو عبد الله محمد بن نصر : فأرى فقهاء أصحاب الحديث قد أجمعوا على افراد الاقامة واختلفوا في الأذان ، يعني اثبات الترجيع وحذفه والله أعلم .

(فرع) يكره التثويب في غير الصبح ، وهذا مذهبنا ومذهب الجمهور ، وحكى الشيخ أبو حامد وصاحب الحاوي والمحاملي وغيرهم عن النخعي أنه كان يقول : التثويب سنة في كل الصلوات كالصبح .

وحكى القاضي أبو الطيب عن الحسن بن صالح أنه مستحب في أذان

= بقيتهم في الشام تتسمى بالدروز الارسلانية والجمبلاطية ، وفي الهند وجنوب افريقيا تتسمى بالاسماعيلية لان عبيد الله المهدي مؤسس هذه الدولة كان يزعم انه من نسل اسماعيل ابن الامام جعفر الصادق ولهم امام يدعى : اغا خان لحاهم الله اجمعين (ط) .

العشاء أيضا لأن بعض الناس قد ينام عنها ، دليلنا حديث عائشة رضى الله عنها أن رسـول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من أحدث فى أمرنا هـذا ما ليس منه فهو رد » رواه البخارى ومسلم •

وروى عن عبد الرحمن بن أبى ليلى التابعى عن بلال رضى الله عنه قال :قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا يثوبن فى شىء من الصـلوات الا فى صلاة الفجر » رواه الترمذى وضعف اسـناده ، وهو مع ضعف اسـناده مرسل لأن ابن أبى ليلى لم يسمع بلالا •

وعن مجاهد قال : « كنت مع ابن عمر فثوب رجل فى الظهر أو العصر فقال : « اخرج بنا فان هذه بدعة » رواه أبو داود وليس اسناده بقوى ، والمعتمد حديث عائشة رضى الله عنها •

(فـرع) يكره أن يقال فى الأذان : حى على خير العمـل ، لأنه لم يثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وروى البيهقى فيه شيئا موقوفا على ابن عمر وعلى بن الحسين رضى الله عنهم ، قال البيهقى : لم تثبت هـذه اللفظة عن النبى صلى الله عليه وسلم فنحن نكره الزيادة فى الأذان والله أعلم•

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يصح الأذان الا من مسلم عاقل ، فاما الكافر والمجنون فلا يصـح اذانهما لأنهما ليسا من أهل العبادات ، ويصح من الصبى العاقل لأنه من أهل العبادات ، ويكره للمراة ان تؤذن ، ويستحب لها ان تقيم لان فى الأذان ترفع الصوت وفى الاقامة لا ترفع [الصوت] فاذا اذنت للرجال لم يعتد باذانها لانه لا يصح امامتها للرجال فلا يصح تاذينها لهم) •

(الشرح) فيه مسائل (احداها) لا يصـح أذان كافر على أى ملة كان ، فان أذن فهل يكون أذانه اسلاما ؟ ينظر ان كان عيسويا [1] والعيسوية

---

(1) فى معرض بحثى عن فرق اليهود والاحدى وسبعين فرقة التى ورد بها الحديث الشريف عرفت منها الفرق بين المبريين والموسويين واليهود والاسرائيليين والسـامرة والمكابيين والصدوقيين والبيتوسيين والحسـيديم والاسـيين والـكتاب والفريسـيين والربانين والقـرائين والتلموديين والسفرديم والاسكنازيم والعيسويين وقد تفرع من العيسويين الذين كانوا فى عصر عبد الملك بن مروان وكان زعيمهـا يعرف بمحمـد بن عيسى واتبعـه جمهـور كبير من اليهود وقد حدثت وقائع بينه وبين رجال أبى جعفر المنصور فقتلوه وقد ادعى النبوة وأنه بشير=

طائفة من اليهود ينسبون الى أبى عيسى اليهودى الأصبهانى ، يعتقدون اختصاص رسالة نبينا صلى الله عليه وسلم بالعرب فهذا لا يصير بالأذان مسلما لأنه اذا نطق بالشهادتين اعتقد فيها الاختصاص وان كان غير عيسوى فله فى نطقه بالشهادة ثلاثة أحوال (أحدها) أن يقولها حكاية بأن يقول : سمعت فلانا يقول : لا اله الا الله محمد رسول الله ، فهذا لا يصير مسلما بلا خلاف ، لأنه حاك كما لا يصير المسلم كافرا بحكايته الكفر • (والثانى) أن يقولها بعد استدعاء بأن يقول له انسان قل : لا اله الا الله محمد رسول الله فيقولها قصدا فهذا يصير مسلما بلا خلاف • (والثالث) أن يقولها ابتداء لا حكاية ولا أنه يصير لنطقه بهما باستدعاء فهل يصير مسلما ؟ فيه وجهان مشهوران الصحيح منهما وبه قطع الأكثرون : أنه يصير لنطقه بهما اختيارا ، والثانى : لا يصير لاحتمال الحكاية ، وسواء حكمنا باسلامه أم لا ، لا يصح أذانه ، لأنه وان حكم باسلامه فانما يحكم بعد الشهادتين فيكون بعض الأذان جرى فى الكفر • ولو أذن المسلم ثم ارتد عقب فراغه اعتد بأذانه ، ويستحب أن لا يعتد به لاحتمال أن تكون عرضت له الردة قبل فراغه ، وممن نص على هذا الشافعى •

(المسألة الثانية) لا يصح أذان المجنون والمغمى عليه لأن كلامهما لغو وليسا فى الحال من أهل العبادة • وأما السكران فلا يصح أذانه على الصحيح كالمجنون ، وفيه وجه أنه يصح ، حكاه امام الحرمين والبغوى وغيرهما وصححه الشيخ أبو محمد فى كتابه الفروق ، والقاضى حسين فى الفتاوى بناء على صحة تصرفاته وليس بشىء • وأما من هو فى أول النشوة فيصح أذانه بلا خلاف •

= المسيح المنتظر وكانت دعوته شبيهة بالبهائية والقاديانية ومنع اكل اللحم وأمر بالتقشف وأوجب عشر صلوات وادعى أنه المسيح ويزعم اتباعه أنه حى وأنه سيظهر مرة أخرى نسبة الى يود جآن وهو تلميذ أبى عيسى وادعى أنه المسيح واهمل السبوت والأعياد ثم الشدجئونيم وهم فرقة من اليودجئنيم والموشكئيم نسبة الى كبيرهم موشكا وكان من طريقته الاكراه على طريقته خلافا ليودجآن وقتل ببلاد فارس ثم على اسم كبيرهم وكانوا كاليود جآنيم وهذه الفرق المتفرعة من العيسوية تؤمن برسالة محمد صلى الله عليه وسلم والقرآن الى العرب ا هـ من كتاب القرائون والربانون للمحامى اليهودى مراد فرج وبنسكر ص١٦ والكنز من كتب اليهود ص ٩٥ ، ٩٦ لحاهم الله أجمعين (ط) .

(الثالثة) يصح أذان الصبى المميز كما تصح امامته . هذا هو المذهب، وبه قطع الجمهور ، ونص عليه فى الأم لما ذكره المصنف .

قالوا : ولأنه يقبل خبره فيما طريقه المشاهدة ، كما لو دل أعمى على محراب يجوز أن يصلى ، ويقبل قوله فى الاذن فى دخول الدار وحمل الهدية، وفيه وجه أنه لا يصح أذانه ، حكاه صاحب التتمة وغيره ، وهو مذهب أبى حنيفة وداود . وقال مالك وأحمد يصح ، فاذا قلنا بالمذهب : انه يصح قال الماوردى والبندنيجى وصاحب الشامل والعدة وغيرهم : يكره ، ونقل المحاملى كراهته عن نص الشافعى قال الماوردى وصاحب العدة ، سواء كان مراهقا أو دونه يكره أن يرتب للأذان .

(الرابعة) لا يصح أذان المرأة للرجال لما ذكره المصنف هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور ، ونص عليه فى الأم ، ونقل امام الحرمين الاتفاق عليه ، وفيه وجه حكاه المتولى أنه يصح كما يصح خبرها .

وأما اذا أراد جماعة النسوة صلاة ففيها ثلاثة أقوال ، المشهور المنصوص فى الجديد والقديم ، وبه قطع الجمهور : يستحب لهن الاقامة دون الأذان لما ذكره المصنف .

والثانى : لا يستحبان ، نص عليه فى البويطى ، والثالث : يستحبان حكاهما الخراسانيون فعلى الأول اذا أذنت ولم ترفع الصوت لم يكره وكان ذكرا لله تعالى هكذا نص عليه الشافعى فى الأم والبويطى ، وصرح به الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى فى كتابيه وصاحب الشامل وغيرهم.

وشذ المصنف والجرجانى فى التحرير فقالا : يكره لها الأذان ، والمذهب ما سبق واذا قلنا : تؤذن فلا ترفع الصوت فوق ما تسمع صواحبها اتفق الأصحاب عليه ونص عليه فى الأم ، فان رفعت فوق ذلك حرم كما يحرم تكشفها بحضور الرجال لأنه يفتتن بصوتها كما يفتتن بوجهها ، وممن صرح بتحريمه امام الحرمين والغزالى والرافعى ، وأشار اليه القاضى حسين .

وقال السرخسى فى الأمالى : رفع صوتها مكروه ، ولو أرادت الصلاة امرأة منفردة ، فان قلنا الرجل المنفرد لا يؤذن فهى أولى والا فعلى الأقوال

الثلاثة فى جماعة النســاء ، والخنثى المشكل فى هــذا كله كالمرأة ، ذكره أبو الفتوح والبغوى وغيرهما ، وقال مالك وأحمــد وداود : يسن للمرأة ، وللنساء الاقامة دون الأذان ، وقال أبو حنيفة : لا يسن الاقامة لهن .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والمستحب أن يكون المؤذن حرا بالغا لما روى ابن عباس رضى الله عنهما مرفوعا : « يؤذن لكم خياركم » وقال عمر رضى الله عنه لرجل : « من مؤذنوكم؟ فقال : موالينا أو عبيــدنا فقال : ان ذلك لنقص كبير » والمستحب أن يكون عدلا لأنه أمين على المواقيت ، ولأنه يؤذن على موضع عال ، فاذا لم يكن أمينا لم يؤمن ان ينظر الى العورات) .

(الشرح) قوله : روى ابن عباس مرفوعا أى مرفوعا الى النبى صلى الله عليه وسلم تقديره قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا الحديث رواه أبو داود وابن ماجه والبيهقى باسناد فيه ضعف ، وأما الأثر المذكور عن عمر فرواه البيهقى وهذا الرجل الذى قاله له عمر من مؤذنوكم ؟ هو قيس ابن أبى حازم التابعى الجليل روى عن العشرة ، ولا يعرف أحد روى عن العشرة غيره ، وقيل لم يسمع عبد الرحمن بن عوف ، وقوله : موالينــا أو عبيدنا هكذا هو فى المهذب (أو عبيدنا) بأو ، وفى سنن البيهقى (وعبيدنا) بالواو .

واما الأحكام ففيه مسائل :

(احداها) يصح أذان العبــد كما يصح خبره لكن الحــر أولى ، لأنه أكمل ، قال صاحب الحاوى : قال الشافعى رحمه الله : والعبــد فى الأذان كالحر قال : فاحتمل مراده بذلك أمرين :

أحدهما : أنه يجوز أن يكون مؤذنا كالحر . والثانى : أنه يسن له الأذان والاقامة لصلاته كالحر وهذا صحيح لأن مسنونات الصلاة وفروضها يستوى فيها الحر والعبد ، لكن ان أراد أن يؤذن لنفسه لم يلزمه استئذان سيده لأن ذلك لا يضر بخدمة السيد ، وان أراد أن يكون مؤذنا للجماعة لم يجز الا باذن سيده ، لأن فيه اضرارا بخدمته لأنه يحتاج الى مراعاة الأوقات .

(الثانية) سبق أن المذهب الصحيح صحة أذان الصبى المميز ويتأدى به الشعار وفرض الكفاية اذا قلنا به ، ولكن البالغ أولى منه ، وقد سبق أن جماعة من أصحابنا قالوا : يكره أن يكون مؤذنا لأن فيه تغريرا فانه يخالف غلطه .

(الثالثة) ينبغى أن يكون المؤذن عدلا ذا صيانة فى دينه ومروءته ، لما ذكره المصنف فان كان فاسقا صح أذانه وهو مكروه ، واتفق أصحابنا على أنه مكروه ، وممن نص عليه البندنيجى وابن الصباغ والرويانى وصاحب العدة وغيرهم ، قال أصحابنا : وانما يصح أذانه فى تحصيل وظيفة الأذان ولا يجوز تقليده وقبول خبره فى دخول الوقت ، لأن خبره غير مقبول .

قال صاحب العدة : فان أذن خصى أو مجبوب فلا كراهة فيه ، قال الشافعى رحمه الله فى الأم : ومن أذن من عبد ومكاتب أجزأ قال : وكذلك الخصى والمجبوب والأعجمى اذا أفصح بالأذان وعلم الوقت ، قال : وأحب أن يكون المؤذنون خيار الناس .

(فرع) قال الامام الشافعى فى الأم والمختصر « وأحب أن لا يجعل مؤذن الجماعة الا عدلا ثقة » قال صاحب الحاوى : قيل جمع بينهما تأكيدا ، وقيل أراد عدلا ان كان حرا ، ثقة ان كان عبدا لأن العبد لا يوصف بالعدالة وانما يوصف بالثقة والأمانة ، وقيل : أراد عدلا فى دينه ثقة فى معرفته بالمواقيت .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وينبغى ان يكون عارفا بالمواقيت لانه اذا لم يكن عارفا غر الناس باذانه والمستحب ان يكون من ولد من جعل النبى صلى الله عليه وسلم الاذان فيهم او من الأقرب فالأقرب اليهم لما روى ابو محذورة رضى الله عنه قال : « جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الأذان لنا » وروى ابو هريرة رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الملك فى قريش والقضاء فى الانصار والاذان فى الحبشة ») .

(**الشرح**) قوله : ينبغى أن يكون عارفا بالمواقيت يعنى يشترط أن يكون عارفا بالمواقيت هكذا صرح باشتراطه صاحب التتمة وغيره ، وأما

ما حكاه الشيخ أبو حامد عن نص الشافعي وقطع به ووقع في كلام المحاملي وغيره أنه يستحب كونه عارفا بالمواقيت فمؤول ، ويعني بالاشتراط فيمن يولي ويرتب للأذان ، وأما من يؤذن لنفسه أو يؤذن لجماعة مرة فلا يشترط معرفته بالمواقيت بل اذا علم دخول وقت الأذان لتلك الصلاة صح أذانه لها بدليل أذان الأعمى .

وأما قوله : يستحب أن يكون من ولد من جعل الأذان فيهم ثم من الأقرب فالأقرب اليهم فمتفق عليه ، ونص عليه الشافعي رحمه الله والمحاملي وزاد الشافعي من جعل بعض الصحابة الأذان فيه ، قال القاضي أبو الطيب في تعليقه وصاحبا الشامل والبيان : فان لم يكن ففي أولاد الصحابة ، وأما حديث أبي هريرة فرواه الترمذي هكذا مرفوعا قال : والأصح أنه موقوف على أبي هريرة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والمستحب ان يكون صيتا لان النبي صلى الله عليه وسلم اختار ابا محذورة لصوته ويستحب ان يكون حسن الصوت لانه ارق لسامعيه ويكره ان يكون المؤذن اعمى ، لانه ربما غلط في الوقت ، فان كان معه بصير لم يكره لان ابن ام مكتوم كان يؤذن مع بلال) .

(**الشرح**) هذه المسائل حكمها كما ذكر باتفاق أصحابنا ، ونص الشافعي رحمه الله عليها كلها ، والصيت بتشديد الياء هو شديد الصوت ورفيعه ، وحديث ابن أم مكتوم في الصحيحين كما سبق ، وحديث أبي محذورة صحيح أيضا ، ومما يستدل به قوله صلى الله عليه وسلم « ألقه على بلال فانه أندى صوتا منك » وهو صحيح كما سبق في أول الباب .

قال الشافعي في الأم والشيخ أبو حامد والمحاملي والبغوي وغيرهم : اذا كان مع الأعمى بصير يخبره بالوقت ولا يؤذن لم يكره كون الأعمى مؤذنا ، كما لا يكره اذا كان معه بصير يؤذن قبله أو بعده ، لأنه لا يؤذن الا بعد دخول الوقت . قال أصحابنا : وانما كرهنا انفراد الأعمى وان كان يمكنه معرفة الوقت بسؤال غيره وبالاجتهاد لأنه يفوت على الناس فضيلة أول الوقت باشتغاله بذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

[والمستحب ان يكون على طهارة لما روى وائل بن حجر رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « حق وسنة ان لا يؤذن [لكم] احد الا وهو طاهر » ولأنه اذا لم يكن على طهارة انصرف لاجل الطهارة فيجىء من يريد الصلاة فلا يجد احدا فينصرف ، والمستحب ان يكون على موضع عال لأن الذى رآه عبد الله بن زيد كان على جذم حائط ، ولأنه أبلغ فى الاعلام ، والمستحب أن يؤذن قائما لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « يا بلال قم فناد » ولأنه ابلغ فى الاعلام فان كان مسافرا وهو راكب اذن قاعدا كما يصلى قاعدا . والمستحب ان يكون مستقبل القبلة ، فاذا بلغ الحيعلة لوى عنقه يمينا وشمالا ولا يستدير ، لما روى ابو جحيفة رضى الله عنه قال : « رايت بلالا خرج الى الأبطح فاذن واستقل القبلة فلما بلغ حى على الصلاة ، حى على الفلاح ، لوى عنقه يمينا وشمالا ولم يستدر » ولأنه اذا لم يكن له بد من جهة فجهة القبلة اولى ، والمستحب أن يجعل اصبعيه فى صماخى اذنيه لما روى ابو جحيفة قال : « رأيت بلالا وأصبعاه فى [صماخى] اذنيه ورسول الله صلى الله عليه وسلم فى قبة له حمراء » ولأن ذلك أجمع للصوت) .

(**الشرح**) أما حديث وائل فرواه البيهقى عن عبد الجبار بن وائل عن أبيه موقوفا عليه ، وهو موقوف مرسل ، لأن أئمة الحديث متفقون على أن عبد الجبار لم يسمع من أبيه شيئا ، وقال جماعة منهم : انما ولد بعد وفاة أبيه بستة أشهر ، وحجر بحاء مهملة مضمومة ثم جيم ساكنة ، وكنية وائل أبو هنيدة ، وهو من بقايا ملوك حمير ، نزل الكوفة وعاش الى أيام معاوية.

وأما قوله : لأن الذى رآه عبد الله بن زيد كان على جذم حائط ، فروى أبو داود معناه ، قال : (قام على المسجد) وجذم الحائط أصله ، وهو بكسر الجيم واسكان الذال المعجمة .

وأما حديث « يا بلال قم فناد » فرواه البخارى ومسلم من رواية ابن عمر رضى الله عنهما . وأما الحديثان اللذان عن أبى جحيفة فصحيحان رواه البخارى ومسلم عن أبى جحيفة قال « رأيت بلالا يؤذن فجعلت أتتبع فاه ههنا وههنا يمينا وشمالا ، يقول حى على الصلاة حى على الفلاح » وفى رواية أبى داود « فلما بلغ : حى على الصلاة ، حى على الفلاح ، لوى عنقه يمينا وشمالا ولم يستدر » واسناده صحيح ، وفى رواية الترمذى : « رأيت بلالا

يؤذن وأتتبع فاه ههنا وههنا وأصبعاه فى أذنيه » قال الترمذى حديث حسن صحيح ، وأبو جحيفة بجيم مضمومة ثم حاء مهملة مفتوحة ، وهو صحابى مشهور رضى الله عنه واسمه وهب بن عبد الله ، وقيل وهب الله السؤائى بضم السين توفى سنة ثنتين وسبعين ، قيل توفى النبى صلى الله عليه وسلم وهو لم يبلغ الحلم •

(**اما احكام الفصل**) ففيه مسائل (احداها) يستحب أن يؤذن على طهارة فان أذن وهو محدث أو جنب أو أقام الصلاة وهو محدث أو جنب صح أذانه واقامته لكنه مكروه ، نص على كراهته الشافعى والأصحاب ، واتفقوا عليها، ودليلنا ما ذكره المصنف مع ما سنذكره ان شاء الله تعالى • قالوا : والكراهة فى الجنب أشد منها فى المحدث ، وفى الاقامة أغلظ •

قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم : ولو ابتدأ فى الأذان طاهرا ثم انتقضت طهارته بنى على أذانه ولم يقطعه ، سواء كان حدثه جنابة أو غيرها • قال ولو قطعه وتطهر ثم رجع بنى على أذانه ، ولو استأنف كان أحب الى • هذا نصه : وتابعه الأصحاب • قالوا : وانما استحب اتمامه ولا يقطعه ، لئلا يظن أنه متلاعب • وانما يصح البناء اذا لم يطل الفصل طولا فاحشا ، وان طال طولا غير فاحش ففى صحة البناء طريقان حكاهما صاحب البيان وآخرون :

(أحدهما) يصح البناء قولا واحدا ، وبه قطع الشيخ أبو حامد وآخرون (والثانى) فيه قولان ، قال أصحابنا : واذا أذن أو أقام وهو جنب فى المسجد أثم بلبثه فى المسجد ، وصح أذانه واقامته ، لأن المراد حصول الاعلام وقد حصل ، والتحريم لمعنى آخر وهو حرمة المسجد • وقال صاحب البيان وغيره : وكذا لو أذن الجنب فى رحبة المسجد يأثم ويصح أذانه • قال : والرحبة كالمسجد فى التحريم على الجنب ، قال صاحب الحاوى وغيره : ولو أذن مكشوف العورة أثم وأجزأه •

(**فرع**) فى مذاهب العلماء فى الأذان بغير طهارة •

قد ذكرنا أن مذهبنا أن أذان الجنب والمحدث واقامتهما صحيحان مع الكراهة وبه قال الحسن البصرى وقتادة وحماد بن أبى سليمان وأبو حنيفة

والثورى وأحمد وأبو ثور وداود وابن المنذر • وقالت طائفة : لا يصح أذانه ولا اقامته ، منهم عطاء ومجاهد والأوزاعى واسحاق • وقال مالك : يصح الأذان ولا يقيم الا متوضئا ، وأصح ما يحتج به فى المسألة حديث المهاجر بن قنفد رضى الله عنه قال « أتيت النبى صلى الله عليه وسلم وهو يبول فسلمت عليه فلم يرد على حتى توضأ ، ثم اعتذر الى فقال : انى كرهت أن أذكر الله الا على طهر ، أو قال على طهارة » حديث صحيح رواه أحمد بن حنبل وأبو داود والنسائى وغيرهم بأسانيد صحيحة • وعن الزهرى عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا يؤذن الا متوضىء » رواه الترمذى ، هكذا قال ، والأصح أنه عن الزهرى عن أبى هريرة موقوف عليه وهو منقطع ، فان الزهرى لم يدرك أبا هريرة •

(المسألة الثانية) يستحب أن يؤذن على موضع عال من منارة أو غيرها وهذا لا خلاف فيه ، واحتج له الأصحاب بما ذكر المصنف ، وبحديث ابن عمر رضى الله عنهما قال : « كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم مؤذنان بلال وابن أم مكتوم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان بلالا يؤذن بليل فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم• قال : ولم يكن بينهما الا أن ينزل هذا ويرقى هذا » رواه البخارى ومسلم من رواية ابن عمر وعائشة ، وهذا لفظ مسلم وعن عروة بن الزبير عن امرأة من بنى النجار قالت « كان بيتى أطول بيت حول المسجد ، فكان بلال يؤذن عليه الفجر » رواه أبو داود باسناد ضعيف • قال المحاملى فى المجموع وصاحب التهذيب : ولا يستحب فى الاقامة أن تكون على موضع عال وهذا الذى قالاه محمول على ما اذا لم يكن مسجد كبير تدعو الحاجة فيه الى العلو للاعلام •

(الثالثة) السنة أن يؤذن قائما مستقبل القبلة لما ذكره المصنف ، فلو أذن قاعدا أو مضطجعا أو الى غير القبلة كره وصح أذانه لأن المقصود الاعلام وقد حصل ، هكذا صرح به الجمهور وقطع به العراقيون وأكثر الخراسانيين وهو المنصوص ، وذكر جماعات من الخراسانيين فى اشتراط القيام واستقبال القبلة فى حال القدرة وجهين • وحكى القاضى حسين وجها أنه يصح أذان القاعد دون المضطجع ، والمذهب صحة الجميع ، ومما يستدل له حديث يعلى

ابن مرة الصحابى رضى الله عنه أنهم كانوا مع النبى صلى الله عليه وسلم فى مسير فانتهوا الى مضيق وحضرت الصلاة فمطرت السماء من فوقهم والبلة من أسفل منهم ، فأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو على راحلته وأقام فتقدم على راحلته فصلى بهم يومىء ايماء يجعل السجود أخفض من الركوع » رواه الترمذى باسناد جيد ، وهذه الصلاة كانت فريضة ، ولهذا أذن لها وصلاها على الدابة للعذر ، ويجب اعادتها • وأما حديث زياد بن الحارث قال : « أذنت مع النبى صلى الله عليه وسلم للصبح وأنا على راحلتى » فضعيف والله أعلم •

والسنة أن يلتفت فى الحيعلتين يمينا وشمالا ولا يستدير لما ذكره المصنف وفى كيفية الالتفات المستحب ثلاثة أوجه (أصحها) وبه قطع العراقيون وجماعة من الخراسانيين أنه يلتفت عن يمينه فيقول : « حى على الصلاة حى على الصلاة » ثم يلتفت عن يساره فيقول « حى على الفلاح حى على الفلاح » (والثانى) أنه يلتفت عن يمينه فيقول : «حى على الصلاة» ثم يعود الى القبلة ثم يلتفت عن يمينه فيقول « حى على الصلاة » ثم يلتفت عن يساره فيقول « حى على الفلاح » ثم يعود الى القبلة ثم يلتفت عن يساره فيقول : « حى على الفلاح » (والثالث) وهو قول القفال يقول : « حى على الصلاة » مرة عن يمينه ومرة عن يساره ، ثم « حى على الفلاح » مرة عن يمينه ومرة عن يساره •

قال القاضى أبو الطيب وغيره : فان قيل : استحببتم التفات المؤذن فى الحيعلتين وكرهتم التفات الخطيب فى شىء من الخطبة فما الفرق ؟ قلنا : الخطيب واعظ للحاضرين فالأدب أن لا يعرض عنهم ، بخلاف المؤذن فانه داع للغائبين ، فاذا التفت كان أبلغ فى دعائهم واعلامهم ، وليس فيه ترك أدب • قال أصحابنا : والمراد بالالتفات أن يلوى رأسه وعنقه ولا يحول صدره عن القبلة ولا يزيل قدمه عن مكانها • وهذا معنى قول المصنف : ولا يستدير ، ودليله الحديث المذكور والمحافظة على جهة القبلة ، وهذا الذى ذكرناه من انه لا يستدير فى المنارة وغيرها هو الصحيح المشهور الذى نص عليه الشافعى وقطع به الجمهور •

وقال صاحب الحاوى : ان كان بلدا صغيرا وعددا قليلا لم يستدر ، وان

كان كبيرا ففى جواز الاستدارة وجهان ، وهما فى موضع الحيعلتين ولا يستدير فى غيره وهذا غريب ضعيف ، والسنة فى اقامة الصلاة أن يكون مستقبل القبلة وقائما كما ذكرنا فى الأذان ، فان ترك الاستقبال والقيام فيها فهو كتركه فى الأذان ، وهل يستحب الالتفات فى الاقامة ؟ فيه ثلاثة أوجه أصحها : يستحب ، ونقل امام الحرمين اتفاق الأصحاب عليه قال : وحكى بعض المصنفين ، يعنى الفورانى صاحب الابانة عن القفال أنه قال مرة : لا يستحب . قال الامام : وهذا غير صحيح ، والوجه الثانى : لا يستحب ، ورجحه البغوى ، لأن الاقامة للحاضرين فلا حاجة الى الالتفات . والثالث : لا يلتفت الا أن يكبر المسجد ، وبه قطع المتولى قال أصحابنا : واذا شرع فى الاقامة فى موضع تممها فيه ولا يمشى فى أثنائها .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى الالتفاتات فى الحيعلتين والاستدارة.

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه يستحب الالتفات فى الحيعلة يمينا وشمالا ولا يدور ولا يستدبر القبلة ، سواء كان على الأرض أو على منارة ، وبه قال النخعى والثورى والأوزاعى وأبو ثور ، وهو رواية عن أحمد ، وقال ابن سيرين : يكره الالتفات وقال مالك : لا يدور ولا يلتفت الا أن يريد أسماع الناس . وقال أبو حنيفة واسحاق وأحمد فى رواية : يلتفت ولا يدور الا أن يكون على منارة فيدور ، واحتج لمن قال يدور بحديث الحجاج بن أرطاة عن عون بن أبى جحيفة عن أبى جحيفة قال : « رأيت النبى صلى الله عليه وسلم بالأبطح فخرج بلال فأذن فاستدار فى أذانه » رواه ابن ماجه والبيهقى .

واحتج أصحابنا بالحديث الصحيح السابق من رواية أبى داود أنه لم يستدر ، وأما حديث الحجاج فجوابه من أوجه ، أحدها أنه ضعيف لأن الحجاج ضعيف ومدلس ، والضعيف لا يحتج به ، والمدلس اذا قال : عن لا يحتج به ولو كان عدلا ضابطا .

(والجواب الثانى) أنه مخالف لرواية الثقات عن عون بن أبى جحيفة عن أبيه فوجب رده .

(الثالث) أن الاستدارة تحمل على الالتفات جمعا بين الروايات ، وقد روى عن غير جهة الحجاج ابن أرطاة بطريق ضعيف بين البيهقى ضعفه .

(الرابعة) السنة أن يجعل أصبعيه فى صماخى أذنيه لما ذكره المصنف وهذا متفق عليه ونقله المحاملى فى المجموع عن عامة أهل العلم قال أصحابنا: وفيه فائدة أخرى وهى أنه ربما لم يسمع انسان صوته لصمم أو بعد أو غيرهما فيستدل بأصبعيه على أذانه ، فان كان فى احدى يديه علة تمنعه من ذلك جعل الأصبع الأخرى فى صماخه ولا يستحب وضع الأصبع فى الأذن فى الاقامة • صرح به الرويانى فى الحلية وغيره والله أعلم •

(فرع) لو أذن راكبا وأقام الصلاة راكبا أجزأه ولا كراهة فيه ان كان مسافرا ، فان كان غير مسافر كره ، والاقامة أشد كراهة ، والأولى أن يقيمها المسافر بعد نزوله لأنه لابد من نزوله للفريضة ، هكذا قاله الأصحاب• ولو أذن انسان ماشيا ، قال صاحب الحاوى : ان انتهى فى آخر أذانه الى حيث لا يسمعه من كان فى موضع ابتدائه لم يجزه ، وان كان يسمعه أجزأه• هذا كلامه ، وفيه نظر ، ويحتمل أن يجزئه فى الحالين •

قال المصنف رحمه الله تعالى

[والمستحب ان يترسل فى الاذان ، ويدرج الاقامة لما روى عن ابن الزبير مؤذن بيت المقدس ان عمر رضى الله عنه قال : « اذا اذنت فترسل واذا اقمت فاحدم » ولان الاذان للغائبين فكان الترسل فيه ابلغ والاقامة للحاضرين فكان الادراج فيه اشبه ، ويكره التمطيط وهو التمديد [والتغنى] وهو التطريب لما روى ان رجلا قال لابن عمر « انى لاحبك فى الله قال : وانا ابغضك فى الله انك تبغى فى اذانك » قال حماد : يعنى التطريب) •

(الشرح) هذا الحكم الذى ذكره متفق عليه ، وهكذا نص عليه الشافعى فى الأم قال : وكيفما أتى بالأذان والاقامة أجزأ ، غير أن الاختيار ما وصفت ، هذا نصه ، واتفق أصحابنا على أنه يجزيه كيف أتى به قال الشاشى فى المعتمد : الصواب أن يكون صوته بتحزين وترقيق ليس فيه جفاء كلام الأعراب ولا لين كلام المتماوتين ، وهذا الأثر المذكور عن عمر رضى الله عنه رواه البيهقى ورواه أبو عبيد فى غريب الحديث وروى مرفوعا من رواية أبى هريرة وجابر ، ووقع فى المهذب (واذا أقمت فاحذم) بحاء مهملة وذال معجمة مكسورة وبعدها ميم وهمزته همزة وصل ، ورواه البيهقى من طريقين أحدهما هكذا ، والثانى : فاحذر بالراء بدل الميم

ومعناهما واحد وهـو الاسراع وترك التطويل ، قال ابن فارس : كل شيء أسرعت فيه فقد حذمته ، وأما الأثر المذكور عن ابن عمر فرواه أبو بكر بن أبي داود السجستاني في كتـابه المغـازي ، وقال فيه : تختـال في أذانك بدل تبغي .

وجاء في الترسل حديثان أحدهما عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لبلال : « اذا أذنت فترسل واذا أقمت فاحذر » رواه الترمذي وضعفه ، وعن علي رضي الله عنه قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا أن نرسل الأذان ونحذر الاقامة » رواه الدارقطني باسـناد ضعيف وقوله : يترسل قال أهل اللغة : هو الترتيل والتـأني وترك العجلة . قال الأزهري : المترسل المتمهل في تأذينـه ، ويبين كلامه تبيينـا يفهمه كل من سمعه ، قال : وهو من قولك : جاء على رسله وفعل كذا على رسله أي على هيئته غير مستعجل ولا متعب نفسه ، وقوله يدرج هو بضم اليـاء وكسر الراء ، ويجوز فتح الياء وضم الراء لغتان مشهورتان ، ويقال درجته أيضـا بالتشديد ثلاث لغات حكاهن الأزهري عن ابن الأعرابي . قال : أفصحهن أدرجته ، وكذا اختاره المصنف بقوله ، الادراج أشـبه قال الأزهري وغيره وأصحابنا : ادراج الاقامة هو أن يصل بعضها ببعض ، ولا يترسل ترسله في الأذان ، وأصل الادراج والدرج الطي .

وقوله : البغي هو بفتح الباء الموحدة واسكان الغين المعجمة وهو المبالغة في رفع الصوت ومجاوزة الحـد ، قال الأزهري : البغي أن يكون في رفع صوته يحكي كلام الجبابرة والمتكبرين والمتفيهقين ، قال : والبغي في كلام العرب الكبر ، والبغي الضلال ، والبغي الفساد . قال صاحب الحـاوي : البغي تفخيم الكلام والتشادق فيه ، قال : ويكره تلحين الأذان لأنه يخرجه عن الافهام ولأن السلف تجافوه ، وانما أحدث بعدهم وقوله : (أنك تبغي في أذانك) يجوز فتح همزة أنك وكسرها والفتح أحسن للتعليل ، وقوله : تبغي هو بفتح التـاء واسكان البـاء وكسر الغين ، وابن الزبير المذكور لا يعرف اسمه ، كذا قاله الحاكم أبو أحمد وغيره ، وقوله : بيت المقدس فيه لغتان مشهورتان فتح الميم واسكان القاف وكسر الدال ، والثانية : المقدس بضم الميم وفتح القاف والدال المشددة ، وهو مشتق من القدس وهو الطهر،

ويقال فيه القدس والقدس باسكان الدال وضمها وايليا وغير ذلك ، وقد أوضحته فى تهذيب الأسماء .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والمستحب ان يرفع صوته فى الأذان ان كان يؤذن للجماعة لقوله صلى الله عليه وسلم « يغفر للمؤذن مدى صوته ويشهد له كل رطب ويابس » ولأنه أبلغ فى جمع الجماعة ، ولا يبالغ بحيث يشق حلقه لما روى أن عمر رضى الله عنه سمع أبا محذورة قد رفع صوته فقال له : « أما خشيت ان ينشق مريطاؤك ؟ فقال : احببت أن تسمع صوتى » فان اسر بالأذان لم يعتد به ، لأنه لا يحصل به المقصود ، وان كان يؤذن لصلاته وحده لم يرفع الصوت لأنه لا يدعو غيره فلا وجه لرفع الصوت ، والمستحب ان يكون رفع الصوت فى الاقامة دون رفع الصوت فى الأذان لأن الاقامة للحاضرين) .

(الشرح) حديث « يغفر للمؤذن مدى صوته » رواه أبو داود من رواية أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم هكذا ، وفى اسناده رجل مجهول ، ورواه البيهقى من رواية أبى هريرة وابن عمر ، وفى رواية ابن عمر للبيهقى « ويشهد له كل رطب ويابس سمع صوته » وفى رواية أبى هريرة « كل رطب ويابس سمعه » وفى سنن ابن ماجه « ويستغفر له كل رطب ويابس » وفى صحيح البخارى عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبى صعصعة أن أبا سعيد الخدرى قال له : « انى أراك تحب الغنم والبادية فاذا كنت فى غنمك أو باديتك فأذنت للصلاة فارفع صوتك بالنداء ، فانه لا يسمع مدى صوت المؤذن جن ولا انس ولا شىء الا شهد له يوم القيامة ، قال أبو سعيد : سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم » والمدى بفتح الميم مقصور يكتب بالياء وهو غاية الشىء . وقوله : يغفر للمؤذن مدى صوته معناه أن ذنوبه لو كانت أجساما غفر له منها قدر ما يملأ المسافة التى بينه وبين منتهى صوته ، وقيل : تمد له الرحمة بقدر مد الأذان ، وقال الخطابى : معناه أن يستكمل مغفرة الله تعالى اذا استوفى وسعه فى رفع الصوت فيبلغ الغاية من المغفرة اذا بلغ الغاية من الصوت ، وأما قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه لأبى محذورة : « أما خشيت أن تنشق مريطاؤك » فروى البيهقى عنه هذا القدر دون قوله : أحببت أن تسمع صوتى ، والمريطاء بميم مضمومة ثم راء مفتوحة ثم ياء مثناه من تحت ساكنة ثم طاء مهملة وبالمد والقصر لغتان

أشهرهما المد وهى مؤنثة ، وهى ما بين السرة والعانة قال الأصمعى : هى ممدودة ولم يذكر الجوهرى وجماعة سوى المد ، وممن ذكر المد والقصر أبو عمر الزاهد فى شرح الفصيح ، قال الجوهرى : هى كلمة جاءت مصغرة والمشهور أنهـا ما بين السرة والعانة كمـا سبق ، وقال ابن فارس ، ما بين الصدر الى العانة .

(اما حكم المسالة) فان كان يؤذن لجمـاعة استحب أن يرفع صـوته ما أمكنه بحيث لا يلحقه ضرر ، فان أسر به لم يصح لما ذكره المصنف ، هذا هو الصحيح ، وبه قطع الجمهور وفيه وجه أنه يصح كما لو أسر بالقراءة فى موضـع الجهر . وفيه وجه ثالث أنه لا بأس بالاسرار ببعضـه ولا يجوز الاسرار بالجميع ، وهكذا نص عليه فى الأم لكن تأوله الجمهور على أنه أراد من لم يبالغ فى الجهر ، ومنهم من تأوله على من أذن لنفسه لا لجماعة ومنهم من أخذ بظاهره ، وموضع الخلاف اذا أسمع نفسـه فحسب فان لم يسمع نفسه فليس ذلك بأذان ولا كلام ، وان أسمع بعض الناس دون بعض حصل الأذان قطعا ، قال صاحب الحاوى : لو أسمع واحدا من الجماعة أجزأه لأن الجماعة تحصل بهما ، ولو اقتصر فى الاقامة على اسماع نفسه لم تصح اقامته على أصح الوجهين ، هذا كله فى المؤذن والمقيم لجماعة أما من يؤذن لنفسه وحده فقطع الجمهور بأنه يكفيه أن يسمع نفسه فى الأذان والاقامة .

وقال امام الحرمين : يشترط اسماع من عنده ، والمذهب الأول ونقله الشيخ أبو حامد فى تعليقه عن أصحابنا ، وهل يستحب له رفع الصـوت ؟ فيه خلاف وتفصيل سبق بيانه فى (فرع) فى أوائل البـاب ، ومن يقول : لا يرفع المنفرد يحمل الأحاديث الصحيحة فى فضل رفع الصوت على الأذان للجماعة والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجب ان يرتب الأذان لانه اذا نكسه لا يعلم السـامع ان ذلك اذان ، والمستحب ان لا يتكلم فى اذانه فان تكلم لم يبطل اذانه لانه اذا لم تبطل الخطبة بالكلام فلأن لا يبطل الأذان أولى ، وان اغمى عليه وهو فى الأذان لم يجز لغيره أن يبنى عليه لأن الأذان من اثنين لا يحصل به المقصود ، لأن السامع يظنه على وجه اللهو واللعب فان افاق فى الحال وبنى عليه جاز لأن المقصود يحصل به ،

وان ارتد فى الأذان ثم رجع الى الاسلام فى الحال ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز ان يبنى عليه لأن ما فعله قد بطل بالردة ؛ والمذهب انه يجوز لأن الردة انما تبطل اذا اتصل بها الموت ، وههنا رجع قبل الموت فلم يبطل) .

(الشرح) اتفقوا على اشتراط الترتيب فى الأذان لما ذكره فان نكسه فما وقع فى موضعه صحيح فله أن يبنى عليه بأن أتى بالنصف الثانى من الأذان ثم بالنصف الأول ، فالنصف الثانى باطل ، والأول صحيح لوقوعه فى موضعه فله أن يبنى عليه ، فيأتى بالنصف الثانى ، ولو استأنف الأذان كان أولى ليقع متواليا ولو ترك بعض كلماته أتى بالمتروك وما بعده ، ولو استأنف كان أولى ، وأما الكلام فى الأذان فقال أصحابنا : الموالاة بين كلمات الأذان مأمور بها فان سكت يسيرا لم يبطل أذانه بلا خلاف ، بل يبنى ، وان تكلم فى أثنائه فمكروه بلا خلاف ، قال أصحابنا : فان عطس حمد الله فى نفسه وبنى ، وان سلم عليه انسان أو عطس لم يجبه ولم يشمته حتى يفرغ، فان أجابه أو شمته أو تكلم بغير ذلك لمصلحة لم يكره وكان تاركا للفضل .

ولو رأى أعمى يخاف وقوعه فى بئر أو حية تدب الى غافل ، أو نحو ذلك وجب انذاره ويبنى على أذانه ، واذا تكلم فيه لمصلحة أو لغير مصلحة لم يبطل أذانه ان كان يسيرا لأنه ثبت فى الصحيح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تكلم فى الخطبة ، فالأذان أولى أن لا يبطل فانه يصح مع الحدث وكشف العورة وقاعدا وغير ذلك من وجوه التخفيف وهذا الذى ذكرناه من أنه لا يبطل أذانه باليسير هو المذهب وبه قطع الأصحاب الا الشيخ أبا محمد فتردد فيه اذا رفع به الصوت والصحيح قول الأصحاب ، وان طال الكلام أو سكت سكوتا طويلا أو نام أو أغمى عليه فى الأذان ثم أفاق ففى بطلان أذانه طريقان (أحدهما) لا يبطل قولا واحدا ، وبه قطع العراقيون وهو نص الشافعى رحمه الله فى الأم (والثانى) فى بطلانه قولان ، وهو طريقة الخراسانيين قالوا : والنوم والاغماء أولى بالابطال من الكلام ، والكلام أولى بالابطال من السكوت ، قال الرافعى : الأشبه وجوب الاستئناف عند طول الفصل ، وحمل النص على الفصل اليسير .

قال أصحابنا : والجنون هنا كالاغماء ، ممن صرح به القاضى أبو الطيب والماوردى والمحاملى والمتولى وغيرهم ثم فى الاغماء والنوم اذا لم نوجب

الاستئناف لقلة الفصل ، أو مع طوله على قولنا : لا يبطل الطويل : يستحب الاستئناف ، نص عليه فى الأم ، واتفق الأصحاب عليه ، وكذا يستحب فى السكوت والكلام الكثيرين اذا لم نوجبه ، فان كان الكلام يسيرا لم يستحب الاستئناف على أصح الوجهين ، وبه قطع الأكثرون كما لا يستحب الاستئناف عند السكوت اليسير بلا خلاف • والوجه الثانى : يستحب ورجحه صاحب الشامل والتتمة لأنه مستغن عن الكلام بخلاف السكوت ، ثم اذا قلنا يبنى مع الفصل الطويل فالمراد ما لم يفحش الطول بحيث لا يعد مع الأول أذانا ، وحيث قلنا لا يبطل بالفصل المتخلل فله أن يبنى عليه بنفسه ولا يجوز لغيره على المذهب ، وهو المنصوص فى الأم ، وبه قطع العراقيون لأنه لا يحصل به اعلام •

وقال الخراسانيون : ان قلنا لا يجوز الاستخلاف فى الصلاة فهنا أولى، والا فقولان ، وأما اذا تكلم فى الاقامة كلاما يسيرا فلا يضر ، هذا مذهبنا ، وبه قال الجمهور ، وحكى صاحب البيان عن الزهرى أنه قال : تبطل اقامته دليلنا أنه اذا لم تبطل الخطبة وهى شرط لصحة الصلاة فالاقامة أولى •

قال الشافعى فى الأم : ما كرهت له من الكلام فى الأذان كنت له فى الاقامة أكره قال : فان تكلم فى الأذان والاقامة أو سكت فيهما سكوتا طويلا أحببت أن يستأنف ولم أوجبه • أما اذا ارتد بعد فراغ أذانه ــ والعياذ بالله ــ فلا يبطل أذانه لكن المستحب أن لا يعتد به ويؤذن غيره نص عليه فى الأم ، واتفق الأصحاب عليه لأن ردته تورث شبهة فيه فى حال الأذان فان أسلم وأقام صح ، وان ارتد فى أثناء الأذان لم يصح بناؤه فى حال الردة ، فان أسلم وبنى فالمذهب أنه ان لم يطل الفصل جاز البناء والا فقولان الصحيح منعه وقيل فى جوازه قولان مطلقا ، وقال البندنيجى وغيره : وجهان أصحهما الجواز ، واذا جوزنا له البناء ففى جوازه لغيره الخلاف السابق ، والمذهب أنه لا يجوز ، كذا الحكم لو مات فى خلال الأذان فالمذهب أنه لا يجوز البناء ، وبه قطع صاحب الحاوى والدارمى والله أعلم •

(**فرع**) قد ذكرنا أن مذهبنا الأذان لا يبطل بالكلام ، وبه قال جماهير العلماء ، قال الشيخ أبو حامد : وحكى عن الزهرى أنه أبطله بالكلام قال : وهو ضعيف عنه ودليلنا القياس على الخطبة كما ذكره المصنف •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والمستحب لمن سمع المؤذن أن يقول مثل ما يقول الا فى الحيعلتين فانه يقول : لا حول ولا قوة الا بالله لما روى عمر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا قال المؤذن : الله اكبر الله اكبر ، فقال احدكم : الله اكبر الله اكبر ثم قال : اشهد ان لا اله الا الله ، فقال : اشهد ان لا اله الا الله ، ثم قال : اشهد ان محمدا رسول الله ، فقال : اشهد أن محمدا رسول الله ، ثم قال : حى على الصلاة ، فقال : لا حول ولا قوة الا بالله ، ثم قال : حى على الفلاح ، فقال : لا حول ولا قوة الا بالله ، ثم قال : الله اكبر الله اكبر ، فقال : الله أكبر الله أكبر ، ثم قال : لا اله الا الله فقال : لا اله الا الله [خالصا] من قلبه دخل الجنة » .

فان سمع ذلك وهو فى الصلاة لم يات بها فى الصلاة فاذا فرغ أتى بهـا ، فان كان فى قراءة أتى بها ، ثم رجع الى القراءة لأنها تفوت ، والقراءة لا تفوت، ثم يصلى على النبى صلى الله عليه وسلم لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا سمعتم المؤذن فقولوا مثل مايقول ، ثم صلوا على فانه من صلى على صلاة صلى الله عليه بها عشرا» ثم يسأل الله تعالى الوسيلة فيقول : اللهم رب هذه الدعوة التامة والصلاة القائمة آت [سيدنا (١)] محمدا الوسيلة والفضيلة وابعثه مقاما محمودا الذى وعدته، لما روى جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من قال حين يسمع النداء ذلك حلت له شفاعتى يوم القيامة » وان كان الأذان للمغرب قال : « اللهم هذا اقبال ليلك وادبار نهارك واصـوات دعاتك اغفر لى » لأن النبى صلى الله عليـه وسلم امر ام سلمة رضى الله عنها أن تقول ذلك ، ويدعو الله تعالى بين الأذان والاقامة لما روى انس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ان الدعاء لا يرد بين الأذان والاقامة ») .

(الشرح) حديثا عمر وعبد الله بن عمرو بن العـاص رضى الله عنهم رواهما مسلم باللفظ الذى ذكره ، وحديث جابر رواه البخارى بلفظه هذا ، وحديث أم سلمة رواه أبو داود والترمذى ، وفى اسناده مجهول ، وحديث أنس رواه أبو داود والترمذى ، وقال حديث حسن . وفى صحيح مسلم عن سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من قال حين يسمع المؤذن : أشهد أن لا اله الا الله وحده لا شريك له وأن محمدا

---

(١) لا توجد لفظة سيدنا فى نسخة الركبى من متن المهذب ولا فى المتوكلية من المجموع وهى ثابتة فى ش و ق والطبعة الأولى من الوحيدة (ط) .

عبده ورسوله ، رضيت بالله ربا وبمحمد رسولا وبالاسلام دينـا غفر له ذنبه » وقوله الوسيلة هى منزلة فى الجنة ثبت فى صحيح مسلم عن عبد الله ابن عمرو بن العاص رضى الله عنهما أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « اذا سمعتم المؤذن فقولوا مثل ما يقول ، ثم صلوا على ، فانه من صلى على صلاة صلى الله عليه بها عشرا ، ثم سلوا الله لى الوسيلة فانها منزلة فى الجنة لا تنبغى الا لعبد من عباد الله ، وأرجو أن أكون أنا هو فمن سأل لى الوسيلة حلت له الشفاعة » .

وقوله : الدعوة التامة هى بفتح الدال وهى دعوة الأذان سميت دعوة تامة لكمالها وعظم موقعها وسـلامتها من نقص يتطرق الى غيرها ، وقوله الصلاة القائمة أى التى ستقوم أى تقام وتحضر ، قوله مقاما محمودا وهكذا هو فى المهذب مقاما محمودا بالتنكير ، وكذا هو فى صحيح البخارى وجميع كتب الحـديث ، وهو صحيح ويكون قوله : الذى وعدته بدلا منه ، أو منصوبا بفعل محذوف تقديره أعنى الذى وعدته ، أو مرفوعا خبر مبتـدأ محذوف ، أى هو الذى وعدته .

وأما ما وقع فى التنبيه وكثير من كتب الفقه المقام المحمود فليس بصحيح فى الرواية وانما أراد النبى صلى الله عليه وسلم التأدب مع القرآن ، وحكاية لفظه فى قول الله عز وجل : (عسى أن يبعثك ربك مقاما محمودا) فينبغى أن يحافظ على هذا وقوله صلى الله عليه وسلم « حلت له شفاعتى » أى غشيته ونالته ونزلت به وقيل حقت له .

(**اما احكام الفصل**) فقال أصحابنا يستحب للمؤذن أن يقول بعـد فراغ أذانه هذه الأذكار المذكورة من الصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم وسؤال الوسيلة والدعاء بين الأذان والاقامة ، والدعاء عند أذان المغرب ، ويستحب لسامعه أن يتابعه فى ألفاظ الأذان ويقول عند الحيعلتين « لا حول ولا قوة الا بالله » فاذا فرغ من متابعته استحب له أيضا أن يقول هذه الأذكار المذكورة كلها ، ويقول اذا سـمع قول المؤذن « الصـلاة خير من النوم » صدقت وبررت هذا هو المشهور . وحكى الرافعى وجها أنه يقول : صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلاة خير من النوم . ويستحب أن يتابعه

فى ألفاظ الاقامة ، الا أنه يقول فى كلمة الاقامة أقامها الله وأدامها • هكذا قطع به الأصحاب ، الا الغزالى فحكى فى البسيط عن صاحب التقريب وجها أنه لا يستحب متابعته الا فى كلمة الاقامة • وهذا شاذ ضعيف •

قال أصحابنا : ويستحب أن يتابع المؤذن فى كل كلمة عقب فراغ المؤذن منها ولا يقارنه ولا يؤخر عن فراغه من الكلمة ، ويدل عليه حديث عمر رضى الله عنه ، ويقول « لا حول ولا قوة الا بالله » أربع مرات فى الأذان ، ومرتين فى الاقامة فيقولها عقب كل مرة من قول المؤذن « حى على الصلاة ، حى على الفلاح » ويقول فى التثويب صدقت وبررت مرتين ، ذكره الرويانى فى الحلية وغيره • وتستحب الصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الفراغ ، ثم سؤال الوسيلة بعدها للمؤذن والسامع ، وكذا الدعاء بين الأذان والاقامة يستحب لهما ولغيرهما • قال أصحابنا : وانما استحب للمتابع أن يقول مثل المؤذن فى غير الحيعلتين ليدل على رضاه به وموافقته فى ذلك ، وأما الحيعلة فدعاء الى الصلاة ، وهذا لا يليق بغير المؤذن فاستحب للمتابع ذكر آخر ، فكان لا حول ولا قوة الا بالله لأنه تفويض محض الى الله تعالى • وثبت فى الصحيحين عن أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا حول ولا قوة الا بالله كنز من كنوز الجنة » •

قال أصحابنا : ويستحب متابعته لكل سامع من طاهر ومحدث وجنب وحائض وكبير وصغير لأنه ذكر • وكل هؤلاء من أهل الذكر ، ويستثنى من هذا المصلى ومن هو على الخلاء والجماع ، فاذا فرغ من الخلاء والجماع تابعه ، صرح به صاحب الحاوى وغيره ، فاذا سمعه وهو فى قراءة أو ذكر أو درس علم أو نحو ذلك قطعه وتابع المؤذن ، ثم عاد الى ما كان عليه ان شاء ، وان كان فى صلاة فرض أو نفل قال الشافعى والأصحاب : لا يتابعه فى الصلاة فاذا فرغ منها قاله •

وحكى الخراسانيون فى استحباب متابعته فى حال الصلاة قولا • وهو شاذ ضعيف ، فاذا قلنا بالمذهب انه لا يتابعه فتابعه فقولان ، أصحهما : يكره، والثانى : أنه خلاف الأولى • وقيل انه مباح لا يستحب فعله ولا تركه ولا يكره ، وهذا اختيار الشيخ أبى على السنجى وامام الحرمين ، والمذهب

كراهته . فاذا تابعه فى ألفاظ الأذكار وقال فى الحيعلتين : لا حول ولا قوة الا بالله لم تبطل صلاته لأنها أذكار والصلاة لا يبطلها الأذكار . وان قال فى الحيعلة حى على الصلاة حى على الفلاح ، فهذا كلام آدمى ، فان كان عالما بأنه فى الصلاة وأن هذا كلام آدمى بطلت صلاته ، وان كان ناسيا للصلاة لم تبطل ، وان كان عالما بالصلاة جاهلا بأن ذلك كلام آدمى وانه ممنوع منه ففى بطلان صلاته وجهان حكاهما القاضى حسين فى تعليقه وغيره ، أصحهما لا تبطل ، وبه قطع الأكثرون ، منهم الشيخ أبو حامد وصاحب الحاوى والمحاملى وصاحب الشامل والابانة والمتولى وصاحب العدة . قالوا ويسجد للسهو الناسى وكذا الجاهل اذا لم تبطلها لأنه تكلم فى صلاته ناسيا . قال القاضى حسين : ولو قال فى متابعته فى التثويب صدقت وبررت فهو كقوله : حى على الصلاة لأنه كلام آدمى ، قال وكذا لو قال مثله : الصلاة خير من النوم ، قال : ولو قال صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تبطل صلاته. ولو قال : قد قامت الصلاة بطلت صلاته ، كما لو قال حضرت الصلاة ، ولو قال أقامها الله أو اللهم أقمها وأدمها لم تبطل صلاته . هذا كلام القاضى وهو كما قال .

واتفقوا على أنه لا يتابعه اذا كان فى أثناء قراءة الفاتحة ، فان ذلك مكروه ، وممن نقل الاتفاق عليه امام الحرمين . قالوا : فلو تابع فيها وجب استئناف القراءة بلا خلاف ، لأنه غير مستحب بخلاف ما لو امن فيها لتأمين الامام فانه لا يوجب الاستئناف على الأصح لأن التأمين مستحب قال صاحب الشامل : قال أبو اسحاق : وليس التأكيد فى متابعة المؤذن بعد فراغ المصلى كالتأكيد فى متابعة من ليس هو فى صلاة . قال صاحب الحاوى ولو سمعه وهو فى الطواف تابعه وهو على طوافه ، لأن الطواف لا يمنع الكلام .

(فرع) اذا سمع مؤذنا بعد مؤذن ، هل يختص استحباب المتابعة بالأول ؟ أم يستحب متابعة كل مؤذن ؟ فيه خلاف للسلف حكاه القاضى عياض فى شرح صحيح مسلم ، ولم أر فيه شيئا لأصحابنا ، والمسألة محتملة، والمختار أن يقال : المتابعة سنة متأكدة يكره تركها لصريح الأحاديث الصحيحة بالأمر بها ، وهذا يختص بالأول لأن الأمر لا يقتضى التكرار ، وأما أصل الفضيلة والثواب فى المتابعة فلا يختص والله أعلم .

(فـرع) مذهبنا أن المتابعة سنة ليست بواجبة ، وبه قال جمهـور العلماء ، وحكى الطحاوى خلافا لبعض السلف فى ايجابها وحكاه القـاضى عيـاض •

(فـرع) مذهبنـا ومذهب الجمهـور أنه يتابع المؤذن فى جميـع الكلمات • وعن مالك روايتان احداهما كالجمهور ، والثانية يتابعه الى آخر الشهادتين فقط ، لأنه ذكر لله تعالى وما بعده بعضه ليس بذكر وبعضه تكرار لما سبق ، وحجة الجمهور حديث عمر رضى الله عنه •

(فـرع) لم آر لأصحابنا كلاما فى أنه هل يستحب متابعة المؤذن فى الترجيع أم لا ؟ ويحتمل أن يقـال لا يستحب لأنه لا يسمعه ، ويحتمل أن يقال يستحب لقوله صلى الله عليه وسلم « اذا سمعتم المؤذن فقولوا مثـل ما يقول » والترجيع مما يقول ، ولم يقل فقولوا مثل ما تسمعون ، وهـذا الاحتمال أظهر وأحوط •

(فـرع) من رأى المؤذن وعلم أنه يؤذن ولم يسمعه لبعد أو صمم الظاهر أنه لا تشرع له المتابعة ، لأن المتابعة معلقة بالسماع ، والحديث مصرح باشتراطه ، وقياسا على تشميت العاطس فانه لا يشرع الا لمن يسمع تحميده•

(فـرع) لمن سمع المؤذن ولم يتـابعه حتى فرغ ، لم أر لأصحابنا تعرضا له لأنه هل يستحب تدارك المتابعة ؟ والظاهر أنه يتدارك على القرب ولا يتدارك بعد طول الفصل ، وقد قال امام الحرمين : لو سمعه وهـو فى الصلاة فلم يتابعه ينبغى أن يأتى بالاذكار بمجرد السلام • فلو طال الفصل فهو كترك سجود السهو ، فيه تفصيل فى موضعه •

(فـرع) قد ذكرنا أن مذهبنا المشهور أنه يكره للمصلى متابعته فى الصلاة ، وسواء صلاة الفرض والنفل ، وبه قال جماعة من السلف • وعن مالك ثلاث روايات احداها يتابعه ، والثانية يتابعه فى النافلة دون الفرض •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والمستحب ان يقعد بين الأذان والاقامة قعدة ينتظر فيها الجماعة ، لان الذى رآه عبد الله بن زيد رضى الله عنه فى المنام اذن وقعد قعـدة ، ولأنه اذا

وصل الأذان بالاقامة فات الناس الجماعة فلم يحصل المقصود بالأذان ؛ ويستحب ان يتحول من الأذان الى غيره للاقامة لما روى فى حديث عبد الله بن زيد : « ثم استأخر غير كثير ثم قال مثل ما قال وجعلها وترا ») .

(الشرح) حديث عبد الله بن زيد هذا رواه أبو داود باسناد صحيح وروى الترمذى بعضه بطريق الى أبى داود وقال : حسن صحيح كما تقدم فى أول الباب .

(أما حكم المسالة) فاتفق أصحابنا على استحباب هذه القعدة قدر ما تجتمع الجماعة الا فى صلاة المغرب فانه لا يؤخرها لضيق وقتها ، ولأن الناس فى العادة يجتمعون لها قبل وقتها ، ومن تأخر عن التقدم لا يتأخر عن أول الصلاة ، ولكن يستحب أن يفصل بين أذانها واقامتها فصلا يسيرا بقعدة أو سكوت أو نحوهما ، هذا مذهبنا لا خلاف فيه عندنا ، وبه قال أحمد وأبو يوسف ومحمد ، وهو رواية عن أبى حنيفة وقال مالك وأبو حنيفة فى المشهور عنه : لا يقعد بينهما وأما استحباب التحول للاقامة الى غير موضع الأذان فمتفق عليه للحديث .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والمستحب ان يكون المقيم هو المؤذن لأن زياد بن الحارث الصدائى اذن فجاء بلال ليقيم فقال النبى صلى الله عليه وسلم « ان اخا صداء اذن ، ومن أذن فهو يقيم » فان أذن واحد وأقام غيره جاز لأن بلالا اذن وأقام عبد الله ابن زيد) .

(الشرح) حديث زياد بن الحارث رواه أبو داود والترمذى وغيرهما، قال الترمذى والبغوى : فى اسناده ضعف ، وعلق البيهقى القول فيه فقال : ان ثبت كان أولى مما روى فى حديث عبد الله بن زيد « أن بلالا أذن فقال عبد الله : يا رسول الله انى أرى الرؤيا ويؤذن بلال ؟ . قال : فأقم أنت » لما فى اسناده ومتنه من الاختلاف ، وأنه كان فى أول ما شرع الأذان وحديث الصدائى كان بعده . وأما حديث عبد الله بن زيد فرواه أبو داود وغيره ، وقد ذكرنا قول البيهقى فيه . وقال الامام أبو بكر الحازمى فى كتابه الناسخ والمنسوخ : فى اسناده مقال ، قال : واتفق أهل العلم فى الرجل يؤذن ويقيم

غيره أن ذلك جائز ، واختلفوا فى الأولوية فقال أكثرهم : لا فرق والأمر متسع • وممن رأى ذلك مالك وأكثر أهل الحجاز وأبو حنيفة وأكثر أهل الكوفة وأبو ثور • وقال بعض العلماء الأولى أن من أذن فهو يقيم •

وقال الشافعى : اذا أذن الرجل أحببت أن يتولى الاقامة لشىء يروى : أن من أذن فهو يقيم ، قال الحازمى : وحجة هذا المذهب حديث الصدائى لأنه أقوم اسنادا من حديث عبد الله بن زيد ، ثم حديث ابن زيد كان فى أول ما شرع الأذان فى السنة الأولى ، وحديث الصدائى بعده بلا شك والأخذ بآخر الأمرين أولى • قال : وطريق الانصاف أن يقال الأمر فى هذا الباب على التوسعة ، وادعاء النسخ مع امكان الجمع بين الحديثين على خلاف الأصل •

أما الصدائى فبضم الصاد وتخفيف الدال المهملتين وبالمد ، منسوب الى صداء تصرف ولا تصرف ، وهو أبو هذه القبيلة واسمه يزيد بن حرب • قال البخارى فى تاريخه : صداء حى من اليمن ، وكان أذان زياد الصدائى فى صلاة الصبح فى السفر ، ولم يكن بلال حاضرا حينئذ •

(**أما حكم المسألة**) فان أذن واحد فقط فهو الذى يقيم ، وان أذن جماعة دفعة واحدة واتفقوا على من يقيم منهم أقام ، وان تشاحوا أقرع ، وان أذنوا واحدا بعد واحد فان كان الأول هو المؤذن الراتب أو لم يكن هناك مؤذن راتب فالذى يقيم هو الأول • وان كان الذى أذن أولا أجنبيا وأذن بعده الراتب فمن أولى بالاقامة ؟ فيه وجهان حكاهما الخراسانيون (أصحهما) الراتب لأنه صاحب ولاية الأذان والاقامة وقد أذن (والثانى) الأجنبى لأن بأذان الأول حصلت سنة الأذان أو فرضه ، ولو أقام فى هذه الصور غير من له ولاية الاقامة ممن أذن أو أجنبى اعتد باقامته على المذهب ، وبه قطع المصنف والجمهور • وحكى الخراسانيون وجها أنه لا يعتد به ، تخريجا من قول الشافعى انه لا يجوز أن يخطب واحد ويصلى آخر • وهذا ليس بشىء• ويستحب أن لا يقيم فى المسجد الواحد الا واحد الا اذا لم تحصل به الكفاية ، وفيه وجه أنه لا بأس بأن يقيموا جميعا اذا لم يؤد الى تهويش ، وبه قطع البغوى ، واذا أقام غير من أذن فهو خلاف الأولى ، ولا يقال

مكروه . وقيل انه مكروه ، وبه جزم العبدرى ونقل مثله عن أحمد ؛ قال : وقال مالك وأبو حنيفة : لا يكره .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب لمن سمع الاقامة ان يقول مثل ما يقول الا فى الحيعلة فانه يقول : لا حول ولا قوة الا بالله ، وفى لفظ الاقامة يقول : اقامها الله وادامها [ما دامت السموات والأرض (١)] لما روى ابو امامة رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال ذلك) .

(الشرح) هذا الحديث رواه أبو داود بأسناده عن محمد بن ثابت العبدى عن رجل من أهل الشام عن شهر بن حوشب عن أبى أمامة أو بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم عن النبى صلى الله عليه وسلم فهو حديث ضعيف لأن الرجل مجهول ، ومحمد بن ثابت العبدى ضعيف بالاتفاق وشهر مختلف فى عدالته وعلى المصنف انكار فى جزمه بروايته عن أبى أمامة وانما هو على الشك كما ذكرنا لكن الشك فى أعيان الصحابة لا يضر لأنهم كلهم عدول لكن لايجوز الجزم به عن أبى أمامة مع الشك ، وكيف كان فهو حديث ضعيف لكن الضعيف يعمل به فى فضائل الأعمال باتفاق العلماء ، وهذا من ذاك ، واسم أبى أمامة صدى بن عجلان سبق فى باب التيمم ، واتفق أصحابنا على استحباب متابعته فى الاقامة كما قال المصنف الا الوجه الشاذ الذى قدمناه عن البسيط .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والمستحب أن يكون المؤذن للجماعة اثنين لان النبى صلى الله عليه وسلم كان له مؤذنان بلال وابن أم مكتوم رضى الله عنهما ، فان احتاج الى الزيادة جعلهم اربعة لانه كان لعثمان رضى الله عنه اربعة ، والمستحب ان يؤذن واحد بعد واحد كما فعل بلال وابن ام مكتوم ، ولان ذلك ابلغ فى الاعلام) .

(الشرح) حديثا بلال وابن أم مكتوم صحيحان كما سبق رواهما البخارى ومسلم ، قال الشافعى والأصحاب : يجوز الاقتصار على مؤذن واحد للمسجد ، والأفضل أن يكون مؤذنان للحديث فان احتاج الى أكثر من ذلك ، قال أبو على الطبرى : تجوز الزيادة الى أربعة كما فعل عثمان

---

(١) ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق (ط) .

رضى الله عنه ، ولا يزاد على أربعة . وتابع أبا على الطبرى على هذا المصنف والشيخ أبو حامد والمحاملى والسرخسى والبغوى وصاحب العدة ورجحه الرويانى وكثيرون ، ونقله صاحب البيان عن الأكثرين ، وأنكر المحققون هذا على أبى على ، وقالوا : انما الضبط بالحاجة ورؤية المصلحة فان رأى الامام المصلحة فى الزيادة على أربعة فعله ، وان رأى الاقتصار على اثنين لم يزد ، وهذا هو الصحيح لأنه اذا جازت الزيادة على ما كان فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم للحاجة فالزيادة على ما كان فى زمن عثمان للحاجة أولى .

قال القاضى أبو الطيب : قال الشافعى فى الأم : لا تضييق أن يكون للمؤذنون أكثر من اثنين ، قال أبو على الطبرى : لا يزاد على أربعة ، قال القاضى : قال أصحابنا . هذا لا يعرف ، والصحيح أنه يجوز أن يزيد ما شاء لأن الشافعى لم يحدد شيئا ، وقال صاحب الشامل : هذا التقدير الذى قاله أبو على لم يذكره أحد من أصحابنا غيره ، وظاهر كلام الشافعى جواز الزيادة .

وقال صاحب التتمة : هذا الذى قاله أبو على ليس بصحيح ، وقال صاحب الحاوى : يكون له مؤذنان فان لم يكف اثنان لكثرة الناس جعلهم أربعة ، فان لم يكفوا جعلهم ستة فان زاد فثمانية ليكونوا شفعا لا وترا ، وأقوال أصحابنا بنحو ما ذكره هؤلاء مشهورة ، فالصواب أن الضبط بالحاجة والمصلحة ، وان بلغوا مابلغوا ، وقد قال أبو على البندنيجى : قد نص الشافعى فى القديم على جواز الزيادة على أربعة .

(قلت) وهذا قديم لم يعارضه جديد ، فهو مذهب الشافعى كما سبق بيانه فى مقدمة هذا الشرح ، قال صاحب الحاوى : ومراد الشافعى والأصحاب بهذا المؤذنون الذين يرتبهم الامام له على الدوام ، والا فلو أذن أهل المسجد كلهم لم يمنعوا يعنى أذن واحد بعد واحد ولم يؤد الى تهويش واختلاط .

(**فرع**) اذا كان للمسجد مؤذنان فأكثر أذنوا واحدا بعد واحد كما صح عن بلال وابن أم مكتوم ، ولأنه أبلغ فى الاعلام ، فان تنازعوا فى الابتداء أقرع فان ضاق الوقت والمسجد كبير أذنوا فى أقطاره كل واحد فى

قطر ليسمع أهل تلك الناحية ، وان كان صغيرا أذنوا معـا اذا لم يؤد الى تهويش •

قال صاحب الحاوى وغيره : ويقفون جميعا عليه كلمة كلمة ، فان أدى الى تهويش أذن واحد فقط فان تنـازعوا أقرع ، قال الشـيخ أبو حامد والقاضى حسين وغيره : فان أذنوا جميعا واختلفت أصواتهم لم يجز لأن فيه تهويشا على الناس ، ومتى أذن واحد بعد واحد لم يتأخر بعضهم عن بعض لئلا يذهب أول الوقت ، ولئلا يظن من سمع الأخير أن هذا أول الوقت ، قال الشافعى فى الأم ولا أحب للامام اذا أذن المؤذن الأول أن يبطىء بالصلاة ليفرغ من بعده ، بل يخرج ويقطع من بعده الأذان بخروج الامام •

(**فـرع**) اختلف أصحابنا فى الأذان للجمعـة ، فقـال المحاملى فى المجموع : قال الشافعى رحمه الله : أحب أن يكون للجمعة أذان واحد عنـد المنبر ، ويستحب أن يكون المؤذن واحدا لأنه لم يكن يؤذن يوم الجمعـة للنبى صلى الله عليه وسلم الا بلال هذا كلام المحاملى ، وقال البندنيجى : قال الشافعى : أحب أن يكون مؤذن الجمعة واحدا بين يدى الامام اذا كان على المنبر لا جماعة مؤذنين وصرح أيضا القاضى أبو الطيب وآخرون بأنه يؤذن للجمعة مؤذن واحد •

وقال الشافعى رحمه الله فى البويطى : النداء يوم الجمعة هو الذى يكون والامام على المنبر يكون المؤذنون يستفتحون الأذان فوق المنارة جملة حين يجلس الامام على المنبر ليسمع الناس فيأتون الى المسجد فاذا فرغوا خطب الامام بهم ومنع الناس البيع والشراء تلك الساعة هذا نصه بحروفه • وفى صحيح البخارى فى باب رجم الحبلى من الزنا عن ابن عباس رضى الله عنهما قال « جلس عمر رضى الله عنه على المنبر يوم الجمعة فلما سكت المؤذنون قام فأثنى على الله تعالى • وذكر الحديث » •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز استدعاء الامراء الى الصلاة لما روت عائشة رضى الله عنها ان بلالا رضى الله عنه جاء فقال : « السـلام عليك يا رسول الله ورحمة الله وبركاته الصلاة رحمك الله فقال النبى صلى الله عليـه وسلم : مرى ابا بكر فليصـل بالناس » قال ابن قسيط : وكان بلال يسلم على ابى بكر وعمر رضى الله عنهما كما كان يسلم على رسول الله صلى الله عليه وسلم) •

(**الشرح**) ثبت فى الصحيحين عن عائشة رضى الله عنها قالت « لما ثقل رسول الله صلى الله عليه وسلم جاء بلال يؤذن بالصلاة فقال : مروا أبا بكر فليصل بالناس » وأما هذه الزيادة التى ذكرها المصنف فليست فى الصحيحين، وقوله : مرى ، هكذا وقع فى المهذب ، والذى فى الصحيحين مروا كما ذكرناه ، وفى الصحيحين : مروا من غير رواية عائشة ، وأما ابن قسيط فبضم القاف وفتح السين وهو منسوب الى جده وهو يزيد بن عبد الله بن قسيط ابن أسامة بن عمير الليثى المدنى أبو عبد الله سمع ابن عمر وأبا هريرة وغيرهما توفى سنة ثنتين وعشرين ومائة بالمدينة ، وهو ثقة ، وقوله ان بلالا كان يسلم على أبى بكر وعمر يعنى عند استدعائهما الى الصلاة . وهذا النقل بعيد أو غلط فان المشهور المعروف عند أهل العلم بهذا الفن أن بلالا لم يؤذن لأبى بكر ولا عمر ، وقيل : أذن لأبى بكر رضى الله عنهم ، ورواية ابن قسيط هذه منقطعة فانه لم يدرك أبا بكر ولا عمر ولا بلالا رضى الله عنهم . وهذا الذى ذكره المصنف من جواز الاستدعاء هو كما قال ، وقال القاضى أبو الطيب فى تعليقه : سلام المؤذن بعد الأذان على الأمراء وقوله : حى على الصلاة حى على الفلاح مكروه وقال صاحب العدة الشيخ نصر المقدسى : يكره أن يخرج بعد الأذان الى باب الأمير وغيره ، ويقول : حى على الصلاة أيها الأمير فان أتى بابه ، وقال : الصلاة أيها الأمير فلا بأس .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجد من يتطوع بالأذان لم يرزق المؤذن من بيت المال لان [مال بيت] المال جعل للمصلحة ولا مصلحة فى ذلك ، وان لم يوجد من يتطوع رزق [من يؤذن] من خمس الخمس لأن ذلك من المصالح ، وهل يجوز ان يستاجر ؟ فيه وجهان (احدهما) لا يجوز ، وهو اختيار الشيخ أبى حامد ، لأنه قربة فى حقه فلم يجز ان يستاجر عليه كالامامة فى الصلاة (الثانى) يجوز لأنه عمل معلوم يجوز ان ياخذ الرزق عليه فجاز اخذ الأجرة عليه كسائر الأعمال) .

(**الشرح**) قوله : قربة فى حقه احتراز من الحج وقوله : عمل معلوم احتراز من القضاء ، وقوله : يجوز أخذ الرزق عليه احتراز من عمل المعصية، وقيل : احتراز من صلاته منفردا .

قال الشافعي رحمه الله فى الأم : أحب أن يكون المؤذنون متطوعين قال : وليس للامام أن يرزقهم وهو يجد من يؤذن متطوعا ممن له أمانة الا أن يرزقهم من ماله . قال ولا أحسب أحدا ببلد كثير الأهل يعوزه أن يجد مؤذنا أمينا لازما يؤذن متطوعا ، فان لم يجده فلا بأس أن يرزق مؤذنا ، ولا يرزقه الا من خمس الخمس سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يجوز أن يرزقه من غيره من الفيء لأن لكله مالكا موصوفا ، ولا يجوز أن يرزقه من الصدقات شيئا ، ويجوز للمؤذن أخذ الرزق اذا رزق من حيث وصفت أن يرزق ولا يجوز له أخذه من غيره بأن يرزق ، هذا نصه بحرفه وتابعه الأصحاب كلهم عليه ، واتفقوا عليه .

وعن عثمان بن أبى العاص رضى الله عنه قال « آخر ما عهد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن اتخذ مؤذنا لا يأخذ على أذانه أجرا » ، رواه الترمذى وقال حديث حسن ، قال أصحابنا : ولا يجوز أن يرزق مؤذنا وهو يجد متبرعا عدلا ، كما نص عليه ، قال القاضى حسين : لأن الامام فى بيت المال كالوصى فى مال اليتيم ثم الوصى لو وجد من يعمل فى مال اليتيم متبرعا لم يجز أن يستأجر عليه من مال اليتيم فكذا الامام فلو وجد فاسقا متبرعا ، وعدلا لا يؤذن الا برزق فالمذهب أنه يرزق العدل وبهذا قطع الشيخ أبو حامد والمحاملى والبندنيجى وصاحبا الشامل والمعتمد والجمهور ، وهو ظاهر النص الذى ذكرناه ، وذكر صاحب التتمة وجهين أحدهما : يرزق العدل ، والثانى الفاسق أولى ، وهذا ليس بشىء ولو وجد متطوعا حسن الصوت وغيره رفيعه فهل له أن يرزق حسن الصوت ؟ فيه وجهان حكاه القاضى وصاحباه المتولى والبغوى غيرهم ، قال ابن سريج يرزقه وقال القفال والشيخ أبو محمد لا والأصح أنه يرزقه ان رآه مصلحة لظهور تفاوتهما ، وتعلق المصلحة به .

قال القاضى والمتولى : هما مبنيان على القولين فى الأم اذا طلبت أجرة الرضاع ووجد الأب متبرعة ، قال أصحابنا والرزق يكون من خمس خمس الفيء والغنيمة ، وكذا من أربعة أخماس الفيء اذا قلنا : انه للمصالح ، وينبغى أن لا يختص بذلك بل يرزقه من كل مال هو لمصالح المسلمين ؛

كالأموال التى يرثها بيت المـال ، والمال الضائع الذى أيسـنا من صاحبه وغير ذلك .

قال أصحابنا : والرزق يكون بقدر الحاجة ، فان كان فى البلد مسجد واحد رزق ما تدعو الحاجة اليه من مؤذن أو جماعة كما سبق ، وان كان فيه مسـاجد ولم يمكن جمع النـاس فى مسجد واحد رزق عددا من المؤذنين للمساجد بحيث تحصل بهم الكفاية ويتأدى الشعار ، وان أمكن بلا مشـقة فوجهان مشهوران فى كتب الخراسانيين ، أحدهما : يجمعهم ويرزق واحدا فقط ، وأصحهما لا يجمعهم بل يرزق الجميع لئلا تتعطل المسـاجد ، قال القاضي حسين : ولأن تكثير الجماعات وفعلها فى مسـاجد أكثر فضيلة من أدائها فى مسجد واحد ، واذا لم يكن فى بيت المال سعة بدأ بالأهم وهو رزق مؤذن الجـامع وأذان صـلاة الجمعة أهم من غيره ، قال أصحابنا : ويجوز للامام أن يرزق من مال نفسه ولآحاد الرعية من مال نفسه وحينئذ يجوز أن يرزق كم شاء وكيف شاء ومتى شاء فيرزق ما شاء من العدد ، ومع وجود المتبرع وفوق قدر الكفاية ، وصرح به فى التهذيب وغيره .

(**فـرع**) فى جواز الاستئجار على الأذان ثلاثة أوجه (أصـحها) : يجوز للامام من مال بيت المال ومن مال نفسه ولآحاد الناس من أهل المحلة ومن غيرهم من مال نفسه ونقله القاضى أبو الطيب عن أبى على الطبرى وعامة أصحابنا ، وكذا نقله المتولى وصاحب الذخائر والعبدرى عن عامة أصحابنا وصححه القاضى أبو الطيب والفورانى وامام الحرمين وابن الصباغ والمتولى والغزالى فى البسيط والكيا الهراسى فى كتابه الزوايا فى الخلاف والشاشى فى المعتمد والرافعى وآخرون ، وقطـع به الغزالى فى الخلاصـة والرويانى فى الحلية ، وهو مذهب مالك وداود . (والثانى) لا يجوز الاستئجار لأحد ، وبه قطع الشيخ أبو حامد وصاحب الحاوى والقفـال وصححه المحـاملى والبندنيجى والبغوى وغيرهم وبه قال الأوزاعى وأبو حنيفة وأحمـد وابن المنذر (والثالث) يجوز للامام دون آحاد الناس ، ودليل الجميع ظاهر بما ذكره المصنف .

قال أصحابنا : واذا جوزنا للامام الاستئجار من بيت المـال فانما يجوز

حيث يجوز الرزق من بيت المال خلافا ووفاقا ، قال صاحب التهذيب : وان استأجر من بيت المال لم يفتقر الى بيان المدة ، بل يكفى أن يقول : استأجرتك لتؤذن فى هذا المسجد فى أوقات الصلاة كل شهر بكذا ، ولو استأجر من مال نفسه أو استأجر آحاد الناس ففى اشتراط بيـان المدة وجهان (أصحهما) الاشتراط ، قال : والاقامة تدخل فى الاستئجار للأذان ، ولا يجوز الاستئجار للاقامة وحدها اذ لا كلفة فيها بخلاف الأذان ؟ قال الرافعى : ولا تخلو هذه الصورة عن اشكال ، وكذا قال السرخسى فى الأمالى : ان شرط له الامام الجعل من بيت المال لم يشترط ذكر آخر المدة ، بل يكفيه كل شهر أو سنة بكذا كالجزية والخراج ، وان شرط من مال نفسه فوجهان (أحدهما) هذا ، (والثانى) يشترط كالاجارة على غيره من الأعمال ، قال صاحب الذخائر : الفرق بين الرزق والأجرة أن الرزق أن يعطيه كفايته هو وعيـاله ، والأجرة ما يقع به التراضى ، وأما حديث عثمان بن أبى العاص أنه قال : آخر ما عهد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اتخذ مؤذنا لا يأخـذ على أذانه أجرا » رواه الترمذى وقال هو حديث حسن محمول على الندب .

(فـرع) فى مسائل تتعلق بالبـاب (احداها) قال أصحابنا رحمهم الله : يستحب أن يكون الأذان بقرب المسجد (الثانية) يكره أن يخرج من المسجد بعد الأذان قبل أن يصلى الا لعذر ، وقد سبقت هذه المسألة بدليلها فى آخر باب ما يوجب الغسل ، وذكرها فى هذا الباب جمـاعة من أصحابنا (الثالثة) يستحب أن لا يكتفى أهل المسـاجد المتقاربة بأذان بعضهم ، بل يؤذن فى كل مسجد واحـد ذكره صاحب العـدة وغيره (الرابعـة) قال البندنيجى وصاحب البيان : يستحب أن يقف المؤذن على أواخر الكلمات فى الأذان لأنه روى موقوفا ، قال الهروى : وعوام الناس يقولون : الله أكبر بضم الراء وكان أبو العبـاس المبرد يفتح الراء فيقول الله أكبر الله أكبر ، الأولى مفتوحة ، والثانية ساكنة ، قال : لأن الأذان سمع موقوفا كقوله : حى على الصلاة ، حى على الفلاح فكان الأصل أن يقول : الله أكبر الله أكبر باسكان الراء فحركت فتحة الألف من اسم الله تعالى فى اللفظة الثانية لسكون الراء قبلها ففتحت كقوله تعالى « الم ، الله لا اله الا هو » وقال صاحب التتمة

يجمع كل تكبيرتين بصوت لأنه خفيف ، وأما باقى الكلمات فيفرد كل كلمة بصوت ، وفى الاقامة يجمع كل كلمتين بصوت .

(الخامسة) قال البغوى : لو زاد فى الأذان ذكرا أو زاد فى عدد كلماته لم يبطل أذانه ، وهذا الذى قاله محمول على ما اذا لم يؤد الى اشتباهه بغير الأذان على السامعين . قال القاضى أبو الطيب وغيره : لو قال الله الأكبر بدل الله أكبر صح أذانه كما لو قاله فى تكبيرة الاحرام تنعقد صلاته .

(السادسة) قال الشافعى فى الأم : وواجب على الامام أن يتفقد أحوال المؤذنين ليؤذنوا فى أول الوقت ولا ينتظرهم بالاقامة ، وأن يأمرهم فيقيموا فى الوقت ، هذا نصه قال أصحابنا : وقت الأذان منوط بنظر المؤذن لايحتاج فيه الى مراجعة الامام ، ووقت الاقامة منوط بالامام فلا يقيم المؤذن الا باشارته ، فلو أقام بغير اذنه فقد قال امام الحرمين : فى الاعتداد به تردد للأصحاب ولم يبين الراجح ، والظاهر ترجيح الاعتداد .

(السابعة) قال الشافعى فى مختصر المزنى : وترك الأذان فى السفر أخف منه فى الحضر . قال أصحابنا : وجه ذلك أن السفر مبنى على التخفيف وفعل الرخص ، ولأن أصل الأذان للاعلام بالوقت ، والمسافرون لا يتفرقون غالبا .

قال فى الأم : ولو تركت المرأة الاقامة لصلاتها لم أكره لها من تركها ما أكره من تركها للرجال ، وان كنت أحب أن تقيم . قال فى الأم : ويصلى الرجل بأذان رجل لم يؤذن له ، يعنى لم يقصد الأذان لهذا الرجل ، وهذا الذى نص عليه هو ماذكره صاحب العدة وغيره . قالوا : لو اجتاز رجل بمسجد قد أذن فيه اكتفى بذلك الأذان وان كان المؤذن لم يقصده .

(الثامنة) قال صاحب الحاوى : لو أذن بالفارسية ان كان يؤذن لصلاة جماعة لم يجز ، سواء كان يحسن العربية أم لا ، لأن غيره قد يحسن ، وان كان أذانه لنفسه فان كان يحسن العربية لم يجزئه كأذكار الصلاة ، وان كان لا يحسن أجزأه وعليه أن يتعلم . هذا كلامه وهذا الذى قاله من أن مؤذن الجماعة لا يجزئه بالفارسية وان لم يحسن العربية ، محمول على ما اذا كان فى الجماعة من يحسن العربية فان لم يكن صح وقد أشار اليه فى تعليقه .

(التاسعة) قال الدارمى : لو لقن الأذان أجزأه لحصول الاعلام .

(العاشرة) قال الشافعى رحمه الله تعالى فى آخر أبواب الأذان : اذا كانت ليلة مطيرة أو ذات ريح وظلمة يستحب أن يقول المؤذن اذا فرغ من أذانه : « ألا صلوا فى رحالكم » قال : فان قاله فى أثناء الأذان بعد الحيعلة فلا بأس . هذا نصه .

وهكذا نقله البندنيجى وقطع به ، وهكذا صرح به الصيدلانى وصاحب العدة والشاشى وآخرون ذكروه بحروفه التى نقلتها ، واحتجوا له بالحديث الذى سأذكره ان شاء الله تعالى . واستبعد امام الحرمين قوله فى أثناء الأذان، وقال تغيير الأذان من غير سبب مستبعد . ذكره فى كتاب صلاة الجماعة ، وهذا الذى استبعده ليس ببعيد ، بل هو الحق والسنة ، فقد ثبت ذلك فى أحاديث كثيرة فى الصحيحين بعد الأذان وفى أثنائه ، فروى نافع أن ابن عمر أذن بالصلاة فى ليلة ذات برد وريح ثم قال « ألا صلوا فى الرحال » ثم قال : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يأمر المؤذن اذا كانت ليلة ذات برد ومطر يقول : « ألا صلوا فى الرحال » رواه البخارى ومسلم . وفى رواية لمسلم أنه : « كان النبى صلى الله عليه وسلم يأمر مؤذنه به فى السفر » .

وعن عبد الله بن الحارث قال : « خطبنا ابن عباس فى يوم ذى ردغ فلما بلغ المؤذن حى على الصلاة أمره أن ينادى الصلاة فى الرحال ، فنظر بعضهم الى بعض فقال كأنكم أنكرتم هذا ؟ قد فعل هذا من هو خير منى وانها عزمة » رواه البخارى ومسلم ، وفى رواية للبخارى ومسلم ، قال ابن عباس لمؤذنه فى يوم مطير وهو يوم جمعة « اذا قلت : أشهد أن محمدا رسول الله فلا تقل : حى على الصلاة ، قل : صلوا فى بيوتكم ، فكأن الناس استنكروا ، فقال : فعله من هو خير منى ، ان الجمعة عزمة وانى كرهت أن أخرجكم فتمشوا فى الطين والدحض » وفى رواية لمسلم « فعله من هو خير منى » يعنى النبى صلى الله عليه وسلم . وفى رواية له « أذن مؤذن ابن عباس يوم جمعة فى يوم مطير فذكره » .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب طهارة البدن وما يصلى فيه وعليه

(الطهارة ضربان ، طهارة عن حدث ، وطهارة عن نجس ، فاما الطهارة عن الحدث فهى شرط فى صحة الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يقبل الله صلاة بغير طهور ، ولا صدقة من غلول » وقد مضى حكمها فى كتاب الطهارة) .

(الشرح) هذا الحديث رواه مسلم من رواية ابن عمر رضى الله عنهما، والطهور بضم الطاء ويجوز فتحها ، والمراد فعل الطهارة ، والغلول بضم الغين لا غير وهو الخيانة ، يقال غل وأغل أى خان . وقوله هى شرط فى صحة الصلاة هذا مجمع عليه ولا تصح صلاة بغير طهور ، اما بالماء واما بالتيمم بشرطه ، سواء صلاة الفرض والنفل وصلاة الجنازة وسجود التلاوة والشكر ، هذا مذهبنا ، وبه قال العلماء كافة ونقل أصحابنا عن الشعبى ومحمد بن جرير جواز صلاة الجنازة للمحدث لأنها دعاء ، وهذا باطل ، فقد سماها الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم صلاة ، ولا تقبل صلاة بغير طهور .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما طهارة البدن عن النجاسة فهى شرط فى صحة الصلاة ، والدليل عليها قوله صلى الله عليه وسلم « تنزهوا من البول فان عامة عذاب القبر منه ») .

(الشرح) هذا الحديث سبق بيانه فى باب ازالة النجاسة ، ومذهبنا أن ازالة النجاسة شرط فى صحة الصلاة ، فان علمها لم تصح صلاته بلا خلاف ، وان نسيها أو جهلها فالمذهب أنه لا تصح صلاته ، وفيه خلاف نذكره حيث ذكره المصنف فى أواخر الباب ، وسواء صلاة الفرض والنفل وصلاة الجنازة وسجود التلاوة والشكر ، فازالة النجاسة شرط لجميعها ، هذا مذهبنا وبه قال أبو حنيفة وأحمد وجمهور العلماء من السلف والخلف ، وعن مالك فى ازالة النجاسة ثلاث روايات أصحها وأشهرها أنه ان صلى عالما بها لم تصح صلاته ، وان كان جاهلا أو ناسيا صحت ، وهو قول قديم عن الشافعى (والثانية) لا تصح الصلاة علم أو جهل أو نسى . (والثالثة) تصح

الصلاة مع النجاسة ، وان كان عالما متعمدا ، وازالتها سنة • ونقل أصحابنا عن ابن عباس وسعيد بن جبير نحوه ، واتفق [1] الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وعامة العلماء على أن ازالتها شرط الا مالكا •

واحتج لمالك بحديث أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه قال « بينما رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى بأصحابه اذ خلع نعليه فوضعهما عن يساره فلما رأى القوم ذلك ألقوا نعالهم ، فلما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاته قال : ما حملكم على القائكم نعالكم ؟ قالوا : رأيناك ألقيت نعليك فألقينا نعالنا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان جبريل عليه السلام أتانى فأخبرنى أن فيهما قذرا » رواه أبو داود باسناد صحيح ، ورواه الحاكم فى المستدرك وقال : هو صحيح على شرط مسلم ، وفى رواية لأبى داود « خبثا » بدل « قذرا » وفى رواية غيره « قذرا أو أذى » وفى رواية « دم حلمة » •

واحتج الجمهور بقول الله تعالى (وثيابك فطهر) والأظهر أن المراد ثيابك الملبوسة وأن معناه طهرها من النجاسة ، وقد قيل فى الآية غير هذا ، لكن الأرجح ما ذكرناه ونقله صاحب الحاوى عن الفقهاء ، وهو الصحيح ، وبحديث « تنزهوا من البول » وهو حسن كما سبق ، وبقوله صلى الله عليه وسلم « اذا أقبلت الحيضة فدعى الصلاة ، واذا أدبرت فاغسلى عنك الدم وصلى » رواه البخارى ومسلم وسبق بيانه ، وبحديث ابن عباس قال « مر النبى صلى الله عليه وسلم بقبرين فقال انهما يعذبان وما يعذبان فى كبير ، أما أحدهما فكان لا يستنزه من بوله ، وأما الآخر فكان يمشى بالنميمة » رواه البخارى ومسلم ، وبالقياس على طهارة الحدث والجواب عن حديث أبى سعيد من وجهين •

(أحدهما) أن القذر هو الشىء المستقذر • كالمخاط والبصاق والمنى والبول وغيره فلا يلزم أن يكون نجسا •

(الثانى) لعله كان دما يسيرا ، أو شيئا يسيرا من طين الشوارع ، وذلك معفو عنه والله أعلم •

---

(١) فى ش و ق (وقال) والصواب ما ههنا (ط) •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والنجاسة ضربان : دماء وغير دماء ، فاما غير الدماء فينظر فيه فان كان قذرا يدركه الطرف لم يعف عنه لأنه لا يشق الاحتراز منه ، وان كان قذرا لا يدركه الطرف ففيه ثلاث طرق (أحدها) أنه يعفى عنه لانه لا يدرك بالطرف فعفى عنه كغبار السرجين (والثانى) لا يعفى عنه لانه نجاسة لا يشق الاحتراز منها فلم يعف عنها كالذى يدركه الطرف (والثالث) على قولين ، أحدهما : يعفى عنه والثانى : لا يعفى ووجه القولين ما ذكرنا) .

(الشرح) هاتان المسألتان كما ذكر ، وأصح الطرق أنه يعفى عنه ، وقد سبق فى باب المياه أن فى مسألة ما لا يدركه الطرف سبع طرق فى الماء والثوب والأصح يعفى فيهما ، وهذه العبارة التى ذكرها المصنف يقتضى أن ونيم [1] الذباب لا يعفى عنه بلا خلاف اذا أدركه الطرف ، وقد ذكر البغوى وغيره أن له حكم دم البراغيث لأنه تعم به البلوى ويشق الاحتراز منه ، والصحيح أنه كدم البراغيث .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما الدماء فينظر فيها فان كان دم القمل والبراغيث وما اشبههما فانه يعفى عن قليله لانه يشق الاحتراز منه ، فلو لم يعف عنه شق وضاق ، وقد قال الله تعالى (وما جعل عليكم فى الدين من حرج) وفى كثيره وجهان ، قال أبو سعيد الاصطخرى : لا يعفى عنه لانه نادر لا يشق غسله ، وقال غيره يعفى عنه وهو الأصح ، لأن هذا الجنس يشق الاحتراز منه فى الغالب فالحق نادره بغالبه ، وان كان دم غيرهما من الحيوانات ففيه ثلاثة أقوال ، قال فى الأم : يعفى عن قليله ، وهو القدر الذى يتعافاه الناس فى العادة ، لان الانسان لايخلو من بثرة وحكة يخرج منها هذا القدر فعفى عنه ، وقال فى الاملاء : لا يعفى عن قليله ولا عن كثيره ، لانه نجاسة لا يشق الاحتراز منها فلم يعف عنها كالبول ، وقال فى القديم : يعفى عما دون الكف ولا يعفى عن الكف والأول اصح) .

(الشرح) البثرة باسكان الثاء ويقال بفتحها لغتان ، والاسكان أشهر ، وهى خراج صغير ، ويقال بثر وجهه بكسر الثاء وضمها وفتحها ، ثلاث لغات حكاهن الجوهرى وغيره ، والحكة بكسر الحاء وهى الجرب ، ذكره

---

(١) ونيم الذباب خرؤه أو بويضاته التى يتركها على الأشياء التى يتجمع عليها وفعله ونم كوعد ونما وونيما (ط) .

الجوهرى • أما دم القمل والبراغيث والبق والقردان وغيرهما مما لا نفس له سائلة فهو نجس عندنا كما سبق فى باب ازالة النجاسة ، وذكرنا خلاف أبى حنيفة وأحمد فيه ، واتفق أصحابنا على أنه يعفى عن قليله ، وفى كثيره وجهان مشهوران أحدهما قال الاصطخرى : لا يعفى عنه ، وأصحها باتفاق الأصحاب يعفى عنه قال القاضى أبو الطيب : هذا قول ابن سريج وأبى اسحاق المروزى • قال صاحب البيان هذا قول عامة أصحابنا • وقال المحاملى فى المجموع هذا قول ابن سريج وأبى اسحاق وسائر أصحابنا قال الشيخ أبو حامد والمحاملى فى التجريد : القليل هو ما تعافاه الناس أى عدوه عفوا وتساهلوا فيه ، والكثير ما غلب على الثوب وطيته •

وذكر الخراسانيون فى ضبط القليل كلاما طويلا اختصره الرافعى ولخصه فقال فى قول قديم : القليل قدر دينار • وفى قديم آخر : القليل ما دون الكف وعلى الجديد وجهان (أحدهما) الكثير ما يظهر للناظر من غير تأمل وامعان طلب والقليل دونه ، (وأصحهما) الرجوع الى العادة ، فما يقع التلطخ به غالبا ويعسر الاحتراز منه فقليل ، وما لا فكثير ، فعلى الأول لا يختلف ذلك باختلاف البلاد والأوقات • وعلى الثانى وجهان :

(أحدهما) يعتبر الوسط المعتدل فلا يعتبر من البلاد والأوقات ما يندر ذلك فيه أو يتفاحش (وأصحهما) يختلف باختلاف الأوقات والبلاد ، ويجتهد المصلى هل هو قليل أم كثير ؟ فلو شك ففيه احتمالان لامام الحرمين، (أرجحهما) وبه قطع الغزالى : له حكم القليل (والثانى) له حكم الكثير ، وسواء فى كل ما ذكرناه ما كان من هذا الدم فى الثوب والبدن بالاتفاق ، فلو كان قليلا فعرق وانتشر التلطخ بسببه ففيه الوجهان فى الكثير ، حكاهما المتولى والبغوى • قال الشيخ أبو عاصم : يعفى عنه • وقال القاضى حسين لا يعفى عنه ولو أخذ قملة أو برغوثا وقتله فى ثوبه أو بدنه أو بين أصبعيه فتلوثت به قال المتولى : ان كثر ذلك لم يعف عنه ، وان كان قليلا فوجهان أصحهما يعفى عنه ، قال : ولو كان دم البراغيث فى ثوب فى كمه وصلى به أو بسطه وصلى عليه ، فان كان كثيرا لم تصح صلاته ، وان كان قليلا فوجهان أما دم ما له نفس سائلة من آدمى وسائر الحيوانات ففيه الأقوال الثلاثة التى ذكرها المصنف ، وهى مشهورة ، أصحها بالاتفاق قوله فى الأم : انه يعفى عن

قليله ، وهو القدر الذى يتعافاه الناس فى العادة ، يعنى يعدونه عفوا ، قال الأزهرى يعـدونه عفوا قد عفى لهم عنه ، ولم يكلفوا ازالته للمشـقة فى التحفظ منه .

قال صاحب الشامل : قدره بعض أصحابنا بلمعة ، وهذه الأقوال فى دم غيره من آدمى وحيوان آخر ، وأما دم نفسه فضربان أحدهما ما يخرج من بثرة من دم وقيح وصديد فله حكم دم البراغيث بالاتفاق ، يعفى عن قليله قطعا ، وفى كثيره الوجهان أصحهما العفو ، فلو عصر بثرة فخرج منهـا دم قليل عفى عنه على أصح الوجهين . وهما كالوجهين السابقين فى دم القملة ونحوها اذا عصره فى ثوبه أو بدنه .

(الضرب الثانى) ما يخرج منه لا من البثرات بل من الدماميل والقروح وموضع الفصـد والحجامة وغيرها . وفيه طريقـان (أحدهما) أنه كدم البراغيث والبثرات فيعفى عن قليله . وفى كثيره الوجهان قال الرافعى : هذا مقتضى كلام الأكثرين . (والثانى) وهو الأصح ، واختاره ابن كج والشيخ أبو محمـد وامام الحرمين : وهو ظاهر كلام المصنف وسائر العراقيين أنه كدم الأجنبى . فأما دم الاستحاضة وما يدوم غالبا فسبق حكمه فى باب الحيض. وأما ماء القروح فسبق فى باب ازالة النجاسة أنه ان تغيرت رائحته فهو نجس والا فطريقان (أصحهما) أنه طاهر . (والثانى) على قولين . وحيث نجسناه فهو كالبثرات ، قال أصحابنا : وقيح الأجنبى وصديده وسائر الحيوان كدم ذلك الحيوان . ثم الجمهور أطلقوا الكلام فى الدماء على ما سبق وقيـد صاحب البيان الخلاف فى العفو بغير دم الكلب والخنزير وما تولد من أحدهما وأشـار الى أنه لا يعفى عن شىء منه بلا خلاف قال البغوى : وحكم وثيم الذباب وبول الخفاش حكم الدم لتعذر الاحتراز .

(فـرع) قال صاحب التتمة وغيره : لو كان فى صلاة فأصابه شىء جرحه وخرج الدم يدفق ولم يلوث البشرة ، أو كان التلويث قليلا بأن خرج كخروج الفصد لم تبطل صلاته ، واحتجوا بحـديث جابر رضى الله عنه فى الرجلين [1] اللذين حرسا للنبى صلى الله عليه وسلم فجرح أحدهما وهـو

---

(١) الرجلان هما عباد بن بشر وعمار بن ياسر والذى جرح هو عباد بن بشر وقال : كنت فى سورة الكهف فخشيت أن أقطعها (ط) .

يصلى فاستمر فى صلاته ودماؤه تسيل ؛ وهو حديث حسن سبق بيانه فى باب ما ينقض الوضوء ؛ قالوا : ولأن المنفصل عن البشرة لا يضاف اليه وان كان بعض الدم متصلا ببعض ، ولهذا لو صب الماء من ابريق على نجاسة واتصل طرف الماء بالنجاسة لم يحكم بنجاسة الماء الذى فى الطريق ، وان كان بعضه متصلا ببعض .

(**فرع**) فى مذاهب العلماء فى الدماء : ذكرنا مذهبنا ، وحكى الشيخ أبو حامد عن مالك أنه يعفى عما دون نصف الثوب ولا يعفى عن نصفه ؛ وعن أحمد يعفى عما دون شبر فى شبر ، وعن أبى حنيفة أن النجاسة من الدم وغيره ان كانت قدر درهم بغلى عفى عنها ، ويعفى عن أكثر ، وعن النخعى والأوزاعى يعفى عن قدر دون درهم لا عن درهم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا كان على بدنه نجاسة غير معفو عنها ولم يجد ما يغسلها به صلى وأعاد ، كما قلنا فيمن لم يجد ماء ولا ترابا ، وان كان على قرحة (١) دم يخاف من غسله صلى واعاد ، وقال فى القديم : لا يعيد لانه نجاسة يعذر فى تركها فسقط معها الفرض كأثر الاستنجاء ، والأول أصح لانه صلى بنجس نادر غير متصل فلم يسقط معه الفرض كما لو صلى بنجاسة نسيها) .

(**الشرح**) القرح بفتح القاف وضمها لغتان ؛ وقوله (صلى بنجس نادر) احتراز من أثر الاستنجاء ، وقوله (غير متصل) احتراز من دم المستحاضة .

(**أما حكم المسألة**)فاذا كان على بدنه نجاسة غير معفو عنها وعجز عن ازالتها وجب أن يصلى بحاله لحرمة الوقت لحديث أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « واذا أمرتكم بشىء فأتوا منه ما استطعتم » رواه البخارى ومسلم . وتلزمه الاعادة لما ذكره المصنف ، وقد سبق فى باب التيمم قول غريب أنه لا تجب الاعادة فى كل صلاة أمرناه أن يصليها على نوع خلل . أما اذا كان على قرحة دم يخاف من غسله وهو كثير بحيث لا يعفى عنه ففى وجوب الاعادة القولان اللذان ذكرهما المصنف

---

(١) فى النسخة المطبوعة من المهذب (قرجه) وهو خطأ (ط) .

الجديد الأصح : وجوبها والقديم : لا يجب وهو مذهب أبى حنيفة ومالك وأحمد والمزنى وداود ، والمعتبر فى الخوف ما سبق فى باب التيمم ، وقوله (كما لو صلى بنجاسة نسيها) هذا على طريقته وطريقة العراقيين أن من صلى بنجاسة نسيها تلزمه الاعادة قولا واحدا ، وانما القولان عندهم فيمن صلى بنجاسة جهلها فلم يعلمها قط ، وعند الخراسانيين فى الناسى خلاف مرتب على الجاهل ، وسنوضحه قريبا حيث ذكره المصنف ان شاء تعالى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان جبر عظمه بعظم نجس ــ فان لم يخف التلف من قلعه لزمه قلعه لانه نجاسة غير معفو عنها اوصلها الى موضع يلحقه حكم التطهير لا يخاف التلف من ازالتها ، فاشبه اذا وصلت المراة شعرها بشعر نجس ، فان امتنع من قلعه اجبره السلطان على قلعه لانه مستحق عليه تدخله النيابة ، فاذا امتنع لزم السلطان ان يقلعه كرد المغصوب ، وان خاف التلف من قلعه لم يجب قلعه ؛ ومن اصحابنا من قال : يجب لانه حصل بفعله وعدوانه فانتزع منه ، وان خيف عليه التلف كما لو غصب مالا ولم يمكن انتزاعه منه الا بضرب يخاف منه التلف ، والمذهب الاول لان النجاسة يسقط حكمها عند خوف التلف ، ولهذا يحل اكل الميتة عند خوف التلف فكذلك ههنا ، وان مات فقد قال ابو العباس: يقلع حتى لا يلقى الله تعالى حاملا للنجاسة ، والمنصوص انه لا يقلع لأن قلعه عبادة ، وقد سقطت العبادة عنه بالموت وان فتح موضعا من بدنه وطرح فيه دما والتحم وجب فتحه واخراجه كالعظم . وان شرب خمرا فالمنصوص فى صلاة الخوف انه يلزمه أن يتقايا لما ذكرناه فى العظم ، ومن اصحابنا من قال : لا يلزمه لأن النجاسة حصلت فى معدتها فصار كالطعام الذى اكله وحصل فى المعدة) •

(الشرح) اذا انكسر عظمه فينبغى أن يجبره بعظم طاهر ؛ قال أصحابنا : ولا يجوز أن يجبره بنجس مع قدرته على طاهر يقوم مقامه ، فان جبره بنجس نظر ــ ان كان محتاجا الى الجبر ولم يجد طاهرا يقوم مقامه ــ فهو معذور ، وان لم يحتج اليه ووجد طاهرا يقوم مقامه أثم ووجب نزعه ان لم يخف منه تلف نفسه ولا تلف عضو ولا شيئا من الأعذار المذكورة فى التيمم ، فان لم يفعل أجبره السلطان ولا تصح صلاته معه ، ولا يعذر بالألم الذى يجده اذا لم يخف منه ، وسواء اكتسى العظم لحما أم لا ، هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور لأنها نجاسة أجنبية حصلت فى غير معدنها وفيه

وجه شاذ ضعيف أنه اذا اكتسى اللحم لا ينزع وان لم يخف الهلاك ، حكاه الرافعى ومال اليه امام الحرمين والغزالى ، وهو مذهب أبى حنيفة ومالك • وان خاف من النزع هلاك النفس أو عضو أو فوات منفعة عضو لم يجب النزع على الصحيح من الوجهين ودليلهما فى الكتاب • قال صاحب التتمة وغيره : لو لم يخف التلف وخاف كثرة الألم وتأخر البرء ــ وقلنا : لو خاف التلف لم يجب النزع ــ فهل يجب هنا ؟ فيه وجهان بناء على القولين فى نظيره فى التيمم وحيث أوجبنا النزع فتركه لزمه اعادة كل صلاة صلاها معه قولا واحدا لأنه صلى بنجاسة متعمدا ، ومتى وجب النزع فمات قبله لم ينزع على الصحيح المنصوص ، وفيه وجه أبى العباس ودليلهما فى الكتاب وهما جاريان سواء استتر باللحم أم لا ؟ وقيل : ان استتر لم ينزع وجها واحدا ، فاذا قلنا ينزع فهل النزع واجب أم مستحب ؟ فيه وجهان حكاهما الرافعى الصحيح أنه واجب وبه قطع صاحب الحاوى •

(فرع) مداواة الجرح بدواء نجس وخياطته بخيط نجس كالوصل بعظم نجس ، فيجب النزع حيث يجب نزع العظم ، ذكره المتولى والبغوى وآخرون ؛ وكذا لو فتح موضعا من بدنه وطرح فيه دما أو نجاسة أخرى أو وشم يده أو غيرها فانه ينجس عند الغرز فله حكم العظم • هذا هو الصحيح المشهور ، قال الرافعى : وفى تعليق الفراء أنه يزال الوشم بالعلاج فان لم يمكن الا بالجرح لا يجرح ولا اثم عليه بعد التوبة •

(فرع) اذا شرب خمرا أو غيرها من النجاسات ، قال الشافعى رحمه الله فى البويطى فى باب صلاة الخوف : وان أكره على أكل محرم فعليه أن يتقايأه هذا نصه فى البويطى ؛ وقال فى الأم : ولو أسر رجل فحمل على شرب محرم أو أكل محرم وخاف ان لم يفعله فعليه أن يتقايأه ان قدر عليه ، وهذان النصان ظاهران أو صريحان فى وجوب الاستقاءة لمن قدر عليها ، وبهذا قال أكثر الأصحاب ، وصححه صاحبا الشامل والمستظهرى ، وفيه وجه أنه لا يجب بل يستحب وصححه القاضى أبو الطيب ولا فرق بين المعذور فى الشرب وغيره كما نص عليه •

(فرع) لو انقلعت سنه فردها موضعها ، قال أصحابنا العراقيون :

لا يجوز لأنها نجسة وهذا بناء على طريقتهم أن عضو الآدمى المنفصل فى حياته نجس وهو المنصوص فى الأم ، ولكن المذهب طهارته وهو الأصح عند الخراسانيين ، وقد سبق ايضاحه فى باب ازالة النجاسة ، فلو تحركت سنه فله أن يربطها بفضة وذهب وهى طاهرة بلا خلاف ، وصرح به الماوردى والقاضى أبو الطيب والمحاملى وسائر الأصحاب .

(**فرع**) قال الشافعى رضى الله عنه فى المختصر : ولا تصل المرأة بشعرها شعر انسان ولا شعر ما لا يؤكل لحمه بحال ، قال أصحابنا : اذا وصلت شعرها بشعر آدمى فهو حرام بلا خلاف سواء كان شعر رجل أو امرأة وسواء شعر المحرم والزوج وغيرهما بلا خلاف ، لعموم الأحاديث الصحيحة فى لعن الواصلة والمستوصلة ، ولأنه يحرم الانتفاع بشعر الآدمى وسائر أجزائه لكرامته ، بل يدفن شعره وظفره وسائر أجزائه ، وان وصلته بشعر غير آدمى ــ فان كان شعرا نجسا وهو شعر الميتة وشعر ما لا يؤكل اذا انفصل فى حياته ــ فهو حرام أيضا بلا خلاف للحديث لأنه حمل نجاسة فى الصلاة وغيرها عمدًا ؛ وسواء فى هذين النوعين المرأة المزوجة وغيرها من النساء والرجال .

وأما الشعر الطاهر من غير الآدمى ــ فان لم يكن لها زوج ولا سيد ــ فهو حرام أيضا على المذهب الصحيح ، وبه قطع الدارمى والقاضى أبو الطيب والبغوى والجمهور ، وفيه وجه أنه مكروه قاله الشيخ أبو حامد وحكاه الشاشى ورجحه ، وحكاه غيره وجزم به المحاملى ، وهو شاذ ضعيف ، ويبطله عموم الحديث . وان كان لها زوج أو سيد فثلاثة أوجه حكاها الدارمى وآخرون (أصحها) عند الخراسانيين ، وبه قطع جماعة منهم ، ان وصلت باذنه جاز والا حرم (والثانى) يحرم مطلقا (والثالث) لا يحرم ولا يكره مطلقا ، وقطع الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وصاحب الحاوى والمحاملى وجمهور العراقيين بأنه يجوز باذن الزوج والسيد ، قال صاحب الشامل : قال أصحابنا : ان كان لها زوج أو سيد جاز لها ذلك وان لم يكن زوج ولا سيد كره . فهذه طريقة العراقيين ، والصحيح ما صححه الخراسانيون ، وقول من قال بالتحريم مطلقا أقوى لظاهر اطلاق الأحاديث

الصحيحة ، قال صاحب التهذيب : وتحمير الوجه والخضاب بالسواد وتطريف الأصابع حرام بغير اذن الزوج ، وباذنه وجهان (أصحهما) التحريم •

وقال الرافعى : تحمير الوجنة ان لم يكن لها زوج ولا سيد أو فعلته بغير اذنه فحرام ، وان كان باذنه فجائز على المذهب ، وقيل وجهان كالوصل قال : وأما الخضاب بالسواد وتطريف الأصابع فألحقوه بالتحمير • قال امام الحرمين : ويقرب منه تجعيد الشعر ، ولا بأس بتصفيف الطرز وتسوية الأصداغ ، وأما الخضاب بالحناء فمستحب للمرأة المزوجة فى يديها ورجليها تعميما لا تطريفا ويكره لغيرها ، وقد أطلق البغوى وآخرون استحباب الخضاب للمرأة ومرادهم المزوجة •

وأما الرجل فيحرم عليه الخضاب الا لحاجة لعموم الأحاديث الصحيحة فى نهى الرجال عن التشبه بالنساء ، وقد تقدمت هذه المسألة بأدلتها فى آخر باب السواك ، وأما الوشم والوشر وهو تحديد الأسنان محرم على المرأة والرجل ، ويستحب المزوجة الخلوق ويكره للرجل ، وقد سبق هذا فى باب السواك ، ومما جاء من الأحاديث الصحيحة فى الوشم والوصل والوشر وغيرها حديث أسماء رضى الله عنها : « أن امرأة سألت النبى صلى الله عليه وسلم قالت : يا رسول الله ان ابنتى أصابتها الحصبة فتمرق شعرها وانى زوجتها أفأصل فيه ؟ فقال : لعن الله الواصلة والموصولة » رواه البخارى ومسلم ، وفى الصحيحين عن عائشة نحوه • قولها (تمرق) هو بالراء المهملة ، يعنى انتثر وسقط •

وعن حميد بن عبد الرحمن أنه سمع معاوية على المنبر وتناول قصة من شعر كانت فى يد حرسى فقال : « يا أهل المدينة أين علماؤكم ؟ سمعت النبى صلى الله عليه وسلم ينهى عن مثل هذه ويقول : انما هلكت بنو اسرائيل حين اتخذها نساؤهم » رواه البخارى ومسلم • وعن ابن عمر رضى الله عنهما : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لعن الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة » رواه البخارى ومسلم • وعن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال (لعن الله الواشمات والمستوشمات والمتنمصات والمتفلجات للحسن ، المغيرات خلق الله ، فقالت له امرأة فى ذلك ، فقال : وما لى لا ألعن من امنه

صلى الله عليه وسلم وهو فى كتاب الله تعالى «وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا ») رواه البخارى ومسلم : المتفلجة التى تبرد من أسنانها ليتباعد بعضها عن بعض وتحسنها وهو الوشر ، والنامصة التى تأخذ من شعر الحاجب وترققه ليصير حسنا ، والمتنمصة التى تأمر من يفعل ذلك بها .

(**فرع**) هذا الذى ذكرناه من تحريم الوصل فى الجملة هو مذهبنا ومذهب جماهير العلماء ، وحكى القاضى عياض عن طائفة جوازه ، وهو مروى عن عائشة رضى الله عنها قال : ولا يصح عنها بل الصحيح عنها كقول الجمهور ، قال : والوصل بالصوف والخرق كالوصل بالشعر عند الجمهور، وجوزه الليث بن سعد بغير الشعر ، والصحيح الأول لحديث جابر رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم زجر أن تصل المرأة برأسها شيئا » رواه مسلم . وهذا عام فى كل شىء . فأما ربط الشعر بخيوط الحرير الملونة ونحوها مما لا يشبه الشعر فليس بمنهى عنه . وأشار القاضى الى نقل الاجماع فيه لأنه ليس بوصل ، ولا هو فى معنى مقصود الوصل ، وانما هو للتجمل والتحسين .

(**فرع**) ذكر القاضى عياض أن وصل الشعر من المعاصى الكبائر للعن فاعله .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وأما طهارة الثوب الذى يصلى فيه فهى شرط فى صحة الصلاة ، والدليل عليه قوله تعالى : (وثيابك فطهر (١)) فان كان على ثوبه نجاسة غير معفو عنها ولم يجد ماء يغسلها به صلى عريانا ولا يصلى فى الثوب النجس . قال البويطى: وقد قيل يصلى فيه ويعيد ، والمذهب الأول لأن الصلاة مع العرى يسقط بها الفرض ، ومع النجاسة لا يسقط [لأنه تجب اعادتها] فلا يجوز أن تترك صلاة يسقط بها الفرض الى صلاة لا يسقط بها الفرض) .

(**الشرح**) طهارة الثوب شرط لصحة الصلاة ، ودليله ما ذكره المصنف وما سبق فى أول الباب فان لم يقدر الا على ثوب عليه نجاسة لا يعفى عنها ولم يقدر على غسله فطريقان (أحدهما) يصلى عريانا وأشهرهما على قولين

---

(١) الآية ٣ من سورة المدثر .

(أصحهما) يجب عليه أن يصلى عريانا (والثانى) يجب أن يصلى فيه ، ودليلهما فى الكتاب • فان قلنا : يصلى عريانا فلا اعادة ، وان قلنا : يصلى فيه وجبت الاعادة ، ولو كان معه ثوب طاهر ولم يجد الا موضعا نجسا فوجهان مشهوران فى الابانة وغيره (أصحهما) يجب أن ينزعه فيبسطه ويصلى عليه ولا اعادة (والثانى) يصلى فيه على النجاسة ويعيد ، ووجههما ما سبق ، ولو لم يجد الا ثوب حرير فوجهان (أصحهما) يجب أن يصلى فيه لأنه طاهر يسقط الفرض به ، انما يحرم فى غير محل الضرورة (والثانى) يصلى عاريا لأنه عادم لسترة شرعية ، ولا اعادة لما ذكرنا ، ويلزمه لبس الثوب النجس والحرير فى غير الصلاة للستر عن الأعين ، وكذا فى الخلوة اذا أوجبنا الستر فيها •

(**فرع**) لو كان معه ثوب طرفه نجس وليس معه ماء يغسله به وأمكنه قطع موضع النجاسة ــ فان كان ينقص بالقطع قدر أجرة مثل السترة ــ لزمه قطعه ، وان كان أكثر فلا يلزمه ، ذكره المتولى وآخرون •

(**فرع**) فى مذاهب العلماء فيمن لم يجد الا ثوبا نجسا •

قد ذكرنا أن الصحيح فى مذهبنا أنه يصلى عاريا ولا اعادة عليه ، وبه وقال أبو ثور • وقال مالك والمزنى : يصلى فيه ولا يعيد ، وقال أحمد : يصلى فيه ويعيد • وقال أبو حنيفة : ان شاء صلى فيه وان شاء عريانا ولا اعادة فى الحالين •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان اضطر الى لبس الثوب لحر أو برد صلى فيه واعاد اذا قدر ، لأنه صلى بنجس نادر غير متصل فلا يسقط معه الفرض وكما لو صلى بنجاسة نسيها) •

(**الشرح**) قوله : نادر احترازا من دم البراغيث ونحوه ، قوله : غير متصل احترازا من دم الاستحاضة وسلس البول ونحوهما ، واذا اضطر الى لبس الثوب النجس لحر أو برد أو غيرهما صلى فيه للضرورة ويلزمه الاعادة لما ذكره •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان قدر على غسله وخفى عليه موضع النجاسة لزمه ان يغسل الثوب كله ولا يتحرى فيه ، لأن التحرى انما يكون فى عينين [فاذا أداه اجتهاده الى طهارة احدهما رده الى أصله وانه طاهر بيقين ، وهذا لا يوجد فى الثوب الواحد (١)] فان شقه نصفين لم يتحر فيه لأنه يجوز ان يكون الشق فى موضع النجاسة فتكون القطعتان نجستين) .

(الشرح) هاتان المسألتان متفق عليهما كما ذكره المصنف ؛ الا أن صاحب البيان حكى فيما اذا خفى موضع النجاسة من الثوب وجها عن ابن سريج أنه اذا غسل بعضه كفاه ويصلى فيه ، لأنه يشك بعد ذلك فى نجاسته والأصل طهارته ، وهذا ليس بشىء لأنه تيقن النجاسة فى هذا الثوب وشك فى زوالها ، وهذا الذى ذكرناه من وجوب غسل جميعه هو اذا احتمل وجود النجاسة فى كل موضع منه فلو علم أنها كانت فى مقدمه وجهل موضعها ، وعلم أنها ليست فى مؤخره وجب غسل مقدمه فقط ، فلو أصابت يده المبتلة بعض هذا الثوب قبل غسله لم يحكم بنجاسة اليد لاحتمال أن الذى أصابته طاهر صرح به البغوى وغيره .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان معه ثوبان طاهر ونجس واشتبها عليه تحرى وصلى فى الطاهر على الأغلب عنده لأنه شرط من شروط الصلاة يمكن التوصل اليه بالاجتهاد فجاز التحرى فيه كالقبلة ، فان اجتهد فلم يؤده الاجتهاد الى طهارة احدهما صلى عريانا واعاد لأنه صلى ومعه ثوب طاهر بيقين ، وان اداه الاجتهاد الى طهارة احدهما ونجاسة الآخر فغسل النجس عنده جاز أن يصلى فى كل واحد منهما ، فان لبسهما معا وصلى فيهما ففيه وجهان .

قال ابو اسحاق تلزمه الاعادة لأنهما صارا كالثوب الواحد وقد تيقن حصول النجاسة وشك فى زوالها ، لأنه يحتمل أن يكون الذى غسله هو الطاهر فلم تصح صلاته ، كالثوب الطاهر الواحد اذا أصابته نجاسة وخفى عليه موضعها فتحرى وغسل موضع النجاسة بالتحرى وصلى فيه .

وقال ابو العباس : لا اعادة عليه لأنه صلى فى ثوب طاهر بيقين وثوب طاهر فى الظاهر ، فهو كما لو صلى فى ثوب اشتراه لا يعلم حاله وثوب غسله ، فان كانت النجاسة فى أحد الكمين واشتبه فوجهان ، قال ابو اسحاق : لا يتحرى

---

(١) ما بين المعقوفين وهو قطعة كبيرة مشتملة حكمين ليس فى ش و ق (ط) .

لانه ثوب واحد . وقال ابو العباس : يتحرى لانهما عينان متميزتان هما كالثوبين ، فان فصل احد الكمين جاز التحرى فيه بلا خلاف) .

(الشرح) فيه مسائل (احداها) اذا اشتبه ثوب نجس لزمه التحرى فيهما ويصلى فى الذى يؤدى اجتهاده الى طهارته ، وهذا مذهبنا ، وفيه خلاف للسلف سبق بيانه بأدلته فى باب التحرى فى الماء ، وسواء كان عدد الطاهر أكثر أو أقل ، حتى لو اشتبه عشرة ثياب أحدها طاهر والباقى نجس اجتهد ، ولو كان معه ثوبان طاهر ونجس واشتبها ومعه ثالث طاهر بيقين أو معه ما يمكن به غسل ثوب هل له الاجتهاد ؟ فيه الوجهان السابقان فى مثله فى الأوانى أصحهما الجواز ووجه ثالث حكاه المتولى يجوز الاجتهاد اذا كان معه ماء يغسل به ، ولا يجوز اذا كان معه ثالث لأن عليه ضررا فى اتلاف الماء بخلاف الثوب ، والأصح الجواز مطلقا .

وقول المصنف لأنه شرط من شروط الصلاة الى آخره ، فيه احترازات سبق بيانها فى باب الشك فى نجاسة الماء ، وقوله : شرط هو الصواب بخلاف قوله هناك لأنه سبب ، وقد نبهنا على هذا هناك ، وقاس على القبلة لأنه مجمع على الاجتهاد فيها مع أن جهات الخطأ فيها أكثر من جهة الصواب .

(الثانية) اذا اجتهد فتحير ولم يظهر له بالاجتهاد شىء لزمه أن يصلى عريانا لحرمة الوقت ، ويلزمه الاعادة لأنه صلى عريانا ومعه ثوب طاهر . وعذره نادر غير متصل ، هذا هو الصحيح المشهور ، وفيه قول أنه يجب أن يصلى فى أحدهما وهو القول الضعيف الذى أشار اليه فى البويطى ، كما سبق أنه اذا لم يجد الا ثوبا نجسا صلى فيه وأعاد لئلا يكشف عورته ، وفيه وجه غريب حكاه صاحبا الحاوى والبيان أنه يصلى تلك الصلاة فى كل ثوب مرة ، ولا اعادة حينئذ ، وهذا ليس بشىء لأنه أمر بالصلاة بنجاسة بيقين والمذهب أنه يصلى عريانا ويعيد . هذا اذا لم يكن معه ماء يغسل به أحدهما، فان كان وجب عليه غسل أحدهما ، هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور . وحكى المتولى وجها أنه لا يلزمه الغسل ، لأن الثوب الذى يريد غسله لا يتيقن نجاسته ولا يمكن ايجاب غسل ما لا يعلم نجاسته وهذا خيال عجيب وخطأ ظاهر ، وانما أذكر مثله لأبين بطلانه ، وقد قال صاحب الشامل

فى جواب هذا ، انما يجب غسل النجس لأنه لا يمكنه الصلاة الا بغسله ، وهذا المعنى موجود هنا •

(الثالثة) اذا أدى اجتهاده الى طهارة أحدهما فغسل الآخر فله أن يصلى فى كل واحد على الانفراد ولا خلاف فى هذا الا وجها أشار اليه المتولى أنه لا يجوز أن يصلى فى الذى لم يغسله ، وهذا ليس بشىء فلو لبسهما معا وصلى ففيه الوجهان اللذان ذكرهما المصنف بدليلهما أصحهما الجواز ، ولو كانت النجاسة فى أحد كمين واشتبه ففى جواز الاجتهاد فيه الوجهان المذكوران فى الكتاب بدليلهما أصحهما الجواز ، فلو فصل أحدهما جاز الاجتهاد فيهما بعد ذلك بلا خلاف ، لأنهما عينان متميزتان ، ويجرى الوجهان فيما لو نجست احدى يديه أو أحد أصابعه ، والأصح أنه لا يجوز الاجتهاد، فلو اجتهد وغسل ما ظن نجاسته وصلى لم تصح على الأصح ولو غسل أحد كميه بالاجتهاد ثم فصله عن الثوب فجواز الصلاة فيما لم يغسله على الوجهين ، ولو أخبره ثقة بأن النجس هو هذا الكم فالمذهب أنه يقبل قوله ويغسله وحده ويصلى فيه ، وقال صاحب الحاوى فيه وجهان بناء على الوجهين فى الاجتهاد فيهما ان جوزناه قبل قوله والا فلا ، لأنه تيقن النجاسة ولم يتيقن زوالها ، والصواب الأول •

(فرع) لو تلف أحد الثوبين المشتبهين قبل الاجتهاد ففى جواز الصلاة فى الآخر وجهان كنظيره فى الاناءين اذا تلف أحدهما ، حكاهما الدارمى والمتولى وغيرهما أصحهما لا يجوز ، ولو غسل أحد المشتبهين بغير اجتهاد فله الصلاة فيه ، وهل له الصلاة فى الآخر • قال المتولى : فيه هذان الوجهان لأن المغسول أسقط فيه الاجتهاد ، فصار كالتالف والصحيح أنه لا يجوز •

(فرع) اذا اشتبه ثوب طاهر بثوب نجس فلم يجتهد ، بل صلى فى كل ثوب مرة تلك الصلاة ، قال المتولى وغيره : صلاته باطلة كما لو ترك الاجتهاد فى القبلة وصلى أربع مرات الى أربع جهات • وقال المزنى : لا يجوز الاجتهاد ، بل يلزمه أن يصلى فى كل ثوب مرة كمن نسى صلاة من صلاتين يلزمه فعلهما ، دليلنا : أنه شرط للصلاة فأشبه القبلة ، ويخالف مسألة الناسى من وجهين •

أحدهما : أن الاشتباه هناك فى نفس الصلاة فوجب اليقين بأن يصليهما ، الفرض هنا متعين ، والاشتباه فى شرط فأشبه القبلة .

الثانى : أن هناك لا يؤدى الى ارتكاب حرام بل غايته أن يصلى صلاة ليست عليه فتقع نافلة ، وهنا يؤدى اليه لأن الصلاة مع النجاسة حرام .

(فرع) لو ظن بالاجتهاد طهارة ثوب من ثوبين أو أثواب وصلى فيه ثم دخل وقت صلاة أخرى ، هل يجدد الاجتهاد ؟ فيه وجهان (أحدهما) وبه قطع المتولى يجدده ، كما يجدده فى القبلة على الصحيح (وأصحهما) وبه قطع صاحب الحاوى لا يجدده قال : ويخالف القبلة فانها تتغير بتغير المواضع ويختلف ادراكها باختلاف الأحوال ، فلو اجتهد وقلنا الاجتهاد واجب أو غير واجب فان لم يتغير اجتهاده أو ظهر له طهارة الذى كان يظن طهارته أولا صلى فيه ، وان تغير اجتهاده فظهر له طهارة الآخر لم تلزمه اعادة الصلاة الأولى بلا خلاف ، وكيف يصلى الآن ؟ فيه وجهان مشهوران فى الحاوى ، وتعليق القاضى أبى الطيب والتتمة وغيرها (أصحهما) ــ وهو الذى صححه المتولى وغيره ــ يصلى فى الثوب الثانى وهو الذى ظهر له الآن أنه الطاهر ولا اعادة عليه ، كما اذا تغير اجتهاده فى القبلة يصلى الى الجهة الثانية بخلاف ما اذا تغير اجتهاده فى مسألة الأوانى لأنه فى الأوانى ان توضأ بالثانى ولم يغسل ما أصابه من الأول صلى بنجاسة قطعا ، وان ألزمناه بغسله نقضنا الاجتهاد بالاجتهاد ، وهذا ممتنع . (والوجه الثانى) وهو الذى صححه القاضى أبو الطيب وصاحب الحاوى : لا يجوز أن يصلى فى واحد من الثوبين ، بل يصلى عريانا وتلزمه الاعادة كمسألة الأوانى وهذا ضعيف ، والصحيح الأول بخلاف الأوانى فانه يؤدى الى الصلاة بنجاسة أو نقض اجتهاد باجتهاد .

أما اذا تيقن أن الذى صلى فيه أولا كان نجسا وتيقن أن الثانى طاهر فيصلى فى الثانى ، وفى وجوب اعادة الصلاة الأولى طريقان حكاهما الدارمى (أحدهما) القطع بالوجوب كمن صلى بنجاسة نسيها على طريقة العراقيين ، (والثانى) وهو المذهب ، وبه قطع الأكثرون : فيه القولان فيمن صلى بنجاسة جهلها أصحهما الوجوب والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان عليه ثوب طاهر وطرفه موضوع على نجاسة كالعمامة على راسه وطرفها على ارض نجسة لم تجز صلاته لانه حامل لما هو متصل بنجاسة) .

(الشرح) هذا الذى ذكره متفق عليه ، وسواء تحرك الطرف الذى يلاقى النجاسة بحركته وقيامه وقعوده وركوعه وسجوده ، أم لم يتحرك ، هذا مذهبنا لا خلاف فيه ، ولو سجد على طرف عمامته ان تحرك بحركته لم تصح صلاته ، وان لم تتحرك صحت صلاته بلا خلاف ، والفرق أن المعتبر فى النجاسة أن لا يكون ثوبه المنسوب اليه ملاقيا لنجاسة ، وهذه العمامة ملاقية ، وأما السجود فالمأمور به أن يسجد على قرار وانما تخرج العمامة عن كونها قرارا بالحركة بحركته فاذا لم تتحرك فهى فى معنى القرار ، هذا مذهبنا ، قال العبدرى : وهو الصحيح من مذهب مالك وأحمد وداود ، وقال أبو حنيفة : ان تحركت حركته لم تصح والا فتصح .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان فى وسطه حبل مشدود الى كلب صغير لم تصح صلاته لانه حامل للكلب لانه اذا مشى انجر معه ، وان كان مشدودا الى كلب كبير ففيه وجهان ، احدهما لا تصح صلاته لانه حامل لما هو متصل بالنجاسة فهو كالعمامة على راسه وطرفها على نجاسة ، والثانى : تصح لأن للكلب اختيارا وان كان الحبل مشدودا الى سفينة فيها نجاسة والشد فى موضع طاهر من السفينة فان كانت السفينة صغيرة لم يجز لانه حامل للنجاسة ، وان كانت كبيرة ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لأنها منسوبة اليه (والثانى) يجوز لأنه غير حامل للنجاسة ولا لما هو متصل بالنجاسة فهو كما لو صلى والحبل مشدود الى باب دار فيها نجس) .

(الشرح) هذه المسائل عند جمهور الأصحاب كما ذكر ، ودلائلها واضحة ، والحاصل انه ان شده الى كلب صغير أو ميت لم تصح صلاته ، وان شده الى كلب كبير لم تصح أيضا على الأصح ، وان شده الى سفينة صغيرة لم تصح ، وان شده الى كبيرة صحت صلاته على الأصح ، وان شده الى باب دار فيها حش وهو الخلاء صحت بلا خلاف ، وان شده فى موضع نجس من السفينة بطلت صلاته بلا خلاف ، كما أشار اليه المصنف ، وقد

صرح به صاحب الحاوى والبندنيجى والشيخ أبو حامد سواء كانت صغيرة أو كبيرة ، هذه طريقة العراقيين والأكثرين وهى الصحيحة .

وأما طريقة الخراسانيين فمضطربة ، وقد لخصها الرافعى ، ومختصرها أنه اذا قبض طرف حبل أو ثوب أو شده فى يده أو رجليه أو وسطه ـ وطرفه الآخر نجس أو متصل بنجاسة ـ فثلاثة أوجه الصحيح : بطلان صلاته ، والثانى : لا تبطل . والثالث : ان كان الطرف نجسا أو متصلا بعين النجاسة بأن كان فى عنق كلب بطلت وان كان متصلا بطاهر وذلك الطاهر متصلا بنجاسة بأن شد فى ساجور أو خرقة وهما فى عنق كلب أو شده فى عنق حمار عليه حمل نجس لم تبطل ، والأوجه جارية سواء تحرك الطرف بحركته أم لا ، كذا قاله الأكثرون ، وقطع امام الحرمين والغزالى ومن تابعهما بالبطلان اذا تحرك ، وخصوا الخلاف بغير المتحرك وقطع البغوى بالطلان فى صورة الشد، وخص الخلاف بصورة القبض باليد .

واتفقت طرق جميع الأصحاب على أنه لو جعل طرف الحبل تحت رجله صحت صلاته فى جميع الصور ، وقول المصنف : دار فيها حش هو بفتح الحاء وضمها لغتان مشهورتان الفتح أشهر ، وهو الخلاء وأصله البستان وكانوا يقضون الحاجة فيه ، فسمى موضع قضاء الحاجة حشا كالغائط والعذرة ، فان الغائط فى الأصل المكان المطمئن والعذرة : فناء الدار .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان حمل حيوانا طاهرا فى صلاته صحت صلاته لأن النبى صلى الله عليه وسلم حمل امامة بنت أبى العاص فى صلاته ، ولأن ما فى الحيوان من النجاسة فى معدن النجاسة فهو كالنجاسة التى فى جوف المصلى ، وان حمل قارورة فيها نجاسة وقد سد راسها ففيها وجهان ، أحدهما : يجوز لأن النجاسة لا تخرج منها فهو كما لو حمل حيوانا طاهرا ، والمذهب : انه لا يجوز لانه حمل نجاسة غير معفو عنها فى غير معدنها فاشبه اذا حمل النجاسة فى كمه) .

(الشرح) حديث أمامة رواه البخارى ومسلم وهى أمامة بنت زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم واسم أبى العاص مهشم بكسر الميم واسكان الهاء وفتح الشين المعجمة ، وقيل لقيط ، وقيل ياسر ، وقيل القاسم ابن الربيع بن عبد العزى بن عبد مناف القرشية كان النبى صلى الله عليه

وسلم يحبها تزوجها على بن أبى طالب بعد وفاة فاطمة ، وكانت فاطمة أوصته بذلك رضى الله عنهم •

(**اما حكم المسألة**) فاذا حمل حيوانا طاهرا لا نجاسة على ظاهره فى صلاته صحت صلاته ، بلا خلاف ، وان حمل حيوانا مذبوحا بعد غسل موضع الدم وما على ظاهره من النجاسة لم تصح صلاته بلا خلاف ، وفيه وجه فى البحر صرح به الأصحاب منهم القاضى أبو الطيب ، لأن فى باطنه نجاسة لا حاجة الى استصحابها بخلاف الحى ، ولو تنجس منفذ الحيوان الحى كطائر ونحوه فحمله ففى صحة صلاته وجهان (أصحهما) عند الغزالى الصحة ، ويعفى عنه كالباقى على محل نجو المصلى (وأصحهما) عند امام الحرمين لا يصح ، وبه قطع المتولى وهو الأصح لعدم الحاجة الى احتمالها ، ولو وقع هذا الحيوان فى ماء قليل أو مائع لم ينجسه فى أصح الوجهين وقد سبقت هذه المسألة فى باب المياه •

ولو حمل بيضة صار باطنها دما وظاهرها طاهرا ، أو حمل عنقودا صار باطن حباته خمرا ولا رشح على ظاهره لم تصح صلاته فى أصح الوجهين ، ويجرى الوجهان فى كل استتار خلقى •

أما اذا حمل قارورة مصممة الرأس برصاص أو نحوه وفيها نجاسة فلا تصح صلاته على الصحيح ، وفيه وجه مشهور ، ودليلهما مذكور فى الكتاب، والقائل بالصحة أبو على بن أبى هريرة ، ذكره صاحب الحاوى والقاضى أبو الطيب وامام الحرمين والغزالى وغيرهم •

وان كان رأسها مسدودا بخرقة لم تصح صلاته بلا خلاف ، وان كان بشمع فطريقان • أحدهما : كالخرقة • والثانى : كالرصاص ، هذا ما ذكره الأصحاب ، واتفقوا على أن المسدودة بخرقة لا تصح الصلاة معها ، وقد أطلق المصنف المسألة فليحمل كلامه على المصممة برصاص وكذا قال صاحب البيان : ينبغى أن يحمل على الرصاص ليوافق الأصحاب •

(**فرع**) لو حمل المصلى مستجمرا بالأحجار لم تصح صلاته فى أصح الوجهين ، لأنه غير محتاج اليه ، وحديث أمامة رضى الله عنها محمول

على أنها كانت قد نجيت بالماء ، ولو حمل من عليه نجاسة معفو عنها ففيه الوجهان لما ذكرناه ، ويقرب منه من استنجى بالأحجار وعرق موضع النجو فتلوث به غيره ، ففى صحة صلاته وجهان ، ولكن الأصح هنا الصحة لعسر الاحتراز منه ، بخلاف حمل غيره . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(طهارة الموضع الذى يصلى فيه شرط فى صحة الصلاة لما روى عمر رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال « سبعة مواطن لا تجوز فيها الصلاة : المجزرة والمزبلة والمقبرة ومعاطن الابل والحمام وقارعة الطريق وفوق بيت الله العتيق » فذكر المجزرة والمزبلة ، وانما منع من الصلاة فيهما للنجاسة، فدل على أن طهارة الموضع الذى يصلى فيه شرط) .

(الشرح) حديث عمر رضى الله عنه هذا رواه الترمذى وابن ماجه والبيهقى وغيرهم لكن من رواية عبد الله بن عمر لا من رواية عمر ، وفى رواية للترمذى عن عمر ، قال الترمذى : ليس اسناده بذاك القوى . وكذا ضعفه غيره ، والمجزرة بفتح الميم والزاى موضع ذبح الحيوان ، والمزبلة بفتح الباء وضمها لغتان الفتح أجود ، والمقبرة بفتح الباء وضمها وكسرها ، ومعاطن الابل واحدها معطن بفتح الميم وكسر الطاء ، ويقال فيها عطن وجمعه أعطان ، وسنوضح تفسيرها حيث ذكرها المصنف فى آخر الباب .

والبيت العتيق هو الكعبة زادها الله شرفا ، سمى عتيقا لعتقه من الجبابرة، فلم يسلطوا على انتهاكه ، ولم يتملكه أحد من الخلق . كذا نقل عن ابن عباس وابن الزبير ومجاهد وقتادة ؛ وقيل عتيق أى متقدم ، وقيل كريم من قولهم فرس عتيق .

(اما حكم المسالة) فطهارة الموضع الذى يلاقيه فى قيامه وقعوده وسجوده شرط فى صحة صلاته ؛ سواء ما تحته وما فوقه من سقف وما بجنبيه من حائط وغيره ، فلو ماس فى شىء من صلاته سقفا نجسا أو حائطا أو غيره ببدنه أو ثوبه لم تصح صلاته ، ودليله ما سبق فى أول الباب . وأما الحديث المذكور هنا فلا يصح الاحتجاج به ، ومما يحتج به حديث بول الأعرابى فى المسجد . وقول النبى صلى الله عليه وسلم « صبوا عليه ذنوبا من ماء » رواه البخارى ومسلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان صلى على بساط عليه نجاسة غير معفو عنها فان صلى على الموضع النجس منه لم تصح صلاته لانه ملاق للنجاسة ، وان صلى على موضع طاهر منه صحت صلاته لأنه غير ملاق للنجاسة ولا حامل لما هو متصل بالنجاسة فهو كما لو صلى على أرض طاهرة وفى موضع منها نجاسة) .

(الشرح) اذا كان على البساط أو الحصير ونحوهما نجاسة فصلى على الموضع النجس لم تصح صلاته ، وان صلى على موضع طاهر منه صحت صلاته ، قال أصحابنا سواء تحرك البساط بتحركه أم لا ، لأنه غير حامل ولا ماس للنجاسة ، وهكذا لو صلى على سرير قوائمه على نجاسة صحت صلاته وان تحرك بحركته ، صرح به صاحب التتمة وغيره وقال أبو حنيفة : اذا تحرك البساط أو السرير بحركته بطلت صلاته والا فلا وكذا عنده طرف العمامة الذى يلاقى النجاسة ، ولو كان ما يلاقى بدنه وثيابه طاهرا وما يحاذى صدره أو بطنه أو شيئا من بدنه فى سجوده أو غيره نجسا صحت صلاته فى أصح الوجهين ، ونقله صاحب الحاوى عن نص الشافعى ، ونقله ابن المنذر عن الشافعى وأبى ثور ولو بسط على النجاسة ثوبا مهلهل النسج وصلى عليه ، فان حصلت مماسة النجاسة من الفرج بطلت صلاته ، وان لم تحصل وحصلت المحاذاة فعلى الوجهين الأصح لا تبطل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان صلى على ارض فيها نجاسة ، فان عرف موضعها تجنبها وصلى فى غيرها وان فرش عليها شيئا وصلى عليه جاز لانه غير مباشر للنجاسة ولا حامل لما هو متصل بالنجاسة ، وان خفى عليه موضع النجاسة ، فان كانت فى ارض واسعة فصلى فى موضع منها جاز ، لانه غير متحقق لها ولأن الأصل فيه الطهارة ، وان كانت النجاسة فى بيت وخفى موضعها لم يجز أن يصلى فيه حتى يغسله ومن اصحابنا من قال : يصلى فيه حيث شاء كالصحراء ، وليس بشىء ، لأن الصحراء لا يمكن حفظها من النجاسة ، ولا يمكن غسل جميعها ، والبيت يمكن حفظه من النجاسة وغسله [فاذا نجس امكن غسله ، واذا خفى موضع النجاسة منه غسله كله كالثوب وان كانت النجاسة فى احد البيتين واشتبها عليه تحرى كما يتحرى فى الثوبين]) (١) .

---

(١) هذه القطعة ساقطة من ش ، ق والوحيدة وهى ثابتة فى نسخة الركبى والمتوكلية (ط) .

(**الشرح**) فى هـذه القطعة مسائل (احداها) اذا كان على الأرض نجاسة فى بيت أو صحراء تنحى عنها وصلى فى موضع لا يلاقى النجاسة ، فان فرش عليها شيئا بحيث لا يلاقيه منها شىء صحت صلاته ، وان كان الثـوب مهلهل النسج فقد سبق حكمه قريبا .

(الثانية) اذا خفى عليه موضع النجاسة من أرض ان كانت واسعة صلى فى موضع منها بغير اجتهاد لأن الأصـل طهارته . قال القـاضى أبو الطيب وغيره : والمستحب أن ينتقل الى موضع لا شك فيه ولا يلزمه ذلك ، كما لو علم أن بعض مساجد البلد يبال فيه وجهله فله أن يصلى فى أيها شاء . وقال البغوى : يتحرى فى الصحراء فان أراد أنه يجب الاجتهاد فهو شاذ مخالف للأصحاب ، وان أراد أنه مستحب فهو موافق لمـا حكيناه عن القاضى أبى الطيب وغيره ، وان كانت صغيرة أو فى بيت أو بساط فوجهان (أصحهما) لا يجوز أن يصلى فيه لا هجوما ولا باجتهاد حتى يغسله أو يبسط عليـه شيئا . (والثانى) له أن يصلى فيه حيث شاء ، ودليلهما فى الكتاب ، وهـذا الثانى ليس بشىء . ثم ان المصنف وشيخه القاضى أبا الطيب وابن الصـباغ والشاشى صرحوا بأنه على هذا الثانى يصلى حيث شاء منه بلا اجتهاد ، وقال الشيخ أبو حامد والمحاملى والدارمى والبغوى والرافعى وغيرهم : على هذا الثانى يجتهد فيه ، وهذا أصح .

(الثالثة) اذا كانت النجاسة فى أحد بيتين تحرى كالثوبين ، فلو قدر على موضع ثالث أو شىء يبسطه أو ماء يغسل به أحدهما ففى جواز الاجتهـاد الوجهان فى الأوانى والثوب الثالث أصحهما الجواز . ذكر المسألة صاحب البيـان .

(**فـرع**) اذا خفى عليه موضع النجاسة من أرض كبيرة ، أو بيت أو بساط وجوزنا الصلاة عليهما فله أن يصلى صلوات فى موضع واحد منه ، وله أن يصلى فى موضع حتى يبقى موضع بقدر النجاسة فلا تصح بعد ذلك صلاته فى ذلك الموضع ، كمسألة من حلف لا يأكل تمرة فاختلطت بتمر كثير يأكله الا تمرة ، هكذا ذكر المتولى ، وقد سبق فى الأوانى أنه لو اشتبه اناء بأوان غير محصورة فله أن يتوضأ من واحد بعد واحد حتى يبقى واحد فى

وجه ، وفى وجه حتى يبقى عدد لو كان الاشتباه فيه ابتداء لم يجز الهجوم فيحتمل أن يجىء الوجهان ويمكن الفرق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان حبس فى حش (١) ولم يقدر ان يتجنب النجاسة فى قعوده وسجوده تجافى عن النجاسة وتجنبها فى قعوده ، وأوما فى السجود الى الحد الذى لو زاد عليه لاقى النجاسة ، ولا يسجد على الأرض لأن الصلاة قد تجزى مع الايماء ولا تجزى مع النجاسة ، واذا قدر ففيه قولان ، قال فى القديم : لا يعيد لانه صلى على حسب حاله فهو كالمريض ، وقال فى الاملاء : يعيد لأنه ترك الفرض لعذر نادر غير متصل فلم يسقط الفرض عنه ، كما لو ترك السجود ناسيا ، واذا أعاد ففى الفرض اقوال . قال فى الأم : الفرض هو الثانى لأن الفرض به يسقط . وقال فى القديم : الفرض هو الأول لأن الاعادة مستحبة غير واجبة فى القديم . وقال فى الاملاء : الجميع فرض لأن الجميع يجب فعله فكان الجميع فرضا ، وخرج ابو اسحاق قولا رابعا أن الله تعالى يحتسب له بأيهما (٢) شاء ، قياسا على ما قال فى القديم فيمن صلى الظهر ثم سعى الى الجمعة فصلاها ان الله تعالى يحتسب له بما شاء) .

(الشرح) قد سبق أن الحش بفتح الحاء وضمها هو الخلاء ، فاذا حبس انسان فى موضع نجس وجب عليه أن يصلى . هذا مذهبنا وبه قال العلماء كافة الا أبا حنيفة فقال : لا يجب أن يصلى فيه ، دليلنا حديث أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « واذا أمرتكم بشىء فأتوا منه ما استطعتم » رواه البخارى ومسلم . وقياسا على المريض العاجز عن بعض الأركان ، واذا صلى يجب عليه أن يتجافى عن النجاسة بيديه وركبتيه وغيرهما القدر الممكن ، ويجب أن ينحنى للسجود الى القدر الذى لو زاد عليه لاقى النجاسة ، ولا يجوز أن يضع جبهته على الأرض . هذا هو الصحيح وحكى صاحب البيان وجها أنه يلزمه أن يضع جبهته على الأرض ، وليس بشىء ، ودليله ما ذكره المصنف . فاذا صلى كما أمرناه فينبغى أن يعيد الصلاة اذا خرج الى موضع طاهر . وهذه الاعادة واجبة على الجديد الأصح ومستحبة على القديم ، فاذا أعاد فهل الفرض الأولى أم الثانية أم كلاهما ؟ واحداهما

---

(١) من أخطاء المصححين ما حرفوا به كلمة (حش) فجعلوها (حبس) فى النسخة المطبوعة من المهذب (ط) .

(٢) بعض نسخ المهذب (يحتسب له بأيتهما شاء) مكررة فى الجملتين (ط) .

مبهمة ؟ فيه أربعة أقوال كما ذكره المصنف (أصحها) عند جمهور الأصحاب أن الفرض ، الثانية ، وادعى الشيخ أبو حامد الاتفاق عليه ، واختار ابن الصباغ أن الفرض كلاهما ، وهو قوى لأنه مطالب بهما ، وقد سبق بيان هذه الأقوال ونظائرها فيمن لم يجد ماء ولا ترابا ، وذكرنا فى آخر التيمم فرعا جامعا للصلوات المفعولات على نوع خلل ، وما يجب قضاؤه منها ، وما لا يجب ، واستوفيناه استيفاء بليغا ولله الحمد ، وقوله : لأن الصلاة قد تجزى مع الايماء ، انما قال : قد تجزى لأنها فى بعض المواضع تجزى كصلاة شدة الخوف وصلاة المريض وفى بعضها لا تجزى كصلاة من ربط على خشبة ونحوه ، وقد سبق بيانه فى باب التيمم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا فرغ من الصلاة ثم راى على ثوبه أو بدنه أو موضع صلاته نجاسة غير معفو عنها نظرت ـ فان جوز أن تكون حدثت بعد الفراغ من الصلاة ـ لم تلزمه الاعادة لأن الأصل انها لم تكن فى حال الصلاة فلا تجب الاعادة بالشك ، كما لو توضأ من بئر وصلى ، ثم وجد فى البئر فارة ، وان علم انها كانت فى الصلاة فان كان علم بها قبل الدخول فى الصلاة لزمه الاعادة ، لأنه فرط فى تركها ، وان لم يعلم بها حتى فرغ من الصلاة ففيه قولان . قال فى القديم : لا يعيد لما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم « خلع نعليه فى الصلاة فخلع الناس نعالهم فقال : ما لكم خلعتم نعالكم ؟ قالوا : رايناك خلعت نعليك فخلعنا نعالنا ، فقال : اتانى جبريل فاخبرنى ان فيهما قذرا ، أو قال : دم حلمة » فلو لم تصح الصلاة لاستأنف الاحرام ، وقال فى الجديد : تلزمه الاعادة لأنها طهارة واجبة فلا تسقط بالجهل كالوضوء) .

(الشرح) حديث أبى سعيد صحيح سبق بيانه فى أول هذا الباب ، وذكرنا لفظه هناك ، والحلمة بفتح الحاء واللام القراد العظيم والجماعة حلم كقصبة وقصب وفى هذا الحديث من الفوائد مع ما ذكره المصنف أن الصلاة فى النعل الطاهرة جائزة وأنه يجوز المشى فى المسجد بالنعل ، وأن العمل القليل فى الصلاة جائز ، وأن أفعال النبى صلى الله عليه وسلم يقتدى بها كأقواله ، وأن الكلام فى الصلاة لا يجوز سواء كان لمصلحتها أو لغيرها ، ولولا ذلك لسألهم النبى صلى الله عليه وسلم عند نزعهم ولم يؤخر سؤالهم وقوله (كما لو توضأ من بئر) وصورته أن يكون دون قلتين فيتوضأ منه ثم

يجد فيه فأرة ميتة يحتمل أنها كانت فيه حال الوضوء ، ويحتمل حدوثها بعده ، ومن قال بالجديد أجاب عن الحديث بأن المراد بالقذر الشيء المستقذر كالمخاط ونحوه ، وبدم الحلمة ــ ان ثبت ــ الشيء اليسير المعفو عنه ، وانما خلعه النبى صلى الله عليه وسلم تنزها •

(**أما حكم المسألة**) فاذا سلم من صلاته ثم رأى عليه نجاسة يجوز أنها كانت فى الصلاة ، ويجوز أنها حدثت بعدها فصلاته صحيحة بلا خلاف ، قال الشافعى والأصحاب : ويستحب اعادتها احتياطا ، وان علم أنها كانت فى الصلاة ــ فان كان لم يعلمها قبل ذلك ــ فقولان (الجديد) الأصح بطلان صلاته ، (والقديم) صحتها ودليلهما فى الكتاب ، وان كان علمها ثم نسيها فطريقان مشهوران للخراسانيين (أصحهما) ــ وبه قطع العراقيون تجب الاعادة قولا واحدا لتفريطه ، (والثانى) فيه قولان كالجاهل ، واذا أوجبنا الاعادة وجب اعادة كل صلاة تيقن وجود النجاسة فيها ، ولا يجب ماشك فيه ولكن يستحب ، ولو رأى النجاسة فى أثناء الصلاة ــ فان قلنا : لا تجب الاعادة اذا رآها بعد الفراغ أزالها وبنى على صلاته والا بطلت ووجب الاستئناف • قال أصحابنا : واذا رأى فى ثوبه نجاسة لم يعلم متى أصابته لزمه أن يصلى كل صلاة تيقن أنها كانت فيها ، ولا يلزمه ما يشك فيه كما لو شك بعد فراغها ، ولكن يستحب أن يعيد كل صلاة يحتمل أنها كانت فيها ، وهذا كما سبق فيمن رأى المنى فى ثوبه •

(**فرع**) فى مذاهب العلماء فيمن صلى بنجاسة نسيها أو جهلها •

ذكرنا أن الأصح فى مذهبنا وجوب الاعادة وبه قال أبو قلابة وأحمد ، وقال جمهور العلماء : لا اعادة عليه ، حكاه ابن المنذر عن ابن عمر وابن المسيب وطاوس وعطاء وسالم بن عبد الله ومجاهد والشعبى والنخعى والزهرى ويحيى الأنصارى والأوزاعى واسحاق وأبو ثور ، قال ابن المنذر : وبه أقول ، وهو مذهب ربيعة ومالك وهو قوى فى الدليل وهو المختار •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يصلى فى مقبرة لما روى أبو سعيد رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الأرض كلها مسجد الا المقبرة والحمام » فان صلى فى مقبرة

[نظر فان كانت مقبرة] تكرر فيهـا النبش لم تصح صلاته لانه قـد اختلط بالأرض صديد الموتى ، وان كانت جديدة لم تنبش كرهت صلاته فيها لأنهـا مدفن النجاسة والصلاة صحيحة ، لأن الذى باشر بالصلاة طاهر ، وان شك هل نبشت أم لا ؟ ففيـه قولان (أحدهما) لا تصح صلاته لأن الأصل بقـاء الفرض فى ذمته ، وهو يشك فى اسقاطه ؛ والفرض لا يسقط بالشك (والثانى) تصح لأن الأصل طهارة الأرض فلا يحكم بنجاستها بالشك) .

(الشرح) حديث أبى سعيد رواه أبو داود والترمذى وغيرهما ، قال الترمذى وغيره : هو حديث مضطرب ، وقال الحاكم فى المستدرك ، أسانيده صحيحة ، وفى الصحيحين عن عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليـه وسلم لمـا نزل به ــ أى حضرته الوفاة ــ قال : « لعنـة الله على اليهـود والنصارى اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد » يحذر ما صنعوا » وفى الصحيحين نحوه عن أبى هريرة أيضا ، وعن جندب بن عبد الله رضى الله عنه قال : سمعت النبى صلى الله عليه وسلم قبل أن يموت بخمس يقول : « ان من كان قبلكم كانوا يتخـذون قبور أنبيـائهم وصالحيهم مساجد ألا فلا تتخذوا القبور مساجد انى أنهاكم عن ذلك » رواه مسلم ؛ وعن أبى مرثد رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا تجلسوا على القبور ولا تصلوا اليها » رواه مسلم ، وعن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليـه وسلم قال : « اجعلوا من صلاتكم فى بيوتكم ولا تتخذوها قبورا » رواه البخارى ومسلم .

(اما حكم المسالة) فان تحقق أن المقبرة منبوشة لم تصح صلاته فيهـا بلا خلاف اذا لم يبسط تحته شىء ، وان تحقق عدم نبشها صحت بلا خلاف، وهى مكروهة كراهة تنزيه ، وان شك فى نبشها فقولان (أصحهما) تصـح الصلاة مع الكراهة ، (والثانى) لا تصح ، هكذا ذكر الجمهور الخلاف فى المسألة الأخيرة قولين كما ذكره المصنف هنا ، ممن ذكرهما قولين الشـيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب فى تعليقه والمحاملى والشيخ أبو على البندنيجى وصاحب الشامل وخلائق من العراقيين ، ومعظم الخراسانيين ونقلهما جماعة وجهين منهم المصنف فى التنبيه وصاحب الحاوى قال فى الحـاوى : القول بالصحة هو قول ابن أبى هريرة وبالبطلان قول أبى اسحاق والصواب طريقة من قال : قولان ، قال صاحب الشـامل ، قال فى الأم : لا تصح ، وقال فى

الاملاء : تصح واتفق الأصحاب على أن الأصح الصحة وبه قطع الجرجانى فى التحرير ، قال أصحابنا : ويكره أن يصلى الى القبر هكذا قالوا يكره ، ولو قيل : يحرم لحديث أبى مرثد وغيره مما سبق لم يبعد ، قال صاحب التتمة : وأما الصلاة عند رأس قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم متوجها اليه فحرام •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى الصلاة فى المقبرة • قد ذكرنا مذهبنا فيها ، وأنها ثلاثة أقسام ، قال ابن المنذر : روينا عن على وابن عباس وابن عمر وعطاء والنخعى أنهم كرهوا الصلاة فى المقبرة ، ولم يكرهها أبو هريرة وواثلة بن الأسقع والحسن البصرى ، وعن مالك روايتان أشهرهما لا يكره ما لم يعلم نجاستها ، وقال أحمد : الصلاة فيها حرام ، وفى صحتها روايتان وان تحقق طهارتها ، ونقل صاحب الحاوى عن داود أنه قال : تصح الصلاة وان تحقق نبشها •

(فرع) قال أصحابنا : يكره أن يصلى فى مزبلة وغيرها من النجاسات فوق حائل طاهر لأنه فى معنى المقبرة •

(فرع) تكره الصلاة فى الكنيسة والبيعة حكاه ابن المنذر عن عمر ابن الخطاب وابن عباس ومالك رضى الله عنهم ، ونقل الترخيص فيها عن أبى موسى والحسن والشعبى والنخعى وعمر بن عبد العزيز والأوزاعى وسعيد بن عبد العزيز وهى رواية عن ابن عباس واختاره ابن المنذر •

(فرع) فى نبش قبور الكفار لطلب المال المدفون معهم ، قال القاضى عياض فى شرح صحيح مسلم : اختلف العلماء فى ذلك فكرهه مالك ، وأجازه أصحابه قال : واختلف فى علة كراهته فقيل : مخافة نزول عذاب عليهم وسخط ، لأنها مواضع العذاب والسخط ، وقد ثبت فى الصحيح أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن دخول ديار المعذبين ، وهم ثمود أصحاب الحجر خشية أن يصيب الداخل ما أصابهم قال : الا أن تكونوا باكين » فمن دخلها لطلب الدنيا فهو ضد ذلك ، وقيل : مخافة أن يصادف قبر نبى أو صالح بينهم ، قال : وحجة من أجاز ذلك نبش الصحابة رضى الله عنهم قبر أبى رغال واستخراجهم منه قضيب الذهب الذى أعلمهم النبى صلى الله عليه

وسلم أنه مدفون معه ، هذا كلام القاضى ، ومقتضى مذهبنا : جواز نبشه ان كان دارسا ، أو كان جديدا وعلمنا أن فيه مالا لحربى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يصلى فى الحمام لحديث أبى سعيد ، واختلف اصحابنا لأى معنى منعت الصلاة فيه فمنهم من قال : انما منع لأنه تغسل فيه النجاسات ، فعلى هذا اذا صلى فى موضع تحقق طهارته صحت صلاته ، وان صلى فى موضع تحقق نجاسته لم تصح وان شك فعلى قولين كالمقبرة ، ومنهم من قال : انما منع لانه ماوى الشياطين لما يكشف فيه من العورات ، فعلى هذا تكره الصلاة فيه وان تحقق طهارته (١) فالصلاة صحيحة لأن المنع لا يعود الى الصلاة) .

(الشرح) هذه المسألة عند الأصحاب كما ذكرها المصنف ، والأصح أن سبب النهى كونه مأوى الشياطين فتكره كراهة تنزيه وتصح الصلاة ، وعلى هذا تكره فى المسلخ ، وعلى الأول لا تكره ، والحمام مذكر هكذا نقله الأزهرى عن العرب ، يقال : حمام مبارك ، وجمعه حمامات مشتق من الحميم وهو الماء الحار .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وتكره الصلاة فى أعطان الابل ، ولا تكره فى مراح الغنم لما روى عبد الله ابن مغفل المزنى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « صلوا فى مرابض الغنم ، ولا تصلوا فى أعطان الابل فانها خلقت من الشياطين » ولأن فى أعطان الابل لا يمكن الخشوع ، لما يخاف من نفورها ، ولا يخاف نفور الغنم) .

(الشرح) حديث عبد الله بن مغفل حديث حسن رواه البيهقى هكذا من رواية ابن مغفل باسناد حسن ، ورواه النسائى مختصرا عن ابن مغفل أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة فى أعطان الابل ، وعن جابر بن سمرة « أن رجلا سأل النبى صلى الله عليه وسلم قال : أصلى فى مرابض الغنم ؟ قال : نعم ، قال : أصلى فى مبارك الابل ؟ قال : لا » رواه مسلم ، وعن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « صلوا فى

---

(١) فى ش و ق (والصلاة) وهو خطأ (ط) .

مرابض الغنم ، ولا تصلوا فى أعطان الابل » رواه الترمذى وقال : حديث حسن صحيح •

وأما الأعطان فهى جمع عطن ، واتفق تفسير الشافعى رحمه الله تعالى فى الأم وغيره ، وتفسير الأصحاب على أن العطن الموضع الذى يقرب موضع شرب الابل ، تنحى اليه الابل الشاربة ليشرب غيرها ذودا ذودا ، فاذا شربت كلها واجتمعت فيه سيقت الى المراعى ، قال الأزهرى : العطن الموضع الذى تنحى اليه الابل اذا شربت الشربة الأولى فتترك فيه ، ثم يملأ لها الحوض ثانيا فتعود من عطنها الى الحوض لتعل وتشرب الشربة الثانية ، وهو العلل ، قال : ولا تعطن الابل عن الماء الا فى حمارة القيظ (بتخفيف الميم وتشديد الراء) قال : وموضعها الذى تترك فيه على الماء يسمى عطنا ، ومعطنا ، وقد عطنت تعطن وتعطن بكسر الطاء وضمها عطونا • وأما مراح الغنم بضم الميم هو مأواها ليلا هكذا فسره أصحابنا • قال الأزهرى ويقال : مأواتها فاذا صلى فى أعطان الابل أو مراح الغنم وماس شيئا من أبوالها أو أبعارها أو غيرها من النجاسات بطلت صلاته ، وان بسط شيئا طاهرا وصلى عليه ، أو صلى فى موضع طاهر منه صحت صلاته ، لكن يكره فى أعطان الابل ولا تكره فى مراح الغنم وليست الكراهة بسبب النجاسة ، فانهما سواء فى نجاسة البول والبعر وانما سبب كراهة أعطان الابل ما ذكره المصنف والأصحاب وهو ما يخاف من نفارها بخلاف الغنم ، فانها ذات سكينة ولهذا ثبت فى صحيح البخارى وغيره أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ما من نبى الا رعى الغنم » وقال فى الابل « انها خلقت من الشياطين » قال الخطابى : معناه لما فيها من النفار والشرود وربما أفسدت على المصلى صلاته قال : والعرب تسمى كل مارد شيطانا ، قال أصحابنا : وقد يكون فى الغنم مثل عطن الابل فيكون حكمه حكم عطن الابل ، وأما مأوى الابل ليلا فتكره الصلاة فيه أيضا لكن أخف من كراهة العطن •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويكره ان يصلى فى مأوى الشيطان لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اخرجوا من هذا الوادى فان فيه شيطانا » فلم يصل فيه) •

(الشرح) الصلاة فى مأوى الشيطان مكروهة بالاتفاق ، وذلك مثل

مواضع الخمر والحانة ومواضع المكوس ونحوها من المعاصى الفاحشة ، والكنائس والبيع والحشوس ونحو ذلك ، فان صلى فى شىء من ذلك ولم يماس نجاسة بيده ولا ثوبه صحت صلاته مع الكراهة ، وهذا الحديث المذكور صحيح عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : « عرسنا مع نبى الله صلى الله عليه وسلم فلم يستيقظ حتى طلعت الشمس فقال النبى صلى الله عليه وسلم : ليأخذ كل رجل برأس راحلته فان هذا موضع حضرنا فيه الشيطان » وذكر الحديث رواه مسلم وغيره .

واعلم أن بطون الأودية لا تكره فيها الصلاة كما لا تكره فى غيرها ، وأما قول الغزالى : تكره الصلاة فى بطن الوادي فباطل أنكروه عليه ، وانما كره الشافعى رحمه الله الصلاة فى الوادى الذى نام فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصلاة لا فى كل واد ، وقد قال بعض العلماء : لا تكره الصلاة فى ذلك الوادى أيضا لأنا لا نتحقق بقاء ذلك الشيطان فيه والله أعلم ، ويستحب أن لا يصلى فى موضع حضره فيه الشيطان لهذا الحديث .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يصلى فى قارعة الطريق لحديث عمر رضى الله عنه : « سبعة مواطن لا تجوز فيها الصلاة وذكر قارعة الطريق » ولأنه يمنع الناس من الممر وينقطع خشوعه بممر الناس ، فان صلى فيها صحت صلاته لأن المنع لترك الخشوع او لمنع الناس من الطريق ، وذلك لا يوجب بطلان الصلاة) .

(الشرح) حديث عمر رضى الله عنه ضعيف سبق بيانه ، وقارعة الطريق أعلاه . قال الأزهرى والجوهرى : وقيل صدره وقيل ما برز منه ، وكله متقارب والطريق تذكر وتؤنث والصلاة فيها مكروهة لما ذكره من العلتين ، وهى كراهة تنزيه . وذكر الأصحاب علة ثالثة ، وهى غلبة النجاسة فيها . قالوا : وعلى هذه العلة تكره الصلاة فى قارعة الطريق فى البرارى ، وان قلنا : العلة فوات الخشوع فلا كراهة فى البرارى اذ لم يكن هناك طارقون ، واذا صلى فى شارع أو طريق يغلب على الظن نجاسته ولا يتيقن ففى صحة الصلاة القولان السابقان فى أبواب المياه فى تعارض الأصل والظاهر ، الأصح الصحة ، فان بسط عليه شيئا طاهرا صحت وبقيت الكراهة لمرور الناس وفوات الخشوع ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

*** (ولا يجوز ان يصلى فى ارض مغصوبة لأن اللبث فيها يحرم فى غير الصلاة فلأن يحرم فى الصلاة أولى ، فان صلى فيها صحت صلاته ، لأن المنع لا يختص بالصلاة فلا يمنع صحتها) ***

(**الشرح**) الصلاة فى الأرض المغصوبة حرام بالاجماع ، وصحيحة عندنا وعند الجمهور من الفقهاء وأصحاب الأصول • وقال أحمد بن حنبل والجبائى وغيره من المعتزلة : باطلة ، واستدل عليهم الأصوليون باجماع من قبلهم • قال الغزالى فى المستصفى : هذه المسألة قطعية ليست اجتهادية ، والمصيب فيها واحد ، لأن من صحح الصلاة أخذه من الاجماع وهو قطعى ، ومن أبطلها أخذه من التضاد الذى بين القربة والمعصية ، ويدعى كون ذلك محالا بالعقل ، فالمسألة قطعية ، ومن صححها يقول هو عاص من وجه متقرب من وجه ، ولا استحالة فى ذلك ، انما الاستحالة فى أن يكون متقربا من الوجه الذى هو عاص به وقال القاضى أبو بكر الباقلانى : يسقط الفرض عند هذه لا بها ، بدليل الاجماع على سقوط الفرض اذا صلى ، واختلف أصحابنا هل فى هذه الصلاة ثواب أم لا ؟ ففى الفتاوى التى نقلها القاضى أبو منصور أحمد بن محمد بن محمد بن عبد الواحد عن عمه أبى نصر بن الصباغ صاحب الشامل رحمه الله قال : « المحفوظ من كلام أصحابنا بالعراق أن الصلاة فى الدار المغصوبة صحيحة يسقط بها الفرض ولا ثواب فيها » • قال القاضى أبو منصور : ورأيت أصحابنا بخراسان اختلفوا ، منهم من قال : لا تصح صلاته قال : وذكر شيخنا ــ يعنى ابن الصباغ فى كتابه [1] الكامل : انا اذا قلنا بصحة الصلاة ينبغى أن يحصل الثواب ، فيكون مثابا على فعله عاصيا بمقامه • قال القاضى : وهذا هو القياس اذا صححناها •

(**فرع**) فى مسائل تتعلق بالباب •

(احداها) قال أصحابنا : (لا تكره الصلاة على الصوف واللبود والبسط والطنافس وجميع الأمتعة ولا يكره فيها أيضا) هذا مذهبنا ونقله

---

(1) لعله يريد « الشامل » فانه من اجود كتب اصحابنا ومن اصحها نقلا واثبتها أدلة وكان أحد مراجعنا فى تكملة هذا الكتاب (ط) •

العبدرى عن جماهير العلمـــاء • وقال مالك : (يكره كراهة تنزيه) قال : وقالت الشيعة : لا تجوز الصلاة على الصوف ، وتجوز فيه لأنه ليس نابتـــا من الأرض •

(الثانية) قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله : (تجوز الصلاة فى ثوب الحائض والثوب الذى تجامع فيه اذا لم يتحقق فيهما نجاسة ولا كراهة فيه) قالوا : وتجوز فى ثياب الصبيان والكفار والقصابين ومدمنى الخمر وغيرهم اذا لم يتحقق نجاستها ؛ لكن غيرها أولى ، وسبق فى كتاب الطهارة بيـــان خلاف ضعيف فى هؤلاء •

(الثالثة) اذا أصاب ثوبه أو بدنه نجاسة يابسة فنقضها ولم يبق شىء منها وصلى صحت صلاته بالاجماع •

باب ســـتر العورة

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ستر العورة [عن العيون] واجب لقوله تعالى : (واذا فعلوا فاحشـــة قالوا : وجدنا عليها آباءنا (١)) قال ابن عباس : « كانوا يطوفون البيت عراة فهى فاحشة » وروى على رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا تبرز فخذك ولا تنظر الى فخذ حى ولا ميت » فان اضـــطر الى الكشف للمداواة أو للختان جاز ذلك لانه موضع ضرورة ، وهل يجب سترها فى حال الخلوة ؟ فيه وجهان (أصحهما) يجب لحديث على رضى الله عنه (والثانى) لا يجب ، لأن المنـــع من الكشف للنظر وليس فى الخلوة من ينظـــر فلم يجب الستر) •

(الشرح) هذا التفسير مشهور عن ابن عباس رضى الله عنهما ووافقه فيه غيره ، وحديث على رضى الله عنه رواه أبو داود فى ســـننه فى كتـــاب الجنازة ، ثم فى كتاب الحمام وقال : هذا الحديث فيه نكارة ، ويغنى عنـــه حديث جرهد ، بفتح الجيم والهاء ، الصحابى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال له : « غط فخذك فان الفخذ من العورة » رواه أبو داود فى كتاب الحمام ، والترمذى فى الاستئذان من ثلاثة طرق ، وقال فى كل طريق منها « هذا حديث حسن » وقال فى بعضها « حديث حسن وما أرى اسناده

---

(١) الآية ٢٨ من سورة الأعراف .

ستصل » وعن المسور بن مخرمة رضى الله عنه قال : « أقبلت بحجر ثقيل أحمله وعلى ازار خفيف فانحل ازارى ومعى الحجر لم أستطع أضعه حتى بلغت به الى موضعه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ارجع الى ثوبك فخذه ، ولا تمشوا عراة » رواه مسلم ، وعن بهز بن حكيم بن معاوية عن أبيه عن جده قال : قلت يا رسول الله عوراتنا ما نأتى منها وما نذر ؟ قال : « احفظ عورتك الا من زوجتك أو ما ملكت يمينك ، قال قلت يا رسول الله اذا كان القوم بعضهم فى بعض ، قال ان استطعت أن لا يرينها أحد فلا ترينها أحدا ، قلت يا رسول الله اذا كان أحدنا خاليا ؟ قال الله أحق أن يستحى منه من الناس » رواه أبو داود والترمذى والنسائى وغيرهم ، قال الترمذى حديث حسن قال أهل اللغة « سميت العورة لقبح ظهورها ولغض الأبصار عنها ، مأخوذة من العور ، وهو النقص والعيب والقبح ، ومنه عور العين ، والكلمة العوراء القبيحة •

(**اما حكم المسألة**) فستر العورة عن العيون واجب بالاجماع لما سبق عن الأدلة وأصح الوجهين وجوبه فى الخلوة لما ذكرنا من حديث بهز وغيره ، وممن نص على تصحيحه المصنف والبندنيجى ، فان احتاج الى الكشف جاز أن يكشف قدر الحاجة فقط ، هكذا قاله الأصحاب • وقول المصنف (فان اضطر) محمول على الحاجة لا على حقيقة الضرورة ، ولو قال : احتاج كما قال الأصحاب لكان أصوب ، لئلا يوهم اشتراط الضرورة فمن الحاجة حالة الاغتسال يجوز فى الخلوة عاريا ، والأفضل التستر بمئزر ، وقد سبق بيان هذا واضحا فى باب صفة الغسل ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

*** (يجب ستر العورة للصلاة لما روى عن عائشة رضى الله عنها ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يقبل الله صلاة حائض الا بخمار » فان انكشف شىء من العورة مع القدرة [على الستر] لم تصح صلاته) * •**

(**الشرح**) هذا الحديث رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن ، ورواه الحاكم فى المستدرك ، وقال : حديث صحيح على شرط مسلم، والمراد بالحائض التى بلغت ، سميت حائضا لأنها بلغت سن الحيض ، هذا هو الصواب فى العبارة عنها ، ويقع فى كثير من كتب شروح الحديث وكتب الفقه

أن المراد بالحائض التى بلغت سن المحيض ، وهذا تساهل لأنها قد تبلغ سن المحيض ولا تبلغ البلوغ الشرعى ثم ان التقييد بالحائض خرج على الغالب ، وهو أن التى دون البلوغ لا تصلى والا فلا يقبل صلاة الصبية المميزة الا بخمـــار .

واعلم أن الحديث مخصوص بالحرة والا فالأمة تصح صلاتها مكشوفة الرأس .

(اما حكم المسالة) فستر العورة شرط لصحة الصـــلاة ، فان انكشف شىء من عورة المصلى لم تصح صلاته ، سواء أكثر المنكشف أو قل وكان أدنى جزء ، وسواء فى هذا الرجل والمرأة ، وسواء المصلى فى حضرة الناس والمصلى فى الخلوة وسواء صلاة النفل والفرض والجنازة والطواف وسجود التلاوة والشكر . ولو صلى فى سترة ثم بعد الفراغ علم أنه كان فيها خرق تبين منه العورة وجبت اعادة الصلاة على المذهب ، سواء كان علمه ، ثم نسيه أم لم يكن علمه ، وفيه الخلاف السابق فيمن صلى بنجاسة جهلها أو نســيها فان احتمل حدوث الخرق بعد الفراغ من الصلاة فلا اعادة عليه بلا خلاف ، كما سبق فى نظيره من النجاسة فى آخر باب طهارة البدن .

(فـــرع) فى مذاهب العلماء فى ستر العورة فى الصلاة . قد ذكرنا أنه شرط عندنا ، وبه قال داود . وقال أبو حنيفة : ان ظهر ربع العضو صحت صلاته ، وان زاد لم تصح ، وان ظهر من السوأتين قدر درهم بطلت صلاته ، وان كان أقل لم تبطل . وقال أبو يوسف : ان ظهر نصف العضـــو صحت صلاته وان زاد لم تصح . وقال بعض أصحاب مالك : ستر العورة واجب وليس بشرط ، فان صلى مكشوفها صحت صلاته سواء تعمد أو سها . وقال أكثر المالكية : الســـترة شرط مع الذكر والقدرة عليهـــا ، فان عجز أو نسى الستر صحت صلاته ، وهذا هو الصحيح عندهم . وقال أحمـــد : ان ظهر شىء يستر صحت صلاته ، سواء العورة المخففة والمغلظة ، دليلنـــا أنه ثبت وجوب الستر بحديث عائشة ، ولا فرق بين الرجل والمرأة بالاتفاق . واذا ثبت الستر اقتضى جميع العورة فلا يقبل تخصيص البعض الا بدليل ظاهر .

قال المصنف رحمه الله تعالى

*** (وعورة الرجل ما بين السرة والركبة ، والسرة والركبة ليستا من العورة ، ومن أصحابنا من قال : هما من العورة والأول أصح لما روى ابو سعيد الخدرى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته » وأما الحرة فجميع بدنها عورة الا الوجه والكفين لقوله تعالى (ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها [1]) قال ابن عباس « وجهها وكفيها » ولأن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى المرأة الحرام [2] عن لبس القفازين والنقاب » ولو كان الوجه والكف عورة لما حرم سترهما . ولأن الحاجة تدعو الى ابراز الوجه للبيع والشراء ، والى ابراز الكف للأخذ والعطاء فلم يجعل ذلك عورة . وأما الأمة ففيها وجهان (أحدهما) أن جميع بدنها عورة الا مواضع التقليب وهى الرأس والذراع ، لأن ذلك تدعو الحاجة الى كشفه وما سواه لا تدعو الحاجة الى كشفه (والثانى) وهو المذهب أن عورتها ما بين السرة والركبة ، لما روى عن أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه أنه قال على المنبر : الا لا اعرفن احدا أراد أن يشترى جارية فينظر الى ما فوق الركبة او دون السرة لا يفعل ذلك احد الا عاقبته » ولأن من لا يكون رأسه عورة لا يكون صدره عورة كالرجل) .**

(**الشرح**) هذا التفسير المذكور عن ابن عباس قد رواه البيهقى عنه ، وعن عائشة رضى الله عنهم ، وقيل فى الآية غير هذا ، وأما حديث نهى المحرمة عن لبس القفازين ففى صحيح البخارى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ولا تنتقب المرأة المحرمة ولا تلبس القفازين » وأما حديث أبى سعيد رضى الله عنه [3] .

(**اما حكم المسألة**) ففى عورة الرجل خمسة أوجه (الصحيح المنصوص) أنها ما بين السرة والركبة ، وليست السرة والركبة من العورة ، قال الشيخ أبو حامد : نص الشافعى على أن عورة الحر والعبد ما بين سرته وركبته وأن السرة والركبة ليستا عورة فى الأم والاملاء . (والثانى) أنهما عورة (والثالث) السرة عورة دون الركبة (والرابع) عكسه حكاه الرافعى (والخامس) أن العورة هى القبل والدبر فقط ، حكاه الرافعى عن أبى سعيد

---

(١) الآية ٣١ من سورة النور .

(٢) فى النسخة المطبوعة من المهذب (المرأة فى الحرام) واظنها من زيادات المصححين (ط) .

(٣) بياض بالأصل وتحريرة (فضعيف) قلت : وقد أورده السيوطى فى جامعه الصغير ووصف اسناده بالضعف (راجع السراج المنير) (ط) .

الاصطخرى وهو شاذ منكر ، وسواء فى هذا الحر والعبد والصبى . وأما عورة الحـرة فجميـع بدنهـا الا الوجه والكفين الى الكوعين ، وحـكى الخراسانيون قولا وبعضهم يحكيه وجها : أن باطن قدميهـا ليس بعورة ، وقال المزنى : القدمان ليسا بعورة ، والمذهب الأول ، وأما الأمة ففيها ثلاثة أوجه ، أصحها عند الأصحاب : عورتها كعورة الرجل فتجرى فيها الأوجه الأربعة الأولى دون الخامس (والثانى) وهو قول أبى على الطبرى : كعورة الحرة الا رأسـها فليس بعورة (والثالث) ما ينكشف فى حال خدمتهـا وتصرفها كالرأس والرقبة وطرف الساعد ليس بعورة ، وما عداه عورة وسواء فى هذا الخلاف الأمة القنة والمعلق عنقها على صـفة والمدبرة والمكاتبة وأم الولد ومن بعضها حر ، ولا خلاف فى شىء منهن عندنا ، الا التى بعضها حر ففيها وجهان فى الحاوى (أحدهما) هذا (والثانى) أنهـا كالحرة وصححه واستدل له بتغليب الاحتياط ، قال : ويجرى الوجهان فى عورتهـا فى نظر سيدها والأجانب اليها (أحدها) أنها كالحرة فى حق السيد وغيره (والثانى) كأمة الأجنبى .

والذى قطع به الجمهور أنها كالأمة القنة فى الصلاة ، لأن معظم أحكام الرق جارية عليها ، وحكى أصحابنا عن مالك أن أم الولد كالحرة فى الصلاة وعن الحسن البصرى أنها بعد وضع الولد كالحرة ، وأما الخنثى فان كان رقيقا ــ وقلنا : عورة الأمة كالرجل ــ فهو كالرجل ، وان كان حرا أو رقيقا ــ وقلنا : عورة الأمة أكثر من عورة الرجل ــ وجب ستر الزيادة على عورة الرجل أيضا ، لاحتمال الأنوثة ــ فلو خالف فاقتصر على ستر ما بين السرة والركبة ففى صحة صـلاته وجهان أفقههما : لا تصـح لأن السـتر شرط ، وشككنا فى حصوله ، وقد سبق فى باب ما ينقض الوضوء فى فصل أحكام الخنثى أن صاحب التهذيب والقاضى أبا الفتوح وكثيرين قطعوا بأنه لا تلزمه الاعادة للشك فيها .

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى العورة ، قد ذكرنا أن المشهور من مذهبنا أن عورة الرجل ما بين سرته وركبته وكذلك الأمة ، وعورة الحرة جميع بدنها الا الوجه والكفين ، وبهذا كله قال مالك وطائفة وهى رواية عن أحمد ، وقال أبو حنيفة : عورة الرجل من ركبته الى سرته وليست السرة

عورة . وبه قال عطاء ، وقال داود ومحمد بن جرير ـ وحكاه فى التتمة عن عطاء : عورته الفرجان فقط ومن قال عورة الحرة جميع بدنها الا وجهها وكفيها الأوزاعى وأبو ثور . وقال أبو حنيفة والثورى والمزنى : قدماها أيضا ليستا بعورة ، وقال أحمد جميع بدنها الا وجهها فقط ، وحكى الماوردى والمتولى عن أبى بكر بن عبد الرحمن التابعى أن جميع بدنها عورة ، ومن قال : عورة الأمة ما بين السرة والركبة مالك وأحمد ، وحكى ابن المنذر وغيره عن الحسن البصرى أنها اذا زوجت أو تسراها سيدها لزمها ستر رأسها ولم يوافقه أحد من العلماء ، وحكى المتولى عن ابن سيرين أن أم الولد يلزمها ستر الرأس فى الصلاة .

دليلنا ما سبق عن أبى الدرداء رضى الله عنه قال : « كنت جالسا عند النبى صلى الله عليه وسلم اذ أقبل أبو بكر رضى الله عنه آخذا بطرف ثوبه حتى أبدى عن ركبته . فقال النبى صلى الله عليه وسلم أما صاحبكم فقد غامر فسلم فذكر الحديث » رواه البخارى ، وعن أبى موسى رضى الله عنه : « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان قاعدا فى مكان فيه ماء قد انكشف عن ركبته أو ركبتيه فلما دخل عثمان غطاها » رواه البخارى بلفظه ، وتقدم ذكر الأحاديث فى أن الفخذ عورة وأما حديث عائشة رضى الله عنها قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم مضطجعا فى بيتها كاشفا عن فخذيه أو ساقيه، فاستأذن أبو بكر فأذن له وهو على تلك الحال فتحدث ، ثم استأذن عثمان » وذكر الحديث ، فهذا لا دلالة فيه على أن الفخذ ليس بعورة ، لأنه مشكوك فى المكشوف . قال أصحابنا : لو صح الجزم بكشف الفخذ تأولناه على أن المراد كشف بعض ثيابه لا كلها ، قالوا : ولأنها قضية عين فلا عموم لها ولا حجة فيها ، وأما حديث أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « غزا خيبر فأجرى نبى الله صلى الله عليه وسلم فى زقاق خيبر ثم حسر الازار عن فخذه حتى انى لأنظر الى بياض فخذ نبى الله صلى الله عليه وسلم » رواه البخارى ومسلم فهذا محمول على أنه انكشف الازاز وانحسر بنفسه لا أن النبى صلى الله عليه وسلم تعمد كشفه ، بل انكشف لاجراء الفرس ، ويدل عليه أنه ثبت فى رواية فى الصحيحين فانحسر الازار ، قال الشيخ أبو حامد وغيره : وأجمع العلماء على أن رأس الأمة ليس بعورة مزوجة كانت أو غيرها الا

رواية عن الحسن البصرى أن الأمة المزوجة التى أسكنها الزوج منزله كالحرة والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

*** (ويجب ستر العورة بما لا يصف لون البشر من ثوب صفيق أو جلد أو ورق ، فان ستر بما يظهر منه لون البشرة من ثوب رقيق لم يجز لأن الستر لا يحصل بذلك) * .**

(الشرح) قال أصحابنا : يجب الستر بما يحول بين الناظر لون البشرة ، فلا يكفى ثوب رقيق يشاهد من ورائه سواد البشرة أو بياضها ، ولا يكفى أيضا الغليظ المهلهل النسج الذى يظهر بعض العورة من خلله ، فلو ستر اللون ووصف حجم البشرة كالركبة والألية ونحوهما صحت الصلاة فيه لوجود الستر ، وحكى الدارمى وصاحب البيان وجها أنه لا يصح اذا وصف الحجم ، وهو غلط ظاهر ويكفى الستر بجميع أنواع الثياب والجلود والورق والحشيش المنسوج وغير ذلك مما يستر لون البشرة ، وهذا لا خلاف فيه ، ولو ستر بعض عورته بشىء من زجاج بحيث ترى البشرة منه لم تصح صلاته بلا خلاف ، ولو وقف فى ماء صاف لم تصح صلاته الا اذا غلبت الخضرة لتراكم الماء ، فان انغمس الى عنقه ومنعت الخضرة رؤية لون البشرة أو وقف فى ماء كدر صحت على الأصح ، وصورة الصلاة فى الماء أن يصلى على جنازة ، ولو طين عورته فاستتر اللون أجزأه على الصحيح ، وبه قطع الأصحاب سواء وجد ثوبا أم لا ، وفيه وجه حكاه الرافعى أنه لا يصح وهو شاذ مردود .

قال أصحابنا : ويشترط ستر العورة من أعلا ومن الجوانب ، ولا يشترط من أسفل الذيل والازار حتى لو كان عليه ثوب متسع الذيل فصلى على طرف سطح ورأى عورته من ينظر اليه من أسفل صحت صلاته ، كذا قاله الأصحاب كلهم الا امام الحرمين والشاشى فحكيا ما ذكرنا ، وتوقفا فى صحة الصلاة فى مسألة السطح ورأيا فسادها ، وسنبسط الكلام فى القميص الواسع الجيب حيث ذكره المصنف ان شاء الله تعالى .

ويشترط فى الساتر أن يشمل المستور ، اما باللبس كالثوب والجلد ونحوهما ، واما بغيره كالتطين ، فأما الخيمة الضيقة ونحوها فاذا دخل انسان

وصلى مكشوف العورة لم تصح صلاته لأنها ليست سترة ولا يسمى مستترا، ولو وقف فى جب وهو الخابية وصلى على جنازة فان كان واسع الرأس يرى هو أو غيره منه العورة لم تصح صلاته ، وان كان ضيقه فوجهان حكاهما الرافعى ، أصحهما ــ وبه قطع صاحب التتمة ــ تصح صلاته كثوب واسع الذيل ، ولو حفر حفيرة فى الأرض وصلى على جنازة ان رد التراب فوارى عورته صحت صلاته ، والا فكالجب ذكره المتولى وغيره •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والمستحب للمرأة أن تصلى فى ثلاثة أثواب خمار تغطى به الرأس والعنق ودرع تغطى به البدن والرجلين وملحفة صفيقة تستر الثياب ، لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : ((تصلى المرأة فى ثلاثة أثواب درع وخمار وازار)) وعن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما : ((تصلى فى الدرع والخمار والملحفة)) والمستحب أن تكثف جلبابها حتى لا يصف أعضاءها ، وتجافى الملحفة عنها فى الركوع والسجود حتى لا يصف ثيابها) •

(الشرح) هذا الحكم الذى ذكره نص عليه الشافعى واتفق عليه الأصحاب وقوله « تكشف جلبابها » هذا لفظ الشافعى رحمه الله وضبطناه فى المهذب والتنبيه تكثف بالثاء المثلثة ، واختلف الأصحاب فى ضبطها عن الشافعى على ثلاثة أوجه ، حكاها الشيخ أبو حامد فى تعليقه ، والبندنيجى والمحاملى وغيرهم (أحدها) تكثف كما سبق ، ومعناه تتخذه كثيفا أى غليظا ، صفيقا (والثانى) تكتف بالتاء المثناة فوق • قالوا : وأراد بها تعقد ازارها ، حتى لا ينحل عند الركوع والسجود ، فتبدو عورتها (والثالث) تكفت [1] بفاء ثم تاء مثناة فوق ، أى تجمع ازارها عليها والكفت الجمع •

وأما الجلباب فقال فى البيان هو الخمار والازار • وقال الخليل : هو أوسع من الخمار وألطف من الازار • وقال المحاملى : هو الازار • وقال صاحب المطالع : قال النضر بن شميل : هو ثوب أقصر من الخمار وأعرض من المقنعة تغطى به المرأة رأسها • قال : وقال غيره : هو ثوب واسع دون الرداء تغطى به المرأة ظهرها وصدرها وقال ابن الأعرابى هو الازار ؛ وقيل :

---

(١) فى ش و ق تكشف ولم يورد الشارح وجه القائلين بانها شين معجمة ولذلك نعزو كونها شيئا الى النساخ والراجح الثاء المثلثة من هذه الأوجه والله أعلم (ط) •

هو كالملاءة والملحفة وقال آخرون هو الملاءة التى تلتحف بهـا المرأة فوق ثيابها • وهذا هو الصحيح وهو مراد الشافعى رحمه الله والمصنف والأصحاب هنا ، وهو مراد المحاملى وغيره بقولهم : هو الازار ، وليس مرادهم الازار المعروف الذى هو المئزر •

وقول المصنف : (وتجافى الملحفة فى الركوع) لا يخـالف ما ذكرناه ، فالملحفة هى الجلباب وهما لفظان مترادفان ، عبر بأحدهما فى الأول ، وبالآخر فى الثانى ويوضح هذا أن الشافعى قال فى مختصر المزنى : وأحب لهـا أن تكتف جلبابها وتجافيه راكعة وساجدة لئلا تصفها ثيابها •

وعن أم سلمة رضى الله عنها أنهـا سألت النبى صلى الله عليـه وسلم « أتصلى المرأة فى درع وخمار ليس عليه ازار ؟ قال : اذا كان الدرع سابغا يغطى ظهور قدميها » رواه أبو داود باسناد جيـد ، لكن قال : رواه أكثر الرواة عن أم سـلمة موقوفا عليها من قولها ، وقال الحـاكم • هو حديث صحيح على شرط البخارى ، وعن ابن عمر رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من جر ثوبه خيلاء لم ينظر الله اليه يوم القيامة ، قالت أم سلمة : فكيف تصنع النساء بذيولهن ؟ قال : يرخين شبرا فقالت : اذن تنكشف أقدامهن ، قال : فيرخينه ذراعا لا يزدن عليه » رواه الترمذى والنسائى ، وقال الترمذى : حديث صحيح •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب للرجل أن يصلى فى ثوبين قميص ورداء ، أو قميص وازار أو قميص وسراويل ؛ لما روى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا صلى أحدكم فليلبس ثوبيه فان الله احق من تزين له ، فمن لم يكن له ثوبان فليتزر اذا صلى ، ولا يشتمل اشتمال اليهود ») •

(الشرح) هذا الحديث رواه أبو داود وغيره ، ولفظ أبى داود عن ابن عمر قالا : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أو قال • قال عمر : « اذا كان لأحدكم ثوبان فليصل فيهما فان لم يكن الا ثوب واحد فليتزر به ، ولا يشتمل اشتمال اليهود » اسناده صحيح ، قال الخطـابى : اشتمال اليهود المنهى عنه هو أن يخلل بدنه بالثوب ويسـبله من غير أن يرفع طرفه قال : واشتمال الصماء أن يخلل بدنه بالثوب ، ثم يرفع طرفيه على عاتقه الأيسر ،

وذكر البغوى هذا عن الخطابى قال : والى هذا ذهب الفقهاء ، قال ، وفسر الأصمعى الصماء بالأول ، قال البغوى : وقد روى النبى صلى الله عليه وسلم « أنه نهى عن الصماء اشتمال اليهود » فجعلهما شيئا واحدا .

(اما حكم المسالة) فقال أصحابنا : يستحب أن يصلى الرجل فى أحسن ثيابه المتيسرة له ، ويتقمص ويتعمم ، فان اقتصر على ثوبين فالأفضل قميص ورداء ، أو قميص وازار أو قميص وسراويل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان أراد ان يصلى فى ثوب فالقميص أولى لأنه اعم فى الستر ، ولأنه يستر العورة ويحصل على الكتف فان كان القميص واسع الفتح بحيث اذا نظر رأى العورة زره لما روى سلمة بن الأكوع رضى الله عنه قال « قلت : يا رسول الله انا نصيد (١) افنصلى فى الثوب الواحد ؟ فقال نعم ، ولتزره ولو بشوكة » فان لم يزره وطرح على عنقه شيئا جاز لأن الستر يحصل به ، فان لم يفعل ذلك لم تصح صلاته . وان كان القميص ضيق الفتح جاز ان يصلى فيه محلول الازار ، لما روى ابن عمر قال « رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى محلول الازار » فان لم يكن قميص فالرداء أولى ، لأنه يمكنه أن يستر به العورة ويبقى منه ما يطرحه على الكتف ، فان لم يكن فالازار أولى من السراويل لأن الازار يتجافى عنه ولا يصف الأعضاء والسراويل يصف الأعضاء) .

(الشرح) حديث أم سلمة حديث حسن رواه أبو داود والنسائى وغيرهما باسناد حسن ورواه الحاكم فى المستدرك وقال : حديث صحيح وقوله صلى الله عليه وسلم « ولتزره » يجوز فى هذه اللام الاسكان والكسر والفتح ، وهو أضعفها والراء مضمومة على الصحيح المختار وجوز ثعلب فى الفصيح كسرها وفتحها أيضا ، وغلطوه فيه ، وأما حديث ابن عمر فرواه الحاكم فى المستدرك وقال : حديث صحيح على شرط البخارى ومسلم .

(اما حكم المسالة) فقال أصحابنا : واذا أراد الاقتصار على ثوب واحد فالقميص أولى ، ثم الرداء ، ثم الازار ثم السراويل ، لما ذكره المصنف فان كان القميص واسع الفتح بحيث ترى عورته فى قيامه أو ركوعه أو سجوده ، فان زره أو وضع على عنقه شيئا يستره أو شد وسطه صحت صلاته ، فان

---

(١) فى بعض النسخ بحذف همزة الاستفهام (ط) .

تركه على حاله لم تصح صلاته ، نص الشافعى على هذا كله ، واتفقوا عليه الا أن البندنيجى ذكر أن نص الشافعى أن الازار أفضل من السراويل كما قدمناه عن الشافعى والأصحاب ثم قال اختيارا لنفسه : ان السراويل أفضل ، والمذهب الأول • ولو كان الجيب بحيث ترى منه العورة فى ركوعه ولا تظهر فى القيام فهل تنعقد صلاته ؟ ثم اذا ركع تبطل أم لا تنعقد أصلا ؟ فيه وجهان أصحهما الانعقاد ، وفائدتهما فيما لو اقتدى به غيره قبل الركوع ، وفيما لو ألقى ثوبا على عنقه قبل الركوع ، ولو كانت لحيته أو شعر رأسه يستر جيبه ويمنع رؤية العورة صحت صلاته على أصح الوجهين ؛ كما لو كان على ازاره خرق فجمع عليه الثوب بيده فانه يصح بلا خلاف فلو ستر الخرق بيده ففيه الوجهان ، الأصح الصحة ، وجزم صاحب الحاوى بالبطلان فى مسألة اللحية ونحوها ، وجزم به أيضا فى اللحية والبد القاضى أبو الطيب فى باب الاحرام فى تعليقه ، والأصح الصحة • وأما اذا كان الجيب ضيقا بحيث لا ترى العورة فى حال من أحوال صلاته ، فتصح صلاته سواء زره أم لا • هذا تفصيل مذهبنا ، وعند أبى حنيفة ومالك تصح صلاته وان كان الجيب واسعا ترى منه عورته ، كما لو رآها غيره من أسفل ذيله •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان كان الازار ضيقا اتزر به ، وان كان واسعا التحف به ، ويخالف بين طرفيه على عاتقيه كما يفعل القصار فى الماء لما روى جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا صليت وعليك ثوب واحد ، فان كان واسعا فالتحف به ، وان كان ضيقا فاتزر به » وروى عن ابن أبى سلمة رضى الله عنهما قال : « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى فى ثوب واحد ملتحفا به ، مخالفا بين طرفيه على منكبيه » فان كان ضيقا فاتزر به (١) أو صلى فى سراويل فالمستحب أن يطرح على عاتقه شيئا لما روى أبو هريرة رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يصلين أحدكم فى الثوب الواحد ليس على عاتقه منه شىء ، فان لم يجد ثوبا يطرحه على عاتقه طرح حبلا حتى لا يخلو من شىء ») •

(الشرح) هذه الأحاديث الثلاثة رواها البخارى ومسلم ، وحكم المسألة كما ذكره المصنف ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يصلين أحدكم فى الثوب الواحد ليس على عاتقه منه شىء » نهى كراهة تنزيه لا تحريم ، فلو

---

(١) فى بعض النسخ (فليأتزر) (ط) •

صلى مكشوف العاتقين صحت صلاته مع الكراهة ، هذا مذهبنا ، ومذهب مالك وأبى حنيفة وجمهور السلف والخلف • وقال أحمد وطائفة قليلة : يجب وضع شيء على عاتقه لظاهر الحديث ، فان تركه ففى صحة صلاته عن أحمد روايتان ، وخص أحمد ذلك بصلاة الفرض • دليلنا حديث جابر فى قوله صلى الله عليه وسلم : (فاتزر به) هكذا احتج به الشافعى فى الأم واحتج به الأصحاب وغيرهم والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويكره اشتمال الصماء وهو ان يلتحف بثوب ثم يخرج يده من قبل صدره لما روى ابو سعيد الخدرى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن اشتمال الصماء وأن يحتبى الرجل فى ثوب واحد ليس على فرجه منه شيء ») •

(الشرح) هذا الحديث رواه البخارى ومسلم بلفظه ، والصماء بالمد ، وقد سبق قريبا تفسيرها والفرق بينها وبين اشتمال اليهود • وأما ما ذكره المصنف من تفسيرها فغريب • قال صاحب المطالع : اشتمال الصماء ادارة الثوب على جسده لا يخرج منه يده ، نهى عن ذلك لأنه اذا أتاه ما يتوقاه لم يمكنه اخراج يده بسرعة ولأنه اذا أخرج يده انكشفت عورته • وهذا تفسير الأصمعى وسائر أهل اللغة ، والذى سبق عن الخطابى تفسير الفقهاء • قال ابن قتيبة : سميت صماء لأنه سد منافذها كالصحراء الصماء ليس فيها خرق ولا صدع • وقوله : وأن يحتبى هو بالحاء المهملة من الحبوة بضم الحاء وكسرها لغتان ، قال أهل اللغة : الاحتباء أن يقعد الانسان على أليتيه وينصب ساقيه ، ويحتوى عليها بثوب أو نحوه أو بيده والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويكره أن يسدل فى الصلاة وفى غيرها • وهو ان يلقى طرفى الرداء من الجانبين ، لما روى عن على رضى الله عنه أنه رأى قوما سدلوا فى الصلاة فقال « كأنهم اليهود خرجوا من فهورهم » • وعن ابن مسعود رضى الله عنه أنه رأى اعرابيا عليه شملة قد ذيلها وهو يصلى قال : « ان الذى يجر ثوبه من الخيلاء فى الصلاة ليس من الله فى حل ولا حرام ») •

(الشرح) يقال : سدل بالفتح يسدل ويسدل بضم الدال وكسرها قال أهل اللغة : هو أن يرسل الثوب حتى يصيب الأرض ، وكلام المصنف

محمول على هذا ، والشملة كساء يشتمل به ، وقيل : انما تكون شملة اذا كان لها هدب ، قال ابن دريد : هى كساء يؤتزر به • وقوله (ذيلها) بتشديد الياء ، معناه أرخى ذيلها وهو طرفها الذى فيه الأهداب ، وقوله (خرجوا من فهورهم) بضم الفاء واحدها فهر ، بضم الفاء واسكان الهاء • قال الهروى فى الغريبين : فهرهم موضع مدراسهم ، وهى كلمة نبطية عربت وقال الجوهرى : أصله بهر وهى عبرانية عربت • وقال صاحب المحكم : فهرهم موضع مدراسهم الذى يجتمعون اليه فى عيدهم ، قال : وقيل : هو يوم يأكلون فيه ويشربون قال : والنصارى يقولون فخر ، يعنى بضم الفاء وبالخاء المعجمة •

وقوله (ليس من الله فى حلال ولا حرام) قيل : معناه لا يؤمن بحلال الله تعالى وحرامه ، وقيل : معناه ليس من الله فى شىء ، أى ليس من دين الله فى شىء ، ومعناه قد برىء من الله تعالى وفارق دينه ، وهذا الكلام المذكور فى الكتاب عن ابن مسعود ذكره البغوى فى شرح السنة بغير اسناده عن ابن مسعود ، قال وبعضهم يرويه عن ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم•

(أما حكم المسألة) فمذهبنا أن السدل فى الصلاة وفى غيرها سواء ، فان سدل للخيلاء فهو حرام ، وان كان لغير الخيلاء فمكروه وليس بحرام ، قال البيهقى : قال الشافعى فى البويطى : لا يجوز السدل فى الصلاة ولا غيرها للخيلاء ، فأما السدل لغير الخيلاء فى الصلاة فهو خفيف ، لقوله صلى الله عليه وسلم لأبى بكر رضى الله عنه ، وقال له : ان ازارى يسقط من أحد شقى ، فقال له : « لست منهم » هذا نصه فى البويطى ، وكذا رأيته أنا فى البويطى ؛ وحديث أبى بكر رضى الله عنه هذا رواه البخارى • قال البيهقى : وروينا عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن السدل فى الصلاة » وفى حديث آخر : « لا يقبل الله صلاة رجل مسبل ازاره » قال : وحديث أبى بكر دليل على خفة الأمر فيه اذا كان لغير الخيلاء •

قال الخطابى : رخص بعض العلماء فى السدل فى الصلاة روى ذلك عن عطاء ومكحول والزهرى والحسن وابن سيرين ومالك • قال : ويشبه أن يكونوا فرقوا بين اجازته فى الصلاة دون غيرها ، لأن المصلى لا يمشى فى

الثوب وغيره يمشى عليه ويسبله ، وذلك المنهى عنه وكان الثـورى يكره السدل فى الصلاة وكرهه الشافعى فى الصلاة وغيرها • وقال ابن المنذر : ممن كره السدل فى الصلاة ابن مسعود ومجاهد وعطاء والنخعى والثورى • ورخص فيـه ابن عمر وجابر ومكحول والحسن وابن سـيرين والزهرى وعبد الله بن الحسن . قال وروينا عن النخعى أيضـا أنه رخص فى سـدل القميص وكرهه فى الازار • وقال ابن المنذر : لا أعلم فى النهى عن السـدل خبرا يثبت فلا نهى عنه بغير حجة •

(قلت) احتج أصحابنا فيه بحديث أبى هريرة قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن السدل فى الصلاة » رواه داود والترمذى وغيرهما • قال الترمذى : لا نعرفه مرفوعا الا من طريق عسل بن سفيان ، وقد ضعفه أحمد بن حنبل ويحيى بن معين والبخارى وأبو حاتم وابن عدى ، والذى نعتمده فى الاستدلال على النهى عن السدل فى الصلاة وغيرها عموم الأحاديث الصحيحة فى النهى عن اسبال الازار وجره ، منها حديث أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا ينظر الله يوم القيـامة الى من جر ازاره بطرا » رواه البخارى ومسلم ، وعنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ما أسفل من الكعبين من الازار ففى النار » رواه البخـارى وعنه قال : « بينما رجل يصلى مسبل ازاره قال له رسول الله صلى الله عليـه وسلم : اذهب فتوضأ ، فذهب فتوضأ ثم جاء ، فقال : اذهب فتوضأ ، فقال رجل : يا رسول الله مالك أمرته أن يتوضأ ؟ ثم سكت عنه ؟ قال : انه كان يصلى وهو مسبل ازاره ، وان الله تعالى لا يقبل صلاة رجل مسبل » رواه أبو داود باسناد صحيح على شرط مسلم • وعن أبى سعيد قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أزرة المسلم الى نصف الساق ولا حرج ، أو قال لا جنـاح فيما بينه وبين الكعبين ، ما كان أسفل من الكعبين فهو فى النار ، ومن جر ازاره بطرا لم ينظر الله اليه » رواه أبو داود باسـناد صحيح وعن ابن عمر قال : « مررت على رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى ازارى استرخاء ، فقال : يا عبد الله ارفع ازارك فرفعت ، ثم قال : زد فزدت ، فما زلت أتحراها بعد ، فقال بعض القوم : الى أين ؟ قال الى أنصاف الساقين » رواه مسلم وعنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا اسـبال فى الازار والقميص

والعمامة ، من جر شيئا خيلاء لم ينظر الله اليه يوم القيامة » رواه أبو داود والنسائى باسناد صحيح ، وفى المسألة أحاديث صحيحة كثيرة غير ما ذكرته قد جمعتها فى كتاب (رياض الصالحين) وبالله التوفيق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويكره أن يصلى الرجل وهو متلثم لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهى أن يغطى الرجل فاه فى الصلاة » ويكره للمرأة أن تنتقب فى الصلاة لأن الوجه من المرأة ليس بعورة فهى كالرجل) .

(الشرح) هذا الحديث رواه أبو داود باسناد فيه الحسن بن ذكوان، وقد ضعفه يحيى بن معين والنسائى والدارقطنى ، لكن روى له البخارى فى صحيحه ، وقد رواه أبو داود ولم يضعفه ، والله أعلم . ويكره أن يصلى الرجل متلثما ، أى مغطيا فاه بيده أو غيرها ، ويكره أن يضع يده على فمه فى الصلاة الا اذا تثاءب ، فان السنة وضع اليد على فيه ، ففى صحيح مسلم عن أبى سعيد أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا تثاءب أحدكم فليمسك بيده على فيه فان الشيطان يدخل » والمرأة والخنثى كالرجل فى هذا ، وهذه كراهة تنزيه لا تمنع صحة الصلاة والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز للرجل ان يصلى فى ثوب حرير ولا على ثوب حرير لأنه يحرم عليه استعماله فى غير الصلاة ، فلأن يحرم فى الصلاة أولى ، فان صلى فيه أو صلى عليه صحت صلاته ، لان التحريم لا يختص بالصلاة ولا النهى يعود اليها فلم يمنع صحتها . ويجوز للمرأة أن تصلى فيه وعليه ، لأنه لا يحرم عليها استعماله ، وتكره الصلاة فى الثوب الذى عليه الصورة ، لما روت عائشة رضى الله عنها قالت : « كان لى ثوب فيه صورة فكنت أبسطه ، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى اليه فقال لى : اخريه عنى فجعلت منه وسادتين ») .

(الشرح) حديث عائشة رواه البخارى عن أنس قال : « كان قرام لعائشة سترت به جانب بيتها فقال لها النبى صلى الله عليه وسلم : أميطى عنا قرامك هذا فانه لا تزال تصاويره تعرض فى صلاتى » القرام بكسر القاف ستر رقيق ، وأجمع العلماء على أنه يحرم على الرجل أن يصلى فى ثوب حرير وعليه ، فان صلى فيه صحت صلاته عندنا وعند الجمهور ، وفيه خلاف أحمد السابق فى الدار المغصوبة ، وهذا التحريم اذا وجد سترة غير الحرير فان لم

يجد الا ثوب الحرير لزمه الصلاة فيه على أصح الوجهين ، وقد سبقت المسألة فى باب طهارة البدن ، وللمرأة أن تصلى فيه بلا خلاف ، وهل لها أن تجلس عليه فى الصلاة وغيرها ؟ فيه وجهان حكاهما الخراسانيون (أصحهما) وهو طريقة المصنف وسائر العراقيين ــ يجوز كما يجوز لبسه ، ولقوله صلى الله عليه وسلم فى الذهب والحرير : « ان هذين حرام على ذكور أمتى حل لاناثها » وهذا عام يتناول الجلوس واللبس وغيرهما (والثانى) لا يجوز لأنه انما أبيح لها اللبس تزينا لزوجها وسيدها ، وانما يحصل كمال ذلك باللبس لا بالجلوس ، ولهذا يحرم عليها استعمال اناء الذهب فى الشرب ونحوه مع أنها يجوز لها التحلى به ، والمختار الأول ، والخنثى فى هذا كالرجل ، وأما الثوب الذى فيه صور أو صليب أو ما يلهى فتكره الصلاة فيه واليه وعليه للحديث •

(فرع) قد ذكرنا أن مذهبنا صحة الصلاة فى ثوب حرير وثوب مغصوب وعليهما ، وبه قال جمهور العلماء ، وقال أحمد فى أصح الروايتين : لا يصح ، وقد يحتج لهم بما رواه أحمد فى مسنده عن ابن عمر رضى الله عنهما قال : « من اشترى ثوبا بعشرة دراهم وفيه درهم حرام لم تقبل له صلاة مادام عليه ، ثم أدخل أصبعه فى أذنيه وقال : صمتا ان لم أكن سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقوله » وهذا الحديث ضعيف فى رواته رجل مجهول ، ودليلنا ما سبق فى مسألة الصلاة فى الدار المغصوبة والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا لم يجد ما يستر به العورة ووجد طينا ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه ان يستر به العورة لأنه سترة ظاهرة فأشبهت الثوب ، وقال أبو اسحاق : لا يلزمه لأنه يتلوث به البدن) •

(الشرح) هذان الوجهان مشهوران بدليلهما ، أصحهما عند الأصحاب وجوب الستر به ، وممن صححه الشيخ أبو حامد والبندنيجى والمحاملى وصاحب العدة وآخرون ، واذا قلنا لا يجب فهو مستحب بالاتفاق ، ثم ان الجمهور أطلقوا الوجهين فى وجوب التطين • وقال صاحب الحاوى : ان كان الطين ثخينا يستر العورة ويغطى البشرة وجب وان كان رقيقا لا يستر العورة لكن يغطى البشرة استحب ولا يجب ، وصرح صاحب البيان وآخرون بجريان

الوجهين فى الطين الثخين والرقيق ، أما اذا وجد ورق شجر ونحوه وأمكنه خصفه والتستر به فيجب بلا خلاف ، نص عليه فى الأم واتفق الأصحاب عليه.

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجد ما يستر به بعض العورة ستر به القبل والدبر لانهما اغلظ من غيرهما ، وان وجد ما يكفى أحدهما ففيه وجهان (اصحهما) انه يستر به القبل لانه يستقبل به القبلة ، ولانه لا يستتر بغيره ، والدبر يستتر بالاليين (والثانى) يستر به الدبر لانه افحش فى حال الركوع والسجود) .

(الشرح) اذا وجد ما يستر به بعض العورة فقط لزمه التستر به بلا خلاف لقوله صلى الله عليه وسلم « اذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » رواه البخارى ومسلم من رواية أبى هريرة ، وسبق ذكره مرات ، وسبق فى باب التيمم مسائل متشابهة فيما اذا وجد المكلف بعض ما أمر به كمن وجد بعض ما يكفيه فى الوضوء أو الغسل أو التيمم ، وفى ستر العورة ، وفى قراءة الفاتحة ، وفى صاع الفطرة ، وفى الماء الذى يغسل به النجاسة ، وبعض رقبة الكفارة وأحكامها مختلفة وسبقت الاشارة الى الفرق بينها . ويستر بهذا الموجود القبل والدبر بلا خلاف لأنهما أغلظ فان لم يكن الا أحدهما فأربعة أوجه (أصحها) باتفاق الأصحاب يستر القبل ونص عليه الشافعى فى الأم ، ونقله الشيخ أبو حامد والدارمى والبندنيجى وغيرهم عن النص أيضا (والثانى) يستر الدبر ، وذكر المصنف دليلهما . (والثالث) حكاه الدارمى وصاحب البيان وغيرهما : هما سواء فيتخير بينهما (والرابع) حكاه القاضى حسين : تستر المرأة القبل والرجل الدبر ثم ما ذكرناه من تقديم القبل والدبر أو أحدهما على الفخذ وغيره ، ومن تقديم أحدهما على الآخر هل هو مستحب أم واجب ؟ فيه وجهان (أصحهما) الوجوب ، وأنه شرط وهو مقتضى كلام الأكثرين ، ممن صححه الغزالى فى البسيط والرافعى (والثانى) مستحب ، وبه قطع البندنيجى والقاضى أبو الطيب . وأما الخنثى المشكل فان وجد ما يستر قبليه ودبره ستر ، فان لم يجد الا ما يستر واحدا ، وقلنا : يستر عين القبل ستر أى قبليه شاء ، والأولى أن يستر آلة الرجال ان كان هناك امرأة وآلة النساء ان كان هناك رجل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اجتمع رجل وامرأة وهناك سترة تكفى أحدهما قدمت المرأة لأن عورتها اعظم) .

(الشرح) هذه الصورة فيما لو أوصى انسان بثوبه لأحوج الناس اليه فى الموضع الفلانى أو وكل من يدفعه الى الأحوج ، أو وقفه على لبس الأحوج فتقدم المرأة على الخنثى ، ويقدم الخنثى على الرجل لأنه الأحوج . أما اذا كان الثوب لواحد فلا يجوز أن يعطيه لغيره ، ويصلى عريانا ، لكن يصلى فيه ، ويستحب أن يعيره لغيره ممن يحتاج اليه سواء فى هذا الرجل والمرأة وقد سبقت هذه المسألة فى باب التيمم ، وسبق هناك أنه لو خالف ووهب لغيره الماء وصلى بالتيمم هل تلزمه الاعادة ؟ فيه تفصيل يجىء هناك مثله سواء والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان لم يجد شيئا يستر به العورة صلى عريانا ولا يترك القيام ، وقال المزنى : يلزمه أن يصلى قاعدا لأنه يحصل له بالقعود ستر بعض العورة ، وستر بعض العورة آكد من القيام ، لأن القيام يجوز تركه مع القدرة ، والستر لا يجوز تركه [بحال] فوجب تقديم الستر ، وهذا لا يصح لأنه يترك القيام والركوع والسجود على التمام ، ويحصل له ستر القليل من العورة ، والمحافظة على الأركان اولى من المحافظة على بعض الفرض) .

(الشرح) اذا لم يجد سترة يجب لبسها وجب عليه أن يصلى عريانا قائما ولا اعادة عليه ، هذا مذهبنا وبه قال عمر بن عبد العزيز ومجاهد ومالك . وقال ابن عمر وعطاء وعكرمة وقتادة والأوزاعى والمزنى : يصلى قاعدا . وقال أبو حنيفة : هو مخير ان شاء صلى قائما وان شاء قاعدا موميا بالركوع والسجود والقعود أفضل . وعن أحمد روايتان (احداهما) يجب القيام (والثانية) القعود ، وقد سبق فى باب التيمم أن الخراسانيين حكوا فى هذه المسألة ثلاثة أوجه : أحدها : يجب القيام . والثانى : القعود . والثالث : يتخير . والمذهب الصحيح وجوب القيام . ودليل الجميع يفهم مما ذكر المصنف .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان صلى عريانا ثم وجد السترة لم تلزمه الاعادة لأن العرى عذر عام وربما اتصل ودام ، فلو أوجبنا الاعادة لشق [وضاق] (١) فان دخل فى الصلاة وهو عريان ثم وجد الستر فى أثنائهـا فان كانت بقربه ستر العورة وبنى على صلاته لأنه عمل قليل فلا يمنع البناء ، وان كانت بعيدة بطلت صلاته لانه يحتاج الى عمل كثير ، وان دخلت الأمة فى الصلاة وهى مكشوفة الراس فأعتقت فى اثنائها فان كانت السترة قريبة منها سترت وأتمت صلاتها ، وان كانت بعيدة بطلت صلاتها ، وان اعتقت ولم تعلم حتى فرغت من الصلاة ففيها قولان كما قلنا فيمن صلى بنجاسة لم يعلم بها حتى فرغ من الصلاة) .

(**الشرح**) فى هذه القطعة مسائل (احداها) اذا عدم السترة الواجبة فصلى عاريا أو ستر بعض العورة وعجز عن الباقى وصلى فلا اعادة عليه . سواء كان من قوم يعتادون العرى أم غيرهم ، وحكى الخراسانيون فيمن لا يعتادون العرى وجها أنه يجب الاعادة ، وهذا الوجه سبق بيانه فى آخر باب التيمم وهو ضعيف ليس بشىء ، وقد قال الشيخ أبو حامد فى التعليق : لا أعلم خلافا يعنى بين المسلمين أنه لا يجب الاعادة على من صلى عاريا للعجز عن السترة .

(الثانية) اذا وجد السترة فى أثناء صلاته لزمه الستر بلا خلاف لأنه شرط لم يأت عنه ببدل ، بخلاف من صلى بالتيمم ، ثم رأى الماء فى أثناء صلاته قال أصحابنا : فان كانت قريبة ستر وبنى ، والا وجب الاستئناف على المذهب ، وبه قطع العراقيون ، وقال الخراسانيون : فى جواز البناء مع البعد القولان فيمن سبقه الحدث ، قالوا : فان قلنا بالقديم : أنه يبنى ، فله السعى فى طلب السترة ، كما يسعى فى طلب الماء ، وان وقف حتى أتاه غيره بالسترة نظر ان وصلته فى المدة التى لو سعى لوصلها فيها أجزأه وان زاد فوجهان الأصح : لا يجوز وتبطل صلاته ، ولو كانت السترة قريبة ولا يمكن تناولها الا باستدبار القبلة بطلت صلاته اذا لم يناوله غيره ، ذكره القاضى أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما ، ولو كانت السترة بقربه ولم يعلمها فصلى عاريا ثم علمها بعد الفراغ أو فى أثناء الصلاة ففى صحة صلاته طريقان ، حكاهما القاضى أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما (أحدهما) وبه قطع المصنف

---

(١) ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق (ط) .

وآخرون : فيه القولان فيمن صلى بنجاسة جاهلا بها (والثانى) تجب الاعادة هنا قولا واحدا ، لأنه لم يأت ببدل ، ولأنه نادر ، وبهذا الطريق قطع الشيخ أبو حامد والمحاملى •

(الثالثة) يستحب للأمة أن تستر فى صلاتها ما تستره الحرة فلو صلت مكشوفة الرأس فعتقت فى أثناء صلاتها باعتاق السيد أو بموته اذا كانت مدبرة أو مستولدة فان كانت عاجزة عن الستر مضت فى صلاتها وأجزأتها بلا خلاف ، والا فهى كمن وجد السترة فى أثناء صلاته فى كل ما ذكرنا ، ولو جهلت العتق فهى كجهلها وجود السترة فتكون على الطريقين والله أعلم •

(فرع) اذا قال لأمته : اذا صليت صلاة صحيحة فأنت حرة قبلها ، فصلت مكشوفة الرأس ان كان فى حال عجزها عن سترة صحت صلاتها وعتقت ، وان كانت قادرة على السترة صحت صلاتها ولا تعتق ؛ لأنها لو عتقت لصارت حرة قبل الصلاة وحينئذ لا تصح صلاتها مكشوفة الرأس ، واذا لم تصح لا تعتق فاثبات العتق يؤدى الى بطلانه وبطلان الصلاة فبطل وصحت الصلاة ذكر المسألة جماعة منهم القاضى أبو الطيب وابن الصباغ فيمن قال : ان صليت مكشوفة الرأس فأنت حرة الآن •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اجتمع جماعة عراة ، قال فى القديم : الأولى ان يصلوا فرادى لأنهم اذا صلوا جماعة لم يمكنهم أن يأتوا بسنة الجماعة ، وهو تقديم الامام ، وقال فى الأم : صلوا جماعة وفرادى • فسوى بين الجماعة والفرادى ، لأن فى الجماعة ادراك فضيلة الجماعة وفوات فضيلة سنة الموقف وفى الفرادى ادراك فضيلة الموقف وفوات فضيلة الجماعة فاستويا • فان كان معهم مكتس يصلح للامامة فالأفضل أن يصلوا جماعة لأنهم يمكنهم الجمع بين فضيلة الجماعة وفضيلة الموقف بأن يقدموه ، فان لم يكن فيهم مكتس وأرادوا الجماعة استحب أن يقف الامام وسطهم ويكون المأمومون صفا واحدا حتى لا ينظر بعضهم الى عورة بعض ، فان لم يمكن الا صفين ، صلوا وغضوا الأبصار • وان اجتمع نسوة[1] عراة استحب لهن الجماعة لأن سنة الموقف فى حقهن لا تتغير[2] بالعرى) •

---

(١) فى بعض النسخ من المهذب (نساء) « ط » •

(٢) فى ش و ق (لا تتعين) ط •

(**الشرح**) اذا اجتمع رجال عراة صحت صلاتهم جماعة وفرادى ، فان صلوا جماعة وهم بصراء وقف امامهم وسطهم ، فان خالف ووقف قدامهم صحت صلاته وصلاتهم ويغضون أبصارهم فان نظروا لم يؤثر فى صحة صلاتهم وهل الأفضل أن يصلوا جماعة ؟ أم فرادى ؟ ينظر ـ ان كانوا عميا أو فى ظلمة بحيث لا يرى بعضهم بعضا ـ استحب الجماعة بلا خلاف ويقف امامهم قدامهم ، وان كانوا بحيث يرون فثلاثة أقوال (أصحها) أن الجماعة والانفراد سواء (والثانى) الانفراد أفضل (والثالث) الجماعة أفضل حكاه الخراسانيون فان كان فيهم مكتس يصلح للامامة استحب أن يقدموه ويصلوا جماعة ، قولا واحدا ويكونون وراءه صفا ، فان تعذر فصفين أو أكثر بحسب الحاجة ، فلو خالفوا فأمهم عار واقتدى به اللابس صحت صلاة الجميع كما تصح صلاة المتوضىء خلف المتيمم وصلاة القائم خلف المضطجع .

أما اذا اجتمع نساء عاريات فالجماعة مستحبة لهن بلا خلاف لأن امامتهن تقف وسطهن فى حال اللبس أيضا ، وان اجتمع نساء ورجال عراة لم يصلوا جميعا لا فى صف ولا فى صفين ، بل يصلى الرجال ، ويكون النساء جالسات خلفهم مستدبرات القبلة ، ثم يصلى النساء ويجلس الرجال خلفهن مستدبرين، فان أمكن أن تتوارى كل طائفة فى مكان آخر حتى تصلى الطائفة الأخرى فهو أفضل . وقول المصنف : لأن فى الفرادى ادراك فضيلة الموقف . قد يستشكل اذ ليس للمنفرد موقفان يقف فى أفضلهما ، وجوابه أن المنفرد يأتى بالموقف المشروع له بخلاف امام العراة . وقوله : وسطهم هو باسكان السين . وقوله : نسوة عراة لحن وصوابه : عاريات ، ويقال : نسوة بكسر النون وضمها لغتان .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اجتمع جماعة عراة ومع انسان كسوة استحب ان يعيرهم ، فان لم يفعل لم يغصب عليه ، لأن صلاتهم تصح من غير سترة ، وان أعار واحدا بعينه لزمه قبوله ، فان لم يقبل وصلى عريانا بطلت صلاته ، لأنه ترك الستر مع القدرة وان وهبه له لم يلزمه قبوله لأن عليه فى قبوله منة [وفى (١) احتمال المنة مشقة فلم يلزم] وان أعار جماعتهم صلى فيه واحد بعد واحد ، فان خافوا ان صلى واحد [بعد واحد] أن يفوتهم الوقت قال الشافعى رحمه الله : ينتظرون

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من ش و ق (ط) .

حتى يصلوا فى الثوب . وقال فى قوم فى سفينة ، وليس فيها موضع يقوم فيه الا واحد ؛ انهم يصلون من قعود ولا يؤخرون الصلاة ، فمن أصحابنا من نقل الجواب فى كل واحدة من المسئلتين الى الأخرى وقال : فيهما قولان ، ومنهم من حملهما على ظاهرهما فقال فى السترة ينتظرون وان خافوا الفوت ولا ينتظرون فى القيام لأن القيام يسقط مع القدرة فى [حال] النافلة ، والسترة لا تسقط مع القدرة بحال . ولأن القيام يتركه الى بدل وهو القعود والستر يتركه الى غير بدل) .

(**الشرح**) يستحب لمن كان معه ثوب أن يعيره لمحتاج اليه للصلاة . ولا يلزمه الاعارة كما لا يلزمه بذل الماء للوضوء بخلاف بذله للعطشان . اذ لا بدل للعطش وتصح الصلاة بالتيمم وعاريا . واذا امتنع من اعارته لم يجز قهره عليه لما ذكرنا ، وان أعار واحدا بعينه لزمه قبوله على الصحيح ، وبه قطع الجمهور ، وفيه وجه حكاه الدارمى وصاحب العدة والبيان وغيرهم ، لأن فيه منة ، وهذا ليس بشىء . وان وهبه له فثلاثة أوجه حكاها صاحب الحاوى والبيان وغيرهما ، الصحيح : لا يجب القبول للمنة ، وبهذا قطع الجمهور . والثانى : يجب القبول وليس له رده على الواهب بعد قبضه الا برضى الواهب . والثالث : يجب القبول وله أن يرده بعد الصلاة فيه على الواهب ، ويلزم الواهب بعد ذلك قبوله ، وهذا الوجه حكاه أبو على الطبرى فى الافصاح والقاضى أبو الطيب وآخرون ، واتفقوا على تضعيفه .

واذا ضممنا مسألة العارية الى الهبة حصل فيها أربعة أوجه (الصحيح) وبه قطع الجمهور : يجب قبول العارية دون الهبة (والثانى) لا يجب القبول فيهما (والثالث) يجب فيهما ، (والرابع) يجب فى الهبة دون العارية ، حكاه الدارمى فى الاستذكار ، وكأن قائله نظر الى أن العارية مضمونة بخلاف الهبة ، وهذا ليس بشىء ، وحيث وجب القبول فتركه وصلى عريانا لم تصح صلاته فى حال قدرته عليه بذلك الطريق ، أما اذا أعار جماعتهم ولم يعين واحدا فان اتسع الوقت صلى فيه واحد بعد واحد ، فان تنازعوا فى المتقدم أقرع بينهم ، وان ضاق الوقت ففيه نصوص للشافعى وطرق للأصحاب ، وكلام مبسوط سبق بيانه واضحا فى باب التيمم . ولو رجع المعير فى العارية فى أثناء الصلاة نزعه وبنى على صلاته ولا اعادة عليه بلا خلاف ، ذكره صاحب الحاوى وغيره والله أعلم .

(فـرع) فى مسائل تتعلق بالباب .

(احداها) اذا وجد سترة تباع أو تؤجر وقدر على الثمن أو الأجرة لزمه الشراء أو الاستئجار بثمن المثل وأجرته ، ذكره صاحب الحـاوى وغيره ، ويجىء فيه التفريع السابق فى باب التيمم ، واذا وجب تحصيله بشراء أو اجارة فتركه وصلى لم تصح صلاته ، واقراض الثمن كاقراض ثمن المـاء ، وقد سبق بيانه فى التيمم ولو احتاج الى شراء الثوب والماء للطهارة ولم يمكنه الا أحدهما اشترى الثوب لأنه لا بدل له ، ولأنه يدوم ، وقد سبقت المسألة مع نظائرها فى التيمم .

(الثانية) اذا لم يجد العارى الا ثوبا لغيره فان أمكن استئذان صاحبه فيه فعل والا حرمت الصلاة فيه وصلى عريانا ولا اعادة عليه ، وهذا وان كان واضحا فقد صرح به صاحب الحاوى وغيره . قال صاحب الحاوى : سواء كان صاحبه حاضرا أو غائبا لا تجوز الصـلاة فيه الا باذنه ، وان عجز عن الاذن صلى عاريا ولا اعادة .

(الثالثة) اذا لم يكن معه الا ثوب طرفه نجس ولا يجد ماء يغسله به ــ فان كان يدخل بقطعه من النقص قدر أجرة المثل ــ لزمه قطعـه ، وان كان أكثر لم يلزمه وقد سبقت فى طهارة البدن . وسبق فيه أيضـا أن من كان محبوسا فى موضع نجس ومعه ثوب لا يكفى العورة وستر النجاسة ففيه قولان ، أظهرهما يبسطه على النجاسة ويصلى عاريا ولا اعادة .

(الرابعة) لو كان معه ثوب وأتلفه أو خرقه بعد دخول الوقت لغير حاجة عصى ويصلى عاريا . وفى وجوب الاعادة الوجهان فيمن أراق الماء سفها . وقد سبقت مسألة الاراقة واتلاف الثوب فى باب التيمم مستوفاتين .

(الخامسة) قال الدارمى : لو قدر العريان أن يصلى فى الماء ويسجد فى الشط لا يلزمه .

باب استقبال القبلة

قال المصنف رحمه الله تعالى

(استقبال القبلة شرط فى صحة الصلاة الا فى حالين : فى شدة الخوف ، وفى النافلة فى السفر ، والأصل فيه قوله تعالى : « فول وجهك شطر المسجد الحرام ، وحيث ما كنتم فولوا وجوهكم شطرة » (١)) .

(الشرح) استقبال القبلة شرط لصحة الصلاة الا فى الحالين المذكورين على تفصيل يأتى فيهما فى موضعهما ، وهذا لا خلاف بين العلماء فيه من حيث الجملة وان اختلف فى تفصيله . والمراد بالمسجد الحرام هنا الكعبة نفسها . وشطر الشيء يطلق على جهته ونحوه ويطلق على نصفه . والمراد هنا الأول.

واعلم أن المسجد الحرام قد يطلق ويراد به الكعبة فقط ، وقد يراد به المسجد حولها معها ، وقد يراد به مكة كلها ، وقد يراد به مكة مع الحرم حولها بكماله ، وقد جاءت نصوص الشرع بهذه الأقسام الأربعة ، فمن الأول قول الله تعالى : (فول وجهك شطر المسجد الحرام) ومن الثانى قول النبى صلى الله عليه وسلم : « صلاة فى مسجدى هذا خير من ألف صلاة فيما سواه الا المسجد الحرام » وقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تشد الرحال الا الى ثلاثة مساجد الى آخره » ومن الرابع قوله تعالى : « انما المشركون (٢) نجس فلا يقربوا المسجد الحرام » وأما الثالث وهو مكة فقال المفسرون : هو المراد بقوله تعالى (سبحان (٣) الذى أسرى بعبده ليلا من المسجد الحرام الى المسجد الأقصى) وكان الاسراء من دور مكة .

وقول الله تعالى : (ذلك لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام (٤)) قيل مكة ، وقيل الحرم ، وهما وجهان لأصحابنا سنوضحهما فى كتاب الحج ان شاء الله تعالى وقول الله تعالى (والمسجد الحرام الذى (٥) جعلناه للناس سواء العاكف فيه والباد) هو عند الشافعى ومن وافقه المسجد حول الكعبة

---

(١) الآية ١٥٠ من سورة البقرة .
(٢) الآية ٢٨ من سورة التوبة .
(٣) الآية ١ من سورة الاسراء .
(٤) الآية ١٩٦ من سورة البقرة .
(٥) الآية ٢٥ من سورة الحج .

مع الكعبة فلا يجوز بيعه ولا اجارته ، والناس فيه سواء • وأما دور مكة وسائر بقاعها فيجوز بيعها واجارتها • وحمله أبو حنيفة ومن وافقه على جميع الحرم فلم يجوزوا بيع شيء منه ولا اجارته وستأتى المسألة ان شاء الله تعالى مبسوطة حيث ذكرها المصنف فى باب ما يجوز بيعه ، فهذا مختصر ما يتعلق بالمسجد ، وقد بسطته فى تهذيب [1] الأسماء واللغات والله أعلم •

(فـرع) فى بيان أصل استقبال الكعبة

عن البراء بن عازب رضى الله عنهما « أن النبى صلى الله عليه وسلم لما قدم المدينة صلى قبل بيت المقدس ستة عشر شهرا أو سبعة عشر شهرا ، وكان يعجبه أن تكون قبلته قبل البيت ، وأنه أول صلاة صلاها صلاة العصر ، وصلى معه قوم فخرج رجل ممن صلى معه فمر على أهل مسجد وهم راكعون فقال : أشهد بالله لقد صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل مكة فداروا كما هم قبل البيت » رواه البخارى ومسلم •

وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى بمكة نحو بيت المقدس والكعبة بين يديه وبعد ما هاجر الى المدينة ستة عشر شهرا ثم صرف الى الكعبة » رواه أحمد بن حنبل فى مسنده • قال أهل اللغة : أصل القبلة الجهة ، وسميت الكعبة قبلة لأن المصلى يقابلها وتقابله •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان كان بحضرة البيت لزمه التوجه الى عينه لما روى اسامة بن زيد رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم « دخل البيت ولم يصل ، وخرج وركع ركعتين [2] قبل الكعبة وقال : هذه القبلة ») •

---

(١) مما ذكره ما يفيدها ان ذرع ما بين الركن الاسود والى مقام ابراهيم عليه السلام ٢ ذراعا و ٩ اصابع وذرع ما بين جدار الكعبة من وسط الكعبة الى المقام ٢٧ ذراعا وذرع ما بين شذروان الكعبة والمقام ٢٦ ذراعا ونصف ومن الركن الشامى الى المقام ٢٨ ذراعا و ١٩ اصبعا من الركن الذى فيه الحجر الاسود الى حد حجرة زمزم ٣٦ ذراعا ونصف ومن الركن الاسود الى راس زمزم ٤٠ ذراعا ومن وسط جدار الكعبة الى جدار المسعى ٢١٣ ذراع ومن وسط جدار الكعبة الى الجدار الذى يلى بابه بنى جمح ١٩٩ ذراعا ومن وسط جدار الكعبة الى الجدار الذى يلى الوادى ١٤١ ذراعا و ١٨ اصبعا (ط) •

(٢) هكذا فى نسخ المهذب والذى فى الصحيح (فى قبل الكعبة) (ط) •

(الشرح) حديث أسامة رواه البخارى ومسلم من رواية أسامة ، ومن رواية ابن عباس . وقوله : قبل الكعبة هو بضم القـاف والباء ، ويجوز اسكان الباء ، قيل معناه ما استقبلك منها وقيل مقابلها ، وفى رواية ابن عمر فى الصحيح فى هذا الحديث « فصلى ركعتين فى وجه الكعبة » وهـذا هو المراد بقبلها ، وقوله صلى الله عليه وسلم « هذه القبلة » قال الخطابى : معناه أن أمر القبلة قد استقر على هذا البيت فلا ينسخ بعد اليوم فصلوا اليه أبدا فهو قبلتكم ، قال : ويحتمل أنه علمهم سنة موقف الامام وأنه يقف فى وجهها دون أركانها ، وان كانت الصلاة فى جميع جهاتها مجزئة ، هذا كلام الخطابى. ويحتمل معنى ثالثا وهو أن معناه هـذه الكعبة هى المسجد الحرام الذى أمرتم باستقباله لا كل الحرم ولا مكة ولا المسجد الذى حول الكعبة ، بل هى الكعبة نفسها فقط ، والله أعلم .

وقوله (دخل البيت ولم يصل) قد روى بلال « أنه صلى الله عليه وسلم صلى فى الكعبة » رواه البخارى ومسلم ، وأخذ العلماء برواية بلال لأنهـا زيادة ثقة ، ولأنه مثبت فقدم على النافى ، ومعنى قول أسامة لم يصل ، لم أره صلى ، وسبب قوله أن النبى صلى الله عليه وسلم دخل الكعبة هو وبلال وأسامة وعثمان بن شيبة وأغلق الباب وصلى ، فلم يره أسامة لاغلاق الباب ، ولاشتغاله بالدعاء والخضوع . وقوله « بحضرة البيت » يجوز فتح الحـاء وضمها وكسرها ثلاث لغات مشهورات .

(اما حكم المسالة) فان كان بحضرة الكعبة لزمه التوجه الى عينها لتمكنه منه وله أن يستقبل أى جهة منها أراد ، فلو وقف عند طرف ركن ــ وبعضه يحاذيه وبعضه يخرج عنه ــ ففى صحة صلاته وجهان (أصحهما) لا تصح قال الامام : وبه قطع الصيدلانى لأنه لم يستقبلها كله ، ولو استقبل الحجر بكسر الحاء ولم يستقبل الكعبة فوجهان مشهوران حكاهما صاحب الحاوى والبحر وآخرون (أحدهما) تصح صلاته لأنه من البيت للحديث الصحيح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « الحجر من البيت » رواه مسلم ، وفى رواية « ست أذرع من الحجر من البيت » ولأنه لو طاف فيه لم يصح طوافه ، وأصحهما بالاتفاق : لا تصح صلاته لأن كونه من البيت مظنون غير

مقطوع به ؛ ولو وقف الامام بقرب الكعبة والمأمومون خلفه مستديرين بالكعبة جاز ، ولو وقفوا فى آخر المسجد وامتد صف طويل جاز ، وان وقف بقربه وامتد الصف فصلاة الخارجين عن محاذاة الكعبة باطلة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان دخل البيت وصلى فيه جاز لانه متوجه الى جزء من البيت ، والأفضل أن يصلى النفل فى البيت لقوله صلى الله عليه وسلم « صلاة فى مسجدى هذا افضل من ألف صلاة فيما سواه الا المسجد الحرام » والأفضل أن يصلى الفرض خارج البيت لأنه يكثر [فيه (١)] الجمع فكان أعظم للأجر).

(الشرح) حديث « صلاة فى مسجدى هذا خير من ألف صلاة فيما سواه الا المسجد الحرام » رواه البخارى ومسلم من رواية أبى هريرة فيجوز عندنا أن يصلى فى الكعبة الفرض والنفل وبه قال أبو حنيفة والثورى وجمهور العلماء ، وقال محمد بن جرير : لا يجوز الفرض ولا النفل ، وبه قال أصبغ بن الفرج المالكى وجماعة من الظاهرية وحكى عن ابن عباس وقال مالك وأحمد : يجوز النفل المطلق دون الفرض والوتر دليلنا حديث بلال « أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى فى الكعبة » رواه البخارى ومسلم ، وسبق قريبا الجواب عن حديث أسامة ، وقال أصحابنا : واذا صلى فى الكعبة فله أن يستقبل أى جدار شاء ، وله أن يستقبل الباب ان كان مردودا أو مفتوحا وله عتبة قدر ثلثى ذراع تقريبا ، هذا هو الصحيح المشهور ، ولنا وجه أنه يشترط فى العتبة كونها بقدر ذراع ، وقيل يشترط قدر قامة المصلى طولا وعرضا ، ووجه ثالث أنه يكفى شخوصها بأى قدر كان ، والمذهب الأول .

قال أصحابنا : والنفل فى الكعبة أفضل منه خارجها ، وكذا الفرض ان لم يرج جماعة أو أمكن الجماعة الحاضرين الصلاة فيها ، فان لم يمكن فخارجها أفضل ، وكلام المصنف ــ وان كان مطلقا ــ فهو محمول على هذا التفصيل : قال الشافعى فى الأم : قضاء الفريضة الفائتة فى الكعبة أحب الى من قضائها

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من ش و ق وفى بعض النسخ (فيما سواه من المساجد الا المسجد الحرام) والثابت هنا رواية البخارى (ط) .

خارجها قال : وكل ما قرب منهـا كان أحب الى مما بعد ، قال الشـافعى والأصحاب : وكذا المنذورة فى الكعبة أفضل من خارجها ، قال الشـافعى لا موضع أفضل ولا أطهر للصلاة من الكعبة وأما استدلال المصنف بالحديث على فضل الصلاة فى الكعبة فمما أنكر عليه لأنه خص المسجد الحرام فى هذا الحديث بالكعبة ، وليس هو فى هذا الحديث مختصا بها ، بل يتناولها هى والمسجد حولها كما سبق بيانه ، ويمكن أن يجاب عن المصنف ، ويحمـل كلامه على أنه لم يرد اختصاص الحديث بالكعبة ، بل أراد بيان فضيلة الصلاة فى المسجد الحرام ، وقد علم أن الكعبة أفضله فكانت الصلاة فيها أفضله ، فان قيل : كيف جزمتم بأن الكعبة أفضل من خارجها ؟ مع أنه مختلف بين العلماء فى صحتها ، والخروج من الخـلاف مستحب ؟ فالجواب أنا انمـا نستحب الخروج من خلاف محترم ، وهو الخلاف فى مسألة اجتهادية ، أما اذا كان الخلاف مخالفا سنة صحيحة كما فى هـذه المسألة فلا حرمة له ولا يستحب الخروج منه لأن صاحبه لم تبلغه هذه السنة ، وان بلغته وخالفهـا فهو محجوج بها والله أعلم .

قال الشيخ أبو حامد فى آخر كتاب الحج من تعليقه ، قال الشـافعى : ليس فى الأرض موضع أحب الى أن أقضى فيه الصلاة الفائتة من الكعبة لأن الفضيلة فى القرب منها للمصلى فكانت الفضيلة فى بطنها أولى .

(**فـرع**) فى قاعدة مهمة صرح بها جماعة من أصحابنا ، وهى مفهومة من كلام الباقين وهى أن المحافظة على فضيلة تتعلق بنفس العبادة أولى من المحافظة على فضيلة تتعلق بمكان العبادة ، وتتخرج على هذه القاعدة مسائل مشـهورة فى المذهب منها هـذه المسألة التى ذكرها المصنف ، وقد ذكرها الشافعى فى الأم والأصحاب وهى أن المخالفة على تحصيل الجماعة خارج الكعبة أفضل من المحافظة على الصلاة فى الكعبة لأن الجماعة فضيلة تتعلق بنفس الصلاة والكعبة فضيلة تتعلق بالموضع ومنها أن صلاة الفرض فى كل المساجد أفضل من غير المسجد ، فلو كان هناك مسجد ليس فيـه جماعة ، وهناك جماعة فى غير مسجد فصلاته مع الجماعة فى غير المسجد أفضل من صلاته منفردا فى المسجد .

ومنها أن صلاة النفل فى بيت الانسان أفضل منها فى المسجد مع شرف المسجد لأن فعلها فى البيت فضيلة تتعلق بهـا ؛ فانه سبب لتمام الخشـوع والاخلاص وأبعد من الرياء والاعجاب وشبههما ، حتى ان صلاته النفل فى بيته أفضل منها فى مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم لما ذكرناه ودليله الحديث الصحيح أن النبى صلى الله عليه وسلم قال للصحابة رضى الله عنهم حين صلوا فى مسجده النافلة « أفضل الصلاة صلاة المرء فى بيته الا المكتوبة » رواه البخارى ومسلم . وفى رواية أبى داود : « أفضـل من صـلاته فى مسجدى هذا » ومنها أن القرب من الكعبة فى الطواف مستحب ، والرمل مستحب فيه ، فلو منعته الزحمة من الجمع بينهما لم يمكنه الرمل مع القرب وأمكنه مع البعد ، فالمحافظة على الرمل مع البعد أولى من المحـافظة على القرب بلا رمل لما ذكرناه ، ونظائر هذه المسائل مشـهورة وسنوضحها فى مواضعها ان شاء الله تعالى وبالله التوفيق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان صلى على سطحه نظرت فان كان بين يديه سترة متصلة به جاز ، لانه متوجه الى جزء منه ، وان لم يكن بين يديه سترة متصلة لم يجز لما روى عمر رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليـه وسلم قال : « سـبعة مواطن لا يجوز فيها الصلاة وذكر : « فوق بيت الله العتيق » ولأنه صلى الله عليـه وسلم لم يصل عليه من غير عذر فلم يجز كما لو وقف على طرف السطح واستدبره ، فان كان بين يديه عصا مغروزة غير مثبتة ولا مسمرة ففيه وجهان (أحدهما) تصح لان المغروز من البيت ولهذا يدخل الأوتاد المغروزة فى بيع الدار (والثانى) لا يصح لأنها غير متصلة بالبيت ولا منسوبة اليه ، وان صلى فى عرصة البيت وليس بين يديه سـترة ففيه وجهـان ، قال ابو اسحاق : لا يجوز ، وهـو المنصوص لأنه صلى عليه ولم يصـل اليه من غير عذر فأشـبه اذا صلى على السطح ، وقال ابو العباس : يجوز لأنه صلى الى ما بين يديه من ارض البيت فاشبه اذا خرج من البيت وصلى الى ارضه) .

(الشرح) حديث عمر رضى الله عنه ضعيف ، وسبق بيـانه فى باب طهارة البدن ، وقوله : (من غير عذر) احتراز من حال شدة الخوف والنافلة فى السفر ، وقوله : غير مبنية هى بالباء الموحدة والنون وقد يقـال بالثاء المثلثة بعدها باء موحدة ثم تاء مثناة فوق ، والأول أشهر وأجود ، والعرصة باسكان الراء لا غير .

(اما حكم المسالة)فقال أصحابنا : لو وقف على أبى قبيس أو غيره من المواضع العالية على الكعبة بقربها صحت صلاته بلا خلاف ، لأنه يعد مستقبلا ، وان وقف على سطح الكعبة ــ نظر ــ ان وقف على طرفها واستدبر باقيها لم تصح صلاته بالاتفاق لعدم استقبال شيء منها ، وهكذا لو انهدمت والعياذ بالله فوقف على طرف العرصة واستدبر باقيها لم تصح صلاته، ولو وقف خارج العرصة واستقبلها صح بلا خلاف . وأما اذا وقف وسط السطح أو العرصة فان لم يكن بين يديه شيء شاخص لم تصح صلاته على الصحيح المنصوص وبه قال أكثر الأصحاب ، وقال ابن سريج تصح ؛ وبه قال أبو حنيفة وداود ومالك ــ فى رواية عنه ــ كما لو وقف على أبى قبيس وكما لو وقف خارج العرصة واستقبلها ، والمذهب الأول ، والفرق أنه لا يعد هنا مستقبلا بخلاف ما قاس عليه ، وهذا الوجه الذى لابن سريج جار فى العرصة والسطح كما ذكرنا ، كذا نقله عنه امام الحرمين وصاحب التهذيب وآخرون ، وكلام المصنف يوهم انه لا يقول به فى السطح وليس الأمر كذلك وان كان بين يديه شيء شاخص من أجزاء الكعبة كبقية جدار ورأس حائط ونحوهما ، فان كان ثلثى ذراع صحت والا فلا ، وقيل يشترط ذراع ، وقيل يكفى أدنى شخوص ؛ وقيل يشترط كونه قدر قامة المصلى طولا وعرضا حكاه الشيخ أبو حامد وغيره ، والصحيح المشهور الذى قطع به الجمهور الأول وهو ثلثا ذراع . ولو وضع بين يديه متاعا واستقبله لم يصح بلا خلاف، ولو استقبل شجرة ثابتة أو جمع تراب العرصة أو السطح أو حفر حفرة ووقف فيها أو وقف فى آخر السطح أو العرصة واستقبل الطرف الآخر وهو مرتفع عن موقفه صحت بلا خلاف .

ولو استقبل حشيشا نابتا عليها أو خشبة أو عصا مغروزة غير مسمرة فوجهان أصحهما لا يصح ، صححه امام الحرمين والرافعى وغيرهما ، ودليلهما فى الكتاب وان كانت العصا مثبتة أو مسمرة صحت بلا خلاف . قال امام الحرمين : لكنه يخرج بعضه عن محاذاتها ، وقد سبق الخلاف فيمن خرج بعض بدنه عن محاذاة بعض الكعبة لوقوفه على طرف ركن ، قال ففى هذا تردد ظاهر عندى ، وظاهر كلام المصنف والأصحاب أن هذا يصح وجها واحدا وان خرج بعض بدنه عن محاذاة العصا لأنه يعد مستقبلا بخلاف

مسألة الخارج بعضه عن محاذاة الكعبة ، ولهذا قطع الأصحاب بالصحة اذا كانت العصا مسمرة وقطعوا بها أيضا فيما اذا بقيت بقية من أصل الجدار قدر مؤخرة الرحل ، وان كانت أعالى بدنه خارجة عن محاذاته لكونه مستقبلا ببعضه جزءا شاخصا وبباقيه هواء الكعبة ، وأما الواقف على طرف الركن فلم يستقبل ببعضه شيئا أصلا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان لم يكن بحضرة البيت نظرت ـ فان عرف القبلة ـ صلى اليها وان اخبره من يقبل خبره عن علم قبل قوله ولا يجتهد ، كما يقبل الحاكم النص من الثقة ولا يجتهد ، وان رأى محاريب المسلمين فى بلد صلى اليها ولا يجتهد، لأن ذلك بمنزلة الخبر) •

(**الشرح**) اذا غاب عن الكعبة وعرفها صلى اليها ، وان جهلها فأخبره من يقبل خبره لزمه أن يصلى بقوله ولا يجوز الاجتهاد ، وقد تقدم فى باب الشك فى باب نجاسة الماء بيان من يقبل خبره ، وأنه يدخل فيه الحر والعبد والمرأة بلا خلاف ، ولا يقبل خبر الكافر فى القبلة بلا خلاف • وأما الصبى المميز فالمشهور أنه لا يقبل خبره ونقل القاضى حسين وصاحبا التهذيب والتتمة فيه نصين للشافعى (أحدهما) يقبل (والثانى) لا • قالوا : فمن أصحابنا من قال : فى قبول قوله هنا قولان للنصين ، وقال القفال : فيه وجهان ، وكذا فى قبول روايته حديث النبى صلى الله عليه وسلم وغيره الوجهان ، الأصح لا يقبل • ومنهم من قال : النصان على حالين ، فان دله على المحراب أو أعلمه بدليل قبل منه ، وان أخبره باجتهاد فلا يقبل منه •

وأما الفاسق ففيه طريقان (المشهور) أنه لا يقبل خبره هنا كسائر أخباره ، وبهذا قطع البغوى والأكثرون (والثانى) فى قبوله وجهان لعدم التهمة هنا ، وممن حكى الوجهين فيه القاضى حسين وصاحب التتمة وآخرون، واختار صاحب التتمة القبول ، وقد سبق فى باب الشك فى نجاسة الماء أن الكافر والفاسق يقبل قولهما فى الاذن فى دخول الدار وحمل الهدية ، أما المحراب فيجب اعتماده ولا يجوز معه الاجتهاد • ونقل صاحب الشامل اجماع المسلمين على هذا ، واحتج له أصحابنا بأن المحاريب لا تنصب الا

بحضرة جماعة من أهل المعرفة بسمت الكواكب والأدلة ، فجرى ذلك مجرى الخبر .

واعلم أن المحراب انما يعتمد بشرط أن يكون فى بلد كبير أو فى قرية صغيرة يكثر المارون بها بحيث لا يقرونه على الخطأ ، فان كان فى قرية صغيرة لا يكثر المارون بها لم يجز اعتماده ، هكذا ذكر هذا التفصيل جماعة منهم صاحب الحاوى والشيخ أبو محمد الجوينى فى كتابة التبصرة ، وصاحبا التهذيب والتتمة وآخرون ، وهو مقتضى كلام الباقين .

قال صاحب التهذيب : لو رأى علامة فى طريق يقل فيه مرور الناس أو فى طريق يمر فيه المسلمون والمشركون ولا يدرى من نصبها ، او رأى محرابا فى قرية لا يدرى بناه المسلمون أو المشركون ؟ أو كانت قرية صغيرة للمسلمين اتفقوا على جهة يجوز وقوع الخطأ لأهلها ؟ فانه يجتهد فى كل هذه الصور ولا يعتمده ، وكذا قال صاحب التتمة : لو كان فى صحراء أو قرية صغيرة أو مسجد فى برية لا يكثر به المارة فالواجب عليه الاجتهاد ، قال : ولو دخل بلدا قد خرب وانجلى أهله فرأى فيه محاريب ، فان علم أنها من بناء المسلمين اعتمدها ولم يجتهد ، وان احتمل أنها من بناء المسلمين واحتمل أنها من بناء الكفار لم يعتمدها بل يجتهد ، ونقل الشيخ أبو حامد فى تعليقه هذا التفصيل فى البلد الخراب عن أصحابنا كلهم .

(فرع) قال أصحابنا : اذا صلى فى مدينة رسول الله صلى الله عليه وسلم فمحراب رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حقه كالكعبة ، فمن يعاينه يعتمده ، ولا يجوز العدول عنه بالاجتهاد بحال ، ويعنى بمحراب رسول الله صلى الله عليه وسلم مصلاه وموقفه ، لأنه لم يكن (هذا المحراب هو المعروف) فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم وانما أحدثت المحاريب بعده . قال أصحابنا : وفى معنى محراب المدينة سائر البقاع التى صلى فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا ضبط المحراب ، وكذا المحاريب المنصوبة فى بلاد المسلمين بالشرط السابق ، فلا يجوز الاجتهاد فى هذه المواضع فى الجهة بلا خلاف .

وأما الاجتهاد فى التيامن والتياسر فان كان محراب رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجز بحال ، وان كان فى سائر البلاد ففيه أوجه (أصحها) يجوز ، قال الرافعى : وبه قطع الأكثرون (والثانى) لا يجوز فى الكوفة خاصة (والثالث) لا يجوز فيها ولا فى البصرة لكثرة من دخلها من الصحابة رضى الله عنهم .

(فرع) قال أصحابنا : الأعمى يعتمد المحراب بمس اذا عرفه بالمس حيث يعتمده البصير ، وكذا البصير فى الظلمة ، وفيه وجه أن الأعمى انما يعتمد محرابا رآه قبل العمى ، ولو اشتبه على الأعمى مواضع لمسها صبر حتى يجد من يخبره فان خاف فوت الوقت صلى على حسب حاله وتجب الاعادة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان لم يكن شيء من ذلك نظرت ـ فان كان ممن يعرف الدلائل ـ فان كان غائبا عن مكة ـ اجتهد فى طلب القبلة لأن له طريقا الى معرفتها بالشمس والقمر والجبال والرياح ، ولهذا قال الله تعالى (وعلامات وبالنجم هم يهتدون (١)) فكان له ان يجتهد كالعالم فى الحادثة ، وفى فرضه قولان : قال فى الأم : فرضه اصابة العين لأن من لزمه فرض القبلة لزمه اصابة العين كالمكى ، وظاهر ما نقله المزنى ان الفرض هو الجهة ، لأنه لو كان الفرض هو العين لما صحت صلاة الصف الطويل لأن فيهم من يخرج عن العين) .

(الشرح) اذا لم يعرف الغائب عن أرض مكة القبلة ولم يجد محرابا ولا من يخبره على ما سبق لزمه الاجتهاد فى القبلة ويستقبل ما أدى اليه اجتهاده ، قال أصحابنا : ولا يصح الا بأدلة القبلة وهى كثيرة وفيها كتب مصنفة وأضعفها الرياح لاختلافها ، وأقواها القطب وهو نجم صغير فى بنات نعش الصغرى ، بين الفرقدين والجدى واذا اجتهد وظن القبلة فى جهة بعلامة صلى اليها ، ولا يكفى الظن بلا علامة بلا خلاف ، بخلاف الأوانى فان فيها وجها ضعيفا أنه يكفى الظن فيها بغير علامة وذلك الوجه لا يجىء هنا بالاتفاق وقد سبق هناك الفرق ، ولو ترك القادر على الاجتهاد الاجتهاد وقلد مجتهدا لم تصح صلاته وان صادف القبلة ، لأنه ترك وظيفته فى

---

(١) الآية ١٦ من سورة النحل .

الاستقبال فلم تصح صلاته ، كما لو صلى بغير تقليد ولا اجتهاد وصادف فانه لا يصح بالاتفاق ، وسواء ضاق الوقت أم لم يضق . هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور ، وفيه وجه لابن سريج أنه يقلد عند ضيق الوقت وخوف الفوات وهو ضعيف . وفى فرض المجتهد ومطلوبه قولان (أحدهما) جهة الكعبة بدليل صحة صلاة الصف الطويل ، ونقل القاضى أبو الطيب وغيره الاجماع على صحة صلاتهم ، وأصحهما عينها اتفق العراقيون والقفال والمتولى والبغوى على تصحيحه ، ودليلهما فى الكتاب . وأجاب الأصحاب عن صلاة الصف الطويل بأن مع طول المسافة تظهر المسامتة والاستقبال كالنار على جبل ونحوها . قال البندنيجى : القول بأن فرضه الجهة نقله المزنى وليس هو بمعروف للشافعى وكذا أنكره الشيخ أبو حامد وآخرون ، وسلك امام الحرمين والغزالى طريقة أخرى شاذة ضعيفة اخترعها الامام تركتها لشذوذها ، واحتج الأصحاب للقول بالعين بحديث ابن عباس رضى الله عنهما « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما دخل الكعبة خرج فصلى اليها وقال : هذه القبلة » رواه البخارى ومسلم ، وهو حديث أسامة بن زيد الذى ذكره المصنف فى أول الباب ، واحتجوا للجهة بحديث أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ما بين المشرق والمغرب قبلة » رواه الترمذى وقال : حديث حسن صحيح ، وصح ذلك عن عمر رضى الله عنه موقوفا عليه .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى ذلك

قد ذكرنا أن الصحيح عندنا أن الواجب اصابة عين الكعبة ، وبه قال بعض المالكية ورواية عن أحمد . وقال أبو حنيفة : الواجب الجهة ، وحكاه الترمذى عن عمر بن الخطاب وعن على بن أبى طالب وابن عباس وابن المبارك وسبق دليلهما .

(فرع) فى تعلم أدلة القبلة ثلاثة أوجه (أحدها) أنه فرض كفاية (والثانى) فرض عين ، وصححه البغوى والرافعى كتعلم الوضوء وغيره من شروط الصلاة وأركانها (والثالث) وهو الأصح أنه فرض كفاية الا أن يريد سفرا فيتعين ، لعموم حاجة المسافر وكثرة الاشتباه عليه ، ولا يصح قول من

أطلق أنه فرض عين اذ لم ينقل أن النبى صلى الله عليه وسلم ثم السلف ألزموا آحاد الناس تعلم أدلة القبلة ، بخلاف أركان الصلاة وشروطها ، لأن الوقوف على القبلة سهل غالبا ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان فى أرض مكة ـ فان كان بينه وبين البيت حائل اصلى كالجبل ـ فهو كالغائب عن مكة ، وان كان بينهما حائل طارىء وهو البناء ففيه وجهان (احدهما) لا يجتهد لأنه فى اى موضع كان فرضه الرجوع الى العين فلا يتغير [فرضه] بالحائل الطارىء (والثانى) [أنه] يجتهد وهو ظاهر المذهب ، لأن بينه وبين البيت حائلا يمنع المشاهدة فأشبه اذا كان بينهما جبل) .

(الشرح) قال أصحابنا : اذا صلى بمكة خارج المسجد ، فان عاين الكعبة كمن يصلى على أبى قبيس أو سطح دار ونحوه صلى اليها ، واذا بنى محرابه على العيان صلى اليه أبدا ، ولا يحتاج فى كل صلاة الى المعاينة . قال أصحابنا : وفى معنى العيان من نشأ بمكة وتيقن اصابة الكعبة وان لم يشاهدها فى حال الصلاة ، فهذا فرضه اصابة العين قطعا ، ولا اجتهاد فى حقه . فأما من لا يعاين الكعبة ولا يتيقن الاصابة ، فان كان بينه وبينها حائل أصلى كالجبل فله الاجتهاد بلا خلاف ، قال أصحابنا : ولا يلزمه صعود الجبل لتحصيل المشاهدة ، لأن عليه فى ذلك مشقة ، وان كان الحائل طارئا فوجهان مشهوران ذكر المصنف دليلهما (أصحهما) عند المصنف والبندنيجى وابن الصباغ والشاشى والرافعى أنه يجوز الاجتهاد (والثانى) لا يجوز ، وبه قطع الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والماوردى والمحاملى والجرجانى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان اجتهد رجلان فاختلفا فى جهة القبلة لم يقلد احدهما صاحبه ، ولا يصلى احدهما خلف الآخر لأن كل واحد منهما يعتقد بطلان اجتهاد صاحبه [وبطلان (1) صلاته]) .

(الشرح) هذا الذى قاله متفق عليه عندنا ، وحكى أصحابنا عن أبى ثور أنه قال : تصح صلاة أحدهما خلف الآخر ، ويستقبل كل واحد ما ظهر له بالاجتهاد فلو تعاكس ظنهما صار وجهه الى وجهه كما يجوز أن يصلوا

---

(1) كل ما بين المعقوفين ساقط من ش و ق (ط) .

حول الكعبة ، وكل واحد يعتقد صحة صلاة امامه . قال امام الحرمين : فلو كان اختلافهما فى تيامن قريب وتياسر ، فان قلنا : يجب على المجتهد مراعاة ذلك لم يصح الاقتداء والا فيصح .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان صلى بالاجتهاد الى جهة ثم حضرت صلاة اخرى ففيه وجهان (احدهما) [أنه] يصلى بالاجتهاد الأول لأنه قد عرف بالاجتهاد الأول . (والثانى) يلزمه أن يعيد الاجتهاد ، وهو المنصوص فى الأم كما تقول فى الحاكم اذا اجتهد فى حادثة ثم حدثت تلك الحادثة مرة اخرى) .

(الشرح) الوجهان مشهوران ، أصحهما باتفاق الأصحاب ، وجوب اعادة الاجتهاد ، وبه قطع كثيرون ، وهو المنصوص فى الأم قد سبق مثلهما فى المتيمم اذا طلب الماء فلم يجده وصلى وبقى فى موضعه حتى حضرت صلاة أخرى ، قال الرافعي : قيل الوجهان فيما اذا لم يفارق موضعه فان فارقه وجب الاجتهاد وجها واحدا كالتيمم قال : ولكن الفرق ظاهر ، ولا يحتاج الى تجديد الاجتهاد للنافلة بلا خلاف .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان اجتهد للصلاة الثانية فاداه الاجتهاد الى جهة اخرى صلى الصلاة الثانية الى الجهة الثانية ولا يلزمه اعادة ما صلاه الى الجهة الأولى كالحاكم اذا حكم باجتهاد ثم تغير اجتهاده لم ينقض ما حكم فيه بالاجتهاد الأول ، وان تغير اجتهاده وهو فى الصلاة ففيه وجهان . (احدهما) يستانف الصلاة لأنه لا يجوز ان يصلى صلاة باجتهادين كما لا يحكم الحاكم فى قضية باجتهادين . (والثانى) يجوز لأنا لو الزمناه أن يستانف [الصلاة] نقضنا ما اداه من الصلاة بالاجتهاد باجتهاد بعده وذلك لا يجوز ، وان دخل فى الصلاة بالاجتهاد ثم شك فى اجتهاده اتم صلاته لأن الاجتهاد ظاهر ، والظاهر لا يزال بالشك) .

(الشرح) فى الفصل ثلاث مسائل

(احداها) لو صلى بالاجتهاد ثم حضرت صلاة أخرى فاجتهد لها سواء أوجبنا الاجتهاد ثانيا أم لا ، فتغير اجتهاده يجب أن يصلى الصلاة الثانية الى الجهة الثانية بلا خلاف ، ولا يلزم اعادة شيء من الصلاتين حتى لو صلى أربع صلوات الى أربع جهات باجتهادات فلا اعادة فى شيء منهن ، هذا هو المذهب، وبه قطع الجمهور ، وحكى الخراسانيون وجها أنه يجب اعادتهن ، قال

القاضى حسين : هو قول الأستاذ أبى اسحاق الاسفراييني ، وحكوا وجهـا ثالثا أنه تجب اعادة غير الأخيرة والصواب الأول .

(الثانية) لو تغير اجتهـاده فى أثناء الصلاة ففيه وجهـان مشهوران ، وقيل : قولان ذكر المصنف دليلهما ، أحدهما : يجب استئناف الصلاة الى الجهة الثانية ، وأصحهما عند الأصحاب : لا يستأنف بل ينحرف الى الجهة الثانية ويبنى ، قال أصحابنا : وعلى هذا الثانى لو صلى أربع ركعـات من صلاة واحدة الى أربع جهات باجتهادات صحت صلاته ولا اعادة كالصلوات وخص صاحب التهذيب الوجهين بما اذا كان الدليل الثانى أوضح من الأول قال : فان استويا تمم صلاته الى الجهة الأولى ولا اعادة ، والمشهور اطلاق الوجهين .

(الثالثة) اذا دخل فى الصلاة باجتهاد ثم شك فيه ولم يترجح له شىء من الجهات أتم صلاته الى جهته ولا اعادة ، نص عليه فى الأم ، واتفقوا عليه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان صلى ثم تيقن الخطأ ففيه قولان ، قال فى الام : يلزمه ان يعيد لانه تعين له يقين الخطأ فيما يامن مثله فى القضاء ، فلم يعتد بما مضى ، كالحاكم اذا حكم ثم وجد النص بخلافه ، وقال فى القـديم و [فى باب] الصـيام من الجديد : لا يلزمه لأنه جهة تجوز الصلاة اليها بالاجتهاد ، فاشبه اذا لم يتيقن الخطأ . وان صلى الى جهة ثم رأى القبلة فى يمينها او شمالها لم يعد لان الخطأ فى اليمين والشمال لا يعلم قطعا فلا ينتقض به الاجتهاد) .

(الشرح) قوله : تعين احتراز مما اذا صلى صلاتين باجتهـادين الى جهتين فانه تيقن الخطأ فى احداهما فلا اعادة عليـه لأنه لم تتعين التى أخطأ فيها ، وقوله يقين الخطأ احتراز مما اذا صلى الى جهة ثم ظهر بالاجتهاد أن القبلة غيرها فقد تعين الخطأ بالظن لا باليقين ، وقوله : يؤمن مثله فى القضـاء احتراز ممن أكل فى الصوم ناسيا أو وقف للحج فى اليوم العاشر غالطا .

(اما حكم الفصل) فقال أصحابنا رحمهم الله اذا صلى بالاجتهاد ثم ظهر له الخطأ فى الاجتهاد فله أحوال :

(أحدها) أن يظهر الخطأ قبل الشروع فى الصـلاة فان تيقن الخطأ فى

اجتهاده أعرض عنه واعتمد الجهة التى يعلمها أو يظنها الآن ، وان لم يتيقن ، بل ظن أن الصواب جهة أخرى ــ فان كان دليل الثانى عنده أوضح من الأول ــ اعتمد الثانى وان كان الأول أوضح اعتمده ، وان تساويا فوجهان أصحهما : يتخير فيهما ، والثانى : يصلى الى الجهتين مرتين •

(الحال الثانى) أن يظهر الخطأ بعد الفراغ من الصلاة فان تيقنه فهى مسألة الكتاب ففيها القولان المذكوران فى الكتاب بدليلهما ، أصحهما عند الأصحاب تجب الاعادة ، والقولان جاريان سواء تيقن مع الخطأ جهة الصواب أم لا ، وقيل : القولان اذا تيقن الخطأ ولم يتيقن الصواب ؛ فأما اذا تيقنهما فتلزمه الاعادة قولا واحدا ، وقيل القولان اذا تيقن الصواب ، أما اذا لم يتيقن الصواب فلا اعادة قولا واحدا والمذهب الأول ، ولو تيقن خطأ الذى قلده الأعمى فهو كما لو تيقن المجتهد خطأ نفسه ، أما اذا لم يتيقن الخطأ ولكن ظنه فلا اعادة حتى لو صلى أربع صلوات الى أربع جهات فلا اعادة على المذهب كما سبق •

(الحال الثالث) أن يظهر الخطأ فى أثنائها ، وهو ضربان (أحدهما) : يظهر الخطأ ويظهر الصواب مقترنا به ، فان كان الخطأ متيقنا بنيناه على تيقن الخطأ بعد الفراغ ، فان قلنا بوجوب الاعادة بطلت صلاته والا فوجهان ، وقيل : قولان (أصحهما) ينحرف الى جهة الصواب ويبنى (والثانى) تبطل صلاته وان لم يكن الخطأ متيقنا بل مظنونا ، ففيه هذان الوجهان أو القولان كما سبق ، وفيه كلام صاحب التهذيب السابق فى الفرق بين رجحان الدليل الثانى وعدمه (الضرب الثانى) : أن لا يظهر الصواب مع الخطأ ، فان عجز عن الصواب بالاجتهاد على القرب بطلت صلاته ، وان قدر عليه على القرب فهل ينحرف ويبنى ؟ أم يستأنف ؟ فيه القولان أحدهما : أنه على الخلاف فى الضرب الأول ، والثانى ــ وهو المذهب : القطع بوجوب الاستئناف لأنه مضى جزء من صلاته الى غير قبلة محسوبة ، مثال ظهور الخطأ دون الصواب: أن يعرف أن قبلته عن يسار المشرق وكان هناك غيم فذهب وظهر كوكب قريب من الأفق وهو مستقبله فعلم الخطأ يقينا ، ولم يعلم الصواب ، اذ يحتمل كون الكوكب فى المشرق ويحتمل المغرب لكن قد يعرف الصواب

على قرب بأن يرتفع فيعلم أنه مشرق ، أو ينحط فيعلم أنه مغرب ، وتعرف به القبلة ، وقد يعجز عن ذلك بأن يطبق الغيم عقب ظهور الكوكب والله أعلم.

هذا كله اذا ظهر الخطأ فى الجهة ، أما اذا ظهر الخطأ فى التيامن والتياسر فان كان ظهوره بالاجتهاد وظهر بعد الفراغ من الصلاة لم يؤثر قطعا والصلاة ماضية على الصحة وان كان فى أثنائها انحرف وأتمها بلا خلاف ، وان كان ظهوره يقينا وقلنا : الفرض جهة الكعبة فالحكم كذلك ، وان قلنا عينها ففى وجوب الاعادة بعد الفراغ ، ووجوب الاستئناف فى الأثنـاء القولان قال صاحب التهذيب وغيره : ولا يتيقن الخطأ فى الانحراف مع البعـد من مكة وانما يظن ومع القرب يمكن اليقين والظن . قال الرافعى : هذا كالتوسط بين خلاف أطلقه أصحابنا العراقيون أنه هل يتيقن الخطأ فى الانحراف من غير معاينة الكعبـة ؟ من غير فرق بين القرب من مكة والبعـد ، فقالوا : قال الشافعى رحمه الله : لا يتصور الا بالمعاينة وقال بعض الأصحاب يتصور .

(فـرع) لو اجتهد جماعة فى القبلة واتفق اجتهادهم فأمهم أحدهم ، ثم تغير اجتهاد مأموم لزمه المفارقة وينحرف الى الجهة الثانية ، وهل له البناء؟ أم عليه الاستئناف ؟ فيه الخلاف السابق فى تغير الاجتهاد فى أثنـاء الصلاة وهل هو مفارق بعذر ؟ أم بغير عذر لتركه كمال البحث ؟ فيه وجهان أصحهما: بعذر ، ولو تغير اجتهاد الامام انحرف الى الجهة الثانية بانيا أو مستأنفا على على الخلاف ويفارقه المأموم وهى مفارقة بعـذر بلا خلاف ، ولو اختلف اجتهاد رجلين فى التيامن والتياسر والجهة واحدة فان أوجبنا على المجتهـد رعاية ذلك وجعلناه مؤثرا فى بطلان الصلاة فهو كالاختلاف فى الجهـة فلا يقتدى أحدهما بالآخر . والا فلا بأس ويجوز الاقتداء .

ولو شرع المقلد فى الصلاة بالتقليد فقال له عدل : أخطأ بك فلان فله حالان أحدهما : أن يكون قوله عن اجتهاد ، فان كان قوله الأول أرجح عنده لزيادة عدالته أو معرفته أو كان مثله أو شك ، لم يجب العمل بقول الثانى ، وفى جوازه خلاف مبنى على أن المقلد اذا اختلف عليه اجتهـاد اثنين ، هل يجب الأخذ بأعلمهما أم يتخير ؟ ان قلنا بالأول لم يجز والا فوجهان الأصح : لا يجوز أيضا ، وان كان الثانى أرجح فهو كتغير اجتهاد البصير فينحرف .

وهل يبنى ، أم يستأنف ؟ فيه الخلاف . ولو قال له المجتهد الثانى بعد فراغه من الصلاة ، لم تجب الاعادة بلا خلاف وان كان الثانى أرجح ، كما لو تغير اجتهاده بعد الفراغ . الحال الثانى : أن يخبر عن علم ومشاهدة فيجب الرجوع الى قوله ، وان كان قول الأول أرجح عنده ، ومن هذا القبيل أن يقول للأعمى : أنت مستقبل الشمس ، والأعمى يعلم أن قبلته الى غير الشمس فيلزم الاستئناف على أصح القولين ، ولو قال الثانى : أنت على الخطأ قطعا وجب قبوله بلا خلاف لأن تقليد الأول بطل بقطع هذا والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان ممن لا يعرف الدلائل نظرت فان كان ممن اذا عرف يعرف ، والوقت واسع ، لزمه أن يتعرف بالدلائل ويجتهد فى طلبها ، لأنه يمكنه اداء الفرض بالاجتهاد فلا يؤديه بالتقليد وان كان ممن اذا عرف لا يعرف فهو كالأعمى لا فرق بين أن لا يعرف لعدم البصر وبين أن لا يعرف لعدم البصيرة ، وفرضهما التقليد لأنه لا يمكنهما الاجتهاد ، فكان فرضهما التقليد كالعامى فى أحكام الشريعة . وان صلى من غير تقليد وأصاب لم تصح صلاته ، لأنه صلى وهو شاك فى صلاته فان اختلف عليه اجتهاد رجلين قلد أوثقهما وابصرهما ؛ فان قلد الآخر جاز ، وان عرف الأعمى القبلة باللمس صلى وأجزاه لأن ذلك بمنزلة التقليد ، وان قلد غيره ودخل فى الصلاة ثم أبصر ــ فان كان هناك ما يعرف به القبلة من محراب [فى] مسجد أو نجم يعرف به ــ أتم صلاته ، وان لم يكن شىء من ذلك بطلت صلاته لأنه صار من أهل الاجتهاد فلا يجوز أن يصلى بالتقليد ، وان لم يجد من فرضه التقليد من يقلده صلى على حسب حاله حتى لا يخلو الوقت من الصلاة ، فاذا وجد من يقلده اعاد) .

(الشرح) فيه مسائل

(احداها) قد سبق بيان الخلاف فى أن تعلم أدلة القبلة فرض عين أم كفاية ، فاذا لم يعرف القبلة ولا دلائلها ــ فان كان يمكنه التعلم والوقت واسع فان قلنا : التعلم فرض عين ــ لزمه التعلم ، فان ترك التعلم وقلد لم تصح صلاته ، لأنه ترك وظيفته فى الاستقبال ، فعلى هذا ان ضاق الوقت عن التعلم فهو كالعالم اذا تحير وسنذكره فى الفصل الذى يليه ان شاء الله تعالى.

وان قلنا التعلم ليس بفرض عين صلى بالتقليد ولا يعيد كالأعمى . وقد جزم المصنف بالأول .

(الثانية) اذا لم يعرف القبلة وكان ممن لا يتأتى منه التعلم لعدم أهليته أو لم يجد من يتعلم منه وضاق الوقت أو كان أعمى ففرضهم التقليد ، وهو قول الغير المستند الى اجتهاد ، فلو قال بصير : رأيت القطب ، أو رأيت الخلق العظيم من المصلين يصلون الى هنا ، كان الأخذ به قبول خبرا لا تقليدا. قال الشافعي والأصحاب رحمهم الله : وشرط الذى يقلده أن يكون بالغا عاقلا مسلما ثقة عارفا بالأدلة ، سواء فيه اجتهاد الرجل والمرأة والعبد ، وفى وجه شاذ له تقليد صبى مميز حكاه الرافعى ، فان اختلف عليه اجتهاد مجتهدين قلد من شاء منهما على الصحيح المنصوص وبه قطع المصنف والجمهور والأولى تقليد الأوثق والأعلم ، وهو مراد المصنف بقوله : (أبصرهما) وفيه وجه أنه يجب ذلك . وقيل يصلى الى الجهتين مرتين حكاه [1] .

(الثالثة) اذا عرف الأعمى القبلة باللمس بأن لمس المحراب فى الموضع الذى يجوز اعتماده المحراب على ما سبق صلى اليه ولا اعادة وقد سبق بيان هذا وما يتعلق به .

(الرابعة) اذا دخل الأعمى والجاهل الذى هو كالأعمى فى الصلاة بالتقليد ثم أبصر الأعمى أو عرف الجاهل الأدلة فان كان هناك ما يعتمده من محراب أو نجم أو خبر ثقة أو غيرها استمر فى صلاته ولا اعادة ، وان لم يكن شىء من ذلك واحتاج الى الاجتهاد بطلت صلاته .

(الخامسة) اذا لم يجد من فرضه التقليد من يقلده وجب عليه أن يصلى لحرمة الوقت على حسب حاله وتلزمه الاعادة لأنه عذر نادر .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان ممن يعرف الدلائل ولكن خفيت عليه لظلمة أو غيم فقد قال الشافعى رحمه الله : ومن خفيت عليه الدلائل فهو كالأعمى ، وقال فى موضع آخر ولا يسع بصيرا أن يقلد [غيره] فقال ابو اسحاق : لا يقلد لأنه يمكنه الاجتهاد وقوله كالأعمى اراد به كالأعمى فى انه يصلى ويعيد لا أنه يقلد . وقال ابو العباس : ان ضاق الوقت قلد ، وان اتسع لم يقلد وعليه يؤول قول

---

(١) بياض بالأصل ولعله (بعض اصحابنا) على الابهام او اسم سماه على التصريح فقط والله اعلم وقد وجدت فى الروضة ما يفيد انه كلام امام الحرمين جـ ١ ص ١٨ طبعة المكتب الاسلامى للاستاذ نصر الجاويش (ط) .

الشافعى ، وقال المزنى وغيره : المسالة على قولين ، وهو الأصح أحدهما : يقلد وهو اختيار المزنى لأنه خفيت عليه الدلائل فهو كالأعمى والثانى : لا يقلد لأنه يمكنه التوصل بالاجتهاد) .

(الشرح) اذا خفيت الأدلة على المجتهد لغيم أو ظلمة أو تعارض الأدلة أو غيرها ففيه أربع طرق أصحها : فيه قولان أصحهما : لا يقلد ، والثانى : يقلد .

(والطريق الثانى) يقلد قطعا (والثالث) لا يقلد قطعا (والرابع) ان ضاق الوقت قلد والا فلا ، وذكر المصنف دليل الجميع ، فان قلنا : لا يقلد صلى على حسب حاله ووجبت الاعادة لأنه عذر نادر ، وان قلنا : يقلد فقلد وصلى فلا اعادة عليه على الصحيح وبه قطع الجمهور . وقال امام الحرمين والغزالى فى البسيط وغيرهما : فيه وجهان بناء على القولين فيمن صلى بالتيمم العذر نادر غير دائم ، هل يلزمه القضاء ؟ وهذا شاذ ضعيف . واعلم أن الطرق جارية سواء ضاق الوقت أم لا ، هكذا صرح به المصنف والجمهور ، وقال امام الحرمين : هذه الطرق اذا ضاق الوقت ، ولا يجوز التقليد قبل ضيقه قطعا لعدم الحاجة قال : وفيه احتمال من التيمم أول الوقت ، والمذهب ما حكيناه عن الجمهور .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما فى شدة الخوف والتحام القتال فيجوز ان يترك القبلة اذا اضطر الى تركها ، ويصلى حيث أمكنه لقوله تعالى (فان خفتم فرجالا أو ركبانا (١)) قال ابن عمر رضى الله عنهما : « مستقبلى القبلة وغير مستقبليها » ولأنه فرض اضطر الى تركه فصلى مع تركه كالمريض اذا عجز عن القيام) .

(الشرح) هذا الذى نقله عن ابن عمر رواه البخارى فى صحيحه ، لكن سياقه مخالف لهذا ، فرواه عن نافع أن ابن عمر كان اذا سئل عن صلاة الخوف قال : يتقدم الامام وطائفة من الناس فذكر صفتها قال : فان كان خوف هو أشد من ذلك صلوا رجالا قياما على أقدامهم أو ركبانا مستقبلى القبلة أو غير مستقبليها قال نافع : لا أرى ابن عمر ذكر ذلك الا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا لفظ البخارى ذكره فى كتاب التفسير من

---

(١) من الآية ٢٣٩ من سورة البقرة .

صحيحه • قال أبو الحسن الواحدى رحمه الله فى تفسير الآية : فان خفتم ــ أى عدوا ــ قال : والرجال جمع راجل كصاحب وصحاب ، وهو الكائن على رجله ماشيا كان أو واقفا ، قال : وجمعه رجل ورجالة ورجالة ورجال ورجال، والركبان جمع راكب كفارس وفرسان ، قال : ومعنى الآية فان لم يمكنكم أن تصلوا قائمين موفين للصلاة حقوقها فصلوا مشـاة وركبانا ، فان ذلك يجزيكم ، قال المفسرون : هذا فى حالة المسايفة [1] والمطاردة • قال ابن عمر فى تفسير هـذه الآية : مستقبلى القبـلة وغير مستقبليها هـذا آخر كلام الواحدى ، فصرح بأن كلام ابن عمر تفسير للآية وهو ظاهر عبارة المصنف ، والصواب أن هذا ليس تفسيرا للآية ، بل هو بيان حكم من أحكام صـلاة الخوف وهو ظاهر ما نقلناه من رواية البخارى •

(أما حكم المسالة) فيجوز فى حال شدة الخوف الصلاة الى أى جهـة أمكنه ، ويجوز ذلك فى الفرض والنفل ، وسيأتى مبسوطا فى باب صـلاة الخوف ان شاء الله تعالى •

وقول المصنف : ولأنه فرض اضـطر الى تركه أراد بقوله : فرض أنه شرط فان استقبال القبلة شرط • وليس مراده أنه يجب عليـه الاستقبال ، فانا لو حملناه على هذا لم تدخل فيه صلاة النافلة فانه يستبيحها فى شـدة الخوف الى غير القبلة كالفريضة ، صرح به صاحب التهـذيب وغيره • قال صاحب الحاوى : ولو أمكنه أن يصلى فى شدة الخوف قائما الى غير القبلة أو راكبا الى القبلة صلى راكبا الى القبلة ولم يجز أن يصلى الى غير القبلة قائما لأن استقبال القبلة آكد من القيام ، ولهذا سقط القيـام فى النفل مع القدرة بلا عذر ، ولم يسقط الاستقبال بلا عذر •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وأما النافلة فينظر فيها فان كان فى السفر وهو على دابته نظرت فان كان يمكنه ان يدور على ظهرها كالعمارية والمحمل الواسع لزمه ان يتوجه الى القبلة لانها كالسفينة ، وان لم يمكنه ذلك جاز أن يترك القبلة ويصلى عليهـا حيث توجه لما روى عبد الله بن عمر رضى الله عنهما قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى على راحلته فى السـفر حيثما توجهت به » ويجوز ذلك فى

---

(١) المسايفة المفاعلة وهو المبارزة بالسيوف والمقاتلة بها (ط) •

السفر الطويل والقصير لانه اجيز حتى لا ينقطع عن السير وهـذا موجود فى القصير والطويل) .

(الشرح) حديث ابن عمر رواه البخـارى ومسلم ، وفى الصحيحين أيضا عن جماعات من الصحابة مثله ونحوه ، والمحمل بفتح الميم الأولى وكسر الثانية ، وقيل : بكسر الأولى وفتح الثانية لغتان ، وقد أوضحته فى التهذيب، والعمارية ضبطها جماعة من الفقهاء الذين تكلموا فى ألفاظ المهذب بتشديد الميم والياء ، وضبطها غيرهم بتخفيف الميم وهو الأجود ، وقد أوضحتها فى التهذيب وهو مركب صغير على هيئة مهد الصبى أو قريب من صورته .

(اما حكم المسالة) فاذا أراد الراكب فى السـفر نافلة نظر ان أمكنه أن يدور على ظهر الدابة ويستقبل القبلة ، فان كان فى محمل أو عمارية أو هودج ونحوها ففيه طريقان (المذهب) [1] أنه يلزمه استقبال القبلة واتمام الركوع والسجود ، ولا يجزيه الايماء لأنه متمكن منها ، فأشبه راكب السفينة ، وبهذا الطريق قطـع المصنف والجمهور (والثانى) على وجهين ؛ أحدهما هـذا ، والثانى : يجوز له ترك القبلة والايماء بالأركان كالراكب على سرج لأن عليه مشقة فى ذلك بخلاف السفينة . وممن ذكر هذين الوجهين صاحب الحاوى والدارمى ، ونقل الرافعى الجواز عن نص الشافعى وهو غريب ، والصحيح الأول . قال القاضى أبو الطيب : سواء كانت الدابة مقطورة أو مفردة يلزمه الاستقبال أما الراكب فى سـفينة فيلزمه الاستقبال واتمام الأركان سـواء كانت واقفة أو سائرة لأنه لا مشقة فيه ، وهذا متفق عليه .

هذا فى حق ركابها الأجانب أما ملاحها الذى يسـيرها فقال صـاحب الحاوى وأبو المكارم : يجوز له ترك القبلة فى نوافله فى حال تسييره . قال صاحب الحاوى : لأنه اذا جاز للماشى ترك القبلة لئلا ينقطع عن سيره ، فلأن يجوز للملاح الذى ينقطع هو وغيره أولى ، وأما راكب الدابة من بعير وفرس وحمار وغيرها اذا لم يمكنه أن يدور على ظهرها بأن ركب على سرج وقتب ونحوهما فله أن يتنقل الى أى جهة توجه لما سبق من الأدلة ، وهذا مجمع

---

(١) مما اصطلح عليه ائمة الشافعية ان القول هو ما كان للشافعى والوجه ما كان لبعض اصحابه وان الاظهر هو الراجح من الاقوال ، وان الاصح هو الراجح من الاوجه ، وان اختلاف الاصحاب فى الاقوال يسمى الطرق وان الراجح من الطرق اسمه المذهب (ط) .

عليه ، ولأنه لو لم يجز التنفل فى السفر الى غير القبلة لانقطع بعض النـاس عن أسفارهم لرغبتهم فى المحافظة على العبادة ، وانقطع بعضهم عن التنفـل لرغبتهم فى السفر وحكى القاضى حسين عن القفال أنه سأل الشيخ أبا زيد فعلل بالعلة الأولى ، وسأل الشيخ أبا عبـد الله الخضرى فعلل بالثـانية ، والتعليل الذى ذكرته أحسن • وهذا معنى قول الغزالى فى البسيط : لكيلا ينقطع المتعبد عن السفر والمسافر عن التنفل ، وهذا التنفل على الراحلة من غير استقبال جائز فى السفر الطويل والقصير وهـذا هو المشهور من نص الشافعى ، نص عليه فى الأم والمختصر • وقال فى البويطى : وقد قيل لا يتنفل أحد على ظهر دابته الا فى سفر تقصر فيه الصلاة ، فجعل الخراسانيون ذلك قولا آخر للشافعى ، فجعلوا فى المسألة قولين : أحدهما : يختص بالسـفر الطويل وهو مذهب مالك ، وأصحهما لا يختص ، وقطع العراقيون وجماعة من الخراسانيين بأنه يجوز فى القصـير • قالوا وقوله فى البويطى حكاية لمذهب مالك لا قول له ، وعبـارته ظاهرة فى الحكاية ، فحصـل فى المسألة طريقان ، المذهب أنه يجوز فى القصير لاطلاق الأحاديث ، وفرقوا بينـه وبين القصر والفطر والمسـح على الخف ثلاثا بأن تلك الرخص تتعلق بالفـرض فاحتطنا له باشتراط طويل السفر ، والتنفل مبنى على التخفيف ، ولهذا جاز قاعدا فى الحضر مع القدرة على القيام ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ثم ينظر فان كان واقفا نظرت فان كان فى قطار لا يمكنه ان يدير الدابة الى القبلة صلى حيث توجه ، وان كان منفردا لزمه أن يدير رأسه الى القبلة لأنه لا مشـقة عليه فى ذلك ، وان كان سائرا ـ فان كان فى قطـار او منفردا والدابة حرون يصعب عليه ادارتها ـ صلى حيث توجه ، وان كان سـهلا ففيه وجهان • (أحدهما) يلزمه أن يدير رأسها الى القبلة فى حال الاحرام لمـا روى أنس رضى الله عنه ((أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا سـافر فأراد أن يتطوع استقبل بناقته القبلة فكبر ثم صلى حيث (١) وجهه ركابه)) (والمذهب (٢)) أنه لا يلزمه لأنه يشق ادارة البهيمة فى حال السير) •

---

(١) يعنى صلى حيث توجهت به (ط) •

(٢) قول الشارح هنا (والمذهب) غير موافق لما اصطلح عليه المتاخرون من اصحابنا حيث قيدوا المذهب بالراجح من الطرق (والأصح) هو الراجح من الأوجه والأظهر هو الراجح من الأقوال (ط) •

(الشرح) حديث أنس رواه أبو داود بهذا اللفظ باسناد حسن ، وحاصل ما ذكره الأصحاب أن المتنفل الراكب فى السفر اذا لم يمكنه الركوع والسجود والاستقبال فى جميع صلاته بأن كان على سرج وقتب ونحوهما ففى وجوب استقباله القبلة عند الاحرام أربعة أوجه ، أصحها ان سهل وجب والا فلا ، فالسهل أن تكون الدابة واقفة وأمكن انحرافه عليها أو تحريفها ، أو كانت سائرة وبيده زمامها فهى سهلة • وغير السهلة أن تكون مقطرة أو صعبة ، والثانى : لا يجب الاستقبال مطلقا ، وصححه المصنف وشيخه القاضى أبو الطيب • والثالث : يجب مطلقا ، فان تعذر لم تصح صلاته ، والرابع : ان كانت الدابة عند الاحرام متوجهة الى القبلة أو طريقه أحرم كما هو ، وان كانت الى غيرهما لم يصح الاحرام الا الى القبلة •

قال القاضى حسين : نص الشافعى رحمه الله فى موضع على وجوب الاستقبال وفى موضع أنه لا يجب ، فقيل قولان ، وقيل حالان ، ويفرق بين السهل وغيره ، والاعتبار فى الاستقبال بالراكب دون الدابة ، فلو استقبل هو عند الاحرام والدابة منحرفة أو مستديرة أجزأه بلا خلاف ؛ وعكسه لا يصح اذا شرطنا الاستقبال ، واذا لم نشترط الاستقبال عند الاحرام فعند السلام أولى ؛ وان شرطناه عند الاحرام ففى اشتراطه عند السلام وجهان مشهوران، أصحهما لا يشترط ، ولا يشترط فى غير الاحرام والسلام بالاتفاق ، لكن يشترط لزوم جهة المقصد فى جميعها ، كما سنذكره ان شاء الله تعالى قريبا وأما ما وقع فى التنبيه وتعليق القاضى أبى الطيب من اشتراط الاستقبال عند الركوع والسجود فباطل لا يعرف ولا أصل له والله أعلم •

قال أصحابنا : وليس عليه وضع الجبهة فى ركوعه وسجوده على السرج والاكاف ولا عرف الدابة ولا المتاع الذى بين يديه ، ولو فعل جاز ، وانما عليه فى الركوع والسجود أن ينحنى الى جهة مقصده ، ويكون السجود أخفض من الركوع • قال امام الحرمين : والفصل بينهما عند التمكن محتوم، والظاهر أنه لا يجب مع ذلك أن يبلغ غاية وسعه فى الانحناء ، وأما باقى الأركان فكيفيتها ظاهرة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان صلى على الراحلة متوجها الى مقصده فعدلت الى جهة نظرت فان كانت جهة القبلة جاز ، لأن الأصل فى فرضه جهة القبلة ، فاذا عدلت اليه فقد اتى بالأصل ، وان لم تكن جهة القبلة ـ فان كان ذلك باختيـاره مع العلم ـ بطلت صلاته لأنه ترك القبلة لغير عذر ، وان نسى انه فى الصلاة أو ظن أن ذلك طريق بلده أو غلبته الدابة لم تبطل صلاته ، فاذا علم رجع الى جهة المقصد ، قال الشافعى رحمه الله ويسجد للسهو) .

(الشرح) ينبغى للمتنفل ماشيا أو راكبا أن يلزم جهة مقصده ، ولا يشترط سلوك نفس الطريق ، بل الشرط جهة المقصد ، فلو انحرف المتنفل ماشيا أو حرف الراكب دابته أو انحرفت نظرت فان كان الانحراف والتحريف فى طريق مقصده وجهاته ومعاطفه لم يؤثر ذلك فى صحة صلاته بلا خلاف وان طال ، لأن ذلك كله من جملة مقصده وموصل اليه ولابد له منه ، وسواء طال هذا التحريف وكثر أم لا لما ذكرناه . وان كان التحريف والانحراف الى جهة القبلة لم يؤثر أيضا بلا خلاف لأنها الأصل ، وان كان الى غير جهـة المقصد وهو عامد مختار عالم بطلت صلاته بلا خلاف ، وان كان ناسـيا أو جاهلا ظن أنها جهة مقصده ، فان عاد على قرب لم تبطل صلاته ، وان طال ففى بطلانها وجهـان ، الأصح تبطل ككلام النـاسى لا تبطل بقليله وتبطل بكثيره على الأصح ، وبهذا قطع الصيدلانى والبغوى وغيرهما . والثـانى : لا تبطل ، وبه قطع الشيخ أبو حامد وآخرون .

وان غلبته الدابة فانحرف بجماحها وطال الزمان ففى بطلان صـلاته وجهان .

(الصحيح) تبطل كما لو كان يصلى على الأرض فأماله انسـان قهرا لأنه نادر (والثانى) لا تبطل . وبه قطع الشيخ أبو حامد ، وان قصر الزمان فطريقان (أحدهما) أنه كالطويل ، حكاه الغزالى فى الوجيز وأشار اليه فى الوسيط قال الرافعى وغيره : لم نر هـذا الخلاف لغيره (والثـانى) وهو المذهب وبه قطع المصنف والجمهور : لا تبطل قطعا لعموم الحاجة ، ثم اذا لم تبطل فى صورة النسيان فان طال الزمان سجد للسهو . وان قصر فوجهان (الصحيح) المنصوص لا يسجد وفى صورة الجماح أوجه أصحها يسجد .

(والثانى) لا • (والثالث) ان طال سجد ، والا فلا • وهذا كله تفريع على المذهب الصحيح أن النفل يدخله سجود السهو • وفيه قول غريب سنوضحه فى موضعه ان شاء الله تعالى أنه لا يدخله •

(**فـرع**) اذا انحرف المصلى على الأرض فرضا أو نفلا عن القبلة نظر ــ ان استدبرها أو تحول الى جهة أخرى عمدا ــ بطلت صلاته ، وان فعله ناسيا وعاد الى الاستقبال على قرب لم تبطل ، وان عاد بعد طول الفصل بطلت على أصح الوجهين وهما كالوجهين فى كلام الناسى اذا كثر ، ولو أماله غيره عن القبلة قهرا فعاد الى الاستقبال بعد طول الفصل بطلت بلا خلاف ، وان عاد على قرب فوجهان ، أصحهما تبطل أيضا ، لأنه نادر ، كما لو أكره على الكلام فانها تبطل على الصحيح من الوجهين ، لأنه نادر •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان المسافر ماشيا جاز أن يصلى النافلة حيث توجه [كالراكب] لأن الراكب أجيز له ترك القبلة حتى لا يقطع الصلاة فى السفر ، وهـذا المعنى موجود فى المـاشى غير أنه يلزم المـاشى أن يحرم ويركع ويسجد على الأرض مستقبل القبلة ، لأنه يمكنه أن يأتى بذلك من غير أن ينقطع عن السير) •

(**الشرح**) يجوز للماشى فى السفر التنفل بلا خلاف لما ذكره المصنف ، وفى لبثه فى الأركان ثلاثة أقوال حكاها الخراسانيون أصحها وبه قطع المصنف وسائر العراقيين : يشترط أن يركع ويسجد على الأرض ، وله التشهد ماشيا ، كما أن له القيام ماشيا • والثانى : يشترط التشهد أيضا قاعدا ولا يمشى الا فى حالة القيام • والثالث : لا يشترط اللبث فى الأرض فى شىء من صلاته ويومىء بالركوع والسجود وهو ذاهب فى جهة مقصده كالراكب • وأما استقباله فان قلنا بالقول الثانى وجب عند الاحرام وفى جميع الصلاة غير القيام • وان قلنا بالأول استقبل فى الاحرام والركوع والسجود ولا يجب عند السلام على أصح الوجهين وان قلنا بالثالث : لم يشترط الاستقبال فى غير حالتى الاحرام والسلام وحكمه فيهما حكم راكب بيده زمام دابته ، وحينئذ يكون الأصح وجوبه عند الاحرام دون السلام ، وحيث لم نوجب استقبال القبلة يشترط ملازمة جهة المقصد كما سبق فى الراكب والله أعلم •

(**فـرع**) مذهبنا جواز صلاة المسافر النافلة ماشيا . وبه قال أحمد وداود ، ومنعها أبو حنيفة ومالك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان دخل الراكب أو الماشى الى البلد الذى يقصده وهو فى الصلاة اتم صلاته الى القبلة ، وان دخل بلدا فى طريقه جاز ان يصلى حيث توجه ما لم يقطع السير ، لأنه باق على السير) .

(**الشرح**) قال أصحابنا رحمهم الله : يشترط لجواز التنفل راكبا وماشيا دوام السفر والسير ، فلو بلغ المنزل فى خلال صلاته اشترط اتمامها الى القبلة متمكنا وينزل وان كان راكبا ، ويتم الأركان ، ولو دخل وطنه ومحل اقامته أو دخل البلد الذى يقصده فى خلالها اشترط النزول ، واتمام الصلاة بأركانها مستقبلا بأول دخوله البنيان الا اذا جوزنا للمقيم التنفل على الراحلة . ولو نوى الاقامة بقرية فى أثناء طريقه صارت كمقصده ووطنه ولو مر بقرية مجتازا فله اتمام الصلاة راكبا أو ماشيا حيث توجه فى مقصده فان كان له بها أهل وليست وطنه فهل يصير مقيما بدخولها ؟ فيه قولان يجريان فى التنفل والقصر والفطر وسائر الرخص ، أصحهما : لا يصير ، فيكون كما لو لم يكن له بها أهل ، والثانى : يصير فيشترط النزول واتمامها مستقبلا ، وحيث أمرناه بالنزول فذلك عند تعذر الدابة على البناء مستقبلا فلو أمكن الاستقبال واتمام الأركان عليه وهى واقفة جاز ، واذا نزل وبنى ثم أراد الركوب والسفر فليتمها ويسلم منها ، ثم يركب فاذا ركب فى أثنائها بطلت صلاته ، قال القاضى أبو الطيب : وعند المزنى لا تبطل كما لا تبطل بالنزول ، قال : وهذا خطأ .

قال صاحب الحاوى : المصلى سائرا الى غير القبلة يلزمه العدول الى القبلة فى أربعة مواضع :

(أحدها) اذا دخل بلدته أو مقصده فيلزمه استقبال القبلة فيما بقى من صلاته فان لم يفعل بطلت .

(الثانى) اذا نوى الاقامة فيلزمه الاستقبال فيما بقى فان لم يفعله بطلت .

(الثالث) أن يصل المنزل لأنه وان كان باقيا على حكم السفر فقد انقطع سيره فيلزمه الاستقبال فان تركه بطلت صلاته .

(الرابع) أن يقف عن السير بغير نزول لاستراحة أو انتظار رفيق ونحو ذلك فيلزمه الاستقبال فيما بقى ، فان تركه بطلت صلاته ، فان سار بعد أن توجه الى القبلة وقبل اتمام صلاته فان كان ذلك لسير القافلة جاز أن يتمها الى جهة سيره ، لأن عليه ضررا فى تأخره عن القافلة ، وان كان هو المريد لاحداث السير اشترط أن يتمها قبل ركوبه لأنه بالوقوف لزمه التوجه فى هذه الصلاة ، فلم يجز تركه كالنازل اذا ابتدأ الصلاة الى القبلة ثم ركب سائرا لم يجز أن يتم هذه الصلاة الى غير القبلة ، واتفق الأصحاب على أنه اذا ابتدأ النافلة على الأرض لم يجز أن يتمها على الدابة لغير القبلة ونقله الشيخ أبو حامد وغيره عن نص الشافعى رحمه الله .

(**فرع**) لو دخل بلدا فى أثناء طريقه ، ولم ينو الاقامة لكن وقف على راحلته لانتظار شغل ونحوه وهو فى النافلة فله اتمامها بالايماء ، ولكن يشترط استقبال القبلة فى جميعها ما دام واقفا ، صرح به الصيدلانى وامام الحرمين والغزالى وآخرون .

قال المصنف رحمه الله تعالى

و [أما] اذا كانت النافلة فى الحضر لم يجز ان يصليها الى غير القبلة ، وقال أبو سعيد الاصطخرى : يجوز لأنه انما رخص فى السفر حتى لا ينقطع (١) عن التطوع وهذا موجود فى الحضر ، والمذهب الأول ، لأن الغالب من حال الحضر اللبث والمقام فلا مشقة عليه [فى استقبال القبلة]) .

(**الشرح**) فى تنفل الحاضر أربعة أوجه (الصحيح) المنصوص الذى قاله جمهور أصحابنا المتقدمين : لا يجوز للماشى ولا للراكب ، بل لنافلته حكم الفريضة فى كل شىء غير القيام ، فانه يجوز التنفل قاعدا (والثانى) قاله أبو سعيد الاصطخرى : يجوز لهما ، قال القاضى حسين وغيره : وكان أبو سعيد الاصطخرى محتسب بغداد ويطوف فى السكك وهو يصلى على دابته (والثالث) يجوز للراكب دون الماشى حكاه القاضى حسين ، لأن الماشى

---

(١) فى ش و ق (حتى لا ينقطع الركوع) وكذلك ما بين المعقوفين ليس فيهما (ط) .

يمكنه أن يدخل مسجدا بخلاف الراكب (والرابع) يجوز بشرط استقبال القبلة فى كل الصلاة ، قال الرافعى : هذا اختيار القفال .

(فـرع) فى مسائل تتعلق بالباب .

(احداها) شرط جواز التنفل فى السفر ماشيا وراكبا أن لا يكون سفر معصية ، وكذا جميع رخص السفر شرطها أن لا يكون سفر معصية ، وقد سبق بيانه فى باب مسح الخف وسنبسطه ان شاء الله تعالى فى باب صلاة المسافر .

(الثانية) يشترط أن يكون ما يلاقى بدن المصلى على الراحلة وثيابه من السرج والمتاع واللجام وغيرها طاهرا ، ولو بالت الدابة أو وطئت نجاسة أو كان على السرج نجاسة فسترها وصلى عليه لم يضر ، ولو أوطأها الراكب نجاسة لم يضر أيضا على الصحيح من الوجهين ، لأنه لم يباشر النجاسة ولا حمل ما يلاقيها ، وبهذا الوجه قطع امام الحرمين والغزالى والمتولى وآخرون . قال القاضى حسين والمتولى : ولو دمى فم الدابة وفى يده لجامها فهو كما لو صلى وفى يده حبل طاهر طرفه على نجاسة ، وقد سبق بيانه ، ولو وطىء المتنفل ماشيا على نجاسة عمدا بطلت صلاته . قال امام الحرمين والغزالى وغيرهما : ولا يكلف أن يتحفظ ويتصون ويحتاط فى المشى لأن الطريق يغلب فيها النجاسة ، والتصون منها عسر فمراعاته تقطع المسافر عن أغراضه ، قال امام الحرمين : ولو انتهى الى نجاسة يابسة لا يجد عنها معدلا فهذا فيه احتمال ، قال : ولا شك لو كانت رطبة فمشى عليها بطلت صلاته ، وان لم يتعمد لأنه يصير حامل نجاسة .

(الثالثة) يشترط ترك الأفعال التى لا يحتاج اليها فان ركض [1] الدابة للحاجة فلا بأس ، وكذا لو ضربها أو حرك رجله لتسير فلا بأس ان كان لحاجة ، قال المتولى : فان فعله لغير حاجة لم تبطل صلاته ان كان قليلا ، فان كثر بطلت ، ولو أجراها لغير عذر أو كان ماشيا فعدا بلا عذر ، قال البغوى: بطلت صلاته على أصح الوجهين .

---

(١) ركض الدابة حثها على السير بتحريك رجليه ، لأن ركض من معانيها دفع ، وركض يتعدى ويلزم فيقال ركض الرجل وركضت الفرس كما يقال ركضت هذا (ط)

(الرابعة) اذا كان المسافر راكب تعاسيف وهو الهائم الذى يستقبل تارة ويستدبر تارة ، وليس له مقصد معلوم فليس له التنفل على الراحلة ولا ماشيا ؛ كما ليس له القصر ولا الترخص بشىء من رخص السفر ، فلو كان له مقصد معلوم لكن لم يسر اليه فى طريق معين فهل له التنفل مستقبلا جهة مقصده ؟ فيه قولان حكاهما امام الحرمين والغزالى وآخرون (أصحهما) جوازه لأن له طريقا معلوما (والثانى) لا ، لأنه لم يسلك طريقا مضبوطا فقد لا يؤدى سيره الى مقصده •

(الخامسة) قال صاحب التتمة : اذا كان متوجها الى مقصد معلوم فتغيرت نيته وهو فى الصلاة فنوى السفر الى غيره أو الرجوع الى وطنه فليصرف وجه دابته الى تلك الجهة فى الحال ، ويستمر على صلاته وتصير الجهة الثانية قبلته بمجرد النية •

(السادسة) لو كان ظهره فى طريق مقصده الى القبلة فركب الدابة مقلوبا وجعل وجهه الى القبلة فوجهان حكاهما صاحب التتمة (أحدهما) لا تصح لأن قبلته طريقه (وأصحهما) تصح لأنها اذا صحت لغير القبلة فلها أولى •

(السابعة) حيث جازت النافلة على الراحلة وماشيا فجميع النوافل سواء فى الجواز ، وحكى الخراسانيون وجها أنه لا يجوز العيد والكسوف والاستسقاء لشبهها بالفرائض فى الجماعة ، وبهذا الوجه قطع الدارمى ، والصحيح الأول وهو المنصوص وبه قطع الأكثرون ، ولو سجد لشكر أو تلاوة خارج الصلاة بالايماء على الراحلة ففى صحته الخلاف فى صلاة الكسوف لأنه نادر ، والصحيح الجواز فأما ركعتا الطواف ــ فان قلنا : هما سنة ــ جازت على الرحلة ، وان قلنا : واجبة فلا ، ولا تصح المنذورة ولا الجنازة ماشيا ولا على الراحلة على المذهب فيها • وفيهما خلاف سبق فى باب التيمم •

(الثامنة) شرط الفريضة المكتوبة أن يكون مصليا مستقبل القبلة مستقرا فى جميعها فلا تصح الى غير القبلة فى غير شدة الخوف ولا تصح من الماشى المستقبل ولا من الراكب المخل بقيام أو استقبال بلا خلاف ، فلو استقبل القبلة وأتم الأركان فى هودج أو سرير أو نحوهما على ظهر دابة واقفة ففى

صحة فريضته وجهان (أصحهما) تصح ، وبه قطع الأكثرون منهم القاضى أبو الطيب والشيخ أبو حامد وأصحاب التتمة والتهذيب والمعتمد والبحر وآخرون ، ونقله القاضى عن الأصحاب لأنه كالسفينة (والثانى) لا يصح وبه قطع البندنيجى وامام الحرمين والغزالى ، فان كانت الدابة سائرة والصورة كما ذكرنا فوجهان ، حكاهما القاضى حسين والبغوى والشيخ ابراهيم المروزى وغيرهم (الصحيح) المنصوص : لا تصح لأنها لا تعد قرارا (والثانى) تصح كالسفينة ، وتصح الفريضة فى السفينة الواقفة والجارية والزورق المشدود بطرف الساحل بلا خلاف اذا استقبل القبلة وأتم الأركان ، فان صلى كذلك فى سرير يحمله رجال أو أرجوحة مشدودة بالحبال أو الزورق الجارى فى حق المقيم ببغداد ونحوه ففى صحة فريضته وجهان ، الأصح : الصحة كالسفينة ، وبه قطع القاضى أبو الطيب فقال فى باب موقف الامام والمأموم ، قال أصحابنا : لو كان يصلى على سرير فحمله رجال وساروا به صحت صلاته •

(فرع) قال أصحابنا : اذا صلى الفريضة فى السفينة لم يجز له ترك القيام مع القدرة ، كما لو كان فى البر ، وبه قال مالك وأحمد ، وقال أبو حنيفة : يجوز اذا كانت سائرة ، قال أصحابنا : فان كان له عذر من دوران الرأس ونحوه جازت الفريضة قاعدا لأنه عاجز ، فان هبت الريح وحولت السفينة فتحول وجهه عن القبلة وجب رده الى القبلة ، ويبنى على صلاته بخلاف ما لو كان فى البر ، وحول انسان وجهه عن القبلة قهرا فانه تبطل صلاته كما سبق بيانه قريبا ، قال القاضى حسين : والفرق أن هذا فى البر نادر ، وفى البحر غالب وربما تحولت فى ساعة واحدة مرارا •

(فرع) قال أصحابنا : ولو حضرت الصلاة المكتوبة وهم سائرون ، وخاف لو نزل ليصليها على الأرض الى القبلة انقطاعا عن رفقته أو خاف على نفسه أو ماله لم يجز ترك الصلاة واخراجها عن وقتها ، بل يصليها على الدابة لحرمة الوقت ، وتجب الاعادة لأنه عذر نادر ، هكذا ذكر المسألة جماعة منهم صاحب التهذيب والرافعى ، وقال القاضى حسين : يصلى على الدابة كما ذكرنا قال ووجوب الاعادة يحتمل وجهين •

أحدهما : لا تجب كشدة الخوف . والثانى : تجب لأن هذا نادر ومما يستدل للمسألة حديث يعلى بن مرة (رض) الذى ذكرناه فى باب الأذان فى مسألة القيام فى الأذان .

(فـرع) المريض الذى يعجز عن استقبال القبلة ولا يجد من يحوله الى القبلة ــ لا متبرعا ولا بأجرة مثله وهو واجدها ــ يجب عليه أن يصلى على حسب حاله وتجب الاعادة لأنه عذر نادر والمربوط على خشبة والغريق ونحوهما تلزمهما الصلاة بالايمـاء حيث أمكنهم ، وتجب الاعادة لندوره ، وفيهم خلاف سبق فى باب التيمم والصحيح وجوب الاعادة .

(التاسعة) اذا تيقن الخطأ فى القبلة لزمه الاعادة فى أصح القولين كمـا سبق واختار المزنى أن لا اعادة ، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد وداود ، واحتجوا بأشياء كثيرة منها : أن أهل قباء صلوا ركعة الى بيت المقدس بعـد نسخه ووجوب استقبال الكعبة ، ثم علموا فى أثناء الصلاة النسخ فاستداروا فى صلاتهم ، وأتموا الى الكعبة ، وكانت الركعة الأولى الى غير الكعبة بعد وجوب استقبال الكعبة ولم يؤمروا بالاعادة . قال الشيخ أبو حامد فى جوابه: اختلف أصحابنا فى النسخ اذا ورد الى النبى صلى الله عليه وسلم هل يثبت فى حق الأمة قبل بلوغه اليهم ؟ أم لا يكون نسخا فى حقهم حتى يبلغهم ؟ وفيه وجهان ، فان قلنا : لا يثبت فى حقهم حتى يبلغهم فأهل قباء لم تصر الكعبـة قبلتهم الا حين بلغتهم فلا اعادة على أهل قبـاء قولا واحـدا ، وان كان فى المخطىء قولان ، قال : والفرق أن أهل قباء استقبلوا بيت المقدس بالنص ، فلا يجوز لهم الاجتهاد فى خلافه ، فلا ينسبون الى تفريط ، بخلاف المجتهد الذى أخطأ . واحتجوا أيضا بحديث عامر بن ربيعة قال : (كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى سفر فى ليلة مظلمة فلم ندر أين القبلة فصلى كل رجل منـا حيـاله ، فلما أصبحنا ذكرنا ذلك للنبى صلى الله عليـه وسلم فنزل : « فأينما [1] تولوا فثم وجه الله ») وبحديث جابر قال : « كنا فى مسـير فأصابنا غيم فتحيرنا فى القبلة فصلى كل رجل على حدة وجعل أحدنا يخط بين يديه فلما أصبحنا اذا نحن قد صلينا لغير القبلة ، فقال النبى صلى الله عليه

---

(١) من الآية ١١٥ من سورة البقرة .

وسلم : « قد أجيزت صلاتكم » والجواب أن الحديثين ضعيفان ، ضعف الأول الترمذى والبيهقى وآخرون ، وضعف الثانى الدارقطنى والبيهقى وآخرون . قال البيهقى : « لا نعلم له اسنادا صحيحا » ولو صحا لأمكن حملهما على صلاة النفل والله أعلم .

(العاشرة) قال الشافعى فى الأم : لو اجتهد فدخل فى الصلاة فعمى فيها أتمها ولا اعادة ، لأن اجتهاده الأول أولى من اجتهاد غيره قال : فان دار عن تلك الجهة أو أداره غيره خرج من الصلاة واستأنفها باجتهاد غيره .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(المستحب لمن يصلى الى سترة أن يدنو منها لما روى عن سهل بن أبى حثمة (١) رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا صلى أحدكم الى سترة فليدن منها لا يقطع الشيطان صلاته » والمستحب أن يكون بينه وبينها قدر ثلاثة أذرع لما روى سهل بن سعد الساعدى رضى الله عنه قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى وبينه وبين القبلة قدر ممر العنز قدر ثلاثة أذرع » فان كان يصلى فى موضع ليس بين يديه بناء فالمستحب أن ينصب بين يديه عصا لما روى أبو جحيفة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « خرج فى حلة حمراء فركز عنزة فجعل يصلى اليها بالبطحاء يمرون الناس من ورائها ؛ الكلب والحمار والمرأة » والمستحب ان يكون ما يستره قدر مؤخرة الرحل لما روى طلحة رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال : « اذا وضع أحدكم بين يديه مثل مؤخرة الرحل فليصل ولا يبال من [مر] وراء ذلك » قال عطاء : مؤخرة الرحل ذراع ، فان لم يجد عصا فليخط بين يديه خطا الى القبلة لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « اذا صلى أحدكم فليجعل تلقاء وجهه شيئا فان لم يجد شيئا فلينصب عصا فان لم يجد عصا فليخط خطا ولا يضره ما مر بين يديه » ويكره أن يصلى وبين يديه رجل يستقبله بوجهه . لما روى ان عمر رضى الله عنه « رأى رجلا يصلى ورجل جالس مستقبله فضربهما بالدرة » فان صلى ومر بين يديه مار دفعه ولم تبطل صلاته بذلك . لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يقطع صلاة المرء شىء وادرءوا ما استطعتم ») .

(**الشرح**) حديث سهل بن أبى حثمة صحيح رواه أبو داود والنسائى باسناد صحيح ورواه الحاكم فى المستدرك ، وقال : حديث صحيح على شرط البخارى ومسلم ، وحديث سهل بن سعد رواه البخارى ومسلم ولفظهما :

---

(١) وفى النسخة المطبوعة من المهذب (خيثمة) وهو خطأ ظاهر (ط) .

« كان بين مصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين الجدار ممر الشاة » وحديث أبى جحيفة رواه البخارى ومسلم أيضا • وحديث طلحة رواه مسلم لكن وقع فى المهذب : « ولا يبالى من وراء ذلك » والذى فى صحيح مسلم وغيره « من مر وراء ذلك » بزيادة لفظة (مر) وفى رواية الترمذى « من مر من وراء ذلك » وحديث أبى هريرة فى الخط رواه أبو داود وابن ماجه • قال البغوى وغيره : هو حديث ضعيف ، وروى أبو داود فى سننه عن سفيان بن عيينة تضعيفه ، وأشار الى تضعيفه الشافعى والبيهقى وغيرهما • قال البيهقى: هذا الحديث أخذ به الشافعى فى القديم وسنن حرملة وقال فى البويطى : ولا يخط بين يديه خطا الا ان يكون فى ذلك حديث ثابت فيتبع • قال البيهقى : وانما توقف الشافعى فى الحديث لاختلاف الرواة على اسماعيل ابن أمية أحد رواته • وقال غير البيهقى : هو ضعيف لاضطرابه • وأما حديث « لا يقطع الصلاة شيء وادرأوا ما استطعتم فانما هو شيطان » فرواه أبو داود باسناد ضعيف من رواية أبى سعيد الخدرى وأما قوله قال عطاء « مؤخرة الرحل ذراع » فرواه عنه أبو داود فى سننه باسناد صحيح ، وهو عطاء بن أبى رباح •

وأما ألفاظ الفصل ففيه سهل بن أبى حثمة بفتح الحاء المهملة واسكان المثلثة ، واسم أبى حثمة عبد الله ، وقيل عامر بن ساعدة الأنصارى المدنى ، كنية سهل أبو يحيى ، وقيل أبو محمد ، توفى النبى صلى الله عليه وسلم وهو ابن ثمان سنين ، وحفظ جملة أحاديث وأما سهل بن سعد فهو أبو العباس سهل بن سعد بن مالك بن خالد الأنصارى الساعدى المدنى ، منسوب الى ساعدة أحد أجداده ، توفى بالمدينة سنة احدى وتسعين وهو ابن مائة سنة • قال محمد بن سعد : هو آخر من مات من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم بالمدينة ، ليس بيننا فى ذلك اختلاف وأما أبو جحيفة فسبق بيانه فى باب الأذان ، وطلحة سبق فى أول كتاب الصلاة وعمر فى نية الوضوء وأبو هريرة فى المياه وعطاء فى الحيض • وفى الذراع لغتان التذكير والتأنيث وهو الأفصح الأكثر •

قوله : « وممر العنز قدر ثلاثة أذرع » هو من كلام المصنف لا من الحديث ، وقوله « فركز عنزة » هو بفتح النون ، وهى عصا نحو نصف رمح

فى أسفلها زج كزج الرمح فى أسفله ، والحلة ثوبان ازار ورداء ، قال أهل اللغة : لا تكون الا ثوبين ، ومؤخرة الرحل سبق بيانها فى الباب ، والبطحاء بالمد هى بطحاء مكة ويقال فيها الأبطح ، وهو موضع معروف على باب مكة ، وادرءوا ما استطعتم ، أى ادفعوا ، وقوله « يمرون الناس من ورائها » كذا وقع فى المهذب ، والذى فى الأحاديث الصحيحة يمر الناس ، وهذا هو المشهور فى اللغة ، وان كان الذى فى المهذب لغـة قليلة ضعيفة ، وهى لغـة أكلونى البراغيث •

(أما احكام الفصل) ففيه مسائل :

(احداها) السنة للمصلى أن يكون بين يديه سترة من جدار أو سارية أو غيرهما ويدنو منها ، ونقل الشيخ أبو حامد الاجماع فيه ، والسـنة أن لا يزيد ما بينه وبينها على ثلاثة أذرع ، فان لم يكن حائط ونحوه غرز عصا ونحوها أو جمع متاعه أو رحله ويكون ارتفاع العصا ونحوها ثلثى ذراع فصاعدا ، وهو قدر مؤخرة الرحل على المشهور ، وقيل ذراع كما حكاه عن عطاء وكذا قاله الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب ، فان لم يجد شـيئا شاخصا فهل يستحب أن يخط بين يديه ؟ نص الشافعى فى القديم وسنن حرملة أنه يستحب ، وفى البويطى لا يستحب •

وللأصحاب طرق (أحدها) وبه قطع المصنف والشيخ أبو حامد والأكثرون « يستحب قولا واحدا » ونقل فى البيان اتفاق الأصحاب عليه ، ونقله الرافعى عن الجمهور (والطريق الثانى) لا يستحب ، وبه قطع امام الحرمين والغزالى وغيرهما (والثالث) فيه قولان ، فان قلنا بالخط ففى كيفيته اختلاف ، قال أحمد بن حنبل والحميدى شيخ البخارى وصاحب الشافعى : (يجعله مثل الهلال) وقال أبو داود فى سـننه : سمعت مسـددا يقول : قال ابن داود « الخط بالطول » وقال المصنف : يخط بين يديه خطا الى القبلة ، وقال غيره : يخطه يمينا وشمالا كالجنازة ، والمختار استحباب الخط لأنه ــ وان لم يثبت الحديث ــ ففيه تحصيل حريم للمصلى ، وقد قدمنا اتفاق العلماء على العمل بالحديث الضعيف فى فضائل الأعمال دون الحلال والحرام ، وهذا من نحو فضائل الأعمال ، والمختار فى كيفيته ما ذكر المصنف • وممن جزم باستحباب

الخط القاضى أبو حامد المروزى والشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والبندنيجى ، وأشار اليه البيهقى وغيره • قال الغزالى والبغوى وغيرهما : واذا لم يجد شاخصا بسط مصلاه •

(فرع) قال الشافعى رحمه الله فى البويطى : ولا يستتر بامرأة ولا دابة ، فأما قوله فى المرأة فظاهر لأنها ربما شغلت ذهنه • وأما الدابة ففى الصحيحين عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يعرض راحلته فيصلى اليها » زاد البخارى فى روايته : « وكان ابن عمر يفعله » ولعل الشافعى رحمه الله لم يبلغه هذا الحديث ، وهو حديث صحيح لا معارض له ، فيتعين العمل به لاسيما وقد أوصانا الشافعى رحمه الله بأنه اذا صح الحديث فهو مذهبه •

(فرع) المعتبر فى السترة أن يكون طولها كمؤخرة الرحل وأما عرضها فلا ضابط فيه ، بل يكفى الغليظ والدقيق عندنا •

وقال مالك أقله كغلظ الرمح تمسكا بحديث العنزة ، ودليلنا حديث أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « يجزىء من السترة مثل مؤخرة الرحل ولو بدقة شعرة » •

وعن سبرة بن معبد رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « استتروا فى صلاتكم ولو بسهم » رواه الحاكم فى المستدرك وقال حديثان صحيحان ، الأول على شرط البخارى ومسلم ، والثانى على شرط مسلم •

(فرع) قال البغوى وغيره : يستحب أن يجعل السترة على حاجبه الأيمن أو الأيسر لما روى المقداد بن الأسود رضى الله عنه قال « ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى الى عود ولا عمود ولا شجرة الا جعله على حاجبه الأيمن أو الأيسر ولا يصمد له » رواه أبو داود ولم يضعفه ، لكن فى اسناده الوليد بن كامل وضعفه جماعة • قال البيهقى (تفرد به الوليد) وقد قال البخارى : (عنده عجائب) •

(المسألة الثانية [1]) اذا صلى الى سترة حرم على غيره المرور بينه وبين السترة ، ولا يحرم وراء السترة • وقال الغزالى « يكره ولا يحرم » والصحيح

---

(1) المسألة الأولى بعد قوله (اما احكام الفصل) وهى (السنة للمصلى فحرر) (ط) •

بل الصواب أنه حرام ، وبه قطع البغوى والمحققون ، واحتجوا بحديث أبى الجهيم الأنصارى الصحابى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لو يعلم المار بين يدى المصلى ماذا عليه ؟ لكان أن يقف أربعين خيرا له من أن يمر بين يديه » رواه البخارى ومسلم ، وفى رواية رويناها فى كتاب الأربعين للحافظ عبد القادر الرهاوى : « لو يعلم المار بين يدى المصلى ماذا عليه من الاثم » وعن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « اذا صلى أحدكم الى شىء يستره من الناس فأراد أحد أن يجتاز بين يديه فليدفعه فان أبى فليقاتله ، فانما هو شيطان » رواه البخارى ومسلم ، قال أصحابنا « ويستحب للمصلى دفع من أراد المرور لحديث أبى سعيد المذكور » وعن ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « اذا كان أحدكم يصلى فلا يدع أحدا يمر بين يديه فان أبى فليقاتله فان معه القرين » رواه مسلم • ويدفعه دفع الصائل بالأسهل ثم الأسهل ويزيد بحسب الحاجة وان أدى الى قتله ، فان مات منه فلا ضمان فيه كالصائل • قال الرافعى : وكذا ليس لأحد أن يمر بينه وبين الخط على الصحيح من الوجهين وبه قطع الجمهور كالعصا • أما اذا لم يكن بين يديه سترة أو كانت وتباعد عنها فوجهان ، أحدهما : له الدفع لتقصير المار ، وأصحهما ليس له الدفع لتقصيره بترك السترة ولمفهوم قوله صلى الله عليه وسلم « اذا صلى أحدكم الى شىء يستره » ولا يحرم فى هذه الحالة المرور بين يديه ، ولكن يكره •

(فرع) اذا وجد الداخل فرجة فى الصف الأول فله أن يمر بين يدى الصف الثانى ويقف فيها لتقصير أهل الصف الثانى بتركها •

(فرع) قال امام الحرمين : النهى عن المرور ، والأمر بالدفع انما هو اذا وجد المار سبيلا سواه ، فان لم يجد وازدحم الناس فلا نهى عن المرور ولا يشرع الدفع وتابع الغزالى امام الحرمين على هذا • قال الرافعى : وهو مشكل ، ففى صحيح البخارى خلافه ، وأكثر كتب الأصحاب ساكتة عن التقييد بما اذا وجد سواه سبيلا •

(قلت) الحديث الذى فى صحيح البخارى عن أبى صالح السمان قال

« رأيت أبا سعيد الخدرى رضى الله عنه فى يوم جمعة يصلى الى شىء يستره من الناس ، فأراد شاب أن يجتاز بين يديه ، فدفع أبو سعيد فى صدره ، فنظر الشاب فلم يجد مساغا الا بين يديه فعاد ليجتاز فدفعه أبو سعيد أشد من الأول فنال من أبى سعيد ثم دخل على مروان فشكا اليه ما لقى من أبى سعيد ، ودخل أبو سعيد خلفه على مروان ، فقال : مالك ولابن أخيك يا أبا سعيد ؟ قال سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقول : اذا صلى أحدكم الى شىء يستره من الناس فأراد أحد أن يجتاز بين يديه فليدفعه فان أبى فليقاتله فانما هو شيطان » رواه البخارى ومسلم .

(المسألة الثالثة) اذا صلى الى سترة فمر بينه وبينها رجل أو امرأة أو صبى أو كافر أو كلب أسود أو حمار أو غيرها من الدواب لا تبطل صلاته عندنا قال الشيخ أبو حامد والأصحاب : وبه قال عامة أهل العلم الا الحسن البصرى فانه قال « تبطل بمرور المرأة والحمار والكلب الأسود » وقال أحمد واسحاق « تبطل بمرور الكلب الأسود فقط » واحتج للحسن ولهما فى الكلب بحديث عبد الله بن الصامت عن أبى ذر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا قام أحدكم يصلى فانه يستره اذا كان بين يديه مثل آخرة الرحل فاذا لم يكن بين يديه مثل آخرة الرحل فانه يقطع صلاته الحمار والمرأة والكلب الأسود قال قلت : يا أبا ذر ما بال الكلب الأسود من الكلب الأحمر من الكلب الأصفر ؟ قال : يا بن أخى سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عما سألتنى فقال : الكلب الأسود شيطان » رواه مسلم وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « يقطع الصلاة المرأة والحمار والكلب » رواه مسلم ، وعن ابن عباس رفعه « يقطع الصلاة المرأة الحائض والكلب » رواه أبو داود باسناد صحيح .

وعن عكرمة عن ابن عباس قال : أحسبه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « اذا صلى أحدكم الى غير سترة فانه يقطع صلاته الحمار والخنزير واليهودى والمجوسى والمرأة ، ويجزىء عنه اذا مروا بين يديه على قذفة بحجر » رواه أبو داود وضعفه وجعله منكرا ، وروى أبو داود أحاديث كثيرة من هذا النوع ضعيفة ، واحتج لأصحابنا والجمهور بحديث مسروق قال : « ذكروا عند عائشة رضى عنها ما يقطع الصلاة فذكروا الكلب والحمار

والمرأة ، فقالت : شبهتمونا بالحمر والكلاب ، لقد رأيت النبى صلى الله عليه وسلم يصلى وأنا على السرير بينه وبين القبلة مضطجعة » رواه البخارى ومسلم • وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال : « أقبلت راكبا على حمار أتان ورسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى بالناس بمينا الى غير جدار ، فمررت بين يدى بعض الصف فنزلت وأرسلت الأتان ترتع ودخلت فى الصف فلم ينكر ذلك على أحد » رواه البخارى ومسلم • وعن الفضل بن عباس رضى الله عنهما قال : « أتانا رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن فى بادية لنا فصلى فى صحراء ليس بين يديه سترة وحمارة لنا وكلبة تعبثان بين يديه ، فما بالى ذلك » رواه أبو داود باسناد حسن • قال أبو داود : (واذا اختلف الخبران عن رسول الله صلى الله عليه وسلم نظر الى ما عمل به أصحابه وعن ابن عباس قال : « كنت رديف الفضل على أتان فجئنا والنبى صلى الله عليه وسلم يصلى بأصحابه بمنى فنزلنا عنها فوصلنا الصف فمرت بين أيديهم فلم تقطع صلاتهم » رواه الترمذى وقال : حديث حسن صحيح •

وأما الجواب عن الأحاديث الصحيحة التى احتجوا بها فمن وجهين ، أصحهما وأحسنهما ما أجاب به الشافعى والخطابى والمحققون من الفقهاء والمحدثين أن المراد بالقطع القطع عن الخشوع والذكر للشغل بها والالتفات اليها لا أنها تفسد الصلاة • قال البيهقى رحمه الله : ويدل على صحة هذا التأويل أن ابن عباس أحد رواة [1] قطع الصلاة بذلك • ثم روى عن ابن عباس أنه حمله على الكراهة ، فهذا الجواب هو الذى نعتمده ، وأما ما يدعيه أصحابنا وغيرهم من النسخ فليس بمقبول ، اذ لا دليل عليه ، ولا يلزم من كون حديث ابن عباس فى حجة الوداع وهى فى آخر الأمر أن يكون ناسخا ، اذ يمكن كون أحاديث القطع بعده • وقد علم وتقرر فى الأصول أن مثل هذا لا يكون ناسخا ، مع أنه لو احتمل النسخ لكان الجمع بين الأحاديث مقدما عليه ، اذ ليس فيه رد شىء منها ، وهذه أيضا قاعدة معروفة ، والله أعلم •

(المسألة الرابعة) يكره أن يصلى وبين يديه رجل أو امرأة يستقبله ويراه ، وقد كرهه عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان رضى الله عنهما ، ولأنه

---

(١) بياض بالأصل (ش) هكذا علق المشايخ والعبارة مستقيمة وليس فيها سقط والله أعلم (ط) •

يشغل القلب غالبا ، فكره كما كره النظر الى ما يلهيه ، كثوب له أعلام ، ورفع البصر الى السماء وغير ذلك مما ثبتت فيه الأحاديث الصحيحة ، وقال البخارى فى صحيحه : كره عثمان رضى الله عنه أن يستقبل الرجل وهو يصلى ، قال البخارى وانما هذا اذا اشتغل به ، فأما اذا لم يشتغل به فقد قال زيد بن ثابت: (ما باليت أن الرجل لا يقطع صلاة الرجل) ثم احتج البخارى بحديث عائشة المذكور فى المسألة الثالثة ، وليس فى حديث عائشة ما يخالف ما ذكرناه أولا ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يكن يصلى وهى مستقبلته ، بل كانت مضطجعة ، واضطجاعها فى ظلام الليل ، فوجودها كعدمه ، اذ لا ينظر اليها ولا يستقبلها .

(فرع) لا تكره الصلاة الى النائم وتكره الى المتحدثين الذين يشتغل بهم فأما عدم الكراهة فى النائم فلحديث عائشة السابق ، وأما الكراهة فى المتحدث فلشغل القلب ولما ذكرناه فى المسألة الرابعة ، وأما حديث ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا تصلوا خلف النائم ولا المتحدث » فرواه أبو داود ولكنه ضعيف باتفاق الحفاظ ، وممن ضعفه أبو داود ، وفى اسناده رجل مجهول [1] لم يسم ، قال الخطابى : هذا الحديث لا يصح ، وقد ثبت حديث عائشة قال : « فاما الصلاة الى المتحدثين فقد كرهها الشافعى وأحمد لأن كلامهم يشغل المصلى عن صلاته » .

(فرع) اذا صلى الرجل وبجنبه امرأة لم تبطل صلاته ولا صلاتها سواء كان اماما أو مأموما هذا مذهبنا وبه قال مالك والأكثرون ، وقال أبو حنيفة : ان لم تكن المرأة فى صلاة أو كانت فى صلاة غير مشاركة له فى

---

(١) يقول ابو داود : حدثنا القعنبى ثنا عبد الملك بن محمد بن أيمن عن عبد الله بن يعقوب ابن اسحق ممن حدثه عن محمد بن كعب القرظى قال : قلت له ـ يعنى عمر بن عبد العزيز ـ حدثنى عبد الله بن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا تصلوا الخ نص كلام الخطابى كما افاده العظيم آبادى فى عون المعبود : هذا الحديث لا يصح عن النبى صلى الله عليه وسلم لضعف سنده وعبد الله بن يعقوب لم يسم من حدثه عن محمد بن كعب وانما رواه عن محمد بن كعب رجلان كلاهما ضعيفان تمام بن بزيغ وعيسى بن ميمون وقد تكلم فيهما يحيى بن معين والبخارى ورواه أيضا عبد الكريم ابو أمية عن مجاهد عن ابن عباس وعبد الكريم متروك الحديث قال احمد ابن حنبل : ضربنا عليه فاضربوا عليه قال يحيى بن معين : ليس بثقة ولا يحمل عنه قلت : وعبد الكريم هذا هو أبو أمية البصرى وليس بالجزرى وعبد الكريم الجزرى أيضا ليس فى الحديث بذلك الا أن البصرى ضعيف جدا قلت : وقد ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم انه صلى وعائشة نائمة معترضة بينه وبين القبلة اهـ (ط) .

صلاته صحت صلاته وصلاتها ، فان كانت فى صلاة يشاركها فيها ــ ولا تكون مشاركة له عند أبى حنيفة الا اذا نوى الامام امامة النساء ــ فاذا شاركته فان وقفت بجنب رجل بطلت صلاة من الى جنبيها ، ولا تبطل صلاتها ولا صلاة من يلى الذى يليها ، لأن بينه وبينها حاجزا ، وان كانت فى صف بين يديه بطلت صلاة من يحاذيها من ورائها ، ولم تبطل صلاة من يحاذى محاذيها لأن دونه حاجزا • فان صف نساء خلف الامام وخلفهن صف رجال بطلت صلاة الصف الذى يليهن ، قال : وكان القياس أن لا تبطل صلاة من وراء هذا الصف من الصفوف بسبب الحاجز ، ولكن نقول : تبطل صفوف الرجال وراءه ، ولو كانت مائة صف استحسانا ، فان وقفت بجنب الامام بطلت صلاة الامام ، لأنها الى جنبه ومذهبه أنها اذا بطلت صلاة الامام بطلت صلاة المأمومين أيضا ، وتبطل [صلاتها] أيضا لأنها من جملة المأمومين •

وهذا المذهب ضعيف الحجة ظاهر التحكم والتمسك بتفصيل لا أصل له ، وعمدتنا أن الأصل أن الصلاة صحيحة حتى يرد دليل صحيح شرعى فى البطلان ، وليس لهم ذلك ، وينضم الى هذا حديث عائشة رضى الله عنها المذكور فى المسألة الثالثة • فان قالوا : نحن نقول به لأنها لم تكن مصلية قال أصحابنا نقول : اذا لم تبطل وهى فى غير عبادة ، ففى العبادة أولى وقاس أصحابنا على وقوفها فى صلاة الجنازة فانها لا تبطل عندهم ، والله أعلم بالصواب وله الحمد والنعمة والمنة ، وبه التوفيق والهداية والعصمة •

باب صفة الصلاة

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا اراد ان يصلى فى جماعة لم يقم حتى يفرغ المؤذن من الاقامة لانه ليس بوقت للدخول فى الصلاة والدليل عليه ما روى أبو امامة : « ان بلالا اخذ فى الاقامة فلما قال : قد قامت الصلاة ، قال النبى صلى الله عليه وسلم اقامها الله وادامها وقال فى سائر الاقامة مثل ما يقوله ، فاذا فرغ المؤذن قام ») •

(الشرح) حديث أبى امامة رواه أبو داود باسناد ضعيف جدا ، وقد سبق بيانه فى أواخر باب الأذان حيث ذكره المصنف هناك ، وقول المصنف (اذا أراد أن يصلى جماعة) احتراز من المنفرد فانه يقوم أولا ، ثم يقيم قائما ، وقوله (لأنه ليس بوقت للدخول) يعنى أنه لا يشرع الدخول فيها

قبل الفراغ من الاقامة لا أنه لا يصح الدخول ، فانها يصح الدخول فيها فى أثناء الاقامة وقبلها ، وقوله (والدليل عليه) يعنى الدليل على أنه ليس بوقت للدخول ، لأن فى الحديث أن النبى صلى الله عليه وسلم تابعه فى جميع ألفاظ الاقامة ولا يتابعه الا قبل الدخول •

(**اما حكم المسألة**) فمذهبنا أنه يستحب للامام والمأموم أن لا يقوما حتى يفرغ المؤذن من الاقامة ، فاذا فرغ قاما [قياما] متصلا بفراغه ، قال القاضى أبو الطيب : وبهذا قال مالك وأبو يوسف وأهل الحجاز وأحمد واسحاق ، وقال أبو حنيفة والثورى : اذا قال المؤذن : حى على الصلاة نهض الامام والمأمومون • فاذا قال : قد قامت الصلاة كبر وكبروا وعن محمد بن الحسن روايتان كالمذهبين ، وقال ابن المنذر ، كان أنس بن مالك اذا قيل : قد قامت الصلاة وثب ، وكان عمر بن عبد العزيز ومحمد بن كعب وسالم بن عبد الله وأبو قلابة وعراك بن مالك والزهرى وسليمان بن حبيب المحاربى يقومون الى الصلاة فى أول بدوه من الاقامة ، وبه قال عطاء وهو مذهب أحمد واسحاق اذا كان الامام فى المسجد • وكان مالك لا يؤقت فيه شيئا ، هذا ما نقله ابن المنذر ووافقنا جمهور العلماء من السلف والخلف على أنه لا يكبر الامام حتى يفرغ المؤذن من الاقامة نقله عنهم القاضى عياض •

واحتج لأبى حنيفة بما روى أن بلالا قال للنبى صلى الله عليه وسلم (لا تسبقنى بآمين) رواه أبو داود وعن الحجاج بن فروخ عن العوام بن حوشب عن عبد الله بن أبى أوفى قال : « كان بلال اذا قال : قد قامت الصلاة نهض النبى صلى الله عليه وسلم فكبر » رواه البيهقى ، قالوا : ولأنه اذا قال المؤذن : قد قامت الصلاة ولم يكبر الامام يكون كاذبا ، واحتج أصحابنا المحدثون منهم البيهقى والبغوى وغيرهما بحديث أبى قتادة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا أقيمت الصلاة فلا تقوموا حتى ترونى » رواه البخارى ومسلم •

واحتج الجمهور بحديث أبى أمامة المذكور فى الكتاب لكنه ضعيف ، قالوا : ولأنه دعاء الى الصلاة فلم يشرع الدخول فى الصلاة الا بعد فراغه كالأذان •

والجواب عن حديث بلال من وجهين أحسنهما ــ وهو جواب البيهقى والمحققين ــ انه ضعيف روى مرسلا ، وفى رواية مسندا فاسناده ضعيف ليس بشيء وانما رواه الثقات مرسلا ، ورواه الامام أحمد فى مسنده باسناده عن أبى عثمان النهدى قال : قال بلال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لاتسبقنى بآمين » قال البيهقى : فيرجع الحديث الى أن بلالا كأنه كان يؤمن قبل تأمين النبى صلى الله عليه وسلم فقال : « لا تسبقنى بآمين » .

والجواب الثانى جواب الأصحاب أنه طلب ذلك حين عرض له حاجة خارج المسجد فسأل النبى صلى الله عليه وسلم التمهل ليدرك تأمينه ، الدليل على هذا أن بين قوله : قد قامت الصلاة وبين آخر الاقامة زمنا يسيرا جدا يمكنه اتمام الاقامة وادراك أولها بل ما قبلها ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يقرأ دعاء الافتتاح بعد تكبيره ثم يتعوذ ثم يشرع فى الفاتحة ، فيتعين ما قلناه وأما حديث ابن أبى أوفى فضعيف . قال البيهقى : لا يرويه الا حجاج ابن فروخ ، وكان يحيى بن معين يضعفه (قلت) اتفقوا على جرح الحجاج هذا ، فقال ابن أبى حاتم عن يحيى بن معين : ليس هو بشيء وقال أبو حاتم . هو شيخ مجهول ، وقال النسائى : ضعيف ، وقال الدارقطنى : متروك ، وهذه أوضح العبارات عندهم ، وفى الحديث ضعف من جهة أخرى وهى أن العوام ابن حوشب لم يدرك ابن أبى أوفى كذا قاله أحمد بن حنبل وغيره ولم يسمع أحدا من الصحابة وانما روايته عن التابعين . وأما قولهم : انه يكون كاذبا فجوابه أن معناه قد قرب الدخول فى الصلاة فهكذا قاله أهل العربية والفقهاء والمحدثون ، وهو مجاز مستعمل حسن كقول الله تعالى (فلذا بلغن أجلهن) أى قاربنه ، وفى الحديث « من وقف بعرفة فقد تم حجه » أى قارب التمام ، قال أصحابنا : ولأن ما ألزمونا به يلزمهم على مقتضاه تقديم الاحرام على قوله : قد قامت الصلاة والله أعلم .

(**فرع**) قد ذكرنا أن مذهبنا أنه يستحب للمأموم والامام أن لا يقوما حتى يفرغ المؤذن من الاقامة هكذا أطلقه المصنف والجمهور ، وقال صاحب الحاوى فى آخر باب الأذان : ينبغى لمن كان شيخا بطىء النهضة أن يقوم عند قوله : قد قامت الصلاة ولسريع النهضة أن يقوم بعد الفراغ ليستووا قياما فى وقت واحد .

(فـرع) لو دخل المسجد وأراد الشروع فى تحية المسجد أو غيرها ، فشرع المؤذن فى الاقامة قبـل احرامه فليستمر قائما ولا يشرع فى التحيـة للحديث الصحيح : « اذا أقيمت الصلاة فلا صلاة الا المكتوبة » ولا يجلس للحديث الصحيح فى النهى عن الجلوس قبل التحية ، واذا استمر قائما لايكون قد قام للصلاة قبل فراغ المؤذن من الاقامة ، لأن هذا لم يبتد القيام لهـا ، صرح بهذه المسألة البغوى وغيره وهى ظاهرة ، وفى كتاب الزيادات لأبى عاصم أنه يجلس ، وهذا غلط نبهت عليه لئلا يغتر به .

(فـرع) اذا أقيمت الصلاة وليس الامام مع القوم بل يخرج اليهم فقد نقل الشيخ أبو حامد عن مذهبنا ومذهب أبى حنيفة أنهم يقومون عقب فراغ المؤذن من الاقامة ، وهذا مشكل ، فقد ثبت فى الصحيحين عن أبى قتادة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا أقيمت الصلاة فلا تقوموا حتى ترونى » وفى رواية لمسلم « حتى ترونى قد خرجت » فان قيل : ففى صحيح مسلم عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : « كانت الصلاة تقام لرسول الله صلى الله عليه وسلم فيأخذ الناس مصافهم قبـل أن يقوم مقامه » قلنا : معناه أنهم كانوا يقومون اذا رأوه قد خرج قبل وصوله مقامه يدل عليه حديث جابر بن سمرة رضى الله عنهما قال : « كان بلال يؤذن اذا دحضت ولا يقيم حتى يخرج النبى صلى الله عليه وسلم فاذا خرج أقام الصلاة حين يراه » . فان قيـل : ففى صحيح مسلم عن أبى هريرة قال : « أقيمت الصلاة فقمنا فعدلنا الصفوف قبل أن يخرج الينا رسول الله صلى الله عليـه وسلم فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى اذا أقام فى مصلاه » وذكر الحديث قلنا : هذا محمول على أنه كان فى بعض الأوقات ، وكان الغالب ما فى حديث جابر بن سمرة أو أنه أراد بقوله (قبل أن يخرج الينا) أى قبل أن يصلنا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والقيام فرض فى الصلاة المفروضة لما روى عمران بن الحصين (رضى الله عنه) ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « صل قائما فان لم تستطع فقاعدا ، فان لم تستطع فعلى جنب» واما فى النافلة فليس بفرض لأن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يتنفل على الراحلة وهو قاعد » ولأن النوافل تكثر ، فلو وجب فيها القيام شق وانقطعت النوافل) .

(الشرح) حديث عمران رضى الله عنه رواه البخارى بلفظه [1] وحصين صحابى على المشهور ، وقيل : لم يسلم ، كنية عمران أبو نجيد بضم النون أسلم عام خيبر وهو خزاعى نزل البصرة وولى قضاءها ، ثم استقال فأقيل ، وتوفى بها سنة اثنتين وخمسين ، وأما حديث تنفل النبى صلى الله عليه وسلم على الراحلة فثابت رواه البخارى ومسلم من رواية ابن عمر وجابر وأنس وعامر بن ربيعة رضى الله عنهم .

(اما حكم المسالة) فالقيام فى الفرائض فرض بالاجماع لا تصح الصلاة من القادر عليه الا به حتى قال أصحابنا : لوقال مسلم : أنا استحل القعود فى الفريضة بلا عذر أو قال : القيام فى الفريضة ليس بفرض كفر الا أن يكون قريب عهد باسلام .

(فرع) فى مسائل تتعلق بالقيام (احداها) قال أصحابنا : يشترط فى القيام الانتصاب ، وهل يشترط الاستقلال بحيث لا يستند ؟ فيه أوجه أصحها ، وبه قطع أبو على الطبرى فى الافصاح والبغوى وآخرون وصححه القاضى أبو الطيب فى تعليقه والرافعى لا يشترط ، فلو استند الى جدار أو انسان أو اعتمد على عصا بحيث لو رفع السناد لسقط صحت صلاته مع الكراهة لأنه يسمى قائما ، والثانى : يشترط ولا تصح مع الاستناد فى حال القدرة بحال حكاه القاضى أبو الطيب عن ابن القطان ، وبه قطع امام الحرمين والغزالى . والثالث : يجوز الاستناد ان كان بحيث لو رفع السناد لم يسقط والا فلا . هذا فى استناد لا يسلب اسم القيام ، فان استند متكئا بحيث لو رفع عن الأرض قدميه لأمكنه البقاء لم تصح صلاته بلا خلاف لأنه ليس بقائم ، بل معلق نفسه بشىء فلو لم يقدر على الاستقلال فوجهان ، الصحيح :

---

(1) والحصين هو ابن عبيد بن خلف بن عبيد بن نهم بن حذيفة وينتهى الى عمرو الخزاعى قال ابن الأثير : مختلف فى صحبته واسلامه ثم ساق بالاسناد اخبرنا اسماعيل بن عبيد الله وغير واحد باسنادهم الى محمد بن عيسى حدثنا احمد بن منيع اخبرنا ابو معاوية عن شعيب بن شبة عن الحسن عن عمران بن حصين قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لابى : ياحصين كم تعبد اليوم الها ؟ قال : سبعة ستة فى الارض وواحد فى السماء قال : فايهم تعبد لرغبتك ورهبتك ؟ قال : الذى فى السماء قال : ياحصين اما انك لو اسلمت لعلمتك كلمتين ينفعانك قال : فلما أسلم قال : يارسول الله علمنى الكلمتين اللتين وعدتنى قال : قل : « اللهم الهمنى رشدى واعذنى من شر نفسى » (ط) .

أنه يجب أن ينتصب متكئا لأنه قادر على الانتصاب ، والثـانى : لا يلزمه الانتصاب ، بل له الصلاة قاعدا •

أما الانتصاب المشروط فالمعتبر فيه نصب فقار الظهر ، وليس للقادر أن يقف مائلا الى أحد جانبيه زائلا عن سنن القيام ولا أن يقف منحنيا فى حد الراكعين فان لم يبلغ انحناؤه حد الراكعين ، لكن كان اليه أقرب فوجهـان أصحهما لا تصح صلاته لأنه غير منتصب ، والثانى : تصح لأنه فى معنـاه ، ولو أطرق رأسه بغير انحناء صحت صلاته بلا خلاف ، لأنه منتصب ولو لم يقدر على النهوض الا بمعين ، ثم اذا نهض لا يتأذى بالقيام لزمه الاستعانة اما بمتبرع واما بأجرة المثل ان وجدها هذا كله فى القادر على الانتصـاب • فأما العاجز كمن تقوس ظهره لزمانة أو كبر ، وصار فى حد الراكعين فيلزمه القيام فاذا أراد الركوع زاد فى الانحناء ان قدر عليه هذا هو الصحيح ، وبه قطع العراقيون والمتولى والبغوى ونص عليه الشافعى ، قال الرافعى : هـو المذهب ، ونقله ابن كج عن نص الشافعى • وقال امام الحرمين والغزالى : يلزمه أن يصلى قاعدا قالا : فان قدر عند الركوع على الارتفـاع الى حد الراكعين لزمه ، والمذهب الأول ، لأنه قادر على القيام ، ولو عجز عن الركوع والسجود دون القيام لعلة بظهره تمنع الانحناء لزمه القيام ، ويأتى بالركوع والسجود بحسب الطـاقة ، فيحنى صلبه قدر الامكان ، فان لم يطق حتى رقبته ورأسه ، فان احتاج فيه الى شىء يعتمد عليه أو ليميل الى جنبه لزمه ذلك فان لم يطق الانحناء أصلا أومأ اليهما ولو أمكنه القيام والاضطجاع دون القعود ، قال البغوى : يأتى بالقعود قائما لأنه قعود وزيادة •

وسيأتى ان شاء الله تعالى بيان مسائل العجز عن القيام وفروعها فى باب صلاة المريض حيث ذكرها المصنف رحمه الله •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى الاعتماد على شىء فى حال القيام : قد ذكرنا تفصيل مذهبنا ، قال القاضى عياض فى مسائل قيام الليل فى شرح مسلم: اختلف السلف فى جواز التعلق بالحبال ونحوها فى صلاة النفل لطولها فنهى عنه أبو بكر الصديق وحذيفة رضى الله عنهما ، ورخص فيه آخرون قال : وأما الاتكاء على العصى فجائز فى النوافل باتفاقهم الا ما حكى عن ابن سيرين من

كراهته ، وقال مجاهد : ينقص من أجره بقـدره ، قال : وأما فى الفرائض فمنعه مالك والجمهور ، وقالوا من اعتمد على عصا أو حائط ونحوه بحيث يسقط لو زال لم تصح صلاته قال : وأجاز ذلك أبو ذر وأبو سعيد الخدرى وجماعة من الصحابة والسلف قال : وهذا اذا لم يكن ضرورة فان كانت جاز وكان أفضل من الصلاة جالسا والله أعلم .

(المسألة الثانية) لو قام على احدى رجليه صحت صلاته مع الكراهة ، فان كان معذورا فلا كراهة ويكره أن يلصق القدمين ، بل يستحب التفريق بينهما ، ويكره أن يقدم احداهما على الأخرى ويستحب أن يوجه أصابعهما الى القبلة .

(فـرع) فى الترويح بين القدمين فى القيـام ، قال ابن المنذر : قال مالك وأحمد واسحاق : لا بأس به ، قال : وبه أقول وهذا أيضـا مقتضى مذهبنا .

(الثالثة) تطويل القيام أفضل من تطويل الركوع والسجود لحـديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل أى الصلاة أفضل ؟ قال « طول القنوت » رواه مسلم ، والمراد من القنوت القيام ، وتطويل السجود أفضل من تطويل باقى الأركان غير القيام لحديث أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « أقرب ما يكون العبد من ربه وهو ساجد » رواه مسلم .

وقال جماعة من العلماء : تطويل السجود وتكثير الركوع والسـجود أفضل من تطويل القيام ، حكاه الترمذى والبغوى فى شرح السنة لقوله صلى الله عليه وسلم : « أقرب ما يكون العبد من ربه وهو ساجد » وقوله صلى الله عليه وسلم : « عليك بكثرة السجود » رواه مسلم .

وقال بعض أصحابنا به ، وتوقف أحمد بن حنبل فى المسألة ، ولم يقض فيها بشىء ؛ وقال اسحاق بن راهويه : أما فى النهار فتكثير الركوع والسجود أفضل ، وأما بالليل فتطويل القيام أفضل الا أن يكون للرجل جزء بالليـل يأتى عليه فتكثير الركوع والسجود أفضل لأنه يقرأ جزءه ويربح كثرة الركوع والسجود قال الترمذى : انما قال اسحاق هذا لأنهم وصفوا صلاة النبى صلى

الله عليه وسلم بالليل بطول القيام ولم يوصف من تطويله بالنهار ما وصف بالليل • دليلنا على تفضيل اطالة القيام حديث « أفضل الصلاة طول القنوت » ولأن المنقول عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه « كان يطول القيام أكثر من الركوع والسجود » ولأن ذكر القيام القراءة وهى أفضل من ذكر الركوع والسجود •

(الرابعة) والواجب من القيام قدر قراءة الفاتحة ولا يجب ما زاد ، والواجب من الركوع والسجود قدر أدنى طمأنينة ولا يجب ما زاد ، فلو زاد فى القيام والركوع والسجود على ما يجزئه فهل يقع الجميع واجبا أم الواجب ما يجزئه والباقى تطوع ؟ فيه وجهان مشهوران للخراسانيين ، والأصح أن الجميع يقع واجبا وبه قطع الشيخ أبو محمد فى كتابه التبصرة ، وهما مثل الوجهين فى مسح كل الرأس وفى البعير المخرج فى الزكاة عن خمس ، وفى البدنة المضحى بها بدلا عن شاة منذورة قال صاحب التتمة : والوجهان مبنيان على أن الوقص فى الزكاة عفو أم يتعلق به الفرض ؟ وفيه قولان وتظهر فائدة الخلاف فى القيام والركوع والسجود ومسح الرأس فى تكثير الثواب فان ثواب الفرض أكثر من ثواب التطوع ، وفى الزكاة فى الرجوع عند التعجيل وفى البدنة فى الأكل منها • وقد سبق بيان هذه المسائل فى مسألة مسح الرأس •

(الخامسة) لو جلس للغزاة رقيب يرقب العدو فأدركته الصلاة ، ولو قام لرآه العدو ، أو جلس الغزاة فى مكمن ولو قاموا رآهم العدو وفسد التدبير ، فلهم الصلاة قعودا وتجب الاعادة لندوره • وقال المتولى فى غير الرقيب : ان خاف لو قام أن يقصده العدو صلى قاعدا أجزأته على الصحيح • قال : ولو صلى الكمين فى وهدة قعودا ففى صحتها قولان ، قلت أصحهما وجوب الاعادة •

(السادسة) يجوز فعل النافلة قاعدا مع القدرة على القيام بالاجماع ، ودليله الأحاديث الصحيحة التى ذكرناها وغيرها مما هو مشهور فى الصحيح ، لكن ثوابها يكون نصف ثواب القائم ، لحديث عمران بن حصين رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من صلى قائما فهو أفضل ،

ومن صلى قاعدا فله نصف أجر القائم ومن صلى نائما فله نصف أجر القاعد » رواه البخارى ، والمراد بالنائم المضطجع ولو تنفل مضطجعا بالايماء بالرأس مع قدرته على القيام والقعود فوجهان .

(أحدهما) لا تصح صلاته لأنه يذهب صورتها بغير عذر ، وهذا أرجحهما عند امام الحرمين (والثانى) وهو الصحيح : صحتها لحديث عمران، ولو صلى النافلة قاعدا أو مضطجعا للعجز عن القيام والقعود فثوابه ثواب القيام بلا خلاف كما فى صلاة الفرض قاعدا أو مضطجعا للعجز ، فان ثوابها ثواب القائم بلا خلاف ، والحديث ورد فيمن يصلى النفل قاعدا أو مضطجعا مع قدرته على القيام ، يستوى فيما ذكرناه جميع النوافل المطلقة والراتبة وصلاة العيد والكسوف والاستسقاء وحكى الخراسانيون وجها أنه لايجوز العيد والكسوف والاستسقاء قاعدا مع القدرة كالفرائض ، وبه قطع ابن كج ، وهذا شاذ ضعيف .

وأما الجنازة فسبق فى باب التيمم بيان نصوص الشافعى وطرق الأصحاب فيها والمذهب أنها لا تصح قاعدا مع القدرة ، لأن القيام معظم أركانها . والثانى : يجوز والثالث : ان تعينت لم يجز والا جاز . قال الرافعى : اذا جوزنا الاضطجاع فى النفل مع قدرته فهل يجزىء الاقتصار على الايماء بالركوع والسجود ؟ أم يشترط أن يركع ويسجد كالقاعد ؟ فيه وجهان أصحهما الثانى . قال امام الحرمين : عندنا أن من جوز الاضطجاع لا يجوز الاقتصار فى الأركان الذكرية كالتشهد والتكبير وغيرهما على ذكر القلب ، وهذا الذى قاله امام الحرمين لابد منه فلا يجزى ذكر القلب قطعا ، لأنه حينئذ لا يبقى للصلاة صورة أصلا ، وانما ورد الحديث بالترخيص فى القيام والقعود، فيبقى ما عداهما على مقتضاه والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ثم ينوى والنية فرض من فروض الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم « انما الأعمال بالنيات ولكل امرىء ما نوى » ولانها قربة محضة فلم تصح من غير نية كالصوم ومحل النية القلب ، فان نوى بقلبه دون لسانه أجزأه . ومن اصحابنا من قال : ينوى بالقلب ويتلفظ باللسان ، وليس بشىء لأن النية هى القصد بالقلب) .

(**الشرح**) حديث « انما الأعمال بالنيات » رواه البخارى ومسلم من رواية عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وسبق بيانه فى أول نية الوضوء .

وقوله « قربة محضة » فلم يصح من غير نية كالصوم ، انما قاس عليه لأنه ورد فيه نص خاص « لا صيام لمن لم يجمع الصيام من الليل » وهذا القياس ينتقض بازالة النجاسة فانها قربة محضة ، فكان ينبغى أن يقول طريقها الأفعال كما قاله فى نية الوضوء ليحترز عن ازالة النجاسة .

(**أما حكم المسالة**) فالنية فرض لا تصح الصلاة الا بها ، ونقل ابن المنذر فى كتابه الاشراف وكتاب الاجماع والشيخ أبو حامد الاسفراييني والقاضى أبو الطيب وصاحب الشامل ومحمد بن يحيى وآخرون اجماع العلماء على أن الصلاة لا تصح الا بالنية . وحكى صاحب البيان رواية عن أحمد ليست بصحيحة [1] عنه أنه ينظر أوجبها فان نوى بقلبه ولم يتلفظ بلسانه أجزأه على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وفيه الوجه الذى ذكره المصنف وذكره غيره . وقال صاحب الحاوى : هو قول أبى عبد الله الزبيرى أنه لا يجزئه حتى يجمع بين نية القلب وتلفظ اللسان ، لأن الشافعى رحمه الله قال فى الحج : اذا نوى حجا أو عمرة أجزأ ، وان لم يتلفظ وليس كالصلاة لا تصح الا بالنطق . قال أصحابنا : غلط هذا القائل ، وليس مراد الشافعى بالنطق فى الصلاة هذا ، بل مراده التكبير ولو تلفظ بلسانه ولم ينو بقلبه لم تنعقد صلاته بالاجماع فيه . كذا نقل أصحابنا بالاجماع فيه . ولو نوى بقلبه صلاة الظهر وجرى على لسانه صلاة العصر انعقدت صلاة الظهر .

(**فرع**) اختلف أصحابنا فى النية هل هى فرض أم شرط ؟ فقال المصنف والأكثرون : هى فرض من فروض الصلاة وركن من أركانها ، كالتكبير والقراءة والركوع وغيرها ، وقال جماعة : هى شرط كاستقبال القبلة والطهارة . وبهذا قطع القاضى أبو الطيب فى تعليقه وابن الصباغ واختاره

---

(١) هكذا بالأصل والعبارة ركيكة وغامضة ومذهب احمد كما فى المغنى . أن النية هى القصد ومحلها القلب وان تلفظ بها كان توكيدا فان كانت الصلاة مكتوبة لزمه نية الصلاة بعينها ظهرا او عصرا أو غيرهما فيحتاج الى نية شيئين الفصل والتعيين قال : واختلف اصحابنا فى الفرضية فقال بعضهم لا يحتاج اليها لان التعيين يغنى عنها : ثم ساق اختلاف اصحاب احمد وخلص الى وجوب التعيين (ط) .

الغزالى وحكاه الشيخ أبو حامد فى تعليقه فى أول باب ما يجزىء من الصلاة ، وقال ابن القاص والقفال : استقبال القبلة ركن ، والصحيح المشهور أنه شرط لا ركن ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجب أن تكون النية مقارنة للتكبير لأنه أول فرض من فروض الصلاة فيجب أن تكون [النية] مقارنة له) .

(الشرح) قال الشافعى رحمه الله فى المختصر (واذا أحرم نوى صلاته فى حال التكبير لا بعده ولا قبله) ونقل الغزالى وغيره النص بعبارة أخرى فقالوا : قال الشافعى (ينوى مع التكبير لا قبله ولا بعده) . قال أصحابنا : يشترط مقارنة النية مع ابتداء التكبير ، وفى كيفية المقارنة وجهان (أحدهما) يجب أن يبتدىء النية بالقلب مع ابتداء التكبير باللسان ويفرغ منها مع فراغه منه ، وأصحهما لا يجب ، بل لا يجوز لئلا يخلو أول التكبير عن تمام النية ، فعلى هذا وجهان (أحدهما) وهو قول أبى منصور بن مهران شيخ أبى بكر الأودنى : يجب أن يقدم النية على أول التكبير بشىء يسير لئلا يتأخر أولها عن أول التكبير (والثانى) وهو الصحيح عند الأكثرين لا يجب ذلك ، بل الاعتبار بالمقارنة وسواء قدم أم لم يقدم ويجب استصحاب النية الى انقضاء التكبير على الصحيح ، وفيه وجه ضعيف أنه لا يجب . واختار امام الحرمين والغزالى فى البسيط وغيره أنه لا يجب التدقيق المذكور فى تحقيق مقارنة النية ، وأنه تكفى المقارنة العرفية العامية بحيث يعد مستحضرا لصلاته غير غافل عنها ، اقتداء بالأولين فى تسامحهم فى ذلك ، وهذا الذى اختاراه هو المختار والله أعلم .

قال أصحابنا : والنية هى القصد فيحضر فى ذهنه ذات الصلاة وما يجب التعرض له من صفاتها ، كالظهرية والفرضية وغيرهما ، ثم يقصد هذه العلوم [1] قصدا مقارنا لأول التكبير ، ويستصحبه حتى يفرغ التكبير ، ولا يجب استصحاب النية بعد التكبير ، ولكن يشترط أن لا يأتى بمناقض لها ، فلو نوى فى أثناء صلاته الخروج بطلت صلاته . وقال أبو حنيفة وأحمد : يجوز أن تتقدم النية على التكبير بزمان يسير بحيث لا يعرض شاغل عن

---

(1) كذا بالطبعتين ش و ق ولعل الصواب (لم يقصد هذا العموم) .

الصلاة ، وقال : يجب أن تتقدم النية على التكبير ويكبر عقبها بلا فصل ولا يجب فى حال التكبير • وقال أبو يوسف وغيره من أصحاب أبى حنيفة : اذا خرج من منزله قاصدا صلاة الظهر مع الامام فانتهى اليه وهو فى الصلاة فدخل معه فيها ولم يحضره أنها تلك الصلاة أجزأه •

(**فرع**) قال الشيخ أبو حامد فى تعليقه فى هذا الموضع : قال الشافعى فى الكفارة : وينوى مع التكفير أو قبله • قال فمن أصحابنا من قال : يجب أن ينوى فى الكفارة مع التكفير كالصلاة • قال : وقول الشافعى: أو قبله يعنى أو قبيله ، ويستدعى ذكر النية حتى يكون ذاكرا لها حال التكفير • ومن أصحابنا من قال : يجوز تقديم النية قبل التكفير ، وفرق بينها وبين الصلاة بثلاثة أشياء (أحدها) أن نية الصلاة آكد ، ولهذا يشترط تعينها بخلاف الكفارة (والثانى) أن الكفارة والزكاة تدخلهما النيابة فتدعو الحاجة الى تقديم نيتهما بخلاف الصلاة (الثالث) أن الزكاة والكفارة يجوز تقديمهما على وجوبهما فجاز تقديم النية بخلاف الصلاة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان كانت فريضة لزمه تعيين النية فينوى الظهر أو العصر لتتميز عن غيرها وهل تلزمه نية الفرض ؟ فيه وجهان ؛ قال أبو اسحاق : يلزمه لتتميز عن ظهر الصبى ، وظهر من صلى وحده ، ثم ادرك جماعة فصلاها معهم ، وقال ابو على ابن ابى هريرة يكفيه نية للظهر والعصر ، لأن الظهر والعصر لا يكونان فى حق هذا الا فرضا ولا يلزمه ان ينوى الأداء أو القضاء ، ومن اصحابنا من قال : يلزمه نية القضاء ، والأول هو المنصوص ، فان قال فيمن صلى يوم الغيم بالاجتهاد فوافق ما بعد الوقت : انه يجزيه ، وان كان عنده انه يصليها فى الوقت ، وقال فى الأسير : اذا اشتبهت عليه الشهور فصام يوما (١) بالاجتهاد فوافق رمضان أو ما بعده انه يجزيه • وان كان عنده انه يصوم فى شهر رمضان) •

(**الشرح**) اذا أراد فريضة وجب قصد أمرين بلا خلاف (أحدهما) فعل الصلاة تمتاز عن سائر الأفعال ولا يكفى احضار نفس الصلاة بالبال غافلا عن الفعل (والثانى) تعيين الصلاة المأتى بها هل هى ظهر أم عصر أو غيرهما ، فلو نوى فريضة الوقت فوجهان حكاهما الرافعى ، أحدهما يجزيه لأنها هى

---

(١) فى بعض النسخ (فصام يوما بالاجتهاد فوافق رمضان الخ) « ظ » .

الظهر مثلا ، وأصحهما لا يجزيه لأن الفائتة التى يتذكرها تشاركها فى كونها فريضة الوقت ، ولو نوى فى غير الجمعة الجمعة بدلا عن الظهر لم تصح صلاته ، هذا هو الصواب الذى قطع به الأصحاب ، وحكى الرافعى وجها أنها تصح ويحصل له الظهر ، وهو غلط ظاهر • ولا تصح الجمعة بنية مطلق الظهر ، ولا تصح بنية الظهر المقصورة ان قلنا : انها صلاة بحيالها ، وان قلنا انها ظهر مقصورة صحت •

واختلفوا فى اشتراط أمور (أحدها) الفريضة وفيها الوجهان اللذان حكاهما المصنف ، الأصح عند الأكثرين اشتراطها ، سواء كانت قضاء أم أداء ، وممن صححه الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والبغوى • قال الرافعى : وسواء كان الناوى بالغا أو صبيا وهذا ضعيف ، والصواب أن الصبى لا يشترط فى حقه نية الفريضة وكيف ينوى الفريضة وصلاته لا تقع فرضا ، وقد صرح بهذا صاحب الشامل وغيره (الثانى) الاضافة الى الله تعالى بأن يقول : لله أو فريضة الله ، ولا يشترط ذلك على أصح الوجهين ، وقد سبق بيانهما فى باب نية الوضوء ، وحكى امام الحرمين الاشتراط عن صاحب التلخيص وغيره (الثالث) القضاء والأداء وفيهما أربعة أوجه ، أصحها : لا يشترطان لما ذكره المصنف • والثانى : يشترطان ، وهذا القائل يجيب عن نص الشافعى فى المصلى فى الغيم أو الأسير بأنهما معذوران ؛ والثالث : يشترط نية القضاء دون الأداء ، حكاه المصنف وغيره ، لأن الأداء يتميز بالوقت بخلاف القضاء، والرابع ان كان عليه فائتة اشترط نية الأداء والا فلا ، وبه قطع صاحب الحاوى أما اذا كان عليه فائتة أو فوائت فلا خلاف أنه لا يشترط أن ينوى ظهر يوم الخميس مثلا بل يكفيه نية الظهر ، والظهر الفائتة اذا اشترطنا نية القضاء •

قال القاضى أبو الطيب وصاحب الشامل وغيرهما : لو ظن أن وقت الصلاة قد خرج فصلاها بنية القضاء فبان أنه باق أجزأته بلا خلاف ، وقد نص الشافعى على أنه لو صلى يوم الغيم بنية الأداء وهو يظن بقاء الوقت فبان وقوع الصلاة خارج الوقت أجزأته ، واستدلوا به على أن نية القضاء ليست بشرط ، هذا كلام الأصحاب فى المسألة • وقال الرافعى : الأصح أنه لا يشترط نية القضاء والأداء ؛ بل يصح الأداء بنية القضاء وعكسه هذا

كلامهم •قال الرافعى : لك أن تقول : الخلاف فى اشتراط نية الأداء فى الأداء ونية القضاء فى القضاء ظاهر• أما الخلاف فى صحة القضاء بنية الأداء وعكسه فليس بظاهر ، لأنه ان جرت هذه النية على لسانه أو فى قلبه ولم يقصد حقيقة معناها فينبغى أن تصح بلا خلاف ، وان قصد معناها فينبغى أن لاتصح بلا خلاف لتلاعبه ، هـذا كلام الرافعى وهـذا الالزام الذى ذكره حكمه صحيح • وقد صرح الأصحاب بأن من نوى الأداء الى وقت القضـاء عالما بالحـال لم تصح صـلاته بلا خلاف ، ممن نقله امام الحرمين فى مواقيت الصلاة ، ولكن ليس هو مراد الأصحاب بقولهم : القضاء بنية الأداء وعكسه بل مرادهم من نوى ذلك وهو جاهل الوقت لغيم ونحوه كما فى الصورتين السابقتين عن القاضى أبى الطيب ونص الشافعى والله أعلم • (الرابع) نية استقبال القبلة وعدد الركعات ليس بشرط على المذهب ، وبه قطع الجمهور، وفيه وجه أنه يشترط وهو غلط صريح لكن لو نوى الظهر خمسا أو ثلاثا لا تنعقد صلاته لتقصيره •

(فـرع) قال البندنيجى وصاحب الحاوى : العبادات ثلاثة اضرب (أحدها) يفتقر الى نية الفعل دون الوجوب والتعيين وهو الحج والعمرة والطهارة لأنه لو نوى نفلا فى هذه المواضع وقع عن الواجب (والثانى) يفتقر الى نية الفعل والوجوب دون التعيين ، وهـو الزكاة والكفارة (والثالث) يفتقر الى نية الفعل والوجوب والتعيين وهو الصـلاة والصيام ، وفى نيـة الوجوب وجهان •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كانت الصلاة سنة راتبة كالوتر وسنة الفجر لم تصح حتى تعين النية لتتميز عن غيرها ، وان كانت نافلة غير راتبة أجزأته نية الصلاة) •

(الشرح) قال أصحابنا : النوافل ضربان (أحدهما) ما لها وقت أو سبب كسنن المكتوبات والضحى والوتر والكسوف والاستسقاء والعيـد وغيرها فيشترط فيها نية فعل الصلاة والتعيين ، فينوى مثلا صلاة الاستسقاء والخسوف وعيد الفطر أو الأضحى أو الضحى ونحوها ، وفى الرواتب تعين بالاضافة فينوى سنة الصبح أو سنة الظهر التى قبلها أو التى بعدها أو سنة العصر • وحكى الرافعى وجها ضعيفا وهو اختيار صاحب الشامل أنه يكفى

فى الرواتب سوى سنة الصبح نية أصل الصلاة لتأكد سنة الصبح فالتحقت بالفرائض • وأما الوتر فينوى سنة الوتر ولا يضيفها الى العشاء لأنها مستقلة ، فان أوتر بأكثر من ركعة نوى بالجميع الوتر ان كان بتسليمة ، وان كان بتسليمات نوى بكل تسليمة ركعتين من الوتر ، وقيل : ينوى بما قبل الأخير صلاة الليل ، وقيل : ينوى به سنة الوتر ؛ وقيل مقدمة الوتر ، وهذه الأوجه فى الأفضل والأولوية دون الاشتراط والصحيح الأول •

(الضرب الثانى) النوافل المطلقة فيكفى فيها نية فعل الصلاة فقط ، ونقل الرافعى فى اشتراط نية النفلية فى الضرب الأول وجهين ، قال : ولم يذكر وجهها فى الضرب الثانى ، قال : ويمكن أن يقال بجريانهما (قلت) الصواب أنه لا تشترط النفلية فى الأول ولا فى الثانية لعدم المعنى الذى علل به الاشتراط فى الفريضة وهذا هو المشهور فى كتب الأصحاب والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان احرم ثم شك هل نوى ؟ ثم ذكر أنه نوى [فان (١) كان] قبل ان يحدث شيئا من افعال الصلاة أجزاه ، وان ذكر ذلك بعد ما فعل شيئا من ذلك بطلت صلاته لانه فعل [ذلك] هو شاك فى صلاته) •

(الشرح) اذا شك هل نوى أم لا ؟ أو هل أتى ببعض شروط النية أم لا وهو فى الصلاة ؟ فينبغى له أن لا يفعل شيئا فى حال الشك ، فان تذكر أنه أتى بكمالها قبل أن يفعل شيئا على الشك وقصر الزمان لم تبطل صلاته بلا خلاف ، وان طال بطلت على أصح الوجهين لانقطاع نظمها ، حكى الوجهين الخراسانيون وصاحب الحاوى • وان تذكر بعد أن أتى مع الشك بركن فعلى كركوع أو سجود أو اعتدال بطلت صلاته بلا خلاف لما ذكره المصنف ، وان أتى بركن قولى كالقراءة والتشهد بطلت أيضا على أصح الوجهين وهو المنصوص فى الأم ، وبه قطع العراقيون كالفعلى • والثانى : لا تبطل ، وبه قطع الغزالى لأن تكريره لا يخل بصورة الصلاة ، قال صاحب الحاوى : لو شك هل نوى ظهرا أو عصرا ؟ لم يجزئه عن واحدة منهما ، فان تيقنها فعلى هذا التفصيل ، قال الغزالى فى البسيط : اذا فعل ركنا فى حال

---

(١) ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق (طـ) •

الشك أطلق الأصحاب بطلان صلاته ، وهذا ظاهر ان فعله مع علمه بحكم المسألة ، فان كان جاهلا فاطلاقهم البطلان مشكل ولا يبعد أن يعذر لجهله (قلت) انما لم يعذروه لأنه مفرط بالفعل فى حال الشك فانه كان يمكنه الصبر بخلاف من زاد فى صلاته ركنا ناسيا فانه لا حيلة فى النسيان .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان نوى الخروج من الصلاة أو نوى انه سيخرج أو شك هل يخرج أم لا بطلت صلاته لأن النية شرط فى جميع الصلاة ، وقد قطع ذلك بما أحدث فبطلت صلاته كالطهارة اذا قطعها بالحدث) .

(الشرح) قال أصحابنا : العبادات فى قطع النية على أضرب :

(الضرب الأول) الاسلام والصلاة فيبطلان بنية الخروج منهما وبالتردد فى أنه يخرج أم يبقى ، وهذا لا خلاف فيه ، والمراد بالتردد : أن يطرأ شك مناقض جزم النية ، وأما ما يجرى فى الفكر أنه لو تردد فى الصلاة كيف يكون الحال ؟ فهذا مما يبتلى به الموسوس فلا تبطل به الصلاة قطعا . قاله امام الحرمين وغيره . قال الامام : وقد يقع ذلك فى الايمان بالله تعالى فلا تأثير له ولا اعتبار به ، ولو نوى فى الركعة الأولى الخروج من الصلاة فى الركعة الثانية ، أو علق الخروج بشىء يوجد فى صلاته قطعا بطلت صلاته فى الحال . هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور وفيه وجه شاذ حكاه امام الحرمين عن الشيخ أبى على السنجى أنها لا تبطل فى الحال ، بل لو رفض هذا التردد قبل الانتهاء الى الغاية المنوية صحت صلاته . ولو علق الخروج بدخول شخص ونحوه مما يحتمل حصوله فى الصلاة وعدمه فوجهان أصحهما : تبطل كما لو دخل فى الصلاة هكذا ، فانها لا تنعقد بلا خلاف وكما لو علق به الخروج عن الاسلام والعياذ بالله تعالى فانه يكفر فى الحال بلا خلاف ، والثانى : لا تبطل فى الحال ، فعلى هذا ان وجدت الصفة وهو ذاهل عن التعليق ففى بطلانها وجهان ، (أحدهما) لا تبطل قاله الشيخ أبو محمد ، لأنه فى الحال غافل ، والنية الأولى لم تؤثر ، (وأصحهما) تبطل ، وبه قطع الشيخ أبو على السنجى والأكثرون .

قال امام الحرمين : ويظهر على هذا أن يقال تبينا بالصفة بطلانها من حين

التعليق ، أما اذا وجدت وهو ذاكر للتعليق فتبطل بلا خلاف ، ولو نوى فى الركعة الأولى أن يتكلم فى الثانية أو يأكل أو يفعل فعلا مبطلا للصلاة لم تبطل فى الحال بلا خلاف ، قال أصحابنا : وهذا مراد الشافعى رحمه الله بقوله : ولا تبطل الصلاة بعمل القلوب ، والفرق بين هذا وبين من نوى تعليق النية أو قطعها فى الركعة الثانية أنه مأمور بجزم النية فى كل صلاته ، وهذا ليس بجازم • وأما من نوى الفعل فالذى يحرم عليه أن يأتى بفعل مناف للصلاة ولم يأت به فاذا أتى به بطلت ، قال أصحابنا : ومثل هذا اذا دخل الامام فى صلاة الخوف بنية أن يصلى بكل فرقة ركعة من الرباعية ، وقلنا : تبطل صلاة الامام فانها لا تبطل فى الحال ، وانما تبطل بالانتظار الثالث على تفصيل فيه معروف فقد نوى فى أول صلاته أن يفعل فى أثنائها فعلا مبطلا ، ولم تبطل فى الحال والله أعلم •

(الضرب الثانى) الحج والعمرة : فاذا نوى الخروج منهما ونوى قطعهما لم ينقطعا بلا خلاف ، ولأنه لا يخرج منهما بالافساد •

(الضرب الثالث) الصوم والاعتكاف فاذا جزم فى أثنائهما بنية الخروج منهما ففى بطلانهما وجهان مشهوران ، وقد ذكرهما المصنف فى بابيهما ، أصحهما لا يبطل كالحج وصحح المصنف فى الصوم البطلان ووافقه عليه كثيرون ولكن الأكثرين قالوا : لا تبطل ، ولو تردد الصائم فى قطع نية الصوم والخروج منه أو علقه على دخول شخص ونحوه فطريقان (أحدهما) على الوجهين فيمن جزم بالخروج منه • (والثانى) ــ وهو المذهب وبه قطع الأكثرون : لا تبطل وجها واحدا •

(الضرب الرابع) الوضوء فان نوى قطعه فى أثنائه لم يبطل ما مضى منه على أصح الوجهين ، ولكن يحتاج الى نية لما بقى ، وان نوى قطعه بعد الفراغ منه لم يبطل على المذهب كما لو نوى قطع الصلاة والصوم والاعتكاف والحج بعد فراغها فانها لا تبطل بلا خلاف وقيل : فى بطلان الوضوء وجهان لأن أثره باق فانه يصلى به بخلاف الصلاة وغيرها ، وقد سبق بيان هذه المسألة مستقصى فى آخر باب نية الوضوء ، وذكرنا هناك مسائل كثيرة تتعلق بالنية فى الصلاة وفى سائر العبادات وبالله التوفيق •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فيمن نوى الخروج من الصلاة : مذهبنا أنها تبطل وبه قال مالك وأحمد ، وقال أبو حنيفة لا تبطل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان دخل فى الظهر ثم صرف النية الى العصر بطل الظهر لانه قطع نيتها ولم يصح العصر لانه لم ينوه عند الاحرام ، وان صرف نية الظهر الى التطوع بطل الظهر لما ذكرناه ، وفى التطوع قولان (أحدهما) : لا تصح لما ذكرناه فى العصر (والثانى) : تصح لأن نية الفرض تتضمن نية النفل بدليل أن من دخل فى الظهر قبل الزوال وهو يظن أنه بعد الزوال كانت صلاته نافلة) .

(الشرح) متى دخل فى فريضة ثم صرف نيته الى فريضة أخرى أو نافلة بطلت التى كان فيها ، ولم يحصل التى نواها بلا خلاف لما ذكره . وفى انقلابها نافلة خلاف ، قال أصحابنا : من أتى بما ينافى الفريضة دون النفلية فى أول فريضة أو أثنائها بطل فرضه ، وهل تبقى صلاته نفلا أم تبطل ؟ فيه قولان اختلف فى الأصح منهما بحسب الصور ، فمنها اذا قلب ظهره الى عصر أو الى نفل بلا سبب أو وجد المصلى قاعدا خفة فى صلاته وقدر على القيام فلم يقم أو أحرم القادر على القيام فى الفرض قاعدا فالأظهر فى هذه المسائل بطلان الصلاة . ومنها لو أحرم بالظهر قبل الزوال ــ فان كان عالما بحقيقة الحال ــ فالأصح البطلان لأنه متلاعب ، وان جهل وظن دخول الوقت فالصحيح انعقادها نفلا ، وبه قطع المصنف والأكثرون . ومنها لو وجد المسبوق الامام راكعا فأتى بتكبيرة الاحرام أو بعضها فى الركوع لا ينعقد فرضا بلا خلاف ، فان كان عالما بتحريمه فالأصح بطلانها . والثانى : تنعقد نفلا ، وان لم يعلم تحريمها فالأصح انعقادها نفلا وهو المنصوص فى الأم ، وبه قطع الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب فى تعليقهما . ومنها لو أحرم بفريضة منفردا ، ثم أقيمت جماعة فسلم من ركعتين ليدركها ، الأصح : صحتها ، والثانى : تبطل ، ومنها لو شرعوا فى صلاة الجمعة فى وقتها ، ثم خرج الوقت وهم فيها فالمذهب أنهم يتمونها ظهرا وتجزيهم ، وقطع بهذا المصنف والعراقيون . وعند الخراسانيين قولان أصحهما هذا ، والثانى : لا تجزيهم عن الظهر بل يجب استئناف الظهر ، فعلى هذا هل ينقلب نفلا أم تبطل ؟ فيه القولان أصحهما تنقلب نفلا .

(فـرع) فى مسائل تتعلق بالنية

(احداها) لو عقب النية بقوله : ان شاء الله بقلبه أو لسانه ــ فان قصد به التبرك ووقوع الفعل بمشيئة الله تعالى ــ لم يضره ، وان قصد به التعليق أو الشك لم يصح • ذكره الرافعى (الثانية) لو صلى الظهر والعصر ثم تيقن أنه ترك النية فى احداهما وجهل عينها لزمه اعادتهما جميعا (الثالثة) لو قال له انسان : صل الظهر لنفسك ولك على دينار فصلاها بهذه النية أجزأته صلاته ولا يستحق الدينار • ذكروه فى كتاب الكفارات فى مسألة من أعتق عن الكفارة عبدا بعوض ، ويقرب منه من صلى وقصد دفع غريمه عنه فى ضمن الصلاة صحت صلاته • ذكره ابن الصباغ • وقد سبقت المسألة فى نية الوضوء •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ثم يكبر والتكبير للاحرام فرض من فروض الصلاة لما روى عن على كرم الله وجهه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « مفتاح الصلاة الوضوء وتحريمها التكبير وتحليلها التسليم ») •

(الشرح) هذا الحديث رواه أبو داود والترمذى وغيرهما باسناد صحيح ، الا أن فيه عبد الله بن محمد بن عقيل • قال الترمذى : هذا الحديث أصح شىء فى هذا الباب وأحسنه ، قال : وعبد الله بن محمد بن عقيل صدوق ، وقد تكلم فيه بعض أهل العلم من قبل حفظه ، قال : وسمعت البخارى يقول : كان أحمد واسحاق والحميدى يحتجون بحديثه ، وانما سمى الوضوء مفتاحا لأن الحدث مانع من الصلاة كالغلق على الباب يمنع من دخوله الا بمفتاح ، وقوله صلى الله عليه وسلم : (وتحريمها التكبير) • قال الأزهرى أصل التحريم من قولك : حرمت فلانا كذا أى منعته ، وكل ممنوع فهو حرام وحرم ، فسمى التكبير تحريما لأنه يمنع المصلى من الكلام والأكل وغيرهما •

(أما حكم المسألة) فتكبيرة الاحرام ركن من أركان الصلاة لا تصح الا بها • هذا مذهبنا ومذهب مالك وأحمد وجمهور السلف والخلف •

وحكى ابن المنذر وأصحابنا عن الزهرى أنه قال تنعقد الصلاة بمجرد

النية بلا تكبير ، قال ابن المنذر : ولم يقل به غير الزهرى • وحكى أبو الحسن الكرخى عن ابن علية والأصم كقول الزهرى • وقال الكرخى من أصحاب أبى حنيفة : تكبيرة الاحرام شرط لا تصح الصلاة الا بها ، ولكن ليست من الصلاة بل هى كستر العورة • ومنهم من حكاه عن أبى حنيفة ، ويظهر فائدة الخلاف بيننا وبينه فيما لو كبر وفى يده نجاسة ثم ألقاها فى أثناء التكبيرة ، أو شرع فى التكبيرة قبل ظهور زوال الشمس ثم ظهر الزوال قبل فراغها فلا تصح صلاته عندنا فى الصورتين ، وتصح عنده كستر العورة • واحتج للزهرى بالقياس على الصوم والحج ، وللكرخى بقوله تعالى : (وذكر اسم ربه فصلى [1]) فعقب الذكر بالصلاة ، فدل على أنه ليس منها ، وبقوله صلى الله عليه وسلم وتحريمها التكبير ، والاضافة تقتضى أن المضاف غير المضاف اليه ، كدار زيد •

ودليلنا على الزهرى حديث تحريمها التكبير ، وحديث أبى هريرة رضى الله عنه فى المسىء صلاته أن النبى صلى الله عليه وسلم قال له : « اذا قمت الى الصلاة فأسبغ الوضوء ثم استقبل القبلة فكبر ، وذكر الحديث » رواه البخارى ومسلم ، وهذا أحسن الأدلة لأنه صلى الله عليه وسلم لم يذكر له فى هذا الحديث الا الفروض خاصة ، وثبت فى الصحيحين عن جماعات من الصحابة رضى الله عنهم أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يكبر للاحرام »•

وثبت فى صحيح البخارى عن مالك بن الحويرث ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « صلوا كما رأيتمونى أصلى » وهذا مقتضى وجوب كل ما فعله النبى صلى الله عليه وسلم الا ما خرج وجوبه بدليل كرفع اليدين ونحوه • فان قيل : المراد ما يرى وهى الأفعال دون الأقوال ، فأجاب القاضى أبو الطيب وغيره بجوابين :

(أحدهما) أن المراد رؤية شخصه صلى الله عليه وسلم وكل شىء فعله صلى الله عليه وسلم أو قاله وجب علينا مثله •

(الثانى) ان المراد بالرؤية العلم ، أى صلوا كما علمتمونى أصلى •

---

(١) الآية ١٥ من سورة الأعلى •

والجواب عن قياسه على الصوم والحج أنهما ليسا مبنيين على النطق بخلاف الصلاة ، ودليلنا على الكرخى حديث معاوية بن الحكم أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ان هذه الصلاة لا يصلح فيها شىء من كلام الناس ، وانما هو التسبيح والتكبير وقراءة القرآن » رواه مسلم ، فان قالوا : المراد به تكبيرات الانتقالات ، فجوابه من وجهين (أحدهما) انه عام ولا يقبل تخصيصه الا بدليل (والثانى) أن حمله على تكبيرة لابد منها بالاتفاق أولى من تكبيرة لا تجب ، والجواب عن قوله تعالى : (وذكر اسم ربه فصلى) أنه ليس المراد بالذكر هنا تكبيرة الاحرام بالاجماع قبل خلاف المخالف . والجواب عن قولهم : الاضافة تقتضى المغايرة أن الاضافة ضربان (أحدهما) تقتضى المغايرة كثوب زيد ، (والثانى) تقتضى الجزئية كقوله : رأس زيد ، وصحن الدار ، فوجب حمله على الثانى لما ذكرناه .

(فرع) قد ذكرنا أن تكبيرة الاحرام لا تصح الصلاة الا بها ، فلو تركها الامام أو المأموم سهوا أو عمدا لم تنعقد صلاته ولا تجزىء عنها تكبيرة الركوع ولا غيرها ، هذا مذهبنا ، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد وداود والجمهور . وقالت طائفة : اذا نسيها فيها أجزأته عنها تكبيرة الركوع ، حكاه ابن المنذر عن سعيد بن المسيب والحسن البصرى والزهرى وقتادة والحكم والأوزاعى ، ورواية عن حماد [1] بن أبى سليمان . قال العبدرى وروى عن مالك فى المأموم مثله ، لكنه قال يستأنف الصلاة بعد سلام الامام .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والتكبير أن يقول : الله اكبر ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يدخل به الصلاة وقال صلى الله عليه وسلم « صلوا كما رايتمونى اصلى » فان قال : الله الاكبر أجزأته لأنه أتى بقوله الله أكبر وزاد زيادة لا تحيل المعنى ، فهو كقوله : الله أكبر كبيرا) .

(الشرح) أما قوله ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يدخل فى الصلاة بقوله : الله أكبر فالأحاديث فيه مشهورة . وأما قوله صلى الله عليه وسلم : « صلوا كما رأيتمونى أصلى » فرواه البخارى من رواية مالك بن الحويرث،

---

(١) فى ش وق (حامد بن ابى سليمان) وهو خطأ وانما هو حماد بن ابى سليمان الاشعرى مولاهم ابو اسماعيل الكوفى مات سنة ١٢٠ (ط) .

فان قال : الله أكبر انعقدت صلاته بالاجماع ، فان قال : الله الأكبر انعقدت على المذهب الصحيح ، وبه قطع الجمهور ، وحكى القاضى أبو الطيب وصاحب التتمة وغيرهما قولا أنه لا تنعقد به الصلاة وهو مذهب مالك وأحمد وداود • قال الشافعى والأصحاب : ويتعين لفظ التكبيرة ولا يجزىء ما قرب منها ، كقوله : الرحمن أكبر ، والله أعظم والله كبير ، والرب أكبر وغيرها •

وحكى ابن كج والرافعى وجها أنه يجزيه : الرحمن أكبر أو الرحيم أكبر، وهذا شاذ ضعيف وأما اذا كبر وزاد ما لا يغيره فقال : الله أكبر وأجل وأعظم، والله أكبر كبيرا والله أكبر من كل شىء فيجزيه بلا خلاف لأنه أتى بالتكبير وزاد ما لا يغيره ، ولو قال : الله الجليل أكبر أجزأه على أصح الوجهين ، ويجريان فيما لو أدخل بين لفظتى التكبير لفظة أخرى من صفات الله بشرط أن لا يطول كقوله : الله عز وجل أكبر ، فان طال كقوله : الله الذى لا اله الا هو الملك القدوس أكبر لم يجزئه بلا خلاف ، لخروجه عن اسم التكبير ، ويجب الاحتراز فى التكبير عن الوقفة بين كلمتيه • وعن زيادة تغير المعنى فان وقف أو قال الله أكبر بمد همزة الله أو بهمزتين ، أو قال : الله أكبار أو زاد واوا ساكنة أو متحركة بين الكلمتين لم يصح تكبيره قال الشيخ أبو محمد الجوينى فى التبصرة : ولا يجوز المد الا على الألف التى بين اللام والهاء ولا يخرجها بالمد عن حد الاقتصاد للافراط ، واذا قال : أصلى الظهر مأموما أو اماما الله أكبر فليقطع الهمزة من قوله : الله أكبر ويخففها فلو وصلها فهو خلاف الأولى ، ولكن تصح صلاته ، وممن صرح به [1] •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان قال : اكبر الله ففيه وجهان احدهما يجزيه كما لو قال عليكم السلام فى آخر الصلاة ، والثانى لا يجزيه ، وهو ظاهر قوله فى الأم لأنه ترك الترتيب فى الذكر فهو كما لو قدم آية على آية وهذا يبطل بالتشهد والسلام) •

(الشرح) اذا قال أكبر الله أو الأكبر الله نص الشافعى أنه لا يجزيه ونص أنه لو قال فى آخر الصلاة : عليكم السلام يجزيه فقيل فيهما قولان

---

(١) بياض بالأصل (ش) •

بالنقل والتخريج ، وقال الجمهور يجزيه فى السلام لأنه يسمى تسليما وهو كلام منتظم موجود فى كلام العرب وغيرهم معتاد ولا يجزيه فى التكبير لأنه لا يسمى تكبيرا ، وقيل يجزيه فى قوله الأكبر الله دون أكبر الله والفرق ظاهر، وحكى امام الحرمين هذا عن والده أبى محمد ثم قال وهذا زلل غير لائق بتميزه فى علم اللسان وصحح القاضى أبو الطيب الاجزاء فيهما والمذهب أنه لا يجزيه ثم هذا الذى ذكرناه من التعليل بأنه لا يسمى تكبيرا هو الصواب، وأما تعليل المصنف فضعيف ، وممن قال : الأصح أنه لا يجزيه أكبر الله والأكبر الله صاحب الحاوى ، وحكاه أبو حامد عن ابن سريج وغيره وصححه أيضا القاضى أبو حامد المروروذى وأبو على الطبرى والبندنيجى وامام الحرمين والغزالى فى البسيط .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان كبر بالفارسية وهو يحسن بالعربية لم يجزئه لقوله صلى الله عليه وسلم « صلوا كما رأيتمونى أصلى » وان لم يحسن العربية وضاق الوقت عن ان يتعلم كبر بلسانه لأنه عجز عن اللفظ فأتى بمعناه ، وان اتسع الوقت لزمه ان يتعلم فان لم يتعلم وكبر بلسانه بطلت صلاته لأنه ترك اللفظ (١) مع القدرة عليه) .

(الشرح) هذا الحديث رواه البخارى كما سبق بيانه قريبا ، واذا كبر بغير العربية وهو يحسنها لم تصح صلاته عندنا بلا خلاف فان عجز عن كلمة التكبير أو بعضها فله حالان (أحدهما) أن لا يمكنه كسب القدرة بأن كان به خرس ونحوه وجب أن يحرك لسانه وشفتيه ولهاته بالتكبير قدر امكانه ، وان كان ناطقا لا يطاوعه لسانه لزمه أن يأتى بترجمة التكبير ولا يجزيه العدول الى ذكر آخر ، ثم جميع اللغات فى الترجمة سواء فيتخير بينها ، هكذا قطع به الأكثرون منهم الشيخ أبو حامد والبندنيجى وفيه وجه ضعيف: ان أحسن السريانية أو العبرانية تعينت لشرفها بانزال الكتاب بها وبعدهما الفارسية أولى من التركية والهندية .

وقال صاحب الحاوى : اذا لم يحسن العربية وأحسن الفارسية والسريانية ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يكبر بالفارسية لأنها أقرب اللغات الى

---

(١) فى بعض نسخ المهذب (لانه ترك الفرض) (ط) .

العربية (والثانى) بالسريانية لأن الله تعالى أنزل بها كتابا ولم ينزل بالفارسية، (والثالث) يتخير بينهما قال : فان كان يحسن التركية والفارسية فهل تتعين الفارسية أم يتخير ؟ فيه وجهان ولو كان يحسن النبطية والسريانية فهل تتعين السريانية أم يتخير ؟ فيه وجهان فان كان يحسن التركية والهندية تخير بلا خلاف .

(الحال الثانى) أن يمكنه القدرة بتعلم أو نظر فى موضع كتب عليه لفظ التكبير فيلزمه ذلك لأنه قادر ، ولو كان ببادية أو موضع لا يجد فيه من يعلمه التكبير لزمه المسير الى قرية يتعلم بها على الصحيح ، وفيه وجه أنه لا يلزمه ، بل يجزيه الترجمة كما لا يلزمه المسير الى قرية للوضوء بل له التيمم ، وبهذا قطع صاحب الحاوى . والمذهب الأول وصححه امام الحرمين والغزالى وآخرون ، لأن نفع تعلم التكبير يدوم . ونقل الامام الوجهين فى المسير لتعلم الفاتحة والتكبير ، وقال : عدم الوجوب ضعيف ولا تجوز الترجمة فى أول الوقت لمن أمكنه التعلم فى آخره ، فان لم يجد من يعلمه العربية ترجم ، ومتى أمكنه التعلم وجب ، واذا صلى بالترجمة فى الحال الأول فلا اعادة ، وأما فى الحال الثانى فان ضاق الوقت عن التعلم لبلادة ذهنه أو قلة ما أدركه من الوقت فلا اعادة أيضا ، وان أخر التعلم مع التمكن وضاق الوقت صلى بالترجمة ، ولزمه الاعادة على الصحيح لتقصيره ، وفيه وجه أنه لا اعادة ، وهو غريب وغلط .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان بلسانه خبل أو خرس حركه بما يقدر عليه لقوله صلى الله عليه وسلم « اذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم ») .

(الشرح) هذا الحديث رواه البخارى ومسلم من رواية أبى هريرة ، وهو بعض حديث طويل وهو حديث عظيم كثير الفوائد ، وهو أحد الأحاديث التى عليها مدار الاسلام ، وقد جمعتها فى جزء فبلغت أربعين حديثا [1] ، قوله : وان كان بلسانه خبل ، هو بفتح الخاء المعجمة واسكان الباء الموحدة،

---

(١) هى الاربعون حديثا النووية وكان من شأنه أن نفع الله به العامة كما نفع بالمجموع الخاصة (ط) .

وهو الفساد وجمعه خبول ، فاذا كان بلسانه خبل أو خرس لزمه أن يحركه قدر امكانه ، ولو شفى بعد ذلك وأفصح بالتكبير فلا اعادة عليه ، وهذا الذى ذكرناه من وجوب تحريكه قدر امكانه هو نصه فى الأم ، واتفق الأصحاب عليه ، قال أصحابنا : وهكذا حكم تشهده وسلامه وسائر أذكاره، ولامام الحرمين احتمال فى وجوب تحريك اللسان لأنه ليس جزءا من القراءة.

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب للامام أن يجهر بالتكبير ليسمع من خلفه ، ويستحب لغيره أن يسر به وأدناه أن يسمع نفسه) .

(الشرح) يستحب للامام أن يجهر بتكبيرة الاحرام وبتكبيرات الانتقالات ليسمع المأمومين فيعلموا صحة صلاته . فان كان المسجد كبيرا لا يبلغ صوته الى جميع أهله أو كان ضعيف الصوت لمرض ونحوه أو من أصل خلقته بلغ عنه بعض المأمومين أو جماعة منهم على حسب الحاجة ، للحديث الصحيح أن النبى صلى الله عليه وسلم « صلى فى مرضه بالناس وأبو بكر رضى الله عنه يسمعهم التكبير » رواه البخارى ومسلم من رواية عائشة وسأبسط هذه المسألة فى أول فصل الركوع ان شاء الله تعالى . وأما غير الامام فالسنة الاسرار بالتكبير سواء المأموم والمنفرد ، وأدنى الاسرار أن يسمع [نفسه] اذا كان صحيح السمع ولا عارض عنده من لفظ وغيره . وهذا عام فى القراءة والتكبير والتسبيح فى الركوع وغيره ، والتشهد والسلام والدعاء ، سواء واجبها ونفلها لا يحسب شىء منها حتى يسمع نفسه اذا كان صحيح السمع ولا عارض ، فان لم يكن كذلك رفع بحيث يسمع لو كان كذلك لا يجزيه غير ذلك ، هكذا نص عليه الشافعى ، واتفق عليه الأصحاب. قال أصحابنا ويستحب أن لا يزيد على اسماع نفسه ، قال الشافعى فى الأم : يسمع نفسه ومن يليه لا يتجاوزه .

(فرع) فى مسائل تتعلق بالتكبير (احداها) يجب أن يكبر للاحرام قائما حيث يجب القيام وكذا المسبوق الذى يدرك الامام راكعا يجب أن تقع تكبيرة الاحرام بجميع حروفها فى حال قيامه ، فان أتى بحرف منها فى غير حال القيام لم تنعقد صلاته فرضا بلا خلاف ، وفى انعقادها نفلا الخلاف السابق قريبا فى فصل النية ، هذا مذهبنا وهو رواية عن مالك والأشهر عنه أنه تنعقد

صلاته فرضا اذا كبر وهو مسبوق ، وهو نصه فى الموطأ والمدونة ، قال الشيخ أبو محمد فى كتابه التبصرة : فلو شك هل وقعت تكبيرته كلها فى القيام ؟ أم وقع حرف منها فى غير القيام لم تنعقد صلاته نفلا لأن الأصل عدم التكبير الا فى القيام .

(واعلم) أن جمهور الأصحاب أطلقوا أن تكبيرة الاحرام اذا وقع بعضها فى غير حال القيام لم تنعقد صلاته ، وكذا قاله الشيخ أبو محمد فى التبصرة ، ثم قال : ان وقع بعض تكبيرته فى حال ركوعه لم تنعقد فرضا ، وان وقع بعضها فى انحنائه وتمت قبل بلوغه حد الراكعين انعقدت صلاته فرضا لأن ما قبل حد الركوع من جملة القيام ولا يضر الانحناء اليسير ، قال : والحد الفاصل بين حد الركوع وحد القيام أن تنال راحتاه ركبتيه لو مد يديه فهذا حد الركوع ، وما قبله حد القيام ، فان كانت يداه أو احداهما طويلة خارجة عن العادة اعتبر عادة مثله فى الخلقة ، هذا كلام الشيخ أبى محمد وهو وجه ضعيف ، والأصح أنه متى انحنى بحيث يكون الى حد الركوع أقرب لم يكن قائما ، ولا تصح تكبيرته ، وقد سبق بيان هذا فى فصل القيام .

(الثانية) ذكر الأزهرى وغيره من أهل العربية فى قوله : الله أكبر قولين لأهل العربية أحدهما معناه الله كبير قالوا : وقد جاء افعل نعتا فى حروف مشهورة كقولهم هذا أمر أهون أى هين ، قال الزجاج : هذا غير منكر ، والثانى : معناه الله أكبر كبير ، كقولك : هو أعز عزيز كقول الفرزدق :

ان الذى رفع السماء بنى لنا بيتا دعائمه أعز وأطول

أراد دعائمه أعز عزيز ، وأطول طويل ، وقيل قول ثالث : معناه الله أكبر من أن يشرك به ، أو يذكر بغير المدح والتمجيد والثناء الحسن ، قال صاحب التحرير فى شرح صحيح مسلم : هذا أحسن الأقوال لما فيه من زيادة المعنى لاسيما على أصلنا فانا لا نجوز الله كبير أو الكبير بدل الله أكبر ، وأما قولهم: الله أكبر كبيراً فنصب كبيراً على تقدير كبرت كبيراً .

(الثالثة) قال صاحب التلخيص وتابعه القاضى أبو الطيب والبغوى والأصحاب ونقله البندنيجى وامام الحرمين والغزالى فى البسيط ومحمد بن

يحيى عن الأصحاب كافة : لو كبر للاحرام أربع تكبيرات أو أكثر دخل فى الصلاة بالأوتار [1] وبطلت بالأشفاع ، وصورته أى ينوى بكل تكبيرة افتتاح الصلاة ، ولا ينوى الخروج من الصلاة بين كل تكبيرتين ، فبالأولى دخل فى الصلاة ، وبالثانية خرج منها ، وبطلت • وبالثالثة دخل فى الصلاة وبالرابعة خرج وبالخامسة دخل وبالسادسة خرج ، وهكذا أبدا لأن من افتتح صلاة ثم افتتح أخرى بطلت صلاته لأنه يتضمن قطع الأولى • فلو نوى بين كل تكبيرتين افتتاح الصلاة أو الخروج منها فبالنية يخرج من الصلاة وبالتكبير يدخل فلو لم ينو بالتكبيرة الثانية وما بعدها افتتاحا ولا دخولا ولا خروجا صح دخوله بالأولى ، ويكون باقى التكبيرات ذكراً لا تبطل به الصلاة ، بل له حكم باقى الأذكار •

(الرابعة) نص الشافعى والأصحاب أنه لو أخل بحرف واحد من التكبير لم تنعقد صلاته ، وهذا لا خلاف فيه لأنه ليس بتكبير •

(الخامسة) المذهب الصحيح المشهور أنه يستحب أن يأتى بتكبيرة الاحرام بسرعة ، ولا يمدها لئلا تزول النية • وحكى المتولى وجها أنه يستحب مدها ، والمذهب الأول • قال الشافعى فى الأم : يرفع الامام صوته بالتكبير ويمده من غير تمطيط ولا تحريف ، قال الأصحاب : أراد بالتمطيط المد وبالتحريف اسقاط بعض الحروف كالراء من أكبر ، وأما تكبيرات الانتقالات كالركوع والسجود ففيها قولان ، القديم يستحب أن لا يمدها والجديد الصحيح يستحب مدها الى أن يصل الى الركن المنتقل اليه حتى لا يخلو جزء من صلاته من ذكر •

(السادسة) قال المتولى وغيره : يجب على السيد أن يعلم مملوكه التكبير وسائر الأذكار المفروضة وما لا تصح الصلاة الا به ، أو يخليه حتى يتعلم ، ويلزم الأب تعليم ولده وقد سبق بيان تعليم الوالد فى مقدمة هذا الشرح وفى أول كتاب الصلاة •

(السابعة) يجب على المكلف أن يتعلم التكبير وسائر الأذكار الواجبة بالعربية •

---

(١) الأوتار والاشفاع جمعا وتر وشفع وليسا مصدرين ومصدرهما الايتار والاشفاع (ط) .

(الثامنة) فى بيان ما يترجم عنه بالعجمية وما لا يترجم ، أما الفاتحة وغيرها من القرآن فلا يجوز ترجمته بالعجمية بلا خلاف ، لأنه يذهب الاعجاز ، بخلاف التكبير وغيره ، فانه لا اعجاز فيه • وأما تكبيرة الاحرام والتشهد الأخير والصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه وعلى الآل اذا أوجبناها فيجوز ترجمتها للعاجز عن العربية ، ولا يجوز للقادر • وأما ما عدا الألفاظ الواجبة فقسمان ، دعاء وغيره ، أما الدعاء المأثور ففيه ثلاثة أوجه أصحها : تجوز الترجمة للعاجز عن العربية ، ولا تجوز للقادر ، فان ترجم بطلت صلاته • والثانى : تجوز لمن يحسن العربية وغيره • والثالث : لا تجوز لواحد منهما لعدم الضرورة اليه ، ولا يجوز أن يخترع دعوة غير مأثورة ويأتى بها بالعجمية بلا خلاف ، وتبطل بها الصلاة بخلاف ما لو اخترع دعوة بالعربية فانه يجوز عندنا بلا خلاف •

وأما سائر الأذكار كالتشهد الأول والصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم فيه والقنوت والتسبيح فى الركوع والسجود ، وتكبيرات الانتقالات فان جوزنا الدعاء بالعجمية فهذه أولى والا ففى جوازها للعاجز أوجه أصحها: يجوز والثانى : لا والثالث : يترجم لما يجبر بالسجود دون غيره [1] وذكر صاحب الحاوى أنه اذا لم يحسن العربية أتى بكل الأذكار بالعجمية ، وان كان يحسنها أتى بها بالعربية فان خالف وقالها بالفارسية فما كان واجبا كالتشهد والسلام لم يجزه وماكان سنة كالتسبيح والافتتاح أجزأه وقد أساء•

(**فرع**) اذا أراد الكافر الاسلام فان لم يحسن العربية أتى بالشهادتين بلسانه ويصير مسلما بلا خلاف ، وان كان يحسن العربية فهل يصح اسلامه بغير العربية ؟ فيه وجهان مشهوران الصحيح باتفاق الأصحاب صحته ، قال القاضى أبو الطيب وصاحب الحاوى وآخرون : قال أبو سعيد الاصطخرى : لا يصير مسلما ، وقال عامة أصحابنا : يصير ، وكذا نقله عن الاصطخرى الشيخ أبو حامد والبندنيجى والمحاملى وغيرهم ، واتفقوا على ضعفه ، وقاسه الاصطخرى على تكبيرة الاحرام وفرق الأصحاب بأن المراد

---

(1) وقع هنا فى بعض النسخ « هذا رتب المذهب » ولم نجد لها مذاقا فليحرر (ش) •

من الشهادتين الاخبار عن اعتقاده ، وذلك يحصل بكل لسان ، وأما التكبير فتعبد الشرع فيه بلفظ فوجب اتباعه مع القدرة •

(التاسعة) فى مذاهب العلماء فى التكبير بالعجمية : قد ذكرنا أن مذهبنا أنه لا تجوز تكبيرة الاحرام بالعجمية لمن يحسن العربية وتجوز لمن لا يحسن، وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد وأحمد وداود والجمهور • وقال أبو حنيفة : تجوز الترجمة لمن يحسن العربية ولغيره ، واحتج بقوله تعالى (وذكر اسم ربه فصلى [1]) ولم يفرق بين العربية وغيرها • وبحديث « تحريمها التكبير » وقياسا على اسلام الكافر ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « صلوا كما رأيتمونى أصلى » وكان يكبر بالعربية فان قالوا : التكبيرة عندنا ليست من الصلاة بل شرط خارج عنها ، قلنا : قد سبق الاستدلال على أنها من الصلاة • والجواب عن احتجاجهم بالآية أن المفسرين وغيرهم مجمعون على أنها لم ترد فى تكبيرة الاحرام فلا تعلق لهم فيها ، وعن حديث « تحريمها التكبير » أنه محمول على التكبير المعهود ، وعن قياسهم على الاسلام أن المراد الاخبار عن اعتقاد القلب ، وذلك حاصل بالعجمية بخلاف التكبير •

(العاشرة) تنعقد الصلاة بقوله : الله أكبر بالاجماع ، وتنعقد بقوله : الله الأكبر عندنا وعند الجمهور ، وقال مالك وأحمد وداود : لا تنعقد ، وهو قول قديم كما سبق ولا تنعقد بغير هذين ، فلو قال : الله أجل ، أو الله أعظم ، أو الله الكبير ونحوها لم تنعقد عندنا وعند مالك وأحمد وداود والعلماء كافة الا أبا حنيفة فانه قال : تنعقد بكل ذكر يقصد به تعظيم الله تعالى ، كقوله : الله أجل ، أو الله أعظم ، أو الحمد لله ولا اله الا الله وسبحان الله وبأى أسمائه شاء كقوله : الرحمن أكبر أو أجل ، أو الرحيم أكبر أو أعظم ، والقدوس أو الرب أعظم ونحوها ، ولا تنعقد بقوله : يا الله ارحمنى ، أو اللهم اغفر لى ، أو بالله أستعين وقال أبو يوسف : تنعقد بألفاظ التكبير ، كقوله : الله أكبر أو الله الأكبر أو الله الكبير ، ولو قال : الله أو الرحمن ، واقتصر عليه من غير صفة ففى انعقاد صلاته روايتان عن أبى حنيفة •

---

(1) الآية ١٥ من سورة الأعلى •

واحتج لأبى حنيفة بقول الله تعالى (قد أفلح [1] من تزكى وذكر اسم ربه فصلى) ولم يخص ذكرا • وعن أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم وأبا بكر وعمر رضى الله عنهما « كانوا يفتتحون الصلاة بالحمد لله رب العالمين » رواه البخارى بهذا اللفظ ومسلم بلفظ آخر ، ولأنه ذكر فيه تعظيم فأجزأ كالتكبير ، ولأنه ذكر فلم يختص بلفظ كالخطبة •

واحتج أصحابنا بحديث « تحريمها التكبير » وليس هو تمسكا بدليل الخطاب بل بمنطوق ، وهو أن قوله « تحريمها التكبير » يقتضى الاستغراق ، وأن تحريمها لا يكون الا به ، وبقوله صلى الله عليه وسلم « صلوا كما رأيتمونى أصلى » رواه البخارى كما سبق ، ولهم عليه اعتراض سبق هو وجوابه • وأما احتجاجهم بالآية فقد سبق أن المفسرين مجمعون على أنها لم ترد فى تكبيرة الاحرام ، وعن حديث أنس رضى الله عنه أن المراد كانوا يفتتحون القراءة ، ففى رواية مسلم « فكانوا يفتتحون القراءة بالحمد لله رب العالمين لا يذكرون بسم الله الرحمن الرحيم فى أول قراءة ولا فى آخرها » • وبينه حديث عائشة رضى الله عنها قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يستفتح الصلاة بالتكبير والقراءة بالحمد لله رب العالمين » رواه البخارى ومسلم • وعن قولهم : ذكر فيه تعظيم أنه قياس يخالف السنة ، ولأنه ينتقض بقولهم : اللهم ارحمنى • والجواب عن الخطبة أن المراد الموعظة ويحصل بكل لفظ ، وهنا المراد الوصف بآكد الصفات ، وليس غير قولنا الله أكبر فى معناه •

واحتج أبو يوسف بحديث « تحريمها التكبير » وهو حاصل بقولنا الله الكبير ولأنه بمعناه • دليلنا ما سبق • وأما حديث « تحريمها التكبير » فمحمول على المعهود وهو الله أكبر • وأما قوله : انه بمعناه فممنوع لأن فى الله أكبر مبالغة وتعظيما ليس فى غيره ، واحتج لمالك وموافقيه بأن المنقول عن النبى صلى الله عليه وسلم الله أكبر فلا يجوز الله الأكبر كما لا يجوز الله الكبير ، وكما لا يجوز فى الأذان الله الأكبر • دليلنا أن قوله الله الأكبر هو

---

(١) الآيتان ١٤ ، ١٥ من سورة الأعلى •

الله أكبر وزيادة لا تغير المعنى فجاز كقوله : الله أكبر كبيرا ، وبهذا يحصل الجواب عن الحديث .

قال القاضى أبو الطيب : قالوا : يجوز الله الكبير الأكبر الموضوع للمبالغة ، وأما قولهم : لا يجوز فى الأذان الله الأكبر ، فقال القاضى أبو الطيب والأصحاب : لا نسلمه بل يجوز ذلك فى الأذان كالصلاة ، والله أعلم .

(الحادية عشرة) تكبيرة الاحرام واحدة ولا تشرع زيادة عليها ، هذا مذهبنا ومذهب العلماء كافة والاجماع منعقد عليه ، وحكى القاضى أبو الطيب والعبدرى عن الرافضة انه يكبر ثلاث تكبيرات ، وهذا خطأ ظاهر ، وهو مردود بنفسه غير محتاج الى دليل على رده ، فلو كبر ثلاثا أو كبر [1] ففيه التفصيل السابق فى المسألة الثالثة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب ان يرفع يديه مع تكبيرة الاحرام حذو منكبيه ، لما روى ابن عمر رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم « كان اذا افتتح الصلاة رفع يديه حذو منكبيه واذا كبر للركوع ، واذا رفع راسه من الركوع ») .

(الشرح) حديث ابن عمر رواه البخارى ومسلم ، وأجمعت الأمة على استحباب رفع اليدين فى تكبيرة الاحرام ، ونقل ابن المنذر وغيره الاجماع فيه ونقل العبدرى عن الزيدية أنه لا يرفع يديه عند الاحرام ، والزيدية لا يعتد بهم فى الاجماع ، ونقل المتولى عن بعض العلماء أنه أوجب الرفع ، ورأيت أنا فيما علق من فتاوى القفال أن الامام البارع فى الحديث والفقه أبا الحسن أحمد بن سيار المروزى من متقدمى أصحابنا فى طبقة المزنى قال : اذا لم يرفع يديه لتكبيرة الاحرام لا تصح صلاته لأنها واجبة فوجب الرفع بخلاف باقى التكبيرات لا يجب الرفع لها لأنها غير واجبة ، وهذا الذى قاله مردود باجماع من قبله .

وأما محل الرفع فقال الشافعى فى الأم ومختصر المزنى والأصحاب : يرفع حذو منكبيه ، والمراد أن تحاذى راحتاه منكبيه . قال الرافعى والمذهب أنه

---

(١) بياض بالاصل ، ولعله اربعا أو اكثر ، يعنى فيه التفصيل السابق فى الاشفاع والأوتار (ط) .

يرفعهما بحيث يحاذى أطراف أصابعه أعلى أذنيه ، وابهاماه شحمتى أذنيه وراحتاه منكبيه وهذا معنى قول الشافعى والأصحاب رحمهم الله ، يرفعهما حذو منكبيه ، وهكذا قاله المتولى والبغوى والغزالى ، وقد جمع الشافعى بين الروايات بما ذكرناه ، وكذا نقل القاضى أبو الطيب فى تعليقه وآخرون عن الشافعى أنه جمع بين الروايات الثلاث بهذا ، قال الرافعى : وأما قول الغزالى فى الوجيز فيه ثلاثة أقوال فمنكر لا يعرف لغيره . ونقل امام الحرمين فى المسألة قولين (أحدهما) يرفع حذو المنكبين (والثانى) حذو الأذنين [1] ، وهذا الثانى غريب عن الشافعى وانما حكاه أصحابنا العراقيون وغيرهم عن أبى حنيفة وعدوه من مسائل الخلاف ، وقد روى الرفع الى حذو المنكبين مع ابن عمر أبو حميد الساعدى رواه البخارى ، ورواه أبو داود أيضا من رواية على رضى الله عنه . وروى مالك بن الحويرث أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان اذا كبر رفع يديه حتى يحاذى بهما أذنيه » وفى رواية « فروع أذنيه » رواه مسلم وعن وائل بن حجر نحوه رواه مسلم ، وفى رواية لأبى داود فى حديث وائل « رفع يديه حتى كانتا حيال منكبيه ، وحاذى بابهاميه أذنيه » لكن اسنادها منقطع لأنه من رواية عبد الجبار بن وائل عن أبيه ولم يسمع منه . وقيل انه ولد بعد وفاة أبيه ، وذكر البغوى فى شرح السنة أن الشافعى رحمه الله جمع بين رواية المنكبين ورواية الأذنين على ما فى هذه الرواية ، وهى ضعيفة أيضا عن وائل : « رفع ابهاميه الى شحمتى أذنيه » والمذهب الرفع حذو المنكبين كما قدمناه ، ورجحه الشافعى والأصحاب بأنه أصح اسنادا وأكثر رواية لأن الرواية اختلفت عمن روى الى محاذاة الأذنين بخلاف من روى حذو المنكبين والله أعلم .

(**فرع**) فى مذاهب العلماء فى محل رفع اليدين : ذكرنا أن مذهبنا المشهور أنه يرفع حذو منكبيه ، وبه قال عمر بن الخطاب وابنه رضى الله عنهما ومالك وأحمد واسحاق وابن المنذر . وقال أبو حنيفة : حذو أذنيه ، وعن أحمد رواية أنه يتخير بينهما ولا فضيلة لأحدهما ، وحكاه ابن المنذر عن بعض أهل الحديث واستحسنه ، وحكى العبيدى عن طاوس أنه رفع يديه حتى تجاوز بهما رأسه ، وهذا باطل لا أصل له .

---

(١) هذا مارجحه الغزالى فى الاحياء فى ربع العبادات (ط) .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويفرق بين أصابعه لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان ينشر أصابعه فى الصلاة نشرا ») .

(الشرح) هذا الحديث رواه الترمذى وضعفه وبالغ فى تضعيفه ، واختلف أصحابنا فى استحباب تفريق الأصابع هنا فقطع المصنف والجمهور باستحبابه ، ونقله المحاملى فى المجموع عن الأصحاب مطلقا ، وقال الغزالى : لا يتكلف الضم ولا التفريق ، بل يتركها منشورة على هيئتها . وقال الرافعى: يفرق تفريقا وسطا ، والمشهور الأول . قال صاحب التهذيب : يستحب التفريق فى كل موضع أمرناه برفع اليدين .

(فرع) للأصابع فى الصلاة أحوال (أحدها) حالة الرفع فى تكبيرة الاحرام والركوع والرفع منه والقيام من التشهد الأول ، وقد ذكرنا أن المشهور استحباب التفريق فيها (والثانى) حالة القيام والاعتدال من الركوع فلا تفريق فيها (الثالث) حالة الركوع يستحب تفريقها على الركبتين (الرابع) حالة السجود يستحب ضمها وتوجيهها الى القبلة (الخامس) حالة الجلوس بين السجدتين وفيها وجهان الصحيح : أنها كحالة السجود والثانى : يتركها على هيئتها ولا يتكلف ضمها (السادس) حالة التشهد باليمنى مقبوضة الأصابع الا المسبحة والابهام خلاف مشهور ، واليسرى مبسوطة وفيها الوجهان اللذان فى حالة الجلوس بين السجدتين ، الصحيح يضمها ويوجهها للقبلة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويكون ابتداء الرفع مع ابتداء التكبير وانتهاؤه مع انتهائه ، فان سبقت اليد اثبتها مرفوعة حتى يفرغ من التكبير ، لأن الرفع للتكبير فكان معه) .

(الشرح) فى وقت استحباب الرفع خمسة أوجه ، أصحها هذا الذى جزم به المصنف ، وهو أن يكون ابتداء الرفع مع ابتداء التكبير ، وانتهاؤه مع انتهائه ، وهذا هو المنصوص . قال الشافعى فى الأم : يرفع مع افتتاح التكبير ، ويرفع يديه عند الرفع مع انقضائه ويثبت يديه مرفوعة حتى يفرغ من التكبير كله . قال : فان أثبت يديه بعد انقضاء التكبير مرفوعتين قليلا لم يضره ولا آمره به ، هذا نصه بحروفه .

وقال الشيخ أبو حامد فى التعليق : لا خلاف بين أصحابنا أنه يبتدىء بالرفع مع ابتداء التكبير ، ولا خلاف أنه لا يحط يديه قبل انتهاء التكبير •

(والثانى) يرفع بلا تكبير ثم يبتدىء التكبير مع ارسال اليدين وينهيه مع انتهائه •

(والثالث) يرفع بلا تكبير ثم يكبر ويداه قارتان ، ثم يرسلهما بعد فراغ التكبير ، وصححه البغوى •

(والرابع) يبتدىء بهما معا وينهى التكبير مع انتهاء الارسال •

(والخامس) وهو الذى صححه الرافعى يبتدىء الرفع مع ابتداء التكبير ولا استحباب فى الانتهاء ، فان فرغ من التكبير قبل تمام الرفع أو بالعكس أتم الباقى ، وان فرغ منهما حط يديه ولم يستدم الرفع • وقد ثبت فى الصحيح أحاديث يستدل بها لهذه الأوجه كلها أو أكثرها (منها) عن ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يرفع يديه حذو منكبيه اذا افتتح الصلاة » رواه البخارى ومسلم ، وفى رواية للبخارى « يرفع يديه حين يكبر » وفى رواية له « كبر ورفع يديه » وفى رواية لمسلم قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قام الى الصلاة رفع يديه حتى يكونا حذو منكبيه ثم كبر » وفى رواية لأبى داود باسناد صحيح أو حسن « ثم كبر وهما كذلك » وعن أبى قلابة بكسر القاف أنه رأى مالك بن الحويرث رضى الله عنه اذا صلى كبر ثم رفع يديه وقال : « ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يفعل هكذا » رواه مسلم بهذا اللفظ وفى رواية للبخارى « كبر ورفع يديه » وفى رواية لمسلم عن مالك بن الحويرث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « كان اذا كبر رفع يديه » والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان لم يمكنه رفعهما (يديه) أو امكنه رفع احداهما أو رفعهما الى دون المنكب رفع ما أمكنه لقوله صلى الله عليه وسلم « اذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » وان كان به علة اذا رفع اليد جاوز المنكب رفع ، لأنه يأتى بالمأمور به وبزيادة هو مغلوب عليها ، وان نسى الرفع وذكره قبل ان يفرغ من التكبير اتى به لأن محله باق) •

(**الشرح**) هذا الحديث رواه البخارى ومسلم من رواية أبى هريرة رضى الله عنه ، وقد سبق بيانه قريبا ، قال أصحابنا : اذا كان أقطع اليدين أو احداهما من المعصم رفع الساعد ، قال البغوى : فان قطع من المرفق رفع العضد على أصح الوجهين للحديث المذكور ، والثانى : لا يرفع لأن العضد لا يرفع فى حال الصحة ، وجزم المتولى برفع العضد ، ولو لم يمكنه الرفع الا بزيادة على المشروع أو نقص أتى بالممكن ، فان قدر على الزيادة والنقص ولم يقدر على المشروع أتى بالزيادة لما ذكره المصنف • نص عليه الشافعى فى الأم واتفق الأصحاب عليه • فان كانت احدى يديه مقطوعة من أصلها أو شلاء لا يمكن رفعها رفع الأخرى فان كانت احداهما صحيحة والأخرى عليلة فعل بالعليلة ما ذكرناه ، ورفع الصحيحة حذو المنكبين ، نص عليه فى الأم ، ولو ترك رفع اليدين عمدا أو سهوا حتى أتى ببعض التكبير رفعهما فى الباقى، فان أتم التكبير لم يرفع بعده ، نص عليه فى الأم واتفقوا عليه •

(**فـــرع**) فى مسائل منثورة تتعلق بالرفع • قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم : استحب الرفع لكل مصل امام أو مأموم أو منفرد أو امرأة ، قال وكل : ما قلت يصنعه فى تكبيرة الاحرام أمرته بصنعه فى تكبيرة الركوع، وفى قوله : سمع الله لمن حمد ، قال : ورفع اليدين فى كل صلاة نافلة وفريضة سواء ، قال : ويرفع يديه فى تكبيرات الجنازة والعيدين والاستسقاء وسجود القرآن وسجود الشكر ، قال : وسواء فى هذا كله صلى أو سجد وهو قائم أو قاعد أو مضطجع يومىء ايمـــاء ، فى أنه يرفع يديه لأنه فى ذلك كله فى موضع قيام ، قال : وان ترك رفع يديه فى جميع ما أمرته به أو رفعهما حيث لم آمره فى فريضة أو نافلة أو سجود أو عيد أو جنازة كرهت ذلك له ولم يكن عليه اعادة صلاة ولا سجود سهو عمد ذلك أو نسيه أو جهله ، لأنه هيئة فى العمل ، وهكذا أقول فى كل هيئة عمل تركها • هذا نصه بحروفه •

قال المتولى : ويستحب أن يكون كفـــه الى القبلة عنـــد الرفع ، قال البغوى : والسنة كشف اليدين عنـــد الرفع قال أصحابنا : والمرأة كالرجل فى كل هذا •

(**فـــرع**) اختلف العلماء فى الحكمة فى رفع اليدين ؛ فروى البيهقى

فى مناقب الشافعى باسناده عن الشافعى أنه صلى بجنب محمد بن الحسن فرفع الشافعى يديه للركوع وللرفع منه ، فقال له محمد : لم رفعت يديك ؟ فقال الشافعى : اعظاما لجلال الله تعالى ، واتباعا لسنة رسوله ، ورجاء لثواب الله .

وقال التميمى من أصحابنا فى كتابه التحرير فى شرح صحيح مسلم : من الناس من قال رفع اليدين تعبد لا يعقل معناه ، ومنهم من قال : هو اشارة الى التوحيد ، وقال المهلب بن أبى صفرة المالكى فى شرح صحيح البخارى : حكمة الرفع عند الاحرام أن يراه من لا يسمع التكبير فيعلم دخوله فى الصلاة فيقتدى به ، وقيل : هو استسلام وانقياد ، وكان الأسير اذا غلب مد يديه علامة لاستسلامه ، وقيل : هو اشارة الى طرح أمور الدنيا والاقبال بكليته على صلاته .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فاذا فرغ من التكبير فالمستحب ان يضع اليمين على اليسار فيضع اليمنى على بعض الكف وبعض الرسغ ، لما روى وائل بن حجر قال : « قلت لانظرن الى صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف يصلى ؟ فنظرت اليه [وقد] وضع يده اليمنى على ظهر كفه اليسرى ، والرسغ والساعد » والمستحب ان يجعلهما تحت الصدر لما روى وائل قال : « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى فوضع يديه على صدره احداهما على الأخرى ») .

(الشرح) أما حديث وائل فسنبينه فى فرعى مسئلتى الخلافين ان شاء الله تعالى ، وأما اليد اليسار ــ فبفتح الياء وكسرها ــ لغتان والفتح أفصح وأشهر والرسغ بضم الراء واسكان السين المهملة ــ وبالغين المعجمة ــ قال الجوهرى : ويقال بضم السين وجمعه أرساغ ، ويقال رصغ بالصاد ، وكذا جاء فى هذا الحديث كما سنذكره قريبا ان شاء الله تعالى ، والسين أفصح وأشهر ، وهو المفصل بين الكف والساعد . ووائل بن حجر ــ بضم الحاء المهملة وبعدها جيم مضمومة ــ وكان وائل من كبار العرب وأولاد ملوك حمير ، كنيته أبو هنيدة ، نزل الكوفة وعاش الى أيام معاوية .

قال أصحابنا : السنة أن يحط يديه بعد التكبير ، ويضع اليمنى على اليسرى ، ويقبض بكف اليمنى كوع اليسرى وبعض رسغها وساعدها . قال

القفال : يتخير بين بسط أصابع اليمنى فى عرض المفصل وبين نشرها فى صوب الساعد ، ويجعلهما تحت صدره وفوق سرته ، هذا هو الصحيح المنصوص ، وفيه وجه مشهور لأبى اسحاق المروزى أنه يجعلهما تحت سرته ، والمذهب الأول .

قال الرافعى : واختلفوا فى أنه اذا أرسل يديه هل يرسلهما ارسالا بليغا ، ثم يستأنف رفعهما الى تحت صدره ووضع اليمنى على اليسرى أم يرسلهما ارسالا خفيفا الى تحت صدره فقط ثم يضع ؟ قلت : الثانى أصح ، وبه قطع الغزالى فى تدريبه وجزم فى الخلاصة بالأول .

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى وضع اليمنى على اليسرى .

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه سنة ، وبه قال على بن أبى طالب وأبو هريرة وعائشة وآخرون من الصحابة رضى الله عنهم وسعيد بن جبير والنخعى وأبو مجلز وآخرون من التابعين ، وسفيان الثورى وأبو حنيفة وأصحابه وأحمد واسحاق وأبو ثور وداود وجمهور العلماء ، قال الترمذى : والعمل على هذا عند أهل العلم من الصحابة والتابعين ومن بعدهم . وحكى ابن المنذر عن عبد الله بن الزبير والحسن البصرى والنخعى : أنه يرسل يديه ولا يضع احداهما على الأخرى ، وحكاه القاضى أبو الطيب أيضا عن ابن سيرين ، وقال الليث بن سعد : يرسلهما ، فان طال ذلك عليه وضع اليمنى على اليسرى للاستراحة . وقال الأوزاعى : هو مخير بين الوضع والارسال ، وروى ابن عبد الحكم عن مالك الوضع ، وروى عنه ابن القاسم الارسال وهو الأشهر وعليه جميع أهل المغرب من أصحابه أو جمهورهم ، واحتج لهم بحديث المسىء صلاته بأن النبى صلى الله عليه وسلم علمه الصلاة ولم يذكر وضع اليمنى على اليسرى .

واحتج أصحابنا بحديث أبى حازم عن سهل بن سعد قال « كان الناس يؤمرون أن يضع الرجل يده اليمنى على ذراعه فى الصلاة » قال أبو حازم : لا أعلمه الا ينمى ذلك الى النبى صلى الله عليه وسلم رواه البخارى ، وهذه العبارة صريحة فى الرفع الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن وائل بن حجر « أنه رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع يديه حين دخل فى

الصلاة ، ثم التحف بثوبه ثم وضع يده اليمنى على اليسرى » رواه مسلم بهذا اللفظ ، وعن وائل بن حجر أيضا قال : « قلت لأنظرن الى صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف يصلى فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستقبل القبلة فكبر فرفع يده حتى حاذى أذنيه ثم وضع يده اليمنى على ظهر كفه اليسرى والرصغ والساعد » رواه أبو داود باسناد صحيح ، وهكذا هو فى رواية أبى داود والبيهقى وغيرهما • الرصغ بالصاد •

وعن ابن مسعود « أنه كان يصلى فوضع يده اليسرى على اليمنى فرآه النبى صلى الله عليه وسلم فوضع يده اليمنى على اليسرى » رواه أبو داود باسناد صحيح على شرط مسلم ، وعن هلب الطائى قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يؤمنا فيأخذ شماله بيمينه » رواه الترمذى وقال : حديث حسن ، وعن ابن الزبير قال : « صف القدمين ووضع اليد على اليد من السنة » رواه أبو داود باسناد حسن ، وعن محمد بن أبان الأنصارى عن عائشة قالت : « ثلاثة من النبوة تعجيل الأفطار وتأخير السحور ، ووضع اليد اليمنى على اليسرى فى الصلاة » رواه البيهقى وقال : هذا صحيح عن محمد بن أبان (قلت) محمد هذا مجهول ، قال البخارى : لا يعرف له سماع من عائشة ، وفى الباب عن جابر وابن عباس وغيرهما من الصحابة عن النبى صلى الله عليه وسلم قد رواها الدارقطنى والبيهقى وغيرهما ، وفيما ذكرناه أبلغ كفاية •

قال أصحابنا : ولأن وضع اليد على اليد أسلم له من العبث وأحسن فى التواضع والتضرع والتذلل ، وأما الجواب عن حديث المسىء صلاته فان النبى صلى الله عليه وسلم لم يعلمه الا الواجبات فقط والله أعلم •

(**فرع**) فى مذاهبهم فى محل موضع اليدين : قد ذكرنا أن مذهبنا أن المستحب جعلهما تحت صدره فوق سرته وبهذا قال سعيد بن جبير وداود ، وقال أبو حنيفة والثورى واسحاق يجعلهما تحت سرته ، وبه قال أبو اسحاق المروزى من أصحابنا كما سبق ، وحكاه ابن المنذر عن أبى هريرة والنخعى وأبى مجلز ، وعن على بن أبى طالب رضى الله عنه روايتان ، احداهما : فوق السرة ، والثانية تحتها ، وعن أحمد ثلاث روايات هاتان ،

والثالثة يتخير بينهما ولا تفضيل وقال ابن المنـذر فى غير الاشراف أظنه فى الأوسط : لم يثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم فى ذلك شىء وهو مخير بينهما .

واحتج من قال : تحت السرة بما روى عن على رضى الله عنه أنه قال : « من السنة فى الصلاة وضع الكف على الكف تحت السرة » واحتج أصحابنا بحديث وائل بن حجر قال : « صليت مع رسـول الله صلى الله عليه وسلم فوضع يده اليمنى على يده اليسرى على صدره » رواه أبو بكر بن خزيمة فى صحيحه ، وأما ما احتجوا به من حديث على فرواه الدارقطنى والبيهقى وغيرهما ، واتفقوا على تضعـيفه لأنه من رواية عبـد الرحمن بن اسحاق الواسطى وهو ضعيف باتفاق أئمة الجرح والتعديل والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والمستحب أن ينظر الى موضع سجوده لمـا روى ابن عباس رضى الله عنهما قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا استفتح الصلاة لم ينظر الا الى موضع سجوده ») .

(الشرح) حديث ابن عباس هـذا غريب لا أعرفه ، وروى البيهقى أحاديث من رواية أنس وغيره بمعناه وكلها ضعيفة .

(أما حكم المسألة) فأجمع العلماء على استحباب الخشوع والخضوع فى الصلاة وغض البصر عما يلهى وكراهة الالتفات فى الصـلاة وتقريب نظره وقصره على ما بين يديه ، ثم فى ضبطه وجهان (أصحهما) وهو الذى جزم به المصنف وسائر العراقيين وجماعة من غيرهم أنه يجعل نظره الى موضـع سجوده فى قيامه وقعوده (والثانى) وبه جزم البغوى والمتولى يكون نظره فى القيام الى موضع سجوده ، وفى الركوع الى ظهر قدميه ، وفى السجود الى أنفه ، وفى القعود الى حجره لأن امتـداد البصر يلهى فاذا قصره كان أولى . ودليل الأول أن ترديد البصر من مكان الى مكان يشغل القلب ويمنع كمال الخشوع ، وفى هذه المسألة فروع وزيادات سنبسطها ان شاء الله تعالى حيث ذكرها المصنف فى آخر باب ما يفسد الصلاة .

(فـرع) أما تغميض العين فى الصلاة ، فقال العبدرى من أصحابنا

فى باب اختلاف نية الامام والمأموم : يكره أن يغمض المصلى عينيه فى الصلاة قال : قال الطحاوى : وهو مكروه عند أصحابنا أيضا ، وهو قول الثورى ، وقال مالك : لا بأس به فى الفريضة والنافلة .

دليلنا أن الثورى قال : ان اليهود تفعله ، قال الطحاوى : ولأنه يكره تغميض العين فكذا تغميض العينين هذا ما ذكره العبدرى ، ولم أر هـذا الذى ذكره من الكراهة لأحد من أصحابنا ، والمختـار أنه لا يكره اذا لم يخف ضرراً لأنه يجمع الخشوع وحضور القلب ، ويمنع من ارسال النظر وتفريق الذهن ، قال البيهقى : وقـد روينا عن مجاهد وقتـادة أنهما كرها تغميض العينين فى الصلاة وفيه حديث قال : وليس بشىء .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ثم يقرأ دعاء الاستفتاح وهو سنة ، والأفضل أن يقول ما رواه على بن ابى طالب رضى الله عنـه ((ان النبى صلى الله عليـه وسلم كان اذا قام الى الصلاة (١) قال : وجهت وجهى للذى فطر السموات والأرض حنيفا وما أنا من المشركين ان صلاتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب العالمين لا شريك له ، وبذلك أمرت وأنا من المسلمين ، اللهم أنت الملك لا اله الا أنت ، أنت ربى وأنا عبدك ، ظلمت نفسى واعترفت بذنبى فاغفر لى ذنوبى جميعا لا يغفر الذنوب الا أنت ، واهدنى لأحسن الأخلاق لا يهدى لأحسنها الا أنت ، واصرف عنى سيئها لا يصرف عنى سيئها الا أنت ، لبيك وسعديك ، والخير كله بيديك ، والشر ليس اليك أنا بك واليك تباركت وتعاليت ، استغفرك وأتوب اليك)) [كما روى على بن أبى طالب كرم الله وجهه ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يقول ذلك غير أن فى حديث على (فأنا أول المسلمين) فان النبى صلى الله عليه وسلم كان أول المسلمين وغيره لا يقول الا ما ذكرناه]) .

(الشرح) هـذا الحـديث رواه مسلم فى صحيحه بهـذه الحروف المذكورة ، ومن صحيح مسلم نقلته ، وفى نسخ المهذب مخالفة له فى بعض الحروف منها أنه فى المهذب فى أوله أنه كان اذا قام الى المكتوبة ، والذى فى مسلم وغيره قام الى الصلاة وهو أعم ، وقوله : وأنا من المسلمين هكذا هو فى صحيح مسلم من المسلمين وفى المهذب أن لفظة من ليست فى الحـديث وهذا غلط ، بل ثابتة فى مسلم وغيره وقد رواه البيهقى من طرق كثيرة فى

---

(١) فى ش و ق كان اذا قام للصلاة ، وفى بعض النسخ (لا يهدينى لاحسنها) و (الخير كله فى يديك) وفى بعض النسخ من المهذب حذف (انابك واليك) (ط) .

بعضها : وأنا من المسلمين ، وفى بعضها : وأنا أول المسلمين ، وقال الشافعى فى الأم : (رواه أكثرهم وأنا أول المسلمين) وسقط فى المهذب قوله : أنت ربى • وياليته نقله من صحيح مسلم •

وأما تفسير ألفاظ هذا الحديث فتحتمل جزءا كبيرا لكنى أشير الى مقاصده رمزاً لأن المصلى مأمور بتدبر الأذكار ، فينبغى أن يعرف معناها ليمكنه تدبر معانيها •

قوله : اذا قام الى الصلاة يتناول الفرض والنفل ، قوله : وجهت وجهى• قال الأزهرى وغيره : معناها أقبلت بوجهى • وقيل قصدت بعبادتى وتوحيدى اليه ، ويجوز فى وجهى اليه اسكان الياء وفتحها ، وأكثر القراء على الاسكان• وقوله (فطر السموات) أى ابتدأ خلقها على غير مثال سابق ، وجمع السموات دون الأرض وان كانت سبعا كالسموات ، لأنه أراد جنس الأرضين ، وجمع السموات لشرفها ، وهذا يؤيد المذهب الصحيح المختار الذى عليه الجمهور أن السموات أفضل من الأرضين ، وقيل الأرضون أفضل لأنها مستقر الأنبياء ومدفنهم وهو ضعيف •

وقوله (حنيفا) قال الأزهرى وآخرون : أى مستقيما ، وقال الزجاج والأكثرون : الحنيف المائل • ومنه قيل أحنف الرجل ، قالوا : والمراد هنا المائل الى الحق ، وقيل له ذلك لكثرة مخالفيه وقال أبو عبيد : الحنيف عند العرب من كان على دين ابراهيم صلى الله عليه وسلم وانتصب حنيفا على الحال ، أى وجهت وجهى فى حال حنيفيتى ، وقوله (وما أنا من المشركين) بيان للحنيف وايضاح لمعناه ، والمشرك يطلق على كل كافر من عابد وثن أو صنم ، ويهودى ونصرانى ومجوسى وزنديق وغيرهم • وقوله (ان صلاتى ونسكى) قال الأزهرى : الصلاة اسم جامع للتكبير والقراءة والركوع والسجود والدعاء والتشهد وغيرها • قال : والنسك العبادة ، والناسك الذى يخلص عبادته لله تعالى ، وأصله من النسيكة وهى النقرة الخالصة المذابة المصفاة من كل خلط ، والنسيكة أيضا القربان الذى يتقرب به الى الله تعالى، وقيل : النسك ما أمر به الشرع ، وقوله (ومحياى ومماتى) أى حياتى ومماتى ، ويجوز فيهما فتح الياء واسكانها ، والأكثرون على فتح محياى

واسكان مماتى لله ، قال الواحدى وغيره : هذه لام الاضافة ولها معنيـان ، الملك كقولك : المال لزيد ، والاستحقاق كالسرج للفرس ، وكلاهما مراد هنا .

وقوله (لله رب العالمين) فى معنى رب أربعـة أقوال حكاها الماوردى وغيره : المالك ، والسيد ، والمدبر ، والمربى . قال : فان وصف الله تعالى بأنه رب أو مالك أو سيد فهو من صفات الذات ، وان قيل لأنه مدبر خلقه أو مربيهم فهو من صفات فعله ، قال : ومتى أدخلت عليـه الألف واللام فهو مختص بالله تعالى دون خلقه ؛ وان حذفتها كان مشتركا فتقول : رب العالمين ورب الدار ، وأما العـالمون فجمع عالم ، والعـالم لا واحد له من لفظه ، واختلف العلماء فى حقيقته ، فقال المتكلمون من أصحابنا وغيرهم وجماعات من أهل اللغة والمفسرون : العالم كل المخلوقات وقال جماعة : هم الملائكة والانس والجن . وقيل : هو أربعة أنواع الملائكة والانس والجن والشياطين قاله أبو عبيدة والفراء وقيل : بنو آدم ، قاله الحسن بن الفضل وأبو معاذ النحوى . وقال آخرون : هو الدنيا وما فيها .

قال الواحدى : اختلفوا فى اشتقاق العالم فقيل مشتق من العلامة لأن كل مخلوق دلالة وعلامة على وجود صانعه ، فالعالم اسم لجميع المخلوقات، ودليله استعمال الناس فى قولهم العالم محدث ، وهذا قول الحسن ومجاهد وقتادة ودليله من القرآن قوله عز وجل (قال فرعون وما رب العالمين [1] ؟ قال : رب السموات والأرض وما بينهما) وقيل مشتق من العلم ، فالعالمون على هذا من يعقل خاصة ، قاله ابن عبـاس واختاره أبو الهيثم والأزهرى لقول الله تعالى (ليكون [2] للعالمين نذيرا) قوله « اللهم أنت الملك » قال الأزهرى : فيه مذهبان للنحويين ، قال الفراء : أصله يا الله آمنـا بخير ، فكثرت فى الكلام واختلطت ، فقيـل : اللهم وتركت مفتوحة الميم ، وقال الخليل : معناه يا الله والميم المشددة عوض عن ياءالنداء والميم مفتوحةلسكونها وسكون الميم قبلها ولا يجمع بينهما ، فلا يقال : يا أللهم ، وقوله : أنت الملك أى القادر على كل شىء .

---

(١) الآية ٢٣ من سورة الشعراء .

(٢) الآية ١ من سورة الفرقان .

قوله (وأنا عبدك) قال الأزهرى أى انى لا أعبد غيرك ، والمختار أن معنـاه أنا معترف بأنك مالكى ومدبرى وحكمك نافذ فى ، قوله (ظلمت نفسى) قال الأزهرى : هو اعتراف بالذنب قدمه على سؤال المغفرة كما أخبر الله تعالى عن آدم وحواء عليهما السلام (قالا ربنا ظلمنا أنفسنا وان لم تغفر لنا وترحمنا لنكونن من الخاسرين [1]) قوله (اهدنى لأحسن الأخلاق) أى أرشدنى لصوابها ، ووفقنى للتخلق به وسيئها : قبيحها •

قوله (لبيك) قال الأزهرى وآخرون : معناه أنا مقيم على طاعتك اقامة بعد اقامة ، يقال : لب بالمكان لبا وألب البابا أقام به ، وأصل لبيك لبين ، فحذفت النون للاضافة ، وقوله (وسعديك) قال الأزهرى : أى مسـاعدة لأمرك بعد مساعدة ، ومتابعة بعد متابعة لدينك الذى ارتضيته بعد متابعة •

قوله (والشر ليس اليك) فيه خمسة أقوال للعلماء :

(أحدها) معناه لا يتقرب به اليك ، قاله الخليل بن أحمد والنضر بن شميل واسحاق بن راهويه ويحيى بن معين وأبو بكر بن خزيمة والأزهـرى وغيرهم •

(والثانى) حكاه الشيخ أبو حامد عن المزنى وقاله أيضا غيره معناه : لا يضاف اليك على انفراده ، فلا يقال : يا خالق القردة والخنازير ، ويا رب الشر ونحو هذا ، وان كان يقال : يا خالق كل شىء ورب كل شىء ، وحينئذ يدخل الشر فى العموم •

(والثالث) معناه والشر لا يصعد اليك وانما يصعد الـكلم الطيب والعمل الصالح •

(والرابع) معناه والشر ليس شرا بالنسبة اليك فانك خلقته لحـكمة بالغة وانما هو شر بالنسبة الى المخلوقين •

(والخامس) حكاه الخطابى أنه كقوله فلان الى بنى فلان ، واذا كان عداده فيهم أو صفوه اليهـم • قال الشـيخ أبو حامـد : ولابد من تأويل

---

(١) الآية ٢٣ من سورة الأعراف .

الحديث لأنه لا يقول أحد من المسلمين بظاهره لأن أهل الحديث يقولون : الخير والشر جميعا الله فاعلهما ولا احداث للعبد فيهما ، والمعتزلة يقولون : يخلقهما ويخترعهما وليس لله فيهما صنع • ولا يسمع القول بأن الخير من عند الله والشر من نفسك الا همج العامة ، ولم يقله أحد من أهل العلم لا سنى ولا بدعى •

وقوله (أنا بك واليك) أى التجائى.وانتمائى اليك وتوفيقى بك • قال الأزهرى معناه أعتصم بك وألجأ اليك ، قوله (تباركت) استحققت الثناء ، وقيل : ثبت الخير عندك • وقال ابن الأنبارى : تبارك العباد بتوحيدك • والله أعلم •

(أما حكم المسألة) فيستحب لكل مصل من امام ومأموم ومنفرد وامرأة وصبى ومسافر ومفترض ومتنفل وقاعد ومضطجع وغيرهم أن يأتى بدعاء الاستفتاح عقب تكبيرة الاحرام ، فلو تركه سهوا أو عمدا حتى شرع فى التعوذ لم يعد اليه لفوات محله ولا يتداركه فى باقى الركعات لما ذكرناه ، وقال الشيخ أبو حامد فى تعليقه : اذا تركه وشرع فى التعوذ يعود اليه من بعد التعوذ ، والمذهب هو الأول وبه قطع المصنف فى باب سجودالسهو والجمهور، ونص عليه الشافعى فى الأم ، ولكن لو خالف فأتى به لم تبطل صلاته لأنه ذكر ولا يسجد للسهو [له] ، كما لو دعا أو سبح فى غير موضعه.قال الشافعى فى الأم : وكذا لو أتى به حيث لا آمره به فلا شىء عليه ولا يقطع ذكر الصلاة فى أى حال ذكره • قال البغوى : ولو أحرم مسبوق فأمن الامام عقب احرامه أمن ثم أتى بالاستفتاح لأن التأمين يسير ، ولو أدرك مسبوق الامام فى التشهد الأخير فكبر وقعد فسلم مع أول قعوده قام ولا يأتى بدعاء الاستفتاح لفوات محله • وذكر البغوى وغيره ، قالوا : ولو سلم الامام قبل قعوده لا يقعد ويأتى بدعاء الاستفتاح • وهذا الذى ذكرناه من استحباب دعاء الاستفتاح لكل مصل يدخل فيها النوافل المرتبة والمطلقة والعيد والكسوف فى القيام الأول والاستسقاء وغيرها ويستثنى منه موضعان :

(أحدهما) صلاة الجنازة ، فيها وجهان ذكر المصنف فى الجنائز أصحهما عنده وعند الأصحاب : لا يشرع فيها دعاء الاستفتاح لأنها مبنية على الاختصار ، والثانى : تستحب كغيرها •

(الموضع الثانى) المسبوق اذا أدرك الامام فى غير القيام لا يأتى بدعاء الاستفتاح ، حتى قال الشيخ أبو محمد فى التبصرة لو أدرك الامام رافعا من الاعتدال حين كبر للاحرام لم يأت بدعاء الاستفتاح ، بل يقول : سمع الله لمن حمده ، ربنا لك الحمد ، الى آخره موافقة للامام ، وان أدركه فى القيام وعلم أنه يمكنه دعاء الاستفتاح والتعوذ والفاتحة أتى به ، نص عليه الشافعى فى الأم وقاله الأصحاب • قال الشيخ أبو محمد فى التبصرة : ويستحب أن يعجل فى قراءته ويقرأ الى قوله : (وأنا من المسلمين) فقط ثم ينصت لقراءة امامه ، وان علم أنه لا يمكنه الجمع أو شك لم يأت بدعاء الاستفتاح ، ولو خالف وأتى به فركع الامام قبل فراغ الفاتحة فهل يركع معه ويترك بقية الفاتحة أم يتمها وان تأخر عنه ؟ فيه خلاف مشهور سنوضحه ان شاء الله تعالى حيث ذكره المصنف فى صلاة الجماعة ، وان علم أنه يمكنه أن يأتى ببعض دعاء الافتتاح مع التعوذ والفاتحة ولا يمكنه كله أتى بالممكن نص عليه فى الأم •

(فرع) فى دعاء الاستفتاح أحاديث كثيرة فى الصحيح ، منها حديث على رضى الله عنه المذكور فى الكتاب • ومنها حديث أبى هريرة رضى الله عنه قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يسكت بين التكبير والقراءة، فقلت : بأبى وأمى يارسول الله فى اسكاتك بين التكبير والقراءة ما تقول ؟ قال : أقول : اللهم باعد بينى وبين خطاياى كما باعدت بين المشرق والمغرب ، اللهم نقنى من الخطايا كما ينقى الثوب الأبيض من الدنس ، اللهم اغسل خطاياى بالماء والثلج والبرد » رواه البخارى ومسلم ، هذا لفظ احدى روايات البخارى • ورواية مسلم مثلها الا أنه قال : « اللهم نقنى من خطاياى [1] اللهم واغسلنى من خطاياى » وعن عائشة رضى الله عنها قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا استفتح الصلاة قال : سبحانك اللهم وبحمدك وتبارك اسمك وتعالى جدك ولا اله غيرك » رواه أبو داود والترمذى والدارقطنى وضعفه أبو داود والترمذى • وعن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قام

---

(١) رواية مسلم : اللهم نقنى من خطاياى كما ينقى الثوب الأبيض من الدنس اللهم واغسلنى الخ فاقتصر الشارح على موضع الخلاف بين الروايتين (ط) •

الى الصلاة بالليل كبر ثم يقول : سبحانك اللهم وبحمدك وتبارك اسمك وتعالى جدك ولا اله غيرك ، ثم يقول : الله أكبر كبيرا ؛ ثم يقول : أعوذ بالله السميع العليم من الشيطان الرجيم من همزه ونفخه ونفثه » رواه أبو داود والترمذى : والنسائى وضعفه الترمذى وغيره • وهو ضعيف قال الترمذى : قال أحمد بن حنبل : لا يصح هذا الحديث ، وجاء فى غير رواية أبى سعيد تفسير هذه الألفاظ (نفثه) الشر (ونفخه) الكبر (وهمزه) المؤتة أى الجنون • وروى الاستفتاح : « سبحانك وبحمدك » جماعة من الصحابة ، وأحاديثه كلها ضعيفة قال البيهقى وغيره : أصح ما فيها الأثر الموقوف على عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه حين افتتح الصلاة قال : « سبحانك اللهم وبحمدك وتبارك اسمك وتعالى جدك ولا اله غيرك » وهذا الأثر رواه مسلم فى صحيحه لكن لم يصرح أنه قاله فى الاستفتاح ، بل رواه عن عبدة أن عمر رضى الله عنه كان يجهر بهؤلاء الكلمات « سبحانك اللهم وبحمدك وتبارك اسمك وتعالى جدك ولا اله غيرك » •

قال أبو على الغسانى : هذه الرواية وقعت فى مسلم مرسلة ، لأن عبدة ابن أبى لبابة لم يسمع عمر ، ورواه البيهقى باسناده الصحيح عن عمر متصلا وفى روايته التصريح بأن عمر رضى الله عنه قاله فى افتتاح الصلاة ، وروى البيهقى باسناده عن جابر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « كان اذا افتتح الصلاة قال : سبحانك اللهم وبحمدك وتبارك اسمك وتعالى جدك ولا اله غيرك ، وجهت وجهى للذى فطر السموات والأرض حنيفا وما أنا من المشركين ان صلاتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب العالمين » وعن أنس رضى الله عنه « أن رجلا جاء فدخل الصف وقد حفزه النفس فقال : الحمد لله حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه ، فلما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاته قال : أيكم المتكلم بالكلمات ؟ فأرم القوم ، فقال أيكم المتكلم بها ؟ فانه لم يقل بأسا ، فقال رجل : جئت وقد حفزنى النفس فقلتها ، فقال : رأيت اثنى عشر ملكا يبتدرونها أيهم يرفعها » رواه مسلم • قوله « أرم » بالراء أى سكت • وعن ابن عمر رضى الله عنهما قال : « بينما نحن نصلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم اذ قال رجل فى القوم : الله أكبر كبيرا والحمد لله كثيرا وسبحان الله بكرة وأصيلا ، فقال

رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من القائل كذا وكذا ؟ قال رجل من القوم : أنا يارسول الله ، قال : عجبت لها كلمة فتحت لها أبواب السماء . قال ابن عمر فما تركتهن منذ سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ذلك » رواه مسلم متصلا بحديث أنس الذى قبله ، فهذه الأحاديث الواردة فى الاستفتاح بأيتها استفتح حصل سنة الاستفتاح ، لكن أفضلها عند الشافعى والأصحاب حديث على رضى الله عنه ، ويليه حديث أبى هريرة رضى الله عنه .

وقال جماعة من أصحابنا منهم أبو اسحاق المروزى والقاضى أبو حامد : يجمع بين سبحانك اللهم وبحمدك ، ووجهت وجهى الى آخرها لحديث جابر الذى رواه البيهقى ، والصحيح المشهور الذى نص عليه الشافعى والجمهور حديث على رضى الله عنه . قال أصحابنا : فان كان اماما لم يزد على قوله : وجهت وجهى ، الى قوله : وأنا من المسلمين ، وان كان منفردا أو اماما لقوم محصورين لا يتوقعون من يلحق بهم ورضوا بالتطويل استوفى حديث على بكماله ، ويستحب معه حديث أبى هريرة رضى الله عنه .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى الاستفتاح وما يستفتح به

أما الاستفتاح فقال باستحبابه جمهور العلماء من الصحابة والتابعين فمن بعدهم ولا يعرف من خالف فيه الا مالك رحمه الله فقال : لا يأتى بدعاء الاستفتاح ولا بشىء بين القراءة والتكبير أصلا ، بل يقول : الله أكبر ، الحمد لله رب العالمين الى آخر الفاتحة . واحتج له بحديث « المسىء صلاته » وليس فيه استفتاح ، وقد يحتج له بحديث أبى هريرة السابق فى فصل التكبير وهو قوله « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر وعمر رضى الله عنهما يفتتحون الصلاة بالحمد لله رب العالمين » ودليلنا الأحاديث الصحيحة التى ذكرناها ، ولا جواب له عن واحد منها . والجواب عن حديث « المسىء صلاته » ماقدمناه فى مسألة رفع اليد ، وهو أن النبى صلى الله عليه وسلم انما علمه الفرائض فقط ، وهذا ليس منها . والجواب عن حديث أبى هريرة رضى الله عنه ما سبق فى فصل التكبير أن المراد بفتح القراءة كما فى رواية مسلم ، ومعناه أنهم كانوا يقرأون الفاتحة قبل السورة ، وليس المقصود أنه لا يأتى بدعاء الاستفتاح ، وبينه حديث عائشة رضى الله عنها الذى ذكرناه

هناك ، وكيف كان فليس فيه تصريح بنفى دعاء الاستفتاح ، ولو صرح بنفيه كانت الأحاديث الصحيحة المتظاهرة باثباته مقدمة لأنها زيادة ثقات ولأنها اثبات وهو مقدم على النفى والله أعلم .

وأما ما يستفتح به فقد ذكرنا أنه يستفتح بوجهت وجهى الى آخره ، وبه قال على بن أبى طالب ، وقال عمر بن الخطاب وابن مسعود والأوزاعى والثورى وأبو حنيفة وأصحابه واسحاق وداود : يستفتح بسبحانك اللهم الى آخره ولا يأتى بوجهت وجهى . وقال أبويوسف : يجمع بينهما ويبدأ بأيهما شاء ، وهو قول أبى اسحاق المروزى والقاضى أبى حامد من أصحابنا كما سبق ، قال ابن المنذر : أى ذلك قال أجزأه وأنا الى حديث : وجهت وجهى أميل ، دليلنا أنا قدمنا أنه لم يثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم فى الاستفتاح بسبحانك اللهم شىء وثبت وجهت وجهى فتعين اعتماده والعمل به والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ثم يتعوذ فيقول : اعوذ بالله من الشيطان الرجيم ، لما روى ابو سعيد الخدرى رضى الله عنه « ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يقول ذلك » قال فى الأم : كان ابن عمر رضى الله عنه يتعوذ فى نفسه ، وابو هريرة رضى الله عنه يجهر به ، وايهما فعل جاز ، قال ابو على الطبرى : استحب ان يسر به لأنه ليس بقراءة ولا علم على الاتباع ، ويستحب ذلك فى الركعة الأولى ، قال فى الأم : يقول فى اول ركعة ، وقد قيل : ان قاله فى كل ركعة فحسن ، ولا آمر به امرى فى أول ركعة ، فمن اصحابنا من قال : فيما سوى الأولى قولان (احدهما) يستحب لأنه يستفتح القراءة فيها فهى كالأولى . (الثانية) لا يستحب لأن استفتاح القراءة فى الأولى ، ومن اصحابنا من قال : يستحب فى الجميع قولا واحدا ، وانما فى الركعة الأولى اشد استحبابا ، وعليه يدل قول الشافعى رضى الله عنه) .

(الشرح) حديث أبى سعيد هذا غريب بهذا اللفظ ، رواه أبو داود فى سننه فقال فيه : ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أعوذ بالله السميع العليم من الشيطان الرجيم ونفخه ونفثه » رواه الترمذى ، والمعتمد فى الاستدلال على قول الله تعالى « فاذا [1] قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم » وانما ابتدأ المصنف بالحديث دون الآية لأن ظاهر الآية

---

(١) الآية ٩٨ من سورة النحل .

أن الاستعاذة بعد القراءة وليس فيها كيفية الاستعاذة فاستدل بالحديث لأن فيه بيان المحل ، ولكن الحديث ضعيف ، فالجواب الاحتجاج بالآية •

ومعنى : أعوذ بالله ألوذ واعتصم به ، وألجأ اليه ، والشيطان اسم لكل متمرد عات سمى شيطانا لشطونه عن الخير ، أى تباعده ، وقيل لشيطه ، أى هلاكه واحتراقه ، فعلى الأول النون أصلية وعلى الثانى زائدة ، والرجيم المطرود والمبعد وقيل المرجوم بالشهب ، وقوله : ليس بقراءة ولا علم على الاتباع ، العلم بفتح العين واللام العلامة والدليل واحترز به عن التكبير •

(أما حكم الفصل) فهو أن التعوذ مشروع فى أول ركعة فيقول بعد دعاء الاستفتاح : أعوذ بالله من الشيطان الرجيم هذا هو المشهور الذى نص عليه الشافعى وقطع به الجمهور ، وفيه وجه أنه يستحب أن يقول : أعوذ بالله السميع العليم من الشيطان الرجيم ، وبه جزم البندنيجى وحكاه الرافعى • وهو غريب • قال الشافعى فى الأم وأصحابنا : يحصل التعوذ بكل ما اشتمل على الاستعاذة بالله من الشيطان ، لكن أفضله أعوذ بالله من الشيطان الرجيم ، قال صاحب الحاوى : وبعده فى الفضيلة أعوذ بالله السميع العليم من الشيطان الرجيم ، وبعد هذا أعوذ بالله العلى من الشيطان الغوى •

قال البندنيجى : لو قال : أعوذ بالرحمن من الشيطان أو أعوذ بكلمات الله من الشيطان الرجيم أجزأه ان كانت الصلاة سرية بلا خلاف ، وان كانت جهرية ففيه طريقان (أحدهما) وبه قال أبو على الطبرى وصاحب الحاوى يستحب الاسرار به قولا واحدا ، كدعاء الافتتاح (والثانى) وهو الصحيح المشهور فيه ثلاثة أقوال (أصحها) يستحب الاسرار (والثانى) يستحب الجهر لأنه تابع للقراءة فأشبه التأمين كما لو قرأ خارج الصلاة فانه يجهر بالتعوذ قطعا (والثالث) يخير بين الجهر والاسرار ولا ترجيح ، وهذا ظاهر نصه فى الأم كما نقله المصنف •

واختلفوا من حيث الجملة فصحح الشيخ أبو حامد والمحاملى ونقلا التعوذ فى كل ركعة عن ابن سيرين وغلطا ، فهذه طرق الأصحاب والمذهب استحباب التعوذ فى كل ركعة ، وصححه القاضى أبو الطيب وامام الحرمين

والغزالى فى البسيط والرويانى والشاشى والرافعى وآخرون ، ولو تركه فى الأولى عمدا أو سهوا استحب فى الثانية بلا خلاف ، سواء قلنا : يختص بالأولى أم لا بخلاف ما لو ترك دعاء الاستفتاح فى الأولى لا يأتى به فيما بعدها بلا خلاف ، قال أصحابنا : والفرق أن الاستفتاح مشروع فى أول الصلاة ، وقد فات فصار كالفراغ من الصلاة ، وأما التعوذ فمشروع فى أول القراءة والركعة الثانية وما بعدها فيها قراءة .

(**فرع**) فى مسائل متعلقة بالتعوذ (احداها) قال الشافعى فى الأم لو ترك التعوذ عمدا [1] فان تركه عمدا أو سهوا فليس عليه شىء (الثانية) فى استحباب التعوذ فى القيام الثانى من صلاة الكسوف فى الركعة الأولى ، والثانية وجهان حكاهما صاحب الحاوى فى باب صلاة الكسوف وهما كالخلاف فى الركعة الثانية من سائر الصلوات (الثالثة) قال الشافعى والأصحاب : يستحب التعوذ فى كل صلاة فريضة أو نافلة أو منذورة لكل مصل من امام ومأموم ومنفرد ومضطجع ورجل وامرأة وصبى وحاضر ومسافر وقائم وقاعد ومحارب الا المسبوق الذى يخاف فوت بعض الفاتحة لو اشتغل به فيتركه ويشرع فى الفاتحة ويتعوذ فى الركعة الأخرى . وفى صلاة الجنازة وجهان ذكرهما المصنف والأصحاب ، الصحيح أنه يستحب فيها التعوذ كالتأمين (والثانى) لا يستحب لأنها مبنية على التخفيف (الرابعة) التعوذ يستحب لكل من يريد الشروع فى قراءة فى صلاة أو غيرها ويجهر القارىء خارج الصلاة باتفاق القراء ، ويكفيه التعوذ الواحد ما لم يقطع قراءته بكلام أو سكوت طويل ، فان قطعها بواحد منهما استأنف التعوذ وان سجد لتلاوة ثم عاد الى القراءة لم يتعوذ لأنه ليس بفصل أو هو فصل يسير . ذكره المتولى .

(**فرع**) فى مذاهب العلماء فى التعوذ ومحله وصفته والجهر به وتكراره فى الركعات واستحبابه للمأموم وأنه سنة أم واجب . أما أصله فاستحبه للمصلى جمهور العلماء من الصحابة والتابعين فمن بعدهم ، ومنهم ابن عمر وأبو هريرة وعطاء بن أبى رباح والحسن البصرى وابن سيرين

---

(١) هكذا بالاصل وفيها سقط ولعله (تداركه فى الثانية) كما يفهم من عبارة الروضة والام ، وقد حكى الشارح عبارة الام بالمعنى (ش) .

والنخعى والأوزاعى والثورى وأبو حنيفة وسائر أصحاب الرأى وأحمد واسحاق وداود وغيرهم وقال مالك لا يتعوذ أصلا لحديث « المسىء صلاته » ودليل الجمهور الآية ، واستدلوا بأحاديث ليست بثابتة فالآية أولى .

وأما محله فقال الجمهور : هو قبل القراءة ، وقال أبو هريرة وابن سيرين والنخعى يتعوذ بعد القراءة وكان أبو هريرة يتعوذ بعد فراغ الفاتحة لظاهر الآية . وقال الجمهور : معناها اذا أردت القراءة فاستعذ ، وهو اللائق السابق الى الفهم . وأما صفته فمذهبنا أنه يستحب أن يقول « أعوذ بالله من الشيطان الرجيم » وبه قال الأكثرون . قال القاضى أبو الطيب : وقال الثورى: يستحب أن يقول أعوذ بالله من الشيطان الرجيم ان الله هو السميع العليم » وقال الحسن بن صالح يقول « أعوذ بالله السميع العليم من الشيطان الرجيم » ونقل الشاشى عن الحسن بن صالح « أعوذ بالله السميع العليم من الشيطان الرجيم ، ان الله هو السميع العليم » وحكى صاحب الشامل هذا عن أحمد بن حنبل ، واحتج بقول الله (واما ينزغنك من الشيطان نزغ فاستعذ بالله انه هو السميع العليم) [1] وحديث أبى سعيد ، واحتج أصحابنا بقول الله تعالى (فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم) [2] فقد امتثل الأمر .

وأما الجواب عن الآية التى احتج بها فليست بيانا لصفة الاستعاذة ، بل أمر الله تعالى بالاستعاذة ، وأخبر أنه سميع الدعاء عليم ، فهو حث على الاستعاذة ، والآية التى أخذنا بها أقرب الى صفة الاستعاذة وكانت أولى ، وأما حديث أبى سعيد رضى الله عنه فسبق أنه ضعيف ، وأما الجهر بالتعوذ فى الجهرية فقد ذكرنا أن الراجح فى مذهبنا أنه لا يجهر ، وبه قال ابن عمر وأبو حنيفة . وقال أبو هريرة : يجهر ، وقال ابن أبى ليلى الاسرار والجهر سواء وهما حسنان .

وأما استحبابه فى كل ركعة فقد ذكرنا أن الأصح فى مذهبنا استحبابه فى كل ركعة . وبه قال ابن سيرين . وقال عطاء والحسن والنخعى والثورى وأبو

---

(١) الآية ٢٠٠ من سورة الأعراف .

(٢) الآية ٩٨ من سورة النحل .

حنيفة : يختص التعوذ بالركعة الأولى وأما استحبابه للمأموم فمذهبنا أنه يستحب له كما يستحب للامام والمنفرد • وقال الثورى وأبو حنيفة : لا يتعوذ المأموم لأنه لا قراءة عليه عندهما وأما حكمه فمستحب ليس بواجب ، هذا مذهبنا ومذهب الجمهور ، ونقل العبدرى عن عطاء والثورى أنهما أوجباه ، قال : وعن داود روايتان (احداهما) وجوبه قبل القراءة ، ودليله ظاهر الآية ودليلنا حديث المسىء صلاته • والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ثم يقرأ فاتحة الكتاب وهو فرض من فروض الصلاة لما روى عبادة بن الصامت رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا صلاة لمن لم يقرأ فيها بفاتحة الكتاب ») •

(الشرح) حديث عبادة رضى الله عنه رواه البخارى ومسلم رحمهما الله ، وقراءة الفاتحة للقادر عليها فرض من فروض الصلاة وركن من أركانها ومتعينة لا يقوم مقامها ترجمتها بغير العربية ولا قراءة غيرها من القرآن ، ويستوى فى تعينها جميع الصلوات فرضها ونفلها ، جهرها وسرها ، والرجل والمرأة ، والمسافر والصبى ، والقائم والقاعد والمضطجع ، وفى حال شدة الخوف وغيرها ، سواء فى تعينها الامام والمأموم والمنفرد • وفى المأموم قول ضعيف أنها لا تجب عليه فى الصلاة الجهرية ، وسنوضحه قريبا ان شاء الله تعالى •

وتسقط الفاتحة عن المسبوق ويتحملها عنه الامام بشرط أن تلك الركعة محسوبة للامام احتراز عن الامام المحدث ، والذى قام لخامسة ناسيا ، وسنوضح ذلك كله فى موضعه ان شاء الله تعالى •

(فرع) قد ذكرنا أن قراءة الفاتحة متعينة فى كل صلاة ، وهذا عام فى الفرض والنفل كما ذكرناه ، وهل نسميها فى النافلة واجبة أم شرطا ؟ فيه ثلاثة أوجه سبق بيانها فى مواضع أصحها ركن والله أعلم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى القراءة فى الصلاة :

مذهبنا أن الفاتحة متعينة لا تصح صلاة القادر عليها الا بها ، وبهذا قال جمهور العلماء من الصحابة والتابعين فمن بعدهم ، وقد حكاه ابن المنذر عن عمر بن الخطاب وعثمان بن أبى العاص وابن عباس وأبى هريرة وأبى سعيد

الخدرى وخوات بن جبير والزهرى وابن عون والأوزاعى ومالك وابن المبارك وأحمد واسحاق وأبى ثور ، وحكاه أصحابنا عن الثورى وداود ، وقال أبو حنيفة : لا تتعين الفاتحة لكن تستحب ، وفى رواية عنه تجب ولا تشترط ، ولو قرأ غيرها من القرآن أجـزأه ، وفى قـدر الواجب ثلاث روايات عنـه (احداها) آية تامة (والثانية) ما يتناوله الاسم قال الرازى : وهـذا هو الصحيح عندهم (والثالثة) ثلاث آيات قصار أو آية طويلة وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد ، واحتج لأبى حنيفة بقول الله تعالى (فاقرءوا ما تيسر منه [1]) وبحديث أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال للمسىء صلاته « كبر ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن » رواه البخارى ومسلم ، وبحديث أبى سعيد رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لاصلاة الا بفاتحة الكتاب أو غيرها » وفى حديث أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم « لا صلاة الا بقرآن ولو بفاتحة الكتاب » قالوا : فدل على أن غيرها يقوم مقامها ، قالوا : ولأن سور القرآن فى الحرمة سواء بدليل تحريم قراءة الجميع على الجنب وتحريم مس المحدث المصحف .

واحتج أصحابنا بحديث عبادة بن الصامت المذكور فى الكتاب : « لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب » رواه البخارى ومسلم . فان قالوا : معناه لا صلاة كاملة قلنا : هذا خلاف الحقيقة وخلاف الظاهر والسابق الى الفهم فلا يقبل . وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من صلى صلاة لم يقرأ فيها بأم الكتاب فهى خداج يقولها ثلاثا، أى غير تمام فقيل لأبى هريرة : انا نكون وراء الامام فقـال : اقرأ بهـا فى نفسك ، فانى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : قال الله تعالى : قسمت الصلاة بينى وبين عبدى نصفين نصفها لى ونصفها لعبدى فاذا قال العبد : الحمد لله رب العالمين ، قال الله : حمدنى عبدى ، واذا قال : الرحمن الرحيم ، قال : أثنى على عبدى واذا قال : مالك يوم الدين ، قال : مجدنى عبدى ــ وقال مرة : فوض الى عبدى ــ فاذا قال : اياك نعبد واياك نستعين قال : هذا بينى وبين عبدى ولعبدى ماسأل ، فاذا قال : اهدنا الصراط المستقيم

---

(١) من الآية ٢٠ من سورة المزمل .

صراط الذين أنعمت عليهم غير المغضوب عليهم ولا الضالين ، قال : هـذا لعبدى ولعبدى ماسأل » رواه مسلم وعن عبادة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا تجزىء صلاة لا يقرأ الرجل فيها بفاتحة الكتاب » رواه الدارقطنى وقال : اسناده صحيح حسن ورجاله ثقات كلهم • وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تجـزى صلاة لا يقرأ فيها بفاتحة الكتاب » رواه بهذا اللفظ ابن خزيمة وأبو حاتم ابن حبان بكسر الحاء فى صحيحيهما باسناد صحيح • وعن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه قال : « أمرنا أن نقرأ بفاتحة الكتاب وما تيسر » رواه أبو داود باسناد صحيح على شرط البخارى ومسـلم ، وفى المسـألة أحاديث كثيرة صحيحة والجواب عن الآية التى احتجوا بها أنها وردت فى قيام الليل لا فى قدر القراءة ، وعن الحديث أن الفاتحة تتيسر فيحمل عليها جمعا بين الأدلة أو يحمل على من يحسنها ، وعن حديث أبى هريرة « لا صلاة الا بقرآن » أنه حديث ضعيف رواه أبو داود باسناد ضعيف •

وجواب آخر وهو أن معنى هذا الحديث لو صح أن أقل ما يجزى فاتحة الكتاب ، كما يقال : صم ولو ثلاثة أيام من الشهر ، أى أكثر من الصوم ، فان نقصت فلا تنقص عن ثلاثة أيام • وعن قولهم : ان سور القرآن سـواء فى الحرمة أنه لا يلزم منه استواؤها فى الاجزاء فى الصلاة ، لاسيما وقـد ثبتت الأحاديث الصحيحة فى نفس الفاتحة فوجب المصير اليها هذا مختصر ما يتعلق بالمسألة من الدلائل لنا ولهم ، اقتصرت فيها على الصواب من الدلائل الصحيحة ، اذ لا فائدة فى الاطناب فى الواهيات ، وبالله التوفيق •

(فـرع) فى مذاهبهم فى اصل القراءة :

مذهبنا ومذهب العلماء كافة وجوبها ، ولا تصح الصلاة الا بها ، ولا خلاف فيه الا ما حكاه القاضى أبو الطيب ومتابعوه عن الحسن بن صالح وأبى بكر الأصم أنهما قالا : لا تجب القراءة بل هى مستحبة • واحتج لهما بما رواه أبو سلمة ومحمد بن على أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه « صلى المغرب فلم يقرأ فقيل له فقال : كيف كان الركوع والسجود ؟ قالوا : حسنا قال : فلا بأس » رواه الشافعى فى الأم وغيره • وعن الحارث الأعور « أن رجلا قال لعلى رضى الله عنه : انى صليت ولم أقرأ ، قال : أتممت الركوع

والسجود ؟ قال : نعم ، قال تمت صلاتك » رواه الشافعى • وعن زيد بن ثابت رضى الله عنه قال : (القراءة سنة) رواه البيهقى ، واحتج أصحابنا بالأحاديث الصحيحة السابقة فى الفرع قبله ولا معارض لها ، وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا صلاة الا بقراءة » رواه مسلم •

وأما الأثر عن عمر رضى الله عنه فجوابه من ثلاثة أوجه (أحدها) أنه ضعيف لأن أبا سلمة ومحمد بن على [1] لم يدركا عمر (والثانى) أنه محمول على أنه أسر بالقراءة (والثالث) أن البيهقى رواه من طريقين موصولين عن عمر رضى الله عنه أنه صلى المغرب ولم يقرأ فأعاد ، قال البيهقى : وهذه الرواية موصولة موافقة للسنة فى وجوب القراءة ، وللقياس فى أن الأركان لا تسقط بالنسيان وأما الأثر عن على رضى الله عنه فضعيف أيضا لأن الحارث الأعور متفق على ضعفه وترك الاحتجاج به ، وأما الأثر عن زيد فقال البيهقى وغيره : مراده أن القراءة لا تجوز الا على حسب ما فى المصحف فلا تجوز مخالفته وان كان على مقاييس العربية ، بل حروف القراءة سنة متبعة أى طريق يتبع ولا يغير والله أعلم •

(فرع) لفاتحة الكتاب عشرة أسماء حكاها الامام أبو اسحاق الثعلبى وغيره (أحدها) فاتحة الكتاب ، وجاءت الأحاديث الصحيحة عن النبى صلى الله عليه وسلم فى تسميتها بذلك ، قالوا : سميت به لأنه يفتتح بها المصحف والتعلم والقراءة فى الصلاة ، وهى مفتتحة بالحمد الذى يفتتح به كل أمر ذى بال ، وقيل لأن الحمد فاتحة كل كتاب (الثانى) سورة الحمد لأن فيها الحمد (الثالث) و (الرابع) أم القرآن وأم الكتاب لأنها مقدمة فى المصحف ، كما أن مكة أم القرى حيث دحيت الدنيا من تحتها ، وقيل : لأنها مجمع العلوم والخيرات كما سمى الدماغ أم الرأس لأنه مجمع الحواس والمنافع •

قال ابن دريد : الأم فى كلام العرب الراية ينصبها الأمير للعسكر يفزعون اليها فى حياتهم وموتهم ، وقال الحسن بن الفضل : سميت بذلك لأنها امام

---

(١) أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف لم يدرك عمر لان مولده كان سنة بضع وعشرين ومحمد بن على هو محمد ابن الحنفية احدى سبايا بنى حنيفة ولم يكن مميزا فى عهد عمر رضى الله عنهم اجمعين (ط) •

لجميع القرآن يقرأ فى كل ركعة ، ويقدم على كل سورة كأم القرى لأهل الاسلام وقيل : سميت بذلك لأنها أعظم سورة فى القرآن ، ثبت فى صحيح البخارى عن أبى سعيد بن المعلى رضى الله عنه قال : قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم « لأعلمنك سورة هى أعظم السور فى القرآن قبل أن تخرج من المسجد ، فأخذ بيدى فلما أراد أن يخرج قلت له : ألم تقل لأعلمنك سورة هى أعظم سورة فى القرآن ؟ قال : الحمد لله رب العالمين هى السبع المثانى والقرآن العظيم الذى أوتيته » .

(الخامس) الصلاة للحديث الصحيح فى مسلم أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « قال الله تعالى : قسمت الصلاة بينى وبين عبدى » وهو صحيح كما سبق بيانه قريبا (السادس) السبع المثانى للحديث الصحيح الذى ذكرناه قريبا سميت بذلك لأنها تثنى فى الصلاة فتقرأ فى كل ركعة (السابع) الوافية ــ بالفاء ــ لأنها لا تنقص فيقرأ بعضها فى ركعة ، وبعضها فى أخرى بخلاف غيرها (الثامن) الكافية لأنها تكفى عن غيرها ولا يكفى عنها غيرها (التاسع) الأساس روى عن ابن عباس (العاشر) الشفاء فيه حديث مرفوع قال الماوردى فى تفسيره : اختلفوا فى جواز تسميتها أم الكتاب فجوزه الأكثرون لأن الكتاب تبع لها ومنعه الحسن وابن سيرين وزعما أن هذا اسم للوح المحفوظ فلا يسمى به غيره (قلت) هذا غلط ففى صحيح مسلم عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : « من قرأ بأم الكتاب أجزأت عنه » وفى سنن أبى داود عن أبى هريرة قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحمد لله رب العالمين أم القرآن وأم الكتاب والسبع المثانى » .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان تركها ناسيا ففيه قولان ، قال فى القديم : « تجزيه لأن عمر رضى الله عنه ترك القراءة فقيل له فى ذلك فقال : كيف كان الركوع والسجود ؟ قالوا : حسنا قال : فلا بأس » وقال فى الجديد : لا تجزيه لأن ما كان ركنا فى الصلاة لم يسقط فرضه بالنسيان كالركوع والسجود) .

(الشرح) هذا الأثر عن عمر رضى الله عنه قد قدمنا بيانه فى الفرع السابق فى مذهبهم فى القراءة وذكرنا أنه ضعيف وأنه أعاد الصلاة .

(اما حكم المسألة) فقيمن ترك الفاتحة ناسيا حتى سلم أو ركع قولان

مشهوران ، أصحهما باتفاق الأصحاب وهو الجديد : لا تسقط عنه القراءة ، بل ان تذكر فى الركوع أو بعده قبل القيام الى الثانية عاد الى القيام وقرأ ، وان تذكر بعد قيامه الى الثانية لغت الأولى وصارت الثانية هى الأولى ، وان تذكر بعد السلام ــ والفصل قريب ــ لزمه العود الى الصلاة ويبنى على ما فعل ، فيأتى بركعة أخرى ويسجد للسهو وان طال الفصل يلزمه استئناف الصلاة •

والقول الثانى القديم أنه تسقط عنه القراءة بالنسيان ، فعلى هذا ان تذكر بعد السلام فلا شىء عليه ، وان تذكر فى الركوع وما بعده قبل السلام فوجهان (أحدهما) وبه قطع المتولى : يجب أن يعود الى القراءة كما لو نسى سجدة ونحوها (والثانى) لا شىء عليه ، وركعته صحيحة ، وسقطت عنه القراءة كما لو تذكر بعد السلام وبهذا قطع الشيخ أبو حامد فى تعليقه ، ونقله عن نصه فى القديم ، وقطع به أيضا البندنيجى والقاضى أبو الطيب وصاحب العدة وهو الأصح •

(**فرع**) لهذه المسألة نظائر فيها خلاف كهذه والأصح أنها تصح (منها) ترك ترتيب الوضوء ناسيا (ونسيان) الماء فى رحله فى التيمم (ومن) صلى أو صام بالاجتهاد فصادف قبل الوقت أو صلى بنجاسة حملها أو نسيها، أو أخطأ فى القبلة بيقين وغير ذلك ، وقد سبق بيانها فى باب صفة الوضوء •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجب ان يبتدئها ب (بسم الله الرحمن الرحيم) فانها آية منها ، والدليل عليه ما روته أم سلمة رضى الله عنها ان النبى صلى الله عليه وسلم « قرأ بسم الله الرحمن الرحيم فعدها آية » ولأن الصحابة رضى الله عنهم اثبتوها فيما جمعوا من القرآن فدل على أنها آية منها ، فان كان فى صلاة يجهر فيها جهر بها كما يجهر بسائر الفاتحة لما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم « جهر ببسم الله الرحمن الرحيم » ولأنها تقرأ على أنها آية من القرآن بدليل أنها تقرأ بعد التعوذ فكان سنتها الجهر كسائر الفاتحة) •

(**الشرح**) حديث أم سلمة رضى الله عنها صحيح رواه ابن خزيمة فى صحيحه بمعناه ، وحديث ابن عباس رواه الترمذى وقال : ليس اسناده بذاك ، وسنذكر ما يغنى عنه فى فرع مذاهب العلماء ان شاء الله تعالى •

(**اما حكم المسألة**) فمذهبنا أن (بسم الله الرحمن الرحيم) آية كاملة من أول الفاتحة بلا خلاف ، وليست فى أول براءة باجماع المسلمين ، وأما باقى السور غير الفاتحة وبراءة ففى البسملة فى أول كل سورة منها ثلاثة أقوال حكاها الخراسانيون أصحها وأشهرها وهو الصواب أو الأصوب أنها آية كاملة (والثانى) أنها بعض آية (والثالث) أنها ليست بقرآن فى أوائل السور غير الفاتحة ، والمذهب أنها قرآن فى أوائل السور غير براءة ، ثم هل هى فى الفاتحة وغيرها قرآن على سبيل القطع كسائر القرآن ؟ أم على سبيل الحكم لاختلاف العلماء فيها ؟ فيه وجهان مشهوران لأصحابنا حكاهما المحاملى وصاحب الحاوى والبندنيجى (أحدهما) على سبيل الحكم بمعنى أنه لا تصح الصلاة الا بقراءتها فى أول الفاتحة ، ولا يكون قارئا لسورة غيرها بكمالها الا اذا ابتدأها بالبسملة (والصحيح) أنها ليست على سبيل القطع اذ لا خلاف بين المسلمين أن نافيها لا يكفر ، ولو كانت قرآنا قطعا لكفر ، كمن نفى غيرها ، فعلى هذا يقبل فى اثباتها خبر الواحد كسائر الأحكام ، واذا قال : هى قرآن على سبيل القطع لم يقبل فى اثباتها خبر الواحد كسائر القرآن وانما ثبت بالنقل المتواتر عن الصحابة فى اثباتها فى المصحف كما سيأتى تحريره فى فرع مذاهب العلماء ان شاء الله تعالى .

وضعف امام الحرمين وغيره قول من قال : انها قرآن على سبيل القطع ، قال الامام : هذه غباوة [1] عظيمة من قائل هذا لأن ادعاء العلم حيث لا قاطع محال . وقال صاحب الحاوى : قال جمهور أصحابنا : هى آية حكما لا قطعا، وقال أبو على ابن أبى هريرة هى آية من أول كل سورة غير براءة قطعا ، ولا خلاف عندنا أنها تجب قراءتها فى أول الفاتحة ولا تصح الصلاة الا بها لأنها كباقى الفاتحة ، قال الشافعى والأصحاب : ويسن الجهر بالبسملة فى الصلاة الجهرية فى الفاتحة وفى السورة وهذا لا خلاف فيه عندنا .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى اثبات البسملة وعدمها

اعلم أن مسألة البسملة عظيمة مهمة ينبنى عليها صحة الصلاة التى هى

---

(١) بالنظر الى جميع أصول المجموع نجدها (هذه عبارة) وبالرجوع الى النهاية نسخة خطية يحققها الأخ الأستاذ عبد الحليم الديب لنيل الدكتوراة نجدها (هذه غباوة عظيمة) الخ (ط) .

أعظم الأركان بعد التوحيد ، ولهذا المحل الأعلى الذى ذكرته من وصفها اعتنى العلماء من المتقدمين والمتأخرين بشأنها ، واكثروا التصانيف فيها مفردة ، وقد جمع الشيخ أبو محمد عبد الرحمن بن اسماعيل بن ابراهيم المقدسي الدمشقى ذلك فى كتابه المشهور ، وحوى فيه معظم المصنفات فى ذلك مجلدا كبيرا وأنا ان شاء الله تعالى أذكر هنا جميع مقاصده مختصرة وأضم اليها تتمات لابد منها فأقول : قد ذكرنا أن مذهبنا أن البسملة آية من أول الفاتحة بلا خلاف ، فكذلك هى آية كاملة من أول كل سورة غير براءة على الصحيح من مذهبنا كما سبق ، وبهذا قال خلائق لا يحصون من السلف • قال الحافظ أبو عمر بن عبد البر : هذا قول ابن عباس وابن عمر وابن الزبير وطاوس وعطاء ومكحول وابن المنذر وطائفة ، وقال : ووافق الشافعى فى كونها من الفاتحة أحمد واسحق وأبو عبيد وجماعة من أهل الكوفة ومكة وأكثر أهل العراق ، وحكاه الخطابى أيضا عن أبى هريرة وسعيد بن جبير ، ورواه البيهقى فى كتابه الخلافيات باسناده عن على بن أبى طالب رضى الله عنه والزهرى وسفيان الثورى ، وفى السنن الكبير له عن على وابن عباس وأبى هريرة ومحمد بن كعب رضى الله عنهم •

وقال مالك والأوزاعى وأبو حنيفة وداود : ليست البسلمة فى أوائل السور كلها قرآنا لا فى الفاتحة ولا فى غيرها ، وقال أحمد : هى آية فى أول الفاتحة وليست بقرآن فى أوائل السور • وعنه رواية أنها ليست من الفاتحة أيضا • وقال أبو بكر الرازى من الحنفية وغيره منهم : هى آية بين كل سورتين غير الأنفال وبراءة ، وليست من السور ، بل هى قرآن كسور قصيرة ، وحكى هذا عن داود وأصحابه أيضا ، ورواية عن أحمد • وقال محمد بن الحسن : ما بين دفتى المصحف قرآن ، وأجمعت الأمة على أنه لا يكفر من أثبتها ولا من نفاها لاختلاف العلماء فيها ، بخلاف مالو نفى حرفا مجمعا عليه أو أثبت ما لم يقل به أحد ، فانه يكفر بالاجماع ، وهذا فى البسلمة التى فى أوائل السور غير براءة ، وأما البسملة فى أثناء سورة النمل (انه من [1] سليمان وانه : بسم الله الرحمن الرحيم) فقرآن بالاجماع فمن جحد منها حرفا كفر بالاجماع •

---

(١) الآية ٣٠ من سورة النمل •

واحتج من نفاها فى أول الفاتحة وغيرها من السور بأن القرآن لا يثبت بالظن ولا يثبت الا بالتواتر ، وبحديث أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم « قسمت الصلاة بينى وبين عبدى نصفين فاذا قال العبد : الحمد لله رب العالمين » الى آخر الحديث ، ولم يذكر البسملة ، رواه مسلم ، وقد سبق قريبا بطوله ، وبحديث أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (ان من القرآن سورة ثلاثين آية شفعت لرجل حتى غفر له وهى « تبارك الذى [1] بيده الملك ») رواه أبو داود والترمذى ، وقال : حديث حسن ، وفى رواية أبى داود « تشفع » قالوا : وقد أجمع القراء على أنها ثلاثون آية سوى البسملة وبحديث عائشة فى مبدا الوحى « أن جبريل أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : اقرأ باسم ربك الذى خلق ، خلق الانسان من علق ، اقرأ وربك الأكرم . ولم يذكر البسملة فى أولها » رواه البخارى ومسلم وبحديث أنس رضى الله عنه قال « صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم فلم أسمع أحدا منهم يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم » رواه مسلم وفى رواية له « فكانوا يفتتحون بالحمد لله رب العالمين لا يذكرون : بسم الله الرحمن الرحيم فى أول قراءة ولا آخرها » (قالوا) ولأنها لو كانت من القرآن لكفر جاحدها وأجمعنا أنه لا يكفر (قالوا) ولأن أهل العدد مجمعون على ترك عدها آية من غير الفاتحة ، واختلفوا فى عدها فى الفاتحة ، قالوا : ونقل أهل المدينة بأسرهم عن آبائهم التابعين عن الصحابة رضى الله عنهم افتتاح الصلاة بالحمد لله رب العالمين (قالوا : وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم لأبى بن كعب « تقرأ أم القرآن فقال : الحمد لله رب العالمين [2] ») .

واحتج أصحابنا بأن الصحابة رضى الله عنهم أجمعوا على اثباتها فى المصحف فى أوائل السور جميعا سوى براءة بخط المصحف ، بخلاف الأعشار وتراجم السور ، فان العادة كتابتها بحمرة ونحوها ، فلو لم تكن قرآنا لما استجازوا اثباتها بخط المصحف من غير تمييز ، لأن ذلك يحمل على اعتقاد أنها قرآن فيكونون مغررين بالمسلمين ، حاملين لهم على اعتقاد ما ليس

---

(١) الآية ١ من سورة الملك .

(٢) الآية ٢ من سورة الفاتحة .

بقرآن قرآنا فهـذا مما لا يجوز اعتقـاده فى الصحابة رضى الله عنهم ، قال أصحابنا : هذا أقوى أدلتنا فى اثباتها .

قال الحافظ أبو بكر البيهقى : أحسن ما يحتج به أصحابنا كتابتهـا فى المصاحف التى قصدوا بكتابتها نفى الخلاف عن القرآن ، فكيف يتوهم عليهم أنهم أثبتـوا مائة وثلاث عشرة آية ليست من القـرآن ، قال الغـزالى فى المستصفى : أظهر الأدلة كتابتها بخط القـرآن قال : ونحن نقنع فى هـذه المسألة بالظن ولا شك فى حصوله (فان قيل) لعلها أثبتت للفصل بين السور (فجوابه) من أوجه (أحدها) أن هـذا فيه تغرير لا يجوز ارتكابه لمجرد الفصل (والثانى) أنه لو كان للفصل لكتبت بين براءة والأنفال ، ولما حسن كتابتها فى أول الفاتحة (الثالث) أن الفصل كان ممكنا بتراجم السور كما حصل بين براءة والأنفال .

فان قيل : لعلها كتبت للتبرك بذكر الله ، فجوابه من هذه الأوجه الثلاثة ، ومن وجه رابع أنه لو كانت للتبرك لاكتفى بها فى أول المصحف ، أو لكتبت فى أول براءة ، ولما كتبت فى أوائل السور التى فيها ذكر الله كالفاتحة والأنعام وسبحان والكهف والفرقان والحديد ونحوها فلم يكن حاجة الى البسملة ، ولأنهم قصدوا تجريد المصحف مما ليس بقرآن . ولهذا لم يكتبوا التعوذ والتأمين مع أنه صح الأمر بهما ،ولأن النبى صلى الله عليه وسلم لما تلا الآيات النازلة فى براءة عائشة رضى الله عنها لم يبسمل ، ولما تلا سورة الكوثر حين نزولها بسمل ، فلو كانت للتبرك لكانت الآيات فى براءة عائشة أولى مما يتبرك فيه لما دخل على النبى صلى الله عليه وسلم وأهله وأصحابه من السرور بذلك.

وعن أم سلمة رضى الله عنها « أن النبى صلى الله عليه وسلم قرأ بسم [1] الله الرحمن الرحيم فى أول الفاتحة فى الصلاة وعدها آية » وعن ابن عباس رضى الله عنه فى قوله تعالى (ولقد آتيناك سبعا من المثانى [2]) قال : هى فاتحة الكتاب ، قال فأين السابعة ؟ قال (بسم الله الرحمن الرحيم) رواهما ابن خزيمة فى صحيحه ، ورواهما البيهقى وغيره . وعن أنس رضى الله عنه

---

(١) الآية ١ من سورة الفاتحة .

(٢) الآية ٨٧ من سورة الحجر .

قال « بينا رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم بين أظهرنا اذ أغفى اغفاء ثم رفع رأسه متبسما فقلنا : ما أضحكك يا رسول الله ؟ قال أنزلت على سورة فقرأ بسم الله الرحمن الرحيم : انا أعطيناك الكوثر [1] ، فصل لربك وانحر ، ان شانئك هو الأبتر » رواه مسلم • وعن أنس رضى الله عنه أنه سئل عن قراءة النبى صلى الله عليه وسلم فقال « كانت مدا ثم قرأ : بسم الله الرحمن الرحيم يمد بسم الله ويمد الرحمن ويمد الرحيم » رواه البخارى •

وعن ابن عباس قال « كان النبى صلى الله عليه وسلم لا يعرف فصل السورة حتى ينزل عليه بسم الله الرحمن الرحيم » رواه الحاكم فى المستدرك، وقال حديث صحيح على شرط البخارى ومسلم ، ورواه أبو داود وغيره • وأخرج الحاكم فى المستدرك أيضا ثلاثة أحايث كلها عن عمرو بن دينار عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضى الله عنهما (الأول) أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان اذا جاءه جبريل عليه السلام فقرأ بسم الله الرحمن الرحيم علم أنها سورة (الثانى) « كان النبى صلى الله عليه وسلم لا يعلم ختم السورة حتى ينزل بسم الله الرحمن الرحيم (الثالث) كان المسلمون لا يعلمون انقضاء السورة حتى ينزل بسم الله الرحمن الرحيم وفى سنن البيهقى عن على وأبى هريرة وابن عباس وغيرهم رضى الله عنهم « أن الفاتحة هى السبع من المثانى وهى السبع آيات وأن البسملة هى الآية السابعة » وفى سنن الدارقطنى عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا قرأتم الحمد فاقرأوا : بسم الله الرحمن الرحيم انها أم القرآن وأم الكتاب والسبع المثانى وبسم الله الرحمن الرحيم احدى آياتها » قال الدارقطنى : رجال اسناده كلهم ثقات وروى موقوفا •

فهذه الأحاديث متعاضدة محصلة للظن القوى بكونها قرآنا حيث كتبت ، والمطلوب هنا هو الظن لا القطع ، خلاف ما ظنه القاضى أبو بكر الباقلانى حيث شنع على مذهبنا وقال : لا يثبت القرآن بالظن ، وأنكر عليه الغزالى وأقام الدليل على أن الظن يكفى فيما نحن فيه (مما) ذكره حديث

---

(١) جميع سورة الكوثر •
(٢) الآية ١ من سورة الفاتحة •

« كان النبى صلى الله عليه وسلم لا يعرف ختم السورة حتى ينزل عليه بسم الله الرحمن الرحيم » قال : والقاضى معترف بهذا لكنه تأوله على أنها كانت تنزل ولم تكن قرآنا • قال : وليس كل منزل قرآنا • قال الغزالى : وما من منصف الا ويرد هذا التأويل ويضعفه • واعترف أيضا بأن البسملة كتبت بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم فى أوائل السور مع اخباره صلى الله عليه وسلم أنها منزلة ، وهذا موهم كل أحد أنها قرآن ودليل قاطع أو كالقاطع انها قرآن فلا وجه لترك بيانها لو لم تكن قرآنا •

فان قيل : لو كانت قرآنا لبينها ، فالجواب أنه صلى الله عليه وسلم اكتفى بقوله انها منزلة ، وباملائها على كتابه وبأنها تكتب بخط القرآن ، كما لم يبين عند املاء كل آية أنها قرآن اكتفاء بعلم ذلك من قرينة الحال ومن التصريح بالانزال •

فان قيل : قوله لا يعرف فصل السور ، دليل على أنها للفصل ، قلنا موضع الدلالة قوله : حتى ينزل فأخبر بنزولها ، وهذا صفة كل القرآن ، وتقدير الله لا يعرف بالشروع فى سورة أخرى الا بالبسملة فانها لا تنزل الا فى أوائل السور قال الغزالى فى آخر كلامه : الغرض بيان أن المسألة ليست قطعية بل ظنية وأن الأدلة وان كانت متعارضة فجواب الشافعى فيها أرجح وأغلب •

وأما الجواب عن قولهم لا يثبت القرآن الا بالتواتر فمن وجهين (أحدهما) أن اثباتها فى المصحف فى معنى التواتر (والثانى) أن التواتر انما يشترط فيما يثبت قرآنا على سبيل القطع ، أما ما يثبت قرآنا على سبيل الحكم فيكفى فيه الظن كما سبق بيانه ، والبسملة قرآن على سبيل الحكم على الصحيح ، وقول جمهور أصحابنا كما سبق • وأما الجواب عن حديث « قسمت الصلاة » فمن أوجه ذكرها أصحابنا :

(أحدها) أن البسملة انما لم تذكر لاندراجها فى الآيتين بعدها (الثانى) أن يقال معناه فاذا انتهى العبد فى قراءته الى « الحمد لله رب العالمين » وحينئذ تكون البسملة داخلة (الثالث) أن يقال المقسوم ما يختص بالفاتحة من الآيات

الكاملة واحترزنا بالكاملة عن قوله تعالى (وقيل [1] الحمد لله رب العالمين) وعن قوله تعالى : (وسلام [2] على المرسلين والحمد لله رب العالمين) وأما البسملة فغير مختصة (الرابع) لعله قاله قبل نزول البسملة فان النبى صلى الله عليه وسلم كان ينزل عليه الآية فيقول : (ضعوها فى سورة كذا) .

(الخامس) أنه جاء ذكر البسملة فى رواية الدارقطنى والبيهقى قال « فاذا قال العبد بسم الله الرحمن الرحيم يقول الله ذكرنى عبدى » ولكن اسنادها ضعيف .

فان قيل : قد أجمعت الأمة على أن الفاتحة سبع آيات . واختلف فى السابعة . فمن جعل البسملة آية قال السابعة (صراط الذين) الى آخر السورة ، ومن نفاها قال « صراط [3] الذين أنعمت عليهم » سادسة « وغير المغضوب عليهم » الى آخرها هى السابعة ، قالوا : ويترجح هذا لأن به يحصل حقيقة التنصيف فتكون لله تعالى ثلاث آيات ونصف وللعبد مثلها ، وموضع التنصيف « اياك نعبد [4] واياك نستعين » فلو عدت البسملة آية ولم يعد « غير [5] المغضوب عليهم » صار لله تعالى أربع آيات ونصف وللعبد آيتان ونصف ، وهذا خلاف تصريح الحديث بالتنصيف ، فالجواب من أوجه « أحدها » منع ارادة حقيقة التنصيف ، بل هو من باب قول الشاعر :

اذا مت كان الناس نصفين شامت وآخر مثن بالذى كنت أصنع

فيكون المراد أن الفاتحة قسمان ، فأولها لله تعالى وآخرها للعبد (والثانى) أن المراد بالتنصيف قسمان الثناء والدعاء من غير اعتبار لعدد الآيات (الثالث) أن الفاتحة اذا قسمت باعتبار الحروف والكلمات والبسملة منها كان التنصيف فى شطريها أقرب مما اذا قسمت بحذف البسملة ، فلعل المراد تقسيمها باعتبار الحروف . فان قيل يترجح جعل الآية السابعة (غير

---

(١) الآية ٧٥ من سورة الزمر .

(٢) الآية ١٨٢ من سورة الصافات .

(٣) الآية ٧ من سورة الفاتحة .

(٤) الآية ٥ من سورة الفاتحة .

(٥) الآية ٧ من سورة الفاتحة .

المغضوب) لقوله : فاذا قال العبد (اهدنا الصراط) الى آخر السورة ، قال : فهؤلاء لعبدى ، فلفظة هؤلاء جمع يقتضى ثلاث آيات ، وعلى قول الشافعى ليس للعبد الا آيتان ، فالجواب أن أكثر الرواة رووه : فهذا لعبدى ، وهو الذى رواه مسلم فى صحيحه ، وان كان (هؤلاء) ثابتة فى سنن أبى داود والنسائى باسناديهما الصحيحين .

وعلى هذه الرواية تكون الاشارة بهؤلاء الى الكلمات أو الى الحروف أو الى آيتين ونصف من قوله تعالى (واياك نستعين) الى آخر السورة ، ومثل هذا يجمع كقول الله تعالى (الحج أشهر [1] معلومات) والمراد شهران وبعض الثالث أو الى آيتين فحسب ، وذلك يطلق عليه اسم الجمع بالاتفاق ، ولكن اختلفوا فى أنه حقيقة أم مجاز وحقيقته ثلاثة والأكثرون على أنه مجاز فى الاثنين ، حقيقة فى الثلاثة . قال الشيخ أبو محمد المقدسى : هذا كله اذا سلمنا أن التنصف توجه الى آيات الفاتحة ، وذلك ممنوع من أصله ، وانما التنصف متوجه الى الصلاة بنص الحديث . فان قالوا : المراد قراءة الصلاة. قلنا : بل المراد قسمة ذكر الصلاة أى الذكر المشروع فيها ، وهو ثناء ودعاء ، فالثناء منصرف الى الله تعالى ، سواء ما وقع منه فى القراءة وما وقع فى الركوع والسجود وغيرهما . والدعاء منصرف الى العبد ، سواء ما وقع منه فى القراءة والركوع والسجود وغيرها ، ولا يشترط التساوى فى ذلك لما سبق.

ثم ذكر النبى صلى الله عليه وسلم بعد اخباره بقسمة أذكار الصلاة أمرا آخر وهو ما يقوله الله تعالى عند قراءة العبد هذه الآيات التى هى من جملة المقسوم ، لا أن ذلك تفسير بعض المقسوم ، فان قيل يترجح كونه تفسيرا لذكره عقيبه . قلنا ليس كذلك لأن قراءة الصلاة غير منحصرة فى الفاتحة ، فحمل الحديث على قسمة الذكر أعم وأكثر فائدة ، فهذا الحديث هو عمدة نفاة البسملة وقد بان أمره والجواب عنه .

وأما الجواب عن حديث شفاعة تبارك هو أن المراد ما سوى البسملة لأنها غير مختصة بهذه السورة ، ويحتمل أن يكون هذا الحديث قبل نزول البسملة فيها فلما نزلت أضيفت اليها بدليل كتابتها فى المصحف ، ويؤيد

---

(١) الآية ١٩٧ من سورة البقرة .

تأويل هذا الحديث أنه رواية أبى هريرة فمن يثبت البسملة فهو أعلم بتأويله.

وأما الجواب عن حديث مبدأ الوحى وهو أن البسملة نزلت بعد ذلك كنظائر لها من الآيات المتأخرة عن سوره فى النزول فهذا هو الجواب المعتمد وبه أجاب الشيخ أبو حامد وسليم الرازى وغيرهما (وجواب آخر) وهو أن البسملة نزلت أولا وروى فى ذلك حديث عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أول ما ألقى على جبريل : بسم الله الرحمن الرحيم » ونقله الواحدى فى أسباب النزول عن الحسن وعكرمة وهذا ليس بثابت فلا اعتماد عليه . وأما حديث أنس فسيأتى جوابه فى مسألة الجهر بالبسملة ، وأما قولهم: لو كانت قرآنا لكفر جاحدها فجوابه من وجهين (أحدهما) أن يقلب عليهم فيقال : لو لم تكن قرآنا لكفر مثبتها (الثانى) أن الكفر لا يكون بالظنيات، بل بالقطعيات والبسملة ظنية . وأما قولهم : أجمع أهل العدد على أنه لا تعد آية ، فجوابه من وجهين (أحدهما) أن أهل العدد ليسوا كل الأمة حتى يكون اجماعهم حجة ، بل هم طائفة من الناس عدوا كذلك اما لأن مذهبهم نفى البسملة ، واما لاعتقادهم أنها بعض آية ، وأنها مع أول السورة آية (الثانى) أنه معارض بما ورد عن ابن عباس وغيره « من تركها فقد ترك مائة وثلاث عشرة آية » .

وأما الجواب عن نقل أهل المدينة واجماعهم فلا نسلم اجماعهم ، بل قد اختلف أهل المدينة فى ذلك كما سبق الخلاف عن الصحابة فمن بعدهم من أهل المدينة وغيرهم وستأتى قصة معاوية حين تركها فى صلاته فأنكر عليه المهاجرون والأنصار فأى اجماع مع هذا ؟ قال ابن عبد البر : الخلاف فى المسألة موجود قديما وحديثا قال : ولم يختلف أهل مكة أن (بسم الله الرحمن الرحيم [1]) أول آية من الفاتحة ولو ثبت اجماع أهل المدينة لم يكن حجة مع وجود الخلاف لغيرهم هذا مذهب الجمهور .

وأما قولهم : قال النبى صلى الله عليه وسلم لأبى بن كعب « كيف تقرأ أم القرآن ؟ فقال : الحمد لله رب العالمين » فجوابه أن هذا غير ثابت وانما لفظه فى كتاب الترمذى « كيف تقرأ فى الصلاة فقرأ أم القرآن » وهذا

---

(١) الآية ١ من سورة الفاتحة .

لا دليل فيه ، وفى سنن الدارقطنى عكس ما ذكروه وهو أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لبريدة : « بأى شىء تستفتح القرآن اذا افتتحت الصلاة ؟ قال : قلت : بسم الله الرحمن الرحيم » وعن على وجابر رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم معناه والله أعلم .

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى الجهر ببسم [1] الله الرحمن الرحيم : قد ذكرنا أن مذهبنا استحباب الجهر بهـا حيث يجهر بالقراءة فى الفـاتحة والسورة جميعا فلها فى الجهر حكم باقى الفاتحة والسورة ، هذا قول أكثر العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم من الفقهاء والقراء ، فأما الصحابة الذين قالوا به فرواه الحافظ أبو بكر الخطيب عن أبى بكر وعمر وعثمان وعلى وعمار بن ياسر وأبى بن كعب وابن عمر وابن عباس وأبى قتادة وأبى سعيد وقيس بن مالك وأبى هريرة وعبد الله بن أبى أوفى وشداد بن أوس وعبد الله بن جعفر والحسين بن على وعبد الله بن جعفر [2] ومعاوية وجماعة المهاجرين والأنصار الذين حضروه لما صلى بالمدينة وترك الجهر فأنكروا عليه فرجع الى الجهر بها رضى الله عنهم أجمعين .

قال الخطيب : وأما التابعون ومن بعدهم ممن قال بالجهر بها فهم أكثر من أن يذكروا وأوسع من أن يحصروا ، ومنهم سعيد بن المسيب وطاوس وعطاء ومجاهد وأبو وائل وسعيد بن جبير وابن سيرين وعكرمة وعلى بن الحسين وابنه محمدبن‌على وسالم بن‌عبد الله ومحمدبن‌المنكدر وأبو بكربن‌محمد ابن عمرو بن حزم ومحمد بن كعب ونافع مولى ابن عمر وعمر بن عبد العزيز وأبو الشعثاء ومكحول وحبيب بن أبى ثابت والزهرى وأبو قلابة وعلى بن عبد الله بن عباس وابنه محمد بن على والأزرق بن قيس وعبد الله بن مغفل ابن مقرن فهؤلاء من التابعين ، قال الخطيب : وممن قال به بعـد التابعين عبد الله بن عمر العمرى والحسن بن زيد وعبد الله بن حسن وزيد بن على بن حسين ومحمد بن عمر بن على وابن أبى ذئب والليث بن سعد واسحاق بن راهويه ، ورواه البيهقى عن بعض هؤلاء وزاد فى التابعين عبد الله بن صفوان

---

(١) الآية ١ من سورة الفاتحة .

(٢) كذا بالأصل ، ولعله وعبد الله بن عمرو (ط) .

ومحمد بن الحنفية وسليمان التيمى وممن تابعهم المعتمر بن سليمان ، ونقله ابن عبد البر عن بعض هؤلاء وزاد فقال : هو قول جماعة أصحاب ابن عباس طاوس وعكرمة وعمرو بن دينار ، وقول ابن جريج ومسلم بن خالد وسائر أهل مكة وهو أحد قولى ابن وهب صاحب مالك وحكاه غيره عن ابن المبارك وأبى ثور •

وقال الشيخ أبو محمد المقدسى : والجهر بالبسملة هو الذى قرره الأئمة الحفاظ واختاروه وصنفوا فيه مثل محمد بن نصر المروزى وأبى بكر بن خزيمة وأبى حاتم بن حبان وأبى الحسن الدارقطنى وأبى عبد الله الحكم وأبى بكر البيهقى والخطيب وأبى عمر بن عبد البر وغيرهم رحمهم الله •

وفى كتاب الخلافيات للبيهقى عن جعفر بن محمد قال : أجمع أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم على الجهر « ببسم الله الرحمن الرحيم » ونقل الخطيب عن عكرمة أنه كان لا يصلى خلف من لا يجهر « ببسم الله الرحمن الرحيم » • وقال أبو جعفر محمد بن على : لا ينبغى الصلاة خلف من لا يجهر ، قال أبو محمد : واعلم أن أئمة القراءة السبعة (منهم) من تروى البسملة بلا خلاف عنه (ومنهم) من روى عنه الأمران ، وليس فيهم من لم يبسمل بلا خلاف عنه فقد بحثت عن ذلك أشد البحث فوجدته كما ذكرته ثم كل من رويت عنه البسملة ذكرت بلفظ الجهر بها الا روايات شاذة جاءت عن حمزة رحمه الله بالاسرار بها وهذا كله مما يدل من حيث الاجمال على ترجيح اثبات البسملة والجهر بها • وفى كتاب البيان لابن أبى هاشم عن أبى القاسم بن المسلمى قال : كنا نقرأ « بسم [1] الله الرحمن الرحيم » فى أول فاتحة الكتاب ، وفى أول سورة البقرة وبين السورتين فى الصلاة ؛ وفى الفرض كان هذا مذهب القراء بالمدينة •

وذهبت طائفة الى أن السنة الاسرار بها فى الصلاة السرية والجهرية وهذا حكاه ابن المنذر عن على بن أبى طالب وابن مسعود وعمار بن ياسر وابن الزبير والحكم وحماد والأوزاعى والثورى وأبى حنيفة ، وهو مذهب أحمد ابن حنبل وأبى عبيد ، وحكى عن النخعى وحكى القاضى أبو الطيب وغيره

---

(١) الآية ١ من سورة الفاتحة .

عن ابن أبى ليلى والحكم أن الجهر والاسرار سواء • واعلم أن مسألة الجهر ليست مبنية على مسألة اثبات البسملة لأن جماعة ممن يرى الاسرار بها لا يعتقدونها قرآنا بل يرونها من سننه كالتعوذ والتأمين وجماعة ممن يرى الاسرار بها يعتقدونها قرآنا وانما أسروا بها ، وجهر أولئك لما ترجح عند كل فريق من الأخبار والآثار •

واحتج من يرى الاسرار بحديث أنس رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم وأبا بكر وعمر رضى الله عنهما كانوا يفتتحون الصلاة بالحمد لله رب [1] العالمين » رواه البخارى ، وعن أنس أيضا رضى الله عنه قال « صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان فلم أسمع أحدا منهم يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم » رواه مسلم ، وعنه « صليت خلف النبى صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان فكانوا يفتتحون بالحمد لله رب العالمين لا يذكرون بسم الله الرحمن الرحيم فى أول قراءة ولا فى آخرها » رواه مسلم •

وفى رواية الدارقطنى « فلم أسمع أحدا منهم يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم » وعن عائشة رضى الله عنها قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يستفتح الصلاة بالتكبير والقراءة بالحمد لله رب العالمين » رواه مسلم، وروى عن ابن عبد الله بن مغفل : « سمعنى أبى وأنا أقرأ بسم الله الرحمن [2] الرحيم فقال : أى بنى اياك والحدث فانى صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ومع أبى بكر وعمر وعثمان فلم أسمع رجلا منهم يقوله فاذا قرأت فقل : الحمد لله رب العالمين » رواه الترمذى والنسائى قال الترمذى : حديث حسن وعن ابن مسعود رضى الله عنه قال « ما جهر رسول الله صلى الله عليه وسلم فى صلاة مكتوبة ببسم الله الرحمن الرحيم ولا أبو بكر ولا عمر رضى الله عنهما » •

قالوا : ولأن الجهر بها منسوخ ، قال سعيد بن جبير « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم بمكة وكان أهل مكة

---

(١) الآية ٢ من سورة الفاتحة .

(٢) الآية ١ من سورة الفاتحة .

يدعون مسيلمة (الرحمن) فقالوا ان محمدا يدعو الى اله اليمامة فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخفاها فما جهر بها حتى مات » قالوا : وسئل الدارقطنى بمصر حين صنف كتاب الجهر فقال : لم يصح فى الجهر بها حديث.

قالوا : وقال بعض التابعين : الجهر بها بدعة قالوا : وقياسا على التعوذ قالوا : ولأنه لو كان الجهر ثابتا لنقل نقلا متواترا أو مستفيضا كوروده فى سائر القراءة .

واحتج أصحابنا والجمهور على استحباب الجهر بأحاديث وغيرها جمعها ولخصها الشيخ أبو محمد المقدسى فقال : اعلم أن الأحاديث الواردة فى الجهر كثيرة ، منهم من صرح بذلك ، ومنهم من فهم من عبارته . ولم يرد تصريح بالاسرار بها عن النبى صلى الله عليه وسلم الا روايتان : (احداهما) عن ابن مغفل وهى ضعيفة . (والثانية) عن أنس وهى معللة بما أوجب سقوط الاحتجاج بها كما سنوضحه ان شاء الله تعالى ، ومنهم من استدل بحديث « قسمت الصلاة » السابق ولا دليل فيه على الاسرار ومنهم من يستدل بحديث عن عائشة وحديث عن ابن مسعود واعتمادهم على حديثى أنس وابن مغفل ولم يدع أبو الفرج بن الجوزى فى كتابه التحقيق غيرهما ، فقال : لنا حديثان فذكرهما ، وسنوضح أنه لا حجة فيهما ، وأما أحاديث الجهر فالحجة قائمة بما يشهد له بالصحة ، منها ــ وهو ما روى عن ستة من الصحابة أبى هريرة وأم سلمة وابن عباس وأنس وعلى بن أبى طالب وسمرة ابن جندب رضى الله عنهم ــ أما أبو هريرة فوردت عنه أحاديث دالة على ذلك من ثلاثة أوجه .

(الأول) ما هو مستنبط من متفق على صحته رواه البخارى ومسلم عن أبى هريرة « قال فى كل صلاة قراءة » وفى رواية « بقراءة » وفى أخرى « لا صلاة الا بقراءة » قال أبو هريرة « فما أعلن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعلناه لكم ، وما أخفاه أخفيناه لكم » وفى رواية « فما أسمعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أسمعناكم وما أخفى منا أخفيناه منكم » كل هذه الألفاظ فى الصحيح ، وبعضها فى الصحيحين ، وبعضها فى أحدهما ، ومعناه يجهر بما جهر به ويسر بما أسر به ، ثم قد ثبت عن أبى هريرة أنه كان يجهر فى

صلاته بالبسملة فدل على أنه سمع الجهر بها من رسول الله صلى الله عليه وسلم .

قال الخطيب أبو بكر الحافظ البغدادى : الجهر بالتسمية مذهب لأبى هريرة حفظ عنه واشتهر به ورواه عنه غير واحد من أصحابه .

(الوجه الثانى) حديث نعيم بن عبد الله المجمر قال « صليت وراء أبى هريرة رضى الله عنه فقرأ بسم الله الرحمن الرحيم ثم قرأ بأم الكتاب حتى اذا بلغ ولا الضالين قال : آمين وقال الناس : آمين ويقول كلما سجد : الله أكبر واذا قام من الجلوس من الاثنين قال : الله أكبر ثم يقول اذا سلم : والذى نفسى بيده انى لأشبهكم صلاة برسول الله صلى الله عليه وسلم » رواه النسائى فى سننه وابن خزيمة فى صحيحه قال ابن خزيمة فى مصنفه : فأما الجهر ببسم الله الرحمن الرحيم فى الصلاة فقد صح وثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم باسناد ثابت متصل لاشك ولا ارتيات عند أهل المعرفة بالأخبار فى صحة سنده واتصاله ، فذكر هذا الحديث ، ثم قال : فقد بان وثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم فى الصلاة ، وأخرجه أبو حاتم بن حبان فى صحيحه والدارقطنى فى سننه وقال هذا حديث صحيح ورواته كلهم ثقات ورواه الحاكم فى المستدرك على الصحيح وقال : هذا حديث صحيح على شرط البخارى ومسلم ، واستدل به الحافظ البيهقى فى كتاب الخلافيات ثم قال : رواة هذا الحديث كلهم ثقات مجمع على عدالتهم محتج بهم فى الصحيح ، وقال فى السنن الكبير : وهو اسناد صحيح وله شواهد ، واعتمد عليه الحافظ أبو بكر الخطيب فى أول كتابه الذى صنفه فى الجهر بالبسملة فى الصلاة ، فرواه من وجوه متعددة مرضية ، ثم قال : هذا الحديث ثابت صحيح لا يتوجه عليه تعليل فى اتصاله وثقة رجاله .

(الوجه الثالث) ما رواه الدارقطنى فى سننه من طريقين عن منصور بن أبى مزاحم قال حدثنا ادريس عن العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب عن أبيه عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه كان اذا قرأ وهو يؤم الناس افتتح بسم الله الرحمن الرحيم قال أبو هريرة هى آية من كتاب الله اقرأوا ان شئتم فاتحة الكتاب فانها الآية السابعة وفى رواية أن النبى صلى

الله عليــه وسلم « كان اذا أم النــاس قرأ بسم الله الرحمن الرحيم » قال الدارقطنى : رجال اسناده كلهم ثقات • وقال الخطيب : قد روى جماعة عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليــه وسلم « كان يجهــر ببسم الله الرحمن الرحيم ويأمر به فذكر هذا الحديث » وقال بدل قرأ : جهر وعن الزهرى عن ابن المسيب عن أبى هريرة قال « كان النبى صلى الله عليه وسلم يفتتح القراءة ببسم الله الرحمن الرحيم » وعن أبى حازم عن أبى هريرة قال « كان النبى صلى الله عليه وسلم يجهر بقراءة بسم الله الرحمن الرحيم » قال الشيخ أبو محمد المقدسى : فلا عذر لمن يترك صريح هذه الأحاديث عن أبى هريرة ويعتمد رواية حديث « قسمت الصلاة » ويحمله على ترك التسمية مطلقا ، أو على الاسرار وليس فى ذلك تصريح بشىء منهما والجميع رواية صحابى واحد ، فالتوفيق بين رواياته أولى من اعتقاد اختلافها مع أن هذا الحديث الذى رواه الدارقطنى باسناد حديث « قسمت الصلاة » بعينه فوجب حمل الحديثين على ما صرح به فى أحدهما •

وأما حديث أم سلمة فرواه جماعة من الثقات عن ابن جريج عن عبد الله ابن أبى مليكة عنها رضى الله عنها قالت « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقطع قراءته بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين الرحمن الرحيم ، مالك يوم الدين » وفى رواية « كان النبى صلى الله عليه وسلم يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم يقطعها حرفا حرفا » وفى رواية « كان النبى صلى الله عليــه وسلم اذا قرأ يقطع قراءته آية آية » رواه الحاكم فى المستدرك وابن خزيمة والدارقطنى وقال : اسناده كلهم ثقات وهو اسناد صحيح • وقال الحاكم فى المستدرك : هو صحيح على شرط البخارى ومسلم ورواه عمر بن [1] هارون البلخى عن ابن جريج عن ابن أبى مليكة عن أم سلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « قرأ فى الصلاة بسم الله الرحمن الرحيم فعدها آية ، الحمد لله رب العالمين آيتين ، الرحمن الرحيم ثلاث آيات ، مالك يوم الدين أربع آيات ، وقال : هكذا اياك نعبد واياك نستعين وجمع خمس أصابعه » قال أبو محمد

---

(١) عمر بن هارون بن يزيد بن جابر بن سلمة الثقفى مولاهم أبو حفص البلخى من أصحاب ابن جريج وسعيد بن ابى عروبة وحريز بن عثمان وطائفة مات ببلخ يوم جمعة سنة ١٩٤ •

لما وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم على هذه المقاطيع أخبر عنه أنه عند كل مقطع آية لأنه جمع عليه أصابعه ، فبعض الرواة حين حدث بهذا الحديث نقل ذلك زيادة فى البيان • وعن عمر بن هارون هذا كلام لبعض الحفاظ الا أن حديثه أخرجه ابن خزيمة فى صحيحه ، وأما الزيادة التى فى حديثه وهى قوله قرأ فى الصلاة فرواها الطحاوى من حديث ابن جريج بسنده وذكر الرازى له تأملات ضعيفة أبطلتها فى الكتاب الطويل •

وأما حديث ابن عباس فرواه الدارقطنى فى سننه والحاكم فى المستدرك باسنادهما عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضى الله عنهما قال « كان النبى صلى الله عليه وسلم يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم » قال الحاكم : هذا اسناد صحيح وليس له علة • وأخرج الدارقطنى حديثين كلاهما عن ابن عباس ، وقال فى كل واحد منهما : هذا اسناد صحيح ليس فى رواته مجروح (أحدهما) أن النبى صلى الله عليه وسلم « جهر ببسم الله الرحمن الرحيم » (والثانى) كان النبى صلى الله عليه وسلم يفتتح الصلاة « ببسم الله الرحمن الرحيم » وهذا الثانى رواه الترمذى وقال : ليس اسناده بذاك •

قال أبو محمد المقدسى : فحصل لنا والحمد لله عدة أحاديث عن ابن عباس صححها الأئمة لم يذكر ابن الجوزى فى التحقيق شيئا منها ، بل ذكر حديثا رواه عمر بن حفص المكى عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يزل يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم فى السورتين حتى قبض » قال ابن الجوزى : وعمر بن حفص أجمعوا على تركه ، وليس هذا بانصاف ولا تحقيق فانه يوهم أنه ليس عن ابن عباس فى الجهر سوى هذا الحديث الضعيف • وأما حديث أنس فالاستدلال به من أوجه (الأول) أن فى صحيح البخارى من حديث عمرو بن عاصم عن همام وجرير عن قتادة قال « سئل أنس كيف كانت قراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : كانت مدا » ثم قرأ « بسم الله الرحمن الرحيم يمد بسم الله ويمد الرحمن ويمد الرحيم » قال الحافظ أبو بكر محمد بن موسى الحازمى : هذا حديث صحيح لا نعرف له علة • قال : وفيه دلالة على الجهر مطلقا يتناول الصلاة وغيرها لأن قراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم لو اختلفت فى

الجهر بين حالتى الصلاة وغيرها لبينها أنس ولما أطلق جوابه ، وحيث أجاب بالبسملة دل على أن النبى صلى الله عليه وسلم يجهر بها فى قراءته ولولا ذلك لأجاب أنس « بالحمد لله رب العالمين » أو غيرها .

(الوجه الثانى) أن فى صحيح مسلم عن أنس رضى الله عنه قال « بينا رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم بين أظهرنا اذ أغفى اغفاء ثم رفع رأسه متبسما ، فقلنا : ما أضحكك يارسول الله ؟ قال : أنزلت على آنفا سورة فقرأ (بسم الله الرحمن الرحيم [1] انا أعطيناك الكوثر فصل لربك وانحر) الى آخرها » وهذا تصريح بالجهر بها خارج الصلاة فكذا فى الصلاة كسائر الآيات . وقد أخرج مسلم هذا الحديث فى صحيحة عقب الحديث المحتج به فى نفى الجهر كالتعليل له به ، لأن الحديثين من رواية أنس . فان قيل : انما جهر بها فى الحديث لأنه تلا ما أنزل ذلك الوقت فيلزمه أن يبلغه جميعه فجهر كباقى السور . قلنا : فهذا دليل لنا لأنها تكون من السورة فيكون له حكم باقيها فى الجهر حتى يقوم دليل خلافه .

(الوجه الثالث) ما اعتمده الامام الشافعى من اجماع أهل المدينة فى عصر الصحابة رضى الله عنهم خلافا لما ادعته المالكية من الاجماع . قال الشافعى : أخبرنا عبد المجيد بن عبد العزيز عن ابن جريج قال : أخبرنى عبد الله بن عثمان بن خيثم أن أبا بكر بن حفص بن عمر أخبره أن أنس بن مالك قال : صلى معاوية بالمدينة صلاة يجهر فيها بالقراءة فقرأ « بسم الله الرحمن الرحيم » لأم القرآن ولم يقرأ بها للسور التى بعدها حتى قضى تلك القراءة ولم يكبر حين يهوى حتى قضى تلك الصلاة ، فلما سلم ناداه من شهد من المهاجرين من كل مكان : يامعاوية أسرقت الصلاة أم نسيت ؟ فلما صلى بعد ذلك قرأ « بسم الله الرحمن الرحيم » للتى بعد أم القرآن وكبر حين يهوى ساجدا . ورواه يعقوب بن سفيان الامام عن الحميدى واعتمد عليه يعقوب أيضا فى اثبات الجهر بالبسملة ، وقد أخرجه الحاكم فى المستدرك وقال : هذا حديث صحيح على شرط مسلم ، وقد احج بعبد المجيد ، وسائر رواته متفق على عدالتهم . قال البيهقى : وتابعه على ذلك عبد الرزاق عن

---

(1) الآيات ١ ، ٢ ، ٣ من سورة الكوثر باحتساب البسملة حكما .

ابن جريج • ورواه ابن خيثم باسناد آخر • ورواه الدارقطنى فى سننه وقال : رجاله كلهم ثقات • قال الدارقطنى : وحدثنا أبو بكر النيسابورى قال : حدثنا الربيع قال حدثنا الشافعى فذكره ، الا أنه قال : فلم يقرأ « بسم الله الرحمن الرحيم » لأم القرآن ولم يقرأ للسورة بعدها ، فذكر الحديث • وزاد : والأنصار • ثم قال : فلم يصل بعد ذلك الا قرأ « بسم الله الرحمن الرحيم » لأم القرآن وللسورة • ورواه الشافعى من وجه آخر • وقال : فناداه المهاجرون والأنصار حين سلم : يا معاوية أسرقت صلاتك ؟ أين بسم الله الرحمن الرحيم ؟ وقد حصل الجواب فى الكتاب الكبير عما أورد فى اسناد هذا الحديث ومتنه ، ويكفينا أنه على شرط مسلم •

(الوجه الرابع) روى الدارقطنى فى سننه ومسنده عن المعتمر بن سليمان عن أبيه عن أنس قال : « كان النبى صلى الله عليه وسلم يجهر بالقراءة ببسم الله الرحمن الرحيم » قال الدارقطنى : اسناده صالح ، وفيه عن محمد بن أبى السرى العسقلانى قال : صليت خلف المعتمر بن سليمان ما لا أحصى صلاة المغرب والصبح فكان يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم قبل فاتحة الكتاب وبعدها ، وسمعت المعتمر يقول : ما آلو أن أقتدى بصلاة أبى ، وقال أبى : ما آلو أن أقتدى بصلاة أنس بن مالك • وقال أنس : ما آلو أن أقتدى بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم • قال الدارقطنى اسناده كلهم ثقات ، وأخرجه الحاكم فى المستدرك وقال : رواة هذا الحديث عن آخرهم ثقات •

وأخرج الحاكم أيضا عن شريك بن عبد الله عن أنس قال : « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم » قال الحاكم : رواته كلهم ثقات ، قال الحاكم : ففى هذه الأخبار معارضة لحديث قتادة عن أنس السابق فى ترك قراءة البسملة ، وهو كما قاله ، لأنه اذا صح عنه ما ذكرناه فعلا ورواية ، فكيف يظن به أنه يروى ما يفهم خلافه فهو لم يقتد فى جهره بها الا برسول الله صلى الله عليه وسلم ففى الصحيحين عن حماد بن زيد عن ثابت عن أنس « انى لا آلو أن أصلى بكم كما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى بنا » قال أبو محمد المقدسى : قد حصل لنا والحمد لله عدة أحاديث جياد فى الجهر • وتعرض ابن الجوزى لتضعيف بعض رواته عن

أنس لم نذكرها نحن ، وتعرض مما ذكرناه لرواية شريك وطعن فيه • وجواب ما قال أن شريكا من رجال الصحيحين ، ويكفينا أن نحتج بمن احتج به البخارى ومسلم ، وفيما ذكرناه من الأحاديث الصحيحة المشهود لها بالصحة ما يرد قول ابن الجوزى : انه لم يصح عن أنس شىء فى الجهر •

وأما حديث على رضى الله عنه الذى بدأ الدارقطنى بذكره فى سننه قال : كان النبى صلى الله عليه وسلم يقرأ « بسم الله الرحمن الرحيم » فى صلاته • قال الدارقطنى : هذا اسناد علوى لا بأس به ، وقد احتج به ابن الجوزى على المالكية فى تركهم البسملة فى الصلاة ولم يحتج فى المسألة بغيره ، ثم ساق الدارقطنى الروايات فى ذلك عن غير على من الصحابة ، ثم ختمها برواية عنه حين قال : سئل على رضى الله عنه عن السبع المثانى فقال : « الحمد لله رب العالمين » فقيل : انما هى ست آيات ، فقال : « بسم الله الرحمن الرحيم » آية • قال الدارقطنى : اسناده كلهم ثقات واذا صح أن عليا يعتقدها من الفاتحة فلها حكم باقيها فى الجهر • وأما حديث سمرة فأخرجه الدارقطنى والبيهقى عن حميد عن الحسن عن سمرة رضى الله عنه قال : « كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم سكتتان ، سكتة اذا قرأ بسم الله الرحمن الرحيم وسكتة اذا فرغ من القراءة » وأنكر ذلك عمران بن حصين ، فكتبوا الى أبى بن كعب وكتب أن صدق سمرة • قال الدارقطنى : كلهم ثقات ، وكان على بن المدينى يثبت سماع الحسن من سمرة •• قال الخطيب : فقوله سكتة اذا قرأ « بسم الله الرحمن الرحيم » يعنى اذا أراد أن يقرأ لأن السكتة انما هى قبل قراءة البسملة لا بعدها •

وأما الجواب عن استدلالهم بحديث أنس « كانوا يفتتحون الصلاة بالحمد لله رب العالمين » وعن حديث عائشة فهو أن المراد كانوا يفتتحون سورة الفاتحة لا بالسورة ، وهذا التأويل متعين للجمع بين الروايات ، لأن البسملة مروية عن عائشة رضى الله عنها فعلا ورواية عن النبى صلى الله عليه وسلم ولأن مثل هذه العبارات وردت عن ابن عمر وأبى هريرة رضى الله عنهم •• وهما ممن صح عنه الجهر بالبسملة ، فدل على أن مراد جميعهم اسم السورة ، فهو كقوله بالفاتحة ، وقد ثبت أن أول الفاتحة البسملة فتعين الابتداء

بها • وأما الرواية التى فى مسلم (فلم أسمع أحدا منهم يقرأ « بسم الله الرحمن الرحيم ») فقال أصحابنا : هى رواية للفظ الأول بالمعنى الذى فهمه الراوى عبر عنه على قدر فهمه فأخطأ ، ولو بلغ الحديث بلفظه الأول لأصاب ، فان اللفظ الأول هو الذى اتفق عليه الحفاظ ، ولم يخرج البخارى والترمذى وأبو داود غيره ، والمراد به اسم السورة كما سبق •

وثبت فى سنن الدارقطنى عن أنس قال : « كنا نصلى خلف النبى صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم فكانوا يفتتحون بأم القرآن فيما يجهر به » قال الدارقطنى : هذا صحيح ، وهو دليل صريح لتأويلنا ، فقد ثبت الجهر بالبسملة عن أنس وغيره كما سبق فلابد من تأويل ما ظهر خلاف ذلك قال الشيخ أبو محمد المقدسى : ثم للناس فى تأويله والكلام عليه خمس طرق (احداها) وهى التى اختارها ابن عبد البر أنه لا يجوز الاحتجاج به لتلونه واضطرابه واختلاف ألفاظه مع تغاير معانيها فلا حجة فى شىء منها عندى ، لأنه قال مرة : كانوا يفتتحون « بالحمد لله رب العالمين» ومرة كانوا لا يجهرون « ببسم الله الرحمن الرحيم » ومرة كانوا لا يقرأونها ومرة قال وقد سئل عن ذلك : كبرت ونسيت • فحاصل هذه الطريقة اننا نحكم بتعارض الروايات ولا نجعل بعضها أولى من بعض فيسقط الجميع • ونظير ما فعلوا فى رد حديث أنس • هذا ما نقله الخطابى فى معالم السنن عن أحمد ابن حنبل أنه رد حديث رافع بن خديج فى المزارعة لاضطرابه وتلونه • وقال : هو حديث كثير الألوان •

(الطريقة الثانية) أن نرجح بعض ألفاظ هذه الروايات المختلفة على باقيها ونرد ما خالفها اليها فلا نجد الرجحان الا للرواية التى على لفظ حديث عائشة « أنهم كانوا يفتتحون بالحمد لله » أى بالسورة • وهذه طريقة الامام الشافعى ومن تبعه لأن أكثر الرواة على هذا اللفظ ولقوله فى رواية الدارقطنى « بأم القرآن » فكأن أنسا أخرج هذا الكلام مستدلا به على من يجوز قراءة غير الفاتحة أو يبدأ بغيرها ، ثم افترقت الرواة عنه فمنهم من أداه بلفظه فأصاب ، ومنهم من فهم منه حذف البسملة فعبر عنه بقوله « كانوا لا يقرأون » أو فلم أسمعهم يقرأون البسملة ومنهم من فهم الاسرار فعبر عنه فان قيل اذا اختلفت ألفاظ روايات حديث قضى المبين منها على المجمل ، فان

سلم أن رواية : يفتتحون محتملة ، فرواية : لا يجهرون تعين المراد • قلنا : ورواية « بأم القرآن » تعين المعنى الآخر فاستويا وسلم لنا ما سبق من الأحاديث المصرحة بالجهر عن أنس وغيره ، وتلك لا تحتمل تأويلا وهذه أمكن تأويلها بما ذكرناه فأولت وجمع بين الروايات وألفاظها •

(الطريقة الثالثة) أن يقال : ليس فى هذه الروايات ما ينافى أحاديث الجهر الصحيحة السابقة : أما الرواية المتفق عليها فظاهرة ، وأما قوله لا يجهرون فالمراد به نفى الجهر الشديد الذى نهى الله تعالى عنه بقوله تعالى (ولا تجهر بصلاتك ولا تخافت بها وابتغ بين ذلك سبيلا) [1] فنفى أنس رضى الله عنه الجهر الشديد دون أصل الجهر ، بدليل أنه هو روى الجهر فى حديث آخر • وأما رواية من روى « يسرون » فلم يرد حقيقة الاسرار ، وهذه طريقة الامام أبى بكر بن خزيمة ، وانما أراد بقوله يسرون التوسط المأمور به الذى هو بالنسبة الى الجهر المنهى عنه كالاسرار ، واختار هذا اللفظ مبالغة فى نفى الجهر الشديد المنهى عنه ، وهذا معنى ما روى عن ابن عباس أنه قال : « الجهر ببسم الله الرحمن الرحيم قراءة الأعراب » أراد الجهر الشديد قراءة الأعراب لجفائهم وشدتهم لأن ابن عباس ممن رأى الجهر بالبسملة كما سبق•

(الطريقة الرابعة) رجحها الامام ابن خزيمة ، وهى رد جميع الروايات الى معنى أنهم كانوا يسرون بالبسملة دون تركها ، وقد ثبت الجهر بها بالأحاديث السابقة عن أنس وكأن أنسا بالغ فى الرد على من أنكر الجهر والاسرار بها فقال « أنا صليت خلف النبى صلى الله عليه وسلم وخلفائه فرأيتهم يسرون بها » أى وقع ذلك منهم مرة أو مرات لبيان الجواز ولم يرد الدوام ، بدليل ما ثبت عنه من الجهر رواية وفعلا كما سبق ، فتكون أحاديث أنس قد دلت على جواز الأمرين ووقوعهما من النبى صلى الله عليه وسلم وهما : الجهر والاسرار ، ولهذا اختلفت أفعال الصدر الأول فى ذلك ، وهو كالاختلاف فى الأذان والاقامة • قال أبو حاتم بن حبان : هذا عندى من الاختلاف المباح ، والجهر أحب الى ؛ فعلى هذا قول من روى « لم يقرأ » أى لم يجهر ؛ ولم أسمعهم يقرأون ، أى يجهرون •

---

(١) الآية ١١٠ من سورة الاسراء •

(الطريقة الخامسة) أن يقال : نطق أنس بكل هذه الألفاظ المروية فى مجالس متعددة بحسب الحاجة اليها فى الاستدلال والبيان • فان قيل : هلا حملتم حديث أنس رضى الله عنه على أن آخر الأمرين من النبى صلى الله عليه وسلم ترك الجهر بدليل أنه حكى ذلك عن الخلفاء بعده ؟ قلنا : منع ذلك أن الجهر مروى عن أنس من فعله كما سبق من حديث المعتمر عن أبيه عن أنس ، فلا يختار أنس لنفسه الا ما كان آخر الأمرين قال أبو محمد : وان رمنا ترجيح الجهر فيما نقل أنس ، قلنا : هذه الرواية التى انفرد بها مسلم المصرحة بحذف البسملة أو بعدم الجهر بها قد عللت وعورضت بأحاديث الجهر الثابتة عن أنس ، والتعليل يخرجها من الصحة الى الضعف ، لأن من شرط الصحيح أن لا يكون شاذا ولا معللا ، وان اتصل سنده بنقل عدل ضابط عن مثله ، فالتعليل يضعفه لكونه اطلع فيه على علة خفية قادحة فى صحته كاشفة عن وهم لبعض رواته ، ولا ينفع حينئذ اخراجه فى الصحيح لأنه فى نفس الأمر ضعيف ، وقد خفى ضعفه وقد تخفى العلة على أكثر الحفاظ ويعرفها الفرد منهم فكيف والأمر هنا بالعكس ، ولهذا امتنع البخارى وغيره من اخراجه •

وقد علل حديث أنس هذا بثمانية أوجه ذكرها أبو محمد مفصلة ، وقال : الثامن فيها أن أبا سلمة سعيد بن زيد قال : سألت أنسا « أكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يستفتح بالحمد لله رب العالمين ؟ أو ببسم الله الرحمن الرحيم ؟ فقال : انك لتسألنى عن شىء ما أحفظه وما سألنى عنه أحد قبلك » رواه أحمد بن حنبل فى مسنده ، وابن خزيمة فى كتابه ، والدارقطنى فى سننه ، وقال : اسناده صحيح ، وهذا دليل على توقف أنس وعدم جزمه بواحد من الأمرين ، وروى عنه الجزم بكل واحد منهما فاضطربت أحاديثه ، وكلها صحيحة فتعارضت فسقطت ، وان ترجح بعضها فالترجيح : الجهر لكثرة أحاديثه ، ولأنه اثبات فهو مقدم على النفى ولعل النسيان عرض له بعد ذلك ، قال ابن عبد البر : من حفظ عنه حجة على من سأله فى حال نسيانه والله أعلم •

وأما الجواب عن حديث ابن عبد الله بن مغفل فقال أصحابنا والحفاظ :

هو حديث ضعيف لأن ابن عبد الله بن مغفل مجهول ، قال ابن خزيمة : هذا الحديث غير صحيح من جهة النقل لأن ابن عبد الله مجهول •

وقال ابن عبد البر : ابن عبد الله مجهول لا يقوم به حجة ، وقال الخطيب أبو بكر وغيره : هذا الحديث ضعيف لأن ابن عبد الله مجهول ، ولا يرد على هؤلاء الحفاظ قول الترمذى : حديث حسن لأن مداره على مجهول ولو صح وجب تأويله جمعا بين الأدلة السابقة • وذكروا فى تأويله وجهين (أحدهما) قال أبو الفتح الرازى فى كتابه فى البسملة ان ذلك فى صلاة سرية لا جهرية لأن بعض الناس قد يرفع قراءته بالبسملة وغيرها رفعا يسمعه من عنده فنهاه أبوه عن ذلك وقال : هذا محدث ، والقياس أن البسملة لها حكم غيرها من القرآن فى الجهر والاسرار (الثـانى) جواب أبى بـكر الخطيب قال : ابن عبد الله مجهول ولو صح حديثه لم يؤثر فى الحديث الصحيح عن أبى هريرة فى الجهر ، لأن عبد الله بن مغفل من أحداث أصحاب رسـول الله صلى الله عليه وسلم وأبو هريرة من شيوخهم • وقد صح أن النبى صلى الله عليـه وسلم كان يقول لأصحابه « ليلنى منكم أولو الأحـلام والنهى ، ثم الذين يلونهم » فكان أبو هريرة يقرب من النبى صلى الله عليه وسلم وعبد الله بن مغفل يبعد لحداثة سنة ، ومعلوم أن القارىء يرفع صوته ويجهر بقـراءته فى أثنائها أكثر من أولها فلم يحفظ عبد الله الجهر بالبسملة لأنه بعيد ، وهى أول القراءة ، وحفظها أبو هريرة لقربه واصغائه وجودة حفظه وشدة اعتنائه ، وأما حديث ابن مسعود رضى الله عنه ، فجوابه أنه ضعيف لأنه من رواية محمد بن جابر اليمامى عن حماد عن ابراهيم عن ابن مسعود ، ومحمد بن جابر ضعيف باتفاق الحفاظ مضطرب الحديث لاسيما فى روايته عن حماد بن أبى سليمان ، هذا وفيه ضعف آخر وهو أن ابراهيم [1] النخعى لم يدرك ابن

---

(١) قال العجلى : راى عائشة رؤيا وكان مفتى اهل الكوفة ، وكان رجلا صالحا فقيها متوقيا قليل التكلف ومات وهو مختف من الحجاج . وقال الأعمش كان ابراهيم خيرا فى الحديث وقال الشعبى ما ترك احدا أعلم منه وقال ابن معين مراسيل ابراهيم احب الى من مراسـيل الشعبى ، وقال الأعمش قلت لابراهيم : أسند لى عن ابن مسعود ، فقال ابراهيم اذا حدثتكم عن رجل عن عبد الله فهو الذى سمعت ، واذا قلت : قال عبد الله فهو عن غير واحد عن عبد الله قال أبو نعيم : مات سنة ٩٦ وقال غيره : وهو ابن ٤٩ سنة وقيل ابن ٥٨ وقال احمد عن حماد بن خالد عن شعبة : لم يسمع النخعى من ابى عبد الله الجدلى حديث خزيمة بن ثابت فى المسـح وفى العلل الكبير للترمذى : سـمع ابراهيـم النخعى حديث ابى عبد الله الجدلى من ابراهيم =

مسعود بالاتفاق فهو منقطع ضعيف واذا ثبت ضعفه من هذين الوجهين لم يكن فيه حجة ، ولو كانت لكانت الأحاديث الصحيحة السابقة المصرحة بالجهر مقدمة لصحتها وكثرتها ولأنها اثبات وهذا نفى ، والاثبات مقدم .

وأما قول سعيد بن جبير : ان الجهر منسوخ فلا حجة فيه ، وان كان قد روى متصلا عنه عن ابن عباس ، وقال : فأنزل الله تعالى (ولا تجهر [1] بصلاتك) فيسمع المشركون فيهزأون (ولا تخافت بها) عن أصحابك فلا تسمعهم (وابتغ [1] بين ذلك سبيلا) وفى رواية « فخفض النبى صلى الله عليه وسلم ببسم الله الرحمن الرحيم » .

قال البيهقى : يعنى ــ والله أعلم ــ فخفض بها دون الجهر الشديد الذى يبلغ اسماع المشركين ، وكان يجهر بها جهرا يسمع أصحابه . قال أبو محمد : وهذا هو الحق لأن الله تعالى كما نهاه عن الجهر بها نهاه عن المخافتة ، فلم يبق الا التوسط بينهما وليس هذا الحكم مختصا بالبسملة بل كل القراءة فيه سواء . وأما ما حكوا عن الدارقطنى فلا يصح عنه لأن الدارقطنى صحح فى سننه كثيرا من أحاديث الجهر كما سبق ، وكتاب السنن صنفه الدارقطنى بعد كتاب الجهر بدليل أنه أحال فى السنن عليه ، فان صحت تلك الحكاية حمل الأمر على أنه اطلع آخرا على ما لم يكن اطلع عليه أولا ، ويجوز أن يكون أراد ليس فى الصحيحين منها شىء وان كان قد صحت فى غيرها ، وهذا بعيد فقد سبق استنباط الجهر من الصحيحين من حديث أنس وأبى هريرة . وأما قولهم : قال بعض التابعين : الجهر بالبسملة بدعة لا حجة فيه لأنه يخبر عن اعتقاده ومذهبه كما قال أبو حنيفة ــ العقيقة بدعة ، وصلاة الاستسقاء بدعة ، وهما سنة عند جماهير العلماء للاحاديث الصحيحة فيها ، ومذهب واحد من الناس لا يكون حجة على مجتهد آخر ، فكيف يكون حجة على الأكثرين مع مخالفته للأحاديث الصحيحة السابقة . (وأما قياسهم)

= التيمى ، والتيمى لم يسمعه منه ، وقال ابن المدينى : لم يلق النخعى احدا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت له : فعائشة ؟ قال : هذا لم يروه غير سعيد بن ابى عروبة عن ابى معشر عن ابراهيم وهو ضعيف فقد راى ابا جحيفة وزيد بن ارقم وابن ابى أوفى ولم يسمع من ابن عباس ا هـ ملخصا من تهذيب التهذيب وتاريخ بغداد والجرح والتعديل لابى حاتم وغيرها (ط) .

(1) الآية ١١٠ من سورة الانبياء .

على التعوذ (فجوابه) أن البسملة من الفاتحة ومرسومة فى المصحف بخلاف التعوذ ، وأما قولهم لو كان الجهر ثابتا لنقل تواترا فليس ذلك بلازم لأن التواتر ليس بشرط لكل حكم ، والله أعلم بالصواب وله الحمد والمنة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجب ان يقراها مرتبا فان قرا فى خلالها غيرها ناسيا ثم اتى بما بقى منها اجزاه وان قرا عامدا لزمه ان يستانف القراءة كما لو تعمد فى خلال الصلاة ما ليس منها لزمه ان يستانفها ، وان نوى قطعها ولم يقطع لم يلزمه استئنافها لأن القراءة باللسان ولم يقطع ذلك بخلاف ما لو نوى قطع الصلاة ، لأن النية بالقلب وقد قطع ذلك) .

(الشرح) قال الشافعى والأصحاب : تجب قراءة الفاتحة مرتبة متوالية لأن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يقرأ هكذا » وثبت أنه صلى الله عليه وسلم قال « صلوا كما رأيتمونى أصلى » فان ترك الترتيب فقدم المؤخر وأخر المقدم ــ فان تعمد ذلك ــ بطلت قراءته ، ولا تبطل صلاته ؛ لأن ما فعل أنه قرأ آية أو آيات فى غير موضعها ، ويلزمه استئناف الفاتحة ، وان فعل ذلك ساهيا لم يعتد بالمؤخر ويبنى على المرتب من أول الفاتحة ، نص عليه فى الأم ، واتفق الأصحاب عليه ، قال البغوى وغيره : الا أن يطول الفصل فيجب استئناف القراءة هكذا قاله الأصحاب .

قال الرافعى : ينبغى أن يقال : ان كان يعتبر الترتيب مبطلا للمعنى تبطل صلاته كما اذا تعمده ، كما قالوا اذا تعمد تغيير التشهد تغييرا يبطل المعنى فان صلاته تبطل وأما الموالاة فمعناها أن يصل الكلمات بعضها ببعض ، ولا يفصل الا بقدر التنفس فان أخل بالموالاة فله حالان (أحدهما) أن يكون عامدا فينظر ان سكت فى أثناء الفاتحة طويلا بحيث أشعر بقطعه القراءة أو اعراضه عنها مختارا أو لعائق بطلت قراءته ووجب استئناف الفاتحة ، هذا هو المذهب وحكى امام الحرمين والغزالى عن العراقيين أنه لا تبطل قراءته، وليس بشىء والموجود فى كتب العراقيين وجوب الاستئناف ، وان قصرت مدة السكوت لم يؤثر بلا خلاف ، وان نوى قطع القراءة ولم يسكت لم تبطل قراءته بلا خلاف نص عليه فى الأم ، واتفق الأصحاب عليه قال فى الأم : لأنه حديث نفس وهو موضوع عنه ، وان نوى قطعها وسكت طويلا بطلت

بلا خلاف ، وان سكت يسيرا بطلت أيضا على الصحيح المشهور وبه قطع الأكثرون ، ونص عليه فى الأم ، وأشار اليه المصنف ، وفيه وجه أنها لا تبطل حكاه صاحب الحاوى وغيره لأن النية الفـردة لا تؤثر ، وكذا السـكوت اليسير ، وكذا اذا اجتمعا .

وان أتى فى أثناء الفاتحة بتسبيح أو تهليل أو غيرهما من الأذكار أو قرأ آية من غيرها عمدا بطلت قراءته بلا خلاف ، سواء كثر ذلك أو قل ، لأنه مناف لقراءتها . هذا فيما لا يؤمر به المصلى ، فأما ما أمر به اليه كتأمين المأموم لتأمين امامه ، وسجوده لتلاوته ، ففيه خلاف نذكره قريبا ان شاء الله تعـالى .

(الحال الثانى) أن يخل بالموالاة ناسيا فالصحيح الذى نص عليه الشافعى فى الأم وقطع به الأصحاب أنه لا تبطل قراءته ، بل يبنى عليها لأنه معذور ، سواء كان أخل بالموالاة بسكوت أم بقراءة غير الفاتحة فى أثنائها نص عليه فى الأم وقاله الأصحاب ، قال فى الأم : لأنه مغفور له فى النسيان ، وقد قرأ الفاتحة كلها ، وسواء قلنا يعذر بترك الفاتحة ناسيا أم لا ، ومال امام الحرمين والغزالى الى انقطاع الموالاة بالنسيان اذا قلنا : لا تسقط القراءة بالنسيان ، والمذهب الأول ، ولو أعيى فى أثناء الفاتحة فسكت للاعياء ثم بنى على قراءته حين أمكنه صحت قراءته ، نص عليه فى الأم لأنه معذور ، وأما قول المصنف : ويجب أن يقرأها مرتبا فهو بفتح التاء ويجوز كسرها ، وقوله فان قرأ فى خلالها غيرها الى آخره ليس مراده به تفسير الترتيب والتفريع عليه ، اذ ليس فى هذا ترك ترتيب ، وانما هو بيان للمسألة الثانية ، وهى أن الموالاة واجبة كالترتيب فبين أنه لو ترك الموالاة عمدا لا تجزيه القراءة ، واستغنى به عـن قوله : وتجب الموالاة والله أعلم .

(فـرع) قال امام الحرمين اذا كرر الفاتحة أو آية منها كان شيخى يقول : لا بأس بذلك ان كان ذلك لتشككه فى أن الكلمة قرأها جيدا كمـا ينبغى أم لا لأنه معذور وان كرر كلمة منها بلاسبب كان شـيخى يتردد فى الحاقة بما لو أدرج فى أثناء الفاتحة ذكرا آخر . قال الامام : والذى أراه أنه لا تنقطع موالاته بتكرير كلمة منها كيف كان ، هذا كلام الامام وقد جزم

شيخه وهو والده الشيخ أبو محمد فى كتـابه التبصرة بأنه لا تنقطع قراءته سواء كررها للشك أو للتفكر • وقال البغوى : ان كرر آية لم تنقطع القراءة، وان قرأ نصف الفاتحة ثم شك هل أتى بالبسملة فأتمها ثم ذكر أنه كان أتى بها يجب أن يعيد ما قرأ بعد الشك ، ولا يجب استئناف الفاتحة لأنه لم يدخل فيها غيرها •

وقال ابن سريج : يجب استئناف الفاتحة ، وقال المتولى : ان كرر الآية التى هو فيها لم تبطل قراءته ، وان أعاد بعض الآيات التى فرغ منها بأن وصل الى (أنعمت عليهم) ثم قرأ (مالك يوم الدين) فان استمر على القراءة من (مالك يوم الدين) أجزأته قراءته ، وان اقتصر على (مالك يوم الدين) ثم عاد فقرأ (غير المغضوب عليهم ولا الضالين) لم تصح قراءته وعليه استئنافها لأن هذا غير معهود فى التلاوة وهذا ان كان عامدا فان كان ساهيا أو جاهلا لم تنقطع قراءته كما لو تكلم فى أثناء صلاته بما ليس منها ناسيا أو جاهلا لم تبطل صلاته ، وكذا لا تبطل قراءته هنا وأما صاحب البيان فقال : ان قرأ آية من الفاتحة مرتين فان كانت أول آية أو آخرها لم يضر وان كانت فى أثنائها فالذى يقتضيه القياس أنه كما لو قرأ فى خلالها غيرها فانه لو تعمده بطلت قراءته ، وان سها بنى ، وكأن صاحب البيان لم يقف على النقل الذى حكيته عن الأصحاب ، ولهذا قال : الذى يقتضيه القياس ، وهذه عادته فيما لم ير فيه نقلا والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان قرأ الامام الفاتحة فامن والمأموم فى أثناء الفاتحة فأمن بتأمينه ففيه وجهان قال الشيخ أبو حامد الاسفراينى : تنقطع القراءة كما لو قطعها بقراءة غيرها • وقال شيخنا القاضى ابو الطيب : لا تنقطع لأن ذلك مأمور به فلا تنقطع القراءة كالسؤال فى آية الرحمة ، والاستعاذة من النار فى آية العذاب فيما يقرأ فى صلاته منفردا) •

(الشرح) قال أصحابنا : اذا أتى فى أثناء الفاتحة بما ندب اليـه لمصلحة الصلاة مما يتعلق بها كتأمين المأموم وسجوده معه لتلاوته وفتحـه عليه القراءة وسؤاله الرحمة عند قراءة آيتها والاستعاذة من العذاب عنـد قراءة آيته ونحو ذلك فهل تنقطع موالاة الفاتحة ؟ (فيه وجهان) مشهوران (أصحهما) لا ينقطع بل يبنى عليها وتجزيه وبهذا قال أبو على الطبرى والقفال

والقاضى أبو الطيب وأبو الحسن الواحدى فى تفسيره البسيط ، وصححه الغزالى والشاشى والرافعى وغيرهم (والثانى) تنقطع فيجب استئناف الفاتحة وهو قول الشيخ أبى حامد والمحاملى والبندنيجى وصححه صاحب التتمة ، ولا يطرد الوجهان فى كل مندوب ، فلو أجاب المؤذن فى أثناء الفاتحة أو عطس فقال : الحمد لله أو فتح القراءة على غير امامه أو سبح لمن استأذن عليه أو نحوه انقطعت الموالاة بلا خلاف صرح به البغوى والأصحاب قالوا : وانما الوجهان فى ذكر متعلق بالصلاة لمصليها ، وظاهر كلام المصنف أن السؤال فى آية الرحمة والعذاب لا يقطع الموالاة وجها واحدا ولا يجرى فيه الوجهان فى التأمين • وليس هو كما قال ، بل الوجهان فى السؤال عند آية الرحمة والاستعاذة لآية العذاب مشهوران صرح بهما الشيخ أبو محمد الجوينى وولده امام الحرمين والغزالى وصاحب التهذيب وآخرون لا يحصرون ، واتفقوا على جريانه فى سجوده مع امامه للتلاوة •

وينكر على المصنف شيئان (أحدهما) قياسه على السؤال فى آية الرحمة والعذاب فأوهم أنه لا خلاف فيه ، وفيه الخلاف كما ذكرنا (والثانى) اضافته عدم الانقطاع الى القاضى أبى الطيب وحده فأوهم أنه لم يقل به غيره ، أو لم يسبق اليه وليس هو كذلك ، بل القول بعدم الانقطاع لأبى على الطبرى ذكره فى الافصاح وهو متقدم على القاضى أبى الطيب بأزمان ، والعجب أن القاضى أبا الطيب ذكر المسألة فى تعليقه وقال : فيها وجهان (أصحهما) وهو قول أبى على الطبرى فى الافصاح لا ينقطع (والثانى) قول الشيخ أبى حامد ينقطع فكان ينبغى للمصنف أن يقول كما قاله شيخه : والثانى لا ينقطع وهو قول أبى على الطبرى واختاره شيخنا أبو الطيب ، قال القاضى أبو الطيب ولو كان فى أثناء الفاتحة فقرأ الامام (أليس ذلك بقادر على أن يحيى الموتى) [1] فقال المأموم : بلى • تنقطع قراءته يعنى أنه كسؤال الرحمة فيكون على الخلاف والله أعلم • والأحوط فى هذه الصور أن يستأنف الفاتحة ليخرج من الخلاف•

(واعلم) أن الخلاف مخصوص بمن أتى بذلك عامدا عالما • اما من أتى به ساهيا أو جاهلا فلا تنقطع قراءته بلا خلاف ، صرح به صاحب التتمة

---

(١) الآية ٤٠ من سورة القيامة .

وغيره وهو واضح مفهوم مما سبق قريبا أن الفاتحة لا تنقطع بما تخللها فى حالة النسيان ، قال صاحب التتمة دليله أن الصلاة لا تبطل بما تخللها ناسيا أو جاهلا فكذا الفاتحة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وتجب قراءة الفاتحة فى كل ركعة لما روى رفاعة بن رافع رضى الله عنه قال « بينا رسول الله صلى الله عليه وسلم جالس فى المسجد ورجل يصلى ، فلما انصرف اتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسلم عليه ، فقال له : أعد صلاتك فانك لم تصل ، فقال علمنى يا رسول الله ، فقال اذا قمت الى الصلاة فكبر ثم اقرأ بفاتحة الكتاب وما تيسر ـ الى أن قال ـ ثم اصنع فى كل ركعة ذلك » ولأنها ركعة يجب فيها القيام فوجب فيها القراءة كالركعة الأولى) .

(الشرح) حديث رفاعة هذا رواه أبو داود والترمذى والنسائى وغيرهم ببعض ما ذكره المصنف ، وليس فى روايتهم قوله فى المهذب « ثم اقرأ فاتحة الكتاب وما تيسر » بل فيها « فاقرأ ما تيسر معك من القرآن » وليس فى أكثرها « ثم اصنع ذلك فى كل ركعة » وفى رواية « دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم المسجد فدخل رجل فصلى ثم جاء فسلم على النبى صلى الله عليه وسلم فقال : ارجع فصل فانك لم تصل ، فصلى ثم جاء فسلم على النبى صلى الله عليه وسلم فقال : ارجع فصل فانك لم تصل ، ثلاثا . فقال والذى بعثك بالحق ما أحسن غيره فعلمنى ، فقال : اذا قمت الى الصلاة فكبر ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن ثم اركع حتى تطمئن راكعا ثم ارفع حتى تعتدل قائما ثم اسجد حتى تطمئن ساجدا ، افعل ذلك فى صلاتك كلها » رواه البخارى ومسلم ، وزاد فى رواية لهما : « اذا قمت الى الصلاة فأسبغ الوضوء ثم استقبل القبلة فكبر » وذكر تمامه ، وذكر البخارى هذه الزيادة فى كتاب السلام . وهذا الحديث المتفق على صحته فى الدلالة وفيه نحو ثلاثين فائدة قد جمعتها فى غير هذا الموضع .

(اما حكم المسألة) فقراءة الفاتحة واجبة فى كل ركعة الا ركعة المسبوق اذا أدرك الامام راكعا فانه لا يقرأ وتصح له الركعة ، وهل يقال يحملها عنه الامام أم لم تجب أصلا ؟ فيه وجهان حكاهما الرافعى (أصحهما) يحملها ،

وبه قطع الأكثرون ولهذا لو كان الامام [1] لم تحسب هذه الركعة للمأموم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى القراءة فى كل الركعات

قد ذكرنا مذهبنا وجوب الفاتحة فى كل ركعة ، وبه قال أكثر العلماء ، وبه قال أصحابنا عن على وجابر رضى الله عنهما ، وهو مذهب أحمد ، وحكاه ابن المنذر عن ابن عون والأوزاعى وأبى ثور ، وهو الصحيح عن مالك وداود وقال أبو حنيفة : تجب القراءة فى الركعتين الأوليين ، وأما الأخريان فلا تجب فيهما قراءة ، بل ان شاء قرأ وان شاء سبح وان شاء سكت •

وقال الحسن البصرى وبعض أصحاب داود : لا تجب القراءة الا فى ركعة من كل الصلوات • وحكى ابن المنذر عن اسحاق بن راهوية ان قرأ فى أكثر الركعات أجزأه • وعن الثورى ان قرأ فى ركعة من الصبح أو الرباعية فقط لم يجزه ، وعن مالك ان ترك القراءة فى ركعة من الصبح لم تجزه ، وان تركها فى ركعة من غيرها أجزأه • واحتج لمن لم يوجب قراءة فى الأخيرتين بقول الله تعالى (فاقرأوا ما تيسر منه) [2] وبحديث عبد الله بن العباس قال « دخلنا على ابن عباس فقلنا لشاب : سل ابن عباس أكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ فى الظهر والعصر ؟ فقال : لا لا ، فقيل له : لعله كان يقرأ فى نفسه ؟ فقال خمشى ، هذه شر من الأولى كان عبدا مأمورا بلغ ما أرسل به وما اختصنا دون الناس بشىء الا بثلاث خصال ، أمرنا أن نسبغ الوضوء ، وأن لا نأكل الصدقة ، وأن لا ننزى الحمار على الفرس » رواه أبو داود باسناد صحيح • وقوله « خمشا » هو بالخاء والشين المعجمتين أى خمش الله وجهه وجلده خمشا كقولهم عقرى حلقى •

وعن عكرمة عن ابن عباس قال : « لا أدرى أكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ فى الظهر والعصر أم لا » رواه أبو داود باسناد صحيح ، وبحديث عبادة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا صلاة لمن لم

---

(1) كذا بالأصل وفيها سقط فحرره (ش) قلت : ولعله (لو كان الامام صبيا) لأنه لا يحمل البالغ على المذهب (ط) •

(2) من الآية ٢٠ من سورة المزمل •

يقرأ بأم القرآن » رواه البخارى ومسلم • قالوا : وهذا لا يقتضى أكثر من مرة ، وبحديث أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم « لا صلاة الا بقرآن ولو بفاتحة الكتاب » وعن على رضى الله عنه أنه قرأ فى الأوليين وسبح فى الأخريين •

واحتج أصحابنا بحديث أبى هريرة السابق فى حديث « المسىء صلاته » وقول النبى صلى الله عليه وسلم « ثم افعل ذلك فى صلاتك كلها » وفى رواية ذكرها البيهقى باسناد صحيح « ثم افعل ذلك فى كل ركعة » وبحديث مالك ابن الحويرث أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « صلوا كما رأيتمونى أصلى » رواه البخارى وقد ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يقرأ فى كل الركعات ، وعن أبى قتادة رضى الله عنه قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ فى الظهر والعصر فى الركعتين الأوليين بفاتحة الكتاب وسورتين ، ويسمعنا الآية أحيانا ، ويقرأ فى الركعتين الأخيرتين بفاتحة الكتاب » رواه مسلم ، وأصله فى صحيحى البخارى ومسلم ، لكن قوله « يقرأ فى الأخيرتين بفاتحة الكتاب » انفرد به مسلم • وعن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يقرأ فى صلاة الظهر فى الركعتين الأوليين فى كل ركعة قدر ثلاثين آية وفى الأخيرتين قدر نصف ذلك وفى العصر فى الركعتين الأوليين فى كل ركعة قدر قراءة خمس عشرة وفى الأخيرتين قدر نصف ذلك » واستدل أصحابنا أيضا بأشياء لا حاجة اليها مع ما ذكرنا من الأحاديث الصحيحة •

وأما الجواب عن احتجاجهم بالآية فهو أنها وردت فى قيام الليل • وعن حديث ابن عباس أنه نفى وغيره أثبت ، والمثبت مقدم على النافى وكيف ؟ وهم أكثر منه وأكبر سنا وأقدم صحبة وأكثر اختلاطا بالنبى صلى الله عليه وسلم لاسيما أبو هريرة وأبو قتادة وأبو سعيد فتعين تقديم أحاديثهم على حديثه • والرواية الثانية عن ابن عباس تبين أن نفيه فى الرواية الأولى كان على سبيل التخمين والظن لا عن تحقيق ، فلا يعارض الأكثرين الجازمين باثبات القراءة• وعن حديث عبادة أن المراد قراءة الفاتحة فى كل ركعة بدليل ما ذكرنا من الأحاديث • وعن حديث ابى هريرة جوابان (أحدهما) أنه ضعيف سبق بيان

تضعيفه فى مسألة اختلاف العلماء فى تعيين الفاتحة (والثانى) أن المراد الفاتحة فى كل ركعة جمعا بين الأدلة . وعن حديث على أنه ضعيف لأنه من رواية الحارث الأعور وهو كذاب مشهور بالضعف عند الحفاظ . وقد روى عن على كرم الله وجهه خلافه والله أعلم .

(فـرع) وله فى الكتاب فى الحديث « بينا رسول الله صلى الله عليه وسلم جالس فى المسجد » قال الجوهرى : أصل بينا (بين) فأشبعت الفتحة فصارت ألفا قال : وبينما بمعناه زيدت فيه (ما) قال وتقديره بين أوقات جلوسه جرى كذا وكذا ، وقول المصنف : ولأنها ركعة يجب فيها القيام فوجب فيها القراءة مع القدرة كالركعة الأولى ، وهو قوله (يجب فيها القيام) احتراز من ركعة المسبوق ، وقوله : (مع القدرة) احتراز ممن لم يحسن الفاتحة ، وفى هذا القياس رد على جميع المخالفين فى المسألة .

وأما رفاعة بن رافع راوى الحديث المذكور فى الكتاب فهو أبو معاذ رفاعة ابن رافع بن مالك بن العجلان بن عمرو بن عامر بن زريق الأنصارى الزرقى ، شهدا بدرا ، وكان أبوه صحابيا نقيبا [1] توفى فى أول خلافة معاوية ، وقد ذكره المصنف بعد هذا فى فصل الاعتدال ، وقال فيه : رفاعة بن مالك نسبة الى جده وهو صحيح .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وهل تجب على المأموم ؟ فان كان فى صلاة يسر فيها بالقراءة وجبت عليه ، وان كان فى صلاة يجهر فيها ففيه قولان ، قال فى الأم والبويطى : يجب ، لما روى عبادة بن الصامت قال : « صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم [الصبح] فثقلت عليه القراءة فلما انصرف قال : انى لأراكم تقرأون خلف امامكم ، قلنا : والله اجل يا رسول الله نفعل هذا . قال : لا تفعلوا الا بأم الكتاب فانه لا صلاة لمن لم يقرأ بها » ولأن من لزمه قيام القراءة لزمه القراءة مع القدرة كالامام والمنفرد . وقال فى القديم : لا يقرأ لما روى أبو هريرة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف من صلاة جهر فيها بالقراءة فقال : هل قرأ معى أحد منكم ؟ فقال رجل : نعم يا رسول الله قال : انى أقول ما لى أنازع القرآن ؟ فانتهى الناس عن القراءة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما جهر فيه بالقراءة من الصلوات حين سمعوا ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم ») .

---

(١) وشهد أحدا وسائر المشاهد ايضا وامه ام مالك بنت ابى ابن سلول وشهد معه بدرا أخواه خلاد ومالك وشهد مع على الجمل وصفين (ط) .

(**الشرح**) هذان الحديثان رواهما أبو داود والترمذى وغيرهما ، وقال الترمذى : هما حديثان حسنان ، وصحح البيهقى الحديث الأول وضعف الثانى (حديث أبى هريرة) وقال تفرد به عن أبى هريرة ابن أكيمة ــ بضم الهمزة وفتح الكاف ــ وهو مجهول . قال وقوله : (فانتهى الناس عن القراءة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما جهر فيه) هو من كلام الزهرى وهو الراوى عن ابن أكيمة . قاله محمد بن يحيى الذهلى والبخارى وأبو داود ، واستدلوا برواية الأوزاعى حين ميزه من الحديث وجعله من قول الزهرى .

قوله « أجل يارسول الله نفعل هذا » هو بتشديد الذال وتنوينها هكذا ضبطناه ، وهكذا ضبطه البخارى فى معالم السنن ، وكذا ضبطناه فى سنن أبى داود والدارقطنى والبيهقى وغيرها ، وفى رواية الدارقطنى « نهذه هذا » « أو ندرسه درسا » قال الخطابى وغيره : الهذ السرعة وشدة الاستعجال فى القراءة ، هذا هو المشهور ، قال الخطابى : وقيل المراد بالهذ هنا الجهر ، وتقديره يهذ هذا ، وقد بسطت شرحه وضبطه فى تهذيب اللغات . وقول المصنف (ولأن من لزمه قيام القراءة لزمه القراءة مع القدرة كالامام) احترز بقوله : (لزمه قيام القراءة) عن المسبوق ، وبقوله (مع القدرة) عمن لا يحسن القراءة .

(**أما حكم المسألة**) فقراءة الفاتحة واجبة على الامام والمنفرد فى كل ركعة وعلى المسبوق فيما يدركه مع الامام بلا خلاف .. وأما المأموم فالمذهب الصحيح وجوبها عليه فى كل ركعة فى الصلاة السرية والجهرية ، وقال الشافعى فى القديم : لا تجب عليه فى الجهر ونقله الشيخ أبو حامد فى تعليقه عن القديم والاملاء ، ومعلوم أن الاملاء من الجديد ، ونقله البندنيجى عن القديم والاملاء وباب صلاة الجمعة من الجديد . وحكى الرافعى أنها لا تجب عليه وجها فى السرية ، وهو شاذ ضعيف واذا قلنا : لا تجب عليه فى الجهرية فالمراد بالتى يشرع فيها الجهر ، فأما ثالثة المغرب والعشاء ورابعة العشاء فتجب عليه القراءة فيها بلا خلاف ، صرح به صاحب التتمة وغيره . وقال أصحابنا : واذا قلنا : لا تجب عليه فى الجهرية بأن كان أصم أو بعيدا من الامام لا يسمع قراءة الامام ففى وجوبها عليه وجهان مشهوران للخراسانيين ،

(أصحهما) تجب لأنها فى حقه كالسرية (والثانى) لا تجب لأنها جهرية • ولو جهر الامام فى السرية أو أسر فى الجهرية فوجهان ، أصحهما وهو ظاهر النص أن الاعتبار بفعل الامام والثانى : بصفة أصل الصلاة • واذا لم يقرأ المأموم فهل يستحب له التعوذ ؟ فيه وجهان حكاهما صاحب العدة والبيان وغيرهما أصحهما : لا ، اذ لا قراءة • والثانى : نعم لأنه ذكر سرى ، واذا قلنا : يقرأ المأموم فى الجهرية كره له أن يجهر بحيث يؤذى جاره ، بل يسر بحيث يسمع نفسه لو كان سميعا ولا شاغل من لغط وغيره ، لأن هذا أدنى القراءة المجزئة كما سنوضحه ان شاء الله تعالى فى مسائل الفرع • قال أصحابنا : ويستحب للامام على هذا القول أن يسكت بعد الفاتحة قدر قراءة المأموم لها • قال السرخسى فى الأمالى : ويستحب أن يدعو فى هذه السكتة بما ذكرناه فى حديث أبى هريرة فى دعاء الاستفتاح : « اللهم باعد بينى وبين خطاياى » الى آخره •

(قلت) ومختار الذكر والدعاء والقراءة سرا ، ويستدل له بأن الصلاة ليس فيها سكوت حقيقى فى حق الامام وبالقياس على قراءته فى انتظاره فى صلاة الخوف ولا تمنع تسميته سكوتا مع الذكر فيه كما فى السكتة بعد تكبيرة الاحرام ، ولأنه سكوت بالنسبة الى الجهر قبله وبعده ، ودليل هذه السكتة حديث الحسن البصرى أن سمرة بن جندب وعمران بن حصين تذاكرا فحدث سمرة أنه « حفظ من رسول الله صلى الله عليه وسلم سكتتين سكتة اذا كبر وسكتة اذا فرغ من قراءة (غير المغضوب عليهم [1] ولا الضالين) فحفظ ذلك سمرة وأنكر عليه عمران وكتبا فى ذلك الى أبى بن كعب رضى الله عنهم فكان فى كتابه اليهما : أن سمرة قد حفظ » رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن ، وهذا لفظ أبى داود ، ولفظ الترمذى بمعناه ، والدليل على كراهة رفع المأموم صوته حديث فى صحيح مسلم سنذكره فى فصل الجهر ان شاء الله تعالى •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى قراءة المأموم خلف الامام •

قد ذكرنا أن مذهبنا وجوب قراءة الفاتحة على المأموم فى كل الركعات م

---

(١) الآية ٧ من سورة الفاتحة •

الصلاة السرية والجهرية • هذا هو الصحيح عندنا كما سبق ، وبه قال أكثر العلماء • قال الترمذى فى جامعه : القراءة خلف الامام هى قول أكثر أهل العلم من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم والتابعين قال : وبه يقول مالك وابن المبارك والشافعى وأحمد واسحاق • وقال ابن المنـذر : قال الثورى وابن عيينة وجماعة من أهل الكوفة : لا قراءة على المأموم ، وقال الزهرى ومالك وابن المبارك وأحمد واسحاق : لا يقرأ فى الجهرية وتجب القراءة فى السرية • وقال ابن عون والأوزاعى وأبو ثور وغيره من أصحاب [1] تجب القراءة على المأموم فى السرية والجهرية ، وقال الخطابى : قالت طائفة مـن الصحابة رضى الله عنهم : تجب على المأموم وكانت طائفـة منهم لا تقـرأ ، واختلف الفقهاء بعدهم على ثـلاثة مذاهب فذكر المذاهب التى حـكاها ابن المنذر ، وحكى الايجاب مطلقا عن مكحول وحكاه القـاضى أبو الطيب عن الليث بن سعد ، وحكى العبدرى عن أحمد أنه يستحب له أن يقرأ فى سكتات الامام ولا يجب عليه ، فان كانت جهرية ولم يسكت لم يقرأ ، وان كانت سرية استحبت الفاتحة وسورة •

وقال أبو حنيفة : لاتجب على المأموم ، ونقل القاضى أبو الطيب والعبدرى عن أبى حنيفة أن قراءة المأموم معصية ، والذى عليه جمهور المسلمين القراءة خلف الامام فى السرية والجهرية • قال البيهقى : وهو أصـح الأقوال على السنة وأحوطها ، ثم روى الأحاديث فيه ثم رواه بأسانيده المتعددة عن عمر ابن الخطاب وعلى بن أبى طالب وعبد الله بن مسعود وأبى بن كعب ومـعاذ ابن جبل وابن عباس وأبى الدرداء وأنس بن مالك وجابر بن عبد الله وأبى سعيد الخدرى وعبادة بن الصامت وأبى هريرة وهشام بن عامر وعمـران وعبد الله بن مغفل وعائشة رضى الله عنهم قال : ورويناه عن جمـاعة من التابعين • فرواه عن عروة بن الزبير ومكحول والشعبى وسـعيد بن جبير والحسن البصرى رحمهم الله •

واحتج لمن قال : لا يقرأ مطلقا بحديث يرويه مكى بن ابراهيم عن أبى حنيفة عن موسى بن أبى عنبسه عن عبد الله بن شداد عن جابر عن النبى

---

(١) بياض بالأصل ولعله : اصحاب الحديث كما هو واضح من السياق بعد (ط) •

صلى الله عليه وسلم قال : « من صلى خلف الامام فان قراءة الامام له قراءة » وعن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله ، وعن عمران بن حصين قال « كان النبي صلى الله عليه وسلم يصلى بالناس ورجل يقرأ خلفه ، فلما فرغ قال : من الذى يخالجنى سورتى ؟ » فنهى عن القراءة خلف الامام • وعن أبى الدرداء قال : « سئل النبى صلى الله عليه وسلم أفى كل صلاة قراءة ؟ فقال : نعم فقال رجل من الأنصار : وجبت هذه ؟ فقال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكنت أقرب القوم اليه : ما أرى الامام اذا أم القوم الا قد كفاهم » وعن جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم « من صلى صلاة لم يقرأ فيها بفاتحة الكتاب فهى خداج الا أن يكون وراء الامام » • وعن زيد بن ثابت قال : « من قرأ وراء الامام فلا صلاة له » قال : وفى الحديث « الامام ضامن » وليس يضمن الا القراءة عن المأموم قالوا : ولأنها قراءة فسقطت عن المأموم كالسورة فى الجهرية وكركعة المسبوق •

واحتج أصحابنا بقوله صلى الله عليه وسلم « لا صلاة لمن لم يقرأ بأم القرآن » رواه البخارى ومسلم ، وسبق بيانه مرات ، وهذا عام فى كل مصل ، ولم يثبت تخصيصه بغير المأموم بمخصص صريح فبقى على عمومه وبحديث عبادة بن الصامت المذكور فى الكتاب « أن النبى صلى الله عليه وسلم قرأ فى صلاة الصبح فثقلت عليه القراءة فلما فرغ قال : لعلكم تقرأون وراء امامكم قلنا : نعم هذا يا رسول الله قال : لا تفعلوا الا بفاتحة الكتاب فانه لا صلاة لمن لم يقرأ بها » رواه أبو داود والترمذى والدارقطنى والبيهقى وغيرهم قال الترمذى : حديث حسن وقال الدارقطنى : اسناده حسن ، وقال الخطابى: اسناده جيد لا مطعن فيه •

فان قيل : هذا الحديث من رواية محمد بن اسحاق بن سيار عن مكحول• ومحمد بن اسحاق مدلس والمدلس اذا قال فى روايته : عن ، لا يحتج به عند جميع المحدثين ، فجوابه أن الدارقطنى والبيهقى رواياه باسنادهما عن ابن اسحاق قال : حدثنى مكحول بهذا فذكره قال الدارقطنى فى اسناده : هذا اسناد حسن ، وقد علم من قاعدة المحدثين أن المدلس اذا روى حديثه من طريقين قال فى احداهما عن وفى الأخرى حدثنى أو أخبرنى كان الطريقان

صحيحين ، وحكم باتصال الحديث ، وقد حصل ذلك هنا ، ورواه أبو داود من طرق ، وكذلك الدارقطنى والبيهقى ، وفى بعضها : « صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بعض الصلاة التى يجهر فيها بالقراءة فقال : لا يقرأن أحد منكم اذا جهرت بالقراءة الا بأم القرآن » قال البيهقى عقب هذه الرواية : والحديث صحيح عن عبادة عن النبى صلى الله عليه وسلم وله شواهد . ثم روى أحاديث شواهد له . واحتج البيهقى وغيره بحديث أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من صلى صلاة لم يقرأ فيها بأم القرآن فهى خداج ، فقيل لأبى هريرة : وانا نكون وراء الامام ، فقال : اقرأ بها فى نفسك » الى آخر حديث : قسمت الصلاة وهو صحيح رواه مسلم ، وقد سبق بطوله فى مسألة تعيين الفاتحة ، وأطنب أصحابنا فى الاستدلال ، وفيما ذكرناه كفاية .

والجواب عن الأحاديث التى احتج بها القائلون باسقاط القراءة بها أنها كلها ضعيفة وليس فيها شىء صحيح عن النبى صلى الله عليه وسلم وبعضها موقوف وبعضها مرسل وبعضها فى رواته ضعيف أو ضعفاء ، وقد بين البيهقى رحمه الله علل جميعها وأوضح تضعيفها ، وأجاب أصحابنا عن الحديث الأول لو صح بأنه محمول على المسبوق أو على قراءة السورة بعد الفاتحة جمعا بين الأدلة ، والجواب عن قراءة السورة أنها سنة فتركت لاستماعه قراءة القرآن بخلاف الفاتحة ، وعن ركعة المسبوق أنها سقطت تخفيفا عنه لعموم الحاجة والله أعلم .

واحتج القائلون بالقراءة فى السرية دون الجهرية بقول الله تعالى . (واذا قرىء القرآن فاستمعوا له وأنصتوا [1]) قال الشافعى فى القديم : هذا عندنا فى القراءة التى تسمع خاصة . وعن أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه قال « خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فبين لنا سنتنا وعلمنا صلاتنا فقال : أقيموا صفوفكم ثم ليؤمكم أحدكم ، فاذا كبر فكبروا ، واذا قرأ فأنصتوا » رواه مسلم ، وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « انما جعل الامام ليؤتم به فاذا كبر فكبروا واذا قرأ

---

(١) الآية ٢٠٤ من سورة الأعراف .

فأنصتوا » رواه أبو داود والترمذى والنسائى فقيل لمسلم بن الحجاج فى صحيحه عن حديث أبى هريرة هذا (فقال : هو عندى صحيح ، فقيل لم لم تضعه ههنا ؟ فقال : ليس كل شىء عندى صحيح وضعته ههنا ، انما وضعت ههنا ما أجمعوا عليه) وبحديث ابن أكيمة عن أبى هريرة المذكور فى الكتاب (ما لى أنازع القرآن ، فانتهى الناس عن القراءة) الى آخره وقد سبق بيانه •

واحتج أصحابنا بالأحاديث السابقة فى الاحتجاج على المانعين مطلقا • والجواب عن الآية الكريمة من وجهين (أحدهما) أن المستحب للامام أن يسكت بعد الفاتحة قدر ما يقرأ المأموم الفاتحة كما سبق بيانه قريبا وذكرنا دليله من الحديث الصحيح قريبا وحينئذ لا يمنعه قراءة الفاتحة (الثانى) أن القراءة التى يؤمر بالانصات لها فى السورة وكذا الفاتحة اذا سكت الامام بعدها ، وهذا اذا سلمنا أن المراد بالآية حيث قرىء القرآن وهو الذى أعتقد رجحانه، والا فقد روينا عن مجاهد وغيره أنها نزلت فى الخطبة وسميت قرآنا لاشتمالها عليه ، وروينا فى سنن البيهقى عن أبى هريرة ومعاوية أنهما قالا : كان الناس يتكلمون فى الصلاة فنزلت هذه الآية ، وأما الجواب عن حديث : « واذا قرأ فأنصتوا » فمن أوجه (منها) الوجهان اللذان ذكرناهما فى جواب الآية (والوجه الثالث) وهو الذى اختاره البيهقى أن هذه اللفظة ليست ثابتة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال أبو داود فى سننه : هذه اللفظة ليست بمحفوظة ثم روى البيهقى عن الحافظ أبى على النيسابورى أنه قال : هذه اللفظة غير محفوظة وخالف التيمى جميع أصحاب قتادة فى زيادته هذه اللفظة ثم روى عن يحيى بن معين وأبى حاتم [الرازى] أنهما قالا : ليست محفوظة قال يحيى بن معين : ليست هى بشىء • وذكر البيهقى طرقها وعللها كلها •

وأما حديث الزهرى عن أبى أكيمة عن أبى هريرة « ما لى أنازع القرآن » الى آخره فجوابه أيضا من الأوجه الثلاثة (الوجهين السابقين) فى جواب الآية (والثالث) أن الحديث ضعيف لأن ابن أكيمة مجهول كما سبق قال البيهقى : ابن أكيمة مجهول لم يحدث الا بهذا الحديث ، ولم يحدث عنه غير الزهرى ، ولم يكن عند الزهرى من معرفته أكثر من أن : أراه يحدث [عن]

سعيد بن المسيب ثم قال البيهقى باسناده عن الحميدى شيخ البخارى قال : فى حديث ابن أكيمة : هذا حديث رجل لم يروه عنه غير الزهرى فقط ، ولأن الحفاظ من المتقدمين والمتأخرين يتفقون على أن هـذه الزيادة وهى قوله : « فانتهى الناس عن القراءة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما جهر فيه » ليست من كلام أبى هريرة ، بل هى من كلام الزهرى مدرجة فى الحديث ، وهذا لا خلاف فيه بينهم ، قال ذلك الأوزاعى ومحمد بن يحيى الذهلى شيخ البخارى وامام أهل نيسابور ، قاله البخارى فى تاريخه وأبو داود فى سننه والخطابى والبيهقى وغيرهم ، رواه البيهقى من رواية عبد الله بن بحينة نحو رواية ابن أكيمة عن أبى هريرة ، ثم روى عن الحافظ يعقوب بن سفيان قال : هذا خطأ لا شك فيه والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فاذا فرغ من الفاتحة امن ، وهو سنة لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يؤمن وقال : صلوا كما رأيتمونى أصلى » فان كان اماما أمن وأمن المأموم لما روى أبو هريرة رضى الله تعالى عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال « اذا أمن الامام فأمنوا فان الملائكة تؤمن بتأمينه فمن وافق تأمينه تأمين الملائكة غفر له ما تقدم من ذنبه » وان كان فى صلاة يجهر فيها جهر الامام لقوله صلى الله عليه وسلم « اذا أمن الامام فامنوا » ولو لم يجهر به لما علق تامين المأموم عليه ، ولأنه تابع للفاتحة فكان حكمه حكمها فى الجهر كالسورة) .

(وأما المأموم فقد قال فى الجديد لا يجهر ، وقال فى القديم : يجهر فمن أصحابنا من قال على قولين (أحدهما) يجهر لما روى عطاء « ان ابن الزبير كان يؤمن ويؤمنون وراءه حتى ان للمسجد للجة » (والثانى) لا يجهر لأنه ذكر مسنون فى الصلاة فلا يجهر به المأموم كالتكبيرات ومنهم من قال : ان كان المسجد صغيرا يبلغهم تأمين الامام لا يجهر لأنه لا يحتاج الى الجهر به ، وان كان كبيرا جهر لأنه يحتاج الى الجهر للابلاغ ، وحمل القولين على هذين الحالين ، فان نسى الامام التامين أمن المأموم وجهر به ليسمع الامام فيأتى به).

(الشرح) الذى أختاره : أقدم الأحاديث الورادة فى التأمين فيحصل منها بيان ما ذكره المصنف وغيره ، وما يحتاج الى الاستدلال به فيما نذكره من الأحكام ان شاء الله تعالى ، فمن ذلك عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اذا أمن الامام فأمنوا فانه من وافق

تأمينه تأمين الملائكة غفر الله له ما تقدم من ذنبه » رواه البخـارى ومسلم ومالك فى الموطأ وأبو داود والترمذى هـكذا ، وعن أبى هريرة أيضـا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « اذا قال أحدكم آمين ، قالت الملائكة فى السماء آمين ، فان وافقت احداهما الأخرى غفر الله له ما تقدم من ذنبه » رواه البخارى ومسلم وزاد مسلم فى رواية له « اذا قال الامام : غير المغضوب عليهم ولا الضالين فقولوا : آمين فانه من وافق قوله قول الملائكة غفر له ما تقدم من ذنبه » رواه البخارى ومسلم وهذا لفظ البخارى ، ولفظ مسلم « اذا قال القارىء غير المغضوب عليهم ولا الضالين فقال من خلفه : آمين فوافق قوله قول أهل السماء غفر له ما تقدم من ذنبه » وعن أبى هريرة أيضا رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليـه وسلم قال « اذا أمن القـارىء فأمنوا فان الملائكة تؤمن فمن وافق تأمينه تأمين الملائكة غفر له ما تقدم من ذنبه » رواه البخارى فى كتاب الدعوات من صحيحه •

وعن وائل بن حجر رضى الله عنه قال : « سمعت أن النبى صلى الله عليه وسلم قرأ غير المغضوب عليهم ولا الضالين فقال : آمين ، مد بها صوته » رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن وفى رواية أبى داود « رفع بهـا صوته » واسناده حسن كل رجاله ثقات الا محمد بن كثير العبدى جرحه ابن معين ووثقه غيره وقد روى له البخـارى وناهيك به شرفا وتوثيقـا له وهكذا رواه سفيان الثورى عن سلمة بن كهيل عن عنبس عن وائل بن حجر ورواه شعبة عن سلمة فاختلف عليه فيه فرواه عنه أبو الوليد الطيـالسى كذلك ورواه عنه أبو داود الطيالسى وقال فيه « قال : آمين خفض بها صوته » ورواه الأكثرون عن سلمة باسناده « قالوا يرفع بها صوته » •

قال البخارى فى تاريخه : أخطأ شعبة انما هو جهر بها ، وقال الترمذى : قال البخارى حديث سفيان أصح فى هذا من حديث شعبة قال : وأخطأ فيه شعبة • قال الترمذى : وكذلك قال أبو زرعة الرازى عن أبى هريرة قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا فرغ من قراءة أم القرآن رفع صوته فقال آمين » رواه أبو داود والدارقطنى ، وقال : هذا اسناد حسن ، وهذا لفظه وقال الحاكم أبو عبد الله : هذا حديث صحيح •

وفى رواية أبى داود « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا تلا غير المغضـوب عليهم ولا الضـالين قال : آمين حتى يسمع من يليه من الصف الأول » رواه ابن ماجه وزاد « فيرتج بها المسجد » .

وقال الشافعى فى الأم : « أخبرنا الحكم بن أبى خالد عن ابن جريج عن عطاء قال : كنت أسمع الأئمة ابن الزبير ومن بعـده يقولون : آمين ومن خلفهم : آمين حتى ان للمسجد للجة ، وذكر البخارى فى صحيحه هذا الأثر عن ابن الزبير تعليقا فقال : وقال عطاء : آمين دعاء أمن ابن الزبير ومن وراءه حتى ان للمسجد للجة » وقد قدمنا أن تعليق البخارى اذا كان بصيغة جزم مثل هذا ، كان صحيحا عنده وعند غيره . هذا مختصر ما يتعلق بأحاديث الفصـل .

وأما لغاته ففى آمين لغتان مشهورتان (أفصحهما) وأشهرهما وأجودهما عند العلماء آمين بالمد بتخفيف الميم وبه جاءت روايات الحـديث ، والثانية آمين بالقصر وبتخفيف الميم حكاها ثعلب وآخرون ، وأنكرها جماعة على ثعلب ، وقالوا : المعروف المد وانما جاءت مقصورة فى ضرورة الشعر ، وهذا جواب فاسد لأن الشعر الذى جاء فيها فاسد من ضرورية القصر .

وحكى الواحدى لغة ثالثة آمين بالمد والامالة مخففة الميم وحكاها عن حمزة والكسائى وحكى الواحدى آمين بالمد أيضا وتشـديد الميم ، قال : روى ذلك عن الحسن البصرى والحسين أبى الفضل قال : ويؤيده أنه جاء عن جعفر الصادق أن تأويله قاصدين اليك وأنت الكريم من أن تخيب قاصدا.

وحكى لغة الشد أيضا القاضى عياض وهى شاذة منكرة مردودة ، ونص ابن السكيت وسائر أهل اللغة على أنها من لحن العوام ، ونص أصحابنا فى كتب المذهب على أنها خطأ .

قال القاضى حسين فى تعليقه : لا يجوز تشديد الميم قالوا : وهذا أول لحن سمع من الحسين بن الفضل البلخى حين دخل خراسان ، وقال صـاحب التتمة : لا يجوز التشديد فان شدد متعمدا بطلت صلاته ، وقال الشيخ أبو محمد الجوينى فى التبصرة والشيخ نصر المقدسى : لا تعرفه العرب وان كانت الصلاة لا تبطل به لقصده الدعاء وهذا أجود من قول صاحب التتمة .

قال أهل العربية : آمين موضوعة موضع اسم الاستجابة ، كما أن صه موضوعة للسكوت قالوا : وحق آمين الوقف . لأنها كالأصوات فان حركها محرك ووصلها بشيء بعدها فتحها لالتقاء الساكنين قالوا : وانما لم تكسر لثقل الحركة بعد الياء كما فتحوا أين وكيف ، واختلف العلماء فى معناها (فقال) الجمهور من أهل اللغة والغريب والفقه : معناه اللهم استجب (وقيل) ليكن كذلك (وقيل) افعل (وقيل) لا تخيب رجاءنا (وقيل) لا يقدر على هذا غيرك (وقيل) هو طابع الله على عباده يدفع به عنهم الآفات (وقيل) هو كنز من كنوز العرش لا يعلم تأويله الا الله (وقيل) هو اسم الله تعالى ، وهذا ضعيف جدا وقيل غير ذلك .

قوله (حتى ان للمسجد للجة) هى بفتح اللامين وتشديد الجيم ، وهو اختلاط الأصوات ، وقوله (لأنه تابع للفاتحة فكان حكمه فى الجهر حكمها) احترز بقوله تابع ، عن دعاء الافتتاح ، وقوله لأنه ذكر مسنون فى الصلاة فلا يجهر به المأموم قال القلعى : قوله فى الصلاة احتراز من الأذان ، قال : وقوله مسنون غير مؤثر فلو حذفه لم تنتقض العلة وانما أتى به لتقريب الشبه بين الأصل والفرع ، وقوله : وان نسى الامام التأمين أمن المأموم ، كان ينبغى أن يقول : وان ترك الامام التأمين ليتناول تركه عامدا وناسيا فان الحكم لايختلف بذلك كما سنوضحه قريبا ان شاء الله تعالى ، وكذلك قال الشافعى فى الأم : فان تركه .

وأما عطاء الراوى هنا عن ابن الزبير فهو عطاء بن أبى رباح ، وقد ذكرنا أحواله فى باب الحيض ، وأما ابن الزبير فهو أبو خبيب ــ بضم الخاء المعجمة ــ ويقال له أبو بكر عبد الله بن الزبير بن العوام القرشى الأسدى وأمه أسماء بنت أبى بكر الصديق رضى الله عنهم وهو أول مولود ولد للمسلمين بعد الهجرة ، ولد بعد عشرين شهرا من الهجرة وقيل فى السنة الأولى منها ، كان صواما قواما وصولا للرحم فصيحا شجاعا ، ولى الخلافة سبع سنين وقتله الحجاج بمكة سنة ثلاث وسبعين ، وقيل : سنة ثنتين وسبعين رضى الله عنه والله أعلم .

(اما احكام الفصل) ففيه مسائل (احداها) التأمين سنة لكل مصل فرغ من الفاتحة سواء الامام والمأموم ، والمنفرد ، والرجل والمرأة والصبى ، والقائم

والقاعد والمضطجع والمفترض والمتنقل فى الصلاة السرية والجهرية ولا خلاف فى شيء من هذا عند أصحابنا قال أصحابنا : ويسن التأمين لكل من فرغ من الفاتحة سواء كان فى صلاة أو خارجها • قال الواحدى : لكنه فى الصلاة أشد استحبابا (الثانية) ان كانت الصلاة سرية أسر الامام وغيره بالتأمين تبعا للقراءة وان كانت جهرية وجهر بالقراءة استحب للمأموم الجهر بالتأمين بلا خلاف ، نص عليه الشافعى ، واتفق الأصحاب عليه للأحاديث السابقة ، وفى تعليق القاضى حسين اشارة الى وجه فيه وهو غلط من الناسخ أو المصنف بلا شك ، وأما المنفرد فقطع الجمهور بأنه يسن له الجهر بالتأمين كالامام ، ممن صرح به البندنيجى والمحاملى فى كتابيه المجموع والمقنع والشيخ نصر وصاحب العدة والبغوى وصاحب البيان والرافعى وغيرهم • وفى تعليق القاضى حسين أنه يسر به وهو شاذ ضعيف •

وأما المأموم فقد قال المصنف وجمهور الأصحاب : قال الشافعى فى الجديد : لا يجهر ، وفى القديم يجهر ، وهذا أيضا غلط من الناسخ أو من المصنف بلا شك لأن الشافعى قال فى المختصر وهو من الجديد : يرفع الامام صوته بالتأمين ويسمع من خلفه أنفسهم •

وقال فى الأم : يرفع الامام بها صوته فاذا قالها قالوها وأسمعوا أنفسهم ، ولا أحب أن يجهروا ، فان فعلوا فلا شيء عليهم ، هذا نصه بحروفه ، ويحتمل أن يكون القاضى حسين رأى فيه نصا فى موضع آخر من الجديد •

ثم للأصحاب فى المسألة طرق أصحها وأشهرها والتى قالها الجمهور أن المسألة على قولين : (أحدهما) يجهر (والثانى) يسر • قال الماوردى : هذه طريقة أبى اسحاق المروزى وابن أبى هريرة ، ونقلها امام الحرمين والغزالى فى البسيط عن أصحابنا (والثانى) يجهر قولا واحدا (والثالث) ان كثر الجمع وكبر المسجد جهر ، وان قلوا أو صغر المسجد أسر (والرابع) حكاه الامام والغزالى وغيرهما أنه ان لم يجهر الامام جهر والا فقولان ، والأصح من حيث الحجة أن الامام يجهر به ، ممن صححه المصنف فى التنبيه والغزالى فى الوجيز والبغوى والرافعى وغيرهم ، وقطع به المحاملى فى المقنع وآخرون ،

وحينئذ تكون هذه المسألة مما يفتى فيها على القديم على ما سبق ايضاحه فى مقدمة هذا الشرح •

وهذا الخلاف اذا أمن الامام ، أما اذا لم يؤمن الامام فيستحب للمأموم التأمين جهرا بلا خلاف ، نص عليه فى الأم ، واتفقوا عليه ليسمعه الامام فيأتى به ، قال أصحابنا : سواء تركه الامام عمدا أو سهوا ، ويستحب للمأموم الجهر ، ممن صرح بأنه لا فرق بين ترك الامام له عمدا أو سهوا الشيخ أبو حامد فى التعليق وهو مقتضى نص الشافعى فى الأم فانه قال : وان تركه الامام قاله من خلفه وأسمعه لعله يذكر فيقوله ولا يتركونه لتركه ، كما لو ترك التكبير والتسليم لم يكن لهم تركه • هذا نصه •

(الثالثة) يستحب أن يقع تأمين المأموم مع تأمين الامام لا قبله ولا بعده ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « فمن وافق تأمينه تأمين الملائكة غفر له ما تقدم من ذنبه » فينبغى أن يقع تأمين الامام والمأموم والملائكة دفعة واحدة ، وممن نص على هذا من أصحابنا الشيخ أبو محمد الجوينى وولده امام الحرمين وصاحباه الغزالى فى كتبه والرافعى ، وقد أشار اليه المصنف بقوله : وأمن المأموم معه • قالوا : فان فاته التأمين معه أمن بعده •

وقال امام الحرمين : كان شيخى يقول : لا يستحب مقارنة الامام فى شىء الا فى هذا • قال الامام : يمكن تعليل استحباب المقارنة بأن القوم لا يؤمنون لتأمينه وانما يؤمنون لقراءته وقد فرغت قراءته •

فان قيل : هذا مخالف لقوله صلى الله عليه وسلم : « اذا أمن الامام فأمنوا » فجوابه أن الحديث الآخر : « اذا قال الامام غير المغضوب عليهم ولا الضالين فقولوا آمين » وكلاهما فى الصحيحين كما سبق فيجب الجمع بينهما، فيحمل الأول على أن المراد اذا أراد الامام التأمين فأمنوا ليجمع بينهما • قال الخطابى وغيره : وهذا كقولهم اذا رحل الأمير فارحلوا ، أى اذا تهيأ للرحيل فتهيأوا ليكن رحيلكم معه وبيانه فى الحديث الآخر « اذا قال أحدكم آمين ، وقالت الملائكة : آمين فوافق أحدهما الآخر » فظاهره الأمر بوقوع تأمين الجميع فى حالة واحدة ، فهذا جمع بين الأحاديث • وقد ذكر معناه الخطابى وغيره •

(فـرع) قال الشافعى فى الأم : ولا يقال آمين الا بعد أم القرآن ، فان لم يقل لم يقضه فى موضع غيره • قال أصحابنا : اذا ترك التأمين حتى اشتغل بغيره فات ولم يعد اليه • وقال صاحب الحـاوى : ان ترك التأمين ناسيا فذكره قبل قراءة السورة أمن ، وان ذكره فى الركوع لم يؤمن ، وان ذكره فى القـراءة فهل يؤمن ؟ فيه وجهـان مخرجان من القولين فيمن نسى تكبيرات العيد حتى شرع فى القراءة ، وذكر الشاشى هذين الوجهين ، وقال : الأصح لا يؤمن ، وقطـع غيرهما بأنه لا يؤمن وهو ظاهر نص الشـافعى الذى ذكرناه •

قال البغوى : فلو قرأ المأموم الفاتحة مع الامام وفرغ منها قبل فراغه فالأولى أن لا يؤمن حتى يؤمن الامام ، وهذا الذى قاله فيه نظر ، والمختار أو الصواب أنه لا يؤمن لقراءة نفسه ، ثم يؤمن مرة أخرى بتأمين الامام • قال السرخسى فى الأمالى : واذا أمن المأموم بتـأمين الامام ثم قرأ المأموم الفاتحة أمن ثانيا لقراءة نفسه ، قال فلو فرغا من الفاتحة معا كفاه أن يؤمن مرة واحدة •

(فـرع) ذكر أصحابنا أو جماعة منهم أنه يستحب أن لا يصـل لفظة آمين بقوله : ولا الضالين ، بل بسكتة لطيفة جدا ، ليعلم أن آمين ليست من الفاتحة للفصل اللطيف نظائرها فى السنة وغيرها ستراها فى مواضعها ان شاء الله تعالى ، وممن نص على استحباب هذه السـكتة القاضى حسـين فى تعليقه ، وأبو الحسن الواحدى فى البسيط والبغوى فى التهذيب وصاحب البيان والرافعى • وأما قول امام الحرمين يتبع التأمين القراءة فيمكن حمله على موافقة الجماعة ، ويكون معناه لا يسكت طويلا • والله أعلم •

(فـرع) السنة فى التأمين أن يقول آمين ، وقد تقدم بيان لغاتها وأن المختـار (آمين) بالمد وتخفيف الميم ، وبه جاءت روايات الأحاديث • قال الشافعى فى الأم : لو قال آمين رب العالمين وغير ذلك من ذكر الله تعالى كان حسنا لا تنقطع الصلاة بشىء من ذكر الله تعالى : قال : وقوله يدل على أنه لا بأس من أن يسأل العبد ربه فى الصلاة كلها فى الدين والدنيا •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى التأمين

قد ذكرنا أن مذهبنـــا استحبابه للامام والمأموم والمنفرد ؛ وأن الامام والمنفرد يجهران به ، وكذا المأموم على الأصح • وحكى القاضى أبو الطيب والعبدرى الجهر به لجميعهم عن طاوس وأحمد واسحاق وابن خزيمة وابن المنذر وداود ، وهو مذهب ابن الزبير • وقال أبو حنيفة والثورى يسرون بالتأمين ، وكذا قاله مالك فى المأموم وعنه فى الامام روايتان (احداهما) يسر به (والثانية) لا يأتى به ، وكذا المنفرد عنده ، ودليلنا الأحاديث الصحيحة السابقة ، وليس لهم فى المسألة حجة صحيحة صريحة ، بل احتجت الحنفية برواية شعبة وقوله « وخفض بها صوته » •

واحتجت المالكية بأن سنة الدعاء بآمين للســامع دون الداعى ، وآخر الفاتحة دعاء فلا يؤمن الامام لأنه داع • قال القاضى أبو الطيب : هذا غلط ، بل اذا استحب التأمين للسامع فالداعى أولى بالاستحباب والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان لم يحسن الفاتحة واحسن غيرها قرأ سبع آيات ، وهل يعتبر أن يكون فيها بقدر حروف الفاتحة ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يعتبر ، كما اذا فاته صوم يوم طويل لم يعتبر ان يكون القضاء فى يوم بقدر ساعات الأداء (والثانى) يعتبر وهو الأصح لأنه لما اعتبر عدد آى الفاتحة اعتبر قدر حروفها ، ويخالف الصوم فانه لا يمكن اعتبار المقدار فى الساعات الا بمشــقة ، فان لم يحسن شيئا من القرآن لزمه ان يأتى بذكر ، لما روى عبد الله بن ابى أوفى رضى الله عنه « ان رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقــال : انى لا أستطيع أن أحفظ شيئا من القرآن فعلمنى ما يجزينى فى الصلاة ، فقال : قل سبحان الله والحمد لله ولا اله الا الله والله اكبر ولا حــول ولا قوة الا بالله » ولأنه ركن من أركان الصلاة فجاز أن ينتقل فيه عند العجز الى بدل كالقيام • وفى الذكر وجهان ، قال أبو اسحاق رضى الله عنه : يأتى من الذكر بقدر حروف الفاتحة لأنه أقيم مقامها فاعتبر قدرها •

وقال ابو على الطبرى رضى الله عنه : يجب ما نص عليه الرسول صلى الله عليه وسلم من غير زيادة كالتيمم لا تجب الزيادة فيه على ما ورد به النص ، والمذهب الأول •

وان أحسن آية من الفاتحة وأحسن غيرها ففيه وجهان ، أصحهما أنه يقرأ الآية ثم يقرأ ست آيات من غيرها لأنه اذا لم يحسن شــيئا منها انتقل الى غيرها ، فاذا كان يحسن بعضها وجب ان ينتقل فيما لم يحسن الى غيرها كما

لو عدم بعض الماء (والثانى) يلزمه تكرار الآية لأنها اقرب اليها ، فان لم يحسن شيئا من القرآن ولا من الذكر قام بقدر سبع آيات ، وعليه أن يتعلم ، فان اتسع الوقت ولم يفعل وصلى لزمه أن يعيد لأنه ترك القراءة مع القدرة فاشبه اذا تركها وهو يحسن) .

(**الشرح**) قال أصحابنا : اذا لم يقدر على قراءة الفاتحة وجب عليه تحصيل القدر بتعلم أو تحصيل مصحف يقرؤها فيه بشراء أو اجارة أو اعارة، فان كان فى ليل أو ظلمة لزمه تحصيل السراج عند الامكان ، فلو امتنع من ذلك عند الامكان أثم ولزمه اعادة كل صلاة صلاها قبل قراءة الفاتحة ، ودليلنا القاعدة المشهورة فى الأصول والفروع أن ما لا يتم الواجب الا به وهو مقدور للمكلف فهو واجب وهذا الذى ذكرناه من أنه تجب اعادة كل صلاة صلاها قبل قراءة الفاتحة هو المذهب ، وبه قطع الجمهور .

وفى الحاوى وجه آخر أنه تجب اعادة ما صلى من حين أمكنه التعليم الى أن شرع فى التعليم فقط ، والصحيح الأول ، فان تعذرت عليه الفاتحة لتعذر التعليم لضيق الوقت أو بلادته أو عدم المعلم أو المصحف أو غير ذلك لم يجز ترجمة القرآن بغير العربية ، بل ينظر ان أحسن غيرها من القرآن لزمه قراءة سبع آيات ، ولا يجزيه دون سبع ، وان كانت طوالا بلا خلاف .

ونقل الشيخ أبو محمد فى التبصرة وآخرون اتفاق الأصحاب على هذا ولا يضر طول الآيات وزيادة حروفها على حروف الفاتحة ، وهل يشترط أن لا ينقص عن حروفها ؟ فيه خلاف جعله المصنف قولين ، وحكاه جمهور الأصحاب فى طريقتى العراق وخراسان وجهين ، وقال صاحب الشامل والبيان: اختلف أصحابنا فيه ، فبعضهم حكاه قولين وبعضهم حكاه وجهين ، ونقلهما القاضى أبو الطيب فى تعليقه قولين (أحدهما) تجب أن تكون بعدد حروف الفاتحة وهو الذى نقله المزنى (والثانى) لا تجب نص عليه الشافعى فى باب استقبال القبلة ، قال : تجب سبع آيات ، طوالا كن أو قصارا .

وحاصل ما ذكره الأصحاب ثلاثة أوجه ، أصحها باتفاقهم بشرط أن لا ينقص حروف الآيات السبع عن حروف الفاتحة ، ولا يشترط أن كل آية بقدر آية ، بل يجزيه أن يجعل آيتين بدل آية بحيث يكون مجموع الآيات لا ينقص عن حروف الفاتحة والحرف المشدد بحرفين فى الفاتحة والبدل ،

ذكره الشيخ أبو محمد فى التبصرة وهو واضح • (والثانى) يجب أن يعدل حروف كل آية من البدل حروف آية من الفاتحة على الترتيب ، فيكون مثلها أو أطول ، حكاه البغوى وآخرون وضعفوه • (والثالث) يكفى سبع آيات ناقصات كما يكفى صوم قصير عن طويل ، وقول المصنف لا يمكن اعتبار الساعات الا بمشقة ، لا يسلم بل يمكنه ذلك بالاستظهار بأطول منه كما قلنا هنا ، ثم ان لم يحسن سبع آيات متوالية بالشرط المذكور كان له العدول الى مفرقة بلا خلاف ، نص عليه فى الأم واتفقوا عليه • ولكن الجمهور أطلقوا المسألة وقال امام الحرمين : لو كانت الآية الفردة لا تغير [1] معنى منظوما اذا قرئت وحدها كقوله (ثم نظر) فيظهر أن لا نأمره بقراءة هذه الآية المتفرقة ، ونجعله كمن لا يحسن قرآنا أصلا ، فسيأتى بالذكر • والمختار ما سبق عن اطلاق الأصحاب ، وان كان يحسن سبع آيات متوالية بالشرط المذكور فوجهان حكاهما السرخسى فى الأمالى وغيره •

(أحدهما) لا تجزيه المتفرقة بل تجب قراءة سبع آيات متوالية وبهذا قطع امام الحرمين والغزالى فى البسيط والرافعى (أصحهما) تجزيه المتفرقة من سورة أو سور وبه قطع القاضى أبو الطيب فى تعليقه والبندنيجى وصاحب البيان وهو المنصوص فى الأم • أما اذا كان يحسن دون سبع آيات كآية أو آيتين فوجهان (أصحهما) يقرأ ما يحسنه ثم يأتى بالذكر عن الباقى لأنه عاجز عن الباقى فانتقل الى بدله (والثانى) يجب تكرار ما يحسنه حتى يبلغ قدر الفاتحة لأنه أقرب اليها من الذكر ، فلو لم يحسن الا بعض الفاتحة ولم يحسن بدلا من الذكر وجب تكرار ما يحسنه حتى يبلغ قدرها بلا خلاف • ولو أحسن آية أو آيات من الفاتحة ولم يحسن جميعها فان لم يحسن لباقيها بدلا وجب تكرار ما أحسنه حتى يبلغ قدر الفاتحة بلا خلاف ، وان أحسن لباقيها بدلا ففيه خلاف حكاه المصنف هنا وجهين وكذا حكاهما الجمهور فى طريقتى العراقيين وخراسان وجهين وحكاهما المصنف فى التنبيه قولين وكذلك حكاهما الشيخ نصر فى تهذيبه (وأصحهما) باتفاقهم أنه يجب قراءة مايحسنه من الفاتحة ثم يأتى ببدل الباقى ، لأن الشىء الواحد لا يكون أصلا وبدلا •

---

(١) كذا بالأصل ولعلها (لا تفيد معنى) وانما اصابها التصحيف والله اعلم .

(والثانى) يجب تكرار ما يحفظه من الفاتحة حتى يبلغ قدرها • ويجرى الخلاف سواء كان البدل الذى يحسنه قرآنا أو ذكرا ، صرح به الشيخ أبو حامد وغيره ، لكن لا يجوز الانتقال الى الذكر الا بعد العجز عن القرآن • (فان قلنا) بالأصح انه يقرأ ما يحسنه ويأتى بالبدل وجب الترتيب بينهما ، فان كان يحفظ أول الفاتحة أتى به ، ثم يأتى بالبدل ، ولا يجوز العكس • وان كان يحفظ آخرها أتى بالبدل ثم قرأ الذى يحفظه منها ، فلو عكس لم يجزئه على المذهب وبه قطع الأكثرون • وحكى البغوى وجها أنه لا يجب هذا الترتيب ، بل كيف أتى به أجزأه فهو غريب ضعيف • وقد قال امام الحرمين : اتفق أئمتنا على أن هذا الترتيب واجب وعلل بعلتين (احداهما) أن الترتيب فى أركان الصلاة واجب وعليه البدل قبل النصف الثانى من الفاتحة فليقدمه (والثانية) أن البدل له حكم المبدل والترتيب شرط فى نصفى الفاتحة وكذا فى نصفها وما قام مقام النصف الأول •

واعلم أن الأحوط والمستحب لمن يحفظ آية من الفاتحة أن يكررها سبع مرات ويأتى مع ذلك ببدل ما زاد عليها ليخرج من الخلاف ، وممن نبه على هذا الشيخ أبو محمد فى التبصرة ، هذا حكم من يحسن شيئا من القرآن ، ولا خلاف أنه متى أحسن سبع آيات من القرآن لا يجوز له أن يتركها ، وينتقل الى الذكر ، فان كان يحسن دون سبع فهل يكرره ؟ أم يأتى ببدل الباقى ؟ فيه الخلاف السابق ، فان لم يحسن شيئا منه وجب عليه أن يأتى بالذكر بدلها ، وهذا لا خلاف فيه عندنا ، واستدل أصحابنا فيه بحديث عبد الله بن أبى أوفى رضى الله عنهما قال : « جاء رجل الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : انى لا أستطيع أن آخذ من القرآن شيئا فعلمنى ما يجزينى منه قال : قل : سبحان الله والحمد لله ولا اله الا الله والله أكبر ولا حول ولا قوة الا بالله » قال : يا رسول الله هذا لله فما لى ؟ قال : قل اللهم ارحمنى وارزقنى وعافنى واهدنى • فلما قام قال هكذا بيده ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما هذا فقد ملأ يده من الخير » رواه أبو داود والنسائى ولكنه من رواية ابراهيم السكسكى وهو ضعيف ، ويغنى عنه حديث رفاعة بن رافع قال : « كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى المسجد فدخل رجل يصلى فى ناحية المسجد فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يرمقه ثم جاء فسلم

فرد عليه ، وقال : ارجع فصل فانك لم تصل ، ثم جاء فسلم عليه ، ثم قال : ارجع فصل فانك لم تصل ، قال مرتين أو ثلاثا فقال له فى الثالثة أو الرابعة والذى بعثك بالحق لقد اجتهدت فى نفسى فعلمنى وأرنى ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم اذا أردت أن تصلى فتوضأ كما أمرك الله ، ثم تشهد فأقم ، ثم كبر فان كان معك قرآن فاقرأ به والا فاحمد الله وكبره وهلله ثم أركع فاطمئن راكعا ، ثم اعتدل قائما ــ وذكر تمام الحديث » رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن •

واختلف أصحابنا فى الذكر على ثلاثة أوجه (أحدها) وهو قول أبى على الطبرى أنه يتعين أن يقول : سبحان الله والحمد لله ولا اله الا الله والله أكبر ولا حول ولا قوة الا بالله ، فتجب هذه الكلمات الخمس وتكفيه (والثانى) أنها تتعين ويجب معها كلمتان من الذكر ليصير سبعة أنواع مقام سبع آيات والمراد بالكلمات أنواع الذكر لا الألفاظ المسردة (والثالث) وهو الصحيح عند المصنف وجمهور الأصحاب ، وهو الصحيح أيضا فى الدليل أنه لا يتعين شىء من الذكر ، بل يجزيه جميع الأذكار من التهليل والتسبيح والتكبير وغيرها • فيجب سبعة أذكار ولكن هل يشترط أن لا ينقص حروف ما أتى به عن حروف الفاتحة ؟ فيه وجهان (أصحهما) يشترط وهما كالوجهين فى البدل من القرآن • قال امام الحرمين : ولا يراعى هنا الا الحروف بخلاف ما اذا أحسن قرآنا غير الفاتحة فانا نراعى الآيات وفى الحروف خلاف ، وقال البغوى : يجب سبعة أنواع من الذكر يقام كل نوع مقام آية ، قال الرافعى : هذا أقرب من قول الامام •

واحتج لأبى على الطبرى بحديث ابن أبى أوفى وليس فيه غير الكلمات الخمس ، وأجاب القائلون بالصحيح بأن الحديث ضعيف ، ولو صح لم يكن فيه نفى وجوب زيادة من الأذكار (فان قيل) لو وجب زيادة لذكرت (قيل) يجوز تأخير البيان الى وقت الحاجة والله أعلم •

فان قيل : ما الفرق بين الذكر والقرآن ؟ حيث جوزتم ــ على قول أبى على ــ خمس كلمات ولم تجوزوا القرآن الا سبع آيات بالاتفاق ؟ فالفرق ما ذكره صاحب التتمة أن القرآن بدل للفاتحة من جنسها فاعتبر فيه قدرها والذكر بخلافها فجاز أن يكون دونه كالتيمم عن الوضوء •

(فـــرع) اذا عجز عن القرآن وانتقل الى الأذكار فقد ذكرنا أنه يجزيه التسبيح والتهليل والتكبير والتحميد والحوقلة ونحوها ، وأما الدعاء المحض ففيه تردد للشيخ أبى محمد الجوينى ، قال امام الحرمين : ولعل الأشبه أن الذى يتعلق منه بأمور الآخرة يجزيه دون ما يتعلق بالدنيا ، وهو الذى قاله الامام ، هو المرجح ، رجحه الغزالى فى البسيط •

(فـــرع) شرط الذكر الذى يأتى به أن لا يقصد به شيئا آخر ، وهل يشترط أن يقصد به البدلية أم يكفيه الاتيان به بلا قصد ؟ فيه وجهان حكاهما صاحب التقريب وامام الحرمين ومتابعوه • قال الرافعى : الأصح لا يشترط فلو أتى بدعاء الاستفتاح أو بالتعوذ وقصد به بدل الفاتحة أجزأه عنها وان قصد الاستفتاح أو التعوذ لم يجزه ، وان لم يقصد شيئا ففيه الوجهـــان (الأصح) يجزيه عند الأصحاب •

(فـــرع) اذا لم يحسن شيئا من القرآن ولم يحسن الذكر بالعربية وأحسنه بالعجمية أتى به بالعجمية • ذكره صاحب الحاوى كما يأتى بتكبيرة الاحرام بالعجمية اذا لم يحسن العربية ، وقد سبق تفصيل ما يجوز فى فصل التكبيرة •

(فـــرع) اذا أتى ببدل الفاتحة من قـــراءة أو ذكر حيث يجـــوزان بالشرط السابق واستمر العجز عن الفاتحة أجزأته صلاته ولا اعادة ، فلو تمكن من الفاتحة فى الركوع أوما بعده فقد مضت ركعته على الصحة ولا يجوز الرجوع الى الفاتحة ، وان تمكن قبل الشروع فى البدل لزمه قراءة الفاتحة ، وان كان فى أثناء البـــدل فوجهـــان حـــكاهما السرخسى فى الأمالى قـــولين (الصحيح) أنه يلزمه الفاتحة بكمالها •

(والثانى) يكفيه أن يأتى من الفاتحة قدر ما بقى • وان تمكن بعـــد فراغ البدل وقبل الركوع فطريقان حـــكاهما السرخسى وصـــاحب البيـــان وآخرون (أصحهما) لا يلزمه كما لو قدر المكفر بالصوم على الرقبة بعـــد الصوم (والثانى) فيه وجهان كما لو تمكن فى أثناء البدل ، وممـــن حكى الوجهين فى هذه الصورة الشيخ أبو محمـــد الجـــوينى فى التبصرة وامام

الحرمين والغزالى قال أصحابنا : والتمكن قد يكون بتلقين وقد يكون بمصحف وغيرهما .

(فرع) اذا لم يحسن شيئا من القرآن ولا من الذكر ولا أمكنه التعلم وجب عليه أن يقوم بقدر الفاتحة ساكتا ، ثم يركع ويجزيه صلاته بلا اعادة لأنه مأمور بالقيام والقراءة فاذا عجز عن أحدهما أتى بالآخر لقوله صلى الله عليه وسلم « اذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » رواه البخارى ومسلم .

(فرع) ذكر المصنف فى هذا الفصل عبد الله بن أبى أوفى وهو وأبوه صحابيان رضى الله تعالى عنهما واسم أبى أوفى علقمة بن خالد بن الحارث وكنية عبد الله أبو ابراهيم ، وقيل : أبو محمد ، وقيل أبو معاوية شهد بيعة الرضوان ونزل الكوفة ، وتوفى سنة ست وثمانين قيل : هو آخر من مات من الصحابة بالكوفة وقول المصنف (لأنه ركن من أركان الصلاة) فجاز أن ينتقل عنه عند العجز الى بدل كالقيام وقوله (من أركان الصلاة) احتراز من الحج فانه لا بدل لأركانه ، وقوله (فجاز أن ينتقل) لو قال (وجب) كان أصوب .

(فرع) فى مذاهب العلماء فيمن لا يحسن الفاتحة كيف يصلى اذا لم يحسن التعلم ؟ فقد ذكرنا أن مذهبنا أنه يجب عليه قراءة سبع آيات غيرها، فان لم يحسن شيئا من القرآن لزمه الذكر ، فان لم يحسنه ولا أمكنه وجب أن يقف بقدر قراءة الفاتحة ، وبه قال أحمد ، وقال أبو حنيفة : اذا عجز عن القرآن قام ساكتا ولا يجب الذكر ، وقال مالك : لا يجب ولا القيام ، وقد سبق دليلنا عليهما .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان قرأ القرآن بالفارسية لم تجزه لأن القصد من القرآن اللفظ [والنظم (١)] وذلك لا يوجد فى غيره) .

---

(١) ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق (ط) .

(**الشرح**) مذهبنا أنه لا يجوز قراءة القرآن بغير لسان العرب سواء أمكنه العربية أو عجز عنها ، وسواء كان فى الصلاة أو غيرها ، فان أتى بترجمته فى صلاة بدلا عن القراءة لم تصح صلاته سواء أحسن القراءة أم لا ، هذا مذهبنا ، وبه قال جماهير العلماء منهم مالك وأحمد وداود وقال أبو حنيفة : تجوز وتصح به الصلاة مطلقا ، وقال أبو يوسف ومحمد : يجوز للعاجز دون القادر • واحتج لأبى حنيفة بقوله تعالى (قل [1] : الله شهيد بينى وبينكم وأوحى الى هذا القرآن لأنذركم به) قالوا : والعجم لا يعقلون الانذار الا بترجمته ، وفى الصحيحين أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أنزل القرآن على سبعة أحرف » • وعن سلمان الفارسى رضى الله عنه أن قوما من الفرس سألوه أن يكتب لهم شيئا من القرآن فكتب لهم فاتحة الكتاب بالفارسية ، ولأنه ذكر فقامت ترجمته مقامه كالشهادتين فى الاسلام ، وقياسا على جواز ترجمة حديث النبى صلى الله عليه وسلم وقياسا على جواز التسبيح بالعجمية •

واحتج أصحابنا بحديث عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه سمع هشام ابن حكيم يقرأ سورة على غير ما يقرأ عمر فلببه [2] بردائه وأتى به رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر الحديث رواه البخارى ومسلم ، فلو جازت الترجمة لأنكر عليه صلى الله عليه وسلم اعتراضه فى شىء جائز ، واحتجوا أيضا بأن ترجمة القرآن ليست قرآنا لأن القرآن هو هذا النظم المعجز ، وبالترجمة يزول الاعجاز فلم يجز ، وكما أن الشعر يخرجه ترجمته عن كونه شعرا فكذا القرآن •

---

(١) الآية ١٩ من سورة الأنعام •

(٢) هشام بن حكيم بن خويلد بن أسد بن عبد العزى بن قصى القرشى الاسدى ووهم ابن منده فنسبه مخزوميا ثبت ذكره فى الصحيح فى هذه الرواية من رواية الزهرى عن عروة عن المسور بن مخرمة وعبد الرحمن بن عبد القارى عن عمر سمعت هشام بن حكيم يقرأ سورة الفرقان على غير ما أقرانى رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه انه احضره ولببه من مجامع لوبه فاستقراهما فصوبهما وقال : نزل القرآن على سبعة احرف (الحديث) قال ابن سعد : كان هشام مهيبا وقال الزهرى : كان يأمر بالمعروف فى رجال معه وقال مصعب الزبيرى كان له فضل • وقال ابن وهبه عن عبد الله : لم يكن يتخذ الخلاء ولا له ولد وقد مات قبل ابيه بمدة طويلة قال أبو نعيم استشهد باجنادين (ط) •

وأما الجواب عن الآية الكريمة فهو أن الانذار يحصل ليتم به ، وان نقل اليهم معناه ، وأما الجواب عن الحديث فسبع لغات للعرب ، ولأنه يدل على أنه لا يتجاوز هذه السبعة ، وهم يقولون : يجوز بكل لسان ، ومعلوم أنها تزيد على سبعة ، وعن فعل سلمان أنه كتب تفسيرها لا حقيقة الفاتحة ، وعن الاسلام أن فى جواز ترجمته للقادر على العربية وجهين سبق بيانهما فى فصل التكبير . فان قلنا : لا يصح فظاهر ، وان قلنا ــ بالمذهب انه يصح اسلامه ، فالفرق أن المراد معرفة اعتقاده الباطن ، والعجمية كالعربية فى تحصيل ذلك . وعن القياس على الحديث والتسبيح أن المراد بالقرآن الأحكام والنظم المعجز بخلاف الحديث والتسبيح ، هذه طريقة أصحابنا فى المسألة وبسطها امام الحرمين فى الأساليب فقال : عمدتنا أن القرآن معجز ، والمعتمد فى اعجازه اللفظ قال : ثم تكلم علماء الأصول فى المعجز منه فقيل : الاعجاز فى بلاغته وجزالته وفصاحته المجاوزة لحدود جزالة العرب ، والمختار أن الاعجاز فى جزالته مع أسلوبه الخارج عن أساليب كلام العرب والجزالة والأسلوب يتعلقان بالألفاظ ، ثم معنى القرآن فى حكم التابع للألفاظ فحصل من هذا أن اللفظ هو المقصود المتبوع ، والمعنى تابع فنقول بعد هذا التمهيد :

ترجمة القرآن ليست قرآنا باجماع المسلمين ، ومحاولة الدليل لهذا تكلف فليس أحد يخالف فى أن من تكلم بمعنى القرآن بالهندية ليست قرآنا ، وليس ما لفظ به قرآنا ومن خالف فى هذا كان مراغما جاحدا ، وتفسير شعر امرىء القيس ليس شعره ، فكيف يكون تفسير القرآن قرآنا ؟ وقد سلموا أن الجنب لا يحرم عليه ذكر معنى القرآن ، والمحدث لا يمنع من حمل كتاب فيه معنى القرآن وترجمته فعلم أن ما جاء به ليس قرآنا ، ولا خلاف أن القرآن معجز وليست الترجمة معجزة ، والقرآن هو الذى تحدى به النبى صلى الله عليه وسلم العرب ووصفه الله تعالى بكونه عربيا ، واذا علم أن الترجمة ليست قرآنا ــ وقد ثبت أنه لا تصح صلاته الا بقرآن ــ حصل أن الصلاة لا تصح بالترجمة .

هذا كله مع أن الصلاة مبناها على التعبد والاتباع والنهى عن الاختراع ، وطريق القياس منسدة ، واذا نظر الناظر فى أصل الصلاة وأعدادها

واختصاصها بأوقاتها وما اشتملت عليه من عدد ركعاتها واعادة ركوعها فى كل ركعة وتكرر سجودها الى غير ذلك من أفعالها ــ ومدارها على الاتباع ، ولم يفارقها جملة وتفصيلا ــ فهذا يسد باب القياس حتى لو قال قائل : مقصود الصلاة الخضوع فيقوم السجود مقام الركوع لم يقبل ذلك منه وان كان السجود أبلغ فى الخضوع • ثم عجبت من قولهم : ان الترجمة لا يكون لها حكم القرآن فى تحريمها على الجنب ويقولون لها حكمه فى صحة الصلاة التى مبناها على التعبد والاتباع ويخالف تكبيرة الاحرام التى قلنا يأتى بها العاجز عن العربية بلسانه لأن مقصودها المعنى مع اللفظ وهذا بخلافه • هذا آخر كلام امام الحرمين رحمه الله •

(فــرع) لو قرأ الفاتحة بلغة لبعض العرب غير اللغة المقروء بها لم تصح ، ولم يجز فى غير الصلاة أيضا ، صرح به صاحب التتمة ، قال : ومن أتى بالترجمة ان كان متعمدا بطلت صلاته ، وان كان ناسيا أو جاهلا لم يعتد بقراءته ولكن لا تبطل صلاته ويسجد للسهو كسائر الكلام ناسيا أو جاهلا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ثم يقرأ بعد الفاتحة سورة وذلك سنة ، والمستحب ان يقرأ فى الصبح بطوال المفصل لما روى ((ان النبى صلى الله عليه وسلم قرأ فيها بالواقعة)) فان كان [فى] يوم الجمعة استحب ان يقرأ فيهما (الم (١) ، تنزيل) السجدة و (هل أتى (٢) على الانسان) لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يقرأ ذلك ويقرأ فى الأوليين من الظهر بنحو ما يقرأ فى الصبح لما روى ابو سعيد الخدرى رضى الله عنه قال ((حزرنا قيام رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الظهر والعصر فحزرنا قيامه فى الركعتين الأوليين من الظهر بقدر ثلاثين آية قدر الم تنزيل السجدة وحزرنا قيامه فى [الأخيرتين] على النصف من ذلك ، وحزرنا قيامه فى الأوليين من العصر على قدر الأخيرتين من الظهر ، وحزرنا قيامه فى الأخيرتين من العصر على النصف من ذلك))) •

(ويقرأ فى الأوليين من العصر باوساط المفصل لما رويناه من حديث ابى سعيد رضى الله عنه ، ويقرأ فى الأوليين من العشاء الآخرة بنحو ما يقرأ فى

---

(١) الآية الأولى من سورة السجدة •

(٢) الآية الأولى من سورة الانسان •

العصر لما روى عنه عليه السلام انه قرا فى العشاء الآخرة سورة الجمعة والمنافقين ، ويقرأ فى الأوليين من المغرب بقصار المفصل ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « كان يقرأ فى المغرب بقصار المفصل فان خالف وقرأ غير ما ذكرناه جاز لما روى رجل من جهينة « انه سمع النبى صلى الله عليه وسلم يقرأ فى الصبح اذا زلزلت الأرض ») .

(**الشرح**) الذى أختاره أن أقدم جملة من الأحاديث الواردة فى السورة بعد الفاتحة فيحصل منها بيان ما ذكره المصنف وغيره ، وما يحتاج فى الاستدلال به فى ذلك ان شاء الله تعالى . فأما الظهر والعصر فعن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه قال « كانت الصلاة تقام فينطلق أحدنا الى البقيع فيقضى حاجته ثم يأتى أهله ثم يرجع الى المسجد ورسول الله صلى الله عليه وسلم فى الركعة الأولى » رواه مسلم وعن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه أيضا أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يقرأ فى صلاة الظهر فى الركعتين الأوليين فى كل ركعة قدر ثلاثين آية وفى الأخريين قدر خمس عشرة آية ، أو قال نصف ذلك ، وفى العصر فى الركعتين الأوليين فى كل ركعة قدر خمس عشرة آية وفى الأخريين قدر نصف ذلك » رواه مسلم وعن أبى سعيد أيضا قال : « حزرنا قيام رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الظهر والعصر فحزرنا قيامه فى الركعتين الأوليين من الظهر بقدر ثلاثين آية قدر آلم [1] تنزيل السجدة ، وحزرنا قيامه فى الركعتين الأخيرتين على النصف من ذلك ، وحزرنا قيامه فى الأوليين من العصر على قدر الآخيرتين من الظهر ، وحزرنا قيامه فى الأخيرتين من العصر على النصف من ذلك » رواه مسلم .

وعن جابر بن سمرة رضى الله عنهما قال : « كان النبى صلى الله عليه وسلم يقرأ فى الظهر بـ (الليل اذا يغشى) [2] وفى العصر بنحو ذلك ، وفى الصبح أطول من ذلك » رواه مسلم ؛ وعنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يقرأ فى الظهر سبح اسم [3] ربك الأعلى ، وفى الصبح أطول من ذلك » رواه مسلم . وعنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « كان يقرأ فى الظهر

---

(١) الآية الأولى من سورة السجدة .

(٢) الآية الأولى من سورة الليل .

(٣) الآية الأولى من سورة الأعلى .

والعصر بالسماء ذات البروج[1] ، والسماء والطارق[2] ونحوهما من السور» رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن والنسائى • وعن البراء رضى الله عنه قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى بنا الظهر فنسمع منه الآية بعد الآيات من سورة لقمان والذاريات » رواه النسائى وابن ماجه باسناد حسن وأما المغرب فعن جبير بن مطعم رضى الله عنه قال « سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقرأ بالطور فى المغرب » رواه البخارى ومسلم • وفى رواية البخارى « يقرأ فى المغرب بالطور » وعن ابن عباس رضى الله عنهما : « أن أم الفضل ــ وهى أمه ــ رضى الله عنهما سمعته وهو يقرأ والمرسلات عرفا [3] ، فقالت : يابنى والله لقد ذكرتنى بقراءتك هذه السورة أنها لآخر ما سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ بها فى المغرب » رواه البخارى ومسلم • وعن مروان بن الحكم قال : « قال لى زيد بن ثابت رضى الله عنه : مالك تقرأ فى المغرب بقصار ؟ وقد سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ بطولى الطوليين » رواه البخارى • هكذا قال ابن أبى مليكة طولى الطولين الأعراف والمائدة ، ورواه النسائى باسناده الصحيح « أن زيد بن ثابت قال لمروان : أتقرأ فى المغرب بقل هــو الله أحد [4] وانا أعطينــاك الكوثر [5] ؟ قال : نعم قال ــ يعنى زيدا ــ فمحلوقة لقد رأيت رسول الله صلى الله عليــه وسلم يقرأ فيها بأطول الطوليين المص » • وعن عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « قرأ فى صلاة المغــرب بســورة الأعراف فرقهــا فى ركعتين » رواه النسائى باسناد حسن • وعن سليمان بن يسار عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : « ما صليت وراء أحد أشبه صلاة برسول الله صلى الله عليه وسلم من فلان • قال سليمان : كان يطيل الركعتين الأوليين من الظهر ويخفف الأخيرتين ويخفف العصر ، ويقرأ فى المغرب بقصار المفصل ، ويقرأ فى العشاء بوسط المفصل ، ويقرأ فى الصبح بطوال المفصل » رواه النســائى

---

(١) الآية الاولى من سورة البروج •

(٢) الآية الاولى من سورة الطارق •

(٣) الآية الاولى من سورة المرسلات •

(٤) الآية الاولى من سورة الصمد •

(٥) الآية الاولى من سورة الكوثر •

باسناد صحيح . وعن عبد الله الصنابحى [1] « أنه صلى وراء أبى بكر الصديق رضى الله عنه المغرب يقرأ فى الركعتين الأوليين بأم القرآن وسورة من قصار المفصل ، ثم قام فى الركعة الثالثة فدنوت حتى ان كاد تمس ثيابى بثيابه فسمعته قرأ بأم القرآن وهذه الآية : (ربنا [2] لا تزغ قلوبنا بعد اذ هديتنا وهب لنا من لدنك رحمة انك أنت الوهاب) رواه مالك فى الموطأ باسناده الصحيح .

وأما العشاء فعن البراء رضى الله عنه قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ فى العشاء بالتين والزيتون ، وما سمعت أحدا أحسن منه صوتا أو قراءة » رواه البخارى ومسلم وعن أبى رافع قال : « صليت مع أبى هريرة العتمة فقرأ (اذا [3] السماء انشقت) فسجد ، فقلت له ، فقال : سجدت خلف أبى القاسم صلى الله عليه وسلم » رواه البخارى ومسلم . وعن جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لمعاذ حين طول فى العشاء : « يا معاذ اذا أممت الناس فاقرأ بالشمس وضحاها وسبح اسم ربك الأعلى ؛ واقرأ بسم ربك ، والليل اذا يغشى » [4] رواه البخارى ومسلم . هذا لفظ احدى روايات مسلم وعن بريدة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يقرأ فى العشاء الآخرة بالشمس وضحاها ونحوهامن السور » رواه الترمذى وقال حديث حسن .

وأما الصبح فعن أبى هريرة رضى الله عنه قال « كان النبى صلى الله عليه وسلم يصلى الصبح فينصرف الرجل فيعرف جليسه ، وكان يقرأ فى الركعتين

---

(١) فى ش و ق (السانحى) وهو خطأ ظاهر قال أبو عيسى الترمذى : الصنابحى الذى روى عن أبى بكر الصديق ليس له سماع من النبى صلى الله عليه وسلم واسمه عبد الرحمن ابن عسيلمة (بالعين) يكنى أبا عبد الله رحل الى النبى صلى الله عليه وسلم فقبض النبى صلى الله عليه وسلم وهو فى الطريق وقد روى من النبى صلى الله عليه وسلم أحاديث . والصنابح بن الأعسر الأحمسى صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقال له الصنابحى أيضا وانما حديثه : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقال ابن الأثير : قال ابن أبى خيثمة عن يحيى بن معين قال : يقال : عبد الله ويقال : أبو عبد الله . وخالفه غيره فقال : هذا غير أبى عبد الله ابن أبى عبد الله : عبدالرحمن وهذا عبد الله . وقال ابن معين : عبد الله الصنابحى الذي يروى عنه المدنيون يشبه أن تكون له صحبة قال : والصواب عندى انه ابو عبد الله لا عبد الله (ط) .

(٢) الآية ١٩٤ من سورة آل عمران .

(٣) الآية الأولى من سورة الانشقاق .

(٤) أوائل سور سبق تخريجها .

أو احداهما ما بين الستين الى المائة » رواه البخارى ومسلم وهذا لفظ رواية البخارى ، وسائر رواياته وروايات مسلم « يقرأ فى الفجرما بين الستين الى المائة » وعن عبد الله بن السائب رضى الله عنه قال « صلى بنا النبى صلى الله عليه وسلم الصبح بمكة فاستفتح سورة المؤمنين حتى جاء ذكر موسى وهرون ، أو حتى جاء ذكر عيسى أخذت النبى صلى الله عليه وسلم سعلة فركع » رواه مسلم • وعن قطبة [1] بن مالك رضى الله عنه « أنه صلى مع النبى صلى الله عليه وسلم الصبح فقرأ فى أول ركعة (والنخل [2] باسقات لها طلع نضيد) أو ربما قال فى ق » رواه مسلم وعن جابر بن سمرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يقرأ فى الفجر بـ ق والقرآن المجيد ، وكان صلاته بعد تخفيفا » رواه مسلم • وعن ابن حريث رضى الله عنه « أنه سمع النبى صلى الله عليه وسلم يقرأ فى الفجر : والليل اذا عسعس[3] » رواه مسلم • وعن معاذ بن عبد الله الجهنى أن رجلا من جهينة أخبره « أنه سمع النبى صلى الله عليه وسلم يقرأ فى الصبح اذا زلزلت الأرض فى الركعتين كلها فلا أدرى أنسى رسول الله صلى الله عليه وسلم أم قرأ ذلك عمدا» رواه أبو داود باسناد صحيح • وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال « كان النبى صلى الله عليه وسلم يقرأ فى الفجر يوم الجمعة ألم تنزيل السجدة ، وهل أتى على الانسان » رواه البخارى ومسلم ، ورواه مسلم أيضا عن ابن عباس رضى الله عنهما •

وأما الجمع بين سورتين فى ركعة ففيه حديث أبى وائل قال « جاء رجل الى ابن مسعود فقال : قرأت المفصل الليلة فى ركعة فقال ابن مسعود رضى الله عنه هذا [4] كهذ الشعر ، لقد عرفت النظائر التى كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرن بينهن ، فذكر عشرين سورة من المفصل سورتين فى كل ركعة » رواه البخارى ومسلم ، فهذه جملة من الأحاديث الصحيحة فى المسألة ، وفى الصحيح أحاديث كثيرة بنحو ما ذكرناه • وأما الأحاديث الحسنة والضعيفة فيه فلا تنحصر والله أعلم •

---

(١) هو قطبة ـ بالتحريك ـ ابن مالك الثعلى ويقال : الثعلبى وصوب الأخير ابن عبد البر ورجح بن السكن كونه من نعل وقال : هو الصواب روى عنه زياد بن علاقة ويقال هو عم زياد (ط) •

(٢) الآية ١٠ من سورة ق •

(٣) الآية ١٧ من سورة التكوير •

(٤) الهذ التقطيع والسرعة فى القراءة •

قال العلماء : واختلاف قدر القراءة فى الأحاديث كان بحسب الأحـوال فكان النبى صلى الله عليه وسلم يعلم من حال المأمومين فى وقت أنهم يؤثرون التطويل فيطول ، وفى وقت لا يؤثرونه لعذر ونحوه فيخفف ، وفى وقت يريد اطالتها فيسمع بكاء الصبى كما ثبت فى الصحيحين والله أعلم .

وأما ضبط ألفاظ الكتاب وبيانها فالمفصل سمى بذلك لكثرة الفصـول فيه بين سوره ، وقيل : لقلة المنسوخ فيه ، وآخره (قل[1] أعوذ برب الناس) وفى أوله مذاهب قيل (سورة القتال) وقيل من (الحجرات) وقيل من (ق) وقال الخطابى : وروى هذا فى حديث مرفوع ، وهذه المذاهب مشـهورة ، وحكى القاضى عياض قولا أنه من (الجاثية) وهو غريب والسورة تهمز ولا تهمز لغتان [وغير] الهمز أشهر وأصح . وبه جاء القرآن العزيز [2] .

قوله : (وقرأ فيها بالواقعة) هذا الحديث أشار اليه الترمذى فقال : روى أن النبى صلى الله عليه وسلم « قرأ فى الصبح بالواقعة » وفيما ذكرناه من الأحاديث الصحيحة كفاية عنه . قوله : يقرأ فيها (ألم تنزيل [3] السجدة) أما تنزيل فمرفوعة اللام على حكاية التلاوة ، وأما السجدة فيجوز رفعها على أنها خبر مبتدأ ويجوز نصبها على البدل من موضع ألم أو باضمار : أعنى . وسورة السجدة ثلاثون آية مكية . وقوله : « يقرأ فى الأولين والأخريين » هو بالياء المثناة من تحت المكررة فى (حزرنا قيامه فى الظهرقدر ثلاثين آية) يعنى فى كل ركعة كما سبق بيانه فى الرواية الأخرى ، قوله (العشاء الآخرة صحيح) وقد أنكره الأصمعى وقال : لا يقال الآخرة ، وليس كما قال ، بل ثبت فى مسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « أيما امرأة أصابت بخورا فلا تشهد معنا العشاء الآخرة » وثبت ذلك عن جماعات من الصحابة وقد أوضحته فى تهذيب الأسماء .

---

(١) الآية الأولى من سورة الناس .

(٢) السورة فى كلام العرب الابانة لها من سورة اخرى وانفصالها عنها وسميت بذلك لانه يرتفع فيها من منزلة الى منزلة ، وقيل سميت بذلك لشرفها وارتفاعها كما يقال لما ارتفـع مـن الأرض سور وقيل : سميت بذلك لانها قطعت من القرآن على حدة من قول العرب للبقية سؤر ، وجاء فى أسآر الناس اى بقاياهم فعلى هذا يكون الاصل سؤرة بالهمزة فابدلت واوا لانضـمام ما قبلها ، وقيل : سميت بذلك لتمامها وكمالها من قول العرب للناقة التامة سورة والجمع سور والله تعالى أعلم (ط) .

(٣) الآية الأولى من سورة السجدة .

(اما الاحكام) فقال الشافعي والأصحاب : يستحب أن يقرأ الامام والمنفرد بعد الفاتحة شيئا من القرآن فى الصبح وفى الأوليين من سائر الصلوات ، ويحصل أصل الاستحباب بقراءة شيء من القرآن ولكن سورة كاملة أفضل ، حتى ان سورة قصيرة أفضل من قدرها من طويلة لأنه اذا قرأ بعض سورة فقد يقف فى غير موضع الوقف وهو انقطاع الكلام المرتبط ، وقد يخفى ذلك • قالوا : ويستحب أن يقرأ فى الصبح بطوال المفصل (كالحجرات) (والواقعة) وفى الظهر بقريب من ذلك ، وفى العصر والعشاء بأوساطه ، وفى المغرب بقصاره فان خالف وقرأ بأطول أو أقصر من ذلك جاز• ودليله الأحاديث السابقة • واتفقوا على أنه يسن فى صبح يوم الجمعة (ألم تنزيل) فى الركعة الأولى (وهل أتى) فى الثانية للحديث الصحيح السابق ، ويقرأ السورتين بكمالهما ، وهذا الذى ذكرناه من استحباب طوال المفصل وأوساطه هو فيما اذا آثر المأمومون التطويل وكانوا محصورين لا يزيدون والا فليخفف • وقد ذكرنا أن اختلاف الأحاديث فى قدر القراءة كان بحسب الأحوال ، ويجوز أن يجمع بين سورتين فأكثر فى ركعة للحديث السابق •

قال أصحابنا : والسنة أن يقرأ على ترتيب المصحف متواليا ، فاذا قرأ فى الركعة الأولى سورة قرأ فى الثانية التى بعدها متصلة بها • قال المتولى : حتى لو قرأ فى الأولى (قل أعوذ برب الناس) يقرأ فى الثانية من أول البقرة ، ولو قرأ سورة ثم قرأ فى الثانية التى قبلها فقد خالف الأولى ولا شيء عليه والله أعلم •

(فرع) فيما يتعلق بالسورة للنوافل

يستحب فى ركعتى سنة الصبح التخفيف ، ثبت ذلك عن النبى صلى الله عليه وسلم فى الصحيحين فى صحيح مسلم أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يقرأ فى الأولى منهما (قولو آمنا بالله وما أنزل الينا) [1] الآية • وفى الثانية (قل يا أهل الكتاب تعالوا الى كلمة [2]) الآية » وفى رواية لمسلم يقرأ فيهما (قل ياأيها الكافرون ، وقل هو الله أحد) ونص الشافعى فى البويطى على استحباب القراءة بهما فيهما •

---

(١) الآية ١٣٦ من سورة البقرة •

(٢) من الآية ٦٤ من سورة آل عمران •

وعن ابن عمر قال : « رمقت النبي صلى الله عليه وسلم عشرين مرة يقرأ في الركعتين بعد المغرب والركعتين قبل الفجر : قل يا أيها الكافرون ، وقل هو الله أحد » رواه النسائي باسناد جيد الا أن فيه رجلا اختلفوا في توثيقه وجرحه ، وقد روى له مسلم والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان ماموما نظرت فان كان في صلاة يجهر فيها بالقراءة لم يزد على الفاتحة لقوله صلى الله عليه وسلم « اذا كنتم خلفي فلا تقرأوا الا بأم الكتاب فانه لا صلاة لمن لم يقرأ بها » وان كان في صلاة يسر فيها بالقراءة أو في صلاة يجهر فيها الا انه في موضع لا يسمع القراءة قرأ لانه غير مأمور بالانصات الى غيره فهو كالامام والمنفرد) .

(الشرح) هذا الحديث صحيح تقدم بيانه قريبا في قراءة المأموم الفاتحة فلا خلاف أن المأموم لا يشرع له قراءة السورة في الجهرية اذا سمع قراءة الامام ، ولو جهر ولم يسمعه لبعده أو سمعه فوجهان أصحهما يستحب قراءة السورة ، وبه قطع العراقيون أو جمهورهم اذ لا معنى لسكوته والثاني لا يقرؤها حكاه الخراسانيون .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واذا كانت الصلاة تزيد على ركعتين فهل يقرأ السورة فيما زاد على الركعتين ؟ فيه قولان : قال في القديم : (لا يستحب) لما روى أبو قتادة رضي الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في صلاة الظهر في الركعتين الأوليين بفاتحة الكتاب وسورة في كل ركعة ، وكان يسمعنا الآية احيانا ، وكان يطيل في الأولى ما لا يطيل في الثانية ، وكان يقرأ في الركعتين الأخيرتين بفاتحة الكتاب [في كل ركعة] وقال في الأم : يستحب لما رويناه من حديث أبي سعيد الخدري ولانها ركعة يشرع فيها الفاتحة فيشرع فيها السورة كالأوليين ولا يفضل الركعة الأولى على الثانية في القراءة وقال أبو الحسن الماسرجسي رحمه الله : يستحب أن تكون قراءته في الأولى من كل صلاة أطول لما رويناه من حديث أبي قتادة ، وظاهر قوله في الأم : أنه لا يفضل لما رويناه من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه وحديث ابي قتادة يحتمل ان يكون أطال لأنه احس بداخل) .

(الشرح) حديث أبي قتادة رواه البخاري ومسلم واسم أبي قتادة الحارث بن ربعي ، وقيل النعمان بن ربعي ، وقيل : عمرو بن ربعي الأنصاري السلمي بفتح السين واللام توفي بالمدينة سنة سبع وخمسين على الأصح ،

وقوله (سمعنا الآية أحيانا) أى فى نادر من الأوقات ، وهذا محمول على أنه لغلبة الاستغراق فى التدبر يحصل الجهر بالآية من غير قصد ، أو أنه فعله لبيان جواز الجهر ، وأنه لا تبطل الصلاة ولا يقتضى سجود سهو أو ليعلمهم أنه يقرأ ، أو أنه يقرأ السورة الفلانية وأما أبو الحسن الماسرجسى بفتح السين المهملة وكسر الجيم واسمه محمد بن على بن سهل تفقه عليه القاضى أبوالطيب الطبرى ، وكان متقنا للمذهب ، وهو أحد أجدادنا فى سلسلة الفقة ، توفى رحمه الله سنة ثلاث وثمانين وثلاثمائة ، وقول المصنف لأنها ركعة يشرع فيها الفاتحة احتراز من ركعة المسبوق •

(**أما الأحكام**) فهل يسن قراءة السورة فى الركعة الثالثة والرابعة ؟ فيه قولان مشهوران (أحدهما) وهو قوله فى القديم لا يستحب ، قال القاضى أبو الطيب ونقله البويطى والمزنى عن الشافعى (والثانى) يستحب وهو نصه فى الأم ونقله الشيخ أبو حامد وصاحب الحاوى عن الاملاء أيضا ، واختلف الأصحاب فى الأصح منهما ، فقال أكثر العراقيين : الأصح الاستحباب ، ممن صححه الشيخ أبو حامد والمحاملى وصاحب العدة والشيخ نصر المقدسى والشاشى ، وصححت طائفة عدم الاستحباب وهو الأصح ، وبه أفتى الأكثرون وجعلوا المسألة من المسائل التى يفتى فيها على القديم قلت : وليس هو قديما فقط ، بل معه نصان فى الجديد كما حكيناه عن القاضى أبى الطيب واتفق أصحابنا على أنه اذا قلنا بالسورة فى الثالثة والرابعة تكون أخف من الأولى والثانية لحديث أبى سعيد رضى الله عنه ، وهل يطول الأولى فى القراءة على الثانية من كل الصلوات ؟ فيه وجهان (أصحهما) عند المصنف والأكثرين : لا يطول (والثانى) يستحب التطويل لحديث أبى قتادة • قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه : الصحيح أن يطول الأولى من كل الصلوات لكنه فى الصبح أشد استحبابا قال : وهذا قول الماسرجسى وعامة أصحابنا بخراسان وبه قال الثورى ومحمد بن الحسن •

وقال أبو حنيفة : يستحب ذلك فى الفجر خاصة قال : والوجه الآخر يسوى بينهما • ذكره أصحابنا العراقيون لنصه فى الأم ، قال القاضى : والصحيح أنه يطولها لحديث أبى قتادة وليدركها قاصد الجماعة •

وأما تأويل المصنف أنه أحس بداخل فضعيف لوجهين (أحدهما) أنه قال : وكان يطيل ، وهذا يشعر بتكرر هذا ، وأنه مقصود على مذهب من يقول : ان كان يقتضى التكرار (والثانى) أن من أحس بداخل وهو فى القيام لا يستحب له انتظاره على المذهب ، وانما اختلفوا فى انتظاره فى الركوع والتشهد ، والصحيح استحباب تطويل الأولى كما قاله القاضى أبو الطيب ونقله وقد وافقه غيره ، وممن قال به الحافظ الفقيه أبو بكر البيهقى وحسبك به معتمدا فى هذا ، واذا قلنا بتطويل الأولى على الثانية فهل يستحب تطويل الثالثة على الرابعة ؟ فيه طريقان نقل القاضى أبو الطيب الاتفاق على أنها لا تطول لعدم النص فيها ، ولعدم المعنى المذكور فى الأولى ونقل الرافعى فيها الوجهين ، واذا قلنا : تسن السورة فى الأخيرتين فهى مسنونة للامام والمأموم والمنفرد وفى المأموم وجه ضعيف بناء على أنه لا يقرأ السورة فى السرية حكاه المتولى .

(فرع) قال صاحب التتمة : المتنفل بركعتين تسن له السورة ، والمتنفل بأكثر ان كان يقتصر على تشهد واحد قرأ السورة فى كل ركعة وان تشهد تشهدين فهل تسن له السورة فى الركعات المفعولة بين التشهدين ؟ فيه وجهان بناء على القولين فى الأخيرتين من الفرائض .

(فرع) المسبوق بركعتين من الرباعية نص عليه الشافعى رحمه الله أنه يأتى بهما بالفاتحة وسورتين ، وللأصحاب طريقان (أحدهما) قاله أبو على الطبرى فى استحباب السورة له القولان لأنهما آخر صلاته ، وانما فرعه الشافعى على قوله تستحب السورة فى كل الركعات .

(والطريق الثانى) قاله أبو اسحاق : تستحب له السورة قولا واحدا ، وان قلنا : لا تستحب فى الأخيرتين ولا أدرك قراءة الامام للسورة فاستحب له لئلا تخلو صلاته من سورتين ، وهذا الطريق الثانى هو الصحيح عند الأصحاب .

وممن صححه امام الحرمين وصاحب الشامل وآخرون ، ونقله صاحب الحاوى عن أبى اسحاق وأكثر الأصحاب ، فان كان ذلك فى [رابعة] العشاء وثالثة المغرب لم يجهر بالقراءة على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وحكى أبو

أبو على الطبرى فى الافصاح والقاضى أبو الطيب فى تعليقه وصاحب الشامل والبيان فى جهره قولين كالسورة • قال القاضى أبو الطيب : نص فى الاملاء أنه يجهر لأن الجهر قد فاته فيتداركه كالسر ، ونص فى غيره أنه لا يجهر لأن سنة آخر الصلاة الاسرار فلا يفوته ، وبهذا يحصل الفرق بينه وبين الشيخ أبى محمد فى التبصرة لو كان الامام بطىء القراءة وأمكن المأموم المسبوق أن يقرأ السورة فيما أدرك فقرأها لم يعدها فى الأخيرتين اذا قلنا تختص القراءة بالأولين •

(فرع) لو قرأ السورة ثم قرأ الفاتحة أجزأته الفاتحة ولا تحسب له السورة على المذهب وهو المنصوص فى الأم وبه قطع الأكثرون ، ممن قطع به القاضى أبو الطيب والبندنيجى والمحاملى فى المجموع ، والقاضى حسين والفورانى ، لأنه أتى بها فى غير موضعها ، وحكى الشيخ أبو محمد الجوينى فى التبصرة وولده امام الحرمين والشيخ نصر المقدسى وغيرهم فى الاعتداد بالسورة وجهين لأن محلها القيام وقد أتى بها فيه •

(فرع) لو قرأ الفاتحة مرتين وقلنا بالمذهب ان الصلاة لا تبطل بذلك لم تحسب المرة الثانية عن السورة بلا خلاف • صرح به المتولى وغيره ، قال : لأن الفاتحة مشروعة فى الصلاة فرضا والشىء الواحد لا يؤدى به فرض ونفل فى محل واحد •

(فرع) قال الشيخ أبو محمد الجوينى فى كتابه التبصرة : لو ترك الامام السورة فى الأولين فان تمكن المأموم فقرأها قبل ركوع الامام حصلت له فضيلة السورة وان لم يتمكن لاسراع الامام وكان يود أن يتمكن فللمأموم ثواب السورة وعلى الامام وبال تقصيره لحديث أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « يصلون لكم فان أصابوا فلكم ولهم ، وان أخطأوا فلكم وعليهم » رواه البخارى ومسلم قال : وربما تأخر المأموم بعد ركوع الامام لقراءة السورة وهذا خطأ لأن المأموم يتعين عليه فرض المتابعة اذا هوى الامام للركوع فلا يجوز أن يشتغل عن الفرض بنفل •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى السورة بعد الفاتحة : مذهبنا أنها سنة فلو اقتصر على الفاتحة أجزأته الصلاة ، وبه قال مالك والثورى وأبو

حنيفة وأحمد وكافة العلماء الا ما حكاه القاضى أبو الطيب عن عثمان بن أبى العاص الصحابى رضى الله عنه وطائفة أنه تجب مع الفاتحة سورة أقلها ثلاث آيات ، وحكاه صاحب البيان عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، ويحتج له بأنه المعتاد من فعل النبى صلى الله عليه وسلم كما تظاهرت به الأحاديث الصحيحة مع قوله صلى الله عليه وسلم « صلوا كما رأيتمونى أصلى » دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « لا صلاة لمن لم يقرأ بأم القرآن » وظاهره الاكتفاء بها • وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : « فى كل صلاة يقرأ ، فما أسمعنا رسول الله أسمعناكم وما أخفى عنا أخفينا ، وان لم تزد على أم القرآن أجزأت وان زدت فهو خير لك » رواه البخارى ومسلم واستدل البيهقى وغيره فى هذه المسألة بهذا الأثر عن أبى هريرة رضى الله عنه ، ولا دلالة فيه لمسألتنا فان الصحابة رضى الله عنهم لا يحتج بعضهم بقول بعض ، وعن ابن عباس رضى الله عنهما « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى ركعتين ولم يقرأ فيهما الا بفاتحة الكتاب » رواه [1] باسناد ضعيف •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب للامام أن يجهر بالقراءة فى الصبح والأوليين من المغرب والأوليين من العشاء والدليل عليه نقل الخلف عن السلف ، ويستحب للمأموم ان يسر لأنه اذا جهر نازع الامام فى القراءة ولأنه مأمور بالانصات الى الامام واذا جهر لم يمكنه الانصات [لغيره فهو كالامام] [ويستحب للمنفرد ان يجهر فيما يجهر فيه الامام لأنه لا ينازع غيره ولا هو مأمور بالانصات الى غيره فهو كالامام [2]] وان كانت امرأة لم تجهر فى موضع فيه رجال اجانب لأنه لا يؤمن ان يفتتن بها ، ويستحب الاسرار فى الظهر والعصر ، والثالثة من المغرب والأخريين من العشاء لأنه نقل الخلف عن السلف وان فاتته صلاة بالنهار فقضاها بالليل أسر لأنه صلاة نهار ، وان فاته صلاة بالليل فقضاها بالنهار أسر لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اذا رأيتم

---

(١) كان فى مكان هذا البياض لفظ البخارى وليس فى البخارى مثل هذا الخبر فاخذت فى التنقيب عنه فى السنن وجميع كتب السنة التى بين يدى فلم أجده فى واحد منها وقد حذفت اسم البخارى تنزيها له عن أن ينسب اليه ما ليس فيه ثم يرد بضعف الاسناد فيكون مجرئا لمن فتنوا برد أحاديث البخارى أن يتأيدوا بمثل هذه الغلطة التى مصدرها النساخ أو الطباعون ولعل البخارى أخرجه فى جزء رفع اليدين أو فى غيره حاشا الجامع والله أعلم . (ط) .

(٢) ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق (ط) .

من يجهر بالقراءة فى [صلاة] النهار فارموه بالبعر ويقول : ان صلاة النهار عجماء » ويحتمل عندى ان يجهر كما يسر فيما فاته من صلاة النهار فقضاها بالليل) .

(الشرح) السلف فى اللغة هم المتقدمون والمراد هنا أوائل هذه الأمة والخلف بفتح اللام ويقال باسكانها لغتان الفتح أفصح وأشهر ، وهم السابقون [1] لمن قبلهم فى الخير والعلم والفضل وقوله : (صلاة النهار عجماء) بالمد أى لا جهر فيها تشبيها بالعجماء من الحيوان الذى لا يتكلم ، وهذا الحديث الذى ذكره باطل غريب لا أصل له .

(اما حكم المسالة) فالسنة الجهر فى ركعتى الصبح والمغرب والعشاء ، وفى صلاة الجمعة ، والاسرار فى الظهر والعصر ، وثالثة المغرب والثالثة والرابعة من العشاء وهذا كله باجماع المسلمين مع الأحاديث الصحيحة المتظاهرة على ذلك ، هذا حكم الامام . وأما المنفرد فيسن له الجهر عندنا وعند الجمهور ، قال العبدرى : هو مذهب العلماء كافة الا أبا حنيفة فقال : جهر المنفرد واسراره سواء . دليلنا أن المنفرد كالامام فى الحاجة الى الجهر للتدبر فسن له الجهر كالامام وأولى ، لأنه أكثر تدبرا لقراءته لعدم ارتباط غيره وقدرته على اطاقة القراءة . ويجهر بها للتدبر كيف شاء ، ويخالف المنفرد المأموم فانه مأمور بالاستماع ولئلا يهوش على الامام . وأجمعت الأمة على أن المأموم يسن له الاسرار ويكره له الجهر ، سواء سمع قراءة الامام أم لا .

قال صاحب الحاوى : حد الجهر أن يسمع من يليه ، وحد الاسرار أن يسمع نفسه ، ودليل كراهة الجهر للمأموم حديث عمران بن الحصين رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم (صلى الظهر فجعل رجل يقرأ خلفه « سبح اسم ربك الأعلى [2] » فلما انصرف قال : أيكم قرأ ؟ أو أيكم القارىء ؟ فقال رجل : أنا فقال : قد ظننت أن بعضهم خالجنيها) رواه مسلم . ومعنى خالجنيها جاذبنيها ونازعنيها . وأما المرأة فقال أكثر أصحابنا : ان كانت تصلى خاليه أو بحضرة نساء أو رجال محارم جهرت بالقراءة سواء صلت

---

[1] هكذا والأولى ان يقال : اللاحقون لمن قبلهم الخ حتى لا توهم العبارة اثبات فضل الخلف على السلف بالبات السبق والأمر عكس ذلك أو وهم السابقون لمن يليهم والله أعلم (ط) .

(٢) الآية الأولى من سورة الأعلى .

بنسوة أو منفردة ، وان صلت بحضرة أجنبى أسرت ، وممن صرح بهذا التفصيل المصنف والشيخ أبو حامد والبندنيجى وأبو الطيب فى تعليقهما والمحاملى فى المجموع والتجريد وآخرون وهو المذهب ، وأطلق صاحب الحاوى أنها تسر سواء صلت منفردة أو امامة ، وبالغ القاضى حسين فقال : هل صوت المرأة عورة ؟ فيه وجهان الأصح أنه ليس بعورة ، قال : فان قلنا : عورة فرفعت صوتها فى الصلاة بطلت صلاتها ، والصحيح ما قدمناه عن الأكثرين • قال البندنيجى : ويكون جهرها أخفض من جهر الرجل • قال القاضى أبو الطيب : وحكم التكبير فى الجهر والاسرار حكم القراءة ، وأما الخنثى فيسر بحضرة النساء والرجال الأجانب ، ويجهر ان كان خاليا أو بحضرة محارمه فقط • وأطلق جماعة أنه كالمرأة [1] ، والصواب ما ذكرته • وأما الفائتة فان قضى فائتة الليل بالليل جهر بلا خلاف ، وان قضى فائتة النهار بالنهار أسر بلا خلاف ، وان قضى فائتة النهار ليلا أو الليل نهارا فوجهان حكاهما القاضى حسين والبغوى والمتولى وغيرهم (أصحهما) أن الاعتبار بوقت القضاء فى الاسرار والجهر صححه البغوى والمتولى والرافعى (والثانى) الاعتبار بوقت الفوات ، وبه قطع صاحب الحاوى • قال : لكن يكون جهره نهارا دون جهره ليلا وطريقة المصنف مخالفة لهؤلاء كلهم ، فانه قطع بالاسرار مطلقا (قلت) كذا أطلق الأصحاب لكن صلاة الصبح ــ وان كانت نهارية ــ فلها فى القضاء فى الجهر حكم الليلية ، ولوقتها فيه حكم الليل، وهذا مراد الأصحاب •

---

(1) يقول الفقهاء : الخنثى هو الذى لا يخلص اليه الحكم بأنه ذكر ولا بأنه أنثى ويقول الأطباء الخنثى : هو من اكتملت فيه أعضاء الذكورة وأعضاء الأنوثة معا فيكون له فرج كالنساء وذكر كالرجال وهذا نادر ندرة أسطورية فى عالم الطب . ولكن الحالة التى يكثر وجودها هى أن يكون أحد الجهازين مغالبا للاخر ، وهذا يرجع الى أن التكوين الوراثى للجنين يحدد جنسا معينا للمولود . قالوا : ثم يحدث خلل فى التوازن الهرمونى يجعله غير متسق مع التكوين الجنسى الوراثى للجنين ، مثال ذلك : جنين أنثى ولديها مبيضان فانها نتيجة ورم فى الغدد فوق الكلوية أو بعض اورام المبيض نفسه يفرز هرمونا ذكريا ، فتظهر الأعضاء التناسلية والتكوين الجسدى الظاهر فى شكل ذكر انما الذى فى الداخل فان الجهاز التناسلى لأنثى . قالوا : وعلاج هذه الحالة هو الاكتشاف المبكر وازالة الورم المتسبب فيها قالوا : يوجد نوع آخر يقال عنه عندهم (الجنس المحايد) اى لا ذكر ولا أنثى وهذا يرجع الى اختلال وراثى فى تكوين الكرموزمات ويعنون بهذا أن الكرموزمات هى المادة التى تحدد نوع الجنين بما خصها الله تعالى من أسباب فيحدث خلل فى عملها فيوجد بسبب ذلك الجنين وشكله الظاهر أنثى ولكن لا توجد له اعضاء تناسلية قالوا : وعلاج هذا باعطائه الهرمونات التى تساعد على اظهار الجنس الاكثر بروزا فى حياته وحسب ميله ، ولهم فى هذا كلام سنوفيه فى تكملتنا ان شاء الله تعالى وله الحمد والمنة (ط) .

(فـرع) لو جهر فى موضع الاسرار أو عكس لم تبطل صلاته ولا سجود سهو فيه ، ولكنه ارتكب مكروها ، هذا مذهبنا ، وبه قال الأوزاعى وأحمد فى أصح الروايتين • وقال مالك والثورى وأبو حنيفة واسحاق : يسجد للسهو ، دليلنا قوله فى حديث أبى قتادة « ويسمعنا الآية أحيانا » وهو صحيح كما سبق •

(فرع) فى حكم النوافل فى الجهر

أما صلاة العيد والاستسقاء والتراويح وخسوف القمر فيسن فيها الجهر بلا خلاف ، وأما نوافل النهار فيسن فيها الاسرار بلا خلاف ، وأما نوافل الليل غير التراويح فقال صاحب التتمة : يجهر فيها ، وقال القاضى حسين وصاحب التهذيب : يتوسط بين الجهر والاسرار ، وأما السنن الراتبة مع الفرائض فيسر بها كلها باتفاق أصحابنا • ونقل القاضى عياض فى شرح مسلم عن بعض السلف الجهر فى سنة الصبح وعن الجمهور الاسرار كمذهبنا •

(فـرع) فى الأحاديث الواردة فى الجهر والاسرار فى صلاة الليل • عن حذيفة رضى الله عنه قال : « صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات ليلة فافتتح البقرة ، فقلت يركع عند المائة ، ثم مضى فقلت : يصلى بها فى ركعة فمضى فقلت : يركع بها • ثم افتتح آل عمران فقرأها ثم افتتح النساء ، فقرأها ، يقرأ مترتلا ، واذا مر بآية فيها تسبيح سبح ، واذا مر بسؤال سأل ، واذا مر بتعوذ تعوذ » رواه مسلم • وعن أبى قتادة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « خرج ليلة فاذا هو بأبى بكر رضى الله عنه يصلى يخفض من صوته ، ومر بعمر بن الخطاب رضى الله عنه وهو يصلى رافعا صوته ، فلما اجتمعا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم قال النبى صلى الله عليه وسلم : مررت بك يا أبا بكر وأنت تصلى تخفض من صوتك قال : قد أسمعت من ناجيت يارسول الله وقال لعمر : مررت بك وأنت تصلى رافعا صوتك • فقال : يارسول الله أوقظ الوسنان وأطرد الشيطان ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : يا أبا بكر ارفع من صوتك شيئا ، وقال لعمر : اخفض من صوتك شيئا » رواه أبو داود باسناد صحيح • ورواه أبو داود باسناد صحيح عن أبى هريرة بهذه القصة ولم يذكر قوله « فقال لأبى بكر

ارفع من صوتك شيئا ولعمر اخفض شيئا ، وقد سمعتك يا بلال وأنت تقرأ هذه السورة ومن هذه السورة قال : كلام طيب يجمع الله بعضه الى بعض ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم كلكم قد أصاب » .

وعن أبى هريرة قال « كانت قراءة النبى صلى الله عليه وسلم بالليل يخفض طورا ويرفع طورا » رواه أبو داود باسناد حسن وعن عصيف [1] ابن حارث وهو تابعى جليل ، وقيل صحابى ، قال : « قلت لعائشة رضى الله عنها : أرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يوتر أول الليل أو آخره ؟ قالت : ربما أوتر فى أول الليل وربما أوتر فى آخره ، قلت : الله أكبر الحمد لله الذى جعل فى الأمر سعة . قلت : أرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يجهر بالقرآن ويخفت به ؟ قالت ربما جهر به وربما خفت ، قلت : الله أكبر الحمد لله الذى جعل فى الأمر سعة » رواه أبو داود باسناد صحيح . ورواه غيره . وعن عقبة بن عامر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الجاهر بالقرآن كالجاهر بالصدقة والمسر بالقرآن كالمسر بالصدقة » رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن ، والنسائى . وعن أبى سعيد رضى الله عنه قال : اعتكف رسول الله صلى الله عليه وسلم فى المسجد فسمعهم يجهرون بالقراءة فكشف الستر وقال : ألا ان كلكم مناج ربه فلا يؤذين بعضكم بعضا ، ولا يرفع بعضكم على بعض فى القراءة أو قال فى الصلاة » رواه أبو داود باسناد صحيح .

(**فصل**) فى مسائل مهمة تتعلق بقراءة الفاتحة وغيرها فى الصلاة ، وأذكر ان شاء الله أكثرها مختصرة خوفا من الاملال بكثرة الاطالة .

(احداها) قال أصحابنا وغيرهم : تجوز القراءة فى الصلاة وغيرها بكل واحدة من القراءات السبع ، ولا تجوز القراءة فى الصلاة ولا غيرها بالقراءة الشاذة لأنها ليست قرآنا فان القرآن لا يثبت الا بالتواتر ، وكل واحدة من

---

(١) كذا فى ش و ق وهو فى اسد الغابة (عفيف بن الحارث اليمانى اورده الطبرانى فى الصحابة ثم اورد كلام ابى موسى بأن صحة اسمه غضيف بمعجمتين ابن الحارث الشمالى وفى تهذيب التهذيب قضيف ويقال : فطيف بن الحارث بن زنيم السكونى الكندى ويقال ابو اسماء الحمصى ، مختلف فى صحبته اهـ وقال العجلى : غضيف بن الحارث شامى تابعى ثقة (ط) .

السبع متواترة هذا هو الصواب الذى لا يعدل عنه ، ومن قال غيره فغالط أو جاهل ، وأما الشاذة فليست متواترة ، فلو خالف وقرأ بالشاذة أنكر عليه قراءتها فى الصلاة أو غيرها وقد اتفق فقهاء بغداد على استتابة من قرأ بالشواذ وقد ذكرت [تفصيله [1]] فى التبيان فى آداب حملة القرآن ونقل الامام الحافظ أبو عمر بن عبد البر اجماع المسلمين على أنه لا تجوز القراءة بالشاذ وأنه لا يصلى خلف من يقرأ بها ، قال العلماء : فمن قرأ بالشاذ ان كان جاهلا به أو بتحريمه عرف ذلك ، فان عاد اليه بعد ذلك أو كان عالما به عزر تعزيرا بليغا الى أن ينتهى عن ذلك ، ويجب على كل مكلف قادر على الانكار أن ينكر عليه فان قرأ الفاتحة فى الصلاة بالشاذة ــ فان لم يكن فيها تغير معنى ولا زيادة حرف ولا نقصه صحت صلاته والا فلا ، واذا قرأ بقراءة من السبع استحب أن يتم القراءة بها ، فلو قرأ بعض الآيات بها وبعضها بغيرها من السبع جاز بشرط أن يكون ما قرأه بالثانية مرتبطا بالأولى .

(الثانية) تجب قراءة الفاتحة فى الصلاة بجميع حروفها وتشديداتها ، وهن أربع عشرة تشديدة ، فى البسملة منهن ثلاث ، فلو أسقط حرفا منها أو خفف مشددا أو أبدل حرفا بحرف مع صحة لسانه لم تصح قراءته ولو أبدل الضاد بالظاء ففى صحة قراءته وصلاته وجهان للشيخ أبى محمد الجوينى . قال امام الحرمين والغزالى فى البسيط والرافعى وغيرهم : أصحهما لا تصح ، وبه قطع القاضى أبو الطيب . قال الشيخ أبو حامد : كما لو أبدل غيره (والثانى) تصح لعسر ادراك مخرجهما على العوام وشبههم .

(الثالثة) اذا لحن فى الفاتحة لحنا يخل المعنى بأن ضم تاء أنعمت أو كسرها أو كسر كاف اياك نعبد أو قال اياء بهمزتين لم تصح قراءته وصلاته ان تعمد ، وتجب اعادة القراءة ان لم يتعمد ، وان لم يخل المعنى كفتح دال نعبد ونون نستعين وصاد صراط ونحو ذلك لم تبطل صلاته ولا قراءته ولكنه مكروه ويحرم تعمده . ولو تعمده لم تبطل قراءته ولا صلاته . هذا هو الصحيح وبه قطع الجمهور ، وفى التتمة وجه أن اللحن الذى لا يخل المعنى لا تصح

---

(1) فى مكان تفصيله كانت كلمة (قصة) فى كل من ش و ق ولا يراها سائغة (ط) .

الصلاة معه ، قال : والخلاف مبنى على الاعجاز فى النظم والاعراب جميعا أو فى النظم فقط .

(الرابعة) فى دقائق مهمة ذكرها الشيخ أبو محمد الجوينى فى التبصرة تتعلق بحروف الفاتحة ، قال : شرط السين من البسملة وسائر الفاتحة أن تكون صافية غير مشوبة بغيرها لطيفة المخرج من بين الثنايا ــ يعنى وأطراف اللسان ــ فان كان به لثغة تمنعه من اصفاء السين فجعلها مشوبة بالثاء ، فان كانت لثغة فاحشة لم يجز للفصيح الاقتداء به ، وان كانت لثغة يسيرة ليس فيها ابدال السين جازت امامته ويجب اظهار التشديد فى الحرف المشدد فان بالغ فى التشديد لم تبطل صلاته لكن الأحسن اقتصاره على الحد المعروف للقراءة وهو أن يشدد التشديد الحاصل فى الروح ، وليس من شرط الفاتحة فصل كل كلمة عن الأخرى كما يفعله المتقشفون [1] المتجاوزون للحد ، بل البصريون يعدون هذا من العجز والعى ولو أراد أن يفصل فى قراءته بين البسملة والحمد لله رب العالمين قطع همزة الحمد وخففها والأولى أن يصل البسملة بالحمد لله لأنها آية منها والأولى أن لا يقف على أنعمت عليهم لأن هذا ليس بوقف ولا منتهى آية أيضا عند الشافعى رحمه الله قال : ومن الناس من يبالغ فى الترتيل فيجعل الكلمة كلمتين ، وأصل اظهار الحروف كقولهم نستعين ، يقفون بين السين والتاء وقفة لطيفة فينقطع الحرف عن الحرف والكلمة ، وهذا لا يجوز لأن الكلمة الواحدة لا تحتمل التقطيع والفصل والوقف فى أثنائها ، وانما القدر الجائز من الترتيل أن يخرج الحرف من مخرجه ثم ينتقل الى ما بعده متصلا بلا وقفة ، وترتيل القرآن وصل الحرف والكلمات على ضرب من التأنى ، وليس من الترتيل فصل الحروف ولا الوقف فى غير موضعه .

ومن تمام التلاوة اشمام الحركة الواقعة على الحرف الموقوف عليه اختلاسا لا اشباعا ولو أخرج بعض الحروف من غير مخرجه بأن يقول : نستعين تشبه التاء الدال أو الصاد لابصاد محضة ولابسين محضة ، بل بينهما ، فان كان لا يمكنه التعلم صحت صلاته ، وان أمكنه وجب التعلم ، ويلزمه

---

(١) كذا فى ش و ق وصوابه (المتشقشقون) (ط) .

قضاء كل صلاة فى زمن التفريط فى التعلم • هذا حكم الفاتحة فأما غيرها فالخلل فى تلاوته ان غير المعنى وهو متعمد بأن قرأ (انما يخشى الله من عباده العلماء) [1] برفع الله ونصب العلماء أو قرأ بعض الكلمات التى فى الشواذ كقراءة (والسارق والسارقة فأقطعوا [2] أيمانهما [3]) و (فمن لم يجد فصيام [4] ثلاثة أيام متتابعات) (وأقيموا [5] الحج والعمرة لله) فهذا كله تبطل به الصلاة وان كان خللا لا يغير المعنى ولا يزيد فى الكلام لم تبطل به الصلاة ولكنها تكره ، هذا آخر كلام الشيخ أبى محمد رحمه الله •

قال صاحب التتمة : وان كان فى الشاذة تغيير معنى فتعمد بطلت والا فلا ويسجد للسهو قال الشيخ أبو محمد فى التبصرة : لو فرغ من الفاتحة وهو معتقد أنه أتمها ولايشك فى ذلك ثم عرض له شك فى كلمة أو حرف منها فلا أثر لشكه • وقراءته محكوم بصحتها ، ولو فرغ من الفاتحة شاكا فى تمامها لزمه اعادتها كما لو شك فى أثنائها ، ولو كان يقرأ غافلا ففطن لنفسه وهو يقرأ غير المغضوب عليهم ولا الضالين ، ولم يتيقن قراءة جميع السورة فعليه استئناف القراءة ، وان كان الغالب أنه لا يصل آخرها الا بعد قراءة أولها ، الا أنه يحتمل أنه ترك منها كلمة أو حرفا ، فان لم يستأنفها وركع عمدا بطلت صلاته ، وان ركع ناسيا فكل ما فعله قبل القراءة فى الركعة الثانية لغو •

(السادسة) شرط القراءة وغيرها أن يسمع نفسه ان كان صحيح السمع ولا شاغل للسمع ، ولا يشترط فى هذه الحالة حقيقة الاسماع ، وهكذا الجميع فى التشهد والسلام وتكبيرة الاحرام وتسبيح الركوع وغيره وسائر الأذكار التى فى الصلاة فرضها ونفلها كله ، على هذا التفصيل بلا خلاف •

(السابعة) قال أصحابنا : على الأخرس أن يحرك لسانه بقصد القراءة بقدر ما يحركه الناطق ، لأن القراءة تتضمن نطقا وتحريك اللسان ، فسقط

---

(١) الآية ٢٨ من سورة فاطر •

(٢) يريد أيمانهما بدل (أيديهما) والآية التى بعدها فيها زيادة متتابعات ثم قوله : واقيموا والمتواتر (وأتموا) (ط) •

(٣) الآية ٣٨ من سورة المائدة •

(٤) البقرة ١٩٦ والمائدة ٨٩ •

(٥) الآية (واتموا الحج والعمرة لله) ١٩٦ من البقرة •

ما عجز عنه ووجب ما قدر عليه بقوله صلى الله عليه وسلم « واذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » رواه البخارى ومسلم ، وقد سبق بيان هذه القاعدة فى فصل التكبير وقد ذكر المصنف المسألة هناك وبسطناها .

(الثامنة) يستحب عندنا أربع سكتات للامام فى الصلاة الجهرية (الأولى) عقب تكبيرة الاحرام يقول فيها دعاء الاستفتاح (والثانية) بين قوله : ولا الضالين وآمين سكتة لطيفة (الثالثة) بعد آمين سكتة طويلة بحيث يقرأ المأموم الفاتحة (الرابعة) بعد فراغه من السورة سكتة لطيفة جدا ليفصل بها بين القراءة وتكبيرة الركوع وتسمية الأولى سكتة مجاز فانه لا يسكت حقيقة بل يقول دعاء الاستفتاح ، لكن سميت سكتة فى الأحاديث الصحيحة كما سبق ووجهه أنه لا يسمع أحد كلامه فهو كالساكت ، وأما الثانية والرابعة فسكتتان حقيقيتان ، وأما الثالثة فقد قدمنا عن السرخسى أنه قال : يستحب أن يقول فيها دعاء وذكرا ، وقد تقدمت دلائل السكتات الأول فى مواضعها وأما الرابعة فاتفق أصحابنا على استحبابها ، ممن صرح بها الشيخ أبو محمد فى التبصرة وصاحب البيان ، واحتجوا بحديث الحسن عن سمرة بن جندب رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه كان يسكت سكتتين اذا استفتح واذا فرغ من القراءة كلها » وفى رواية « اذا فرغ من فاتحة الكتاب وسورة عند الركوع فأنكر ذلك عمران بن الحصين فكتبوا فى ذلك الى المدينة الى أبى بن كعب فصدق سمرة » رواه أبو داود بهذين اللفظين وفى رواية له والترمذى « سكتة اذا استفتح وسكتة اذا فرغ من قراءة غير المغضوب عليهم ولا الضالين » وهذه الرواية لا تخالف السابقين بل يحصل من المجموع اثبات السكتات الثلاث والله أعلم .

قال الشيخ أبو محمد : فى التبصرة : روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الوصال فى الصلاة وفسروه على وجهين (أحدهما) وصل القراءة بتكبيرة الركوع يكره ذلك بل يفصل بينهما (والثانى) ترك الطمأنينة فى الركوع والاعتدال والسجود والاعتدال فيحرم أن يصل الانتقال بالانتقال ، بل يسكن للطمأنينة .

(التاسعة) يستحب ترتيل القراءة وتدبرها وهذا مجمع عليه قال الله

تعالى « ورتل [1] القرآن ترتيلا » وقال تعالى « كتاب أنزلناه اليك مبارك ليدبروا آياته [2] » وأما الأحاديث فى هذا فأكثر من أن تحصر ، وقد ذكرت جملا منها فى كتاب آداب القراء [3] وذكرت فيه جملا مهمة تتعلق بالقرآن والقراءة وقد سبق بيان معظم ذلك فى هـذا الشرح فى آخر باب ما يوجب الغسل ، وفيها نفائس لا يستغنى عن معرفتها وبالله التوفيق .

(والعاشرة) أجمع المسلمون على أن المعوذتين والفاتحة وسائر السور المكتوبة فى المصحف قرآن ، وأن من جحد شيئا منه كفر ، وما نقل عن ابن مسعود فى الفاتحة والمعوذتين باطل ليس بصحيح عنه . قال ابن حزم فى أول كتابة المجلى [4] هذا كذب على ابن مسعود موضوع ، وانما صح عنه قراءة عاصم عن زر عن ابن مسعود ، وفيها الفاتحة والمعوذتان .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ثم يركع وهـو فرض من فروض الصـلاة لقـوله عز وجل « اركعـوا واسجدوا » والمستحب أن يكبر للركوع لما روى ابو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان اذا قام الى الصلاة يكبر حين يقـوم وحين يركع ثم يقول : سمع الله لمن حمده حين يرفع راسه ، ثم يكبر حين يسجد ، ثم يكبر حين يرفع راسه ، يفعل ذلك فى الصلاة كلها حتى يقضيها » ولأن الهوى الى الركوع فعل فلا يخلو من ذكر كسائر الأفعال) .

(الشرح) حديث أبى هريرة رضى الله عنه رواه البخارى ومسلم . والركوع فى اللغة الانحناء ، كذا قاله أهل اللغة وأصحابنا ، وقال صاحب الحاوى وبعضهم : هو الخضوع وأنشدوا فيه البيت المشهور :

علك أن تـركع يـوما والدهـر قـد رفعـه

وقوله : ولأن الهوى هو بضم الهـاء وتشديد اليـاء وهو السقوط والانخفاض وقاله الجوهرى وآخرون بفتح الهاء . وقال صاحب المطالع : الهوى بالفتح النزول والسـقوط ، والهوى بالضم الصـعود قال : وقال

---

(١) من الآية ٤ من سورة المزمل .
(٢) الآية ٢٩ من سورة (ص) .
(٣) هو كتاب [البيان فى آداب حملة القرآن] .
(٤) لابن حزم كتابان المحلى والمجلى وكلاهما فى الفقه و ش و ق (المجار) وهو تحريف للمجلى

الخليل : هما لغتان بمعنى ، وأجمع العلماء على وجوب الركوع ودليله مع الآية الكريمة والاجماع حديث « المسيء صلاته » مع قوله صلى الله عليه وسلم « صلوا كما رأيتمونى أصلى » ويسن أن يكبر للركوع بلا خلاف عندنا • قال أصحابنا : ولا يصل تكبيرة الركوع بالقراءة ، بل يفصل بينهما بسكتة لطيفة كما سبق قالوا : ويبتدىء بالتكبير قائما ويرفع يديه ويكون ابتداء رفع يديه وهو قائم مع ابتداء التكبير ، فاذا حاذى كفاه منكبيه انحنى ويمد التكبير الى أن يصل الى حد الركعتين ، هذا هو المذهب ، ونص عليه فى الأم ، وقطع به العراقيون وغيرهم • وحكى جماعة من الخراسانيين قولين (أحدهما) هذا هو الجديد (والثانى) وهو القديم • لا يمد التكبير بل يشرع به ، قالوا : والقولان جاريان فى جميع تكبيرات الانتقالات ، وهل تحذف أم تمد ؟ حتى يصل الى الذكر الذى بعدها ؟ الصحيح المد ، ولو ترك التكبير عمدا أو سهوا حتى ركع لم يأت به لفوات محله •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى تكبيرات الانتقالات

(اعلم) أن الصلاة الرباعية يشرع فيها اثنتان وعشرون تكبيرة منها خمس تكبيرات فى كل ركعة أربع للسجدتين والرفعين منها ، والخامسة للركوع فهذه عشرون ، وتكبيرة الاحرام وتكبيرة القيام من التشهد الأول ، وأما الثلاثية فيشرع فيها سبع عشرة سقط منها تكبيرات ركعة وهن خمس • وأما الثنائية فيشرع فيها احدى عشرة للركعتين وتكبيرة الاحرام ، وهذه كلها عندنا سنة الا تكبيرة الاحرام فهى فرض ، هذا مذهبنا ومذهب جمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم • قال ابن المنذر : وبهذا قال أبو بكر الصديق وعمر وابن مسعود وابن عمر وابن [1] جابر وقيس بن عباد وشعيب والأوزاعى وسعيد بن عبد العزيز وعوام أهل العلم •

ونقل أصحابنا عن سعيد بن جبير وعمر بن عبد العزيز والحسن البصرى أنهم قالوا : لا يشرع الا تكبيرة الاحرام فقط ، ولا يكبر غيرها ، ونقله ابن المنذر أيضا عن القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب ، ونقله أبو الحسن بن بطال فى شرح البخارى عن جماعات من السلف منهم

---

(١) هو عبد الله بن جابر البياضى •

معاوية بن أبى سفيان وابن سيرين والقاسم بن محمد وسالم وسعيد بن جبير • وأما قول البغوى فى شرح السنة : اتفقت الأمة على هذه التكبيرات فليس كما قال ، ولعله لم يبلغه ما نقلناه ، أو أراد اتفاق العلماء بعد التابعين على مذهب من يقول الاجماع بعد الخلاف يرفع الخلاف وهو المختار عند متأخرى الأصوليين وبه قال من أصحابنا أبو على بن خيران والقفال والشاشى وغيرهما •

وقال أحمد بن حنبل : جميع التكبيرات واجبة ، واحتج لأحمد بأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « صلوا كما رأيتمونى أصلى » وثبت أنه صلى الله عليه وسلم كان يكبرهن ، واحتج لمن أسقطهن غير تكبير الاحرام بحديث عن الحسن بن عمران [1] عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبزى عن أبيه رضى الله عنه « أنه صلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان لا يتم التكبير » رواه أبو داود والبيهقى وغيرهما هكذا • وفى رواية الامام أحمد بن حنبل فى مسنده زيادة « لا يتم التكبير يعنى اذا خفض واذا رفع » ودليلنا على أحمد حديث « المسىء صلاته » فان النبى صلى الله عليه وسلم لم يأمره بتكبيرات الانتقالات وأمره بتكبيرة الاحرام ، وأما فعله صلى الله عليه وسلم فمحمول على الاستحباب جمعا بين الأدلة •

ودليلنا على الآخرين حديث أبى هريرة رضى الله عنه قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قام الى الصلاة يكبر حين يقوم ثم يكبر حين يركع ثم يقول : سمع الله لمن حمده حين يرفع صلبه من الركوع ثم يقول وهو قائم : ربنا ولك الحمد ثم يكبر حين يهوى ساجدا ثم يكبر حين يرفع رأسه ثم يكبر حين يسجد ثم يكبر حين يرفع رأسه ثم يفعل ذلك فى الصلاة كلها حتى يقضيها ويكبر حين يقوم من الثنتين بعد الجلوس » رواه البخارى ومسلم ولفظه لمسلم •

وعن مطرف قال « صليت أنا وعمران بن حصين خلف على بن أبى طالب رضى الله عنه فكان اذا سجد كبر ، واذا رفع رأسه كبر واذا نهض من

---

(١) الحسن بن عمران قال أبو داود السجستانى صاحب السنن : قال ابن بشار الشامى هو أبو عبد الله العسقلانى •

الركعتين كبر ، فلما انصرفنا أخذ عمران بيدى ثم قال : لقد صلى بنا هذا صلاة محمد صلى الله عليه وسلم أو لقد ذكرنى هذا صلاة محمد صلى الله عليه وسلم » رواه البخارى ومسلم • وعن عكرمة قال « صليت خلف شيخ بمكة فكبر ثنتين وعشرين تكبيرة فقلت لابن عباس : انه أحمق : فقال : ثكلتك أمك سنة أبى القاسم صلى الله عليه وسلم » رواه البخارى • وعن ابن مسعود رضى الله عنه قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكبر فى كل خفض ورفع وقيام وقعود وأبو بكر وعمر رضى الله عنهما » رواه الترمذى وقال حديث حسن صحيح ، وفى المسألة أحاديث كثيرة فى الصحيح ، وفيما ذكرناه كفاية • والجواب عن حديث ابن أبزى من أوجه : (أحدها) أنه ضعيف لأن راويه الحسن بن عمران ليس [معروفا] (١) •

(والثانى) أنه محمول على أنه لم يسمع التكبير ، وقد سمعه غيره ممن ذكرنا فقدمت رواية المثبت • (والثالث) لعله ترك التكبيرات أو نحوها لبيان الجواز ، وهذان الجوابان ذكرهما البيهقى ، والجواب الأول جواب محمد ابن جرير الطبرى وغيره •

(**فرع**) يسن للامام الجهر بتكبيرات الصلاة كلها ، وبقوله (سمع الله لمن حمده) ليعلم المأمومون انتقاله ، فان كان ضعيف الصوت لمرض وغيره فالسنة أن يجهر المؤذن أو غيره من المأمومين جهرا يسمع الناس ، وهذا لا خلاف فيه ، ودليلنا من السنة حديث سعيد بن الحارث قال « صلى بنا أبو سعيد فجهر بالتكبير حين رفع رأسه من السجود وحين سجد وحين رفع وحين قام من الركعتين حتى قضى صلاته على ذلك وقال : انى رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا يصلى » • وعن جابر رضى الله عنه قال « اشتكى رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلينا وراءه وهو قاعد وأبو بكر رضى الله عنه يسمع الناس تكبيره » رواه مسلم وفى رواية لمسلم أيضا « صلى

---

(١) كذا بالاصل فليحرر (ش) مصححه قلت : وقد تكرر فى ش و ق قوله عن الحسن عن عمران وهذا خطأ طبعا لأن الحسن هو ابن عمران وانظر الهامش قبله اما الكلام على صحة الخبر فقد قال ابن حبان فى الثقات : له عند أبى داود حديث واحد فى تمام التكبير قال الحافظ ابن حجر : والحديث معلول : قال أبو داود الطيالسى والبخارى : لا يصح : قلت : نقل البخارى عن الطيالسى أنه قال : هذا عندنا باطل وقال الطبرى فى تهذيب الآثار : الحسن عندنا مجهول (ط) •

بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم الظهر وأبو بكر رضى الله عنه خلفه فاذا كبر كبر أبو بكر يسمعنا » • وعن عائشة رضى الله عنها فى قصة مرض رسول الله قالت : فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى جلس الى جنبه ــ يعنى أبا بكر رضى الله عنــه ــ وكان النبى صلىَ الله عليه وسلم يصلى بالنــاس وأبو بكر يسمعهم التكبير » رواه مسلم بلفظه والبخارى بمعناه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب أن يرفع يديه حذو منكبيه فى التكبير لمــا ذكرناه من حديث ابن عمر رضى الله عنهما فى تكبيرة الاحرام) •

(الشرح) حديث ابن عمر رواه البخــارى ومسلم ، ويستحب رفع اليدين حذو المنكبين للركوع وللرفع منه ، وفى تكبيرة الاحرام لكل مصل من قائم وقاعد ومضطجع وامرأة وصبى ومفترض ومتنفل ، نص عليه فى الأم ، واتفق عليه الأصحاب ، ويكون ابتداء رفعه وهو قائم مع ابتداء التكبير ، وقد سبق فى فصل تكبيرة الاحرام عن البغوى أنه يستحب تفريج الأصــابع هنا وفى كل رفع ، ولو كانت يداه أو احداهما عليلة فحكمه ما سبق فى رفع تكبيرة الاحرام ، وجميع الفروع تجىء هنا •

(فــرع) فى مذاهب العلماء فى رفع اليدين للركوع وللرفع منه

(اعلم) أن هذه مسألة مهمة جدا فان كل مسلم يحتاج اليها فى كل يوم مرات متكاثرات لا سيما طالب الآخرة ، ومكثر الصلاة ، ولهذا اعتنى العلماء بها أشد اعتناء حتى صنف الامام أبو عبد الله البخارى كتابا كبيرا فى اثبــات الرفع فى هذين الموضعين والانكار الشديد على من خالف ذلك ، فهو كتاب نفيس ، وهو سماعى ولله الحمد ، فسأنقل هنا ان شاء الله تعالى منه معظم مهمات مقاصده ، وجمع فيه الامام البيهقى أيضا جملة حسنة ، وسأنقل من كتابه هنا ان شاء الله تعالى مهمات مقاصده ، ولولا خوف الاطالة لأريتك فيه عجائب من النفائس ، وأرجو أن أجمع فيه كتابا مستقلا •

(اعلم) أن رفع اليدين عند تكبيرة الاحرام [1] باجماع من يعتد به ،

---

(١) كذا بالأصل وفى العبارة تقدير : سنة أو ثابت (ط) •

وفيه شيء ذكرناه فى موضعه ، وأما رفعهما فى تكبيرة الركوع وفى الرفع منه فمذهبنا أنه سنة فيهما ، وبه قال أكثر العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم ، حكاه الترمذى عن ابن عمر وابن عباس وجابر وأنس وابن الزبير وأبى هريرة وغيرهم من الصحابة رضى الله عنهم ، وعن جماعة من التابعين منهم طاوس وعطاء ومجاهد والحسن وسالم بن عبد الله وسعيد بن جبير ونافع وغيرهم • وعن ابن المبارك وأحمد واسحاق وحكاه ابن المنذر عن أكثر هؤلاء ، وعن أبى سعيد الخدرى والليث بن سعد وأبى ثور ، قال • ونقله الحسن البصرى عن الصحابة رضى الله عنهم قال : وقال الأوزاعى : أجمع عليه علماء الحجاز والشام والبصرة ، وحكاه ابن وهب عن مالك • قال ابن المنذر : وبه قال الامام أبو عبد الله البخارى ، يروى هذا الرفع عن سبعة عشر نفسا من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم منهم أبو قتادة الأنصارى وأبو أسيد الساعدى البدرى ، ومحمد بن مسلمة البدرى وسهل بن سعد وعبد الله ابن عمر وعبد الله بن عباس وأنس وأبو هريرة وعبد الله بن عمرو بن العاص وعبد الله بن الزبير ووائل بن حجر ومالك بن الحويرث وأبو موسى الأشعرى وأبو حميد الساعدى رضى الله عنهم ، قال : وقال الحسن وحميد بن هلال : كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يرفعون أيديهم فلم يستثن أحدا من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم •

قال البخارى : ولم يثبت عن أحد من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم أنه لم يرفع يديه قال : وروينا الرفع أيضا هنا عن عدة من علماء أهل مكة وأهل الحجاز وأهل العراق والشام والبصرة واليمن وعدة من أهل خراسان منهم سعيد بن جبير وعطاء بن أبى رباح ومجاهد والقاسم بن محمد وسالم ابن عبد الله وعمر بن عبد العزيز والنعمان بن أبى عياش والحسن وابن سيرين وطاوس ومكحول وعبد الله بن دينار ونافع وعبيد الله بن عمر والحسن بن مسلم وقيس بن سعيد وعدة كثيرة ، وكذلك روى عن أم الدرداء رضى الله عنها أنها كانت ترفع يديها ، وكان ابن المبارك يرفع يديه وكذلك عامة أصحابه ومحدثى أهل بخارى ، منهم عيسى بن موسى وكعب بن سعيد ومحمد بن سلام وعبد الله بن محمد المشيدى ، وعدة ممن لا يحصى لا اختلاف بين من

وصفنا من أهل العلم ، وكان عبد الله بن الزبير ـ يعني الحميدى شيخه [1] ـ وعلى بن المدينى ويحيى بن معين وأحمد بن حنبل واسحاق بن ابراهيم يثبتون عامة هذه الأحاديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ويرونها حقا ، وهؤلاء أهل العلم من أهل زمانهم .

هذا كلام البخارى ونقله ، ورواه البيهقى عن هؤلاء الصحابة المذكورين، قال : وروينا عن أبى بكر الصديق وعمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب وجابر بن عبد الله وعقبة بن عامر وعبد الله بن جابر البياضى الصحابيين رضى الله تعالى عنهم ثم رواه عن هؤلاء التابعين الذين ذكرهم البخارى ، قال : وروينا أيضا عن أبى قلابة وأبى الزبير ومالك والأوزاعى والليث وابن عيينة ويحيى بن سعيد القطان وعبد الرحمن بن مهدى وابن المبارك ويحيى بن يحيى وعدة كثيرة من أهل الآثار بالبلدان فهؤلاء هم أئمة الاسلام شرقا وغربا فى كل عصر .

وقال أبو حنيفة والثورى وابن أبى ليلى وسائر أصحاب الرأى : لا يرفع يديه فى الصلاة الا لتكبيرة الاحرام ، وهى رواية عن مالك ، واحتج لهم بحديث البراء بن عازب رضى الله عنهما قال « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا افتتح الصلاة رفع يديه ثم لا يعود » رواه أبو داود وقال : ليس بصحيح . وعن ابن مسعود رضى الله عنه قال : « لأصلين بكم صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يرفع يديه الا مرة » رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن ، وعن ابن مسعود رضى الله عنه قال : « صليت خلف النبى صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر رضى الله عنهما فلم يرفعوا أيديهم الا عند افتتاح الصلاة » رواه الدارقطنى والبيهقى . وعن على رضى الله عنه أنه « كان يرفع يديه فى التكبيرة الأولى من الصلاة ثم لا يرفع فى شىء منها » رواه البيهقى ؛ وعن على (رض) أنه كان يرفع يديه فى التكبيرة الأولى من الصلاة » . وعن جابر بن سمرة (رض) قال : قال رسول الله صلى

---

(1) عبد الله بن الزبير الحميدى شيخ البخارى ولعل الهاء هنا ضمير يعود على البخارى وانما أبهمه لشهرة مشيخته له ولعود الضمير على المتكلم وهو أول من سماه فى الجامع الصحيح فان أول ما يطالعك حديث انما الأعمال وأول رواته الحميدى عبد الله بن الزبير فهو أول رجل ذكره البخارى فى صحيحه (ط) .

الله عليه وسلم ما لى أراكم رافعى أيديكم كأنها أذناب خيل شمس ؟ اسكنوا فى الصلاة » رواه مسلم فى صحيحه : وعن [1] ابن عباس رضى الله عنهما قال : « لا ترفع الأيدى الا فى سبعة مواطن من افتتاح الصلاة وفى استقبال القبلة ، وعلى الصفا ، والمروة ، وبعرفات ، وجمع فى المقامين ، وعند الجمرتين» .

واحتج أصحابنا والجمهور بحديث ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « كان يرفع يديه حذو منكبيه اذا افتتح الصلاة واذا كبر للركوع واذا رفع رأسه من الركوع رفعهما كذلك » رواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما من طرق كثيرة . وعن أبى قلابة أنه رأى مالك بن الحويرث « اذا صلى كبر ثم رفع يديه فاذا أراد أن يركع رفع يديه ، واذا رفع رأسه من الركوع رفع يديه ، وحدث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يفعل هكذا » وعن على بن أبى طالب رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه كان اذا قام الى الصلاة المكتوبة كبر ورفع يديه حذو منكبيه ويصنع مثل ذلك اذا قضى قراءته وأراد أن يركع ، ويصنعه اذا رفع من الركوع ولا يرفع يديه فى شىء من صلاته وهو قاعد ، واذا قام من السجدتين رفع يديه كذلك وكبر » رواه أبو داود بهذا اللفظ والترمذى وقال : حديث حسن صحيح . وقوله (واذا قام من السجدتين) يعنى به الركعتين ، والمراد اذا قام من التشهد الأول ، كذا فسره الترمذى وغيره وهو ظاهر .

وعن وائل بن حجر رضى الله عنه أنه رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم « رفع يديه حين دخل فى الصلاة وكبر . ووصف همام وهو أحد الرواة : حيال أذنيه ، ثم التحف بثوبه ثم وضع يده اليمنى على اليسرى ، فلما أراد أن يركع أخرج يديه من الثوب ثم رفعهما ثم كبر فركع ، فلما قال سمع الله لمن حمده رفع يديه ، فلما سجد سجد بين كفيه » رواه مسلم فى صحيحه وعن محمد بن عمرو بن عطاء أنه سمع أبا حميد فى عشرة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدهم أبو قتادة يقول « أنا أعلمكم بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا : فاعرض ، فقال : كان رسول الله صلى الله عليه

---

(١) واحتج به صاحب البدائع بقوله : اما أصل الرفع فلما روى عن ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم موقوفا عليهما ومرفوعا الى النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا ترفع الأيدى الا فى سبعة مواطن وذكر من جملتها تكبيرة الافتتاح (ط) .

وسلم اذا قام الى الصلاة اعتدل قائما ورفع يديه حتى يحاذى بهما منكبيه ، فاذا أراد أن يركع رفع يديه حتى يحاذى بهما منكبيه ، ثم قال : الله أكبر وركع ثم اعتدل فاعتدل فلم يصوب رأسه ولم يقنع ووضع يديه على ركبتيه ثم قال : سمع الله لمن حمده ورفع يديه واعتدل حتى يرجع كل عظم فى موضعه وذكر الحديث الى أن قال : ثم صنع فى الركعة الثانية مثل ذلك حتى قام من السجدتين كبر ورفع يديه حتى يحاذى بهما منكبيه كما صنع حين افتتح الصلاة » رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن صحيح ، قال وقوله « قام من السجدتين » يعنى الركعتين • وفى رواية لأبى داود والترمذى أيضا قالوا فى آخره « صدقت هكذا صلى النبى صلى الله عليه وسلم » رواه البخارى فى كتاب رفع اليدين من طرق • وعن أنس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يرفع يديه عند الركوع » رواه البخارى فى كتاب رفع اليدين • وعن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم مثله رواه البخارى فى رفع اليدين ، والأحاديث الصحيحة فى الباب كثيرة غير منحصرة ، **وفيما ذكرناه كفاية •**

قال القاضى أبو الطيب : قال أبو على : روى الرفع عن النبى صلى الله عليه وسلم ثلاثون من الصحابة رضى الله عنهم • وأما الجواب عن احتجاجهم بحديث البراء رضى الله عنه فمن أوجه (أحدها) وهو جواب أئمة الحديث وحفاظهم أنه حديث ضعيف باتفاقهم ممن نص على تضعيفه سفيان بن عيينة والشافعى وعبد الله بن الزبير الحميدى شيخ البخارى وأحمد بن حنبل ويحيى بن معين وأبو سعيد عثمان بن سعيد الدارمى والبخارى وغيرهم من المتقدمين ، وهؤلاء أركان الحديث وأئمة الاسلام فيه • وأما الحفاظ والمتأخرون الذين ضعفوا فأكثروا من [نقد [1]] الخبر : وسبب تضعيفه أنه من رواية سفيان بن عيينة عن يزيد بن أبى زياد عن عبد الرحمن بن أبى ليلى عن البراء رضى الله عنه ، واتفق هؤلاء الأئمة المذكورون وغيرهم على أن يزيد بن أبى زياد غلط فيه ، وأنه رواه أولا « اذا افتتح الصلاة رفع يديه » قال سفيان : فقدمت الكوفة فسمعته يحدث به ويزيد فيه ثم لا يعود ، فظننت أنهم لقنوه ، قال سفيان : وقال لى أصحابنا : ان حفظه قد تغير أو قد أبهاء ،

---

(١) ما بين المعقوفين يقتضيها السياق او كلمة (ذكر) حتى تستقيم العبارة .

قال الشافعي : ذهب سفيان الى تغليط يزيد بن أبي زياد في هذا الحديث . وقال الحميدي : هذا الحديث رواه يزيد ، ويزيد [1] يزيد .

وقال أبو سعيد الدارمي : سألت أحمد بن حنبل عن هذا الحديث فقال لا يصح وسمعت يحيى بن معين يضعف يزيد بن أبي زياد . قال الدارمي : ومما يحقق قول سفيان أنهم لقنوه هذه اللفظة أن سفيان الثوري وزهير بن معاوية وهشاما وغيرهم من أهل العلم لم ينكروها انما جاء بها من سمع منه بأخرة . قال البيهقي : ومما يؤيد ما ذهب اليه هؤلاء أبو عبد الله [2] وذكر اسناده الى سفيان بن عيينة . قال حدثنا يزيد بن أبي زياد بمكة عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن البراء رضي الله عنه قال « رأيت النبي صلى الله عليه وسلم اذا افتتح الصلاة رفع يديه ، واذا أراد أن يركع واذا رفع رأسه من الركوع » قال سفيان : فلما قدمت الكوفة سمعته يقول « يرفع يديه اذا استفتح الصلاة ثم لا يعود » فظننت أنهم لقنوه . قال البيهقي : وروى هذا الحديث محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن أخيه عيسى عن عبد الرحمن ابن أبي ليلى عن البراء قال فيه « ثم لا يعود » ومحمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى لا يحتج بحديثه وهو أسوأ حالا عند أهل المعرفة بالحديث من يزيد بن أبي زياد . ثم روى البيهقي باسناد عن عثمان بن سعيد الدارمي أنه ذكر فصلا في تضعيف حديث يزيد بن أبي زياد هذا ، قال ولم يرو هذا الحديث عن عبد الرحمن بن أبي ليلى أقوى من يزيد ، وذكر البخاري في تضعيفه نحو ما سبق .

(والجواب الثاني) ذكره أصحابنا قالوا : لو صح وجب تأويله على أن معناه لا يعود الى الرفع في ابتداء استفتاحه ولا في أوائل باقي ركعات الصلاة الواحدة ، ويتعين تأويله جمعا بين الأحاديث .

(الجواب الثالث) أن أحاديث الرفع أولى لأنها اثبات وهذا نفي فيقدم الاثبات لزيادة العلم .

---

(١) يزيد الاولى الاسم والاخيرة فعل مضارع وهو ضرب من الجناس البديعي (ط) .
(٢) هكذا ورد في الاصل وفي ش و ق ولعله (ما ذهب اليه هؤلاء ما رواه أبو عبد الله الحاكم ابن البيع) أو محمد بن اسماعيل والله أعلم .

(الرابع) أن أحاديث الرفع أكثر فوجب تقديمهـا • وأما حديث ابن مسعود رضى الله عنه فجوابه من هذه الأوجه الأربعة فأما الأوجه الثـلاثة الأخيرة فظاهرة وأما تضعيفه فقد روى البيهقى باسناده عن ابن المبارك أنه قال : لم يثبت عندى حديث ابن مسعود • وروى البخارى فى كتـاب رفع اليدين تضعيفه عن أحمد بن حنبل وعن يحيى بن آدم وتابعهما البخارى على تضعيفه ، وضعفه من المتأخرين الدارقطنى والبيهقى وغيرهما وأما حديث على (رض) فجوابه من أوجه أيضا (أحدها) تضعيفه ، ممن ضـعفه البخارى ثم روى البخارى تضعيفه عن سفيان الثورى • وروى البيهقى عن عثمـان الدارمى أنه قال : روى هذا الحديث عن على من هذا الطريق الواهى •

وقد ثبت عن على رضى الله تعالى عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم رفع اليد فى الركوع والرفع منه والقيام من الركعتين كما سبق فكيف يظن به أنه يختار لنفسه خلاف ما رأى النبى صلى الله عليه وسلم يفعله ؟ قال البيهقى : قال الزعفران : قال الشافعى : ولا يثبت عن على وابن مسعود يعنى ما روى عنهما أنهما كانا لا يرفعان أيديهما فى غير تكبيرة الافتتاح • قال الشافعى : ولو كان ثابتا عنهما لأشبه أن يكون رآهما الراوى مرة أغفلا ذلك ، قال : ولو قال قائل : ذهب عنهما حفظ ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وحفظه ابن عمر لكانت له الحجة وأما حديث جابر بن سمرة فاحتجاجهم به من أعجب الأشياء وأقبح أنواع الجهالة بالسنة ، لأن الحديث لم يرد فى رفع الأيدى فى الركوع والرفع منه ولكنهم كانوا يرفعون أيديهم فى حالة السلام من الصلاة ويشيرون بها الى الجانبين يريدون بذلك السـلام على من عن الجانبين ، وهذا لا خلاف فيه بين أهل الحديث ومن له أدنى اختلاط بأهل الحديث ويبينه أن مسلم بن الحجاج رواه فى صحيحه من طريقين (أحدهما) الطريق السابق (والثانى) عن جابر بن سمرة قال « كنا اذا صلينا مع رسول الله (ص) قلنا : السلام عليكم ورحمة الله السلام عليكم ورحمة الله وأشار بيده الى الجانبين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم علام تومئون بأيديكم كأنها أذناب خيل شمس انما يكفى أحدكم أن يضع يديه على فخذيه ثم يسلم على أخيه من على يمينه وشماله » هذا لفظه بحروفه فى صحيح مسلم ، وكذا رواه غير مسلم من أصحاب السنن وغيرهم وفى رواية أخرى فى صحيح مسلم عن

جابر بن سمرة قال « صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فكنا اذا سلمنا قلنا بأيدينا السلام عليكم السلام عليكم . فنظر الينا رسول الله (ص) فقال : ما شأنكم تشيرون بأيديكم كأنها أذناب خيل شمس ؟ اذا سلم أحدكم فليلتفت الى صاحبه ولا يومىء بيده » هذا لفظ صحيح مسلم .

قال البخارى [1] : وأما احتجاج بعض من لا يعلم بحديث جابر بن سمرة فانما كان فى الرفع عند السلام لا فى القيام قال : ولا يحتج بمثل هذا من له حظ من العلم لأنه معروف مشهور لا اختلاف فيه ، ولو كان كما توهمه هذا المحتج لكان رفع الأيدى فى الافتتاح وفى تكبيرات العيد أيضا منهيا عنه لأنه لم يبين رفعا ، وقد بينه حديث أبى نعيم ثم ذكر باسناده رواية مسلم التى نقلتها الآن ، ثم قال البخارى : فليحذر امرؤ أن يتأول أو يتقول على رسول الله صلى الله عليه وسلم ما لم يقل ، قال الله عز وجل « فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم [2] » .

وأما قوله : عن ابن عباس « لا ترفع الأيدى الا فى سبعة مواطن » فجوابه من أوجه (أحدها) أنه ضعيف مرسل وهذا جواب البخارى وقد بين ذلك وأوضحه (الثانى) أن هذا نفى وغيره اثبات وهو مقدم (الثالث) أنه لو ثبت عنه لم يجز لأحد ترك السنن ، والأحاديث الثابتة عن النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه ومن بعدهم [3] به ، ويؤيد هذا أن الرفع ثابت فى مواطن كثيرة غير هذه السبعة قد بينها البخارى بأسانيده ، وسأفرع بها بفرع مستقل فى آخر هذا الباب ان شاء الله تعالى ، فهذا تنقيح ما يتعلق بالمسألة ودلائلها من الجانبين وأختمها بما ختم به البيهقى رحمه الله تعالى فانه روى عن الامام أبى بكر بن اسحق الفقيه قال : قد صح رفع اليدين يعنى فى هذه المواضع عن النبى صلى الله عليه وسلم ثم عن الخلفاء الراشدين ثم عن الصحابة والتابعين وليس فى نسيان عبد الله بن مسعود رفع اليدين ما يوجب أن هؤلاء الصحابة لم يروا النبى صلى الله عليه وسلم رفع يديه ، وقد نسى ابن مسعود كيفية قيام الاثنين خلف الامام ونسى نسخ التطبيق فى الركوع ، وغير ذلك ،

---

(١) فى كتابه (رفع اليدين) (ط) .
(٢) الآية ٦٣ من سورة النور .
(٣) كذا بالاصل ولعل فى العبارة سقطا تقديره (مستفيضة) أو (ناطقة) والله أعلم (ط) .

فاذا نسى هذا كيف لا ينسى رفع اليدين ؟ ثم روى البيهقى عن الربيع قال : قلت للشافعى : ما معنى رفع اليدين عند الركوع ؟ فقال : مثل معنى رفعهما عند الافتتاح تعظيما لله تعالى وسنة متبعة نرجو فيها ثواب الله تعالى ، ومثل رفع اليدين على الصفا والمروة وغيرهما .

وروى البيهقى عن سفيان بن عيينة قال : اجتمع الأوزاعى والثورى عشاء فقال الأوزاعى للثورى : لم لا ترفع يديك فى خفض الركوع ورفعه ؟ فقال : حدثنا يزيد بن أبى زياد فقال الأوزاعى أروى لك عن الزهرى عن سالم عن أبيه عن النبى صلى الله عليه وسلم تعارضنى بيزيد بن أبى زياد ؟ ويزيد رجل ضعيف ، وحديثه ضعيف ، مخالف للسنة . فاحمر وجه الثورى فقال الأوزاعى : كأنك كرهت ما قلت ؟ قال : نعم فقال الأوزاعى : قم بنا الى المقام نلتعن أينا على الحق ، فتبسم الثورى لما رأى الأوزاعى قد احتد.

وروى البخارى فى كتاب رفع اليدين باسناده الصحيح عن نافع « أن ابن عمر كان اذا رأى رجلا لا يرفع يديه اذا ركع واذا رفع رماه بالحصى » وروى البخارى عن أم الدرداء رضى الله عنها « أنها كانت ترفع يديها فى الصلاة حذو منكبيها وحين تفتتح الصلاة وحين تركع ، واذا قالت : سمع الله لمن حمده رفعت يديها وقالت ، ربنا ولك الحمد » قال البخارى : ونساء بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم أعلم من هؤلاء . وباسناده الصحيح عن سعيد بن جبير أنه قال « رفع اليدين فى الصلاة شىء تزيد به صلاتك » .

قال البخارى : ولم يثبت عند أهل البصرة ممن أدركنا من أهل الحجاز وأهل العراق ، منهم الحميدى ومحمد بن المثنى ويحيى بن معين وأحمد بن حنبل واسحاق بن ابراهيم وهؤلاء أهل العلم من أبناء أهل زمانهم لم يثبت عند أحد منهم علمه فى ترك رفع الأيدى عن النبى صلى الله عليه وسلم ولا أحد من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لم يرفع يديه قال : وكان ابن المبارك يرفع يديه ، وهو أكثر أهل زمانه علما فيما يعرف ، فلو لم يكن عند من لم يعلم عن السلف علم فاقتدى بابن المبارك فيما اتبع رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه والتابعين لكان أولى به من أن يقتدى بقول من لا يعلم .

وقال معمر : قال ابن المبارك : صليت الى جنب [1] النعمان فرفعت يدى فقال ما حسبت أن تطير ، قلت : ان لم أطر فى الأولى لم أطر فى الثانية ثم روى البخارى رفع الأيدى فى هـذه المواضع عن أعلام أئمة الاسـلام من الصحابة والتابعين وتابعيهم ثم قال : فهؤلاء أهل مكة والمدينة واليمن والعراق قد اتفقوا على رفع الأيدى • ثم رواه عن جماعات آخرين ، ثم قال فمن زعم أن رفع اليدين بدعة فقد طعن فى أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم والسلف ومن بعدهم ، وأهل الحجاز وأهل المدينة وأهل مكة وعدة من أهل العراق وأهل الشام واليمن وعلماء خراسان منهم ابن المبارك حتى شيوخنا ، ولم يثبت عن أحد من الصحابة رضى الله عنهم ترك الرفع وليس أسانيده [2] أصح من أسانيد الرفع •

قال البخارى : وأما رواية الذين رووا عن النبى صلى الله عليه وسلم الرفع عند الافتتاح وعند الركوع والرفع منه ورواية الذين رووا أن النبى صلى الله عليه وسلم رفع فى هذه المواضع وفى القيام من الركعتين فالجميـع صحيح لأنهم لم يحكوا صلاة واحدة ، واختلفوا فيها بعينها مع أنه لا اختلاف فى ذلك ، وانما زاد بعضهم على بعض ، والزيادة مقبولة من أهل العلم ، والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجب ان ينحنى الى حد يبلغ راحتـاه ركبتيه لانه لا يسمى بما دونه راكعا ويستحب ان يضع يديه على ركبتيه ويفرق أصابعه ، لما روى ابو حميد الساعدى رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم « امسك راحتيـه على ركبتيه كالقابض عليهما وفرج بين أصابعه » ولا يطبق لما روى عن مصعب بن سعد رضى الله عنه قال « صليت الى جنب سعد بن مالك فجعلت يدى بين ركبتى وبين فخذى وطبقتهما فضرب بيدى وقال : اضرب بكفيك على ركبتيك ، وقال : يا بنى انا قـد كنا نفعل هـذا فامرنا ان نضرب بالأكف على الركب » والمستحب أن يمد ظهره وعنقه ولا يقنع راسه ولا يصوبه لما روى ان ابا حميد الساعدى رضى الله عنه « وصف صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : فركع واعتدل ولم يصوب راسه ولم يقنعه » والمستحب أن يجافى مرفقيه عن جنبيه ، لما روى أبو حميد الساعدى رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليـه

---

(١) يعنى ابا حنيفة رحمه الله تعالى وهو النعمان بن ثابت (ط) .

(٢) الضمير يعود على الترك يعنى وليس أسانيد الترك الخ (ط) .

وسلم فعل ذلك فان كانت امراة لم تجاف بل تضم المرفقين الى الجنبين لأن ذلك استر لها ، ويجب ان يطمئن فى الركوع لقوله صلى الله عليه وسلم للمسىء صلاته « ثم اركع حتى تطمئن راكعا ») .

(**الشرح**) حديث أبى حميد الأول وحديثه الأخير صحيحان رواهما أبو داود والترمذى وهما من جملة الحديث الطويل فى صفة الصلاة بكمالها ، رواه أبو داود والترمذى وغيرهما بهذه الألفاظ الا قوله (ويفرج أصابعه) فلم يذكرها الترمذى ، وروى البخارى حديث أبى حميد هذا لكنه لم يقع فيه هاتان اللفظتان كما وقعتا هنا ، وأما لفظ البخارى فعن محمد بن عمرو ابن عطاء : « أنه كان جالسا مع نفر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرنا صلاة النبى صلى الله عليه وسلم فقال أبو حميد الساعدى : أنا كنت أحفظكم لصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم رأيته اذا كبر جعل يديه حذاء منكبيه واذا ركع أمكن يديه من ركبتيه ثم هصر ظهره فاذا رفع رأسه استوى حتى يعود كل فقاره مكانها ، فاذا سجد وضع يديه غير مفترش ولا قابضها واستقبل أصابع رجليه موجهة للقبلة ، فاذا جلس فى الركعتين جلس على رجله اليسرى ونصب اليمنى فاذا جلس فى الركعة الآخرة قدم رجله اليسرى ونصب الأخرى على مقعدته » هذا لفظ رواية البخارى . وأما رواية الترمذى فعن محمد بن عمرو بن عطاء عن أبى حميد قال : سمعته وهو فى عشرة من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم يقول : « أنا أعلمكم بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا : فاعرض قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قام الى الصلاة اعتدل قائما ورفع يديه حتى يحاذى بهما منكبيه فاذا أراد أن يركع رفع يديه حتى يحاذى بهما منكبيه ثم قال : الله أكبر ورفع ، ثم اعتدل فلم يصوب رأسه ، ولم يقنع ووضع يديه على ركبتيه ثم قال : سمع الله لمن حمده ، ورفع يديه واعتدل حتى يرجع كل عظم فى موضعه معتدلا ، ثم هوى الى الأرض ساجدا ثم قال : الله أكبر ثم جافى عضديه عن ابطيه وفتح أصابع رجليه ، ثم ثنى رجله اليسرى وقعد عليها ، ثم اعتدل حتى يرجع كل عظم فى موضعه معتدلا ، ثم هوى ساجدا ثم قال : الله أكبر ثم ثنى رجله وقعد واعتدل حتى يرجع كل عظم فى موضعه ثم نهض ، ثم صنع فى الركعة الثانية مثل ذلك حتى اذا قام من السجدتين كبر

ورفع يديه حتى يحاذى بهما منكبيه كما صنع حين افتتح الصلاة ثم صنع كذلك حتى كانت الركعة التى تنقضى فيها صلاته أخر رجله اليسرى وقعد على شقه متوركا ، ثم سلم ، قالوا : صدقت هكذا صلى صلى الله عليه وسلم » هذا لفظ رواية الترمذى قال : هذا حديث حسن صحيح •

قال : وقوله (اذا قام من السجدتين رفع يديه) يعنى اذا قام من الركعتين من التشهد الأول ورواه أبو داود باسناد صحيح على شرط مسلم مثل رواية الترمذى وزاد بعده بتكبيرة الاحرام يقرأ وقال فيها ثم يركع ويضع راحتيه على ركبتيه وقال (ثم اذا قام من الركعتين كبر ورفع يديه حتى يحاذى بهما منكبيه) ورواه أبو داود من رواية أخرى وقال « اذا ركع أمكن كفيه من ركبتيه وفرج بين أصابعه » لكنه من رواية ابن لهيعة وهو ضعيف • وفى رواية له فى السجود « واستقبل بأطراف أصابعه القبلة » فهذه طرق من حديث التطبيق رواها البخارى ومسلم باسنادهما عن مصعب بن سعد بن أبى وقاص قال صليت الى جنب أبى فطبقت بين كفى ووضعتهما بين فخذى فنهانى أبى وقال : كنا نفعله فنهينا عنه وأمرنا أن نضع أيدينا على الركب » • وأما حديث « المسىء صلاته » فرواه البخارى ومسلم من رواية أبى هريرة •

(أما ألفاظ الفصل) فالتطبيق هو أن يجعل بطن كفيه على بطن الأخرى ويجعلهما بين ركبتيه وفخذيه • وقوله : ولا يقنع رأسه أى لا يرفعه ولا يصوبه ــ وهو بضم الياء وفتح الصاد وبالباء الموحدة ، أى لا يبالغ فى خفضه وتنكيسه ، وقوله : يجافى هو مقصور ومعناه يباعد ومنه ، الجفوة والجفاء بالمد ، وأبو حميد اسمه عبد الرحمن وقيل المنذر بن عمرو الأنصارى الساعدى من بنى ساعدة ، بطن من الأنصار المدنى رضى الله عنه توفى فى آخر خلافة معاوية رضى الله عنه ، ومصعب بن سعد بن أبى وقاص ، اسم أبى وقاص مالك بن وهيب ويقال : أهيب فسعد بن مالك هو سعد بن أبى وقاص وهو أحد العشرة المشهود لهم بالجنة ومصعب ابنه وقوله فى حديث أبى حميد ثم هصر ظهره وهو بفتح الهاء والصاد المهملة المخففة أى ثناه وعطفه ، والفقار عظام الظهر بفتح الفاء • وقوله « فتح أصابع رجليه » وهو بالحاء المهملة أى لينها وثناها الى القبلة ، وقوله : وركع ثم اعتدل أى استوى فى ركوعه •

(اما احكام الفصل) قال أصحابنا : أقله أن ينحنى بحيث تنال راحتاه ركبتيه لو أراد وضعهما عليهما ، ولا يجزيه دون هذا بلا خلاف عندنا • وهذا عند اعتدال الخلقة وسلامة اليدين والركبتين ، ولو انخنس وأخرج ركبتيه ، وهو مائل منتصب وصار بحيث لو مد يديه بلغت راحتاه ركبتيه لم يكن ذلك ركوعا لأن بلوغهما لم يحصل بالانحناء •

قال امام الحرمين : ولو مزج الانحناء بهذه الهيئة وكان التمكن من وضع الراحتين على الركبتين جميعا لم يكن ركوعا أيضا ، ثم ان لم يقدر على الانحناء الى الحد المذكور الا بمعين أو باعتماد على شيء أو بأن ينحنى على جانبه لزمه ذلك بلا خلاف لأن ذلك يؤدى الى تحصيل الركوع فوجب ، فان لم يقدر انحنى القدر الممكن فان عجز أومأ بطرفه من قيام ، هذا بيان ركوع القائم •

أما ركوع المصلى قاعدا فأقله أن ينحنى بحيث يحاذى وجهه ما وراء ركبتيه من الأرض ، وأكمله أن ينحنى بحيث تحاذى جبهته موضع سجوده ، فان عجز عن هذا القدر لعلة بظهره ونحوها فعل الممكن من الانحناء ، وفى ركوع العاجز وسجوده فروع كثيرة سنذكرها ان شاء الله تعالى حيث ذكر (المصنف المسألة) فى باب صلاة المريض قال أصحابنا : ويشترط أن لا يقصد بهويه غير الركوع فلو قرأ فى قيامه آية سجدة فهوى ليسجد ثم بدا له بعد بلوغه حد الراكعين أن يركع لم يعتد بذلك عن الركوع ، بل يجب أن يعود الى القيام ثم يركع ، **وهذا لا خلاف فيه •**

ولو سقط من قيامه بعد فراغ القراءة فارتفع من الأرض الى حد الراكعين لم يجزه بلا خلاف ، وقد ذكره المصنف فى باب سجود التلاوة ، بل عليه أن ينتصب قائما ثم يركع ، ولو انحنى للركوع فسقط قبل حصول أقل الركوع لزمه أن يعود الى الموضع الذى سقط منه ويبنى على ركوعه ، صرح به صاحب الحاوى والأصحاب ، ولو ركع واطمأن ثم سقط لزمه أن يعتدل قائما ولا يجوز أن يعود الى الركوع لئلا يزيد ركوعا نص عليه الشافعى فى الأم ، وقطع به الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والأصحاب و، وتجب الطمأنينة فى الركوع بلا خلاف لحديث « المسيء صلاته » وأقلها أن يمكث

فى هيئة الركوع حتى تستقر أعضاؤه وتنفصل حركة هويه عن ارتفاعه من الركوع ، ولو جاوز حد أقل الركوع بلا خلاف لحديث « المسىء صلاته » ولو زاد فى الهوى ثم ارتفع والحركات متصلة ولم يلبث لم تحصل الطمأنينة ، ولا يقوم زيادة الهوى مقام الطمأنينة بلا خلاف .

وأما أكمل الركوع فى الهيئة فأن ينحنى بحيث يستوى ظهره وعنقه ويمدهما كالصفيحة ، وينصب ساقيه ولا يثنى ركبتيه قال الشافعى فى الأم : ويمد ظهره وعنقه ولا يخفض ظهره عن عنقه ولا يرفعه ، ويجتهد أن يكون مستويا ، فان رفع رأسه عن ظهره أو ظهره عن رأسه أو جافى ظهره حتى يكون كالمحدودب كرهته ولا اعادة عليه ويضع يديه على ركبتيه ويأخذهما بهما ويفرق أصابعه حينئذ ويوجهها نحو القبلة . قال الشيخ أبو محمد فى التبصرة : ويوجهها نحو القبلة غير منحرفة يمينا وشمالا وهذا الذى ذكرناه من استحباب تفريقها هو الصواب الذى نص عليه الشافعى فى المختصر وغيره وقطع به الأصحاب فى جميع الطرق . وأما قول امام الحرمين والغزالى فى الوسيط يتركها على حالها فشاذ مردود ، قال الشافعى فى الأم وأصحابنا : فان كانت احدى يديه مقطوعة أو عليلة فعل بالأخرى ما ذكرنا وفعل بالعليلة الممكن ، فان لم يمكنه وضع اليدين على الركبتين أرسلهما .

قال أصحابنا : ولو كان أقطع من الزندين لم يبلغ بزنديه ركبتيه وفى الرفع يرفع زنديه حذو منكبيه ، والفرق أن فى تبليغهما الى الركبتين فى الركوع مفارقة لهيئته من استواء الظهر بخلاف الرفع ، ولو لم يضع يديه على ركبتيه ولكن بلغ ذلك القدر أجزأه ويكره تطبيق اليدين بين الركبتين لحديث سعد رضى الله عنه فقد صرح فيه بالنهى ، ويسن للرجل أن يجافى مرفقيه عن جنبيه ، ويسن للمرأة ضم بعضها الى بعض وترك المجافاة ، وقد ذكر المصنف دليل هذا كله مع ما ذكرناه من حديث أبى حميد وأما الخنثى فالصحيح أنه كالمرأة يستحب له ضم بعضه الى بعض . وقال صاحب البيان : قال القاضى أبو الفتوح : لا يستحب له المجافاة ولا الضم لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر [1] ، والمذهب الأول ، وبه قطع الرافعى لأنه أحوط ، قال الشافعى فى

---

(١) الخنثى هو الجنس الثالث وهو انسان تتصارع فيه غدد الذكورة مع غدد الأنوثة بامر الله تعالى وفى غلبة غدد الذكورة بروز المذاكير ونموها وانبات الشعر للحية والشاربين وفى =

الأم : أحب للمرأة فى السجود أن تضم بعضها الى بعض وتلصق بطنها بفخذيها كأستر ما يكون لها ، قال : وهكذا أحب لها فى الركوع وجميع الصلاة ، والمعتمد فى استحباب ضم المرأة بعضها الى بعض كونه أستر لها كما ذكره المصنف .

وذكر البيهقى بابا ذكر فيه أحاديث ضعفها كلها ، وأقرب ما فيه حديث مرسل فى سنن أبى داود . قال العلماء : والحكمة فى استحباب مجافاة الرجل مرفقيه عن جنبيه فى الركوع والسجود أنها أكمل فى هيئة الصلاة وصورتها ، ولا أعلم فى استحبابها خلافا لأحد من العلماء . وقد نقل الترمذى استحبابها فى الركوع والسجود عن أهل العلم مطلقا ، وقد ذكرت حكم تفريق الأصابع والمواضع التى يضم فيها أو يفرق فى فصل رفع اليدين فى تكبيرة الاحرام .

(فرع) قال الشافعى فى الأم والشيخ أبو حامد وصاحب التتمة : لو ركع ولم يضع يديه على ركبتيه ورفع ثم شك هل انحنى قدرا تصل به راحتاه الى ركبتيه أم لا ؟ لزمه اعادة الركوع لأن الأصل عدمه .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى حد الركوع .

مذهبنا أنه يجب أن ينحنى بحيث تنال راحتاه ركبتيه ، ولا يجب وضعهما على الركبتين وتجب الطمأنينة فى الركوع والسجود والاعتدال من الركوع والجلوس بين السجدتين ، وبهذا كله قال مالك وأحمد وداود . وقال أبو حنيفة : يكفيه فى الركوع أدنى انحناء ، ولا يجب الطمأنينة فى شىء من هذه الأركان ، واحتج له بقوله تعالى (اركعوا [1] واسجدوا) والانخفاض والانحناء قد أتى به .

واحتج أصحابنا والجمهور بحديث أبى هريرة رضى الله عنه فى قصة المسىء صلاته « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال له : اركع حتى تطمئن راكعا ، ثم ارفع حتى تعتدل قائما ، ثم اسجد حتى تطمئن ساجدا ، ثم ارفع حتى تطمئن جالسا ، ثم اسجد حتى تطمئن ساجدا ، ثم افعل ذلك فى صلاتك

= غلبة الأخرى ضمور المذاكير وتجرد الوجه من اللحية والشاربين ونمو الأرداف وبروز الثديين فاذا كان كذلك فالحكم يتبع مظاهر غلبة أحد القسمين على الآخر والله أعلم (ط) .

(١) من الآية ٧٧ من سورة الحج .

كلها » رواه البخارى ومسلم وهذا الحديث لبيان أقل الواجبات كما سبق التنبيه عليه ، ولهذا قال له النبى صلى الله عليه وسلم « ارجع فصل فانك لم تصل » فان قيل : لم يأمره بالاعادة ، قلنا : هذا غلط وغفلة لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال له فى آخر مرة « ارجع فصل فانك لم تصل » فقال له : علمنى فعلمه ، وقد سبق أمره له بالاعادة فلا حاجة الى تكراره .

وعن زيد بن وهب عن حذيفة رضى الله عنه « رأى رجلا لا يتم الركوع والسجود فقال : ما صليت ولو مت مت على غير الفطرة التى فطر الله عليها محمدا صلى الله عليه وسلم » رواه البخارى . وعن رفاعة بن رافع حديثه فى قصة المسىء صلاته بمعنى حديث أبى هريرة ، وهو صحيح كما سبق بيانه فى فصل قراءة الفاتحة وعن أبى مسعود البدرى رضى الله عنه قال النبى صلى الله عليه وسلم « لا تجزىء صلاة الرجل حتى يقيم ظهره فى الركوع والسجود » رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن صحيح والنسائى وغيرهم وهذا لفظ أبى داود ولفظ الترمذى « لا تجزىء صلاة لا يقيم الرجل فيها صلبه فى الركوع والسجود » قال الترمذى : والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم ومن بعدهم ، والصلب الظهر . وفى الباب أحاديث كثيرة مشهورة وفيما ذكرناه كفاية ، وأما احتجاجهم بالآية الكريمة فجوابه أنها مطلقة بينت السنة المراد بها فوجب اتباعه .

(فرع) فى الركوع

اتفق العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم على كراهة التطبيق فى الركوع الا عبد الله بن مسعود رضى الله عنه فانه كان يقول : التطبيق سنة ، ويخبر أنه قد رأى النبى صلى الله عليه وسلم يفعله ، ثبت ذلك عنه فى صحيح مسلم ، وحجة الجمهور حديث سعد ، وهو صريح فى النسخ كما سبق بيانه ، وحديث أبى حميد الساعدى وغيرهما . وعن أبى عبد الرحمن السلمى قال : « قال لنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه ان الركب قد سنت لكم فخذوا بالركب » رواه الترمذى وقال حديث حسن صحيح والنسائى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والمستحب أن يقول : سبحان ربى العظيم ثلاثا ، وذلك ادنى الكمال ، لما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال « اذا ركع احدكم فقال سبحان ربى العظيم ثلاثا فقد تم ركوعه ، وذلك ادناه » والأفضل أن يضيف : « اللهم لك ركعت ، ولك خشعت ، وبك آمنت ولك اسلمت ، خشع لك سمعى وبصرى وعظمى ومخى وعصبى » لما روى على رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان اذا ركع قال ذلك » فان ترك التسبيح لم تبطل صلاته لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم قال للمسىء صلاته « ثم اركع حتى تطمئن راكعا » ولم يذكر التسبيح) .

(الشرح) حديث ابن مسعود رضى الله عنه رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه وغيرهم عن عون بن عبد الله بن عتبة عن ابن مسعود ، قال أبو داود والترمذى وغيرهما : هو منقطع لأن عونا لم يلق ابن مسعود ، ولهذا قال الشافعى فى الأم : وان كان هذا الحديث ثابتا فانما يعنى بقوله : تم ركوعه وذلك أدناه ، أى أدنى ما ينسب الى كمال الفرض والاختيار معا ، لاكمال الفرض وحده . قال البيهقى : انما قال : ان كان ثابتا ، لأنه منقطع . وأما حديث على رضى الله عنه فرواه مسلم ، وفيه مغايرة فى بعض الألفاظ سأذكرها ان شاء الله تعالى ، وحديث « المسىء صلاته » رواه البخارى ومسلم وسبق بيانه مرات .

(واما حكم المسالة) فقال الشافعى رحمه الله فى المختصر : يقول سبحان ربى العظيم ثلاثا . وذلك أدنى الكمال . وقال فى الأم : أحب أن يبدأ الراكع فيقول سبحان ربى العظيم ثلاثا ، ويقول ماحكيته عن النبى صلى الله عليه وسلم يعنى حديث على رضى الله عنه قال أصحابنا : (يستحب التسبيح فى الركوع ، ويحصل أصل السبحة بقوله : سبحان الله أو سبحان ربى وذلك أدنى الكمال أن يقول : سبحان ربى العظيم ثلاث مرات ، فهذا أدنى مراتب الكمال) قال القاضى حسين : قول الشافعى يقول سبحان ربى العظيم ثلاثا وذلك أدنى الكمال ، لم يرد أنه لا يجزيه أقل من الثلاث ، لأنه لو سبح مرة واحدة كان آتيا بسنة التسبيح ، وانما أراد أن أول الكمال الثلاث ، قال : ولو سبح خمسا أو سبعا أو تسعا أو احدى عشرة كان أفضل وأكمل ، لكنه

اذا كان اماما يستحب أن لا يزيد على ثلاث • وكذا قال صاحب الحاوى : أدنى الكمال ثلاث وأعلى الكمال احدى عشرة أو تسع وأوسطه خمس ، ولو سبح مرة حصل التسبيح •

قال أصحابنا : ويستحب أن يقول : سبحان ربى العظيم وبحمده ، وممن نص على استحباب قوله « وبحمده » القاضى أبو الطيب والقاضى حسين وصاحب الشامل والغزالى وآخرون وينكر على الرافعى لأنه قال : وبعضهم يضيف اليه وبحمده فأوهم أنه وجه شاذ مع أنه مشهور لهؤلاء الأئمة • قال أصحابنا ويستحب أن يقول : اللهم لك ركعت الى آخر ما فى الحديث على رضى الله عنه ، وهذا أتم الكمال • واتفق الأصحاب على أنه يأتى بالتسبيح أولا ، وهو ظاهر نص الشافعى فى الأم الذى قدمته • قال أصحابنا : فاذا أراد الاقتصار على أحد الذكرين فالتسبيح أفضل لأنه أكثر فى الأحاديث • وممن صرح بهذا القاضى حسين وامام الحرمين وصاحب العدة وآخرون قال القاضى أبو الطيب (والاتيان بقوله : اللهم لك ركعت الى آخره مع ثلاث تسبيحات أفضل من حذفه وزيادة التسبيح على ثلاث ، وهذا الذى قاله واضح لا يجىء فيه خلاف) •

قال أصحابنا : والزيادة على ثلاث تسبيحات تستحب للمنفرد ، وأما الامام فلا يزيد على ثلاث تسبيحات ، وقيل خمس الا أن يرضى المأمومون بالتطويل ويكونوا محصورين لا يزيدون ، هكذا قاله الأصحاب ، وقد قال الشافعى فى الأم : أحب أن يبدأ الراكع فيقول : سبحان ربى العظيم ثلاثا ، ويقول ما حكيت أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يقوله ، يعنى حديث على رضى الله عنه ، قال وكل ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ركوع أو سجود أحببت أن لا يقصر عنه اماما كان أو منفردا ، وهو تخفيف لا تثقيل ، هذا لفظ نصه ، وظاهره استحباب الجميع للامام ، لكن الأقوى ما ذكره الأصحاب فيتأول نصه على ما اذا رضى المأمومون أو على غيره والله أعلم •

(فرع) فى بيان الأحاديث الواردة فى أذكار الركوع والسجود • عن عائشة رضى الله عنها قالت [1] « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم

---

(١) رواية مسلم هذه عن زبير بن حرب عن جرير عن منصور عن أبى الضحى عن مسروق عنها

يقول فى ركوعه وسجوده : سبحانك اللهم ربنا وبحمدك ، اللهم اغفر لى » رواه البخارى ومسلم ، وعنها أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يقول فى ركوعه وسجوده : سبوح قدوس رب الملائكة والروح» رواه البخارى ومسلم، وسبوح قدوس بضم أولهما وفتحه لغتان ، وعنها قالت « افتقدت النبى صلى الله عليه وسلم ذات ليلة فتحسست ثم رجعت فاذا هو راكع وساجد يقول : سبحانك [1] وبحمدك لا اله الا أنت » رواه مسلم .

وعن حذيفة رضى الله عنه قال « صليت مع النبى صلى الله عليه وسلم ذات ليلة فافتتح البقرة ، فقلت يركع عند المائة ثم مضى فقلت : يصلى بها فى ركعة فمضى فقلت يركع بها . ثم افتتح آل عمران فقرأها ، ثم افتتح النساء فقرأها يقرأ مترسلا اذا مر بآية فيها تسبيح سبح ، واذا مر بسؤال سأل ، واذا مر بتعوذ تعوذ ، ثم ركع فجعل يقول : سبحان ربى العظيم فكان ركوعه نحوا من قيامه ، ثم قال : سمع الله لمن حمده ربنا لك الحمد ، ثم قام قياما طويلا قريبا مما ركع ثم سجد فقال : سبحان ربى الأعلى . وكان سجوده قريبا من قيامه » رواه مسلم . وعن على رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « كان اذا قام الى الصلاة قال : وجهت وجهى الى آخره . واذا ركع قال : اللهم لك ركعت وبك آمنت ولك أسلمت ، خشع لك سمعى وبصرى ومخى وعظمى وعصبى . واذا رفع قال : اللهم ربنا لك الحمد ملء السموات [وملء] الأرض وملء ما بينهما وملء ما شئت من شىء بعد . واذا سجد قال : اللهم لك سجدت ، وبك آمنت ولك أسلمت ، سجد وجهى للذى خلقه وصوره وشق سمعه وبصره ، تبارك الله أحسن الخالقين » رواه [2] مسلم .

= قالت : [كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكثر أن يقول فى ركوعه وسجوده : سبحانك ربنا اللهم وبحمدك اللهم اغفر لى ـ يتأول القرآن] .

(1) فى مسلم باسناده الى ابن جريج قال : قلت لعطاء : كيف تقول انت فى الركوع ؟ قال : أما سبحانك وبحمدك لا اله الا انت فاخبرنى ابن ابى مليكه عن عائشة قالت : افتقدت النبى صلى الله عليه وسلم ذات ليلة فظننت انه ذهب الى بعض نسائه فتحسست ثم رجعت فاذا هو راكع او ساجد يقول : سبحانك وبحمدك لا اله الا انت فقلت بأبى وامى انى فى شأن وانك لفى آخر ؟ هـ (ط) .

(2) فى مسلم من طريق محمد بن ابى بكر المقدمى وعند أبى داود من طريق الحسين بن على وعند الترمذى من طريق عبد الله بن معاذ وعند النسائى من طريق عمرو بن على وعند ابن ماجه من طريقى على بن عمر وعباس العنبرى (ط) .

وعن عقبة بن عامر رضى الله عنه قال « لما نزلت (فسبح باسم ربك [1] العظيم) قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اجعلوها فى ركوعكم ، فلما نزلت سبح [1] اسم ربك الأعلى قال : اجعلوها فى سجودكم » رواه أبو داود وابن ماجه باسناد حسن ، زاد أبو داود فى رواية أخرى قال « فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا ركع قال : سبحان ربى العظيم وبحمده ثلاثا • واذا سجد قال : سبحان ربى الأعلى وبحمده ثلاثا » قال أبو داود : ونخاف أن لا تكون هذه الزيادة محفوظة ، وفى رواتها مجهول • وعن حذيفة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يقول فى ركوعه : سبحان ربى العظيم وبحمده ثلاثا وفى سجوده سبحان ربى الأعلى وبحمده ثلاثا » رواه الدارقطنى باسناد فيه محمد بن أبى ليلى وهو ضعيف • وعن عوف بن مالك رضى الله عنه قال : « قمت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة فقام يقرأ بسورة البقرة ، لا يمر بآية رحمة الا وقف فسأل ، ولا يمر بآية عذاب الا وقف فتعوذ ، ثم ركع بقدر قيامه يقول فى ركوعه : سبحان ذى الجبروت والملكوت والكبرياء والعظمة ، ثم سجد بقدر قيامه ثم قال فى سجوده مثل ذلك ثم قام فقرأ بآل عمران ، ثم قرأ سورة سورة » رواه أبو داود باسناد صحيح • وعن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أما الركوع فعظموا فيه الرب ، وأما السجود فاجتهدوا فى الدعاء فقمن أن يستجاب لكم » رواه مسلم ، وفى الباب أحاديث كثيرة ستأتى بقية منها فى السجود ان شاء الله تعالى •

(**فرع**) قال الشافعى والأصحاب وسائر العلماء : قراءة القرآن فى الركوع والسجود والتشهد وغير حالة القيام من أحوال الصلاة [2] لحديث على رضى الله عنه قال « نهانى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قراءة القرآن وأنا راكع أو ساجد » رواه مسلم • وعن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ألا وانى نهيت أن أقرأ القرآن راكعا أو ساجدا،

---

(1) الآية ٩٦ من سورة الواقعة ، وسبح اسم ربك الاعلى هى الآية الاولى من سورة الاعلى •

(2) كذا بالأصل وفيه سقط لعله مكروهة او نحوه فليحرر وكلام الشافعى رضى الله عنه فى الام جـ ١ ص ٩٦ : ولا احب لاحد ان يقرأ راكعا ولا ساجدا لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم وانها موضع ذكر غير القراءة وكذلك لا احب لاحد ان يقرأ فى موضع التشهد قياسا على هذا (ط) •

فاما الركوع فعظموا فيه الرب وأما السجود فاجتهـدوا فى الدعاء فقمن أن يستجاب لكم » رواه مسلم • فان قرأ غير الفاتحة فى الركوع والسـجود لم تبطل صلاته ، وان قرأ الفاتحة أيضا لم تبطل على الأصح وبه قطع جمهور العراقيين ، وفى وجه حكاه الخراسانيون وصاحب الحاوى أنه تبطل صلاته لأنه نقل ركنا الى غير موضعه ، كما لو ركع أو سجد فى غير موضعه ، وستأتى فروع هذه المسألة ونبسطها فى سجود السهو ان شاء الله تعالى •

(فـرع) فى التسبيح وسائر الأذكار فى الركوع والسجود ، وقول : سمع الله لمن حمده ، وربنا لك الحمد ، والتكبيرات غير تكبيرة الاحرام كل ذلك سنة ليس بواجب ، فلو تركه لم يأثم وصلاته صحيحة ، سواء تركه عمدا أو سهوا ، لكن يكره تركه عمدا هذا مذهبنا ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وجمهور العلماء ، قال الشيخ أبو حامد : وهو قول عامة الفقهاء ، قال صاحب الحاوى : وهو مذهب الفقهاء كافة •

وقال اسحاق بن راهويه : التسبيح واجب ان تركه عمدا بطلت صلاته ، وان نسيه لم تبطل ، وقال داود : واجب مطلقا ، وأشار الخطابى فى معـالم السنن الى اختياره ، وقال أحمد : التسبيح فى الركوع والسجود وقـول : سمع الله لمن حمده ، وربنا ولك الحمـد ، والذكر بين السـجدتين وجميع التكبيرات واجبة ، فان ترك شيئا منه عمدا بطلت صلاته وان نسى لم تبطل ، ويسجد للسهو عنه ، وعنه رواية أنه سنة كقول الجمهور • واحتج من أوجبه بحديث عقبة بن عامر المذكور فى فرع أذكار الركوع ، وبأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يفعله ، وقال صلى الله عليه وسلم « صلوا كمـا رأيتمونى أصلى » وبالقياس على القراءة •

واحتج الشافعى والجمهور بحديث المسىء صلاته ، فان النبى صلى الله عليه وسلم علمه واجبات الصلاة ، ولم يعلمه هذه الأذكار مع أنه علمه تكبيرة الاحرام والقراءة فلو كانت هذه الأذكار واجبة لعلمه اياها ، بل هذه أولى بالتعليم لو كانت واجبة لأنها تقال سرا وتخفى ، فاذا كان الركوع والسجود مع ظهورهما لا يعلمها فهذه أولى ، وأما الأحاديث الواردة بهذه الأذكار فمحمولة

على الاستحباب جمعا بين الأدلة ، وأما القياس على القراءة ففرق أصحابنا بأن الأفعال فى الصلاة ضربان :

(أحدهما) معتاد للناس فى غير الصلاة ، وهو القيام والقعود ، وهذا لا تتميز العبادة فيه عن العادة فوجب فيه الذكر ليتميز .

(والثانى) غير معتاد ، وهو الركوع والسجود فهو خضوع فى نفسه متميز لصورته عن أفعال العادة فلم يفتقر الى مميز والله أعلم .

(فرع) التسبيح فى اللغة معناه التنزيه ، قال الواحدى : أجمع المفسرون وأهل المعانى على أن معنى تسبيح الله تعالى تنزيهه وتبرئته من السوء ، قال : وأصله فى اللغة التبعيد من قولك سبحت فى الأرض اذا بعدت فيها ، وسبحان الله منصوب على المصدر عند الخليل والفراء ، كأنك قلت : سبحانا وتسبيحا فجعل السبحان موضع التسبيح ، قال سيبويه : سبحت الله سبحانا بمعنى واحد ، فالمصدر التسبيح وسبحان اسم يقوم مقام المصدر ، وبحمده سبحته فحذف سبحته اختصارا ، ويكون قوله : وبحمده حالا أى حامدا سبحته ، وقيل معناه وبحمده أبتدىء .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ثم يرفع راسه ، ويستحب ان يقول : سمع الله لمن حمده لما ذكرناه من حديث أبى هريرة فى الركوع ، ويستحب ان يرفع يديه حذو منكبيه فى الرفع ، لما ذكرناه من حديث ابن عمر فى تكبيرة الاحرام فان قال من حمد الله سمع الله له اجزاه لانه اتى باللفظ والمعنى ، فاذا استوى قائما استحب ان يقول : ربنا لك الحمد ملء السموات ، وملء الأرض وملء ما شئت من شىء بعد ، اهل الثناء والمجد حق ما قال العبد ، كلنا لك عبد ، لا مانع لما اعطيت ولا معطى لما منعت ولا ينفع ذا الجد منك الجد ، لما روى ابو سعيد الخدرى رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم « كان اذا رفع راسه من الركوع قال ذلك » ويجب ان يطمئن قائما ، لما روى رفاعة بن مالك ان النبى صلى الله عليه وسلم قال « اذا قام احدكم الى الصلاة فليتوضأ كما أمره الله تعالى ـ الى ان قال ـ ثم ليركع حتى يطمئن راكعا ؛ ثم ليقم حتى يطمئن قائما ثم ليسجد حتى يطمئن ساجدا ») .

(الشرح) أما حديث أبى سعيد فصحيح رواه مسلم بلفظه الا انه قال (أحق ما قال العبد ، وكلنا لك عبد) باثبات الألف فى أحق وواو فى

(وكلنا) هكذا رواه أبو داود وسائر المحدثين ، ووقع فى المهذب وكتب الفقه (حق ما قال العبد كلنا) بحذف الألف والواو ، وهذا وان كان منتظم المعنى لكن الصواب ماثبت فى كتب الحديث • قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح رحمه الله : معناه (أحق ما قال العبد) قوله (لا مانع لما أعطيت) الى آخره ، وقوله « وكلنا لك عبد » اعتراض بين المبتـدأ والخبر ، قال أبو داود : أو يكون قوله « أحق ما قال » خبرا لما قبله أى قوله : ربنا لك الحمد الى آخره « أحق ما قال العبد » والأول أولى وهذا الذى رجحه هو الراجح الذى يحسـن أن يقال انه أحق ما قال العبد لما فيه من كمال التفويض الى الله تعالى والاعتراف بكمال قدرته وعظمته وقهره وسلطانه وانفراده بالوحدانية وتدبير مخلوقاته•

وأما حديث ابن عمر فصحيح رواه البخارى ومسلم ، وحديث رفاعـة صحيح تقدم بيانه بطوله فى فصل القراءة لكن وقع هنا « حتى تطمئن قائما » والذى فى الحديث « حتى تعتدل قائما » •

(اما الفاظ الفصل) فقوله : لأنه أتى باللفظ والمعنى • احتراز من قوله : فى التكبير أكبر الله ، فانه لا تجزئه ، لأنـه أتى باللفظ دون المعنى ، وقوله « سمع الله لمن حمده » أى تقبل الله منه حمده وجازاه به ، وقوله « ملء السموات وملء الأرض » هو بكسر الميم ويجوز نصب آخره ورفعه ممـن ذكرهما جميعا ابن خالويه وآخرون وحـكى عن الزجاج أنه لا يجـوز الا الرفع ، ورجح ابن خالويـه والأكثرون النصب وهو المعـروف فى روايات الحديث ، وهو منصوب على الحال أى مالئا وتقديره لو كان جسما لملأ ذلك وقد بسطت الكلام فى هذه اللفظة فى تهذيب اللغات ، وذكرت قول الزجاج وابن خالويه وغيرهما وقوله (أهل) منصوب على النداء ، وقيل ويجوز رفعه على تقدير أنت أهل والمشهور الأول ، والثناء : المجد ، والمجد العظمة ، وقوله (لا ينفع ذا الجد منك الجد) هو بفتح الجيم على المشهور ، وقيـل بكسرها والصحيح الأول والجد : الحظ والمعنى لاينفع ذا المال والحظ والغنى غناه ولا يمنعه من عقابك ، وانما ينفعه ويمنعه من عقابك العمل الصالح ، وعلى رواية الكسر يكون معناه لا ينفع ذا الاسراع فى الهرب اسراعه وهربه ، وقد أوضحته فى تهذيب الأسماء واللغات : وقوله : رفاعة بن مالك كذا هو فى

المهذب ، والذى فى رواية الشافعى والترمذى وغيرهما رفاعة بن رافع وكذا ذكره المصنف قبل هذا فى فصل قراءة الفاتحة ، وقد بيناه هناك .

(اما حكم الفصل) فالاعتدال من الركوع فرض وركن من أركان الصلاة لا تصح الا به بلا خلاف عندنا ، وقد يتعجب من المصنف حيث لم يصرح به كما صرح به فى التكبير والقراءة والركوع كأنه تركه لاستغنائه بقوله بعده : ويجب أن يطمئن قائما . قال أصحابنا : والاعتدال الواجب هو أن يعود بعد ركوعه الى الهيئة التى كان عليها قبل الركوع سواء صلى قائما أو قاعدا ، فلو ركع عن قيام فسقط فى ركوعه نظر ان لم يطمئن من ركوعه لزمه أن يعود الى الركوع ويطمئن ثم يعتدل منه وان اطمأن لزمه أن ينتصب قائما فيعتدل ثم يسجد ولا يجوز أن يعود الى الركوع فان عاد عالما بتحريمه بطلت صلاته ، لأنه زاد ركوعا ، ولو رفع الراكع رأسه ثم سجد وشك هل تم اعتداله ؟ لزمه أن يعود الى الاعتدال ثم يسجد ، لأن الأصل عدم الاعتدال . ويجب أن لا يقصد بارتفاعه من الركوع شيئا غير الاعتدال ، فلو رأى فى ركوعه حية ونحوها فرفع فزعا منها لم يعتد به ، وينبغى أن لا يطول الاعتدال زيادة على القدر المشروع لأذكاره ، فان طول زيادة عليه ففى بطلان صلاته خلاف ، وتفصيل نذكره ان شاء الله تعالى فى باب سجود السهو .

قال أصحابنا : ولو أتى بالركوع الواجب فعرضت علة منعته من الانتصاب سجد من ركوعه وسقط عنه الاعتدال لتعذره ، فلو زالت العلة قبل بلوغ جبهته من الأرض وجب أن يرتفع وينتصب قائما ويعتدل ثم يسجد ، وان زالت بعد وضع جبهته على الأرض لم يرجع الى الاعتدال بل سقط عنه ، فان خالف وعاد اليه قبل تمام سجوده عالما بتحريمه بطلت صلاته ، وان كان جاهلا لم تبطل ، ويعود الى السجود ، وتجب الطمأنينة فى الاعتدال بلا خلاف عندنا .

وقال امام الحرمين : فى قلبى من ايجابها شىء ، وسببه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى حديث المسىء صلاته « حتى تعتدل قائما » وقال فى باقى الأركان حتى تطمئن ، والصواب الأول ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يطمئن وقال « صلوا كما رأيتمونى أصلى » هذا ما يتعلق بواجب الاعتدال

وأما أكمله ومندوباته ، فمنها أن يرفع يديه حذو منكبيه كما سبق بيانه فى صفة الرفع فى تكبيرة الاحرام ، ويكون ابتداء رفعهما مع ابتـداء الرفع ، ودليل الرفع حديث ابن عمر الذى ذكره المصنف مع غيره مما سبق فى فصل الركوع ، وسبق هناك بيان مذاهب العلماء ، فاذا اعتدل قائما حط يديه ، والسنة أن يقول فى حال ارتفاعه : سمع الله لمن حمده .

قال الشافعى فى الأم والأصحاب : فان قال : (من حمد الله سمع له) أجزأه فى تحصيل هذه السنة ، لأنه أتى باللفظ والمعنى ، بخلاف مالو قال فى التكبيرة أكبر الله ، فانه لا يجزيه على الصحيح لأنه يحيل معناه بالتنكيس . قال الشافعى والأصحاب لكن قول سمع الله لمن حمده أولى ، لأنه الذى وردت به الأحاديث ، فاذا استوى قائما استحب أن يقول « ربنا لك الحمـد ملء السموات وملء الأرض وملء ما شئت من شىء بعد ، أهل الثناء والمجـد ، أحق ما قال العبد وكلنا لك عبد : لا مانع لما أعطيت ولا معطى لما منعت ولا ينفع ذا الجد منك الجد » .

وقال الشافعى والأصحاب : (يستوى فى استحباب هذه الأذكار كلهـا الامام والمأموم والمنفرد ، فيجمع كل واحد منهم بين قوله سمع الله لمن حمده وربنا لك الحمد الى آخره) وهذا لا خلاف فيه عندنا . لكن قال الأصحاب : انما يأتى الامام بهذا كله اذا رضى المأمومون بالتطويل وكانوا محصورين ، فان لم يكن كذلك اقتصر على قوله : سمع الله لمن حمده ربنا لك الحمد ، وقد قدمنا أن الذى فى رواية المحدثين « أحق ما قال العبد وكلنا لك عبـد » والذى فى كتب الفقه « حق ما قال العبد كلنـا » بخـلاف الألف والواو ، وكلاهما صحيح المعنى ، لكن المختار ما وردت به السنة الصـحيحة ، وهو اثبات الألف والواو . وثبت فى الأحاديث الصحيحة من روايات كثيرة « ربنا لك الحمد » وفى روايات كثيرة « ربنا ولك الحمد » بالواو . وفى روايات « اللهم ربنا ولك الحمد » وفى روايات « اللهم ربنا لك الحمد » وكله فى الصحيح . قال الشافعى والأصحاب : كله جائز . قال الأصمعى : سـألت أبا عمرو عن الواو فى قوله « ربنا ولك الحمد » فقال : هى زائدة ، تقـول العرب : بعنى هذا الثوب : فيقول المخاطب : نعم وهو لك بدرهم فالواو زائدة (قلت) ويحتمل أن تكون عاطفة على محذوف ، أى ربنا أطعناك وحمدناك ولك

الحمد . قال الشافعي والأصحاب : « ولو قال ولك الحمد ربنا » أجزأه لأنه أتى باللفظ والمعنى ، وقد سبق الآن الفرق بينه وبين قوله « أكبر الله » قالوا : ولكن الأفضل قوله «ربنا لك الحمد » على الترتيب الذى وردت به السنة .

قال صاحب الحاوى وغيره : يستحب للامام أن يجهر بقوله سمع الله لمن حمده ليسمع المأمومون ويعلموا انتقاله ، كما يجهر بالتكبير ويسر بقوله : ربنا لك الحمد لأنه يفعله فى الاعتدال فأسر به كالتسبيح فى الركوع والسجود وأما المأموم فيسر بهما كما يسر بالتكبير ، واذا أراد تبليغ غيره انتقال الامام كما يبلغ التكبير جهر بقوله سمع الله لمن حمده ، لأنه المشروع فى حال الارتفاع ولا يجهر بقوله : ربنا لك الحمد لأنه انما يشرع فى حال الاعتدال والله أعلم .

(فرع) ذكر صاحب التتمة فى اشتراط الاعتدال فى صلاة النفل وجهين ، بناء على أن النفل هل يصح مضطجعا مع القدرة على القيام ؟ قال : ووجه السنة أنه اقتصر على الايماء مع القدرة على اكمال الأركان .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى الاعتدال

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه ركن فى الصلاة لا تصح الصلاة الا به ، وبهذا قال أحمد وداود وأكثر العلماء . وقال أبو حنيفة : لايجب ، بل لو انحط من الركوع الى السجود أجزأه . وعن مالك روايتان كالمذهبين ، واحتج لهم بقوله تعالى (اركعوا [1] واسجدوا) واحتج أصحابنا بحديث المسىء صلاته ، والآية الكريمة لا تعارضه ، وبقوله صلى الله عليه وسلم « صلوا كما رأيتمونى أصلى » .

(فرع) فى مذاهب العلماء فيما يقال فى الاعتدال

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه يقول فى حال ارتفاعه : سمع الله لمن حمده ، فاذا استوى قائما قال : ربنا لك الحمد الى آخره ، وأنه يستحب الجمع بين هذين الذكرين للامام والمأموم والمنفرد ، وبهذا قال عطاء وأبو بردة ومحمد بن

---

(1) من الآية ٧٧ من سورة الحج .

سيرين واسحاق وداود ، وقال أبو حنيفة : يقول الامام والمنفرد : سمع الله لمن حمده فقط ، والمأموم ربنا لك الحمد فقط • حكاه ابن المنذر عن ابن مسعود وأبى هريرة والشعبى ومالك وأحمد ، قال : وبه أقول • وقال الثورى والأوزاعى وأبو يوسف ومحمد وأحمد « يجمع الامام الذكرين ويقتصر المأموم على ربنا لك الحمد » واحتج لهم بحديث أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اذا قال الامام : سمع الله لمن حمده فقولوا : ربنا لك الحمد » رواه البخارى ومسلم • وعن أنس عن النبى صلى الله عليه وسلم مثله رواه البخارى ومسلم ورواه مسلم أيضا من رواية أبى موسى •

واحتج أصحابنا بحديث أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان اذا قال : سمع الله لمن حمده قال : اللهم ربنا ولك الحمد » رواه البخارى ومسلم وعن حذيفة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال حين رفع رأسه : « سمع الله لمن حمده ربنا لك الحمد » رواه مسلم ، وقد سبق بطوله فى فصل الركوع ، ومثله فى صحيح البخارى من رواية ابن عمر رضى الله عنهما ، وفى صحيح مسلم من رواية عبد الله بن أبى أوفى وغيره • وثبت فى صحيح البخارى من حديث مالك بن الحويرث رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « صلوا كما رأيتمونى أصلى » فيقتضى هذا مع ما قبله أن كل مصل يجمع بينهما ، ولأنه ذكر يستحب للامام فيستحب لغيره كالتسبيح فى الركوع وغيره ، ولأن الصلاة مبنية على أن لا يفتر عن الذكر فى شىء منها ، فان لم يقل بالذكرين فى الرفع والاعتدال بقى أحد الحالين خاليا عن الذكر •

وأما الجواب عن قوله صلى الله عليه وسلم « واذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد » فقال أصحابنا : فمعناه قولوا : ربنا لك الحمد مع ما قد علمتموه من قول : سمع الله لمن حمده ، وانما خص هذا بالذكر لأنهم كانوا يسمعون جهر النبى صلى الله عليه وسلم بسمع الله لمن حمده ، فان السنة فيه الجهر ، ولا يسمعون قوله : ربنا لك الحمد لأنه يأتى به سرا كما سبق بيانه وكانوا يعلمون قوله صلى الله عليه وسلم « صلوا كما رأيتمونى

أصلى » مع قاعدة التأسى به صلى الله عليه وسلم مطلقا ، وكانوا يوافقون فى سمع الله لمن حمده فلم يحتج الى الأمر به ، ولا يعرفون ربنا لك الحمد فأمروا به ، والله أعلم .

(فرع) ثبت عن رفاعة بن رافع رضى الله عنه قال : « كنا نصلى وراء النبى صلى الله عليه وسلم فلما رفع رأسه من الركعة قال : سمع الله لمن حمده ، فقال رجل وراءه : ربنا لك الحمد حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه ، فلما انصرف قال : من المتكلم ؟ قال : رأيت بضعة وثلاثين ملكا يبتدرونها أيهم يكتبها أول » رواه البخارى ، فيستحب أن يجمع بين هذه الأذكار فيقول فى ارتفاعه سمع الله لمن حمده ، فاذا انتصب قال : « اللهم ربنا لك الحمد حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه ملء السموات وملء الأرض الى قوله : منك الجد » .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ثم يسجد وهو فرض لقوله تعالى (اركعوا واسجدوا (١)) ويستحب ان يبتدىء عند الهوى الى السجود بالتكبيرات لما ذكرناه من حديث ابى هريرة رضى الله تعالى عنه فى الركوع) .

(الشرح) قال الأزهرى : أصل السجود التطامن والميل . وقال الواحدى : أصله الخضوع والتذلل ، وكل من تذلل وخضع فقد سجد ، وسجود كل موات فى القرآن طاعته لما سجد له ، هذا أصله فى اللغة ، وقيل لمن وضع جبهته فى الأرض سجد لأنه غاية الخضوع . والسجود فرض بنص الكتاب والسنة والاجماع ، ويستحب له التكبير للأحاديث السابقة فى فصل الركوع ، وذكرنا هناك اختلاف العلماء ، وأن أحمد أوجب تكبيرات الانتقالات على أصح الروايتين عنه ، وجماعة من السلف لا يشرع ، وذكرنا الدليل على الجميع ، ويستحب مد التكبير من حين يشرع فى الهوى حتى يضع جبهته على الأرض ، هذا هو المذهب وفيه قول ضعيف حكاه الخراسانيون أنه يستحب أن لا يمده ، وقد سبق بيانه فى فصل الركوع .

---

(١) الآية ٧٧ من سورة الحج .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والمستحب ان يضع ركبتيه ثم يديه ثم جبهته وانفه ، لما روى وائل بن حجر رضى الله عنه قال : « كان النبى صلى الله عليه وسلم اذا سجد وضع ركبتيه قبل يديه ، واذا نهض رفع يديه قبل ركبتيه » فان وضع يديه قبل ركبتيه اجزأ الا انه ترك هيئة) .

(الشرح) مذهبنا أنه يستحب أن يقدم فى السجود الركبتين ثم اليدين ، ثم الجبهة والأنف ، قال الترمذى والخطابى : وبهذا قال أكثر العلماء وحكاه أيضا القاضى أبو الطيب عن عامة الفقهاء . وحكاه ابن المنذر عن عمر ابن الخطاب رضى الله عنه ، والنخعى ومسلم بن يسار وسفيان الثورى وأحمد واسحاق وأصحاب الرأى قال : وبه أقول ، وقال الأوزاعى ومالك : يقدم يديه على ركبتيه ، وهى رواية عن أحمد ، وروى عن مالك أنه يقدم أيهما شاء ولا ترجيح .

واحتج لمن قال بتقديم اليدين بأحاديث ولمن قال بعكسه بأحاديث ولا يظهر ترجيح أحد المذهبين من حيث السنة ، ولكنى أذكر الأحاديث الواردة من الجانبين وما قيل عن وائل بن حجر رضى الله عنه قال : « رأيت النبى صلى الله عليه وسلم اذا سجد وضع ركبتيه قبل يديه » رواه أبو داود والترمذى والنسائى وغيرهم قال الترمذى : هو حديث حسن ، وقال الخطابى : هو أثبت من حديث تقديم اليدين ، وهو ارفق بالمصلى وأحسن فى الشكل ورأى العين .

وقال الدارقطنى : قال ابن أبى داود : وضع الركبتين قبل اليدين تفرد به شريك القاضى عن ابن كليب وشريك ليس هو منفردا به ، وقال البيهقى : هذا الحديث يعد من أفراد شريك ، هكذا ذكره البخارى وغيره من الحفاظ المتقدمين ، وزاد أبو داود فى رواية له « واذا نهض نهض على ركبتيه واعتمد على فخذه » وهى زيادة ضعيفة من رواية عبد الجبار بن وائل عن أبيه ولم يسمعه ، وقيل ولد بعده . وعن أنس رضى الله عنه قال « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم كبر » وذكر الحديث وقال فى السجود « سبقت ركبتاه يديه » رواه الدارقطنى والبيهقى وأشار الى تضعيفه . وعن أبى هريرة قال :

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا سجد أحدكم فلا يبرك كما يبرك البعير وليضع يديه قبل ركبتيه [1] » رواه أبو داود والنسائى باسناد جيد ولم يضعفه أبو داود عن عبد الله بن سعيد المقبرى عن جده عن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اذا سجد أحدكم فليبدأ بركبتيه قبل يديه ولا يبرك بروك الجمل » رواه البيهقى وضعفه • وقال : عبد الله بن سعيد ضعيف •

وعن سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه قال : « كنا نضع الركبتين قبل اليدين » رواه ابن خزيمة فى صحيحه ، وادعى أنه ناسخ لتقديم اليدين ، وكذا اعتمده أصحابنا ولكن لا حجة فيه لأنه ضعيف ظاهر التضعيف بين البيهقى وغيره ضعفه وهو من رواية يحيى بن سلمة [2] بن كهيل وهو ضعيف باتفاق الحفاظ ، قال أبو حاتم : هو منكر الحديث ، وقال البخارى : فى حديثه مناكير والله أعلم •

(فـــرع) قال الشافعى فى الأم : أحب أن يبتدىء التكبير قائما وينحط وكأنه ساجد ، ثم انه يكون أول ما يضع على الأرض منه ركبتيه ثم يديه ثم وجهه فان وضع وجهه قبل يديه أو يديه قبل ركبتيه كرهته ولا اعادة عليه ولا سجود سهو قال : وان أخر التكبير عن ذلك يعنى عن الانحطاط وكبر معتدلا أو ترك التكبير كرهت ذلك ، قال الشيخ أبو حامد فى تعليقه : والجبهة والأنف كعضو واحد يقدم أيهما شاء •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويسجد على الجبهة والأنف واليدين والركبتين والقدمين ، وأما السجود على الجبهة فواجب لما روى عبد الله بن عمر رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا سجدت فمكن جبهتك من الأرض ولا تنقره نقراً » • قال فى الأم : فان وضع بعض الجبهة كرهته واجزاه لأنه سجد على

---

(١) الذى رجحه ابن القيم من مجتهدى الحنابلة فى كتابه زاد المعاد وهو كتاب فى فقه السيرة أن هذا الحديث فيه قلب وأن اصله : [وليضع ركبتيه قبل يديه] للجمع بين الروايات وكثرة العاملين بتقديم الركبتين والله أعلم (ط) •

(٢) كان فى ش و ق مسلمة وهو خطأ وهو يروى عن ابيه سلمة بن كهيل وعنه ابنه اسماعيل ضعفه ابن معين وقال أبو حاتم منكر الحديث ليس بالقوى ، وقال النسائى • وليس بثقة ، واما ابوه سلمة فقد وثقه أحمد والعجلى وزاد : فيه تشيع واما ابنه اسماعيل فقد قال الدارقطنى: متروك (ط) •

الجبهة فان سجد على حائل [متصل به] دون الجبهة لم يجزئه ، لما روى خباب بن الأرت رضى الله عنه قال « شكونا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حر الرمضاء فى جباهنا وأكفنا فلم يشكنا » . وأما السجود على الأنف فهو سنة لما روى ابو حميد أن النبى صلى الله عليه وسلم « سجد وأمكن جبهته وانفه من الأرض » فان تركه أجزاه لما روى جابر رضى الله عنه قال « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم سجد باعلى جبهته على قصاص الشعر » واذا سجد باعلى جبهته لم يسجد على الأنف) .

(الشرح) حديث ابن عمر وجابر غريبان ضعيفان ، وقد روى الدارقطنى حديث جابر بلفظه هنا لكنه ضعفه ، وأما حديث خباب فرواه البيهقى بلفظه هنا واسناده جيد ، ورواه مسلم بغير هذا اللفظ فرواه عن زهير عن أبى اسحاق السبيعى عن سعيد بن وهب عن خباب قال « أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فشكونا اليه حر الرمضاء فلم يشكنا » . قال زهير : قلت لأبى اسحاق : أفى الظهر ؟ قال نعم ، قلت فى تعجيلها ؟ قال : نعم » هذا لفظ رواية مسلم ورواه البيهقى من طريق آخر ، وقال : فما أشكانا ، وقال : « اذا زالت الشمس فصلوا » وقد اعترض بعضهم على أصحابنا فى احتجاجهم بهذا الحديث لوجوب كشف الجبهة وقال : هذا ورد فى الابراد وهذا الاعتراض ضعيف لأنهم شكوا حر الرمضاء فى جباههم وأكفهم ، ولو كان الكشف غير واجب لقيل لهم استروها ، فلما لم يقل ذلك دل على أنه لابد من كشفها . وقوله : فلم يشكنا ولم يجبنا الى ما طلبناه ثم نسخ هذا ، وثبتت السنة بالابراد بالظهر ، وأما حديث أبى حميد فرواه أبو داود والترمذى ، وقال : حديث حسن صحيح وقد ثبت السجود على الأنف فى أحاديث كثيرة صحيحة ، وقوله : قصاص الشعر هو بضم القاف وفتحها وكسرها ثلاث لغات حكاهن ابن السكيت وغيره ، وهو أصل منبته من مقدم الرأس .

وأما خباب بن الأرت فكنيته أبو عبد الله شهد بدرا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو من كبار الصحابة والسابقين الى الاسلام نزل الكوفة وتوفى بها سنة سبع وثلاثين وهو ابن ثلاث وسبعين سنة .

(اما حكم المسألة) فالسجود على الجبهة واجب بلا خلاف عندنا ، والأولى أن يسجد عليها كلها ، فان اقتصر على ما يقع عليه الاسم منها أجزأه

مع أنه مكروه كراهة تنزيه ، هذا هو الصواب الذى نص عليه الشافعى فى الأم ، وقطع به جمهور الأصحاب • وحكى ابن كج والدارمى وجها أنه يجب وضع جميعها وهو شاذ ضعيف ، ولو سجد على الجبين وهو الذى فى جانب الجبهة أو على خده أو صدغه أو مقدم رأسه أو على أنفه ولم يضع شيئا من جبهته على الأرض لم يجزئه بلا خلاف ، ونص عليه فى الأم •

والصحيح من الوجهين أنه لا يكفى فى وضع الجبهة الامساس ، بل يجب أن يتحامل على موضع سجوده بثقل رأسه وعنقه حتى تستقر جبهته ، فلو سجد على قطن أو حشيش أو شىء محشو بهما وجب أن يتحامل حتى ينكبس ويظهر أثره على يد ــ لو فرضت تحت ذلك المحشو ــ فان لم يفعل لم يجزئه وقال امام الحرمين : عندى أنه يكفى ارخاء رأسه ولا حاجة الى التحامل كيف فرض محل السجود ، والمذهب الأول ، وبه قطع الشيخ أبو محمد الجوينى وصاحب التتمة والتهذيب •

قال الشافعى والأصحاب : ويجب أن يكشف ما يقع عليه الاسم فيباشر به موضع السجود ، وقد ذكر المصنف دليله ، فان حال دون الجبهة حائل متصل به فان سجد على كفه أو كور عمامته أو طرف كمه أو عمامته وهما يتحركان بحركته فى القيام والقعود أو غيرهما لم تصح صلاته بلا خلاف عندنا لأنه منسوب اليه ، وان سجد على ذيله أو كمه أو طرف عمامته وهو طويل جدا لا يتحرك بحركته فوجهان (الصحيح) أنه تصح صلاته ، وبهذا قطع امام الحرمين والغزالى والرافعى قال امام الحرمين لأن هذا الطرف فى معنى المنفصل (والثانى) لا تصح وبه قطع القاضى حسين فى تعليقه ، كما لو كان على ذلك الطرف نجاسة فانه لا تصح صلاته ، وان كان لا يتحرك بحركته ، وقد سبق الفرق بينهما فى باب طهارن البدن •

أما اذا سجد على ذيل غيره أو طرف عمامة غيره أو على ظهر رجل أو امرأة من غير أن تقع بشرته على بشرتها أو على ظهر غيرهما من الحيوانات الطاهرة كالحمار والشاة وغيرهما أو على ظهر كلب عليه ثوب طاهر بحيث لم يباشر شيئا من النجاسة فيصح سجوده وصلاته فى كل هذه الصور بلا خلاف اذا وجدت هيئة السجود • قال صاحب التتمة : لكنه يكره على الظهر • هذا كله

اذا لم يكن فى ترك المباشرة بالجبهة عذر • فان كان على جبهته جراحة وعصبها بعصابة وسجد على العصابة أجزأه ذلك وصحت صلاته ولا اعادة عليه ، لأنه اذا سقطت الاعادة مع الايماء بالرأس للعذر فهنا أولى • قال صاحب الحاوى والمستظهرى : وفيه وجه يخرج من مسح الجبيرة أن عليه الاعادة ، والمذهب أنه لا اعادة عليه ، وبه قطع الجمهور ، ونص عليه فى الأم • قال الشيخ أبو محمد فى التبصرة : وشرط جواز ذلك أن يكون عليه مشقة شديدة فى ازالة العصابة ، ولو عصب على جبهته عصابة مشقوقة لحاجة أو لغير حاجة وسجد وماس ما بين شقيها شيئا من جبهته الأرض أجزأه ذلك القدر ، وكذا لو سجد وعلى جبهته ثوب مخرق فمس من جبهته الأرض أجزأه ، نص عليه فى الأم واتفقوا عليه ، ويجىء فيه الوجه الذى حكاه ابن كج •

(فـــرع) اذا سجد على كور عمامته أو كمه ونحوهما فقد ذكرنا أن سجوده باطل ، فان تعمده مع علمه بتحريمه بطلت صلاته وان كان ســاهيا لم تبطل ، لكن يجب اعادة السجود ، هكذا صرح به أصحابنا ، منهم أبومحمد فى التبصرة •

(فـــرع) السنة أن يسجد على أنفه مع جبهتــه • قال البنــدنيجى وغيره : يستحب أن يضعهما على الأرض دفعة واحدة لا يقدم أحدهما ، فان اقتصر على أنفه دون شىء من جبهته لم يجزئه بلا خلاف عندنا ، فان اقتصر على الجبهة أجزأه • قال الشافعى فى الأم : كرهت ذلك وأجزأه ، وهذا هو المشهور فى المذهب وبه قطع الجمهور • وحكى صاحب البيان عن الشيخ أبى يزيد المروزى أنه حكى قولا للشافعى أنه يجب السجود على الجبهــة والأنف جميعا • وهذا غريب فى المذهب ، وان كان قويا فى الدليل •

(فـــرع) فى مذاهب العلماء فى وجوب وضع الجبهــة والأنف على الأرض • أما الجبهة فجمهور العلماء على وجوبها وأن الأنف لا يجزى عنها ، وقال : أبو حنيفة : هو مخير بينها وبين الأنف ، وله الاقتصار على أحدهما ، قال ابن المنذر : لا يحفظ هذا عن أحد غير أبى حنيفة • وأما الأنف فمذهبنا أنه لا يجب السجود عليه لكنه يستحب ، وحكاه ابن المنذر عن طاوس وعطاء وعكرمة والحسن وابن سيرين والثورى وأبى يوسف ومحمد بن الحسن

وأبى ثور • وقال سعيد بن جبير والنخعى واسحاق : يجب السجود على الأنف مع الجبهة • وعن مالك وأحمد روايتان كالمذهبين ، واحتج لأبى حنيفة بحديث ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أمرت أن أسجد على سبعة أعظم ، على الجبهة ــ وأشار بيده الى أنفه ــ واليدين والركبتين وأطراف القدمين » رواه البخارى ومسلم ، وبالقياس على الجبهة • واحتج لمن أوجبها بحديث أبى حميد أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان اذا سجد أمكن جبهته وأنفه من الأرض » وهو صحيح كما سبق ، وبحديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « أمرت أن أسجد على سبع : الجبهة والأنف واليدين والركبتين والقدمين » رواه مسلم • وعن عكرمة عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه رأى رجلا يصلى لا يصيب أنفه الأرض فقال : لا صلاة لمن لا يصيب أنفه من الأرض ما يصيب الجبين » •

واحتج أصحابنا فى وجوب الجبهة بحديث ابن عباس وأبى حميد وغيرهما من الأحاديث ، وبحديث خباب المذكور فى الكتاب ، ولأن المقصود بالسجود التذلل والخضوع ولا يقوم الأنف مقام الجبهة فى ذلك ، ولم يثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم الاقتصار على الأنف صريحا لا بفعل ولا بقول ، واحتجوا فى أن الأنف لا يجب بالأحاديث الصحيحة المطلقة فى الأمر بالجبهة من غير ذكر الأنف وفى هذا الاستدلال ضعف لأن روايات الأنف زيادة من ثقة ولا منافاة بينهما وأجاب الأصحاب عن أحاديث الأنف بأنها محمولة على الاستحباب •

وأما حديث عكرمة عن ابن عباس فقال الترمذى ثم أبو بكر بن أبى داود ثم الدارقطنى ثم البيهقى وغيرهم من الحفاظ : الصحيح أنه مرسل عن عكرمة عن النبى صلى الله عليه وسلم ورواه الدارقطنى من رواية عائشة رضى الله عنها عن النبى صلى الله عليه وسلم بمعناه وضعفه من وجهين ، والله أعلم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى السجود على كمه وذيله ويده وكور عمامته وغير ذلك مما هو متصل به ؛ قد ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يصح سجوده على شىء من ذلك وبه قال داود وأحمد فى رواية • وقال مالك وأبو حنيفة والأوزاعى واسحاق وأحمد ــ فى الرواية الأخرى ــ يصح • قال صاحب التهذيب : وبه قال أكثر العلماء • واحتج لهم بحديث أنس رضى الله عنه

قال « كنا نصلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى شدة الحر فاذا لم يستطع أحدنا أن يمكن جبهته من الأرض يبسط ثوبه فيسجد عليه » رواه البخارى ومسلم • وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال : « لقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى يوم مطير وهو يتقى الطين اذا سجد بكساء عليه يجعله دون يديه » رواه ابن حنبل فى مسنده ، وعن الحسن قال : « كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يسجدون وأيديهم فى ثيابهم ويسجد الرجل على عمامته » رواه البيهقى وبما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم « سجد على كور عمامته » وقياسا على باقى الأعضاء •

واحتج أصحابنا بحديث خباب وهو صحيح كما سبق ، وقد سبق بيانه ووجه الدلالة فيه ، وبحديث رفاعة بن رافع أن النبى صلى الله عليه وسلم قال للمسىء صلاته « انه لا يتم صلاة أحدكم حتى يسبغ الوضوء ــ وذكر صفة الصلاة الى أن قال ــ فيمكن وجهه وربما قال جبهته من الأرض ــ وذكر تمام صفة الصلاة ثم قال ــ لا تتم صلاة أحدكم حتى يفعل ذلك » رواه أبو داود والبيهقى باسنادين صحيحين • وفى رواية البيهقى قال (فيمكن جبهته) بلا شك • وبحديث ابن عباس السابق فى الفرع قبله • وأجاب أصحابنا عن حديث أنس أنه محمول على ثوب منفصل ، وأما حديث ابن عباس المذكور فى مسند أحمد فضعيف فى اسناده مجروح [1] ولو صح لم يكن فيه دليل لستر الجبهة ، وأجاب البيهقى والأصحاب عن حديث الحسن أنه محمول على أن الرجل يسجد على العمامة مع بعض الجبهة ، ويدل على هذا أن العلماء مجمعون على أن المختار مباشرة الجبهة للأرض فلا يظن بالصحابة اهمال هذا ، وأما المروى أن النبى صلى الله عليه وسلم « سجد

---

(١) هذا الحديث اخرجه بهذا اللفظ الذى فى الفرع قبله ابو يعلى ايضا وكذا الطبرانى فى الكبير والأوسط ورواه بمعناه ابن ابى شيبة بلفظ : « ان النبى صلى الله عليه وسلم صلى فى ثوب واحد يتقى بفضوله حر الأرض وبردها » . وقال الهيثمى فى مجمع الزوائد : رجال أحمد رجال الصحيح . قلت : وقد ابهم النووى رحمه الله المجروح ولم يعرفه . فيصار الى الاجتهاد مع التسليم بصحة الحديث . واما قول النووى عن البيهقى : انه لم يصح فى السجود على كور العمامة حديث فذلك لانه روى عن جماعة من الصحابة عند أبى نعيم عن ابن عباس ضعف اسناده الحافظ ابن حجر وعن أبن ابى اوفى عند الطبرانى وفيه قائد ابو الوزقاء وهو ضعيف وعن جابر عند ابن عدى وفيه عمرو بن شمر وجابر الجعفى وعند ابن ابى حاتم فى العلل عن أنس وفيه حسان بن سيارة ورواه عبد الرزاق مرسلا أ هـ ملخصا من نيل الأوطار والتلخيص الحبير وشرح مسلم للنووى (ط) •

على كور عمامته » فليس بصحيح ، قال البيهقى فلا يثبت فى هذا شىء ، وأما القياس على باقى الأعضاء أنه لا يختص وضعها على قول وان وجب قفى كشفها مشقة بخلاف الجبهة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وأما السجود على اليدين والركبتين والقدمين ففيه قولان (اشهرهما) انه لا يجب لانه لو وجب لوجب الايماء بها اذا عجز كالجبهة (والثانى) يجب لما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم « أمر أن يسجد على سبعة أعضاء يديه وركبتيه واطراف اصابعه وجبهته » فاذا قلنا : بهذا لم يجب كشف القدمين والركبتين لأن كشف الركبة يفضى الى كشف العورة فتبطل صلاته ، والقدم قد يكون فى الخف فكشفها يبطل المسح والصلاة ، وأما اليد ففيها قولان (المنصوص) فى الكتب أنه لا يجب لأنها لا تكشف الا لحاجة فهى كالقدم ، وقال فى السبق والرمى : قد قيل فيه قول آخر : انه يجب لحديث خباب بن الأرت رضى الله عنه) .

(الشرح) حديث ابن عباس رضى الله عنهما رواه البخارى ومسلم وقوله : قال فى السبق والرمى ، يعنى قال الشافعى فى كتاب السبق والرمى ، وهو كتاب من كتب الأم .

(أما حكم المسالة) ففى وجوب وضع اليدين والركبتين والقدمين قولان مشهوران نص عليهما فى الأم ، قال الشيخ أبو حامد : ونص فى الاملاء أن وضعها مستحب لا واجب واختلف الأصحاب فى الأصح من القولين فقال القاضى أبو الطيب : ظاهر حديث الشافعى أنه لا يجب وضعها ، وهو قول عامة الفقهاء . وقال المصنف والبغوى : هذا هو القول الأشهر وصححه الجرجانى فى التحرير والرويانى فى الحلية والرافعى . وصحح جماعة قول الوجوب ، ومنهم البندنيجى وصاحب العدة والشيخ نصر المقدسى ، وبه قطع الشيخ أبو حامد فى التبصرة ، وهذا هو الأصح وهو الراجح فى الدليل ، فان الحديث صريح فى الأمر بوضعها والأمر للوجوب على المختار ، وهو مذهب الفقهاء والقائل الأول يحمل الحديث على الاستحباب ، ولكن لا نسلم له لأن أصله الوجوب فلا يصرف عنه بغير دليل فالمختار : الصحيح الوجوب ، وقد أشار الشافعى رحمه الله فى الأم الى ترجيحه كما سأذكره قريبا ان شاء الله تعالى .

ثم اختلف أصحابنا فى موضع القولين فقال المصنف والجمهور : فى اليدين والركبتين والقدمين قولان ، ولم يفرقوا بينها ، وقال القاضى حسين : فى وجوب وضع اليدين قولان فان قلنا : لا يجب لم يجب وضع الركبتين والا فقولان (فان قلنا) لا تجب الركبتان فالقدمان أولى والا فقولان ، وذكر امام الحرمين أن المذهب طرد القولين فى الجميع ، وان من الأصحاب من خصهما باليدين وقال : لا تجب الركبتان والقدمان ، وذكر القفال فى شرح التلخيص قول ابن القاص : ان فى الجميع قولين ثم قال القفال : قال أصحابنا : هذا غلط ، ولا يختلف المذهب أن وضع الركبتين وأطراف القدمين واجب وانما اختلف قوله فى وجوب وضع اليدين وهذا الذى نقله القفال عن الأصحاب عجيب غريب وهو غلط بلا شك ، لأن الشافعى نص على القولين فى الأعضاء الستة فى الأم وصرح الأصحاب المتقدمون والمتأخرون بجريان القولين فى الجميع وها أنا أنقل نص الشافعى رحمه الله من الأم بحروفه .

قال فى الأم : « كمال السجود أن يسجد على جبهته وأنفه وراحته وركبتيه وقدميه وان سجد على جبهته دون أنفه كرهت ذلك له وأجزأه ، وان سجد على بعض جبهته دون جميعها كرهت ذلك ، ولم يكن عليه اعادة ، قال : وأحب أن يباشر براحتيه الأرض فى الحر والبرد ، ولا أحب هذا فى ركبتيه ، بل أحب أن يكونا مستترين بالثياب وأحب ان لم يكن الرجل متخففا أن يفضى بقدميه الى الأرض ولا يسجد متنعلا . قال الشافعى : وفى هذا قولان (أحدهما) لمن [يكون] [1] عليه أن يسجد على جميع أعضائه التى أمرته بالسجود عليها [ويكون حكمها غير حكم الوجه فى أن له أن يسجد عليها كلها متغطية فتجزيه لأن اسم السجود يقع عليها وان كانت محولا دونها بشىء] فمن قال بهذا قال : ان ترك [2] عضوا منها لم يوقعه الأرض وهو يقدر على ايقاعه لم يكن [3] ساجدا ، كما اذا ترك جبهته فلم يوقعها الأرض وهو يقدر [على ذلك فلم يسجد] ، وان سجد على ظهر كفيه لم يجزه

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من ش و ق وانظر الفرق بين ما هو فى الام وبين ما هو مطبوع فى الطبعتين السابقتين وعند الله الجزاء (ط) .

(٢) فى نسخة الام طبعة المطبعة الأميرية بمصر : (ان ترك جبهته) والصواب ما اثبته النووى هنا (ط) .

(٣) فى نسخة الام السابقة (فلم يسجد) (ط) .

[لأن السجود على بطونها] وكذا ان سجد على حروفها ، وان ماس الأرض ببعض يديه أصابعهما أو بعضهما أو راحتيه أو بعضهما أو سجد على ما عدا جبهته متغطية أجزأه وهكذا [هذا] فى الركبتين والقدمين • (قال الشافعى) وهذا مذهب يوافق الحديث • (والقول الثانى) أنه اذا سجد على جبهته أو على شيء منها دون ما سواها أجزأه •

هذا نص الشافعى بحروفه نقلته من الأم من نسخة معتمدة مقابلة وفيه فوائد كثيرة فحصل للأصحاب أربع طرق فى اليدين والركبتين والقدمين والصحيح المشهور الذى قطع به الجمهور ونص عليه أن فى وجوب وضع الجميع قولين وهذا الذى حكاه القفال ، وهذه الطرق الثلاثة سوى الأول غلط مخالف للحديث ونص الشافعى وجمهور الأصحاب ، وانما أذكرها لبيان حالها لئلا يغتر بها •

ثم اختلفوا فى صورة المسألة اذا قلنا : لا يجب وضع هذه الأعضاء الستة ، فقال جماعة من أصحابنا المتقدمين والمتأخرين ، منهم المحاملى فى المجموع : اذا قلنا : لا يجب وضعها فمعناه يجوز ترك بعضها على البدل فتارة يترك اليدين أو احداهما وتارة يترك القدمين أو احداهما ، وكذلك الركبتان ولا يتصور ترك الجميع • وقال الشيخ أبو حامد فى تعليقه والبندنيجى : اذا قلنا : لا يجب وضعها فأمكنه أن يسجد على جبهته دونها كلها أجزأه ، وقال صاحب العدة مثله ، قال الرافعى : اذا قلنا : لا يجب وضعها اعتمد ما شاء ورفع ما شاء ، ولا يمكنه أن يسجد مع رفع الجميع هذا هو الغالب والمقطوع به (قلت) ويتصور رفع الجميع فيما اذا صلى على حجرين بينهما حائط قصير فاذا سجد انبطح ببطنه على الحائط ورفع هذه الأعضاء أو اعتمد بوسط ساقه أو بظهر كفه فان ذلك له حكم رفع الكف كما سبق فى نص الشافعى والله أعلم •

قال أصحابنا : فاذا قلنا يجب وضع هذه الأعضاء كفى وضع أدنى جزء من كل عضو منها كما قلنا فى الجبهة ، والاعتبار فى القدمين ببطون الأصابع ، فلو وضع غير ذلك لم يجزئه ، ونقل صاحب البيان عن صاحب الفروع أنه ان سجد على ظاهر قدمه أجزأه والأول أصح ، وبه قطع الرافعى وغيره ،

والاعتبار فى اليدين بباطن الكف سواء فيه باطن الأصابع وباطن الراحة ، فان اقتصر على باطن بعض الراحة أو بعض باطن الأصابع أجزأه ، وان اقتصر على ظاهر الكفين أو حرفهما لم يجزئه ، هكذا نص عليه الشافعى رحمه الله فى الأم كما سبق بيانه ، وهكذا قطع به الجمهور ، منهم الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمتولى • وخالفهم المحاملى فى التجريد فقال : الذى يتعلق به السجود هو الراحتان والصحيح الأول ، وأنه يجزيه بطون الأصابع كما نص عليه الشافعى والجمهور ، لأنه يسمى ساجدا على يديه والله أعلم •

قال الشافعى والأصحاب : واذا أوجبنا وضع هذه الأعضاء لم يجب كشف الركبتين والقدمين ، لكن يستحب كشف القدمين ويلزمه عدم كشف الركبتين ، وقد سبق دليل الجميع ، وفى وجوب كشف اليدين قولان (الصحيح) أنه لا يجب وهو المنصوص فى عامة كتب الشافعى كما ذكره المصنف (والثانى) يجب كشف أدنى جزء من باطن كل كف والله أعلم •

(فرع) لو تعذر وضع أحد الكفين أو أحد القدمين لقطع أو غيره فحكم المسألة كما سبق ولا فرض فى المتعذرة ولا يجب وضع طرف الزند من المقطوعة لأن محل الفرض فات فلا يجب غيره ، كما لو قطعت من فوق المرفق لا يجب غسل العضد •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب ان يجافى مرفقيه عن جنبيه لما روى ابو قتادة رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم « كان اذا سجد جافى عضديه [عن جنبيه] » ويستحب ان يقل بطنه عن فخذيه لما روى البراء بن عازب رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم كان « اذا سجد جخ » وروى « جخى » والجخ الخاوى ، وان كانت امراة ضمت بعضها الى بعض لأن ذلك استر لها) •

(الشرح) حديث البراء رواه النسائى والبيهقى باسناد صحيح ، وفى رواية النسائى (جخى) وفى رواية البيهقى (جخ) وقد ذكر المصنف الروايتين وهو ــ بفتح الجيم وبعدها خاء معجمة مشددة ــ قال الأزهرى : معنى اللفظين واحد والتجخية التخوية ، وقال غيره : معناه جافى ركوعه وسجوده •

قال الشافعى والأصحاب : يسن أن يجافى مرفقيه عن جنبيه ويرفع بطنه عن فخذيه ، وتضم المرأة بعضها الى بعض ، وعن عبد الله ابن بحينة رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان اذا صلى فرج بين يديه حتى يبدو وضح ابطيه من ورائه » رواه مسلم [1] والوضح البياض ، وعن أحمر بن جزء بالزاى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « كان اذا سجد جافى عضديه عن جنبيه حتى نأوى له » رواه أبو داود وابن ماجه باسناد صحيح ، قوله نأوى [2] له بالهمزة . قال الخطابى معناه رق له ورثى له . وفى المسألة أحاديث كثيرة بنحو ما ذكرناه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويفرج بين رجليه لما روى ان ابا حميد وصف صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « اذا سجد فرج بين رجليه » ويوجه أصابعه نحو القبلة لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبى [3] صلى الله عليه وسلم [« كان اذا سجد وضع أصابعه تجاه القبلة » وروى ابو قتادة رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم] « كان يفتخ اصابع رجليه » والفتخ تعويج الأصابع ويضم أصابع يديه ويضعها حذو منكبيه ، لما روى وائل بن حجر رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم « كان اذا سجد ضم أصابعه وجعل يديه حذو منكبيه » ويرفع مرفقيه ويعتمد على راحتيه لما روى البراء بن عازب رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا سجدت فضم يديك وارفع مرفقيك » .

(الشرح) حديث أبى حميد رواه أبو داود والبيهقى من رواية بقية[4] ابن الوليد عن عتبة بن أبى حكيم وهما مختلف فى توثيقهما وجرحهما ولفظه « اذا سجد فرج بين فخذيه » وأما حديث عائشة فغريب ويغنى عنه حديث أبى حميد أن النبى صلى الله عليه وسلم « سجد واستقبل بأطراف أصابع رجليه القبلة » رواه البخارى ، وقد سبق الحديث بطوله فى فصل الركوع ، وسبق فى رواية أبى داود والترمذى قال وفتخ أصابع رجليه والفتخ بالخاء

---

(١) كذا بالأصل وفيه سقط لعله « وفى رواية لمسلم وضع ابطيه الخ » كما يتضح من مراجعة صحيح مسلم أ هـ (ش) .

(٢) فى ش و ق نادى بالدال فى الموضعين وصوابه ما اثبتناه وكذلك هو فى سنن أبى داود .

(٣) ما بين المعقوفين ساقط وفيه رواية عائشة التى اختلط بها رواية أبى قتادة ولم يشر الشارح اليها ولعل السقط فى نسخته لعدم ورود تخريج للحديثين يشفى .

(٤) قال أصحابنا المحدثون : أحاديث بقية ، ليست نقية ، فكن منها على تقية (ط) .

المعجمة ومعناه عطفها الى القبلة • وأما حديث وائل فرواه البيهقى عن وائل قال : « كان النبى صلى الله عليه وسلم اذا ركع فرج أصابعه واذا سجد ضم أصابعه » وفى صحيح مسلم عن وائل « أنه رأى النبى صلى الله عليه وسلم يصلى فلما سجد سجد بين كفيه » •

وأما حديث البراء فرواه مسلم فى صحيحه ولفظه عن البراء قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا سجدت فضع كفيك وارفع مرفقيك » وروى البيهقى باسناده عن البراء قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سجد فوضع يديه بالأرض استقبل بكفيه وأصابعه القبلة » وفى رواية له : « واذا سجد وجه أصابعه قبل القبلة فتفاج » وباسناده عن ابن عمر قال « يكره أن لا يميل بكفيه الى القبلة اذا سجد » وعن أنس رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اعتدلوا فى السجود ولا يبسط أحدكم ذراعيه انبساط الكلب » رواه البخارى ومسلم وعن عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم : « كان ينهى أن يفترش الرجل ذراعيه افتراش السبع » رواه مسلم فى جملة حديث طويل قال الشافعى والأصحاب : يستحب للساجد أن يفرج بين ركبتيه وبين قدميه • قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه : قال أصحابنا : يكون بين قدميه قدر شبر ، والسنة أن ينصب قدميه وأن يكون أصابع رجليه موجهة الى القبلة ، وانما يحصل توجيهها بالتحامل عليها والاعتماد على بطونها • وقال امام الحرمين : ظاهر النص أنه يضع أطراف أصابع رجليه على الأرض فى السجود ، ونقل المزنى أنه يستقبل بها القبلة ، وهذا يتضمن أن يتحامل عليها ويوجه رؤوسها الى القبلة • قال : والذى صححه الأئمة أنه لا يفعل ذلك ، بل يضع أصابع رجليه من غير تحامل عليها • هذا كلام امام الحرمين وتابعه عليه الغزالى فى البسيط ومحمد بن [1] يحيى فى

---

(١) هذا الاسم لم يكن واضحا فى ش و ق حتى أسم الكتاب كان بالخاء المعجمة حتى حررناه وتحققنا انه محمد بن يحيى بن منصور الامام المعظم الشهيد النيسابورى تلميذ الغزالى ولد سنة ٤٧٦ قال ابن السبكى : وخرجت له اربعين حديثا وقعت لنا بالسماع وله تصانيف كثيرة منها المحيط فى شرح الوسيط وهو هذا الذى يذكره النووى وفى ترجمة محمد بن الموفق الخبوشانى انه كان يستحضر كتاب شيخه محمد بن يحيى المحيط عندما عدم الكتاب فاملاه من خاطره وله كتاب (تحقيق المحيط) فى ستة عشر مجلدا •

اما محمد بن يحيى فقد قتله الغز فمات شهيدا ، قيل انهم دسوا فى فيه التراب حتى مات وذلك لما خرجوا على السلطان الكبير اعظم ملوك السلجوقية سنجر بن ملكشاه السلجوقى ، =

المحيط ، وهو شاذ مردود مخالف للأحاديث الصحيحة السابقة ولنص الشافعي ولما قطع به الأصحاب أنه يستقبل بأطراف أصابع رجليه القبلة . والسنة أن يضم أصابع يديه ويبسطها الى جهة القبلة ويضع كفيه حذو منكبيه ويعتمد على راحتيه ويرفع ذراعيه ، ويكره بسطهما وافتراشهما ، وقد سبق دليل ذلك كله .

(فرع) قال صاحب التتمة : اذا كان يصلي وحده وطول السجود ولحقه مشقة بالاعتماد على كفيه وضع ساعديه على ركبتيه ، لحديث سمي [1] عن أبي صالح عن أبي هريرة قال : شكا أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم مشقة السجود عليهم فقال : « استعينوا بالركب » رواه أبو داود والترمذي والبيهقي ، وروى مرسلا عن سمي عن النعمان بن أبي [2] عياش تابعي قال : « شكا أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكره » قال البيهقي ، قال البخاري : ارساله أصح من وصله وقال الترمذي : كأن رواية الارسال أصح .

قال المصنف رحمه الله تعالى

ويجب ان يطمئن في سجوده لما رويناه من حديث رفاعة [بن مالك] ثم يسجد حتى يطمئن ساجدا .

(الشرح) حديث رفاعة صحيح والطمأنينة واجبة في السجود عندنا

= وفعلوا المظالم ، واقتحموا الجرائم ، وكانت واقعتهم من أعظم الوقائع وأغربها ، وقتل فيها امم لا يحصيهم الا الله سبحانه الذي خلقهم وقد قال علي بن أبي القاسم البيهقي يرثيه :

يا سافكا دم عالم متبحر ... قد طار في اقصى الممالك صيته
بالله قل لي يا ظلوم ولا تخف ... من كان يحيي الدين كيف تميته

وقال آخر :

رفات الدين والاسلام تحيي ... بمحيي الدين مولانا ابن يحيي
كأن الله رب العرش يلقي ... عليه حين يلقى الدرس وحيا

وله نظر في بعض المسائل في المعاملات سنشير اليها ان شاء الله (ط) .

(١) سمي بالتصغير هو مولى أبي بكر بن عبد الرحمن المخزومي أبو عبد الله المدني من مولاه ومن ابن المسيب وعنه سهيل بن أبي صالح وعبد الله بن عمرو ومالك وهو موثق (ط) .

(٢) النعمان بن أبي عياش الزرقي أبو سلمة المدني عن أبي سعيد وجابر وثقه ابن معين ولنا بحث في الجرح والتعديل عقدنا فيه لابن معين فصلا فيما انفرد به من التوثيق من سلسلة كتبنا في مجلة الازهر راجع عدد صفر سنة ١٣٩٢ (ط) .

وعند الجمهور ، وقد تقدم خلاف أبى حنيفة والدليل عليه فى فصل الركوع ، وتقدم هناك بيان حد الطمأنينة وما يتعلق به •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والمستحب ان يقول : سبحان ربى الأعلى ثلاثا ، وذلك ادنى الكمال لما روى عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا سجد أحدكم فقال فى سجوده : سبحان ربى الأعلى ثلاثا فقد تم سجوده ، وذلك ادناه » والأفضل ان يضيف اليه (اللهم لك سجدت وبك آمنت ولك اسلمت سجد وجهى للذى خلقه وصوره وشق سمعه وبصره ، تبارك الله احسن الخالقين) لما روى على كرم الله وجهه قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سجد قال ذلك » وان قال فى سجوده سبوح قدوس رب الملائكة والروح فهو حسن لما روت عائشة رضى الله عنها قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ذلك فى سجوده » قال الشافعى رحمه الله : ويجتهد فى الدعاء رجاء الاجابة لما روى ابو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اقرب ما يكون العبد من ربه وهو ساجد فاكثروا الدعاء » ويكره ان يقرا فى الركوع والسجود ، لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم « اما انى نهيت ان أقرأ راكعا أو ساجدا ، اما الركوع فعظموا فيه الرب ؛ واما السجود فاجتهدوا فيه من الدعاء فقمن ان يستجاب لكم ») •

(الشرح) حديث ابن مسعود ضعيف فانه تمام الحديث السابق فى الركوع « اذا قال أحدكم فى ركوعه : سبحان ربى العظيم ثلاثا فقد تم ركوعه وذلك أدناه ، واذا قال أحدكم فى سجوده : سبحان ربى الأعلى ثلاثا فقد تم سجوده وذلك أدناه » رواه أبو داود والترمذى وآخرون واتفقوا على تضعيفه ، وسبق فى فصل الركوع بيان تضعيفه وبيان معنى « تم ركوعه وذلك أدناه » وأما حديث على وحديث عائشة وحديث أبى هريرة وحديث « أما انى نهيت أن أقرأ راكعا » الى آخره فرواها كلها مسلم بلفظها هنا ، وحديث « أما انى نهيت » من رواية ابن عباس رضى الله عنهما •

وأما شرح ألفاظها فتقدم فى فصل الركوع بيان حقيقة التسبيح •

وقوله « وشق سمعه وبصره » استدل به من يقول الأذن من الوجه ، وقد سبق الجواب عنه فى صفة الوضوء ، ومعنى شق سمعه وبصره ، أى منفذهما ، وقوله « تبارك الله أحسن الخالقين » أى تعالى ، والبركة النماء والعلو ، حكاه الأزهرى عن ثعلب • وقال ابن الأنبارى : تبرك العباد بتوحيده

وذكر اسمه ، وقال ابن فارس : معناه ثبت الخير عنده ، وقيل تعظم وتمجد قاله الخليل ، وهو بمعنى تعظيم وقيل استحق التعظيم ، وقوله : (أحسن الخالقين) أى المصورين والمقدرين .

وقوله : « سبوح قدوس » بضم أولهما ويفتح لغتان مشهورتان أفصحهما وأكثرهما الضم ، قال أهل اللغة : هما صفتان لله تعالى : وقال ابن فارس والترمذى : اسمان لله تعالى وتقديره ومعناه : مسبح مقدس رب الملائكة والروح عز وجل ، ومعناه المبرأ من كل نقص ومن الشريك ومن كل ما لا يليق بالالهية ، والرواية هكذا : سبوح قدوس بالرفع . قال القاضى عياض : وقيل سبوحا قدوسا بالنصب أى أسبح سبوحا أو أعظم أو أذكر أو أعبد .

وقوله : « رب الملائكة والروح » قيل الروح جبريل وقيل : ملك عظيم أعظم الملائكة خلقا ، وقيل : أشرف الملائكة ، وقيل : خلق كالناس ليسوا بناس ، وقيل غير ذلك . وقوله صلى الله عليه وسلم « فقمن » هو بفتح الميم وكسرها لغتان مشهورتان ، ويقال فى اللغة أيضا قمين ومعناه حقيق ، وقد بسطت هذه الألفاظ أكمل بسط فى تهذيب اللغات .

(**اما حكم المسالة**) فقال الشافعى والأصحاب رحمهم الله : يسن التسبيح فى السجود ، والاجتهاد فى الدعاء أن يقول « اللهم لك سجدت وبك آمنت » الى آخر حديث على رضى الله عنه ، وأدنى السنة التسبيح وما فى حديث على وسبوح قدوس والدعاء . قال القاضى حسين وغيره : فان أراد الاقتصار فعلى التسبيح أولى ، وقد سبق هذا وما يتعلق به فى فصل الركوع ، وكل ذلك يعود هنا ، وسبق هناك أذكار الركوع والسجود جميعا . ومما لم يسبق حديث أبى هريرة رضى الله عنه : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقول فى سجوده : اللهم اغفر لى ذنبى كله ، دقة وجله ، أوله وآخره وعلانيته وسره » رواه مسلم . وعن عائشة رضى الله عنها قالت « فقدت رسول الله صلى الله عليه وسلم فالتمسته فوقعت يدى على بطن قدميه فى المسجد وهما منصوبتان وهو يقول : اللهم انى أعوذ برضاك من سخطك ، ومعافاتك من عقوبتك وبك منك لا أحصى ثناء عليك أنت كما أثنيت على نفسك » رواه مسلم . قال صاحب الحاوى وغيره : يستحب أن يجمع هذا

كله ، قال أصحابنا : ولا يزيد الامام على ثلاث تسبيحات الا أن يرضى القوم المحصورون ، وفيه كلام ذكرته فى ذكر الركوع عن نص الشافعى قال الشافعى فى الأم : ويجتهد فى الدعاء ما لم يكن اماما فيثقل على من خلفه ، أو مأموما فيخالف امامه • قال : والرجل والمرأة فى الذكر سواء • ونقل الشيخ أبو حامد هذا النص عن الأم ، ونقل عن نصه فى الاملاء أنه لا يدعو لئلا يثقل على المأمومين • قال أبو حامد : النصان متقاربان فى المعنى ، يعنى أنه يدعو بحيث لا يطول عليهم ، واتفقوا على كراهة قراءة القرآن فى الركوع والسجود وغير حالة القيام للحديث ، فلو قرأ غير الفاتحة لم تبطل وفى الفاتحة خلاف سبق فى فصل الركوع وسنوضحه فى باب سجود السهو ان شاء الله تعالى • وقد سبق فى فصل الركوع بيان مذاهب العلماء فى حكم التسبيح والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان اراد ان يسجد فوقع على الأرض ثم انقلب فاصابت جبهته الأرض ، فان نوى السجود حال الانقلاب اجزاه كما لو اغتسل للتبرد [والتنظيف] ونوى رفع الحدث ، وان لم ينوه لم يجزئه كما لو توضا للتبرد ولم ينو رفع الحدث) •

(الشرح) قال أصحابنا : يشترط لصحة السجود أن لا يقصد بهويه اليه غيره ولو سقط الى الأرض من الاعتدال قبل قصد الهوى لم يحسب ذلك السجود ، بل عليه أن يعود الى الاعتدال ويسجد منه ، لأنه لابد من نية أو فعل ولم يوجد واحد منهما ، ولو هوى ليسجد فسقط على الأرض بجبهته نظر ان وضع جبهته على الأرض بنية الاعتماد لم يحسب عن السجود ، وان لم يحدث هذه النية حسب سواء قصد أم لم يقصد شيئا ، نص الشافعى على هذا التفصيل فى الأم • واتفق الأصحاب عليه ، وممن نقل الاتفاق عليه امام الحرمين • ولو هوى ليسجد فسقط على جنبه فانقلب وأتى بصورة السجود فان قصد السجود اعتد به • نص عليه فى الأم واتفق عليه الأصحاب ، وان قصد الاستقامة وقصد أيضا صرفه عن السجود لم يحسب له بلا خلاف ، نص عليه فى الأم واتفقوا عليه •

قال امام الحرمين وغيره : وتبطل صلاته لأنه زاد فعلا لا يزاد مثله فى

الصلاة • وان قصد الاستقامة ولم يقصد صرفه عن السجود بل غفل عنه لم يجزئه على الصحيح المنصوص فى الأم ، وبه قطع الأكثرون وفيه وجه حكاه امام الحرمين فخرج من الخلاف فى مسألة نية التبرد فى الوضوء اذا عرضت فى أثنائها الغفلة عن نية الحدث ، لكن لا تبطل صلاته ، بل يكفيه أن يعتدل جالسا ، ثم يسجد ولا يجوز أن يقوم ليسجد من قيام فلو قام كان زائدا قياما متعمدا ، فتبطل صلاته ان علم تحريمه ، ولكن لامام الحرمين احتمال لنفسه يلزمه القيام ليسجد منه واستضعفه ، وقال : الأظهر أنه لا يقوم ، وان لم يقصد السجود ولا الاستقامة أجزأه ذلك عن السجود بلا خلاف ، ونقل امام الحرمين الاتفاق عليه •

(فرع) فى مسائل تتعلق بالسجود

(احداها [1]) : قال أصحابنا الخراسانيون : التنكس فى السجود شرط لصحته قالوا وللساجد ثلاثة أحوال (احداها) أن تكون أسافله أعلى من أعاليه فتكون عجيزته مرتفعة عن رأسه ومنكبيه • فهذه هيئة التنكس المطلوبة ، ومتى كان المكان مستويا فحصولها هين ، ولو كان موضع الرأس مرتفعا قليلا فقد رفع أسافله ، وتحصل هذه الهيئة أيضا وتصح صلاته بلا شك •

(الثانية) أن تكون أعاليه أرفع من أسافله بأن يضع رأسه على ارتفاع فيصير رأسه أعلا من حقويه فلا يجزئه لعدم اسم السجود كما لو أكب على وجهه ومد رجليه ، فانه لا يجزيه بلا شك • قال صاحب التتمة : الا أن تكون به علة لا يمكنه السجود الا هكذا فيجزئه •

(الثالثة) أن يستوى أعاليه وأسافله لارتفاع موضع الجبهة وعدم رفعه الأسافل أو لغير ذلك ففى صحة صلاته وجهان (الصحيح) أنها لا تصح لفوات الهيئة المطلوبة وبهذا قطع الغزالى فى الوجيز والبغوى • ودليل وجوب أصل التنكس أنه ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « صلوا كما رأيتمونى أصلى » ومعلوم أنه صلى الله عليه وسلم كان ينكس ، وعن أبى

---

(١) الواضح ان الثانية والثالثة هى احوال وليست من المسائل ولعل كلمة احداها زائدة من المطلوب اذ لا ثانى لها (ط) •

اسحاق السبيعى قال « وصف لنا البراء بن عازب رضى الله عنهما ــ يعنى السجود ــ فوضع يديه واعتمد على ركبتيه ورفع عجيزته وقال : هكذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يسجد » رواه أبو داود والنسائى والبيهقى وأبو حاتم باسناد حسن ، وهذا مع قوله صلى الله عليه وسلم « صلوا كما رأيتمونى أصلى » يقتضى وجوبه والله أعلم .

ولو تعذر التنكس لمرض أو لغيره فهل يجب وضع وسادة ونحوها ليضع الجبهة على شىء ؟ فيه وجهان حكاهما امام الحرمين والغزالى ومن تابعهما (أظهرهما) عند الغزالى الوجوب لأنه يجب التنكس ووضع الجبهة على شىء ، فاذا تعذر أحدهما لزمه الآخر (وأصحهما) عند غيره لا يجب ، بل يكفيه الخفض المذكور قال الرافعى : هذا أشبه بكلام الأكثرين لأن هيئة السجود متعذرة فيكفيه الخفض الممكن قال : ولا خلاف أنه لو عجز عن وضع الجبهة على الأرض وأمكنه وضعها على وسادة مع التنكيس لزمه ذلك.

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ثم يرفع راسه [ويكبر] لما رويناه من حديث ابى هريرة رضى الله عنه فى الركوع ثم يجلس مفترشا ، يفرش رجله اليسرى ويجلس عليها وينصب اليمنى ، لما يروى أن ابا حميد الساعدى وصف صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « ثم ثنى رجله اليسرى وقعد عليها واعتدل حتى يرجع كل عظم الى موضعه » ويكره الاقعاء فى الجلوس ، وهو ان يضع اليتيه على عقبيه كانه قاعد عليها ، وقيل : هو ان يجعل يديه فى الأرض ويقعد على اطراف اصابعه ، لما روى ابو هريرة رضى الله عنه قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الاقعاء [اى يقعى (١)] اقعاء القردة » ويجب ان يطمئن فى جلوسه لقوله صلى الله عليه وسلم [للمسىء صلاته] « ثم ارفع حتى تطمئن جالسا » ويستحب أن يقول فى جلوسه . اللهم اغفر لى [واجبرنى] وعافنى وارزقنى واهدنى لما روى ابن عباس ان النبى صلى الله عليه وسلم « كان يقول بين السجدتين ذلك ») .

(**الشرح**) حديث أبى هريرة فى التكبير صحيح سبق بيانه فى فصل الركوع وسبق هناك أحاديث كثيرة صحيحة فيه ، وحديث أبى حميد صحيح وسبق بيانه فى فصل الركوع ، وهذا لفظ رواية أبى داود والترمذى . وأما

---

(١) كل ما بين المعقوفين فيما سبق ليس فى ش و ق (ط) .

حديث الاقعاء فرواه البيهقى باسناد ضعيف ، وروى النهى عن الاقعاء جماعة من الصحابة عن النبى صلى الله عليه وسلم منهم على بن أبى طالب وأنس وسمرة بن جندب رواها كلها البيهقى بأسانيد ضعيفة ، وروى الترمذى حديث على باسناد ضعيف وضعفه ، والحاصل أنه ليس فى النهى عن الاقعاء حديث صحيح وأما حديث « ارفع حتى تطمئن جالسا » فرواه البخارى ومسلم من رواية أبى هريرة ورواه أبو داود والترمذى وغيرهما بالأسانيد الصحيحة من رواية رفاعة بن رافع ، وقد سبق بيانه مرات • وأما حديث ابن عباس فرواه أبو داود والترمذى وغيرهما باسناد جيد ، ورواه الحاكم فى المستدرك وقال : صحيح الاسناد ، ولفظ أبى داود « اللهم اغفر لى وارحمنى وعافنى واهدنى وارزقنى » ولفظ الترمذى مثله لكنه ذكر « وأجرنى وعافنى » وفى رواية ابن ماجه (وارفعنى) بدل (واهدنى) وفى رواية البيهقى « رب اغفر لى وارحمنى وأجرنى وارفعنى وارزقنى واهدنى » فالاحتياط والاختيار أن يجمع بين الروايات ويأتى بجميع ألفاظها وهى سبعة « اللهم اغفر لى وارحمنى وعافنى وأجرنى وارفعنى واهدنى وارزقنى » وقوله : يفرش هو بفتح الياء وضم الراء على المشهور ، وحكى كسر الراء •

(اما احكام الفصل) فالجلوس بين السجدتين فرض والطمأنينة فيه فرض للحديث وقد سبق بيان حد الطمأنينة فى فصل الركوع ، ويشترط أن لا يقصد بالرفع شيئا آخر كما ذكرنا فى الرفع من الركوع ، وينبغى أن لا يطوله طولا فاحشا فان طوله ففى بطلان صلاته خلاف ، وتفصيل يأتى فى باب سجود السهو ان شاء الله تعالى ، والسنة أن يكبر لجلوسه ويبتدىء التكبير من حين يبتدىء رفع الرأس ويمده الى أن يستوى جالسا فيكون مده أقل من مد تكبيرة الهوى من الاعتدال الى السجود لأن الفصل هنا قليل ، وقد سبق حكاية قول أنه لا يمد شيئا من التكبيرات أوضحته فى فصل الركوع •

والسنة أن يجلس مفترشا يفرش رجله اليسرى ويجلس على كعبها وينصب اليمنى هذا هو المشهور ، وحكى صاحب الشامل وآخرون قولا أنه يضجع قدميه ويجلس على صدرهما ، وسنذكر ان شاء الله تعالى نص الشافعى فى البويطى والاملاء على صفة هذا الجلوس عند تفسير الاقعاء ، ويستحب أن

يضع يديه على فخذيه قريبا من ركبتيه منشورتى الأصابع وموجهة الى القبلة، ولو انقطعت أطراف أعلى الركبتين فلا بأس • كذا قاله امام الحرمين وغيره • قال امام الحرمين وغيره : ولو تركهما على الأرض من جانبى فخذيه كان كارسالهما فى القيام يعنى يكون تاركا للسنة ، وهل يستحب أن تكون أصابعه مضمومة كما فى السجود أو مفرقة ؟ فيه وجهان (أصحهما) مضمومة لتتوجه الى القبلة ، وسنوضحها فى فصل التشهد ان شاء الله تعالى •

ويستحب الدعاء المذكور ، والمختار الأحوط أن يأتى بالكلمات السبع كما سبق بيانه ، قال صاحب التتمة : ولا يتعين هذا الدعاء بل أى دعاء دعا به حصلت السنة ، ولكن هذا الذى فى الحديث أفضل •

(واعلم) أن هـذا الدعاء مستحب باتفـاق الأصحاب • قال الشيخ أبو حامد : لم يذكره الشافعى فى هذا الموضع فى شىء من كتبه ، ولم ينفه قال وهو سنة للحديث المذكور •

(فرع) فى الاقعـــاء

قد ذكرنا أن الأحاديث الواردة فى النهى عنه مع كثرتها ليس فيهـا شىء ثابت وبينا رواتها ، وثبت عن طاوس قال « قلنا لابن عباس فى الاقعـاء على القدمين قال : هى السنة فقلنا : انا لنراه جفاء بالرجل قال : بل هى سنة نبيك صلى الله عليه وسلم » رواه مسلم فى صحيحه • وفى رواية للبيهقى عن ابن عباس رضى الله عنهمـا قال « من سنة الصـلاة أن تمس أليتاك عقبيك بين السجدتين » • وذكر البيهقى حديث ابن عباس هذا ثم روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه كان اذا رفع رأسه من السجدة الأولى يقعد على أطراف أصابعه ويقول : انه من السنة ثم روى عن ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم أنهما كانا يقعيان ثم روى عن طاوس أنه كان يقعى وقال : رأيت العبادلة يفعلون ذلك : عبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس وعبد الله بن الزبير رضى الله عنهم •

قال البيهقى : فهذا الاقعاء المرضى فيه والمسنون على ما روينا عن ابن عباس وابن عمر هو أن يضع أطراف أصابع رجليه على الأرض ويضع أليتيه على عقبيه ويضع ركبتيه على الأرض ، ثم روى الأحاديث الواردة فى النهى

عن الاقعاء بأسانيدها عن الصحابة الذين ذكرناهم . ثم ضعفها كلهـا وبين ضعفها وقال : حديث ابن عباس وابن عمر صحيح ، ثم روى عن أبى عبيد أنه حكى عن شيخه أبى عبيدة أنه قال : الاقعـاء أن يلصق أليتيه بالأرض وينصب ساقيه ويضع يديه بالأرض قال : وقال فى موضع آخر : الاقعـاء جلوس الانسان على أليتيه ناصبا فخذيه مثل اقعـاء الكلب والسبع ، قال البيهقى : وهذا النوع من الاقعاء غير ما رويناه عن ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم ، فهذا منهى عنه ، وما رويناه عن ابن عباس وابن عمر مسنون قال : وأما حديث عائشة رضى الله عنها عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه « كان ينهى عن عقب الشيطان » فيحتمل أن يكون واردا فى الجلوس للتشهد الأخير فلا يكون منافيا لما رواه ابن عباس وابن عمر فى الجلوس بين السجدتين .

هذا آخر كلام البيهقى رحمه الله ولقد أحسن وأجاد وأتقن وأفاد وأوضح ايضاحا شافيا وحرر تحريرا وافيا رحمه الله وأجزل مثوبته ، وقد تابعه على هذا الامام المحقق أبو عمرو بن الصلاح فقال بعد أن ذكر حديث النهى عن الاقعاء : هذا الاقعاء محمول على أن يضع أليتيه على الأرض وينصب ساقيه ويضع يديه على الأرض ، وهذا الاقعاء غير ما صح عن ابن عباس وابن عمر أنه سنة ، فذلك الاقعاء أن يضع أليتيه على عقبيه قاعدا عليها وعلى أطراف أصابع رجليه ، وقد استحبه الشافعى فى الجلوس بين السجدتين فى الاملاء والبويطى . قال : وقد خبط فى الاقعاء من المصنفين من [1] يعلم أنه نوعان كما ذكرنا . قال : وفيه فى المهذب تخليط : هذا آخر كلام أبى عمرو رحمه الله ، وهذا الذى حكاه عن البويطى والاملاء من نص الشافعى قد حكاه عنهما البيهقى فى كتابه معرفة السنن والآثار . وأما كلام الخطابى فلم يحصل له ما حصل للبيهقى ، وخالف فى هذا الحديث عادته فى حل المشكلات ، والجمع بين الأحاديث المختلفة ، بل ذكر حديث ابن عباس ثم قال : وأكثر الأحاديث على النهى عن الاقعاء وأنه عقب الشيطان .

وقد ثبت من حديث أبى حميد ووائل بن حجر أن النبى صلى الله عليه وسلم « قعد بين السجدتين مفترشا قدمه اليسرى » . قال : ورويت كراهة

(١) كذا ولعله (من لا يعلم) والله اعلم (ط) .

الاقعاء عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم ، وكرهه النخعى ومالك والشافعى وأحمد واسحاق وأهل الرأى وعامة أهل العلم • قال : والاقعاء أن يضع أليتيه على عقبيه ويقعد مستوفزا غير مطمئن الى الأرض ، وهذا اقعاء الكلاب والسباع • قال أحمد بن حنبل : وأهل مكة يستعملون الاقعاء• قال الخطابى : ويشبه أن يكون حديث ابن عباس منسوخا والعمل على الأحاديث الثابتة فى صفة صلاة النبى صلى الله عليه وسلم • هذا آخر كلام الخطابى ، وهو فاسد من أوجه ، منها أنه اعتمد على أحاديث النهى فيه ، وادعى أيضا نسخ حديث ابن عباس ، والنسخ لا يصار اليه الا اذا تعذر الجمع بين الأحاديث وعلمنا التاريخ ، ولم يتعذر هنا الجمع بل أمكن كما ذكره البيهقى ، ولم يعلم أيضا التاريخ ، وجعل أيضا الاقعاء نوعا واحدا وانما هو نوعان • فالصواب الذى لا يجوز غيره أن الاقعاء نوعان كما ذكره البيهقى وأبو عمرو (أحدهما) مكروه (والثانى) جائز أو سنة •

وأما الجمع بين حديثى ابن عباس وابن عمر وأحاديث أبى حميد ووائل وغيرهما فى صفة صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ووصفهم الافتراش على قدمه اليسرى فهو أن النبى صلى الله عليه وسلم كانت له فى الصلاة أحوال ، حال يفعل فيها هذا وحال يفعل فيها ذاك ، كما كانت له أحوال فى تطويل القراءة وتخفيفها وغير ذلك من أنواعها ، وكما توضأ مرة مرة ومرتين مرتين وثلاثا ثلاثا ، وكما طاف راكبا وطاف ماشيا ، وكما أوتر أول الليل وآخره وأوسطه وانتهى وتره الى السحر ، وغير ذلك كما هو معلوم من أحواله صلى الله عليه وسلم وكان يفعل العبادة على نوعين أو أنواع ليبين الرخصة والجواز بمرة أو مرات قليلة ، ويواظب على الأفضل بينهما على أنه المختار والأولى •

فالحاصل أن الاقعاء الذى رواه ابن عباس وابن عمر فعله النبى صلى الله عليه وسلم على التفسير المختار الذى ذكره البيهقى ، وفعل صلى الله عليه وسلم ما رواه أبو حميد وموافقوه من جهة الافتراش ، وكلاهما سنة لكن احدى السنتين أكثر وأشهر ، وهى رواية أبى حميد لأنه رواها وصدقه عشرة من الصحابة كما سبق ، ورواها وائل بن حجر وغيره ، وهذا يدل على مواظبته صلى الله عليه وسلم عليها وشهرتها عندهم ، فهى أفضل وأرجح ، مع أن

الاقعاء سنة أيضا ، فهذا ما يسر الله الكريم من تحقيق أمر الاقعاء وهو من المهمات لتكرر الحاجة اليه فى كل يوم مع تكرره فى كتب الحديث والفقه واستشكال أكثر الناس له من كل الطوائف ، وقد من الله الكريم باتقانه ولله الحمد على جميع نعمه •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى الجلوس بين السجدتين والطمأنينة فيه مذهبنا أنهما واجبان لا تصح الصلاة الا بهما ، وبه قال جمهور العلماء ، وقال أبو حنيفة : لا تجب الطمأنينة ولا الجلوس ، بل يكفى أن يرفع رأسه عن الأرض أدنى رفع ولو كحد السيف وعنه وعن مالك أنهما قالا : يجب أن يرتفع بحيث يكون الى القعود أقرب منه ، وليس لهما دليل يصح التمسك به • ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « ثم ارفع حتى تطمئن جالسا » رواه البخارى من رواية أبى هريرة ورواه أبو داود والترمذى من حديث رفاعة بن رافع ، وقد سبق بيان هذا وغيره من الأدلة فى مسألة وجوب الاعتدال عن الركوع •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ثم يسجد سجدة اخرى مثل الأولى)

(الشرح) قال القاضى أبو الطيب : أجمع المسلمون على وجوب السجدة الثانية ودليله الأحاديث الصحيحة المشهورة والاجماع • قال أصحابنا : وصفة السجدة الثانية صفة الأولى فى كل شىء ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ثم يرفع راسه مكبرا لما ذكرناه من حديث أبى هريرة رضى الله عنه فى الركوع • قال الشافعى : فاذا استوى قاعدا نهض • وقال فى الأم : « يقوم من السجدة » فمن اصحابنا من قال : المسألة على قولين (أحدهما) لا يجلس لما روى وائل بن حجر أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان اذا رفع رأسه من السجدة استوى قائما بتكبيرة » (والثانى) يجلس لما روى مالك بن الحويرث أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان اذا كان فى الركعة الأولى والثالثة لم ينهض حتى يستوى قاعدا » وقال أبو اسحاق : أن كان ضعيفا جلس لأنه يحتاج الى الاستراحة ، وان كان قويا لم يجلس لأنه لا يحتاج الى الاستراحة ، وحمل القولين على هذين الحالين فان قلنا : يجلس جلس مفترشا لما روى أبو حميد ان

النبى صلى الله عليه وسلم « ثنى رجله فقعد عليها حتى يرجع كل عظم الى موضعه ثم نهض » ويستحب ان يعتمد على يديه فى القيام لما روى مالك بن الحويرث أن النبى صلى الله عليه وسلم « استوى قاعدا ثم قام واعتمد [على] الأرض بيديه » قال الشافعى : لأن هذا اشبه بالتواضع واعون للمصلى ويمد التكبير الى أن يقوم حتى لا يخلو [فعل] من ذكر) .

(الشرح) حديث أبى هريرة صحيح سبق بيانه مرات ، وحديث وائل غريب وحديث مالك بن الحويرث رواه البخارى فى مواضع من صحيحه ، وحديث أبى حميد صحيح رواه أبو داود والترمذى ، وسبق بيانه بطوله فى فصل الركوع . وحديث مالك بن الحويرث الأخير صحيح أيضا رواه البخارى بمعناه ، وسأذكره بلفظه فى فرع مذاهب العلماء ان شاء الله تعالى ، وكل هؤلاء الرواة سبق ذكرهم وبيان أحوالهم الا مالك بن الحويرث ، وهو أبو سليمان مالك بن الحويرث ، ويقال : ابن الحارث الليثى رضى الله عنه ، توفى بالبصرة سنة أربع وتسعين فيما قيل . وقوله : قال الشافعى : « فاذا استوى قاعدا نهض » يعنى قال هذا فى مختصر المزنى .

(اما حكم الفصل) فيسن التكبير اذا رفع رأسه من السجدة الثانية ، فان كانت السجدة يعقبها تشهد مده حتى يجلس ، وان كانت لا يعقبها تشهد فهل تسن جلسة الاستراحة ؟ فيها النصان اللذان ذكرهما المصنف عن الشافعى ، وللأصحاب فيها ثلاثة طرق .

(أحدها) وهو قول أبى اسحاق المروزى : هما محمولان على حالين فان كان المصلى ضعيفا لمرض أو كبر أو غيرهما استحب والا فلا .

(الطريق الثانى) القطع بأنها تستحب لكل أحد ، وبهذا قطع الشيخ أبو حامد فى تعليقه والبندنيجى والمحاملى فى المقنع والفورانى فى الابانة وامام الحرمين والغزالى فى كتبه وصاحب العدة وآخرون . ونقل الشيخ أبو حامد اتفاق الأصحاب عليه .

(الطريق الثالث) فيه قولان أحدهما يستحب (والثانى) لا يستحب ، وهذا الطريق أشهر ، واتفق القائلون به على أن الصحيح من القولين استحبابها ، فحصل من هذا أن الصحيح فى المذهب استحبابها . وهذا هو

الصواب الذى ثبتت فيه الأحاديث الصحيحة التى سنذكرها ان شاء الله تعالى فى فرع مذاهب العلماء ، فاذا قلنا لا تسن جلسة الاستراحة ابتدأ التكبير مع ابتداء الرفع وفرغ منه مع استوائه قائما ، واذا قلنا بالمذهب وهو أنها مستحبة ، قال أصحابنا : هى جلسة لطيفة جدا ، وفى التكبير ثلاثة أوجه حكاها البغوى والمتولى وصاحب البيان وآخرون (أصحها) عند الجمهور وبه قطع المصنف هنا وفى التنبيه ، ونقله أبو حامد عن نص الشافعى أنه يرفع مكبرا ويمده الى أن يستوى قائما ويخفف الجلسة ، ودليله ما ذكره المصنف والأصحاب أن لا يخلو جزء من الصلاة عن ذكر (الثانى) يرفع غير مكبر ويبدأ بالتكبير جالسا ويمده الى أن يقوم (والثالث) يرفع مكبرا فاذا جلس قطعه ثم يقوم بلا تكبير ، نقله أبو حامد عن أبى اسحاق المروزى ، وقطع به القاضى أبو الطيب قال أصحابنا : ولا خلاف أنه لا يأتى بتكبيرتين ، ممن صرح بذلك القاضى حسين والبغوى ، والسنة فيها أن يجلس مفترشا لحديث أبى حميد ، هذا هو المذهب وبه قطع المصنف والجمهور ، وحكى صاحب الحاوى وجها أنه يجلس على صدور قدميه وهو شاذ ، وتسن هذه الجلسة عقب السجدتين فى كل ركعة يعقبها قيام سواء الأولى والثالثة والفرائض والنوافل ، لحديث مالك بن الحويرث أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان اذا كان فى وتر من صلاته لم ينهض حتى يستوى قاعدا » رواه البخارى •

ولو سجد المصلى للتلاوة لم تشرع جلسة الاستراحة بلا خلاف ، وصرح به القاضى حسين والبغوى وغيرهما • قال أصحابنا : ولو لم يجلس الامام جلسة الاستراحة فجلسها المأموم جاز ولا يضر هذا التخلف لأنه يسير ، وبهذا فرق أصحابنا بينه وبين ما لو ترك التشهد الأول • واختلف أصحابنا فى جلسة الاستراحة هل هى من الركعة الثانية أم جلوس مستقل ؟ على وجهين (أحدهما) أنها من الثانية ، حكاه فى البيان عن الشيخ أبى حامد (الثانى) وهو الصحيح المشهور أنها جلوس فاصل بين الركعتين ، وليس من واحدة منهما كالتشهد الأول وجلوسه ، وبهذا قطع ابن الصباغ والمتولى ، وتظهر فائدة الخلاف فى تعليق اليمين على شىء فى الركعة الثانية ونحو ذلك •

واعلم أنه ينبغى لكل أحد أن يواظب على هذه الجلسة لصحة الأحاديث

فيها وعدم المعارض الصحيح لها ، ولا تغتر بكثرة المتساهلين بتركها ، فقد قال الله تعالى (قل ان كنتم تحبون الله فاتبعونى يحببكم الله ويغفر لكم ذنوبكم [1]) وقال تعالى (وما آتاكم الرسول فخذوه [2]) قال أصحابنا : وسواء قام من الجلسة أو من السجدة يسن أن يقوم معتمدا بيديه على الأرض ، وكذا اذا قام من التشهد الأول يعتمد بيديه على الأرض ، سواء فى هذا القوى والضعيف ، والرجل والمرأة ، ونص عليه الشافعى ، واتفق عليه الأصحاب لحديث مالك بن الحويرث وليس له معارض صحيح عن النبى صلى الله عليه وسلم والله أعلم .

واذا اعتمد بيديه جعل بطن راحتيه وبطون أصابعه على الأرض بلا خلاف . وأما الحديث المذكور فى الوسيط وغيره عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان اذا قام فى صلاته وضع يديه على الأرض كما يضع العاجن » فهو حديث ضعيف أو باطل لا أصل له ، وهو بالنون ، ولو صح كان معناه : قائما معتمدا ببطن يديه كما يعتمد العاجز ، وهو الشيخ الكبير ، وليس المراد عاجن العجين .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى استحباب جلسة الاستراحة

مذهبنا الصحيح المشهور أنها مستحبة كما سبق ، وبه قال مالك بن الحويرث وأبو حميد وأبو قتادة وجماعة من الصحابة رضى الله عنهم ، وأبو قلابة وغيره من التابعين ، قال الترمذى : وبه قال أصحابنا وهو مذهب داود ورواية عن أحمد وقال كثيرون أو الأكثرون : لا يستحب بل اذا رفع رأسه من السجود نهض ، حكاه ابن المنذر عن ابن مسعود وابن عمر وابن عباس وأبى الزناد ومالك والثورى وأصحاب الرأى وأحمد واسحاق ، قال : قال النعمان ابن أبى عياش : « أدركت غير واحد من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم يفعل هذا » وقال أحمد بن حنبل : أكثر الأحاديث على هذا ، واحتج لهم بحديث « المسىء صلاته » ولا ذكر لها فيه ، وبحديث وائل بن حجر المذكور فى الكتاب ، وقال الطحاوى : ولأنه لا دلالة فى حديث أبى حميد قال : ولأنها لو كانت مشروعة لسن لها ذكر كغيرها .

---

(١) الآية ٣١ من سورة آل عمران .

(٢) الآية ٧ من سورة الحشر .

واحتج أصحابنا بحديث مالك بن الحويرث أنه « رأى النبى صلى الله عليه وسلم يصلى فاذا كان فى وتر من صلاته لم ينهض حتى يستوى قاعدا » رواه البخارى بهذا اللفظ ، ورواه أيضا من طرق كثيرة بمعناه عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى حديث المسىء صلاته « اسجد حتى تطمئن ساجدا ثم ارفع حتى تطمئن جالسا ثم اسجد حتى تطمئن ساجدا ثم ارفع حتى تطمئن جالسا » رواه البخارى فى صحيحه بهذا اللفظ فى كتاب السلام • وعن أبى حميد وغيره من الصحابة رضى الله عنهم أنه وصف صلاة النبى صلى الله عليه وسلم فقال « ثم هوى ساجدا ثم ثنى رجله وقعد حتى رجع كل عظم موضعه ثم نهض ، وذكر الحديث » فقالوا : صدقت ، رواه أبو داود والترمذى ، وقال : حديث حسن صحيح واسناد أبى داود اسناد صحيح على شرط مسلم ، وقد سبق بيان الحديث بطوله فى الركوع • والجواب عن حديث المسىء صلاته أن النبى انما علمه الواجبات دون المسنونات ، وهذا معلوم سبق ذكره مرات ، وأما حديث وائل فلو صح وجب حمله على موافقة غيره فى اثبات جلسة الاستراحة لأنه ليس فيه تصريح بتركها ، ولو كان صريحا لكان حديث مالك بن الحويرث وأبى حميد وأصحابه مقدما عليه لوجهين • (أحدهما) صحة أسانيدها (والثانى) كثرة رواتها ، ويحتمل حديث وائل أن يكون رأى النبى صلى الله عليه وسلم فى وقت أو أوقات تبينا للجواز ، وواظب على ما رواه الأكثرون ، ويؤيد هذا أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لمالك بن الحويرث بعد أن قام يصلى معه ويتحفظ العلم منه عشرين يوما ، وأراد الانصراف من عنده الى أهله « اذهبوا الى أهليكم ومروهم وكلموهم وصلوا كما رأيتمونى أصلى » وهذا كله ثابت فى صحيح البخارى من طرق فقال له النبى صلى الله عليه وسلم هذا وقد رآه يجلس الاستراحة فلو لم يكن هذا هو المسنون لكل أحد لما أطلق صلى الله عليه وسلم قوله « صلوا كما رأيتمونى أصلى » وبهذا يحصل الجواب عن فرق أبى اسحاق المروزى من القوى والضعيف ، ويجاب به أيضا عن قول من لا معرفة له : ليس تأويل حديث وائل وغيره بأولى من عكسه •

وأما قول الامام أحمد بن حنبل : ان أكثر الأحاديث على هذا ، ومعناه

أن أكثر الأحاديث ليس فيها ذكر الجلسة اثباتا ولا نفيا ، ولا يجوز أن يحمل كلامه على أن مراده أن أكثر الأحاديث تنفيها لأن الموجود فى كتب الحديث ليس كذلك ، وهو أجل من أن يقول شيئا على سبيل الاخبار عن الأحاديث ونجد فيها خلافه ، واذا تقرر أن مراده أن أكثر الروايات ليس فيها اثباتها ولا نفيها لم يلزم رد سنة ثابتة من جهات عن جماعات من الصحابة • وأما قول الطحاوى : انها ليست فى حديث أبى حميد فمن العجب الغريب !! فانها مشهورة فيه فى سنن أبى داود والترمذى وغيرهما من كتب السنن والمسانيد للمتقدمين ، وأما قوله : لو شرعت لكان لها ذكر ، فجوابه أن ذكرها التكبير فان الصحيح أنه يمد حتى يستوعبها ويصل الى القيام كما سبق ، ولو لم يكن فيها ذكر لم يجز رد السنن الثابتة بهذا الاعتراض والله أعلم •

(فرع) فى مذاهبهم فى كيفية النهوض الى الركعة الثانية وسائر الركعات : قد ذكرنا أن مذهبنا أنه يستحب أن يقوم معتمدا على يديه • وحكى ابن المنذر هذا عن ابن عمر ومكحول وعمر بن عبد العزيز وابن أبى زكريا والقاسم بن عبد الرحمن ومالك وأحمد • وقال أبو حنيفة وداود : يقوم غير معتمد بيديه على الأرض ، بل يعتمد صدور قدميه ، وهذا مذهب ابن مسعود وحكاه ابن المنذر عن على رضى الله عنه والنخعى والثورى ، واحتج لهم بحديث أبى شيبة عن قتادة عن أبى جحيفة عن على رضى الله عنه قال : « من السنة اذا نهض الرجل فى الصلاة المكتوبة من الركعتين الأوليين أن لا يعتمد بيديه على الأرض الا أن يكون شيخا كبيرا لا يستطيع » رواه البيهقى ، وعن خالد بن الياس ، ويقال ابن ياس عن صالح مولى [1] عن أبى هريرة رضى الله عنه قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهض فى الصلاة على صدور قدميه » رواه الترمذى والبيهقى • وعن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى أن يعتمد الرجل على يديه اذا نهض فى الصلاة رواه أبو داود • وعن وائل بن حجر فى صفة صلاة النبى صلى الله عليه وسلم

---

(١) كذا بالأصل ، والسقط (التوامة) لأن صالحا مولى التوامة هو راوى الحديث عن ابى هريرة واسمه صالح بن نبهان المدنى . ضعفه شعبة ومالك وغيرهما والتوامة بنت أمية بن خلف وكانت لها أخت أخرى وهما توأمتان واشتهرت احداهما بصالح مولاها (ظ) .

قال : «واذا نهض نهض على ركبتيه واعتمد على فخذه» رواه أبو داود • وعن عبد الرحمن بن يزيد أنه « رأى ابن مسعود يقوم على قدميه فى الصلاة » رواه البيهقى وقال : هذا صحيح عن ابن مسعود وعن عطية العوفى قال : « رأيت ابن عمر وابن عباس وابن الزبير وأبا سعيد الخدرى رضى الله عنهم يقومون على صدور أقدامهم فى الصلاة » رواه البيهقى •

واحتج الشافعى والأصحاب بحديث أيوب السختيانى عن أبى قلابة قال : جاءنا مالك بن الحويرث فصلى بنا فقال « انى لأصلى بكم وما أريد الصلاة ، أريد أن أريكم كيف رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى » قال أيوب : فقلت لأبى قلابة « كيف كانت صلاته ؟ فقال مثل شيخنا هذا — يعنى عمرو بن سلمة — قال أيوب : وكان ذلك الشيخ يتم التكبير ، فاذا رفع رأسه عن السجدة الثانية جلس واعتمد على الأرض ثم قام » رواه البخارى فى صحيحه بهذا اللفظ • قال الشافعى : ولأن ذلك أبلغ فى الخشوع والتواضع وأعون للمصلى وأحرى أن لا ينقلب ، والجواب عن أحاديثهم أنها كلها ليس فيها شىء صحيح الا الأثر الموقوف على ابن مسعود [1] وترك السنة الثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول غيره •

فأما حديث على رضى الله عنه فضعيف ضعفه البيهقى ، وقال ابن أبى شيبة : ضعفه أحمد بن حنبل ويحيى بن معين وغيرهما ، وأما حديث أبى هريرة فضعيف ، ضعفه الترمذى والبيهقى وغيرهما لأن رواية خالد بن الياس وصالح ضعيفتان ، وأما حديث ابن عمر فضعيف من وجهين (أحدهما) أنه رواية محمد بن عبد الملك الغزالى وهو مجهول (والثانى) أنه مخالف لرواية الثقات ، لأن أحمد بن حنبل رفيق الغزالى فى الرواية لهذا الحديث عن عبد الرزاق وقال فيه « نهى أن يجلس الرجل فى الصلاة وهو معتمد على يديه » ورواه آخران عن عبد الرزاق خلاف ما رواه الغزالى ، وقد ذكر أبو داود ذلك كله وقد علم من قاعدة المحدثين وغيرهم أن ما خالف الثقات كان حديثه شاذا مردودا • وأما حديث وائل فضعيف أيضا لأنه من رواية ابنه عبد الجبار ابن وائل عن أبيه ، واتفق الحفاظ على أنه لم يسمع من أبيه شيئا ، ولم

---

(١) لعل فى العبارة سقطا تقديره (ولا يجوز ترك) الخ (ط) .

يدركه ، وقيل : انه ولد بعد وفاته بستة أشهر ، وأما حكاية عطية فمردودة لأن عطية ضعيف •

(فـرع) قال القاضى أبو الطيب والشاشى : يكره أن يقدم احدى رجليه حال القيام ويعتمد عليها ، وحكاه ابن المنذر عن ابن عباس واسحاق ، قال اسحاق : الا أن يكون شيخا كبيرا ، ومثله عن مجاهد : وقال مالك : لا بأس به •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يرفع اليدين الا فى تكبيرة الاحرام والركوع والرفع منه لحديث ابن عمر رضى الله عنهما قال : رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا افتتح الصلاة رفع يديه حذو منكبيه ، واذا اراد ان يركع ، وبعدها رفع راسه من الركوع ، ولا يرفع يديه بين السجدتين » وقال ابو على الطبرى وابو بكر ابن المنذر : يستحب كلما قام الى الصلاة من السجود ومن التشهد لما روى على رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم [رفع (١) اليدين فى الصلاة من السجود » وروى ابو حميد رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم] « كان اذا قام من الركعتين يرفع يديه » والمذهب الأول) •

(الشرح) المشهور من نصوص الشافعى رحمه الله تعالى فى كتبه ، وهو المشهور فى المذهب ، وبه قال أكثر الأصحاب أنه لا يرفع الا فى تكبيرة الاحرام ، وفى الركوع والرفع منه ، لحديث ابن عمر رضى الله عنهما ، وهو فى صحيحى البخارى ومسلم من طرق • وفى رواية فى الصحيحين « وكان لا يفعل ذلك فى السجود » وفى رواية البخارى « ولا يفعل ذلك حين يسجد ولا حين يرفع من السجود » وقال جماعة من أصحابنا منهم أبو بكر بن المنذر وأبو على الطبرى : يستحب الرفع كلما قام من السجود ومن التشهد ، وقد يحتج لهذا بما ذكره البخارى فى كتاب رفع اليدين أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يرفع يديه اذا ركع واذا سجد » لكنه ضعيف ، ضعفه البخارى ، وفى كتاب النسائى حديث يقتضيه عن مالك بن الحويرث عن النبى صلى الله عليه وسلم وقال آخرون من أصحابنا : يستحب الرفع اذا قام من التشهد الأول • وهـذا هو الصواب • وممن قال به من أصحابنا : ابن المنذر وأبو

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من ش و ق (ط) •

على الطبرى وأبو بكر البيهقى وصاحب التهذيب فيه وفى شرح السنة وغيرهم ، وهو مذهب البخارى وغيره من المحدثين • دليله حديث نافع أن ابن عمر رضى الله عنهما « كان اذا دخل الصلاة كبر ورفع يديه ، واذا ركع رفع يديه ، واذا قال سمع الله لمن حمده رفع يديه ، واذا قام من الركعتين رفع يديه ، ورفع ابن عمر ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم » رواه البخارى فى صحيحه •

وعن حميد الساعدى من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم [1] أنه وصف صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال فيها « واذا قام من الركعتين كبر ورفع يديه » حديث صحيح رواه أبو داود والترمذى وغيرهما بالأسانيد الصحيحة • وقال الترمذى : حديث حسن صحيح • وقد سبق بطوله فى فصل الركوع وعن على بن أبى طالب رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أنه كان اذا قام الى الصلاة المكتوبة كبر ورفع يديه حذو منكبيه ويصنع مثل ذلك اذا قضى قراءته وأراد أن يركع ، ويصنعه اذا رفع من الركوع • ولا يرفع يديه فى شىء من صلاته وهو قاعد ، واذا قام من الركعتين رفع يديه كذلك وكبر » وهو حديث صحيح رواه البخارى فى كتاب رفع اليدين وأبو داود والترمذى وابن ماجه وآخرون • قال الترمذى : حديث حسن صحيح رواه الأكثرون فى كتاب الصلاة والترمذى فى كتاب الدعاء فى أواخر كتابه • وفى رواية أبى داود « واذا قام من السجدتين » بدل الركعتين ، والمراد بالسجدتين الركعتان بلا شك كما جاء فى رواية الباقين ، وهكذا قاله العلماء من المحدثين والفقهاء الا الخطابى فانه ظن أن المراد السجدتان المعروفتان • ثم استشكل الحديث وقال : لا أعلم أحدا من الفقهاء قال به وكأنه لم يقف على طرق روايته ، ولو وقف عليها لحمله على الركعتين كما حمله الأئمة • وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا كبر للصلاة جعل يديه حذو منكبيه ، واذا ركع فعل ذلك ، واذا رفع للسجود فعل مثل ذلك ، واذا قام من الركعتين فعل مثل ذلك » رواه أبو داود باسناد صحيح فيه رجل فيه أدنى كلام • وقد وثقه الأكثرون ، وقد روى له البخارى فى صحيحه •

---

(1) هذه العبارة (منهم ابو قتادة) كانت هنا ولا نجد لها مساغا وكأنها مقحمة (ط) .

وقوله (رفع للسجود) يعنى رفع رأسه من الركوع كما صرح به فى الأحاديث السابقة قال البخارى فى كتاب رفع اليدين ما زاده على وأبو حميد رضى الله عنهما فى عشرة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يعنى وابن عمر رضى الله عنهم أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يرفع اذا قام من الركعتين » كله صحيح لأنهم لم يحكوا صلاة واحدة ، وتختلف رواياتهم فيها بعينها ، مع أنه لا اختلاف مع ذلك ، وانما زاد بعضهم على بعض والزيادة مقبولة من أهل العلم وقال البيهقى فى كتابه معرفة السنن والآثار : وقد قال الشافعى فى حديث أبى حميد : وبهذا أقول .

وقال صاحب التهذيب : لم يذكر الشافعى رفع اليدين اذا قام من الركعتين ، ومذهبه اتباع السنة وقد ثبت ذلك وقد روى جماعة من الصحابة رفع اليدين فى هذه المواضع الأربعة ، منهم على وابن عمر وأبو حميد بحضرة أصحابه ، وصدقوه كلهم على ذلك .

هذا كلام البغوى وأما قول الشيخ أبى حامد فى التعليق : انعقد الاجماع على أنه لا يرفع فى هذه المواضع فاستدلاله بالاجماع على نسخ الحديث مردود عليه غير مقبول ولم ينعقد الاجماع على ذلك ، بل قد ثبت الرفع فى القيام من الركعتين عن خلائق من السلف والخلف ، فمن ذلك ما قدمناه عن على وابن عمر وأبى حميد مع أصحابه العشرة ، وهو قول البخارى . قال الخطابى : وبه قال جماعة من أهل الحديث ، فحصل من مجموع ما ذكرته أنه يتعين القول باستحباب رفع اليدين اذا قام من الركعتين ، وأنه مذهب الشافعى لثبوت هذه الأحاديث وكثرة رواتها من كبار الصحابة والشافعى قائل به للوجهين اللذين ذكرهما البيهقى والله أعلم .

(**فرع**) ذكر المصنف هنا ابن المنذر وهو الامام المشهور أبو بكر محمد بن ابراهيم بن المنذر النيسابورى من متقدمى أصحابنا فى زمن ابن سريج وطبقته ، توفى سنة تسع وعشرين وثلثمائة وهو صاحب المصنفات المفيدة التى يحتاج اليها كل الطوائف وقد ذكرنا شيئا من حاله فى مقدمة هذا الشرح ، وهو مستقصى فى الطبقات وتهذيب الأسماء .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ثم يصلى الركعة الثانية مثل الأولى الا فى النية ودعاء الاستفتاح لما روى ابو هريرة رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال للمسىء صلاته ((ثم افعل ذلك فى صلاتك كلها)) واما النية ودعاء الاستفتاح فان ذلك يراد للدخول فى الصلاة والاستفتاح ، وذلك لا يوجد الا فى الركعة الأولى) .

(الشرح) حديث أبى هريرة رضى الله عنه رواه البخارى ومسلم ، لكن قد يقال : ليس فيه دليل لجميع ما يفعله فى الركعة الثانية ، فان المذكور فيه الواجبات فقط فلا يدل على استحباب السنن المفعولة فى الأولى ، وفى المسألة أحاديث كثيرة صحيحة صريحة فى أن الركعة الثانية كالأولى ، منها حديث أبى هريرة رضى الله عنه قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قام الى الصلاة يكبر حين يقوم ثم يكبر حين يركع ثم يقول سمع الله لمن حمده حين يرفع صلبه من الركوع ثم يقول وهو قائم ربنا ولك الحمد ثم يكبر حين يهوى ساجدا ثم يكبر حين يقوم من الثنتين بعد الجلوس » رواه البخارى ومسلم • وعن أبى حميد الساعدى حديثه السابق فى فصل الركوع بطوله قال فى آخره : « ثم صنع كذلك حتى كانت الركعة الأخيرة » وهو صحيح كما سبق • وعن أبى مسعود البدرى حديث فى معنى حديث أبى هريرة رواه أبو داود والنسائى لكنه من رواية عطاء بن السائب • وكان اختلط فى آخر عمره ، والراوى عنه هنا أخذ عنه فى الاختلاط فلا يحتج به وفيما ذكرناه كفاية والله أعلم •

(واما حكم المسالة) فقال أصحابنا : صفة الركعة الثانية كالأولى الا فى النية والاستفتاح وتكبيرة الاحرام ورفع اليدين فى أولها ، واختلفوا فى التعوذ وتقصير الثانية عن الأولى فى القراءة ، وقد ذكر المصنف الخلاف فيهما فى موضعه ، ولهذا لم يذكره هنا ، وترك المصنف هنا تكبيرة الاحرام ورفع اليدين ولابد منهما ، فان قيل : تركهما لشهرتهما ، قيل فالنية والافتتاح أشهر وقد ذكرهما •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان كانت الصلاة تزيد على ركعتين جلس فى الركعتين للتشهد لنقل الخلف عن السلف عن النبى صلى الله عليه وسلم وهو سنة ، لما روى عبد الله ابن بحينة

رضى الله عنهما قال : « صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم الظهر فقام من اثنتين ولم يجلس ، فلما قضى صلاته سجد سجدتين بعد ذلك ثم سلم » ولو كان واجبا لفعله ولم يقتصر على السجود ، والسنة أن يجلس فى هذا التشهد مفترشا لما روى أبو حميد رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان اذا جلس فى الأولين جلس على قدمه اليسرى ونصب قدمه اليمنى ») .

(الشرح) حديث ابن بحينة رواه البخارى ومسلم وحديث أبى حميد رواه البخارى وسبق بطوله فى فصل الركوع ، وبحينه بضم الموحدة وفتح المهملة وهى صحابية أسلمت رضى الله عنها وبايعت النبى صلى الله عليه وسلم . قال ابن سعد : اسمها عبدة ــ يعنى وبحينة لقب ــ وابنها [1] عبد الله بن مالك يكنى أبا محمد ، أسلم وصحب النبى صلى الله عليه وسلم قديما ، وكان فاضلا ناسكا يصوم الدهر غير أيام النهى رضى الله عنه .

(أما حكم المسألة) فاذا كانت الصلاة أكثر من ركعتين جلس بعد الركعتين وهذا الجلوس سنة وليس بواجب ، وقد سبق بيان صفة الافتراش فى الجلوس بين السجدتين وجلسة الاستراحة وجلسة التشهد الأول وجلسة التشهد الأخير ، فالأولى والرابعة واجبتان ، والثانية والثالثة سنتان ، والسنة أن يجلس فى الثلاث الأول مفترشا ، وفى الرابعة متوركا . فلو عكس جاز ، ولكن الأفضل ماذكرناه .

(فرع) قال أصحابنا : لا يتعين للجلوس فى هذه المواضع هيئة للاجزاء بل كيف وجد أجزأه ، سواء تورك أو افترش أو مد رجليه أو نصب ركبتيه أو احدهما أو غير ذلك ، لكن السنة التورك فى آخر الصلاة والافتراش فيما سواه والافتراش أن يضع رجله اليسرى على الأرض ويجلس على كعبها ، وينصب اليمنى ويضع أطراف أصابعها على الأرض موجهة الى القبلة ، والتورك أن يخرج رجليه وهما على هيئة الافتراش من جهة يمينه ، ويمكن وركه الأيسر من الأرض .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى حكم التشهد الأول والجلوس له .

---

(١) القاعدة الاملائية أن لفظة ابن اذا وقعت بين علمين حذفت الألف الا اذا وقعت بين ذكر وانثى أو كانت فى أول السطر أو كانت بين كنيتين فاذا قيل عبد الله ابن بحينة ثبتت الالف كعيسى ابن مريم ومحمد ابن الحنفية واسماعيل ابن علية وهكذا (ط) .

مذهبنا أنهما سنة ، وبه قال أكثر العلماء ، منهم مالك والثورى والأوزاعى وأبو حنيفة قال الشيخ أبو حامد وغيره : وهو قول عامة العلماء • وقال الليث وأحمد وأبو ثور واسحاق وداود : هو واجب ، قال أحمد : ان ترك التشهد عمدا بطلت صلاته ، وان تركه سهوا سجد للسهو وأجزأته صلاته • واحتج لهم بأن النبى صلى الله عليه وسلم فعله وقال « صلوا كما رأيتمونى أصلى » وقياسا على التشهد الأخير • واحتج أصحابنا بحديث ابن بحينة ، ووجه الدلالة ما ذكره المصنف • وأجابوا عن حديث « صلوا كما رأيتمونى أصلى » بأنه متناول للفرض والنفل وقد قامت دلائل على تميزهما • وأجابوا عن القياس على التشهد الأخير بأنه لم يقم دليل على اخراجه عن الوجوب وأيضا فانه لا يجبره سجود السهو بخلاف الأول •

(فرع) فى مذاهبهم فى هيئة الجلوس فى التشهدين

مذهبنا أنه يستحب أن يجلس فى التشهد الأول مفترشا وفى الثانى متوركا ، فان كانت الصلاة ركعتين جلس متوركا • وقال مالك : يجلس فيهما متوركا ، وقال أبو حنيفة والثورى : يجلس فيهما مفترشا • وقال أحمد : ان كانت الصلاة ركعتين افترش وان كانت أربعا افترش فى الأول وتورك فى الثانى • واحتج لمن قال يفرش فيهما بحديث عائشة رضى الله عنها « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يفرش رجله اليسرى وينصب اليمنى وينهى عن عقب الشيطان » وفى رواية البيهقى « يفرش رجله اليسرى وينصب رجله اليمنى » وعن وائل بن حجر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يفرش رجله اليسرى » واحتج للتورك بحديث عبد الله بن الزبير رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان اذا قعد فى الصلاة جعل قدمه اليسرى بين فخذه وساقه وفرش قدمه اليمنى » رواه مسلم ، وعن ابن عمر رضى الله عنهما « سنة الصلاة أن تنصب رجلك اليمنى وتثنى اليسرى » رواه البخارى •

وروى مالك باسناده الصحيح عن ابن عمر الجلوس على قدمه اليسرى• واحتج أصحابنا بحديث أبى حميد فى عشرة من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم أنه وصف صلاة النبى صلى الله عليه وسلم قال « فاذا جلس فى الركعتين

جلس على رجله اليسرى وينصب اليمنى ، فاذا جلس فى الركعة الأخيرة قدم رجله اليسرى ونصب الأخرى وقعد على مقعدته » رواه البخارى بهـذا اللفظ ، وقد سبق بطوله فى فصـل الركوع وسبق هنـاك رواية أبى داود والترمذى • قال الشافعى والأصحاب : فحديث أبى حميد وأصحابه صريح فى الفرق بين التشهدين • وباقى الأحاديث مطلقة فيجب حملها على موافقته ، فمن روى التورك أراد الجلوس فى التشهد الأخير • ومن روى الافتراش أراد الأول • وهذا متعين للجمع بين الأحاديث الصحيحة لاسيما وحديث أبى حميد وافقه عليه عشرة من كبار الصحابة رضى الله عنهم ، والله أعلم •

(فـرع) قال أصحابنا : الحكمة فى الافتراش فى التشهد الأول ، والتورك فى الثانى أنه أقرب الى تذكر الصلاة وعدم اشتباه عدد الركعات ، ولأن السنة تخفيف التشهد الأول فيجلس مفترشا ليـكون أسهل للقيـام ، والسنة تطويل الثانى ولا قيام بعده ، فيجلس متوركا ليكون أعون له وأمكن ليتوفر الدعاء ، ولأن المسبوق اذا رآه علم فى أى التشهدين •

(فـرع) المسبوق اذا جلس مع الامام فى آخر صلاة الامام فيـه وجهان الصحيح المنصوص فى الأم ؛ وبه قطع الشيخ أبو حامد والبندنيجى والقاضى أبو الطيب والغزالى والجمهور : يجلس مفترشا لأنه ليس بآخـر صلاته (والثانى) يجلس متوركا متابعة للامام ، حكاه امام الحرمين ووالده والرافعى (الثالث) ان كان جلوسه فى محل التشهد الأول للمسبوق افترش والا تورك لأن جلوسه حينئذ لمجرد المتابعة فيتابع فى الهيئة ، حكاه الرافعى •

واذا جلس من عليه سجود سهو فى آخره فوجهان حكاهما امام الحرمين وآخرون (أحدهما) يجلس متوركا لأنه آخر صلاته (والثانى) وهو الصحيح يفترش وبه قطع صاحب العدة وآخرون ، ونقله امام الحرمين عن معظم الأئمة لأنه مستوفز ليتم صلاته ، فعلى هذا اذا سجد سجدتى السهو تورك ثم سلم •

(فـرع) قال أصحابنا : يتصور أن يتشهد أربع مرات فى صـلاة

المغرب بأن يكون مسبوقا أدرك الامام بعد الركوع [1] يتشهد أربع مرات يفترش فى ثلاثة منهن ويتورك فى الرابعة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والمستحب أن يبسط أصابع يده اليسرى على فخذه [اليسرى] وفى اليد اليمنى ثلاثة أقوال (أحدها) يضعها على فخذه [اليمنى] مقبوضة الأصابع الا المسبحة ، وهو المشهور لما روى ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « كان اذا قعد فى التشهد وضع يده اليسرى على ركبته اليسرى ووضع يده اليمنى على ركبته اليمنى وعقد ثلاثة وخمسين ، وأشار بالسبابة ») .

وروى ابن الزبير رضى الله عنهما قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا جلس افترش اليسرى ونصب اليمنى ووضع ابهامه عند الوسطى وأشار بالسبابة ووضع اليسرى على فخذه اليسرى » وكيف يضع الابهام ؟ فيه وجهان (احدهما) يضعها بجنب المسبحة على حرف راحته أسفل من المسبحة كأنه عاقد ثلاثا وخمسين لحديث ابن عمر رضى الله عنهما (والثانى) يضعها على حرف أصبعه الوسطى لحديث ابن الزبير . (والقول الثانى) قاله فى الاملاء يقبض الخنصر والبنصر والوسطى ويبسط المسبحة والابهام ، لما روى أبو حميد عن النبى صلى الله عليه وسلم . (والقول الثالث) انه يقبض الخنصر والبنصر ويحلق الابهام مع الوسطى لما روى وائل بن حجر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « وضع مرفقه الأيمن على فخذه اليمنى ، ثم عقد أصابعه الخنصر والتى تليها وحلق حلقة باصبعه الوسطى على الابهام ورفع السبابة ورايته يشير بها ») .

(الشرح) حديث ابن عمر رواه مسلم بلفظه ، وحديث ابن الزبير رواه مسلم أيضا ، ولفظه « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قعد فى الصلاة وضع قدمه بين فخذه وساقه وفرش قدمه اليمنى ووضع يده اليسرى على ركبته اليسرى ووضع يده اليمنى على فخذه اليمنى وأشار بأصبعه » وفى رواية لمسلم أيضا عنه « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قعد يدعو وضع يده اليمنى على فخذه [اليمنى] ويده اليسرى على فخذه اليسرى ، وأشار بأصبعه السبابة ، ووضع ابهامه على أصبعه الوسطى ، ويلقم كفه

---

(١) أى فى جلسة التشهد الوسطى فيجلس مع الامام ثم يقوم للركعة الثالثة للامام والأولى له ثم يجلس للتشهد مع الامام تشهده الأخير ثم يسلم الامام فيقوم هو الى الركعة الثانية فيجلس لتشهده الأوسط ثم يصلى الثالثة ويتشهد لها التشهد الاخير فيكون بهذا قد جلس للتشهد اربع مرات فى صلاة ثلاثية (ط) .

اليسرى ركبته » • وأما حديث أبى حميد فالذى رواه أبو داود وغيره عنه بالاسناد الصحيح أنه قال « وضع كفه اليمنى [على ركبته اليمنى] وكفه اليسرى على ركبته اليسرى ، وأشار بأصبعه » وأما حديث وائل فرواه البيهقى بلفظه وابن ماجه بمعناه واسناده صحيح • قال البيهقى : ونحن نخيره ونختار ما فى حديث ابن عمر وابن الزبير لثبوت خبرهما وقوة اسنادهما ومزية رجالهما ورجحانهم فى الفضل على عاصم بن كليب راوى حديث وائل•

(اما الفاظ الفصل) فالمسبحة هى السبابة ، سميت مسبحة لاشارتها الى التوحيد والتنزيه وهو التسبيح ، وسميت سبابة لأنه يشار بها عند المخاصمة والسب وقوله « عقد ثلاثة وخمسين » شرط عند أهل الحساب أن يضع طرف الخنصر على البنصر ، وليس ذلك مرادا هنا • بل مراده أن يضع الخنصر على الراحة كما يضع البنصر والوسطى عليها ، وانما أراد صفة الابهام والمسبحة وتكون اليد على الصورة التى يسميها أهل الحساب تسعة وخمسين اتباعا لرواية الحديث فى صحيح مسلم وغيره كما سبق والله أعلم •

(اما أحكام المسألة) فقال الشافعى والأصحاب : السنة فى التشهدين جميعا أن يضع يده اليسرى على فخذه اليسرى ، واليمنى على فخذه اليمنى، وينشر أصابعه اليسرى جهة القبلة ويجعلها قريبة من طرف الركبة بحيث تساوى رءوسها الركبة وهل يستحب أن يفرج الأصابع أم يضمها ؟ فيه وجهان ، قال الرافعى : الأصح أن يفرجها تفريجا مقتصدا ، ولا يؤمر بالتفريج الفاحش فى شىء من الصلاة ، وهذا اختيار صاحب الشامل وأكثر الخراسانيين أو كثير منهم • (والثانى) يضعها موجهة الى القبلة ، وهذا الثانى أصح ، وبه قطع المحاملى والبندنيجى والرويانى وآخرون • ونقل الشيخ أبو حامد فى تعليقه اتفاق الأصحاب عليه • وأما قول امام الحرمين والغزالى ومن تابعهما لا يؤمر بضم الأصابع الا فى السجود فهو اختيار منه لأحد الوجهين ، والأصح خلافه والله أعلم •

وأما اليمنى فيضعها على طرف الركبة اليمنى ويقبض خنصرها وبنصرها ويرسل المسبحة ، وفيما يفعل بالابهام والوسطى الأقوال الثلاثة التى حكاها المصنف ، وهى مشهورة فى كتب الأصحاب ، وأنكروا على امام الحرمين

والغزالى حيث حكياها أوجها ، وهى أقوال مشهورة (أحدها) يقبض الوسطى مع الخنصر والبنصر ويرسل الابهام مع المسبحة ، وهذا نصه فى الاملاء (والثانى) يحلق الابهام والوسطى ، وفى كيفية التحليق وجهان حكاهما البغوى وآخرون • قالوا (أصحهما) يحلقهما برأسهما ، وبهذا قطع المحاملى فى كتابيه (والثانى) يضع أنملة الوسطى بين عقدتى الابهام (والقول الثالث) وهو الأصح أنه يقبض الوسطى والابهام أيضا ، وفى كيفية قبض الابهام على هذا وجهان أصحهما يضعها بجنب المسبحة كأنه عاقد ثلاثة وخمسين (والثانى) يضعها على حرف أصبعه الوسطى كأنه عاقد ثلاثة وعشرين • قال أصحابنا : وكيف فعل من هذه الهيئات فقد أتى بالسنة ، وانما الخلاف فى الأفضل •

قال أصحابنا : وعلى الأقوال والأوجه كلها يسن أن يشير بمسبحة يمناه فيرفعها اذا بلغ الهمزة من قوله لا اله الا الله ، ونص الشافعى على استحباب الاشارة للأحاديث السابقة • قال أصحابنا : ولا يشير بها الا مرة واحدة • وحكى الرافعى وجها أنه يشير بها فى جميع التشهد وهو ضعيف ، وهل يحركها عند الرفع بالاشارة ؟ فيه أوجه (الصحيح) الذى قطع به الجمهور أنه لا يحركها ، فلو حركها كان مكروها ولا تبطل صلاته ، لأنه عمل قليل (والثانى) يحرم تحريكها ، فان حركها بطلت صلاته ، حكاه [1] عن أبى على ابن أبى هريرة وهو شاذ ضعيف (والثالث) يستحب تحريكها ، حكاه الشيخ أبو حامد والبندنيجى والقاضى أبو الطيب وآخرون • وقد يحتج لهذا بحديث وائل بن حجر رضى الله عنه أنه وصف صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر وضع اليدين فى التشهد قال « ثم رفع أصبعه فرأيته يحركها يدعو بها » رواه البيهقى باسناد صحيح • قال البيهقى : يحتمل أن يكون المراد بالتحريك الاشارة بها لا تكرير تحريكها ، فيكون موافقا لرواية ابن الزبير ، وذكر باسناده الصحيح عن ابن الزبير رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يشير بأصبعه اذا دعا لا يحركها » رواه أبو داود باسناد صحيح • وأما الحديث المروى عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه

---

(١) بياض بالاصل •

وسلم « تحريك الأصبع فى الصلاة مذعرة للشيطان » فليس بصحيح . قال البيهقى تفرد به الواقدى وهو ضعيف . قال العلماء : الحكمة فى وضع اليدين على الفخذين فى التشهد أن يمنعهما من العبث .

(فرع) فى مسائل تتعلق بالاشارة المسبحة :

(احداها) أن تكون اشارته بها الى جهة القبلة ، واستدل له البيهقى بحديث ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم (الثانية) ينوى بالاشارة الاخلاص والتوحيد ، ذكره المزنى فى مختصره وسائر الأصحاب ، واستدل له البيهقى بحديث فيه رجل مجهول عن الصحابى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يشير بها للتوحيد » عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : هو الاخلاص ، وعن مجاهد قال « مقمعة الشيطان » (الثالثة) يكره أن يشير بالسبابتين من اليدين لأن سنة اليسرى أن تستمر مبسوطة (الرابعة) لو كانت اليمنى مقطوعة سقطت هذه السنة فلا يشير بغيرها لأنه يلزم ترك السنة فى غيرها ، وممن صرح بالمسألة المتولى ، وهو نظير من ترك الرمل فى الثلاثة لا يتداركه فى الأربعة لأن سنتها ترك الرمل ، وقد سبقت له نظائر (الخامسة) أن لا يجاوز بصره اشارته ، واحتج له البيهقى وغيره بحديث عبد الله بن الزبير أن النبى صلى الله عليه وسلم وضع يده اليمنى وأشار بأصبعه ولا يجاوز اشارته » رواه أبو داود باسناد صحيح والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويتشهد وافضل التشهد ان يقول : التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله ، سلام عليك أيها النبى ورحمة الله وبركاته سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين اشهد ان لا اله الا الله ، واشهد أن محمدا رسول الله . لما روى ابن عباس رضى الله عنهما قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة ، فيقول : قولوا : التحيات المباركات الصلوات الطيبات » وذكر نحو ماقلناه . وحكى ابو على الطبرى رحمه الله تعالى عن بعض أصحابنا أن الأفضل أن يقول : بسم الله وبالله التحيات لله ، لما روى جابر رضى الله عنه (١) عن النبى صلى الله عليه وسلم وهو خلاف المذهب . وذكر التسمية غير صحيح عند أصحاب الحديث . واقل ما يجزى من ذلك خمس كلمات وهى : (التحيات لله ، سلام عليك أيها النبى ورحمة الله وبركاته،

(١) لم يذكر متن الحديث وقد ساقه الشارح عند تخريج احاديث الفصل (ط) .

سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ، اشهد أن لا اله الا الله واشهد أن محمدا رسول الله) لأن هذا يأتى على معنى الجميع) .

(الشرح) حديث ابن عباس رضى الله عنهما صحيح رواه مسلم ، وقد ثبت فى التشهد أحاديث (أحدها) حديث ابن مسعود رضى الله عنه قال « كنا اذا صلينا خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم قلنا : السلام على جبريل وميكائيل ، السلام على فلان وفلان فالتفت الينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : الله هو السلام ، فاذا صلى أحدكم فليقل : التحيات لله ، والصلوات والطيبات ، السلام عليك أيها النبى ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ــ فانكم اذا قلتموها أصابت كل عبد صالح فى السماء والأرض ــ أشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله ، ثم ليتخير من الدعاء أعجبه اليه فيدعو » رواه البخارى ومسلم وفى رواية للبخارى : « كنا نقول : السلام على الله من عباده ، السلام على فلان وفلان فقال النبى صلى الله عليه وسلم : لا تقولوا السلام على الله فان الله هو السلام » . وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن فكان يقول : التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله ، السلام عليك أيها النبى ورحمة الله وبركاته ، السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ، أشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمدا رسول الله » رواه مسلم ، وفى رواية له كما يعلمنا القرآن.

وعن أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا كان عند القعدة فليكن من أول قول أحدكم : التحيات لله الطيبات الصلوات لله السلام عليك أيها النبى ورحمة الله وبركاته ، السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ، أشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا عبده ورسوله » رواه النسائى ، وروى أبو داود نحوه من رواية ابن عمر وجابر وسمرة بن جندب عن النبى صلى الله عليه وسلم وعن عبد الرحمن بن عبد القارى ــ بتشديد الياء ــ أنه سمع عمر بن الخطاب رضى الله عنه وهو على المنبر يعلم الناس التشهد يقول « قولوا : التحيات لله الزاكيات لله الصلوات الطيبات لله السلام عليك أيها النبى ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى

عباد الله الصالحين أشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله » رواه مالك فى الموطأ . وعن القاسم بن محمد أن عائشة رضى الله عنها : « كانت اذا تشهدت قالت : التحيات الطيبات الصلوات الزاكيات لله أشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا عبده ورسوله ، السلام عليك أيها النبى ورحمة الله وبركاته ، السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين » صحيح رواه مالك فى الموطأ .

فهذه الأحاديث الواردة فى التشهد وكلها صحيحة ، وأشدها صحة باتفاق المحدثين حديث ابن مسعود ، ثم حديث ابن عباس ، قال الشافعى والأصحاب : وبأيها تشهد أجزأه لكن تشهد ابن عباس أفضل ، وهذا معنى قول المصنف : وأفضل التشهد أن يقول الى آخره فقوله : أفضل التشهد دليل على جواز غيره ، وقد أجمع العلماء على جواز كل واحد منها ، وممن نقل الاجماع القاضى أبو الطيب قال أصحابنا : انما رجح الشافعى تشهد ابن مسعود لزيادة لفظة المباركات ، ولأنها موافقة لقول الله تعالى : (تحية من عند الله مباركة طيبة) ولقوله : كما يعلمنا السورة من القرآن ، ورجحه البيهقى قال بأن النبى صلى الله عليه وسلم علمه لابن عباس وأقر أنه من أحداث الصحابة ، فيكون متأخرا عن تشهد ابن مسعود وأضرابه .

واختار أبو حنيفة والثورى وأحمد وأبو ثور تشهد ابن مسعود واختار مالك تشهد ابن عمر رضى الله عنهم ، وأما حديث جابر الذى فى أوله باسم الله وبالله فرواه النسائى وابن ماجه والبيهقى وغيرهم ولكنه ضعيف عند أهل الحديث كما نقله المصنف عنهم وكذا نقله البغوى ؛ وممن ضعفه البخارى والنسائى ، وروى التسمية البيهقى من طرق وضعفها ، ونقل تضعيفه عن البخارى ، وذكر الحاكم أبو عبد الله فى المستدرك أن حديث جابر صحيح ولا يقبل ذلك منه ، فان الذين ضعفوه أحمل من الحاكم وأتقن .

(وأما الفاظ الفصل) فسمى التشهد لما فيه من الشهادتين ، وقوله : التحيات جمع تحية ، قال الأزهرى : قال الفراء : الملك ، وقيل البقاء الدائم ، وقيل : السلامة وتقديره السلامة من الآفات حكاها الأزهرى ، وقيل : التحية الحيا والأول روى عن ابن مسعود وابن عباس وقاله ابن المنذر وآخرون ،

قال ابن قتيبة : انما قيل التحيات بالجمع لأنه كان لكل واحد من ملوكهم تحية يحيا بها فقيل لنا : قولوا : التحيات لله ، أى الألفـاظ التى تدل على الملك مستحقة لله تعالى وحده • قال البغوى فى شرح السنة : لأن شيئا مما كانوا يحيون به الملوك لا يصلح للثناء على الله تعالى ، وقوله : المباركات الصلوات الطيبات قالوا : تقديره والمباركات والصلوات والطيبات بالواو كما جاء فى الأحاديث الباقية ، ولكن حذفت الواو وحذف واو العطف جائز •

قوله (الصلوات) قيل المراد به العبادات قاله الأزهرى ، وقيل : الرحمة، وقيل : الأدعية حكاهما البغوى ، وقيل : المراد الصلوات الشرعية ، وقيل : الصلوات الخمس ، وبهذا قال ابن المنذر فى الاشراف والبندنيجى وصاحب العدة والبيان ، قال صاحب المطالع : على هذا تقدير الصلوات لله منه أى هو المتفضل بها ، وقيل المعبود بها • قوله (الطيبات) قيل معنـاه الطيبات من الكلام الذى هو ثناء على الله تعالى وذكر له ، قاله الأزهرى وآخرون ، وقال الخطابى : معناه ما طاب وحسن من الكلام فيصلح أن يثنى به عليه ، ويدعى به دون ما لا يليق • وقال ابن المنـذر وابن بطال وصاحب البيان : معنـاه الصالحة • قوله (سلام عليك أيها النبى) قال الأزهرى : فيه قولان (أحدهما) معناه اسم السلام أى اسم الله عليك (والثانى) معناه سلم الله عليك تسليما وسلاما ، ومن سلم الله عليه سلم من الآفات كلها • قوله (السلام علينا) لم أر لأحد كلاما فى الضمير فى علينا ،وفاوضت فيـه كبارا فحصـل أن المراد الحاضرون من الامام والمأمومين والملائكة وغيرهم وقوله (وعلى عبـاد الله الصالحين) العباد جمع عبد ، روينا عن الأسـتاذ أبى القاسم القشيرى فى رسالته قال : سمعت أبا على الدقاق يقول : ليس شىء أشرف من العبودية ، ولا اسم أتم للمؤمن من الوصف بالعبودية ، ولهذا قال الله تعالى لنبيه صلى الله عليه وسلم ليلة المعراج وكانت أشرف أوقاته (سبحان الذى أسرى [1] بعبـده ليلا) وقال تعالى (فأوحى الى عبده [2] ما أوحى) والصـالحون جمع صالح •

قال أبو اسحاق الزجاج وصاحب المطالع : هو القائم بما عليه من حقوق

---

(١) الآية الأولى من سورة الاسراء •

(٢) من الآية ١٠ من سورة النجم •

الله وحقوق عباده وقوله (أشهد أن لا اله الا الله) معناه أعلم وأبين ، قوله : (رسول الله) قال الأزهرى : الرسول هو الذى يتابع أخبار من بعثه ، وقال غيره : لتتابع الوحى اليه والله أعلم .

وأما قول المصنف : (لما روى جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم) كذا وقع فى المهذب ، وفيه محذوف تقديره « عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه كان يعلمهم التشهد كما يعلمهم السورة من القرآن : بسم الله وبالله التحيات لله » الى آخره ، وأما قوله (لأن هذا يأتى على معنى الجميع) فينازع فيه ، لأن لفظ التحيات لا يتضمن المباركات والصلوات والطيبات .

(**أما حكم المسألة**) فأكمل التشهد عندنا تشهد ابن عباس بكماله ، ويقوم مقامه فى الكلام تشهد ابن مسعود ثم تشهد ابن عمر رضى الله عنهم ، وقد بينا الجميع ، وحكى الرافعى وجها غريبا أن الأفضل أن يقول : « التحيات المباركات الزاكيات والصلوات لله » ليكون جامعا لها كلها . وقال جماعة من أصحابنا منهم أبو على الطبرى : أن يقول فى أوله : بسم الله وبالله التحيات لله الى آخره ، وقطع الجمهور بأنه لا يستحب التسمية ، ولم يذكرها الشافعى لعدم ثبوت الحديث فيها . وحكى الشيخ أبو حامد التسمية عن على بن أبى طالب وابن عمر رضى الله عنهم قال : ولم يقل بها غيرهما من الفقهاء .

وأما أقل التشهد فقال الشافعى وأكثر الأصحاب : أقله « التحيات لله ، سلام عليك أيها النبى ورحمة الله وبركاته ، سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ، أشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله وقال جماعة : وأن محمدا رسوله كذا نقله الرافعى عن العراقيين والرويانى وقال البغوى : وأشهد أن محمدا رسوله ، قال : ونقله ابن كج والصيدلانى فأسقطا قوله وبركاته ، وقالا : وأشهد أن محمدا رسول الله (قلت) وكذا رأيت نص الشافعى فى الأم كما نقله الصيدلانى ، وكذا نقله الشيخ أبو حامد فى تعليقه عن الأم . وقال ابن سريج : أقله : «والتحيات لله سلام عليك أيها النبى ، سلام على عباد الله الصالحين ، أشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا رسوله » وأسقط بعضهم فى الحكاية عن ابن سريج لفظ السلام الثانى فقال « السلام عليك أيها النبى وعلى عباد الله الصالحين » وأسقط بعضهم الصالحين ، واختاره الامام أبو عبد الله الحليمى من كبار أصحابنا المتقدمين ، والصحيح الأول لأنه تكرر

فى الأحاديث ولم يسقط فى شىء من الروايات الصحيحة ، فيجب الاتيان به كله ، ولهذا قال الشافعى والأصحاب يتعين لفظة التحيات لثبوتها فى جميع الروايات بخلاف المباركات وما بعدها ، ومما يدل لسقوط لفظة (وأشهد) رواية أبى موسى السابقة ، وأما اسقاط الصالحين فخطأ لأن الشرع لم يرد بالسلام على كل العباد هنا بل خص به الصالحين فيتعين أن يكون اسقاط علينا خطأ أيضا لأن المتكلم لا يدخل فى الصالحين فلا يجوز حذفه .

فالحاصل أن فى قوله : ورحمة الله وبركاته ثلاثة أوجه (أصحها) وجوبهما (والثانى) حذفهما (والثالث) وجوب الأول دون الثانى وفى علينا الصالحين ثلاثة أوجه (أصحها) وجوبهما (والثانى) حذفهما (والثالث) وجوب الصالحين دون علينا ، وفى الشهادة الثانية ثلاثة أوجه : (أحدها) وأشهد أن محمدا رسول الله (والثانى) وهو الأصح وأن محمدا رسول الله (والثالث) وأن محمدا رسوله والله أعلم .

(**فرع**) وقع فى المهذب فى التشهد (سلام عليك أيها النبى ، سلام علينا) بتنكير سلام فى الموضعين وكذا هو فى البويطى وكذا ذكره المصنف فى التنبيه وآخرون وكذا جاء فى بعض الأحاديث . وقال جماعات من الأصحاب : السلام عليك ، السلام علينا بالألف واللام فيهما ، وكذا جاء فى أكثر الأحاديث وأكثر كلام الشافعى ، ووقع فى مختصر المزنى : السلام عليك أيها النبى ، سلام علينا ، باثبات الألف واللام فى الأول دون الثانى واتفق أصحابنا على أن جميع هذا جائز لكن الألف واللام أفضل لكثرته فى الأحاديث وكلام الشافعى ولزيادته فيكون أحوط ، ولموافقته سلام التحلل من الصلاة والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(قال فى الأم : وان ترك الترتيب لم يضر لان المقصود يحصل مع ترك الترتيب ، ويستحب اذا بلغ الشهادة ان يشير بالمسبحة لما رويناه من حديث ابن عمر وابن الزبير ووائل بن حجر رضى الله عنهم ، وهل يصلى على النبى صلى الله عليه وسلم فى هذا التشهد ؟ فيه قولان ، قال فى القديم : لا يصلى لانها لو شرعت الصلاة فيه عليه لشرعت على آله كالتشهد الأخير ، وقال فى الأم : يصلى عليه لانه قعود شرع فيه التشهد فشرع فيه الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم كالقعود فى آخر الصلاة) .

(الشرح) قوله (قعود شرع فيه التشهد) احتراز من الجلوس بين السجدتين ومن جلسة الاستراحة • وحاصل ما ذكره ثلاث مسائل (احداها) استحباب الاشارة بالمسبحة ، وقد سبق بيان هذه المسألة وفروعها وبيان أحاديثها وما يتعلق بها فى السابق (الثانية) لفظ التشهد متعين فلو أبدله بمعناه لم تصح صلاته ان كان قادرا على لفظه بالعربية فان عجز أجزأته ترجمته وعليه التعلم ، وقد سبق بيان هذه المسألة فى فصل التكبير • وحكى القاضى أبو الطيب وجها أنه لو قال : أعلم أن لا اله الا الله بدل أشهد أجزأه لأنه بمعناه ، والصحيح المشهور أنه لا يجزيه كسائر الكلمات ، وينبغى أن يأتى بالتشهد مرتبا فان ترك ترتيبه نظر ان غيره تغييرا مبطلا للمعنى لم تصح صلاته ، وتبطل صلاته ان تعمده ، لأنه كلام أجنبى ، وان لم يغيره فطريقان المذهب : صحته ، وهو المنصوص فى الأم وبه قطع العراقيون وجماعة من الخراسانيين (والثانى) فى صحته وجهان وقيل قولان حكاه الخراسانيون وصاحب الحاوى وقطع القاضى حسين والمتولى بأنه لا يصح والصحيح الأول • وقد روى مالك فى الموطأ والبيهقى باسناد صحيح عن عائشة رضى الله عنها أنها كانت تقول فى التشهد « أشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله السلام عليك أيها النبى ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين » وقد سبق بيانه قريبا •

(الثالثة) هل تشرع الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم عقب التشهد الأول ؟ فيه قولان مشهوران (القديم) لا يشرع ، وبه قطع أبو حنيفة وأحمد واسحق ، وحكى عن عطاء والشعبى والنخعى والثورى • (والجديد) الصحيح عند الأصحاب تشرع ، ودليلهما فى الكتاب • وحكى المحاملى فى المجموع طريقين (أحدهما) هذا (والثانى) يسن قولا واحدا وحكى صاحب العدة طريقين (أحدهما) قولان (والثانى) لا يسن قولا واحدا فحصل ثلاث طرق المشهور فى المسألة قولان والصحيح أنها تسن وهو نصه فى الأم والاملاء • وأما الصلاة على الآل فى التشهد الأول ففيه طريقان (أحدهما) وبه قطع المصنف وسائر العراقيين لا يشرع (والثانى) حكاه الخراسانيون أنه يبنى على وجوبها فى التشهد الأخير ، فان لم نوجبها وهو المذهب لم تشرع هنا ، والا فقولان كالصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم قال الرافعى : فان

قلنا لا تسن الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم فى التشهد الأول ولا فى القنوت ففعلها فى أحدهما ، أو أوجبناها على الأولى فى الأخير ولم نسنها فى الأول فان أتى بها فيه فقد نقل ركنا الى غير موضعه ، وفى بطلان الصلاة به خلاف وتفصيل يأتى ان شاء الله تعالى .

(**فرع**) قال أصحابنا : يكره أن يزيد فى التشهد الأول على لفظ التشهد والصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم والآل اذا سنناهما ، فيكره أن يدعو فيه أو يطوله بذكر آخر ، فان فعل لم تبطل صلاته ولم يسجد للسهو سواء طوله عمدا أو سهوا ، هكذا نقل هذه الجملة الشيخ أبو حامد عن نص الشافعى ، واتفق الأصحاب عليها . وقد يحتج له بحديث أبى عبيدة بن عبد الله بن مسعود عن أبيه أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان فى الركعتين الأوليين كأنه على الرضف قالوا : حتى يقوم » رواه أبو داود والترمذى والنسائى وقال الترمذى : هو حديث حسن ، وليس كما قال لأن أبا عبيدة لم يسمع أباه ، ولم يدركه باتفاقهم ، وهو حديث منقطع .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ثم يقوم الى الركعة الثالثة معتمدا على الأرض بيديه ، لما رويناه عن مالك ابن الحويرث فى الركعة الأولى ، ثم يصلى ما بقى من صلاته مثل الركعة الثانية الا فيما بيناه من الجهر وقراءة السورة) .

(**الشرح**) مذهبنا أنه يقوم الى الثالثة معتمدا بيديه على الأرض ، وسبق بيان مذاهب العلماء فى ذلك ودليلنا ودليلهم . قال الشافعى والأصحاب: ويقوم مكبرا ويبتدىء التكبير من حين يبتدىء القيام ويمده الى أن ينتصب قائما ، وقد سبق فى فصل الركوع حكاية قول نقله الخراسانيون أنه لا يمده، والصحيح الأول وينكر على المصنف كونه ترك ذكر التكبير ، وهو سنة بلا خلاف للأحاديث الصحيحة التى سبق ذكرها فى فصل الركوع . وهذا الذى ذكرناه من استحباب ابتداء التكبير من القيام هو مذهبنا ومذهب جماهير العلماء . وعن مالك روايتان (احداهما) هكذا (والثانية) وهو أن شرعته أنه لا يكبر فى حال قيامه ، فاذا انتصب قائما ابتدأ التكبير . قال ابن بطال المالكى : وهذا الذى يوافق الجمهور أولى . قال : وهو الذى تشهد له الآثار . قال أصحابنا : ثم يصلى الركعة الثالثة كالثانية الا فى الجهر وقراءة

السورة ففيها قولان سبقا هل تشرع أم لا ؟ فان شرعت فهى أخف من القراءة فى الثانية كما سبق وجهان فى استحباب رفع اليدين اذا قام من التشهد الأول ، وذكرنا أن المشهور فى المذهب أنه لا يستحب ، وأن الصحيح أو الصواب أنه يرفع يديه ؛ وبسطنا دلائله ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فاذا بلغ آخر الصلاة جلس للتشهد وتشهد ؛ وهو فرض ، لما روى ابن مسعود رضى الله عنه قال : « كنا نقول قبل ان يفرض علينا التشهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم : السلام على الله قبل عباده ؛ السلام على جبريل وميكائيل السلام على فلان ؛ فقال النبى صلى الله عليه وسلم : لا تقولوا السلام على الله فان الله هو السلام ، ولكن قولوا : التحيات لله » .

(الشرح) اذا بلغ آخر صلاته جلس للتشهد وتشهد ، وهذا الجلوس والتشهد فيه فرضان عندنا لا تصح الصلاة الا بهما ؛ وبه قال الحسن البصرى وأحمد واسحق وداود وحكاه ابن المنذر عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ونافع مولى ابن عمر وغيرهما ، وقال أبو حنيفة ومالك : والجلوس بقدر التشهد واجب ولا يجب التشهد وحكى الشيخ أبو حامد عن على بن أبى طالب والزهرى والنخعى ومالك والأوزاعى والثورى أنه لا يجب التشهد الأخير ولا جلوسه الا أن الزهرى ومالكا والأوزاعى قالوا لو تركه سجد للسهو ، وعن مالك رواية كأبى حنيفة والأشهر عنه أن الواجب الجلوس بقدر السلام فقط . واحتج لهم بحديث المسىء صلاته ، وبحديث عبد الرحمن [1] ابن زياد بن أنعم الافريقى عن بكر بن سوادة عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قعد الامام فى آخر صلاته ثم أحدث قبل أن يتشهد فقد تمت صلاته » وفى رواية « ثم أحدث قبل أن يسلم فقد تمت صلاته » رواه أبو داود والترمذى والبيهقى وغيرهم وألفاظهم مختلفة ، وعن على رضى الله عنه موقوفا ، وقياسا على التشهد الأول والتسبيح للركوع .

---

(١) عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الشعبانى أبو أيوب قاضى افريقية عن أبيه وعنه ابن المبارك وابن وهب وثقه يحيى بن سعيد القطان واستنكر حديثه أحمد بن حنبل وقال يعقوب ابن شيبة : رجل صالح من الآمرين بالمعروف وقال ابن عدى : عامة ما يرويه لا يتابع عليه وقال البخارى : هو مقارب الحديث قلت : مات سنة ١٥٦ (ط) .

واحتج أصحابنا بحديث ابن مسعود المذكور فى الكتاب وهو صحيح بهذا اللفظ رواه الدارقطنى والبيهقى وقالا : اسناده صحيح ، قال أصحابنا : وفيه وجهان (أحدهما) قوله قبل أن يفرض التشهد فدل على أنه فرض (والثانى) قوله صلى الله عليه وسلم « ولكن قولوا : التحيات لله » وهذا أمر والأمر للوجوب ، ولم يثبت شيء صريح فى خلافه ، قال أصحابنا : ولأن التشهد شبيه بالقراءة لأن القيام والقعود لا تتميز العبادة منهما عن العادة فوجب فيهما ذكر ليتميز ، بخلاف الركوع والسجود • وأما الجواب عن حديث المسيء صلاته فقال أصحابنا : انما لم يذكره له لأنه كان معلوما عنده، ولهذا لم يذكر له النية وقد أجمعنا على وجوبها ، ولم يذكر القعود للتشهد ، وقد وافق أبو حنيفة على وجوبه ولم يذكر السلام ، وقد وافق مالك والجمهور على وجوبه •

والجواب عن حديث ابن عمرو أنه ضعيف باتفاق الحفاظ ، ممن نص على ضعفه الترمذى وغيره ، وضعفه ظاهر ، قال الترمذى : ليس اسناده بقوى ، وقد اضطربوا فيه ، قال العلماء : وضعفه من ثلاثة أوجه (أنه) مضطرب ، والافريقى ضعيف أيضا باتفاق الحفاظ ، وبكر بن سوادة لم يسمع من عبد الله بن عمرو وأما المنقول عن على رضى الله عنه فضعيف أيضا ضعفه البيهقى ، وروى باسناده عن أحمد بن حنبل أن هذا لا يصح وأما القياس على التسبيح فى الركوع فقد سبق الجواب عنه • وعن قياسهم على التشهد الأول أن النبى صلى الله عليه وسلم جبر تركه بالسجود ، ولو كان فرضا لم يجبر ولم يجز هذا التشهد ، قال امام الحرمين [1] ولم يزل المسلمون يجبرون الأول بالسجود دون الثانى والله أعلم •

(فرع) أجمع العلماء على الاسرار بالتشهدين وكراهة الجهر بهما ، واحتجوا له بحديث عبد الله بن مسعود رضى الله عنه قال « من السنة أن يخفى التشهد » رواه أبو داود والترمذى ، وقال : حديث حسن ، والحاكم فى المستدرك ، وقال : حسن صحيح على شرط البخارى ومسلم ، قال الترمذى : والعمل عليه عند أهل العلم •

---

(1) بياض بالأصل ولعله فى كتاب الأساليب (ط) .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والسنة فى هذا القعود ان يكون متوركا فيخرج رجله من جانب وركه الأيمن ، ويضع اليتيه على الأرض لما روى أبو حميد رضى الله عنه قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا جلس فى الأوليين جلس على قدمه اليسرى ونصب قدمه اليمنى واذا جلس فى الأخير جلس على اليتيه وجعل بطن قدمه اليسرى تحت مأبض اليمنى ، ونصب قدمه اليمنى » ولأن الجلوس فى هـذا التشهد يطول فكان التورك فيه أمكن والجلوس فى التشهد الأول يقصر فكان الافتراش فيه أشبه ، ويتشهد على ما ذكرناه) .

(الشرح) وهـذه المسألة قد سبقت بدلائلها وفروعهـا ، ومذاهب العلماء فيها فى الفصل الذى قبل هذا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فاذا فرغ من التشهد صلى على النبى صلى الله عليه وسلم وهو فرض فى هذا الجلوس لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يقبل الله صلاة الا بطهور وبالصلاة على » والأفضل ان يقول : اللهم صل على محمد وعلى آل محمد [كما (١) صليت على ابراهيم وآل ابراهيم وبارك على محمد وعلى آل محمد] كما باركت على ابراهيم وعلى آل ابراهيم انك حميد مجيد ، لما روى كعب بن عجرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال ذلك ، والواجب من ذلك [ان يقول] : اللهم صل على محمد ، وفى الصلاة على آله وجهان (أحدهما) يجب لما روى ابو حميد قال : « قالوا : يارسول الله كيف نصلى عليك ؟ فقال قولوا : اللهم صل على محمد و [على أزواجه] وذريته كما صليت على ابراهيم ، وبارك على محمد وعلى أزواجه وذريته ، كما باركت على ابراهيم انك حميد مجيد » والمذهب انها لا تجب للاجماع) .

(الشرح) الذى أراه تقديم الأحاديث الواردة فى الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم وعلى آله ، عن كعب بن عجرة رضى الله عنه قال خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا : قد علمنا أو عرفنـا كيف نسلم عليك فكيف نصلى عليك ؟ قال : قولوا : اللهم صل على محمـد وعلى آل محمد كما صليت على ابراهيم انك حميد مجيد ، اللهم بارك على محمد كما باركت على ابراهيم انك حميد مجيد » رواه البخارى ومسلم بهذا اللفظ ، وفى رواية لأبى داود « كما صليت على ابراهيم ــ وكما باركت على ابراهيم وآل ابراهيم » وعن أبى حميد الساعدى رضى الله عنه أنهم قالوا : يا رسول الله كيف نصلى عليك ؟ قال : « قولوا : اللهم صل على محمد وعلى أزواجه

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من ش و ق (ط) .

وذريته كما صليت على آل ابراهيم وبارك على محمد وعلى أزواجه وذريته • كما باركت على آل ابراهيم انك حميد مجيد » رواه البخارى ومسلم وهذا لفظه • وعن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه قال « قلنا يا رسول الله هـذا السلام عليك فكيف نصلى عليك ؟ قال : « قولوا : اللهم صل على محمـد عبدك ورسولك كما صليت على ابراهيم وبارك على محمد وآل محمد كما باركت على ابراهيم وآل ابراهيم » رواه البخارى فى صحيحه فى وسط كتاب الدعوات بهذه الأحرف ، وقد رأيت بعض الحفاظ المتأخرين الكبار عزاه الى البخارى فى غير هذا الموضع ، وفيه التصريح بقوله : كما صليت على ابراهيم وهى لما يده حييه [1] •

وعن أبى مسعود الأنصارى البدرى رضى الله عنه قال « أتانا رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن فى مجلس سعد بن عبادة فقال له بشير بن سعد : أمرنا الله عز وجل أن نصلى عليك يا رسول الله فكيف نصلى عليك ؟ فسكت رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى تمنينا أنه لم يسأله ، ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم قولوا : اللهم صل على محمـد وعلى آل محمـد كما صليت على آل ابراهيم وبارك على محمد وعلى آل محمد كما باركت على آل ابراهيم انك حميد مجيد ، والسلام كما قد علمتم » رواه مسلم بهـذا اللفظ وفى رواية « كيف نصلى عليك اذا نحن صلينا عليك فى صلاتنا ؟ قال « قولوا : اللهم صل على محمد النبى الأمى وعلى آل محمد كما صليت على ابراهيم وعلى آل ابراهيم ، وبارك على محمد النبى الأمى وعلى آل محمـد كما باركت على ابراهيم وعلى آل ابراهيم انك حميـد مجيد » رواها أبو حاتم بن حبان بكسر الحاء ، والحاكم أبو عبد الله فى صحيحيهما والدارقطنى والبيهقى ، واحتجوا بها • قال الدارقطنى : هذا اسناد حسن ، وقال الحاكم : هذا حديث صحيح •

وفى هذه الرواية فائدتان (احداهما) قوله : اذا نحن صلينا عليك فى صلاتنا (والثانية) قوله كما صليت على ابراهيم ، لأن أكثر روايات هـذا الحديث ليس فيها ذكر ابراهيم انما فيها كما صليت على آل ابراهيم • وعن

---

(١) كذا بالأصل فحرر ولعله (وهى الى حميد مجيد) (ط) •

فضالة بن عبيد رضي الله عنه قال : « سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا يدعو فى صلاته لم يمجد الله ولم يصل على النبى صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم عجل هذا ، ثم دعاه فقال له ولغيره : اذا صلى أحدكم فليبدأ بتمجيد الله والثناء عليه ، ثم يصلى على النبى صلى الله عليه وسلم ثم يدعو بعد بما شاء » رواه أبو داود والترمذي والنسائى وأبو حاتم بن حبان ــ بكسر الحاء ــ وأبو عبد الله الحاكم فى صحيحيهما وغيرهما • قال الترمذى : حديث حسن صحيح • وقال الحاكم : حديث صحيح على شرط مسلم ؛ وفى المسألة أحاديث كثيرة غير ما ذكرناه •

وأما كعب بن عجرة ــ بضم العين واسكان الجيم وبالراء ــ فهو أبو محمد ويقال أبو عبد الله ، ويقال أبو اسحاق بن عجرة الأنصارى السالمى ، شهد بيعة الرضوان توفى بالمدينة سنة اثنتين ، وقيل ثلاث وقيل احدى وخمسين ، وهو ابن خمس وسبعين سنة وقيل غير ذلك ، وقوله « حميد مجيد » قال أهل اللغة والمعانى والمفسرون : الحميد بمعنى المحمود ، وهو الذى تحمد أفعاله ، والمجيد الماجد وهو من كمل فى الشرف والكرم والصفات المحمودة •

(اما احكام المسالة) فالصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم فى التشهد الأخير فرض بلا خلاف عندنا الا ما سأذكره عن ابن المنذر ان شاء الله تعالى فانه من أصحابنا • وفى وجوبها على الآل وجهان ، وحكاهما امام الحرمين والغزالى قولين ، والمشهور وجهان (الصحيح) المنصوص ، وبه قطع جمهور الأصحاب أنها لا تجب (والثانى) تجب ولم يبين الجمهور قائله من أصحابنا، وقد بينه أبو على البندنيجى فى كتابه الجامع ، وأبو الفتح سليم الرازى فى تقريبه وصاحبه الشيخ أبو الفتح نصر المقدسى فى تهذيبه وصاحب العدة فقالوا : هو قول التربجى من أصحابنا ــ بمثناة من فوق مضمومة ثم باء موحدة مضمومة ثم جيم ــ واحتج له بحديث أبى حميد وليس فيه ذكر الآل ، وكان ينبغى أن يحتج بما ذكرناه من الأحاديث الصحيحة المصرحة بالصلاة على الآل ، ولعل المصنف أراد بالآل الأهل وهم الأزواج والذرية المذكورة فى الحديث ، وهو أحد المذاهب فى ذلك كما سأذكره فى فرع مستقل ان شاء الله تعالى •

قال المصنف رحمه الله وغيره « وهذا الوجه مردود باجماع الأمة » قيل قائله : ان الصلاة على الآل لا تجب • قال الشافعى والأصحاب : والأفضل فى صفة الصلاة أن يقول : اللهم صلى على محمد وعلى آل محمد الى آخر ماذكره المصنف • وينبغى أن يجمع ما فى الأحاديث الصحيحة السابقة فيقول : اللهم صل على محمد عبدك ورسولك النبى الأمى وعلى آل محمد وأزواجه وذريته كما صليت على ابراهيم وعلى آل ابراهيم وبارك على محمد وعلى وعلى آل محمد وأزواجه وذريته كما باركت على ابراهيم وعلى آل ابراهيم فى العالمين انك حميد مجيد •

وأما أقل الصلاة فقال الشافعى والأصحاب : هو أن يقول اللهم صل على محمد فلو قال صلى الله على محمد فوجهان حكاهما صاحب الحاوى • قال : وهما كالوجهين فى قوله عليكم السلام ، والصحيح أنه يجزئه ، وبه قطع صاحب التهذيب ، وفى هذا دليل على أنه لو قال : اللهم صل على النبى أو على أحمد أجزأه • وكذا قطع الرافعى بأنه لو قال صلى الله على رسوله أجزأه ، قال : وفى وجه يكفى أن يقول صلى الله عليه ، والكناية ترجع الى قوله فى التشهد : وأشهد أن محمدا رسول الله قال : وهذا نظر الى المعنى وقال القاضى حسين فى تعليقه : لا يجزئه أن يقول اللهم صل على أحمد أو النبى ، بل تسمية محمد صلى الله عليه وسلم واجبة • قال البغوى وغيره : وأقل الصلاة على الآل اللهم صل على محمد وآله ، ويشترط أن يأتى بالصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم بعد فراغه من التشهد ، والله أعلم •

(فرع) فى بيان آل النبى صلى الله عليه وسلم المأمور بالصلاة عليهم وفيهم ثلاثة أوجه لأصحابنا (الصحيح) فى المذهب أنهم بنو هاشم وبنو المطلب ، وهو الذى نص عليه الشافعى فى حرملة ، ونقله عنه الأزهرى والبيهقى وقطع به جمهور الأصحاب (والثانى) أنهم عترته الذين ينسبون اليه صلى الله عليه وسلم وهم أولاد فاطمة رضى الله عنها ونسلهم أبدا ، حكاه الأزهرى وآخرون (والثالث) أنهم كل المسلمين التابعين له صلى الله عليه وسلم الى يوم القيامة ، حكاه القاضى أبو الطيب فى تعليقه عن بعض أصحابنا، واختاره الأزهرى وآخرون ، وهو قول سفيان الثورى وغيره من المتقدمين ، رواه البيهقى عن جابر بن عبد الله الصحابى وسفيان الثورى وغيرهما •

واحتج القائلون بهذا بقول الله تعالى (أدخلوا آل فرعون أشد العذاب [1]) والمراد جميع أتباعه كلهم • قال البيهقى : ويحتج لهم بقول الله تعالى لنوح صلى الله عليه وسلم : (احمل فيها من كل زوجين اثنين [2] وأهلك) و (قال ان ابنى من أهلى وان وعدك الحق وأنت أحكم الحاكمين [3] قال : يا نوح انه ليس من أهلك انه عمل غير صالح) فأخرجه بالشرك عن أن يكون من أهل نوح • قال البيهقى : وقد أجاب الشافعى عن هذا فقال : الذى نذهب اليه أن معنى الآية أنه ليس من أهلك الذين أمرناك بحملهم لأنه تعالى قال : (وأهلك الا من سبق عليه القول منهم [4]) فأعلمه أنه أمره أن لا يحمل من أهله من يسبق عليه القول من أهل معصيته بقوله تعالى (انه عمل غير صالح) وعن واثلة بن الأسقع رضى الله عنه قال : (جئت أطلب عليا رضى الله عنه فلم أجده ، فقالت فاطمة رضى الله عنها : انطلق الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يدعوه فاجلس ، فجاء مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فدخلا فدخلت معهما فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم حسنا ووحسينا فأجلس كل واحد منهما على فخذه وأدنى فاطمة من حجره وزوجها ثم لف عليهم ثوبه وانه منتبز فقال : « انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس أهل البيت ويطهركم تطهيرا [5] » اللهم هؤلاء أهلى اللهم حق ، قال واثلة : قلت يا رسول الله وأنا من أهلك ؟ قال : وأنت من أهلى ، قال واثله : انها لمن أرجى ما أرجوه) قال البيهقى : هذا اسناد صحيح ، قال وهو الى تخصيص واثلة بذلك أقرب من تعميم الأمة كلها به وكأنه جعل واثلة فى حكم الأهل تشبيها بمن يستحق هذا الاسم لا تحقيقا •

وأما ما رواه أبو هرمزة نافع السلمى عن أنس عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه سئل من آل محمد ؟ فقال : كل مؤمن من تقى • فقال البيهقى : هذا ضعيف لا يحل الاحتجاج به ، لأن أبا هرمزة كذبه يحيى بن معين وضعفه أحمد وغيره من الحفاظ ، واحتج الشافعى ثم البيهقى والأصحاب لمذهب

---

(١) الآية ٤٦ من سورة غافر •
(٢) الآية ٤٠ من سورة هود •
(٣) الآيتان ٤٥ ، ٤٦ من سورة هود •
(٤) الآية ٢٧ من سورة المؤمنون •
(٥) الآية ٣٣ من سورة الأحزاب •

الشافعى أن الآل هم بنو هاشم وبنو المطلب بقوله صلى الله عليه وسلم « ان الصدقة لا تحل لمحمد ولا لآل محمد » رواه مسلم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم فى التشهد الأخير • قد ذكرنا أن مذهبنا أنها فرض فيه ، ونقله أصحابنا عن عمر بن الخطاب وابنه رضى الله عنهما ، ونقله الشيخ أبو حامد عن ابن مسعود وأبى مسعود البدرى رضى الله عنهما ، ورواه البيهقى وغيره عن الشعبى وهو احدى الروايتين عن أحمد وقال مالك وأبو حنيفة وأكثر العلماء : هى مستحبة لا واجبة ، وحكاه ابن المنذر عن مالك وأهل المدينة ، وعن الثورى وأهل الكوفة وأهل الرأى وجملة من أهل العلم • قال ابن المنذر : وبه أقول •

وقال اسحق : ان تركها عمدا لم تصح صلاته ، وان تركها سهوا رجوت أن تجزئه • واحتج لهم بحديث « المسىء صلاته » وبحديث ابن مسعود فى التشهد ثم قال فى آخره : فاذا فعلت هذا فقد تمت صلاتك • واحتج أصحابنا بقوله تعالى : (صلوا عليه وسلموا تسليما [1]) قال الشافعى رحمه الله تعالى: أوجب الله تعالى بهذه الآية الصلاة وأولى الأحوال بها حال الصلاة ، قال أصحابنا : الآية تقتضى وجوب الصلاة عليه صلى الله عليه وسلم وقد أجمع العلماء أنها لا تجب فى غير الصلاة قال الكرخى : محجوج بالاجماع قبله واحتجوا أيضا بالأحاديث الصحيحة السابقة ، وأجابوا عن حديث « المسىء صلاته بأنه محمول على أنه كان يعلم التشهد والصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم ولم يحتج الى ذكرهما كما لم يذكر الجلوس وقد أجمعنا على وجوبه وانما تركت النية للعلم بها ، والجواب عن حديث ابن مسعود أنه ليس من كلام النبى صلى الله عليه وسلم باتفاق الحفاظ ، وسيأتى ايضاح ادراجها وقول الحفاظ فيه فى مسألة الخلاف فى وجوب السلام ان شاء الله تعالى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ثم يدعو بما احب لما روى ابو هريرة ان النبى صلى الله عليه وسلم قال « اذا تشهد احدكم فليتعوذ من اربع عذاب النار ، وعذاب القبر وفتنة المحيا

---

(١) الآية ٥٦ من سورة الأحزاب •

والممات وفتنة المسيح الدجال ، ثم يدعو لنفسه بما بدا له فان كان اماما لم يطل الدعاء ، والأفضل أن يدعو لما روى على رضى الله تعالى عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يقول بين التشهد والتسليم : اللهم اغفرلى ما قدمت وما أخرت وما أسررت وما أعلنت وما أسرفت وما أنت أعلم به منى أنت المقدم وأنت المؤخر لا اله الا أنت ») .

(**الشرح**) حديث أبى هريرة رواه البخارى ومسلم دون قوله (ثم يدعو لنفسه بما بدا له) والبيهقى والنسائى بهذه الزيادة باسناد صحيح . وحديث على رضى الله عنه رواه مسلم . قال أهل اللغة : العذاب كل ما يضنى [1] الانسان ويشق عليه ، وأصله المنع وسمى عذابا لأنه يمنعه من المعاودة ، ويمنع غيره من مثل ما فعله (وقوله) فتنة المحيا والممات أى الحياة والموت ، والمسيح بفتح الميم وتخفيف السين وبالحاء المهملة ، وهو الصواب فى ضبطه . وقيل أشياء أخر ضعيفة نبسطها فى تهذيب اللغات . قال أبو عبيد وغيره : المسيح هو الممسوح العين ، وبه سمى الدجال ، وقال غيره : لمسحه الأرض فهو فعيل بمعنى فاعل وقيل المسيح الأعور وقال أبو العباس ثعلب : المسيح الكذاب والدجال من الدجل ، وهو التغطية سمى بذلك لتمويهه وتغطيته الحق بباطله وتجنبه له وقيل غير ذلك . وقوله : (أنت المقدم وأنت المؤخر) أى يقدم من لطف به الى رحمته وطاعته بفضله ويؤخر من شاء عن ذلك بعدله .

(**اما حكم المسألة**) فاتفق الشافعى والأصحاب على استحباب الدعاء بعد التشهد والصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم وقبل السلام ، قال الشافعى والأصحاب : وله أن يدعو بما شاء من أمور الآخرة والدنيا ، ولكن أمور الآخرة أفضل وله الدعاء بالدعوات المأثورة فى هذا الموطن والمأثورة فى غيره ، وله أن يدعو بغير المأثور ، وبما يريده من أمور الآخرة والدنيا ، وحكى امام الحرمين عن والده الشيخ أبى محمد الجوينى أنه كان يتردد فى قول : اللهم ارزقنى جارية صفتها كذا وكذا ويميل الى منعه وأنه يبطل الصلاة ، والصواب الذى عليه جمهور الأصحاب أنه يجوز كل ذلك ولا تبطل الصلاة بشىء منه ، ودليله الأحاديث الصحيحة التى سنذكرها فى فرع مفرد ان شاء

---

(١) كانت فى جميع النسخ (ما يفنى) واظنها من التصحيف والصواب (ما يضنى) لانه ليس من لازم الفناء ولا العكس (ط) .

الله تعالى منها : أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ثم ليتخير من الدعاء ما شاء » ونحو ذلك من الأحاديث ، ولا فرق فى استحباب هذا الدعاء بين الامام والمأموم والمنفرد ، وهكذا نص عليه الشافعى فى الأم ، وبه قطع الجمهور • وحكى الرافعى وجها أنه لا يستحب الدعاء للامام وهذا غلط صريح مخالف للأحاديث الصحيحة ، ولنصوص الشافعى والأصحاب •

قال الشافعى فى الأم : أحب لكل مصل أن يزيد على التشهد والصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم ذكر الله عز وجل ودعاءه فى الركعتين الأخيرتين وأرى أن يكون زيادة ذلك ان كان اماما أقل من قدر التشهد والصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم قليلا للتخفيف عمن خلفه ، وأرى أن يكون جلوسه وحده أكثر من ذلك ولا أكره ما أطال ما لم يخرجه ذلك الى سهو أو يخاف به سهوا وان لم يزد على التشهد والصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم كرهت ذلك ولا اعادة عليه ولا سجود سهو ، هذا نصه نقلته من الأم بحروفه وفيه فوائد ، والله أعلم •

(فرع) فى أدعية صحيحة بين التشهد والتسليم وفى غير ذلك من أحوال الصلاة منها : حديث على رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا صلى أحدكم فليقل : التحيات لله ، والصلوات والطيبات ، السلام عليك أيها النبى ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله ثم ليتخير من الدعاء أعجبه اليه فيدعو » رواه البخارى ومسلم وفى رواية لمسلم « ثم يتخير من المسألة ما شاء » وفى رواية له « ثم ليتخير من الدعاء » • وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اذا فرغ أحدكم من التشهد فليتعوذ بالله من أربع : من عذاب جهنم ، ومن عذاب القبر ، ومن فتنة المحيا والممات ، ومن شر فتنة المسيح الدجال » رواه البخارى ومسلم وهذا لفظه وفى رواية لمسلم « اذا تشهد أحدكم فليستعذ بالله من أربع يقول : اللهم انى أعوذ بك من عذاب جهنم ، ومن عذاب القبر ، ومن فتنة المحيا والممات ، ومن فتنة المسيح الدجال » • وفى رواية لمسلم أيضا عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اللهم انى أعوذ بك من عذاب القبر ، وعذاب

النار ، وفتنة المحيا والممات ، وشر المسيح الدجال » وعن عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يدعو فى الصلاة : اللهم انى أعوذ بك من عذاب القبر ، وأعوذ بك من فتنة المسيح الدجال وأعوذ بك من فتنة المحيا والممات ، اللهم انى أعوذ بك من المأثم والمغرم ، فقال له قائل : ما أكثر ماتستعيذ من المأثم والمغرم ؟ فقال : ان الرجل اذا غرم حدث فكذب ووعد فأخلف » رواه البخارى ومسلم •

وعن طاوس عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « كان يعلمهم هذا الدعاء كما يعلمهم السورة من القرآن يقول : قولوا : اللهم انا نعوذ بك من عذاب جهنم وأعوذ بك من عذاب القبر وأعوذ بك من فتنة المسيح الدجال ، وأعوذ بك من فتنة المحيا والممات » رواه مسلم ، ثم قال : بلغنى أن طاوسا قال لابنه دعوت به فى صلاتك ؟ فقال : لا ، فقال أعد صلاتك • وعن عبد الله بن عمرو بن العاص عن أبى بكر الصديق رضى الله عنهم قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم : « علمنى دعاء أدعو به فى صلاتى فقال : قل : اللهم انى ظلمت نفسى ظلما كثيرا ولا يغفر الذنوب الا أنت فاغفر لى مغفرة من عندك وارحمنى انك أنت الغفور الرحيم » رواه البخارى ومسلم •

(قوله) ظلما كثيرا ــ هو بالثاء المثلثة ــ فى أكثر الروايات ، وفى بعض الروايات كبيرا بالباء الموحدة ، فينبغى أن يجمع بينهما فيقال كبيرا ، واحتج البخارى وخلائق من الأئمة بهذا الحديث فى الدعاء بين التشهد والسلام •

وعن أبى صالح عن بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم قال : (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لرجل : كيف تقول فى الصلاة ؟ قال : أتشهد وأقول : اللهم انى أسألك الجنة وأعوذ بك من النار أما انى لا أحسن دندنتك ولا دندنة معاذ ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم حولهما ندندن » رواه أبو داود باسناد صحيح • قال أهل اللغة : الدندنة كلام لا يفهم ، ومعنى حولهما ندندن أى حول سؤاليهما (احداهما) سؤال طلب (والثانية) سؤال رهب والأحاديث فى هذا كثيرة ، وفيما ذكرته كفاية وبالله التوفيق •

(فرع) قد سبق فى فصل تكبيرة الاحرام بيان حكم الدعاء بغير

العربية فيما يجوز الدعاء به فى الصلاة . مذهبنا أنه يجوز أن يدعو فيها بكل ما يجوز الدعاء به خارج الصلاة من أمور الدين والدنيا وله [1] : اللهم ارزقنى كسبا طيبا وولدا ودارا وجارية حسناء يصفها ، واللهم خلص فلانا من السجن وأهلك فلانا وغير ذلك . ولا يبطل صلاته شىء من ذلك عندنا ، وبه قال مالك والثورى وأبو ثور واسحاق .

وقال أبو حنيفة وأحمد : لا يجوز الدعاء الا بالأدعية المأثورة الموافقة للقرآن قال العبدرى : وقال بعضهم : لا يجوز بما يطلب من آدمى ؟ وقال بعض أصحاب أحمد : ان دعا بما يقصد به اللذة وشبه كلام الآدمى كطلب جارية وكسب طيب بطلت صلاته . واحتج لهم بقوله صلى الله عليه وسلم « ان هذه الصلاة لا يصح فيها شىء من كلام الناس انما هو التسبيح والتكبير وقراءة القرآن » رواه مسلم ، وبالقياس على رد السلام وتشميت العاطس .

واحتج أصحابنا بقوله صلى الله عليه وسلم « وأما السجود فاجتهدوا فيه من الدعاء » وفى الحديث الآخر « فأكثروا الدعاء » وهما صحيحان سبق بيانهما فأطلق الأمر بالدعاء ولم يقيده فتناول كل ما يسمى دعاء ؛ ولأنه صلى الله عليه وسلم دعا فى مواضع بأدعية مختلفة فدل على أنه لا حجر فيه . وفى الصحيحين فى حديث ابن مسعود رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم فى آخر التشهد « ثم ليتخير من الدعاء ما أعجبه وأحب اليه وما شاء » وفى رواية مسلم كما سبق فى الفرع قبله ، وفى رواية أبى هريرة « ثم يدعو لنفسه ما بدا له » قال النسائى : واسناده صحيح كما سبق . وعن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يقول فى قنوته : « اللهم أنج الوليد بن الوليد وعياش بن أبى ربيعة وسلمة بن هشام والمستضعفين من المؤمنين ، اللهم اشدد وطأتك على مضر واجعلها عليهم سنين كسنى يوسف » رواه البخارى ومسلم وفى الصحيحين قوله صلى الله عليه وسلم « اللهم العن رعلا وذكوان وعصية عصت الله ورسوله » وهؤلاء قبائل من العرب ، والأحاديث بنحو ما ذكرناه كثيرة . والجواب عن حديثهم أن الدعاء لا يدخل فى كلام الناس ، وعن

---

(١) يعنى وله ان يقول .

التشميت ورد السلام أنهما من كلام الناس لأنهما خطـاب لآدمى بخلاف الدعاء ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

وان كانت الصلاة ركعة او ركعتين جلس فى آخرها متوركا وتشهد وصلى على النبى صلى الله عليه وسلم وعلى آله ودعا على ما وصفناه ، ويكره ان يقرا فى التشهد لانه حالة من أحوال الصلاة لم يشرع فيها القراءة فكرهت فيهـا كالركوع والسجود) .

(الشرح) هذا الذى ذكره كله متفق عليه على ما ذكره .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ثم يسلم وهو فرض فى الصلاة ، لقوله صلى الله عليه وسلم ((مفتاح الصلاة الطهور وتحريمها التكبير وتحليلها التسليم)) ولانه أحد طرفى الصـلاة فوجب فيه نطق كالطرف الأول ، والسنة أن يسلم تسليمتين احداهما عـن يمينه والأخرى عن يساره ، والسلام ان يقول : السلام عليكم ورحمة الله ، لما روى عبد الله رضى الله عنه قال : ((كان النبى صلى الله عليه وسلم يسلم عن يمينه السلام عليكم ورحمة الله ، وعن يساره السلام عليكم ورحمة الله حتى يرى بياض خده من ههنا ومن ههنا)) .

وقال فى القديم : ان اتسع المسجد وكثر الناس سلم تسليمتين ، وان صغر المسجد وقل الناس سلم تسليمة واحدة ، لما روت عائشة رضى الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسلم تسليمة واحدة تلقاء وجهه ، ولأن السلام للاعلام بالخروج من الصلاة ، واذا كثر الناس كثر اللغط فيسلم اثنتين ليبلغ واذا قل الناس كفاهم الاعلام بتسليمة واحدة ، والأول اصح لأن الحديث فى تسليمة غير ثابت عند أهل النقـل ، والواجب من ذلك تسـليمة لأن الخروج يحصل بتسليمة ، فان قال : عليكم السلام أجزاه على المنصوص كما يجزئه فى التشهد وان قدم بعضه على بعض . ومن أصحابنا من قال : لا يجزئه حتى ياتى به مرتبا كما يقول فى القراءة والمذهب الأول ، وينوى الامام بالتسـليمة الأولى الخروج من الصلاة والسلام على من عن يمينه وعلى الحفظة ، وينوى بالثانية السلام على من على يساره وعلى الحفظة ، وينوى المأموم بالتسليمة الأولى الخروج من الصلاة ، والسلام على الامام وعلى الحفظة وعلى المأمومين من ناحيته فى صفه وورائه وقدامه ، وينوى بالثانية السلام على الحفظة وعلى المأمومين من ناحيته ، فان كان الامام قدامه نواه فى اى التسليمتين شاء ، وينوى المنفرد بالتسليمة الأولى الخروج من الصلاة ، والسلام على الحفظة ، وبالثانية السلام على الحفظة ، والأصل فيه ما روى سمرة رضى الله عنه قال : امرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نسلم على أنفسنا وأن يسلم بعضنا على

بعض . وروى على رضى الله عنه وكرم الله وجهه : « ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يصلى قبل الظهر أربعا وبعدها ركعتين ، ويصلى قبل العصر أربعا : يفصل كل ركعتين بالتسليم على الملائكة المقربين والنبيين ومن معه من المؤمنين » وان نوى الخروج من الصلاة ولم ينو ماسواه جاز لأن التسليم على الحاضرين سنة ، وان لم ينو الخروج من الصلاة ففيه وجهان . قال أبو العباس بن سريج وأبو العباس بن القاص : لا يجزئه وهو ظاهر النص فى البويطى لانه نطق فى أحد طرفى الصلاة فلم يصح من غير نيـة كتكبيرة الاحـرام . وقال أبو حفص بن الوكيل (١) وأبو عبد الله الختن الجرجانى رحمهم الله : يجزيه لأن نية الصـلاة قد اتت على جميع الأفعال والسلام من جملتها ، أو لأنه لو وجبت النية فى السلام لوجب تعينها كما قلنا فى تكبيرة الاحرام .

(الشرح) حديث مفتاح الصلاة الى آخره سبق بيـانه فى تكبيرة الاحرام وما يتعلق به . أما حكم السلام فحاصله أن السلام ركن من أركان الصلاة لا تصح الا به ولا يقوم غيره مقامه ، وأقله أن يقول : السلام عليكم ، فلو أخل بحرف من هذه الأحرف لم يصح سلامه ، فلو قال : السلام عليك أو قال : سلامى عليك أو سلام الله عليكم أو سلام عليكم بغير تنوين أو السلام عليهم لم يجزه بلا خلاف ، فان قاله سهوا لم تبطل صلاته ، ولـكن يسجد للسهو وتجب اعادة السلام ، وان قاله عمدا بطلت صلاته الا فى قوله : السلام عليهم . فانه لا تبطل الصلاة لأنه دعاء لغائب ، وان قال : سلام عليكم بالتنوين فوجهان مشهوران فى الطريقتين ، وحكاهما الجرجانى قولين وهـو غريب (أحدهما) يجزئه ويقوم التنوين مقام الألف واللام كما يجزئه فى سلام التشهد ، وهذا هو الأصح عند جمـاعة من الخراسـانيين منهم امام الحرمين والبغوى والرافعى (والثانى) لا يجزئه ، وهو الأصح المختار ، ممن صححه الشيخ أبو حامد والبندنيجى والقاضى أبو الطيب . هذا هو الأصح وهو الذى ذكره أبو اسحاق المروزى فى الشرح وهو نص الشافعى رحمه الله قال الشيخ أبو حامد : هو ظاهر نص الشافعى وقول عامة أصحابنا . قال : ومن قال : يجزئه فقد غلط . ودليله قوله صلى الله عليه وسلم « صلوا كمـا رأيتمونى أصلى » وبينت الأحاديث الصحيحة أنه صلى الله عليه وسلم كان يقول : « السلام عليكم » ولم ينقل عنه سلام عليكم بخلاف التشهد فانه نقل بالأحاديث الصحيحة بالتنوين وبالألف واللام .

---

(١) فى النسخة المطبوعة من المهذب خلط بين الاسمين وخطأ فيهما (ط) .

(وقولهم) التنوين يقوم مقام الألف واللام ليس بصحيح ، ولكنهما لا يجتمعان ولا يلزم من ذلك أنه يسد مسده فى العموم والتعريف وغيره • ولو قال : عليكم السلام فوجهان ، وحكاهما الماوردى قولين ، واتفقوا على أن الصحيح أنه يجزى كما ذكره المصنف فى الكتاب ، وهو المنصوص قياسا على التشهد • فانه يجوز تقديم بعضه على بعض على المذهب كما سبق (والثانى) لا يجوز كما لو ترك ترتيب القراءة ، فعلى الأول يجزئه مع أنه مكروه نص عليه ، وهل يجب أن ينوى بسلامه الخروج ؟ فيه وجهان مشهوران ، أصحهما عند الخراسانيين لا يجب لأن نية الصلاة شملت السلام ، وهذا قول أبى حفص بن الوكيل وأبى عبد الله الختن كما ذكره المصنف • قال امام الحرمين وهو قول الأكثرين (والثانى) يجب وهذا هو الأصح عند جمهور العراقيين •

قال المصنف رحمه الله : وهو ظاهر نصه فى البويطى ، وهو قول ابن سريج وابن القاص • وقال صاحب الحاوى : وهو ظاهر مذهب الشافعى ، وقول جمهور أصحابه قياسا على أول الصلاة ، والصحيح الأول • قال الرافعى : وهو اختيار معظم المتأخرين ، وحملوا نص الشافعى على الاستحباب قال أصحابنا : فان قلنا يجب نية الخروج لم تجب عن الصلاة التى يخرج منها بلا خلاف • وممن نقل اتفاق الأصحاب على هذا الشيخ أبو حامد فى تعليقه وصاحب العدة وغيرهما • قالوا : لأن الخروج متعين لما شرع بخلاف الدخول فى الصلاة فانه متردد : قالوا : فلو عين غير التى هو فيها عمدا بطلت صلاته ، وان كان سهوا سجد للسهو وسلم ثانيا •

وان قلنا لا تجب النية لم يضر الخطأ فى التعيين لأنه كمن لم ينو • هكذا قاله أصحابنا واتفقوا عليه • قال صاحب العدة والبيان : لا يضره كما لو شرع فى صلاة الظهر وظن فى الركعة الثانية أنه فى العصر ثم تذكر فى الثالثة أنها الظهر لم يضره وصلاته صحيحة فى المسألتين • قال أصحابنا : واذا قلنا تجب النية فمعناه أن بسلامه الخروج من الصلاة ، وأنه تحلل به فتكون النية مقترنة بالسلام ، فلو أخرها عنه وسلم بلا نية بطلت صلاته ان تعمد ، وان سها لم تبطل ويسجد للسهو ثم يعيد السلام مع النية ان لم يطل الفصل ، فان طال

وجب استئناف الصلاة ، ولو نوى قبل السلام الخروج بطلت صلاته وان نوى قبل السلام أنه سينوى الخروج عند السلام لم تبطل صلاته لكن لا تجزئه هذه النية ، بل يجب أن ينوى مع السلام ، قال أصحابنا : ويشترط أن يوقع السلام فى حالة القعود فلو سلم فى غيره لم يجزه وتبطل صلاته ان تعمد ، هذا ما يتعلق بأقل السلام .

وأما أكمله فأن يقول : السلام عليكم ورحمة الله وهل يسن تسليمة ثانية ؟ أم يقتصر على واحدة ولا تشرع الثانية ؟ فيه ثلاثة أقوال (الصحيح) المشهور وهو نصه فى الجديد وبه قطع أكثر الأصحاب : يسن تسليمتان (والثانى) تسليمة واحدة قاله فى القديم (والثالث) قاله فىالقديم أيضا ان كان منفردا أو فى جماعة قليلة ولا لغط عندهم فتسليمة واحدة والا فثنتان ، هكذا حكى الأصحاب هذا الثالث قولا قديما ، وحكام امام الحرمين والغزالى عن رواية الربيع ، فيقتضى أن يكون قولا آخر فى الجديد ، وهذا غريب وما أظنه ثبت . والمذهب تسليمتان للأحاديث الصحيحة التى سنذكرها ، ولم يثبت حديث التسليمة الواحدة كما سنذكره ان شاء الله تعالى ، ولو ثبت فله تأويلات سنذكرها ، فان قلنا تسليمة واحدة جعلها تلقاء وجهه ، وان قلنا تسليمتان فالسنة أن تكون احداهما عن يمينه والأخرى عن يساره .

قال صاحب التهذيب وغيره : يبتدىء السلام مستقبل القبلة ويتمه ملتفتا بحيث يكون تمام سلامه مع آخر الالتفات ، ففى التسليمة الأولى يلتفت حتى يرى من عن يمينه خده الأيمن وفى الثانية يلتفت حتى يرى من عن يساره خده الأيسر هذا هو الأصح ، وصححه امام الحرمين والغزالى فى البسيط والجمهور ، وبه قطع الغزالى فى الوسيط والبغوى وغيرهما . وقال امام الحرمين : يلتفت حتى يرى خداه ، واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال : حتى يرى خداه من كل جانب ، وهذا بعيد فانه اسراف ، قال أصحابنا : ولو سلم التسليمتين عن يمينه أو عن يساره أو تلقاء وجهه أجزأه وكان تاركا للسنة ، قال البغوى : ولو بدأ باليسار كره وأجزأه . قال أمام الحرمين والغزالى وغيرهما : اذا قلنا : يستحب التسليمة الثانية فهى واقعة بعد فراغ

الصلاة ليست منها ، وقد انقضت الصلاة بالتسليمة الأولى حتى لو أحدث مع الثانية لم تبطل صلاته ، ولكن لا يأتى بها الا بطهارة .

قال أصحابنا : ويستحب للامام أن ينوى بالتسليمة الأولى السلام على من عن يمينه من الملائكة ، ومسلمى الجن والانس ، وبالثانية على من يساره منهم وينوى المأموم مثل ذلك ويختص بشىء آخر ، وهو أنه ان كان عن يمين الامام نوى بالتسليمة الثانية الرد على الامام ، وان كان عن يساره نواه فى الأولى ، وان كان محاذيا له نواه فى أيتهما شاء ، والأولى أفضل ، نص عليه فى الأم ، واتفق الأصحاب عليه . ويستحب أن ينوى بعض المأمومين الرد على بعض ، ويستحب لكل منهم أن ينوى بالأولى الخروج من الصلاة ان لم نوجبها ، ودليل هذه النيات ماذكره المصنف والأصحاب من حديث على رضى الله عنه ، وسأذكره ان شاء الله تعالى . ولا خلاف أنه لا يجب شىء من هذه النيات غير نية الخروج ففيها الخلاف والله أعلم .

(**فرع**) يستحب أن يقول : السلام عليكم ورحمة الله كما سبق . هذا هو الصحيح والصواب الموجود فى الأحاديث الصحيحة وفى كتب الشافعى والأصحاب . ووقع فى كتاب المدخل الى المختصر لزاهر السرخسى ، والنهاية لامام الحرمين والحلية للرويانى زيادة : وبركاته . قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح : هذا الذى ذكره هؤلاء لا يوثق به وهو شاذ فى نقل المذهب ، ومن حيث الحديث فلم أجده فى شىء من الأحاديث الا فى حديث رواه أبو داود من رواية وائل بن حجر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يسلم عن يمينه السلام عليكم ورحمة الله وبركاته وعن شماله السلام عليكم ورحمة الله وبركاته » وهذه الزيادة نسبها الطبرانى الى موسى ابن قيس الحضرمى ، وعنه رواها أبو داود (قلت) هذا الحديث اسناده فى سنن أبى داود اسناد صحيح .

(**فرع**) فى بيان الأحاديث التى ذكرها المصنف وغيرها مما ورد فى السلام : أما حديث « تحريمها التكبير وتحليلها التسليم » فسبق بيانه فى تكبيرة الاحرام ، وعن سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه قال : كنت أرى رسول الله صلى الله عليه وسلم « يسلم عن يمينه وعن يساره حتى أرى بياض

خده » رواه مسلم ، وعن [أبى] معمر أن أميرا كان بمكة يسلم تسليمتين فقال عبد الله (يعنى ابن مسعود) أنى علقها ؟ قال الحكم فى حديثه « ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يفعله » رواه مسلم • (قوله) علقها ـ وهو بفتح العين وكسر اللام ـ ومعناه من أين حصلت له هذه السنة ، وعن ابن مسعود رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « كان يسلم عن يمينه وعن شماله حتى يرى بياض خده : السلام عليكم ورحمة الله ، السلام عليكم ورحمة الله » رواه أبو داود والترمذى ، قال الترمذى : حديث حسن صحيح وليس فى رواية الترمذى « حتى يرى بياض خده » وهذه اللفظة فى رواية أبى داود وغيره • وعن جابر بن سمرة رضى الله عنهما قال « كنا اذا صلينا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قلنا : السلام عليكم ورحمة الله ، السلام عليكم ورحمة الله ، وأشار بيده الى الجانبين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم علام تومئون بأيديكم كأنها أذناب خيل شمس ؟ انما يكفى أحدكم أن يضع يده على فخذيه ثم يسلم على أخيه من على يمينه وشماله » رواه مسلم وفى الباب أحاديث كثيرة فى التسليمتين من الجانبين غير ماذكرناه • ومنها حديث وائل ابن حجر المذكور قبل الفرع رواه البيهقى من رواية ابن عمر وواثلة بن الأسقع وسهل بن سعد وعبد الله بن زيد رضى الله تعالى عنهم وأما الاقتصار على تسليمة ففيه حديث عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يسلم تسليمة واحدة تلقاء وجهه » رواه الترمذى وابن ماجه وآخرون • قال الحاكم فى المستدرك على الصحيحين : هو حديث صحيح على شرط البخارى ومسلم [1] • وقال آخرون : هو ضعيف كما قال المصنف فى الكتاب : انه غير ثابت عند أهل النقل ، وكذا قال البغوى فى شرح السنة : فى اسناده مقال ، وقال الترمذى : لا نعرفه مرفوعا الا من هذا الوجه ، واتفق أصحابنا فى كتب المذهب على تضعيفه وعن أنس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يسلم تسليمة واحدة »

---

(١) لم ينبه على ضعفه الذهبى فى تلخيص المستدرك ، وقد ساقه الحاكم كما ردده الذهبى كذلك وفى اسناده عمرو بن ابى سلمة وزهير بن محمد قال الحاكم : وقد اتفق الشيخان على الاحتجاج بهما قلت : فى هذا نظر لان عمرا ضعفه ابن معين وقال ابو حاتم : لا يحتج به واما زهير فقد قال البخارى : للشاميين عنه مناكير وهو ثقة ليس به باس وعن ابن معين روايتان ثقة وضعيف (ط) .

رواه البيهقى وعن سهل بن سعد أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يسلم تسليمة واحدة تلقاء وجهه » وعن سلمة بن الأكوع قال : رأيت النبى صلى الله عليه وسلم « صلى يسلم تسليمة واحدة » رواهما ابن ماجه والجواب من وجوه (أحدها) أنها ضعيفة (الثانى) أنها لبيان الجواز ، وأحاديث التسليمتين لبيان الأكمل الأفضل ، ولهذا واظب عليها صلى الله عليه وسلم فكانت أشهر ورواتها أكثر (الثالث) أن فى روايات التسليمتين زيادة من ثقات فوجب قبولها والله أعلم .

وأما الأحاديث الواردة فيما ينوى بالسلام (فمنها) حديث جابر بن سمرة السابق من رواية مسلم ، وعن على رضى الله عنه قال « كان النبى صلى الله عليه وسلم يصلى قبل العصر أربع ركعات يفصل بينهن بالتسليم على الملائكة المقربين ومن تبعهم من المسلمين والمؤمنين » رواه الترمذى فى موضعين من كتابه وقال : حديث حسن وفى رواية عنه فى مسند الامام أحمد بن حنبل رحمه الله « على الملائكة المقربين والنبيين ومن تبعهم من المسلمين والمؤمنين » وعن سمرة بن جندب رضى الله تعالى عنه قال « أمرنا النبى صلى الله عليه وسلم أن نرد على الامام وأن يسلم بعضنا على بعض » رواه أبو داود والدارقطنى والبيهقى وفى اسناد أبى داود سعيد بن بشير وهو مختلف فى الاحتجاج به ، والأكثرون لا يحتجون به واسناد روايتى الدارقطنى والبيهقى حسن ، واعتضدت طرق هذا الحديث فصار حسنا أو صحيحا .

(**فرع**) فى ألفاظ الكتاب قوله (يسلم عن يساره) هو بفتح الياء ويجوز كسرها لغتان سبق بيانهما مرات . قوله : (لما روى عبد الله بن مسعود رضى الله تعالى عنه حتى يرى بياض خده) هو بضم الياء قوله : (لما روى سمرة بن جندب) هو بضم الدال وفتحها ، قيل : ابن هلال أبو سعيد وقيل غير ذلك توفى فى آخر خلافة معاوية .

قوله : (أبو عبد الله الختن) بالخاء المعجمة والتاء المثناة فوق المفتوحتين يصفه بذلك لقربه من الامام الحافظ الفقيه أبى بكر الاسماعيلى ، ويقال له : ختن أبى بكر الاسماعيلى ، ويقال : الختن مطلقا كما ذكر المصنف هنا ، واسمه محمد بن الحسن الجرجانى ، وكان أحد أئمة أصحابنا فى عصره مقدما

فى علم الأدب والقراءات ومعانى القرآن مبرزا فى علم الجدل والنظر والفقه وصنف شرح التلخيص ، وسمع الحديث توفى رحمه الله تعالى يوم الأضحى سنة ست وثمانين وثلاثمائة ، وهو ابن خمس وسبعين سنة •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى وجوب السلام • مذهبنا أنه فرض وركن من أركان الصلاة لا تصح الا به ، وبهذا قال جمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم • وقال أبو حنيفة : لا يجب السلام ولا هو من الصلاة ، بل اذا قعد قدر التشهد ثم خرج من الصلاة بما ينافيها من سلام أو كلام أو حدث أو قيام أو فعل أو غير ذلك أجزأه وتمت صلاته ، وحكاه الشيخ أبو حامد عن الأوزاعى • واحتج له بحديث المسىء صلاته وبحديث ابن مسعود رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم علمه التشهد وقال : اذا قضيت هذا فقد تمت صلاتك ان شئت أن تقوم فقم وان شئت أن تقعد فاقعد » وعن ابن عمرو قال « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أحدث وقد قعد فى آخر صلاته قبل أن يسلم فقد جازت صلاته » وعن على رضى الله عنه قال : « اذا جلس قدر التشهد ثم أحدث فقد تمت صلاته » •

واحتج أصحابنا بحديث « تحليلها التسليم » وبالأحاديث المذكورة فى الفرع قبله مع قوله صلى الله عليه وسلم : « صلوا كما رأيتمونى أصلى » والجواب عن حديث المسىء صلاته أنه ترك بيان السلام لعلمه به كما ترك بيان النية والجلوس للتشهد وهما واجبان بالاتفاق • والجواب عن حديث ابن مسعود أن قوله « فقد تمت صلاته أو قضيت صلاته » الى آخره زيادة مدرجة ليست من كلام النبى صلى الله عليه وسلم باتفاق الحفاظ ، وقد بين الدارقطنى والبيهقى وغيرهما ذلك ، وأما حديث على وحديث ابن عمرو فضعيفان باتفاق الحفاظ وضعفهما مشهور فى كتبهم ، وقد سبق بيان بعض هذا فى ذكر مذاهب العلماء فى وجوب التشهد ، والله أعلم •

(فرع) فى مذاهبهم فى استحباب تسليمة أو تسليمتين • قد ذكرنا أن الصحيح فى مذهبنا أن المستحب أن يسلم تسليمتين ، وبهذا قال جمهور العلماء من الصحابة والتابعين فمن بعدهم حكاه الترمذى والقاضى أبو الطيب وآخرون عن أكثر العلماء • وحكاه ابن المنذر عن أبى بكر الصديق وعلى

ابن أبى طالب وابن مسعود وعمار بن ياسر ونافع بن عبد الحارث رضى الله عنهم ، وعن عطاء بن أبى رباح وعلقمة والشعبى وأبى عبد الرحمن السلمى التابعين ، وعن الثورى وأحمد واسحاق وأبى ثور وأصحاب الرأى . قال : وقالت طائفة : يسلم تسليمة واحدة قاله ابن عمر وأنس وسلمة بن الأكوع وعائشة رضى الله عنهم والحسن وابن سيرين وعمر بن عبد العزيز ومالك والأوزاعى قال ابن المنذر : وقال عمار بن أبى عمار : كان مسجد الأنصار يسلمون فيه تسليمتين ومسجد المهاجرين يسلمون فيه تسليمة ، وقال ابن المنذر : وبالأول أقول ، ودليل الجميع يعرف من الأحاديث السابقة والله أعلم .

(فرع) مذهبنا الواجب تسليمة واحدة ، ولا تجب الثانية ، وبه قال جمهور العلماء أو كلهم قال ابن المنذر : أجمع العلماء على أن صلاة من اقتصر على تسليمة واحدة جائزة ، وحكى الطحاوى والقاضى أبو الطيب وآخرون عن الحسن بن صالح أنه أوجب التسليمتين جميعا ، وهى رواية عن أحمد وبهما قال بعض أصحاب مالك ، والله أعلم .

(فرع) يستحب أن يدرج لفظة السلام ولا يمدها ، ولا أعلم فيه خلافا للعلماء . واحتج له أبو داود والترمذى والبيهقى وغيرهم من أئمة الحديث والفقهاء بحديث أبى هريرة رضى الله تعالى عنه قال : « حذف السلام سنة » رواه أبو داود والترمذى وقال الترمذى : هو حديث حسن صحيح قال : قال ابن المبارك : معناه لا يمد مدا .

(فرع) ينبغى للمأموم أن يسلم بعد سلام الامام ، قال البغوى : يستحب أن لا يبتدىء السلام حتى يفرغ الامام من التسليمتين ، وقال المتولى : يستحب أن يسلم بعد فراغ الامام من التسليمة الأولى وهو ظاهر نص الشافعى فى البويطى كما نقله البغوى ، فانه قال : (ومن كان خلف امام فاذا فرغ الامام من سلامه سلم عن يمينه وعن شماله) هذا نصه ، واتفقوا على أنه يجوز أن يسلم بعد فراغ الامام من الأولى وانما الخلاف فى الأفضل ، ولو قارنه فى السلام فوجهان (أحدهما) تبطل صلاته ان لم ينو مفارقته كما لو قارنه فى تكبيرة الاحرام وأصحهما لا تبطل كما لو قارنه فى باقى الأركان بخلاف تكبيرة الاحرام . فانه لا يصير فى صلاة حتى يفرغ منها فلا يربط

صلاته بمن ليس فى صلاة ، ولو سلم قبل شروع الامام فى السلام بطلت صلاته ان لم ينو مفارقته ، فان نواها ففيه الخلاف فيمن نوى المفارقة ، ولا يكون مسلما بعده الا أن يبتدىء بعد فراغ الامام من الميم من قوله : السلام عليكم .

(فرع) اتفق أصحابنا على أنه يستحب للمسبوق أن لا يقوم ليأتى بما بقى عليه الا بعد فراغ الامام من التسليمتين ، وممن صرح به البغوى والمتولى وآخرون ونص عليه الشافعى رحمه الله فى مختصر البويطى فقال : ومن سبقه الامام بشىء من الصلاة فلا يقوم لقضاء ما عليه الا بعد فراغ الامام من التسليمتين . قال أصحابنا : فان قام بعد فراغه من قوله : السلام عليكم فى الأولى جاز لأنه خرج من الصلاة ، فان قام قبل شروع الامام فى التسليمتين بطلت صلاته الا أن ينوى مفارقة الامام فيجىء فيه الخلاف فيمن نوى المفارقة ، ولو قام بعد شروعه فى السلام قبل أن يفرغ من قوله « عليكم » فهو كما لو قام قبل شروعه . ذكره البغوى . وقال المتولى : اذا قام المسبوق مقارنة للتسليمة الأولى ، فان قلنا : للمأموم الموافق أن يسلم مقارنا للامام جاز قيام المسبوق ، لأن كل حال جاز للموافق السلام فيها جاز للمسبوق المفارقة فيها ، كما بعد السلام . وان قلنا : لايجوز للموافق السلام مقارناً له لم يجز للمسبوق القيام مع المقارنة وتبطل صلاته الا أن ينوى المفارقة ، ولو سلم الامام فمكث المسبوق بعد سلامه جالساً وطال جلوسه ، قال أصحابنا : ان كان موضع تشهده الأول جاز ولا تبطل صلاته لأنه جلوس محسوب من صلاته وقد انقطعت القدوة . وقد قدمنا أن التشهد الأول يجوز تطويله لكنه يكره ، وان لم يكن موضع تشهده لم يجز أن يجلس بعد تسليمه لأن جلوسه كان للمتابعة وقد زالت ، فان جلس متعمدا عالما بطلت صلاته ، وان كان ساهيا لم تبطل ويسجد للسهو .

(فرع) اذا سلم الامام التسليمة الأولى انقضت قدوة المأموم الموافق والمسبوق لخروجه من الصلاة ، والمأموم الموافق بالخيار ان شاء سلم بعده وان شاء استدام الجلوس للتعوذ والدعاء وأطال ذلك ، هكذا ذكر القاضى أبو الطيب فى تعليقه نقلته بحروفه .

(فـرع) قال الشافعي والأصحاب : اذا اقتصر الامام على تسليمة يسن للمأموم تسليمتان لأنه خرج عن متابعته بالأولى ، بخلاف التشهد الأول ، فان الامام لو تركه لزم المأموم تركه لأن المتابعة واجبة عليه قبل السلام والله أعلم .

(فـرع) قال صاحب العدة : لو شرع فى الظهر فتشهد بعد الركعة الرابعة ثم قام قبل السلام وشرع فى العصر ـ فان فعل ذلك عمدا ـ بطلت صلاة الظهر بقيامه ، وصحت العصر ، وان قام ناسيا لم يصح شروعه فى العصر ، فان ذكر ـ والفصل قريب ـ عاد الى الجلوس وسجد للسهو وسلم من الظهر وأجزأته ، وان طال الفصل بطلت صلاته ووجب استئناف الصلاتين جميعا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب لمن فرغ من الصلاة ان يذكر الله تعالى لما روى ابن الزبير رضى الله عنهما أنه « كان يهلل فى أثر كل صلاة يقول : لا اله الا الله وحده لا شريك له ، له الملك ، وله الحمد ، وهو على كل شيء قدير ولا حول ولا قوة الا بالله ، ولا نعبد الا اياه وله النعمة وله الفضل وله الثناء الحسن ، لا اله الا الله مخلصين له الدين ولو كره الكافرون » ثم يقول : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يهلل بهذا فى دبر كل صلاة » وكتب المغيرة الى معاوية رضى الله عنهما « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يقول : لا اله الا الله وحده لا شريك له ، له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير ، اللهم لا مانع لما اعطيت ولا معطى لما منعت ولا ينفع ذا الجد منك الجد ») .

(الشرح) اتفق الشافعى والأصحاب وغيرهم رحمهم الله على أنه يستحب ذكر الله تعالى بعد السلام ، ويستحب ذلك للامام والمأموم والمنفرد والرجل والمرأة والمسافر وغيره ، ويستحب أن يدعو أيضا بعد السلام بالاتفاق وجاءت فى هذه المواضع أحاديث كثيرة صحيحة فى الذكر والدعاء قد جمعتها فى كتاب الأذكار (منها) عن أبى أمامة رضى الله عنه قال « قيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم : أى الدعاء أسمع ؟ قال : جوف الليل الآخر ودبر الصلوات المكتوبات » رواه الترمذى وقال حديث حسن . وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال : « كنت أعرف انقضاء صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتكبير » رواه البخارى ومسلم ، وفى رواية مسلم « كنا نعرف »

وعن ابن عباس أيضا « ان رفع الصوت بالذكر حين ينصرف الناس من المكتوبة كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وكنت أعلم اذا انصرفوا بذلك اذا سمعته » رواه البخارى ومسلم • وعن ثوبان رضى الله عنه قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا انصرف من صلاته استغفر ثلاثا قال : اللهم أنت السلام ومنك السلام تباركت ياذا الجلال والاكرام » قيل للأوزاعى وهو أحد رواته : كيف الاستغفار ؟ قال تقول : أستغفر الله أستغفر الله •• رواه مسلم •

وعن المغيرة بن شعبة رضى الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا انصرف من الصلاة وسلم قال : لا اله الا الله وحده لا شريك له ، له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير ، اللهم لا مانع لما أعطيت ولا معطى لما منعت ، ولا ينفع ذا الجد منك الجد » رواه البخارى ومسلم • وعن عبد الله ابن الزبير رضى الله عنهما « أنه كان يقول فى دبر كل صلاة حين يسلم : لا اله الا الله وحدهلا شريك له ، له الملك ، ولهالحمد ، وهوعلى كلشيءقدير،لا حول ولا قوة الا بالله لا اله الا الله ولا نعبد الا اياه له النعمة وله الفضل وله الثناء الحسن لا اله الا الله مخلصين له الدين ولو كره الكافرون » قال ابن الزبير : « وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يهلل بهن دبر كل صلاة » رواه مسلم• وعن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه « أن فقراء المهاجرين أتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا : ذهب أهل الدثور بالدرجات العلى والنعيم المقيم ، يصلون كما نصلى ويصومون كما نصوم ولهم فضول من أموالهم يحجون بها ويعتمرون ويجاهدون ويتصدقون ، فقال آلا أعلمكم شيئا تدركون به من سبقكم وتسبقون به من بعدكم ولا يكون أحد أفضل منكم الا من صنع مثل ما صنعتم ؟ فقالوا : بلى يا رسول الله ، قال : تسبحون الله وتحمدون وتكبرون خلف كل صلاة ثلاثا وثلاثين » قال أبو صالح لما سئل عن كيفية ذكرها يقول : « سبحان الله والحمد لله والله أكبر حتى يكون منهن كلهن ثلاثا وثلاثين » رواه البخارى ومسلم • (الدثور) بضم الدال جمع دثر بفتح الدال واسكان المثلثة وهو المال الكثير • وعن كعب بن عجرة رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « معقبات لا يخيب قائلهن أو فاعلهن

دبر كل صلاة مكتوبة ثلاثا وثلاثين تسبيحة ، وثلاثا وثلاثين تحميدة ، وأربعا وثلاثين تكبيرة » رواه مسلم •

وعن أبى هريرة رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من سبح الله فى دبر كل صلاة ثلاثا وثلاثين ، وحمده ثلاثا وثلاثين ، وكبر الله ثلاثا وثلاثين ، وقال تمام المائة لا اله الا الله وحده لا شريك له ، له الملك وله الحمد وهو على كل شىء قدير ، غفرت خطاياه وان كانت مثل زبد البحر » رواه مسلم • وعن سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « كان يتعوذ دبر الصلاة بهؤلاء الكلمات : اللهم انى أعوذ بك من الجبن ، وأعوذ بك من أن أرد الى أرذل العمر ، وأعوذ بك من فتنة الدنيا ، وأعوذ بك من عذاب القبر » رواه البخارى فى أول كتاب الجهاد • وعن على بن أبى طالب رضى الله عنه قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سلم من الصلاة قال : اللهم اغفر لى ما قدمت وما أخرت ، وما أسررت وما أعلنت وما أسرفت وما أنت أعلم به منى ، أنت المقدم وأنت المؤخر لا اله الا أنت » هكذا رواه أبو داود باسناد صحيح وهو اسناد مسلم ، هكذا فى رواية ، وفى رواية أنه كان يقول هذا بين التشهد والتسليم ، وقد سبق هذا فى موضعه ولا منافاة بين الروايتين فهما صحيحتان ، وكان يقول الدعاء فى الموضعين والله أعلم •

وعن معاذ رضى الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذ بيده وقال : يا معاذ والله انى لأحبك ، أوصيك يا معاذ لا تدعهن دبر كل صلاة ، تقول : اللهم أعنى على ذكرك وشكرك وحسن عبادتك » رواه أبو داود والنسائى باسناد صحيح ، وعن عقبة بن عامر رضى الله عنه قال «أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أقرأ بالمعوذتين دبر كل صلاة » رواه أبو داود والترمذى والنسائى وغيرهم • وفى رواية أبى داود « بالمعوذات » فينبغى أن يقرأ قل هو الله أحد مع المعوذتين • وروى الطبرانى فى معجمه أحاديث فى فضل آية الكرسى دبر الصلاة المكتوبة ، لكنها كلها ضعيفة ، وفى الباب أحاديث كثيرة غير ماذكرته هنا ، وجاء فى الذكر بعد صلاة الصبح أحاديث (منها) حديث أبى ذر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال

« من قال فى دبر كل صلاة الفجر وهو ثان رجله قبل أن يتكلم : لا اله الا الله وحده لا شريك له ، لهالملك وله الحمد يحيى ويميت وهو على كل شىء قدير، عشر مرات كتب له عشر حسنات ومحى عنه عشر سيئات ورفع له عشر درجات وكان يومه ذلك كله فى حرز من كل مكروه وحرس من الشيطان ولم ينبغ لذنب أن يدركه فى ذلك اليوم الا الشرك بالله تعالى » رواه الترمذى والنسائى ، قال الترمذى حديث حسن غريب • وعن أنس رضى الله عنه قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من صلى الفجر فى جماعة ثم قعد يذكر الله تعالى حتى تطلع الشمس ثم صلى ركعتين كانت له كأجر حجة وعمرة تامة تامة تامة » رواه الترمذى وقال : حديث حسن ، وفى الباب غير ماذكرته والله أعلم •

(فرع) قال القاضى أبو الطيب : يستحب أن يبدأ من هذه الأذكار بحديث الاستغفار • وحكى حديث ثوبان ، قال الشافعى رحمه الله فى الأم بعد أن ذكر حديث ابن عباس [1] السابق فى رفع الصوت بالذكر ، وحديث ابن الزبير السابق ، وحديث أم سلمة المذكور فى الفصل بعد هذا : أختار للامام والمأموم أن يذكرا الله تعالى بعد السلام من الصلاة • ويخفيان الذكر الا أن يكون اماما يريد [2] أن يتعلم منه فيجهر حتى يرى أنه قد تعلم منه فيسر ، فان الله تعالى يقول (ولا تجهر بصلاتك ولا تخافت بها [3]) يعنى والله أعلم الدعاء (ولا تجهر) ترفع (ولا تخافت) حتى لا تسمع نفسك • [وأحسب ما روى ابن الزبير من تهليل النبى صلى الله عليه وسلم وما روى ابن عباس من تكبيره كما رويناه] قال : وأحسبه انما جهر قليلا ــ يعنى فى حديث ابن عباس وحديث ابن الزبير ــ ليتعلم الناس منه لأن عامة الروايات

---

(١) الشافعى روى حديث ابن عباس عن عمرو بن دينار عن ابى معبد عنه قال : كنت اعرف صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتكبير ــ قال عمرو : ثم ذكرته لابى معبد بعد فقال لم أحدثكه قال عمرو : قد حدثتنيه قال : وكان من اصدق موالى ابن عباس قال الشافعى : كانه نسيه بعد ما حدثه اياه ا هـ .

قال السراج البلقينى : حديث ابن عباس هذا اخرجه الصحيحان من حديث أبى معبد واسمه نافذ عن ابن عباس وهذا مما خرجه الصحيحان وفيه عنه أن الأصل قال للفرع : لم احدثك بهذا وهذا خلاف جزم بعض الأصوليين بالمنع فسقط ا هـ (ط) .

(٢) نسخة الام طبعة الأميرية (يجب) بدل (يريد) .

(٣) الآية ١١٠ من سورة الاسراء .

التى كتبناها مع هذا وغيرها ليس يذكر فيها بعد التسليم تهليل ولا تكبير [وقد يذكر أنه ذكر بعد الصلاة بما وصف ويذكر انصرافه بلا ذكر [1]] وقد ذكرت أم سلمة « مكثه صلى الله عليه وسلم ولم يذكر جهرا وأحسبه صلى الله عليه وسلم لم يمكث الا ليذكر سرا [2] » . قال : وأستحب للمصلى منفردا أو مأموما أن يطيل الذكر بعد الصلاة ويكثر الدعاء رجاء الاجابة بعد المكتوبة ، هذا نصه فى الأم .

واحتج البيهقى وغيره لتفسيره الآية بحديث عائشة رضى الله عنها قالت فى قول الله تعالى : (ولا تجهر بصلاتك ولا تخافت بها) نزلت فى الدعاء . رواه البخارى ومسلم . وهكذا قال أصحابنا : ان الذكر والدعاء بعد الصلاة يستحب أن يسر بهما الا أن يكون اماما يريد تعليم الناس فيجهر ليتعلموا ، فاذا تعلموا وكانوا عالمين أسره . واحتج البيهقى وغيره فى الاسرار بحديث أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه قال « كنا مع النبى صلى الله عليه وسلم وكنا اذا أشرفنا على واد هللنا وكبرنا ارتفعت أصواتنا فقال النبى صلى الله عليه وسلم : يا أيها الناس اربعوا على أنفسكم فانكم لا تدعون أصم ولا غائبا انه معكم سميع قريب » رواه البخارى ومسلم (اربعوا) ــ بفتح الباء ــ أى ارفقوا .

(فرع) قد ذكرنا استحباب الذكر والدعاء للامام والمأموم والمنفرد وهو مستحب عقب كل الصلوات بلا خلاف ، وأما ما اعتاده الناس أو كثير منهم من تخصيص دعاء الامام بصلاتى الصبح والعصر فلا أصل له ، وان كان قد أشار اليه صاحب الحاوى فقال : ان كانت صلاة لا يتنفل بعدها كالصبح والعصر استدبر القبلة واستقبل الناس ودعا ، وان كانت مما يتنفل بعدها كالظهر والمغرب والعشاء فيختار أن يتنفل فى منزله ، وهذا الذى أشار اليه من التخصيص لا أصل له ، بل الصواب استجابة فى كل الصلوات ، ويستحب أن يقبل على الناس فيدعو . والله أعلم .

(فرع) وأما هذه المصافحة المعتادة بعد صلاتى الصبح والعصر

---

(١) ما بين المعقوفين من زيادتنا على ش و ق نقلا عن الأم (ط) .

(٢) فى نسخة الأم المطبوعة (الا ليذكر ذكرا غير جهر) (ط) .

فقد ذكر الشيخ الامام أبو محمد بن عبد السلام [1] رحمه الله أنها من البدع المباحة ولا توصف بكراهة ولا استحباب ، وهذا الذى قاله حسن ، والمختار أن يقال : ان صافح من كان معه قبل الصلاة فمباحة كما ذكرنا ، وان صافح من لم يكن معه قبلها فمستحبة لأن المصافحة عند اللقاء سنة بالاجماع للأحاديث الصحيحة فى ذلك ، وسأبسط الكلام فى المصافحة والسلام وتشميت العاطس وما يتعلق بها ويشبهها فى فصل عقب صلاة الجمعة ان شاء الله تعالى.

(فرع) يستحب الاكثار من الذكر أول النهار وآخره ، وفى الليل، وعند النوم والاستيقاظ ، وفى ذلك أحاديث كثيرة جدا مشهورة فى الصحيحين وغيرهما مع آيات من القرآن الكريم وقد جمعت معظم ذلك مهذبا فى كتاب الأذكار .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واذا اراد ان ينصرف فان كان خلفه نساء استحب له ان يلبث حتى تنصرف النساء لئلا يختلطن بالرجال ، لما روت أم سلمة رضى الله عنها « ان النبى صلى الله عليه وسلم كان اذا سلم قام النساء حين يقضى سلامه فيمكث يسيرا قبل أن يقوم » . قال الزهرى رحمه الله : (فنرى والله اعلم ان مكثه لينصرف النساء قبل ان يدركهن الرجال) . واذا اراد ان ينصرف توجه فى جهة حاجته لما روى الحسن رحمه الله قال : «كان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلون فى المسجد الجامع فمن كان بيته من قبل بنى تميم انصرف عن يساره ومن كان بيته مما يلى بنى سليم انصرف عن يمينه يعنى بالبصرة » وان لم يكن له حاجة فالأولى ان ينصرف عن يمينه لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يحب التيامن فى كل شىء) .

(الشرح) قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله تعالى : يستحب للامام اذا سلم أن يقوم من مصلاه عقب سلامه اذا لم يكن خلفه نساء ، هكذا قاله الشافعى فى المختصر ، واتفق عليه الأصحاب وعلله الشيخ أبو حامد والأصحاب بعلتين (احداهما) لئلا يشك هو أو من خلفه هل سلم أم لا ؟ (والثانية) لئلا يدخل غريب فيظنه بعد فى الصلاة فيقتدى به ، أما اذا كان خلفه نساء فيستحب أن يلبث بعد سلامه ويثبت الرجال قدرا يسيرا يذكرون

---

(١) هو الامام العز بن عبد السلام الذى افتى ببيع أمراء المماليك (ط) .

الله تعالى حتى تنصرف النساء ، بحيث لا يدرك المسارعون فى سيرهم من الرجال آخرهن ويستحب لهن أن ينصرفن عقب سلامه فاذا انصرفن انصرف الامام وسائر الرجال واستدل الشافعى والأصحاب بالحديث الذى ذكره المصنف عن أم سلمة رضى الله عنها قالت « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سلم قام النساء حين يقضى تسليمه ومكث يسيرا كى ينصرفن قبل أن يدركهن أحد من القوم » وفى رواية قال ابن شهاب [1] « فأرى والله أعلم أن مكثه لكى ينفد النساء قبل أن يدركهن من انصرف من القوم » رواه البخارى فى مواضع كثيرة من صحيحه ، ولأن الاختلاط بهن مظنة الفساد وسبب للريبة لأنهن مزينات للناس مقدمات على كل الشهوات • قال الشافعى فى الأم : فان قام الامام قبل ذلك أو جلس أطول من ذلك فلا شىء عليه • قال : وللمأموم أن ينصرف اذا قضى الامام السلام قبل قيام الامام قال : وتأخير ذلك حتى ينصرف بعد انصراف الامام أو معه أحب الى •

قال الشافعى فى الأم والأصحاب : اذا انصرف المصلى اماما كان أو مأموما أو منفردا فله أن ينصرف عن يمينه وعن يساره وتلقاء وجهه رواه [2] ولا كراهة فى شىء من ذلك ، لكن يستحب ان كان له حاجة فى جهة من هذه الجهات أن يتوجه اليها ، وان لم يكن له حاجة فجهة اليمنى أولى ، واستدل الشافعى فى الأم والأصحاب « بأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يحب التيامن فى شأنه كله » وقد سبقت الأحاديث الصحيحة فى ذلك فى باب صفة الوضوء فى فصل غسل اليدين وجاء فى هذه المسألة حديث ابن مسعود رضى الله تعالى عنه قال : « لا يجعل أحدكم للشيطان شيئا من صلاته لا يرى الا أن حقا عليه أن لا ينصرف الا عن يمينه لقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم كثيرا ينصرف عن يساره » رواه البخارى ومسلم قال « أكثر ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينصرف عن يمينه » وعن هلب بضم الهاء الطائى رضى الله عنه « أنه صلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان ينصرف عن

---

(١) كذا بالأصل والذى رواه البخارى صيغتان أولاهما (قال : نرى والله اعلم ان ذلك كان لكى ينصرف النساء قبل أن يدركهن من الرجال) وفى الاخرى (قالت : نرى والله أعلم أن ذلك لكى ينصرف النساء قبل أن يدركهن الرجال) (ط) .

(٢) كذا بالأصل ولعل الصواب (ووراءه) (ط) .

شـقيه » رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه وغيرهم باسناد حسن فهـذه الأحاديث تدل على أنه يباح الانصراف من الجانبين ، وانما أنكر ابن مسعود رضى الله تعالى عنه على من يعتقد وجوب ذلك •

(فـرع) اذا أراد أن ينفتل فى المحراب ويقبل على الناس للذكر والدعاء وغيرهما جاز أن ينفتل كيف شاء ، وأما الأفضـل فقـال البغوى : الأفضل أن ينفتل عن يمينه ، وقال فى كيفيته وجهان (أحدهما) وبه قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى يدخل يمينه فى المحراب ، ويساره الى الناس ، ويجلس على يمين المحراب (والثانى) وهو الأصح يدخل يساره فى المحراب ويمينه الى القوم ويجلس على يسار المحراب ، هذا لفظ البغوى فى التهذيب وجزم البغوى فى شرح السنة بهذا الثانى • واستدل له بحـديث البراء بن عازب رضى الله عنهما قال : « كنا اذا صلينا خلف رسول الله صلى الله عليه وسـلم أحببنا أن نكون عن يمينه يقبل علينا بوجهه فسمعته يقول فى قنوته : رب قنى عذابك يوم تبعث أو تجمع عبادك » رواه مسلم ، وقال امام الحرمين : ان لم يصح فى هذا حديث فلست أرى فيه الا التخيير •

(فـرع) قال أصحابنا : ان كانت الصلاة مما يتنفل بعدها فالسنة أن يرجع الى بيته لفعل النافلة لأن فعلها فى البيت أفضل لقوله صلى الله عليه وسلم « صلوا أيها الناس فى بيوتكم فان أفضـل صـلاة المرء فى بيتـه الا المكتوبة » رواه البخارى ومسلم من رواية زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه • وعن ابن عمر رضى الله تعالى عنهـما عن النبى صلى الله عليه وسـلم قال : « اجعلوا من صلاتكم فى بيوتكم ولا تتخذوها قبـورا » رواه البخـارى ومسلم •

وعن جابر رضى الله عنه قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قضى أحدكم صلاته فى مسجده فليجعل لبيته من صلاته نصيبا فان الله جاعل فى بيته من صلاته خيرا » رواه مسلم • قال أصحابنا فان لم يرجع الى بيته وأراد التنفل فى المسجد يستحب أن ينتقل عن موضعه قليلا لتكثير مواضـع سجوده هكذا علله البغوى وغيره ، فان لم ينتقل الى موضع آخر فينبغى أن يفصل بين الفريضة والنافلة بكلام انسان •

واستدل البيهقي وآخرون من أصحابنا وغيرهم بحديث عمرو بن عطاء « أن نافع بن جبير أرسله الى السائب بن أخت نمير يسأله عن شيء رآه منه معاوية فى الصلاة فقال : نعم صليت معه الجمعة فى المقصورة فلما سلم الامام قمت فى مقامى فصليت فلما دخل أرسل الى فقال : لا تعد لما فعلت اذا صليت الجمعة فلا تصلها بصلاة حتى تكلم أو تخرج ، فان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرنا بذلك أن لا نوصل صلاة حتى نتكلم أو نخرج » رواه مسلم • فهذا الحديث هو المعتمد فى المسألة وأما حديث عطاء الخراسانى عن المغيرة ابن شعبة رضى الله عنه قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يصلى الامام فى الموضع الذى يصلى فيه حتى يتحول » فضعيف رواه أبو داود • وقال : عطاء لم يدرك المغيرة وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيعجز أحدكم أن يتقدم أو يتأخر عن يمينه أو عن شماله فى الصلاة ؟ يعنى النافلة » رواه أبو داود باسناد ضعيف ، وضعفه البخارى فى صحيحه • قال أصحابنا : فاذا صلى النافلة فى المسجد جاز • وان كان خلاف الأفضل لحديث ابن عمر رضى الله عنهما قال : « صليت مع النبى صلى الله عليه وسلم سجدتين قبل الظهر وسجدتين بعدها وسجدتين بعد المغرب وسجدتين بعد العشاء وسجدتين بعد الجمعة ، فأما المغرب والعشاء ففى بيته » رواه البخارى ومسلم ، وظاهره أن الباقى صلاها فى المسجد لبيان الجواز فى بعض الأوقات ، وهو صلاة النافلة فى البيت ، وفى الصحيحين « أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى ليالى فى رمضان فى المسجد غير المكتوبات » والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والسنة فى صلاة الصبح ان يقنت فى الركعة الثانية لما روى انس رضى الله تعالى عنه « ان النبى صلى الله عليه وسلم قنت شهرا يدعو عليهم ثم تركه ، فأما فى الصبح فلم يزل يقنت حتى فارق الدنيا » ومحل القنوت بعد الرفع من الركوع « لما روى انه سئل انس هل قنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى صلاة الصبح ؟ قال : نعم ، قيل : قبل الركوع او بعده ؟ قال بعد الركوع » والسنة ان يقول « اللهم اهدنى فيمن هديت وعافنى فيمن عافيت وتولنى فيمن توليت وبارك لى فيما اعطيت وقنى شر ما قضيت انك تقضى ولا يقضى عليك انه لا يذل من واليت تباركت وتعاليت » لما روى الحسن بن على رضى الله عنه قال : علمنى رسول الله صلى الله عليه وسلم هؤلاء الكلمات فى الوتر فقال قل :

« اللهم اهدنى فيمن هديت » الى آخره وان قنت بما روى عن عمر رضى الله عنه كان حسنا وهو ما روى ابو رافع قال : قنت عمر بن الخطاب رضى الله عنه بعد الركوع فى الصبح فسمعته يقول : « اللهم انا نستعينك ونستغفرك ولا نكفرك ونؤمن بك . ونخلع ونترك من يفجرك ، اللهم اياك نعبد ولك نصلى ونسجد ، واليك نسعى ونحفد نرجو رحمتك ونخشى عذابك ان عذابك الجد بالكفار ملحق اللهم عذب كفرة أهل الكتاب الذين يصدون عن سبيلك يكذبون رسلك ويقاتلون أولياءك اللهم اغفر للمؤمنين والمؤمنات والمسلمين والمسلمات واصلح ذات بينهم والف بين قلوبهم واجعل فى قلوبهم الايمان والحكمة وثبتهم على ملة رسولك وأوزعهم أن يوفوا بعهدك الذى عاهدتهم عليه ، وانصرهم على عدوك وعدوهم يا اله الحق واجعلنا منهم » ويستحب ان يصلى على النبى صلى الله عليه وسلم بعد الدعاء لما روى من حديث الحسن رضى الله عنه فى الوتر انه قال : « تباركت وتعاليت وصلى الله على النبى وسلم » ويستحب للماموم ان يؤمن على الدعاء لما روى ابن عباس رضى الله عنهما قال : « قنت رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان يؤمن من خلفه » ويستحب له ان يشاركه فى الثناء لأنه لا يصلح التأمين على ذلك فكانت المشاركة اولى .

واما رفع اليدين فى القنوت فليس فيه نص ، والذى يقتضيه المذهب انه لا يرفع لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يرفع اليد الا فى ثلاثة مواطن فى الاستسقاء والاستنصار وعشية عرفة ولأنه دعاء فى الصلاة فلم يستحب له رفع اليد كالدعاء فى التشهد ، وذكر القاضى أبو الطيب الطبرى فى بعض كتبه انه لا يرفع اليد ، وحكى فى التعليق أنه يرفع اليد ، والأول عندى اصح . واما غير الصبح من الفرائض فلا يقنت فيه من غير حاجة ، فان نزلت بالمسلمين نازلة قنتوا فى جميع الفرائض ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم « كان لا يقنت الا ان يدعو لأحد او يدعو على احد ، كان اذا قال : سمع الله لمن حمده ، قال : ربنا لك الحمد وذكر الدعاء ») .

(الشرح) فى الفصل مسائل :

(احداها) القنوت فى الصبح بعد رفع الرأس من ركوع الركعة الثانية سنة عندنا بلا خلاف ، وأما ما نقل عن أبى على ابن أبى هريرة أنه لا يقنت فى الصبح لأنه صار شعار طائفة مبتدعة فهو غلط لا يعد من مذهبنا ، وأما غير الصبح من المكتوبات فهل يقنت فيها ؟ فيه ثلاثة أقوال حكاها امام الحرمين والغزالى وآخرون (الصحيح) المشهور الذى قطع به الجمهور : ان نزلت بالمسلمين نازلة كخوف أو قحط أو وباء أو جراد أو نحو ذلك قنتوا فى جميعها والا فلا . (والثانى) يقنتون مطلقا حكاه جماعات منهم شيخ الأصحاب

الشيخ أبو حامد فى تعليقه ومتابعوه • (والثالث) لا يقنتون مطلقا حكاه الشيخ أبو محمد الجوينى وهو غلط مخالف للسنة الصحيحة المستفيضة « أن النبى صلى الله عليه وسلم قنت فى غير الصبح عند نزول النازلة حين قتل أصحابه القراء » وأحاديثهم مشهورة فى الصحيحين وغيرهما وهذا الخلاف فى الجواز وعدمه عند الأكثرين ، هكذا صرح الشيخ أبو حامد والجمهور • قال الرافعى : مقتضى كلام أكثر الأئمة أنه لا يستحب القنوت فى غير الصبح بحال ، وانما الخلاف فى الجواز فحيث يجوز فالاختيار فيه الى المصلى قال : ومنهم من يشعر كلامه بالاستحباب (قلت) وهذا أقرب الى السنة ، فانه ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم القنوت للنازلة فاقتضى أن يكون سنة ، وممن صرح بأن الخلاف فى الاستحباب صاحب العدة • قال : ونص الشافعى فى الأم على الاستحباب مطلقا • وأما غير المكتوبات فلا يقنت فى شىء منهن • قال الشافعى فى الأم فى كتاب صلاة العيدين فى باب القراءة فى العيدين : (ولا قنوت فى صلاة العيدين والاستسقاء فان قنت عند نازلة لم أكرهه [1])•

(المسألة الثانية) محل القنوت عندنا بعد الركوع كما سبق ، فلو قنت قبله فان كان مالكيا يراه أجزأه ، وان كان شافعيا فالمشهور أنه لا يجزئه • قال صاحب المستظهرى : هو المذهب • وقال صاحب الحاوى : فيه وجهان (أحدهما) يجزئه لاختلاف العلماء فيه (والثانى) لا يجزئه لوقوعه فى غير موضعه فيعيده بعد الركوع ، قال : وهل يسجد للسهو ؟ فيه وجهان وقطع البغوى وغيره بأنه يسجد للسهو وهو المنصوص • قال الشافعى فى الأم : لو أطال القيام ينوى به القنوت كان عليه سجود السهو ، لأن القنوت عمل من عمل الصلاة ، فاذا عمله فى غير موضعه أوجب سجود السهو • هذا نصه ، وأشار فى التهذيب الى وجه فى بطلان صلاته لأنه قال : هو كما لو قرأ التشهد فى القيام فحصل فيمن قنت قبل الركوع أربعة أوجه (الصحيح) أنه لا تبطل صلاته ولا يجزئه ويسجد للسهو (والثانى) لا يجزئه ولا يسجد للسهو (والثالث) يجزئه (والرابع) تبطل صلاته ، وهو غلط •

(الثالثة) السنة فى لفظ القنوت : اللهم اهدنى فيمن هديت ، وعافنى

---

(١) وبقية النص : وان قنت عند غير نازلة كرهت له (ط) •

فيمـن عافيت ، وتولنى فيمن توليت ، وبارك لى فيـما أعطيت ، وقنى شر ما قضيت ، فانك تقضى ولا يقضى عليك ، وانه لا يذل من واليت تباركت ربنا وتعاليت • هذا لفظه فى الحديث الصحيح باثبات الفاء فى : فانك والواو فى : وانه لا يذل ، وتباركت ربنا ، هذا لفظه فى رواية الترمذى [1] فى رواية أبى داود وجمهور المحدثين ولم يثبت الفاء فى رواية أبى داود ، وتقع هذه الألفاظ فى كتب الفقه مغيرة فاعتمد ما حققته ، فان ألفاظ الأذكار يحافظ فيها على الثابت عن النبى صلى الله عليه وسلم وهذا لفظ الترمذى عن الحسن بن على ابن أبى طالب رضى الله عنهما قال : « علمنى رسول الله صلى الله عليه وسلم كلمات أقولهن فى الوتر : اللهـم اهدنى فيمن هديت ، وعافنى فيمن عافيت وتولنى فيمن توليت وبارك لى فيما أعطيت وقنى شر ما قضيت فانك تقضى ولا يقضى عليك ، وانه لا يذل من واليت تباركت ربنا وتعاليت » رواه أبو داود والترمذى والنسائى وغيرهم باسناد صـحيح • قال الترمذى هـذا حديث حسن ، قال : ولا يعرف عن النبى صلى الله عليه وسلم فى القنوت شىء أحسن من هذا • وفى رواية رواها البيهقى عن محمد ابن الحنفية ، وهو ابن على بن أبى طالب رضى الله عنه قال : « ان هذا الدعاء هو الذى كان أبى يدعو به فى صلاة الفجر فى قنوته » ورواه البيهقى من طرق عن ابن عباس وغيره أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يعلمهم هذا الدعاء ليدعو به فى القنوت من صلاة الصبح » وفى رواية أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يقنت فى صلاة الصبح وفى وتر الليل بهذه الكلمات » وفى رواية « كان يقولها فى قنـوت الليل » قال البيهقى : فدل هذا كله على أن تعليم هـذا الدعاء وقع لقنوت صلاة الصبح وقنوت الوتر وبالله التوفيق •

وهذه الكلمات الثمان هن اللواتى نص عليهن الشافعى فى مختصر المزنى واقتصر عليهن ، ولو زاد عليهن (ولا يعز من عاديت) قبـل (تباركت ربنـا وتعاليت) وبعده (فلك الحمد على ما قضيت ، أسـتغفرك وأتوب اليك) فلا باس به وقال الشيخ أبو حامد والبندنيجى وآخرون : هذه الزيادة حسنة• وقال القاضى أبو الطيب (من عاديت) ليس بحسن • لأن العداوة لا تضاف

---

(١) كذا بالاصل ولعل السقط : (وهى كذلك) (ط) •

الى الله تعالى ، وأنكر ابن الصباغ والأصحاب عليه وقالوا قد قال الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا عدوى وعدوكم أولياء [1]) وغير ذلك من الآيات • وقد جاء فى رواية البيهقى ولا يعز من عاديت • قال أصحابنا فان كان اماما لم يخص نفسه بالدعاء ، بل يعمم فيأتى بلفظ الجمع : اللهم أهدنا الى آخره • وهل تتعين هذه الكلمات ؟ فيه وجهان ، الصحيح المشهور الذى قطع به الجمهور أنه لا تتعين بل يحصل بكل دعاء •

(والثانى) تتعين ككلمات التشهد فانها متعينة بالاتفاق وبهذا قطع امام الحرمين والغزالى ومحمد بن يحيى فى كتابه المحيط ، وصححه صاحب المستظهرى قال صاحب المستظهرى : ولو ترك من هذا كلمة أو عدل الى غيره لا يجزئه ويسجد للسهو ، والمذهب أنه لا يتعين وبه صرح الماوردى والقاضى حسين والبغوى والمتولى وخلائق قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح : قول من قال يتعين شاذ مردود مخالف لجمهور الأصحاب ، بل مخالف لجماهير العلماء • فقد حكى القاضى عياض اتفاقهم على أنه لا يتعين فى القنوت دعاء الا ما روى عن بعض أهل الحديث أنه يتعين قنوت مصحف أبى بن كعب رضى الله عنه « اللهم انا نستعينك ونستغفرك » الى آخره ، بل مخالف لفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه كان يقول « اللهم أنج الوليد بن الوليد وفلانا وفلانا اللهم العن فلانا وفلانا » فليعد هذا الذى قيل بالتعين غلطا غير معدود وجها ، هذا كله كلام أبى عمرو •

فاذا قلنا بالمذهب وقلنا : انه لا يتعين فقال صاحب الحاوى : يحصل بالدعاء المأثور وغير المأثور قال : فان قرأ آية من القرآن هى دعاء أو شبيهة بالدعاء كآخر البقرة أجزأه ، وان لم يتضمن الدعاء ولم يشبه كآية الدين وسورة تبت فوجهان (أحدهما) يجزئه اذا نوى القنوت لأن القرآن أفضل من الدعاء (والثانى) لا يجزئه لأن القنوت للدعاء وهذا ليس بدعاء ، والثانى هو الصحيح أو الصواب لأن قراءة القرآن فى الصلاة فى غير القيام مكروهة قال أصحابنا : ولو قنت بالمنقول عن عمر رضى الله تعالى عنه كان حسنا ، وهو الدعاء الذى ذكره المصنف رواه البيهقى وغيره ، قال البيهقى : هو صحيح

---

(1) الآية الأولى من سورة الممتحنة .

عن عمر • واختلف الرواة فى لفظه والرواية التى أشار البيهقى الى اختيارها رواية عطاء عن عبيد الله بن عمر رضى الله عنهم قنت بعد الركوع فقال : « اللهم اغفر لنا وللمؤمنين وللمؤمنات والمسلمين والمسلمات وألف بين قلوبهم وأصلح ذات بينهم وانصرهم على عدوك وعدوهم اللهم العن كفرة أهل الكتاب الذين يصدون عن سبيلك ، ويكذبون رسلك ويقاتلون أولياءك اللهم خالف بين كلمتهم وزلزل أقدامهم وأنزل بهم بأسك الذى لا ترده عن القوم المجرمين، بسم الله الرحمن الرحيم اللهم انا نستعينك ونستغفرك ونثنى عليك ولا نكفرك ونخلع ونترك من يفجرك ، بسم الله الرحمن الرحيم اللهم اياك نعبد ولك نصلى ونسجد واليك نسعى ونحفد ونخشى عذابك ونرجو رحمتك ان عذابك الجد بالكفار ملحق » هذا لفظ رواية البيهقى • ورواه من طرق أخرى أخصر من هذا ، وفيه تقديم وتأخير وفيه أنه قنت قبل الركوع فى صلاة الفجر ، قال البيهقى : ومن روى عن عمر رضى الله عنه قنوته بعد الركوع أكثر فقد رواه أبو رافع وعبيد بن عمير وأبو عثمان النهدى وزيد بن وهب ، والعدد أولى بالحفظ من الواحد ، وفى حسن سياق عبيد بن عمير للحديث دلالة على حفظه وحفظ من حفظ عنه ، واقتصر البغوى فى شرح السنة على الرواية الأولى ، وروى البيهقى بعض هذا مرفوعا الى النبى صلى الله عليه وسلم لكن اسناده مرسل والله أعلم •

وقوله (اللهم عذب كفرة أهل الكتاب) انما اقتصر على أهل الكتاب لأنهم الذين كانوا يقاتلون المسلمين فى ذلك العصر ، وأما الآن فالمختار أن يقال عذب الكفرة ليعم أهل الكتاب وغيرهم من الكفار ، فان الحاجة الى الدعاء على غيرهم أكثر والله أعلم •

قال أصحابنا : يستحب الجمع بين قنوت عمر رضى الله عنه وبين ما سبق فان جمع بينهما فالأصح تأخير قنوت عمر ، وفى وجه يستحب تقديمه وان اقتصر فليقتصر على الأول ، وانما يستحب الجمع بينهما اذا كان منفردا أو امام محصورين يرضون بالتطويل والله أعلم •

(الرابعة) [1] هل يستحب الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم بعد

(١) رابعة المسائل التى فى هذا الفصل وهى سبع مسائل (ط) •

القنوت ؟ فيه وجهان (الصحيح المشهور) وبه قطع المصنف والجمهور يستحب (والثانى) لا يجوز فان فعلها بطلت صلاته لأنه نقل ركنا الى غير موضعه قاله القاضى حسين وحكاه عنه البغوى وهو غلط صريح ، ودليل المذهب أن فى رواية من حديث الحسن رضى الله تعالى عنه قال « علمنى رسول الله صلى الله عليه وسلم هؤلاء الكلمات فى الوتر قال : اللهم اهدنى فذكر الألفاظ الثمانية وقال فى آخرها : تباركت وتعاليت وصلى الله على النبى » هذا لفظه فى رواية النسائى باسناد صحيح أو حسن •

(**فرع**) قال البغوى : يكره اطالة القنوت كما يكره اطالة التشهد الأول • قال : وتكره قراءة القرآن فيه ، فان قرأ لم تبطل صلاته ويسجد للسهو •

(الخامسة) هل يستحب رفع اليدين فى القنوت ؟ فيه وجهان مشهوران (أحدهما) لا يستحب ، وهو اختيار المصنف والقفال والبغوى ، وحكاه امام الحرمين عن كثير من الأصحاب ، وأشاروا الى ترجيحه واحتجوا بأن الدعاء فى الصلاة لا ترفع له اليد كدعاء السجود والتشهد (والثانى) يستحب ، وهذا هو الصحيح عند الأصحاب وفى الدليل ، وهو اختيار أبى زيد المروزى امام طريقة أصحابنا الخراسانيين والقاضى أبى الطيب فى تعليقه وفى المنهاج ، والشيخ أبى محمد وابن الصباغ والمتولى والغزالى والشيخ نصر المقدسى فى كتبه الثلاثة : الانتخاب والتهذيب والكافى وآخرين • قال صاحب البيان : وهو قول أكثر أصحابنا ، واختاره من أصحابنا الجامعين بين الفقه والحديث الامام الحافظ أبو بكر البيهقى ، واحتج له البيهقى بما رواه باسناد له صحيح أو حسن عن أنس رضى الله عنه فى قصة القراء الذين قتلوا رضى الله عنهم قال « لقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم كلما صلى الغداة يرفع يديه يدعو عليهم ، يعنى على الذين قتلوهم » •

قال البيهقى رحمه الله تعالى : ولأن عددا من الصحابة رضى الله عنهم رفعوا أيديهم فى القنوت • ثم روى عن أبى رافع قال « صليت خلف عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقنت بعد الركوع ورفع يديه وجهر بالدعاء » قال البيهقى : هذا عن عمر صحيح • وروى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه

باسناد فيه ضعف • وروى عن ابن مسعود وأبى هريرة رضى الله عنهما فى قنوت الوتر • وأما مسح الوجه باليدين بعد الفراغ من الدعاء • فان قلنا : لا يرفع اليدين لم يشرع المسح بلا خلاف ، وان قلنا : يرفع فوجهان (أشهرهما) أنه يستحب • وممن قطع به القاضى أبو الطيب والشيخ أبو محمد الجوينى وابن الصباغ والمتولى والشيخ نصر فى كتبه والغزالى وصاحب البيان (والثانى) لا يمسح وهذا هو الصحيح ، صححه البيهقى والرافعى وآخرون من المحققين •

قال البيهقى : لست أحفظ فى مسح الوجه هناعن أحد من السلف شيئا ، وان كان يروى عن بعضهم فى الدعاء خارج الصلاة ، فأما فى الصلاة فهو عمل لم يثبت فيه خبر ولاأثر ولا قياس • فالأولى أن لا يفعله ويقتصر على ما نقله السلف عنهم من رفع اليدين دون مسحهما بالوجه فى الصلاة ، ثم روى باسناده حديثا من سنن أبى داود عن محمد بن كعب القرظى عن ابن عباس رضى الله عنهما « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : سلوا الله ببطون كفوفكم ولا تسألوه بظهورها فاذا فرغتم فامسحوا بها وجوهكم » قال أبو داود : روى هذا الحديث من غير وجه عن محمد بن كعب كلها واهية ، هذا متنها وهو ضعيف أيضا • ثم روى البيهقى عن على الباشانى قال : سألت عبد الله ــ يعنى ابن المبارك ــ عن الذى اذا دعا مسح وجهه قال : لم أجد له ثبتا • قال على : ولم أره يفعل ذلك ، قال وكان عبد الله يقنت بعد الركوع فى الوتر وكان يرفع يديه • هذا آخر كلام البيهقى فى كتاب السنن ، وله رسالة مشهورة كتبها الى الشيخ أبى محمد الجوينى أنكر عليه فيها أشياء من جملتها مسحه وجهه بعد القنوت ، وبسط الكلام فى ذلك •

وأما حديث عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « كان اذا رفع يديه فى الدعاء لم يحطهما حتى يمسح بهما وجهه » رواه الترمذى وقال : حديث غريب ، انفرد به حماد بن عيسى وحماد هذا ضعيف ، وذكر الشيخ عبد الحق هذا الحديث فى كتابه الاحكام وقال : قال الترمذى : وهو حديث صحيح وغلط فى قوله : ان الترمذى قال هو حديث صحيح ، وانما قال غريب ، والحاصل لأصحابنا ثلاثة أوجه (الصحيح) يستحب رفع يديه

دون مسح الوجه (والثانى) لا يستحبان • (والثالث) يستحبان • وأما غير الوجه من الصـــدر وغيره فاتفق أصحابنا على أنه لا يستحب ، بل قال ابن الصباغ وغيره : هو مكروه ، والله أعلم •

(السادسة) اذا قنت الامام فى الصبح هل يجهر بالقنوت ؟ فيه وجهان مشهوران عند الخراسانيين ، وحكاهما جماعة من العراقيين ومنهم صـــاحب الحاوى •

(أحدهما) لا يجهر كالتشهد وكسائر الدعوات (وأصحهما) يســـتحب الجهر ، وبه قطع أكثر العراقيين ، ويحتج له بالحديث الذى سنذكره ان شاء الله قريبا عن صحيح البخارى فى قنوت النازلة ، وبالقياس على ما لو ســـأل الرحمة أو استعاذ من العذاب فى أثناء القراءة ، فان المأموم يوافقه فى السؤال ولا يؤمن ، وبهذا استدل المتولى • واما المنفرد فيسر به بلا خلاف ، صرح به الماوردى والبغوى وغيرهما • وأما المأموم ــ فان قلنا : لا يجهر الامام ــ قنت وأسر • وان قلنا : يجهر الامام فان كان يسمع الامام فوجهان مشهوران للخراسانيين (أصحهما) يؤمن على دعاء الامام ولا يقنت وبهذا قطع المصنف والأكثرون (والثانى) يتخير بين التأمين والقنوت فان قلنا يؤمن فوجهـــان (أحدهما) يؤمن فى الجميع (وأصحهما) وبه قطع الأكثرون : يؤمن فى الكلمات الخمس التى هى دعاء • وأما الثناء وهو قـــوله : فانك تقضى ولا يقضى عليك الى آخره فيشاركه فى قوله أو يسكت [1] ، والمشاركة أولى لأنه ثناء وذكر لا يليق فيه التأمين ، وان كان لا يسمع الامام لبعد أو غيره وقلنا لو سمع لأمن فههنا وجهان (أصحهما) يقنت (والثـــانى) يؤمن ، وهمـــا كالوجهين فى استحباب قراءة السورة اذا لم يسمع قراءة الامام • هذا كله فى الصبح وفيما اذا قنت فى الوتر فى النصف الأخير من شهر رمضان •

وأما اذا قنت فى باقى المكتوبات حيث قلنا به فقال الرافعى كلام الغزالى يقتضى أنه يسر به فى السريات ، وفى جهره به فى الجهريات الوجهان ، قال

---

(١) من البدع التى لم نجد لها اصلا قول المأمومين وكأنهم فى حلقة من حلقات التـــواجد عند عبارات الثناء هذه « حقا » وقولهم عند تباركت ربنا وتعاليت (يا الله) ويجاريهم فى ذلك بعض المتفقهين (ط) .

واطلاق غـيره يقتضى طرد الخلاف فى الجميع • قال وحـديث قنوت النبى صلى الله عليه وسلم حين قتل القراء رضى الله عنهم يقتضى أنه كان يجهر به فى جميع الصلوات ، هذا كلام الرافعى • والصحيح أو الصـواب اسـتحباب الجهر ، ففى البخارى فى تفسير قول الله تعالى « ليس لك من الأمر شىء [1] » عن أبى هريرة رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم جهر بالقنوت فى قنوت النازلة » وفى الجهر بالقنوت أحاديث كثيرة صحيحة سنذكرها ان شاء الله تعالى قريبا فى فرع مذاهب العلماء فى القنوت •

واحتج المصنف والأصحاب فى استحباب تأمين المأموم على قنوت الامام بحديث ابن عباس رضى الله عنهما قال : « قنت رسول الله صلى الله عليـه وسلم شهرا متتابعا فى الظهر والعصر والمغرب والعشاء والصبح فى دبر كل صلاة ، اذا قال سمع الله لمن حمده فى الركعة الآخرة يدعو على أحياء من بنى سليم على رعل وذكوان وعصية ويؤمن من خلفه » رواه أبو داود باسـناد حسن أو صحيح •

(السابعة) فى ألفاظ الفصل ، القنوت فى اللغة له معان ، منها الدعاء ، ولهذا سمى هذا الدعاء قنوتا ، ويطلق على الدعاء بخير وشر ، يقال : قنت له وقنت عليه قوله « قنت شهرا يدعو عليهم ثم تركه » معناه قنت شـهرا يدعو على الكفار الذين قتلوا أصحابه القراء ببئر معونة ــ بفتح الميم وبالنون ــ وقوله « ثم تركه » فيه قولان للشافعى رحمه الله حكاهما البيهقى (أحدهما) ترك القنوت فى غير الصبح (والثانى) ترك الدعاء عليهم ولعنتهم ، وأما الدعاء فى الصبح فلم يتركه • قوله « لا يذل من واليت » هو بفتح اليـاء وكسر الذال ، قوله « ونخلع من يفجرك » أى نترك من يعصيك ويلحد فى صفاتك ، وهو بفتح الياء وضم الجيم ، قوله « واليك نسعى ونحفد » هو بفتح النون وكسر الفاء ، أى نسارع الى طاعتك وأصل الحفد العمل والخدمة • قوله « ان عذابك الجد » هو بكسر الجيم ، أى الحق ، ولم تقع هذه اللفظة فى المهذب • قوله « ملحق » الأشهر فيه كسر الحاء ، رواه البيهقى عن أبى عمرو بن العلاء ، وهو قول الأصمعى وأبى عبيدة والأكثرين من أهل اللغة •

---

(١) الآية ١٢٨ من سورة آل عمران •

وحكى ابن قتيبة وآخرون فيه الفتح ، فمن فتح فمعناه ان شاء الله ألحقه بهم ، ومن كسر معناه لحق ، كما يقال : أنبت [1] الزرع بمعنى نبت قوله « وأصلح ذات بينهم » أى أمورهم ومواصلاتهم قوله « وألف بين قلوبهم » أى اجمعها على الخير • قوله « الحكمة » هى كل ما منع القبيح • قوله « وأوزعهم » أى ألهمهم ، قوله « واجعلنا منهم » أى ممن هذه صفته ، قوله « ان النبى صلى الله عليه وسلم لم يرفع اليد الا فى ثلاثة مواطن : فى الاستسقاء والاستنصار وعشية عرفة » والمراد بالاستنصار الدعاء بالنصر على الكفار •

قوله « لما روى الحسن بن على » هو أبو محمد الحسن بن على بن أبى طالب سبط رسول الله صلى الله عليه وسلم وريحانته ، اختلف فى وقت ولادته والأصح أنه فى نصف شهر رمضان سنة ثلاث من الهجرة وتوفى بالمدينة ودفن بالبقيع سنة تسع وأربعين • وقيل سنة خمسين وقيل احدى وخمسين ومناقبه كثيرة مشهورة فى الصحيحين وغيرهما رضى لله تعالى عنه (وأما أبو رافع) الذى روى عنه فى الكتاب قنوت عمر رضى الله تعالى عنه فهو أبو رافع الصائغ واسمه نفيع ــ بضم النون ــ من كبار التابعين وأخيارهم بكى حين أعتق وقال : كان لى أجران فذهب أحدهما •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى اثبات القنوت فى الصبح •

مذهبنا أنه يستحب القنوت فيها سواء نزلت نازلة أو لم تنزل وبهذا قال أكثر السلف ومن بعدهم أو كثير منهم وممن قال به أبو بكر الصديق وعمر ابن الخطاب وعثمان وعلى وابن عباس والبراء بن عازب رضى الله عنهم رواه البيهقى بأسانيد صحيحة ، وقال به من التابعين فمن بعدهم خلائق وهو مذهب ابن أبى ليلى والحسن بن صالح ومالك وداود ، وقال عبد الله بن مسعود وأصحابه وأبو حنيفة وأصحابه وسفيان الثورى وأحمد : لا قنوت فى الصبح قال أحمد : الا الامام فيقنت اذا بعث الجيوش ، وقال اسحاق : يقنت للنازلة خاصة • واحتج لهم بحديث أنس رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه

---

(١) انبت لازم بمعنى نبت فيقال نبتت الارض وانبتت الارض بدون مفعول ويمكن ان يتعدى بمفعول لان هذا الفعل كالحق يلزم ويتعدى (ط) •

وسلم قنت شهرا بعد الركوع يدعو على أحياء من العرب ثم تركه » رواه البخارى ومسلم ، وفى صحيحيهما عن أبى هريرة رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم قنت بعد الركوع فى صلاته شهرا يدعو لفلان وفلان ثم ترك الدعاء لهم » وعن سعد بن طارق قال : « قلت لأبى يا أبى انك قدصليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان وعلى فكانوا يقنتون فى الفجر ؟ فقال : أى بنى فحدث » راه النسائى والترمذى وقال : حديث حسن صحيح وعن ابن مسعود رضى الله عنه قال : « ما قنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى شىء من صلاته » وعن أبى مخلد قال : « صليت مع ابن عمر رضى الله تعالى عنهما الصبح فلم يقنت فقلت له : ألا أراك تقنت ؟ فقال : ما أحفظه عن أحد من أصحابنا » وعن ابن عباس رضى الله عنهما : « القنوت فى الصبح بدعة » وعن أم سلمة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن القنوت فى الصبح رواه البيهقى .

واحتج أصحابنا بحديث أنس رضى الله عنه « ان النبى صلى الله عليه وسلم قنت شهرا يدعو عليهم ثم ترك فأما فى الصبح فلم يزل يقنت حتى فارق الدنيا » حديث صحيح رواه جماعة من الحفاظ وصححوه ، وممن نص على صحته الحافظ أبو عبد الله محمد بن على البلخى والحاكم أبو عبد الله فى مواضع من كتبه والبيهقى ، ورواه الدارقطنى من طرق بأسانيد صحيحة ، وعن العوام بن حمزة قال « سألت أبا عثمان عن القنوت فى الصبح قال : بعد الركوع قلت : عمن ؟ قال : عن أبى بكر وعمر وعثمان رضى الله تعالى عنهم » رواه البيهقى وقال : هذا اسناد حسن ورواه البيهقى عن عمر أيضا من طرق . وعن عبد الله بن معقل ــ بفتح الميم واسكان العين المهملة وكسر القاف ــ التابعى قال « قنت على رضى الله عنه فى الفجر » رواه البيهقى وقال : هذا عن على صحيح مشهور ، وعن البراء رضى الله تعالى عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقنت فى الصبح والمغرب » رواه مسلم ورواه أبو داود وليس فى روايته ذكر المغرب ، ولا يضر ترك الناس القنوت فى صلاة المغرب لأنه ليس بواجب أو دل الاجماع على نسخه فيها .

وأما الجواب عن حديث أنس وأبى هريرة رضى الله عنهما فى قوله : ثم تركه فالمراد ترك الدعاء على أولئك الكفار ولعنتهم فقط ، لا ترك جميع

القنوت أو ترك القنوت فى غير الصبح ، وهذا التأويل متعين لأن حديث أنس فى قوله « لم يزل يقنت فى الصبح حتى فارق الدنيا » صحيح صريح فيجب الجمع بينهما ، وهذا الذى ذكرناه متعين للجمع ، وقد روى البيهقى باسناده عن عبد الرحمن بن مهدى الامام أنه قال « انما ترك اللعن » ويوضح هذا التأويل رواية أبى هريرة السابقة ، وهى قوله « ثم ترك الدعاء لهم » .

والجواب عن حديث سعد بن طارق أن رواية الذين أثبتوا القنوت معهم زيادة علم وهم أكثر فوجب تقديمهم ، وعن حديث ابن مسعود أنه ضعيف جدا لأنه من رواية محمد بن جابر السحمى [1] وهو شديد الضعف متروك ولأنه نفى وحديث أنس اثبات فقدم لزيادة العلم ، وعن حديث ابن عمر أنه لم يحفظه أو نسيه وقد حفظه أنس والبراء بن عازب وغيرهما فقدم من حفظ ، وعن حديث ابن عباس أنه ضعيف جدا وقد راواه البيهقى من رواية أبى ليلى الكوفى وقال : هذا لا يصح وأبو ليلى متروك . وقد روينا عن ابن عباس أنه « قنت فى الصبح » وعن حديث أم سلمة أنه ضعيف لأنه من رواية محمد [2] ابن يعلى عن عنبسة بن عبد الرحمن عن عبد الله بن نافع عن أبيه عن أم سلمة قال الدارقطنى : هؤلاء الثلاثة ضعفاء ، ولا يصح لنافع سماع من أم سلمة والله أعلم .

(فرع) فى القنوت فى غير الصبح اذا نزلت نازلة : قدمنا أن الصحيح فى مذهبنا أنها ان نزلت قنت فى جميع الصلوات وقال الطحاوى لم يقل أحد من العلماء بالقنوت فى غير الصبح من المكتوبات غير الشافعى قال الشيخ أبو حامد هذا غلط منه بل قد قنت على رضى الله عنه بصفين ودليلنا على من خالفنا الأحاديث الصحيحة المشهورة فى الصحيحين « أن النبى صلى الله عليه وسلم قنت شهرا لقتل القراء رضى الله عنهم » وقد سبقت جملة من هذه الأحاديث وباقيها مشهور فى الصحيح .

---

(١) وورد اسمه مضفرا اليمامى عن حبيب بن ابى ثابت وعون بن ابى جحيفة وسماك بن حرب وطائفة وعنه ايوب مع تقدمه والسفيانان ووكيع وخلق . ضعفه ابن معين قال الفلاس : صدوق متروك الحديث ا هـ من التذهيب (هـ) .

(٢) ابن يعلى السلمى الكوفى قال البخارى : ذاهب الحديث وعنبسة قال ابو حاتم يضع . اما عبد الله بن نافع مولى ابن عمر عن ابيه قال فيه البخارى منكر الحديث (ط) .

(فـرع) فى مذهبهم فى محل القنوت قد ذكرنا أن مذهبنا أن محله بعد رفع الرأس من الركوع ، وبهذا قال أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب وعثمان وعلى رضى الله تعالى عنهم حكاه ابن المنذر عنهم ورواه البيهقى عنهم وعن أنس قال ابن المنذر : وروينا القنوت قبل الركوع عن عمر وعلى وابن مسعود وابن عباس وأبى موسى الأشعرى والبراء وأنس وعمر بن عبد العزيز وعبيدة السلمانى وحميد الطويل وعبد الرحمن بن أبى ليلى رضى الله عنهم ، وبهذا قال مالك واسحق • وحكى ابن المنذر التخيير قبل الركوع وبعده عن أنس وأيوب السختيانى وأحمد وقد جاءت الأحاديث بالأمرين ففى الصحيحين عن أبى هريرة « أن النبى صلى الله عليه وسلم قنت بعد الركوع » وعن ابن سيرين قال « قلت لأنس قنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الصبح ؟ قال نعم بعد الركوع يسيرا » رواه البخارى ومسلم • وعن أنس رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم قنت شهرا بعد الركوع فى الفجر يدعو على بنى عصية » رواه البخارى ومسلم وعن عاصم قال : « سألت أنسا عن القنوت أكان قبل الركوع أو بعده ؟ قال : قبله قلت فان فلانا أخبرنى عنك أنك قلت : قبل الركوع : قال كذب انما قنت رسـول الله صلى الله عليـه وسلم بعد الركوع شهرا » رواه البخارى ومسلم وهذا لفظ البخارى وعن سالم بن عمر رضى الله عنهما « أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا رفع رأسه من الركوع فى الركعة الأخيرة من الفجر يقول : اللهم العن فلانا وفلانا بعد ما يقول سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد ، فأنزل الله تعالى : ليس لك من الأمر شىء [1] » رواه البخارى ، وعن خفاف [2] بن ايماء رضى الله عنه قال « ركع رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم رفع رأسه فقال : غفار غفر الله لها ، وأسلم سالمها الله وعصية عصت الله ورسوله ، اللهم العن بنى لحيان والعن رعلا وذكوان ثم خر ساجدا » رواه مسلم •

قال البيهقى : وروينا عن عاصم الأحول عن أنس أنه أفتى بالقنوت بعد الركوع ثم ذكرنا باسناده عن عاصم عن أنس قال « انما قنت النبى صلى الله

---

(١) الآية ١٢٨ من سورة آل عمران •

(٢) هو الغفارى كان امام مسجد بنى غفار وخطيبهم شهد الحديبيـة وتوفى فى خلافة عمر بالمدينة (ط) •

عليه وسلم شهرا فقلت : كيف القنوت ؟ قال : بعد الركوع » • قال البيهقى فقد أخبرنا أن القنوت المطلق المعتاد بعد الركوع قال : وقوله (انما قنت شهرا) يريد به اللعن • قال البيهقى : ورواة القنوت بعد الركوع أكثر وأحفظ فهو أولى ، وعلى هذا درج الخلفاء الراشدون رضى الله عنهم فى أشهر الروايات عنهم وأكثرها والله أعلم •

(فرع) فى مذاهبهم فى رفع اليدين فى القنوت

قد سبق أن الصحيح فى مذهبنا عند الأكثرين استحبابه وهو المختار ، قال ابن المنذر : وروينا عن عمر بن الخطاب وابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهم قال : وبه قال أحمد واسحاق وأصحاب الرأى قال : وكان يزيد بن أبى مريم ومالك والأوزاعى لا يرون ذلك • وقد سبق دليل الجميع والله أعلم •

(فرع) فى استحباب رفع اليدين فى الدعاء خارج الصلاة وبيان جملة من الأحاديث الواردة فيه

اعلم أنه مستحب لما سنذكره ان شاء الله تعالى عن أنس رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم استسقى ورفع يديه وما فى السماء قزعة فثار سحاب أمثال الجبال ، ثم لم ينزل من منبره حتى رأيت المطر يتحادر من لحيته » رواه البخارى ومسلم ورويا بمعناه عن أنس من طرق كثيرة وفى رواية للبخارى « فرفع رسول الله صلى الله عليه وسلم يدعو ورفع الناس أيديهم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يدعون فما خرجنا من المسجد حتى مطرنا فمازلنا بمطر حتى كانت الجمعة الأخرى » وذكر تمام الحديث • وثبت رفع اليدين فى الاستسقاء عن النبى صلى الله عليه وسلم من رواية جماعة من الصحابة غير أنس وسيأتى بيانه ان شاء الله تعالى •

وعن أبى عثمان النهدى عن سلمان الفارسى رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ان الله حى كريم سخى اذا رفع الرجل يديه اليه أن يردهما صفراً خائبتين » رواه أبو داود وقال : حديث حسن (والصفر) بكسر الصاد الخالى • وعن أنس رضى الله عنه فى قصة القراء الذين قتلوا قال : « لقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم كما صلى الغداة رفع يديه يدعو عليهم يعنى على الذين قتلوهم » رواه البيهقى باسناد صحيح حسن ، وقد

سبق • وعن عائشة رضى الله عنها فى حديثها الطويل فى خروج النبى صلى الله عليه وسلم فى الليل الى البقيع للدعاء لأهل البقيع والاستغفار لهم قالت : « أتى البقيع فقام فأطال القيام ثم رفع يديه ثلاث مرات ثم انحرف قال : ان جبريل عليه السلام أتانى فقال : ان ربك يأمرك أن تأتى أهل البقيع وتستغفر لهم » رواه مسلم • وعن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : « لما كان يوم بدر نظر رسول الله صلى الله عليه وسلم الى المشركين وهم ألف وأصحابه ثلاثمائة وتسعة عشر رجلا فاستقبل نبى الله صلى الله عليه وسلم القبلة ثم مد يديه فجعل يهتف بربه يقول : اللهم أنجز لى ما وعدتنى ، اللهم آت ماوعدتنى فمازال يهتف بربه مادا يديه حتى سقط رداؤه عن منكبيه » رواه مسلم •

(قوله) يهتف ــ بفتح أوله وكسر التاء المثناه فوق ــ يقال : هتف يهتف اذا رفع صوته بالدعاء وغيره •

وعن ابن عمر رضى الله عنهما « أنه كان يرمى الجمرة سبع حصيات يكبر على أثر كل حصاة ، ثم يتقدم حتى يستقبل فيقوم مستقبل القبلة فيقوم طويلا ويدعو ويرفع يديه ، ثم يرمى الوسطى ، ثم يأخذ ذات الشمال فيستقبل ويقوم طويلا ، ويدعو ويرفع يديه ، ثم يرمى الجمرة ذات العقبة ولا يقف عندها ثم ينصرف فيقول : هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعله» رواه البخارى • وعن أنس رضى الله عنه قال : « صبح رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر بكرة وقد خرجوا بالمساحى فرفع النبى صلى الله عليه وسلم يديه وقال : الله أكبر خربت خيبر » رواه البخارى فى آخر علامات النبوة من صحيحه • وعن أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه قال « لما فرغ النبى صلى الله عليه وسلم من خيبر بعث أبا عامر على جيش الى أوطاس وذكر الحديث وأن أبا عامر رضى الله عنه استشهد فقال لأبى موسى : يابن أخى أمرنى النبى صلى الله عليه وسلم فقل له : استغفر لى ، ومات أبو عامر قال أبو موسى : فرجعت الى النبى صلى الله عليه وسلم فأخبرته فدعا بماء فتوضأ ثم رفع يديه فقال : اللهم اغفر لعبدك أبى عامر ورأيت بياض ابطيه ثم قال : اللهم اجعله يوم القيامة فوق كثير من خلقك ومن الناس ، فقلت : ولى فاستغفر

فقال : اللهم اغفر لعبد الله بن قيس ذنبه ، وأدخله يوم القيامة مدخلا كريما » رواه البخارى ومسلم .

وعن أبى هريرة رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم ذكر الرجل يطيل السفر أشعث أغبر يمد يديه الى السماء : يارب يارب ،ومطعمه حرام ومشربه حرام فأنى يستجاب لذلك » رواه مسلم . وعن سهل بن سعد رضى الله عنه أن « رسول الله صلى الله عليه وسلم ذهب الى بنى عمرو ابن عوف ليصلح بينهم فحانت الصلاة فجاء المؤذن الى أبى بكر رضى الله عنه فقال : أتصلى بالناس فاقيم ؟ فقال :نعم . قال : فصلى بهم أبو بكر رضى الله عنه فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس فى الصلاة فتخلص حتى وقف فى الصف فصفق الناس ، وكان أبو بكر لا يلتفت فالتفت أبو بكر رضى الله عنه فأشار اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم أن اثبت مكانك فرفع أبو بكر يديه رضى الله عنه فحمد الله تعالى على ما أمره به رسول الله صلى الله عليه وسلم من ذلك » رواه البخارى ومسلم وعن عائشة رضى الله عنها أنها قالت : « رأيت النبى صلى الله عليه وسلم يدعو رافعا يديه يقول : انما أنا بشر فلا تعاقبنى ، أيما رجل من المؤمنين آذيته أو شتمته فلا تعاقبنى فيه » .

وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : « استقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم القبلة وتهيأ ورفع يديه وقال : اللهم أهد أوسا وأت بهم » وعن جابر رضى الله عنه « أن الطفيل بن عمرو قال للنبى صلى الله عليه وسلم : هل لك فى حصن حصين ومنعة ؟ » وذكر الحديث فى هجرته مع صاحب له ، وأن صاحبه مرض فجزع فجرح يديه فمات فرآه الطفيل فى المنام فقال : ما فعل الله بك ؟ فقال : غفر لى بهجرتى الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : ما شأن يديك ؟ قال قيل لن يصلح منك ما أفسدت من نفسك فقصها الطفيل على النبى صلى الله عليه وسلم فقال : اللهم وليديه فاغفر ــ رفع يديه » وعن على رضى الله عنه « قال : جاءت امرأة الوليد الى النبى صلى الله عليه وسلم تشكو اليه زوجها أنه يضربها فقال : اذهبى اليه فقولى له كيت وكيت أن النبى صلى الله عليه وسلم يقول ، فذهبت ثم عادت فقالت : انه عاد يضربنى فقال : اذهبى فقولى له كيت وكيت فقالت : انه يضربنى فرفع رسول الله صلى الله عليه

وسلم يده فقال : اللهم عليك الوليد » • وعن عائشة رضى الله عنها قالت : « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم رافعا يديه حتى بدا ضبعاه يدعو لعود عثمان رضى الله عنه » وعن محمد بن ابراهيم التيمى قال : « أخبرنى من رأى النبى صلى الله عليه وسلم يدعو عند أحجار الزيت باسطا كفيه » وعن أبى عثمان قال : « كان عمر رضى الله عنه يرفع يديه فى القنوت وعن الأسود أن ابن مسعود رضى الله عنه كان يرفع يديه فى القنوت » هذه الأحاديث من حديث عائشة « انما أنا بشر فلا تعاقبنى » الى آخرها رواها البخارى فى كتاب رفع اليدين بأسانيد صحيحة ، ثم قال فى آخرها : هذه الأحاديث صحيحة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه ؛ وفى المسألة أحاديث كثيرة غير ما ذكرته وفيما ذكرته كفاية والمقصود أن يعلم أن من ادعى حصر المواضع التى وردت الأحاديث بالرفع فيها فهو غالط غلطا فاحشا والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والفرض مما ذكرنا اربعة عشر : النية وتكبيرة الاحرام والقيام وقراءة الفاتحة والركوع حتى يطمئن فيه ، والرفع من الركوع حتى يعتدل ، والسجود حتى يطمئن ، والجلوس بين السجدتين حتى يطمئن ، والجلوس فى آخر الصلاة ، والتشهد فيه ، والصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه ، والتسليمة الأولى ، ونية الخروج ، وترتيب افعالها على ماذكرنا • والسنن خمس وثلاثون : رفع اليدين فى تكبيرة الاحرام ، والركوع ، والرفع من الركوع ، ووضع اليمين على الشمال ، والنظر الى موضع السجود ، ودعاء الاستفتاح ، والتعوذ ، والتأمين ، وقراءة السورة بعد الفاتحة ، والجهر والاسرار ، والتكبيرات سوى تكبيرة الاحرام ، والتسميع ، والتحميد فى الرفع من الركوع ، والتسبيح فى الركوع ، والتسبيح فى السجود ، ووضع اليد على الركبة فى الركوع ، ومد الظهر والعنق فيه ، والبداية بالركبة ثم باليد فى السجود ، ووضع الانف فى السجود ، ومجافاة المرفق عن الجنب فى الركوع والسجود ، واقلال البطن عن الفخذ فى السجود ، والدعاء فى الجلوس بين السجدتين ، وجلسة الاستراحة ، ووضع اليد على الأرض عند القيام ، والتورك فى آخر الصلاة ، والافتراش فى سائر الجلسات ، ووضع اليد اليمنى على الفخذ اليمنى مقبوضة ، والاشارة بالمسبحة ، ووضع اليد اليسرى على الفخذ اليسرى مبسوطة ، والتشهد الأول ، والصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه ، والصلاة على آله فى التشهد الأخير ؛ والدعاء فى آخر الصلاة ، والقنوت فى الصبح ، والتسليمة الثانية ، ونية السلام على الحاضرين) •

(الشرح) أما الفروض فهى على ما ذكرنا الا أن نيـة الخـروج من الصلاة فيها خلاف سبق ، وذكرنا هناك أن الأصح أنها سنة وليست بواجبة وضم ابن القاص والقفال الى الفروض استقبال القبـلة وهو ضـعيف ، بل الصحيح الذى عليه الجمهور أن الاستقبال شرط لا فرض ، وذكر جماعة أن نية الصلاة شرط لا فرض ، والصحيح الذى عليه الأكثرون أنها فرض ، وقد سبقت المسألة فى موضعها مبسوطة • وذكر الغزالى فى البسيط وجهين فى أن السجدة الثانية ركن مستقل كالركوع أم ركن متكرر كالركوع فى الركعة الثانية ، قال : والصحيح الأول لأنه يفصل بينها وبين السجدة الأولى ركن ، قال : وهذا الخلاف انما هو فى العبارة • وأما السنن فمنها هـذه الخمس والثلاثون التى ذكرها وبقى منها سنن لم يذكرها المصنف هنا • وقد ذكر هو كثيرا فى موضعه فكأنه استغنى بذاك عـن ذكره هنـا ، وكان ينبغى أن لا يستغنى به كما لم يستغن فى هذه الخمس والثلاثين ، وان كانت قد سبقت فى موضعها لأن مراده هنا حصرها وضبطها بالعدد ، فمما تركه تفريق أصابع يديه اذا رفعها ، وتفريقها على الركبة فى الركوع ، وضـمها الى القبـلة فى السجود ، وتوجيه أصابع رجليه الى القبلة فى السجود ، وجعل يديه حـذو منكبيه فى السجود والاعتماد عليها فى السجود ، والدعاء فى السجود وجعل اليد اليمنى على اليسرى فوق السرة والجهر بالتأمين والالتفات من التسليمتين يمينا وشمالا وغيرها مما سبق ، وكثير من هذه المذكورات يقال استغنى لكونه وصفا لشىء ذكره هنا ، واستغنى بذكر الموصوف • والله أعلم •

وقوله (التسميع والتحميد فى الرفع من الركوع) كان ينبغى أن يقول التسميع فى الرفع والتحميد فى الاعتـدال منه • لأن التحميـد لا يشرع فى الرفع انما يشرع اذا اعتدل ، وكأنه اختصر واستغنى بذكره على وجهه فى موضعه •

(فـرع) قال أصحابنا : للصلاة أركان وأبعاض وهيئات وشروط ، فالأركان هى الفروض التى ذكرها المصنف وتكلمنا عليها ، والأبعاض سـتة (أحدها) القنوت فى الصبح وفى الوتر فى النصف الثانى من شهر رمضـان (والثانى) القيام للقنوت ، (والثالث) التشهد الأول (والرابع) الجلوس له (والخامس) الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم فى التشهد الأول اذا قلنا

هى سنة (والسادس) الجلوس للصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم فى التشهدين اذا قلنا هى سنة فيهما ، وقد سبق بيان كل ذلك فى موضعه • وأما الهيئات وهى السنة التى ليست أبعاضا فكل ما يشرع فى الصلاة غير الأركان والأبعاض ، وأما الشروط فخمسة : الطهارة عن الحدث ، والطهارة عن النجس واستقبال القبلة وستر العورة ومعرفته الوقت يقينا أو ظنا بمستند ، وضم الفورانى والغزالى الى الشروط ترك الأفعال فى الصلاة وترك الكلام وترك الأكل • والصواب أن هذه ليست بشروط وانما هى مبطلات الصلاة ، كقطع النية وغير ذلك ، ولا تسمى شروطا فى اصطلاح أهل الأصول ولا فى اصطلاح الفقهاء وان أطلقوا عليها فى موضع اسم الشرط كان مجازا لمشاركتها الشرط فى عدم صحة الصلاة عند اختلاله ، والله أعلم •

قال أصحابنا : من ترك ركنا أو شرطا لم تصح صلاته الا فى مواضع مخصوصة بعذر فى بعض الشروط ، كفاقد السترة ، وان ترك غيرهما صحت وفاته الفضيلة ، سواء تركه عمدا أو سهوا ، لكن ان كان المتروك من الأبعاض سجد للسهو والا فلا • هذا مختصر القول فى هذا ، وهو مبسوط فى مواضعه وبالله التوفيق •

(فرع) فى مسائل تتعلق بصفة الصلاة

(أحدها) يستحب دخوله فيها بنشاط واقبال عليها وأن يتدبر القراءة والأذكار ويرتلهما وكذلك الدعاء ، ويراقب الله تعالى فيها ويمتنع من الفكر فى غير هذا حتى يفرغ منها ويستحضر ما أمكنه من الخشوع والخضوع بظاهره وباطنه قال الله تعالى (قد أفلح المؤمنون الذين هم فى صلاتهم خاشعون [1]) روى البيهقى باسناده عن على بن أبى طالب رضى الله عنه فى تفسير هذه الآية قال : الخشوع فى القلب وأن تلين جانبك للمرء المسلم ، وأن لا تلتفت فى صلاتك • وعن جماعة من السلف : الخشوع السكون فيها ، وعن جابر بن سمرة رضى الله عنهما قال : خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « مالى أراكم رافعى أيديكم كأنها أذناب خيل شمس اسكنوا فى الصلاة » رواه مسلم • الخيل الشمس ذات التوثب والنفار • وعن عقبة

---

(١) الآية الأولى من سورة المؤمنون •

ابن عامر رضى الله عنه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « ما من مسلم يتوضأ فيحسن وضوءه ثم يقوم فيصلى ركعتين يقبل عليهما بقلبه ووجهه الا وجبت له الجنة » رواه مسلم ، وعن عمرو بن عبسة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم فى حديثه الطويل ذكر فضل الوضوء ، وفى آخره « أن قام فصلى فحمد الله وأثنى عليه ومجده بالذى هو له أهل ، وفرغ قلبه لله الا انصرف من خطيئته كهيئة يوم ولدته أمه » رواه مسلم .

وعن عثمان رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « ما من امرىء مسلم تحضره [1] صلاة مكتوبة فيحسن وضوءها وخشوعها وركوعها الا كانت كفارة لما قبلها من الذنوب ما لم يؤت كبيرة وذلك الدهر كله » رواه مسلم . وعن أبى اليسر ــ بفتح المثناة تحت والسين المهملة ــ واسمه كعب بن عمرو وهو آخر من توفى من أهل بدر رضى الله عنهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « منكم من يصلى الصلاة كاملة ومنكم من يصلى النصف والثلث والربع والخمس حتى بلغ العشر » رواه النسائى باسناد صحيح . وروى النسائى أيضا نحوه أو مثله عن عمار بن ياسر رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم واسناده أيضا صحيح . وقد ذكر البيهقى باسناده الصحيح عن مجاهد قال : « كان ابن الزبير رضى الله عنه اذا قام فى الصلاة كأنه عود ، وحدث أن أبا بكر رضى الله عنه قال كذلك ، قال فكان يقال : ذلك الخشوع فى الصلاة » والأحاديث والآثار فى المسألة كثيرة مشهورة والله أعلم .

(المسألة الثانية) قال الشافعى رحمه الله فى الأم : أرى فى كل حال للامام أن يرتل التشهد والتسبيح والقراءة أو يزيد فيها شيئا بقدر ما يرى أن من وراءه ممن يثقل لسانه قد بلغ أن يؤدى ما عليه ، وكذلك أرى له فى الخفض والرفع أن يتمكن ليدركه الكبير والضعيف والثقيل ، وان لم يفعل وفعل بأخف الأشياء كرهت ذلك له ولا سجود للسهو عليه ، هذا نصه واتفق الأصحاب عليه ، وهذه المسألة بباب صلاة الجماعة أليق ، لكن لها تعلق بهذا الباب ، وهنا ذكرها الشافعى رحمه الله وسنعيدها مبسوطة بفروعها هناك ان شاء الله تعالى .

---

(1) فى ش و ق (يحضر) و (تؤت) (ط) .

(الثالثة) قال صاحب التهذيب : يشترط لصحة الصلاة العلم بأنها فرض، ومعرفة أعمالها . قال : فان جهل فرضية أصل الصلاة أو علم أن بعض الصلاة فريضة ولم يعلم فريضة الصلاة التى شرع فيها لم تصح صلاته ، وكذا اذا لم يعرف فرضية الوضوء ، أما اذا علم فرضية الصلاة ولم يعلم أركانها فله ثلاثة أحوال (أحدها) أن يعتقد جميع أفعالها سنة (والثانى) أن يعتقد بعض أفعالها فرضا وبعضها سنة ولا يميز الفرض من السنة فلا تصح صلاته فى هذين الحالين بلا خلاف ، هكذا صرح به القاضى حسين وصاحباه المتولى والبغوى (الثالث) أن يعتقد جميع أفعالها فرضا فوجهان حكاهما القاضى حسين والبغوى (أحدهما) لا تصح صلاته لأنه ترك معرفة ذلك وهى واجبة (وأصحهما) تصح وبه قطع المتولى لأنه ليس فيه أكثر من أنه أدى سنة باعتقاد الفرض وذلك لا يؤثر . قال البغوى : فان لم نصحح صلاته ففى صحة وضوئه فى هذه الحالة وجهان ، هكذا ذكر هؤلاء هذه المسائل ولم يفرقوا بين العامى وغيره وقال الغزالى فى الفتاوى : العامى الذى لا يميز فرائض صلاته من سننها تصح صلاته بشرط أن لا يقصد التنفل بما هو فرض ، فان نوى التنفل به لم يعتد به ، ولو غفل عن التفصيل فنية الجملة فى الابتداء كافية . هذا كلام الغزالى وهو الصحيح الذى يقتضيه ظاهر أحوال الصحابة رضى الله عنهم فمن بعدهم ، ولم ينقل أن النبى صلى الله عليه وسلم ألزم الأعراب وغيرهم هذا التمييز ، ولا أمر باعادة صلاة من لا يعلم هذا والله أعلم . قال الشيخ أبو حامد والأصحاب : ويلزم المكلف أن يتعلم القراءة والتشهد وتكبيرة الاحرام وصفة الصلاة كلها ، فان لم يتعلم فحكمه ما سبق فيمن لا يحسن تكبيرة الاحرام وسبق تفصيله ، ونص الشافعى فى الأم على أصل هذه القاعدة .

(الرابعة) فى التنبيه على حفظ أشياء سبقت مبسوطة ، منها أن رفع اليدين مستحب فى ثلاثة مواضع بالاتفاق عندنا ، عند الاحرام والركوع والرفع منه ، وكذا فى القيام من التشهد الأول على المختار ، وتكون الأصابع مفرقة فيها كلها وللأصابع أحوال فى الصلاة سبق بيانها فى فصل تكبيرة الاحرام ، وسبق أن فى الصلاة الرباعية اثنتين وعشرين تكبيرة وفى الثلاثية سبع عشرة وفى الثنائية احدى عشرة ، وأن فى الصلاة التى تزيد على ركعتين

أربع جلسات الجلسة بين سجدتين ، وللاستراحة وللتشهدين يتورك فى الآخرة ويفترش فى الباقى وأنه يتصور فى المغرب أربع تشهدات فى حق المسبوق •

(الخامسة) قال الشافعى رحمه الله فى المختصر : ولا فرق بين الرجال والنساء فى عمل الصلاة ، الا أن المرأة يستحب لها أن تضم بعضها الى بعض ، وأن تلصق بطنها بفخذيها فى السجود كأستر ما يكون ، وأحب ذلك لها فى الركوع وفى جميع الصلاة ، وأن تكثف جلبابها وتجافيه راكعة وساجدة لئلا تصفها ثيابها ، وأن تخفض صوتها • وان نابها شىء فى صلاتها صفقت ، هذا نصه • قال أصحابنا : المرأة كالرجل فى أركان الصلاة وشروطها وأبعاضها وأما الهيئات المسنونات فهى كالرجل فى معظمها وتخالفه فيما ذكره الشافعى، ويخالف النساء الرجال فى صلاة الجماعة فى أشياء (أحدها) لا تتأكد فى حقهن كتأكدها فى الرجال (الثانى) تقف امامتهن وسطهن (الثالث) تقف واحدتهن خلف الرجل لا بجنبه بخلاف الرجل (الرابع) اذا صلين صفوفا مع الرجال فآخر صفوفهن أفضل من أولها وستأتى هذه المسائل بدلائلها وفروعها مبسوطة فى صلاة الجماعة وموقف الامام والمأموم ان شاء الله تعالى • وأما صفة قعودها فى صلاتها فكصفة قعود الرجل فى جميع أحوالها وقال صاحب الحاوى : اذا صلت قاعدة جلست متربعة وهذا شاذ مخالف لنص الشافعى الذى ذكرناه ولما قاله الأصحاب أنها كالرجل الا فيما استثناه الشافعى •

واعلم أن الشافعى رحمه الله نص هنا على خفض صوتها ، وقد سبق فيه تفصيل وخلاف فى فصل القراءة وبالله التوفيق •

باب صلاة التطوع

اختلف أصحابنا فى حد التطوع والنافلة والسنة على ثلاثة أوجه (أحدها) أن تطوع الصلاة هو ما لم يرد فيه نقل بخصوصيته بل يفعله الانسان ابتداء ، والذاهبون الى هذا قالوا : ما عدا الفرائض ثلاثة أقسام (سنن) وهى التى واظب عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم (ومستحبات) وهى التى فعلها أحيانا ولم يواظب عليها (وتطوعات) وهى التى ذكرنا أولا•

والوجه الثانى : أن النفل والتطوع لفظان مترادفان معناهما واحد ، وهما ما سوى الفرائض • والوجه الثالث : أن السنة والنفل والتطوع والمندوب والمرغب فيه والمستحب ألفاظ مترادفة وهى ما سوى الواجبات • قال العلماء : التطوع فى الأصل فعل الطاعة ، وصار فى الشرع مخصوصا بطاعة غير واجبة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(أفضل عبادات البدن الصلاة لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال « استقيموا واعلموا ان خير أعمالكم الصلاة ولا يحافظ على الوضوء الا مؤمن » ولأنها تجمع من القرب ما لا يجمع غيرها من الطهارة ، واستقبال القبلة والقراءة وذكر الله تعالى ، والصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم ويمنع فيها من كل ما يمنع منه فى سائر العبادات وتزيد عليها بالامتناع من الكلام والمشى وسائر الأفعال • وتطوعها أفضل التطوع) •

(الشرح) حديث عبد الله هذا رواه ابن ماجه فى سننه فى كتاب الوضوء والبيهقى فيه وفى فضائل الصلوات قبل استقبال القبلة روياه من حديث عبد الله ، ومن حديث ثوبان بلفظه هنا ، وفيه زيادة قال : « استقيموا ولن تحصوا ، واعلموا أن خير أعمالكم الصلاة » الخ لكن فى رواية ابن ماجه عن عبد الله « أن من خير أعمالكم الصلاة » وفى بعض روايات البيهقى اثبات (من) وفى بعضها حذفها واسناد رواية عبد الله فيه ضعف ، واسناد رواية ثوبان جيد لكن من رواية سالم بن أبى الجعد عن ثوبان وقال أحمد بن حنبل : لم يسمع سالم من ثوبان وذكره مالك فى الموطأ مرسلا معضلا • فقال : بلغنى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « استقيموا ولن تحصوا ، واعلموا أن خير أعمالكم الصلاة ، ولن يحافظ على الوضوء الا مؤمن » قال صاحب مطالع الأنوار : الزموا طريق الاستقامة ، وقاربوا وسددوا فانكم لا تطيقون جميع أعمال البر ولن تحصوا أن تطيقوا الاستقامة فى جميع الأعمال ، وقيل : لن تحصوا ما لكم فى الاستقامة من الثواب العظيم •

(اما حكم المسالة) فالمذهب الصحيح المشهور أن الصلاة أفضل من الصوم وسائر عبادات البدن ، وقال صاحب المستظهرى فى كتاب الصيام : اختلف فى الصلاة والصوم أيهما أفضل ؟ فقال قوم : الصلاة أفضل ، وقال

آخرون : الصلاة بمكة أفضل والصوم بالمدينة أفضل ، قال : والأول أصح ، ويحتج بترجيح الصوم بحديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « قال الله عز وجل : كل عمل ابن آدم له الا الصوم فانه لي وأنا أجزى به ، والصوم جنة وللصائم فرحتان يفرحهما اذا أفطر فرح [بفطره] واذا لقى ربه فرح بصومه » رواه البخاري ومسلم ، وفي رواية لمسلم « كل عمل ابن آدم يضاعف الحسنة بعشر أمثالها الى سبعمائة ، قال الله تعالى : الا الصوم فانه لي وأنا أجزى به ، يدع شهوته وطعامه من أجلي » وعن سهل بن سعد رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ان في الجنة بابا يقال له الريان يدخل فيه الصائمون لا يدخل منه غيرهم » رواه البخاري ومسلم . وأما الدليل لترجيح الصلاة ــ وهو المذهب ــ فأحاديث كثيرة في الصحيح مشهورة (منها) « حديث بني الاسلام على خمس » وقد سبق ، وموضع الدلالة منه تقديم الصلاة على الصوم ، والعرب تبدأ بالأهم (وحديث) ابن مسعود رضي الله عنه قال :« سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أي الأعمال أحب الى الله ؟ وفي رواية أفضل ؟ فقال : الصلاة لوقتها » رواه البخاري ومسلم ، وعنه : « أن رجلا أصاب من امرأة قبلة فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبره فأنزل الله تعالى (وأقم الصلاة طرفي النهار ، وزلفا من الليل ، ان الحسنات يذهبن السيئات [1]) فقال الرجل : ألي هذا يا رسول الله ؟ قال لجميع أمتي » رواه البخاري ومسلم ، وعن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « أرأيتم نهرا بباب أحدكم يغتسل منه كل يوم خمس مرات هل يبقى من درنه [شيء] ؟ قالوا : لا يبقى من درنه شيء ، قال : فذلك مثل الصلوات الخمس ، يمحو الله بهن الخطايا » رواه البخاري ومسلم ، وعنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « الصلوات الخمس والجمعة الى الجمعة كفارة لما بينهن ما لم تغش [2] الكبائر » رواه مسلم .

وعن أبي موسى رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال

---

(١) الآية ١١٤ من سورة هود .

(٢) الحديث « الصلوات الخمس والجمعة الى الجمعة ورمضان الى رمضان مكفرات ما بينهن اذا اجتنبت الكبائر » (ط) .

« من صلى البردين دخل الجنة » رواه البخـاري ومسلم البردان الصبح والعصر ، وعن عمارة بن رؤيبة [1] رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لن يلج النار أحد صلى قبل طلوع الشمس وقبـل غروبها ، يعنى الفجر والعصر » رواه مسلم ، وعن جندب رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من صلى الصبح والعصر فهو فى ذمة الله ، فانظر يا ابن آدم لا يطالبنك الله من ذمته بشىء » رواه مسلم والأحاديث فى الباب كثيرة مشهورة •

ويستدل أيضا لترجيح الصلاة بما ذكره المصنف من كونها تجمع العبادات وتزيد عليها لأنه يقتل بتركها بخلاف الصوم وغيره ولأن الصلاة لا تسقط فى حال من الأحوال ما دام مكلفا الا فى حق الحائض بخلاف الصوم والله أعلم •

(فان قيل) قول المصنف : وتطوعها أفضل التطوع يرد عليه الاشـتغال بالعلم فانه أفضل من تطوع الصلاة كما نص عليه الشافعى وسائر الفقهاء ، وقد سبق بيانه فى مقدمة هذا الشرح •

فالجواب أن هذا الايراد غلط وغفلة من مورده لأن الاشتغال بالعلم فرض كفاية لا تطوع ، وكلامنا هنا فى التطوع والله أعلم •

(فـرع) قال أبو عاصم العبادى فى كتابه الزيادات : الاشتغال بحفظ ما زاد على الفاتحة من القرآن أفضل من صـلاة التطوع لأن حفظه فرض كفاية •

(فـرع) اعلم أنه ليس المراد بقولهم : الصلاة أفضل من الصوم أن صلاة ركعتين أفضل من صيام أيام أو يوم ، فان الصوم أفضل من ركعتين بلا شك ، وانما معناه أن من لم يمكنه الجمع بين الاستكثار من الصـلاة والصوم وأراد أن يستكثر من أحدهما أو يكون غالبـا عليه منسـوبا الى الاكثار منه ، ويقتصر من الآخر على المتأكد منه فهذا محل الخلاف والتفضيل، والصحيح تفضيل الصلاة والله أعلم •

---

(١) عمارة بن رؤيبة الثقفى له تسعة أحاديث انفرد له مسلم بحديثين هذا احدهما (ط) .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وتطوعها ضربان (ضرب) تسن له الجماعة (وضرب) لا تسن له فما سن له الجماعة صلاة العيدين والكسوف والاستسقاء ، وهذا الضرب افضل مما لا تسن له الجماعة لأنها تشبه الفرائض فى سنة الجماعة ، وأوكد ذلك صلاة العيد لأنها راتبة بوقت كالفرائض ، ثم صلاة الكسوف لأن القرآن دل عليها ، قال الله تعالى (لا تسجدوا للشمس ولا للقمر واسجدوا لله الذى خلقهن) (١) وليس ههنا صلاة تتعلق بالشمس والقمر الا صلاة الكسوف ثم صلاة الاستسقاء ولهذه الصلوات ابواب نذكر فيها احكامها ان شاء الله تعالى وبه الثقة) .

(الشرح) قال أصحابنا تطوع الصلاة ضربان :

(ضرب) تسن فيه الجماعة وهو العيد ، والكسوف ، والاستسقاء ، وكذا التراويح على الأصح (وضرب) لا تسن له الجماعة ، لكن لو فعل جماعة صح وهو ما سوى ذلك . قال أصحابنا : وأفضلها وآكدها صلاة العيد لأنها تشبه الفرائض ، ولأنها يختلف فى كونها فرض كفاية ثم الكسوفين ثم الاستسقاء وهذا لا خلاف فيه . وأما التراويح فقال أصحابنا : ان قلنا الانفراد بها أفضل فالنوافل الراتبة مع الفرائض كسنة الصبح والظهر وغيرهما أفضل منها بلا خلاف ، وان قلنا ــ بالأصح ان الجماعة فيها أفضل فوجهان مشهوران حكاهما المحاملى وامام الحرمين وابن الصباغ وسائر الأصحاب (أحدهما) أن التراويح أفضل من السنن الراتبة لأنها تسن لها الجماعة فأشبهت العيد ، وهذا اختيار القاضى أبى الطيب فى تعليقه ، (والثانى) وهو الصحيح باتفاق الأصحاب أن السنن الراتبة أفضل وهذا ظاهر نص الشافعى رحمه الله فى المختصر لأن النبى صلى الله عليه وسلم واظب على الراتبة دون التراويح وضعف امام الحرمين وغيره الوجه الأول .

قال أصحابنا : وسبب هذا الخلاف أن الشافعى رحمه الله ، قال فى المختصر : وأما قيام شهر رمضان فصلاة المنفرد أحب الى منه . قال امام الحرمين : فمن أصحابنا من قال : مراد الشافعى أن الانفراد بالتراويح أفضل من اقامتها جماعة ، ومنهم من قال : أراد أن الراتبة التى لا تصلى جماعة أحب

---

(١) الآية ٣٧ من سورة فصلت .

الى التراويح وان شرعت لها الجماعة ، وهذا التأويل الثانى هو الصحيح عند الأصحاب ونقله المحاملى عن ابن سريج واستدل له بسياق كلام الشافعى ، ثم قال : هذا هو المذهب ، قال صاحب الشامل : هذا ظاهر نصه لأنه لم يقل صلاته منفردا أفضل ، بل قال : صلاة المنفرد أحب الى منه والله أعلم •

(فـرع) قال صاحب الحاوى : صـلاة كسوف الشمس آكد من صلاة كسوف القمر ، ويستدل له بالأحاديث الصحيحة من طرق متكاثرات أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ان الشمس والقمر آيتان » الحديث فقدم الشمس فى جميع الروايات مع كثرتها ولأن الانتفاع بالشمس أكثر من القمر•

(فـرع) قد ذكرنا أن صلاة الكسوفين أفضل من صلاة الاستسقاء بلا خلاف واستدل أصحابنا بما ذكر المصنف ، ولأن صلاة الكسوف مجمع عليها ، وقال أبو حنيفة : صلاة الاستسقاء بدعة ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يستسقى تارة بالصلاة وتارة بالدعاء بغير صلاة ، ولم يترك صلاة الكسوف عند وجودها ولأن الكسوف يخاف فوتها بالانجلاء كما يخاف فوت الفريضة بخروج الوقت فتتأكد لشبهها بها بخلاف الاستسقاء • قال أصحابنا: ولأن الكسوف عبادة محضة والاستسقاء لطلب الرزق ، فان قيل : لا نسلم أن الكسوف عبادة محضة بل فيها طلب ، ويدل عليه قوله صلى الله عليـه وسلم « ان الشمس والقمر آيتـان لا يكسفان لموت أحد فاذا رأيتموهما فصلوا وادعوا حتى يكشف ما بكم » وفى رواية « لا يكسفان لموت أحد ولكن يخوف الله بهما عباده » وفى رواية « فصلوا حتى يفرج الله عنكم » وفى رواية « يخوف الله بهما عباده فاذا رأيتم منها شيئا فصلوا وادعو الله حتى يكشف ما بكم » وهذه الألفاظ كلها فى صحيحى البخارى ومسلم وبعضها فيهما • وبعضـها فى أحدهما وفيهما ألفـاظ كثيرة نحوها • فالجواب أن الكسوف غالبا لا يحصل منه ضرر بخلاف القحط فتمحض الكسوف عبادة والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما ما لايسن له الجماعة فضربان : راتبة بوقت وغير راتبة ، فاما الراتبة فمنها السنن الراتبة مع الفرائض وأدنى الكمال فيها عشر ركعات غير الوتر ،

وهي ركعتان قبل الظهر وركعتان بعدها ، وركعتان بعد المغرب ، وركعتان بعد العشاء وركعتان بعد الصبح ، والأصل فيه ما روى ابن عمر رضى الله عنهما قال : « صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل الظهر سجدتين ، وبعدها سجدتين ، وبعد المغرب سجدتين وبعد العشاء سجدتين » وحدثتنى حفصة بنت عمر رضى الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم « كان يصلى سجدتين خفيفتين اذا طلع الفجر » والاكمل ان يصلى ثمانى عشرة ركعة غير الوتر : ركعتين قبل الفجر ، وركعتين بعد المغرب ، وركعتين بعد العشاء ، لما ذكرناه من حديث ابن عمر ، وأربعا قبل الظهر ، وأربعا بعدها [لما] روت أم حبيبة رضى الله عنها ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من حافظ على اربع ركعات قبل الظهر واربع بعدها حرم على النار » واربعا قبل العصر لما روى على رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم « كان يصلى قبل العصر اربعا يفصل بين كل ركعتين بالتسليم على الملائكة [المقربين والنبيين (١)] ومن معهم من المؤمنين » والسنة فيها وفى الأربع قبل الظهر وبعدها أن يسلم من كل ركعتين لما رويناه من حديث على رضى الله عنه [انه كان يفصل بين كل ركعتين بالتسليم]) .

(**الشرح**) حديث عمر رضى الله عنه رواه البخارى ومسلم من طرق ، والسجدتان ركعتان ، وحديث أم حبيبة رضى الله عنها صحيح رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن ، وحديث على رضى الله عنه رواه الترمذى وقال حديث حسن ، وقد سبق بيانه فى فصل السلام من صفة الصلاة واسم أم حبيبة رملة بنت أبى سفيان بن صخر بن حرب ، وقيل : اسمها هند كنيت بابنتها حبيبة بنت عبد الله بن جحش ، وكانت من السابقين الى الاسلام تزوجها النبى صلى الله عليه وسلم سنة ست ، وقيل سبع رضى الله عنها .

وفى الفصل أحاديث صحيحة أيضا (منها) حديث عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان لا يدع أربعا قبل الظهر ، ثم يخرج ويصلى بالناس ثم يدخل فيصلى ركعتين » رواه مسلم وعنها « كان النبى صلى الله عليه وسلم اذا لم يصل أربعا قبل الظهر صلاهن بعدها » رواه الترمذى وقال حديث حسن . وعن على رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يصلى قبل العصر ركعتين » رواه أبو داود باسناد صحيح ، وعن ابن عمر رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « رحم الله امرءا

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من ش و ق (ط) .

صلى قبل العصر أربعا » رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن • وفى الباب أحاديث كثيرة غير ما ذكرته •

(اما حكم المسألة) فالأكمل فى الرواتب مع الفرائض غير الوتر ثمان عشرة ركعة كما ذكر المصنف ، وأدنى الكمال عشر كما ذكره ، منهم من قال : ثمان فأسقط سنة العشاء قاله الخضرى ونص عليه وقيل : اثنتى عشرة فزاد قبل الظهر ركعتين أخريين ، وقيل بزيادة ركعتين قبل العصر ، وكل هذا سنة ، وانما الخلاف فى المؤكد منه •

(فرع) فى استحباب ركعتين قبل المغرب ، وجهان مشهوران فى طريقة الخراسانيين (الصحيح) منهما : الاستحباب لحديث عبد الله بن مغفل رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « صلوا قبل صلاة المغرب قال فى الثالثة : لمن شاء » رواه البخارى فى مواضع من صحيحه ، وعن أنس رضى الله عنه « قال : رأيت كبار أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يبتدرون السوارى عند المغرب » رواه البخارى ، وعنه قال : « كنا نصلى على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ركعتين بعد غروب الشمس قبل المغرب ، فقلت : أكان النبى صلى الله عليه وسلم صلاها ؟ قال : كان يرانا نصليها فلم يأمرنا ولم ينهنا » رواه مسلم ، وعنه قال : « كنا بالمدينة واذا أذن المؤذن بصلاة المغرب ابتدروا السوارى فركعوا ركعتين حتى ان الرجل الغريب ليدخل المسجد فيحسب أن الصلاة قد صليت من كثرة من يصليها » رواه مسلم • وعن عقبة بن عامر رضى الله عنه « أنهم كانوا يصلون ركعتين قبل المغرب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم » رواه البخارى • فهذه الأحاديث صحيحة صريحة فى استحبابها وممن قال به من أصحابنا : أبو اسحاق الطوسى وأبو زكريا السكرى حكاه عنهما الرافعى ، وهذا الاستحباب انما هو بعد دخول وقت المغرب وقبل شروع المؤذن فى اقامة الصلاة ، وأما اذا شرع المؤذن فى الاقامة فيكره أن يشرع فى شىء من الصلوات غير المكتوبة للحديث الصحيح « اذا أقيمت الصلاة فلا صلاة الا المكتوبة » رواه مسلم ، وأما الحديث الذى رواه أبو داود عن ابن عمر قال « ما رأيت أحدا يصلى الركعتين قبل المغرب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم » فاسناده حسن

واجاب البيهقي وآخرون عنه بأنه نفى ما لم يعلمه وأثبتــه غيره ممن علمه فوجب تقــديم رواية الذين أثبتوا لكثرتهم ولمــا معهم من علم ما لا يعلمه ابن عمر •

(فــرع) يستحب أن يصلى قبل العشــاء الآخرة ركعتين فصــاعدا لحديث عبد الله بن مغفل أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « بين كل أذانين صلاة ، بين كل أذانين صلاة ، بين كل أذانين صلاة قال فى الثالثة : لمن يشاء » رواه البخارى ومسلم والمراد بالأذانين الأذان والاقامة باتفاق العلماء •

(فــرع) فى سنة الجمعة بعدها وقبلها : تسن قبلها وبعدها صــلاة وأقلها ركعتان قبلها وركعتان بعدها والأكمل أربع قبلها وأربع بعدها هــذا مختصر الكلام فيها • وأما تفصيله فقال أبو العباس ابن القاص فى المفتاح فى باب صلاة الجمعة : سنتها أن يصلى قبلها أربعا وبعدها أربعا ، وقال صاحب التهذيب فى باب صلاة التطوع بعد صلاة الجمعة كهى بعد صــلاة الظهر ، وقال صاحب البيان فى باب صــلاة الجمعة قال الشــيخ أبو نصر : لا نص للشافعى فيما يصلى بعد الجمعة والذى يجزئه على المذهب أنه يصلى بعــدها ما يصلى بعد الظهر ان شاء ركعتين ، وان شاء أربعا • قال صاحب البيان : وكذا يصلى قبلها ما يصلى قبل الظهر •

(قلت) وهذا الذى ادعاه أبو نصر وأقره صاحب البيــان عليه من أن الشافعى لا نص له فى الصلاة بعد الجمعة غلط بل نص الشافعى رحمه الله على أنه يصلى بعدها أربع ركعات ، ذكر هذا النص فى الأم فى باب صــلاة الجمعة والعيدين ، من كتاب اختلاف على بن أبى طالب وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهما ، وهو من أواخر كتب الأم قبل كتاب سير الواقدى ، كذلك رأيته فيه • ونقل أبو عيسى الترمذى فى كتابه عن الشافعى رحمــه الله أنه يصلى بعد الجمعة ركعتان فهذا ما حضرنى الآن من نص الشــافعى وكلام الأصحاب رحمهم الله •

وأما دليله من الأحاديث فروى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يصلى بعد الجمعة ركعتين فى بيته » وفى رواية « كان لا يصلى بعد الجمعة حتى ينصرف فيصلى ركعتين فى بيته » رواه البخارى

ومسلم ، وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا صلى أحدكم الجمعة فليصل بعدها أربعا » وعنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من كان منكم مصليا بعد الجمعة فليصل بعدها أربعا » وفى رواية « اذا صليتم بعد الجمعة فصلوا بعدها أربعا » ورواه مسلم بهذه الروايات الثلاث ، وفى رواية لأبى داود « اذا صليتم الجمعة فصلوا بعدها أربعا » وأما السنة قبلها فالعمدة فيها حديث عبد الله بن مغفل المذكور فى الفرع قبله « بين كل أذانين صلاة » والقياس على الظهر وأما حديث ابن عباس فى سنن ابن ماجه أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يصلى قبل الجمعة أربعا لا يفصل فى شىء منهن » فلا يصح الاحتجاج به لأنه ضعيف جدا ليس بشىء ، وذكر أبو عيسى الترمذى أن عبد الله بن مسعود كان يصلى قبل الجمعة أربعا وبعدها أربعا واليه ذهب سفيان الثورى وابن المبارك .

(**فرع**) السنة لمن صلى أربعا قبل الظهر أو بعدها أن يسلم من كل ركعتين لحديث على رضى الله عنه الذى ذكره المصنف وحديث « صلاة الليل والنهار مثنى مثنى » وسيأتى أدلة المسألة ومذهب أبى حنيفة رحمه الله وغيره ان شاء الله تعالى حيث ذكره المصنف فى آخر هذا الباب وبالله التوفيق .

وأما الحديث المروى عن أبى أيوب رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أربع قبل الظهر ليس فيها تسليم يفتح لهن أبواب السماء » فضعيف رواه أبو داود وضعفه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وما يفعل قبل [هذه] الفرائض من هذه السنن يدخل وقتها بدخول وقت الفرض ويبقى وقتها الى ان يذهب وقت الفرض وما كان بعد الفرض يدخل وقتها بالفراغ من الفرض ويبقى وقتها الى ان يذهب وقت الفرض [لأنها تابعة للفرض فذهب وقتها بذهاب وقت الفرض] (١) ومن اصحابنا من قال : يبقى وقت سنة الفجر الى الزوال ؛ وهو ظاهر النص والأول اظهر) .

(**الشرح**) قال أصحابنا : يدخل وقت السنن التى قبل الفرائض بدخول وقت الفرائض ، ويبقى وقتها ما لم يخرج وقت الفريضة ، لكن

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من ش و ق (ط) .

المستحب تقديمها على الفريضة ويدخل وقت السنن التى بعد الفرائض بفعل الفريضة ويبقى مادام وقت الفريضة ، هـذا هو المذهب فى المسألتين ، وبه قطع الأكثرون ، وفى وجه حكاه المصنف وغيره يبقى وقت سنة الفجر ما لم تزل الشمس ، وبه قطع الشيخ أبو حامد فى تعليقه .

وفى وجه حكاه القاضى حسين والمتولى أن سنة الصبح يخرج وقتها بفعل فريضة الصبح ، وفى وجه حكاه المتولى أن سنة فريضة الظهر التى قبلهـا يخرج وقتها بفعل الظهر ويصير قضاء ، وفى وجه حكاه المتولى أيضا أن وقت سنة المغرب يمتد الى غروب الشفق . وان قلنا لا يمتد وقت المغرب ، وفى وجه حكاه المتولى أيضا أن وقت سنة المغرب يمتد الى أن يصلى العشـاء ، ووقت العشاء يمتد الى أن يصلى فريضة الصبح ، والمذهب ما سبق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما الوتر فهو سنة لما روى ابو ايوب الانصارى رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الوتر حق ، وليس بواجب ، فمن احب ان يوتر بخمس فليفعل ، ومن أحب أن يوتر بثلاث فليفعل ، ومن أحب أن يوتر بواحدة فليفعل » واكثره احدى عشرة ركعة لما روت عائشة رضى الله عنها ان النبى صلى الله عليه وسلم « كان يصلى من الليل احدى عشرة ركعة يوتر فيهـا بواحدة » واقله ركعة لما ذكرناه مـن حديث أبى ايوب ، وادنى الـكمال ثلاث ركعات ، يقرأ فى الأولى بعد الفاتحة (سبح اسم ربك الأعلى (١)) وفى الثانية (قل يا أيها الكافرون)(٢) وفى الثالثة (قل هو الله احد (٣)) (والمعوذتين) لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قرأ ذلك . والسنة لمن اوتر بما زاد على ركعة أن يسلم من كل ركعتين ، لما روى ابن عمر رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يفصل بين الشفع والوتر ، ولأنه يجهر فى الثالثة ، ولو كانت موصولة بالركعتين لما جهر فيها كالثالثة من المغرب . ويجوز ان يجمعها بتسليمة لما روت عائشة رضى الله عنها ان النبى صلى الله عليه وسلم كان لا يسلم فى ركعتى الوتر ، والسنة ان يقنت فى الوتر فى النصف الأخير من شهر رمضان لما روى عن عمر رضى الله عنه انه قال : « السنة اذا انتصف الشهر من رمضان ان تلعن الكفرة فى الوتر بعد ما يقول : سمع الله لمن حمده ، ثم يقول : اللهم قاتل الكفرة . قال ابو عبد الله الزبيرى : يقنت فى جميع السنة لما روى أبى بن كعب أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يوتر

---

(١) الآية الأولى من سورة الأعلى .

(٢) الآية الأولى من سورة الكافرون .

(٣) الآية الأولى من سورة الصمد .

بثلاث ركعات ويقنت قبل الركوع » والمذهب الأول ، وحديث أبى بن كعب غير ثابت عند اهل النقل .

ومحل القنوت فى الوتر بعد الرفع من الركوع ، ومن اصحابنا من قال : محله فى الوتر قبل الركوع لحديث أبى بن كعب ، والصحيح هو الأول لما ذكرت من حديث عمر رضى الله عنه ، ولأنه فى الصبح يقنت بعد الركوع فكذلك الوتر ، ووقت الوتر ما بين ان يصلى العشاء الى طلوع الفجر الثانى ، لقوله عليه الصلاة والسلام « أن الله تعالى زادكم صلاة وهى الوتر فصلوها من صلاة العشاء الى طلوع الفجر » فان كان ممن له تهجد فالأولى أن يؤخره حتى يصليه بعد التهجد ، وأن لم يكن له تهجد فالأولى أن يصليه بعد سنة العشاء لما روى جابر رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من خاف منكم ان لا يستيقظ من آخر الليل فليوتر من اول الليل ثم ليرقد ، ومن طمع منكم ان يقوم من آخر الليل فليوتر آخر الليل ») .

(الشرح) الوتر سنة عندنا بلا خلاف ، وأقله ركعة بلا خلاف ، وأدنى كماله ثلاث ركعات ، وأكمل منه خمس ثم سبع ثم تسع ثم احدى عشرة وهى أكثره على المشهور فى المذهب ، وبه قطع المصنف والأكثرون ، وفيه وجه أن أكثره ثلاث عشرة حكاه جماعة من الخراسانيين ، وجاءت فيه أحاديث صحيحة ومن قال باحدى عشرة يتأولها على أن الراوى حسب معها سنة العشاء ، ولو زاد على ثلاث عشرة لم يجز ، ولم يصح وتره عند الجمهور ، وفيه وجه ــ حكاه امام الحرمين وغيره ــ أنه يجوز ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم فعله على أوجه من أعداد من الركعات ، فدل على عدم انحصاره .

وأجاب الجمهور عن هذا بأن اختلاف الأعداد انما هو فيما لم يجاوز ثلاث عشرة ، ولم ينقل مجاوزتها فدل على امتناعها ، والخلاف شبيه بالخلاف فى جواز القصر فيما زاد على اقامة ثمانية عشر يوما ، وفى جواز الزيادة على انتظارين فى صلاة الخوف ، واذا أوتر باحدى عشرة فما دونها فالأفضل أن يسلم من كل ركعتين للأحاديث الصحيحة التى سأذكرها ان شاء الله تعالى فى فرع مذاهب العلماء ، فان أراد جمعها بتشهد واحد فى آخرها كلها جاز ، وان أرادها بتشهدين وسلام واحد يجلس فى الآخرة والتى قبلها جاز . وحكى الفورانى وامام الحرمين وجها أنه لا يجوز بتشهدين ، بل يشترط الاقتصار على تشهد واحد ، وحمل هذا القائل الأحاديث الواردة بتشهدين على أنه كان يسلم فى كل تشهد . قال الامام : وهذا الوجه ردىء لا تعويل عليه . وحكى الرافعى وجها عكسه أنه لا يجزىء الاقتصار على تشهد واحد ،

وهذان الوجهان غلط ، والأحاديث الصحيحة مصرحة بابطالهما ، والصواب جواز ذلك كما قدمناه • ولكن هل الأفضل تشهد أم تشهدان ؟ أم هما معا فى الفضيلة ؟ فيه ثلاثة أوجه ، واختار الرويانى تشهدا فقط ، أما اذا زاد على تشهدين وجلس فى كل ركعتين واقتصر على السلام فى الآخرة فوجهان حكاهما الرافعى وغيره • (أحدهما) يجوز ويصح وتره كما لو صلى نافلة مطلقة بتشهدات وسلام واحد فانه يجوز على المذهب الصحيح ، كما سنذكره قريبا ان شاء الله تعالى (والثانى) وهو الصحيح لا يجوز ذلك ، لأنه خلاف المنقول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وبهذا قطع امام الحرمين وغيره • قال الامام : والفرق بينه وبين النوافل المطلقة أن النوافل المطلقة لا حصر لركعاتها وتشهداتها بخلاف الوتر ، واذا أراد الاتيان بثلاث ركعات ففى الأفضل أوجه (الصحيح) أن الأفضل أن يصليها مفصولة بسلامين لكثرة الأحاديث الصحيحة فيه ، ولكثرة العبادات فانه تتجدد النية ودعاء التوجه والدعاء فى آخر الصلاة والسلام وغير ذلك (والثانى) أن وصلها بتسليمة واحدة أفضل، قاله الشيخ أبو زيد المروزى للخروج من الخلاف ، فان أبا حنيفة رحمه الله لا يصحح المفصولة (والثالث) ان كان منفردا فالفصل أفضل ، وان كان اماما فالوصل حتى تصح صلاته لكل المقتدين (والرابع) عكسه ، حكاه الرافعى •

وهل الثلاث الموصولة أفضل أم ركعة فردة ؟ فيه أوجه حكاها امام الحرمين وغيره (الصحيح) أن الثلاث أفضل وبه قال القفال (والثانى) الفردة أفضل ، قال امام الحرمين : وغلا هذا القائل فقال : الركعة الفردة أفضل من احدى عشرة موصولة (والثالث) ان كان منفردا فالفردة أفضل ، وان كان اماما فالثلاث الموصولة أفضل ، ثم ان الخلاف فى التفضيل بين الفصل والوصل انما هو فى الوصل بثلاث أما الوصل بزيادة على ثلاث فالفصل أفضل منه بلا خلاف ، ذكره امام الحرمين ، والله أعلم •

ثم ان اوتر بركعة نوى بها الوتر ، وان أوتر بأكثر واقتصر على تسليمة نوى الوتر أيضا ، واذا فصل الركعتين بالسلام وسلم من كل ركعتين نوى بكل ركعتين ركعتين من الوتر ، هذا هو المختار ، وله أن ينوى غير هذا مما سبق بيانه فى أول صفة الصلاة •

(فـرع) (فى وقت الوتر) أما أوله ففيـه ثلاثة أوجه (الصحيح) المشهور الذى قطع به المصنف والجمهور أنه يدخل بفراغه من فريضة العشاء سواء صلى بينه وبين العشاء نافلة أم لا ، وسواء أوتر بركعة أم بأكثر ، فان أوتر قبل فعل العشاء لم يصح وتره ، سواء تعمده أم سها وظن أنه صـلى العشاء أم ظن جوازه ، وكذا لو صلى العشاء ظانا أنه تطهر ثم أحدث فتوضأ فأوتر فبان أنه كان محدثا فى العشاء فوتره باطل •

(والوجه الثانى) يدخل وقت الوتر بدخول وقت العشاء وله أن يصليه قبلها ، حكاه امام الحرمين وآخرون ، وقطع به القاضى أبو الطيب ، قالوا : سواء تعمد أم سها • (والثالث) أنه ان أوتر بأكثر من ركعة دخل وقته بفعل العشاء ، وان أوتر بركعة فشرط صحتها أن يتقدمها نافلة بعد فريضة العشاء ، فان أوتر بركعة قبل أن يتقدمها نفل لم يصح وتره وقال امام الحرمين : ويكون تطوعا ، قال الرافعى : ينبغى أن يكون فى صحتها نفـلا وبطلانهـا بالكلية الخـلاف السابق فيمن أحرم بالظهر قبـل الزوال • وأما آخر وقت الوتر فالصحيح الذى قطع به المصنف والجمهور أنه يمتد الى طلوع الفجر ويخرج وقته بطلوع الفجر ، وحكى المتولى قولا للشافعى أنه يمتـد الى أن يصلى فريضة الصبح ، وأما الوقت المستحب للايتار فقطع المصنف والجمهور بأن الأفضل أن يكون الوتر آخر صلاة الليل ، فان كان لا يتهجد استحب أن يوتر بعد فريضة العشاء وسننها فى أول الليل ، وان كان له تهجد فالأفضـل تأخير الوتر ليفعله بعد التهجد ، ويقع وتره آخر صلاة الليل •

وقال امام الحرمين والغزالى : تقديم الوتر فى أول الليل أفضل وهـذا خلاف ما قاله غيرهما من الأصحاب ، قال الرافعى : يجوز أن يحمل نقلهما على من لا يعتاد قيام الليل ، ويجوز أن يحمل على اختلاف قول ، والأمر فيـه قريب وكل سائغ (قلت) والصواب التفصيل الذى سبق وأنه يستحب لمن له تهجد تأخير الوتر ويستحب أيضا لمن لم يكن له تهجد ووثق باستيقاظه أواخر الليل اما بنفسه واما بايقاظ غيره أن يؤخر الوتر ليفعله آخر الليل لحـديث عائشة رضى الله عنها قالت : « كان النبى صلى الله عليه وسلم يصلى من الليل فاذا بقى الوتر أيقظنى فأوترت » رواه مسلم •

وفى رواية له : « فاذا أوتر قال : قومى فأوترى يا عائشة » ودليل استحباب الايتار آخر الليل أحاديث كثيرة فى الصحيح منها حديث عائشة رضى الله عنها قالت « من كل ليل قد أوتر رسول الله صلى الله عليه وسلم من أوله وآخره ، وانتهى وتره الى السحر » رواه البخارى ومسلم ، وعن ابن عمر رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اجعلوا آخر صلاتكم بالليل وترا » رواه البخارى ومسلم ، وعنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « بادروا الصبح بالوتر » رواه مسلم • وعن جابر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من خاف ألا يقوم من آخر الليل فليوتر أوله ، ومن طمع أن يقوم آخره فليوتر آخر الليل فان صلاة آخر الليل مشهودة ، وذلك أفضل » رواه مسلم بلفظه • وهذا صريح فيما ذكرناه أولا من التفصيل ولا معدل عنه •

وأما حديث أبى الدرداء وأبى هريرة رضى الله عنهما : « أوصانى خليلى بثلاث لا أدعهن حتى أموت : صوم ثلاثة أيام من كل شهر ، وصلاة الضحى ، وألا أنام الا على وتر » رواهما مسلم ، وروى البخارى حديث أبى هريرة ، فمحمولان على من لا يثق بالقيام آخر الليل وهذا التأويل متعين ليجمع بينه وبين حديث جابر وغيره من الأحاديث السابقة من قوله صلى الله عليه وسلم وفعله والله أعلم •

(فرع) اذا أوتر قبل أن ينام ثم قام وتهجد لم ينقض الوتر على الصحيح المشهور ، وبه قطع الجمهور ، بل يتهجد بما تيسر له شفعا ، وفيه وجه حكاه امام الحرمين وغيره من الخراسانيين أنه يصلى من أول قيامه ركعة يشفعه ثم يتهجد ما شاء ثم يوتر ثانيا ، ويسمى هذا نقض الوتر ، والمذهب الأول ، لحديث طلق بن على رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لا وتران فى ليلة » رواه أبو داود والترمذى والنسائى ، قال الترمذى : حديث حسن •

(فرع) اذا استحببنا الجماعة فى التراويح استحبت الجماعة أيضا فى الوتر بعدها باتفاق الأصحاب ، فان كان له تهجد لم يوتر معهم بل يؤخره الى آخر الليل كما سبق فان أراد الصلاة معهم صلى نافلة مطلقة وأوتر آخر

الليل ، وأما فى غير رمضان فالمشهور أنه لا يستحب فيه الجماعة ، وحكى الرافعى عن حكاية أبى الفضل بن عبـدان وجهين فى استحبابها فيه مطلقا ، والمذهب الأول • والمذهب أن السنة أن يقنت فى الركعة الآخرة من صـلاة الوتر فى النصف الأخير من شهر رمضان هذا هو المشهور فى المذهب ، ونص عليه الشافعى رحمه الله ، وفى وجه يستحب فى جميع شهر رمضان ، وهـو مذهب مالك ، ووجه ثالث أنه يستحب فى الوتر فى جميع السنة • وهو قول أربعة من كبار أصحابنا ، أى : عبد الله الزبيرى وأبى الوليد النيسابورى ، وأبى الفضل بن عبدان ، وأبى منصور بن مهران • وهـذا الوجه قوى فى الدليل لحديث الحسن بن على رضى الله عنهما السابق فى القنوت ، ولكن المشهور فى المذهب ما سبق ، وبه قال جمهـور الأصحاب • قال الرافعى : وظاهر كلام الشـافعى رحمه الله كراهة القنوت فى غير النصف الآخر من رمضان ، قال : ولو ترك القنوت فى موضع استحبه سجد للسهو ، ولو قنت حيث لا يستحبه سجد للسهو ، وحكى الرويانى وجها أنه يقنت فى جميـع السنة بلا كراهة ، ولا يسجد للسهو لتركه من غير النصف الآخر من رمضان قال : وهذا حسن وهو اختيار مشايخ طبرستان •

(فـرع) فى موضع القنوت فى الوتر أوجه (الصحيح) المشهور بعد الركوع ، ونص عليه الشافعى رحمه الله مـن حرملة ، وقطع به الأكثرون ، وصححه الباقون (والثانى) قبل الركوع قاله ابن سريج (والثالث) يتخير بينهما حكاه الرافعى وسيأتى دليل الجميع ان شاء الله تعالى ، فاذا قلنا : يقدمه على الركوع ، فالصحيح المشهور أنه يقنت بلا تكبير ، وفيه وجه أنه يكبر بعد القراءة ثم يقنت ثم يركع مكبرا حكاه الرافعى رحمه الله •

(فـرع) قال أصحابنا : لفظ القنوت هنا كهو فى الصبح ولهذا لم يذكره المصنف قالوا : فيقنت بـ (اللهم اهدنى فيمن هديت) وبقنوت عمـر رضى الله عنه وقد سبق بيانهما فى صفة الصلاة ، وهل الأفضل تقديم قنوت عمر على قوله : اللهم اهدنى ؟ أم تأخيره ؟ فيه وجهان • قال الرويانى : تقديمه أفضل ، قال : وعليه العمل ، ونقل القاضى أبو الطيب فى غـير تعليقـه عن شيوخهم تأخيره ، وهذا هو الذى نختاره ، لأن قولهم : اللهم اهدنى ثابت عن النبى صلى الله عليه وسلم وهذا آكد وأهم فقدم قال الرويانى : قال ابن

القاص : يزيد فى القنوت : ربنا لا تؤاخذنا الى آخر السورة واستحسنة ، وهذا الذى قاله غريب ضعيف ، والمشهور كراهة القراءة فى غير القيام •

(فرع) حكم الجهر بالقنوت ورفع اليد ومسح الوجه كما سبق فى قنوت الصبح •

(فرع) قال أصحابنا : يستحب لمن أوتر بثلاث أن يقرأ بعد الفاتحة فى الأولى : سبح اسم ربك ، وفى الثانية : قل يا أيها الكافرون ، وفى الثالثة : قل هو الله أحد والمعوذتين ، واستدلوا له بالحديث الذى ذكره المصنف وسنذكره ان شاء الله تعالى وغيره •

(فرع) يستحب أن يقول بعد الوتر ثلاث مرات « سبحان الملك القدوس » وأن يقول « اللهم انى أعوذ برضاك من سخطك وبمعافاتك من عقوبتك وأعوذ بك منك لا أحصى ثناء عليك أنت كما أثنيت على نفسك » ففيهما حديثان صحيحان فى سنن أبى داود وغيره •

(فرع) اذا أوتر ثم أراد أن يصلى نافلة أم غيرها فى الليل جاز بلا كراهة ولا يعيد الوتر كما سبق ، ودليله حديث عائشة رضى الله عنها وقد سئلت عن وتر رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت « كنا نعد له سواكه وطهوره فيبعثه الله ما شاء أن يبعثه من الليل فيتسوك ويتوضأ ويصلى تسع ركعات لا يجلس فيهن الا فى الثامنة فيذكر الله ويمجده ويدعوه ، ثم ينهض ولا يسلم ، ثم يقوم فيصلى التاسعة ، ثم يقعد فيذكر الله ويمجده ويدعوه ، ثم يسلم تسليما يسمعنا ، ثم يصلى ركعتين بعد ما يسلم وهو قاعد » رواه مسلم ، وهو بعض حديث طويل ، وهذا الحديث محمول على أنه صلى الله عليه وسلم صلى الركعتين بعد الوتر بيانا لجواز الصلاة بعد الوتر ، ويدل عليه أن الروايات المشهورة فى الصحيحين عن عائشة مع رواية خلائق من الصحابة رضى الله عنهم فى الصحيحين مصرحة بأن آخر صلاة النبى صلى الله عليه وسلم فى الليل كانت وترا وفى الصحيحين أحاديث كثيرة بالأمر يكون آخر صلاة الليل وترا كقوله صلى الله عليه وسلم « اجعلوا آخر صلاتكم بالليل وترا ، وقد تقدم قريبا عن الصحيحين كقوله صلى الله عليه وسلم

« صلاة الليل مثنى مثنى فاذا خفت الصبح فأوتر بواحدة » روياه فى الصحيحين من رواية ابن عمر رضى الله عنهما فكيف يظن بالنبى صلى الله عليه وسلم مع هذه الأحاديث وأشباهها أنه كان يداوم على ركعتين بعد الوتر وانما معناه ما ذكرناه أولا من بيان الجواز ، وانما بسطت الكلام فى هذا الحديث لأنى رأيت بعض الناس يعتقد أنه يستحب صلاة ركعتين بعد الوتر جالسا ، ويفعل ذلك ويدعو الناس اليه ، وهذه جهالة وغباوة ، [لعدم] أنسه بالأحاديث الصحيحة وتنوع طرقها وكلام العلماء فيها فاحذر من الاغترار به واعتمد ما ذكرته أولا وبالله التوفيق •

(فرع) فى بيان الأحاديث المذكورة فى الكتاب فى فضل الوتر •

(الأول) حديث أبى أيوب رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الوتر حق على كل مسلم فمن أحب أن يوتر بخمس فليفعل ، ومن أحب أن يوتر بثلاث فليفعل ومن أحب أن يوتر بواحدة فليفعل » رواه أبو داود باسناد صحيح بهذا اللفظ ، ورواه هكذا أيضا الحاكم فى المستدرك وقال : حديث صحيح على شرط البخارى ومسلم • وأما الزيادة التى ذكرها المصنف فيه وهى قوله : الوتر حق وليس بواجب فغريبة لا أعرف لها اسنادا صحيحا ، ويغنى عنها ماسأذكره من الأدلة على عدم وجوب الوتر فى فرع مذاهب العلماء فيه ان شاء الله تعالى •

(الثانى) حديث عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يصلى من الليل احدى عشرة يوتر منها بواحدة ، رواه البخارى ومسلم • (الثالث) حديث عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يقرأ فى الوتر فى الأول « سبح اسم ربك » وفى الثانية « قل يا أيها الكافرون » وفى الثالثة « قل هو الله أحد والمعوذتين » رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن ، ورواه أبو داود والنسائى وابن ماجه من رواية أبى بن كعب ، ورواه الترمذى والنسائى وابن ماجه من رواية ابن عباس ، لكن ليس فى روايتهما ذكر المعوذتين ، وهو ثابت فى حديث عائشة كما ذكرناه •(الرابع) حديث ابن عمر رضى الله عنهما قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل بين الشفع والوتر بتسليمة يسمعناها » رواه أحمد بن حنبل فى مسنده بهذا

اللفظ . (الخامس) قيل : فانه كان يعلم حديث عائشة رضى الله عنها « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يسلم فى ركعتى الوتر » رواه النسائى باسناد حسن ، ورواه البيهقى فى السنن الكبيرة باسناد صحيح ، وقال : يشبه أن يكون هذا اختصارا من حديثها فى الايتار بتسع ، يعنى حديثها السابق فى الفرع قبله .

(السادس) حديث قنوت عمر بن الخطاب رواه أبو داود فى سننه من رواية الحسن البصرى أن عمر بن الخطاب جمع الناس على أبى بن كعب فكان يصلى لهم عشرين ليلة ولا يقنت بهم الا فى النصف الباقى ، فاذا كان العشر الأواخر تخلف فصلى فى بيته فكانوا يقولون « أبق أبى » هذا لفظ فى أبى داود والبيهقى ، وهو منقطع لأن الحسن لم يدرك عمر بل ولد لسنتين بقيتا من خلافة عمر بن الخطاب ورواه أبو داود أيضا عن ابن سيرين عن بعض أصحابه أن أبى بن كعب أمهم ، يعنى فى رمضان ، وكان يقنت فى النصف الآخر منه ، وهذا أيضا ضعيف لأنه رواية مجهول .

(السابع) حديث أبى بن كعب أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يقنت فى الوتر قبل الركوع رواه أبو داود وضعفه ، وروى البيهقى القنوت فى الوتر من رواية ابن مسعود وأبى بن كعب وابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم وضعفها كلها وبين سبب ضعفها .

(الثامن) حديث أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ان الله زادكم صلاة وهى الوتر فصلوها من صلاة العشاء الى طلوع الفجر » هذا الحديث رواه أبو داود والترمذى من رواية خارجة بن حذافة رضى الله عنه قال : « خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ان الله قد أمدكم بصلاة هى خير لكم من حمر النعم ؛ وهى الوتر ، فجعلها لكم فيما بين العشاء الى طلوع الفجر » هذا لفظ رواية أبى داود وفى رواية الترمذى فيما بين صلاة العشاء الى طلوع الفجر ، وفى اسناد هذا الحديث ضعف ، وأشار البخارى وغيره من العلماء الى تضعيفه ، قال البخارى : فيه رجلان لا يعرفان الا بهذا الحديث ، ولا يعرف سماع رواية بعضهم من بعض .

(التاسع) حديث جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من خاف ألا يقوم من آخر الليل فليوتر أوله ومن طمع » الحديث رواه مسلم وقد سبق بيانه •

(فرع) فى لغات الفاظ الفصل

الوتر : بفتح الواو وكسرها ، لغتان ، وأبو أيوب الأنصارى اسمه خالد ابن زيد شهد بدرا والعقبة والمشاهد كلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم نزل عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قدم المدينة شهرا حتى يثبت مساكنه ، توفى فى الغزو بالقسطنطينية رضى الله عنه •

وأما أبى بن كعب فهو أبو المنذر ، ويقال أبو الطفيل ، شهد العقبة الثانية وبدرا ومناقبه كثيرة ، ومن أجلها أن النبى صلى الله عليه وسلم « قرأ عليه (لم يكن الذين كفروا [1]) السورة • وقال : أمرنى الله تعالى أن أقرأها عليك » وحديثه هذا مشهور فى الصحيحين • توفى بالمدينة سنة تسع عشرة وقيل عشرين وقيل اثنتين وعشرين رضى الله عنه • قوله « الوتر حق » أى مشروع مأمور به ، والتهجد هو الصلاة فى الليل بعد النوم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى حكم الوتر : مذهبنا أنه ليس بواجب بل هو سنة متأكدة ، وبه قال جمهور العلماء من الصحابة والتابعين فمن بعدهم • قال القاضى أبو الطيب : هو قول العلماء كافة حتى أبو يوسف ومحمد • قال : وقال أبو حنيفة وحده : هو واجب وليس بفرض ، فان تركه حتى طلع الفجر أثم ولزمه القضاء ، وقال الشيخ أبو حامد فى تعليقه : الوتر سنة مؤكدة ليس بفرض ولا واجب ، وبه قالت الأمة كلها الا أبا حنيفة فقال : هو واجب ، وعنه رواية أنه فرض ، وخالفه صاحباه فقالا : هو سنة • قال أبو حامد : قال ابن المنذر : لا أعلم أحدا وافق أبا حنيفة فى هذا • واحتج له بحديث أبى أيوب رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الوتر حق على كل مسلم فمن أحب أن يوتر بخمس » الخ هو حديث صحيح كما سبق قريبا • وعن على بن أبى طالب أن النبى صلى الله عليه وسلم قال :

---

(١) الآية الاولى من سورة البينة •

« يا أهل القرآن أوتروا فان الله وتر يحب الوتر » رواه أبو داود والترمذى والنسائى وغيرهم • قال الترمذى : حديث حسن • وعن بريدة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الوتر حق فمن لم يوتر فليس منا ، الوتر حق فمن لم يوتر فليس منا ، الوتر حق فمن لم يوتر فليس منا » رواه أبو داود • وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ان الله زادكم صلاة فحافظوا عليها ، وهى الوتر » وعن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اجعلوا آخر صلاتكم بالليل وترا » رواه البخارى ومسلم وعن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أوتروا قبل أن تصبحوا » وعن عائشة رضى الله عنها قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى من الليل فاذا أوتر قال : قومى فأوترى يا عائشة » رواه مسلم • وذكروا أقيسة ومناسبات لا حاجة اليها مع هذه الأحاديث •

واحتج أصحابنا والجمهور بحديث طلحة بن عبيد الله رضى الله عنه قال : « جاء رجل من أهل نجد فاذا هو يسأل عن الاسلام ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : خمس صلوات فى اليوم والليلة ، فقال : هل على غيرها ؟ فقال : لا الا أن تطوع ، وسأله عن الزكاة والصيام • وقال فى آخره : والله لا أزيد على هذا ولا أنقص ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم أفلح ان صدق » رواه البخارى ومسلم من طرق ، واستنبط الشيخ أبو حامد وغيره منه أربعة أدلة (أحدها) أن النبى صلى الله عليه وسلم أخبره أن الواجب من الصلوات انما هو الخمس (الثانى) قوله هل على غيرها ؟ قال لا (الثالث) قوله صلى الله عليه وسلم الا أن تطوع ، وهذا تصريح بأن الزيادة على الخمس انما تكون تطوعا (الرابع) أنه قال لا أزيد ولا أنقص ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم أفلح ان صدق • وهذا تصريح بأنه لا يأثم بترك غير الخمس • وعن ابن عباس رضى الله عنهما : « أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث معاذا الى اليمن فقال : ادعهم الى شهادة أن لا اله الا الله وأنى رسول الله ، فان هم أطاعوا لذلك فأعلمهم أن الله قد افترض عليهم خمس صلوات فى كل يوم

وليلة ، فان هم أطاعوا [1] لذلك فأعلمهم أن الله تعالى افترض عليهم صدقة فى أموالهم تؤخذ من أغنيائهم وترد الى فقرائهم » رواه البخارى ومسلم • وهذا من أحسن الأدلة لأن بعث معاذ رضى الله عنه الى اليمن كان قبل وفاة النبى صلى الله عليه وسلم بقليل جدا •

وعن عبد الله بن محيريز عن رجل من بنى كنانة يقال له المخدجى قال : كان بالشام رجل يقال له : أبو محمد قال : الوتر واجب ، فرحت الى عبادة ــ يعنى ابن الصامت ــ فقلت : ان أبا محمد يزعم أن الوتر واجب ، قال : كذب أبو محمد ، سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « خمس صلوات كتبهن الله على العباد من أتى بهن لم يضيع منهن شيئا جاء وله عند الله عهد أن يدخله الجنة ، ومن ضيعهن استخفافا بحقهن جاء ولا عهد له ان شاء عذبه وان شاء أدخله الجنة » هذا حديث صحيح رواه مالك فى الموطأ وأبو داود والنسائى وغيرهم • وعن على رضى الله عنه قال : « ليس الوتر بحتم كهيئة المكتوبة : ولكنه سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم » رواه الترمذى والنسائى وآخرون ، قال الترمذى : حديث حسن ، وعن عبادة ابن الصامت رضى الله عنه قال : « الوتر أمر حسن جميل عمل به النبى صلى الله عليه وسلم والمسلمون من بعده ، وليس بواجب » رواه الحاكم وقال : صحيح على شرط البخارى ومسلم وعن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « كان يصلى الوتر على راحلته ولا يصلى عليها المكتوبة » رواه البخارى ومسلم ، واستدل به الشافعى والأصحاب على أن الوتر ليس بواجب •

فان قيل : لا دلالة فيه لأن مذهبكم أن الوتر واجب على رسول الله صلى الله عليه وسلم وان كان سنة فى حق الأمة فالواجب أن يقال : لو كان على العموم لم يصح على الراحلة كالمكتوبة ، وكان من خصائص النبى صلى الله عليه وسلم جواز هذا الواجب الخاص عليه على الراحلة ، فهذه الأحاديث هى التى يعتمدها فى المسألة واستدل أصحابنا بأحاديث كثيرة مشهورة غير

---

(١) المحفوظ ان قوله « أطاعوك » جاءت فى الفرائض والتكاليف ، أما الاولى فهى « فان هم اجابوك » لان الطاعة فرع الاجابة وهو من الأدب النبوى الكريم (ط) .

ما سبق ، لكن أكثرها ضعيفة لا أستحل الاحتجاج بها ، وفيما ذكرته من الأحاديث الصحيحة أبلغ كفاية • ومن الضعيف الذى احتجوا به حديث أبى جناب ــ بجيم ونون ــ عن عكرمة عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ثلاث هن على فرائض وهن لكم تطوع : النحر والوتر وركعتا الضحى » رواه البيهقى وقال : أبو جناب الكلبى اسمه يحيى بن أبى حيينة (١) ضعيف وهو مدلس ، وانما ذكرت هذا الحديث لأبين ضعفه وأحذر من الاغترار به • قال أصحابنا : ولأنها صلاة لا يشرع لها الأذان ولا الاقامة فلم تكن واجبة على الأعيان كالضحى وغيرها ، واحترزوا بقولهم : على الأعيان من الجنازة والنذر •

وأما الأحاديث التى احتجوا بها فمحمولة على الاستحباب والندب المتأكد ، ولابد من هذا التأويل للجمع بينها وبين الأحاديث التى استدللنا بها ، فهذا جواب يعمها ويجاب عن بعضها خصوصا بجواب آخر ، فحديث أبى أيوب لا يقولون به لأن فيه : « فمن أحب أن يوتر بخمس فليفعل ، ومن أحب أن يوتر بثلاث فليفعل ومن أحب أن يوتر بواحدة فليفعل » وهم يقولون : لا يكون الوتر الا ثلاث ركعات • وحديث عمرو بن شعيب فى اسناده المثنى بن الصباح ، وهو ضعيف ، وحديث بريدة فى روايته عبيد الله ابن عبد الله العتكى أبو المنيب والظاهر أنه منفرد به وقد ضعفه البخارى وغيره ووثقه ابن معين وغيره وادعى الحاكم أنه حديث صحيح والله أعلم •

(فرع) فى مذاهبهم فى فعل الوتر على الراحلة فى السفر : مذهبنا أنه جائز على الراحلة فى السفر كسائر النوافل سواء كان له عذر أم لا ، وبهذا قال جمهور العلماء من الصحابة فمن بعدهم ، فمنهم على بن أبى طالب ، وابن عمر ، وابن عباس وعطاء والثورى ومالك وأحمد واسحاق وداود •

وقال أبو حنيفة وصاحباه : لا يجوز الا لعذر • دليلنا حديث ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يوتر على راحلته فى السفر » رواه البخارى ومسلم •

---

(١) كذا بالنسختين ش و ق وصوابه يحيى بن أبى حية بمهملة ومثناة قال ابن حجر : ضعفوه لكثرة تدليسه وقال الخزرجى : كان صدوقا يدلس وقال أبو نعيم : ثقة يدلس وقال الفلاس : متروك ، وقال النسائى : ليس بالقوى (ط) •

(فـرع) فى مذاهبهم فى وقت الوتر واستحباب تقديمه وتأخيره .

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن ما بين صلاة العشاء الى طلوع الفجر وقت للوتر ، ثم حكى عن جماعة من السلف أنهم قالوا : يمتد وقته الى أن يصلى الصبح ، وعن جماعة أنهم قالوا : يفوت لطلوع الفجر ، وممن استحب الايتار أول الليل أبو بكر الصديق وعثمان بن عفان وأبو الدرداء وأبو هريرة ورافع بن خديج وعبد الله بن عمرو بن العاص لما أسن رضى الله عنهم ، وممن استحب تأخيره الى آخر الليل عمر بن الخطـاب وعلى وابن مسعود ومالك والثورى وأصحاب الرأى رضى الله عنهم ، وهو الصحيح فى مذهبنا كما سبق وذكرنا دليله .

(فـرع) فى مذاهبهم فى عدد ركعات الوتر : قد سبق أن مذهبنا أن أقله ركعة وأكثره احدى عشرة ، وفى وجه ثلاث عشرة وما بين ذلك جائز ، وكلما قرب من أكثره كان أفضل ، وبهذا قال جمهور العلمـاء من الصحابة والتابعين فمن بعدهم وقال أبو حنيفـة : لا يجوز الوتر الا ثلاث ركعـات موصولة بتسليمة واحدة كهيئـة المغرب قال : لو أوتر بواحـدة أو بثلاث بتسليمتين لم يصح ، ووافقه سفيان الثورى . قال أصحابنا : لم يقل أحد من العلماء أن الركعة الواحدة لا يصح الايتار بها غيرهما ومن تابعهما ، واحتج لهم بحديث محمد بن كعب القرظى أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن البتيراء » . وعن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه قال : « الوتر ثلاث كوتر النهار : المغرب » قال البيهقى : هذا صحيح عن ابن مسعود من قوله وروى مرفوعا وهو ضعيف وعن ابن مسعود أيضا « ما أجزأت ركعة قط » وعن عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان لا يسلم فى ركعتى الوتر » رواه النسائى باسناد حسن .

واحتج أصحابنا بحـديث ابن عمر أن النبى صلى الله عليـه وسلم قال « صلاة الليل مثنى مثنى فاذا خفت الصبح فأوتر بواحدة » رواه البخارى ومسلم ، وعن ابن عمر أيضا أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الوتر ركعة من آخر الليل » رواه مسلم . وعن عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يصلى من الليل احدى عشرة ركعة يسلم كل ركعتين ويوتر

منها بواحدة » رواه البخارى ومسلم وعن أبى أيوب أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الوتر حق فمن أحب أن يوتر بخمس فليفعل ، ومن أحب أن يوتر بثلاث فليفعل ، ومن أحب أن يوتر بواحدة فليفعل » حديث صحيح رواه أبو داود باسناد صحيح وصححه الحاكم وسبق بيانه ، وعن عائشة قالت « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى من الليل ثلاث عشرة ركعة يوتر من ذلك بخمس لا يجلس فى شىء الا فى آخرها » رواه مسلم وعن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا توتروا بثلاث أوتروا بخمس أو بسبع ولا تشبهوا بصلاة المغرب » رواه الدارقطنى وقال : اسناده كلهم ثقات • والأحاديث فى المسألة كثيرة فى الصحيح وفيما ذكرته كفاية ، قال البيهقى : وقد روينا عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم التطوع أو الوتر بركعة واحدة مفصولة عما قبلها ، ثم رواه من طرق بأسانيدها عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وسعد بن أبى وقاص وتميم الدارمى وأبى موسى الأشعرى وابن عمر وابن عباس وأبى أيوب ومعاوية وغيرهم رضى الله عنهم •

والجواب عما احتجوا به من حديث البتيراء أنه ضعيف ومرسل وعن قول ابن مسعود : « الوتر ثلاث » أنه محمول على الجواز ، ونحن نقول به ، وان أريد به أنه لا يجوز الا ثلاث فالأحاديث الصحيحة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مقدمة عليه • والجواب عن قوله : (ما أجزأت صلاة ركعة قط) أنه ليس بثابت عنه ولو ثبت لحمل على الفرائض فقد روى أنه ذكره ردا على ابن عباس فى قوله : ان الواجب من الصلاة الرباعية فى حال الخوف ركعة واحدة ، فقال ابن مسعود : « ما أجزأته ركعة من المكتوبات قط » والجواب عن حديث عائشة أنه محمول على الايتار بتسع ركعات بتسليمة واحدة كما سبق بيانه فى موضعه ، أو يحمل على الجواز جمعا بين الأدلة والله أعلم •

(**فرع**) فى مذاهبهم فيما يقرأ من أوتر بثلاث ركعات ، قد ذكرنا أن مذهبنا أنه يقرأ بعد الفاتحة فى الأولى : سبح ، وفى الثانية : قل يا أيها الكافرون ، وفى الثالثة : هل هو الله أحد والمعوذتين مرة ، وحكاه القاضى عياض عن جمهور العلماء وبه قال مالك وأبو داود • وقال أبو حنيفة والثورى واسحق كذلك الا أنهم قالوا : لا تقرأ المعوذتان ، وحكى عن أحمد مثله ،

ونقله الترمذى عن أكثر العلماء من الصحابة ومن بعدهم • دليلنا حديث عائشة رضى الله عنها الذى احتج به المصنف وقد بينا أنه حديث حسن فى فرع بيان الأحاديث ، واعتمدوا أحاديث ليس فيها ذكر المعوذتين ، وتقدم عليها حديث عائشة باثبات المعوذتين فان الزيادة من الثقة مقبولة والله أعلم •

(فرع) فى مذاهبهم فيمن أوتر بثلاث هل يفصل الركعتين عن الثلاثة بسلام ؟ فذكرنا اختلاف أصحابنا فى الأفضل من ذلك ، وأن الصحيح عندنا أن الفصل أفضل ، وهو قول ابن عمر ومعاذ القارىء وعبد الله بن عياش بن أبى ربيعة ومالك وأحمد واسحق وأبى ثور • وقال الأوزاعى : كلاهما حسن • وقال أبو حنيفة : لا تجوز الا موصولات ، وقد سبق بيان الأدلة عليه •

(فرع) فى مذاهبهم فى القنوت فى الوتر ، قد ذكرنا أن المشهور من مذهبنا أنه يستحب القنوت فيه فى النصف الأخير من شهر رمضان خاصة ، وحكاه ابن المنذر وأبى بن كعب وابن عمر وابن سيرين والزبيرى ويحيى [1] ابن وثاب ومالك والشافعى وأحمد وحكى عن ابن مسعود والحسن البصرى والنخعى واسحق وأبى ثور أنهم قالوا : يقنت فيه فى كل السنة وهو مذهب أبى حنيفة وهو رواية عن أحمد ، وقال به جماعة من أصحابنا كما سبق ، وعن طاوس أنه قال : القنوت فى الوتر بدعة وهى رواية عن ابن عمر •

(فرع) فى مذاهبهم فى محل الوتر ، قد ذكرنا أن الصحيح فى مذهبنا أنه بعد رفع الرأس من الركوع ، وحكاه ابن المنذر عن أبى بكر الصديق وعمر وعثمان وعلى وسعيد بن جبير رضى الله عنهم ، قال : به أقول • وحكى القنوت قبل الركوع عن عمر وعلى رضى الله عنهم أيضا وعن ابن مسعود وأبى موسى الأشعرى والبراء بن عازب وابن عمر وابن عباس وأنس وعمر بن عبد العزيز وعبيدة السلمانى وحميد الطويل وعبد الرحمن ابن أبى ليلى وأصحاب الرأى واسحق ، وحكى عن أيوب السختيانى وأحمد ابن حنبل أنهما جائزان وقد سبقت أدلة المسألة فى قنوت الصبح وسبق هناك

---

(١) يحيى بن وثاب الاسدى مولاهم الكوفى المقرى يروى عن ابن عباس وابن عمر وعنه طلحة ابن مصرف وابو اسحق والاعمش وثقه النسائى وقال ابو الشيخ : امام فى القراءة (ط) :

مذاهبهم فى استحباب رفع اليدين • ومما احتج به للقنوت قبل الركوع ما روى عن أبى بن كعب أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يوتر بثلاث يسلم منها ويقنت قبل الركوع » وهذا حديث ضعيف ضعفه ابن المنذر وابن خزيمة وغيرهما من الأئمة ، وحديث آخر عن ابن مسعود رفعه مثل حديث أبى وهو ضعيف ظاهر الضعف •

(فرع) فى مذاهبهم فى نقض الوتر ، قد ذكرت أن مذهبنا المشهور أنه اذا أوتر فى أول الليل ثم تهجد لا ينقض وتره بل يصلى ما شاء شفعا وحكاه القاضى عياض عن أكثر العلماء وحكاه ابن المنذر عن أبى بكر الصديق وسعد وعمار بن ياسر وابن عباس وعائذ بن عمرو وعائشة وطاوس وعلقمة والنخعى وأبى مجلز والأوزاعى ومالك وأحمد وأبى ثور رضى الله عنهم ، وقالت طائفة : ينقضه فيصلى فى أول تهجده ركعة تشفعه ، ثم يتهجد ثم يوتر فى آخر صلاته حكاه ابن المنذر عن عثمان بن عفان وعلى وسعد وابن مسعود وابن عمر وابن عباس وعمرو بن ميمون وابن سيرين واسحق رضى الله عنهم ، دليلنا [الحديث] السابق عن طلق بن على رضى الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا وتران فى ليلة » وقد سبق أن الترمذى قال هو حديث حسن ، ولأن الوتر الأول مضى على صحته فلا يتوجه بابطاله بعد فراغه ، ودليل هذه المسائل المختلف فيها يفهم مما سبق فى هذا الفصل فحذفتها ههنا اختصارا لطول الكلام وبالله التوفيق •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وآكد هذه السنن الراتبة مع الفرائض سنة الفجر والوتر لأنه ورد فيهما ما لم يرد فى غيرهما ، وايهما افضل ؟ فيه قولان قال فى الجديد • الوتر افضل لقوله صلى الله عليه وسلم « ان الله امدكم (١) بصلاة هى خير لكم من حمر النعم ، وهى الوتر » وقال صلى الله عليه وسلم « من لم يوتر فليس منا » ولأنه مختلف فى وجوبه ، وسنة الفجر مجمع على كونها سنة ، فكان الوتر آكد ، وقال فى القديم : سنة الفجر آكد ، لقوله صلى الله عليه وسلم « صلوها ولو طردتكم الخيل » ولأنها محصورة لا تحتمل الزيادة والنقصان فهى بالفرائض اشبه من الوتر) •

---

(١) فى بعض نسخ المهذب (امركم) (ط) •

(**الشرح**) الحديثان الأولان سبق بيانهما فى مسائل الوتر ، وأما حديث سنة الفجر فرواه أبو داود فى سننه من رواية أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تدعوا ركعتى الفجر ولو طردتكم الخيل » وفى اسناده من اختلف فى توثيقه ، ولم يضعفه أبو داود وعن عائشة رضى الله عنها قالت « لم يكن النبى صلى الله عليه وسلم على شىء من النوافل أشد تعاهدا منه على ركعتى الفجر » رواه البخارى ومسلم ، وعنها عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ركعتا الفجر خير من الدنيا وما فيها » رواه مسلم ، وعنها « ما رأيت النبى صلى الله عليه وسلم فى شىء من النوافل أسرع منه الى الركعتين قبل الفجر » رواه مسلم .

(**اما حكم المسالة**) قال أصحابنا : أفضل النوافل التى لا تسن لها الجماعة السنن الراتبة مع الفرائض ، وأفضل الرواتب الوتر وسنة الفجر ، وأيهما أفضل ؟ فيه قولان (الجديد) الصحيح الوتر أفضل (والقديم) أن سنة الفجر أفضل ، وقد ذكر المصنف دليلهما ، وحكى صاحب البيان والرافعى وجها أنهما سواء فى الفضيلة فاذا قلنا بالجديد ، فالذى قطع به المصنف والجمهور أن سنة الفجر تلى الوتر فى الفضيلة للأحاديث التى ذكرتها ، وفيه وجه حكاه الرافعى عن أبى اسحاق المروزى أن صلاة الليل أفضل من سنة الفجر ، وهذا الوجه قوى ففى صحيح مسلم عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أفضل الصلاة بعد الفريضة صلاة الليل » وفى رواية لمسلم أيضا « الصلاة فى جوف الليل » ثم أفضل الصلوات بعد الرواتب والتراويح : الضحى ، ثم ما يتعلق بفعل كركعتى الطواف اذا لم نوجبهما ، وركعتى الاحرام ، وتحية المسجد ، ثم سنة الوضوء . وأما قول المصنف : وسنة الفجر مجمع على كونها سنة فكذا يقوله أصحابنا ؛ وقد نقل القاضى عياض عن الحسن البصرى أنه أوجبها للأحاديث ، وحكاه بعض أصحابنا عن بعض الحنفية والله أعلم .

(فرع) فى مسائل تتعلق بالسنن الراتبة

(احداها) قد سبق أنه اذا صلى أربعا قبل الظهر أو بعدها أو قبل العصر يستحب أن يكون بتسليمتين وتجوز بتسليمة بتشهد وبتشهدين فاذا

صلى أربعا بتسليمتين ينوى بكل ركعتين ، ركعتين من سنة الظهر ، واذا صلاها بتسليمة وتشهدين فقد سبق فى باب صفة الصلاة خلاف فى أنه هل يسن قراءة السورة فى الأخيرتين ؟ كالخلاف فى الفريضة .

(الثانية) يستحب تخفيف سنة الفجر ، وقد سبق فى باب صفة الصلاة فى فصل قراءة السورة أنه يسن أن يقرأ فيهما بعد الفاتحة : قولوا آمنا بالله وما أنزل الينا [1] الآية ، وفى الثانية : قل يا أهل الكتاب تعالوا [2] الآية أو : قل يا أيها الكافرون [3] ، وقل [4] هو الله أحد . وذكرنا هناك أحاديث صحيحة فى هذا . ومما يستدل به أنه يستحب تخفيفها حديث عائشة رضى الله عنها قالت « كان النبى صلى الله عليه وسلم يخفف الركعتين اللتين قبل صلاة الصبح حتى انى لأقول : هل قرأ بأم الكتاب ؟ » رواه البخارى ومسلم، وعنها قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى ركعتى الفجر اذا سمع الأذان ويخففهما » رواه البخارى ومسلم .

(الثالثة) السنة أن يضطجع على شقه الأيمن بعد صلاة سنة الفجر ويصليها فى أول الوقت ، ولا يترك الاضطجاع ما أمكنه ، فان تعذر عليه فصل بينهما وبين الفريضة بكلام ، ودليل تقديمها حديث عائشة السابق فى المسألة قبلها ، ودليل الاضطجاع أحاديث صحيحة منها حديث عائشة رضى الله عنها قالت « كان النبى صلى الله عليه وسلم اذا صلى ركعتى الفجر اضطجع على شقه الأيمن » رواه البخارى وعنها قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى فذكرت صلاة الليل ثم قالت : فاذا سكت المؤذن من صلاة الفجر وتبين له الفجر قام فركع ركعتين خفيفتين ثم اضطجع على شقه الأيمن حتى يأتيه المؤذن للاقامة » رواه مسلم . وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا صلى أحدكم الركعتين قبل الصبح فليضطجع على يمينه فقال له مروان بن الحكم : أما يجزى أحدنا ممشاه الى المسجد حتى يضطجع على يمينه ؟ قال : لا » حديث صحيح رواه أبو داود

---

(١) الآية ١٣٦ من سورة البقرة .
(٢) من الآية ٦٤ من سورة آل عمران .
(٣) الآية الأولى من سورة الكافرون .
(٤) الآية الأولى من سورة الاخلاص .

باسناد صحيح على شرط البخـارى ومسلم ، ورواه الترمذى مختصرا عن أبى هريرة قال : قال رسـول الله صلى الله عليـه وسلم « اذا صلى أحدكم ركعتى الفجر فليضطجع على يمينه » قال الترمذى : حديث حسن صحيح • وعن عائشة رضى الله عنها قالت « كان النبى صلى الله عليه وسلم اذا صـلى ركعتى الفجر فان كنت مسـتيقظة حدثنى والا اضطجع » رواه البخـارى ومسلم ، وقولها : (حدثنى والا اضطجع) يحتمل وجهين (أحدهمـا) أن يكون صلى الله عليـه وسلم يضطجع يسيرا ويحدثهـا والا فيضطجع كثيرا (والثـانى) أنه صلى الله عليـه وسلم فى بعض الأوقات القليلة كان يترك الاضطجاع ، بيانا لكونه ليس بواجب كما كان يترك كثيرا من المختارات فى بعض الأوقات بيانا للجواز كالوضوء مرة مرة ونظائره ، ولا يلزم من هذا أن يكون الاضطجاع وتركه سواء ، ولابد من أحد هذين التأويلين للجمع بين هذه الرواية وروايات عائشة السابقة ، وحـديث أبى هريرة المصرح بالأمر بالاضطجاع ، والله أعلم •

وقد نقل القاضى عياض فى شرح مسلم استحباب الاضطجاع بعد سـنة الفجر عن الشافعى وأصحابه ثم أنكره عليهم ، وقال : قال مالك وجمهور العلماء وجماعة من الصحابة : ليس هو سنة بل سموه بدعة ، واستدل بأن أحاديث عائشة فى بعضها الاضطجاع قبل ركعتى الفجر بعد صلاة الليل ، وفى بعضها بعد ركعتى الفجر •

وفى حديث ابن عباس قبل ركعتى الفجر فدل على أنه لم يكن مقصوده ، وهذا الذى قاله مردود بحديث أبى هريرة الصريح فى الأمر بها وكونه صلى الله عليه وسلم اضطجع فى بعض الأوقات أو أكثرها أو كلها بعد صلاة الليل لا يمنع أن يضطجع أيضا بعد ركعتى الفجر ، وقد صح اضطجاعه بعدهما وأمره به فتعين المصير اليه ويكون سنة وتركه يجوز جمعا بين الأدلة • وقال البيهقى فى السنن الكبير : أشار الشـافعى الى أن المراد بهذا الاضطجاع الفصل بين النافلة والفريضة فيحصل بالاضطجاع والتحدث أو التحول من ذلك المكان أو نحو ذلك ولا يتعين الاضطجاع ، هـذا ما نقله البيهقى • والمختار الاضطجاع لظاهر حديث أبى هريرة وأما ما رواه البيهقى عن ابن

عمر أنه قال : هى بدعة فاسناده ضعيف ، ولأنه نفى فوجب تقديم الاثبات عليه والله أعلم .

(الرابعة) يستحب عندنا وعند أكثر العلماء فعل السنن الراتبة فى السفر لكنها فى الحضر آكد وسنوضح المسألة بفروعها ودليلها ومذاهب العلماء فيها فى باب صلاة المسافرين ان شاء الله تعالى ، ومما تقدم الاستدلال به حديث أبى قتادة رضى الله عنه الطويل المشتمل على معجزات لرسول الله صلى الله عليه وسلم وجمل من الفوائد والأحكام والآداب قال فيه « انهم كانوا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى سفر فناموا عن صلاة الصبح حتى طلعت الشمس فساروا حتى ارتفعت الشمس ثم نزل النبى صلى الله عليه وسلم فتوضأ ثم أذن بلال بالصلاة فصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ركعتين ، ثم صلى الغداة فصنع كما كان يصنع كل يوم » رواه مسلم ، وظاهره أن الركعتين هما سنة الصبح .

(الخامسة) من واظب على ترك الراتبة أو تسبيحات الركوع والسجود ردت شهادته لتهاونه بالدين ، وقد ذكر أصحابنا المسألة فى كتاب الشهادات ، وسنوضحها هناك ان شاء الله تعالى بدلائلها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن السنن الراتبة قيام رمضان وهو عشرون ركعة بعشر تسليمات ، والدليل عليه ما روى ابو هريرة رضى الله عنه قال « كان النبى صلى الله عليه وسلم يرغب فى قيام رمضان من غير ان يامرهم بعزيمة فيقول : من قام رمضان ايمانا واحتسابا غفر له ما تقدم من ذنبه » والأفضل ان يصليها فى جماعة ، نص عليه [فى البويطى ، لما روى ان عمر رضى الله عنه جمع الناس على ابى ابن كعب فصلى بهم التراويح] ومن اصحابنا من قال فعلها : منفرداً افضل لأن النبى صلى الله عليه وسلم « صلى ليالى فصلوها معه ، ثم تاخر وصلى فى بيته باقى الشهر » والمذهب الأول ، وانما تاخر النبى صلى الله عليه وسلم لئلا تفرض عليهم ، وقد روى انه صلى الله عليه وسلم قال : « خشيت ان تفرض عليكم فتعجزوا عنها ») .

(الشرح) حديث أبى هريرة رواه مسلم بلفظه ورواه البخارى ومسلم جميعا مختصرا أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من قام رمضان ايمانا

واحتسابا غفر له ما تقدم من ذنبه » وأما حديث جمع عمر الناس على أبى بن كعب رضى الله عنهما فصحيح رواه البخارى فى صحيحه ، وهو حديث طويل، وأما الحديثان الآخران أن النبى صلى الله عليه وسلم صلاها ليالى فصلوها معه ثم تأخر ، والحديث الآخر « خشيت أن تفرض عليكم فتعجزوا عنها » فرواهما البخارى ومسلم من رواية عائشة رضى الله عنها • قوله « من غير أن يأمرهم بعزيمة » معنـــاه لا يأمرهم به أمر تحتيم والزام وهو العزيمة ، بل أمر ندب وترغيب فيه بذكر فضله • وقوله صلى الله عليه وسلم « ايمانا » أى تصديقا بأنه حق ، واحتسابا أى يفعله لله تعالى لا رياء ولا نحوه •

(**اما حكم المسالة**)فصلاة التراويح سنة باجماع العلماء ، ومذهبنا أنها عشرون ركعة بعشر تسليمات وتجوز منفردا وجماعة ، وأيهما أفضل ؟ فيه وجهان مشهوران كما ذكر المصنف ، وحكاهما جمـــاعة قولين (الصحيح) باتفاق الأصحاب أن الجماعة أفضل ، وهو المنصوص فى البويطى ، وبه قال أكثر أصحابنا المتقدمين •

(الثانى) الانفراد أفضل ، وقد ذكر المصنف دليلهما • قال أصـــحابنا العراقيون والصيدلانى والبغوى وغيرهما من الخراسانيين : الخلاف فيمن يحفظ القرآن ولا يخاف الكسل عنها لو انفرد ، ولا تختل الجماعة فى المسجد لتخلفه • فان فقد أحد هذه الأمور فالجماعة أفضل بلا خلاف ، وأطلق جماعة فى المسألة ثلاثة أوجه ثالثها هذا الفرق • وممن حكى الأوجه الثلاثة القاضى أبو الطيب فى تعليقه وامام الحرمين والغزالى • قال صاحب الشامل : قال أبو العباس وأبو اسحاق : صلاة التراويح جماعة أفضل من الانفراد لاجماع الصحابة واجماع أهل الأمصار على ذلك •

(**فـــرع**) يدخل وقت التراويح بالفراغ من صـــلاة العشاء ، ذكره البغوى وغيره ، ويبقى الى طلوع الفجر وليصلها ركعتين ركعتين كما هـــو العادة ، فلو صلى أربع ركعات بتسليمة لم يصح • ذكره القاضى حسين فى فتاويه لأنه خلاف المشروع ، قال : ولا تصح بنية مطلقة ، بل ينوى ســـنة التراويح أو صلاة التراويح أو قيام رمضان فينوى فى كل ركعتين ركعتين من صلاة التراويح •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى عدد ركعات التراويح

مذهبنا أنهـا عشرون ركعة بعشر تسـليمات غير الوتر ؛ وذلك خمس ترويحات والترويحة أربع ركعات بتسليمتين ، هذا مذهبنا ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وأحمد وداود وغيرهم ، ونقله القاضى عياض عن جمهـور العلماء • وحكى أن الأسود بن يزيد [1] كان يقوم بأربعين ركعـة ويوتر بسبع • وقال مالك : التراويح تسع ترويحات وهى ست وثلاثون ركعة غير الوتر • واحتج بأن أهل المدينـة يفعلونها هكذا ، وعن نافع قال : أدركت الناس وهم يقومون رمضان بتسع وثلاثين ركعة يوترون منها بثلاث • واحتج أصحابنا بما رواه البيهقى وغيره بالاسـناد الصحيح عن السـائب بن يزيد الصحابى رضى الله عنه قال : « كانوا يقومون على عهد عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى شهر رمضان بعشرين ركعـه ، وكانوا يقومون بالمائتين ، وكانوا يتوكأون على عصيهم فى عهد عثمان من شدة القيام » وعن يزيد بن رومان قال : كان النـاس يقومون فى زمن عمر بن الخطـاب رضى الله عنه بثلاث وعشرين ركعـة ، رواه مالك فى الموطأ عن يزيد بن رومان ورواه البيهقى ، لكنه مرسل ، فان يزيد بن رومان لم يدرك عمر ، قال البيهقى : يجمـع بين الروايتين بأنهم كانوا يقومون بعشرين ركعة ويوترون بثلاث ، وروى البيهقى عن على رضى الله عنه أيضا قيام رمضان بعشرين ركعة • وأما ما ذكروه من فعل أهل المدينة فقال أصحابنا : سببه أن أهل مكة كانوا يطوفون بين كل ترويحتين طوافا ويصلون ركعتين ولا يطوفون بعد الترويحة الخامسة • فأراد أهل المدينة مساواتهم فجعلوا مكان كل طواف أربع ركعات فزادوا ست عشرة ركعة وأوتروا بثلاث فصار المجموع تسعا وثلاثين والله أعلم •

(فـرع) قال صاحبا الشامل والبيان وغيرهما ، قال أصحابنا : ليس لغير أهل المدينة أن يفعلوا فى التراويح فعل أهل المدينة فيصلوها ستا وثلاثين ركعة ، لأن لأهل المدينة شرفا بمهاجرة رسول الله صلى الله عليه وسلم ومدفنه

---

(1) الأسود بن يزيد بن قيس النخعى أبو عمرو الكوفى فقيه مخضرم روى عن ابن مسعود وابى موسى وعائشة وطائفة وعنه ابنه عبد الرحمن ويكنى به وابراهيم النخعى وابو اسحق وعمارة ابن عمر وطائفة وثقه ابن معين والناس قال : كان النخعى يختم القرآن كل ليلتين وروى انه حج ثمانين حجة توفى سنة ٧٥ (ط) •

بخلاف غيرهم وقال القاضي أبو الطيب فى تعليقه : قال الشافعي : فأما غير أهل المدينة فلا يجوز أن يماروا أهل مكة ولا ينافسوهم •

(فـرع) فيـما كان السلف يقـرأون فى التراويح • روى مالك فى الموطأ عن داود بن الحصين عن عبد الرحمن الأعرج قال : « ما أدركت الناس الا وهم يلعنون الكفر فى رمضان • قال : وكان القارىء يقوم بسورة البقرة فى ثمان ركعات ، واذا قام بها فى اثنتى عشرة ركعة رأى الناس أنه قد خفف • وروى مالك أيضا عن عبد الله بن أبى بكر أنه قال : سمعت أبى يقول « كنا ننصرف فى رمضان من القيام فنستعجل الخدم بالسحور مخافة الفجر » روى مالك أيضا عن محمد بن يوسف عن السائب بن يزيدقال : « أمر عمر بن الخطاب رضى الله عنه أبى بن كعب وتميما الدارى أن يقوما للناس ، وكان القارىء يقرأ بالمائتين حتى كنا نعتمد على العصا من طول القيام ، وما كنـا ننصرف الا فى فروع الفجر » وروى البيهقى باسناده عن أبى عثمان النهدى قال : دعا عمر بن الخطاب بثلاثة قراء فاستقرأهم ، فأمر أسرعهم قراءة أن يقرأ للناس ثلاثين آية ، وأمر أوسطهم أن يقرأ خمسا وعشرين ، وأمر أبطاهم أن يقرأ عشرين آية •

(فـرع) عن عروة بن الزبير أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه جمع الناس على قيام شهر رمضان ، الرجل على أبى بن كعب ، والنساء على سليمان ابن أبى حثمة وعن عرفجة الثقفى قال : « كان على بن أبى طالب رضى الله عنه يأمر الناس بقيام شهر رمضان ، ويجعل للرجال اماما وللنساء اماما ، فكنت أنا امام النساء » رواهما البيهقى •

(فـرع) قد ذكرنا أن الصحيح عندنا أن فعل التراويح فى جماعـة أفضل من الانفراد ، وبه قال جماهير العلماء ، حتى ان على بن موسى القمى ادعى فيه الاجماع ، وقال ربيعة ومالك وأبو يوسف وآخرون : « الانفراد بها أفضل » دليلنا اجماع الصحابة على فعلها جماعة كما سبق •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن السنن الراتبة صلاة الضحى وافضلها ثمانى ركعات لما روت ام هانىء بنت ابى طالب رضى الله عنها : « ان النبى صلى الله عليه وسلم صلاها ثمانى ركعات » واقلها ركعتان لما روى ابو ذر رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله

عليه وسلم قال : « يصبح على كل سلامى من احدكم صدقة ، ويجزى من ذلك ركعتان يصليهما من الضحى » ووقتها اذا أشرقت الشمس الى الزوال) .

(الشرح) حديث أم هانىء رواه البخارى ومسلم ، وحديث أبى ذر رواه مسلم واسم أم هانىء فاختة وقيل هند ، وقيل فاطمة ، أسلمت يوم الفتح وكنيت بابنها هانىء الحرة [1] ، واسم أبى طالب عبد مناف ، واسم أبى ذر رضى الله عنه جندب ، وقيل بربر ــ بضم الموحدة وتكرير الراء ــ وهو من السابقين الى الاسلام ومناقبه فى الصحيحين وغيرهما مشهورة ، قيل : كان رابع من أسلم ، وقيل : خامس : وهو كنانى غفارى ، توفى فى خلافة عثمان سنة اثنتين وثلاثين بالربذة ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « على كل سلامى » هو بضم السين المهملة وتخفيف اللام وفتح الميم وهو المفصل وجمعه سلاميات ، بضم السين وفتح الميم وتخفيف الياء وهى المفاصل . وفى صحيح مسلم عن عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « انه خلق كل انسان من بنى آدم على ستين وثلاثمائة مفصل » وقوله : اذا أشرقت الشمس ، هكذا هو فى النسخ أشرقت بالألف ، ومعناه أضاءت وارتفعت ، ومنه قوله تعالى : (وأشرقت الأرض) . قال أهل اللغة : يقال أشرقت الشمس اذا أضاءت وصرقت طلعت .

(اما حكم المسألة) فقال أصحابنا : صلاة الضحى سنة مؤكدة وأقلها ركعتان وأكثرها ثمان ركعات ، هكذا قاله المصنف والأكثرون . وقال الرويانى والرافعى وغيرهما : أكثرها اثنتى عشرة ركعة ، وفيه حديث فيه ضعف سنذكره ان شاء الله تعالى . وأدنى الكمال أربع وأفضل منه ست . قال أصحابنا : ويسلم من كل ركعتين من الضحى ووقتها من ارتفاع الشمس الى الزوال .

قال صاحب الحاوى : وقتها المختار اذا مضى ربع النهار لحديث زيد ابن أرقم رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « صلاة الأوابين حين ترمض الفصال » رواه مسلم ، ترمض بفتح التاء والميم ،

---

(١) هكذا ورد فى ش و ق والوحيدة ، وهى ام هانىء بنت ابى طالب وهى اخت على رضى الله عنه لأبويه والله أعلم (ط) .

والرمضاء الرمل الذى اشتدت حرارته من الشمس ، أى حين يبول الفصلان من شدة الحر فى أخفافها .

(فـرع) فى مختصر من الأحاديث الواردة فى صلاة الضحى ، وبيان أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يصـليها فى بعض الأوقات ويتركهـا فى بعضها مخافة أن يعتقد الناس وجوبها أو خشية أن يفرض عليهم ، كما ترك المواظبة على التراويح لهذا المعنى . فمن الأحاديث حديث أبى در وأم هانىء وهما صحيحان كما سبق بيانهمـا . وعن أبى هريرة رضى الله عنـه قال : « أوصانى خليلى صلى الله عليه وسلم بصيام ثلاثة أيام من كل شهر وركعتى الضحى وأن أوتر قبل أن أرقد » رواه البخارى ومسلم . وعن أبى الدرداء نحوه رواه مسلم ، وعن أبى هريرة عـن النبى صلى الله عليـه وسلم « من حافظ على شفعة الضحى غفر له ذنوبه وان كانت مثل زبد البحر » رواه الترمذى باسناد فيه ضعف . وعن عائشة رضى الله عنها قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى الضحى أربعا ويزيد ما شاء الله » رواه مسلم من طرق كثيرة فى بعضها : « ويزيد ما شـاء الله » وفى بعضـها : « ويزيـد ما شاء » وعن عبد الله بن شقيق قال : قلت لعائشة رضى الله عنهـا « أكان النبى صلى الله عليه وسلم يصلى الضحى ؟ قالت : لا ، الا أن يجىء مـن مغيبه » رواه مسلم وعنها قالت : « ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسبح سبحة الضحى وانى لأسـبحها » رواه البخـارى . وعنهـا قالت : « ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسبح سبحة الضحى قط ، وانى لأسبحها وان كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ليدع العمل وهو يحب أن يعمل خشية أن يعمل به الناس فيفرض عليهم » رواه مسلم .

قال العلماء فى الجمع بين هذه الأحاديث : « ان النبى صـلى الله عليـه وسلم كان لا يداوم على صلاة الضحى مخافة أن يفرض على الأمة فيعجزوا عنها ، كما ثبت فى هذا الحديث وكان يفعلها فى بعض الأوقات كما صرحت به عائشة فى الأحاديث السابقة ، وكما ذكرته أم هانىء وأوصى بها أبا الدرداء وأبا هريرة » . وقول عائشة (ما رأيته صـلاها) لا يخالف قولهـا (كان يصليها) لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان لا يكون عندها فى وقت الضحى

الا فى نادر من الأوقات ، لأنه صلى الله عليه وسلم فى وقت يكون مسافرا وفى وقت يكون حاضرا ، وقد يكون فى الحضر فى المسجد وغيره ، واذا كان فى بيت فله تسع نسوة ، وكان يقسم لهن ، فلو اعتبرت ما ذكرناه لما صادف وقت الضحى عند عائشة الا فى نادر من الأوقات وما رأته صلاها فى تلك الأوقات النادرة ، فقالت : (ما رأيته) وعلمت بغير رؤية أنه كان يصليها باخباره صلى الله عليه وسلم أو باخبار غيره ، فروت ذلك فلا منافاة بينهما ، ولكن [1] .

وعن أم هانىء « أن النبى صلى الله عليه وسلم يوم الفتح صلى سبحة الضحى ثمانى ركعات يسلم من كل ركعتين » رواه أبو داود بهذا اللفظ باسناد صحيح على شرط البخارى ، وعن أبى ذر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان صليت الضحى ركعتين لم تكتب من الغافلين ، وان صليتها أربعا كتبت من المحسنين ، وان صليتها ستا كتبت من القانتين وان صليتها ثمانيا كتبت من الفائزين وان صليتها عشرا لم يكتب لك ذلك اليوم ذنب وان صليتها ثنتى عشرة ركعة بنى الله لك بيتا فى الجنة » رواه البيهقى وضعفه فقال : فى اسناده نظر ، وعن نعيم بن عمار رضى الله عنه قال : « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : يقول الله تعالى : ابن آدم لا تعجزنى من أربع ركعات من أول نهارك أكفك آخره » رواه أبو داود باسناد صحيح والله أعلم .

(**فرع**) قد ذكر المصنف أن صلاة الضحى من السنن الراتبة ، وأنكر عليه صاحب البيان فقال : لم يذكر أكثر أصحابنا الضحى من الرواتب بل هى سنة مستقلة (قلت) والأمر فى هذا قريب وتسمية المصنف لها راتبة صحيحة ومراده أنها راتبة فى وقت مضبوط لا أنها راتبة مع فرض كسنة الظهر وغيرها ، وهذا الذى ذكرناه من كون الضحى سنة هو مذهبنا ومذهب جمهور السلف ، وبه قال الفقهاء المتأخرون كافة ، وثبت عن ابن عمر أنه يراها بدعة ، وعن ابن مسعود نحوه ، دليلنا الأحاديث المذكورة ويتأول قوله : بدعة على أنه لم يبلغه الأحاديث المذكورة أو أراد أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يداوم

---

(١) بياض بالأصل فحرر ولعله (ولكن روايات الاثبات احفظ من روايات النفى) والله أعلم (ط)

عليها أو أن الجهارة فى المساجد ونحوها بدعة ، وانما سنة النافلة فى البيت ، وقد بسطت جوابه فى شرح صحيح مسلم رحمه الله تعالى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن فاته من هذه السنن الراتبة شىء فى وقته ففيه قولان (أحدهما) لا تقضى لأنها صلاة نفل فلم تقض كصلاة الكسوف والاستسقاء (والثانى) تقضى لقوله صلى الله عليه وسلم « من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها اذا ذكرها » ولأنها صلاة راتبة فى وقت فلم تسقط بفوات الوقت الى غير بدل كالفرائض بخلاف الكسوف والاستسقاء لأنها غير راتبة ، وانما تفعل لعارض وقد زال العارض) .

(الشرح) هذا الحديث رواه البخارى ومسلم من رواية أنس بن مالك رضى الله عنه وهذا لفظ رواية مسلم ، وفى رواية البخارى « من نسى صلاة فليصل اذا ذكرها » وقول المصنف : (لأنها صلاة راتبة) احتراز من الكسوف ، وقوله : (الى غير بدل) احتراز من الجمعة ، قال أصحابنا : النوافل قسمان (أحدهما) غير مؤقت وانما يفعل لعارض كالكسوف والاستسقاء وتحية المسجد ، فهذا اذا فات لا يقضى (الثانى) مؤقت كالعيد والضحى والرواتب مع الفرائض كسنة الظهر وغيرها فهذه فيها ثلاثة أقوال الصحيح منها أنها يستحب قضاؤها ، قال القاضى أبو الطيب وغيره : هذا القول هو المنصوص فى الجديد ، والثانى : لا تقضى وهو نصه فى القديم وبه قال أبو حنيفة ، والثالث : ما استقل كالعيد والضحى قضى ومالا يستقل كالرواتب مع الفرائض فلا يقضى ، واذا [كانت] تقضى فالصحيح الذى قطع به العراقيون وغيرهم أنها تقضى أبدا . وحكى الخراسانيون قولا ضعيفا أنه يقضى فائت النهار ما لم تغرب شمسه ، وفائت الليل ما لم يطلع فجره ، وعلى هذا تقضى سنة الفجر مادام النهار باقيا ، وحكوا قولا آخر ضعيفا أنه يقضى كل تابع ما لم يصل فريضة مستقبلة ، فيقضى الوتر ما لم يصل الصبح ويقضى سنة الصبح ما لم يصل الظهر ، والباقى هذا المثال ، وفيه وجه أنه على هذا القول يكون الاعتبار بدخول وقت الصلاة المستقبلة لا بفعلها ، وهذا الخلاف كله ضعيف والصحيح استحباب قضاء الجميع أبدا ، ودليله الحديث الذى ذكره المصنف ، وحديث أبى قتادة السابق قريبا فى المسألة الرابعة من مسائل

الفرع المتعلقة بالسنن الراتبة أن النبى صلى الله عليه وسلم « فاته الصبح فى السفر حتى طلعت الشمس فتوضأ ثم سجد سجدتين ثم أقيمت الصلاة فصلى الغداة » رواه مسلم والمراد بالسجدتين ركعتان • وحديث أم سلمة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم « صلى ركعتين بعد العصر فسألته عن ذلك فقال : انه أتانى ناس من عبد القيس بالاسلام من قومهم فشغلونى عن الركعتين اللتين بعد الظهر فهما هاتان الركعتان بعد العصر » رواه البخارى ومسلم وحديث أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من لم يصل ركعتى الفجر حتى تطلع الشمس فليصلهما » رواه البيهقى باسناد جيد ، وعن أبى سعيد رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من نام عن وتره أو نسيه فليصل اذا ذكره » رواه أبو داود باسناد حسن ورواه الترمذى باسناد ضعيف وتكلم على اسناده ، وانما ذكرت هذا لئلا يغتر بكلام الترمذى فيه من لا أنس له بطرق الحديث والأسماء فيتوهم ضعف ما ليس هو بضعيف وانكان طريق الترمذى فيه ضعيفا • وعن عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان اذا فاتته الصلاة من الليل من وجع أو غيره صلى من النهار ثنتى عشرة ركعة » رواه مسلم ، ودلالة هذا الحديث مبنية على الصحيح المختار أن قيام الليل نسخ وجوبه فى حق النبى صلى الله عليه وسلم وصار سنة وسنبسط المسألة بأدلتها فى الخصائص فى أول كتاب النكاح [1] حيث ذكرها الأصحاب ان شاء الله تعالى ، وفى المسألة أحاديث كثيرة غير ما ذكرتها وفى هذا أبلغ كفاية ، وبالله التوفيق •

(**فرع**) ذكرنا أن الصحيح عندنا استحباب قضاء النوافل الراتبة ، وبه قال محمد والمزنى وأحمد فى رواية عنه وقال أبو حنيفة ومالك وأبو يوسف فى أشهر الرواية عنهم لا يقضى • دليلنا هذه الأحاديث الصحيحة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وأما غير الراتبة فهى الصلوات التى يتطوع الانسان بها فى الليل والنهار وافضلها التهجد لما روى ابو هريرة رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال « افضل الصلاة بعد المفروضة صلاة الليل » وانها تفعل فى وقت غفلة

---

(١) لم يكتب الله له قدس سره أن يصل الى كتاب النكاح فقد ادركته المنية فى اول البيوع والقى الله على عاتقنا هذه الأمانة فسرنا على نهجه بقدر ما استطعنا (ط) •

الناس وتركهم الطاعات فكانت افضل ، ولهذا قال النبى صلى الله عليه وسلم « ذاكروا الله فى الغافلين كشجرة خضراء بين أشجار يابسة » وآخر الليل افضل من أوله لقول الله تعالى (كانوا قليلا من الليل ما يهجعون ؛ وبالأسحار هم يستغفرون (١)) ولأن الصلاة بعد النوم اشق ولأن المصلين فيه اقل فكان افضل ، فان جزأ الليل ثلاثة اجزاء فالثلث الأوسط افضل لما روى عبد الله ابن عمرو رضى الله تعالى عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « أحب الصلاة الى الله تعالى صلاة داود كان ينام نصف الليل ويقوم ثلثه وينام سدسه» ولأن الطاعات فى هذا الوقت اقل فكانت الصلاة فيه افضل ، ويكره أن يقوم الليل كله لما روى عبد الله بن عمرو ان النبى صلى الله عليه وسلم قال له : « تصوم النهار ؟ : قلت : نعم ، قال : وتقوم الليل ؟ فقلت : نعم ، قال : لكنى أصوم وافطر وأصلى وانام وآتى (٢) النساء فمن رغب عن سنتى فليس منى ») .

(الشرح) حديث أبى هريرة رواه مسلم ، وأما الحديث الأول عن عبد الله بن عمرو بن العاص فرواه البخارى ومسلم ، وأما حديثه الآخر فرواه البخارى ومسلم بهذا اللفظ ، ولفظه عندهما أن عبد الله بن عمرو قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل ؟ فقلت : بلى يارسول الله قال : فلا تفعل صم وأفطر وقم ونم فان لجسدك عليك حقا ، وان لعينك عليك حقا » وذكر الحديث ، ورويا فى الصحيحين هذا اللفظ المذكور فى المهذب من رواية أنس .

واعلم أنه يقع فى أكثر النسخ فى الحديث الأول عبد الله بن عمر بغير واو فيقتضى أن يكون عبد الله بن عمر بن الخطاب رضى الله عنهما وهذا غلط صريح لا شك فيه ولا تأويل له ، وصوابه عبد الله بن عمرو بن العاص كما ذكرناه أولا ، وحديثه هذا فى الصحيحين وسائر كتب الحديث .

قال العلماء : التهجد أصله الصلاة فى الليل بعد النوم ، وقوله تعالى : « كانوا قليلا من الليل ما يهجعون» (٣) قال المفسرون وأهل اللغة : الهجوع النوم فى الليل .

---

(١) الآيتان ١٧ ، ١٨ من الذاريات .

(٢) فى نسخة الركبى (وأمس النساء) (ط) .

(٣) الآية ١٧ من سورة الذاريات .

واختلفوا فى معنى الآية فقيل : ان ما صلة • والمعنى كانوا يهجعون قليلا من الليل ويصلون أكثره ، وقليل معناه كان الليل الذى ينامونه كله قليلا ، وقيل بالوقف على قليلا أى كانوا قليلا من الناس • ثم يبتدأ من الليل ما يهجعون أى لا ينامون شيئا منه وضعف هذا القول • والأسحار جمع سحر وهو آخر الليل • قال الماوردى فى تفسيره : قال ابن زيد : السحر السدس الآخر من الليل ، وقوله « فان جزأ الليل ثلاثة أجزاء » يقال : جزأ بتشديد الزاى وتخفيفها لغتان فصيحتان حكاهما ابن السكيت وغيره ، وبعدها همزة أى قسم •

(**أما حكم المسألة**) فقيام الليل سنة مؤكدة ، وقد تطابقت عليه دلائل الكتاب والسنة واجماع الأمة • والأحاديث الواردة فيه فى الصحيحين وغيرهما أشهر من أن تذكر ، وأكثر من أن تحصر • قال أصحابنا وغيرهم : والتطوع المطلق بلا سبب فى الليل أفضل منه فى النهار لحديث أبى هريرة المذكور فى الكتاب مع ما ذكره المصنف فان قسم الليل نصفين فالنصف الآخر أفضل ، وان قسمه أثلاثا مستوية فالثلث الأوسط أفضلها وأفضل منه السدس الرابع والخامس لحديث عبد الله بن عمرو بن العاص المذكور فى الكتاب فى صلاة داود صلى الله عليه وسلم وهذا مراد المصنف والشافعى فى المختصر وغيرهم بقولهم : الثلث الأوسط أفضل ، وينبغى أن لا يخل بصلاة الليل وان قلت ، ويكره أن يقوم كل الليل دائما للحديث المذكور فى الكتاب ، فان قيل : ما الفرق بينه وبين صوم الدهر غير أيام النهى فانه لا يكره عندنا ؟ فالجواب أن صلاة الليل كله دائما يضر العين وسائر البدن كما جاء فى الحديث الصحيح بخلاف الصوم فانه يستوفى فى الليل ما فاته من أكل النهار ولا يمكنه نوم النهار اذا صلى الليل لما فيه من تفويت مصالح دينه ودنياه •

هذا حكم قيام الليل دائما فأما بعض الليالى فلا يكره احياؤها فقد ثبت فى الصحيحين عن عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان اذا دخل العشر الأواخر من رمضان أحيا الليل » واتفق أصحابنا على احياء ليلتى العيدين ، والله أعلم •

(فرع) فى مسائل مهمة تتعلق بصلاة الليل

(احداها) يسن لكل من استيقظ فى الليل أن يمسح النوم عن وجهه ، وأن يتسوك وأن ينظر فى السماء ، وأن يقرأ الآيات التى فى آخر آل عمران « ان فى خلق السموات والأرض [1] » الآيات • ثبت كل ذلك فى الصحيحين عن رسول الله صلى الله عليه وسلم •

(الثانية) السنة أن يفتتح صلاة الليل بركعتين خفيفتين ثم يصلى بعدهما كيف شاء لحديث عائشة رضى الله عنها قالت « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قام من الليل ليصلى افتتح صلاته بركعتين خفيفتين » رواه مسلم ، وعن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا قام أحدكم من الليل فليفتتح صلاته بركعتين خفيفتين » رواه مسلم •

(الثالثة) السنة أن يسلم من كل ركعتين وسنوضحه قريبا بدلائله وفروعه ان شاء الله تعالى •

(الرابعة) تطويل القيام عندنا أفضل من تطويل السجود والركوع وغيرهما وأفضل من تكثير الركعات ، وقد سبقت المسألة بدلائلها ومذاهب العلماء فيها فى أول باب صفة الصلاة •

(الخامسة) هل يستحب الجهر بالقراءة فى صلاة الليل ؟ أم الاسرار ؟ أم التوسط بينهما ؟ فيه ثلاثة أوجه سبقت بدلائلها فى باب صفة الصلاة ، وذكرت هناك جملة من الأحاديث الواردة فى المسألة ، وهذا الخلاف فيمن لا يتأذى بجهره أحد ولا يخاف به رياء ونحوه ، فان اختل أحد هذين الشرطين أسر بلا خلاف ، والسنة ترتيل قراءته وتدبرها ولا بأس بترديد الآية للتدبر وان طال ترديدها •

(السادسة) اذا نعس فى صلاته فليتركها وليرقد حتى يذهب عنه النوم لحديث عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اذا نعس أحدكم فى صلاته فليرقد حتى يذهب عنه النوم فان أحدكم وهو ناعس يذهب يستغفر فيسب نفسه » رواه البخارى ومسلم • وعن أبى هريرة رضى الله

---

(١) الآية ١٩٠ من سورة آل عمران •

عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا قام أحدكم من الليل فاستعجم القرآن على لسانه فلم يدر ما يقول فليضطجع » رواه مسلم • وعن أنس رضى الله عنه قال « دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم المسجد وحبل ممدود بين ساريتين فقال : ما هذا ؟ قالوا لزينب تصلى فاذا كسلت أو فترت أمسكت به ، فقال : حلوه ليصل أحدكم نشاطه فاذا كسل أو فتر فليقعد » رواه البخارى ومسلم والأحاديث الصحيحة بهذا المعنى مشهورة •

(السابعة) يستحب للرجل اذا استيقظ لصلاة الليل أن يوقظ لها امرأته، ويستحب للمرأة اذا استيقظت لها أن توقظ زوجها لها ، ويستحب لغيرهما أيضا لحديث أم سلمة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم استيقظ ليلة فقال : « سبحان الله ماذا أنزل الليلة من الفتنة ، ماذا أنزل من الخزائن • من يوقظ صواحب الحجرات ، يارب كاسية فى الدنيا عارية فى الآخرة » رواه البخارى • وعن على رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « طرقه وفاطمة ليلة فقال : ألا تصليان ؟ قال : فقلت يارسول الله أنفسنا بيد الله فاذا شاء أن يبعثنا بعثنا فانصرف حين قلت ذلك ، ثم سمعته وهو مول يضرب فخذه وهو يقول : « وكان الانسان أكثر شىء جدلا [1] » رواه البخارى ومسلم • وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « رحم الله رجلا قام من الليل فصلى وأيقظ امرأته فان أبت نضح فى وجهها الماء ، رحم الله امرأة قامت من الليل فصلت وأيقظت زوجها فان أبى نضحت فى وجهه الماء » رواه أبو داود وغيره باسناد صحيح • وعن أبى سعيد وأبى هريرة جميعا قالا : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا أيقظ الرجل أهله من الليل فصليا أو صلى ركعتين جميعا كتب من الذاكرين والذاكرات » رواه أبو داود والنسائى وغيرهما باسناد صحيح •

(الثامنة) يستحب لمن أراد قيام الليل أن لا يعتاد منه الا قدرا يغلب على ظنه بقرائن حاله أنه يمكنه الدوام عليه مدة حياته ، ويكره بعد ذلك تركه والنقص منه لغير ضرورة ، ودلائل هذا كله فى الصحيحين مشهورة ، منها حديث عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « خذوا من الأعمال ما تطيقون فوالله لا يمل الله حتى تملوا » رواه البخارى

(١) الآية ٥٤ من سورة الكهف .

ومسلم ، ومعناه لا يعاملكم معاملة المال ويقطع عنكم الثواب حتى تملوا . وعنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « سئل أى العمل أحب الى الله تعالى ؟ قال : أدومه وان قل » رواه البخارى ومسلم ؛ وعنها قالت : « كان عمل رسول الله صلى الله عليه وسلم ديمة » رواه مسلم . وعنها قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا عمل عملا أثبته ، وكان اذا نام من الليل أو مرض صلى من النهار ثنتى عشرة ركعة . قالت : وما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم قام ليلة حتى الصباح ، وما صام شهرا متتابعا الا رمضان » رواه مسلم وعن عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « يا عبد الله لا تكن مثل فلان كان يقوم الليل فترك قيام الليل » رواه البخارى ومسلم . وعن سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب رضى الله عنهم عن أبيه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « نعم الرجل عبد الله لو كان يصلى من الليل . قال سالم : فكان عبد الله بعد ذلك لا ينام من الليل الا قليلا » . ورواه البخارى ومسلم ، وعن ابن مسعود رضى الله عنه قال : « ذكر عند النبى صلى الله عليه وسلم رجل نام حتى أصبح ، قال : ذاك رجل بال الشيطان فى أذنيه ، أو قال : فى أذنه » رواه البخارى ومسلم ، والأحاديث فى الصحيحين بمعنى ما ذكرته كثيرة .

(التاسعة) ينبغى له أن ينوى عند نومه قيام الليل نية جازمة ليحوز ما ثبت فى الحديث الصحيح عن أبى الدرداء رضى الله عنه يبلغ به النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من أتى فراشه وهو ينوى أن يقوم فيصلى من الليل فغلبته عينه حتى يصبح كتب له ما نوى وكان نومه صدقة عليه من ربه » رواه النسائى وابن ماجه باسناد صحيح على شرط مسلم .

(العاشرة) يستحب استحبابا متأكدا أن يكثر من الدعاء والاستغفار فى ساعات الليل كلها وآكده النصف الآخر وأفضله عند الأسحار ، قال الله تعالى (والمستغفرين بالأسحار [1]) وقال تعالى (وبالأسحار هم يستغفرون [2]) وعن جابر رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول :

---

(١) من الآية ١٧ من سورة آل عمران .
(٢) الآية ١٨ من سورة الذاريات .

« ان فى الليل لساعة لا يوافقها رجل مسلم يسأل الله خيرا من أمر الدنيا والآخرة الا أعطاه اياه وذلك كل ليلة » رواه مسلم • وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ينزل ربنا تبارك وتعالى فى كل ليلة حين يبقى من ثلث الليل الآخر يقول : من يدعو فأستجيب له ، من يسألنى فأعطيه ، من يستغفرنى فأغفر له » رواه البخارى ومسلم • وفى هذا الحديث وشبهه من أحاديث الصفات وآياتها مذهبان مشهوران (أحدهما) تأويله على ما يليق بصفات الله سبحانه وتعالى وتنزيهه عن الانتقال وسائر صفات المحدث ، وهذا هو الأشهر عن المتكلمين (والثانى) الامساك عن تأويلها مع اعتقاد تنزيه الله سبحانه عن صفات المحدث لقوله تعالى « ليس كمثله شىء » • وهذا مذهب السلف وجماعة من المتكلمين ، وحاصله أن يقال : لا نعلم المراد بهذا ولكن نؤمن به مع اعتقادنا أن ظاهره غير مراد ، وله معنى يليق بالله تعالى والله أعلم •

(فرع) الصحيح المنصوص فى الأم والمختصر أن الوتر يسمى تهجدا ، وفيه وجه أنه لا يسمى تهجدا ، بل الوتر غير التهجد •

(فرع) عن أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا مرض العبد أو سافر كتب له مثل ما كان يعمل مقيما صحيحا » رواه البخارى •

(فرع) عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « استعينوا بطعام السحر على صيام النهار ، وبالقيلولة على قيام الليل » رواه ابن ماجه باسناد ضعيف : القيلولة فى اللغة النوم نصف النهار ، وقد سبق أن أحاديث الفضائل يعمل فيها بالضعيف •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وأفضل التطوع بالنهار ما كان فى البيت لما روى زيد بن ثابت رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « افضل صلاة المرء فى بيته الا المكتوبة ») •

(الشرح) حديث زيد رواه البخارى ومسلم ، ورواية زيد بن ثابت ابن ضحاك بن زيد الأنصارى النجارى بالنون والجيم كنيته أبو سعيد ، وقيل

أبو خارجة وقيل أبو عبد الرحمن ، وكان يكتب الوحى لرسول الله صلى الله عليه وسلم وكان كاتبا لعمر بن الخطاب رضى الله عنه ، توفى بالمدينة سنة أربع وخمسين ، وقيل غير ذلك .

قال أصحابنا وغيرهم من العلماء : فعل مالا تسن له الجماعة من التطوع فى بيته أفضل منه فى المسجد وغيره ، سواء فى ذلك تطوع الليل والنهار ، وسواء الرواتب مع الفرائض وغيرها ، وعجيب من المصنف فى تخصيصه بتطوع النهار ، وكان ينبغى أن يقول : وفعل التطوع فى البيت أفضل كما قاله فى التنبيه ، وكما قاله الأصحاب وسائر العلماء . ودليله الحديث المذكور مع غيره من الأحاديث الصحيحة فى ذلك . وقد قدمت هذه المسألة بدلائلها من الأحاديث الصحيحة وفروعها ، وكلام الأصحاب فيها فى أواخر باب صفة الصلاة ، ومن الأحاديث المهمة التى سبق هناك حديث أبى موسى رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « مثل البيت الذى يذكر الله تعالى فيه والبيت الذى لا يذكر الله فيه مثل الحى والميت » رواه البخارى ومسلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والسنة ان يسلم من كل ركعتين لما روى ابن عمر رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « صلاة الليل مثنى مثنى ، فاذا رايت ان الصبح تدركك فاوتر بواحدة » وان جمع ركعات بتسليمة جاز لما روت عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « كان يصلى [من الليل] ثلاث عشرة ركعة ويوتر من ذلك بخمس يجلس فى الآخرة ويسلم ، وانه أوتر بسبع وبخمس لا يفصل بينهن بسلام [ولا كلام] » وان تطوع بركعة واحدة جاز ، لما روى أن عمر رضى الله عنه « مر بالمسجد فصلى ركعة فتبعه رجل فقال : يا امير المؤمنين انما صليت ركعة ؟ فقال : انما هى تطوع فمن شاء زاد ومن شاء نقص ») .

(الشرح) حديث ابن عمر رواه البخارى ومسلم ولفظه عندهما « صلاة الليل مثنى مثنى فاذا خشيت الصبح فأوتر بواحدة » وفى رواية « فاذا خفت » وفى رواية أبى داود « صلاة الليل والنهار مثنى مثنى » واسنادهما صحيح . وروى البيهقى باسناده عن الامام البخارى أنه سئل عن هذه الرواية فقال : هى صحيحة ، ولو ذكر المصنف الروايتين كان أحسن . وحديث عائشة صحيح ، بعضه فى الصحيحين وبعضه فى أحدهما بمعناه ففى

رواية عنها « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى من الليل ثلاث عشرة ركعة يوتر من ذلك بخمس لا يجلس فى شىء الا فى آخرها » رواه مسلم ، وفى رواية « كان يصلى تسع ركعات لا يجلس فيها الا فى الثامنة ثم ينهض ولا يسلم فيصلى التاسعة ثم يسلم » رواه مسلم • وأما الأثر المذكور عن عمر رضى الله عنه فرواه الشافعى ثم البيهقى باسنادين ضعيفين ، ومعنى كلامه أن التطوع يسن كونه ركعتين ولا يشترط ذلك ، بل من شاء استوفى المسنون، ومن شاء زاد عليه فزاد على ركعتين بتسليمة ، ومن شاء نقص منه فاقتصر على ركعة •

(**أما حكم المسألة**) فقال أصحابنا : التطـوع هو الذى لا سبب له ولا حصر له ولا لعدد ركعات الواحدة منه ، وله أن ينوى عددا وله أن لا ينويه بل يقتصر على نية الصلاة ، فاذا شرع فى تطوع ولم ينو عددا فله أن يسـلم من ركعة وله أن يزيد فيجعلها ركعتين أو ثلاثا أو عشرا أو مائة أو ألفا أو غير ذلك ، ولو صلى عددا لا يعلمه ثم سلم صح بلا خلاف ، اتفق عليه أصحابنا ، ونص عليه الشافعى رحمه الله فى الاملاء • وروى البيهقى باسناده « أن أبا ذر رضى الله عنه صلى عددا كثيرا فلما سلم قال له الأحنف بن قيس رحمه الله : هل تدرى انصرفت على شفع أم على وتر ؟ قال : الا أكن أدرى فان الله يدرى، انى سمعت خليلى أبا القاسم صلى الله عليه وسلم يقول ــ ثم بكى ــ ثم قال : انى سمعت خليلى أبا القاسم صلى الله عليه وسلم يقول : ما من عبد يسجد لله سجدة الا رفعه الله بها درجة وحط عنه بها خطيئة » ورواه الدارمى فى مسنده باسناد صحيح الا رجلا اختلفوا فى عدالته • وحكى صاحب التتمة وجهين فيمن نوى التطوع مطلقا : يكره له الاقتصار على ركعة بناء على أنه لو نذر صلاة هل يكفيه ركعة أم يجب ركعتان ؟ وفيه القولان المشهوران • وهذا الوجـه ضعيف جدا أو غلط • وأما اذا نوى ركعة واحدة واقتصر عليها فتصح صلاته بلاخلاف ، ولو نوى عددا قليلا أو كثيرا وان بلغت كثرته مابلغت صحت صلاته ويستوفيه بتسليمة واحدة فانه أكثر المنقول فى الوتر ، وهذا الوجه شاذ ضعيف، والصحيح المشهور جواز الزيادة ما شاء • قال أصحابنا : ثم اذا نوى عددا فله أن يزيد وله أن ينقص فمن أحرم بركعتين أو ركعة فله جعلها عشرا ومائة ، ومن أحرم بعشر أو مائة أو ركعتين فله جعلها ركعة ونحو ذلك قال أصحابنا•

وانما يجوز الزيادة والنقص بشرط تغيير النية قبل الزيادة والنقص ، فان زاد أو نقص بلا تغيير النية عمـدا بطلت صـلاته بلا خلاف • مثاله : نوى ركعتين فقام الى ثالثة بنية الزيادة جاز ، وان قام بلا نية عمدا بطلت صلاته ، وان قام ناسيا لم تبطل لكن يعود الى القعود ويتشهد ويسجد للسهو ، فلو بدا له فى القيام وأراد أن يزيد فهل يشترط العود الى القعود ثم يقوم منه أم له المضى ؟ فيه وجهان مشهوران (أصحهما) الاشتراط لأن القيام الى الثالثة شرط ولم يقع معتدا به ، ثم يسجد للسهو فى آخر صلاته ، ولو نوى ركعتين فصلى أربعا ساهياً ثم نوى اكمال صلاته أربعا صلى ركعتين آخرتين ولايحسب ما سها به • ولو نوى أربعاً ثم نوى الاقتصار على ركعتين جاز وسلم منهما ، فلو سلم قبل تغير النية عمدا بطلت صلاته ، وان سلم سهواً أتم أربعا وسجد للسهو ، فلو أراد بعد سلامه أن يقتصر على الركعتين جاز فيسجد للسـهو ويسلم ثانيا ، لأن سلامه الأول وقع سهواً فهو غير محسوب • ثم ان تطوع بركعة فلا بد من التشهد عقبها ويجلس متوركا كما سبق بيانه فى بابه ، وان زاد على ركعة فله أن يقتصر على تشهد واحد فى آخر صلاته ، وهذا التشهد ركن لابد منه ، وله أن يتشهد فى كل ركعتين كما فى الفرائض الرباعية ، فان كان العدد وتراً فلا بد من التشهد فى الآخرة أيضا ، وهذا اذا كانت صـلاته أربعاً ، فان كانت سـتا أو عشراً أو عشرين أو أكثر من ذلك شفعا كانت أو وترا ففيها أربعة أوجه :

(الصحيح) الذى قطع به العراقيوان وآخرون أنه يجوز أن يتشهد فى كل ركعتين وان كثرت التشهدات ، ويتشهد فى الآخرة ، وله أن يقتصر على تشهد فى الآخرة ، وله أن يتشهد فى كل أربع أو ثلاث أو سـت وغير ذلك ، ولايجوز أن يتشهد فى كل ركعة لأنه اختراع صورة فى الصلاة لا عهد بها •

(والثانى) لايجوز الزيادة على تشـهدين بحال من الصـلاة الواحدة ولايجوز أن يكون بين التشهدين أكثر من ركعتين ان كان العدد شفعا ، فان كان وتراً لم يجز بينهما أكثر من ركعة ، وبهـذا الوجه قطع القاضى حسين وصاحبا التتمة والتهذيب وغيرهم ، وهو قوى ، وظاهر السنة يقتضيه •

(والثالث) أنه لا يجلس الا فى الآخرة ، حكاه صاحبا الابانة والبيان وهو غلط .

(والرابع) يجوز التشهد فى كل ركعتين وفى كل ركعة واختاره امام الحرمين والغزالى وهو ضعيف أو باطل ، قال الرافعى : لم يذكر هذا غير الامام والغزالى قال : ولا خلاف فى جواز الاقتصار على تشهد فى آخر الصلاة ، قال : والمذهب جواز التشهد فى كل ركعتين ، قال : فان اقتصر على تشهد قرأ السورة فى كل الركعات ، وان صلى بتشهدين ففى استحباب قراءة السورة فيما بعد التشهد الأول القولان المعروفان فى الفرائض ، وقد سبق بيان هذه المسألة فى فصل القراءة من باب صفة الصلاة . قال أصحابنا : ولا خلاف أن الأفضل أن يسلم من كل ركعتين فى نوافل الليل والنهار ، وقد تكرر بيان هذا فى مواضع سبقت وبالله التوفيق .

(**فرع**) فى مذاهب العلماء فى ذلك : قد ذكرنا أنه يجوز عندنا أن يجمع ركعات كثيرة من النوافل المطلقة بتسليمة وأن الأفضل فى صلاة الليل والنهار أن يسلم من كل ركعتين ، وبهذا قال مالك وأحمد وداود وابن المنذر ، وحكى عن الحسن البصرى وسعيد بن جبير ، وقال أبو حنيفة : التسليم من ركعتين أو أربع فى صلاة النهار سواء فى الفضيلة ولا يزيد على ذلك . وصلاة الليل ركعتان وأربع وست وثمان بتسليمة ولا يزيد على ثمان ، وكان ابن عمر يصلى بالنهار أربعا واختاره اسحاق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب لمن دخل المسجد ان يصلى ركعتين تحية المسجد لما روى ابو قتادة رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا دخل احدكم المسجد فليصل سجدتين من قبل ان يجلس » فان دخل وقد حضرت الجماعة لم يصل التحية لقوله صلى الله عليه وسلم « اذا اقيمت الصلاة فلا صلاة الا المكتوبة » ولأنه يحصل به التحية كما يحصل حق الدخول الى الحرم بحجة الفرض) .

(**الشرح**) حديث أبى قتادة صحيح رواه البخارى ومسلم بمعناه من طرق ، منها قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «اذا دخل أحدكم المسجد

فلا يجلس حتى يصلى ركعتين » هذا لفظ البخارى ومسلم ، والمراد بالسجدتين فى رواية المصنف ركعتان ، وقد تكررت الأحاديث الصحيحة بمثل ذلك ، وأما حديث : « اذا أقيمت الصلاة فلا صلاة الا المكتوبة » فرواه مسلم من رواية أبى هريرة رضى الله عنه .

(أما حكم المسألة) فأجمع العلماء على استحباب تحية المسجد ويكره أن يجلس من غير تحية بلا عذر لحديث أبى قتادة المصرح بالنهى وسواء عندنا دخل فى وقت النهى عن الصلاة أم فى غيره كما سنوضحه بدليله فى بابه ان شاء الله تعالى . قال أصحابنا : وتحية المسجد ركعتان للحديث ، فان صلى أكثر من ركعتين بتسليمة واحدة جاز ، وكانت كلها تحية لاشتمالها على الركعتين ، ولو صلى على جنازة أو سجد لتلاوة أو شكر أو صلى ركعة واحدة لم تحصل التحية ، لصريح الحديث الصحيح ، هذا هو المذهب . وحكى الرافعى وجها أنها تحصل لحصول عبادة واكرام المسجد والصواب الأول ، واذا جلس والحالة هذه كان مرتكبا للنهى ، قال أصحابنا : ولا يشترط أن ينوى بالركعتين التحية ، بل اذا صلى ركعتين بنية الصلاة مطلقا أو نوى ركعتين نافلة راتبة أو غير راتبة أو صلاة فريضة مؤداة أو مقضية أو منذورة أجزأه ذلك وحصل له ما نوى ، وحصلت تحية المسجد ضمنا ولا خلاف فى هذا . قال أصحابنا : وكذا لو نوى الفريضة وتحية المسجد أو الراتبة وتحية المسجد حصلا جميعا بلا خلاف ، وأما قول الرافعى فى الصورة الأولى : انه يجوز أن يطرد فيه الخلاف فيمن ينوى بغسله الجنابة هل تحصل الجمعة ؟ وقول الشيخ أبى عمرو بن الصلاح فى الصورة الثانية انه ينبغى أن يطرد فيها الخلاف فيمن نوى بغسله الجنابة والجمعة ، فليس كما قالا ، ولم يذكر أحد من أصحابنا هذا الذى ذكراه ، بل كلهم مصرحون بحصول الصلاة فى الصورتين ، وحصول التحية فيهما وبأنه لا خلاف فيه ويفارق مسألة غسل الجمعة لأنها سنة مقصودة وأما التحية فالمراد بها أن لا ينتهك المسجد بالجلوس بغير صلاة والله أعلم .

(فرع) لو تكرر دخوله فى المسجد فى الساعة الواحدة مرارا ، قال صاحب التتمة : تستحب التحية لكل مرة وقال المحاملى فى اللباب : أرجو أن تجزيه التحية مرة واحدة ، والأول أقوى وأقرب الى ظاهر الحديث .

(فـرع) قال أصحابنا : تكره التحية فى حالتين (احداهما) اذا دخل والامام فى المكتوبة أو وقد شرع المؤذن فى الاقامة (الثانى) اذا دخل المسجد الحرام فلا يشتغل بها عن الطواف ، وأما اذا دخل والامام يخطب يوم الجمعة أو غيره فلا يجلس حتى يصلى التحية ويخففها ، وسنوضحها بدلائلها حيث ذكرها المصنف فى صلاة الجمعة ان شاء الله تعالى .

(فـرع) لو جلس فى المسجد قبـل التحية وطال الفصـل فاتت ، ولا يشرع قضاؤها بالاتفاق كما سبق بيانه ، فان لم يطل الفصل فالذى قاله الأصحاب أنها تفوت بالجلوس فلا يفعلها بعده ، وذكر الأصحاب هذه المسألة فى كتاب الحج فى مسألة الاحرام لدخول الحرم ، وقاسوا عليها أن من دخله بغير احرام لا يقضيه ، بل فاته بمجرد الدخول كما تفوت التحية بالجلوس ، وذكر الامام أبو الفضل بن عبدان من أصحابنا فى كتابه المصنف فى العبادات أنه لو نسى التحية وجلس ثم ذكرها بعد ساعة صلاها ، وهذا غريب . وقد ثبت عن جابر رضى الله عنه قال : « جاء سليك الغطفانى يوم الجمعة ورسول الله صلى الله عليه وسلم قاعد على المنبر فقعد سليك قبل أن يصلى فقال له النبى صلى الله عليه وسلم أركعت ركعتين ؟ قال : لا : قال : قم فاركعهما » رواه مسلم بهذا اللفظ ورواه البخارى أيضا بمعناه فالذى يقتضيه هـذا الحديث أنه اذا ترك التحية جهلا بها أو سهوا يشرع له فعلهـا ما لم يطل الفصل ، وهذا هو المختار وعليه يحمل قول ابن عبدان ويحمل كلام الأصحاب على ما اذا طال الفصل لئلا يصادم الحديث الصحيح ، وهذا الذى اختـاره متعين لما فيه من موافقة الحديث ، والجمع بين كلام الأصحاب وابن عبـدان والحديث ، والله أعلم .

(فصل) : فى مسائل تتعلق بباب صلاة التطوع

(احداها) يستحب ركعتان عقب الوضـوء للأحاديث الصحيحة فيها ، وقد أوضحت المسألة بدلائلها فى آخر الباب فى صفة الوضوء ، ويستحب لمن أريد قتله بقصاص أو فى حد أو غيرهما أن يصلى قبيله ان أمكنه لحـديث أبى هريرة : « أن خبيب بن عدى الصحابى رضى الله عنه حين أخرجه الكفار

ليقتلوه فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم قال : دعونى أصل ركعتين • فكان أول من صلى الركعتين عند القتل » رواه البخارى ومسلم •

(الثانية) من السنن ركعتا الاحرام وكذا ركعتا الطواف اذا قلنا بالأصح انهما لا يجبان •

(الثالثة) السنة لمن قدم من سفر أن يصلى ركعتين فى المسجد أول قدومه لحديث كعب بن مالك رضى الله عنه قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قدم من سفر بدأ بالمسجد فركع فيه ركعتين » رواه البخارى ومسلم واحتج به البخارى فى المسألة •

(الرابعة) صلاة الاستخارة سنة وهى أن من أراد أمرا من الأمور صلى ركعتين بنية صلاة الاستخارة ثم دعا بما سنذكره ان شاء الله تعالى ، واتفق أصحابنا وغيرهم على أنها سنة لحديث جابر رضى الله عنه قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا الاستخارة فى الأمور كلها كما يعلمنا السورة من القرآن يقول : اذا هم أحدكم بالأمر فليركع ركعتين من غير الفريضة ثم ليقل : اللهم انى استخيرك بعلمك ، واستقدرك بقدرتك ، وأسألك من فضلك العظيم فانك تقدر ولا أقدر ، وتعلم ولا أعلم ، وأنت علام الغيوب ، اللهم ان كنت تعلم أن هذا الأمر خير لى فى دينى ومعاشى وعاقبة أمرى أو قال : عاجل أمرى وآجله ، فاقدره لى ويسره لى ثم بارك لى فيه ، اللهم وان كنت تعلم أن هذا الأمر شر لى فى دينى ومعاشى وعاقبة أمرى أو قال : عاجل أمرى وآجله ، فاصرفه عنى واصرفنى عنه واقدر لى الخير حيث كان ثم ارضنى به • ويسمى حاجته » رواه البخارى فى مواضع من صحيحه ، وفى بعضها ثم رضنى به ، ويستحب له أن يقرأ فى الركعة الأولى بعد الفاتحة : قل يا أيها الكافرون وفى الثانية : قل هو الله أحد ثم ينهض بعد الاستخارة لما ينشرح له صدره •

(الخامسة) قال القاضى حسين وصاحبا التهذيب والتتمة والرويانى فى أواخر كتاب الجنائز من كتابه البحر : يستحب صلاة التسبيح للحديث الوارد فيها وفى هذا الاستحباب نظر لأن حديثها ضعيف ، وفيها تغيير لنظم الصلاة المعروف ، فينبغى ألا يفعل بغير حديث ، وليس حديثها بثابت ، وهو ما رواه

ابن عباس رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم للعباس رضى الله عنه : « يا عباس يا عماه ألا أعطيك ، ألا أمنحك ، ألا أحبوك ألا أفعل بك عشر خصال اذا أنت فعلت ذلك غفر الله لك ذنبك أوله وآخره ، قديمه وحديثه خطأه وعمده صغيره وكبيره سره وعلانيته ، أن تصلى أربع ركعات تقرأ فى كل ركعة بفاتحة الكتاب وسورة فاذا فرغت من القراءة فى أول ركعة وأنت قائم قلت : سبحان الله والحمد لله ولا اله الا الله والله أكبر خمس عشرة مرة ، ثم تركع وتقولها وأنت راكع عشرا وترفع رأسك من الركوع فتقولها عشرا ، ثم تهوى ساجدا فتقولها وأنت ساجد عشرا ثم ترفع رأسك من السجود فتقولها عشرا ثم تسجد فتقولها عشرا ثم ترفع رأسك فتقولها عشرا فذلك خمس وسبعون فى كل ركعة تفعل ذلك فى أربع ركعات ان استطعت أن تصليها كل يوم فافعل ، فان لم تفعل ففى كل جمعة مرة ، فان لم تفعل ففى كل شهر مرة ، فان لم تفعل ففى كل سنة مرة ، فان لم تفعل ففى كل عمرك مرة » رواه أبو داود وابن ماجه وابن خزيمة فى صحيحه وغيرهم ، ورواه الترمذى من رواية أبى رافع بمعناه . قال الترمذى : روى عن النبى صلى الله عليه وسلم فى صلاة التسبيح غير حديث قال : ولا يصح منه كبير شىء ، قال : قد رأى ابن المبارك وغير واحد من أهل العلم صلاة التسبيح ، وذكروا الفضل فيه . وقد قال العقيلى : ليس فى صلاة التسبيح حديث يثبت ، وكذا ذكر أبو بكر بن العربى وآخرون ، أنه ليس فيه حديث صحيح ولا حسن [1] والله أعلم .

(السادسة فى صلاة الحاجة) عن ابن أبى أوفى رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « [2] من كانت له حاجة الى الله تعالى أو أحد من بنى آدم فليتوضأ فليحسن الوضوء ثم ليصل ركعتين ، ثم ليثن على الله عز وجل وليصل على النبى صلى الله عليه وسلم ثم ليقل لا اله الا الله الحليم

---

(١) قلت ذكره ابن الجوزى فى الموضوعات وقال ابن حجر : لا بأس باسناد حديث ابن عباس وهو من شرط الحسن فان له شواهد تقويه وقد أساء ابن الجوزى بذكره فى الموضوعات . وقال فى اللآلىء نقلا عن ابن حجر : والحق ان طرقه كلها ضعيفة وان حديث ابن عباس يقرب من شرط الحسن الا انه شاذ لشدة الفردية وعدم المتابع والشاهد من وجه معتبر ومخالفة هيئتها لهيئة باقى الصلاة وقد صنف بعض العلماء فى اثبات حسنها مصنفات .

(٢) أخرجه الترمذى وابن ماجه كلاهما من رواية فايد بن عبد الرحمن بن أبى الورقاء عنه وفايد متروك (ط) .

الكريم سبحان الله رب العرش العظيم الحمد لله رب العالمين أسألك موجبات رحمتك وعزائم مغفرتك والغنيمة من كل بر والسلامة من كل اثم لا تدع لى ذنبا الا غفرته ولا هما الا فرجته ولا حاجة هى لك رضا الا قضيتها يا أرحم الراحمين » رواه الترمذى وضعفه .

(السابعة) يكره تخصيص ليلة الجمعة بصلاة لحديث أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا تختصوا ليلة الجمعة بقيام من بين الليالى » رواه مسلم .

(الثامنة) قد سبق أن النوافل لا تشرع الجماعة فيها الا فى العيدين والكسوفين والاستسقاء ، وكذا التراويح والوتر بعدها اذا قلنا بالأصح : ان الجماعة فيها أفضل ، وأما باقى النوافل كالسنن الراتبة مع الفرائض والضحى والنوافل المطلقة فلا تشرع فيها الجماعة ، أى لا تستحب ، لكن لو صلاها جماعة جاز ، ولا يقال : انه مكروه وقد نص الشافعى رحمه الله فى مختصرى البويطى والربيع على أنه لا بأس بالجماعة فى النافلة ودليل جوازها جماعة أحاديث كثيرة فى الصحيح منها حديث عتبان بن مالك رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « جاءه فى بيته بعد ما اشتد النهار ومعه أبو بكر رضى الله عنه فقال النبى صلى الله عليه وسلم : أين تحب أن أصلى من بيتك ؟ فأشرت الى المكان الذى أحب أن يصلى فيه فقام وصففنا خلفه ثم سلم وسلمنا حين سلم » رواه البخارى ومسلم ، وثبتت الجماعة فى النافلة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم من رواية ابن عباس وأنس بن مالك وابن مسعود وحذيفة رضى الله عنهم ، وأحاديثهم كلها فى الصحيحين الا حديث حذيفة ففى مسلم فقط ، والله أعلم .

(التاسعة) ينبغى لكل أحد المحافظة على النوافل والاكثار منها على حسب ما سبق بيانه فى الباب ، وقد سبقت دلائله ، ومن أهمها حديث أبى هريرة رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « ان أول ما يحاسب به العبد يوم القيامة من عمله صلاته فان صلحت فقد أفلح وأنجح ، وان فسدت فقد خاب وخسر ، فان انتقص من فريضته شيئا قال الرب سبحانه وتعالى : اذكروا هل لعبدى من تطوع ؟ فتكمل به ما انتقص

من الفريضة ثم يكون سائر عمله على ذلك » رواه الترمذى والنسائى وآخرون ، قال الترمذى : حديث حسن ، ورواه أبو داود من رواية أبى هريرة هكذا ، ثم رواه من رواية تميم الدارى بمعناه باسناد صحيح .

(العاشرة) الصلاة المعروفة بصلاة الرغائب ، وهى ثنتا عشرة ركعة تصلى بين المغرب والعشاء ليلة أول جمعة فى رجب ، وصلاة ليلة نصف شعبان مائة ركعة وهاتان الصلاتان بدعتان ومنكران قبيحتان ولا يغتر بذكرهما فى كتاب قوت القلوب ، واحياء علوم الدين ، ولا بالحديث المذكور فيهما فان كل ذلك باطل ولا يغتر ببعض من اشتبه عليه حكمهما من الأئمة فصنف ورقات فى استحبابهما فانه غالط فى ذلك ، وقد صنف الشيخ الامام أبو محمد عبد الرحمن بن اسماعيل المقدسى كتابا نفيسا فى ابطالهما فأحسن فيه وأجاد رحمه الله .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى كيفية ركعات التطوع

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه يجوز فى النفل المطلق أن يسلم من ركعة وركعتين ، وأنه يجوز أن يجمع بين ركعات كثيرة سواء كان بالليل أم بالنهار ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز الاقتصار على ركعة فى صلاة أبدا ، قال : ويجوز نوافل النهار ركعتين وأربعا ولا يزيد عليها ، ونوافل الليل ركعتين وأربعا وستا وثمانيا ولا يزيد ، وقد سبقت الأحاديث الصحيحة فى فصل الوتر المصرحة بدلائل مذهبنا .

(فرع) مذهبنا ان الأفضل فى نفل الليل والنهار أن يسلم من كل ركعتين ، وحكاه ابن المنذر عن الحسن البصرى وسعيد بن جبير وحماد بن أبى سليمان ومالك وأحمد ، واختاره ابن المنذر ، وحكى عن ابن عمر واسحاق بن راهوية أن الأفضل فى النهار أربعا . وقال الأوزاعى وأبو حنيفة : صلاة الليل مثنى وصلاة النهار ان شاء أربعا وان شاء ركعتين ، دليلنا الحديث السابق « صلاة الليل والنهار مثنى » وهو صحيح كما بيناه قريبا ، وقد ثبت فى كون صلاة النهار ركعتين ما لا يحصى من الأحاديث ، وهى مشهورة فى الصحيح كحديث ركعتين قبل الظهر وركعتين بعده ، وكذا قبل

العصر وبعد المغرب والعشاء ، وحديث ركعتى الضحى ، وتحية المسجد ، وركعتى الاستخارة ، وركعتين اذا قدم من سفر ، وركعتين بعد الوضوء ، وغير ذلك • وأما الحديث المروى عن أبى أيوب رضى الله عنه يرفعه : « أربع قبل الظهر لا تسليم فيهن يفتح لهن أبواب السماء » فضعيف متفق على ضعفه ، وممن ضعفه يحيى بن سعيد القطان وأبو داود والبيهقى ومداره على عبيدة بن معتب وهو ضعيف والله أعلم •

(**فرع**) مذهبنا أنه اذا أقيمت الصلاة كره أن يشتغل بنافلة سواء تحية المسجد وسنة الصبح وغيرها ونقله ابن المنذر عن عمر بن الخطاب وابنه وأبى هريرة وسعيد بن جبير وعروة بن الزبير وابن سيرين وأحمد واسحاق وأبى ثور ونقل عن ابن مسعود ومسروق والحسن البصرى ومكحول ومجاهد وحماد بن أبى سليمان أنه لا يأتى بصلاة سنة الصبح والامام فى الفريضة قال : وقال مالك : ان لم يخف أن يفوته الامام بالركعة فليصل خارجا قبل أن يدخل ، وان خاف فوت الركعة فليركع مع الامام ، وقال الأوزاعى وسعيد بن عبد العزيز وأبو حنيفة : اركعهما فى ناحية المسجد مادمت تتيقن أنك تدرك الركعة الأخيرة ، فان خشيت فوت الأخيرة فادخل مع الامام • دليلنا حديث أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اذا أقيمت الصلاة فلا صلاة الا المكتوبة » رواه مسلم وعن ابن بحينه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « مر برجل وقد أقيمت صلاة الصبح فكلمه بشىء لا ندرى ما هو فلما انصرفنا أحطنا به نقول ما قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال : يوشك أحدكم أن يصلى الصبح أربعا » رواه البخارى ومسلم وهذا لفظه ولفظ البخارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « رأى رجلا يصلى ركعتين وقد أقيمت الصلاة فلما انصرف قال : ألصبح أربعا ؟ » وعن عبد الله بن سرجس قال « دخل رجل المسجد ورسول الله صلى الله عليه وسلم فى صلاة الغداة فصلى ركعتين فى جانب المسجد ، ثم دخل مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما سلم رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : يا فلان بأى الصلاتين اعتددت ؟ بصلاتك وحدك أم بصلاتك معنا ؟ » رواه مسلم •

(**فرع**) تصح النوافل وتقبل وان كانت الفرائض ناقصة لحديثى أبى هريرة وتميم الدارى السابقين فى المسألتين التاسعة والعاشرة • وأما

الحديث المروى عن على رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « مثل المصلى مثل التاجر لا يخلص له ربحه حتى يخلص رأس ماله ، كذلك المصلى لا تقبل نافلته حتى يؤدى الفريضة » فحديث ضعيف بين البيهقى وغيره ضعفه ، قال البيهقى : ولو صح لحمل على نافلة تكون صحتها متوقفة على صحة الفريضة كسنة المغرب والعشاء والظهر [و] بعدها ليجمع بينه وبين حديثى أبى هريرة وتميم والله أعلم .

باب سجود التلاوة

قال المصنف رحمه الله تعالى

(سجود التلاوة مشروع للقارىء والمستمع لما روى ابن عمر رضى الله عنهما قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرا علينا القرآن فاذا مر بسجدة كبر وسجد وسجدنا [معه] » فان ترك القارىء سجد المستمع ، لأنه توجه عليهما فلا يتركه أحدهما بترك الآخر . واما من سمع القارىء وهو غير مستمع اليه فقال الشافعى : لا اؤكد عليه كما اؤكد على المستمع ، لما روى عن عثمان(١) وعمران بن الحصين رضى الله عنهم : « السجدة على من استمع » وعن ابن عباس رضى الله عنهما : « السجدة لمن جلس لها » وهو سنة غير واجب . لما روى زيد بن ثابت رضى الله عنه قال « عرضت النجم على رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يسجد منا احد ») .

(الشرح) حديث ابن عمر رضى الله عنهما رواه البخارى ومسلم بلفظه الا قوله : (كبر) فليس فى روايتهما ، وهذا اللفظ فى رواية أبى داود واسنادها ضعيف وأما حديث زيد بن ثابت فرواه البخارى ومسلم بمعناه ولفظ رواية البخارى عن زيد قال « قرأت على النبى صلى الله عليه وسلم : والنجم فلم يسجد فيها » ورواية مسلم « أنه قرأ على رسول الله صلى الله عليه وسلم : والنجم اذا هوى فلم يسجد فيها » .

وأما الأثر عن ابن عباس فصحيح ذكره البيهقى وكذا الأثران عن عثمان وعمران ذكرهما البخارى فى صحيحه تعليقا بصيغة الجزم .

(اما حكم المسالة) فسجود التلاوة سنة للقارىء والمستمع بلا خلاف ، وسواء كان القارىء فى صلاة أم لا ، وفى وجه شاذ ضعيف ، لا يسجد

---

(١) فى بعض النسخ من المهذب عن عمر بدل عثمان ونسخة الشارح ادق (ط) .

المستمع لقراءة مصل ، غير امامه حكاه الرافعي وسواء سجد القارىء أم لم يسجد يسن للمستمع أن يسجد • هذا هو الصحيح وبه قطع الجمهور وقال الصيدلانى : لا يسن له السجود اذا لم يسجد القارىء ، واختاره امام الحرمين ولو استمع الى قراءة محدث أو كافر أو صبى فوجهان الصحيح استحباب السجود لأنه استمع سجدة •

(والثانى) لا ، لأنه كالتابع للقارىء وأما الذى لا يستمع لكن يسمع بلا اصغاء ولا قصد ففيه ثلاثة أوجه (الصحيح) المنصوص فى البويطى وغيره أنه يستحب له ولا يتأكد فى حقه تأكده فى حق المستمع (والثانى) أنه كالمستمع (والثالث) لا يسن له السجود ، وبه قطع الشيخ أبو حامد فى تعليقه والبندنيجى •

(فرع) المصلى ان كان منفردا سجد لقراءة نفسه ، فلو قرأ السجدة فلم يسجد ثم بدا له أن يسجد لم يجز لأنه تلبس بالفرض فلا يتركه للعود الى سنة ، ولأنه يصير زائدا ركوعا ، فلو بدا له قبل بلوغ حد الركعتين جاز ، ولو هوى لسجود التلاوة ثم بدا له فرجع جاز ، كما لو قرأ بعض التشهد الأول ولم يتمه جاز بلا شك قال أصحابنا : ويكره للمصلى الاصغاء الى قراءة غير امامه ، فان أصغى المنفرد لقراءة قارىء فى الصلاة أو غيرها لم يجز أن يسجد لأنه ممنوع من هذا الاصغاء ، فان سجد بطلت صلاته ، وان كان المصلى اماما فهو كالمنفرد فيما ذكرناه ، قال أصحابنا : ولا يكره له قراءة آية السجدة فى الصلاة سواء كانت صلاة جهرية أو سرية ، هذا مذهبنا وسنذكر مذاهب العلماء فيه ان شاء الله تعالى •

واذا سجد الامام لزم المأموم السجود معه ، فان لم يسجد بطلت صلاته بلا خلاف لتخلفه عن الامام ، ولو لم يسجد الامام لم يسجد المأموم ، فان خالف وسجد بطلت صلاته بلا خلاف ، ويستحب أن يسجد بعد سلامه ليتداركها ولا يتأكد ولو سجد الامام ولم يعلم المأموم حتى رفع الامام رأسه من السجود لا تبطل صلاة المأموم لأنه تخلف بعذر ، ولكن لا يسجد ، فلو علم والامام بعد فى السجود لزمه السجود ، ولو هوى المأموم ليسجد معه فرفع الامام وهو فى الهوى رجع معه ولم يسجد ، وكذا الضعيف البطىء

الحركة الذى هوى مع الامام لسجود التلاوة فرفع الامام رأسه قبل انتهائه الى الأرض لا يسجد بل يرجع معه بخلاف سجود نفس الصلاة فانه لابد أن يأتى به ، وان رفع الامام لأنه فرض • وأما المأموم فيكره له قراءة السجدة ويكره له أيضا الاصغاء الى قراءة غير امامه كما سبق • فلو سجد لقراءة نفسه أو لقراءة غير امامه بطلت صلاته ، لأنه زاد سجودا عمدا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وسجدات التلاوة أربع عشرة فى قوله الجديد ، سجدة فى آخر الأعراف عند قوله تعالى (ويسبحونه وله يسجدون) (١) وسجدة فى الرعد عند قوله سبحانه وتعالى (بالغدو والآصال) (٢) وسجدة فى النحل عند قوله تعالى (ويفعلون ما يؤمرون) (٣) وسجدة فى بنى اسرائيل عند قوله تعالى (ويزيدهم خشوعا (٤)) وسجدة فى مريم عند قوله تعالى (خروا سجدا وبكيا) (٥) وسجدتان فى الحج (احداهما) عند قوله تعالى (ان الله يفعل ما يشاء) (٦) (والثانية) عند قوله تعالى (وافعلوا الخير لعلكم تفلحون) (٧) وسجدة فى الفرقان عند قوله تعالى (وزادهم نفورا) (٨) وسجدة فى النمل عند قوله تعالى (رب العرش العظيم) (٩) وسجدة فى الم تنزيل عندقوله تعالى (وهم لا يستكبرون)(١٠) وسجدة فى حم السجدة عند قوله تعالى (وهم لا يسئمون) (١١) وثلاث سجدات فى المفصل (احداها) فى آخر النجم (فاسجدوا لله واعبدوا) (١٢) (والثانية) فى (اذا السماء انشقت) (١٣) [عند قوله عز وجل] (واذا قرىء عليهم القرآن لا يسجدون) (١٤) (والثالثة) فى آخر اقرأ : (واسجد واقترب) (١٥) والدليل عليه ما روى عمرو بن العاص رضى الله عنه قال : « اقرانى رسول الله صلى الله عليه

---

(١) من الآية ٢٠٦ من الاعراف •
(٢) من الآيات ٢٠٥ الاعراف و ١٥ الرعد و ٣٦ النور •
(٣) من الآية ٥٠ النحل •
(٤) من الآية ١٠٩ الاسراء •
(٥) من الآية ٥٨ مريم •
(٦) من الآية ١٨ الحج •
(٧) الآية ٧٧ الحج •
(٨) من الآية ٦٠ الفرقان •
(٩) الآيتان ٢٥ ، ٢٦ من النمل •
(١٠) الآية ١٥ من سورة السجدة •
(١١) من الآية ٣٨ من سورة فصلت •
(١٢) الآية ٦٢ من سورة النجم •
(١٣) الآية الأولى من الانشقاق •
(١٤) الآية ٢١ من الانشقاق •
(١٥) الآية ١٩ من سورة العلق •

وسلم خمس عشرة سجدة فى القرآن منها ثلاث فى المفصل وفى الحج سجدتان »
وفى القديم : سجود التلاوة احدى عشرة سجدة واسقط سجدات المفصل ، لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم « لم يسجد فى شىء من المفصل منذ تحول الى المدينة ») .

(**الشرح**) حديث عمر رواه أبو داود والحاكم باسناد حسن ، وحديث ابن عباس رواه أبو داود والبيهقى باسناد ضعيف . وضعفه البيهقى وغيره ، ومذهبنا أن سجدات التلاوة هذه الأربع عشرة ، وفى القديم أنها احدى عشرة كما حكاه المصنف وهذا القديم ضعيف فى النقل ، ودليله باطل كما سنذكره ان شاء الله تعالى فى فرع مذاهب العلماء . ومواضع السجدات كما ذكره المصنف ولا خلاف فى شىء منها ، الا فى موضعين .

(أحدهما) سجدة حم السجدة فيها وجهان لأصحابنا حكاهما القاضى فى تعليقه والبغوى وغيرهما أصحهما عند (يسأمون) كما ذكره المصنف ، وبهذا قطع الأكثرون (والثانى) أنها عند قوله تعالى (ان كنتم اياه [1] تعبدون) . وحكى ابن المنذر هذا المذهب عن عمر بن الخطاب والحسن البصرى وابن سيرين وأصحاب ابن مسعود وابراهيم النخعى وأبى صالح وطلحة بن مصرف وزيد بن الحارث ومالك والليث رضى الله عنهم ، وحكى الأول عن ابن المسيب وابن سيرين أيضا وأبى وائل والثورى واسحاق رحمهم الله . وهو مذهب أبى حنيفة وأحمد . (الموضع الثانى) سجدة النمل الصواب أنها عند قوله تعالى (رب العرش [2] العظيم) كما ذكره المصنف . وبهذا قطع المصنف والشيخ أبو حامد فى تعليقه والبندنيجى والقاضى أبو الطيب فى كتابه المجرد، وصاحب الشامل ، وشذ العبدرى من أصحابنا فقال فى كتابه الكفاية : هى عند قوله (ويعلم ما تخفون وما تعلنون [3]) قال : هذا مذهبنا ، ومذهب أكثر الفقهاء ، وقال مالك : هى عند قوله تعالى (رب العرش العظيم [4]) وهذا الذى ادعاه العبدرى ، ونقله عن مذهبنا باطل مردود ، والله أعلم .

---

(١) الآية ١٧٢ البقرة و ١١٤ من سورة النحل .
(٢) من الآيتين ١٢٩ التوبة و ٨٦ المؤمنون .
(٣) من الآية ٢٥ سورة النمل .
(٤) من الآيتين ١٢٩ من التوبة و٨٦ المؤمنون .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما سجدة [ص] فهى عند قوله تعالى (وخر راكعا وأناب) (١) وليست من سجدات التلاوة وانما هى سجدة شكر لما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه قال : « خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم يوما فقرأ (ص) فلما مر بالسجدة تشزنا بالسجود فلما رآنا قال : انما هى توبة نبى ولكن قد استعددتم للسجود فنزل وسجد » وروى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « سجدها نبى الله داود توبة ، وسجدناها شكرا » فان قراها فى الصلاة فسجد فيها ففيه وجهان : (احدهما) تبطل صلاته لأنها سجدة شكر فبطلت بها الصلاة كالسجود عند تجدد نعمة (والثانى) لا تبطل لأنها تتعلق بالتلاوة فهى كسائر سجدات التلاوة .

(**الشرح**) حديث أبى سعيد رواه أبو داوه باسناد صحيح على شرط البخارى وقوله : تشزنا هو بتاء مثناة فوق ، ثم الشين المعجمة ، ثم زاى مشددة ثم نون مشددة أيضا أى تهيأنا ، وحديث ابن عباس رواه النسائى والبيهقى وضعفه ، قال أصحابنا : سجدة (ص) ليست من عزائم السجود معناه ليست سجدة تلاوة ولكنها سجدة شكر ، هذا هو المنصوص وبه قطع الجمهور . وقال أبو العباس بن سريج وأبو اسحاق المروزى : هى سجدة تلاوة من عزائم السجود والمذهب الأول ، قال أصحابنا : اذا قلنا بالمذهب فقرأها فى غير الصلاة استحب أن يسجد لحديث أبى سعيد هذا ، وحديث عمرو بن العاص السابق . وحديث ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم سجد فى (ص) رواه (٢) .

وان قرأها فى الصلاة ينبغى أن لا يسجد ، فان خالف وسجد ناسيا أو جاهلا لم تبطل صلاته ، ولكن يسجد للسهو ، وان سجدها عامدا عالما بالتحريم بطلت صلاته على أصح الوجهين ، وقد ذكرهما المصنف بدليلهما ، ولو سجد امامه فى (ص) لكونه يعتقدها فثلاثة أوجه أصحها : لا يتابعه ، بل ان شاء نوى مفارقته لأنه معذور ، وان شاء ينتظره قائما كما لو قام الى خامسة لا يتابعه ، بل ان شاء فارقه وان شاء انتظره فان انتظره لم يسجد

---

(١) من الآية ٢٤ من سورة ص .

(٢) كذا بالأصل (ش) أقول : وتتمة العبارة يمكن ان تكون رواه احمد فى مسنده وابو داود والترمذى والنسائى فى تفسيره لاننا وجدنا بالبحث هكذا (المطيعى) .

للسهو لأن المأموم لا سجود عليه (والثانى) لا يتابعه أيضا وهو مخير فى المفارقة والانتظار كما سبق فان انتظره سجد للسهو بعد سلام الامام لأنه يعتقد أن امامه زاد فى صلاته جاهلا ، وأن لسجود السهو توجها عليهما ، فاذا أخل به الامام سجد المأموم . (والثالث) يتابعه فى سجوده فى (ص) حكاه الرويانى فى البحر لتأكد متابعة الامام وتأويله والله أعلم .

(**فرع**) فى مذاهب العلماء فى حكم سجود التلاوة : قد ذكرنا أن مذهبنا أنه سنة وليس واجب ، وبهذا قال جمهور العلماء ، وممن قال به عمر بن الخطاب وسلمان الفارسى وابن عباس وعمران بن الحصين ومالك والأوزاعى وأحمد واسحاق وأبو ثور وداود وغيرهم رضى الله عنهم .

وقال أبو حنيفة رحمه الله : سجود التلاوة واجب على القارىء والمستمع، واحتج له بقول الله تعالى (فما لهم لا يؤمنون [1] واذا قرىء عليهم القرآن لا يسجدون) وبقوله تعالى (فاسجدوا [2] لله واعبدوا) وبالأحاديث الصحيحة أن النبى صلى الله عليه وسلم سجد للتلاوة ، وقياسا على سجود الصلاة ، واحتج أصحابنا بالأحاديث الصحيحة منها حديث زيد بن ثابت رضى الله عنه قال : « قرأت على رسول الله صلى الله عليه وسلم والنجم فلم يسجد فيها » رواه البخارى ومسلم كما سبق بيانه . فان قالوا : لعله سجد فى وقت آخر قلنا : لو كان كذلك لم يطلق الراوى نفى السجود ، فان قالوا : لعل زيدا قرأها بعد الصبح أو العصر ولا يحل السجود ذلك الوقت بالاتفاق ، قلنا : لو كان سبب الترك ما ذكروه لم يطلق زيد النفى وزمن القراءة ، ومن الدلائل حديث الأعرابى « خمس صلوات فى اليوم والليلة قال : هل على غيرها ؟ قال : لا الا أن تطوع » رواه البخارى ومسلم وسبق مرات ، واحتج به الشافعى فى المسألة ، ومنها أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قرأ يوم الجمعة على المنبر سورة النحل حتى اذا جاء السجدة نزل فسجد وسجد الناس حتى اذا كانت الجمعة القابلة قرأها حتى اذا جاء السجدة قال : « يا أيها الناس انما نمر بالسجود فمن سجد فقد أصاب ، ومن لم يسجد فلا اثم عليه ولم يسجد

---

(١) الآية ٢١ من الانشقاق .

(٢) الآية ٦٢ من سورة النجم .

عمر » وفى رواية قال : (ان الله لم يفـرض السجود الا أن نشـاء) روى البخارى الروايتين بلفظهما وهذا الفعل والقول من عمر رضى الله عنه فى هذا الموطن والمجمع العظيم دليل ظاهر فى اجماعهم على أنه ليس بواجب • ولأن الأصل عدم الوجوب حتى يثبت صحيح صريح فى الأمر به ولا معارض له ولا قدرة لهم على هذا ، وقياسا على سجود الشكر ، ولأنه يجوز سجود التلاوة على الراحلة بالاتفاق فى السفر ، فلو كان واجبا لم يجز كسجود صلاة الفرض • وأما الجواب عن الآية التى احتجوا بها فهى أنها وردت فى ذم الكفار وتركهم السجود استكبارا وجحودا ، والمراد بالسجود فى الآية الثانية سجود الصلاة والأحاديث محمولة على الاستحباب جمعا بين الأدلة والله أعلم •

(فـرع) فى مذاهبهم فى عدد سجدات التلاوة : قد ذكرنا أن مذهبنا الصحيح أنها أربع عشرة منهـا سجدتان فى الحج ، وثلاث فى المفصـل ، وليست (ص) سجدة تلاوة ، وقال أبو حنيفة : هى أربع عشرة ، لكنه أسقط الثانية من الحج وأثبت صٓ ، وعن مالك روايتان احداهما أربع عشرة كقولنا ، وأشهرهما احدى عشرة أسقط سجدات المفصل • وعن أحمد روايتان احداهما أربع عشرة كقولنا والثانية خمس عشرة ، فأثبت ص ـ وهذا مذهب اسحاق ابن راهويه وهو قول ابن سريج وأبى اسحاق المروزى من أصحابنا كمـا سبق • وأجمعوا على السجدة الأولى فى الحج ، واختلفوا فى الثانية ، فممن أثبتها عمر بن الخطاب رضى الله عنه وعلى وابن عمر وأبو الدرداء وأبو موسى وأبو عبد الرحمن السلمى وأبو العـالية وزر بن حبيش ومالك وأحمـد واسحاق وأبو ثور وداود رضى الله عنهم • قال ابن المنذر : قال أبو اسحاق يعنى السبيعى التابعى الكبير : « أدركت الناس منذ سبعين سنة يسجدون فى الحج سجدتين » وحكى ابن المنذر عن سـعيد بن جبير والحسن البصرى والنخعى وجابر بن زيد وأصحاب الرأى اسقاطها ، وعن ابن عباس روايتان • قال ابن المنذر : وباثباتها أقول •

واختلف العلماء فى سجدات المفصـل وهى النجم ، واذا السـماء [1] انشقت ، واقرأ ، فأثبتهن الجمهور من الصحابة فمن بعدهم وحذفهن جماعة ،

---

(١) الآية الأولى من الانشقاق .

احتج أصحابنا للمذهب بحديث عمرو بن العاص المذكور فى الكتاب وهو صحيح كما بيناه ، وهو وان كان فيه سجدة ص فهى محمولة على السجود فيها على أنه سجود شكر كما سنوضح دليله ان شاء الله تعالى • وثبت فى الصحيحين عن أبى هريرة أنه سجد فى اذا السماء انشقت وقال : « سجدت بها خلف أبى القاسم صلى الله عليه وسلم فلا أزال أسجد فيها حتى ألقاه » وفى رواية مسلم : « فى اذا السماء انشقت ، واقرأ باسم [1] ربك » ومعلوم أن أبا هريرة انما أسلم سنة سبع من الهجرة ، وقد سبق أن حديث ابن عباس فى أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يسجد فى المفصل منذ تحول الى المدينة ليس بصحيح ، ولو صح قدمت عليه أحاديث أبى هريرة الصحيحة الصريحة المثبتة للسجود ، والعمدة فى السجدة الثانية فى الحج حديث عمرو بن العاص كما ذكرناه •

وأما حديث عقبة بن عامر قال : « قلت لرسول الله صلى الله عليه وسلم : فى الحج سجدتان ؟ قال : نعم ، ومن لم يسجدهما فلا يقرأهما » فرواه أبو داود والترمذى وقالا : ليس اسناده بالقوى ، وهو من رواية ابن لهيعة وهو متفق على ضعف روايته وانما ذكرته لأبينه لئلا يغتر به ، وعن ابن عباس قال : « سجدة ص ليست من عزائم السجود ، وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم سجد فيها » رواه البخارى ، وفيها حديث أبى سعيد المذكور فى الكتاب ، وقد بيناه والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وحكم سجود التلاوة حكم صلاة النفل يفتقر الى الطهارة والستارة واستقبال القبلة لأنها صلاة فى الحقيقة فان كان فى الصلاة سجد بتكبير ورفع بتكبير ، ولا يرفع يديه ، وان كان السجود فى آخر سورة فالمستحب ان يقوم ويقرأ من السورة بعدها شيئا ثم يركع ، فان قام ولم يقرأ شيئا وركع جاز ، وان قام من السجود الى الركوع ولم يقم لم يجز لأنه لم يبتدىء الركوع من قيام) •

(الشرح) قال أصحابنا : حكم سجود التلاوة فى الشروط حكم صلاة النفل ، فيشترط فيه طهارة الحدث والطهارة عن النجس فى البدن والثوب

---

(١) من الآية الأولى من العلق .

والمكان وستر العورة واستقبال القبلة ودخول وقت السجود بأن يكون قد قرأ الآية أو سمعها فلو سجد قبل الانتهاء الى آخر آية السجدة ولو بحرف واحد لم يجز ، وهذا كله لا خلاف فيه عندنا • وقول المصنف (الستارة) بكسر السين ، وهى السترة ، أى ستر العورة ، قال أصحابنا : فان سجد للتلاوة فى الصلاة لم يكبر للافتتاح لأنه متحرم بالصلاة لكن يستحب أن يكبر فى الهوى الى السجود ولا يرفع اليد لأن اليد لا ترفع فى الهوى الى السجود ، ويكبر عند رفعه رأسه من السجود كما يفعل فى سجدات الصلاة وهذا التكبير سنة ليس بشرط ، وفيه وجه لأبى على بن أبى هريرة حكاه الشيخ أبو حامد وسائر أصحابنا عنه أنه لا يستحب التكبير للهوى ولا للرفع ، وهو شاذ ضعيف •

واذا رفع رأسه من السجود قام ولا يجلس للاستراحة بلا خلاف صرح به جماعة من أصحابه ، وقد سبق بيانه فى صفة الصلاة • قال أصحابنا : فاذا قام استحب أن يقرأ شيئا ثم يركع ، فان انتصب قائما ثم ركع بلا قراءة جاز اذا كان قد قرأ الفاتحة قبل سجوده ، ولا خلاف فى وجوب الانتصاب قائما لأن الهوى الى الركوع من القيام واجب كما سبق فى صفة الصلاة وسبق هناك مسائل حسنة متعلقة بهذه المسألة ، وفى الابانة والبيان وجه أنه لو رفع من سجود التلاوة الى الركوع ولم ينتصب أجزأه الركوع ، وهو غلط نبهت عليه لئلا يغتر به • وأما قول المصنف : (وان كان السجود فى آخر سورة) فكان ينبغى أن يحذف قوله آخر سورة ، لأن استحباب القراءة بعد الانتصاب لا فرق فيه بين آخر سورة وغيره باتفاق الأصحاب ، ولعل المصنف أراد التنبيه بآخر السورة على غيره لأنه اذا أحب استفتاح سورة أخرى فاتمام الأولى أولى ، والله أعلم •

وقال أبو حنيفة : اذا قرأ المصلى آية سجدة ثم ركع للصلاة وسجد سقط به سجود التلاوة ثم روى عنه أنه سقط فى الركوع ، وروى بالسجود •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان فى غير الصلاة كبر لما روى ابن عمر رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم « كان اذا مر بالسجدة كبر وسجد » ويستحب أن يرفع يديه لأنه تكبيرة افتتاح فهى كتكبيرة الاحرام ، ثم يكبر تكبيرة أخرى للسجود

ولا يرفع اليد ، والمستحب أن يقول فى سجوده ما روت عائشة رضى الله عنها قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول فى سجود القرآن : سجد وجهى للذى خلقه وصوره وشق سمعه وبصره بحوله وقوته » وان قال : اللهم اكتب لى بها عندك أجرا واجعلها لى عندك ذخرا وضع عنى بها وزرا واقبلها منى كما قبلتها من عبدك داود عليه السلام . فهو حسن ، لما روى ابن عباس رضى الله عنهما « ان رجلا جاء الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله رأيت هذه الليلة فيما يرى النائم كأنى أصلى خلف شجرة وكأنى قرأت سجدة ، فسجدت فرأيت الشجرة تسجد لسجودى ، فسمعتها وهى ساجدة تقول : اللهم اكتب لى بها عندك أجرا ، وضع عنى بها وزرا ، واجعلها لى عندك ذخرا ، وتقبلها منى كما قبلتها من عبدك داود . قال ابن عباس : فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم قرأ سجدة فسمعته وهو ساجد يقول مثل ما قال الرجل عن الشجرة » وان قال فيه ما يقول فى سجود الصلاة جاز ، وهل يفتقر الى السلام ؟ فيه قولان قال فى البويطى : لا يسلم كما لا يسلم منه فى الصلاة .. وروى المزنى عنه أنه قال : يسلم لأنها صلاة تفتقر الى الاحرام فافتقرت الى السلام كسائر الصلوات ، وهل تفتقر الى التشهد ، (المذهب) أنه لا يتشهد لأنه لا قيام فيه فلم يكن فيه تشهد . ومن أصحابنا من قال : يتشهد لأنه سجود يفتقر الى الاحرام والسلام فافتقر الى التشهد كسجود الصلاة) .

(الشرح) حديث ابن عمر رواه أبو داود باسناد ضعيف ، وحديث عائشة رواه أبو داود والترمذى والنسائى . قال الترمذى هو حديث صحيح، واسناد الترمذى والنسائى على شرط البخارى ومسلم ، زاد الحاكم والبيهقى فيه « فتبارك الله أحسن الخالقين » . قال الحاكم : هذه الزيادة على شرط البخارى ومسلم ؛ وحديث ابن عباس رواه الترمذى وغيره باسناد حسن قال الحاكم : هو حديث صحيح . قال أصحابنا رحمهم الله : اذا سجد للتلاوة فى غير الصلاة نوى وكبر للاحرام ويرفع يديه فى هذه التكبيرة حذو منكبيه كما يفعل فى تكبيرة الاحرام فى الصلاة ، ثم يكبر تكبيرة أخرى للهوى من غير رفع اليد . قال أصحابنا : تكبير الهوى مستحب ليس بشرط ، وفى تكبيرة الاحرام أوجه (الصحيح) المشهور أنها شرط (والثانى) مستحبة (والثالث) لا تشرع أصلا ، قاله أبو جعفر الترمذى من أصحابنا ، حكاه عنه الشيخ أبو حامد والبندنيجى والقاضى أبو الطيب والأصحاب واتفقوا على شذوذه وفساده ، قال القاضى أبو الطيب : هذا شاذ لم يقل به أحد سواه والله أعلم .

وهل يستحب لمن أراد السجود أن يقوم فيستوى قائما ، ثم يكبر

للاحرام ، ثم يهوى للسجود بالتكبيرة الثانية ؟ فيه وجهان (أحدهما) يستحب قاله الشيخ أبو محمد الجوينى والقاضى حسين والبغوى والمتولى وتابعهم الرافعى (والثانى) وهو الأصح : لا يستحب ، وهذا اختيار امام الحرمين والمحققين • قال الامام : ولم أر لهذا القيام ذكرا ولا أصلا (قلت) ولم يذكر الشافعى وجمهور الأصحاب هذا القيام ولا ثبت فيه شىء يعتمد مما يحتج به ، فالاختيار تركه لأنه من جملة المحدثات ، وقد تظاهرت الأحاديث الصحيحة على النهى عن المحدثات وأما ما رواه البيهقى باسناده عن أم سلمة الأزدية قالت « رأيت عائشة تقرأ فى المصحف فاذا مرت بسجدة قامت فسجدت » فهو ضعيف ، أم سلمة هذه مجهولة والله أعلم •

قال أصحابنا : ويستحب أن يقول فى سجوده ما ذكره المصنف وهو قوله : سجد وجهى الى آخره وسجود الشجرة أيضا ، ولو قال ما يقوله فى سجود الصلاة جاز وكان حسنا وسواء فيه التسبيح والدعاء • ونقل الأستاذ اسماعيل الضرير فى تفسيره أن اختيار الشافعى رحمه الله أن يقول فى سجود التلاوة : سبحان ربنا ان كان وعد ربنا لمفعولا ، وظاهر القرآن يقتضى مدح هذا فهو حسن ، وصفة هذا السجود صفة سجود الصلاة فى كشف الجبهة ووضع اليدين والركبتين والقدمين والأنف ، ومجافاة المرفقين عن الجنبين واقلال البطن عن الفخذين ، ورفع أسافله على أعاليه وتوجيه أصابعه الى القبلة وغير ذلك مما سبق فى باب صفة الصلاة ، فالمباشرة بالجبهة شرط ووضع الأنف مستحب ، وكذا مجافاة المرفق واقلال البطن وتوجيه الأصابع ، وفى اشتراط وضع اليدين والركبتين والقدمين القولان السابقان هناك بفروعهما ، وحكم رفع الأسافل على ما سبق هناك والطمأنينة ركن لابد منها ، والذكر مستحب ليس بركن ثم يرفع رأسه مكبرا ، وهذا التكبير مستحب على المذهب ، وبه قطع الجمهور وحكى القاضى أبو الطيب وغيره عن أبى جعفر الترمذى أنه لا يستحب ، والصواب الأول •

وهل يستحب مد تكبير السجود والرفع منه ؟ يجىء فيه القولان فى سجود الصلاة ، وقد سبق بيانهما فى صفة الصلاة ، الصحيح أنه يستحب مد الأول حتى يضع جبهته على الأرض ، ومد الثانى حتى يستوى قاعدا ، وهل يفتقر الى السلام ويشترط لصحة سجوده ؟ فيه قولان مشهوران نقلهما

البويطى والمزنى كما حكاه المصنف ، أصحهما عند الأصحاب اشتراطه ، ممن صححهما الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب فى تعليقهما والرافعى وآخرون • فان قلنا : لا يشترط السلام لم يشترط التشهد ، وان شرطنا السلام ففى اشتراط التشهد الوجهان اللذان ذكرهما المصنف ، الصحيح منهما لا يشترط • وقال جماعة من الأصحاب : فى السلام والتشهد ثلاثة أوجه (أصحها) يشترط السلام دون التشهد (والثانى) يشترطان (والثالث) لا يشترطان ، فان قلنا : لا يشترط التشهد فهل يستحب ؟ فيه وجهان حكاهما امام الحرمين ، أصحهما لا يستحب ، اذ لم يثبت له أصل • وأما قول المصنف فى التنبيه : قيل يتشهد ويسلم ، وقيل : يسلم ولا يتشهد ، والمنصوص أنه لا يتشهد ولا يسلم ، فينكر عليه فيه شيئان ، أحدهما : أنه أوهم أو صرح بأن نص الشافعى أنه لا يسلم وليس له نص غيره ، وليس الأمر كذلك ، بل القولان فى اشتراط السلام مشهوران كما ذكرهما هو ها هنا فى المهذب ، والثانى : أنه أوهم أو صرح بأن الراجح فى المذهب أنه لا يسلم ، وليس الأمر كذلك بل الصحيح عند الأصحاب اشتراط السلام كما قدمناه ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب لمن مرت به آية رحمة ان يسال الله تعالى ، وان مرت به آية عذاب ان يستعيذ منه لما روى حذيفة رضى الله عنه قال : « صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم فقرأ البقرة فما مر بآية رحمة الا سأل ولا بآية عذاب الا استعاذ » ويستحب للماموم ان يتابع الامام فى سؤال الرحمة والاستعاذة من العذاب ، لأنه دعاء فساوى الماموم الامام فيه كالتامين) •

(الشرح) قال الشافعى وأصحابنا : يسن للقارىء فى الصلاة وخارجها اذا مر بآية رحمة أن يسأل الله تعالى الرحمة أو بآية عذاب أن يستعيذ به من العذاب ، أو بآية تسبيح أن يسبح أو بآية مثل أن يتدبر • قال أصحابنا : ويستحب ذلك للامام والمأموم والمنفرد ، واذا قرأ (أليس ذلك بقادر على أن يحيى الموتى [1]) قال : بلى وأنا على ذلك من الشاهدين ، واذا قرأ (فبأى حديث بعده يؤمنون [2]) قال : آمنا بالله ، وكل هذا يستحب لكل قارىء فى صلاته أو غيرها ، وسواء صلاة الفرض

---

(١) الآية ٤٠ من سورة القيامة .
(٢) الآية ٤٠ من سورة المرسلات .

والنفل والمأموم والامام والمنفرد ، لأنه دعاء فاستووا فيه كالتأمين ، ودليل هذه المسألة حديث حذيفة رضى الله عنه قال : « صليت مع النبى صلى الله عليه وسلم ذات ليلة فافتتح البقرة فقلت : يركع عند المائة ، ثم مضى فقلت : يصلى بها فى ركعة ، فمضى فقلت يركع بها ، ثم افتتح النساء فقرأها ، ثم افتتح آل عمران فقرأها ، يقرأ مترسلا اذا مضى بآية فيها تسبيح سبح واذا مر بآية سؤال سأل ، واذا مر بتعوذ تعوذ » رواه مسلم بهذا اللفظ ، وكانت سورة النساء حينئذ مقدمة على آل عمران .

وعن عوف بن مالك رضى الله عنه قال « قمت مع النبى صلى الله عليه وسلم ليلة فقام فقرأ سورة البقرة ، ولا يمر بآية رحمة الا وقف وسأل ، ولا يمر بآية عذاب إلا وقف وتعوذ ، ثم ركع بقدر قيامه يقول فى ركوعه : سبحانك ذا الجبروت والملكوت والكبرياء والعظمة ، ثم قال فى سجوده مثل ذلك » رواه أبو داود والنسائى فى سننهما والترمذى فى الشمائل بأسانيد صحيحة ، وفى رواية النسائى : ثم سجد بقدر ركوعه . وعن اسماعيل بن أمية قال : « سمعت أعرابيا يقول : سمعت أبا هريرة رضى الله عنه يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قرأ بالتين والزيتون فانتهى الى آخرها فليقل وأنا على ذلك من الشاهدين . ومن قرأ لا أقسم بيوم القيامة فانتهى الى آخرها : أليس ذلك بقادر على أن يحيى الموتى [1] ، فليقل : بلى ، ومن قرأ : والمرسلات فبلغ : فبأى حديث بعده يؤمنون [2] ، فليقل آمنا بالله » رواه أبو داود والترمذى قال الترمذى : هذا الحديث انما يروى بهذا الاسناد عن الأعرابى عن أبى هريرة ولا يسمى .

(قلت) فهو ضعيف لأن الأعرابى مجهول فلا يعلم حاله ، وان كان أصحابنا قد احتجوا به والله أعلم .

هذا تفصيل مذهبنا : وقال أبو حنيفة رحمه الله : يكره السؤال عند آية الرحمة والاستعاذة فى الصلاة . وقال بمذهبنا جمهور العلماء من السلف فمن بعدهم .

---

(١) الآية ٤٠ من سورة القيامة .

(٢) الآية ٤٠ من سورة المرسلات .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب لمن تجددت عنده نعمة ظاهرة او اندفعت عنه نقمة ظاهرة أن يسجد شكرا لله تعالى لما روى ابو بكرة رضى الله عنه قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا جاءه الشيء يسر به خر ساجدا شكرا لله تعالى » وحكم سجود الشكر فى الشروط والصفات حكم سجود التلاوة خارج الصلاة) .

(الشرح) حديث أبى بكرة رواه أبو داود والترمذى وفى اسناده ضعف وقد قال الترمذى : انه حديث حسن ، قال : ولا نعرفه الا من هذا الوجه . قال الشافعى والأصحاب : سجود الشكر سنة عند تجدد نعمة ظاهرة واندفاع نقمة ظاهرة ، سواء خصته النعمة والنقمة أو عمت المسلمين . قال أصحابنا : وكذا اذا رأى مبتلى ببلية فى بدنه أو بغيرها أو بمعصية يستحب أن يسجد شكرا لله تعالى ، ولا يشرع السجود لاستمرار النعم ، لأنها لا تنقطع . قال أصحابنا : واذا سجد لنعمة أو اندفاع نقمة لا يتعلق بغيره استحب اظهار السجود وان سجد لبلية فى غيره وصاحبها غير معذور كالفاسق أظهر السجود فلعله يتوب وان كان معذورا كالزمن ونحوه أخفاه لئلا يتأذى به ، فان خاف من اظهاره للفاسق مفسدة أو ضررا أخفاه أيضا . قال أصحابنا : ويفتقر سجود الشكر الى شروط الصلاة وحكمه فى الصفات وغيرها حكم سجود التلاوة خارج الصلاة ، قال الشيخ أبو حامد والأصحاب: وفى السلام منه والتشهد ثلاثة أوجه كما فى سجود التلاوة (الصحيح) السلام دون التشهد (والثانى) لا يشترطان (والثالث) يشترطان .

(فرع) اتفق أصحابنا على تحريم سجود الشكر فى الصلاة فان سجدها فيها بطلت صلاته بلا خلاف ، وقد صرح المصنف بهذا فى مسألة سجدة ص ، ولو قرأ آية سجدة سجد بها للشكر ففى جواز السجود وجهان فى الشامل والبيان وغيرهما أصحهما تحرم وتبطل صلاته ، وهما كالوجهين فيمن دخل المسجد لا لغرض آخر .

(فرع) فى صحة سجود الشكر على الراحلة فى السفر بالايماء وجهان أصحهما الجواز ، وأما سجود التلاوة فان كان فى صلاة جاز على الراحلة تبعا للصلاة ، والا فعلى الوجهين فى سجود الشكر أصحهما الجواز

وجهة المنع ندوره ، وعدم الحاجة اليه غالبا ، بخلاف صلاة النفل . وقطع البغوى وآخرون بالجواز ومسألة الخلاف فيمن اقتصر على الايماء فان كان فى مرقد ونحوه وأتم السجود جاز بلا خلاف ، وأما الماشى فى السفر ففيه وجهان (الصحيح) المشهور أنه يشترط شروطه على الأرض لعدم المشقة فيه وندوره (والثانى) يجزيه الايماء حكاه الرافعى .

(فرع) لو تصدق من تجددت له النعمة أو اندفعت عنه النقمة أو صلى شكرا لله تعالى كان حسنا يعنى مع فعله سجدة الشكر .

(فرع) لو خضع انسان لله تعالى فتقرب بسجدة بغير سبب يقتضى سجود شكر ففيه وجهان حكاهما امام الحرمين وغيره (أحدهما) يجوز ، قاله صاحب التقريب (وأصحهما) لا يجوز ، صححه امام الحرمين وغيره وقطع به الشيخ أبو حامد قال امام الحرمين : وكان شيخى يعنى أبا محمد يشدد فى انكار هذا السجود واستدلوا لهذا بالقياس على الركوع ، فانه لو تطوع بركوع مفردا كان حراما بالاتفاق لأنه بدعة وكل بدعة ضلالة الا ما دل دليل على استثنائه ، وسواء فى هذا الخلاف فى تحريم السجدة ما يفعل بعد صلاة وغيره وليس من هذا ما يفعله كثير من الجهلة من السجود بين يدى المشايخ ، بل ذلك حرام قطعا بكل حال سواء كان الى القبلة أو غيرها . وسواء قصد السجود لله تعالى أو غفل ، وفى بعض صوره ما يقتضى الكفر أو يقاربه ، عافانا الله الكريم ، وقد سبقت هذه المسألة مبسوطة فى آخر باب ما ينقض الوضوء والله أعلم .

(فرع) لو فاتت سجدة الشكر فهل يشرع قضاؤها ؟ فيه طريقان، قال صاحب التقريب : فيه الخلاف فى قضاء الرواتب وقطع غيره بأنه لا تقضى والخلاف مبنى على أنه يتطوع بمثله ابتداء أم لا ؟ فعند صاحب التقريب يتطوع به كما سبق فيشبه الرواتب وعند غيره يحرم التطوع بسجدة فلا تقضى كصلاة الكسوف .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى سجود الشكر : مذهبنا أنه سنة عند تجدد نعمة أو اندفاع نقمة ، وبه قال أكثر العلماء ، وحكاه ابن المنذر عن أبى بكر الصديق وعلى وكعب بن مالك رضى الله عنهم .

وعن اسحاق وأبى ثور وهـو مذهب الليث وأحمـد وداود ، قال ابن المنذر : وبه أقول ، قال أبو حنيفة : يكره ، وحكاه ابن المنذر عن النخعى ، وعن مالك روايتان (أشهرهما) الكراهـة ، ولم يذكر ابن المنـذر غـيرها (والثانية) أنه ليس سنة ، واحتج لمن كرهه بأن النبى صلى الله عليه وسلم « شكا اليه رجل القحط وهو يخطب فرفع يديه ودعا فسقوا فى الحال ، ودام المطر الى الجمعة الأخرى ، فقال رجل : يا رسول الله تهدمت البيوت وتقطعت السبل فادع الله يرفعه عنا ، فدعا فرفع فى الحال » والحديث فى الصحيحين من رواية أنس ، وموضع الدلالة أنه صلى الله عليه وسلم لم يسجد لتجدد نعمة المطر أولا ولا لدفع نقمته آخرا ، قالوا : ولأن الانسان لا يخلو من نعمة فان كلفه لزم الحرج •

واحتج أصحابنا بحديث أبى بكرة وقد بيناه ، وعن سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه قال : خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم من مكة نريد المدينة فلما كنا قريبا من حروراء نزل فرفع يديه فدعا الله تعالى ساعة ثم خر ساجدا ، فمكث طويلا ، ثم قام فرفع يديه ساعة ثم خر ساجدا فمكث طويلا ثم قام فرفع يديه قال : انى سألت ربى وشـفعت لأمتى فأعطانى ثلث أمتى فخررت لربى شكرا ثم رفعت رأسى فسألت ربى لأمتى فأعطانى الثلث الآخر فخررت ساجدا لربى » رواه أبو داود • لا نعلم ضعف أحد من رواته ، ولم يضعفه أبو داود ، ومالم يضعفه فهو عنده حسن كما قدمنا بيانه غير مرة • وعن البراء بن عازب أن النبى صلى الله عليه وسلم « خر ساجدا [حين] جاءه كتاب على رضى الله عنه من اليمن باسلام همدان » رواه البيهقى من جملة حديث طويل ، وقال : هو صحيح على شرط البخارى • وعن كعب بن مالك رضى الله عنه فى حديث توبته قال : « فخررت ساجدا ، وعرفت أنه قد جاء الفرج » رواه البخارى ومسلم ، وروى البيهقى وغيره سجود الشكر من فعل أبى بكر الصديق وعمر وعلى رضى الله عنهم •

والجواب عن حديثهم أنه ترك السجود فى بعض الأحوال بيانا للجواز ، أو لأنه كان على المنبر ، وفى السجود حينئذ مشقة أو اكتفى بسجود الصلاة والجواب بأحد هذه الأوجه أو غيرها متعين للجمع بين الأدلة •

(فصـــل) : فى مسائل تتعلق بسجود التلاوة

(احداها) اذا قرأ آيات السجدات فى مكان واحد سجد لكل سـجدة فلو كرر الآية الواحدة فى المجلس نظر ان لم يسجد للمرة الأولى كفاه للجميع سجدة واحدة وان سجد للمرة الأولى فثلاثة أوجه • أصحها : يسجد مرة أخرى لتجدد السبب ، وبهذا قال مالك وأحمـد وعن أبى حنيفة روايتان ، والثانى : تكفيه الأولى قاله ابن سريج ، ورجحه صاحب العدة والشيخ نصر المقدسى ، وقطع به الشيخ أبو حامد فى تعليقه والثالث : ان طال الفصل بينهما سجد ثانيا والا فلا ولو كرر آية فى الصلاة ، فان كان فى ركعة فكالمجلس الواحد ، وان كان فى ركعتين سجد للثانية أيضا كالمجلسين ، ولو قرأ مرة فى الصلاة ومرة خارجها فى مجلس واحد وسجد للأولى ، قال الرافعى : لم أر فيه نصا للأصحاب ، قال : واطلاقهم يقتضى طرد الخلاف فيه •

(والثانية) ينبغى أن يسجد عقب قراءة السجدة أو استماعها فان أخر وقصر الفصل سجد ، وان طال فاتت وهل تقضى ؟ فيـه قولان حـكاهما صاحب التقريب وتابعوه عليهما (أظهرهما) وبه قطع الشـيخ أبو حامـد والبندنيجى والصيدلانى وآخرون : لا تقضى لأنها تفعـل لعارض فأشبهت صلاة الكسوف وضبط طول الفصل يأتى بيانه فى باب سجود السـهو ان شاء الله تعالى • ولو قرأ سجدة فى صلاته فلم يسجد سجد بعد سلامه ان قصر الفصل ، فان طال ففيه الخلاف • ولو كان القارىء والمستمع محدثا حال القراءة فان تطهر على قرب سجد والا فالقضاء على الخلاف • ولو كان يصلى فقرأ قارىء السجدة وسمعه فقد قدمنا أنه لا يجوز أن يسجد فان سـجد بطلت صلاته ، فاذا لم يسجد وفرغ من صلاته هل يسجد ؟ فيه طرق ، قال صاحب التقريب : فيه القولان وقال البغوى : يحسن أن يسجد ولا يتأكد كما يجيب المؤذن اذا فرغ من الصلاة ، وقال آخرون : لا يسجد قطعا وهذا هو المذهب وبه قطع الشيخ أبو حامد فى تعليقه ، ونقله عن نصه فى البويطى وقطع به أيضا الشـاشى وغيره واختاره امام الحـرمين لأن قراءة غير امامه لا تقضى سجوده كما سبق ، واذا لم يحصل ما تقتضى اذاً فكيف يقضى ؟ •

(والثالثة) لو قرأ السجدة فى الصلاة قبل الفاتحة سـجد بخلاف ما لو

قرأها فى الركوع والسجود والتشهد فانه لا يسجد لأنه ليس محل قراءة ، ولو قرأ السجدة فهوى ليسجد فشك هل قرأ الفاتحة ؟ فانه يسجد للتلاوة ثم يعود الى القيام فيقرأ الفاتحة • ذكره البغوى وغيره •

(الرابعة) لو قرأ آية السجدة بالفارسية لم يسجد عندنا كما لو فسر آية سجدة وقال أبوحنيفة : يسجد •

(الخامسة) قال أصحابنا : لا يكره قراءة السجدة عندنا للامام كما لا يكره للمنفرد سواء كانت صلاة سرية أو جهرية ، ويسجد متى قرأها وقال مالك : يكره مطلقا وقال أبو حنيفة : يكره فى السرية دون الجهرية قال صاحب البحر : وعلى مذهبنا يستحب تأخير السجود حتى يسلم لئلا يهوش على المأمومين •

(السادسة) مذهبنا أنه لا يكره سجود التلاوة فى أوقات النهى عن الصلاة • وبه قال سالم بن عمر [1] والقاسم بن محمد وعطاء والشعبى وعكرمة والحسن البصرى وأبو حنيفة وأصحاب الرأى ومالك فى رواية عنه ، وقالت طائفة : يكره ، منهم ابن عمر وابن المسيب ومالك فى رواية واسحاق وأبو ثور رضى الله عنهم •

(السابعة) لا يقوم الركوع مقام السجود فى حال الاختيار عندنا ، وبه قال جمهور السلف والخلف ، وقال أبو حنيفة : يقوم مقامه ، ودليل الجمهور القياس على سجود الصلاة • واحتج أبو حنيفة بقوله تعالى : (وخر راكعا [2]) ولأن المقصود الخضوع وأجاب الجمهور بأن هذا شرع من قبلنا ، فان سلمنا أنه شرعنا حملنا الركوع هنا على السجود كما اتفق عليه المفسرون وغيرهم ، وأما قولهم المقصود الخضوع فجوابه أن الركوع ليس فيه من الخضوع ما فى السجود ، فأما العاجز عن السجود فيومىء به كما فى سجود الصلاة •

(الثامنة) اذا سجد المستمع مع القارىء لا يرتبط به ولا ينوى الاقتداء به وله الرفع من السجود قبله •

---

(١) لعله سالم بن عبد الله بن عمر وانما قال ابن عمر مجازا (ط) •
(٢) من الآية ٢٤ من سورة ص •

(التاسعة) لو سجد لتلاوة فقرأ فى سجوده سجدة أخرى لم يسجد ثانيا، هذا هو الصحيح المشهور ، وحكى صاحب البحر ــ وجها ــ أنه يسجد ثانيا وهو شاذ ضعيف أو غلط •

(العاشرة) لو قرأ فى صلاة الجنازة سجدة ، قال صاحب البحر : لا يسجد فيها ، وهل يسجد بعد فراغها ؟ قال فيه وجهان أصحهما : لا يسجد قال : وأصلهما أن القراءة التى لا تشرع هل يسجد لتلاوتها ؟ فيه وجهان •

(الحادية عشرة) لو أراد أن يقتصر على قراءة آية أو آيتين فيهما سجدة ليسجد لم أر لأصحابنا فيه كلاما ، وقد حكى ابن المنذر عن الشعبى والحسن البصرى وابن سيرين والنخعى وأحمد واسحاق أنهم كرهوا ذلك ، وعن أبى حنيفة ومحمد بن الحسن وأبى ثور أنه لا باس به ، ومقتضى مذهبنا أنه لا يكره ان لم يكن فى وقت الصلاة ولا فى صلاة ، فان كان فى وقت الكراهة فينبغى أن يجىء فيه الوجهان فيمن دخل المسجد فى هذا الوقت ليصلى التحية لا لغرض آخر •

(الثانية عشرة) لو سمع رجل قراءة امرأة السجدة استحب له السجود ، هذا مذهبنا • وحكى ابن المنذر عن قتادة ومالك واسحاق أنه لا يسجد •

(**فرع**) فى فضل سجود التلاوة عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا قرأ ابن آدم السجدة فسجد اعتزل الشيطان يبكى يقول : يا ويلاه أمر ابن آدم بالسجود فسجد فله الجنة ، وأمرت بالسجود فأبيت فلى النار » •

(**فرع**) اذا كان المسافر قارئا فقرأ السجدة فى صلاة سجد بالايماء بلا خلاف وان كان فى غير صلاة سجد بالايماء أيضا على المذهب • وبه قطع الجمهور ، وفيه وجه شاذ أنه لا يسجد وبه قال بعض الحنفية ، وقال مالك وأبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وزفر وأحمد وداود : يسجد مطلقا •

« تم الجزء الثالث ويليه الجزء الرابع باذن الله تعالى وأوله »

باب ما يفسد الصلاة ويكره فيها

تصحيح هامش صفحتى ١٠٦ ، ١٠٧

كنا فى رحلة الى ماليزيا وقد عن لبعض من عهدنا اليهم تصحيح الملازم أن يتجاوز بعض التجاوز وهذا من شيم البشر اذ العصمة لله وحده فجاءت بعض الأخطاء التى نرجو من القارىء أن يتداركها بقلمه (اللهم لا تؤاخذنا ان نسيا أو أخطأنا) وهذا هو الهامش على النحو الصحيح الخالى من الخطأ .

فى معرض بحثى عن فرق اليهود الاحدى وسبعين فرقة التى ورد بها الحديث الشريف عرفت منها الفرق بين العبريين والموسويين واليهود والاسرائيليين والسامرة والمكابيين والصدوقيين والبتوسيين والحسيديم والاسيين والكتاب والفريسيين والربانين والقرائين والتلموديين والسفرديم والاشكنازيم والعيسويين وقد تفرع من العيسويين الذين كانوا فى عصر عبد الملك بن مروان وكان يعرف زعيمهم بمحمد بن عيسى واتبعه جمهور كبير من اليهود وقد حدثت وقائع بينه وبين رجال أبى جعفر المنصور فقتلوه وقد أدعى النبوة وزعم أنه بشير المسيح المنتظر وقد ظهر بعده يودجان وهو زعيم فرقة اليودجانيم وقد ادعى أنه هو المسيح المنتظر ويزعم أتباعه أنه حى وأنه سيظهر مرة أخرى وقد أهمل السبوت والأعياد ولعد دعوة أبى عيسى وتلميذه يودجان هى السابقة لدعوة الباب والبهاء حدو النعل بالنعل ثم جاءت بعد اليودجنيم فرقة الشدجئونيم والموشكئونيم نسبة الى كبيرهم موشكا وكان من طريقته الاكراه على نحلته خلافا ليودجان وقتل ببلاد فارس ا هـ من كتاب القراءون والربانون للمحامى اليهودى الحاخام مراد فرج وبنسكر ص ١٦ والكنز من كتب اليهود ص ٦٥ ، ٥٦ لحى الله المغضوب عليهم والضالين اجمعين (ط) .

بسم الله الرحمن الرحيم

(باب ما يفسد الصلاة ويكره فيها)

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا قطع شرطا من شروطها كالطهارة والستارة وغيرهما بطلت صلاته).

(الشرح) قوله « الستارة » هو بكسر السين وهى السترة ، وتقديره الاستتار بالستارة ، ولو قال الستر كان أحسن . قال أصحابنا : اذا أخل بشرط من شروط الصلاة مع قدرته عليه بطلت صلاته ، سواء دخل فيها بخلافه أو دخل فيها وهو موجود ثم أخل به لأن المشروط عدم عند عدم شرطه ، وان اختل الشرط لعذر ففيه تفصيل وخلاف سبق فى مواضعه .

فأما طهارة الحدث اذا عجز عن الماء والتراب فسبق فى باب التيمم فيه أربعة أقوال ، الصحيح وجوب الصلاة على حسب حاله والاعادة . ولو دخل فى الصلاة معتقدا أنه متطهر فبان محدثا لم تصح بلا خلاف . وأما طهارة النجس فلو عجز عنها لعجزه عن الماء أو حبس فى موضع نجس فيجب أن يصلى على حسب حاله وتجب الاعادة على المذهب وقد سبقت المسألة فى باب طهارة البدن ، وسبق هناك أيضا أنه لو صلى بنجاسة جاهلا بها أو ناسيا لزمه الاعادة على المذهب . وأما ستر العورة فسبق فى بابه أنه اذا عجز عنه صلى عاريا ولا اعادة ، وسبق هناك أنه لو صلى عاريا وعنده سترة نسيها أو جهلها لزمه الاعادة على المذهب .

وأما استقبال القبلة فان تحير وصلى بغير اجتهاد لحرمة الوقت لزمه الاعادة ، وان اجتهد وتيقن الخطأ لزمه الاعادة على أصح القولين . وأما معرفة الوقت فان اجتهد فيه وتيقن أنه غلط وصلى قبل الوقت لزمه الاعادة على المذهب ، وقد سبقت كل هذه المسائل فى أبوابها ، وانما أردت جمعها ملخصة فى موضع واحد ، وبالله التوفيق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان سبقه الحدث ففيه قولان . قال فى الجديد : تبطل صلاته لأنه حدث يبطل الطهارة فابطل صلاته كحدث العمد ، وقال فى القديم : لا تبطل صلاته ، بل ينصرف ويتوضأ ويبنى على صلاته ، لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا قاء أحدكم فى صلاته أو قلس فلينصرف وليتوضأ وليبن على ما مضى ما لم يتكلم » ، ولأنه حدث بغير اختياره فاشبه سلس البول ، فان أخرج على هذا [القول] بقية الحدث (١) . لم تبطل صلاته لأن حكم البقية حكم الأول ، فاذا لم تبطل بالأول لم تبطل بالبقية ، ولأن به حاجة الى اخراج البقية لتكمل طهارته) .

(الشرح) حديث عائشة ضعيف متفق على ضعفه ، رواه ابن ماجه والبيهقى باسناد ضعيف من رواية اسماعيل بن عياش عن ابن جريج عن ابن أبى مليكة عن عائشة ، وقد اختلف أهل الحديث فى الاحتجاج باسماعيل بن عياش ، فمنهم من ضعفه فى كل ما يرويه ومنهم من ضعفه فى روايته عن غير أهل الشام خاصة ؛ وابن جريج حجازى مكى مشهور فيحصل الاتفاق على ضعف روايته لهذا الحديث ، قال (٢) ورواه جماعة عن ابن عياش عن ابن جريج عن أبيه عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسلا ، قال وهذا الحديث أحد ما أنكر على اسماعيل بن عياش ، والمحفوظ أنه مرسل . وأما من رووه متصلا فضعفاء مشهورون بالضعف ، وأما قول امام الحرمين فى النهاية والغزالى فى البسيط : انه مروى فى الكتب الصحاح فغلط ظاهر فلا يغتر به وقوله « قلس » هو بفتح القاف واللام وبالسين المهملة ، يقال قلس يقلس بكسر اللام ، أى تقايا ، والقلس باسكان اللام القىء ، وقيل هو ما خرج من الجوف ولم يملأ الفم ، قاله الخليل بن أحمد ، فعلى هذا يكون قوله فى الحديث أو قلس للتقسيم وعلى الأول تكون للشك من الراوى .

وقوله (لأنه حدث يبطل الطهارة) احتراز من حدث المستحاضة ، وفى هذا تصريح ببطلان الطهارة قطعا ، وانما الخلاف فى بطلان الصلاة .

(واما حكم المسألة) فان أحدث المصلى فى صلاته باختياره بطلت صلاته بالاجماع سواء كان حدثه عمدا أو سهوا ، سواء علم أنه فى صلاة أم لا ،

---

(١) ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق .

(٢) القائل هنا من ضعفه فى روايته عن غير أهل الشام (ط) .

وان أحدث بغير اختياره بأن سبقه الحدث بطلت طهارته بلا خلاف ، وفى صلاته قولان مشهوران الصحيح الجديد أنها تبطل ، والقديم لا تبطل ، وقد ذكر المصنف دليلهما ، فعلى القديم لا تبطل سواء كان حدثا أصغر أو أكبر ، بل ينصرف فيتطهر ويبنى على صلاته ، فان كان حدثه فى الركوع مثلا ، قال الصيدلانى : يجب أن يعود الى الركوع • وقال امام الحرمين ان لم يكن اطمأن وجب العود الى الركوع وان كان اطمأن ففيه احتمال ، قال : والظاهر أنه لا يعود ، وجزم الغزالى بما قاله الامام ، والأصح قول الصيدلانى لأن الرفع الى الاعتدال من الركوع مقصود • ولهذا قال الأصحاب : يشترط أن لا يقصد صرفه عن ذلك ، وهذا الرفع حصل فى حال الحدث فلم يعتد به ، فيجب أن يعود الى الركوع ، وان كان اطمأن •

قال أصحابنا : ثم اذا ذهب ليتطهر ويبنى لزمه أن يسعى فى تقريب الزمان وتقليل الأفعال بحسب الامكان ، وليس له أن يعود بعد طهارته الى الموضع الذى كان فيه ان قدر على الصلاة فى أقرب منه الا أن يكون اماما لم يستخلف أو مأموما يقصد فضيلة الجماعة فلهما العود ، وكل ما لا يستغنى عنه من الذهاب الى الماء واستقائه ونحوه فلا بأس به ، ولا يشترط فيه العدو والبدار الخارج عن العادة ونقل الشيخ أبو حامد عن نصه فى القديم أنه يشترط فى البناء أن لا يطول الفصل ولم يذكر فيه خلافا • قال الشافعى فى القديم وأصحابنا : ويشترط أن لا يتكلم الا اذا احتاج اليه فى تحصيل الماء فيجوز ، ولو أخرج بقية الحدث الأول متعمدا لم يمنع البناء على الصحيح المنصوص فى القديم ، وبه قطع المصنف والجمهور وقال امام الحرمين والغزالى : يمنع ، والمذهب الأول ، واختلفوا فى علته على وجهين ذكرهما المصنف والأصحاب (أصحهما) أن طهارته بطلت ولا أثر للحدث بعد ذلك (والثانى) أنه يحتاج الى اخراج البقية لئلا يسبقه مرة أخرى ، فلو أحدث حدثا آخر ففى منعه البناء وجهان بناء على العلتين ان قلنا بالأول جاز البناء والا فلا ، ولو رعف المصلى أو قاء أو غلبته نجاسة أخرى جاز له على القديم أن يخرج ويغسل نجاسته ويبنى على صلاته بالشروط السابقة فى الحديث ، نص عليه فى القديم ، هذا كله تفريع القديم الضعيف ، والله أعلم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى جواز البناء لمن سبقه الحدث

قد ذكرنا أن مذهبنا الصحيح الجديد أنه لا يجوز البناء بل يجب الاستئناف وهو مذهب المسور بن مخرمة الصحابى رضى الله عنه • وبه قال مالك وآخرون ، وحكاه صاحب الشامل عن ابن شبرمة ، وهو الصحيح من مذهب أحمد • وقال أبو حنيفة وابن أبى ليلى والأوزاعى : يبنى على صلاته • وحكاه ابن الصباغ وغيره عن عمر بن الخطاب وعلى وابن عمر رضى الله عنهم ، ورواه البيهقى عن على وسلمان الفارسى وابن عباس وابن عمر وابن المسيب وأبى سلمة بن عبد الرحمن وعطاء وطاوس وأبى ادريس الخولانى وسليمان بن يسار وغيرهم رضى الله عنهم ، وقد ذكر المصنف مختصر دليل المذهبين والحديث ضعيف والصحابة رضى الله عنهم مختلفون فى المسألة فيصار للقياس ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وقعت عليه نجاسة يابسة فنحاها فى الحال لم تبطل صلاته لأنها ملاقاة نجاسة هو معذور فيها فلم تقطع الصلاة كسلس البول ، وان كشفت الريح الثوب عن العورة ثم رده لم تبطل صلاته لأنه معذور فيه فلم تقطع الصلاة كما لو غصب منه الثوب فى الصلاة) •

(الشرح) قال أصحابنا : اذا وقعت عليه نجاسة يابسة فنفضها فى الحال أو وقعت رطوبة على بعض ملبوسه فألقى فى الحال أو كشفت الريح عورته فسترها فى الحال لم تبطل صلاته لما ذكره المصنف • فان تأخر ذلك بطلت صلاته على الصحيح الجديد • وفى القديم يبنى كمن سبقه الحدث كما سنذكره قريبا ان شاء الله تعالى • ولو غصب ثوبه منه وهو فى الصلاة فأتم صلاته عاريا صحت ولا اعادة لأنه معذور ، بخلاف ما لو أكره على الكلام فى صلاته فانها تبطل على أصح القولين لأنه نادر لا يتعلق به غرض للمكره وقول المصنف « نحاها » يعنى نفضها ولم يحملها • فان حملها بيده أو كمه بطلت صلاته لأنه مختار لحملها بلا ضرورة ، هكذا ذكره أصحابنا ، والله أعلم •

(فرع) قال أصحابنا : اذا طرأ فى الصلاة حدث أصغر أو أكبر فحكمه ما سبق من التفصيل والخلاف ، الا حدث الاستحاضة وسلس البول

فلا يضر بشرطه السابق فى باب الحيض ، وان طرأ فيها غير الحدث من الأسباب المنافية لها أبطلها ان كان باختياره أو بغير اختياره اذا نسب فيه الى تقصير كمن مسح خفه فانقضت مدته فى أثناء الصلاة أو دخل وهو يدافع الحدث ويعلم أنه لا يقدر على التماسك الى فراغها ووقع الحدث فلا يجوز البناء قولا واحدا لتقصيره • ولو تخرق خف الماسح فيها فطريقان (أصحهما) على قولى سبق الحدث (والثانى) تبطل قطعا لتقصيره فى تعهده قبل الدخول فى الصلاة • وان طرأ مناقض لا باختياره ولا بتقصيره ــ فان أزاله فى الحال كمن كشفت الريح عورته فسترها فى الحال أو وقعت عليه نجاسة يابسة فنفضها فى الحال أو رطبة فألقى ثوبه فى الحال فصلاته صحيحة • وان نحاها بيده أو كمه بطلت صلاته ، وان احتاج فى ازالته الى زمن بأن تنجس ثوبه أو بدنه يجب غسلها أو أبعدت الريح ثوبه فعلى قولى سبق الحدث ، أما اذا خرج من جرحه دم كثير فتدفق ولم يلوث بشرته فلا تبطل صلاته بالاتفاق وقد سبقت المسألة فى باب طهارة البدن •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان ترك فرضا من فروضها كالركوع والسجود وغيرهما بطلت صلاته لقوله صلى الله عليه وسلم للأعرابى المسىء صلاته : ((أعد صلاتك فانك لم تصل)) وان ترك القراءة ناسيا ففيه قولان ، وقد مضى فى القراءة) •

(الشرح) حديث الأعرابى رواه البخارى ومسلم من رواية أبى هريرة رضى الله عنه وقد تكرر بيانه فى باب صفة الصلاة • أما حكم المسألة فاذا ترك فرضا من فروض الصلاة كركوع أو سجود ونحوهما نظر ان تركه عمدا وانتقل الى ما بعده بطلت صلاته بلا خلاف • وان تركه سهوا وسلم من الصلاة وطال الفصل فهى باطلة أيضا بلا خلاف ، وان تركه سهوا فذكره فى الصلاة أو بعد السلام وقبل طول الفصل لم تبطل ، بل يبنى على صلاته • وسيأتى تفصيله فى باب سجود السهو ان شاء الله تعالى ، هذا كله فى الركوع والسجود ونحوهما من الأركان ، غير النية وتكبيرة الاحرام والقراءة •

أما النية والتكبيرة فمن ترك احداهما لم يكن داخلا فى الصلاة سواء تركها عمدا أو سهوا وأما القراءة فان تركها عمدا بطلت صلاته ، وان تركها سهوا فقولان سبق بيانهما وتفصيلهما فى باب صفة الصلاة وبالله التوفيق •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان تكلم فى صلاته او قهقه فيها أو شهق بالبكاء وهو ذاكر للصلاة عالم بالتحريم بطلت صلاته لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الكلام ينقض الصلاة ولا ينقض الوضوء » وروى « الضحك ينقض الصلاة ولا ينقض الوضوء » وان فعل ذلك وهو ناس انه فى الصلاة ولم يطل لم تبطل صلاته لما روى أبو هريرة رضى الله عنه : « ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف من اثنتين فقال له ذو اليدين : اقصرت الصلاة أم نسيت يا رسول الله ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اصدق ذو اليدين ؟ فقالوا : نعم [فقام] رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى اثنتين أخريين ثم سلم » وان فعل ذلك وهو جاهل بالتحريم ولم يطل لم تبطل صلاته لما روى معاوية بن الحكم رضى الله عنه قال : « بينا انا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم [فى الصلاة] اذ عطس رجل من القوم فقلت : يرحمك الله فحدقنى القوم بأبصارهم فقلت : واثكل أمياه ما بالكم تنظرون الى ؟ فضرب القوم بأيديهم على افخاذهم فلما انصرف رسول الله صلى الله عليه وسلم دعانى ـ بأبى وأمى هو ما رأيت معلما احسن تعليما منه والله ما ضربنى ولا كهرنى ـ قال ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شىء من كلام الناس (١) ، انما هى التسبيح والتكبير وقراءة القرآن » .

فان سبق لسانه من غير قصد الى الكلام او غلبه الضحك [ولم يطل] لم تبطل لأنه غير مفرط فيه فهو كالناسى والجاهل . وان اطال الكلام وهو ناس أو جاهل بالتحريم او مغلوب ففيه وجهان المنصوص فى البويطى ان صلاته تبطل ، لأن كلام الناسى والجاهل والمغلوب كالعمل القليل اذا كثر ابطل الصلاة فكذلك الكلام ، ومن اصحابنا من قال : لا تبطل كأكل الناسى لا يبطل الصوم قل او كثر ، وان تنحنح أو تنفس أو نفخ او بكى او تبسم عامداً ولم يبن منه حرفان لم تبطل صلاته لما روى عبد الله بن عمر قال : كسفت الشمس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما سجد جعل ينفخ فى الأرض ويبكى وهو ساجد [فى الركعة الثانية] فلما قضى صلاته قال : والذى نفسى بيده لقد عرضت على النار حتى انى لأطفئها خشية أن تغشاكم ، ولأن ما لا يتبين منه حرفان ليس بكلام فلا تبطل به الصلاة) .

(الشرح) أما الحديث الأول فضعيف سبق بيانه وتضعيفه فى باب ما ينقض الوضوء ويغنى عنه ما سنذكره من الأحاديث الصحيحة فى فرع مذاهب العلماء ان شاء الله تعالى . أما حديث أبى هريرة فى قصة ذى اليدين فرواه البخارى ومسلم ، وأما حديث معاوية بن الحكم فرواه مسلم ، وأما

---

(١) فى النسخة المطبوعة (الآدميين) .

حديث عبد الله بن عمرو بن العاص فى البكاء فى الصلاة فرواه النسائى بلفظه وأبو داود بنحوه وفى اسناده ضعف ، وفى الصحيح ما يغنى عنه ، وقوله : انصرف من اثنتين أى سلم فى الصلاة الرباعية من ركعتين ناسيا ، وقوله : ذو اليدين قيل له ذلك لأنه كان فى يديه طول ثبت ذلك فى الصحيح واسمه الخرباق بن عمرو بكسر الخاء المعجمة واسكان الراء وبالباء الموحدة ثم ألف ثم قاف • وقوله : أقصرت ؟ هو بضم القاف وكسر الصاد وروى بفتح القاف وضم الصاد وكلاهما صحيح • وقوله : بينا أنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم أى بين أوقات كونى معه ، وقد سبق بسط شرح هذه اللفظة فى باب صفة الصلاة فى فصل القراءة • قوله (فحدقنى القوم بأبصارهم) هكذا وقع فى المهذب حدقنى بفتح الحاء والدال المهملتين والدال مخففة وكذا رويناه فى مسند أبى عوانة وسنن البيهقى ، والذى فى صحيح مسلم وسنن أبى داود وغيرهما فرمانى القوم بأبصارهم ، وهذا ظاهر • وأما رواية (حدقنى) فمشكلة لأنه لا يعرف فى هذه الكتب المشهورة فى اللغة حدق بمعنى نظر ونحوه انما قالوا : حدق بالتشديد اذا نظر نظرا شديدا لكنه لازم غير متعد يقال : حدق اليه ولا يقال : حدقه ، وزعم جماعة من المتأخرين أن معنى حدقنى رمونى بأحداقهم وانما يعرف حدقنى بمعنى أصاب حدقتى •

وقال شيخنا أبو عبد الله بن مالك امام العربية فى زماننا بلا مدافعة : يصح حدقنى مخففا بمعنى أصابنى بحدقته ، كقولهم : عنته أصبته بالعين وركبه البعير أصابه بركبته ، قوله : واثكل أمياه هو بكسر الميم وبعدها ياء والثكل بضم الثاء المثلثة واسكان الكاف وبفتحهما لغتان كالنجل والنجل حكاهما الجوهرى وغيره ، وهو فقدان المرأة ولدها وامرأة ثكلى اذا فقدته وقوله (بأبى وأمى) أى أفديه بهما قوله (ماكهرنى) أى ما انتهرنى وفى هذا الحديث وحديث ذى اليدين جمل من الأحكام والقواعد ومهمات الفوائد وقد ذكرتها فى شرح صحيح مسلم •

(واما احكام الفصل) فقال أصحابنا رحمهم الله : للمتكلم فى الصلاة حالان (احداهما) أن يكون غير معذور فينظر ان نطق بحرف واحد لم تبطل صلاته ، لأنه ليس بكلام الا أن يكون الحرف مفهما كقوله : ق أو ، ش أو ع

بكسرهن فانه تبطل صلاته بلا خلاف لأنه نطق بمفهم فأشبه الحروف ، وان نطق بحرفين بطلت بلا خلاف ، سواء أفهم أم لا ، لأن الكلام يقع على الفهم وغيره • هـذا مذهب اللغويين والفقهـاء والأصوليين ، وان كان النحويون يقولون لا يكون الا مفهما • ولو نطق بحرف ومدة بعده فثلاثة أوجه حكاها الرافعى « أصحها » تبطل لأنه كحرفين « الثانى » لا لأنه حرف « الثالث » قاله امام الحرمين ان أتبعه بصوت غفل وهو الذى لا تقصع فيه بحيث لا يقع على صورة المد لم تبطل ، وان أتبعه بحقيقة المد بطلت قال : لأن المد يكون ألفا أو واوا أو ياء وهى وان كانت اشباعا للحركات الثلاث فهى معـدودة حروفا ، وأما الضحك والبكاء والأنين والتأوه والنفخ ونحوها فان بان منه حرفان بطلت صلاته والا فلا ، وسواء بكى للدنيا أو للآخرة •

وأما التنحنح فحاصل المنقول فيه ثلاثة أوجه الصحيح الذى قطـع به المصنف والأكثرون ان بان منه حرفان بطلت صلاته والا فلا •

(والثانى) لا تبطل ــ وان بان منه حرفان قال الرافعى : وحكى هـذا عن نص الشافعى •

(والثالث) ان كان فمه مطبقا لم تبطل مطلقا والا فان بان حرفان بطلت والا فلا • وبهذا قطع المتولى •وحيث أبطلنا بالتنحنح فهو ان كان مختارا بلا حاجة فان كان مغلوبا لم تبطل قطعـا ، ولو تعذرت قراءة الفـاتحة الا بالتنحنح فيتنحنح ولا يضره لأنه معذور ، وان أمكنته القراءة وتعذر الجهر الا بالتنحنح فليس بعذر على أصح الوجهين لأنه ليس بواجب ، ولو تنحنح امامه وظهر منه حرفان فوجهان حكاهما القاضى حسين والمتولى والبغوى وغيرهم (أحدهمـا) يلزمه مفارقته ، لأنه فعـل ما يبطل الصـلاة ظاهرا (وأصحهما) أن له الدوام على متابعته لأن الأصل بقاء صلاته (والظاهر) أنه معذور والله أعلم •

وقد روى عن على رضى الله عنه قال : « كانت لى ساعة من النبى صلى الله عليه وسلم آتيه فيها فان وجدته يصلى تنحنح فلاخلت » رواه النسائى وابن ماجه والبيهقى وهو حديث ضعيف لضعف راويه واضطراب اسـناده ومتنه ضعفه البيهقى وغيره وضعفه ظاهر والله أعلم •

(الحال الثانى) فى الكلام بعذر فمن سبق لسانه الى الكلام بغير قصد أو غلبه الضحك أو العطاس أو السعال وبان منه حرفان أو تكلم ناسيا كونه فى الصلاة أو جاهلا تحريم الكلام فيها ــ فان كان ذلك يسيرا ــ لم تبطل صلاته بلا خلاف عندنا • وان كان كثيرا فوجهان مشهوران (الصحيح) منهما باتفاق الأصحاب : تبطل صلاته ، وهو المنصوص فى البويطى كما ذكر المصنف ، وهو ظاهر نصه أيضا فى غير البويطى (والثانى) لا تبطل وهو قول أبى اسحق المروزى والرجوع فى القلة والكثرة الى العرف ، هذا هو الصحيح المنصوص فى الأم • وبه قطع الجمهور • وحكى القاضى أبو الطيب فيه قولا آخر عن نصه فى الاملاء أن حد طول الفصل هنا أن يمضى قدر ركعة ووجهان عن ابن أبى هريرة أنه قدر الصلاة •

وأما قياس المصنف عدم البطلان على أكل الصائم كثيرا فهو جار على طريقته وطريقة غيره من العراقيين فى أن أكل الناسى لا يفطره وان كثر وجها واحدا وعند الخراسانيين وجهان سنوضحهما فى كتاب الصيام ان شاء الله تعالى •

قال أصحابنا : وانما يكون الجهل بتحريم الكلام عذرا فى قريب العهد بالاسلام فأما من طال عهده فى الاسلام فتبطل به صلاته لتقصيره فى التعلم • ولو علم تحريم الكلام ولم يعلم كونه مبطلا للصلاة بطلت بلا خلاف لتقصيره وعصيانه ، كما لو علم تحريم القتل والزنا والشرب والسرقة والقذف وأشباهها وجهل العقوبة فانه يعاقب ولا يعذر بلا خلاف ، ولو جهل كون التنحنح مبطلا ، وهو طويل عهد بالاسلام ، فهل يعذر ؟ وجهان (أحدهما) لا لتقصيره فى التعلم (وأصحهما) يعذر لأنه يخفى على العوام مع علمهم بتحريم الكلام ، ولو علم أن جنس الكلام محرم ولم يعلم أن ما أتى به محرم فوجهان الأصح : يعذر ولا تبطل ، أما اذا أكره على الكلام ففى بطلان صلاته قولان حكاهما الرافعى أصحهما ــ وبه قطع البغوى ــ تبطل لندوره ، وكما لو أكره أن يصلى بلا وضوء أو قاعدا أو الى غير القبلة فانه يجب الاعادة قطعا لندوره ، قال البغوى : وكذا لو أكره على فعل يناقض الصلاة بطلت لأنه نادر [1] •

---

(1) فى الأصل (قادر) (ط) •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان كلمه رسول الله صلى الله عليه وسلم فاجابه لم تبطل صلاته ؛ لما روى أبو هريرة رضى الله عنه « ان النبى صلى الله عليه وسلم سلم على أبى بن كعب وهو يصلى فلم يجبه ، فخفف الصلاة وانصرف الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : ما منعك أن تجيبنى ؟ قال : يا رسول الله كنت اصلى : قال : افلم تجد فيما اوحى الى : استجيبوا لله وللرسول اذا دعاكم ؟ قال : بلى يا رسول الله لا اعود » وان راى المصلى ضريرا يقع فى بئر فانذره بالقول ففيه وجهان قال ابو اسحاق : لا تبطل صلاته ، لأنه واجب عليه فهو كاجابة النبى صلى الله عليه وسلم ، ومن اصحابنا من قال : تبطل لأنه قد لا يقع فى البئر وليس بشىء) .

(الشرح) حديث أبى هريرة فى قصة أبى رضى الله عنهما رواه الترمذى بلفظه هنا وزاد عليه وقال : حديث حسن صحيح ورواه النسائى أيضا بمعناه، ورواه البخارى فى صحيحه عن أبى سعيد بن المعلى : « أنه كان يصلى فمر به النبى صلى الله عليه وسلم فدعاه فلم يجبه » وذكر معنى قصة أبى . وقد أنكر القلعى على المصنف احتجاجه بحديث أبى هريرة وتركه حديث ابن المعلى ، وأوهم أن حديث أبى هريرة ضعيف وصرح أن حديث ابن المعلى فى الصحيحين ، فغلط فى شيئين (أحدهما) توهينه حديث أبى هريرة مع أنه صحيح كما ذكرنا (والثانى) دعواه أن حديث ابن المعلى فى الصحيحين وانما هو فى البخارى دون مسلم .

قال أصحابنا : لو كلم النبى صلى الله عليه وسلم فى عصره انسانا فى صلاة أو فى غير صلاة وجب عليه اجابته ، ولا تبطل صلاته بذلك على المذهب . وبه قطع الجمهور ، وفيه وجه أنه لا تجب اجابته وتبطل بها الصلاة ، والصحيح الأول ، قالوا : ولهذا يخاطبه فى الصلاة بقوله : السلام عليك أيها النبى ولا تبطل به الصلاة بل لا تصح الا به .

وأما مسألة الأعمى فقال أصحابنا : لو رأى المصلى مشرفا على الهلاك كأعمى يقارب أن يقع فى بئر أو صبى لا يعقل قارب الوقوع فى نار ونحوها أو نائم أو غافل قصده سبع أو حية أو ظالم يريد قتله وما أشبه ذلك ، ولم يمكنه انذاره الا بالكلام وجب الكلام بلا خلاف ، وهل تبطل صلاته ؟ فيه الوجهان المذكوران فى الكتاب بدليلهما وهما مشهوران أصحهما عند المصنف والقاضى

أبى الطيب والمتولى لا تبطل وهو قول أبى اسحاق المروزى وأصحهما عند الرافعى تبطل.

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كلمه انسان وهو فى الصلاة فأراد ان يعلمه انه فى الصلاة أو سبها الامام فأراد أن يعلمه السهو استحب له ان كان رجلا أن يسبح وتصفق ان كانت امرأة فتضرب ظهر كفها الأيمن على بطن كفها الأيسر لما روى سهل بن سعد الساعدى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا نابكم شىء فى الصلاة فليسبح الرجال وليصفق النساء » فاذا فعل ذلك للاعلام لم تبطل صلاته لأنه مأمور به ، فان صفق الرجل وسبحت المرأة لم تبطل الصلاة لأنه ترك سنة) .

(الشرح) حديث سهل رواه البخارى ومسلم ، وقد سبق بيان حال سعد فى آخر استقبال القبلة ، قال أصحابنا : متى ناب المصلى شىء بأن احتاج الى تنبيه امامه على سهو أو استأذن عليه أحد أو رأى أعمى يقارب الوقوع فى بئر أو نار ونحوها أو أراد اعلام غيره بأمر فالسنة أن يسبح الرجل وتصفق المرأة فى كل هذه الأمثلة ، فلو صفق الرجل وسبحت هى فقد خالفا السنة ــ ولا تبطل صلاتهما ، وصفة التسبيح سبحان الله أو نحو هذا اللفظ ، ويجهر به جهرا يسمعه المقصود . وصفة التصفيق أن تضرب بظهر كفها اليمنى بطن كفها اليسرى أو عكسه ، وقيل تضرب أكثر أصابعها اليمنى على ظهر أصابعها اليسرى وقيل تضرب أصبعين على ظهر الكف والجميع متقارب ، والأول أصح وأشهر ، قال أصحابنا : ولا تضرب بطن كف على بطن كف فان فعلت ذلك على وجه اللعب بطلت صلاتها لمنافاته الخشوع وممن صرح ببطلان صلاتها اذا فعلته على وجه اللعب القاضى أبو الطيب ، فان جهلت تحريمه لم تبطل ، قال الشيخ أبو حامد وغيره : التصفيق والتسبيح سنتان ان كان التنبيه قربة ، وان كان مباحا فمباحان .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى ذلك . ذكرنا أن مذهبنا استحباب التسبيح للرجل والتصفيق للمرأة اذا نابهما شىء ، وبه قال أحمد وداود والجمهور ، وقال مالك : تسبح المرأة أيضا ، ووافقنا أبو حنيفة اذا قصد المصلى بذلك شيئا من مصلحة الصلاة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان أراد الاذن لرجل فى الدخول فقال : (ادخلوها بسلام آمنين (١)) فان قصد التلاوة والاعلام لم تفسد [صلاته] لأن تلاوة القرآن لا تبطل الصلاة، وان لم يقصد القرآن بطلت لأنه من كلام الآدميين) .

(الشرح) قال أصحابنا : الكلام المبطل للصلاة هو ما سوى القرآن والذكر والدعاء ونحوها فأما القراءة والذكر والدعاء ونحوها فلا تبطل الصلاة بلا خلاف عندنا ، وقال أبو حنيفة : [تفسد (٢)] دليلنا حديث معاوية بن الحكم السابق قريبا فلو أتى بشىء من نظم القرآن بقصد القراءة فقط أو بقصد القراءة مع غيرها كتنبيه امامه أو غيره أو الفتح على من أرتج أو تفهيم أمر ، كقوله لجماعة أو واحد يستأذنون فى الدخول (ادخلوها بسلام آمنين) أو استؤذن فى أخذ شىء فيقول : (يا يحيى خذ (٣) الكتاب بقوة) وما أشبه هذا فهذا كله لا يبطل الصلاة سواء قصد القراءة أو القراءة مع الاعلام ، وسواء كان قد انتهى فى قراءته الى تلك الآية أو أنشأ قراءتها حينئذ لعموم حديث معاوية . وحكى صاحب البيان ــ وجها ــ أنه ان قصد مع القراءة غيرها بطلت صلاته وليس بشىء ، بل الصواب الذى قطع به المصنف والأصحاب أنها لا تبطل ، فأما ان قصد الاعلام وحده فتبطل بلا خلاف وان لم يقصد شيئا فظاهر كلام المصنف وغيره أنها تبطل . وينبغى أن يفرق بين أن يكون قد انتهى فى قراءته اليها فلا تبطل أو لا يكون فتبطل ، ودليل اطلاق البطلان اذا لم يقصد شيئا ما ذكره المصنف أنه يشبه كلام الآدمى ، وقد سبق فى تحريم القراءة على الجنب عن امام الحرمين وغيره أن مثل هذا النظم لا يكون قرآنا الا بالقصد فاذا أطلقه ولم يقصد به شيئا لا يحرم على الجنب، بل له حكم كلام الآدمى ولو أتى بكلمات من القرآن من مواضع مفرقة ليست فى القرآن على النظم الذى أتى به كقوله : يا ابراهيم بسلام كن ، بطلت صلاته ، ولم يكن لها حكم القرآن بحال . ذكره المتولى والرافعى قال

---

(١) الآية ٤٦ من سورة الحجر .

(٢) هذه العبارة ساقطة من ش و ق وبدونها لا يستقيم النظم ولا يتم المعنى ثم انه صريح مذهب أبى حنيفة كما حكاه الكاسانى فى البدائع (ط) .

(٣) الآية ١٢ من سورة مريم .

المتولى : وان فرق هذه الكلمات ولم يصل بعضها ببعض لم تبطل • يعنى اذا قصد القرآن •

(فـرع) قال أبو عاصم العبـادى فى الزيادات : اذا قرأ « والذين آمنوا وعملوا الصالحات أولئك أصحاب النار » فان تعمد بطلت صلاته والا فلا ويسجد للسهو وفيما قاله نظر •

(فـرع) قد اعتاد كثير من العوام أنهم اذا سمعوا قراءة الامام اياك نعبد واياك نستعين قالوا : اياك نعبد واياك نستعين [1] وهذا بدعة منهى عنها ، فأما بطلان الصلاة بها فقد قال صاحب البيان : تبطل الا أن يقصـد الدعاء والقراءة ولا يوافق عليه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان شمت عاطسا بطلت صلاته لحديث معاوية بن الحكم ، ولأنه كلام وضع لمخاطبة الآدمى فهو كرد السلام ، وروى يونس بن عبد الأعلى عن الشافعى رحمه الله أنه قال : لا تبطـل الصلاة لانه دعاء بالرحمـة فهو كالدعاء لأبويه بالرحمة) •

(الشرح) قال أصحابنا : الأدعية فى الصلاة ضربان عجمية وعربية ، فالعجمية سبق بيانها فى فصل التكبير من باب صفة الصلاة ، وأما الدعوات العربية فلا تبطل الصلاة سواء المأثور وغيره • وقد سبق بيان هذا فى أواخر صفة الصلاة وذكرنا هناك اختلاف العلمـاء فى غير المأثور ، قال أصحابنا : وانما يباح من الدعاء ما ليس خطابا لمخلوق ، فأما ما هو خطاب مخلوق غير رسول الله صلى الله عليه وسلم فيجب اجتنابه ، فلو قال لانسان غفر الله لك ، أو رضى الله عنك أو عافاك الله ونحو هذا بطلت صلاته لحديث معاوية • ولو سلم على انسان أو سلم عليه انسان فرد عليه السلام بلفظ الخطاب فقال : وعليك السلام أو قال لعاطس : رحمك الله أو يرحمك الله بطلت صلاته ، وفى العاطس هذا القول القريب الذى حكاه المصنف أنه لا تبطـل • والصحيح المشهور البطلان وهو الذى نص عليه الشافعى رحمه الله فى كتبه ، فلو رد السلام أو شمت العاطس بغير لفظ خطاب فقال : وعليه السلام أو يرحمه الله

---

(١) الآية ٥ من سورة الفاتحة •

لم تبطل صلاته باتفاق الأصحاب لأنه دعاء محض ، ويقال شمت العاطس وسمته بالشين المعجمة والمهملة لغتان مشهورتان ، ومعناه قال له : يرحمك الله.

وأما يونس بن عبد الأعلى فهو أبو موسى يونس بن عبد الأعلى بن ميسرة بن حفص الصدفى ــ بفتح الصاد والدال ــ المصرى ، وهو أحد أصحاب الشافعى المصريين ، وأحد شيوخ مسلم بن الحجاج روى عنه فى صحيحه كثيرا ، وكان اماما جليلا توفى سنة أربع وستين ومائتين ، وفى [1] يونس لغات ضم النون وكسرها وبفتحها وبالهمز وتركه .

(فرع) فى مسائل تتعلق بالكلام فى الصلاة

(احداها) قال المتولى : لو سلم الامام فسلم المأموم معه ثم سلم الامام ثانيا فقال له المأموم : قد سلمت قبل هذا ، فقال الامام : كنت ناسيا ، لم تبطل صلاة الامام لأن سلامه الأول سهو وتمت صلاته بالسلام الثانى ، ولا تبطل صلاة المأموم أيضا لأن سلامه الأول لم يخرج به من الصلاة وتكليمه الامام سهو لأنه يظن أنه تحلل من الصلاة ويلزمه أن يسلم ثانيا ، ويستحب له سجود السهو ، لأن تكليمه سهو فى الصلاة بعد انقطاع القدوة .

(الثانية) اذا نذر شيئا فى صلاته وتلفظ بالنذر عامدا هل تبطل صلاته ؟ فيه وجهان حكاهما القاضى أبو الطيب فى تعليقه فى آخر باب استقبال القبلة فى مسألة بلوغ الصبى فى الصلاة (أحدهما) وبه قال الداركى وهو ظاهر كلام أبى اسحاق المروزى لا تبطل لأنه مناجاة لله تعالى فهو من جنس الدعاء (والثانى) تبطل لأنه أشبه بكلام الآدمى ، والأول أصح لأنه يشبه قوله « سجد وجهى للذى خلقه » .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى كلام المصلى

هو ثلاثة أقسام (أحدها) يتكلم عامدا لا لمصلحة الصلاة فتبطل صلاته بالاجماع ، نقل الاجماع فيه ابن المنذر وغيره لحديث معاوية بن الحكم السابق وحديث ابن مسعود وحديث جابر وحديث زيد بن أرقم وغيرها من الأحاديث التى سنذكرها ان شاء الله تعالى .

---

(١) الكسر والفتح والهمز من آنس يونس واما الضم للمعجمة والسماع (ط) .

(الثانى) أن يتكلم لمصلحة الصلاة بأن يقوم الامام الى خامسة فيقول : قد صليت أربعا أو نحو ذلك فمذهبنا ومذهب جمهور العلماء أنه تبطل الصلاة ، وقال الأوزاعى لا تبطل ، وهى رواية عن مالك وأحمد لحديث ذى اليدين ، ودليل الجمهور عموم الأحاديث الصحيحة فى النهى عن الكلام ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « من نابه شىء فى صلاته فليسبح الرجال وليصفق النساء » ولو كان الكلام مباحا لمصلحتها لكان أسهل وأبين ، وحديث ذى اليدين جوابه ما سنذكره ان شاء الله تعالى .

(الثالث) أن يتكلم ناسيا ولا يطول كلامه فمذهبنا أنه لا تبطل صلاته ، وبه قال جمهور العلماء ، منهم ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير وأنس وعروة بن الزبير وعطاء والحسن البصرى والشعبى وقتادة وجميع المحدثين ومالك والأوزاعى وأحمد فى رواية ، واسحاق وأبو ثور وغيرهم رضى الله عنهم ، وقال النخعى وحماد بن أبى سليمان وأبو حنيفة وأحمد فى رواية تبطل ، ووافقنا أبو حنيفة أن سلام الناسى لا يبطلها واحتج لمن قال تبطل بحديث ابن مسعود رضى الله عنه قال « كنا نسلم على رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو فى الصلاة فيرد علينا ، فلما رجعنا من عند النجاشى سلمت عليه فلم يرد على ، فقلت : يا رسول الله كنا نسلم عليك فى الصلاة فترد علينا ، فقال : ان فى الصلاة شغلا » رواه البخارى ومسلم . وفى رواية أبى داود وغيره زيادة « وان الله يحدث من أمره ما يشاء ، وانه قد أحدث أن لا تكلموا فى الصلاة » وعن جابر رضى الله عنه قال « بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حاجة ، فانطلقت ثم رجعت فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فسلمت عليه فلم يرد على ، فوقع فى قلبى ما الله أعلمكم به ، ثم سلمت فلم يرد على فوقع فى قلبى أشد من المرة الأولى ، ثم سلمت عليه فقال : انما منعنى أن أرد عليك أنى كنت أصلى ، وكان على راحلته متوجها الى غير القبلة» رواه البخارى ومسلم.

وعن زيد بن أرقم رضى الله عنه قال : « ان كنا لنتكلم فى الصلاة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يكلم أحدنا صاحبه بحاجته حتى نزلت (حافظوا على الصلوات [1] والصلاة الوسطى وقوموا لله قانتين) فأمرنا

---

(1) الآية ٢٣٨ من سورة البقرة .

بالسكوت ونهينا عن الكلام » رواه البخاري ومسلم . وليس في رواية البخاري : ونهينا عن الكلام ، وفي رواية الترمذي : كنا نتكلم خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وبحديث معاوية بن الحكم « ان هذه الصلاة لا يصلح فيها شيء من كلام الناس » رواه مسلم كما بيناه ، وبحديث جابر المذكور في المهذب « الكلام ينقض الصلاة » ولكنه ضعيف كما بيناه ، وبحديث « من قاء في الصلاة أو قلس فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته ما لم يتكلم » وهو أيضا ضعيف كما بيناه ، وبالقياس على الحديث .

واحتج أصحابنا بحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال : « صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم الظهر والعصر فسلم فقال له ذو اليدين : أقصرت الصلاة أم نسيت يا رسول الله ؟ فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تقصر ولم أنس ، فقال : بلى قد نسيت يا رسول الله فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أحق ما يقول ؟ قالوا : نعم فصلى ركعتين أخريين ثم سجد سجدتين » رواه البخاري ومسلم من طرق كثيرة جدا ،وهكذا هو في مسلم ، وفي مواضع من البخاري « صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم » وفي رواية لمسلم : صلى لنا . وعن عمران بن حصين « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى العصر فسلم في ثلاث ثم دخل منزله فقام اليه رجل يقال له الخرباق وكان في يده طول فقال : يا رسول الله ، فذكر له صنيعه وخرج غضبان يجر رداءه حتى انتهى الى الناس ، فقال : أصدق هذا ؟ قالوا : نعم فصلى ركعة ثم سلم ثم سجد سجدتين ثم سلم » رواه مسلم .

قال أصحابنا : ومن الدليل لنا أيضا حديث معاوية بن الحكم فانه تكلم جاهلا بالحكم ولم يأمره النبي صلى الله عليه وسلم بالاعادة . قالوا : وقياسا على السلام سهوا . وعمدة المذهب حديث ذي اليدين . واعترض القائلون بالبطلان عليه أن هذا الحديث منسوخ بحديث ابن مسعود وزيد بن أرقم ، قالوا : « لأن ذا اليدين قتل يوم بدر » ونقلوا عن الزهري أن ذا اليدين قتل يوم بدر ، وأن قصته في الصلاة كانت قبل بدر ، ولا يمنع من هذا كون أبي هريرة رواه وهو متأخر الاسلام عن بدر لأن الصحابي قد يروي ما لا يحضره بأن يسمعه من النبي صلى الله عليه وسلم أو صحابي وأجاب أصحابنا وغيرهم من العلماء عن هذا بأجوبة صحيحة حسنة مشهورة أحسنها وأتقنها ما ذكره

الامام الحافظ أبو عمر بن عبد البر فى التمهيد قال : أما دعواهم أن حديث أبى هريرة منسوخ بحديث ابن مسعود فغلط لأنه لا خلاف بين أهل الحديث والسير أن حديث ابن مسعود كان بمكة حين رجع من الحبشة قبل الهجرة ، وأن حديث أبى هريرة فى قصة ذى اليدين كان بالمدينة ، وانما أسلم أبو هريرة عام خيبر سنة سبع من الهجرة بلا خلاف .

وأما حديث زيد بن أرقم فليس فيه بيان أنه قبل حديث أبى هريرة أو بعده والنظر يشهد أنه قبله . قال : وأما قولهم : ان أبا هريرة لم يشهد ذلك فغلط ، بل شهوده له محفوظ من روايات الثقات الحفاظ ، ثم ذكر بأسانيده الروايات الثابتة فى صحيحى البخارى ومسلم وغيرهما أن أبا هريرة قال « صلى لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم » وفى رواية « صلى بنا » وفى رواية صحيح مسلم وغيره عن أبى هريرة قال : « بينا أنا أصلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الظهر سلم رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الركعتين فقال رجل من بنى سليم » وذكر الحديث .

قال ابن عبد البر : وقد روى قصة ذى اليدين مع أبى هريرة ابن عمر وعمران بن الحصين ومعاوية بن حديج [1] بضم الحاء المهملة ، وابن مسعدة رجل من الصحابة وكلهم لم يحفظ عن النبى صلى الله عليه وسلم ولا صحبه الا بالمدينة متأخرا ، ثم ذكر أحاديثهم بطرقها ، قال : وابن مسعدة هذا يقال له صاحب الجيوش اسمه عبد الله ، معروف فى الصحابة له رواية .

قال : وأما قولهم ان ذا اليدين قتل يوم بدر فغلط . وانما المقتول يوم بدر ذو الشمالين ولا تنازعهم فى أن ذا الشمالين قتل يوم بدر لأن ابن اسحاق وغيره من أهل المغازى ذكروه فيمن قتل ببدر .

قال ابن اسحاق : ذو الشمالين هو عمير بن عمرو بن غبشان من خزاعة ، فذو اليدين غير ذى الشمالين المقتول ببدر ، لأن ذا اليدين اسمه الخرباق بن عمرو ذكره مسلم فى رواية ، وهو من بنى سليم كما ذكره مسلم فى صحيحه .

---

(١) معاوية بن حديج بمهملتين وآخره جيم مصغرا الكندى التجيبى المصرى الأمير قال البخارى : له صحبة شهد فتح مصر وذهبت عينه يوم مقلة وهو فاتح افريقية . (ط) .

قال غير ابن عبد البر : وقد عاش ذو اليدين الخرباق بن عمرو بعد وفاة النبى صلى الله عليه وسلم زمانا ، قال ابن عبد البر : فذو اليدين المذكور فى حديث السهو غير المقتول ببدر . هذا قول أهل الحذق والفهم من أهل الحديث والفقه .

قال : وأما قول الزهرى ان المتكلم فى حديث السهو ذو الشمالين فلم يتابع عليه قال : وقد اضطرب الزهرى فى حديث ذى اليدين اضطرابا أوجب عند أهل العلم بالنقل تركه من روايته خاصة ، ثم ذكر طرقه وبين اضطرابها فى المتن والاسناد وذكر عن مسلم بن الحجاج تغليطه الزهرى فى هذا الحديث.

قال ابن عبد البر : لا أعلم أحدا من أهل العلم بالحديث المصنفين فيه عول على حديث الزهرى فى قصة ذى اليدين ، وكلهم تركه لاضطرابه وان كان اماما عظيما فى هذا الشأن فالغلط لا يسلم منه بشر ، وكل أحد يؤخذ من قوله ويترك الا النبى صلى الله عليه وسلم ، فقول الزهرى انه قتل يوم بدر متروك لتحقق غلطه فيه ، هذا مختصر قول ابن عبد البر ، وقد بسط رحمه الله شرح هذا الحديث بسطا لم يبسطه غيره مشتملا على التحقيق والاتقان والفوائد الجمة ، رحمه الله ورضى عنه وذكر البيهقى رحمه الله بعض هذا مختصرا ، فمما قال : انه لا يجوز أن يكون حديث أبى هريرة منسوخا بحديث ابن مسعود لتقدم حديث ابن مسعود ، فانه كان حين رجع من الحبشة — ورجوعه منها كان قبل هجرة النبى صلى الله عليه وسلم — الى المدينة ثم هاجر الى المدينة وشهد بدرا ، فحديثه فى التسليم كان قبل الهجرة ، ثم روى البيهقى ذلك بأسانيده .

ثم نقل اتفاق أهل المغازى على أن ابن مسعود قدم مكة من هجرة الحبشة قبل هجرة النبى صلى الله عليه وسلم الى المدينة وأنه شهد بدرا بعد ذلك .

ثم روى البيهقى باسناده عن الحميدى شيخ البخارى أنه حمل حديث ابن مسعود على النهى عن الكلام عامدا ، قال : لأنه قدم من الحبشة قبل بدر واسلام أبى هريرة سنة سبع من الهجرة واسلام عمران بن الحصين بعد بدر ، وقد حضرا قصة ذى اليدين وحضرها معاوية بن حديج ، وكان اسلامه قبل

وفاة النبى صلى الله عليه وسلم بشهرين ، وذكر حديث ابن عمر أيضا ثم قال : فعلمنا أن حديث ابن مسعود فى العمد . ولو كان فى العمد والسهو لكانت صلوات رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه ناسخة له ، لأنها بعده . ثم روى البيهقى عن الأوزاعى قال : كان اسلام معاوية بن الحكم فى آخر الأمر فلم يأمره النبى صلى الله عليه وسلم باعادة الصلاة وقد تكلم جاهلا .

وذكر الشافعى فى كتاب اختلاف الأحاديث نحو ما سبق من كلام الأئمة ، قال : ذو الشمالين المقتول ببدر غير ذى اليدين ، قال البيهقى : ذو اليدين بقى حيا بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فان قيل : كيف تكلم ذو اليدين والقوم وهم بعد فى الصلاة ؟ فجوابه من وجهين (أحدهما) أنهم لم يكونوا على يقين من البقاء فى صلاة لأنهم كانوا مجوزين لنسخ الصلاة من أربع الى ركعتين ولهذا قال : أقصرت الصلاة أم نسيت ؟ (والثانى) أن هذا خطاب وجواب للنبى صلى الله عليه وسلم وذلك لا يبطل الصلاة ، وفى رواية لأبى داود وغيره : ان القوم لم يتكلموا ، وتحمل رواية « نعم » عليها ، والله أعلم .

(فرع) فى مذاهبهم فيمن سبح الله تعالى أو حمده فى غير ركوع وسجود

مذهبنا أنه لا تبطل صلاته سواء قصد به تنبيه غيره أم لا ، وبهذا قال جمهور العلماء ، حكاه ابن المنذر عن الأوزاعى والثورى وأحمد واسحاق وأبى ثور قال : وقال أبو حنيفة : ان قاله ابتداء فليس بكلام ، وان قاله جوابا فهو كلام دليلنا حديث سهل بن سعد ، وهو فى الصحيحين كما سبق .

(فرع) فى مذاهبهم فى الضحك والتبسم فى الصلاة . مذهبنا أن التبسم لا يضر وكذا الضحك ان لم يبن منه حرفان . فان بان بطلت صلاته ، ونقل ابن المنذر الاجماع على بطلانها بالضحك ، وهو محمول على من بان منه حرفان ، قال : وقال أكثر العلماء : لا بأس بالتبسم ، ممن قاله جابر بن عبد الله وعطاء ومجاهد والنخعى والحسن وقتادة والأوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى وقال ابن سيرين : لا أعلم التبسم الا ضحكا .

(فرع) فى مذاهبهم فى الأنين والتأوه ، قد ذكرنا أن مذهبنا أنه ان

بان منه حرفان بطلت صلاته ، والا فلا ، وبه قال أحمد وحكاه ابن المنذر عن أبى ثور • قال : وقال الشعبى والنخعى والمغيرة والثورى : يعيد الصلاة ، قال العبدرى : وقال مالك وأبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد ، ان كان لخوف الله تعالى أو خوف النار لم تبطل صلاته ، والا فتبطل • وعن أبى يوسف أنه ان قال (آه) لم تبطل وان قال (أوه) بطلت •

(فرع) فى مذاهبهم فى النفخ فى الصلاة

مذهبنا أنه ان كان منه حرفان وهو عامد عالم بتحريمه بطلت صلاته • والا فلا ، وبه قال مالك وأبو حنيفة ومحمد وأحمد ، وقال أبو يوسف : لا تبطل الا أن يريد به التأفيف ، وهو قول (أف) قال ابن المنذر : ثم رجع أبو يوسف ، وقال : لا تبطل صلاته مطلقا ، قال : وممن روينا عنه كراهة ذلك ابن مسعود وابن عباس وابن سيرين والنخعى ويحيى بن أبى كثير وأحمد واسحق ، قال : ولم يوجبوا عليه الاعادة : قال : وروينا عن ابن عباس وأبى هريرة أنه كالكلام ولا يثبت ذلك عنهما وروى عن سعيد بن جبير •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اكل عامدا بطلت صلاته لانه اذا ابطل الصوم الذى لا يبطل بالافعال فلان يبطل الصلاة اولى ، وان كان [اكل] ناسيا لم تبطل كما لا يبطل الصوم)•

(الشرح) قال أصحابنا : اذا أكل فى صلاته أو شرب عمدا بطلت صلاته سواء قل أو كثر هكذا صرح به الأصحاب ، وحكى الرافعى وجها أن الأكل القليل لا يبطلها ، وهو غلط وان كان بين أسنانه شىء فابتلعه عمدا أو نزلت عن رأسه نخامة فابتلعها عمدا بطلت صلاته بلا خلاف ، فان ابتلع شيئا مغلوبا بأن جرى الريق بباقى الطعام بغير تعمد منه أو نزلت النخامة ولم يمكنه امساكها لم تبطل صلاته بالاتفاق ، ونقله الشيخ أبو حامد فى التعليق عن نص الشافعى فى مسألة الريق ، ونقله فيها أيضا القاضى أبو الطيب فى تعليقه عن نص الشافعى فى الجامع الكبير للمزنى ، أما اذا وضع سكرة أو نحوها فى فيه فذابت ونزلت الى جوفة من غير مضغ ولا حركة ففى بطلان صلاته وجهان مشهوران فى طريقتى العراقيين والخراسانيين (أحدهما)

لا تبطل حكاه القاضى أبو الطيب فى تعليقه عن الشيخ أبى حامد لأنه لا يوجد منه فعل (والثانى) تبطل وهو الصحيح عند الأصحاب لأنه مناف للصلاة قال القاضى أبو الطيب : هذا هو الصحيح ، قال هو وغيره : والضابط على هذا أن ما أبطل الصوم أبطل الصلاة ، ولا خلاف فى بطلان الصوم بهذا قال البغوى وغيره والمضغ وحده يبطل الصلاة وان لم يصل شىء الى الجوف حتى لو مضغ علكا بطلت صلاته ، فان لم يمضغه بل وضعه فى فيه ، فان كان جديدا يذوب فهو كالسكرة فتبطل صلاته على الصحيح ، وان كان مستعملا لا يذوب لم تبطل كما لو أمسك فى فمه حصاة أو اجاصة فانها لا تبطل قطعا • هذا كله فى العامد فلو أكل ناسيا للصلاة أو جاهلا بتحريمه ــ فان كان قليلا ــ لم تبطل بلا خلاف وان كثر بطلت على أصح الوجهين كالوجهين فى الكلام الكثير وقطع البغوى بالبطلان فى الكثير وتعرف القلة والكثرة بالعرف •

(**فـرع**) فى مذهب العلماء فى الأكل والشرب فى الصلاة • قال ابن المنذر : أجمع العلماء على منعه منهما وأنه ان أكل أو شرب فى صلاة الفرض عامدا لزمه الاعادة فان كان ساهيا قال عطاء : لاتبطل وبه أقول وقال الأوزاعى وأصحاب الرأى : تبطل قال : وأما التطوع فروى عن ابن الزبير وسعيد بن جبير أنهما شربا فى صلاة التطوع وقال طاوس : لا بأس به قال ابن المنـذر لا يجوز ذلك ولعل من حكى ذلك عنه فعله سهوا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان عمل فى الصلاة عملا ليس منها نظرت فان كان من جنس افعالها بأن ركع او سجد فى غير موضعهما فان كان عامدا بطلت صلاته لانه متلاعب بالصلاة ، وان كان ناسيا لم تبطل لان النبى صلى الله عليه وسلم « صلى الظهر خمسا فسبحوا له وبنى على صلاته » فان قرأ فاتحة الكتاب مرتين عامدا فالمنصوص أنه لا تبطل صلاته لأنه تكرار ذكر فهو كما لو قرأ السورة بعد الفاتحة مرتين ، ومن أصحابنا من قال : تبطل لأنه ركن زاده فى الصلاة فهو كالركوع والسجود) •

(**الشرح**) هذا الحديث رواه البخارى ومسلم بمعناه من رواية عبد الله بن مسعود رضى الله عنه ، قال أصحابنا : اذا زاد فعلا من أركان الصلاة عمدا بطلت صلاته ، وان كان سهوا لم تبطل بركن ولا أركان ولا

ركعة ولا أكثر للحديث ولأنه لا يمكن الاحتراز منه فان قرأ الفاتحة مرتين سهوا لم يضر ، وان تعمد فوجهان الصحيح المنصوص لا تبطل لأنه لا يخل بصورة الصلاة (والثانى) تبطل كتكرار الركوع ، وهذا الوجه حكاه امام الحرمين عن أبى الوليد النيسابورى من متقدمى أصحابنا الكبار ، تفقه على ابن سريج وحكاه صاحب العدة عن أبى على بن خيران وأبى يحيى البلخى ، قال : وحكاه الشيخ أبو حامد عن القديم والمذهب أنها لا تبطل ، وبه قال الأكثرون ، وكذا لو كرر التشهد الآخر والصلاة على رسـول الله صلى الله عليه وسلم عمدا لا تبطل لما ذكرناه ، قال المتولى وغيره : واذا كرر الفاتحة ـ وقلنا : لا تبطل صلاته ـ لا يجزيه عن السورة بعد الفاتحة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان عمل عملا ليس من جنسها ـ فان كان قليلا مثل ان دفع مارا بين يديه او ضرب حية او عقربا او خلع نعليه او اصلح رداءه او حمل شيئا او سلم عليه رجل فرد عليه بالاشارة وما اشبه ذلك ـ لم تبطل صلاته ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم امر بدفع المار بين يديه ، وامر بقتل الأسودين الحية والعقرب فى الصلاة ، وخلع نعليه وحمل امامة بنت ابى العاص فى الصلاة فكان اذا سجد وضعها فاذا قام رفعها وسلم عليه الأنصار فرد عليهم بالاشارة فى الصلاة ولأن المصلى لا يخلو من عمل قليل فلم تبطل صلاته بذلك ، وان كان عملا كثيرا بان مشى خطوات متتابعات او ضرب ضربات متواليات بطلت صلاته ، لانه لا تدعو اليه الحاجة فى الغالب . وان مشى خطوتين او ضرب ضربتين ففيه وجهان . (احدهما) لا تبطل صلاته لأن النبى صلى الله عليه وسلم خلع نعليه ووضعهما الى جانبه وهذان فعلان متواليان (والثانى) (تبطل لأنه) عمل مكرر فهـو كالثلاث ، وان عمل عملا كثيرا متفرقا لم تبطل لحديث امامة بنت ابى العاص رضى الله عنهما فانه تكرر منه الحمل والوضع ولكنه لمـا تفرق لم يقطع الصلاة ، ولا فرق فى العمل بين العمد والسهو لأنه فعل بخلاف الكلام فانه قول ، والفعل اقوى من القول . ولهذا ينفذ احبال المجنون لكونه فعـلا ، ولا ينفذ اعتـاقه لانه قول) .

(الشرح) حديث الأمر بدفع المـار رواه البخارى ومسلم من رواية أبى سعيد الخدرى ، وقد سبق بيانه فى آخر باب استقبال القبلة ، وذكرناه هناك من رواية غير أبى سعيد أيضا .

وأما الحديث الثانى فروى أبو هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله

صلى الله عليه وسلم « اقتلوا الأسودين فى الصلاة الحية والعقرب » رواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وغيرهم قال الترمذى : حديث حسن صحيح •

وأما حديث خلع النعل فصحيح رواه أبو داود وغيره بأسانيد صحيحة من رواية أبى سعيد وقد سبق بيانه فى باب طهارة البدن ، وأما حديث حمل أمامة فرواه البخارى ومسلم وسبق بيانه فى باب طهارة البدن أيضا ، وأما حديث تسليم الأنصار والرد عليهم بالاشارة ، فرواه أبو داود والترمذى ، وقال : حديث حسن صحيح ورواية ابن عمر رضى الله عنهما •

(**اما حكم المسالة**) فمختصر ما قاله أصحابنا أن الفعل الذى ليس من جنس الصلاة ان كان كثيرا أبطلها بلا خلاف ، وان كان قليلا لم يبطلها بلا خلاف ، هذا هو الضابط ، ثم اختلفوا فى ضبط القليل والكثير على أربعة أوجه •

(أحدها) القليل ما لا يسع زمانه فعل كل ركعة ، والكثير ما يسعها • حكاه الرافعى وهو ضعيف أو غلط •

(والثانى) كل عمل لا يحتاج الى يديه جميعا كرفع عمامة ، وحل أشرطة سراويل ونحوهما قليل ، وما احتاج كتكوير العمامة ، وعقد الازار والسراويل كثير حكاه الرافعى •

(والثالث) القليل ما لا يظن الناظر اليه أن فاعله ليس فى الصلاة والكثير ما يظن أنه ليس فيها وضعفوه بأن من رآه يحمل صبيا أو يقتل حية أو عقربا ونحو ذلك يظن أنه ليس فى صلاة ، وهذا القدر لا يبطلها بلا خلاف •

(والرابع) وهو الصحيح المشهور ــ وبه قطع المصنف والجمهور ــ أن الرجوع فيه الى العادة فلا يضر ما يعده الناس قليلا كالاشارة برد السلام ، وخلع النعل ورفع العمامة ووضعها ، ولبس ثوب خفيف ونزعه ، وحمل صغير ووضعه ودفع مار وذلك البصاق فى ثوبه ، وأشباه هذا •

وأما ما عده الناس كثيرا كخطوات كثيرة متوالية ، وفعلات متتابعة فتبطل

الصلاة ، قال أصحابنا : على هذا الفعلة الواحدة كالخطوة والضربة قليل بلا خلاف والثلاث كثير بلا خلاف ، وفى الاثنين وجهان حكاهما المصنف والأصحاب • (أصحهما) قليل • وبه قطع الشيخ أبو حامد (والثانى) كثير ، ثم اتفق الأصحاب على أن الكثير انما يبطل اذا توالى ، فان تفرق بأن خطا خطوة ثم سكت زمنا ، ثم خطا أخرى أو خطوتين ثم خطوتين بينهما زمن — اذا قلنا : لا يضر الخطوتان وتكرر ذلك مرات كثيرة حتى بلغ مائة خطوة فأكثر — لم يضر بلا خلاف ، وكذلك حكم الضربات المتفرقة وغيرها •

قال أصحابنا : وحد التفريق أن يعد الثانى منقطعا عن الأول ، وقال البغوى : عندى أن يكون بينهما ركعة لحديث أمامة بنت أبى العاص ، وهذا غريب ضعيف ولا دلالة فى الحديث لأنه ليس فيه نهى عن فعل ثان فى دون ذلك الزمان •

قال أصحابنا : والمراد بقولنا : لا تبطل بالفعلة الواحدة ما لم يتفاحش • فان تفاحشت وأفرطت كالوثبة الفاحشة بطلت صلاته بلا خلاف ، وكذا قولهم: الثلاث المتوالية تبطل أرادوا الخطوات والضربات ونحوها ، فأما الحركات الخفيفة كتحريك الأصابع فى سبحة أو حكة أو حل وعقد ففيها وجهان حكاهما الخراسانيون (أحدهما) أنها كالخطوات فتبطل الصلاة بكثيرها (والثانى) وهو الصحيح المشهور وبه قطع جماعة لا تبطل وان كثرت متوالية لكن يكره، وقد نص الشافعى رحمه الله أنه لو كان يعد الآيات بيده عقدا لم تبطل صلاته، لكن الأولى تركه كما سنوضحه قريبا ان شاء الله تعالى ، هذا كله فى الفعل عمدا ، فأما فعل الناسى فى الصلاة اذا كثر ففيه طريقان •

(أشهرهما) وبه قطع المصنف والجمهور : تبطل الصلاة وجها واحدا لما ذكره المصنف •

(والثانى) فيه وجهان ككلام الناسى ، حكاه صاحب التتمة وقال : الأصح أنه لا تبطل للحديث الصحيح فى قصة ذى اليدين فانه قال فيه حين سلم النبى صلى الله عليه وسلم من ركعتين فى الظهر والعصر : ثم قام الى خشبة فى مقدم المسجد وخرج سرعان الناس ثم عاد فصلى ركعتين ، وهذا اللفظ فى الصحيحين •

وفى رواية للبخارى « فخرجت السرعان من أبواب المسجد فتقدم فصلى ما ترك » وفى رواية أبى داود « فرجع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى مقامه فصلى الركعتين الباقيتين ثم سلم » واسنادها صحيح •

وفى رواية لمسلم من حديث عمران بن حصين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « صلى العصر فسلم فى ثلاث ركعات ثم دخل منزله فقام اليه رجل يقال له الخرباق ــ وكان فى يده طول ــ فقال : يا رسول الله فذكر له صنيعه وخرج غضبان يجر رداءه حتى انتهى الى الناس فقال أصدق هذا ؟ قالوا : نعم ، فصلى ركعة ثم سلم ثم سجد سجدتين ثم سلم » هذا لفظ مسلم ، وفى رواية له : « ثم قام فدخل الحجرة » وذكر نحو الأولى ، هذا كله فى غير صلاة شدة الخوف أما فيها فيحتمل الضرب والركض والعدو للحاجة وفيه تفصيل نوضحه فى بابه ان شاء الله •

قال أصحابنا : والفعل القليل الذى لا يبطل الصلاة مكروه الا فى مواضع (أحدها) أن يفعله ناسيا (الثانى) أن يفعله لحاجة مقصودة (الثالث) أن يكون مندوبا اليه كقتل الحية والعقرب ونحوهما ، وكدفع المار بين يديه والصائل عليه ونحو ذلك •

(فرع) لو قرأ القرآن من المصحف لم تبطل صلاته سواء كان يحفظه أم لا بل يجب عليه ذلك اذا لم يحفظ الفاتحة كما سبق ، ولو قلب أوراقه أحيانا فى صلاته لم تبطل ، ولو نظر فى مكتوب غير القرآن وردد ما فيه فى نفسه لم تبطل صلاته وان طال ، لكن يكره ، نص عليه الشافعى فى الاملاء وأطبق عليه الأصحاب •

وحكى الرافعى وجها أن حديث النفس اذا طال أبطل الصلاة وهو شاذ ، والمشهور الجزم بصحتها • ونقله الشيخ أبو حامد عن نصه فى الاملاء وهذا الذى ذكرناه من أن القراءة فى المصحف لا تبطل الصلاة مذهبنا ومذهب مالك وأبى يوسف ومحمد وأحمد ، وقال أبو حنيفة : تبطل •

قال أبو بكر الرازى : أراد اذا لم يحفظ القرآن وقرأ كثيرا فى المصحف ، فأما ان كان يحفظه أو لا يحفظه وقرأ يسيرا كالآية ونحوها فلا تبطل • واحتج له بأنه يحتاج فى ذلك الى فكر ونظر ، وذلك عمل كثير ، وكما لو تلقن من

غيره فى الصلاة واحتج أصحابنا بأنه أتى بالقراءة ، وأما الفكر والنظر فلا تبطل الصلاة بالاتفاق اذا كان فى غير المصحف ، ففيه أولى ، وأما التلقين فى الصلاة فلا يبطلها عندنا بلا خاف .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويكره ان يترك شيئا من سنن الصلاة ، ويكره أن يلتفت فى صلاته من غير حاجة ، لما روى أبو ذر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا يزال الله تعالى مقبلا على عبده فى الصلاة ما لم يلتفت فاذا التفت صرف عنه وجهه » فاذا كان لحاجة لم يكره لما روى ابن عباس رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يلتفت فى صلاته يمينا وشمالا ولا يلوى عنقه خلف ظهره) .

(الشرح) ينبغى للمصلى أن يحافظ على كل ما ندب اليه من السنن والمستحبات وسواء فى ذلك صلاة الفرض والنفل فى الحضر والسفر فى الجماعة والانفراد على حسب ما سبق من تفصيلها . وأما الالتفات فقال أصحابنا : الالتفات فى الصلاة ان تحول بصدره عن القبلة بطلت صلاته ، وان لم يتحول لم تبطل ، لكن ان كان لحاجة لم يكره والا كره كراهة تنزيه . ودليل الكراهة لغير حاجة حديث عائشة رضى الله عنها قالت « سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الالتفات فى الصلاة فقال : هو اختلاس يختلسه الشيطان من صلاة العبد » رواه البخارى وعن أنس رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اياك والالتفات فى الصلاة فان الالتفات فى الصلاة هلكه ، فان كان لابد ففى التطوع لا فى الفريضة » رواه الترمذى ، وقال حديث حسن صحيح وأما حديث أبى ذر رضى الله عنه المذكور فى الكتاب فرواه أبو داود والنسائى باسناد فيه رجل فيه جهالة ودليل عدم الكراهة لحاجة حديث ابن عباس المذكور فى الكتاب رواه الترمذى باسناد صحيح .

وعن جابر رضى الله عنه قال « اشتكى رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلينا وراءه وهو قاعد ، فالتفت الينا فرآنا قياما فأشار الينا وذكر الحديث » رواه مسلم . وعن سهل بن سعد رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم ذهب يصلح بين بنى عمرو بن عوف وذكر الحديث فى صلاة أبى بكر رضى الله عنه بالناس فجاء النبى صلى الله عليه وسلم وهم فى الصلاة فصفق الناس ،

وكان أبو بكر لا يلتفت فى صلاته فلما أكثر الناس التصفيق التفت أبو بكر فرأى رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر الحديث » رواه البخارى ومسلم

وعن سهل ابن الحنظلية رضى الله عنه قال : « ثوب بالصلاة ــ يعنى الصبح ــ فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى وهو يلتفت الى الشعب » رواه أبو داود باسناد صحيح وقال : « كان أرسل فارسا الى الشعب من أجل الحرس » .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويكره ان يرفع بصره الى السماء لما روى انس رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ما بال أقوام يرفعون ابصارهم الى السماء فى الصلاة ــ فاشتد قوله فى ذلك حتى قال ــ لينتهن عن ذلك او لتخطفن ابصارهم » ويكره ان ينظر الى ما يلهيه لما روت عائشة رضى الله عنها قالت : « كان النبى صلى الله عليه وسلم يصلى وعليه خميصة ذات اعلام فلما فرغ قال : الهتنى اعلام هذه اذهبوا بها الى أبى جهم واتونى بأنبجانيته ») .

(الشرح) حديث أنس رضى الله عنه رواه البخارى ، وحديث عائشة رواه البخارى ومسلم . والخميصة كساء مربع من صوف ، وأبو جهم المذكور اسمه عامر بن حذيفة بن غانم القرشى العدوى المدنى الصحابى ، قال الحاكم أبو أحمد : وقيل اسمه عبيد بن حذيفة والأنبجانية ــ بفتح الهمزة وكسرها وبنون بعدها باء موحدة مفتوحة ومكسورة ــ هى كساء غليظ لا علم له فاذا كان له علم فهو خميصة ، وفى ضبطه ومعناه كلام مشتهر وضحته فى تهذيب الأسماء وأجوده ما ذكرته . قال العلماء : فى هذا الحديث الحث على حضور القلب فى الصلاة وتدبر تلاوتها وأذكارها ومقاصدها من الانقياد والخضوع ومنع النظر من الامتداد الى ما يشغل وازالة كل ما يخاف اشغال القلب بسببه وكراهة تزويق محراب المسجد وحائطه ونقشه وغير ذلك من الشاغلات ، وفيه أن الصلاة تصح وان حصل فيها فكر واشتغال قلب بغيرها ، وهذا باجماع من يعتد به فى الاجماع وهذان الحكمان اللذان ذكرهما المصنف متفق عليهما .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويكره ان يصلى ويده على خاصرته لما روى ابو هريرة رضى الله عنه « ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى ان يصلى الرجل مختصرا ») .

(**الشرح**) هذا الحديث رواه البخارى ومسلم ، ومعنى المختصر أن يضع يده على خاصرته كما ذكره المصنف . هذا هو الصحيح وبه قال الجمهور من أهل اللغة وغريب الحديث والمحدثين والفقهاء وقيل هو أن يتوكأ على عصا ، حكاه الهروى وغيره وقيل أن يختصر السورة فيقرأ آخرها ، وقيل أن يختصر فى صلاته فلا يتم قيامها وركوعها وسجودها وحدودها ، والصحيح الأول ، قيل نهى عنه لأنه فعل المتكبرين فلا يليق بالصلاة ، وقيل لأنه فعل اليهود ، وقيل فعل الشيطان ، وكراهة وضع اليد على خاصرته متفق عليها سواء كان المصلى رجلا أو امرأة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويكره ان يكف شعره وثوبه لما روى ابن عباس رضى الله عنهما « ان النبى صلى الله عليه وسلم امر ان يسجد على سبعة اراب ونهى ان يكف شعره وثوبه ») .

(**الشرح**) هذا الحديث رواه البخارى ومسلم . والأراب الأعضاء ، وهذا الحكم متفق عليه ، وقد اتفق العلماء على النهى عن الصلاة وثوبه مشمر أو كمه أو نحوه أو رأسه معقوص أو مردود شعره تحت عمامته أو نحو ذلك فكل هذا مكروه باتفاق العلماء ، وهى كراهة تنزيه ، فلو صلى كذلك فقد ارتكب الكراهة وصلاته صحيحة ، واحتج لصحتها أبو جعفر محمد بن جرير الطبرى باجماع العلماء . وحكى ابن المنذر الاعادة فيه عن الحسن البصرى . ثم مذهبنا ومذهب الجمهور أن النهى لكل من صلى كذلك ، سواء تعمده للصلاة أم كان كذلك قبلها لمعنى آخر ، وصلى على حاله بغير ضرورة ، وقال مالك : النهى مختص بمن فعل ذلك للصلاة ، والأول الذى يقتضيه اطلاق الأحاديث الصحيحة ، وهو ظاهر المنقول عن الصحابة رضى الله عنهم .

وفى صحيح مسلم عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه رأى عبد الله بن الحارث يصلى ورأسه معقوص من ورائه فقام وجعل يحله ، فلما انصرف أقبل الى ابن عباس فقال : مالك ولرأسى ؟ فقال : انى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « انما مثل هذا مثل الذى يصلى وهو مكتوف » قال العلماء : والحكمة فى النهى عنه أن الشعر يسجد معه ، ولهذا مثله بالذى يصلى وهو مكتوف والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويكره ان يمسح الحصى فى الصلاة لما روى معيقيب رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا تمسح الحصى وانت تصلى ، فان كنت لابد فاعلا فواحدة تسوية الحصى ») .

(الشرح) هذا الحديث صحيح رواه أبو داود بلفظه باسناد على شرط البخارى ومسلم ورواه البخارى ومسلم بمعناه ، ولفظهما عن معيقيب أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى الرجل يسوى التراب حيث يسجد قال : ان كنت فاعلا فواحدة ، ومعنى الحديث لا تمسح ، وان مسحت فلا تزد على واحدة ، وهذا نهى كراهة تنزيه ، واتفق العلماء على كراهته اذا لم يكن عذر لهذا الحديث ، ولحديث أبى ذر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا قام أحدكم فى الصلاة فلا يمسح الحصى فان الرحمة تواجهه » رواه أحمد بن حنبل فى مسنده وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه واسناده جيد ، لكن فيه رجل لم يبينوا حاله لكن لم يضعفه أبو داود وقد سبق أن ما لم يضعفه فهو حسن عنده .

قال أصحابنا : ولأنه يخالف التواضع والخشوع ، وكره السلف مسح الجبهة فى الصلاة وقبل الانصراف مما يتعلق بها من غبار ونحوه .

ومعيقيب هذا الراوى يقال له معيقيب بن أبى فاطمة الدويسى أسلم قديما وهاجر الى الحبشة ؛ ثم الى المدينة وشهد بدرا وكان على خاتم رسول الله صلى الله عليه وسلم واستعمله أبوبكر وعمر رضى الله عنهما على بيت المال توفى آخر خلافة عثمان رضى الله عنه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويكره ان يعد الآى فى الصلاة لانه يشغل عن الخشوع فكان تركه اولى ، ويكره التثاؤب فى الصلاة لما روى ابو هريرة رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال « اذا تثاءب احدكم وهو فى الصلاة فليرده ما استطاع فان احدكم اذا قال : هاها ، ضحك الشيطان منه ») .

(الشرح) هذا الحديث صحيح فى الجملة روى بألفاظ منها عن أبى

هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « التثاؤب من الشيطان فاذا تثاءب أحدكم فليكظم ما استطاع » رواه مسلم ، وفى رواية : « التثاؤب فى الصلاة من الشيطان فاذا تثاءب أحدكم فليكظم ما استطاع » رواه الترمذى وقال : حديث حسن صحيح واسناده على شرط مسلم ، وفى رواية « ان الله يحب العطاس ويكره التثاؤب فاذا تثاءب أحدكم فليرده ما استطاع ولا يقل ها ها فانما ذلكم الشيطان يضحك منه » رواه أبو داود باسناد على شرط البخارى ومسلم وعن أبى سعيد عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اذا تثاءب أحدكم فى الصلاة فليكظم ما استطاع » رواه أبو داود بهذا اللفظ باسناد على شرط البخارى ومسلم ، وفى رواية « اذا تثاءب أحدكم فليمسك بيده على فمه فان الشيطان يدخل » رواه مسلم .

وقال أصحابنا : فيكره التثاؤب فى الصلاة ويكره فى غيرها أيضا فان تثاءب فليرده ما استطاع ، ويستحب وضع يده على فيه سواء كان فى الصلاة أم لا ، وأما عد الآيات فى الصلاة فمذهبنا أن الأولى اجتنابه ولا يقال انه مكروه وقال أبو حنيفة : يكره قال ابن المنذر : رخص فيه ابن أبى مليكة وأبو عبدالرحمن السلمى وطاوس وابن سيرين والشعبى والنخعى والمغيرة بن حكيم والشافعى وأحمد واسحق وكرهه أبو حنيفة . هذا كلام ابن المنذر ، وقد نقل أصحابنا نص الشافعى أنه لا بأس بعد الآيات لكن قالوا : هو خلاف الأولى وهو مراد المصنف بقوله : يكره . ولهذا قال : فكان تركه أولى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

([وان (١) بدره البصاق ـ فان كان فى المسجد لم يبصق فيه بل يبصق فى ثوبه ويحك بعضه ببعض وكذلك ان كان فى المسجد لم يبصق تلقاء وجهه] ولا عن يمينه بل يبصق تحت قدمه اليسرى أو عن يساره ، وان بدره فى المسجد بصق فى ثوبه وحك بعضه ببعض ، لما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه « ان النبى صلى الله عليه وسلم دخل مسجدا يوما فرأى فى قبلة المسجد نخامة فحتها بعرجون معه ثم قال : أيحب أحدكم أن يبصق رجل فى وجهه ؟ اذا صلى احدكم فلا يبصق بين يديه ولا عن يمينه فان الله تعالى تلقاء وجهه والملك عن يمينه ، وليبصق تحت قدمه اليسرى أو عن يساره فان أصابته بادرة

---

(١) ما بين المعقوفين من نسخة الركبى والمتوكلية (ط) .

بصاق فليبصق فى ثوبه ثم يقول به هكذا » فعلمهم ان يفركوا بعضه ببعض ، فان خالف وبصق فى المسجد دفنه لما روى أنس بن مالك رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « البصق فى المسجد خطيئة وكفارته دفنه » وبالله التوفيق) .

(الشرح) قال أهل اللغة : البصاق والبزاق والبساق وبصق وبزق وبسق ثلاث لغات بمعنى واحد ولغة السين قليلة ، وقد أنكرها بعض أهل اللغة وانكارها باطل فقد نقلها الثقات وثبتت فى الحديث الصحيح ، واذا عرض للمصلى بصاق فان كان فى مسجد حرم البصاق فيه ، بل يبصق فى طرف ثوبه من جانبه الأيسر ككمه وغيره ، وان كان فى غير المسجد لم يحرم البصاق فى الأرض فله أن يبصق عن يساره فى ثوبه ، أو تحت قدمه أو بجنبه وأولاه فى ثوبه ، ويحك بعضه ببعض أو يدعه ، ويكره أن يبصق عن يمينه أو تلقاء وجهه واذا بصق فى المسجد فقد ارتكب الحرام وعليه أن يدفنه واختلفوا فى دفنه فالمشهور أنه يدفنه فى تراب المسجد ورمله ان كان له تراب أو رمل ونحوهما ، فان لم يكن أخذه بعود أو خرقة أو نحوهما أو بيده وأخرجه من المسجد ، وقيل : المراد بالدفن اخراجها من المسجد مطلقا ، ولا يكفى دفنها فى ترابه ، حكاه صاحب البحر فى باب الاعتكاف ، ومن رأى من يبصق فى المسجد لزمه الانكار عليه ومنعه منه ان قدر ومن رأى بصاقا أو نحوه فى المسجد فالسنة أن يزيله بدفعه أو رفعه واخراجه ويستحب تطييب محله .

وأما ما يفعله كثير من الناس اذا بصق أو رأى بصاقا دلكه بأسفل مداسه الذى داس به النجاسة والأقذار فحرام ، لأنه تنجيس للمسجد أو تقذير له ، وعلى من رآه يفعل ذلك الانكار عليه بشرطه والله أعلم . فهذا مختصر أحكام المسألة .

أما دلائلها فعن ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « رأى بصاقا فى جدار القبلة فحكه ثم أقبل على الناس فقال : « اذا كان أحدكم يصلى فلا يبزقن قبل وجهه فان الله قبل وجهه اذا صلى » رواه البخارى ومسلم ، وعن أبى سعيد الخدرى وأبى هريرة رضى الله عنهما « أن النبى صلى الله عليه وسلم رأى نخامة فى قبلة المسجد فحكها بحصاة ثم قال : اذا تنخم أحدكم فلا يتنخم قبل وجهه ولا عن يمينه وليبصق عن يساره أو تحت قدمه

اليسرى » رواه البخارى ومسلم • وعن أنس رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا كان أحدكم فى الصلاة فانه يناجى ربه فلا يبزقن بين يديه ولا عن يمينه ولكن عن شماله تحت قدمه » رواه البخارى ومسلم وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى نخامة فى قبلة المسجد فأقبل على الناس فقال : « ما لأحدكم يقوم مستقبلا ربه فيتنخع أمامه ، أيحب أحدكم أن يستقبل فيتنخع فى وجهه ؟ فاذا تنخع أحدكم فليتنخع عن يساره تحت قدمه ، فان لم يجد فليقل هكذا ــ فتفل فى ثوبه ثم مسح بعضه على بعض » رواه مسلم ، وعنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا قام أحدكم الى الصلاة فلا يبزق أمامة فانما يناجى الله ما دام فى مصلاه ولا عن يمينه ، فان عن يمينه ملكا وليبصق عن يساره أو تحت قدمه فيدفنها » رواه البخارى • وعن أنس رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « البزاق فى المسجد خطيئة وكفارتها دفنها » رواه البخارى ومسلم وعن أبى ذر رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « عرضت على أعمال أمتى حسنها وسيئها فوجدت فى محاسن أعمالها الأذى يماط عن الطريق ، ووجدت فى مساوىء أعمالها النخاعة تكون فى المسجد لا تدفن » رواه مسلم وفى المسألة أحاديث كثيرة فى الصحيح غير هذه وفيما ذكرته أبلغ كفاية •

فصل فى مسائل تتعلق بالباب

(احداها) ينبغى ألا يسكت فى صلاته الا فى حال استماعه لقراءة امامه . فلو سكت فى ركوعه أو سجوده أو قيامه أو قعوده سكوتا يسيرا لم تبطل صلاته ، فان سكت طويلا لعذر بأن نسى شيئا فسكت ليتذكره لم تبطل صلاته على المذهب وبه قطع الجمهور ، وحكى جماعة من الخراسانيين فى بطلانها وجهين وهو ضعيف وان سكت طويلا لغير عذر ففى بطلانها وجهان مشهوران للخراسانيين (أصحهما) لا تبطل ، ولو سكت طويلا ناسيا وقلنا : يبطل تعمده ، فطريقان ، المذهب: لا تبطل ، والثانى : على وجهين •

(الثانية) اشارة الأخرس المفهمة كالنطق فى البيع والنكاح والطلاق والعتاق والرجعة واللعان والقذف وسائر العقود والأحكام الا الشهادة .

ففى قبولها وجهان مشهوران ــ ولو أشار فى صلاته بما يفهم ففى بطلانها وجهان ، الصحيح المشهور وبه قطع الجمهور : لا تبطل لأنه ليس بكلام ولا فعل كثير ، والثانى : تبطل لأنه قائم مقام كلامه ، وجزم القاضى حسين فى فتاويه ببطلان الصلاة ، وجزم الغزالى بالصحة فى فتاويه وصححه فى كتاب الطلاق من الوسيط • وهــذا هو المذهب ، وهــذه المسألة مما يسأل عنه فيقال : انسان عقد النكاح والبيع فى صلاته وصح ولم تبطل صلاته ؟ وتجىء مسألة فى وجه ضعيف فى المعاطاة فى البيع والكتــابة فى البيع والنكاح فان فيهما خلافا معروفا ويتصور مثل هذا فيمن عقد البيع والنكاح وغيرهما وهو فى الصلاة بلفظه ناسيا للصلاة فيصح الجميع بلا خلاف •

(الثالثة) يستحب الخشوع فى الصلاة والخضوع وتدبر قراءتها وأذكارها وما يتعلق بها والاعراض عن الفكر فيما لا يتعلق بهــا ، فان فكر فى غيرها وأكثر من الفكر لم تبطل صلاته لكن يكره ، سواء كان فكره فى مباح أو حرام كشرب الخمر ، وقدقدمنا حكاية وجه ضعيف فى فصل الفعــل من هذا الباب أن الفكر فى حديث النفس اذا كثر بطلت الصلاة وهو شاذ مردود ، وقد نقل الاجماع على أنها لا تبطل وأما الكراهة فمتفق عليها وقد سبقت هذه المسألة بأدلتها من الأحاديث الصحيحة الكثيرة فى المسائل المنثورة فى آخر باب صفة الصلاة •

ومما استدلوا به على أنها لا تبطل بالفكر حديث أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان الله تجاوز لأمتى ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تكلم به » رواه البخارى ومسلم • وعن عقبة بن الحارث رضى الله عنه قال : « صليت مع النبى صلى الله عليه وسلم العصر فلما سلم قام سريعا ودخل على بعض نسائه ثم خرج ورأى فى وجوه القوم من تعجبهم لسرعته • فقال : ذكرت وأنا فى الصلاة تبراً عندنا فكرهت أن يمسى أو يبيت عندنا فأمرت بقسمته » رواه البخارى •

(الرابعة) اذا سلم انسان على المصلى لم يستحق جوابا لا فى الحال ولا بعد الفراغ منها لكن يستحب أن يرد عليه فى الحال بالاشارة والا فيرد عليه بعد الفراغ لفظا ، فان رد عليه فى الصلاة لفظا بطلت صلاته ان قال : عليكم

السلام بلفظ الخطاب ، فان قال : وعليه السلام بلفظ الغيبة لم تبطل ، وسبق بيانه فى هذا الباب ، ودليل ما ذكرته حديث جابر رضى الله عنه قال « بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حاجة ثم أدركته وهو يصلى فسلمت عليه فأشار الى فلما فرغ دعانى فقال : انك سلمت على آنفا وأنا أصلى » رواه مسلم بهذا اللفظ وأصله فى الصحيحين كما سبق بيانه فى فصل الكلام • وعن ابن عمر رضى الله عنهما قال : « قلت لبلال : كيف كان النبى صلى الله عليه وسلم يرد عليهم حين كانوا يسلمون عليه وهو فى الصلاة ؟ قال : كان يشير بيده » رواه الترمذى بهذا اللفظ ، وقال : حديث حسن صحيح ورواه أبو داود بمعناه أطول منه ، وهو فى قصة سلام الأنصارى • وعن صهيب رضى الله عنه قال : « مررت برسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يصلى فسلمت عليه فرد اشارة » رواه أبو داود والنسائى والترمذى وغيرهم ، قال الترمذى : حديث حسن وقال : هو وحديث ابن عمر صحيحان •

وأما الرد بعد السلام فدليله حديث ابن مسعود رضى الله عنه قال : « كنا نسلم فى الصلاة ونأمر بحاجتنا فقدمت على رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يصلى فسلمت عليه فلم يرد على السلام فأخذنى ما قدم وما حدث فلما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلاة قال : ان الله يحدث من أمره مايشاء، وان الله سبحانه قد أحدث أن لا تكلموا فى الصلاة فرد عليه السلام » رواه أبو داود بهذا اللفظ باسناد حسن • وأما الحديث الذى يروى عن أبى غطفان عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم « من أشار فى صلاته اشارة تفهم عنه فليعد صلاته » فرواه أبو داود وقال : هذا الحديث ضعيف •

وقال الدارقطنى : قال لنا ابن أبى داود : أبو غطفان هذا مجهول والصحيح عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه كان يشير فى الصلاة » رواه جابر وأنس وغيرهما • وأما حديث أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا غرار فى صلاة ولا تسليم » فرواه أبو داود باسناد صحيح ، ثم روى أبو داود عن أحمد بن حنبل رحمه الله قال فى تفسيره : أراد أن معناه أن تسلم ولا يسلم ، ويغرر الرجل بصلاته : ينصرف وهو شاك فيها ، هذا كلام أحمد ، والغرار بكسر الغين المعجمة وتكرير الراء وهو النقصان • وقد اختلف العلماء فى ضبط قوله : ولا تسليم فروى منصوبا ومجرورا فمن نصبه عطفه

على غرار ، أى لا غرار ولا تسليم فى الصلاة ، وهذا معنى قول أحمد الذى ذكره أبو داود ، ومن جره عطفه على صلاة أى لا غرار فى صلاة ولا فى تسليم، وبهذا جزم الخطابى قال : والغرار فى التسليم أن يسلم عليك انسان فترد عليه أنقص مما قال بأن قال السلام عليكم ورحمة الله وبركاته فقلت عليكم السلام فلا ترد التحية بكمالها بل تبخسه حقه من كمال الجواب قال والغرار فى الصلاة له تفسيران •

(أحدهما) أن يتم ركوعها وسجودها يعنى ونحوهما •

(والثانى) ينصرف وهو شاك هل صلى ثلاثا أم أربعا مثلا ؟ وفى رواية البيهقى لا غرار فى الصلاة بالألف واللام • قال البيهقى : وهـذا أقرب الى تفسير أحمد ، وفى رواية للبيهقى لا غرار فى تسليم ولا صـلاة وهذا يؤيد تفسير الخطابى ، قال البيهقى : والأخبار السابقة تبيح السلام على المصلى والرد بالاشارة وهى أولى بالاتباع •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فيما اذا سلم على المصلى : قد ذكرنا أن مذهبنا لا يجوز أن يرد باللفظ فى الصلاة وأنه لا يجب عليه الرد لكن يستحب أن يرد فى الحال اشارة ، والا فبعد السلام لفظا ، وبهذا قال ابن عمر وابن عباس ومالك وأحمد واسحق وجمهور العلماء • نقله الخطابى عن أكثر العلماء وحكى ابن المنذر والخطـابى عن أبى هريرة وسـعيد بن المسيب والحسن البصرى وقتادة أنهم أباحوا رد السلام فى الصلاة باللفظ ، وقال أبو حنيفة : لا لفظا ولا اشارة • قال ابن المنذر : هذا خلاف الأحاديث • وحكى الشيخ أبو حامد عن عطاء والثورى أنهما قالا : يرد بعد فراغ صلاته سواء كان المسلم حاضرا أم لا ، وروى عن أبى الدرداء وقال النخعى : يرد بقلبه والله أعلم •

(فـرع) فى مذاهبهم فى السلام على المصلى • مقتضى كلام أصحابنا أنه لا يكره وهو الذى تقتضيه الأحاديث الصحيحة كما سبق ، وحكاه ابن المنذر عن ابن عمر ومالك وأحمد وحكى كراهته عن جابر وعطاء والشعبى وأبى مجلز واسحق بن راهويه •

(الخامسة) يجوز قتل الحية والعقرب فى الصلاة ولا كراهة فيه ، بل

قال القاضى أبو الطيب وغيره : هو مستحب فى الصلاة كغيرها للحديث الصحيح فيه ، وقد سبق بيانه وقد حكاه ابن المنذر عن ابن عمر وأبى حنيفة وأصحابه وأحمد واسحاق قال : وكرهه النخعى ، قال : ولا معنى لكراهته لأنها خلاف السنة .

(السادسة) يكره أن يروح على نفسه بمروحة وهو فى الصلاة وحكاه ابن المنذر عن عطاء وأبى عبد الرحمن ومسلم بن يسار والنخعى ومالك قال : ورخص فيه ابن سيرين ومجاهد والحسن وعائشة بنت سعد قال : وكرهه أحمد واسحق الا أن يأتى غم شديد .

(السابعة) يكره تفقيع الأصابع وتشبيكها فى الصلاة ويستحب لمن خرج الى الصلاة أن لا يعبث فى طريقه ، وأن لا يشبك أصابعه وأن يلازم السكينة لقوله صلى الله عليه وسلم « اذا ثوب بالصلاة فلا تأتوها وأنتم تسعون وأتوها وعليكم السكينة فما أدركتم فصلوا وما فاتكم فأتموا ، فان أحدكم اذا كان يعمد الى الصلاة فهو فى صلاة » رواه مسلم بهذا اللفظ وأصله فى الصحيحين من طرق والتثويب اقامة الصلاة والله علم .

(الثامنة) يكره أن يصلى وهو يدافع البول أو الغائط أو الريح ، أو يحضره طعام ، أو شراب تتوق نفسه اليه لحديث عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا صلاة بحضرة الطعام ، ولا وهو يدافعه الأخبثان » رواه مسلم قال أصحابنا فينبغى أن يزيل هذا العارض ثم يشرع فى الصلاة فلو خاف فوت الوقت فوجهان الصحيح الذى قطع به جماهير الأصحاب أنه يصلى مع العارض محافظة على حرمة الوقت ، والثانى : حكاه المتولى أنه يزيل العارض فيتوضأ . ويأكل وان خرج الوقت ، ثم يقضيه لظاهر هذا الحديث ، ولأن المراد من الصلاة الخشوع فينبغى أن يحافظ عليه وحكى أصحابنا الخراسانيون وصاحب البيان عن الشيخ أبى زيد المروزى أنه اذا انتهى به مدافعة الأخبثين الى أن ذهب خشوعه لم تصح صلاته ، وبه جزم القاضى حسين ، وهذا شاذ ضعيف ، والمشهور من مذهبنا ومذاهب العلماء صحة صلاته مع الكراهة ، وحكى القاضى عياض عن أهل الظاهر بطلانها والله أعلم .

باب سجود السهو

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا ترك ركعة من الصلاة ساهيا ثم تذكرها وهو فيها لزمه ان ياتى بها ، وان شك فى تركها بأن شك هل صلى ركعة او ركعتين او ثلاثا او أربعا ؟ لزمه أن ياخذ بالأقل وياتى بما بقى . لما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اذا شك أحدكم فى صلاته فليلق الشك وليبن على اليقين فاذا استيقن التمام سجد سجدتين ، فان كانت صلاته تامة كانت الركعة نافلة له والسجدتان وان كانت ناقصة كانت الركعة تماما لصلاته ، والسجدتان ترغمان أنف الشيطان ») .

(الشرح) حديث أبى سعيد هذا صحيح رواه أبو داود باسناد صحيح، ورواه مسلم بمعناه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا شك أحدكم فى صلاته فلم يدركم صلى أثلاثا أم أربعا فليطرح الشك وليبن على ما استيقن ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم فان صلى خمسا شفعن له صلاته، وان كان صلى اتماما لأربع كانتا ترغيما للشيطان » قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله تعالى : اذا ترك ركعة ساهيا ثم ذكر وهو فى الصلاة لزمه فعلها وان شك فى تركها بأن شك هل صلى ركعة أو ركعتين أو ثلاثا أو أربعا ؟ لزمه الأخذ بالأقل وفعل ما بقى سواء كان شكه مستوى الطرفين أو ظن أنه فعل الأكثر ، ففى الحالين يلزمه الأخذ بالأقل ويجب الباقى ولا مدخل للاجتهاد فيه . وقد قدمنا فى باب ما ينقض الوضوء أن الفقهاء يطلقون الشك على التردد فى الشىء سواء استوى الاحتمالان أو ترجح أحدهما ، وان كان عند الأصوليين مخصوصا بمستوى الطرفين .

(فرع) فى بيان الأحاديث الصحيحة التى عليها مدار باب سجود السهو وعنها تتشعب مذاهب العلماء وهى ستة أحاديث (أحدها) حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اذا نودى بالأذان أدبر الشيطان له ضراط حتى لا يسمع الأذان فاذا قضى الأذان أقبل فاذا ثوب بها أدبر فاذا قضى التثويب أقبل يخطر بين المرء ونفسه يقول : اذكر كذا اذكر كذا لما لم يكن يذكر حتى يظل الرجل لا يدرى كم صلى ، فاذا لم

يدر أحدكم كم صلى فليسجد سجدتين وهو جالس [رواه البخارى ومسلم وفى رواية لأبى داود فليسجد سجدتين وهو جالس] قبل التسليم •

(الثانى) عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : « صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم احدى صلاتى العشى ــ اما الظهر واما العصر ــ فسلم فى ركعتين ثم أتى جذعا فى قبلة المسجد فاستند اليها وخرج سرعان الناس فقام ذو اليدين فقال : يا رسول الله أقصرت الصلاة أم نسيت ؟ فنظر النبى صلى الله عليه وسلم يمينا وشمالا فقال : أحقا ما يقول ذو اليدين ؟ قالوا : صدق لم تصل الا ركعتين ، فصلى ركعتين وسلم ثم كبر ، ثم سجد ، ثم كبر فرفع ، ثم كبر وسجد ، ثم كبر ورفع » رواه البخارى ومسلم من طرق كثيرة ورواه مسلم أيضا من حديث عمران بن الحصين ببعض معناه وقال فيه « سلم من ثلاث ركعات فلما قيل له صلى ركعة ، ثم سلم ثم سجد سجدتين ثم سلم » •

(الثالث) عن عبد الله ابن بحينة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « قام من صلاة الظهر وعليه جلوس فلما أتم صلاته سجد سجدتين يكبر فى كل سجدة وهو جالس قبل أن يسلم وسجدهما الناس معه مكان ما نسى من الجلوس » رواه البخارى ومسلم •

(الرابع) عن ابراهيم النخعى عن علقمة عن ابن مسعود رضى الله عنه قال « صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ــ قال ابراهيم زاد أو نقص ــ فلما سلم قيل له : يا رسول الله أحدث فى الصلاة شىء ؟ قال وما ذاك ؟ قالوا : صليت كذا وكذا فثنى رجليه واستقبل القبلة فسجد سجدتين ثم سلم ثم أقبل علينا بوجهه ، فقال : انه لو حدث فى الصلاة شىء أنبأتكم به ، ولكن انما أنا بشر أنسى كما تنسون فاذا نسيت فذكرونى ، واذا شك أحدكم فى صلاته فليتحر الصواب فليتم عليه ثم ليسجد سجدتين » رواه البخارى ومسلم الا قوله : « فاذا نسيت فذكرونى » فانه للبخارى وحده وفى رواية للبخارى : « ثم ليسلم ثم يسجد سجدتين » وفى رواية لمسلم « فليتحر الذى يرى أنه الصواب » وفى رواية لهما عن ابن مسعود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « صلى الظهر خمسا ، فقيل : أزيد فى الصلاة ؟ فقال : وما ذاك ؟ قالوا : صليت خمسا فسجد سجدتين » •

(الخامس) عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « اذا شك أحدكم فى صلاته فلم يدر كم صلى ؟ أثلاثا أم أربعا ؟ فليطرح الشك وليبن على ما استيقن ، ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم ، فان كان صلى خمسا شفعن له صلاته ، وان كان صلى اتماما لأربع كانتا ترغيما للشيطان » رواه مسلم •

(السادس) عن عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « اذا سها أحدكم فى صلاته فلم يدر واحدة صلى أم اثنتين فليبن على واحدة فان لم يدر اثنتين صلى أم ثلاثا فليبن على اثنتين ، فان لم يدر أثلاثا صلى أم أربعا ، فليبن على ثلاث وليسجد سجدتين قبل أن يسلم » رواه الترمذى وقال : حديث حسن صحيح • فهذه الأحاديث الستة هى عمدة باب سجود السهو ، وفى الباب أحاديث بمعناه وأحاديث فى مسائل مفردة من الباب ستأتى فى مواضعها ان شاء الله تعالى •

فأما أبو حنيفة فاعتمد حديث ابن مسعود وقال : سجود السهو بعد السلام مطلقا • وقال : اذا شك فى عدد الركعات تحرى فما غلب على ظنه عمل به • فان لم يترجح له أحد الطرفين بنى على اليقين ، هذا اذا تكرر منه الشك ، فان كان لأول مرة لزمه استئناف الصلاة وأما مالك فاعتمد حديثى قصة ذى اليدين وابن بحينة فقال : ان كان السهو بزيادة سجد بعد السلام لحديث ذى اليدين ، وان كان نقصا فقبله لحديث ابن بحينة وأما أحمد فقال : يستعمل كل حديث منها فيما جاء فيه ، ولا يحمل على الاختلاف ، قال : وترك الشك قسمان (أحدهما) يتركه ويبنى على اليقين عملا بحديث أبى سعيد فهذا يسجد قبل السلام (والثانى) يتركه ويتحرى ، فهذا يسجد بعد السلام عملا بحديث ابن مسعود ، وأما الشافعى فجمع بين الأحاديث كلها ورد المجمل الى المبين وقال : البيان انما هو فى حديثى أبى سعيد وعبد الرحمن بن عوف وهما مسوقان لبيان حكم السهو ، وفيهما التصريح بالبناء على اليقين والاختصار على الأقل ووجوب الباقى ، وفيهما التصريح بأن سجود السهو قبل السلام • وان كان السهو بالزيادة ، وأما التحرى المذكور فى حديث ابن مسعود فالمراد به البناء على اليقين • قال الخطابى : حقيقة التحرى طلب

أخرى الأمرين وأولاهما بالصواب وأحراهما ما ثبت فى حديثى أبى سعيد وعبد الرحمن من البناء على اليقين لما فيه من يقين اكمال الصلاة والاحتياط لها •

وأما السجود فى حديث ذى اليدين بعد السلام فقال الشافعى والأصحاب: هو محمول على أن تأخيره كان سهوا لا مقصودا • قالوا : ولا يبعد هذا فان هذه الصلاة وقع فيها السهو بأشياء كثيرة ، فهذا الحديث محتمل مع أنه لم يأت لبيان حكم السهو فوجب تأويله على وفق حديثى أبى سعيد وعبد الرحمن الواردين لبيان حكم السهو الصريحين اللذين لا يمكن تأويلهما ولا يجوز ردهما واهمالهما ، فهذا مختصر ما يدور عليه باب سجود السهو من الأحاديث والجمع بينها وبيان معتمد العلماء فى مذاهبهم فيها ، وهو من النفائس المطلوبة وبالله التوفيق •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فيمن شك فى عدد الركعات وهو فى الصلاة

مذهبنا أنه يبنى على اليقين ويأتى بما بقى ، فاذا شك هل صلى ثلاثا أم أربعا ؟ لزمه أن يأتى بركعة اذا كانت صلاته رباعية سواء كان شكه مستوى الطرفين أو ترجح احتمال الأربع ولا يعمل بغلبة الظن سواء طرأ هذا الشك أول مرة أم تكرر قال الشيخ أبو حامد : وبمثل مذهبنا قال أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب وابن مسعود وابن عمر وسعيد بن المسيب وعطاء وشريح وربيعة ومالك والثورى وقال الأوزاعى : تبطل صلاته ، قال الشيخ أبو حامد : وروى هذا عن ابن عمر وابن عباس ، وقال الحسن البصرى : يعمل بما يقع فى نفسه من غير اجتهاد ، ورواه عن أنس وأبى هريرة ، وقال أبو حنيفة : ان حصل له الشك أول مرة بطلت صلاته ، وان صار عادة له اجتهد وعمل بغالب ظنه ، وان لم يظن شيئا عمل بالأقل ، قال الشيخ أبو حامد : قال الشافعى فى القديم : ما رأيت قولا أقبح من قول أبى حنيفة هذا ولا أبعد من السنة • وحكى القاضى أبو الطيب عن الحسن البصرى أنه اذا شك هل زاد أم نقص ؟ يكفيه سجدتان للسهو لحديث أبى هريرة السابق ، ودلائل هذه المذاهب تعرف مما سبق من الأحاديث •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان ترك ركعة ناسيا وذكرها بعد السلام نظرت فان لم يتطاول الفصل اتى بها ، وان تطاول استانف ، واختلف اصحابنا فى التطاول فقال ابو اسحاق : هو أن يمضى قدر ركعة ، وعليه نص فى البويطى ، وقال غيره : يرجع فيه الى العادة فان كان قد مضى ما يعد تطاولا استانف الصلاة ، وان مضى ما لا يعد تطاولا بنى لانه ليس له حد فى الشرع ، فيرجع فيه الى العادة ، وقال أبو على ابن ابى هريرة : ان مضى قدر الصلاة التى نسى فيها استانف ، وان كان دون ذلك بنى لأن آخر الصلاة (١) ينبنى على اولها ، وما زاد على ذلك لا ينبنى ، فجعل ذلك حدا) .

(الشرح) اذا سلم من صلاته ثم تيقن أنه ترك ركعة أو ركعتين أو ثلاثا أو أنه ترك ركوعا أو سجودا أو غيرهما من الأركان سوى النية وتكبيرة الاحرام فان ذكر السهو قبل طول الفصل لزمه البناء على صلاته فيأتى بالباقى ويسجد للسهو ، وان ذكر بعد طول الفصل لزمه استئناف الصلاة ، هكذا قاله المصنف هنا ونص عليه الشافعى فى الأم والبويطى وصرح به الأصحاب فى جميع الطرق .

وحكى المصنف فى التنبيه قولا أنه يبنى ما لم يقم من المجلس ، وهذا القول شاذ فى النقل وغلط من حيث الدليل وهو منابذ لحديث ذى اليدين السابق فوجب رده والصواب اعتبار طول الفصل وقصره ، وفى ضبطه قولان ووجهان ، الصحيح منها عند الأصحاب الرجوع الى العرف ، فان عدوه قليلا فقليل أو كثيرا فكثير وهذا هو المنصوص فى الأم وبه قطع جماعة منهم البندنيجى (والثانى) قدر ركعة طويل ودونه قليل ، وهذا هو المنصوص فى البويطى واختاره أبو اسحق المروزى وعلى هذا المعتبر قدر ركعة خفيفة ، قال فى البويطى : يقرأ فيها الفاتحة فقط (والثالث) قدر الصلاة التى سها فيها طويل ودونه قليل ، حكاه المصنف والأصحاب عن ابن أبى هريرة (والرابع) حكاه المتولى والشاشى وآخرون أن القدر المنقول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قصة ذى اليدين قليل ، والزيادة عليه طويل ، وقد سبق بيان القدر المنقول وهو أنه صلى الله عليه وسلم « قام الى ناحية المسجد وراجع

---

(١) فى النسخة المطبوعة من المهذب تبنى بالبناء للمجهول فيهما الأولى والثانية (ط) .

ذا اليدين وسأل الجماعة فأجابوا » قال أصحابنا : وحيث جوزنا البناء لا فرق بين أن يكون تكلم بعد السلام وخرج من المسجد واستدبر القبلة ونحو ذلك وبين أن لا يكون لحديث ذى اليدين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان شك بعد السلام فى تركها لم يلزمه شيء لأن الظاهر انه أداها على التمام فلا يضره الشك الطارىء بعده ، ولأنا لو اعتبرنا حكم الشك بعدها شق ذلك وضاق فلم يعتبر) .

(الشرح) اذا شك بعد السلام فى ترك ركعة أو ركعات أو ركن ففى المسألة طريقان (الصحيح) منهما أنه لا شيء عليه ولا أثر لهذا الشك لما ذكره المصنف . وبهذا قطع المصنف وسائر العراقيين وبعض الخراسانيين . (والطريق الثانى) حكاه الخراسانيون وفيه ثلاثة أقوال (أصحها) عندهم هذا و (الثانى) يجب الأخذ باليقين فان كان الفصل وجب البناء ، والا فلا شيء عليه وتوجيههما ظاهر ، ولو شك بعد الفراغ من الوضوء فى ترك بعضه فطريقان أصحهما : أنه كالصلاة والثانى أنه يلزمه البناء على اليقين وقد سبق بيانه فى باب الوضوء .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان ترك فرضا ساهيا ، او شك فى تركه وهو فى الصلاة لم يعتد بما فعله بعد المتروك حتى يأتى بما تركه ثم يأتى بما بعده ، لأن الترتيب مستحق فى أفعال الصلاة فلا يعتد بما يفعل حتى يأتى بما تركه ، فان ترك سجدة من الركعة الأولى وذكرها وهو قائم فى الثانية نظرت فان كان قد جلس عقيب السجدة الأولى خر ساجدا . وقال ابو اسحاق : يلزمه ان يجلس ثم يسجد ليكون السجود عقيب الجلوس ، والمذهب الأول لأن المتروك هو السجدة وحدها فلا يعيد ما قبلها ، كما لو قام من الرابعة الى الخامسة ساهيا ثم ذكر ، فانه يجلس ثم يتشهد ولا يعيد السجود قبله ، وان لم يكن قد جلس عقيب السجدة الأولى حتى قام ثم ذكر جلس ثم سجد ، ومن أصحابنا من قال : يخر ساجدا لأن الجلوس يراد للفصل بين السجدتين ، وقد حصل الفصل بالقيام الى الثانية ، والمذهب الأول لأن الجلوس فرض مأمور به فلم يجز تركه ، وان كان قد جلس عقيب السجدة الأولى وهو يظن أنها جلسة الاستراحة ففيه وجهان ، قال ابو العباس : لا يجزئه بل يلزمه أن يجلس ثم يسجد لأن جلسة الاستراحة نفل لا يجزئه عن الفرض ، كسجود التلاوة لا يجزئه عن سجدة الفرض . ومن

اصحابنا من قال : يجزئه كما لو جلس فى الرابعة وهو يظن انه جلس للتشهد الأول ، وتعليل ابى العباس يبطل بهذه المسألة . وأما سجود التلاوة فلا يسلم، فان من اصحابنا من قال : يجزئه عن الفرض ، ومنهم من قال : لا يجزئه لأنه ليس من الصلاة ، وانما هو عارض فيها وجلسة الاستراحة من الصلاة ، وان ذكر ذلك بعد السجود فى الثانية تمت له ركعة لأن عمله بعد المتروك كلا عمل حتى يأتى بما ترك ، فاذا سجد فى الثانية ضممنا سجدة من الثانية الى الأولى فتمت له الركعة ، وان ترك سجدة من أربع ركعات ونسى موضعها لزمه ركعة لأنه يجوز أن يكون قد ترك من الأخيرة فيكفيه سجدة ويحتمل أن يكون قد ترك من غير الأخيرة فتبطل عليه الركعة التى بعدها ، وفى الصلاة يجب أن يحمل الأمر على الأشد ليسقط الفرض بيقين ، ولهذا أمر النبى صلى الله عليه وسلم من شك فى عدد الركعات أن يأخذ بالأقل ليسقط الفرض بيقين ، وان ترك سجدتين جعل احداهما من الأولى والأخرى من الثالثة فيتم الأولى بالثانية والثالثة بالرابعة فيحصل له ركعتان وتلزمه ركعتان . وان ترك ثلاث سجدات جعل من الأولى سجدة ، ومن الثالثة سجدة ، ومن الرابعة سجدة وتلزمه ركعتان . وان ترك أربع سجدات جعل من الأولى سجدة ومن الثالثة سجدتين ومن الرابعة سجدة ، فيلزمه سجدة وركعتان ، وان ترك خمس سجدات جعل من الأولى سجدة ومن الثالثة سجدتين ومن الرابعة سجدتين ، فيلزمه سجدتان وركعتان ، وان نسى ست سجدات فقد أتى بسجدتين فجعل احداهما من الأولى والأخرى من الرابعة وتلزمه ثلاث ركعات ، وان نسى سبع سجدات حصل له ركعة الا سجدة ، وان نسى ثمانى سجدات حصل له من ركعة القيام والركوع ويلزمه أن يأتى بما بقى فان ذكر ذلك بعد السلام أو شك فى تركه بعد السلام فالحكم فيه على ما ذكرناه فى الركعة) .

(الشرح) قال أصحابنا رحمهم الله : الترتيب واجب فى أركان الصلاة بلا خلاف فان تركه عمدا بطلت صلاته ، وان تركه سهوا لم يعتد بما فعله بعد الركن المتروك حتى يصل الى الركن المتروك ، فحينئذ يصح المتروك وما بعده ، فان تذكر السهو قبل مثل المتروك اشتغل عند التذكر بالمتروك ،وان تذكر بعد فعله فى ركعة أخرى تمت الركعة السابقة ولغى ما بينهما . هذا اذا عرف عين المتروك وموضعه فان لم يعرف وجب عليه أن يأخذ بأقل الممكن ويأتى بالباقى ، وفى الأحوال كلها يسجد للسهو الا اذا وجب الاستئناف بأن ترك ركنا وشك فى عينه ، وجوز أن يكون النية أو تكبيرة الاحرام ، والا اذا كان المتروك هو السلام فانه اذا تذكر قبل طول الفصل سلم ولا يسجد للسهو ، هذا ضابط الفصل ، فلو تذكر فى قيام الثانية أنه ترك سجدة من

الأولى وجب الاتيان بها ، وهل يجزئه أن يسجد من قيامه ؟ أم يجب أن يجلس ثم يسجد ؟ حاصل ما ذكره المصنف والأصحاب أربعة أوجه •

(أحدها) يسجد من قيام ولا يجلس سواء كان جلس أم لا ، لأن المراد من الجلوس بين السجدتين الفصل وقد حصل بالقيام •

(والثانى) وهو الصحيح عند المصنف والأصحاب ان لم يكن جلس عقب السجدة الأولى وجب الجلوس مطمئنا لأنه ركن مقصود ، ولهذا يجب فيه الطمأنينة والاستواء قاعدا بلا خلاف عندنا وان كان جلس كفاه السجود من غير جلوس ، سواء كان جلس بنية الجلوس بين السجدتين أم بنية جلسة الاستراحة ، قال أصحابنا : وتجزئه الجلسة بنية الاستراحة عن الجلسة الواجبة لأنها جلسة وقعت فى موضعها ، وقد سبقت نية الصلاة المشتملة عليها وعلى غيرها • واحتج أصحابنا له أيضا بالقياس على من جلس فى التشهد الأخير فظنه الأول فانه يجزئه ويقع فرضا • هذا هو المذهب وبه قطع العراقيون وصححه الخراسانيون وحكوا وجها آخر أنه لايجزئه وهو ضعيف•

(والوجه الثالث) ان كان جلس بنية الجلوس بين السجدتين كفاه السجود ، وان لم يكن جلس أو جلس بنية جلسة الاستراحة لزمه الجلوس مطمئنا ثم يسجد •

(والرابع) أنه يجب الجلوس مطمئنا ثم يسجد سواء كان جلس بنية الجلوس بين السجدتين أو للاستراحة أم لم يجلس ، ليكون السجود متصلا بالجلوس لأنه هكذا فى الأصل ، وهذا الوجه حكاه المصنف والأصحاب عن أبى اسحاق المروزى ، ولو شك هل جلس ؟ فهو كما اذا لم يجلس لأن الأصل عدمه أما اذا تذكر بعد سجوده فى الثانية أنه ترك سجدة من الأولى فينظر ــ ان تذكر بعد السجدتين فى الثانية أو فى الثالثة منهما ــ فقد تمت ركعته الأولى ولغى ما بينهما ، وهل يحصل تمامها بالسجدة الأولى أم بالثانية ؟ يبنى على الأوجه الأربعة فحيث قلنا لا يجب الجلوس حصل بالأولى وحيث أوجبناه حصل بالثانية • وان تذكر بعد السجدة الأولى فى الركعة الثانية وقبل الثانية

فان أوجبنا الجلوس لم تتم ركعته الأولى حتى يجلس ثم يسجد • وان لم نوجبه فقد تمت ركعته فيقوم الى الثانية •

(فـرع) اذا تذكر فى جلوس الركعة الرابعة أنه ترك أربع سجدات فله ثلاثة أحوال • حال يحصل له ثلاث ركعات الا سجدتين ، وحال ركعتان ، وحال ركعتان الا سجدة ، فاذا تيقن أن المتروك ثنتان من الثالثة وثنتان من الرابعة صحت الركعتان الأوليان وحصلت الثالثة ، لكن لا سجود فيها ولا فيما بعدها ، فيسجد سجدتين ليتم ثم يقوم الى ركعة رابعة وكذا لو ترك سجدة من الأولى وسجدة من الثانية وسجدتين من الرابعة ، وكذا لو ترك سجدة من الثانية وسجدة من الثالثة وسجدتين من الرابعة • أما اذا ترك من كل ركعة سجدة فيحصل ركعتان فتتم الأولى بالثانية ، والثالثة بالرابعة ، ومثله لو ترك سجدتين من الثانية وسجدتين من الأولى أو الثالثة ، أو سجدتين من الثانية وواحدة من الأولى وأخرى من الثالثة أو سجدتين من الثانية وسجدة من الثالثة وأخرى من الرابعة • أو سجدة من الأولى وسجدة من الثانية وسجدتين من الثالثة ، أو سجدة من الثانية وسجدتين من الثالثة وسجدة من الرابعة ، فيحصل من كل هذه الصور ركعتان ، ويقوم فيأتى بركعتين أما اذا ترك من الأولى واحدة ومن الثانية ثنتين ، ومن الرابعة واحدة أو من الأولى ثنتين ، ومن الثانية واحدة ومن الرابعة أخرى ، وكذا صورة ترك ثنتين من ركعة وثنتين من ركعتين غير متواليتين • فيحصل ركعتان الا سجدة • فيسجدها ثم يأتى بركعتين ، هذا كله اذا عرف موضع السجدات • فان لم يعرفه لزمه الأخذ بالأشد فيأتى بسجدة ، ثم ركعتين • وقال الشيخ أبو محمد الجوينى : يلزمه سجدتان ثم ركعتان وهو غلط قطعا • وغلطه الأصحاب فيه •

هذا كله اذا كان قد جلس عقب السجدة بنية الجلوس بين السجدتين • أو بنية جلسة الاستراحة ــ اذا قلنا تجزىء عن الواجب ــ وهو الأصح ، أو قلنا ــ بالضعيف : ان القيام يقوم مقام الجلسة • فأما اذا لم يجلس فى بعض الركعات أو لم يجلس فى غير الرابعة وقلنا بالأصح : ان القيام لا يقوم مقام الجلسة فلا يحسب ما بعد السجدة المفعولة حتى يجلس حتى لو تذكر أنه

ترك من كل ركعة سجدة ، ولم يجلس الا فى الآخرة أو جلس بنية الاستراحه أو جلس فى الثانية بنية التشهد الأول ، وقلنا : ان الفرض لا يتأدى بنية النفل لم يحصل من ذلك كله الا ركعة ناقصة سجدة ، ثم هذا الجلوس الذى تذكر فيه يقع عن الجلوس بين السجدتين فيسجد ثم يقوم فيأتى بثلاث ركعات .

أما اذا تذكر أنه ترك سجدة من أربع ركعات وهو فى الجلوس فى آخر الصلاة فان علم أنها من الآخرة سجدها واستأنف التشهد ان كان تشهد ، وان علمها من غير الآخرة أو شك لزمه ركعة .

وان علم ترك سجدتين فان كانتا من الأخيرة سجدهما ثم تشهد ، وان كانتا من غيرها فان علمهما من ركعة واحدة لزمه ركعة ، وان علمهما من ركعتين متواليتين كفاه ركعة ، وان علمهما من ركعتين غير متواليتين أو أشكل الحال لزمه ركعتان ، وان علم ترك ثلاث سجدات فان علم واحدة من الرابعة وثنتين من ركعة غيرها لزمه سجدة ثم ركعة ، وان علم أن واحدة من الأولى وسجدتين من الرابعة لزمه سجدتان ثم ركعة وان علم أن الثلاث من الثلاث الأوليات أو سجدة من الأولى وسجدتين من الثالثة أو عكسه أو سجدتين من الثانية وسجدة من الثالثة أو عكسه أو أشكل الحال لزمه ركعتان ، وان علم ترك أربع سجدات فقد ذكرنا تقسيمه .

وان علم ترك خمس سجدات ــ فان علم موضعهن فحكمه واضح مما ذكرناه ، وان جهل موضعهن لزمه ثلاث ركعات باتفاق الأصحاب وكلهم مصرحون بوجوب ثلاث ركعات الا المصنف فى الكتاب فقال : يلزمه سجدتان وركعتان وهو غلط ليس منه جواب . لأن هذه المسائل كلها مبنية على وجوب الأخذ بأشد الأحوال وهذا يقتضى وجوب ثلاث ركعات لاحتمال أنه ترك سجدتين من الأولى وسجدتين من الثانية وسجدة من الثالثة ، أو من الأولى سجدة ومن الثانية سجدتين ، وكذا من الثالثة فيتم الأولى بالرابعة ولا يحصل غير ركعة .

وان علم أنه ترك ست سجدات لزمه ثلاث ركعات أيضا . وان ترك سبعا لزمه سجدة ثم ثلاث ركعات ، وان ترك ثمانيا لزمه سجدتان ثم ثلاث ركعات .

قال أصحابنا : ويتصور ترك الخمس فما بعدها وقبلها فيمن سجد بلا طمأنينة أو على حائل متصل به يتحرك بحركته • واعلم أن هذا الحكم يطرد لو تذكر السهو بعد السلام فى جميع هذه الصور ان لم يطل الفصل ، فان طال الفصل وجب استئناف الصلاة كما سبق ، ويسجد للسهو فى جميع هـذه المسائل المذكورة والله أعلم •

(فـرع) ذكر المصنف فى أثناء الدليل أنه لو سجد للتلاوة فى الصلاة وعليه سجدة من نفس الصلاة فهل يجزئه ؟ فيه وجهـان الصحيح منهما أنه لا يجزئه ونقله الشيخ أبو حامد هنا عن نص الشافعى •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فيمن ترك أربع سجدات من أربع ركعات من كل ركعة سجدة • قد ذكرنا أن مذهبنـا أنه يحصل له ركعتـان ويأتى بركعتين أخريين بشرطه المذكور ، وقال الليث بن سعد وأحمـد فيما حكى الشيخ أبو حامد عنهما :

لا يحصل له الا تكبيرة الاحرام وحكى ابن المنذر عن الحسن والثورى وأبى حنيفة وأصحاب الرأى أنه يسجد فى آخر صلاته أربع سجدات وقد تمت صلاته • وعن النخعى من نسى سجدة سجدها متى ذكرها وهو فى الصلاة • وعن الأوزاعى فيمن نسى سجدة من الظهر فذكرها فى صلاة العصر قال : يمضى فى صلاته فاذا فرغ سجدها • وقال مالك وأحمد فى أصح الروايتين عنهما : لا يحصل له الا ما فعله فى الركعة الرابعة ، وفى رواية عنهما يستأنف الصلاة • أما اذا ترك سجدة أو سجدتين من الركعة الأولى فذكر ذلك فى الثانية فقد ذكرنا مذهبنا فيه وأنه يعود الى سجوده الأول ، وقال أحمد : ان ذكر قبل أن يشرع فى القراءة عاد والا فيبطل حكم الأولى ويعتد بالثانية وقال مالك : يعود ما لم يركع •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان نسى سنة نظرت فان ذكر ذلك وقد تلبس بغيرها ، مثل ان ترك دعاء الاستفتاح فذكر وهو فى التعوذ او ترك التشهد الأول فذكره وقد انتصب قائما لم يعد اليه • والدليل عليه ما روى المغيرة بن شـعبة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا قام أحدكم من الركعتين فلم يستتم قائمـا

فليجلس فان استتم قائما فلا يجلس ويسجد سجدتين » ففرق بين أن ينتصب وبين ان لا ينتصب ، لأنه اذا انتصب حصل فى غيره واذا لم ينتصب لم يحصل فى غيره فدل على ما ذكرناه ، فان نسى تكبيرات العيد حتى افتتح القراءة ففيه قولان . قال فى القديم : يأتى بها لأن محلها القيام ، والقيام باق . وقال فى الجديد : لا يأتى بها لأنه ذكر مسنون قبل القراءة فسقط بالدخول فى القراءة كدعاء الاستفتاح) .

(الشرح) حديث المغيرة رواه أبو داود وابن ماجه بهذا اللفظ باسناد ضعيف وفى رواية عن زياد بن علاقة قال « صلى بنا المغيرة بن شعبة فنهض فى الركعتين فقلنا : سبحان الله ، قال : سبحان الله ، ومضى فلما أتم صلاته وسلم سجد سجدتى السهو ، فلما انصرف قال : رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصنع كما صنعت » رواه أبو داود والترمذى . وقال : حديث حسن صحيح ، وهذه الرواية يحصل بها الدلالة لما ذكره المصنف وروى الحاكم مثلها من رواية سعد بن أبى وقاص ، ومن رواية عقبة بن عامر وقال : هما صحيحتان على شرط البخارى ومسلم . قال أصحابنا : اذا ترك المصلى سنة وتلبس بغيرها لم يعد اليها سواء تلبس بفرض أم بسنة أخرى ، فمثال التلبس بفرض أن يترك دعاء الاستفتاح أو التعوذ أو كليهما حتى يشرع فى القراءة أو يترك تسبيح الركوع أو السجود حتى يتلبس بالركن الذى بعدهما ، أو يترك التشهد الأول حتى ينتصب قائما أو القنوت حتى يسجد أو جلسة الاستراحة حتى ينتصب قائما ونحو ذلك .

ومثال التلبس بسنة أخرى أن يترك دعاء الاستفتاح حتى يشرع فى التعوذ ، ودليل الجميع حديث المغيرة ، أعنى الرواية الثانية الصحيحة ، وذكر الشيخ أبو حامد فى تعليقه أنه اذا ترك دعاء الاستفتاح وتعوذ عاد اليه من التعوذ ، والمشهور فى المذهب أنه لا يعود كما جزم به المصنف وسواء كان الترك عمدا أم سهوا ، فلو خالف وعاد من التعوذ الى الاستفتاح لم تبطل صلاته ، وان عاد من الاعتدال الى الركوع لتسبيح الركوع أو من القيام أو التعوذ الى السجود لتسبيح السجود ، أو من القيام الى الجلوس للتشهد الأول ، أو من السجود الى الاعتدال للقنوت بطلت صلاته ان كان عامدا عالما بتحريمه ، فان كان ناسيا أو جاهلا لم تبطل ويسجد للسهو . وفى هذه

المسألة فروع تتعلق بها سنبسط بعضها فى الفصل الآتى وبعضها فى أواخر باب صلاة الجماعة حيث ذكر المصنف أصلها ان شاء الله تعالى •

وأما اذا نسى التكبيرات الزوائد فى صلاة العيد فينظر ان تذكرها فى الركوع أو بعده لم يعدها بلا خلاف لفوات محلها ، فان كبرها فى ركوعه وما بعده كره ولم تبطل صلاته ، لأن الأذكار لا تبطل الصلاة وان كانت فى غير موضعها ، وان رجع الى القيام ليكبرها بطلت صلاته ان كان عامدا عالما بتحريمه والا فلا تبطل ويسجد للسهو ، وان تذكرها بعد القراءة وقبل الركوع فهى مسألة الكتاب وفيها القولان المذكوران فى الكتاب (الجديد) أنه لا يكبر لفوات محله فان محله عقب تكبيرة الاحرام (والقديم) أنه يكبر لبقاء القيام ، والأصح عند الأصحاب هو الجديد ولو تذكرها فى أثناء الفاتحة لم يعدها فى الجديد لفوات المحل ، وفى القديم يعيدها ثم تستأنف الفاتحة واذا تدارك التكبيرات بعد فراغ الفاتحة استحب استئنافها وفى وجه يجب اعادة الفاتحة ، والصحيح الاستحباب • ولو أدرك مسبوق الامام فى أثناء القراءة أو وقد كبر بعض التكبيرات الزوائد فعلى الجديد لا يكبر ما فاته ، وعلى القديم يكبر ، ولو أدركه راكعا ركع معه ولا يكبرهن بلا خلاف ، ولو أدركه فى الركعة الثانية كبر معه خمسا على الجديد فاذا قام الى فائتة كبر أيضا خمسا والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(الذى يقتضى سجود السهو أمران زيادة ونقصان ، فاما الزيادة فضربان : قول وفعل • فالقول أن يسلم فى غير موضع السلام ناسيا أو يتكلم ناسيا فيسجد للسهو ، والدليل عليه أن النبى صلى الله عليه وسلم « سلم من اثنتين وكلم ذا اليدين وأتم صلاته وسجد سجدتين » وان قرأ فى غير موضع القراءة سجد لأنه قول فى غير موضعه فصار كالسلام ، وأما الفعل فضربان ضرب لا يبطل عمده الصلاة وضرب يبطل فما لا يبطل عمده الصلاة كالالتفات والخطوة والخطوتين فلا يسجد له • لأن عمده لا يؤثر فسهوه لا يقتضى السجود ، وأما ما يبطل عمده فضربان متحقق ومتوهم • فالمتحقق أن يسهو فيزيد فى صلاته ركعة أو ركوعا أو سجودا أو قياما أو قعودا أو يطيل القيام بنية القنوت فى غير موضع القنوت أو يقعد للتشهد فى غير موضع القعود على وجه السهو فيسجد للسهو • والدليل عليه ما روى عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « صلى الظهر خمسا فقيل له : صليت خمسا فسجد سجدتين

وهو جالس بعد التسليم)) واما المتوهم فهو أن يشك هل صلى ركعة أو ركعتين ؟ : فيلزمه أن يصلى ركعة اخرى ثم يسجد للسهو لحديث أبى سعيد الخدرى الذى ذكرناه فى أول الباب ، فان قام من الركعتين ، فرجع الى القعود قبل ان ينتصب قائما ففيه قولان (أحدهما) يسجد للسهو لأنه زاد فى صلاته فعلا تبطل الصلاة بعمده فيسجد ، كما لو زاد قياما أو ركوعا (والثانى) لا يسجد وهو الأصح لأنه عمل قليل فهو كالالتفات والخطوة . وأما النقصان فهو ان يترك سنة مقصودة وذلك شيئان (أحدهما) أن يترك التشهد الأول ناسيا فيسجد للسهو لما روى ابن بحينة ان النبى صلى الله عليه وسلم ((قام من اثنتين فلما جلس من أربع انتظر الناس تسليمه فسجد قبل أن يسلم)) (والثانى) أن يترك القنوت ساهيا فيسجد للسهو لأنه سنة مقصودة فى محلها فتعلق السجود بتركها كالتشهد الأول ، وان ترك الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم فى التشهد الأول ــ فان قلنا : انها ليست بسنة ــ فلا يسجد ، وان قلنا : انها سنة سجد لأنه ذكر مقصود فى موضعه فهو كالتشهد الأول فان ترك التشهد الأول او القنوت عامدا سجد للسهو ومن أصحابنا من قال : لا يسجد لأنه مضاف الى السهو فلا يفعل مع العمد ، والمذهب الأول لأنه اذا سجد لتركه ساهيا فلأن يسجد لتركه عامدا أولى . وان ترك سنة غير مقصودة كالتكبيرات والتسبيحات والجهر والاسرار والتورك والافتراش وما أشبهها لم يسجد لأنه ليس بمقصود فى موضعه فلم يتعلق بتركه الجبران ، وان شك هل سها ؟ نظرت فان كان فى زيادة هل زاد ام لا ؟ لم يسجد لأن الأصل لم يزد ، وان كان فى نقصان هل ترك التشهد او القنوت أم لا ؟ سجد لأن الأصل أنه لم يفعل فسجد لتركه) .

(الشرح) الأحاديث المذكورة سبق بيانها فى أول الباب .

(واما الأحكام) فقال أصحابنا : الذى يقتضيه سجود السهو قسمان ترك مأمور به أو ارتكاب منهى عنه ، أما المأمور به فنوعان ترك ركن وغيره ، أما الركن فاذا تركه لم يكف عنه السجود ، بل لابد من تداركه كما سبق ، ثم قد يقتضى الحال سجود السهو بعد التدارك ، وقد لا يقتضيه كما سنفصله ان شاء الله .

وأما غير الركن فضربان أبعاض وغيرها ، وقد سبق بيان الأبعاض فى آخر صفة الصلاة وهى التشهد الأول والجلوس له ، والقنوت والقيام له ، وكذا الصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى آله اذا تركهما فى التشهد الأول ــ وقلنا : انهما سنة ، وكذا الصلاة على الآل فى التشهد الأخير اذا

قلنا بالمذهب انها ليست واجبة بل هى سنة ، وكل واحد من هذه الأبعاض مجبور بسجود السهو اذا تركه سهوا لحديث عبد الله ابن بحينة رضى الله عنهما السابق فى أول الباب •

وان تركه عمدا فوجهان مشهوران أحدهما لا يسجد لأن السجود مشروع للسهو وهذا غير ساه • لأن السجود شرع جبرا لخلل الصلاة ورفقا بالمصلى اذا تركه سهوا لعذره • وهذا غير موجود فى العامد فانه مقصر •

وحكى الشيخ أبو حامد هذا الوجه عن أبى اسحق المروزى وأبى حنيفة (والثانى) وهو الصحيح باتفاق الأصحاب يسجد لأنه اذا شرع للساهى فالعامد المقصر أولى ، وأما غير الأبعاض من السنن كالتعوذ ودعاء الافتتاح ورفع اليدين والتكبيرات والتسبيحات والدعوات والجهر والاسرار والتورك والافتراش والسورة بعد الفاتحة ووضع اليدين على الركبتين وتكبيرات العيد الزائدة وسائر الهيئات المسنونات غير الأبعاض فلا يسجد لها ، سواء تركها عمدا أو سهوا لأنه لم ينقل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم السجود لشىء منها ، والسجود زيادة فى الصلاة فلا يجوز الا بتوقيف • وتخالف الأبعاض فانه ورد التوقيف فى التشهد الأول وجلوسه وقسنا باقيها عليه لاستواء الجميع فى أنها سنن متأكدة •

وحكى جماعة من أصحابنا قولا قديما أنه يسجد لترك كل مسنون ذكرا كان أو فعلا ووجها أنه يسجد لنسيان تسبيح الركوع والسجود ، وهما شاذان ضعيفان ، والصحيح المشهور الذى قطع به المصنف والجمهور أنه لا يسجد لشىء منها غير الأبعاض لما ذكرناه •

أما المنهى عنه فصنفان (أحدهما) ما لا تبطل الصلاة بعمده كالالتفات والخطوة والخطوتين على الأصح • وكذا الضربة والضربتان والاقعاء فى الجلوس ، ووضع اليد على الفم والخاصرة والفكر فى الصلاة والنظر الى ما يلهى ورفع البصر الى السماء ، وكف الثوب والشعر ومسح الحصى والتثاؤب والعبث بلحيته وأنفه وأشباه ذلك ، فهذا كله لا يسجد لعمده ولا لسهوه لأن النبى صلى الله عليه وسلم نظر الى أعلام الخميصة وقال : ألهتنى أعلامها ، وتذكر تبرا كان عنده فى الصلاة وحمل أمامه ووضعها ، وخلع نعليه

فى الصلاة ولم يسجد لشىء من ذلك (والثانى) ماتبطل الصلاة بعمده كالكلام والركوع والسجود الزائدين فهذا يسجد لسهوه اذا لم تبطل به الصلاة • أما اذا بطلت به الصلاة فلا سجود ، وذلك كالأكل والفعل والكلام اذا أكثر منها ساهيا فان الصلاة تبطل به على الأصح كما سبق ، وكذلك الحدث تبطل به وان كان سهوا فلا سجود ، واذا سلم فى غير موضعه ناسيا أو قرأ فى غير موضعه ناسيا أو قرأ فى غير موضع القراءة غير الفاتحة أو الفاتحة سهوا أو عمدا اذا قلنا بالصحيح : ان قراءتها فى غير موضعها عمدا لا تبطل الصلاة ، سجد للسهو ، ولنا وجه ضعيف أن القراءة فى غير موضعها لا يسجد لها • وبه قطع العبدرى ونقله عن العلماء كافة الا أحمد فى رواية عنه •

(**فـرع**) قال الأصحاب : القيام والركوع والسجود والتشهد أركان طويلة بلا خلاف فلا يضر تطويلها قال البغوى : ولا يضر أيضا تطويل التشهد الأول بلا خلاف • قال أصحابنا الخراسانيون : والاعتدال عن الركوع ركن قصير أمر المصلى بتخفيفه ، فلو أطاله عمدا بالسكوت أو القنوت حيث لم يشرع أو بذكر آخر فثلاثة أوجه أصحها عند امام الحرمين وبه قطع البغوى ، تبطل صلاته الا حيث ورد الشرع بالتطويل فى القنوت أو فى صلاة التسبيح• وقد قطع المصنف بهذا فى قوله : أو يطيل القيام بنية القنوت ومراده اطالة الاعتدال ، وذكره فى القسم الذى تبطل الصلاة بعمده ، والثانى : لا تبطل كما لو طول الركوع وبه قطع القاضى أبو الطيب ، والثالث : ان قنت عمدا فى اعتداله فى غير موضعه بطلت صلاته وان طوله بذكر آخر لا بقصد القنوت لم تبطل • هذا نقل الأصحاب ، وقد ثبت فى صحيح مسلم عن حذيفة رضى الله عنه أنه قال « صليت مع النبى صلى الله عليه وسلم ذات ليلة فافتتح البقرة فقلت يركع عند المائة ثم مضى فقلت : يصلى بها فى ركعة فمضى فقلت يركع بها ثم افتتح النساء فقرأها ثم افتتح آل عمران فقرأها يقرأ مترسلا اذا مر بآية فيها تسبيح سبح ، واذا مر بآية فيها سؤال سأل ، واذا مر بتعوذ تعوذ ثم ركع فجعل يقول : سبحان ربى العظيم فكان ركوعه نحوا من قيامه ، ثم قال : سمع الله لمن حمده ثم قام طويلا قريبا مما ركع ثم سجد فقال : سبحان ربى الأعلى فكان سجوده قريبا من قيامه » •

هذا لفظ رواية مسلم ، وفيه التصريح بجواز اطالة الاعتـدال بالذكر والجواب عنه صعب على من منع الاطالة فالأقوى جوازها بالذكر والله أعلم •

وأما الجلوس بين السجدتين ففيه وجهان مشهوران (أحدهما) أنه ركن قصـير وبه قطع الشيخ أبو محمـد والبغوي وغيرهمـا وصححه الرافعي (والثانى) أنه طويل قاله ابن سريج والأكثرون •

فان قلنا : طويل فلا بأس بتطويله عمدا ، وان قلنا : قصير ففى تطويله عمدا الخلاف المذكور فى الاعتدال ، قالوا : ولو نقل ركنا ذكريا الى ركن طويل بأن قرأ الفاتحة أو بعضها فى الركوع ، أو فى السجود أو الجلوس فى آخر الصلاة أو قرأ التشهد أو بعضه فى القيام أو فى الركوع عمدا فطريقان (أحدهما) لا تبطل صلاته ، وأصحهما فيه وجهان (أحدهما) تبطل كما لو نقل ركنا فعليا (وأصحهما) لا تبطل لأنه لا يخل بصورتها بخـلاف الفعل ، وطردوا هذا الخلاف فيما لو نقله الى الاعتـدال ولم يطل ، فان قرأ بعض الفاتحة أو بعض التشهد ، فان اجتمع المعنيان فطول الاعتدال بالفـاتحة أو بالتشهد بطلت على أصح الوجهين وقيل تبطل قطعا ، وحيث قلنا فى هـذه الصور : تبطل الصلاة بعمده ففعله سهوا سجد للسهو ، وان قلنا : لا تبطل بعمده فهل يسجد لسهوه ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا كسائر ما لا يبطل عمده، وأصحهما : يسجد لاخلاله بصورتها وتستثنى هذه الصورة عن قولنا ما لا يبطل عمده ، لا يسجد لسهوه •

(فـرع) قد ذكرنا أن مذهبنا أنه يسجد للسهو للزيادة وللنقص ، وبه قال جميع العلماء من السلف والخلف • قال الشيخ أبو حامد : الا علقمة والأسود صاحبى ابن مسعود فقالا لايسجد للزيادة : دليلنا الأحاديث السابقة•

(فـرع) ذكرنا أن مذهبنا أنه لايسجد لترك الجهر والاسرار والتسبيح وسائر الهيئات ، وقال أبو حنيفة رحمه الله : يسجد للجهر والاسرار ، وقال مالك : يسجد لترك جميع الهيئات ، قال الشـيخ أبو حامد : وقال ابن أبى ليلى : اذا أسر فى موضع الجهر أو عكس بطلت صلاته ، وحكى العبدرى عن الأوزاعى وأحمد فى أصح الروايتين عنه لا يسجد للجهر فى موضع الاسرار ،

ولا للإسرار فى موضع الجهر وعن أبى حنيفة ومالك والثورى وأبى ثور واسحاق أنه يسجد • وقال أبو حنيفة وأحمد : يسجد لترك تكبيرات العيد • وعن الحكم واسحاق أنه يسجد لجميع ذلك ، وأما اذا ترك التشهد الأول عمدا فالأصح عندنا أنه يسجد للسهو ، وبه قال مالك وقال النخعى وأبو حنيفة وابن القاسم : لا يسجد • وقال أحمد : تبطل صلاته •

(فرع) من القواعد المتكررة فى أبواب الفقه أنا اذا تيقنا وجود شىء أو عدمه ثم شككنا فى تغيره وزواله عما كان عليه استصحبنا حكم اليقين وطرحنا حكم الشك الا فى مسائل قليلة تقدم بيانها فى باب الشك فى نجاسة الماء واستوعبناها هناك وذكرنا الخلاف فيها موضحا • قال أصحابنا : فاذا شك فى ترك مأمور يجبر تركه بالسجود وهو الأبعاض فالأصل أنه لم يفعله فيسجد للسهو ، وهذا لا خلاف فيه قال البغوى : هذا اذا كان الشك فى ترك مأمور به معين ، فأما اذا شك هل ترك مأمورا به مطلقا أم لا ؟ فلا يسجد ، كما لو شك هل سها أم لا ؟ فانه لا يسجد قطعا ، وان شك هل زاد فى الصلاة ركعة أو سجدة أو غيرهما أم لا ؟ أو هل ارتكب منهيا ككلام وسلام ناسيا ؟ لم يسجد لأن الأصل عدمه ، ولو تيقن السهو وشك هل سجد له أم لا ؟ فليسجد لأن الأصل عدم السجود ، ولو شك هل سجد للسهو سجدة أم سجدتين ؟ سجد أخرى ولو تيقن السهو وشك هل هو ترك مأمورا أو ارتكب منهيا عنه ، سجد لتحقق سبب السجود ، ولا يضر جهل عينه ، ولو شك هل صلى ثلاثا أم أربعا ؟ أخذ بالأقل كما سبق فيأتى بركعة ويسجد للسهو •

واختلفوا فى سبب السجود فى هذه المسألة فقال الشيخ أبو محمد الجوينى وطائفة : المعتمد فيه الحديث ولا يظهر معناه • واختاره امام الحرمين والغزالى ، والأصح ما قاله القفال والشيخ أبو على والبغوى وآخرون ، وصححه الرافعى فى المحرر أن سببه التردد فى الركعة التى يأتى بها هل هى رابعة أم زائدة تقتضى السجود ؟ وهذا التردد يقتضى السجود ، فلو زال تردده قبل السلام وقبل السجود وعرف أن التى يأتى بها رابعة لم يسجد على الأول ويسجد على الثانى •

وضبط أصحاب الوجه الثانى صورة الشك وزواله فقالوا : ان كان

ما فعله من وقت عروض الشك الى زواله لابد منه على كل احتمال لم يسجد للسهو • وان كان زائدا على بعض الاحتمالات سجد • مثاله : شك فى قيامه من الظهر أن تلك الركعة ثالثة أم رابعة ؟ فركع وسجد على هذا الشك وهو عازم على القيام الى ركعة أخرى أخذاً باليقين ، ثم تذكر قبل القيام الى الأخرى أنها ثالثة أو رابعة فلا يسجد ، لأن ما فعله على الشك لابد منه على التقديرين، فان لم يتذكر حتى قام سجد للسهو ، وان تيقن أن التى قام اليها رابعة ، لأن احتمال الزيادة وكونها خامسة كان موجودا حين قام •

(فـرع) لو أدرك مسبوق الامام راكعـا وشك هل أدرك ركوعه المجزىء فسيأتى فى بابه ان شاء الله تعالى أنه لا تحسب له هذه الركعة على الصحيح ، قال الغزالى فى الفتاوى : فعلى هذا يسجد للسهو كما لو شك هل صلى ثلاثا أم أربعا ؟ ؟ وهذا الذى قاله الغزالى ظاهر ، ولا يقال : يتحمل عنه الامام لأن هذا الشخص بعد سلام الامام شاك فى عدد ركعاته والله أعلم •

(فـرع) قد سبق أن فوات التشهد الأول أو جلوسه يقتضى سجود السهو ، فاذا نهض من الركعة الثانية ناسيا للتشهد أو جلس ولم يقرأ التشهد ثم نهض ناسيا ثم تذكر فله حالان ، أحدهما : أن يتذكر بعد الانتصاب قائما فيحرم العود الى القعود ، هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور ، ودليله حديث المغيرة السابق ، وفيه وجه شاذ أنه يجوز العود ما لم يشرع فى القراءة ، لكن الأولى أن لا يعود حكاه الرافعى وهو ضعيف أو باطل ، والصواب تحريم العود ، فان عاد متعمدا عالما بتحريمه بطلت صلاته ، وان عاد ناسيا لم تبطل ، ويلزمه أن يقوم عند تذكره ويسجد للسهو •

قال الشيخ أبو حامد وغيره : ويكون سجود السهو هنا لزيادة ونقص لأنه زاد جلوسا فى غير موضعه وترك التشهد والجلوس فى موضعه ، وان عاد جاهلا بتحريمه فوجهـان حكاهما البغوى وغيره • قالوا : أصحهما أنه كالناسى لأنه يخفى على العوام ، وبهذا قطع الشيخ أبو حامد وغيره •

(والثانى) أنه كالعامد لأنه مقصر بترك التعلم ، هذا حكم المنفرد والامام فى معناه فلا يجوز العود بعد الانتصاب ولا يجوز للمأموم أن يتخلف عنـه

للتشهد فان فعل بطلت صلاته ، فان نوى مفارقته ليتشهد جاز وكان مفارقا بعذر ، ولو انتصب مع الامام فعاد الامام للتشهد لم يجز للمأموم العود ، بل ينوي مفارقته ، وهل له أن ينتظره قائما حملا على أنه عاد ناسيا ؟ فيه وجهان سبق مثلهما فى التنحنح أصحهما له ذلك ، فلو عاد المأموم مع الامام عالما بتحريمه بطلت صلاته ، وان عاد ناسيا أو جاهلا لم تبطل ، ولو قعد المأموم فانتصب الامام ثم عاد لزم المأموم القيام لأنه توجه عليه بانتصاب الامام ولو قعد الامام للتشهد الأول وقام المأموم ناسيا أو ناهضاً فتذكر الامام فعاد قبل الانتصاب وانتصب المأموم فثلاثة أوجه (أصحها) يجب على المأموم العود الى التشهد لمتابعة الامام لأنها آكد ، ولهذا سقط بها القيام والقراءة عن المسبوق اذا أدرك الامام راكعا ، فان لم يعد بطلت صلاته ، وبهذا الوجه قطع البغوى وغيره ، وصححه الشيخ أبو حامد والبندنيجى ومتابعوهما (والثانى) يحرم العود كما يحرم على المنفرد (والثالث) يجوز ولا يجب ، وادعى امام الحرمين أنه لا يجب العود بلا خلاف ، وليس كما ادعى ، بل المسألة مشهورة بالخلاف فى الوجوب ، صرح به الشيخ أبو حامد ومتابعوه ، وصرحوا بتصحيح وجوب الرجوع ، وقطع به البغوى وغيره ، وقد ذكر المصنف المسألة فى أواخر باب صلاة الجماعة .

ولو قام المأموم عمدا فقد قطع امام الحرمين بتحريم العود ، قال : كما لو ركع قبل الامام أو رفع قبله فانه يحرم العود ، فان عاد بطلت صلاته لأنه زاد ركنا عمدا قال فلو فعله سهوا بأن سمع صوتا فظن أن الامام ركع فركع فبان أنه لم يركع ففى جواز الرجوع وجهان . وقال البغوى وغيره فى وجوب الرجوع وجهان (أحدهما) يجب ، فان لم يرجع بطلت صلاته . (وأصحهما) لا يجب . بل يتخير بين الرجوع وعدمه . قال الرافعى : وللنزاع فى صورة قصد القيام بحال ظاهر . لأن أصحابنا العراقيين أطبقوا على أنه لو ركع قبل الامام عمدا استحب له أن يرجع الى القيام ليركع مع الامام فجعلوه مستحبا .

(قلت) هذا الذى نقله عن العراقيين هو كذلك فى أكثر كتبهم ، وقد نص عليه الشافعى رضى الله عنه فى الأم ، وقطع الشيخ أبو حامد وصاحب المهذب وغيرهما من العراقيين بوجوب الرجوع ونقله أبو حامد عن نصه فى القديم فالأصح أنه مستحب كما نص عليه فى الأم وقالوه والله أعلم .

(الحال الثانى) أن يتذكر قبل الانتصاب قائما ، قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله : يرجع الى القعود للتشهد ، والمراد بالانتصاب الاعتدال والاستواء، هذا هو الصحيح وبه قطع الجمهور وفيه وجه حكاه الرافعى أن المراد به أن يصير الى حال هى أرفع من حد أقل الركوع • والمذهب الأول ، ثم اذا عاد قبل الانتصاب هل يسجد للسهو ؟ فيه قولان مشهوران (أصحهما) عند المصنف وجمهور الأصحاب لا يسجد (والثانى) يسجد وصححه القاضى أبو الطيب •

وقال القفال وطائفة : ان صار الى القيام أقرب منه الى القعود ثم عاد سجد وان كان الى القعود أقرب أو استوت نسبتهما لم يسجد ، وقال الشيخ أبو محمد وآخرون : ان عاد قبل الانتهاء الى حد الراكعين لم يسجد ، وان عاد بعد الانتهاء اليه سجد ، قال الرافعى هذه العبارة وعبارة القفال ورفقته متقاربتان ، ولكن عبارة القفال أوفى بالغرض ، وهى أظهر من اطلاق القولين وهى توسط بين القولين وحمل لهما على حالين • وبها قطع البغوى ، وقد يحتج لما صححه المصنف والجمهور بحديث ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا سهو فى وثبة الصلاة الا فى قيام عن جلوس أو جلوس عن قيام » ورواه الحاكم ، وادعى أن اسناده صحيح وليس كما ادعى • بل هو ضعيف تفرد به أبو بكر العنسى بالنون وهو مجهول كذا قاله البيهقى والمحققون والله أعلم •

ثم جميع ما ذكرناه فى الحالين هو فيما اذا ترك التشهد ناسيا ونهض ، فأما اذا تعمد ذلك ثم عاد قبل الانتصاب ، فان عاد بعد أن صار الى القيام أقرب بطلت صلاته ، وان عاد قبله لم تبطل ، هكذا صرح به البغوى وغيره •

وأما قول المصنف : فان قام من الركعتين ولم ينتصب قائما ففيه قولان (أحدهما) يسجد لأنه زاد فعلا تبطل الصلاة بعمده ، فهكذا قاله أيضا غيره وليس هو مخالفا لما ذكره البغوى وغيره ، لأن ما ذكره المصنف وموافقوه المراد به من زاد هذا النهوض عمدا لا لمعنى وهذا يبطل الصلاة لاخلاله بنظمها ، وما ذكره البغوى وغيره المراد به من قام متعمدا ترك التشهد الأول فبدا له قبل أن يصير الى القيام أقرب أن يرجع فرجع لا تبطل صلاته ، لأن

ذلك النهوض كان جائزا ، أما اذا كان يصلى قاعدا فافتتح القراءة بعد الركعتين فان كان على ظن أنه فرغ من التشهد وأنه جاء وقت الثالثة لم يعد بعد ذلك الى قراءة التشهد على أصح الوجهين ، وان سبق لسانه الى القراءة وهو عالم بأنه لم يتشهد فله العود الى التشهد .

قال أصحابنا : وترك القنوت يقاس بما ذكرناه فى التشهد فاذا نسيه ثم تذكره بعد وضع الجبهة على الأرض لم يجز العود اليه وان كان قبله فله العود اليه ، ثم ان عاد قبل بلوغ حد الراكعين أو بعده فحكم سجود السهو ما سبق والله أعلم .

(فرع) اذا جلس فى الركعة الأخيرة عن قيام ظانا أنه أتى بالسجدتين فتشهد ثم تذكر الحال بعد التشهد لزمه تدارك السجدتين ثم اعادة التشهد ويسجد للسهو ولو اتفق ذلك فى الركعة الثانية من صلاة رباعية أو ثلاثية فكذلك يتدارك السجدتين ويعيد التشهد ويسجد للسهو فى موضعه ، الا أن اعادة التشهد هنا سنة وهناك واجبة ، ولو اتفق ذلك فى ركعة لا يعقبها تشهد ، فاذا تذكر تدارك السجدتين وقام سجد للسهو . أما اذا جلس بعد السجدتين فى الركعة الأولى أو الثالثة من رباعية ، وقرأ التشهد أو بعضه ناسيا ثم تذكر فيقوم ويسجد للسهو ، لأنه زاد قعودا طويلا فلو لم يطل قعوده لم يسجد ، والتطويل أن يزيد على قدر جلسة الاستراحة هكذا قال الشيخ أبو حامد والبندنيجى والقاضى أبو الطيب وجميع الأصحاب . أما اذا ترك السجدة الثانية وتشهد ثم تذكر فيتدارك السجدة الثانية ويعيد التشهد اذا كان فى موضعه ، وهل يسجد للسهو ؟ فيه وجهان حكاهما الرافعى الصحيح أنه يسجد ولو لم يتشهد ، لكن اذا طول الجلوس بين السجدتين سجد للسهو أيضا ان قلنا : انه ركن قصير والا فلا ، ولو جلس عن قيام ولم يتشهد ثم تذكر اشتغل بالسجدتين وما بعدهما على ترتيب صلاته ، ثم ان طال جلوسه سجد للسهو ، وان لم يطل بل كان فى حد جلسة الاستراحة لم يسجد ، لأن تعمده فى غير موضعه لا يبطل الصلاة بخلاف الركوع والسجود والقيام ، فان تعمدها يبطل الصلاة وان قصر الزمان ، لأنها لا تقع من نفس الصلاة الا أركانا ، فكان تأثيرها أشد بخلاف الجلوس فانه معهود من نفس الصلاة غير ركن فى التشهد الأول وجلسة الاستراحة .

(فـرع) لو قام فى صـلاة رباعية الى خامسة ناسـيا ثم تذكر قبل السلام ، فعليه أن يعود الى الجلوس ويسجد للسهو ويسلم ، سواء تذكر فى قيام الخامسة أو بعده وأما التشهد ـ فان تذكر الحالة بعـد التشهد فى الخامسة ـ أجزأه ولا يعيده ، وان تذكر قبل التشهد فى الخامسة ولم يكن تشهد فى الرابعة وجب التشهد ، وان تذكر قبل التشهد فى الخامسـة وكان تشهد فى الرابعة كفاه ، ولم يحتج الى اعادته ، سواء كان تشهد بنية التشهد الأول أو الأخير ، وفيه وجه حكاه ابن سريج والأصحاب أنه يجب اعادته فى الحالين ، ووجه ثالث أنه يجب اعادته ان كان تشهد بنية التشـهد الأول ، ولا يجب ان كان تشهد بنية التشهد الأخير ، والصحيح أنها لا تجب مطلقا ولو ترك الركوع ناسيا فتذكره فى السجود فهل يجب الرجوع الى القيـام ليركع منه ؟ أم يكفيه أن يقوم راكعا ؟ فيه وجهـان يحكيان عن ابن سريج ، أصحهما وجوب الرجوع لأن شرط الركوع ألا يقصد بالهوى اليه غيره وهذا قصد السجود .

(فرع) فى مذاهب العلماء فيمن نسى التشهد الأول ونهض

مذهبنا أنه ان انتصب قائما لم يعد والا عاد ، قال الشيخ أبو حامد : وبه قال عمر بن عبد العزيز والأوزاعى وأبو حنيفة وأصحابه ، وقال مالك : ان كان الى القيام أقرب لم يعد والا عاد ، وقال النخعى : ان ذكر قبل استفتاح القراءة عاد ، والا فلا ، وقال الحسن : ان ذكره قبل الركوع عاد والا فلا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اجتمع سهوان او اكثر كفاه للجميع سجدتان ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم « سلم من اثنتين وكلم ذا اليدين واقتصر على سجدتين » ولأنه لو لم يتداخل لسجد عقب السهو ، فلما اخر الى آخر صلاته دل على انه انمـا اخر ليجمع كل سهو فى الصلاة ، فان سجد للسهو ثم سها فيه ففيه وجهان قال ابو العباس ابن القاص : يعيده لأن السجود لا يجبر ما بعده ، وقال ابو عبد الله الختن : لا يعيده لأنه لو لم يجبر كل سهو لم يؤخر) .

(**الشرح**) حديث ذى اليدين فى الصحيحين ، وسبق بيـانه . وابن القاص تقدم بيانه فى أبواب المياه وأبو عبد الله الختن سبق بيانه فى أواخر باب

صفة الصلاة قال أصحابنا : اذا اجتمع فى صلاته سهوان أو أكثر من نوع أو أنواع بزيادة أو بنقصان أو بهما كفاه للجميع سجدتان ولا يجوز أكثر من سجدتين •

قال أصحابنا : ولا يكرر حقيقة السجود وقد تكرر صورته فى مواضع منها اذا سجد المسبوق وراء الامام يعيده فى آخر صلاته على الصحيح من القولين كما سنوضحه فى الفصل الآتى ان شاء الله •

ومنها لو سها الامام فى صلاة الجمعة فسجد للسهو فخرج وقت الصلاة قبل السلام فالمشهور أنه يتمها ظهرا ويسجد للسهو ، لأن السجود الأول لم يقع فى آخر الصلاة ، ومنها لو ظن أنه سها فسجد للسهو ، ثم بان قبل السلام أنه لم يسه فوجهان (أصحهما) يسجد ثانيا ، لأنه زاد سجدتين سهوا (والثانى) أنه لا يسجد بل يكون سجوده جابرا لنفسه ولغيره •

ومنها لو سها مسافر فى صلاة مقصورة فسجد ثم نوى الاتمام قبل السلام أو صار مقيما بانتهاء السفينة الى وطنه وجب الاتمام ويعيد السجود بلا خلاف ، ومنها لو سجد للسهو ثم سها قبل السلام بكلام أو غيره فوجهان (أحدهما) : يعيده • قاله ابن القاص (وأصحهما) لا يعيده قاله أبو عبد الله الختن كما لو تكلم أو سلم بين سجدتى السهو أو فيهما فانه لا يعيده بلا خلاف لأنه لا يؤمن من وقوع مثله ، فيتسلسل ، ومنها لو شك هل سها أم لا ؟ فقد سبق أنه لا يسجد ، فلو توهم أنه قد يقتضى السجود فسجد أمر بالسجود ثانيا لهذه الزيادة •

ومنها لو ظن أن سهوه بترك القنوت فسجد له فبان قبل السلام أنه بغيره فوجهان ، أحدهما : يعيد السجود ، لأنه لم يجبر ما يحتاج الى الجبر ، وأصحهما : لا يعيده لأنه قصد جبر الخلل ، ولو سجد للسهو ثلاثا لم يسجد لهذا السهو ، ونقل العبدرى اجماع المسلمين على أنه اذا سها فى سجود السهو لم يسجد لهذا السهو ولو شك هل سجد للسهو سجدة أو سجدتين ؟ فأخذ بالأقل فسجد سجدة أخرى فبان أنه كان سجد سجدتين لم يعد السجود ، ودليل هذا كله يفهم مما ذكرته ، وذكره المصنف ، والله أعلم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فيمن سها سهوين فاكثر

مذهبنا أنه يسجد للجميع سجدتين ، قال ابن المنذر : وبه قال أكثر العلماء ، قال وهو قول النخعى ومالك والثورى والليث والشافعى وأحمد وأصحاب الرأى •

وقال الأوزاعى : اذا سها سهوين سجد أربع سجدات ، وقد يحتج له بحديث ثوبان عن النبى صلى الله عليه وسلم « لكل سهو سجدتان » رواه أبو داود وابن ماجه ، دليلنا حديث ذى اليدين وأما حديث ثوبان فضعيف ولو كان صحيحا لحمل على أن المراد يكفى سجدتان لكل سهو جمعا بين الأحاديث ، وحكى القاضى أبو الطيب عن الأوزاعى أنه ان كان السهوان زيادة أو نقصا كفاه سجدتان وان كان أحدهما زيادة والآخر نقصا سجد أربع سجدات •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان سها خلف الامام لم يسجد ، لأن معاوية بن الحكم رضى الله عنه شمت العاطس فى الصلاة خلف النبى صلى الله عليه وسلم فقال له : « ان هذه الصلاة لا يصلح فيها شىء من كلام الناس » ولم يأمره بالسجود ، فان سها الامام لزم المأموم حكم سهوه لأنه لما تحمل الامام عنه سهوه لزم المأموم أيضا سهوه . فان لم يسجد الامام لسهوه سجد المأموم . وقال المزنى وأبو حفص البابشامى : لا يسجد لأنه انما يسجد تبعا للامام وقد تركه الامام فلم يسجد المأموم ، والمذهب الأول انه لما سها دخل النقص على صلاة المأموم لسهوه فاذا لم يجبر الامام صلاته جبر المأموم صلاته) •

(الشرح) حديث معاوية صحيح سبق بيانه فى الباب السابق ، قال أصحابنا : اذا سها خلف الامام تحمل الامام سهوه ، ولا يسجد واحد منهما بلا خلاف لحديث معاوية •

قال الشيخ أبو حامد : وبهذا قال جميع العلماء الا مكحولا فانه قال : يسجد المأموم لسهو نفسه ولو كان مسبوقا فسها بعد سلام الامام لم يتحمل عنه لانقطاع القدوة ، وكذا المأموم الموافق لو تكلم ساهيا بعد سلام الامام سجد وكذا المنفرد اذا سها فى صلاته ثم دخل فى جماعة وجوزنا ذلك فلا يتحمل الامام سهوه ، بل يسجد هو بعد سلام الامام •

أما اذا ظن المأموم أن الامام سلم فسلم فبان أنه لم يسلم فسلم معه فلا سجود عليه لأنه سها فى حال القدوة ، ولو تيقن فى التشهد أنه ترك الركوع أو الفاتحة من ركعة ناسيا فاذا سلم الامام لزمه أن يأتى بركعة أخرى ولا يسجد للسهو لأنه سها فى حال القدوة ولو سلم الامام فسلم المسبوق سهوا ثم تذكر بنى على صلاته وسجد لأن سهوه بعد انقضاء القدوة •

ولو ظن المسبوق أن الامام سلم بأن سمع صوتا ظنه سلامه فقام لتدارك ما عليه ، وكان ما عليه ركعة مثلا فأتى بها وجلس ، ثم علم أن الامام لم يسلم بعد أن تبينا أن ظنه كان خطأ ، فهذه الركعة غير محسوبة له لأنها وقعت فى غير موضعها لأن وقت التدارك بعد انقطاع القدوة ، فاذا سلم الامام قام الى التدارك ولا يسجد للسهو لبقاء حكم القدوة • ولو كانت المسألة بحالها فسلم الامام وهو قائم فهل له أن يمضى فى صلاته ؟ أم يلزمه أن يعود الى القعود ثم يقوم منه ؟ فيه وجهان أصحهما الثانى ، فان جوزنا المضى وجب اعادة القراءة فلو سلم الامام فى قيامه لكنه لم يعلم الحال حتى أتم الركعة فان جوزنا المضى فركعته محسوبة ولا يسجد للسهو وان قلنا : يلزمه القعود لم يحسب ويسجد للسهو ، لأنه أتى بزيادة بعد سلام الامام •

ولو كانت المسألة بحالها وعلم فى القيام أن الامام لم يسلم بعد فليرجع الى متابعته فان أراد أن ينوى مفارقته ويتمادى فى تتميم صلاته قبل سلام الامام قال امام الحرمين : ففيه الخلاف فيمن نوى مفارقة الامام ، فان منعناه تعين الرجوع وان جوزناه فوجهان أصحهما يجب الرجوع الى القعود ثم يقوم لأن نهوضه غير معتد به فيرجع ثم يقطع القدوة ان شاء (والثانى) لا يجب الرجوع لأن النهوض غير مقصود لعينه وانما المقصود القيام فما بعده ، فلو لم يرد قطع القدوة فقال الغزالى : هو مخير ان شاء رجع وان شاء انتظر سلام الامام قائما ، ومقتضى كلام امام الحرمين وغيره وجوب الرجوع وهو الصحيح أو الصواب ، لأن فى مكثه قائما مخالفة ظاهرة فان قرأ قبل تبين الحال فى هذه المسائل لم يعتد بقراءته بل عليه استئنافها •

(فرع) اذا سها الامام فى صلاته لحق المأموم سهوه وتستثنى صورتان (احداهما) اذا بان الامام محدثا فلا يسجد المأموم لسهوه ولا يحمل هو عن

المأموم سهوه (الثانية) أن يعلم سبب سهو الامام ويتيقن غلطه فى ظنه ، بأن ظن الامام ترك بعض الأبعاض وعلم المأموم أنه لم يتركه أو جهر فى موضع الاسرار أو عكسه فسجد فلا يوافقه المأموم ثم اذا سجد الامام فى غير الصورتين لزم المأموم موافقته فيه ، فان ترك موافقته عمدا بطلت صلاته ، وسواء عرف المأموم سهو الامام أم لم يعرفه ، فمتى سجد الامام فى آخر صلاته سجدتين لزم المأموم متابعته حملا له على أنه سها ، بخلاف ما لو قام الى ركعة خامسة فانه لا يتابعه حملا له على أنه ترك ركنا من ركعة لأنه لو تحقق الحال هناك لم تجز متابعته لأن المأموم أتم صلاته يقينا .

فلو كان المأموم مسبوقا بركعة أو شاكا فى فعل ركن كالفاتحة فقام الامام الى الخامسة لم يجز للمسبوق متابعته فيها لأنا نعلم أنها غير محسوبة للامام وأنه غالط فيها ، ولو لم يسجد الامام الا سجدة سجد المأموم أخرى حملا له على أنه نسيها ولو ترك الامام السجود لسهوه عامدا أو ساهيا أو كان يعتقد تأخيره الى ما بعد السلام سجد المأموم هذا هو الصحيح المنصوص ، وقال المزنى وأبو حفص : لا يسجد ، وقد ذكر المصنف توجيههما ، ولو سلم الامام ثم عاد الى السجود نظر ان سلم المأموم معه ناسيا وافقه فى السجود ، فان لم يوافقه ففى بطلان صلاته وجهان بناء على الوجهين فيمن سلم ناسيا لسجود السهو فعاد اليه هل يكون عائدا الى الصلاة ؟ وسنوضحهما ان شاء الله تعالى .

وان كان المأموم سلم عمدا مع علمه بالسهو لم يلزمه متابعة الامام اذا عاد الى السجود لأن سلامه عمدا يتضمن انقطاع القدوة . ولو لم يسلم المأموم فعاد الامام ليسجد ــ فان عاد بعد أن سجد المأموم للسهو ــ لم يتابعه لأنه قطع القدوة بالسجود ، وان عاد قبل سجود المأموم فوجهان حكاهما الرافعى وغيره (أصحهما) لا يجوز متابعته بل يسجد منفردا ثم يجلس (والثانى) تلزمه متابعته فان لم يفعل بطلت صلاته ، ولو سبق الامام حدث بعد ما سها أو بطلت صلاته بسبب آخر أتم المأموم صلاته وسجد تفريعا على الصحيح المنصوص ، ولو سها المأموم ثم سبق الامام حدث لم يسجد المأموم لأن الامام حمله ، وان قام الامام الى خامسة ساهيا فنوى المأموم مفارقته بعد بلوغ الامام حد الراكعين فى ارتفاعه سجد المأموم للسهو لأنه

توجه عليه السهو قبل مفارقته وان نواها قبله فلا سجود لأنه نوى مفارقته قبل توجه السجود للسهو عليه ولو كان الامام حنفيا وجوزنا الاقتداء به فسلم قبل أن يسجد للسهو لم يسلم معه المأموم بل يسجد قبل السلام ولا ينتظر سجود الامام بعده لأنه فارقه بسلامه ، والله أعلم •

(فرع) ذكرنا أن مذهبنا أن الامام اذا سها وسجد للسهو لزم المأموم السجود معه قال الشيخ أبو حامد : وبهذا قال العلماء كافة الا ابن سيرين فقال : لا يسجد معه ، هكذا حكاه الشيخ أبو حامد عن ابن سيرين ، وقال القاضى أبو الطيب اذا أدرك المأموم بعض صلاة الامام ثم سها الامام فسجد للسهو لزم المأموم متابعته فى السجود ، قال : وبهذا قال كافة العلماء الا ابن سيرين فقال : لا يسجد لأنه ليس موضع سجود المأموم ، دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « انما جعل الامام ليؤتم به » الخ •

(فرع) اذا سها الامام فلم يسجد فقد ذكرنا أن الصحيح فى مذهبنا أن المأموم يسجد وبه قال مالك والأوزاعى والليث وأبو ثور ، ورواية عن أحمد • وحكاه ابن المنذر عن ابن سيرين ، والحكم وقتادة ، وقال عطاء والحسن والنخعى والقاسم وحماد بن أبى سليمان والثورى وأبو حنيفة والمزنى وأحمد فى رواية عنه : لا يسجد ودليلهما فى الكتاب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان سبقه الامام ببعض الصلاة وسها فيما أدركه معه وسجد معه ففيه قولان قال فى الأم : يعيد السجود لأن الأول فعله متابعة للامام ولم يكن موضع سجوده وقال فى القديم والاملاء : لا يعيد لأن الجبران حصل بسجوده [فلم يعد] فان سها الامام فيما ادركه وسجد (١) وسجد معه ثم سها المأموم فيما انفرد به ــ فان قلنا : لا يعيد السجود ــ سجد لسهوه وان لم يسجد الامام أو سجد ، وقلنا : يعيد فالمنصوص أنه يكفيه سجدتان ، لأن السجدتين تجبران كل سهو ، ومن أصحابنا من قال : يسجد أربع سجدات لأن أحدهما من جهة الامام والآخر من جهته ، وان سها الامام ثم أدركه المأموم فالمنصوص فى صلاة الخوف أنه يلزم المأموم حكم سهوه لأنه دخل فى صلاة ناقصة فنقصت بها صلاته . ومن أصحابنا من قال : لا يلزمه لأنه لو سها المأموم فيما انفرد به بعد

---

(١) ما بين المعقوفين فى نسخة المهذب وليس فى ش و ق (ط) •

مفارقة الامام لم يتحمل عنه الامام ، فاذا سها الامام فيما ينفرد به لم يلزم المأموم ، وان صلى ركعة منفردا فى صلاة رباعية فسها فيها ثم نوى متابعة امام مسافر فسها الامام ثم قام الى رابعة فسها فيها ففيه ثلاثة أوجه (أصحها) يكفيه سجدتان (والثانى) يسجد أربع سجدات ، لأنه سها سهوا فى جماعة وسهوا فى الانفراد (والثالث) يسجد ست سجدات لأنه سها فى ثلاثة أحوال).

(الشرح) قال أصحابنا : اذا سبقه الامام ببعض الصلاة وسها فيما أدركه وسجد الامام لزم المسبوق أن يسجد معه ، هذا هو الصحيح المنصوص وبه قطع الجمهور ، وفيه وجه حكاه الرافعى وغيره أنه لا يسجد معه ، والمذهب الأول ، فعلى هذا اذا سجد معه هل يعيد السجود فى آخر صلاته ؟ فيه القولان المذكوران فى الكتاب (أصحهما) عند الأصحاب يعيده فان لم يسجد الامام لم يسجد المسبوق فى آخر صلاة الامام ويسجد فى آخر صلاة نفسه على المذهب • وفيه الوجه السابق عن المزنى وأبى حفص • أما اذا سها الامام قبل اقتداء المأموم فوجهان الصحيح المنصوص أنه يلحقه حكم سهوه • فعلى هذا ان سجد الامام سجد معه ، وهل يعيده المسبوق فى آخر صلاته ؟ فيه القولان (أصحهما) يعيده وان لم يسجد سجد هو فى آخر صلاته على المذهب ، وفيه وجه للمزنى وأبى حفص (والثانى) لا يلحقه حكم سهوه فعلى هذا ان لم يسجد الامام لم يسجد هو أصلا ، وان سجد فوجهان حكاهما الرافعى وغيره قالوا : أصحهما لا يسجد لأنه لا سهو فى حقه ، والثانى يسجد متابعة للامام فعلى هذا لا يعيد فى آخر صلاته ان كان مسبوقا • وحيث قلنا المسبوق يعيد السجود فى آخر صلاته فاقتدى به مسبوق آخر بعد انفراده ثم اقتدى بالثانى ثالث بعد انفراده ثم بالثالث رابع فأكثر فكل واحد منهم يسجد لمتابعة امامه ثم يسجد فى آخر صلاة نفسه •

ولو أحرم بالظهر منفردا فصلى ركعة فسها فيها ثم اقتدى بامام وجوزناه فصلى الامام ثلاثا وقام الى رابعته فنوى المأموم مفارقته وتشهد سجد ثم سلم ، فلو كان لم يسه فى ركعته لكن سها امامه سجد أيضا ، فلو كان قد سها فى ركعته وسها أيضا امامه فى اقتدائه سجد سجدتين على الصحيح المنصوص ، وفى وجه يسجد أربع سجدات • أما اذا سها المسبوق فى تداركه فان كان سجد مع الامام وقلنا : لا يعيده سجد لسهوه سجدتين • وان قلنا يعيده أو

لم يكن الامام سجد فوجهان (الصحيح) المنصوص يسجد سجدتين (والثانى) أربع سجدات •

ولو انفرد بركعة من رباعية وسها فيها ثم نوى متابعة امام يصلى ركعتين وجوزنا الاقتداء فى أثناء الصلاة وسها امامه ثم قام بعد سلام الامام الى رابعته وسها فيها فثلاثة أوجه (أصحها) يسجد سجدتين (والثانى) أربعا (والثالث) ستا ، ودلائلها فى الكتاب ، فان كان قد سجد امامه سجد معه صار فى صلاته ثمان سجدات على هذا الوجه الثالث ولو اقتدى مسبوق بمسافر نوى القصر وسها الامام وسجد معه ثم صار الامام متما قبل السلام فأتم وأعاد سجود السهو وأعاد معه المسبوق ؛ ثم قام المسبوق الى ما بقى عليه فسها فيه وقلنا فى الصورة السابقة : يسجد ست سجدات ، فيسجد هنا أربعا ، لأنه سها فى حالتين ، وتصير سجداته ثمانيا ، فان سها بعد سجداته بكلام أو غيره وفرعنا على أنه اذا سها بعد سجود السهو يسجد صارت السجدات عشرا ، وقد تزيد عدد السجدات على هذا تفريعا على الوجوه الضعيفة السابقة والله أعلم •

واذا قلنا فى هذه الصورة : يكفيه سجدتان فعن ماذا يقعان ؟ ظاهر كلام جمهور الأصحاب أنهما يقعان عن سهوه وسهو امامه ، وقال صاحب البيان : فيه ثلاثة أوجه حكاها صاحب الفروع (أحدها) هذا (والثانى) يقعان عن سهوه • ويكون سهو الامام تابعا (والثالث) عكسه قال : قال صاحب الفروع : وفائدة الخلاف تظهر فيما لو نوى خلاف ما جعلناه مقصودا • هذا كلامه والظاهر أنه أراد أنه اذا نوى غير ما جعلناه مقصودا بطلت صلاته ، لأنه زاد فى صلاته سجودا غير مشروع عامدا ، والصحيح أنهما يقعان عن الجميع كما حكيناه عن ظاهر كلام الجمهور ، فعلى هذا ان نواهما أو أحدهما لا تبطل صلاته ، لأنه اذا نوى أحدهما فقد ترك الآخر بلا سجود وترك سجود السهو لا يبطل الصلاة ، واذا قلنا : تبطل اذا نوى غير المقصود فذلك اذا تعمده مع علمه بحكمه والا فلا تبطل لأنه يخفى على العوام والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وسجود السهو سنة لقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث ابى سعيد الخدرى : ((كانت الركعة نافلة له والسجدتان)) ولأنه فعل لما لا يجب فلا يجب) •

(**الشرح**) سبق بيان حديث أبى سعيد وسجود السهو سنة عندنا ليس بواجب • وقال أبو حنيفة : هو واجب يأثم بتركه وليس بشرط لصحة الصلاة • وقال بعض أصحاب أبى حنيفة : هو سنة كقولنا • وقال القاضى عبد الوهاب المالكى : الذى يقتضيه مذهبنا أنه واجب فى سهو النقصان ، وأوجبه أحمد فى الزيادة والنقصان •

قال الشيخ أبو حامد : مذهبنا أنه سنة ليس بواجب ، وبه قال العلماء كافة الا مالكا فأوجبه ، واختاره الكرخى الحنفى وحكاه عن أبى حنيفة قال : لكن ليس هو شرطا لصحة الصلاة • وقال مالك : ان كان السهو لنقص وسلم ولم يسجد حتى طال الفصل لزمه استئناف الصلاة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومحله قبل السلام لحديث أبى سعيد وحديث ابن بحينة ، ولأنه يفعل لاصلاح الصلاة فكان قبل السلام ، كما لو نسى سجدة من الصلاة • ومن اصحابنا من قال : فيه قول آخر انه ان كان السهو زيادة كان محله بعد السلام • والمشهور هو الأول ، لأن بالزيادة يدخل النقص فى صلاته كما يدخل بالنقصان ، فان لم يسجد حتى سلم فلم يتطاول الفصل سجد ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم صلى خمسا وسلم ثم سجد ، وان طال ففيه قولان (أحدهما) يسجد لأنه جبران فلم يسقط بالتطاول كجبران الحج • وقال فى الجديد : لا يسجد ، وهو الأصح لأنه يفعل لتكميل الصلاة ، فلم يفعل بعد تطاول الفصل ، كما لو نسى سجدة من الصلاة فذكرها بعد السلام وبعد تطاول الفصل ، وكيف يسجد بعد السلام ؟ فيه وجهان • قال أبو العباس بن القاص : يسجد ثم يتشهد لأن السجود فى الصلاة بعده تشهد فكذلك هذا ، وقال أبو اسحاق : لا يتشهد وهو الأصح ، لأن الذى ترك هو السجود فلا يعيد معه غيره) •

(**الشرح**) حديث أبى سعيد وابن بحينة سبق بيانهما • وحديث أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى خمسا وسلم ثم سجد رواه البخارى ومسلم من رواية ابن مسعود رضى الله عنه •

(**اما حكم الفصل**) ففى محل سجود السهو طريقان حكاهما امام الحرمين وآخرون (أحدهما) فى المسألة ثلاثة أقوال الصحيح منها أنه قبل السلام ، فان أخره لم يعتد به (والثانى) ان كان السهو زيادة فمحله بعد السلام ، وان كان نقصا فقبله ولا يعتد به بعده (والثالث) ان شاء قدمه وان شاء أخره،

وهما سواء • والطريق الثانى يجزى التقديم والتأخير وانما الأقوال فى بيان الأفضل ففى قول التقديم أفضل ، وفى قول التقديم والتأخير سواء فى الفضيلة، وفى قول ان كان زيادة فالتأخير أفضل والا فالتقديم •

قال امام الحرمين ووجه هذه الطريقة صحة الأخبار فى التقديم والتأخير • قال : والطريقة المشهورة الأولى وتحمل الأقوال فى الاجزاء والجواز كما سبق ، هذا كلام الامام • وقال صاحب الحاوى : لا خلاف بين الفقهاء ، يعنى جميع العلماء أن سجود السهو جائز قبل السلام وبعده ، وانما اختلفوا فى المسنون والأولى ، فمذهب الشافعى وما نص عليه فى القديم والجديد أن الأولى فعله قبل السلام فى الزيادة والنقصان ، وبه قال أبو هريرة وسعيد بن المسيب والزهرى وربيعة والأوزاعى والليث • وقال أبو حنيفة والثورى : الأولى فعله بعد السلام فى الزيادة والنقصان • وبه قال على بن أبى طالب وابن مسعود وعمار بن ياسر رضى الله عنهم ، وقال مالك : ان كان لنقصان فالأولى فعله قبل السلام ، وان كان لزيادة فالأولى فعله بعد السلام ، وقد أشار اليه الشافعى فى كتاب اختلافه مع مالك ، والمشهور من مذهبه فى القديم والجديد أنه قبل السلام فيهما ، هذا كلام صاحب الحاوى ، والمذهب أنه قبل السلام ، وسبقت أدلة هذه المذاهب والجمع بين الأحاديث فى أول الباب • ومما استدلوا به لأبى حنيفة حديث عن ثوبان عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لكل سهو سجدتان بعد السلام » وهذا حديث ضعيف ظاهر الضعف والله أعلم • قال أصحابنا فاذا قلنا بالمذهب : انه قبل السلام فسلم قبل السجود نظرت فان سلم عامدا عالما بالسهو فوجهان حكاهما الخراسانيون (أصحهما) عندهم وبه قطع امام الحرمين والغزالى وغيرهما أنه فوت السجود ولا يسجد (والثانى) يسجد ان قرب الفصل والا فلا • وهذا هو مقتضى اطلاق المصنف وغيره من العراقيين • ونص عليه الشافعى فى باب صلاة الخوف من البويطى • فعلى هذا اذا سجد لا يكون عائدا الى الصلاة بلا خلاف بخلاف ما اذا سلم ناسيا وسجد ، فان فيه خلافا ، وان سلم ناسيا فان طال الفصل فقولان (الجديد) الأظهر لا يسجد (والقديم) يسجد • وذكر المصنف دليلهما وان لم يطل بل ذكر على قرب فان بدا له أن لا يسجد فذاك والصلاة ماضية على الصحة وحصل التحلل بالسلام ، هذا هو الصحيح وبه قطع الأكثرون ، وفيه

وجه انه يجب السلام مرة أخرى ، وذلك السلام غير معتد به حكاه الرافعى وغيره والمذهب الأول ، وان أراد أن يسجد فالصحيح المنصوص الذى قطع به المصنف والجمهور أنه يسجد لحديث ابن مسعود رضى الله عنه • والثانى : لا يسجد لفوات محله ، وهذا غلط لمخالفته السنة •

فاذا قلنا بالصحيح هنا أو بالقديم عند طول الفصل : انه يسجد فسجد فهل يكون عائدا الى حكم الصلاة ؟ فيه وجهان مشهوران للخراسانيين (أرجحهما) عند البغوى لا يكون عائدا (وأصحهما) عند الأكثرين يكون عائدا ، وبه قال الشيخ أبو زيد وصححه القفال وامام الحرمين والغزالى فى الفتاوى والرويانى وغيرهم ، ويتفرع على الوجهين مسائل (منها) لو تكلم عامدا أو أحدث فى السجود بطلت صلاته على الوجه الثانى دون الأول • ومنها لو كان السهو فى صلاة جمعة وخرج الوقت وهو فى السجود فاتت الجمعة على الوجه الثانى دون الأول ، ومنها لو كان مسافرا يقصر ونوى الاتمام فى السجود لزمه الاتمام على الوجه الثانى دون الأول ، ومنها هل يكبر للافتتاح ويتشهد ؟ ان قلنا بالثانى لم يكبر ولم يتشهد لكن يجب اعادة السلام بعد السجود ، وان قلنا بالأول كبر •

وفى التشهد وجهان ، أصحهما : لا يتشهد ، لأنه لم يصح فيه عن النبى صلى الله عليه وسلم شىء ، قال البغوى : والصحيح أنه يسلم سواء قلنا يتشهد أم لا ، للأحاديث الصحيحة السابقة فى أول الباب أن النبى صلى الله عليه وسلم سجد بعد السلام ثم سلم ، وأما طول الفصل ففى حده الخلاف السابق فى أول الباب والأصح الرجوع الى العرف ، وحاول امام الحرمين ضبط العرف فقال : اذا مضى زمن يغلب على الظن أنه ترك السجود قصدا أو نسيانا فهو طويل والا فقصير ، قال : ولو سلم وأحدث ثم انغمس فى ماء على قرب الزمن فالظاهر أن الحدث فاصل ، وان لم يطل الزمان ، ولنا قول أن الاعتبار فى الفصل بمفارقة المجلس وعدمها ، وقد سبق بيانه وهو شاذ ، والصحيح الذى عليه الأصحاب اعتبار العرف ، ولا يضر مفارقة المجلس ، واستدبار القبلة اذا قرب الفصل ، لحديث ذى اليدين رضى الله عنه •

هذا كله تفريع على قولنا : يسجد قبل السلام ، فان قلنا بعده فليسجد

عقبه فان طال الفصل عاد الخلاف ، واذا سجد لم يحكم بعوده الى الصلاة بلا خلاف ، صرح به الرافعي وغيره ، وهل يتحرم للسجدتين ويتشهد ويسلم ؟ قال امام الحرمين : حكمه حكم سجود التلاوة وقطع الشيخ أبو حامد فى تعليقه بأنه يتشهد ويسلم ، ونقله عن نصه فى القديم ، وادعى الاتفاق عليه ، فان قلنا : يتشهد فوجهان وقيل قولان (الصحيح) المشهور أنه يتشهد بعد السجدتين كسجود التلاوة (والثانى) يتشهد قبلهما ليليهما السلام • وان قلنا يسجد للزيادة بعد السلام وللنقص قبله فسها سهوين بزيادة ونقص فوجهان (أصحهما) وبه قطع المتولى : يسجد قبل السلام ، ليقع السلام بعد جبرها (والثانى) وبه قطع البندنيجى فى كتابه الجامع : يسجد بعد السلام للزيادة المحضة وللزيادة والنقص ، وللزيادة المتوهمة كمن شك فى عدد الركعات •

(**فرع**) فى مذاهب العلماء فيمن نسى سجود السهو فمتى يؤمر بتداركه ؟ قد ذكرنا مذهبنا • وقال أبو حنيفة : يسجد متى ذكره وان طال الزمان ما لم يتكلم • وقال الحسن البصرى : ما لم يصرف وجهه عن القبلة وان تكلم • وقال أحمد : ما دام فى المسجد وان تكلم واستدبر القبلة • وقال مالك : ان كان السهو زيادة سجد متى ذكره ولو بعد شهر ، وان كان لنقص سجد ان قرب الفصل ، وان طال استأنف الصلاة •

(**فرع**) سجود السهو سجدتان بينهما جلسة ، ويسن فى هيئتها الافتراش ويتورك بعدهما الى أن يسلم ، وصفة السجدتين فى الهيئة والذكر صفة سجدات الصلاة والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والنفل والفرض فى سجود السهو واحد ، ومن أصحابنا من حكى قولا فى القديم انه لا يسجد للسهو فى النفل ، وهذا لا وجه له لأن النفل كالفرض فى النقصان فكان كالفرض فى الجبران) •

(**الشرح**) حاصل ما ذكره طريقان (أصحهما) وبه قطع الجمهور أنه يسجد للسهو فى صلاة النفل (والثانى) على قولين الجديد : يسجد ،

والقديم : لا يسجد وهذا الطريق حكاه المصنف وشيخه القاضى أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهم من العراقيين ، ولم يذكره جمهور الخراسانيين والشيخ أبو حامد وغيره من العراقيين قال أبو حامد : نص فى القديم أنه يسجد للسهو فى صلاة النفل وبه قال جميع العلماء الا ابن سيرين •

(فرع) فى مسائل تتعلق بالباب

(احداها) لو دخل فى صلاة ثم ظن أنه لم يكبر للاحرام فاستأنف التكبير والصلاة ثم علم أنه كان كبر ــ فان علم بعد فراغه من الصلاة الثانية ــ لم تبطل الأولى وتمت بالثانية ، وان علم قبل فراغ الثانية عاد الى الأولى فأكملها ويسجد للسهو فى الحالين ، نقله صاحب البحر عن نص الشافعى وغيره •

(الثانية) لو أراد القنوت فى غير الصبح لنازلة وقلنا به فنسيه لم يسجد للسهو على أصح الوجهين ذكره فى البحر •

(الثالثة) لو نوى المسافر القصر وصلى أربع ركعات ناسيا ونسى فى كل ركعة سجدة حصلت له الركعتان وتمت صلاته فيسجد للسهو ويسلم ؛ ولا يصير ملتزما الاتمام لأنه لم ينوه ، وكذا لو صلى الجمعة أربعا ناسيا ونسى فى كل ركعة سجدة يسجد للسهو ويسلم ، وهاتان المسألتان مفروضتان فيما اذا كان قد ترك السجدات بحيث تحصل له ركعتان ، وقد سبق فى أوائل الباب تفصيله واضحا •

(الرابعة) لو جلس فى تشهد فى رباعية وشك هل هو التشهد الأول أم الثانى ؟ فتشهد شاكا ثم قام ، ثم بان الحال سجد للسهو سواء بان أنه الأول أو الثانى لأنه وان بان الأول فقد قام شاكا فى زيادة هذا القيام ، فان بان الحال عقب شكه قبل التشهد فلا سجود ، وفى المسألة وجه آخر أنه لا يسجد متى زال شكه قبل السلام ، والأول أصح ، وقد سبقت المسألة فى أثناء الباب فى فرع من القواعد المتكررة •

(الخامسة) لو سلم من صلاة وأحرم بأخرى ثم تيقن أنه نسى سجدة من الأولى لم تنعقد الثانية ، لأنه حين أحرم بها لم يكن خرج من الأولى وأما الأولى فان قصر الفصل بنى عليها ، وان طال وجب استئنافها •

(السادسة) لو جلس بعد سجدتين فى الركعة الثانية من الرباعية ظانا أنها الركعة الأولى وجلس بنية جلسة الاستراحة فبان له أنها الثانية تشهد ولم يسجد للسهو نقله الشيخ أبو حامد فى باب صفة الصلاة عن نص الشافعى ، واتفق الأصحاب عليه .

(السابعة) اذا صلى رباعية فنسى وقام الى خامسة فان ذكر قبل السجود فيها عاد الى الجلوس وتشهد وسجد للسهو وسلم ، وهذا مجمع عليه ، وان ذكر بعد السجود فمذهبنا أنه يتشهد ويسجد للسهو ويسلم وصحت صلاته فرضا ، وقال أبو حنيفة : ان جلس بعد الرابعة قدر التشهد تمت صلاته بذلك ، لأن السلام عنده ليس بشرط وتكون الخامسة نافلة فتضم اليها أخرى ، وان لم يجلس عقب الرابعة بطلت فريضته بقيامه الى الخامسة ، وتضم اليها أخرى ، وتكون نفلا ، وهذا الذى قالوه تحكم لا أصل له .

(الثامنة) اذا صلى المغرب أربعا سهوا سجد سجدتين وسلم ، وهذا مذهبنا ومذهب الجمهور ، قال الشيخ أبو حامد : وقال قتادة والأوزاعى : يصلى ركعة أخرى ثم يسجد سجدتين لتصير صلاته وترا .

(التاسعة) المسبوق يقوم بعد سلام امامه فيصلى ما بقى عليه ولا يسجد للسهو قال الشيخ أبو حامد : وبهذا قال العلماء كافة الا ما روى عن ابن عمر وابن الزبير وأبى سعيد الخدرى أنهم قالوا : يسجد ، وحكاه عنهم أبو داود السجستانى فى سننه فى باب مسح الخف كأنهم جعلوا فعله مع الامام كالسهو . ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « وما فاتكم فأتموا » ولم يأمر بسجود سهو ، وحديث صلاة النبى صلى الله عليه وسلم وراء عبد الرحمن بن عوف حين فاتته ركعة فتداركها ولم يسجد للسهو ، والحديثان فى الصحيح مشهوران .

(العاشرة) لا يسجد لحديث النفس والأفكار بلا خلاف .

باب الساعات التى نهى [1] عن الصلاة فيها

قال المصنف رحمه الله تعالى

(هى خمس اثنتان نهى عنهما لأجل الفعل ، وهى بعد صلاة الصبح حتى تطلع الشمس وبعد صلاة العصر حتى تغرب الشمس ، والدليل عليه ما روى ابن عباس رضى الله عنهما قال : « حدثنى أناس أعجبهم الى عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس وبعد الصبح حتى تطلع الشمس » وثلاث نهى عنها لأجل الوقت وهى عند طلوع الشمس حتى ترتفع وعند الاستواء حتى تزول ، وعند الاصفرار حتى تغرب ، والدليل عليه ما روى عقبة بن عامر رضى الله عنه قال : « ثلاث ساعات كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهانا أن نصلى فيهن أو نقبر موتانا : حين تطلع الشمس بازغة حتى ترتفع ، وحين يقوم قائم الظهيرة ، وحين تضيف الشمس للغروب » وهل يكره التنفل لمن صلى ركعتى الفجر ؟ فيه وجهان (أحدهما) يكره ، لما روى ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ليبلغ الشاهد منكم الغائب أن لا تصلوا بعد الفجر الا سجدتين » (والثانى) لا يكره لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم ينه الا بعدالصبح حتى تطلع الشمس).

(الشرح) حديث ابن عباس رواه البخارى ومسلم ولفظه عندهما عن ابن عباس : « شهد عندى رجال مرضيون وأرضاهم عندى عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة بعد الصبح حتى تشرق وبعد العصر حتى تغرب » وأما حديث عقبة بن عامر فرواه مسلم وفيه زيادة : « وحين يقوم قائم الظهيرة حتى تزول » وأما حديث ابن عمر فرواه أبو داود والترمذى وابن ماجه واسناده حسن الا أن فيه رجلا مستورا ، وقد قال الترمذى انه حديث غريب .

(وأما الفاظ الفصل) فقوله : لأجل الفعل ، سبق أن اللغة الفصيحة أن يقول : من أجل ، وقوله : وهى بعد صلاة الصبح كان ينبغى أن يقول : وهما ، وقوله : نقبر فيهن هو بضم الباء وكسرها لغتان فصيحتان ، وقوله : قائم الظهيرة هو حال الاستواء ، وقوله : تضيف هو بفتح أوله والضاد المعجمة وتشديد الياء المثناة تحت المفتوحة وبعدها فاء ، أى تميل ، والمراد بالسجدتين

---

(١) فى بعض نسخ المهذب (نهى الله عن الصلاة فيها) وعلى هذا يكون قوله (نهى عنهما) بصيغة البناء للمعلوم (ط) .

ركعتا سنة الفجر ، وعقبة بن عامر من مشهورى الصحابة رضى الله عنهم وهو جهنى فى كنيته سبعة أقوال (أحدها) أبو حماد سكن مصر وتولاها لمعاوية ، وتوفى بها سنة ثمان وخمسين •

(**اما حكم المسالة**) فتكره الصلاة فى هذه الأوقات الخمسة التى ذكرها المصنف ، فالوقتان الأولان تتعلق كراهيتهما بالفعل ، ومعناه أنه لا يدخل وقت الكراهة لمجرد الزمان وانما يدخل اذا فعل فريضة الصبح وفريضة العصر ، وأما الأوقات الثلاثة فتتعلق الكراهة فيها بمجرد الزمان هكذا قال المصنف والجمهور أن أوقات الكراهة خمسة وقال جماعة : هى ثلاثة من صلاة الصبح حتى ترتفع الشمس ، ومن العصر حتى تغرب ، وحال الاستواء وهو يشمل الخمسة ، والعبارة الأولى أجود لأن من لم يصل الصبح حتى طلعت الشمس يكره له التنفل حتى ترتفع قيد رمح ، وكذا من لم يصل العصر حتى اصفرت الشمس يكره له التنفل حتى تغرب وهذا يفهم من العبارة الأولى دون الثانية ولأن حال اصفرار الشمس يكره التنفل فيه على العبارة الأولى بسببين ، وعلى الثانية بسبب •

(واعلم) أن الكراهة عند طلوع الشمس تمتد حتى ترتفع قدر رمح ، هذا هو الصحيح وبه قطع المصنف فى التنبيه والجمهور ، وفيه وجه حكاه الخراسانيون أن الكراهة تزول اذا طلع قرص الشمس بكماله ، ويستدل له بحديث أبى هريرة رضى الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة بعد الفجر حتى تطلع الشمس ، وبعد العصر حتى تغرب الشمس » رواه البخارى ومسلم ، ورواياه أيضا من رواية أبى سعيد الخدرى ويستدل للمذهب بحديث عمرو بن عبسة رضى الله عنه قال : « قلت يا نبى الله أخبرنى عن الصلاة قال : صل صلاة الصبح ، ثم أقصر عن الصلاة حتى تطلع الشمس حتى ترتفع فانها تطلع حين تطلع بين قرنى الشيطان ، وحينئذ يسجد لها الكفار ، ثم صل فان الصلاة مشهودة محضورة حتى يستقل الظل بالرمح ، ثم أقصر عن الصلاة فان حينئذ تسجر جهنم فاذا أقبل الفىء فصل فان الصلاة مشهودة محضورة حتى تصلى العصر ثم أقصر عن الصلاة حتى تغرب الشمس فانها تغرب بين قرنى شيطان ، وحينئذ يسجد لها الكفار » رواه مسلم •

وتحمل رواية الطلوع على الطلوع مرتفعة بدليل حديث عمرو بن عبسة جمعا بين الأحاديث ، وقد أوضحت هذه الروايات والجمع بينها فى شرح صحيح مسلم ولا خلاف أن وقت الكراهة بعد العصر لا يدخل بمجرد دخول العصر ، بل لا يدخل حتى يصليها • وأما فى الصبح ففيه ثلاثة أوجه (الصحيح) الذى عليه الجمهور أنه لا يدخل بطلوع الفجر ، بل لا يدخل حتى يصلى فريضة الصبح (والثانى) يدخل بصلاة سنة الصبح (والثالث) بطلوع الفجر ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد وأكثر العلماء ويستدل له مع ما ذكره المصنف من حديث ابن عمر بحديث حفصة رضى الله عنها قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا طلع الفجر لم يصل الا ركعتين خفيفتين » رواه البخارى ومسلم • ويجاب عنه للمذهب بأن هذا ليس فيه نهى ، وحديث ابن عمر تقدم الكلام فى اسناده ، فان ثبت يؤول على موافقة غيره والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يكره فى هذه الأوقات ما لها سبب كقضاء الفائتة ، والصلاة المنذورة وسجود التلاوة ، وصلاة الجنازة ، وما أشبهها لما روى عن قيس بن قهد رضى الله عنه قال : « رآنى رسول الله صلى الله عليه وسلم وانا اصلى ركعتى الفجر بعد صلاة الصبح فقال ما هاتان الركعتان ؟ فقلت لم أكن صليت ركعتى الفجر فهما هاتان الركعتان » فان دخل المسجد فى هذه الأوقات ليصلى التحية لا لحاجة غيرها ففيه وجهان (احدهما) يصلى لأنه وجد سبب الصلاة وهو الدخول (والثانى) لا يصلى لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا تتحروا بصلاتكم طلوع الشمس ولا غروبها » وهذا يتحرى بصلاته طلوع الشمس وغروبها) •

(الشرح) حديث قيس بن قهد ، بقاف مفتوحة ثم هاء ساكنة ثم دال ، رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه وغيرهم واسناده ضعيف فيه انقطاع ، قال الترمذى : الأصح أنه مرسل ، وروى عن قيس بن قهد كما ذكره المصنف ، ورواه أبو داود والأكثرون : قيس بن عمرو وهو الصحيح عند جمهور أئمة الحديث وقد أشرت الى ذلك فى تهذيب الأسماء وكيف كان فمتن الحديث ضعيف عند أهل الحديث ويغنى عنه ما سنذكره من الأحاديث الصحيحة فى فرع مذاهب العلماء ان شاء الله تعالى •

وأما حديث : « لا تتحروا بصلاتكم طلوع الشمس ولا غروبها » فرواه

البخارى ومسلم من رواية ابن عمر رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(**أما حكم المسألة**) فمذهبنا أن النهى عن الصلاة فى هذه الأوقات انما هو عن صلاة لا سبب لها ، فأما ما لها سبب فلا كراهة فيها . والمراد بذات السبب التى لها سبب متقدم عليها ، فمن ذوات الأسباب : الفائتة فريضة كانت أو نافلة اذا قلنا بالأصح انه يسن قضاء النوافل فله فى هذه الأوقات قضاء الفرائض والنوافل الراتبة وغيرها وقضاء نافلة اتخذها وردا ، وله فعل المنذورة ، وصلاة الجنازة وسجود التلاوة والشكر وصلاة الكسوف وصلاة الطواف ولو توضأ فى هذه الأوقات فله أن يصلى ركعتى الوضوء ، صرح به جماعة من أصحابنا منهم الرافعى ، ويكره فيها صلاة الاستخارة صرح به البغوى وغيره ، وتكره ركعتا الاحرام بالحج على أصح الوجهين ، وبه قطع الجمهور لأن سببهما متأخر ، وبه قطع البندنيجى فى كتاب الحج (والثانى) لا يكره حكاه البغوى وغيره ، لأن سببهما ارادة الاحرام وهو متقدم ، وهذا الوجه قوى .

وفى صلاة الاستسقاء وجهان للخراسانيين (أصحهما) لا يكره ، وحكاه الامام والغزالى فى البسيط عن الأكثرين ، وقطع به القاضى أبو الطيب فى تعليقه والعبدرى لأن سببها متقدم (والثانى) تكره كصلاة الاستخارة ، وهكذا عللوه ، قال الرافعى : وقد يمنع الأول كراهة صلاة الاستخارة ، وأما تحية المسجد فقال أصحابنا : ان دخله لغرض كاعتكاف أو لطلب علم أو انتظار صلاة ونحو ذلك من الأغراض صلى التحية ، وان دخله لا لحاجة بل ليصلى التحية فقط فوجهان (أرجحهما) الكراهة ، كما لو تعمد تأخير الفائتة ليقضيها فى هذه الأوقات فانه يكره لقوله صلى الله عليه وسلم « لا تتحروا بصلاتكم طلوع الشمس ولا غروبها » (والثانى) لا يكره واختاره الامام والغزالى فى البسيط . وحكى صاحب البيان وغيره وجها فى كراهة تحية المسجد فى هذه الأوقات من غير تفصيل ، وهذا غلط نبهت عليه لئلا يغتر به وقد حكاه الصيدلانى وامام الحرمين والغزالى فى البسيط عن أبى عبد الله الزبيرى ، واتفقوا على أنه غلط .

(**فرع**) لو فاتته راتبة أو نافلة اتخذها وردا فقضاها فى هذه الأوقات

فهل له المداومة على مثلها فى وقت الكراهة ؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد والبندنيجى والقاضى أبو الطيب والمتولى وغيرهم (أحدهما) نعم حكاه أبو حامد عن أبى اسحق المروزى للحديث الصحيح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فاته ركعتا سنة الظهر فقضاهما بعد العصر وداوم عليهما بعد العصر » رواه البخارى ومسلم • وأصحهما : لا • وتلك الصلاة من خصائص رسول الله صلى الله عليه وسلم وممن صححه الشيخ أبو حامد •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى جواز الصلاة التى لها سبب فى هذه الأوقات :

قد ذكرنا أن مذهبنا أنها لا تكره وبه قال على بن أبى طالب والزبير بن العوام وابنه وأبو أيوب والنعمان بن بشير وتميم الدارى وعائشة رضى الله عنهم •

وقال أبو حنيفة : لا يجوز شىء من ذلك ووافقنا جمهور الفقهاء فى اباحة الفوائت فى هذه الأوقات ، وقال أبو حنيفة : تباح الفوائت بعد الصبح والعصر ، ولا تباح فى الأوقات الثلاثة الا عصر يومه فتباح عند اصفرار الشمس ، وتباح المنذورة فى هذه الأوقات عندنا ولا تباح عند أبى حنيفة •

قال ابن المنذر : وأجمع المسلمون على اباحة صلاة الجنائز بعد الصبح والعصر ونقل العبدرى فى كتاب الجنائز عن الثورى والأوزاعى وأبى حنيفة وأحمد واسحق أن صلاة الجنازة منهى عنها عند طلوع الشمس ، وعند غروبها، وعند استوائها ، ولا تكره فى الوقتين الآخرين ونقل القاضى عياض فى شرح صحيح مسلم عن داود الظاهرى أنه أباح الصلاة لسبب وبلا سبب فى جميع الأوقات ، والمشهور من مذهب داود منع الصلاة فى هذه الأوقات ، سواء ما لها سبب وما لا سبب لها ، وهو رواية عن أحمد •

واحتج لأبى حنيفة وموافقيه بعموم الأحاديث الصحيحة فى النهى ، واحتج أصحابنا بحديث أنس رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من نسى صلاة أو نام عنها فكفارتها أن يصليها اذا ذكرها » رواه البخارى ومسلم ، وهذا لفظ مسلم • وعن أم سلمة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم « صلى ركعتين بعدالعصر فلما انصرف قال : يابنت أبى أمية سألت عن الركعتين

بعد العصر أنه أتانى ناس من عبد القيس بالاسلام من قومهم فشغلونى عن اللتين بعد الظهر فهما هاتان الركعتان بعد العصر » رواه البخارى ومسلم ، وعن عائشة رضى الله عنها قالت : « صلاتان لم يكن النبى صلى الله عليه وسلم يدعهما سرا ولا علانية ، ركعتان قبل صلاة الصبح وركعتان بعد صلاة العصر » رواه البخارى ومسلم • وعن يزيد بن الأسود رضى الله عنه قال « شهدت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حجته وصليت معه صلاة الصبح فى مسجد الخيف ، فلما قضى صلاته وانحرف اذا هو برجلين فى آخر القوم لم يصليا معه ، قال : على بهما ، فجىء بهما ترعد فرائصهما قال : ما منعكما أن تصليا معنا ؟ فقالا : يا رسول الله انا قد كنا صلينا فى رحالنا قال : فلا تفعلا فاذا صليتما فى رحالكما ثم أتيتما مسجد جماعة فصليا معهم فانها لكما نافلة » رواه أبو داود والترمذى والنسائى وغيرهم ، قال الترمذى : حديث حسن صحيح •

والجواب عن أحاديث النهى أنها عامة وهذه خاصة ، والخاص مقدم على على العام سواء تقدم عليه أو تأخر ، فان قيل : لا حجة فى حديثى أم سلمة وعائشة لأن هذه المداومة على الصلاة بعد العصر مخصوصة بالنبى صلى الله عليه وسلم قلنا : فى المسألة وجهان لأصحابنا سبقا (أحدهما) جواز مثل هذا لكل أحد (وأصحهما) لا تباح المداومة لغير النبى صلى الله عليه وسلم فعلى هذا يكون الاستدلال بفعله صلى الله عليه وسلم فى أول يوم والله أعلم •

(**فرع**) فى بيان حديثين يستشكل الجمع بينهما وهما حديث النهى عن الصلاة بعد الصبح والعصر وغيرهما مع حديث : « اذا دخل أحدكم المسجد فلا يجلس حتى يركع ركعتين » فاذا دخل المسجد فى بعض هذه الأوقات فقد ذكرنا أن مذهبنا أنه يستحب أن يصلى تحية المسجد للحديث فيها ، والجواب عن أحاديث النهى أنها مخصوصة كما سبق • فان قيل : حديث النهى عام فى الصلوات خاص فى بعض الأوقات وحديث التحية عام فى الأوقات خاص فى بعض الصلوات فلم رجحتم تخصيص حديث النهى دون تخصيص حديث التحية ؟ قلنا : حديث النهى دخله التخصيص بالأحاديث التى ذكرناها فى صلاة العصر وصلاة الصبح ، وبالاجماع الذى نقلناه فى صلاة الجنازة • وأما حديث

تحية المسجد فهو على عمومه لم يأت له مخصص ، ولهذا أمر النبى صلى الله عليه وسلم الداخل يوم الجمعة فى حال الخطبة بالتحية بعد أن قعد • ولو كانت التحية تترك فى وقت لكان هذا الوقت ، لأنه يمنع فى حال الخطبة من الصلاة الا التحية ، ولأنه تكلم فى الخطبة وبعد أن قعد الداخل وكل هـذا مبالغة فى تعميم التحية •

(فـرع) عـن وهب بن الأجـدع عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا تصلوا بعد العصر الا أن تصلوا والشمس مرتفعة » وفى رواية (نقية) رواه أبو داود وغيره باسـناد حسن وظاهره يخالف الأحاديث الصحيحة فى تعميم النهى من حين صلاة العصر الى غروب الشمس ويخالف أيضا ما عليه مذاهب جماهير العلماء وجوابه مر •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا تكره يوم الجمعة عند الاستواء لمن حضر الصلاة لمـا روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة نصف النهار حتى تزول الشمس الا يوم الجمعة » ولأنه يشق عليه من كثرة الخلق أن يخرج لمراعاة الشمس ويغلبه النوم ان قعد ، فعفى عن الصـلاة ، وان لم يحضر الصلاة ، ففيه وجهان (احدهما) يجوز للخبر (والثانى) لا يجوز لأنه لا مشقة عليه فى مراعاة الشمس) •

(الشرح) هذا الحديث ضعيف رواه أبو داود من رواية أبى قتادة ، وقال : هو مرسل : وذكره البيهقى من رواية أبى قتادة وأبى سعيد وأبى هريرة وعمرو بن عنبسة وابن عمر ، وضعف أسانيد الجميع ثم قال : والاعتماد على أن النبى صلى الله عليه وسلم استحب التبكير الى الجمعة ثم رغب فى الصلاة الى خروج الامام من غير تخصيص ولا استثناء •

(أما حكم المسألة) فليوم الجمعة مزية فى نفى كراهة الصلاة ، وفى ذلك أوجه (أحدها) أنه تباح الصلاة بلا كراهة فى جميع الأوقات يوم الجمعة لكل أحد (والثانى) وهو الأصح يبـاح لكل أحد عند اسـتواء الشمس خاصة ، سواء حضر الجمعة أم لا (والثالث) تباح عند الاستواء لمن حضرها دون غيره ، وصححه القاضى أبو الطيب (والرابع) تباح عنده لمن حضرها

وغلبه النعاس (والخامس) تباح عنده لمن حضرها وغلبه النعاس وكان قد بكر اليها ، ودلائلها تفهم مما ذكره المصنف والبيهقى ، وقال أبو حنيفة : لا تباح فيه كغيره من الأيام والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا تكره الصلاة فى هذه الأوقات بمكة لما روى أبو ذر رضى الله عنه قال : « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا صلاة بعد الصبح حتى تطلع الشمس ، ولا بعد العصر حتى تغرب الشمس الا بمكة » ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الطواف بالبيت صلاة » ولا خلاف أن الطواف يجوز فكذلك الصلاة) .

(الشرح) حديث أبى ذر ضعيف رواه الشافعى وأحمد والدارقطنى والبيهقى وضعفه ويغنى عنه حديث جبير بن مطعم رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « يا بنى عبد مناف لا تمنعوا أحدا طاف بهذا البيت وصلى أى ساعة شاء من ليل أو نهار » رواه أبو داود والترمذى فى كتاب الحج والنسائى وابن ماجه وغيرهما فى كتاب الصلاة ، وهذا لفظ الترمذى ، وقال : هو حديث حسن صحيح ، قال البيهقى : يحتمل أن يكون المراد بالصلاة صلاة الطواف خاصة ، وهو الأشبه بالآثار ، ويحتمل جميع الصلوات، قلت : ويؤيد الأول رواية أبى داود « لا تمنعوا أحدا يطوف بهذا البيت يصلى أى ساعة شاء من ليل أو نهار » . وأما حديث « الطواف بالبيت صلاة » فروى عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم وروى موقوفا على ابن عباس وهو الأصح . كذا قاله الحفاظ ورواه الترمذى فى آخر كتاب الحج عن عطاء بن السائب عن طاوس عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الطواف حول البيت مثل الصلاة الا أنكم تتكلمون فيه . فمن تكلم فيه فلا يتكلم الا بخير » قال الترمذى : وروى عن ابن طاوس وغيره عن طاوس عن ابن عباس موقوفا قال : ولا نعرفه مرفوعا الا من رواية عطاء بن السائب ، قلت : وعطاء ضعيف لا يحتج به والله أعلم .

(اما حكم المسالة) فقال أصحابنا : لا تكره الصلاة بمكة فى هذه الأوقات سواء فى ذلك صلاة الطواف وغيرها ، هذا هو الصحيح المشهور عندهم وفيه وجه أنه انما تباح صلاة الطواف حكاه الخراسانيون ، وجماعة من

العراقيين منهم الشيخ أبو حامد والبندنيجي والماوردي ، وحكاه صاحب الحاوي عن أبي بكر القفال الشاشي ، والمذهب الأول قال صاحب الحاوي : وبه قال أبو اسحاق المروزي وجمهور أصحابنا • والمراد بمكة البلدة وجميع الحرم الذي حواليها • وفي وجه انما تباح في نفس البلدة دون باقي الحرم ، وفي وجه ثالث حكاه صاحب الحاوي عن القفال الشاشي انما تباح في نفس المسجد الذي حول الكعبة ، لا فيما سواه من بيوت مكة وسائر الحرم ، والصحيح الأول ، صححه الأصحاب وحكاه صاحب الحاوي عن أبي اسحاق المروزي هذا تفصيل مذهبنا • وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد : لا تباح الصلاة بمكة في هذه الأوقات لعموم الأحاديث ، دليلنا حديث جبير والله أعلم•

(فرع) في مسائل تتعلق بالباب

(احداها) اختلف أصحابنا في أن النهي حيث ثبت في هذه الأوقات هل هو كراهة تنزيه أم تحريم ؟ على وجهين (أحدهما) كراهة تنزيه ، وبه قطع جماعة تصريحا ، منهم البندنيجي في آخر باب الصلاة بالنجاسة (والثاني) وهو الأصح كراهة تحريم لثبوت الأحاديث في النهي ، وأصل النهي للتحريم • وقد صرح بالتحريم الماوردي في كتابه الاقناع وصاحب الذخائر وغيرهما •

(الثانية) لو أحرم بصلاة مكروهة في هذه الأوقات ففي انعقادها وجهان حكاهما الخراسانيون (أصحهما) عندهم : لا تنعقد كالصوم يوم العيد (والثاني) تنعقد كالصلاة في أعطان الابل والحمام ، ولأن هذا الوقت تقبل الصلاة في الجملة بخلاف يوم العيد • قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح رحمه الله : مأخذ الوجهين أن النهي يعود الى نفس الصلاة أم الى أمر خارج ؟ قال : ولا يحملنا هذا على أن نقول هي كراهة تحريم لأنه خلاف ما دل عليه اطلاقهم ، وذلك أن نهي التنزيه أيضا يضاد الصحة اذا رجع الى نفس الصلاة ، لأنها لو صحت لكانت عبادة مأمورا بها ، والأمر والنهي الراجعان الى نفس الشيء يتناقضان ، كما تقرر في أصول الفقه • ولو نذر أن يصلي في هذه الأوقات ، فان قلنا تنعقد صح نذره والا فلا ، واذا صح نذره فالأولى أن يصلي في وقت آخر ، فان صلى فيه أجزأه ، كمن نذر أن يضحي بشاة يذبحها

بسكين مغصوب يصح نذره ويذبحها بغير مغصوب ، فان ذبح بالمغصوب عصى وأجزأه • ولو نذر صلاة مطلقة فله أن يصليها فى هذه الأوقات بلا خلاف لأن لها سببا •

باب صلاة الجماعة

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اختلف اصحابنا فى الجماعة فقال أبو العباس وابو اسحاق : هى فرض كفاية يجب اظهارها فى الناس ، فان امتنعوا من اظهارها قوتلوا عليها وهو المنصوص فى الامامة • والدليل عليه ما روى أبو الدرداء رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ما من ثلاثة فى قرية ولا بدو لا تقام فيهم الصلاة الا قد استحوذ عليهم الشيطان • عليك بالجماعة فانما يأخذ الذئب من الغنم القاصية » ومن أصحابنا من قال : هى سنة لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « صلاة الجماعة أفضل من صلاة احدكم وحده بخمس وعشرين درجة ») •

(الشرح) حديث أبى الدرداء رواه أبو داود والنسائى باسناد صحيح، وحديث أبى هريرة رواه البخارى ومسلم ، واسم أبى الدرداء عويمر بن زيد ابن قيس ، وقيل اسمه عامر ولقبه عويمر ، وهو أنصارى خزرجى شهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ما بعد أحد من المشاهد ، واختلف فى شهوده أحدا ، وكان فقيها حكيما زاهدا ، ولى قضاء دمشق لعثمان ، توفى بدمشق سنة احدى وقيل ثنتين وثلاثين وقبره بباب الصغير • وقوله صلى الله عليه وسلم : « ولا بدو » هو البادية • واستحوذ أى استولى وغلب ، والقاصية المنفردة • وفى حديث أبى هريرة بخمس وعشرين درجة ، وفى رواية فى الصحيح بسبع وعشرين درجة ، والجمع بينهما من ثلاثة أوجه (أحدها) أنه لا منافاة فذكر القليل لا ينفى الكثير ، ومفهوم العدد باطل عند الأصوليين (والثانى) أن يكون أخبر أولا بالقليل ثم أعلمه الله تعالى بزيادة الفضل فأخبر بها (الثالث) أنه يختلف باختلاف أحوال المصلين والصلاة ، وتكون لبعضهم خمس وعشرون ، ولبعضهم سبع وعشرون بحسب كمال الصلاة ومحافظته على هيئاتها وخشوعها وكثرة جماعتها وفضلهم وشرف البقعة ونحو ذلك والله أعلم •

(**أما حكم المسألة**) فالجماعة مأمور بها للأحاديث الصحيحه المشهورة واجماع المسلمين وفيها ثلاثة أوجه لأصحابنا (أحدها) أنها فرض كفاية (والثانى) سنة ، وذكر المصنف دليلهما (والثالث) فرض عين لكن ليست بشرط لصحة الصلاة ، وهذا الثالث قول اثنين من كبار أصحابنا المتمكنين فى الفقه والحديث ، وهما أبو بكر بن خزيمة وابن المنذر •

قال الرافعى : وقيل : انه قول الشافعى ، والصحيح أنها فرض كفاية وهو الذى نص عليه الشافعى فى كتاب الامامة كما ذكره المصنف • وهو قول شيخى المذهب ابن سريج وأبى اسحاق وجمهور أصحابنا المتقدمين ، وصححه أكثر المصنفين وهو الذى تقتضيه الأحاديث الصحيحة ، وصححت طائفة كونها سنة ، منهم الشيخ أبو حامد ، فاذا قلنا انها فرض كفاية فامتنع أهل بلد أو قرية من اقامتها قاتلهم الامام ولم يسقط عنهم الحرج الا اذا أقاموها ، بحيث يظهر هذا الشعار فيهم ففى القرية الصغيرة يكفى اقامتها فى موضع واحد ، وفى البلدة والقرية الكبيرة يجب اقامتها فى مواضع بحيث يظهر فى المحال وغيرها ، فلو اقتصروا على اقامتها فى البيوت فوجهان (أصحهما) وهو قول أبى اسحاق المروزى : لا يسقط الحرج عنهم لعدم ظهورها (والثانى) يسقط اذا ظهرت فى الأسواق واختاره بعضهم •

أما اذا قلنا انها سنة فهى سنة متأكدة • قال أصحابنا : يكره تركها ، صرح به الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وآخرون ، فعلى هذا لو اتفق أهل بلد أو قرية على تركها فهل يقاتلون ؟ فيه وجهان (أصحهما) لا يقاتلون كسنة الصبح والظهر وغيرهما • وبهذا قطع البندنيجى (والثانى) يقاتلون لأنه شعار ظاهر ، وقد سبق بيان الوجهين فى باب الأذان ، وهما جاريان فى الأذان ، والجماعة والعيد اذا قلنا انها سنن •

(**فرع**) لو أقام الجماعة طائفة يسيرة من أهل البلد وأظهروها فى كل البلد ولم يحضرها جمهور المقيمين فى البلد حصلت الجماعة ولا اثم على المتخلفين ، كما اذا صلى على الجنازة طائفة يسيرة ، هكذا قاله غير واحد ، وظاهر الحديث الصحيح فى الهم بتحريق بيوت المتخلفين عن الجماعة يخالف

هذا ، ولكن هم النبى صلى الله عليه وسلم بتحريقهم ولم يفعل ، ولو كان واجبا لما تركه والله أعلم .

(فـرع) فى أهل البوادى قال امام الحرمين : عندى فيهم نظر يحتمل أن يقال لا يتعرضون لهذا الفرض بل يكون سنة فى حقهم ، ويحتمل أن يقال : يتعرضون له اذا كانوا ساكنين قال : ولا شك أن المسافرين لا يتعرضون لهذا الفرض ، قال : وكذا اذا قل عدد ساكنى قرية ، هذا كلام امام الحرمين ، والمختار أن أهل البوادى الساكنين والعدد القليل فى القرية يتوجه عليهم فرض الكفاية فى الجماعة للحديث الصحيح السابق عن أبى الدرداء : « ما من ثلاثة فى قرية ولا بدو » .

(فـرع) قال أصحابنا : لا تكون الجماعة فى حق النساء فرض عين ولا فرض كفاية ، ولكنها مستحبة لهن ، ثم فيه وجهان .

(أحدهما) يستحب لهن استحبابا كاستحباب الرجال (وأصحهما) وبه قطع الشيخ أبو حامد وغيره لا تتأكد فى حقهن كتأكدها فى حق الرجال ، فلا يكره لهن تركها ، وان كره للرجال مع قولنا : هى لهم سنة . قال الشافعى والأصحاب : ويؤمر الصبى بحضور المساجد وجماعات الصلاة ليعتادها .

(فـرع) الخلاف المذكور فى أن الجماعة فرض كفاية أم سـنة ؟ هو فى المكتوبات الخمس المؤديات ، أما الجمعة ففرض عين وأما المنذور فلا تشرع فيها الجماعة بلا خلاف ، وأما النوافل فسبق فى باب صلاة التطوع ما يشرع له الجماعة منهـا وما لا يشرع ، وذكرنا فى آخر ذلك البـاب أن ما لا يشرع له الجماعة منها لو فعل جماعة لم يكره وبسـطنا دليله . وأما المقضية من المكتوبات فليست الجماعة فيها فرض عين ولا كفاية بلا خلاف ولكن يستحب الجماعة فى المقضية التى يتفق الامام والمأموم فيها بأن يفوتهما ظهر أو عصر ، ودليله الأحاديث الصحيحة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين فاتته هو وأصحابه صلاة الصبح صلاها بهم جماعة . قال القاضى عياض فى شرح صحيح مسلم : لا خلاف بين العلماء فى جواز الجماعة فى القضـاء الا ما حكى عن الليث بن سعد من منع ذلك ، وهذا المنقول عن الليث ان صح عنه مردود بالأحاديث الصحيحة واجماع من قبله .

وأما القضاء خلف الأداء والأداء خلف القضاء وقضاء صلاة خلف من يقضى غيرها فكله جائز عندنا الا أن الانفراد بها أفضل للخروج من خلاف العلماء ، فان فى كل ذلك خلافا للسلف سنذكره فى بابه ان شاء الله تعالى •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى حكم الجماعة فى الصلوات الخمس

قد ذكرنا أن مذهبنا : الصحيح أنها فرض كفاية ، وبه قال طائفة من العلماء ، وقال عطاء والأوزاعى وأحمد وأبو ثور وابن المنذر : هى فرض على الأعيان ليست بشرط للصحة وقال داود : هى فرض على الأعيان وشرط فى الصحة وبه قال بعض أصحاب أحمد وجمهور العلماء على أنها ليست بفرض عين واختلفوا هل هى فرض كفاية أم سنة ؟

وقال القاضى عياض : ذهب أكثر العلماء الى أنها سنة مؤكدة لا فرض كفاية واحتج لمن قال فرض عين بحديث أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان أثقل الصلاة على المنافقين صلاة العشاء وصلاة الفجر ، ولو يعلمون ما فيهما لأتوهما ولو حبوا ولقد هممت أن آمر بالصلاة فتقام ثم آمر رجلا فيصلى بالناس ثم انطلق معى برجال معهم حزم من حطب الى قوم لا يشهدون الصلاة فأحرق عليهم بيوتهم بالنار » رواه البخارى ومسلم • وعن ابن مسعود رضى الله عنه قال : « من سره أن يلقى الله تعالى غدا مسلما فليحافظ على هؤلاء الصلوات حيث ينادى بهن فان الله تعالى شرع لنبيكم صلى الله عليه وسلم سنن الهدى وانهن من سنن الهدى ، ولو أنكم صليتم فى بيوتكم كما يصلى هذا المتخلف فى بيته لتركتم سنة نبيكم صلى الله عليه وسلم ولو تركتم سنة نبيكم لضللتم ، ولقد رأيتنا وما يتخلف عنها الا منافق معلوم النفاق ، ولقد كان الرجل يؤتى به يهادى بين الرجلين حتى يقام فى الصف » رواه مسلم •

وعن أبى هريرة قال : « أتى النبى صلى الله عليه وسلم رجل أعمى فقال : يا رسول الله ليس لى قائد يقودنى الى المسجد : فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرخص له فيصلى فى بيته فرخص له ، فلما ولى دعاه فقال له : هل تسمع النداء بالصلاة ؟ قال : نعم • قال : فأجب » رواه مسلم [1] وعن

---

(١) ورواه البخارى بنحوه أيضا حيث قال فيه (اتسمع النداء ؟ ثم قال : لا آذن لك) •

ابن أم مكتوم رضى الله عنه أنه سأل النبى صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله « انى رجل ضرير البصر ، شاسع الدار ، ولى قائد لا يلازمنى ، فهل لى رخصة أن أصلى فى بيتى ؟ قال : هل تسمع النداء ؟ قال : نعم . قال : لا أجد لك رخصة » رواه أبو داود باسناد صحيح أو حسن وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من سمع المنادى فلم يمنعه من اتباعه عذر ، قالوا : وما العذر ؟ قال : خوف أو مرض ، لم تقبل منه الصلاة التى صلى » رواه أبو داود باسناد ضعيف وعن جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا صلاة لجار المسجد الا فى المسجد »[1] وعن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم مثله رواهما الدارقطنى وعن على بن أبى طالب رضى الله عنه موقوفا عليه « لا صلاة لجار المسجد الا فى المسجد » رواه البيهقى .

(واحتج) أصحابنا والجمهور على أنها ليست بفرض عين بقوله صلى الله عليه وسلم « صلاة الجماعة أفضل من صلاة الفذ بسبع وعشرين درجة » رواه البخارى ومسلم من رواية ابن عمر ، ورواه من رواية أبى هريرة وقال « بخمس وعشرين درجة » ورواه البخارى أيضا من رواية أبى سعيد قالوا : ووجه الدلالة أن المفاضلة انما تكون حقيقتها بين فاضلين جائزين .

(والجواب) عن حديث الهم بتحريق بيوتهم من وجهين (أحدهما) جواب الشافعى وغيره أن هذا ورد فى قوم منافقين يتخلفون عن الجماعة ولا يصلون فرادى ، وسياق الحديث يؤيد هذا التأويل . وقوله فى حديث ابن مسعود : « رأيتنا وما يتخلف عنها الا منافق » صريح فى هذا التأويل (والثانى) أنه صلى الله عليه وسلم قال : « لقد هممت » ولم يحرقهم ولو كان واجبا لما تركه . فان قيل : لو لم يجز التحريق لما هم به . قلنا : لعله هم به بالاجتهاد ثم نزل وحى بالمنع منه أو تغير الاجتهاد ، وهذا تفريع على الصحيح فى جواز الاجتهاد له صلى الله عليه وسلم .

---

(١) هذا الحديث روى من طرق مرفوعة كلها ضعيفة واصحها الموقوف على على فقد اخرجه الدارقطنى عن جابر ورواه ابن حبان عن عائشة قال البيهقى فى المعرفة : اسناده ضعيف وقال الصغانى : موضوع وقال القبروز ابادى فى المختصر ضعيف وقال السخاوى فى المقاصد الحسنة اسانيده بضعيفة وليس له اسناد يثبت ويغنى عنه حديث « من سمع النداء » وحديث : « لو يعلم الناس » « ط » .

وأما حديث ابن مسعود فليس فيه تصريح بأنها فرض عين وانما فيه بيان فضلها وكثرة محافظته عليها • وأما حديث الأعمى فجوابه ما أجاب به الأئمة الحفاظ الفقهاء أبو بكر محمد بن اسحاق بن خزيمة والحاكم أبو عبد الله والبيهقى ، قالوا : لا دلالة فيه لكونها فرض عين ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم رخص لعتاب حين شكا بصره أن يصلى فى بيته ، وحديثه فى الصحيحين • قالوا : وانما معناه لا رخصة لك تلحقك بفضيلة من حضرها • وأما حديث ابن عباس فتقدم بيان ضعفه • وأما حديث جابر وأبى هريرة فضعيفان فى اسنادهما ضعيفان وأحدهما مجهول وهو محمد بن سكين قال ابن أبى حاتم فى كتابه الجرح والتعديل فى ترجمة محمد بن سكين : سمعت أبى يقول : هذا حديث منكر ومحمد بن سكين مجهول • وذكر البخارى هذا الحديث فى تاريخه ثم قال : وفى اسناده نظر • وضعفه البيهقى أيضا وغيره من الأئمة والله أعلم •

واحتج أصحابنا فى كونها فرض كفاية وردا على من قال انها سنة بحديث مالك بن الحويرث قال : « أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن شببة متقاربون : فأقمنا عنده عشرين ليلة ، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم رحيما رفيقا • فظن أنا اشتقنا أهلنا فسألنا عمن تركنا من أهلنا فأخبرناه • فقال : ارجعوا الى أهليكم فأقيموا فيهم وعلموهم ومروهم فاذا حضرت الصلاة فليؤذن لكم أحدكم ثم ليؤمكم أكبركم » **رواه البخارى ومسلم** وبحديث أبى الدرداء السابق « ما من ثلاثة فى قرية ولا بدو » الحديث والله أعلم •

(فرع) فى الاشارة الى بعض الأحاديث الصحيحة الواردة فى فضل صلاة الجماعة • فمنها حديث « صلاة الجماعة أفضل من صلاة الفذ بسبع وعشرين درجة » وهو فى الصحيحين كما سبق • وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لو يعلم الناس ما فى النداء والصف الأول ثم لم يجدوا الا أن يستهموا عليه لاستهموا عليه ولو يعلمون ما فى التهجير لاستبقوا اليه ، ولو يعلمون ما فى العتمة والصبح لأتوهما ولو حبوا » رواه البخارى ومسلم والتهجير : التبكير الى الصلاة • وعن عثمان ابن عفان رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول :

« من صلى العشاء فى جماعة فكأنما قام نصف الليل ، ومن صلى الصبح فى جماعة فكأنما صلى الليـــل كله » رواه مسلم ، وفى رواية الترمذى : « ومن صلى العشاء والفجر فى جماعة » .

(فـــرع) آكد الجمـــاعات فى غير الجمعة جماعة الصبح والعشـــاء للحديثين السابقين فى الفرع قبله .

(فـــرع) فى الاشارة الى بعض الأحاديث الصحيحة فى فضل المشى الى المساجد وكثرة الخطى وانتظار الصلاة ، عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من غدا الى المسجد أو راح أعد الله له نزله من الجنة كلما غدا أو راح » رواه البخارى ومسلم . وعن أبى موسى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان أعظم الناس أجرا فى الناس أبعدهم اليها مشيا ، والذى ينتظر الصلاة حتى يصليها مع الامام أعظم أجرا من الذى يصليها ثم ينام » رواه البخارى ومسلم .

وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من تطهر فى بيته ثم مشى الى بيت من بيوت الله ليقضى فريضة من فرائض الله كانت خطواته احداها تحط خطيئة والأخرى ترفع درجة » رواه مسلم .

وعن جابر بن عبد الله قال : « كانت ديارنا نائية عن المسجد فأردنا أن نبيع بيوتنا فنقرب من المسجد فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ان لكم بكل خطوة درجة » رواه مسلم .

وعن أبى بن كعب رضى الله عنه قال : « كان رجل ــ لا أعلم رجالا أبعد من المسجد منه ــ وكان لا تخطئه صلاة ، فقيل له ــ أو قلت له : لو اشتريت حمارا تركبه فى الظلماء وفى الرمضاء ؟ قال : ما يسرنى أن منزلى الى جنب المسجد انى أريد أن يكتب لى ممشاى الى المسجد ورجوعى اذا رجعت الى أهلى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : قد جمع الله لك ذلك كله » رواه مسلم . وعن جابر قال « أراد بنو سلمة أن ينتقلوا الى قرب المسجد فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهم : انه بلغنى أنكم تريدون أن تنتقلوا قرب المسجد ، قالوا : نعم يا رسول الله ، وقد أردنا ذلك ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « يا بنى سلمة دياركم تكتب آثاركم ، دياركم

تكتب آثاركم » رواه مسلم ، وذكره البخارى بمعناه من رواية أنس • وعن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « الملائكة تصلى على أحدكم ما دام فى مصلاه ما لم يحدث ، اللهم اغفر له ، اللهم ارحمه ، لا يزال أحدكم فى صلاة ما دامت الصلاة تحبسه ، لا يمنعه أن ينقلب الى أهله الا الصلاة » رواه البخارى ومسلم • وعنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « سبعة يظلهم الله فى ظله يوم لا ظل الا ظله : الامام العادل ، وشاب نشأ فى عبادة ربه ، ورجل قلبه معلق بالمساجد ، ورجلان تحابا فى الله اجتمعا عليه وتفرقا عليه ، ورجل طلبته امرأة ذات منصب وجمال فقال : انى أخاف الله رب العالمين • ورجل تصدق بصدقة فأخفاها حتى لا تعلم شماله ماتنفق يمينه ، ورجل ذكر الله خاليا ففاضت عيناه » رواه البخارى ومسلم •

وعنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ألا أدلكم على ما يمحو الله به الخطايا ويرفع به الدرجات ؟ قالوا : بلى يا رسول الله قال : « اسباغ الوضوء على المكاره وكثرة الخطى الى المساجد ، وانتظار الصلاة بعد الصلاة ، فذلكم الرباط فذلكم الرباط » رواه مسلم • وعنه قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : صلاة الرجل فى جماعة تزيد على صلاته فى بيته وصلاته فى سوقه بضعا وعشرين درجة وذلك أن أحدكم اذا توضأ فأحسن الوضوء ثم أتى المسجد لا تهزه الا الصلاة لا يريد الا الصلاة فلم يخط خطوة الا رفع الله له بها درجة وحط عنه بها خطيئة حتى يدخل المسجد فاذا دخل المسجد كان فى صلاة ما كانت الصلاة هى تحبسه ، والملائكة يصلون على أحدكم ما دام فى مجلسه الذى صلى فيه ، يقولون : اللهم ارحمه ، اللهم اغفر له ، اللهم تب عليه ما لم يؤذ فيه ، ما لم يحدث فيه » رواه البخارى ومسلم ، وهذا لفظ مسلم ، والأحاديث فى المسألة كثيرة مشهورة وفيما أشرت اليه أبلغ كفاية ، وأما فضل الصلوات فقد ذكرت جملة من الأحاديث الواردة فيه فى آخر الباب الأول من كتاب الصلاة ، وبالله التوفيق •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واقل الجماعة اثنان : امام وماموم ، لما روى ابو موسى الأشعرى عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الاثنان فما فوقهما جماعة ») •

(**الشرح**) هذا الحديث رواه ابن ماجه والبيهقى باسناد ضعيف جدا ورواه البيهقى أيضا من رواية أنس عن النبى صلى الله عليه وسلم باسناد ضعيف ، ويغنى عنه حديث مالك بن الحويرث قال : « أتيت النبى صلى الله عليه وسلم أنا وصاحب لى فلما أردنا الاقفال من عنده قال لنا : اذا حضرت الصلاة فأذنا ثم أقيما وليؤمكما أكبركما » رواه البخارى ومسلم ، قال أصحابنا : أقل الجماعة اثنان امام ومأموم ، فاذا صلى رجل برجل أو بامرأة أو أمته أو بنته أو غيرهم أو بغلامه أو بسيدته أو بغيرهم حصلت لهما فضيلة الجماعة التى هى خمس أو سبع وعشرون درجة ، وهذا لا خلاف فيه . ونقل الشيخ أبو حامد وغيره فيه الاجماع .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وفعلها للرجال فى المسجد افضل لأنه أكثر جمعا ، وفى المساجد التى يكثر فيها الناس افضل لما روى ابى بن كعب ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « صلاة الرجل مع الرجل ازكى من صلاته وحده . وصلاة الرجل مع الرجلين ازكى من صلاته مع الرجل ، وما كان اكثر فهو احب الى الله تعالى » فان كان فى جواره مسجد مختل (١) ففعلها فى مسجد الجوار افضل من فعلها فى المسجد الذى يكثر الناس فيه لأنه اذا صلى فى مسجد الجوار حصلت الجماعة فى موضعين ، واما النساء فجماعتهن فى البيوت افضل ، لما روى ابن عمر رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تمنعوا نساءكم المساجد وبيوتهن خير لهن » فان ارادت المرأة حضور المساجد مع الرجال فان كانت شابة أو كبيرة تشتهى (٢) كره لها الحضور وان كانت عجوزا لا تشتهى لم يكره ، لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى النساء عن الخروج الا عجوزا فى منقليها) .

(**الشرح**) حديث أبى رواه أبو داود باسناد فيه رجل لم يبينوا حاله ولم يضعفه أبو داود ، وأشار على بن المدينى والبيهقى وغيرهما الى صحته ، وحديث ابن عمر صحيح رواه أبو داود بلفظه هذا باسناد صحيح على شرط البخارى ، وحديث العجوز فى منقليها غريب ، ورواه البيهقى باسناد ضعيف موقوفا على ابن مسعود قال : « ما صلت امرأة صلاة أفضل من صلاة فى بيتها

---

(١) فى بعض النسخ (تختل فيه الجماعة) (ط) .

(٢) فى بعض النسخ (يشتهى مثلها) .

الا مسجدى مكة والمدينة الا عجوزا فى منقليها » والمنقلان الخفان ، هـذا هو الصحيح المعروف عنـد أهل اللغة وذكر امام الحرمين أنهما الخفـان الخلقان ، وهما بفتح الميم وكسرها ، لغتان والفتح أشهر ، وقد أوضحتها فى التهذيب •

(**اما الاحـكام**) ففيه مسـائل (احداها) قال الشـافعى فى المختصر والأصحاب : فعل الجماعة للرجل فى المسجد أفضل من فعلها فى البيت والسوق وغيرهما لما ذكرناه من الأحاديث فى فضل المشى الى المسجد ، ولأنه أشرف ولأن فيه اظهار شعار الجماعة فان كان هناك مساجد فذهابه الى أكثرها جماعة أفضل للحديث المذكور ، فلو كان بجواره مسجد قليل الجمع وبالبعد منه مسجد أكثر جمعا فالمسجد البعيد أولى الا فى حالتين (أحدهما) أن تتعطل جماعة القريب لعدوله عنه لكونه اماما ، أو يحضر الناس بحضوره • فحينئذ يكون القريب أفضل (الثانى) أن يكون امام البعيد مبتدعا كالمعتزلى وغيره • أو فاسـقا أو لا يعتقـد وجوب بعض الأركان فالقريب أفضـل • وحكى الخراسانيون وجها أن مسجد الجوار أفضل بكل حال ، والصحيح الذى قطع به الجمهور هو الأول ، فان كان مسجد الجوار لا جماعة فيه ولو حضر هذا الانسان فيه لم يحصل جماعة ولم يحضر غيره فالذهاب الى مسجد الجماعة أفضل بالاتفاق •

(المسألة الثانية) يسن الجماعة للنساء بلا خلاف عندنا ، لكن هل تتأكد فى حقهن كتأكدها فى حق الرجال ؟ فيه الوجهان السابقان (أصحهما) المنع ، وامامة الرجل بهن أفضل من امامة امرأة لأنه أعرف بالصلاة ، ويجهر بالقراءة بكل حال ، لكن لا يجوز أن يخلو واحد بامرأة ان لم يكن محرما ـ كمـا سنوضحه مبسوطا بدليله فى باب صفة الأئمة حيث ذكره المصنف ان شاء الله تعـالى •

(الثالثة) جماعة النساء فى البيوت أفضل من حضورهن المساجد للحديث المذكور • قال أصحابنا . وصلاتها فيما كان من بيتها أستر أفضل لها لحديث عبد الله بن مسعود أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « صلاة المرأة فى بيتها أفضل من صلاتها فى حجرتها ، وصلاتها فى مخدعها أفضل من صـلاتها فى بيتها » رواه أبو داود باسناد صحيح على شرط مسلم •

وان أرادت المرأة حضور المسجد للصلاة قال أصحابنا : ان كانت شابة أو كبيرة تشتهى كره لها وكره لزوجها ووليها تمكينها منه . وان كانت عجوزا لا تشتهى لم يكره ، وقد جاءت أحاديث صحيحة تقتضى هـذا التفصيل . منها ما روى [1] ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا استأذنت أحدكم امرأته الى المسجد فلا يمنعها » رواه البخارى ومسلم ولفظه لمسلم ، وفى رواية لهما : « اذا استأذنكم نساؤكم بالليل الى المسجد فأذنوا لهن » وعنه قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تمنعوا اماء الله مساجد الله » رواه مسلم . وعن عائشة قالت : « لو أن رسـول الله صلى الله عليه وسلم رأى ما أحدث النساء لمنعهن المسجد كما منعت نساء بنى اسرائيل » رواه البخارى ومسلم .

(فـرع) يستحب للزوج أن يأذن لها اذا استأذنته الى المسجد للصلاة اذا كانت عجوزا لا تشتهى وأمن المفسـدة عليهـا وعلى غيرها للأحاديث المذكورة ، فان منعها لم يحرم عليه ، هذا مذهبنا . قال البيهقى : وبه قال عامة العلماء ، ويجاب عن حديث « لا تمنعوا اماء الله مساجد الله » بأنه نهى تنزيه لأن حق الزوج فى ملازمة المسكن واجب فلا تتركه للفضيلة .

(فـرع) اذا أرادت المرأة حضور المسجد كره لها أن تمس طيبا ، وكره أيضا الثياب الفاخرة لحديث زينب الثقفية امرأة ابن مسعود رضى الله عنه وعنها قالت : قال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم : « اذا شـهدت احداكن المسجد فلا تمس طيبا » رواه مسلم وعن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تمنعوا اماء الله مساجد الله ، ولكن ليخرجن وهن تفلات » رواه أبو داود باسناد صحيح على شرط البخارى ومسلم ، وتفلات ــ بفتح التاء المثناة فوق وكسر الفاء ــ أى تاركات الطيب .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى الجماعة للنساء

قد ذكرنا أن مذهبنا استحبابها لهن . قال الشيخ أبو حامد : كل صـلاة استحب للرجال الجماعة فيها استحب الجماعة فيها للنساء فريضـة كانت أو

---

(١) فى الأصول كلها ما روى عن ابن عمر وروى هنا صيغة لا يجوز ان تكون بين يدى حديث متفق عليه كما ترى وقد رفعناها جريا على مذهب النووى فى هذا (ط) .

نافلة ، وحكاه ابن المنذر عن عائشة وأم سلمة وعطاء والثورى والأوزاعى وأحمد واسحاق وأبى ثور ، قال : وقال سليمان بن يسار والحسن البصرى ومالك : لا تؤم المرأة أحدا فى فرض ولا نفل قال : وقال أصحاب الرأى : يكره ويجزيهن ، قال : وقال الشعبى والنخعى وقتادة : تؤمهن فى النفل دون الفرض واحتج أصحابنا بحديث أم ورقة « أن النبى صلى الله عليه وسلم أمرها أن تؤم أهل دارها » رواه أبو داود ولم يضعفه وعن ريطة الحنفية قالت : « أمتنا عائشة فقامت بينهن فى الصلاة المكتوبة » وعن حجيرة قالت : « أمتنا أم سلمة فى صلاة العصر فقامت بيننا » رواهما الدارقطنى والبيهقى باسنادين صحيحين •

(**فرع**) فى مذاهبهم فى حضور العجوز التى لا تشتهى المسجد للصلاة •

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يكره ذلك فى شىء من الصلاة ، قال العبدرى : وبه قال أكثر الفقهاء • وقال أبو حنيفة : يكره الا فى الفجر والعشاء والعيد ، دليلنا عموم الأحاديث الصحيحة فى النهى عن منعهن المساجد •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا تصح الجماعة حتى ينوى المأموم الجماعة لأنه يريد أن يتبع غيره فلابد من نية الاتباع ، فان رأى رجلين يصليان على الانفراد فنوى الائتمام بهما لم تصح صلاته لأنه لا يمكنه ان يقتدى بهما فى وقت واحد ، وان نوى الاقتداء باحدهما بغير عينه لم تصح صلاته • لأنه اذا لم يعين لا يمكنه الاقتداء ، وان كان احدهما يصلى بالآخر فنوى الاقتداء بالمأموم لم تصح صلاته لأنه تابع لغيره فلا يجوز ان يتبعه غيره ، وان صلى رجلان فنوى كل واحد منهما أنه هو الامام لم تبطل صلاته لأن كل واحد منهما يصلى لنفسه ، وان نوى كل واحد منهما انه مؤتم بالآخر لم تصح صلاته لأن كل واحد منهما ائتم بمن ليس بامام) •

(**الشرح**) اتفق نص الشافعى والأصحاب على أنه يشترط لصحة الجماعة أن ينوى المأموم الجماعة والاقتداء والائتمام ، قالوا : وتكون هذه النية مقرونة بتكبيرة الاحرام كسائر ما ينويه ، فان لم ينو فى الابتداء وأحرم منفردا ثم نوى الاقتداء فى أثناء صلاته ففيه خلاف ذكره المصنف بعد هذا ، واذا ترك نية الاقتداء والانفراد وأحرم مطلقا انعقدت صلاته منفردا ، فان

تابع الامام فى أفعاله من غير تجديد نية فوجهان حكاهما القاضى حسين فى تعليقه والمتولى وآخرون (أصحهما) وأشهرهما تبطل صلاته لأنه ارتبط بمن ليس بامام له فأشبه الارتباط بغير المصلى ، وبهذا قطع البغوى وآخرون.

(والثانى) لا تبطل لأنه أتى بالأركان على وجهها وبهذا قطع الأكثرون ، فان قلنا : لا تبطل صلاته كان منفردا ولا يحصل له فضيلة الجماعة بلا خلاف ، صرح به المتولى وغيره . وان قلنا تبطل صلاته فانما تبطل اذا انتظر ركوعه وسجوده وغيرهما ليركع ويسجد معه وطال انتظاره ، فأما اذا اتفق انقضاء فعله مع انقضاء فعله أو انتظره يسيرا جدا فلا تبطل بلا خلاف ، ولو شك فى أثناء صلاته فى نية الاقتداء لم تجز له متابعته الا أن ينوى الآن المتابعة ، وحيث قلنا بجواز الاقتداء فى أثناء الصلاة لأن الأصل عدم النية ، فان تذكر أنه كان نوى قال القاضى حسين والمتولى وغيرهما حكمه حكم من شك فى نية أصل الصلاة فان تذكر قبل أن يفعل فعلا على خلاف متابعة الامام وهو شاك لم يضره . وان تذكر بعد أن فعل فعلا على متابعته فى الشك بطلت صلاته اذا قلنا بالأصح ان المنفرد تبطل صلاته بالمتابعة ، لأنه فى حال شكه له حكم المنفرد ، وليس له المتابعة حتى قال أصحابنا : لو عرض له هذا الشك فى التشهد الأخير لا يجوز أن يقف سلامه على سلام الامام . أما اذا اقتدى بامام فسلم من صلاته ثم شك هل كان نوى الاقتداء ؟ فلا شىء عليه ، وصلاته ماضية على الصحة هذا هو المذهب ، وذكر القاضى حسين فى تعليقه أن فيه الخلاف السابق فيمن شك بعد فراغه من الصلاة ، هل ترك ركنا من صلاته أم لا ، وهذا ضعيف والله أعلم .

أما اذا نوى الاقتداء بمأموم أو نوى الاقتداء باثنين منفردين أو بأحدهما لا بعينه فصلاته باطلة لما ذكره المصنف ، ولو صلى رجلان كل واحد منهما نوى أنه مأموم فصلاتهما باطلة . وان نوى كل واحد منهما أنه امام صحت صلاتهما لما ذكره المصنف ولو شك كل واحد منهما فى أثناء الصلاة أو بعد فراغهما فى أنه امام أم مأموم ، فصلاتاهما باطلتان بالاتفاق ذكره البندنيجى والقاضى حسين وصاحب البيان وغيرهم لاحتمال أن كل واحد نوى الاقتداء بالآخر ، ولو شك أحدهما أنه امام أو مأموم ، وعلم الآخر أنه امام أو منفرد

فصلاة الأول باطلة ، وصلاة الثانى صحيحة ، وان ظن الثانى أنه مقتد بالأول فصلاته باطلة أيضا ، والله أعلم •

ولو اقتدى بمأموم وظنه اماما بأن رأى رجلين يصليان وقد خالفا سنة الوقوف فوقف المأموم عن يسار الامام فطريقان (المشهور) منهما الجزم ببطلان صلاته ، وبهذا قطع البندنيجى وصاحب البيان وآخرون (والثانى) قاله القاضى حسين يخرج على الوجهين فيما لو تابع من لم ينو الاقتداء به لأنه وقف أفعاله على أفعاله • قال : وهو مشكل لأن من صلى خلف محدث لم يعلم حدثه صحت صلاته ، وان كان قد وقف فعله على فعله (قلت) الأصح هنا أنه يلزمه الاعادة لأنه مفرط بخلاف من صلى خلف المحدث •

(**فرع**) قد ذكرنا أنه لا يصح الاقتداء بالمأموم ، وهذا مجمع عليه نقل الأصحاب فيه الاجماع وحكى صاحب البيان عن أصحابنا أنهم نقلوا الاجماع على أنه لا يصح قال أصحابنا : وأما ما ثبت فى الصحيحين أن النبى صلى الله عليه وسلم « صلى فى مرضه وكان أبو بكر يقتدى بصلاة النبى صلى الله عليه وسلم والناس يقتدون بصلاة أبى بكر ، فمعناه الجميع كانوا مقتدين بالنبى صلى الله عليه وسلم ولكن أبا بكر يسمعهم التكبير ، وقد جاء هذا اللفظ مصرحا به فى روايتين فى صحيح مسلم قال : وأبو بكر يسمعهم التكبير•

(**فرع**) فى اشتراط نية الاقتداء فى صلاة الجمعة وجهان حكاهما الرافعى (الصحيح) المشهور الاشتراط كغيرها (والثانى) لا يشترط لأنها لا تصح الا فى جماعة فلم يحتج الى نيتها •

(**فرع**) لا يجب على المأموم تعيين الامام فى نيته ، بل يكفيه نية الاقتداء بالامام الحاضر ، أو امام هذه الجماعة ، فلو عين وأخطأ نظر — ان لم يشر الى الامام بأن نوى الاقتداء بزيد وهو يظن الامام زيدا فبان عمرا — لم تصح صلاته لأنه اقتدى بغائب ، وهو كمن عين الميت فى صلاة الجنازة وأخطأ لا تصح صلاته ، وكمن نوى العتق عن كفارة ظهاره فكان الذى عليه كفارة قتل لا تجزئه • وان نوى الاقتداء بزيد هذا الامام فكان عمرا ففى صحة اقتدائه به وجهان لتعارض اشارته وتسميته والأصح صحة الاقتداء ، ونظيره لو قال بعتك هذه الفرس فكان بغلا وفيه خلاف مشهور والله أعلم •

(**فـرع**) ينبغى للامام أن ينوى الامامة فان لم ينوها صحت صـلاته وصـلاة المأمومين • وفى وجه غريب حكاه الرافعى عن حكاية أبى الحسن العبادى عن أبى حفص البابشامى والقفال أنهما قالا : يجب على الامام نيـة الامامة وأشعر كلام العبادى بأنهما يشترطانها فى صحة الاقتداء ، والصواب أن نية الامامة لا تجب ولا تشترط لصحة الاقتداء وبه قطع جماهير أصحابنا ، وسواء اقتدى به رجال أم نساء ، لكن يحصل فضيلة الجماعة للمأمومين ، وفى حصولها للامام ثلاثة أوجه (أصحها) وأشهرها لا تحصل ، وبه قطـع الشيخ أبو محمـد الجوينى والفورانى وآخرون ، لأن الأعمال بالنيـات (والثانى) تحصل لأنها حاصلة لمتابعيه فوجب أن تحصل له (والثالث) قاله القاضى حسين ان علمهم ولم ينو الامامة لم تحصـل ، وان كان منفردا ثم اقتدوا به ولم يعلم اقتداءهم حصل له ثواب الجماعة قال الرافعى : ومن فوائد الخلاف أنه اذا لم ينو الامامة فى صلاة الجمعة هل تصح جمعته ؟ فالأصح أنها لا تصح ولو نوى الامامة وعين المقتدى فبان خلافه لم يضر ، لأن غلطه لا يزيد على ترك النية ولأنه لا يربط صلاته بصلاته والله أعلم •

(**فـرع**) فى مذاهب العلماء فى نية الامامة • ذكرنا أن المشهور من مذهبنـا أنه لا يشترط لصحة الجمـاعة ، وبه قال مالك وآخرون ، وقال الأوزاعى والثورى واسحق : تجب ، وعن أحمد روايتان كالمذهبين ، وقال أبو حنيفة وصاحباه : ان صلى برجل لم تجب وان صلى بامرأة أو نساء وجبت•

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وتسقط الجماعة بالعذر ، وهو اشياء منها المطر والوحل والريح الشديدة فى الليلة المظلمة ، والدليل عليه ما روى ابن عمر رضى الله عنهما قال : « كنا اذا كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى سفر وكانت ليلة مظلمة أو مطيرة نادى مناديه ان صلوا فى رحالكم ») •

(**الشرح**) حديث ابن عمـر رواه البخـارى ومسلم ، ولفظ رواية البخارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « كان يأمر مؤذنا يؤذن ثم يقول على أثره : ألا صلوا فى الرحال فى الليلة الباردة أو المطيرة فى السفر » وفى رواية لمسلم « يأمر المؤذن اذا كانت ليلة باردة ذات مطر يقول : ألا صلوا فى

الرحال » قال الأزهرى وغيره : الرحال المنازل سواء كانت من مدر أو شعر ووبر أو غير ذلك ، وتقدم فى باب الأذان أن هذا الكلام يقال فى أثناء الأذان أم بعده ، والوحل ، بفتح الحاء على اللغة المشهورة قال الجوهرى : ويقال باسكانها فى لغة رديئة .

(اما حكم المسالة) فقال أصحابنا : تسقط الجماعة بالأعذار سواء قلنا : انها سنة أم فرض كفاية أم فرض عين ، لأنا وان قلنا انها سنة فهى سنة متأكدة ويكره تركها كما سبق بيانه ، فاذا تركها لعذر زالت الكراهة وليس معناه أنه اذا ترك الجماعة لعذر تحصل له فضيلتها ، بل لا تحصل له فضيلتها بلا شك ، وانما معناه سقط الاثم والكراهة . واتفق أصحابنا على أن المطر وحده عذر ، سواء كان ليلا أو نهارا . وفى الوحل وجهان (الصحيح) الذى قطع به المصنف والجمهور أنه عذر وحده ، سواء كان بالليل أو النهار (والثانى) ليس بعذر ، حكاه جماعة من الخراسانيين .

(فرع) البرد الشديد عذر فى الليل والنهار ، وشدة الحر عذر فى الظهر ، والثلج عذر ان بل الثوب ، والريح الباردة عذر فى الليل دون النهار . قال الرافعى : ويقول بعض الأصحاب : الريح الباردة فى الليلة المظلمة . قال : وليس ذلك على سبيل اشتراط الظلمة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومنها ان يحضر الطعام ونفسه تتوقه (١) او يدافع الأخبثين لما روت عائشة رضى الله عنها قالت : « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا صلاة بحضرة الطعام ولا هو يدافعه الأخبثان ») .

(الشرح) حديث عائشة رواه مسلم بهذا اللفظ ، والأخبثان البول والغائط . ويقال حضرة فلان ــ بفتح الحاء وضمها وكسرها ــ ثلاث لغات مشهورات ، وهذان الأمران عذران يسقط كل واحد منهما الجماعة بالاتفاق ، وكذا ما كان فى معناهما ، قال أصحابنا : يكره أن يصلى فى هذه الأحوال ، وقد سبقت المسألة فى آخر باب ما يفسد الصلاة مبسوطة ، وحضور الشراب

---

(١) فى بعض النسخ (ونفسه تتوق اليه) وهو الصواب للزوم مادة توق (ط) .

الذى يتوق اليه من ماء وغيره كحضور الطعـام ، ومدافعة الريح كمدافعة البول والغائط .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومنها ان يخاف ضررا فى نفسه او ماله او يكون به مرض يشق معه القصد والدليل عليه ما روى [عن] ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من سمع النداء فلم يأته فلا صلاة له الا من عذر ، قالوا : يا رسـول الله وما العذر ؟ قال : خوف أو مرض » ومنها أن يكون قيما لمريض يخاف ضياعه، لأن حفظ الآدمى افضل من حفظ الجماعة ، ومنها أن يكون له قريب مريض يخاف موته لأنه يتألم بذلك أكثر مما يتألم بذهاب المال) .

(الشرح) حديث ابن عباس رواه أبو داود وغيره وفى اسناده رجل ضعيف مدلس ، ولم يضعفه أبو داود ، قال أصحابنا : ومن الأعذار فى ترك الجماعة أن يكون به مرض يشق معه القصد وان كان يمكن لأن عليه ضررا فى ذلك وحرجا وقد قال الله تعالى : (وما جعل عليكم فى الدين من حرج) فان كان مرض يسير لا يشق معه القصد كوجع ضرس ، وصداع يسير ، وحمى خفيفة ، فليس بعذر وضبطوه بأن تلحقه مشقة كمشقة المشى فى المطر ، ومنها أن يكون ممرضا لمريض يخاف ضياعه ، فان كان له غيره يتعهده لكنه يتعلق قلبه به فوجهان ، حكاهما جماعة منهم صاحب البيان (أصحهما) أنه عذر لأن مشقة تركه أعظم من مشقة المطر ، ولأنه يذهب خشوعه .

(والثانى) ليس بعذر لأنه لا يخاف عليه ، وسواء كان هذا المريض قريبا أو صديقا ، وكذلك ان كان غريبا لا معرفة له به وخاف ضياعه ، ومنها أن يكون له قريب أو صديق يخاف موته ، ودليله ما ذكره المصنف ، ومنها أن يخاف على نفسه أو ماله أو على من يلزمه الذب عنه من سلطان أو غيره ممن يظلمه أو يخاف من غريم له يحبسه أو يلازمه وهو معسر . فيعذر بذلك ، ولا عبرة بالخوف ممن يطالبه بحق هو ظالم فى منعه ، بل عليه توفية الحق والحضور ، قال أصحابنا : ويدخل فى الخوف على المال ما اذا كان خبزه فى التنور ، وقدره على النار وليس هناك من يتعهدهما ، وكذا لو كان له عبد فأبق ، أو دابة فشردت أو زوجة نشزت أو نحـو ذلك ، ويرجو تحصـيله بالتأخر له .

قال الشافعى والأصحاب : ومن الأعذار أن يكون عليه قصاص ولو ظفر به المستحق لقتله ويرجو أنه لو غيب وجهه أياما لذهب جزع المستحق ، وعفا عنه مجانا أو على مال فله التخلف بذلك ، وفى معناه حد القذف ، قال الشافعى والشيخ أبو حامد والبندنيجى وسائر الأصحاب : فان لم يرج العفو لو تغيب لم يجز التغيب ولم يكن عذرا • واتفقوا على أنه لا يعذر من عليه حد شرب أو سرقة أو حد زنا بلغ الامام وكذا كل ما لا يسقط بالتوبة ، واستشكل امام الحرمين جواز التغيب لمن عليه قصاص ، وأجاب عنه بأن العفو مندوب اليه ، وهذا التغيب طريق الى العفو ، ومنها أن يكون عاريا لا لباس له فيعذر فى التخلف ، سواء وجد ساتر العورة أم لا ، لأن عليه مشقة فى تبذله بالمشى بغير ثوب يليق به ، ومنها أن يريد سفرا وترتحل الرفقة ، ومنها أن يكون ناشد ضالة يرجوها ان ترك الجماعة ، أو وجد من غصب ماله وأراد استرداده ، ومنها أن يكون أكل ثوما أو بصلا وكراثا ونحوها ، ولم يمكنه ازالة الرائحة بغسل ومعالجة • فان أمكنته أو كان مطبوخا لا ريح له فلا عذر • ومنها غلبة النوم والنعاس ان انتظر الجماعة فهو عذر ، قال صاحب الحاوى : والزلزلة عذر •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب لمن قصد الجماعة أن يمشى اليها وعليه السكينة والوقار ؛ وقال ابو اسحاق : ان خاف فوت التكبيرة الأولى اسرع ؛ لما روى أن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه : « اشتد الى الصلاة » وقال : « بادروا حد الصلاة » يعنى التكبيرة الأولى ، والأول أصح لما روى ابو هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « اذا أقيمت الصلاة فلا تأتوها وأنتم تسعون ، ولكن ائتوها وأنتم تمشون ، وعليكم السكينة ، فما أدركتم فصلوا وما فاتكم فأتموا ») •

(الشرح) حديث أبى هريرة رواه البخارى ومسلم ، وروى فى الصحيحين : « وما فاتكم فأتموا » وفى رواية « فاقضوا » وروايات « فأتموا » أكثر قال أصحابنا : السنة لقاصد الجماعة أن يمشى اليها بسكينة ووقار سواء خاف فوت تكبيرة الاحرام وغيرها أم لا ، وفيه هذا الوجه لأبى اسحاق وهو ضعيف جدا ، منابذ للسنة الصحيحة ، والسنة أن لا يعبث فى مشيه الى الصلاة ولا يتكلم بمستهجن ولا يتعاطى ما يكره فى الصلاة لقوله صلى الله

عليه وسلم « فان أحدكم فى صلاة ما دام يعمد الى الصلاة » رواه مسلم فى بعض طرق هذا الحديث السابق .

[**أما الأحكام فانه (١)**] يستحب المحافظة على ادراك تكبيرة الاحرام مع الامام بأن يتقدم الى المسجد قبل وقت الاقامة ، وجاء فى فضيلة ادراكها أشياء كثيرة عن السلف منها هذا المذكور عن ابن مسعود ؛ وأشياء عن غيره ؛ ويحتج له بقوله صلى الله عليه وسلم « انما جعل الامام ليؤتم به فاذا كبر فكبروا » رواه البخارى ومسلم ومن رواية أنس وأبى هريرة ، وموضع الدلالة أن الفاء عند أهل العربية للتعقيب ، فالحديث صريح فى الأمر بتعقيب تكبيرته بتكبيرة الامام ، واختلف أصحابنا فيما يدرك به فضيلة تكبيرة الاحرام على خمسة أوجه (أصحها) بأن يحضر تكبيرة الامام ويشتغل عقبها بعقد صلاته من غير وسوسة ظاهرة ، فان أخر لم يدركها (والثانى) يدركها ما لم يشرع الامام فى الفاتحة فقط (والثالث) بأن يدرك الركوع فى الركعة الأولى (والرابع) بأن يدرك شيئا من القيام (والخامس) ان شغله أمر دنيوى لم يدرك بالركوع وان منعه عذر أو سبب للصلاة كالطهارة أدرك به . قال الغزالى فى البسيط فى الوجه الثالث والرابع : هما فيمن لم يحضر احرام الامام ، فأما من حضر فقد فاته فضيلة التكبيرة ، وان أدرك الركعة والله أعلم.

(**فرع**) قد ذكرنا أن مذهبنا أن السنة لقاصد الجماعة أن يمشى بسكينة سواء خاف فوت تكبيرة الاحرام أم لا ، وحكاه ابن المنذر عن زيد ابن ثابت وأنس وأحمد وأبى ثور واختاره ابن المنذر وحكاه العبدرى عن أكثر العلماء ، وعن ابن مسعود وابن عمر والأسود بن يزيد وعبد الرحمن بن يزيد وهما تابعيان واسحاق بن راهويه أنهم قالوا : اذا خاف فوت تكبيرة الاحرام أسرع . دليلنا الحديث السابق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان حضر والامام لم يحضر ـ فان كان للمسجد امام راتب قريب ـ فالمستحب أن ينفذ اليه ليحضر ، لأن فى تفويت الجماعة عليه افتياتا عليه ، وافسادا للقلوب . وان خشى فوات اول الوقت لم ينتظر ، لأن النبى صلى الله

---

(١) فى الأصول (فرع) .

عليه وسلم « ذهب ليصلح بين بنى عمرو بن عوف فقدم الناس ابا بكر رضى الله عنه ، وحضر النبى صلى الله عليه وسلم وهم فى الصلاة فلم ينكر عليهم »).

(**الشرح**) حديث قصة بنى عمرو بن عوف رواه البخارى ومسلم من رواية سهل بن سعد الساعدى ، قال الشافعى والأصحاب : اذا حضرت الجماعة ولم يحضر امام فان لم يكن للمسجد امام راتب قدموا واحدا وصلى بهم ، وان كان له امام راتب ، فان كان قريبا بعثوا اليه من سيعلم خبره ليحضر أو يأذن لمن يصلى بهم ، وان كان بعيدا أو لم يوجد فى موضعه ــ فان عرفوا من حسن خلقه أن لا يتأذى بتقدم غيره ، ولا يحصل بسببه فتنة ــ استحب أن يتقدم أحدهم ويصلى بهم ، للحديث المذكور ، ولحفظ أول الوقت ، والأولى أن يتقدم أولاهم بالامامة وأحبهم الى الامام ، وان خافوا أذاه أو فتنة انتظروه . فان طال الانتظار وخافوا فوات الوقت كله صلوا جماعة ، هكذا ذكر هذه الجملة الشافعى والأصحاب .

(**فرع**) قال الشافعى والأصحاب : وان حضر الامام وبعض المأمومين صلى بهم الامام ولا ينتظر اجتماع الباقين ، لأن الصلاة فى أول الوقت مع جماعة قليلة أفضل من فعلها آخر الوقت فى جماعة كثيرة .

(**فرع**) لو جرت عادة الامام بتأخير الصلاة عن أول الوقت وفعلها فى أثنائه أو آخره فهل الأفضل أن ينتظره ليصلى معه ؟ أم يصلى فى أول الوقت منفردا ؟ فيه خلاف سبق ايضاحه فى باب التيمم فى مسألة تعجيل التيمم.

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان دخل فى صلاة نافلة ثم اقيمت الجماعة فان لم يخش فوات الجماعة اتم النافلة ثم دخل فى الجماعة ، وان خشى فوات الجماعة قطع النافلة لان الجماعة افضل) .

(**الشرح**) هذه المسألة مشهورة عند الأصحاب على التفصيل الذى ذكره المصنف ومراده بقوله : خشى فوات الجماعة أن تفوت كلها بأن يسلم من صلاته ، هكذا صرح به الشيخ أبو حامد ، والشيخ نصر وآخرون والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان دخل فى فرض الوقت ثم أقيمت الجماعة فالأفضل أن يقطع ويدخل فى الجماعة ؛ فان نوى الدخول فى الجماعة من غير ان يقطع صلاته ففيه قولان ؛ قال فى الاملاء : لا يجوز ، وتبطل صلاته لان تحريمته سبقت تحريمة الامام فلم يجز ، كما لو حضر معه فى أول الصلاة فكبر قبله ، وقال فى القديم والجديد : يجوز وهو الأصح لانه لما جاز ان يصلى بعض صلاته منفرداً ، ثم يصلى اماما بأن يجىء من يأتم به ، جاز ان يصلى بعض صلاته منفردا ، ثم يصير مأموما ، ومن أصحابنا من قال : ان كان قد ركع فى حال الانفراد لم يجز قولا واحدا ، لانه يتغير ترتيب صلاته بالمتابعة ، والصحيح انه لا فرق لأن الشافعى لم يفرق ؛ ويجوز ان يتغير ترتيب صلاته بالمتابعة كالمسبوق بركعة) .

(الشرح) قال أصحابنا : اذا دخل فى فرض الوقت منفردا ثم أراد الدخول فى جماعة استحب أن يتمها ركعتين ويسلم منها فتكون نافلة ؛ ثم يدخل فى الجماعة فان لم يفعل استحب أن يقطعها ثم يستأنفها فى الجماعة ؛ هكذا نص عليه الشافعى فى المختصر ؛ واتفق الأصحاب عليه فى الطريقين ، وينكر على المصنف كونه قال : يقطع الصلاة ولم يقل يسلم من ركعتين كما قال الشافعى والأصحاب ، ويتأول كلامه على أنه أراد اذا خشى فوت الجماعة لو تمم ركعتين ، فانه حينئذ يستحب قطعها فلو لم يقطعها ولم يسلم بل نوى الدخول فى الجماعة واستمر فى الصلاة فقد نص الشافعى فى مختصر المزنى على أنه يكره ، واتفق الأصحاب على كراهته كما نص عليه ، وفى صحتها طريقان :

(أحدهما) القطع ببطلانها ، حكاه الفورانى وغيره عن أبى بكر الفارسى، وهو مذهب مالك وأبى حنيفة .

(والثانى) وهو الصواب المشهور الذى أطبق عليه الأصحاب وفيه قولان مشهوران أصحهما باتفاق الأصحاب : يصح ، وهو نصه فى معظم كتبه الجديدة . والثانى : لا يصح ، نص عليه فى الاملاء من كتبه الجديدة ، ودليلها ما ذكره المصنف ، ويستدل للصحة أيضا بحديث سهل بن سعد أن النبى صلى الله عليه وسلم ذهب ليصلح بين بنى عمرو بن عوف فحضرت الصلاة قبل مجىء النبى صلى الله عليه وسلم فقدموا أبا بكر ليصلى ، ثم جاء النبى

صلى الله عليه وسلم وهم فى الصلاة فتقدم فصلى بهم واقتدى به أبو بكر والجماعة ، فصار أبو بكر مقتديا فى أثناء صلاته •

واختلف أصحابنا فى موضع القولين على أربع طرق مشهورة (أحدها) القولان فيمن دخل فى الجماعة بعد ركوعه منفردا فان دخل قبل ركوعه صحت قولا واحدا (والثانى) القولان فيمن دخل فيها قبل ركوعه فان دخل فيها بعده بطلت قولا واحدا (والثالث) القولان اذا اتفقا فى الركعة كأولى أو ثانية ، فان اختلفا وكان الامام فى ركعة والمأموم فى أخرى متقدمة أو متأخرة بطلت قولا واحدا •

(والرابع) وهو الصحيح أن القولين فى الأحوال كلها لوجود علتها فى كل الأحوال ، والمذهب صحتها بكل حال ، وسواء اقتدى بامام أحرم بعده أم بامام كان محرما قبل احرام هذا المقتدى •

قال أصحابنا : ولو نوى الاقتداء فى صلاة رباعية بمن يصلى ركعتين فسلم الامام بعد فراغه فقام المقتدى واقتدى فى ركعتيه الباقيتين بآخر ففيه القولان ، ومثله هذا الذى يعتاده كثير من الناس يدرك الامام فى صلاة التراويح فيحرم خلفه بالعشاء ، فاذا سلم الامام قام المقتدى لاتمام صلاته ثم يحرم الامام بركعتين أخريين فى التراويح فيقتدى به فيهما ، ففى صحتة القولان أصحهما الصحة •

وهكذا لو اقتدى فى كل ركعة ففيه الخلاف بالترتيب وأولى بالبطلان ، فاذا قلنا بالصحة • فاختلفا فى الركعة لزم المأموم متابعة الامام فيقعد فى موضع قعوده ويقوم فى موضع قيامه ، فان تمت صلاة الامام أولا قام المأموم بعد سلامه لتتمة صلاته لأنه مسبوق ، وان تمت صلاة المأموم أولا لم يجز له متابعة الامام فى الزيادة ، بل ان شاء فارقه عند تمامها وتشهد وسلم ، وتصح صلاته بلا خلاف ؛ لأنه فارقه بعذر يتعلق بالصلاة وان شاء انتظره فى التشهد وطول الدعاء حتى يلحقه الامام ثم يسلم عقبه • ولو سها المأموم قبل الاقتداء لم يتحمل عنه الامام ، بل اذا سلم الامام سجد هو لسهوه ان كانت تمت صلاته والا سجد عند تمامها ، وان سها بعد الاقتداء حمل عنه الامام ، وان سها

الامام قبل الاقتداء أو بعده لحق المأموم سهوه ويسجد معه ويعيده فى آخر صلاته على الأظهر كالمسبوق والله أعلم .

(فرع) ذكر المصنف هنا أن القول القديم صحة صلاة هذا المقتدى ، كما نص عليه فى الجديد وتابعه على هذا صاحبا المعتمد والبيان تقليدا له ، والذى نقله أصحابنا عن القديم بطلان صلاته ، وممن نقل ذلك صريحا الشيخ أبو حامد وصاحب الحاوى والقاضى أبو الطيب والمحاملى فى التجريد والفورانى والمتولى وآخرون . وهذا هو الصواب لأن نصه فى القديم قال قائل : يدخل مع الامام ويعتد بما مضى ، ولسنا نقول بهذا .

(فرع) هذا الذى ذكره الشافعى هنا من قوله : يسلم من ركعتين وتكون نافلة هو الصحيح فى المذهب ، وقد تقدم فى صفة الصلاة فى فصل النية مسائل من هذا القبيل فيها خلاف . وهى مختلفة فى الترجيح كما سبق هناك . وفى هذا النص واتفاق الأصحاب عليه دليل على اتفاقهم على جواز الخروج من فريضة دخل فيها فى أول وقتها للعذر ، وأما اذا خرج منها بلا عذر فانه يحرم عليه ذلك على المذهب الصحيح المشهور الذى نص عليه الشافعى وقطع به الجمهور ، وقد سبق بيان المسألة مستقصى فى باب التيمم فى مسألة رؤية الماء فى أثناء الصلاة . وقال المتولى : اذا قلنا : ان قلب فرضه نفلا لا ينقلب بل تبطل صلاته حرم عليه هنا أن يسلم من ركعتين ليدخل فى الجماعة ، لأن فيه ابطال فرض ، وهذا الذى قاله المتولى غلط ظاهر مخالف لنص الشافعى ، والأصحاب جميعهم على استحباب ذلك ، ووجهه ما ذكرناه أنه يجوز قطع الفرض لعذر وتحصيل الجماعة عذر مهم ، لأنه اذا جاز قطعه لعذر دنيوى وحظ نفسه فجوازه لمصلحة الصلاة ولسبب تكميلها أولى ، ثم تعليله بأنه ابطال فرض تعليل فاسد ، لأن ابطال الفرض حاصل سواء قلنا ينقلب نفلا أم تبطل ، والله أعلم .

(فرع) قد ذكرنا أن نص الشافعى والأصحاب أنه يستحب أن يسلم من ركعتين ثم يدخل الجماعة ، وهذا فيما اذا كان قد بقى من صلاته أكثر من ركعتين ، فان كان الباقى دون ذلك استحب أن يتمها ثم يعيدها مع الجماعة . وممن صرح بهذا الرافعى .

(فـرع) هذا الذى سبق هو فيما اذا دخل فى فرض الوقت ثم أراد جماعة ، فأما اذا دخل فى فائتة ثم أراد الدخول فى جماعة فان كانت الجماعة تصلى تلك الفائتة فالجماعة مسنونة لها • فهى كفرض الوقت فيما ذكرناه ، وان كانت الجماعة غير تلك الفائتة لم يجب التسليم من ركعتين ولا قطعهـا لتحصيل تلك الفائتة جماعة ، لأن الجماعة لا تشرع حينئذ كما سبق بيانه فى أول الباب • وممن صرح بذلك صاحب التتمة قال : لأن الجماعة ليست من مصلحة هذه الصلاة ولا يجوز قطع فريضة لمراعاة مصلحة فريضة أخرى ، وهذا بخلاف ما لو شرع فى فائتـة فى يوم غيم ، ثم انكشف وخاف فوت الحاضرة فانه يسلم من ركعتين ويشتغل بالحاضرة • قال المتولى : ولو شرع فى فريضة فى آخر وقتها منفردا وأمكنه اتمامها فى الوقت منفردا وحضر قوم يصلونها جماعة وعلم أنه لو سلم من ركعتين ودخل معهم وقع بعضها خارج الوقت أو شك فى ذلك حرم عليه السـلام من ركعتين ، لأن مراعاة الوقت فرض ، والجماعة سنة ، فلا يجوز له ترك الفرض لمراعاة سنة والله أعلم •

(فـرع) قال صاحب البيان : اذا افتتح جماعة ثم نقلها الى جمـاعة أخرى بأن أحرم خلف جنب أو محدث لم يعلم حاله ، ثم علم الامام فخرج فتطهر ، ثم رجع فأحرم بالصلاة فألحق المأموم صلاته بصلاته ثانيـا أو جاء آخر فألحق المأموم صلاته بصلاته بعد علمه بحدث الأول ، قال أصحابنا : يجوز ذلك قولا واحدا ، وتكون صلاة المأموم انعقدت جماعة ثم صارت بعد ذلك جماعة ، وهذا لا خلاف فيـه ، بخلاف من أحرم منفردا ، وكذلك اذا أحدث الامام واستخلف وجوزنا الاستخلاف فان المأمومين نقلوا صلاتهم من جماعة الى جماعة • هذا كلام صاحب البيـان ، وذكر الشيخ أبو حامد فى التعليق والمحاملى وآخرون نحوه •

(فـرع) قال الشـيخ أبو حامد والماوردى والقـاضى أبو الطيب والمحاملى وغيرهم قلب الفرض الى غيره أربعة أنواع :

(أحدها) أن يحرم بالظهر ظانا دخول الوقت فيتبين عدمه فيقـع نافلة هكذا جزموا به وهو المذهب ، وفيه خلاف سبق فى أول صفة الصلاة •

(الثانى) يحرم بفريضة ثم ينوى قلبها فريضة أخرى أو منذورة فتبطل صلاته على المذهب ، وقيل فى انقلابها نفلا قولان سبقا •

(الثالث) يحرم بفريضة ثم ينوى قلبها نافلة فتبطل على المذهب وهو المنصوص وحكى هؤلاء المذكورون وغيرهم وجها أنه يقع نفلا •

(الرابع) مسألة الكتاب وهى أن يحرم بفرض منفردا ثم يريد دخول جماعة فيقتصر على ركعتين نص الشافعى والجمهور على وقوعها نافلة ، وطرد جماعة فيها الخلاف ، والمذهب وقوعها نافلة ، والفرق أنه هنا معذور لتحصيل الجماعة •

قال الماوردى : نقل الصلاة الى صلاة أقسام (أحدها) نقل فرض الى فرض فلا يحصل واحد منهما (الثانى) نقل نفل راتب الى نفل راتب كوتر الى سنة الفجر فلا يحصل واحد منهما (الثالث) نقل نفل الى فرض فلا يحصل واحد منهما (الرابع) نقل فرض الى نفل فهذا نوعان نقل حكم كمن أحرم بالظهر قبل الزوال جاهلا فتقع نفلا ، والثانى : نقل نية بأن ينوى قلبه نفلا عامدا فيبطل فرضه ، والصحيح المنصوص أنه لا ينقلب نفلا والله أعلم •

(**فرع**) لو دخل فى جماعة ثم حضرت جماعة أخرى فنوى قطع الاقتداء بالامام الأول ثم نوى متابعة الثانى ففى بطلان صلاته بقطع الاقتداء الخلاف المشهور ، وسنوضحه قريبا ان شاء الله تعالى ، والمذهب أنها لا تبطل سواء كان لعذر أو لغيره ، فعلى هذا فى صحة الاقتداء الثانى القولان فى المسألة التى نحن فيها ذكره المتولى وغيره وهو ظاهر ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان حضر وقد اقيمت الصلاة لم يشتغل عنها بنافلة لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم قال « اذا اقيمت الصلاة فلا صلاة الا المكتوبة ») •

(**الشرح**) هذا الحديث رواه مسلم من رواية أبى هريرة ، وينكر على المصنف قوله : روى بصيغة تمريض مع أنه صحيح • قال الشافعى والأصحاب : اذا أقيمت الصلاة كره لكل من أراد الفريضة افتتاح نافلة •

سواء كانت سنة راتبة لتلك الصلاة أو تحية مسجد أو غيرها لعموم هـذا الحديث • وسواء فرغ المؤذن من اقامة الصلاة أم كان فى أثنائها ، وسـواء علم أنه يفرغ من النافلة ويدرك احرام الامام أم لا • لعموم الحديث ، هذا مذهبنا ، وبه قال عمر بن الخطاب وابنه وأبو هريرة وسعيد بن جبير وابن سيرين وعروة بن الزبير وأحمد واسحاق وأبو ثور وحكى ابن المنذر عن ابن مسعود أنه صلى ركعتى الفجر والامام فى المكتوبة •

وقالت طائفة : اذا وجده فى الفجر ولم يكن صلى سنتها يخرج الى خارج المسجد فيصليها ثم يدخل فيصلى معه الفريضة ، حكاه ابن المنذر عن مسروق ومكحول والحسن ومجاهد وحماد بن أبى سليمان ، وقال مالك مثله ان لم يخف فوت الركعة فان خافه صلى مع الامام •

وقال الأوزاعى وسعيد بن عبد العزيز وأبو حنيفة : ان طمع أن يدرك صلاة الامام صلاهما فى جانب المسجد والا فليحرم معه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان ادركه فى القيام وخشى أن تفوته القراءة ترك دعاء الاستفتاح واشتغل بالقراءة لأنها فرض فلا يشتغل عنه بالنفل ، فان قرأ بعض الفاتحة فركع الامام ففيه وجهان (أحدهما) يركع ويترك القراءة ، لأن متابعة الامام آكد ، ولهذا لو ادركه راكعا سقط عنه فرض القراءة (والثانى) يلزمه أن يتم الفاتحة لأنه لزمه بعض القراءة فلزمه اتمامها) •

(الشرح) قال أصحابنا : اذا حضر مسبوق فوجد الامام فى القراءة وخاف ركوعه قبل فراغه من الفـاتحة فينبغى أن لا يقول دعاء الافتتـاح والتعوذ ، بل يبادر الى الفاتحة لما ذكره المصنف ، وان غلب على ظنه أنه اذا قال الدعاء والتعوذ أدرك تمام الفاتحة استحب الاتيان بهما فلو ركع الامام وهو فى أثناء الفاتحة فثلاثة أوجه (أحدها) يتم الفـاتحة (والثانى) يركع ويسقط عنه قراءتها ، ودليلهما ما ذكره المصنف ، قال البندنيجى : هذا الثانى هو نصه فى الاملاء ، قال : وهو المذهب (والثالث) وهو الأصح ، وهو قول الشيخ أبى زيد المروزى وصححه القفال والمعتبر [1] أنه ان لم يقل شيئا من

(١) فى ش و ق (والمعتبرون) وليس كذلك (ط) •

دعاء الافتتاح والتعوذ ركع وسقط عنه بقية الفاتحة ، وان قال شيئا من ذلك لزمه أن يقرأ من الفاتحة بقدره لتقصيره بالتشاغل فان قلنا : عليه اتمام الفاتحة فتخلف ليقرأ كان متخلفا بعذر فيسعى خلف الامام على نظم صلاة نفسه فيتم القراءة ثم يركع ثم يعتدل ثم يسجد حتى يلحق الامام ويعذر فى التخلف بثلاثة أركان مقصودة وتحسب له ركعته ، فان زاد على ثلاثة ففيه خلاف سنذكره ان شاء الله تعالى فى فصل متابعة الامام .

فان خالف ولم يتم الفاتحة بل ركع عمدا عالما بطلت صلاته لتركه القراءة عامدا ، وان قلنا : يركع ركع مع الامام وسقطت عنه القراءة وحسبت له الركعة . فلو اشتغل باتمام الفاتحة كان متخلفا بلا عذر ، فان سبقه الامام بالركوع وقرأ هذا المسبوق الفاتحة ثم لحقه فى الاعتدال لم يكن مدركا للركعة لأنه لم يتابعه فى معظمها ، صرح به امام الحرمين والأصحاب وهل تبطل صلاته ــ اذا قلنا بالمذهب ان التخلف بركن واحد لا يبطل الصلاة ؟ فيه وجهان حكاهما امام الحرمين وآخرون (أصحهما) لا تبطل كما فى غير المسبوق (والثانى) تبطل لأنه ترك متابعة الامام فيما فاتت به ركعة فكان كالتخلف بركعة .

فان قلنا : تبطل وجب استئنافها وحرم الاستمرار فيها مع العلم ببطلانها ، وان قلنا : لا تبطل قال الامام : ينبغى أن لا يركع لأن الركوع غير محسوب له ، ولكن يتابع الامام فى الهوى الى السجود ويصير كأنه أدركه الآن والركعة غير محسوبة له ، ثم صورة المسألة اذا لم يدرك مع الامام ما يمكنه فيه اتمام الفاتحة ، فأما اذا أتى بدعاء الافتتاح وتعوذ ثم سبح أو سكت طويلا فانه مقصر بلا خلاف ، ولا تسقط عنه الفاتحة صرح به الامام .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان ادركه وهو راكع كبر للاحرام وهو قائم ثم يكبر للركوع ويركع ، فان كبر تكبيرة [واحدة] (١) نوى بها الاحرام وتكبيرة الركوع لم تجزئه عن الفرض لأنه اشرك فى النية بين الفرض والنفل ، وهل تنعقد [له] صلاة نفل ؟ فيه وجهان (أحدهما) تنعقد ، كما لو اخرج خمسة دراهم ونوى بها الزكاة

---

(١) ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق (ط) .

وصدقة التطوع (والثانى) لا تنعقد لأنه اشرك فى النية بين تكبيرة هى شرط ، وتكبيرة ليست بشرط) .

(**الشرح**) اذا أدرك الامام راكعا كبر للاحرام قائما ثم يكبر للركوع ويهوى اليه ، فان وقع بعض تكبيرة الاحرام فى غير القيام لم تنعقد صلاته فرضا بلا خلاف ، ولا تنعقد نفلا أيضا على الصحيح ، وفيه وجه سبق بيانه فى أول صفة الصلاة وسبق هناك ، أن الأشهر من مذهب مالك أن المسبوق اذا أدرك الامام راكعا ووقعت تكبيرة احرامه فى حد الركوع انعقدت صلاته فرضا ، دليلنا القياس على غير المسبوق ، واذا كبر للاحرام فليس له أن يشتغل بالفاتحة بل يهوى للركوع مكبرا له ، وكذا لو أدركه قائما فكبر فركع الامام بمجرد تكبيره . فلو اقتصر فى الحالين على تكبيرة واحدة وأتى بها بكمالها فى حال القيام فله أربعة أحوال (أحدها) أن ينوى تكبيرة الاحرام فقط فتصح صلاته فريضة (الثانى) أن ينوى تكبيرة الركوع فلا تنعقد صلاته (الثالث) ينويهما جميعا فلا تنعقد فرضا بلا خلاف ، وفى انعقادها نفلا ثلاثة أوجه ، الصحيح باتفاق الأصحاب : لا تنعقد . والثانى : تنعقد . والثالث حكاه القاضى أبو الطيب : ان كانت التى أحرم بها نافلة انعقدت نافلة . وان كانت فريضة فلا (الحال الرابع) أن لا ينوى واحدة منهما ، بل يطلق التكبير ، فالصحيح المنصوص فى الأم وقطع به الجمهور لا تنعقد . والثانى : تنعقد فرضا لقرينة الافتتاح ، ومال اليه امام الحرمين . وأما قياس المصنف على من أخرج دراهم ونوى بها الزكاة وصدقة التطوع . فمراده أنه يقع صدقة تطوع بلا خلاف ، ولكنه قياس ضعيف أو باطل ، وليس بينهما جامع وعلة معتبرة ، ولو كان فالفرق أن الدراهم لم تجزه عن الزكاة ، فبقيت تبرعا ، وهذا معناه صدقة التطوع . وأما تكبيرة الاحرام فهى ركن لصلاة الفرض ولصلاة النفل ، ولم تتمحض هذه التكبيرة للاحرام ولم تنعقد فرضا ، وكذا النفل اذ لا فرق بينهما فى اعتبار تكبيرة الاحرام والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان ادرك معه مقدار الركوع الجائز فقد ادرك الركعة ، وان لم يدرك ذلك لم يدرك الركعة لما روى ابو هريرة ان النبى صلى الله عليه وسلم قال « من ادرك الركوع من الركعة الأخيرة يوم الجمعة فليضف اليها اخرى ، ومن لم يدرك الركوع فليتم الظهر اربعا ») .

(**الشرح**) هذا الحديث بهذا اللفظ غريب ، ورواه الدارقطنى باسناد ضعيف ولفظه « من أدرك من الجمعة ركعة فليصل اليها أخرى ، فان أدركهم جلوسا صلى الظهر أربعا » قال الشافعى والأصحاب : اذا أدرك مسبوق الامام راكعا وكبر وهو قائم ثم ركع ــ فان وصل المأموم الى حد الركوع المجزىء ــ وهو أن تبلغ راحتاه ركبتيه قبل أن يرفع الامام عن حد الركوع المجزىء فقد أدرك الركعة وحسبت له . قال صاحب البيان : ويشترط أن يطمئن المأموم فى الركوع قبل ارتفاع الامام عن حد الركوع المجزىء .

وأطلق جمهور الأصحاب المسألة ولم يتعرضوا للطمأنينة ، ولابد من اشتراطها كما ذكره صاحب البيان ، قال الرافعى : قال أصحابنا : ولا يضر ارتفاع الامام عن أكمل الركوع اذا لم يرتفع عن القدر المجزىء .

وهذا الذى ذكرناه من ادراك الركعة بادراك الركوع هو الصواب الذى نص عليه الشافعى ، وقاله جماهير الأصحاب وجماهير العلماء ، وتظاهرت به الأحاديث وأطبق عليه الناس ، وفيه وجه ضعيف مزيف أنه لا يدرك الركعة بذلك ، حكاه صاحب التتمة عن امام الأئمة محمد بن اسحق بن خزيمة من أكبر أصحابنا الفقهاء المحدثين ، وحكاه الرافعى عنه . وعن أبى بكر الصبغى من أصحابنا وهو بكسر الصاد المهملة واسكان الباء الموحدة وبالغين المعجمة، قال صاحب التتمة : هذا ليس بصحيح لأن أهل الأعصار اتفقوا على الادراك به فخلاف من بعدهم لا يعتد به ، فاذا قلنا بالمذهب وهو أنه يدركها فشك هل بلغ حد الركوع المجزىء واطمأن قبل ارتفاع الامام عنه أم بعده ؟ فطريقان (أحدهما) وهو المذهب وبه قطع الجمهور فى الطريقتين ، ونص عليه الشافعى فى الأم : لا يكون مدركا للركعة لأن الأصل عدم الادراك ولأن الحكم بالاعتداد بالركعة بادراك الركوع رخصة فلا يصار اليه الا بيقين (والثانى) فيه وجهان حكاه امام الحرمين وجعلهما الغزالى قولين ، والصواب وجهان (أصحهما) هذا (والثانى) يكون مدركا لأن الأصل عدم ارتفاع الامام والله أعلم .

وهذا الذى ذكرناه من ادراك المأموم للركعة بادراك ركوع الامام هو فيما اذا كان الركوع محسوبا للامام ، فان لم يكن محسوبا له بأن كان الامام

محدثا ، أو قد سها وقام الى الخامسة فأدركه المسبوق فى ركوعها ، أو نسى تسبيح الركوع واعتدل ، ثم عاد اليه ظانا جوازه فأدركه فيه لم يكن مدركا للركعة على المذهب الصحيح الذى قطع به الجمهور ، لأن القيام والقراءة انما يسقطان عن المسبوق ، لأن الامام يحملهما عنه ، وهذا الامام غير حامل فان الركوع فى الصورة المذكورة غير محسوب له ، وفيه وجه أنه يكون مدركا وهو ضعيف ، وسنوضحه ان شاء الله تعالى فى باب صفة الأئمة فى مسألة الصلاة خلف المحدث .

(**فرع**) اذا أدرك المسبوق الامام بعد فوات الحد المجزىء من الركوع فلا خلاف أنه لا يكون مدركا للركعة ، لكن يجب عليه متابعة الامام فيما أدرك ، وان لم يحسب له فان أدركه فى التشهد الأخير لزمه أن يجلس معه وهل يسن له التشهد معه ؟ فيه وجهان مشهوران حكاهما الخراسانيون والشيخ أبو حامد وابن الصباغ وصاحب البيان وآخرون من العراقيين (الصحيح) المنصوص أنه يسن متابعة الامام (والثانى) لا يسن لأنه ليس موضعه فى حقه . قال أصحابنا : ولا يجب التشهد على هذا المسبوق بلا خلاف بخلاف القعود فيه ، فانه وجب عليه بلا خلاف ، لأن متابعة الامام انما تجب فى الأفعال ، وكذا فى الأقوال المحسوبة للامام ، ولا يجب فى الأقوال التى لا تحسب له ، لأنه لا يحل تركها بصورة المتابعة بخلاف الأفعال ، ومتى أدركه فى ركوع أو بعده لا يأتى بدعاء الافتتاح لا فى الحال ولا فيما بعده حتى لو أدركه فى آخر التشهد فأحرم وجلس فسلم الامام عقب جلوسه فقام الى تدارك ما عليه لم يأت بدعاء الافتتاح لفوات محله وان سلم قبل جلوسه أتى به ، وقد سبقت المسألة موضحة فى أوائل صفة الصلاة .

(**فرع**) ذكرنا [أنه] اذا لم يدرك المسبوق الركوع لا تحسب له الركعة عندنا وبه قال جمهور العلماء ، وقال زفر : تحسب ان أدركه فى الاعتدال .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان الامام قد ركع ونسى تسبيح للركوع فرجع الى الركوع ليسبح فادركه المأموم فى هذا الركوع فقد قال أبو على الطبرى : يحتمل أن يكون مدركا للركعة كما لو قام الى خامسة فادركه مأموم فيها . والمنصوص فى الأم انه لايكون

مدركا ، لأن ذلك غير محسوب للامام ، ويخالف الخامسة لأن هناك قد اتى بها المأموم وههنا لم يأت بما فاته مع الامام) .

(الشرح) قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله : اذا نسى الامام تسبيح الركوع فاعتدل ثم تذكره لم يجز له أن يعود الى الركوع ليسبح لأن التسبيح سنة فلا يجوز أن يرجع من الاعتدال الواجب اليه فان عاد اليه عالما بتحريمه بطلت صلاته ، ولا يصح اقتداء أحد به ، وان عاد اليه جاهلا بتحريمه لم تبطل صلاته لأنه معذور ولكن هذا الرجوع لغو غير محسوب من صلاته، فان اقتدى به مسبوق والحالة هذه وهو فى الركوع الذى هو لغو والمسبوق جاهل بالحال صح اقتداؤه ، وهل تحسب له هذه الركعة بادراك هذا الركوع ؟ فيه وجهان (الصحيح) باتفاق الأصحاب وهو المنصوص فى الأم أنها لا تحسب لأن الركوع لغو فى حق الامام وكذا فى حق المأموم ، ولأن الامام ليس فى الركوع ، وانما هو فى الاعتدال حكما والمدرك فى الاعتدال لا تحسب له الركعة (والثانى) تحسب .

واحتجوا له بالقياس على من أدرك الامام فى خامسة قام اليها جاهلا وأدرك معه القيام وقرأ الفاتحة ، فان هذه الركعة تحسب للمسبوق وان كانت غير محسوبة للامام ، وهذا الوجه غلط وقياسه على الخامسة باطل ، لأنه ليس نظير مسألتنا ، لأنه فى الخامسة أدركها بكمالها ولم يحمل الامام عنه شيئا وفى مسألتنا لم يدرك القيام والقراءة ولا الركوع المحسوب للامام ، فلا يصح القياس ، وانما نظيره أن يدركه فى ركوع الخامسة وحينئذ لا يحسب له الركعة على المذهب الصحيح ، وبه قطع الجمهور فى الطريقتين ، وحكى امام الحرمين عن الشيخ أبى على السنجى ــ بكسر السين المهملة واسكان النون وبالجيم ــ وجها ضعيفا جدا أنه يكون مدركا للركعة ، وذكر وجها بعيدا مزيفا أنه اذا أدرك مع الامام جميع الخامسة وهما جاهلان بأنها الخامسة وقرأ الفاتحة لا يكون مدركا للركعة ، ولكن صلاته منعقدة وهو خلاف المذهب بل الصواب المشهور أنه مدرك للركعة والحالة هذه ، ولو أدرك معه جميع ثالثة من الجمعة قام اليها ساهيا ، فان قلنا فى غير الجمعة لا تحسب له الركعة لم تحسب هنا ركعة من الجمعة ولا من الظهر . وان قلنا : تحسب ، فهنا وجهان بناء على القولين فيما لو بان امام الجمعة محدثا ، واختار ابن

الحداد هنا أنه لا تحسب له الركعة ، أما اذا كان الامام محدثا فحكم ادراك المسبوق له فى ركوعه حكم ادراكه فى ركوع الخامسة ، فالصحيح أنه لا تحسب له الركعة .

أما اذا كان الامام متطهرا فأدركه مسبوق فى الركوع فاقتدى به ثم أحدث الامام فى السجود فان المسبوق يكون مدركا لتلك الركعة بلا خلاف ، لأنه أدرك ركوعا محسوبا للامام . ذكره البغوى وغيره وهو ظاهر ، أما اذا قام الامام الى خامسة جاهلا فاقتدى به مسبوق عالما بأنها خامسة فالصحيح المشهور الذى قطع به الأصحاب فى معظم الطرق أنه لا تنعقد صلاته لأنه دخل فى ركعة يعلم أنها لغو .

وحكى البغوى عن القفال أن صلاته تنعقد جماعة لأن الامام فى صلاة ، ولكن لا يتابعه فى الأفعال ، بل بمجرد احرامه يقعد ينتظر الامام لأن التشهد محسوب للامام ، قال البغوى : وعلى هذا لو نسى الامام سجدة من الركعة الأولى فاقتدى به مسبوق فى قيام الثانية مع علمه بحاله ففى انعقادها هذا الخلاف ، الصحيح لا تنعقد والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان أدركه ساجدا كبر للاحرام ثم يسجد من غير تكبير ، ومن أصحابنا من قال : يكبر كما يكبر للركوع ، والمذهب الأول لأنه لم يدرك محل التكبير من السجود ، ويخالف ما اذا أدركه راكعا فان هذا موضع ركوعه ، الا ترى أنه يجزئه عن فرضه فصار كالمنفرد) .

(**الشرح**) قال أصحابنا : اذا أدركه ساجدا أو فى التشهد كبر للاحرام قائما ويجب أن يكمل حروف تكبيرة الاحرام قائما كما سبق بيانه قريبا فى صفة الصلاة . فاذا كبر للاحرام لزمه أن ينتقل الى الركن الذى فيه الامام ، وهل يكبر للانتقال ؟ فيه الوجهان اللذان ذكرهما المصنف ، أصحهما باتفاق الأصحاب : لا يكبر لما ذكره المصنف ، ثم يكبر بعد ذلك اذا انتقل مع الامام من السجود أو غيره موافقة للامام وان لم يكن محسوبا لهذا المسبوق ، واذا قام المسبوق بعد سلام الامام الى تدارك ما عليه ــ فان كان الجلوس الذى قام منه موضع جلوس هذا المسبوق بأن أدركه فى ثالثة رباعية ، أو ثانية المغرب ــ قام مكبرا . وان لم يكن موضع جلوسه بأن أدركه فى الأخيرة أو

ثانية رباعية ففيه ثلاثة أوجه (الصحيح) المشهور المنصوص أنه يقوم بلا تكبير لأنه ليس موضع تكبير له وقد كبر فى ارتفاعه عن السجود مع الامام وهو الانتقال فى حقه وليس هو الآن متابع للامام فلا يكبر (والثانى) يكبر لأنه انتقال وهذا الوجه حكاه امام الحرمين والغزالى عن الشيخ أبى حامد ، والذى فى تعليق أبى حامد أنه لا يكبر فلعلهم رووه عنه فى غير تعليقه (والثالث) ذكره القاضى أبو الطيب وجزم به أنه يقوم من أدرك التشهد الأخير فلا يكبر ، ويقوم من أدرك معه ركعة بتكبير ، لأن القيام من ركعة له تكبير ، وهذا ضعيف والله أعلم •

واذا لم يكن موضع جلوس المسبوق لم يجز له المكث بعد سلام الامام فان مكث بطلت صلاته ، لأنه زاد قياما ، وان كان موضع جلوسه جاز المكث ولا تبطل صلاته • لأن تطويل التشهد الأول جائز ، وان كان الأولى تخفيفه والسنة للمسبوق أن يقوم بعد تسليمتى الامام لأن الثانية محسوبة من الصلاة ، هكذا صرح به القاضى حسين والمتولى والبغوى وآخرون • ويجوز أن يقوم بعد تمام الأولى فان قام قبل تمامها بطلت صلاته ان تعمد القيام ولم ينو المفارقة • وقد سبق بيان هذه المسألة مبسوطة فى فصل صفة الصلاة فى فصل السلام والله أعلم •

(فرع) لو أدرك المسبوق الامام فى السجدة الأولى من ركعة فسجدها معه ثم أحدث الامام وانصرف ، فهل يسجد المسبوق السجدة الثانية ؟ فيه وجهان حكاهما القاضى أبو الطيب فى تعليقه فى آخر باب سجود السهو • (أحدهما) يلزمه أن يسجد لأنه التزم ذلك بمتابعة الامام ، وبهذا قال أبو على ابن أبى هريرة (وأصحهما) وبه قال جمهور أصحابنا . لا يسجد لأن هذه السجدة غير محسوبة له • وانما كان يأتى بها متابعة للامام • وقد زالت المتابعة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان ادركه فى آخر الصلاة كبر للاحرام وقعد وحصلت له فضيلة الجماعة) •

(الشرح) قد قدمنا قريبا أنه اذا أدركه فى التشهد الأخير كبر للاحرام قائما وقعد وتشهد معه ، ولا يكبر للقعود على الصحيح ، والتشهد سنة

وليس بواجب على هذا المسبوق بلا خلاف كما سبق بيانه قريبا ، وقد قدمنا هناك وجها أنه لا يسن وليس بشيء . ولا يقرأ دعاء الافتتاح فى الحال ولا بعد القيام ، وسبق دليل الجميع ، وتحصل له فضيلة الجماعة لكن دون فضيلة من أدركها من أولها ، هذا هو المذهب الصحيح ، وبه قطع المصنف والجمهور من أصحابنا العراقيين والخراسانيين ، وجزم الغزالى بأنه لا يكون مدركا للجماعة الا اذا أدرك ركوع الركعة الأخيرة والمشهور الأول ، لأنه لا خلاف بأن صلاته تنعقد ولو لم تحصل له الجماعة لكان ينبغى أن لا تنعقد ، فان قيل : لم يدرك قدرا يحسب له قلنا : هذا غلط بل تكبيرة الاحرام أدركها معه وهى محسوبة له . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان أدرك معه الركعة الأخيرة كان ذلك اول صلاته لما روى عن على رضى الله عنه انه قال : « ما أدركت فهو اول صلاتك » وعن ابن عمر انه قال : يكبر فاذا سلم الامام قام الى ما بقى من صلاته ، فان كان ذلك فى صلاة فيها قنوت فقنت مع الامام أعاد القنوت فى آخر صلاته ، لأن ما فعله مع الامام فعله للمتابعة فاذا بلغ الى موضعه اعاده (١) . كما اذا تشهد مع الامام ثم قام الى ما بقى فانه يعيد التشهد) .

(الشرح) مذهبنا أن ما أدركه المسبوق فهو أول صلاته ، وما يتداركه (٢) بعد سلام الامام آخر صلاته فيعيد فيه القنوت . قال الشافعى : (فان أدرك أول ركعتين من رباعية ثم قام للتدارك يقرأ السورة فى الأخريين) وقيل : هذا تفريع على قوله : (تسن السورة فى جميع الركعات ولا تختص بالأوليين) أما اذا خصصنا فلا يقرأ السورة ، والأصح أنه تفريع على القولين جميعا لئلا تخلو صلاته من السورة ، وقد تقدمت هذه المسألة فى صفة الصلاة ، وتقدم هناك أيضا أنه لو أدرك ركعتين من العشاء لا يسن الجهر فيما يتداركه على المذهب لأنه آخر صلاته ، وقيل فى الجهر قولان لئلا تخلو صلاته من جهر وأوضحت المسألة هناك ، ولو أدرك ركعة من المغرب قام بعد سلام الامام ويصلى ركعة ثم يتشهد ، ثم ثالثة ويتشهد .

---

(١) فى نسخ المهذب (أعاد) بغير ضمير وبدل : كما اذا (كما لو) (ط) .

(٢) ما أدركه ما كان فى صلب الامام وما تداركه ما يصليه منفردا (ط) .

(فـرع) قد ذكرنا أن مذهبنا أن ما أدركه المسبوق أول صلاته ، وما يتداركه آخرها ، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن البصرى وعطاء وعمر بن عبد العزيز ومكحول والزهرى والأوزاعى وسعيد بن عبد العزيز واسحاق ، حكاه عنهم ابن المنذر قال : وبه أقول • قال : وروى عن عمر وعلى وأبى الدرداء ولا يثبت عنهم وهو رواية عن مالك وبه قال داود •

وقال أبو حنيفة ومالك والثورى وأحمد : ما أدركه آخر صلاته وما يتداركه أول صلاته • وحكاه ابن المنذر عن ابن عمر ومجاهد وابن سيرين ، واحتج لهم بقوله صلى الله عليه وسلم « ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا » رواه البخارى ومسلم واحتج أصحابنا بقوله صلى الله عليه وسلم « ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فأتموا » رواه البخارى ومسلم من طرق كثيرة•

قال البيهقى : الذين رووا فأتموا أكثر وأحفظ وألزم لأبى هريرة الذى هو راوى الحديث ، فهم أولى • قال الشيخ أبو حامد والماوردى : واتمام الشىء لا يكون الا بعد تقدم أوله وبقية آخره ، وروى البيهقى مثل مذهبنا عن عمر بن الخطاب وعلى وأبى الدرداء وابن المسيب وحسن وعطاء وابن سيرين وأبى قلابة رضى الله عنهم • قال أصحابنا . ولأنه لو أدرك ركعة من المغرب فقام للتدارك يصلى ركعة ثم يجلس ويتشهد ، ثم يقوم الى الثالثة وهذا متفق عليه عندنا وعند الحنفية • وممن نقل الاتفاق عليه الشيخ أبو حامد والبغوى ، وهو دليل ظاهر لنا لأنه لو كان الذى فاته أول صلاته لم يجلس عقب ركعة •

قال أصحابنا : فأما رواية فاقضوا فجوابها من وجهين (أحدهما) أن رواة فأتموا أكثر وأحفظ (والثانى) أن القضاء محمول على الفعل لا القضاء المعروف فى الاصطلاح ، لأن هذا اصطلاح متأخرى الفقهاء ، والعرب تطلق القضاء بمعنى الفعل • قال الله تعالى (فاذا قضيتم مناسككم ــ فاذا قضيت الصلاة) قال الشيخ أبو حامد : والمراد وما فاتكم من صلاتكم أنتم لا من صلاة الامام والذى فات المأموم من صلاة نفسه انما هو آخرها ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان حضر وقد فرغ الامام من الصلاة ـ فان كان المسجد له امام راتب ـ كره ان يستأنف فيه جماعة لانه ربما اعتقد انه قصد الكياد والافساد ، وان كان المسجد فى سوق أو ممر الناس لم يكره ان يستأنف الجماعة لانه لا يحتمل الأمر فيه على الكياد ، وان حضر ولم يجد الا من صلى استحب لبعض من حضر ان يصلى معه لتحصل له الجماعة والدليل عليه ما روى أبو سعيد الخدرى ان رجلا جاء وقد صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « من يتصدق على هذا ؟ فقام رجل فصلى معه ») .

(الشرح) هـذا الحديث رواه أبو داود والترمذى ، وقال : حديث حسن ، وروينا فى سنن البيهقى أن هـذا الرجل الذى قام فصلى معه هو أبو بكر الصديق رضى الله عنه ، وقوله صلى الله عليه وسلم « من يتصدق على هذا ؟ » فيه تسمية مثل هذا صدقة ، وهو موافق لقوله صلى الله عليه وسلم فى الحديث الصحيح : « كل معروف صدقة » رواه البخارى من رواية جابر ، ومسلم من رواية حذيفة ، وفيه استحباب اعادة الصلاة فى جماعة لمن صلاها فى جماعة . وان كانت الثانية أقل من الأولى وأنه تستحب الشفاعة الى من يصلى مع الحاضر ، وأن المسجد المطروق لا يكره فيه جماعة بعد جماعة ، وأن الجماعة تحصل بامام ومأموم .

(أما حكم المسالة) فقال أصحابنا : ان كان للمسجد امام راتب وليس هو مطروقا كره لغيره اقامة الجماعة فيه ابتداء قبل فوات مجىء امامه ، ولو صلى الامام كره أيضا اقامة جماعة أخرى فيه بغير اذنه ، هذا هو الصحيح المشهور وبه قطع الجمهور وحكى الرافعى وجها أنه لا يكره ، ذكره فى باب الأذان وهو شاذ ضعيف ، وان كان المسجد مطروقا أو غير مطروق ، وليس له امام راتب لم تكره اقامة الجماعة الثانية فيه لما ذكره المصنف ، أما اذا حضر واحد بعد صلاة الجماعة فيستحب لبعض الحاضرين الذين صلوا أن يصلى معه لتحصل له الجماعة ، ويستحب أن يشفع له من له عذر فى عدم الصلاة معه الى غيره ليصلى معه للحديث ، والله أعلم .

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى اقامة الجماعة فى مسجد أقيمت فيه جماعة قبلها أما اذا لم يكن له امام راتب فلا كراهة فى الجماعة الثانية والثالثة

وأكثر بالاجماع ، وأما اذا كان له امام راتب وليس المسجد مطروقا فمذهبنا كراهة الجماعة الثانية بغير اذنه ، وبه قال عثمان البتى والأوزاعى ومالك والليث والثورى وأبو حنيفة ، وقال أحمد واسحاق وداود وابن المنذر : لا يكره .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن صلى منفردا ثم ادرك جماعة يصلون استحب له ان يصلى معهم ، وحكى ابو اسحاق عن بعض أصحابنا انه قال : ان كان صبحا أو عصرا لم يستحب لانه منهى عن الصلاة بعدهما ، والمذهب الأول لما روى يزيد بن الأسود العامرى ((ان النبى صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الغداة فى مسجد الخيف فراى فى آخر القوم رجلين لم يصليا معه فقال : ما منعكما ان تصليا معنا ؟ قالا : يا رسول الله قد صلينا فى رحالنا ، قال : فلا تفعلا ، اذا صليتما فى رحالكما ثم اتيتما مسجد جماعة فصليا معهم فانها لكما نافلة)) فان صلى فى جماعة ثم أدرك جماعة أخرى ففيه وجهان (أحدهما) يعيد للخبر (والثانى) لا يعيد لانه قد حاز فضيلة الجماعة ، واذا صلى ثم أعاد مع الجماعة فالفرض هو الأول فى قوله الجديد للخبر ، ولانه أسقط الفرض بالأولة فوجب أن تكون الثانية نفلا . وقال فى القديم : يحتسب الله أيتهما شاء وليس بشىء) .

(الشرح) حديث يزيد رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن صحيح وقوله (صلاة الغداة) دليل على أنه لا بأس بتسمية الصبح غداة وقد كثر ذلك من استعمال الصحابة فى الصحيحين وغيرهما وقد أوضحت ذلك ونبهت عليه فى مواضع من شرح صحيح مسلم ، وقد سبق فى المهذب فى باب مواقيت الصلاة بيان المسألة واضحا ، والرحال : المنازل من مدر أو وبر وشعر وغير ذلك .

(اما حكم المسألة) فاذا صلى الانسان الفريضة منفردا ثم أدرك جماعة يصلونها فى الوقت استحب له أن يعيدها معهم . وفى وجه شاذ يعيد الظهر والعشاء فقط ولا يعيد الصبح والعصر لأن الثانية نافلة ، والنافلة بعدهما مكروهة ، ولا المغرب لأنه لو أعادها لصارت شفعا . هكذا عللوه ، وينبغى أن تعلل بأنها يفوت وقتها تفريعا على الجديد ــ وهذا الوجه غلط وان كان مشهورا عند الخراسانيين . وحكى وجه ثالث : يعيد الظهر والعصر والمغرب ــ وهو ضعيف أيضا ــ أما اذا صلى جماعة ثم أدرك جماعة أخرى ففيه أربعة أوجه (الصحيح) منها عند جماهير الأصحاب يستحب اعادتها للحديث

المذكور ، والحديث السابق فى المسألة قبلها « من يتصدق على هذا ؟ » وغير ذلك من الأحاديث الصحيحة • (والثانى) لا يستحب لحصول الجماعة • قالوا : فعلى هذا تكره اعادة الصبح والعصر لما ذكرناه • ولا يكره غيرهما (والثالث) يستحب اعادة ما سوى الصبح والعصر (والرابع) ان كان فى الجماعة الثانية زيادة فضيلة لكون الامام أعلم أو أورع أو الجمع أكثر أو المكان أشرف استحب الاعادة والا فلا ، والمذهب استحباب الاعادة مطلقا ، وممن صرح بتصحيحه الشيخ أبو حامد ، ونقل أنه ظاهر نصه فى الجديد والقديم وصححه أيضا القاضى أبو الطيب والبندنيجى والماوردى والمحاملى وابن الصباغ والبغوى وخلائق كثيرون لا يحصون ، ونقله الرافعى عن الجمهور •

واذا استحببنا الاعادة لمن صلى منفردا أو فى جماعة فأعاد ففى فرضه قولان ووجهان (الصحيح) من القولين وهو الجديد فرضه الأول لسقوط الخطاب بها ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « فانها لكما نافلة » يعنى الثانية ، وفى صحيح مسلم عن أبى ذر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال فى الأئمة الذين يؤخرون الصلاة قال : « صلوا الصلاة لوقتها واجعلوا صلاتكم معهم نافلة » رواه مسلم من طرق ، والقول الثانى وهو القديم أن فرضه احداهما لا بعينها ، ويحتسب الله بما شاء منهما وعبر بعض أصحابنا عن هذا القول بأن الفرض أكملهما ، وأحد الوجهين كلاهما فرض ، حكاه الخراسانيون وهو مذهب الأوزاعى ، ووجهه أن كلا منهما مأمور بها والأولى مسقطة للحرج لا مانعة من وقوع الثانية فرضا ، وهذا كما قال أصحابنا فى صلاة الجنازة اذا صلتها طائفة سقط الحرج عن الباقين • فلو صلت طائفة أخرى وقعت الثانية فرضا أيضا وتكون الأولى مسقطة للحرج عن الباقين لا مانعة من وقوع فعلها فرضا • وهكذا الحكم فى جميع فروض الكفايات ، وقد سبق بيان هذا فى مقدمة هذا الشرح •

(والوجه الثانى) الفرض أكملهما ، وأما كيفية النية فى المرة الثانية فان قلنا بغير الجديد نوى بالثانية الفريضة أيضا • وان قلنا بالجديد فوجهان (أصحهما) عند الأصحاب ، وبه قال الأكثرون : ينوى بها الفرض أيضا ،

قالوا : ولا يمتنع أن ينوى الفرض وان كانت نفلا هكذا صححه الأكثرون ، ونقل الرافعى تصحيحه عن الأكثرين .

(والثانى) ينوى الظهر أو العصر مثلا ، ولا يتعرض للفرض ، وهذا هو الذى اختاره امام الحرمين ، وهو المختار الذى تقتضيه القواعد والأدلة ، فعلى هذا ان كانت الصلاة مغربا فوجهان حكاهما الخراسانيون (الصحيح) منهما أنه يعيدها كالمرة الأولى (والثانى) يستحب اذا سلم الامام أن يقوم بلا سلام فيأتى بركعة أخرى ثم يسلم لتصير هذه الصلاة مع التى قبلها وترا . كما اذا صلى المغرب وترا ، وهذا الوجه غلط صريح ، ولولا خوف الاغترار به لما حكيته ، والله أعلم .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى ذلك

قد ذكرنا أن الصحيح عند أصحابنا استحباب اعادة جميع الصلوات فى جماعة سواء صلى الأولى جماعة أم منفردا وهو قول سعيد بن المسيب وابن جبير والزهرى ، ومثله عن على بن أبى طالب ، وحذيفة وأنس رضى الله عنهم، ولكنهم قالوا فى المغرب : يضيف اليها أخرى ، وبه قال أحمد ، وعندنا لا يضيف ، وقال ابن مسعود ومالك والأوزاعى والثورى : يعيد الجميع الا المغرب لئلا تصير شفعا ، وقال الحسن البصرى : يعيد الجميع الا الصبح والعصر . وقال أبو حنيفة : يعيد الظهر والعشاء فقط ، وقال النخعى : يعيدها كلها الا الصبح والمغرب ، وهذه المذاهب ضعيفة لمخالفتها الأحاديث . ودليلنا عموم الأحاديث الصحيحة السابقة ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(يستحب للامام ان يامر من خلفه بتسوية الصفوف لما روى انس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اعتدلوا فى صفوفكم وتراصوا فانى اراكم من وراء ظهرى » ، قال انس : فلقد رأيت احدنا يلصق منكبه بمنكب صاحبه وقدمه بقدمه) .

(الشرح) حديث أنس صحيح رواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما بلفظه للبخارى ومعناه لمسلم مختصرا ، وقوله صلى الله عليه وسلم :

« وتراصوا » هو بتشديد الصاد ، قال الخطابى وغيره : معناه تضاموا وتدانوا ليتصل ما بينكم قال أصحابنا : يسن للامام أن يأمر المأمومين بتسوية الصفوف عند ارادة الاحرام بها ، ويستحب اذا كان المسجد كبيرا أن يأمر الامام رجلا يأمرهم بتسويتها ، ويطوف عليهم أو ينادى فيهم ويستحب لكل واحد من الحاضرين أن يأمر بذلك من رأى منه خللا فى تسوية الصف ، فانه من الأمر بالمعروف والتعاون على البر والتقوى والمراد بتسوية الصفوف اتمام الأول فالأول وسد الفرج ، ويحاذى القائمين فيها بحيث لا يتقدم صدر أحد ولا شىء منه على من هو بجنبه ، ولا يشرع فى الصف الثانى حتى يتم الأول • ولا يقف فى صف حتى يتم ما قبله •

(**فرع**) فى جملة من الأحاديث الصحيحة فى الصفوف « عن أنس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : سووا صفوفكم فان تسوية الصف من تمام الصلاة » رواه البخارى ومسلم ، وفى رواية للبخارى « فان تسوية الصفوف من اقامة الصلاة » معناه من اقامة الصلاة التى أمر الله تعالى بها فى قوله تعالى (وأقيموا الصلاة) وعن أبى مسعود البدرى قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح مناكبنا فى الصلاة ويقول استووا ولا تختلفوا فتختلف قلوبكم » رواه مسلم وعن النعمان بن بشير قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ، « لتسوون [1] صفوفكم أو ليخالفن الله بين وجوهكم » رواه البخارى ومسلم وفى رواية لمسلم : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسوى صفوفنا حتى كأنما يسوى بها القداح ، حتى رأى أنا قد غفلنا عنه ، ثم خرج يوما حتى كاد يكبر فرأى رجلا باديا صدره من الصف فقال : عباد الله لتسون صفوفكم أو ليخالفن الله بين وجوهكم » •

وعن البراء بن عازب قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يتخلل الصف من ناحية الى ناحية يمسح صدورنا ومناكبنا ويقول : لا تختلفوا فتختلف قلوبكم ، وكان يقول : ان الله وملائكته يصلون على الصف الأول » رواه أبو داود باسناد حسن • وعن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه

---

(١) هذه فى البخارى نسخة الحموى والكشميهنى أما النسخة اليونينية (لتسون) بتشديد الواو المضمومة والنون الثقيلة التوكيدية (ط) .

وسلم قال : « أقيموا الصفوف وحاذوا بين المناكب وسدوا الخلل ، ولينوا بأيدى اخوانكم ولا تذروا فرجات للشيطان ، ومن وصل صفا وصله الله ومن قطع صفا قطعه الله » رواه أبو داود باسناد صحيح ، وعن أنس رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « رصوا صفوفكم وقاربوا بينها ، وحاذوا بين المناكب بالأعناق فوالذى نفسى بيده انى لأرى الشيطان يدخل من خلل الصف كأنه الحذف » حديث صحيح رواه أبو داود باسناد صحيح على شرط مسلم الحذف بحاء مهملة وذال معجمة مفتوحتين ثم فاء وهى غنم سود صغار تكون باليمن ، وعنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أتموا الصف الأول فما كان من نقص فليكن فى الصف المؤخر » رواه أبو داود باسناد حسن ، وفى الباب أحاديث كثيرة صحيحة غير هذه ، وفى هذه كفاية .

وأما فضيلة الصف الأول وميامن الصفوف فستأتى فيه الأحاديث الصحيحة ان شاء الله تعالى حيث ذكرها المصنف فى باب موقف الامام والمأموم .

(فرع) مذهبنا ومذهب الجمهور من أهل الحجاز وغيرهم جواز الكلام بعد اقامة الصلاة قبل الاحرام لكن الأولى تركه الا لحاجة وكرهه أبو حنيفة وغيره من الكوفيين ودليلنا هذه الأحاديث الصحيحة السابقة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب أن يخفف فى القراءة والأذكار لما روى أبو هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال « اذا صلى أحدكم للناس فليخفف فان فيهم السقيم والضعيف والكبير » واذا صلى لنفسه فليطول ما شاء ، فان صلى بقوم يعلم انهم يؤثرون التطويل لم يكره التطويل ، لأن المنع لأجلهم وقد رضوا) .

(الشرح) هذا الحديث رواه البخارى ومسلم ورواياه أيضا عن جماعة من الصحابة غير أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم . وفى بعض رواياتهم « وذا الحاجة » . قال الشافعى والأصحاب : يستحب للامام أن يخفف القراءة والأذكار بحيث لا يترك من الأبعاض والهيئات شيئا ، ولا يقتصر على الأقل ولا يستوفى الأكمل المستحب للمنفرد من طوال المفصل

وأوساطه ، وأذكار الركوع والسجود • قال صاحب التتمة وآخرون : التطويل مكروه ، وقد أشار اليه المصنف بقوله : ان آثروا التطويل لم يكره، وقد نص عليه الشافعى فى الأم قال فى الأم فى باب ما على الامام من التخفيف قال : « وأحب للامام أن يخفف الصلاة ويكملها • فان عجل عما أحببت من الاكمال أو زاد على ما أحببت من الاكمال كرهت ذلك له ، ولا اعادة عليه ، ولا على من خلفه اذا جاء بأقل مما عليه » •

قال أصحابنا : فان صلى بقوم محصورين يعلم من حالهم أنهم يؤثرون التطويل لم يكره التطويل ، قال أبو اسحاق المروزى والشيخ أبو حامد وغيرهما : انه يستحب التطويل حينئذ وعليه تحمل الأحاديث الصحيحة فى تطويل النبى صلى الله عليه وسلم فى بعض الأوقات ، فان جهل حالهم أو كان فيهم من يؤثر التطويل وفيهم من لا يؤثره لم يطول ، اتفق عليه أصحابنا ويؤيده الأحاديث الصحيحة منها حديث أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « انى لأقوم فى الصلاة أريد أن أطول فيها فأسمع بكاء الصبى فأتجوز فى صلاتى كراهة أن أشق على أمه » رواه البخارى ومسلم • وان كانوا يؤثرون التطويل ولكن المسجد مطروق بحيث يدخل فى الصلاة من حضر بعد دخول الامام فيها لم يطول • وفى فتاوى الشيخ أبى عمرو بن الصلاح أن الجماعة لو كانوا يؤثرون التطويل الا واحدا أو اثنين ونحوهما فان كان لا يؤثره لمرض ونحوه ــ فان كان ذلك مرة ونحوها ــ خفف ، وان كثر حضوره طول مراعاة لحق الراضين ولا يفوت حقهم لهذا الفرد الملازم • وهذا الذى قاله تفصيل حسن متعين •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واذا احس بداخل وهو راكع ففيه قولان (احدهما) يكره ان ينتظر لأن فيه تشريكا بين الله عز وجل وبين الخلق فى العبادة ، وقد قال الله تعالى (ولا يشرك بعبادة ربه احدا (١)) • (والثانى) يستحب ان ينتظر وهو الأصح لانه انتظار ليدرك به الغير ركعة فلم يكره كالانتظار فى صلاة الخوف ، وتعليل الأول يبطل باعادة الصلاة لمن فاتته الجماعة ويرفع الصوت بالتكبير ليسمع من وراءه فان فيه تشريكا ثم يستحب • وان احس به وهو قائم لم ينتظره لأن

---

(١) الآية ١١٠ من سورة الكهف •

الادراك يحصل له بالركوع ، فان ادركه وهو يتشهد ففيه وجهان (احدهما) انه لا يستحب لما فيه من التشريك (والثانى) يستحب لأنه يدرك به الجماعة) .

(الشرح) اذا دخل الامام فى الصلاة ثم طول لانتظار مصل فله أحوال (أحدها) أن يحس وهو راكع من يريد الاقتداء فهل ينتظره ؟ فيه قولان أصحهما عند المصنف والقاضى أبى الطيب والأكثرين : يستحب انتظاره (والثانى) يكره وقال كثيرون من الأصحاب : لا يستحب الانتظار ، وانما القولان فى أنه يكره أم لا ؟ وهذه طريقة الشيخ أبى حامد وطائفة . قال القاضى أبو الطيب هذه الطريقة غلط لأن الشافعى نص على الاستحباب فى الجديد . وقال آخرون : لا يكره وانما القولان فى استحبابه وعدمه ، وقيل : ان عرف عين الداخل لم ينتظره والا انتظره ، وقيل : ان كان ملازما للجماعة انتظره والا فلا ، وقيل : ان لم يشق على المأمومين انتظر والا فقولان . وقيل : لا ينتظر قطعا .

واذا اختصرت هذا الخلاف وجعلته أقوالا كان خمسة (أحدها) يستحب الانتظار (والثانى) يكره (والثالث) لا يستحب ولا يكره (والرابع) يكره انتظار معين دون غيره (والخامس) ان كان ملازما انتظره والا فلا ، والصحيح استحباب الانتظار مطلقا بشروط : أن يكون المسبوق داخل المسجد حين الانتظار ، وألا يفحش طول الانتظار ، وأن يقصد به التقرب الى الله تعالى لا التودد الى الداخل وتمييزه ؛ وهذا معنى قولهم لا يميز بين داخل وداخل فان قلنا : لا ينتظر فانتظر لم تبطل صلاته على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وحكى جماعة الخراسانيين فى بطلانها قولا ضعيفا غريبا كالانتظار الزائد فى صلاة الخوف .

(الحال الثانى) أن يحس به وهو فى آخر التشهد الأخير ؛ قال أصحابنا : انه حكم الركوع ففيه الخلاف ؛ ثم منهم من قال : فيه الخلاف ، ومنهم من قال : فيه قولان ؛ ومنهم من قال : فيه وجهان ، وهو طريقة المصنف والبغوى والصحيح استحباب الانتظار بالشروط السابقة لأنه يحصل به ادراك الجماعة كما يحصل بالركوع ادراك الركعة .

(الحال الثالث) أن يحس به فى غير الركوع والتشهد كالقيام والسجود

والاعتدال والتشهد الأول ، ففيه طرق (أصحها) وبه قطع المصنف والأكثرون لا ينتظره لعدم الحاجة اليه لأن الانتظار ممكن فى الركوع والتشهد ، ولا يفوت بغيرهما مقصود (والثانى) فى الانتظار الخلاف كالركوع ، حكاه امام الحرمين وآخرون (والثالث) لا ينتظر فى غير القيام ، وفى القيام الخلاف ، فان قلنا : ينتظر فشرطه ما سبق ، والا ففى بطلان الصلاة الخلاف السابق ، فهذا ملخص حكم المذهب فى المسألة ، وهى طويلة مشعبة ، والمختصر منها أن الصحيح استحباب الانتظار فى الركوع والتشهد الأخير وكراهته فى غيرهما ، وأنه اذا قلنا : يكره فطول لا تبطل •

(فرع) لو دخل فى الصلاة لجماعة فطول ليلحقه قوم آخرون تكثر بهم الجماعة ، أو ليلحقه رجل مشهور عادته الحضور ، أو نحو ذلك ، فهو مكروه باتفاق أصحابنا ، وممن نقل اتفاق الأصحاب عليه الشيخ أبو حامد ، وصاحب البيان قالوا : وسواء كان المسجد فى سوق أو محلة ، وعادة الناس يأتونه بعد الاقامة فوجا فوجا أم لا ، وسواء كان الرجل المنتظر مشهورا بدينه أو علمه أو دنياه ، وكله مكروه بالاتفاق لعموم قوله صلى الله عليه وسلم « اذا صلى أحدكم بالناس فليخفف » وقوله صلى الله عليه وسلم : « أفتان أنت يا معاذ ؟ » وغير ذلك من الأحاديث الصحيحة ، ولأنهم مقصرون بالتأخير ، ولأن فيه اضرارا بالمأمومين ولأنه اذا لم ينتظرهم حثهم ذلك على المسارعة الى الصلاة والتبكير •

أما اذا لم يدخل فى الصلاة وقد جاء وقت الدخول فيها وحضر بعض المأمومين ويرجو زيادة فيستحب أن يعجلها ولا ينتظرهم ، وان حضر المأمومون دون الامام فقد سبق بيانه فى أوائل هذا الباب ، وسبق أيضا الخلاف فيما اذا علم أن عادة الامام التأخير ، هل الأفضل انتظاره لتحصيل الجماعة ؟ أم تعجيل الصلاة منفردا وسبقت هذه المسألة ونظائرها الكثيرة مبسوطة فى باب التيمم •

(فرع) فى شرح ألفاظ المصنف • قوله : أحس هى اللغة الفصيحة المشهورة ولا يقال : حس الا فى لغة ضعيفة غريبة • وعبد الله بن أبى أوفى كنيته أبو ابراهيم وقيل أبو محمد وقيل أبو معاوية الأسلمى واسم أبى أوفى

علقمة بن خالد بن الحرب وعبد الله وأبوه صحابيان شهد عبد الله بيعة الرضوان نزل الكوفة وتوفى بها سنة ست وثمانين وهو آخر من مات من الصحابة بالكوفة • وأما حديث ابن أبى أوفى الذى ذكره المصنف فسنذكره فى الفرع بعده ان شاء الله تعالى •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى انتظار الامام ـ وهو راكع ـ الداخل

قد ذكرنا أن الأصح عندنا استحبابه وحكاه ابن المنذر عن الشعبى والنخعى وأبى مجلز وعبد الرحمن بن أبى ليلى وهم تابعيون • وعن أحمد واسحاق وأبى ثور ينتظره ما لم يشق على أصحابه • وعن أبى حنيفة ومالك والأوزاعى وأبى يوسف والمزنى وداود : لا ينتظره واستحسنه ابن المنذر ، واحتج لهؤلاء بعموم الأحاديث الصحيحة فى الأمر بالتخفيف وبأن فيه تشريكا فى العبادة وبالقياس على الانتظار فى غير الركوع •

واحتج أصحابنا بأنه ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم الانتظار فى صلاة الخوف للحاجة والحاجة موجودة • وبحديث أبى سعيد الخدرى الذى سبق قريبا « أن رجلا حضر بعد فراغ الصلاة فقال النبى صلى الله عليه وسلم : من يتصدق على هذا ؟ فصلى معه رجل » وهو حديث صحيح كما سبق • وفيه دليل لاستحباب الصلاة لاتمام صلاة المسلم فهذان الحديثان هما المعتمد • وأما الحديث الذى احتج به المصنف والأصحاب عن ابن أبى أوفى أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يقوم فى الركعة من صلاة الظهر حتى لا يسمع وقع قدم » فرواه أحمد بن حنبل وأبو داود عن رجل لم يسم عن ابن أبى أوفى عن النبى صلى الله عليه وسلم وقد سمى بعض الرواة هذا الرجل طرفة الحضرمى والحديث ضعيف والمعتمد ما قدمناه والقياس على رفع الامام صوته بالتكبير لمصلحة المأموم •

والجواب عن احتجاجهم بأحاديث التخفيف من وجهين (أحدهما) أنا لا نخالفها لأن الانتظار الذى نستحبه هو الذى لا يفحش ولا يشق عليهم كما سبق (والثانى) أنها محمولة على ما اذا لم تكن حاجة بدليل انتظاره صلى الله عليه وسلم فى صلاة الخوف وأما الجواب عن دعواهم التشريك فلا

نسلم التشريك ، وانما هو تطويل الصلاة التى هى لله تعالى بقصد مصلحة صلاة آخر ، وقد فعل النبى صلى الله عليه وسلم فى صلاة الخوف مثله وأسمع أصحابه التكبير والتأمين وأجمعت الأمة على استحباب رفع الامام أو المؤذن صوته بالتكبيرات للاعلام بانتقال الامام . والجواب عن قياسهم على غير الركوع أنه لا فائدة فيه بخلاف الركوع كما سبق والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وينبغى للماموم ان يتبع الامام ولا يتقدمه فى شىء من الأفعال ، لما روى ابو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « انما جعل الامام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه ، فاذا كبر فكبروا ، واذا ركع فاركعوا واذا قال : سمع الله لمن حمده فقولوا : اللهم ربنا لك الحمد ، واذا سجد فاسجدوا [ولا ترفعوا قبله] » فان كبر قبله أو كبر معه للاحرام لم تنعقد صلاته ، لأنه علق صلاته بصلاته قبل أن تنعقد فلم تصح ، وان سبقه بركن بأن ركع قبله أو سجد قبله لم يجز ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم « أما يخشى أحدكم اذا رفع رأسه قبل الامام ان يجعل الله رأسه رأس حمار أو يجعل صورته صورة حمار » ويلزمه ان يعود الى متابعته لأن ذلك فرض فان لم يفعل حتى لحقه فيه لم تبطل صلاته لأن ذلك مفارقة قليلة ، وان ركع قبل الامام فلما أراد الامام أن يركع رفع فلما أراد الامام أن يرفع سجد فان كان عالما بتحريمه بطلت صلاته ، لأن ذلك مفارقة كثيرة وان كان جاهلا بتحريمه لم تبطل صلاته ، ولا يعتد له بهذه الركعة ، لأنه لم يتابع الامام فى معظمها ، وان ركع قبله فلما ركع الامام رفع ووقف حتى رفع الامام واجتمع معه فى القيام لم تبطل صلاته لأنه تقدم بركن واحد ، وذلك قدر يسير ، وان سجد الامام سجدتين وهو قائم ففيه وجهان (احدهما) تبطل صلاته لأنه تأخر عنه بسجدتين وجلسة بينهما ، وقال ابو اسحاق : لا تبطل ، لأنه تأخر بركن واحد وهو السجود) .

(الشرح) الحديثان المذكوران رواهما البخارى ومسلم من رواية أبى هريرة باللفظ الذى ذكرته هنا ، وفيه بعض مخالفة فى الحروف للفظه فى المهذب وقوله (واجتمع معه) هذه اللفظة قد أنكرها الحريرى فى كتابه درة الغواص وقال : لا يقال اجتمع فلان مع فلان وانما يقال اجتمع فلان وفلان ، وجوزها غيره .

(اما احكام الفصل) فقد اختصرها المصنف وحذف معظم مقاصدها وأنا أذكرها ان شاء الله تعالى مستوفاة الأحكام مختصرة الألفاظ والدلائل . قال

أصحابنا رحمهم الله . يجب على المأموم متابعة الامام ، ويحرم عليه أن يتقدمه بشيء من الأفعال للحديث المذكور ، وقد نص الشافعى على تحريم سبقه بركن ، ونقل الشيخ أبو حامد نصه وقرره ، وكذلك غيره من الأصحاب . قالوا : والمتابعة أن يجرى على أثر الامام بحيث يكون ابتداؤه لكل فعل متأخرا عن ابتداء المأموم ، ومقدما على فراغه منه ، وكذلك يتابعه فى الأقوال فيتأخر ابتداؤه عن أول ابتداء الامام الا فى التأمين فانه يستحب مقارنته كما أوضحناه فى موضعه . فلو خالفه فى المتابعة فله أحوال (أحدها) أن يقارنه فان قارنه فى تكبيرة الاحرام ، أو شك فى مقارنته أو ظن أنه تأخر فبان مقارنته لم تنعقد صلاته باتفاق أصحابنا مع نصوص الشافعى وبه قال مالك وأبو يوسف وأحمد وداود . وقال الثورى وأبو حنيفة وزفر ومحمد : تنعقد كما لو قارنه فى الركوع .

دليلنا الحديث المذكور ، ويخالف الركوع لأن الامام هناك داخل فى الصلاة بخلاف مسألتنا . قال أصحابنا : ويشترط تأخر جميع تكبيرة المأموم عن جميع تكبيرة الامام ، وان قارنه فى السلام فوجهان مشهوران للخراسانيين (أصحهما) يكره ولا تبطل صلاته (والثانى) تبطل . وان قارنه فيما سوى ذلك لم تبطل صلاته بالاتفاق ولكن يكره . قال الرافعى : وتفوت به فضيلة الجماعة .

(الحال الثانى) أن يتخلف عن الامام ، فان تخلف بغير عذر نظرت — فان تخلف بركن واحد — لم تبطل صلاته على الصحيح المشهور ، وفيه وجه للخراسانيين أنها تبطل . وان تخلف بركنين بطلت بالاتفاق لمنافاته للمتابعة قال أصحابنا : ومن التخلف بلا عذر أن يركع الامام فيشتغل المأموم باتمام قراءة السورة قالوا : وكذا لو اشتغل باطالة تسبيح الركوع والسجود وأما بيان صورة التخلف بركن فيحتاج الى معرفة الركن الطويل والقصير ، فالقصير الاعتدال عن الركوع ، وكذا الجلوس بين السجدتين على أصح الوجهين والطويل ما عداهما . قال أصحابنا : والطويل مقصود فى نفسه . وفى القصير وجهان للخراسانيين (أصحهما) وبه قال الأكثرون ومال امام الحرمين الى الجزم به أنه مقصود فى نفسه . (والثانى) لا بل تابع لغيره وبه قطع البغوى . فاذا ركع الامام فركع المأموم وأدركه فى ركوعه فليس متخلفا

بركن فلا تبطل صلاته قطعا • فلو اعتدل الامام والمأموم بعد فى القيـام ففى بطلان صلاته وجهان (أصحهما) لا تبطل • واختلف فى مأخذهما • فقيـل مبنيان على أن الاعتدال ركن مقصود أم لا ؟ ان قلنا مقصـود بطلت ، لأن الامام فارق ركنا واشتغل بركن آخر مقصود والا فلا تبطل كما لو أدركه فى الركوع • وقيل مبنيان على أن التخلف بركن يبطل أم لا ؟ ان قلنا يبطل فقد تخلف بركن الركوع تاما فتبطل صلاته • وان قلنا لا فما دام فى الاعتدال لم يكمل الركن الثانى فلا تبطل • فلو هوى الى السجود ولم يبلغه والمأموم بعد فى القيام • فان قلنا بالمأخذ الأول لم تبطل لأنه لم يشرع فى ركن مقصود• وان قلنا بالثانى بطلت لأن ركن الاعتدال قد تم • هكذا رتب المسألة امام الحرمين والغزالى وغيرهما •

قال الرافعى وقياسه أن يقال : اذا ارتفع عن حد الركوع والمأموم بعد فى القيام فقد حصل التخلف بركن ، وان لم يعتدل الامام فتبطل الصلاة ان قلنا التخلف بركن مبطل • أما اذا انتهى الامام الى السجود والمأموم بعد فى القيام فتبطل صلاته بلا خلاف لما ذكره المصنف • ثم ان اكتفينا بابتداء الهوى من الاعتدال وابتداء الارتفاع عن حد الركوع فالتخلف بركنين هو أن يتم للامام ركنان والمأموم بعد فيما قبلهما • والتخلف بركن أن يتم الامام الركن الذى سبق اليه والمأموم بعد فيما قبله • وان لم نكتف بذلك فللتخلف شرط آخر وهو أن يلابس بعد تمامهما أو تمامه ركن آخر ومقتضى كلام البغوى ترجيح البطلان فيما اذا تخلف بركن كامل مقصود بأن استمر فى الركوع حتى اعتدل الامام وسجد • هذا كله فى التخلف بلا عذر • أما الأعذار فأنواع • منهـا الخوف • وسيأتى فى باب صلاة الخوف ان شاء الله تعالى •

ومنها أن يكون المأموم بطىء القراءة لضعف لسانه ونحوه لا لوسوسة والامام سريعها فيركع قبل أن يتم المأموم الفاتحة فوجهان حكاهما جماعة من الخراسانيين منهم الرافعى • أحدهما : يتابعه ويسقط عن المأموم باقيها فعلى هذا ان اشتغل باتمامها كان متخلفا بلا عذر • والصحيح الذى قطع به البغوى والأكثرون لا يسقط باقيها بل يلزمه أن يتمها ويسعى خلف الامام على نظم صلاة نفسه ما لم يسبقه بأكثر من ثلاثة أركان مقصودة •

فان زاد على الثلاثة فوجهان (أحدهما) يجب أن يخرج نفسه عن المتابعة لتعذر الموافقة (وأصحهما) له الدوام على متابعته • وعلى هذا وجهان (أحدهما) يراعى نظم صلاته ويجرى على أثره • وبهذا أفتى القفال (وأصحهما) يوافقه فيما هو فيه • ثم يتدارك ما فاته بعد سلام الامام وهما كالقولين فى مسألة الزحام المذكورة فى باب الجمعة • ومنها أخذوا التقدير بثلاثة أركان مقصودة لأن القولين فى مسألة الزحام انما هما اذا ركع الامام فى الثانية ، وقبل ذلك لا يوافقه • وانما يكون التخلف قبله بالسجدتين والقيام • ولم يعتبر الجلوس بين السجدتين على قول من قال : انه غير مقصود • ولا يجعل التخلف بغير المقصود مؤثرا • وأما من لا يفرق بين المقصود وغيره أو يفرق ويجعل الجلوس مقصودا أو ركنا طويلا ؛ فالقياس على أصله ؛ التقدير بأربعة أركان أخذا من مسألة الزحام • ولو اشتغل المأموم بدعاء الاستفتاح فركع الامام قبل فراغه من الفاتحة أتمها كبطىء القراءة ، هذا كله فى المأموم الموافق • أما المسبوق اذا قرأ بعض الفاتحة فركع الامام فقد سبق فى ركوعه واتمامه الفاتحة ثلاثة أوجه • ومنها الزحام ، وسيأتى فى الجمعة ان شاء الله تعالى •

ومنها النسيان ، فلو ركع مع الامام ثم تذكر أنه نسى الفاتحة أو شك فى قراءتها لم يجز أن يعود لقراءتها لفوات محلها ووجوب متابعة الامام ، فاذا سلم الامام لزمه أن يأتى بركعة ، ولو تذكر ترك الفاتحة أو شك فيه وقد ركع الامام ولم يكن هو ركع لم تسقط القراءة بالنسيان ، وفى واجبه وجهان (أحدهما) يركع معه فاذا سلم الامام لزمه أن يأتى بركعة (وأصحهما) تجب قراءتها ، وبه أفتى القفال ، وعلى هذا تخلفه تخلف معذور على أصح الوجهين (والثانى) أنه غير معذور لتقصيره بالنسيان •

(الحال الثالث) أن يتقدم المأموم على الامام بركوع أو غيره من الأفعال فقد ذكرنا أنه يحرم التقدم • ثم ينظر • ان لم يسبق بركن كامل بأن ركع قبل الامام فلم يرفع حتى ركع الامام لم تبطل صلاته عمدا كان أو سهوا ، لأنه مخالفة يسيرة • هذا هو المذهب وبه قطع المصنف والجمهور • وحكى أبو على الطبرى والقاضى أبو الطيب والرافعى وجها أنه ان تعمد بطلت صلاته • وهو شاذ ضعيف • واذا قلنا لا تبطل فهل يعود ؟ فيه ثلاثة أوجه •

الصحيح الذى قطع به جماهير العراقيين وجماعات من غيرهم : يستحب أن يعود الى القيام ويركع معه • ولا يلزم ذلك • ونقل القاضى أبو الطيب وغيره هذا عن نص الشافعى (والثانى) يلزمه العود الى القيام ، وبه قطع المصنف والشيخ أبو حامد هنا ونقله أبو حامد عن نص الشافعى فى القديم • وقال فى باب صفة الصلاة : يستحب له العود • ونقل عن نصه فى الأم أنه قال عليه أن يعود فان لم يفعل أجزأه • قال أبو حامد : وسواء تعمد السبق أم سها (والثالث) وبه قطع امام الحرمين والبغوى يحرم العود • فان عاد عمدا بطلت صلاته • وعلى هذا الوجه لو كان تقدمه سهوا فوجهان (أصحهما) يتخير بين العود والدوام فى الركوع حتى يركع الامام (والثانى) يجب العود فان لم يعد بطلت صلاته وان سبق بركنين بطلت صلاته ان كان عامدا عالما بتحريمه • وان كان ساهيا أو جاهلا بتحريمه لم تبطل لكن لا يعيد تلك الركعة لأنه لم يتابع الامام فى معظمها فيلزمه أن يأتى بركعة بعد سلام الامام • ولا تخفى صورة التقدم بركنين من قياس ما سبق فى التخلف • ومثل المصنف وغيره من العراقيين ذلك بما اذا ركع قبل الامام فلما أراد الامام أن يركع رفع هو فلما أراد الامام أن يرفع سجد قال الرافعى وهذا يخالف ذلك القياس • قال : فيجوز أن يقدر مثله فى التخلف • ويجوز أن يخص هذا بالتقديم لأن المخالفة فيه أفحش • وان سبق بركن مقصود بأن ركع قبل الامام ورفع والامام فى القيام ثم وقف حتى رفع الامام واجتمعا فى الاعتدال فوجهان (أحدهما) تبطل صلاته • قاله الصيدلانى وجماعة • قالوا : فان سبق بركن غير مقصود ــ فان اعتدل وسجد والامام بعد فى الركوع أو سبق بالجلوس بين السجدتين بأن رفع رأسه من السجدة الأولى وجلس وسجد الثانية والامام بعد فى السجدة الأولى ــ فوجهان • والوجه الثانى من الأصل أن التقدم بركن لا يبطل كالتخلف به • وبهذا قطع المصنف وسائر العراقيين وجماعات من غيرهم وهو الصحيح المنصوص • هذا كله فى التقدم فى الأفعال •

وأما السبق بالأقوال فان كان بتكبيرة الاحرام فقد ذكرنا حكمه فى أول الفصل • وان فرغ من الفاتحة أو التشهد قبل شروع الامام فيها فثلاثة أوجه • (الصحيح) لا يضر بل يجزيان لأنه لا يظهر فيه المخالفة (والثانى)

تبطل به الصلاة (والثالث) لا تبطل لكن لا تجزىء بل يجب قراءتهما مع قراءة الامام أو بعدها والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان سها الامام فى صلاته ـ فان كان فى قراءة ـ فتح عليه المأموم ، لما روى انس قال : « كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يلقن بعضهم بعضا فى الصلاة » وان كان فى ذكر غيره جهر به المأموم ليسمعه [الامام] فيقوله، وان سها فى فعل سبح له ليعلمه فان لم يقع للامام انه سها لم يعمل بقول المأموم ، لأن من شك فى فعل نفسه لم يرجع فيه الى قول غيره ، كالحاكم اذا نسى حكما حكم به فشهد شاهدان عليه أنه حكم به وهو لا يذكره ، واما المأموم فينظر فيه ـ فان كان سهو الامام فى ترك فرض مثل ان يقعد وفرضه أن يقوم ، أو يقوم وفرضه أن يقعد ـ لم يتابعه لأنه انما يلزمه متابعته فى أفعال الصلاة وما يأتى به ليس من أفعال الصلاة وان كان سهوه فى ترك سنة لزمه متابعته لأن المتابعة فرض فلا يجوز أن يشتغل بسنة •

فان نسى الامام التسليمة الثانية او سجود السهو لم يتركه المأموم • لأنه يأتى به وقد سقط عنه فرض المتابعة ، فان نسيا جميعا التشهد الأول ونهضا للقيام وذكر الامام قبل أن يستتم القيام والمأموم قد استتم القيام ففيه وجهان (أحدهما) لا يرجع لأنه حصل فى فرض (والثانى) يرجع وهو الأصح لأن متابعة الامام آكد ، ألا ترى أنه اذا رفع رأسه من الركوع او السجود قبل الامام لزمه العود الى متابعته ، وان كان حصل فى فرض) •

(الشرح) حديث أنس رواه الدارقطنى والبيهقى باسناد ضعيف ، ورواه الحاكم من طرق بألفاظ ، وقال : هو حديث صحيح بشواهد •

(قوله) فتح عليه هو ـ بتخفيف التاء أى ، لقنه وفتح القراءة عليه (وقوله) لزمه العود الى متابعته • هذا تفريع منه على طريقته وقد ذكرنا فى المسألة قريبا ثلاثة أوجه •

(أما أحكام الفصل) ففيه مسائل (احداها) اذا أرتج على الامام ووقفت عليه القراءة استحب للمأموم تلقينه لما سنذكره فى فرع مذاهب العلماء ان شاء الله تعالى ، وكذا اذا كان يقرأ فى موضع فسها وانتقل الى غيره يستحب تلقينه وكذا اذا سها عن ذكر فأهمله أو قال غيره يستحب للمأموم أن يقوله جهرا ليسمعه فيقوله (الثانية) اذا سها الامام فى فعل فتركه أو هم بتغييره يستحب

للمأموم أن يسبح ليعلمه الامام وقد سبق بيان دليل التسبيح فى هذا فى باب ما يفسد الصلاة ، فان تذكر الامام عمل بذلك ، وان لم يقع فى قلبه ما نبهه عليه المأموم لم يجز له أن يعمل بقول المأمومين • بل يجب عليه العمل بيقين نفسه فى الزيادة والنقص • ولا يقلدهم وان كان عددهم كثيرا وكذا لا يقلد غيرهم ممن هو حاضر هنـاك وصرح بلفظه سـواء كان المخبرون قليلين أو كثيرين ، هذا هو الصحيح وبه قطع المصنف والأكثرون •

وذكر جماعة فيما اذا كان المخبرون كثيرين كثرة ظاهرة بحيث يبعـد اجتماعهم على الخطأ وجهين (أحدهما) لا يرجع الى قولهم (والثانى) يرجع ، وممن حكاهما المتولى والبغوى وصاحب البيان ، قال فى البيان : قال أكثر الأصحاب : لا يرجع اليهم ، وقال أبو على الطبرى : يرجع وصحح المتولى الرجوع لحديث ذى اليدين السابق فى باب السهو فان ظاهره رجوع النبى صلى الله عليه وسلم الى قول المأمومين الكثيرين ، وأجاب جمهور الأصحاب عن هذا بأنه صلى الله عليـه وسلم لم يرجع الى قولهم ، بل رجع الى يقين نفسه • حين ذكروه فتذكر ، ولو جاز الرجوع الى قول غير الانسان لصدقه • وترك اليقين لرجوع ذى اليدين الى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قال « لم تقصر الصلاة ولم أنس ، فقال ذو اليدين : بل نسيت » والله أعلم •

(الثالثة) اذا ترك الامام فعلا فان كان فرضا بأن قعد فى موضع القيام أو عكسه ولم يرجع لم يجز للمأموم متابعته فى تركه ، لما ذكره المصنف سواء تركه عمدا أو سهوا ، لأنه ان تركه عمدا فقد بطلت صلاته ، وان تركه سهوا ففعله غير محسوب بل يفارقه ويتم منفردا • وان ترك سنة فان كان فى اشتغال المأموم بها تخلف فاحش كسجود التلاوة والتشهد الأول لم يجز للمأموم الاتيان بها • فان فعلها بطلت صلاته وله فراقه ليأتى بها • وان ترك الامام سجود السهو أو التسليمة الثانية أتى به المأموم لأنه يفعله بعد انقضاء القدوة• فان لم يكن فى اشتغال المأموم بها تخلف فاحش بأن ترك الامام جلسـة الاستراحة أتى بها المأموم ، قال أصحابنا : لأن المخالفة فيها يسيرة ، قالوا : ولهذا لو أراد قدرها فى غير موضعها لم تبطل صـلاته ، وقالوا : لا بأس بتخلفه للقنوت اذا تركه الامام ولحقه على قرب بأن لحقه فى السجدة الأولى

(الرابعة) اذا قعد الامام للتشهد الأول وانتصب المأموم قائما سهوا أو نهضا للقيام ساهيين فانتصب المأموم ، وعاد الامام الى الجلوس قبل انتصابه ففى المأموم وجهان مشهوران أطلقهما المصنف والغزالى وطائفة فقالوا (أحدهما) يرجع (والثانى) لا يرجع ، وقال الشيخ أبو حامد وآخرون من العراقيين (أصحهما) يجب الرجوع الى متابعة الامام (والثانى) لا يجب ، وقطع البغوى بوجوب الرجوع • وقال امام الحرمين (أحدهما) يجوز الرجوع (والثانى) لا يجوز قال : ولم يوجب أحد الرجوع • وكأنه لم ير نقل العراقيين فى الوجوب ، ويحمل كلام المصنف على أن مراده أن الوجهين فى الوجوب ، وفى كلامه اشارة اليه وكلام الغزالى على أنهما فى الجواز لأنه نقل من كلام الامام وحاصل الخلاف ثلاثة أوجه (أصحهما) يجب الرجوع (والثانى) يحرم (والثالث) يجوز ولا يجب • ودليل الأصح أن متابعة الامام آكد ، ثم يحصل معها التشهد ، ولا يفوت القيام الذى هو فيه بخلاف عكسه• وأما قول الأخير أن من تلبس بفرض لا يرجع الى سنة ولا نسلم رجوعه الى سنة بل الى متابعة الامام الواجبة ، وقد سبقت هذه الأوجه مع فروعها فى باب سجود السهو والله أعلم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى تلقين الامام : قد ذكرنا أن مذهبنا استحبابه ، وحكاه ابن المنذر عن عثمان بن عفان ، وعلى بن أبى طالب وابن عمر وعطاء والحسن وابن سيرين وابن معقل (بالقاف) ونافع بن جبير وأبى أسماء الرحبى ومالك والشافعى وأحمد واسحق قال : وكرهه ابن مسعود وشريح والشعبى والثورى ومحمد بن الحسن • قال ابن المنذر : بالتلقين أقول ، وقد يحتج لمن كرهه بحديث أبى اسحق السبيعى عن الحارث الأعور عن على بن أبى طالب رضى الله عنه قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا على لا تفتح على الامام فى الصلاة » ودليلنا على استحبابه حديث المسور ــ بضم الميم وفتح السين وتشديد الواو ــ بن يزيد المالكى الصحابى رضى الله عنه قال « شهدت النبى صلى الله عليه وسلم يقرأ فى الصلوات فترك شيئا لم يقرأه فقال له رجل : يا رسول الله انه كذا وكذا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هلا أذكرتنيها ؟ » رواه أبو داود باسناد جيد ولم يضعفه ، ومذهبه أن ما لم يضعفه فهو حسن عنده •

وعن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى صلاة فقرأ فيها فلبس عليه فلما انصرف قال لأبى أصليت معنا ؟ قال : نعم ، قال ، فما منعك ؟ » رواه أبو داود باسناد صحيح كامل الصحة ، وهو حديث صحيح ، وأما حديث النهى الذى احتج به الكارهون فضعيف جدا لا يجوز الاحتجاج به ، لأن الحارث الأعور ضعيف باتفاق المحدثين معروف بالكذب ، ولأن أبا داود قال فى هذا الحديث : لم يسمع أبو اسحاق من الحارث الا أربعة أحاديث ليس هذا منها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان احدث الامام واستخلف ففيه قولان قال فى القديم : لا يجوز لأن المستخلف كان لا يجهر ولا يقرأ السورة ولا يسجد للسهو ، فصار يجهر ويقرأ السورة ويسجد للسهو ، وذلك لا يجوز فى صلاة واحدة ، وقال فى الأم : يجوز لما روت عائشة رضى الله عنها قالت « لما مرض رسول الله صلى الله عليه وسلم مرضه الذى توفى فيه قال : مروا ابا بكر فليصل بالناس فقلت : يا رسول الله انه رجل اسيف ومتى يقم مقامك يبك ، فلا يستطيع ، فمر عمر فليصل بالناس . فقال : مروا أبا بكر فليصل بالناس ، فقلت : يا رسول الله ان ابا بكر رجل أسيف . ومتى يقم مقامك يبك فلا يستطيع فمر عليا فليصل بالناس : قال : انكن لانتن صواحبات يوسف مروا ابا بكر فليصل بالناس ، فوجد رسول الله صلى الله عليه وسلم من نفسه خفة فخرج فلما رآه ابو بكر ذهب ليستأخر ، فاوما اليه بيده فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى جلس الى جنبه فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى بالناس وابو بكر يسمعهم التكبير » .

فان استخلف من لم يكن معه فى الصلاة ــ فان كان فى الركعة الأولى او الثالثة جاز على قوله فى الأم . وان كان فى الركعة الثانية أو الرابعة لم يجز لأنه لا يوافق ترتيب الأول فيشوش ؛ وان سلم الامام وبقى على بعض المأمومين بعض الصلاة فقدموا من يتم بهم ففيه وجهان (احدهما) يجوز كما يجوز فى الصلاة (والثانى) لا يجوز لأن الجماعة الأولى قد تمت فلا حاجة الى الاستخلاف) .

(الشرح) حديث عائشة فى استخلاف النبى صلى الله عليه وسلم أبا بكر رضى الله عنه ، وخروجه وتأخر أبى بكر ، وصلاة النبى صلى الله عليه وسلم بالناس رواه البخارى ومسلم .

(قولها) أبو بكر رجل أسيف أى حزين قوله صلى الله عليه وسلم

(لأتين صواحب يوسف) أى فى تظاهرهن على ما يردن والحاحهن فيه ، كتظاهر امرأة العزيز ونسوتها على صرف يوسف (ص) عن رأيه فى الاعتصام، فحماه الله الكريم منهن • والمشهور فى أكثر روايات الحديث صواحب وفى المهذب صواحبات والأول أجرى على اللغة (وقوله) فى المهذب فمر عليا فليصل بالناس ، ليس لعلى ذكر فى هذا الموضع فى الصحيحين وغيرهما من كتب الحديث المشهورة ، ووقع فى المهذب يبك ولا يستطيع فى الموضعين • وفى الصحيح زيادة فلا يستطيع أن يصلى بالناس وفى بعض روايات الصحيح : لا يسمع الناس ، وفى بعضها : لا يقدر على القراءة •

قوله : فوجد رسول الله صلى الله عليه وسلم من نفسه خفة هى ــ بكسر الخاء ــ أى نشاطا وقوة ، وقول المصنف (فيشوش) هذه اللفظة معدودة عند جماهير أهل اللغة فى لحن العوام ، قالوا : وصوابه فيهوس ومعناه يخلط ، وغلط أهل المعرفة الليث والجوهرى فى تجويزهما التشويش ، قال ابن الجواليقى فى كتابه لحن العوام : أجمع أهل اللغة على أن التشويش لا أصل له فى العربية ، وأنه من كلام المولدين وخطأوا الليث فيه •

(اما احكام الفصل) فقال أصحابنا : اذا خرج الامام عن الصلاة بحدث تعمده أو سبقه أو نسيه أو بسبب آخر ، أو بلا سبب ففى جواز الاستخلاف قولان مشهوران (الصحيح) الجديد : جوازه للحديث الصحيح (والقديم) والاملاء منعه ، وقد ثبت فى الصحيحين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « استخلف أبا بكر رضى الله عنه مرتين ، مرة فى مرضه ، ومرة حين ذهب النبى صلى الله عليه وسلم ليصلح بين بنى عمرو بن عوف وصلى أبو بكر بالناس فحضر النبى صلى الله عليه وسلم وهو فى أثناء الصلاة فاستأخر أبو بكر واستخلف النبى صلى الله عليه وسلم » ومن أصحابنا من قطع بالجواز ، وقال : انما القولان فى الاستخلاف فى الجمعة خاصة • وهذا أقوى فى الدليل ، ولكن المشهور فى المذهب طرد القولين فى جميع الصلوات فرضها ونفلها • قال أصحابنا : فان منعنا الاستخلاف أتم المأمومون صلاتهم فرادى، وان جوزناه فيشترط كون الخليفة صالحا لامامة هؤلاء المصلين ، فلو استخلف لأمامة الرجال امرأة فهو لغو ولا تبطل صلاتهم الا أن يقتدوا بها ،

وكذا لو استخلف أميا أو أخرس أو أرت ، وقلنا بالصحيح : انه لا تصح امامتهم •

قال امام الحرمين : ويشترط الاستخلاف على قرب ، فلو فعلوا فى الانفراد ركنا امتنع الاستخلاف بعده ، وأما صفة الخليفة ــ فان استخلف مأموما يصلى تلك الصلاة أو مثلها فى عدد الركعات صح بالاتفاق • وسواء كان مسبوقا أم غيره وسواء استخلفه فى الركعة الأولى أو غيرها ، لأنه ملتزم لترتيب الامام باقتدائه فلا يؤدى الى المخالفة ، فان استخلف أجنبيا فثلاثة أوجه (الصحيح) الذى قطع به المصنف والجمهور أنه ان استخلف فى الركعة الأولى أو الثالثة من رباعية جاز لأنه لا يخالفهم فى الترتيب ، وان استخلفه فى الثانية أو الأخيرة لم يجز لأنه مأمور بالقيام غير ملتزم لترتيب الامام ، وهم مأمورون بالقعود على ترتيب الامام فيقع الاختلاف •

(والوجه الثانى) وهو قول الشيخ أبى حامد : ان استخلفه فى الأولى جاز • وان استخلفه فى غيرها لم يجز لأنه اذا استخلفه فى الثالثة خالفه فى الهيئات فيجهر وكان ترتيب غير ملتزم لترتيب الامام •

(والوجه الثالث) وبه قطع جماعة منهم امام الحرمين أنه لا يجوز استخلاف غير مأموم مطلقا ، قال امام الحرمين : فلو قدم الامام أجنبيا لم يكن خليفة ، بل هو عاقد لنفسه صلاة ، فان اقتدى به المأمومون فهو اقتداء منفردين فى أثناء الصلاة ، وقد سبق الخلاف فيه فى هذا الباب ، لأن قدوتهم انقطعت بخروج الامام ، والمذهب الأول • قال أصحابنا : واذا استخلف مأموما مسبوقا لزمه مراعاة ترتيب الامام فيقعد موضع قعوده ، ويقوم موضع قيامه ، كما كان يفعل لو لم يخرج الامام من الصلاة فلو اقتدى المسبوق فى ثانية الصبح ثم أحدث الامام فيها فاستخلفه فيها قنت وقعد عقبها وتشهد ، ثم يقنت فى الثانية لنفسه ، ولو كان الامام قد سها قبل اقتدائه أو بعده سجد فى آخر صلاة الامام ، وأعاد فى آخر صلاة نفسه على أصح القولين كما سبق • واذا تمت صلاة الامام قام لتدارك ما عليه ، والمأمومون بالخيار ان شاءوا فارقوه وسلموا وتصح صلاتهم بلا خلاف للضرورة ، وان شاءوا صبروا جلوسا ليسلموا معه • هذا كله اذا عرف المسبوق نظم صلاة الامام

وما بقى منها ، فان لم يعرف فقولان حكاهما صاحب التلخيص وآخرون وهما مشهوران ، لكن قال الشيخ أبو على السنجى وغيره : ليس هما منصوصين للشافعى ، بل خرجهما ابن سريج ، وقيل هما وجهان أقيسهما : لا يجوز ، وقال الشيخ أبو على (أصحهما) الجواز ، ونقل ابن المنذر عن الشافعى الجواز ولم يذكر غيره .

قال أصحابنا : فعلى هذا يراقب الخليفة المأمومين اذا أتم الركعة ، فان هموا بالقيام قام والا قعد ، قال البغوى : ولا يمنع قبول غيره واشارته [1] من استخلافه كما لو أخبره الامام أن الباقى من الصلاة كذا . فانه يجوز اعتماده للخليفة بالاتفاق .

قال أصحابنا : وسهو الخليفة قبل حدث الامام يحمله الامام فلا يسجد له أحد وسهوه بعد الاستخلاف يقتضى سجوده وسجودهم ، وسهو القوم قبل حدث الامام وبعد الاستخلاف محمول وبينهما غير محمول ، بل يسجد الساهى بعد سلام الخليفة . ولو أحرم بالظهر خلف مصلى الصبح فأحدث الامام واستخلفه قنت فى الثانية لأنه محل قنوت الامام فلا يقنت فى آخر صلاته ، ولو أحرم بالصبح خلف [مصلى] الظهر فأحدث الامام وحده لم يقنت فى آخر صلاته ، هكذا نقلهما البغوى ، ثم قال : ويحتمل أن يقال يقنت فى المسألة الأخيرة دون الأولى ، وفى اشتراط نية القدوة بالخليفة فى الجمعة وغيرها وجهان حكاهما البغوى وآخرون (أصحهما) وأشهرهما لا يشترط ؛ لأن الخليفة قائم مقام الأول ، وقد سبقت نية الاقتداء (والثانى) يشترط لأنهم بحدث الأول صاروا منفردين ، ولهذا لحقهم سهو أنفسهم بين الحدث والاستخلاف . قال أصحابنا : واذا لم يستخلف الامام قدم القوم واحدا بالاشارة ، ولو تقدم واحد بنفسه جاز ، وتقديم القوم أولى من استخلاف الامام لأنهم المصلون . قال امام الحرمين : ولو قدم الامام واحدا والقوم آخر فأظهر الاحتمالين أن تقديم القوم أولى ، قال البغوى وغيره : ويجوز استخلاف اثنين وثلاثة وأربعة وأكثر يصلى كل واحد منهم بطائفة فى غير

---

(١) لعله : واشارة من استخلفه .

الجمعة ، ولكن الأولى الاقتصار على واحد • وحكى ابن المنذر جوازه عن الشافعى ومنعه عن أبى حنيفة •

قال البغوى وغيره : واذا تقدم خليفة فمن شاء تابعه ومن شاء أتم منفردا• قال البغوى وغيره : فلو تقدم الخليفة فسبقه حدث ونحوه جاز لثالث أن يتقدم ، فان سبقه حدث ونحوه فلرابع وأكثر ، وعلى جميعهم ترتيب صلاة الامام الأصلى ويشترط فيهم ما شرط فى الخليفة الأول ، ولو توضأ الامام وعاد واقتدى بخليفة ثم أحدث الخليفة فتقدم الامام الأول جاز • هذا مختصر ما يتعلق بالاستخلاف فى غير الجمعة • أما الاستخلاف فى الجمعة فقد ذكره المصنف فى بابها ، وهناك يشرح ان شاء الله تعالى •

(فرع) اذا سلم الامام وفى المأمومين مسبوقون فقاموا لاتمام صلاتهم فقدموا من يتممها بهم واقتدوا به ففى جوازه وجهان حكاهما المصنف والبندنيجى والشيخ أبو حامد والمحاملى والجرجانى وآخرون من العراقيين ، أصحهما الجواز • قال الشيخ أبو حامد والمحاملى فى التجريد : وهو قول أبى اسحاق قياسا على الاستخلاف ، قالا : والوجهان مفرعان على جواز الاستخلاف ، فان منعناه لم يجز هذا وجها واحدا ، وما ذكرته من تصحيح الجواز فاعتمده ، ولا تغتر بما فى الانتصار لأبى سعيد بن عصرون من تصحيح المنع ، وكأنه اغتر بقول الشيخ أبى حامد فى تعليقه : لعل الأصح المنع • والله أعلم • فلو كان هذا فى الجمعة لم يجز للمسبوقين الاقتداء فيما بقى عليهم وجها واحدا ، لأنه لا تجوز جمعة بعد جمعة بخلاف غيرها •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى الاستخلاف

قد ذكرنا أن الصحيح فى مذهبنا جوازه • قال البغوى : وهو قول أكثر العلماء وحكاه ابن المنذر عن عمر بن الخطاب وعلى ، وعلقمة وعطاء والحسن البصرى والنخعى والثورى ومالك وأصحاب الرأى وأحمد ، ولم يصرح ابن المنذر بحكاية منع الاستخلاف عن أحد •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان نوى المأموم مفارقة الامام واتم لنفسه ـ فان كان لعذر لم تبطل صلاته ((لأن معاذا رضى الله عنه أطال القراءة فانفرد عنه أعرابى وذكر ذلك

للنبى صلى الله عليــه وسلم فلم ينكر عليــه » وان كان لغير عذر ففيه قولان (احدهما) تبطل لأنهما صلاتان مختلفتان فى الحكم فلا يجوز أن ينتقــل من احداهما الى الأخرى كالظهر والعصر (والثانى) يجوز وهو الأصح ، لأن الجماعة فضيلة فكان له تركها كما لو صلى بعض صلاة النفل قائما ثم قعد) .

(**الشرح**) هذا الحديث رواه البخارى ومسلم من رواية جابر ، ثم فى روايات البخارى ومسلم وغيرهما أن هذه القصة كانت فى صلاة العشاء . وفى رواية لأبى داود والنســائى كانت فى المغــرب . وفى رواية الصحيحين وغيرهما أن معاذا افتتح سورة البقرة ، وفى رواية للامام أحمد من رواية بريدة أنه فى صــلاة العشــاء فقرأ (اقتربت الســاعة [1]) فيجمــع بين الروايات بأن يحمل على أنهما قضيتان لشخصين ، فقد اختلف فى اسم هــذا الرجل كما سنوضحه ان شاء الله تعالى ، ولعل ذلك كان فى ليلة واحدة ، فان معاذا لا يفعله بعد النهى ويبعد أنه نسى النهى .

وأشار البيهقى الى ترجيح رواية العشــاء ورد الرواية الأخرى فقال : روايات العشاء أصح ، وهو كما قال ، لكن الجمع بين الروايات أولى ، وجمع بعض العلماء بين رواية القراءة بالبقرة والقراءة باقتربت بأنه قرأ هذه فى ركعة وهذه فى ركعة . وأما قول المصنف فانفرد عنه أعرابى فليس بمقبول ، بل الصواب انصرف عنه أنصارى صاحب ناضح ونخل . هكذا جاء مبينــا فى الصحيحين ، واختلف فى اسمه ففى رواية لأبى داود اسمه حزم بن أبى كعب، وقيل اسمه حازم ، وقيل سليم ، والأصح أنه حرام ــ بالراء ــ بن ملحــان خال أنس بن مالك ولم يذكر الخطيب البغدادى فى المهمات غيره .

واتفق الشافعى والأصحاب على الاستدلال بهذا الحديث فى هذه المسألة ، وهى مفارقة الامام والبناء على ما صلى معه . لكن احتج به الشافعى فى الأم والشيخ أبو حامد وآخرون على المفارقة بغير عذر ، قالوا : وتطويل القراءة ليس بعذر ، واحتج المصنف وآخرون على المفارقة بعذر وجعلوا طول القراءة عذرا ، وعلى التقديرين فى الاستدلال به اشكال لأنه ليس فيه تصريح بأنه فارقه وبنى على صلاته بل ثبت فى صحيح مسلم فى رواية أنه استأنف الصلاة ،

---

(1) الآية الأولى من سورة القمر .

ولفظ روايته قال « افتتح معاذ بسورة البقرة فانحرف رجل فسلم ثم صلى وحده وانصرف » وهذا لفظه بحروفه ، وفيه تصريح بأنه لم يبين بل قطع الصلاة ثم استأنفها فلا يحصل منه دلالة للمفارقة والبناء .

وقد أشار البيهقى الى الجواب عن هذا الاشكال فقال : لا أدرى هل حفظت هذه الزيادة التى فى مسلم لكثرة من روى هذا الحديث عن سفيان دون هذه الزيادة وانما انفرد بها محمد بن عباد عن سفيان . وهذا الجواب فيه نظر لأنه قد تقرر وعلم أن المذهب الصحيح الذى عليه الجمهور من أصحاب الحديث والفقه والأصول قبول زيادة الثقة ، لكن يعتضد قول البيهقى بما قررناه فى علوم الحديث أن أكثر المحدثين يجعلون مثل هذه الزيادة شاذا ضعيفا مردودا ، فالشاذ عندهم أن يروى ما لا يرويه سائر الثقات ، سواء خالفهم أم لا . ومذهب الشافعى وطائفة من علماء الحجاز أن الشاذ ما يخالف الثقات . أما ما لا يخالفه فليس بشاذ ، بل يحتج به . وهذا هو الصحيح وقول المحققين .

فعلى قول أكثر المحدثين هذه اللفظة شاذة لا يحتج بها ، كما أشار اليه البيهقى ويؤيده أن فى رواية الامام أحمد بن حنبل فى مسنده فى هذا الحديث من رواية أنس « أن هذا الرجل دخل المسجد مع القوم فلما رأى معاذا طول تجوز فى صلاته ولحق بنخله يسقيه ، فلما قضى معاذ الصلاة قيل له ذلك ، قال : انه لمنافق تعجل عن الصلاة من أجل سقى نخله » .

وأما قول المصنف (لأنهما صلاتان مختلفتان فى الحكم) فاحتراز ممن نوى القصر ثم الاتمام فانه تصح صلاته لأنهما صلاتان ليستا مختلفتين فى الحكم ، وان كانتا مختلفتين فى العدد .

(اما حكم المسالة) فقال أصحابنا : اذا أخرج المأموم نفسه عن متابعة الامام نظر ــ ان فارقه ولم ينو المفارقة وقطع القدوة ــ بطلت صلاته بالاجماع ، وممن نقل الاجماع فيه الشيخ أبو حامد ، وان نوى مفارقته وأتم صلاته منفردا بانيا على ما صلى مع الامام فالمذهب وهو نصه فى الجديد صحت صلاته مع الكراهة وفيه قول ثان أنها لا تبطل مطلقا حكاه

الخراسانيون ، وقول ثالث قديم : تبطل ان لم يكن له عذر والا فلا قال امام الحرمين : والأعذار كثيرة وأقرب معتبر أن كل ما جوز ترك الجماعة ابتداء جوز المفارقة وألحقوا به ما اذا ترك الامام سنة مقصودة كالتشهد الأول والقنوت ، وأما اذا لم يصبر على طول القراءة لضعف أو شغل فهل هو عذر ؟ فيه وجهان (أصحهما) أنه عذر ، وبه قطع المصنف لأنه حمل حديث معاذ عليه (والثانى) لا وبه قطع الشيخ أبو حامد • هذا كله اذا قطع المأموم القدوة والامام بعد فى صلاة صحيحة فى غير صلاة الخوف •

فأما اذا بطلت صلاة الامام بحدث ونحوه أو قام الى خامسة أو أتى بمناف غير ذلك فانه يفارقه ولا يضر المأموم هذه المفارقة بلا خلاف ، أما اذا فارقوا الامام فى صلاة الخوف ففيه تفصيل مذكور فى بابه ، ولو نوى الصبح خلف مصلى الظهر وتمت صلاة المأموم فان شاء انتظر فى التشهد حتى يفرغ الامام ويسلم معه • وهذا أفضل ، وان شاء نوى مفارقته وسلم ، وتبطل صلاته هنا بالمفارقة بلا خلاف لتعذر المتابعة ، وكذا فيما أشبهها من الصور ، ولا فرق فى جميع ذلك بين أن ينوى المفارقة فى صلاة فرض أو نفل • ومذهب مالك وأبى حنيفة بطلان صلاة المفارق • وعن أحمد روايتان كالقولين •

باب صفة الأئمة

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا بلغ الصبى حدا يعقل وهو من أهل الصلاة صحت امامته ، لما روى عن عمرو بن سلمة رضى الله عنه قال : ((أممت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وانا غلام ابن سبع سنين)) وفى الجمعة قولان • قال فى الأم : لا تجوز امامته لأن صلاته نافلة • وقال فى الاملاء : تجوز لأنه يجوز أن يكون اماما فى غير الجمعة ، فجاز أن يكون اماما فى الجمعة كالبالغ) •

(**الشرح**) هذا الحديث رواه جابر ، ثم فى رواية البخارى فى صحيحه ، وعمرو هذا بفتح العين ، وأبو سلمة بكسر اللام ، وسلمة صحابى وأما عمرو فاختلف فى سماعه من النبى صلى الله عليه وسلم ورؤيته اياه ، والأشهر أنه لم يسمعه ولم يره ، لكن كانت الركبان تمر بهم فيحفظ عنهم ما سمعوه من النبى صلى الله عليه وسلم فكان أحفظ قومه لذلك ، فقدموه ليصلى بهم ،

وكنيته أبو بريد ــ بضم الباء الموحدة وبراء ــ وقيل أبو يزيد ــ بفتح ــ المثناة وبالزاى ــ وهو من بنى جرم ــ بفتح الجيم ــ .

وقول المصنف : اذا بلغ حدا يعقل أحسن من قول من يقول : اذا بلغ سبع سنين لأن المراد أنه اذا كان مميزا صحت صلاته وامامته ، والتمييز يختلف وقته باختلاف الصبيان فمنهم من يحصل له من سبع سنين ، ومنهم من يحصل له قبلها ومنهم من لا يميز وان بلغ سبعا وعشرا وأكثر .

وأما ضبط أكثر المحدثين وقت صحة سماع الصبى وتمييزه بخمس سنين فقد ذكره المحققون ، وقالوا : الصواب يعتبر كل صبى بنفسه فقد يميز لدون خمس ، وقد يتجاوز الخمس ولا يميز . وقوله « وهو من أهل الصلاة » احتراز من الصبى الكافر ، والذى لا يحسن الصلاة .

(أما حكم المسالة) فكل صبى صحت صلاته صحت امامته فى غير الجمعة بلا خلاف عندنا ، وفى الجمعة قولان ذكر المصنف دليلهما (أصحهما) الصحة ، وهكذا صححه المحققوق ولا يغتر بتصحيح ابن أبى عصرون خلافه ، وصورة المسألة أن يتم العدد بغيره ، ويجرى القولان فى عبد ومسافر صليا الظهر ، ثم أما فى الجمعة لأن صلاتهما الثانية نافلة كالصبى .

ووجه البطلان فيهما وفى الصبى أن الكمال مشروط فى المأمومين فى الجمعة ففى الامام أولى ، والصحيح الصحة فى الجميع لأن صلاته صحيحة ، ومذهبنا أنه لا يشترط اتفاق نية الامام والمأموم ، وقد ضبط أصحابنا الخراسانيون وبعض العراقيين الكلام فى امام الجمعة ضبطا حسنا ، ولخصه الرافعى فقال : لامام الجمعة أحوال (أحدها) أن يكون عبدا أو مسافرا ، فان تم العدد به لم تصح والا صحت على المذهب ، وقيل فى صحتها وجهان وقال البندنيجى وغيره قولان (أصحهما) الصحة . هذا اذا صليا الجمعة ابتداء فان كان صليا ظهر يومهما ثم أما فى الجمعة فهما متنفلان بها ، ففى صحتها خلفهما ما سنذكره ان شاء الله تعالى فى المتنفل .

(الثانى) أن يكون صبيا أو متنفلا ، فان تم به العدد لم تصح ، وان تم دونه فقولان (أصحهما) عند الأكثرين الصحة ، وهو نصه فى الاملاء ،

ونص فى الأم على أنهـا لا تصـح قال : واتفقـوا على أن الجـواز فى المتنفل أظهر منه فى الصبى لأنه من أهل الفرض ولا نقص فيه •

(الثالث) أن يصلوا الجمعة خلف من يصلى صبحا أو عصرا فكالمتنفل • وقيل : تصح قطعا لأنه يصلى فرضا ، وان صلوها خلف من يصلى الظهر تامة وهى فرضه بأن يكون له فى تركه الجمعة عذر فهو كمصلى العصر ، فيكون فى صحتها الطريقان ، المذهب الصحة ورجح المصنف بعد هذا البطلان ــ وهو ضعيف ــ وان صلوها خلف مسافر نوى الظهر مقصورة فان قلنا الجمعة ظهر مقصورة صح قطعا ، وان قلنا : صـلاة مستقلة فكمن نوى الظهر تامة فتصح على المذهب •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى صحة امامة الصبى للبالغين قد ذكرنا أن مذهبنا صحتها ، وحكاه ابن المنـذر عن الحسن البصرى واسحق بن راهويه وأبى ثور قال : وكرهها عطـاء والشعبى ومجاهد ومالك والثورى وأصحاب الرأى ، وهو مروى عن ابن عباس • وقال الأوزاعى : لا يؤم فى مكتوبة الا أن لا يكون فيهم من يحفظ شـيئا من القـرآن غيره ، فيؤمهم المراهق ، وقال الزهرى : ان اضطروا اليه أمهم ، قال ابن المنذر : وبالجواز أقول وقال العبدرى : قال مالك وأبو حنيفة : تصح امامة الصبى فى النفل دون الفرض ، وقال داود : لا تصح فى فرض ولا نفل وقال أحمد : لا تصح فى الفرض ، وفى النفل روايتان ، وقال القاضى أبو الطيب : قال أبو حنيفة ومالك والثورى والأوزاعى وأحمد واسحق : لا يجوز أن يكون اماما فى مكتوبة ، ويجوز فى النفل • قال : وربما قال بعض الحنفية لا تنعقد صلاته •

واحتج بحديث على رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليـه وسلم قال « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق » رواه أبو داود والنسائى باسناد صحيح ورواياه أيضا من رواية عائشة رضى الله عنها ، وعن ابن عباس من قوله « لا يؤم غلام حتى يحتلم » ولأنه غير مكلف فأشبه المجنون •

واحتج أصحابنا بحديث عمرو بن سلمة الذى احتج به المصنف وبقـوله صلى الله عليـه وسلم « يؤم القوم أقرؤهم لكتـاب الله » رواه مسـلم ،

وسنوضحه فى موضعه قريبا ان شاء الله تعالى • ولأن من جازت امامته فى النفل جازت فى الفرض كالبالغ ، والجواب عن حديث « رفع القلم » أن المراد رفع التكليف والايجاب لا نفى صحة الصلاة ، والدليل عليه حديث ابن عباس فى الصحيحين « أنه صلى مع النبى صلى الله عليه وسلم » وحديث أنس فى الصحيحين « أنه صلى هو واليتيم خلف النبى صلى الله عليه وسلم » وحديث عمرو بن سلمة المذكور هنا وغيرها من الأحاديث الصحيحة ، وأما المروى عن ابن عباس فان صح فمعارض بالمروى عن عائشة من صحة امامة الصبيان • واذا اختلفت الصحابة لم يحتج ببعضهم ويخالف المجنون فانه لا تصح طهارته ولا يعقل الصلاة والله أعلم •

(فـرع) ذكرنا أن الصحيح عندنا صحة صلاة الجمعة خلف المسافر ، ونقل الشيخ أبو حامد فى كتاب الجمعة اجماع المسلمين عليه ، ونقل العبدرى عن زفر وأحمد أنها لا تصح ، ومذهبنا : المشهور صحتها وراء العبد • وبه قال أبو حنيفة والجمهور • وقال مالك : لا تصح ، وهى رواية عن أحمد •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا تصح امامة الكافر لأنه ليس من اهل الصلاة] فلا يجوز أن يعلق صلاته على صلاته] ، فان تقدم وصلى بقوم لم يكن ذلك اسـلاما منه لأنه من فروع الايمان فلا يصير بفعله مسلما ، كما لو صام رمضان أو زكى المال ، وأما من صلى خلفه فان علم بحاله لم تصح صلاته لأنه علق صلاته بصلاة باطلة ، وان لم يعلم ثم علم نظرت فان كان كافرا متظاهرا بكفره لزمه الاعادة ، لأنه مفرط فى صلاته خلفه ، لأن على كفره امارة من الغيار ، وان كان مستترا بكفره ففيـه وجهان (احدهما) لا تصح لأنه ليس من أهل الصلاة فلا تصح خلفه ، كما لو كان متظاهرا بكفره (والثانى) تصح لأنه غير مفرط فى الائتمام به) •

(الشرح) الأمارة ــ بفتح الهمزة ــ ويقـال الأمار بلا هاء ، وهى العلامة على الشىء والغيار ــ بكسر الغين ــ ولا تصح الصلاة خلف أحد من الكفار على اختلاف أنواعهم ، وكذا المبتدع الذى يكفر ببدعته فان صلى خلفه جاهلا بكفره فان كان متظاهرا بكفره كيهودى ونصرانى ومجـوسى ووثنى وغيرهم لزمه اعادة الصلاة بلا خلاف عندنا • وقال المزنى : لا يلزمه ، فان كان مستترا به كمرتد ودهـرى وزنديق ومكفر ببدعة يخفيها وغيرهم

فوجهان مشهوران ، ذكر المصنف دليلهما (الصحيح) منهما عند الجمهور وقول عامة أصحابنا المتقدمين : وجوب الاعادة وصحح البغوى والرافعى وطائفة قليلون أنه لا اعادة ، والمذهب الوجوب • وممن صححه الشيخ أبو حامد والماوردى والقاضى أبو الطيب والبندنيجى والمحاملى وصاحب العدة والشيخ نصر وخلائق • قال أبو حامد : والمنصوص لزوم الاعادة وهو المذهب ، وقال الماوردى : مذهب الشافعى وعامة أصحابه وجوب الاعادة • قال : وغلط من لم يوجب الاعادة واذا صلى الكافر الأصلى اماما أو مأموما أو منفردا أو فى مسجد أو غيره لم يصر بذلك مسلما ، سواء كان فى دار الحرب أو دار الاسلام ، نص عليه الشافعى فى الأم والمختصر ، وصرح به الجمهور •

وقال القاضى أبو الطيب : ان صلى فى دار الحرب كان اسلاما ، وتابعه على ذلك المصنف والشيخ أبو اسحق ، وقال المحاملى : يحكم باسلامه فى الظاهر ، ولكن لا يلزمه حكم الاسلام • وقال صاحب التتمة : اذا صلى حربى أو مرتد فى دار الحرب قال الشافعى : يحكم باسلامه بشرط أن لا يعلم أن هناك مسلما يقصد الاستهزاء ومغايظته بالصلاة ، وذكر صاحب الشامل أن المذهب أنه لا يحكم باسلامه ثم حكى قول أبى الطيب [ثم قال : وهذا لم أره لغيره واتفق المتأخرون الذين حكوا قول القاضى أبى الطيب] على أنه ضعيف ، وأن المذهب أنه لا يحكم باسلامه كما نص عليه الشافعى والمتقدمون ، وهذا النص الذى حكاه صاحب التتمة غريب ضعيف •

قال أصحابنا : وصورة المسألة اذا صلى ولم يسمع منه الشهادتان فان سمعتا منه فى التشهد أو غيره فوجهان مشهوران (الصحيح) وبه قطع الأكثرون أنه يحكم باسلامه (والثانى) لا يحكم حتى يأتى بالشهادتين باستدعاء غيره ، أو بأن يقول : أريد الاسلام ثم يأتى بهما ويجرى الوجهان فيما لو أتى بالشهادتين فى الأذان أو غيره لا بعد استدعاء ولا حاكيا ، والصحيح الحكم باسلامه وقد سبقت المسألة مبسوطة فى باب الأذان ، وممن حكى الوجهين أبو على ابن أبى هريرة ، والشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والبندنيجى والماوردى وابن الصباغ والمتولى والشيخ نصر والشاشى وخلائق غيرهم ، وكلهم ذكروهما فى هذا الموضع ، وذكرهما جماعة أيضا فى

باب الأذان • ومقصودى بهذا أن بعض كبار المتأخرين المصنفين نقلهما عن صاحب البيان مستغربا لهما وبالله التوفيق •

قال الشافعى فى الأم والمختصر والأصحاب رحمهم الله : واذا صلى الكافر بالمسلمين عزر لافساده صلاتهم وتلاعبه واستهزائه ، وأما قول المصنف : لا يحكم باسلامه كما لو صام رمضان وزكى المال ، فمراده الاستدلال على أبى حنيفة رحمه الله فانه قال : يحكم باسلامه اذا صلى فى جماعة أو فى مسجد ، فألزمه أصحابنا الصوم والزكاة ، وحكى الخراسانيون وجها لأصحابنا أنه اذا أقر بوجوب صوم أو صلاة أو زكاة حكم باسلامه بلا شهادة ، وضابطه على هذا الوجه أن كل ما يصير المسلم كافرا بجحده يصير الكافر مسلما باقراره به ، والصحيح المشهور : لا يصير والله أعلم •

(**فرع**) فى مذاهب العلماء فى صلاة الكافر قد ذكرنا أن المشهور من مذهبنا أنه لا يحكم باسلامه بمجرد الصلاة ، وبه قال الأوزاعى ومالك وأبو ثور وداود ، قال أبو حنيفة : ان صلى فى المسجد فى جماعة أو منفردا أو خارج المسجد فى جماعة أو حج وطاف ، أو تجرد للأحرام ولبى ووقف بعرفة صار مسلما • وقال أحمد : ان صلى منفردا أو خارج المسجد حكم باسلامه •

واحتج لأبى حنيفة بقوله تعالى (انما يعمر مساجد الله من آمن بالله [1]) وبقوله صلى الله عليه وسلم « من صلى صلاتنا واستقبل قبلتنا وأكل ذبيحتنا فذلك المسلم الذى له ذمة الله وذمة رسوله صلى الله عليه وسلم » رواه البخارى من رواية أنس وبحديث أبى سعيد أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا رأيتم الرجل يتعاهد المسجد فاشهدوا له بالايمان » رواه الترمذى وقال : حديث حسن ، وقال الحاكم : صحيح ، وبحديث أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « نهيت عن قتل المصلين » رواه أبو داود •

واحتج أصحابنا بحديث ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا اله الا الله وأن محمدا

---

(١) الآية ١٨ من سورة التوبة •

رسول الله » رواه البخاري ومسلم ، والجواب عن الآية أن مجرد صلاة واحدة ليس عمارة [1] ، وعن الحديث الأول أنا لا نعلم أن هذه الصلاة صلاتنا ، وعن الثاني أن ظاهره وهو مجرد اعتياد المساجد غير مراد فلابد فيه من اضمار فيحمل على غير الكافر ، وعن الثالث أنه حديث ضعيف • ولو صح لكان معناه من عرف بالصلاة الصحيحة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وتجوز الصلاة خلف الفاسق لقوله صلى الله عليه وسلم « صلوا خلف من قال : لا اله الا الله وعلى من قال : لا اله الا الله » ولأن ابن عمر رضى الله عنهما صلى خلف الحجاج مع فسقه) •

(الشرح) هذا الحديث ضعيف رواه الدارقطني والبيهقي من رواية ابن عمر باسناد ضعيف ، ورواه الدارقطني من طرق كثيرة ثم قال : وليس منها شيء يثبت •

وأما صلاة ابن عمر خلف الحجاج بن يوسف فثابتة فى صحيح البخارى وغيره فى الصحيح أحاديث كثيرة تدل على صحة الصلاة وراء الفساق والأئمة الجائرين قال أصحابنا : الصلاة وراء الفاسق صحيحة ليست محرمة ، لكنها مكروهة وكذا تكره وراء المبتدع الذى لا يكفر ببدعته ، وتصح ، فان كفر ببدعته فقد قدمنا أنه لا تصح الصلاة وراءه كسائر الكفار ، ونص الشافعى فى المختصر على كراهة الصلاة خلف الفاسق والمبتدع ، فان فعلها صحت ، وقال مالك : لا تصح وراء فاسق بغير تأويل كشارب الخمر والزانى ، وذهب جمهور العلماء الى صحتها •

(فرع) قد ذكرنا أن من يكفر ببدعته لا تصح الصلاة وراءه ، ومن لا يكفر تصح ، فممن يكفر من يجسم تجسيما صريحا ، ومن ينكر العلم بالجزئيات ، وأما من يقول بخلق القرآن فهو مبتدع • واختلف أصحابنا فى تكفيره فأطلق أبو على الطبرى فى الافصاح والشيخ أبو حامد الاسفراينى ومتابعوه القول بأنه كافر • قال أبو حامد ومتابعوه : المعتزلة كفار ، والخوارج ليسوا بكفار ، ونقل المتولى تكفير من يقول بخلق القرآن عن الشافعى •

---

(١) من العمر أى ليس حياة من عمره لها قدر معتبر (ط) •

وقال القفال وكثيرون من الأصحاب : يجوز الاقتداء بمن يقول بخلق القرآن وغيره من أهل البدع ، قال صاحب العدة : هذا هو المذهب (قلت) وهذا هو الصواب فقد قال الشافعي رحمه الله : أقبل شهادة أهل الأهواء الا الخطابية لأنهم يرون الشهادة بالزور لموافقيهم ولم يزل السلف والخلف يرون الصلاة وراء المعتزلة ونحوهم ومناكحتهم ومواريثهم واجراء سائر الأحكام عليهم •

وقد تأول الامام الحافظ الفقيه أبو بكر البيهقي وغيره من أصحابنا المحققين ما نقل عن الشافعي وغيره من العلماء من تكفير القائل بخلق القرآن ، على أن المراد كفران النعمة لا بكفران الخروج عن الملة ، وحملهم على هذا التأويل ما ذكرته من اجراء أحكام الاسلام عليهم •

قال ابن المنذر : أجاز الشافعي الصلاة خلف من أقامها ، يعني من أهل البدع وان كان غير محمود في دينه [أي] أن حاله أبلغ في مخالفة حد الدين • هذا لفظه ، قال ابن المنذر : ان كفر ببدعة لم تجز الصلاة وراءه والا فتجوز وغيره أولى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز للرجل ان يصلي خلف المرأة لما روى جابر رضي الله عنه قال ((خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : لا تؤمن المرأة رجلا)) فان صلى خلفها ولم يعلم ثم علم لزمه الاعادة لأن عليها امارة تدل على أنها امرأة ، فلم يعذر في صلاته خلفها ، ولا تجوز صلاة الرجل خلف الخنثى المشكل لجواز أن يكون امرأة ، ولا صلاة الخنثى خلف الخنثى لجواز ان يكون المأموم رجلا والامام امرأة) •

(الشرح) حديث جابر رواه ابن ماجه والبيهقي باسناد ضعيف ، واتفق أصحابنا على أنه لا تجوز صلاة رجل بالغ ولا صبي خلف امرأة حكاه عنهم القاضي أبو الطيب والعبدري ، ولا خنثى خلف امرأة ولا خنثى • لما ذكره المصنف ، وتصح صلاة المرأة خلف الخنثى ، وسواء في منع امامة المرأة للرجال صلاة الفرض والتراويح وسائر النوافل ، هذا مذهبنا ومذهب جماهير العلماء من السلف والخلف رحمهم الله ، وحكاه البيهقي عن الفقهاء السبعة فقهاء المدينة التابعين ، وهو مذهب مالك وأبي حنيفة وسفيان وأحمد وداود•

وقال أبو ثور والمزنى وابن جرير : تصح صلاة الرجال وراءها ، حكاه عنهم القاضى أبو الطيب والعبدرى ، وقال الشيخ أبو حامد : مذهب الفقهاء كافة أنه لا تصح صلاة الرجال وراءها الا أبا ثور والله أعلم •

قال أصحابنا : فان صلى خلف المرأة ولم يعلم أنهـا امرأة ثم علم لزمه الاعادة بلا خلاف لما ذكره المصنف ، وان صلى رجل خلف خنثى أو خنثى خلف خنثى ولم يعلم أنه خنثى ثم علم لزمه الاعادة ، فان لم يعيدا حتى بان الخنثى الامام رجلا فهـل تسقط الاعادة ؟ فيـه قولان مشهوران عنـد الخراسانيين (أصحهما) عنـدهم : لا تسقط الاعادة ، وهو مقتضى كلام العراقيين ، قالوا : ويجرى القولان فيما لو اقتدى خنثى بخنثى فبان المأموم امرأة ، وفيما لو اقتدى خنثى بامرأة فبان الخنثى امرأة ولو بان فى أثنـاء الصلاة ذكورة الخنثى الامام أو أنوثة الخنثى المصلى خلف امرأة أو خنثى ففى بطلان صلاته وجواز اتمامها القولان ، كما بعد الفراغ •

وحكى الرافعى وجها شاذا أنه لو صلى رجل خلف من ظنه رجلا فبان خنثى لا اعادة عليه • والمشهور القطع بوجوب الاعادة ، ثم اذا صلت المرأة بالرجل أو الرجال فانما تبطل صلاة الرجال ، وأما صلاتها وصلاة من وراءها من النساء فصحيحة فى جميع الصلوات الا اذا صلت بهم الجمعة فان فيهـا وجهين حكاهما القاضى أبو الطيب وغيره ، وسنوضحهما فى مسألة القارىء خلف الأمى (أصحهما) لا تنعقد صلاتها (والثانى) تنعقد ظهرا وتجزئها ، وهو قول الشيخ أبى حامد ، وليس بشىء والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا تجوز الصلاة خلف المحدث لانه ليس من اهل الصلاة فان صلى خلفه غير الجمعة ولم يعلم ، ثم علم ـ فان كان ذلك فى اثناء الصلاة ـ نوى مفـارقته واتم وان كان بعد الفراغ لم تلزمه الاعادة لانه ليس على حدثه امارة ، فعذر فى صلاته خلفه ، وان كان فى الجمعة ، قال الشافعى رحمه الله فى الأم : ان تم العدد به لم تصح الجمعة لانه فقد شرطها ، وان تم العدد دونه صحت لأن العدد قد وجد وحدثه لا يمنع صحة الجمعة ، كما لا يمنع فى سائر الصلوات) •

(الشرح) أجمعت الأمة على تحريم الصـلاة خلف المحدث لمن علم

حدثه ، والمراد محدث لم يؤذن له فى الصلاة أما محدث أذن له فيها كالمتيمم وسلس البول والمستحاضة اذا توضأت أو من لا يجد ماء ولا ترابا ففى الصلاة وراءهم تفصيل وخلاف نذكره فيها ان شاء الله تعالى فان صلى خلف المحدث بجنابة أو بول وغيره والمأموم عالم بحدث الامام أثم بذلك وصلاته باطلة بالاجماع ، وان كان جاهلا بحدث الامام فان كان فى غير الجمعة انعقدت صلاته فان علم فى أثناء الصلاة حدث الامام لزمه مفارقته وأتم صلاته منفردا بانيا على ما صلى معه ، فان استمر على المتابعة لحظة أو لم ينو المفارقة بطلت صلاته بالاتفاق لأنه صلى بعض صلاته خلف محدث مع علمه بحدثه • وممن صرح ببطلان صلاته اذا لم ينو المفارقة ولم يتابعه فى الأفعال الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب فى تعليقهما والمحاملى وخلائق من كبار الأصحاب وان لم يعلم حتى سلم منها أجزأته لما ذكره المصنف وسواء كان الامام عالما بحدث نفسه أم لا ، لأنه لا تفريط من المأموم فى الحالين هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور •

قال الشافعى رحمه الله فى كتاب البويطى قبل كتاب الجنائز بأسطر : ان كان الامام عالما بحدثه لم تصح صلاة المأمومين وان كان ساهيا صحت • ونقل صاحب التلخيص فيما اذا تعمد الامام قولين فى وجوب الاعادة ، وقال : هما منصوصان للشافعى ، قال القفال فى شرح التلخيص : قال أصحابنا غلط فى هذه المسألة ولا يختلف مذهب الشافعى أن الاعادة لا تجب وان تعمد الامام وانما حكى الشافعى مذهب مالك أنه ان تعمد لزم المأموم الاعادة ، وفى بعض نسخ شرح التلخيص : قال القفال : قال الأكثرون من أصحابنا : لا تجب الاعادة وان تعمد ، وقال بعض أصحابنا : فيها قولان وقال الشيخ أبو على السنجى فى شرح التلخيص : أنكر أصحابنا على صاحب التلخيص وقالوا : المعروف للشافعى أنه لا اعادة • وان تعمد الامام •

(قلت) الصواب اثبات قولين ، وقد نص على وجوب الاعادة فى البويطى ورأيت النص فى نسخة معتمدة منه ، ونقله أيضا صاحب التلخيص ، وهو ثقة وامام ، فوجب قبوله ، ووجهه الشيخ أبو على بأن الامام العامد للصلاة محدثا متلاعب ، وليست أفعاله صلاة فى نفس الأمر ، ولا فى اعتقاده ، فلا تصح الصلاة وراءه كالكافر وغيره ممن لا يعتقد صلاته صلاة •

(وأما قولهم) ان الحدث يخفى (فيجاب) عنه بأنه وان خفى فتعمد الامام الصلاة محدثا نادر ، والنادر لا يسقط الاعادة ، وكيف كان فالمذهب الصحيح المشهور أنه لا اعادة اذا تعمد الامام ، أما اذا بان امام الجمعة محدثا فان تم العدد به فهى باطلة ، وان تم دونه فطريقان (أصحهما) أنها صحيحة وهو المنصوص فى الأم وغيره وبه قطع المصنف والأكثرون (والثانى) فى صحتها قولان ذكرهما صاحب التلخيص (المنصوص) أنها صحيحة •

(والثانى) خرجه من مسألة الانفضاض عن الامام فى الجمعة أنه تجب الاعادة وهذا الطريق مشهور فى كتب الخراسانيين ، وذكره جماعة من العراقيين منهم القاضى أبو الطيب فى تعليقه ، لكنه حكاه وجهين •

قال الشيخ أبو على فى شرح التلخيص : هذا القول خرجه أصحابنا عن أبى العباس من مسألة من نسى تسبيح الركوع فرجع اليه ليسبح فأدركه مأموم فيه فانه لا تحسب له تلك الركعة على المذهب ، كما سبق فى الباب الماضى •

وأما قول المصنف فى التنبيه : من صلى خلف المحدث جاهلا به لا اعادة عليه فى غير الجمعة وتجب فى الجمعة (فمحمول) على ما اذا تم العدد به ليكون موافقا لقولهم هنا ، ولنص الشافعى ، ولما قطع به الجمهور والله أعلم•

وهذا كله فيمن أدرك كمال الصلاة أو الركعة مع الامام المحدث ، أما من أدركه راكعا وأدرك الركوع معه فلا تحسب له هذه الركعة على الصحيح المشهور وبه قطع الجمهور •

وحكى الشيخ أبو على فى شرح التلخيص وامام الحرمين وآخرون من الخراسانيين وجها أنه تحسب له الركعة ، قالوا : وهو غلط لأن الامام انما يحمل عن المسبوق القيام والقراءة اذا كانا محسوبين له ، وليسا هنا محسوبين له ، ومثل هذين الوجهين ما اذا أدرك المسبوق الامام فى ركوع خامسة قام اليها ساهيا ، المذهب أنها لا تحسب له ، وقيل : تحسب ، وسبقت المسألة فى باب صلاة الجماعة مبسوطة بزيادة فروع والله أعلم •

(فـرع) قد ذكرنا أن الصلاة خلف المحدث والجنب صحيحة اذا جهل المأموم حدثه • وهل تكون صلاة جماعة أم انفراد ؟ فيه وجهان حكاهما صاحب التتمة وآخرون (أصحهما) وأشهرهما أنها صلاة جماعة ، وبه قطع الشيخ أبو حامد والأكثرون ، ونص عليه الشافعي فى الأم •

قال صاحب التتمة : هو ظاهر ما نقله المزنى ، وقد صرح المصنف به هنا فى آخر تعليله ، قال الرافعي والأكثرون : حدث الامام لا يمنع صحة الجماعة ، وثبوت حكمها فى حق المأموم الجاهل حاله ، ولا يمنع نيل فضيلة الجماعة ولا غيره من أحكامها ودليل هذا الوجه أن المأموم يعتقد صلاته جماعة وهو ملتزم لأحكامها وقد بنينا الأمر على اعتقاده ، وصححنا صلاته اعتمادا على اعتقاده•

(والثانى) أنها صلاة فرادى لأن الجماعة لا تكون الا بامام مصـــل ، وهذا ليس مصليا • قال صاحب التتمة : ويبنى على الوجهين ثلاث مســائل (احداها) اذا أدركه مسبوق فى الركوع • ان قلنا : صلاته جماعة حسبت له الركعة والا فلا (الثانية) لو كان فى الجمعة وتم العدد دونه ، ان قلنـــا صلاتهم جماعة أجزأت والا فلا (الثالثة) اذا سها الامام المحدث ثم علموا حدثه قبل الفراغ وفارقوه أو سها بعضهم ولم يسه الامام ، فان قلنا صلاتهم جماعة سجدوا لسهو الامام لا لسهوهم والا سجدوا لسهوهم لا لسهوه ، ولا يتوهم من هذا البناء ترجيح ادراك الركعة لمدرك ركوع الامام المحدث ، فان ذلك ليس بلازم فى البناء فى اصطلاح الأصحاب بل أصـــل الخلاف فى مسائل مبنيات على مأخذ ، ويختلف الترجيح فيها بحسب انضمام مرجحات الى بعضها دون بعض • كما قالوا : ان النذر هل يسلك به مسلك الواجب أم الجائز ؟ وان الابراء هل هو اسقاط أم تمليك ؟ وان الحوالة بيع أم استيفاء؟ وان العين المستعارة للرهن يكون مالكها معيرا أم ضامنا ؟ وفرعوا على كل أصل من هـــذه مسائل يختلف الراجح منها • وسنوضحها فى مواضـــعها ان شاء الله تعالى •

(فـرع) قد ذكرنا أنه لو بان امام الجمعة محدثا وتم العـــدد بغيره فجمعة المأمومين صحيحة على الصحيح ، فعلى هذا ليس للامام اعادتها لأنه قد صحت جمعة فلا تصح أخرى بعدها (فان قلنا) بالضعيف انها لا تصح

لزم الامام والقوم أن يعيدوا الجمعة • ولو بان الامام متطهرا والمأمومون كلهم محدثين وقلنا بالصحيح فصلاة الامام صحيحة • ذكره صاحب البيان ، قال : بخلاف ما لو كانوا عبيدا أو نساء ، لأن ذلك سهل الوقوف عليه ، وكذا قال صاحب التتمة : لو بان الامام وبعض القوم متطهرين وبعض القوم محدثين ولم يتم العدد الا بهم ، فان قلنا تكون الصلاة جماعة فلا اعادة على الامام والمتطهرين والا فعليهم الاعادة •

(فرع) لو علم المأموم حدث الامام ثم لم يفارقه ثم صلى وراءه ناسيا علمه بحدثه لزمه الاعادة بلا خلاف لتفريطه •

(فرع) لو كان على ثوب الامام أو بدنه نجاسة غير معفو عنها لم يعلم بها المأموم حتى فرغ من الصلاة ، قال البغوى والمتولى وغيرهما : هو كما لو بان محدثا ولم يفرقوا بين النجاسة الخفية وغيرها • وقال امام الحرمين : ان كانت نجاسة خفية فهو كمن بان محدثا ، وان كانت ظاهرة ففيه احتمال لأنه من جنس ما يخفى ، وأشار الى أنه ينبغى أن يكون على الوجهين فيما اذا بان كافرا مستترا بكفره ، وهذا أقوى وعليه يحمل كلام المصنف فى التنبيه فى قوله : ولا تجوز الصلاة خلف محدث ولا نجس ، ثم قال : فان صلى أحد هؤلاء خلف أحد هؤلاء ولم يعلم ثم علم أعاد الا من صلى خلف المحدث •

(فرع) لو بان الامام مجنونا وجبت الاعادة بلا خلاف على المأموم ، لأنه لا يخفى ، فلو كان له حالة جنون وحالة افاقة أو حالة اسلام وحالة ردة واقتدى به ولم يدر فى أى حالة كان فلا اعادة عليه ، لكن يستحب ، نص عليه فى الأم واتفقوا عليه ، ولو صلوا خلف من يجهلون اسلامه فلا اعادة ، نص عليه فى الأم وكذا لو شكوا أمسلم هو أم كافر ؟ أجزأتهم صلاتهم ، لأن اقدامه على الصلاة بهم دليل ظاهر على اسلامه ولم يقع خلافه ، ولو صلى خلف من أسلم فقال بعد الفراغ : لم أكن أسلمت حقيقة ، أو قال : كنت أسلمت ثم ارتددت فلا اعادة أيضا لأن قوله مردود • صرح به الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والأصحاب • ولو صلوا خلف من علموه كافرا ولم يعلموا اسلامه فبان بعد الفراغ أنه كان مسلما قبل الصلاة لزمهم الاعادة

بالاتفاق ، نص عليهم فى الأم • قال : لأنه لم يكن لهم أن يقتـدوا به حتى يعلموا اسلامه •

(فـرع) (فى مذاهب العلماء فى الصلاة خلف المحـدث والجنب اذا جهل المأموم حدثه) قد ذكرنا أن مذهبنا صحة صلاة المأموم ، وحكاه ابن المنذر عن عمر بن الخطاب وعثمان وعلى وابن عمر والحسن البصرى وسعيد ابن جبير والنخعى والأوزاعى وأحمد وسليمان بن حرب وأبو ثور والمزنى • وحكى عن على أيضا وابن سيرين والشعبى وأبو حنيفة وأصحابه انه يلزمه الاعادة ، وهو قول حماد بن أبى سليمان شيخ أبى حنيفة •

وقال مالك : ان تعمد الامام الصلاة عالما بحدثه فهو فاسق فيلزم المأموم الاعادة على مذهبه ، وان كان ساهيا فلا •

وحكى الشيخ أبو حامد عن عطاء أنه ان كان الامام جنبـا لزم المأموم الاعادة وان كان محدثا أعاد ان علم بذلك فى الوقت ، فان لم يعلم الا بعد الوقت فلا اعادة واحتج لمن قال بالاعادة بحديث أبى جابر البياضى عن سعيد ابن المسيب عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه صلى بالناس وهو جنب وأعاد وأعادوا » •

وعن عمرو بن خالد عن حبيب بن أبى ثابت عن عاصم بن حمزة عن على ابن أبى طالب رضى الله عنه « أنه صلى بالقوم وهو جنب وأعاد ثم أمرهم فأعادوا » قالوا : وقياسا على ما اذا بان كافرا أو امرأة أو صلى وراءه عالما بحدثه ، ولأن صلاته مرتبطة به بدليل أنه اذا سها الامام نوجب على المأموم سجود السهو ، كما نوجبه على الامام •

واحتج أصحابنا والبيهقى بحـديث أبى هريرة رضى الله عنه قال « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : يصلون لكم فان أصابوا فلكم وان أخطأوا فلكم وعليهم » رواه البخارى ، وبحديث أبى بكرة رضى الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل فى صلاة الفجر فأومأ بيده أن مكانكم ، ثم جاء ورأسه يقطر فصلى بهم فلما قضى الصـلاة قال . انما أنا بشر ، وانى كنت جنبا » رواه أبو داود بهذا اللفظ باسناد صحيح •

فان قيل فقد ثبت فى الصحيحين من رواية أبى هريرة فى هـذا الحديث « أن النبى صلى الله عليه وسلم حضر وقد أقيمت الصلاة وعدلت الصفوف حتى اذا قام فى مصلاه قبل أن يكبر ذكر فانصرف ، وقال لنـا مكانكم فلم نزل قياما حتى خرج الينا وقد اغتسل يقطر رأسه ماء فكبر وصلى بنا » .

فالجواب أنهما قضيتان لأنهما حديثان صحيحان فيجب العمل بهما اذا أمكن وقد أمكن بحملهما على قضيتين . وذكر أصحابنا والبيهقى أحاديث كثيرة فى المسألة غير ما ذكرته أكثرها ضعيفة فحذفتها .

والجواب عن حديث أبى جابر البياضى أنه مرسل وضعيف باتفاق أهل الحديث ، وقد اتفقوا على تضعيف البياضى وقالوا : هو متروك ، وهـذه اللفظة أبلغ ألفاظ الجرح .

وقال يحيى بن معين : هو كذاب ، وعن حديث ابن عمرو بن خالد أنه أيضا ضعيف باتفاقهم ، فقـد أجمعوا على جرح ابن عمرو بن خالد ، قال البيهقى : هو متروك رماه الحفاظ بالكذب ، وروى البيهقى باسـناده عن وكيع قال : كان ابن عمرو بن خالد كذابا فلما عرفناه بالكذب تحول الى مكان آخر ، حدث عن حبيب بن أبى ثابت عن عاصم بن حمزة عن على أنه صلى بهم وهو على غير طهارة فأعاد وأمرهم بالاعادة وفيه ضعف من جهـة انقطاعه أيضا فقد روى البيهقى عن سفيان الثورى قال : لم يرو حبيب بن أبى ثابت عن عاصم بن حمزة شيئا قط .

وروى البيهقى باسناده عن ابن المبارك قال : ليس فى الحديث قوة لمن يقول : اذا صلى الامام محدثا يعيد أصحابه . والحديث بأن لا يعيدوا أثبت لمن أراد الانصاف بالحديث ، وأما أقيستهم فيجاب عنها بجوابين (أحدهما) أنها مخالفة للسنة فوجب ردها (والثانى) أنه مقصر فى الصلاة وراء كافر وامرأة ، ومن علم حدثه بخلاف من جهل حدثه والله أعلم .

(فـرع) اذا تعمد الصلاة محدثا كان آثما فاسقا ، ولا يكفر بذلك ان لم يستحله . هذا مذهبنا ومذهب الجمهور ، وقال أبو حنيفة : يكفر لتلاعبه واستهزائه بالدين ودليلنا القياس على الزنا فى المسجد وسائر المعاصى ، وقد سبقت المسألة فى باب صفة الأئمة .

(فـرع) قال أصحابنا : اذا ذكر الامام فى أثناء صلاته أنه جنب أو محدث أو المرأة المصلية بنسوة أنها منقطعة حيض لم تغتسل لزمها الخروج منها ، فان كان موضع طهارته قريبـا أشار اليهم أن يمكثوا ومضى وتطهر وعاد وأحرم بالصلاة وتابعوه فيما بقى من صلاتهم ، ولا يستأنفونها ، وان كان بعيدا أتموها ولا ينتظرونه قال القاضى أبو الطيب : قال الشافعى : وهم بالخيار ان شاءوا أتموها فرادى وأن شاءوا قدموا أحدهم يتمها بهم ، قال الشافعى : وأستحب أن يتموها فرادى ، قال القاضى : وانما قال ذلك للخروج من الخلاف فى صحة الاستخلاف ، واذا أشار اليهم والموضع قريب استحب انتظاره كما ذكرنا ، ودليلنا الحديث السابق عن أبى بكرة ، فان لم ينتظروه جاز ثم لهم الانفراد والاستخلاف اذا جوزناه ، وقال الشـيخ أبو حامد فى تعليقه : انما يستحب لهم انتظاره اذا لم يكن مضى من صلاته ركعة .

(فـرع) لا تصح الصلاة وراء السكران لأنه محدث ، قال الشافعى: والأصحاب فان شرب الخمر وغسل فاه وما أصابه وصلى قبل أن يسـكر صحت صلاته والاقتداء به ، فلو سكر فى أثنائها بطلت صلاته ولزم المأموم مفارقته ويبنى على صلاته ، فان لم يفارقه بطلت صلاته .

(فـرع) قال الشافعى رحمـه الله فى البويطى : لو صلى بهم بغير احرام لم تصح صلاتهم ، عامدا كان الامام أو ساهيا ، هذا لفظه ولعله أراد بالاحرام تكبيرة الاحرام فلا تصح صلاتهم لأنه لا يخفى غالبا ، وأما اذا كبر وترك النية فينبغى أن تصح صلاتهم خلفه لأنها خفية ، فهى كالحدث ، بل أولى بالخفاء والله أعلم .

(فـرع) أجمعت الأمة على أنه من صلى محدثا مع امكان الوضوء فصلاته باطلة وتجب اعادتها بالاجماع ، سواء أتعمد ذلك أم نسيه أم جهله.

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز للمتوضىء ان يصلى خلف المتيمم لأنه اتى عن طهارته ببدل ، فهو كمن (١) غسل الرجل اذا صلى خلف ماسح الخف ، وفى صلاة الطاهرة خلف

---

(١) فى بعض النسخ (كغاسل الرجل) (ظ) .

المستحاضة وجهان (أحدهما) يجوز كالمتوضىء خلف المتيمم (والثانى) لا يجوز لانها لم تات بطهارة [عن] النجس ، ولأنها تقوم مقامها (١) فهو كالمتوضىء خلف المحدث) .

(**الشرح**) قال أصحابنا : تجوز صلاة غاسل الرجل خلف ماسح الخف ، وصلاة المتوضىء خلف متيمم لا يلزمه القضاء ، بأن تيمم فى السفر أو فى الحضر لمرض وجراحة ونحوها ، وهذا بالاتفاق . فان صلى خلف متيمم يلزمه القضاء كمتيمم فى الحضر ومن لم يجد ماء ولا ترابا أو أمكنه تعلم الفاتحة فقصر وصلى لحرمة الوقت أو صلى مربوطا على خشبة أو محبوسا فى موضع نجس أو عاريا ، وقلنا : تجب عليهم الاعادة أثم ولزمه الاعادة لأن صلاة امامه غير مجزئة ، فهو كالمحدث ولو صلى من لم يجد ماء ولا ترابا خلف مثله لزمه الاعادة على الصحيح ، وفيه وجه حكاه الخراسانيون.

أما صلاة الطاهرة خلف مستحاضة غير متحيرة ، وصلاة سليم خلف سلس البول أو المذى ومن به جرح سائل ، ففيها وجهان مشهوران (الصحيح) الصحة صححه امام الحرمين والغزالى فى البسيط ، وقطع به فى الوسيط وصححه البغوى وخلائق ولا يغتر بتصحيح صاحب الانتصار خلافه ، وقال امام الحرمين : الذى كان يقطع به شيخى (٢) ونقله فى المذهب : الصحة وذكر بعض العراقيين وجها وهو ركيك لا أصل له ، واستدلوا للصحة مع ما ذكره المصنف بالقياس على من صلى خلف مستجمر بالأحجار أو بمن على ثوبه أو بدنه نجاسة يعفى عنها ، فان اقتداءه صحيح بالاتفاق .

(**فرع**) فى مذاهب العلماء فى المسألة . قد ذكرنا أن مذهبنا جواز صلاة المتوضىء خلف المتيمم الذى لا يقضى ، وبه قال جمهور العلماء ، وحكاه ابن المنذر عن ابن عباس وعمار بن ياسر ونفر من الصحابة رضى الله عنهم ، وسعيد بن المسيب وعطاء والحسن والزهرى وحماد بن أبى سليمان ومالك والثورى وأبى حنيفة وأبى يوسف وأحمد واسحق وأبى ثور ، قال : وكرهه على بن أبى طالب وربيعة ويحيى الأنصارى والنخعى ومحمد بن

---

(١) فى نسخة المهذب المطبوعة هكذا وفى ش و ق (ولا بما يقوم مقامها) فتأمل (ط) .

(٢) شيخ امام الحرمين هو والده الشيخ ابو محمد الجوينى رحمهما الله تعالى (ط) .

الحسن ، وقال الأوزاعي : لا يؤمهم الا أن يكون أميرا أو يكونوا متيممين مثله ، قال : وأجمعوا على أن المتوضىء يؤم المتيممين •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز للقائم ان يصلى خلف القاعد لأن النبى صلى الله عليه وسلم « صلى جالسا والناس خلفه قيام » ويجوز للراكع والساجد ان يصلى خلف المومىء الى الركوع والسجود لأنه ركن من أركان الصلاة فجاز للقادر عليه أن يأتم بالعاجز عنه كالقيام) •

(الشرح) هذا الحديث فى الصحيحين كما سنوضحه فى فرع مذاهب العلماء ان شاء الله تعالى ، وكانت هذه الصلاة صلاة الظهر يوم السبت أو الأحد وتوفى صلى الله عليه وسلم يوم الاثنين رواه البيهقى • وقول المصنف ركن من أركان الصلاة احتراز من الشرط وهو العجز عن طهارة الحدث أو النجس ، لكن يرد عليه اقتداء القارىء بالأمى فانه لا يجوز على الأصح مع أنه ركن عجز عنه ، فكان ينبغى أن يقول : ركن فعلى ليحترز عنه قال الشافعى والأصحاب : يجوز للقادر على القيام الصلاة وراء القاعد العاجز ، وللقاعد وراء المضطجع ، وللقادر على الركوع والسجود وراء المومىء بهما ، ولا يجوز للقادر على كل شىء من ذلك موافقة العاجز فى ترك القيام أو القعود أو الركوع أو السجود ، ولا خلاف فى شىء من هذا عندنا •

(فرع) قال الشافعى والأصحاب : يستحب للامام اذا لم يستطع القيام استخلاف من يصلى بالجماعة قائما ، كما استخلف النبى صلى الله عليه وسلم ولأن فيه خروجا من خلاف من منع الاقتداء بالقاعد ، لأن القائم أكمل وأقرب الى اكمال هيئات الصلاة ، واعترض بعض الناس على الشافعى حيث قال : يستحب له الاستخلاف مع أن النبى صلى الله عليه وسلم أم قاعدا وأجاب الأصحاب بجوابين (أحدهما) أن النبى صلى الله عليه وسلم فعل الأمرين ، وكان الاستخلاف أكثر ، فدل على فضيلته • وأم قاعدا فى بعض الصلوات لبيان الجواز (الجواب الثانى) أن الصلاة خلفه قاعدا أفضل منها خلف غيره قائما بدرجات بخلاف غيره •

(فرع) (فى مذهب العلماء) قد ذكرنا أن مذهبنا جواز صلاة القائم خلف القاعد العاجز وأنه لا تجوز صلاتهم وراءه قعودا ، وبهذا قال الثورى

وأبو حنيفة وأبو ثور والحميدى وبعض المالكية ، وقال الأوزاعى وأحمد واسحق وابن المنذر : تجوز صلاتهم وراءه قعودا ولا تجوز قياما ، وقال مالك فى رواية ، وبعض أصحابه : لا تصح الصلاة وراءه قاعدا مطلقا . واحتج لمن قال : لا تصح الصلاة مطلقا بحديث رواه الدارقطنى والبيهقى وغيرهما عن جابر الجعفى عن الشعبى عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا يؤمن أحد بعدى جالسا » .

واحتج الأوزاعى وأحمد بحديث أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « انما جعل الامام ليؤتم به فاذا كبر فكبروا ، واذا ركع فاركعوا ، واذا صلى جالسا فصلوا جلوسا أجمعون » رواه البخارى ومسلم ، وفى الصحيحين عن عائشة وأبى هريرة مثله .

واحتج الشافعى والأصحاب بحديث عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أمر فى مرضه الذى توفى فيه أبا بكر رضى الله عنه أن يصلى بالناس فلما دخل فى الصلاة وجد رسول الله صلى الله عليه وسلم من نفسه خفة فقام يهادى بين رجلين ورجلاه يخطان فى الأرض فجاء فجلس عن يسار أبى بكر . فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى بالناس جالسا ، وأبو بكر قائما يقتدى أبو بكر بصلاة النبى صلى الله عليه وسلم ، ويقتدى الناس بصلاة أبى بكر » رواه البخارى ومسلم ، هذا لفظ احدى روايات مسلم ، وهى صريحة فى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان الامام لأنه جلس عن يسار أبى بكر ، ولقوله : يصلى بالناس ولقوله : يقتدى به أبو بكر ، وفى رواية لمسلم « وكان النبى صلى الله عليه وسلم يصلى بالناس وأبو بكر يسمعهم التكبير » وقوله : يسمعهم التكبير يعنى أنه يرفع صوته بالتكبير اذا كبر النبى صلى الله عليه وسلم ، وانما فعله لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ضعيف الصوت حينئذ بسبب المرض .

وفى رواية البخارى ومسلم « أن النبى صلى الله عليه وسلم جلس الى جنب أبى بكر فجعل أبو بكر يصلى وهو قائم بصلاة النبى صلى الله عليه وسلم والناس يصلون بصلاة أبى بكر والنبى صلى الله عليه وسلم قاعد » ورويا من طرق كثيرة كلها دالة على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان

الامام وأبو بكر يقتدى به ويسمع الناس التكبير • وهكذا رواه معظم الرواة •

قال الشافعى والأصحاب وغيرهم من علماء المحدثين والفقهاء : هذه الروايات صريحة فى نسخ الحديث السابق أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « واذا صلى جالسا فصلوا جلوسا أجمعون » فان ذلك كان فى مرض قبل هذا بزمان ، حين آلى من نسائه ، وقد روى من روايات قليلة ذكرها البيهقى وغيره « أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى فى مرض وفاته خلف أبى بكر فجعل أبو بكر يصلى وهو قائم بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم • والناس يصلون بصلاة أبى بكر والنبى صلى الله عليه وسلم قاعد » ورويناه من طرق كثيرة • وأجاب الشافعى والأصحاب عنها ان صحت فانها كانت مرتين مرة صلى النبى صلى الله عليه وسلم وراء أبى بكر ومرة أبو بكر وراءه ، ويحصل المقصود وهو أن صلاة القادر وراء القاعد لا تجوز الا قائما •

وأما الجواب عن حديث : « لا يؤمن أحد بعدى جالسا » فقال الدارقطنى والبيهقى وغيرهما من الأئمة : هو مرسل ضعيف ، وان جابرا الجعفى متفق على ضعفه ، ورد رواياته ، قالوا : ولا يرويه غير الجعفى عن الشعبى ، قال الشافعى رحمه الله : قد علم الذى احتج بهذا أنه ليس فيه حجة وأنه لا يثبت لأنه مرسل ، ولأنه عن رجل يرغب الناس عن الرواية عنه والله أعلم •

(**فرع**) (فى مذاهبهم فى صلاة الراكع والساجد خلف المومىء اليها) قد ذكرنا أن مذهبنا جوازها وبه قال زفر ، وقال أبو حنيفة ومالك وأبو يوسف ومحمد : لا تجوز •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وفى صلاة القارىء خلف الأمى ، وهو من لا يحسن الفاتحة ، أو خلف الأرت والألثغ قولان (أحدهما) تجوز لأنه ركن من أركان الصلاة فجاز للقادر عليه ان يأتم بالعاجز عنه كالقيام (والثانى) لا تجوز لأنه يحتاج أن يحمل (١)

---

(١) فى بعض النسخ (ان يتحمل) (ط) •

قراءته وهو يعجز عن ذلك فلا يجوز أن ينتصب للتحمل كالامام الأعظم اذا عجز عن تحمل أعباء الأمة) .

(الشرح) الأعباء ــ بفتح الهمزة وبالعين المهملة والباء الموحدة وبالمد ــ جمع عبء ــ بكسر العين واسكان الباء بعدهما همزة ــ كحمل وأحمال ، والعبء الثقل ، والأعباء الأثقال ، وقوله : عجز ــ بفتح الجيم ــ يعجز ــ بكسرها ــ ويجوز عكسه لغتان الأولى أفصح ، وقوله : ركن احتراز من الشرط ، وهو اذا لم يجد ماء ولا ترابا وصلى بحاله ، وكذا من عليه نجاسة عجز عن ازالتها فلا يجوز الاقتداء بهما (وقوله) الأرت هو من يدغم حرفا فى حرف فى غير موضع الادغام والألثغ من يبدل حرفا بحرف كالراء بالغين والسين بالثاء وغير ذلك .

(اما حكم المسالة) فقال أصحابنا : الأمى ما لا يحسن الفاتحة بكمالها سواء كان لا يحفظها ، أو يحفظها كلها الا حرفا ، أو يخفف مشددا لرخاوة فى لسانه أو غير ذلك ، وسواء كان ذلك لخرس أو غيره فهذا الأمى والأرت والألثغ ان كان تمكن من التعلم فصلاته فى نفسه باطلة ، فلا يجوز الاقتداء به بلا خلاف ، وان لم يتمكن بأن كان لسانه لا يطاوعه أو كان الوقت ضيقا ، ولم يتمكن قبل ذلك فصلاته فى نفسه صحيحة ، فان اقتدى به من هو فى مثل حاله صح اقتداؤه بالاتفاق لأنه مثله فصلاته صحيحة ، وان اقتدى به قارىء لا يحفظ الفاتحة كلها أو يحفظ منها شيئا لا يحفظه الأمى ، ففيه قولان منصوصان ، وثالث مخرج (أصحهما) وهو الجديد : لا يصح الاقتداء به (والقديم) ان كانت صلاة جهرية لم تصح وان كانت سرية صحت .

(والثالث) المخرج خرجه أبو اسحاق المروزى ، وحكاه البندنيجى عنه وعن ابن سريج أنه يصح مطلقا ، ودليل الجميع يفهم مما ذكره المصنف .

واحتجوا للقديم بأن الامام يتحمل عن المأموم القراءة فى الجهرية على القديم هكذا ذكر الأقوال الثلاثة جمهور أصحابنا العراقيين والخراسانيين ، منهم الشيخ أبو حامد وأصحابه ، وصاحب الحاوى والقاضى أبو الطيب ، والمحاملى فى كتابه ، وصاحب الشامل والشيخ نصر وخلائق من العراقيين ، والقاضى حسين والمتولى وصاحب العدة وآخرون من الخراسانيين .

وقال امام الحرمين والغزالى : (الجديد) أنه لا يصح الاقتـداء به ، والقديم : يصح ، وهذا نقل فاسد عكس المذهب فالصواب ما سبق ، واتفق المصنفون على أن الصحيح بطلان الاقتداء وهو مذهب مالك وأبى حنيفـة وأحمد وغيرهم واختار المزنى وأبو ثور وابن المنذر صحته مطلقا وهو مذهب عطاء وقتادة ، واحتج لهم بالقياس على العجز عن القيام كما ذكر المصنف ، وفرق أصحابنا بأن العجز عن القيام ليس بنقص وجهل القراءة نقص فهو كالكفر والأنوثة • ولأن القيام يعم البلوى بالعجـز عنه بخـلاف القراءة والله أعلم •

واعلم أن الأقوال الثلاثة جارية سواء علم المأموم أن الامام أمى أم جهل ذلك هكذا صرح به الشيخ أبو حامد وغيره ، وهو مقتضى كلام الباقين ، وشذ عنهم صاحب الحاوى فقال : الأقوال اذا كان جاهلا • وان علم لم تصح قطعا ، والمذهب ما قدمناه • ولو حضر رجلان كل واحد يحفظ نصف الفاتحة فقط • فان اتفقا فى نصف معين جاز الاقتداء ، وان حفظ أحدهمـا النصف الأول والآخر الآخر فأيهما صلى خلف صاحبه فهو قارىء خلف أمى وهذا يفهم مما قدمته لكن أفردته بالذكر كما أفرده الأصحاب وليتنبه له ، ولو صلى من لا يحفظ الفاتحة لكنه يحفظ سبع آيات غيرها خلف من لا يحفظ قرآنا • بل يصلى بالاذكار فهو صلاة قارىء خلف أمى ، خرجه أبو على وغيره ، ولو اقتدى أرت بألثغ فهو قارىء خلف أمى لأنه يحسن شيئا لا يحسنه والله أعلم •

(**فـرع**) اذا صلى القارىء خلف أمى بطلت صلاة المأموم وصحت صلاة الامام ، وكذا المأمومون الأميون كما قدمناه ، هذا مذهبنا ومذهب أحمد • وقال أبو حنيفة ومالك : تبطل صلاة الامام والمأموم والقارىء والأمى لأنه أمكنه الصلاة خلف قارىء فبطلت صلاته لترك قراءة قدر عليها •

واحتج أصحابنا بأنه اقتدى بمن لا يجوز اقتداؤه فلم تبطل صلاة الامام بسبب اقتداء المأموم كما لو صلت امرأة برجال قال أصحابنا : وانما قلنا بسبب اقتداء المأموم لئلا يوردوا ما اذا صلت المـرأة الجمعـة برجال ، فان فيها وجهين حكاهما القاضى أبو الطيب وهذه المسألة من تعليقه (أرجحهما) تبطل صلاتها (والثانى) تنعقد ظهرا ، وبه قطع الشيخ أبو حامد فى هـذا الموضع من تعليقه فعلى هذا لا يصح الايراد (وان قلنا) تبطل فمـا بطلت

لبطلان صلاة المأموم بل لعدم شرط الجمعة ، وهو امامة رجل • قال أصحابنا : ولأن الأصول المقررة متفقة على أن الفساد لا يتعدى من صلاة الامام الى المأموم [1] •

(والجواب) عما قالوه لا نسلم أنه أمكنه القراءة لأن عندنا تجب القراءة على المأموم ، ولأنه ينتقض بالأخرس اذا أم ناطقا فانه أمكنه أن يصلى خلفه وصلاته صحيحة ، وينتقض بالأمى اذا أمكنه أن يصلى خلف قارىء فصلى منفردا صحت بالاتفاق والله أعلم •

(فـرع) اذا لحن فى القراءة كرهت امامته مطلقا ، فان كان لحنا لا يغير المعنى كرفع الهاء من الحمد لله كانت كراهة تنزيه وصحت صلاته وصلاة من اقتدى به ، وان كان لحنا يغير المعنى كضم التاء من أنعمت أو كسرها ، أو يبطله بأن يقول (الصراط المستقين) فان كان لسانه يطاوعه وأمكنه التعلم فهو مرتكب للحرام ويلزمه المبادرة بالتعلم ، فان قصر وضاق الوقت لزمه أن يصلى ويقضى ولا يصح الاقتداء به ، وان لم يطاوعه لسانه أو لم يمض ما يمكن التعلم فيه صلاة مثله خلفه صحيحة ، وصلاة صحيح اللسان خلفه كصلاة قارىء خلف أمى ، وان كان فى غير الفاتحة صحت صلاته وصلاة كل أحد خلفه ؛ لأن ترك السورة لا يبطل الصلاة فلا يمنع الاقتداء •

قال امام الحرمين : ولو قيل ليس لهذا اللاحن قراءة غير الفاتحة مما يلحن فيه لم يكن بعيدا لأنه يتكلم بما ليس قرآنا بلا ضرورة والله أعلم •

قال البندنيجى : ولو صلى القارىء خلف من ينطق بالحرف بين حرفين كقاف غير خالصة بل مترددة بين كاف وقاف صحت صلاته مع الكراهة ، وهذا الذى ذكره فيه نظر لأنه لم يأت بهذا الحرف ، وممن ذكر نحو كلام البندنيجى الشيخ أبو حامد •

(فـرع) لو اقتدى قارىء بمن ظنه قارئا فبان أميا ، وقلنا : لا تصح صلاة القارىء خلف أمى ففى وجوب الاعادة وجهان (أصحهما) تجب ، وبه

---

(١) هكذا بالأصل ولعله « من صلاة المأموم الى الامام » لأن محور النزاع حول بطلان صلاة الامام اذا بطلت صلاة المأمومين خلفه لانوثته أو لاميته ، فالمتفق عليه بطلان صلاة المأموم والمختلف عليه صلاة الامام فليحرر . « المطيعى »

قطع البغوى وغيره ، وهو مقتضى كلام الجمهور ، وسواء كانت صلاة سرية أو جهرية • ولو اقتدى بمن لا يعرف حاله فى صلاة جهرية فلم يجهر وجبت الاعادة بالاتفاق اذا قلنا لا تجوز صلاة قارىء خلف أمى ؛ نص عليه الشافعى فى الأم وصرح به أصحابنا العراقيون وغيرهم ، لأن الظاهر أنه لو كان قارئا لجهر ، فلو سلم وقال : أسررت ونسيت الجهر لم تجب الاعادة ، لكن قالوا تستحب ، ولو بان أميا فى أثناء الصلاة وقلنا تجب الاعادة بطلت صلاته والا فكالمحدث فينوى مفارقته ويتم صلاته ؛ واتفقوا على أنه لو صلى صلاة سرية خلف من لا يعرف حاله فى القراءة صحت صلاته ؛ نص عليه فى الأم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز ان يأتم المفترض بالمتنفل والمفترض بمفترض فى صلاة اخرى ، لما روى جابر بن عبد الله رضى الله عنهما ان معاذاً رضى الله عنه « كان يصلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم العشاء الآخرة ثم يأتى قومه فى بنى سلمة فيصلى بهم هى له تطوع ولهم فريضة العشاء » ولأن الاقتداء يقع فى الأفعال الظاهرة ، وذلك يكون مع اختلاف النية ، فأما اذا صلى الكسوف خلف من يصلى الصبح والصبح خلف من يصلى الكسوف لم يجز لأنه لا يمكن الائتمام به مع اختلاف الأفعال) •

(الشرح) هذا الحديث صحيح كما سنوضحه ان شاء الله تعالى فى فرع مذاهب العلماء ، وبنو سلمة بكسر اللام ؛ قبيلة معروفة من الأنصار ، وقوله العشاء الآخرة هكذا هو فى رواية مسلم ويجوز تسميتها عشاء الآخرة كما سبق فى باب المواقيت ولكن قوله عشاء الآخرة من باب اضافة الموصوف الى صفته ، وهو جائز عند الكوفيين بغير تقدير ، ويصح عند البصريين بتقدير محذوف ، ومنه قوله تعالى (ولدار الآخرة [1] ـ و ـ بجانب الغربى [2]) أى دار الحياة الآخرة وجانب المكان الغربى •

(اما حكم المسألة) فمذهبنا أنه تصح صلاة النفل خلف الفرض والفرض خلف النفل ، وتصح صلاة فريضة خلف فريضة أخرى توافقها فى العدد كظهر خلف عصر ، وتصح فريضة خلف فريضة أقصر منها ، وكل هذا جائز بلا خلاف عندنا ثم اذا صلى الظهر خلف الصبح وسلم الامام قام المأموم

---

(١) من الآية ٣٢ من سورة الانعام •

(٢) من الآية ٤٤ من سورة القصص •

لاتمام صلاته وحكمه كحكم المسبوق ويتابع الامام فى القنوت ، ولو أراد مفارقته عند اشتغاله بالقنوت جاز كما سبق فى نظائره •

ولو صلى الظهر خلف المغرب جاز باتفاق ، ويتخير اذا جلس الامام فى التشهد الأخير بين مفارقته لاتمـام ما عليه وبين الاستمرار معه حتى يسلم الامام ثم يقوم المأموم الى ركعته كما قلنا فى القنوت ، والاستمرار أفضل •

وان كان عدد ركعات المأموم أقل كمن صلى الصبح خلف رباعية أو خلف المغرب أو صـلى المغرب خلف رباعية ففيـه طريقان حكاهما الخراسانيون (أصحهما) وبه قطع العراقيون جوازه كعكسه •

(والثانى) حكاه الخراسانيون فيه قولان (أصحهما) هذا (والثانى) بطلانه لأنه يدخل فى الصلاة بنية مفارقة الامام ، فاذا قلنا بالمذهب وهو صحة الاقتداء ففرغت صلاة المأموم وقام الامام الى ما بقى عليه ، فالمأموم بالخيار ان شاء فارقه وسلم وان شاء انتظره ليسلم معه ، والأفضل انتظاره ، وان أمكنه أن يقنت معه فى الثانية بأن وقف الامام يسيرا قنت والا فلا ، وله أن يخرج عن متابعته ليقنت واذا صلى المغرب خلف الظهر وقام الامام الى الرابعة لم يجز للمأموم متابعته ، بل يفارقه ويتشهد ، وهل له أن يطول التشـهد وينتظره ؟ فيه وجهان حكاهما امام الحرمين وآخرون •

(أحدهما) له ذلك كما قلنا فيمن صلى الصبح خلف الظهر (والثانى) قال امام الحرمين وهو المذهب : لا يجوز لأنه يحدث تشهدا وجلوسا لم يفعله الامام ، ولو صلى العشاء خلف التراويح جاز ، فاذا سلم الامام قام الى ركعتيه الباقيتين والأولى أن يتمها منفردا ، فلو قام الامام الى أخريين من التراويح فنوى الاقتداء به ثانيا فى ركعتيه ففى جوازه القولان فيمن أحرم منفردا ثم نوى الاقتداء ، الأصح الصحة • وقد سبقت مسألة العشاء خلف التراويح ، هذا كله اذا اتفقت الصلاتان فى الأفعال الظاهرة ، فلو اختلفا بأن اقتدى من يصلى كسـوفا أو جنـازة بمن يصلى ظهرا أو غيرها أو عكسه فطريقـان (أصحهما) وبه قطع العراقيون لا تصح لتعذر المتابعة (والثانى) على وجهين أحدهما : هذا ، والثانى : يجوز ، وهو قول القفال لامكان المتابعة فى البعض•

فعلى هذا اذا صلى الظهر خلف الجنازة لا يتابعه فى التكبيرات والأذكار بينها. بل اذا كبر الامام الثانية تخير المأموم ان شاء أخرج نفسه من المتابعة وان شاء انتظر سلام الامام ، واذا اقتدى بمصلى الكسوف تابعه فى الركوع الأول ، ثم ان شاء رفع رأسه معه وفارقه ، وان شاء انتظره فى الركوع . قال امام الحرمين وغيره : وانما انتظره فى الركوع ليعود الامام اليه ويعتدل معه عن ركوعه الثانى ولا ينتظره بعد الرفع لما فيه من تطويل الركن القصير قال البغوى : ولو أدركه فى الركوع الثانى من الكسوف تابعه فيه وصلى معه تلك الركعة ويركع معه الركوع الأول من الثانية ثم يخرج عن متابعته . قال : واذا أدركه فى الركوع الثانى من احدى الركعتين كان مدركا للركعة لأنه ركوع محسوب للامام . أما اذا صلى الظهر خلف العيد أو الاستسقاء فطريقان (أحدهما) أنه كصلاته خلف الكسوف لما فيهما من زيادات التكبيرات (وأصحهما) وبه قطع المتولى وغيره : تصح قطعا لاتفاقهما فى الأفعال الظاهرة ، بخلاف الجنازة فان تكبيراتها أركان ، فهى كاختلاف الأفعال . فاذا قلنا بالصحة لا يكبر مع الامام التكبيرات الزائدة لأنها ليست من صلاة المأموم ولا يخل تركها بالمتابعة ، فان كبرها لم تبطل صلاته لأن الأذكار لا تبطل الصلاة ، ولو صلى العيد خلف مصلى الصبح المقضية جاز ويكبر التكبيرات الزائدة .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى اختلاف نية الامام والمأموم

قد ذكرنا أن مذهبنا جواز صلاة المتنفل والمفترض خلف متنفل ومفترض فى فرض آخر ، وحكاه ابن المنذر عن طاوس وعطاء والأوزاعى وأحمد وأبى ثور وسليمان بن حرب ، قال : وبه أقول ، وهو مذهب داود .

وقالت طائفة : لا يجوز نفل خلف فرض ولا فرض خلف نفل ولا خلف فرض آخر . قاله الحسن البصرى والزهرى ويحيى بن سعيد الأنصارى وربيعة وأبو قلابة ، وهو رواية عن مالك .

وقال الثورى وأبو حنيفة : لا يجوز الفرض خلف نفل آخر ولا فرض آخر ، ويجوز النفل خلف فرض . وروى عن مالك مثله . واحتج لمن منع بقوله صلى الله عليه وسلم « انما جعل الامام ليؤتم به » رواه البخارى ومسلم

من طرق • واحتج أصحابنا بحديث جابر أن معاذا « كان يصلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عشاء الآخرة ثم يرجع الى قومه فيصلى بهم تلك الصلاة » رواه البخارى ومسلم ، هذا لفظ مسلم •

وعن جابر قال « كان معاذ يصلىْ مع النبى صلى الله عليه وسلم العشاء ثم يطلع الى قومه فيصليها لهم ، هى له تطوع ولهم مكتوبة العشاء » حديث صحيح رواه بهذا اللفظ الشافعى فى الأم ومسنده • ثم قال : هذا حديث ثابت لا أعلم حديثا يروى من طريق واحد أثبت من هذا ولا أوثق • يعنى رجالا •

قال البيهقى فى كتابه معرفة السنن والآثار : وكذلك رواه بهذه الزيادة أبو عاصم النبيل وعبد الرزاق عن ابن جريج كرواية شيخ الشافعى عن ابن جريج بهذه الزيادة وزيادة الثقة مقبولة •

قال : والأصل أن ما كان موصولا بالحديث فهو منه ، لاسيما اذا روى من وجهين الا أن تقوم دلالة على التمييز ، قال : والظاهر أن قوله : هى له تطوع ولهم مكتوبة من قول جابر ، وكان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أعلم بالله وأخشى له من أن يقولوا مثل هذا الا بعلم •

وحين حكى الرجل لرسول الله صلى الله عليه وسلم فعل معاذ لم ينكر عليه الا التطويل (فان قالوا) لعل معاذا كان يصلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم نافلة وبقومه فريضة (فالجواب) من أوجه (أحدها) أن هذا مخالف لصريح الرواية (الثانى) الزيادة التى ذكرناها هى له تطوع ولهم مكتوبة العشاء ، صريح فى الفريضة ولا يجوز حمله على تطوع (الثالث) جواب الشافعى والخطابى وأصحابنا وخلائق من العلماء أنه لا يجوز أن يظن بمعاذ مع كمال فقهه وعلو مرتبته أن يترك فعل فريضة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى مسجده ، والجمع الكثير المشتمل على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى كبار المهاجرين والأنصار ، ويؤديها فى موضع آخر ويستبدل بها نافلة ، قال الشافعى : كيف يظن أن معاذا يجعل صلاته مع رسول الله صلى

الله عليه وسلم ــ التى لعل صلاة واحدة معه أحب اليه من كل صلاة صلاها فى عمره ليست معه وفى الجمع الكثير ــ نافلة ؟ .

(الرابع) جواب الخطابى وغيره ولا يجوز أن يظن بمعاذ أنه يشتغل بعد اقامة الصلاة لرسول الله صلى الله عليه وسلم لأصحابه بنافلة مع قوله صلى الله عليه وسلم « اذا أقيمت الصلاة فلا صلاة الا المكتوبة » وعن جابر رضى الله عنه قال « أقبلنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى اذا كنا بذات الرقاع وذكر الحديث الى أن قال فنودى بالصلاة فصلى النبى صلى الله عليه وسلم بطائفة ركعتين ثم تأخروا ، وصلى بالطائفة الأخرى ركعتين فكانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم أربع ركعات وللقوم ركعتان » رواه البخارى ومسلم وعن أبى بكرة قال : « صلى النبى صلى الله عليه وسلم فى خوف الظهر فصف بعضهم خلفه وبعضهم بازاء العدو فصلى بهم ركعتين ثم سلم فانطلق الذين صلوا معه فوقفوا موقف أصحابهم ثم جاء أولئك فصلوا خلفه فصلى بهم ركعتين ثم سلم فكانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم أربعا ولأصحابه ركعتين ركعتين » رواه أبو داود والنسائى باسناد حسن .

واستدل الشافعى أيضا بالقياس على صلاة المتم خلف القاصر ، وأما الجواب عن حديث « انما جعل الامام ليؤتم به » فهو أن المراد ليؤتم به فى الأفعال لا فى النية ولهذا قال صلى الله عليه وسلم « انما جعل الامام ليؤتم به ، فاذا كبر فكبروا ، واذا سجد فاسجدوا » الى آخره والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز ان يصلى الجمعة خلف من يصلى الظهر لأن الامام شرط فى الجمعة والامام ليس معهم فى الجمعة فتصير كالجمعة بغير امام . ومن اصحابنا من قال : تجوز كما يجوز ان يصلى الظهر خلف من يصلى العصر وفى فعلهما خلف المتنفل قولان (أحدهما) يجوز لأنهما متفقتان فى الأفعال الظاهرة (والثانى) لا يجوز لأن من شرط الجمعة الامام والامام ليس معهم فى الجمعة) .

(الشرح) هاتان المسألتان سبق شرحهما وفرعهما فى أول هذا الباب (والصحيح) صحة الجمعة خلف الظهر ، وخلف المتنفل والصبى والعبد والمسافر والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويكره ان يصلي الرجل بقوم واكثرهم له كارهون ، لما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ثلاثة لا يرفع الله صلاتهم فوق رءوسهم فذكر فيه رجلا أم قوما وهم له كارهون » فان كان الذى يكرهه الأقل لم يكره ان يؤمهم لأن أحدا لا يخلو ممن يكرهه) .

(**الشرح**) هذا الحديث رواه ابن ماجه فى سننه باسناد حسن عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ثلاثة لا ترفع صلاتهم فوق رءوسهم شبرا : رجل أم قوما وهم له كارهون وامرأة باتت وزوجها عليها ساخط ، وأخوان متصارمان » وفى الترمذى عن أبى أمامة قال « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ثلاثة لا تجاوز صلاتهم آذانهم : العبد الآبق حتى يرجع ، وامرأة باتت وزوجها عنها ساخط ، وامام قوم وهم له كارهون » قال الترمذى : حديث حسن . وفى سنن أبى داود وغيره عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ثلاثة لا يقبل الله منهم صلاة : من تقدم قوما وهم له كارهون ، ورجل أتى الصلاة دبارا ــ والدبار الذى يأتيها بعد أن تفوته ــ ورجل اعتبد محرراً » وفى رواية البيهقى والدبار أن يأتى بعد فوات الفوت ، ولكنه حديث ضعيف والدبار ــ بكسر الدال ــ قال الخطابى والقاضى أبو الطيب وسائر العلماء : الدبار هو أن يعتاد حضور الصلاة بعد فراغ الناس قال : واعتباد المحرر أن يعتقه ثم يكتم عتقه وينكره ويحبسه بعد العتق ويستخدمه كرها .

(**اما احكام المسألة**) فقال الشافعى وأصحابنا رحمهم الله : يكره أن يؤم قوما وأكثرهم له كارهون ، ولا يكره اذا كرهه الأقل ، وكذا اذا كرهه نصفهم لا يكره ، صرح به صاحب الابانة ، وأشار اليه البغوى وآخرون . وهو مقتضى كلام الباقين ، فانهم خصوا الكراهة بكراهة الأكثرين . قال أصحابنا : وانما تكره امامته اذا كرهوه لمعنى مذموم شرعا كوال ظالم ، وكمن تغلب على امامة الصلاة ولا يستحقها أو لا يتصون من النجاسات ، أو يمحق هيئات الصلاة ، أو يتعاطى معيشة مذمومة أو يعاشر أهل الفسوق ونحوهم أو شبه ذلك فان لم يكن شيء من ذلك فلا كراهة والعتب على من كرهه . هكذا صرح به الخطابى والقاضى حسين والبغوى وغيرهم وحكى امام

الحرمين وجماعة عن القفال أنه قال : انما يكره أن يصلى بقوم وأكثرهم له كارهون اذا لم ينصبه السلطان ، فان نصبه لم يكره ، وهذا ضعيف والصحيح المشهور أنه لا فرق ، وحيث قلنا بالكراهة فهى مختصة بالامام ، أما المأمومون الذين يكرهونه فلا يكره لهم الصلاة وراءه ، هكذا جزم به الشيخ أبو حامد فى تعليقه ونقله عن نص الشافعى •

وأما المأموم اذا كره حضوره أهل المسجد فلا يكره له الحضور ، نص عليه الشافعى وصرح به صاحب الشامل والتتمة لأنهم لا يرتبطون به ، ويكره أن يولى الامام الأعظم على جيش أو قوم رجلا يكرهه أكثرهم ، ولا يكره ان كرهه أقلهم نص عليه الشافعى ، وصرح به صاحبا الشامل والتتمة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويكره أن يصلى الرجل بامرأة أجنبية لما روى أن النبى قال : « لا يخلون رجل بامرأة فان ثالثهما الشيطان ») •

(الشرح) المراد بالكراهة كراهة تحريم ، هـذا اذا خلا بهـا • قال أصحابنا : اذا أم الرجل بامرأته أو محرم له وخلا بها جاز بلا كراهة ، لأنه يباح له الخلوة بها فى غير الصلاة ، وان أم بأجنبية وخلا بها حرم ذلك عليه وعليهـا ، للأحاديث الصحيحة التى سأذكرها ان شاء الله تعـالى ، وان أم بأجنبيات وخلا بهن فطريقان قطع الجمهور بالجواز ، ونقله الرافعى فى كتاب العدد عن أصحابنا • ودليله الحديث الذى سأذكره ان شاء الله تعالى ، ولأن النسـاء المجتمعات لا يتمكن فى الغـالب الرجل من مفسـدة ببعضهن فى حضرتهن • وحكى القاضى أبو الفتوح فى كتابه فى الخنائى فيـه وجهين • وحكاهما صاحب البيان عنه (أحدهما) يجوز (والثانى) لا يجوز خوفا من مفسدة • ونقل امام الحرمين وصاحب العدة فى أول كتاب الحج فى مسائل استطاعة الحج أن الشـافعى نص على أنه يحرم أن يصلى الرجل بنسـاء منفردات الا أن يكون فيهن محرم له أو زوجته ، وقطع بأنه يحرم خلو الرجل بنسوة الا أن يكون له فيهن محرم ، والمذهب ما سبق ، وان خلا رجلان أو رجال بامرأة فالمشهور تحريمه ، لأنه قد يقع اتفاق رجال على فاحشة بامرأة • وقيل : ان كانوا ممن تبعد مواطأتهم على الفاحشة جاز • وعليه يتأول حديث ابن عمرو بن العاص الآتى •

والخنثى مع امرأة كرجل ، ومع نسوة كذلك ومع رجل كامرأة ومع رجال كذلك ، ذكره القاضى أبو الفتوح وصاحب البيان عملا بالاحتياط . وقياسا على ما قاله الأصحاب فى مسألة نظر الخنثى كما سنوضحه فى أول كتاب النكاح ان شاء الله تعالى . وأما الأمرد الحسن فلم أر لأصحابنا كلاما فى الخلوة به ، وقياس المذهب أنه يحرم الخلوة به كما قال المصنف والجمهور ونص عليه الشافعى كما سنوضحه فى كتاب النكاح ان شاء الله تعالى أنه يحرم النظر اليه ، واذا حرم النظر فالخلوة أولى فانها أفحش وأقرب الى المفسدة ، والمعنى المخوف فى المرأة موجود . وأما الأحاديث الواردة فى المسألة فمنها ما روى [1] عقبة بن عامر (رض) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اياكم والدخول على النساء ، فقال رجل من الأنصار ، أفرأيت الحمو ؟ قال الحمو الموت » رواه البخارى ومسلم ، الحمو قرابة الزوج ، والمراد هنا قريب تحل له كأخ الزوج وعمه وابنهما وخاله وغيرهم . وأما أبوه وابنه وجده فهم محارم تجوز لهم الخلوة وان كانوا من الأحماء .

وعن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يخلون أحدكم بامرأة الا مع ذى محرم » رواه البخارى ومسلم ، وعن ابن عمرو بن العاص رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال على المنبر « لا يخلون رجل بعد يومى هذا سرا على مغيبة الا ومعه رجل أو اثنان » رواه مسلم ، المغيبة ــ بكسر الغين ــ التى زوجها غائب ، والمراد هنا غائب عن بيتها ، وان كان فى البلدة . وعن سهل بن سعد رضى الله عنه قال « كانت فينا امرأة ــ وفى رواية كانت لنا عجوز ــ تأخذ من أصول السلق فتطرحه فى القدر وتكركر حبات من شعير ، فاذا صلينا الجمعة انصرفنا نسلم عليها فتقدمه الينا » رواه البخارى ، فهذا قد يمنع دلالته لهذه المسألة لأنه يحتمل أن يكون فيهم محرم لها ، وليس فيه تصريح بالخلوة بها ، والله أعلم .

واعلم أن المحرم الذى يجوز القعود مع الأجنبية مع وجوده يشترط أن يكون ممن يستحى منه فان كان صغيرا عن ذلك كابن سنتين وثلاث ونحو

---

(1) فى الاصل ما روى عن عقبة وهى صيغة تمريض والحديث متفق عليه فلا يصح سوقه بهذه الصيغة (ط) .

ذلك فوجوده كالعدم بلا خلاف ، ولا فرق فى تحريم الخلوة بين الصلاة وغيرها كما سبق ، ويستوى فيها الأعمى والبصير ، ويستثنى من هذا كله مواضع الضرورة بأن يجد امرأة أجنبية منقطعة فى برية ونحو ذلك فيباح له استصحابها • بل يجب عليه ذلك اذا خاف عليها لو تركها ، وهذا لا خلاف فيه ، ويدل عليه حديث عائشة رضى الله عنها فى قصة الافك • واعلم أن المحرم الذى يجوز القعود معها بوجوده يستوى فيه محرمه ومحرمها وفى معناه زوجها وزوجته ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويكره أن يصلى خلف التمتام والفأفاء لما يزيدان فى الحروف ، فان صلى خلفهما صحت صلاته لأنها زيادة ، وهو مغلوب عليها) •

(**الشرح**) التمتام الذى يكرر التاء والفأفاء ــ بالهمزة بين الفائين وبالمد ــ هو الذى يكرر الفاء ، قال الشافعى وأصحابنا : تكره الصلاة وراءهما ، وتصح لما ذكره المصنف •

(**فرع**) لا تكره امامة الأعرابى للقروى اذا كان يحسن الصلاة ، هذا مذهبنا وحكاه ابن المنذر عن الثورى والشافعى وأصحاب الرأى واسحاق [وقال] وبه أقول قال : وكرهه أبو مجلز ومالك •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(السنة ان يؤم القوم أقرؤهم وأفقههم لما روى ابو مسعود البدرى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله تعالى وأكثرهم قراءة ، فان كانت قراءتهم سواء فليؤمهم أقدمهم هجرة فان كانوا فى الهجرة سواء فليؤمهم أكبرهم سنا » وكان أكثر الصحابة رضى الله عنهم قراءة أكثرهم فقها لأنهم كانوا يقرأون الآية ويتعلمون أحكامها ولأن الصلاة تفتقر صحتها الى القراءة والفقه فقدم أهلهما (على غيرهما) فان زاد أحدهما فى القراءة أو الفقه قدم على الآخر وان زاد احدهما فى الفقه وزاد الآخر فى القراءة فالأفقه أولى ، لأنه ربما حدث فى الصلاة حادثة يحتاج الى الاجتهاد فان استويا فى الفقه والقراءة ففيه قولان ، قال فى القديم : يقدم الأشرف ، ثم الأقدم هجرة، ثم الأسن وهو الأصح لأنه قدم الهجرة على السن فى حديث أبى مسعود البدرى ، ولا خلاف أن الشرف مقدم على الهجرة ، فاذا قدمت الهجرة على السن فلأن يقدم عليه الشرف أولى ، وقال فى الجديد : يقدم الأسن ثم الأشرف ثم الأقدم هجرة لما روى مالك بن الحويرث أن النبى صلى الله عليه وسلم قال :

« صلوا كما رايتمونى أصلى وليؤذن لكم احدكم وليؤمكم اكبركم » ولأن الاكبر اخشع فى الصلاة فكان أولى ، والسن الذى يستحق به التقديم السن فى الاسلام ، فاما اذا شاخ فى الكفر ثم اسلم لم يقدم على شاب نشأ فى الاسلام ، والشرف الذى يستحق به التقديم ان يكون من قريش والهجرة أن يكون ممن هاجر من مكة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم او من اولادهم ، فان استويا فى ذلك فقد قال بعض المتقدمين : يقدم أحسنهم فمن أصحابنا من قال : احسنهم صورة ، ومنهم من قال : أراد احسنهم ذكرا) .

(الشرح) حديث أبى مسعود رواه مسلم باللفظ الذى ذكرته هنا ، واسم أبى مسعود عقبة بن عمرو الأنصاى سكن بدرا ولم يشهدها فى قول الأكثرين ، وقال المحمدون محمد بن شهاب الزهرى ومحمد بن اسحاق صاحب المغازى ومحمد بن اسماعيل البخارى : شهدها ، وأما حديث مالك بن الحويرث أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « صلوا كما رأيتمونى أصلى وليؤذن لكم أحدكم وليؤمكم أكبركم » فرواه البخارى .

(اما حكم المسالة) فقال أصحابنا : الأسباب المرجحة فى الامامة ستة : الفقه ، والقراءة ، والورع ، والسن ، والنسب ، والهجرة . قالوا : وليس المراد بالورع مجرد العدالة الموجبة لقبول الشهادة ، بل ما يزيد على ذلك من حسن السيرة والعفة ومجانبة الشبهات ونحوها ، والاشتهار بالعبادة .

وأما السن فالمعتبر سن مضى فى الاسلام فلا يقدم شيخ أسلم قريبا على شاب نشأ فى الاسلام أو أسلم قبله ، وهذا متفق عليه عند أصحابنا ، وحجته رواية مسلم فى صحيحه فى حديث أبى مسعود فأقدمهم اسلاما بدل سنا ، والصحيح أنه لا يعتبر الشيخوخة ، بل يعتبر تفاوت السن لظاهر الحديث ، وأشار بعضهم الى اعتبارها والصواب الأول ، وأما النسب فنسب قريش معتبر بالاتفاق ، وفى غيرهم وجهان .

(أحدهما) لا يعتبر غير قريش ، وأصحهما يعتبر كل نسب يعتبر فى الكفاءة كالعلماء والصلحاء ، فعلى هذا يقدم الهاشمى والمطلبى على سائر قريش ويتساويان هما فيقدم سائر قريش على سائر العرب ، وسائر العرب على العجم .

واحتج البيهقى وغيره لاعتبار النسب بحديث أبى هريرة رضى الله عنه

قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الناس تبع لقريش فى هذا الشأن مسلمهم تبع لمسلمهم وكافرهم تبع لكافرهم » رواه مسلم ، وهذا الحديث وان كان واردا فى الخلافة فيستنبط منه امامة الصلاة .

وأما الهجرة فيقدم من هاجر الى رسول الله صلى الله عليه وسلم على من لم يهاجر ، ومن تقدمت هجرته على من تأخرت ، وكذا الهجرة بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم من دار الحرب الى دار الاسلام معتبرة هكذا ، وأولاد من هاجر أو تقدمت هجرته يقدمون على غيرهم ، هذا جملة القول فى الترجيح ، فان اختص واحد بأحد الأسباب مع الاستواء فى الباقين من كل وجه قدم المختص ، ويقدم من له فقه وقراءة على من له أحدهما ، وكذا من له ثلاثة أسباب أو أكثر على من دونه .

وان تعارضت الأسباب ففيه خمسة أوجه (أصحها) عند جمهور أصحابنا وهو المنصوص الذى قطع به المصنف والأكثرون ونقله الشيخ أبو حامد عن الأصحاب أن الأفقه مقدم على الأقرأ والأورع وغيرهما ، لما ذكره المصنف ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والأوزاعى وأبو ثور .

(والوجه الثانى) الأقرأ مقدم على الجميع ، وهو قول ابن المنذر من أصحابنا وبه قال الثورى وأحمد واسحاق .

(والثالث) يستوى الأفقه والأقرأ ولا ترجيح لتعادل الفضيلتين فيهما وهذا ظاهر نصه فى المختصر .

(والرابع) يقدم الأورع على الأفقه والأقرأ وغيرهما ، قاله الشيخ أبو محمد الجوينى ، وجزم به البغوى والمتولى لأن معظم مقصود الصلاة الخشوع والخضوع والتدبر ورجاء اجابة الدعاء ، والأورع أقرب الى هذا ، وأما القراءة فهو عارف بالواجب منها والفقه يعرف منه المحتاج اليه غالبا ، أما ما يخاف حدوثه فى الصلاة من فهم يحتاج الى فقه كثير فأمر نادر لا يفوت مقصود الورع بأمر متوهم .

(والخامس) أن السن مقدم على الفقه وغيره حكاه الرافعى وهو غلط منابذ للسنة الصحيحة ولنص الشافعى والأصحاب والدليل ، واذا استويا فى

الفقه والقراءة ففيه طرق (أحدها) قاله الشيخ أبو حامد وآخرون يقدم السن والنسب على الهجرة فان تعارض سن ونسب كشاب قرشى وشيخ غير قرشى فالجديد : تقديم الشيخ ، والقديم : الشاب ، واختار جماعة هذا القديم .

(والطريق الثانى) وجزم به المتولى والبغوى يقدم الهجرة على النسب والسن وأيهما يقدم ؟ فيه القولان (والثالث) وهى طريقة المصنف وآخرين فيه قولان (الجديد) يقدم السن ثم النسب ثم الهجرة (والقديم) يقدم النسب ثم الهجرة ثم السن . وصحح المصنف القديم ، والمختار تقديم الهجرة ثم السن لحديث أبى مسعود .

وأما حديث مالك بن الحويرث فانما كان خطابا له ولرفقته ، وكانوا فى النسب والهجرة والاسلام متساوين ، وظاهر الحديث فى الصحيحين أنهم كانوا فى الفقه والقراءة سواء ، فانهم هاجروا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقاموا عنده عشرين ليلة فصحبوه صحبة واحدة . واشتركوا فى المدة والسماع والرؤية فالظاهر تساويهم فى جميع الخصال الا السن ، فلهذا قدمه، وهذه قضية غير محتملة لما ذكرته أو هو متعين فلا يترك حديث أبى مسعود الصريح المسوق لبيان الترجيح بهذا والله أعلم .

قال أصحابنا : فان تساويا فى جميع الصفات الست قدم بنظافة الثوب والبدن على الأوساخ ، وبطيب الصنعة وحسن الصوت وشبهها من الفضائل، ونقل المصنف والأصحاب عن بعض متقدمى العلماء أنه يقدم أحسنهم ، فقيل : أحسنهم وجها وقيل : أحسنهم ذكرا هكذا حكاه المصنف والأصحاب.

قال القاضى أبو الطيب : هذان التقسيمان وجهان لأصحابنا (أصحهما) الثانى وقال المتولى : يقدم بنظافة الثوب ، ثم حسن الصوت ثم حسن الصورة ، والمختار تقديم أحسنهم ذكرا ثم أحسنهم صوتا ثم حسن الهيئة .

وروى البيهقى حديثا أشار الى تضعيفه عن أبى زيد عمرو بن أخطب الأنصارى عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اذا كانوا ثلاثة فليؤمهم أقرؤهم لكتاب الله عز وجل فان كانوا فى القراءة سواء فأكبرهم سنا ، فان كانوا فى

السن سواء ، فأحسنهم وجها » وينكر على المصنف كونه حكاه عن بعض المتقدمين مع أنه حديث مرفوع ، وان كان ضعيفاً .

وحكى الشيخ أبو حامد ــ وجها أنه يقدم الأحسن وجهــا على الأورع والأكثر طاعة وهذا الوجه غلط فاحش جدا والله أعلم ، قال أصحابنا : واذا تساويا من كل وجه وسمح أحدهما بتقديم الآخر والا أقرع والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واذا اجتمع هؤلاء مع صاحب البيت فصاحب البيت أولى منهم ، لما روى أبو مسعود البدرى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يؤمن الرجل الرجل فى اهله ولا سلطانه ولا يجلس على تكرمته [فى بيته] الا باذنه » فان حضر مالك الدار والمستأجر فالمستأجر أولى . لأنه أحق بالتصرف فى المنافع ، وان حضر سيد العبد والعبد فى دار جعلها لسكنى العبد فالسيد أولى ، لأنه هو المالك فى الحقيقة ، وان اجتمع غير السيد مع العبد فى الدار فالعبد أحق بالتصرف ، وان اجتمع هؤلاء وامام المسجد فامام المسجد أولى ، لما روى أن ابن عمر رضى الله عنهما : « كان له مولى يصلى فى مسجد فحضر فقدمه مولاه ، فقال له ابن عمر : انت أحق بالامامة فى مسجدك » وان اجتمع امام المسلمين مع صاحب البيت أو مع امام المسجد فالامام أولى ، لأن ولايته عامة ، ولأنه راع وهم رعيته فكان تقديم الراعى أولى) .

(الشرح) حديث أبى مسعود رواه مسلم ، والتكرمة بفتح التاء وكسر الراء وهى ما يختص به الانســان من فراش ووسادة ونحوها . هــذا هو المشهور . قال القاضى أبو الطيب : وقيل هى المائدة . وروى مسلم لا يؤمن ولا يجلس بالياء المثناة تحت المضمومة على ما لم يسم فاعله ، وبالمثناة فوق المفتوحة على الخطــاب ، وأما الأثر المذكور عن ابن عمر فرواه الشــافعى والبيهقى باسناد حسن أو صحيح عن نافع عن ابن عمر .

وقوله : اجتمع هؤلاء مع صاحب البيت ومع العبد وأشباهه ، هذا مما أنكره الحريرى فى درة الغواص . وقال : لا يجوز اجتمع فلان مع فلان . وانما يقال : اجتمع فلان وفلان . وقد استعمل الجوهرى فى صحاحه اجتمع فلان مع فلان وقد أوضحته فى تهذيب اللغات .

قال أصحابنا رحمهم الله : اذا حضر الوالى فى محل ولايته قدم على جميع الحاضرين فيقدم على الأفقه والأقرأ والأورع ، وعلى صاحب البيت وامام

المسجد اذا أذن صاحب البيت ونحوه فى اقامة الصلاة فى ملكه فان لم يتقدم الوالى قدم من شاء ممن يصلح للامامة وان كان غيره أصلح منه لأن الحق فيها له فاختص بالتقدم والتقديم •

قال البغوى والرافعى : ويراعى فى الولاة تفاوت الدرجة فالامام الأعظم أولى من غيره ، ثم الأعلى فالأعلى من الولاة والحكام ، وحكى الرافعى قولا أن المالك أولى من الامام الأعظم ، وهذا شاذ غريب ضعيف جدا ، ولو اجتمع قوم لا والى معهم فى موضع ، فان كان مسجدا فامامه أحق ، وان كان غير مسجد أو كان مسجدا ليس فيه امام فساكن الموضع بحق أولى بالتقديم والتقدم من الأفقه وغيره ، سواء سكنه بملك أو اجارة أو عارية أو أسكنه سيده • ولو حضر شريكان فى البيت أو أحدهما والمستعير من الآخر لم يتقدم غيرهما الا باذنهما ولا أحدهما الا باذن الآخر ، فان لم يحضر الا أحدهما فهو أحق حيث يجوز انتفاعه ، ولو اجتمع المالك والمستأجر فوجهان (الصحيح) تقديم المستأجر ، وبه قطع المصنف والأكثرون لما ذكره المصنف (والثانى) المالك أحق لأن المستأجر انما يملك السكنى حكاه الرافعى ، وان اجتمع المعير والمستعير فوجهان ، الصحيح وبه قطع المصنف والجمهور المعير أحق (والثانى) المستعير أحق لأنه الساكن • حكاه الرافعى ، ولو حضر السيد وعبده الساكن فالسيد أولى بالاتفاق ، لما ذكره المصنف ، سواء المأذون له فى التجارة وغيره ، ولو حضر السيد والمكاتب فى دار المكاتب فالمكاتب أولى والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اجتمع مسافر ومقيم فالمقيم اولى ، لانه اذا تقدم المقيم اتموا كلهم فلا يختلفون ، واذا تقدم المسافر اختلفوا [فى الصلاة] ، وان اجتمع حر وعبد فالحر اولى لانه موضع كمال والحر اكمل ، وان اجتمع فاسق وعدل فالعدل اولى لأنه أفضل ، وان اجتمع ولد زنا وغيره فغيره أولى ، لانه كرهه عمر بن عبد العزيز ومجاهد • وان اجتمع بصير وأعمى فالمنصوص انهما سواء ، لأن فى الأعمى فضيلة وهو انه لا يرى ما يلهيه ، وفى البصير فضيلة وهو انه يجتنب النجاسة • وقال أبو اسحاق المروزى : الأعمى أولى ، وعندى أن البصير اولى لانه يجتنب النجاسة التى تفسد الصلاة • والأعمى يترك النظر الى ما يلهيه وذلك لا يفسد الصلاة به) •

(الشرح) هذه المسائل كلها كما قالها فى الأحكام والدلائل ، الا أن مسألة البصير والأعمى فيها ثلاثة أوجه مشهورة ، ذكر المصنف منها وجهين واختار الثالث لنفسه وهو ترجيح البصير وجعله اختيارا له ، ولم يحكه وجها للأصحاب • وهو وجه حكاه شيخه القاضى أبو الطيب فى تعليقه وصاحب التتمة والرافعى وآخرون (والصحيح) عند الأصحاب أن البصير والأعمى سواء • كما نص عليه الشافعى • وبه قطع الشيخ أبو حامد وآخرون • واتفقوا على أنه لا كراهة فى امامة الأعمى للبصراء •

قال أصحابنا : ويقدم العدل على فاسق أفقه وأقرأ منه • لأن الصلاة وراء الفاسق وان كانت صحيحة فهى مكروهة • قال أصحابنا : والبالغ أولى من الصبى وان كان أفقه وأقرأ لأن صلاة البالغ واجبة عليه • فهو أحرص على المحافظة على حدودها ، ولأنه مجمع على صحة الاقتداء به بخلاف الصبى • ولو اجتمع صبى حر وبالغ عبد فالعبد أولى لما ذكرناه • نقله القاضى أبو الطيب وآخرون فى كتاب الجنائز • ولو اجتمع حر غير فقيه [وعبد فقيه] فأيهما أولى ؟ فيه ثلاثة أوجه كالبصير والأعمى (الصحيح) تساويهما• قال أصحابنا : والحرة أولى من الأمة لأنها أكمل ولأنه يلزمها ستر رأسها •

(فرع) ذكر المصنف والأصحاب أن المقيم أولى من المسافر • فلو صلى المسافر بمقيم فهو خلاف الأولى • وهل هو مكروه كراهة تنزيه ؟ فيه قولان حكاهما البندنيجى والشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وآخرون •

وقال فى الأم : يكره ، وفى الاملاء لا يكره ، وهو الأصح ، لأنه لم يصح فيه نهى شرعى ، هذا اذا لم يكن فيهم السلطان أو نائبه ، فان كان فهو أحق بالامامة وان كان مسافرا • ذكره الشيخ أبو حامد والبندنيجى والقاضى أبو الطيب وآخرون • ولا خلاف فيه ، وكلام المصنف هنا وفى التنبيه محمول على اذا لم يكن فيهم السلطان ولا نائبه •

(فرع) قال البندنيجى وغيره : وامامة من لا يعرف أبوه كامامة ولد الزنا فيكون بخلاف الأولى ، وقال البندنيجى : هى مكروهة •

(فرع) الخصى والمجبوب كالفحل فى الامامة لا فضيلة لبعضهم على بعض ، ذكره البندنيجى وغيره •

(فـرع) فى مسائل تتعلق بالبـاب (احداها) الاقتـداء بأصحاب المذاهب المخالفين بأن يقتدى شافعى بحنفى ، أو مالكى لا يرى قراءة البسملة فى الفاتحة ، ولا ايجاب التشهد الأخير والصلاة على النبى صلى الله عليـه وسلم ولا ترتيب الوضـوء وشبه ذلك • وضابطه أن تكون صـلاة الامام صحيحة فى اعتقاده دون اعتقاد المأموم أو عكسه لاختلافهما فى الفروع ، فيه أربعة أوجه :

(أحدها) الصحة مطلقا • قاله القفال اعتبارا باعتقاد الامام (والثانى) لا يصح اقتداؤه مطلقا ، قاله أبو اسحاق الاسفراينى ، لأنه وان أتى بمـا نشترطه ونوجبه فلا يعتقد وجوبه فكأنه لم يأت به (والثالث) ان أتى بمـا نعتبره نحن لصحة الصلاة صح الاقتداء ، وان ترك شيئا منه أو شككنا فى تركه لم يصح (والرابع) وهو الأصح ، وبه قال أبو اسحاق المروزى والشيخ أبو حامـد الاسفراينى والبندنيجى والقـاضى أبو الطيب والأكثرون : ان حققنا تركه لشىء نعتبره لم يصح الاقتداء وان تحققنا الاتيـان بجميعه أو شككنا صح وهذا يغلب اعتقاد المأموم •

هذا حاصل الخلاف فيتفرع عليه : لو مس حنفى امرأة أو ترك طمأنينة أو غيرها صح اقتداء الشافعى به عند القفال وخالفه الجمهور وهو الصحيح ، ولو صلى الحنفي على وجه لا يعتقده والشافعى يعتقده بأن احتجم أو افتصد وصلى صح الاقتداء عند الجمهور وخالفهم القفال •

وقال الأودنى والحليمى الامامان الجليلان من أصحابنا : لو أم ولى الأمر أو نائبه وترك البسملة والمأموم يرى وجوبها ، صحت صلاته خلفه عالما كان أو ناسيا ، وليس له المفارقة لما فيه من الفتنة ، وقال الرافعى : وهذا حسن • ولو صلى حنفى خلف شافعى على وجه لا يعتقده الحنفى بأن افتصد ففيه الخلاف ان اعتبرنا اعتقاد الامام صح الاقتداء والا فلا • واذا صححنا اقتداء أحدهما بالآخر وصلى شافعى الصبح خلف حنفى ومكث الامام بعد الركوع قليـلا وأمكن المأموم القنوت قنت والا تابعه وترك القنوت ويسجد للسـهو على الأصح ، وهو اعتبار اعتقاد المأموم ، وان اعتبرنا اعتقاد الامام لم يسجد ، ولو صلى الحنفى خلف الشافعى الصبح فترك الامام القنوت وسجد للسهو

تابعه المأموم ، فان ترك الامام السجود سجد المأموم ان اعتبرنا اعتقاد الامام والا فلا .

(الثانية) لو صلت الأمة مكشوفة الرأس بحرائر مستترات صحت صلاة الجميع لأن رأسها ليست بعورة بخلاف الحرة ، نص عليه الشافعى ، واتفقوا عليه .

(الثالثة) لا تكره امامة العبد للعبيد ولا للأحرار ، ولكن الحر أولى . هذا مذهبنا ومذهب الجمهور . وقال أبو مجلز التابعى : تكره امامته مطلقا ، وهى رواية عن أبى حنيفة . وقال الضحاك : تكره امامته للأحرار ولا تكره للعبيد .

(الرابعة) قال أبو الطيب : لا يكره أن يؤم قوما فيهم أبوه أو أخ له أكبر منه ، هذا مذهبنا . وقال عطاء : يكره .

(الخامسة) قال المصنف والأصحاب : غير ولد الزنا أولى بالامامة منه . ولا يقال انه مكروه .

وأما قول الشيخ أبى حامد والعبدرى انه يكره عندنا وعند أبى حنيفة فتساهل منه فى تسميته مكروها ، وكرهه مجاهد وعمر بن عبد العزيز . وقال مالك والليث يكره أن يكون اماما راتبا . وقال الجمهور : لا بأس به ، ممن قال به عائشة أم المؤمنين وعطاء والحسن والزهرى والنخعى وعمرو بن دينار وسليمان بن موسى والثورى والأوزاعى وأحمد واسحاق وداود وابن المنذر .

باب موقف الامام

قال المصنف رحمه الله تعالى

(السنة أن يقف الرجل الواحد عن يمين الامام لما روى ابن عباس رضى الله عنهما قال : « بت عند خالتى ميمونة فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى فقمت عن يساره فجعلنى عن يمينه » فان وقف عن يساره رجع الى يمينه ، فان لم يحسن علمه الامام كما فعل النبى صلى الله عليه وسلم بابن عباس . فان جاء آخر أحرم عن يساره ثم يتقدم الامام او يتأخر المأمومان ، لما روى جابر قال : « قمت عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخذ بيدى فادارنى حتى اقامنى عن يمينه وجاء جبار بن صخر حتى قام عن يسار

رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخذ بأيدينا جميعا فدفعنا حتى أقامنا خلفه » ولأنه قبل أن يحرم الثانى لم يتغير موقف الأول ولا يزول عن موضعه . فان حضر رجلان اصطفا خلفه لحديث جابر ، وان حضر رجل وصبى اصطفا خلفه . لما روى أنس قال : « قام رسول الله صلى الله عليه وسلم وصففت انا واليتيم وراءه ، والعجوز من ورائنا فصلى بنا ركعتين » وان حضر رجال وصبيان يقدم الرجال لقوله صلى الله عليه وسلم « ليلينى منكم أولو الأحلام والنهى ، ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم » فان كانت معهم امرأة وقفت خلفهم لحديث أنس . وان كان معهم خنثى وقف الخنثى خلف الرجال ، والمرأة خلف الخنثى لأنه يجوز ان يكون امرأة فلا يقف مع الرجال) .

(الشرح) حديث ابن عباس رواه البخارى ومسلم ، وحديث جابر رواه مسلم وحديث أنس رواه البخارى ومسلم ، وحديث « ليلينى منكم أولو الأحلام والنهى » رواه مسلم من رواية عبد الله بن مسعود ، ومن رواية أبى مسعود الأنصارى البدرى عقبة بن عمرو ، وقوله صلى الله عليه وسلم « ليلينى » ضبطناه فى صحيح مسلم على وجهين (أحدهما) ليلنى بعد اللام نون مخففة ليس بينهما ياء (والثانى) ليلينى بزيادة ياء مفتوحة وتشديد النون فهذان الوجهان صحيحان ، ورووه فى صحيح مسلم بهما وربما قرأه بعض الناس باسكان الياء وتخفيف النون وهذا باطل من حيث الرواية فاسد من حيث العربية (قوله) صلى الله عليه وسلم « أولو الأحلام والنهى » معناه البالغون العقلاء الكاملون فى الفضيلة (قوله) عن يساره بفتح الياء وكسرها والفتح أفصح عند الجمهور وعكسه ابن دريد . والصبيان بكسر الصاد على المشهور وحكى ابن دريد كسرها وضمها ، والعجوز المذكور فى حديث أنس هى أم سليم كذا جاء مبينا فى صحيح البخارى وغيره ، واليتيم اسمه ضميرة بن سعد الحميرى المدنى وجبار بن صخر ــ بجيم مفتوحة ثم باء موحدة مشددة ــ وهو أبو عبد الله بن جبار بن صخر بن أمية الأنصارى السلمى ــ بفتح السين واللام ــ المدنى شهد العقبة وبدرا وأحدا والخندق وسائر المشاهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم توفى بالمدينة سنة ثلاثين رضى الله عنه .

(أما أحكام الفصل) ففيه مسائل (احداها) السنة أن يقف المأموم الواحد عن يمين الامام رجلا كان أو صبيا قال أصحابنا : ويستحب أن يتأخر عن مساواة الامام قليلا فان خالف ووقف عن يساره أو خلفه استحب له أن يتحول

الى يمينه ويحترز عن أفعال تبطل الصلاة ، فان لم يتحول استحب للامام أن يحوله لحديث ابن عباس ، فان استمر على اليسار أو خلفه كره وصحت صلاته عندنا بالاتفاق •

(الثانية) اذا حضر امام ومأمومان تقدم الامام واصطفا خلفه سواء كانا رجلين أو صبيين أو رجلا وصبيا • هذا مذهبنا ومذهب العلماء كافة الا عبد الله بن مسعود وصاحبيه علقمة والأسود فانهم قالوا : يكون الامام والمأمومان كلهم صفا واحدا ثبت هذا عن ابن مسعود فى صحيح مسلم •

دليلنا حديث جابر السابق قال أصحابنا : فان حضر امام ومأموم وأحرم عن يمينه ثم جاء آخر أحرم عن يساره ثم ان كان قدام الامام سعة وليس وراء المأمومين سعة تقدم الامام ، وان كان وراءهما سعة وليست قدامه تأخرا ، وان كان قدامه سعة ووراءهما سعة تقدم أو تأخرا ، وأيهما أفضل ؟ فيه وجهان (الصحيح) الذى قطع به الشيخ أبو حامد والأكثرون تأخرهما لأن الامام متبوع فلا ينتقل (والثانى) تقدمه قال القفال والقاضى أبو الطيب : لأنه يبصر ما بين يديه ولأنه فعل شخص فهو أخف من شخصين ، هذا اذا جاء المأموم الثانى فى القيام ، فان جاء فى التشهد والسجود فلا تقدم ولا تأخر حتى يقوموا ، ولا خلاف أن التقدم والتأخر لا يكون الا بعد احرام المأموم الثانى كما ذكرنا وقد نبه عليه المصنف بقوله ، ثم يتقدم الامام أو يتأخرا •

(**فرع**) قال الشافعى رحمه الله فى الأم : لو وقف المأموم عن يسار الامام أو خلفه كرهت ذلك لهما ، ولا اعادة قال : ولو أم اثنين فوقفا عن يمينه أو يساره أو أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره أو أحدهما بجنبه والآخر خلفه ، أو أحدهما خلفه والآخر خلف الأول كرهت ذلك ولا اعادة ولا سجود سهو لحديث ابن عباس وأنس هذا نصه • واتفق الأصحاب عليه•

(الثالثة [1]) اذا حضر كثيرون من الرجال والصبيان يقدم الرجال ثم الصبيان ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور وفيه وجه حكاه الشيخ أبو حامد والبندنيجى والقاضى أبو الطيب وصاحبا المستظهرى والبيان

---

(١) اى المسألة الثالثة (ط) •

وغيرهم أنه يستحب أن يقف بين كل رجلين صبى ليتعلموا منهم أفعال الصلاة، والصحيح الأول لقوله صلى الله عليه وسلم « ليلنى منكم أولوا الأحلام والنهى ثم الذين يلونهم » .

وأما تعلم الصلاة فيمكن وان كانوا خلفهم ، وان حضر رجال وصبيان وخنائى ونساء تقدم الرجال ثم الصبيان ثم الخنائى ثم النساء لما ذكره المصنف ، فان حضر رجال وخنثى وامرأة وقف الخنثى خلف الرجال وحده ، والمرأة خلفه وحدها ، فان كان معهم صبى دخل فى صف الرجال ، وان حضر امام وصبى وامرأة وخنثى وقف الصبى عن يمينه والخنثى خلفهما والمرأة خلفه .

(فرع) هذا الذى ذكرناه كله فى موقف الرجال غير العراة ، فان كانوا عراة فقد سبق فى باب ستر العورة أنه ان كانوا عميا أو فى ظلمة صلوا جماعة ويقدم عليهم امامهم ، وان كانوا بصراء فى ضوء فهل الأفضل أن يصلوا جماعة أو فرادى ؟ فيه خلاف ، فان قلنا : جماعة وقف امامهم وسطهم وسبق هناك أيضا أن النساء الخلص العاريات والكاسيات تقف امامتهن وسطهن ، ولو صلى خنثى بنسوة تقدم عليهن ، قال أصحابنا : هذا كله مستحب ومخالفته مكروهة ولا تبطل الصلاة .

(فرع) السنة عندنا أن يقف المأموم الواحد عن يمين الامام كما ذكرنا وبهذا قال العلماء كافة الا ما حكاه القاضى أبو الطيب وغيره عن سعيد ابن المسيب أنه يقف عن يساره ، وعن النخعى أنه يقف وراءه الى أن يريد الامام أن يركع ، فان لم يجىء مأموم آخر تقدم فوقف عن يمينه ، وهذان المذهبان فاسدان ودليل الجمهور حديث ابن عباس وحديث جابر وغيرهما .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والسنة أن لا يكون موضع الامام أعلا من موضع المأموم ، لما روى أن حذيفة « صلى على دكان والناس أسفل منه فجذبه سلمان حتى أقامه ، فلما انصرف قال : أما علمت أن اصحابك يكرهون أن يصلى الامام على شىء وهم أسفل منه ؟ قال حذيفة : بلى قد ذكرت حين جذبتنى » وكذلك لا يكون موضع المأموم أعلا من موضع الامام لأنه اذا كره أن يعلو الامام فلأن يكره أن يعلو المأموم اولى ، فان أراد الامام تعليم المأمومين أفعال الصلاة فالسنة أن يقف على موضع

عال لما روى سهل بن سعد رضى الله عنه قال : « صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على المنبر (١) فكبر وكبر الناس وراءه فقرأ وركع وركع الناس خلفه ثم رفع ثم رجع القهقرى فسجد على الأرض ثم عاد الى المنبر ، ثم قرأ ثم ركع ثم رفع رأسه ثم رجع القهقرى حتى سجد بالأرض ثم أقبل على الناس فقال : انما صنعت هذا لتأتموا بى ولتعلموا صلاتى » ولأن الارتفاع فى هذه الحالة أبلغ فى الاعلام فكان أولى) .

(الشرح) حديث سهل بن سعد رواه البخارى ومسلم من طرق (وقوله) لتعلموا ــ بفتح العين وتشديد اللام ــ أى تعلموا صفتها ، وأما قصة حذيفة وسلمان فهكذا وقع فى المهذب أن سلمان جذب حذيفة ، وقد رواه البيهقى فى السنن الكبير هكذا باسناد ضعيف جدا ، والمشهور المعروف فجذبه أبو مسعود وهو البدرى الأنصارى ، هكذا رواه الشافعى وأبو داود والبيهقى ، ومن لا يحصى من كبار المحدثين ومصنفيهم ، واسناده صحيح ، ويقال جذب وجبذ لغتان مشهورتان (قوله) فلأن يكره هو بفتح اللام ، وسبق فى كتاب الطهارة ايضاحه والقهقرى ــ بفتح القافين ــ المشى الى خلف .

قال أصحابنا : يكره أن يكون موضع الامام أو المأموم أعلا من موضع الآخر فان احتيج اليه لتعليمهم أفعال الصلاة أو ليبلغ المأموم القوم تكبيرات الامام ونحو ذلك استحب الارتفاع لتحصيل هذا المقصود ، هذا مذهبنا وهو رواية عن أبى حنيفة ، وعنه رواية أنه يكره الارتفاع مطلقا ، وبه قال مالك والأوزاعى ، وحكى الشيخ أبو حامد عن الأوزاعى أنه قال : تبطل به الصلاة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(السنة ان تقف امامة النساء وسطهن ، لما روى ان عائشة وام سلمة أمتا نساء فقامتا وسطهن . وكذا اذا اجتمع الرجال وهم عراة فالسنة ان يقف الامام وسطهن لأنه أستر) .

(الشرح) هذا الفصل سبق شرحه قريبا ، وحديثا امامة عائشة وأم سلمة رواهما الشافعى فى مسنده ، والبيهقى فى سننه باسنادين حسنين ،

---

(١) فى النسخة المطبوعة من المهذب (على المنبر والناس وراءه فجعل يصلى عليه ثم يركع ثم يرفع ثم يرجع القهقرى ويسجد على الأرض ثم يرفع فيرقى عليه فقال : أيها الناس انما صنعت هكذا كيما ترونى فتأتموا بى) (ط) .

ويقال : وسط الصف باسكان السين ، قال الجوهرى : تقول : جلست وُسط القوم بالاسكان لأنه ظرف ، وجلست وسط الدار بالفتح لأنه اسم ، قال : وكل موضع يصلح فيه بين فهو وسط بالاسكان ، وما لا يصلح فهو بالفتح ، وربما سكن وليس بالوجه وقال الأزهرى : كل ما كان بين بعضه من بعض كوسط الفلاة والصف والمسبحة وحلقة الناس فهو وسط بالاسكان ، وما كان مصمتا لا يبين كالدار والساحة والراحة فوسط بالفتح ، قال : وأجازوا فى المفتوح الاسكان ولم يجيزوا فى الساكن الفتح والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان خالفوا فيما ذكرناه فوقف الرجل عن يسار الامام او خلفه وحده او وقفت المراة مع الرجل او امامه لم تبطل الصلاة لما روى ان ابن عباس رضى الله عنهما « وقف عن يسار النبى صلى الله عليه وسلم فلم تبطل صلاته » واحرم ابو بكرة خلف الصف ، وركع ثم مشى الى الصف فقال له النبى صلى الله عليه وسلم « زادك الله حرصا ولا تعد » ولأن هذه المواضع كلها مواقف لبعض المامومين فلا تبطل الصلاة بالانتقال اليها) .

(الشرح) حديث ابن عباس ثابت من طرق فى صحيح البخارى ومسلم، وحديث أبى بكرة رواه البخارى ومسلم من رواية أبى بكرة . وينكر على المصنف قوله فى حديث ابن عباس : روى بصيغة التمريض ، الموضوعة للضعيف ، وقد سبق مرات التنبيه على مثل هذا ، وقوله صلى الله عليه وسلم لأبى بكرة : ولا تعد بفتح التاء وضم العين ــ قيل معناه لا تعد الى الاحرام خارج الصف ، وقيل : لا تعد الى التأخر عن الصلاة الى هذا الوقت ، وقيل : لا تعد الى اتيان الصلاة مسرعا .

(اما احكام الفصل) فقد سبق مقصودها فى أوائل الباب وحاصله أن المواقف المذكورة كلها على الاستحباب ، فان خالفوها كره وصحت الصلاة لما ذكره المصنف ، وكذا لو صلى الامام أعلا من المأموم وعكسه لغير حاجة ، وكذا اذا تقدمت المرأة على صفوف الرجال بحيث لم تتقدم على الامام أو وقفت بجنب الامام أو بجنب مأموم صحت صلاتها وصلاة الرجال بلا خلاف عندنا ، وكذا لو صلى منفردا خلف الصف مع تمكنه من الصف كره وصحت صلاته .

(فـرع) اذا وجد الداخل فى الصف فرجة أو سعة دخلها ، وله أن يخرق الصف المتأخر اذا لم يكن فيه فرجة وكانت فى صف قدامه لتقصيرهم بتركها ، فان لم يجد فرجة ولا سعة ففيه خلاف حكوه وجهين ، والصـــواب أنه قولان •

(أحدهما) يقف منفردا ولا يجـــذب أحدا ، نص عليه فى البويطى لئلا يحرم غيره فضيلة الصف السابق ، وهذا اختيار القاضى أبى الطيب •

(والثانى) وهـــو الصحيح ، ونقله الشـــيخ أبو حامد وغيره عن نص الشافعى وقطع به جمهور أصحابنا أنه يستحب أن يجبذ الى نفسه واحدا من الصف ويستحب للمجذوب مساعدته • قالوا : ولا يجذبه الا بعد احرامه لئلا يخرجه عن الصف لا الى صف ، وانما استحب للمجذوب الموافقة ليحصل لهذا فضيلة صف وليخرج من خلاف من قال من العلماء : لا تصح صـــلاة منفرد خلف الصف ، ويستأنس فيه أيضا بحديث مرسل ذكره أبو داود فى المراسيل والبيهقى عن مقاتل بن حيان أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ان جاء فلم يجـــد أحدا فليحتلج اليه رجلا من الصف فليقم معه فما أعظم أجر المحتلج » •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى صلاة المنفرد خلف الصف

قد ذكرنا أنها صحيحة عندنا مع الكراهة ، وحكاه ابن المنذر عن الحسن البصرى ومالك والأوزاعى وأصحاب الرأى ، وحكاه أصحابنا أيضـــا عن زيد بن ثابت الصحابى والثورى وابن المبارك وداود ، وقالت طائفة : لا يجوز ذلك حكاه ابن المنذر عن النخعى والحكم والحسن بن صالح وأحمد واسحاق قال : وبه أقول ، والمشهور عن أحمد واسحاق أن المنفرد خلف الصف يصح احرامه ، فان دخل فى الصف قبل الركوع صحت قدوته والا بطلت صلاته •

واحتج لهؤلاء بحديث وابصة بن معبد رضى الله عنه « أن رســـول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يصلى خلف الصف وحده فأمره أن يعيـــد الصلاة » رواه أبو داود والترمذى ، وقال : حديث حسن •

قال ابن المنذر : ثبت هذا الحديث عند أحمد واسحاق ، وعن على بن

شيبان قال « صلينا خلف النبى صلى الله عليه وسلم فانصرف فرأى رجلا يصلى خلف الصف فوقف نبى الله صلى الله عليه وسلم حتى انصرف الرجل فقال له : استقبل صلاتك لا صلاة للذى خلف الصف » رواه ابن ماجه باسناد حسن .

واحتج أصحابنا بحديث أبى بكرة . وبحديث ابن عباس ، وحملوا الحديثين الواردين بالاعادة على الاستحباب جمعا بين الأدلة ، وقوله صلى الله عليه وسلم « لا صلاة للذى خلف الصف » أى لا صلاة كاملة كقوله صلى الله عليه وسلم « لا صلاة بحضرة الطعام » ويدل على صحة التأويل أنه صلى الله عليه وسلم انتظره حتى فرغ ، ولو كانت باطلة لما أقره على الاستمرار فيها ، وهذا واضح .

(فرع) فى مذاهبهم فى الجذب من الصف : قد ذكرنا أن الصحيح عندنا أن الداخل اذا لم يجد فى الصف سعة جذب واحدا بعد احرامه واصطف معه وحكاه ابن المنذر عن عطاء والنخعى وحكى عن مالك والأوزاعى وأحمد واسحاق كراهته وبه قال أبو حنيفة وداود .

(فرع) صلاة المرأة قدام رجل وبجنبه مكروهة ، ويصح صلاتها وصلاة المأمومين الذين تقدمت عليهم أو حاذتهم عندنا وعند الجمهور ، وقال أبو حنيفة : هى باطلة ، وقد سبقت المسألة مبسوطة فى آخر باب استقبال القبلة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان تقدم المأموم على الامام ففيه قولان ، قال فى القديم : لا تبطل صلاته كما لو وقف خلف الامام وحده ، وقال فى الجديد : تبطل لانه وقف فى موضع ليس موقف مؤتم بحال ، فاشبه اذا وقف فى موضع نجس) .

(الشرح) اذا تقدم المأموم على امامه فى الموضع فقولان مشهوران ، الجديد الأظهر لا تنعقد ، وان كان فى أثنائها بطلت ، والقديم انعقادها ، وان كان فى أثنائها لم تبطل ودليلهما فى الكتاب . وان لم يتقدم لكن ساواه لم تبطل بلا خلاف لكن يكره والاعتبار فى التقدم والمساواة بالعقب على المذهب

وبه قطع الجمهور فلو تساويا فى العقب وتقدمت أصابع المأموم لم يضره وان تقدمت عقبه وتأخرت أصابعه عن أصابع الامام فعلى القولين ، وقيل يصح قطعا حكاه الرافعى وآخرون وقال فى الوسيط : الاعتبار بالكعب ، والمذهب المعروف الأول .

ولو شك هل تقدم على امامه ؟ فوجهان (الصحيح) المنصوص فى الأم — وبه قطع المحققون — تصح صلاته قولا واحدا بكل حال ، لأن الأصل عدم المفسد (والثانى) ان كان جاء من خلف الامام صحت لأن الأصل عدم تقدمه وان جاء من قدامه لم يصح على الجديد . لأن الأصل بقاء تقدمه ، هذا كله فى غير المسجد الحرام أما اذا صلوا فى المسجد الحرام فالمستحب أن يقف الامام خلف المقام ، ويقفوا مستديرين بالكعبة بحيث يكون الامام أقرب الى الكعبة منهم ، فان كان بعضهم أقرب اليها منه وهو فى جهة الامام ففى صحة صلاته القولان الجديد : بطلانها . والقديم . صحتها ، وان كان فى غير جهته فطريقان المذهب : القطع بصحتها ، وهو نصه فى الأم وبه قطع الجمهور .

(والثانى) فيه القولان حكاه الأصحاب عن أبى اسحاق المروزى ، ولو وقف الامام والمأموم جميعا فى الكعبة . فان كان المأموم قدامه فى جهته مستقبلها ففيه القولان ، وان كان وراءه أو بجنبه أو مستقبله أو ظهره الى ظهره صح اقتداؤه ان لم يكن أقرب الى الجدار بلا خلاف وكذا ان كان أقرب على المذهب . وبه قطع الجمهور وقال أبو اسحاق : فيه القولان ، ولو وقف الامام فى الكعبة والمأموم خارجها جاز وله التوجه الى أى جهة شاء . وان وقف الامام خارجها والمأموم فيها أو على سطحها وبين يديه سترة جاز أيضا ، نص عليه لكن ان توجه الى الجهة التى توجه اليها الامام عاد القولان . والله أعلم .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى تقدم موقف المأموم

قد ذكرنا أن الصحيح من مذهبنا أن الصلاة تبطل به ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد ، وقال مالك واسحاق وأبو ثور وداود : يجوز ، هكذا حكاه أصحابنا عنهم مطلقا . وحكاه ابن المنذر عن مالك واسحاق وأبى ثور اذا ضاق الموضع .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والمستحب أن يتقدم الناس فى الصف الأول لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لو يعلمون (١) ما فى الصف المقدم لكانت قرعة » وروى البراء رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ان الله وملائكته يصلون على الصف الأول » والمستحب ان يعتمدوا يمين الامام لما روى البراء قال « كان يعجبنا عن يمين رسول الله صلى الله عليه وسلم لأنه كان يبدأ بمن عن يمينه فيسلم عليه » فان وجد فى الصف الأول فرجة استحب أن يسدها ، لما روى أنس رضى الله عنه قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتموا الصف الأول ، فان كان نقص ففى المؤخر ») .

(الشرح) حديث أبى هريرة رواه البخارى ومسلم ، وحديث البراء الأول صحيح رواه أبو داود باسناد صحيح وقال فيه : الصفوف الأول ، وحديث البراء الثانى رواه مسلم ولفظه « كنا اذا صلينا خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم أحببنا أن نكون عن يمينه يقبل علينا بوجهه » وحديث أنس رواه أبو داود باسناد حسن .

واتفق أصحابنا وغيرهم على استحباب الصف الأول والحث عليه ، وجاءت فيه أحاديث كثيرة فى الصحيح ، وعلى استحباب يمين الامام وسد الفرج فى الصفوف واتمام الصف الأول ثم الذى يليه ثم الذى يليه الى آخرها ، ولا يشرع فى صف حتى يتم ما قبله ، وعلى أنه يستحب الاعتدال فى الصفوف . فاذا وقفوا فى الصف لا يتقدم بعضهم بصدره أو غيره ولا يتأخر عن الباقين ، ويستحب أن يوسطوا الامام ويكشفوه من جانبيه لحديث أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم « وسطوا الامام وسدوا الخلل » ويستحب أن يفسح لمن يريد الدخول فى الصف لحديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أقيموا الصلاة وحاذوا بين المناكب وسدوا الخلل ولينوا بأيدى اخوانكم ولا تذروا فرجات للشيطان ، ومن وصل صفا وصله الله ، ومن قطع صفا قطعه الله » رواه أبو داود باسناد صحيح .

(فرع) قد ذكرنا أنه يستحب الصف الأول ، ثم الذى يليه ، ثم الذى يليه الى آخرها ، وهذا الحكم مستمر فى صفوف الرجال بكل حال ،

---

(١) فى بعض النسخ (لو تعلمون ما فى الصف الأول) (ط) .

وكذا فى صفوف النساء المنفردات بجماعتهن عن جماعة الرجال . أما اذا صلت النساء مع الرجال جماعة واحدة وليس بينهما حائل فأفضل صفوف النساء آخرها لحديث أبى هريرة قال : قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) « خير صفوف الرجال أولها وشرها آخرها ، وخير صفوف النساء آخرها ، وشرها أولها » رواه مسلم .

واعلم أن المراد بالصف الأول الصف الذى يلى الامام ، سواء تخلله منبر ومقصورة وأعمدة وغيرها أم لا ، وعن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « رأى فى أصحابه تأخرا فقال لهم : تقدموا فائتموا بى وليأتم بكم من بعدكم . لا يزال قوم يتأخرون حتى يؤخرهم الله » رواه مسلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان تباعدت الصفوف أو تباعد الصف الأول عن الامام نظرت فان كان لا حائل بينهما وكانت الصلاة فى المسجد وهو عالم بصلاة الامام صحت الصلاة لأن كل موضع من المسجد موضع الجماعة ، وان كان فى غير المسجد فان كان بينه وبين الامام أو بينه وبين آخر صف مع الامام مسافة بعيدة لم تصح صلاته، فان كانت مسافة قريبة صحت صلاته ، وقدر الشافعى رحمه الله القريب بثلاثمائة ذراع والبعيد ما زاد على ذلك ، لأن ذلك قريب فى العادة ، وما زاد بعيد ، وهل هو تقريب أو تحديد ؟ فيه وجهان (أحدهما) أنه تحديد ، فلو زاد على ذلك ذراع لم يجزه (والثانى) أنه تقريب فان زاد ثلاثة أذرع جاز .

وان كان بينهما حائل نظرت فان كانت الصلاة فى المسجد بأن كان أحدهما فى المسجد والآخر على سطحه أو فى بيت منه لم يضر ، وان كان فى غير المسجد نظرت فان كان الحائل يمنع الاستطراق والمشاهدة لم تصح صلاته ، لما روى عن عائشة رضى الله عنها « أن نسوة كن يصلين فى حجرتها بصلاة الامام فقالت : لا تصلين بصلاة الامام فانكن دونه فى حجاب » وان كان بينهما حائل يمنع الاستطراق دون المشاهدة كالشباك ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يجوز لأن بينهما حائلا يمنع الاستطراق فأشبه الحائط (والثانى) يجوز لأنه يشاهدهم فهو كما لو كان معهم ، وان كان بين الامام والمأموم نهر ففيه وجهان . قال أبو سعيد الاصطخرى : لا يجوز لأن الماء يمنع الاستطراق فهو كالحائط ، والمذهب انه يجوز لأن الماء لم يخلق للحائل وانما خلق للمنفعة فلا يمنع الائتمام كالنار) .

(**الشرح**) للامام والمأموم فى المكان ثلاثة أحوال (أحدها) أن يكونا فى مسجد فيصح الاقتداء ، سواء قربت المسافة بينهما أم بعدت لكبر المسجد ، وسواء اتحد البناء أم اختلف كصحن المسجد وصفته وسرداب فيه ، وبئر ، مع سطحه وساحته والمنارة التى هى من المسجد • تصح الصلاة فى كل هذه الصور وما أشبهها اذا علم صلاة الامام ولم يتقدم عليه ، سواء كان أعلا منه أو أسفل • ولا خلاف فى هذا •

ونقل أصحابنا فيه اجماع المسلمين ، وهذا الذى ذكرناه فى سطح المسجد هو اذا كان سطحه منه ، فان كان مملوكا فهو كملك متصل بالمسجد وقف أحدهما فيه والآخر فى المسجد وسيأتى فى الحال الثالث ان شاء الله تعالى •

وشرط البناءين فى المسجد أن يكون باب أحدهما نافذا الى الآخر والا فلا يعدان مسجدا واحدا ، واذا وجد هذا الشرط فلا فرق بين أن يكون الباب بينهما مفتوحا أو مردودا ، مغلقا أو غير مغلق ، وفى وجه ضعيف ان كان مغلقا لم يصح الاقتداء ، ووجه آخر أنه اذا كان أحدهما فى المسجد والآخر على سطحه وباب المرقاة مغلق لم يصح الاقتداء حكاهما الرافعى وهما شاذان والمذهب ما سبق ، أما المساجد المتلاصقة التى يفتح بعضها الى بعض فلها حكم مسجد واحد فيصح الاقتداء ، وأحدهما فى ذا والآخر فى ذاك ، هكذا أطلقه الشيخ أبو حامد والبندنيجى والقاضى أبو الطيب وصاحبا الشامل والتتمة والجمهور •

وقال الشيخ أبو محمد الجوينى : ان انفرد كل واحد من المسجدين بامام ومؤذن وجماعة فلكل واحد منهما مع الآخر حكم الملك المتصل بالمسجد كما سنذكره ان شاء الله تعالى والمذهب الأول • ولو كانا فى مسجدين يحول بينهما نهر أو طريق أو حائط المسجد غير باب نافذ من أحدهما الى الآخر فهو كملك متصل بالمسجد ، ولو كان فى المسجد نهر فان حفر بعد المسجد فهو مسجد فلا يضر ، وان حفر قبل مصيره مسجدا فهما مسجدان غير متصلين ، أما رحبة المسجد فقال الرافعى : عدها الأكثرون منه ولم يفرقوا بين أن يكون بينها وبين المسجد طريق أم لا • وقال ابن كج : ان انفصلت فهى كمسجد آخر ، والمذهب الأول ، فقد نص الشافعى والأصحاب على

صحة الاعتكاف فيها ، قال البندنيجي : ورحبة المسجد هي البناء المبنى له حوله متصلا به ، وقال القاضي أبو الطيب : هي ما حواليه .

(الحال الثاني) أن يكون الامام والمأموم في غير مسجد . وهو ضربان .

(أحدهما) أن يكونا في فضاء من صحراء أو بيت واسع ونحوه فيصح الاقتداء بشرط أن لا يزيد ما بينهما على ثلاثمائة ذراع ، وهل هو تحديد أم تقريب ؟ فيه طريقان حكاهما الشيخ أبو حامد وغيره (أحدهما) أنه تقريب وجها واحدا ، ونقله أبو حامد عن عامة أصحابنا (وأصحهما) وأشهرهما فيه وجهان ذكرهما المصنف والأصحاب (أصحهما) تقريب ، وهو نصه في الأم والمختصر .

قال الشيخ أبو حامد : هو قول عامة أصحابنا وهو الصحيح ، وهذا التقدير مأخوذ من العرف على الصحيح وقول الجمهور منهم أبو علي بن خيران وأبو الطيب بن سلمة وأبو حفص بن الوكيل ، وفيه وجه مشهور أنه مأخوذ مما بين الصفين في صلاة الخوف .

حكى البندنيجي هذا الوجه عن ابن سريج وأبي اسحاق وغيرهما فاذا قلنا تقريب فزاد على ثلاثمائة أذرعا يسيرة كثلاثة ونحوها لم يضر ، وان قلنا تحديد ضر . ولو وقف خلف الامام شخصان أو صفان أحدهما وراء الآخر اعتبرت هذه المسافة بين الصف الأخير والصف الأول ، أو الشخص الأخير والأول حتى لو كثرت الصفوف وبلغ ما بين الامام والصف الأخير أميالا جاز بشرط أن لا يزيد ما بين كل صف أو شخص وبين من قدامه على ثلاثمائة ذراع ؛ وفيه وجه مذكور في الطريقتين أنه يعتبر هذه المسافة بين الامام والصف الأخير اذا لم تكن الصفوف القريبة من الامام متصلة على العادة ، وهذا ضعيف ؛ واتفق الأصحاب على تضعيفه ؛ والصحيح الأول .

ولو وقف عن يمين الامام أو يساره ولم يتقدم عليه رجل أو صف صح ان لم يزد ما بينه وبين الامام على ثلاثمائة ذراع ، فان وقف آخر عن يمين الواقف عن يمين الامام على ثلاثمائة ذراع من المأموم الأول ثم ثالث على يمين الثاني على ثلاثمائة ذراع ؛ وهكذا رابع وخامس وأكثر صحت

صلاة الجميع كما اذا كانوا خلفه ؛ وهذا متفق عليه ، ويجيء فيه الوجه السابق فى اعتبار هذه المسافة من الامام اذا لم تتصل الصفوف القريبة بالامام على العادة ، وعلى هذا لو وقف واحد عن يمين الامام على ثلاثمائة ذراع وآخر عن يساره كذلك وآخر وراءه كذلك ؛ ثم وراء كل واحد أو عن جنبه آخر أو صف على هذه المسافة ؛ ثم آخر ، ثم آخر وكثروا صحت صلاة الجميع اذا علموا صلاة الامام .

أما اذا حال بين الامام والمأموم أو بين الصفين نهر فى الفضاء فان أمكن العبور من أحد طرفيه الى الآخر بلا سباحة بالوثوب أو الخوض أو العبور على جسر صح الاقتداء بالاتفاق ، وان احتاج الى سباحة أو كان بينهما شارع مطروق فوجهان الصحيح باتفاقهم لا يضر ؛ بل يصح الاقتداء لحصول المشاهدة . والماء لا يعد حائلا ، وكما لو حال بينهما نار فان الاقتداء صحيح بالاتفاق . قال أصحابنا : وسواء فى الأحكام المذكورة كان الفضاء مواتا أو ملكا أو وقفا بعضه مواتا وبعضه ملكا . وحكى الخراسانيون وجها أنه يشترط فى الساحة المملوكة اتصال الصفوف بحيث لا يكون بين كل صف والذى قدامه أكثر من ثلاث أذرع ؛ ووجها حكاه البغوى وغيره يشترط ذلك فى الملكين لشخصين لا فى ملك الواحد ، والصحيح المشهور لا يشترط ذلك مطلقا ، وبه قطع العراقيون وكثيرون من الخراسانيين ، وسواء فى هذا كله كان الفضاء محوطا عليه أو مسقفا كالبيوت الواسعة أو غير ذلك .

(الضرب الثانى) أن يكونا فى غير فضاء ، فاذا وقف أحدهما فى صحن دار أو صفتها والآخر فى بيت منها فقد يقف المأموم عن يمين الامام ووراءه وخلفه وفيه طريقان (احداهما) قالها القفال وأصحابه وابن كج ؛ وحكاها أبو على الطبرى فى الافصاح عن بعض الأصحاب أنه يشترط فيما اذا وقف من أحد الجانبين أن يتصل الصف من البناء الذى فيه الامام بالذى فيه المأموم ، بحيث لا يبقى فرجة تسع واحدا ، فان بقيت فرجة لا تسع واقفا فوجهان (الصحيح) أنها لا تضر (والثانى) تضر ، فلو كان بينهما عتبة عريضة تسع واقفا اشترط وقوف مصل فيها فان لم يمكن الوقوف فيها فعلى الوجهين فى الفرجة اليسيرة ، الأصح : لا تضر وان وقف خلف الامام فوجهان

(أحدهما) لا يصح الاقتداء مطلقا (والصحيح) الصحة بشرط اتصال الصفوف وتلاحقها ، ومعنى اتصالها أن يقف شخص أو صف فى آخر بناء الامام وآخر فى أول بناء المأموم بحيث لا يكون بينهما أكثر من ثلاث أذرع والثلاثة للتقريب • قالوا : فلو زاد عليها ما لا يبين فى الحس لم يضر وهذا القدر هو المشروع بين الصفين فى كل حال ، ومعناه أن السنة أن لا يزاد ما بينهما عليه ، واذا وجد هذا الشرط فكان فى بناء المأموم بيت عن اليمين أو الشمال اعتبر الاتصال بتواصل المناكب كما سبق ، هذه طريقة القفال وموافقيه •

(الطريقة الثانية) طريقة أبى اسحاق المروزى وأصحابه وجمهور العراقيين، واختارها أبو على الطبرى وغيره ، وهى الصحيحة ، أن اختلاف البناء لا يضر ولا يشترط اتصال الصف من خلف ولا من اليمين والشمال ، بل المعتبر القرب والبعد على الضبط المذكور فى الصحراء ، فيصح اقتداء المأموم خلف الامام وبجنبه ما لم يزد ما بينه وبين آخر صف على ثلاثمائة ذراع كما سبق ، هذا اذا كان بين البناءين باب مفتوح ، فوقف مقابله رجل أو صف ، أو لم يكن جدار أصلا ــ كصحن مع صفة ــ فلو حال حائل يمنع الاستطراق والمشاهدة لم يصح الاقتداء باتفاق الطريقتين وان منع الاستطراق دون المشاهدة كالشباك فوجهان مشهوران (أصحهما) لا تصح لأنه يعد حائلا ، ممن صححه البندنيجى ، واذا صح اقتداء الواقف أو الواقفين فى البناء ــ اما لوجود الاتصال كما شرطه أصحاب الطريقة الأولى ، واما لعدم الزيادة على ثلاثمائة ذراع كما قاله أصحاب الثانية ــ صحت صلاة الصفوف والمنفرد خلفهم تبعا ، ولا يضر الحائل المانع من الاستطراق والمشاهدة بينهم وبين الامام ، لكن يكون الصفوف مع الواقف كالمأمومين مع الامام فى اعتبار الشرط السابق فيعتبر أن لا يحول بينهما مانع من الاستطراق والمشاهدة ، ويعتبر باقى ما سبق • ولو تقدم على الواقف المذكور واحد أو صف لم تصح صلاته وان تأخر عن سمت الامام الا اذا جوزنا تقدم المأموم على الامام • قال القاضى حسين وغيره : ولا يجوز أن تتقدم تكبيرة احرام الذين وراء الواقف عليه لأنهم لا يصح اقتداؤهم بالامام الا تبعا للواقف ، فيشترط أن يكون قد دخل فى الصلاة • أما اذا وقف الامام فى صحن الدار والمأموم فى مكان عال

منها كسطح وطرف صفة مرتفعة ونحوه أو بالعكس ففيما يحصل به الاتصال ويصح الاقتداء وجهان (أحدهما) قاله الشيخ أبو محمد الجوينى : ان كان رأس الواقف أسفل يحاذى ركبة الواقف فى العلو صح الاقتداء والا فلا (والثانى) وهو الصحيح الذى قطع به الجمهور ان حاذى رأس الأسفل قدم الأعلى صح الاقتداء ، والا فلا • قال امام الحرمين : الأول مزيف لا أصل له ، والاعتبار بمعتدل القامة حتى لو كان قصيرا أو قاعدا فلم تحاذ ــ ولو قام فيه معتدل القامة لحصلت المحاذاة ــ كفى • وحيث لا يمنع الانخفاض القدوة ؛ وكان بعض من يحصل بهم الاتصال على سرير وبعضهم على الأرض جاز • ولو كانا فى بحر والامام فى سفينة والمأموم فى أخرى وهما مكشوفتان فوجهان (أحدهما) قاله الاصطخرى يشترط أن تكون سفينته مشدودة بسفينة الامام (والثانى) وهو الصحيح وبه قطع الجمهور : لا يشترط ذلك ، وانما يشترط أن لا يزيد ما بينهما على ثلاثمائة ذراع كالصحراء ، قالوا : وتكون السفينتان كدكتين فى الصحراء والماء كالأرض ؛ وان كانتا مسقفتين أو احداهما فهما كالدارين والسفينة ذات البيوت كدار ذات بيوت ، وحكم المدرسة والرباط والخان حكم الدار ، لأنها لم تبن للصلاة بخلاف المسجد ، والسرادقات فى الصحراء كسفينة مكشوفة ، والخيام كالبيوت •

(الحال الثالث) أن يكون أحدهما فى المسجد والآخر خارجه ، فان وقف الامام فى مسجد والمأموم فى موات متصل به ــ فان لم يكن بينهما حائل ــ جاز اذا لم يزد ما بينهما على ثلاثمائة ذراع ، ومن أين تعتبر هذه الذرعان ؟ فيه ثلاثة أوجه الصحيح أنها تعتبر من آخر المسجد والثانى من آخر صف فى المسجد ، فان لم يكن فيه الا الامام فمن موقفه ؛ والثالث : من حريم المسجد الذى بينه وبين الموات ، وحريمه الموضع المتصل به المهيأ لمصلحته كانصباب الماء اليه وطرح القمامات فيه ، ولو كان بينهما جدار المسجد لكن الباب النافذ بينهما مفتوح فوقف فى مقابلته جاز ، فلو اتصل صف بالواقف فى المقابلة وراءه وخرجوا عن المقابلة صحت صلاتهم لاتصالهم بمن صلاته صحيحة فلو لم يكن فى الجدار باب أو كان ولم يكن مفتوحا ، أو كان مفتوحا ولم يقف فى قبالته بل عدل عنه فوجهان ، الصحيح أنه لا يصح الاقتداء لعدم الاتصال •

وبهذا قال جمهور أصحابنا المتقدمين • وقطـع به أكثر المصنفين (والثانى) قاله أبو اسحاق المروزى يصح الاقتداء ولا يكون حائط المسجد حائلا سواء كان قدام المأموم أو عن جنبه والمذهب أنه يمنع • وهذا الوجه مشهور عن أبى اسحاق فى كتب الأصحاب •

وقال البندنيجى : هـذا ليس بصحيح عن أبى اسحاق ، قال القـاضى أبو الطيب : هو ظاهر نص الشافعى فى الأم ، وبه قال أبو حنيفة •

وأما الحائل غير جدار المسجد فيمنع بلا خلاف ، ولو كان بينهما باب مغلق فهو كالجدار لأنه يمنع الاستطراق والمشاهدة ، فان كان مردودا غير مغلق فهو مانع من المشاهدة ، دون الاستطراق ، أو كان بينهما شباك فهو مانع من الاستطراق دون المشاهدة ، ففى الصورتين وجهان (أصحهما) عند الأكثرين أنه مانع ، وأصحهما عند القاضى أبى الطيب أنه ليس بمانع ، هذا كله فى الموات ، فلو وقف المأموم فى شارع متصل بالمسجد فوجهان الصحيح أنه كالموات (والثانى) يشترط اتصال الصف من المسجد بالطريق •

ولو وقف فى حريم المسجد ، قال البغوى : هو كالموات ، قال والفضاء المتصل بالمسجد لو كان مملوكا فوقف المأموم فيه لم يصح اقتـداؤه حتى يتصل الصف من المسجد بالفضاء ، قال : وكذا يشترط اتصال الصف من سطح المسجد بالسطح المملوك ، وكذا لو وقف فى دار مملوكة متصلة بالمسجد يشترط الاتصال بأن يقف واحد فى آخر المسجد متصل بعتبة الدار وآخر فى الدار متصل بالعتبة بحيث لا يكون بينهما موقف رجل •

هذا كلام البغوى وهذا الذى قاله فى الفضـاء ضعيف والصحيح أنه كالموات وأما ماذكره فى مسألة الدار فهو تفريع على طريقة القفال ، وقال أبو على الطبرى ومتابعوه : لا يشترط اتصال الصفوف اذا لم يكن حائل ، بل يصح الاقتداء اذا لم يزد ما بينهما على ثلاثمائة ذراع ، وهذا هو الصحيح كما سبق والله أعلم •

(فرع) فى بيان ما يتعلق بلفظ المصنف

(فقوله) فان تباعدت الصفوف عن الامام فان كان لا حائل بينهما وكانت الصلاة فى المسجد وهو عالم بصلاة الامام صحت صلاته • هكذا هو فى نسخ المهذب : فان كان لا حائل بينهما ، والصواب حذف هذه الزيادة لأنهما اذا كانا فى المسجد صحت الصلاة اذا علم صلاته ، سواء حال حائل أم لا ؟ وهذا لا خلاف فيه كما سبق ، وقوله : وقدر الشافعى القريب بثلاثمائة ذراع لأنه قريب فى العادة ، هذا اختيار منه للصحيح • وقول الجمهور ان هذا التقدير مأخوذ من العرف لا من صلاة الخوف ، وقد ذكرنا الخلاف فيه ، والذراع مؤنث ومذكر لغتان التأنيث أفصح ، واختار المصنف التذكير بقوله . فان زاد ثلاثة أذرع ولم يقل : ثلاث ، وقوله : والثانى أنه تقريب ، فان زاد ثلاثة أذرع جاز ، هذا ليس تحديدا للثلاثة بل الثلاثة ونحوها وما قاربها يعفى عنه على هذا الوجه ، كذا قاله الأصحاب وقد سبق بيانه (قوله) لما روى عن عائشة « أن نسوة كن يصلين فى حجرتها بصلاة الامام فقالت : انكن دونها فى حجاب » هذا الأثر ذكره الشافعى والبيهقى عن عائشة بغير اسناد •

(فرع) فى مسائل تتعلق بالباب

(احداها) يشترط أن لا تطول المسافة بين الامام والمأمومين اذا صلوا فى غير المسجد ، وبه قال جماهير العلماء ، وقدر الشافعى القرب بثلاثمائة ذراع ، وقال عطاء يصح مطلقا ، وان طالت المسافة ميلا وأكثر اذا علم صلاته•

(الثانية) لو حال بينهما طريق صح الاقتداء عندنا وعند مالك والأكثرين وقال أبو حنيفة : لا يصح لحديث رووه مرفوعا « من كان بينه وبين الامام طريق فليس مع الامام » وهذا حديث باطل لا أصل له ، وانما يروى عن عمر من رواية ليث بن أبى سليم عن تميم ، وليث ضعيف ، وتميم مجهول •

(الثالثة) لو صلى فى دار أو نحوها بصلاة الامام فى المسجد وحال بينهما حائل لم يصح عندنا ، وبه قال أحمد ، وقال مالك : تصح الا فى الجمعة ، وقال أبو حنيفة تصح مطلقا •

(الرابعة) يشترط لصحة الاقتداء علم المأموم بانتقالات الامام ، سواء صليا فى المسجد ، أو فى غيره أو أحدهما فيه والآخر فى غيره • وهذا مجمع عليه ، قال أصحابنا : ويحصل له العلم بذلك بسماع الامام أو من خلفه أو مشاهدة فعله أو فعل من خلفه ، ونقلوا الاجماع فى جواز اعتماد كل واحد من هذه الأمور فلو كان المأموم أعمى اشترط أن يصلى بجنب كامل ليعتمد موافقته مستدلا بها •

باب صلاة المريض

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا عجز عن القيام صلى قاعدا لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم قال لعمران بن الحصين : « صل قائما فان لم تستطع فقاعدا فان لم تستطع فعلى جنب » وكيف يقعد ؟ فيه قولان (احدهما) يقعد متربعا لأنه بدل عن القيام والقيام يخالف قعود الصلاة فيجب أن يكون بدله مخالفا له (والثانى) يقعد مفترشا لأن التربيع قعود العادة ؛ والافتراش قعود العبادة ، فكان الافتراش اولى ، فان لم يمكنه أن يركع ويسجد اومأ اليها وقرب وجهه الى الأرض على قدر طاقته فان سجد على مخدة اجزأه لأن ام سلمة رضى الله عنها سجدت على مخدة لرمد بها) •

(الشرح) حديث عمران رواه البخارى فى صحيحه ، وفعل أم سلمة رواه البيهقى باسناده : وقوله : أومأ هو بالهمزة والمخدة ــ بكسر الميم ــ سميت به لأنها توضع تحت الخد ، وأم سلمة سبق بيانها كنيت بابنها سلمة وهو صحابى •

(وأما الأحكام) فأجمعت الأمة على أن من عجز عن القيام فى الفريضة صلاها قاعدا ولا اعادة عليه ، قال أصحابنا : ولا ينقص ثوابه عن ثوابه فى حال القيام ، لأنه معذور ، وقد ثبت فى صحيح البخارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اذا مرض العبد أو سافر كتب له ما كان يعمل صحيحا مقيما » •

قال أصحابنا : ولا يشترط فى العجز أن لا يتأتى القيام ولا يكفى أدنى مشقة بل المعتبر المشقة الظاهرة ، فاذا خاف مشقة شديدة أو زيادة مرض أو

نحـو ذلك أو خاف راكب السـفينة الغرق أو دوران الرأس صلى قاعـدا ولا اعادة ، وقال امام الحرمين فى باب التيمم : الذى أراه فى ضبط العجز أن يلحقه بالقيام مشقة تذهب خشوعه لأن الخشوع مقصود الصـلاة والمذهب الأول ولو جلس للغزاة رقيب يرقب العدو فحضرت الصلاة ــ ولو قام لرآه العدو ، أو جلس الغزاة فى مكمن ، ولو قاموا لرآهم العدو وفسد التدبير ــ فلهم الصلاة قعودا ، والمذهب وجوب الاعادة لندوره .

وحكى المتولى قولا أن صلاة الكمين قاعدا لا تنعقد ، والمذهب الانعقاد. ولو خافوا أن يقصدهم العدو فصلوا قعودا ، قال المتولى : أجزأتهم بلا اعادة على الصحيح من الوجهين .

قال أصحابنا : واذا صلى قاعدا لعجزه فى الفريضة أو مع القدرة فى النافلة لم تتعين لقعوده هيئة مشترطة بل كيف قعد أجزأه لكن يكره الاقعاء ، وقد سبق بيانه فى باب صفة الصلاة ، ويكره أن يقعد مادا رجليه ، وأما الأفضل من الهيئات ففى غير حال القيام يقعد على الهيئة المستحبة للمصلى قائمـا فيتورك فى آخر الصلاة ويفترش فى سائر الجلسات .

وأما القعود الذى هو بدل القيام وفى موضعه ففى الأفضل منه قولان ووجهان (أصح القولين) وهو أصح الجميع يقعد مفترشا ، وهو رواية المزنى وغيره ، وبه قال أبو حنيفة وزفر (والثانى) متربعـا ، وهو رواية البويطى وغيره ، وبه قال مالك والثورى والليث وأحمد واسحاق وأبو يوسف ومحمد، وذكر المصنف دليلهما وأحد الوجهين متوركا ، حكاه امام الحرمين والغزالى فى البسيط وغيرهما لأنه أعون للمصلى .

(والثانى) يقعد ناصبا ركبته اليمنى جالسـا على رجله اليسرى وهو مشهور عند الخراسانيين واختاره القاضى حسين لأنه أبلغ فى الأدب ، وأما ركوع القاعد فأقله أن ينحنى قدر ما يحاذى جبهته ما وراء ركبتيه من الأرض، وأكمله أن ينحنى بحيث يحـاذى جبهته موضـع سجوده ، وأما سجوده فكسجود القائم ، فان عجز عن الركوع والسجود على ما ذكرنا أتى بالممكن وقرب جبهته قدر طاقته ، فان عجز عن خفضها أومأ لقوله صلى الله عليـه

وسلم « واذا أمرتكم بأمر فافعلوا منه ما استطعتم » رواه البخارى ومسلم ، وسبق بيانه فى صفة الصلاة •

ولو قدر القاعد على ركوع القاعد وعجز عن وضع الجبهة على الأرض نظر ان قدر على أقل ركوع القاعد أو أكمله بلا زيادة فعل الممكن مرة عن الركوع ومرة عن السجود ولا يضر استواؤهما • وان قدر على زيادة على كمال الركوع وجب الاقتصار فى الانحناء للركوع على قدر الكمال ليتميز عن السجود ، ويجب أن يقرب جبهته من الأرض للسجود أكثر ما يقدر عليه•

قال الرافعى : حتى قال أصحابنا : لو قدر أن يسجد على صدغه أو عظم رأسه الذى فوق جبهته وعلم أنه اذا فعل ذلك كانت جبهته أقرب الى الأرض لزمه ذلك • وهذا الذى نقله الرافعى حكاه الشيخ أبو حامد عن نص الشافعى وقطع به هو والأصحاب ، قال القاضى أبو الطيب : قال أصحابنا : لم يقصد الشافعى بذلك أن الصدغ محل السجود ، بل قصد أنه اذا سجد عليه كان أقرب الى الأرض بجبهته من الايماء ، ولو سجد على مخدة ونحوها وحصلت صفة السجود بأن نكس ورفع أعاليه اذا شرطنا ذلك أو كان عاجزا عن الزيادة على ذلك أجزأه ، وعليه يحمل فعل أم سلمة رضى الله عنها ، نص عليه الشافعى ، واتفق عليه الأصحاب ، والله أعلم •

(فرع) اذا لم يمكنه القيام على قدميه لقطعهما أو لغيره ، وأمكنه النهوض على ركبتيه فهل يلزمه النهوض ؟ قال امام الحرمين : تردد فيه شيخى ، ونقل الغزالى فى تدريسه فيه وجهين (أحدهما) يجوز له القعود لأن هذا لا يسمى قياما ، ولأنه ليس معهودا (والثانى) يلزمه قال : وهو اختيار امامى لأنه أقرب الى القيام •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(قال فى الأم : وان قدر ان يصلى قائما منفردا ويخفف القراءة واذا صلى مع الجماعة صلى بعضها من قعود ، فالأفضل أن يصلى منفرداً ، لأن القيام فرض والجماعة نفل ، فكان الانفراد أولى فان صلى مع الامام وقعد فى بعضها صحت صلاته ، وان كان بظهره علة لا تمنعه من القيام وتمنعه من الركوع والسجود لزمه القيام ، ويركع ويسجد على قدر طاقته [فان لم يمكنه أن يحنى ظهره حتى رقبته ، فان أراد أن يتكىء على عصا كان له ذلك وان تقوس ظهره

حتى صار كأنه راكع رفع رأسه فى موضع القيام على قدر طاقته ويحنى ظهره فى الركوع على قدر طاقته (١)]) .

(**الشرح**) هذه المسائل على ما ذكرناها ، وفى المسألة الأولى وجه أن صلاته جماعة أفضل قاله الشيخ أبو حامد والمذهب ما نص عليه ، وقطع به جمهورهم ، قال أصحابنا ولو كان بحيث لو اقتصر على الفاتحة أمكنه القيام ، واذا زاد السورة عجز صلى بالفاتحة وترك السورة ، لأن المحافظة على القيام أولى ، فلو شرع فى السورة فعجز قعد ولا يلزمه قطع السورة ليركع ، كما قلنا فيما اذا صلى مع الامام وقعد بعضها . أما اذا عجز عن القيام منتصبا كمن تقوس ظهره لزمانة أو كبر أو غيرهما وصار كراكع فيلزمه القيام على حسب امكانه ، فاذا أراد الركوع زاد فى الانحناء ان قدر ، هذا هو الصحيح ، وبه قطع العراقيون والبغوى والمتولى ، وهو المنصوص فى الأم وقال امام الحرمين والغزالى : يلزمه أن يصلى قاعدا . قالا : فان قدر عند الركوع على الارتفاع الى حد الراكعين لزمه ذلك ، والمذهب الأول ، ولو كان بظهره علة تمنعه الانحناء دون القيام فقد قال المصنف والأصحاب : يلزمه القيام ويركع ويسجد بحسب طاقته فيحنى صلبه قدر الامكان ، فان لم يطق حنى رقبته ورأسه ، فان احتاج فيه الى شىء يعتمد عليه أو الى أن يميل الى جنبه لزمه ذلك ، فان لم يطق الانحناء أصلا أومأ اليهما ، وقال أبو حنيفة : لا يلزمه القيام ، دليلنا حديث عمران . وبمثل مذهبنا قال مالك وأحمد . ولو أمكنه القيام والاضطجاع دون القعود قال البغوى : يأتى بالقعود قائما لأنه قعود وزيادة والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان بعينه وجع وهو قادر على القيام فقيل له : ان صليت مستلقيا امكن مداواتك ففيه وجهان (احدهما) لا يجوز له ترك القيام لما روى أن ابن عباس « لما وقع فى عينه الماء حمل اليه عبد الملك الأطباء على البرد فقيل : انك تمكث سبعا لا تصلى الا مستلقيا فسأل عائشة وأم سلمة فنهتاه » (والثانى) يجوز لأنه يخاف الضرر من القيام فاشبه المرض) .

(**الشرح**) قال أصحابنا : اذا كان قادرا على القيام فأصابه رمد أو غيره

---

(١) هذه القطعة بين المعقوفين من نسخة الركبى وقد خلت منها ش و ق والأولى من الوحيدة (ط) .

من وجع العين أو غيره وقال له طبيب موثوق بدينـه ومعرفته . ان صليت مستلقيا أو مضطجعا أمكن مداواتك والا خيف عليك العمى ، فليس للشافعى فى المسألة نص ولأصحابنا فيها وجهان مشهوران كما ذكر المصنف (أصحهما) عند الجمهور يجوز له الاستلقاء والاضطجاع ، ولا اعادة عليه (والثانى) لا يجوز ، وبه قال الشيخ أبو حامد والبندنيجى ، ودليلهما فى الكتاب ، ولو قيل له : ان صليت قاعدا أمكنت المداواة قال امام الحرمين : يجوز القعود قطعا ، قال الرافعى : ومفهوم كلام غيره أنه على الوجهين ، والمختار أنه على الوجهين ، وممن جوز له الاستلقاء فى أصل المسألة من العلماء أبو حنيفة ، وممن منعه عائشة وأم سلمة ومالك والأوزاعى ، وينكر على المصنف قوله فى التنبيه : احتمل أن يجوز له ترك القيام ، واحتمل أن لا يجوز ــ فأوهم أنه لا نقل فى المسألة مع أن الوجهين فيهـا مشـهوران ، وهو ممن ذكرهما فى المهذب .

وأما الأثر الذى ذكره المصنف عن ابن عباس وسؤاله عائشة وأم سلمة فقد رواه البيهقى باسناد ضعيف عن أبى الضحى : أن عبد الملك أو غيره بعث الى ابن عباس بالأطباء على البرد ، وقد وقع الماء فى عينيه ، فقالوا : « تصلى سبعة أيام مستلقيا على قفاك فسأل أم سلمة وعائشة عن ذلك فنهتاه » ورواه البيهقى باسناد صحيح عن عمرو بن دينار قال : « لما وقع فى عين ابن عباس الماء أراد أن يعالج منه فقيل : تمكث كذا وكذا يوما لا تصلى الا مضطجعا فكرهه » وفى رواية قال ابن عباس : « أرأيت ان كان الأجل قبل ذلك ؟ » وأما الذى حكاه الغزالى فى الوسيط أنه استفتى عائشة وأبا هريرة فباطل ، لا أصل لذكر أبى هريرة ، وهذا المذكور فى المهـذب ورواية البيهقى من استفتاء عائشة وأم سلمة أنكره بعض العلماء وقال : هذا باطل من حيث ان عائشة وأم سلمة توفيتا قبل خلافة عبد الملك بأزمان ، وهذا الانكار باطل فانه لا يلزم من بعثه أن يبعث فى زمن خلافته ، بل بعث فى خلافة معاوية وزمن عائشة وأم سلمة ، ولا يستكثر بعث البرد من مثل عبد الملك فانه كان قبل خلافته من رؤساء بنى أمية وأشرافهم وأهل الوجاهة والتمكن وبسطة الدنيا ، فبعث البرد ليس بصعب عليه ، ولا على من دونه بدرجات ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان عجز عن القيام والقعود صلى على جنبه ، ويستقبل القبلة بوجهه ، ومن اصحابنا من قال : يستلقى على ظهره ويستقبل القبلة برجليه ، والمنصوص فى البويطى هو الأول ، والدليل عليه ما روى على رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « يصلى المريض قائما فان لم يستطع صلى جالسا فان لم يستطع صلى على جنبه مستقبل القبلة ، فان لم يستطع صلى مستلقيا على قفاه ورجلاه الى القبلة ، واوما بطرفه ، ولأنه اذا اضطجع على جنبه استقبل القبلة بجميع بدنه ، واذا استلقى لم يستقبل القبلة الا برجليه ، ويومىء الى الركوع والسجود ، فان عجز عن ذلك اوما بطرفه لحديث على رضى الله عنه) .

(الشرح) حديث على رضى الله عنه رواه الدارقطنى والبيهقى باسناد ضعيف وقال فيه نظر ، وقوله : أومأ ــ هو بالهمزة ــ قال أصحابنا : اذا عجز عن القيام والقعود يسقط عنه القعود والقيام ، والعجز المعتبر المشقة الشديدة . وفوات الخشوع كما قدمناه فى العجز عن القيام . وقال امام الحرمين : لا يكفى ذلك بل يشترط فيه عدم تصور القعود أو خيفة الهلاك أو المرض الطويل الحاقا له بالمرض المبيح للتيمم ، والمذهب الأول ، وبه قطع الجمهور ، وفى كيفية صلاة هذا العاجز ثلاثة أوجه (الصحيح) المنصوص فى الأم والبويطى يضطجع على جنبه الأيمن مستقبلا بوجهه ومقدم بدنه القبلة كالميت فى لحده ، فعلى هذا لو اضطجع على يساره صح . وكان مكروها ، وبهذا قال مالك وأحمد وداود ، وروى عن عمر وابنه . (والثانى) أنه يستلقى على قفاه ويجعل رجليه الى القبلة ويضع تحت رأسه شيئا ليرتفع ويصير وجهه الى القبلة لا الى السماء ، وبه قال أبو حنيفة (والثالث) يضطجع على جنبه ويعطف أسفل قدميه الى القبلة حكاه الفورانى وامام الحرمين والغزالى فى البسيط وصاحب البيان وآخرون . وحكى جماعة الوجهين الأولين قولين .

قال امام الحرمين والغزالى فى البسيط وغيرهما هذا الخلاف فى الكيفية الواجبة ، فمن قال بكيفية لا يجوز غيرها بخلاف الخلاف السابق فى كيفية القعود فانه فى الأفضل ، لاختلاف أمر الاستقبال بهذا دون ذاك ، ثم ان هذا الخلاف فى القادر على هذه الهيئات فأما من لا يقدر الا على واحدة فتجزئه

بلا خلاف . ثم اذا صلى على هيئة من هذه المذكورات وقدر على الركوع والسجود أتى بهما والا أومأ اليهما منحنيا برأسه وقرب جبهته من الأرض بحسب الامكان ، ويكون السجود أخفض من الركوع ، فان عجز عن الاشارة بالرأس أومأ بطرفه ، هذا كله واجب . فان عجز عن الايماء بالطرف أجرى أفعال الصلاة على قلبه . فان اعتقل لسانه وجب أن يجرى القرآن والأذكار الواجبة على قلبه كما يجب أن يجرى الأفعال . قال أصحابنا : وما دام عاقلا لا يسقط عنه فرض الصلاة ولو انتهى ما انتهى ، ولنا وجه حكاه صاحبا العدة والبيان وغيرهما أنه اذا عجز عن الايماء بالرأس سقطت عنه الصلاة ، وهو مذهب أبى حنيفة وهذا شاذ مردود ومخالف لما عليه الأصحاب ، وأما حكاية صاحب الوسيط عن أبى حنيفة أنه قال : تسقط الصلاة اذا عجز عن القعود فمنكرة مردودة ، والمعروف عنه أنه انما يسقطها اذا عجز عن الايماء بالرأس ، وحكى أصحابنا هذا عن مالك أيضا ، وعن أبى حنيفة رواية أنه لا يصلى فى الحال ، فان برىء لزمه القضاء ، والمعروف عن مالك وأحمد كمذهبنا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واذا افتتح الصلاة قائما ثم عجز قعد واتم صلاته . وان افتتحها قاعدا ثم قدر على القيام قام واتم صلاته لانه يجوز أن يؤدى جميع صلاته قاعدا عند العجز ، وجميعها قائما عند القدرة ، فجاز أن يؤدى بعضها قاعدا عند العجز وبعضها قائما عند القدرة ، وان افتتح الصلاة قاعدا ثم عجز اضطجع وان افتتحها مضطجعا ثم قدر على القيام أو القعود قام أو قعد لما ذكرنا) .

(الشرح) قال أصحابنا : اذا عجز فى أثناء صلاته المفروضة عن القيام جاز القعود وان عجز عن القعود جاز الاضطجاع ويبنى على ما مضى من صلاته ولو صلى قاعدا للعجز فقدر على القيام فى أثنائها وجبت المبادرة بالقيام ويبنى ؛ ولو صلى مضطجعا فأطاق القيام أو القعود فى أثنائها وجب المبادرة بالمقدور ويبنى ، ثم ان تبدل الحال من الكمال الى النقص بأن عجز فى أثنائها وانتقل الى الممكن فى أثناء الفاتحة وجب ادامة قراءتها فى هويه ، وان تبدل من النقص الى الكمال بأن قدر القاعد على القيام لخفة المرض وغيرها ــ فان كان قبل القراءة ــ قام وقرأ قائما ؛ وكذا ان كان فى أثناء الفاتحة قام وقرأ بقيتها بعد الانتصاب قائما ، ويجب ترك القراءة حتى ينتصب فان قرأ فى حال

النهوض لم يحسب ، وان قدر بعد القراءة قبل الركوع لزمه القيام ليهوى منه الى الركوع ، ولا يلزمه الطمأنينة فى هذا القيام لأنه ليس مقصودا لنفسه ، ويستحب فى هذه الأحوال أن يعيد الفاتحة ليقع فى حال الكمال نص عليه واتفقوا عليه • ولو قدر فى حال ركوعه قاعدا ــ فان كان قبل الطمأنينة ــ لزمه الارتفاع الى حد الراكعين عن قيام ، ولا يجوز أن يرتفع قائما ثم يركع ، فان فعله بطلت صلاته • لأنه زاد قياما ، وان كان بعد الطمأنينة فقد تم ركوعه فيجب الاعتدال قائما ثم يسجد ، ولا يجوز الانتقال الى ركوع القائمين فان خالف بطلت صلاته لأنه زاد ركوعا ، ولو وجد القدرة فى الاعتدال قاعدا ــ فان كان قبل الطمأنينة ــ لزمه أن يقوم ليعتدل ويطمئن ، وان كان بعدها فوجهان •

(أحدهما) يلزمه أن يقوم ليقع السجود من قيام (أصحهما) لا يقوم لئلا يطول الاعتدال وهو ركن قصير فان اتفق ذلك فى الثانية من الصبح قبل القنوت لم يقنت قاعدا ، فان فعل بطلت صلاته لأنه زاد قعودا فى غير موضعه، وانما حقه أن يقوم فيقنت قائما والله أعلم • هذا كله حكم صلاة الفرض ، أما صلاة النافلة قاعدا فقد ذكرها المصنف فى أول باب صفة الصلاة وسبق شرحها هناك كاملا وبالله التوفيق •

(**فرع**) قال الشافعى فى الأم والشيخ أبو حامد والأصحاب : ولو ركع المصلى فريضة فعرضت له علة منعته الاعتدال سقط عنه الاعتدال فيسجد • قالوا : فلو زالت العلة قبل دخوله فى السجود لزمه العود الى الاعتدال لتمكنه منه ، وان زالت بعد تلبسه بالسجود أجزأه ، ولم يجز العود الى الاعتدال لأنه سقط بالعجز فلو أتى به كان زائدا قياما ، وذلك مبطل للصلاة •

(**فرع**) فى مذاهب العلماء اذا افتتح الصلاة قائما ثم عجز قعد وبنى عليها بالاجماع ، نقل الاجماع فيه الشيخ أبو حامد وغيره ، وان افتتحها قاعدا للعجز ثم قدر على القيام قام وبنى عندنا ، وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف والجمهور ، وقال محمد : تبطل صلاته وان افتتحها مضطجعا أو قاعدا ثم قدر فى أثنائها على القعود أو القيام لزمه ذلك ويبنى على ما صلى ، وهكذا لو

كان يصلى عاريا فاستتر على قرب أو كان المصلى أميا فتلقن الفاتحة فيبنى ، وبهذا كله قال مالك وأحمد وداود ، وقال أبو حنيفة تبطل صلاته ويجب استئنافها .

باب صلاة المسافر

قال المصنف رحمه الله تعالى

(يجوز القصر فى السفر لقوله تعالى (واذا (١) ضربتم فى الارض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة ان خفتم ان يفتنكم الذين كفروا) قال (٢) ثعلبة بن امية : قلت لعمر رضى الله عنه : فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة ان خفتم وقد أمن الناس . قال عمر : عجبت مما عجبت منه فسالت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ((صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته)) ولا يجوز القصر الا فى الظهر والعصر والعشاء الآخرة لاجماع الامة . ويجوز ذلك فى سفر الماء كما يجوز للراكب فى البر) .

(الشرح) حديث ثعلبة (٣) رواه مسلم ، وفيه التصريح بجواز القصر من غير خوف . وفيه جواز قول (تصدق الله علينا) وقد كرهه بعض السلف، والصواب الذى عليه الجمهور لا كراهة فيه ، وقد ذكرته واضحا فى آخر كتاب الأذكار ، وقوله تعالى (واذا (٤) ضربتم فى الأرض) الضرب فى الأرض هو السفر .

(اما حكم المسالة) فيجوز القصر فى السفر فى الظهر والعصر والعشاء ولا يجوز فى الصبح والمغرب ولا فى الحضر . وهذا كله مجمع عليه . واذا

---

(١) الآية ١٠١ من سورة النساء .

(٢) كذا وصوابه يعلى بن امية .

(٣) الذى فى صحيح مسلم فى كتاب صلاة المسافرين : حدثنا ابو بكر بن أبى شيبة وابو كريب وزهير بن حرب واسحاق بن ابراهيم قال اسحاق : أخبرنا وقال الآخرون حدثنا عبد الله ابن ادريس عن ابن جريج عن ابن عمار عن عبد الله بن بابيه عن يعلى بن أمية قال : قلت لعمر الخ وقال النووى فى شرح مسلم : (قوله : عجبت ما عجبت منه فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صدقة تصدق الله تعالى بها عليكم فاقبلوا صدقته) هكذا هو فى بعض الاصول (ما عجبت) وفى بعضها (عجبت مما عجبت منه) وهو المشهور المعروف وفيه جواز قول : تصدق الله علينا ، واللهم تصدق علينا وقد كرهه بعض السلف وهو غلط ظاهر وقد أوضحته فى اواخر كتاب الاذكار وفيه جواز القصر فى غير الخوف وفيه أن المفضول اذا رأى الفاضل يعمل شيئا يشكل عليه ويسأله عنه ا هـ .

(٤) الآية ١٠١ من سورة النساء .

قصر الرباعيات ردهن الى ركعتين ، سواء كان خوف أم لا • وقال ابن عباس : الواجب فى الخوف ركعة • وحكى هذا عن الحسن البصرى ، والجمهور على الأول ، وتأولوا الحديث الثالث فى صحيح مسلم عن ابن عباس : « فرضت الصلاة فى الحضر أربعا وفى السفر ركعتين وفى الخوف ركعة » على أن المراد ركعة مع الامام وينفرد بالأخرى كما هو المشروع فيها • ويجوز القصر فى سفر الماء فى السفينة لأنه سفر داخل فى نص القرآن والسنة • وسواء فيه من ركب مرة أو مرات ، والملاح الذى معه أهله وماله ويديم السير فى البحر ، والمكارى وغيرهم ، فكلهم لهم القصر اذا بلغ سفرهم مسافة لو قدرت فى البر بلغت ثمانية وأربعين ميلا هاشمية ، لكن الأفضل لهم الاتمام ، نص عليه الشافعى واتفق عليه الأصحاب ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وداود وغيرهم، الا أن أبا حنيفة يشترط ثلاث مراحل وقال الحسن بن صالح وأحمد بن حنبل: لا يجوز للملاح القصر لأنه مقيم فى أهله وماله • دليلنا أنه مسافر • وما قالوه ينتقض بالذى يديم كراء الابل وغيرها والسير فى البر فان له القصر •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز القصر (١) الا مسيرة يومين ، وهو اربعة برد كل بريد اربعة فراسخ فذلك ستة عشر فرسخا ، لما روى عن ابن عمر وابن عباس « كانا يصليان ركعتين ويفطران فى اربعة برد فما فوق ذلك » وسأل عطاء بن عباس : « أأقصر الى عرفة ؟ فقال : لا • فقال : الى متى ؟ فقال : لا لكن الا جدة وعسفان والطائف » •

قال مالك : بين مكة والطائف وجدة وعسفان أربعة برد ، ولان فى هذا القدر تتكرر مشقة الشد والترحال وفيما دونه لا تتكرر • قال الشافعى : (وأحب أن لا يقصر فى أقل من ثلاثة أيام) وانما استحب ذلك ليخرج من الخلاف ، لأن ابا حنيفة لا يبيح القصر الا فى ثلاثة أيام) •

(الشرح) البرد ــ بضم الباء والراء ــ (٢) وكل فرسخ ثلاثة أميال هاشمية فالمجموع ثمانية وأربعون ميلا هاشمية • والميل ستة آلاف ذراع ، والذراع أربع وعشرون أصبعا معتدلة معترضة ، والأصبع ست شعيرات

---

(١) فى بعض النسخ (ولا يجوز ذلك الا) (ط) •

(٢) كذا بالطبعات كلها ونرى فيها سقطا لعله (وهو اربعة فراسخ) •

معتدلات معترضات • وقوله « والترحال » بفتح التاء ــ وأما الأثر عن ابن عمر وابن عباس فسنذكره فى فرع مذاهب العلماء ان شاء الله تعالى •

(اما حكم المسالة) فقال أصحابنا : لا يجوز القصر الا فى سفر يبلغ ثمانية وأربعين ميلا بالهاشمى سواء فى هذا جميع الأسفار المباحة • هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور • وحكى الشيخ أبو على السنجى ، وصاحب البيان عنه قولا للشافعى أنه يجوز القصر مع الخوف ، ولا يشترط ثمانية وأربعون ميلا ، وهذا شاذ مردود والذى تطابقت عليه نصوص الشافعى وكتب الأصحاب أنه يشترط فى جميع الأسفار ثمانية وأربعون ميلا هاشمية ، وهو منسوب الى بنى هاشم ، وذلك أربعة برد كما ذكره المصنف • وذلك بالمراحل مرحلتان قاصدتان سير الأثقال ودبيب الأقدام • هكذا نص الشافعى عليه واتفقوا عليه • قال الشيخ أبو حامد وصاحبا الشامل والبيان وغيرهم : للشافعى رحمه الله سبعة نصوص فى مسافة القصر • قال فى موضع : ثمانية وأربعون ميلا ، وفى موضع ستة وأربعون ، وفى موضع أكثر من أربعين ، وفى موضع أربعون ، وفى موضع يومان ، وفى موضع ليلتان ، وفى موضع يوم وليلة •

قالوا : قال أصحابنا : المراد بهذه النصوص كلها شىء واحد وهو ثمانية وأربعون ميلا هاشمية • وحيث قال : ستة وأربعون أراد سوى ميل الابتداء وميل الانتهاء وحيث قال أكثر من أربعين أراد أكثر بثمانية • وحيث قال أربعون أراد أربعين أموية ، وهى ثمانية وأربعون هاشمية ، فان أميال بنى أمية أكبر من الهاشمية كل خمسة ستة • وحيث قال يومان أى بلا ليلة • وحيث قال : ليلتان أى بلا يوم ، وحيث قال يوم وليلة أرادهما معا فلا اختلاف بين نصوصه وهل التقدير بثمانية وأربعين ميلا تحديد أم تقريب ؟ فيه وجهان حكاهما الرافعى وغيره (أصحهما) تحديد ، لأن فيه تقديرا بالأميال ثابتا عن الصحابة بخلاف تقدير القلتين ، فان الأصح أنه تقريب لأنه لا توقيف فى تقديره بالأرطال •

قال الشافعى والأصحاب : والأفضل أن لا يقصر فى أقل من مسيرة ثلاثة

أيام للخروج من خلاف أبى حنيفة وغيره ممن سنذكره فى فرع مذاهب العلماء ان شاء الله تعالى .

قال أصحابنا : فان كان السير فى البحر اعتبرت المسافة بمساحتها فى البر حتى لو قطع قدر ثمانية وأربعين ميلا فى ساعة أو لحظة جاز له القصر ، لأنها مسافة صالحة للقصر ، فلا يؤثر قطعها فى زمن قصير ، كما لو قطعها فى البر على فرس جواد فى بعض يوم ، فلو شك فى المسافة اجتهد ، نقله الرافعى وغيره ، وقد نص الشافعى فى الأم أنه اذا شك فى المسافة لم يجز القصر وهو محمول على من لم يظهر له شىء بالاجتهاد ولو حبستهم الريح فى المراسى وغيرها ، قال الشافعى والأصحاب : هو كالاقامة فى البر بغير نية الاقامة .

(فرع) يشترط فى كون السفر مرحلتين أن يكون بينه وبين المقصد مرحلتان فلو قصد موضعا بينه وبينه مرحلة بنية أن لا يقيم فيه لم يكن له القصر لا ذاهبا ولا راجعا ، وان كان له مشقة مرحلتين متواليتين لأنه لا يسمى سفرا طويلا ، وحكى الرافعى أن الحناطى حكى وجها أنه يقصر ، والصواب الأول ، وبه قطع الأصحاب والله أعلم .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى المسافة المعتبرة لجواز القصر

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه يجوز القصر فى مرحلتين وهو ثمانية وأربعون ميلا هاشمية ، ولا يجوز فى أقل من ذلك ، وبه قال ابن عمر وابن عباس والحسن البصرى والزهرى ومالك والليث بن سعد وأحمد واسحاق وأبو ثور ، وقال عبد الله بن مسعود وسويد بن غفلة ــ بفتح الغين المعجمة والفاء ــ والشعبى والنخعى والحسن بن صالح والثورى وأبو حنيفة : لا يجوز القصر الا فى مسيرة ثلاثة أيام ، وعن أبى حنيفة أنه يجوز فى يومين وأكثر الثالث ، وبه قال أبو يوسف ومحمد ، وقال الأوزاعى وآخرون : يقصر فى مسيرة يوم تام ، قال ابن المنذر : به أقول وقال داود : يقصر فى طويل السفر وقصيره ، قال الشيخ أبو حامد : حتى قال : لو خرج الى بستان خارج البلد قصر .

واحتج لداود باطلاق الكتاب والسنة جواز القصر بلا تقييد للمسافة

وبحديث يحيى ابن يزيد [1] قال : سألت أنسا عن قصر الصلاة فقال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا خرج ثلاثة أميال أو ثلاثة فراسخ صلى ركعتين » رواه مسلم ، وعن جبير بن نفير قال : « خرجت مع شرحبيل بن السمط الى قرية على رأس سبعة عشر أو ثمانية عشر ميلا فصلى ركعتين . فقلت له ، فقال : رأيت عمر صلى بذى الحليفة ركعتين ، فقلت له ، فقال : أفعل كما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعل » رواه مسلم .

واحتج لمن شرط ثلاثة أميال بحديث ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا تسافر امرأة ثلاثا الا ومعها ذو محرم » رواه البخارى ومسلم ورواه مسلم كذلك من رواية أبى سعيد الخدرى ، وذكروا مناسبات لا اعتماد عليها ، واحتج أصحابنا برواية عطاء بن أبى رباح أن ابن عمر وابن عباس « كانا يصليان ركعتين ويفطران فى أربعة برد فما فوق ذلك » رواه البيهقى باسناد صحيح وذكره البخارى فى صحيحه تعليقا بصيغة جزم ، فيقتضى صحته عنده كما قدمناه مرات ، وعن عطاء قال : سئل ابن عباس « أأقصر الصلاة الى عرفة ؟ فقال : لا ولكن الى عسفان والى جدة والى الطائف » رواه الشافعى والبيهقى باسناد صحيح وروى مالك باسناده الصحيح فى الموطأ عن ابن عمر أنه قصر فى أربعة برد .

وأما الحديث الذى رواه الدارقطنى والبيهقى عن اسماعيل بن عياش عن عبد الوهاب ابن مجاهد عن أبيه وعطاء عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « يا أهل مكة لا تقصروا الصلاة فى أقل من أربعة برد من مكة » فهو حديث ضعيف جدا لأن عبد الوهاب مجمع على شدة ضعفه ، واسماعيل أيضا ضعيف لاسيما فى روايته عن غير الشاميين .

والجواب عما احتج به أهل الظاهر من اطلاق الآية والأحاديث أنه لم ينقل عن النبى صلى الله عليه وسلم القصر صريحا فى دون مرحلتين . وأما حديث أنس فليس معناه أن غاية سفره كانت ثلاثة أميال بل معناه أنه كان اذا سافر

---

(1) فى مسلم : وحدثناه أبو بكر بن أبى شيبة ومحمد بن بشار كلاهما عن غندر قال أبو بكر : حدثنا محمد بن جعفر غندر عن شعبة عن يحيى بن يزيد الهنائى الخ وفى نسخة الشايخ يحيى بن مزيد وهو خطأ (ط) .

سفرا طويلا فتباعد ثلاثة أميال قصر ، وليس التقييد بالثلاثة لكونه لا يجوز القصر عند مفارقة البلد ، بل لأنه ما كان يحتاج الى القصر الا اذا تباعد هذا القدر ، لأن الظاهر أنه صلى الله عليه وسلم كان لا يسافر عند دخول وقت الصلاة الا بعد أن يصليها فلا تدركه الصلاة الأخرى الا وقد تباعد عن المدينة .

وأما حديث شرحبيل وقوله : « ان عمر رضى الله عنه صلى بذى الحليفة ركعتين » فمحمول على ما ذكرناه فى حديث أنس وهو أنه كان مسافرا الى مكة أو غيرها فمر بذى الحليفة ، وأدركته الصلاة فصلى ركعتين لا أن ذا الحليفة غاية سفره .

وأما الجواب عما احتج به القائلون باشتراط ثلاثة أيام فهو أن الحديث الذى ذكروه ليس فيه أن السفر لا ينطلق الا على مسيرة ثلاثة أيام ، وانما فيه أنه لا يجوز للمرأة أن تسافر بغير محرم هذا السفر الخاص ، ويدل على هذا أنه ثبت عن أبى سعيد رواية أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لاتسافر المرأة يومين الا ومعها زوجها أو ذو محرم » رواه البخارى ومسلم .

وعن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة ليس معها محرم » رواه البخارى [1] ومسلم ، وفى رواية لمسلم مسيرة يوم ، وفى رواية له ليلة ، وفى رواية أبى داود لا تسافر بريدا ورواه الحاكم ، وقال : صحيح الاسناد .

قال البيهقى : وهذه الروايات الصحيحة فى الأيام الثلاثة واليومين واليوم صحيحة ، وكأن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن المرأة تسافر ثلاثا بغير محرم . فقال : لا ، وسئل عن سفرها يومين بغير محرم ، فقال : لا ، وسئل عن يوم ، فقال : لا ، فأدى كل منهم ما حفظ ، ولا يكون شىء من هذا حدا للسفر ، يدل عليه حديث ابن عباس سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا يخلون رجل بامرأة ولا تسافر امرأة الا ومعها ذو محرم » رواه البخارى ومسلم هذا كلام البيهقى ، فحصل أن النبى صلى الله عليه وسلم لم

---

(١) فى رواية للبخارى (حرمة) (ط) .

يرد تحديد ما يقع عليه السفر بل أطلقه على ثلاثة أيام وعلى يومين وعلى يوم وليلة وعلى يوم وعلى ليلة وعلى بريد وهو مسيرة نصف يوم فدل على أن الجميع يسمى سفرا والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان للبلد الذى يقصده طريقان يقصر فى احدهما ولا يقصر فى الآخر فسلك الأبعد لغرض يقصد فى العادة قصر ، وان سلكه ليقصر ففيه قولان قال فى الاملاء : له ان يقصر لانه مسافة تقصر فى مثلها الصلاة (١) [فجاز له القصر فيها كما لو لم يكن له طريق سواه] وقال فى الأم ليس له القصر لانه طول الطريق للقصر فلا يقصر كما لو مشى فى مسافة قريبة طولا وعرضا حتى طال) .

(الشرح) قال أصحابنا : اذا كان لمقصده طريقان فان بلغ كل واحد مسافة القصر فسلك الأبعد قصر فى جميعه بلا خلاف ، سواء سلكه لغرض أم لمجرد القصر لأنه سافر مسافة القصر ، ولا يمكنه دون مسافة القصر ، وان بلغ أحد طريقيه مسافة القصر ونقص الآخر عنها ــ فان سلك الأبعد لغرض من الطريق أو سهولته أو كثرة الماء أو المرعى أو زيارة أو عيادة أو بيع متاع أو غير ذلك من المقاصد المطلوبة دينا أو دنيا ــ فله الترخص بالقصر وغيره من رخص السفر بلا خلاف ، ولو قصد التنزه فهو غرض مقصود فيترخص ، وتردد فيه الشيخ أبو محمد الجوينى ، والمذهب الترخص ، وبه قطع المحققون ، وان لم يكن غرض سوى الترخص ففيه طريقان :

(أحدهما) لا يترخص قطعا وأشهرهما على قولين (أظهرهما) عند الأصحاب لا يترخص ، ودليل الجميع فى الكتاب .

(فرع) ذكرنا أنه اذا كان لمقصده طريقان يقصر فى أحدهما فسلكه لغير غرض لم يجز القصر عندنا على الأصح وقال أبو حنيفة وأحمد والمزنى وداود : يجوز .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان سافر الى بلد يقصر اليه الصلاة ونوى انه ان لقى عبده او صديقه فى بعض الطريق رجع لم يقصر لأنه لم يقطع على سفر تقصر فيه الصلاة ، وان

---

(١) كل ما بين المعقوفين ساقط فى ش و ق (ط) .

نوى السفر الى بلد ثم منه الى بلد آخر فهما سفران فلا يقصر حتى يكون كل واحد منهما مما تقصر فيه الصلاة) .

(الشرح) قال أصحابنا : يشترط للقصر أن يعزم فى الابتداء على قطع مسافة القصر ، فلو خرج لطلب آبق أو غريم أو غير ذلك ونوى أنه متى لقيه رجع ولا يعرف موضعه لم يترخص ، وان طال سفره وبلغ مراحل ، كما سنذكره فى الهائم ، ان شاء الله تعالى ، فلو وجده وعزم على الرجوع الى بلده ، فان كان بينهما مسافة القصر قصر اذا ارتحل عن ذلك الموضع ، فلو علم فى ابتداء السفر موضعه وأنه لا يلقاه قبل مرحلتين جاز القصر ، ولو نوى فى الابتداء الخروج فى طلب الآبق والغريم ودابته الضالة أو المسروقة وغيرها على أنه لابد له من وصول الموضع الفلانى وهو مرحلتان سواء وجده قبله أم لا فله القصر بلا خلاف ، نص عليه الشافعى والأصحاب .

ولو نوى مسافة القصر ثم نوى ان وجد الغريم رجع ، فان عرضت له هذه النية قبل مفارقة عمران البلد لم يترخص ، وان عرضت بعد مفارقة العمران فوجهان حكاهما البغوى والرافعى (أصحهما) يترخص ما لم يجده ، فاذا وجده صار مقيما لأنه ثبت لسبب الرخصة فلا يتغير حتى يوجد المغير (والثانى) لا يترخص كما لو عرضت النية فى العمران .

ولو نوى قصد موضع فى مسافة القصر ثم نوى بعد مفارقة العمران الاقامة أربعة أيام فصاعدا فى بلد فى وسط الطريق ، قال البغوى وغيره : ان كان من مخرجه الى البلد المتوسط مسافة القصر ترخص قطعا ما لم يدخل المتوسط ، وان كان أقل فوجهان (أصحهما) يترخص ما لم يدخله لأنه انعقد سبب الرخصة فلا يتغير ما لم يوجد المغير ، فان نوى أن يقيم فى المتوسط دون أربعة أيام فهو سفر واحد فله القصر فى جميع طريقه وفى البلد المتوسط بلا خلاف .

أما اذا خرج بنية السفر الى بلد ثم منه الى آخر ونوى أن يقيم فى الأول أربعة أيام أو نوى بلدا ثم بلدا ثم بلدا ثالثا ورابعا وأكثر بنية الاقامة أربعة أيام فى كل مرحلة ــ فان كان بين البلد والذى يليه مسافة القصر ــ قصر والا فلا .

وان كان بين بلدين منها دون الباقى قصر بين البلدين دون الباقى ، لأنها أسفار متعددة ، ولو نوى بلدا دون مرحلتين ، ثم نوى فى أثناء طريقه مجاوزته فابتدأ سفره من حين غير النية فانما يترخص اذا كان من ذلك الموضع الى المقصد الثانى مرحلتان ، ولو خرج الى بلد بعيد ثم نوى فى طريقه أن يرجع انقطع سفره ، ولا يجوز له القصر ما دام فى ذلك الموضع ، فاذا فارقه فقد أنشأ سفرا جديدا فانما يقصر اذا توجه منه الى مرحلتين سواء رجع الى وطنه أو الى مقصده الأول أو غيرهما ، نص عليه الشافعى فى الأم ، واتفق الأصحاب عليه ، ممن صرح به القاضى أبو الطيب والبغوى والرافعى وغيرهم • قال البغوى : ولو تردد فى النية بين أن يرجع أو يمضى صار مقيما فى الحال كما لو جزم بالرجوع •

(فرع) اذا سافر العبد مع مولاه ، والزوجة مع زوجها ، والجندى مع أميره ــ ولا يعرفون مقصدهم ــ قال البغوى والرافعى : لا يجوز لهم الترخص ، فلو نووا مسافة القصر لم تؤثر نية العبد والمرأة فلا يترخصان ، وتؤثر نية الجندى ويترخص ، لأنه ليس تحت يد الأمير وقهره ، بخلاف العبد والمرأة ، فلو عرفوا المقصد ترخصوا كلهم •

قال البغوى : فلو نوى المولى والزوج الاقامة لم يثبت حكمها للعبد والمرأة ، بل لهما الترخص عندنا • قال : وقال أبو حنيفة : للعبد والمرأة الترخص تبعا للمولى والزوج ، وان لم يعرفا المقصد ويصيران مقيمين باقامة المولى والزوج ، ولو أسر الكفار مسلما وسافروا به ولا يعلم أين يذهبون به لم يقصر ، فلو سار معهم يومين قصر بعد ذلك ، نص عليه الشافعى واتفقوا عليه ، أما اذا علم الموضع الذى يذهبون به اليه ، فان كان نيته أنه ان تمكن من الهرب هرب ، لم يقصر قبل مرحلتين ، وان نوى قصد ذلك البلد أو غيره ولا معصية فى قصده قصر فى الحال ان كان بينهما مرحلتان •

وهذا الذى قاله الشافعى والأصحاب فى الأسير يتعين مجيئه فى مسألة العبد والمرأة والجندى ، فاذا ساروا مرحلتين يقصرون • وان لم يعرفوا المقصد • ولعل البغوى ومن وافقه أرادوا قبل مجاوزة مرحلتين •

(فرع) قال أصحابنا : يشترط لجواز القصر للمسافر أن يربط

قصده بمقصد معلوم فأما الهائم الذى لا يدرى أين يتوجه ولا له قصد فى موضع ، وراكب التعاسيف ، وهو الذى لا يسلك طريقا ولا له مقصد معلوم فلا يترخصان أبدا بقصر ولا غيره من رخص السفر • وان طال سفرهما وبلغ مراحل ، فهذا هو المذهب وبه قطع الأصحاب فى كل الطرق •

وحكى الرافعى وجها أنهما اذا بلغا مسافة القصر لهما الترخص بعد ذلك ، وهذا شاذ غريب ضعيف جدا • قال البغوى وغيره : وكذا البدوى اذا خرج متنجعا • على أنه متى وجد مكانا معشبا أقام به لم يجز له الترخص •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واذا كان السفر مسيرة ثلاثة أيام فالقصر افضل من الاتمام لما روى عمران ابن الحصين قال : « حججت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان يصلى ركعتين ركعتين وسافرت مع ابى بكر فكان يصلى ركعتين حتى ذهب ، وسافرت مع عمر فكان يصلى ركعتين حتى ذهب • وسافرت مع عثمان فصلى ركعتين ست سنين ثم اتم بمنى » فكان الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم افضل، فان ترك القصر وأتم جاز لما روت عائشة رضى الله عنها قالت : « خرجت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى عمرة رمضان فافطر وصمت ، وقصر واتممت ، فقلت : يا رسول الله افطرت وصمت ، وقصرت واتممت ، فقال احسنت يا عائشة » ولأنه تخفيف أبيح للمسافر فجاز تركه كالمسح على الخفين ثلاثا) •

(الشرح) حديث عمران صحيح رواه الترمذى وقال : حديث حسن صحيح ، ورواه البخارى ومسلم من رواية ابن مسعود وابن عمر بمعناه • وأما حديث عائشة فرواه النسائى والدارقطنى والبيهقى باسناد حسن أو صحيح • قال البيهقى فى السنن الكبير : قال الدارقطنى : اسناده حسن • وقال فى معرفة السنن والآثار : هو اسناد صحيح لكن لم يقع فى رواية النسائى عمرة رمضان ، والمشهور أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يعتمر الا أربع عمر ليس منهن شىء فى رمضان ، بل كلهن فى ذى القعدة الا التى مع حجته فكان احرامها فى ذى القعدة ، وفعلها فى ذى الحجة • هذا هو المعروف فى الصحيحين وغيرهما والله أعلم •

وقوله « لأنه تخفيف أبيح للسفر » قال القلعى : احترز بقوله : تخفيف عن الجمعة : فان نقصانها عن أربع ليس للتخفيف • قال وقوله أبيح للسفر

احتراز مما عفى عنه عن القصاص على الدية ، فانه تخفيف ولا يجوز له تركه وبذل القصاص منه ، هكذا قاله القلعى ، والأظهر أنه احتراز من أكل الميتة فانه تخفيف ولا يجوز له تركه لأنه ليس للسفر ، ويصلح أن يكون احترازا ممن غص بلقمة فلم يجد ما يسيغها به الا خمرا فانه يجب اساغتها ، وهو تخفيف لا للسفر •

(اما حكم المسالة) فمذهبنا جواز القصر والاتمام ، فان كان سفره دون ثلاثة أيام فالأفضل الاتمام للخروج من خلاف أبى حنيفة وموافقيه كما سبق ، وكذا ان كان يديم السفر بأهله فى البحر فله القصر والأفضل الاتمام • وان بلغ سفره مراحل وقد سبقت المسألة ، وقد نص الشافعى فى الأم على أن الأفضل ترك القصر للخروج من خلاف العلماء ولأنه لا وطن له غيره ، واتفق أصحابنا على هذا • قال أصحابنا : ويستثنى أيضا من وجد من نفسه كراهة القصر لا رغبة عن السنة أو شكا فى جوازه •

قال الشافعى والأصحاب : القصر لهذا أفضل بلا خلاف ، بل يكره له الاتمام حتى تزول هذه الكراهة ، وهكذا الحكم فى جميع الرخص فى هذه الحالة ، وان كان سفره ثلاثة أيام فصاعدا ، ولم يكن مدمن سفر البحر وغيره ولا بترك القصر رغبة عنه ، فهل الأفضل الاتمام أم القصر ؟ فيه ثلاث طرق (أصحها) وبه قطع المصنف وجمهور العراقيين : القصر أفضل •

(والثانى) حكاه جماعات من الخراسانيين ، وحكاه من العراقيين القاضى أبو الطيب والماوردى وابن الصباغ وغيرهم فيه قولان ، وحكاهما الماوردى وجهين (أصحهما) القصر أفضل (والثانى) الاتمام أفضل ، وهو قول المزنى قال الماوردى : وهو قول كثيرين من أصحابنا • قال القاضى أبو الطيب : نص عليه الشافعى فى الجامع الكبير للمزنى •

(والطريق الثالث) أنهما سواء فى الفضيلة حكاه جماعة منهم الحناطى وصاحب البيان وغيرهما ، وسنوضح دليل المسألة فى فرع مذاهب العلماء ان شاء الله تعالى • وأما صوم رمضان فى السفر لمن لا يتضرر به ففيه طريقان قطع العراقيون والجمهور بأنه أفضل من الافطار لأنه يحصل براءة الذمة •

وحكى جماعة من الخراسانيين فيه قولين (أصحهما) هذا (والثانى) الفطر أفضل ، وسنوضح المسألة فى كتاب الصيام ان شاء الله تعالى .

(فرع) (فى بيان أقسام الرخص الشرعية) هى أقسام (أحدها) رخصة واجبة ولها صور ، منها من غص بلقمة ولم يجد ما يسيغها به الا خمرا وجبت اساغتها به وهى رخصة نص الشافعى على وجوبه ، واتفق الأصحاب عليه . ومنها أكل الميتة للمضطر رخصة واجبة على الصحيح ، وفيه وجه حكاه المصنف وغيره فى بابه أنه لا يجب (الثانى) رخصة تركها أفضل وهو المسح على الخف ، اتفق أصحابنا على أن غسل الرجل أفضل منه ، وسبقت المسألة بدليلها فى بابه ، وكذلك ترك الجمع بين الصلاتين أفضل بالاتفاق . كما سنوضحه فى آخر هذا الباب ان شاء الله تعالى ، ومثله التيمم فى حق من لم يجد الماء الا بأكثر من ثمن المثل وهو واجد له يندب له أن يشتريه ويتوضأ ويترك رخصة التيمم ، وكذا الصوم فى السفر لمن لا يتضرر به أفضل من الفطر على المذهب كما سبق ، وكذا اتيان الجمعة والجماعة لمن سقطت عنه بعذر سفر ونحوه (الثالث) رخصة يندب فعلها وذلك صور منها القصر والابراد بالظهر فى شدة الحر على المذهب فيهما .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى القصر والاتمام

قد ذكرنا أن مذهبنا أن القصر والاتمام جائزان وأن القصر أفضل من الاتمام وبهذا قال عثمان بن عفان وسعد بن أبى وقاص وعائشة وآخرون ، وحكاه العبدرى عن هؤلاء ، وعن ابن مسعود وابن عمر وابن عباس والحسن البصرى ومالك وأحمد وأبى ثور وداود وهو مذهب أكثر العلماء ورواه البيهقى عن سلمان الفارسى فى اثنى عشر من الصحابة ، وعن أنس والمسور بن مخرمة وعبد الرحمن بن الأسود وابن المسيب وأبى قلابة . وقال أبو حنيفة والثورى وآخرون : القصر واجب . قال البغوى وهذا قول أكثر العلماء ، وليس كما قال . وحكى ابن المنذر وجوب القصر عن ابن عمر وابن عباس وجابر وعمر بن عبد العزيز ورواية عن مالك وأحمد ، قال أبو حنيفة : فان صلى أربعا وقعد بعد الركعتين قدر التشهد صحت صلاته لأن السلام ليس بواجب عنده وتقع الأخيرتان نفلا وان لم يقعد هذا القدر بعد الركعتين فصلاته باطلة .

واحتج لمن أوجب القصر بأنه المشهور من فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وبحديث عائشة قالت « فرضت الصلاة ركعتين ركعتين فأقرت صلاة السفر وزيد فى صلاة الحضر • قال الزهرى • قلت لعروة فما بال عائشة تتم ؟ قال تأولت ما تأول عثمان » رواه البخارى ومسلم • وعن عبد الرحمن ابن يزيد قال « صلى بنا عثمان بمنى أربع ركعات : فقيل ذلك لعبد الله بن مسعود فاسترجع ثم قال : صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بمنى ركعتين ، ثم صليت مع أبى بكر بمنى ركعتين ، وصليت مع عمر بمنى ركعتين، فليت حظى من أربع ركعات ركعتان متقبلتان » رواه البخارى ومسلم • وعن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال « صلاة الجمعة ركعتان وصلاة الفطر ركعتان وصلاة الأضحى ركعتان وصلاة السفر ركعتان ، تمام غير قصر على لسان محمد صلى الله عليه وسلم » رواه أحمد بن حنبل فى مسنده والنسائى وابن ماجه ، ولأنها صلاة يسقط فرضها بركعتين فلم يجز فيها الزيادة كالجمعة والصبح • واحتج أصحابنا بقول الله تعالى (فليس عليكم جناح أن تقصروا[1] من الصلاة) قال الشافعى ولا يستعمل لا جناح الا فى المباح كقوله تعالى (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من [2] ربكم) وقوله تعالى (لا جناح عليكم ان طلقتم النساء[3] ــ ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من [4] خطبة النساء ــ ليس عليكم جناح أن تأكلوا جميعا أو أشتاتا [5]) •

فان قالوا هذه اللفظة تستعمل فى الواجب أيضا قال الله تعالى (ان الصفا والمروة من شعائر الله فمن حج البيت أو اعتمر فلا جناح عليه أن يطوف [6] بهما) ومعلوم أن السعى بينهما ركن من أركان الحج • فالجواب ما أجابت به عائشة رضى الله عنها ، وهو ثابت عنها فى الصحيحين قالت « أنزلت الآية فى الأنصار كانوا قبل الاسلام يطوفون بين الصفا والمروة ، فلما أسلموا شكوا فى جواز الطواف بينهما لأنه كان شعار الجاهلية ، فأنزل الله تعالى الآية جوابا لهم •

---

(١) من الآية ١٠١ من سورة النساء .
(٢) من الآية ١٩٨ من سورة البقرة .
(٣) من الآية ٢٣٦ من سورة البقرة .
(٤) من الآية ٢٣٥ من سورة البقرة .
(٥) من الآية ٦١ من سورة النور .
(٦) الآية ١٥٨ من سورة البقرة .

واحتجوا من السنة بحديث عائشة المذكور فى الكتـاب ، وهو حديث حسن كما سبق وعنها أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يقصر فى السفر ويتم ويفطر ويصوم » رواه الدارقطنى والبيهقى وغيرهما • قال البيهقى : قال الدارقطنى : اسناده صحيح واحتجوا بحديث عبد الرحمن بن يزيد المتقدم فى اتمام عثمان ، ولو كان القصر واجبا لما وافقوه على تركه ، وعن نافع عن ابن عمر قال « صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بمنى ركعتين وأبو بكر بعده وعمر بعد أبى بكر وعثمان صدرا من خلافته ، ثم ان عثمان صلى بعد أربعا • قال : فكان ابن عمر اذا صلى مع الامام صلى أربعا واذا صلاها وحده صلى ركعتين » رواه مسلم • قال أصحابنا : ولأن العلماء أجمعوا على أن المسافر اذا اقتدى بمقيم لزمه الاتمام ، ولو كان الواجب ركعتين حتما لما جاز فعلها أربعا خلف مسافر ولا حاضر كالصبح •

فان قالوا : الصبح لا يصح فعلها خلف الظهر عندنا ، قلنا فكذا ينبغى لكم أن لا تصححوا الظهر فى المسافر خلف متم ، ولأنه تخفيف أبيح للسفر فجاز تركه كالفطر والمسح ثلاثا وسائر الرخص • وأجاب أصحابنا عن قصر رسول الله صلى الله عليه وسلم بأنه ثبت عنه القصر والاتمام كما ذكرنا من فعله ومن اقراره لعائشة ، فدل على جوازهما ، لكن القصر كان أكثر فدل على فضيلته ، ونحن نقول بها ، والجواب عن حديث « فرضت الصـلاة ركعتين » أن معناه لمن أراد الاقتصار عليهما ويتعين المصير الى هذا التأويل جمعا بين الأدلة ويؤيده أن عائشة روته وأتمت وتأولت ما تأول عثمـان ، وتأويلهما أنهما رأياه جائزا هذا هو الصحيح عند العلماء فى تأويله ، وقـد قيل فيه غير ذلك مما لا يصح ، وقد أوضحت فساده فى شرح صحيح مسلم ، ولأن المخالفين أضمروا فيه : أقرت صلاة السفر اذا لم يقتد بمقيم ، وأضمرنا فيه : اذا أراد القصر ، وليس اضمارهم بأولى من اضمارنا ، ومما يوجب تأويله أن ظاهره أن الركعتين فى السفر أصل لا مقصورة ، وانما صلاة الحضر زائدة ، وهذا مخالف لنص القرآن واجماع المسلمين فى تسميتها مقصورة ، ومتى خالف خبر الآحاد نص القرآن أو اجماعا وجب ترك ظاهره •

وأما الجواب عن حديث عمر رضى الله عنه « صلاة السفر ركعتان تمام غير قصر » فهو أن معناه صلاة السفر ركعتان لمن أراد الاقتصار عليهما بخلاف

الحضر وقوله « تمام غير قصر » معناه تامة الأجر ، هـذا اذا سلمنا صحة الحديث • وهو المختار ، والا فقد أشار النسائى الى تضعيفه فقـال : لم يسمعه ابن أبى ليلى من عمر ولكن قد رواه البيهقى عن ابن أبى ليلى عن كعب بن عجرة عن عمر باسـناد صحيح لكن ليس فى هـذه الرواية : قوله « على لسان نبيكم » وهو ثابت فى باقى الروايات • وأما الجواب عن قياسهم على الجمعة والصبح فالفرق أن الجمعة والصبح شرعتا ركعتين من أصلهما لا يقبلان تغييرا بخلاف صلاة السفر فانها تقبل الزيادة ، بدليل أنه لو اقتدى بمقيم لزمه أربع ، وليس كذلك الجمعة والصبح ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز القصر الا فى سفر ليس بمعصية ، فأما اذا سافر لمعصية كالسفر لقطع الطريق او قتال المسلمين فلا يجوز القصر ولا الترخص بشىء من رخص المسافرين ، لأن الرخص لا يجوز أن تعلق بالمعاصى ، ولأن فى جواز الرخص فى سفر المعصية اعانة على المعصية وهذا لا يجوز) •

(الشرح) قال أصحابنا : اذا خرج مسافرا عاصيا بسـفره بأن خرج لقطع الطريق أو لقتال المسلمين ظلما أو آبقا من سيده أو ناشزة من زوجهـا أو متغيبا عن غريمه مع قدرته على قضاء دينه ونحو ذلك لم يجز له أن يترخص بالقصر ولا غيره من رخص السفر بلا خلاف عند أصحابنا الا المزنى فجوز له ذلك ، والا التيمم فقد سبق فى بابه أن فى العاصى بسفره ثلاثة أوجه (أصحها) يلزمه التيمم واعادة الصلاة (والثانى) يلزمه التيمم ولا اعادة (والثالث) يحرم التيمم ويجب القضاء ويعاقب على ترك الصـلاة ويكون كتاركها مع تمكنه من الطهـارة ، لأنه قادر على استباحتها بالتيمم بأن يتوب ويستبيح التيمم وسائر الرخص • هذا كله فيمن خرج عاصيا بسفره ، فأما من خرج بنية سفر مباح ثم نقله الى معصية ففيه وجهان مشهوران حكاهما الشـيخ أبو حامد والبندنيجى وجماعات من العراقيين وامام الحرمين وجمـاعات من الخراسانيين :

(أحدهما) يترخص بالقصر وغيره لأن السفر انعقد مباحا مرخصا فلا يتغير قال امام الحرمين : وهذا ظاهر النص (وأصحهما) لا يترخص من حين نوى المعصية لأن سفر المعصية ينافى الترخص ، وممن صححه القاضى أبو على

البندنيجي والرافعي ، قال صاحب البيان : وهذه المسألة تشبه من سافر مباحا الى مقصد معلوم ثم نوى فى طريقه ان لقيت فلانا رجعت • فهل له استدامة الترخص ؟ فيه وجهان • أما اذا أنشأ سفر معصية ثم تاب فى أثناء طريقه ونوى سفرا مباحا واستمر فى طريقه الى مقصده الأول ففيه طريقان (أصحهما) وبه قطع الأكثرون أن ابتداء سفره من ذلك الموضع ــ فان كان منه الى مقصده مرحلتان ترخص بالقصر وغيره ، والا فلا •

(والثانى) حكاه امام الحرمين عن شيخه أن طرءآن سفر الطاعة كطرءآن نية سفر المعصية فيكون فيه الوجهان ، هذا كله فى العاصى بسفره ، أما العاصى فى سفره وهو من خرج فى سفر مباح وقصد صحيح ثم ارتكب معاصى فى طريقه كشرب الخمر وغيره ، فله الترخص بالقصر وغيره بلا خلاف • لأنه ليس ممنوعا من السفر ، وانما يمنع من المعصية بخلاف العاصى بسفره •

(**فرع**) ليس للعاصى بسفره أكل الميتة عند الضرورة ، هذا هو المذهب ، وبه قطع جماهير الأصحاب ، لأنه تخفيف فلا يستبيحه العاصى بسفره ، وهو قادر على استباحته بالتوبة ، وحكى امام الحرمين وغيره وجها أنه يجوز لأنه احياء نفس مشرفة على الهلاك وأما المقيم العاصي اذا اضطر الى الميتة فيباح له ، هذا هو المذهب ، وبه قطع جمهور الأصحاب ، وحكى البغوى وغيره وجها أنها لا تباح له حتى يتوب •

(**فرع**) قال أصحابنا : مما يلحق بسفر المعصية أن يتعب نفسه ويعذب دابته بالركض لغير غرض ، قال الصيدلانى وغيره : وهو حرام ، ولو انتقل من بلد الى بلد بلا غرض صحيح لم يترخص ، قال الشيخ أبو محمد : السفر لمجرد رؤية البلاد ليس بغرض صحيح فلا يترخص •

(فرع) فى مذاهب العلماء

مذهبنا جواز القصر فى كل سفر ليس معصية سواء الواجب والطاعة والمباح كسفر التجارة ونحوها ولا يجوز فى سفر معصية وبهذا قال مالك وأحمد وجماهير العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم • وقال ابن مسعود : لا يجوز القصر الا فى سفر حج أو غزو وفى رواية عنه : لا يجوز

الا فى سفر واجب وعن عطاء رواية أنه لا يجوز الا فى سفر طاعة ، ولا يشترط كونه واجبا ، ورواية كمذهبنا ، وقال الأوزاعى وأبو حنيفة والثورى والمزنى : يجوز القصر فى سفر المعصية وغيره ، دليلنا على الأولين اطلاق النصوص وعلى الآخرين قوله تعالى (فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف لاثم [1]) وأيضا ما ذكره المصنف ، وجميع رخص السفر لها حكم القصر فى هذا فلا يستبيح العاصى بسفره شيئا منها حتى يتوب ، ومنها أكل الميتة وجوزه له أبو حنيفة. دليلنا الآية .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز القصر الا أن يفارق موضع الاقامة لقوله تعالى : (واذا ضربتم [2] فى الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة) فعلق القصر على الضرب فى الأرض ، فان كان من أهل بلد لم يقصر حتى يفارق بنيان البلد ، فان اتصل حيطان البساتين بحيطان البلد ففارق بنيان البلد جاز له القصر لأن البساتين ليست من البلد ، وان كان من قرية وبجنبها قرية ففارق قريته جاز له القصر . وقال أبو العباس : ان كانت القريتان متقاربتين فهما كالقرية الواحدة فلا يقصر حتى يفارقهما ، والمذهب الأول لأن أحدى القريتين منفردة عن الأخرى وان كان من أهل الخيام ، فان كانت خياما مجتمعة لم يقصر حتى يفارق جميعها ، وان كانت متفرقة قصر اذا فارق ما يقرب من خيمته قال فى البويطى : فان خرجوا من البلد وأقاموا فى موضع حتى يجتمعوا ويخرجوا لم يجز لهم القصر لأنهم لم يقطعوا بالسفر ، وان قالوا : ننتظر يومين وثلاثة فان لم يجتمعوا سرنا ، جاز لهم ان يقصروا لأنهم قطعوا بالسفر) .

(**الشرح**) قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله : ان سافر من بلد له سور مختص به اشترط مجاوزة السور سواء كان داخله بساتين ومزارع أم لم يكن لأنه لا يعد مسافرا قبل مجاوزته ، فاذا فارق السور ترخص بالقصر وغيره بمجرد مفارقته ، حتى قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه : اذا صار خارج البلد ترخص ، وان كان ظهره الى السور يعنى ملصقا به ، ولا فرق بين أن يكون خارج السور دور ومقابر متصلة به أم لا ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وفيه وجه حكاه الرافعى وغيره أنه ان كان خارج السور دور أو

---

(١) من الآية ٣ من سورة المائدة .

(٢) الآية ١٠١ من سورة النساء .

مقابر ملاصقة اشترط مجاوزتها ، والصحيح الأول ، وعجب من الرافعى فى المحرر ترجيحه الثانى مع ترجيحه الأول فى الشرح والله أعلم .

فان لم يكن للبلد سور أو كان له سور فى بعضه ولم يكن فى صوب مقصده فابتداء سفره بمفارقة العمران حتى لا يبقى بيت متصل ولا منفصل والخراب المتخلل للعمران معدود من البلد ، وكذا النهر الحائل بين جانبى بلد يشترط مجاوزة الجانب الآخر ، فان كان فى أطراف البلد مساكن خربت وخلت من السكان ولا عمارة وراءها ، فان اتخذوا موضعها مزارع أو هجروه بالتحويط على العامر وذهبت أصول الحيطان لم يشترط مجاوزته بلا خلاف . وان لم يتخذوه مزارع ولا حوطوا على العامر وبقيت أصوله فوجهان (أحدهما) لا يشترط مجاوزته مطلقا لأنه ليس مسكونا فأشبه الصحراء (والثانى) وهو الصحيح ، وبه قطع العراقيون أو جمهورهم والشيخ أبو محمد الجوينى وغيره من الخراسانيين أنه يشترط لأنه يعد من البلاد .

أما البساتين والمزارع المتصلة بالبلد فلا يشترط مجاوزتها وان كانت محوطة . هذا هو الصحيح ، وبه قطع المصنف والجمهور فى الطريقتين وحكى المتولى والرافعى وجها أنه يشترط ، وليس بشىء قال الرافعى : فان كان فى البساتين دور أو قصور يسكنها ملاكها بعض فصول السنة اشترط مجاوزتها . هكذا قاله وفيه نظر ، ولم يتعرض له الجمهور ، والظاهر أنه لا يشترط لأنها ليست من البلد فلا يصير منه باقامة بعض الناس فيها بعض الفصول . قال أصحابنا : لو كان للبلد جانبان بينهما نهر كبغداد فعبر المنشىء للسفر من أحدهما الى الآخر لم يجز القصر حتى يفارق البنيان فى الجانب الثانى . لأنهما بلد واحد . قال القاضى أبو الطيب : ولهذا قال أصحابنا : لو كان بين الجانبين ميدان لم يقصر حتى يجاوز جميع بنيان الجانب الآخر ، وكذا نقله الشيخ أبو حامد أيضا عن الأصحاب ولا خلاف فيه .

هذا حكم البلدة الكبيرة ، وأما القرية الصغيرة فقال الرافعى : لها حكم البلدة فى كل ما ذكرناه فلا يشترط فيها مجاوزة المزارع المحوطة ولا البساتين . هذا هو الصواب الذى قاله العراقيون وغيرهم ، وشذ الغزالى عن الأصحاب فقال : ان كانت البساتين أو المزارع محوطة اشترط مجاوزتها وقال امام

الحرمين : لا يشترط مجاوزة المزارع المحوطة ولا البساتين غير المحوطة ، ويشترط مجاوزة البساتين المحوطة • هذا كلام الرافعى ، والمذهب أن القرية كالبلدة فلا يشترط مجاوزة البساتين والمزارع المحوطة ، ويجىء فيها وجه المتولى أما اذا كانت قريتان ليس بينهما انفصال فهما كمحلتين من قرية فيشترط مجاوزتهما بالاتفاق ، وقد نبه عليه المصنف بقوله . لأن احدى القريتين منفردة عن الأخرى • قال امام الحرمين وفيه احتمال • وان انفصلت احداهما عن الأخرى فجاوز قريته جاز القصر ، سواء قربت الأخرى منها أم بعدت • وقال ابن سريج اذا تقاربتا اشترط مفارقتهما والصحيح عند الأصحاب هو الأول • وقال صاحب الحاوى : حتى لو كان بينهما ذراع لم يشترط مجاوزة الأخرى ، بل يقصر بمفارقة قريته • قال الرافعى : ولو جمع سور قرى متفاصلة لم يشترط مجاوزة السور ، وكذا لو قدر ذلك فى بلدتين متقاربتين ، ولهذا قلنا أولا : ان ارتحل من بلدة لها سور مختص بها ، وأما المقيم فى الصحراء فيشترط مفارقته للبقعة التى يكون فيها رحله وينسب اليه فان سكن واديا وسار فى عرضه فلابد من مجاوزة عرضه ، نص عليه الشافعى، قال الأصحاب هذا محمول على الاتساع المعتاد فى الأودية ، فان أفرطت سعته لم يشترط الا مجاوزة القدر الذى يعد موضع نزوله أو موضع الحلة التى هو منها ، كما لو سافر فى طول الوادى فانه يكفيه ذلك القدر بلا خلاف •

وقال القاضى أبو الطيب : كلام الشافعى على ظاهره ويشترط مجاوزة عرضه مطلقا ، وجانبا الوادى كسور البلد ، والمذهب الأول وبه قطع الجمهور ، ولو كان نازلا فى ربوة اشترط أن يهبط منها ، وان كان فى وهدة اشترط أن يصعد ، وهذا اذا كانتا معتدلتين كما ذكرنا فى الوادى ، ولا فرق فى اعتبار مجاوزة عرض الوادى والهبوط والصعود ، بين المنفرد فى خيمة ، ومن هو فى جماعة أهل خيام ، على التفصيل المذكور •

قال أصحابنا : ولو كان من أهل خيام فانما يترخص اذا فارق الخيام كلها مجتمعة كانت أو متفرقة اذا كانت حلة واحدة ، وهى بمنزلة أبنية البلد ، ولا يشترط مفارقته لحلة أخرى بل الحلتان كبلدتين متقاربتين ، وضبط الصيدلانى التفرق الذى لا يؤثر بأن يكونوا بحيث يجتمعون للسمر فى ناد

واحد ، ويستعير بعضهم من بعض ، فان كانوا هكذا فهى حلة واحدة قال أصحابنا • ويشترط مع مجاوزته الخيام مجاوزة مرافقها كمطرح الرماد ، وملعب الصبيان والنادى ومراح الابل لأنها من موضع اقامتهم ، ولنا وجه شاذ ضعيف أنه لا يشترط مفارقة الخيام بل يكفى مفارقة خيمته ، حكاه الرافعى وغيره •

(فرع) فى مذاهب العلماء

ذكرنا أن مذهبنا أنه اذا فارق بنيان البلد قصر ، ولا يقصر قبل مفارقتها ، وان فارق منزله وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وأحمد وجماهير العلماء ، وحكى ابن المنذر عن الحارث بن أبى ربيعة أنه أراد سفرا فصلى بهم ركعتين فى منزله، وفيه الأسود بن يزيد وغير واحد من أصحاب ابن مسعود ، قال : وروينا معناه عن عطاء وسليمان بن موسى قال : وقال مجاهد : لا يقصر المسافر نهارا حتى يدخل الليل ، قال ابن المنذر : لا نعلم أحدا وافقه • وحكى القاضى أبو الطيب وغيره عن مجاهد أنه قال : ان خرج بالنهار لم يقصر حتى يدخل الليل وان خرج بالليل لم يقصر حتى يدخل النهار ، وعن عطاء أنه قال : اذا جاوز حيطان داره فله القصر ، فهذان المذهبان فاسدان فمذهب مجاهد منابذ للأحاديث الصحيحة فى قصر النبى صلى الله عليه وسلم بذى الحليفة حين خرج من المدينة ، ومذهب عطاء وموافقيه منابذ لاسم السفر •

(فرع) اذا فارق بنيان البلد ثم رجع لحاجة فله أحوال (أحدها) أن لا يكون ذلك البلد وطنه ، ولا أقام فيه ، فلا يصير مقيما بالرجوع ولا بدخوله ، بل له الترخص بالقصر وغيره ، فى رجوعه ، وفى نفس البلد (الثانى) أن يكون وطنه فليس له الترخص فى رجوعه ، وانما يترخص بعد مفارقته ثانيا ، هكذا نص عليه الشافعى ، وقطع به الجمهور ، وحكى البندنيجى والرافعى وجها أنه يترخص فى رجوعه لا فى البلد ، وهو شاذ ضعيف (الثالث) أن لا يكون وطنه لكنه أقام فيه مدة فهل له الترخص فى رجوعه فيه وجهان حكاهما امام الحرمين وآخرون (أصحهما) يترخص لأنه مسافر غير ناوى الاقامة ، صححه امام الحرمين والغزالى ، وقطع به البندنيجى والقاضى أبو الطيب ، ونقله عن الأصحاب والمتولى (والثانى) لا يترخص ،

وقطع به البغوى لأنه عائد الى ما كان عليه وحيث قلنـا لا يترخص اذا عاد فنوى العود ولم يعد لم يترخص بل صار بالنية مقيما ، وسواء زمن الرجوع وزمن الحصول فى البلد فى الحالتين ، فحيث ترخص يترخص فيهما ، وحيث لا يجوز لا يجوز فيهما ؛ هذا كله اذا لم يكن من موضع الرجوع الى الوطن مسافة القصر فان كانت فهو مسافر فيترخص بلا خلاف •

(فـرع) لو خرجوا من البلد وأقاموا فى موضع بنية انتظار رفقتهم على أنهم ان خرجوا ساروا كلهم ، والا رجعوا وتركوا السـفر لم يجز لهم القصر لأنهم لم يجزموا بالسفر ، وهذه صورة المسألة التى نقلها المصنف عن نصه فى البويطى ، فأما اذا قال : ننتظره يومين وثلاثة ، فان لم يخرجوا سرنا ، فلهم القصر لأنهم جزموا بالسفر •

(فرع) فى انتهاء السفر الذى تنقطع به الرخص

قال أصحابنا : يحصل ذلك بثلاثة أمور (الأول) العود الى الوطن ، قال أصحابنا ؛ وضابطه أن يعود الى الموضع الذى شرطنا مفارقته فى انشاء السفر منه فبمجرد وصوله تنقطع الرخص • قال أصحابنا : وفى معنى الوطن الوصول الى الموضع الذى سافر اليه اذا عزم على الاقامة فيه القدر المانع من الترخص، فلو لم ينو الاقامة به ذلك القدر فقولان حكاهما البغوى وغيره (أصحهما) لا ينقطع ترخصه ؛ بل يترخص فيه لأن حكم السفر مستمر حتى يقطعه باقامة أو نية ، وبهذا قطع البندنيجى وآخرون وهو مقتضى كلام الباقين ، وصححه البغوى والرافعى (والثانى) ينقطع كالوطن ، وبه قطع الشيخ أبو حامد ، ولو حصل فى طريقه فى قرية أو بلدة له بها أهل وعشيرة وليس هو مستوطنها الآن فهل ينتهى سفره بدخولها ؟ فيه قولان مشهوران (أصحهما) لا ينتهى ، بل له الترخيص فيها لأنه ليس مقيما ، وبهذا قطع الشيخ أبو حامد والبندنيجى والقاضى أبو الطيب • ولو مر فى سفره بوطنه بأن خرج من مكة الى مسافة القصر فى جهة المشرق ونوى أنه يرجع اليها ويخرج منها من غير اقامة فطريقان (المذهب) وبه قطع الجمهور : أنه يصير مقيما بدخولها لأنه فى وطنه فكيف يكون مسافرا ؟ (والثانى) وبه قال الصيدلانى وغيره فيه القولان ، كبلد

أهله وعشيرته ، فعلى أحدهما العود الى الوطن ولا يقتضى انتهاء السفر الا اذا عزم على الاقامة .

(الأمر الثانى) نية الاقامة (والثالث) صورة الاقامة ، وقد ذكرهما المصنف بعد هذا وسنشرحهما ان شاء الله تعالى .

(**فرع**) قال البندنيجى وغيره : لو خرج انسان من المدينة واليا على مكة وأراد الحج وأحرم به قصر فى طريقه ما لم يدخل مكة ، فاذا دخلها انقطع سفره ولم يجز له القصر فى خروجه الى عرفات ومنى ، فان عزل عن الولاية لم يكن له القصر حتى يخرج من مكة بنية السفر الى مسافة القصر ، وان ولى بلادا كثيرة فخرج اليها ونيته المقام فى بعضها جاز له القصر فى كل بلد يدخله غير بلد الاقامة ، الا أن ينوى اقامة أربعة أيام ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يدخل مكة وغيرها مما فى ولايته ويقصر » .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز القصر حتى يكون جميع الصلاة فى السفر ، فاما اذا احرم بالصلاة فى سفينة فى البلد ثم سارت السفينة وحصلت فى السفر فلا يجوز له القصر ، وكذا ان أحرم بها فى سفينة فى السفر ثم اتصلت السفينة بموضع الاقامة أو نوى الاقامة لزمه الاتمام لأنه اجتمع فى صلاته ما يقتضى القصر والاتمام فغلب الاتمام ، ولا يجوز القصر حتى ينوى القصر فى الاحرام ، لأن الأصل الاتمام ، فاذا لم ينو القصر انعقد احرامه على الاتمام فلم يجز القصر كالمقيم) .

(**الشرح**) هذه المسائل كما ذكرها باتفاق الأصحاب . قال أصحابنا : واذا صار مقيما أتم صلاته أربعا ولا يلزمه نية الاتمام ، وان كان لم ينو الا ركعتين لأن الاقامة قطعت حكم الرخصة بتعيين الاتمام لأنه الأصل قال امام الحرمين : والاتمام مندرج فى نية القصر ، فكأنه قال : نويت القصر ما لم يعرض ما يوجب الاتمام قال أصحابنا . ولو شك هل نوى القصر أم لا ؟ ثم تذكر على قرب أنه نوى القصر لزمه الاتمام بالاتفاق لأنه مضى جزء من صلاته على حكم الاتمام ، وكذا لو دخل فى أثناء صلاته فى سفينة بلده أو شك هل هو بلده أم لا ؟ لزمه الاتمام وان بان أنه ليس بلده لما ذكرناه .

واعلم أنه يستشكل ذكر مسألة الاحرام بالصلاة فى البلد فى سفينة ، لأنه

ان نوى الصلاة تامة أو أطلق النية انعقدت صلاته تامة ، ولم يجز القصر لفوات شرط القصر وهو نية القصر عند الاحرام • وان نوى القصر لم تنعقد صلاته لأن من نوى الظهر ركعتين وهو فى البلد فصلاته باطلة فلا فائدة حينئذ فى ذكر هذه المسألة ، وقد ذكرها الشافعى والأصحاب كما ذكرها المصنف ، ويكفى فى اشكالها أن امام الحرمين مع جلالته استشكلها فقال : ليس فى ذكر هذه المسألة كثير فائدة • ثم بسط القول على نحو ما ذكرته ، وذكر احتمالين فى صحة صلاة المقيم بنية القصر ثم قال بعد كلام طويل • ليس عندى فى ذلك نقل ، قال : والذى أراه أن المقيم لو نوى الظهر ركعتين جزما ولم ينو الترخص لم تنعقد صلاته ، وان نوى الترخص بالقصر ففيه احتمال • هذا كلامه • وجزم غيره من الأصحاب ببطلان صلاة المقيم الذى نوى الظهر ركعتين ؛ وهو الصواب •

(والجواب) عن الاشكال المذكور أن يقال صورة المسألة أن ينوى الظهر مطلقا فى سفينة فى البلد ثم يسير ويفارق البلد فى أثنائها فيجب الاتمام لعلتين (احداهما) فقد نية القصر عند الاحرام (والثانية) اجتماع الحضر والسفر فيها ، فبينوا أن اجتماع الحضر والسفر فى العبادة يوجب تغليب حكم الحضر ، ويستدل به حينئذ فى مسألة الخف ، وهى اذا مسحه فى الحضر ثم سافر فعندنا يتم مسح مقيم •

وقال أبو حنيفة : يمسح مسح مسافر ؛ فيقول : اجتمع الحضر والسفر واجتماعهما يوجب تغليب الحضر ، وقد وافق أبو حنيفة على مسألة الصلاة ؛ بل نقل الشيخ أبو حامد وغيره اجماع المسلمين على هذا ، وهذا القياس هو الذى اعتمده أصحابنا فى مسألة الخف والله أعلم •

(**فرع**) قد ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يجوز القصر حتى ينويه عند الاحرام ، قال العبدرى وبه قال أكثر الفقهاء ، وقال المزنى : لو نواه فى أثناء الصلاة ولو قبل السلام جاز القصر ، وقال أبو حنيفة : لا تجب نية القصر لأن الأصل عنده القصر ، وحكى الشيخ أبو حامد وصاحب البيان عن المزنى أنه لو نوى الاتمام ثم نوى فى أثنائها أن يقصر كان له أن يقصر ، ودليلنا على أبى حنيفة أن الأصل الاتمام لما سبق ، وعلى الآخرين أن الأصل الاتمام عندنا وعندهما ، فمتى وجد جزء منها بغير نية القصر وجب اتمامها تغليبا للأصل •

(فـرع) قال أصحابنا : يشترط لصحة القصر العلم بجوازه ، فلو جهل جوازه فقصر لم تصح صلاته بلا خلاف • نص عليه الشافعى فى الأم ، واتفق الأصحاب عليه وذكر امام الحرمين فيه احتمـالا وليس بشىء لأنه متلاعب ، وكأن امام الحرمين لم ير نصه فى الأم ، واتفاق العراقيين وغيرهم على التصريح بالمسألة • ثم ان كان نوى الظهر مطلقا وسلم من ركعتين عمدا لزمه استئنافها أربعا ، لالتزامه الاتمام فان صلاته انعقدت تامة ، وان كان نوى الظهر ركعتين وهو جاهل القصر فهو متلاعب ، واذا أعادها فله القصر اذا علم جوازه لعدم شروعه فيها ، وانما يجب الاتمـام فى الاعادة على من لا يعقد صلاته تامة ثم فسدت ، وهنا لم تنعقد صلاته بخلاف الصورة التى قبلها •

(فـرع) قال أصحابنا : نيـة القصر شرط عنـد الاحرام ولا يجب استدامة ذكرها لكن يشترط الانفكاك عن مخالفة الجزم بها ، فلو نوى القصر فى الاحرام ثم تردد فى القصر والاتمام أو شك فيه ثم جزم به أو تذكره لزمه الاتمام ، ولو اقتدى بمسافر علم أو ظن أنه نوى القصر فصلى ركعتين ثم قام الى ثالثة ، فان علم أنه نوى الاتمام لزم المأموم الاتمام • وان علم أنه ساه بأن كان حنفيا لا يرى الاتمام لم يلزم المأموم الاتمام ، بل يخير ان شاء نوى مفارقته وسجد للسهو وسلم ، وان شاء انتظره حتى يعود ويسلم معه • وانما قالوا : يسجد للسهو لأن بقيام الامام ساهيا توجه السجود عليهما ، فلو أراد المأموم الاتمام أتم ، لكن لا يجـوز أن يقتدى بالامام فى سـهوه لأنه غير محسوب له ، ولا يجوز الاقتداء بمن علمنا أن ما هو فيه غير محسوب له ، كالمسبوق اذا أدرك من آخر الصلاة ركعة ، ثم قام الامام بعدها الى ركعـة زائدة لم يكن للمسبوق أن يتابعه فى تدارك ما عليه ، ولو شك هل قام امامه ساهيا أو متما ؟ لزمه الاتمام لتردده •

ولو نوى المنفرد القصر فصلى ركعتين ثم قام الى ثالثة ــ فان كان حدث ما يقتضى الاتمام كنية الامام أو الاقامة أو حصوله بدار الاقامة فى سـفينة فقام لذلك ــ فقد فعل واجبه ، وان لم يحدث شىء من ذلك وقام عمدا بطلت صلاته بلا خلاف ، لأنه زاد فى صلاته عمدا ، كما لو قام المقيم الى خامسة ، وكما لو قام المتنفل الى ركعة زائدة قبل تغيير النية • وان قام سهوا ثم ذكر

لزمه أن يعود ويسجد للسهو ويسلم ، فلو أراد الاتمام بعد التذكر لزمه أن يعود الى القعود ثم ينهض متما ، وفيه وجه ضعيف أن له أن يمضى فى قيامه ، والمذهب الأول لأن النهوض الى الركعة الثالثة واجب ونهوضه كان لاغيا لسهوه ، ولو صلى ثالثة ورابعة سهوا وجلس للتشهد فتذكر سجد للسهو وسلم ووقعت صلاته مقصورة ، وتكون الركعتان الزائدتان لاغيتين ولا تبطل بهما الصلاة للسهو ، فلو نوى الاتمام قبل السلام والحالة هذه لزمه أن يأتى بركعتين آخرتين ويسجد للسهو لأن الاتمام يقتضى أربع ركعات محسوبات •

(فـرع) قد ذكرنا أنه اذا نوى القصر ثم نوى الاتمام لزمه الاتمام ويبنى على صلاته • قال الشيخ أبو حامد : وقال مالك لا يجوز البناء ، دليلنا القياس على ما لو أحرم فى سفينة فى السفر ثم وصلت الوطن [1] فيها ، ولو نوى الامام الاتمام لزمه والمأمومين الاتمام • قال أبو حامد : قال مالك : للمأمومين القصر •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز القصر لمن ائتم بمقيم فان ائتم بمقيم فى جزء من صلاته لزمه أن يتم لأنه اجتمع ما يقتضى القصر والتمام فغلب التمام ، كما لو احرم بها فى السفر ثم أقام ، وان أراد أن يقصر الظهر خلف من يصلى الجمعة لم يجز لأنه مؤتم بمقيم ولأن الجمعة صلاة تامة فهو كالمؤتم بمن يصلى الظهر تامة ، فان لم ينو القصر أو نوى الاتمام او ائتم بمقيم ثم افسد صلاته لزمه الاتمام ، لأنه فرض لزمه فلا يسقط عنه بالافساد كحج التطوع ، وان شك هل احرم بالصلاة فى السفر او فى الحضر ؟ أو هل نوى القصر ام لا ؟ او هل امامه مسافر او مقيم ؟ لزمه الاتمام لأن الأصل هو التمام وللقصر اجيز بشروط ، فاذا لم تتحقق الشروط رجع الى الأصل ، فان ائتم بمسافر او بمن الظاهر من حاله أنه مسافر جاز أن ينوى القصر خلفه لأن الظاهر أن الامام مسافر ، فان أتم الامام تبعه فى الاتمام لأنه بان أنه ائتم بمقيم أو بمن نرى الاتمام ، وان أفسد الامام صلاته وانصرف ولم يعلم المأموم انه نوى القصر أو الاتمام لزمه أن يتم على المنصوص، وهو قول ابى اسحاق لأنه شك فى عدد الصلاة ، ومن شك فى عدد الصلاة لزمه البناء على اليقين لا على غلبة الظن ، والدليل عليه أنه لو شك هل صلى ثلاثا ام اربعا ؟ بنى على اليقين وهو الثلاث وان غلب على ظنه انه صلى أربعا ، وحكى ابو العباس أنه قال : له أن يقصر لأنه ائتم بمن الظاهر منه أنه يقصر) •

---

(١) كذا بالأصل ولعله يريد : لزمه الاتمام فيها (ط) •

(الشرح) قوله « لا يجوز القصر لمن ائتم بمقيم » كان الأحسن أن يقول بمتم لأنه أعم ، وكذا قوله فى الجمعة لأنه مؤتم بمقيم كان الأحسن : بمتم • وقوله : لأن الجمعة صلاة تامة ، هذا هو الأصح • وقيل : هى ظهر مقصورة ، وسنوضحه فى بابها ان شاء الله تعالى • قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله : شرط القصر أن لا يقتدى بمتم ، فمن اقتدى بمتم فى لحظة من صلاته لزمه الاتمام ، سواء كان المتم مقيما أو مسافرا نوى الاتمام أو ترك نية القصر ، ودليله فى الكتاب ، ويتصور الاقتداء بالمتم فى لحظة فى صور (منها) أن يدركه قبل السلام ، أو يحدث الامام عقب احرام المأموم ، أو ينوى مفارقته عقب الاقتداء أو نحو ذلك ، ولو نوى الظهر مقصورة خلف من يصلى العصر مقصورة جاز له القصر بلا خلاف لأنه لم يقتد بمتم ، ولو نوى الظهر مقصورة خلف من يقضى الصبح فثلاثة أوجه (أصحها) باتفاقهم لا يجوز القصر ، وبه قطع الشيخ أبو حامد والبندنيجى والقاضى أبو الطيب والأكثرون لأنه مؤتم بمتم (والثانى) يجوز لاتفاقهما فى العدد ، حكاه البغوى وغيره (والثالث) ان كان الامام مسافرا فللمأموم القصر والا فلا ، وبهذا قطع المتولى وهو ضعيف جدا ، لأن الصبح لا يختلف المسافر والمقيم فيها ولو نوى الظهر مقصورة خلف الجمعة ــ مسافرا كان امامها أو مقيما ــ فطريقان (المذهب) وهو نصه فى الاملاء ــ وبه قطع المصنف والأكثرون : لا يجوز القصر لأنه مؤتم بمتم (والثانى) ان قلنا : هى ظهر مقصورة جاز القصر ، كالظهر مقصورة خلف عصر مقصورة ، والا فهى كالصبح ، وممن حكى هذا الطريق البغوى والرافعى ، ولو نوى الظهر خلف من يصلى المغرب فى الحضر أو السفر لم يجز القصر بلا خلاف ، ذكره البغوى وغيره ، ومتى علم أو ظن أن امامه مقيم لزمه الاتمام ، فلو اقتدى به ونوى القصر انعقدت صلاته ولغت نية القصر باتفاق الأصحاب •

قال أصحابنا : وهذا بخلاف المقيم ينوى القصر لا تنعقد صلاته ، لأنه ليس من أهل القصر والمسافر من أهله فلم يضره نيته كما لو شرع فى الصلاة بنية القصر ثم نوى الاتمام ، أو صار مقيما فانه يبنى عليها • أما اذا علم أو ظن امامه مسافرا ، وعلم أو ظن أنه نوى القصر فله أن يقصر خلفه ، وكذا لو علم أو ظنه مسافرا ولم يدر أنوى القصر أم لا ؟ فله القصر وراءه بالاتفاق

ولا يضره الشك فى نية امامه لأن الظاهر من حال المسافر نية القصر ، ولو عرض هذا الشك فى أثناء الصلاة لم يؤثر بل له القصر ولو جهل نية امامه المسافر فعلق عليها فقال : ان قصر قصرت وان أتم أتممت فوجهان مشهوران (أصحهما) صحة التعليق ، فان أتم الامام أتم ، وان قصر قصر ، لأن الظاهر من حال المسافر القصر ، ومقتضى الاطلاق هو ما نوى (والثانى) لا يجوز القصر للشك ؛ وعلى الأول لو فسدت صلاة الامام أو أفسدها فقال : كنت نويت القصر جاز للمأموم القصر •

وان قال : كنت نويت الاتمام لزمه الاتمام ، وان انصرف ولم يظهر للمأموم ما نواه فوجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) وهو المنصوص ، وقول أبى اسحاق المروزى وعامة أصحابنا يلزمه الاتمام (والثانى) قاله ابن سريج له القصر ، ولو لم يخبره امامه بشىء لكنه عاد فاستأنف صلاته ركعتين فللمأموم القصر وان صلاها أربعا لزم المأموم الاتمام فيعمل بفعله كما يعمل بقوله ذكره البندنيجى وغيره ، ولو شك هل امامه مسافر أم مقيم ؟ ولم يترجح له أحد الأمرين لزمه الاتمام سواء بان الامام متما أو قاصرا أو انصرف وجهل حاله وفيه وجه ضعيف أنه اذا بان قاصرا فله القصر ، حكاه الرافعى وغيره ، أما اذا اقتدى بمتم ثم فسدت صلاة الامام أو بان محدثا أو فسدت صلاة المأموم فاستأنفها فيلزمه الاتمام بلا خلاف ، وقد ذكر المصنف دليله ، وكذا لو أحرم منفردا ولم ينو القصر ثم فسدت صلاته لزمه الاتمام بلا خلاف ، لالتزامه ذلك بشروع صحيح فى الصلاة ، ولو اقتدى بمن ظنه مسافرا قاصرا فبان مقيما أو متما لزمه الاتمام لاقتدائه بمتم ، ولو بان مقيما محدثا نظر ان بان كونه مقيما أولا لزم الاتمام ، وان بان أولا محدثا ثم بان مقيما أو بانا معا فطريقان أصحهما وأشهرهما على وجهين (أصحهما) القصر ، لأنه لم يصح اقتداؤه (والثانى) لا قصر له ، والطريق الثانى : له القصر ــ وجها واحدا ولو شرع فى الصلاة بنية الاتمام أو مطلقا أو كان مقيما ثم بان محدثا ثم سافر ــ والوقت باق ــ فله القصر بالاتفاق ، لعدم الشروع الصحيح فى الصلاة ، ولو اقتدى بمقيم فبان حدث المأموم فله القصر لعدم شروعه الصحيح ، وكذا لو اقتدى بمن يعرفه محدثا ويعلمه مقيما فله القصر بعد ذلك لأنه لم يصح شروعه •

(فـرع) اذا صلى مسافر بمسـافرين ومقيمين جاز ويقصر الامام والمسافرون ، ويتم المقيمون ويسن للامام أن يقول عقب سلامه : أتموا فانا قوم سفر .

(فـرع) اذا شك هل نوى القصر أم لا أو أحرم بالصلاة فى الحضر أم فى السفر ؟ لزمه الاتمام بالاتفاق ، لأنه الأصل ، وقد ذكر المصنف دليله ، قال أصحابنا : فلو تذكر على قرب أنه نوى القصر وأحرم فى الحضر لزمـه الاتمام لأنه مضى جزء من صلاته فى حال الشك على حكم الاتمام ، بخلاف من أحرم بصلاة ثم شك هل نواها أم لا ؟ فانه اذا تذكر على قرب ولم يفعل ركنا فى حال شكه يستمر فى صلاته بلا خلاف ، وسبق بيانه فى أول صـفة الصلاة .

(فـرع) (فى مذاهب العلماء فيمن اقتـدى بمقيم) قد ذكرنا أن مذهبنا أن المسافر اذا اقتدى بمقيم فى جزء من صلاته لزمه الاتمام سواء أدرك معه ركعة أم دونها وبهذا قال أبو حنيفة والأكثرون ، حكاه الشيخ أبو حامد عن عامة العلماء وحكاه ابن المنذر عن ابن عمر وابن عبـاس وجمـاعة من التابعين والثورى والأوزاعى وأحمـد وأبى ثور وأصـحاب الرأى ، وقال الحسن البصرى والنخعى والزهرى وقتادة ومالك : ان أدرك ركعة فأكثر لزمه الاتمام والا فله القصر . وقال طاوس والشعبى وتميم بن حذلم [1] : ان أدرك ركعتين معه أجزأتاه ، وقال اسحاق بن راهويه : له القصر خلف المتم بكل حال ، فان فرغت صلاة المأموم تشهد وحده وسلم ، وقام الامام الى باقى صلاته وحكاه الشيخ أبو حامد عن طاوس والشعبى وداود .

(فـرع) فى مذاهبهم فى مسافر اقتـدى بمقيم ثم أفسـد المأموم صلاته لزمه اعادتها تامة وبه قال مالك وأحمد ورواية عن أبى ثور وقال الثورى وأبو حنيفة وأبو ثور فى رواية : يقصر .

(فـرع) فى مذاهبهم فى مسافر صلى بمسافر ومقيم ، ثم أحـدث

---

(١) تميم بن حذلم الضبى أبو سلمة الكوفى من أصحاب ابن مسعود وادرك ابا بكر وعمر رضى الله عنهما ، قال تميم بن حذلم : قرأت القرآن على عبد الله وأنا غلام فمررت بسجدة فقال عبد الله : أنت امامنا فيها (ط) .

الامام فاستخلف المقيم فصلى خلفه المسافر الآخر ، مذهبنا ومذهب أحمد وداود : يلزمه الاتمام وقال مالك وأبو حنيفة : له القصر .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(قال الشافعي رحمه الله : وان صلى مسافر بمقيمين فرعف واستخلف مقيما أتم الراعف فمن أصحابنا من قال : هذا على القول القديم ان الراعف لا تبطل صلاته فيكون فى حكم المؤتم بالمقيم ؛ ومن أصحابنا من قال : يلزمه الاتمام على القول الجديد أيضا لأن المستخلف فرع الراعف فلا يجوز أن يلزم الفرع ولا يلزم الأصل وليس بشيء) .

(**الشرح**) فى قوله رعف لغتان أفصحهما وأشهرهما فتح العين والثانية ضمها ، وهذا النص الذى ذكره عن الشافعى هو فى مختصر المزنى ولفظ الشافعى فان رعف وخلفه مسافرون ومقيمون فقدم مقيما كان على جميعهم والراعف أن يصلوا أربعا لأنه لا يكمل واحد منهم الصلاة التى كان فيها الا وهو فى صلاة مقيم ؛ قال المزنى هذا غلط فالراعف لم يأتم بمقيم فليس عليه الا ركعتان هذا نصه . وللأصحاب فيه أربع طرق (أصحها) عند الأصحاب ؛ وتأويل المزنى وأبى اسحق وجمهور المتقدمين أن مراد الشافعى أن الراعف ذهب فغسل الدم ورجع واقتدى بالمقيم قالوا : فان لم يقتد به فله القصر قولا واحدا قالوا : وعليه يدل كلام الشافعى ؛ وتعليله الذى ذكرناه ، قال الماوردى والشاشى : هذا التأويل قول أكثر أصحابنا صححه الشيخ أبو حامد والماوردى والقاضى حسين وصاحب العدة وآخرون ، ونقل الرافعى تصحيحه عن الأكثرين .

(والثانى) حكاه أبو حامد والمحاملى وآخرون عن أبى غانم من أصحابنا أن مراد الشافعى أن الراعف حين أحس بالرعاف وخرج منه يسير لا تبطل الصلاة . استخلف مقيما وحصل مؤتما به ثم اندفق رعافه فخرج من الصلاة يلزمه الاتمام لمصيره مؤتما بمقيم فى جزء من صلاته ، قال أبو حامد وغيره : هذا تأويل فاسد مخالف لنصه ، قال أبو حامد والمحاملى والأصحاب : ولأن الاستخلاف الذى فى جوازه قولان هو الاستخلاف بعذر ، فأما الاستخلاف بلا عذر فلا يجوز قولا واحدا ، وهذا الامام اذا استخلف قبل خروج الدم الكثير تبطل صلاته فلا يكون مقتديا بالمقيم فى جزء من صلاته ، وقال الشيخ

أبو محمد الجوينى الاحساس بالرعاف عذر ومتى حضر امام حاله أكمل منه جاز استخلافه والمشهور الأول •

(والثالث) أن مراده التفريع على القديم حكاه أصحابنا عن ابن سريج واتفقوا على تضعيفه فضعفه الجمهور بأنه وان كان فى حكم الصلاة فليس مقتديا بمقيم وضعفه القاضى حسين وامام الحرمين بأن الاستخلاف باطل فى القديم فلا تتصور المسألة على القديم •

(الرابع) أنه يلزمه الاتمام بكل حال لأنه يلزم فرعه فهو أولى ، هـذا هو الذى حكاه المصنف آخرا وضعفه وحكاه الأصحاب عن ابن سريج أيضا ، واتفقوا على تضعيفه لأن الامام انما لزمه الاتمام لأنه مقيم بخلاف الراعف وأما المأمومون المسافرون فعليهم الاتمام ان نووا الاقتداء بالخليفة المقيم ، وكذا لو لم ينووا وقلنا بالمذهب ان نية الاقتداء بالخليفـة لا تجب فعليهـم الاتمام لأنهم بمجرد الاستخلاف كانوا مقتدين ، حتى لو نووا مفارقته عقب الاستخلاف لم يجز القصر ، وان قلنا بالوجه الشاذ : ان نية الاقتداء بالخليفة واجبة لزمهم الاتمام ان نووا الاقتداء به والا فلهم القصر ولو نوى بعضهم دون بعض أتم الناوون وقصر الآخرون •

وأما اذا لم يستخلف ولا اسـتخلفوا فللمسـافرين القصر سواء الامام الراعف وغيره ، وان استخلف أو استخلفوا مسـافرا فللراعف والمسـافرين القصر بالاتفاق وان لم يستخلف فاستخلف القوم فطريقان حكاهما صاحب الحاوى وغيره (أحدهما) أنه كاستخلاف الامام ففيـه الطـرق الأربعـة (والثانى) للراعف القصر بلا خلاف اذا لم يقتد به ، لأن الخليفة ليس فرعا للراعف ، وهذا الثانى هو الأصح ، قال الماوردى : فعلى هذا لو استخلف المقيمون مقيما والمسافرون مسافرا جاز ، وللمسافرين القصر مع امامهم ، وكذا لو افترقوا ثلاث فرق وأكثر •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا نوى المسافر اقامة أربعة أيام غير يوم الدخول ويوم الخروج ، صار مقيما وانقطعت عنه رخص السفر ، لأن بالثلاث لا يصير مقيما « لأن المهاجرين رضى الله عنهم حرم عليهم الاقامة بمكة ، ثم رخص لهم النبى صلى الله عليـه وسلم أن يقيموا ثلاثة أيام ، فقال صلى الله عليه وسلم « يمكث المهاجر بعـد

قضاء نسكه ثلاثا » وأجلى عمر رضى الله عنه اليهود [من الحجاز] ثم اذن لمن قدم منهم تاجرا أن يقيم ثلاثا . وأما اليوم الذى يدخل فيه ويخرج فلا يحتسب لأنه مسافر فيه واقامته فى بعضه لا تمنع من كونه مسافرا لأنه ما من مسافر الا ويقيم بعض اليوم ، ولأن مشقة السفر لا تزول الا باقامة يوم . وان نوى اقامة أربعة أيام على حرب ففيه قولان : (أحدهما) يقصر لما روى أنس « أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أقاموا برامهرمز تسعة اشهر يقصرون الصلاة . (والثانى) لا يقصر لأنه نوى اقامة أربعة أيام لا سفر فيها فلم يقصر كما لو نوى الاقامة فى غير حرب ، وأما اذا أقام فى بلد على حاجة اذا انتجزت رحل ، ولم ينو مدة ففيه قولان : (أحدهما) يقصر سبعة عشر يوما لأن الأصل التمام الا فيما وردت فيه الرخصة ، وقد روى ابن عباس قال : « سافرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فاقام سبعة عشر يوما يقصر الصلاة » وبقى فيما زاد على حكم الأصل (والثانى) يقصر أبدا لأنه اقامة على حاجة يرحل بعدها فلم يمنع القصر كالاقامة فى سبعة عشر وخرج أبو اسحاق قولا ثالثا انه يقصر الى أربعة أيام لأن الاقامة ابلغ فى نية الاقامة لأن الاقامة لا يلحقها الفسخ ؛ [والنية يلحقها الفسخ] ثم ثبت أنه لو نوى الاقامة أربعة ايام لم يقصر فلأن لا يقصر اذا أقام أولى) .

(الشرح) حديث تحريم الاقامة بمكة على المهاجرين رواه البخارى ومسلم وحديث « يمكث المهاجر بعد قضاء نسكه ثلاثا » رواه البخارى ومسلم أيضا من رواية العلاء بن الحضرمى رضى الله عنه وحديث عمر رضى الله عنه أنه أجلى اليهود من الحجاز ، ثم اذن لمن قدم منهم تاجرا أن يقيم ثلاثا ، صحيح رواه مالك فى الموطأ باسناده الصحيح فرواه عن نافع عن أسلم مولى عمر ، وحديث « اقامة الصحابة برامهرمز تسعة أشهر يقصرون الصلاة » رواه البيهقى باسناد صحيح الا أن فيه عكرمة بن عمار [1] ، وهو مختلف فى الاحتجاج به ، وقد روى له مسلم فى صحيحه . وأما حديث ابن عباس فرواه البخارى فى صحيحه لكن فى رواية البخارى تسعة عشر بنقصان واحد من عشرين ، ووقع فى بعض روايات أبى داود والبيهقى ، سبعة عشر بنقصان ثلاثة من عشرين ، وكذا وقع فى المهذب .

(أما الفاظ الفصل) فقوله : أجلى عمر اليهود معناه أخرجهم من ديارهم، قال أهل اللغة : يقال جلا القوم خرجوا من منازلهم ، وأجليتهم وجلوتهم

---

(1) قال ابن حجر فى التهذيب : روى عن الهرماس بن زياد وأياس بن سلمة بن الاكوع ا هـ وروى أقوال موثقيه ومخالفيهم ولم أر من ضعفه الا قاصرا ضعفه فى روايته عن يحيى بن ابى كثير ووثقوه فيما عدا ذلك (ط) .

أخرجتهم ورامهرمز ـ بفتح الميم الأولى وضم الهاء واسكان الراء وآخره زاى ـ وهى بلاد معروفة ، وقوله : تسعة أشهر هو بالتاء فى أول تسعة وقوله : الاقامة لا يلحقها الفسخ هو بالفاء أى لا ترفع بعد وجودها ، والنية يمكن قطعها وابطالها أما الأحاديث الواردة بالاقامة المقيدة ففى حديث ابن عباس تسعة عشر يوما كما ذكرنا عن رواية البخارى وفى رواية لأبى داود والبيهقى باسناد صحيح على شرط البخارى سبعة عشر وفى رواية أخرى لأبى داود والبيهقى عن ابن عباس خمسة عشر ولكنها ضعيفة مرسلة ، وكان حديث ابن عباس هذا فى اقامة النبى صلى الله عليه وسلم بمكة لحرب هوازن فى عام الفتح ، وروى أبو داود والبيهقى عن عمران بن حصين أن النبى صلى الله عليه وسلم « أقام بمكة ثمان عشرة ليلة يقصر الصلاة » الا أن فى اسناده من لا يحتج به قال البيهقى : أصح الروايات فى حديث ابن عباس تسعة عشر، وهى التى ذكرها البخارى قال : ويمكن الجمع بين رواية ثمان عشرة وتسع عشرة وسبع عشرة فان من روى تسع عشرة عد يومى الدخول والخروج ، ومن روى سبع عشرة لم يعدهما ، ومن روى ثمان عشرة عد أحدهما .

وروى أبو داود والبيهقى عن جابر « أقام رسول الله صلى الله عليه وسلم بتبوك عشرين يوما يقصر الصلاة » لكن روى مسندا ومرسلا ، قال بعضهم : ورواية المرسل أصح (قلت) ورواية المسند تفرد بها معمر بن راشد وهو امام مجمع على جلالته وباقى الاسناد صحيح على شرط البخارى ومسلم ، فالحديث صحيح لأن حكم الصحيح أنه اذا تعارض فى الحديث ارسال واسناد حكم بالمسند .

(أما حكم الفصل) فقال الشافعى والأصحاب : اذا نوى فى أثناء طريقه الاقامة مطلقا انقطع سفره فلا يجوز الترخص بشىء بالاتفاق ، فلو جدد السير بعد ذلك فهو سفر جديد ، فلا يجوز القصر الا أن يقصد مرحلتين ، هذا اذا نوى الاقامة فى موضع يصلح لها من بلد أو قرية أو واد يمكن البدوى الاقامة به ونحو ذلك ، فأما المفازة ونحوها ففى انقطاع السفر والرخص بنية الاقامة فيها قولان مشهوران (أصحهما) عند الجمهور انقاعه لأنه ليس بمسافر ، فلا يترخص حتى يفارقها (والثانى) لا ينقطع وله الترخص لأنه

لا يصلح للاقامة ، فنيته لغو ، هذا كله اذا نوى الاقامة وهو ماكث ، أما اذا نواها وهو سائر فلا يصير مقيما بلا خلاف ، صرح به البندنيجى وغيره لأن سبب القصر السفر وهو موجود حقيقة ، أما اذا نوى الاقامة فى بلد ثلاثة أيام فأقل فلا ينقطع الترخص بلا خلاف وان نوى اقامة أكثر من ثلاثة أيام ؛ قال الشافعى والأصحاب : ان نوى اقامة أربعة أيام صار مقيما وانقطعت الرخص ، وهذا يقتضى أن نية دون أربعة لا تقطع السفر وان زاد على ثلاثة ، وقد صرح به كثيرون من أصحابنا .

وفى كيفية احتساب الأربعة وجهان حكاهما البغوى وآخرون (أحدهما) يحسب منها يوما الدخول والخروج ، كما يحسب يوم الحدث ، ويوم نزع الخف من مدة المسح (وأصحهما) وبه قطع المصنف والجمهور : لا يحسبان لما ذكره المصنف ، فعلى الأول لو دخل يوم السبت وقت الزوال بنية الخروج يوم الأربعاء وقت الزوال صار مقيما وعلى الثانى : لا يصير وان دخل ضحوة السبت بنية الخروج عشية الأربعاء ، وأما قول امام الحرمين والغزالى : متى نوى اقامة زيادة على ثلاثة أيام صار مقيما فموافق لما قاله الأصحاب لأنه لا يمكن زيادة على الثلاث غير يومى الدخول والخروج ، بحيث لا يبلغ الأربعة ثم الأيام المحتملة معدودة بلياليها ، ومتى نوى أربعة صار مقيما فى الحال ولو دخل فى الليل لم يحسب بقية الليل ، ويحسب الغد .

هذا كله فى غير المحارب ، أما المحارب وهو المقيم على القتال بحق ففيه قولان مشهوران (أحدهما) يقصر أبدا لما ذكره المصنف ، وهو اختيار المزنى ، ومذهب مالك وأبى حنيفة وأحمد ، وعلى هذا يقصر أبدا ، وان نوى اقامة أكثر من أربعة أيام (وأصحهما) عند الأصحاب أنه كغيره فلا يقصر اذا نوى اقامة أربعة أيام ، وممن صححه القاضى أبو الطيب والماوردى والرافعى وآخرون قال الشيخ أبو حامد والمحاملى : وهو اختيار الشافعى ، وأجابوا عن حديث أنس بأنهم لم يقيموا تسعة أشهر فى مكان واحد ، بل كانوا يتنقلون فى تلك الناحية أما اذا أقام فى بلد أو قرية لشغل فله حالان : (أحدهما) أن يتوقع انقضاء شغله قبل أربعة أيام ، ونوى الارتحال عند فراغه فله القصر الى أربعة أيام بلا خلاف ، وفيما زاد عليها طريقان

(الصحيح) منهما وقول الجمهور أنه على ثلاثة أقوال (أحدها) يجوز القصر أبدا سواء فيه المقيم لقتال أو لخوف من القتال أو لتجارة وغيرها •

(والثانى) لا يجوز القصر أصلا (والثالث) وهو الأصح عند الأصحاب يجوز القصر ثمانية عشر يوما فقط ، وقيل : على هذا يجوز سبعة عشر ، وقيل تسعة عشر ، وقيل عشرين وسمى امام الحرمين هذه أقوالا ، والطريق الثانى أن هذه الأقوال فى المحارب ، وأما غيره فلا يجوز له القصر بعد أربعة أيام قولا واحدا ، وبه قال أبو اسحاق كما حكاه المصنف عنه • واذا جمعت هذه الأقوال والأوجه وسميت أقوالا كانت سبعة (أحدها) لا يجوز القصر بعد أربعة أيام • (والثانى) يجوز الى سبعة عشر يوما (وأصحها) الى ثمانية عشر (والرابع) الى تسعة عشر (والخامس) الى عشرين (والسادس) أبدا (السابع) للمحارب مجاوزة أربعة وليس لغيره ،ودليل الجميع يعرف مما ذكره المصنف وذكرناه (الحال الثانى) أن يعلم أن شغله لا يفرغ قبل أربعة أيام غير يومى الدخول والخروج كالمتفقه والمقيم لتجارة كبيرة ولصلاة الجمعة ونحوها ، وبينه وبينها أربعة أيام فأكثر فان كان محاربا ، وقلنا فى الحال الأول : لا يقصر فهاهنا أولى والا فقولان • (أحدهما) يترخص أبدا (وأصحهما) لا يتجاوز ثمانية عشر ، وان كان غير محارب فالمذهب أنه لا يترخص أصلا ، وبه قطع الجمهور • (والثانى) أنه كالمحارب حكاه الرافعى وآخرون وقالوا هو غلط (فان قيل) ثبت فى صحيحى البخارى ومسلم عن أنس قال « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقصر حتى أتى مكة فأقمنا بها عشرا فلم يزل يقصر حتى رجع » فهذا كان فى حجة الوداع ، وكان النبى صلى الله عليه وسلم قد نوى اقامة هذه المدة (فالجواب) ما أجاب به البيهقى وأصحابنا فى كتب المذهب •

قالوا : ليس مراد أنس أنهم أقاموا فى نفس مكة عشرة أيام ، بل طرق الأحاديث الصحيحة من روايات جماعة من الصحابة متفقة على أن النبى صلى الله عليه وسلم قدم مكة فى حجته لأربع خلون من ذى الحجة ، فأقام بها ثلاثة ولم يحسب يوم الدخول ولا الثامن لأنه خرج فيه الى منى فصلى بها الظهر والعصر وبات بها ، وسار منها يوم التاسع الى عرفات ، ورجع فبات بمزدلفة، ثم أصبح فسار الى منى فقضى نسكه ، ثم أفاض الى مكة فطاف للافاضة ثم

رجع الى منى فأقام بها ثلاثا يقصر ثم نفر فيها بعد الزوال فى ثالث أيام التشريق فنزل بالمحصب وطاف فى ليلته للوداع ، ثم رحل من مكة قبل صلاة الصبح فلم يقم صلى الله عليه وسلم أربعا فى موضع واحد والله أعلم .

(فرع) لو سافر عبد مع سيده وامرأة مع زوجها ، فنوى العبد والمرأة اقامة أربعة أيام ولم ينو السيد والزوج فوجهان حكاهما صاحب البيان وغيره (أحدهما) ينقطع رخصهما كغيرهما (والثانى) لا ينقطع لأنه لا اختيار لهما فى الاقامة فلغت نيتهما . قال صاحب البيان : ولو نوى الجيش الاقامة مع الأمير ولم ينو هو فيحتمل أنه على الوجهين (قلت) الأصح فى الجميع أنهم يترخصون لأنه لا يتصور منهم الجزم بالاقامة .

(فرع) لو دخل مسافران بلدا ونويا اقامة أربعة أيام وأحدهما يعتقد جواز القصر مع نية الاقامة أربعة أيام كمذهب أبى حنيفة والآخر لا يعتقده كره للآخر أن يقتدى به . فان اقتدى به صح ، واذا قصر الامام لا تبطل صلاة المأموم ، لأن المأموم لا يعتقد بطلان صلاة الامام الا اذا سلم من ركعتين ، فيقوم المأموم قبل سلام الامام بنية المفارقة ، أو عقب سلامه ، ويتم صلاته ، كما لو فسدت صلاة الامام بحدث وغيره ، وهكذا ذكر الفرع الشافعى فى الأم واتفق عليه الأصحاب .

(فرع) لو سافروا فى البحر فركدت بهم الريح فأقاموا لانتظار هبوبها فهو كالاقامة لتنجيز حاجة ، وقد سبق بيانه ، فلو فارقوا ذلك الموضع ثم أدارتهم الريح وردتهم اليه فأقاموا فيه فهى اقامة جديدة تعتبر مدتها وحدها ، ولا تنضم الى الأولى ، نص عليه الشافعى واتفق عليه الأصحاب وهو ظاهر .

(فرع) قال الشافعى فى الأم والأصحاب : اذا خرج مسافرا الى بلد تقصر اليه الصلاة ونوى أنه اذا وصله أقام فيه يوما ، فان لقى فلانا أقام فيه أربعة أيام ، وان لم يلقه رجع ، فله القصر الى ذلك البلد ، فان لم يلق فلانا فله القصر حتى يرجع ، وان لقيه لزمه الاتمام من حين لقيه عملا بنيته ، فلو نوى بعد أن لقيه فى ذلك البلد أن لا يقيم أكثر من ثلاثة أيام أو دونها

لم يجز له القصر حتى يفارق بنيان ذلك البلد ، نص عليه الشافعى واتفق عليه الأصحاب ، لأنه صار مقيما فلا يصير مسافرا الا بالشروع فى حقيقة السفر •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى اقامة المسافر فى بلد

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه ان نوى اقامة أربعة أيام غير يومى الدخول والخروج انقطع الترخص • وان نوى دون ذلك لم ينقطع ، وهو مذهب عثمان بن عفان وابن المسيب ومالك وأبى ثور • وقال أبو حنيفة والثورى والمزنى : ان نوى اقامة خمسة عشر يوما مع يوم الدخول أتم ، وان نوى أقل من ذلك قصر • قال ابن المنذر : وروى مثله عن ابن عمر قال : وقال الأوزاعى وابن عمر فى رواية عنه وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة : ان نوى اقامة اثنى عشر يوما أتم والا فلا وقال ابن عباس واسحاق بن راهويه : ان نوى اقامة تسعة عشر يوما أتم ، وأن نوى دونها قصر • وقال الحسن بن صالح : ان نوى اقامة عشرة أيام أتم • قال ابن المنذر : وبه قال محمد بن على • وقال أنس وابن عمر فى رواية عنه وسعيد بن جبير والليث : ان نوى أكثر من خمسة عشر يوما أتم • وقال أحمد : ان نوى اقامة تزيد على أربعة أيام أتم ؛ وان نوى أربعة قصر فى أصح الروايتين ، وبه قال داود وعن أحمد رواية أنه ان نوى اقامة اثنتين وعشرين صلاة أتم ، وان نوى احدى وعشرين قصر ، ويحسب عنده يوما الدخول والخروج • قال ابن المنذر : وروى عن ابن المسيب قال : ان أقام ثلاثا أتم • قال : وقال الحسن البصرى : يقصر ، الا أن يدخل مصرا من الأمصار ، وعن عائشة نحوه ، قال : وقال ربيعة : ان نوى اقامة يوم وليلة أتم قال العبدرى : وحكى عن اسحاق بن راهويه أنه يقصر أبدا حتى يدخل وطنه أو بلدا له فيه أهل أو مال • قال القاضى أبو الطيب : وروى هذا عن ابن عمر وأنس • أما اذا أقام فى بلد لانتظار حاجة يتوقعها قبل أربعة أيام فقد ذكرنا أن الأصح عندنا أنه يقصر الى ثمانية عشر يوما • وقال أبو حنيفة ومالك وأحمد : يقصر أبدا وقال أبو يوسف ومحمد : هو مقيم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان فاتته صلاة فى السفر فقضاها فى الحضر ففيه قولان ، قال فى القديم: له ان يقصر لأنها صلاة سفر فكان قضاؤها كاداتها فى العدد ، كما لو فاتته فى

الحضر فقضاها فى السفر . وقال فى الجديد : لا يجوز له القصر ، وهو الأصح لأنه تخفيف تعلق بعذر فزال بزوال العذر ، كالقعود فى صلاة المريض ، وان فاتته فى السفر فقضاها فى السفر ففيه قولان (أحدهما) لا يقصر لأنها صلاة ردت من أربع الى ركعتين فكان من شرطها الوقت كصلاة الجمعة (والثانى) له أن يقصر وهو الأصح لأنه تخفيف تعلق بعذر والعذر باق فكان التخفيف باقيا فأراد قضاءها كالقعود فى صلاة المريض . وان فاتته فى الحضر فقضاها فى السفر لم يجز له القصر لأنه ثبت فى ذمته صلاة تامة فلم يجز له القصر كما لو نذر أن يصلى اربع ركعات . وقال المزنى : له أن يقصر كما لو فاته صوم يوم فى الحضر وذكره فى السفر فان له أن يفطر ، وهذا لا يصح لأن الصوم تركه فى حال الأداء وكان له تركه ، وههنا فى حال الأداء لم يكن له أن يقصر فوزانه من الصوم أن يتركه من غير عذر فلا يجوز له تركه فى السفر) .

(**الشرح**) قوله « فكان قضاؤها كأدائها فى العدد » احتراز ممن فاتته فى الصحة فقضاها فى المرض قاعدا أو بالتيمم .

(**أما حكم الفصل**) فقال أصحابنا : اذا فاتته صلاة فى الحضر فقضاها فى السفر لم يجز القصر بلا خلاف بين الأصحاب الا المزنى فجوز القصر ، وان فاتته فى السفر فقضاها فى الحضر فقولان (أصحهما) باتفاق الأصحاب : يلزمه الاتمام وهو نصه فى الأم والاملاء (والثانى) له القصر ، نص عليه فى القديم ، فلو أدركته الصلاة فى السفر فأقام وقد بقى بعض الوقت فلم يصل حتى خرج الوقت لزمه الاتمام قولا واحدا ، وانما الخلاف اذا فاتت بكمالها فى السفر ، صرح به البندنيجى وغيره . أما اذا فاتته فى السفر فقضاها فى ذلك السفر فقولان (أصحهما) عند المصنف هنا وعند أبى اسحاق المروزى والشيخ أبى حامد والماوردى والحاملى وجمهور الأصحاب له القصر ، ونقل الرافعى أيضا تصحيحه عن الأكثرين (والثانى) يلزمه الاتمام وصححه المصنف فى التنبيه والبغوى والمتولى . والمذهب جواز القصر . فعلى هذا لو فاتته فى سفر فحضر ثم سافر سفرا آخر فقضى فى السفر الباقى هل له القصر ؟ فيه وجهان مشهوران للخراسانيين (أصحهما) له القصر ، وبه قطع الشيخ أبو حامد والبندنيجى وصاحب الشامل وسائر العراقيين ، وجمع بعض أصحابنا الصور فقال : اذا فاتته فى السفر فأربعة أقوال (أظهرها) ان قضى فى سفر قصر وان قضى فى حضر أتم (والثانى) يتم مطلقا (والثالث) يقصر مطلقا (والرابع) ان قضى فى ذلك السفر قصر والا فلا (فان قلنا) يتم مطلقا

فشرع فى صلاة فى السفر فخرج الوقت فى أثنائها ، ففيه خلاف مبنى على أن الصلاة التى يقع بعضها فى الوقت أداء أم قضاء ؟ وقد سبق بيانها فى باب مواقيت الصلاة ، والمذهب أنه ان وقع فى الوقت ركعة فأداء ، وان كان دونها فقضاء ، فان قلنا : قضاء لم يقصر ، وان قلنا : أداء قصر على الصحيح ؛ وبه قال الجمهور : وفيه وجه قاله ابن القاص لا يقصر ،ولو فاته صلاة وشك هل فاتت فى الحضر أم السفر ؟ لم يجز القصر بلا خلاف لأن الأصل الاتمام •

(فـرع) قال الشافعى رحمه الله فى الأم : لو نسى المسافر صلاة الظهر حتى دخل وقت العصر فصلى العصر فى أول وقتها ثم صار حاضرا فى وقتها فقضى الظهر فى أواخر وقت العصر لزمه اتمامها • قال الشيخ أبو حامد : يلزمه اتمامها قولا واحدا ولا يكون على القولين فيمن نسيها فى السفر فقضاها فى الحضر ، لأن آخر وقت العصر هو وقت للظهر فى حق المسافر ، فكأنه صلاها فى وقتها وهو حاضر فلزمه الاتمام ، هذا كلام أبى حامد وهو ضعيف مخالف لاطلاق الأصحاب أن من فاته صلاة فى السفر فقضاها فى الحضر ففيه قولان وهذه فائتة سفر • وأما نصه فى الأم فلا دلالة فيه لنفى الخلاف لأنه فى الأم يقول : ان من فاته صلاة فى السفر فقضاها فى الحضر أتم ، ولم يذكر فيه فى الأم خلافا • وقد قدمنا هذا عن الأم ، والشيخ أبى حامد ممن نقل ذلك عن الأم ، فالصحيح جريان القولين •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فاما اذا دخل [عليه] وقت الصلاة وتمكن من فعلها ثم سافر فان له ان يقصر • وقال المزنى : لا يجوز ووافقه عليه أبو العباس لأن السفر يؤثر فى الصلاة كما يؤثر فى الحيض ، ثم لو طرأ الحيض بعد الوجوب والقدرة على فعلها لم يؤثر ، فكذا السفر ، والمذهب الأول ، لأن الاعتبار فى صفة الصلاة بحال الأداء لا بحال الوجوب • والدليل عليه انه لو دخل عليه وقت الظهر وهو عبد فلم يصل حتى عتق صار فرضه الجمعة ، وهذا فى حال الأداء مسافر فوجب أن يقصر ، ويخالف الحيض لأنه يؤثر فى اسقاط الفرض فلو أثر ما طرأ منه بعد القدرة على الأداء أفضى الى اسقاط الفرض بعد الوجوب والقدرة ، والسفر يؤثر فى العدد فلا يفضى الى اسقاط الفرض بعد الوجوب ، ولأن الحائض تفعل القضاء والقضاء يتعلق بالوجوب والقدرة عليه ، والمسافر يفعل الاداء وكيفية الأداء تعتبر بحال الأداء والأداء فى حال السفر ، وان سافر بعدما ضاق وقت

الصلاة جاز له ان يقصر ، وقال ابو الطيب بن سلمة لا يقصر لأنه تعين عليه صلاة حضر فلا يجوز له القصر ، والمذهب الأول لما ذكرناه مع المزنى وأبى العباس وقوله : انه تعينت عليه صلاة حضر يبطل بالعبد اذا عتق فى وقت الظهر ، وان سافر وقد بقى من الوقت اقل من قدر الصلاة ـ فان قلنا : انه مؤد لجميع الصلاة ـ جاز له القصر . وان قلنا انه مؤد لما فعله فى الوقت قاض لما يفعله بعد الوقت لم يجز القصر) .

(الشرح) اذا سافر فى أثناء الوقت وقد مضى من الوقت ما يمكن فعل الصلاة فيه ، نص الشافعى أن له قصرها ، ونص فيما اذا أدركت من أول الوقت قدر الامكان ثم حاضت أنه يلزمها القضاء وكذا سائر أصحاب الأعذار ، وللأصحاب طريقان ، قال ابن سريج : فى كل واحدة من المسألتين قولان بالنقل والتخريج (أحدهما) يجب الاتمام على المسافر وتجب الصلاة على الحائض (والثانى) لا صلاة عليها وله القصر ، وقال جمهور الأصحاب بظاهر النصين ، فأوجبوا الصلاة عليها وجوزوا القصر ، وفرقوا بما ذكره المصنف .

وان سافر بعد ضيق الوقت بحيث بقى قدر الصلاة قصر على المذهب ، وقال ابن سلمة : لا يقصر . ودليلهما فى الكتاب ، واذا جمعت الصورتان قيل : فيهما ثلاثة أوجه (الصحيح) القصر (والثانى) الاتمام (والثالث) ان ضاق الوقت أتم والا قصر ، وان سافر وقد بقى دون قدر الصلاة فان قلنا : كلها أداء قصر والا فلا ، ولو مضى من الوقت دون قدر الصلاة ثم سافر قال امام الحرمين : ينبغى أن يمتنع القصر ـ ان قلنا : يمتنع لو مضى زمن يسع الصلاة بخلاف ما لو حاضت ، وقد مضى زمن لا يسعها ـ فانه لا يلزمها قضاء الصلاة على المذهب ، كما سبق ، قال : والفرق أن عروض السفر لا ينافى اتمام الصلاة ، وعروض الحيض ينافيه .

وهذا الذى ذكره امام الحرمين شاذ مردود ، فقد اتفق الأصحاب على أنه اذا سافر قبل أن يمضى من الوقت زمن يسع تلك الصلاة جاز له القصر بلا خلاف صرح به الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والأصحاب ، ونقل القاضى أبو الطيب اجماع المسلمين أنه يقصر قالوا : وانما الخلاف اذا مضى قدر الصلاة قبل أن يسافر والفرق أنه اذا مضى قدرها صار فى معنى من فاتته

صلاة فى الحضر ولا يوجد هذا المعنى فيمن سافر قبل مضى قدرها بكماله والله أعلم .

ومتى سافر وقد بقى من الوقت شيء وقلنا : له القصر فلم يصلها حتى فاتت فى السفر فقضاها فى السفر أو الحضر بعده فهى فائتة سفر ففى جواز قصرها الخلاف السابق ، صرح به البندنيجى وغيره ، هذا مختصر حكم المسألة وفيها اشكال على لفظ المصنف ، فانه نقل هنا عن المزنى أنه قال : لا يجوز القصر وذكر قبل هذا عن المزنى : اذا فاتته فى الحضر فقضاها فى السفر قصر ، وهذا تناقض لأنه اذا أباح القصر بعد فوات الوقت فى الحضر ففى أثنائه أولى ، وجوابه أن المزنى لم يذكر منع القصر هنا مذهبا له وانما ذكره الزاما للشافعى فقال : قياس قول الشافعى فى مسألة الحائض وماعرف من مذهبه أن الصلاة تجب بأول الوقت أنه لا يجوز القصر وليس المراد أن المزنى يعتقد هذا ، ويدل على صحة هذا الجواب أن المزنى قال فى مختصره : قال الشافعى : وان خرج فى آخر وقت الصلاة قصر وان كان بعد الوقت لم يقصر ، قال المزنى : أشبه بقوله أن يتم لأنه يقول فى المرأة اذا حاضت ، وذكر المسألة فهذا لفظه ، وهو صريح فيما ذكرته .

وأما قول المصنف : ووافقه أبو العباس فمراده أن أبا العباس خرج وجها على وفق ايراد المزنى كما ذكرناه من تخريج أبى العباس من الحائض الى المسافر وعكسه وقد أوضح ذلك القاضى أبو الطيب فى تعليقه فقال ذكر أبو العباس فى الحائض والمسافر فى أثناء الوقت ثلاثة أوجه (أحدها) له القصر ولا قضاء عليها (والثانى) يلزمه الاتمام ويلزمها القضاء (والثالث) له القصر وعليها القضاء وهو المذهب والمنصوص ، وقد ذكر صاحب البيان أن النقل عن أبى العباس متناقض ويندفع تناقضه بما ذكرته وأما قول المصنف يبطل بالعبد اذا أعتق فى وقت الظهر ، فمعناه لو أعتق يوم الجمعة وقد بقى من وقت الظهر أربع ركعات ولم يكن صلاها وأمكنت الجمعة لزمته ، وان كان قد تعين عليه فعل الظهر . وهذا يدل على أن الاعتبار فى صفة الصلاة بحال الفعل لا بتعين الفعل ، والله أعلم .

(فرع) فى مذاهب العلماء اذا فاتته صلاة فى الحضر فقضاها فى السفر لزمه الاتمام عندنا وعند أبى حنيفة ومالك وأحمد والجمهور ، وقال

الحسن البصرى والمزنى : يقصر ولو فاتته فى السفر فقضاها فى الحضر فالأصح عندنا يلزمه الاتمام كما سبق وبه قال الأوزاعى وأحمد واسحق وداود • وقال مالك وأبو حنيفة : يقصر ، ولو سافر فى أثناء الوقت وقد تمكن من تلك الصلاة فله قصرها فى السفر عندنا ، وعند أبى حنيفة ومالك والجمهور وفيه التخريج السابق عن المزنى وابن سريج ودليل الجميع فى الكتاب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(يجوز الجمع بين الظهر والعصر ، وبين المغرب والعشاء فى السفر ، الذى يقصر فيه الصلاة لما روى ابن عمر رضى الله عنهما قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا جد به السير جمع بين المغرب والعشاء » وروى أنس رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم « كان يجمع بين الظهر والعصر » وفى السفر الذى لا يقصر فيه الصلاة قولان (أحدهما) يجوز • لأنه سفر يجوز فيه التنفل على الراحلة ، فجاز فيه الجمع كالسفر الطويل (والثانى) لا يجوز وهو الصحيح لأنه اخراج عبادة عن وقتها فلم يجز فى السفر القصير كالفطر فى الصوم) •

(الشرح) حديث ابن عمر وحديث أنس رواهما البخارى ومسلم « وجد به السير » [أى] أسرع ومذهبناجواز الجمع بينالظهر والعصر فىوقت أيتهما شاء وبين المغرب والعشاء فى وقت أيتهما شاء ، ولا يجوز جمع الصبح الى غيرها ولا المغرب الى العصر بالاجماع ، ولا يجوز الجمع فى سفر معصية ، وقد سبق ايضاحه فى أول الباب ، ويجوز الجمع فى السفر الذى تقصر فيه الصلاة وفى القصير قولان مشهوران ذكر المصنف دليلهما (أصحهما) باتفاق الأصحاب : لا يجوز ، وهو نص الشافعى فى كتبه الجديدة • والقديمة جوازه قال القاضى أبو الطيب فى المجرد وغيره من أصحابنا : وقال أبو اسحق المروزى : لا يجوز قولا واحدا ، ولعله لم يبلغه نصه فى القديم ، وقد سبق فى هذا الباب ، وفى باب مسح الخف أن رخص السفر ثمان ، منها مختص بالطويل وجائز فيهما ومختلف فيه ، وأما الحجاج من الآفاق فيجمعون بين الظهر والعصر بعرفات فى وقت الظهر وبين المغرب والعشاء بمزدلفة فى وقت العشاء باجماع ، وفى سبب هذا الجمع وجهان لأصحابنا مشهوران فى كتب الخراسانيين الصحيح منهما أنه بسبب السفر ، وبه قطع معظم العراقيين (والثانى) بسبب النسك وبه قطع الماوردى فى كتاب الحج •

فان قلنا بالسفر ففى جمع المكى القولان فى السفر القصير ولا يجمع العرفى بعرفات ، ولا المزدلفى بمزدلفة لأنه وطنه وهل يجمع كل واحد بالبقعة الأخرى ؟ فيه القولان كالمكى ، وان قلنا بالثانى جاز الجمع لكلهم ، وقال بعض الأصحاب عبارة أخرى فقال فى جمع المكى قولان (الجديد) منعه (والقديم) جوازه وعلى القديم فى العرفى والمزدلفى بموضعه وجهان ، والمذهب منع الجمع فى حق جميعهم وحكم البقعتين فى الجمع حكم سائر الأسفار فيتخير فى التقديم والتأخير لكن الأفضل فى عرفات التقديم وفى مزدلفه التأخير كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(**فرع**) فى مذاهب العلماء فى الجمع بالسفر ــ قد ذكرنا أن مذهبنا جوازه فى وقت الأولى ، وفى وقت الثانية وبه قال جمهور العلماء من السلف والخلف ، حكاه ابن المنذر عن سعد بن أبى وقاص وأسامة بن زيد وابن عمر وابن عباس وأبى موسى الأشعرى وطاوس ومجاهد وعكرمة ومالك وأحمد واسحق وأبى ثور وهو قول أبى يوسف ومحمد بن الحسن ، وحكاه البيهقى عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان رضى الله عنهما ورواه عن زيد بن أسلم وربيعة ومحمد بن المنكدر وأبى الزناد وأمثالهم قال : وهو من الأمور المشهورة المستعملة فيما بين الصحابة والتابعين .

وقال الحسن البصرى وابن سيرين ومكحول والنخعى وأبو حنيفة وأصحابه : لا يجوز الجمع بسبب السفر بحال ، وانما يجوز فى عرفات فى وقت الظهر ، وفى المزدلفة فى وقت العشاء بسبب النسك للحاضر والمسافر ، ولا يجوز غير ذلك ، وحكاه القاضى أبو الطيب وغيره عن المزنى واحتج لهم بأحاديث المواقيت ، وبقوله صلى الله عليه وسلم « ليس فى النوم تفريط انما التفريط على من لم يصل الصلاة حتى يجىء وقت الأخرى » رواه مسلم وسبق فى المواقيت وعن ابن عمر قال « ما جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المغرب والعشاء قط فى السفر الا مرة » رواه أبو داود . وعن ابن مسعود قال « ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى صلاة بغير ميقاتها الا صلاتين جمع بين المغرب والعشاء وصلى الفجر قبل ميقاتها » رواه البخارى ومسلم يعنى الجمع بالمزدلفة وصلاة الصبح وقياسا على جمع المقيم وجمع المريض وجمع المسافر سفرا قصيرا .

واحتج أصحابنا بالأحاديث الصحيحة المشهورة فى الجمع فى أسفار النبى صلى الله عليه وسلم منها حديث ابن عمر قال : « وكان النبى صلى الله عليه وسلم يجمع بين المغرب والعشاء اذا جد به السير » رواه البخارى ومسلم • وعن أنس قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا ارتحل قبل أن تزيغ الشمس أخر الظهر الى وقت العصر ، ثم نزل فجمع بينهما ، فاذا زاغت قبل أن يرتحل صلى الظهر ثم ركب » رواه البخارى ومسلم وعن أنس قال « كان النبى صلى الله عليه وسلم اذا أراد أن يجمع بين الصلاتين فى السفر أخر الظهر حتى يدخل أول وقت العصر ، ثم يجمع بينهما » رواه مسلم وعن نافع أن ابن عمر كان اذا جد به السير جمع بين المغرب والعشاء بعد أن يغيب الشفق ويقول « ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا جد به السير جمع بين المغرب والعشاء » رواه مسلم ، ورواه البخارى بمعناه من رواية سالم بن عبد الله بن عمر ، وعن أنس عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه اذا عجل عليه السفر يؤخر الظهر الى وقت العصر ، ويؤخر المغرب حتى يجمع بينها وبين العشاء حين يغيب الشفق » رواه مسلم •

وعن معاذ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « كان فى غزوة تبوك اذا زاغت الشمس قبل أن يرتحل جمع بين الظهر والعصر ، وان ترحل قبل أن تزيغ الشمس أخر الظهر حتى ينزل للعصر ، وفى المغرب مثل ذلك اذا غابت الشمس قبل أن يرتحل جمع بين المغرب والعشاء ، وان ترحل قبل أن تغيب الشمس أخر المغرب حتى ينزل للعشاء ثم جمع بينهما » رواه أبو داود والترمذى ، وقال حديث حسن وقال البيهقى : هو محفوظ صحيح • وعن أنس قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا كان فى سفر فزالت الشمس صلى العصر والظهر جميعا ثم ارتحل » رواه الاسماعيلى والبيهقى باسناد صحيح، قال امام الحرمين فى الأساليب : فى اثبات الجمع أخبار صحيحة هى نصوص لا يتطرق اليها تأويل ، ودليله فى المعنى الاستنباط من صورة الاجماع وهى الجمع بعرفات والمزدلفة ، فانه لا يخفى أن سببه احتياج الحجاج اليه لاشتغالهم بمناسكهم ، وهذا المعنى موجود فى كل الأسفار ، ووجدنا الرخص لا يستدعى ثبوتها نسكا ولكنها تثبت فى الأسفار المباحة كالقصر والفطر ، ثم لا يلزم الأفراد المترفهين فى السفر فانا لو تتبعنا ذلك عسرت الرخصة ، وضاق محلها

وتطرق الى كل مترخص امكان الرفاهية ، فاعتبر الشرع فيه كون السفر مظنة للمشقة ؛ ولم ينظر الى أفراد الأشخاص والأحوال ، وبهذا تمت الرخصة واستمرت التوسعة قال (فان قيل) الرخصة ثبتت غير معللة والمتبع فيها الشرع ، ولو عللت بالمشقة لكان المريض أحق برخصة القصر •

(قلنا) المريض يصلى قاعدا أو مضطجعا اذا عجز وهذه الرخصة هى اللائقة بحاله ، فالاكتفاء بالقعود منه وهو بلا شغل كالمقيم الذى يصلى قائما، وأما المسافر فعليه أفعال فى غالب الأحوال ، وقد يعسر عليه اتمام الصلاة فخفف له بالقصر والجمع (فان قيل) المريض أحوج الى الجمع من المسافر وأنتم لا تجوزونه •

(قلنا) الاتيان بصلاتين متعاقبتين أفعال كثيرة قد يشق على المريض موالاتها ولعل تفريقها أهون عليه ، والمسافر يشق عليه النزول للصلاة حال سير القوافل وقد يؤدى الى ضرره ، ولا يخفى على منصف أن الجمع أرفق من القصر ؛ فان القائم الى الصلاة لا يشق عليه ركعتان يضمهما الى ركعتيه ورفق الجمع واضح •

وأما الجواب عن احتجاجاتهم بأحاديث المواقيت فهو أنها عامة فى الحضر والسفر ، وأحاديث الجمع خاصة بالسفر فقدمت ، وبهذا يجاب أيضا عن حديث « ليس فى النوم تفريط » فانه عام أيضا (والجواب) عن حديث أبى داود عن ابن عمر أن أبا داود قال روى موقوفا عن ابن عمر من فعله ، وقد قدمنا أن الحديث اذا روى مرفوعا وموقوفا هل يحتج به ؟ فيه خلاف مشهور للسلف ، فان سلمنا الاحتجاج به فجوابه أن الروايات المشهورة فى الصحيحين وغيرهما عن ابن عمر صريحة فى اخباره عن جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم فوجب تأويل هذه الرواية وردها ، ويمكن أن يتأول على أنه لم يره يجمع فى حال سيره انما يجمع اذا نزل أو كان نازلا فى وقت الأولى •

وأما حديث ابن مسعود فجوابه أنه نفى ، فالاثبات الذى ذكرناه فى الأحاديث الصحيحة مقدم عليه ، لأن مع رواتها زيادة علم ، والجواب عن جمع المقيم أنه لا يلحقه مشقة • والجواب عن المريض سبق فى كلام امام الحرمين ، والجواب عن السفر القصير اذا سلمنا امتناع الجمع فيه أنه فى معنى الحضر

فانه لا يعظم المشقة فيه (فان قيل) فالسفر القصير يبيح التيمم بلا اعادة على الصحيح عندكم (فجوابه) أن مدار التيمم على اعواز الماء ، وهو يعدم فى القصير غالبا كالطويل والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز الجمع بينهما فى وقت الأولة منهما ، وفى وقت الثانية ، غير انه ان كان نازلا فى وقت الأولة فالأفضل ان يقدم الثانية ، وان كان سائرا فالأفضل ان يؤخر الأولة الى وقت الثانية لما روى عن ابن عباس قال : « الا أخبركم عن صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا زالت الشمس وهو فى المنزل قدم العصر الى وقت الظهر ، ويجمع بينهما فى الزوال » واذا سافر قبل الزوال أخر الظهر الى وقت العصر ثم جمع بينهما فى وقت العصر ولأن هذا أرفق بالمسافر فكان أفضل) .

(الشرح) حديث ابن عباس رواه البيهقى باسناد جيد ، وله شواهد ، وسبق معناه فى الأحاديث الصحيحة فى فرع مذاهب العلماء فى الجمع . وهذا الحكم الذى ذكره المصنف متفق عليه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان أراد الجمع فى وقت الأولة لم يجز الا بثلاثة شروط (أحدها) ان ينوى الجمع ، وقال المزنى : يجوز الجمع من غير نية الجمع ، وهذا خطأ لأنه جمع فلا يجوز من غير نية ، كالجمع فى وقت الثانية ، ولأن العصر قد يفعل فى وقت الظهر على وجه الخطأ ، فلابد من نية الجمع ليتميز التقديم المشروع من غيره ، وفى وقت النية قولان (أحدهما) يلزمه أن ينوى عند ابتداء الأولة لأنها نية واجبة للصلاة ، فلا يجوز تأخيرها عن الاحرام كنية الصلاة ونية القصر (والثانى) يجوز أن ينوى قبل الفراغ من الأولى وهو الأصح لأن النية تقدمت على حال الجمع ، فأشبه اذا نوى عند الاحرام (والشرط الثانى) الترتيب وهو ان يقدم الأولى ثم يصلى الثانية لأن الوقت للأولى ، وانما يفعل الثانية تبعا للأولى فلابد من تقديم المتبوع .

(والشرط الثالث) التتابع ، وهو ان لا يفرق بينهما ، والدليل عليه أنهما كالصلاة الواحدة فلا يجوز أن يفرق بينهما كما لا يجوز أن يفرق بين الركعات فى صلاة واحدة ، فان فصل بينهما بفصل طويل بطل الجمع ، وان فصل بينهما بفصل يسير لم يضر ، وان أخر الأولى الى الثانية لم يصح الا بالنية لأنه قد يؤخر للجمع وقد يؤخر لغيره ، فلابد من نية يتميز بها التأخير المشروع عن غيره ، ويجب ان ينوى فى وقت الأولى ، واما الترتيب فليس بواجب لأن وقت

الثانية وقت الأولى فجاز البداءة بما شاء منهما ، وأما التتابع فلا يجب لأن الأولى مع الثانية كصلاة فائتة مع صلاة حاضرة ، فجاز التفريق بينهما) .

(الشرح) قال الشافعي والأصحاب : إذا أراد المسافر الجمع فى وقت الأولى اشترط لصحته ثلاثة أمور .

(أحدها) الترتيب فيجب تقديم الأولى لأن الثانية تابعة لها فوجب تقديم المتبوع ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم جمع هكذا ، وقال صلى الله عليه وسلم « صلوا كما رأيتمونى أصلى » فلو بدأ بالثانية لم يصح ، وتجب اعادتها بفعل الأولى جامعا ، ولو صلى الأولى ثم الثانية فبان فساد الأولى فالثانية فاسدة أيضا ويعيدهما جامعا .

(الأمر الثانى) نية الجمع وهى شرط لصحة الجمع على المذهب ، وقال المزنى وبعض الأصحاب لا تشترط لأن النبى صلى الله عليه وسلم جمع . ولم ينقل أنه نوى الجمع ، ولا أمر بنيته ، وكان يجمع معه من تخفى عليه هذه النية ، فلو وجبت لبينها ، ودليل المذهب أن الصلاة الثانية قد تفعل فى وقت الأولى جمعا ، وقد تفعل سهوا فلابد من نية تميزها ، فاذا قلنا بالمذهب ففى وقت النية نصان مختلفان ، قال أصحابنا العراقيون والخراسانيون : قال الشافعى: فى الجمع بالمطر ينوى عند الاحرام بالأولى ، وقال فى الجمع بالسفر اذا نوى قبل التسليم أو معه كان له الجمع وللأصحاب طريقان حكاهما القاضى حسين فى تعليقه والبغوى والسرخسى وغيرهم أحدهما تقرير النصين فيجب فى المطر أن ينوى فى الاحرام لأن استدامة المطر فى أثناء الصلاة ليست بشرط للجمع فلم يكن محلا لنيته ، وفى السفر تجوز النية قبل الفراغ من الأولى ، لأن استدامته شرط فكانت محلا للنية .

(والطريق الثانى) وهو المشهور ، وبه قطع الجمهور فى المسألتين قولان (أحدهما) لا تجوز النية فيهما جميعا الا عند الاحرام بالأولى كنية القصر (وأصحهما) باتفاق الأصحاب يجوز مع الاحرام بالأولى أو فى أثنائها أو مع التحلل منها ولا يجوز بعد التحلل وحكى الخراسانيون وغيرهم وجها أنه يجوز فى أثنائها ، ولا يجوز مع التحلل ، ووجها أنه يجوز بعد التحلل من الأولى قبل الاحرام بالثانية ، وهو قول خرجه المزنى للشافعى وهو قوى ،

قال الدارمى : ولو نوى الجمع ثم نوى تركه فى أثناء الأولى ثم نوى الجمع ثانيا ففيه القولان •

(الأمر الثالث) الموالاة ، والمذهب الصحيح المنصوص للشافعى وقطع به المصنف والجمهور اشتراطها ، وفيه وجه أنه يجوز الجمع وان طال الفصل بينهما ما لم يخرج وقت الأولى ، حكاه أصحابنا عن أبى سعيد الاصطخرى ، وحكاه الرافعى عنه ، وعن أبى على الثقفى من أصحابنا • ونص الشافعى فى الأم أنه لو صلى المغرب فى بيته بنية الجمع ثم أتى المسجد فصلى العشاء جاز ، وهذا النص مؤول عند الأصحاب ، والمشهور اشتراط الموالاة ، وعليه التفريع لأن الجمع يجعلهما كصلاة واحدة • فوجبت الموالاة كركعات الصلاة، قال أصحابنا : فعلى هذا لا يضر الفصل اليسير ويضر الطويل ، وفى حد الطويل والقصير وجهان قال الصيدلانى : حد أصحابنا القصير بقدر الاقامة ، وهذا ضعيف والصحيح ما قاله العراقيون أن الرجوع فى ذلك الى العرف ، وقد يقتضى العرف احتمال زيادة على قدر الاقامة ولهذا قال جمهور الأصحاب : يجوز الجمع بين الصلاتين بالتيمم وقالوا : لا يضر الفصل بينهما بالطلب والتيمم ، لكن يخفف الطلب ، وقال أبو اسحق المروزى لا يجوز الجمع بالتيمم لحصول الفصل بالطلب ، وخالفه الأصحاب وقالوا : هذا فصل يسير ، وقد سبقت المسألة فى باب التيمم •

وقال القاضى أبو الطيب فى المجرد : اعتبر الشافعى فى الفصل المانع من الجمع الفصل المانع من بناء الصلاة بعضها على بعض اذا سلم ناسيا وعليه ركعة ثم أراد بناءها قال : فكل ما منع البناء منع الجمع ؛ وما لا فلا ، قال أصحابنا : لو صلى بينهما ركعتين سنة راتبة بطل الجمع على المذهب وقول الجمهور • وقال الاصطخرى لا يبطل ؛ قال أصحابنا : ومتى طال الفصل امتنع ضم الثانية الى الأولى ، ويتعين تأخيرها الى وقتها ؛ سواء طال بعذر كالسهو والاغماء ونحوهما أم بغيره • ولو جمع ثم تذكر بعد فراغه منهما أنه ترك ركنا من الأولى بطلتا جميعا وله اعادتهما جامعا لأن الأولى لم تصح فوجودهما كالعدم ؛ وان تذكر أنه ترك ركنا من الثانية دون الأولى فان قرب الفصل بنى عليها ؛ ومضت الصلاتان على الصحة ، وان طال بطلت الثانية وتعذر الجمع لطول الفصل بفعل الثانية الباطلة ؛ ويتعين فعلها فى وقتها ؛ ولو

لم يدر أتركه من الأولى ؟ أم الثانية ؟ لزمه اعادتهما لاحتمال الترك من الأولى ولا يجوز الجمع على المشهور لاحتمال الترك من الثانية ؛ وحكى الخراسانيون قولا أنه يجوز الجمع تخريجا مما اذا أقيمت جمعتان فى بلد وجهل أسبقهما ففى قول يجوز اعادة الجمعة والمذهب امتناع الجمع .

هذا كله فى الجمع فى وقت الأولى ؛ فان أراده فى وقت الثانية قال الأصحاب : يجب أن يكون التأخير بنية الجمع وتشترط هذه النية فى وقت الأولى بحيث يبقى من وقتها قدر يسعها أو أكثر ، فان أخر بغير نية الجمع حتى خرج الوقت أو ضاق بحيث لا يسع الفرض عصى وصارت الأولى قضاء يمتنع قصرها اذا منعنا قصر المقضية فى السفر . وأما الترتيب ونية الجمع حال الصلاة والموالاة ففيها طريقان (الصحيح) منهما ، وبه قطع العراقيون ونص عليه الشافعى أنها كلها مستحبة ليست بواجبة فلو تركها كلها صح الجمع (والطريق الثانى) قاله الخراسانيون فيه وجهان (الصحيح) هذا (والثانى) أنها واجبات حتى لو أخل بواحد منها صارت الأولى قضاء لا يجوز قصرها اذا لم نجوز قصر مقضية السفر والمذهب الأول . واستدل له الشافعى والبيهقى وغيرهما بحديث أسامة بن زيد رضى الله عنهما قال « دفع رسول الله صلى الله عليه وسلم من عرفة فلما جاء المزدلفة نزل فتوضأ ثم أقيمت الصلاة فصلى المغرب ثم أناخ كل انسان بعيره فى منزله ؛ ثم أقيمت العشاء فصلاها ولم يصل بينهما شيئا » رواه البخارى ومسلم ، والله أعلم .

(فرع) فى مسائل تتعلق بجمع المسافر

(احداها) اذا جمع تقديما فصار فى أثناء الأولى أو قبل شروعه فى الثانية مقيما بنية الاقامة أو وصول سفينته دار الاقامة بطل الجمع فيتعين تأخير الثانية الى وقتها أما الأولى فصحيحة لأنها فى وقتها غير تابعة ، ولو صار مقيما فى أثناء الثانية فوجهان حكاهما الفورانى والقاضى حسين والسرخسى والبغوى وآخرون من الخراسانيين (أحدهما) يبطل الجمع كما يمتنع القصر بالاقامة فى أثنائها ، وبهذا قطع القاضى أبو الطيب فى المجرد والمتولى فى التتمة ، فعلى هذا هل تبطل الثانية أم تنقلب نفلا ؟ فيه القولان فى نظائرها (أصحهما) تنقلب نفلا ، وقد سبقت هذه القاعدة فى أول صفة الصلاة . (والثانى) من الوجهين

وهو الأصح عند الرافعى ، وبهذا قطع القاضى أبو الطيب فى المجرد والمتولى فى التتمة : لا يبطل الجمع لأنها صلاة انعقدت على صفة فلم تتغير بعارض كصلاة المتيمم فى السفر اذا رأى الماء فيها ، ويخالف القصر فان الاتمام لا يبطل فرضية ما مضى •

أما اذا صار مقيما بعد فراغه من الثانية ، فان قلنا الاقامة فى أثنائها لا تؤثر فى الجمع فهنا أولى ؛ والا فوجهان حكاهما الفورانى والقاضى حسين وامام الحرمين والمتولى والبغوى وآخرون ، أصحهما : لا يبطل الجمع كما لو قصر ثم أقام ، وبهذا قطع القاضى أبو الطيب فى كتابه المجرد وغيره من العراقيين ، والثانى : تبطل ويلزمه اعادة الثانية فى وقتها لزوال السفر الذى هو سبب الجمع قال البغوى والمتولى وآخرون : الخلاف فيما اذا أقام بعد فراغه من الصلاتين فى وقت الأولى أو فى الثانية قبل مضى امكان فعلها • فان أقام فى وقت الثانية بعد امكان فعلها لم تجب اعادتها بلا خلاف ، وصرح امام الحرمين بجريان الخلاف مهما بقى من وقت الثانية شىء • هذا كله اذا جمع تقديما • أما اذا جمع فى وقت الثانية فصار مقيما بعد فراغهما لم يضر بالاتفاق ، وان كان قبل الفراغ من الأولى صارت قضاء • ذكره المتولى والرافعى ، فان كانت الاقامة فى أثناء الثانية ينبغى أن تكون الأولى أداء بلا خلاف •

(الثانية) قال أصحابنا : اذا جمع كانت الصلاتان أداء ، سواء جمع تقديما أو تأخيرا • وحكى الغزالى وغيره وجها أنه اذا جمع تأخيرا فالمؤخرة [1] قضاء ، والصحيح الأول وبه قطع الجمهور •

(الثالثة) قال أصحابنا : يستحب للجامع فعل السنن الراتبة ، ويستحب ذلك للقاصر أيضا ، وقد سبق ذلك فى آخر باب صلاة التطوع ، وسنبسط المسألة فى آخر باب آداب السفر الذى سنذكره ان شاء الله تعالى قريبا • ونذكر هناك متى يصليها ومذاهب العلماء فى استحبابها فى السفر •

---

(١) لعله (فالاولى قضاء) •

(الرابعة) قال الغزالى فى البسيط والمتولى فى التتمة وغيرهما : الأفضل ترك الجمع بين الصلاتين ، ويصلى كل صلاة فى وقتها . قال الغزالى : لا خلاف أن ترك الجمع أفضل بخلاف القصر ، قال والمتبع فى الفضيلة الخروج من الخلاف فى المسألتين ، يعنى خلاف أبى حنيفة وغيره ، ممن أوجب القصر وأبطل الجمع . وقال المتولى : ترك الجمع أفضل ، لأن فيه اخلاء وقت العبادة من العبادة فأشبه الصوم والفطر .

(الخامسة) قال المتولى : لو شرع فى الظهر فى البلد فى سفينة فسارت فصار فيها فى السفر فنوى الجمع ــ فان قلنا : يشترط نية الجمع حال الاحرام لم يصح جمعه والا فيصح لوجود السفر وقت النية .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(يجوز الجمع بين الصلاتين فى المطر فى وقت الأولة منهما لما روى ابن عباس قال : صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم الظهر والعصر والمغرب والعشاء جمعا من غير خوف ولا سفر » قال مالك : أرى ذلك فى وقت المطر . وهل يجوز أن يجمع بينهما فى وقت الثانية ؟ فيه قولان . قال فى الاملاء : يجوز لأنه عذر يجوز الجمع به فى وقت الأولى فجاز الجمع فى وقت الثانية كالجمع فى السفر وقال فى الأم : لا يجوز لأنه اذا أخر ربما انقطع المطر فجمع من غير عذر) .

(فصل) : فاذا دخل فى الظهر من غير مطر ثم جاء المطر لم يجز له الجمع ، لأن سبب الرخصة حدث بعد الدخول فلم يتعلق به ، كما لو دخل فى صلاة ثم سافر ، فان أحرم بالأولى مع المطر ثم انقطع فى أثنائها ثم عاد قبل ان يسلم ودام حتى احرم بالثانية جاز الجمع : لأن العذر موجود فى حال الجمع ، وان عدم فيما سواها من الأحوال لم يضر ، لأنه ليس بحال الدخول ولا بحال الجمع .

(فصل) ولا يجوز الجمع الا فى مطر يبل الثياب ، وأما المطر الذى لا يبل الثياب فلا يجوز الجمع لأجله لأنه لا يتأذى به ، وأما الثلج فان كان يبل الثياب فهو كالمطر ، وان لم يبل الثياب لم يجز الجمع لأجله ، فاما الوحل والريح والظلمة والمرض فلا يجوز الجمع لأجلها فانها قد كانت فى زمان النبى صلى الله عليه وسلم ولم ينقل انه جمع لأجلها ، وان كان يصلى فى بيته أو فى مسجد ليس فى طريقه اليه مطر ففيه قولان ، قال فى [القديم لا يجوز ، لأنه لا مشقة عليه فى فعل الصلاة فى وقتها ، وقال فى] الاملاء : يجوز لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يجمع فى المسجد وبيوت أزواجه الى المسجد وبجنب المسجد .

(**الشرح**) حديث ابن عباس رضى الله عنهما رواه البخارى ومسلم وزاد فيه : قيل لابن عباس : لم فعل ذلك ؟ قال : أراد أن لا يحرج أمته ، وقوله : قال مالك : أرى ذلك ــ هو بضم الهمزة ــ أى أظنه • وهو مالك بن أنس الامام • وقال الشافعى أيضا مثله ، ولكن هــذا التأويل مردود برواية فى صحيح مسلم وسنن أبى داود عن ابن عباس « جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة من غير خوف ولا مطر » وهذه الرواية من رواية حبيب بن أبى ثابت وهو امام متفق على توثيقه وعدالته والاحتجاج به • قال البيهقى : هذه الرواية لم يذكرها البخــارى مع أن حبيب بن أبى ثابت من شرطه • قال : ولعله تركها لمخالفتها رواية الجماعة • قال البيهقى : ورواية الجماعة بأن تكون محفوظة أولى ، يعنى رواية الجمهور : من غير خوف ولا سفر • قال : وقد روينا عن ابن عباس وابن عمر الجمع فى المطر ، وذلك تأويل من تأوله بالمطر • قال البيهقى فى معرفة السنن والآثار : وقول ابن عبــاس أراد أن لا يحرج أمته ، قد يحمل على المطر ، أى لا يلحقهم مشقة بالمشى فى الطين الى المسجد • وأجاب الشيخ أبو حامد فى تعليقه عن رواية من غير خوف ولا مطر بجوابين (أحدهما) معناه ولا مطر كثير (والثانى) أنه يجمــع بين الروايتين فيكون المراد برواية : من غير خوف ولا سفر : الجمع بالمطر ، والمراد برواية ولا مطر الجمع المجازى ، وهو أن يؤخر الأولى الى آخر وقتها ، ويقدم الثانية الى أول وقتها • هذا كلام أبى حامد ، ويؤيد هذا التأويل الثانى أن عمرو بن دينار روى هذا الحديث عن أبى الشعثاء عن ابن عباس • وثبت فى الصحيحين عن عمرو بن دينار قال : قلت : يا أبا الشعثاء أظنه أخر الظهر وعجل العصر ، وأخر المغرب وعجل العشاء قال : وأنا أظن ذلك •

وأجاب القاضى أبو الطيب فى تعليقه والشيخ أبو نصر فى تهذيبه وغيرهما بأن قوله ولا مطر ، أى ولا مطر مستدام ، فلعله انقطع فى أثناء الثانية • ونقل صاحب الشامل هذا الجواب عن أصحابنا ، وأجاب الماوردى بأنه كان مستظلا بسقف ونحوه ، وهذه التأويلات كلها ليست ظاهرة ، والمختار ما أجاب به البيهقى • وقول المصنف : وان كان يصلى فى بيته أو فى مسجد ليس فى طريقه اليه مطر ففيه قولان • قال فى القديم : لا تجوز ، وفى الاملاء يجوز ، هكذا

وقع فى نسخ المهذب فى القديم : لا يجوز وفى الاملاء : يجوز وقال مثل قوله المحاملى فى المجموع •

وأما جمهور الأصحاب فقالوا : قال فى الأم : لا يجوز ، وقال فى الاملاء : يجوز فلم يذكروا القديم فحصل من نقل المصنف والمحاملى مع نقل الجمهور أن الجواز مختص بالاملاء ، والمنع منصوص فى الأم والقديم ، ومعلوم أن الاملاء من الكتب الجديدة ، وقد يتوهم من لا يرى كلام الأصحاب من عبارة المصنف أن جواز الجمع أصح من منعه ، حيث ذكر الجواز عن املاء وهو جديد ، والمنع عن القديم ، ومعلوم أن الأصح هو الجديد الا فى مسائل قليلة سبق بيانها فى مقدمة هذا الشرح ، ليست هـذه منها ، وليس هذا التوهم صحيحا بل الأصح منع الجمع كما سنوضحه ان شاء الله تعالى •

وقوله (الوحل) هو بفتح الحاء على اللغة المشهورة ولم يذكر الجمهور غيرها ، وحكى الجوهرى وغيره اسكانها أيضا • وقوله (لأجلها) قد سبق أن المعروف فى اللغة من أجلها وأنه بفتح الهمزة وكسرها •

(اما حكم المسألة) فقال الشـافعى والأصحاب : يجوز الجمع بين الظهر والعصر ، وبين المغرب والعشاء فى المطر ، وحكى امام الحرمين قولا أنه يجوز بين المغرب والعشاء فى وقت المغرب ، ولا يجوز بين الظهر والعصر ، وهـو مذهب مالك • وقال المزنى : لا يجوز مطلقا ، والمذهب الأول ، وهو المعروف من نصوص الشافعى قديما وجديدا ، وبه قطع الأصحاب • قال أصحابنا : وسواء قوى المطر وضعيفه اذا بل الثوب • قال أصحابنا : والثلج والبرد ان كانا يذوبان ويبلان الثوب جاز الجمع والا فلا • هكذا قطع به الجمهور فى الطريقتين وهو الصواب • وحكى صاحب التتمة وجها أنه يجوز الجمع بالثلج وأن لم يذب ولم يبل الثياب • وهو شاذ غلط وحكى امام الحرمين والغزالى وجها أنه لا يجوز الجمع بالثلج والبرد مطلقـا ، وهو وجه ضعيف خرجه القاضى حسين فى تعليقه اتباعا لاسم المطر ، وهذا شاذ ضعيف أو باطل ، فان اسم المطر ليس منصوصا عليه حتى يتعلق به فوجب اعتبـار المعنى ، وأما الشفان ، بفتح الشين المعجمة وتشديد الفاء فقال أهل اللغة : هو برد ريح فيها

ندوة ، فاذا بل الثوب جاز الجمع ، هذا هو الصواب فى تفسيره وحكمه ، وقد قال البغوى والرافعى : انه مطر وزيادة فيجوز الجمع ، والصواب ما قدمته .

وأما الوحل والظلمة والريح والمرض والخوف فالمشهور من المذهب أنه لا يجوز الجمع بسببها ، وبه قطع المصنف والجمهور ، وقال جماعة من أصحابنا بجوازه ، وسنفرد فى ذلك فرعا مبسوطا بأدلته ان شاء الله تعالى .

قال أصحابنا : والجمع بعذر المطر وما فى معناه من الثلج وغيره يجوز لمن يصلى فى مسجد ، يقصده من بعد ، ويتأذى بالمطر فى طريقه ، فأما من يصلى فى بيته منفردا أو جماعة أو يمشى الى المسجد فى كن أو كان المسجد فى باب داره ، أو صلى النساء فى بيوتهن أو الرجال فى المسجد البعيد أفراداً فهل يجوز الجمع ؟ فيه خلاف حكاه جماعة من الخراسانيين وجهين ، وحكاه المصنف وسائر العراقيين وجماعات من الخراسانيين قولين (أصحهما) باتفاقهم لا يجوز ، وهو نصه فى الأم والقديم كما سبق ، ممن صححه امام الحرمين والبغوى والرافعى وقطع به المحاملى فى المقنع والجرجانى فى التحرير ، لأن الجمع جوز للمشقة فى تحصيل الجماعة ، وهذا المعنى مفقود هنا والثانى وهو نصه فى الاملاء : يجوز ، واحتج له المصنف وغيره بأن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يجمع فى بيوت أزواجه الى المسجد » أجاب الأولون عن هذا بأن بيوت أزواجه صلى الله عليه وسلم تسعة وكانت مختلفة منها بيت عائشة بابه الى المسجد ، ومعظمها بخلاف ذلك ، فلعله صلى الله عليه وسلم فى حال جمعه لم يكن فى بيت عائشة وهذا ظاهر ، فان احتمال كونه صلى الله عليه وسلم فى الباقى أظهر من كونه فى بيت عائشة وأما وقت الجمع فقال الأصحاب: يجوز الجمع فى وقت الأولى قولا واحدا وفى جوازه فى وقت الثانية قولان (أصحهما) عند الأصحاب : لا يجوز وهو نص الشافعى فى معظم كتبه الجديدة ، ونص فى الاملاء والقديم أنه يجوز وحكى جماعة من الخراسانيين الخلاف وجهين ، وعكس صاحب الابانة حكم المسألة فقال : يجوز الجمع فى وقت الثانية قولا واحدا ، وفى جوازه فى وقت الأولى القولان ؛ واتفق الأصحاب على تغليطه .

قال أصحابنا : فاذا جمع فى وقت الأولى اشترطت الشروط الثلاثة السابقة

فى جمع المسافر ، ويشترط وجوب المطر فى أول الصلاتين باتفاق الأصحاب الا وجها شاذا أو باطلا سنذكره ان شاء الله تعالى أنه لا يشترط فى افتتاح الأولى وفى اشتراطه عند التحلل من الأولى طريقان (أصحهما) وبه قطع العراقيون وأبو زيد والبغوى وآخرون : يشترط وجها واحدا • (والثانى) حكاه جماعة من الخراسانيين فيه وجهان (أحدهما) هذا (والثانى) لا يشترط • ونقله امام الحرمين عن معظم الأصحاب ، وليس كما ادعى ، وأما انقطاعه فيما سوى هذه الأحوال الثلاث فلا يضر على الصحيح الذى نص عليه الشافعى وقطع به الأصحاب فى طرقهم ، ونقل امام الحرمين عن بعض المصنفين ويعنى به صاحب الابانة أنه قال فى انقطاعه فى أثناء الثانية أو بعدها مع بقاء الوقت الخلاف السابق فى طرءآن الاقامة فى جمع السفر ، وضعفه الامام وأنكره وقال : اذا لم يشترط دوام المطر فى الأولى فأولى أن لا يشترط فى الثانية وما بعدها وذكر أبو القاسم ابن كج عن بعض الأصحاب أنه لو افتتح الأولى ولا مطر ثم مطرت فى أثنائها ففى جواز الجمع القولان فى نية الجمع فى أثناء الأولى ، واختار ابن الصباغ هذه الطريقة وجزم بها صاحب التتمة ، وهذا شاذ مردود ، والمذهب ما قدمناه •

أما اذا أراد الجمع فى وقت الثانية وجوزناه فقال أصحابنا العراقيون : يصلى الأولى مع الثانية ، سواء اتصل المطر الى وقت الثانية أم انقطع قبل وقتها هكذا صرح به المحاملى وآخرون من العراقيين ، ونقله صاحب البيان عن أصحابنا كلهم وقال البغوى : اذا انقطع قبل دخول وقت الثانية لم يجز الجمع بل يصلى الأولى فى آخر وقتها ، كالمسافر اذا أخر بنية الجمع ثم أقام قبل وقت الثانية • قال الرافعى : ومقتضى هذا أن يقال : لو انقطع فى وقت الثانية قبل فعلها امتنع الجمع ، وصارت الأولى قضاء ، كما لو صار مقيما ، والمذهب ما قدمناه عن العراقيين ، واحتجوا له بأنه جوز له التأخير فلا يتغير حاله •

(فرع) يجوز الجمع بين الجمعة والعصر فى المطر ذكره ابن كج وصاحب البيان وآخرون ، فان قدم العصر الى الجمعة اشترط وجود المطر فى افتتاح الصلاتين ، وفى السلام فى الجمعة كما فى غيرها •

قال صاحب البيـان : ولا يشترط وجوده فى الخطبتين لأنهما ليسـا بصلاة ، بل شرط من شروط الجمعة فلم يشترط المطر فيهما ، كما لا يشترط فى الطهارة ، قال الرافعى : وقد ينازع فى هذا ذهابا الى أن الخطبتين بدل الركعتين قال صاحب البيان وآخرون : فان أراد تأخير الجمعة الى وقت العصر جاز ان جوزنا تأخير الظهر الى العصر فيخطب فى وقت العصر ثم يصلى الجمعة ثم العصر ولا يشترط وجود المطر وقت العصر كما سبق ؛ واستدلوا بأن كل وقت جاز فيه فعل الظهر أداء جاز فعل الجمعة وخطبتيها .

(فـرع) المشهور فى المذهب والمعروف من نصوص الشافعى وطرق الأصحاب أنه لا يجوز الجمع بالمرض والريح والظلمة ، ولا الخـوف ولا الوحل . وقال المتولى : قال القاضى حسين : يجوز الجمع بعـذر الخوف والمرض كجمع المسافر يجوز تقديما وتأخيرا ، والأولى أن يفعل أرفقهما به واستدل له المتولى وقواه ، وقال الرافعى : قال مالك وأحمد : يجوز الجمع بعذر المرض والوحل وبه قال بعض أصحابنا منهم أبو سليمان الخطـابى ، والقاضى حسين ، واستحسنه الرويانى فى الحلية ، قلت : وهذا الوجه قوى جدا ، ويستدل له بحديث ابن عباس قال « جمع رسول الله صلى الله عليـه وسلم بالمدينة من غير خوف ولا مطر » رواه مسلم كما سبق بيانه ، ووجه الدلالة منه أن هذا الجمع اما أن يكون بالمرض واما بغيره مما فى معناه أو دونه ، ولأن حاجة المريض والخائف آكد من الممطور وقال ابن المنـذر من أصحابنا : يجوز الجمع فى الحضر من غير خوف ولا مطر ولا مرض ، وحكاه الخطابى فى معالم السنن عن القفال الكبير الشاشى عن أبى اسحاق المروزى ، قال الخطابى : وهو قول جماعة من أصحاب الحديث لظاهر حديث ابن عباس .

واستدل الأصحاب للمشهور فى المذهب بأشياء (منها) حديث المواقيت ولا يجوز مخالفته الا بصريح (ومنها) أن النبى صلى الله عليه وسلم مرض أمراضا كثيرة ولم ينقل جمعه بالمرض صريحا (ومنها) أن من كان ضـعيفا ومنزله بعيدا عن المسجد بعدا كثيرا لا يجوز له الجمع مع المشقة الظاهرة ، وكذا المريض .

(فان قيل) لم ألحقتم الوحل بالمطر فى أعذار الجمعة والجمـاعة دون

الجمع ؟ فالجواب من وجهين (أحدهما) جواب القاضى أبى الطيب ، وهو أن تارك الجمعة يصلى بدلها الظهر وتارك الجماعة يصلى منفردا فيأتى ببدل ، والذى يجمع يترك الوقت بلا بدل (والثانى) أن باب الأعذار فى ترك الجمعة والجماعة ليس مخصوصا ، بل كل ما لحق به مشقة شديدة فهو عذر ، والوحل من هذا ، وباب الجمع مضبوط بما جاءت به السنة فلا يجوز بكل شاق ؛ ولهذا لم يجوزوه لمن هو قيم بمريض وشبهه • ولم تأت السنة بالوحل •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى الجمع بالمطر

قد ذكرنا أن مذهبنا جوازه بين الظهر والعصر ، وبين المغرب والعشاء • وبه قال أبو ثور وجماعة وقال أبو حنيفة والمزنى وآخرون : لا يجوز مطلقا وجوزه مالك وأحمد بين المغرب والعشاء دون الظهر والعصر ، وحكاه ابن المنذر عن ابن عمر ، وأبان بن عثمان وعروة بن الزبير وسعيد بن المسيب وأبى بكر بن عبد الرحمن وأبى سلمة بن عبد الرحمن وعمر بن عبد العزيز ومروان•

(فرع) فى مذاهبهم فى الجمع فى الحضر بلا خوف ولا سفر ولا مطر ولا مرض :

مذهبنا ومذهب أبى حنيفة ومالك وأحمد والجمهور أنه لا يجوز • وحكى ابن المنذر عن طائفة جوازه بلا سبب • قال وجوزه ابن سيرين لحاجة أو ما لم يتخذه عادة •

باب آداب السفر

هذا باب مهم تتكرر الحاجة اليه ويتأكد الاهتمام به ، وقد ذكره الماوردى والقاضى أبو الطيب والبيهقى وغيرهم فى أواخر كتاب الحج ، ورأيت تقديمه هنا لوجهين (أحدهما) استباق الخيرات (والثانى) أنه هنا أنسب ، وقد بسطه البيهقى بسطا حسنا فى كتابه السنن الكبير ، وقد جمعت أنا جملا كبيرة منه فى أول كتاب الايضاح فى المناسك ، وجملة صالحة فى كتاب الأذكار مما يتعلق بأذكاره ، والمقصود هنا الاشارة الى آدابه مختصرة ، وفى الباب مسائل :

(احداها) اذا أراد سفرا استحب أن يشاور من يثق بدينه وخبرته وعلمه

فى سفره فى ذلك الوقت ويجب على المستشار النصيحة والتخلى من الهوى وحظوظ النفوس ، قال الله تعالى (وشاورهم فى الأمر) [1] وتظاهرت الأحاديث الصحيحة أن النبى صلى الله عليه وسلم كانوا يشاورونه فى أمورهم .

(الثانية) اذا عزم على السفر فالسنة أن يستخير الله تعالى فيصلى ركعتين من غير الفريضة ثم يدعو بدعاء الاستخارة ، وقد سبق بيانه وبيان هذه الصلاة وما يتعلق بها فى باب صلاة التطوع .

(الثالثة) اذا استقر عزمه لسفر حج أو غزو أو غيرهما فينبغى أن يبدأ بالتوبة من جميع المعاصى والمكروهات ويخرج من مظالم الخلق ويقضى ما أمكنه من ديونهم ، ويرد الودائع ويستحل كل من بينه وبينه معاملة فى شىء أو مصاحبة ويكتب وصيته ويشهد عليه بها ويوكل من يقضى ما لم يتمكن من قضائه من ديونه ويترك لأهله ومن يلزمه نفقته نفقتهم الى حين رجوعه .

(الرابعة) فى ارضاء والديه ومن يتوجه عليه بره وطاعته فان منعه الوالد السفر أو منع الزوج امرأته ففيه تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى حيث ذكره المصنف فى باب الفوات والاحصار .

(الخامسة) اذا سافر لحج أو غزو أو غيرهما فينبغى أن يحرص أن تكون نفقته حلالا خالصة من الشبهة ، فان خالف وحج أو غزا بمال مغصوب عصى وصح حجه وغزوه فى الظاهر ، لكنه ليس حجا مبرورا ، وسأبسط المسألة فى كتاب الحج ومذاهب العلماء فيها ان شاء الله تعالى .

(السادسة) يستحب للمسافر فى حج أو غيره مما يحمل فيه الزاد أن يستكثر من الزاد والنفقة ليواسى منه المحتاجين ، وليكن زاده طيبا لقوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الأرض ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون) [2] والمراد بالطيب هنا الجيد والخبيث الردىء ، ويكون طيب النفس بما ينفقه ليكون أقرب الى قبوله .

---

(١) الآية ١٥٩ من سورة آل عمران .

(٢) الآية ٢٦٧ من سورة البقرة .

(السابعة) يستحب ترك المماحكة فيما يشتريه لأسباب سفر حجه وغزوه ونحوهما من أسفار الطاعة ، وكذا كل قربة .

(الثامنة) يستحب أن لا يشارك غيره فى الزاد والراحلة والنفقة ، لأن ترك المشاركة أسلم منه لأنه يمتنع بسببها من التصرف فى وجوه الخير من الصدقة وغيرها ، ولو أذن شريكه لم يوثق باستمراره ، فان شارك جاز ، واستحب أن يقتصر على دون حقه ، وأما اجتماع الرفقة على طعام يجمعونه يوما يوما فحسن ، ولا بأس بأكل بعضهم أكثر من بعض اذا وثق بأن أصحابه لا يكرهون ذلك ، فان لم يثق لم يزد على قدر حصته ، وليس هذا من باب الربا فى شيء ، وقد صحت الأحاديث فى خلط الصحابة رضى الله عنهم أزوادهم . وقد ذكر المصنف المسألة فى باب الخلطة فى المواشي ، وسنزيدها ايضاحا هناك ان شاء الله تعالى .

وعن وحشى بن حرب رضى الله عنه أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا : « يا رسول الله انا نأكل ولا نشبع ، قال : فلعلكم تفترقون ، قال : فاجتمعوا على طعامكم واذكروا اسم الله يبارك لكم فيه » .

(التاسعة) اذا أراد سفر حج أو غزو لزمه تعلم كيفيتهما ، اذ لا تصح العبادة ممن لا يعرفها ، ويستحب لمريد الحج أن يستصحب معه كتابا واضحا فى المناسك جامعا لمقاصدها ويديم مطالعته ويكررها فى جميع طريقه لتصير محققه عنده ، ومن أخل بهذا من العوام يخاف أن لا يصح حجه لاخلاله بشرط من شروط أركانه ونحو ذلك ، وربما قلد بعضهم بعض عوام مكة وتوهم أنهم يعرفون المناسك محققة فاغتر بهم ، وذلك خطأ فاحش ، وكذا الغازى وغيره يستحب أن يستصحب معه كتابا معتمدا مشتملا على ما يحتاج اليه ويعلم الغازى ما يحتاج من أمور القتال وأذكاره ، وتحريم [1] الهزيمة

---

(١) اذا علم المسلمون أن الهزيمة وتولى الادبار يوم اللقاء من أكبر الكبائر وأن العمل على ضمان الانتصار واتقاء أسباب الهزيمة من الفرائض المجمع عليها كان من لوازم ذلك ونتائجه التفوق فى علوم الحرب ووسائل الكشف عما فى حيازة العدو من انواع السلاح ووسائل تعطيلها وشل فاعليتها وأجهزة الكشف والتمويه والآلات المضادة بكل شيء مما ظهر جليا ضرورة الأخذ به فى الحرب القائمة الآن مع اليهود لعنهم الله وأخزاهم (ط) .

وتحريم الغلول والغدر وقتل النساء والصبيان ومن أظهر لفظ الاسلام وأشباه ذلك ، ويتعلم المسافر لتجارة ما يحتاج اليه من البيوع وما يصح وما يبطل وما يحل ويحرم ، ويستحب ويكره وما هو راجح على غيره ، وان كان متعبدا سائحا معتزلا للناس تعلم ما يحتاج اليه من أمور دينه ، وان كان ممن يصيدتعلم ما يحتاجاليه أهل الصيد وما يباحمنه وما يحرم ، وما يباح بهالصيد، وشرط الذكاة وما يكفى فيه قتل الكلب والسهم ونحوهما ، وان كان راعيا تعلم ما يحتاج اليه ، وهو ما ذكرناه فى حق المعتزل مع كيفية الرفق بالدواب وذبحها ، وان كان رسولا الى سلطان ونحوه تعلم آداب مخاطبات الكبار ، وجواب ما يعرض وما يحل من ضيافاتهم وهداياهم وما يجب مراعاته من النصح وتحريم الغدر ومقامه ونحو ذلك وان كان وكيلا أو عامل قراض تعلم ما يباح له من السفر والتصرف ، وما يحتاج الى الاشهاد فيه ، وعلى كل المذكورين تعلم الحال التى يجوز فيها ركوب البحر والتى لا يجوز ان أرادوا ركوبه ، وسيأتى بيانه فى كتاب الحج ان شاء الله تعالى ، وهذا كله يأتى فى هذا الكتاب مفرقا فى مواضعه والله أعلم .

(العاشرة) يكره ركوب الجلالة ، وهى البعير الذى يأكل العذرة لحديث ابن عمر رضى الله عنهما قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجلالة فى الابل أن يركب عليها » رواه أبو داود باسناد صحيح .

(الحادية عشرة) يستحب له أن يطلب رفيقا موافقا راغبا فى الخير كارها للشر ان نسى ذكره ، وان ذكر أعانه ، وان تيسر له مع هذا كونه عالما فليتمسك به فانه يمنعه بعلمه وعمله من سوء ما يطرأ على المسافر من مساوىء الأخلاق والضجر ويعينه على مكارم الأخلاق ويحثه عليها ، واستحب بعض العلماء كونه من الأجانب لا من الأصدقاء ولا الأقارب ، والمختار أن القريب والصديق الموثوق به أولى لأنه أعون له على مهماته وأرفق به فى أموره ، ثم ينبغى أن يحرص على ارضاء رفيقه فى جميع طريقه ، ويحتمل كل واحد منهما صاحبه ويرى لصاحبه عليه فضلا وحرمه ، ويصبر على ما يقع منه فى بعض الأوقات .

(الثانية عشرة) يستحب لمن سافر سفر حج أو غزو أن تكون يده فارغة

من مال التجارة ذاهبا وراجعا ، لأن ذلك يشغل القلب ويفوت بعض المطلوبات ، ويجب عليه تصحيح النية فى حجه وغزوه ونحوهما ، وهو أن يريد به وجه الله تعالى قال الله تعالى (وما أمروا الا ليعبدوا الله مخلصين له الدين) [1] وقال النبى صلى الله عليه وسلم « انما الأعمال بالنيات » .

(الثالثة عشرة) يستحب أن يكون سفره يوم الخميس ، فان فاته فيوم الاثنين وأن يكون باكرا ، ودليل الخميس حديث كعب بن مالك أن النبى صلى الله عليه وسلم « خرج فى غزوة تبوك يوم الخميس » رواه البخارى ومسلم ، وفى رواية فى الصحيحين « كان يحب أن يخرج يوم الخميس » وفى رواية فى الصحيحين « فلما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يخرج الا يوم الخميس » ودليل يوم الاثنين عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم هاجر من مكة يوم الاثنين » ودليل البكور حديث صخر العامرى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اللهم بارك لأمتى فى بكورها ، وكان اذا بعث جيشا أو سرية بعثهم فى أول النهار ، وكان صخر تاجرا فكان يبعث تجارته أول النهار فأثرى وكثر ماله » رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن.

(الرابعة عشرة) يستحب اذا أراد الخروج من منزله أن يصلى ركعتين يقرأ فى الأولى بعد الفاتحة (قل : يا أيها الكافرون) [2] وفى الثانية (قل : هو الله أحد) [3] ففى الحديث عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ما خلف عبد أهله أفضل من ركعتين يركعهما عندهم حين يريد سفرا» وعن أنس قال : « كان النبى صلى الله عليه وسلم لا ينزل منزلا الا ودعه بركعتين » رواه الحاكم وقال : هو صحيح على شرط البخارى ، ويستحب أن يقرأ بعد سلامه (آية الكرسى ولايلاف قريش) فقد جاء فيهما آثار السلف مع ما علم من بركة القرآن فى كل شىء وكل وقت ، ثم يدعو بحضور قلب واخلاص بما شاء من أمور آخرته ودنياه ، وللمسلمين كذلك ، ويسأل الله تعالى الاعانة والتوفيق فى سفره وغيره من أموره ، فاذا نهض من جلوسه قال ما رويناه من حديث أنس

---

(١) الآية ٥ من سورة البينة .

(٢) الآية الأولى من سورة الكافرون .

(٣) الآية الأولى من سورة الاخلاص .

رضى الله عنه : « اللهم اليك توجهت وبك اعتصمت ، اللهم اكفنى ما همنى وما لا أهتم له اللهم زودنى التقوى واغفر لى ذنبى » .

(الخامسة عشرة) يستحب أن يودع أهله وجيرانه وأصدقاءه وسائر أحبابه وأن يودعوه ويقول كل واحد لصاحبه : أستودعك الله دينك وأماناتك وخواتيم عملك ، زودك الله التقوى وغفر لك ذنبك ويسر الخير لك حيثما كنت . ومما جاء فى هذا من الأحاديث حديث سالم بن عبد الله بن عمر ان عبد الله بن عمر رضى الله عنهم « كان يقول للرجل اذا أراد سفرا : ادن منى أودعك كما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يودعنا فيقول : استودعك الله دينك وأماناتك وخواتيم عملك » رواه الترمذى وقال : حديث حسن ، وعن عبد الله [1] ابن يزيد الخطمى الصحابى رضى الله عنه قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أراد أن يودع الجيش قال : أستودعكم الله دينكم وأماناتكم وخواتيم أعمالكم » حديث صحيح رواه أبو داود وغيره باسناد صحيح . وعن أنس رضى الله عنه قال « جاء رجل الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله انى أريد سفرا فزودنى ، فقال : زودك الله التقوى ، فقال : زدنى فقال : وغفر ذنبك ، قال : زدنى قال : ويسر لك الخير حيثما كنت » رواه الترمذى وقال : حديث حسن ، وعن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال: « ان الله اذا استودع شيئا حفظه » .

(السادسة عشرة) يستحب أن يدعو له من يودعه ، وأن يطلب منه الدعاء كما ذكرنا فى المسألة قبلها ولحديث عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : « استأذنت النبى صلى الله عليه وسلم فى العمرة فأذن وقال : لاتنسنا يا أخى من دعائك فقال كلمة ما يسرنى أن لى بها الدنيا » وفى رواية قال : « أشركنا يا أخى فى دعائك » رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن صحيح .

(السابعة عشرة) يستحب أن يتصدق بشىء عند خروجه وكذا أمام الحاجات مطلقا كما سنوضحه ان شاء الله تعالى فى باب صدقة التطوع ، والسنة أن يدعو بما صح عن أم سلمة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله

---

(١) الاوسى يروى عنه حفيده عدى بن ثابت شهد الحديبية وهو ابن سبع عشرة سنة وكان أميرا على الكوفة وشهد مع على صفين والجمل والنهروان قال ابن اسحاق : خطمة من ولد مالك بن الأوس ويروى عنه أبو بردة ابن ابى موسى (ط) .

عليه وسلم كان يقول اذا خرج من بيته : باسم الله توكلت على الله اللهم انى أعوذ بك من أن أضل أو أضل أو أزل أو أزل أو أظلم او أظلم أو اجهل أو يجهل على » رواه أبو داود والترمذى وغيرهما بأسانيد صحيحة قال الترمذى هو حديث حسن صحيح وهذا لفظ أبى داود • ويدعو بما فى حديث أنس رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من قال ــ يعنى اذا خرج من بيته ــ بسم الله توكلت على الله ولاحول ولا قوة الا بالله ، يقال له : كفيت ووقيت وينحى عنه الشيطان » رواه أبو داود والترمذى والنسائى وغيرهم قال الترمذى : حديث حسن زاد أبو داود فيه : فيقول الشيطان لشيطان آخر : كيف بك برجل قد هدى وكفى ووقى •

(الثامنة عشرة) السنة اذا خرج من بيته وأراد ركوب دابته أن يقول : بسم الله ، فاذا استوى عليها قال : الحمد لله ، ثم يأتى بالتسبيح والذكر والدعاء الذى ثبت فى الأحاديث (منها) حديث ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « كان اذا استوى على بعيره خارجا الى سفر كبر ثلاثا باسم الله ثم قال سبحان الذى سخر لنا هذا وما كنا له مقرنين ، وانا الى ربنا لمنقلبون ، اللهم انا نسألك فى سفرنا هذا البر والتقوى » ومن العمل ما ترضى اللهم هون علينا سفرنا هذا ، واطو عنا بعده ، اللهم أنت الصاحب فى السفر والخليفة فى الأهل ، اللهم انى أعوذ بك من وعثاء السفر ، وكآبة المنظر ، وسوء المنقلب فى المال والأهل • واذا رجع قالهن ، وزاد فيهن : آيبون تائبون عابدون لربنا حامدون » رواه مسلم •

معنى مقرنين مطيقين والوعثاء ــ بفتح الواو واسكان العين المهملة وبالثاء المثلثة والمد هى الشدة والكآبة ــ بالمد ــ هى تغيير النفس من خوف ونحوه والمنقلب المرجع • وعن عبد الله بن سرجس رضى الله عنه قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سافر يتعوذ من وعثاء السفر ، وكآبة المنقلب ، والحور بعد الكون ، ودعوة المظلوم ، وسوء المنظر فى الأهل والمال » رواه مسلم ، هكذا هو فى صحيح مسلم بعد السكون بالنون ، وكذا رواه الترمذى والنسائى قال الترمذى : ويروى الكور بالراء كلاهما صحيح المعنى ، قال العلماء : معناه بالراء والنون جميعا الرجوع من الاستقامة أو الزيادة الى النقص ، وقد أوضحته فى كتاب الأذكار ، وفى الرياض •

وعن علي بن ربيعة قال : « شهدت علي بن أبي طالب رضي الله عنه أتى بدابته ليركبها فلما وضع رجله في الركاب قال : بسم الله ، فلما استوى على ظهرها قال : الحمد لله الذي سخر لنا هذا وما كنا له مقرنين وانا الى ربنا لمنقلبون ، ثم قال : الحمد لله ثلاث مرات ثم قال : الله أكبر ثلاث مرات ثم قال : سبحانك اني ظلمت نفسي فاغفر لي انه لا يغفر الذنوب الا أنت ، ثم ضحك ، فقيل : يا أمير المؤمنين من أي شيء ضحكت ؟ قال : رأيت النبي صلى الله عليه وسلم فعل كما فعلت ثم ضحك ، فقلت : يا رسول الله من أي شيء ضحكت ؟ قال : ان ربك سبحانه يعجب من عبده اذا قال اغفر لي ذنوبي ، يعلم أنه لا يغفر الذنوب غيري » رواه أبو داود والترمذي وقال : حديث حسن ، وفي بعض النسخ : حسن صحيح ، وهذا لفظ أبي داود .

(التاسعة عشرة) يستحب أن يرافق في سفره جماعة لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو أن الناس يعلمون من الوحدة ما أعلم ما سار ركب بليل وحده » رواه البخاري ، وعن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنه قال « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الراكب شيطان والراكبان شيطانان ، والثلاثة ركب » رواه أبو داود والترمذي والنسائي بأسانيد صحيحة قال الترمذي : حديث حسن .

(فرع) ينبغي أن يسير مع الناس ، ولا ينفرد بطريق ، ولا يركب[1] اثنتان الطريق فانه يخاف عليه الافار بسبب ذلك [2] .

(فرع) قد يقال : ذكرتم أنه يكره الانفراد في السفر ، وقد اشتهر عن خلائق من الصالحين الوحدة في السفر (والجواب) أن الوحدة والانفراد انما يكرهان لمن استأنس بالناس فيخاف عليه من الانفراد الضرر بسبب الشياطين وغيرهم ، أما الصالحون فانهم أنسوا بالله تعالى ، واستوحشوا من

---

(١) ويرى بعض المحققين من معاصرينا كالسيد علي بن عيسى الحداد من سنغافورة وله بعض النصائح المعتبرة (بنيان الطريق فانه يخاف عليه الآفات بسبب ذلك) وشكر الله له .

(٢) كذا بالأصل والافار السرعة والمسابقة فاذا ركبت دابتان الطريق تنافستا وتسابقتا برعونه فهذا هو الافار ويخشى على بعض الركب منه ان ينبت (ط) .

الناس فى كثير من أوقاتهم فلا ضرر عليهم فى الوحدة ، بل مصلحتهم وراحتهم فيهـا .

(العشرون) يستحب أن يؤمر الرفقة على أنفسهم أفضـلهم وأجودهم رأيا ، ويطيعونه لحديث أبى سعيد وأبى هريرة قالا : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا خرج ثلاثة فى سفر فليؤمروا أحدهم » حديث حسن رواه أبو داود باسناد حسن .

وعن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « خير الصحابة أربعة وخير السرايا أربعمائة وخير الجيوش أربعة آلاف ، ولن تغلب اثنا عشر ألفا عن قلة » رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن ، والمراد بالصحابة هنا المتصاحبون .

(الحادية والعشرون) يكره أن يسـتصحب كلبا ، ويـكره أن يعلق فى الدابة جرسا أو يقلدها وترا [1] سواء البعير والبغل وغيرهما لحـديث أبى هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تصـحب الملائكة رفقة فيها كلب أو جرس » رواه مسلم ، وعنـه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الجرس مزامير الشيطان » رواه مسلم فى صحيحه . وعن أبى بشير الأنصارى أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم رسولا يقول : « لا يبقين فى رقبة بعير قلادة من وتر أو قال : قلادة الا قطعت قال مالك بن أنس : أرى ذلك من العين » رواه البخارى ومسلم ، قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح رحمه الله : فان وقع شىء من ذلك من جهة غيره ولم يستطع ازالته فليقل : اللهم انى أبرأ اليك مما صنع هؤلاء ، فلا تحرمنى ثمرة صحبة ملائكتك وبركتهم .

(الثانيـة والعشرون) لا يجـوز أن يحمـل الدابة فوق طاقتهـا ، ولو استأجرها فحملها المؤجر ما لا تطيق لم يجز للمستأجر موافقته لحديث شداد ابن أوس رضى الله عنه أن النبىقال : « ان الله كتب الاحسان على كل شىء » رواه مسلم ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » ولحديث

---

(١) الوتر عصب من الجلد يطوق به عنق الدابة من الحسد ونحوه (ط) .

سهل بن عمرو رضى الله عنه قال : « مر رسول الله صلى الله عليه وسلم ببعير قد لحق ظهره ببطنه فقال : اتقوا الله فى هذه البهائم العجمة واركبوها صالحة، وكلوها صالحة » رواه أبو داود باسناد صحيح •

(الثالثة والعشرون) يستحب أن يريح دابته بالنزول عنها غدوة وعشية ، وعند عقبة ونحوها ، ويتجنب النوم على ظهرها لما ذكرناه فى المسألة قبلها ، وعن أنس قال : كان النبى « صلى الله عليه وسلم اذا صلى الفجر فى السفر مشى قليلا وناقته تقاد » رواه البيهقى • وأما المكث على ظهر الدابة وهى واقفة ، فان كان يسيرا فلا بأس ، وان كان كثيرا لحاجة فلا بأس به ، وان كان لغير حاجة فهو مكروه ، ودليل ما ذكرناه حديث أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اياكم أن تتخذوا ظهور دوابكم منابر، فان الله عز وجل انما سخرها لكم لتبلغكم الى بلد لم تكونوا بالغيه الا بشق الأنفس ، وجعل لكم الأرض فعليها فاقضوا حاجاتكم » رواه أبو داود باسناد جيد • وعن أنس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اركبوا هذه الدواب سالمة ، وابتدعوها سالمة ، ولا تتخذوها كراسى » رواه الحاكم فى المستدرك والبيهقى ، قال الحاكم : هو صحيح ، وأما جوازه للحاجة ففيه الأحاديث الصحيحة المشهورة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « وقف بعرفات على ناقته وأنه صلى الله عليه وسلم خطب يوم النحر بمنى على ناقته » وغير ذلك من الأحاديث •

(الرابعة والعشرون) يجوز الارداف على الدابة اذا كانت مطيقة ، ولا يجوز اذا لم تكن مطيقة ، فأما دليل المنع اذا لم تطق فالأحاديث السابقة قريبا مع الاجماع ، وأما جوازه اذا كانت مطيقة ففيه أحاديث كثيرة فى الصحيح مشهورة (منها) حديث أسامة بن زيد رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم « أردفه حين دفع من عرفات الى المزدلفة ، ثم أردف الفضل بن عباس من مزدلفة الى منى » رواه البخارى ومسلم • وفى الصحيحين عن أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم « أردف معاذا على الرحل » وفى الصحيح أنه صلى الله عليه وسلم « أردف معاذا على حمار يقال له : عفير » ــ بضم العين المهملة ــ وفى الصحيحين أن النبى صلى الله عليه وسلم

« أمر عبد الرحمن بن أبى بكر أن يعمر أخته عائشة من التنعيم فأردفها وراءه على راحلته » • وفى الصحيحين عن أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم « أردف صفية أم المؤمنين رضى الله عنها وراءه حين تزوجها بخيبر » • وفى صحيح البخارى من رواية أسامة « أن النبى صلى الله عليه وسلم ركب على حمار عليه أكاف وأردف أسامة وراءه » وفى صحيح مسلم عن عبد الله بن جعفر قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قدم من سفر تلقى بصبيان أهل بيته •

وأنه قدم من سفر فسبق بى اليه فحملنى بين يديه ثم جىء بأحد ابنى فاطمة فأردفه خلفه فأدخلنا المدينة ثلاثة على دابة » وفى المسألة أحاديث كثيرة ؛ واذا أردف كان صاحب الدابة أحق بصدرها ، ويكون الرديف وراءه الا أن يرضى صاحبها بتقديمه لجلالته أو غير ذلك ، وفيه حديث مرفوع « الرجل أحق بصدر دابته » رواه البيهقى عن ابن بريدة عن أبيه مرفوعا ، وعن ابن بريدة مرفوعا مرسلا •

(الخامسة والعشرون) يجوز الاعتقاب على الدابة ، وهو أن يركب واحد وقتا ، ثم ينزل ويركب الآخر وقتا ، وجاءت فيه أحاديث كثيرة ، منها حديث عائشة رضى الله عنها فى قصة هجرة النبى صلى الله عليه وسلم وأبى بكر رضى الله عنه من مكة الى المدينة قالت : « فلما خوج خرج معه عامر بن فهيرة يعتقبان حتى المدينة » رواه البخارى وعن ابن مسعود قال : « كنا يوم بدر اثنين على بعير وثلاثة على بعير ، وكان على وأبو أمامة زميلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان اذا حانت عقبتهما قالا : يا رسول الله اركب نمش عنك فيقول : انكما لستما بأقوى على المشى منى ، ولا أرغب عن الأجر منكما » رواه النسائى والبيهقى باسناد جيد •

(السادسة والعشرون) السنة أن يراعى مصلحة الدابة فى المرعى والسرعة والتأنى بحسب الأرفق بها ؛ لحديث أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « اذا سافرتم فى الخصب فأعطوا الابل حظها من الأرض واذا سافرتم فى الجدب فأسرعوا عليها السير وبادروا بها نقيها ، واذا عرستم فاجتنبوا الطريق فانها طرق للدواب ومأوى الهوام بالليل » رواه مسلم •

معنى أعطوا الابل حظها : ارفقوا فى سيرها لترعى حال مشيها • والنقى بنون مكسورة ثم قاف ساكنة ـ وهو المخ ومعناه أسرعوا بها حتى تصلوا المقصد قبل أن يذهب مخها من ضنك السير ، والتعريس النزول فى الليل ، وقيل فى آخر الليل خاصة • وعن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم : قال : « فى كل ذات كبد رطبة أجر » • رواه البخارى ومسلم •

(السابعة والعشرون) يستحب السرى فى آخر الليل لحديث أنس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « عليكم بالدلجة فان الأرض تطوى بالليل » رواه أبو داود باسناد حسن ، ورواه الحاكم وقال : هو صحيح على شرط البخارى ومسلم ؛ وقال فى رواية « فان الأرض تطوى بالليل للمسافر »

(الثامنة والعشرون) قال البيهقى : يكره السير فى أول الليل لحديث جابر قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ترسلوا فواشيكم وصبيانكم اذا غابت الشمس حتى تذهب فحمة العشاء ، فان الشيطان ينتشر اذا غابت الشمس حتى تذهب فحمة العشاء » رواه مسلم ، وسبق بيانه فى آخر باب الآنية • وهذا الذى ذكره البيهقى من اطلاق الكراهة فيه نظر ، وليس فى هذا الحديث الذى استدل به ما يقتضى اطلاق الكراهة فى حق المسافرين فالاختيار أنه لا يكره •

(التاسعة والعشرون) يسن مساعدة الرفيق واعانته لقوله صلى الله عليه وسلم « والله فى عون العبد ما كان العبد فى عون أخيه » وهو حديث صحيح مشهور فى صحيح مسلم وغيره ، وفى الصحيحين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « كل معروف صدقة » •

وعن أبى سعيد قال : « بينما نحن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم اذ جاء رجل على راحلة له فجعل يصرف بصره يمينا وشمالا • فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من كان معه فضل ظهر فليعد به على من لا ظهر له ، ومن كان معه فضل زاد فليعد به على من لا زاد معه ، فذكر من أصناف المال ما ذكره حتى رأينا أنه لا حق لأحد منا فى فضل » رواه مسلم ، وعن جابر رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أنه أراد أن يغزو فقال : يا معشر المهاجرين والأنصار ان من اخوانكم قوما ليس لهم مال ولا

عشيرة فليضم أحدكم اليه الرجلين والثلاثة ، فما لأحدنا من ظهر يحمله الا عقبة يعنى كعقبة أحدكم فضممت الى اثنين أو ثلاثة مالى الا عقبة كعقبة أحدهم من جملى » رواه أبو داود •

(الثلاثون) يستحب لكبير الركب أن يسير فى آخره ، والا فليتعهد آخره فيحمل المنقطع أو يعينه ، ولئلا يطمع فيهم ويتعرض اللصوص ونحوهم لحديث ابن عمر فى الصحيحين أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته » وعن جابر قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يتخلف فى المسير فيرجى الضعيف ويردف ويدعو له » رواه أبو داود باسناد حسن ، وروينا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه كان يفعله •

(الحادية والثلاثون) ينبغى له أن يستعمل الرفق وحسن الخلق مع الغلام والحمال والرقيق والسائل وغيرهم ، ويتجنب المخاصمة والمخاشنة ومزاحمة الناس فى الطرق ، وموارده الماء اذا أمكنه ذلك ، وأن يصون لسانه من الشتم والغيبة ولعنة الدواب وجميع الألفاظ القبيحة ويرفق بالسائل والضعيف ولا ينهر أحدا منهم ولا يوبخه على خروجه بلا زاد وراحلة ، بل يواسيه بما تيسر ، فان لم يفعل رده ردا جميلا • ودلائل هذه المسائل مشهورة فى القرآن والأحاديث الصحيحة واجماع المسلمين • قال الله تعالى (خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين) [1] وقال الله تعالى (ولمن صبر وغفر ان ذلك لمن عزم الأمور) [2] والآيات بهذا المعنى كثيرة معلومة • وعن أبى الدرداء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا يكون اللعانون شفعاء ولا شهداء يوم القيامة » رواه مسلم ، وعن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا ينبغى لصديق أن يكون لعانا » وعن أبى مسعود قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس المؤمن بالطعان ولا اللعان ولا الفاحش ولا البذىء » رواه الترمذى وقال : حديث حسن • وعن أبى الدرداء قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان العبد اذا لعن شيئا صعدت اللعنة الى السماء فتغلق أبواب السماء دونها ثم تهبط الأرض فتعلق

---

(١) الآية ١٩٩ من سورة الأعراف •

(٢) الآية ٤٣ من سورة الشورى •

أبوابها دونها ، ثم تأخذ يمينا وشمالا ، فاذا لم تجد مساغا رجعت الى الذى لعن ، فان كان أهلا لذلك والا رجعت الى قائلها » رواه أبو داود •

وعن عمران بن حصين قال : « بينما رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بعض أسفاره وامرأة من الأنصار على ناقة فضجرت فلعنتها ، فسمع ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : خذوا ما عليها ودعوها فانها ملعونة • قال عمران : فكأنى أراها الآن تمشى فى الناس ما يعرض لها أحد » رواه مسلم • وعن أبى برزة رضى الله عنه قال « بينما جارية على ناقة عليها بعض متاع القوم اذ بصرت بالنبى صلى الله عليه وسلم وتضايق بهم [1] الجبل ، فقالت : حل اللهم العنها ، قال : فقال النبى صلى الله عليه وسلم لا تصاحبنا ناقة عليها لعنة » رواه مسلم • وهذا النهى يتناول المصاحبة دون باقى التصرفات فيها من السفر بها فى وجه آخر والبيع وغير ذلك وقد بسطت شرحه فى كتاب الرياض •

(الثانية والثلاثون) يستحب للمسافر أن يكبر اذا صعد الثنايا وشبهها ويسبح اذا هبط الأودية ونحوها ، ويكره رفع الصوت بذلك لحديث جابر قال : « كنا اذا صعدنا كبرنا واذا نزلنا سبحنا » رواه البخارى • وعن ابن عمر قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم وجيوشه اذا علوا الثنايا كبروا واذا هبطوا سبحوا » رواه أبو داود باسناد صحيح • وعنه قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قفل من الحج أو العمرة كلما أوفى على ثنية أو فدفد كبر ثلاثا ، ثم قال : لا اله الا الله وحده لا شريك له ، له الملك وله الحمد وهو على كل شىء قدير ، آيبون تائبون عابدون ساجدون لربنا حامدون ، صدق الله وعده ونصر عبده وهزم الأحزاب وحده » رواه البخارى ومسلم • الفدفد ــ بفتح الفائين بينهما دال مهملة ساكنة ــ الغليظ المرتفع من الأرض •

وعن أبى هريرة : « أن رجلا قال : يا رسول الله انى أريد أن أسافر فأوصنى ، قال : عليك بتقوى الله والتكبير على كل شرف ، فلما ولى الرجل

---

(1) فى صحيح مسلم (وتضايق بهم الجبل) وفى مسند أحمد جـ ٤ ص ٤٢٠ ، ٤٢٣ (فتضايق بهم الطريق) •

قال : اللهم اطو له البعيد وهون عليه السفر » رواه الترمذى وقال : حديث حسن ، وعن أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه قال : « كنا مع النبى صلى الله عليه وسلم وكنا اذا أشرفنا على واد هللنا وكبرنا ارتفعت أصواتنا ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : يا أيها الناس اربعوا على أنفسكم فانكم لا تدعون أصم ولا غائبا ، انه معكم انه سميع قريب » رواه البخارى ومسلم • اربعوا بفتح الباء الموحدة ، أى ارفقوا بأنفسكم •

(الثالثة والثلاثون) يستحب اذا أشرف على قرية يريد دخولها أو منزل أن يقول : اللهم انى أسألك خيرها وخير أهلها وخير ما فيها ، وأعوذ بك من شرها وشر أهلها وشر ما فيها ؛ لحديث صهيب رضى الله عنه : « أن النبى صلى الله عليه وسلم لم ير قرية يريد دخولها الا قال حين يراها : اللهم رب السموات السبع وما أظللن ، ورب الأرضين السبع وما أقللن ، ورب الشياطين وما أضللن ، ورب الرياح وما ذرين فانا نسألك خير هذه القرية وخير أهلها ، ونعوذ بك من شرها وشر أهلها وشر ما فيها » رواه النسائى والحاكم والبيهقى • قال الحاكم : هو صحيح الاسناد •

(الرابعة والثلاثون) يستحب له أن يدعو فى سفره فى كثير من الأوقات ، لأن دعوته مجابة ، ولحديث أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ثلاث دعوات مستجابات لا شك فيهن : دعوة المظلوم ، ودعوة المسافر ، ودعوة الوالد على الولد » رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن ، وليس فى رواية أبى داود على ولده •

(الخامس والثلاثون) اذا خاف ناسا أو غيرهم فالسنة أن يقول ما رواه أبو موسى الأشعرى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا خاف قوما قال : « اللهم انا نجعلك فى نحورهم ونعوذ بك من شرورهم » رواه أبو داود والنسائى باسناد صحيح • ويسن أيضا أن يدعو بدعاء الكرب ، وهو ما رواه ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقول عند الكرب (لا اله الا الله العظيم الحليم ، لا اله الا الله رب العرش العظيم ، لا اله الا الله رب السموات ورب الأرض ورب العرش الكريم) رواه البخارى ومسلم وعن أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم كان اذا كربه أمر

قال : (يا حى ياقيوم برحمتك أستغيث) رواه الترمذى والحاكم وقال : اسناده صحيح •

(فرع) اذا تغولت الغيلان على المسافر استحب أن يقول ما جاء عن جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : (اذا تغولت بكم الغيلان فنادوا بالأذان) الغيلان طائفة من الجن والشياطين وهم سحرتهم ، ومعنى تغولت تلونت فى صور ، واختلف العلماء هل للغول وجود أم لا ؟ وقد أوضحته فى تهذيب اللغات •

(السادسة والثلاثون) اذا استعصت دابته قيل يقرأ فى أذنها (أفغير دين الله يبغون وله أسلم من فى السموات والأرض طوعا وكرها واليه ترجعون [1]) واذا انفلتت دابته نادى يا عباد الله أحبسوا ، مرتين أو ثلاثا ، فقد جاء فيها آثار أوضحتها فى كتاب الأذكار ، وجربت أنا هذا الثانى فى دابة انفلتت منا ، وكنا جماعة عجزوا عنها ، فذكرت أنا هذا فقلت : يا عباد الله احبسوا فوقفت بمجرد ذلك • وحكى لى شيخنا أبو محمد بن أبى اليسر رحمه الله أنه جربه فقال فى بغلة انفلتت فوقفت فى الحال •

(السابعة والثلاثون) يستحب الحداء والرجز فى السير للسرعة ، وتنشيط الدواب والنفوس وترويحها وتيسير السير للأحاديث الصحيحة (منها) حديث أنس قال : (كان للنبى صلى الله عليه وسلم حاد يقال له أنجشة ، وكان حسن الصوت فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : رويدك يا أنجشة لا تكسر القوارير ، قال قتادة : يعنى ضعفة النساء) رواه البخارى ومسلم • وعن سلمة ابن الأكوع قال : (خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى خيبر فسرنا ليلا فقال رجل من القوم لعامر بن الأكوع : ألا تسمعنا من هناتك ؟ وكان عامر رجلا شاعرا فنزل يحدو بالقوم يقول :

اللهم لولا أنت ما اهتدينا ولا تصدقنا ولا صلينا

الى آخر الأبيات فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من هذا السائق ؟

---

(١) الآية ٨٢ من سورة آل عمران •

فقالوا : عامر بن الأكوع فقال : يرحمه الله) وذكر تمام الحديث رواه البخارى ومسلم •

(الثامنة والثلاثون) يستحب خدمة المسافر الذى له نوع فضيلة ، وان كان الخادم أكبر سنا لحديث أنس قال (خرجت مع جرير بن عبد الله فى سفر فكان يخدمنى • فقلت له : لا تفعل فقال : انى رأيت الأنصار تصنع برسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا آليت ألا أصحب أحدا منهم الا خدمته ، قال : وكان جرير أكبر من أنس) رواه البخارى ومسلم •

(التاسعة والثلاثون) فى بيان كيفية مشى من أعيا • احتج فيه البيهقى بحديث جابر قال : (شكا ناس الى النبى صلى الله عليه وسلم المشى فدعا بنا فقال : عليكم بالنسلان [1] فنسلناه فوجدناه أخف علينا) ورواه الحاكم أيضا ، وقال : هو صحيح على شرط مسلم •

(الأربعون) يكره ضرب الدابة فى الوجه لحديث جابر قال : (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الوسم فى الوجه ، والضرب فى الوجه) رواه مسلم•ويجوز الضرب فى غير الوجه للحاجة على حسب الحاجة للأحاديث الصحيحة فى ذلك ، واجماع العلماء ، وستأتى المسألة مبسوطة فى كتاب الاجارة حيث ذكرها المصنف ان شاء الله تعالى •

(الحادى والأربعون) ينبغى له المحافظة على الطهارة وعلى الصلاة فى أوقاتها وقد يسر الله تعالى بما جوزه من التيمم والجمع والقصر ، وقد سبق فى باب استقبال القبلة أنه لو لم يمكنه النزول عن الدابة للصلاة المكتوبة فى وقتها جاز له أن يصليها على الدابة ويلزمه اعادتها على الأرض الى القبلة اذا أمكنه ذلك •

(الثانية والأربعون) السنة أن يقول : اذا نزل منزلا ما روته خولة بنت حكيم قالت : « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من نزل منزلا ثم قال : أعوذ بكلمات الله التامات من شر ما خلق • لم يضر بشىء حتى يرتحل من منزله ذلك » رواه مسلم •

---

(١) النسلان دون السعى وهو الاسراع فى المشى ولا يبلغ السعى (ط) •

(الثالثة والأربعون) يكره النزول فى قارعة الطريق لحديث أبى هريرة أن رسول الله « صلى الله عليه وسلم » قال : « واذا عرستم فاجتنبوا الطريق فانها طرق الدواب ومأوى الهوام بالليل » رواه مسلم ، وهو بعض حديث سبق فى السادسة والعشرين •

(الرابعة والأربعون) السنة أن يقول اذا جن عليه الليل ما رواه ابن عمر رضى الله عنهما قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا سافر فأقبل الليل قال : يا أرض ربى وربك الله ، أعوذ بالله من شرك ، وشر ما فيك ، وشر ما خلق فيك ، وشر ما يدور عليك ، أعوذ بك من شر أسد وأسود ، والحية والعقرب ، ومن ساكن البلد ، ومن والد وما ولد » رواه أبو داود والحاكم وقال : صحيح الاسناد ، وهـذا لفظ أبى داود والأسـود الشخص ، قال الخطابى : وساكن البلد هم الجن الذين هم سكان الأرض • قال : والبلد الأرض ما كان مأوى الحيوان سواء كان فيه بناء ومنازل أم لا ، ويحتمل أن المراد بالوالد ابليس وما ولد الشياطين •

(الخامسة والأربعون) يستحب للرفقة فى السـفر أن ينزلوا مجتمعين ويكره تفرقهم لغير حاجة لحديث أبى ثعلبة الخشنى رضى الله عنه قال : « كان الناس اذا نزلوا منزلا تفرقوا فى الشعاب والأودية فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان تفرقكم فى هذه الشعاب والأودية انما ذلكم من الشيطان فلم ينزلوا بعد ذلك منزلا الا انضم بعضهم الى بعض » رواه أبو داود باسـناد حسن •

(السادسة والأربعون) السنة فى كيفية نوم المسافر ما رواه أبو قتادة رضى الله عنه قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم • اذا كان فى سفر فعرس بليل اضطجع على يمينه واذا عرس قبيل الصبح نصب ذراعه ووضـع رأسه على كفه » رواه مسلم ، وذكره الحاكم فى المستدرك ، وقال : هـو صحيح على شرط مسلم قال : ولم يروه البخارى ولا مسلم ، وغلط الحاكم فى هذا لأن الحديث فى مسلم كما ذكرنا قال العلماء : نصب الذراعين لئـلا يستغرق فى النوم فتفوت صلاة الصبح أو أول وقتها •

(السابعة والأربعون) السنة للمسافر اذا قضى حاجته أن يعجل الرجوع

الى أهله لحديث أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « السفر قطعة من العذاب يمنع أحدكم طعامه وشرابه فاذا قضى أحدكم نهمته من سفره فليعجل الى أهله » رواه البخارى ومسلم ، نهمته بفتح النون مقصوده • وعن عائشة قالت : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا قضى أحدكم حجه فليعجل الرحلة الى أهله فانه أعظم لأجره » رواه البيهقى •

(الثامنة والأربعون) السنة أن يقول فى رجوعه من السفر ما ثبت فى حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « كان اذا قفل من غزو أو حج أو عمـــرة يكبر على كل شرف من الأرض ثلاث تكبيرات ، ثم يقول : لا اله الا الله وحده لا شريك له ، له الملك وله الحمـــد وهو على كل شىء قدير ، آيبون تائبون عابدون ساجدون لربنا حامدون صدق الله وعده ، ونصر عبده ، وهزم الأحزاب وحـــده » رواه البخـــارى ومسلم وعن أنس قال : « أقبلنا مع النبى صلى الله عليه وسلم حتى اذا كنا بظهر المدينة قال : آيبون تائبون عابدون لربنا حامدون ، فلم يزل يقول ذلك حتى قدمنا المدينـــة » رواه مسلم •

(التاسعة والأربعون) عن عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « اذا قدم أحدكم من سفره فليهد الى أهله وليطرفهم ولو كانت حجارة » رواه الدارقطنى فى سننه فى آخر كتاب الحج ، وممن صرح باستحباب حمل المسافر هدية لأهله القاضى أبو الطيب فى تعليقه فى كتـــاب الحج ، واحتج بهذا الحديث •

(الخمسون) يستحب اذا قرب من وطنه أن يبعث الى أهله من يخبرهم لئلا يقدم بغتة ، فاذا كان فى قافلة كبيرة ، واشتهر عند أهل البلد وصولهم ، ووقت دخولهم ، كفاه ذلك عن ارساله معينا •

(الحادية والخمسون) يكره أن يطرق أهله طروقا لغير عذر ، وهو أن يقدم عليهم فى الليل ، بل السنة أن يقدم أول النهار ، والا ففى آخره لحديث أنس قال : « كان النبى صلى الله عليه وسلم لا يطرق أهله ليلا وكان يأتيهم غدوة أو عشية » رواه البخارى ومسلم وعن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « اذا أطال أحدكم الغيبة فلا يطرقن أهله ليلا » وفى رواية أن

رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يطرق الرجل أهله ليلا حتى تمتشط الشعثة ، وتستحد المغيبة » رواه البخارى ومسلم بهذه الروايات الثلاث ، وتستحد تزيل شعر العانة ، والمغيبة بضم الميم وكسر الغين المعجمة التى غاب زوجها •

(الثانية والخمسون) يسن تلقى المسافرين لحديث ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « قدم من سفر فاستقبله أغيلمة بنى عبد المطلب فجعل [1] واحد بين يديه وآخر خلفه » وفى رواية « قدم مكة عام الفتح » رواه البخارى ، وعن عبد الله بن جعفر قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قدم من سفر تلقى بصبيان أهل بيته وأنه قدم من سفر فسبق بى اليه فحملنى بين يديه ثم جىء بأحد ابنى فاطمة فأردفه خلفه ، فأدخلنا المدينة ثلاثة على دابة » رواه مسلم •

(الثالثة والخمسون) السنة أن يسرع السير اذا وقع بصره على جدران قريته لحديث أنس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان اذا قدم من سفر فنظر الى جدران المدينة أوضع راحلته ، وان كان على دابة حركها من حبها [2] » رواه البخارى •

(الرابعة والخمسون) اذا وقع بصره على قرية استحب أن يقول : اللهم انى أسألك خيرها وخير أهلها ، وخير ما فيها ، وأعوذ بك من شرها ، وشر أهلها ، وشر ما فيها • واستحب بعضهم أن يقول : اللهم اجعل لنا بها قرارا ورزقا حسنا ، اللهم ارزقنا حماها وأعذنا من وباها ، وحببنا الى أهلها ، وحبب صالحى أهلها الينا • وقد ثبت دلائل هذا كله فى الأذكار •

(الخامسة والخمسون) السنة اذا وصل منزله أن يبدأ قبل دخوله

---

(١) كذا فى ش و ق والذى فى أبواب العمرة من صحيح البخارى فى باب استقبال الحاج القادمين والثلاثة على الدابة وفيه (فحمل واحدا بين يديه وآخر خلفه) (ط) .

(٢) فى البخارى فى باب من أسرع ناقته اذا بلغ المدينة بالاسناد الى أنس (كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قدم من سفر فأبصر درجات المدينة أوضع ناقته وان كانت دابة حركها قال أبو عبد الله : زاد الحارث بن عمير عن حميد : حركها من حبها) قلت : الايضاع حملها على السير وان كانت المركوبة دابة وهو تعبير يراد به ما هو أعم من الناقة وحركها جواب أن وقوله من حبها أى من حب المدينة فالضمير يعود على المدينة وأبو عبد الله يعنى البخارى (ط) .

بالمسجد القريب الى منزله فيصلى فيه ركعتين بنية صلاة القدوم ، لحديث كعب بن مالك أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان اذا قدم من سفر بدأ بالمسجد فركع فيه ركعتين ثم جلس » رواه البخارى ومسلم • وعن جابر فى حديثه الطويل فى قصة بيع جمله فى السفر قال « وقدمت بالغداة فجئت المسجد فوجدته يعنى النبى صلى الله عليه وسلم على باب المسجد فقال : الآن قدمت ؟ قلت : نعم يا رسول الله ، قال : فدع جملك وادخل فصل ركعتين فدخلت ثم رجعت » وفى رواية قال : « بعت من النبى صلى الله عليه وسلم بعيرا فى سفر فلما أتينا المدينة قال : ائت المسجد فصل ركعتين » رواه البخارى ومسلم فان كان القادم مشهورا يقصده الناس استحب أن يقعد فى المسجد أو فى مكان بارز ليكون أسهل عليه وعلى قاصديه ، وان كان غير مشهور ولا يقصد ذهب الى بيته بعد صلاته الركعتين فى المسجد •

(السادسة والخمسون) اذا وصل بيته دخله من بابه لا من ظهره لحديث البراء رضى الله عنه قال « كانت الأنصار اذا حجوا فجاءوا لا يدخلون من أبواب بيوتهم ولكن من ظهورها فجاء رجل من الأنصار فدخل من قبل بابه ، وكأنه عير بذلك فنزلت هذه الآية : وليس البر بأن تأتوا البيوت من ظهورها ، ولكن البر من اتقى وأتوا البيوت من أبوابها [1] » رواه البخارى ومسلم •

(السابعة والخمسون) فاذا دخل بيته استحب أن يقول ما رويناه فى كتاب ابن السنى عن ابن عباس رضى الله عنهما قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قدم من سفر فدخل عليه أهله قال : توباً توباً ، لربنا أوباً ، لا يغادر حوباً » قوله (توباً) سؤال للتوبة ، أى أسألك توبا أو تب على توباً وأوباً بمعناه من آب اذا رجع • وقوله : « لا يغادر حوباً » أى لا يترك اثما •

(الثامنة والخمسون) يستحب أن يقال للقادم من غزو ما رويناه عن عائشة قالت « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم فى غزو ، فلما دخل استقبلته فقلت : الحمد لله الذى نصرك وأعزك وأكرمك » ويقال للقادم من حج : قبل الله حجك وغفر ذنبك وأخلف نفقتك • ورويناه عن ابن عمر عن النبى صلى

---

(١) الآية ١٨٩ من سورة البقرة •

الله عليه وسلم وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « اللهم اغفر للحاج ولمن استغفر له الحاج » رواه الحاكم والبيهقى • قال الحاكم هو صحيح على شرط مسلم •

(التاسعة والخمسون) يستحب النقيعة ، وهى طعام يعمل لقدوم المسافر ، ويطلق على ما يعمله المسافر القادم ، وعلى ما يعمله غيره له ، وسنوضحها ان شاء الله تعالى فى باب الوليمة ، حيث ذكرها المصنف • ومما يستدل به لها حديث جابر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما قدم المدينة من سفره نحر جزورا أو بقرة » رواه البخارى •

(الستون) عن أبي هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « وفد الله ثلاثة : الغازى والحاج والمعتمر » رواه الحاكم وقال : هو صحيح على شرط مسلم •

(الحادية والستون) قال أصحابنا : يستحب صلاة النوافل فى السفر ، سواء الرواتب مع الفرائض وغيرها • هذا مذهبنا ومذهب القاسم بن محمد وعروة بن الزبير وأبي بكر بن عبد الرحمن ومالك وجماهير العلماء ، قال الترمذى : وبه قالت طائفة من الصحابة وأحمد واسحاق وأكثر أهل العلم • قال : وقالت طائفة : لا يصلى الرواتب فى السفر ، وهو مذهب ابن عمر ثبت عنه فى الصحيحين ، فروى حفص بن عاصم « صحبت ابن عمر فى طريق مكة فصلى لنا الظهر ركعتين ثم أقبل وأقبلنا معه حتى جاء رحله وجلس وجلسنا معه فحانت منه التفاتة نحو حيث صلى فرأى ناسا قياما فقال : ما يصنع هؤلاء ؟ قلنا : يسبحون فقال : لو كنت مسبحا أتممت صلاتى يابن أخى ، انى صحبت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى السفر فلم يزد على ركعتين حتى قبضه الله ، وصحبت أبا بكر رضى الله عنه فلم يزد على ركعتين حتى قبضه الله ، وصحبت عمر رضى الله عنه فلم يزد على ركعتين حتى قبضه الله ، وصحبت عثمان رضى الله عنه فلم يزد على ركعتين حتى قبضه الله ، وقد قال الله تعالى : لقد كان لكم فى رسول الله أسوة حسنة [1] » رواه البخارى ومسلم ، وهذا اللفظ احدى روايات مسلم وفى رواية لهما : « صحبت رسول

---

(١) الآية ٢١ من سورة الأحزاب •

الله صلى الله عليه وسلم فكان لا يزيد على ركعتين فى السفر » فهذا حجة ابن عمر ومن وافقه •

وأما حجة أصحابنا والجمهور فأحاديث كثيرة (منها) الأحاديث الصحيحة الشائعة فى باب استقبال القبلة وغيره أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يصلى النوافل على راحلته فى السفر حيث توجهت به » وعن أبى قتادة حديثه السابق فى باب صلاة التطوع أنهم « كانوا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى سفر فناموا عن صلاة الصبح حتى طلعت الشمس فساروا حتى ارتفعت الشمس ، ثم نزل رسول الله صلى الله عليه وسلم فتوضأ ثم أذن بلال بالصلاة فصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ركعتين ، ثم صلى الغداة فصنع كما كان يصنع كل يوم » رواه مسلم فهاتان الركعتان سنة الصبح وهما مراد البخارى بقوله فى صحيحه : « ركع النبى صلى الله عليه وسلم ركعتى الفجر فى السفر » وعن أم هانىء « أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى يوم فتح مكة فى بيتها ثمانى ركعات ، وذلك ضحى » رواه البخارى ومسلم ، وفى رواية صحيحة سبحة الضحى ، وسبق بيانها فى باب التطوع • واحتج بها البخارى والبيهقى وغيرهما فى المسألة • وعن البراء بن عازب قال : « صحبت رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانى عشرة سفرة فما رأيته ترك ركعتين اذا زاغت الشمس قبل الظهر » رواه أبو داود والترمذى وقال : رأى البخارى هذا الحديث حسنا •

وعن الحجاج بن أرطاة عن عطية العوفى عن ابن عمر قال : « صليت مع النبى صلى الله عليه وسلم الظهر فى السفر ركعتين وبعدها ركعتين » رواه الترمذى وقال : حديث حسن • ثم رواه من رواية محمد بن أبى ليلى عن عطية ونافع وقال : هوأيضا حسن • قال:وقال البخارى : ما روى ابن أبى ليلى حديثا أعجب الى من هذا الحديث • هذا كلام الترمذى ، وعطية والحجاج وابن أبى ليلى [كلهم] ضعيف ، وقد حكم بأنه حسن فلعله اعتضد عنده بشىء ، وأما رواية ابن عمر الأولى فى نفى الزيادة فالاثبات مقدم عليها ، ولعله كان فى بعض الأوقات والله أعلم •

(الثانية والستون) يحرم على المرأة أن تسافر وحدها من غير ضرورة

الى ما يسمى سفرا سواء بعد أم قرب ، لحديث أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تسافر مسيرة يوم وليلة الا مع ذى محرم عليها » رواه البخارى ومسلم وفى رواية لمسلم : « مسيرة يوم » وفى رواية « ليلة » وفى رواية لأبى داود والحاكم « مسيرة بريد » وقد سبق بيان هذا كله فى أول باب صلاة المسافر. وعن ابن عباس رضى الله عنهما أنه سمع النبى صلى الله عليه وسلم يقول : « لا يخلون رجل بامرأة الا ومعها ذو محرم ولا تسافر المرأة الا مع ذى محرم ، فقال رجل : يا رسول الله ان امرأتى خرجت حاجة وانى اكتتبت فى غزوة كذا قال : انطلق فحج مع امرأتك » رواه البخارى ومسلم .

باب صلاة الخوف

قال المصنف رحمه الله تعالى

(تجوز صلاة الخوف فى قتال الكفار لقوله تعالى (واذا كنت فيهم فاقمت لهم الصلاة فلتقم طائفة منهم معك ، وليأخذوا أسلحتهم فاذا سجدوا فليكونوا من ورائكم (١)) وكذلك يجوز فى كل قتال مباح كقتال أهل البغى وقطاع الطريق، لأنه قتال جائز فهو كقتال الكفار وأما القتال المحظور كقتال أهل العدل وقتال اهل الأموال لأخذ أموالهم ، فلا يجوز فيه صلاة الخوف لأن ذلك رخصة (٢) وتخفيف فلا يجوز أن يتعلق بالمعاصى ولأن فيه اعانة على المعصية وهذا لا يجوز).

(**الشرح**) قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله : صلاة الخوف جائزة فى كل قتال ليس بحرام ، سواء كان واجبا كقتال الكفار والبغاة وقطاع الطريق اذا قاتلهم الامام ، وكذا الصائل على حريم الانسان ، أو على نفسه ، اذا أوجبنا الدفع أو كان مباحا مستوى الطرفين كقتال من قصد مال الانسان أو مال غيره وما أشبه ذلك ، ولا يجوز فى القتال المحرم بالاجماع كقتال أهل العدل وقتال أهل الأموال لأخذ أموالهم ، وقتال القبائل عصبية ونحو ذلك ، ودليل الجميع فى الكتاب وقطع أصحابنا العراقيون وجماعة من الخراسانيين بأنه يجوز لمن قصد ماله ودافع عنه أن يصلى صلاة الخوف كما ذكرنا

---

(١) الآية ١٠٢ من سورة النساء .

(١) فى بعض النسخ من المهذب (أصحاب الأموال) بدل أهل و (رحمة) بدل (رخصة) «ط».

أولا ، قال جمهور الخراسانيين : اذا كان المال حيوانا جازت صلاة الخوف قطعا والا فقولان (أصحهما) الجواز والمذهب الجواز مطلقا وهو المشهور من نصوصه ، أما اذا انهزم المسلمون من الكفار فقال أصحابنا : ان كانت الهزيمة جائزة بأن يزيد الكفار على الضعف أو كان متحرفا لقتال أو متحيزا الى فئة فلهم صلاة شدة الخوف والا فلا • وستأتى المسألة مع نظائرها وفروعها فى أواخر هذا الباب فى صلاة شدة الخوف ان شاء الله تعالى • وحيث منعنا صلاة الخوف لكون القتال محرما فصلوها فهو كما لو صلوها فى الأمن اتفق عليه أصحابنا ، وسنوضحه فى آخر هذا الباب ان شاء الله تعالى • وأما قول المصنف (فى كل قتال مباح) فاستعمل المباح على اصطلاح الفقهاء وهو ما لا اثم فيه ، وان كان واجبا فان قتال البغاة واجب وحقيقة المباح عند الأصوليين ما استوى طرفاه بالشرع ، وانما أطلقه المصنف وغيره ليدخل فيه الدفع عن المال وغيره ، مما هو مباح حقيقة وقوله : رخصة بضم الخاء واسكانها •

(**فرع**) قال أصحابنا : المراد بصلاة الخوف أن كيفية الفريضة فيها اذا صليت جماعة كما سنذكره ان شاء الله تعالى ، وأما شروط الصلاة وأركانها وسننها وعدد ركعاتها فهى فى الخوف كالأمن الا أشياء استثنيت فى صلاة شدة الخوف خاصة سنفصلها فى موضعها ان شاء الله تعالى ، وهذا الذى ذكرناه من أن صلاة الخوف لا يتغير عدد ركعاتها هو مذهبنا ومذهب العلماء كافة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم ، الا ابن العباس والحسن البصرى والضحاك واسحق بن راهويه فانهم قالوا : الواجب فى الخوف ركعة ، وحكاه الشيخ أبو حامد عن جابر بن عبد الله وطاوس ، لكن أبو حامد نقل عن هؤلاء أن الفرض فى الخوف على الامام ركعتان ، وعلى المأموم ركعة ، والذى نقله الجمهور عن هؤلاء أن الواجب ركعة فقط فى حق كل أحد لحديث ابن عباس رضى الله عنهما قال : « فرض الله الصلاة على لسان نبيكم صلى الله عليه وسلم فى الحضر أربعا وفى السفر ركعتين ، وفى الخوف ركعة » رواه مسلم • قالوا : ولأن المشقة فى الخوف ظاهرة فخفف عنه بالقصر ، دليلنا الأحاديث المشهورة فى الصحيحين وغيرهما عن جماعات من الصحابة رضى الله عنهم أن النبى صلى الله عليه وسلم « صلى هو وأصحابه فى الخوف ركعتين » (والجواب) عن حديث ابن عباس أن معناه أن المأموم يصلى مع الامام ركعة

ويصلى الركعة الأخرى وحده وبهذا الجواب أجاب البيهقى وأصحابنا فى كتب المذهب وهو متعين للجمع بين الأحاديث الصحيحة (والجواب) عن قولهم فى الخوف مشقة أن ينتقض بالمرض فان مشقته أشد ولا أثر له فى قصر الصلاة بالاجماع مع أن الخوف يؤثر فى تخفيف هيئات الصلاة وصفتها والله أعلم .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى أصل صلاة الخوف

مذهبنا أنها مشروعة وكانت فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم مشروعة لكل أهل عصره معه صلى الله عليه وسلم ومنفردين عنه ، واستمرت شريعتها الى الآن وهى مستمرة الى آخر الزمان .

قال الشيخ أبو حامد وسائر أصحابنا : وبهذا قالت الأمة بأسرها الا أبا يوسف والمزنى فقال أبو يوسف : كانت مختصة بالنبى صلى الله عليه وسلم ومن يصلى معه وذهبت بوفاته . وقال المزنى : كانت ثم نسخت فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم واحتج لأبى يوسف بقول الله تعالى (واذا كنت فيهم فأقمت لهم الصلاة) [1] الآية قال : والتغيير الذى يدخلها كان ينجبر بفعلها مع النبى صلى الله عليه وسلم بخلاف غيره واحتج المزنى بأن النبى صلى الله عليه وسلم فاته صلوات يوم الخندق ، ولو كانت صلاة الخوف جائزة لفعلها ولم يفوت الصلاة .

واحتج أصحابنا بالآية الكريمة ، والأصل هو التأسى به صلى الله عليه وسلم والخطاب معه خطاب لأمته . وبقوله صلى الله عليه وسلم « صلوا كما رأيتمونى أصلى » رواه البخارى كما سبق ، وهو عام ، وباجماع الصحابة فقد ثبتت الآثار الصحيحة عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم أنهم صلوها فى مواطن بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فى مجامع بحضرة كبار من الصحابة . ممن صلاها على بن أبى طالب فى حروبه بصفين وغيرها ، وحضرها من الصحابة خلائق لا ينحصرون ، ومنهم سعد بن أبى وقاص وأبو موسى الأشعرى وعبد الرحمن بن سمرة وحذيفة وسعيد بن العاص

---

(١) الآية ١٠٢ من سورة النساء .

وغيرهم ، وقد روى أحاديثهم البيهقى وبعضها فى سنن أبى داود وغيره قال البيهقى : والصحابة الذين رأوا صلاة النبى صلى الله عليه وسلم فى الخوف لم يحملها أحد منهم على تخصيصها بالنبى صلى الله عليه وسلم ولا بزمنه ، بل رواها كل واحد ، وهو يعتقدها مشروعة على الصفة التى رآها .

(وأما الجواب) عن احتجاجهم بالآية فقد سبق أنها حجة لنا [لدلالة] الخطاب والأصل التأسى . (وأما الجواب) عن انجبار الصلاة بفعلها خلف النبى صلى الله عليه وسلم فقد قال أصحابنا : الصلاة خلفه صلى الله عليه وسلم فضيلة ولا يجوز ترك واجبات الصلاة لتحصيل فضيلة ، فان لم تكن صلاة الخوف جائزة مطلقا لما فعلوها (وأما دعوى) المزنى النسخ (فجوابه) أن النسخ لا يثبت الا اذا علمنا تقدم المنسوخ وتعذر الجمع بين النصين ، ولم يوجد هنا شىء من ذلك بل المنقول المشهور أن صلاة الخوف نزلت بعد الخندق فكيف ينسخ به ، ولأن صلاة الخوف على هذه الصفة جائزة ليست واجبة فلا يلزمه من تركها النسخ ، ولأن الصحابة أعلم بذلك فلو كانت منسوخة لما فعلوها ، ولأنكروا على فاعليها والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واذا اراد الصلاة لم يخل اما ان يكون العدو فى جهة القبلة أو فى غيرها ، فان كان فى غيرها ولم يأمنوا وفى المسلمين كثرة جعل الامام الناس طائفتين طائفة فى وجه العدو ، وطائفة يصلى معهم ، ويجوز أن يصلى بالطائفة التى معه جميع الصلاة ، ثم تخرج الى وجه العدو [ثم] تجىء الطائفة الأخرى فتصلى معه ، فيكون متنفلا بالثانية وهم مفترضون ، والدليل عليه ما روى أبو بكرة رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم « صلى صلاة الخوف بالذين معه ركعتين وبالذين جاءوا ركعتين فكانت للنبى صلى الله عليه وسلم اربعا وللذين جاءوا ركعتين » ويجوز ان يصلى باحدى الطائفتين بعض الصلاة وبالأخرى البعض ، وهو افضل من ان يصلى بكل واحدة منهما جميع الصلاة لأنه أخف ، فان كانت الصلاة ركعتين صلى بالطائفة التى معه ركعة وثبت قائما واتمت الطائفة لانفسهم . وتنصرف الى وجه العدو ، وتجىء الطائفة الأخرى فيصلى معهم الركعة التى بقيت من صلاته ، وثبت جالسا واتمت الطائفة [الأخرى] لأنفسهم ثم يسلم بهم ، والدليل عليه ما روى صالح بن خوات « عمن صلى مع النبى صلى الله عليه وسلم يوم ذات الرقاع صلاة الخوف فذكر مثل ما قلنا ») .

(**الشرح**) حديث أبى بكرة صحيح رواه أبو داود باسناد صحيح كما هو فى المهذب ، ورواه البخارى ومسلم من رواية جابر بمعناه ورواه مسلم فى باب صلاة الخوف ، ورواه البخارى فى كتاب المغازى ، وانما ذكرت موضعه لأنى رأيت امامين كبيرين أضافاه الى رواية مسلم خاصة فأوهما أن البخارى لم يروه وغلطا فى ذلك ، وأما حديث صالح بن خوات فرواه البخارى ومسلم كما فى المهذب عمن صلى مع النبى صلى الله عليه وسلم .

(قوله) عمن صلى مع النبى صلى الله عليه وسلم هو سهل بن أبى خيثمة كذا جاء مبينا فى الصحيحين ، وخوات ــ بخاء معجمة مفتوحة وواو مشددة ثم ألف ثم تاء مثناة فوق ــ وصالح تابعى وأبو خوات صحابى : وهو خوات ابن جبير الأنصارى وذات الرقاع بكسر الراء ــ موضع قبل نجد من أرض غطفان ، اختلف فى سبب تسميتها فالصحيح ما ثبت فى صحيحى البخارى ومسلم عن أبى موسى الأشعرى أنه قال فيها : « نقبت أقدامنا ، فكنا نلف على أرجلنا الخرق فسميت غزوة ذات الرقاع ، لما كنا نعصب على أرجلنا من الخرق » وقوله : نقبت ــ بضم النون وفتحها ــ أى تقرحت وتقطعت جلودها ، وقيل : باسم شجرة كانت هناك ، وقيل : اسم جبل فيه بياض وحمرة وسواد ، ويقال له : الرقاع وقيل لأرض كانت ملونة وقيل لرقاع كانت فى ألويتهم (قوله) وفى المسلمين كثرة ــ هى بفتح الكاف ــ على المشهور ، وفى لغة ضعيفة كسرها .

(**أما الأحكام**) فقال العلماء : جاءت صلاة الخوف عن النبى صلى الله عليه وسلم على ستة عشر نوعا وهى مفصلة ، فى صحيح مسلم بعضها ، ومعظمها فى سنن أبى داود ، واختار الشافعى رحمه الله منها ثلاثة أنواع (أحدها) صلاته صلى الله عليه وسلم ببطن نخل (والثانى) صلاته صلى الله عليه وسلم بذات الرقاع (والثالث) صلاته صلى الله عليه وسلم بعسفان ، وكلها صحيحة ثابتة فى الصحيحين ، ولصلاة الخوف نوع رابع جاء به القرآن، وذكره الشافعى ، وهو صلاة شدة الخوف قال الله تعالى (فان خفتم فرجالا أو ركبانا) [1] وهذه الأنواع ذكرها المصنف فى الكتاب على الترتيب الذى

---

(1) الآية ٢٣٩ من سورة البقرة .

ذكرته ، قال أهل الحديث والسير : أول صلاة صلاها النبى صلى الله عليه وسلم للخوف صلاة ذات الرقاع •

(واعلم) أن بطن نخل موضع من أرض نجد من أرض غطفان فهى وذات الرقاع من أرض غطفان لكنها صلاتان فى وقتين مختلفين ، وفى كتاب المغازى من صحيح البخارى عن جابر قال : « خرج النبى صلى الله عليه وسلم الى ذات الرقاع من نخل فلقى جمعا من غطفان » (واعلم) أن نخلا هذا غير نخلة الذى جاء اليها وفد الجن ، تلك عند مكة وبدأ المصنف بصلاة بطن نخل ، وهى أن يجعل الامام الناس طائفتين (احداهما) فى وجه العدو (والأخرى) يصلى بها جميع الصلاة ويسلم ، سواء كانت ركعتين أو ثلاثا أو أربعا فاذا سلم ذهبوا الى وجه العدو وجاء الآخرون فصلى بهم تلك الصلاة مرة ثانية تكون له نافلة ولهم فريضة •

قال أصحابنا : وانما تستحب هذه الصلاة بثلاثة شروط أن يكون العدو فى غير القبلة ، وأن يكون فى المسلمين كثرة والعدو قليل ، وأن يخاف هجومهم على المسلمين فى الصلاة ، قال أصحابنا : فهذه الأمور ليست شرطا لصحتها ، فان الصلاة على هذا الوجه صحيحة عندنا من غير خوف ففى الخوف أولى ، وانما المراد أنها لا تندب على هذه الهيئة الا بهذه الشروط الثلاثة والله أعلم •

(وأما النوع الثانى) فهو صلاة ذات الرقاع فمعظم مسائل الباب فيها فتكون ثلاثة ، تارة ركعتين صبحا أو مقصورة ، وتارة ثلاثا وهى المغرب • وتارة أربعا اذا لم تقصر ، فان كانت ركعتين فرق الامام الناس فرقتين ، فرقة تقف فى مقابلة العدو ، وفرقة ينحدر بها الامام الى حيث لا يلحقهم سهام العدو ، فيحرم بهم ويصلى ركعة ، وهذا القدر اتفقت عليه روايات الحديث ونصوص الشافعى والأصحاب ، وفيما يفعل بعد ذلك روايتان فى الأحاديث الصحيحة •

(احداهما) أنه اذا قام الامام الى الركعة الثانية نوى المقتدى الخروج من متابعته وصلوا لأنفسهم الركعة الثانية وتشهدوا وسلموا وذهبوا الى وجه العدو وجاء الآخرون فأحرموا خلفه فى الركعة الثانية ، وأطالها حتى يلحقوه

ويقرأوا الفاتحة ، ثم يركع بهم ويسجد ، فاذا جلس للتشهد قاموا فصلوا ثانيتهم وانتظرهم فاذا لحقوه سلم بهم ، هذه رواية سهل بن أبى خيثمة المذكور فى الكتاب عن صالح بن خوات ، وهى فى صحيحى البخارى ومسلم •

(والثانية) أن الامام اذا قام الى الثانية لا يتم المقتدون به الصلاة ، بل يذهبون الى مكان اخوانهم فيقفون قبالة العدو وهم فى الصلاة ، ويقفون سكوتا وتجىء الطائفة الأخرى فيصلى بهم الامام ركعته الثانية ، فاذا سلم ذهبوا الى وجه العدو وجاء الأولون الى مكان صلاة الامام فصلوا الركعة الباقية عليهم • ثم ذهبوا الى وجه العدو وجاء الآخرون الى مكان الصلاة فصلوا ركعتهم الباقية وسلموا • وهذه رواية ابن عمر عن صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا حكاه أصحابنا عن رواية ابن عمر ، وهى فى الصحيحين عن ابن عمر لكن لفظ رواية البخارى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ركع بمن معه وسجد سجدتين ثم انصرفوا مكان الطائفة التى لم تصل ، فجاءوا فركع النبى صلى الله عليه وسلم بهم ركعة وسجد سجدتين ثم سلم ، فقام كل واحد منهم فركع لنفسه ركعة وسجد سجدتين » ولفظ رواية مسلم « أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى باحدى الطائفتين ركعة ثم انصرفوا فقاموا مقام أصحابهم وجاء أولئك ثم صلى بهم النبى ركعة ثم سلم ، ثم قضى هؤلاء ركعة وهؤلاء ركعة » واختار الشافعى والأصحاب الرواية الأولى رواية سهل لأنها أحوط لأمر الحرب ، ولأنها أقل مخالفة لقاعدة الصلاة ، وهل تصح الصلاة على وفق رواية ابن عمر ؟ فيه قولان حكاهما الشيخ أبو حامد والبندنيجى وجماعات من الخراسانيين •

(أحدهما) لا تصح لكثرة الأفعال فيها بلا ضرورة احترازا من صلاة شدة الخوف ، وزعم المحتج بهذا القول أن رواية ابن عمر منسوخة • (القول الثانى) وهو الصحيح المشهور صحة الصلاة لصحة الحديث وعدم معارضته، فان رواية سهل لا تعارضه فكانت هذه فى يوم وتلك فى يوم آخر ، ودعوى الأول النسخ باطلة ، لأنه محتاج الى معرفة التاريخ ، وتعذر الجمع بين الروايتين، وليس هنا واحد منهما ، وهذا القول نص عليه الشافعى فى الجديد فى كتاب الرسالة ، وأما قول الغزالى : قاله بعض أصحابنا وهو بعيد فغلط فى

شيئين (أحدهما) نسبته الى بعض الأصحاب (والثانى) تضعيفه ، والصواب أنه قول الشافعى الجديد الصحيح ، واختار أبو حنيفة رواية ابن عمر •

قال أصحابنا : وفعل الصلاة على هذا الوجه على اختلاف الروايتين ليس واجبا ، بل مندوب ، فلو صلى الامام ببعضهم كل الصلاة وبالباقين غيره أو صلى بعضهم أو كلهم منفردين جاز بلا خلاف ، لكن كانت الصحابة رضى الله عنهم لا يسمحون بترك الجماعة لعظم فضلها فسنت لهم هذه الصفة ليحصل لكل طائفة حظ من الجماعة ، والوقوف قبالة العدو ، وتختص الأولى بفضيلة ادراك تكبيرة الاحرام ، والثانية بفضيلة السلام معه • قال أصحابنا : وانما تستحب هذه الصلاة اذا كان العدو فى غير جهة القبلة أو فيها وبين المسلمين حائل يمنعهم لو هجموا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وتفارق الطائفة الأولى الامام حكما وفعلا ، فان لحقها سهو بعد المفارقة لم يتحمل عنهم الامام وان سها الامام لم يلزمهم سهوه ، وهل يقرأ الامام فى حال انتظاره ؟ قال فى موضع (اذا جاءت الطائفة الثانية قرأ) وقال فى موضع (يطيل القراءة حتى تدركه الطائفة الثانية) فمن اصحابنا من قال فيه قولان : (احدهما) لا يقرأ حتى تجىء الطائفة الثانية فيقرأ معها ، لانه قرأ مع الطائفة الأولى قراءة تامة فيجب ان يقرأ مع الثانية أيضا قراءة تامة (والقول الثانى) انه يقرأ وهو الأصح لأن افعال الصلاة لا تخلو من ذكر. والقيام لا يصلح لذكر غير القراءة ، فوجب أن يقرأ • ومن اصحابنا من قال : ان أراد أن يقرأ سورة قصيرة لم يقرأ حتى لا يفوت القراءة على الطائفة الثانية ، وان أراد أن يقرأ سورة طويلة قرأ لانه لا يفوت عليهم القراءة ، وحمل القولين على هذين الحالين. واما الطائفة الثانية فانهم يفارقون الامام فعلا ولا يفارقونه حكما ، فان سهوا تحمل عنهم الامام ، وان سها الامام لزمهم سهوه ، ومتى يفارقونه ؟ قال الشافعى رحمه الله : فى سجود السهو يفارقونه بعد التشهد ، لان المسبوق لا يفارق الامام الا بعد التشهد . وقال فى الأم : (يفارقونه عقيب السجود فى الثانية) وهو الأصح ، لأن ذلك اخف ، ويفارق المسبوق لأن المسبوق لا يفارق حتى يسلم الامام وهذا يفارق قبل التسليم ، فاذا قلنا بهذا فهل يتشهد الامام فى حال الانتظار ؟ فيه طريقان . من أصحابنا من قال : فيه قولان كالقراءة ، ومنهم من قال : يتشهد ـ قولا واحدا ـ ويخالف القراءة ، فانه فى القراءة قد قرأ مع الطائفة الأولى فلم يقرأ حتى تدركه الطائفة الثانية فيقرأ معها والتشهد لم يفعله مع الطائفة الأولى فلا ينتظر) •

(الشرح) قال أصحابنا اذا قامت الطائفة الأولى مع الامام من سجدتى الركعة الأولى نووا مفارقين اذا انتصبوا قياما ولو فارقوه بعد رفع الرأس من السجدتين جاز ، لكن الأول أفضل ليستمر عليهم حكم الجماعة حالة النهوض، واتفقوا على أنه لا بد من نية المفارقة ، لأن حكم القدوة مستمر ما لم ينو المفارقة ، ولا يجوز للمقتدى سبق الامام ، فاذا فارقوه خرجوا عن حكم القدوة فى كل شىء فلا يلحقهم سهوه ولا يحمل سهوهم ، وقول المصنف والأصحاب يفارقونه حكما وفعلا أرادوا بقولهم حكما أنه لا يحمل سهوهم ولا يلحقهم سهوه ، ولا يسجدون لتلاوته ، ولا غير ذلك مما يلتزمه المأموم ، وأرادوا بقولهم وفعلا أنهم يصلون الركعة الثانية منفردين ، مستقلين بفعلها .

وذكر جماعة من الخراسانيين فى الوقت الذى ينقطع به حكم الطائفة الأولى عن حكم الامام ولا يحمل سهوهم ولا يلحقهم سهوه وجهين (أحدهما) اذا انتصب الامام قائما (والثانى) اذا رفع رأسه من السجدتين ، فعلى هذا لو رفع رأسه من السجود وهم فيه فسهوا فيه لم يحمله ، ونقل الرافعى الوجهين ، ثم قال : ولك أن تقول قد نصوا على أنهم ينوون المفارقة عند رفع الرأس والانتصاب ، فلا معنى للخلاف فى وقت الانقطاع ، بل ينبغى أن يقتصر على وقت نية المفارقة وهذا الذى قاله الرافعى متعين لا يجوز غيره .

وأما الطائفة الثانية فسهوها فى الركعة الأولى لها ــ التى هى ثانية الامام ــ محمول لأنهم فى قدوة حقيقة ، وفى سهوهم فى ركعتهم الثانية التى يأتون بها والامام ينتظرهم فى الجلوس وجهان مشهوران ، حكاهما الشيخ أبو حامد والبندنيجى وغيرهما : (أحدهما) لا يحمله لمفارقتهم له فى الفعل ، وهذا قول ابن سريج وأبى على بن خيران ،فعلى هذا لا يلزمهم سهوه فى حال انتظاره لهم (وأصحهما) وهو قول عامة أصحابنا المتقدمين وهو المنصوص ، وبه قطع المصنف والأكثرون : يحمله ويلحقهم سهوه ، ولأنهم فى حكم القدوة ، وهو منتظر لهم كسهوهم فى سجدة رفع الامام منها ، ويعبر عن الوجهين بأنهم يفارقونه حكما أم لا ؟ والصحيح أنهم لا يفارقونه حكما . قالوا : ويجرى الوجهان فى المزحوم فى الجمعة اذا سها فى وقت تخلفه ، وأجروهما فيمن صلى منفردا فسها ، ثم نوى الاقتداء فى أثنائها وجوزناه

وأتمها مأموما ، واستبعد امام الحرمين اجراءهما هنا وقال : الوجه القطع بأن حكم السهو لا يرتفع بالقدوة اللاحقة وهذا هو الأظهر هنا •

واعلم أن سهو الامام فى الركعة الأولى يلحق الطائفين فتسجد له الطائفة الأولى اذا تمت صلاتها ، فان سها بعضهم فى ركعته الثانية فهل يقتصر على سجدتين أم يسجد أربعا لكونه سها فى حال قدوة وفى حال انفراد ؟ فيه الوجهان السابقان فى باب سجود السهو (أصحهما) سجدتان • قال صاحب البيان : فان قلنا سجدتان فعن ماذا تصحان ؟ فيه الأوجه الثلاثة السابقة فى باب سجود السهو (أحدها) تقعان عن سهوه ويكون سهو امامه تابعا (والثانى) عكسه (وأصحها) يقعان عنهما • وتظهر فائدة الخلاف فيما لو نوى خلاف ما جعلناه مقصودا • قال أصحابنا : ثم اذا قام الامام الى الثانية هل يقرأ فى حال انتظاره فراغ الأولى ومجىء الثانية ؟ فيه نصان للشافعى ، قال فى الاملاء : يقرأ ويطيل القراءة فاذا جاءت الطائفة الثانية قرأ معها فاتحة الكتاب وسورة قصيرة • وقال فى الأم : لا يقرأ بل يسبح ويذكر الله تعالى حتى تأتى الطائفة الثانية ، هذان نصان وللأصحاب فيهما ثلاث طرق ، أصحها وأشهرها وبه قطع المصنف فى التنبيه وآخرون : فيه قولان أصحهما باتفاقهم تستحب القراءة ، فيقرأ الفاتحة وبعدها سورة طويلة حتى تجىء الطائفة الثانية ، فاذا جاءت قرأ من السورة قدر الفاتحة وسورة قصيرة لتحصل لهم قراءة الفاتحة وشىء من زمن السورة ، ودليل هذا القول أن الصلاة مبنية على أن لا سكوت فيها ، فينبغى أن يقرأ لأن القيام لا يشرع فيه الا القراءة (والقول الثانى) يستحب أن لا يقرأ حتى تجىء الطائفة الثانية لأنه قرأ مع الأولى الفاتحة ، فينبغى أن يقرأها أيضا مع الثانية ، ولا يشرع غير الفاتحة قبلها • وعلى هذا القول قال الشافعى والأصحاب : يشتغل بما شاء من الذكر كالتسبيح وغيره •

(والطريق الثانى) وبه قال أبو اسحاق : ان أراد قراءة سورة قصيرة لم يقرأ لئلا تفوت القراءة على الطائفة الثانية ، وان أراد سورة طويلة قرأ لأنه لا تفوتهم وحمل النصين على هذين الحالين •

(والطريق الثالث) حكاه الفورانى والامام وآخرون من الخراسانيين : تستحب القراءة قولا واحدا ، قال أصحابنا : ويستحب للامام أن يخفف القراءة

فى الأولى لأنها حالة شغل وحرب ومخاطرة عن خداع العدو ، ويستحب أيضا للطائفتين تخفيف قراءة ركعتهم الثانية لئلا يطول الانتظار • قال أصحابنا : وسواء قرأ الامام فى حال الانتظار أم لا ، يستحب أن لا يركع حتى تفرغ الطائفة الثانية من الفاتحة ، فلو لم ينتظرهم الامام فأدركته الطائفة الثانية راكعا أدركوا الركعة بلا خلاف كما فى غير حالة الخوف ، كذا قالوه • ويجىء فيه الوجه الشاذ السابق فى باب صلاة الجماعة عن ابن خزيمة من أصحابنا أنه لا تحسب الركعة بادراك الركوع ، ولا تحسب حتى يدرك شيئا من قيام الامام ، وأما الطائفة الثانية فاذا صلى بهم الركعة الثانية فارقوه ليتموا الركعة الباقية عليهم ولا ينوون مفارقته ؛ ومتى يفارقونه ؟ فيه طريقان (الصحيح) منهما وهو المشهور ، فيه ثلاثة أقوال ذكر المصنف منها الأول والثانى ، وأحدهما يفارقونه بعد التشهد وقبل السلام ، وهذا نصه فى باب سجود السهو من كتب الأم ، فعلى هذا اذا قارب السلام فارقوه ثم انتظرهم ، وطول الدعاء حتى يصلوا ركعتهم ويتشهدوا ، ثم يسلم بهم •

(والقول الثانى) وهو أصحها عند المصنف والأصحاب وأشهرها ، وبه قطع كثيرون ، وهو نصه فى الأم والبويطى والاملاء والقديم : يفارقونه عقب السجدة الثانية لأن ذلك أخف ويخالف المسبوق ، فانه لا يفارقه الا بعد السلام ولأن المسبوق اذا فارق لا ينتظره أحد وهنا ينتظره الامام ليسلم به ، فكلما طال مكثه طال انتظار الامام وطالت صلاته ؛ وهذه الصلاة مبنية على التخفيف •

(والثالث) حكاه الخراسانيون عن القديم يفارقه عقب السلام كالمسبوق حقيقة والطريق الثانى حكاه الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والبندنيجى وآخرون أنهم يفارقونه عقب السجود ـ قولا واحدا ـ قال هذا القائل ونص الشافعى فى سجود السهو على أنه اذا صلى رباعية يتشهد معه لأنه موضع تشهد الطائفة الثانية أيضا • قال القاضى أبو الطيب فى المجرد : هذا غلط لأن سياق نص الشافعى يرده ، فاذا قلنا بالأصح : انهم يفارقونه عقب السجود فهل يتشهد فى حال انتظارهم ؟ فيه طريقان (أصحهما) أنه على الطريقين السابقين فى القراءة وهما الأول والثالث ، والطريق الثانى يتشهد قولا واحدا • وفرق المصنف والأصحاب بينه وبين القراءة بأنه انما لا يقرأ على

قول ليسوى بين الطائفتين فى قراءة الفاتحة معهم ، ومقتضى هذا التعليل أن يتشهد لئلا يخص الثانية بالتشهد • قال أصحابنا : فان قلنا : لا يتشهد اشتغل فى حال انتظاره بالذكر كما قلنا اذا لم يقرأ ، ولا خلاف أنه ينتظرهم حتى يسلم بهم •

(فرع) ذكرنا أن الامام اذا سها فى الأولى لحق الطائفتين سهوه ، فاذا فارقته الأولى قال الشافعى : أشار اليهم اشارة يفهمون بها أنه سها ليسجدوا فى آخر صلاتهم • هذا نصه فى الأم والمختصر • فحكى الشيخ أبو حامد والأصحاب فيه وجهين (أصحهما) وبه قال أبو اسحاق المروزى انما يشير اليهم اذا كان سهوا يخفى عليهم فان كان سهوا جليا لا يخفى عليهم لم يشر • قال الشيخ أبو حامد : وأظن الشافعى أشار الى هذا التفصيل فى الاملاء • وجزم البندنيجى أن الشافعى نص عليه فى الاملاء • (والثانى) يشير اليهم ، وان كان السهو جليا ، لأن المأموم قد يجهل السجود بعد مفارقة الامام •

(فرع) اذا قلنا : الطائفة الثانية تفارقه عقب السجود فكان الامام قد سها سجدوا معه فى آخر صلاة الجميع ، وان قلنا : يتشهدون معه سجدوا للسهو معهم ثم قاموا الى ركعتهم • قال أصحابنا : وفى اعادتهم سجود السهو فى آخر صلاتهم القولان فى المسبوق فى غير صلاة الخوف (أصحهما) يعيدون ، وان قلنا يقومون عقب السجود وينتظرهم بالتشهد فتشهد قبل فراغهم فأدركوه فى آخر التشهد فسجد للسهو قبل تشهدهم فهل يتابعونه ؟ فيه وجهان حكاهما ابن سريج والبندنيجى وصاحبا الشامل والبيان وغيرهم (أحدهما) لا يتابعونه ، بل يتشهدون ثم يسجدون للسهو ثم يسلم بهم (والثانى) يسجدون لأنهم تابعون له فعلى هذا هل يعيدونه بعد تشهدهم ؟ قالوا : فيه القولان ، ينبغى أن يقطع بأنهم لا يعيدونه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كانت الصلاة مغربا صلى باحدى الطائفتين ركعة [وبالأخرى] ركعتين [وفى الأفضل قولان قال فى الاملاء : الأفضل أن يصلى بالأولى ركعة وبالثانية ركعتين] لما روى (١) أن عليا رضى الله عنه صلى ليلة الهرير هكذا وقال فى

(١) ما بين المعقوفين ساقط فى ش و ف (ط) •

الام : (الأفضل ان يصلى بالأولى ركعتين وبالثانية ركعة) وهو الاصح لان ذلك اخف ، لأنه تتشهد كل طائفة تشهدين ، وعلى القول الآخر تتشهد الطائفة الثانية ثلاث تشهدات ، فان قلنا بقوله فى الاملاء فارقته الطائفة الأولى فى القيام فى الركعة الثانية ، لأن ذلك موضع قيامها ، وان قلنا بقوله فى الأم فارقته بعد التشهد لأنه موضع تشهدها ، وكيف ينتظر الامام الطائفة الثانية ؟ فيه قولان . قال فى المختصر ينتظرهم جالسا حتى يدركوا معه القيام من أول الركعة ، [لأنه] اذا انتظرهم قائما فاتهم معه بعض القيام وقال فى الأم : (ان انتظرهم قائما فحسن وان انتظرهم جالسا فجائز) فجعل الانتظار قائما أفضل وهو الاصح لأن القيام أفضل من القعود ، ولهذا قال النبى صلى الله عليه وسلم « صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم ») .

(**الشرح**) حديث « صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم » رواه البخارى من رواية عمران بن الحصين ، ورواه مسلم من رواية ابن عمرو بن العاص وقد سبق بيانه فى باب صلاة المريض وهو محمول على صلاة النفل مع القدرة على القيام كما سبق هناك ، وليلة الهرير ــ بفتح الهاء وكسر الراء ــ ليلة من ليالى صفين ، سميت بذلك لأنهم كان لهم هرير عند حمل بعضهم على بعض ، وهذا المروى عن على رضى الله عنه ذكره البيهقى بغير اسناد وأشار الى ضعفه فقال : « ويذكر عن جعفر بن محمد عن أبيه أن عليا صلى المغرب صلاة الخوف ليلة الهرير » والله أعلم .

وقوله (لأن القيام أفضل من القعود) هذا مجمع عليه ، وانما اختلف العلماء فى اطالة القيام والسجود أيهما أفضل ؟ ومذهبنا أن اطالة القيام أفضل، وقد سبقت المسألة بدلائلها فى أول باب صفة الصلاة .

وقوله : لأنه تتشهد كل طائفة تشهدين ، هذا تفريع على الأصح ، وهو نصه فى الأم أن الثانية تفارق الامام عقب السجود ، ولا يتشهدون معه ، أما اذا قلنا بنصه فى سجود السهو : انهم يفارقونه بعد تشهده فانهم يتشهدون ثلاثة تشهدات .

(**اما حكم المسألة**) فهو على ما ذكره المصنف ومختصره أنه يجوز أن يصلى بالطائفة الأولى ركعتين ، وبالثانية ركعة ، ويجوز عكسه ، وأيهما أفضل ؟ فيه طريقان المشهور : قولان (أصحهما) أن يصلى بالأولى ركعتين وبالثانية ركعة (والثانى) عكسه ، وبه قال أبو حنيفة ومالك وداود .

(والطريق الثانى) بالأولى ركعتين ــ قولا واحدا ــ ونقله الشيخ أبو حامد عن عامة الأصحاب ، فان قلنا بالأولى : ركعة فارقته اذا قام الى الثانية ، وأتمت لأنفسها ، كما ذكرناه فى ذات الركعتين ، وان قلنا بالأولى : ركعتين جاز أن ينتظرهم فى التشهد الأول وجاز فى قيام الثالثة وأيهما أفضل ؟ فيه قولان (أصحهما) باتفاقهم الانتظار فى القيام ، وعلى هذا هل يقرأ فى القيام الفاتحة وما بعدها أم لا يقرأ ويشتغل بالذكر ؟ فيه الخلاف السابق فى ذات الركعتين ، ولا خلاف أن الطائفة الأولى لا تفارقه الا بعد التشهد لأنه موضع تشهدهم ، وهل تفارقه الطائفة الثانية عقب سجوده فى الثالثة ؟ أم عقب التشهد ؟ فيه الخلاف السابق فيما اذا كانت الصلاة ركعتين ، وكذا الخلاف فى أنه يتشهد فى حال انتظارهم ، قال أصحابنا : واذا قلنا ينتظرهم فى التشهد انتظرهم حتى يحرموا خلفه ثم يقوم مكبرا ، قال الشيخ أبو حامد وغيره : ويكبرون متابعة له ، قالوا : وانما قلنا • ينتظرهم جالسا حتى يحرموا ليدركوا معه الركعة من أولها كما أدركتها الطائفة الأولى من أولها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كانت الصلاة ظهرا أو عصرا او عشاء وكان فى الحضر صلى بكل طائفة ركعتين ، وان جعلهم أربع فرق وصلى بكل طائفة ركعة ففى صلاة الامام قولان (احدهما) انها تبطل لأن الرخصة وردت بانتظارين ، فلا تجوز الزيادة عليهما (والثانى) أنها لا تبطل وهو الأصح لأنه قد يحتاج الى أربع انتظارات بأن يكون المسلمون أربعمائة ، والعدو ستمائة فتحتاج أن يقف بازاء العدو ثلاثمائة ويصلى بمائة مائة ، ولأن الانتظار الثالث والرابع بالقيام والقراءة والجلوس والذكر وذلك لا يبطل الصلاة . فان قلنا ان صلاة الامام لا تبطل صحت صلاة الطائفة الأخيرة لأنهم لم يفارقوا الامام ، والطائفة الأولى والثانية والثالثة فارقوه بغير عذر ومن فارق الامام بغير عذر ففى بطلان صلاته قولان فان قلنا : أن صلاة الامام تبطل ففى وقت بطلانها وجهان وقال أبو العباس : تبطل بالانتظار الثالث فتصح صلاة الطائفة الأولى والثانية والثالثة ، وأما الرابعة فان علموا ببطلان صلاته بطلت صلاتهم ، وان لم يعلموا لم تبطل ، وقال أبو اسحاق : المنصوص انه تبطل صلاة الامام بالانتظار الثانى . لأن النبى صلى الله عليه وسلم انتظر الطائفة الأولى حتى فرغت ورجعت الى وجه العدو ، وجاءت الطائفة الأخرى وانتظر بقدر ما أتمت صلاتها ، وهذا قد زاد على ذلك لأنه انتظر الطائفة الأولى حتى أتمت صلاتها ، ومضت الى وجه العدو وانتظر الثانية حتى أتمت صلاتها، ومضت الى وجه العدو ، وجاءت الطائفة الثالثة ، وهذا زائد على انتظار

رسول الله صلى الله عليه وسلم فعلى هـذا ان علمت الطائفة الثـالثة بطلت صلاتهم ، وان لم يعلموا لم تبطل) .

(الشرح) قال أصحابنا : اذا كانت صـلاة الخوف أربع ركعات بأن صلى فى الحضر أو أتم فى السفر فينبغى أن يفرقهم فرقتين فيصلى بكل طائفة ركعتين ، ثم هل الأفضل أن ينتظر الثانية فى التشهد الأول ؟ أم فى القيـام الثالث ؟ فيه الخلاف السابق فى المغرب . ويتشهد بكل طائفة بلا خلاف ، لأنه موضع تشهد الجميع ، واذا قلنا فى القيام ، فهل يقرأ ؟ فيه الخلاف السابق واذا قلنا : ينتظرهم فى التشهد انتظرهم فيه حتى يحرموا ، فلو فرقهم أربع فرق فصلى بكل فرقة ركعة وينتظر فراغها ويجىء التى بعـدها ففى جوازه قولان مشهوران نص عليهما فى المختصر والأم وينبى عليهما صحة صلاة الامام (أصحهما) عند المصنف والأصحاب جواز وصحة صلاة الامام (والثـانية) تحريمه وبطلان صلاة الامام ووجه البطلان أن النبى صلى الله عليه وسـلم لم يزد على انتظارين ، والرخص لا يتجاوز فيها النصوص ، ووجه الصـحة أنه قد يحتاج الى ذلك بأن يكون العدو ستمائة والمسلمون أربعمائة فيقف بازائهم ثلاثمائة ويصلى معه مائة مائة ، ولأن الانتظار انما هو باطالة القيام والقعود والقراءة والذكر ، وهذا لا يبطل الصلاة ، وانما اقتصر النبى صـلى الله عليه وسلم على انتظارين لأنه القدر الذى احتاج اليه ولعله لو احتاج زيادة زاد .

وهذا الخلاف السابق فى المسافر اذا أقام لحاجة يرجو قضاءها هل يقصر أبدا ؟ أم لا يتجاوز ثمانية عشر يوما ؟ ومثله الوتر ، هل هو منحصر باحدى عشرة ركعة ؟ أو ثلاث عشرة ؟ أم لا حصر له ؟ فيه خلاف سبق ، واذا قلنا بالجواز ، قال امام الحرمين : شرطه الحاجة ، فان لم يكن حاجة فهو كفعله فى حال الاختيـار ، ولم يذكر الأكثرون هـذا الشرط ، بل فى كلام المصنف والأصحاب اشارة الى أنه لا يشرط ، لأنهم قالوا : لأنه قد يحتاج اليه وهذا تصريح بأن الحاجة ليست شرطا فالصحيح أنها ليست شرطا ، قال أصحابنا : وعلى هذا القول تكون الطائفة الرابعة كالثانية فى ذات الركعتين ، فيعـود الخلاف فى أنهم يفارقونه قبل التشهد أم بعده ؟ وقبل السلام أم بعد سلام الامام ؟ والصحيح قبل التشهد ، وتتشهد الطائفة الثانية معـه على أصـح

الوجهين ، وفى وجه تفارقه قبل التشهد ، قال أصحابنا : وعلى هذا القول تصح صلاة الامام والطائفة الرابعة لأنهم لم يفارقوه ، وفى الطوائف الثلاث القولان فيمن فارق الامام بلا عذر (أصحهما) الصحة ، هكذا قال الأصحاب : انهم فارقوا بلا عذر لأنهم غير مضطرين الى الصلاة على هذا الوجه لامكان صلاته بهم ركعتين ركعتين ، أو صلاتهم فرادى •

وحكى الشيخ أبو حامد والماوردى وجها أنهم يفارقون بعذر ، ولا تبطل صلاتهم • قال الماوردى : وهو الأظهر لأن اخراج أنفسهم ليس الى اختيارهم ، فانهم لو أرادوا البقاء مع الامام لم يمكنهم ، فكان عذرا • والمشهور الذى قطع به الأصحاب أنه ليس عذرا ، وأما اذا قلنا : لا يجوز تفريقهم أربع فرق فصلاة الامام تبطل ، وفى وقت بطلانها وجهان (الصحيح) عند الأصحاب وهو ظاهر نص الشافعى وقول أبى اسحق المروزى وجمهور المتقدمين : تبطل بالانتظار فى الركعة الثالثة لأنه زائد (والثانى) قاله ابن سريج : تبطل بالانتظار فى الرابعة لأنه يباح انتظاران ويحرم الثالث ، وانما يحصل الثالث بانتظار مجىء الرابعة ، فعلى هذا تفارقه الثالثة ، وصلاته صحيحة ، فعلى قول الجمهور وجهان حكاهما الرافعى وغيره (أحدهما) تبطل بمضى الطائفة الثانية ، والثانى بمضى قدر ركعة من انتظاره الثانى • وأما صلاة المأمومين فالطائفة الأولى والثانية فارقتاه قبل بطلان صلاته ، ففى بطلان صلاتهم القولان فيمن فارق بغير عذر ، كما سبق فى التفريع على قول صحة صلاته ، ويجىء وجه الشيخ أبى حامد والماوردى ، وجزم المصنف والجمهور بصحة صلاتهما ، وهو تفريع على الأصح فيمن فارق بلا عذر أن صلاته لا تبطل والا فقد ذكروا كلهم الخلاف فيما اذا قلنا صلاة الامام صحيحة ، وهذا أولى بجريان الخلاف • وممن ذكر الخلاف هنا المتولى وآخرون •

وأما الطائفة الرابعة فتبطل صلاتهم باتفاق الأصحاب على هذا القول ان كانوا عالمين • ولا تبطل ان لم يعلموا ، وفيما يعتبر علمهم به فيه وجهان حكاهما القاضى أبو الطيب فى تعليقه وصاحب الشامل (أحدهما) يعتبر أن يعلم أن الامام انتظر من لا يجوز انتظاره ؛ ولا يشترط أن يعلم أن ذلك يبطل صلاة الامام ، كما أن من صلى خلف من يعلم أنه جنب تبطل صلاته ،

وان جهل كون الجنابة تبطل الاقتداء ــ وهو ظاهر نصه فى المختصر ــ فانه قال : وتبطل صلاة من علم ما صنع الامام (وأصحهما) وبه قطع المصنف والجمهور أن المراد أن يعلم أن هذا لا يبطل الصلاة ، لأنه معرفة هذا غامضة على أكثر الناس ، لاسيما اذا رأوا الامام يصلى بهم ، بخلاف الجنابة فانه لا يخفى حكمها على أحد الا فى نادر جدا •

وأما الطائفة الثالثة فعند ابن سريج هى كالأولى والثانية ، لأنها فارقت الامام قبل بطلان صلاته ، وعند الجمهور حكمها حكم الرابعة لأنها تابعته بعد بطلان صلاته • قال أصحابنا : ولو فرقهم فى صلاة المغرب ثلاث فرق فصلى بكل فرقة ركعة ، فان جوزنا ذلك فهو كما سبق فى الفرق الأربع على قول الجواز ، وان لم نجوزه فصلاة الطوائف الثلاثة صحيحة عند ابن سريج• وأما عند الجمهور فصلاة الأوليين على ما سبق فى الأربع ، وصلاة الثالثة باطلة ان علموا والا فصحيحة ، وفيما يعتبر العلم فيه الخلاف السابق ، اذا اختصرت حكم الفرق الأربع قلت فيهم خمسة أقوال (أصحها) صحة صلاة الجميع (والثانى) بطلان الجميع (والثالث) صحة صلاة الامام والطائفة الأخيرة فقط (والرابع) صحة صلاة الأولتين وبطلان صلاة الأخرتين ان علمتا (والخامس) صحة الطوائف الثلاث الأول وبطلان الامام ، والرابعة ان علمت ، وهو قول ابن سريج • أما اذا فرقهم فى الرباعية فرقتين فصلى بالفرقة الأولى ركعة وبالثانية ثلاثا أو عكسه فقال البندنيجى وصاحبا الحاوى والشامل والأصحاب ، ونقلوه عن نصه فى الأم : تصح صلاة الامام والطائفتين بلا خلاف وكانت مكروهة ، ويسجد الامام والطائفة الثانية سجود السهو للمخالفة بالانتظار فى غير موضعه •

قال صاحب الشامل بعد أن حكى هذا عن نص الشافعى : وهذا يدل على أن العامد كالساهى فى سجود السهو ، على أنه اذا فرقهم أربع فرق وقلنا : لا تبطل صلاتهم فعليهم سجود السهو • وانفرد صاحب التتمة فقال : لا خلاف فى هذه الصورة أن الصلاة مكروهة ، لأن الشرع ورد بالتسوية بين الطائفتين • قال : وهل تصح صلاة الامام أم لا ؟ ان قلنا : لو فرقهم أربع فرق تصح فهنا أولى ، والا فقد انتظر فى غير موضعه فيكون كمن قنت فى

غير موضعه ، قال : وأما المأمومون فعلى التفصيل فيما لو فرقهم أربع فرق ، وهذا الذى قاله شاذ ، والصواب ما قدمناه عن نص الشافعى والأصحاب •

(فـرع) قد ذكرنا أن صلاة الخوف جائزة فى الحضر • هذا مذهبنا وقال مالك : لا تجوز فى الحضر ، دليلنا عموم الآية ، ولأن صلاة الخـوف جوزت للاحتياط للصلاة والحرب • وهذا موجود ، ولأنها تجوز فى المغـرب والصبح وهما تامتان • فان قالوا : الامام يطول انتظاره لمن يأتى بركعتين أكثر من طوله لمن يأتى بركعة وانما انتظر النبى صلى الله عليه وسلم لمن يأتى بركعة فقط ، فالجواب أن الانتظـار ليس له حـد محـدود • وقال القاضى أبو الطيب : ولهذا يجوز لكل واحدة من الطائفتين أن تطول صلاتها لنفسها والامام ينتظرها ، ولو طالت ركعتها قدر ركعات والله أعلم •

(فـرع) لو كان الخوف فى بلد وحضرت الجمعة فالمذهب والمنصوص أن لهم صلاة الجمعة على هيئة صلاة ذات الرقاع ، وقيل فى جوازها قولان ، وقيل وجهان حكاهما البندنيجى وآخرون ، ثم للجواز شرطان (أحدهما) أن يخطب بجميعهم ثم يفرقهم فرقتين ، أو يخطب بفرقة ويجعل منها مع كل واحدة من الفرقتين أربعين فصاعدا ، فلو خطب بفرقة وصلى بأخرى لم يجز (الثانى) أن تكون الفرقة الأولى أربعين فصاعدا ، فلو نقصت عن أربعين لم تنعقد الجمعة ، ولو نقصت الفرقة الثانية عن أربعين فطريقـان حكاهما الرافعى (أصحهما) وبه قطع البندنيجى لا يضر قطعا ، للحاجة والمسامحة فى صلاة الخوف • (والثانى) أنه على الخلاف فى الانفضاض ، ولو خطب بهم ثم أراد أن يصلى بهم صلاة عسفان التى سنذكرها قريبا ان شاء الله تعالى ، فهو أولى بالجواز من صلاة ذات الرقاع ، ولا يجوز كصـلاة بطـن نخـل بلا خلاف ، اذ لا تقام جمعة بعد جمعة فى بلد واحد •

(فـرع) صلاة ذات الرقاع أفضل من صلاة بطن نخل على أصـح الوجهين ، لأنها أعدل بين الطائفتين ، ولأنها صحيحة بالاجماع ، وتلك صلاة مفترض خلف متنفل ومنها خلاف للعلماء (والثانى) وهو قول أبى اسحاق صلاة بطن نخل أفضل لتحصل كل طائفة فضيلة جماعة تامة •

(فـرع) قال الشافعي في مختصر المزني : والطائفـة ثلاثة وأكثر . وأكره أن يصلي بأقل من طائفة ، وأن يحرسه أقل من طائفة ، هذا نصه ، واتفق عليه أصحابنا ، قالوا : الطائفة التي يصلي بها يستحب أن تكون جمعا أقلهم ثلاثة ، وكذلك الطائفة التي تحرسه يكونون جمعا أقلهم ثلاثة ، ويكره أن تكون واحدة من الطائفتين أقل من ثلاثة . وذكر أصحابنا عن أبي بكر بن داود الظاهري أنه قال : قول الشافعي أقل الطائفة ثلاثة خطأ ، لأن الطائفة في اللغة والشرع يطلق على واحد ، فأما اللغة فحكى ثعلب عن الفـراء أنه قال : مسموع من العرب أن الطائفة الواحد . وأما الشرع فهو أن الشـافعي احتج في قبول خبر الواحد بقول الله تعالى (فلولا نفر من كل فرقة منهـم طائفة) [1] فحمل الطائفة على الواحد . وقال تعالى (وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين) [2] والمراد واحد .

وأجاب أصحابنا بأجوبة (أحدها) وهو المشهور تسليم أن الطائفة يجوز اطلاقها على واحد ، وانما أراد الشافعي أن الطائفة في صلاة الخوف يستحب أن لا تكون أقل من ثلاثة لقوله تعالى (وليأخذوا أسلحتهم فاذا سـجدوا فليكونوا من ورائكم) [3] وقال تعالى في الطائفة الأخرى (ولتأت طائفة أخرى لم يصلوا فليصلوا معك وليأخذوا حذرهم وأسلحتهم) [4] فذكرهم بلفظ الجمع في كل المواضع ، وأقل الجمع ثلاثة . وأما الطائفة في قوله تعالى (فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة) فانما حملناه على الواحد للقرينة ، وهو حصول الانذار بالواحد ، كما حملناه هنا على الثلاثة بقرينة وهو ضمير الجمع . فان قيل : فقد قال الله تعالى في هذه الآية (فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين ولينذروا قومهم اذا رجعوا اليهم) [5] فأعاد على الطائفة ضمائر الجمع ولم يلزم من ذلك كون الطائفة ثلاثة (فالجواب) أن الجمع هنا على عود الضمائر الى الطوائف التي دل عليها قوله تعـالى (من كل فرقة) قال أصحابنا : وتكره صلاة الخوف اذا كانوا خمسة سوى

---

(١) الآية ١٢٢ من سورة التوبة .
(٢) الآية ٢ من سورة النور .
(٣) الآية ١٠٢ من سورة النساء .
(٤) الآية ١٠٢ من سورة النساء .
(٥) الآية ١٢٢ من سورة التوبة .

الامام كما نص عليه الشافعى ، ولا تزول الكراهة حتى يكونوا ستة ، فاذا كانوا خمسة أو أقل صلى معهم جميع الصلاة ثم انصرفوا وجاء الآخـرون فصلوا لأنفسهم جماعة • قال الماوردى وغيره : فان خالف وصلى بهم صلاة الخوف وهم خمسة فأقل أساء وكره كراهة تنزيه وصحت صلاة الجميع •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان العدو من ناحية القبلة لا يسترهم عنهم شىء وفى المسلمين كثرة صلى بهم صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم بعسفان ، فيحرم بالطـائفتين ويسجد معه الصف الذى يليه ، فاذا رفعوا رءوسهم سجد الصف الآخر ، فاذا سجد فى الثانية حرس الصف الذى سجد فى الأولى وسجد الصف الآخر ، فاذا رفعوا سجد الصف الآخر لما روى جابر وابن عباس ان النبى صلى الله عليه وسلم صلى هكذا) •

(الشرح) حديث جابر رواه مسلم وحديث ابن عباس رواه النسائى والبيهقى ورواه أبو داود والنسائى من رواية أبى عياش بالياء المثناة من تحت والشين المعجمة الزرقى الصحابى الأنصارى ، واسمه زيد بن الصامت • وقيل غير ذلك ، وحديثه صحيح ، ولكن لفظ رواية جابر فى مسلم وغـيره ولفظ ابن عباس وأبى عياش فيها كلها مخالفة لما ذكره المصنف وألفاظها كلها متقاربة ، وهذا لفظ مسلم عن جابر قال « شهدت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الخوف فصففنا صفين خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم والعدو بيننا وبين القبلة فكبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وكبرنا جميعـا فركع وركعنا جميعا ، ثم رفع رأسه من الركوع ورفعنا جميعا ، ثم انحـدر بالسجود والصف الذى يليه وقام الصف المؤخر فى نحر العدو فلما قضى النبى صلى الله عليه وسلم السجود وقام الصف الذى يليه انحدر الصف المؤخـر بالسجود ، وقاموا ثم تقـدم الصف المؤخر وتأخر الصف المقـدم ، ثم ركع النبى صلى الله عليه وسلم وركعنا جميعا ، ثم رفع رأسه ورفعنا جميعا ، ثم انحدر بالسجود والصف الذى يليـه الذى كان مؤخـرا فى الركعة الأولى ، وقام الصف المؤخر فى نحر العدو فلما قضى النبى صلى الله عليه وسلم السجود والصف الذى يليه انحدر الصف المؤخر بالسجود فسجدوا ، ثم سلم النبى صلى الله عليه وسلم وسلمنا جميعا » هذا لفظ مسلم وكل طرق مسلم وغيره متفقة على تأخر الصف المقدم وتقدم المؤخر بعد سجوده فى الأولى •

وأما نص الشافعى فمخالف لما فى الحديث ولما فى المهـذب فانه قال فى مختصر المزنى : صلى بهم الامام وركع وسجد بهم جميعا الا صفا يليه وبعض صف ينتظرون العدو ، فاذا قاموا بعد السجدتين سجد الصف الذى حرسهم ، فاذا ركع ركع بهم جميعا ، واذا سجد سجد معه الذين حرسوا أولا الا صفا أو بعض صف يحرسه منهم ، فاذا سجدوا سجدتين وجلسوا سـجد الذين حرسوه ، ثم يتشهدون ثم سلم بهم جميعا معا ، وهذا نحو صلاة النبى صلى الله عليه وسلم بعسفان ، قال : ولو تأخر الصف الذى حرس الى الصـف الثانى وتقدم الثانى فحرس فلا بأس هذا نصه فى مختصر المزنى ، ونصه فى الأم مثله سواء .

واختلف أصحابنا فى حكم المسألة فقال القفال ومتابعوه من الخراسانيين : يصلى كما قال الشافعى ، وقال الشيخ أبو حامد والمحاملى والبندنيجى وابن الصباغ والشيخ نصر وآخرون : هو الصواب ، قالوا : وهو مذهب الشافعى لأنه أوصى اذا صح الحديث أنه يعمل به وهو مذهبه ، وأنه يترك نصـه المخالف له ، قالوا : ولعل الشافعى لم يبلغه الخبر أو ذهل عنه .

قال البغـوى والرويانى وغيرهما من المحققين : يجـوز الأمران ، وهو ما ثبت فى الحديث وما نص عليه الشافعى ، وهـذا هو الصـواب وهو مراد الشافعى ، لأنه ذكر الحديث فى الأم كمـا ثبت فى الصـحيح ، وصرح فيـه بسجود الصف الذى يلى النبى صلى الله عليه وسلم ثم ذكر الكيفية المشهورة، فأشار الى جوازهما ، واستغنى بثبوت الحديث عن أن يقول : ويجوز أيضا ما ثبت فى الحديث ولم يقل الشافعى فى المختصر : ان الكيفية التى ذكرها هى صلاة النبى صلى الله عليه وسلم بعسفان ، بل قال : وهذا نحو صلاة النبى صلى الله عليه وسلم بعسفان ، فأشبه تجويزه كل واحد منهما ، وذكر الشافعى فى الأم أن الكيفية التى ذكرها ، وهى حراسة الصف الأول وسجود الثـانى رواها أبو عياش .

وأما الكيفية التى ذكرها المصنف فهى مخالفة للحديث ولنص الشافعى ، ولكنها جائزة لأنها على وفق الحديث الا أنه ترك تقدم الصف المتأخر ، وتأخر المقدم ، ومعلوم أن هذا لا يبطل الصلاة ، وقد ذكر الشافعى جواز التقدم

والتأخر وتركهما كما قدمناه عن نصه فى الأم والمختصر ، فحصل أن الصحيح أن الذى جاء به الحديث والذى نص عليه الشافعى والمصنف كلها جائزة ، والذى فى الحديث هو الأفضل لمتابعة السنة ، ولتفضيل الصف الأول .. فخصوا بالسجود أولا . قال أصحابنا : والحراسة مختصة بالسجود ، ولا يحرسون فى غيره ، هذا هو المذهب الصحيح المشهور وهو المنصوص ، وبه قطع الجمهور ، وفيه وجه أنهم يحرسون فى الركوع أيضا ، حكاه الرافعى وغيره .

قال أصحابنا : لهذه الصلاة ثلاثة شروط أن يكون العدو فى جهة القبلة ، وأن يكون على جبل أو مستو من الأرض لا يسترهم شىء من أبصار المسلمين ، وأن يكون المسلمون كثرة تسجد طائفة وتحرس أخرى ، وقد ذكر المصنف هذه الشروط ، قال أصحابنا : ولا تمتنع الزيادة على صفين ، بل يجوز أن يكونوا صفوفا كثيرة ثم يحرس صفان كما سبق . قال الشافعى والأصحاب : ولا يشترط أن يحرس جميع الصف ولا صفان ، بل لو حرس فرقتان من صف واحد على المناوبة جاز بلا خلاف ، ولو حرست طائفة واحدة فى الركعتين ففى صحة صلاة هذه الطائفة وجهان حكاهما الرافعى وغيره (أصحهما)الصحة ، وهو المنصوص فى الأم ، وبه قطع الشيخ أبو حامد والبندنيجى وغيرهما .

(فرع) اذا تأخر الصف الأول الساجدون أولا مع الامام على وفق الحديث وتقدم الآخرون جاز بلا شك ، اتفقوا عليه للحديث ، لكن قال المتولى والرافعى : يشترط أن لا يكثر عملهم ولا يزيد على خطوتين بل يتقدم كل واحد خطوتين ويتأخر كل واحد من الأولين خطوتين ويدخل الذى يتقدم بين موقفين وأما على الكيفية التى ذكرها الشافعى وهو أن الصف الأول يحرس فيجوز التقدم أيضا والتأخر ولكن هل هو أفضل ؟ أم ملازمة كل انسان موضعه ؟ فيه وجهان قال المسعودى والصيدلانى والغزالى وغيره من الخراسانيين : التقدم أفضل ، وقال العراقيون : الملازمة أفضل ، وفى لفظ الشافعى الذى قدمناه اشارة الى هذا لأنه قال : فلا بأس والله أعلم .

(فرع) ذكرنا أن صلاة عسفان هذه مشروعة عندنا ، وبه قال مالك وأحمد . وقال أبو حنيفة : لا يجوز بل تتعين صلاة ذات الرقاع .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يحمل فى الصلاة سلاحا نجسا ، ولا ما يتاذى به الناس ، كالرمح فى وسط الناس ، وهل يجب حمل ما سواه ؟ قال فى الأم : يستحب ، وقال بعده : يجب ، قال أبو اسحاق المروزى : فيه قولان . (احدهما) يجب لقوله عز وجل (ولا جناح (١) عليكم ان كان بكم اذى من مطر أو كنتم مرضى أن تضعوا أسلحتكم) فدل على أن عليهم جناحا اذا وضعوا من غير أذى ولا مرض . (والثانى) لا يجب لأن السلاح انما يجب حمله للقتال ، وهو غير مقاتل فى حال الصلاة ، فلم يجب حمله ، وعن أصحابنا من قال : ان كان السلاح يدفع به عن نفسه كالسيف والسكين وجب حمله وان كان يدفع به عن نفسه وعن غيره كالرمح والسنان لم يجب وحمل القولين على هذين الحالين ، والصحيح ما قال أبو اسحاق) .

(الشرح) قال أصحابنا : حمل السلاح فى صلاة بطن نخل وصلاة ذات الرقاع ، وصلاة عسفان مأمور به ، وهل هو مستحب أم واجب ؟ فيه أربعة طرق أصحها باتفاق الأصحاب فيه قولان ، أصحهما عند الأصحاب مستحب ، وهو نصه فى المختصر ، وأحد الموضعين فى الأم ، والثانى واجب . (والطريق الثانى) ان كان يدفع عن نفسه فقط كالسيف والسكين وجب ، وان كان يدفع عن نفسه وغيره كالنشاب والرمح استحب ، وهذان الطريقان فى الكتاب (والثالث) حكاه الخراسانيون ، منهم القاضى حسين والفورانى وامام الحرمين والغزالى فى البسيط والبغوى وغيرهم تجب قولا واحدا (والرابع) لا يجب قولا واحدا حكاه هؤلاء ، فمن قال بالوجوب احتج بقوله تعالى (وليأخذوا أسلحتهم) (١) والأمر للوجوب ، ومن قال بالندب حمل الأمر عليه لأن الغالب السلامة . ومن قال بالفرق قال : لأنه متحقق الحاجة الى ما يدفع به عن نفسه بخلاف غيره ، وعلله صاحب الشامل وغيره بأنه يلزمه الدفع عن نفسه دون غيره . وفيه نظر .

قال أصحابنا : وللخلاف شروط (أحدها) طهارة السلاح ، فان كان نجسا كالسيف الملطخ بدم والذى سقى سما نجس والنبل المريش بريش ما لا يؤكل لحمه أو بريش ميتة لم يجز حمله بلا خلاف (الثانى) ألا يكون مانعا من بعض أركان الصلاة فان كان كبيضة تمنع مباشرة الجبهة لم يجز بلا خلاف

---

(١) الآية ١٠٢ من سورة النساء .

الا أن يمكن رفعها حال السجود فيجوز حملها ولا يجب (الثالث) أن لا يتأذى به أحد كرمح فى وسط الناس ، فان خيف الأذى كره حمله (الرابع) أن يكون فى ترك السلاح خطر محتمل لا مقطوع به ولا مظنون ، فأما اذا تعرض للهلاك غالبا لو تركه فيجب حمله قطعا ، صرح به امام الحرمين وغيره ، وقال الامام : ويحرم ترك السلاح والحالة هذه فى الصلاة وغيرها •

واعلم أن الأصحاب ترجموا المسألة بحمل السلاح • قال امام الحرمين : ليس الحمل متعينا بل لو وضع السيف بين يديه وكان مد اليد اليه فى السهولة كمدها اليه وهو محمول كان ذلك فى معنى الحمل ، وله حكمه قطعا ، وان كان لا يظهر فى تركه خلل ولكن لا يؤمن افضاؤه الى خلل فهو محل الخلاف فى الصلاة وغيرها قال أصحابنا : واذا أوجبنا حمله فتركوه صحت صلاتهم بلا خلاف ، كالصلاة فى أرض مغصوبة وأولى بالصحة • قال امام الحرمين والغزالى فى البسيط : ويحتمل أن يقال : المرخص فى تغيير هيئة الصلاة هو الأخذ بالجزم ، فتاركه كمن صلى هذه الصلاة بلا خوف ، وهذا الذى قالاه احتمال لهما والا فلا خلاف فى صحة الصحة • قال أصحابنا : ويجوز ترك السلاح للعذر بمرض أو أذى من مطر أو غيره لقوله تعالى (ولا جناح عليكم ان كان بكم أذى من مطر أو كنتم مرضى أن تضعوا أسلحتكم) (1) قال القاضى ابن كج : والسلاح يقع على السيف والسكين والرمح والنشاب ونحوها ، فأما الترس والدرع فليس بسلاح والله أعلم • قال الشيخ أبو حامد والبندنيجى : السلاح أربعة أقسام : حرام ومكروه ومختلف فى وجوبه ومختلف الحال • فالحرام النجس كالثياب المريش بريش نجس والسلاح الملطخ بدم وغيره والمكروه ما كان ثقيلا يشغله عن الصلاة كالجوش والترس والجعبة ونحوها ، والمختلف فى وجوبه ما سوى ذلك ومختلف الحال كالرمح وغيره مما يتأذى به جاره فان كان فى أثناء الناس كره ، وان كان فى طرقهم فلا اذا قلنا المسألة على قولين ، وان قلنا بالطريق الثانى : انها على حالين كان السلاح على خمسة أقسام : محرم ومكروه كما ذكرنا ، وواجب وهو ما يدفع به عن نفسه ، ومستحب وهو ما يدفع به عن غيره ، ومختلف الحال •

---

(1) الآية ١٠٢ من سورة النساء •

(1) أو كنتم مرضى

(فرع) فى مذاهب العلماء فى حمل السلاح

والأصح عندنا أنه لا يجب لكن يستحب وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد وداود واحتج من أوجبه بقوله تعالى « وليأخذوا أسلحتهم » (١) وبقوله تعالى « ولا جناح عليكم ان كان بكم أذى من مطر أن تضعوا أسلحتكم » قالوا : ورفع الجناح عند العذر يدل على وجوبه اذا لم يكن عذر ، وأجاب الأصحاب بأن الأمر هنا محمول على الندب ورفع الجناح لا يلزمه منه الوجوب ، بل معناه رفع الكراهة . فأما اذا قلنا لا يجب نقول يكره ترك السلاح اذا لم يكن عذر ، فاذا كان زالت الكراهة والجناح . هكذا أجاب الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والأصحاب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان اشتد الخوف ولم يتمكن من تفريق الجيش صلوا رجالا ركبانا مستقبلى القبلة وغير مستقبليها لقوله تعالى (فان خفتم فرجالا أو (٢) ركبانا) قال ابن عمر : « مستقبلى القبلة وغير مستقبليها » وروى نافع عن ابن عمر : « اذا كان الخوف اكثر من ذلك صلى راكبا وقائما يومىء ايماء » قال الشافعى : ولا بأس أن يضرب الضربة ويطعن الطعنة ، فان تابع أو عمل ما يطول بطلت صلاته ، وحكى الشيخ أبو حامد الاسفراينى عن أبى العباس رحمهما الله انه قال : ان لم يكن مضطرا اليه بطلت صلاته ، وان كان مضطرا اليه لم تبطل كالمشى وحكى عن بعض اصحابنا انه قال : ان اضطر اليه فعل ولكن تلزمه الاعادة كما نقول فيمن لم يجد ماء ولا ترابا انه يصلى ويعيد فان استفتح الصلاة راكبا ثم أمن فنزل ـ فان استدبر القبلة فى النزول ـ بطلت صلاته لانه ترك القبلة من غير خوف ، وان لم يستدبر قال الشافعى رحمه الله : بنى على صلاته لأنه عمل قليل فلم يمنع البناء . وان استفتحها راجلا فخاف فركب ، قال الشافعى : ابتدأ الصلاة وقال ابو العباس : ان لم يكن مضطرا اليه ابتدأ لأنه عمل كثير لا ضرورة به اليه . وان كان مضطرا لم تبطل لأنه مضطر اليه فلم تبطل كالمشىء ، وقول ابى العباس أقيس ، والأول اشبه بظاهر النص .

[اذا رأوا سوادا فظنوه عدوا وصلوا صلاة شدة الخوف ثم بان انه لم يكن عدوا ففيه قولان (احدهما) تجب الاعادة لأنه فرض فلم يسقط بالخطأ كما لو ظن انه أتى بفرض ثم علم انه لم يأت به (والثانى) لا اعادة عليه وهو الأصح لأن العلة فى جواز الصلاة شدة الخوف والعلة موجودة فى حال الصلاة

---

(١) الآية ١٠٢ من سورة النساء .

(٢) الآية ٢٣٩ من سورة البقرة .

فوجب ان يجزئه كما لو رأى عدوا فظن انهم على قصده فصلى بالايماء ثم علم انهم لم يكونوا على قصده فاما اذا رأى العدو فخافهم فصلى صلاة شدة الخوف ثم بان أنه كان بينهم حاجز من خندق او ماء ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال : على قولين كالتى قبلها ومنهم من قال : تجب الاعادة ها هنا قولا واحدا لأنه فرط فى ترك تأمل المانع فلزمه الاعادة فاما اذا غشيه سيل أو طلبه سبع جاز أن يصلى صلاة شدة الخوف ، فاذا أمن لم تلزمه الاعادة . قال المزنى : قياس قول الشافعى رحمه الله ان الاعادة عليه لأنه عذر نادر ، والمذهب الأول لأن جنس الخوف معتاد فسقط الفرض بجميعه (١)] .

(**الشرح**) حديث ابن عمر هذا صحيح رواه البخارى بقريب من معناه ، وسبق بيانه فى أول استقبال القبلة . وذكرنا هناك أيضا أن قوله تعالى (رجالا) جمع راجل لا جمع رجل . وقوله (ويطعن) هو بضم العين على المشهور ، ويقال بفتحها ، يقال طعن فى النسب ونحوه يطعن ــ بفتح العين ــ ويطعن بالرمح بضمها ، وقيل لغتان فيهما .

(**اما حكم المسالة**) فقال الشافعى والأصحاب رحمهم الله : اذا التحم القتال ولم يتمكنوا من تركه بحال لقلتهم وكثرة العدو ، واشتد الخوف ، وان لم يلتحم القتال فلم يأمنوا أن يركبوا أكتافهم لو ولوا عنهم وانقسموا فرقتين وجب عليهم الصلاة بحسب الامكان ، وليس لهم تأخيرها عن الوقت بلا خلاف ، ويصلون ركبانا ومشاة ، ولهم ترك استقبال القبلة اذا لم يقدروا عليه .

قال أصحابنا : ويجوز اقتداء بعضهم ببعض مع الاختلاف فى الجهة كالمصلين فى الكعبة وحولها قال أصحابنا : وصلاة الجماعة فى هذا الحال أفضل من الانفراد كحالة الأمن لعموم الأحاديث فى فضيلة الجماعة وممن صرح بتفضيل الجماعة على الانفراد هنا صاحب الشامل والمتولى وصاحب البيان وغيرهم . قال الشيخ أبو حامد فى التعليق (فان قيل) اذا صلوا جماعة لا يمكنهم الاقتداء لعدم المشاهدة (فالجواب) أن المعتبر فى الاقتداء العلم بصلاة الامام لا المشاهدة كما لو صلى فى آخر المسجد بصلاة الامام ولا يراه، لكن يعلم صلاته فانه يصح بالاجماع ، وحكى القاضى أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما عن أبى حنيفة أنه قال : لا تصح صلاتهم جماعة قال الشافعى

---

(١) هذه القطعة التى أثبتناها بين المعقوفين انما هى فصل كبير فى متن المهذب سقط من ش ، وق فتأمل (ط) .

والأصحاب : واذا لم يتمكنوا جماعة أو فرادى من اتمام الركوع والسجود أومأوا بهما وجعلوا السجود أخفض من الركوع ولا يلزم الماشى استقبال القبلة فى الركوع والسجود ولا فى الاحرام ولا وضع الجبهة على الأرض بلا خلاف ، بخلاف المتنفل فى السفر ، والفرق شدة الحاجة والضرورة هنا • ولا يجوز الصياح ولا غيره من الكلام بلا خلاف ، فان صاح فبان معه حرفان بطلت صلاته بلا خلاف ، لأنه ليس محتاجا اليه بخلاف المشى وغيره •

ولا تضر الأفعال اليسيرة بلا خلاف لأنها لا تضر فى غير الخوف ففيه أولى وأما الأفعال الكثيرة فان لم تتعلق بالقتال بطلت الصلاة بلا خلاف وان تعلقت به كالطعنات والضربات المتوالية فان لم يحتج اليها أبطلت بلا خلاف أيضا لأنها عبث وان احتاج اليها ففيه ثلاثة أوجه أصحها عند الأكثرين لا يبطل وبه قال ابن سريج وأبو اسحق والقفال ، وممن صححه صاحب الشامل والمستظهرى والرافعى وغيرهم قياسا على المشى ، ولأن مدار القتال على الضرب ولا يحصل المقصود غالبا بضربة وضربتين ، ولا يمكن التفريق بين الضربات (والوجه الثانى) يبطل ورجحه المصنف والبندنيجى وكثيرون من العراقيين وحكاه المصنف والبندنيجى عن النص ، وحكاه غيره عن ظاهر النص وادعى المحتجون له أن الحاجة الى تتابع الضربات نادر فلم تسقط الاعادة كصلاة من لم يجد ماء ولا ترابا وهذا استدلال ضعيف أو باطل فانه انكار للحس والمشاهدة (والثالث) تبطل ان كرر فى شخص ولا تبطل ان كرر فى أشخاص ، حكاه الخراسانيون وبعضهم عبر عن الأوجه بأقوال ، وممن سماها أقوالا الغزالى فى البسيط والمشهور أنها أوجه ، ومن قال بالوجه الأول الصحيح تأول نص الشافعى فى المختصر وغيره على من تابع الضربات من غير عذر •

(فرع) قال أصحابنا : لو تلطخ سلاحه بدم ألقاه أو جعله فى قرابة تحت ركابه ان احتمل الحال ذلك فان احتاج الى امساكه فله امساكه للضرورة ثم ظاهر كلام الأصحاب القطع بوجوب الاعادة ، ونقل امام الحرمين عن الأصحاب وجوب الاعادة لندوره ، ثم أنكر عليهم كونه عذرا نادرا ، وقال : تلطخ السلاح فى القتال بالدم من الأعذار العامة فى حق المقاتل ولا سبيل الى تكليفه تنحية السلاح فتلك النجاسة فى حقه ضرورية كنجاسة المستحاضة فى

حقها ، ثم جعل المسألتين على قولين مرتبين على القولين فيمن صلى فى موضع نجس ، وجعل هذه الصورة أولى بعدم الاعادة لالحاق الشرع القتال لسائر مسقطات الاعادة فى سائر المحتملات ، كاستدبار القبلة والايماء بالركوع والسجود .

(فرع) قال صاحب الشامل وآخرون : قال الشافعى : ولا بأس أن يصلى فى الخوف ممسكا عنان فرسه ؛ لأنه عمل يسير ؛ قال الشافعى : فان نازعه فرسه فجبذه اليه جبذة أو جبذتين أو ثلاثة ونحو ذلك غير منحرف عن القبلة فلا بأس فان كثرت مجاذبته بطلت صلاته قال صاحب الشامل : وهذا بخلاف ما ذكرناه فى الضربات والطعنات ، قال ؛ وانما فرق الشافعى بينهما لأن الجبذات أخف عملا من الضربات ، قال : وهذا يدل على أنه يعتبر كثرة العمل دون العدد .

(فرع) قال الشافعى فى الأم والأصحاب : يصلون صلاة العيد والكسوف فى شدة الخوف على هيئة صلاة الخوف ، ولا تجوز صلاة الاستسقاء لذلك ، وفرق الشافعى والأصحاب بأنه يخاف فوت العيد والكسوف دون الاستسقاء .

(فرع) قال الشافعى والأصحاب : تجوز صلاة شدة الخوف فى كل ما ليس بمعصية من أنواع القتال ، ولا تجوز فى المعصية ؛ وسبق ايضاح صورة فىأول الباب ، ومختصره أنه يجوز فى قتال الكفار والبغاة وقطاع الطريق ولا يجوز للبغاة ولا للقطاع ، ولو قصدت نفسه أو نفس غيره فاشتغل بالدفع فله هذه الصلاة ولو قصد ماله فله هذه الصلاة ان كان المال حيوانا ، وان كان غيره فطريقان (أصحهما) جوازها (والثانى) منعها لخفة أمر [ها] ولو انهزم المسلمون من كفار ان كانوا متحرفين لقتال أو متحيزين الى فئة ، أو كان بازائهم أكثر من مثليهم فالهزيمة جائزة فلهم صلاة شدة الخوف، والا فلا لأنها محرمة ؛ قال أصحابنا ؛ ولو انهزم الكفار فتبعهم المسلمون وكانوا بحيث لو أكملوا الصلاة على الأرض الى القبلة فاتهم العدو لم يجز صلاة شده الخوف لأنهم ليسوا خائفين ، بل يطلبون ، وانما جوزت هذه الصلاة للخائف ، فان خافوا كمينا أو كرهم فلهم صلاة شدة الخوف لوجود سببه .

(فـرع) قال الشافعى والأصحاب : لا تختص صلاة شدة الخـوف بالقتال بل تجوز فى كل خوف ، فلو هرب من سيل أو حريق أو سبع أو جمل أو كلب ضار أو صائل أو لص أو حية أو نحو ذلك ، ولم يجد عنه معدلا فله صلاة شدة الخوف بالاتفاق ، لوجود الخـوف • وأما المديون المعسر العاجز عن بينة الاعسار ولا يصدقه غريمه ولو ظفر به حبسه فاذا هرب منـه فله أن يصليها على المذهب ، وبه قطع الأكثرون • وقال الشافعى فى الاملاء : من طلب لا ليقتل بل ليحبس أو يؤخذ منه شىء لا يصليها حكاه عنه صاحب الشامل والمذهب القطع بالجواز لأنه خائف من ظلم فأشبه خوف العدو ، ولو كان عليه قصاص ويرجو العفو اذا سكن غضب المستحق ؛ قال الأصحاب : له أن يهرب ، ويصلى صلاة شدة الخوف هاربا ، وقد سبق نظيره فى التخلف عن الجماعة ، لأنه يستحب للمستحق العفو فكأنه مساعد له على التوصـل الى العفو اذا سكن غضبه ، واستبعد امام الحرمين جواز هذه الصـلاة له ، وحيث جوزنا له صلاة شدة الخوف بهذه الأسباب غير القتال فلا اعادة عليه على المذهب •

ونقل المصنف وغيره عن المزنى أنه خرج قولا للشافعى أنه تلزمه الاعادة لأنه عذر نادر ، قال الأصحاب : هذا داخل فى جملة الخوف فلا ينظر الى أفراده ،كما أن المرض عذر عام فلو وجد نوع مرض منه نادر كان له حـكم العام فى الترخص • أما اذا كان محرما بالحج وضاق وقت وقوفه وخاف فوت الحج ان صلى لابثا على الأرض بأن يكون قريبا من أرض عرفات قبل طلوع الفجر ليلة النحر وقد بقى بينه وبين طلوع الفجر قدر ما يسع صلاة العشـاء فقط ولم يكن صلاها ففيه ثلاثة أوجه حكاها امام الحرمين وآخرون عن القفال (الصحيح) يؤخر الصلاة ويذهب الى عرفات ، لأن فى تفويت الحج ضررا ومشقة شديدة ، وتأخير الصلاة يجوز بالجمع بين الصلاتين ومشـقته دون هذا • (والثانى) يجب عليه الصلاة فى موضعه ويفوت الحج لأنها آكد منه لأنهاعلى الفور بخلاف الحج ، وأشار الرافعى الى ترجيح هذا الوجه ، وقال : يشبه أن يكون أشبه بكلام الأئمة • (والثالث) له أن يصلى صـلاة شـدة الخوف فيحصل الحج والصلاة فى الوقت وهذا ضعيف لأنه محصل لا خائف، والله أعلم •

(فـرع) اذا صلى متمكنا على الأرض الى القبلة فحدث خوف فى أثناء الصلاة فركب ففيه ثلاثة طرق مشهورة (أصحها) عند الشيخ أبى حامد والبندنيجى والرافعى والجمهور وهو نصه فى الأم أنه ان اضطر الى الركوب لم تبطل صلاته فيبنى ، وان لم يضطر بل كان قادرا على القتال واتمام الصلاة راجلا فركب احتياطا بطلت صلاته ، ولزمه الاستئناف ، وهذا الطريق قـول جمهور أصحابنا المتقدمين ، قال صاحب الحاوى : هو قول ابن سريج وأبى اسحاق وأكثر أصحابنا ووجهه ظاهر • (والطريق الثانى) بطلان الصـلاة مطلقا حكاه الشيخ أبو حامد والأصحاب وهو ظاهر نص الشافعى فى المختصر، وقطع به القاضى أبو الطيب فى تعليقه ، واختاره المصنف فى التنبيه • (الطريق الثالث) فيه قولان حكاه المصنف فى التنبيه والبندنيجى والمحاملى والماوردى والمتولى وآخـرون (أحدهمـا) [عنـد] المحاملى فى المجمـوع : تبطل (وأصحهما) عند المتولى وغيره لا تبطل • وأما قول المصنف فى الكتاب : قول أبى العباس أقيس فمعناه الفرق بين المضطر وغيره أقيس من ظاهـر النص ، وهو البطلان مطلقا ، قال أصحابنا : واذا قلنا : لا تبطل بالركوب فان قل عمله بنى وان كثر فعلى الخلاف السـابق فى الضربات والعمـل الكثير للحاجة •

أما اذا كان يصلى ــ راكبا ــ صلاة شدة الخوف فأمن وجب النزول فى الحال بلا خلاف فان استمر بطلت صلاته بلا خلاف فان نزل قال الشافعى : بنى على صلاته ، وبهـذا قطع المصـنف وسـائر العراقيين وجمـاعات من الخراسانيين وذكر جماعة منهم أنه ان قل فعله فى نزوله بنى ، وان كثر فعلى الخلاف فى الضربات ، والمذهب أنه يبنى مطلقا كما نص عليه وقاله الجمهور ، فعلى هذا يشترط أن لا يستدبر القبلة فى نزوله ، فان استدبرها بطلت صلاته بلا خلاف ، صرح به المصنف والبندنيجى والقاضى أبو الطيب وابن الصباغ وسائر الأصحاب ، واتفقوا على أنه اذا لم يستدبرها بل انحرف يمينا وشمالا يكره ولا تبطل صلاته ، وممن صرح به القاضى وابن الصباغ والله أعلم •

واحتج الشافعى فى الفرق بين الركوب والنزول حيث نص على البناء فى النزول وعلى الاستئناف فى الركوب بأن النزول عمل خفيف ، والركوب كثير فاعترض عليه المزنى وقال : قد يـكون الفـارس أخف ركوبا وأقل شـغلا

لفروسيته من نزول ثقيل غير فارس ، فأجاب الأصحاب بأجوبة (أحـدها) أن الشافعى اعتبر الغالب من عادة الناس ، وما ذكره المزنى نادر فلا اعتبار به ، فان وجد من الناس من هو بخلاف ذلك ألحق بالغالب (والثانى) أن الشافعى اعتبر حال الشخص الواحد ، والواحد الخفيف الركوب نزوله أخف من ركوبه ، ولم يعتبر حال شخصين فى نزول أحدهما وركوب الآخر .

(فـرع) اذا رأوا سوادا ابلا أو شجرا أو غيره ، فظنوه عدوا فصلوا صلاة شدة الخوف فبان الحال ، ففى وجـوب الاعادة قولان مشـهوران (أحدهما) تجب الاعادة لعدم الخوف فى نفس الأمر ، وهو نصه فى الأم والمختصر (والثانى) لا اعادة وهو نصه فى الاملاء لوجـود الخـوف حال الصلاة ، واختلفوا فى محل القولين فقالت طائفة ، هما اذا أخبرهم ثقـة بالخوف فبان خلافه ، فان ظنوا العـدو من غـير اخبار وجبت الاعادة قولا واحدا . وقال الجمهور : هما جاريان مطلقـا ، وهو ظاهـر اطلاق المصنف وغيره ، وحكى القاضى حسين فى تعليقـه والبغوى فى المسـألة ثلاثة أقوال (الجديد) تجب الاعادة (والثانى) قاله فى الاملاء لا اعادة (والقديم) ان كان فى دار الاسلام وجبت الاعادة ، وان كان فى دار الحرب فلا لأن الخوف غالب فيها ، واذا ضم اليها الطريق السابق صارت أربعة أقوال (أحـدها) يعيدون (والثانى) لا (والثالث) يعيدون فى دار الاسلام (والرابع) يعيدون ان لم يخبرهم ثقة وهو نصه فى الاملاء ، واختلفوا فى الأصح من الخـلاف فصحح المصنف هنا وفى التنبيه والمحاملى فى المجموع والمقنع والشيخ نصر فى تهذيبه وصاحبا العدة والبيان عدم الاعادة ، وصحح الشـيخ أبو حامد والماوردى والغزالى فى البسيط والبغوى والرافعى وغيرهم وجوب الاعادة .

قال امام الحرمين : لعله الأصح ، وهو مذهب أبى حنيفة وأحمد وداود ؛ وقال جماعة من أصحابنا : وهو اختيار المزنى ، وقال الشيخ أبو حامد : ليس هو مذهب المزنى بل هو الزام له على الشافعى ، لأن مذهب المزنى أن كل من صلى بحسب طاقته لا اعادة عليه ، قلت : الصحيح وجوب الاعادة مطلقـا لأنهم تيقنوا الغلط فى القبلة . (وأما قول) المصنف فى احتجاجه للقول الآخر (لا اعادة كما لو رأوا عدوا فصلوها ثم بان أن العدو لم يكن قاصدا لهم)

فالجواب عنه أن هذه الصورة لا ينسبون فيها الى تفريط ، لأن القصد لا اطلاع عليه بخلاف الغلط فى السواد فانهم مفرطون فى تامة [1] والله أعلم •

هذا كله اذا بان لهم أن السواد ليس عدوا وكذا لو شكوا فيه فحكمه كما لو تيقنوا أنه ليس عدوا • نص عليه الشافعى فى المختصر ؛ أما اذا تحققوا العدو فصلوا صلاة شدة الخوف ثم بان أنه كان دونهم حائل كخندق أو ماء أو نار وما أشبهه ففيه طريقان مشهوران ، ذكرهما المصنف هنا وفى التنبيه وجمهور العراقيين (أحدهما) القطع بوجوب الاعادة لتقصيرهم فى تأمل الحائل ، وأصحهما أنه على القولين فى مسألة السواد السابقة وبهذا قطع جمهور الخراسانيين والقاضى أبو الطيب فى تعليقه وصاحب الحاوى وغيرهما من العراقيين ، واتفقوا على أن الصحيح هنا وجوب الاعادة قال الخراسانيون: ويجرى القولان فى كل سبب جهلوه بحيث لو علموه امتنعت صلاة شدة الخوف كالأمثلة السابقة ، وكما لو كان بقربهم حصن يمكن التحصين فيه ، أو كان العدو قليلا وظنوه كثيرا ، أو كان هناك مدد للمسلمين • قال البغوى وغيره : لو صلوا فى هذه الأحوال صلاة عسفان جرى القولان ولو صلوا صلاة ذات الرقاع ــ فان جوزناها فى الأمن ــ فهنا أولى ، والا جرى القولان •

قال أصحابنا : القولان هنا يشبهان القولين فى نسيان ترتيب الوضوء ونسيان الماء فى رحله ونسيان الفاتحة ، ومن صلى بالاجتهاد أو صام فصادف ما قبل الوقت ومن تيقن الخطأ فى القبلة ، ومن صلى بنجاسة جهلها ، وكذا لو نسيها على طريقة لبعض الخراسانيين ، وكذا لو دفع الزكاة الى من ظنه فقيرا فبان غنيا ، أو استناب المعضوب فى الحج فبرىء ونظائرها ؛ وقد سبقت فى أبوابها •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى صلاة شدة الخوف

هى جائزة بالاجماع الا ما حكاه الشيخ أبو حامد عن بعض الناس أنها لا تجوز بل يجب تأخير الصلاة حتى يزول الخوف كما فعل النبى صلى الله عليه وسلم يوم الخندق ، وهذا غلط فانه قد يموت وتبقى فى ذمته ، مع أن

---

(١) يريد صلاة تامة فحذف الموصوف اكتفاء بالصفة (ط) •

هذا القول مخالف للقرآن والأحاديث للقياس على ايماء المريض ونحوه وأما قصة الخندق فمنسوخة فانها كانت قبل نزول آية صلاة الخوف كما سبق ويجب أن يصلى صلاة شدة الخوف سواء التحم القتال أم لا ، ولا يجوز تأخيرها عن الوقت هذا مذهبنا ومذهب الجمهور وقال أبو حنيفة ان اشتد ولم يلتحم القتال ، فان التحم قال : يجوز التأخير • دليلنا عموم قوله تعالى (فان خفتم فرجالا أو ركبانا) [1] ويجوز عندنا صلاة شدة الخوف رجالا وركبانا جماعة كما يجوز فرادى • وبه قال أحمد وداود ، وقال مالك وأبو حنيفة لا تجوز •

(فرع) لو صلى صلاة الخوف فى الأمن قال أصحابنا : ان صلوا صلاة شدة الخوف لم تصح بلا خلاف لكثرة المنافيات فيها ، وان صلوا صلاة بطن نخل صحت بلا خلاف ، لأنه ليس فيها الا صلاة مفترض خلف متنفل ، وهو جائز عندنا ، وان صلوا صلاة عسفان فصلاة الامام ومن سجد معه صحيحة وفى صلاة الحارسين الوجهان السابقان فى باب صلاة الجماعة فيما اذا تخلف المأموم فى الاعتدال حتى سجد الامام السجدتين (أصحهما) تصح ، وان صلوا صلاة ذات الرقاع ففى صلاة الامام طريقان مشهوران (أحدهما) القطع بصحتها ، وبه قطع الشيخ أبو حامد والبندنيجى ، وادعى صاحب البيان أنه قول عامة أصحابنا ، لأنه ليس فيه الا تطويل القراءة والقيام والتشهد (وأصحهما) وبه قال القاضى أبو الطيب وصاحب الحاوى وآخرون • ونقله الرافعى عن الأكثرين أن فى صحة صلاته قولين كما لو فرقهم أربع فرق ، لأنه ينتظرهم بلا عذر • وأما صلاة المأمومين فصلاة الطائفة الأولى فيها القولان فيمن فارق الامام بغير عذر (أصحهما) صحيحة ، وأما الطائفة الثانية فان أبطلنا صلاة الامام بطلت صلاتهم ان علموا ؛ وهل المعتبر علمهم ببطلان صلاته أم صورة حاله ؟ فيه الخلاف السابق فى موضعه ، وان صححنا صلاة الامام أو أبطلناها ولم يعلموا فاحرام الطائفة الثانية صحيح ، وهل تبطل صلاتهم بمفارقتهم له لاتمام صلاتهم ؟ فيه خلاف مشهور •

قال أصحابنا : هو مبنى على الوجهين السابقين فى أنهم يفارقون الامام

---

(١) الآية ٢٣٩ من سورة البقرة •

حكما أم لا ؟ ان قلنا : يفارقونه حكما ففي بطلان صلاتهم قولان فيمن فارق الامام بلا عذر ، فان قلنا يبطل فذاك ، والا فيبنى على القولين فيمن نوى الاقتداء بعد الانفراد ، وان قلنا بالمذهب انهم يفارقونه فعلا ولا يفارقونه حكما بطلت صلاتهم قولا واحدا لأنهم انفردوا بركعة عمدا وهم فى حكم القدوة ، وانما كان يحتمل هذا فى الخوف للحاجة •

وفى المسألة طريق آخر قاله الشيخ أبو حامد لا تبطل صلاتهم قولا واحدا • وفى ظاهر نص الشافعى اشارة اليه لأنه قال : أحببت لهم أن يعيدوا الصلاة • وهذا الطريق حكاه صاحب البيان وغيره وهو ضعيف أو باطل • قال أصحابنا : ولو صلوا فى الأمن على رواية ابن عمر السابقة بطلت صلاة المأمومين كلهم بلا خلاف والله أعلم •

قال الشافعى رحمه الله : لو صلوا صلاة الخوف فى قتال حرام أعادوا • قال الشيخ أبو حامد والأصحاب : مراده اذا صلوا صلاة شدة الخوف ، فان صلوا احدى صلوات الخوف الثلاث الباقية فحكمه حكم صلاتهم فى الأمن ، وقد سبق بيانه والله أعلم •

باب ما يكره لبسه وما لا يكره

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويحرم على الرجل استعمال الديباج والحرير فى اللبس والجلوس وغيرهما ، لما روى حذيفة قال « نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لبس الحرير والديباج وان نجلس عليه • وقال : هو لهم فى الدنيا ولكم فى الآخرة »)•

(الشرح) حديث حذيفة رواه البخارى ومسلم الى قوله « هو لهم فى الدنيا ولكم فى الآخرة » والى قوله « وأن نجلس عليه » فانه فى البخارى دون مسلم • والديباج بكسر الدال وفتحها لغتان مشهورتان الكسر أفصح ؛ وهو عجمى معرب وجمعه ديابيج ودبابج ؛ وقوله « وأن نجلس عليه » بفتح النون •

(اما حكم المسألة) فيحرم على الرجل استعمال الديباج والحرير فى اللبس والجلوس عليه والاستناد اليه والتغطى به واتخاذه سترا وسائر وجوه

استعماله ، ولا خلاف فى شىء من هذا الا وجها منكرا حكاه الرافعى أنه يجوز للرجال الجلوس عليه ، وهذا الوجه باطل وغلط صريح منابذ لهذا الحديث الصحيح ، هذا مذهبنا ، فأما اللبس فمجمع عليه ، وأما ما سواه فجوزه أبو حنيفة ووافقنا على تحريمه مالك وأحمد ومحمد وداود وغيرهم • دليلنا حديث حذيفة ، ولأن سبب تحريم اللبس موجود فى الباقى ، ولأنه اذا حرم اللبس مع الحاجة فغيره أولى ، هذا حكم الذكور البالغين ؛ فأما الصبى فهل يجوز للولى الباسه الحرير ؟ فيه ثلاثة أوجه فى البيان وغيره :

(أحدها) يحرم على الولى الباسه وتمكينه منه ، لعموم قوله صلى الله عليه وسلم فى الذهب والحرير « حرام على ذكور أمتى » وللحديث الصحيح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « رأى الحسن بن على رضى الله عنهما أخذ تمرة من تمر الصدقة فقال : كخ كخ » أى ألقها ، وهو بفتح الكاف ، ويقال باسكان الخاء وبكسرها مع التنوين ، وكما يمنعه من شرب الخمر والزنا وغيرهما • (والثانى) يجوز له الباسه الحرير ما لم يبلغ لأنه ليس مكلفا ولا هو فى معنى الرجل فى هذا بخلاف الخمر والزنا • وأما حديث التمرة فلأنه اتلاف مال لغيره ، ولا خلاف أنه يجب على الولى منعه منه ، وأنه تجب غرامته فى مال الصبى (والثالث) ان بلغ سبع سنين حرم والا فلا ، لأن ابن سبع له حكم البالغين فى أشياء كثيرة ، هكذا ضبطوه فى حكاية هذا الوجه ، ولو ضبط بسن التمييز لكان حسنا ، لكن الشرع اعتبر السبع فى الأمر بالصلاة ، واختلفوا فى الراجح من الأوجه ، فالصحيح جوازه مطلقا ، وبه قطع صاحب الابانة وصححه الرافعى فى المحرر • قال صاحب البيان وهو المشهور وقطع الشيخ نصر فى تهذيبه بالتحريم ورجحه الشيخ أبو عمرو بن الصلاح وقال البغوى : يجوز للصبيان لبس الحرير ، غير أنه اذا بلغ سبع سنين ينهى عنه ، هذا لفظه ، وحمله الرافعى فى الشرح على القطع منه بالوجه الثالث ، وصححه وليس هو صريحا فى ذلك ، والأصح على الجملة أنه ليس بحرام حتى يبلغ ، وتجرى الأوجه الثلاثة فى الباسهم حلى الذهب ؛ وسنوضحها فى باب زكاة الذهب والفضة ان شاء الله تعالى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان كان بعض الثوب ابريسم وبعضه قطنا ، فان كان الابريسم أكثر لم يحل وان كان اقل كالخز لحمته صوف وسداه ابريسم حل ، لما روى عن ابن عباس قال « انما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الثوب المصمت من الحرير » فاما العلم وسدا الثوب فليس به بأس ، ولأن السرف يظهر فى الأكثر دون الأقل وان كان نصفين ففيه وجهان (أحدهما) يحرم لأنه ليس الغالب الحلال (والثانى) يحل وهو الأصح لأن التحريم ثبت بغلبة المحرم والمحرم ليس بغالب وان كان فى الثوب قليل من الحرير والديباج كالجبة المكفوفة بالحرير والمجبب بالديباج وما أشبهما لم يحرم ، لما روى على رضى الله عنه قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحرير الا فى موضع أصبعين أو ثلاث أو اربع » وروى « انه كان للنبى صلى الله عليه وسلم جبة مكفوفة الجيب والكمين والفرجين بالديباج » فان كان له جبة محشوة بابريسم لم يحرم لبسها لأن السرف فيها غير ظاهر) .

(الشرح) حديث ابن عباس رضى الله عنهما صحيح رواه أبو داود والبيهقى وغيرهما باسناد صحيح بلفظه ، وأما حديث على فرواه مسلم وأبو داود والنسائى وابن ماجه وغيرهم لكن من رواية عمر بن الخطاب لا من رواية على ، وأما حديث الجبة المكفوفة فصحيح رواه أبو داود بلفظه هذا باسناد صحيح الا رجلا اختلفوا فى الاحتجاج به من رواية أسماء بنت أبى بكر رضى الله عنهما ورواه النسائى باسناد صحيح ؛ ورواه مسلم من رواية أسماء أيضا ببعض معناه ، فقال مكفوفة الفرجين بالديباج .

وقوله « أبريسم » هو عجمى معرب اسم جنس منصرف بلا خلاف ، وانما نبهت عليه لأنه يقع فى أكثر نسخ المهذب أو بعضها ، فان كان بعض الثوب أبريسم . والصواب أبريسما ويصح الأول على أن كان هى التى للشأن [اللفظ] ؛ وفيه ثلاث لغات : فتح الهمزة وكسرها مع فتح الراء فيهما . والثالثة بكسر الهمزة والراء ، حكاها ابن السكيت والجوهرى وغيرهما . وقوله (لحمته صوف) هو بضم اللام على المشهور عند أهل اللغة ، وكذلك لحمة النسب . وقال ابن الأعرابى هما : بالفتح . قوله (وسداه) هو بفتح السين ، مقصور ، وحكى ابن فارس فى المجمل جواز مده .

وقوله (المصمت) بفتح الميم الثانية أى الحرير الخالص . والسرف

مجاوزة الحد قوله (الا موضع أصبعين أو ثلاثة أو أربعة) هكذا هو فى نسخ المهذب ، ثلاثة أو أربعة ، وكذا هو فى رواية أبى داود ، ووقع فى صحيح مسلم ثلاث أو أربع بحذف الهاء وهو الأصوب ، ويصح الأول على أن المراد بالأصبع العضو • قال الشيخ أبوعمرو بن الصلاح قول الغزالى : سدا الخز أبريسم ولحمته صوف واللحمة أكثر قد يتوهم منه أن سدا كل ثوب مطلقا أقل من لحمته ، وليس الأمر كذلك ، بل يختلف باختلاف الصنعة، واختلاف أنواع الثياب ، فمنها ما يدفن الصانع اللحمة منه فى السدا ، ويجعل السدا هوالظاهر ؛ ومنها ما يظهر اللحمة على السدا ويدفن السدا فيه ، وكذلك منها ما يكون سداه أكثر وزنا ، ومنها ما يكون لحمته أكثر وزنا وانما وقع الخز منه على الوجه المذكور بحسب الصنعة •

(**أما أحكام الفصل**) ففيه مسائل (احداها) اذا كان بعض الثوب حريرا ، وبعضه غيره ونسج منهما ففيه طريقان (أحدهما) قاله القفال ، وقليل من الخراسانيين : انكان الحرير ظاهرا يشاهد حرم وان قل وزنه ، وان استتر لم يحرم وان كثر وزنه ، لأن الخيلاء والمفاخرة انما تحصل بالظاهر • (والطريق الثانى) وهو الصحيح المشهور ، وبه قطع العراقيون وجمهور الخراسانيين أن الاعتبار بالوزن ، فانكان الحرير أقل وزنا حل ، وان كان أكثر حرم ، وان استويا فوجهان (الصحيح) منهما عند المصنف وجمهور الأصحاب الحل ، لأن الشرع انما حرم ثوب الحرير، وهذا ليس بحرير ، وقطع به الشيخ أبو حامد (والثانى) التحريم حكاه صاحب الحاوى عن البصريين وصححه ، وليس كما صحح •

(الثانية) قال أصحابنا : يجوز لبس المطرز بشرط أن لا يجاوز طراز الحرير أربع أصابع ، فان زاد عليها فحرام للحديث السابق ، ويجوز لبس الثوب المطرز والمجبب ونحوهما بشرط أن لا يجاوز العادة فيه ، فان جاوزها حرم بالاتفاق ، ولو رقع ثوبه بديباج قالوا هو كتطريزه ، وقول البغوى : لو رقع بقليل ديباج جاز محمول على ما ذكرنا ، ولو خاط ثوبا بأبريسم جاز لبسه بلا خلاف ، بخلاف الدرع المنسوجة بذهب قليل فانها تحرم لكثرة

الخيلاء فيه ، ولو اتخذ سبحة فيها خيط حرير لم يحرم استعمالها لعدم الخيلاء •

(الثالثة) لو اتخذ جبة من غير الحرير وحشاها حريرا أو حشا القباء والمخدة ونحو ذلك الحرير جاز لبسها واستعمال كل ذلك ، نص عليه الشافعى ، وقطع به المصنف وجماهير الأصحاب ، ونقل امام الحرمين الاتفاق عليه ، وقال البغوى : جاز على الأصح فأشار الى وجه ضعيف وحكاه أيضا الرافعى وهو شاذ ضعيف ولو كانت ظهارة الجبة حريرا وبطانتها قطنا أو ظهارتها قطنا وبطانتها حريرا فهى حرام بلا خلاف ، صرح به الماوردى وامام الحرمين والغزالى والبغوى وغيرهم من العراقيين والخراسانيين ، قال امام الحرمين : وظاهر كلام الأئمة أنه لو لبس ثوبا ظهارته وبطانته قطن وفى وسطه حرير منسوج جاز ، قال : وفيه نظر واحتمال •

(فرع) لو خاف على نفسه من حر أو برد أو غيرهما ولم يجد الا ثوب حرير جاز لبسه بلا خلاف للضرورة ، ويلزمه الاستتار به عن العيون اذا لم يجد غيره بلا خلاف ، وكذا فى الخلوة اذا أوجبنا الستر فيها ، وقد سبقت هذه المسألة فى باب طهارة البدن •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(قال الشافعى رحمه الله فى الأم : فان توقى المحارب لبس الديباج كان احب الى ، فان لبسه فلا بأس ، والدليل عليه أنه يحصنه ويمنع من وصول السلاح اليه) •

(الشرح) قال أصحابنا : يجوز للرجل لبس الديباج فى حال مفاجأة الحرب والقتال اذا لم يجد غيره ، وكذلك يجوز الديباج الثخين الذى لايقوم غيره مقامه فى دفع السلاح ، ولا خلاف فى جوازه فى حال الضرورة ، ولا يقال انه مكروه فلو وجد غيره مما يقوم مقامه فوجهان (الصحيح) وبه قطع الشيخ أبو حامد والأكثرون تحريمه ، لعدم الضرورة قياسا على الدرع المنسوجة بالذهب ، فانها لا تحل فى الحرب الا اذا لم يجد ما يقوم مقامها باتفاق الأصحاب • (والثانى) جوازه مع الكراهة صرح به المحاملى فى المجموع والبندنيجى وهو ظاهر كلام المصنف هنا • ووجهه القياس على

التضبب فانه يجوز بالفضة للحاجة وان وجد نحاسا وغيره • ويفرق بينه وبين الدرع المنسوجة بالذهب بأن الحرير يسامح بقليله كالعلم والجيب ونحوهما ؛ وعما دون نصف الثوب ؛ وعبارة الشافعي والمحاملي فى التجريد وامام الحرمين والمصنف فى التنبيه وصاحب البيان وآخرون أنه يجوز لبس الديباج الثخين الذى لا يقوم غيره مقامه فى دفع السلاح •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان احتاج الى لبس الحرير للحكة جاز له ، لما روى انس رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم « رخص لعبد الرحمن بن عوف والزبير بن العوام [فى لبس الحرير] من الحكة ») •

(الشرح) حديث أنس هذا رواه البخارى ومسلم ولفظه « رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم للزبير وعبد الرحمن فى لبس الحرير لحكة بهما » والحكة ــ بكسر الحاء ــ ووقع هذا الحديث فى الوسيط وقال : رخص لحمزة ، وهو غلط وصوابه كما هنا ، قال أصحابنا : يجوز لبس الحرير للحكة وللجرب ونحوه هذا هو المذهب ، وبه قطع المصنف والجمهور، وفيه وجه أنه لا يجوز ، وحكاه المصنف فى التنبيه والرافعى وليس بشىء ، ويجوز لدفع القمل فى السفر والحضر ، وفيه وجه حكاه امام الحرمين والغزالى وغيرهما أنه لا يجوز الا فى السفر ، واختاره الشيخ أبو عمرو ابن الصلاح ، لأنه ثبت فى رواية فى الصحيحين فى هذا الحديث رخص لهما فى ذلك فى السفر ، والصحيح المشهور جوازه مطلقا وبه قطع كثيرون واقتضاه اطلاق الباقين •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما الذهب فلا يحل للرجال استعماله لما روى على رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال فى الحرير والذهب « ان هذين حرام على ذكور امتى حل لاناثها » ولا فرق فى الذهب بين القليل والكثير ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن التختم بالذهب ، فحرم الخاتم مع قلته ، ولأن السرف فى الجميع ظاهر فان كان فى الثوب ذهب قد صدىء وتغير بحيث لا يبين لم يحرم لبسه • لأنه ليس فيه سرف ظاهر ، فان كان له درع منسوجة بالذهب أو بيضة مطلية بالذهب ، فأراد لبسها فى الحرب ــ فان وجد ما يقوم مقامه ــ لم يجز ، وان لم يجد وفاجاته الحرب جاز ، لأنه موضع ضرورة • فان اضطر الى

استعمال الذهب جاز لما روى « ان عرفجة بن اسعد أصيب أنفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن عليه فامره النبى صلى الله عليه وسلم ان يتخذ انفا من ذهب » ويحل للنساء لبس الحرير ولبس الحلى من الذهب لحديث على رضى الله عنه) .

(الشرح) حديث على رضى الله عنه حديث حسن رواه أبو داود من رواية على الا قوله : « حل لاناثها » رواه البيهقى وغيره من رواية عقبة بن عامر بلفظه فى المهذب . وهو حديث حسن يحتج به وحـديث النهى عن التختم بالذهب ثابت فى الصحيحين من رواية البراء بن عازب ، ومن رواية أبى هريرة ، وحـديث عرفجة حسن رواه أبو داود والترمذى والنسائى وغيرهم بأسانيد حسنة ، وسبق بيانه وشرحه فى باب الآنية ، وسقط هـذا الحديث ومسألته فى بعض النسخ وهما موجـودان فى معظمها ، وقوله صلى الله عليه وسلم « ان هذين حـرام » أى حرام استعمالهما والحل ــ بكسر الحاء ــ بمعنى الحلال ، يقال : حل وحلال وحرم وحرام بمعنى ، وفى الخاتم أربع لغات فتح التاء وكسرها ، وخاتام وخيتام ويقال صدىء يصدأ بالهمزة فيهما كبرىء من الدين يبرأ .

قال أهل اللغة : صدأ الحديد وغيره وسخه مهموز ، وقد صدىء يصدأ فاضبطه فقد رأيت من يغلط فيه فيتوهمه غير مهموز ، ودرع الحديد مؤنثة على اللغة المشهورة ، وفى لغة قليلة تذكيرها ، ودرع المرأة مذكر لا غير ، المطلية ــ بفتح الميم واسكان الطاء ــ بمعنى المموهة ، والحرب مؤنثة ، وفى لغة شاذة مذكرة قوله : مقامه ــ بفتح الميم الأولى ــ قال أهل اللغة : يقال قام الشىء مقام غيره بفتح الميم ، وأقمته مقامه بالضم ، فاجأته بهمزة بعد الجيم أى بغتته ، والكلاب ــ بضم الكاف ــ وسبق بيانه فى الآنية .

أما أحكام الفصل ففيه مسائل (احداها) أجمع العلماء على تحريم استعمال حلى الذهب على الرجال للأحاديث الصحيحة السابقة وغيرها ، واتفق أصحابنا على تحـريم قليله وكثيره كما ذكره المصـنف ، ولو كان الخاتم فضة ، وفيه سن من ذهب أو فص حرم بالاتفاق للحديث ، هـكذا قطع به الأصحاب ، ونقلوا الاتفاق عليه ، وقال امام الحرمين : لا يبعـد تشبيهه بالضبة الصغيرة فى الاناء ، وهذا الذى قاله شاذ ضعيف ، والفرق أن

الشرع حرم استعمال الذهب ومن لبس هذا الخاتم يعد لابس ذهب ، وهناك حرم اناء الذهب والفضة ، وهذا ليس باناء .

(الثانية) لو كان الخاتم فضة وموهه بذهب ، أو موه السيف وغيره من آلات الحرب أو غيرها بذهب ــ فان كان تمويها يحصل منه شيء ، ان عرض على النار ــ فهو حرام بالاتفاق ، وان لم يحصل منه شيء فطريقان (أصحها) وبه قطع العراقيون يحرم للحديث (والثانى) فيه وجهان حكاهما البغوى وسائر الخراسانيين أو جمهورهم (أحدهما) يحرم (والثانى) يحل لأنه كالعدم .

(الثالثة) يجوز لمن ذهب أنفه أو سنه أو أنملته أن يتخذ مكانها ذهبا سواء أمكنه فضة وغيرها أم لا ، وهذا متفق عليه ؛ ويجوز له شد السن والأنملة ونحوهما بخيط ذهب لأنه أقل من الأنف المنصوص عليه وهل لمن ذهبت أصبعه أو كفه أو قدمه أ نيتخذها من ذهب أو فضة ؟ فيه طريقان (أصحهما) لا يجوز وبه قطع البغوى وغيره (والثانى) فيه وجهان حكاه القاضى حسين فى تعليقه ، وسبقت المسألة فى باب الآنية مستوفاة .

(الرابعة) اذا كانت درع منسوجة بذهب أو بيضة مطلية به أو جوشن متخذ منه ونحوها حرم لبسه على الرجل فى غير مفاجأة الحرب ، ويحرم حال مفاجأة أيضا ان وجد ما يقوم مقامه ، فان لم يجد وفاجأته الحرب جاز للضرورة . وهذا التفصيل نص عليه الشافعى فى الأم ، واتفق عليه الأصحاب ، قال فى الأم : سواء كانت كلها منسوجة أو بعضها ، وكذا قاله الأصحاب .

(الخامسة) حيث حرمنا استعمال الذهب المراد به اذا لم يصدأ فان صدىء بحيث لم يبن لم يحرم ، هكذا قطع به المصنف والشيخ أبو حامد والبندنيجى وآخرون من أصحابنا ، وقال القاضى أبو الطيب : الذهب لا يصدأ فلا تتصور المسألة ، وأجابوا عن هذا بأن منه ما يصدأ ومنه ما لا يصدأ ، ويقال : الذى يخالطه غيره يصدأ والخالص لا يصدأ .

(السادسة) يجوز للنساء لبس الحرير والتحلى بالفضة وبالذهب

بالاجماع للأحاديث الصحيحة وهل يجوز لهن الجلوس على الحـرير فيه طريقان (أحدهما) يجوز وجها واحدا ، وبه قطع المصنف فى باب سـتر العورة وسائر العـراقيين فى كتبهم ، ونقله امام الحرمين عنهم • وقطع به المتولى من الخراسانيين لقـوله صلى الله عليه وسلم « حل لاناثهـا » • (والثانى) فيه وجهان حكاهما الخراسانيون (أحدهما) هذا (وأصحهما) عندهم التحريم ، وبه قطع البغوى والشيخ نصر المقـدسى وصححه الرافعى والشيخ أبو عمرو لأنه أبيح لهن لبسه للتزين للزوج ، وهو منتف هنا ، والأصح المختار الجـواز للحديث ، ولا نسلم أن اباحته لمجـرد التزين للزوج ، اذ لو كان كذلك لاختص بذات الزوج ، وأجمعوا أنه لا يختص •

(فـرع) كل حلى حرمنـاه على الرجـل حرمناه على الخنثى المشكل ، وكذلك الحرير • هـذا هو المذهب وبه قطع الأكثرون ، منهـم القاضى أبو الفتح وصاحب التهذيب والبيان والرافعى وغيرهم ، وأشـار المتولى الى أنه يجوز له لبس حلى الرجال والنساء لأنه كان له لبسهما فى الصغر فيبقى ، وحكى فى اباحته الحرير له احتمال ، وقياس المتولى جوازه والمذهب التحريم فيهما •

(فـرع) قال أصحابنا : يجوز للنساء لبس أنواع الحلى كلها من الذهب والفضة والخاتم والحلقة [1] والسوار والخلخال والطوق والعقد

---

(١) من البدع القبيحة التى تثير الشقاق والفتنة واهتزاز النفوس وارتيابها القول بتحريم الذهب المحلق لحديث أبى هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من احب أن يحلق حبيبه حلقة من نار فليحلقه حلقة من ذهب ، ومن أحب ان يطوق حبيبه حلقة من نار فليطوقه طوقا من ذهب : ومن أحب أن يسور حبيبه سوارا من نار فليسوره سوارا من ذهب ولكن عليكم بالفضة فالعبوا بها . حدثنا مسددنا نا أبو عوانة عن منصور عن ربعى بن حراش عن امرأته عن أخت لحذيفة ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : يا معشر النساء أمالكن فى الفضة ما تحلين به ، أما انه ليس منكن امرأة تحلى ذهبا تظهره الا عذبت به . حدثنا موسى بن اسماعيل نا أبان ابن يزيد العطار نا يحيى أن محمود بن عمرو الانصارى حدثه أن اسماء بنت يزيد حدثته أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : أيما امرأة تقلدت قلادة من ذهب قلدت مثله من النار يوم القيامة ، وأيما امرأة جعلت فى اذنها خرصا من ذهب جعل فى اذنها مثله من النار يوم القيامة . حدثنا اسماعيل نا خالد عن ميمون القناد عن أبى قلابة عن معاوية بن ابى سفيان ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ركوب النمار وعن لبس الذهب الا مقطعا . قال أبو داود : وأبو قلابة لم يلق معاوية . =

=ـونحن نرد على القائلين بهذا التحريم الذى أوغلوا فى فتنة الناس به حتى عمد رجل مثل الشوكانى ممن اغتر هؤلاء بعلمهم واقاموا منه ومن أمثاله أئمة مقدمين على الائمة الأربعة فصنف كتابا اسمه (الوشى المرقوم فى تحريم الذهب على العموم) ولقد تبرأ الائمة من السلف من تقليدهم وحثوا الناس على اتباع قولهم اذا وافق الكتاب والسنة ولكن هؤلاء الخلف من الداعين الى نبذ المذاهب الأربعة يستغلون كلام الائمة فى تبرئهم من تقليدهم بغير دليل الى دعوة الناس الى اتباعهم والافتتان بهم أنفسهم وهم فى حقيقة أمرهم عالة على ائمة السنة والحديث من علماء المذاهب الأربعة وعيال على الحفاظ كالنووى وابن حجر ومن قبلهم أصحاب الدواوين كمسلم والنسائى والترمذى وأبى داود وكل واحد من هؤلاء اما شافعى أو حنبلى ، ويذهب بعضهم الى الاستطالة على أبى حنيفة بسبب الناس المخالفين لهم بنعتهم بالحنفية كأنها من العار يصم صاحبه بالنقص فى الدين (وبعد) فان الامام أبا الطيب شمس الحق العظيم آبادى فى كتابه عون المعبود فى شرح سنن أبى داود بعد شرح مفردات هذه الاحاديث : وقد اخرج هذا الحديث أحمد فى مسنده عن ابن أبى موسى عن أبيه وعن أبن أبى قتادة عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من سره أن يحلق حبيبته حلقة من نار فليحلقها حلقة من ذهب ومن سره أن يسور حبيبه سوارا من نار فليسوره سوارا من ذهب ولكن الفضة فالعبوا بها لعبا ا هـ .

وحسن اسناده الحافظ الهيثمى فى مجمع الزوائد واخرجه الطبرانى فى الكبير والأوسط من حديث سهل بن سعد مرفوعا بلفظ (من أحب ان يسور ولده سوارا من نار فليسوره سوارا من ذهب ولكن الفضة ألعبوا بها كيف شئتم) قال الهيثمى فى مجمع الزوائد فى اسناده عبد الرحمن ابن زيد بن أسلم وهو ضعيف قال فى مرقاة الصعود : هذا الحديث وما بعده وما شاكله منسوخ قال المنذرى وأخرجه النسائى ـ وامرأة ربعى بن حراش مجهولة واخت حذيفة اسمها فاطمة ، وقيل خولة وفى بعض طرقه من ربعى عن امرأة عن أخت حذيفة وكان له أخوات قد أدركن النبى صلى الله عليه وسلم وذكرها أبو عمر النمرى وسماها فاطمة وقال : وروى عنها حديث فى كراهة تحلى النساء بالذهب أن صح فهو منسوخ وقال : ولحذيفة أخوات قد أدركن النبى صلى الله عليه وسلم هكذا ذكرها فى حرف الفاء وقال فى حرف الخاء خولة بنت اليمان أخت حذيفة روى عنها أبو سلمة بن عبد الرحمن قالت : سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقول لا خير فى جماعة النساء الا عند ميت اذا اجتمعن قلن وقلن فهما عنده اثنتان خلاف ما تقدم وقال الخطابى : الخرص الحلقة قال : وهذا الحديث يتأول على وجهين (أحدهما) أنه انما قال ذلك فى الزمان الأول ثم نسخ وأبيح للنساء التحلى بالذهب ، والوجه الآخر أن هذا الوعيد انما جاء فيمن لا يؤدى زكاة الذهب وأما من أداها فلا والله اعلم هكذا افاده المنذرى ثم قال المنذرى : وأخرجه النسائى والخرص الحلقة وحمله بعضهم على انه قال ذلك فى الزمان الأول ثم نسخ وأبيح للنساء التحلى بالذهب لقوله صلى الله عليه وسلم (هذان حرام على ذكور أمتى حل لاناثها) وقيل : هذا الوعيد فيمن لا يؤدى زكاة الذهب وأما من أداها فلا والله أعلم .

وقال شمس الحق العظيم آبادى : قلت : أخرج أحمد فى مسنده وأبو داود والنسائى والترمذى وصححه والحاكم وصححه والطبرانى عن أبى موسى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : (أحل الذهب والحرير للاناث من أمتى وحرم على ذكورها) ، والحديث قد صححه ابن حزم كما ذكره الحافظ وعند أحمد وأبى داود والنسائى وابن ماجه وابن حبان بلفظ أخذ النبى صلى الله عليه وسلم حريرا فجعله فى يمينه واخذ ذهبا فجعله فى شماله ثم قال : ان هذين حرام على ذكور أمتى ـ زاد ابن ماجه ـ : حل لاناثهم ا هـ .

قلت : ويؤيد القول بالنسخ الحديث الذى أورده أبو داود فى صدر الباب والذى تعد هذه الأحاديث التالية له دونه فى المنزلة والرتبة اذا راعينا شروط الشيخين فى الصحيحين ، فهذا الحديث وهو قوله : (باب ما جاء فى الذهب عند النساء) حدثنا ابن نفيل نا محمد بن سلمة عن=

والتعاويذ والقلائد وغيرها وفى جواز لبسهن نعال الذهب والفضة وجهان حكاهما الرافعى وغيره (أصحهما) الجواز كسائر الملبوسات (والثانى) التحريم للاسراف • وأما التاج فقال الرافعى قال أصحابنا : ان جرت عادة النساء بلبسه جاز والا حرم لأنه شعار عظماء الروم قال : وكأن معنى هذا أنه يختلف بعادة أهل النواحى فحيث جرت عادة النساء بلبسه جاز وحيث لم يجر حرم حذارا من التشبه بالرجال هذا نقل الرافعى ، والمختار بل الصواب الجواز من غير تردد لعموم الحديث ولدخوله فى اسم الحلى • وفى الدراهم والدنانير التى تثقب وتجعل فى القلادة وجهان حكاهما الرافعى وقال (أصحهما) التحريم عليهن وليس كماقال بل (أصحهما) الجواز لدخولهما فى اسم الحلى ، قال وفى لبس الثياب المنسوجة بالذهب والفضة وجهان (أصحهما) الجواز ؛ قلت الصواب القطع بالجواز • قال وذكر ابن عبدان أنه ليس لهن اتخاذ زر القميص والجبة والفرجية منهما ، قال الرافعى : لعله تفريع على الوجه الضعيف فى لبس المنسوج بهما ، قلت الصواب الجزم بالجواز • وما سواه باطل • قال : ثم كل حلى أبيح للنساء فذلك اذا لم يكن فيه سرف ظاهر فان كان كخلخال وزنه مائتا دينار فوجهان (الصحيح) الذى قطع به معظم العراقيين التحريم ، وممن حكى الوجهين فيه البغوى ، ووجه التحريم أنه ليس بزينة وانما هو قيد ؛ وانما تباح الزينة ، ووجه الجواز أنه من جنس المباح فأشبه اتخاذ عدد من الخلاخيل ؛ قال الرافعى : ومثله اسراف الرجل فى آلات الحرب ، قال : ولو اتخذ الرجل خواتيم كثيرة والمرأة خلاخيل كثيرة لتلبس الواحد منها بعد الواحد جاز على المذهب وبه قطع البغوى • وقيل : فيه الوجهان فى الثقيل وليس بشىء •

= محمد بن اسحاق حدثنى يحيى بن عباد عن أبيه عباد بن عبد الله عن عائشة قالت : قدمت على النبى صلى الله عليه وسلم حلية من عند النجاشى أهداها له فيها خاتم من ذهب فيه فص حبشى قالت : فأخذه رسول الله بعود معرضا عنه أو ببعض أصابعه ثم دعا امامة بنت أبى العاص بنت ابنته زينب فقال : تحلى بهذا يا بنية .

وهذا الحديث دليل على أن النبى صلى الله عليه وآله وسلم امر بنت ابنته بأن تتحلى بهذا الحلى وفيه ذهب مجلق (ط) .

فصـــل

فى التحلى بالفضة

عادة أكثر الأصحاب ذكره فى باب زكاة الذهب والفضة ، وأشار المصنف الى بعض منه هناك والذى رأيته أن هذا الباب أنسب به • لاسيما وقد ذكر المصنف والأصحاب فيه ما سبق ، قال أصحابنا : يجوز للرجل خاتم الفضة بالاجماع ، وأما ماسواه من حلى الفضة كالسوار والمدملج والطوق ونحوها فقطع الجمهور بتحريمها ؛ وقال المتولى والغزالى فى الفتاوى يجوز لأنه لم يثبت فى الفضة الا تحريم الأوانى ، وتحريم التشبه بالنساء ، والصحيح الأول لأن فى هذا تشبها بالنساء وهو حرام • قال أصحابنا : ويجوز للرجل تحلية آلات الحرب بالفضة كالسيف والرمح وأطراف السهام والدرع والمنطقة والرانين والخفين وغيرها ، لأن فيه ارهاب العدو ، وفى تحلية السرج واللجام والشفر بالفضة وجهان (أصحهما) التحريم ونص عليه الشافعى فى البويطى فى رواية الربيع وموسى بن أبى الجارود ، قال الرافعى وأجروا هذا الخلاف فى الركاب وبرة الناقة من الفضة ، قال : وقطع كثيرون بتحريم قلادة الدابة من فضة ، واتفقوا على أنه لا يجوز تحلية شىء مما ذكرناه بذهب ؛ قال : ويحرم على المرأة تحلية آلات الحرب بالذهب والفضة ؛ لأن فى استعمالهن ذلك تشبها بالرجال ، ويحرم عليهن التشبه ، كذا قاله الأصحاب واعترض عليهم صاحب المعتمد بأن آلات الحرب ان قلتم : يجوز للنساء لبسها بلا تحلية جاز مع التحلية لأنها حلال لهن ، وان قلتم : لا يجوز بلا تحلية للتشبه بالرجال فهو باطل ، لأن التشبه مكروه وليس بحرام ، ألا ترى أن الشافعى ، قال فى الأم : ولا أكره للرجل لبس اللؤلؤ الا للأدب ، وأنه من زى النساء لا للتحريم [1] فلم يحرم زى النساء على الرجال بل كرهه فكذا عكسه ، ولأن المحاربة جائزة للنساء فى الجملة ، وفى جوازها جواز لبس آلاتها •

---

(١) نص الشافعى فى الأم فى باب ما يلبس المحارب مما ليس فيه نجاسة وما لا يلبس والشهرة فى الحرب أن يعلم نفسه بعلامة (ولا أكره للرجل لبس اللؤلؤ الا للأدب وأنه من زى النساء لا للتحريم ولا أكره لبس ياقوت ولا زبرجد الا من جهة السرف أو الخيلاء ا هـ .

قال الرافعى : وهذا الذى قاله صاحب المعتمد هو الحق ان شاء الله تعالى ؛ وليس كما قالا ، بل الصواب أن تشبه الرجال بالنساء وعكسه حرام للحديث الصحيح « لعن الله المتشبهين بالنساء من الرجال ، والمتشبهات من النساء بالرجال » ، وأما نصه فى الأم فليس مخالفا لهذا ؛ لأن مرداه أنه من جنس زى النساء لا أنه زى لهن ، مختص بهن لازم فى حقهن •

(فرع) فى استعمال الذهب والفضة فى غير اللبس

أما الأوانى منها فحرام وسبقت تفاريعه فى باب الآنية ، وسبق هناك أنه يستوى فى تحريم ذلك الرجال والنساء ، ويحرم اتخاذها على الأصح ، ولا يحرم استعمال الأوانى من الياقوت وسائر الجواهر النفيسة على الأصح كماسبق ، ولو حلى شاة أو غزالا أو دجاجة أو غيرها بذهب أو فضة فحرام، ذكره الدارمى وآخرون ، وفى تحلية سكاكين المهنة وسكين المقلمة بالفضة للرجال وجهان مشهوران (أصحهما) التحريم لأنها ليست آلة حرب (والثانى) الجواز لأنها ليست لباسا ، والمذهب تحريمها على النساء ، وبه قطع الأكثرون ، وقيل : فيه الوجهان كالرجل حكاه الرافعى وغيره •

وفى تحلية المصحف بالفضة قولان حكاهما جماعة وجهين (أصحهما) الجواز وهو نص الشافعى فى القديم • وفى حرملة وغيره من الجديد اكراما للمصحف (والثانى) التحريم ، وهو نصه فى سير الواقدى من الجديد ، وفى تحليته بالذهب أربعة أوجه (الأصح) عند الأكثرين جوازه فى مصحف المرأة ، وتحريمه فى مصحف الرجل (والثانى) جوازه مطلقا (والثالث) تحريمه مطلقا (والرابع) تجوز حلية نفس المصحف دون غلافه المنفصل عنه وهو ضعيف •

وأما تحلية سائر الكتب بذهب أو فضة فحرام بالاتفاق ؛ وأما تحلية الدواة والمقلمة والمقراض بالفضة فحرام على الأصح • وأشار الغزالى الى طرد خلاف فى سائر الكتب ، وفى تحلية الكعبة والمساجد بالذهب والفضة وتعليق قناديلها وجهان (أصحهما) التحريم لأنه لم ينقل عن السلف مع أنه سرف (والثانى) الجواز كما يجوز ستر الكعبة بالديباج بالاتفاق •

قال أصحابنا : وكل حلى حل لبعض الناس استعماله استحق صانعه الأجرة ووجب على كاسره أرشها وما لا يحل لأحد فحكم صنعته حكم صنعة الاناء ، وقد سبق وجهان فى باب الآنية (أصحهما) لا أجرة ولا أرش (والثانى) ثبوتهما ، وهما مبنيان على جواز اتخاذه من غير استعمال والأصح تحريمه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز أن يلبس دابته وأداته جلد ما سوى الكلب والخنزير لأنه ان كان مدبوغا فهو طاهر ، وان كان غير مدبوغ فالمنع من استعماله للنجاسة ، ولا تعبد على الدابة والأداة . وأما جلد الكلب والخنزير فلا يجوز أن يستعمله فى شىء من ذلك ، لأن الخنزير لا يحل الانتفاع به . والكلب لا يحل الا للحاجة وهى الصيد وحفظ الماشية . والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم : « من اقتنى كلبا الا كلب صيد أو ماشية نقص من اجره كل يوم قيراطان » ولا حاجة الى الانتفاع بجلده بعد الدباغ فلم يحل) .

(الشرح) هذا الحديث رواه البخارى ومسلم من رواية ابن عمر هكذا وفى بعض رواياتهما قيراط وفى أكثرها قيراطان وفى حديث أبى هريرة فى الصحيح كلب صيد أو زرع أو ماشية وينكر على المصنف قوله : والكلب لا يحل الا لحاجة وهى الصيد وحفظ الماشية ، مع أنه يحل للزرع بلا خلاف ، ويحل أيضا لحفظ الدروب والدور ونحوها على أصح الوجهين، وقد ذكر المصنف كل هذا فى أول باب ما يجوز بيعه ، ولعله أراد الصيد والماشية ونحوهما ، وأهمل استيفاء ذلك لكونه سيذكره فى موضعه (وقوله) وأداته هو ــ بفتح الهمزة وبدال مهملة وهى الآلة (وقوله) لا تعبد على الدابة أى ليست مكلفة .

(اما حكم المسالة) فقال المتولى والبغوى وآخرون للشافعى نصوص مختلفة فى جواز استعمال الأعيان النجسة فقيل فى جميع أنواع استعمالها كلها قولان والمذهب الصحيح الذى قطع به العراقيون وأبو بكر الفارسى والقفال وأصحابه التفصيل وهو أنه لا يجوز استعمال شىء منها فى ثوب أو بدن الا لضرورة ، ويجوز فى غيرهما ان كانت نجاسة مخففة ، وهى غير الكلب والخنزير وفرع أحدهما وان كانت مغلظة وهى نجاسة الكلب

والخنزير والفرع لم يجزه فعلى هذا لا يجوز لبس جلد الكلب ولا الخنزير ولا فرع أحدهما فى حال الاختيار ، لأن الخنزير لا يجوز الانتفاع به فى حياته بحال وكذا الكلب ، الا لمقاصد مخصوصة فبعد موتهما أولى • ويجوز طلى السفن بشحم الميتة وكذا دهن الدواب وغيرها ، ويجوز لبس الثياب المتنجسة فى غير صلاة ونحوها ، وان فاجأته حرب أو خاف على نفسه من حر أو برد ونحوهما ولم يجد غير جلد كلب أو خنزير جاز لبسه للضرورة ، وأما جلد الميتة من شاة وبقرة وسائر الحيوان غير الكلب والخنزير وفرع أحدهما وغير الآدمى فلا يحل لبسه فى حال الاختيار على المذهب الصحيح ، وبه قطع الأكثرون وحكى الخراسانيون وجها أنه يجوز ، وهو ضعيف •

وأما جلد الآدمى والثوب المتخذ من شعره فيحرم استعماله باللبس وبغيره بالاتفاق ، وقد بيناه فى باب الآنية ، وأما الجلود الطاهرة فيجوز لبسها بالاجماع والنصوص ، لكن قال الشيخ أبوحامد فى تعليقه وصاحب الحاوى : لبس غير الجلود أولى من لبسها قالا : « لأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بنزع الخفاف والفراء عن شهداء أحد دون سائر ثيابهم » وهذا الذى قالاه فيه نظر ، هكذا حكم استعمال الثياب النجسة فى البدن فأما اذا ألبس دابته وأداته ونحوهما جلدا نجسا فان كان جلد كلب أو خنزير أو فرع أحدهما لم يجز بالاتفاق ، لما ذكرناه • وان كان جلد غيرهما وغير آدمى فالمذهب الصحيح جوازه ، وبه قطع المصنف والجمهور وحكى الشيخ أبو حامد وغيره وجها أنه يحرم • ولو جلل كلبا أو خنزيرا بجلد كلب أو خنزير فوجهان حكاهما جماعة من الخراسانيين (أصحهما) يجوز لاستوائهما فى غلظ النجاسة هكذا أطلقوهما ولعل مرادهم تجليل كلب يجوز اقتناؤه وخنزير لا يؤمر بقتله • فان فى قتله خلافا وتفصيلا ذكره الشافعى والمصنف والأصحاب فى كتاب السير •

(فرع) يجوز تسميد الأرض بالزبل النجس ، قال المصنف فى باب ما يجوز بيعه وغيره من أصحابنا : يجوز مع الكراهة ، قال امام الحرمين : ولم يمنع منه أحد ، وفى كلام الصيدلانى ما يقتضى خلافا فيه ، والصواب القطع بجوازه مع الكراهة •

(فرع) يجوز الاستصباح بالدهن النجس سواء كان نجس العين كودك الميتة أو كان متنجسا بعارض كزيت وشيرج وسمن أصابته نجاسة ، هذا هو الصحيح المشهور ، ونص عليه الشافعي وقطع به العراقيون وجماعة من الخراسانيين • وحكى جماعة من الخراسانيين فيه قولا وبعضهم يحكيه وجها أنه يحرم ، والمذهب الجواز لكن يكره ، وقد ذكره المصنف فى باب ما يجوز بيعه ، وذكر هناك اقتناء الكلب وسنوضحه هناك ان شاء الله تعالى فى أواخر باب الأطعمة فى مسألة تحريم أكل النجس •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى استعمال الأدهان النجسة وغيرها فى غير الأكل وفى غير البدن

قد ذكرنا أن مذهبنا الصحيح جواز الانتفاع بالدهن المتنجس وشحم الميتة فى الاستصباح ودهن السفن ، ويجوز أن يتخذ من هذا الدهن الصابون فيستعمله ولا يبيعه ، وله اطعام العسل المتنجس للنحل والميتة للكلاب والطيور الصائدة وغيرها ، واطعام الطعام المتنجس للدواب هذا مذهبنا ، وبه قال عطاء ومحمد بن جرير ، وقال به مالك وأبو حنيفة والثورى والليث وجمهور العلماء فى غير شحم الميتة ، ومنعوا شحم الميتة • وقال أحمد بن حنبل وأحمد بن صالح وابن الماجشون المالكى : لا يجوز شىء من جميع ذلك ، وقد أوضحت الجميع بدلائله فى شرح صحيح مسلم فى باب تحريم بيع الميتة •

فصل

فى مسائل تتعلق بالباب

(احداها) يجوز لبس ثياب الكتان والقطن والصوف والشعر والوبر ، وان كانت نفيسة الأثمان لأن نفاستها بالصنعة لا فى جنسها بخلاف الحرير ، وهذا مجمع عليه ، ويجوز لبس الخز بالاتفاق ؛ وهو حرير وصوف لكن حريره مستتر وأقل وزنا •

(الثانية) القز كالحرير فيحرم على الرجل استعماله ، هذا هو الصحيح

وبه قطع الجمهور ونص عليه الشافعى فى الأم ، ونقل امام الحرمين الاتفاق عليه ، وحكى المتولى فيه وجهين وهوشاذ •

(الثالثة) قال أصحابنا : يحرم على الرجل لبس الثوب المزعفر • وممن صرح به صاحب البيان ، ونقل البيهقى وغيره أن الشافعى رحمه الله نهى الرجل عن المزعفر وأباح له المعصفر • قال البيهقى فى كتاب معرفة السنن والآثار فى فصل النهى عن القراءة فى الركوع : قال الشافعى : انما أرخصت فى المعصفر لأنى لم أجد أحدا يحكى عن النبى صلى الله عليه وسلم النهى عنه الا ما قال على رضى الله عنه : « نهانى ولا أقول نهاكم » يعنى حديث على : « نهانى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا أقول نهاكم عن تختم الذهب ولباس المعصفر » رواه مسلم • قال البيهقى : وثبت ما دل على النهى على العموم عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال : « رآنى رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى ثوبان معصفران فقال : هذه ثياب الكفار فلا تلبسها » رواه مسلم فى صحيحه • ثم روى البيهقى روايات تدل على أن النهى على العموم عن المعصفر ، ثم قال : وفى كل هذا دلالة على أن نهى الرجال عن لبسه على العموم قال : ولو بلغ الشافعى لقال به ان شاء الله تعالى • ثم ذكر باسناده ما هو مشهور صحيح عن الشافعى ، قال : « كل ما قلت وكان عن النبى صلى الله عليه وسلم خلافه مما يصح ، فحديث النبى صلى الله عليه وسلم أولى ولا تقلدونى » قال البيهقى : قال الشافعى : وينهى الرجل حلالا بكل حال أن يزعفر ويأمره اذا تزعفر بغسله عنه ، قال : فيتبع السنة فى المزعفر فمتابعتها فى المعصفر أولى به • وقد كره المعصفر • يعنى بعض السلف وبه قال أبو عبد الله الحليمى من أصحابنا قال : ورخص فيه جماعة ، والسنة ألزم •

(الرابعة) يجوز لبس الثوب الأبيض والأحمر والأصفر والأخضر والمخطط وغيرها من ألوان الثياب ، ولا خلاف فى هذا ولا كراهة فى شىء منه ، قال الشافعى والأصحاب : وأفضلها البيض لحديث ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « البسوا من ثيابكم البياض فانها من خير ثيابكم ، وكفنوا فيها موتاكم » رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث صحيح ، وعن سمرة رضى الله عنه قال : قال رسول

الله صلى الله عليه وسلم « البسوا البياض فانها أطهر وأطيب وكفنوا فيها موتاكم » رواه النسائى والحاكم فى المستدرك ، وقال : حديث صحيح ، ودليل جواز الأحمر وغيره مع الاجماع حديث البراء « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حلة حمراء » رواه البخارى ومسلم ، وروى أيضا مثله من رواية أبى جحيفة • وعن أبى رمثة « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه ثوبان أصفران » رواه أبو داود والترمذى باسناد صحيح • وعن جابر « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل يوم فتح مكة وعليه عمامة سوداء » رواه مسلم • وعن عمرو بن حريث قال : « كأنى أنظر الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه عمامة له سوداء قد أرخى طرفها بين كتفيه » رواه مسلم ، وفى رواية له « خطب الناس وعليه عمامة سوداء » وعن عائشة قالت : « خرج النبى صلى الله عليه وسلم ذات غداة وعليه مرط مرحل من شعر أسود » رواه مسلم • المرط بكسر الميم كساء ، المرحل بالحاء المهملة الذى فيه صورة رحال الابل وهى الأكوار • وفى الصحيحين عن المغيرة أن النبى صلى الله عليه وسلم « لبس جبة شامية من صوف ضيقة الكمين » • وعن أم سلمة قالت « كان أحب الثياب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم القميص » رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن • وعن أنس قال : « كان أحب الثياب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم الحبرة » رواه مسلم الحبرة برد مخطط من قطن أو كتان ويكون أحمر غالبا •

(الخامسة) يستحب ترك الترفع فى اللباس تواضعا ، ويستحب أن يتوسط فيه ولا يقتصر على ما يزدرى به لغير حاجة ولا مقصود شرعى • قال المتولى والرويانى : يكره لبس الثياب الخشنة الا لغرض مع الاستثناء ، والمختار ما قدمناه وما يدل للطرفين حديث معاذ بن أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من ترك اللباس تواضعا لله تعالى وهو يقدر عليه دعاه الله تعالى يوم القيامة على رءوس الخلائق حتى يخيره من أى حلل الايمان شاء يلبسها » رواه الترمذى وقال : حديث حسن • وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان الله يحب أن يرى أثر نعمته على عبده » رواه الترمذى وقال : حديث حسن •

(السادسة) لو بسط فوق ثوب الحرير ثوب قطن وجلس عليه جاز ،

صرح به البغوى وغيره ، كما لو حشا الجبة والمخدة به ، وكما لو بسط على النجاسة ثوبا وكذا لو جلس على جبة محشوة به •

(السابعة) يحرم اطالة الثوب والازار والسراويل على الكعبين للخيلاء ، ويكره لغير الخيلاء ، نص عليه الشافعي فى البويطى وصرح به الأصحاب ، وقد بيناه فى باب ستر العورة ، ويستدل له بالأحاديث الصحيحة المشهورة ، منها حديث ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من جر ثوبه خيلاء لم ينظر الله اليه يوم القيامة » • وقال أبو بكر رضى الله عنه : « يا رسول الله ان ازارى يسترخى الا أن أتعاهده فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : انك لست ممن يفعله خيلاء » رواه البخارى ، وروى مسلم بعضه ، وفى الصحيحين عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا ينظر الله يوم القيامة الى من جر ازاره بطرا » وفى البخارى عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ما أسفل من الكعبين من الازار فى النار » وفى سنن أبى داود باسناد صحيح عن أبى سعيد عن النبى صلى الله عليه وسلم : « أزرة المسلم الى نصف الساق ولا حرج أو لا جناح فيما بينه وبين الكعبين ، ماكان أسفل الكعبين فهو فى النار » وفى سنن أبى داود باسناد صحيح على شرط البخارى ومسلم عن أبى هريرة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يصلى مسبلا ازاره فأمره أن ينصرف ويتوضأ وقال انه كان يصلى مسبلا ازاره ، وان الله لا يقبل صلاة رجل مسبل » والأحاديث فى الباب كثيرة وجمعت منها جملة صحيحة •

(فرع) الاسبال فى العمامة هو ارسال طرفها ارسالا فاحشا كاسبال الثوب ، لحديث ابن عمر رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الاسبال فى الازار والقميص والعمامة من جر شيئا خيلاء لم ينظر الله اليه يوم القيامة » رواه أبو داود والنسائى باسناد صحيح •

(فرع) يستحب تقصير الكم لحديث أسماء بنت يزيد الصحابية رضى الله عنها قالت « كان كم قميص رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الرسغ » رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن •

(فـرع) يجوز لبس العمامة بارسال طرفها وبغير ارساله ولا كراهة فى واحد منهما ولم يصح فى النهى عن ترك ارسالها شىء ، وصح فى الارخاء الحديث السابق فى المسألة الرابعة .

(فـرع) للمرأة ارسال الثوب على الأرض لحديث ابن عمر قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من جر ثوبه خيلاء لم ينظر الله اليه يوم القيامة ، فقالت أم سلمة : فكيف تصنع النساء بذيولهن ؟ قال ترخين شبرا ، قالت : اذن تنكشف أقدامهن ؟ قال فترخينه ذراعا لا تزدن عليه » رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن .

(فـرع) يستحب لمن لبس ثوبا جديدا أو نعلا أو نحوه أن يقول ما رواه أبو سعيد قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا استجد ثوبا سماه باسمه عمامة أو قميصا أو رداء يقـول : اللهم لك الحمـد أنت كسوتنيه ، أسألك خيره وخير ما صنع له ، وأعوذ بك من شره وشر ما صنع له » رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن .

(الثامنة) يستحب أن يبدأ فى لبس الثوب والسراويل والنعل والخف وغيرها باليمين ويخلع باليسار ، وقد سبقت المسألة بدلائلها فى باب صفة الوضوء فى غسل اليدين .

(التاسعة) قال الشيخ نصر المقدسى فى تهذيبه : يحرم تنجيد البيوب بالثياب المصورة وغيرها سواء الحرير وغيره لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن تستير الجلد ، واطلاقه التحريم فى غير المصورة من غير الحرير ضعيف ، والمختار أو الصواب أنه مكروه ، وليس بحرام ، وأما حديث عائشة فى صحيح مسلم قالت « أخذت نمطا فسترته على الباب فلما قدم النبى صلى الله عليه وسلم فرأى النمط عرفت الكراهية فى وجهه فجذبه حتى هبله أو قطعه وقال : ان الله لم يأمرنا أن نكسو الحجارة والطين » فجوابه من وجهين (أحدهما) أن هذا النمط كان فيه صورة الخيل وغيرها ، وقد صرح بذلك فى باقى روايات الحديث فى مسـلم (والثانى) أنه ليس فى حقيقة اللفظ تصريح بتحريمه ، بل فيه أن الله تعالى لم يأمر به وهذا انما يقتضى أنه ليس بواجب ولا مندوب .

(العاشرة) يجوز للرجل لبس خاتم الفضة فى خنصر يمينه وان شاء فى خنصر يساره كلاهما صح فعله عن النبى صلى الله عليه وسلم لكن الصحيح المشهور أنه فى اليمين أفضل لأنه زينة واليمين أشرف •وقال صاحب الابانه: فى اليسار أفضل لأن اليمين صار شعار الروافض فربما نسب اليهم ، هذا كلامه ، وتابعه عليه صاحبا التتمة والبيان ، والصحيح الأول ، وليس هو فى معظم البلدان شعارا لهم ، ولو كان شعارا لما تركت اليمين وكيف تترك السنن لكون طائفة مبتدعة تفعلها ، وفى سنن أبى داود باسناد صحيح أن ابن عمر كان يتختم فى يساره ، وباسناد حسن أن ابن عباس تختم فى يمينه ، ويجوز الخاتم بفص وبلا فص ، ويجعل الفص من باطن كفه أو ظاهرها ، وباطنها أفضل للأحاديث الصحيحة فيه ، ويجوز نقشه وان كان فيه ذكر الله تعالى ففى الصحيحين « كان نقش خاتم رسول الله صلى الله عليه وسلم : محمد رسول الله » ولا كراهة فيه عندنا وبه قال سعيد بن المسيب ومالك والجمهور وكرهه ابن سيرين وبعضهم لخوف امتهانه وهذا باطل منابذ للحديث • ولفعل السلف والخلف ، قال العلماء من أصحابنا وغيرهم : وله أن ينقش فيه اسم نفسه أو كلمة حكمة •

وأجمع المسلمون على أن السنة للرجل جعل خاتمه فى خنصره • وفى صحيح مسلم عن على رضى الله عنه قال « نهانى يعنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أجعل خاتمى فى هذه أو التى تليها » وفى رواية أخرى « فى هذه أو هذه » وأشار الراوى الى الوسطى والتى تليها ، وفى رواية أبى داود باسناد صحيح : « فى هذه أو هذه » السبابة والوسطى ، قال : « شك فيه الراوى » •

(فرع) يباح للمرأة المزوجة وغيرها لبس خاتم الفضة • كما يجوز لها خاتم الذهب ، وهذا مجمع عليه ولا كراهة بلا خلاف ، وقال الخطابى : يكره لها خاتم الفضة ، لأنه من شعار الرجال • قال : فان لم تجد خاتم ذهب فلتصفره بزعفران وشبهه ، وهذا الذى قاله باطل لا أصل له ، والصواب أن لا كراهة عليها •

(فرع) ذكرنا أنه يجوز للرجل لبس خاتم الفضة سواء من له ولاية وغيرها وهذا مجمع عليه ، وأما ما نقل عن بعض علماء الشام المتقدمين من

كراهة لبسه لغير ذى سلطان فشاذ مردود بالنصوص واجماع السلف وقد نقل العبدرى وغيره الاجماع فيه .

(الحادية عشرة) قال صاحب الابانة : يكره الخاتم من حديد أو شبه [1]، بفتح الشين والباء ، وهو نوع من النحاس ، وتابعه صاحب البيان فقال : يكره الخاتم من حديد أو رصاص أو نحاس لحديث بريدة رضى الله عنه « أن رجلا جاء الى النبى صلى الله عليه وسلم وعليه خاتم من شبه قال : مالى أجد منك ريح الأصنام فطرحه ثم جاء وعليه خاتم من حديد فقال : مالى أرى عليك حلة أهل النار فطرحه فقال : يا رسول الله من أى شىء أتخذه ؟ فقال اتخذه من ورق ولا تتمه مثقالا » رواه أبو داود والترمذى وفى اسناده رجل ضعيف [2] وقال صاحب التتمة : لا يكره الخاتم من حديد أو رصاص للحديث فى الصحيحين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال للذى خطب الواهبة نفسها « اطلب ولو خاتما من حديد » قال : ولو كان فيه كراهة لم يأذن فيه به . وفى سنن أبى داود باسناد جيد عن معيقيب الصحابى رضى الله عنه وكان على خاتم النبى صلى الله عليه وسلم قال : كان خاتم النبى صلى الله عليه وسلم من حديد ملوى عليه فضة » فالمختار أنه لا يكره لهذين الحديثين وضعف الأول .

قال الخطابى فى معالم السنن : انما قال : « أجد ريح الأصنام ، لأنها كانت تتخذ من الشبه ، قال : وأما الحديد فقيل كرهه لسهوكة ريحه ، قال : وقيل لأنه زى بعض الكفار ، وهم أهل النار .

(الثانية عشرة) قال الشافعى فى الأم : (لا أكره للرجل لبس اللؤلؤ

---

(١) الشبه بفتحتين معدن يشبه الذهب فى لونه قال فى المصباح : وهو أرفع الصفر (ط) .

(٢) قال أبو داود بعد ايراد هذا الحديث : ولم يقل محمد : عبد الله بن مسلم ولم يقل الحسن : السلمى المروزى . قال الشيخ شمس الحق العظيم آبادى فى عون المعبود : ولم يقل محمد أى ابن عبد العزيز شيخ المصنف عبد الله بن مسلم اى لم يذكر محمد اسم أبيه ولم يقل : الحسن السلمى المروزى اى لم يذكر الحسن بن على نسبة عبد الله وذكر اسم أبيه وذكر محمد النسبة ولم يذكر اسم ابيه . قال المنذرى : واخرجه النسائى وقال الترمذى : هذا حديث غريب وقال : عبد الله بن مسلم أبو طيبة السلمى المروزى قاضى مرو روى عن عبد الله بن بريدة وغيره قال أبو حاتم الرازى : يكتب حديثه ولا يحتج به انتهى . وقال السيوطى فى مرقاة الصعود قال ابن حبان فى كتاب الثقات : هو يخطىء ويخالف انتهى (ط) .

الا للأدب وأنه من زى النساء لا للتحريم ، ولا أكره لبس ياقوت أو زبرجد الا من جهة السرف والخيلاء) هذا نصه ، وكذا نقله الأصحاب واتفقوا على أنه لا يحرم •

(الثالثة عشرة) يكره المشى فى نعل واحدة أو خف واحد ونحوه لغير عذر • صرح به صاحب الابانة وآخرون ، ولا خلاف فيه لحديث أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا يمشى أحدكم فى النعل الواحدة لينعلهما جميعا أو ليخلعهما جميعا » وفى رواية « ليخفهما جميعا » رواه البخارى ومسلم وفى رواية « اذا انقطع شسع نعل أحدكم فلا يمشى فى الأخرى حتى يصلحها » •

(الرابعة عشرة) يكره أن يلبس النعل والخف ونحوهما قائما لحديث جابر قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ينتعل الرجل قائما » رواه أبو داود باسناد حسن ، قال الخطابى : سبب النهى خوف انقلابه اذا انتعل قائما ، فأمر بالقعود لأنه أسهل وأعون وأسلم من المفسدة • قال : ويدخل فى النهى عن المشى فى نعل واحدة كل لباس شفع كالخفين ، وادخال اليدين فى الكمين ، قال : فيكره أن يدخل يدا فى كمه ويخرج أخرى لاشتراك الجميع فى أنه قد يشق عليه ، وهذا الذى قاله فى الأم لا يوافق عليه •

(الخامسة عشرة) يكره تعليق الجرس فى البعير والنعل وغيرهما لحديث أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، « لا تصحب الملائكة رفقة فيها كلب أو جرس » رواه مسلم وعنه قال النبى صلى الله عليه وسلم « الجرس مزمار الشيطان » رواه أبو داود باسناد صحيح على شرط مسلم ، وعن بنانة[1] ــ بضم الموحدة ــ أنها كانت عند عائشة فدخل عليها بجارية عليها جلاجل تصوت فقالت : لا تدخلها على الا أن تقطعوا جلاجلها ، سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لا تدخل الملائكة بيتا فيه جرس » رواه أبو داود باسناد جيد •

---

(١) بنانة : هى مولاة عبد الرحمن بن حيان الانصارى روت عن عائشة وعنها ابن جريج واخرج ابو داود باسناده عن ابن الزبير أن مولاة لهم ذهبت بابنة الزبير الى عمر بن الخطاب وفى رجلها أجراس فقطعها عمر ثم قال : « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : ان مع كل جرس شيطانا » (ط) •

(السادسة عشرة) يستحب غسل الثوب اذاتوسخ واصلاح الشعر اذا شعث لحديث جابر رضى الله عنه قال : « أتانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فرأى رجلا شعثا قد تفرق شعره فقال : أما كان هذا يجد ما يسكن به شعره ؟ ورأى رجلا عليه ثياب وسخة فقال : أما كان هذا يجد ماء يغسل به ثوبه ؟ رواه أبو داود باسناد صحيح على شرط البخارى ومسلم .

(السابعة عشرة) يكره اشتمال الصماء واشتمال اليهود وسبق تفسيرهما فى باب ستر العورة .

(الثامنة عشرة) يحرم وصل الشعر والوسم والوشر وسبق بيانه وتفصيله وتعريفه فى باب طهارة البدن ، ويحرم التصوير بصور ذوات الأرواح ، واتخاذ الصور ، وسيأتى ايضاحه وتفريعه حيث ذكره المصنف فى باب الوليمة ان شاء الله تعالى ، ويكره القزع وسبق فى باب السواك .

(التاسعة عشرة) يجوز لبس القميص والقباء والفرجية ونحوها مزررا ومحلول الأزرار اذا لم تبد عورته ، ولا كراهة فى واحد منهما . لحديث عروة بن عبد الله بن معاوية بن قرة عن أبيه قرة الصحابى رضى الله عنه قال : « أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى رهط فبايعناه وان قميصه لمطلق ، ثم أدخلت يدى فى جيب القميص فنسيت الخاتم ، فقال عروة : فما رأيت معاوية ولا ابنه قط الا مطلقى أزرارهما فى شتاء ولا حر » رواه أبو داود وابن ماجة فى سننهما والترمذى فى الشمائل بأسانيد صحيحة .

(العشرون) المشهور فى المذهب أنه يحرم على الرجل أن يتشبه بالمرأة فى اللباس وغيره . ويحرم على المرأة أن تتشبه بالرجل فى ذلك ، وقد سبقت هذه المسألة فى هذا الباب وذكرنا كلام صاحب المعتمد فيها ودعواه أنه مكروه وليس بحرام ورددناه عليه ، ومما استدلوا به للتحريم حديث ابن عباس رضى الله عنهماقال : « لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المتشبهين من الرجال بالنساء ، والمتشبهات من النساء بالرجال » رواه البخارى ، وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : « لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجل يلبس لبسة المرأة ، والمرأة تلبس لبسة الرجل » رواه أبو داود باسناد

صحيح ، وعن ابن أبى مليكة قال : « قيل لعائشة : ان امرأة تلبس النعل فقالت : لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجلة من النساء » رواه أبو داود باسناد حسن ، وعن أبى هريرة قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : صنفان من أهل النار لم أرهما : قوم معهم سياط كأذناب البقر يضربون بها الناس ، ونساء كاسيات عاريات مميلات مائلات رءوسهن كأسنمة البخت المائلة لا يدخلن الجنة ولا يجدن ريحها ، وان ريحها ليوجد من مسيرة كذا وكذا » رواه مسلم .

قيل : معنى كاسيات أى من نعمة الله عاريات من شكرها ، وقيل : معناه تستر بعض بدنها وتكشف بعضه اظهارا لجمالها ونحوه ، وقيل تلبس ثوبا رقيقا يصف لون بدنها وهو المختار ، ومعنى مائلات عن طاعة الله وما يلزمهن حفظه ، مميلات أى يعلمن غيرهن فعلهن المذموم ، وقيل يمشين متبخترات مميلات لأكتافهن ، وقيل مائلات يمتشطن المشطة الميلاء وهى مشطة البغايا ، ومميلات يمشطن غيرهن تلك المشطة ، ومعنى رءوسهن كأسنمة البخت ، أى يكبرنها ويعظمنها بلف عمامة أو نحوها [1] والله أعلم .

(الحادية والعشرون) يستحب اذا جلس أن يخلع نعليه ونحوهما ، وأن يجعلهما وراءه أو بجنبه الا لعذر كخوف عليهما أو غيره ، لحديث ابن عباس قال : « من السنة اذا جلس الرجل أن يخلع نعليه فيجعلهما بجنبه » رواه أبو داود باسناد حسن .

(الثانية والعشرون) يجوز اتخاذ الستور على الأبواب ونحوها اذا لم تكن حريرا ولا فيها صور محرمة للأحاديث الصحيحة المشهورة فيها .

(الثالثة والعشرون) يجوز القعود متربعا ومفترشا ومتوركا ومحتبيا والقرفصاء والاستلقاء على القفا ، ومد الرجل ، وغير ذلك من هيئات القعود

---

(1) ورد فى هذا الحديث الشريف من الانباء بالغيب ما قد وقع فهذه الاسمنة تتمثل فيما يسمى الباروكة والمائلات المميلات كعارضات الأزياء والممثلات والراقصات ومن يقلدهن من بنات ونساء لا يزجرهن حاكم ولا يردعهن ولى ولا يرعوين من دين ويقين ، اما الرجال الذين بأيديهم سياط كأذناب البقر فانما هم زبانية الظالمين يأخذون بأيديهم سياطا يسمونها الكرباج والجمع كرابيج تصنع من جلود الفيلة فكم الهبت من أبدان طاهرة ونزعت من شوى المتقين مما رأيناه فى سجون الجبارين الخاسرين (ط) .

ونحوها ، ولا كراهة فى شىء من ذلك اذا لم يكشف عورته ، ولم يمد رجله بحضرة الناس وقد تظاهرت الأحاديث الصحيحة على ذلك (منها) حديث ابن عمر « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بفناء الكعبة محتبيا بيديه ، ووصف بيديه الاحتباء ، وهو القرفصاء » رواه البخارى ، وعن عبد الله بن زيد « أنه رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم مستلقيا فى المسجد واضعا احدى رجليه على الأخرى » رواه البخارى ومسلم • وعن جابر بن سمرة « كان النبى صلى الله عليه وسلم اذا صلى الفجر تربع فى مجلسه حتى تطلع الشمس حسناء » رواه أبو داود وغيره بأسانيد صحيحة ، وعن الشريد بن سويد « قال : مر بى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا جالس هكذا ، وقد وضعت يدى اليسرى خلف ظهرى ، واتكأت على آلية يدى فقال : أتقعد قعدة المغضوب عليهم ؟ » رواه أبو داود باسناد صحيح •

(الرابعة والعشرون) اذا أراد النوم استحب أن يضطجع على شقه الأيمن ، وكذا يستحب فى كل اضطجاع أن يكون على شقه الأيمن ، ويكره الاضطجاع على بطنه ، ويستحب أن يكون على وضوء ، وأن يذكر الله تعالى ، وأفضل أذكار هذا الموضع ما ثبت فى الأحاديث (منها) حديث البراء قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أوى الى فراشه نام على شقه الأيمن ثم قال : اللهم أسلمت نفسى اليك ووجهت وجهى اليك ، وفوضت أمرى اليك ، وألجأت ظهرى اليك رغبة ورهبة اليك لا ملجأ ولا منجا منك الا اليك ، آمنت بكتابك الذى أنزلت ، وبنبيك الذى أرسلت) رواه البخارى بهذا اللفظ ، وفى رواية له فى كتاب الأدب من صحيحه ، ورواه هو ومسلم من طرق أن النبى صلى الله عليه وسلم قال للبراء « اذا أتيت مضجعك فتوضأ وضوءك للصلاة ، ثم اضطجع على شقك الأيمن وقل — وذكر نحوه — وفيه واجعلهن آخر ما تقول » وعن حذيفة « كان النبى صلى الله عليه وسلم اذا أخذ مضجعه من الليل وضع يده تحت خده ثم يقول : اللهم باسمك أموت وأحيا ، واذا استيقظ قال : الحمد لله الذى أحيانا بعد ما أماتنا واليه النشور » رواه البخارى ، وعن عائشة « كان النبى صلى الله عليه وسلم اذا طلع الفجر صلى ركعتين خفيفتين ثم اضطجع

على شقه الأيمن » رواه البخارى ومسلم عن طخفة الغفـارى[1] ــ بطاء مهملة مكسورة ثم خاء معجمـة ساكنة ثم فاء ــ قال بينماأنا مضطجع فى المسجد على بطنى اذا رجل يحركنى برجله ، فقال : ان هذه ضجعة يبغضها الله فنظرت ، فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم » رواه أبو داود باسناد صحيح •

(الخامسة والعشرون) يكره لمن قعد فى مكان أن يفارقه قبل أن يذكر الله تعالى فيه لحديث أبى هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسـلم قال « من قعد مقعدا لم يذكر الله تعالى فيه كانت عليه من الله ترة ، ومن اضطجع مضطجعا لا يذكر الله تعالى فيه كانت عليه من الله ترة » رواه أبو داود باسناد حسن ، الترة ــ بكسر المثناة من فوق ــ النقص ، وقيل التبعة ، وعنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ما جلس قوم مجلسا لم يذكروا الله تعالى فيه ولم يصلوا على نبيهم فيه الا كان عليهم ترة ، فان شاء عذبهم وان شاء غفر لهم » رواه الترمذى وقال حديث حسن •

(السادسة والعشرون) فى آداب المجلس والجليس • عن ابن عمر رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يقيمن أحدكم رجلا من مجلسه ثم يجلس فيه ، ولكن تفسحوا وتوسعوا • وكان ابن عمر اذا قام له رجل من مجلسه لم يجلس فيه » رواه البخارى ومسلم •

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يحل لرجل أن يفرق بين اثنين الا باذنهما » رواه أبو داود والترمذى وقال : حـديث حسن • وفى رواية لأبى داود « ولا يجلس بين رجلين الا

---

(١) طخفة وقيل طهفة بن قيس أورده ابن الأثير فى طهفة كان من أهل الصفة واورد ابن الأثير حديث أبى داود باسناده عن يعيش بن طخفة بن قيس الغفارى قال : كان أبى من أصحاب الصفة فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بهم فجعل الرجل يذهب بالرجل والرجل يذهب بالرجلين حتى بقيت خامس خمسة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انطلقوا بنـا الى بيت عائشـة فانطلقنا معه فقال يا عائشة أطعمينا فجاءت بحشيشة فأكلنا ثم قال : يا عائشة أطعمينا فجاءت بحيسة فأكلنا ثم قال : يا عائشة اسقينا فجاءت بعس فشربنا ، ثم جاءت بقدح فيه لبن فشربنا ثم قال : ان شئتم نمتم وان شئتم انطلقتم الى المسجد ، فقلنا بل ننطلق الى المسجد قال : فبينما انا مضطجع من السحر على بطنى اذ أرى رجلا يحركنى برجله وقال : هذه ضجعة يبغضها الله عز وجل قال : فنظرت فاذا هو رسول الله صلى الله عليه وسلم (ط) .

باذنهما » وعن سمرة قال : « كنا اذا أتينا النبى صلى الله عليه وسلم جلس أحدنا حيث ينتهى » رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن وعن حذيفة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لعن من جلس وسط الحلقة » رواه أبو داود باسناد حسن ، وفى رواية الترمذى بمعناه ، وقال حديث حسن صحيح • وعن أبى سعيد قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « خير المجالس أوسعها » رواه أبو داود باسناد صحيح على شرط البخارى ، وعن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من جلس فى مجلس فكثر فيه لغطه فقال قبل أن يقوم : سبحانك اللهم وبحمدك أشهد أن لا اله الا أنت أستغفرك وأتوب اليك الا غفر ما كان فى مجلسه ذاك » رواه الترمذى وقال : حديث حسن صحيح ، وفى هذا الفصل أحاديث كثيرة صحيحة ، وقد ذكرت منها جملة فى كتاب الأذكار والرياض •

(السابعة والعشرون) روى البخارى فى صحيحه فى باب ماذكر فى بنى اسرائيل وكان من كتاب الأنبياء عن عائشة أنها كانت تكره أن يجعل يده فى خاصرته وتقول ان اليهود تفعله •

باب صلاة الجمعة

هى بضم الميم واسكانها وفتحها • حكاهن الواحدى عن الفراء والمشهور الضم وبه قرىء فى السبع ، والاسكان تخفيف منه ، ووجهوا الفتح بأنها تجمع الناس ، كمايقال : همزة وضحكة للمكثر من ذلك قال : والفتح لغة بنى عقيل • وقال الزمخشرى : قرىء فى الشواذ باللغات الثلاث ، وكان يوم الجمعة يسمى فى الجاهلية العروبة • قال الواحدى : وكان يسمى عروبة [1] والعروبة ولهذا قال الشافعى رحمه الله تعالى : ويوم الجمعة هو اليوم الذى بين الخميس والسبت ، وأراد ايضاحه لمن يعرف العروبة ولا يعرف الجمعة •

---

(١) كانت أيام الأسبوع فى العصور الجاهلية الأولى تسمى هكذا من الأحد . أول ، اهون ، جبار ، دبار ، مؤنس ، عروبة ، شبار . (ط) .

وبهذا التفسير يظهر خطأ من اعترض على الشافعى فى هذا ، وزعم [1] أنه اخبار بالمعلوم وثبت فى صحيح مسلم عن أبى هريرة رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « خير يوم طلعت عليه الشمس يوم الجمعة ، فيه خلق آدم ، وفيه أدخل الجنة ، وفيه أخرج منها ، ولا تقوم الساعة الا فى يوم الجمعة » وزاد مالك فى الموطأ وأبو داود وغيرهما بأسانيد على شرط البخارى ومسلم وفيه « تيب عليه وفيه مات وما من دابة الا وهى مصيخة يوم الجمعة من حين يصبح حتى تطلع الشمس شفقا من الساعة الا الجن والانس » قوله (مصيخة) بالخاء المعجمة ، وفى رواية أبى داود مسيخة بالسين ، أى مصغية ، وعنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «نحن الآخرون السابقون يوم القيامة بيد أنهم أوتوا الكتاب من قبلنا ، وأوتيناه من بعدهم ، فهذا يومهم الذى فرض عليهم فاختلفوا فيه ، فهدانا الله له ، فهم لنا فيه تبع ، اليهود غدا ، والنصارى بعد غد » رواه البخارى ومسلم . قيل : معنى بيد أنهم غير أنهم ، وقيل مع أنهم ، وقيل على أنهم ، وقال سعيد ابن المسيب : أحب الأيام أن أموت فيه ضحى يوم الجمعة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(صلاة الجمعة واجبة لما روى جابر رضى الله عنه قال « خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : اعلموا أن الله تعالى فرض عليكم الجمعة ، فمن تركها فى حياتى او بعد موتى وله امام عادل او جائر استخفافا أو جحودا فلا جمع الله له شمله ولا بارك له فى امره ») .

(الشرح) هذا الحديث رواه ابن ماجه والبيهقى وضعفه ، وهو بعض من حديث طويل فيه قواعد من الأحكام ، لكنه ضعيف ، فى اسناده ضعيفان [2] ويغنى عنه قول الله تعالى (اذا نودى للصلاة من [3] يوم الجمعة فاسعوا الى

---

(١) يقول ابن حزم : ان الجمعة اسم اسلامى وان اسمه فى الجاهلية عروبة قال ابن حجر : وفيه نظر فقد قال اهل اللغة اسم العروبة اسم قديم كان للجاهلية (ط) .

(٢) احد هذين الضعيفين عبد الله البلوى وهو واهى الحديث واخرجه البزار من وجه آخر وفيه على بن زيد بن جدعان ضعف الطريقين الدارقطنى وحكم ابن عبد البر على الحديث بوهى اسناده (ط) .

(٣) من الآية ٩ من سورة الجمعة .

ذكر الله) وحديث طارق بن شهاب [1] أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الجمعة حق واجب على كل مسلم فى جماعة الا أربعة : عبد مملوك ، وامرأة أو صبى ، أو مريض » رواه أبو داود باسناد صحيح على شرط البخارى ومسلم ، الا أن أبا داود قال : طارق بن شهاب رأى النبى صلى الله عليه وسلم ولم يسمع منه شيئا . وهذاالذى قاله أبو داود لا يقدح فى صحة الحديث ، لأنه ان ثبت عدم سماعه يكون مرسل صحابى ومرسل الصحابى حجة عند أصحابنا ، وجميع العلماء الا أبا اسحاق الاسفراينى . وعن حفصة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « رواح الجمعة واجب على كل محتلم » رواه النسائى باسناد صحيح على شرط مسلم .

(أما حكم المسألة) فالجمعة فرض عين على كل مكلف غير أصحاب الأعذار والنقص المذكورين . هذا هو المذهب وهو المنصوص للشافعى فى كتبه ،وقطع به الأصحاب فى جميع الطرق الا ماحكاه القاضى أبو الطيب فى تعليقه ، وصاحب الشامل وغيرهما عن بعض الأصحاب أنه غلط ، فقال : هى فرض كفاية ، قالوا : وسبب غلطه أن الشافعى قال : من وجبت عليه الجمعة وجبت عليه صلاة العيدين قالوا : وغلط من فهمه لأن مراد الشافعى من خوطب بالجمعة وجوبا خوطب بالعيدين متأكدا ، واتفق القاضى أبو الطيب وسائر من حكى هذا الوجه على غلط قائله ، قال القاضى أبو اسحاق المروزى : لا يحل أن يحكى هذا عن الشافعى ، ولا يختلف أن مذهب الشافعى أن الجمعة فرض عين ونقل ابن المنذر فى كتابيه « كتاب الاجماع وكتاب الاشراف » اجماع المسلمين على وجوب الجمعة ، ودليل وجوبها ما سبق ، وذكر الشيخ أبو حامد فى تعليقه أن الجمعة فرضت بمكة قبل الهجرة ، وفيما قاله نظر .

---

(1) هو طارق بن شهاب بن عبد شمس بن سلمة بن هلال بن عوف بن جشم البجلى الأحمسى أبو عبد الله يعد فى الكوفيين روى ابن الاثير باسناده الى أبى داود الطيالسى عن شعبة عن قيس ابن مسلم عن طارق بن شهاب قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وغزوت فى خلافة ابى بكر فى (السرايا وغيرها) وهو غير ابن شهاب الزهرى محمد بن مسلم عالم الحجاز والشام شيخ ابن جريج والليث ومالك « ط » .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا تجب الجمعة على صبى ولا مجنون ، لأنه لا تجب عليهما سائر الصلوات فالجمعة اولى ، ولا تجب على المراة لما روى جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ((من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فعليه الجمعة الا على امراة او مسافر أو عبد او مريض)) ولانها تختلط بالرجال وذلك لا يجوز) .

(الشرح) حديث جابر رواه أبو داود والبيهقى وفى اسناده ضعف ، ولكن له شواهد ذكرها البيهقى وغيره ، ويغنى عنه حديث طارق بن شهاب السابق والاجماع ، فقد نقل ابن المنذر وغيره الاجماع أن المرأة لا جمعة عليها ، وقوله : ولأنها تختلط بالرجال وذلك لا يجوز ، ليس كما قال فانها لا يلزم من حضورها الجمعة الاختلاط ، بل تكون وراءهم . وقد نقل ابن المنذر وغيره الاجماع على أنها لو حضرت وصلت الجمعة جاز ، وقد ثبتت الأحاديث الصحيحة المستفيضة أن النساء كن يصلين خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم فى مسجده خلف الرجال ولأن اختلاط النساء بالرجال اذا لم يكن خلوة ليس بحرام .

(أما حكم الفصل) فقال أصحابنا : من لا يلزمه الظهر لا تلزمه الجمعة ، ومن يلزمه الظهر تلزمه الجمعة ، الا أصحاب الأعذار المذكورين ، فلا تجب على صبى ولا مجنون ولا مغمى عليه ، وسائر من زال عقله أو انغمر بسبب غير محرم ، ويجب على السكران ومن زال عقله بسبب محرم ، وقد سبق تفصيله وتفريعه فى أول كتاب الصلاة ، والكافر الأصلى لا يطالب بها ، وهل هو مخاطب بها ؟ تزاد فى عقوبته بسببها فى الآخرة ؟ فيه خلاف سبق فى أول كتاب الصلاة والصحيح أنه مخاطب . وتجب على المرتد ولا تصح منه ، ودليل عدم الوجوب فى الصبى والمجنون والكافر سبق هناك ، ولا تجب على امرأة بالاجماع . قال أصحابنا : ولا تجب على الخنثى المشكل للشك فى الوجوب . وممن صرح به القاضى أبو الفتوح والبغوى وصاحب البيان قال البندنيجى : يستحب للعجوز حضور الجمعة . قال : ويكره للشابة حضور جميع الصلوات مع الرجال الا العيدين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا تجب على المسافر للخبر ، ولأنه مشغول بالسفر واسبابه ، فلو اوجبنا عليه انقطع عنه ، ولا تجب على العبد للخبر ، ولأنه ينقطع عن خدمة مولاه ، ولا تجب على المريض للخبر ، ولأنه يشق عليه القصد ، وأما الأعمى فانه ان كان له قائد لزمته ، وان لم يكن له قائد لم تلزمه لانه يخاف الضرر مع عدم القائد ، ولا يخاف مع القائد) .

(الشرح) فى هذه القطعة مسائل (احداها) لا تجب الجمعة على المسافر ، هذامذهبنا لا خلاف فيه عندنا ، وحكاه ابن المنذر وغيره عن أكثر العلماء ، وقال الزهرى والنخعى : اذا سمع النداء لزمته ، قال أصحابنا : ويستحب له الجمعة للخروج من الخلاف ، ولأنها أكمل ، هذا اذا أمكنه . قال أصحابنا : ويستحب أيضا للخنثى والصبى ، واتفق أصحابنا على سقوط الجمعة عن المسافر ، ولو كان سفره قصيرا ، وقد سبق بيانه فى مواضع ، فان نوى اقامة أربعة أيام غير يومى الدخول والخروج لزمته بلا خلاف ، وفى انعقادها به خلاف ذكره المصنف بعد هذا ، وان نوى اقامة دون أربعة أيام فلا جمعة عليه هذا كله فى غير سفر المعصية ، أما سفر المعصية فلا تسقط الجمعة بلا خلاف ، وقد سبق بيانه فى صلاة المسافر وباب مسح الخف وغيرهما .

(الثانية) لا تجب على العبد ولا المكاتب وسواء المدبر وغيره ، هذا مذهبنا وبه قال جمهور العلماء ، قال ابن المنذر : أكثر العلماء على أن العبد والمدبر والمكاتب لا جمعة عليهم ، وهو قول عطاء والشعبى والحسن البصرى وعمر بن عبد العزيز ومالك وأهل المدينة ، والثورى وأهل الكوفة وأحمد واسحاق وأبى ثور . قال : قال بعض العلماء : تجب الجمعة على العبد ، فان منعه السيد فله التخلف ، وعن الحسن وقتادة والأوزاعى وجوبها على عبد يؤدى الضريبة وهو الخراج ، وقال داود : تجب عليه مطلقا ، وهى رواية عن أحمد ، دليلنا حديث طارق بن شهاب السابق ، وأما من بعضه حر وبعضه رقيق فلا جمعة عليه على الصحيح ، وبه قطع الجمهور ، وسواء كان بينه وبين سيده مهايأة أم لا ، وفيه وجه مشهور حكاه جماعة من الخراسانيين أنه ان كان بينه وبين سيده مهايأة وصادف يوم الجمعة حريته لزمته وهو

ضعيف ، لأن له حكم العبد فى معظم الأحكام ، ولا خلاف أنه لا تنعقد به الجمعة ، قال أصحابنا ويستحب للسيد أن يأذن له فيهاوحينئذ يستحب له حضورها ولا تجب •

(الثالثة) لا تجب الجمعة على المريض سواء فاتت الجمعة على أهل القرية بتخلفه لنقصان العدد أم لا ؟ لحديث طارق وغيره • قال البندنيجى : لو تكلف المريض المشقة وحضر كان أفضل ، قال أصحابنا : المرض المسقط للجمعة هو الذى يلحق صاحبه بقصد الجمعة مشقة ظاهرة غير محتملة •

قال المتولى : ويلتحق بالمريض فى هذا من به اسهال كثير ، قال : فان كان بحيث لا يضبط نفسه حرم عليه حضور الجماعة ، لأنه لا يؤمن تلويثه المسجد ، قال امام الحرمين : فهذا المرض المسقط للجمعة أخف من المرض المسقط للقيام فى الفريضة ، وهو معتبر بمشقة الوحل والمطر ونحوهما •

(الرابعة) الأعمى ان وجد قائدا متبرعا أو بأجرة المثل وهو واجدها لزمته الجمعة والا فلا تجب عليه ، هكذا أطلقه المصنف والجمهور ، وقال القاضى حسين والمتولى : تلزمه ان أحسن المشى بالعصا بلا قائد ، هذا تفصيل مذهبنا ، وممن قال بوجوب الجمعة على الأعمى الذى يجد قائدا مالك وأحمد وأبو يوسف ومحمد وداود وقال أبو حنيفة : لا تجب •

(فرع) قال أصحابنا : تجب الجمعة على الزمن ان وجد مركوبا ملكا ، أو باجارة أو اعارة ، ولم يشق عليه الركوب والا فلا تلزمه ، قالوا : والشيخ الهرم العاجز عن المشى له حكم الزمن •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا تجب على المقيم فى موضع لا يسمع النداء من البلد الذى تقام فيها الجمعة أو القرية التى تقام فيها الجمعة لما روى عبد الله بن عمرو أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الجمعة على من سمع النداء » والاعتبار فى سماع النداء ان يقف المؤذن فى طرف البلد والأصوات هادئة ، والريح ساكنة ، وهو مستمع، فاذا سمع لزمه وان لم يسمع لم يلزمه) •

(الشرح) هذا الحديث رواه أبو داود وغيره • قال أبو داود : وروى

موقوفا على ابن عمرو ، والذى رفعه ثقة • قال البيهقى وله شاهد ــ فذكر حديثا شاهدا له ــ وراوى الحديث الذى ذكره المصنف عبد الله بن عمرو بن العاص ، وانما نبهت عليه لئلا يصحف بابن عمر بن الخطاب ، وفى النــداء لغتان كسر النون وضمها والكسر أفصح وأشهر •

قال الشافعى والأصحاب : اذا كان فى البلد أربعون فصاعدا من أهــل الكمال وجبت الجمعة على كل من فيه وان اتسعت خطة البلد فراسخ ، وسواء سمع النداء أم لا ، وهذا مجمع عليه ، أماالمقيمون فى غير قرية ونحوها فان بلغوا أربعين من أهل الكمال لزمتهم الجمعة بلا خلاف ، فان فعلوها فى قريتهم فقد أحسنوا، وان دخلوا البلد وصلوها مع أهله سقط الفرض عنهم • قال الشافعى والأصحاب : وكانوا مسيئين بتعطيلهم الجمعة فى قريتهم ، هذا هو المذهب ، وفيه وجه ضعيف حكاه [1] والرافعى أنهم غير مسيئين ، لأن أبا حنيفة لا يجوز الجمعة فى قرية ففيما فعلوه خروج من الخــلاف ، وغلط الأصحاب قائله • أما اذا نقصوا عن أربعين من أهل الكمال فلهم حالان •

(أحدهما) أن لا يبلغهم النداء من قرية تقام فيها جمعــة فلا جمعــة عليهم ، حتى لو كانت قريتان أو قرى متقاربة يبلغ بعضها النداء من بعضها ، وكل واحدة ينقص أهلها عن أربعين لم تصح الجمعة باجتماعهم فى بعضها بلا خلاف ؛ لأنهم غير متوطنين فى محل الجمعة •

(الثانى) أن يبلغهم النداء من قرية أو بلدة تقام فيها الجمعة فيلزمهم الجمعة قال الشافعى والأصحاب : المعتبر نداء رجل عالى الصوت يقف على طرف البلد من الجانب الذى يلى تلك القرية ، ويؤذن والأصوات هادئة والرياح ساكنة ، فاذا سمع صوته من وقف فى طرف تلك القرية الذى يلى بلد الجمعة وقد أصــغى اليه ولم يكن فى سمعه خلل ولا جاوز سمعه فى الجودة عادة الناس وجبت الجمعة على كل من فى القرية والا فلا ، وفى وجه مشهور أن المعتبر أن يقف فى وسط البلد الذى فيه الجمعة • ووجه ثالث : المعتبر وقوفه فى نفس الموضع الذى يصلى فيه الجمعة ، واتفق الأصحاب على ضعف الوجهين •

---

(١) بياض بالأصل فحرر قلت : لعل السقط (الغزالى) (ط) •

قال امام الحرمين : هذا الوجه ساقط لأن البلد قد يتسع خطته بحيث اذا وقف المنادى فى وسط لا يسمعه الطرف ، فكيف يتعدى الى قرية . قال أصحابنا : ولا يعتبر وقوفه على موضع عال كمنارة أو سور ونحوهما ، وهكذا أطلقه الأصحاب . وقال القاضى أبو الطيب : قال أصحابنا ، لا يعتبر ذلك الا أن يكون البلد كطبرستان فانها بين غياض وأشجار تمنع الصوت ، فيعتبر فيها الارتفاع على شىء يعلو الغياض والأشجار ، ولو بلغ النداء من وقف فى طرف القرية دون من وقف فى وسطها لزم جميع أهل القرية الجمعة ، صرح به امام الحرمين والمتولى وغيرهما ، لأن القرية الواحدة لا يختلف حكمها قال الامام وغيره : ولو كان فيهم من جاوز العادة فى حدة السماع فلا تعويل على سماعه ، ولو كانت قرية على قلة جبل فسمع أهلها النداء لعلوها بحيث لو كانت على أرض مستوية لم يسمعوا ، أو كانت قرية فى واد ونحوه لا يسمع أهلها النداء لانخفاضها ، ولو كانت على أرض مستوية لسمعوا فوجهان (أصحهما) وبه قال القاضى أبو الطيب الاعتبار بتقدير الاستواء ، فلا تجب الجمعة على العالية ، وتجب على المنخفضة .

(والثانى) عكسه اعتبارا بنفس السماع ، وبه قال الشيخ أبو حامد والبندنيجى أما اذا سمع أهل القرية الناقصون عن أربعين النداء من بلدين فأيهما حضروه جاز والأولى حضور أكثرهما جماعة ، والله أعلم .

فرع فى مذاهب العلماء فيمن تجب عليه الجمعة اذا كان خارج البلد ونقص عددهم عن أربعين

قد ذكرنا أن مذهبنا وجوبها على من بلغه نداء البلد دون غيره ، وبه قال ابن عمرو بن العاص وسعيد بن المسيب وأحمد واسحاق ، قال ابن المنذر : وقال ابن عمر بن الخطاب وأنس وأبو هريرة ومعاوية والحسن ونافع مولى ابن عمر وعكرمة وعطاء والحكم والأوزاعى وأبو ثور : تجب على من يمكنه اذا فعلها أن يرجع الى أهله فيبيت فيهم ، وقال الزهرى : تجب على من بينه وبين البلد ستة أميال . وقال مالك والليث : ثلاثة أميال وقال محمد بن المنذر وربيعة أربعة أميال ، وهى رواية عن الزهرى ، وقال أبو حنيفة وسائر

أهل الرأى ، لا تجب على من هو خارج البلد سواء سمع النداء أم لا . وحكى الشيخ أبو حامد عن عطاء أنها تجب على من هو على عشرة أميال .

واحتج لأبى حنيفة بحديث عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال (لا جمعة ولا تشريق الا فى مصر) واحتج لابن عمر وموافقيه بحديث أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الجمعة على من آواه الليل الى أهله » دليلنا حديث ابن عمرو بن العاص المذكور فى الكتاب .

وأما حديث « لا جمعة ولا تشريق الا فى مصر » فجوابه من وجهين (أحدهما) أنه ضعيف جدا (والثانى) لو صح لكان معناه لا تصح الا فى مصر ، وأما حديث أبى هريرة فضعيف جدا ، وممن ضعفه الترمذى والبيهقى ، وفى اسناده رجل منكر الحديث وآخر مجهول ، قال الترمذى : ولا يصح فى هذا الباب عن النبى صلى الله عليه وسلم شىء .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا تجب على خائف على نفسه أو ماله لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من سمع النداء فلم يجبه فلا صلاة له الا من عذر ، قالوا : يا رسول الله وما العذر ؟ قال خوف أو مرض » ولا تجب على من فى طريقه الى المسجد مطر تبتل به ثيابه لأنه يتأذى بالقصد ، ولا تجب على من له مريض يخاف ضياعه لأن حق المسلم آكد من فرض الجمعة ، ولا تجب على من له قريب أو صهر أو ذو ود يخاف موته ، لما روى « أنه استصرخ على سعيد بن زيد وابن عمر يسعى الى الجمعة فترك الجمعة ومضى اليه » وذلك لما بينهما من القرابة فانه ابن عمه ولأنه يلحقه بفوات ذلك من الألم أكثر مما يلحقه من مرض أو أخذ مال) .

(الشرح) حديث ابن عباس صحيح رواه أبو داود ، وسبق بيانه فى باب صلاة الجماعة ، وحديث الاستصراخ على سعيد بن زيد رواه البخارى فى صحيحه فى الباب الثانى فى فضل من شهد بدرا . وقوله «فانه ابن عمه» يعنى مجازا فانه سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل ، وابن عمر هو عبد الله ابن عمر بن الخطاب بن نفيل . وقوله (استصرخ) هو من الصراخ وهو الصوت ، يقال صرخ يصرخ بضم الراء فى المضارع وقوله « ذو ود » هو بضم الواو ، أى صديق . وقوله (يخاف ضياعه) بفتح الضاد .

(**أما الأحكام**) فقال أصحابنا : كل عذر سقطت به الجماعة فى غير الجمعة سقطت به الجمعة الا الريح فى الليل لعدم تصوره ، وفى الوحل ثلاثة أوجه عند الخراسانيين (الصحيح) عنهم وبه قطع العراقيون وجماعات من الخراسانيين أنه عذر فى الجمعة والجماعة (والثانى) ليس بعذر فيهما (والثالث) هو عذر فى الجماعة دون الجمعة حكاه الرافعى عن حكاية أبى المكارم صاحب العدة ، قال : وبه أفتى أئمة طبرستان وهذا غريب ضعيف ، وقد ثبت فى الصحيحين عن ابن عباس أنه قال لمؤذنه فى يوم جمعة ، يوم ردغ ، أى طين وزلق : لا تقل حى على الصلاة ، قل : الصلاة فى الرحال ، وكأنهم أنكروا ذلك فقال : فعل هذا من هو خير منى ، يعنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الجمعة عزيمة ، وأنى كرهت أن أخرجكم تمشون فى الطين والدحض ، وفى رواية قال ذلك فى يوم مطر . وهذه الرواية لا تقدح فى الاحتجاج به لأنه ليس فيه أن المطر كان موجودا ، فلم يعلل سقوط الجمعة الا بالطين ، والله أعلم .

فهذا الذى ذكرته من الضابط هو الذى ذكره الأصحاب ، ويدخل فى هذا الصور التى ذكرها المصنف وغيرها مما سبق بيانه فى باب صلاة الجماعة ، ولو قال المصنف : عبارة الأصحاب لكان أحسن وأخصر وأعم . أما التمريض فقال : ان كان للمريض متعهد يقوم بمصالحه وحاجته نظر ان كان ذا قرابة زوجة أو مملوكا أو صهرا أو صديقا ونحوهم ــ فان كان مشرفا على الموت أو غير مشرف لكن يستأنس بهذا الشخص ــ حضره وسقطت عنه الجمعة بلا خلاف ، وان لم يكن مشرفا ولا يستأنس به لم تسقط عنه على المذهب ، وفيه وجه حكاه الشيخ أبو حامد فى تعليقه عن أبى على بن أبى هريرة وحكاه أيضا الرافعى أنها تسقط لأن القلب متعلق به ، ولا يتقاصر عن عذر المطر ، وان كان أجنبيا ليس له حق بوجه من الأمور السابقة لم تسقط الجمعة عن المتخلف عنده بلا خلاف ، هذا كله اذا كان له متعهد ، فان لم يكن متعهد قال امام الحرمين وغيره : ان خاف هلاكه ان غاب عنه فهو عذر يسقط الجمعة ، سواء كان قريبا أو أجنبيا ، قالوا : لأن انقاذ المسلم من الهلاك فرض كفاية . وان كان يلحقه بغيبته ضرر ظاهر لا يبلغ دفعه مبلغ فروض الكفاية ففيه ثلاثة أوجه (أصحها) أنه عذر أيضا (والثانى) لا (والثالث)

عذر فى القريب ونحوه دون الأجنبى ؛ ولو كان له متعهد لا يتفرغ لخدمته لاشتغاله بشراء الأدوية ونحوه فهو كمن لا متعهد له لفوات مقصود المتعهد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن لا جمعة عليه لا تجب عليه ، وان حضر الجامع الا المريض ومن فى طريقه مطر لانه انما لم تجب عليهما للمشقة وقد زالت بالحضور) .

(الشرح) هذا الذى قاله المصنف ناقص يرد عليه الأعمى الذى لا يجد قائدا وغيره ممن سنذكره ان شاء الله تعالى . قال أصحابنا : اذا حضر النساء والصبيان والعبيد والمسافرون الجامع فلهم الانصراف ويصلون الظهر ، وخرج ابن القاص وجها فى العبد أنه اذا حضر لزمته الجمعة ، قال امام الحرمين : هذا الوجه غلط باتفاق الأصحاب ، وأما الأعمى الذى لا يجد قائدا فاذا حضر لزمته ولا خلاف لزوال المشقة . وأما المريض فأطلق المصنف والأكثرون أنه لا يجوز له الانصراف ، بل اذا حضر لزمته الجمعة ، والأولى التفصيل فان حضر قبل دخول الوقت فله الانصراف مطلقا ، وان كان بعد دخول الوقت وقبل اقامة الصلاة ونيتها فان لم تلحقه زيادة مشقة بانتظارها لزمته ، وان لحقته لم تلزمه بل له الانصراف .

وهذا التفصيل حسن واستحسنه الرافعى فقال : لا يبعد حمل كلام الأصحاب عليه قال : وألحقوا بالمرض الأعذار الملحقة به ، وقالوا : اذا حضروا لزمتهم الجمعة ، قال : ولا يبعد أن يكونوا على التفصيل أيضا ان لم يزد ضرر المعذور بالصبر الى فراغ الجمعة لزمته ، وان زاد فله الانصراف ويصلى الظهر فى منزله ، هذاكله اذا لم يشرعوا فى صلاة الجمعة ؛ فان أحرم بها الذين لا تلزمهم ثم أرادوا قطعها قال فى البيان : لا يجوز ذلك للمريض والمسافر ، وفى جوازه للعبد والمرأة وجهان حكاهما الصيمرى ، ولم يصحح أحدهما . والصحيح أنه يحرم عليهما قطعها لأنها انعقدت عن فرضهما فتعين اتمامها . وقد سبق فى باب التيمم ومواقيت الصلاة وغيرهما أن من دخل فى الفريضة فى أول وقتها حرم عليه قطعها ، نص عليه الشافعى فى الأم واتفق عليه الأصحاب الا احتمالا لامام الحرمين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اتفق يوم عيد ويوم جمعة فحضر اهل السواد فصلوا العيد جاز أن ينصرفوا ويتركوا الجمعة ؛ لما روى عن عثمان رضى الله عنه أنه قال فى خطبته : « أيها الناس قد اجتمع عيدان فى يومكم فمن اراد من أهل العالية أن يصلى معنا الجمعة فليصل ومن أراد أن ينصرف فلينصرف » ولم ينكر عليه أحد ، ولأنهم اذا قعدوا فى البلد لم يتهياوا بالعيد ، فان خرجوا ثم رجعوا للجمعة كان عليهم فى ذلك مشقة والجمعة تسقط بالمشقة . ومن أصحابنا من قال : تجب عليهم الجمعة لأن من لزمته الجمعة فى غير يوم العيد وجبت عليه فى يوم العيد كأهل البلد ، والمنصوص فى الأم هو الأول) .

(**الشرح**) هذا الأثر عن عثمان رضى الله عنه رواه البخارى فى صحيحه، والعالية بالعين المهملة هى قرية بالمدينة من جهة الشرق ؛ وأهل السواد هم أهل القرى ، والمراد هنا أهل القرى الذين يبلغهم النداء ويلزمهم حضور الجمعة فى البلد فى غير العيد ؛ وينكر على المصنف قوله (روى عن عثمان) بصيغة التمريض مع أنه حديث صحيح وقد سبق التنبيه على نظائره . وقوله (يتهيأ) مهموز .

(**أما الأحكام**) فقال الشافعى والأصحاب : اذا اتفق يوم جمعة يوم عيد وحضر أهل القرى الذين تلزمهم الجمعة لبلوغ نداء البلد فصلوا العيد لم تسقط الجمعة بلا خلاف عن أهل البلد ، وفى أهل القرى وجهان الصحيح المنصوص للشافعى فى الأم والقديم أنها تسقط (والثانى) لا تسقط ، ودليلها فى الكتاب ، وأجاب هذا الثانى عن قول عثمان ونص الشافعى فحملهما على من لا يبلغه النداء .

(فان قيل) هذا التأويل باطل لأن من لا يبلغه النداء لا جمعة عليه فى غير يوم العيد ففيه أولى فلا فائدة فى هذا القول له . (فالجواب) أن هؤلاء اذا حضروا البلد يوم الجمعة غير يوم العيد يكره لهم الخروج قبل أن يصلوا الجمعة ، صرح بهذا كله المحاملى والشيخ أبو حامد فى التجريد وغيرهما من الأصحاب ، قالوا : فاذا كان يوم عيد زالت تلك الكراهة فبين عثمان والشافعى زوالها ، والمذهب ما سبق ، وهو سقوطها عن أهل القرى الذين يبلغهم النداء .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى ذلك

قد ذكرنا أن مذهبنا وجوب الجمعة على أهل البلد وسقوطها عن أهل القرى وبه قال عثمان بن عفان وعمر بن عبد العزيز وجمهور العلماء ، وقال عطاء بن أبى رباح : اذا صلوا العيد لم تجب بعده فى هذا اليوم صلاة الجمعة ، ولا الظهر ، ولا غيرهما الا العصر لا على أهل القرى ولا أهل البلد . قال ابن المنذر : وروينا نحوه عن على بن أبى طالب وابن الزبير رضى الله عنهم وقال أحمد : تسقط الجمعة عن أهل القرى وأهل البلد ولكن يجب الظهر ، وقال أبو حنيفة : لا تسقط الجمعة عن أهل البلد ولا أهل القرى .

واحتج الذين أسقطوا الجمعة عن الجميع بحديث زيد بن أرقم وقال : « شهدت مع النبى صلى الله عليه وسلم عيدين اجتمعا فصلى العيد ثم رخص فى الجمعة وقال : من شاء أن يصلى فليصل » رواه أبو داود والنسائى وابن ماجه باسناد جيد ، ولم يضعفه أبو داود ؛ وعن أبى هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « قد اجتمع فى يومكم هذا عيدان فمن شاء أخر أمر الجمعة وانا مجتمعون » رواه أبو داود وابن ماجه باسناد ضعيف ؛ واحتج لأبى حنيفة بأن الأصل الوجوب .

واحتج عطاء بما رواه هو قال : « اجتمع يوم جمعة ويوم عيد على عهد ابن الزبير فقال : عيدان اجتمعا فجمعهما جميعا فصلاهما ركعتين بكرة لم يزد عليهما حتى صلى العصر » رواه أبو داود باسناد صحيح على شرط مسلم ، وعن عطاء قال « صلى ابن الزبير فى يوم عيد يوم جمعة أول النهار ثم رحنا الى الجمعة فلم يخرج الينا فصلينا وحدانا وكان ابن عباس بالطائف فلما قدم ذكرنا ذلك له فقال : أصاب السنة » رواه أبو داود باسناد حسن أو صحيح على شرط مسلم واحتج أصحابنا بحديث عثمان وتأولوا الباقى على أهل القرى لكن قول ابن عباس من السنة [1] مرفوع وتأويله أضعف .

---

(١) القاعدة أن الصحابى اذا وصف فعلا بانه من السنة فقد رفع هذا الفعل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى هذا كان فعل ابن الزبير موقوفا عليه أو عملا اجتهاديا حتى جاء ابن عباس وقرر انه من السنة (ط) .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن لا جمعة عليه مخير بين الظهر والجمعة ، فان صلى الجمعة أجزاه عن الظهر ، لأن الجمعة انما سقطت عنه لعذر ، فاذا حمل على نفسه وفعل أجزاه ، كالمريض اذا حمل على نفسه فصلى من قيام ، وان أراد ان يصلى الظهر جاز لأنه فرضه غير ان المستحب أن لا يصلى حتى يعلم ان الجمعة قد فاتت ، لأنه ربما زال العذر فيصلى الجمعة ، فان صلى فى أول الوقت ثم زال عذره والوقت باق لم تجب عليه الجمعة . وقال ابن الحداد (١) اذا صلى الصبى الظهر ثم بلغ والوقت باق لزمه الجمعة ، وان صلى غيره من المعذورين لم تلزمه الجمعة ، لأن ما صلى الصبى ليس بفرض وما صلى غيره فرض ، والمذهب الأول ، لأن الشافعى نص على أن الصبى اذا صلى فى غير يوم الجمعة الظهر ، ثم بلغ والوقت باق لم تجب عليه اعادة الظهر ، فكذلك الجمعة فان صلى المعذور الظهر ثم صلى الجمعة سقط الفرض بالظهر وكانت الجمعة نافلة . وحكى أبو اسحاق المروزى انه قال فى القديم : يحتسب الله له بأيتهما شاء ، والصحيح هو الأول ، وان اخر المعذور الصلاة حتى فاتت الجمعة صلى الظهر فى الجماعة ، قال الشافعى : وأحب اخفاء الجماعة لئلا يتهموا فى الدين ، قال أصحابنا : فان كان عذرهم ظاهرا لم يكره اظهار الجماعة لأنهم لا يتهمون مع ظهور العذر) .

(**الشرح**) قال أصحابنا : المعذور فى ترك الجمعة ضربان (أحدهما) من يتوقع زوال عذره ووجوب الجمعة عليه كالعبد والمريض والمسافر ونحوهم ، فلهم أن يصلوا الظهر قبل الجمعة ، لكن الأفضل تأخيرها الى اليأس من الجمعة لاحتمال تمكنه منها ويحصل اليأس برفع الامام رأسه من ركوع الثانية ، هذا هو الصحيح المشهور ، وحكى امام الحرمين وغيره وجها أنه يراعى تصور الادراك فى حق كل واحد ، فاذا كان منزله بعيدا فانتهى الوقت الذى بحيث لو ذهب لم يدرك الجمعة حصل الفوات فى حقه .

(الضرب الثانى) من لا يرجو زوال عذره كالمرأة والزمن ففيه وجهان (أصحهما) وبه قطع الماوردى والدارمى والخراسانيون ــ وهو ظاهر تعليل المصنف ــ أنه يستحب لهم تعجيل الظهر فى أول الوقت ، محافظة على فضيلة أول الوقت (والثانى) يستحب تأخيرها حتى تفوت الجمعة كالضرب الأول ، لأنهم قد ينشطون للجمعة ، ولأن الجمعة صلاة الكاملين فاستحب كونها المتقدمة ، ولو قيل بالتفصيل لكان حسنا وهو أنه ان كان هذا

---

(١) يعنى (ابا بكر بن الحداد المصرى) (ط) .

الشخص جازما بأنه لا يحضر الجمعة ـ وان تمكن استحب تقديم الظهر وأن لو تمكن أو نشط حضرها ـ استحب التأخير والله أعلم •

قال الشافعي والأصحاب : ويستحب للمعذورين الجماعة فى ظهرهم وحكى [1] والرافعى أنه لا يستحب لهم الجماعة لأن الجماعة المشروعة هذا الوقت الجمعة ، وبهذا قال الحسن بن صالح وأبو حنيفة والثورى ، والمذهب الأول كما لو كانوا فى غير البلد ، فان الجماعة تستحب فى ظهرهم بالاجماع فعلى هذا قال الشافعى : أستحب لهم اخفاء الجماعةلئلا يتهموا فى الدين وينسبون الى ترك الجمعة تهاونا قال جمهور الأصحاب : هذا اذا كان عذرهم خفيا • فان كان ظاهرا لم يستحب الاخفاء لأنهم لا يتهمون حينئذ ، ومنهم من قال : يستحب الاخفاء مطلقا عملا بظاهرنصه لأنه قد لا يفطن للعذر الظاهر ، وقد يتهم صاحبه مع العلم بعذره لاقتصاره على الظهر مع أنه مندوب الى الجمعة ، وممن حكى هذا الوجه الرافعى واذا كان العذر خفيا فعبارة الشافعى : أحب اخفاء الجماعة كما حكاه المصنف ، وكذا اقتصر عليها كثيرون ، وقال المتولى : يكره اخفاء الجماعة وفى كلام المصنف اشارة اليه بقوله : ان كان عذرهم ظاهرا لم يكره اظهار الجماعة •

قال أصحابنا : واذا صلى المعذور الظهر ثم زال عذره وتمكن من الجمعة أجزأته ظهره ، ولا تلزمه الجمعة بالاتفاق الا الصبى على قول ابن الحداد وهو ضعيف باتفاق الأصحاب كما ضعفه المصنف ، ولا الخنثى المشكل اذا زال اشكاله فيلزمه بلا خلاف لأنا تبينا أنها كانت واجبة عليه ، وهو الآن متمكن ، وهذا يرد على المصنف ، ويجاب عنه بأنه أراد أصحاب الأعذار الذين ذكرهم هو ، ولم يذكر الخنثى ، أمااذا زال العذر فى أثناء الظهر ففيه طريقان : قال القفال وامام الحرمين : هو كرؤية الماء فى أثناء صلاة المسافر بالتيمم ، وهذا يقتضى خلافا فى بطلان ظهره كالخلاف هناك ، ويقتضى خلافا فى استحباب قطعها والبقاء فيها • وذكر الشيخ أبو محمد فى بطلان هذه الظهر وجهين ، والمذهب أنها لا تبطل لاتصالها بالمقصود ، وقياسا على المكفر بالصوم اذا وجد الرقبة فى أثنائه أو وجد المتمتع الهدى فى أثناء

---

(1) بياض بالأصل فحرر (ش) قلت : لعل السقط (الغزالى) (ط) •

الصوم ، أو تمكن من تزوج أمة من نكاح حرة ونظائره ، وهذا الخلاف تفريع على ابطال ظهر غير المعذور اذا قدمها على الجمعة ، أما اذا لم تبطل تلك فهذه أولى .

قال أصحابنا : ويستحب للمعذور حضور الجمعة وان صلى الظهر لأنها أكمل ، فلو صلى الظهر ثم صلى الجمعة فقولان حكاهما المصنف والأصحاب (الصحيح) المشهور الجديد : أن فرضه الظهر ، وتقع الجمعة نافلة له ، كما تقع للصبى نافلة (والثانى) وهو القديم يحتسب الله تعالى بأيتهما شاء ، وتظهر فائدة الخلاف فى أنه يجمع بينهما بتيمم واحد أم لا ؟ وقد سبق نحوه فى باب التيمم ، ودليل هـذه المسائل يفهم ممـا ذكره المصنف مع ما أشرت اليه .

(فـرع) ذكرنا أن المعذورين كالعبد والمرأة والمسافر وغيرهم فرضهم الظهر ، فان صلوها صحت ، وان تركوا الظهـر وصلوا الجمعـة أجزأتهم بالاجماع ، نقل الاجماع فيه ابن المنذر وامام الحرمين وغيرهما (فان قيل) اذا كان فرضهم الظهر أربعا فكيف سقط الفرض عنهم بركعتى الجمعة (فجوابه) أن الجمعة وان كانت ركعتين فهى أكمل من الظهر بلا شك ، ولهذا وجبت على أهل الكمال . وانما سقطت عن المعذور تخفيفا فاذا تكلفها فقد أحسن فأجزأه كما ذكره المصنف فى المريض اذا تكلف القيام ، والمتوضىء اذا ترك مسح الخف فغسل رجليه وشبهه ، وهذا كله بعد ثبوت الاجماع .

(فـرع) اذا أرادت المرأة حضور الجمعة فهو كحضـورها لسائر الصلوات ، وقد ذكره المصنف فى أول باب صلاة الجماعة ، وشرحناه هناك ، وحاصله أنها ان كانت شابة أو عجوزا تشتهى كره حضورها والا فلا ، هكذا صرح به هنا المتولى وغيره .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما من تجب عليه الجمعة فلا يجوز ان يصلى الظهر قبل فوات الجمعة فانه مخاطب بالسعى الى الجمعة ، فان صلى الظهر قبل صلاة الامام ففيـه قولان ، قال فى القـديم : يجزئه لأن الفرض هو الظهر ، لأنه لو كان الفرض الجمعة لوجب قضاؤها كسائر الصلوات ، وقال فى الجديد : لا تجزئه ، ويلزمه اعادتها ، وهو الصحيح ، لأن الفرض هو الجمعـة ، ولو كان الفرض الظهر ،

والجمعة بدلا عنه لما أثم بترك الجمعة الى الظهر ، كما لا يأثم بترك الصوم الى العتق فى الكفارة ، وقال أبو اسحاق : ان اتفق اهل بلد على فعل الظهر اثموا بترك الجمعة الا انه يجزيهم لأن كل واحد منهم لا تنعقد به الجمعة ، والصحيح انه لا يجزئهم [على قوله الجديد (١)] لأنهم صلوا الظهر : وفرض الجمعة متوجه عليهم) .

(الشرح) قال أصحابنا : من لزمته الجمعة لا يجوز أن يصلى الظهر قبل فوات الجمعة بلا خلاف ، لأنه مخاطب بالجمعة ، فان صلى الظهر قبل فوات الجمعة فقولان مشهوران (الجديد) بطلانها (والقديم) صحتها ، وذكر المصنف دليلهما واتفق الأصحاب على أن الصحيح بطلانها ، قال الأصحاب : هما مبنيان على أن الفرض الأصلى يوم الجمعة ماذا ؟ فالجديد يقول : الجمعة ، والقديم : الظهر ، والجمعة بدل ، وهذاباطل اذ لو كانت بدلا لجاز الاعراض عنها والاقتصار على الأصل ، واتفقوا أنه لا يجوز ترك الجمعة ، وانما القولان فى أنه اذا عصى بفعل الظهر هل يحكم بصحتها ؟

قال أبو اسحاق المروزى : القولان فيما اذا ترك آحاد أهل البلد الجمعة وصلوا الظهر ، أما اذا تركها جميع أهل البلد وصلوا الظهر فيأثمون ويصح ظهرهم على القولين ، وقال جمهور الأصحاب : لا فرق بين ترك الجميع والآحاد ، ففى الجديد لا يصح ظهرهم فى الحالين ، لأنهم صلوها ، وفرض الجمعة متوجه عليهم ، وهذا هو الصحيح عند جميع المصنفين كما صححه المصنف . فان قلنا بالجديد فى أصل المسألة ففرض الجمعة باق ويجب عليه حضورها فان حضرها وصلاها فذاك ، وان فاتته لزمه قضاء الظهر ، وهل تكون صلاته الأولى باطلة ؟ أم يتبين وقوعها نفلا ؟ فيه القولان السابقان فى نظائرها ، كمن صلى الظهر قبل الزوال فقد سبقت جملة من نظائرها فى أول باب صفة الصلاة . (وان قلنا) بالقديم فهل يسقط عنه الخطاب بالجمعة؟ فيه طريقان .

(أحدهما) وبه قطع امام الحرمين والغزالى فيه قولان .

(والثانى) وهو الصحيح ، وبه قطع الأكثرون : لا يسقط بل يبقى الخطاب بوجوب الجمعة مادامت ممكنة ، وانما معنى صحة الظهر الاعتداد

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط فى ش و ق (ط) .

بها حتى لو فاتت الجمعة أجزأته الظهر ، وسواء قلنا : يسقط أم لا . فاذا صلى الجمعة ففى الفرض منهما طريقان (أحدهما) الفرض احداهما مبهمة ، ويحتسب الله تعالى بماشاء (وأصحهما) وأشهرهما فيه أربعة أقوال (أصحها) الفرض الظهر (والثانى) الجمعة (والثالث) كلاهما ، وهو قوى (والرابع) احداهما مبهمة ، هذا كله اذا صلى الظهر قبل رفع الامام رأسه من ركوع الثانية فلو صلاها بعد رفع رأسه من ركوع الثانية وقبل سلامه فطريقان حكاهما صاحبا الشامل والمستظهرى (أحدهما) صحتها قطعا ، لأن الجمعة فاتت (وأصحهما) طرد القولين الجديد والقديم ، قالا : وهو ظاهر نص الشافعى لأنها لا يتحقق فواتها الا بسلام الامام لاحتمال عارض بعدها ، فيجب استئنافها ، ولو أتفق أهل البلد على ترك الجمعة وصلوا الظهر فالفوات فى حقهم انما يتحقق بخروج الوقت أو ضيقه ، بحيث لا يسع ركعتين والله أعلم .

(فرع) فى مذاهب العلماء فيمن لزمته الجمعة فصلى الظهر قبل فواتها

ذكرنا أن الصحيح عندنا أنه لا تصح صلاته ، وبه قال الثورى ومالك وزفر وأحمد واسحاق وداود . وقال أبو حنيفة وصاحباه وأبو ثور : يجزئه الظهر ، لكن قال أبو حنيفة : تبطل الظهر بالسعى الى الجمعة ، وقال صاحباه : لا تبطل الا بالاحرام بالجمعة ، وقال [1] على : انه يلزمه السعى الى الجمعة ما لم تفت .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن لزمته الجمعة وهو يريد السفر ـ فان كان يخاف فوت السفر ـ جاز له ترك الجمعة ، لانه ينقطع عن الصحبة فيتضرر ، وان لم يخف الفوت لم يجز ان يسافر بعد الزوال ، لان الفرض قد توجه عليه فلا يجوز تفويته بالسفر ، وهل يجوز قبل الزوال ؟ فيه قولان (احدهما) يجوز لانه لم تجب [عليه] فلا يحرم التفويت كبيع المال قبل الحول (والثانى) لا يجوز وهو الاصح ، لانه وقت لوجوب التسبب بدليل ان من كان داره على بعد لزمه القصد قبل الزوال ووجوب التسبب كوجوب الفعل ؛ فاذا لم يجز السفر بعد وجوب الفعل لم يجز بعد وجوب التسبب) .

---

(١) كذا بالاصول ولعله يريد على بن حزم ابا محمد الامام الظاهرى المعروف وكان ذكره باسمه مجرداً من كنيته معروفا للشارح ومن فى طبقته والله اعلم (ط) .

(الشرح) قال أصحابنا : الأعذار المبيحة لترك الجمعة تبيح تركها سواء كانت قبل زوال الشمس أو حدثت بعده ، الا السفر ففيه صور

(احداها) اذا سافر قبل الفجر جاز بلا خلاف بكل حال .

(الثانية) أن يسافر بعد الزوال ، فان كان يصلى الجمعة فى طريقه بأن يكون فى طريقه موضع يصلى فيه الجمعة ، ويعلم أنه يدركها فيه جاز له السفر ، وعليه أن يصليها فيه ، وهذا لا خلاف فيه ، وقد أهمله المصنف مع أنه ذكره فى التنبيه وذكره الأصحاب ، وان لم يكن فى طريقه موضع يصلى فيه الجمعة ــ فان كان عليه ضرر فى تأخير السفر بأن تكون الرفقة الذين يجوز لهم السفر خارجين فى الحال ، ويتضرر بالتخلف عنهم ــ جاز السفر لما ذكره المصنف هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور ، ونقل الرافعى أن الشيخ أبا حاتم القزوينى حكى فيه وجهين ، والصواب الجزم بالجواز .

(الثالثة) أن يسافر بين الزوال وطلوع الفجر ، فحيث جوزناه بعد الزوال فهنا أولى ، والا فقولان مشهوران ذكر المصنف دليلهما (أصحهما) عند المصنف والأصحاب لا يجوز : وهو نصه فى أكثر كتبه الجديدة (والثانى) يجوز ، نص عليه فى القديم وحرملة واختلفوا فى محلهما ، واتفقوا على جريانها فى السفر المباح الذى طرفاه كالتجارة ، فأما الطاعة واجبة كانت أم مستحبة فقطع العراقيون بجريان القولين فى سفرها ، وقطع القاضى حسين والبغوى وغيرهما من الخراسانيين بجوازه وخصوا القولين بالمباح ، وقال المتولى : فى الطاعة طريقان (المذهب) الجواز (والثانى) قولان ، وحيث حرمنا السفر فسافر لا يجوز له الترخص ما لم تفت الجمعة ثم حيث بلغ وقت فواتها يكون ابتداء سفره ، ذكره القاضى حسين والبغوى .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى السفر يوم الجمعة وليلتها

أما ليلتها قبل طلوع الفجر فيجوز عندنا وعند العلماء كافة الا ماحكاه العبدرى عن ابراهيم النخعى أنه قال : لا يسافر بعد دخول العشاء من يوم الخميس حتى يصلى الجمعة وهذا مذهب باطل لا أصل له ، وأما السفر يوم الجمعة بعد الزوال اذا لم يخف فوت الرفقة ولم يصل الجمعة فى طريقه فلا يجوز عندنا ، وبه قال مالك وأحمد وداود ، وحكاه ابن المنذر عن ابن عمر

وعائشة وابن المسيب ومجاهد . وقال أبو حنيفة : يجوز ، وأما السفر بين الفجر والزوال فقد ذكرنا أن الأصح عندنا تحريمه ، وبه قال ابن عمر وعائشة والنخعى ، وجوزه عمر بن الخطاب والزبير بن العوام وأبو عبيدة والحسن وابن سيرين ومالك وابن المنذر . واحتج لهم بحديث ابن رواحه رضي الله عنه ، وهو حديث ضعيف جدا ؛ وليس فى المسألة حديث صحيح .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وأما البيع [فينظر (١) فيه] فان كان قبل الزوال لم يكره ، وان كان بعده وقبل ظهور الامام كره ، فان ظهر الامام وأذن المؤذن حرم لقوله تعالى (اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع (٢)) فان تبايع رجلان أحدهما من أهل فرض الجمعة والآخر ليس من أهل فرضها أثما جميعا ، لأن أحدهما توجه عليه الفرض فاشتغل عنه ، والآخر شغله عنه ، ولا يبطل البيع لأن النهى لا يختص بالعقد ، فلم يمنع صحته كالصلاة فى أرض مغصوبة) .

(الشرح) فيه مسائل (احداها) قال الشافعى فى الأم والأصحاب : اذا تبايع رجلان ليسا من أهل فرض الجمعة لم يحرم بحال ولم يكره (الثانية) اذا تبايع رجلان من أهل فرضها أو أحدهما من أهل فرضها ــ فان كان قبل الزوال ــ لم يكره ، وان كان بعده وقبل ظهور الامام ، أو قبل جلوسه على المنبر وقبل شروع المؤذن فى الأذان بين يدى الخطيب ، كره كراهة تنزيه ، وان كان بعد جلوسه على المنبر وشروع المؤذن فى الأذان حرم البيع على المتبايعين جميعا ، سواء كانا من أهل الفرض أو أحدهما ، ولا يبطل البيع ، ودليل الجميع فى الكتاب ، وقال البندنيجى وصاحب العدة : اذا كان أحدهما من أهل الفرض دون الآخر حرم على صاحب الفرض وكره للآخر ، ولا يحرم ، وهذا شاذ باطل ، والصواب الجزم بالتحريم عليهما ، نص عليه الشافعى فى الأم ، واتفق الأصحاب عليه ، ودليله فى الكتاب .

قال أصحابنا : ويحصل التحريم بمجرد شروع المؤذن فى الأذان لظاهر الآية الكريمة ، فان أذن قبل جلوسه على المنبر كره البيع ولم يحرم ، نص

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من ش و ف (ط) .
(٢) الآية ٩ من سورة الجمعة .

عليه الشافعى واتفق عليه الأصحاب ، ونقله ابن الصباغ عن النص ، وصرح به أيضا المتولى وآخرون ، وحيث حرمنا البيع فهو فى حق من جلس له فى غير المسجد • أما اذا سمع النداء فقام فى الحال قاصدا الجمعة ، فتبايع فى طريقه وهو يمشى ولم يقف ، أو قعد فى الجامع فباع فلا يحرم لكنه يكره ، صرح به المتولى وغيره وهو ظاهر لأن المقصود أن لا يتأخر عن السعى الى الجمعة •

(الثالثة) حيث حرمنا البيع حرمت عليه العقود والصنايع وكل ما فيه تشاغل عن السعى الى الجمعة ، وهذا متفق عليه ، وممن صرح به الشيخ فى تهذيبه ولا يزال التحريم حتى يفرغوا من الجمعة •

(فرع) فى مذاهب العلماء اذا تبايعا بيعا محرما بعد النداء

مذهبنا صحته ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه • وقال أحمد وداود فى رواية عنه : **لا يصح** •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا تصح الجمعة الا فى أبنية [مجتمعة] يستوطنها من تنعقد بهم الجمعة، من بلد أو قرية ، لأنه لم تقم الجمعة فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا فى أيام الخلفاء الا فى بلد أو قرية ، ولم ينقل أنها اقيمت فى بدو ، فان خرج اهل البلد الى خارج البلد فصلوا الجمعة لم يجز لأنه ليس بوطن فلم تصح فيه الجمعة كالبدو وان انهدم البلد فاقام اهله على عمارته فحضرت الجمعة لزمهم اقامتها لأنهم فى موضع الاستيطان) •

(الشرح) قال أصحابنا : يشترط لصحة الجمعة أن تقام فى أبنية مجتمعة يستوطنها شتاء أو صيفا من تنعقد بهم الجمعة ، قال الشافعى والأصحاب : سواء كان البناء من أحجار أو أخشاب أو طين أو قصب أو سعف أو غيرها ، وسواء فيه البلاد الكبار ذوات الأسواق والقرى الصغار ، والأسراب المتخذة وطنا ، فان كانت الأبنية متفرقة لم تصح الجمعة فيها بلا خلاف ، لأنها لا تعد قرية ، ويرجع فى الاجتماع والتفرق الى العرف ، وقد أهمل المصنف اشتراط كونها مجتمعة مع أنه ذكره فى التنبيه واتفقوا عليه •

وأما أهل الخيام فان كانوا ينتقلون من موضعهم شتاء أو صيفا لم

تصح الجمعة فيها بلا خلاف ، وان كانوا دائمين فيها شتاء وصيفا وهى مجتمعة بعضها الى بعض فقولان ، حكاهما القاضى أبو الطيب فى تعليقه ، وابن الصباغ والمتولى وصاحب العدة والشاشى وآخرون (أصحهما) باتفاق الأصحاب لا تجب عليهم الجمعة ولا تصح منهم ، وبه قطع الأكثرون ، وبه قال مالك وأبو حنيفة (والثانى) تجب عليهم وتصح منهم ، نص عليه فى البويطى والله أعلم .

قال أصحابنا : ولا يشترط اقامتها فى مسجد ، ولكن تجوز فى ساحة مكشوفة بشرط أن تكون داخلة فى القرية أو البلدة معدودة من خطتها ، فلو صلوها خارج البلد لم تصح بلا خلاف ، سواء كان بقرب البلد أو بعيدا منه ، وسواء صلوها فى كن أم ساحة ودليله أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « صلوا كما رأيتمونى أصلى » ولم يصل هكذا ، ولو انهدمت أبنية القرية أو البلدة فأقام أهلها على عمارتها لزمتهم الجمعة فيها سواء كانوا فى سقائف ومظال أم لا ، لأنه محل الاستيطان نص عليه الشافعى واتفق عليه الأصحاب ، قال القاضى أبو الطيب : ولا يتصور انعقاد الجمعة عند الشافعى فى غير بناء الا فى هذه المسألة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا تصح الجمعة الا باربعين نفسا ، لما روى جابر رضى الله عنه قال « مضت السنة أن فى كل ثلاثة اماما ، وفى كل اربعين فما فوق ذلك جمعة واضحى وفطرا » ومن شرط العدد ان يكونوا رجالا احرارا [عقلاء] مقيمين فى الموضع ، فاما النساء والعبيد والمسافرون فلا تنعقد بهم الجمعة ، لأنه لا تجب عليهم الجمعة ، فلا تنعقد بهم كالصبيان ، وهل تنعقد بمقيمين غير مستوطنين ؟ فيه وجهان ، قال أبو على ابن أبى هريرة : تنعقد بهم لأنه تلزمهم الجمعة فانعقدت بهم كالمستوطنين ، وقال أبو اسحاق : لا تنعقد لأن النبى صلى الله عليه وسلم « خرج الى عرفات ومعه أهل مكة ، وهم فى ذلك الموضع مقيمون غير مستوطنين » فلو انعقدت بهم الجمعة لأقامها) .

(الشرح) حديث جابر ضعيف رواه البيهقى وغيره باسناد ضعيف وضعفوه ، قال البيهقى : هو حديث لا يحتج بمثله وقول المصنف (أن يكونوا رجالا) يعنى بالغين عقلاء . واحتجاجه بأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يصل الجمعة بعرفات لا يصح لأنها ليست محل استيطان ، بل هو

قضاء لا ينافيه ، ولأن الحاضرين هناك كلهم ليسوا مقيمين هناك ، والجمعة تسقط بالسفر القصير بالاتفاق ، وانما التعليل الصحيح أنه ليس مستوطنا ، والاستيطان شرط هكذا نقل القاضى أبو الطيب أن أبا اسحق صاحب هذا الوجه علله بهذا •

اما حكم الفصل) فلا تصح الجمعة الا بأربعين رجلا بالغين عقلاء أحرارا مستوطنين القرية أو البلدة التى يصلى فيها الجمعة لا يظعنون عنها شتاء ولا صيفا الا سفر حاجة ، فان انتقلوا عنه شتاء وسكنوه صيفا أو عكسه فليسوا مستوطنين ولا تنعقد بهم بالاتفاق وهذا الذى ذكرناه من اشتراط أربعين هو المعروف من مذهب الشافعى والمنصوص فى كتبه وقطع به جمهور الأصحاب ، ومعناه أربعون بالامام فيكونون تسعة وثلاثين مأموما •

ونقل ابن القاص فى التلخيص قولا للشافعى قديما أنها تنعقد بثلاثة : امام ومأمومين هكذا حكاه عن الأصحاب ، والذى هو موجود فى التلخيص ثلاثة مع الامام ، ثم ان هذا القول الذى حكاه غريب أنكره جمهور الأصحاب وغلطوه فيه • قال القفال فى شرح التلخيص : هذا القول غلط لم يذكره الشافعى قط ولا أعرفه ، وانما هو مذهب أبى حنيفة • وقال الشيخ أبو على السنجى فى شرح التلخيص : أنكر عامة أصحابنا هذا القول وقالوا : لا يعرف هذا للشافعى • قال : ومنهم من سلم نقله ، وحكى أصحابنا الخراسانيون وجها ضعيفا أنه يشترط أن يكون الامام زائدا على الأربعين ، حكاه جماعة من العراقيين أيضا ، منهم صاحب الحاوى والدارمى والشاشى• قال صاحب الحاوى : هو قول أبى على ابن أبى هريرة حكاه الرويانى قولا قديما • وأما قول المصنف (هل تنعقد بمقيمين غير مستوطنين ؟) فيه وجهان مشهوران أصحهما لا تنعقد ، اتفقوا على تصحيحه ، ممن صححه المحاملى وامام الحرمين والبغوى والمتولى وآخرون ، وسيأتى ان شاء الله تعالى فى الفرع الآتى بيان محل الوجهين •

(فرع) قال أصحابنا : الناس فى الجمعة ستة أقسام (أحدها) من تلزمه وتنعقد به ، وهو الذكر الحر البالغ العاقل المستوطن الذى لا عذر له (الثانى) من تنعقد به ولا تلزمه ، وهو المريض والممرض ، ومن فى طريقه

مطر ونحوهم من المعذورين • ولنا قول شاذ ضعيف جدا أنها لا تنعقد بالمريض حكاه الرافعي (الثالث) من لا تلزمه ولا تنعقد به ولا تصح منه ، وهو المجنون والمغمى عليه • (الرابع) من تلزمه ولا تنعقد به وتصح منه وهو المميز والعبد والمسافر والمرأة والخنثى • (الخامس) من تلزمه ولا تصح منه وهو المرتد• (السادس) من تلزمه وتصح منه ، وفى انعقادها به خلاف ، وهو المقيم غير المستوطن ففيه الوجهان المذكوران فى الكتاب (أصحهما) لا تنعقد به •

ثم أطلق جماعة الوجهين فى كل مقيم لا يترخص ، وصرح جماعة بأن الوجهين جاريان فى المسافر الذى نوى اقامة أربعة أيام ، وهو ظاهر كلام المصنف وغيره ، قال الرافعي : هما جاريان فيمن نوى اقامة يخرج بها عن كونه مسافرا قصيرة كانت أو طويلة وشذ البغوى فقال : الوجهان فيمن طال مقامه وفى عزمه الرجوع الى وطنه كالمتفقه [1] والتاجر ، قال : فان نوى اقامة أربعة أيام يعنى ونحوها من الاقامة القليلة لم تنعقد به وجها واحدا ، والمشهور طرد الخلاف فى الجميع ، وأما أهل الخيام والقرى الذين يبلغهم نداء البلد وينقصون عن أربعين فقطع البغوى بأنها لا تنعقد بهم ، لأنهم ليسوا مقيمين فى بلد الجمعة بخلاف المقيم بنية الرجوع الى وطنه ، وطرد المتولى فيهم الوجهين والأول أظهر •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى العدد الذى يشترط لانعقاد الجمعة

قد ذكرنا أن مذهبنا اشتراط أربعين ، وبه قال عبيد الله بن عبد الله بن عتبة ، وأحمد واسحق ، وهو رواية عن عمر بن عبد العزيز وعنه رواية باشتراط خمسين ، وقال ربيعة تنعقد باثنى عشر ، وقال أبو حنيفة والثورى والليث ومحمد : تنعقد بأربعة أحدهم الامام ــ وحكاه ابن المنذر عن الأوزاعى وأبى ثور واختاره • وحكى غيره عن الأوزاعى وأبى يوسف انعقادها بثلاثة أحدهم الامام • وقال الحسن بن صالح وداود تنعقد باثنين أحدهما الامام ، وهو معنى ماحكاه ابن المنذر عن مكحول ، وقال مالك : لا يشترط عدد معين ، بل يشترط جماعة تسكن بهم قرية ، ويقع بينهم البيع

---

(1) يريد بالمتفقة طالب الفقه أو طالب العلم المسافر فى سبيله (ط) •

والشراء ، ولا يحصل بثلاثة وأربعه ونحوهم ، وحكى الدارمى عن القاشانى أنها تنعقد بواحد منفرد ، والقاشانى [1] لا يعتد به فى الاجماع ، وقد نقلوا الاجماع أنه لابد من عدد واختلفوا فى قدره كما ذكرنا •

واحتج لربيعة بحديث جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يخطب قائما يوم الجمعة فجاءت عير من الشام فانفتل الناس اليها حتى لم يبق الا اثنا عشر رجلا » واحتج للباقين بحديث عن أم عبد الله الدوسية قالت « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الجمعة واجبة على كل قرية وان لم يكن فيها الا أربعة » رواه الدارقطنى وضعف طرقه كلها ، وبأنهم جماعة فأشبه الأربعين •

واحتج لمن شرط خمسين بحديث أبى أمامة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « فى الخمسين جمعة • وليس فيما دون ذلك ، رواه الدارقطنى باسناد فيه ضعيفان [2] » •

واحتج أصحابنا بحديث جابر المذكور فى الكتاب ولكنه ضعيف كما سبق ، وبأحاديث بمعناه لكنها ضعيفة وأقرب ما يحتج به ما احتج البيهقى والأصحاب عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك عن أبيه قال « أول من جمع بنا فى المدينة سعد بن زرارة قبل مقدم النبى صلى الله عليه وسلم المدينة فى نقيع الخضمات قلت : كم كنتم ؟ قال : أربعون رجلا [3] » حديث حسن رواه أبو داود والبيهقى وغيرهما بأسانيد صحيحة قال البيهقى وغيره : وهو

---

(١) ونقله الحافظ ابن حجر فى فتح البارى عن ابن حزم وحكاه الدارمى عن القاشانى هذا •

(٢) رواية الدارقطنى نسخة أبى الطيب شمس الحق الهندى : « على الخمسين جمعة ليس فيما دون ذلك » وقد أخرجه الطبرانى فى الكبير واللذان فى أسناده أحدهما محمد بن الحسن النقاش صاحب التفسير فانه كذاب وقد روى احاديث مختلفة فى فضل معاوية وبعده المحدثون أحد الدجاجلة والثانى جعفر بن الزبير كذبه شعبة فقال غندر : رأيت شعبة راكبا على حمار فقال اذهب فاستعدى على جعفر بن الزبير وضع على رسول الله صلى الله عليه وسلم أربعمائة حديث قال ابن معين : ليس بثقة وقال البخارى : تركوه وقال ابن عدى : الضعف على حديثه بين • وقد وجدت فى اسناده ثالثا هو خالد بن الهياج بن بسطام قال السليمانى : ليس بشىء (ط) •

(٣) هذا الحديث أخرجه أبو داود وابن ماجه والبيهقى وعبد الرحمن بن كعب كان قائد أبيه بعد أن عمى قال : كان أبى اذا سمع النداء يوم الجمعة ترحم لأسعد بن زرارة قال : فقلت له : اذا سمعت ترحمت لأسعد بن زرارة قال : لانه أول من جمع بنا فى هزم البيت من حرة بنى بياضة فى نقيع يقال له نقيع الخضمات • قلت : كم كنتم يومئذ ؟ قال : « اربعون رجلا » وأخرجه ابن حبان وحسنه الحافظ ابن حجر (ط) •

صحيح ، النقيع هنا بالنون ذكره الخطابى والحازمى وغيرهما ، والخضمات ــ بفتح الخاء وكسر الضاد المعجمتين ــ قال الشيخ أبو حامد فى تعليقه : قال أحمد بن حنبل : نقيع الخضمات قرية لبنى بياضة بقرب المدينة على ميل من منازل بنى سلمة وقال أصحابنا : وجه الدلالة منه أن يقال أجمعت الأمة على اشتراط العدد ، والأصل الظهر فلا تصح الجمعة الا بعدد ثبت فيه التوقيف ، وقد ثبت جوازها بأربعين ، فلا يجوز بأقل منه الا بدليل صريح ، وثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « صلوا كما رأيتمونى أصلى » ولم تثبت صلاته لها بأقل من أربعين • وأما حديث انفضاضهم فلم يبق الا اثنا عشر وليس فيه أنه ابتدأ الصلاة بأثنى عشر بل يحتمل أنهم عادوا هم أو غيرهم فحضروا أركان الخطبة والصلاة وجاء فى روايات مسلم « انفضوا فى الخطبة » وفى رواية للبخارى • انفضوا فى الصلاة ، وهى محمولة على الخطبة جمعا بين الروايات • ويكون المراد بالصلاة الخطبة لأن منتظر الصلاة فى صلاة • وقد جاء فى رواية للدارقطنى والبيهقى أنهم انفضوا فلم يبق الا أربعون رجلا والمشهور فى الروايات اثنا عشر •

(**فــرع**) اذا كان فى القرية أربعون من أهل الكمال صحت جمعتهم فى قريتهم ولزمتهم سواء كان فيها سوق ونهر أم لا ــ وبه ــ قال مالك وأحمد واسحق وجمهور العلماء ، وحكاه الشيخ أبو حامد عن عمر وابنه ، وابن عباس رضى الله عنهم وقال أبو حنيفة والثورى : لا تصح الجمعة الا فى مصر جامع •

وحكى ابن المنذر نحوه عن على بن أبى طالب والحسن البصرى وابن سيرين والنخعى واحتج لهم بحديث عن النبى صلى الله عليه وسلم « لا جمعة ولا تشريق الا فى مصر » واحتج أصحابنا بحديث ابن عباس قال « ان أول جمعة جمعت بعد جمعة فى مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى مسجد عبد القيس بجواثا [1] من البحرين » رواه البخارى • وبحديث عبد الرحمن

---

(١) قال ياقوت فى معجم البلدان جـ ٢ ص ١٧٤ (جواثاء بالضم وبين الالفين ثاء مثلثة يمد ويقصر وهو علم مرتجل حصن لعبد القيس بالبحرين فتحه العلاء بن الحضرمى فى أيام ابى بكر سنة ١٢ سنوة ا هـ . وقال بعد ذلك : وجؤاثا اول موضع جمعت فيه الجمعة بعد المدينة ، قال عياض وبالبحرين أيضا موضع يقال له قصر جواثا ، ويقال : ارتدت العرب كلها بعد النبى صلى=

ابن كعب بن مالك المذكور فى الفرع قبله ، وأما الحديث الذى احتجوا به فضعيف متفق على ضعفه ، وهو موقوف على على رضى الله عنه باسناد ضعيف منقطع .

(فـرع) لا تصح الجمعة عندنا الا فى أبنية يستوطنها من تنعقد بهم الجمعة ولا تصح فى الصحراء ، وبه قال مالك وآخرون ، وقال أبو حنيفة وأحمد : يجوز اقامتها لأهل المصر فى الصحراء كالعيد . واحتج أصحابنا بما احتج به المصنف أن النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه لم يفعلوها فى الصحراء مع تطاول الأزمان وتكرر فعلها بخلاف العيد . وقد قال صلى الله عليه وسلم « صلوا كما رأيتمونى أصلى » .

(فـرع) لا تنعقد الجمعة عندنا بالعبيد ولا المسافرين ، وبه قال الجمهور ، وقال أبو حنيفة : تنعقد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان احرم بالعدد ثم انفضوا عنه ففيه ثلاثة أقوال (احدها) ان نقص العدد عن أربعين لم تنعقد الجمعة لأنه شرط فى الجمعة فشرط فى جميعها كالوقت (والثانى) ان بقى معه اثنان أتم الجمعة لأنهم يصيرون ثلاثة وذلك جمع مطلق فاشبه الأربعين (والثالث) ان بقى معه واحد أتم الجمعة ، لأن الاثنين جماعة ، وخرج المزنى قولين آخرين : (احدهما) ان بقى وحده جاز ان يتم الجمعة كما قال الشافعى فى امام يحرم بالجمعة ثم احدث : انهم يتمون صلاتهم وحدانا ركعتين (والثانى) انه ان كان صلى ركعة ثم انفضوا أتم الجمعة ، وان انفضوا قبل الركعة لم يتم الجمعة كما قال فى المسبوق : اذا ادرك مع الامام ركعة أتم الجمعة وان لم يدرك ركعة أتم الظهر .

فمن أصحابنا من اثبت القولين ، وحكى فى المسألة خمسة أقوال ، ومنهم من لم يثبتهما فقال : اذا احدث الامام يبنون على صلاتهم لأن الاستخلاف لا يجوز على هذا القول ، فيبنون على صلاتهم على حكم الجماعة مع الامام ، وههنا أن الامام لا تتعلق صلاته بصلاة من خلفه ، واما المسبوق فانه يبنى على جمعة تمت بشروطها وههنا لم يتم جمعة فيبنى الامام عليها) .

= الله عليه وسلم الا أهل جواثا وقال رجل من المسلمين يقال له عبد الله بن حذف وكان أهل الردة حصروا طائفة من المسلمين بجواثا :

الا ابلغ ابا بكر رسولا ... وفتيان المدينة اجمعينا
فهل لكم الى قوم كرام ... قعود فى جواثا محصرينا
كأن دماءهم فى كل فج ... شعاع الشمس يغشى الناظرينا
توكلنا على الرحمن انا ... وجدنا النصر للمتوكلينا

فجاءهم العلاء بن الحضرمى فاستنقذهم وفتح البحرين كلها .

(الشرح) الانفضاض : التفرق والذهاب ، ومنه سميت الفضة ، وحاصل ما ذكره المصنف فى انفضاضهم عن الامام فى صلاة الجمعة طريقان (أحدهما) فيه ثلاثة أقوال وهى المنصوصة ، ولم يثبتوا المخرجين (وأصحهما) وأشهرهما فيه خمسة أقوال باثبات المخرجين ، وقد ذكر المصنف دلائلها (أصحها) باتفاق الأصحاب تبطل الجمعة ، لأن العدد شرط ، فشرط فى جميعها ، فعلى هذا لو أحرم الامام وتباطأ المقتدون ثم أحرموا ، فان تأخر احرامهم عن ركوعه فلا جمعة لهم ولا له ، وان لم يتأخر عن ركوعه ، قال القفال : تصح الجمعة ، وقال الشيخ أبو محمد الجوينى : يشترط أن لا يطول الفصل بين احرامه واحرامهم وقال امام الحرمين : الشرط أن يتمكنوا من قراءة الفاتحة ، فان حصل ذلك لم يضر الفصل ، وصحح الغزالى هذا .

(والقول الثانى) ان بقى اثنان مع الامام أتم الجمعة . والا بطلت .

(والثالث) ان بقى معه واحد لم تبطل ، وهذه الثلاثة منصوصة ، الأولان فى الجديد ، والأخير فى القديم ، وهل يشترط فى الاثنين والواحد صفة الكمال المعتبر فى الجمعة ؟ فيه وجهان حكاهما صاحب الحاوى (أصحهما) يشترط لأنها صلاة جمعة (والثانى) لا يشترط حتى لو بقى معه صبيان أو عبدان أو امرأتان أو مسافران أو صبى أو عبد أو امرأة اذا اعتبرنا واحدا كفى وأتم الجميع لأن هذا القول يكتفى باسم الجمعة أو الجماعة وهى حاصلة بها وقال امام الحرمين : الظاهر الاشتراط ، قال : ولصاحب التقريب احتمال أنه لا يشترط قال : وهذا مزيف لا يعتد به .

(والقول الرابع) المخرج لا تبطل وان بقى وحده .

(والخامس) ان انفضوا فى الركعة الأولى بطلت الجمعة ، وان انفضوا بعدها لم تبطل الجمعة بل يتمها الامام وحده ، وكذا من معه ان بقى معه أحد . هذا حكم الانفضاض فى نفس صلاة الجمعة .

واعلم أن الأربعين شرط لصحة الخطبتين ، فيشترط سماعهم الآن كما سنوضحه ان شاء الله تعالى ، فلو حضر العدد ثم انفضوا قبل افتتاح الخطبة لم يجز افتتاحها حتى يجتمع لها أربعون كاملون وان انفضوا فى أثناء الخطبة

لم يعتد بالركن المفعول فى غيبتهم بلا خلاف ، بخلاف الانفضاض فى الصلاة ، فان فيه الأقوال الخمسة . وفرق الأصحاب بأن كل واحد يصلى لنفسه فسومح بنقص العدد على قول ، والخطيب لا يخطب لنفسه ، انما الغرض اسماعهم ، فماجرى ولا مستمع لم يحصل فيه الغرض فلم تصح ، ثم ان عادوا قبل طول الفصل بنى على خطبته ، وان عادوا بعده فقولان مشهوران فى كتب الخراسانيين ، قال : ويعبر عنهما بأن الموالاة فى الخطبة واجبة أم لا ؟ الأصح أنها واجبة فيجب الاستئناف . (والثانى) غير واجبة فيبنى ، وبنى جماعة منهم القولين على أن الخطبتين بدل من الركعتين فيجب الاستئناف أم لا ؟ فلا يجب ، قالوا : ولا فرق بين فوات الموالاة لعذر وغيره فيما ذكرناه ولو لم يعد الأولون وجاء غيرهم وجب استئناف الخطبتين ، قصر الفصل أم طال بلا خلاف .

أما اذا انفضوا بعد فراغ الخطبة ــ فان عادوا قبل طول الفصل ــ صلى الجمعة بتلك الخطبة بلا خلاف ، وقد ذكره المصنف بعد هذا بقليل ، وان عادوا بعد طول الفصل ففيه خلاف مبنى على اشتراط الموالاة بين الخطبة والصلاة ، وفيه قولان مشهوران (أصحهما) وهو الجديد الاشتراط ، فعلى هذا لا تجوز صلاة الجمعة بتلك الخطبة (والثانى) لا يشترط فعلى هذا يصلى بها ، وهل تجب اعادة الخطبة وصلاة الجمعة أم لا ؟ قال المزنى فى المختصر : قال الشافعى : أحببت أن يبتدىء الخطبة ثم يصلى الجمعة فان لم يفعل صلى بهم الظهر ، واختلف أصحابنا فى معنى كلامه هذا على ثلاثة أوجه حكاها المصنف بعد هذا والأصحاب ، وهى مشهورة (أصحها) وبه قال ابن سريج والقفال وأكثر أصحابنا : تجب اعادة الخطبة ثم يصلى بهم الجمعة لتمكنه من ذلك قالوا :ولفظ الشافعى انما هو (أوجبت) ولكنه صحف . ومنهم من تأوله وقال : أراد بأحببت أوجبت ، قالوا : وقوله صلى بهم الظهر محمول على ما اذا ضاق الوقت (والوجه الثانى) وبه قال أبو اسحاق المروزى : لا تجب اعادة الخطبة لكن تستحب وتجب صلاة الجمعة . أما وجوب الجمعة فلقدرته عليها ، وانما لم تجب الخطبة لأنه لا يؤمن انفضاضهم ثانيا ، فصار ذلك عذرا فى سقوطها .

(الثالث) وبه قال أبو على الطبرى فى الافصاح لا تجب اعادة الخطبة

ولا تجب الجمعة أيضا ، لكن يستحبان عملا بظاهر نصه ، وهذا الثالث هو الأصح عند صاحبى الحاوى والمستظهرى ، قالا : وهو قول أكثر أصحابنا • قال صاحب الحاوى : وقول ابن سريج وان كان له وجه فقول أبى على أظهر • قال : وقد أخطأ أبو العباس فى تخطئته المزنى ، لأن البويطى والربيع والزعفرانى نقلوه هكذا عن الشافعى فقالوا : قال أحببت ، ولم ينقل عنه أحد أوجبت ، فعلم أن المزنى لم يخطىء فى نقله وانما أخطأ أبو العباس فى تأويله • هذا كلام صاحب الحاوى وخالفه الأكثرون كما قدمناه • قال المحاملى فى المجموع وصاحب العدة والشيخ نصر وغيرهم : هذا الوجه الثالث ضعيف قالوا : وهو أضعف الأوجه ، وهو كما قالوا ، لأنه متمكن من الخطبة والصلاة ، ولا يلتفت الى احتمال انفضاضهم ثانيا ، فانه احتمال ضعيف نادر قال أصحابنا ، فان أعيدت الخطبة وصليت الجمعة فلا اثم على واحد وان لم تعد وأوجبنا اعادتها أثموا كلهم ، وان لم نوجب اعادتها أثم المنفضون دون الامام والباقين • قال الشيخ أبو حامد والمحاملى وابن الصباغ وسائر الأصحاب : الاعتبار فى طول الفصل بالعرف فما عد طويلا فطويل والا فقصير • وحكى الشيخ أبو حامد فى تعليقه والمصنف بعد هذا وسائر الأصحاب عن أبى اسحاق المروزى تفريعا على الوجه الذى قاله هنا أنه لو صلوا الظهر وتركوا الجمعة جاز بناء على أصله اذا اجتمع أهل بلد على ترك الجمعة ثم صلوا الظهر جاز ، وقد سبق بيان قوله : وأن الصحيح خلافه والله أعلم •

قال أصحابنا : وسواء طال الفصل والخطيب ساكت أو مستمر فى الخطبة ، ثم أعاد ما جرى من أركانها فى حال غيبتهم حين عادوا ، أما اذا أحرم بالجمعة بالعدد المشروط وأحرموا ثم حضر أربعون آخرون وأحرموا بها ثم انفض الأولون ، فقال الأصحاب : لا يضر بل يتم الجمعة سواء كان اللاحقون سمعوا الخطبة أم لا ، قال امام الحرمين : ولا يمتنع عندى أن يقال يشترط بقاء أربعين سمعوا الخطبة أما اذا انفضوا بعد الاحرام ثم حضر أربعون متصلون بهم ، فقال الغزالى :يستمر صحة الجمعة بشرط أن يكون اللاحقون سمعوا الخطبة •

(فرع) أجمع العلماء على أن الجمعة لا تصح من منفرد ، وأن

الجماعة شرط لصحتها ، وهو مراد المصنف بقوله (ولا تصح الا بأربعين) أى فى جماعة ؛ ولو صرح به لكان أحسن • قال أصحابنا : وشروط الجماعة هنا كشروطها فى سائر الصلوات ، ويشترط هنا أمور زائدة سبق بيانها • وهو كونهم أربعين كاملين ، ووقوعها فى خطة البلد وفى الوقت ، وسبقت فروع كثيرة ومسائل مهمة تتعلق بصفات الامام والمأمومين فى الجمعة فى أول باب صفة الأئمة • قال الشافعى والأصحاب : ولا يشترط لصحة الجمعة حضور السلطان ولا اذنه فيها وحكى صاحب البيان قولا قديما أنه لا تصح الا خلف السلطان أو من أذن له ، وهو شاذ باطل ، والمعروف فى المذهب ما سبق •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا تصح الجمعة الا فى وقت الظهر لانهما فرض فى وقت واحد فلم يختلف وقتهما كصلاة الحضر وصلاة السفر ، وان خطب قبل دخول الوقت لم تصح ، لان الجمعة ردت الى ركعتين بالخطبة فاذا لم تجز الصلاة قبل الوقت لم تجز الخطبة فان دخل فيها فى وقتها ثم خرج الوقت لم يجز فعل الجمعة ، لانه لا يجوز ابتداؤها بعد خروج الوقت فلا يجوز اتمامها كالحج ، ويتم الظهر لانه فرض رد من اربع الى ركعتين بشرط يختص به ، فاذا زال الشرط اتم كالمسافر اذا دخل فى الصلاة ثم قدم قبل ان يتم ، وان احرم بها فى الوقت ثم شك هل خرج الوقت ؟ • اتم الجمعة ، لان الأصل بقاء الوقت وصحة الفرض ولا تبطل بالشك •

وان ضاق وقت الصلاة وراى انه ان خطب خطبتين خفيفتين وصلى ركعتين لم يذهب الوقت لزمهم الجمعة ؛ وان راى انه لا يمكنه ذلك صلى الظهر) •

(**الشرح**) فيه مسائل (احداها) اتفقت نصوص الشافعى والأصحاب أن الجمعة لا تصح الا فى وقت الظهر ، وسأذكر دلائله واضحة ان شاء الله تعالى فى فرع مذاهب العلماء ، وأجمعت الأمة على أن الجمعة لا تقضى على صورتها جمعة ولكن من فاتته لزمته الظهر •

(الثانية) يشترط للخطبة كونها فى وقت الظهر لما ذكره المصنف مع الأحاديث الصحيحة التى سأذكرها فى فرع مذاهب العلماء ان شاء الله تعالى •

وهذا متفق عليه عندنا (الثالثة) اذا شكوا فى خروج وقتها فان كانوا لم يدخلوا فيها لم يجز الدخول فيها باتفاق الأصحاب لأن شرطها الوقت ولم

يتحققه فلا يجوز الدخول مع الشك فى الشرط ، وان دخلوا فيها فى وقتها ثم شكوا قبل السلام فى خروج الوقت فوجهان (الصحيح) وبه قطع المصنف والماوردى والمحاملى والبندنيجى وكتب ابن الصباغ والجمهور : يتمونها جمعة ، كما ذكره المصنف (والثانى) يتمونها ظهرا ، حكاه البغوى وصاحب العدة وآخرون ، للشك فى شروطها •

وأما اذا صلوا الجمعة ثم شكوا بعد فراغها هل خرج وقتها قبل الفراغ منها ؟ فانهم تجزئهم الجمعة بلا خلاف لأن الأصل بقاء الوقت ، قال القاضى أبو الطيب والقفال : وهذا كمن تسحر ثم شك هل طلع الفجر أم لا ؟ أو وقف بعرفات ثم شك هل كان طلع الفجر ؟ فانه يجزئه الصوم والوقوف •

(فـرع) قال الدارمى فى كتاب الصيام فى مسـائل الشهادة على الهلال : لو دخلوا فى الجمعة فأخبرهم عدل بخروج وقتها ، قال ابن المرزبان : يحتمل أن يصلوا ظهرا قال : وعندى أنهم يتمون جمعة الا أن يعلموا •

(الرابعة) اذا شرعوا فيها فى وقتها ثم خرج الوقت قبل السلام منها فاتت الجمعة بلا خلاف عندنا لما ذكره المصنف ، وفى حكم صلاته طريقان (أصحهما) وبه قطع المصنف وسائر العراقيين وجماعات من غيرهم يجب اتمامها ظهرا ويجزئه • كما ذكره المصنف (والثانى) وهومشهور للخراسانيين فيه قولان « المنصوص » يتمونها ظهرا « والثانى » وهو مخرج لا يجوز اتمامها ظهرا ، فعلى هذا هل تبطل أو تنقلب نفلا ؟ فيه القولان السابقان فى أول باب صفة الصلاة فيه وفى نظائره (أصحهما) تنقلب نفلا ، وان قلنا بالمذهب يتمها ظهرا أسر بالقراءة من حينئذ ولا يحتاج الى نية الظهر ، كالمسافر اذا نوى القصر ثم لزمه الاتمام باقامة أو غيرها هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور • وحكى صـاحب البيان وغيره وجها أنه تجب نية الظهر وليس بشىء •

(الخامسة) لو أدرك مسبوق ركعة من الجمعة فلسم الامام ، وقام هو الى الثانية فخرج الوقت قبل سلامه فوجهان مشهوران (أحدهما) يتمها جمعة ، وبه قال ابن الحداد لأنها تابعة لجمعة صحيحة ، وهى جمعة الامام

والناس ،بخلاف ما اذا خرج الوقت قبل سلام الامام (والثانى) لا يجوز اتمامها جمعة بل يتمها ظهرا ويجىء فى بطلانها وانقلابها نفلا ما سبق ، والمذهب اتمامها ظهرا ، صححه البغوى والمتولى والرافعى وآخرون • قال المتولى : هو قول عامة أصحابنا •

(السادسة) لو سلم الامام والجماعة التسليمة الأولى فى الوقت ــ والثانية خارجة ــ صحت جمعتهم لأنها تمت بالتسليمة الأولى ، ولو سلم الامام الأولى خارج الوقت فاتت الجمعة على جميعهم ولزمهم قضاء الظهر ، ولو سلم الامام وبعضهم الأولى فى الوقت وسلمها بعضهم خارج الوقت ــ فان بلغ عدد المسلمين فى الوقت أربعين ــ صحت جمعتهم ، والا فقال الرافعي هو شبيه بمسألة الانفضاض والصحيح فوات الجمعة ، وأما المسلمون خارج الوقت فصلاتهم باطلة ، وفيهم وجه ضعيف ان كان المسلمون فى الوقت أربعين أنه تصح جمعتهم ، وهو الوجه السابق فى سلام المسبوق بعد الوقت ، ثم سلام الامام والقوم خارج الوقت ، ان كان مع العلم بالحال بطلت صلاتهم ، والا فلهم اتمامها ظهرا على المذهب كما سبق •

(السابعة) اذا ضاق الوقت قبل أن يدخلوا فى الجمعة فان أمكنهم خطبتان وركعتان يقتصر فيهما على الواجبات لزمهم ذلك والا صلوا الظهر ، نص عليه فى الأم واتفق عليه الأصحاب وعليهم أن يشرعوا فى الظهر فى الحال ، ولا يحل تأخيرها الى خروج الوقت بالاتفاق ، والله أعلم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى وقت الجمعة

قد ذكرنا أن مذهبنا أن وقتها وقت الظهر ولا يجوز قبله • وبه قال مالك وأبو حنيفة وجمهور العلماء من الصحابة والتابعين فمن بعدهم ، وقال أحمد : تجوز قبل الزوال •

قال القاضى أبو الطيب : حكى عنه أنه قال فى الساعة الخامسة ، وقال أصحابه : يجوز فعلها فى الوقت الذى تفعل فيه صلاة العيد ، وقال الخرقى : فى الساعة السادسة ، قال العبدرى قال العلماء كافة : لا تجوز صلاة الجمعة قبل الزوال الا أحمد ، ونقل الماوردى فى الحاوى عن ابن عباس كقول

أحمد ، ونقله ابن المنذر عن عطاء واسحاق قال : وروى ذلك باسناد لا يثبت عن أبى بكر وعمر وابن مسعود ومعاوية • واحتج لأحمد بحديث جابر قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى الجمعة ثم نذهب الى جمالنا فنريحها حين تزول الشمس » رواه مسلم ، وعن سلمة بن الأكوع قال « كنا نصلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الجمعة ثم ننصرف وليس للحيطان ظل نستظل به » رواه البخارى ومسلم ، وفى رواية لمسلم « نجمع مع رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا زالت الشمس ثم نرجع نتتبع الفىء » •

وعن سهل بن سعد قال : « ما كنا نقيل ولا نتغذى الا بعد الجمعة فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم » رواه البخارى ومسلم ، وليس فى رواية البخارى : فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم •

وعن عبد الله بن سيدان قال « شهدت الجمعة مع أبى بكر الصديق رضى الله عنه فكانت صلاته وخطبته قبل نصف النهار ، ثم شهدتها مع عمر رضى الله عنه ، فكانت صلاته وخطبته الى أن أقول انتصف النهار ، ثم شهدتها مع عثمان رضى الله عنه ، فكانت صلاته وخطبته الى أن أقول زال النهار ، ولا رأيت أحدا عاب ذلك ولا أنكره » ورواه أحمد فى مسنده والدارقطنى وغيرهما •

واحتج أصحابنا والجمهور بحديث أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « كان يصلى الجمعة حين تميل الشمس » رواه البخارى ، وعن سلمة ابن الأكوع قال : « كنا نجمع مع رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا زالت الشمس ثم نرجع نتتبع الفىء » • ورواه مسلم ، هذا هو المعروف من فعل السلف والخلف •قال الشافعى : (صلى النبى صلى الله عليه وسلم وأبو بكر وعمر وعثمان والأئمة بعدهم كل جمعة بعد الزوال) •

(والجواب) عن احتجاجهم بحديث جابر وما بعده أنها كلها محمولة على شدة المبالغة فى تعجيلها بعد الزوال من غير ايراد ولا غيره ، هذا مختصر الجواب عن الجميع ، وحملنا عليه الجميع من هذه الأحاديث من الطرفين ، وعمل المسلمين قاطبة أنهم لا يصلونها الا بعد الزوال ، وتفصيل الجواب

أن يقال : حديث جابر فيه اخبار أن الصلاة والرواح الى جمالهم كانا حين الزوال لا أن الصلاة قبله •

(فان قيل) قوله : حين الزوال لا يسع هذه الجملة (فجوابه) أن المراد نفس الزوال ، وما يدانيه ، كقوله صلى الله عليه وسلم « صلى بى العصر حين كان كل شيء مثل ظله » •

(والجواب) عن حديث سلمة أنه حجة لنا فى كونها بعد الزوال لأنه ليس معناه أنه ليس للحيطان شيء من الفيء ، وانما معناه ليس لها فيء كثير بحيث يستظل به المار • وهذا معنى قوله : وليس للحيطان ظل يستظل به ، فلم ينف أصل الظل وانما نفى كثيره الذى يستظل به ، وأوضح منه الرواية الأخرى : « تتبع الفيء » فهـذا فيه تصريح بوجود الفيء ، لكنه قليل ، ومعلوم أن حيطانهم قصيرة وبلادهم متوسطة من الشمس ، ولا يظهر هناك الفيء بحيث يستظل به الا بعد الزوال بزمان طويل • وأما حديث سهل : « ما كنا نقيل ولا نتغذى الا بعد الجمعة » (فمعناه) أنهم كانوا يؤخرون القيلولة والغذاء فى هذا اليوم الى ما بعدصلاة الجمعة ، لأنهم ندبوا الى التبكير اليها ، فلو اشتغلوا بشيء من ذلك قبلها خافوا فوتها أو فوت التبكير اليها ، ومما يؤيد هذا ما رواه مالك فى الموطأ باسناده الصحيح عن عمر بن أبى سهل بن مالك عن أبيه قال كنت أرى طنفسة لعقيل بن أبى طالب تطرح يوم الجمعة الى جدار المسجد الغربى ، فاذا غشى الطنفسة كلها ظل الجدار خرج عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، ثم نخرج بعد صلاة الجمعة فنقيل قائلة الضحى • وأما الأثر عن أبى بكر وعمر وعثمان فضعيف باتفاقهم لأن ابن سيدان ضعيف عندهم ، ولو صـح لكان متأولا لمخـالفة الأحاديث الصحيحة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم •

(فرع) فى مذاهبهم فى صلاة الجمعة اذا خرج وقت الظهر وهم فيها

قد ذكرنا أن مذهبنا أنها تفوت الجمعة ويتمونها ظهرا ، وقال أبو حنيفة : تبطل ويستأنفون الظهـر ، وقال عطـاء : يتمها جمعة ، وقال أحمـد : ان كان صلى منها ركعة أتمها جمعة وان كان أقل يتمها ظهرا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا تصح الجمعة حتى يتقدمها خطبتان لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم قال ((صلوا كما رأيتمونى اصلى)) ولم يصل الجمعة الا بخطبتين ، وروى ابن عمر قال ((كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب يوم الجمعة خطبتين ، يجلس بينهما ولأن السلف قالوا : انما قصرت الجمعة لأجل الخطبة ، فاذا لم يخطب رجع الى الأصل ، ومن شرط الخطبة العدد الذى تنعقد به الجمعة لقوله تعالى (اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله (١)) والذكر الذى يفعل بعد النداء هو الخطبة ، ولأنه ذكر شرط فى صحة الجمعة فشرط فيه العدد كتكبيرة الاحرام فان خطب بالعدد ثم انفضوا وعادوا قبل الاحرام ـ فان لم يطل الفصل ـ صلى الجمعة لأنه ليس باكثر من الصلاتين المجموعتين . ثم الفصل اليسير لا يمنع الجمع فكذلك لا يمنع الجمع بين الخطبة والصلاة . وان طال الفصل قال الشافعى رحمه الله : أحببت أن يبتدىء الخطبة ثم يصلى بعدها الجمعة ، فان لم يفعل صلى الظهر ، واختلف اصحابنا فيه ، فقال ابو العباس : تجب اعادة الخطبة ، ثم يصلى [بعدها] الجمعة لأن الخطبة مع الصلاة كالصلاتين المجموعتين فكما لا يجوز الفصل الطويل بين الصلاتين لم يجز بين الخطبة والصلاة ، وما نقله المزنى لا يعرف . وقال أبو اسحاق : يستحب ان يعيد الخطبة لأنه لا يأمن ان ينفضوا مرة أخرى ، فجعل ذلك عذرا فى جواز البناء ، وأما الصلاة فانها واجبة لأنه يقدر على فعلها ، فان صلى بهم الظهر جاز بناء على أصله : اذا اجتمع أهل بلد على ترك الجمعة ، ثم صلوا الظهر اجزاهم ، وقال بعض أصحابنا : يستحب اعادة الخطبة والصلاة على ظاهر النص : لأنهم انفضوا عنه مرة فلا يأمن أن ينفضوا عنه ثانيا فصار ذلك عذرا فى ترك الجمعة).

(الشرح) حديث « صلوا كما رأيتمونى أصلى » رواه البخارى من رواية مالك بن الحويرث ، وسبق فى صفة الصلاة ، وحديث ابن عمر رواه البخارى ومسلم .

(وقوله) ولأنه ذكر احتراز من ستر العورة وغيره من الشروط فانه لا يشترط له العدد ، وقوله شرط فى صحة الجمعة احتراز من الأذان .

(أما الأحكام) فمسألة الانفضاض الى آخرها [فقد سبق] شرحها ، وبيان الاختلاف فيها فى مسألة الانفضاض فى الصلاة واتفقت نصوص الشافعى وطرق الأصحاب على أن الجمعة لا تصح حتى يتقدمها خطبتان ، ومن شرطها العدد ، وفرقوا بين الجمعة والعيد حيث كانت خطبة الجمعة قبلها والعيد

---

(١) من الآية ٩ من سورة الجمعة .

بعده ، لأن خطبة الجمعة شرط لصحة الصلاة ، وشأن الشرط أن يقـدم ، ولأن الجمعة فريضة فأخرت الصلاة ليدركها المتأخر ، وللتمييز بين الفرض والنفل ومن شرط الخطبتين كونهما فى وقت الظهر • فلو خطب الخطبتين أو بعضهما قبل الزوال ثم صلى بعدهما لم يصح بلا خلاف عندنا ، نص عليه الشافعى ، واتفق عليه الأصحاب وجوزه مالك وأحمد ، وقد أهمل المصنف بيان هذا الشرط هنا ، وفى التنبيه •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى الخطبة

قد كرنا أن مذهبنا أن تقدم خطبتين شرط لصحة الجمعة وأن من شرطها العدد الذى تنعقد بهالجمعة ، وبهذه الجملة قال مالك وأحمد والجمهور ، وقال أبوحنيفة : الخطبة شرط ولكن تجزىء خطبة واحدة • ولا يشـترط العدد لسماعها كالأذان • وحكى ابن المنذر عن الحسن البصرى أن الجمعة تصح بلا خطبة • وبه قال داود وعبد الملك من أصحاب مالك ، قال القاضى عياض : وروى عن مالك • دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « صـلوا كما رأيتمونى أصلى » وثبتت صلاته صلى الله عليه وسلم بعد خطبتين •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن شرطهما القيام مع القدرة ، والفصل بينهما بجلسة ، لما روى جابر ابن سمرة قال : « كان النبى صلى الله عليه وسلم يخطب قائما ثم يجلس ثم يقوم ويقرأ آيات ويذكر الله تعالى ، ولأنه احد فرضى الجمعة ، فوجب عليه فيه القيام والقعود كالصلاة) •

(الشرح) حديث جابر هـذا صحيح رواه مسلم ولكن قال : يقـرأ القرآن ويذكر الناس والباقى سواء ، وجابر وأبوه سمرة صحابيان رضى الله عنهما • قال الشافعى والأصحاب : يشترط لصحة الخطبتين القيام فيهما مع القدرة والجلوس بينهما مع القدرة • فان عجز عن القيـام اسـتحب له أن يستخلف ، فان خطب قاعدا أو مضطجعا للعجز جاز بلا خلاف كالصلاة • قال أصحابنا : ويصح الاقتداء به حينئذ ، سواء صرح بأنه لا يستطيع القيـام أم سكت ، لأن الظاهر أن قعوده للعجز ، فان بان أنه كان قادرا على القيام قال أصحابنا : فهو كما لو بان محدثا ، والمذهب أنه تصح صلاتهم ان تم العدد

دونه ، وان نقص لم تصح بلا خلاف ، ولا تصح صلاته على التقديرين • قال الشافعى وأصحابنا : فلو علموا قدرته على القيام لم تصح صلاتهم ، وان ظهر لهم قدرته فأخبرهم بعجزه اعتمدوه وصحت صلاتهم ، قال الشافعى والشيخ أبو حامد والبندنيجى وصاحب العدة وغيرهم : فان علم بعضهم دون بعض بقدرته لم تصح صلاة العالمين ، وتصح صلاة الآخرين ان تم بهم العدد والا فلا • وحكى الرافعى وجها أن الخطبة تصح قاعدا مع القدرة على القيام ، وهو شاذ ضعيف أو باطل •

وأما الجلوس بينهما فواجب بالاتفاق ، وتجب الطمأنينة فيه ، صرح به امام الحرمين وآخرون قال أصحابنا : وهذا الجلوس خفيف جدا قدر سورة الاخلاص تقريبا ، والواجب منه قدر الطمأنينة • هذا هو الصحيح المشهور نص عليه الشافعى وقطع به ، وفيه وجه أنه يشترط كونه قدر سورة الاخلاص ، حكاه الرافعى قال : وحكى بعضهم أيضا عن نص الشافعى وهو ضعيف • قال أصحابنا : فان خطب قاعدا للعجز فصل بينهما بسكتة ولا يجوز أن يضطجع ، والمشهور الذى قطع به الجمهور أن هذه السكتة واجبة ليحصل الفصل وذكر الماوردى وغيره وجها أنها لا تجب وأنه لو وصل كلامه فى الخطبتين صحتا ، لأنه تخلله سكتات غير مقصودة ، وقال القاضى أبو الطيب : تستحب هذه السكتة • وحكى الرافعى وجها أنه لو خطب قائما كفاه الفصل بسكتة [من] غير جلوس وهو شاذ مردود •

(**فرع**) ذكرنا أن مذهبنا وجوب القيام فى الخطبتين والجلوس بينهما ولا تصح الا بهما وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد : تصح قاعدا مع القدرة • قالوا : والقيام سنة وكذا الجلوس بينهما سنة عندهم ، وبه قال جمهور العلماء حتى ان الطحاوى قال : لم يقل أحد غير الشافعى باشتراط الجلوس بينهما • قال القاضى عياض : وعن مالك رواية أن الجلوس بينهما شرط ، وكذا القيام • ودليلنا أنه صلى الله عليه وسلم قال « صلوا كما رأيتمونى أصلى » مع الأحاديث الصحيحة المشهورة أنه صلى الله عليه وسلم « كان يخطب خطبتين قائما يجلس بينهما » •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وهل يشترط فيها الطهارة ؟ فيه قولان ، قال فى القديم : تصح من غير طهارة ، لانه لو افتقر الى الطهارة لافتقر الى استقبال القبلة كالصلاة . وقال فى الجديد : لا تصح من غير طهارة لانه ذكر شرط فى الجمعة فشرط فيه الطهارة كتكبيرة الاحرام) .

(الشرح) قال أصحابنا : هل يشترط لصحة الخطبة ستر العورة ؟ والطهارة عن الحدث والطهارة عن النجاسة فى البدن والثوب والمكان ؟ فيه قولان (الصحيح) الجديد اشتراط ذلك كله (والقديم) لا يشترط شيء من ذلك . بل يستحب ، ودليلهما فى الكتاب ، ثم ان الجمهور أطلقوا القولين فى اشتراط طهارة الحدث ، وقال البغوى : القولان فى الطهارة عن الحدث الأصغر ، فان خطب جنبا لم تصح قولا واحدا ، لأن القراءة فى الخطبة واجبة ولا تحسب قراءة الجنب ، وصرح المتولى والرافعى فى المحرر بجريان القولين فى المحدث والجنب وهذا هو الصواب . وقد قطع الشيخ أبو حامد فى تعليقه وصاحب الحاوى فيه وآخرون من الأصحاب بأنه لو كان امام الجمعة جنبا ولم يعلم المأمومون ثم علموا بعد فراغها أجزأتهم ، ونقله الشيخ أبو حامد والأصحاب عن نص الشافعى فى الأم .

وقد أهمل المصنف ذكر ستر العورة ، والقولان فيه مشهوران ، وقد ذكرهما هو فى التنبيه ، وقال أبو يوسف باشتراط الطهارة . وقال مالك وأبوحنيفة وأحمد وداود : لا تشترط ، دليلنا أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يخطب متطهرا » وقال صلى الله عليه وسلم (صلوا كما رأيتمونى أصلى) .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وفرضها اربعة اشياء (احدها) ان يحمد الله تعالى ، لما روى جابر « ان النبى صلى الله عليه وسلم خطب يوم الجمعة فحمد الله تعالى واثنى عليه ، ثم يقول على اثر ذلك وقد علا صوته ، واشتد غضبه واحمرت وجنتاه ، كانه منذر جيش ، ثم يقول : بعثت انا والساعة كهاتين ، واشار باصبعيه الوسطى والتى تلى الابهام ثم يقول : ان افضل الحديث كتاب الله ، وخير الهدى هدى محمد وشر الأمور محدثاتها ، وكل بدعة ضلالة ، من ترك مالا فلورثته ، ومن ترك

دينا او ضياعا فالى)) . (والثانى) أن يصلى على النبى صلى الله عليه وسلم لأن كل عبادة افتقرت الى ذكر الله تعالى افتقرت الى ذكر الرسول صلى الله عليه وسلم كالأذان والصلاة . (والثالث) الوصية بتقوى الله تعالى لحديث جابر ، ولأن القصد من الخطبة الموعظة ؛ فلا يجوز الاخلال بها (والرابع) أن يقرأ آية من القرآن لحديث جابر بن سمرة ؛ ولأنه أحد فرضى الجمعة فوجب فيه القراءة كالصلاة ويجب ذكر الله وذكر الرسول صلى الله عليه وسلم والوصية فى الخطبتين ، وفى قراءة القرآن وجهان (أحدهما) يجب فيهما لأن ما وجب فى احداهما وجب فيهما كذكر الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم والوصية (والثانى) لا تجب الا فى احداهما وهو المنصوص لأنه لم ينقل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أكثر من آية قرأها فى الخطبة ولا يقتضى ذلك أكثر من مرة ويستحب أن يقرأ سورة (ق) لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يقرؤها فى الخطبة فان قرأ آية فيها سجدة فنزل وسجد جاز لأن النبى صلى الله عليه وسلم فعل ذلك ثم فعله عمر رضى الله عنه بعده فان فعل هذا وطال الفصل ففيه قولان قال فى القديم : يبنى وقال فى الجديد : يستأنف . وهل يجب الدعاء ؟فيه وجهان (أحدهما) يجب ، رواه المزنى فى أقل ما يقع عليه اسم الخطبة . ومن اصحابنا من قال : هو مستحب ، وأما الدعاء للسلطان فلا يستحب لما روى أنه سئل عطاء عن ذلك فقال : انه محدث ، وانما كانت الخطبة تذكيرا) .

(**الشرح**) حديث جابر الأول رواه مسلم بكماله ، وهو جابر بن عبد الله لا جابر بن سمرة . وقوله : أن يقرأ آية من القرآن لحديث جابر ابن سمرة ، وهو حديث صحيح سبق بيانه قريبا فى مسألة اشتراط القيام ، وحديث قراءة البنى صلى الله عليه وسلم سورة (ق) فى الخطبة رواه مسلم فى صحيحه من رواية أم هشام بنت حارثة بن النعمان الصحابية رضى الله عنها قالت « ما أخذت ق والقرآن المجيد الا عن لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرؤها كل جمعة على المنبر اذا خطب الناس » وحديث نزول النبى صلى الله عليه وسلم عن المنبر وسجوده للتلاوة فى الخطبة صحيح رواه أبو داود وغيره بأسانيد صحيحة . قال البيهقى : هو صحيح ، ذكره فى أبواب سجود التلاوة ، وقوله (وفعله عمر) هو صحيح عنه . رواه البخارى عنه فى صحيحه ولفظه : أن عمر قرأ يوم الجمعة على المنبر سورة النحل ، حتى اذا جاء السجدة نزل فسجد وسجد الناس . وقوله (وسئل عطاء عن ذلك) هو عطاء بن أبى رباح ، واسم أبى رباح أسلم . وقال الشافعى فى الأم : أخبرنا عبد المجيد عن ابن جريج قال : قلت لعطاء ، فذكره ، وهو اسناد

صحيح الا عبد المجيد فوثقه أحمدبن حنبل ويحيى بن معين وضعفه أبو حاتم الرازى والدارقطنى •

(واما لغات الفصل) فقوله (يقول على أثر ذلك) فيه لغتان كسر الهمزة مع اسكان الثاء وفتحهما ، قوله (وقد علا صوته واشتد غضبه واحمرت وجنتاه) هذا كله من مستحبات الخطبة لأنه أوقع فى النفوس وأبلغ فى الوعظ • والوجنة الخد وفيها أربع لغات ، فتح الواو وضمها وكسرها والرابعة أجنة بضم الهمزة قوله (كأنه منذر جيش) معناه ينذر قومه ويحذرهم من جيش يقصدهم • قوله صلى الله عليه وسلم : (بعثت أنا والساعة) هو بنصب الساعة ورفعها النصب على تقدير مع ، وهو مفعول معه ، والرفع عطف على الضمير ، والابهام مؤنثة على المشهور ويجوز تذكيرها ، وسبق بيانها واضحا فى مسح الرأس فى صفة الوضوء • قوله صلى الله عليه وسلم « وخير الهدى هدى محمد » روى فى صحيح مسلم على وجهين ، ضم الهاء مع فتح الدال وفتح الهاء مع اسكان الدال ، وكلاهما صحيح فمن فتح فمعناه الطريقة والأخلاق ومن ضم معناه الارشاد ، وقد بسطت شرح الروايتين وسائر ألفاظ الحديث موضحة فى شرح صحيح مسلم •

قوله صلى الله عليه وسلم « كل بدعة ضلالة » هذا من العام المخصوص لأن البدعة كل ما عمل على غير مثال سبق • قال العلماء : وهى خمسة أقسام : واجبة ومندوبة ومحرمة ومكروهة ومباحة • وقد ذكرت أمثلتها واضحة فى تهذيب الأسماء واللغات • ومن البدع الواجبة تعلم أدلة الكلام للرد على مبتدع أو ملحد تعرض ، وهو فرض كفاية كما سنوضحه ان شاء الله تعالى فى كتاب السير [1] •

ومن البدع المندوبات : بناء المدارس والربط وتصنيف العلم ونحو

---

(١) لم يقدر الله للشيخ أن يصل الى كتاب السير وهو من أواخر المهذب ولم نجد فى شرحنا داعيا لخوض غمار متاهات علم الكلام الذى يعتمد على منطق اليونان وقد حرم النووى هو وابن الصلاح منطق اليونان قال فى متن السلم : فابن الصلاح والنواوى حرما * وقال قوم ينبغى ان يعلما — اسأل الله الكريم أن يجعله خالصا لوجهه وأن يحسن لى به الخاتمة وان يصلح لى من ذريتى آمين (ط) •

ذلك ، والضياع ـ بفتح الضاد ـ العيال ، أى من ترك عيالا وأطفالا يضيعون بعده فليأتونى لأقوم بكفايتهم ، وكان صلى الله عليه وسلم يقضى دين من مات وعليه دين لم يخلف له وفاء ، وكان هذا القضاء واجبا على رسول الله صلى الله عليه وسلم على الصحيح عند أصحابنا ، وفيه وجه ضعيف أنه كان مستحبا ، ولا يجب اليوم على الامام أن يقضيه من مال نفسه •

وفى وجوب قضائه من بيت المال اذا كان فيه سعة ولم يضق عن أهم من هذا وجهان مشهوران ، وسيأتى كل هذا واضحا فى أول كتاب النكاح فى الخصائص حيث ذكرها الشافعى والأصحاب ان شاء الله تعالى • قوله (لأن كل عبادة افتقرت الى ذكر الله تعالى افتقرت الى ذكر الرسول صلى الله عليه وسلم) ففيه احتراز من الصوم وقوله (الرسول) هكذا هو فى المهذب ، وكذا يقوله كثير من العلماء ، وقد روى البيهقى فى مناقب الشافعى باسناده عن الشافعى أنه كره أن يقول : قال الرسول ، بل يقال : قال رسول الله أو نبى الله • فان قيل ففى القرآن (يا أيها الرسول) فالجواب ان نداء الله سبحانه وتعالى نبيه صلى الله عليه وسلم تشريف له وتبجيل بأى خطاب كان بخلاف كلامنا • وقول المصنف (رواه المزنى فى أقل ما يقع عليه اسم الخطبة) معناه نقله المزنى فى المختصر عن الشافعى فى أقل ما يجزىء من الخطبة فجعله واجبا •

(اما الاحكام) فقال أصحابنا : فروض الخطبة خمسة ، ثلاثة متفق عليها واثنان مختلف فيهما (أحدها) حمد الله تعالى ويتعين لفظ الحمد ، ولا يقوم معناه مقامه بالاتفاق • وأقله الحمد لله (الثانى) الصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم ويتعين لفظ الصلاة ، وذكر امام الحرمين عن كلام بعض الأصحاب ما يوهم أن لفظى الحمد والصلاة لا يتعينان ولم ينقله وجها مجزوما به ، والذى قطع به الأصحاب أنهما متعينان (الثالث) الوصية بتقوى الله تعالى ، وهل يتعين لفظ الوصية ؟ فيه وجهان (الصحيح) الذى نص عليه الشافعى وقطع به الأصحاب والجمهور لا يتعين بل يقوم مقامه أى وعظ كان (والثانى) حكاه القاضى حسين والبغوى وغيرهما من الخراسانيين أنه يتعين كلفظ الحمد والصلاة ، وهذا ضعيف أو باطل ، لأن لفظ الحمد والصلاة تعبدنا به فى مواضع • وأما لفظ الوصية فلم يرد نص بالأمر به ولا بتعينه •

قال امام الحرمين : ولا خلاف أنه لا يكفى التحذير من الاغترار بالدنيا وزخارفها ، لأن ذلك قد يتواصى به منكروا الشرائع ، بل لا بد من الحث على طاعة الله تعالى والمنع من المعاصى • قال أصحابنا : ولا يجب فى الموعظة كلام طويل ، بل لوقال : أطيعوا الله كفى ، وأبدى فى الاكتفاء به احتمالا ، والذى قطع به الأصحاب الاكتفاء به ووافقهم امام الحرمين على أن الاقتصار على لفظى الحمد والصلاة كاف بلا خلاف • ولو قال : والصلاة على النبى أو على محمد أو رسول الله كفى ، ولو قال : الحمد للرحمن أو للرحيم لم يكف ، كما لو قال فى تكبيرة الاحرام الرحمن أكبر • قال أصحابنا : وهذه الأركان الثلاثة واجبة فى كل واحدة من الخطبتين بلا خلاف الا وجها حكاه الرافعى أن الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم تكفى فى احداهما وهو شاذ مردود •

(الرابع) قراءة القرآن ، وفيها أربعة أوجه (الصحيح) المنصوص فى الأم تجب فى احداهما أيتها شاء (والثانى) وهو المنصوص فى البويطى ومختصر المزنى تجب فى الأولى ولا تجزى فى الثانية (والثالث) تجب فيهما جميعا وهو وجه مشهور قال الشيخ أبو حامد : هو غلط (والرابع) لا تجب فى واحدة منهما بل هى مستحبة ونقله امام الحرمين وابن الصباغ والشاشى وصاحب البيان قولا ، والمذهب عند الأصحاب أنها تجب فى احداهما لا بعينها • قالوا : ويستحب جعلها فى الأولى ونص عليه ، واتفقوا على أن أقلها آية ، ونص عليه الشافعى رحمه الله سواء كانت وعدا أو وعيدا أو حكما أو قصة أو غير ذلك • قال امام الحرمين : ولا يبعد الاكتفاء بشطر آية طويلة كانت [1] والمشهور الجزم باشتراط آية • قال امام الحرمين وغيره : ولا خلاف أنه لو قرأ (ثم نظر) لم يكف ، وان كانت معدودة آية ، بل يشترط كونها مفهمة •

قال المصنف وسائر الأصحاب : ويستحب أن يقرأ فى الخطبة سورة (ق) قال الدارمى وغيره : يستحب فى الخطبة الأولى • ويستحب قراءتها بكمالها للحديث الصحيح فى صحيح مسلم وغيره كما سبق ولما اشتملت عليه من

---

(١) كذا فى ش و ق والسقط (أو قصيرة) (ط) •

المواعظ والقواعد واثبات البعث ودلائله والترهيب وغير ذلك • قال أصحابنا : ولو قرأ سجدة نزل وسجد ان لم يمكنه السجود على المنبر ، فان أمكنه لم ينزل بل يسجد عليه ، فان لم يمكن السجود عليه وكان عاليا وهو بطيء الحركة بحيث لو نزل لطال الفصل ترك السجود ولم ينزل • هكذا ذكر المسألة جماعة وهو موافق لنص الشافعي فى المختصر فانه قال : فان قرأ سجدة فنزل فسجد فلا بأس • ونقل القاضى أبو الطيب أن الشافعي قال فى موضع آخر : الذى أستحبه أن لا يترك الخطبة ويشتغل بالسجود لأن السجود نفل فلا يشتغل به عن الخطبة وهى فرض ، فلو نزل فسجد وعاد الى المنبر — ولم يطل الفصل — بنى على خطبته بلا خلاف ، فلو طال الفصل فقولان ذكرهما المصنف هنا وسبق ذكرهما (أصحهما) وهو الجديد أن الموالاة بين أركان الخطبة واجبة لأن فواتها يخل بمقصود الوعظ ، فعلى هذا يجب استئناف الخطبة (والثانى) وهو القديم أن الموالاة مستحبة فعلى هذا يستحب الاستئناف فان بنى جاز • قال أصحابنا : ولو قرأ آية فيها موعظة وقصد ايقاعها عن الوصية بالتقوى وعن القراءة لم تحسب عن الجهتين ، بل تحسب قراءة ولا يجزئه الاتيان بآيات تشتمل على جميع الأركان ، لأن ذلك لا يسمى خطبة ، ولو أتى ببعضها فى ضمن آية جاز (الخامس) الدعاء للمؤمنين وفيه قولان ، وحكاهما المصنف وكثيرون أو الأكثرون وجهين ، والصواب قولان •

(أحدهما) أنه مستحب ولا يجب ، لأن الأصل عدم الوجوب ، ومقصود الخطبة الوعظ ، وهذا نصه فى الاملاء ، وممن نقله عن الاملاء الرافعى وغيره•

(والثانى) أنه واجب وركن لا تصح الخطبة الا به ، وهذا نصه فى مختصر المزنى كما ذكره المصنف ، ونص عليه أيضا فى البويطى والأم ، واختلفوا فى الأصح ، فرجح جمهور العراقيين استحبابه ، وبه قطع شيخهم الشيخ أبو حامد فى مواضع من تعليقه ، وادعى الاجماع على أنه لا يجب ، وانما يستحب ، وقطع به أيضا المحاملى فى كتبه الثلاثة ، وسليم الرازى والمصنف فى التنبيه ، وقطع به قبلهم ابن القاص فى التلخيص ، ورجح جمهور الخراسانيين وجوبه ، وقطع به شيخهم القفال فى شرح التلخيص ، وصاحبه القاضى حسين وصاحباه البغوى والمتولى ، وقطع به من العراقيين جماعة منهم

صاحب الحاوى ، ورجحه امام الحرمين والغزالى والرافعى وآخرون ، وهو الصحيح المختار .

قال أصحابنا : فاذا قلنا : يجب فمحله الخطبة الثانية ، ونص عليه فى مختصرى البويطى والمزنى ، فلو دعا فى الأولى لم يجزئه ، قالوا : يكفى ما يقع عليه اسم الدعاء . قال امام الحرمين : أرى أنه يجب أن يكون الدعاء متعلقا بأمور الآخرة . وأنه لا بأس بتخصيصه بالسامعين بأن يقول : رحمكم الله ، وأما الدعاء للسلطان فاتفق أصحابنا على أنه لا يجب ولا يستحب ، وظاهر كلام المصنف وغيره أنه بدعه [1] ، اما مكروه واما خلاف الأولى ، هذا اذا دعا له بعينه ، فأما الدعاء لأئمة المسلمين وولاة أمورهم بالصلاح والاعانة على الحق والقيام بالعدل ونحو ذلك ، ولجيوش الاسلام فمستحب بالاتفاق ، والمختار أنه لا بأس بالدعاء للسلطان بعينه اذا لم يكن مجازفة فى وصفه ونحوها ، والله أعلم .

(فرع) هل يشترط كون الخطبة بالعربية ؟

فيه طريقان (أصحهما) وبه قطع الجمهور : يشترط لأنه ذكر مفروض فشرط فيه العربية كالتشهد وتكبيرة الاحرام مع قوله صلى الله عليه وسلم « صلوا كما رأيتمونى أصلى » وكان يخطب بالعربية (والثانى) فيه وجهان حكاهما جماعة منهم المتولى ، أحدهما هذا ، والثانى : مستحب ولا يشترط لأن المقصود الوعظ وهو حاصل بكل اللغات ، قال أصحابنا : فاذا قلنا بالاشتراط ، فلم يكن فيهم من يحسن العربية جاز أن يخطب بلسانه مدة التعلم ، وكذا ان تعلم واحد منهم التكبير بالعربية ، فان مضى زمن التعلم ولم يتعلم أحد منهم عصوا بذلك ، ويصلون الظهر أربعا ، ولا تنعقد لهم جمعة .

(فرع) الترتيب بين أركان الخطبة مأمور به ، وهل هو واجب أو مستحب ؟ فيه وجهان (أحدهما) وبه قطع جمهور العراقيين وغيرهم : ليس هو بشرط فله التقديم والتأخير ، ونقله الماوردى عن نص الشافعى (والثانى) أنه شرط فيجب تقديم الحمد ، ثم الصلاة ، ثم الوصية ، ثم القراءة ، ثم

---

(1) هذا اذا كان السلطان عادلا فما بالك اذا كان من الظالمين فان الدعاء له حرام .

الدعاء ، وبهذا قطع المتـولى وقال البغوى وغـيره من الخراسانيين : يجب تقديم الحمد ، ثم الصلاة ثم الوصية ، ولا ترتيب بين القراءة والدعاء ، ولا بينهما وبين غيرهما ، والصحيح الأول لأن المقصود الوعظ ، وهو حاصل ولم يرد نص فى اشتراط الترتيب والله أعلم .

(فـرع) لو أغمى على الخطيب فى أثنائهـا أو أحدث ـ وشرطنـا الطهارة ـ فهل يبنى عليها غيره ، فيه طريقان (أصحهما) وبه قطع البغـوى وصححه المتولى أن فيه قولين بناء على الاستخلاف فى الصـلاة (والثانى) القطع بالمنع حكاه المتولى وفرق بأن فى الاستخلاف يستخلف من كان شاركه فى الصلاة ولا تتصور مشاركة غيره فى الخطبة ، فان قيل : هذا ضعيف لأن المقصود فى الصلاة انما يشترط استخلاف من كان معه فى الصلاة ، حيث يؤدى الى اختلال ترتيب الصلاة ، وهذا المعنى مقصود هنا (فالجواب) بأن المقصود فى الخطبة أيضا الوعظ ، ولا يحصل ببناء كلام رجل على كلام غيره ، والأصح هنا منع البناء . قال البغوى : فان جوزنا البناء اشترط كون الثانى ممن سمع الماضى من الخطبة والا استأنفها والله أعلم .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى أقل ما يجزىء فى الخطبة

قد ذكرنا أن أركانها عندنا خمسـة ، وبه قال أحمـد . وقال الأوزاعى واسحاق وأبو ثور وابن القاسم المالـكى وأبو يوسف ومحمـد وداود : الواجب ما يقع عليه اسم الخطبة .

وقال أبو حنيفة : يكفيه أن يقول : سبحان الله أو بسم الله أو الله أكبر أو نحو ذلك من الأذكار ، وقال ابن عبد الحكم المالكى : ان هلل أوسبح أجزأه .

(فـرع) شروط الخطبة سبعة : وقت الظهر ، وتقديمها على الصلاة ، والقيام ، والقعود بينهما . وطهارة الحدث والنجس ، وستر العـورة على الأصح فى الخطبتين ، وقد سبق بيان هذه الشروط ، والسابع رفع الصـوت بحيث يسمعه أربعون من أهل الكمال ، وحكى صاحب البيان والرافعى وجها أنه لو خطب سرا ولم يسمعه أحد صحت ، وهو غلط لفوات مقصودها . ولو

خطب ورفع صوته قدرا يبلغهم ولكن كانوا صما فلم يسمعوا كلهم أو سمع دون أربعين فوجهان مشهوران (الصحيح) لا تصح كما لو بعدوا لفوات المقصود (والثانى) تصح كما لو حلف لا يكلمه فكلمه بحيث يسمع فلم يسمع لصممه يحنث وكما لو سمعوا الخطبة فلم يفهموها فانها تصح بالاتفاق •

وينبغى للقوم أن يقبلوا على الامام ويستمعوا له وينصتوا • والاستماع هو شغل القلب بالاسماع والاصغاء للمتكلم • والانصات هو السكوت • وهل يجب الانصات ويحرم الكلام ؟ فيه قولان مشهوران ، وقد ذكرهما المصنف بتفريعهما فى باب هيئة الجمعة (أصحهما) وهو المشهور فى الجديد : يستحب الانصات ولا يجب ، ولا يحرم الكلام (والثانى) وهو نصه فى القديم والاملاء من الجديد : يجب الانصات ويحرم الكلام ، واتفق الأصحاب على أن الصحيح هو الأول ، وحكى الرافعى طريقا غريبا جازما بالوجوب وهو شاذ ضعيف •

وفى تحريم الكلام على الخطيب طريقان (أحدهما) على القولين (والثانى) وهو الصحيح وبه قطع الجمهور يستحب ولا يحرم للأحاديث الصحيحة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « تكلم فى الخطبة » والأولى أن يجيب عن ذلك بأن كلامه صلى الله عليه وسلم كان لحاجة • قال أصحابنا : وهذا الخلاف فى حق القوم والامام فى كلام لا يتعلق به غرض مهم ناجز ، فلو رأى أعمى يقع فى بئر أو عقربا ونحوها تدب الى انسان غافل ونحوه فأنذره أو علم انسانا خيرا أو نهاه عن منكر فهذا ليس بحرام بلا خلاف نص عليه الشافعى ، واتفق عليه الأصحاب على التصريح به ، لكن قالوا : يستحب أن يقتصر على الاشارة ان حصل بها المقصود : هذا كله فى الكلام فى حال الخطبة أما قبل الشروع فيها وبعد فراغها فيجوز الكلام بلا خلاف لعدم الحاجة الى الاستماع ، فأما فى الجلوس بين الخطبتين فطريقان قطع المصنف والغزالى وآخرون بالجواز ، وقطع المحاملى وابن الصباغ وآخرون بجريان القولين ، لأنه قد يتمادى الى الخطبة الثانية ، ولأن الخطبتين كشىء واحد فصار ككلام فى أثنائها •

قال الشافعي والأصحاب : ويستحب أن لا يتكلم حتى يفرغ من الخطبتين واتفقوا على أن للداخل الكلام ما لم يأخذ لنفسه مكانا والقولان انما هما فيما بعد قعوده ؛ قال الشافعي فى مختصر المزنى والأصحاب : يكره للداخل فى حال الخطبة أن يسلم على الحاضرين ، سواء قلنا : الانصات واجب أم لا ، فان خالف وسلم قال أصحابنا : ان قلنا بتحريم الكلام حرمت اجابته باللفظ ، ويستحب بالاشارة كما لو سلم فى الصلاة ، وفى تشميت العاطس ثلاثة أوجه (الصحيح) المنصوص تحريمه كرد السلام (والثانى) استحبابه لأنه غير مفرط بخلاف المسلم (والثالث) يجوز ولا يستحب • وحكى الرافعي ــ وجها ــ أنه يرد السلام لأنه واجب ، ولا يشمت العاطس لأنه سنة ، فلا يترك لها الانصات الواجب ، واذا قلنا : لا يحرم الكلام جاز رد السلام والتشميت بلا خلاف ، ويستحب التشميت على أصح الوجهين لعموم الأمر به (والثانى) لا يستحب لأن الانصات آكد منه فانه مختلف فى وجوبه ، وأما السلام ففيه ثلاثة أوجه • (أحدها) يجوز ولا يستحب ، وبه قطع امام الحرمين (والثانى) يستحب (والثالث) يجب ، وهذا هو الأصح وهو ظاهر نصه فى مختصر المزنى وصححه البغوى وآخرون •

هذا كله فيمن يسمع الخطبة ، فأما من لا يسمعها لبعده من الامام ، ففيه طريقان للخراسانيين (أحدهما) القطع بجواز الكلام (وأصحهما) وهو المنصوص وبه قطع جمهور العراقيين وغيرهم أن فيه القولين ، فان قلنا : لا يحرم الكلام استحب له الاشتغال بالتلاوة والذكر ، وان قلنا : يحرم حرم عليه كلام الآدميين وهو بالخيار بين السكوت والتلاوة والذكر ، هذا هو المشهور ، وبه قطع الجمهور وفيه وجه أنه لا يقرأ ولا يذكر ــ اذا قلنا بتحريم الكلام ــ لأنه يؤدى الى هينمة وتهويش ، حكاه الفورانى والمتولى وصاحب البيان وغيرهم • قالوا : وهو نظير الخلاف السابق فى أن المأموم هل يقرأ السورة فى السرية والجهرية اذا لم يسمع الامام ؟ والصحيح هناك أنه يقرأ ، وكذا هنا ، ولا خلاف أن الذى يسمع الخطبة لا يقرأ ولا يذكر وان جوزنا له الكلام • لأن الانصات آكد للاختلاف فى وجوبه • قال الشافعى والأصحاب : وحيث حرمنا الكلام فتكلم أثم ولا تبطل جمعته بلا خلاف ، والحديث الوارد « فلا جمعة له » أى لا جمعة كاملة •

(فـــرع) قال الغزالى : هل يحرم الكلام على من عدا الأربعين ؟ فيه القولان وهذا الذى قاله شاذ غير معروف لغيره ، وهو مما أنكروه عليـــه ، قال الرافعى : هذا التقدير بعيد ومخالف لما نقله الأصحاب ، أما بعده فلأن كلامه مفروض فى السامعين للخطبة ، واذا حضرت جماعة زائدون على أربعين لم يمكن أن يقول : تنعقد الجمعة بأربعين منهم معينين حتى يحرم الكلام عليهم قطعا ، ويكون الخلاف فى الباقين ، بل الوجه : الحـــكم بانعقـــادها بجميعهم ، أو بأربعين غير معينين ، وأما مخالفته لنقل الأصحاب فلانك لا تجد للاصحاب الا اطلاق قولين فى السامعين ، ووجهين فى حق غيرهم ، كما سبق والله أعلم .

(فـــرع) فى مذاهب العلماء فى وجوب الانصات حال الخطبة وتحريم الكلام ذكرنا أن الصحيح عند أصحابنا أنه لا يحرم الكلام ، وبه قال عروة ابن الزبير ، وسعيد بن جبير والشعبى والنخعى والثورى وداود ، وقال مالك والأوزاعى وأبو حنيفة وأحمد : يحرم . واحتج لهم بقوله تعالى (واذا قرىء القرآن فاستمعوا له وأنصتوا) [1] وبحديث أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « اذا قلت لصـــاحبك يوم الجمعـــة : أنصت ــ والامام يخطب ــ فقد لغوت » رواه البخارى ومسلم . وعن أبى الدرداء قال « دخلت المسجد يوم الجمعة والنبى صلى الله عليه وسلم يخطب فقرأ سوة براءة ، فقلت لأبى بن كعب : متى نزلت هذه السورة ؟ فلم يكلمنى فلما صلينا قلت له : ســـألتك فلم تكلمنى ؟ فقـــال : مالك من صـــلاتك الا ما لغوت ، فذكرته للنبى صلى الله عليه وسلم فقال : صـــدق أبى » حديث صحيح . قال البيهقى : اسناده صحيح ، ولأن الخطبتين بدل ركعتين فحـــرم بينهما الكلام كالصلاة .

واحتج أصحابنا بالأحاديث الصحيحة المشهورة أن النبى صلى الله عليه وسلم تكلم فى خطبته يوم الجمعة مرات . وبحديث أنس قال : « دخل رجل المسجد ورسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب على المنبر يوم الجمعة فقال : يا رسول الله متى الساعة ؟ فأشار اليه الناس أن اسكت ، فسأله ثلاث مرات ،

---

(١) الآية ٢٠٤ من سورة الأعراف .

كل ذلك يشيرون اليه أن اسكت ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : ويحك ما أعددت لها » رواه البيهقى باسناد صحيح . وعن أنس أيضا قال « بينما النبى صلى الله عليه وسلم يخطب فى يوم الجمعة قام أعرابى فقال : يا رسول الله هلك المال وجاع العيال فادع الله لنا ، فرفع يديه وذكر حديث الاستسقاء » رواه البخارى ومسلم . وأجابوا عن الآية أنها محمولة على الاستحباب جمعا بين الأدلة ، هذا ان سلمنا أن المراد الخطبة ، وأنها داخلة فى المراد . وعن الحديث الأول أن المراد باللغو الكلام الفارغ ومنه لغو اليمين وعن حديث أبى ذر أن المراد نقص جمعته بالنسبة الى الساكت. وأما القياس على الصلاة فلا يصح لأنها تفسد بالكلام بخلاف الخطبة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وسننها ان تكون على منبر لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يخطب على المنبر ، ولأنه ابلغ فى الاعلام ، ومن سننها اذا صعد المنبر ثم أقبل على الناس أن يسلم عليهم لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان اذا صعد المنبر يوم الجمعة واستقبل الناس بوجهه قال : السلام عليكم » ولأنه استدبر الناس فى صعوده فاذا أقبل عليهم سلم . ومن سننها أن يجلس اذا سلم حتى يؤذن المؤذن ، لما روى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان اذا خرج يوم الجمعة جلس ـ يعنى على المنبر ـ حتى يسكت المؤذن ثم قام فخطب » ويقف على الدرجة التى تلى المستراح لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يقف على هذه الدرجة ، ولأن ذلك أمكن له ، ويستحب أن يعتمد على قوس او عصا لما روى الحكم (١) بن حزن رضى الله عنه قال « وفدت الى النبى صلى الله عليه وسلم فشهدنا معه الجمعة فقام متوكئا على قوس او عصا ، فحمد الله واثنى عليه ، كلمات خفيفات ، طيبات مباركات » ولأن ذلك أمكن له فان لم يكن معه شىء سكن يديه ، ومن سننها ان يقبل على الناس ولا يلتفت يمينا ولا شمالا ، لما روى سمرة بن جندب رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان اذا خطبنا استقبلناه بوجوهنا واستقبلنا بوجهه » ويستحب أن يرفع صوته لحديث جابر « علا صوته واشتد غضبه » ولأنه ابلغ فى الاعلام ؛ قال الشافعى رحمه الله : ويكون كلامه مترسلا مبينا معربا من غير بغى ولا تمطيط، لأن ذلك أحسن وأبلغ ،ويستحب أن يقصر الخطبة لما روى عن عثمان « أنه خطب واوجز ، فقيل له : لو كنت تنفست ، فقال سمعت رسول الله

---

(١) هو الحكم بن حزن الكلفى وكلفة من تميم والحديث أخرجه ابن الأثير فى أسد الغابة مطولا من طريق أبى يعلى الموصلى وقال فى آخره : أخرجه الثلاثة يعنى ابن منده وأبا نعيم وأبا عمر ابن عبد البر (ط) .

صلى الله عليه وسلم يقول : قصر خطبة الرجل مئنة من فقهه ، فاطيلوا الصلاة واقصروا الخطبة ») .

(الشرح) حديث أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يخطب على المنبر » صحيح مشهور رواه البخارى ومسلم من روايات جماعات من الصحابة . وأما الحديث الثانى أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان اذا صعد المنبر يوم الجمعة قال : السلام عليكم » فرواه البيهقى من رواية ابن عمر وجابر واسنادهما ليس بقوى . وأما حديث ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان اذا خرج يوم الجمعة جلس على المنبر » الى آخره ، فرواه أبو داود باسناد ضعيف ، ويغنى عنه ما سبق فى صحيح البخارى عن السائب بن يزيد الصحابى قال « كان التأذين يوم الجمعة حين يجلس الامام على المنبر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر رضى الله عنهما » فهذا الحديث صحيح صريح فى الجلوس حينئذ ، وبه استدل البخارى والبيهقى فى المسألة . وأما حديث أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يقف على الدرجة التى تلى المستراح » فهذا الحديث موجود فى أكثر النسخ وليس موجودا فى بعض النسخ المقابلة بأصل المصنف ، وهو حديث صحيح . وأما حديث الحكم بن حزن فحديث حسن رواه أبو داود وغيره بأسانيد حسنة ، وأما حديث سمرة بن جندب [1] .

وأما حديث عثمان فرواه مسلم فى صحيحه .

---

(١) بياض بالأصل فحرر (ش) قلت : وهذا الخبر لم يرد بهذا النص عن سمرة وانما الذى ورد فى سنن ابن ماجه عن عدى بن ثابت عن ابيه عن جده ـ ولم يثبت لجد عدى هذا صحبة ـ قال : « كان النبى صلى الله عليه وسلم اذا قام على المنبر استقبله أصحابه بوجوههم » واخرج نحوه الترمذى عن ابن مسعود بلفظ : وكان النبى صلى الله عليه وسلم اذا استوى على المنبر استقبلناه بوجوهنا » وفى اسناده محمد بن الفضل بن عطية قال فيه الترمذى : ذاهب الحديث وقال صالح مزره : يضع . وقال الترمذى : ولا يصح فى هذا الباب شىء وقال الحافظ ابن حجر فى بلوغ المرام من أدلة الأحكام : وله مشاهد من حديث البراء عند ابن خزيمة . وقال الشوكانى فى النيل : وفى الباب عن أبى سعيد عند البخارى ومسلم والنسائى قال : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جلس يوما على المنبر وجلسنا حوله » بوب عليه البخارى باب استقبال الناس الامام اذا خطب وفى الباب أيضا عن مطيع أبى يحيى عن جده قال : « كان رسول الله اذا قام استقبلناه بوجوهنا » ومطيع هذا مجهول . ولم اجد لسمرة بن جندب حديثا فى هذا الباب والله تعالى أعلم (ط) .

(**واما لغات الفصل والفاظه**) فالمنبر مشتق من النبر ، وهو الارتفاع ، وقوله « تلى المستراح » هو أعلى المنبر الذى يقعد عليه الخطيب ليستريح قبل الخطبة حال الأذان ، والحكم ابن حزن بفتح الحاء المهملة واسكان الزاى ، وجندب بضم الدال وفتحها ، قوله « يكون كلامه مترسلا » قال الأزهرى أى يتمهل فيه ويبينه تبيينا يفهمه سامعوه • قال وهو من قولهم : اذهب على رسلك أى على هينتك غير مستعجل ولا تتعب نفسك ، قوله « معربا » أى فصيحا ، والبغى باسكان الغين المعجمة ، قال الأزهرى : هو أن يكون رفعه صوته يحكى كلام الجبابرة والمتكبرين والمتفيهقين ، قال : والبغى فى كلام العرب الكبر ، والبغى الضلال والبغى الفساد ، قوله التمطيط الافراط فى مد الحروف ، يقال : مط كلامه اذا مده ، فاذا أفرط فيه قيل مططه ، قوله : لو كنت تنفست ؛ يعنى مددتها وطولتها ، قوله صلى الله عليه وسلم « مئنة » بفتح الميم بعدها همزة مكسورة ثم نون مشددة أى علامة أو دلالة على فقهه •

(**وأما أحكام الفصل**) ففيه مسائل (احداها) أجمع العلماء على أنه يستحب كون الخطبة على منبر للأحاديث الصحيحة التى أشرنا اليها ، ولأنه أبلغ فى الاعلام ، ولأن الناس اذا شاهدوا الخطيب كان أبلغ فى وعظهم • قال أصحابنا وغيرهم : ويستحب أن يكون المنبر على يمين المحراب ، أى على يمين الامام اذا قام فى المحراب مستقبل القبلة ، وهكذا العادة • قال أصحابنا: ويستحب أن يقف على يمين المنبر ، قال أصحابنا • فان لم يكن منبر استحب أن يقف على موضع عال ، والا فالى خشبة ونحوها للحديث المشهور فى الصحيح أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يخطب الى جذع قبل اتخاذ المنبر » قالوا : ويكره المنبر الكبير جدا الذى يضيق على المصلين اذا لم يكن المسجد متسعا •

(الثانية) قال أصحابنا : يسن للامام السلام على الناس مرتين (احداهما) عند دخوله المسجد يسلم على من هناك وعلى من عند المنبر اذا انتهى اليه •

(الثانية) اذا وصل أعلا المنبر وأقبل على الناس بوجهه يسلم عليهم ، لما ذكره المصنف • قال أصحابنا : واذا سلم لزم السامعين الرد عليه وهو فرض كفاية كالسلام فى باقى المواضع ، وهذا الذى ذكرناه من استحباب السلام

الثانى مذهبنا ومذهب الأكثرين وبه قال ابن عباس وابن الزبير وعمر ابن عبد العزيز والأوزاعى وأحمد • وقال مالك وأبو حنيفة : يكره •

(الثالثة) يسن له اذا صعد المنبر وأقبل على الناس وسلم أن يجلس ويؤذن المؤذن ، فاذا فرغ من الأذان قام فشرع فى الخطبة ويكون المؤذن واحدا ، فان كان أكثر ففيه كلام وتفصيل سبق فى باب الأذان •

(الرابعة) يستحب أن يقف على الدرجة التى تلى المستراح كما ذكره المصنف ، قال الشيخ أبو حامد : فان قيل قد روى أن أبا بكر نزل عن موقف النبى صلى الله عليه وسلم درجة ، وعمر درجة أخرى ، وعثمان أخرى ، ووقف على رضى الله عنه فى موقف النبى صلى الله عليه وسلم • قلنا : كل منهم له قصد صحيح ، وليس بعضهم حجة على بعض ، واختار الشافعى وغيره موافقة النبى صلى الله عليه وسلم لعموم الأمر بالاقتداء به صلى الله عليه وسلم •

(الخامسة) يسن أن يعتمد على قوس أو سيف أو عصا أو نحوها لما سبق • قال القاضى حسين والبغوى : يستحب أن يأخذه فى يده اليسرى ولم يذكر الجمهور اليد التى يأخذه فيها • وقال أصحابنا : ويستحب أن يشغل يده الأخرى بأن يضعها على حرف المنبر • قالوا : فان لم يجد سيفا أو عصا ونحوه سكن يديه بأن يضع اليمنى على اليسرى أو يرسلهما ولا يحركهما ولا يعبث بواحدة منهما ، والمقصود الخشوع والمنع من العبث •

(السادسة) يسن أن يقبل الخطيب على القوم فى جميع خطبتيه ولا يلتفت فى شىء منهما ، قال صاحب الحاوى وغيره : ولا يفعل ما يفعله بعض الخطباء فى هذه الأزمان من الالتفات يمينا وشمالا فى الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم ولا غيرها فانه باطل لا أصل له ، واتفق العلماء على كراهة هذا الالتفات وهو معدود من البدع المنكرة ، وقد قال الشيخ أبو حامد فى تعليقه : يستحب أن يقصد قصد وجهه ولا يلتفت فى شىء من خطبته عندنا ، وقال أبو حنيفة : يلتفت يمينا وشمالا فى بعض الخطبة كما فى الأذان ، وهذا غريب لا أصل له • قال أصحابنا : ويستحب للقوم الاقبال بوجوههم على

الخطيب وجاءت فيه أحاديث كثيرة ولأنه الذى يقتضيه الأدب وهو أبلغ فى الوعظ وهو مجمع عليه . قال امام الحرمين : سبب استقبالهم له واستقباله اياهم واستدباره القبلة أن يخاطبهم ، فلو استدبرهم كان قبيحا خارجا عن عرف الخطاب ، ولو وقف فى آخر المسجد واستقبل القبلة فان استدبروه كان قبيحا ؛ وان استقبلوه استدبروا القبلة ؛ فاستدبار واحد واستقبال الجمع أولى من عكسه . قال أصحابنا : ولو خالف السنة وخطب مستقبل القبلة مسدبر الناس صحت خطبته مع الكراهة ؛ كذا قطع به جماهير الأصحاب فى جميع الطرق ؛ وفيه وجه شاذ أنه لا تصح خطبته . حكاه الدارمى والشاشى وغيرهما ؛ وهو مخالف لما قطع به ؛ وأن له بعض الاتجاه ، وطرد الدارمى الوجه فيما اذا استدبروه أو خالفوا هم أو هو الهيئة المشروعة بغير ذلك .

(السابعة) يستحب رفع صوته زيادة على الواجب لما ذكره المصنف .

(الثامنة) يستحب كون الخطبة فصيحة بليغة مرتبة مبينة من غير تمطيط ولا تقعير ؛ ولا تكون ألفاظا مبتذلة ملفقة ، فانها لا تقع فى النفوس موقعا كاملا ، ولا تكون وحشية لأنه لا يحصل مقصودها بل يختار ألفاظاً جزلة مفهمة . قال المتولى : ويكره الكلمات المشتركة والبعيدة عن الأفهام . وما يكره عقول الحاضرين واحتج بقول على بن أبى طالب رضى الله عنه « حدثوا الناس بما يعرفون أتحبون أن يكذب الله ورسوله ؟ » رواه البخارى فى أواخر كتاب العلم من صحيحه .

(التاسعة) يستحب تقصير الخطبة للحديث المذكور ، وحتى لا يملوها ، قال أصحابنا : ويكون قصرها معتدلا ، ولا يبالغ بحيث يمحقها .

(العاشرة) قال المتولى يستحب للخطيب أن لا يحضر للجمعة الا بعد دخول الوقت بحيث يشرع فيها أول وصوله المنبر ، لأن هذا هو المنقول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واذا وصل المنبر صعده ولا يصلى تحية المسجد ، وتسقط هنا التحية بسبب الاشتغال بالخطبة كما تسقط فى حق الحاج اذا دخل المسجد الحرام بسبب الطواف ، وقال جماعة من أصحابنا :

تستحب له تحية المسجد ركعتان عند المنبر ، ممن ذكر هذا البندنيجى والجرجانى فى التحرير وصاحبا العدة والبيان ، والمذهب أنه لا يصليها لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم ينقل أنه صلاها ، وحكمته ما ذكرته • ولم يذكر الشافعى وجماهير الأصحاب التحية ، وظاهر كلامهم أنه لا يصليها والله أعلم •

(الحادية عشرة) يستحب للقوم أن يقبلوا على الخطيب مستمعين ولا يشتغلوا بغيره حتى قال أصحابنا : يكره لهم شرب الماء للتلذذ ، ولا بأس بشربه للعطش للقوم والخطيب ، هذا مذهبنا قال ابن المنذر : رخص فى الشرب طاوس ومجاهد والشافعى ، ونهى عنه مالك والأوزاعى وأحمد • وقال الأوزاعى : تبطل الجمعة اذا شرب والامام يخطب ، واختار ابن المنذر الجواز قال : ولا أعلم حجة لمن منعه • قال العبدرى : قول الأوزاعى مخالف للاجماع •

(الثانية عشرة) يستحب للخطيب أن يختم خطبته بقوله : أستغفر الله لى ولكم ، ذكره البغوى • ويستحب له أن يأخذ فى النزول من المنبر عقب فراغه ، ويأخذ المؤذن فى الاقامة ، ويبلغ المحراب مع فراغ الاقامة •

(الثالثة عشرة) يكره فى الخطبة أشياء (منها) ما يفعله بعض جهلة الخطباء من الدق بالسيف على درج المنبر فى صعوده ، وهذا باطل لا أصل له وبدعة قبيحة • (ومنها) الدعاء اذا انتهى صعوده قبل جلوسه ، وربما توهم بعض جهلتهم أنها ساعة اجابة الدعاء ، وذلك خطأ ، انما ساعة الاجابة بعد جلوسه كما سنوضحه فى موضعه من الباب الثانى ان شاء الله تعالى (ومنها) الالتفاف فى الخطبة الثانية عند الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم وقد سبق بيان أنه باطل مكروه (ومنها) المجازفة فى أوصاف السلاطين فى الدعاء لهم ، وكذبهم فى كثير من ذلك ، كقولهم السلطان العالم العادل ونحوه (ومنها) مبالغتهم فى الاسراع فى الخطبة الثانية وخفض الصوت بها •

(الرابعة عشرة) قال الشافعى فى المختصر : واذا حصر الامام لقن ، قال الشيخ أبو حامد والأصحاب : ونص فى مواضع أخر أنه لا يلقن • قال القاضى أبو الطيب : قال أصحابنا : ليست على قولين بل على حالين ، فقوله « يلقنه » أراد اذا استعظمه التلقين بحيث سكت ولم ينطق بشىء ، وقوله « لا يلقنه »

أراد مادام يردد الكلام ويرجو أن ينفتح عليه ؛ فيترك حتى ينفتح عليه ، فان لم ينفتح لقن ؛ واتفق الأصحاب على أن مراد الشافعى هذا التفصيل ؛ وأنها ليست على قولين •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والجمعة ركعتان لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال « صلاة الأضحى ركعتان » وصلاة الفطر ركعتان ، وصلاة السفر ركعتان ، وصلاة الجمعة ركعتان تمام غير قصر على لسان نبيكم صلى الله عليه وسلم ، وقد خاب من افترى ، ولانه نقل الخلف عن السلف ، والسنة أن يقرأ فى الركعة الاولى بعد الفاتحة الجمعة ، وفى الثانية المنافقين لما روى عبد الله بن أبى رافع قال : « استخلف مروان أبا هريرة على المدينة فصلى بالناس الجمعة فقرأ بالجمعة والمنافقين ، فقلت : يا أبا هريرة قرأت بسورتين سمعت عليا رضى الله عنه قرأ بهما ؟ قال : سمعت حبى أبا القاسم صلى الله عليه وسلم يقرأ بهما » والسنة أن يجهر فيهما بالقراءة لأنه نقل الخلف عن السلف) •

(الشرح) حديث عمر رضى الله عنه حديث حسن رواه أحمد بن حنبل فى مسنده والنسائى وابن ماجه والبيهقى فى سننهم ، وسبق بيانه فى باب صلاة المسافر فى فرع مذاهب العلماء فى القصر والاتمام ، وحديث عبد الله بن أبى رافع رواه مسلم فى صحيحه بلفظه ، وعبد الله هذا تابعى وأبوه أبو رافع صحابى ، وهو مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم واسمه أسلم ، ويقال : ابراهيم ، ويقال : ثابت ، ويقال : هرمز وقوله : حبى ــ بكسر الحاء المهملة والباء الموحدة ــ أى محبوبى •

(اما الأحكام) فأجمعت الأمة على أن الجمعة ركعتان ، وعلى أنه يسن الجهر فيهما وتسن القراءة فيها بالسورتين المذكورتين بكمالهما ، نص عليه الشافعى ، واتفق عليه الأصحاب ، ونص الشافعى فى القديم على أنه يستحب أن يقرأ فى الأولى سبح اسم ربك ، وفى الثانية هل أتاك حديث الغاشية • وقال الربيع ــ وهو راوى كتب الشافعى الجديدة : سألت الشافعى عن ذلك فذكر أنه يختار الجمعة والمنافقين ، ولو قرأ سبح وهل أتاك كان حسنا • وقد ثبت فى صحيح مسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قرأ فى الجمعة بسبح ، وهل أتاك أيضا ، والصواب هاتان سنة وهاتان سنة ، وكان النبى

صلى الله عليه وسلم يقرأ بهاتين تارة وبهاتين تارة ، والأشهر عن الشافعى والأصحاب الجمعة والمنافقون .

قال الشافعى : فان قرأ فى الأولى المنافقين قرأ فى الثانية الجمعة ـ ، قال المتولى وغيره : ولا يعيد المنافقين ، ولو قرأ فى الأولى غير الجمعة والمنافقين قال أصحابنا : قرأ فى الثانية السورتين بخلاف ما لو ترك الجهر فى الأوليين من العشاء لا يجهر فى الأخريين لأن السنة الاسرار فى الأخريين ، ولا يمكنه تدارك السنة الفائتة الا بتفويت السنة المشروعة الآن وأما هنا فيمكنه جمع السورتين بغير اخلال بسنة (فان قيل) هذا يؤدى الى تطويل الركعة الثانية على الأولى ، وهذا خلاف السنة (فالجواب) أن ذلك الأدب لا يقاوم فضيلة السورتين والله أعلم . وقال أبو حنيفة : لا مزية لهاتين السورتين ولا لغيرهما، والسور كلها سواء فى هذا ، وقال مالك : يقرأ فى الأولى الجمعة والثانية هل أتاك حديث الغاشية .

(فرع) هل الجمعة صلاة مستقلة ؟ أم ظهر مقصورة ؟ فيه خلاف مشهور فى طريقة الخراسانيين ، وممن نقله من المتقدمين صاحب التقريب حكاه عنه امام الحرمين وغيره ، وظاهر كلام بعضهم أنه قولان ، وظاهر كلام الآخرين أنه وجهان ، ولعلهما قولان مستنبطان من كلام الشافعى فيصح تسميتها قولين ووجهين (أصحهما) أنها صلاة مستقلة ويستدل له بحديث عمر رضى الله عنه الذى ذكره المصنف ، وبأن ادعاء القصر يحتاج الى دليل ، وعبر بعض أصحابنا بعبارة أخرى فقال : فى الجمعة والظهر يوم الجمعة ثلاثة أقوال .

(أحدها) كل واحدة أصل بنفسه . (والثانى) الظهر أصل والجمعة بدل ، وهو القول بأنها ظهر مقصورة . (والثالث) وهو أصحها أن الجمعة أصل والظهر بدل ، وبنى الأصحاب على الخلاف فى كونها ظهرا مقصورة أم مستقلة مسائل كثيرة (منها) ما سأذكره فى فرع بعد هذا فى نية الجمعة ان شاء الله تعالى .

(فرع) ينبغى لمصلى الجمعة أن ينوى الجمعة بمجموع ما يشترط فى النية ، فلو نوى الظهر ـ قال امام الحرمين ـ قال صاحب التقريب : ان

قلنا : الجمعة صلاة مستقلة فلابد من نية الجمعة فلو نوى ظهرا مقصورة لم تصح ، وان قلنا : هى ظهر مقصورة فنوى ظهرا مقصورة فوجهان • (أحدهما) تصح جمعته ، لأنه نوى الصلاة على حقيقتها (والثانى) لا تصح لأن مقصود النيات التمييز فوجب التمييز بما يخص الجمعة ، قال : ولو نوى الجمعة ، فان قلنا هى صلاة مستقلة أجزأته ، وان قلنا ظهر مقصور فهل يشترط نية القصر ؟ فيه وجهان (الصحيح) لا يشترط ، بل تكفى نية الجمعة (والثانى) يشترط لأن الأصل الاتمام ، قال الامام : وهذا ضعيف غير معدود من المذهب ، هذا آخر كلام الامام ، ولو نوى الظهر مطلقا من غير تعرض للقصر لم تصح بلا خلاف •

باب هيئة الجمعة والتبكير

قال المصنف رحمه الله تعالى

(السنة لمن اراد الجمعة ان يغتسل ، لما روى ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من جاء منكم الى الجمعة فليغتسل » ووقته ما بين طلوع الفجر الى أن يدخل فى الصلاة فان اغتسل قبل طلوع الفجر لم يجزئه لقوله صلى الله عليه وسلم « غسل يوم الجمعة واجب على كل محتلم » فعلقه على اليوم • والأفضل أن يغتسل عند الرواح لحديث ابن عمر، ولأنه انما يراد لقطع الروائح فاذا فعله عند الرواح كان ابلغ فى المقصود ، فان ترك الغسل جاز لما روى سمرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : من توضا فبها ونعمت ، ومن اغتسل فالغسل افضل » فان كان جنبا فنوى بالغسل الجنابة والجمعة اجزاه عنهما كما لو اغتسلت المراة ونوت الجنابة والحيض وان نوى الجنابة ولم ينو الجمعة أجزاه عن الجنابة ، وفى الجمعة قولان • (احدهما) يجزئه لأنه يراد للتنظيف ، وقد حصل [ذلك] (والثانى) لا يجزئه لأنه لم ينوه فاشبه اذا اغتسل من غير نية ، وان نوى الجمعة ولم ينو الجنابة لم يجزئه عن الجنابة وفى الجمعة وجهان (أحدهما) وهو المذهب أن يجزئه عنهما لأنه نواها (والثانى) لا يجزئه لأن غسل الجمعة يراد للتنظيف ، والتنظيف لا يحصل مع بقاء الجنابة) •

(الشرح) حديث ابن عمر رواه البخارى ومسلم وحديث « غسل يوم الجمعة واجب على كل محتلم » رواه البخارى ومسلم بهذا اللفظ من رواية أبى سعيد الخدرى عن النبى صلى الله عليه وسلم وحديث سمرة حديث حسن رواه أبو داود والترمذى وغيرهما بأسانيد حسنة قال الترمذى : هو حديث حسن • وقوله صلى الله عليه وسلم (من جاء منكم الى الجمعة) معناه

من أراد المجيء (وغسل الجمعة واجب على كل محتلم) المراد بالمحتلم البالغ ، وبالوجوب وجوب اختيار لا وجوب التزام ، كقول الانسان لصاحبه، حقك واجب على • (وقوله) صلى الله عليه وسلم (من توضأ فبها ونعمت) قال الأزهرى والخطابى : قال الأصمعى : معناه فبالسنة أخذ ونعمت السنة ، قال الخطابى : ونعمت الخصلة أو نعمت الفعلة أو نحو ذلك قال : وانما ظهرت تاء التأنيث لاظهار السنة أو الخصلة أو الفعلة ، وحكى الهروى فى الغريبين عن الأصمعى ماسبق ثم قال : وسمعت الفقيه أبا حاتم الشاركى يقول : معناه فبالرخصة أخذ ، لأن السنة يوم الجمعة الغسل وقال صاحب الشامل : فبالفريضة أخذ ولعل الأصمعى أراد بقوله فبالسنة أى فيما جوزته السنة ، وقوله صلى الله عليه وسلم : ونعمت ــ بكسر النون واسكان العين ــ هذا هو المشهور وروى بفتح النون وكسر العين وهو الأصل فى هذه اللفظة قال القلعى : وروى نعمت بفتح النون وكسر العين وفتح التاء أى نعمك الله وهذا تصحيف نبهت عليه لئلا يغتر به •

(اما الأحكام) فقد سبق بيان غسل الجمعة وسائر الأغسال المسنونة فى فصل عقيب باب صفة الغسل ، ونعيد منه هنا قطعة مختصرة تتعلق بلفظ المصنف ، وغسل الجمعة سنة ، وليس بواجب وجوبا يعصى بتركه بلا خلاف عندنا وفيمن يسن له أربعة أوجه (الصحيح) المنصوص ــ وبه قطع المصنف والجمهور ــ يسن لكل من أراد حضور الجمعة ، سواء الرجل والمرأة والصبى والمسافر والعبد وغيرهم لظاهر حديث ابن عمر ، ولأن المراد النظافة وهم فى هذا سواء ، ولا يسن لمن لم يرد الحضور ، وان كان من أهل الجمعة لمفهوم الحديث ولانتفاء المقصود ولحديث ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من أتى الجمعة من الرجال والنساء فليغتسل ، ومن لم يأتها فليس عليه غسل من الرجال والنساء » رواه البيهقى بهذا اللفظ باسناد صحيح •

(الثانى) يسن لكل من حضرها ولمن هو من أهلها ــ ومنعه عذر ، حكاه الماوردى والرويانى والشاشى وغيرهم ، لأنه شرع له الجمعة والغسل ، فعجز عن أحدهما فينبغى أن يفعل الآخر •

(والثالث) لا يسن الا لمن لزمه حضورها ، حكاه الشاشي وآخرون •

(والرابع) يسن لكل أحد سواء من حضرها وغيره لأنه كيوم العيد وهو مشهود ممن حكاه المتولى وغيره ، قال أصحابنا : ووقت جواز غسل الجمعة من طلوع الفجر الى أن يدخل فى الصلاة كما قاله المصنف ودليله فى الكتاب • قالوا : ولا يجوز قبل الفجر وانفرد امام الحرمين بحكاية وجه أنه يجوز قبل طلوع الفجر كغسل العيد على أصح القولين والصواب المشهور أنه لا يجزىء قبل الفجر ويخالف العيد • فانه يصلى فى أول النهار فيبقى أثر الغسل ، ولأن الحاجة تدعو الى تقديم غسل العيد لكون صلاته أول النهار ، فلو لم يجز قبل الفجر ضاق الوقت وتأخر عن التبكير الى الصلاة ، واتفقوا على أن الأفضل تأخيره الى وقت الذهاب الى الجمعة لما ذكره المصنف وقال مالك : لا يصح الا عند الذهاب •

ولو اغتسل ثم أحدث أو أجنب بجماع أو غيره لم يبطل غسل الجمعة عندنا ، بل يغتسل للجنابة ويبقى غسل الجمعة على صحته ، لأنه قد صح ولا وجه لابطاله ، ولو عجز عن الغسل لنفاد الماء بعد الوضوء أو لمرض أو برد أو غير ذلك ــ قال الصيدلانى وسائر الأصحاب : يستحب له التيمم ويحوز به فضيلة الغسل ، لأنه الشرع أقامه مقامه عند العجز • قال امام الحرمين : هــذا الذى قالوه هو الظاهر ، وفيه احتمال من حيث ان المراد بالغســل النظافة ولا تحصل بالتيمم ورجح الغزالى هذا الاحتمال وليس بشىء ، ولو ترك الغسل مع التمكن منه فلا اثم عليه وجمعته صحيحة وسنبسط دلائله فى فرع مذاهب العلماء ان شاء الله تعالى •

وأما اذا وجب عليه يوم الجمعة غسل جنابة فنوى الغسل عن الجنابة والجمعة معا فالمذهب صحة غسله لهما جميعا ، وبه قطع المصنف والجمهور ، وفيه وجه ضعيف حكاه الخراسانيون أنه لا يجزئه ، حكاه المتولى عن أبى سهل الصعلوكى من أصحابنا ، وهو مذهب مالك ، واستدل للمذهب بما اذا لزمها غسل حيض وغسل جنابة فنوتهما أو نوى بصلاته الفرض وتحية المسجد ، فانه يجزئه عنهما ، ولو نوى غســل الجمعة لم تحصــل [عن] الجنابة على المذهب ، وبه قطع المصنف والجمهــور وفيــه وجه مشــهور

الخراسانيين أنها تحصل ، وسبق بيانه فى كتاب الطهارة وهو ضعيف فان قلنا به حصل غسل الجمعة أيضا ، وان قلنا بالمذهب ففى صحة غسل الجمعة وجهان حكاهما المصنف وغيره (الصحيح) الذى قطع به كثيرون : حصوله ونقله البندنيجى وغيره عن النص (والثانى) لا يحصل ، ودليلهما فى الكتاب •

واذا اختصرت قلت : اذا نوى غسل الجمعة فثلاثة أوجه (الصحيح) حصولها دون الجنابة (والثانى) حصولهما (والثالث) منعهما • ولو نوى الغسل للجنابة حصل بلا خلاف وفى حصول غسل الجمعة قولان (أصحهما) عند المصنف فى التنبيه والأكثرين لا يحصل لأن الأعمال بالنيات ولم ينوه (وأصحهما) عند البغوى حصوله والمختار أنه لا يحصل •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى غسل الجمعة

مذهبنا أنه سنة ليس بواجب يعصى بتركه بل له حكم سائر المندوبات ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وأحمد وجماهير العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم وقال بعض أهل الظاهر : هو فرض وحكاه ابن المنذر عن أبى هريرة رضى الله عنه وحكاه الخطابى وغيره عن الحسن البصرى وعن رواية عن مالك ، واحتج لهم بحديث « غسل الجمعة واجب على كل محتلم» وبحديث « من جاء منكم الى الجمعة فليغتسل » وهما فى الصحيحين كما بيناه • واحتج أصحابنا والجمهور بقوله صلى الله عليه وسلم « من توضأ فبها ونعمت ومن اغتسل فالغسل أفضل » وفيه دليلان على عدم الوجوب (أحدهما) قوله صلى الله عليه وسلم « فبها » وعلى كل قول مما سبق فى تفسيره تحصل الدلالة (والثانى) قوله صلى الله عليه وسلم «فالغسل أفضل » والأصل فى أفعل التفضيل أن يدخل على مشتركين فى الفضل يرجح أحدهما فيه ، وبحديث أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من توضأ فأحسن الوضوء ثم أتى الجمعة فدنا واستمع وأنصت غفر له ما بينه وبين الجمعة ، وزيادة ثلاثة أيام » رواه مسلم وغيره • وبحديث أبى هريرة قال : « بينماعمر بن الخطاب يخطب الناس يوم الجمعة اذ دخل عثمان فأعرض عنه عمر فقال : مابال رجال يتأخرون بعد النداء ؟ فقال عثمان :

ما زدت حين سمعت النداء أن توضأت ثم أقبلت ، فقال عمر والوضوء أيضا ؟ ألم تسمعوا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : اذا جاء أحدكم الى الجمعة فليغتسل » رواه البخارى ومسلم وهـذا لفظ مسلم ، وفى رواية البخارى دخل رجل ولم يسم عثمان ؛ وموضع الدلالة أن عمر وعثمان ومن حضر الجمعـة وهم الجم الغفير أقروا عثمان على ترك الغسل ولم يأمروه بالرجوع له ، ولو كان واجبا لم يتركه ولم يتركوا أمره بالرجوع له ، قال بعض الظاهرية : لا يتحرينّه •

(وقوله) والوضوء أيضا منصوب على الصدر ، أى وتوضأت الوضوء أيضا وبحديث عائشة قالت « كان الناس ينتابون الجمعة من منازلهم ومن العوالى فيأتون فى العباء ويصيبهم الغبار ، فيخرج منهم الريح ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو أنكم تطهـرتم ليومكم هذا » رواه البخـارى ومسلم • وعن ابن عباس قال « غسل الجمعة ليس بواجب ، ولكنه أطهر وخير لمن اغتسل ، وسأخبركم كيف كان بدء الغسل » فذكر نحو حديث عائشة • رواه أبو داود باسناد حسن (والجواب) عما احتجوا به أنه محمول على الاستحباب جمعا بين الأدلة ، والله أعلم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى مسائل من غسل الجمعة

قال ابن المنذر : أكثر العلماء يقولون : يجزىء غسل واحد عن الجنابة والجمعة وهو قول ابن عمر ومجاهد ومكحول ومالك والثورى والأوزاعى والشافعى وأبى ثور ، وقال أحمد : أرجو أن يجزئه ، وقال أبو قتـادة الصحابى لمن اغتسل للجنابة أعد غسلا للجمعة ، وقال بعض الظاهـرية : لا يجزئه (ومنها) لو اغتسل للجمعة قبل الفجر لم يجزئه على الصحيح من مذهبنا ، وبه قال جماهير العلماء • وقال الأوزاعى : يجزئه (ومنها) لو اغتسل لها بعد طلوع الفجر أجزأه عندنا وعند الجمهور حكاه ابن المنذر عن الحسن ومجاهد والنخعى والثورى وأحمد واسحاق وأبى ثور ، وقال مالك : لا يجزئه الا عند الذهاب الى الجمعة وكلهم يقولون : لا يجزئه قبل الفجر الا الأوزاعى فقال : يجزئه الاغتسال قبل طلوع الفجـر للجنابة والجمعة • (ومنها) لو اغتسل للجمعة ثم أجنب لم يبطل غسله عندنا وعند الجمهور •

وقال الأوزاعي يبطل • ولو أحدث لم يبطل بالاجماع ، واختلفوا فى استحباب اعادة الغسل ، فمذهبنا أنه لا يستحب ، وحكاه ابن المنذر عن الحسن ومجاهد ومالك والأوزاعى ، قال : وبه أقول ، وحكى عن طاوس والزهرى وقتادة ويحيى بن أبى كثير استحبابه (ومنها) المسافر اذا لم يرد حضور الجمعة لا يستحب له الغسل عندنا ، وفيه الوجه السابق • قال ابن المنذر : وممن تركه فى السفر ابن عمر وعلقمة وعطاء • قال : وروى عن طلحة بن عبيد الله أنه كان يغتسل فى السفر يوم الجمعة ، وعن طاوس ومجاهد مثله •

(ومنها) المرأة اذا حضرت الجمعة استحب لها الغسل عندنا ، وبه قال مالك والجمهور • وقال أحمد : لا تغتسل ، دليلنا على الجميع وقوله صلى الله عليه وسلم « من جاء منكم الى الجمعة فليغتسل » وعلى مالك اشتراط الذهاب عقب الغسل • وقوله صلى الله عليه وسلم « من اغتسل يوم الجمعة ثم راح » الى آخر الحديث ، ولفظة (ثم) للتراخى ، وعلى أحمد فى المرأة حديث ابن عمر الذى رواه البيهقى بزيادته وهو صحيح سبق بيانه قريبا ، ولأنه ليس فيه تطيب ولا تزين •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب أن يتنظف بسواك ، وأخذ الظفر والشعر ، وقطع الروائح ؛ ويتطيب ويلبس أحسن ثيابه ، لما روى ابو سعيد وابو هريرة رضى الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من اغتسل يوم الجمعة واستن ومس من طيب ، ان كان عنده ، ولبس أحسن ثيابه ، ثم خرج حتى يأتى المسجد ولم يتخط رقاب الناس ، ثم ركع ما شاء الله أن يركع ، وأنصت اذا خرج الامام كانت كفارة ما بينها وبين الجمعة التى قبلها » وافضل الثياب البياض ، لما روى سمرة بن جندب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « البسوا ثياب البيض فانها أطهر وأطيب » ويستحب للامام من الزينة أكثر مما يستحب لغيره لأنه يقتدى به ، والأفضل ان يعتم ويرتدى ببرد لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك) •

(الشرح) حديث أبى سعيد وأبى هريرة رواه أحمد بن حنبل فى مسنده ، وأبو داود فى سننه وغيرهما بأسانيد حسنة ، وهو من رواية محمد ابن اسحاق صاحب المغازى عن محمد بن ابراهيم التيمى ، ومحمد بن اسحاق يحتج به عند الجمهور اذا قال : أخبرنى أوحدثنى أو سمعت ؛ ولا

يحتج به اذا قال عن : لأنه منسوب الى تدليس وقد قال فى رواية أبى داود عن محمد بن ابراهيم ؛ وفى رواية أحمد والبيهقى : حدثنى محمد بن ابراهيم ، فثبت بذلك سماعه وصار الحديث حسنا ؛ وفى صحيح البخارى ومسلم أحاديث بمعنى بعضه • (منها) عن سلمان رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يغتسل رجل يوم الجمعة ويتطهر ما استطاع من طهر ويدهن من دهنه ويمس من طيب بيته ثم يخرج لا يفرق بين اثنين ثم يصلى ما كتب له ثم ينصت اذا تكلم الامام الا غفر له ما بينه وبين الجمعة الأخرى » رواه البخارى • وعن أبى سعيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « غسل يوم الجمعة على كل محتلم وسواك ويمس من الطيب ما قدر عليه » رواه مسلم •

وأما حديث سمرة فصحيح رواه الحاكم فى المستدرك والبيهقى وغيرهما فى كتاب الجنائز • قال الحاكم : هو صحيح وفى المسألة أحاديث كثيرة فى الندب الى احسان الثياب يوم الجمعة والسواك والطيب • وأما ازالة الشعر والظفر فاحتج لهما البيهقى والمحققون بالأحاديث الصحيحة السابقة فى باب السواك فى الندب العام اليهما ، وأنهما من خصال الفطرة المندوب اليهما • وأما ما روى عن ابن عمر وابن عباس من النهى عنهما يوم الجمعة قبل الصلاة فباطل ، ذكره البيهقى وضعفه •

وأما حديث الاعتمام فرواه عمرو بن حريث رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « خطب الناس وعليه عمامة سوداء » رواه مسلم فى صحيحه • وأما لبس البرد فرواه جابر بن عبد الله رضى الله عنهما قال « كان للنبى صلى الله عليه وسلم برد يلبسه فى العيدين والجمعة » رواه البيهقى وقوله صلى الله عليه وسلم « واستن » بتشديد النون أى تسوك ، ويقال : أنصت ونصت وتنصت ثلاث لغات ذكرهن الأزهرى وغيره أفصحها : انصت ، وبها جاء القرآن العزيز ، وسبق فى الانصات للخطبة بيان الفرق بينه وبين الاستماع ، وسمرة بن جندب بضم الدال وفتحها • وقوله « أفضل الثياب البياض » كان الأحسن أن يقول البيض ، ويصح البياض على تقدير أفضل ألوان الثياب البياض ؛ وهو معنى الحديث « ألبسوا ثياب البيض ، أى ثياب الألوان البيض ، وألبسوا بفتح الباء » •

(وأما أحكام الفصل) فقال أصحابنا : يستحب مع الاغتسال للجمعة أن يتنظف بازالة أظفار وشعر وما يحتاج الى ازالته كوسخ ونحوه ، وأن يتطيب ويدهن ويتسوك ويلبس أحسن ثيابه ، وأفضلها البيض ، ويستحب للامام أكثر مما يستحب لغيره من الزينة وغيرها ، وأن يتعمم ويرتدى ، وأفضل ثيابه البيض كغيره . هذا هو المشهور ، وذكر الغزالى فى الاحياء كراهة لباسه السواد . وقاله قبله أبو طالب المكى ، وخالفهما الماوردى فقال فى الحاوى : يجوز للامام لبس البياض والسواد . قال وكان النبى صلى الله عليه وسلم والخلفاء الأربعة يلبسون البياض . واعتم النبى صلى الله عليه وسلم بعمامة سوداء قال : وأول من أحدث السواد بنو العباس فى خلافتهم شعارا لهم . ولأن الراية التى عقدت للعباس يوم فتح مكة ويوم حنين كانت سوداء . وكانت راية الأنصار صفراء . قال : فينبغى للامام أن يلبس السواد اذا كان السلطان له مؤثرا لما فى تركه من مخالفته . وقال فى كتابه الأحكام السلطانية ينبغى للامام أن يلبس السواد ، ويستدل بحديث عمرو بن حريث . الصحيح أنه يلبس البياض دون السواد الا أن يغلب على ظنه ترتب مفسدة على ذلك من جهة السلطان أو غيره والله أعلم .

واعلم أن هذا المذكور من استحباب الغسل والطيب والتنظف بازالة الشعور المذكورة والظفر والروائح الكريهة ولبس أحسن ثيابه ليس مختصا بالجمعة بل هو مستحب لكل من أراد حضور مجمع من مجامع الناس ، نص عليه الشافعى واتفق عليه الأصحاب وغيرهم . قال الشافعى : أحب ذلك كله للجمعة والعيدين وكل مجمع تجتمع فيه الناس ، قال : وأنا لذلك فى الجمع ونحوها أشد استحبابا . قال الشافعى والأصحاب : وتستحب هذه الأمور لكل من أراد حضور الجمعة ونحوها ، سواء الرجال والصبيان والعبيد ، الا النساء فيكره لمن أرادت منهن الحضور الطيب والزينة وفاخر الثياب ، ويستحب لها قطع الرائحة الكريهة ، وازالة الظفر والشعور المكروهة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب أن يبكر الى الجمعة لما روى أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من اغتسل يوم الجمعة غسل الجنابة ثم راح] فى الساعة

الأولى (١)] فكانما قرب بدنة ومن راح فى الساعة الثانية فكانما قرب بقرة ، ومن راح فى الساعة الثالثة فكانما قرب كبشا اقرن ، ومن راح فى الساعة الرابعة فكانما قرب دجاجة ، ومن راح فى الساعة الخامسة فكانما قرب بيضة ، فاذا خرج الامام حضرت الملائكة يستمعون الذكر [وطويت الصحف]) .

(الشرح) حديث أبى هريرة هذا قد رواه البخارى ومسلم بلفظه ، وهذا المذكور من أن الساعات خمس هو المشهور فى كتب الحديث ، وفى رواية النسائى ست ساعات . قال : « فى الأولى بدنة ، وفى الثانية بقرة ، والثالثة كبشا ، والرابعة بطة ، والخامسة دجاجة ، والسادسة بيضة » وفى رواية النسائى أيضا : « فى الرابعة دجاجة ، وفى الخامسة عصفورا ، وفى السادسة بيضة » واسناد الروايتين صحيحان ، لكن قد يقال : هما شاذان لمخالفتهما سائر الروايات . وقوله صلى الله عليه وسلم « غسل الجنابة » معناه غسلا كغسل الجنابة فى صفاته وانما قال ذلك لئلا يتساهل فيه ولا يكمل آدابه ومندوباته . لكونه سنة ليس بواجب ، هذا هو المشهور فى معناه ، ولم يذكر جمهور أصحابنا وجماهير العلماء غيره ، وحكى القاضى أبو الطيب فى تعليقه وصاحب الشامل وغيرهما من أصحابنا أن بعضهم حمله على الغسل من الجنابة حقيقة ، قالوا : والمراد به أنه يستحب له أن يجامع زوجته ــ ان كان له زوجة ــ أو أمته ، لتسكن نفسه فى يومه ، ويؤيده الحديث المذكور بعد هذا « من غسل واغتسل » على أحد المذاهب فى تفسيره كما سيأتى ان شاء الله .

وقوله صلى الله عليه وسلم « من اغتسل يوم الجمعة ثم راح » يستدل به أصحابنا على مالك فى اشتراط الرواح عقبة لأن ثم للتراخى ، ويستدلون به على الأوزاعى فى تجويزه الاغتسال قبل الفجر لأن ما قبل الفجر ليس من يوم الجمعة بالاتفاق . وهذه الرواية مبينة لغسل الجمعة المطلق فى غيرها ، وقوله صلى الله عليه وسلم ثم راح أى فى الساعة الأولى ، وأما حقيقة الرواح والمراد به فسنذكره عقب هذه المسألة ان شاء الله تعالى . (وقوله) صلى الله عليه وسلم : « قرب بدنة » الى آخره معنى قرب بدنة تصدق بها . والمراد بالبدنة هنا الواحد من الابل ذكرا كان أو أنثى . وفى حقيقة البدنة

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من ش و ق (ط) .

خلاف لأهل اللغة والفقهاء • قال الجمهور : يقع على الواحد من الابل والبقر والغنم ، وسميت بذلك لعظم بدنها ، وقيل : يختص بالابل والبقر ، ويقع على الذكر والانثى ، سميت بقرة لأنها تبقر الأرض أى تشقها بالحراثة ، والبقر الشق ووصف الكبش بأنه أقرن لأنه أحسن وأكمل فى صورته ، والدجاجة ــ بفتح الدال وكسرها ــ يقع على ذكر وأنثى ، ويقال : حضرت الملائكة وغيرهم بفتح الضاد على المشهور ، وحكى ابن السكيت وجماعات كسرها ، قالوا : وهؤلاء الملائكة غير الحفظة بل طائفة وظيفتهم كتابة حاضرى الجمعة ، ثم يحضرون يسمعون الخطبة •

وفى هذا الحديث حجة لنا وللجمهور على مالك ، فانه قال : التضحية بالبقرة أفضل من البدنة ، وفى الهدى فى الحج قال : البدنة أفضل ، وعندنا وعند الجمهور البدنة أفضل فيهما ، ودليلنا أن القربان يطلق على الأضحية والهدى ، وهذا الحديث صريح فى ترجيح البدنة على البقرة فى القربان ، ومعنى الحديث : الحث على التبكير الى الجمعة ، وأن مراتب الناس فى الفضيلة فيه وفى غيره على قدر أعمالهم كقوله تعالى (ان أكرمكم[1] عند الله أتقاكم) واتفق أصحابنا على استحباب التبكير الى الجمعة والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وتعتبر الساعات من حين طلوع الفجر لانه اول اليوم ، وبه يتعلق جواز الغسل ، ومن اصحابنا من قال : يعتبر من طلوع الشمس وليس بشىء) •

(الشرح) اتفق أصحابنا وغيرهم على استحباب التبكير الى الجمعة فى الساعة الأولى للحديث السابق ؛ وفيما يعتبر منه الساعات ثلاثة أوجه (الصحيح) عند المصنف والأكثرين من طلوع الفجر (والثانى) من طلوع الشمس ، وبه قطع المصنف فى التنبيه ، وينكر عليه الجزم به (والثالث) أن الساعات هنا لحظات لطيفة بعد الزوال ، واختاره القاضى حسين وامام الحرمين وغيرهما من الخراسانيين وهو مذهب مالك • واحتجوا بأن الرواح انما يكون بعد الزوال ، وهذا ضعيف أو باطل ، والصواب أن الساعات من أول النهار ؛ وأنه يستحب التبكير من أول النهار ، وبهذا قال جمهور

---

(١) الآية ١٣ من سورة الحجرات •

العلماء ، وحكاه القاضى عياض عن الشافعى وابن حبيب المالكى وأكثر العلماء ، ودليله أن النبى صلى الله عليه وسلم أخبر أن الملائكة يكتبون من جاء فى الساعة الأولى والثانية والثالثة والرابعة والخامسة والسادسة ، كما صح فى روايتى النسائى اللتين قدمتهما ، فاذا خرج الامام طووا الصحف ولا يكتبون بعد ذلك أحدا ، ومعلوم أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يخرج الى الجمعة متصلا بالزوال ، وكذلك جميع الأئمة فى جميع الأمصار وذلك بعد انقضاء الساعة السادسة ، فدل على أنه لا شىء من الهدى والفضيلة لمن جاء بعد الزوال ولا يكتب له شىء أصلا ، لأنه جاء بعد طى الصحف ، ولأن ذكر الساعات انما كان للحث على التبكير اليها والترغيب فى فضيلة السبق ، وتحصيل فضيلة الصف الأول ، وانتظارها والاشتغال بالتنفل والذكر ونحوه ، وهذاكله لا يحصل بالذهاب بعد الزوال شىء منه ، ولا فضيلة للمجىء بعد الزوال ، لأن النداء يكون حينئذ ويحرم التأخير عنه .

وقد ثبت عن جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « يوم الجمعة ثنتا عشرة ساعة لا يوجد مسلم يسأل الله شيئا الا آتاه الله عز وجل فالتمسوها آخر ساعة بعد العصر » رواه أبو داود والنسائى بهذه الحروف باسناد صحيح قال الحاكم : هو صحيح على شرط مسلم ، فهذا الحديث صريح فى المسألة .

(وأما احتجاجهم) بلفظ الرواح (فجوابه) من وجهين (أحدهما) لا نسلم أنه مختص مما بعد الزوال ، فقد أنكر الأزهرى ذلك ، وغلط قائله فقال فى شرح ألفاظ المختصر : معنى راح مضى الى المسجد ، قال : ويتوهم كثير من الناس أن الرواح لا يكون الا فى آخر النهار وليس ذلك بشىء ، لأن الرواح والغدو عند العرب مستعملان فى السير ، أى وقت كان من ليل أو نهار . يقال : راح فى أول النهار وآخره وتروح وغدا بمعناه . هذا لفظ الأزهرى وذكر غيره مثله . (والجواب الثانى) أنه لو سلم أن حقيقة الرواح بعد الزوال وجب حمله هنا على ما قبله مجازا ، لما ذكرناه من الدلائل الظاهرة . قال الخطابى فى شرح هذا الحديث : معنى راح قصد الجمعة وتوجه اليها مبكرا قبل الزوال ، قال : وانما تأولناه هكذا لأنه لا يتصور أن يبقى بعد الزوال خمس ساعات فى وقت الجمعة قال : وهذا شائع فى

الكلام تقول راح فلان بمعنى قصد ، وان كان حقيقة الرواح بعد الزوال والله أعلم.

(**فرع**) من جاء فى أول ساعة من هـذه الساعات ومـن جاء فى آخرها مشتركان فى تحصيل أصل البدنة أو البقرة أو غيرهما ، ولكن بدنة الأول أكمل من بدنة من جاء فى آخر الساعة وبدنة المتوسط متوسطة . وهذا كما أن صلاة الجماعة تزيد على صلاة المنفرد بسبع وعشرين درجة ومعلوم أن الجماعة تطلق على اثنين وعلى آلوف فمن صلى فى جماعة هم عشرة آلاف له سبع وعشرون درجة ، ومن صلى مع اثنين له سبع وعشرون درجة ، ولكن درجات الأول أكمل ، وأشباه هذا كثيرة ، هذا هو الراجح المختار . وقال الرافعى : ليس المراد على الأوجه الثلاثة بالساعات الأربع والعشرين بل ترتيب الدرجات ، وفضل السابق على الذى يليه لئلا يستوى فى الفضيلة رجلان جاءا فى طرفى ساعة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب ان يمشى اليهـا وعليه السكينة ، لمـا روى ابو هريرة قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اتيتم الصلاة فلا تأتوها وانتم تسعون [ولكن ائتوها] وانتم تمشون ، فما أدركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا ») .

(**الشرح**) هذا الحديث رواه البخارى ومسلم ، وسبق شرحه فى باب صلاة الجماعة ، واتفقت نصوص الشافعى والأصحاب على أن السنة أن يمشى الى الجمعة بسكينة ووقار ، وبه قال جمهور العلمـاء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم ، وحكاه ابن المنذر فى مطلق الصلوات عن زيد بن ثابت وأنس بن مالك وأبى ثور وأحمد واختاره ابن المنذر قال : وروينا عن ابن عمر أنه أسرع حين سمع الاقامة وروى مثله عن ابن مسـعود والأسود ابن يزيد وعبد الرحمن بن يزيد واسحاق . دليلنا الحديث المذكور ، وأما قول الله تعالى (اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله [1]) فمعناه اذهبوا وامضوا ، لأن السعى يطلق على الذهاب وعلى العـدو فبينت السنة المراد به .

---

(١) الآية ٩ من سورة الجمعة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب أن لا يركب من غير عذر ، لما روى اوس بن أوس رضى الله عنه [عن أبيه (١)] عن النبى صلى الله عليه وسلم [انه] قال : من غسل واغتسل يوم الجمعة ، وبكر وأبتكر ، ومشى ولم يركب ، ودنا من الامام واستمع • ولم يلغ كان له بكل خطوة اجر عمل سنة صيامها وقيامها ») •

(الشرح) هذا الحديث حسن رواه أحمد بن حنبل وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وغيرهم بأسانيد حسنة ، قال الترمذى : هو حديث حسن ، وراويه أوس بن أوس الثقفى ، وقال يحيى بن معين : هو أوس بن أبى أوس ، والصواب الأول ، وروى غسل بتخفيف السين ، وغسل بتشديدها ، روايتان مشهورتان ؛ والأرجح عند المحققين بالتخفيف ، فعلى رواية التشديد فى معناه ثلاثة أوجه (أحدهما) غسل زوجته بأن جامعها فألجأها الى الغسل ، واغتسل هو قالوا : ويستحب له الجماع فى هذا اليوم ليأمن أن يرى فى طريقه ما يشغل قلبه (والثانى) أن المراد غسل أعضاءه فى الوضوء ثلاثا ثلاثا ثم اغتسل للجمعة •

(والثالث) غسل ثيابه ورأسه ثم اغتسل للجمعة ، وعلى رواية التخفيف فى معناه هذه الأوجه الثلاثة (أحدها) الجماع قاله الأزهرى ؛ قال ويقال : غسل امرأته اذا جامعها (والثانى) غسل رأسه وثيابه (والثالث) توضأ وذكر بعض الفقهاء غسل بالعين المهملة وتشديد السين أى جامع ، شبه لذة الجماع بالعسل ؛ وهذا غلط غير معروف فى روايات الحديث وانما هو تصحيف ، والمختار ما اختاره البيهقى وغيره من المحققين أنه بالتخفيف وأن معناه غسل رأسه ، ويؤيده رواية لأبى داود فى هذا الحديث من غسل رأسه يوم الجمعة واغتسل • وروى أبو داود فى سننه والبيهقى هذا التفسير عن مكحول وسعيد بن عبد العزيز • قال البيهقى : وهو بين فى رواية أبى هريرة وابن عباس رضى الله عنهم عن النبى صلى الله عليه وسلم ، وانما أفرد الرأس بالذكر لأنهم كانوا يجعلون فيه الدهن والخطمى ونحوهما وكانوا يغسلونه أولا ثم يغتسلون •

---

(١) ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق (ط) •

وأما قوله صلى الله عليه وسلم « وبكر وابتكر » فقال الأزهرى : يجوز فيه بكر بالتخفيف والتشديد ، فمن خفف فمعناه خرج من بيته باكرا ، ومن شدد معناه أتى الصلاة لأول وقتها وبادر اليها ، وكل من أسرع الى شيء فقد بكر اليه ، وفى الحديث بكروا بصلاة المغرب أى صلوها لأول وقتها ، ويقال لأول الثمار باكورة لأنه جاء فى أول وقت • قال : معنى ابتكر أدرك أول الخطبة ، كما يقال ابتكر بكرا اذا نكحها لأول ادراكها •

هذا كلام الأزهرى والمشهور بكر بالتشديد ، ومعناه بكر الى صلاة الجمعة ، وقيل الى الجامع ، وابتكر أدرك أول الخطبة • وقيل هما بمعنى جمع بينهما تأكيدا • حكاه الخطابى عن الأثرم صاحب أحمد ، قال ودليله تمام الحديث ، ومشى ولم يركب ومعناهما واحد قال الخطابى : وقال بعضهم : بكر ، أدرك باكورة الخطبة أى أولها ، وابتكر قدم فى أول الوقت•وقال ابن الأنبارى : بكر تصدق قبل خروجه كما فى الحديث « باكروا بالصدقة » وقيل : بكر راح فى الساعة الأولى ، وابتكر فعل فعل المبتكرين من الصلاة والقراءة وسائر وجوه الطاعة • وقيل معنى ابتكر فعل فعل المبتكرين، وهو الاشتغال بالصلاة والذكر حكاه الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب•

وأما قوله صلى الله عليه وسلم « ومشى ولم يركب » فقد قدمنا عن حكاية الخطابى عن الأثرم أنه للتأكيد ، وأنهما بمعنى ، والمختار أنه احتراز من شيئين (أحدهما) نفى توهم حمل المشى على المضى والذهاب ، وان كان راكبا (والثانى) نفى الركوب بالكلية لأنه لو اقتصر على مشى لاحتمل أن المراد وجود شيء من المشى ولو فى بعض الطريق ، فنفى ذلك الاحتمال ، وبين أن المراد مشى جميع الطريق ، ولم يركب فى شيء منها وأما قوله صلى الله عليه وسلم « ودنا واستمع » فهما شيئان مختلفان • وقد يستمع ولا يدنو من الخطبة ، وقد يدنو ولا يستمع فندب اليهما جميعا • وقوله صلى الله عليه وسلم « ولم يلغ » معناه ولم يتكلم ، لأن الكلام حال الخطبة لغو ، وقال الأزهرى : معناه استمع الخطبة ولم يشتغل بغيرها •

(أما حكم المسألة) فاتفق الشافعى والأصحاب وغيرهم على أنه يستحب لقاصد الجمعة أن يمشى وأن لا يركب فى شيء من طريقه الا لعذر كمرض ونحوه والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يشبك بين اصابعه لقوله صلى الله عليه وسلم « ان احدكم فى صلاة ما كان يعمد الى الصلاة ») .

(الشرح) هذا الحديث رواه مسلم فى صحيحه من رواية أبى هريرة وهو بعض الحديث الطويل السابق : « اذا أتيتم الصلاة فلا تأتوها وأنتم تسعون » قال الشافعى : معناه يذهب فى آخر تعمده الى الصلاة ، وقال غيره : معنى الحديث مادام يعمد الى الصلاة فله أجر وثواب بسبب الصلاة ، فينبغى أن يتأدب بآداب المصلين ، فيترك العبث والكلام الردىء فى طريقه ، والنظر المذموم ، وغير ذلك مما يتركه المصلى .

(اما حكم المسالة) فاتفق الأصحاب وغيرهم على كراهة تشبيك الأصابع فى طريقه الى المسجد وفى المسجد يوم الجمعة وغيره ، وسائر أنواع العبث مادام قاصدا الصلاة أو منتظرها ، واحتج له بحديث كعب بن عجرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اذا توضأ أحدكم فأحسن وضوءه ثم خرج عامدا الى المسجد فلا يشبكن يده ، فانه فى صلاة » رواه أبو داود والترمذى باسناد ضعيف والاعتماد على الحديث المذكور فى الكتاب ، قال الخطابى فى شرح هذا الحديث : التشبيك يفعله بعض الناس عبثا وبعضهم لتفرقع أصابعه ، وربما قعد الانسان فاحتبى بيديه وشبك أصابعه ، وربما جلب النوم فيكون سببا لنقض الوضوء ، فنهى قاصد الصلاة عنه ، لأن جميع ما ذكرناه لا يليق بالمصلى ، ولا يخالف هذا ما ثبت فى صحيح البخارى وغيره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم شبك أصابعه فى المسجد بعد ما سلم من الصلاة عن ركعتين فى قصة ذى اليدين وشبك فى غيره لأن النهى والكراهة انما هى فى حق المصلى وقاصد الصلاة ، وتشبيك النبى صلى الله عليه وسلم فى قصة ذى اليدين كان بعد سلامه وقيامه الى ناحية من المسجد ، وهو يعتقد أنه ليس فى صلاة ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب ان يدنو من الامام لحديث أوس ، ولا يتخطى رقاب الناس لحديث أبى سعيد وأبى هريرة ، قال الشافعى (اذا لم يكن للامام طريق لم يكره [له] ان يتخطى رقاب الناس) وان دخل رجل وليس له موضع وبين يديه

فرجة لا يصل اليها الا بان يتخطى رجلا او رجلين لم يكره له لأنه يسير ، فان كان بين يديه خلق كثير فان رجا اذا قاموا الى الصلاة ان يتقدموا جلس حتى يقوموا ، وان لم يرج أن يتقدموا جاز ان يتخطى ليصل الى الفرجة ، ولا يجوز ان يقيم رجلا من موضعه [ليجلس فيه] لما روى ابن عمر رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يقيم الرجل الرجل من مجلسه ثم يجلس فيه ، ولكن يقول : تفسحوا او توسعوا » فان قام رجل وأجلسه مكانه باختياره جاز له أن يجلس ، وأما صاحب الموضع فانه ان كان الموضع الذى ينتقل اليه دون الموضع الذى كان فيه فى القرب من الامام كره له ذلك لأنه آثر غيره فى القربة ، وان فُرش لرجل ثوب فجاء آخر لم يجلس عليه ، فان أراد أن ينحيه ويجلس مكانه جاز ، وان قام رجل من موضعه لحاجة فجلس رجل مكانه ثم عاد فالمستحب أن يرد الموضع اليه ، لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا قام احدكم من مجلسه ثم رجع اليه فهو أحق به » قال الشافعى : واحب اذا نعس ووجد مجلسا لا يتخطى فيه غيره تحول اليه لما روى ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا نعس احدكم فى مجلسه يوم الجمعة فليتحول الى غيره ») .

(الشرح) حديث ابن عمر الأول رواه البخارى ومسلم ، وحديث أبى هريرة رواه مسلم ، وحديث ابن عمر الثانى « اذا نعس أحدكم » رواه أبو داود والترمذى وآخرون بأسانيدهم عن محمد بن اسحق صاحب المغازى عن نافع عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال الترمذى : هو حديث حسن صحيح . وقال الحاكم : هو حديث صحيح على شرط مسلم ، وأنكر البيهقى ذلك وقال : روى مرفوعا وموقوفا ، والموقوف أصح ، هكذا قال فى كتابه (معرفة السنن والآثار) ورواه فى السنن الكبير من طريقين ، ثم قال : ولا يثبت رفع هذا الحديث الى النبى صلى الله عليه وسلم والمشهور أنه من قول ابن عمر واقتصر الشافعى فى الأم على روايته موقوفا باسناده الصحيح عن ابن عمر ، والصواب أنه موقوف كما قاله البيهقى ، وأما تصحيح الترمذى والحاكم فغير مقبول ، لأن مداره على محمد بن اسحق وهما انما روياه من روايته ، وهو مدلس معروف بذلك عند أهل الحديث ، وقد قال فى روايته عن نافع بلفظ (عن) وقد أجمع العلماء من المحدثين والفقهاء والأصوليين أن المدلس اذا قال : عن لا يحتج بروايته ، والحاكم متساهل فى التصحيح معروف عند العلماء بذلك ، والترمذى ذهل عن ذلك .

وانما بسطت الكلام فى هذا الحديث لئلا يغتر بتصحيحهما ، ولم يذكر

الحافظ ابن عساكر فى الأطراف أن الترمذى صححه ولكن تصحيحه موجود فى نسخ الترمذى ، ولعل النسخ اختلفت فى هذا الحديث ، كما تختلف فى غيره فى كتاب الترمذى غالبا • (وقوله) يتخطى غير مهموز ، والفرجه بضم الفاء وفتحها لغتان مشهورتان سبق بيانهما ، ويقال أيضا : فرج ومنه قوله تعالى (وما لها من فروج)[1] جمع فرج وهو الخلو بين شيئين وقوله نعس ، بفتح العين ينعس ، بضمها •

اما احكام الفصل) ففيه مسائل (احداها) يستحب الدنو من الامام بالاجماع لتحصيل فضيلة التقدم فى الصفوف واستماع الخطبة محققا •

(الثانية) ينهى الداخل الى المسجد يوم الجمعة وغيره عن تخطى رقاب الناس من غير ضرورة ، وظاهر كلام المصنف وغيره أنه مكروه كراهة تنزيه لا حرام ، فان كان اماما ولم يجد طريقا الى المنبر والمحراب الا بالتخطى لم يكره ، لأنه ضرورة نص عليه الشافعى كما ذكره المصنف واتفق عليه الأصحاب ، وان كان غير امام ورأى فرجة قدامهم ، لا يصلها الا بالتخطى قال الأصحاب : لم يكره التخطى لأن الجالسين وراءها مفرطون بتركها ، وسواء وجد غيرها أم لا وسواء كانت قريبة أم بعيدة لكن يستحب ان كان له موضع غيرها أن لا يتخطى ، وان لم يكن موضع وكانت قريبة بحيث لا يتخطى أكثر من رجلين ونحوهما دخلها ، وان كانت بعيدة ورجا أنهم يتقدمون اليها اذا أقيمت الصلاة يستحب أن يقعد موضعه ولا يتخطى ، والا فليتخط •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى التخطى

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه مكروه الا أن يكون قدامهم فرجة لا يصلها الا بالتخطى فلا يكره حينئذ ، وبهذا قال الأوزاعى وآخرون • وحكى ابن المنذر كراهته مطلقا عن سلمان الفارسى وأبى هريرة وسعيد بن المسيب وعطاء وأحمد بن حنبل ، وعن مالك كراهته اذا جلس الامام على المنبر • ولا بأس به قبله • وقال قتادة : يتخطاهم الى مجلسه وعن أبى نصر جواز ذلك باذنهم ،

---

(١) من الآية ٦ من سورة ق •

قال ابن المنذر : لا يجوز شيء من ذلك عنـدى • لأن الأذى يحرم قليـله وكثيره • وهذا أذى كما جاء فى الحديث الصحيح • قال النبى صلى الله عليه وسلم لمن يراه يتخطى : « اجلس فقد آذيت » •

(الثالثة) قال أصحابنا : لا يجوز أن يقيم الداخل رجلا من موضعه لما ذكره المصنف • وسواء فى هذا المسجد وسائر المواضع المباحة التى يختص بها السابق قال القاضى أبو الطيب وصاحب الشامل : ويجوز اقامته فى ثلاث صور ، وهى أن يقعد فى موضع الامام أو طريق الناس ، ويمنعهم الاجتياز ، أو بين يدى الصف مستقبل القبلة ، قال فى الشامل ، بشرط أن يضيق الموضع على الناس ، فان اتسع تنحوا عنه يمينا وشـمالا ولا ينحـوه • أما اذا قام الجالس باختياره وأجلس غيره فلا كراهة فى جلوس الداخل ، وأما الجالس فان انتقل الى أقرب شيء الى الامام أو مثله لم يكره ، وان انتقل الى أبعد منه كره من غير عذر ، قال المصنف وغيره : ودليل كراهته أنه آثر بالقربة وهذا تصريح منهم بأن الايثار بالقربة مكروه • (وأما) قول الله عز وجل : « ويؤثرون على أنفسهم » [1] فالمـراد به فى حظوظ النفوس ، والايثـار بحظوظ النفوس مسـتحب بلا شك وبينـه تمام الآيـة (ولو كان بهـم خصاصة) [1] وقد يحتج لكراهته بقوله صلى الله عليه وسلم « لا يزال قوم يتأخرون حتى يؤخرهم الله تعالى » وهو حديث صحيح سبق بيانه فى باب موقف الامام •

(الرابعة) قال الشافعى وأصحابنا : يجوز أن يبعث الرجل من يأخذ له موضعا يجلس فيه • فاذا جاء الباعث تنحى المبعوث ، ويجوز أن يفرش له ثوبا ونحوه ، ثم يجيء ويصلى موضعه فاذا فرشه لم يجز لغيره أن يصلى عليه ، ولكن له أن ينحيه ويجلس مكانه وينبغى أن ينحيه بحيث لا يدفعـه بيده ، فان دفعه دخل فى ضمانه ، ذكره صاحب البيان وغيره •

(الخامسة) اذا جلس فى مكان من المسجد فقام لحاجة كوضوء وغـيره ثم عاد فهو أحق به للحديث المذكور فى الكتاب ، وفى هذا الحـق وجهـان (أحدهما) يستحب (الثانى) أن يرده اليه ولا يلزمه • وبهذا جزم المصنف ،

---

(١) من الآية ٩ من سورة الحشر •

وهو ظاهر نص الشافعي « وأصحهما » يجب عليه رده الى الأول ، صححه أصحابنا ، وجزم به جماعة لظاهر الحديث ، قال أصحابنا : وسواء ترك الأول فى موضعه ثوباً ونحوه أم لا فهو أحق به فى الحالين ، وسواء قام لحاجة بعد الدخول فى الصلاة أو قبله ، أما اذا فارق لغير عذر فيبطل حقه بلا خلاف ، وسيأتى بسط هذه المسألة ونظائرها فى احياء [1] الموات ان شاء الله تعالى .

(السادسة) اذا نعس فى مكانه ووجد موضعا لا يتخطى فيه أحدا يستحب أن يتحول اليه ، نص عليه الشافعى ، واتفقوا عليه للحديث مرفوعا كان أو موقوفا ولأنه سبب لزوال النعاس ، قال الشافعى فى الأم : واذا ثبت فى موضعه وتحفظ من النعاس بوجه يراه نافيا للنعاس لم أكره بقاءه ولا أحب أن يتحول .

(فرع) قال الشافعى والأصحاب : اذا حضر قبل صلاة الجمعة أو غيرها استحب أن يستقبل القبلة فى جلوسه ، فان استدبرها جاز ولو اتكأ أو مد رجليه أو ضيق على الناس بغير ذلك كره الا أن يكون به علة ، قال الشافعى والأصحاب : فان كان به علة استحب أن يتحول الى موضع لا يزاحم فيه حتى لا يؤذى ولا يتأذى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان حضر قبل الخطبة اشتغل بذكر الله تعالى والصلاة ، ويستحب أن يقرأ يوم الجمعة سورة الكهف ، لما روى عن عمر رضى الله عنه انه قال « من قرأ سورة الكهف يوم الجمعة غفر له ما بين الجمعة الى الجمعة » ويكثر من الصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم فى يوم الجمعة وليلتها ، لما روى اوس بن اوس قال « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان من افضل ايامكم يوم الجمعة فاكثروا على من الصلاة فيه ، فان صلاتكم معروضة على » ويكثر من الدعاء لأن فيه ساعة يستجاب فيها الدعاء فلعله يصادف ذلك) .

(الشرح) حديث أوس بن أوس هذا صحيح ، رواه أبو داود والنسائى وغيرهما بأسانيد صحيحة ، قال البيهقى فى كتاب المعرفة : روينا عن

---

(1) كان كتاب أحياء الموات من حظنا الذى قسمه الله لنا ونساله تعالى أن يكون لنا فيه نعم المؤازر .

أنس ، وعن أبى أمامة فى فضل الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم ليلة الجمعة ويومها أحاديث وأصحها حديث أوس هذا ، وأما الأثر عن عمر رضى الله عنه فى الكهف فغريب وروى بمعنـاه من رواية ابن عمر وهو ضـعيف أيضا ، وروى البيهقى باسناده عن أبى سعيد الخدرى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « من قرأ سورة الكهف يوم الجمعة أضاء له من النور ما بين الجمعتين » قال : وروى موقوفا على أبى سعيد .

(**اما الاحكام**) فيستحب للحاضر قبل الخطبة الاشتغال بذكر الله تعـالى وقراءة القرآن والصلاة ، والاكثار من الصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم فى يومها وليلتها ، ودليل ذلك ظاهر ، وقد سبق حديث سلمان فى هذا الباب الندب الى الصلاة قال الشافعى فى الأم والأصحاب : ويستحب قراءة سورة الكهف فى يوم الجمعة وليلتها ؛ ويستحب اكثار الدعاء يوم الجمعة بالاجماع . ودليله حديث أبى هريرة ان رسـول الله صلى الله عليـه وسلم « ذكر يوم الجمعة فقال : فيه ساعة لا يوافقها عبد مسلم وهو قائم يصـلى يسأل الله شيئا الا أعطاه اياه وأشار بيده يقللها » رواه البخارى ومسلم ؛ وسـقط فى بعض الروايات « قائم يصلى » وفى رواية صـحيحة للبيهقى : « وأشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده يقللها » وفى رواية لمسلم « وهى ساعة خفيفة » واختلف العلماء فى تعيين هذه الساعة على أحد عشر قولا :

(أحدها) أنها ما بين طلوع الفجر وطلوع الشمس [1] ، حكاه القـاضى أبو الطيب وابن الصباغ وآخرون .

(الثانى) عند الزوال حكاه القاضى عياض ، وحكاه صاحب الشامل عن الحسن البصرى [2] .

(الثالث) من الزوال الى خروج الامام حكاه أبو الطيب وحـكاه ابن الصباغ لكن قال : الى أن يدخل الامام فى الصلاة [3] .

---

(١) روى ذلك ابن عساكر عن أبى هريرة (ط) .

(٢) وحكاه ابن المنذر عن أبى العالية ـ وروى نحوه عن على وعبد الله بن نوفل وفيه خبر عن قتادة عند ابن عساكر (ط) .

(٣) ذكره ابن المنذر عن ابى السوار العدوى (ط) .

(الرابع) من الزوال الى أن يصير الظل نحو [1] ذراع ، حكاه القاضى عياض .

(الخامس) من خروج الامام الى فراغ صلاته حكاه عياض .

(السادس) ما بين خروج الامام وصلاته حكاه أبو الطيب .

(السابع) من حين تقام الصلاة حتى يفرغ حكاه عياض .

(والثامن) وهو الصواب ما بين جلوس الامام على المنبر الى فراغه من صلاة الجمعة حكاه عياض وآخرون .

(التاسع) من العصر الى غروب الشمس حكاه عياض وآخرون ، وحكاه الترمذى فى كتابه عن بعض العلماء من الصحابة وغيرهم ، قال : وبه يقول أحمد واسحاق قال : قال أحمد : أكثر أهل الحديث أنها بعد العصر ، وترجى بعد الزوال [2] .

(العاشر) آخر ساعة من النهار حكاه القاضيان أبو الطيب وعياض وابن الصباغ وخلائق ، وبه قال جماعة من الصحابة .

(الحادى عشر) أنها مخفية فى كل اليوم كليلة القدر [3] ، حكاه عياض وغيره ونقله ابن الصباغ عن كعب الأحبار .

---

(١) نقل هذه العبارة ابن حجر هكذا (ان يصير الظل نصف ذراع) وعزاها هكذا الى النووى وقال : حكاه عياض والقرطبى والنووى (ط) .

(٢) وهو رواية عند سعيد بن منصور عن ابى هريرة وفى اسنادها ليث بن ابى سليم (ط) .

(٣) روى الحاكم وابن خزيمة عن ابى سعيد قال : « سألت النبى صلى الله عليه وسلم عنها فقال : قد علمتها ثم انسيتها كما انسيت ليلة القدر » وقد مال الى هذا الرافعى وابن قدامة فى المغنى .

وقد أحصاها ابن حجر فى الفتح فبلغت ثلاثا واربعين منها عدا ما اثبته النووى :

١ ـ انها قد رفعت حكاه ابن المنذر عن قومه وزيفه وروى عبد الرزاق عن ابى هريرة انه كذب من قال بذلك وقال ابن القيم : ان قائله ان اراد انها صارت مبهمة بعد ان كانت معلومة احتمل وان اراد حقيقة الرفع فهو مردود .

٢ ـ انها فى جمعة واحدة من السنة روى ذلك عن كعب بن مالك .

٣ ـ انها تنتقل فى يوم الجمعة ولا تلزم ساعة معينة وجزم به ابن عساكر ورجحه الغزالى والمحب الطبرى .

٤ ـ اذا اذن المؤذنون لصلاة الغداة روى ذلك عن عائشة .

٥ ـ من طلوع الشمس .

٦ ـ هى فى وقتين من يوم الجمعة من الفجر الى طلوع الشمس ومن العصر الى غروب الشمس وهو رواية سعيد بن منصور .

٧ ـ هى فى ثلاثة اوقات الوقتين المار ذكرهما آنفا ثم بين ان ينزل من المنبر الى أن يكبر رواه حميد بن زنجويه عن أبى هريرة .

٨ ـ انها اول ساعة بعد طلوع الشمس حكاه العجيلى فى شرح التنبيه وتبعه المحب الطبرى.

٩ ـ انها عند طلوع الشمس حكاه الغزالى فى الاحياء وعزاه ابن المنذر الى ابى ذر .

١٠ ـ انها آخر الساعة الثالثة من النهار حكاه صاحب المغنى من الحنابلة وهو فى مسند احمد عن أبى هريرة موقوفا بلفظ « وفى آخر ثلاث ساعات منه ساعة من دعا الله تعالى يستجيب له » وفى اسناده فرج بن فضالة وهو ضعيف .

١١ ـ انها من الزوال الى ان يصير الظل نصف ذراع .

١٢ ـ انها بعد الزوال لشبر الى ذراع رواه ابن المنذر وابن عبد البر عن ابى ذر .

١٣ ـ انها اذا زالت الشمس حكاه ابن المنذر عن أبى العالية وروى نحوه عن على وعبد الله ابن نوفل وروى ابن عساكر عن قتادة انه قال : كانوا يرون الساعة المستجاب فيها الدعاء اذا زالت الشمس .

١٤ ـ اذا اذن المؤذن لصلاة الجمعة رواه ابن المنذر عن عائشة .

١٥ ـ انها من الزوال الى غروب الشمس حكاه ابو العباس احمد بن على الازمارى نقله ابن الملقن .

١٦ ـ انها حين خروج الامام رواه حميد بن زنجويه عن الحسن .

١٧ ـ انها بين ان يحرم البيع الى ان يحل رواه سعيد بن منصور وابن المنذر عن الشعبى .

١٨ ـ ما بين الاذان الى الصلاة .

١٩ ـ ما بين الاذان الى انقضاء الصلاة .

٢٠ ـ ما بين خروج الامام الى انقضاء الصلاة رواه ابن جرير عن الشعبى وروى عن أبى موسى وابن عمر .

٢١ ـ عند التاذين وعند تذكير الامام وعند الاقامة عن عوف بن مالك الاشجعى .

٢٢ ـ اذا اذن واذا رقى المنبر واذا أقيمت الصلاة رواه ابن ابى شيبة وابن المنذر عن أبى أمامة .

٢٣ ـ من حين يبدا الخطبة الى نهايتها رواه ابن عبدالبر عن ابن عمر مرفوعا باسناد ضعيف.

٢٤ ـ عند الجلوس بين الخطبتين حكاه الطيبى عن بعض شراح المصابيح .

٢٥ ـ عند نزول الامام من المنبر رواه ابن أبى شيبة وابن جرير وابن المنذر باسناد صحيح عن أبى بردة .

٢٦ ـ حين تقام الصلاة حتى يقوم الامام فى مقامه حكاه ابن المنذر عن الحسن وروى الطبرانى من حديث ميمونة بنت سعد نحوه باسناد ضعيف .

٢٧ ـ من اقامة الصلاة الى تمام الصلاة أخرجه الترمذى وابن ماجه من حديث عمرو بن عوف وفيه : قالوا أية ساعة يا رسول الله ؟ قال : حين تقام الصلاة الى الانصراف واليه ذهب ابن سيرين ورواه عنه ابن جرير وسعيد بن منصور .

٢٨ ـ الساعة التى كان يصلى فيها النبى صلى الله عليه وسلم الجمعة رواه ابن عساكر عن ابن سيرين .

٢٩ ـ بعد العصر الى آخر وقت الاختيار حكاه الغزالى فى الاحياء .

٣٠ ـ من حين تصفر الشمس الى ان تغيب .

واعترضوا على من قال بعد العصر بأنه ليس وقت صلاة وفى الحديث : « وهو قائم يصلى » وأجابوا بأن منتظر الصلاة فى صلاة ، ولأنه قد يكون فى صلاة ذات سبب ، والصواب القول الثامن ، فقد ثبت فى صحيح مسلم عن أبى موسى الأشعرى قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « هى ما بين أن يجلس الامام الى أن يقضى الصلاة » فهذا صحيح صريح لا ينبغى العدول عنه ، وفى سنن البيهقى باسناده عن مسلم بن الحجاج قال : هذا الحديث أجود حديث وأصحه فى بيان ساعة الجمعة . قال القاضى عياض : وليس معنى هذه الأقوال أن هذا كله وقت لهذه الساعة ، بل معناه أنها تكون فى أثناء ذلك الوقت ، لقوله : وأشار بيده يقللها . وهذا الذى قاله القاضى صحيح . وأما الحديث الذى رواه الترمذى عن أنس عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « التمسوا الساعة التى ترجى فى يوم الجمعة بعد العصر الى غيبوبة الشمس » فضعيف ضعفه الترمذى وغيره ، راويه محمد بن أبى حميد ، منكر الحديث سىء الحفظ . وأما حديث كثير بن عبد الله ابن عمر وابن عوف عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنها من حين تقام الصلاة الى الانصراف منها » فرواه الترمذى وقال حديث حسن ، وليس كما قال ، فان مداره على كثير [1] بن عبد الله . وقد اتفقوا على ضعفه وترك الاحتجاج به . قال الشافعى : هو كذاب . وفى رواية عنه : هو أحد أركان الكذب . وقال أحمد بن حنبل : منكر الحديث ليس بشىء .

وأما حديث جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « يوم الجمعه ثنتا عشرة ساعة فيه ساعة لا يوجد مسلم يسأل الله شيئا الا أعطاه الله عز وجل فالتمسوها آخر ساعة بعد العصر » فرواه أبو داود والنسائى باسناد صحيح ، ويحتمل أن هذه متنقله تكون فى بعض الأيام فى وقت ، وفى بعضها فى وقت ، كما هو المختار فى ليلة القدر . والله أعلم .

---

(١) كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف العسكرى المدنى المزنى عن أبيه روى عنه زيد بن الحباب وخالد بن مخلد وكذبه الشافعى كما ترى واحمد وكذلك كذبه ابو داود (المطيعى) .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واذا جلس الامام [على المنبر] (١) انقطع التنفل ، لما روى عن ثعلبة بن ابى مالك قال : « قعود الامام يقطع السبحة ، وكلامه يقطع الكلام ، وانهم كانوا لا يزالون يتحدثون يوم الجمعة وعمر بن الخطاب رضى الله عنه جالس على المنبر ، فاذا سكت المؤذن قام عمر فلم يتكلم احد ، حتى يقضى الخطبتين ، فاذا قامت الصلاة ونزل عمر تكلموا » ولان التنفل فى هذا الحال يمنع الاستماع الى ابتداء الخطبة فكره ، فان دخل [رجل] ـ والامام على المنبر ـ صلى تحية المسجد ، لما روى جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اذا جاء احدكم والامام يخطب فليصل ركعتين » فان دخل والامام فى آخر الخطبة لم يصل لانه تفوته اول الصلاة مع الامام وهو فرض ، فلا يجوز ان يشتغل عنه بالنفل).

(الشرح) حديث جابر رواه مسلم بلفظه والبخارى بمعناه ، وحديث ثعلبة صحيح رواه الشافعى فى الأم باسنادين صحيحين ، ورواه مالك فى الموطأ بمعناه وثعلبة هذا صحابى (٢) رأى النبى صلى الله عليه وسلم . قال البيهقى فى كتاب المعرفة : قال الشافعى فى القديم : فقد أخبر ثعلبة عن عامة أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فى دار الهجرة أنهم كانوا يصلون نصف النهار يوم الجمعة ، ويتكلمون والامام على المنبر . وقوله « يقطع السبحة » هو بضم السين وهى الناقلة ، وفى هذا الأثر فوائد (منها) جواز الصلاة حال استواء الشمس يوم الجمعة والكلام قبل الخطبة وبعدها قبل الصلاة والتنفل ما لم يقعد الامام على المنبر ، وانقطاع النافلة بجلوسه على المنبر قبل شروعه فى الأذان ، وجواز الكلام حال الأذان . وقول المصنف (فلا يجوز أن يشتغل عنه بالتنفل) معناه يكره الاشتغال عنه بالتنفل ، وليس المراد تحريمه .

(اما الأحكام) فقال أصحابنا : اذا جلس الامام على المنبر امتنع ابتداء النافلة ، ونقلوا الاجماع فيه.وقال صاحب الحاوى : اذا جلس الامام على المنبر حرم على من فى المسجد أن يبتدىء صلاة النافلة ، وان كان فى صلاة جلس ،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من ش و ق (ط) .

(٢) هو ثعلبة بن ابى مالك القرظى ولد على عهد النبى صلى الله عليه وسلم ولثعلبة وابيه قصة فابوه واسمه عبد الله من كنده وقدم أبو مالك هذا من اليمن على دين اليهود ونزل فى بنى قريظة فنسب اليهم ولم يكن منهم وهذا دليل على بطلان دعوى اليهود انهم من نسل الانبياء اذ مقتضى نسبة رجل من كنده الى دين اليهود والتحاقه ببنى قريظة ومثله كثير فى تاريخ اليهودية ان تكون دعواهم لا اساس لها (ط) .

وهذا اجماع • هذا كلام صاحب الحاوى ، وهو صريح فى تحريم الصلاة بمجرد جلوس الامام على المنبر ، وأنه مجمع عليه • وقال البغوى : اذا ابتدأ الخطبة لا يجوز لأحد أن يبتدىء صلاة سواء كان صلى السنة أم لا • وقال الشيخ أبو حامد : اذا جلس الامام على المنبر انقطع التنفل ، فمن لم يكن فى صلاة لم يجز له أن يبتدئها ، فان كان فى صلاة خففها ، وقال المتولى : اذا قلنا : الانصات سنة جاز أن يشتغل بالقراءة وصلاة النفل ، وان قلنا : الانصات واجب حرم ذلك ، هذا كلامه والمشهور المنع من الصلاة مطلقا ، سواء أوجبنا الانصات أم لا ، فان خرج الامام وهو فى صلاة استحب له أن يخففها بلا خلاف ولا تبطل واتفق الأصحاب على أن النهى عن الصلاة ابتداء يدخل فيه بجلوس الامام على المنبر ويبقى حتى يفرغ من صلاة الجمعة • وأما قول المزنى فى المختصر : قال الشافعى : اذا زالت الشمس وجلس الامام على المنبر وأذن المؤذن فقد انقطع الركوع ، يعنى التنفل ، فقال الشيخ أبو حامد والأصحاب : هذا غلط من المزنى لأن التنفل يمتنع بمجرد جلوس الامام ولا يتوقف على الأذان ، قالوا : وقد قال الشافعى فى الأم : اذا خرج الامام وجلس على المنبر انقطع التنفل والله أعلم •

وأما اذا دخل داخل والامام جالس على المنبر أو فى أثناء الخطبة فيستحب له أن يصلى تحية المسجد ركعتين ويخففهما ويكره تركهما للحديث الصحيح « اذا دخل أحدكم المسجد فلا يجلس حتى يصلى ركعتين » وان دخل والامام فى آخر الخطبة وغلب على ظنه أنه ان صلى التحية فاته تكبيرة الاحرام مع الامام لم يصل التحية ، بل يقف حتى تقام الصلاة ولا يقعد لئلا يكون جالسا فى المسجد قبل التحية ، وان أمكنه الصلاة وادراك تكبيرة الاحرام صلى التحية ، هكذا فصله المحققون ، منهم صاحب الشامل ، وأطلق البغوى وجماعة كما أطلق المصنف ، واطلاقهم محمول على التفصيل المذكور • قال صاحب العدة : يستحب للامام أن يزيد فى الخطبة قدرا يمكنه أن يأتى بالركعتين فيه وهذا موافق لنص الامام الشافعى ، فانه قال فى الأم : اذا دخل والامام فى آخر الكلام ــ ولا يمكنه صلاة ركعتين خفيفتين قبل دخول الامام فى الصلاة ــ فلا عليه أن يصليهما ، وأرى الامام أن يأمره بصلاتهما ، ويزيد

فى كلامه ما يمكنه اكمالهما فيه ، فان لم يفعل كرهت ذلك له ، ولا شيء عليه ، هذا نصه وأطبق الأصحاب عليه •

(فرع) فى مذاهب العلماء فيمن دخل المسجد يوم الجمعة والامام يخطب

مذهبنا أنه يستحب له أن يصلى ركعتين تحية المسجد ويخففهما ويكره له تركهما ، وبه قال الحسن البصرى ومكحول والمقبرى وسفيان بن عيينة وأبو ثور والحميدى وأحمد واسحاق وابن المنذر وداود وآخرون • وقال عطاء بن أبى رباح وشريح وابن سيرين والنخعى وقتادة ومالك والليث والثورى وأبو حنيفة وسعيد بن عبد العزيز : لا يصلى شيئا ، وقال أبو مجلز: ان شاء صلى والا فلا ، واحتجوا بحديث عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « اذا خطب الامام فلا صلاة ولا كلام » واحتج أصحابنا بحديث جابر المذكور وهو صحيح كما سبق • والجواب عن حديث ابن عمر من وجهين (أحدهما) أنه غريب [1] (والثانى) لو صح لحمل على ما زاد على ركعتين جمعا بين الأحاديث •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز الكلام قبل ان يبتدىء بالخطبة ، لما رويناه من حديث ثعلبة بن ابى مالك ، ويجوز اذا جلس الامام بين الخطبتين واذا نزل من المنبر قبل ان يدخل فى الصلاة ، لما روى أنس قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينزل يوم الجمعة من المنبر فيقوم معه الرجل [فيكلمه] فى الحاجة ثم ينتهى الى مصلاه فيصلى » ولأنه ليس بحال صلاة ولا حال استماع فلم يمنع من الكلام ، واذا بدأ الخطبة أنصت لما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من توضأ فاحسن الوضوء ثم انصت للامام يوم الجمعة حتى يفرغ من صلاته غفر له ما بين الجمعة الى الجمعة وزيادة ثلاثة أيام » وهل يجب الانصات ؟ فيه قولان (احدهما) يجب لما روى جابر قال « دخل ابن مسعود والنبى صلى الله عليه وسلم يخطب فجلس الى ابى فسأله عن شىء فلم يرد عليه ، فسكت حتى صلى النبى صلى الله عليه وسلم ما منعك ان ترد على ؟ فقال : انك لم تشهد معنا الجمعة ، قال ولم ؟ قال [لأنك] تكلمت والنبى صلى الله عليه وسلم يخطب ، فقام ابن مسعود ودخل على النبى صلى الله عليه وسلم فذكر له ، فقال صدق ابى [2] [واطع أبيا »] (والثانى) يستحب وهو الأصح • لما روى

---

(١) ليست الغرابة من أسباب توهين الحديث الا فى حالة ما اذا عارض الغريب ما له شواهد أو متابعات وحينئذ يكون الغريب شاذا ومقابله المحفوظ (ط) •

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من ش و ق (ط) •

انس قال : دخل رجل المسجد ورسـول الله صلى الله عليه وسلم قائم على المنبر يوم الجمعة فقال : متى الساعة ؟ فاشار الناس اليه ان اسكت ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم عند الثالثة : ما أعددت لها ؟ قال : حب الله ورسوله ، قال : انك مع من احببت » فان راى رجلا [ضريرا] يقع فى بئر او راى عقربا تدب اليه لم يحرم عليه كلامه قولا واحدا . لأن الانذار يجب لحق الآدمى ، والانصات لحق الله تعالى ومبناه على المسامحة ، وان سلم عليه رجل او عطس ، فان قلنا : يستحب الانصات رد السلام وشمت العاطس ، وان قلنا : يجب الانصات لم يرد السلام ، ولم يشمت العاطس لأن المسلم سلم فى غير موضعه فلم يرد عليه ، وتشميت العاطس سنة فلا يترك له الانصـات الواجب ، ومن أصحابنا من قال : لا يرد السلام لأن المسلم مفرط ، ويشمت العاطس لأن العاطس غير مفرط فى العطاس وليس بشىء) .

(**الشرح**) حديث ثعلبة سبق بيانه قريبا ، وحديث أنس ضعيف رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه والبيهقى وضعفوه ، ولفظه أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يكلم فى الحاجة اذا نزل من المنبر يوم الجمعة » ونقـل الترمذى عن البخارى أنه ضعفه . وحديث أبى هريرة رواه مسلم ولفظه « من توضأ فأحسن الوضوء ثم أتى الجمعة فاستمع وأنصت غفر له ما بينه وبين الجمعة وزيادة ثلاثة أيام ، ومن مس الحصى فقد لغا » .

وأما حديث جابر فى قصة ابن مسعود وأبى بن كعب فرواه البيهقى فى السنن الكبير عن أبى ذر قال « دخلت المسجد يوم الجمعة والنبى صلى الله عليه وسلم يخطب فجلست قريبا من أبى بن كعب ، فقرأ النبى صلى الله عليه وسلم سورة براءة فقلت لأبى : متى نزلت هذه السورة ؟ فلم يكلمنى » وذكر الحديث بمعناه أو بلفظه المذكور فى المهذب . وقال فى آخره : « فقال النبى صلى الله عليه وسلم صدق أبىّ » قال البيهقى وروى عن أبى الدرداء وأبى وجعلت القصة بينهما ، وروى عن جابر بن عبد الله فذكر معنى هذه القصة بين ابن مسعود وأبى ، قال ورواه عكرمة عن ابن عباس فجعل معنى القصة بين رجل غير مسمى وبين ابن مسعود ، وجعل المصيب ابن مسعود . قال البيهقى : وليس فى الباب أصح من الحديث الذى ذكرناه أولا . وقال البيهقى فى كتاب المعرفة نحو هذا ، وزاد فقال : وروينا فى كتاب السنن باسناد صحيح عن أبى ذر أنه قال ذلك لأبىّ . وأما حديث أنس الأخير فرواه البيهقى بلفظه باسناد صحيح ، ورواه غيره بمعناه .

اما الفاظ الفصل) فيقال أنصت ونصت وانتصت ثلاث لغات سبق بيانهن أفصحهن أنصت ، قال الأزهرى : ويقال أنصته وأنصت له ، وسبق الفرق بين الاستماع والانصات فى الباب الذى قبل هذا .

(وقوله) لم تشهد معنا الجمعة أى جمعة كاملة أو شهودا كاملا (قوله) عقربا تدب ـ هو بكسر الدال ـ قال الخطابى فى الحديث : كانت كفارة لما بينها وبين الجمعة التى قبلها وزيادة ثلاثة أيام ، قال : معناه ما بين الساعة التى يصلى فيها الجمعة ومثلها من الجمعة الأخرى لتكون الجملة عشرة ، وذكر المصنف تشميت العاطس وهو بالشين المعجمة وبالمهملة لغتان فصيحتان مشهورتان . قال أبو عبيد : المعجمة أفصح ، وقال ثعلب والأزهرى : المهملة أفصح ، وسمته وشمته وهو بالمهملة مشتق من السمت وهو القصد والاستقامة .

(اما الأحكام) فقد سبق بيان الكلام فى حال الخطبة وقبلها وبعدها وما يتعلق به من الفروع مبسوطا واضحا فى آخر الباب الأول ، واتفقت نصوص الشافعى والأصحاب على أنه لا بأس بالكلام بعد خروج الامام وجلوسه على المنبر ما لم يشرع فى الخطبة ، وبهذا قال جمهور العلماء ، وهو المنقول عن الصحابة رضى الله عنهم ، لحديث ثعلبة المذكور هنا . وقال أبو حنيفة : يكره الكلام من حين يخرج الامام .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن دخل والامام فى الصلاة احرم بها فان ادرك معه الركوع من الثانية فقد ادرك الجمعة ، فاذا سلم الامام اضاف اليها اخرى ، وان لم يدرك الركوع فقد فاتت الجمعة فاذا سلم الامام تم الظهر ، لما روى ابو هريرة قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من ادرك ركعة من الجمعة فليصل اليها اخرى ») .

(الشرح) حديث أبى هريرة هذا رواه الحاكم فى المستدرك من ثلاث طرق وقال : أسانيدها صحيحة ورواه ابن ماجه والدارقطنى والبيهقى وفى اسناده ضعف ، ويغنى عنه حديث أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال (من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة) رواه البخارى ومسلم ، وبهذا الحديث احتج مالك فى الموطأ ، والشافعى فى الأم وغيرهما ، قال

الشافعى : معناه لم تفته تلك الصلاة ومن لم تفته الجمعة صلاها ركعتين (وقوله) فى حديث الكتاب : فليصل اليها أخرى ، وهو بضم الياء وفتح الصاد وتشديد اللام •

(اما الاحكام) فقال الشافعى والأصحاب : اذا أدرك المسبوق ركوع الامام فى ثانية الجمعة بحيث اطمأن قبل رفع الامام عن أقل الركوع كان مدركا للجمعة ، فاذا سلم الامام أتى بثانية وتمت جمعته ، وان أدركه بعد ركوعها لم يدرك الجمعة بلا خلاف عندنا ، فيقوم بعد سلام الامام الى أربع للظهر ، وفى كيفية نية هذا الذى أدركه بعد الركوع وجهان حكاهما صاحب البيان وغيره (أحدهما) ينوى الظهر لأنها التى تحصل له (وأصحهما) وبه قطع الرويانى فى الحلية وآخرون وهو ظاهر كلام المصنف والجمهور : ينوى الجمعة موافقة للامام ، ولو أدرك الركوع وشك هل سجد مع الامام سجدة أم سجدتين ؟ قال الشافعى والشيخ أبو حامد والبندنيجى والرويانى فى الحلية وغيرهم : ان كان شك قبل سلام الامام سجد أخرى وأدرك الجمعة ، وان كان بعده سجد أخرى وأتم الظهر ، ولا تحصل الجمعة قطعا ، وحكى القاضى أبو الطيب فى تعليقه وجها أنه لا يكون مدركا للجمعة فيما اذا سجدها قبل سلام الامام ، وهذا شاذ ضعيف •

ولو أدرك ركعة مع الامام وسلم الامام وأتى بركعته الأخرى فلما جلس للتشهد شك هل سجد مع الامام سجدة أم سجدتين ؟ لم يكن مدركا للجمعة بلا خلاف لاحتمال أنها من الأولى وتحصل له ركعة من الظهر ، ويأتى بثلاث ركعات ،هذا كله اذا أدرك ركوعا محسوبا للامام فان لم يكن محسوبا له بأن أدرك ركوع ثانية الجمعة فبان الامام محدثا فيبنى على الخلاف السابق فى باب صفة الأئمة أنه لو كان امام الجمعة محدثا وتم العدد بغيره هل تصح ؟ والأصح الصحة • فان قلنا : لا تصح فهنا أولى ، والا فوجهان (أصحهما) لا تصح (والثانى) تصح ، وسبق هناك دليل الوجهين ، ولو أدركه راكعا وشك هل أدرك معه الركوع المجزىء ؟ ففيه خلاف سبق فى باب صلاة الجماعة ، والصحيح المنصوص الذى قطع به الأكثرون أنه لا يكون مدركا للركعة ، فتفوته الجمعة ويصليها ظهرا ويسجد للسهو كما سبق بيانه هناك•

قال ابن الحداد والقاضي أبو الطيب والأصحاب : لو صلى الامام الجمعة ثلاثا ناسيا فأدركه مسبوق فى الثالثة لم يكن مدركا للجمعة قطعا ، لأن هذه الركعة غير محسوبة للامام ، فلو علم الامام أنه ترك سجدة ساهيا فان علم أنها من الركعة الأولى انجبرت الأولى بالثانية وصارت الثالثة ثانية وحسبت للمسبوق وأدرك بها الجمعة فيضم اليها أخرى ويسلم ، وان لم يعلم من أين هى ؟ فصلاة الامام صحيحة ولا يكون المسبوق مدركا للجمعة لاحتمال أنه تركها من الثانية ، فتكون الثالثة للامام لغوا الا سجدة يتمم بها الثانية •

(فرع) فى مذاهب العلماء فيما يدرك به المسبوق الجمعة

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه ان أدرك ركوع الركعة الثانية أدركها والا فلا ، وبه قال أكثر العلماء ، حكاه ابن المنذر عن ابن مسعود وابن عمر وأنس بن مالك وسعيد بن المسيب والأسود وعلقمة والحسن البصرى وعروة بن الزبير والنخعى والزهرى ومالك والأوزاعى والثورى وأبى يوسف وأحمد واسحاق وأبى ثور ، قال : وبه أقول • وقال عطاء وطاوس ومجاهد ومكحول : من لم يدرك الخطبة صلى أربعا ، وحكى أصحابنا مثله عن عمر بن الخطاب وقال الحكم وحماد وأبو حنيفة : من أدرك التشهد مع الامام أدرك الجمعة ، فيصلى بعدسلام الامام ركعتين وتمت جمعته ، وحكى الشيخ أبو حامد عن هؤلاء أنه اذا أحرم قبل سلام الامام كان مدركا للجمعة حتى قال أبو حنيفة: لو سلم الامام ثم سجد للسهو فأدركه مأموم فيه أدركها وحكى أصحابنا مثل مذهبنا أيضا عن الشعبى وزفر ومحمد بن الحسن ، دليلنا الحديث الذى ذكرته عن رواية البخارى ومسلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان زوحم المأموم عن السجود فى الجمعة نظرت فان قدر ان يسجد على ظهر انسان لزمه أن يسجد ، لما روى عن عمر رضى الله عنه انه قال : « اذا اشتد الزحام فليسجد احدكم على ظهر اخيه » وقال بعض أصحابنا : فيه قول آخر قاله فى القديم : انه بالخيار ، ان شاء سجد على ظهر انسان وان شاء ترك حتى يزول الزحام لأنه اذا سجد حصلت له فضيلة المتابعة ، واذا انتظر زوال الزحمة حصلت له فضيلة السجود على الأرض فخير بين الفضيلتين ، والأول أصح لأن ذلك يبطل بالمريض اذا عجز عن السجود على الأرض فانه يسجد على حسب حاله ولا يؤخر وان كان فى التأخير فضيلة السجود على

الأرض ، وان لم يقدر على السجود بحال انتظر حتى يزول الزحام ، فان زال الزحام ـ لم يخل اما أن يدرك الامام قائما أو راكعا أو رافعا من الركوع أو ساجدا ـ فان ادركه قائما سجد ، ثم تبعه ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم اجاز ذلك بعسفان للعذر والعذر هنا موجود ، فوجب أن يجوز فان فرغ من السجود فأدرك الامام راكعا فى الثانية ففيه وجهان (أحدهما) يتبعه فى الركوع ولا يقرأ ، كمن حضر والامام راكع (والثانى) انه يشتغل بما عليه من القراءة لأنه أدرك مع الامام محل القراءة بخلاف من حضر والامام راكع) .

(فصل) فان زال الزحام فأدرك الامام رافعا من الركوع أو ساجدا سجد معه ، لأن هذا موضع سجوده وحصلت له ركعة ملفقة ، وهل يدرك بها الجمعة ؟ فيه وجهان ، قال أبو اسحق : يدرك لقوله صلى الله عليه وسلم « من ادرك من الجمعة ركعة فليضف اليها اخرى » وقال ابو على ابن أبى هريرة : لا يدرك لأن الجمعة صلاة كاملة ، فلا تدرك الا بركعة كاملة وهذه ركعة ملفقة .

(فصل) ان زال الزحام وأدرك الامام راكعا ففيه قولان (أحدهما) يشتغل بقضاء ما فاته ثم يركع ، لأنه شارك الامام فى جزء من الركوع ، فوجب أن يسجد كما لو زالت الزحمة فأدركه قائما (والثانى) يتبع الامام فى الركوع لأنه ادرك الامام راكعا ، فلزمه متابعته كمن دخل فى صلاة والامام فيها راكع فان قلنا : انه يركع معه ـ نظرت ـ فان فعل ما قلناه وركع حصل له ركوعان ، وبايهما يحتسب ؟ فيه قولان (أحدهما) يحتسب بالثانى كالمسبوق اذا ادرك الامام راكعا فركع معه (والثانى) يحتسب بالأول لأنه قد صح الأول ، فلم يبطل بترك ما بعده كما لو ركع ونسى السجود فقام أو ركع ثم سجد ، فان قلنا : انه يحتسب بالثانى حصل له مع الامام ركعة فاذا سلم اضاف [اليها] اخرى وسلم واذا قلنا : يحتسب بالأول حصل له ركعة ملفقة لأن القيام والقراءة والركوع حصل له من الركعة الأولى وحصل له السجود من الثانية ، وهل يصير مدركا للجمعة ؟ فيه وجهان قال أبو اسحق : يكون مدركا ، وقال ابن أبى هريرة : لا يكون مدركا فاذا قلنا بقول أبى اسحق اضاف اليها اخرى وسلم ، واذا قلنا بقول ابن أبى هريرة قام وصلى ثلاث ركعات وجعلها ظهرا . ومن أصحابنا من قال : يجب أن يكون فيه وجهان بناء على القولين فيمن صلى الظهر قبل أن يصلى الامام الجمعة ، وهذا قد صلى ركعة من الظهر قبل فراغ الامام من الجمعة فلزمه أن يستانف الظهر بعد فراغه وقال شيخنا القاضى أبو الطيب الطبرى : الصحيح هو الأول والبناء على القولين لا يصح لأن القولين فيمن صلى الظهر قبل فراغ الامام من الجمعة من غير عذر والمزحوم معذور فلم تجب عليه اعادة الركعة التى صلاها قبل فراغ الامام ، ولأن القولين فيمن ترك الجمعة وصلى الظهر منفردا ، وهذا قد دخل مع الامام فى الجمعة فلم تجب

عليه اعادة ما فعل ؛ كما لو ادرك الامام ساجدا فى الركعة الاخيرة فانه يتابعه ثم يبنى الظهر على ذلك الاحرام ولا يلزمه الاستئناف .

وان خالف ماقلناه واشتغل بقضاء ما فاته فان اعتقد ان السجود فرضه لم يعد سجوده ، لأنه سجد فى موضع الركوع ولا تبطل صلاته لأنه زاد فيها زيادة من جنسها جاهلا فهو كمن زاد فى صلاته من جنسها ساهيا ، وان اعتقد أن فرضه المتابعة فان لم ينو مفارقته بطلت صلاته لأنه سجد فى موضع الركوع عامدا ، وان نوى مفارقة الامام ففيه قولان . (أحدهما) تبطل صلاته . (والثانى) لا تبطل ويكون فرضه الظهر . وهل يبنى او يستأنف الاحرام بعد فراغ الامام ؟ على القولين فى غير المعذور اذا صلى الظهر قبل صلاة الامام . واما اذا قلنا : ان فرضه الاشتغال بما فاته نظرت فان فعل ما قلناه وادرك الامام راكعا تبعه فيه ويكون مدركا للركعتين ، وان أدركه ساجدا فهل يشتغل بقضاء ما فاته ؟ أو يتبعه فى السجود ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) يشتغل بقضاء ما فاته ، لأن على هذا القول الاشتغال بالقضاء أولى من المتابعة ، ومنهم من قال : يتبعه فى السجود ، وهو الأصح ، لأن هذه الركعة لم يدرك منها شيئا يحتسب له به فهو كالمسبوق اذا ادرك الامام ساجدا ، بخلاف الركعة الأولى ، فان هناك أدرك الركوع وما قبله ، فلزمه ان يفعل ما بعده من السجود . فاذا قلنا : يسجد كان مدركا للركعة الأولى الا أن بعضها أدركه فعلا وبعضها أدركه حكما ، لأنه تابعه الى السجود ، ثم انفرد بفعل السجدتين ، وهل يدرك بهذه الركعة الجمعة ؟ على وجهين لأنه ادراك ناقص فهو كالتلفيق فى الركعة ، وان سلم الامام قبل ان يسجد المأموم السجدتين لم يكن مدركا للجمعة ـ قولا واحدا ـ وهل يستأنف الاحرام ؟ أو يبنى على ماذكرناه من الطريقين ؟ فان خالف ما قلناه وتبعه فى الركوع ـ فان كان معتقدا أن فرضه الاشتغال بالسجود ـ بطلت صلاته لأنه ركع فى موضع السجود عامدا ، وان اعتقد أن فرضه المتابعة لم تبطل صلاته ، لأنه زاد فى الصلاة من جنسها جاهلا ، ويحتسب بهذا السجود ويحصل له ركعة ملفقة . وهل يصير مدركا للجمعة ؟ على الوجهين ؛ وان زوحم عن السجود وزالت الزحمة والامام قائم فى الثانية ، وقضى ما عليه وأدركه قائما أو راكعا فتابعه فلما سجد فى الثانية زحم عن السجود فزال الزحام ، وسجد ورفع رأسه وأدرك الامام فى التشهد فقد أدرك الركعتين ، بعضهما فعلا وبعضهما حكما ، وهل يكون مدركا للجمعة ؟ على الوجهين ، وان ركع مع الامام الركعة الأولى ثم سها حتى صلى الامام هذه الركعة وحصل فى الركوع فى الثانية قال القاضى ابو حامد : يجب أن يكون على قولين كالزحام ، ومن أصحابنا من قال : يتبعه ـ قولا واحدا ـ لأنه مفرط فى السهو ، فلم يعذر فى الانفراد عن الامام وفى الزحام غير مفرط ، فعذر فى الانفراد عن الامام) .

(الشرح) هـذه المسألة موصوفة عند الأصحاب بالاعضـال لكثرة فروعها وتشعيبها واستمدادها من أصول ، فاختصار الأحكام ملخصة فيها مع الاشارة الى أطراف خفى الأدلة أقرب الى ضبطها ، والاحتواء عليها ، فلهذا أسلك هذا الطريق فيها ان شاء الله تعالى ، وهذا الأثر المذكور عن عمر رضي الله عنه رواه البيهقى باسناد صحيح •

قال أصحابنا : اذا منعته الزحمـة من السجود على الأرض فى الركعة الأولى من الجمعة مع الامام ـ فان أمكنه أن يسجد على ظهر انسان أو رجله أو غير ذلك من أعضائه ـ قال الشيخ نصر المقدسى وغيره : أو ظهر بهيمة لزمه ذلك على الصحيح الذى قطع به الجمهور ونص عليه الشافعى ، ومن أصحابنا من قال : فيه قولان (أحدهما) هذا (والثانى) قاله فى القديم : يتخير ان شاء سجد على الظهر وان شاء صبر ليسجد على الأرض ، وهذا الطريق حكاه المصنف وآخرون ، واتفقوا علىأن المذهب وجوب السجود على الظهر ونحوه، للحديث الصحيح « واذا أمرتـكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » ولأثر عمر ولأنه متمكن منه • ثم قال الجمهور : انما يسجد على الظهر ونحوه اذا أمكنه رعاية هيئة السجود بأن يكون على موضع مرتفع ، فان لم يكن فالمأتى به ليس بسجود فلا يجوز فعله وفيه وجه ضعيف أنه لا يضر هنا ارتفاع رأسه وخروجه عن هيئة الساجد للعذر حكاه الرافعى وغيره ، والمذهب الأول ؛ فاذا أمكنه السجود على ظهر ونحوه فلم يسجد فهو متخلف بلا عذر ، هذا هو الصحيح وبه قطع المتولى والبغوى • وفيه وجه أنه متخلف بعذر ، حكاه الرافعى ، وان لم يتمكن من السجود على الأرض ولا على ظهر ولا غيره فأراد الخروج من متابعة الامام لهذا العذر ويتمها ظهرا ففى صحتها القولان فيمن صلى الظهر قبل فوات الجمعة •

قال امام الحرمين : ويظهر منعه من الانفراد لأن الجمعة واجبة فالخروج منها مع توقع ادراكها لا وجه له ، أما اذا عجز عن السجود على الأرض والظهر ودام على المتابعة فماذا يصنع ؟ فيه ثلاثة أوجه (الصحيح) أنه ينتظر التمكن ، وبهذا قطع المصنف والأكثرون • وقال القاضى أبو الطيب والأصحاب يستحب للامام أن يطول القراءة ليلحقه منتظر السجود (والثانى) يومى بالسجود

أكثر مايمكنه كالمريض (والثالث)يتخير بينهما فاذا قلنا بالصحيح فله حالان (احداهما) أن يتمكن من السجود قبل ركوع الامام فى الثانية فيسجد عند تمكنه ، فاذا فرغ من سجوده فللامام أربعة أحوال (أحدها) أن يكون بعد فى القيام فيفتتح المزحوم القراءة ، فان أتمها قبل ركوع الامام ركع معه وجرى على متابعته وحصلت له الجمعة فيسلم معه ولا يضره هذا التخلف ، لأنه معذور ، وان ركع الامام قبل اتمامها فهل له حكم المسبوق ؟ فيه وجهان ، وقد بينا حكم المسبوق فى باب صلاة الجماعة (أصحهما) عند الجمهور له حكمه ، فيقطع القراءة ويركع مع الامام لأنه معـذور فى التخلف فأشـبه المسبوق ، وممن صحح هذا الشيخ أبو حامد والماوردى والمحاملى وابن الصباغ والشاشى وآخرون (والثانى) يلزمه أن يتم الفاتحة لأنه عذر نادر بخلاف المسبوق ، وصححه البغوى وصاحب العدة •

وقال امام الحرمين والبغوى وغيرهما : فاذا قلنا : يقرأ لم يقطع القدوة ، بل يقرأ ويتبع الامام جهده فيركع ويجرى على ترتيب صلاة نفسـه قاصدا لحوق الامام ويكون مدركا للركعتين على حكم الجماعة ، ولا يضره التخلف بأركان ، ويكون حكم القدوة جاريا عليه ، فيلحقه سهو الامام ويحمـل الامام سهوه • وقال صاحب الشامل : اذا قلنا : يقرأ فانما يلزمه أن يقرأ اذا لم يخف فوت الركوع ، فان خاف فوته قبل فراغ الفاتحة فهو على القولين فيمن أدركه راكعا وهـذا الذى قاله صاحب الشـامل ضعيف ، وخلاف قول الجمهور •

(الحال الثانى) للامام أن يكون راكعا فوجهان (أصحهما) عند الجمهور يترك القراءة ويركع معه ، لأنه لم يدرك محل القراءة فسقطت عنه كالمسبوق (والثانى) يلزمه قراءة الفاتحة ويسعى وراء الامام وهو متخلف بعذر •

(الحال الثالث) أن يكون رافعا من الركوع ولم يسلم بعد ، فان قلنا فى الحال الثانى هو كالمسبوق تابع الامام فيما هو فيه ولا يحسب له ، بل يلزمه بعد سلام الامام ركعة ثانية ، وان قلنا : ليس كالمسبوق اشتغل بترتيب صلاة نفسه ، وقيل : يتعين متابعة الامام وجها واحدا لكثرة ما فاته •

(الحال الرابع) للامام أن يكون متحللا من صلاته فلا يكون مدركا

للجمعة لأنه لم تتم له ركعة قبل سلام الامام ، ولو رفع رأسه من السجود ثم سلم الامام عقبه كان مدركا للجمعة فيأتى بركعة أخرى .

قال امام الحرمين : واذا جوزنا له التخلف وأمرناه بالجريان على ترتيب نفسه فالوجه أن يقتصر على الفرائض فعساه يدرك ، ويحتمل أن يجوز له فعل السنن مقتصرا على الوسط منها (الحال الثانى) للمأموم ألا يتمكن من السجود حتى يركع الامام فى الثانية وفيه قولان مشهوران (أصحهما) وهو نصه فى الأم والمختصر ، وأحد قوليه فى الاملاء : يلزمه متابعة الامام فيركع معه ، صححه البغوى والرافعى وآخرون وهواختيار القفال . قال البغوى : هو القول الجديد ودليله أن متابعة الامام آكد ، ولهذا يتابعه المسبوق اذا أدركه راكعا ويترك القراءة والقيام (والثانى) لا يجوز متابعته فى الركوع بل يلزمه أن يسجد ويجرى على ترتيب نفسه ، وهو أحد قوليه فى الاملاء وصححه البندنيجى ، فان قلنا يتابعه فقد يمتثل ذلك وقد يخالفه ، فان امتثل وركع معه فهل يحسب لهالركوع الأول أم الثانى ؟ فيه خلاف حكاه المصنف وكثيرون ، قولين . وحكاه الشيخ أبو حامد وجماعة من الخراسانيين وغيرهم وجهين (أصحهما) عند الأصحاب بالركوع الأول ، صححه المحاملى وصاحب العدة والشاشى وآخرون ونقل الرافعى تصحيحه عن الأصحاب لأنه ركوع صح فلا يبطل بركوع آخر كما لو ركع ونسى السجود وقرأ فى الركعة الثانية وركع ثم سجد فان المحسوب لهالركوع الأول بلا خلاف كما ذكره المصنف (والثانى) يحسب له الركوع الثانى لأنه المحسوب للامام ، فان قلنا : المحسوب الثانى حصلت لهالركعة الثانية بكمالها ، واذا سلم الامام ضم اليها ركعة أخرى وتمت جمعته بلا خلاف ، وانقلنا المحسوب الأول حصلت ركعة ملفقة من ركوع الأولى وسجود الثانية .

وفى ادراك الجمعة بالملفقة وجهان مشهوران (أصحهما) عند الأصحاب يدرك بها ، وهو قول أبى اسحاق المروزى ، ممن صححه القاضى أبو الطيب وامام الحرمين وابن الصباغ والبغوى والشاشى وآخرون ، لأنها ركعة صحيحة . (والثانى) لا يدرك بها لأنها صلاة يشترك فيها كمّال (١)

(١) كمّال بضم الكاف وتشديد الميم (ط) .

المصلين ولا تدرك بركعة فيها نقص ، وهذاقول أبى على ابن أبى هريرة ، فان قلنا : يدرك بها ضم اليها أخرى بعد سلام الامام وتمت جمعته ، وان قلنا : لا يدرك بها فقد فاتته الجمعة ، وهل تحسب له هذه الركعة من الظهر ويبنى عليها بعد سلام الامام ثلاث ركعات ؟ فيه طريقان حكاهما المصنف والأصحاب (أصحهما) تحسب قولا واحدا فيبنى على الظهر (والثانى) فيه القولان فيمن أحرم بالظهر قبل فوات الجمعة . قال المصنف : قال القاضى أبو الطيب : هذا الطريق ليس بصحيح ، لأن القولين فيمن صلى الظهر قبل الجمعة بلا عذر ، وهذا معذور لأن القولين فيمن أحرم منفردا قبل فوات الجمعة ، وهذا أحرم مع الامام فجاز له البناء ظهرا بلا خلاف ، كمن أدرك الامام ساجدا فى الأخيرة من الجمعة فأحرم معه فانه يبنى على الظهر .

قال صاحب الحاوى : الطريقان مبنيان على أن الزحام عـذر أم لا ؟ والصحيح أنه عذر ، أما اذا خالف واجبه فاشتغل بالسجود وترتيب نفسه ــ فان فعل ذلك مع علمه بأن واجبه المتابعة ولم ينو مفارقة الامام ــ بطلت صلاته لأنه يسجد فى موضع الركوع عمدا عالما بتحريمه ، ويلزمه الاحرام بالجمعة ان أدرك الامام بعد فى الركوع ، وان نوى مفـارقته ففى بطلان صلاته القولان فيمن خرج من صلاة الجماعة ليتم منفردا بغير عذر ــ فان قلنا يبطل ــ لزمه الاحرام بالجمعة ان أدركها ، والا كان فرضه الظهر ، ويجب استئنافها . وان قلنا لا تبطل لم تصح جمعته لأنه لم يصل منها ركعة مع الامام ، وهل تصح ظهرا ؟ فيه القولان فيمن صلاها قبل فراغ الجمعة ، ولنا قول حكاه الخراسانيون وسبق بيانه فى الباب الأول فى صفة الصلاة وغيرها أن الجمعة اذا فاتت لا يجوز البناء عليها بل يجب استئناف الظهر هذا كله اذا خالف عالما بأن فرضه المتابعة ، فان كان جاهلا يعتقد فرضه السجود وترتيب نفسه أو ناسيا فيما أتى به من السجود وغيره لا يعتد به ، لأنه فى غيرموضعه ولا تبطل به صلاته لأنه معذور بجهله أو نسيانه ، ثم ان فرغ والامام بعد فى الركوع لزمه متابعته فان تابعه فركع معه ، فالتفريع كما سبق فيما اذا لم يسجد وان لم يركع معه أو كان الامام قد فرغ من الركوع نظر ــ ان راعى ترتيب نفسه بأن قام بعد السجدتين وقرأ وركع وسجد ــ فالذى قطع به المصنف والجمهور أنه لا يعتد له بشىء مما أتى به .

فاذا سلم الامام سجد سجدتين لتمام الركعة ، ولا يكون مدركا للجمعة لأن التفريع على قول وجوب المتابعة بكل حال ، فكما لا يحسب له السجود والامام راكع لكون فرضه المتابعة لا يحسب والامام فى ركن بعد الركوع • وقال الصيدلانى وامام الحرمين والغزالى : اذا فعل هذا الذى ذكرناه تمت له منهما ركعة لكنها ناقصة من وجهين (أحدهما) التلفيق فان ركوعها من الأولى وسجودها من الثانية ، وفى ادراك الجمعة بالملفقة الوجهان السابقان (أصحهما) الادراك والنقص (الثانى) كونها ركعة حكمية لأنه لم يتابع الامام فى معظمها متابعة حسية بل حكمية •

وفى ادراك الجمعة بالركعة الحكمية وجهان كالملفقة أصحهما : الادراك ، وليس الخلاف فى مطلق القدوة الحكمية ، فان السجود فى حال قيام الامام فى قدوة حكمية ، ولا خلاف أن الجمعة تدرك به ، وانما الخلاف فيما اذا كان معظم الركعة فى قدوة حكمية ، هذا كله اذا فرغ من السجدتين اللتين لم يعتد بهما وجرى على ترتيب نفسه ، فأما اذا فرغ منهما والامام ساجد ـ يتابعه فى سجدتيه ، هذه وظيفته فى هذه الحالة على هذا القول فيحسبان له ، ويكون الحاصل ركعة ملفقة بلا خلاف ، وان وجد الامام فى التشهد وافقه ، فاذا سلم سجد سجدتين وتمت له ركعة ولا جمعة له ؛ لأنه لم يتم الركعة فى حال صلاة الامام وصار فرضه الظهر ، وهل يستأنفها أم يبنى على هذه الركعة ؟ فيه الطريقان السابقان (أصحهما) يبنى (والثانى) على قولين ، وهكذا يفعل لو وجده قد سلم ، هذا كله اذا قلنا : يتابع الامام ، أما اذا قلنا : لا يتابعه بل يسجد ويراعى ترتيب نفسه فله حالان (أحدهما) أن يخالف ما أمرناه فيركع مع الامام ، فان تعمده بطلت صلاته ويلزمه الاحرام بالجمعة ان أمكنه ادراك الامام فى الركوع ، وان كان ناسيا أو جاهلا يعتقد أن واجبه الركوع مع الامام لم تبطل صلاته ويكون ركوعه هذا لغوا فاذا سجد معه بعد هذا الركوع فوجهان (أحدهما) لا يحسب هذا السجود • لأنه يعتقد وجوبه لمتابعة الامام وهو مخطىء فى ذلك (والثانى) وهو الصحيح وبه قطع المصنف والجمهور يحسب لأنه سجود فى موضعه ولا يضر جهله بجهة وجوبه ، كما لو نسى سجدة من

ركعة فانها تحسب له من الركعة التى بعدها ، وان كان نيته فعلها للركعة الثانية فعلى هذا يحصل له ركعة ملفقة • وفى ادراك الجمعة بها الوجهان السابقان أصحهما الادراك (الحال الثانى) أن يمتثل ما أمرناه فيسجد ويحصل له ركعة فى قدوة حكمية وفى الادراك بها الوجهان السابقان (أصحهما) الادراك •

فاذا فرغ من السجود فللامام حالان (أحدهما) أن يكون فارغا من الركوع بأن يكون فى السجود أو التشهد ، وفيه وجهان مشهوران حكاهما المصنف والأصحاب (أحدهما) وصححه الغزالى وقطع به البغوى يشتغل بما فاته ، ويجرى على ترتيب نفسه ، فيقوم ويقرأ ويركع ، لأن الاشتغال بالفائت على هذا القول أولى من المتابعة (وأصحهما) عند المصنف وجمهور الأصحاب ، وبه قطع كثيرون من العراقيين وغيرهم : يلزمه متابعة الامام فيما هو فيه فاذا سلم الامام اشتغل بتدارك ما عليه ، لأن هذه الركعة لم يدرك منها قدرا يحسب له ، فلزمه متابعة الامام ، كمسبوق أدرك الامام ساجدا ، فعلى هذا لو كان الامام عند فراغ المزحوم من السجود قد هوى للسجود فتابعه فقد والى بين أربع سجدات •

وهل يحسب لاتمام الركعة الأولى السجدتان الأوليان ؟ أو الأخريان ؟ فيه وجهان بناء على القولين السابقين ، هل المحسوب الركوع الأول أم الثانى ؟ أصحهما الأوليان ، فان قلنا : الأوليان فهى ركعة فى قدوة حكمية ، وان قلنا : الأخريان فهى ركعة ملفقة ، وفى ادراك الجمعة بالحكمية والملفقة الوجهان السابقان ، أصحهما : الادراك (الحال الثانى) للامام أن يكون راكعا بعد ، فهل يجب عليه متابعته وتسقط عنه القراءة كالمسبوق ؟ أم يشتغل بترتيب نفسه فيقرأ ويأتى بالباقى ؟ فيه الوجهان السابقان فى أول المسألة تفريعا على القول الأول وهما هنا مشهوران أصحهما : يلزمه الركوع معه ، وتسقط عنه القراءة ، وبه قطع المصنف ، وهذا اختيار منه للأصح ، وقد ذكر هو الوجهين فى الصورة الأولى • وجزم هنا بأصحهما ، وربما توهم من لا أنس له أن الصورة غير الصورة وطلب بينهما فرقا وليس كذلك ، بل الصورة هى الأولى بحالها ولا فرق فان قلنا : تجب متابعته وتسقط القراءة

تابعه ، ويكون مدركا للركعتين ، فيسلم مع الامام وتمت جمعته ، وان قلنا : يشتغل بترتيب نفسه اشتغل به وهو مدرك للجمعة بلا خلاف .

(فـرع) لو لم يتمكن المزحوم من السجود حتى سـجد الامام فى الثانية تابعه بلا خلاف ، ثم ان قلنا : الواجب متابعة الامام فالحاصل ركعة ملفقة ، وفى ادراك الجمعة بها الوجهان (أصحهما) الادراك . وان قلنا : الواجب ترتيب نفسه فركعة غير ملفقة فيدرك الجمعة قطعا ، أما اذا لم يتمكن من السـجود حتى تشهد الامام فيسجد ، ثم ان أدرك الامام قبل السـلام أدرك الجمعة ، والا فلا جمعة له ، وهل يبنى على الركعة لاتمام الظهر ؟ أم يستأنفها ؟ فيه الطريقان السابقان .

قال امام الحرمين : فلو رفع رأسه من السجدة الثانية فسلم الامام قبل أن يعتدل المزحوم قاعدا ففيه احتمال ؛ قال : والظاهر أنه مدرك للجمعة ، أما اذا كان الزحام فى سجود الركعة الثانية ، وقد صلى الأولى مع الامام فيسجد متى تمكن قبل سلام الامام أو بعده ، وجمعته صحيحة بالاتفاق ، فلو كان مسبوقا أدركه فى الركعة الثانية فان تمكن قبل سلام الامام سجد وأدرك ركعة من الجمعة فيضم اليها أخرى ، وان لم يتمكن حتى سلم فلا جمعة له ، فيسجد ويحصل له ركعة من الظهر على المذهب . أما اذا زحم عن ركوع الأولى حتى ركع الامام فى الثانية فيركع ويتابعه بلا خلاف ؛ وممن نقل الاتفاق عليه القاضى أبو الطيب ، وفى الحاصل له وجهان (أصحهما) وبه قال الأكثرون ، منهم الشيخ أبوحامد : تحسب له الركعة الثانية وتسقط الأولى ، ويدرك الجمعة قولا واحدا (والثانى) تحسب له ركعة ملفقـة ، وفى ادراك الجمعة بهاالوجهان ؛ وبهذا قال القاضى أبو الطيب .

(فـرع) لو زحم عن السجود وزالت الزحمة والامام قائم فى الثانية فسجد وقام وأدركه قائما وقرأ ، أو راكعا فقرأ ولحقه ، أو قلنا : تسقط عنه القراءة فركع معه ثم زحم عن السجود فى الثانية ، وزال الزحام وسجد ورفع ، وأدرك الامام فى التشهد فقد أدرك الركعتين ، وفى ادراكه بهما الجمعة طريقان، قال المصنف وشيخه القاضى أبو الطيب : فى ادراكها الوجهـان فى الركعـة

الحكمية ، قال الشيخ أبو حامد والبندنيجى والمحاملى وصاحب العدة والأكثرون : يكون مدركا للجمعة وجها واحدا ، ويسلم مع الامام ، واختاره ابن الصباغ وضعف قول القاضى أبى الطيب .

(فرع) لو ركع مع الامام ونسى السجود وبقى واقفا فى الاعتدال حتى ركع الامام فى الثانية ففيه طريقان حكاهما المصنف والأصحاب (أحدهما) قاله القاضى أبو حامد المروروذى والبندنيجى فيه القولان فى المزحوم هل يتبع الامام أم يشتغل بما عليه ؟ (والطريق الثانى) يلزمه اتباع الامام قولا واحدا ، لأنه مفرط فى النسيان بخلاف الزحمة ، فلا يجوز له ترك المتابعة ، وصحح الشيخ أبو حامد هذا الطريق ونقله عن نص الشافعى ، وصححه أيضا الرويانى ، وصحح البغوى الأول . هكذا أطلق الأكثرون المسألة .

وقال الرافعى : التخلف بالنسيان هل هو كالتخلف بالزحام ؟ قيل : فيه وجهان (أصحهما) نعم لعذره (والثانى) لا لندوره وتفريطه قال : والمفهوم من كلام الأكثرين أن فيه تفصيلا ، فان تأخر سجوده عن سجدتى الامام بالنسيان ثم سجد فى حال قيام الامام فهو كالزحام ، وكذا لو تأخر لمرض . وان بقى ذاهلا حتى ركع الامام فى الثانية فطريقان (أحدهما) كالمزحوم ، ففى قول : يركع معه وفى قول : يراعى ترتيب نفسه (والطريق الثانى) يلزمه اتباعه قولا واحدا وصححه الرويانى .

(فرع) الزحام يتصور فى جميع الصلوات ، وانما ذكره الأصحاب فى الجمعة لأنه فيها أغلب ، ولأنه يتصور فى صلاة الجمعة أنواع من الاشكال والخلاف والتفريع لا يتصور مثله فى غيرها ، كالخلاف فى ادراك الجمعة بركعة ملفقة أو حكمية ، ولأن الجماعة شرط فيها فلا يمكنه المفارقة مادام يتوقع ادراكها بخلاف غيرها ، فاذا زحم فى غير الجمعة عن السجود فلم يتمكن منه حتى ركع الامام فى الثانية ففيه ثلاثة طرق حكاها الرافعى (الصحيح) أنه على القولين فى الجمعة (أصحهما) يلزمه متابعة الامام (والثانى) الاشتغال بما عليه ، ويجرى على ترتيب نفسه (والطريق الثانى) يتابعه قطعا (والثالث) يشتغل بما عليه قطعا .

(فـرع) اذا عرضت فى الصلاة حالة تمنع من وقوعها جمعة فى صورة الزحام أو غيرها ، فهل يتم صلاته ظهرا ؟ فيه طريقان (أصحهما) وبه قطع المصنف وجمهور الأصحاب من العراقيين وغيرهم هذا (والثانى) حكاه جماعة من الخراسانيين فيه قولان يتعلقان بالأصل الذى قدمناه مبسوطا فى آخر الباب الذى قبل هذا ، أن الجمعة ظهر مقصورة أم صلاة على حيالها ؟ وفيه قولان مستنبطان من كلام الشافعى رضى الله عنه ، فان قلنا : ظهر مقصورة ففات بعض شروط الجمعة أتمها ظهرا كالمسافر اذا فات بعض شروط القصر . وان قلنا : صلاة على حيالها فهل يتمها ظهرا ؟ فيه وجهان (الصحيح) يتمها ظهرا ، لأنها بدل منها أو كالبدل على ما سبق فى الباب الأول من الخلاف ، فعلى هذا هل يشترط أن ينوى قلبها ظهرا ؟ أم تنقلب بنفسها ؟ فيه وجهان حكاهما امام الحرمين وغيره (أصحهما) وأشهرهما لا يشترط ، وهو مقتضى كلام الجمهور ، فان قلنا : لا يتمها ظهرا فهل تبطل ؟ أم تنقلب نفلا ؟ فيه القولان السابقان فى أول باب صفة الصلاة ، فيمن صلى الظهر قبل الزوال ونظائرها (الصحيح) تنقلب نفلا ، قال امام الحرمين : قول البطلان لا ينتظم تفريعه اذا أمرناه فى صورة الزحام بشىء فامتثل ، فليكن ذلك مخصوصا بما اذا خالف ، والله أعلم .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى الزحام

أما اذا زحم عن السجود ، وأمكنه السجود على ظهر انسان ، فقد ذكرنا أن الصحيح فى مذهبنا أنه يلزمه ذلك ، وبه قال عمر بن الخطاب ومجاهد والثورى وأبو حنيفة وأحمد واسحاق وأبو ثور وداود وابن المنذر ، وقال عطاء والزهرى والحكم ومالك : لا يجوز ذلك ، بل ينتظر زوال الزحمة . فلو سجد لم يجزئه وقال الحسن البصرى : هو مخير بين السجود على ظهره والانتظار ، وقال نافع مولى ابن عمر : يومىء الى السجود ، أما اذا لم يزل الزحام حتى ركع الامام فى الثانية فالأصح عندنا أنه يلزمه متابعة الامام ، وهو مذهب مالك وأصح الروايتين عن أحمد ، وقال أبو حنيفة : يشتغل بالسجود . أما اذا زحم عن الركوع أو السجود حتى سلم الامام فمذهبنا أن المأموم المزحوم تفوته الجمعة ويتمها ظهرا أربعا وبه قال أيوب السختيانى

وقتادة ويونس وأبو ثور وابن المنـذر وقال الحسـن والنخعى والأوزاعى وأبو حنيفة وأحمد : يصلى الجمعة ، وقال مالك : أحب أن يتمها أربعا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا احدث الامام فى الصلاة ففيه قولان (قال فى القـديم) لا يستخلف (وقال فى الجديد) يستخلف . وقد بينا وجه القولين فى باب صلاة الجماعة .

(فان قلنا) لا يستخلف نظرت فان أحدث بعد الخطبة وقبل الاحرام لم يجز أن يستخلف لأن الخطبتين مع الركعتين كالصلاة الواحدة ، فلما لم يجز ان يستخلف فى صلاة الظهر بعد الركعتين لم يجز ان يستخلف فى الجمعة بعد الخطبتين . وان أحدث بعد الاحرام ففيـه قولان (أحدهما) يتمون الجمعـة فرادى ، لأنه لما لم يجز الاستخلاف بقوا على حكم الجماعة فجاز لهم أن يصلوا فرادى . (والثانى) أنه اذا كان الحدث قبل أن يصلى بهم ركعة صلوا الظهر ، وان كان بعد الركعة صلوا ركعة اخرى فرادى كالمسبوق اذا لم يدرك ركعة أتم الظهر وان أدرك ركعة أتم الجمعة . وان قلنا بقوله الجديد فان كان الحدث بعد الخطبتين وقبل الاحرام فاستخلف من حضر الخطبة جاز . وان استخلف من لم يحضر الخطبة لم يجز لأن من حضر كمل بالسماع فانعقدت به الجمعة ، ومن لم يحضر لم يكمل فلم تنعقد به الجمعة ولهذا لو خطب باربعين فقـاموا وصلوا الجمعة جاز ، ولو حضر اربعون لم يحضروا الخطبة فصلوا الجمعة لم يجز . وان كان الحدث بعد الاحرام فان كان فى الركعة الأولى فاستخلف من كان معه قبل الحدث جاز له ، لأنه من أهل الجمعة ، وان استخلف من لم يكن معه قبل الحدث لم يجز ، لأنه ليس من أهل الجمعة ، ولهذا لو صلى بانفراده الجمعة لم تصح وان كان الحدث فى الركعة الثـانية فان كان قبـل الركوع فاستخلف من كان معه قبل الحدث جاز وان استخلف من لم يكن معه قبـل الحدث لم يجز لما ذكرناه ، وان كان بعد الركوع فاستخلف من لم يحضر معه قبل الحدث لم يجز لما ذكرناه ، وان كان معه قبل الحدث ولم يكن معه قبـل الركوع فان فرضه الظهر ، وفى جواز الجمعة خلف من يصلى الظهر وجهان ، فان قلنا : يجوز جاز أن يستخلفه ، وان قلنا : لا يجوز لم يجز ان يستخلفه).

(الشرح) قال أصحابنا : اذا خرج الامام من الصلاة بحدث تعمده أو نسيه أو سبقه أو برعاف أو سـبب آخر أو بلا سـبب ــ فان كان فى غير الجمعة ــ ففى جواز الاستخلاف قولان (أظهرهما) وهو الجديد : جوازه ، والقديم والاملاء : منعه . وقد سبق بيان ذلك بتفريعه . وما يتعلق به فى باب صلاة الجماعة وأما الاستخلاف فى صلاة الجمعة ففيه القولان (أظهرهما) الجواز فان لم تجوزه نظرت فان كان حدثه بعد الخطبة وقبل الاحرام بالصلاة

لم يجز الاستخلاف لأن الخطبتين كالركعتين • فكما لا يجوز الاستخلاف فى أثناء الصلاة لا يجوز بينها وبين الخطبة لكن ينصبون من يستأنف الخطبتين ثم يصلى بهم الجمعة • وان كان فى الصلاة ففيما يفعلون قولان فى القديم (الصحيح) أنه ان كان حدثه فى الركعة الأولى أتم القوم صلاتهم ظهـــرا • وان كان فى الركعة الثانية أتمها جمعة كل من أدرك معه ركعة فرادى لأن الجمعة تدرك بركعة لا بدونها • (الثانى) يتمونها جمعة فى الحالين • وفى المسألة وجه ضعيف أنهم يتمونها ظهرا فى الحالين •

هكذا ذكر المصنف والأصحاب الخلاف فى أنهم يتمونها جمعة أم ظهرا ؟ وكان ينبغى اذا قلنا : لا يتمونها جمعة أن يستأنفوا جمعة ان اتسع الوقت هذا كله اذا منعنا الاستخلاف • فان جوزناه نظر ــ ان استخلف من لم يعتد به ــ لم يصح ولم يكن لهذا الخليفة أن يصلى الجمعة • لأنه لا يجوز افتتاح جمعة بعد جمعة وهذا لا خلاف فيه • وممن نقل الاتفاق عليه الشيخ أبو حامد رحمه الله ، وفى صحة ظهر هذا الخليفة خلاف مبنى على أن الظهر هل تصـــح قبل فوات الجمعة أم لا ؟ فان قلنا : لا تصح فهل تبطل أم تبقى نفلا ؟ فيه القولان السابقان قريبا • فان قلنا : تبطل فاقتدى به القوم عالمين بطـــلان صلاته بطلت صلاتهم • وان صححناها ــ وكان ذلك فى الركعة الأولى ــ فلا جمعة لهم لأنهم لم يدركوا منها ركعة وفى صحة الظهر خلاف مبنى على صحة الظهر بنية الجمعة وقد سبق بيانه فى آخر الباب الذى قبل هذا ، وفى باب صفة الصلاة • وان كان فى الركعة الثانية كان هذا اقتداء طارئا فى أثناء صلاة منفرد ، وفى صحته الخلاف السابق فى سائر الصلوات • وقد أوضحناه فى باب صلاة الجماعة ، وفيه شىء آخر وهو الاقتداء فى الجمعة بمن يصلى ظهرا أو نافلة وفيه الخلاف السابق فى باب صفة الأئمة والأصح فى المســألتين الجواز •

أما اذا استخلف من اقتدى به قبل الحدث فينظر ان لم يحضر الخطبة فوجهان (أحدهما) لا يصح استخلافه ، كما لو استخلف بعد الخطبة من لم يحضرها ليصلى بهم (وأصحهما) الجواز وبه قطع جماعة ، وهو ظاهر كلام المصنف والأكثرين ، ونقل الصيدلانى هذا الخلاف قولين المنع عن نصه فى البويطى ، والجواز عن نصه فى أكثر كتبه ، والخلاف انما هو فى مجرد حضور

الخطبة ، ولا يشترط سماعه لها بلا خلاف ، صرح به الأصحاب ، فان كان حضر الخطبة أو لم يحضرها وجوزنا استخلافه نظر ــ ان استخلف من أدرك معه الركعة الأولى ــ جاز وتمت لهم الجمعة سواء أحدث الامام فى الأولى أم فى الثانية • وحكى الرافعي وجها شاذا ضعيفا أن الخليفة يصلى ظهرا والقوم جمعة ، ولعله فيما اذا لم يدرك مع الامام ركعة ، وان استخلف من أدركه فى الثانية وأحرم بالجمعة قبل حدثه ، قال امام الحرمين : ان قلنا : لا يجوز استخلاف من لم يحضر الخطبة لم يجز استخلاف هذا والا فقولان (أصحهما) وبه قطع المصنف والأكثرون : يجوز ، فعلى هذا يصلون الجمعة•

وفى الخليفة وجهان (أحدهما) يتمها جمعة ، وهو قول الشيخ أبى حامد ، ونقله المتولى وصاحب البيان عن أكثر أصحابنا ، وجزم به صاحب المستظهرى (والثانى) وهو الصحيح المنصوص : لا يتمها جمعة ، وهو قول ابن سريج ، وقطع به امام الحرمين والبغوى وصححه صاحب العدة والرافعى، فعلى هذا يتمها ظهرا على المذهب ، وبه قطع الأكثرون ، وقيل : فيه قولان : (أحدهما) يتمها ظهرا (والثانى) لا ، فعلى هذا هل تبطل أم تنقلب نفلا ؟ فيه القولان السابقان فى مواضع (أصحهما) تنقلب نفلا ، فان أبطلناها امتنع استخلاف المسبوق ، هذا اذا استخلف فى الثانية من أحرم قبل حدثه وقبل الركوع ، فلو استخلف فى ركوع الثانية من أدركه بعد الركوع وقبل الحدث فوجهان حكاهما المصنف هنا ، وفى التنبيه ،وحكاهما غيره (الصحيح) المنصوص ــ وبه قطع الأكثرون ــ جوازه ؛ ونقله صاحب الحاوى عن نص الشافعى وعن أكثر أصحابنا (والثانى) منعه وهو قول الشيخ أبى حامد •

قال المصنف : سبب الخلاف أن فرضه الظهر، وفى جواز الجمعة خلف من يصلى الظهر وجهان ــ ان جوزناها جاز استخلافه والا فلا ، واذا جوزنا الاستخلاف ــ وقد سبق أن الأصح جوازها والخليفة مسبوق ــ لزمه مراعاة نظم صلاة الامام ، فيجلس اذا صلى ركعة ويتشهد ، فاذا بلغ موضع السلام أشار الى القوم وقام الى باقى صلاته ، وهو ركعة ان جعلناه مدركا للجمعة أو ثلاث ان قلنا فرضه الظهر وجوزنا له البناء عليها ، والقوم بالخيار ان شاءوا فارقوه وسلموا وان شاءوا ثبتوا جالسين ينتظرونه ليسلم بهم وهو الأفضل ، ولو دخل مسبوق واقتدى به فى الركعة الثانية التى استخلف فيها

صحت له الجمعة وان لم تصح للخليفة ، نص عليه الشافعى • قال الأصحاب : هو تفريع على صحة الجمعة خلف مصلى الظهر ، وتصح صلاة الجمعة للذين أدركوا مع الأمام الأول ركعة بكل حال ، لأنهم لو انفردوا بالركعة الثانية كانوا مدركين للجمعة فلا يضر اقتداؤهم فيها بمصلى الظهر أو النفل • هـذا كله اذا أحدث فى أثناء الصلاة ؛ فلو أحـدث بين الخطبـة والصـلاة فأراد استخلاف من يصلى فثلاث طرق (أصحها) وبه قال الجمهور : ان جوزنا الاستخلاف فى الصلاة جاز والا فلا ، بل ان اتسع الوقت خطب بهم آخـر وصلى والا صلوا الظهر •

(والطريق الثانى) ان جوزنا الاستخلاف فى الصلاة فهنا أولى ، والا ففيه القولان ، واذا جوزناه فشرطه أن يكون الخليفة سمع الخطبة ، هـذا هو المذهب وبه قطع المصنف والجمهور لأن من لم يسمعها ليس من أهـل الجمعة •

قال المصنف والأصحاب : ولهذا لو بادر أربعون من السامعين بعد الخطبة فعقدوا صلاة الجمعة انعقدت لهم ، ولو صـلاها غيرهم لم تنعقـد • قال الأصحاب : وانما يصير غير السامع من أهل الجمعة اذا دخـل فى الصـلاة وحكى المتولى وجهين فى صحة استخلاف من لم يسمع الخطبة ، والصحيح الأول ، والمراد بسماعها حضورها وان لم يسمع وهذا يفهم من قول المصنف : ان استخلف من حضر الخطبة جاز ، وان استخلف من لم يحضرها لم يجز ، ولو أحدث فى أثناء الخطبة وشرطنا الطهارة فيها ؛ فهل يجوز الاستخلاف ؟ ان منعنا فى الصلاة فهنا أولى ، والا فوجهان (الصحيح) جوازه كالصلاة •

(فـرع) اذا صلى مع الامام ركعة من الجمعة ثم فارقه بعذر أو بغيره وقلنا : لا تبطل صلاته بالمفارقة أتمها جمعة ، كما لو أحدث الامام ، وهـذا لا خلاف فيه •

(فـرع) اذا تمت صلاة الامام ؛ وفى القـوم مسـبوقون فأرادوا الاستخلاف لاتمام صلاتهم فان لم نجوز الاستخلاف للامام ــ لم يجز لهم ، وان جوزناه له ــ فان كان فى الجمعة ــ لم يجز • لأنه لا يجوز انشاء جمعة

بعد جمعة ، وان كان فى غيرها فوجهان سبق بيانهما فى باب صلاة الجماعة حيث ذكرهما المصنف .

(فـرع) اذا استخلف هل يشترط على المأمومين نية القدوة بالخليفة فى الجمعة وغيرها ؟ فيه وجهان سبقا فى باب صلاة الجماعة (الصحيح) لا يشترط وسبق هناك أنه لو لم يستخلف الامام فقدم القوم واحدا بالاشارة ، أو تقدم واحد بنفسه جاز ،وتقديم القوم أولى من استخلاف الامام لأنهم المصلون ، قال امام الحرمين : ولو قدم الامام واحدا والقوم آخر فأظهر الاحتمالين أن من قدمه القوم أولى ، فلو لم يستخلف الامام ولا القوم ولا تقدم أحد فالحكم ما ذكرناه تفريعا على منع الاستخلاف . قال أصحابنا : ويجب على القـوم تقديم واحد فى صلاة الجمعة ان كان خروج الامام فى الركعة الأولى ولم يستخلف ، وان كان فى الثانية جاز التقديم ولم يجب بل لهم الانفراد بها ، وتصح جمعتهم كالمسبوق ، قال الرافعى : وقد سـبق خلاف فى الصـورتين تفريعا على منع الاستخلاف ، فيتجه على مقتضاه خلاف فى موجب التقديم وعدمه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والسنة ان لا تقام الجمعة بغير اذن السلطان فان فيه افتئاتا عليه ، فان اقيمت من غير اذنه جاز . لما روى « أن عليا رضى الله عنه صلى العيد وعثمان رضى الله عنه محصور » ولأنه فرض لله تعالى لا يختص بفعله الامام فلم يفتقر الى اذنه كسائر العبادات) .

(الشرح) هذا المنقول عن على وعثمان رضى الله عنهما صحيح رواه مالك فى الموطأ فى باب صلاة العيد ، ورواه الشافعى فى الأم باسناده الصحيح، وروى البيهقى عن الشافعى أنه قال فى القديم : ولا يعلم عثمان أمره بذلك (وقوله) ولأنه فرض لله احتراز من فسخ البيع وغيره بالعيب وغيره (وقوله) لا يختص بفعله الامام ، احتراز من اقامة الحد ، وقال القلعى : هو منتقض به وليس كما قال .

(اما حكم المسالة) فقال الشافعى والأصحاب : يستحب أن لا تقام الجمعة الا باذن السلطان أو نائبه ، فان أقيمت بغير اذنه ولا حضوره جاز وصحت هكذا جزم به المصنف والأصحاب ، ولا نعلم فيه خلافا عندنا الا ما ذكره

صاحب البيان ، فانه حكى قولا قديما أنها لا تصح الا خلف الامام أو من أذن له الامام ، وهذا شاذ ضعيف •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى اشتراط السلطان او اذنه فى الجمعة

ذكرنا أن مذهبنا أنها تصح بغير اذنه وحضوره ، وسواء كان السلطان فى البلد أم لا ، وحكاه ابن المنذر عن مالك وأحمد واسحاق وأبى ثور ، وقال الحسن البصرى والأوزاعى وأبو حنيفة : لا تصح الجمعة الا خلف السلطان أو نائبه أو باذنه ، فان مات أو تعذر استئذانه جاز للقاضى ووالى الشرطة اقامتها ، ومتى قدر على استئذانه لا تصح بغير اذنه • واحتج له بأنها لم تقم فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم الى الآن الا باذن السلطان أو نائبه ، ولأن تجويزها بغير اذنه يؤدى الى فتنة • واحتج أصحابنا بقصة عثمان وعلى المذكورة فى الكتاب ، وهى صحيحة كما سبق ، وكان ذلك بحضرة جمهور الصحابة ولم ينكره أحد ، والعيد والجمعة سواء فى هذا المعنى • وبالقياس على الامامة فى سائر الصلوات •

(والجواب) عن احتجاجهم بما أجاب به الشيخ أبو حامد والماوردى والأصحاب بأن الفعل اذا خرج للبيان اعتبر فيه صفة الفعل لا صفات الفاعل ، ولهذا لا تشترط النبوة فى امام الجمعة وكون الناس فى الأعصار يقيمون الجمعة باذن السلطان لا يلزم منه بطلانها اذا أقيمت بغير اذنه • (وقولهم)يؤدى الى فتنة لا نسلمه ، لأن الافتئات المؤدى الى فتنة انما يكون فى الأمور العظام ، وليست الجمعة مما تؤدى الى فتنة •

(فرع) قال الشافعى فى الأم ومختصر المزنى : تصح الجمعة خلف كل امام صلاها من أمير ومأمور ومتغلب ، وغير أمير • قال الشيخ أبو حامد والماوردى والأصحاب : أراد بالأمير السلطان وبالمأمور نائبه ، وبالمتغلب الخارجى ، وبغير الأمير آحاد الرعية ، فتصح الجمعة خلف جميعهم ، ثم قال الشافعى بعد هذا : صلى على وعثمان محصور ، فاعترض عليه بعض الحاسدين ، وقال : مقتضى كلامه أن عليا متغلب ، قال الشيخ أبو حامد والأصحاب : كذب هذا المعترض وجهل لأن الشافعى انما مثل بذلك ليستدل لصحة الجمعة خلف غير الأمير والمأمور ومراده أن عليا لم يكن أميرا فى حياة عثمان والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(قال الشافعي رحمه الله : ولا يجمع في مصر ـ وان عظم وكثرت مساجده ـ الا في مسجد واحد ، والدليل عليه انه لم يقمها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا الخلفاء من بعده في اكثر من موضع ، واختلف اصحابنا في بغداد ، فقال ابو العباس : يجوز في مواضع لانه بلد عظيم ، ويشق الاجتماع في موضع واحد ، وقال ابو الطيب بن سلمة : يجوز في كل جانب جمعة لانه كالبلدين ، ولا يجوز اكثر من ذلك ، وقال بعضهم : كانت قرى متفرقة في كل موضع منها جمعة ، ثم اتصلت العمارة فبقيت على حكم الأصل . [وان (١) عقدت جمعتان في بلد احداهما قبل الأخرى وعرفت الأولى منهما نظرت ـ فان لم يكن مع واحدة منهما امام أو كان الامام مع الأولى ـ فالجمعة هي الأولى والثانية باطلة، وبأي شيء يعتبر السبق ؟ فيه قولان (احدهما) بالفراغ ، لانه لا يحكم بصحتها الا بعد الفراغ منها ، فوجب ان يعتبر السبق بالفراغ . (والثاني) يعتبر بالاحرام لانها بالاحرام تنعقد ، فلا يجوز ان تنعقد بعدها جمعة ـ فان كان الامام مع الثانية ففيه قولان ـ احدهما : ان الجمعة هي الأولى لانها جمعة اقيمت شروطها فكانت هي الجمعة . والثاني : ان الجمعة هي الثانية لان في تصحيح الأولى افتياتا على الامام وتفويتا للجمعة على عامة الناس . وان كانت الجمعتان في وقت واحد من غير امام بطلتا ، لانه ليس احداهما اولى من الأخرى فوجب ابطالهما كما نقول فيمن جمع بين اختين في عقد واحد وان لم يعلم هل كانتا في وقت واحد او في وقتين بطلتا ، لانه ليس كونهما في وقت واحد باولى من تقدم احداهما على الأخرى فحكم ببطلانهما ، وان علم ان احداهما قبل الأخرى ولم تتعين حكم ببطلانهما ، لأن كل واحدة من الطائفتين شك في اسقاط الفرض ، والفرض لا يسقط بالشك . وفيما يجب عليهم قولان (احدهما) تلزمهم الجمعة ان كان الوقت باقيا ، لان التي تقدمت لما لم تتعين لم يثبت حكمها فصارت كأن لم تكن (والثاني) يصلون الظهر لانا تيقنا ان المتقدم منهما جمعة صحيحة فوجب ان يصلوا الظهر احتياطا ، وان علمت السابقة منهما ثم اشكلت حكم ببطلانهما لانه لا يمكن التوقف الى ان تعرف لانه يؤدي الى فوات الوقت او فواتهما بالموت ، فوجب الحكم ببطلانهما وبالله التوفيق]) .

(الشرح) قوله : يجمع هو ـ بضم الياء وتشديد الميم ـ وفي بغداد أربع لغات بدالين مهملتين وبمهملة ثم معجمة ، وبغدان ومغدان ، ويقال لها : مدينة السلام ، وسبق في بيانها زيادة في مسألة القلتين ، وهذا النص ذكره الشافعي في الأم وفي مختصر المزني . قال الشافعي والأصحاب : فشرط الجمعة أن

---

(١) هذه القطعة الكبيرة ساقطة من ش و ق (ط) .

لا يسبقها فى ذلك البلد جمعة أخرى ، ولا يقارنها •قال أصحابنا : وقد دخل الشافعى بغداد وهم يقيمون الجمعة فى موضعين وقيل فى ثلاثة فلم ينكر ذلك ، واختلف أصحابنا فى الجواب عن ذلك ، وفى حكم بغداد فى الجمعة على أربعة أوجه ذكر المصنف الثلاثة الأولى منها هنا ، وكلامه فى التنبيه يقتضى الجزم بالرابع •

(أحدها) أن الزيادة على جمعة فى بغداد جائزة وانما جازت لأنه بلد كبير يشق اجتماعهم فى موضع منه ، قال أصحابنا : فعلى هذا تجوز الزيادة على جمعة فى جميع البلاد التى تكثر الناس فيها ، ويعسر اجتماعهم فى موضع • وهذا الوجه هو الصحيح ، وبه قال أبو العباس بن سريج وأبو اسحاق المروزى • قال الرافعى : واختاره أكثر أصحابنا تصريحا وتعريضا ، وممن رجحه ابن كج والحناطى بالحاء المهملة ، والقاضى أبو الطيب فى كتابه المجرد والرويانى والغزالى وآخرون ، قال الماوردى : وهو اختيار المزنى ودليله قوله تعالى : « وما جعل عليكم فى الدين من حرج » [1] •

(والثانى) انما جازت الزيادة فيها لأن نهرها يحول بين جانبيها فيجعلها كبلدين • قاله أبو الطيب بن سلمة ، فعلى هذا لاتقام فى كل جانب من بغداد الا جمعة وكل بلد حال بين جانبيها نهر يحوج الى السباحة فهو كبغداد ، واعترض على ابن سلمة بأنه لو كان الجانبان كبلدين لقصر من عبر من أحدهما الى الآخر مسافرا الى مسافة القصر ، فالتزم ابن سلمة وجوب القصر •

(والثالث) تجوز الزيادة وانما جازت لأنها كانت قرى متفرقة قديمة اتصلت الأبنية فأجرى عليها حكمها القديم ، حكاه القاضى أبو الطيب فى المجرد عن أبى عبد الله الزبير • قال أصحابنا : فعلى هذا يجوز تعدد الجمعة فى كل بلد ، هذا شأنه [2] ، واعترضوا عليه بما اعترض على ابن سلمة ، وأجيب بجوابه وأشار الى هذا الجواب صاحب التقريب •

---

(١) الآية ٧٨ من سورة الحج •

(٢) وذلك مثل مدينة القاهرة عاصمة الديار المصرية حماها الله وطهر لواءها من أعداء الملة ، فانها كانت مدن الفسطاط والقطائع والعسكر والقاهرة وبعض القرى الصغيرة ثم امتد العمران حتى اتصلت ببعضها فصارت مدينة كبرى ، وقد كثرت المساجد والزوايا والجوامع وانتجه بعض=

(والرابع) لا تجوز الزيادة على جمعة فى بغداد ولا فى غيرها ، وهـذا ظاهر نص الشافعى المذكور ، ورجحه الشيخ أبو حامد والمحاملى والمتـولى وصاحب العدة قالوا : وانما لم ينكره الشافعى على أهل بغداد لأن المسألة اجتهادية وليس لمجتهد أن ينكر على مجتهد ، وأجاب بعضهم فيما حكاه صاحب العدة وغيره بأن الشافعى لم يقدر على الانكار باليد ، ولم يقدر على أكثر من أن ينكرها بقلبه وسطرها فى كتبه ، والصحيح هو الوجه الأول وهو الجواز فى موضعين وأكثر بحسب الحاجة وعسر الاجتماع • قال امام الحرمين : طرق الأصحاب متفقة على جواز الزيادة على جمعة ببغداد واختلفوا فى تعليله والله أعلم •

قال أصحابنا : وحيث منعنا الزيادة على جمعة فعقدت جمعتان فله صور (احداها) أن تسبق احداهما ولا يكون الامام مع الثانية ، فالأولى هى الصحيحة والثانية باطلة بلا خلاف وفيم يعتبر به ؟ فيه وجهان مشهوران فى طريقتين للعراقيين والخراسانيين (أصحهما) بالاحرام بالصلاة (والثانى) بالسلام منها ، هكذا حكاهما الأصحاب فى الطريقتين وجهين ، وحكاهما المصنف قولين ؛ وأنكر صاحب البيان وغيره عليه ذلك ، وحكى الخراسانيون وجها ثالثا أن الاعتبار بالشروع فى الخطبة فحصلت ثلاثة أوجه ، الصحيح باتفاق الأصحاب ان الاعتبار بالاحرام بالصـلاة فأيتهما أحرم بها أولا فهى الصحيحة وان تقدم سلام الثانية وخطبتها ، وممن صححه الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والبندنيجى والماوردى وابن الصـباغ وامام الحرمين والبغوى والشاشى وصاحبا العدة والبيان وآخرون ، ونقـله الماوردى عن الجامع الكبير للمزنى •

فعلى هذا لو أحرم بهما معا وتقدم سلام احداهما وخطبتها فهما باطلتان والاعتبار على هذا بالفراغ من تكبيرة الاحرام ، فلو سبقت احداهما بهمزة التكبيرة والأخرى بالراء منها ، فالصحيحة هى السـابقة بالراء • هذا هو

= الناس الى اتخاذ الأدوار الأولى من العمارات مساجد تقام فيها الجمع والجماعات ، وصار الانتقال بين الأحياء والنواحى والضواحى بوسائل النقل التى تتحرك بالبخار أو الكهرباء تسير كالبرق الخاطف ، وقد يأتى وقت تسير فيه تلك الوسائل فى باطن الأرض ومع سرعتها وتوفر أسباب الراحة فيها فانها تبلغ بالناس مقاصدهم وهم فى مشقة وعناء من طول المسافات (ط) .

الصحيح • وحكى الرافعى وجها أن السابقة بالهمزة هى الصحيحة لأنه لا يجوز بعد الشروع فيها افتتاح أخرى ، والمذهب الأول لأنه لا يصير داخلا فى الجمعة حتى يفرغ من التكبيرة بكمالها • ولو أحرم امام بها وفرغ من التكبيرة ثم أحرم آخر بالجمعة اماما ثم أحرم أربعون مقتدين بالثانى ثم أحرم أربعون وراء الامام الأول فظاهر كلام الأصحاب أن الصحيحة هى جمعة الامام الأول لأن باحرامه بها تعينت جمعته للسبق وامتنع على غيره افتتاح جمعة أخرى •

وعلى جميع الأوجه لو سبقت احداهما وكان السلطان مع الثانية فقولان مشهوران (أصحهما) باتفاق الأصحاب أن الجمعة هى السابقة ، ممن صححه ابن الصباغ والمتولى والغزالى فى البسيط والرافعى لأنها جمعة وجدت شروطها فلا تنعقد بها أخرى ، والسلطان ليس بشرط عندنا فى صحة الجمعة• (والثانى) أن الجمعة الصحيحة هى التى فيها الامام لأن فى تصحيح الأولى افتئاتا عليه وتفويتا لها على غالب الناس ، لأن غالبهم يكون مع الامام • ولو دخلت طائفة فى الجمعة فأخبروا فى أثنائها بأن جمعتهم سبقتهم استحب لهم استئناف الظهر ، وهل لهم البناء على صلاتهم ظهرا ؟ فيه تفصيل وخلاف مبنى على الاحرام بالظهر قبل فوات الجمعة ، وعلى ما اذا خرج الوقت وهم فى صلاة الجمعة ، وقد سبق بيان المسألتين •

(الصورة الثانية) أن تقع الجمعتان معا فهما باطلتان ويجب استئناف جمعة ان اتسع الوقت لها •

(الثالثة) أن يشكل الحال فلا يدرى أوقعتا معا أو سبقت احداهما ، فيجب اعادة الجمعة أيضا وتجزئهم ، لأن الأصل عدم جمعة مجزئة • هكذا جزم به الأصحاب فى الطريقتين وشذ البندنيجى فقال : لا خلاف أنه لا يلزمهم الجمعة • وفى جوازها قولان (أصحهما) الجواز ، وهو نصه فى الأم والمذهب ماسبق عن الأصحاب • قال امام الحرمين : قد حكم الأئمة فى هذه الصورة بأنهم اذا أعادوا جمعة برئت ذمتهم وفيه اشكال لاحتمال تقدم احداهما ، وحينئذ لا تنعقد هذه ولا تبرأ ذمتهم بها ، فطريقهم فى البراءة بيقين أن يصلوا جمعة ثم ظهرا ، وهذا الذى قاله امام الحرمين مستحب والا فالجمعة كافية

فى البراءة كما قاله الأصحاب لأن الأصل عدم جمعة مجزئة فى حق كل واحد .

(الرابعة) أن يعلم سبق احداهما بعينها ثم تلتبس . قال الأصحاب : لا تبرأ ذمة واحدة من الطائفتين خلافا للمزنى لأن كل طائفة تشك فى براءتها من الفرض والأصل عدم البراءة ، وفيما يلزمهم طريقان (أصحهما) يلزمهم الظهر ــ قولا واحدا ــ لأن الجمعة صحت ، فلا يجوز عقد جمعة أخرى بعدها ، وبهذا قطع البغوى وصححه الخراسانيون (والثانى) فيه قولان كالصورة الخامسة (أحدهما) الظهر (والثانى) الجمعة لأن الأولى لم تحصل بها البراءة ، فهى كجمعة فاسدة لفوات بعض شروطها أو أركانها ، وبهذا الطريق قطع جمهور العراقيين والمذهب الأول .

(الخامسة) أن تسبق احداهما ونعلم السبق ولا نعلم عين السابقة بأن سمع مريضان أو مسافران أو غيرهما ممن لا جمعة عليه تكبيرتين للامامين متلاحقتين وهما خارج المسجد فأخبراهم بالحال ولم يعرفا المتقدمة فلا تبرأ ذمة واحدة من الطائفتين ، خلافا للمزنى أيضا وفيما يلزمهم قولان مشهوران حكاهما المصنف والأصحاب (أحدهما) الجمعة وصححه الغزالى (والثانى) الظهر وصححه الأكثرون ، قالوا : وهو القياس ، وهذا هو الصحيح ودليل القولين ماسبق فى الصورة الرابعة . ولو كان السلطان فى هذه الصور الأربع الأخيرة مع احدى الطائفتين ــ فان قلنا فى الصورة الأولى : الجمعة هى السابقة وهو الأصح ــ فلا أثر لحضوره ، وان قلنا : الجمعة هى التى فيها السلطان فهنا أولى والله أعلم . ولو أحرم بالجمعة ثم أخبر فى أثناء الصلاة أن أربعين أقاموها فى موضع آخر من البلد وفرغوا منها قبل احرامه أتمها ظهرا . قال الشافعى : ولو استأنفوا الظهر كان أفضل .

(فرع) قول المصنف (وان علم أن احداهما قبل الأخرى ، ولم يتعين حكم ببطلانهما ، وفيما يلزمهم قولان (أحدهما) الجمعة (والثانى) الظهر ، قال : (وان علمت السابقة منهما ثم أشكلت ، حكم ببطلانهما) هذا ممايتكر عليه لأنه جزم ببطلانهما فى الصورتين مع أن الأصح فى الصورتين وجوب الظهر ، واذا كان الواجب الظهر فكيف تكون الجمعة باطلة ، فانها لو بطلت وجب اعادتها قطعا ، وكان ينبغى أن يقول : لم تجزىء الجمعة عن

أحد من الطائفتين • وفيما يلزمهم قولان (أصحهما) الظهر لوقوع جمعة صحيحة (والثاني) الجمعة لأن الأولة لم تجزىء فهى كالمعدومة وهذا مراد المصنف ، ولكن فى عبارته ابهام وضرب تناقض والله أعلم •

(فـرع) قال القاضى أبو الطيب والأصحاب : لو كان امام الجمعة جنبا وتم العدد بغيره ـ فعلم الجنابة بعد فراغ الصلاة ـ فان جمعة القوم صحيحة على المذهب كماسبق فى باب صفة الأئمة وعلى الامام أن يستأنف الظهر ، فلو ذهب وتطهر واستأنف الخطبة وصلاة الجمعة ظانا أنها تجزئة ثم علم فى أثناء الصلاة أنه لايجوز جمعة بعد جمعة قال الشافعى : أحببت أن يستأنف الظهر ، قال القاضى وغيره : قال أصحابنا : الاستئناف مستحب ، ولا يجب ، بل اذا أضاف الى الركعتين ركعتين أخريين بنية الظهر أجزأه • كما اذا خرج الوقت وهم فى صلاة الجمعة يتمونها ظهرا ، ولا يجب استئنافها •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى اقامة جمعتين او جمع فى بلد

مذهبنا أنه لا يجوز جمعتان فى بلد لا يعسر الاجتماع فيه فى مكان كما سبق ، وحكاه ابن المنذر عن ابن عمر ومالك وأبى حنيفة قال : وقال أبو يوسف : يجوز ذلك فى بغداد دون غيرها ، والمشهور عن أبى يوسف ان كان للبلد جانبان جاز فى كل جانب جمعة والا فلا ولم يخصه ببغداد ، وقال محمد بن الحسن : يجوز جمعتان سواء كان جانبان أم لا ، وقال عطاء وداود: يجوز فى البلد جمع وقال أحمد : اذاعظم البلد كبغداد والبصرة جاز جمعتان فأكثر ان احتاجوا والا فلايجوز أكثر من جمعة واحدة ، وقال العبدرى : لا يصح عن أبى حنيفة فى المسألة شىء ، وقال الشيخ أبو حامد : حكى عامة أهل الخلاف كابن جرير وغيره عن أبى حنيفة كمذهبنا ، وحكى عنه الساجى كمذهب محمد دليلنا ماذكره المصنف والأصحاب أن النبى صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين فمن بعدهم من الصحابة ومن بعدهم لم يقيموها فى أكثر من موضع مع أنهم أقاموا العيد فى الصحراء والبلد الصغير والله أعلم •

(فصـــل) فى مسائل تتعلق بالجمعة (احداها) قال صاحب الحاوى : يستحب لمن ترك الجمعة بلا عذر أن يتصدق بدينار أو نصف دينار ؛ لحديث

سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من ترك الجمعة فليتصدق بدينار أو نصف دينـار » قال ولا يلزمه ذلك لأن الحديث ضعيف وهذا الحديث رواه أحمد فى مسنده وأبو داود والنسائى وابن ماجه ولفظه « مـن ترك الجمعة من غير عذر فليتصدق بدينـار فان لم يجد فنصف دينار » وهـو حديث ضعيف الاسناد مضطرب منقطع وروى « فليتصدق بدرهم أو نصفه درهم أو صاع حنطة أو نصف صاع » وفى رواية « مد أو نصف مد » واتفقوا على ضعفه ، وأما قول الحاكم : انه حديث صـحيح فمردود فانه متساهل .

(الثانية) يستحب أن يصلى سنة الجمعة قبلها أربعا وبعدها أربعا ، وتجزىء ركعتان قبلها وركعتان بعدها ، وقد سبق ايضاح ذلك مبسوطا فى باب صلاة التطوع .

(الثالثة) قال صاحب الحاوى : يستحب الاكثار من فعل الخير ليلة الجمعة ويومها .

(الرابعة) يكره تخصيص ليلة الجمعة بصلاة وسبقت المسألة بدليلها فى باب صلاة التطوع .

(الخامسة) الاحتباء يوم الجمعة لمن حضر الخطبة والامام يخطب نقل ابن المنذر عن الشافعى أنه لا يكره ، وبهذا قطع صاحب البيان ونقله ابن المنذر عن ابن عمر وابن المسيب والحسن البصرى وعطاء وابن سيرين وأبى الزبير وسالم بن عبد الله وشريح القاضى وعكرمة بن خالد ونافع ومالك والثورى والأوزاعى وأصحاب الرأى وأحمد واسحاق وأبى ثور قال : وكره ذلك بعض أهل الحديث لحديث روى عن النبى صلى الله عليه وسلم فيه فى اسناده مقال وروى أبو داود باسـناده عن يعلى بن شـداد بن أوس قال « شهدت مع معاوية بيت المقدس فجمع بنا فنظرت فاذا جل من فى المسجد أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فرأيتهم محتبين والامام يخطب » قال أبو داود : وكان ابن عمر يحتبى والامام يخطب وأنس بن مالك وشريح وصعصعة بن صوحان وابن المسيب والنخعى ومكحول واسماعيل بن محمد ابن سعيد ونعيم بن سلامة ، قال أبو داود : ولم يبلغني أن أحدا كرهها الا

عبادة بن نسيٌ • هذا كلام أبى داود وروى أبو داود والترمذى وغيرهما بأسانيدهم عن سهل بن معاذ عن أبيه عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه نهى عن الحبوة يوم الجمعة والامام يخطب » قال الترمذى : حديث حسن كذا قال الترمذى : انه حسن ، لكن فى اسناده ضعيفان [1] فلانسلم حسنه ، قال الخطابى نهى عنها لأنها تجلب النوم فتعرض طهارته للنقض ويمنع من استماع الخطبة •

(السادسة) قال فى البيان : اذا قرأ الامام فى الخطبة « ان الله وملائكته يصلون على النبى [2] » جاز للمستمع أن يصلى على النبى صلى الله عليه وسلم ويرفع بها صوته •

(السابعة) روى البيهقى عن سهل بن سعد الساعدى قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لكم فى كل جمعة حجة وعمرة فالحجة التهجير الى الجمعة والعمرة انتظار العصر بعد الجمعة » قال البيهقى : حديث ضعيف •

باب فى السلام

وأحكامه وآدابه والاستئذان وتشميت العاطس والمصافحة والمعانقة وتقبيل اليد والرجل والوجه وما يتعلق بهذا كله وأشباهه • وذكر القاضى حسين والمتولى والشاشى هذا الباب هنا • وذكره أكثر الأصحاب فى أول كتاب السير ، فرأيت تقديمه أحوط ، وقد ذكرت هذا كله مبسوطا بأدلته وفروعه فى كتاب الأذكار وأذكر هنا مقاصد مختصرة ان شاء الله تعالى وفيه فصول •

---

(1) قلت : اسناد الترمذى هكذا : حدثنا محمد بن حميد الرازى وعباس بن محمد الدورى قالا : حدثنا أبو عبد الرحمن المقرىء عن سعيد بن أبى أيوب حدثنى ابو مرحوم عن سهل بن معاذ عن أبيه أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن الحبوة يوم الجمعة والامام يخطب . قال ابو عيسى : وهذا حديث حسن وابو مرحوم اسمه عبد الرحيم بن ميمون لم قال : وقد كره قوم من أهل العلم الحبوة يوم الجمعة والامام يخطب ، ورخص فى ذلك بعضهم منهم عبد الله بن عمر وغيره . واما الرجلان فى هذا الاسناد اللذان أبهمهما النووى فهما عبد الرحيم بن ميمون أبو رحيم ضعفه ابن معين ، وقال النسائى : ليس بشىء والآخر سهل بن معاذ بن انس الجهنى ضعفه ابن معين ووثقه ابن حبان والحديث رواه أبو داود والبيهقى كلاهما من طريق المقرىء ومن طريق رشدين بن سعد عن زبان بن فائد عن سهل بن معاذ وهو اسناد أوهى من اسناد الترمذى والله أعلم (ط) .

(2) الآية ٥٦ من سورة الاحزاب •

(الأول) فى فضل السلام وافشائه قال الله تعالى (فاذا دخلتم بيوتا فسلموا على أنفسكم تحية من عند الله مباركة طيبة [1]) وقال تعالى (واذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها [2]) وقال تعالى (اذ دخلوا عليه فقالوا سلاما قال سلام [3]) وعن عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما « أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أى الاسلام خير ؟ قال تطعم الطعام وتقرأ السلام على من عرفت ومن لم تعرف » رواه البخارى ومسلم وعن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « خلق الله آدم طوله ستون ذراعاً ، فلما خلقه قال له : اذهب فسلم على أولئك النفر من الملائكة جلوس فاستمع ما يحيونك به فانها تحيتك وتحية ذريتك فقال : السلام عليكم ، فقالوا : السلام عليك ورحمة الله فزادوه ورحمة الله » رواه البخارى ومسلم • وعن البراء بن عازب رضى الله عنهما قال « أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بسبع : بعيادة المريض ، واتباع الجنائز ، وتشميت العاطس ، ونصر الضعيف ، وعون المظلوم ، وافشاء السلام ، وابرار القسم» رواه البخارى ومسلم •

وعن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تدخلون الجنة حتى تؤمنوا ولا تؤمنوا حتى تحابوا ، أولا أدلكم على شىء اذا فعلتموه تحاببتم ؟ أفشوا السلام بينكم » رواه مسلم • وعن عبد الله بن سلام رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « يا أيها الناس أفشوا السلام وأطعموا الطعام وصلوا الأرحام وصلوا والناس نيام تدخلوا الجنة بسلام » رواه الدارمى والترمذى وقال : حديث صحيح • وقال البخارى فى صحيحه : قال عمار « ثلاث من جمعهن فقد جمع الايمان : الانصاف من نفسك وبذل السلام للعالم والانفاق من الاقتار [4] » وروينا هذا فى غير البخارى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى الباب أحاديث كثيرة مشهورة •

---

(١) الآية ٦١ من سورة النور .

(٢) الآية ٨٦ من سورة النساء .

(٣) الآية ٢٥ من سورة الذاريات .

(٤) قال محمد نجيب المطيعى : هذا الاثر أخرجه احمد بن حنبل من طريق سفيان الثورى ورواه يعقوب بن شيبة فى مسنده من طريق شعبة وزهير بن معاوية وغيرهما كلهم عن أبى اسحاق.

الفصل الثانى فى صفة السلام واحكامه

وفيه مسائل (احداها) ابداء السلام سنة مؤكدة . قال أصحابنا : هو سنة على الكفاية ، فاذا مرت جماعة بواحد أو بجماعة فسلم أحدهم حصل أصل السنة ، وأما جواب السلام فهو فرض بالاجماع ، فان كان السلام على واحد فالجواب فرض عين فى حقه ، وان كان على جمع فهو فرض كفاية ، فاذا أجاب واحد منهم أجزأ عنهم وسقط الحرج عن جميعهم ، وان أجابوا كلهم كانوا كلهم مؤدين للفرض ، سواء ردوا معا أو متعاقبين ، فلو لم يجبه أحد منهم أثموا كلهم ، ولو رد غير الذين سلم عليهم لم يسقط الفرض والحرج عن الباقين .

(الثانية) قال أصحابنا : يشترط فى ابتداء السلام وجوابه رفع الصوت بحيث يحصل الاستماع ، وينبغى أن يرفع صوته رفعا يسمعه المسلم عليهم والمردود عليهم سماعا محققا ، ولا يزيد فى رفعه على ذلك ، فان شك فى سماعهم زاد واستظهر ، وان سلم على أيقاظ عندهم نيام خفض صوته بحيث

= السبيعى عن صلة بن زفر عن عمار ولفظ شعبة عن عمار : ثلاث من كن فيه فقد استكمل الايمان وهو بالمعنى وهكذا رويناه فى جامع معمر عن ابى اسحق ، وكذا حدث به عبد الرزاق فى مصنفه عن معمر وحدث به عبد الرزاق باخرة فرفعه الى النبى صلى الله عليه وسلم كذا أخرجه البزار فى مسنده وابن ابى حاتم فى العلل كلاهما عن الحسن بن عبد الله الكوفى ، وكذا رواه البغوى فى شرح السنة من طريق احمد بن كعب الواسطى وكذا أخرجه ابن الاعرابى فى معجمه عن محمد بن الصباح الصنعانى ثلاثتهم عن عبد الرزاق مرفوعا واستغربه البزار وقال ابو زرعة : هو خطا . قال الحافظ ابن حجر بعد أن ساقه هنا (قلت) وهو معلول من حيث صناعة الاسناد لان عبد الرزاق تغير باخرة وسماع هؤلاء منه فى حال تغيره الا أن مثله لا يقال بالراى فهو فى حكم المرفوع ، وقد رويناه مرفوعا من وجه آخر عن عمار أخرجه الطبرانى فى الكبير وفى اسناده ضعف وله شواهد اخرى بينتها فى تغليق التعليق الى أن قال : قال ابو الزناد بن سراج وغيره : انما كان من جمع الثلاث مستكملا للايمان لان مداره عليها لان العبد اذا أنصف بالانصاف لم يترك لمولاه حقا واجبا عليه الا اداه ، ولم يترك شيئا مما نهاه عنه الا اجتنبه ، وهذا يجمع اركان الايمان وبذل السلام يتضمن مكارم الاخلاق والتواضع وعدم الاحتقار ويحصل به التآلف والتحابب ، والانفاق من الاقتار يتضمن غاية الكرم لانه اذا انفق من الاحتياج كان مع التوسع اكثر انفاقا ، والنفقة أعم من أن تكون على العيال واجبة ومندوبة او على الضيف والزائر وكونه من الاقتار يستلزم الوثوق بالله والزهد فى الدنيا وقصر الامل وغير ذلك من مهمات الآخرة . وهذا التقرير يقوى أن يكون الحديث مرفوعا لانه يشبه أن يكون كلام من أوتى جوامع الكلم صلى الله عليه وسلم والله أعلم .

يسمعه الايقاظ ولا يستيقظ النيام ، ثبت ذلك فى صحيح مسلم عن فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم من رواية المقداد رضى الله عنه .

(الثالثة) قال أصحابنا : يشترط كون الجواب متصلا بالسلام الاتصال المشترط بين الايجاب والقبول فى العقود .

(الرابعة) يسن بعث السلام الى من غاب عنه ، وفيه أحاديث صحيحة ، ويلزم الرسول تبليغه لأنه أمانة ، وقد قال الله تعالى : « ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها [1] » واذا ناداه من وراء حائط أو نحوه فقال : السلام عليك يافلان أو كتب كتابا وسلم فيه عليه أو أرسل رسولا وقال : سلم على فلان فبلغه الكتاب والرسول وجب عليه رد الجواب على الفور ، صرح به أصحابنا منهم أبو الحسن الواحدى المفسر فى كتابه البسيط ، والمتولى والرافعى وغيرهم ، ويستحب أن يرد على الرسول معه فيقول : وعليك وعليه السلام ورحمة الله وبركاته ، وفيه حديث فى سنن أبى داود اسناده ضعيف ؛ لكن أحاديث الفضائل يعمل فيها بالضعيف كما سبق بيانه فى مقدمة هذا الشرح .

(الخامسة) اذا سلم على أصم أتى باللفظ لقدرته ؛ ويشير باليد ليحصل الافهام ، فان لم يضم الاشارة الى اللفظ لم يستحق جوابا ، وكذا فى جواب سلام الأصم يجب الجمع بين اللفظ والاشارة . ذكره المتولى وغيره .

(السادسة) سلام الأخرس بالاشارة معتد به وكذا جوابه ،ولا تجزىء الاشارة فى حق الناطق لا سلاما ولا جوابا ، وأما اذا جمع بين اللفظ والاشارة فحسن وسنة ، فقد ثبت عن أسماء بنت يزيد رضى الله عنها قالت : « مر رسول الله صلى الله عليه وسلم فى المسجد يوما وعصبة من النساء قعود فألوى بيده للتسليم » رواه الترمذى وقال حديث حسن ، ورواه أبو داود وفى روايته « فسلم علينا » ومعناه أنه جمع اللفظ والاشارة . وأما الحديث الوارد فى كتاب الترمذى فى النهى عن الاشارة الى السلام بالأصبع أو الكف (فضعيف) ضعفه الترمذى وغيره ،ولو صح لحمل على الاقتصار على الاشارة .

---

(1) الآية ٥٨ من سورة النساء .

(السابعة) فى كيفية السلام وجوابه ، قال صاحب الحاوى والمتولى وغيرهما : أكمله أن يقول البادىء : السلام عليكم ورحمة الله وبركاته ، ويقول المجيب : وعليكم السلام ورحمة الله وبركاته ، وقال جماعة : يقول البادىء : السلام عليكم ورحمة الله فقط ، ليتمكن المجيب أن يجيب بأحسن منها ، وقد قال الله تعالى : « واذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها » ولا يمكنه أحسن منها الا اذا حذف البادىء وبركاته ، والأول أصح لحديث عمران بن حصين قال : « جاء رجل الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : السلام عليكم » فرد عليه ثم جلس ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : عشر ، ثم جاء آخر فقال : السلام عليكم ورحمة الله ، فرد عليه فجلس فقال : عشرون ، ثم جاء آخر فقال : السلام عليكم ورحمة الله وبركاته ، فرد عليه وجلس فقال : ثلاثون » رواه الدارمى وأبو داود والترمذى وقال حديث حسن ، وفى رواية لأبى داود زيادة على هذا من رواية معاذ بن أنس قال : « ثم أتى آخر فقال : السلام عليكم ورحمة الله وبركاته ومغفرته ، فقال : أربعون وقال : هكذا تكون الفضائل » .

وأما أقل السلام ابتداء [1] كأن يقول : السلام عليكم أو عليك ان كان وحده ، أو سلام عليكم أو عليك ، ولو قال : عليكم السلام فوجهان (أحدهما) أنه ليس بتسليم وبه قطع المتولى (والثانى) وهو الصحيح أنه تسليم يجب فيه الجواب ، وبه قطع الواحدى وامام الحرمين وغيرهما ، ولكن يكره الابتداء به ، صرح بكراهته الغزالى فى الاحياء ، ودليله الحديث الصحيح عن أبى جرى بضم الجيم تصغير جرو رضى الله عنه قال : « قلت : عليك السلام يارسول الله ، قال : لا تقل عليك السلام فان عليك السلام تحية الموتى » رواه أبو داود والترمذى وغيرهما بالأسانيد الصحيحة . قال الترمذى : حديث حسن صحيح ، قال أصحابنا : يستحب اذا سلم على واحد أن يكون بصيغة الجمع ، فيقول : السلام عليكم خطابا له وللملائكته ، واتفقوا على أنه لو قال : السلام عليكم أو سلام عليك كفى ؛ وصفة الجواب أن يقول : وعليكم السلام أو وعليك السلام ان كان واحدا ، فلو ترك واو

---

(١) فى العبارة ركاكة وكأن فيها خللا بعدم ورود جواب اما لو قال : فكأن يقول ، الخ بزيادة الفاء لا تجبر الخلل واستقام المعنى والله أعلم (ط) .

العطف فقال : عليكم السلام فوجهان (الصحيح) المنصوص فى الأم وبه قطع امام الحرمين والغزالى والجمهور تجزئه لقوله تعالى (قالوا سلاما قال سلام [1]) وحديث أبى هريرة السابق فى الفصل الأول فان الله تعالى قال : « هى تحيتك وتحية ذريتك » .

واتفق أصحابنا على أنه لو قال فى الجواب : عليكم فقط لم يكن جوابا ، ولو قال : وعليكم بالواو فوجهان (أحدهما) وهو اختيار امام الحرمين ليس بجواب ، لأنه ليس فيه ذكر السلام (والثانى) أنه جواب العطف ، ويدل عليه حديث أبى هريرة فى قصة اسلامه قال « كنت أول من حيى النبى صلى الله عليه وسلم بتحية الاسلام فقال : وعليك ورحمة الله » رواه مسلم هكذا من غير ذكر السلام . ولو قال المجيب : السلام عليكم أو سلام عليكم كان جوابا بلا خلاف ، والألف واللام أفضل . قال الواحدى : أنت فى تعريف السلام وتنكيره مخير .

(**فرع**) لو تلاقى رجلان فسلم كل واحد على صاحبه دفعة واحدة صار كل واحد مبتدئا بالسلام لا مجيبا « فيجب على كل واحد جواب صاحبه بعد ذلك بلا خلاف ، صرح به القاضى حسين والمتولى والشاشى وغيرهم . ولو وقع كلام أحدهما بعد الآخر ، قال القاضى والمتولى : هو كوقوعهما معا فيجب على كل واحد جواب الآخر ، وأنكر الشاشى هذا وقال : هذا اللفظ يصح جوابا ، فاذا وقع متأخرا كان جوابا ولا يجب الجواب بعده على واحد منهما ، وهذا الذى قاله الشاشى هو الصحيح ، قال الله تعالى (قالوا سلاما قال سلام [2]) .

(**فرع**) اذا تلاقيا فقال البادىء : وعليكم السلام . قال المتولى لا يكون ذلك سلاما فلا يستحق جوابا لأنه لا يصلح للابتداء .

(الثامنة) لو سلم عليه جماعة متفرقين فقال : وعليكم السلام وقصد الرد على جميعهم أجزأه وسقط عنه فرض الجميع ، كما لو صلى على جنائز صلاة واحدة ، ذكره المتولى والرافعى .

---

(١) من الآية ٢٥ من سورة الذاريات .
(٢) الآية ٢٥ من سورة الذاريات .

(التاسعة) قال المتولى وغيره : يكره أن يخص طائفة من الجمع بالسلام اذا أمكن السلام على جميعهم ، لأن مقصود السلام المؤانسة ، وفى تخصيص البعض ايحاش وربما أورث عداوة .

(العاشرة) قال الماوردى فى الحاوى : اذا مشى فى السوق والشوارع المطروقة كثيرا ونحو ذلك مما يكثر فيه المتلاقون ، فان السلام هنا يختص ببعض الناس ، لأنه لو سلم على كل من لقيه اشتغل عن كل منهم وخرج عن العرف ، قال : وانما يقصد بهذا السلام جلب مودة أو دفع مكروه .

(الحادية عشرة) اذا دخل على جماعة قليلة يعمهم سلام واحد اقتصر على سلام واحد على جميعهم ، وما زاد من تخصيص بعضهم فهو أدب ، ويكفى أن يرد منهم واحد ، فمن زاد فهو أدب قال : فان كانوا جمعاً لا ينتشر فيهم السلام الواحد كالجامع والمجالس الواسعة الحفلة فسنة السلام أن يبدأ به الداخل أول دخوله اذا وصل القوم ، ويكون مؤديا سنة السلام فى حق كل من سمعه ، ويدخل فى فرض كفاية الرد كل من سمعه ، فان أراد الجلوس فيهم سقط عنه سنة السلام على الباقين الذين لم يسمعوه وان أراد أن يتجاوزهم ويجلس فيمن لم يسمعوا سلامه المتقدم فوجهان (أحدهما) أن سنة السلام حصلت بسلامه على أولهم لأنهم جمع واحد ، فعلى هذا ان أعاد السلام عليهم كان أدبا . قال : وعلى هذا يسقط متى رد عليه واحد من أهل المسجد ، وان لم يسمعه سقط الحرج عن جميع من فيه (والثانى) أنها باقية لم تحصل لأنهم لم يسمعوه ، فعلى هذا لا يسقط فرض الرد عن الأولين برد واحد ممن لم يسمع ، ولعل هذا الثانى أصح .

وقد ثبت فى صحيح البخارى عن أنس رضى الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا تكلم بكلمة أعادها ثلاثا حتى تفهم عنه ، واذا أتى على قوم فسلم عليهم سلم عليهم ثلاثا » وهذا الحديث محمول على ما اذا كان الجمع كثيرا ، وقيل محمول على السلام مع الاستئذان كما سنوضحه قريبا ان شاء الله تعالى .

(الثانية عشرة) اذا سلم على انسان ثم فارقه ثم لقيه على قرب أو حال بينهما شىء ثم اجتمعا ، فالسنة أن يسلم عليه ، وهكذا لو تكرر ذلك ثالثا

ورابعا وأكثر سلم عند كل لقاء وان قرب الزمان • اتفق عليه أصحابنا لحديث أبى هريرة فى قصة المسىء صلاته « أنه صلى فى جانب المسجد ثم جاء فسلم على النبى صلى الله عليه وسلم فرد عليه السلام ، ثم قال : ارجع فصل فانك لم تصل فرجع فصلى ثم جاء فسلم على النبى صلى الله عليه وسلم حتى فعل ذلك ثلاث مرات » رواه البخارى ومسلم ، وعن أبى هريرة أيضا عن النبى صلى الله عليه وسلم « اذا لقى أحدكم أخاه فليسلم عليه ، فان حال بينهما شجرة أو جدار أو حجر ثم لقيه فليسلم عليه » رواه أبو داود ، وعن أنس قال « كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يتماشون فاذا استقبلتهم شجرة أو أكمة فتفرقوا يمينا وشمالا ثم التقوا من ورائها سلم بعضهم على بعض » رواه ابن السنى •

(الثالثة عشرة) السنة أن يبدأ بالسلام قبل كل كلام ، والأحاديث الصحيحة المشهورة وعمل الأمة على وفق هذا من المشهورات ، فهذا هو المعتمد فى المسألة (وأما) حديث جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « السلام قبل الكلام » فضعيف رواه الترمذى وقال : هو حديث منكر •

(الرابعة عشرة) يستحب لكل واحد من المتلاقيين أن يحرص على الابتداء بالسلام لقوله صلى الله عليه وسلم « وخيرهما الذى يبدأ بالسلام » وعن أبى أمامة رضى الله عنه قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أولى الناس بالله من بدؤهم السلام » رواه أبو داود باسناد حسن ، ورواه الترمذى وقال فى روايته « قيل : يا رسول الله الرجلان يلتقيان أيهما يبدأ بالسلام ؟ قال : أولاهما بالله تعالى » قال الترمذى : حديث حسن •

(الخامسة عشرة) السنة أن يسلم الراكب على الماشى والماشى على القاعد والصغير على الكبير والقليل على الكثير ، فلو ابتدأ الماشى بالسلام على الراكب أو القاعد على الماشى ، أو الكبير على الصغير ، أو الكثير على القليل لم يكره لكنه خلاف الأولى صرح بعدم كراهته المتولى وآخرون ، لأنه ترك حقه ، وهذا الاستحباب فيما اذا تلاقيا أو تلاقوا فى طريق ، فأما اذا ورد على قاعد أو قوم ، فان الوارد يبدأ بالسلام سواء كان صغيرا أو كبيرا ، قليلا أو كثيرا ، ودليل هذه المسألة حديث أبى هريرة قال « قال رسول الله صلى

الله عليه وسلم : يسلم الراكب على الماشى ، والماشى على القاعد ، والقليل على الكثير » رواه البخارى ومسلم وفى رواية للبخارى : « يسلم الصغير على الكبير » .

(السادسة عشرة) حكى الرافعى فى السلام بالعجمية ثلاثة أوجه (أحدها) لا يجزىء (والثانى) يجزىء (والثالث) ان قدر على العربية لم يجزئه والا فيجزئه والصحيح بل الصواب صحة سلامه بالعجمية ووجوب الرد عليه اذا فهمه المخاطب سواء عرف العربية أم لا ، لأنه يسمى تحية وسلاما ، وأما من لا يستقيم نطقه بالسلام فيسلم كيف أمكنه بالاتفاق لأنه ضرورة .

(السابعة عشرة) السنة اذا قام من المجلس وأراد فراق الجالسين أن يسلم عليهم للحديث الصحيح عن أبى هريرة قال « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا انتهى أحدكم الى المجلس فليسلم ، فاذا أراد أن يقوم فليسلم ، فليست الأولى بأحق من الأخرى » رواه أبو داود والترمذى وغيرهما بأسانيد حسنة ، قال الترمذى : حديث حسن ، فهذا هو الصواب . (وأما قول) القاضى حسين والمتولى : جرت عادة بعض الناس بالسلام عند مفارقة القوم ، وذلك دعاء مستحب جوابه ولا يجب ، لأن التحية انما تكون عند اللقاء لا عند الانصراف (فظاهره) مخالف للحديث المذكور ، وقد قال الشاشى : هذا الذى قالاه فاسد ، لأن السلام سنة عند الانصراف كما هو سنة عند اللقاء .

(الثامنة عشرة) يسن السلام على الصبى والصبيان لحديث أنس رضى الله عنه « أنه مر على صبيان فسلم عليهم وقال : كان النبى صلى الله عليه وسلم يفعله » رواه البخارى ومسلم ، وعنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « مر على غلمان يلعبون فسلم عليهم » رواه أبو داود باسناد صحيح على شرط البخارى ومسلم . وفى رواية ابن السنى وغيره قال « السلام عليكم يا صبيان » واذا سلم على صبى قال المتولى وأصحابنا : لا يلزمه الجواب ، لأنه ليس مكلفا ، ولكن يستحب له الجواب ، ولو سلم على جماعة فيهم صبى فرد الصبى ولم يرد أحد من البالغين قال القاضى حسين والمتولى والرافعى وغيرهم : لا يسقط الفرض عنهم بجوابه لأن الجواب فرض

والصبى ليس من أهل الفرض ، وقال الشاشى : يسقط به كما يصح أذانه للرجل ، ويحصل به أداء الشعائر ، وهذا الخلاف شبيه بالخلاف فى سقوط الفرض بصلاته على الميت ، لكن الأصح المنصوص سقوطه فى صلاة الميت ، والأصح هنا خلافه ، ولو سلم صبى على بالغ قال القاضى والمتولى والرافعى فى وجوب الرد عليه وجهان بناء على صحة اسلامه (والصحيح) وجوب الرد لعموم قول الله تعالى (واذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها) [1] قال الشاشى : هذا البناء المذكور فاسد وهو كما قال .

(التاسعة عشرة) سلام النساء على النساء كسلام الرجال على الرجال فى كل ما سبق ؛ قال أصحابنا : ولو سلم رجل على امرأة أو امرأة على رجل ــ فان كان بينهما محرمية أو زوجية أو كانت أمته ــ كان سنة ، ووجب الرد، والا فلا يجب الا أن تكون عجوزا خارجة عن مظنة الفتنة . قال المتولى : واذا سلم على شابة أجنبية لم يجز لها الرد . ولو سلمت عليه كره له الرد عليها ولو كان النساء جمعا فسلم عليهن الرجل أو كان الرجال جمعا كثيرا فسلموا على المرأة الواحدة فهو سنة ــ اذا لم يخف عليه ولا عليهن ولا عليها فتنة لحديث أسماء بنت يزيد رضى الله عنها قالت « مر علينا النبى صلى الله عليه وسلم فى نسوة فسلم علينا » رواه أبو داود والترمذى ، وقال حديث حسن ، وعن سهل بن سعد رضى الله عنه قال : « كانت فينا امرأة ــ وفى رواية ــ كانت لنا عجوز تأخذ من أصول السلق فتطرحه فى القدر ، وتكركر حبات من شعير ، فاذا صلينا الجمعة انصرفنا نسلم عليها فتقدمه الينا » رواه البخارى ، وتكركر : تطحن . وعن أم هانىء رضى الله عنها قالت « أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الفتح وهو يغتسل وفاطمة نستره فسلمت وذكرت تمام الحديث » رواه مسلم .

(العشرون) فى السلام على المبتدع والفاسق المجاهر بفسقه ، ومن ارتكب ذنبا عظيما ولم يتب منه ، وجهان حكاهما الرافعى (أحدهما) مستحب لأنه مسلم (وأصحهما) لا يستحب ، بل يستحب أن لا يسلم عليه ، وهذا مذهب ابن عمر والبخارى صاحب الصحيح . واحتج البخارى للمسألة فى

---

(1) الآية ٨٦ من سورة النساء .

صحيحة بحديث كعب بن مالك حين تخلف هو ورفيقان له عن غزوة تبوك ، قال « ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كلامنا قال وكنت آتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأسلم عليه فأقول هل حرك شفتيه برد السلام أم لا ؟ » رواه البخارى ومسلم • قال البخارى : وقال عبد الله بن عمر « لا تسلموا على شربة الخمر » قال البخارى وغيره : ولا يرد السلام على أحد من هؤلاء ودليله حديث كعب فان اضطر الى السلام على الظلمة بأن دخل عليهم وخاف ترتب مفسدة فى دين أو دنيا ان لم يسلم عليهم سلم عليهم ، وقال ابن العربى المالكى : ينوى حينئذ أن السلام اسم من أسماء الله تعالى ، ومعناه الله رقيب عليكم •

(الحادية والعشرون) اذا سلم مجنون أو سكران هل يجب الرد عليهما ؟ فيه وجهان حكاهما الرافعى (أصحهما) أنه لا يجب ، لأن عبارة المجنون ساقطة وكذا عبارة السكران فى العبادات •

(الثانية والعشرون) لا يجوز السلام على الكفار ، هذا هو المذهب الصحيح وبه قطع الجمهور ، وحكى الماوردى فى الحاوى فيه وجهين (أحدهما) هذا (والثانى) يجوز ابتداؤهم بالسلام لكن يقول : السلام عليك ، ولا يقول عليكم وهذا شاذ ضعيف ، واذا سلم الذمى على مسلم ، قال فى الرد : وعليكم ولا يزيد على هذا ، هذا هو الصحيح ، وبه قطع الجمهور وحكى صاحب الحاوى وجها آخر أنه يقول : وعليكم السلام ولكن لا يقول : ورحمة الله ، وهذا شاذ ضعيف ، ودليل المذهب فى المسألتين حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تبدأوا اليهود والنصارى بالسلام ، فاذا لقيتم أحدهم فى طريق فاضطروه الى أضيقه » رواه مسلم ، وعن أنس رضى الله عنه قال « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سلم عليكم أهل الكتاب فقولوا : وعليكم » رواه البخارى ومسلم ، وعن ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اذا سلم عليكم اليهود فانما يقول أحدهم : السام عليك فقل : وعليك » رواه البخارى •

(فرع) لو سلم مسلم على من ظنه مسلما فبان كافرا ، قال المتولى وغيره : يستحب أن يسترد سلامه ، فيقول له : رد على سلامى ، أو استرجعت

سلامى ، والمقصود ايحاشه وأنه لا مؤالفة بينهما ، قال : وروى ذلك عن ابن عمر واستحب فى الموطأ عن مالك أنه لا يسترده ؛ واختاره ابن العربى المالكى .

(فرع) لو مر بمجلس فيه كفار ومسلمون ، أو مسلم واحد استحب أن يسلم عليهم ، ويقصد المسلمين أو المسلم لحديث أسامة رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم مر على مجلس فيه أخلاط من المسلمين والمشركين عبدة الأوثان واليهود فسلم عليهم النبى صلى الله عليه وسلم » رواه البخارى ومسلم .

(فرع) اذا كتب الى كافر كتابا فيه سلام أو نحوه فالسنة أن يكتب نحو ما ثبت فى الصحيحين فى حديث أبى سفيان أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى هرقل « من محمد عبد الله ورسوله الى هرقل عظيم الروم سلام على من اتبع الهدى » .

(فرع) اذا أراد تحية ذمى بغير السلام ــ قال المتولى والرافعى : له ذلك ، بأن يقول : هداك الله أو أنعم الله صباحك ، وهذا لا بأس به ، ان احتاج الى تحيته لدفع شره أو نحوه . فيقول : صبحك الله بالخير أو بالسعادة أو بالعافية أو بالمسرة ونحوه ، فان لم يحتج فالاختيار ألا يقول شيئا ، فان ذلك بسط وايناس واظهار مودة ، وقد أمرنا بالاغلاظ عليهم ، ونهينا عن ودهم .

(الثالثة والعشرون) قال أصحابنا : ان سلم فى حالة لا يشرع فيها السلام لم يستحق جوابا قالوا : فمن تلك الأحوال أنه يكره السلام على مشتغل ببول أو جماع ونحوهما ، ولا يستحق جوابا ، ويكره جوابه ، ومن ذلك من كان نائما أو ناعسا أو فى حمام ، واتفقوا أنه لا يسلم على من فى الحمام وغيره ممن هو مشتغل بما لا يؤثر السلام عليه فى حاله ، وأما المشتغل بالأكل فقال الشيخ أبو محمد والمتولى : لا يسلم عليه . قال امام الحرمين : هذا محمول على ما اذا كانت اللقمة فى فيه ، وكان يمضى زمان فى المضغ والابتلاع ويعسر الجواب فى الحال قال : فأما ان سلم بعد الابتلاع وقبل وضع لقمة أخرى فلا يتوجه المنع ، أما المصلى قال الغزالى : لا يسلم عليه . وقال المتولى

والجمهور : لا منع من السلام عليه ، لكن لا يستحق جوابا لا فى الحال ولا بعد الفراغ من الصلاة ، لا باللفظ ولا بالاشارة ، ويستحب أن يرد فى الصلاة بالاشارة ، نص عليه الشافعى فى القديم ، ولم يخالفه فى الجديد • وحكى الرافعى وجها أنه يجب الرد بالاشارة فى الحال ، ووجها أنه يجب الرد بعد الفراغ باللفظ ، والصحيح أنه لا يجب الرد مطلقا فان رد فى الصلاة فقال وعليكم السلام بطلت ان علم تحريمه والا فلا فى الأصح ، وان قال : وعليه لم تبطل ، وقد سبقت المسألة فى آخر باب ما يفسد الصلاة مبسوطة •

وأما الملبى بالحج أو العمرة فيكره السلام عليه ، فان سلم رد عليه لفظا نص عليه الشافعى والأصحاب ، والسلام على المؤذن ومقيم الصلاة فى معنى السلام على الملبى ، والسلام فى حال الخطبة سبق بيانه ، وأما المشتغل بقراءة فقال الواحدى : الأولى ترك السلام عليه ، قال : فان سلم كفاه الرد بالاشارة ، وان رد باللفظ استأنف الاستعاذة ، ثم قرأ ، وهذا الذى قاله ضعيف ، والمختار أنه يسلم عليه ، ويجب الرد باللفظ • ولو رد السلام فى حال الأذان والاقامة والأكل لم يكره ، وفى الجماع والبول كره •

(الرابعة والعشرون) يستحب لمن دخل بيته أو بيتا غيره أو مسجدا وليس فيه أحد أن يسلم فيقول : السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ، السلام عليكم أهل البيت ورحمة الله وبركاته ، قال الله تعالى : (فاذا دخلتم بيوتا فسلموا على أنفسكم تحية من عند الله مباركة طيبة) [1] والمسألة ذكرتها فى كتاب الأذكار •

(الخامسة والعشرون) اذا مر بانسان أو جمع وغلب على ظنه أنه لو سلم لم يرد عليه استحب له السلام ، ولا يترك هذا الظن لأنه مأمور بالسلام لا بالرد ، ولأنه قد يخطىء الظن فيرد عليه • (فان قيل) هذا سبب لادخال الاثم على المرور به (قلنا) هذا خيال باطل فان الوظائف الشرعية لا تترك بهذا الخيال والتقصير هنا هو من المرور عليهم • ويختار لمن سلم ولم يرد عليه أن يبرأ المسلم عليه من الجواب ، والأحسن أن يقول له ان أمكن لك رد السلام ، فانه واجب عليك •

---

(١) الآية ٦١ من سورة النور

(السادسة والعشرون) قال المتولى وغيره : التحية بالطلبقة وهى : أطال الله بقاءك باطلة لا أصل لها ، وقد نص جماعة من السلف على كراهة أطال الله بقاءك وقال بعضهم : هى تحية الزنادقة .

(السابعة والعشرون) قال المتولى وغيره : وأما التحية عند خروجه من الحمام بقوله : طاب حمامك ونحوه فلا أصل لها ، وهو كما قالوا ، فلم يصح فيه شيء ، لكن لو قال لصاحبه حفظا لوده : أدام الله لك النعيم [1] ونحوه من الدعاء . فلا بأس ان شاء الله تعالى قال المتولى : وروى أن عليا قال لرجل خرج من الحمام « طهرت فلا نجست » .

(الثامنة والعشرون) اذا ابتدأ المار فقال : صبحك الله بخير ، أو بالسعادة، أو قواك الله ، أو حياك الله ، أو لا أوحش الله منك ، ونحوها من ألفاظ أهل العرف لم يستحق جوابا ، لكن لو دعا له قبالة دعائه كان حسنا الا أن يريد تأديبه أو تأديب غيره لتخلفه واهماله السلام فيسكت .

الفصل الثالث فى الاستئذان وما يتعلق به

قال الله تعالى (واذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم) [2] وقال تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها) [3] وعن أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه قال « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الاستئذان ثلاث ، فان أذن لك والا فارجع » .

وعن سهل بن سعد قال « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : انما جعل الاستئذان من أجل البصر » رواهما البخارى ومسلم . ورويا الاستئذان ثلاثا من طرق ، والسنة لمن أراد الاستئذان أن يسلم ثم يستأذن ، فيقوم عند باب البيت بحيث لا ينظر الى من فى داخله ، ثم يقول : السلام عليكم

---

(١) يستعملون فى ديارنا المصرية لمن يكون بين يدى المزين أو الحلاق نعيما وكذلك عند الخروج من الحمام ، ويقولون لقاضى الحاجة : شفيتم وللمتجشىء : بالصحة وكلها مما يعدونه من العادات ولا يفعلونه قربة ولا يعزونه الى السنة لاسيما وأنه يشترك فى هذه العادات غير المسلمين (ط) .

(٢) الآية ٥٩ من سورة النور .

(٣) الآية ٢٧ من سورة النور .

أأدخل ؟ أو نحو هذا ، فان لم يجبه أحد قال ذلك ثانيا وثالثا ، فان لم يجبه أحد انصرف لحديث ربعى بن خراش قال « حدثنا رجل من بنى عامر استأذن النبى صلى الله عليه وسلم وهو فى بيت فقال : أألج ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لخادمه : اخرج الى هذا فعلمه الاستئذان ، فقال له قل : السلام عليكم أأدخل ؟ فسمعه الرجل فقال : السلام عليكم أأدخل ؟ فأذن له النبى صلى الله عليه وسلم فدخل » رواه أبو داود باسناد صحيح •

وعن كلد ــ بفتح الكاف واللام ــ ابن الحنبل [1] الصحابى رضى الله عنه قال « أتيت النبى صلى الله عليه وسلم فدخلت عليه ولم أسلم ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : ارجع فقل : السلام عليكم أأدخل ؟ » رواه أبو داود والترمذى ، وقال : حديث حسن • فهذا الذى ذكرناه من تقديم السلام على الاستئذان هو الصحيح الذى جاءت به الأحاديث ، وذكر صاحب الحاوى ثلاثة أوجه • (أحدها) هذا (والثانى) تقديم الاستئذان على السلام (والثالث) وهو اختياره ان وقعت عين المستأذن على صاحب المنزل قبل دخوله قدم السلام ، وان لم تقع عليه عينه قدم الاستئذان ، واذا استأذن ثلاثا ولم يؤذن له فظن أنه لم يسمع فلم أر لأصحابنا فيه كلاما •

وحكى ابن العربى المالكى فيه ثلاثة مذاهب (أحدها) يعيد الاستئذان (والثانى) لا يعيده (والثالث) ان كان بلفظ الاستئذان الأول لم يعده ، وان كان بغيره أعاده • قال : والأصح أنه لا يعيده بحال ، وهذا ظاهر الحديث ، لكن اذا تأكد ظنه أنهم لم يسمعوه لبعد المكان أو لغيره • فالظاهر أنه لا بأس بالزيادة ، ويكون الحديث فيمن لم يظن عدم سماعهم ، والسنة لمن استأذن بدق الباب ونحوه فقيل له من أنت ، أن يقول : فلان بن فلان أو فلان الفلانى ، أو فلان المعروف بكذا ، أو فلان فقط ، ونحو ذلك من العبارات بحيث يحصل التعريف التام به ، والأولى أن لا يقتصر على قوله أنا أو الخادم ونحو هذا لحديث أنس رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه

---

(١) كان كلدة بن حنبل اخا صفوان بن امية لامه وامهما صفية بنت معمر او ابن اخيه فى الرضاعة على رواية اخرى وحنبل هذا هو الذى قال يوم حنين : بطل سحر ابن ابى كبشة فقال له صفوان فض الله فاك لان يربنى رجل من قريش أحب الى من ان يربنى رجل من هوازن • وكان كلدة هذا أسود من سودان مكة (ط) •

وسلم حديث الاسراء المشهور ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ثم صعد بى جبريل الى السماء الدنيا فاستفتح ، فقيل من هذا ؟ فقال : جبريل ، فقيل : من معك ؟ قال : محمد ، ثم صعد الى السماء الثانية ، والثالثة ، وسائرهن ، ويقال فى باب كل سماء من هذا ؟ فيقول : جبريل » رواه البخارى ومسلم • وعن جابر قال : « أتيت النبى صلى الله عليه وسلم فدققت الباب ، فقال : من ذا ؟ فقلت : أنا فقال : أنا !! • كأنه كرهها » رواه البخارى ومسلم •

ولا بأس أن يصف نفسه بما يعرف به ، اذا لم يعرفه المخاطب بغيره وان تضمن ذلك صورة تبجيل له بأن يكنى نفسه أو يقول : أنا القاضى فلان ، أو المفتى أو الشيخ أو الأمير ونحوه للحاجة ، وقد ثبت فى هذا أحاديث كثيرة • (منها) عن أبى قتادة ، واسمه الحارث بن ربعى فى حديث الميضأة المشتمل على معجزات وعلوم قال (فرفع النبى صلى الله عليه وسلم رأسه فقال : من هذا ؟ قلت : أنا أبو قتادة) رواه مسلم • وعن أبى ذر ــ واسمه جندب بن جنادة ــ قال (خرجت ليلة فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم يمشى وحده فجعلت أمشى فى ظل القمر ، فالتفت فرآنى قال : من هذا ؟ فقلت : أبو ذر) رواه البخارى ومسلم • وعن أم هانىء ، واسمها فاختة وقيل : فاطمة وقيل : هند قالت (أتيت النبى صلى الله عليه وسلم وهو يغتسل وفاطمة تستره فقال : من هذا ؟ فقلت : أنا أم هانىء) رواه البخارى ومسلم •

الفصل الرابع فى تشميت العاطس

يقال بالشين المعجمة والمهملة وسبق بيانه قريبا حيث ذكره المصنف عن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال (ان الله يحب العطاس ويكره التثاؤب فاذا عطس أحدكم وحمد الله تعالى كان حقا على كل مسلم سمعه أن يقول له : يرحمك الله ، وأما التثاؤب فانما هو من الشيطان فاذا تثاءب أحدكم فليرده ما استطاع [1] فان أحدكم اذا تثاءب ضحك منه الشيطان) رواه البخارى •

---

(١) يبدو أن التثاؤب وهو رسول الهمود والكسل مما يبغضه الله لأن الله يبغض الكسول ولا يحب الكسالى ، فمن لى بمن يؤذن فى المسلمين : حى على النشاط والحركة والفلاح من لى بمن ينعى عليهم خمولهم وقعودهم عن اللحاق بأمم الأرض فى أسباب القوة المادية والعلوم التى تعلى=

قال العلماء : معناه أن سبب العطاس محمود ، وهو خفة البدن التى تكون لقلة الأخلاط ، وتخفيف الغذاء ، وهو مندوب اليه لأنه يضعف الشهوة ويسهل الطاعة ، والتثاؤب ضده • وعن أبى هريرة أيضا عن النبى صلى الله عليه وسلم قال (اذا عطس أحدكم فليقل : الحمد لله ، وليقل له أخوه أو صاحبه : يرحمك الله فاذا قال له : يرحمك الله ، فليقل يهديكم الله ويصلح بالكم) رواه البخارى • وعن أنس قال : (عطس رجلان عند النبى صلى الله عليه وسلم فشمت أحدهما ، ولم يشمت الآخر ، فقال الذى لم يشمته : عطس فلان فشمته ، وعطست فلم تشمتنى ، فقال : هذا حمد الله تعالى وانك لم تحمد الله تعالى) رواه البخارى ومسلم ، وعن أبى موسى الأشعرى قال (سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : اذا عطس أحدكم فحمد الله فشمتوه ، فان لم يحمد الله فلا تشمتوه) رواه مسلم • وعن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال (حق المسلم خمس رد السلام ، وعيادة المريض واتباع الجنائز ، واجابة الدعوة ، وتشميت العاطس) رواه البخارى ومسلم ، وعن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال (اذا عطس أحدكم فليقل الحمد لله على كل حال ، وليقل أخوه أو صاحبه يرحمك الله ، ويقول هو : يهديكم الله ويصلح بالكم) رواه أبو داود وغيره باسناد صحيح •

واتفق العلماء على أنه مستحب للعاطس أن يقول عقب عطاسه : الحمد لله ، فان قال : الحمد لله رب العالمين فهو أحسن ، فلو قال الحمد لله على كل حال كان أفضل ، ويستحب لكل من سمعه أن يقول له يرحمك الله ، أو رحمك الله أو رحمك ربك ، أو يرحمكم الله وأفضله رحمك الله ، ويستحب للعاطس أن يقول له بعد ذلك : يهديكم الله ويصلح بالكم ، وكل هذا سنة ليس فيه شىء واجب • قال أصحابنا : والتشميت وهو قوله : يرحمك الله سنة على الكفاية ، اذا قالها بعض الحاضرين أجزأ عن الباقين ، وان تركوها كلهم كانوا سواء فى ترك السنة وان قالوها كلهم كانوا سواء فى القيام بها ، ونيل فضلها ، كما

= كلمة الحق ، وترفع راية الاسلام ، حتى لقد اجتاحت ديارهم فلول ملعونة فى جميع الكتب وعلى السنة جميع الرسل من أبناء القردة والخنازير أولئك أخزاهم الله وخذلهم ، وأنهض أمة محمد لتثأر منهم ، لتطأمنهم الهام وتركلهم بالأقدام آمين (ط) .

سبق فى ابتداء الجماعة بالسلام وردهم ، هذا الذى ذكرناه من كونه سنة هو مذهبنا ؛ وبه قال الجمهور ؛ وقال بعض أصحاب مالك هو واجب .

قال أصحابنا : وانما يسن التشميت اذا قال العاطس : الحمد لله فان لم يحمد الله كره تشميته للحديث السابق ؛ واذا شمت فالسنة أن يقول له العاطس : يهديكم الله ويصلح بالكم أو يغفر الله لنا ولكم . والأفضل الأول ؛ ولا يلزمه ذلك .

وأقل الحمد والتشميت وجوابه أن يرفع صوته بحيث يسمع صاحبه ، ولو قال العاطس لفظا غير الحمد لله لم يستحق التشميت لظاهر الأحاديث السابقة . ولو عطس فى صلاته استحب أن يقول : الحمد لله ويسمع نفسه ؛ ولأصحاب مالك ثلاثة أقوال (أحدها) هذا ، واختاره ابن العربى (والثانى) يحمد فى نفسه (والثالث) لا يحمد ؛ قاله سحنون . ودليل مذهبنا الأحاديث العامة .

والسنة أن يضع العاطس يده أو ثوبه أو نحوه على فمه وأن يخفض صوته لحديث أبى هريرة رضى الله عنه قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا عطس وضع يده أو ثوبه على فيه وخفض أو غض بها صوته » رواه أبو داود والترمذى ، وقال : حديث حسن صحيح ، واذا تكرر العطاس من انسان متتابعا فالسنة أن يشمته لكل مرة الى أن يبلغ ثلاث مرات ، فان زاد وظهر أنه مزكوم دعا له بالشفاء ، ولو عطس يهودى فالسنة أن يقول ما ثبت عن أبى موسى قال : « كان اليهود يتعاطسون عند رسول الله صلى الله عليه وسلم يرجون أن يقول لهم : يرحمكم الله فيقول : يهديكم الله ويصلح بالكم » رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن صحيح .

الفصل الخامس فى المصافحة والمعانقة والتقبيل ونحوها وفيه مسائل

(احداها) المصافحة سنة عند التلاقى للأحاديث الصحيحة ، واجماع الأئمة عن قتادة قال « قلت لأنس : أكانت المصافحة فى أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال : نعم » رواه البخارى ، وعن كعب بن مالك : (أن طلحة بن عبيد الله قام اليه فصافحه بحضرة النبى صلى الله عليه وسلم)

رواه البخارى ومسلم وفى سنن أبى داود والترمذى عن البراء قال (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما من مسلمين يتلاقيان فيتصافحان الا غفر لهما قبل أن يتفرقا) وعن أنس قال : (قال رجل : يا رسول الله الرجل منا يلقى أخاه أو صديقه أينحنى له ؟ قال : لا ، قال أفيلتزمه ويقبله ؟ قال : لا قال : أفيأخذ بيده ويصافحه ؟ قال نعم) رواه الترمذى ، وقال حديث حسن وتسن المصافحة عند كل لقاء وأما ما اعتاده الناس من المصافحة بعد صلاتى الصبح والعصر فلا أصل له فى الشرع على هذا الوجه ، ولكن لا بأس به ، فان أصل المصافحة سنة وكونهم خصوها ببعض الأحوال وفرطوا فى أكثرها لا يخرج ذلك البعض عن كونه مشروعة فيه وقد سبق بيان هذه القاعدة فى آخر صفة الصلاة ، ويستحب مع المصافحة بشاشة الوجه لقوله صلى الله عليه وسلم « لا تحقرن من المعروف شيئا ولو أن تلقى أخاك بوجه طليق » رواه مسلم من رواية أبى ذر رضى الله عنه وفيه أحاديث كثيرة ، وينبغى أن يحذر من مصافحة الأمرد والحسن ، فان النظر اليه من غير حاجة حرام على الصحيح المنصوص • وبه قطع المصنف فى أول كتاب النكاح ، وقد قال أصحابنا : كل من حرم النظر اليه حرم مسه • وقد يحل النظر مع تحريم المس ، فانه يحل النظر الى الأجنبية فى البيع والشراء والأخذ والعطاء ونحوها • ولا يجوز مسها فى شىء من ذلك •

(الثانية) يكره حنى الظهر فى كل حال لكل أحد لحديث أنس السابق فى المسألة الأولى « وقوله : أينحنى له ؟ قال : لا » ولا معارض له • ولا تغتر بكثرة من يفعله ممن ينسب الى علم أو صلاح ونحوهما •

(الثالثة) المختار استحباب اكرام الداخل بالقيام له ان كان فيه فضيلة ظاهرة من علم أو صلاح • أو شرف أو ولاية مع صيانة أو له حرمة بولاية أو نحوها ، ويكون هذا القيام للاكرام لا للرياء والاعظام • وعلى هذا استمر عمل السلف للأمة وخلفها • وقد جمعت فى هذا جزءا مستقلا جمعت فيه الأحاديث والآثار وأقوال السلف وأفعالهم الدالة على ما ذكرته • وذكرت فيه ما خالفها وأوضحت الجواب عنها •

(الرابعة) يستحب تقبيل يد الرجل الصالح والزاهد والعالم ونحوهم من

أهل الآخرة • وأما تقبيل يده لغناه ودنياه وشوكته ووجاهته عند أهل الدنيا بالدنيا ونحو ذلك فمكروه شديد الكراهة • وقال المتولى : لا يجوز فأشار الى تحريمه • وتقبيل رأسه ورجله كيده • وأما تقبيل خد ولده الصغير وولد قريبه وصديقه وغيره من صغار الأطفال الذكر والأنثى على سبيل الشفقة والرحمة واللطف فسنة وأما التقبيل بالشهوة فحرام سواء كان فى ولده أو فى غيره ، بل النظر بالشهوة حرام على الأجنبى والقريب بالاتفاق •ولا يستثنى من تحريم القبلة بشهوة والنظر بشهوة الا زوجته وجاريته •

وأما تقبيل الرجل الميت والقادم من سفره ونحوه فسنة•وكذا معانقةالقادم من سفر ونحوه ، وأما المعانقة وتقبيل وجه غير القادم من سفر ونحوه غير الطفل فمكروهان • صرح بكراهتهما البغوى وغيره وهذا الذى ذكرنا فى التقبيل والمعانقة أنه يستحب عند القدوم من سفر ونحوه ومكروه فى غيره هو فى غير الأمرد الحسن الوجه • فأما الأمرد الحسن فيحرم بكل حال تقبيله سواء قدم من سفر أم لا • والظاهر أن معانقته قريبة من تقبيله • وسواء كان المقبل والمقبل صالحين أو غيرهما • ويستثنى من هذا تقبيل الوالد والوالدة ونحوهما من المحارم على سبيل الشفقة ، ودليل ما ذكرته من هذه المسائل أحاديث كثيرة •

(الأول) عن زارع رضى الله عنه وكان فى وفد عبد القيس قال « فجعلنا نتبادر من رواحلنا فنقبل يد النبى صلى الله عليه وسلم ورجله » رواه أبو داود •

(الثانى) عن ابن عمر رضى الله عنهما فى قصة قال : (فدنونا يعنى من النبى صلى الله عليه وسلم فقبلنا يده) رواه أبو داود •

(الثالث) عن أبى هريرة قال (قبل النبى صلى الله عليه وسلم الحسن ابن على رضى الله عنهما وعنده الأقرع بن حابس فقال : ان لى عشرة من الولد ما قبلت منهم أحدا ، فنظر اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قال : من لا يرحم لا يرحم) رواه البخارى ومسلم •

(الرابع) عن عائشة رضى الله عنها قالت (قدم ناس من الأعراب على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا : أتقبلون صبيانكم ؟ فقالوا : نعم

قالوا : والله ما نقبل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أو أملك ان كان الله نزع منكم الرحمة) رواه البخارى ومسلم من طرق بألفاظ .

(الخامس) عن أنس رضى الله عنه قال (أخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم ابنه ابراهيم فقبله وشمه) .

(السادس) عن البراء بن عازب قال : (دخلت مع أبى بكر يعنى الصديق رضى الله عنه أول ما قدم المدينة ، فاذا عائشة ابنته رضى الله عنها مضطجعة قد أصابتها حمى فأتاها أبو بكر فقال : كيف أنت يا بنية ؟ وقبل خدها) رواه أبو داود .

(السابع) عن صفوان بن عمار رضى الله عنه قال (قال يهودى لصاحبه : اذهب بنا الى هذا النبى فأتيا رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألاه عن تسع آيات بينات وذكر الحديث ، الى قوله : فقبلوا يده ورجله ، وقالوا : نشهد أنك نبى) رواه الترمذى والنسائى وابن ماجه بأسانيد صحيحة .

(الثامن) عن عائشة فى حديث وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت (دخل أبو بكر رضى الله عنه فكشف عن وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أكب عليه فقبله ثم بكى) رواه البخارى .

(التاسع) عن عائشة قالت (قدم زيد بن حارثة المدينة ورسول الله صلى الله عليه وسلم فى بيتى فأتاه فقرع الباب فقام اليه النبى صلى الله عليه وسلم يجر ثوبه فاعتنقه وقبله) رواه الترمذى وقال حديث حسن .

(العاشر) حديث أنس السابق فى المسألة الأولى (الرجل يلقى أخاه أو صديقه أينحنى له ؟ قال : لا الخ) وعن اياس بن دغفل قال (رأيت أبا مدرة قبل خد الحسن بن على رضى الله عنهما) رواه أبو داود باسناد صحيح ، وعن ابن عمر (أنه كان يقبل ابنه سالما ويقول : اعجبوا من شيخ يقبل شيخا) وهذه الأحاديث منزلة على التفصيل السابق .

(الخامسة) تسن زيارة الصالحين وأهل الخير والأقارب والأصدقاء والجيران وبرهم واكرامهم وصلتهم ، وضبط ذلك يختلف باختلاف أحوالهم ومراتبهم ، وينبغى أن يكون من زيارتهم على وجه يرتضونه وفى وقت لا يكرهونه ،

والأحاديث فيه كثيرة ، ومن أحسنها حديث أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم « أن رجلا زار أخا له فى قرية أخرى فأرصد الله تعالى على مدرجته ملكا فلما أتى عليه ، قال أين تريد ؟ قال : أريد أخا لى فى هذه القرية ، قال : هل لك عليه من نعمة تربها ؟ قال : لا ، غير أنى أحبه فى الله تعالى ، قال : فانى رسول الله اليك بأن الله تعالى قد أحبك كما أحببته فيه » رواه مسلم والمدرجة الطريق وتربها تحفظها وتراعيها ، وعنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (من عاد مريضا أو زار أخا له فى الله تعالى ناداه مناديان طبت وطاب ممشاك ، وتبوأت من الجنة منزلا) رواه الترمذى .

ويستحب أن يطلب من صاحبه الصالح أن يزوره ، وأن يزوره أكثر من زيارته ، لحديث ابن عباس قال (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لجبريل عليه السلام : ما يمنعك أن تزورنا أكثر مما تزورنا ؟ فنزلت : وما نتنزل الا بأمر ربك له ما بين أيدينا وما خلفنا) [1] رواه البخارى .

(السادسة) اذا تثاءب فالسنة أن يرده ما استطاع للحديث الصحيح السابق فى فصل العطاس ؛ والسنة أن يضع يده على فيه لحديث أبى سعيد قال (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا تثاءب أحدكم فليمسك بيده على فمه فان الشيطان يدخل) رواه مسلم ؛ وسواء كان التثاؤب فى الصلاة أو خارجها ؛ وقد سبق بيانه فى باب ستر العورة .

(السابعة) يستحب اجابة من ناداك بلبيك ؛ وأن يقول للوارد عليه : مرحبا أو نحوه وأن يقول لمن أحسن اليه أو فعل خيرا : حفظك الله أو زادك الله خيرا ونحوه ؛ ولا بأس بقوله لرجل جليل فى علم أو صلاح ونحوه : جعلنى الله فداك . ودلائل هذا كله فى الحديث الصحيح مشهورة .

باب الأذكار المستحبة فى الليل والنهار وعند الأحوال العارضة

هذا الباب واسع جدا وقد جمعت فيه مجلدا مشتملا على نفائس لا يستغنى عن مثلها (فمنها) ماله ذكر فى كتب الفقه ؛ وقد ذكره المصنف فى

---

(١) الآية ٦٤ من سورة مريم .

مواطنه . وضممت اليه ما يتعلق به وذلك كأذكار الوضوء والصلاة والأذان والاقامة والجمعة والعيد والكسوف والاستسقاء والجنائز والزكاة والمناسك والنكاح وغيرها . (ومنها) مالا يذكر غالبا فى كتب الفقه فأذكر منه ان شاء الله تعالى جملة مختصرة بحذف الأدلة . وهى مقررة بأدلتها من الأحاديث الصحيحة فى كتاب الأذكار : فمن ذلك يستحب الاكثار من الذكر فى كل وقت . وحضور مجالس الذكر ويكون الذكر بالقلب وباللسان وبهما . وهو الأفضل ثم القلب .

قال سعيد بن جبير وغيره : كل عامل بطاعة ذاكر . وسبق فى باب الغسل اجماع العلماء على جواز الذكر غير القرآن للجنب والحائض وغيرهما . ويندب كون الذاكر على أكمل الصفات متخشعا متطهرا مستقبل القبلة ، خاليا نظيف الفم ، ويحرص على حضور قلبه وتدبر الذكر ولهذا كان المذهب الصحيح المختار أن مد الذاكر قوله : لا اله الا الله أفضل من حذفه لما فى المد من التدبر ، ومن كان له وظيفة من الذكر ففاتته ندب له تداركها ، واذا سلم عليه رد السلام ثم عاد الى الذكر ، وكذا لو عطس عنده انسان فليشمته أو سمع مؤذنا فليجبه أو رأى منكرا فليزله أو مسترشدا فلينصحه ثم يرجع الى الذكر ، وكذا يقطعه اذا غلبه نعاس ونحوه ، ويندب عد التسبيح بالأصابع .

(فصل) فى الصحيحين قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (كلمتان خفيفتان على اللسان ثقيلتان فى الميزان حبيبتان الى الرحمن : سبحان الله وبحمده سبحان الله العظيم) وفى مسلم (أحب الكلام الى الله : سبحان الله وبحمده) وفى مسلم (أحب الكلام الى الله تعالى أربع : سبحان الله والحمد لله ولا اله الا الله والله أكبر لا يضرك بأيهن بدأت) وفيه : (الحمد لله تملأ الميزان ، وسبحان الله والحمد لله تملآن أو تملأ ما بين الأرض والسموات) وفيه الحث على : (سبحان الله وبحمده عدد خلقه ثلاث مرات سبحان الله وبحمده رضاء نفسه ثلاثا) (سبحان الله وبحمده زنة عرشه ثلاثا) (سبحان الله وبحمده مداد كلماته ثلاثا) .

وفى الصحيحين (من قال لا اله الا الله وحده لا شريك له ، له الملك وله الحمد وهو على كل شيءقدير . فى يوم مائة مرة كانت له عدل عشر رقاب ،

وكتب له مائة حسنة ، ومحيت عنه مائة سيئة ، وكانت له حرزا من الشيطان يومه ذلك حتى يمسى ، ولم يأت أحد بأفضل مما جاء به الا رجل عمل أكثر منه • ومن قال : سبحان الله وبحمده ،فى يوم مائة مرة حطت خطاياه وان كانت مثل زبد البحر) وفى مسلم (قل : لا اله الا الله وحده لا شريك له ، الله أكبر كبيرا ، والحمد لله كثيرا ، سبحان الله رب العالمين ، لا حول ولا قوة الا بالله العزيز الحكيم) وفى الصحيحين (لا حول ولا قوة الا بالله كنز من كنوز الجنة) وفى حسان الترمذى (غراس الجنة : سبحان الله ، والحمد لله ، ولا اله الا الله ،والله أكبر) وفيه (من قال : سبحان الله وبحمده غرست له نخلة فى الجنة) وفى حسانه (لا يزال لسانك رطبا من ذكر الله تعالى) وفى البخارى (مثل الذى يذكر ربه والذى لا يذكره مثل الحى والميت) •

(فصـــل) السنة أن يذكر الله تعالى اذا استيقظ من نومه وأن يقول : الحمد لله الذى أحيانا بعد ما أماتنا واليه النشور • وأن يقول اذا لبس ثوبا : اللهم انى أسألك خيره وخير ما هو له ، وأعوذ بك من شره وشر ما هـــو له ، الحمد لله الذى كسانى هذا ورزقنيه من غير حول منى ولا قوة • واذا لبس جديدا قال : اللهم أنت كسوتنيه ، أسألك خيره وخير ما صنع له ، وأعوذ بك من شره وشر ما صـــنع له ، وأن يقال للابس الجـــديد : أبل وأخلق • وأيضا : البس جديدا وعش حميدا ومت شهيدا • واذا خرج من بيته قال : بسم الله توكلت على الله ولا حول ولا قوة الا بالله اللهم انى أعوذ بك أن أضل أو أضل أو أذل أو أذل أو أظلم أو أظلم أو أجهل أو يجهل على • واذا دخل بيته قال : باسم الله ، وسلم كما سبق فى السلام وقال : اللهم انى أسألك خير المولج وخير المخرج ، بسم الله ربنا ولجنا وباسم الله خرجنا ، وعلى الله توكلنا • واذا استيقظ فى الليل وخرج من بيته نظر الى السماء وقرأ آخر آل عمران (ان فى خلق السموات والأرض) الآيات •

ويقول عند الصباح والمساء : اللهم أنت ربى لا اله الا أنت خلقتنى وأنا على عهدك ووعدك ما استطعت ، أبوء لك بنعمتك وأبوء لك بذنبى فاغفر لى فانه لا يغفر الذنوب الا أنت ، أعوذ بك من شر ما صنعت • وأيضا سبحان الله وبحمده مائة مرة ، وأيضا قل هو الله أحـــد والمعـــوذتين ، ثلاث مرات •

وأيضا : اللهم بك أصبحنا وبك أمسينا ، وبك نحيا وبك نموت ، واليك النشور • وأيضا : باسم الله الذى لا يضر مع اسمه شىء فى الأرض ولا فى السماء وهو السميع البصير • ثلاث مرات • وأيضا : اللهم فاطر السموات والأرض عالم الغيب والشهادة رب كل شىء ومليكه ، أشهد أن لا اله الا أنت أعوذ بك من شر نفسى وشر الشيطان وشركه ، روى ــ بكسر الشين مع اسكان الراء ــ وروى بفتحهما ، وأيضا عند المساء : أعوذ بكلمات الله التامات من شر ما خلق ثلاث مرات • وأيضا رضيت بالله ربا وبالاسلام دينا وبمحمد صلى الله عليه وسلم نبيا رسولا • وفى الصباح والمساء أحاديث كثيرة غير هذه • ويندب قبل صلاة الصبح يوم الجمعة : (استغفر الله الذى لا اله الا هو الحى القيوم وأتوب اليه) ثلاث مرات ويندب كثرة الذكر بالعشى • وهو ما بين زوال الشمس وغروبها وأن يقول بعد صلاة الوتر : سبحان المالك القدوس ثلاث مرات • وأيضا : (اللهم انى أعوذ برضاك من سخطك وأعوذ بمعافاتك من عقوبتك وأعوذ بك منك لا أحصى ثناء عليك أنت كما أثنيت على نفسك) •

وأن يقول عند الاضطجاع للنوم : باسمك اللهم أحيا وأموت وأن يكبر ثلاثا وثلاثين تكبيرة • ويسبح أربعا وثلاثين ، ويحمد ثلاثا وثلاثين • وأيضا : باسمك ربى وضعت جنبى وبك أرفعه ، ان أمسكت نفسى فارحمها وان أرسلتها فاحفظها بما تحفظ به الصالحين • وأن ينفث فى كفيه ويقرأ : قل هو الله أحد والمعوذتين ، ويمسح بهما رأسه ووجهه • وما استطاع من جسده ، وأن يقرأ آية الكرسى والآيتين آخر سورة البقرة : آمن الرسول الى آخرها ، وأيضا : اللهم قنى عذابك يوم تبعث عبادك • وأيضا : اللهم رب السموات ورب الأرض ورب العرش العظيم ، ورب كل شىء ، فالق الحب والنوى منزل التوراة والانجيل والقرآن ، أعوذ بك من ذى شر ، أنت آخذ بناصيته ، أنت الأول فليس قبلك شىء ، وأنت الآخر فليس بعدك شىء ، وأنت الظاهر فليس قبلك شىء [1] ، وأنت الباطن فليس دونك شىء اقض عنا الدين وأغننا من الفقر • وأيضا : اللهم انى أسألك العافية ، أستغفر الله الذى لا اله الا

---

(١) وكذا فى ش و ق والأولى ان يقول : (وأنت الظاهر فليس فوقك شىء) (ط) •

هو الحى القيوم وأتوب اليه • وأيضا : الحمد لله الذى أطعمنا وأسقانا [1] وكسانا وآوانا فكم ممن لا كافى له ولا مؤوى [2] ، وليكن من آخره : اللهم أسلمت نفسى اليك ، وفوضت أمرى اليك وألجأت ظهرى اليك ، رهبة ورغبة اليك ، لا ملجأ ولا منجا منك الا اليك ، آمنت بكتابك الذى أنزلت ، ونبيك الذى أرسلت • ويكره أن يضطجع بلا ذكر •

واذا استيقظ من الليل فليقل : لا اله الا الله وحده لا شريك له ، له الملك وله الحمد يحيى ويميت وهو على كل شىء قدير ، والحمد لله وسبحان الله ، والله أكبر ولا حول ولا قوة الا بالله ، ثم يدعو • واذا فزع فى منامه أو غيره قال : أعوذ بكلمات الله التامات من غضبه وشر عباده ومن همزات الشياطين وأن يحضرون • واذا رأى فى منامه ما يحب فليحمد الله ويحدث بها من يحب ولا يحدث من لا يحب • واذا رأى ما يكره فليستعذ بالله من شرها ومن الشيطان ثلاث مرات وليتفل على يساره ثلاثا ، ويتحول عن جنبه الى الآخر ولا يحدث بها أحدا فانها لا تضره • واذا قصت عليه رؤيا قال : خيرا رأيت وخيرا يكون ، وليكثر من الذكر والدعاء والاستغفار فى النصف الثانى من الليل والثلث الأخير آكد والاستغفار بالأسحار آكد •

(فصل) يسن عند الكرب والأمور المهمة دعاء الكرب لا اله الا الله العظيم الحليم ، لا اله الا الله رب العرش العظيم ، لا اله الا الله رب السموات ورب الأرض رب العرش الكريم • وأيضا : يا حى يا قيوم برحمتك أستغيث وأيضا : اللهم رحمتك أرجو فلا تكلنى الى نفسى طرفة عين وأصلح لى شأنى كله لا اله الا أنت • ويندب فى كل موطن : اللهم آتنا فى الدنيا حسنة وفى الآخرة حسنة وقنا عذاب النار ، وأيضا آية الكرسى وآخر البقرة • واذا خاف سلطانا أو غيره قال : اللهم انى أعوذ بك من شرورهم وأجعلك فى نحورهم• واذا عرض له شيطان فليستعذ بالله منه وليقرأ ما تيسر من القرآن ، واذا أصابه شىء فليقل : قدر الله وماشاء الله فعل ، وليقل لدفع الآفات : ما شاء الله لا قوة الا بالله • وعند المصيبة : انا لله وانا اليه راجعون ، وعند النعمة :

---

(١) أسقى من الرباعى ورد فى الكتاب العزيز فى قوله تعالى : « نسقيكم مما فى بطونه » كما ورد فى الثلاثى فى قوله تعالى : « وسقاهم ربهم شرابا طهورا » (ط) .

(٢) لعل فى العبارة استثناء محذوفا كقوله (الا انت) (ط) .

نحمد الله ونشكره • واذا كان عليه دين فليقل : اللهم اكفنى بحلالك عن حرامك وأغننى بفضلك عمن سواك • واذا بلى بالوحشة فليقل : أعوذ بكلمات الله التامات من غضبه وعقابه وشر عباده ومن همزات الشياطين ، وأن يحضرون • واذا بلى بالوسوسة فليستعذ بالله من الشيطان ولينته عن الاستمرار فيها ، وانكان توسوسه فى الاحرام بالصلاة تعوذ بالله منه ، وتفل عن يساره ثلاثا ويقول : لا اله الا الله ويكررها • ويقرأ على المعتوه والملدوغ ونحوهما فاتحة الكتاب واذا أراد تعويذ صبى ونحوه قال : أعيذك بكلمات الله التامات من كل شيطان وهامة ، ومن كل عين لامة •

(فصل) ويستحب الدعاء للمريض ، وسنذكر جملة من الأدعية المسنونة فى كتاب الجنائز حيث ذكرها المصنف ان شاء الله تعالى • ويستحب السؤال عن المريض وأن يطيب نفس المريض وينشطه ، وأن يثنى عليه بما يحسن ظنه بربه سبحانه وتعالى ، وأن يطلب الدعاء من المريض ، وسيأتى باقى أدبه فى الجنائز وأذكارها وما يتعلق بها فى كتابها ، وما يتعلق بالزكاة والصوم والحج والنكاح فى أبوابها ، وما يتعلق بالأسماء والكنى والألقاب ونحوها فى باب العقيقة حيث ذكره المصنف ، وما يتعلق بالأكل والشرب فى باب الوليمة ، وما يتعلق بالجهاد والسفر ونحوهما فى كتاب السير ، حيث ذكر المصنف أصولها ان شاء الله تعالى •

(فصل فى المدح فى الوجه)

جاءت أحاديث بالنهى عنه وأحاديث كثيرة فى الصحيحين باباحته • قال العلماء : طريق الجمع بينها أنه ان كان عند الممدوح كمال ايمان وحسن يقين ومعرفة تامة ورياضة نفس بحيث لا يغتر بذلك ولا تلعب به نفسه فلا كراهة فيه ، وان خيف شىء من هذه الأمور كره مدحه كراهة شديدة •

وأما ذكر الانسان محاسن نفسه فان كان للارتفاع والافتخار والتمييز على الأقران فمذموم ، وان كان فيه مصلحة دينية بأن يكون آمرا بالمعروف أو ناهيا عن المنكر أو ناصحا أو مشيرا بمصلحة أو معلما أو مؤدبا أو مصلحا بين اثنين أو دافعا عن نفسه ضررا ونحو ذلك فذكر محاسنه ، ناويا بذلك أن

يكون هذا أقرب الى قبول قوله واعتماد مايقوله ، وأنى لكم ناصح ، وأن هذا الكلام لا تجدونه عند غيرى ، فاحتفظوا به ونحو ذلك ، فليس هـذا مكروها بل هو محبوب ، وقد جاءت فيه أحاديث كثيرة صحيحة أوضحتها فى كتاب الأذكار .

(فصـــل) يستحب اذا سمع صياح الديك أن يدعو ، واذا سمع نهيق الحمار ونباح الكلب أن يستعيذ بالله من الشيطان ، واذا رأى الحريق أن يكبر ، واذا أراد القيام من المجلس أن يقول قبل قيـامه : سبحانك اللهم وبحمدك أشهد أن لا اله الا أنت أستغفرك وأتوب اليك . وأن يدعو لنفسه وجلسائه ، ويكره مفـارقة المجلس من غير ذكر الله تعالى . واذا غضب استعاذ من الشيطان وتوضأ . واذا أحب رجلا لله أعلمه بذلك وسأله عن اسمه ونسبه وليقل المحبـوب : أحبك الذى أحببتنى له ، وأن يقـول اذا دخـل السـوق : لا اله الا الله وحـده لا شريك له ، له الملك وله الحمـد يحيى ويميت وهو حى لا يموت بيده الخير وهو على كل شىء قدير ، ويقرأ آية الكرسى عند الحجامة ، واذا طنت أذنـه صلى على النبى صـلى الله عليـه وسلم وقال : ذكر الله بخير من ذكرنى ، واذا خدرت رجله ذكر من يحبه ، وله الدعاء على من ظلمه ، والصبر أفضل ، ويتبرأ من المبتدعة ونحوهم .

واذا شرع فى ازالة منكر فليقرأ (جاء الحق وزهق الباطل ان الباطل كان زهوقا . جاء الحق وما يبدىء الباطل وما يعيد) واذا عثرت دابته أو غيرها قال : باسم الله . وأن يدعو لمن صنع اليه من الناس معروفا ، وأن يقول : جزاك الله خيرا واذا رأى الباكورة من الثمر قال : اللهم بارك لنا فى ثمرنا ، وبارك لنا فى مدينتنا ، وبارك لنا فى مكيالنا . ويسن التعـاون على البر والتقوى والدلالة على الخير . واذا سئل علما ليس عنده ويعلمه عند غيره فليدله عليه ، واذا دعى لحكم الله تعالى فليقل : سمعنا وأطعنا . واذا قيل له : اتق الله ونحوه من الألفاظ فليقل : سمعنا وأطعنا وليعرض عن الجاهلين ما لم يكن فى الاعراض مفسدة .

ويستحب الوفاء بالوعد والمسارعة به ، واذا رأى شيئا فأعجبه وأصابه بالعين فليبرك عليه ، وهو الدعاء له بالبركة ، واذا رأى شيئا يكرهه فليقل :

اللهم لا يأتى بالحسنات الا أنت ، ولا يذهب بالسيئات الا أنت ؛ ولا حول ولا قوة الا بالله • ويستحب طيب الكلام وبيانه وايضاحه للمخاطب ، وخفض الجناح للمؤمنين ، ولا بأس بالمزاح بحق ولكن لا يكثر منه ، فأما الافراط فيه أو الاكثار منه فمذمومان • ويسن الشفاعة فى الطاعة والمباح ، ويحرم فى الحـدود وفى الحـرام ، ويستحب التبشير والتهنئة ويجوز التعجب بلفظ التسبيح والتهليل ونحوهما لقوله صلى الله عليه وسلم « سبحان الله ان المؤمن لا ينجس ؛ سبحان الله ، تطهرى بها » والله أعلم •

فصل فى جملة من الأدعية الثابتة فى الأحاديث الصحيحة مختصرة

اللهم آتنا فى الدنيا حسنة وفى الآخرة حسنة وقنا عذاب النار ؛ اللهم انى أسألك الهدى والتقى والعفاف والغنى ، اللهم اغفر لى وارحمنى واهدنى وعافنى وارزقنى•اللهم مصرف القلوب صرف قلوبنا على طاعتك ، اللهم أعوذ بك من جهد البلاء ودرك الشقاء ، وسوء القضاء ، وشماتة الأعداء ؛ اللهم انى أعوذ بك من العجز والكسل والجبن والهرم والبخل ؛ وأعوذ بك من عذاب القبر ؛ وأعوذ بك من فتنةالمحيا والممات ؛ وخلع الدين وغلبة الرجال ؛ اللهم انى ظلمت نفسى ظلما كثيرا كبيرا ؛ وانه لا يغفر الذنوب الا أنت فاغفر لى مغفرة من عندك ؛ وارحمنى انك أنتالغفور الرحيم ، اللهم اغفر لى خطيئتى واسرافى فى أمرى وما أنت أعلم به منى ، اللهم اغفر لى جدى وهزلى وخطئى وعمدى ، وكل ذلك عندى ، اللهم اغفر لى ما قدمت وما أخـرت ؛ وما أسررت ؛ وما أنت أعلم به منى ؛ أنت المقدم وأنت المؤخر وأنت على كل شىء قدير ؛ اللهم انى أعوذ بك من شر ما عملت وشر ما لم أعمل ؛ اللهم انى أعوذ بك من زوال نعمتك وتحول عافيتك وفجاءة نقمتك وجميع سخطك ؛ اللهم آت نفسى تقواها وزكها أنت خير من زكاها ؛ أنت وليها ومولاها اللهم انى أعوذ بك من علم لا ينفع ؛ ومن قلب لا يخشع ؛ ومن نفس لاتشبع ؛ ومن دعوة لا يستجاب لها •

اللهم انى أسألك الهدى والسداد ، اللهم أصلح لى دينى الذى هو عصمة أمرى ؛ وأصلح لى دنياى التى فيها معاشى ؛ وأصلح آخرتى التى فيهامعادى ؛ واجعل الحياة زيادة لى فى كل خير ، والموت راحة لى من كل

شر ، اللهم انى أعوذ بك من شر الغنى والفقر ، اللهم انى أعوذ بك من منكرات الأخلاق والأعمال والأهواء ، وسيء الاسقام ، ومن شر سمعى وبصرى ، ومن شر لسانى ومن شر قلبى ، ومن الخيانة فانها بئست البطانة ، اللهم اكفنى بحلالك عن حرامك ، وأغننى بفضلك عمن سواك ، يا مثبت القلوب ثبت قلبى على دينك ، اللهم انى أسألك العافية فى الدنيا والآخرة ، اللهم انى أسألك موجبات رحمتك وعزائم مغفرتك ، والسلامة من كل اثم ، والغنيمة من كل بر ، والفوز بالجنة والنجاة من النار .

وهذا الباب واسع وفيما أشرت اليه كفاية . ومن آداب الدعاء كونه فى الأوقات والأماكن والأحوال الشريفة واستقبال القبلة ورفع يديه ومسح وجهه بعد فراغه . وخفض الصوت بين الجهر والمخافتة ، وأن لا يتكلف السجع ، ولا بأس بدعاء مسجوع كان يحفظه ، وكونه خاشعا متواضعا ، متضرعا متذللا راغبا راهبا ، وأن يكرره ثلاثا ولا يستعجل الاجابة . وأن يكون مطعمه وملبسه حلالا ، وأن يحمد الله تعالى ، ويصلى ويسلم على النبى صلى الله عليه وسلم فى أوله وآخره ، ويستحب الدعاء بظهر الغيب للأهل والأصحاب وغيرهم . وطلب الدعاء من أهل الخير . ويكره أن يدعو لنفسه وولده وخادمه وماله ونحوها . ويسن الاكثار من الاستغفار . وفى صحيح البخارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : سيد الاستغفار أن يقول العبد « اللهم أنت ربى لا اله الا أنت خلقتنى وأنا عبدك وأنا على عهدك ووعدك ما استطعت ، أعوذ بك من شر ما صنعت وأبوء لك بنعمتك على ، وأبوء بذنبى فاغفر لى ، فانه لا يغفر الذنوب الا أنت » هذا آخر ما قصدته من مختصر الأذكار .

وأما ما يتعلق بالألفاظ المنهى عنها كالكذب والغيبة والسب وغيرها فسأذكرها مبسوطة فى آخر كتاب القذف [1] ان شاء الله تعالى ..

(تم الجزء الرابع ويليه الجزء الخامس وأوله)

باب صلاة العيدين

---

(١) بسطناها والحمد لله بقدر ما حبانا الله من توفيقه (ط) .

بسم الله الرحمن الرحيم

باب صلاة العيدين

العيد مشتق من العود ، وهو الرجوع والمعاودة ، لأنه يتكرر ، وهو من ذوات الواو ، وكان أصله عودا ـ بكسر العين ـ فقلبت الواو ياء ، كالميقات والميزان ،من الوقت والوزن ، وجمعه أعياد ، قالوا : وانما جمع بالياء ـ وان كان أصله الواو ـ للزومها فى الواحد ، قال الجوهرى : وقيل : للفرق بينه وبين أعواد الخشب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(صلاة العيد) (١) سنة ، وقال أبو سعيد الاصطخرى هى فرض على الكفاية والمذهب الأول ، لما روى طلحة بن عبيد الله رضى الله عنه « أن رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يساله عن الاسلام ، فقال : خمس صلوات كتبهن الله على عباده ، فقال هل على غيرها ؟ قال : لا الا أن تطوع » ولأنها صلاة مؤقتة لا تشرع لها الاقامة ، فلم تجب بالشرع كصلاة الضحى ، فان اتفق أهل بلد على تركها وجب قتالهم على قول الاصطخرى ، وهل يقاتلون على المذهب ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يقاتلون لأنه تطوع ، فلا يقاتلون على تركها كسائر التطوع (والثانى) يقاتلون لأنه من شعائر الاسلام ، ولأن فى تركها تهاونا بالشرع ، بخلاف سائر التطوع لأنها تفعل فرادى فلا يظهر تركها كما يظهر فى صلاة العيد) .

(الشرح) حديث طلحة رواه البخارى ومسلم ، وسبق بيانه وضبط ألفاظه ومعناه فى أول كتاب الصلاة . وأجمع المسلمون على أن صلاة العيد مشروعةوعلى أنها ليست فرض عين ، ونص الشافعى وجمهور الأصحاب على أنها سنة ، وقال الاصطخرى : فرض كفاية ، فان قلنا : فرض كفاية قوتلوا بتركها ، وان قلنا : سنة لم يقاتلوا على أصح الوجهين ، وقال أبو اسحاق

---

(١) نسخة الراكبى (العيدين) .

المروزى : يقاتلون ، وقد ذكر المصنف دليل الجميع ووجه الدلالة من الحديث للمذهب أن النبى صلى الله عليه وسلم أخبره أنه لا فرض سوى الخمس • فلو كان العيد فرض كفاية لما أطلق هذا الاطلاق لأن فرض الكفاية واجب على جميعهم ، ولكن يسقط الحرج بفعل البعض ، ولهذا لو تركوه كلهم عصوا •

وقوله : لأنها صلاة مؤقتة احتراز من الجنازة ، وقوله : لا تشرع لها الاقامة احتراز من الصلوات الخمس ، وقوله : فلم تجب بالشرع احتراز من المنذورة • وجماهير العلماء من السلف والخلف أن صلاة العيد سنة لا فرض كفاية • وأما قول الشافعى فى المختصر (من وجب عليه حضور الجمعة وجب عليه حضور العيدين) فقال أصحابنا : هذا ليس على ظاهره ، فان ظاهره أن العيد فرض عين على كل من تلزمه الجمعة ، وهذا خلاف اجماع المسلمين ، فيتعين تأويله ، قال أبو اسحاق : من لزمته الجمعة حتما لزمه العيد ندبا واختيارا ، وقال الاصطخرى معناه من لزمته الجمعة فرضا لزمه العيد كفاية ، قال أصحابنا :ومراد الشافعى أن العيد يتأكد فى حق من تلزمه الجمعة •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى صلاة العيد

قد ذكرنا أنها سنة متأكدة عندنا ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وداود وجماهير العلماء ، وقال بعض أصحاب أبى حنيفة : فرض كفاية ، وعن أحمد روايتان كالمذهبين •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ووقتها ما بين طلوع الشمس الى ان تزول ، والأفضل ان يؤخرها حتى ترتفع الشمس قيد رمح ، والسنة ان يؤخر صلاة الفطر ويعجل الأضحى ، لما روى عبد الله بن ابى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن ابيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « كتب له ان يقدم الأضحى ويؤخر الفطر » ولأن الأفضل ان يخرج صدقة الفطر قبل الصلاة ، فاذا اخر الصلاة اتسع الوقت لاخراج صدقة الفطر ، والسنة أن يضحى بعد صلاة الامام فاذا عجل بادر الى الأضحية) •

(**الشرح**) هذا الحديث رواه الشافعى فى الأم والبيهقى من غير طريق عبد الله بن أبى بكر ، ورويناه من رواية ابراهيم بن محمد عن أبى الحويرث « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى عمرو بن حزم أن عجل الأضاحى وأخر الفطر » وهذا مرسل ضعيف وابراهيم ضعيف ، واتفق الأصحاب على أن آخر وقت صلاة العيد زوال الشمس وفى أول وقتها وجهان (أصحهما) وبه قطع المصنف وصاحب الشامل والرويانى وآخرون أنه من أول طلوع الشمس ، والأفضل تأخيرها حتى ترتفع الشمس قدر رمح .

(والثانى) أنه يدخل بارتفاع الشمس ، وبه قطع البندنيجى والمصنف فى التنبيه ، وهو ظاهر كلام الصيدلانى والبغوى وغيرهما ، واتفقت نصوص الشافعى والأصحاب على أنه يستحب تعجيل صلاة الأضحى وتأخير صلاة الفطر لما ذكره المصنف ، فان فاتته صلاة العيد مع الامام صلاها وحده وكانت أداء ما لم تزل الشمس يوم العيد ، وأما من لم يصل حتى زالت الشمس فقد فاتته ، وهل يستحب قضاؤها ؟ فيه القولان السابقان فى باب صلاة التطوع فى قضاء النوافل (أصحهما) يستحب ، وقال أبو حنيفة : اذا فاتته مع الامام لم يأت بها أصلا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والسنة أن تصلى صلاة العيد فى المصلى اذا كان مسجد البلد ضيقاً ، لما روى (١) أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يخرج الى المصلى » ولأن الناس يكثرون فى صلاة العيد ، فاذا كان المسجد ضيقا تأذوا ، فان كان فى الناس ضعفاء استخلف فى مسجد البلد من يصلى بهم ، لما روى أن علياً رضى الله عنه « استخلف ابا مسعود الأنصارى رضى الله عنه ليصلى بِضَعَفَةِ الناس فى المسجد ، وان كان يوم مطر صلى فى المسجد ، لما روى ابو هريرة رضى الله عنه قال : « اصابنا مطر فى يوم عيد فصلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فى المسجد » وروى أن عمر وعثمان رضى الله عنهما صليا فى المسجد فى المطر ، وان كان المسجد واسعاً فالمسجد افضل من المصلىّ ، لأن الأئمة لم يزالوا

---

(١) يؤخذ على المصنف قوله روى هنا لثبوت الخبر فى الصحيحين وروى صيغة تمريض لا ينبغى أن يساق بها حديث فى مثل هذا الحديث المتفق عليه والتعبير بروى فى خبر على مناسب لدرجته (راجع كتابنا تبسيط علوم الحديث وأدب الرواية) (ط) .

يصلون صلاة العيد بمكة فى المسجد ، ولأن المســـجد اشرف وانظف . قال الشافعي رضى الله عنه : فان كان المسجد واسعاً فصلى فى الصحراء فلا باس ، وان كان ضيقاً فصلى فيه ولم يخرج الى الصحراء كرهت لأنه اذا ترك المسجد وصلى فى الصحراء لم يكن عليهم ضرر ، واذا ترك الصحراء وصلى فى المســـجد الضيق تأذوا بالزحام وربما فات بعضهم الصلاة [فكره]) .

(الشرح) حديث خروج النبى صلى الله عليه وسلم الى المصلى فى العيدين صحيح رواه البخارى ومسلم من رواية أبى سعيد ، ورويناه بمعناه من رواية جماعة آخرين من الصحابة ، وحديث استخلاف على أبا مسعود رواه الشافعى باسناد صحيح ، وحديث أبى هريرة رواه أبو داود باســناد جيد ، ورواه الحاكم وقال : هو صحيح ، والضعفة بفتح الضاد والعين ، بمعنى الضعفاء وكلاهما جمع ضعيف .

(اما الاحكام) فقال أصحابنا تجوز صلاة العيد فى الصحراء وتجوز فى المسجد فان كان بمكة فالمسجد الحرام أفضل بلا خلاف ، وقد ذكره المصنف بدليله ، وان كان بغير مكة نظر ــ ان كان بيت المقــدس ــ قال البندنيجى والصيدلانى : الصلاة فى مسجده الأقصى أفضل ، ولم يتعرض الجمهور للأقصى ، وظاهر اطلاقهم أن بيت المقدس كغيره ، وان كان فى غير ذلك من البلاد ، فان كان لهم عذر فى ترك الخروج الى الصحراء والمصلى للعيد فلا خلاف أنهم مأمورون بالصلاة فى المسجد ومن الأعذار المطر والوحل والخوف والبرد ونحوها ، وان لم يكن عذر وضاق المسجد فلا خلاف أن الخروج الى الصحراء أفضل ، وان اتسع المسجد ولم يكن عذر فوجهان (أصحهما) وهو المنصوص فى الأم ، وبه قطع المصنف وجمهور العراقيين والبغوى وغيرهم أن صلاتها فى المسجد أفضل .

(والثانى) وهو الأصح عنــد جماعة من الخراسانيين وقطع به جماعة منهم أن صلاتها فى الصحراء أفضل « لأن النبى صلى الله عليه وسلم واظب عليها فى الصحراء » وأجاب الأولون عن هذا بأن المسجد كان يضيق عنهم لكثرة الخارجين اليها ، فالأصح ترجيحها فى المسجد لما ذكره المصنف رحمه الله ، فعلى هذا ان ترك المسجد الواسع وصلى بهم فى الصحراء فهو خلاف

الأولى ولكن لاكراهة فيه ، وان صلى فى المسجد الضيق بلا عذر كره • هكذا نص الشافعى رحمه الله على المسألتين كما ذكره المصنف بدليلهما •

قال الشافعى والأصحاب : واذا خرج الامام الى الصحراء استخلف من يصلى فى المسجد بالضعفة لما ذكره المصنف ، واذا حضر النساء المصلى أو المسجد اعتزله الحيض منهن ، ووقفن عند بابه لحديث أم عطية المذكور بعد هذا • قال أبو اسحاق المروزى والأصحاب : اذا كان هناك مطر أو غيره من الأعذار وضاق المسجد الأعظم صلى الامام فيه واستخلف من يصلى بباقى الناس فى موضع آخر ، بحيث يكون أرفق بهم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والسنة ان يأكل فى يوم الفطر قبل الصلاة ويمسك فى يوم النحر حتى يفرغ من الصلاة ؛ لما روى بُرَيْدَةُ رضى الله عنه قال « كان النبى صلى الله عليه وسلم لا يخرج يوم الفطر حتى يَطْعَمَ ويوم النحر لا يأكل حتى يرجع فيأكل من نسيكته والسنة أن يأكل التمر ، ويكون وتراً ، ولما روى انس رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم « كان لا يخرج يوم الفطر حتى يأكل تمرات ، ويأكلهن وتراً ») •

(الشرح) حديث أنس صحيح رواه البخارى ، وحديث بريدة رواه أحمد فى مسنده والترمذى وابن ماجه والدارقطنى والحاكم وأسانيدهم حسنة ، فهو حديث حسن • وقال الحاكم : هو حديث صحيح • وقوله « حتى يطعم » بفتح الياء والعين أى يأكل ، ونسيكته بفتح النون وكسر السين وهى أضحيته • واتفق الشافعى والأصحاب على أنه يستحب أن يأكل فى عيد الفطر شيئا قبل الخروج الى الصلاة فان لم يأكل قبل الخروج فليأكل قبل الصلاة ، ويستحب كون المأكول تمرا وكونه وترا ، لما ذكره المصنف • قال الشافعى فى الأم : (ونحن نأمر من أتى المصلى أن يأكل ويشرب قبل أن يغدو الى المصلى ، فان لم يفعل أمرناه بذلك فى طريقه أو المصلى ان أمكنه ، فان لم يفعل ذلك فلا شىء عليه ويكره له أن لا يفعل) هذا نصه بحروفه ، والسنة فى عيد الأضحى أن يمسك عن الأكل حتى يرجع من الصلاة ، لما ذكره المصنف • قال صاحبا الحاوى والبيان : وانما فرق بينهما لأن السنة أن يتصدق فى عيد الفطر قبل الصلاة ، فاستحب له الأكل ليشارك

المساكين فى ذلك ، والصدقة فى عيد النحر انما هى بعد الصلاة من الأضحية فاستحب موافقتهم ، قالا : ولأن ما قبل يوم الفطر يحرم الأكل فندب الأكل فيه قبل الصلاة ليتميز عما قبله ، وفى الأضحى لا يحرم الأكل قبله فأخر ليتميزا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والسنة أن يغتسل للعيدين ، لما روى أن عليا وابن عمر رضى الله عنهم « كانا يغتسلان » ولأنه يوم عيد يجتمع فيه الكافة للصلاة فسن فيه الغسل لحضورها كالجمعة ، وفى وقت الغسل قولان (أحدهما) بعد الفجر كغسل الجمعة ، وروى البويطى أنه يجوز أن يغتسل قبل الفجر ، لأن الصلاة تقام فى أول النهار ويقصدها الناس من البعد ، فجوّز تقديم الغسل حتى لا تفوتهم ، ويجوز على هذا القول ان يغتسل بعد نصف الليل كما قلنا فى أذان الصبح • ويستحب ذلك لمن يحضر الصلاة ولمن لا يحضر ، لأن القصد اظهار الزينة والجمال فان لم يحضر الصلاة اغتسل للزينة والجمال والسنة أن يتنظف بحلق الشعر وتقليم الظفر وقطع الرائحة لأنه يوم عيد فسن فيه ما ذكرناه كيوم الجمعة ، والسنة أن يتطيب لما روى الحسن بن على رضى الله عنهما قال : « أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نتطيب بأجود ما نجد فى العيد ») •

(الشرح) هذا الأثر المذكور فى اغتسال على رضى الله عنه رواه الشافعى فى الأم والبيهقى باسناد ضعيف ، وأما الأثر الآخر أن ابن عمر « كان يغتسل يوم الفطر قبل أن يغدو » فصحيح رواه مالك فى الموطأ عن نافع ، ورواه الشافعى وغيره عن مالك عن نافع • وروى الشافعى والبيهقى اغتسال سلمة بن الأكوع للعيد ، وأن عروة بن الزبير قال : هو السنة • وروى ابن ماجه عن ابن عباس قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغتسل يوم الفطر ويوم الأضحى » ومثله عن الفاكه بن سعد الصحابى رضى الله عنه ، وأسانيد الجميع ضعيفة باطلة الا أثر ابن عمر وأما حديث الحسن فى الطيب فغريب ، وقول المصنف : يجتمع فيه الكافة مما أنكره أهل العربية ، قالوا : لا يجوز أن يقال : الكافة ، ولا كافة الناس ، وانما يقال : الناس كافة ، كما قال الله تعالى (ادخلوا فى السلم كافة) [1] وقال تعالى (وقاتلوا

---

(١) من الآية ٢٠٨ من سورة البقرة •

المشركين كافة) [1] وقوله : فسن فيه الغسل لحضـــورها ، الأجود حـــذف لفظة حضورها لأن الغسل مسنون لمن حضر الصلاة وغيره •

(**أما الأحـكام**) فقال الشافعى والأصحاب : يستحب الغسل للعيدين ، وهذا لا خلاف فيه ، والمعتمد فيه أثر ابن عمر والقياس على الجمعة ، وفى وقت صحة هذا الغسل قولان مشهوران (أحدهما) بعد طلوع الفجر ، نص عليه فى الأم (وأصحهما) باتفاق الأصحاب يجوز بعد الفجر وقبله ، وقطع به جماعة من أصحاب المختصرات منهم المحاملى فى المقنع ، وقد ذكر المصنف دليلهما ، هكذا ذكر المصنف والمحاملى ، وصاحب الشامل والأكثرون قولين للشافعى وحكاهما صاحب الحاوى والدارمى والفورانى والمتولى وآخرون وجهين • قال صاحب الحاوى : جوزه ابن أبى هريرة ومنعه أبو اسحاق ، وقال القاضى أبو الطيب فى كتابه المجرد : نص الشافعى فى البويطى على صحة الغسل للعيد قبل طلوع الفجر ، قال : ولا يعرف للشافعى غيره ، وقال : ورأيت بعض أصحابنا يقول : فيه قولان ، وبعضهم يقول : وجهان ، هذا كلام القاضى • وسبب هذا الاختلاف فى أنهما قولان أو وجهـــان أن الشافعى نص فى البويطى على صحة الغسل قبل الفجر صريحا ، وقال فى مختصر المزنى : وأحب الغسل بعد الفجر للعيد ، فمنهم من فهم منه اشتراط كونه بعد الفجر ، فجعله قولا آخـــر ، ومنهم من لم يفهم ذلك ، وصرح البندنيجى بأنه نص فى الأم بأنه لا يجزئه قبل الفجر ، فاذا قلنا بالأصح انه يصح قبل الفجر ، ففى ضبطه ثلاثة أوجه (أصحها) وأشهرها : يصـــح بعد نصف الليل ، ولا يصح قبله ، وبه قطع المصنف وشيخه القاضى أبو الطيب والقاضى حسين والمتولى وغيرهم ، كأذان الصبح •

(والثانى) يصح فى جميع الليل ، وبه جـــزم الغزالى ، واختاره ابن الصباغ وغيره كنية الصوم ، وفرقوا بينه وبين الأذان أن النصف الأول مختار للعشاء فربما ظن السامع أن الأذان لها فامتنع لخوف اللبس بخلاف الغسل (الثالث) أنه انما يصح قبيل الفجر عند السحر ، وبه جزم البغوى

---

(١) الآية ٣٦ من سورة التوبة .

واتفقت نصوص الشافعى والأصحاب على استحباب غسل العيد لمن يحضر الصلاة ولمن لا يحضرها لما ذكره المصنف ، وكذا اتفقوا على استحباب التطيب والتنظف بازالة الشعور وتقليم الأظفار وازالة الرائحة الكريهة من بدنه وثوبه ، قياسا على الجمعة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والسنة ان يلبس أحسن ثيابه ، لما روى ابن عباس رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم « كان يلبس فى العيد بُرْدَ حِبَرة ») •

(الشرح) هذا الحديث رواه الشافعى من غير رواية ابن عباس باسناد ضعيف ــ والحبرة بكسر الحاء وفتح الباء الموحدة ــ وهو نوع من الثياب معروف باليمن وهو عصب اليمن • قال الأزهرى : هو نوع من البرد أضيفت الى وشيه والبرد مفردة والجمع برود ، ويقال برد محبر أى مزين ، واتفق الأصحاب مع الشافعى على استحباب لبس أحسن الثياب فى العيد ودليله حديث ابن عمر قال « وجد عمر رضى الله عنه جبة من استبرق تباع فقال : يا رسول الله ابتع هذه تجمل بها للعيد والوفود ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : انما هذه لباس من لاخلاق له » رواه البخارى ومسلم •

قال أصحابنا : وأفضل ألوان الثياب البياض ، فعلى هذا ان استوى ثوبان فى الحسن والنفاسة فالأبيض أفضل فان كان الأحسن غير أبيض فهو أفضل من الأبيض فى هذا اليوم ، ويستحب أن يتعمم فان لم يجد الا ثوبا استحب أن يغسله للعيد والجمعة ، قال أصحابنا : ويستوى فى استحباب تحسين الثياب والتنظيف والتطيب وازالة الشعر والرائحة الكريهة الخارج الى الصلاة والقاعد فى بيته لأنه يوم زينة فاستووا فيه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب أن يحضر النساء غير ذوات الهيئات ، لما روت أم عطية قالت « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يخرج العواتق وذوات الخدور والحيّض فى العيد ، فاما الحيّض فكن يعتزلن المصلى ويشهدن الخير ، ودعوة المسلمين » واذا اردن الحضور تنظفن بالماء ، ولا يتطيبن ، ولا يلبسن الشهرة من الثياب ، لقوله صلى الله عليه وسلم « لا تمنعوا اماء الله مساجد الله ، وليخرجن

تفَلات » أى غير متعطرات ، ولأنها اذا تطيبت ولبست الشهرة من الثيـاب دعاً ذلك الى الفساد) .

(الشرح) حديث أم عطية رواه البخارى ومسلم ، وأما حـديث « لا تمنعوا اماء الله مساجد الله » فرواه البخارى ومسلم ، ذكره البخـارى فى كتاب صلاة الجمعة وأما الزيادة التى فيه « وليخرجن تفلات » فرواها أبو داود باسناد حسن ولم يضعفه وقد قدمنا أن ما لم يضعفه فهو حسن عنده ، ورواية أبى داود « وليخرجن وهن تفلات » وقوله تفلات بفتح التاء المثناة فوق وكسر الفاء ، والعواتق جمع عاتق وهى البنت التى بلغت ، وقال أبو زيد : هى البالغة ما لم تعنس ، وقيل : هى التى لم تتزوج ، قال ثعلب : سميت عاتقا لأنها عتقت من ضر أبويها واستخدامهما وامتهانها بالخروج فى الأشغال ، وقال الأصمعى : هى فوق المعصر ، وقال ثابت : هى البكر التى لم تخرج الى زوج ، وقال الخطابى : هى البنت عقب بلوغها ، قال صاحب المطالع : وقيل هى التى أشرفت على البلوغ ، وقوله : ذوات الخدور جمع خدر وهو الستر قوله : الشهرة من الثياب هو بضم الشين .

(أما الأحـكام) فقال الشـافعى والأصحاب رحمهم الله : يسـتحب للنساء غير ذوات الهيئات حضور صلاة العيد ، وأما ذوات الهيئات وهن اللواتى يشتهين لجمالهن فيكره حضورهن ، هذا هو المذهب والمنصوص ، وبه قطع الجمهـور . وحكى الرافعى وجها أنه لا يستحب لهن الخـروج بحال ، والصواب الأول . واذا خرجن استحب خروجهن فى ثياب بذلة[1] ولا يلبسن ما يشهرهن ، ويستحب أن يتنظفن بالماء ، ويكره لهن التطيب لما ذكرناه فى باب صلاة الجماعة . هذا كله حكم العجائز اللواتى لا يشتهين ونحوهن ، فأما الشابة وذات الجمال ، ومن تشتهى فيكره لهن الحضـور ، لما فى ذلك من خوف الفتنة عليهن وبهن .

(فان قيل) هذا مخالف حـديث أم عطية المذكور (قلنـا) ثبت فى الصحيحين عن عائشة رضى الله عنها قالت : « لو أدرك رسول الله صلى الله

---

(١) المراد أن لا يتحرين لبس الجديد للخروج والبروز للناس كما يصنع الرجل لما فى ذلك من شد انتباه الرجال ولفت أنظارهم واهاجة الفتنة بينهم (ط) .

عليه وسلم ما أحدث النساء لمنعهن كما منعت نساء بنى اسرائيل » ولأن الفتن وأسباب الشر فى هذه الأعصار كثيرة بخلاف العصر الأول والله أعلم •

قال الشافعى فى الأم أحب شهود النساء العجائز وغير ذوات الهيئات الصلاة والأعياد وأنا لشهودهن الأعياد أشد استحبابا منى لشهودهن غيرها من الصلوات المكتوبات •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(قال الشافعى رحمه الله : ويزين الصبيان بالصبغ والحلى ذكوراً كانوا او اناثاً ، لأنه يوم زينة وليس على الصبيان تعبد ، فلا يمنعون لبس الذهب) •

(الشرح) اتفق نص الشافعى والأصحاب على استحباب حضور الصبيان المميزين صلاة العيد ، واتفقوا على اباحة تزينهم بالمصبغ وحلى الذهب والفضة يوم العيد ، لما ذكره المصنف ، وأما فى غير يوم العيد ففى تحليتهم بالذهب ولباسهم الحرير ثلاثة أوجه سبقت فى باب ما يكره لبسه ، أصحها جوازه ، والثانى تحريمه والثالث جوازه قبل سبع سنين ومنعه بعدها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والسنة أن يبكر الى الصلاة ليأخذ موضعه كما قلنا فى الجمعة ، والمستحب أن يمشى ولا يركب ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم ما ركب فى عيد ولا جنازة ولا بأس أن يركب فى العود لأنه غير قاصد الى قربة) •

(الشرح) هذا الحديث ذكره الشافعى فى الأم منقطعا مرسلا ، فقال : بلغنا أن الزهرى قال : « ما ركب رسول الله صلى الله عليه وسلم فى عيد ولا فى جنازة » رواه البيهقى عن الشافعى هكذا ، وروى ابن ماجه باسناده من ثلاثة طرق عن ابن عمر وأبى رافع وسعد القرظ رضى الله عنهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « كان يخرج الى العيد ماشيا ويرجع ماشيا » وليس فى رواية أبى رافع (ويرجع ماشيا) ولكن أسانيد الجميع ضعيفة بينة الضعف ، وعن الحارث الأعور عن على رضى الله عنه قال : « من السنة أن يخرج الى العيد ماشيا » رواه الترمذى ، وقال حديث حسن ، وليس هو

حسنا ، ولا يقبل قول الترمذى فى هذا ، فان مداره على الحارث الأعور [1]؛ واتفق العلماء على تضعيفه • قال الشعبى وغيره : كان الحارث كذابا ، وقول المصنف : لأنه غير قاصد الى قربة قد يعترض عليه فيقال : قد ثبت فى صحيح مسلم « أن رجلا كان منزله بعيدا عن المسجد وكان يمشى اليه قال : يا رسول الله انى أريد أن يكتب لى ممشاى الى المسجد ورجوعى اذا رجعت الى أهلى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : قد جمع الله لك ذلك كله » •

والجواب أن المصنف قال : لأنه غير قاصد الى قربة ، ولم يقل لأنه غير ماش فى قربة ولا نفى ثوابه فى الرجوع ، ورأيت من الناس من يسأل على هذا الحديث فيقول : قال : لم يركب فى عيد ولا جنازة ، ولم يذكر الجمعة وهذه غفلة ظاهرة ، لأن الجمعة تصلى فى المسجد وبيته صلى الله عليه وسلم بجنب المسجد فلا يتأتى الركوب اليها •

قال الشافعى والأصحاب : يستحب أن يبكر الى صلاة العيد ويكون التبكير بعد الفجر ، ويأكل قبل الخروج تمرا كما سبق هذا فى حق المأمومين، فأما الامام فيستحب له أن يتأخر فى الخروج الى الوقت الذى يصلى بهم فيه ، للأحاديث الصحيحة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « كان اذا خرج يوم العيد فأول شىء يبدأ به الصلاة » واتفق أصحابنا وغيرهم على هذا ، ونص عليه الشافعى فى المختصر ، ودليله الاقتداء بالنبى صلى الله عليه وسلم • ولأنه أبلغ فى مهابته قال أصحابنا وغيرهم : ويستحب أن يمشى جميع الطريق ولا يركب فى شىء منها الا أن يكون له عذر كمرض وضعف ونحوهما • فلا بأس بالركوب • ولا يعذر بسبب منصبه ورياسته فان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يمشى فى العيد وهو أكمل الخلق

---

(١) الحارث بن عبد الله الهمدانى الأعور يكنى أبا زهير يروى عن على وابن مسعود قال شعبة : لم يسمع أبو اسحق منه الا أربعة أحاديث وروى مغيرة عن الشعبى قال : حدثنى الحارث الأعور وكان كذابا وقال مغيرة : لم يكن الحارث يصدق عن على فى الحديث وقال ابن المدينى كذاب وقال جرير بن عبد الحميد : كان مزيفا وقال ابن معين ضعيف . وفى كتب التحديث يجعلون اسناد الحارث الأعور عن على أوهى الأسانيد كما يسوقون اسناد مالك عن نافع عن ابن عمر أصح الأسانيد (ط) .

وأرفعهم منصبا • قال أصحابنا : ولا بأس أن يركب فى الرجوع لما ذكره المصنف ، واتفق الأصحاب على هذا قالوا : وصورته اذا لم يتضرر الناس بمركوبه ، فان تضرروا به لزحمة وغيرها كره لما فيه من الاضرار •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واذا حضر جاز أن يتنفل الى أن يخرج الامام ، لما روى عن أبى بَرْزَة وانس والحسن وجابر بن زيد أنهم كانوا يصلون يوم العيد قبل خروج الامام ، ولأنه ليس بوقت منهى عن الصلاة فيه ، ولا هناك ما هو أهم من الصلاة ، فلم يمنع من الصلاة كما بعد العيد . والسنة للامام أن لا يخرج الا فى الوقت الذى يوافى فيه الصلاة ، لما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يخرج يوم الفطر والأضحى الى المصلى فأول شىء يبدأ به الصلاة » والسنة أن يمضى اليهما فى طريق ، ويرجع فى أخرى ، لما روى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يخرج يوم الفطر والأضحى فيخرج من طريق ويرجع من آخر ») •

(الشرح) حديث أبى سعيد رواه البخارى ومسلم ، وأما حديث ابن عمر فرواه أبو داود باسناد ضعيف ، ورواه البخارى فى صحيحه من رواية جابر قال « كان النبى صلى الله عليه وسلم اذا كان يوم العيد خالف الطريق » ورواه الحاكم من رواية أبى هريرة مرفوعا قال : وهو صحيح على شرط البخارى ومسلم وذكره البخارى فى صحيحه تعليقا ، قال البخارى: حديث جابر أصح ، وأما ما ذكره أولا عن أبى برزة وأنس والحسن وجابر ابن زيد فرواه البيهقى ، ولكنه وقع فى نسخ المهذب عن أبى برزة ــ بفتح الباء الموحدة وبعدها راء ساكنة ثم زاى مفتوحة ــ وهو تصحيف وصوابه عن أبى بردة ــ بضم الباء وبدال بعد الراء ــ هو أبو بردة التابعى ابن أبى موسى الأشعرى واسم أبى بردة عامر وقيل : الحارث وهذا الذى ذكرته من تصحيفه لا نشك فيه • فالصواب أبو بردة بالدال هكذا ذكره البيهقى فى كتابيه وغيره من الأئمة وتقديم المصنف له على أنس يدل على أنه ظنه أبا برزة الصحابى وهو غلط بلا شك •

(اما الأحكام) ففيه مسائل (احداها) يجوز لغير الامام التنفل يوم العيد قبل صلاة العيد وبعدها فى بيته وطريقه ، وفى المصلى قبل حضور

الامام ، لا بقصد التنفل لصلاة العيد ، ولا كراهـة فى شىء مـن ذلك ، لما ذكره المصنف ، قال الشافعى والأصحاب : وليس لصلاة العيد سنة قبلها ولا بعدها ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يصل قبلها ولا بعدها •

(المسألة الثانية) يستحب للامام أن لا يخرج الى موضع الصلاة الا فى الوقت الذى يصلى بهم ، قال أصحابنا : ويكره للامام أن يصلى قبل صلاة العيد أو بعدها فى المصلى ، لأنه لو صلى أوهم أنها سنة وليست سنة ، قال أصحابنا : ولا يصلى تحية المسجد ، بل يشرع أول وصوله فى صلاة العيد ، وتحصل التحية فى ضمنها ، ودليله حديث أبى سعيد •

(المسألة الثالثة) يستحب لكل من صلى العيد أن يمضى اليها فى طريق ويرجع فى طريق آخر للحديث ، ويستحب أن يمضى فى الطريق الأطول • (واختلفوا) فى سبب ذهابه صلى الله عليه وسلم فى طريق ورجوعه فى طريق آخر (فقيل) كان يذهب فى أطول الطريقين ويرجع فى الآخر ، لأن الذهاب أفضل من الرجوع • (وقيل) كان يتصـدق فى الطريقين (وقيل) كان يتصدق فى طريق ، ولا يبقى معه شىء فيرجع فى آخر لئلا يسأله سائل فيرده (وقيل) ليشرف أهل الطريقين (وقيل) ليشهد له الطريقان •

(وقيل) ليعلم أهل الطريقين ويفتيهم (وقيل) ليغيظ المنافقين باظهار الشعار (وقيل) لئلا يرصده المنافقون فيؤذوه (وقيل) للتفـاؤل بتغيير الحال الى المغفرة والرضا ونحو ذلك وقيل كان يخرج فى الطريق الأول خلق كثير فيكثر الزحام فيرجع فى آخر ليخف ، قال أصحابنا : ثم ان لم نعلم المعنى الذى خالف النبى صلى الله عليه وسلم بسببه الطريق استحب لنـا مخالفة الطريق بلا خلاف ، وان علمناه ووجد ذلك المعنى فى انسان استحب له مخالفة الطريق ، وان لم يوجد فيه فوجهان مشهوران (الصحيح) باتفاق الأصحاب يستحب أيضا ، وبه قال أبو على ابن أبى هريرة ، وبه قطع المصنف والأكثرون لمطلق الأمر بالاقتداء •

(والثانى) قاله أبو اسحاق : لا يستحب لفوات سببه ، وأجاب الأولون عن هـذا بأنه قد يزول سبب العبـادة ويبقى أصـلها ، كالرمل والسعى

ونظائرهما ، وأصح الأقوال فى حكمته هو الأول ، وهو الذهاب فى أطول الطريقين والرجوع فى الأقصر ، صححه جمهور أصحابنا ، وصحح الشيخ أبو حامد القول الأخير وأما قول امام الحرمين وغيره : ليس بقربة (فغلطوهم) فيه بل يثاب فى رجوعه للحديث الصحيح الذى قدمناه فى الفصل السابق • قال الشافعى فى الأم : ويستحب للامام فى رجوعه أن يقف فى طريقه فيستقبل القبلة ويدعو وروى فيه حديثا •

(فـــرع) فى مذاهب العلماء فى صلاة النفل قبل صلاة العيد وبعدها

أجمعوا على أنه ليس لها سنة قبلها ولا بعدها ، واختلفوا فى كراهة النفل قبلها وبعدها ، فمذهب الشافعى أنه لا يكره صلاة النفل قبل صلاة العيد ولا بعدها ، لا فى البيت ولا فى المصلى لغير الامام ، وبه قال أنس بن مالك وأبو هريرة ورافع بن خديج وسهل بن سعد وأبو بردة والحسن البصرى وأخوه سعد بن أبى الحسن وجابر بن زيد وعروة بن الزبير وابن المنذر • وقال آخرون : تكره الصلاة قبلها وبعدها ، حكاه ابن المنذر عن على بن أبى طالب وابن مسعود وحذيفة وابن عمر وجابر بن عبد الله [1] [وعبد الله] ابن أبى أوفى ومسروق والشعبى والضحاك بن مزاحم وسالم بن عبد الله والزهرى وابن جريج ومعمر وأحمد • وقال آخرون : يصلى بعدها لا قبلها ، حكاه ابن المنذر عن أبى مسعود البدرى الصحابى وعلقمة والأسود ومجاهد والنخعى وابن أبى ليلى والثورى والأوزاعى وأصحاب الرأى ، وحكاه البخارى فى صحيحه عن ابن عباس ، وقال آخرون : يكره فى المصلى قبلها وبعدها ولا يكره فى غيره • ودليلنا ما احتج به الشافعى وابن المنذر والمصنف وسائر الأصحاب أن الأصل اباحة الصلاة حتى يثبت النهى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

« ولا يؤذن لها ولا يقام لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : « شهدت العيد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ومع أبى بكر وعمر وعثمان

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من ش و ق وقد حررناه لعدم استقامة المعنى بدونه ولانه ليس فى الصحابة من اسمه جابر بن عبد الله بن ابى اوفى ولا فى التابعين فلم يبق الا انهما اسمان داخلا فى صورة اسم واحد من أخطاء النساخ أو الطباعين (ط) •

رضى الله عنهم فكلهم صلى قبلى الخطبة بغير أذان ولا اقامة » والسنة أن ينادى لها : الصلاة (١) جامعة لما روى عن الزهرى أنه كان ينادى به) .

(**الشرح**) حديث ابن عباس صحيح ، ورواه أبو داود باسناد صحيح على شرط البخارى ومسلم ، الا أنه قال : وعمر أو عثمان . ورواه البخارى ومسلم عن ابن عباس وجابر قالا : لم يكن يؤذن يوم الفطر والأضحى ، وفى صحيح مسلم عن جابر « شهدت مع النبى صلى الله عليه وسلم يوم العيد فبدأ بالصلاة قبل الخطبة بغير أذان ولها اقامة » وعن جابر بن سمرة « شهدت مع النبى صلى الله عليه وسلم العيدين غير مرة ولا مرتين بغير أذان ولها اقامة » رواه مسلم . وأما هذا المروى عن الزهرى فرواه الشافعى باسناد ضعيف مرسلا . فقال الشافعى فى الأم : أخبرنا الثقة عن الزهرى قال : « لم يكن يؤذن للنبى صلى الله عليه وسلم ولا لأبى بكر ولا عمر ولا عثمان فى العيدين حتى أحدث ذلك معاوية بالشام . وأحدثه الحجاج بالمدينة حين مر عليها ، قال الزهرى : وكان النبى صلى الله عليه وسلم يأمر فى العيدين المؤذن فيقول الصلاة جامعة ، ويغنى عن هذا الحديث الضعيف القياس على صلاة الكسوف ، فقد ثبتت الأحاديث الصحيحة فيها (منها) حديث عبد الله بن عمرو بن العاص قال : « لما كسفت الشمس فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم نودى بالصلاة جامعة » وفى رواية « أن الصلاة جامعة » رواه البخارى ومسلم .

وعن عائشة « أن الشمس خسفت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث مناديا « الصلاة جامعة » رواه البخارى ومسلم . قوله : عن الزهرى أنه كان ينادى به ، هو بفتح الدال . وقوله « الصلاة جامعة » هما منصوبان : الصلاة على الاغراء ، وجامعة على الحال .

(**اما الاحكام**) فقال الشافعى والأصحاب : لا يؤذن للعيد ولا يقام ، وبهذا قال جمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم ، وعليه عمل

---

(١) ومن البدع ترنيم المقرئين وتطريبهم عند صلاة العيد لهذا النداء فيقولون بأنغام وايقاعات معينة : الصلاة ـ مع رفعها ـ جامعة والأنوار ساطعة صلاة العيد أثابكم الله ، ولو اقتصر على الوارد لكان أفضل ولكن زين للناس الزيادة على كل وارد حتى كادت تنطمس معالم السنة بما غشاها من بدع لا أصل لها (ط) .

الناس فى الأمصـــار ، للأحاديث الصـــحيحة التى ذكرناها قال ابن المنـــذر : وروينا عن ابن الزبير أنه أذن لها وأقام .

قال : وقال حصين : أول من أذن فى العيد زياد ، وقيل أول من أذن لها معاوية وقيل غيره . قال الشافعى والأصحاب : ويستحب أن يقال : الصلاةَ جامعةً لما ذكرناه من القياس على الكسوف . قال الشافعى فى الأم : وأحب أن يأمر الامام المؤذن أن يقول فى الأعياد ، وما جمع الناس من الصلاة : الصلاة جامعة أو الصلاة . قال : وان قال : هلم الى الصلاة لم نكرهه ، وان قال حى على الصلاة فلا بأس . وان كنت أحب أن يتوقى ذلك لأنه من كلام الأذان . وأحب أن يتوقى جميع كلام الأذان ، قال : ولو أذن أو أقام للعيد كرهته له ولا اعادة عليه . هذا كلام الشافعى . وقال صاحب العدة : لو قال : حى على الصلاة جاز . بل هو مستحب ، وقال الدارمى لو قال : حى على الصلاة كره لأنه من ألفاظ الأذان . والصواب ما نص عليه الشافعى أنه لا يكره وأن الأولى اجتنابه واجتناب سائرألفاظ الأذان .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وصلاة العيد ركعتان لقول عمر رضى الله عنه ((صلاة الأضحى ركعتـــان وصلاة الفطر ركعتان ، وصلاة السفر ركعتان ، وصلاة الجمعة ركعتان . تمام غير قصر على لسان نبيكم صلى الله عليه وسلم ، وقد خاب من افترى)) والسنة ان تصلى جماعة لنقل الخلف عن السلف ، والســـنة أن يكبر فى الأولى ســـبع تكبيرات سوى تكبيرة الاحرام ، وتكبيرة الركوع ، وفى الثانية خمساً ســـوى تكبيرة القيام والركوع ، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ((كان يكبر فى الفطر فى الأولى سبعاً ، وفى الثانية خمساً سوى تكبيرة الصلاة)) والتكبيرات قبل القراءة ، لما روى كثير بن عبد الله عن ابيه عن جده ان النبى صلى الله عليه وسلم ((كان يكبر فى العيدين فى الركعـــة الأولى سبعاً ، وفى الثانية خمساً قبل القراءة)) فان حضر وقد سبقه الامام بالتكبيرات او ببعضها لم يقض ، لأنه ذكر مسنون فات محله ، فلم يقضـــه كدعاء الاستفتاح . وقال فى القديم : يقضى لأن محله القيام وقد ادركه وليس بشىء ، والسنة أن يرفع يديه مع كل تكبيرة ، لما روى ان عمر رضى الله عنه ((كان يرفع يديه فى كل تكبيرة فى العيد)) ويستحب أن يقف بين كل تكبيرتين بقدر آية يذكر الله تعالى ((لما روى ان الوليد بن عقبة خرج يوماً على عبد الله

ابن حذيفة والأشعرى (١) وقال : ان هذا العيد غداً فكيف التكبير ؟ فقال عبد الله بن مسعود : تكبر وتحمد ربك وتصلى على النبى صلى الله عليه وسلم وتدعو وتكبر وتفعل مثل ذلك ، فقال الأشعرى وحذيفة : صدق » والسنة ان يقرأ بعد الفاتحة « بق واقتربت » لما روى أبو واقد الليثى « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ فى الفطر والأضحى بق واقتربت الساعة » والسنة ان يجهر فيهما بالقراءة لنقل الخلف عن السلف) .

(الشرح) حديث عمر (صلاة الأضحى ركعتان) الى آخره حديث حسن رواه أحمد بن حنبل والنسائى وغيرهما ، وسبق بيانه فى آخر باب صلاة الجمعة ، وفى صلاة المسافر وجواز القصر والاتمام . وحديث عمرو بن شعيب هذا صحيح رواه أبو داود وغيره بأسانيد حسنة . قال الترمذى فى كتاب العلل : سألت البخارى عنه فقال : ليس فى هذا الباب شىء أصح منه قال : وبه أقول ، وهذا الذى قاله فيه نظر لأن كثير(٢) بن عبد الله ضعيف ، ضعفه الجمهور .

وأما قوله (ان عمر كان يرفع يديه فى كل تكبيرة فى العيد) فقال البيهقى : رويناه فى حديث مرسل ، وهو قول عطاء بن أبى رباح ، ورواه فى السنن الكبير عن عمر رضى الله عنه باسناد ضعيف ومنقطع . وأما قوله (ان الوليد بن عقبة خرج على عبد الله وحذيفة) فرواه البيهقى باسناد حسن وليس فى روايته (فقال الأشعرى وحذيفة صدق) وأما حديث أبى واقد فرواه مسلم . وأما جد كثير بن عبد الله فهو عمرو بن عوف الأنصارى (٣) الصحابى توفى بالمدينة آخر خلافة معاوية .

وأما الوليد فهو أبو وهب الوليد بن عقبة بن أبى معيط ، واسم أبى معيط أبان بن أبى عمرو بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف القرشى الأموى الصحابى وهو أخو عثمان بن عفان لأمه ، أسلم يوم الفتح .

---

(١) فى نسخة الركبى (خرج على عبد الله وحذيفة والأشعرى) (ط) .

(٢) قلت : ومنهم من نسبه الى الكذب كأبى داود فانه قال فيه : ركن من اركان الكذب وعزا الشوكانى هذا الى الشافعى أيضاً وضرب أحمد على حديثه . وقال ابن حبان : له عن أبيه عن جده نسخة موضوعة (ط) .

(٣) هو صحابى مزنى كان قديم الاسلام يقال أنه قدم مع النبى صلى الله عليه وسلم المدينة ويقال أول مشاهده الخندق ، له منزل بالمدينة وهو غير عمرو بن عوف البدرى رضى الله عنهما اذ أن هذا الأخير لم يعقب (ط) .

وأما أبو واقد فبالقاف واسمه الحارث بن عوف ، وقيل : الحارث بن مالك وقيل : عوف بن الحارث شهد بدرا واليرموك والجابية وتوفى بمكة سنة ثمان وستين وهو ابن خمس وسبعين ، ودفن فى مقبرة المهاجرين •

أما قول المصنف (لأنه ذكر مسنون فات محله فلم يقضه كدعاء الاستفتاح) احترز بالمسنون عن قراءة الفاتحة اذا نسيها ، أو أدرك الامام بعد فراغه منها (وقوله) كدعاء الاستفتاح معناه أن المنفرد اذا شرع فى الفاتحة قبل الافتتاح لا يأتى بعد ذلك ، وأما المأموم اذا أدرك الامام بعد فراغه منه وشروعه فى القراءة أتى به ان لم يخش فوت الفاتحة قبل ركوع الامام ، نص عليه الشافعى فى الأم ، واتفقوا عليه وهذا القياس الذى ذكره فيه انكاران (أحدهما) أنه ليس نظير مسألتنا ، بل نظيرها اذا أدرك الامام فى الفاتحة ، وقد نص فى الأم على أنه يأتى بالافتتاح هنا • (الثانى) أنه ينتقض بمن ترك قراءة سورة الجمعة فى الركعة الأولى منها ، فانه يقرأ فى الثانية الجمعة والمنافقين بالاتفاق ، وبمن ترك التعوذ فى الركعة الأولى وقلنا يختص بها فانه يأتى به فى الثانية بالاتفاق ، وبالمسبوق اذا أدرك ركعتين فانه يأتى بالسورة فى الباقيتين على الصحيح المنصوص مع قولنا لا تشرع السورة فى الأخريين • قال الأصحاب : انما يأتى بالسورة لكونها فاتته فى الأوليين مع الامام والله أعلم •

(**اما الاحكام**) فصلاة العيد ركعتان بالاجماع ، وصفتها المجزئة كصفة سائر الصلوات وسننها وهيئاتها كغيرها من الصلوات ، وينوى بها صلاة العيد ، هذا أقلها • وأما الأكمل [1] فأن يقرأ بعد تكبيرة الاحرام دعاء الاستفتاح ، ثم يكبر فى الركعة الأولى سبع تكبيرات سوى تكبيرة الاحرام ، وسوى تكبيرة الركوع وفى الثانية خمسا سوى تكبيرة القيام من السجود ، والهوى الى الركوع • وقال المزنى : التكبيرات فى الأولى ست ، وحكى الرافعى قولا شاذا أن دعاء الاستفتاح يكون بعد هذه التكبيرات ، والصواب الأول ، وهو المعروف من نصوص الشافعى ، وبه قطع الجمهور •

قال الشافعى وأصحابنا : يستحب أن يقف بين كل تكبيرتين من الزوائد قدر قراءة آية ، لا طويلة ولا قصيرة ، يهلل الله تعالى ويكبره ، ويحمده

---

(١) ضمير الشأن محذوف بعد الفاء وقبل ان .

ويمجده هذا لفظ الشافعى فى الأم ومختصر المزنى ، لكن ليس فى الأم : ويمجده • قال جمهور الأصحاب : يقول : سبحان الله والحمد لله ولا اله الا الله والله أكبر ، ولو زاد عليه جاز ، وقال الصيدلانى عن بعض الأصحاب : يقول لا اله الا الله وحده لا شريك له ، له الملك وله الحمد ، بيده الخير وهو على كل شىء قدير • وقال ابن الصباغ : لو قال ما اعتاده الناس : الله أكبر كبيرا والحمد لله كثيرا وسبحان الله بكرة وأصيلا وصلى الله على محمد وآله وسلم كثيرا • كان حسنا • وقال الامام أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن مسعود المسعودى من أصحابنا ــ أصحاب القفال ــ يقول : سبحانك اللهم وبحمدك ، تبارك اسمك وتعالى جدك وجل ثناؤك ولا اله غيرك • ولا يأتى بهذا الذكر بعد السابعة والخامسة ، بل يتعوذ عقب السابعة ، وكذا عقب الخامسة ان قلنا يتعوذ فى كل ركعة وهو الأصح ، ولا يأتى به أيضا بين تكبيرة الاحرام والأولى من الزوائد ، ولا يأتى به أيضا فى الثانية قبل الأولى من الخمس ، هذا هو المذهب • وقال امام الحرمين : يأتى به والصواب فى المذهب والدليل هو الأول ، وبه قطع الأصحاب فى طرقهم • قال الشافعى فى الأم (ولو وصل التكبيرات الزوائد بعضهن ببعض ولم يفصل بينهن بذكر كرهت ذلك ، ثم يقرأ بعد التعوذ الفاتحة ثم سورة ق ، وفى الركعة الثانية بعد الفاتحة اقتربت الساعة) وثبت فى صحيح مسلم فى رواية النعمان بن بشير أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « قرأ فى صلاة العيد أيضا بسبح اسم ربك وهل أتاك حديث الغاشية » فكلاهما سنة والله أعلم •

والمستحب أن يرفع يديه حذو منكبيه فى كل واحدة من التكبيرات الزوائد ، ويضع اليمنى على اليسرى بين كل تكبيرتين • قال الرافعى : وفى العدة ما يشعر بخلاف فيه ، قال الشافعى فى الأم : فان ترك الرفع فى التكبيرات أو بعضها كرهت ذلك له ، ولو شك فى عدد التكبيرات أخذ بالأقل قياسا على عدد الركعات ، ولو كبر ثمانى تكبيرات وشك ، هل نوى الاحرام باحداهن ؟ لم تنعقد صلاته ، نص عليه فى الأم ، واتفقوا عليه ، لأن الأصل عدم ذلك • ولو شك فى التكبيرة التى نوى التحرم بها جعلها الأخيرة وأعاد الزوائد • ولو صلى خلف من يكبر ثلاثا أو ستا ففيه قولان (أحدهما) يكبر

سبعا فى الأولى وخمسا فى الثانية ، كما لو ترك امامه التعوذ ونحوه (وأصحهما) لا يزيد عليه لئلا يخالفه ، ولو ترك الزوائد عمدا أو سهوا لم يسجد للسهو وصلاته صحيحة ، لكن يكره تركهن أو ترك واحدة منهن والزيادة فيهن • نص عليه فى الأم وأجمعت الأمة على أنه يجهر بالقراءة والتكبيرات الزوائد ويسر بالذكر بينهن •

(فرع) لو نسى التكبيرات الزائدة فى صلاة العيد فى ركعة فتذكرهن فى الركوع أو بعده ، مضى فى صلاته ولا يكبرهن ولا يقضيهن ، فان عاد الى القيام ليكبرهن بطلت صلاته ــ ان كان عالما بتحريمه ــ والا فلا ولو تذكرهن قبل الركوع اما فى القراءة واما بعدها فقولان (الصحيح) الجديد أنه لا يأتى بهن لفوات محلهن وهو قبل القراءة ، والقديم يأتى بهن سواء ذكرهن فى القراءة أو بعدها ، ما لم يركع وعنده أن محلهن القيام وهو باق ، فعلى القديم لو تذكر فى أثناء الفاتحة قطعها وكبرهن ثم استأنف الفاتحة ، ولو تذكرهن بعد الفاتحة كبرهن ويستحب استئناف الفاتحة ، وفيه وجه شاذ حكاه الرافعى أنه يجب استئناف الفاتحة (والصواب الأول) وبه قطع الجمهور ونص عليه فى الأم ، واتفقوا على أنه لو تركهن حتى تعوذ ولم يشرع فى الفاتحة أتى بهن لأن محلهن قبل القراءة وتقديمهن على التعوذ سنة لا شرط ولو أدرك الامام فى أثناء الفاتحة أو كبر بعض التكبيرات الزائدة فعلى الجديد لا يكبر ما فاته وعلى القديم يكبره ، ولو أدركه راكعا ركع معه ولا يكبرهن بالاتفاق ، ولو أدركه فى الركعة الثانية كبر معه خمسا على الجديد ، فاذا قام الى ثانيته بعد سلام الامام كبر أيضا خمسا •

(فرع) تسن صلاة العيد جماعة ، وهذا مجمع عليه للأحاديث الصحيحة المشهورة فلو صلاها المنفرد فالمذهب صحتها ، وفيه خلاف ذكره المصنف فى آخر الباب سنوضحه هناك ان شاء الله تعالى •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى عدد التكبيرات الزوائد

قد ذكرنا أن مذهبنا أن فى الأولى سبعا ، وفى الثانية خمسا وحكاه الخطابى فى معالم السنن عن أكثر العلماء وحكاه صاحب الحاوى عن أكثر

الصحابة والتابعين ، وحكاه عن ابن عمر وابن عباس وأبى هريرة وأبى سعيد الخدرى ويحيى الأنصارى والزهرى ومالك والأوزاعى وأحمد واسحق ، وحكاه المحاملى عن أبى بكر الصديق وعمر وعلى وزيد بن ثابت وعائشة رضى الله عنهم ، وحكاه العبدرى أيضا عن الليث وأبى يوسف وداود • وقال آخرون : يكبر فى كل ركعة سبعا ، حكاه ابن المنذر عن ابن عباس والمغيرة بن شعبة وأنس بن مالك وسعيد بن المسيب والنخعى ، وحكى أصحابنا عن مالك وأحمد وأبى ثور والمزنى أن فى الأولى ستا وفى الثانية خمسا وقال ابن مسعود : فى الأولى خمس وفى الثانية أربع كذا حكاه عنه الترمذى وحكى غيره عن ابن مسعود أن فى كل ركعة ثلاث تكبيرات وهو مذهب أبى حنيفة وحكاه ابن المنذر عن ابن مسعود وحذيفة وأبى موسى وعقبة بن عمرو ، وعن الحسن البصرى فى الأولى خمس ، وفى الثانية ثلاث ، وحكى أيضا عن ابن مسعود وحذيفة وأبى موسى وابن الزبير فى كل ركعة أربع تكبيرات ، وعن الحسن البصرى رواية يكبر فى الأولى ثلاثا وفى الثانية ثنتين •

واحتج لأبى حنيفة وموافقيه بما روى « أن سعيد بن العاص سأل أبا موسى وحذيفة كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكبر فى الأضحى والفطر ؟ فقال أبو موسى : كان يكبر أربعا تكبيرة على الجنائز ، فقال حذيفة : صدق » رواه أبو داود باسناد فيه ضعف ، وأشار البيهقى الى تضعيفه وشذوذه ، ومخالفة رواية الثقات ، وأن المشهور وقفه على ابن مسعود •

واحتج أصحابنا بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « كبر فى الأولى سبعا ، وفى الثانية خمسا [1] » رواه أبو داود وغيره وصححوه كما سبق بيانه ، وعن جماعة من الصحابة عن النبى صلى الله عليه وسلم مثله ، رواه أبو داود وغيره (والجواب) عن حديثهم أنه ضعيف كما سبق ، مع أن رواة ما ذهبنا اليه أكثر وأحفظ وأوثق مع أن معهم زيادة والله أعلم •

---

(١) هذا الحديث أخرجه أيضا أحمد فى مسنده وابن ماجه وقال أحمد : أنا أذهب الى هذا . وقال العراقى : اسناده صالح ونقل الترمذى فى العلل عن البخارى أنه قال : انه حديث صحيح (ط) .

(فـــرع) فى مذاهبهم فى محل التكبير

قد ذكرنا أن مذهبنا أن التكبيرات الزوائد تكون بين دعاء الاستفتاح والتعوذ ؛ وبه قال العلمـــاء كافة الا أبا حنيفة فقال : يقـــرأ فى الثانية قبل التكبيرات ثم يكبر • وحكى ابن الصباغ وغيره عن أبى يوسف أنه يتعوذ قبل التكبيرات ، ليتصل التعوذ بدعاء الاستفتاح • وحكى الشيخ أبو حامد عن محمد أنه يكبر التكبيرات ثم يأتى بدعاء الافتتاح ثم التعوذ • واحتج لأبى حنيفة بما روى عن ابن مسعود وحذيفة أن النبى صلى الله عليه وسلم « كبر فى صلاة العيد أربعا كتكبيرات الجنازة ووالى بين القراءتين » واحتج أصحابنا بحديث كثير بن عبد الله المذكور فى الكتاب ونحوه أيضا فى سنن أبى داود من جهة غيره ، والحديث المحتج به لأبى حنيفة ضعيف أو باطل ، وقول أبى يوسف غير مسلم ، فان التعوذ انما شرع للقراءة وهو تابع لها ، فينبغى أن يتصل بها ، والله أعلم •

(فـــرع) فى مذاهبهم فى رفع اليدين فى التكبيرات الزائدة

مذهبنا استحباب الرفع فيهن واستحباب الذكر بينهن ، وبه قال عطـــاء والأوزاعى وأبو حنيفة ومحمد وأحمـــد وداود وابن المنـــذر • وقال مالك والثورى وابن أبى ليلى وأبو يوسف : لا يرفع اليدين الا فى تكبيرة الاحرام•

(فـــرع) فى مذاهبهم فى الذكر بين التكبيرات الزوائد

قد ذكرنا أن مذهبنا استحبابه ، وبه قال ابن مسعود وأحمد وابن المنذر ، وقال مالك والأوزاعى : لا يقوله • ومذهبنا أن دعاء الافتتاح فى صلاة العيد قبل التكبيرات الزوائد • وقال الأوزاعى : يقوله بعدهن • وأما التعوذ فمذهبنا أنه يقوله بعد التكبيرات الزوائد وقبل الفاتحة ، وبه قال أحمد ومحمـــد بن الحسن • وقال أبو يوسف : يقوله عقب دعاء الاستفتاح قبل التكبيرات •

(فـــرع) فى مذاهبهـــم فيمن نسى التكبيرات الزائـــدة حتى شرع فى القراءة • قد ذكرنا أن مذهبنا الجديد الصحيح أنها تفوت ولا يعود يأتى بها ، وبهذا قال أحمد بن حنبل والحسن بن زياد اللؤلؤى صـــاحب أبى حنيفة ، والقديم أنه يأتى بها ما لم يركع ، وبه قال أبو حنيفة ومالك •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والسنة اذا فرغ من الصلاة ان يخطب لما روى ابن عمر رضى الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ابا بكر وعثمان رضى الله عنهما « كانوا يصلون العيدين قبل الخطبة » والمستحب ان يخطب على منبر لما روى جابر رضى الله عنه قال : « شهدت مع النبى صلى الله عليه وسلم الأضحى فلما قضى خطبته نزل عن منبره » ويسلم على الناس اذا اقبل عليهم كما قلنا فى خطبة الجمعة ، وهل يجلس قبل الخطبة ؟ فيه وجهان (احدهما) لا يجلس لان فى الجمعة [انما] يجلس لفراغ المؤذن من الأذان ، وليس فى العيدين اذان (والثانى) يجلس وهو المنصوص فى الأم لانه يستريح بها ، ويخطب خطبتين يفصل بينهما بجلسة ، ويجوز ان يخطب من قعود لما روى أبو سعيد الخدرى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم « خطب يوم العيد على راحلته » ولأن صلاة العيد يجوز قاعداً فكذلك خطبتها بخلاف الجمعة ، والمستحب ان يستفتح الخطبة الأولى بتسع تكبيرات والثانية بسبع ، لما روى عن عبيد الله بن عبد الله ابن عتبة بن مسعود انه قال : (هو من السنة) ويأتى ببقية الخطبة على ماذكرناه فى الجمعة من ذكر الله تعالى وذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم والوصية بتقوى الله تعالى وقراءة القرآن ، فان كان فى عيد الفطر علمهم صدقة الفطر ، وان كان فى عيد الأضحى علمهم الأضحية ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى خطبته « لا يذبحن احد حتى يصلى » .

ويستحب للناس استماع الخطبة لما روى عن ابن مسعود (١) انه قال يوم عيد « من شهد الصلاة معنا فلا يبرح حتى يشهد الخطبة » فان دخل رجل والامام يخطب ، فان كان فى المصلى استمع الخطبة ولا يشتغل بصلاة العيد لان الخطبة من سنن العيد ويخشى فواتها ؛ والصلاة لا يخشى فواتها فكان الاشتغال [بالخطبة] اولى وان كان فى المسجد ففيه وجهان : قال ابو على ابن ابى هريرة ، يصلى تحية المسجد ولا يصلى صلاة العيد ، لأن الامام لم يفرغ من سنة العيد فلا يشتغل بالقضاء . وقال ابو اسحاق المروزى : يصلى العيد لأنها اهم من تحية المسجد وآكد ، واذا صلاها سقط بها التحية فكان الاشتغال بها أولى كما لو حضر وعليه مكتوبة) .

(الشرح) حديث ابن عمر رضى الله عنهما رواه البخارى ومسلم ، وحديث جابر رواه البخارى ومسلم بمعناه ، ولفظهما قال جابر « قام النبى

---

(١) فى بعض نسخ المهذب ابى مسعود البدرى ولم يخرجه الشارح هنا ولم اجده فى كتب السنة ومدوناتها التى بين يدى والمحفوظ التخيير فعند أبى داود والنسائى وابن ماجه عن عبد الله ابن السائب رضى الله عنهما قال : « شهدت مع النبى صلى الله عليه وسلم العيد فلما قضى الصلاة قال : انا نخطب فمن احب أن يجلس للخطبة فليجلس ومن احب ان يذهب فليذهب »(ط)

صلى الله عليه وسلم يوم الفطر فصلى فبدأ بالصلاة ثم خطب ، فلما فرغ نزل فأتى النساء فذكرهن » فقوله نزل معناه عن المنبر • وأما حديث عبيد الله فرواه الشافعى فى الأم باسناد ضعيف ، ومع ضعفه فلا دلالة فيه على الصحيح لأن عبيد الله تابعى ، والتابعى اذا قال من السنة فيه وجهان لأصحابنا حكاهما القاضى أبو الطيب (أصحهما) وأشهرهما أنه موقوف (والثانى) مرفوع مرسل، فان قلنا موقوف فهو قول صحابى لم يثبت انتشاره فلا يحتج به على الصحيح كما سبق ، وان قلنا : مرفوع فهو مرسل لا يحتج به وأما قوله لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى خطبته « لا يذبحن أحد حتى يصلى » فهو ثابت فى الصحيحين بمعناه من رواية البراء بن عازب وجندب بن عبد الله رضى الله عنهم •

(**اما الأحكام**) فيسن بعد صلاة العيد خطبتان على منبر ، واذا صعد المنبر أقبل على الناس وسلم عليهم وردوا عليه كما سبق فى الجمعة ، ثم يخطب كخطبتى الجمعة فى الأركان والصفات ، الا أنه لا يشترط القيام فيهما ، بل يجوز قاعداً ومضجعاً مع القدرة على القيام والأفضل قائما ، ويسن أن يفصل بينهما بجلسة كما يفصل فى خطبتى الجمعة ، وهل يستحب أن يجلس قبل الخطبتين أول صعوده الى المنبر ، كما يجلس قبل خطبتى الجمعة ؟ فيه الوجهان المذكوران فى الكتاب (أصحهما) باتفاق الأصحاب يستحب وهو المنصوص فى الأم • وذكر المصنف دليل هذا كله ، واتفقت نصوص الشافعى والأصحاب على أنه يستحب أن يكبر فى أول الخطبة الأولى تسع تكبيرات نسقا ، وفى أول الثانية سبعاً • قال الشافعى والأصحاب : ولو أدخل بين هذه التكبيرات الحمد والتهليل والثناء جاز • وذكر الرافعى وجهاً أن صفة هذه التكبيرات كصفة التكبيرات المرسلة والمقيدة التى سنوضحها ان شاء الله تعالى •

(واعلم) أن هذه التكبيرات ليست من نفس الخطبة ، وانما هى مقدمة لها • وقد نص الشافعى وكثيرون من الأصحاب على أنهن لسن من نفس الخطبة ، بل مقدمة لها ، قال البندنيجى : يكبر قبل الأولى تسع تكبيرات وقبل الثانية سبعا ، قال الشيخ أبو حامد : هو ظاهر نص الشافعى ، ولا يغتر

بقول المصنف وجماعة : يستفتح الأولى بتسع تكبيرات ، فان كلامهم متأول على أن معناه يفتتح الكلام قبل الخطبة بهذه التكبيرات ، لأن افتتاح الشيء قد يكون ببعض مقدماته التى ليست من نفسه ، فاحفظ هذا فانه مهم خفى ، قال الشافعى والأصحاب : فان كان فى عيد الفطر استحب للخطيب تعليمهم أحكام صدقة الفطر ، وفى الأضحى أحكام الأضحية ، ويبينها بياناً واضحاً يفهمونه •

ويستحب للناس استماع الخطبة ، وليست الخطبة ولا استماعها شرطاً لصحة صلاة العيد ، لكن قال الشافعى : لو ترك استماع خطبة العيد أو الكسوف أو الاستسقاء أو خطب الحج ، أو تكلم فيها أو انصرف وتركها ، كرهته ولا اعادة عليه ، ولو دخل انسان والامام يخطب للعيد ، فان كان فى المصلى جلس واستمع الخطبة ، ولم يصل التحية ، ثم اذا فرغ الامام فله الخيار ان شاء صلى العيد فى الصحراء ، وان شاء فى بيته أو غيره ، هكذا قطع به الجمهور ، ونقلوا الاتفاق عليه ، وقال البندنيجى عن نصه فى المختصر قال : ونص فى البويطى أنه يصلى العيد قبل أن يدنو من المصلى ، ثم يحضر ويستمع الخطبة ، والمشهور الأول ، فأما ان كان فى المسجد فوجهان مشهوران ذكر المصنف دليلهما (أصحهما) عند جمهور الأصحاب يصلى العيد ، وتندرج التحية فيه ، وبهذا قال أبو اسحاق المروزى ، وممن صححه الشيخ أبو حامد ، وصاحب الحاوى والقاضى أبو الطيب فى المجرد والدارمى والبندنيجى والمحاملى والبغوى وغيرهم • (والثانى) قاله ابن أبى هريرة يصلى التحية ويؤخر صلاة العيد ، وبهذا قطع سليم الرازى فى الكفاية ، وصححه صاحب البيان •

وهذا الخلاف انما هو فى الأفضل ، هل يصلى التحية ؟ أم العيد ؟ ولا خلاف أنه مأمور بأحدهما لأن المسجد لا يجلس فيه الا بعد صلاة ، فان صلى التحية ــ قال أبو اسحاق المروزى والقاضى أبو الطيب وصاحب الشامل وسائر الأصحاب : فالمستحب أن يصلى العيد بعد فراغ الامام فى المسجد ، ولا يؤخرها الى بيته ، بخلاف ما اذا أدرك الامام بالمصلى فانه مخير بين أن

يصلى العيد فى المصلى بعد فراغ الامام ، وبين أن يرجع الى بيته يصلى ، نص عليه الشافعى •

قالوا : والفرق أن المصلى لا مزية له على بيته ، وأما المسجد فهو أشرف البقاع ، فكانت صلاته فيه أفضل من بيته ، قال صاحب الشامل وغيره : ويخاف سائر النوافل حيث قلنا : فعلها فى البيت أفضل لأن هذه الصلاة تسن لها الجماعة ، فكان فعلها فى المسجد أولى كالفرائض بخلاف المصلى فانما استحببناها فيه للامام لتكثر الجماعة وذلك المعنى مفقود فى حق المنفرد ، وهذا كله تفريع على المذهب وهو صحة صلاة العيد للمنفرد ، وفيه خلاف ذكره المصنف بعد هذا والله أعلم •

(فرع) اذا فرغ الامام من الصلاة والخطبة ، ثم علم أن قوما فاتهم سماع الخطبة استحب أن يعيد لهم الخطبة ، سواء كانوا رجالا أم نساء ، وممن صرح به من أصحابنا البندنيجى والمتولى ، واحتجوا له بحديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « خطب يوم العيد فرأى أنه لم يسمع النساء فأتاهن فذكرهن ووعظهن وأمرهن بالصدقة » رواه البخارى ومسلم •

(فرع) لو خطب قبل صلاة العيد فهو مسىء ، وفى الاعتداد بالخطبة احتمال لامام الحرمين والصحيح بل الصواب أنه لا يعتد بها ، لقوله صلى الله عليه وسلم « صلوا كما رأيتمونى أصلى » وقياسا على السنة الراتبة بعد الفريضة اذا قدمها عليها ، وهذا الذى صححته هو ظاهر نص الشافعى فى الأم، فانه نص فى الأم ونقله أيضاً القاضى أبو الطيب فى التجريد عن نصه فى الأم قال : قال : فان بدأ بالخطبة قبل الصلاة رأيت أن يعيد الخطبة بعد الصلاة ، فان لم يفعل لم يكن عليه اعادة صلاة ولا كفارة ، كما لو صلى ولم يخطب • هذا نصه بحروفه ، وهو ظاهر فى أن الخطبة غير محسوبة ، ولهذا قال : كما لو صلى ولم يخطب •

(فرع) قال الشافعى فى الأم : أكره للمساكين اذا حضروا العيد المسألة فى حال الخطبتين ، بل ينكفون عن المسألة حتى يفرغ الامام من الخطبتين ، قال : فان سألوا فلا شىء عليهم فيها الا ترك الفضل فى الاستماع •

(فـــرع) قال أصـــحابنا : الخطب المشروعة عشر ، خطبـــة الجمعة ، والعيدين ، والكسوفين والاستسقاء ، وأربع خطب فى الحج ، وكلها بعد الصلاة الا خطبة الجمعة وخطبة الحج يوم عرفة ، وكلها يشرع فيها خطبتان الا الثلاث الباقية من الحج فانهن فرادى ، قال أصحابنا : والفرق بين خطبة الجمعة والعيـــد فى التقدم على الصـــلاة والتأخر من أوجه ذكرناها فى باب الجمعة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(روى المزنى رحمه الله أنه يجوز صلاة العيد للمنفرد والمسافر والعبد والمرأة وقال فى الاملاء والقديم ، والصيد والذبائح : لا يصلى العيد حيث لا تصلى الجمعة فمن أصحابنا من قال : فيها قولان (أحدهما) لا يصلون « لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان بمنى مسافراً يوم النحر فلم يصل » ولأنها صلاة شرع لها الخطبة واجتماع الكافة فلم يفعلها المسافر كالجمعة . (والثانى) يصلون وهو الصحيح ، ولأنها صلاة نفل فجاز لهم فعلهـا كصـــلاة الكســـوف ، ومن اصحابنا من قال : يجوز لهم فعلها قولا واحداً ، وتأول ما قال فى الاملاء والقديم على أنه اراد لا يصلى بالاجتماع والخطبة حيث لا تصلى الجمعة لأن فى ذلك افتياتاً على السلطان) .

(**الشرح**) حديث ترك النبى صلى الله عليه وسلم صـــلاة العيد يوم النحر بمنى صحيح معروف ، وقوله : اجتماع الكافة ، هذا لحن عند أهـــل العربية فلا يقال : الكافة ولا كافة النـــاس فلا يستعمل بالألف واللام ولا مضافا ، وانما يستعمل حالا فيقال اجتماع الناس كافة كما قال الله تعـــالى « ادخلوا فى السلم كافة » (١) « وقاتلوا المشركين كافة » (٢) « وما أرسلناك الا كافة للناس » (٣) ولا تغترن بكثرة استعمالها لحنا فى كتب الفقه والخطب النباتية (٤) والمقامات وغيرها (وقوله) الصيد والذبائح هو كتاب من كتب

---

(١) الآية ٢٠٨ من سورة البقرة .

(٢) من الآية ٣٦ من سورة التوبة .

(٣) من الآية ٢٨ من سورة سبأ .

(٤) نسبة الى الخطيب أبى يحيى عبد الرحيم بن محمد بن اسماعيل بن نباته الحداقى صاحب الخطب المشهورة . كان اماما فى علوم الأدب ورزق السعادة فى خطبه التى وقع الاجماع على أنه ما عمل مثلها وهو من أهل ميافارقين وكان خطيب حلب وبها اجتمع بأبى الطيب المتنبى فى خدمة سيف الدولة بن حمدان قال ابن خلكان بعد ذكر رؤيا ابن نباته للنبى صلى الله عليه وسلم . وهذا الخطيب لم أر أحداً من المؤرخين ذكر تاريخه فى المولد والوفاة سوى ابن الأزرق الفارقى فى تاريخه فانه قال : ولد سنة ٣٣٥ وتوفى سنة ٣٧٤ ونباتة بضم النون وفتح الباء (ط) .

الأم (وقوله) صلاة تشرع لها الخطبة واجتماع الكافة فلم يفعلها المسافر فيه احتراز من المكتوبات ، ولكنه ينتقض بصلاة الكسوف (وقوله) فى تعليل القول الآخر صلاة نفل احتراز من الجمعة • (وأما) التأويل المذكور (فمعناه) أن الشافعى أراد أنه لا يجوز أن يصلى طائفة من الناس فى مسجد من مساجد البلد بخطبة واجتماع ، ويتركوا الصلاة مع الامام وحضور خطبته فى الجامع بخلاف الصلوات الخمس ، حيث تفعل فى كل مسجد ، لأن فى العيد افتياتا بخلاف الخمس •

(**أما الأحكام**) فهل تشرع صلاة العيد للعبد والمسافر والمرأة والمنفرد فى بيته أو فى غيره ؟ فيه طريقان (أصحهما وأشهرهما) القطع بأنها تشرع لهم ، ودليله ما ذكره المصنف ، وأجابوا عن ترك النبى صلى الله عليه وسلم بمنى بأنه تركها لاشتغاله بالمناسك ، وتعليم الناس أحكامها ، وكان ذلك أهم من العيد (والثانى) فيه قولان • (أحدهما) هذا ، وهو نصه فى معظم كتبه الجديدة • (والثانى) لا تشرع ، نص عليه فى القديم والاملاء ، والصيد والذبائح من الجديد ، قال أصحابنا : فعلى القديم تشترط فيها شروط الجمعة من اعتبار الجمعة والعدد بصفات الكمال وغيرهما الا أنه يجوز فعلها خارج البلد ، قال الرافعى : ومنهم من منعه ، وهذا غلط ظاهر منابذ للسنة مردود على قائله ، قال : ومنهم من جوزها بدون أربعين على هذا القول ، والا فان خطبتها بعدها ، وأنه لو تركها صحت صلاته ، فاذا قلنا بالمذهب فصلاها المنفرد لم يخطب على المذهب الصحيح المشهور وبه قطع الجمهور ، وفيه وجه شاد ضعيف حكام الرافعى أنه يخطب • وان صلاها مسافرون خطب بهم امامهم • نص عليه فى الأم واتفقوا عليه • قال الشافعى فى الأم : وان ترك صلاة العيدين من فاتته أو تركها من لا تجب عليه الجمعة كرهت ذلك له قال : وكذلك الكسوف والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا شهد شاهدان يوم الثلاثين بعد الزوال برؤية الهلال ففيه قولان • (احدهما) لا يقضى (والثانى) يقضى وهو الأصح (١) فان أمكن جمع الناس

---

(١) فى بعض النسخ (وهو الصحيح) •

صلى بهم فى يومهم وان لم يمكن جمعهم صلى بهم من الغد ، لما روى أبو عمير ابن أنس عن عمومته رضى الله عنهم قالوا : « قامت بينة عند النبى صلى الله عليه وسلم بعد الظهر أنهم راوا هلال شوال ، فأمرهم النبى صلى الله عليه وسلم ان يفطروا وان يخرجوا من الغد الى المصلى » وان شهدا ليلة الحادى والثلاثين صلوا قولا واحداً ، ولا يكون ذلك قضاء لأن فطرهم غداً لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « فطركم يوم تفطرون وأضحاكم يوم تضحون وعرفتكم يوم تعرّفون ») .

(الشرح) حديث أبى عمير صحيح رواه أبو داود والنسائى وغيرهما بأسانيد صحيحة ، ولفظ رواية أبى داود عن أبى عمير بن أنس عن عمومة له من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم « أن ركبا جاءوا الى النبى صلى الله عليه وسلم يشهدون أنهم رأوا الهلال بالأمس فأمرهم أن يفطروا ، واذا أصبحوا يغدوا الى مصلاهم » رواه البيهقى ، ثم قال وهذا اسناد صحيح . قال : وعمومة أبى عمير صحابة لا تضر جهالة أعيانهم لأن الصحابة كلهم عدول، قال البيهقى : وظاهر قوله أمرهم أن يخرجوا من الغد الى المصلى أنه أمرهم بالخروج لصلاة العيد ، وذلك مبين فى رواية هشيم ، قال : ولا يجوز أن يحمل على أنه كان لكى يجتمعوا فيدعوا ، ولترى كثرتهم بلا صلاة . وأما حديث عائشة فصحيح رواه الترمذى وغيره ، وليس فى رواية الترمذى « وعرفتكم يوم تعرفون » ولفظ الترمذى عن عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الفطر يوم يفطر الناس ، والأضحى يوم يضحى الناس » قال الترمذى حديث حسن صحيح . وعن أبى هريرة قال « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الفطر يوم يفطرون والأضحى يوم يضحون » رواه أبو داود والترمذى بأسانيد حسنة . قال الترمذى هو حديث حسن وزاد الترمذى فى روايته فى أوله « الصوم يوم يصومون » وقوله « وعرفتكم يوم تعرفون » بضم التاء وفتح العين وكسر الراء المشددة ــ وأبو عمير المذكور هو عبد الله بن أنس بن مالك الأنصارى الصحابى ، وهو أكبر أولاد أنس .

(أما الأحكام) فقد سبق فى باب صلاة التطوع أن صلاة العيد وغيرها من السنن الراتبة اذا فاتت هل يستحب قضاؤها ؟ فيه قولان (الصحيح) أنه يستحب ، قال أصحابنا : فاذا شهد عدلان يوم الثلاثين من

رمضان قبل الزوال برؤية الهلال فى الليلة الماضية وجب الفطر ، فان بقى من الوقت قبل الزوال ما يمكن جمع الناس والصلاة فيه صلوها وكانت أداء بلا خلاف ، وان شهدوا بعد غروب الشمس ليلة الحادي والثلاثين أنهم رأوه ليلة الثلاثين ، قال أصحابنا : لا تقبل شهادتهم بلا خلاف فيما يتعلق بالعيد ، اذ لا فائدة لها الا المنع من صلاة العيد ، فلا تسمع بل يصلون العيد من الغد وتكون أداء بلا خلاف • قال الرافعى : اتفق الأصحاب على هذا ، قال : وقولهم : لا فائدة فيه الا ترك الصلاة ، فيه اشكال بل لثبوت الهلال فوائد أخر ، كوقوع طلاق وعتق معلقين وابتداء العدة وسائر الآجال وغير ذلك ، فوجب أن تقبل لهذه الفوائد ، ولعل مرادهم أنها لا تقبل فى صلاة العيد لا أنها لا تقبل مطلقا • هذا كلام الرافعى ومراد الأصحاب أنها لا تقبل فى صلاة العيد خاصة •

فأما ما سوى الصلاة من الآجال والتعليقات وغيرهما فتثبت بلا خلاف • أما اذا شهدوا قبل الغروب ، اما بعد الزوال واما قبله بيسير ، بحيث لا يمكن فيه الصلاة فتقبل شهادتهم فى الفطر بلا خلاف وتكون الصلاة فائتة على المذهب ، وقيل : فيه قولان (أحدهما) هذا (والثانى) لا تفوت ، فتفعل فى الغد أداء لعظم حرمتها ، فعلى المذهب يكون قضاؤها مبنيا على قضاء النوافل ، فان قلنا لا تقضى لم يقض العيد ، وان قلنا تقضى بنيت صلاة العيد على أنها كالجمعة فى الشروط أم لا ؟ فان قلنا كالجمعة لم تقض والا قضيت ، وهو المذهب • وهل لهم صلاتها فى بقية يومهم ؟ فيه وجهان بناء على أن فعلها فى الحادى والثلاثين أداء أم قضاء ؟ ان قلنا أداء فلا ، وان قلنا قضاء ــ وهو الصحيح ــ جاز ، ثم هل هو أفضل أم التأخير الى ضحوة العيد ؟ فيه وجهان (أصحهما) التقديم أفضل ، هذا اذا أمكن جمع الناس فى يومهم لصغر البلد ، فان عسر فالتأخير أفضل بلا خلاف ، واذا قلنا صلاتها فى الحادى والثلاثين قضاء فهل لهم تأخيرها ؟ فيه قولان وقيل وجهان أصحهما جوازه أبدا (والثانى) لا يجوز وقيل يجوز فى بقية الشهر ، أما اذا شهد قبل الغروب وعدلا بعده فقولان ، وقيل وجهان :

(أحدهما) الاعتبار بوقت الشهادة (وأصحهما) بوقت التعديل ، فيصلون من الغد أداء بلا خلاف ، لأنه لم يثبت العيد فى يومه • هذا كله اذا وقع الاشتباه وفوات العيد لأهل البلد جميعهم ، فان وقع ذلك لأفراد لم يجىء الا قولان منع القضاء وجوازه أبدا وهو الأصح ، هذا تلخيص أحكام الفصل فى المذهب •

وأما قول المصنف : شهدوا ليلة الحادى والثلاثين فمعناه شهدوا أنهم رأوه ليلة الثلاثين ، وقوله : لأن فطرهم غدا فغدا منصوب على الظرف ، وخبر ان مقدر فى الظرف ، قال أصحابنا : وليس يوم الفطر أول شوال مطلقا ، وانما هو اليوم الذى يفطر فيه الناس بدليل الحديث السابق ، وكذلك يوم النحر ، وكذا يوم عرفة هو اليوم الذى يظهر للناس أنه يوم عرفة ، سواء كان التاسع أو العاشر قال الشافعى فى الأم عقب هذا الحديث : فبهذا نأخذ ، قال : وانما كلف العباد الظاهر ، ولم يظهر الفطر الا يوم أفطروا •

(فرع) فى مذاهب العلماء اذا فاتت صلاة العيد

قد ذكرنا أن الصحيح من مذهبنا أنها يستحب قضاؤها أبدا ، وحكاه ابن المنذر عن مالك وأبى ثور ، وحكى العبدرى عن مالك وأبى حنيفة والمزنى وداود انها لا تقضى ، وقال أبو يوسف ومحمد : تقضى صلاة الفطر فى اليوم الثانى والأضحى فى الثانى والثالث ، وقال أصحاب أبى حنيفة : مذهبه كمذهبهما ، واذا صلاها من فاتته مع الامام فى وقتها أو بعده صلاها ركعتين كصلاة الامام ، وبه قال أبو ثور وهو رواية عن أحمد ، وعنه رواية يصليها أربعا بتسليمة ، وان شاء بتسليمتين ، وبه جزم الخرقى [1] والثالثة مخير بين ركعتين وأربع ، وهو مذهب الثورى ، وقال ابن مسعود : يصليها أربعا ، وقال الأوزاعى : ركعتين بلا جهر ولا تكبيرات زوائد ، وقال اسحاق : ان صلاها فى المصلى فكصلاة الامام والا أربعا •

---

(١) هو الامام ابو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله أحمد الخرقى قال ابو يعلى : كان الخرقى علامة بارعا فى مذهب أبى عبد الله ـ يعنى أحمد بن حنبل ـ وكان ذا دين واخا ورع . قلت : له المختصر المعروف باسمه وقد شرحه الامام ابن قدامة المقدسى بكتابه المعروف بالمغنى (ط).

باب التكبير

قال المصنف رحمه الله تعالى

(التكبير سنة فى العيدين ، لما روى نافع عن عبد الله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يخرج فى العيدين مع الفضل بن عباس وعبد الله بن عباس وعلى وجعفر والحسن والحسين واسامة بن زيد وزيد بن حارثة وأيمن ابن أم أيمن رافعاً صوته بالتهليل والتكبير ، ويأخذ طريق الحدادين حتى يأتى المصلى ، وأول وقت تكبير الفطر اذا غابت الشمس من ليلة الفطر ، لقوله عز وجل (ولتكملوا العدة ، ولتكبروا الله على ما هداكم) (١) واكمال العدة بغروب الشمس من ليلة الفطر وأما آخره ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال : فيه ثلاثة اقوال :

(احدها) ما روى المزنى أنه يكبر الى أن يخرج الامام الى الصلاة . لأنه اذا حضر فالسنة أن يشتغل بالصلاة فلا معنى للتكبير (والثانى) ما رواه البويطى أنه يكبر حتى تفتتح الصلاة لأن الكلام مباح قبل أن تفتتح الصلاة . فكان التكبير مستحبا (والثالث) قاله فى القديم : حتى ينصرف الامام لأن الامام والمأمومين مشغولون بالذكر الى ان أن يفرغوا من الصلاة فسن لمن لم يكن فى الصلاة أن يكبر ومن أصحابنا من قال : هو على قول واحد أنه يكبر الى أن تفتتح الصلاة . وتؤول رواية المزنى على ذلك ، لأنه اذا خرج الى المصلى افتتح الصلاة ، وقوله فى القديم حتى ينصرف الامام لأنه ما لم ينصرف مشغول بالتكبير فى الصلاة ويسن التكبير المطلق فى عيد الفطر ، وهل يسن التكبير المقيد فى أدبار الصلوات ؟ فيه وجهان . (أحدهما) لا يسن لأنه لم ينقل ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . (والثانى) أنه يسن لأنه عيد يسن له التكبير المطلق ، فيسن له التكبير المقيد كالأضحى . والسنة فى التكبير أن يقول : الله أكبر الله أكبر الله أكبر ثلاثاً ، لما روى عن ابن عباس أنه قال « الله أكبر ثلاثاً » .

وعن عبد الله بن محمد بن أبى بكر (٢) بن عمرو بن حزم قال : رأيت الأئمة رضى الله عنهم يكبرون أيام التشريق بعد الصلاة ثلاثاً ، وعن الحسن مثله ، قال فى الأم : وان زاد زيادة فليقل بعد الثلاث : الله أكبر كبيراً ، والحمد لله كثيراً ، وسبحان الله بكرة واصيلا ، لا اله الا الله ولا نعبد الا اياه مخلصين

---

(١) من الآية ١٨٥ من سورة البقرة .

(٢) هكذا هنا بتقديم محمد على أبى بكر وكذلك هى فى النسخة المطبوعة من المهذب قال الشارح فى تهذيب الاسماء واللغات : وهذا خطأ وسبق قلم أو غلط وقع من النساخ ولاشك فى بطلانه ، وقد ذكره المصنف على الصواب فى جميع مواضعه من المهذب منها الفصل الأول من باب صلاة العيدين وأول النكاح وأول الجنايات ومواضع كثيرة من كتاب الديات (ط) .

له الدين ولو كره الكافرون ، لا اله الا الله وحده ، صدق وعده ، ونصر عبده ، وهزم الأحزاب وحده ، لا اله الا الله ، والله أكبر ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال ذلك على الصفا . ويستحب رفع الصوت بالتكبير لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يخرج فى العيدين رافعا صوته بالتهليل والتكبير ، لأنه اذا رفع صوته سمع من لم يكبر فيكبر » .

(فصـــل) واما تكبيرة الأضحى ففى وقته ثلاثة اقوال (أحدها) يبتدىء بعـد الظهـر من يوم النحر الى أن يصلى الصـبح من آخر أيام التشريق ، والدليل على أنه يبتدىء بعد الظهر قوله عز وجل « فاذا قضـيتم مناسككم فاذكروا الله (١) » والمناسـك يقضى يوم النحر ضـحوة ، واول صـلاة تلقاهم الظهر ، والدليل على أنه يقطعه بعد الصبح أن الناس تبع للحـاج ، وآخـر صـلاة يصليها الحاج بمنى صلاة الصبح ثم يخـرج (والثانى) يبتدىء بعـد غروب الشمس من ليلة العيد قياسا على عيد الفطر ويقطعه اذا صلى الصبح من آخر أيام التشريق لما ذكرناه (والثالث) ان يبتدىء بعد صلاة الصبح من يوم عرفة ويقطعه بعد صلاة العصر من آخر أيام التشريق لما روى عمر وعلى رضى الله عنهما أن رسـول الله صلى الله عليـه وسلم « كان يكبر فى دبر كل صلاة ، بعد صلاة الصبح يوم عرفة الى ما بعد صلاة العصر من آخـر أيام التشريق » .

(فصـــل) السنة أن يكبر فى هـذه الأيام خلف الفرائض لنقـل الخلف عن السلف ، وهل يكبر خلف النوافل ؟ فيه طريقان ، من أصحابنا من قال : يكبر قولا واحدا لأنها صلاة راتبة فأشبهت الفرائض . ومنهم من قال فيـه قولان (أحدهما) يكبر لما قلناه (والثانى) لا يكبر لأن النفـل تابع للفرض ، والتابع لا يكون له تبع ومن فاتته صلاة فى هذه الأيام فأراد قضاءها فى غيرها لم يكبر خلفها لأن التكبير يختص بهذه الأيام فلا يفعل فى غيرها ، وان قضـاها فى هذه الأيام ففيه وجهان :

(أحدهما) يكبر لأن وقت التكبير باق .

(والثانى) لا يكبر لأن التكبير خلف هذه الصلوات يختص بوقتها ، وقد فات الوقت فلم يقض) .

---

(١) من الآية ٢٠٠ من سورة البقرة .

(**الشرح**) قال أصحابنا : تكبير العيد قسمان (أحدهما) التكبيرات الزوائد فى الصلاة والخطبة ، وقد سبق (والثانى) غير ذلك ، والأصل فيه حديث أم عطية « كنا نؤمر باخراج الحيض فيكبرن بتكبيرهم » رواه البخارى • وفى رواية مسلم « يكبرن مع الناس » وهذا القسم نوعان ، مرسل ومقيد (فالمرسل) ويقال له : المطلق هو الذى لا يتقيد بحال ، بل يؤتى به فى المنازل والمساجد والطرق ليلا ونهارا وفى غير ذلك (والمقيد) هو الذى يقصد به الاتيان فى أدبار الصلوات • فالمرسل مشروع فى العيدين جميعاً ، وأول وقته فى العيدين غروب الشمس ليلة العيد ، وفى آخر وقته فى عيد الفطر طريقان (أصحهما) وأشهرهما فيه ثلاثة أقوال (أصحها) يكبرون الى أن يحرم الامام بصلاة العيد ، وبهذا قطع جماعات ، لأن الكلام مباح قبل افتتاح الصلاة ، فالاشتغال بالتكبير أولى ، وهذا نصه فى رواية البويطى (والثانى) الى أن يخرج الامام الى الصلاة ، لأنه اذا خرج فالسنة الاشتغال بالصلاة ، وهذا نصه فى الأم ، ورواية المزنى (والثالث) يكبر الى فراغ الامام من الصلاة ، وقيل : الى أن يفرغ من الخطبتين ، وهذا نصه فى القديم •

(والطريق الثانى) وبه قال ابن سريج وأبو اسحاق المروزى : القطع بالقول الأول ، وتأول هؤلاء النصين الآخرين على هذا ، قال البندنيجى وغيره: وتظهر فائدة الخلاف فى حق من ليس بحاضر مع الامام ، فاذا قلنا : يمتد الى فراغ الخطبتين فله أن يكبر حتى يعلم فراغ الامام منهما • وأما الحاضرون فلا يكبرون فى حال الخطبة ، بل يستمعونها ، قال أصحابنا : ويستحب أن يرفع الناس أصواتهم بالتكبير المرسل فى ليلتى العيدين ويوميهما الى الغاية المذكورة فى المنازل والمساجد والأسواق والطرق وغيرها ، فى الحضر والسفر ، وفى طريق المصلى وبالمصلى ويستثنى منه الحجاج فلا يكبرون ليلة الأضحى بل ذكرهم التلبية •

(واعلم) أن تكبير ليلة الفطر آكد من تكبير ليلة الأضحى على الأظهر وهو القول الجديد • وقال فى القديم عكسه ، ودليل الجديد قول الله تعالى (ولتكملوا العدة ولتكبروا الله) [1] وأما التكبير المقيد فيشرع فى عيد

---

(١) من الآية ١٨٥ من سورة البقرة .

الأضحى بلا خلاف لاجماع الأمة ، وهل يشرع فى عيد الفطر ؟ فيه وجهان مشهوران حكاهما المصنف والأصحاب ، وحكاهما صاحب التتمة وجماعة قولين (أصحهما) عند الجمهور لا يشرع ، ونقلوه عن نصه فى الجديد ، وقطع به الماوردى والجرجانى والبغوى وغيرهم وصححه صاحبا الشامل والمعتمد ، واستدل له المصنف والأصحاب بأنه لم ينقل عن النبى صلى الله عليه وسلم ولو كان مشروعا لفعله ولنقل (والثانى) يستحب ورجحه المحاملى والبندنيجى والشيخ أبو حامد • واحتج له المصنف والأصحاب بأنه عيد يسن فيه التكبير المرسل فسن المقيد كالأضحى فعلى هذا قالوا يكبر خلف المغرب والعشاء والصبح ، ونقله المتولى عن نصه فى القديم وحكم النوافل والفوائت فى هذه المدة على هذا الوجه يقاس بما سنذكره ان شاء الله تعالى فى الأضحى •

وأما الأضحى فالناس فيه ضربان : حجاج وغيرهم ، فأما الحجاج فيبدأون التكبير عقب صلاة الظهر يوم النحر الى الصبح من آخر أيام التشريق بلا خلاف هكذا نقله صاحب جامع الجوامع عن نص الشافعى ، وصرح به الأصحاب منهم المحاملى والبندنيجى والجرجانى فى التحرير وآخرون ، وأشار اليه القاضى أبو الطيب فى المجرد وآخرون ، ونقله امام الحرمين عن العراقيين ، وقطع هو به فيما يرجع الى الابتداء وتردد فى الانتهاء وسبب تردده أنه لم يبلغه نص الشافعى الذى ذكرناه ، وقطع به الرافعى وغيره من المتأخرين ، وقالوا ووجهه أن الحجاج وظيفتهم وشعارهم التلبية ولا يقطعونها الا اذا شرعوا فى رمى جمرة العقبة ، وانما شرع بعد طلوع الشمس يوم النحر ، وأول فريضة تلقاهم بعد ذلك الظهر ، وآخر صلاة يصلونها بمنى صلاة الصبح فى اليوم الأخير من أيام التشريق ، لأن السنة لهم أن يرموا فى اليوم الثالث بعد الزوال وهم ركبان ولا يصلون الظهر بمنى وانما يصلونها بعد نفرهم منها •

وأما غير الحجاج فللشافعى رحمه الله فى تكبيرهم ثلاثة نصوص (أحدها) من الظهر يوم النحر الى صبح آخر أيام التشريق ، وهذا هو المشهور من نصوص الشافعى ، وهو نصه فى مختصر المزنى والبويطى والأم والقديم • قال صاحب الحاوى : وهو نصه فى القديم والجديد • وقال صاحب الشامل : هو نصه فى أكثر كتبه (والثانى) قاله فى الأم ، قال : لو بدأ بالتكبير خلف

صلاة المغرب ليلة النحر قياسا على ليلة الفطر لم أكره ذلك • قال : وسمعت من يستحب هذا وقال به (والنص الثالث) أنه روى فى الأم عن بعض السلف أنه كان يبدأ من الصبح يوم عرفة ، قال : وأسأل الله التوفيق • هذا كلامه فى الأم ، وكذا نقله صاحب الشامل [1] والأكثرون •

وقال صاحب الحاوى : نص فى القديم والجديد أنه يبدأ من ظهر يوم النحر ويختم بصبح آخر التشريق ، فيكون مكبرا خلف خمس عشرة صلاة ، قال : وقال فى موضع آخر : يبدأ من المغرب ليلة النحر الى صبح آخر التشريق فتكون ثمانى عشرة صلاة ، وقال فى موضع آخر فى صبح يوم عرفة الى عصر آخر التشريق فتكون ثلاثا وعشرين صلاة • قال وهذا حكاه الشافعى عن بعض السلف وقال أستخير الله تعالى فيه ، هذه نصوص الشافعى وللأصحاب فى المسألة ثلاثة طرق (أصحها) وأشهرها وبه قطع المصنف والأكثرن فى المسألة ثلاثة أقوال (أصحها) عندهم من ظفر يوم النحر الى صبح آخر التشريق (والثانى) من مغرب ليلة النحر الى صبح آخر التشريق (والثالث) من صبح عرفة الى عصر آخر التشريق •

(والطريق الثانى) أنه من ظهر يوم النحر الى صبح آخر التشريق قولا واحداً وهذا الطريق نقله صاحب الحاوى عن أبى اسحاق المروزى وأبى على ابن أبى هريرة وحكاه ابن الصباغ وآخرون من العراقيين ، وجماعات من الخراسانيين • قالوا : والنصان الآخران ليسا مذهبا للشافعى ، وانما حكاهما مذهباً لغيره •

قال فى الحاوى : وتأولوا أيضا نصه من المغرب ليلة النحر ، على أن المراد التكبير المرسل لا المقيد ، ولا خلاف فى استحباب المرسل من المغرب فى ليلتى العيدين الى أن يحرم الامام بصلاة العيد كما سبق •

---

(١) قلت نص الشافعى فى الام هكذا : ويكبر الامام ومن خلفه خلف الصلوات ثلاث تكبيرات وأكثر وان ترك ذلك الامام كبر من خلفه ويكبر أهل الآفاق كما يكبر أهل منى ولا يخالفونهم فى ذلك الا فى أن يتقدموهم بالتكبير فلو ابتدأوا بالتكبير خلف صلاة المغرب من ليلة النحر قياسا على امر الله فى الفطر من شهر رمضان بالتكبير مع اكمال العدة وانهم ليسوا محرمين يلبون فيكتفون بالتلبية من التكبير لم أكره ذلك وقد سمعت من يستحب هذا وان لم يكبروا وأخروا ذلك حتى يكبروا بتكبير أهل منى فلا بأس ان شاء الله وقد روى عن بعض السلف أنه كان يبتدىء التكبير خلف صلاة الصبح من يوم عرفة وأسأل الله التوفيق أ هـ وعن الام نقلته (ط) .

(والطريق الثالث) حكاه القاضى أبو الطيب فى المجرد عن الداركى عن أبى اسحاق المروزى أنه قال : ليس فى المسألة خلاف ، وليست هذه النصوص لاختلاف قول ، بل لا خلاف فى المذهب أنه يكبر من صبح يوم عرفة الى العصر من آخر أيام التشريق ، قال وانما ذكر الشافعى فى ثبوته ثلاثة أسباب ، فذكر فى ثبوت التكبير من صبح يوم عرفة الى عصر آخر التشريق قول بعض السلف ، وذكر فى ليلة النحر القياس على ليلة الفطر ، وذكر فى ظهر يوم النحر القياس على الحجيج • قال القاضى : والأول أصح وعليه أكثر أصحابنا • هذا آخر كلام القاضى •

ونقل الدارمى فى الاستذكار عن أبى اسحاق نحو حكاية القاضى عنه ، فالحاصل أن الأرجح عند جمهور الأصحاب الابتداء من ظهر يوم النحر الى صبح آخر التشريق ، واختارت طائفة من محققى الأصحاب المتقدمين والمتأخرين أنه يبدأ من صبح يوم عرفة ، ويختم بعصر آخر التشريق : ممن اختاره أبو العباس بن سريج ، حكاه عنه القاضى أبو الطيب فى المجرد وآخرون • قال البندنيجى : هو اختيار المزنى وابن سريج ، قال الصيدلانى والرويانى وآخرون : وعليه عمل الناس فى الأمصار ، واختاره ابن المنذر والبيهقى وغيرهما من أئمة الجامعين بين الفقه والحديث ، وهو الذى أختاره •

واحتج له البيهقى بحديث مالك عن محمد بن أبى بكر الثقفى أنه سأل أنس بن مالك وهما غاديان من منى الى عرفات ، كيف كنتم تصنعون فى هذا اليوم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « كان يهلل المهلل منا فلا ينكر عليه ، ويكبر المكبر فلا ينكر عليه » رواه البخارى ومسلم • وعن ابن عمر قال « كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى غداة عرفة ، فمنا المكبر ومنا المهلل فأما نحن فنكبر » رواه مسلم •

قال البيهقى : وروى فى ذلك عن عمر وعلى وابن عباس رضى الله عنهم ، ثم ذكر ذلك بأسانيده ، وأنهم كانوا يكبرون من الصبح يوم عرفة الى العصر من آخر أيام التشريق •

قال البيهقى : وقد روى فى ذلك حديث مرفوع لا يحتج بمثله ، ثم ذكر باسناده عن عمرو بن شمر عن جابر ــ يعنى الجعفى ــ عن عبد الرحمن بن

سابط عن جابر رضى الله عنه قال « كان النبى صلى الله عليه وسلم يكبر يوم عرفة من صلاة الغداة الى صلاة العصر ، آخر أيام التشريق » قال البيهقى : عمرو بن شمر وجابر الجعفى لا يحتج بهما ، وفى رواية الثقات كفاية ، هذا كلام البيهقى •

وروى الحاكم فى المستدرك عن على وعمار رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يجهر فى المكتوبات ببسم الله الرحمن الرحيم ، وكان يقنت فى صلاة الفجر وكان يكبر يوم عرفة من صلاة الصبح ، ويقطعها صلاة العصر آخر أيام التشريق » قال الحاكم : هذا حديث صحيح الاسناد لا أعلم من رواته منسوبا الى الجرح ، قال : وقد روى فى الباب عن جابر بن عبد الله وغيره • فأما من فعل عمر وعلى وابن مسعود [1] وابن عباس رضى الله عنهم فصحيح عنهم التكبير من صبح عرفة الى عصر آخر التشريق •

وروى البيهقى هذا الحديث الذى رواه الحاكم باسناد الحاكم ، ثم قال : وهذا الحديث مشهور بعمرو بن شمر عن جابر الجعفى عن أبى الطفيل وكلا الاسنادين ضعيف ، هذا كلام البيهقى وهو أتقن من شيخه الحاكم وأشد تحريا • قال أصحابنا : ويكبر خلف الصبح أو العصر التى هى الغاية بلا خلاف ، قال الشافعى والأصحاب : ويكبر فى هذه المدة خلف الفرائض المؤديات بلا خلاف ، ولو فاتته فريضة منها فقضاها فى غيره لم يكبر بلا خلاف، لأن التكبير شعار هذه الأيام فلا يفعل فى غيرها ولو فاتته فريضة فيها فقضاها فيها أيضا فهل يكبر ؟ فيه طريقان :

(أحدهما) وبه قطع البندنيجى وصاحب الحاوى يكبر بلا خلاف ، لأن التكبير شعار لهذه المدة •

(والطريق الثانى) فيه خلاف حكاه الخراسانيون قولين ، وحكاه صاحب البيان عن حكاية العراقيين وجهين (أصحهما) يكبر ، لما ذكرناه (والثانى)

---

(١) سرد الحاكم رواياته عن عمر وعلى وابن عباس وابن مسعود ؛ قال الحافظ الذهبى فى التلخيص بعد قول الحاكم صحيح : قلت : بل خبر واه كأنه موضوع لان عبد الرحمن ضاحب مناكير وسعيد ان كان الكزبرى فهو ضعيف والا فهو مجهول ثم صحح الذهبى روايات الحاكم عن عمر وعلى وابن عباس وابن مسعود (ط) .

لا ، لأن التكبير شعار لوقت الفرائض ولو فاتته فريضة فى غير هذه الأيام فقضاها فيها فثلاث طرق •

(أحدها) وبه قطع صاحب الحاوى والبندنيجى : يستحب التكبير بلا خلاف لأنه شعار هذه المدة (والثانى) لا يستحب ، حكاه صاحب البيان عن طريقة العراقيين وذكره المصنف وغيره منهم (والثالث) فيه قولان (أصحهما) يستحب (والثانى) لا يستحب حكاه الخراسانيون ، والأصح على الجملة استحبابه ، وهو الذى صححه الرافعى وغيره من المتأخرين •

(فرع) أما التكبير خلف النوافل فقال المزنى فى مختصره : قال الشافعى : ويكبر خلف الفرائض والنوافل ، قال المزنى : والذى قبل [1] هذا أولى أنه لا يكبر الا خلف الفرائض • وللأصحاب فى المسألة أربع طرق (أصحها) وأشهرها : فيه قولان (أصحهما) يستحب لأنها صلاة مفعولة فى وقت التكبير ، فأشبهت الفريضة (والثانى) لا يستحب لأن التكبير تابع للصلاة ، والنافلة تابعة للفريضة والتابع لا يكون له تابع •

(والطريق الثانى) يكبر قولا واحدا حكاه المصنف والأصحاب ، قال القاضى أبو الطيب فى المجرد وقد نص الشافعى على هذا فقال : فاذا سلم كبر خلف الفرائض والنوافل ، وعلى كل حال • قال : وذكر فى هذا الباب فى الأم أنه تكبر الحائض [ويكبر] الجنب وغير المتوضىء فى جميع الساعات من الليل والنهار ، قال وهذا دليل على أن التكبير مستحب خلف الفرائض والنوافل وعلى كل حال ، وان من لا يصلى كالجنب والحائض يستحب لهم التكبير • قال القاضى : وغلطوا المزنى فى قوله (الذى قبل هذا أولى) فانه أوهم أن الشافعى نص قبل هذا أنه لا يكبر الا خلف الفرائض ، وليس كذلك ، بل كلام الشافعى الذى قبل هذا مؤول ، قال القاضى : هذا الطريق أصح ، وصححه أيضا البندنيجى •

(والطريق الثالث) لا يكبر قولا واحدا حكاه صاحب الحاوى ، قال وبه جرى العمل تواترا فى الأمصار بين الأئمة ، قال : وأجاب أصحاب هذا الطريق عن نقل المزنى التكبير خلف الفرائض والنوافل بجوابين •

---

(١) نص قول المزنى هكذا : (ويكبر خلف الفرائض والنوافل قال المزنى : والذى قبل هذا عندى اولى به • لا يكبر الا خلف الفرائض) (ط) •

أحدهما : أنه غلط فى النقل من التلبية الى التكبير •

والثانى : أنه غلط فى المعنى دون الرواية ، وانما أراد الشافعى بالتكبير خلف الفرائض والنوافل ما تعلق بالزمان فى ليلتى العيد دون ما تعلق بالصلوات فى أيام النحر ، والطريق الرابع حكاه صاحب الحاوى أيضا ان كان النفل يسن منفردا لم يكبر خلفه ، وان سن جماعة كالكسوفين والاستسقاء كبر ، وحملوا القولين على هذين ، فهذا تلخيص ما ذكره الأصحاب ، والمذهب على الجملة استحباب التكبير خلف كل النوافل فى هذه الأيام •

(فـــرع) هل يكبر خلف صلاة الجنازة ؟ فيه ثلاثة طرق • (أحدها) لا يكبر وجها واحدا ، لأنها مبنية على التخفيف ، ولهذا حذف أكثر أركان الصلوات منها ، وبهذا الطريق قطع الدارمى فى الاستذكار والقاضى حسين وصاحب التتمة • (والطريق الثانى) فيه وجهان حكاهما صاحب الحاوى وغيره (والثالث) قاله الشاشى فى المستظهرى ان قلنا يكبر خلف النوافل فهنا أولى ، والا فكالفرائض المقضية فى أيام التشريق ، والمذهب على الجملة استحباب التكبير خلفها ، لأنها آكد من النافلة ، وقولهم : انها مبنية على التخفيف ضعيف ، لأن التكبير ليس فى نفسها فتطول به •

(فـــرع) اذا عرفت ما سبق وأردف اختصار الخلاف فيما يكبر خلفه جاء أربعة أوجه (أصحها) يكبر خلف كل صلاة مفعولة فى هذه الأيام (والثانى) يختص بالفرائض المفعولة فيها ، مؤداة كانت مقضية ، فريضة أو نافلة ، راتبة أو غيرها (والثالث) يختص بفرائضها مقضية كانت أو مؤداة (والرابع) لا يكبر الا عقب فرائضها المؤداة وسننها الراتبة المؤداة •

(فـــرع) لو نسى التكبير خلف الصلاة فتذكر ــ والفصل قريب ــ استحب التكبير بلا خلاف ، سواء فارق مصلاه أم لا ، فلو طال الفصل فطريقان (أحدهما) ذكره البغوى وغيره من الخراسانيين فيه وجهان بناء على ما اذا ترك سجود السهو ، فتذكره بعد طول الفصل • قال الرافعى : الأصح هنا أنه يستحب التكبير (والطريق الثانى) يستحب تدارك التكبير وان طال الفصل ، وهذا هو الصحيح ، وبه قطع المتولى وغيره ، ونقله صاحب البيان

عن أصحابنا العراقيين ، وفرق المتولى بينه وبين سجود السهو لاتمام الصلاة واكمال صفتها ، فلا تفعل بعد طول الفصل ، كما لا يبنى عليها بعد طول الفصل ، وأما التكبير فهو شعار هذه الأيام لا وصف للصلاة ، ولا جزء منها ، ونقل المتولى عن أبى حنيفة أنه ان تكلم أو خرج من المسجد ثم ذكر أنه نسى التكبير لا يكبر ، ومذهبنا استحبابه مطلقا لما ذكرناه •

(فـــرع) المسبوق ببعض الصلاة لا يكبر الا بعد فراغه من صلاة نفسه • هذا مذهبنا ونقله ابن المنذر عن ابن سيرين والشعبى وابن شبرمة ومالك والأوزاعى وأحمد واسحاق وأبى ثور وأصحاب الرأى • وعن الحسن البصرى أنه يكبر ثم يقضى عن مجاهد ومكحول يكبر ثم يقضى ثم يكبر • قال ابن المنذر • وبالأول أقول • واحتج الحسن بأن المسبوق يتابع الامام فى سجود السهو فكذا التكبير •

واحتج أصحابنا والجمهور بأن التكبير انما يشرع بعد فراغه من الصلاة ، ولم يفرغ بخلاف سجود السهو ، فانه يفعل فى نفس الصلاة ، والمسبوق انما يفارق الامام بعد سلامه •

(فـــرع) لو كبر الامام على خلاف اعتقاد المأموم ، فكبر فى يوم عرفة والمأموم لا يراه ، أو تركه والمأموم يراه أو كبر فى أيام التشريق والمأموم لا يراه ، أو تركه والمأموم لا يراه فوجهان (أصحهما) يتبع اعتقاد نفسه فى التكبير وتركه ، ولا يوافق الامام لأن القدوة انقضت بالسلام (والثانى) يوافقه لأنه من توابع الصلاة •

(فـــرع) قال امام الحرمين : جميع ما ذكرناه هو فى التكبير الذى يرفع به صوته ولجعله شعارا ، أما اذا استغرق عمره بالتكبير فى نفسه فلا منع منه •

(فـــرع) مذهبنا أنه يستوى فى التكبير المطلق والمقيد المنفرد والمصلى جماعة والرجل والمرأة والصبى المميز والحاضر والمسافر •

(فـــرع) يستحب رفع الصوت بالتكبير بلا خلاف

(فـــرع) صفة التكبير المستحبة : الله أكبر الله أكبر الله أكبر • هذا هو المشهور من نصوص الشافعى فى الأم والمختصر وغيرهما وبه قطع

الأصحاب ، وحكى صاحب التتمة وغيره قولا قديما للشافعى أنه يكبر مرتين ويقول : الله أكبر الله أكبر ، والصواب الأول ثلاثا نسقا •

قال الشافعى فى المختصر : وما زاد من ذكر الله فحسن • وقال فى الأم أحب أن تكون زيادته الله [أكبر] كبيرا والحمد لله كثيرا وسبحان الله بكرة وأصيلا ، لا اله الا الله ولا نعبد الا اياه ، مخلصين له الدين ولو كره الكافرون ، لا اله الا الله وحده ، صدق وعده ونصر عبده وهزم الأحزاب وحده ، لا اله الا الله والله أكبر •

واحتجوا له بأن النبى صلى الله عليه وسلم « قاله على الصفا » وهذا الحديث رواه مسلم فى صحيحه من رواية جابر بن عبد الله رضى الله عنهما أخصر من هذا اللفظ ، ونقل المتولى وغيره عن نصه القديم أنه اذا زاد على التكبيرات الثلاث قال : الله أكبر كبيرا ، والحمد لله كثيرا ، الله أكبر على ما هدانا ، والحمد لله على ما أولانا وأبلانا • قال صاحب الشامل : والذى يقوله الناس لا بأس به أيضا ، وهو : الله أكبر الله أكبر الله أكبر لا اله الا الله ، والله أكبر الله أكبر ولله الحمد • وهذا الذى قاله صاحب الشامل نقله البندنيجى وصاحب البحر عن نص الشافعى فى البويطى قال البندنيجى : وهذا هو الذى ينبغى أن يعمل به ، قال : وعليه الناس ، وقال صاحب البحر : والعمل عليه ، ورأيته أنا فى موضعين من البويطى ، لكنه جعل التكبير أولا مرتين •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى التكبير خلف النوافل فى هذه الأيام

قد ذكرنا أن مذهبنا استحبابه ، وقال أبو حنيفة ومالك والثورى وأحمد واسحاق وداود لا يكبر ، لأنه تابع فلم يشرع كالأذان ، ودليلنا أن التكبير شعار الصلاة ، والفرض والنفل فى الشعار سواء •

(فرع) فى مذاهبهم فى ابتداء وقت تكبير الأضحى

قد ذكرنا أن المشهور فى مذهبنا أنه من ظهر يوم النحر الى الصبح من آخر التشريق وأن المختار كونه من صبح يوم عرفة الى عصر آخر التشريق • وحكى ابن المنذر التكبير من صبح يوم عرفة الى العصر من آخر التشريق عن عمر بن

الخطاب وعلى بن أبى طالب وابن عباس وسفيان الثورى وأبى يوسف ومحمد وأحمد وأبى ثور • وعن ابن مسعود وعلقمة والنخعى وأبى حنيفة من صبح عرفة الى عصر يوم النحر ، وفى رواية عن ابن مسعود الى ظهر يوم النحر • وعن يحيى الأنصارى قال : يكبر من الظهر يوم النحر الى الظهر من آخر التشريق وعن الزهرى من ظهر يوم النحر الى عصر آخر التشريق • وعن ابن عمر وعمر بن عبد العزيز ومالك والشافعى من ظهر يوم النحر الى صبح آخر التشريق ، وعن سعيد بن جبير ورواية عن ابن عباس والزهرى من ظهر يوم عرفة الى عصر آخر التشريق ، وعن الحسن من الظهر الى ظهر اليوم الثانى من أيام التشريق •

(فـــرع) فى مذاهبهم فى تكبير من صلى منفرداً

مذهبنا أنه يسن التكبير ، وهو مذهب مالك والأوزاعى وأبى يوسف ومحمد وجمهور العلماء وحكاه العبدرى عن العلماء كافة الا أبا حنيفة • وحكى ابن المنذر وغيره عن ابن مسعود وابن عمر والثورى وأبى حنيفة وأحمد أن المنفرد لا يكبر •

(فـــرع) فى مذاهبهم فى تكبير النساء فى هذه الأيام خلف الصلوات

مذهبنا استحبابه لهن • وحكاه ابن المنذر عن مالك وأبى يوسف ومحمد وأبى ثور • وعن الثورى وأبى حنيفة لا يكبرن ، واستحسنه أحمد •

(فـــرع) فى المســافر

مذهبنا أنه يكبر ، وحكاه ابن المنـذر عن مالك وأبى يوسف ومحمد وأحمد وأبى ثور ، وقال أبو حنيفة : لا يكبر •

(فـــرع) فى مذاهبهم فى صفة التكبير

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه يستحب أن يكبر ثلاثا نسقا : الله أكبر الله أكبر الله أكبر ، وبه قال مالك • وحكى ابن المنذر عن عمر وابن مسعود رضى الله عنهما أنه : الله أكبر الله أكبر الله أكبر لا اله الا الله ، والله أكبر الله أكبر ولله الحمد قال : وبه قال الثورى وأبو حنيفة ومحمد وأحمد واسحاق وعن ابن

عباس : الله أكبر الله أكبر الله أكبر كبيرا الله أكبر كبيرا ، الله أكبر وأجل ، الله أكبر ولله الحمد •

وعن ابن عمر : الله أكبر الله أكبر الله أكبر لا اله الا الله وحده لا شريك له ، له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير ، وقال الحكم وحماد : ليس فيه شيء مؤقت •

(فـــرع) فى مذاهبهم فى تكبير عيد الفطر

هو مستحب عندنا وعند العلماء كافة ، الا ما حكاه الشيخ أبو حـامد وغيره عن ابن عباس أنه لا يكبر الا أن يكبر امامه • وحكى الساجى وغـيره عن أبى حنيفة أنه لا يكبر مطلقا ، وحكى العبدرى وغيره عن سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وداود أنهم قالوا : التكبير فى عيد الفطر واجب وفى عيـد الأضحى مستحب • وأما أول وقت تكبير عيد الفطر فهو اذا غربت الشمس ليلة العيد • هذا مذهبنا ومذهب سعيد بن المسيب وأبى سلمة وعروة وزيد ابن أسلم • وقال جمهور العلماء : لا يكبر ليلة العيد انما يكبر عند الغـدو الى صلاة العيد ، حكاه ابن المنذر عن أكثر العلماء قال :وبه أقول ، قال : وبه قال على بن أبى طالب وابن عمر وأبو أمامة وآخرون من الصحابة ، وعبـد الرحمـن بن أبى ليلى وسـعيد بن جبـير والنخعى وأبو الزناد وعمـر بن عبد العزيز وأبان بن عثمان وأبو بكر بن محمد والحكم وحماد ومالك وأحمد واسحاق وأبو ثور ، وحكاه الأوزاعى عن الناس •

(فـــرع) فى بيان أحاديث الكتاب والفاظه

أما حديث ابن عمر المذكور فى أول البـاب فرواه البيهقى مرفوعا من طريقين ضعيفين ، والصحيح أنه موقوف على ابن عمر • كذا قاله البيهقى وانما ذكره الشافعى موقوفا • وقوله « يأخذ طريق الحدادين » قيل بالحاء وقيـل بالجيم • أى الذين يجـدون الثمار • وقوله (وأول وقت تـكبير الفطر اذا غابت الشمس من ليلة الفطر) لقوله تعالى « ولتكملوا العدة ولتكبروا الله » واكمال العدة بغروب الشمس • هذا الاستدلال لا يصح الا على مذهب من يقول الواو تقتضى الترتيب وهو مذهب باطل ، وعلى هذا المذهب البـاطل

لا يلزم من ترتيبها الفور ، فالحاصل أنه لا دلالة فيها للمصنف والله أعلم •

وقوله (قال فى القديم : يكبر حتى ينصرف الامام) يعنى حتى يسلم من الصلاة والانصراف من الصلاة مستعمل فى الأحاديث الصحيحة بمعنى السلام ، وقيل : المراد بالانصراف فراغ الخطبة (والصحيح) الأول ، وقد سبق ايضاحه وقوله : (لأنه عيد يسن له التكبير المطلق فسن له التكبير المقيد كالأضحى) هذا تصريح منه بأن التكبير المطلق والمقيد كلاهما مشروع فى الأضحى وهذا لا خلاف فيه ؛ بل كل الأصحاب مصرحون باستحبابهما ، وانما ذكرت هذا لأن كلام المصنف فى التنبيه يوهم خلاف هذا ، وقد سبق بيان التكبير المطلق ، وهو والمرسل بمعنى واحد ، وهو المرسل فى جميع الأوقات لا يختص بوقت • قوله (عن ابن عباس قال : التكبير ثلاث) رواه عنه ابن المنذر والبيهقى • قوله (وعن عبد الله بن أبى بكر بن محمد بن عمرو ابن حزم قال : رأيت الأئمة يكبرون أيام التشريق بعد الصلاة ثلاثا) هكذا وقع فى بعض نسخ المهذب وهو الصواب ، ووقع فى أكثرها (عبد الله بن محمد بن أبى بكر بن عمرو بن حزم) بتقديم محمد على أبى بكر وهذا خطأ صريح وسبق قلم ، أو غلط وقع من النساخ ولاشك فى بطلانه ، وقد ذكره المصنف على الصواب فى جميع مواضعه من المهذب ، منها (الفصل الأول) من باب صلاة العيد ، وأول النكاح ، وأول الجنايات ، ومواضع كثيرة من كتاب الديات • (وأما) حديث عمر وعلى رضى الله عنهما فى التكبير من صبح عرفة فسبق بيانه ، لكن المصنف جعله من رواية عمر وعلى ، وانما هو عمار وعلى كما سبق • (قوله) لأن التكبير يختص بهذه الأيام فلا يفعل فى غيرها ، هذا تعليل للمسألة بنفس الحكم ، وكان ينبغى أن يقول لأن التكبير شعار هذه الأيام •

(فـــرع) فى مسائل تتعلق بالعيدين

(احداها) قال أصحابنا : يستحب احياء ليلتى العيدين بصلاة أو غيرها من الطاعات (واحتج) له أصحابنا بحديث أبى أمامة عن النبى صلى الله عليه وسلم « من أحيا ليلتى العيد لم يمت قلبه يوم تموت القلوب » وفى رواية الشافعى وابن ماجه : « من قام ليلتى العيدين محتسبا لله تعالى لم يمت قلبه

حين تموت القلوب » رواه عن أبى الدرداء موقوفا ، وروى من رواية أبى أمامة موقوفا عليه ومرفوعا كما سبق ، وأسانيد الجميع ضعيفة ، قال الشافعى فى الأم : وبلغنا أنه كان يقال : ان الدعاء يستجاب فى خمس ليال : فى ليلة الجمعة ، وليلة الأضحى ، وليلة الفطر ، وأول ليلة فى رجب ، وليلة النصف من شعبان • قال الشافعى : وأخبرنا ابراهيم بن محمد قال : رأيت مشيخة من خيار أهل المدينة يظهرون على مسجد النبى صلى الله عليه وسلم ليلة العيدين فيدعون ويذكرون الله تعالى ، حتى تذهب ساعة من الليل ، قال الشافعى : وبلغنا أن ابن عمر كان يحيى ليلة النحر ، قال الشافعى : وأنا أستحب كل ما حكيت فى هذه الليالى من غير أن تكون فرضا • هذا آخر كلام الشافعى ، واستحب الشافعى والأصحاب الاحياء المذكور ، مع أن الحديث ضعيف ، لما سبق فى أول الكتاب أن أحاديث الفضائل يتسامح فيها ، ويعمل على وفق ضعيفها •

والصحيح أن فضيلة هذا الاحياء لا تحصل الا بمعظم الليل ، وقيل تحصل بساعة ، ويؤيده ما سبق فى نقل الشافعى عن مشيخة المدينة ، ونقل القاضى حسين عن ابن عباس أن احياء ليلة العيد أن يصلى العشاء فى جماعة ، ويعزم أن يصلى الصبح فى جماعة والمختار ما قدمته والله أعلم •

باب صلاة الكسوف

(يقال) : كسفت الشمس وكسف القمر ــ بفتح الكاف والسين وكسفا ــ بضم الكاف وكسر السين وانكسفا وخسفا وخسفا وانخسفا كذلك فهذه ست لغات فى الشمس والقمر ، ويقال : كسفت الشمس وخسف القمر ، وقيل : الكسوف أوله والخسوف آخره فيهما ، فهذه ثمان لغات ، وقد جاءت اللغات الست فى الصحيحين (والأصح) المشهور فى كتب اللغة أنهما مستعملان فيهما ، والأشهر فى ألسنة الفقهاء تخصيص الكسوف بالشمس والخسوف بالقمر وادعى الجوهرى فى الصحاح أنه أفصح •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(صلاة الكسوف سنة لقوله صلى الله عليه وسلم « ان الشمس والقمر لا يكسفان لموت أحد ولا لحياته ، ولكنهما آيتان من آيات الله تعالى ، فاذا رأيتموهما فقوموا وصلوا ») •

(**الشرح**) هذا الحديث رواه البخارى ومسلم من رواية جماعة من الصحابة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم ابن عمر وابن عباس وأبو موسى وجابر وأبو مسعود البدرى وأبو بكرة والمغيرة وعائشة رضى الله عنهم • وصلاة كسوف الشمس والقمر سنة مؤكدة بالاجماع • لكن قال مالك وأبو حنيفة : يصلى لخسوف القمر فرادى • ويصلى ركعتين كسائر النوافل • دليلنا الأحاديث الصحيحة فى التسوية بين الكسوفين •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والسنة أن يغتسل لها لأنها صلاة شرع لها الاجتماع والخطبة ، فسن لها الغسل كصلاة الجمعة • والسنة أن تصلى حيث تصلى الجمعة لأن النبى صلى الله عليه وسلم « صلى فى المسجد » ولأنه يتفق فى وقت لا يمكن قصد المصلى فيه ، وربما ينجلى قبل أن يبلغ الى المصلى فتفوت ، فكان الجامع أولى ، والسنة أن يدعى لها « الصلاة جامعة » لما روت عائشة رضى الله عنها قالت « كسفت الشمس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر رجلا أن ينادى الصلاة جامعة ») •

(**الشرح**) حديث عائشة رواه البخارى ومسلم ، وحديث الصلاة فى المسجد رواه البخارى ومسلم أيضا من رواية عائشة وأبى موسى وغيرهما ، وقوله : شرع لها الاجتماع والخطبة احترز عن الصلوات الخمس والغسل لها سنة باتفاق الأصحاب ويدخل وقته بأول الكسوف • ويسن فى الجامع • ويسن أن ينادى لها : الصلاة جامعة لما ذكره المصنف ، ويستحب أن يصلى فى جماعة ، ويجوز فى مواضع من البلد وتسن للمرأة والعبد والمسافر والمنفرد • هذا هو المذهب وبه قطع الأصحاب فى طرقهم وقد ذكره المصنف فى آخر باب صلاة العيد فى قياس صلاة العيد للمنفرد ، وحكى الرافعى — وجها — أنه يشترط لصحتها الجماعة ووجها أنها لا تقام الا فى جماعة واحدة كالجمعة ، وهما شاذان مردودان •

قال أصحابنا : ولا تتوقف صحتها على صلاة الامام ، ولا اذنه ، قال الشافعى والأصحاب : فان خرج الامام فصلى بهم جماعة خرج الناس معه ، فان لم يخرج طلبوا اماما يصلى بهم ، فان لم يجدوا صلوا فرادى ، فان خافوا

الامام لو صلوا علانية صلوها سرا ، وبهذا قال مالك وأحمد واسحاق ، وقال الثوري ومحمد : اذا لم يصل الامام صلوا فرادى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وهي ركعتان في كل ركعة قيامان وقراءتان وركوعان وسجودان . والسنة ان يقرأ في القيام الأول بعد الفاتحة سورة البقرة أو قدرها ، ثم يركع ويسبح بقدر مائة آية ، ثم يرفع ويقرأ فاتحة الكتاب ، و [يقرأ] بقدر مائتي آية ، ثم يركع ويسبح بقدر سبعين آية (١) ، ثم يسجد كما يسجد في غيرها . وقال أبو العباس : يطيل السجود كمل يطيل الركوع ، وليس بشيء لأن الشافعي رحمه الله لم يذكر ذلك ، ولا نقل ذلك في خبر ، ولو كان قد أطال لنقل كما نقل في القراءة والركوع ، ثم يصلي الركعة الثانية فيقرأ بعد الفاتحة قدر مائة [آية] وخمسين آية ثم يركع بقدر سبعين آية ثم يرفع ويقرأ بعد الفاتحة بقدر مائة آية ثم يركع بقدر خمسين آية ثم يسجد والدليل عليه ما روى ابن عباس قال : « كَسَفَتْ الشمس فصلى النبي والناس معه فقام قياماً طويلا نحواً من سورة البقرة ، ثم ركع ركوعاً طويلا ثم قام فقام قياماً طويلا وهو دون القيام الأول ثم ركع ركوعا طويلا وهو دون الركوع الأول ثم سجد وانصرف ، وقد تجلت الشمس ، والسنة ان يُسِرَّ بالقراءة في كسوف الشمس لما روى ابن عباس رضي الله عنهما قال : « كسفت الشمس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام فصلى فقمت الى جانبه فلم أسمع له قراءة » ولأنها صلاة نهار لها نظير بالليل ، فلم يجهر فيها بالقراءة كالظهر ، ويجهر في كسوف القمر لأنها صلاة ليل ليس لها نظير بالنهار فسن الجهر كالعشاء) .

(الشرح) حديث ابن عباس الأول رواه البخاري ومسلم ، وحديثه الثاني رواه البيهقي في سننه بمعناه باسناد ضعيف فيه ابن لهيعة ، واحتج الشافعي والبيهقي وأصحابنا في الاسرار بقراءة كسوف الشمس بحديث ابن عباس الأول لقوله « قياما طويلا نحوا من سورة البقرة » قالوا : وهذا دليل على أنه لم يسمعه ، لأنه لو سمعه لم يقدره بغيره ، وروى الترمذي باسناده الصحيح عن سمرة قال « صلى بنا النبي صلى الله عليه وسلم في كسوف لا نسمع له صوتا » قال الترمذي : حديث حسن صحيح .

وعن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم « جهر في صلاة الخسوف بقراءته » رواه البخاري ومسلم في صحيحهما ، فهذان الحديثان الصحيحان

---

(١) في نسخة الركبي (تسعين) بدل سبعين (ط) .

يجمع بينهما بأن الاسرار فى كسوف الشمس والجهر فى كسوف القمر ، وهـذا مذهبنا •

(وقوله) لأنها صلاة نهار لها نظير بالليل احتراز من صلاة الجمعة والعيد• (وقوله) صلاة ليل لها نظير بالنهار ، قال القلعى : هو احتراز من الوتر ، وهو صحيح كما قال ، ولا يقال : قد قال المصنف فى الوتر ولأنه يجهر فى الثالثة ، فهذا يدل على أنه يجهر فى الوتر • لأن مراده اذا صلاها جماعة بعد التراويح (وقوله) وركوعان وسجودان قد يوهم أنها أربع سجدات لكونه قال : سجودان • ومعلوم أن السجود فى كل سجدة سجدتان • فالسجودان أربع سجدات • وكان الأحسن أن يقول : وسجدتان • وهذا مراده •

(**أما الأحكام**) فقال أصحابنا : أقل صلاة الكسوف أن يحرم بنية صلاة الكسوف ثم يقرأ الفاتحة ثم يركع ثم يرفع فيقرأ الفاتحة • ثم يركع ثانيا ، ثم يرفع ويطمئن • ثم يسجد سجدتين • فهذه ركعة ، ثم يصلى ركعة ثانية كذلك فهى ركعتان فى كل ركعة قيامان وقراءتان وركوعان وسجودان كغيرها فلو تمادى الكسوف فهل يزيد ركوعا ثالثا فأكثر ؟ فيه وجهان •

(أحدهما) يزيد ثالثا ورابعا وخامسا وأكثر حتى ينجلى الكسوف قاله جماعة من أئمة أصحابنا الجامعين بين الفقه والحديث • منهم ابن خزيمة وابن المنذر والخطابى وأبو بكر الصبغى من أصحابنا ــ وهو بكسر الصاد واسكان الباء الموحدة وبالغين المعجمة وغيره ، للأحاديث الصحيحة أن النبى صلى الله عليه وسلم « صلى ركعتين فى كل ركعة ثلاثة ركوعات » وفى رواية « فى كل ركعة أربعة ركوعات » رواهما مسلم ، وجاء فى غير مسلم زيادة على هذا ولا محمل للجمع بين الروايات الا الحمل على الزيادة لتأدى الكسوف •

(والوجه الثانى) وهو الصحيح عند أصحابنا « لا يجوز الزيادة على ركوعين » وبهذا قطع جمهور الأصحاب ، وهو ظاهر نصوص الشافعى • قالوا : وروايات الركوعين أشهر وأصح فوجب تقديمها ، وقياس الصلوات أن لا تقبل الزيادة • والله أسلم •

ولو كان فى القيام الأول فانجلى الكسوف لم تبطل صلاته وله أن يتمها على هيئتها المشروعة بلا خلاف ، وهل له أن يقتصر على ركوع واحد ؟ وقيام واحد فى كل ركعة ؟ فيه وجهان بناء على الوجهين فى جواز الزيادة للتمادي ، ان جوزناها جاز النقصان بحسب مدة الكسوف والا فلا ، ولو سلم من صلاة الكسوف ــ والكسوف باق ــ فهل له استفتاح صلاة الكسوف مرة أخرى ؟ فيه وجهان • خرجهما الأصحاب على جواز زيادة الركوع (والصحيح) المنع من الزيادة والنقص ومن استفتاح الصلاة ثانيا ، والله أعلم •

وأما أكمل صلاة الكسوف فأن يحرم بها ثم يأتى بدعاء الاستفتاح ثم التعوذ ثم الفاتحة ثم يقرأ البقرة أو نحوها ان لم يحسنها • وأما القيام الثانى والثالث والرابع فللشافعى فيه نصان (أحدهما) نصه فى الأم ومختصر المزنى أنه يقرأ بعد الفاتحة قدر مائتى آية من سورة البقرة وفى الثالث قدر مائة وخمسين منها ، وفى الرابعة قدر مائة منها (والثانى) نصه فى البويطى فى الباب السابق أنه يقرأ فى القيام الثاني بعد الفاتحة نحو سورة آل عمران وفى الثالث نحو سورة النساء وفى الرابع نحو المائدة ، ونص فى البويطى فى باب آخر بعد هذا بنحو كرابتين [1] كنصه فى الأم والمختصر فأخذ المصنف وسائر العراقيين وجماعة من غيرهم بنصه فى الأم ، وأخذ جماعات من الخراسانيين بنص البويطى ، وقال المحققون ليس هذا اختلافا محققا ، بل هو للتقريب ، وهما متقاربان ، وفى استحباب التعوذ فى ابتداء القراءة فى القيام الثانى والثالث والرابع وجهان ، حكاهما صاحب الحاوى وغيره ، وهما الوجهان السابقان فى التعوذ فى الركعة الثانية وما بعدها (أصحهما) الاستحباب ، وأما قدر مكثه فى الركوع فللشافعى فيه نصان •

(أحدهما) نصه فى الأم ومختصر المزنى (والموضع الثانى) من البويطى أنه يسبح فى الركوع الأول نحو مائة آية من سورة البقرة ، وفى الثانى قدر ثلثى ركوعه الأول ، وفى الثالث قدر سبعين آية منها ، وفى الرابع قدر خمسين ، ونص فى الموضع الأول من البويطى أنه يسبح فى كل ركوع نحو قراءته •

---

(١) كذا بالأصل فحرر ولعله بنحو كتابين أو كراستين (ط) .

(وأما) كلام الأصحاب ففيه اختلاف فى ضبطه ، فوقع فى المهذب فى الركوع الثانى من الركعة الأولى قدر سبعين آية بالسين فى أوله ، وفى التنبيه تسعين آية بالتاء فى أوله •

قال الشيخ أبو حامد الاسفراينى وصاحب التقريب والغزالى والبغوى وآخرون : قدر ثمانين آية ، وقال سليم الرازى فى كتابه الكفاية : خمس وثمانون آية ، وقال أبو حفص الأبهرى : قدر الركوع الأول ، وهو غريب ضعيف ، والصحيح ما نص عليه الشافعى رحمه الله •

(وأما) السجود فقد أطلق الشافعى فى الأم والمختصر أنه يسجد ، ولم يذكر فيهما أنه يطوله أو يقصره ، وادعى المصنف أن الشافعى لم يذكر تطويله ، وليس كما قال ، بل نص على تطويله كما سأذكره ان شاء الله تعالى عن مختصر البويطى وغيره •

وفى المسألة قولان (أشهرهما) فى المهذب لا يطول ، بل يسجد كقدر السجود فى سائر الصلوات ، وهذا هو الراجح عند المصنف وجماهير الأصحاب (والثانى) يستحب تطويله ، وممن نقل القولين امام الحرمين والغزالى والبغوى ، وقد نص الشافعى على تطويله فى موضعين من البويطى ، فقال : يسجد سجدتين تامتين طويلتين ، يقيم فى كل سجدة نحواً مما أقام فى ركوعه ، هذا نصه بحروفه •

وقال الشافعى فى جمع الجوامع : يقيم فى كل سجدة نحوا مما أقام فى ركوعه ، ونقل الترمذى عن الشافعى تطويل السجود ، ونقل امام الحرمين والغزالى أنه على قدر الركوع الذى قبله •

وقال الخطابى : مذهب الشافعى واسحاق بن راهويه تطويل السجود كالركوع وقال البغوى : أحد القولين يطيل السجود ، فالسجود الأول كالركوع الأول ، والسجود الثانى كالركوع الثانى وقطع بتطويل السجود الشيخ أبو حامد والبندنيجى قال أبو عمرو بن الصلاح : هذا الذى ذكره البغوى أحسن من الاطلاق الذى فى البويطى ، قال : فحصل أن الصحيح خلاف ما صححه أكثر الأصحاب ، قال : بل يتجه أن يقال : لا قول للشافعى

غير القول بتطويل السجود لما علم من وصيته : ان صح الحديث خلاف قوله فليترك قوله وليعمل بالحديث ، فان مذهبه الحديث هذا ما يتعلق بنقل المذهب •

وأما الأحاديث الواردة بتطويل السجود (فمنها) حديث أبى موسى الأشعرى فى صفة صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « فأتى المسجد فصلى بأطول قيام وركوع وسجود رأيته يفعله فى صلاته » رواه البخارى ومسلم •

وعن عائشة فى صفة صلاته صلى الله عليه وسلم الكسوف قالت « ثم ركع فأطال الركوع ، ثم سجد فأطال السجود ، ثم فعل فى الركعة الأخرى مثل ما فعل فى الأولى » رواه البخارى ، وفى رواية عنها فى البخارى « ثم سجد سجوداً طويلا » وفى رواية عنها فى البخارى « فسجد سجوداً طويلا ، ثم قام فقام قياما طويلا • ثم ركع ركوعا طويلا ، الى أن قالت : ثم سجد وهو دون السجود الأول » وعن أبى سلمة بن عبد الرحمن عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال « فركع النبى صلى الله عليه وسلم » وذكر الحديث قال : وقالت عائشة « ما سجدت سجوداً قط كان أطول منها » رواه البخارى ومسلم •

وفى صحيح مسلم من رواية جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم « وركوعه نحو من سجوده » وفى صحيح البخارى من رواية أسماء « ثم سجد فأطال السجود ، ثم رفع ، ثم سجد فأطال السجود » وذكرت مثل ذلك فى الركعة الثانية •

وعن عبد الله بن عمرو بن العاص عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه قام فى الكسوف فلم يكد يركع ، ثم ركع فلم يكد يرفع ، ثم رفع ، فلم يكد يسجد ، ثم سجد فلم يكد يرفع ، ثم رفع فلم يكد يسجد ثم سجد فلم يكد يرفع ، ثم فعل فى الركعة الأخرى مثل ذلك » رواه أبو داود ، وفى اسناده عطاء بن السائب وهو مختلف فيه ، ورواه ابن خزيمة فى صحيحه ، ورواه الحاكم فى المستدرك من طريق آخر صحيح • وقال : هو صحيح •

وعن سمرة بن جندب عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ثم ركع كأطول ما ركع بنا قط ، ثم سجد بنا كأطول ما سجد بنا فى صلاة » رواه أبو داود باسناد حسن فاذا عرفت هذه الأحاديث وما قدمناه من نص الشافعى فى البويطى تعين القول باستحباب تطويل السجود ، وبه قال أبو العباس بن سريج وابن المنذر ، وبه جزم البندنيجى وغيره ممن ذكرنا ، وتابعهم على ترجيحه جماعة ، وينكر على المصنف قوله ان الشافعى لم يذكره ، وقوله لم ينقل ذلك فى خبر والله أعلم •

وأما الاعتدال بعد الركوع الثانى فلا يستحب تطويله بلا خلاف ، وهكذا التشهد وجلوسه لا يستحب تطويلهما بلا خلاف • وأما الجلوس بين السجدتين فنقل الغزالى والرافعى وغيرهما الاتفاق على أنه لا يطوله ، وحديث ابن عمرو ابن العاص يقتضى استحباب اطالته كما سبق ، واذا قلنا بالصحيح المختار أن تطويل السجود مستحب فالمختار فى قدره ما ذكره البغوى أن السجود الأول كالركوع الأول ، والسجود الثانى كالركوع الثانى ، ونص فى البويطى أنه نحو الركوع الذى قبله •

(فرع) يستحب أن يقول فى رفعه من كل ركوع : سمع الله لمن حمده ، ربنا لك الحمد الى آخره ثبت ذلك فى الصحيحين من فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ونص عليه الشافعى فى الأم ومختصر البويطى والمزنى والأصحاب •

(فرع) السنة الجهر بالقراءة فى كسوف القمر ، والاسرار فى كسوف الشمس لما ذكره المصنف وماضممناه اليه هذا هو المعروف فى المذهب وبه قطع الأصحاب فى جميع طرقهم ، ونص عليه الشافعى فى الأم والمختصر •

وقال الخطابى : الذى يجىء على مذهب الشافعى أنه يجهر فى كسوف الشمس كذا نقله الرافعى عن الخطابى ، ولم أره فى كتاب الخطابى •

وقال ابن المنذر من أصحابنا : يستحب الجهر فى كسوف الشمس ،قال وروينا ذلك عن على بن أبى طالب وعبد الله بن يزيد الخطمى الصحابى وزيد ابن أرقم والبراء بن عازب وبه قال أحمد واسحاق وأبو يوسف ومحمد بن

الحسن فى رواية وداود . وقال مالك وأبو حنيفة « يسر » واحتج للجهر بحديث عائشة الذى قدمناه فى أول شرح هذه المسائل ويجاب عنه بما سبق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والسنة ان يخطب لها بعد الصلاة لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم فرغ من صلاته فقام فخطب الناس فحمد الله وأثنى عليه وقال : الشمس والقمر آيتان من آيات الله عز وجل لا ينخسفان لموت احد ولا لحياته ، فاذا رأيتم ذلك فصلوا وتصدقوا) .

(**الشرح**) حديث عائشة رواه البخارى ومسلم ، واتفقت نصوص الشافعى والأصحاب على استحباب خطبتين بعد صلاة الكسوف ، وهما سنة ليسا شرطا لصحة الصلاة .

قال أصحابنا : وصفتهما كخطبتى الجمعة فى الأركان والشروط وغيرهما ، سواء صلاها جماعة فى مصر أو قرية ، أو صلاها المسافرون فى الصحراء وأهل البادية ، ولا يخطب من صلاها منفردا ، ويحثهم فى هذه الخطبة على التوبة من المعاصى ، وعلى فعل الخير ، والصدقة والعتاقة ، ويحذرهم الغفلة والاغترار ، ويأمرهم باكثار الدعاء والاستغفار والذكر ، ففى الأحاديث الصحيحة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ذلك فى خطبته .

قال الشافعى فى الأم : ويجلس قبل الخطبة الأولى كما فى الجمعة ، هذا نصه ، ويجىء فيه الوجه السابق فى خطبة العيد .

(**فرع**) قد ذكرنا أن مذهبنا استحباب خطبتين بعد صلاة الكسوف ، وبه قال جمهور السلف ونقله ابن المنذر عن الجمهور . وقال مالك وأبو حنيفة وأبو يوسف وأحمد فى رواية : لا تشرع لها الخطبة . دليلنا الأحاديث الصحيحة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان لم يصل حتى تجلت لم يصل ، لما روى جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « فاذا رأيتم ذلك فصلوا حتى تنجلى » فان تجلت وهو فى الصلاة اتمها لأنها صلاة اصل فلا يخرج منها بخروج وقتها كسائر الصلوات ، وان جللتها غمامة وهى كاسفة صلى لأن الأصل بقاء الكسوف ،

وان غربت الشمس كاسفة لم يصل لانه لا سلطان لها بالليل ، وان غاب القمر وهو كاسف ـ فان كان قبل طلوع الفجر ـ صلى لأن سلطانه باق ، وان غاب بعد طلوع الفجر ففيه قولان قال فى القديم : لا يصلى لأن سلطانه بالليل وقد ذهب الليل . وقال فى الجديد : يصلى لأن سلطانه باق ما لم تطلع الشمس لانه ينتفع بضوئه ، وان صلى ولم ينجل لم يصل مرة أخرى لانه لم ينقل ذلك عن أحد) .

(**الشرح**) حديث جابر رواه مسلم من رواية جابر ومن رواية عائشة ، ورواه البخارى ومسلم من رواية المغيرة بن شعبة . وقوله « لأنها صلاة أصل فلا يخرج منها بخروج وقتها » قال صاحب البيان : هو احتراز من صلاة الجمعة . وقال القلعى هو احتراز من الجمعة على القول القديم أنها بدل من الظهر ، ومن المسافر اذا خرج الوقت وهو فى صلاة نوى قصرها وقلنا ان ما يفعله بعد الوقت قضاء ، اذ من فاته صلاة فى السفر فقضاها فى السفر أتم فانه يخرج من صلاة القصر الى صلاة الاتمام .

(**اما الاحكام**) فقال الشافعى والأصحاب رحمهم الله : تفوت صلاة كسوف الشمس بأمرين :

(أحدهما) الانجلاء ، فاذا انجلت جميعها لم يصل للحديث وان انجلى بعضها شرع فى الصلاة للباقى كما لو لم ينكشف الا ذلك القدر فانه يصلى بلا خلاف ، وان انجلى جميع الكسوف وهو فى الصلاة أتمها بلا خلاف ، ولو حال دونها سحاب ـ وشك فى الانجلاء ـ صلى لأن الأصل بقاء الكسوف ، ولو كانت الشمس تحت غمام وشك هل كشفت ؟ لم يصل بلا خلاف ، لأن الأصل عدم الكسوف . قال الدارمى وغيره : ولا يعمل فى الكسوف بقول المنجمين .

(الثانى) أن تغيب كاسفة فلا يصلى بعد الغروب بلا خلاف لما ذكره المصنف فان غابت وهو فى الصلاة أتمها .

(وأما) صلاة خسوف القمر فتفوت أيضا بأمرين (أحدهما) الانجلاء كما سبق (والثانى) طلوع الشمس ، فاذا طلعت وهو خاسف لم يبتدىء الصلاة ، فان كان فيها أتمها ، ولو بدأ خسوفه بعد طلوع الشمس لم يصل بلا خلاف ، ولو غاب فى الليل خاسفا صلى بالاتفاق لبقاء سلطانه ، كما لو

استتر بغمام صلى ، ولو طلع الفجر ، وهو خاسف ، أو خسف بعد الفجر قبل طلوع الشمس ، فقولان (الصحيح) الجديد : يصلى ، والقديم : لا يصلى ، ودليلهما فى الكتاب ، فعلى الجديد : لو شرع فى الصلاة بعد الفجر فطلعت الشمس ــ وهو فيها ــ لم تبطل كما لو انجلى الكسوف فى أثنائها .

قال الشافعى فى الأم : ويخففون صلاة الكسوف فى هذا الحال ، ليخرجوا منها قبل طلوع الشمس ، فان طلعت وهو فيها أتمها ثم فى موضع القولين طريقان :

(أحدهما) قاله القاضى أبو القاسم ابن كج أنهما فيما اذا غاب خاسفا بين طلوع الفجر والشمس ، فأما اذا لم يغب وبقى خاسفا فيجوز الشروع فى الصلاة قطعا .

(والطريق الثانى) أن القولين فى الحالين صرح به الشيخ أبو حامد والبندنيجى والدارمى وغيرهم ، وهو ظاهر اطلاق المصنف والجمهور ، وهو أيضا مقتضى تعليلهم والله أعلم .

(وأما) اذا صلينا صلاة الكسوف وسلمنا منها والكسوف باق فلا تستأنف الصلاة على المذهب ، وبه قطع الأكثرون ، ونص عليه فى الأم ، وفيه خلاف سبق فى أوائل الباب والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا تسن صلاة الجماعة لآية غير الكسوف ، كالزلازل وغيرها ، لأن هذه الآيات قد كانت ولم ينقل أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى لها جماعة غير الكسوف) .

(الشرح) قال الشافعى والأصحاب : ما سوى الكسوفين من الآيات كالزلازل والصواعق والظلمة والرياح الشديدة ونحوها لا تصلى جماعة لما ذكره المصنف قال الشافعى فى الأم والمختصر : ولا آمر بصلاة جماعة فى زلزلة ولا ظلمة ، ولا لصواعق ولا ريح ، ولا غير ذلك من الآيات ، وآمر بالصلاة منفردين كما يصلون منفردين سائر الصلوات ، هذا نصه ، واتفق

الأصحاب على أنه يستحب أن يصلى منفردا ويدعو ويتضرع لئلا يكون غافلا •

وروى الشافعى أن عليا رضى الله عنه صلى فى زلزلة جماعة ، قال الشافعى : ان صح هذا الحديث قلت به ، فمن الأصحاب من قال : هذا قول آخر له فى الزلزلة وحدها ، ومنهم من عممه فى جميع الآيات ، وهذا الأثر عن على ليس بثابت ولو ثبت قال أصحابنا : هو محمول على الصلاة منفردا ، وكذا ما جاء عن غير على رضى الله عنه من نحو هذا والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واذا اجتمعت صلاة الكسوف مع غيرها قدم أخوفهما فوتاً ، فان استويا فى الفوت قدم أوكدهما ، فان اجتمعت مع صلاة الجنازة قدمت لأنه يخشى عليه التغيير والانفجار ، وان اجتمعت مع المكتوبة فى أول الوقت بدأ بصلاة الكسوف لانه يخاف فوتها بالتجلى ، فاذا فرغ منها بدأ بالمكتوبة قبل الخطبة للكسوف لأن المكتوبة يخاف فوتها والخطبة لا يخاف فوتها وان اجتمعت معها فى آخر الوقت بدأ بالمكتوبة لأنهما استويا فى خوف الفوات والمكتوبة آكَدُ فكان تقديمها أولى ، وان اجتمعت مع الوتر فى آخر وقتها قدمت صلاة الكسوف لأنهما استويا فى الفوت ، وصلاة الكسوف أوكد ، فكانت بالتقديم أحق) •

(الشرح) قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله : اذا اجتمع صلاتان فى وقت واحد قدم ما يخاف فوته ، ثم الأوكد ، فاذا اجتمع عيد وكسوف ، أو جمعة وكسوف وخيف فوت العيد أو الجمعة لضيق الوقت قدم العيد والجمعة، لأنهما أوكد من الكسوف • وان لم يخف فوتهما فطريقان (أصحهما) وبه قطع المصنف والأكثرون يقدم الكسوف لأنه يخاف فوته (والثانى) حكاه الخراسانيون فيه قولان (أصحهما) هذا (والثانى) يقدم الجمعة والعيد لتأكدهما •

قال الشافعى وأصحابنا : وباقى الفرائض كالجمعة ، ولو اجتمع كسوف ووتر أو تراويح قدم الكسوف مطلقا لأنها أوكد وأفضل ، ولو اجتمع جنازة وكسوف أو عيد قدم الجنازة لأنه يخاف تغيرها • قال أصحابنا : ويشتغل الامام بعدها بالصلاة الأخرى ولا يشيعها ، بل يشيعها غيره ، فان لم يحضر

الجنازة أو أحضرت ولم يحضر الولى أفرد الامام جماعة ينتظرونها ، واشتغل هو والناس بالصلاة الأخرى •

ولو حضرت جنازة وجمعة ولم يضق الوقت قدمت الجنازة بلا خلاف ، نص عليه ، واتفقوا عليه ، لما ذكرناه ، وان ضاق وقت الجمعة قدمت على المذهب الصحيح المنصوص فى الأم ، وبه قطع الجماهير ، ونقل امام الحرمين وغيره عن الشيخ أبى محمد الجوينى تقديم الجنازة لأن الجمعة لها بدل ، وهذا غلط لأنه ــ وان كان لها بدل ــ لا يجوز اخراجها عن وقتها عمدا •

قال الشافعى والأصحاب : واذا اجتمع العيد والكسوف ، والوقت متسع أو ضيق ، صلاهما ثم خطب لهما بعد الصلاتين خطبتين ، يذكر فيهما العيد والكسوف ، ولو اجتمع جمعة وكسوف واقتضى الحال تقديم الجمعة خطب لها ثم صلى الجمعة ، ثم الكسوف ، ثم خطب للكسوف ، وان اقتضى الحال تقديم الكسوف بدأ بها ، ثم خطب للجمعة خطبتها ، وذكر فيهما شأن الكسوف وما يندب فى خطبتيه ولا يحتاج الى أربع خطب ، وقال أصحابنا ويقصد بالخطبتين الجمعة خاصة • وكذا نص عليه الشافعى فى الأم •

قال أصحابنا : ولا يجوز أن يقصد الجمعة والكسوف معا ، لأنه تشريك بين فرض ونفل بخلاف العيد والكسوف ، فانه يقصدهما بالخطبتين لأنهما سنتان هكذا قالوه وفيه نظر لأن السنتين اذا لم تتداخلا لا يصح أن ينويهما بصلاة واحدة ولهذا لو نوى بركعتين صلاة الضحى وقضاء سنة الصبح لا تنعقد صلاته ، ولو ضم الى فرض أو نفل نية تحية المسجد لم يضر ، لأنها تحصل ضمنا فلا يضر ذكرها قال الشافعى فى البويطى : لو اجتمع عيد وكسوف ، واستسقاء ، وجنازة ، يعنى والوقت متسع بدأ بالجنازة ثم الكسوف ، ثم العيد ، ثم الاستسقاء ، فان خطب للجميع خطبة واحدة أجزأه•

قال الشافعى فى الأم : واذا بدأ بالكسوف قبل الجمعة خففها فقرأ فى كل ركعة بالفاتحة ، وقل هو الله أحد ، وما أشبهها •

قال فى الأم : وان كان الكسوف بمكة عند رواح الامام والناس فى اليوم الثامن الى منى صلوا الكسوف ، فان خاف أن تفوته صلاة الظهر بمنى صلاها

بمكة ، قال : وان كان الكسوف بعرفة عند الزوال قدم الكسوف ثم صلى الظهر والعصر ، فان خاف فوتهما بدأ بهما ، ثم صلى الكسوف ، ولم يتركه للوقوف ، وخفف صلاة الكسوف والخطبة قال : وان كسفت وهو فى الموقف بعد العصر صلى الكسوف ثم خطب على بعيره ودعا ، قال : وان خسف القمر قبل الفجر بالمزدلفة أو بعده صلى الكسوف وخطب ، ولو حبسه ذلك الى طلوع الشمس ، ويخفف لكيلا يحبسه الى طلوع الشمس ان قدر ، قال : وان خسف القمر وقت صلاة القيام يعنى التراويح بدأ بصلاة الخسوف •

(**فصل**) اعترضت طائفة على قول الشافعى : اجتمع عيد وكسوف ، وقالت هذا محال لأن كسوف الشمس لا يقع الا فى الثامن والعشرين أو التاسع والعشرين وكسوف القمر لا يكون فى وقت صلاة العيد ، ولا يكون الا ليلة الرابع عشر أو الخامس عشر ، وأجاب الأصحاب عن هذا بأجوبة •

(أحدها) أن هذه الدعوى يزعمها المنجمون ، ولا نسلم انحصاره فيما يقولون بل نقول : الكسوف ممكن فى غير اليومين المذكورين ، والله على كل شىء قدير وقد جاء مثل ما قلناه فقد ثبت فى الصحيحين أن الشمس كسفت يوم توفى ابراهيم بن رسول الله صلى الله عليه وسلم وروينا فى كتاب الزبير ابن بكار ، وسنن البيهقى وغيرهما أنه توفى يوم الثلاثاء عاشر شهر ربيع الأول سنة عشر من الهجرة واسناده ــ وان كان ضعيفا ــ فيجوز التمسك به فى مثل هذا ، لأنه لا يرتب عليه حكم ، وقد قدمنا فى مواضع أن أهل العلم متفقون على العمل بالضعيف فى غير الأحكام وأصول العقائد ، وأيضا فقد نقل متواترا أن الحسين بن على رضى الله عنهما قتل يوم عاشوراء ، وذكر البيهقى وغيره عن أبى قبيل ــ بفتح القاف وكسر الباء الموحدة ــ وغيره : أن الشمس كسفت يوم قتل الحسين رضى الله عنه •

(الثانى) يتصور وقوع العيد فى الثامن والعشرين بأن يشهد اثنان بنقصان رجب وآخران بنقصان شعبان ورمضان وكانت فى الحقيقة كاملة • فيقع العيد فى الثامن والعشرين عملا بالظاهر الذى كلفناه •

(الثالث) لو لم يكن ذلك ممكنا كان تصوير الفقهاء له حسنا للتدرب باستخراج الفروع الدقيقة تنقيح الأفهام • كما يقال فى مسائل الفرائض « ترك مائة جدة » مع أن هذا العدد لا يقع فى العادة والله أعلم •

(فـــرع) فى مسائل تتعلق بالكسوف (١)

(احداها) قال الشافعى فى الأم فى آخر كتاب الكسوف : لا أكره لمن لا هيئة لها من النساء لا للعجوز ولا للصبية شهود صلاة الكسوف مع الامام

---

(١) قال الامام البخارى فى (باب قول النبى صلى الله عليه وآله وسلم : يخوف الله عباده بالكسوف ، قال أبو موسى عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم ـ حدثنا قتيبة بن سعيد حدثنا حماد بن زيد عن يونس عن الحسن عن أبى بكرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (ان الشمس والقمر آيتان من آيات الله لا ينخسفان لموت أحد ولكن يخوف الله بهما عباده ـ وقال أبو عبد الله : لم يذكر عبد الوارث وشعبة وخالد بن عبد الله وحماد بن سلمة عن يونس يخوف الله بهما عباده . وتابعه أشعث عن الحسن ، وتابعه موسى عن مبارك عن الحسن قال : أخبرنى أبو بكرة عن النبى صلى الله عليه وسلم : يخوف بهما عباده) فقوله : (يخوف) فيه رد على أهل الهيئة الذين يزعمون منهم أن الكسوف أمر عادى لا يتأخر ولا يتقدم اذ لو كان كما يقولون لم يكن فيه تخويف ويصير بمنزلة المد والجزر فى البحر ، وقد رد عليهم ذلك ابن العربى وغير واحد من العلماء بما فى حديث أبى موسى وفيه (فقام فزعا يخشى أن تكون الساعة) فلو كان الكسوف بالحساب لم يقع الفزع ، ولو كان بالحساب لم يكن للأمر بالصلاة والصدقة والعتق والذكر معنى ، فان ظاهر الأحاديث أن ذلك يفيد التخويف ، وأن كل ما ذكر من أنواع الطاعة يرجى ان يرفع به ما يخشى من اثر ذلك الكسوف ومما نقض ابن العربى وغيره كما أفاد هذا الحافظ ابن حجر فى الفتح ومنه نقلته أنهم يزعمون أن الشمس لا تنكسف على الحقيقة ، وانما يحول القمر بينها وبين أهل الأرض عند اجتماعهما فى العقدتين فقال : هم يزعمون أن الشمس أضاف القمر فى الجرم فكيف يحجب الصغير الكبير اذا قابله ؟ أم كيف يظلم الكثير بالقليل لاسيما وهو من جنسه ، وكيف تحجب الأرض نور الشمس وهى فى زاوية منها ، لأنهم يزعمون أن الشمس أكبر من الأرض وقد وقع فى حديث النعمان بن بشير وغيره للكسوف سبب آخر غير ما زعمه أهل الهيئة وهو ما أخرجه أحمد والنسائى وابن ماجه وصححه ابن خزيمة والحاكم بلفظ (ان الشمس والقمر لا ينكسفان لموت احد ولا لحياته ، ولكنهما آيتان من آيات الله وانه اذا تجلى لشىء من خلقه خشع له) وقد استشكل الغزالى هذه الزيادة وقال : انها لم تثبت ، فيجب تكذيب ناقلها ، قال : ولو صحت لكان تأويلها أهون من مكابرة أمور قطعية ، لا تصادم أصلا من أصول الشريعة . ورد ابن بزيزة عليه بكلام ينكر فيه كرية الأرض ، وزعم معارضة ذلك للشرع قال الحافظ نقلا عنه : والثابت من قواعد الشرع ان الكسوف أثر الارادة الالهية القديمة وفعل الفاعل المختار فيخلق فى هذين الجرمين النور متى شاء من غير توقف على سبب أو ربط باقتراب ، والحديث الذى رده الغزالى قد أثبته غير واحد من أهل العلم ، وهو ثابت من حيث المعنى أيضا ، لأن النورية والاضاءة من عالم الجمال الحسى فاذا تجلت صفة الجلال انطمست الأنوار لهيبته ، ويؤيده قوله تعالى : (فلما تجلى ربه للجبل جعله دكا) اهـ ويؤيد هذا الحديث ما رويناه عن طاوس أنه نظر الى الشمس وقد انكسفت فبكى حتى كاد أن يموت وقال : هى أخوف لله منا . وقال ابن دقيق العيد : ربما يعتقد بعضهم أن الذى يذكره أهل الحساب ينافى قوله تعالى (يخوف الله بهما عباده) وليس بشىء ، لأن لله أفعالا على حسب العادة ، وأفعالا خارجة عن ذلك ، وقدرته حاكمة على كل سبب فله أن يقتطع ما يشاء من الأسباب والمسببات بعضها عن بعض ، واذا ثبت ذلك فالعلماء بالله لقوة اعتقادهم فى عموم قدرته على خرق العادة ، وأنه يفعل ما يشاء اذا وقع شىء غريب حدث عندهم الخوف بقوة الاعتقاد . وذلك لا يمنع أن يكون هناك أسباب تجرى عليها العادة الى أن يشاء الله خرقها ، وحاصله أن الذى يذكره علماء الهيئة والحساب ان كان حقا فى نفسه فانه لا ينافى كون ذلك مخوفا لعباد الله تعالى هكذا أفاده الحافظ فى الفتح) .

بل أحبها وأحب الىّ لذوات الهيئة أن يصلينها فى بيوتهن . قال : وان كسفت وهناك رجل مع نساء فيهن ذوات محرم منه صلى بهن ، وان لم يكن فيهن ذوات محرم منه كرهت ذلك له . وان صلى بهن فلا بأس . قال : فان صلى النساء فليس من شأنهن الخطبة ؛ لكن لو ذكرتهن احداهن كان حسنا . هذا نصه بحروفه . وتابعه عليه الأصحاب .

(الثانية) قال الشافعى فى الأم ومختصر المزنى « ولا يجوز ترك صلاة الكسوف عندى لمسافر ولا مقيم ولا لأحد جاز له أن يصلى بحال ، فيصليها كل من وصفت بامام تقدمه ومنفردا ان لم يجد اماما ويصليها كما وصفت فى صلاة الامام ركعتين فى كل ركعة ركوعان « وكذلك خسوف القمر » قال : « وان خطب الرجل الذى وصفت فذكرهم لم أكرهه » هذا نصه فى الأم بحروفه . واقتصر فى مختصر المزنى على قوله « ولا يجوز تركها لمسافر ولا مقيم بامام ومنفرد » هذا نصه وقد يستشكل قوله « لا يجوز ترك صلاة الكسوف » ومعلوم أنها سنة بلا خلاف وجوابه أن مراده أنه يكره تركها لتأكدها لكثرة الأحاديث الصحيحة فى الأمر بها . كقوله صلى الله عليه وسلم « ان الشمس والقمر آيتان من آيات الله لا يخسفان لموت أحد ولا لحياته فاذا رأيتم ذلك فادعوا الله وكبروا وصلوا وتصدقوا » .

وفى رواية « فافزعوا الى الصلاة » وفى رواية « فصلوا حتى يفرج عنكم » وفى رواية « فصلوا حتى تنجلى » وكل هذه الألفاظ فى الصحيحين .

فأراد الشافعى أنه يكره تركها ، فان المكروه قد يوصف بأنه غير جائز من حيث ان الجائز يطلق على مستوى الطرفين ، والمكروه ليس كذلك ، وحملنا على هذا التأويل الأحاديث الصحيحة أنه لا واجب من الصلاة غير المكتوبات الخمس ونصوص الشافعى على ذلك ، وفى كلامه هنا ما يدل عليه ، فان قوله : ولا لأحد جاز له أن يصلى بحال . وهذه العبارة يدخل فيها العبد والمسافر والمرأة وغيرهم ممن لا تلزمهم الجمعة ، فكيف يظن أن الشافعى يوجب عليهم صلاة الكسوف ، وقد أوضح الشافعى هذا فى البويطى فقال فى الباب الأول من بابى الكسوف : يصلى صلاة الكسوف بعد الصبح وبعد العصر وفى كل

حين لأنهما ليسا نافلتين ولكنهما واجبان وجوب سنة • هـذا نصـه وهو صريح فى كونهما سنة وفى أنه أراد تأكيد الأمر بهما •

وقوله « واجبان وجوب سنة » ونحوه الحديث الصحيح « غسل الجمعة واجب على كل محتلم » والله أعلم •

(الثالثة) قال الشافعى فى الأم : اذا صلى الرجل وحده صلاة الكسوف ثم أدركها مع الامام صلاها كما يصنع فى المكتوبة • قال وكذلك المرأة •

(الرابعة) المسبوق اذا أدرك الامام فى الركوع الأول من الركعة الأولى فقد أدرك الركعة كلها ويسلم مع الامام كسائر الصلوات • وان أدركه فى الركوع الأول من الركعة الثانية فقد أدرك الركعة ، فاذا سلم الامام قام فصلى ركعة أخرى بركوعين وقيامين كما يأتى بها الامام ، وهذا لا خلاف فيه ، ولو أدركه فى الركوع الثانى من احدى الركعتين فالمذهب الصحيح الذى نص عليـه الشافعى فى البويطى واتفق الأصحاب على تصحيحه ، وقطع به كثيرون منهم أو أكثرهم أنه لا يكون مدركا لشىء من الركعة ، كما لو أدرك الاعتدال فى سائر الصـلوات •

وحكى صاحب التقريب وجماعة من الخراسانيين عنه قولا آخر أنه يكون مدركا للقومة التى قبله ، فعلى هذا اذا أدرك الركوع الثانى من الأولى قام بعد سلام الامام وركع واعتدل وجلس وتشهد وسلم ولا يسجد ، لأن ادراك الركوع اذا حصل به القيام الذى قبله كان حصول السجود الذى بعده أولى ، وعلى المذهب لو أدركه فى القيام الثانى لا يكون مدركا لشىء من الركعـة أيضا •

قال الشافعى فى البويطى : واذا أدرك المسبوق بعض صلاة الامام وسلم الامام قام وصلى بقيتها ، سواء تجلى الكسوف أم دام ، قال : فان لم يكن انجلت طولها كما طولها الامام ، وان كانت انجلت خففها عن صلاة الامام •

(الخامسة) قال الشافعى فى الأم : ولو كسفت الشمس ثم حدث خوف صلى الامام صلاة الخسوف صلاة خوف ، كما يصلى المكتوبة صلاة خوف ، لا يختلف ذلك • قال : وكذلك يصلى صلاة الخسوف صلاة شدة الخوف

بالايماء حيث توجه راكبا وماشيا فان أمكنه الخطبة والصلاة خطب والا فلا يضره • قال : وان كسفت الشمس فى حضر فغشى أهل البلد عدو مضوا الى العدو ، فان أمكنهم فى صلاة الكسوف ما يمكنهم فى المكتوبة صلوها صلاة الخوف ، وان لم يمكنهم ذلك صلوها صلاة شدة الخوف طالبين ومطلوبين • هذا نصه •

(فـــرع) فى مذاهب العلماء فى عدد ركوع الكسوف

قد ذكرنا أن مذهبنا أنها ركعتان فى كل ركعة قيامان وركوعان وسجدتان وبه قال مالك وأحمد واسحاق وأبو ثور وداود وغيرهم • وحكاه الشيخ أبو حامد عن عثمان بن عفان وابن عباس • وقال النخعى والثورى وأبو حنيفة : هى ركعتان كالجمعة والصبح • وحكى ابن المنذر عن حذيفة وابن عباس أنها ركعتان فى كل ركعة ثلاثة ركوعات • وعن على رضى الله عنه خمسة ركوعات فى كل ركعة • وعن اسحاق أنها تجوز ركوعان فى كل ركعة وثلاثة وأربعة ، لأنه ثبت هذا ولم يثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم أكثر منه • وقال العلاء بن زياد ، لا يزال يركع ويقوم ويراقب الشمس حتى تنجلى • فاذا انجلت سجد ثم صلى ركعة أخرى

واحتج لأبى حنيفة وموافقيه بحديث قبيصة الهلالى الصحابى قال « كسفت الشمس فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرج فزعا يجر ثوبه وأنا معه يومئذ بالمدينة فصلى ركعتين فأطال فيهما القيام ثم انصرف وانجلت • فقال انما هذه الآيات يخوف الله بها ، فاذا رأيتموها فصلوا كأحدث صلاة صليتموها من المكتوبة » رواه أبو داود باسناد صحيح والحاكم وقال حديث صحيح ، وعن النعمان بن بشير رضى الله عنهما قال « كسفت الشمس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فجعل يصلى ركعتين ركعتين ويسأل عنها ، حتى انجلت » رواه أبو داود والنسائى باسناد صحيح أو حسن •

واحتج أصحابنا بالأحاديث الصحيحة المشهورة فى الصحيحين وغيرهما بمثل مذهبنا ، وأجابوا عن هذين الحديثين بجوابين (أحدهما) أن أحاديثنا أشهر وأصح وأكثر رواة (والثانى) أنا نحمل أحاديثنا على الاستحباب ،

والحديثين على بيان الجواز ، هكذا ذكر هذين الجوابين أبو اسحاق المروزى والشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وسائر الأصحاب ، ففيه تصريح منهم بأنه لو صلاها ركعتين كسنة الظهر ونحوها صحت صلاته للكسوف وكان تاركا للأفضل •

باب صـــلاة الاســـتسقاء

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وصلاة الاستسقاء سنة لما روى عباد بن تميم عن عمه قال : « خـرج رسول الله صلى الله عليه وسلم يستسقى فصلى ركعتين جَهَرَ بالقراءة فيهما وحول رداءه ورفع يديه واستسقى » والسـنة ان يـكون فى المصلى لما روت عائشة رضى الله عنها قالت : « شكا الناس الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قحوط المطر فأمر بمنبر فوضع له فى المصلى » ولأن الجمع يكثر فكان المصـلى ارفق بهم) •

(الشرح) حديث عبـاد عن عمه صحيح ، رواه هكذا أبو داود والترمذى ، ورواه البخارى ومسلم وليس فى روايتهما : ورفع يديه ، ولا فى رواية مسلم الجهر بالقراءة وهو ثابت فى رواية البخارى • وعم عباد هو عبد الله بن زيد بن عاصم الأنصارى المازنى سبق بيانه فى صفة الوضوء •

وأما حديث عائشة فصحيح رواه أبو داود باسناد صحيح وقال : هو اسناد جيد ورواه الحاكم فى المستدرك وقال : صحيح على شرط البخارى ومسلم ، والاستسقاء طلب السقيا ، ويقال سقى وأسقى لغتان بمعنى ، وقيل سقى ناوله ليشرب ، وأسقيته جعلت له سقيا ، وقحوط المطر بضم القـاف والحاء امتناعه وعدم نزوله ، ومراد الفقهاء به سؤال الله تعـالى أن يسقى عباده عند حاجتهم • قال فى الأم وأصحابنا : والاستسقاء أنواع أدناها الدعاء بلا صلاة ولا خلف صلاة فرادى ومجتمعين لذلك فى مسجد أو غيره ، وأحسنه ما كان من أهل الخير •

(النوع الثانى) وهو أوسطها الدعاء خلف صلاة الجمعة أو غيرها من الصلوات وفى خطبة الجمعة ونحو ذلك • قال الشافعى فى الأم : وقد رأيت

من يقيم مؤذنا فيأمره بعد صلاة الصبح والمغرب أن يستسقى ، ويحض الناس على الدعاء ، فما كرهت ما صنع من ذلك .

(النوع الثالث) أفضلها وهو الاستسقاء بصلاة ركعتين وخطبتين وتأهب لها قبل ذلك ، ويستوى فى استحباب هذه الأنواع أهل القرى والأمصار والبوادى والمسافرون ، ويسن لهم جميعا الصلاة والخطبتان ، يستحب ذلك للمنفرد الا الخطبة .

قال الشافعى فى الأم وأصحابنا : وانما يشرع الاستسقاء اذا أجدبت الأرض وانقطع الغيث أو النهر أو العيون المحتاج اليها ، وقد ثبتت الأحاديث الصحيحة فى استسقاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالصلاة وبالدعاء . قال أصحابنا : ولو انقطعت المياه ولم يدع اليها حاجة فى ذلك الوقت لم يستسقوا لعدم الحاجة ، ولو انقطعت المياه عن طائفة دون طائفة أو أجدبت طائفة وأخصبت طائفة استحب لأهل الخصب أن يستسقوا لأهل الجدب بالصلاة وغيرها ، وكان ينبغى للمصنف أن ينبه على سبب الاستسقاء ، كما نبه عليه الشافعى والمصنف فى التنبيه ، وكذا غيره من الأصحاب ، قال الشافعى فى الأم : ينبغى للامام أن يستسقى بالناس عند الحاجة ، فان تخلف عنه فقد أساء بتركه السنة ، ولا قضاء عليه ولا كفارة ، وتقيم الرعية الاستسقاء لأنفسهم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا اراد الامام الخروج للاستسقاء وعظ الناس ، وامرهم بالخروج من المظالم والتوبة من المعاصى ، [قبل أن يخرج (١)] لأن المظالم والمعاصى تمنع القطر ، والدليل عليه ما روى أبو وائل عن عبد الله (٢) [أنه] قال : ((اذا بخس الكيال حبس القطر)) وقال مجاهد فى قوله تعالى (ويلعنهم اللاعنون) (٣) قال

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من ش و ق (ط) .

(٢) قال النووى فى التهذيب : عبد الله المذكور فى المهذب فى وقت الصلاة هو ابن مسعود وهو المذكور فى أول الاستسقاء وفى فصل كراهة النعى من باب صلاة الميت وفى ذكر التكبيرة الرابعة منه وفى الصيام فى مسالة السجود وفى صفة الحج والتكبير بصلاة الصبح بمزدلفة يوم النحر وفى أول النكاح ، ونكاح التحليل وآخر الرجعة أ هـ من تهذيب الأسماء واللغات .

(٣) الآية ١٥٩ من سورة البقرة .

دواب الأرض تلعنهم ، يقولون : يمنع القطر بخطاياهم (١) ، ويامرهم بصوم ثلاثة أيام قبل الخروج ويخرجون فى اليوم الرابع وهم صيام ، لقوله صلى الله عليه وسلم « دعوة الصائم لا ترد » ويامرهم بالصدقة لأنه أرجى للاجابة ، ويستسقى بالخيار من أقرباء رسول الله صلى الله عليه وسلم لأن عمر رضى الله عنه استسقى بالعباس وقال : « اللهم انا كنا اذا قحطنا توسلنا اليك بنبينا فتسقينا ، وانا نتوسل [اليك] اليوم بعم نبينا فاسقنا ، فيسقون » ويستسقى باهل الصلاح لما روى أن معاوية استسقى بيزيد بن الأسود فقال : « اللهم انا نستسقى [اليك] بخيرنا وافضلنا ، اللهم أنا نستسقى [اليك] بيزيد بن الأسود ، يا يزيد ارفع يديك الى الله تعالى ، فرفع يديه ورفع الناس أيديهم ، فثارت سحابة من المغرب كأنها ترس (٢) وهبت لها ريح فسقوا حتى كاد الناس ان لا يبلغوا منازلهم » ويستسقى بالشيوخ والصبيان لقوله صلى الله عليه وسلم : « لولا صبيان رُضَّعٌ وبهائم رُتَّعٌ وعباد لله رُكَّع لصب عليهم العذاب صباً » .

قال فى الأم : ولا آمر باخراج البهائم . وقال أبو اسحاق : أستحب أخراج البهائم لعل الله تعالى يرحمها ، لما روى أن سليمان صلى الله عليه وسلم « خرج ليستسقى فرأى نملة تستسقى فقال : ارجعوا فان الله تعالى سقاكم بغيركم » ويكره اخراج الكفار للاستسقاء لأنهم أعداء الله فلا يجوز أن يتوسل بهم اليه ، فان حضروا وتميزوا لم يمنعوا لأنهم جاءوا فى طلب الرزق ، والمستحب أن يتنظف للاستسقاء بغسل وسواك لأنها صلاة يسن لها الاجتماع والخطبة فشرع لها الغسل كصلاة الجمعة ، ولا يستحب أن يتطيب لها لأن الطيب للزينة ، وليس هذا وقت الزينة ويخرج متواضعاً مُتَبَذِّلاً ، لما روى ابن عباس رضى الله عنهما قال : « خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم متواضعا مُتَبَذِّلاً ، متخشعاً متضرعا » ولا يؤذن لها ولا يقيم ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال « خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم يستسقى فصلى بنا ركعتين بلا اذان ولا اقامة ثم خطبنا » والمستحب أن ينادى لها (الصلاةَ جامعةً) لأنها صلاة يشرع لها الاجتماع والخطبة ولا يسن لها الأذان والاقامة ، فيسن لها (الصلاةَ جامعةً) كصلاة الكسوف » .

(**الشرح**) حديث : دعوة الصائم لا ترد ؛ رواه الترمذى من رواية أبى هريرة وقال : هو حديث حسن ولفظه « ثلاثة لا ترد دعوتهم ، الصائم حتى يفطر ، والامام العادل ، والمظلوم » ورواه البيهقى وغيره أيضا من رواية أنس وقال « دعوة الصائم والوالد والمسافر » وحديث استسقاء عمر

---

(١) فى النسخة المطبوعة (تقول تمنع القطر خطاياهم) وهو من تصحيف المصححين والذى ورد فى المهذب ما اثبته الامام النووى هنا وانظر شرحه للفصل (ط) .

(٢) فى النسخة المطبوعة من المهذب (ترش) بالشين المعجمة (ط) .

بالعباس رضى الله عنهما رواه البخارى من رواية أنس أن عمر كان يفعله ، وحديث استسقاء معاوية بيزيد مشهور • وحديث « لولا صبيان رضع » رواه البيهقى من رواية أبى هريرة وغيره وقال : اسناده غير قوى ولفظه « مهلا عن الله مهلا ، فانه لولا شباب خشع وبهائم رتع ، وشيوخ ركع وأطفال رضع لصب عليكم العذاب صبا » وأما حديث استسقاء النملة ، فرواه الحاكم أبو عبد الله فى المستدرك على الصحيحين بمعناه ، فذكره باسناده عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « خرج نبى من الأنبياء يستسقى ، فاذا هو بنملة رافعة بعض قوائمها الى السماء ، فقال : ارجعوا فقد استجيب لكم من أجل شأن النملة » قال الحاكم : هذا حديث صحيح الاسناد • وأما حديث ابن عباس فصحيح رواه أبو داود والترمذى وغيرهما، قال الترمذى : هو حديث حسن صحيح •

وقوله (وعظ الامام) قال أهل اللغة : الوعظ التخويف ، والعظة الاسم منه • وقال الخليل : هو التذكير بالخير فيما يرق له القلب • وقال الجوهرى : هو النصح والتذكير بالعواقب ، يقال : وعظته وعظا وعظة فاتعظ ، أى قبل الموعظة وقال الزبيدى : الوعظ والموعظة والعظة سواء •

قوله (الخروج من المظالم ، والتوبة من المعاصى) مراده بالمظالم حقوق العباد ، وبالمعاصى حقوق الله تعالى • قوله (لما روى أبو وائل عن عبد الله) فأبو وائل هو شقيق بن سلمة الأسدى الكوفى ، وهو من فضلاء التابعين أدرك زمن النبى صلى الله عليه وسلم ولم يره ، مات سنة تسع وتسعين ، وعبد الله هو ابن مسعود الصحابى (رضى الله عنه) •

قوله (وقال مجاهد) الى آخره هذا منقول عن مجاهد وعكرمة ، ورواه ابن ماجه فى سننه فى كتاب الفتن باسناده عن البراء بن عازب عن النبى صلى الله عليه وسلم واسناده ضعيف • وقيل فى الآية قول ثان وهو أن اللاعنين كل شىء من حيوان وجماد الا الجن والأنس وهو مروى عن ابن عباس والبراء بن عازب ، وقيل : هم المؤمنون من الملائكة والانس والجن • وعن قتادة أنهم الملائكة ، وقيل غيره • وقوله (يقولون يمنع القطر) كذا وقع فى النسخ ، يقولون : والأصل فى الدواب تقول ،

لأن الجمع بالواو والنون مختص بالذكور العقلاء ، وكأنها لما أضيف اللعن اليها كما يضاف الى العقلاء حسن اجراء لفظهم عليها كقوله تعالى (ألهم أرجل يمشون بها ؟) الآية ، وكذا قوله تعالى (وكل فى فلك يسبحون • ورأيتهم لى ساجدين) ونظائره • قوله (قحطنا) هو ــ بضم القاف وكسر الحاء ــ والقحط الجدوبة واحتباس المطر وقوله (فتسقينا) بفتح التاء وضمها لغتان ، كما سبق فى أول الباب ، وكذا قوله (فاسقنا) بوصل الهمزة وقطعها ، وقوله (كاد الناس أن لا يبلغوا منازلهم) كذا هو فى النسخ : أن لا يبلغوا ، وهى لغة قليلة ، والفصيح حذف أن عكس عسى فان الفصيح فيها عسى زيد أن يقوم ، ويجوز عسى زيد يقوم •

قوله (الصبيان) بكسر الصاد وضمها لغتان حكاهما ابن دريد وغيره (أفصحهما وأشهرهما) الكسر ، ومثله قضبان ورضوان ، قوله (شيوخ ركع) قال القاضى حسين فى تعليقه : قيل هو جمع راكع أى المصلى قال : وقيل أراد به الشيوخ الذين انحنت ظهورهم من الشيخوخة •

قوله (متبذلا) أى فى ثياب البذلة ــ بكسر الباء ــ وهى التى تلبس فى حال الشغل ومباشرة الخدمة ، وتصرف الانسان فى بيته ، والتخشع التذلل والتضرع والخضوع فى الدعاء ، واظهار الفقر • قوله (لأنها صلاة يسن لها الاجتماع والخطبة فشرع لها الغسل) احتراز من الصلوات الخمس • قوله (لأنها صلاة يشرع لها الاجتماع والخطبة لا يسن لها الأذان والاقامة) احتراز بقوله : يشرع لها الاجتماع عن السنن الراتبة • وبقوله (والخطبة) عن المكتوبات ، وبقوله (لا يسن لها الأذان والاقامة) عن الجمعة • وقوله (كصلاة الكسوف) وانما قاس عليها دون العيد ، لأن الكسوف فيها أحاديث صحيحة وليس فى العيد حديث ثابت •

(اما الأحكام) فقال أصحابنا : أقل هذه الصلاة ركعتان كسائر النوافل ، وأما الأكمل فلها آداب مستحبة وليست شرطا •

(أحدها) اذا أراد الامام الاستسقاء خطب الناس ، ووعظهم ، وذكرهم ، وأمرهم بالخروج من المظالم والتوبة من المعاصى ، ومصالحة المتشاحنين ، والصدقة والاقبال على الطاعات ، وصيام ثلاثة أيام ، ثم يخرج بهم فى الرابع ، وكلهم صيام هكذا نص الشافعى فى الأم ، واتفق الأصحاب على أنهم يخرجون

فى الرابع صياما ، وممن صرح به مع الشافعى الشيخ أبو حامد والبندنيجى والمحاملى والقاضى أبو الطيب والماوردى وسليم الرازى والمصنف وابن الصباغ والبغوى والمتولى • وصاحب العدة والشيخ نصر وخلائق لا يحصون ، وانما ذكرت هؤلاء لأنى رأيت من يستغرب النقل فيها لعدم أنسه ، قال الأصحاب : والفرق بينه وبين يوم عرفة فانه يستحب للواقف بها ترك صومه لئلا يضعف عن الدعاء من وجهين (أحدهما) أن صلاة الاستسقاء تكون أول النهار قبل ظهور أثر الصوم فى الضعف ، بخلاف الوقوف بعرفات ، فانه آخر النهار •

(والثانى) أن الواقف بعرفات يجتمع عليه مشاق السفر والشعث وقلة الترفه ومعالجة وعثاء السفر فاذا انضم الى ذلك الصوم اشتد ضعفه وضعف عن الدعاء بخلاف المستسقى فانه فى وطنه لم ينله شىء من ذلك •

(الأدب الثانى) يستحب أن يستسقى بالخيار من أقارب رسول الله صلى الله عليه وسلم وبأهل الصلاح من غيرهم ، وبالشيوخ والضعفاء والصبيان والعجائز وغير ذوات الهيئات من النساء ودليله ما ذكره المصنف ، وأيضا ففى الصحيح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « وهل تنصرون وترزقون الا بضعفائكم ؟ » قال القاضى حسين والرويانى والرافعى وآخرون من أصحابنا : ويستحب أن يذكر كل واحد من القوم فى نفسه ما فعله من الطاعة الجليلة ويتشفع به ويتوسل ، واستدلوا بحديث ابن عمر فى الصحيحين عن رسول الله صلى الله عليه وسلم «فى قصة أصحاب الغار الثلاثة الذين أووا الى غار ، فأطبقت عليهم صخرة فتوسل كل واحد بصالح عمله • فأزال الله عنهم بسؤال كل واحد ثلثا من الصخرة وخرجوا يمشون » قال الشافعى فى الأم : ولو ترك سادة العبيد العبيد يخرجون للاستسقاء كان أحب الى ، ولا يلزمهم ذلك قال : والاماء مثل الحرائر أحب أن يؤذن لعجائزهن ومن لا هيئة لها منهن يخرجن ، ولا أحب ذلك فى ذوات الهيئة ولا يجب على سادتهن الاذن فى ذلك ، قال : وأحب أن يخرج الصبيان ، وينظفوا للاستسقاء وكبار النساء ومن لا هيئة لها منهن ، هذا نصه واتفق الأصحاب عليه •

(والثالث) قال الشافعى فى الأم (ولا آمر باخراج البهائم) هذا نصه ،

وللاصحاب ثلاثة أوجه (أحدها) لا يستحب ولا يكره ، وهو ظاهر هـذا النص وبه جزم سليم الرازى والمحاملى وآخرون (والثانى) يكره اخراجها صاحب الحاوى عن جمهور أصحابنا (والثالث) يستحب اخراجها وتوقف معزولة عن الناس لما ذكره المصنف وهذا الوجه قول أبى اسحاق حكاه أيضا صاحب الحاوى عن ابن أبى هريرة ، وبه قطع البغوى وصححه الرافعى •

(الرابع) قال الشافعى فى الأم : وأكره اخراج الكفار ، ونساؤهم فيما أكره من هذا كرجالهم ، قال : ولا أكره من خروج صبيانهم مع المسـلمين ما أكره من خروج بالغيهم • واتفق أصحابنا على هذا • قالوا : وانما خف أمر الصبيان لأن كفرهم ليس عنادا بخلاف الكبار • هكذا علله القاضى أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما • وقال القاضى حسين : لأن ذنبهم أخف والعلماء مختلفون فى حكمهم اذا ماتوا قبل بلوغهم • وقال البغوى : قال الشافعى فى الكبير يعنى الجامع الكبير (لا أكره من اخراج صبيانهم ما أكره من خروج كبارهم ، لأن ذنوبهم أقل ، ولكن يكره لكفرهم) وهذا كله يقتضى أن أطفال الكفار كفار ، وقد اختلف العلماء فيهم اذا ماتوا قبل بلوغهم فقال الأكثرون : (هم فى النار) وقالت طائفة : لا يحكم لهم بجنة ولا نار ، ولا نعلم حكمهم (وقال المحققون) هم فى الجنة ، وهو الصحيح المختار وقد أوضحته بدلائله [1] •

(والجواب) عما يعارضها فى كتاب الجنائز من شرح صحيح البخارى[2] وساذكره مختصرا فى هذا الشرح ان شاء الله تعالى فى آخر كتاب الجنائز ، أو فى كتاب الردة : قال أصحابنا فاخراج الكفار مع المسلمين للاستسقاء مكروه كما نص عليه الشافعى قال فى الأم وآمر بمنعهم من الخروج قال : فان خرجوا متميزين على حدة لم يمنعهم ، قال أصحابنا : وسواء خرجوا متميزين فى يوم

---

(١) وذهب ابن القيم فى كتابه (حادى الأرواح الى بلاد الافراح) الى أن الله يعلم ما عساه يؤول اليه امر كل منهم لو أمهله الله حتى بلغ فيعامله الله بحسب ذلك وهذا ترده أدلة كثيرة كقوله تعالى : « ولا تزر وازرة وزر اخرى وأن ليس للانسان الا ما سعى وأن سعيه سوف يرى ثم يجزاه الجزاء الأوفى » (ط)

(٢) للامام النووى شرح على البخارى لم يتم وقد حدثنى الثقة أن شرحه طبع وأنه لم يزد على بدء الوحى وكتاب الايمان وكلام الامام هنا يدل على انه شرح فعلا كتاب الجنائز وعبارته هنا تفيد حصول الشرح وليست كعباراته فيما لم يدركه من شرح المهذب حين يقول وساذكره فى كتاب كذا كقوله هنا وساذكره فى كتاب الردة (ط) •

خروج المسلمين أو فى غيره لا يمنعون ، هكذا صرح به صاحب الشامل والبغوى وآخرون وحكى صاحب الحاوى وجهين (أصحهما) هذا (والثانى) يمنعون من خروجهم فى يوم خروج المسلمين ، ولا يمنعون فى غيره •

(الخامس) يستحب أن يتنظف للاستسقاء بغسل وسواك ، وقطع الرائحة الكريهة ، ويستحب أن لا يتطيب وأن لا يخرج فى زينة ، بل يخرج فى ثياب بذلة ــ بكسر الباء ــ وهى ثياب المهنة ، وأن يخرج متواضعا خاشعا متذللا متضرعا ماشيا ، ولا يركب فى شىء من طريق ذهابه الا لعذر كمرض ونحوه ، ودليل هذه المسائل فى الكتاب •

(السادس) لا يؤذن لها ولا يقيم ، ويستحب أن يقال : الصلاة جامعة•

(السابع) السنة أن يصلى فى الصحراء بلا خلاف ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم صلاها فى الصحراء ، ولأنه يحضرها غالب الناس والصبيان والحيض والبهائم وغيرهم ، فالصحراء أوسع لهم وأرفق بهم •

(**فرع**) فى مذاهب العلماء فى خروج أهل الذمة للاستسقاء ، قد ذكرنا أن مذهبنا أنهم يمنعون من الخروج مختلطين بالمسلمين ، ولا يمنعون من الخروج متميزين • وبه قال الزهرى وابن المبارك وأبو حنيفة ، وقال مكحول : لا بأس باخراجهم وقال اسحاق بن راهويه : لا يؤمرون ولا ينهون ، واختاره ابن المنذر •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وصلاته ركعتان كصلاة العيد . ومن اصحابنا من قال : يقرأ فى الأولى بق وفى الثانية بسورة نوح صلى الله عليه وسلم لأن فيهما ذكر الاستسقاء ، والمذهب انه يقرأ فيها ما يقرأ فى العيد لما روى أن مروان ارسل الى ابن عباس يسأله عن سنة الاستسقاء فقال : « سنة الاستسقاء الصلاة فى العيدين ، الا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قلب رداء فجعل يمينه يساره ويساره يمينه وصلى ركعتين كبر فى الأولى سبع تكبيرات وقرأ بسبح اسم ربك الأعلى ، وقرأ فى الثانية هل اتاك حديث الغاشية ، وكبر خمس تكبيرات ») .

(**الشرح**) حديث ابن عباس ضعيف ، رواه الدارقطنى باسناده عن محمد بن عبد العزيز بن عمر بن عبد الرحمن بن عوف عن أبيه عن طلحة بن

عبد الله بن عوف قال : أرسلنى مروان فذكره ، ومحمد هذا ضعيف ، قال ابن أبى حاتم فى كتابه : سألت أبى عنه فقال هم ثلاثة اخوة : محمد وعبد الله وعمران بنو عبد العزيز والثلاثة ضعفاء ليس لهم حديث مستقيم ، وقد يقال : لا دلالة فى الحديث لو صح فانه ليس مطابقا لما ادعاه المصنف ، فانه قال : قرأ بسبح وهل أتاك ، ودعوى المصنف أنه يقرأ قاف واقتربت • وجوابه أن صلاة العيد شرع فيها قاف واقتربت ، وشرع أيضا سبح وهل أتاك ، وكلاهما سنة ثابتة فى صحيح مسلم ، وسبق بيانه فى صلاة العيد ، فذكر ابن عباس أحد المشروعين فى صلاة العيد ولم يذكر سورة نوح ، بخلاف ما ادعاه صاحب الوجه الآخر والله أعلم •

(**اما الأحكام**) فقال الشافعى والأصحاب : صفة هذه الصلاة أن ينوى صلاة الاستسقاء ويكبر ركعتين مثل صلاة العيد ، فيأتى بعد تكبيرة الاحرام بدعاء الاستفتاح ، ثم يكبر سبع تكبيرات ، وفى الثانية خمس تكبيرات زائدة ثم يتعوذ ثم يقرأ الفاتحة ويذكر الله تعالى بين كل تكبيرتين من السبع والخمس الزوائد كما سبق فى صلاة العيد ، ويرفع يديه حذو منكبيه مع كل تكبيرة ويجهر بالقراءة ويقرأ فى الأولى بعد الفاتحة سورة قاف ، وفى الثانية اقتربت الساعة • هكذا نص عليه الشافعى وقاله جمهور الأصحاب • وحكى المصنف وغيره وجها لبعض الأصحاب يستحب فى الأولى قاف وفى الثانية (انا رأسلنا نوحا [1]) ، ونص الشافعى أنه يقرأ فيهما ما يقرأ فى العيد • قال : وان قرأ انا أرسلنا نوحا كان حسنا • هذا نصه فى الأم : وهو مشهور فى كتب الأصحاب عن نصه • قال الرافعى : هذا يقتضى أن لا خلاف فى المسألة ، وأن كلا سائغ ، قال : ومنهم من قال : فى الأفضل خلاف الأصح أنه يقرأ ما يقرأ فى العيد (قلت) اتفق أصحابنا المصنفون على أن الأفضل أن يقرأ ما يقرأ فى العيد • وأما قول صاحب الحاوى قال أصحابنا : لو قرأ فى الثانية انا أرسلنا نوحا كان حسنا فلا يخالف ما ذكرناه لأنه بلفظ نص الشافعى • ومعنى قوله : انه كان حسنا أنه مستحسن لا كراهة فيه ، وليس فيه أنه أفضل من اقتربت الساعة •

---

(١) من الآية الاولى من سورة نوح •

قال صاحب الحاوى وغيره : لو حذف التكبيرات أو زاد فيهن أو نقص منهن صحت صلاته ولا يسجد للسهو ، ولو أدركه مسبوق فى أثناء التكبيرات الزائدة أو بعد فراغها فهل يقضى المأموم التكبيرات ؟ فيه القولان السابقان فى صلاة العيد ، الصحيح الجديد لا يقضى ، هكذا صرح به القاضى أبو الطيب وامام الحرمين والأصحاب ، وقال الشيخ أبو حامد وغيره : حكم التكبيرات هنا على ما سبق فى تكبيرات صلاة العيد وفاقا وخلافا •

(فرع) فى وقت صلاة الاستسقاء ثلاثة أوجه

(أحدها) وقتها وقت صلاة العيد ، وبهذا قال الشيخ أبو حامد الاسفراينى وصاحبه المحاملى فى كتبه الثلاثة ، المجموع والتجريد والمقنع ، وأبو على السنجى والبغوى ، وقد يستدل له بحديث ابن عباس السابق ولكنه ضعيف •

(والوجه الثانى) أول وقت صلاة العيد ويمتد الى أن يصلى العصر وهو الذى ذكره البندنيجى والرويانى وآخرون •

(والثالث) وهو الصحيح بل الصواب أنها لا تختص بوقت بل تجوز وتصح فى كل وقت من ليل ونهار ، الا أوقات الكراهة على أحد الوجهين • وهذا هو المنصوص للشافعى ، وبه قطع الجمهور وصححه المحققون ، ممن قطع به صاحبا الحاوى والشامل وصاحب التتمة وآخرون ، وصححه الرافعى فى المحرر وغيره ، ونقله صاحب الشامل وصاحب جمع الجوامع فى نصوص الشافعى عن نص الشافعى ، واستصوبه امام الحرمين وقال : لم أر التخصيص بوقت لغير الشيخ أبى على السنجى ، واستدلوا له بأنها لا تختص بيوم فلا تختص كصلاة الاستخارة وركعتى الاحرام وغيرهما ، وليس لتخصيصها بوقت صلاة العيد وجه أصلا فلا يغتر بوجوده فى الكتب التى أضفته اليها ، فانه مخالف للدليل ولنص الشافعى ولأكثر الأصحاب •

فان قيل : فقد قال الشافعى فى الأم فى آخر باب « كيف صلاة الاستسقاء قبل الزوال » يصليها بعد الظهر وقبل العصر ، هذا نصه ، وظاهره مخالف للأصح • (والجواب) أن هذا صريح فى أنها لا تختص بوقت صلاة العيد ،

ومراد الشافعي أنه يصليها بعد الظهر ولا يصليها بعد العصر لأنه وقت كراهة الصلاة ، وقد سبق أن صلاة الاستسقاء لا تصلى فى وقت النهى على الأصح فنصه موافق للصحيح وهو أنها لا تختص بوقت أصلا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والسنة ان يخطب لها بعد الصلاة ، لحديث أبى هريرة ، والمستحب ان يدعو فى الخطبة الأولى فيقول : ((اللهم اسقنا غيثاً مُغيثاً ، هنيئاً مريئاً ، مَريعا غَدقا ، مُجَلّلاً سَحّاً [عامّاً] دائما ، اللهم اسقنا الغيثَ ولا تجعلْنا من القانطين ، اللهم ان بالعباد والبلاد من اللأواء والجَهد والضنك مالا نشكو الا اليك ، اللهم أنبت لنا الزرع وأدرِّ لنا الضرع وأسقنا من بركات السماء ،[وانبت لنا من بركات الأرض] اللهم ارفع عنا الجهد والجوع والعرى واكشف عنا [من البلاء] مالا يكشفه غيرك ، اللهم انا نستغفرك انك كنت غفاراً ، فارسل السماءَ علينا مِدرَاراً ، والمستحب أن يستقبل القبلة فى أثناء الخطبة الثانية ويحول ما على الأيمن الى الأيسر ، وما على الأيسر الى الأيمن ، لما روى عبد الله بن زيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ((خرج الى المصلى يستسقى فاستقبل القبلة ودعا وحوّل رداءه ، وجعل الأيمن على الأيسر والأيسر على الأيمن)) فان كان الرداء مربعاً نكسه فجعل اعلاه أسفله وأسفله اعلاه ، وان كان مدورا اقتصر على التحويل ، لما روى عبد الله بن زيد أن النبى صلى الله عليه وسلم ((استسقى وعليه خَميصةٌ له سوداء فأراد أن يأخذ باسفلها فيجعله أعلاها ، فلما ثقلت عليه قلبها على عاتقه)) ويستحب للناس أن يفعلوا مثل ذلك لما روى فى حديث عبد الله بن زيد ((أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حول رداءه وَقَلَبَهُ ظهراً لبطن وحول الناس معه)) قال الشافعى [رحمه الله] : واذا حولوا أرديتهم تركوها محولة لينزعوها مع الثياب لأنه لم ينقل ان النبى صلى الله عليه وسلم غيرها بعد التحويل ، ويستحب أن يدعو فى الخطبة الثانية سراً ليجمع فى الدعاء بين الجهر والاسرار ليكون أبلغ ، ولهذا قال الله تعالى (انى أعلنت لهم واسررت لهم اسراراً) (١) ويستحب أن يرفع اليد فى الدعاء ، لما روى أنس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم ((كان لا يرفع يديه فى شىء من الدعاء الا عند الاستسقاء ، فانه كان يرفع يديه حتى يرى بياض ابطيه)) ويستحب أن يكثر من الاستغفار ومن قوله تعالى : (استغفروا ربكم انه كان غفاراً ، يُرْسِلِ السماءَ عليكم مِدْرَاراً) لما روى الشعبى أن عمر رضى الله عنه خرج يستسقى فصعد المنبر فقال : (استغفروا ربكم انه كان غفاراً ، يرسل السماء عليكم مدراراً ، ويمددْكم بأموال وبنين ويجعلْ لكم جنات ويجعلْ لكم أنهاراً) (٢) استغفروا ربكم انه كان غفاراً ،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من ش و ق (ط) .

(٢) الآية ٩ من سورة نوح .

(٣) الآيات ١٠ ، ١١ ، ١٢ من سورة نوح .

ثم نزل فقيل [له] يا امير المؤمنين لو استسقيت ؟ فقال طلبت بمجاديح السماء التى يُستَنزل بها القطر ») .

(**الشرح**) حديث عبد الله بن زيد فى صحيحى البخارى ومسلم ــ الى قوله ــ وحول رداءه ، وأما تمامه فرواه أبو داود باسناد حسن ، وحديثه الآخر حديث الخميصة صحيح أو حسن رواه أبو داود والنسائى وغيرهما بأسانيد صحيحة أو حسنة . قال الحاكم فى المستدرك : هو صحيح على شرط مسلم وحديثه الآخر . وقوله « وحول الناس معه » رواه الامام أحمد ابن حنبل فى مسنده . وحديث أنس رواه البخارى ، وحديث الشعبى عن عمر رواه البيهقى .

وأما قوله « اللهم اسقنا غيثا مغيثا » الى آخره فذكره الشافعى فى الأم ومختصر المزنى عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه كان اذا استسقى قاله الى آخره ، وقوله « اللهم اسقنا » يجوز وصل الهمزة وقطعها كما سبق . وقوله « غيثا » هو المطر قوله « مغيثا » بضم الميم وكسر الغين ، وهو الذى يغيث الخلق فيرويهم ويشبعهم قاله الأزهرى وغيره وقال غيره : منقذا لنا مما استسقينا منه ، قال أهل اللغة : يقال : غاث الغيث الأرض أى أصابها ، وغاث الله البلاد أى أصابها به ، يغيثها بفتح الياء غيثا ، وغيثت الأرض تغاث غيثا فهى مغيثة ومغيوثة ، هذا هو المشهور فى كتب اللغة أنه انما يقال : غاث الله الناس والأرض يغيثهم بفتح الياء ثلاثى ، أى أنزل المطر . وثبت فى صحيح مسلم أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى الاستسقاء « اللهم أغثنا » بالألف رباعى . قال القاضى عياض : قال بعضهم هذا المذكور فى الحديث هو من الاغاثة . بمعنى المعونة . وليس من طلب الغيث ، انما يقال فى طلب الغيث غثنا . قال القاضى : ويحتمل أن يكون من طلب الغيث ، أى هب لنا غيثا أو ارزقنا غيثا كما يقال : سقاه الله وأسقاه ، أى جعل له سقيا على لغة من فرق بينهما .

قوله « هنيئا » هو الذى لا ضرر فيه ولا تعب ، وقيل ، هو الطيب الذى لا ينقصه شىء ، قوله « مريئا » مهموز هو المحمود العاقبة مسمنا

للحيوان منميا له • قوله « مريعا » ضبطناه فى المهذب بفتح الميم وكسر الراء وبعدها مثناة تحت ساكنة وهو من المراعة وهى الخصب ، قال الأزهرى : المريع ذو المراعة ، وأمرعت الأرض أخصبت ، وقيل : المريع الذى يمرع الأرض أى تنبت عليه ، وروى مربعا بضم الميم واسكان الراء وكسر الباء الموحدة • وروى مرتعا مثله الا أنه بالتاء المثناة فوق ، وهما بمعنى الأول • قوله « غدقا » هو بفتح الدال • قال الأزهرى : هو الكثير الماء والخير ، وقيل : الذى قطره كبار • قوله « مجللا » هو بكسر اللام • قال الأزهرى : هو الذى يجلل البلاد والعباد نفعه ويتغشاهم خيره ، وقال غيره : يجلل الأرض أن يعمها ، كجل الفرس • قوله « طبقا » بفتح الطاء والباء • قال الأزهرى : وهو الذى يطبق البلاد مطره فيصير كالطبق عليها ، وفيه مبالغة ، ووقع فى هذا الحديث فيما ذكره الشافعى والأصحاب والمصنف فى التنبيه عاما • قالوا بدأ بالعام ثم أتبعه الطبق لأنه صفة زيادة فى العام فقد يكون عاما وهو طل يسير •

قوله « سحا » هو شديد الوقع على الأرض ، يقال سح الماء يسح بضم السين فى المضارع اذا سال من فوق الى أسفل ، وساح يسيح اذا جرى على وجه الأرض والقنوط اليأس « اللأواء » بالهمز والمد شدة المجاعة ، قاله الأزهرى (الجهد) بفتح الجيم وقيل يجوز ضمها : قلة الخير والهزال وسوء الحال ، وأرض جهاد أى لا تنبت شيئا (الضنك) الضيق (ما لا نشكو الا اليك) بالنون (وبركات السماء) كثرة مطرها مع الريع والنماء (وبركات الأرض) ما يخرج منها من زرع ومرعى ، ولم يذكر المصنف هنا بركات الأرض[1] ، ، وذكره فى التنبيه ، وذكره الشافعى والأصحاب ، وهو فى الحديث المذكور •

قوله (فارسل السماء علينا مدرارا) كذا وقع فى المهذب وفى الحديث وفى التنبيه وسائر كتب الأصحاب : فأرسل • قال الأزهرى والسماء هنا

---

(١) ثبت فى بعض نسخ المهذب (بركات الارض) وقد أثبتناها بين معقوفين نقلا عن نسخة الركبى (ط) .

السحاب وجمعها سمى وأسمية ، وقال الزمخشرى فى تفسيره : يجوز أن يكون المراد بالسماء هنا المطر أو السحاب ويجوز أن يكون السماء المظلة ، لأن المطر ينزل منها الى السحاب [1] ، والمدرار الكثير الدر والقطر ، قاله الأزهرى ، وقيل معناه غيثا مغيثا • قوله (فان كان الرداء مربعا نكسه) هو بتخفيف الكاف ، هذه اللغة المشهورة ويجوز بتشديدها ، ومن الأول قوله تعالى (ناكسوا رءوسهم) [2] وقرىء قوله تعالى (ننكسه فى الخلق [3]) بالتخفيف والتشديد ، والخميصة كساء أسود له علمان فى طرفيه ، وهذا منقول عن أهل الحجاز وغيرهم ، وقال أبو عبيد : كساء مربع ، وقال الأصمعى : كساء من صوف وخز ، وقيل : كساء رقيق أصفر أو أحمر أو أسود وهذا يوافق مقتضى هذا الحديث ، فان قوله : خميصة سوداء يقتضى أنها قد تكون غير سوداء • وقوله (بمجاديح) واحدها مجدح بكسر الميم واسكان الجيم وفتح الدال وقال أبو عبيد : يجوز كسر الميم وضمها ، قال أهل اللغة : المجدح كل نجم كانت العرب تقول يمطر به ، فأخبر عمر رضى الله عنه أن الاستغفار هو المجاديح الحقيقية التى يستنزل بها القطر لا الأنواء ، وانما قصد التشبيه ، وقيل : مجاديحها مفاتيحها ، وقد جاء فى رواية بمفاتيح السماء •

وقوله (كان لا يرفع يده فى شىء من الدعاء الا عند الاستسقاء) وقد ثبتت أحاديث كثيرة فى الصحيحين وفى أحدهما أن النبى صلى الله عليه وسلم « رفع يديه فى الدعاء » وهى قريب من ثلاثين حديثا سبق ذكر أكثرها فى باب صفة الصلاة من هذا الشرح • وحينئذ يتعين تأويل حديث أنس هذا ، وفيه تأويلان مشهوران (أحدهما) أن مراد أنس لم أره يرفع ، وقد رآه غيره يرفع ، والزيادة من الثقة مقبولة والاثبات مقدم على النفى (والثانى) معناه لم يرفع كما يرفع فى الاستسقاء ، فانه صلى الله عليه وسلم

---

(١) المطر من السحاب وليس المطر شيئا ينزل الى السحاب وانما هو نتيجة أبخرة تثور من الأرض فتصير سحابا وتسوقها الرياح وتلقحها لقوله تعالى : والله الذى يرسل الرياح فتثير سحابا فسقناه الى بلد ميت » وقوله تعالى : « وأرسلنا الرياح لواقح » وقد ثبت أن الرياح تلقح السحاب بذرات تنقلها اليه فتذيبه (ط) .

(٢) من الآية ١٢ من سورة السجدة .

(٣) من الآية ٦٨ من سورة يس .

رفع فيه رفعا بليغا ، وفى صحيح مسلم أنه صلى الله عليه وسلم « أشار بظهور كفيه الى السماء » والله أعلم •

(**اما الأحكام**) فقال الشافعى والأصحاب رحمهم الله : يستحب أن يخطب بعد صلاة الاستسقاء خطبتين أركانهما وشروطهما وهيئاتهما كما سبق فى العيد ، وفى استحباب الجلوس اذا صعد المنبر الوجهان السابقان فى العيد ، والصحيح المنصوص استحبابه ، لكن يخالفها فى ثلاثة أشياء (أحدها) يستحب أن يبدل التكبيرات المشروعة فى أول خطبتى العيد بالاستغفار ، فيستغفر الله تعالى فى افتتاح الأولى تسع مرات ، وفى الثانية سبعا ولا يكبر • قال بعض أصحابنا : يقول « أستغفر الله الذى لا اله الا هو الحى القيوم وأتوب اليه » ويختم كلامه بالاستغفار ويكثر منه فى الخطبة ومن قوله تعالى (استغفروا ربكم انه كان غفارا) [1] الآية •

وذكر المحاملى فى المجموع أنه يكبر فى افتتاح الخطبة كما فى خطبة العيد ، وحكاه عنه أيضا صاحب البيان وغيره ، وهو ظاهر نص الشافعى فى الأم فانه قال : ويخطب الامام فى الاستسقاء خطبتين كما يخطب فى صلاة العيدين ، يكبر الله فيهما ويحمده ، ويصلى على النبى صلى الله عليه وسلم ويكثر فيهما الاستغفار ، حتى يكون أكثر كلامه • هذا نصه • ومقتضى اطلاق المصنف أنه لا يأتى بالاستغفار ، والمشهور استحباب الاستغفار تسعا فى افتتاح الخطبة الأولى ، وسبعا فى الثانية • وقد ذكره المصنف فى التنبيه والأصحاب فى جميع طرقهم •

(والثانى) يستحب أن يدعو فى الخطبة الأولى بهذا الدعاء المذكور فى الكتاب وان عدل الى دعاء غيره جاز ، لكن هذا أفضل ، ومن الدعاء المستحب ما ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم « اللهم اسقنا غيثا مغيثا نافعا غير ضار ، عاجلا غير آجل ، اللهم اسق عبادك وبهائمك ، وانشر رحمتك وأحى بلدك الميت ، اللهم أنت الله لا اله الا أنت الغنى ونحن الفقراء ، أنزل علينا الغيث ، واجعل ما أنزلت لنا قوة وبلاغا الى حين » •

---

(١) الآية ١٠ من سورة نوح •

(الثالث) يستحب أن يكون فى الخطبة الأولى وصدر الثانية مستقبل الناس مستدبر القبلة ، ثم مستقبل القبلة ، ويبالغ فى الدعاء سرا وجهرا ، واذا أسر دعا الناس سرا ، واذا جهر أمنوا ، ويرفعون كلهم أيديهم فى الدعاء ، وثبت فى صحيح مسلم ، عن أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم « استسقى فأشار بظهر كفيه الى السماء » قال الرافعى وغيره : قال العلماء : السنة لكل من دعا لدفع بلاء أن يجعل ظهر كفيه الى السماء ، وان دعا لطلب شىء جعل بطن كفيه الى السماء .

قال الشافعى : وليكن من دعائهم فى هذه الحالة « اللهم أنت أمرتنا بدعائك ، ووعدتنا اجابتك ، وقد دعوناك كما أمرتنا فأجبنا كما وعدتنا ، اللهم امنن علينا بمغفرة ما قارفنا ، واجابتك فى سقيانا ، وسعة رزقنا » فاذا فرغ من الدعاء أقبل بوجهه على الناس وحثهم على طاعة الله تعالى ، وصلى على النبى صلى الله عليه وسلم ودعا للمؤمنين والمؤمنات ، وقرأ آية من القرآن أو آيتين ، ويقول : أستغفر الله لى ولكم . هذا لفظ الشافعى . قال الشافعى والأصحاب : ويكثر من الاستغفار ومن قول (استغفروا ربكم انه كان غفارا ، يرسل السماء عليكم مدرارا ، ويمددكم بأموال وبنين ويجعل لكم جنات ويجعل لكم أنهارا [1]) .

قال الشافعى : ويكثر الاستغفار حتى يكون أكثر كلامه ، ثم روى عن عمر رضى الله عنه أنه استسقى « فكان أكثر دعائه الاستغفار » . قال الشافعى : فيكون أكثر دعائه الاستغفار يبدأ به دعاءه ، ويفصل به بين كلامه ، ويختم به ويكون هو أكثر كلامه حتى ينقطع الكلام .

قلت : ويكثر من دعاء الكرب الثابت فى الصحيحين أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يقوله عند الكرب « لا اله الا الله العظيم الحليم ، لا اله الا الله رب العرش العظيم ، لا اله الا الله رب السموات ورب الأرض ، رب العرش العظيم ، لا اله الا الله رب السموات ورب الأرض ، رب العرش الكريم » ويستحب أيضا (اللهم آتنا فى الدنيا حسنة ، وفى الآخرة حسنة ، وقنا عذاب النار) لحديث الصحيحين فيه ، ويستحب للامام عند تحوله فى

---

(١) الآيات ١٠ ، ١١ ، ١٢ من سورة نوح .

صدر الخطبة الثانية الى القبلة أن يحول رداءه للأحاديث الصحيحة السابقة ، وهل يستحب أن ينكسه مع التحويل ؟ قال المصنف والأصحاب : ان كان مدورا ، ويقال له المقور والمثلث لم يستحب ، بل يقتصر على التحويل بالاتفاق ، وان كان مربعا ففيه قولان حكاهما الخراسانيون (الجديد الصحيح) وبه قطع المصنف وآخرون : يستحب نكسه ، نص عليه فى الأم وغيره ، والقديم لا يستحب ، ودليل الجميع يعرف مما سبق .

قال الأصحاب : التحويل أن يجعل ما على عاتقه الأيمن على عاتقه الأيسر وبالعكس ، والنكس أن يجعل أعلاه أسفله ، ومتى جعل الطرف الأسفل الذى على شقه الأيسر على عاتقه الأيمن ، والطرف الأسفل الذى على شقه الأيمن على عاتقه الأيسر ، حصل التحويل والنكس جميعا . قال الشافعى والأصحاب : ويتركونها محولة حتى ينزعوا الثياب ، وقال جماعة : يتركونها محولة حتى يرجعوا الى منازلهم ، وليس هذا اختلافا ، بل يستحب تركها محولة حتى يرجعوا الى منازلهم ، وتبقى كذلك فى منازلهم حتى ينزعوا ثيابهم تلك ، سواء نزعوها أول وصولهم المنازل أم بعده .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(قال فى الأم : فان صلوا ولم يسقوا عادوا من الغد ، وصلوا واستسقوا وان سقوا قبل ان يصلوا صلوا شكراً [لله] وطلباً للزيادة) .

(الشرح) فى هذا مسألتان (احداهما) قال أصحابنا : اذا استسقوا بالصلاة فسقوا لم يشرع صلاة ثانية ، وان لم يسقوا استحب أن يستسقوا ثانيا وثالثا وأكثر حتى يسقوا ، وهل يخرجون من الغد للاستسقاء ؟ أم يتأهبون بالصيام وغيره مرة أخرى ؟ فيه للشافعى نصان (أحدهما) نص عليه فى مختصر المزنى والبويطى : يخرجون من الغد ، ويصلون ويستسقون. وقال فى القديم والأم : يأمرهم الامام بصيام ثلاثة أيام أخر ، ثم يخرج بهم الى الاستسقاء ، ولفظه فى الأم : وأحب كلما أراد الامام العود الى الاستسقاء أن يأمر الناس أن يصوموا قبل عوده ثلاثا ، هذا نصه فى الأم ذكره فى باب كيف يبتدىء الاستسقاء ، وانما نبهت عليه لأن الأكثرين يضيفون هذا النص الى القديم فقط . فهذا كلام الشافعى .

وللأصحاب فيه ثلاثة طرق (أحدها) نقله القاضى أبو الطيب فى تعليقه وآخرون عن أبى الحسين بن القطان فى المسألة قولان (أصحهما) وهو الجديد : يخرجون من الغد (والثانى) يتأهبون بالصيام ثلاثة أيام وغيره • (والطريق الثانى) أن المسألة على حالين ، فان لم يشق على الناس الخروج من الغد ولم ينقطعوا عن معايشهم خرج من الغد ، والا أخره وتأهبوا ، وبهذا قطع الشيخ أبو حامد الاسفراينى والمحاملى والبندنيجى وآخرون ، ونقله السرخسى فى الأمالى عن الأصحاب مطلقا •

(والطريق الثالث) نقله القاضى أبو الطيب فى تعليقه عن عامة الأصحاب أن المسألة على قول واحد ، نقل المزنى الجواز ، والقديم الاستحباب •

(واعلم) أن الشافعى وجماهير الأصحاب قطعوا باستحباب الاستسقاء ثانية وثالثة وأكثر حتى يسقوا ، لكن قال الشافعى والأصحاب • الاستحباب فى المرة الأولى آكد ، وحكى الرافعى وجها أنهم لا يفعلون ذلك الا مرة ، وهذا الوجه غلط مخالف نص الشافعى والأصحاب ، والدليل •

(واعلم) أن ابن القطان قال : ليس فى باب الاستسقاء مسألة فيها قولان غير هذه ، وأنكر عليه الأصحاب من وجهين (أحدهما) ما قاله الجمهور أن هذه المسألة ليست على قولين ، بل على حالين كما سبق (والثانى) أن للشافعى قولين فى مسألة تحويل الرداء كما سبق ، والله أعلم (المسألة الثانية) اذا تأهبوا للصلاة والاستسقاء فسقوا قبل ذلك استحب لهم الخروج الى موضع الاستسقاء للوعظ والدعاء والشكر بلا خلاف • وأما الصلاة فقد نص الشافعى والأصحاب كما ذكر المصنف أنهم يصلون شكرا لله تعالى على هذه النعمة ، وطلبا للزيادة ، قال الشافعى فى الأم : سواء سقوا قليلا أو كثيرا ، وتكون هذه الصلاة بصفة صلاة الاستسقاء ، وذكر امام الحرمين والغزالى فى استحباب الصلاة وجهين (أصحهما) الاستحباب (والثانى) لا ، قال الرافعى : وأجرى الوجهان : فيما اذا لم تنقطع المياه ، وأرادوا الصلاة للاستزادة ، والصواب الجزم بالصلاة كما نص عليه الشافعى والمصنف والأصحاب • ولا تغتر بما وقع فى كلام بعض المتأخرين من أن الأشهر ترك الصلاة فانه غلط فاحش ، وسبق قلم أو غباوة ، والا

فكتب الأصحاب متظاهرة على استحباب الصلاة ، وممن ذكرها الشافعى والشيخ أبو حامد والماوردى والمحاملى فى كتبه والقاضى أبو الطيب وسليم الرازى وصاحب العدة والبغوى والشيخ نصر المقدسى فى كتبه وخلائق لا يحصون • قال الشافعى فى الأم : فلو كانوا يمطرون فى الوقت الذى يريد الخروج بهم فيه استسقى فى المسجد أو أخر ذلك الى انقطاع المطر •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز الاستسقاء بالدعاء من غير صلاة ، لحديث عمر رضى الله عنه ، ويستحب لأهل الخصب أن يدعوا لأهل الجدب ، ويستحب اذا جاء المطر أن يقولوا : اللهم صيباً هنيئاً ، لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان اذا رأى المطر قال ذلك » ويستحب أن يتمطر لأول مطر ، لما روى أنس رضى الله عنه قال : « اصابنا مطر ونحن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فحسر رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى اصابه المطر ، فقلنا يا رسول الله لم صنعت هذا ؟ فقال : انه حديث عهد بربه » ويستحب اذا سال الوادى ان يغتسل فيه ، ويتوضا منه لما روى أنه جرى الوادى فقال النبى صلى الله عليه وسلم « اخرجوا بنا الى هذا الذى سماه الله طهوراً حتى نتوضا منه ونحمد الله عليه » ويستحب لمن سمع الرعد أن يسبح لما روى ابن عباس قال : « كنا مع عمر رضى الله عنه فى سفر فاصابنا رعد وبرق وبرد فقال لنا كعب : من قال حين يسمع الرعد : سبحان من يسبح الرعد بحمده والملائكة من خيفته ثلاثاً عوفى من ذلك ، فقلنا فعوفينا ») •

(الشرح) حديث عمر سبق ، وحديث عائشة رواه البخارى ، وحديث أنس رواه مسلم ، وحديث الوادى رواه الشافعى فى الأم باسناد منقطع ضعيف مرسلا والخصب بكسر الخاء ، والجدب باسكان الدال المهملة ، وهو القحط • قوله : اللهم صيبا ، هو بفتح الصاد وبعدها ياء مثناة من تحت مكسورة ثم باء موحدة ، هكذا صوابه وهكذا هو فى صحيح البخارى وغيره من كتب الحديث ، ووقع فى المهذب اللهم صبا بحذف المثناة وبياء موحدة مشددة ، ولكل واحد منهما وجه ، فالصيب الذى فى البخارى وغيره هو المطر ، قاله البخارى عن ابن عباس •

وقال الواحدى : الصيب المطر الشديد من قولهم : صاب يصوب اذا نزل من علو الى أسفل ، وقيل الصيب السحاب ، وأما الذى فى المهذب

فمعناه اللهم صبه علينا صبا ، وجاء فى رواية لابن ماجه « اللهم سيبا نافعا مرتين أو ثلاثا » ذكره فى كتاب الدعاء ، والسيب بفتح السين واسكان الياء وهو العطاء •

وقوله « يتمطر » يتفعل من المطر ومعناه يتطلب ويتحرى نزول المطر عليه ببروزه عليه • وقوله حسر بفتح الحاء والسين المهملتين والسين مخففة أى كشف وفيه محذوف أى حسر بعض بدنه • وقوله صلى الله عليه وسلم : « حديث عهد بربه » أى بتكوين ربه أو تنزيله ، والحديث القريب• وقوله (رعد وبرق وبرد) فالبرد هنا بفتح الباء والراء وهو معروف وانما ذكرته لئلا يصحف ببرد باسكان الراء •

(**اما الاحكام**) ففيما ذكره مسائل :

(احداها) يستحب الاستسقاء فى الدعاء من غير صلاة بالاتفاق ، وقد سبق فى أول الباب أن الاستسقاء ثلاثة أضرب هذا أحدها ، ودليل هذا حديث أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم « استسقى يوم الجمعة على المنبر بالدعاء من غير صلاة الاستسقاء » رواه البخارى ومسلم ، قال الشافعى وكذلك آمر بالدعاء لكل نازلة تنزل بأحد من المسلمين •

(الثانية) يستحب لأهل الخصب أن يدعوا لأهل الجدب ، نص عليه الشافعى واتفق عليه الأصحاب ، وهكذا عبارة الأصحاب : يستحب لأهل الخصب أن يدعوا لأهل الجدب ، ولم يتعرضوا للصلاة ، وظاهر كلامهم أنه لا تشرع الصلاة • وقال فى الأم : يستسقى أهل الخصب لأهل الجدب •

(الثالثة) السنة أن يدعو عند نزول المطر بما سبق فى الحديث ، ويستحب أن يجمع بين روايتى البخارى وابن ماجه فيقول « اللهم صيبا هنيا وسيبا نافعا » ويكرره •

(الرابعة) السنة أن يكشف بعض بدنه ليصيبه أول المطر للحديث السابق ، والمراد أول مطر يقع فى السنة ، كذا نص عليه الشافعى وقاله الأصحاب • قال سليم الرازى والشيخ نصر المقدسى وصاحب العدة : يستحب اذا جاء المطر فى أول السنة أن يخرج الانسان اليه ويكشف ماعدا

عورته ليصيبه منه ، ولفظ الشافعى : فى أول قطرة ، وكذا لفظ المحاملى وصاحب الشامل والباقين • وذكر الشافعى فى الأم عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال لغلامه وقد مطرت السماء « أخرج فراشى ورحلى يصيبه المطر ، فقيل له : لم تفعل هذا ؟ فقال أما تقرأ كتاب الله ؟ ونزلنا من السماء ماء مباركا ، فأحب أن تصيب البركة فراشى ورحلى » •

(الخامسة) يستحب اذا سال الوادى أن يتوضأ منه ويغتسل فان لم يجمعهما فليتوضأ •

(السادسة) يستحب لسامع الرعد أن يسبح لما روى مالك فى الموطأ باسناده الصحيح عن عبد الله بن الزبير رضى الله عنهما أنه كان اذا سمع الرعد ترك الحديث وقال : « سبحان الذى يسبح الرعد بحمده والملائكة من خيفته » •

(فـــرع) فى مسائل تتعلق بباب الاستسقاء

(احداها) ذكرنا أنه يخطب للاستسقاء بعد الصلاة ، فلو خطب قبلها صحت خطبته وكان تاركا للأكمل ، صرح به صاحب التتمة وغيره ، وأشار ابن المنذر الى استحباب تقديم الخطبة ، وحكاه عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وغيره ، وحكاه العبدرى عن عبد الله بن الزبير وعمر بن عبد العزيز والليث بن سعد ، قال : ومذهب العلماء كافة سوى هؤلاء تقديم الصلاة على الخطبة • ودليل جواز تقديم الخطبة حديث عبد الله بن زيد قال « خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم الى المصلى فاستسقى وحول رداءه حين استقبل القبلة ، ثم صلى ركعتين » رواه البخارى ومسلم • وعن عائشة رضى الله عنها قالت « شكا الناس الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قحوط المطر فأمر بمنبر فوضع له بالمصلى ، ووعد الناس يوما يخرجون فيه ، فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم حين بدا حاجب الشمس ، فقعد على المنبر • وذكرت الخطبة والدعاء ، وأنه صلى الله عليه وسلم رفع يديه فلم يزل فى الرفع حتى بدا بياض ابطيه ثم حول الى الناس ظهره وقلب أو حول رداءه وهو رافع يديه ، ثم أقبل على الناس ونزل فصلى ركعتين » رواه أبو داود

باسناد صحيح قال الشيخ أبو حامد : قال أصحابنا : تقديم الخطبة فى هذه الأحاديث محمول على بيان الجواز فى بعض الأوقات •

(الثانية) قال الشافعي والأصحاب : اذا ترك الامام الاستسقاء لم يتركه الناس وقال الشافعى فى الأم : اذا كان جدب أو قلة ماء فى نهر أو عين أو بئر فى حاضر أو باد من المسلمين لم أحب للامام التخلف عن الاستسقاء ، فان تخلف فقد أساء فى تخلفه وتركه السنة ولا قضاء عليه ولا كفارة • وقال فى الأم أيضا : اذا خلت الامصار من الولاة قدموا أحدهم للجمعة والعيد والكسوف والاستسقاء كما قدم الناس أبا بكر رضى الله عنه حين ذهب النبى صلى الله عليه وسلم ليصلح بين بنى عمرو بن عوف ، وقدموا عبد الرحمن ابن عوف فى غزوة تبوك حين تأخر النبى صلى الله عليه وسلم لحاجته ، وكان ذلك فى الصلاة المكتوبة » وهذان الحديثان فى الصحيحين • قال الشافعى : فاذا جاز ذلك فى المكتوبة فغيرها أولى •

(الثالثة) قال الشافعى فى الأم فى باب المطر قبل الاستسقاء : لو نذر الامام أن يستسقى ثم سقى الناس وجب عليه أن يخرج فيوفى نذره ، فان لم يفعل فعليه قضاؤه ، قال : وليس عليه أن يخرج بالناس لأنه لا يملكهم ولا نذر فيما لا يملك ابن آدم ، وليس له أن يكرههم على الاستسقاء من غير جدب ، قال : ولو نذر رجل أن يخرج ليستسقى كان عليه أن يخرج بنفسه ، فان نذر أن يخرج بالناس كان عليه أن يخرج بنفسه ولم يكن عليه أن يخرج بالناس ، قال : وأحب أن يخرج ممن أطاعه منهم من ولده وغيرهم • قال فان كان فى نذره أن يخطب خطب وذكر الله تعالى ، وله أن يدعو جالسا لأنه ليس فى قيامه اذا لم يكن واليا ولا معه جماعة بالذكر طاعة ، قال وان نذر أن يخطب على منبر فله ان يخطب جالسا ، وليس عليه أن يخطب على منبر ، لأنه لا طاعة فى ركوبه المنبر ، وانما يؤمر بهذا الامام ليسمع الناس • قال : فان كان اماما ومعه ناس لم يحصل الوفاء بنذره الا بالخطبة قائما لأن الطاعة فيها اذا كان معه ناس أن يخطب قائما ، فاذا وقف على منبر أو جدار أو قائما أجزأه عن نذره • قال ولو نذر أن يخرج ويستسقى أحببت له أن يستسقى فى المسجد ، ولو استسقى فى بيته أجزأه • هذا آخر نصه •

وقال صاحب التهذيب فى هذا الباب : لو نذر الامام أن يستسقى لزمه أن يخرج بالناس ويصلى بهم ، قال : ولو نذره واحد من الناس لزمه أن يصلى منفردا وان نذر أن يستسقى بالناس لم ينعقد نذره لأنهم لا يطيعونه ، قال : ولو نذر أن يخطب وهو من أهله لزمه ، وهل له أن يخطب قاعدا مع القدرة ؟ فيه خلاف مبنى على أن النذر يسلك مسلك جائز الشرع أم مسلك واجبه ؟.

(الرابعة) قال الشافعى والأصحاب : واذا كثرت الأمطار وتضرر الناس بها فالسنة أن يدعو برفعها : اللهم حوالينا ولا علينا . قال الشافعى فى الأم والأصحاب : ولا يشرع لذلك صلاة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يصل لذلك ودليل هذه المسألة حديث أنس قال « دخل رجل المسجد يوم جمعة ورسول الله صلى الله عليه وسلم قائم يخطب ، فقال : يا رسول الله هلكت الأموال وانقطعت السبل فادع الله يغثنا ، فرفع رسول الله صلى الله عليه وسلم يديه ثم قال « اللهم أغثنا ، اللهم أغثنا ، اللهم أغثنا » قال أنس : والله وما نرى فى السماء من سحاب ولا قزعة ولا بيننا وبين سلع ، يعنى الجبل المعروف بقرب المدينة ، من بيت ولا دار فطلعت من ورائه سحابة مثل الترس ، فلما توسطت السماء انتشرت ثم أمطرت ، فلا والله ما رأينا الشمس سبتا ، ثم دخل رجل من ذلك الباب فى الجمعة المقبلة ، ورسول الله صلى الله عليه وسلم قائم يخطب ، فقال : يا رسول الله هلكت الأموال وانقطعت السبل فادع الله أن يمسكها عنا ، فرفع رسول الله صلى الله عليه وسلم يديه فقال : اللهم حوالينا ولا علينا ، اللهم على الآكام والظراب وبطون الأودية ومنابت الشجر ، فانقطعت وخرجنا نمشى فى الشمس » رواه البخارى ومسلم .

وأما قول المصنف فى التنبيه فى أثناء دعاء الاستسقاء لطلب المطر : اللهم حوالينا ولا علينا ، فما أنكروه عليه ، وانما يقال هذا عند كثرة الأمطار وحصول الضرر بها ، كما صرح به فى الحديث ونص عليه الشافعى والأصحاب رحمهم الله .

(الخامسة) ثبت فى الصحيحين عن زيد بن خالد الجهنى رضى الله عنه قال « صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم الصبح بالحديبية على أثر سماء كانت من الليل ، فلما انصرف أقبل على الناس فقال : هل تدرون ماذا

قال ربكم ؟ قالوا : الله ورسوله أعلم قال : قال أصبح من عبادى مؤمن بى وكافر • فأما من قال : مطرنا بفضل الله ورحمته فذلك مؤمن بى كافر بالكوكب ، وأما من قال : مطرنا بنوء كذا فذلك كافر بى مؤمن بالكوكب » •

قال الشافعى فى الأم وأصحابنا وغيرهم من العلماء : انما قال النبى صلى الله عليه وسلم هذا لأنه كان فى بلاد الكفار الملحدين فى دين الله تعالى ، فأخبر أن العباد قسمان ، قالوا فيسن أن يقول فى أثر المطر : مطرنا بفضل الله ورحمته ، فان قال : مطرنا بنوء كذا وأراد أن النوء هو الفاعل حقيقة وليس لله فيه صنع فهو كافر مرتد خارج من الملة ، وان أراد أن النوء وقت يوقع الله المطر فيه من غير أثر للنوء ، وانما الفعل لله تعالى فليس بكافر كفر جحود بل هو لفظ مكروه وليس بحرام ، ويصح أن يطلق عليه كفر النعمة والله أعلم •

(السادسة) يستحب الدعاء عند نزول المطر ، نص عليه الشافعى فى الأم ، وروى فيه حديثا ضعيفا مرسلا أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اطلبوا استجابة الدعاء عند التقاء الجيوش واقامة الصلاة ونزول الغيث » •

قال الشافعى : وحفظت عن غير واحد طلب الاجابة عند نزول الغيث واقامة الصلاة •

(السابعة) قال الشافعى فى الأم : لم تزل العرب تكره الاشارة الى البرق والمطر • قال الشافعى « أخبرنى الثقة أن مجاهدا كان يقول الرعد ملك والبرق أجنحته يسقن السحاب » قال الشافعى « ما أشبه ما قال مجاهد بظاهر القرآن » •

(الثامنة) يكره سب الريح قال الشافعى فى الأم : ولا ينبغى لأحد أن يسب الرياح فانها خلق لله تعالى مطيع ، وجند من أجناده يجعلها رحمة ونقمة اذا شاء •

والسنة أن يقول عند هبوب الريح ماروت عائشة رضى الله عنها قالت « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا عصفت الريح قال : اللهم انى

أسألك خيرها وخير ما فيها وخير ما أرسلت به ، وأعوذ بك من شرها وشر ما فيها وشر ما أرسلت به » رواه مسلم فى صحيحه •

وعن أبى هريرة قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « الريح من روح الله تعالى تأتى بالرحمة وتأتى بالعـذاب ، فاذا رأيتموها فلا تسبوها ، واسألو الله خيرها ، واستعيذوا بالله من شرها » رواه أبو داود وابن ماجه باسناد حسن (قوله صلى الله عليه وسلم) من روح الله ــ بفتح الراء ــ قال العلماء معناه من رحمة الله بعباده •

وعن أبى بن كعب رضى الله عنه قال « قال رسول الله صلى الله عليـه وسلم لا تسبوا الريح ، فاذا رأيتم ما تكرهون فقولوا : اللهم انا نسـألك من خير هذه الريح ، وخير ما فيها وخير ما أمرت به ، ونعوذ بك من شر هذه الريح وشر ما فيها ، وشر ما أمرت به » رواه الترمذى ، وقال : حديث حسن صحيح ، قال : وفى الباب عن عائشـة وعثمـان بن أبى العاصى وأبى هريرة وأنس وابن عباس وجابر •

وعن سلمة بن الأكوع رضى الله عنه قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اشتدت الريح يقول : اللهم لقحا لا عقيما » رواه ابن السنى باسناد صحيح ، ومعنى لقحا حامل للماء كاللقحة من الابل والعقيم التى لا ماء فيها كالعقيم من الحيوان لا ولد فيها ، وعن أنس عن رسول الله صلى الله عليـه وسلم قال « اذا وقعت كبيرة أو هاجت ريح عظيمة فعليكم بالتكبير فانـه يجلى العجاج الأسود » رواه ابن السنى •

وقال الشافعى فى الأم : أخبرنى من لا أتهم وذكر أسناده الى ابن عبـاس قال « ما هبت ريح الا جثا النبى صلى الله عليه وسلم على ركبتيه وقال : اللهم اجعلها رحمة ولا تجعلها عذابا ، اللهم اجعلها رياحا ولا تجعلها ريحا » •

قال ابن عباس : فى كتاب الله تعالى (انا رأسلنا عليهم ريحا صرصرا) [1] (اذ أرسلنا عليهم الريح العقيـم) [2] وقال الله تعـالى (وأرسـلنا الرياح

---

(١) الآية ١٩ من سورة القمر .
(٢) الآية ٤١ من سورة الذاريات .

لواقح) [1] (ورأسلنا الرياح مبشرات) .

وعن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « نصرت بالصبا وأهلكت عاد بالدبور » . رواه البخارى ومسلم .

(التاسعة) روى ابن السنى باسناد ليس بثابت عن ابن مسعود قال : « أمرنا أن لا نتبع أبصارنا الكوكب اذا انقض وأن نقول عند ذلك : ما شاء الله لا قوة الا بالله » وروى الشافعى فى الأم باسناد ضعيف مرسل أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ما من ساعة من ليل ولا نهار الا والسماء تمطر فيها يصرفه الله حيث يشاء » وباسناد له ضعيف عن كعب « أن السيول ستعظم فى آخر الزمان » قال الشافعى أخبرنا سفيان عن عمرو بن دينار عن ابن المسيب عن أبيه عن جده قال « جاء مكة سيل طبق ما بين الجبلين » هذا اسناد صحيح .

(العاشرة) قال صاحب الحاوى : زعم بعضهم أنه يكره أن يقال : اللهم أمطرنا لأن الله تعالى لم يذكر الأمطار فى كتابه الا للعذاب ، قال الله تعالى « وأمطرنا عليهم مطرا فساء مطر المنذرين » [2] قال وهذا عندنا غير مكروه . هذا كلام صاحب الحاوى ، والصواب أنه لا يكره كما اختاره ، فقد ثبت عن أنس بن مالك رضى الله عنه فى حديثه المتقدم فى المسألة الرابعة .

قوله « ثم أمطرت » هكذا هو : أمطرت بالألف فى صحيح مسلم ، وفى ثلاثة أبواب من صحيح البخارى فى كتاب الاستسقاء .

وأما قول المخالف انه لم يأت فى كتاب الله تعالى أمطر الا فى العذاب ، فليس كما زعم ، بل قد جاء فى القرآن العزيز أمطر فى المطر الذى هو الغيث ، وهو قوله عز وجل (قالوا هذا عارض ممطرنا) [3] وهو من أمطر ، ومعلوم أنهم أرادوا الغيث ، ولهذا رد الله تعالى قولهم ، فقال تعالى (بل هو ما استعجلتم به ريح فيها عذاب أليم) [4] .

---

(١) الآية ٢٢ من سورة الحجر .
(٢) الآية ٤٦ من سورة الروم .
(٣) الآية ١٧٣ من سورة الشعراء والنمل ٥٨
(٤) الآية ٢٤ من سورة الاحقاف .

(فـــرع) فى مذاهب العلماء فى صلاة الاستسقاء

قد ذكرنا أن مذهبنا أنها سنة متأكدة ، وبهذا قال الأئمـــة كافة الا أبا حنيفة فانه قال ليس فى الاستسقاء صلاة •

قال القاضى أبو الطيب وغيره : قال أصحاب أبى حنيفة : مراده ليس فيه صلاة مسنونة كما قال : ليس سجود الشكر بشىء ، أى ليس مسنونا ، وكما قال دعاء الناس ليلة عرفة بالأمصار وليس بشىء •

واحتج له بقوله تعالى (استغفروا ربكم انه كان غفارا) [1] ولم يذكر صلاة ، ولحديث أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم « استسقى يوم الجمعة على المنبر » وبأن عمر بن الخطاب رضى الله عنه « اســتسقى بالعباس رضى الله عنه ولم يذكر صلاة » وبالقياس على الزلازل ونحوها •

دليلنا الأحاديث الصحيحة المشهورة فى الصحيحين وغيرهما أن النبى صلى الله عليه وسلم « صلى فى الاستسقاء ركعتين » منها حديث عباد بن تميم عن عمه عبـــد الله بن زيد أن النبى صلى الله عليـــه وسلم « خـــرج الى المصلى فاستسقى وصلى ركعتين » رواه البخـــارى ومســـلم ، وفى رواية للبخارى « خرج النبى صلى الله عليه وسلم يستسقى ، فتوجه الى القبلة يدعو ، وحول رداءه ثم صلى ركعتين جهر فيهما بالقراءة » •

وعن عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم « شكوا اليه قحوط المطر ـــ فذكرت الحديث الى قولها : فخطب ثم أقبل على الناس ونزل فصلى ركعتين • وذكرت الحديث » رواه أبو داود باسناد صحيح •

وعن ابن عباس قال « خرج النبى صلى الله عليه وسلم متواضعا متبذلا متخشعا متضرعا فصلى ركعتين كما يصلى فى العيد » رواه أبو داود والترمذى والنسائى بأسانيد صحيحة • قال الترمذى حديث حسن صحيح • وفى المسألة أحاديث كثيرة غير هذه • وعن القياس أنه معنى سن له الاجتماع والخطبة فسن له الصلاة كالعيد والكسوف •

---

(١) الآية ١٠ من سورة نوح •

والجواب عن الآية من وجهين (أحدهما) ليس فيها نفى الصلاة وانما فيها الاستغفار • ونحن نقول بالاستغفار وبالصلاة بالأحاديث الصحيحة ، فلم نخالف الآية (الثانى) أن الآية اخبار عن شرع من قبلنا وللاصوليين من أصحابنا وغيرهم خلاف فى الاحتجاج به اذا لم يرد شرعنا بمخالفته ، أما اذا ورد بخلافه فلا حجة فيه بالاتفاق • وقد ثبتت الأحاديث الصحيحة بالصلاة •

والجواب عن الحديث وفعل عمر رضى الله عنه أنه لبيان الجواز ، وفعل لأحد أنواع الاستسقاء الثلاثة التى قدمنا بيانها ، وليس فيه نفى للصلاة ، ففى هذا بيان نوع ، وفيما ذكرناه بيان نوع آخر ، فلا تعارض • وقد روى عن عمر أيضا الصلاة (والجواب) عن قياسهم على الزلازل أنها لم يسن لها الاجتماع والخطبة بخلاف الاستسقاء فانهم أجمعوا على أنه يسن فيه الاجتماع والخطبة ، ولأن السنة بينت الصلاة فى الاستسقاء دون الزلازل ، فوجب اعتمادها دون القياس • والله أعلم •

(فرع) فى مذاهبهم فى كيفية صلاة الاستسقاء

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه يكبر فى افتتاح الركعة الأولى سبع تكبيرات ، وفى الثانية خمسا كالعيد ، وحكاه ابن المنذر عن سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز وأبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم •

وقال مالك وأحمد واسحاق وأبو ثور : لا يكبر ، وحكاه العبدرى عن المزنى أيضا ، ومذهبنا استحباب تحويل الرداء فى الخطبة للامام والمأمومين كما سبق وبه قال مالك وأحمد وأبو ثور وداود • وقال أبو حنيفة لا يستحب • وقال محمد بن الحسن يحول الامام دون المأمومين وحكاه العبدرى عن الطحاوى عن أبى يوسف • قال : وروى عن ابن المسيب وعروة والثورى • ومذهبنا استحباب خطبتين للاستسقاء بينهما جلسة وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد • وحكى ابن المنذر عن عبد الرحمن بن مهدى أنها خطبة واحدة • وعن أحمد أنه لا خطبة ، وانما يدعو ويكثر الاستغفار ، ومذهبنا أنه يستحب الاستسقاء بالدعاء ؛ ولكن الأفضل الاستسقاء بالصلاة ، كما سبق ، وحكى ابن المنذر عن الثورى كراهة الاستسقاء بدعاء من غير صلاة •

كتـــاب الجنـــائز

(باب ما يفعل بالميت)

الجنازة بكسر الجيم وفتحها لغتان مشـهورتان ، وقيـل بالفتح للميت وبالكسر للنعش وعليه الميت ، وقيل عكسه ، حكاه صاحب مطالع الأنوار ، والجمع جنائز بفتح الجيم لا غير ، وهو مشتق من جنز بفتح الجيم — يجنز — بكسر النون اذا ستر قاله ابن فارس ، والموت مفارقة الروح الجسد ، وقـد مات الانسـان يموت ويمات بفتح اليـاء وتخفيف الميم فهو ميت ، وميت بتشديد الياء وتخفيفها ، وقوم موتى وأموات وميتون وميتون ، بتشـديد الياء وتخفيفها • قال الجوهرى : ويستوى فى ميت وميت المذكر والمؤنث • قال الله تعالى (لنحيي به بلدة ميتا) [1] ولم يقل ميتة ، ويقال أيضا ميتة كما قال تعالى (الأرض الميتة) [2] ويقال أماته الله وموته •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(المستحب لكل احد أن يكثر ذكر الموت لما روى عبد الله بن مسعود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لأصحابه « استحيوا من الله حق الحياء • قالوا : انا نستحيي يا نبى الله والحمد لله ، قال : ليس كذلك ، ولكن من استحيى من الله حق الحياء ، فليحفظ الراس وما وعى ، وليحفظ البطن وما حوى ، وليذكر الموت والبلى ، ومن أراد الآخرة ترك زينة الدنيا ، ومن فعل ذلك فقد استحيى من الله حق الحياء » وينبغى أن يستعد للموت بالخروج من المظالم والاقلاع عن المعاصى والاقبال على الطاعات لما روى البراء بن عازب « أن النبى صلى الله عليه وسلم ابصر جماعة يحفرون قبراً ، فبكى حتى بل الثرى بدموعه ، وقال : اخوانى لمثل هذا فاعدوا ») •

(الشرح) حديث ابن مسعود رواه الترمذى باسناد حسن فى كتـاب الزهد من جامعه ، وحديث البراء رواه ابن ماجه فى كتاب الزهد من سننه باسناد حسن •

من الآية ٤٩ من سورة الفرقان •

(١) من الآية ٣٣ من سورة يس •

وعن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أكثروا من ذكر هاذم اللذات ، يعنى الموت » رواه الترمذى والنسائى وابن ماجه بأسانيد صحيحة كلها على شرط البخارى ومسلم ، ومعنى فأعدوا أى تأهبوا واتخذوا له عدة ، وهى ما يعد للحوادث ، وقوله : الخروج من المظالم والاقلاع عن المعاصى ، المراد بالأول المظالم التى للعباد عليه ، وبالثانى المعاصى التى بينه وبين الله تعالى .

(**اما الأحكام**) فيستحب لكل أحد أن يكثر ذكر الموت . قال الشيخ أبو حامد وغيره : وحالة المرض أشد استحبابا لأنه اذا ذكر الموت رق قلبه وخاف فيرجع عن المظالم والمعاصى ، ويقبل على الطاعات ويكثر منها . قال الشيخ أبو حامد : ويستحب الاكثار من ذكر حديث « استحيوا من الله حق الحياء » .

وثبت فى صحيح البخارى عن ابن عمر رضى الله عنهما قال « أخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بمنكبى فقال : كن فى الدنيا كأنك غريب أو عابر سبيل » وكان ابن عمر يقول « اذا أمسيت فلا تنتظر الصباح ، واذا أصبحت فلا تنتظر المساء ، وخذ من صحتك لمرضك ، ومن حياتك لموتك » .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن مرض استحب له ان يصبر لما روى : « أن امرأة جاءت الى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ادع الله أن يشفينى » فقال « ان شئت دعوت الله فشفاك ، وان شئت فاصبرى ولا حساب عليك ، قالت : اصبر ولا حساب على » (١) ويستحب أن يتداوى لما روى أبو الدرداء أن رسول الله

---

(١) فى تهذيب الأسماء واللغات يقول النووى رحمه الله : فى أول الجنائز من المهذب ان امرأة سألت النبى صلى الله عليه وآله وسلم أن يدعو لها بالشفاء فقال : ان شئت دعوت لك — الحديث هذه المرأة هى أم زفر كذا قاله ابن باطيش . قلت قال الحافظ ابن حجر فى التهذيب : أم زفر السوداء لها ذكر فى حديث عطاء قال لى ابن عباس : الا أريك امرأة من أهل الجنة ؟ قلت : بلى ، قال : هذه المرأة السوداء ، أتت النبى صلى الله عليه وآله وسلم فقالت : انى أصرع وانى اتكشف فذكر الحديث . وقال ابن جريج أخبرنى عطاء أنه رأى أم زفر تلك المرأة طويلة سوداء على سلم الكعبة . قلت : زعم ابن طاهر أنها هى المرأة التى تأتى النبى صلى الله عليه وآله وسلم فيكرمها . وقال الزبير : العجوز التى دخلت على النبى صلى الله عليه وآله وسلم فحياها وقال : انها كانت تأتينا زمن خديجة . قلت : فغايته أن تكون تلك المرأة تكنى أم زفر وأما كونها هى العجوز السوداء التى بقيت الى أن رآها عطاء ، فهذا يحتاج فيه ابن طاهر الى دليل واضح ، والذى عندى انهما اثنتان ا هـ من تهذيب التهذيب .

صلى الله عليه وسلم قال : « ان الله تعالى انزل الداء والدواء ، وجعل لكل داء دواء فتداووا ولا تداووا بالحرام » ويكره أن يتمنى الموت لما روى انس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يتمنين أحدكم الموت لضر (١) نزل به ، فإن كان لابد متمنيا فليقل : اللهم أحينى مادامت الحياة خيراً لى ، وتوفنى اذا كانت الوفاة خيراً لى ») .

(الشرح) حديث المرأة التى طلبت رواه البغوى بلفظه من رواية أبى هريرة ورواه البخارى ومسلم من رواية ابن عباس « أن امرأة سوداء أتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت انى امرأة أصرع ، وانى أتكشف فادع الله لى ، فقال : ان شئت صبرت ولك الجنة وان شئت دعوت الله أن يعافيك ، فقالت : أصبر » .

وأما حديث أنس فرواه البخارى ومسلم . وأما حديث أبى الدرداء فرواه أبو داود فى سننه فى كتاب الطب باسناد فيه ضعف ، ولم يضعفه أبو داود ، وقد قدمنا أن ما لم يضعفه فهو عنده صحيح أو حسن .

قال أصحابنا وغيرهم : يستحب للمريض ومن به سقم وغيره من عوارض الأبدان أن يصبر ، وقد تظاهرت دلائل الكتاب والسنة على فضل الصبر ، وقد جمعت جملة من ذلك فى باب الصبر فى أول كتاب رياض الصالحين ويكفى فى فضيلته قوله تعالى (انما يوفى الصابرون أجرهم بغير حساب) (٢)

ويستحب التداوى لما ذكره المصنف مع غيره من الأحاديث المشهورة فى التداوى وان ترك التداوى توكلا فهو فضيلة ، ويكره تمنى الموت لضر فى بدنه أو ضيق فى دنياه ونحو ذلك للحديث المذكور ، ولا يكره لخوف فتنة فى دينه ، ذكره البغوى فى شرح السنة وآخرون ، وهو ظاهر مفهوم من حديث أنس المذكور ، وقد جاء عن كثيرين من السلف تمنى الموت للخوف على دينه .

(فرع) فى جملة من الاحاديث الواردة فى الدواء والتداوى

عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ان الله لم ينزل داء الا أنزل له شفاء » رواه البخارى ، وعن جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه

---

(١) فى بعض نسخ المهذب (لضيق نزل به) (ط) .
(٢) من الآية ٣٩ من سورة الزمر .

قال « لكل داء دواء فاذا أصيب دواء الداء برىء باذن الله عز وجل » رواه مسلم .

وعن أسامة بن شريك قال « أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه كأنما على رءوسهم الطير فسلمت ثم قعدت فجاء الأعراب من ههنا وههنا فقالوا : يا رسول الله نتداوى ؟ قال : تداووا فان الله لم يضع داء الا وضع له دواء غير الهرم » رواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وغيرهم بأسانيد صحيحة . قال الترمذى حديث حسن صحيح .

وعن أبى سعيد أن رجلا جاء الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال « ان بطن أخى قد استطلق فقال أسقه العسل ، فأتاه فقال : قد سقيته فلم يزده الا استطلاقا ، فقال : أسقه عسلا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الثالثة أو الرابعة : صدق الله وكذب بطن أخيك ، أسقه عسلا » رواه البخارى ومسلم .

وعن أبى هريرة سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للشونيز « عليكم بهذه الحبة السوداء فان فيها شفاء من كل داء الا السام ، يريد به الموت » رواه البخارى ومسلم ، وعن سعيد بن زيد رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الكمأة من المن وماؤها شفاء للعين » رواه البخارى ومسلم ، وعن عائشة سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « التلبينة مجمة فؤاد المريض وتذهب بعض الحزن » رواه البخارى ومسلم التلبينة حساء من دقيق ، ويقال له التلبين أيضا لأنه يشبه بياض اللبن .

وأما حديث عقبة بن عامر عن النبى صلى الله عليه وسلم « لا تكرهوا مرضاكم على الطعام والشراب فان الله يطعمهم ويسقيهم » فضعيف ضعفه البخارى والبيهقى وغيرهما وضعفه ظاهر ، وادعى الترمذى أنه حسن . وسنذكر فى آخر باب الأطعمة ان شاء الله تعالى جملا تتعلق بالتداوى ونحوه.

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وينبغى ان يكون حسن الظن بالله تعالى ، لما روى جابر رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : «لا يموتن احدكم الا وهو يحسن الظن بالله تعالى» .

(**الشرح**) حديث جابر رواه مسلم ، وفيه زيادة فى مسلم أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ذلك قبل وفاته بثلاثة أيام ، ومعنى يحسن الظن بالله تعالى أن يظن أن الله تعالى يرحمه ، ويرجو ذلك ، ويتدبر الآيات والأحاديث الواردة فى كرم الله سبحانه وتعالى ، وعفوه ورحمته وما وعد به أهل التوحيد ، وما ينشره من الرحمة لهم يوم القيامة كما قال سبحانه وتعالى فى الحديث الصحيح « أنا عند ظن عبدى بى » هذا هو الصواب فى معنى الحديث ، وهو الذى قاله جمهور العلماء وشذ الخطابى فذكر معه تأويلا آخر أن معناه أحسنوا أعمالكم حتى يحسن ظنكم بربكم ، فمن حسن عمله حسن ظنه ومن ساء عمله ساء ظنه ، وهذا تأويل باطل نبهت عليه لئلا يغتر به .

واتفق أصحابنا وغيرهم على أنه يستحب للمريض ومن حضرته أسباب الموت ومعاناته أن يكون حسن الظن بالله تعالى ، بالمعنى الذى ذكرناه ، راجيا رحمته ، وأما فى حال الصحة ففيه وجهان لأصحابنا حكاهما القاضى حسين وصاحبه المتولى وغيرهما (أحدهما) يكون خوفه ورجاؤه سواء (والثانى) يكون خوفه أرجح ، قال القاضى : هذا الثانى هو الصحيح هذا قول القاضى (والأظهر) أن الأول أصح ،ودليله ظواهر القرآن العزيز ، فان الغالب فيه ذكر الترغيب والترهيب مقرونين كقوله تعالى (يوم تبيض وجوه وتسود وجوه) [1] . (ان الأبرار لفى نعيم ، وان الفجار لفى جحيم) [2] . (فأما من أوتى كتابه بيمينه) [3] . (وأما من أوتى كتابه بشماله) [4] ونظائره مشهورة وقال « فلا يأمن مكر الله الا القوم الخاسرون » [5] وقال « انه لا ييأس من روح الله الا القوم الكافرون » [6] . وقد تتبعت الأحاديث الصحيحة الواردة فى الخوف والرجاء ، وجمعتها فى كتاب رياض الصالحين ، فوجدت أحاديث الرجاء أضعاف الخوف ، مع ظهور الرجاء فيها ، وبالله التوفيق .

---

(١) من الآية ١٠٦ من سورة آل عمران .
(٢) من الآية ١٢ من سورة الانفطار .
(٣) من الآية ٧ من سورة الانشقاق .
(٤) من الآية ٣٥ من سورة الحاقة .
(٥) من الآية ٩٩ من سورة الأعراف .
(٦) من الآية ٨٧ من سورة يوسف .

ويستحب للحاضر عند المحتضر أن يطمعه فى رحمة الله تعالى ، ويحثه على تحسين ظنه بربه سبحانه وتعالى ، وأن يذكر له الآيات والأحاديث فى الرجاء ، وينشطه لذلك ، ودلائل ما ذكرته كثيرة فى الأحاديث الصحيحة ، وقد ذكرت منها جملة فى كتاب الجنائز من كتاب الأذكار ، وفعله ابن عباس لعمر بن الخطاب رضى الله عنهم عند احتضاره ، وبعائشة أيضا ، وفعله ابن عمرو ابن العاص بأبيه وكله فى الصحيح .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وتستحب عيادة المريض لما روى البراء بن عازب رضى الله عنهما قال : « أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم باتباع الجنائز ، وعيادة المرضى » فان رجاه دعا له ، والمستحب أن يقول : (أسأل الله العظيم رب العرش العظيم أن يشفيك) سبع مرات لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من عاد مريضا لم يحضره اجله فقال عنده سبع مرات اسأل الله العظيم رب العرش العظيم أن يشفيك عافاه الله من ذلك المرض » وان رآه منزولا به فالمستحب أن يلقنه قول : لا اله الا الله ، لما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لقنوا موتاكم لا اله الا الله » وروى معاذ رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من كان آخر كلامه لا اله الا الله وجبت له الجنة » ويستحب أن يقرأ عنده سورة يس ، لما روى معقل بن يسار رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « اقرأوا على موتاكم يعنى يس » ويستحب أن يضجع (١) على جنبه الأيمن ، مستقبل القبلة ، لما روت سلمى أم ولد رافع قالت : « قالت فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى عنها : ضعى فراشى هاهنا واستقبلى بى القبلة ، ثم قامت فاغتسلت كأحسن ما يغتسل ولبست ثياباً جدداً ، ثم قالت : تعلمين انى مقبوضة الآن ، ثم استقبلت القبلة وتوسدت يمينها ») .

(الشرح) حديث البراء رواه البخارى ومسلم ،وأما حديث : « أسأل الله العظيم » فحديث صحيح رواه أبو داود والحاكم أبو عبد الله فى كتاب الجنائز ، والترمذى فى الطب ، والنسائى فى اليوم والليلة وغيرهم من رواية ابن عباس ، قال الترمذى : هو حديث حسن ، وقال الحاكم صحيح على شرط البخارى . وفى رواية أبى داود والترمذى والنسائى : يزيد بن عبد الرحمن بن أبى خالد الدالانى ، وهو مختلف فى الاحتجاج به

---

(١) فى ش و ق (يضطجع) (ط) .

ولم يرو له البخارى ، وينكر على الحاكم كونه قال فى روايته عنه : انه على شرط البخارى ولكنه رواه من طريق آخر فيه عبد ربه بن سعيد بدل ابن أبى خالد الدالانى ، وعبد ربه على شرط البخارى • وأما حديث أبى سعيد فرواه مسلم من رواية أبى سعيد ، ورواه أيضا من رواية أبى هريرة ، وأما حديث معاذ فرواه أبو داود باسناد حسن ، والحاكم فى المستدرك وقال : هو صحيح الاسناد ، ولفظهما (دخل الجنة) بدل (وجبت له الجنة) وأما حديث معقل فرواه أبو داود وابن ماجه باسناد فيه مجهولان ، ولم يضعفه أبو داود (وأما) حديث سلمى [1] فغريب ، لا ذكر له فى هذه الكتب المعتمدة ، وأما ألفاظ الفصل فالبراء بن عازب ممدود على المشهور ، وحكى قصره ، وعازب صحابى (وقوله) أمرنا أى أمر ندب ، وهذا الحديث بعض حديث طويل مشهور فى الصحيحين « أمرنا بسبع ونهانا عن سبع فذكر منها اتباع الجنازة وعيادة المريض » وقوله « منزولا به » أى قد حضره الموت •

وقوله صلى الله عليه وسلم « لقنوا موتاكم » أى من قرب موته ، وهو من باب تسمية الشىء بما يصير اليه ، ومنه (انى أرانى أعصر خمراً) [2] ومعقل بفتح الميم واسكان العين المهملة ، وأبوه يسار بياء ثم سين ، ومعقل من أهل بيعة الرضوان كنيته أبوعلى • وقيل أبو عبد الله وأبو يسار ، وسلمى بفتح السين • وقوله « أم ولد رافع » هكذا هو فى نسخ المهذب وهو غلط ، وصوابه أم رافع أو أم ولد أبى رافع ، وهى سلمى مولاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وقيل مولاة صفية بنت عبد المطلب ، والصحيح المشهور هو

---

(١) قال فى التهذيب : قوله فى أول الجنائز من المهذب لما روت ام سلمى ـ ونلاحظ ان ام هنا غير مذكورة لا فى المهذب ولا فى الشرح ـ أم ولد رافع كذا وقع وهو غلط والصواب أم رافع أو أم ولد أبى رافع وقد تقدم فى ترجمة أبى سلمى قلت : وليس فى كنى التهذيب للنووى من اسمه ابو سلمى ولعله فى حرف آخر ، بلى ، وجدته فى سلمى من أسماء النساء فقال رحمه الله : سلمى أم رافع ذكرها فى المهذب فى كتاب الجنائز وهى بفتح السين بلا خلاف وقد غلط بعض المصنفين فى ألفاظ المهذب حيث قال : هى بالضم ، وهى مولاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وقيل : مولاة صفية بنت عبد المطلب وهى امرأة ابى رافع مولى النبى صلى الله عليه وسلم وام ولده وكانت قابلة بنى فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقابلة ابراهيم بن الرسول صلى الله عليه وسلم وشهدت خيبر مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، وذكر الامام احمد بن حنبل فى مسنده ترجمة لام سلمى وذكر فيها الحديث المذكور فى المهذب عن سلمى هذه. وقال الامام أبو نعيم الأصبهانى : هى فيما ارى امرأة أبى رافع ا هـ من التهذيب الأسماء واللغات للنووى •

(٢) من الآية ٣٦ من سورة يوسف •

الأول . وكانت سلمى قابلة بنى فاطمة ، وقابلة ابراهيم بن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهى امرأة أبى رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأم ولده .

وقولها « ثياباً جدداً » هو بضم الدال جمع جديد . هذا هو المشهور فى كتب اللغة وغيرها ، ويجوز فتح الدال عند محققى العربية وحذاق أهل اللغة ، وكذلك الحكم فى كل ما كان مشددا من هذا الوزن مما ثانيه وثالثه سواء،الأجود ضم ثانى جمعه ويجوز فتحه كسور ، و ذُلُل ونظائرهما ، وقد بسطت القول فى تحقيق هذا بشواهده من كلام أهل العربية واللغة ونقلهم فيه فى تهذيب الأسماء واللغات .

(اما الأحكام) ففيه مسائل :

(احداها) عيادة المريض سنة متأكدة والأحاديث والأحاديث الصحيحة مشهورة فى ذلك . قال صاحب الحاوى وغيره : ويستحب أن يعم بعيادته الصديق والعدو ومن يعرفه ومن لا يعرفه لعموم الأحاديث ، وأما الذمى فقد أشار صاحب الشامل الى أنه لا يستحب عيادته فقال : يستحب عيادة المريض ان كان مسلما . وذكر صاحب المستظهرى قول صاحب الشامل ، ثم قال : والصواب عندى أن عيادة الكافر جائزة ، والقربة فيها موقوفة على نوع حرمة يقترن بها من جوار أو قرابة وهذا الذى قاله صاحب المستظهرى متعين ، وقد جزم به الرافعى ، وفى صحيح البخارى عن أنس قال « كان غلام يهودى يخدم النبى صلى الله عليه وسلم فمرض ، فأتاه النبى صلى الله عليه وسلم يعوده فقعد عند رأسه فقال له : أسلم ، فنظر الى أبيه وهو عنده فقال له : أطع أبا القاسم فأسلم . فخرج النبى صلى الله عليه وسلم وهو يقول : الحمد لله الذى أنقذه من النار » . قال صاحب الحاوى وغيره : ينبغى أن تكون العيادة غبا لا يواصلها كل يوم الا أن يكون مغلوبا . قلت : هذا لآحاد الناس ، أما أقارب المريض وأصدقاؤه ونحوهم ممن يأتنس بهم أو يتبرك بهم أو يشق عليهم اذا لم يروه كل يوم فليوصلوها ما لم ينه أو يعلم كراهة المريض لذلك ، قال صاحب الحاوى وغيره : واذا عاده كره اطالة القعود عنده لما فيه من اضجاره والتضييق عليه ، ومنعه من بعض تصرفاته .

ويستحب العيادة من وجع العين برمد أو غيره ، لحديث زيد بن أرقم قال « عادنى رسول الله صلى الله عليه وسلم من وجع كان بعينى » رواه أبو داود باسناد صحيح والحاكم وقال : صحيح على شرط البخارى ومسلم. وممن صرح بالمسألة القاضى أبو الطيب رحمه الله .

(المسألة الثانية) يستحب للعائد اذا طمع فى حياة المريض أن يدعو له سواء رجا حياته أو كانت محتملة . وهذه العبارة أحسن من قول المصنف (ان رجاه) وجاء فى الدعاء للمريض أحاديث كثيرة جمعتها فى كتاب الأذكار ، منها الحديث المذكور فى الكتاب . وعن أبى سعيد الخدرى « أن نفرا من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم نزلوا على حى من أحياء العرب فلدغ سيدهم ، فجعل بعض الصحابة يقرأ الفاتحة ، ويجمع بزاقه ويتفل ، فبرأ الرجل » رواه البخارى ومسلم . وعن عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان ينفث على نفسه فى المرض الذى توفى فيه بالمعوذات » ـ وفى رواية : « قل هو الله أحد ، وقل أعوذ برب الفلق ، وقل أعوذ برب الناس » رواه البخارى ومسلم وعن أنس أنه قال لثابت : « ألا أرقيك برقية رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال : بلى ، قال اللهم رب الناس مذهب الباس ، اشف أنت الشافى لا شافى الا أنت ، شفاء لا يغادر سقما » رواه البخارى . وعن عثمان بن أبى العاص أنه « شكا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وجعا يجده فى جسده ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : ضع يدك على الذى يألم من جسدك وقل : بسم الله ثلاثاً ، وقل سبع مرات : أعوذ بالله وقدرته من شر ما أجد وأحاذر » رواه مسلم .

وعن سعد بن أبى وقاص قال : « عادنى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : اللهم اشف سعداً ، اللهم اشف سعداً ، اللهم اشف سعداً » رواه مسلم . وعن ابن عباس قال : كان النبى صلى الله عليه وسلم اذا دخل على من يعوده قال « لا بأس ، طهور ان شاء الله » رواه البخارى . وعن أبى سعيد الخدرى أن جبريل أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : « يا محمد اشتكيت ؟ قال نعم . قال : باسم الله أرقيك من كل شىء يؤذيك ، من شر كل نفس أو عين حاسد الله يشفيك ، باسم الله أرقيك » رواه مسلم .

(الثالثة) اذا رآه منزولا به قد أيس من حياته استحب أن يلقن قول لا اله الا الله للحديث المذكور فى الكتاب ، هكذا قال المصنف والجمهور : يلقنه لا اله الا الله • وقال جماعات يلقنه الشهادتين : لا اله الا الله محمد رسول الله ، ممن صرح به القاضى أبو الطيب فى تعليقه ، وصاحب الحاوى وسليم الرازى ونصر المقدسى فى الكافى ، والجرجانى فى التحرير ، والشاشى فى المعتمد وغيرهم ، ودليلهم أن المقصود تذكر التوحيد ، وذلك يقف على الشهادتين ، ودليل الجمهور أن هذا موحد ويلزم من قوله : لا اله الا الله الاعتراف بالشهادة الأخرى ، فينبغى الاقتصار على لا اله الا الله لظاهر الحديث •

قال أصحابنا وغيرهم من العلماء : وينبغى أن لا يلح عليه فى ذلك ، وأن لا يقول له قل : لا اله الا الله خشية أن يضجر فيقول : لا أقول أو يتكلم بغير هذا من الكلام القبيح ، ولكن يقولها بحيث يسمعه معرضا له ليفطن فيقولها • وقال بعض أصحابنا : أو يقول : ذكر الله تعالى مباركٌ فنذكر الله تعالى جميعا ، سبحان الله والحمد لله ولا اله الا الله والله أكبر • قالوا : واذا أتى بالشهادة مرة لا يعاود ما لم يتكلم بعدها بكلام آخر • هكذا قال الجمهور : لا يزاد على مرة • وقال جماعة من أصحابنا : يكررها عليه ثلاثا ولا يزاد على ثلاث • ممن صرح بهذا سليم الرازى فى الكفاية والمحاملى وصاحب العدة وغيرهم • قال أصحابنا وغيرهم : ويستحب أن يكون الملقن غير وارث ، لئلا يتهمه ويخرج من تلقينه ، فان لم يحضره الا الورثة لقنه أشفقهم عليه ، هكذا قالوه • وينبغى أن يقال : لا يلقنه من يتهمه لكونه وارثا أو عدوا أو حاسدا أو نحوهم ، والله أعلم •

(الرابعة) يستحب أن يقرأ عند المحتضر سورة يس • هكذا قاله أصحابنا واستحب بعض التابعين سورة الرعد أيضا •

(الخامسة) يستحب أن يستقبل به القبلة ، وهذا مجمع عليه ، وفى كيفيته المستحبة وجهان (أحدهما) على قفاه وأخمصاه الى القبلة ، ويرفع رأسه قليلا ليصير وجهه الى القبلة ، حكاه جماعات من الخراسانيين وصاحبا الحاوى

والمستظهرى من العراقيين ، وقطع به الشيخ أبو محمد الجوينى والغزالى وغيرهما ، قال امام الحرمين : وعليه عمل الناس •

(والوجه الثانى) وهو الصحيح المنصوص للشافعى فى البويطى ، وبه قطع جماهير العراقيين ، وهو الأصح عند الأكثرين من غيرهم ، وهو مذهب مالك وأبى حنيفة : يضجع على جنبه الأيمن مستقبل القبلة كالموضوع فى اللحد ، فان لم يمكن لضيق المكان أو غيره فعلى جنبه الأيسر الى القبلة ، فان لم يمكن فعلى قفاه ، والله أعلم •

واحتج للمسألة الحاكم والبيهقى بحديث أبى قتادة أن النبى صلى الله عليه وسلم « حين قدم المدينة سأل عن البراء بن معرور رضى الله عنه ، فقالوا : توفى وأوصى بثلثه لك يا رسول الله ، وأوصى أن يوجه الى القبلة لما احتضر ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أصاب الفطرة ، وقد رددت ثلثه على ولده ، ثم ذهب فصلى عليه ، وقال : اللهم اغفر له وارحمه وأدخله جنتك وقد فعلت » قال الحاكم هذا حديث صحيح • قال : ولا أعلم فى توجيه المحتضر الى القبلة غيره •

(فرع) يستحب لأهل المريض ومن يخدمه الرفق به واحتمال الصبر على ما يشق من أمره ، وكذلك من قرب موته بسبب حد أو قصاص ونحوهما • ويستحب للأجنبى أن يوصيهم بذلك لحديث عمران بن حصين « أن امرأة من جهينة أتت النبى صلى الله عليه وسلم وهى حبلى من الزنا ، فقالت : يا رسول الله أصبت حدا فأقمه على ، فدعا نبى الله صلى الله عليه وسلم وليها فقال : أحسن اليها فاذا وضعت فأتنى بها ، ففعل ، فأمر بها النبى صلى الله عليه وسلم فشدت عليها ثيابها ثم أمر بها فرجمت ، ثم صلى عليها » •

(فرع) يستحب طلب الموت فى بلد شريف ، لحديث حفصة رضى الله عنها قالت : قال عمر رضى الله عنه « اللهم ارزقنى شهادة فى سبيلك ، واجعل موتى فى بلد رسولك صلى الله عليه وسلم فقلت أنى يكون هذا ؟ فقال : يأتينى به الله اذا شاء » رواه البخارى •

(فـــرع) ويستحب أن لا يكره المريض على الدواء وغيره من الطعام.

(فـــرع) يستحب طلب الدعاء من المريض ، لحديث عمر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا دخلت على مريض فمره فليدع لك ، فان دعاءه كدعاء الملائكة » رواه ابن ماجه باسناد صحيح .

(فـــرع) يستحب وعظ المريض بعد عافيته وتذكيره الوفاء بما عاهد الله تعالى عليه من التوبة وغيرها من الخير ، وينبغى له هو المحافظة على ذلك ، قال الله تعالى (وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسئولا) [1] .

(فـــرع) ينبغى للمريض أن يحرص على تحسين خلقه ، وأن يجتنب المخاصمة والمنازعة فى أمور الدنيا ، وأن يستحضر فى ذهنه أن هذا آخـر أوقاته فى دار الأعمال فيختمها بخير ، وأن يستحل زوجته وأولاده وسـائر أهله وغلمانه وجيرانه وأصدقائه وكل من كانت بينه وبينه معاملة أو مصاحبة أو تعلق ، ويرضيهم وأن يتعاهد نفسه بقراءة القـرآن والذكر وحـكايات الصالحين وأحوالهـم عنـد الموت ، وأن يحافظ على الصـلوات واجتناب النجاسة وغيرهما من وظائف الدين ، ولا يقبل قول من يخذله عن ذلك فان هذا مما يبتلى به ، وهذا المخذل هو الصديق الجاهل ، العدو الخفى . وأن يوصى أهله بالصبر عليه وبترك النوح عليه وكذا اكثار البكاء ، ويوصيهم بترك ما جرت العادة به من البدع فى الجنائز ، ويتعاهده بالدعاء له ، وبالله التوفيق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فاذا مات تولى ارفقهم به اغماض عينيه ؛ لما روت ام سلمة رضى الله عنها قالت : « دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم على ابى سلمة [فاغمض بصره » ثم قال : « ان الروح اذا قبض تبعـه البصر » ولأنهـــا اذا لم تغمض بقيت مفتوحة ، فيقبح منظره ، ويشد لحييه بعصـابة [2] عريضـة] تجمع جميع لحييه ، ثم يشد العصابة على راسه لانه اذا لم يفعل ذلك اسـترخى لحيـاه وانفتح فمه ، فقبح منظره ، وربما دخل الى فيه شىء مـن الهـوام ، وتلين

---

(١) الآية ٣٤ من سورة الاسراء .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من النسخة المطبوعة من المهذب (ط) .

مفاصله لانه اسهل فى الغسل ، ولانها تبقى جافية فلا يمكن تكفينه ، وتخلع ثيابه ، لأن الثياب تحمى الجسم فيسرع اليه التغير والفساد ، ويجعل على سرير او لوح حتى لا تصيبه نداوة الأرض فتغيره ، ويجعل على بطنه حديدة ، لما روى ان مولى انس مات فقال رضى الله عنه ((ضعوا على بطنه حديدة)) لانه (١) ينتفخ ، فان لم يمكن حديدة جعل عليه طين رطب ، ويسجى بثوب ، لما روت عائشة رضى الله عنها ان النبى صلى الله عليه وسلم ((سُجِّىَ بثوب حِبَرة)) ويسارع الى قضاء دينه والتوصل الى ابرائه منه ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال : ((قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى)) ويبادر الى تجهيزه ، لما روى على رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ((ثلاث لا تؤخروهن الصلاة والجنازة والأيم اذا وجدت كفؤاً)) فان مات فجأة ترك حتى يتيقن موته) .

(**الشرح**) حديث أم سلمة رواه مسلم ، وحديث مولى أنس رواه البيهقى وحديث عائشة رواه البخارى ومسلم ، وحديث أبى هريرة رواه الترمذى وابن ماجه باسناد صحيح أو حسن ، قال الترمذى : هو حديث حسن ، وحديث على رواه الترمذى فى آخر كتاب الجنائز والبيهقى فى كتاب النكاح وأشار الى تضعيفه ويقال : أغمض عينيه وغمضها ــ بتشديد الميم ــ وفى الروح لغتان ، التذكير والتأنيث (وقوله) يسجى أى يغطى (وقوله) بثوب حبرة ، هو باضافة حديث الى حبرة ، وهى ــ بكسر الحاء وفتح الباء ــ نوع من البرد (قوله صلى الله عليه وسلم) « نفس المؤمن » قال الأزهرى فى تفسير هذا الحديث : نفس الانسان لها ثلاثة معان . (أحدها) بدنه قال الله تعالى « النفس بالنفس » (٢) (الثانى) الدم فى جسد الحيوان (الثالث) الروح الذى اذا فارق البدن لم يكن بعده حياة ، قال وهو المراد بالنفس فى هذا الحديث ، قال : كأن نفس المؤمن تعذب بما عليه من الدين حتى يؤدى ؛ هكذا قاله الأزهرى ، والمختار أن معناه أن نفسه مطالبة بما عليه ومحبوسة عن مقامها الكريم حتى يقضى لا أنه يعذب ، لاسيما ان كان خلفه وفاء وأوصى به ، وقوله « الأيم » هى التى لا زوج لها ، بكرا كانت أم ثيبا . وقوله «فجأة» أى بغتة من غير مرض ولا نزع ونحوه ، وفيها لغتان أفصحهما وأشهرهما بضم الفاء وفتح الجيم وبالمد ، الثانية فجأة بفتح الفاء واسكان الجيم .

---

(١) فى النسخة المطبوعة : لئلا ينتفخ (ط) .

(٢) من الآية ٤٥ من سورة المائدة .

(**اما الاحكام**) فقال الأصحاب : يستحب اذا مات أن يغمض عيناه وتشد لحياه بعصابة عريضة تجمعهما ، ثم يربط فوق رأسه ويلين مفاصله ، فيمد ساعده الى عضده ثم يرده ويرد ساقه الى فخذه ، وفخذه الى بطنه ، ويردهما ويلين أصابعه ويخلع ثيابه التى مات فيها بحيث لا يرى بدنه ، ثم يستر جميع بدنه بثوب خفيف ولا يجمع عليه أطباق الثياب ، ويجعل طرف هذا الثوب تحت رأسه ، وطرفه الآخر تحت رجليه لئلا ينكشف ويوضع على شيء مرتفع كسرير ولوح ونحوهما ويوضع على بطنه شيء ثقيل كسيف أو مرآة أو غيرهما من الحديد ، فان عدم فطين رطب ، ولا يجعل عليه مصحف ، ويستقبل به القبلة كالمحتضر ، ويتولى هذه الأمور أرفق محارمه بأسهل ما يقدر عليه .

قال صاحب الحاوى وغيره : ويتولاها الرجل من الرجل ، والمرأة من المرأة ، فان تولاه أجنبى أو محرم من النساء ، أو تولاها أجنبية أو محرم من الرجال جاز ويسارع الى قضاء دينه والتوصل الى ابرائه منه . هكذا نص عليه الشافعى والأصحاب . وقال الشيخ أبو حامد : وان كان للميت دراهم أو دنانير قضى الدين منها ، وان كان عقارا أو غيره مما يباع سأل غرماءه أن يحتالوا عليه ليصير الدين فى ذمة وليه وتبرأ ذمة الميت ، هذا لفظ الشيخ أبى حامد ونحوه فى المجموع والتجريد للمحاملى ، والعدة للطبرى ، وغيرها من كتب أصحابنا . وقال الشافعى فى الأم فى آخر باب القول عند الدفن ان كان الدين يستأخر سأل غرماءه أن يحللوه ويحتالوا به عليه وارضاؤهم منه بأى وجه كان ، هذا نصه وهو نحو ما قاله أبو حامد ومتابعوه ، وفيه اشكال لأن ظاهره أنه بمجرد تراضيهم على مصيره فى ذمة الولى يبرأ الميت . ومعلوم أن الحوالة لا تصح الا برضاء المحيل والمحتال ، وان كان ضمانا فكيف يبرأ المضمون عنه ثم يطالب الضامن . وفى حديث أبى قتادة لما ضمن الدين عن الميت أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الآن بردت جلدته » حين وفاه لا حين ضمنه ، ويحتمل أن الشافعى والأصحاب رأوا هذه الحوالة جائزة مبرئة للميت فى الحال للحاجة والمصلحة والله أعلم .

قال الأصحاب : ويبادر أيضا بتنفيذ وصيته وبتهجيزه • قال الشافعى فى الأم أحب المبادرة فى جميع أمور الجنازة ، فان مات فجأة لم يبادر بتجهيزه لئلا تكون به سكتة ولم يمت ، بل يترك حتى يتحقق موته ، وذكر الشافعى والأصحاب للموت علامات ، وهى أن تسترخى قدماه وينفصل زنداه ، ويميل أنفه وتمتد جلدة وجهه ، زاد الأصحاب وأن ينخسف صدغاه ، وزاد جماعة منهم ، وتتقاص خصياه مع تدلى الجلدة ، فاذا ظهر هذا علم موته ، فيبادر حينئذ الى تجهيزه • قال الشافعى : فأما اذا مات مصعوقا أو غريقا أو حريقا ، أو خاف من حرب أو سبع أو تردى من جبل ، أو فى بئر فمات ، فانه لا يبادر به حتى يتحقق موته • قال الشافعى فيترك اليوم واليومين والثلاثة ، حتى يخشى فساده لئلا يكون مغمى عليه أو انطبق حلقه أو غلب المرار عليه ، قال الشيخ أبو حامد « هذا الذى قاله الشافعى صحيح ، فاذا مات من هذه الأسباب أو أمثالها فلا يجوز أن يبادر به ، ويجب تركه والتأنى به اليوم واليومين والثلاثة ، لئلا يكون مغمى عليه ، أو غيره مما قاله الشافعى ، ولا يجوز دفنه حتى يتحقق موته » • هذا آخر كلام أبى حامد فى تعليقه ، وقال غيره : تحقق الموت يكون بتغير الرائحة وغيره ، والله أعلم •

(فرع) لم أر لأصحابنا كلاما فيما يقال حال اغماض الميت ، ويستحسن ما رواه البيهقى باسناد صحيح فى السنن الكبير عن بكر بن عبد الله المزنى التابعى الجليل رحمه الله قال « اذا أغمضت الميت فقل باسم الله وعلى ملة رسول الله ، واذا حملته فقل باسم الله ، ثم تسبح ما دمت تحمله » •

(فرع) يستحب للناس أن يقولوا عند الميت خيرا وأن يدعوا له ، لحديث أم سلمة رضى الله عنها قالت « دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم على أبى سلمة وقد شق بصره فأغمضه ثم قال : ان الروح اذا قبض تبعه البصر ، فضج ناس من أهله فقال : لا تدعوا على أنفسكم الا بخير فان الملائكة يؤمنون على ما تقولون • ثم قال : اللهم اغفر لأبى سلمة وارفع درجته فى المهديين واخلفه فى عقبه فى الغابرين واغفر لنا وله يا رب العالمين ، وأفسح له فى قبره ونور له فيه » رواه مسلم •

قولها « شق بصره » هو بفتح الشين ، وبصره برفع الراء ، هكذا الرواية فيه باتفاق الحفاظ وأهل الضبط . قال صاحب الأفعال : يقال : شق بصر الميت وشق الميت بصره اذا شخص .

(فرع) فيما يقال عند الميت وما يقوله من مات له قريب او صاحب

عن أم سلمة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا حضرتم المريض أو الميت فقولوا خيرا فان الملائكة يؤمنون على ما تقولون » قالت فلما مات أبوسلمة أتيت النبى صلى الله عليه وسلم فقلت « يا رسول الله ان أبا سلمة قد مات . قال : قولى اللهم اغفر لى وله وأعقبنى منه عقبى حسنة فقلت ، فأعقبنى الله من هو لى خير منه محمدا صلى الله عليه وسلم » رواه مسلم . هكذا : « المريض أو الميت » على الشك ، وهو فى سنن أبى داود وغيره (الميت) من غير شك . وعنها قالت « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : ما من عبد تصيبه مصيبة فيقول : انا لله وانا اليه راجعون ، اللهم أجرنى فى مصيبتى وأخلف لى خيرا منها الا آجره الله فى مصيبته وأخلف له خيرا منها . قالت : فلما توفى أبو سلمة قلت كما أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخلف الله تعالى لى خيرا منه ، رسول الله صلى الله عليه وسلم » رواه مسلم .

وعن أبى موسى الأشعرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اذا مات ولد العبد قال الله تعالى لملائكته : قبضتم ولد عبدى ؟ فيقولون : نعم ، فيقول قبضتم ثمرة فؤاده ؟ فيقولون : نعم ، فيقول : فماذا قال عبدى ؟ فيقولون : حمدك واسترجع ، فيقول الله تعالى : ابنوا لعبدى بيتا فى الجنة وسموه بيت الحمد » رواه الترمذى وقال : حديث حسن .

وعن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « يقول الله تعالى : ما لعبدى المؤمن جزاء اذا قبضت صفيه من أهل الدنيا ثم احتسبه الا الجنة » رواه البخارى .

(فرع) يجوز لأهل الميت وأصدقائه تقبيل وجهه ، ثبتت فيه الأحاديث ، وصرح به الدارمى فى الاستذكار والسرخسى فى الأمالى .

(فـــرع) قد ذكرنا فيما سبق أنه يســتحب للمريض الصــبر • قال أصحابنا : ويكره له كثرة الشكوى ، فلو سأله طبيب أو قريب له أو صديق أو نحوهم عن حاله فأخبره بالشدة التى هو فيها ، لا على صورة الجــزع فلا بأس • قال المتــولى : ويــكره له التــأوه والأنين ، وكذا قال القــاضى أبو الطيب وصاحب الشامل وغيرهما من أصحابنا أنه يكره له الأنين ، لأن طاوسا رحمه الله كرهه • وهذا الذى قالوه من الكراهة ضعيف أو باطل فان المكروه هو الذى ثبت فيه نهى مقصود ولم يثبت فى هذا نهى ، بل فى صحيح البخارى عن القاسم قال « قالت عائشة : وارأساه ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : بل أنا وارأساه » فالصــواب أنه لا كراهة فيه ، ولــكن الاشــتغال بالتسبيح ونحوه أولى ، فلعلهم أرادوا بالمكروه هذا •

باب غســـل الميت

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وغسله فرض على الكفاية لقوله صلى الله عليه وسلم فى الذى ســقط عن بعيره : « اغسلوه بماء وسدر ») •

(الشرح) هذا الحديث رواه البخارى ومسلم فى رواية ابن عبــاس رضى الله عنهما ، وغسل الميت فرض كفاية باجماع المسلمين ، ومعنى فرض الكفاية أنه اذا فعله من فيه كفاية سقط الحرج عن الباقين ، وان تركوه كلهم أثموا كلهم •

واعلم أن غســل الميت وتكفينه والصــلاة عليــه ودفنه فروض كفاية بلا خلاف •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان كان الميت رجلا لا زوجة له فاولى الناس بغسله الأب ثم الجد ثم الابن ثم ابن الابن ثم الأخ ثم ابن الأخ ثم العم ثم ابن العم لأنهم احق بالصــلاة عليه ، فكانوا احق بغسله ، فان كان له زوجة جاز لها غسله ، لما روت عائشة رضى الله عنها : « أن ابا بكر رضى الله عنه أوصى اسماء بنت عميس لتغسله » وهل تقدم على العَصَبَات ؟ ، فيه وجهان (احدهما) انها تقدم لأنها تنظر

منه الى ما لا ينظر العصبات وهو ما بين السرة والركبة (والثانى) يقدم العَصَبَات لأنهم أحق بالصلاة عليه) .

(الشرح) حديث عائشة هذا ضعيف ، ورواه البيهقى من رواية محمد ابن عمر الواقدى وهو ضعيف باتفاقهم . قال البيهقى : ورواية الواقدى وان كان ضعيفا فله شواهد مراسيل .

(قلت) ورواه مالك فى الموطأ عن عبد الله بن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أسماء بنت عميس « أنها غسلت أبا بكر حين توفى ، فسألت من حضرها من المهاجرين ، فقالت : انى صائمة وان هذا يوم شديد البرد فهل على من غسل ، فقالوا : لا » وهذا الاسناد منقطع . وعميس بعين مهملة مضمومة ثم ميم مفتوحة ثم مثناة من تحت ساكنة ثم سين مهملة ، وكانت أسماء من السابقات الى الاسلام ، أسلمت قديما بمكة قبل دخول النبى صلى الله عليه وسلم دار الأرقم .

قال أصحابنا : الأصل فى غسل الميت أن يغسل الرجال الرجال والنساء النساء فان كان الميت رجلا فأولى الناس به أولاهم بالصلاة عليه ، وزوجته ، فان لم يكن زوجة فأولاهم الأب ثم الجد ثم الابن ثم ابن الابن ثم الأخ ثم العم ثم ابن العم ثم عم الأب ثم ابنه ثم عم الجد ثم ابنه ثم عم أبى الجد ثم ابنه وعلى هذا الترتيب . وان كان له زوجة جاز لها غسله بلا خلاف عندنا ، وبه قالت الأئمة كلها الا رواية عن أحمد ، وهل تقدم على رجال العصبات ؟ فيه الوجهان اللذان ذكرهما المصنف وهما مشهوران (أصحهما) عند الأكثرين لا تقدم ،بل يقدم رجال العصبات ثم الرجال الأقارب ثم الأجانب ثم الزوجة ثم النساء المحارم . وبهذا قطع المصنف فى التنبيه والجرجانى فى التحرير .

(والثانى) تقدم الزوجة عليهم ، وصححه البندنيجى ، وفى المسألة وجه ثالث ذكره السرخسى فى الأمالى وغيره من الأصحاب أنه يقدم الرجال الأقارب، ثم الزوجة ثم الرجال الأجانب ثم النساء المحارم ، والى متى تغسل زوجها ؟ فيه ثلاثة أوجه حكاها القاضى أبو الطيب والبغوى والمتولى وآخرون . (أصحها) تغسله أبدا وان انقضت عدتها بوضع الحمل فى الحال وتزوجت ،

لأنه حق ثبت لها فلا يسقط بشيء من ذلك كالميراث ، وبهذا قطع الغزالى فى كتاب العدة وغيره من الأصحاب ، وهو مقتضى اطلاق المصنف والأكثرين ، وصححه الرافعى وغيره (والثانى) لها غسله ما لم تتزوج ، وان انقضت عدتها ، لأنها بالزواج صارت صالحة لغسل الثانى لو مات ، ولا يجوز أن تكون غاسلة لزوجين فى وقت واحد (والثالث) لها غسله ما لم تنقض العدة ، لأن بانقضاء العدة تنقطع علائق النكاح ، ولو كان له زوجتان فأكثر وتنازعن فى غسله أقرع بينهن بلا خلاف ، وكذا لو مات له زوجات فى وقت بهدم أو غرق أو غيره أقرع بينهن فمن خرجت قرعتها غسلها أولا ذكره صاحبا التتمة والعدة وغيرهما •

(فـــرع) لم يذكر المصنف النساء المحارم ، وقد ذكرهن المصنف فى التنبيه ، وسائر الأصحاب فقالوا : يجوز للنســاء المحارم غســله ، وهن مؤخرات عن الرجال الأقارب والأجانب والزوج ، لأنهن فى حقه كالرجال •

(فـــرع) ذكر المصنف أن دليل غسل الزوجة زوجها قصــة أسماء ، وذكرنا أنه حديث ضعيف فالصواب الاحتجاج بالاجماع ، فقد نقل ابن المنذر فى كتابيه الاشراف وكتاب الاجماع أن الأمة أجمعت أن للمرأة غسل زوجها ، وكذا نقل الاجماع غيره (وأما) الرواية التى نقلها صاحب الشامل وغــيره عن أحمد أنها ليس لها غسله ، فان ثبتت عنه فهو محجوج بالاجماع قبله •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان ماتت امرأة ولم يكن لها زوج غسلها النســاء ، واولاهن ذات رحم محرم ، ثم ذات رحم غير محرم ، ثم الأجنبية ، فان لم يكن نساء غسلها الأقرب فالأقرب من الرجال على ما ذكرنا ، فان كان لها زوج جاز له غسلها ، لما روت عائشة قالت : « رجع رسول الله صلى الله عليه وسلم من البقيع فوجدنى وأنا اجد صداعاً واقول : وا راساه فقال : بل أنا يا عائشة وا راساه ، ثم قال : وما ضرك لو مت قبلى لغسلتك وكفنتك وصليت عليك ودفنتك » وهل يقدم على النساء ؟ فيه وجهان (أحدهما) يقدم لأنه ينظر الى ما لا ينظر النســاء منها (والثانى) يقدم النساء على الترتيب الذى ذكرناه ، فان لم يكن نســاء فاولى الأقرباء بالصلاة فان لم يكن فالزوج ، وان طلق زوجته طلقة رجعيـــة ثم مات احدهما قبل الرجعة لم يكن للآخر غسله لأنهـا محرمة عليــه تحريم المبتوتة) •

(**الشرح**) حديث عائشة رواه أحمد بن حنبل والدارمى وابن ماجه والدارقطنى والبيهقى وغيرهم باسناد ضعيف ، فيه محمد بن اسحق صاحب المغازى ، عن يعقوب بن عتبة • ومحمد بن اسحق مدلس ، واذا قال المدلس : عن ، لا يحتج به ، ووقع فى المهذب « لو مت قبلى لغسلتك » باللام ، والذى رأيته فى كتب الحديث « فغسلتك » بالفاء ويقال : مت ــ بضم الميم وكسرها ــ لغتان مشهورتان والبقيع بالباء فى أوله وهو بقيع الغرقد مدفن أهل المدينة •

(**أما الأحكام**) • ففى الفصل مسائل :

(احداها) اذا ماتت امرأة ليس لها زوج غسلها النساء ذوات الأرحام المحارم كالأم والبنت وبنت الابن وبنت البنت والأخت والعمة والخالة وأشباههن ، ثم ذوات الأرحام غير المحارم كبنت العم وبنت العمة وبنت الخال وبنت الخالة يقدم أقربهن فأقربهن ، قال الشيخ أبو حامد وغيره : وبعد هؤلاء يقدم ذوات الولاء ، فان لم يكن فالأجنبيات ، ويرد على المصنف اهماله ذوات الولاء ، قال البغوى وغيره : فان اجتمع امرأتان كل واحدة ذات رحم محرم فأولاهما من هى فى محل العصوبة ، لو كانت ذكرا فتقدم العمة على الخالة ، فان لم يكن نساء أصلا غسلها الأقرب فالأقرب من رجال المحارم على ما سبق فيما اذا مات رجل فيقدم الأب ثم الجد ثم الابن على الترتيب السابق •

وفى كلام المصنف اشكال ، فانه يوهم أنه يقدم فى غسلها كل من يقدم فى غسل الرجل من الرجال • فيدخل فى ذلك ابن العم ولا خلاف أنه لا حق له فى غسلها فانه ليس محرما ، وان كان له حق فى الصلاة فمراده الأقرب فالأقرب من الرجال المحارم ، ولقد أحسن صاحب البيان فى مشكلات المهذب وغيرهما ، فرتبه على أن ابن العم لا يجوز له غسلها بل هو كالأجنبى ، وان كان الأكثرون قد أهملوا بيانه والله أعلم •

(الثانية) يجوز للزوج غسل زوجته بلا خلاف عندنا ، وسنوضح دليله فى فرع مذاهب العلماء ان شاء الله تعالى ، وهل يقدم على النساء ؟ فيه

الوجهان اللذان ذكرهما المصنف وهما مشهوران (أصحهما) عند الأصحاب أن النساء يقدمن عليه ، ونقله الرافعى • (والثانى) يقدم عليهن ، وصححه البندنيجى ودليله فى الكتاب ، وهل يقدم الزوج على الرجال المحارم ؟ فيه وجهان مشهوران ، أصحهما بالاتفاق يقدم الزوج عليهم صححه المحاملى والبندنيجى والسرخسى والرافعى وآخرون ، ونقله صاحب الحاوى عن أكثر أصحابنا ، وقطع المصنف فى التنبيه والشيخ أبو محمد الجوينى وغيره من أصحاب القفال بتقديم الزوج على الرجال المحارم وتأخيره عن النساء ، فيحصل فى المسألتين ثلاثة أوجه : (أحدها) يقدم الزوج على الرجال والنساء (والثانى) يقدم النساء والمحارم من الرجال عليه (والثالث) وهو الأصح يقدم على الرجال ويؤخر عن النساء كما قطع به المصنف فى التنبيه وموافقوه•

(المسألة الثالثة) اذا طلق زوجته بائنا أو رجعيا أو فسخ نكاحها ثم مات أحدهما فى العدة لم يجز للآخر غسله ، لما ذكره المصنف ، وانما قاسه على البائن لأن أبا حنيفة خالف فى الرجعية ووافق فى البائن ، ووافقه أحمد ، وعن مالك روايتان كالمذهبين ، واتفقوا على أنه لا يغسل البائن •

(فرع) لو ماتت امرأته فتزوج أختها أو أربعا سواها جاز له غسلها على المذهب ، وهو مقتضى اطلاق المصنف والجمهور • وذكر الرافعى فيه وجهين (أصحهما) جوازه (والثانى) منعه لأن أختها أو الأربع لو متن فى الحال لغسلهن فلو جوزنا غسل هذه لزم منه جواز غسل امرأة وأختها فى وقت واحد بالزوجية •

(فرع) ظاهر كلام الغزالى وبعضهم أن الرجال المحارم لهم الغسل مع وجود النساء ، قال الرافعى : ولكن لم أر لعامة الأصحاب تصريحا بذلك ، وانما يتكلمون فى الترتيب ويقولون : المحارم بعد النساء •

(فرع) قال أصحابنا : للسيد غسل أمته ، ومدبرته ، وأم ولده ، ومكاتبته ولا خلاف فى هذا لأنها مملوكة له فأشبهت الزوجة ، بل هذه أولى ، فانه يملك الرقبة والبضع جميعا (فان قيل) فالمكاتبة لا يملك بضعها (قلنا) بالموت تنفسخ الكتابة فيعود البضع كما كان قبل الكتابة ، وأما من كانت من

هؤلاء المذكورات مزوجة أو معتدة أو مستبرأة فلا يجوز له غسلها بالاتفاق لأنه لا يستبيح بضعها ، وهل يجوز للأمة والمدبرة والمستولدة غسل السيد ؟ فيه وجهان مشهوران وقد ذكرهما المصنف بعد هذا (أصحهما) لا يجوز ، لأنها بالموت صارت لغيره أو حرة (والثانى) جوازه كعكسه ، وأما المكاتبة والمزوجة والمعتدة والمستبرأة فلا يجوز لهن غسله بلا خلاف كعكسه ، صرح به البغوى وغيره •

(فـــرع) اذا غسل أحد الزوجين الآخـــر فينبغى أن يلف على يده خرقة لئلا يمس بشرته فان لم يلف ، قال القاضى حسين ومتابعوه : يصـــح الغسل بلا خلاف ولا يبنى على الخلاف فى انتقاض طهر الملموس ، لأن الشرع أذن له مع مسيس الحاجة اليه ، وأما اللامس فقطع القاضى بانتقاضه ، وفيه وجه ضعيف سبق فى باب ما ينقض الوضوء •

(فـــرع) قال أصحابنا : يشـــترط فيمن نقـــدمه فى الغســـل شرطان (أحدهما) كونه مسلما ، ان كان المغسول مسلما ، فلو كان المحكوم بتقديم درجته كافرا فهو كالمعدوم ونقدم من بعده ، حتى يقدم المسلم الأجنبى على القريب الكافر (الثـــانى) أن لا يـــكون قاتلا ، قال المتولى وآخرون : اذا قتل قريبه فليس له حق فى غسله ولا الصـــلاة عليـــه ، ولا فى دفنه لأنه غير وارث ، ولأنه لم يرع حق القرابة ، بل بالغ فى قطع الرحم ، هذا اذا قتـــله ظلما فان قتله بحق ، قال المتولى وآخرون :فيه وجهان بناء على ارثه ان ورثناه ثبت له حق الغسل وغيره والا فلا •

(فـــرع) لو ترك المقدم فى الغسل حقه وسلمه لمن بعـــده ، فللذى بعده تعاطيه بشرط اتحاد الجنس فليس للرجال أن يتركوه كلهم ويفوضوه الى النساء اذا كان الميت رجلا ، وكذا ليس لهن تفويضه الى الرجال اذا كانت الميتة امرأة ، هكذا ذكره الشيخ أبو محمد الجوينى ، ونقله عنه امام الحرمين فى النهاية ،وجزم به الرافعى وآخرون • وقال امام الحرمين : عندى فى جواز تفويض المقدم الى غيره احتمالان •

(فـــرع) قال الشيخ أبو حامد فى تعليقه : مذهبنا أن المرأة اذا ماتت كان حكم نظر الزوج اليها بغير شهوة باقيا ، ، وزال حكم نظره بشهوة ،

ثم قال بعده ، فان قيل : قلتم فرقة الطلاق ينقطع بها حكم النظر ، ولا ينقطع بفرقة الموت فما الفرق ؟ (قلنا) من وجهين (أحدهما) : أن فرقة الطلاق برضاهما أو برضاه ، وفرقة الموت بغير اختيارهما • (والثانى) : أن زوال الملك بالموت يبقى من آثاره مالا يبقى اذا زال فى الحياة ولهذا لو قال : اذا بعت عبدى فقد أوصيت به لفلان فباعه لم تصح الوصية ، ولو قال : اذا مت فعبدى موصى به لفلان صحت الوصية ويؤيده أن فرقة الطلاق تمنع الارث بخلاف فرقة الموت • هذا آخر كلام أبى حامد ، وكان حقيقة الفرق الأول أن الحاجة تدعو الى النظر بعد الموت للغسل ونحوه ، ولا يعد واحد منهما مقصرا فى هذه الفرقة بخلاف الفرقة فى الحياة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان مات رجل وليس هناك الا امرأة أجنبية أو ماتت امرأة وليس هناك الا رجل أجنبى ، ففيه وجهان (أحدهما) ييمم (والثانى) يستر بثوب ويجعل الغاسل على يده خرقة ثم يغسله • وان مات كافر فأقاربه الكفار أحق بغسله من أقاربه المسلمين ، لأن للكافر عليه ولاية ، فان لم يكن له أقارب من الكفار جاز لأقاربه من المسلمين غسله « لأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر عليا رضى الله عنه أن يغسل أباه » وان ماتت ذمية ولها زوج مسلم كان له غسلها ، لأن النكاح كالنسب فى الغسل وان مات الزوج قال فى الأم : كرهت لها ان تغسله ، فان غسلته اجزأ لأن القصد منه التنظيف وذلك يحصل بغسلها ، وان ماتت ام ولد كان للسيد غسلها ، لأنه يجوز له غسلها فى حال الحياة فجاز له غسلها بعد الموت كالزوجة • وان مات السيد فهل يجوز لها غسله ؟ فيه وجهان • قال أبو على الطبرى : لا يجوز لأنها عتقت بموته فصارت اجنبية (والثانى) يجوز لأنه لما جاز له غسلها جاز لها غسله كالزوجة) •

(الشرح) فيه مسائل :

(احداها) اذا مات رجل وليس هناك الا امرأة أجنبية أو امرأة وليس هناك الا رجل أجنبى ، ففيه ثلاثة أوجه « أصحها » عند الجمهور ييمم ولا يغسل ، وبهذا قطع المصنف فى التنبيه والمحاملى فى المقنع والبغوى فى شرح السنة وغيرهم ، وصححه الرويانى والرافعى وآخرون ، ونقله الشيخ أبو حامد والمحاملى والبندنيجى وصاحب العدة وآخرون عن أكثر أصحابنا أصحاب الوجوه ونقله الدارمى عن نص الشافعى ، واختاره ابن المنذر ، لأنه تعذر غسله شرعا بسبب اللمس والنظر ، فييمم كما لو تعذر حسا • (والثانى)

يجب غسله من فوق ثوب ، ويلف الغاسل على يده خرقة ويغض طرفه ما أمكنه ، فان اضطر الى النظر قدر الضرورة ، صرح به البغوى والرافعى وغيرهما ، كما يجوز النظر الى عورتها للمداواة ، وبهذا قال القفال ، ونقله السرخسى عن أبى طاهر الزيادى من أصحابنا ، ونقله صاحب الحاوى عن نص الشافعى ، وصححه صاحب الحاوى والدارمى وامام الحرمين والغزالى ، لأن الغسل واجب وهو ممكن بما ذكرناه فلا يترك • (والثالث) لا يغسل ولا ييمم ، بل يدفن بحاله ، حكاه صاحب البيان وغيره وهو ضعيف جدا بل باطل •

(الثانية) لا يجب على المسلمين ولا غيرهم غسل الكافر بلا خلاف ، سواء كان ذميا أم غيره ، لأنه ليس من أهل العبادة ولا من أهل التطهير ، ويجوز للمسلمين وغيرهم غسله ، وأقاربه الكفار أحق به من أقاربه المسلمين•

وأما تكفينه ودفنه فان كان ذميا ففى وجوبهما على المسلمين اذا لم يكن له مال وجهان حكاهما امام الحرمين ومتابعوه والبغوى وآخرون « أصحهما » الوجوب وفاء بذمته ، كما يجب اطعامه وكسوته فى حياته ، وهذا الوجه قول الشيخ أبى محمد الجوينى ، واختاره القاضى حسين (والثانى) وهو الذى نقله القاضى حسين عن الأصحاب : لا يجبان بل يندبان وان كان حربيا أو مرتدا لم يجب تكفينه بلا خلاف ولا يجب دفنه على المذهب وبه قطع الأكثرون ، بل يجوز اغراء الكلاب عليه ، هكذا صرح به البغوى والرافعى وغيرهما ــ لكن يجوز دفنه لئلا يتأذى الناس برائحته ــ وقيل فى وجوبه وجهان •

وأما قول المصنف : فان لم يكن له أقارب من الكفار جاز لأقاربه من المسلمين غسله ، فيوهم أنه لا يجوز للمسلمين غسله مع وجود أقاربه الكفار، وليس هذا مراده وانما مراده ما صرح به الشيخ أبو حامد والمحاملى فى كتابيه ، والبندنيجى والقاضى حسين وخلائق من الأصحاب أن الكافر اذا مات وتنازع فى غسله أقاربه الكفار وأقاربه المسلمون فالكفار أحق ، فان لم يكن قرابة من الكفار أو كانوا وتركوا حقهم من غسله ، جاز لقريبه المسلم ، ولغير قريبه من المسلمين غسله وتكفينه ودفنه •

وأما الصلاة على الكافر والدعاء له بالمغفرة فحرام بنص القرآن والاجماع ، وقد ذكر المصنف مسألة الصلاة فى آخر باب الصلاة على الميت • قال الشافعى فى مختصر المزنى والأصحاب : ويجوز للمسلم اتباع جنازة قريبه الكافر ، وأما زيارة قبره فالصواب جوازها وبه قطع الأكثرون • وقال صاحب الحاوى : لا يجوز ، وهذا غلط ، لحديث أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « استأذنت ربى أن أستغفر لأمى فلم يأذن لى واستأذنته أن أزور قبرها فأذن لى » رواه مسلم ، وزاد فى رواية له : « فزوروا القبور فانها تذكر الموت » • وأما حديث على المذكور فى الكتاب فى غسله أباه فرواه أبو داود والبيهقى وغيرهما وهو ضعيف ضعفه البيهقى •

(المسألة الثالثة) اذا ماتت ذمية جاز لزوجها المسلم غسلها ، وكذا لسيدها ان لم تكن مزوجة ولا معتدة ولا مستبرأة ، فان مات زوجها المسلم فغسلته فهو مكروه كما نص عليه الشافعى ، وفى صحته طريقان (المذهب) والمنصوص وبه قطع المصنف وجمهور العراقيين ، صحته • (والثانى) فى صحته قولان (المنصوص) جوازه وصحته ، والمخرج بطلانه حكاه الخراسانيون بناء على اشتراط نية الغاسل ، قالوا : نص الشافعى أن غسل الكافر للمسلم صحيح، ولا يجب على المسلمين اعادته ، ونص فى الغريق أنه يجب اعادة غسله ، ولا يكفى انغساله بالغرق ، وممن نقل النص من العراقيين فى الغرق صاحب الشامل ، فجعل الخراسانيون المسألة على طريقين • (أحدهما) أن فى الاكتفاء بغسل الكافر وانغسال الغريق قولين بالنقل والتخريج (والثانى) وهو المذهب عندهم ، وبه قطع العراقيون يكفى غسل الكافر دون الغرق ، والفرق بأنه لا بد فى الغسل من فعل آدمى ، وقد وجد فى الكافر دون الغرق ، هذا هو الفرق المعتمد ، وبه فرق الماوردى والقاضى أبو الطيب وصاحب الشامل وسائر الأصحاب •

وأما قول المصنف : لأن القصد منه التنظيف فضعيف لأنه ينتقض بالغرق قال الدارمى : قال الشافعى : ولو مات رجل وهناك نساء مسلمات ورجال كفار أمرن الكفار بغسله ، وصلين عليه ، وهذا تفريع على المذهب فى صحة غسل الكافر •

(الرابعة) اذا ماتت أم الولد فلسيدها غسلها بلا خلاف ، لما ذكره المصنف وسواء كانت مسلمة أو كافرة ، لكن بشرط أن لا تكون مزوجة ولا معتدة ، وقد سبق بيان هذا ، وهل لها غسل سيدها ؟ فيه وجهان ذكرهما المصنف وسبقا (أصحهما) لا يجوز ، وبه قال أبو على الطبرى ، وبه قطع صاحب الحاوى والدارمى ، وصححه البغوى والرافعى والأكثرون ، وفرقوا بينها وبين الزوجة بأنها بالموت صارت حرة . (والثانى) يجوز ، وصححه القاضى أبو الطيب فى تعليقه وأبو محمد الجوينى ونصر المقدسى وقطع به الجرجانى فى التحرير ، والوجهان جاريان فى غسل الأمة القنة والمدبرة سيدها ، لكن الصحيح هنا عند جميع الأصحاب أنه لا يجوز لها غسله ، لأنها صارت للوارث ، وبه قطع أبو محمد الجوينى ، وصاحب الحاوى وآخرون الا القفال ، فشذ عن الأصحاب ، فقال فى شرح التلخيص : الصحيح عندى أن لها غسله .

(فرع) اذا مات الخنثى المشكل ــ فان كان هناك محرم له من الرجال أو النساء ــ غسله بالاتفاق ، وان لم يكن له محرم منهما ــ فان كان الخنثى صغيرا ــ جاز للرجال والنساء جميعا غسله بالاتفاق ، كما سنذكره فى الصغير الواضح وان كان كبيرا ففيه طريقان (أصحهما) وبه قطع صاحب الشامل والجمهور وصححه المتولى والشاشى وآخرون أنه على الوجهين فيما اذا مات رجل وليس عنده الا امرأة أجنبية . (أحدهما) ييمم ، قال صاحب الحاوى : وهو قول أبى عبد الله الزبيرى وأصحهما هنا باتفاق الأصحاب يغسل فوق ثوب .

(والطريق الثانى) وهو الذى اختاره الماوردى ، أنه يغسله أوثق من يحضره من الرجال أو النساء ، فاذا قلنا بالمذهب انه يغسل ففيمن يغسله أوجه : أصحها وبه قال أبو زيد المروزى وغيره ، وصححه امام الحرمين والمتولى والبغوى والشاشى وآخرون ، وقطع به صاحب الشامل وآخرون أنه يجوز للرجال والنساء جميعا غسله فوق ثوب ، ويحتاط الغاسل فى غض البصر والمس ، واستدلوا له بأنه موضع ضرورة وبأنه يستحب له حكم ما كان

فى الصغر (والثانى) أنه فى حق الرجال كالمرأة وفى حق النساء كالرجل أخذا بالأحوط •

(والثالث) وهو مشهور يشترى من تركته جارية لتغسله ، فان لم يكن له تركه اشتريت من بيت المال واتفقوا على تضعيف هذا الوجه قالوا : لأن اثبات الملك ابتداء بعد الموت مستبعد • قال أبو زيد : هو باطل لا أصل له ، ولو ثبت فالأصح أن الأمة لا يجوز لها غسل سيدها فلا فائدة فى شرائها• قال الرافعى وغيره وليس المراد بالكبير البالغ ولا بالصغير من دونه بل المراد بالصغير من لم يبلغ حدا يشتهى مثله وبالكبير من بلغه •

(فـــرع) قال المتولى وصاحب البيان وخلائق من الأصحاب : بل كلهم اذا مات صبى أو صبية لم يبلغا حدا يشتهيان فيه جاز للرجال والنساء جميعا غسله ، فان بلغت الصبية حدا تشتهى فيه لم يغسلها الا النساء ، وكذا الغلام اذا بلغ حدا يجامع ألحق بالرجال •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى غسل احد الزوجين صاحبه

نقل ابن المنذر فى كتابيه الاجماع والاشراف ، والعبدرى وآخرون اجماع المسلمين أن للمرأة غسل زوجها ، وقد قدمنا رواية عن أحمد بمنعه ، وأما غسله زوجته فجائز عندنا ، وعند جمهور العلماء ، حكاه ابن المنذر عن علقمة وجابر بن زيد وعبد الرحمن بن الأسود وسليمان بن يسار وأبى سلمة ابن عبد الرحمن وقتادة وحماد بن أبى سليمان ومالك والأوزاعى وأحمد واسحاق ، وهو مذهب عطاء وداود وابن المنذر وقال أبو حنيفة والثورى : ليس له غسلها ، وهو رواية عن الأوزاعى واحتج لهم بأن الزوجية زالت فأشبه المطلقة البائن • واحتج أصحابنا بحديث عائشة وهو ضعيف كما سبق ، والمعتمد على القياس على غسلها له (فان قيل) الفرق أن علائق النكاح فيها باقية وهى العدة بخلاف الزوج • (قلنا) لا اعتبار بالعدة ، فانا أجمعنا على أنه لو طلقها طلاقا بائنا ثم مات وهى فى العدة لا يجوز لها غسله مع بقاء العلائق ، وهكذا فرق الشافعى فى الأم والأصحاب قال امام الحرمين فى الأساليب : تعلقهم بأنها لا تغسله تبعا للعدة لا يتحصل منه شىء لأن هذه العدة واقعة بعد النكاح قطعا فاعتبارها خطأ صريح •

(فرع) فى مذاهبهم فى غسل الرجل امه وبنته وغيرهما من محارمه

ذكرنا أن مذهبنا جوازه بشرطه السابق ، وبه قال أبو قلابة والأوزاعى ومالك ومنعه أبو حنيفة وأحمد • دليلنا أنها كالرجل بالنسبة اليه فى العورة والخلوة •

(فـــرع) فى مذاهبهم فى الأجنبى لا يحضره الا أجنبيـــة والأجنبيـــة لا يحضرها الا أجنبى • قد ذكرنا أن الأصح عندنا أنه ييمم وحكاه ابن المنذر عن ابن مسعود وابن المسيب والنخعى وحماد بن أبى سليمان ومالك وأبى حنيفة وسائر أصحاب الرأى وأحمد ، وروى فيه البيهقى حديثا مرســلا مرفوعا من رواية مكحول ، وعن الحسن البصرى والزهرى وقتادة واسحاق ورواية عن النخعى يغسل فى ثوب ويلف الغاسل خرقة • وعن الأوزاعى تدفن كما هى بلا تيمم ولا غسل ، ورواه ابن المنذر عن ابن عمر ونافع •

(فـــرع) فى مذاهبهم فى غسل المرأة الصبى وغسل الرجل الصبية ، وقدر سنه •

قال ابن المنذر : أجمع العلماء على أن للمرأة أن تغسل الصبى الصغير • ثم قال الحسن تغسله اذا كان فطيما أو فوقه بقليل • وقال مالك وأحمد : ابن سبع سنين • وقال الأوزاعى ابن أربع أو خمس • وقال اسحاق ثلاث الى خمس • قال : وضبطه أصحاب الرأى بالـــكلام فقالوا : تغســـله ما لم يتكلم ويغسلها ما لم تتكلم (قلت) ومذهبنا يغسلان ما لم يبلغا حدا يشتهيان كما سبق •

(فـــرع) مذهبنا أن الجنب والحائض اذا ماتا غسلا غسلا واحدا ، وبه قال العلماء كافة الا الحسن البصرى فقال : يغسلان غسلين • قال ابن المنذر : لم يقل به غيره •

(فرع) فى غســـل الـــكافر

ذكرنا أن مذهبنا أن للمسلم غسله ودفنه واتباع جنازته ، ونقله ابن المنذر عن أصحاب الرأى وأبى ثور • وقال مالك وأحمد : ليس للمسلم غسله ولا دفنه ، لكن قال مالك له : مواراته •

(فـــرع) ذكرنا أن مذهبنا أن له غســل أمتــه وأم ولده ، وبه قال مالك وأحمد وقال أبو حنيفة : لا يجوز ، والأصح عندنا أن أم الولد لا يجوز لها غسل سيدها وبه قال أبو حنيفة وجوزه مالك وأحمد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ينبغي ان يكون الغاسل امينا لما روى عن ابن عمر انه قال : « لايغســل موتاكم الا المامونون » ولانه اذا لم يكن امينا لم نامن ان لا يستوفى الغســل ، وربما سترما يظهر من جميل او يظهر ما يرى من قبيح ، ويستحب ان يستر الميت من العيون ، لانه قد يكون فى بدنه عيب كان يكتمه ، وربما اجتمع فى موضع من بدنه دم فيراه من لا يعرف ذلك فيظنه عقوبة وسوء عاقبة ، ويستحب ان لا يستعين بغيره ان كان فيه كفاية فان احتاج الى معين اســتعان بمن لابد له منه ، ويستحب ان يكون بقربه مجمرة حتى ان كانت له رائحــة لم تظهر ، والاولى ان يغسل فى قميص ، لما روت عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم « غسلوه وعليه قميص يصبون عليه الماء ويدلكونه من فوقه » ولان ذلك استر فكان اولى ، والماء البارد اولى من المسخن ، لان البارد يقويه والمســخن يرخيه ، وان كان به وسخ لا يزيله الا المســخن او البرد شــديد ــ ويخاف الغاسل من استعمال البارد ــ غسله بالمسخن ، وهل يجب نيــة الغســل ؟ فيه وجهان (احدهما) لا يجب لان القصد منه التنظيف فلم يجب فيه النية كازالة النجاسة (والثــانى) يجب لانه تطهير لا يتعلق بازالة عين فوجب فيــه النية كغسل الجنابة ، ولا يجوز للغاسل ان ينظر الى عورته ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم لعلى رضى الله عنه « لا تنظر الى فخذ حى ولا ميت » ويستحب ان لا ينظر الى سائر بدنه الا فيما لا بد له منه ، ولا يجوز ان يمس عورته لانه اذا لم يجز النظر فالمس اولى ، والمستحب ان لا يمس سائر بدنه ، لما روى أن عليا رضى الله عنه « غسل النبى صلى الله عليــه وسلم وبيديه خرقة يتتبع بها تحت القميص ») .

(الشرح) الأثر المذكور عن ابن عمر رواه ابن ماجه عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وســلم « ليغســل موتاكم المأمونون » الا أن اســناده ضعيف ، وحديث عائشة رواه أبو داود باسناد صحيح ، الا أن فيه محمــد ابن اسحاق صاحب المغازى ، قال : حدثنى يحيى عن ابن عباد ، وقد اختلفوا فى الاحتجاج به ، فمنهم من احتج به ، ومنهم من جرحه ، والذى يقتضيه كلام كثير منهم أو أكثرهم أن حديثه حسن اذا قال حدثنى وروى عن ثقة ، فحديثه هذا حسن والله أعلم .

وأما حديث على رضى الله عنه « لا تنظر الى فخذ حى ولا ميت » فسبق فى باب ستر العورة أن أباداود وغيره رووه وأنه ضعيف .

وأما حديثه الآخر فرواه البيهقى ، والمجمرة ــ بكسر الميم الأولى ــ وقوله تطهير لا يتعلق بازالة عين احتراز من ازالة النجاسة . والفخذ ــ بفتح الفاء وكسر الخاء ــ ويجوز اسكان الخاء مع فتح الفاء وكسرها ويجوز كسرهما جميعا ، فهذه أربعة أوجه فى الفخذ ، وما كان على وزنه مما ثانيه وثالثة حرف حلق .

(**اما الاحكام**) فينبغى أن يكون الغاسل أميناً ، فان غسل الفاسق وقع الموقع ولا يجب اعادته ، ويستحب نقله الى موضع خال وستره عن العيون ، وهذا لا خلاف فيه ، وهل يستحب غسله تحت السماء ؟ أم تحت سقف ؟ فيه وجهان حكاهما صاحب الحاوى وغيره (الصحيح) منهما تحت سقف ، وليس للغسل تحت السماء معنى ، وان كان احتج له بما لا حجة فيه ، وقطع الشيخ أبو حامد والبندنيجى والقاضى أبو الطيب والجرجانى فى التحرير وصاحب العدة وغيرهم بأن الأفضل تحت سقف ، وهو المنصوص فى الأم .

قال أصحابنا : ويستحب أن لا يحضره الا الغاسل ، ومن لابد له من معونته عند الغسل ، قال أصحابنا : وللولى أن يدخل ، وان لم يغسل ولم يعن ، ويستحب أن يكون عنده مجمرة فيها بخور تتوقد من حين يشرع فى الغسل الى آخره .

قال صاحب البيان : قال بعض أصحابنا : ويستحب أن يبخر عند الميت من حين يموت ، لأنه ربما ظهر منه شىء ، فيغلبه رائحة البخور ، ويستحب أن يغسل فى قميص يلبسه عند ارادة غسله ، هذا هو الصحيح ، الذى نص عليه الشافعى ، وقطع به الأصحاب فى كل طرقهم .

وحكى الرافعى وجها عن حكاية ابن كج أن الأفضل أن يجرد ويغسل بلا قميص ، وهو مذهب أبى حنيفة ، والصواب الأول ، قال الشافعى والأصحاب : وليكن القميص رقيقا سخيفا ، قال أصحابنا ويدخل الغاسل يده فى كميه ويصب الماء من فوق القميص ، ويغسل من تحته ، قالوا : فان لم

تكن أكمام القميص واسعة فتق فوق الدخاريص موضعا ، وأدخل يده فيه وغسله ، فان لم يكن القميص واسعا يمكن تقليبه فيه نزع عنه وطرح عليه مئزر يغطى ما بين سرته وركبته ، وذكر جماعة أنه اذا لم يكن قميص طرح عليه ثوب يستر جميع البدن ، فان لم يكن طرح عليه ما يستر ما بين سرته وركبته ، واتفقوا على وجوب تغطية ما بين سرته وركبته .

(فان قيل) معتمد الشافعى والأصحاب فى استحباب الغسل فى قميص ، حديث عائشة المذكور ، وهو مخصوص بالنبى صلى الله عليه وسلم ، ودليله أن فى سنن أبى داود فى هذا قالوا : نجرده كما نجرد موتانا ، فهذا اشارة الى أن عادتهم تجريد موتاهم . (فالجواب) ما أجاب به الأصحاب أن ما ثبت كونه سنة فى حقه صلى الله عليه وسلم فهو سنة أيضاً فى حق غيره حتى يثبت التخصيص والذى فعل به صلى الله عليه وسلم هو الأكمل والله أعلم .

قال أصحابنا : وغسله بالماء البارد أفضل من المسخن الا أن يحتاج الى المسخن لخوف الغاسل من البرد أو الوسخ على الميت ونحوه أو ما أشبه ذلك ، فيغسل بالمسخن . قال السرخسى وغيره ولا يبالغ فيه لئلا يسرع اليه الفساد . قال الشافعى والأصحاب : ويحضر الغاسل أو غيره قبل الشروع فى الغسل ثلاثة آنية فيجعل الماء فى اناء كبير ، ويبعده عن المغتسل بحيث لا يصيبه رشاش الماء عند الغسل ويكون معه اناءآن آخران صغير ومتوسط يغرف بالصغير من الكبير ويصبه فى المتوسط ثم يغسله بالمتوسط وفى وجوب نية الغسل وجهان مشهوران ذكر المصنف دليلهما . والمراد بهما أنه هل يشترط فى صحة غسله أن ينوى الغاسل غسله ؟ واختلف فى أصحهما فالأصح عند الأكثرين أنها لا تشترط ولا تجب وهو المنصوص للشافعى فى آخر غسل الذمية زوجها المسلم وممن صححه البندنيجى والماوردى هنا والرويانى والسرخسى والرافعى وآخرون . وصحح جماعة الاشتراط منهم الماوردى والفورانى والمتولى ، ذكروه فى باب نية الوضوء وقطع به المحاملى فى المقنع ، والمصنف فى التنبيه والصحيح تصحيح الأول .

قال الشيخ نصر المقدسى وصاحب البيان : صفة النية أن ينوى بقلبه عند افاضة الماء القراح أنه غسل واجب ، قال القاضى أبو الطيب فى كتابه المجرد : ينوى الغسل الواجب أو الفرض أو غسل الميت .

(فـــرع) قال المصنف والأصحاب : لا يجوز للغاسل أو لغيره مس شيء من عورة المغسول ، ولا النظر اليها ؛ بل يلف على يده خرقة ، ويغسل فرجه وسائر بدنه ، ويستحب أن لا ينظر الى غير العورة الا الى مالا بد له منه فى تمكنه من غسله ، وكذا يستحب أن لا يمسه بيده ، فان نظر اليه أو مسه بلا شهوة لم يحرم بل هو تارك للأولى .

وقال بعض أصحابنا : يكره له ذلك ، وأما غير الغاسل من المعين وغيره فيكره لهم النظر الى ما سوى العورة الا لضرورة ، لأنه لا يؤمن أن ينكشف من العورة فى حال نظره ، أو يرى فى بدنه شيئا كان يكرهه ، أو يرى سوادا أو دما مجتمعا ونحو ذلك فيظنه عقوبة ، قال الشيخ أبو حامد : لأنه يستحب أن لا ينظر الى بدن الحى فالميت أولى ، هذا تلخيص أحكام الفصل ودلائله تعرف مما ذكره المصنف مع ما أشرت اليه ، وبالله التوفيق .

(فـــرع) قال ابن المنذر : اختلفوا فى تغطية وجه الميت ، يعنى حال غسله فاستحب ابن سيرين وسليمان بن يســار وأيوب الســختيانى تغطيته بخرقة ، وقال مالك والثورى والشافعى : يغطى فرجه ولم يذكروا وجهه .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى الغسل فى قميص

مذهبنا استحبابه ، وبه قال أحمد ، وقال أبو حنيفة ومالك : المستحب غسله مجردا ، وقال داود : هما سواء ، ومذهبنا استحباب غسله بالماء البارد الا لحاجة الى المسخن وبه قال أحمد ، وقال أبو حنيفة : المسخن أفضل ، وليس عن مالك تفصيل ، دليلنا ما ذكره المصنف .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والمستحب أن يجلسه اجلاساً رقيقا ، ويمســح بطنه مسحاً بليغا ، لما روى القاسم بن محمد قال ((توفى عبد الله بن عبد الرحمن فغسله ابن عمــر فنفضه نفضا شديدا ، وعصره عصراً شديداً ، ثم غسله)) ولأنه ربمــا كان فى جوفه شيء . فاذا لم يعصره قبل الغسل خرج بعده ، وربما خرج بعــدما كفن فيفسد الكفن ، وكلما امَرَّ اليد على البطن صب عليه ماء كثيرا ، حتى ان خرج شيء لم تظهر رائحته ، ثم يبدأ فيغسل اسافله كمــا يفعــل الحى اذا اراد الغسل ، ثم يوضأ كما يتوضأ الحى لما روت ام عطية قالت ((لما غسلنا ابنــة

رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لنا : ابداوا بميامنها ومواضع الوضوء »
ولأن الحى يتوضا اذا اراد الغسل ، ويدخل اصبعه فى فيه ، ويسوك بهـا
اسنانه ، ولا يغفر فاه ، ويتتبع ما تحت اظفاره ـ ان لم يكن قد قلم اظفاره ـ
ويكون ذلك بعـود لين لا يجرحه ، ثم يغسـله ، ويكون كالمنحـدر قليلا حتى
لا يجتمع الماء تحته فيستنقع فيه ويفسد بدنه ويغسله ثلاثا كما يفعل الحى
فى وضـوئه وغسـله فيبدا براسه ولحيته كما يفعل الحى ، فان كانت اللحية
متلبدة سرحها حتى يصل الماء الى الجميع ، ويكون بمشط منفرج الأسنان
ويمشطه برفق حتى لا ينتف شعره ، ثم يغسل شقه الأيمن حتى ينتهى الى
رجله ، ثم شقه الأيسر حتى ينتهى الى رجله ، ثم يحرفه على جنبه الأيسر ،
فيغسل جانب ظهره كذلك لحديث ام عطية .

والمستحب ان تكون الغسلة الأولى بالماء والسدر ، لما روى ابن عبـاس
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم : « قال فى المحرم الذى خر من بعيره : اغسلوه
بماء وسدر » ولأن السدر ينظف الجسم ثم يغسـل بالماء القـراح ويجعـل فى
الغسلة الأخيرة شيئا من الكافور ، لما روت ام سليم ان النبى صلى الله عليـه
وسلم قال « اذا كان فى آخر غسلة من الثلاث او غيرها فاجعلى فيه شيئا من
الكافور » ولأن الكافور يقويه ، وهل يحتسب الغسل بالسدر من الثلاث ام لا ؟
فيه وجهان . قال ابو اسحاق : يعتد به لأنه غسل بما لم يخالطه شىء ، ومن
اصحابنا من قال : لا يعتد به لأنه ربما غلب عليه السدر ، فعلى هذا يغسـل
ثلاث مرات اخر بالماء القراح والواجب منها مرة واحدة كما قلنا فى الوضوء .

ويستحب ان يتعاهد امرار اليد على البطن فى كل مرة ، فان غسل الثلاث
ولم ينتظف زاد حتى ينتظف ، والسنة ان يجعله وترا خمسا او سبعا ، لما
روت ام عطية ان النبى صلى الله عليه وسلم قال « اغسلنها وترا ، ثلاثا او خمسا
او اكثر من ذلك ان رأيتن » والفرض مما ذكرناه النية ، وغسل مرة واحدة ،
واذا فرغ من غسله اعيد تليين اعضائه ، وينشف بثوب لأنه اذا كفن وهو رطب
ابتل الكفن وفسد ، وان غسل ثم خرج منـه شىء ففيه ثلاثة اوجه (احدها)
يكفيه غسل الموضع كما لو غسل ثم اصابته نجاسة من غيره (والثانى) يجب
منه الوضوء لأنه حدث فاوجب الوضـوء ، كحدث الحى (والثـالث) يجب
الغسل منه ، لأنه خاتمة أمره ، فكان بطهارة كاملة ، وان تعذر غسله لعدم
الماء او غيره يمم لأنه تطهير لا يتعلق بازالة عين ، فانتقل فيـه عند العجز الى
التيمم كالوضوء وغسل الجنابة) .

(الشرح) فيه مسائل :

(احداها) فى أحاديث الفصل ، ثبت فى صحيح البخارى ومسلم عن أم
عطية الصحابية رضى الله عنها نسيبه ـ بضم النون وفتحها ـ قالت « دخل
علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن نغسل ابنته فقال اغسلنها ثلاثا أو

خمسا أو أكثر من ذلك ، ان رأيتن ذلك ، بمـاء وسدر واجعلن فى الآخـرة كافورا أو شيئا من كافور ، فاذا فرغتن فآذننى ، فلما فرغنا آذناه فألقى الينا حقوه وقال : أشعرنها اياه » وفى رواية لهما « ابدأن بميامنها ، ومواضـع الوضوء منها » وفى رواية « فضفرنا شعرها ثلاثة أثلاث ، قرنيها وناصيتها » وفى رواية للبخارى « فألقيناها خلفها » وفى رواية له « اغسلنها ثلاثا أو خمسا أو سبعا ، أو أكثر من ذلك » وفى رواية لمسلم « أن اسم هذه البنت زينب رضى الله تعالى عنها » وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال « بينما رجل واقف مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بعرفة ، اذ وقع من راحلته ؛ فأوقصته أو قال : فوقصته ، أو قال فأقصعته فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اغسلوه بماء وسـدر ، وكفنوه فى ثوبين ، ولا تخيطوه ولا تخمروا رأسـه ، فان الله تعالى يبعثه يوم القيامة ملبيا » وفى رواية « ولا تمسوه طيبا ، فان الله يبعثه يوم القيامة ملبداً » رواه البخارى ومسلم .

(وأما قـول المصنف) لما روت أم سليم أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « فاذا كان فى آخر غسلة من الثلاث أو غيرها فاجعلى فيـه شيئا مـن كافور » فهكذا وقع فى المهذب (أم سليم) والمشهور المعروف فى الصحيحين وغيرهما من كتب الحديث وغيرها أن هذا الحديث من رواية أم عطية ، كمـا سبق ، لا أم سليم ، وقد كررها المصنف على الصواب الا فى هذا الموضع ، وقد بحثت عنه فلم أجده عن أم سليم ، فلعله جاء فى رواية غريبة عن أم سليم أيضا ، وليس هذا بعيدا ، فان أم سليم أشد قربا الى رسـول الله صلى الله عليه وسلم من أم عطية ، ومعلوم أن أم عطية لم تنفرد بالغسل ، ومما يوضح هذا قوله صلى الله عليه وسلم « واجعلن ــ ان رايتن ــ اغسلنها ــ وابدأن » وقولها « فضفرنا » وغير ذلك من ضمائر الجمع الموجودة فى الصحيحين . فلعل أم سليم كانت من الغاسلات ، فخاطبها النبى صلى الله عليه وسلم تارة وخاطب أم عطية تارة .

(المسألة الثانية) فى ألفاظ الفصل (قوله) لما روى القاسم بن محمد : توفى عبد الله بن عبد الرحمن (أما) القاسـم فهو أبو محمد ، وقيـل أبو عبد الرحمن القاسم بن محمد بن أبى بكر الصديق رضى الله عنهم القرشى

التيمى المدنى التابعى الجليل أحد فقهاء المدينة السبعة ، أجمعوا على جلالته •

وأما عبد الله بن عبد الرحمن فهو ابن عبد الرحمن بن أبى بكر الصديق رضى الله عنهم ، فهو ابن عم القاسم بن محمد ، واتفقوا على توثيقه • قال البخارى فى تاريخه : ورث عبد الله هذا عمته عائشة رضى الله عنها • قوله « قال لنا : أبدأوا بميامنها » كذا هو فى نسخ المهذب ابدأوا بميامهنا ، وكذا هـو فى بعض روايات البخـارى ، وهـو فى روايات مسلم وباقى روايات البخارى : ابدأن خطابا للنسوة ، وهو ظاهر ، والأول مؤول عليـه • قوله « ويسوك بها أسنانه » هو بفتح الياء وضم السين ، قوله « ويدخل أصبعه فى فمه ويسوك بها أسنانه » معنى ادخالها فمه أن يجعلها بين شـفتيه على أسنانه هكذا قاله الأصحاب ، وهو مفهوم من كلام المصنف •

قوله « ولا يفغر فاه » هو بمثناة مفتوحة ثم فاء ساكنة ثم غين معجمـة مفتوحة أى لا يفتحه ولا يرفع أسنانه بعضها عن بعض ، بل يمضمضه فوقها • المشط معروف ــ بضم الميم واسكان الشين ــ وبضمهما وبكسر الميم واسكان الشين ويقال : له ممشط ــ بكسر الميم الأولى ــ ومشقاً مقصور مهموز وغير مهموز وممدود أيضا ومكد وقيلم ومرجل حكاهن أبو عمر الزاهد فى أول شرح الفصيح (قوله) خر من بعيره أى سقط (قوله) فاجعلى فيه شيئا من كافور ، هكذا هو فى المهذب : فاجعلى ، خطابا لأم عطية وحدها ، والمشهور فى روايات الحديث واجعلن بالنون ، خطابا للنسوة والماء القراح بفتح القاف وتخفيف الراء ــ وهو الخالص الذى لم يخالطه سدر ولا غيره (قوله) لأنه تطهير لا يتعلق بازالة عين احتراز من ازالة النجاسة •

(المسألة الثالثة) فى صفة الغسل قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله : يستحب أن يعد قبل الغسل خرقتين نظيفتين ، وأول ما يبدأ به اذا وضـعه على المغتسل أن يجلسه اجلاساً رفيقـاً ، بحيث يـكون مائلا الى ورائه ، لا معتدلا •

قال الشافعى فى الأم والشيخ أبو حامد والمحاملى والبندنيجى والأصحاب ان احتاج الى دهن ليلين ، دهنه ثم يشرع فى غسله ، قال أصحابنا : ويضع

يده اليمنى على كتفه وابهامه فى نقرة قفاه ، لئلا يميل رأسه ، ويسند ظهره الى ركبته اليمنى ويمر يده اليسرى على بطنه امرارا بليغا ليخرج الفضلات ويكون عنده مجمرة كما سبق ، ويصب عليه المعين ماء كثيرا لئلا يظهر رائحة ما يخرج ، ثم يرده الى هيئة الاستلقاء ، ويلقيه على ظهره ورجلاه الى القبلة ويكون الموضع منحدرا بحيث يكون رأسه أعلى ، لينحدر الماء عنه ، ولا يقف تحته ثم يغسل بيساره وهى ملفوفة باحدى الخرقتين دبره ومذاكيره ، وما حولها ، وينجيه كما يستنجى الحى ثم يلقى تلك الخرقة ويغسل يده بماء وأشنان ، هكذا قال الجمهور : انه يغسل الفرجين بخرقة واحدة ، وفى النهاية والوسيط أنه يغسل كل فرج بخرقة أخرى ، فتكون الخرق ثلاثاً ، والمشهور خرقتان ، خرقة للفرجين ، وخرقة لباقى البدن وكذا نص عليه الشافعى فى الأم ومختصر المزنى والقديم ، وقال الشافعى فى الجنائز الصغير يغسل باحداهما أعلى بدنه ووجهه وصدره ثم يغسل بها مذاكيره وما بين رجليه ، ثم يأخذ الأخرى فيصنع بها مثل ذلك .

قال البندنيجى : وللأصحاب طريقان (أحدهما) قاله أبو اسحق فى المسألة قولان (أحدهما) يغسل بكل واحدة منهما كل بدنه (والثانى) يغسل باحداهما فرجيه ، وبالأخرى كل بدنه .

(والطريق الثانى) يغسل بكل واحدة منهما كل بدنه ، قال وهذا هو المذهب وليس كما ادعى ، بل المذهب ما قدمناه عن الأصحاب ، ومعظم نصوص الشافعى قال أصحابنا : ثم يتعهد ما على بدنه من قذر وغيره ، فاذا فرغ مما ذكرناه لف الخرقة الأخرى على يده ، وأدخل أصبعه فى فيه ، وأمرها على أسنانه بماء ، ولا يفتح أسنانه باتفاق الأصحاب مع نص الشافعى فى الأم بل يمرها فوق الأسنان وينشقه بأن يدخل الماء فى أنفه ولا يبالغ ، هذا مذهبنا . وقال أبو حنيفة والثورى : لا يمضمض الميت ولا ينشق ، لأن المضمضة ادارة الماء فى الفم والاستنشاق جذبه بالنفس ، ولا يتأتى واحد منهما من الميت ، واستدل أصحابنا بقوله صلى الله عليه وسلم « ومواضع الوضوء منها » وهذا منها ، وبالقياس على وضوء الحى .

(وأما) دليلهم فممنوع بل المضمضة جعل الماء فى فيه فقط وكذا الاستنشاق قال القاضى أبو الطيب ولهذا لو تمضمض ثم بلع الماء جاز

وحصلت المضمضة وانما الادارة من كمال المضمضة لا شرط لصحتها وقد سبق بيان حقيقة المضمضة فى صفة الوضوء ، قال أصحابنا : ويدخل أصبعه بشىء من الماء فى منخريه ليخرج ما فيهما من أذى ثم يوضئه كوضوء الحى ثلاثاً ثلاثاً مع المضمضة والاستنشاق ، قال الرافعى : ولا يكفى ما سبق من ادخال الأصبعين عن المضمضة والاستنشاق ، بل ذاك كالسواك قال : هذا مقتضى كلام الجمهور • قال : وفى الشامل وغيره ما يقتضى الاكتفاء والأول أصح قال : ويميل رأسه فى المضمضة والاستنشاق لئلا يصل الماء باطنه • قال : وهل يكفى وصول الماء الى مقاديم الثغر والمنخرين أم يوصله الداخل ؟ • حكى امام الحرمين فيه خلافا لخوف الفساد وجزم بأن أسنانه لو كانت متراصة لا تفتح قال المصنف والأصحاب : ويتبع ما تحت أظفاره ان لم يكن قلمها ويكون ذلك بعود لين لئلا يجرحه • وهكذا نص عليه الشافعى فى الأم والمختصر • قال الشافعى والأصحاب : ويتبع بهذا العود ما تحت أظافر يديه ورجليه ، وظاهر أذنيه وصماخيهما ، فاذا فرغ من وضوئه جعله كالمنحدر قليلا ، حتى لا يجتمع الماء تحته ويغسل ثلاثا كما يفعل الحى فى طهارته ، فيبدأ بغسل رأسه ثم لحيته بالسدر والخطمى ، واتفق أصحابنا على أنه يستحب تقديم الرأس فى هذا على اللحية • وقال النخعى : عكسه •

واحتج الأصحاب بأنه اذا غسل اللحية أولا ثم غسل الرأس نزل منه الماء والسدر الى لحيته فيحتاج الى غسلها ثانيا ، فعكسه أرفق•وأما قول المصنف: ويبدأ برأسه ولحيته فصحيح ومراده تقديم الرأس • ولو قال رأسه ثم لحيته كما قال الأصحاب لكان أحسن وأبين • قال أصحابنا : ويسرح رأسه ولحيته ان كانا متلبدين بمشط واسع الأسنان • وقال المصنف وجماعة : منفرج الأسنان ، وهو بمعناه ، قالوا ويرفق فى ذلك لئلا ينتتف شعره فان انتتف رده اليه ودفنه معه • قال أصحابنا : فاذا فرغ من هذا كله غسل شقه الأيمن المقبل من عنقه وصدره وفخذه وساقه وقدمه ، ثم يغسل شقه الأيسر كذلك ، ثم يحوله الى جنبه الأيسر فيغسل شقه الأيمن مما يلى القفا والظهر من الكفين الى القدم ، ثم يحوله الى جنبه الأيمن فيغسل شقه الأيسر كذلك ، هذا نص الشافعى فى المختصر وبه قال جمهور الأصحاب •

وحكى العراقيون وغيرهم قولا آخر أنه يغسل جانبه الأيمن من مقدمه ، ثم يحوله فيغسل جانبه الأيسر من مقدمه ، ثم يحوله فيغسل جانب ظهره الأيمن ثم يلقيه على ظهره فيغسل جانبه الأيسر من مقدمه ثم يحوله ليغسل جانب ظهره الأيسر قال الأصحاب : وكل واحد من هذين الطريقين سائغ ، والأول أفضل • وقال امام الحرمين والغزالى وجماعة : يضجع أولا على جنبه الأيسر فيصب الماء على شقه الأيمن من رأسه الى قدمه ثم يضجع على جنبه الأيمن فيصبه على شقه الأيسر والمذهب ما قدمناه ، وبه قطع الجمهور •

قال الجمهور : ولا يعاد غسل الرأس ، بل يبدأ بصفحة العنق فما تحتها ، وقد حصل الرأس أولا ، قال أصحابنا ولا يكب على وجهه قالوا : وكل هذه الصفات المذكورة غسلة واحدة ، وهذه الغسلة يستحب أن تكون بالماء والسدر والخطمى ونحوهما ، ثم يصب عليه القراح ، من قرنه الى قدمه ، ويستحب أن يغسل ثلاثاً ، فان لم تحصل النظافة زاد حتى تحصل ، فان حصلت بوتر فلا زيادة وان حصلت بشفع استحب الايتار ، ودليل المسألة حديث أم عطية السابق • وقوله صلى الله عليه وسلم « أو أكثر من ذلك ان رأيتن » ومعناه أن احتجتن ، وهل يسقط الفرض بالغسلة المتغيرة بالسدر والخطمى ونحوهما ؟ فيه الوجهان المذكوران فى الكتاب (أصحهما) لا يسقط ، هذا مختصر القول فى الغسلة المتغيرة بالسدر ، وقد اضطرب كلام الأصحاب فيها ، وقد أوضحها الشيخ أبو حامد فى تعليقه فقال : قال الشافعى : ان كان عليه وسخ غسله بالأشنان والسدر ، فيطرح عليه الأشنان والسدر ، فيدلكه به ثم يغسل السدر عنه ، ثم يغسله بعد ذلك بالماء القراح ، فيكون هذا غسلا واحداً وما تقدمه تنظيف • هذا لفظ الشافعى •

قال الشيخ أبو حامد : (وهذا صحيح لأن الماء اذا صب على السدر والأشنان كانا غالبين للماء فلا يعتد به غسلة حتى يغسل بالماء القراح • هذا هو المذهب • وقال أبو اسحاق : اذا غسل عنه السدر والأشنان فهذا غسل واحد • قال أبو حامد : هذا غلط ومخالف لنص الشافعى) هذا آخر كلام أبى حامد • وهكذا قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه ، وابن الصباغ وآخرون : لا يعتد بالغسل بالماء والسدر من الثلاث بلا خلاف ، فاذا غسل

بعد ذلك بالماء القراح ـ وزال به أثر السدر[1] والخطمى ـ ففى الاعتداد بهذه الغسلة وجهان (أحدهما) وهو قول أبى اسحق المروزى ـ تحسب من الثلاث لأنها بماء قراح فأشبهت ما بعدها • (والثانى) وهو الصحيح عند جمهور المصنفين : لا يحسب منها • لأن الماء خالط السدر فهو كما قبلها • وجزم صاحب الحاوى والمحاملى فى كتابيه وصاحب البيان وغيرهم بأن هذه الغسلة تحسب بلا خلاف ، وأن خلاف أبى اسحق انما هو فى الغسلة الأولى بالماء والسدر • قال القاضى حسين والبغوى : الغسل بالماء مع السدر أو الخطمى لا يحتسب من الثلاث ، قالا وكذا الذى يزال به السدر ، وانما المحسوب ما يصب عليه من الماء القراح فيغسله بعد زوال السدر ثلاثا • قال البغوى : واذا لم يتغير الماء بالسدر حسب من الثلاث • قال : ولو كان على بدنه نجاسة غسله بعد زوالها ثلاثا • واختصر الرافعى كلام الأصحاب فى المسألة فقال : هل يسقط الفرض بالغسلة التى فيها سدر ؟ فيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى اسحاق : يسقط ، لأن المقصود من غسل الميت التنظيف فالاستعانة بما يزيد فى النظافة لا يقدح (وأصحهما) لا يسقط ، لأن التغير به فاحش فسلب الطهورية ، فعلى هذا فى الاحتساب بالغسلة التى بعد هذه وجهان (أصحهما) عند الرويانى : تحسب لأنه غسله بما لم يخالطه شىء (وأصحهما) عند الجمهور وبه قطع البغوى لا تحسب ، لأن الماء اذا أصاب المحل اختلط بالسدر وتغير به ، فعلى هذا المحسوب ما يصب من الماء القراح • هذا كلام الرافعى •

فحاصل المسألة ثلاثة أوجه (الصحيح) أن غسلة السدر والغسلة التى بعدها لا يحسبان من الثلاث (والثانى) يحسبان (والثالث) تحسب الثانية دون الأولى هذا حكم المسألة (وأما) عبارة المصنف ففيها نوع اشكال لأنه قال : وهل يحسب الغسل بالسدر من الثلاث ؟ فيه وجهان (قال) أبو اسحاق : يعتد به لأنه غسل بما لم يخالطه شىء • ومن أصحابنا من قال : لا يعتد به ، لأنه ربما غلب عليه السدر ، فعلى هذا يغسل ثلاث مرات

---

(١) ويلحق بهما الصابون ومشتقاته من المنظفات المسحوقة فاذا دلك بدنه بشىء منها كان عليه أن يزيل آثارها بالقراح ثم يغسل على بشرة نقية لا أثر للرغوة عليها (ط) •

أخر بالماء القراح ، والواجب منها مرة ، هذا لفظ المصنف ، ووجه الاشكال أنه قال : لأنه غسل بما لم يخالطه شيء وهذا نوع تناقض لصورة المسألة ، وجوابه أن مراده أن الغسلة التى بعد السدر هل تحسب ؟ فيه الوجهان (أحدهما) تحسب لأن الماء المصبوب قراح ، ولا أثر لما يصيبه حال تردده على البدن (والثانى) لا يحسب لأنه قد يكثر السدر بحيث يغيره ، وهو مستغن عن هذا المغير والله أعلم •

واذا قلنا : لا تحسب غسلة بعدها ثلاثا ، والواجب مرة واحدة ، والثانية والثالثة سنة كما قلنا فى الوضوء والغسل • ولا خلاف هنا فى استحباب الثانية والثالثة نص عليه الشافعى ، واتفق عليه الأصحاب وغيرهم ، وفى غسل الجنابة وجه أنه لا تستحب الثانية والثالثة ، وقد سبق ذكره فى باب غسل الجنابة عن صاحب الحاوى ، ووافق صاحب الحاوى هنا على استحباب الثلاث ، لأنه خاتمة أمر الميت مع قوله صلى الله عليه وسلم « اغسلنها ثلاثا أو خمسا أو سبعا أو أكثر » والله أعلم • قال أصحابنا : ويستحب أن يجعل فى كل مرة من الغسلات كافورا فى الماء القراح ، وهو فى الغسلة الأخيرة آكد للحديث السابق ، ولأنه يقوى البدن وليكن قليلا لا يتفاحش التغير به ، فان كان صلبا وتفاحش التغير به ، ففيه قولان سبقا فى أول كتاب الطهارة (أصحهما) لا يؤثر فى طهوريته فى غير الميت وأما فى غسل الميت فقد نص الشافعى عليه والأصحاب ، وثبت فيه الحديث الصحيح • قال القاضى أبو الطيب فى كتابه المجرد : فان قيل هلا قلتم ان الكافور اذا غير الماء سلب طهوريته ؟ قلنا قال الشافعى : تغيير الكافور تغيير مجاورة لا مخالطة ، ولم يزد القاضى فى الجواب على هذا ، وحاصله أنه تفريع على الصحيح وأحسن من ذكر السؤال وقال كلاما فيه السرخسى ، فقال فى الأمالى : اختلف أصحابنا فى الجواب فمنهم من قال : لا يحسب اذا تغير بالكافور ، وتأول الحديث وكلام الشافعى على كافور يسير لا يفحش تغيره ، ومنهم من حمله على ما اذا جعل الكافور فى البدن ثم صب الماء القراح عليه • ومنهم من قال : هو على اطلاقه فى كافور يطرح فى الماء ويغيره تغييرا كثيرا ، ولكن لا يحسب ذلك على الغسلة الواجبة • ومنهم من قال : هو

على اطلاقه كما ذكرنا ويحسب ذلك عن الفرض فى غسل الميت خاصة لأن مقصوده التنظيف • هذا كلام السرخسى •

وهذا الذى ذكرناه أولا من استحباب الكافور فى كل غسلة هو المعروف فى المذهب • وقد صرح به القاضى أبو الطيب فى المجرد والبغوى والرافعى وخلائق من الأصحاب • ونص عليه الشافعى فى الأم والمختصر • قال فى المختصر ويجعل فى كل ماء قراح كافورا وان لم يجعل الا فى الآخرة أجزأ ذلك ، هذا لفظه فى مختصر المزنى • وقال فى الأم فى باب عـدة غسل الميت : أقل ما يجزىء من غسل الميت الانقاء • كما يكون ذلك أقل ما يجزىء فى غسل الجنابة • قال وأقل ما أحب أن يغسل ثلاثا فان لم ينق فخمسا فان لم ينق فسبعا • قال ولا يغسله بشىء من الماء الا ألقى فيه كافورا للسنة فان لم يفعل كرهته ورجوت أن يجزئه قال ولست أعرف أن يلقى فى الماء ورق سدر ولا طيب غير كافور ولا غيره • ولكن يترك الماء على وجهه ويلقى فيه الكافور • هذا نصه بحروفه • وهو جميع الباب المذكور •

وأما قول المصنف : ويجعـل فى الغسـلة الأخيرة شـيئا من الكافور وتخصيصه بالأخيرة فغريب فى المذهب ، وان كان موافقا لظاهر الحديث ، وأغرب منه ما ذكره الجرجانى فى التحرير قال : يستحب غسله ثلاثا ، وأن يكون فى الأولى شىء من سدر ، وفى الثانية شىء من كافور ، والثالثة بالماء القراح ، وهذا الذى قاله غلط منابذ للحديث الصحيح ، ولنصوص الشافعى والأصحاب •

قال المصنف والأصحاب : والواجب مما ذكرناه غسل مرة واحدة ، وكذا النية ان أوجبناها ، ولا يحسب الغسل حتى يطهر من نجاسة ان كانت هناك ، وقد سبق بيان هذا فى غسل الجنابة والله أعلم •

(فـرع) قال الشافعى والمصنف والأصحاب : يستحب أن يتعاهد فى كل مرة امرار يده على بطنه ومسحه بأرفق مما قبلها ، هذا هو الصحيح المشهور ، الذى نص عليه الشـافعى ، وقطع به الجمهور ، ونقل صاحب الحاوى فيه وجهين (أحدهما) هذا (والثانى) وهو الأصح عنده أنه لا يمر يده على البطن الا فى ابتداء الغسل وتأول نص الشافعى بأن المراد تعاهده

هل خرج منه شيء أم لا ؟ وهـذا ضعيف مخـالف للنص ولا يصح هـذا التأويل •

(فـرع) قال الشافعي والمصنف والأصحاب : اذا فرغ من غسله يستحب أن يعيد تليين مفاصله وأعضائه ليسهل تكفينه وهذا لا خلاف فيه ؛ ونقل المزني في المختصر استحباب اعادة التليين في أول وضعه على المغتسل ، فقال به بعض الأصحاب وأنكره الجمهور ، قال القاضي أبو الطيب في المجرد : قال أصحابنا : هذا التليين ليس بمستحب ، ولا يعرف للشافعي في شيء من كتبه ، وانما يفيد تليين المفاصل عقب الموت لبقاء الحرارة فيها ، فأما عند الغسل فلا فائدة فيه ، وقال الشيخ أبو حامد : هذ النقل غلط من المزني على الشافعي ، فلم يذكر الشافعي تليين الأعضاء في شيء من كتبه في هـذا الموضع ، انما ذكره بعد فراغ غسله •

وقال صاحب الشـامل : قال أصحابنا : هـذا التليين هنا لا يعرف للشافعي ، ولا فائدة فيه ، لأنها لا تبقى لينة الى هذا الوقت غالبا • وقال صاحب الحاوي : هذا التليين لا يوجد للشافعي في شيء من كتبه الا فيما حكاه المزني في مختصره دون جامعه ، وترك ذلك أولى من فعله لتتماسـك أعضاؤه ، وانما قال الشافعي أعاد تليين مفاصله عند موته ، لا عند غسله ، فلو أعاد تليينها عند غسله جاز ، هذا كلام صاحب الحاوي ، وجزم البغوي والسرخسي وغيرهما باستحباب اعادة تليينها عند الغسل ، عملا بظاهر نقل المزني •

(فـرع) قال الشافعي والأصحاب : فاذا فرغ من غسله استحب أن ينشف بثوب تنشيفا بليغا ، وهذا لا خلاف فيه ، قال الأصحاب ، والفـرق بينه وبين غسل الجنابة والوضوء حيث قلنا : المذهب استحباب ترك التنشيف ان كان هنا ضرورة أو حاجة الى التنشيف وهو أن لا يفسد الكفن •

(فـرع) اذا خرج من أحـد فرجي الميت بعد غسله وقبل تكفينه نجاسة وجب غسلها بلا خـلاف ، وفي اعادة طهارته ثلاثة أوجه مشهورة (أصحها) لا يجب شيء لأنه خرج عن التكليف بنقض الطهارة وقياسا على

ما لو أصابته نجاسة من غيره فانه يكفى غسلها بلا خلاف •

(والثانى) يجب أن يوضأ كما لو خرج من حى (والثالث) يجب اعادة الغسل لأنه ينقض الطهـر وطهر الميت غسل جميعه ، هـذه [هى] العلة المشهورة ، وعلله المصنف وصاحب الشامل بأنه خاتمة أمره ، ورجح المصنف فى كتابه الخلاف ، وفى التنبيه وسليم الرازى فى كتابه رءوس المسائل ، والغزالى فى الخلاصة ، والعبدرى فى الكفاية وجوب اعادة الغسل ، وهو قول أبى على ابن أبى هريرة ، وبه قطع سليم الرازى فى الكفاية ، والشيخ نصر المقدسى فى الكافى ، وهو مذهب أحمد بن حنبل ، وضعف المحاملى وآخرون هذا الوجه ، ونقل صاحب البيان تضعيفه عن الشيخ أبى حامد •

وايجاب الوضوء ، هو قول أبى اسحاق المروزى ، والصحيح عند أكثر الأصحاب : لا يجب غير غسل النجاسـة ، صححه المحـاملى فى التجريد والرافعى وآخرون ، وهو قول المزنى وغيره من متقدمى أصحابنا ، وهو مذهب أبى حنيفة ومالك والثورى ، وسبب اختلاف الأصحاب أن الشافعى قال فى مختصر المزنى : ان خرج منه شىء أنقاه وأعاد غسله ، فقال المزنى والأكثرون : اعادة الغسل مستحبة ، وقال ابن أبى هريرة واجبة وقال أبو اسحاق : المروزى يجب الوضوء •

أما اذا خرجت النجاسـة من الفرج بعد ادراجه فى الكفن فلا يجب وضوء ولا غسل بلا خلاف ، هكذا صرح به المحاملى فى التجريد والقاضى أبو الطيب فى المجرد والسرخسى فى الأمالى ، وصاحب العدة ، واحتج له السرخسى بأنه لو أمر باعادة الغسل والوضوء لم يأمن مثله فى المستقبل ، فيؤدى الى ما لا نهاية له ، ولم يتعرض الجمهور للفرق بين ما قبل التكفين وبعده ، بل أرسلوا الخلاف ولكن اطلاقهم محمول على التفصيل الذى ذكره المحاملى وموافقوه ، أما اذا خرجت منه بعد الغسل نجاسة من غير الفرجين فيجب غسلها ، ولا يجب غيره بلا خلاف •

وقال امام الحرمين : اذا أوجبنا اعادة الغسل لنجاسة السبيلين ففى غيرها احتمال ، وهذا ضعيف أو باطل ، ولا فرق بين هذه النجاسة ونجاسة أجنبية

تقع عليه وقد اتفقوا على أنه يكفى غسلها ، ولو لمس أجنبى ميتة بعد غسلها أو أجنبية ميتا بعد غسله (فان قلنا) خروج النجاسة من السبيل لا يوجب غير غسل النجاسة لم يجب هنا شيء فى حق الميت والميتة بلا خلاف اذ لا نجاسة ، وان أوجبنا هناك الوضوء أو الغسل أوجبنا هنا ان قلنا ينتقض وضوء الملموس والا فلا ، هكذا قاله القاضى حسين والمتولى وآخرون ، وأطلق البغوى وجوبهما ومراده ، اذا قلنا : ينتقض طهر الملموس ، كما صرح به شيخه القاضى حسين والمتولى وموافقهما ، ولو وطئت الميتة أو الميت بعد الغسل ــ فان قلنا : باعادة الوضوء أو الغسل ــ وجب هنا الغسل ، لأنه مقتضى الوطء ، وان قلنا : لا تجب الا ازالة النجاسة لم يجب هنا شيء ، هكذا أطلقه القاضى وصاحباه ومتابعوهم والرافعى وغيرهم ، وينبغى أن يكون فيه خلاف مبنى على نجاسة باطن الفرج ، والله أعلم .

أما اذا خرج منه منى بعد غسله ، فان قلنا : فى خروج النجاسة يجب غسلها : لم يجب هنا شيء ، لأن المنى طاهر ، وان قلنا : بالوجهين الآخرين وجب اعادة غسله ، والله أعلم .

(فــرع) قال المصنف رحمه الله والأصحاب : اذا تعذر غسل الميت لفقد الماء أو احترق بحيث لو غسل لتهرى لم يغسل بل ييمم ، وهذا التيمم واجب ، لأنه تطهير لا يتعلق بازالة نجاسة ، فوجب الانتقال فيه عند العجز عن الماء الى التيمم كغسل الجنابة ، ولو كان ملدوغا بحيث لو غسل لتهرى أو خيف على الغاسل يمم لما ذكرناه ، وذكر امام الحرمين والغزالى وآخرون من الخراسانيين أنه لو كان به قروح وخيف من غسله اسراع البلى اليه بعد الدفن ، وجب غسله ، لأن الجميع صائرون الى البلى ، هــذا تفصيل مذهبنا ، وحكى ابن المنذر فيمن يخاف من غسله تهرى لحمه ولم يقدروا على غسله ، عن الثورى ومالك : يصب عليه الماء وعند أحمد واسحاق : ييمم قال : وبه أقول .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وفى تقليم أظفاره ، وحف شاربه ، وحلق عانته قولان (احدهما) يفعل ذلك ، لأنه تنظيف ، فشرع فى حقه كازالة الوسخ (والثانى) يكره ، وهو قول

المزنى ، لأنه قطع جزء منه فهو كالختان ، قال الشافعى : ولا يحلق شعر رأسه ، قال أبو اسحاق : ان لم يكن له جمة حلق رأسه ، لأنه تنظيف ، فهو كتقليم الأظفار ، والمذهب الأول ، لأن حلق الراس يراد للزينة لا للتنظيف) .

(الشرح) فى قلم أظفار الميت ، وأخذ شعر شاربه ، وابطه ، وعانته قولان (الجديد) أنها تفعل (والقديم) لا تفعل وللأصحاب طريقان (أحدهما) أن القولين فى الاستحباب والكراهة (أحدهما) يستحب (والثانى) يكره ، وهذه طريقة المصنف هنا ، وشيخه القاضى أبى الطيب فى تعليقه ، وصاحب الحاوى ، والغزالى فى الوسيط والخلاصة ، وصاحب التهذيب ، والرويانى فى الحلية ، وآخرين من الأصحاب .

قال صاحب الحاوى : القول الجديد أنه مستحب وتركه مكروه وقطع المصنف فى التنبيه ، والجرجانى فى التحرير ، باستحبابه (والطريق الثانى) أن القولين فى الكراهة وعدمها (أحدهما) يكره (والثانى) لا يكره ولا يستحب قطعا ، وبهذا الطريق قال الشيخ أبو حامد والمحاملى والبندنيجى وابن الصباغ والشاشى وآخرون وهو ظاهر نص الشافعى فى الأم ، فانه قال : من الناس من كره أخذه ، ومنهم من رخص فيه .

وأما قول الرافعى : لا خلاف أن هذه الأمور لا تستحب ، وانما القولان فى الكراهة (فمردود) بما قدمته من اثبات الخلاف فى الاستحباب مع جزم من جزم ، وعجب قوله هذا مع شهرة هذه الكتب ، لا سيما الوسيط والمهذب والتنبيه .

وأما الأصح من القولين فصحح المحاملى أنه لا يكره ، وقطع به فى كتابه المقنع وصحح غيره الكراهة ، وهو المختار ونقله البندنيجى عن نص الشافعى فى عامة كتبه ، منها الأم ومختصر الجنائز والقديم ، وقد قال الشافعى فى مختصر المزنى : من أصحابنا من رأى حلق الشعر وتقليم الأظفار ، ومنهم من لم يره .

قال الشافعى : وتركه أعجب الى . هذا نصه وهو صريح فى ترجيح تركه ولم يصرح الشافعى فى شىء من كتبه باستحبابه جزما ، انما حكى اختلاف شيوخه فى استحبابه وتركه ، واختار هو تركه ، فمذهبه تركه وماسواه

ليس مذهبا له ، فيتعين ترجيح تركه ويؤيده أيضا أن الشافعي قال فى المختصر والأم : ويتتبع الغاسل ما تحت أظافير الميت بعود حتى يخرج الوسخ •

قال القاضى أبو الطيب فى تعليقــه : قال أصحابنا : هــذا تفريع من الشافعى على أنه يترك أظافيره ، وأما اذا قلنا : تزال فلا حاجة الى العــود ، فحصل أن المذهب أو الصواب ترك هذه الشعور والأظفار ، لأن أجزاء الميت محترمة فلا تنتهك بهذا ولم يصح عن النبى صلى الله عليه وسلم والصحابة رضى الله عنهم فى هذا شيء فكره فعله ، واذا جمع الطريقان حصل ثلاثة أقوال (المختار) يكره (والثانى) لا يكره ولا يستحب •

(والثالث) يستحب ، وممن استحبه ســعيد بن المسيب وابن جبير والحسن البصرى وأحمد بن حنبل واسحاق بن راهويه ، وممن كرهه مالك وأبو حنيفة والثورى والمزنى وابن المنذر والجمهور ، ونقله العبدرى عن جمهور العلماء •

قال أصحابنا : واذا قلنا : تزال هذه الشعور ، فللغاسل أن يأخذ شعر الابط والعانة بالمقص أو الموسى أو النورة ، فان نوره غسل موضع النورة ، هذا هو المذهب والمنصوص فى الأم ، وبه قطع الجمهور ، وفيه وجه أنه يتعين النورة فى العانة لئلا ينظر الى عورته ، وبهذا قطع البندنيجى والمحاملى فى المجموع •

ووجه ثالث أنه يستحب النورة فى العانة والابط جميعا ، وبه جزم صاحب الحاوى ، والمذهب التخيير كما سبق ، لكن لا يمس ولا ينظر من العورة الا قدر الضرورة •

وأما الشارب فاتفق الأصحاب على أنه اذا قلنا يزال أزاله بالمقص كما يزيله فى الحياة • قال المحاملى وغيره : يكره حف الشارب فى حق الحى والميت جميعا ، ولكن يقصه بحيث لا تنكشف شفته • وأما قول المصنف حف شاربه ، فمراده قصه لا حقيقة الحف ، كما قاله أصحابنا ، واذا قلنا يزيل هذه الشعور والأظفار استحب ازالتها قبل الغسل ، صرح به المحاملى وابن الصباغ وغيرهما • قال ابن الصباغ فى أول باب غسل الميت : يفعلها

قبل غسله ، قال وقد أخل المزنى بالترتيب فذكره بعد الغسل وكان ينبغى أن يذكره قبله • قلت وكذا عمل المصنف وجمهور الأصحاب ذكروه بعد الغسل ، وكأنهم تأسوا بالمزنى رحمه الله ، ولا يلزم من هذا أنهم يخالفون فى استحباب تقديمه ، وقد أشار المصنف الى تقديمه بقوله قبل هذا : ويتتبع ما تحت أظفاره ان لم يكن قلمها •

وأما شعر الرأس فقال الشافعى رحمه الله لا يحلقه • قال أصحابنا رحمهم الله ان كان لا يعتاد حلق رأسه بأن كان ذا جمة ــ وهى الشعر المسترسل الذى نزل الى المنكبين ــ لم يحلق بلا خلاف ، وان كان عادته حلقه فطريقان ، المذهب وبه قطع الجمهور لا يحلق •

(والثانى) على القولين فى الأظفار والشارب والابط والعانة ، وهذا التفصيل الذى ذكرته بين المعتاد وغيره هو المعروف فى المذهب ، وكلام المصنف محمول عليه • وأما ختان من مات قبل أن يختن ففيه ثلاث طرق (المذهب) وبه قطع المصنف والجمهور لا يختن •

(والطريق الثانى) فيه قولان كالشعر والظفر ، حكاه الدارمى (والثالث) فيه ثلاثة أوجه حكاه صاحب البيان ، الصحيح : لا يختن ، والثانى : يختن : والثالث : يختن البالغ دون الصبى لأنه وجب على البالغ دون الصبى (والصحيح) الجزم بأنه لا يختن مطلقا لأنه جزء فلم يقطع كيده المستحقة فى قطع سرقة أو قصاص ، فقد أجمعوا أنها لا تقطع ، ويخالف الشعر والظفر فانهما يزالان فى الحياة للزينة والميت يشارك الحى فى ذلك ، والختان يفعل للتكليف به ، وقد زال بالموت ، والله أعلم •

(فرع) فى الشعور المأخوذة من شاربه وابطه وعانته وأظفاره وما انتتف من تسريح رأسه ولحيته وجلدة الختان اذا قلنا : يختن وجهان(أحدهما) يستحب أن يصر كل ذلك معه فى كفنه ويدفن • وبهذا قطع القاضى حسين وصاحبه البغوى والغزالى فى الوسيط والخلاصة وصاحب العدة والرافعى وغيرهم • وأشار اليه المصنف فى كتابه فى الخلاف •

(والثانى) يستحب أن لا يدفن معه بل يوارى فى الأرض غير القبر •

وهذا اختيار صاحبه • فانه حكى عن الأوزاعى استحباب دفنها معه • ثم قال : والاختيار عندنا أنها لا تدفن معه لأنه لم يرد فيه خبر ولا أثر والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كانت المرأة غسلت كما يغسل الرجل فان كان لها شعر جعل لها ثلاث ذوائب ويلقى خلفها ، لما روت أم عطية رضى الله عنها فى وصف غسل بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت « ضفرنا ناصيتها وقرناها ثلاثة قرون ثم القيناها خلفها ») •

(الشرح) حديث أم عطيـة رواه البخـارى ومسـلم • والذوائب والضفائر والغدائر ـ بفتح الغين المعجمة ـ متقاربة المعنى • وهى خصل الشعر • لكن الضفيرة لا تكون الا مضفورة وأصل الضفر الفتل • وهذا الحكم الذى ذكره متفق عليه • نص عليه الشـافعى والأصحاب • وبمثل مذهبنا فى استحباب تسريح شعرها وجعله [1] ثلاثة ضفائر خلفها قال أحمد وداود • وقال مالك وأبو حنيفة رحمهما الله (لا يضفر شـعرها ولا يسرح بل يترك مرسلا من كتفيها) •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب لمن غسل ميتا ان يغتسل ، لما روى ابو هريرة رضى الله عنـه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من غسل ميتاً فليغتسل » ولا يجب ذلك ، وقال فى البويطى : ان صح الحديث قلت بوجوبه ، والاول اصح لأن الميت طاهر ، ومن غسل طاهرا لم يلزمه بغسله طهارة كالجنب ، وهل هو آكد أو غسل الجمعة ؟ فيه قولان ، قال فى القديم : غسل الجمعة آكد لأن الأخبار فيه أصح ، وقال فى الجديد : الغسل من غسل الميت آكد ، وهو الأصح لأن غسل الجمعة غير واجب والغسل من غسل الميت متردد بين الوجوب وغيره)

(الشـــرح) حديث أبى هريرة رضى الله عنه هذا رواه أبو داود وغيره ، وبسط البيهقى رحمه الله القول فى ذكر طرقه ، وقال : الصحيح أنه موقوف على أبى هريرة ، قال : وقال الترمذى عن البخارى قال : ان أحمد بن حنبل وعلى بن المدينى قالا : لا يصح فى الباب شيء ، وكذا قال محمد بن يحيى

(١) كذا فى جميع الأصول (ثلاثة) والقاعدة (ثلاث) حيث ان مفردها ضفيرة (ط) •

الذهلى شيخ البخارى لا أعلم فيه حديثا ثابتا ، ورواه البيهقى أيضا من رواية حذيفة مرفوعا ، قال : واسناده ساقط (وأما) حديث على رضى الله عنه (أنه غسل أباه أبا طالب فأمره النبى صلى الله عليه وسلم أن يغتسل) فرواه البيهقى من طرق ، وقال : هو حديث باطل وأسانيده كلها ضعيفة وبعضها منكر ، وفى حديث عن عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يغتسل من الجنابة ويوم الجمعة ومن الحجامة وغسل الميت » رواه أبو داود وغيره باسناد ضعيف ، وهكذا الحديث فى الوضوء من حمل الميت ضعيف ، وقد روى أبو داود والترمذى عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم « من غسل ميتا فليغتسل ، ومن حمله فليتوضأ » قال الترمذى حديث حسن ، وقد ينكر عليه قوله : انه حسن ، بل هو ضعيف قد بين البيهقى وغيره ضعفه ، قال البيهقى رحمه الله : الروايات المرفوعة فى هذا عن أبى هريرة غير قوية بعضها لجهالة رواتها وبعضها [1] قال : والصحيح أنه موقوف عليه وضعف المرفوع به أيضا مع من قدمنا أيضا الشافعى رحمه الله ، والله أعلم .

وقال المزنى : هذا الغسل ليس بمشروع ، وكذا الوضـــوء من مس الميت وحمله ، لأنه لم يصح فيهما شيء ، قال فى المختصر : وقد أجمعوا على أن من مس حريراً [2] أو ميتة ليس عليه وضوء ولا غســـل فالمؤمن أولى ، هذا كلام المزنى ، وهو قوى والله أعلم .

قال أصحابنا : فى الغسل من غسل الميت طريقان (المذهب) الصحيح الذى اختاره المصنف والجمهور أنه سنة سواء صح فيه حديث أم لا ، فلو صح حديث حمل على الاستحباب (والثانى) فيه قولان الجديد أنه سنة ، والقديم أنه واجب ــ ان صح الحديث ــ والا فسنة . قال الخطابى رحمه الله : لا أعلم أحدا أوجب الغسل من غسل الميت ، قال : ويشبه أن يكون الحديث للاستحباب ، قال ابن المنذر فى الاشراف رحمه الله : قال ابن عمر

---

(١) بياض بالأصل ولعل السقط (لانقطاعها أو وقفها) (ط) .

(٢) كذا بالأصول والنسخ المطبوعة أيضا والصواب (خنزيراً أو ميتة) حتى يستقيم المعنى وهو نصه فى المختصر (ط) .

وابن عباس والحسن البصرى والنخعى والشافعى وأحمد واسحق وأبو ثور وأصحاب الرأى : لا غسل عليه ، وعن على وأبى هريرة وابن المسيب وابن سيرين والزهرى : يغتسل وعن النخعى وأحمد واسحق : يتوضأ ، قال ابن المنذر : لا شيء عليه ، ليس فيه حديث يثبت ، قال أصحابنا رحمهم الله : وغسل الجمعة والغسل من غسل الميت آكد من غيرهما من الأغسال المسنونة • وأيهما آكد ؟ فيه القولان اللذان ذكرهما المصنف (أصحهما) عنده أن الغسل من غسل الميت آكد (الثانى) وهو المختار أن غسل الجمعة آكد •

وقد سبق بيان هذا فى باب صفة غسل الجنابة • وسبق بيان فائدة هذا الخلاف والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب للغاسل اذا رأى من الميت ما يعجبه ان يتحدث به • وان رأى ما يكره لم يجز أن يتحدث به • لما روى أبو رافع رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من غسل ميتا فكتم عليه غفر الله له أربعين مرة ») •

(الشرح) حديث أبى رافع رواه الحاكم فى المستدرك ، قال : هو صحيح على شرط مسلم • وأبو رافع اسمه مسلم وقيل : ابراهيم • وقيل : ثابت • وقيل : هرمز توفى فى خلافة على رضى الله عنه وقيل غير ذلك وهذا الحكم الذى قاله المصنف قاله ــ جمهور الأصحاب • وقال صاحب البيان رحمه الله : لو كان الميت مبتدعاً مظهرا لبدعته ، ورأى الغاسل ما يكره فالذى يقتضيه القياس أن يتحدث به فى الناس للزجر عن بدعته ، وهذا الذى قاله صاحب البيان متعين لا عدول عنه ، والحديث وكلام الأصحاب خرجا على الغالب ، وقد جاءت نصوص فى هذا وعكسه ، وسنوضحها ان شاء الله فى آخر باب التعزية ، والله أعلم •

(فرع) فى مسائل تتعلق بالباب :

(احداها) يجوز للجنب والحائض غسل الميت بلا كراهة وكرههما الحسن وابن سيرين ، وكره مالك الجنب • دليلنا أنهما طاهران كغيرهما •

(الثانية) قد سبق فى باب ازالة النجاسة أن الآدمى هل ينجس بالموت ؟ قولان سواء المسلم والكافر (أصحهما) لا ينجس (والثانى) ينجس ، وأما غسالته فان قلنا : لا ينجس بالموت فطاهرة ، وان قلنا : ينجس فالقياس أنها نجسة ونقل الدارمى عن أبى اسحق المروزى أن غسالته طاهرة ، سواء قلنا بطهارة الآدمى أم بنجاسته ، قال الدارمى : فى هذا نظر •

(الثالثة) ذكرنا أنه يستحب أن يغسل الميت ثلاثا ، فان لم يحصل الانقاء بها زاد حتى يحصل الانقاء ، قال السرخسى : قال القفال : واذا حصل الانقاء بالثلاث لا بأس أن يزيد عليها اذا بلغ به وترا آخر ، بخلاف طهارة الحى ، فانه يمنع من الزيادة على ثلاث ، والفرق أن طهارة الحى محض تعبد ، وهنا المقصود التنظيف وازالة الشعث •

(الرابعة) سبق أن مذهبنا استحباب المضمضة فى غسل الميت والاستنشاق ، وبه قال مالك وأحمد وداود وابن المنذر وقال أبو حنيفة لا يشرعان وحكاه ابن المنذر عن سعيد بن جبير والنخعى والثورى • دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « وابدأن بمواضع الوضوء منها » ومذهبنا استحباب تسريح شعر الميت ، قال العبدرى : وقال أبو حنيفة وسائر الفقهاء : لا يسرح • دليلنا حديث أم عطية السابق فى أول الباب ، ومذهبنا استحباب الكافور فى الغسلة الأخيرة ، وفى غيرها الخلاف السابق • قال العبدرى : وبهذا قال عامة الفقهاء وقال أبو حنيفة : لا يستحب دليلنا حديث أم عطية • ومذهبنا استحباب غسل الميت ثلاثا فان لم يحصل الانقاء زدنا حتى يحصل ويستحب بعده الايتار وبهذا قال جمهور العلماء • وقال مالك : لا تقدير للاستحباب دليلنا حديث أم عطية رضى الله عنها •

باب الكفن

قال المصنف رحمه الله تعالى

(تكفين الميت فرض على الكفاية لقوله صلى الله عليه وسلم « فى المحرم الذى خر من بعيره : كفنوه فى ثوبيه اللذين مات فيهما » ويجب ذلك فى ماله للخبر ويقدم على الدين كما تقدم كسوة المفلس على ديون غرمائه ، فان قال بعض الورثة : انا اكفنه من مالى ، وقال بعضهم : بل يكفن من التركه كفن من التركة ، لأن فى تكفين بعض الورثة من ماله منة على الباقين فلا يلزم قبولها ، وان كانت امراة لها زوج ففيه وجهان . قال ابو اسحاق : يجب على الزوج لأن من لزمه كسوتها فى الحياة لزمه كفنها بعد الوفاة ، كالأمة مع السيد . وقال ابو على ابن أبى هريرة : يجب فى مالها لأنها بالموت صارت أجنبية منه فلم يلزمه كفنها ، والأول أصح ، لأن هذا يبطل بالأمة فانها صارت بالموت أجنبية من مولاها ، ثم يجب عليه تكفينها ، فان لم يكن مال ولا زوج فالكفن على من يلزمه نفقتها اعتباراً بالكسوة فى الحياة) .

(**الشرح**) حديث المحرم رواه البخارى ومسلم من رواية ابن عباس ، وسبق فى باب غسل الميت ، وليس فى الصحيحين وقوله : اللذين مات فيهما ، وأكثر رواياتهما ثوبين ، وفى بعضها ثوبيه ، والكسوة بكسر الكاف وضمها ، لغتان الكسر أفصح . وفى الفصل مسائل :

(احداها) تكفين الميت فرض كفاية بالنص والاجماع وأنه لا يشترط وقوعه من مكلف ، حتى لو كفنه صبى أو مجنون حصل التكفين لوجود المقصود .

(الثانية) محل الكفن تركة الميت للحديث المذكور والاجماع ، فان كان عليه دين مستغرق قدم الكفن لما ذكره المصنف ، واستثنى أصحابنا صورا يقدم فيها الدين على الكفن ؛ وضابطها أن يتعلق الدين بعين التركة (فمن) الصور المستثناة مال تعلقت به زكاة لشاة بقيت من أربعين والمرهون والعبد الجانى والمبيع اذا مات المشترى مفلسا وشبهها ، فيقدم صاحب الدين بلا خلاف ، وممن صرح به من أصحابنا الجرجانى فى فرائضه ، والبغوى فى التهذيب والجوينى فى الفروق ، والرافعى وغيرهم ، وكان ينبغى للمصنف

أن ينبه عليه • قال أصحابنا رحمهم الله : وحنوط الميت ومؤنة تجهيزه كالغسل والحمل والدفن وغيرها لها حكم الكفن فيما ذكرناه •

(فـــرع) تكفين الميت وسائر مؤنة تجهيزه يحسب من رأس ماله ، سواء كان موسرا أو غيره ، هذا مذهبنا وبه قال الفقهاء كافة الا ما سأذكره • قال ابن المنذر : الكفن من رأس المال ، سواء كان موسرا أو غيره ، هذا مذهبنا وبه قال الفقهاء كافة الا ما سأذكره عند أكثر العلماء ، ممن قاله ابن المسيب وعطاء ومجاهـــد والحسن وعمرو بن دينـــار وعمر بن عبد العزيز والزهرى وقتادة ومالك والثورى والشافعى وأحمد واسحاق ومحمد بن الحسن ، وبه نقول ، وقال خلاس بن عمرو بكسر الخاء : من ثلث التركة • وقال طاوس : ان كان المال قليلا فمن الثلث والا فمن رأس المال ، دليلنا حديث المحرم ، فان النبى صلى الله عليه وسلم لم يسأل هل أوصى بالثلث أم لا •

(الثالثة) اذا طلب بعض الورثة تكفينه من ماله وآخر من التركة كفن من التركة لما ذكره المصنف •

(الرابعة) اذا ماتت مزوجة فهل يلزم الزوج كفنها ؟ فيه وجهان (أصحهما) عند جمهور الأصحاب يجب على زوجها ، ممن صححه المصنف هنـــا ، وفى التنبيه والمحاملى فى كتابيه المجموع والتجريد ، والرافعى ، وقطع به المحاملى فى المقنع ، وصحح المـــاوردى والشيخ أبو محمـــد الجوينى فى الفروق ، والجرجانى فى التحرير وجوبه فى مالها ، قال الشيخ أبو محمد : هو قول أكثر أصحابنا ، وفى هذا النقل نظر ، لأن الأكثرين انما نقلوه عن أبى على ابن أبى هريرة ، ودليل الوجهين فى الكتاب قاله البنـــدنيجى والعبدرى وابن الصباغ وسائر الأصحاب وســـواء كانت الزوجة موسرة أو معسرة ففيهـــا الوجهان وأما تقييـــد الغزالى فى الوســـيط الوجهين بما اذا كانت معسرة فانكروه عليه ويجاب عنه بأنه ذكر احدى الصورتين ولم يتكلم فى الموسرة •

قال أصحابنا : « وحكم مؤنة غسلها ودفنها وسائر مؤن تجهيزها حكم الكفن » صرح به القاضى أبو الطيب فى كتابيه التعليق والمجرد ، والدارمى

والمحاملى فى المجموع والتجريد والمقنع وآخرون ولا خلاف فيه • قال المحاملى فى التجريد والمقنع وآخرون من الأصحاب : ان قلنا يجب على الزوج فلم يكن له مال وجب فى مالها ، فان لم يكن لها مال فعلى من عليه نفقتها ، فان لم يكن ففى بيت المال • وأما قول المصنف فى الأمة انها صارت أجنبية بالموت فقد قال مثله المحاملى وغيره وأنكره صاحب الشامل وقال : نفقة الأمة كانت لسبب الملك ولا تبطل أحكامه بالموت ، ولهذا كان السيد أحق بدفنها وتولى تجهيزها •

(الخامسة) اذا لم يكن للميت مال ولا زوج وجب كفنه وسائر مؤن تجهيزه على من تلزمه نفقته من والد وولد وسيد ، فيجب على السيد كفن عبده وأمته والقن والمدبر وأم الولد والمكاتب ، لأن الكتابة انفسخت بالموت ، وسواء فى أولاده البالغ وغيره ، والصحيح والزمن ، وكذا الوالدون لأنهم بالموت صاروا عاجزين عن الكسب ونفقة العاجز واجبة ، فان لم يكن له من تلزمه نفقته وجبت مؤنة تجهيزه فى بيت المال كنفقته ، وهل يكفن من بيت المال بثوب أم بثلاثة ؟ فيه طريقان حكاهما امام الحرمين •

(أحدهما) يكفن بثوب واحد ، قال الامام وبهذا قطع الأئمة (وأصحهما) وأشهرهما فيه وجهان ، وممن حكاهما صاحب التقريب والبغوى وآخرون (أصحهما) بثوب لأنه يستغنى عما سواه وبيت المال للمحتاج فان قلنا بثوب فترك الميت ثوبا لم يزد عليه من بيت المال • وان قلنا ثلاثة فهل يقتصر عليه أم يكمل ثلاثة ؟ فيه وجهان (أصحهما) يكمل لأنه يستحقه فى بيت المال ، فان لم يكن فى بيت المال مال وجب كفنه وسائر مؤن تجهيزه على عامة المسلمين ، كنفقته فى مثل هذا الحال •

قال القاضى حسين والبغوى وغيرهما : ولا يجب حينئذ الا ثوب واحد يستر جميع بدنه ، لأن أموال العامة أضيق من بيت المال فلا يؤخذ منها الا الضرورة ، وهذا كله مشهور فى كتب الأصحاب ، وهو مفهوم من قول المصنف : الكفن على من تلزمه نفقته ، فان النفقة مرتبة هكذا ، واذا كفن من مال قريبه الذى عليه نفقته فهل يكفن بثوب أم بثلاثة ؟ فيه وجهان كبيت المال ، حكاهما القاضى حسين وغيره (أصحهما) بثوب •

(فـــرع) قال البندنيجى : فان مات له أقارب دفعة واحدة ، بهدم أو غرق وغيرهما ، قدم فى التكفين وغيره من يخاف فساده ، فان استووا فيه قدم الأب ثم الأقرب فالأقـــرب ، فان كانا آخوين قدم أسنهما ، فان كانا زوجين أقرع بينهما اذ لا مزية •

(فـــرع) فى مذاهب العلماء فى كفن الزوجة •

ذكرنا أن الأصح عندنا أنه على الزوج ، وبه قال مالك وأبو حنيفة • وقال الشعبى ومحمد بن الحسن وأحمد « فى مالها » وروى عن مالك •

(فـــرع) قال البندنيجى وغيره : لو مات انسان ولم يوجـــد هناك ما يكفن به الا ثوب مع مالك له غير محتاج اليه ، لزمه بذله بقيمته كالطعام للمضطر •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واقل ما يجزىء ما يستر العورة كالحى ، ومن اصحابنا من قال : اقله ثوب يعم البدن لأن ما دونه لا يسمى كفناً ، والأول اصح) •

(الشرح) هذان الوجهان مشهوران ، واختلفوا فى أصحهما ، وصحح المصنف هنا والمحاملى فى المجموع وصاحبا المستظهرى والبيان وآخرون من العراقيين الاكتفاء بساتر العورة ، وقطع به كثيرون من العراقيين أو أكثرهم ، ممن قطع به منهم الماوردى ، فى الحاوى والقاضى أبو الطيب فى كتابيه التعليق والمجرد ، وســليم الرازى فى الكفاية ، والمحــاملى فى التجريد ، وصاحب الشامل ، وقطع به الخراسانيين المتولى وغيرهم ، وهو ظاهر نص الشافعى فى الأم ، فانه قال رحمه الله (وما كفن فيه الميت أجزأه ، وانما قلنا ذلك لأن النبى صلى الله عليه وسلم « كفن يوم أحد بعض القتلى بنمرة » فدل ذلك على أنه ليس فيه حد لا يقصر عنه ، وعلى أنه يجــزىء ما وارى العورة) هذا لفظ نصه •

وقطع جمهور الخراسانيين بأنه يجب ساتر جميع البدن ، ممن قطع به منهم امام الحرمين والغزالى والبغوى والسرخسى وغيرهم وصححه منهم القاضى حسين وغيره •

وحكى البندنيجى فى المسألة ثلاثة أوجه ، هذان الوجهان ، والثالث : يجب ثلاثة أثواب ، وهذا شاذ مردود ، والأصح ما قدمناه عن الأكثرين ، وعن ظاهر نصه وهو ساتر العورة ، لحـديث مصعب بن عمير الذى أشار اليه الشافعى فى استدلاله وهو أن النبى صلى الله عليه وسلم « كفنه يوم أحد بنمرة غطى بها رأسه ، وبدت رجلاه فأمرهم أن يجعلوا على رجليه الاذخر » رواه البخارى ومسلم ، فان قيل : لعله لم يكن له سوى النمرة (فالجواب) من وجهين (أحدهما) أنه يبعد ممن خرج للقتال أن لا يكون معه غيرها من سلاح وغيره ، مما يشترى به كفن (والثانى) لو ثبت أنه لم يكن له غيرها والسـاتر غيرها لوجب تتميمه من بيت المـال ، فان فقد فعلى المسلمـين والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والمستحب أن يكفن الرجل فى ثلاثة أثواب ، ، ازار ولفافتين بيض لما روت عائشة رضى الله عنها قالت « كفن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ثلاثة أثواب [بيض] سحولية ، ليس فيها قميص ولا عمامة » فان كفن فى خمسة اثواب لم يكره ، لأن ابن عمر رضى الله عنهما كان يكفن أهله فى خمسة أثواب ؛ فيها قميص وعمامة ، ولأن اكمل ثياب الحى خمسة ، قميصان وسراويل ، وعمامة ورداء ، ويكره الزيادة على ذلك لأنه سرف ، وان قال بعض الورثة : يكفن بثوب ، وقال بعضهم : بثلاثة ففيه وجهان (أحدهما) يكفن بثوب ، لأنه يعم ويستر (والثانى) يكفن بثلاثة ، لأنه الكفن المعروف المسنون ، والأفضل ان لا يكون فيها قميص ولا عمامة ، لحديث عائشة رضى الله عنها ، فان جعل فيها قميص وعمامة لم يكره ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أعطى ابن عبد الله بن أبى ابن سلول[1] قميصا ليجعله فى كفن أبيه ، وان كان فى الكفن قميص وعمامة جعل ذلك تحت الثياب ، لأن اظهاره زينة ، وليس الحال حال زينة) .

(الشرح) حديث عائشة رواه البخارى ومسلم ، وحديث ابن عمر : « كفن أهله فى خمسة أثواب » ذكره البيهقى فقال : روينا عن نافع أن أبنا

---

(١) سلول امراة من خزاعة وثبتت الالف قبل ابن املاء كابى ابن سلول ومحمد ابن الحنفية وعيسى ابن مريم واسماعيل ابن عليه وعبد الله بن مالك ابن بحينة فمالك أبوه وبحينة أمه والمقداد بن عمرو ابن الأسود فعمرو أبوه الحقيقى والأسود الذى رباه فنسب اليه واسحاق بن ابراهيم ابن راهويه فراهويه الذى ولدته أمه ولادة مستعصية وهو ابراهيم ولدته فى طريق مكة وهى كلمة فارسية ومثله محمد بن يزيد ابن ماجه صاحب السنن وماجه هو يزيد وغيرهم آخرون (ط) .

لعبد الله بن عمر مات فكفنه ابن عمر فى خمسة أثواب قميص وعمامة وثلاث لفائف ، وأما حديث عبد الله بن أبىّ فرواه البخارى ومسلم من رواية عبد الله ابن عمر بن الخطاب وجابر بن عبد الله • واسم ابن أبىّ هذا عبد الله أيضا ، وهو عبد الله بن عبد الله بن أبى ابن سلول فأبى بضم الهمزة وفتح البـاء وتشديد الياء ، وسلول بفتح السين المهملة ، وبلامين الأولى مضمومة ، وهو اسم امرأة ، فلا ينصرف ، فعبد الله الميت هو ابن أبى ، وهو ابن سلول أيضا فأبى أبوه وسلول أمه ، وسلول زوجة أبى ، قال العلماء : والصـواب فى كتابته وقراءته أن تنون أبى ، ويكتب ابن سلول بالألف فى ابن ولهذا نظائر كقولهم محمد بن على ابن الحنفية واسماعيل بن ابراهيم ابن علية وآخرين ، وقد أفردتهم فى جزء ، وأشرت اليهم فى ترجمـة محمد بن على فى تهـذيب الأسماء واللغات •

وكان عبد الله الميت رأس المنافقين كثير اساءة الأدب ، والكلام القبيح ، وأما ابنه عبد الله الذى أعطاه النبى صلى الله عليه وسلم القميص ، فكان مسلما صالحا ، فاضلا رضى الله عنه ، والقميص الذى أعطاه اياه هو قميص رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قيل : أعطاه اياه ليطيب قلب ابنه ، وقيل : لأن الميت المنافق كان كسا العباس رضى الله عنه عم رسول الله صلى الله عليه وسلم ثوبا حين أسر يوم بدر ، فأعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثوبا بدله لئلا يبقى لكافر عنده يد ، والأول أظهر ، ولهذا صلى عليـه رسـول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن ينهى عن الصلاة على المنافقين ، ثبت ذلك فى الصحيحين فى هذا الحديث •

فان قيل : ليس فى هذا الحديث دليل لما قاله المصنف : فانه استدل على القميص والعمامة وليس للعمامة ذكر فيه (فجوابه) أنه اذا ثبت أحـدهما ثبت الآخر ، اذ لا فرق (وقوله) سحولية روى بضم السين وفتحها ، والفتح رواية الأكثرين قال الأزهرى : هى بالفتح مدينة فى ناحية اليمن ، منها ثياب يقال لها : سحولية ، قال : واما السحولية بالضم فهى الثياب البيض ، وقال غير الأزهرى : هى بالفتح نسـبة الى قرية باليمن ، وبالضم ثياب القطن ، وقيل : بالضم ثياب نقية من القطن خاصة (قوله) ولأن أكمل ثياب الحى ،

وقع فى بعض النسخ أكمل بالكاف ، وفى بعضها أجمل بالجيم ، وهما صحيحان ، والكاف أكثر وأحسن (قوله) لأنه سرف قال الأزهرى وغيره : السرف ما جاوز الحد المعروف لمثله .

(**أما الأحكام**) فقال الشافعى والأصحاب : المستحب أن يكفن الرجل فى ثلاثة أثواب : ازار ولفافتين ، والمراد بالازار المئزر الذى يشد فى الوسط ، وسواء فى هذا البالغ والصبى ، فيستحب تكفين الصبى فى ثلاثة كالبالغ ، وقال أبو حنيفة : يكفن الصبى فى خرقتين . دليلنا أنه ذكر فأشبه البالغ ، وان كفن الرجل فى أربعة أو خمسة لم يكره ولم يستحب ، وان كفن فى زيادة على خمسة قال المصنف والأصحاب : يكره لأنه سرف ولم يقولوا ان الزيادة حرام مع أنها اضاعة مال غير مأذون فيه ولو قال به قائل لم يبعد والأفضل أن لا يكون فى الكفن قميص ولا عمامة . فان كانا لم يكره لكنه خلاف الأولى لما ذكره المصنف هذا هو الصواب المعروف فى المذهب ، وبه قطع الأصحاب .

وقال المصنف فى كتابه عيون المسائل فى الخلاف : يكره التكفين فى القميص خلافا لأبى حنيفة وهذا الذى قاله مع أنه شاذ فى المذهب ضعيف بل باطل من جهة الدليل ، لأن المكروه ما ثبت فيه نهى مقصود ، ولم يثبت فى هذا شىء ، والصواب الأول . قال أصحابنا : فان كان قميص وعمامة استحب جعلها تحت الثياب لما ذكره المصنف وان قال بعض الورثة يكفن فى ثوب ، وقال بعضهم فى ثلاثة فوجهان مشهوران ذكر المصنف دليلهما واتفق الأصحاب على أن الأصح هنا تكفينه فى ثلاثة وفى المسألة طريق آخر ذكره الامام فى النهاية وهو القطع بثلاثة نقله عن معظم الأصحاب ولو قال بعض الورثة : ثوب يستر جميع البدن أو ثلاثة . وقال بعضهم : بل ساتر العورة فقط . وقلنا بجوازه فالذى عليه الأصحاب أنه يكفن فى ثوب أو ثلاثة . وحكى صاحب البيان وجها أنه يكفن بساتر العورة وهو غلط صريح ولو اتفقت الورثة على ثوب واحد فطريقان قطع البغوى بأنه يكفن فى ثوب . وطرد المتولى فيه الوجهين وهو الأقيس . ولو كان عليه دين مستغرق فقالت الورثة : نكفنه فى ثلاثة أثواب ، وقال الغرماء : فى ثوب فوجهان مشهوران .

أصحهما عند الأصحاب تكفينه بثوب لأن تخليص ذمته من الدين أنفع له من اكمال الكفن (والثانى) يكفن بثلاثة كالمفلس ، فانه يترك له الثياب اللائقة به ، ومن قال بالأول فرق بأن ذمة المفلس عامرة فهو بصدد الوفاء بخلاف الميت ، ولو قالت الغرماء : يكفن بساتر العورة ، وقالت الورثة بثوب ساتر جميع البدن نقل صاحب الحاوى وغيره الاتفاق على ساتر جميع البدن • ولو اتفقت الورثة والغرماء على ثلاثة أثواب جاز بلا خلاف ، صرح به القاضى حسين وآخرون ، وانما ذكروه ــ وان كان ظاهرا ــ لأنه ربما تشكك فيه انسان من حيث ان ذمته تبقى مرتهنة بالدين •

قال امام الحرمين : قال صاحب التقريب : لو أوصى الميت بأن يكفن فى ثوب لا غير كفى ثوب سابغ للبدن لأن الكفن حقه ، وقد رضى باسقاط حقه من الزيادة قال : ولو قال : رضيت بساتر العورة ، لم تصح وصيته ، ويجب تكفينه فى ساتر لجميع بدنه ، قال الامام وهذا الذى ذكر فى نهاية الحسن ، وكذا جزم به الغزالى وغيره ، قال أصحابنا : الثوب الواحد حق لله تعالى لا تنفذ وصية الميت فى اسقاطه والثانى والثالث حق للميت تنفذ وصيته باسقاطها ، قال القاضى أبو الطيب فى المجرد : واذا اختلفوا فى جنس الكفن ، قال أصحابنا : ان كان الميت موسرا كفن بأعلى الأجناس ، وان كان متوسطا فبالأوسط ، وبالأدون ان كان فقيرا •

(فـــرع) ان قيل : ذكرتم أن المستحب تكفين الرجل فى ثلاثة أثواب وهذا يخالف حديث المحرم الذى سقط عن بعيره ، فانه كفن فى ثوبين ، وجوابه ما أجاب به القاضى أبو الطيب وغيره أنه لم يكن له مال غيرهما ، وانما يستحب الثلاثة التمكن منها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والمستحب ان يكون الكفن ابيض لحديث عائشة رضى الله عنها والمستحب ان يكون حسنا ، لما روى جابر ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا كفن احدكم اخاه فليحسن كفنه » وتكره المغالاة فيه لما روى على رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا تغالوا فى الكفن فانه يسلب سلبا سريعا » والمستحب ان يبخر الكفن ثلاثا لما روى جابر رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا جمرتم الميت فجمروه ثلاثا ») •

(**الشرح**) حديث عائشة رضى الله عنها سبق بيانه أنه فى الصحيحين وحديث على رضى الله عنه رواه أبو داود باسناد حسن ولم يضعفه ، وحديث جابر الأول رواه مسلم ، وحديثه الآخر رواه أحمد بن حنبل فى مسنده ، والحاكم فى المستدرك والبيهقى واسناده صحيح ، قال الحاكم هو صحيح على شرط مسلم ، ولكن روى البيهقى عن يحيى بن معين أنه قال لم يرفعه الا يحيى بن آدم • قال يحيى بن معين : ولا أظنه الا غلطا ، قلت كأن يحيى ابن معين فرعه على قاعدة أكثر المحدثين أن الحديث اذا روى مرفوعا وموقوفا حكم بالوقف ، والصحيح الذى قاله الفقهاء وأصحاب الأصول ومحققوا المحدثين أنه يحكم بالرفع لأنها زيادة ثقة ، ولفظ رواية الحاكم والبيهقى « اذا أجمرتم الميت فأوتروا » قال البيهقى • وروى « جمروا كفن الميت ثلاثا » ولفظ رواية أحمد « اذا أجمرتم الميت فأجمروه ثلاثا » •

(وقوله) يكون الكفن أبيض أى ثيابا بيضا ، والاجمار التبخر ، وقوله صلى الله عليه وسلم فليحسن كفنه ــ هو بفتح الفاء ــ كذا ضبطه الجمهور وحكى القاضى عياض عن بعض الرواة اسكان الفاء أى فعل التكفين من الاشباع ، والعموم ، والأول هو الصحيح ، أى يكون الكفن حسنا ، وسأذكر ان شاء الله تعالى قريبا معنى تحسينه •

(**اما الاحكام**) ففيها مسائل :

(احداها) يستحب أن يكون الكفن أبيض لحديث عائشة المذكور والحديثين السابقين فى باب هيئة الجمعة •

(الثانية) يستحب تحسين الكفن ، قال أصحابنا والمراد بتحسينه بياضه ونظافته ، وسوغه وكثافته ، لا كونه ثمينا ، لحديث النهى عن المغالاة ، وتكره المغالاة فيه للحديث • قال القاضى حسين والبغوى الثوب الغسيل أفضل من الجديد ، ودليله حديث عائشة قالت : نظر أبو بكر رضى الله عنه الى ثوب كان يمرض فيه فقال « اغسلوا هذا وزيدوا عليه ثوبين ، وكفنونى فيها ، قلت : ان هذا خلق ، قال : الحى أحق بالجديد من الميت ، انما هو للمهلة » رواه البخارى ــ والمهلة بضم الميم وكسرها وفتحها ــ هى دم الميت

وصديده، ، ونحوه .قال أصحابنا رحمهم الله : ويجوز تكفين كل انسان فيما يجوز له لبسه فى الحياة فيجوز من القطن والصوف والكتان والشعر والوبر وغيرها ، وأما الحرير فيحرم تكفين الرجل فيه ، وأما المرأة فالمشهور القطع بجواز تكفينها فيه لأنه يجوز لها لبسه فى الحياة ، لكن يكره تكفينها فيه ، لأن فيه سرفا ويشبه اضاعة المال ، بخلاف اللبس فى الحياة فانه تجمل للزوج ، وحكم صاحب البيان فى زيادات المهذب وجها أنه لا يجوز ، وأما المعصفر والمزعفر فلا يحرم تكفينها فيه بلا خلاف ولكن يكره على المذهب وبه قطع الأكثرون وحكى صاحبا العدة والبيان وجهين ثانيهما لا يكره ، قالا : وهو مذهب أبى حنيفة قال أصحابنا : ويعتبر فى الكفن المباح حال الميت ، فان كان مكثرا من المال فمن جياد الثياب ، وان كان متوسطا فأوسطها ، وان كان مقلا فخشنها ، هذه عبارة الشيخ أبى حامد والبندنيجى وغيرهما .

(الثالثة) يستحب تبخير الكفن الا فى حق المحرم والمحرمة ، قال أصحابنا : صفة ذلك أن يجعل الكفن على عود وغيره ، ثم يبخر كما يبخر ثياب الحى حتى تعبق بها رائحة الطيب ، قال أصحابنا ، ويستحب أن يكون الطيب عودا ويكون العود غير مطيب بالمسك ، فان كان مطيبا به جاز ، ويستحب تطييبه ثلاثا للحديث .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب أن يبسط أحسنها واوسعها ، ثم الثانى [ثم] الذى يلى الميت اعتباراً بالحى فانه يجعل أحسن ثيابه واوسعها فوق الثياب ، وكلما فرش ثوبا نثر فيه الحنوط ثم يحمل الميت الى الأكفان مستورا ، ويترك على الكفن مستلقيا على ظهره ، ويؤخذ قطن منزوع الحب فيجعل فيه الحنوط والكافور ويجعل بين اليتيه ، ويشد عليه كما يشد التبان . ويستحب أن يأخذ القطن ، ويجعل عليه الحنوط والكافور ويترك على الفم والمنخرين والعينين والأذنين وعلى خراج نافذ ان كان عليه ليخفى ما يظهر من رائحته ويجعل الحنوط والكافور على قطن ويترك على مواضع السجود ، لما روى عن عبد الله بن مسعود أنه قال : ((يتتبع بالطيب مساجده)) ولأن هذه المواضع شرفت بالسجود فخصت بالطيب قال : ((واحب ان يطيب جميع بدنه بالكافور لأن ذلك يقوى البدن ويشده)) ويستحب ان يحنط رأسه ولحيته بالكافور كما يفعل الحى اذا تطيب . قال فى البويطى : ((فان حنط بالمسك فلا باس لما روى أبو سعيد أن النبى صلى الله عليه وسلم

قال : « المسك من أطيب الطيب » وهل يجب الحنوط والكافور ام لا ؟ فيه قولان وقيل فيه وجهان (أحدهما) يجب لأنه جرت به العادة فى الميت فكان واجبا كالكفن (والثانى) أنه لا يجب ، كما لا يجب الطيب في حق المفلس ، وان وجبت الكسوة) .

(الشرح) حديث أبى سعيد الخدرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « المسك أطيب الطيب » رواه مسلم فى صحيحه هكذا ، ووقع فى المهذب : (من أطيب الطيب) بزيادة (من) والأثر المذكور عن ابن مسعود (يتتبع بالطيب مساجده) رواه البيهقى ، والحنوط ــ بفتح الحاء وضم النون ــ هذا هو المشهور ، ويقال : الحناط بكسر وهو أنواع من الطيب يخلط للميت خاصة لا يقال فى غير طيب الميت حنوط قال الأزهرى : يدخل فى الحنوط الكافور وذريرة القصب والصندل الأحمر والأبيض (وقوله) كما يشد التبان هو بضم المثناة فوق وتشديد الموحدة ، وهو سراويل قصيرة صغيرة بلا تكة (قوله) وعلى خراج نافذ هو بضم الخاء المعجمة ، وتخفيف الراء وهو القرحة فى الجسد .

(اما الأحكام) فقال الشافعى والأصحاب يستحب أن يبسط أوسع اللفائف وأحسنها ويذر عليها حنوط ثم يبسط الثانية عليها ويذر عليها حنوط وكافور ، ان كفى الرجل أو المرأة فى لفافة ثالثة أو رابعة كانت كالثانية فى أنها دون التى قبلها وفى ذر الحنوط والكافور . واتفق الشافعى والأصحاب على استحباب الحنوط كما ذكرنا . قال صاحب الحاوى رحمه الله : هذا شىء لم يذكره غير الشافعى من الفقهاء ، وانما اختاره الشافعى لئلا يسرع بلى الأكفان وليقيها من بلل يصيبها .

قال المصنف والأصحاب رحمهم الله « ثم يحمل الميت مستورا فيوضع فوقها مستلقيا » واحتجوا لبسط أحسن اللفائف وأوسعها ؛ أولا بالقياس على الحى ، فانه يجعل أجمل ثيابه فوقها ، ثم يؤخذ قطن منزوع الحب فيجعل عليه حنوط وكافور ويدس بين أليتيه حتى يتصل بحلقة الدبر فيسدها ، ليرد شيئا يتعرض للخروج . قال أصحابنا : ولا يدخله الى داخل الحلقة . هذا هو الصحيح الذى قطع به جماهير الأصحاب فى الطريقين ، وذكر البغوى

وجهين (أحدهما) يكره الادخال (والثانى) يدخل لأنه اذا لم يدخل لا يمنع الخروج قال : وانما فعل ذلك للمصلحة •

وقال القاضى حسين فى تعليقه : قال القفال : رأيت للشافعى رحمه الله فى الجامع الكبير ادخاله ، وهذا نقل غريب وحكم ضعيف ، والصواب ما سبق • وسبب الخلاف أن المزنى نقل فى المختصر عن الشافعى أنه قال يأخذ شيئا من قطن منزوع الحب فيجعل فيه الحنوط والكافور • ثم يدخل بين أليتيه ادخالا بليغا ويكثر منه ليرد شيئا ــ ان جاء منه عند تحريكه ــ ويشد عليه خرقة مشقوقة الطرف ، يأخذ أليته وعانته • ثم يشد عليه كما يشد التبان الواسع • قال المزنى : لا أحب ما قال من ابلاغ الحشو • ولكن يجعل كالوزة من القطن بين أليتيه ويجعل من تحتها قطن يضم الى أليتيه • والشداد من فوق ذلك كالتبان يشد عليه • فان جاء منه شىء بعد ذلك منعه ذلك أن يظهر ، فهذا أحسن فى كرامته من انتهاك حرمته • هذا آخر كلام المزنى •

قال أصحابنا : توهم المزنى من كلام الشافعى هذا أنه أراد ادخال القطن فى الدبر قالوا وأخطأ فى توهمه • وانما أراد الشافعى أن يبالغ فى حشو القطن بين أليتيه حتى يبلغ الدبر من غير أن يدخله • وقد بين ذلك فى الأم فقال حتى يبلغ الحلقة • قال بعض أصحابنا : ومما يدل على وهم المزنى قول الشافعى : لرد شىء ان خرج • ولو كان مراده أن يدخل الى داخل الدبر لقال يمنع من خروج شىء والله أعلم •

قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله : ثم يشد ألياه ويستوثق فى ذلك بأن يأخذ خرقة ويشق رأسها ويجعل وسطها عند أليته وعانته ويشد فوق السرة بأن يرد ما يلى ظهره الى سرته ، ويعطف الشقان الآخران عليه ، ولو شد شق من كل رأس على هذا الفخذ ومثله على الفخذ الآخر جاز ، وقيل يشد عليه بخيط ، ولا يشق طرفها والله أعلم •

قال الشافعى والمصنف والأصحاب : ثم يأخذ شيئا من القطن ويضع عليه شيئا من الحنوط والكافور ، ويجعل على منافذ البدن من الأذنين والعينين والمنخرين والفم والجراحات النافذة دفعا للهوام ، ويجعل على قطن وكافور

وترك على مواضع السجود ، وهى الجبهة والأنف ، وبطن الكفين ، والركبتان والقدمان ، هكذا قال المصنف والجمهور ، ونص عليه الشافعى فى المختصر ، وفيه وجه حكاه الرافعى أنه يجعل الحنوط والكافور على نفس هذه المساجد بلا قطن ، وهو ضعيف وغريب • قال المصنف وغيره : قال الشافعى فى المختصر والمصنف والأصحاب : ويستحب أن يحنط رأسه ولحيته بالكافور كما يفعل الحى اذا تطيب ، قال الشافعى ونقله المصنف والأصحاب : ولو حنط بالمسك فلا بأس لحديث أبى سعيد السابق •

وروى البيهقى باسناد حسن ، عن على رضى الله عنه أنه كان عنده مسك فأوصى أن يحنط به وقال : هو من فضل حنوط رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى فى ذلك عن ابن عمر وأنس رضى الله عنهم •

قال المصنف : وهل يجب الحنوط والكافور أم لا ؟ فيه قولان ؛ وقيل وجهان (أحدهما) يجب لجريان العادة به ، فوجب كالكفن (والثانى) يستحب ولا يجب كما لا يجب الطيب للمفلس ، وان وجبت كسوته •

(وقوله) قولان ، وقيل وجهان ، هذا من ورعه واتقانه واعتنائه • فلم يجزم بقولين ولا وجهين ، وسبب تردد المصنف رحمه الله فى ذلك أن المحاملى قال فى المجموع : ظاهر ما ذكره الشافعى فى الأم والمختصر أنه واجب • وقال فى موضع آخر : انه مستحب • فالمسألة على قولين قال وأصحابنا يحكون فيها وجهين • وقال البندنيجى : قال الشافعى فى الأم والقديم : كفن الميت وحنوطه ومؤنة تجهيزه من رأس ماله ليس لغرمائه ولا لورثته منع ذلك ، ثم قال الشافعى بعد هذا بسطرين : ولو لم يكن حنوط ولا كافور رجوت أن يجزىء • قال البندنيجى رحمه الله : واختلف أصحابنا فى الطيب والحنوط على وجهين • قال : والظاهر أنهما قولان ، هذا كلامه ، والأصح أنه لا يجب ، صححه الغزالى وغيره • قال امام الحرمين رحمه الله : ويجب القطع بهذا ، وقطع المتولى بأن الكافور لا يجب ، وانما الوجهان فى الحنوط ، وممن خص الوجهين بالحنوط المحاملى والماوردى والغزالى ، وممن وافق المصنف فى نقل الوجهين فى الحنوط والكافور جميعا صاحبا المستظهرى والبيان ، وسبقهم به البندنيجى كما ذكرناه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ثم يلف فى الكفن ويجعل ما يلى الرأس اكثر كالحى ما على راسه اكثر . قال الشافعى رحمه الله : ويثنى صنيفة الثوب الذى يلى الميت فيبدأ بالأيسر على الأيمن وبالأيمن على الأيسر . وقال فى موضع يبدأ بالأيمن على الأيسر ثم الأيسر على الأيمن ، فمن أصحابنا من جعلها قولين . (أحدهما) يبدأ بالأيسر على الأيمن (والثانى) : يبدأ بالأيمن على الأيسر . ومنهم من قال : هى على قول واحد أنه تثنى صنفة الثوب الأيسر على جانبه الأيمن ، وصنفة الثوب الأيمن على جانبه الأيسر ، كما يفعل الحى بالساج ، يعنى الطيلسان ، وهذا هو الأصح لأن فى الطيلسان ما على الجانب الأيسر هو الظاهر ثم يفعل ذلك فى بقية الأكفان ، وما يفضل من عند الرأس يثنى (١) على وجهه وصدره ، فان احتيج الى شد الأكفان شدت ، ثم يحل عنه عند الدفن ، لأنه يكره أن يكون معه فى القبر شىء معقود ، فان لم يكن له الا ثوب واحد قصير لا يعم البدن غطى راسه وترك الرجل ، لما روى أن مصعب بن عمير رضى الله عنه قتل يوم أحد ، ولم يكن له الا نمرة ، فكان اذا غطى بها راسه بدت رجلاه ، واذا غطى بها رجلاه بدا راسه ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم « غطوا بها راسه واجعلوا على رجليه شيئا من الاذخر ») .

(**الشرح**) حديث مصعب رواه البخارى ومسلم من رواية خباب بن الارت وقوله « تثنى صنيفة » هو بفتح أول تثنى ، والصنيفة بفتح الصاد المهملة وكسر النون وبعد النون ياء ، والمشهور فى كتب اللغة صنفة بلا ياء . قال الأزهرى : هى زاوية الثوب ، وكل ثوب مربع له أربع صنفات . قال وقيل صنفته طرفه . والساج ــ بسين مهملة وجيم مخففة ــ وجمعه سيجان . قال الأزهرى : هو الطيلسان المقور نسج كذلك . والاذخر بكسر الهمزة والخاء حشيش معروف ، ومصعب بن عمير من فضلاء الصحابة والسابقين الى الاسلام ، ويوم أحد كان يوم السبت لاحدى عشرة خلت من شوال سنة ثلاث من الهجرة . والنمرة بفتح النون وكسر الميم وهى ضرب من الأكسية ، وقيل شملة مخططة من صوف ، وقيل : فيها أمثال الأهلة .

(**اما الأحكام**) ففى الكيفية المستحبة فى لف الأكفان الطريقان اللذان ذكرهما المصنف وهما مشهوران (أصحهما) عند الأكثرين يبدأ فيثنى الثوب الذى يلى بدن الميت من شقه الأيسر على شق الميت الأيمن ، ثم الأيمن على

---

(١) فى ش و ق (شىء) بدل (يثنى) (ط) .

الأيسر ، كما يفعل الحى بالقبـاء ، ثم يلف الثوب الثـانى والثالث كذلك • (والطريق الثانى) على قولين (أحدهما) هذا (والثانى) يثنى أولا الشـق الأيمن ثم الأيسر • قال الشافعى فى المختصر والمصنف والأصحاب رحمهم الله تعالى : واذا لف الكفن عليه جمع الفاضل عند رأسه جمع العمامة ورده على وجهه وصدره الى حيث ينتهى ، وما فضل عند رجليه يجعـل على القـدمين والساقين • قال أصحابنا : ويستحب أن يوضع الميت على الأكفان بحيث اذا لف عليه كان الفاضل عند رأسه أكثر لحديث مصعب رضى الله عنه ، وان لم يكن الا ثوب لا يعم كل البدن ستر وتركت الرجلان وجعل عليهما حشيش ونحوه لحديث مصعب • قال الشافعى فى المختصر والأصحاب : فان خيف انتشار الأكفان عند الحمل شدت بشداد يعقد عليهـا ، فاذا أدخلوه القـبر حلوه ، هذا لفظ الشافعى والأصحاب • قال المصنف وجماعة : « لأنه يكره أن يكون فى القبر شىء معقود » •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما المراة فانها تكفن فى خمسة اثواب : ازار وخمار وثلاثة اثواب • وهل يكون احد الثلاثة درعا ؟ فيه قولان (احدهما) أن احدها درع لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم « ناول ام عطية رضى الله عنها فى كفن ابنته ام كلثوم ازارا ودرعا وخمارا وثوبين ملآء » (والثانى) أنه لا يكون فيها درع لأن القميص انما تحتاج اليه المراة لتستتر به فى تصرفها والميت لا يتصرف ، فان قلنا : لا درع فيها أزرت وخمرت بخمار وتدرج فى ثلاثة أثواب • واذا قلنا فيها درع ازرت بازار وتلبس الدرع وتخمر بخمار وتدرج فى ثوبين • قال الشافعى رحمه الله : ويشد على صدرها ثوب ليضم ثيابها فلا تنتشر ، وهل يحل عنها الثوب عند الدفن ؟ فيه وجهان • قال أبو العباس : يدفن معها وعليه يدل كلام الشـافعى فانه ذكر أنه يشد ولم يذكر انه يحل • وقال أبو اسحاق : ينحى عنها فى القبر ، وهو الأصح لأنه ليس من جملة الكفن) •

(الشرح) الحديث المذكور رواه أبو داود باسـناده عـن ليلى بنت قانف بالنون المكسورة وبعدها فاء ، الثقفية الصحابية رضى الله عنهـا قالت « كنت فيمن غسل بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان أول ما أعطانا رسول الله صلى الله عليه وسلم الحقا ثم الدرع ثم الخمار ثم الملحفة ثم أدرجت بعد فى الثوب الآخر ، قالت : ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس عنـد

الباب معه كفنها يناولنا ثوباً ثوباً » اسناده حسن الا رجلا لا أتحقق حاله • وقد رواه أبو داود فلم يضعفه ، وقوله « ثوبين ملآء » بضم الميم وبالمد وتخفيف اللام « والحقا » بكسر الحاء وتخفيف القاف ، يقال له الحقو والحقو ، بكسر الحاء وفتحها ، والحقا والازار والمئزر •

وأما قوله « الملحفة والثوب ، ان أدرجت فيه فهما المراد بقوله ثوبين ملآء » أى غير ملفقين ، بل كل واحد منهما قطعة واحدة ، واتفقت نصوص الشافعى والأصحاب على أنه يستحب تكفين المرأة فى خمسة أثواب • وأن الرجل يكفن فى ثلاثة ولا يستحب الزيادة ، ويجوز الى خمسة بلا كراهة ، ويكره مجاوزة الخمسة فى الرجل والمرأة ، والخنثى كالمرأة • ذكره جماعة من أصحابنا •

قال امام الحرمين : قال الشيخ أبو على رحمه الله : وليس استحباب الخمسة فى حقها متأكدا كتأكد الثلاثة فى حق الرجل : قال الامام : وهذا متفق عليه • هذا حكم كفنها المستحب •

وأما الواجب ففيه الوجهان السابقان فى أول الباب (أحدهما) ثوب ساتر لجميع البدن (وأصحهما) ساتر العورة وهى جميع بدن الحرة الا وجهها وكفيها ، وبهذا قطع الماوردى فى كفن المرأة • قال أصحابنا : واذا كفن الرجل والمرأة فى ثلاثة فهى لفائف وان كفن الرجل فى خمسة فثلاث لفائف وقميص وعمامة ويجعلان تحت اللفائف ، وقد سبق بيان هذا •

وان كفنت فى خمسة فقولان (أحدهما) ازار وخمار وثلاث لفائف (والثانى) ازار وخمار ودرع وهو القميص ولفافتان ، وهذان القولان مشهوران وقد ذكرهما المزنى فى المختصر : فقال أحب أن يكون أحد الخمسة درعا لما رأيت فيه من فعل العلماء ، وقد قاله الشافعى مرة ثم خط عليه ، هذا كلام المزنى رحمه الله ، فأشار الى القولين وسماها جماعة من الخراسانيين قديما وجديدا ، فجعلوا القديم استحباب الدرع والجديد عدمه • قالوا : والقديم هنا هو الأصح ، وهى من المسائل التى يفتى فيها على القديم •

وقال الشيخ أبو حامد فى تعليقه والمحاملى فى التجريد : المعروف للشافعى فى عامة كتبه أن فيها درعا وهو القميص ، قالا : وذكر المزنى أن الشافعى

رحمه الله كان يذهب الى القديم ثم خط عليه ، قال المحاملى : ولا تعرف هذه الرواية الا من المزنى فالمسألة على قولين (أصحهما) أن فيها درعا ، هـذا كلام المحاملى ، واتفق الأصـحاب على أنه يستحب فيهـا الدرع ، وقطع به جماعة •

وأما من قال ان هذا مما يفتى به على القديم فغير مقبـول ، لأن هـذا القديم يوافقه معظم الجديد ، كما ذكره الشيخ أبو حامد والمحاملى وغيرهما ، ومن قال : لا درع يحتاج الى جواب عن الحديث ، ولعله يحمله على بيـان الجواز ويكون اعتماده على القياس على الرجل ، فانه لا يستحب فيه القميص بلا خلاف اذا كان ثلاثة والخمسة فى المرأة كالثلاثة فى الرجل •

واذا كفن الرجل والمرأة فى ثلاث لفائف فوجهان (أحدهما) يسـتحب كونها متفاوتة ، فالسفلى تأخذ سرته وركبته وما بينهما والثانية من عنقه الى الى كعبه • والثالثة تستر جميع البدن (والثانى) وهو الصحيح وقطع به امام الحرمين والغزالى وجماعة تكون متساوية فى الطول والعرض يستوعب كل واحدة منها جميع البدن قالوا : ولا فرق فى التكفين فى ثلاثة أثواب بين الرجل والمرأة وانما يفترقان فى الخمسة كما سبق واذا كفنت المرأة فى خمسة قال الشافعى يشد على صدرها ثوب ليضم أكفانها فلا تنتشر ، واتفق الأصحاب عليه واختلفوا فى المراد به فقال أبو اسحق المروزى : هو ثوب سادس ويحل عنها اذا وضعت فى القبر قال : والمراد بالثوب خرقة تربط لتجمع الأكفـان وقال أبو العباس بن سريج : هو أحد الأثواب الخمسة وترك عليها فى القبر كباقى الخمسة ، واتفق الأصحاب على أن قول أبى اسحق هو الصحيح هكذا ذكروا صورة الوجهين وخلاف أبى العباس وأبى اسحق ، وممن ذكره هكذا شيخ الأصحاب أبو حامد والبندنيجى والماوردى وأبو الطيب والمحاملى وابن الصباغ وامام الحرمين والباقون • وعبارة المصنف ليست صريحة فى هـذا فتتأول عليه •

قال أصحابنا رحمهم الله : وأما ترتيب الخمسة فان قلنا بقول أبى اسحق ، وقلنا بالقميص وهو الدرع شد عليها المئزر ثم القميص ثم الخمار ثم تلف فى لفافتين ثم يشد الثوب السادس وينحى فى القبر • وان قلنا : لا قميص أزرت

ثم خمرت ثم تلفت فى اللفائف الثلاث ثم يشد الثوب السادس • وأما على ابن سريج فان قلنا بالقميص شد المئزر ثم الدرع ثم الخمار ثم يشد عليها الشداد ثم تلف فى لفافة سابغة وهى الثوب الخامس فيكون الشداد مستورا وان قلنا : لا قميص شد المئزر ثم الخمار ثم تلف فى لفافة سابغة ثم يشد الشداد ثم تلف فى الخامس وهو أسبغها •

وهذا الترتيب هكذا على التفصيل الذى ذكرناه مستحب باتفاق الأصحاب ، فلو خولف أجزأ وفاتت الفضيلة والحديث الذى ذكرناه ظاهر فى استحبابه ، ولو قال المصنف : أزرت ثم قمصت ثم خمرت ثم لفت فى لفافتين بحرف « ثم » لكان أحسن كما جاء فى الحديث وذكره الأصحاب قال أصحابنا : واذا قلنا بقول أبى العباس ترك الثوب الذى هو الشداد فى القبر ولكنه يحل لأنه لا يترك فى القبر شىء معقود ، وقد نص الشافعى فى الأم فى باب الدفن على حل عقد الثياب والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا مات محرم لم يقرب مطيب ولم يلبس المخيط ولم يخمر رأسه ، لما روى ابن عباس رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم قال فى المحرم الذى خر من بعيره « اغسلوه بماء وسدر وكفنوه فى ثوبيه اللذين مات فيهما ولا تقربوه طيبا ، فانه يبعث يوم القيامة ملبيا » وان ماتت معتدة عن وفاة ، ففيه وجهان (أحدهما) لا تقرب الطيب لأنها ماتت والطيب يحرم عليها ، فلم يسقط تحريمه بالموت كالمحرمة (والثانى) تقرب الطيب لأنه حرم عليها فى العدة ، حتى لا يدعو ذلك الى نكاحها ، وقد زال هذا المعنى بالموت) •

(الشرح) حديث ابن عباس رواه البخارى ومسلم رحمهما الله ، وسبق بيانه فى أول الباب ، قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله : اذا مات المحرم والمحرمة حرم تطييبه ، وأخذ شىء من شعره أو ظفره وحرم ستر رأس الرجل والباسه مخيطا ، وعقد أكفانه ، وحرم ستر وجه المحرمة ، وكل هذا لا خلاف فيه ، ويجوز الباس المرأة القميص والمخيط ، كما فى الحياة ، ولو قال المصنف : يجب تجنيبه ما يجب عليه اجتنابه فى حياته لكان أحسن ، بل هو الصواب الذى لابد منه •

قال الشافعى رحمه الله فى الأم : ولا يعقد على الرجل ثوب ، ولا يلبس قميصا ولذا قال الشيخ أبو حامد والمحاملى والجرجانى والأصحاب : لا يعقد عليه ثوب كما لا يلبس قميصا فى الحياة ، وهذا لا خلاف فيه ، وهو جار على القاعدة التى سنذكرها ان شاء الله تعالى فى باب الاحرام ، أنه يحرم عليه عقد الرداء ولا يحرم عقد الازار ، وهذا الذى ذكرناه من تحريم الطيب سواء فيه الرجل والمرأة ، كما ذكرنا ، وسواء الطيب فى بدنه وأكفانه ، والماء الذى يغسل به ، وهو الكافور ، فكله حرام •

ونقل القاضى أبو الطيب فى كتابه المجرد أن الشافعى نص فى الجامع الكبير أنه لا يطرح الكافور فى مائه ، واتفق الأصحاب عليه ، وأما التجمير وهو التبخير عند غسله فلا بأس به ، كما لا يمنع المحرم من الجلوس عند العطار ، قال أصحابنا : فان طيبه انسان أو ألبسه مخيطا عصى الفاعل ولا فدية عليه • كما لو قطع طرفا من أطراف الميت عصى ولا غرم عليه •

وأما اذا ماتت معتدة محدة ، فهل يحرم تطييبها ؟ فيه وجهان ذكر المصنف دليلهما (أحدهما) وهو قول أبى اسحاق المروزى : يحرم (والثانى) وهو الصحيح باتفاق الأصحاب : لا يحرم ، قال المتولى : هو قول عامة أصحابنا الا أبا اسحاق المروزى ، قال الماوردى والمحاملى فى التجريد : وليست مسألة المعتدة منصوصة للشافعى رحمه الله ، وقول المصنف معتدة عن وفاة ، يحترز به عن معتدة رجعية وغيرها ممن لا حداد عليها ، وأما البائن فان قلنا بالضعيف من القولين ان عليها الاحداد فهى كالمتوفى عنها ، فيكون فيها الوجهان ، ولو قال المصنف : معتدة حادة أو محدة كما ذكرناه وقاله غيره ، لكان أحسن وأعم ، لتدخل البائن على القول الضعيف وكأنه ترك هذا القول لضعفه فلم يحترز عنه •

(فرع) قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه : هل يبطل صوم الانسان بالموت ؟ كما تبطل صلاته به ؟ أم لا تبطل كما لا يبطل حجة ؟ بل يبقى حكمه ويبعث يوم القيامة ملبيا ؟ فيه وجهان لأصحابنا ، والأصح بطلانه وهو ظاهر كلام الأصحاب •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى غسل المحرم وتكفينه

قد ذكرنا أن مذهبنا تحريم تطييبه والباسه مخيطا وستر رأسه • وبه قال عثمان بن عفان وعلى بن أبى طالب وابن عباس وعطاء والثورى وأحمد واسحاق وداود وابن المنذر • وقالت عائشة وابن عمر وطاوس والأوزاعى وأبو حنيفة ومالك : يطيب ويلبس المخيط كسائر الموتى • دليلنا الحديث المذكور •

(فرع) فى مسائل تتعلق بالباب

(احداها) اذا نبش القبر وأخذ الكفن قال صاحب التتمة يجب تكفينه ثانيا سواء كفن من ماله أو مال من عليه نفقته أو من بيت المال لأن العلة فى المرة الأولى الحاجة وهى موجودة • وقال صاحب الحاوى : اذا كفن من ماله ثم اقتسم الورثة التركة • ثم نبش وسرق الكفن وترك عريانا استحب للورثة أن يكفنوه ثانيا ولا يلزمهم ذلك لأنه لو لزمهم ثانيا للزمهم الى مالا يتناهى ، ولو كفن ثم أكله سبع واستغنى عن كفنه فلمن يكون الكفن ؟ فيه تفصيل وخلاف يأتى ان شاء الله فى باب السرقة حيث ذكره المصنف •

(الثانية) قال الصيمرى وغيره : لا يستحب أن يعد الانسان لنفسه كفنا لئلا يحاسب عليه وهذا الذى قاله صحيح الا اذا كان من جهه يقطع بحلها أو من أثر بعض أهل الخير من العلماء ، أو العباد ، ونحو ذلك ، فان ادخاره حينئذ حسن ، وقد ثبت فى صحيح البخارى عن سهل بن سعد الساعدى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان عليه بردة فطلبها رجل منه فأعطاه اياها فقال له الصحابة : ما أحسنت سألته وعلمت أنه لا يرد ، قال : انى والله ما سألته لألبسه ، انما سألته ليكون كفنى ، قال سهل : فكانت كفنه » •

(الثالثة) ذكرنا أن مذهبنا استحباب تكفين البالغ والصبى فى ثلاثة أثواب وبه قال جمهور العلماء ، قال ابن المنذر : وكان سويد بن غفلة [1] يكفن

---

(١) فى ش و ق : سويد بن علقمة وهو خطأ والصواب ما اثبتناه قال الشيخ فى تهذيب الأسماء واللغات : وهو ابو امية سويد بن غفلة بن عوسجة بن عامر بن وداع بن حارث بن مالك ابن أدد بن جعفى بن صعب بن سعد العشيرة الجعفى الكوفى التابعى المخضرم (بفتح الراء) أدرك الجاهلية كبيرا واسلم فى حياة النبى صلى الله عليه وآله وسلم ولم يره وأدى صدقته الى مصدق رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قصد المدينة فوصلها فى يوم دفن رسول الله صلى الله عليه

فى ثوبين ، قال : وقال أبو حنيفة النعمان : يكفن فى ثوبين ، وكان ابن عمر يكفن فى خمسة . (وأما) الصبى فقال ابن المنذر : قال ابن المسيب يكفن فى ثوب ، وقال أحمد واسحاق فى خرقة ، فان كفن فى ثلاثة فلا بأس ، وعن الحسن وأصحاب الرأى فى ثوبين ، واختار ابن المنذر ثلاثة . (وأما) المرأة فذكرنا أن مذهبنا أنه يستحب تكفينها فى خمسة أثواب ، قال ابن المنذر : وبه قال أكثر العلماء ، منهم الشعبى وابن سيرين والنخعى والأوزاعى وأحمد واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وقال عطاء ثلاثة أثواب درع وثوب تحته ولفافة فوقهما وقال سليمان بن موسى : درع وخمار ولفافة .

باب صلاة الميت

قال المصنف رحمه الله تعالى

(الصلاة على الميت فرض على الكفاية ، لقوله صلى الله عليه وسلم « صلوا خلف من قال : لا اله الا الله ، وعلى من قال : لا اله الا الله » وفى أدنى ما يكفى قولان (احدهما) ثلاثة ، لأن قوله صلى الله عليه وسلم صلوا خطاب جمع واقل الجمع ثلاثة (والثانى) يكفى واحد ، لأنها صلاة ليس من شرطها الجماعة ، فلم يكن من شرطها العدد كسائر الصلوات ، ويجوز فعلها فى جميع الأوقات ، لأنها صلاة لها سبب ، فجاز فعلها فى كل وقت ، ويجوز فعلها فى المسجد وغيره ، لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم « صلى على سهيل ابن بيضاء فى المسجد » والسنة أن يصلى فى جماعة ، لما روى مالك بن هبيرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ما من مسلم يموت فيصلى عليه ثلاثة صفوف من المسلمين الا وجب » وتجوز فرادى لأن النبى صلى الله عليه وسلم « مات فصلى عليه الناس فوجا فوجا » وان اجتمع نساء لا رجل معهن صلين عليه فرادى ، فان النساء لا يسن لهن الجماعة فى الصلاة على الميت ، وان صلين جماعة فلا بأس ؛ .

(الشرح) حديث « صلوا خلف من قال : لا اله الا الله ، وعلى من قال : لا اله الا الله » ضعيف . رواه الحاكم أبو عبد الله فى تاريخ نيسابور من

وآله وسلم وحديث اتيان مصدق النبى صلى الله عليه وسلم اليه فى سنن وغيره وحضر القادسية فى زمن عمر رضى الله عنه وشهد اليرموك وخطبة عمر بالجابية ـ توفى سنة ٨٢ وهو ابن ١٢٠ سنة وقيل ١٣٠ واتفقوا على توثيقه ا هـ .

رواية ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم واسناده ضعيف ، ورواه الدارقطنى كذلك بأسانيد ضعيفة وقال لا يثبت منها شيء وتغنى أحاديث كثيرة فى الصحيح • كقوله صلى الله عليه وسلم « صلوا على صاحبكم » وهذا أمر وهو للوجوب • وقد نقلوا الاجماع على وجوب الصلاة على الميت الا ماحكى عن بعض المالكية أنه جعلها سنة وهذا متروك عليه لا يلتفت اليه • (وأما) حديث عائشة فرواه مسلم فى صحيحه (وأما) حديث مالك بن هبيرة فحديث حسن رواه أبو داود والترمذى • قال الترمذى : حديث حسن • وقال الحاكم : هو صحيح على شرط مسلم •

(وأما) حديث صلاتهم على النبى صلى الله عليه وسلم أفواجا ، فرواه البيهقى باسناده عن ابن عباس رضى الله عنهما قال « لما صلى على رسول الله صلى الله عليه وسلم أدخل الرجال فصلوا عليه بغير امام أرسالا حتى فرغوا ، ثم أدخل النساء وصلين عليه ، ثم أدخل الصبيان فصلوا عليه ، ثم أدخل العبيد فصلوا عليه أرسالا لم يؤمهم على رسول الله صلى الله عليه وسلم أحد » •

قال الشافعى فى الأم ورواه عنه أيضا البيهقى : وذلك لعظم أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بأبى هو وأمى ، وتنافسهم فيمن يتولى الصلاة عليه وصلوا عليه مرة بعد مرة (وقوله) أرسالا ــ بفتح الهمزة ــ أى متتابعين (وقوله) أفواجا أى يدخل فوج يصلون فرادى ، ثم فوج كذلك (قوله) ليس من شرطها الجماعة احتراز من الجمعة (قوله) سهيل ابن بيضاء هى أمه واسمها دعد ، والبيضاء لقب ، واسم أبيه وهب بن ربيعة ، وكان سهيل من السابقين الى الاسلام ، وهاجر الى الحبشة والمدينة وشهد بدراً وما بعدها ، وتوفى سنة تسع من الهجرة ، وكان هو وأبو بكر الصديق رضى الله عنهما أسن الصحابة رضى الله عنهم ، ومالك بن هبيرة صحابى مشهور كندى سكونى مصرى كان أميرا لمعاوية على الجيوش •

(وقوله) الا وجب ، كذا هو فى المهذب والذى فى كتب الحديث أوجب بالألف ، وهو فى رواية الحاكم والبيهقى : الا غفر له ، وهو معنى أوجب ،

وان صح الذى فى المهذب كان معناه وجب له الجنة (وقوله) فان النساء لا يسن لهن الجماعة فى الصلاة على الميت ، هذا مما ينكر ، فيقال : هـذا تعليل بنفس الحكم الذى ادعاه .

(اما الأحكام) ففيه مسائل :

(احداها) الصلاة على الميت فرض كفاية بلا خلاف عندنا وهو اجماع والمروى عن بعض المالكية مردود كما سبق وفى أقل ما يسقط به الفرض قولان للشافعى ووجهان للاصحاب أحد القولين ثلاثة وهو نصه فى الأم وبه قطع الشيخ أبو حامد والمحاملى فى المجموع والتجريد وصاحب الحاوى (الثانى) يكفى واحد حكاه القاضى أبو الطيب والقاضى حسين وابن الصباغ والمتولى عن نص الشافعى فى الجامع الكبير (وأحد الوجهين) يشترط اثنان .

(والثانى) يشترط أربعة حكاهما القاضى حسين والبغوى وآخرون من الخراسانيين وقاسوا الأربعة على حمل الجنازة وضعف امام الحرمين هـذا بأن الأفضل فى حمل الجنازة الحمل بين العمودين وذلك يحصل بثلاثة ، ولأنه اذا قلنا يحمل الجنازة أربعة لا يقال انه واجب . وكلامنا هنا فى الواجب ، والأصح من الخلاف الاكتفاء بواحد لأنه يصدق عليه أنه صلى على الميت ممن صححه الجرجانى والرويانى والرافعى وغيرهم . وصحح البندنيجى والسرخسى اشتراط الثلاثة . فان قلنا يشترط اثنان أو ثلاثة أو أربعة سقط الفرض بفعلهم جماعة أو فرادى بلا خلاف لكن الجماعة أفضل وتكثيرها أفضل . وهل يسقط هذا الفرض بصلاة النساء مع وجود الرجال ؟ فيه وجهان (أصحهما) لا يسقط وبه قطع الفورانى والبغوى وآخرون (والثانى) يسقط ، وبه قطع المتولى والخنثى كالمرأة فى هذا .

(وأما) اذا لم يحضره الا النساء فانه يجب عليهن الصلاة عليه بلا خلاف ، ويسقط الفرض بفعلهن حينئذ بلا خلاف ويصلين فرادى ، فان صلين جماعة فلا بأس ، هذه عبارة الشافعى والأصحاب وسواء كان الميت رجلا أو امرأة ، وحكى الرافعى عن حكاية أبى المكارم صاحب العدة وجها ضعيفا أنه يستحب لهن الجماعة فى جنازة المرأة وهو شاذ .

(وأما) اذا حضر النساء مع الرجال فلا خلاف أنه لا يتوجه الفرض اليهن ولا يدخلن فيه ، صرح به الشيخ أبو حامد والأصحاب ، ولو لم يحضر الا رجل ونسوة وقلنا لا يسقط الفرض بواحد وجب عليهن التتميم • وأما الصبيان المميزون فمعلوم أنه لا يتوجه اليهم هذا الفرض ، وهل يسقط بصلاتهم ؟ فيه وجهان حكاهما البغوى والمتولى وآخرون (أصحهما) يسقط، قال البغوى ونص عليه الشافعى ، لأنه تصح امامته ، فأشبه البالغ ، ولو صلى الامام بجماعة على جنازة فبان حدث الامام ، أو بعض المأمومين ، فان بقى على الطهارة العدد المشروط أو واحد ان اكتفينا به سقط الفرض والا فلا ، نص عليه الشافعى واتفق عليه الأصحاب •

قال أصحابنا رحمهم الله : واذا صلى على الجنازة عدد زائد على المشروط وقعت صلاة الجميع فرض كفاية وكذا لو صلت طائفة بعد طائفة فصلاة الجميع فرض كفاية وسيأتى فيه زيادة شرح وتفريع فى الفصل العاشر من هذا الباب ان شاء تعالى •

(المسألة الثانية) تجوز صلاة الجنازة فى كل الأوقات ولا تكره فى أوقات النهى لأنها ذات سبب قال أصحابنا : لكن يكره أن يتحرى صلاتها فى هذه الأوقات ، بخلاف ما اذا حصل ذلك اتفاقا ، وقد سبقت المسألة بأدلتها فى باب الساعات •

(المسألة الثالثة) الصلاة على الميت فى المسجد صحيحة جائزة لا كراهه فيها بل هى مستحبة صرح باستحبابها فى المسجد الشيخ أبو حامد الاسفراينى شيخ الأصحاب والبندنيجى وصاحب الحاوى والجرجانى وآخرون ، هذا مذهبنا وحكاه ابن المنذر عن أبى بكر الصديق وعمر وهو مذهب عائشة وسائر أزواج النبى صلى الله عليه وسلم وغيرهن من الصحابة رضى الله عنهم ، وأحمد واسحق وابن المنذر وغيرهم من الفقهاء ، وبعض أصحاب مالك ، وقال مالك وأبو حنيفة وابن أبى ذئب تكره الصلاة عليه فى المسجد • واحتجوا بحديث أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من صلى على جنازة فى المسجد فلا شىء له » رواه أبو داود وغيره • واحتج أصحابنا

بحديث عائشة المذكور فى الكتاب ، وهو فى صحيح مسلم كما ذكرناه • وأما حديث أبى هريرة هذا (فجوابه) من أوجه :

(أحدها) أنه ضعيف باتفاق الحفاظ وممن نص على ضعفه الامام أحمد ابن حنبل وأبو بكر بن المنذر والبيهقى وآخرون ، قال أحمد : هذا الحديث مما انفرد به صالح مولى التوأمة وهو مختلف فى عدالته ، لكن معظم ما عابوا عليه الاختلاط ، قالوا : وسماع ابن أبى ذئب ونحوه منه قبل الاختلاط ، وهذا الحديث من رواية ابن أبى ذئب عنه والله أعلم •

(والوجه الثانى) أن الذى ذكره أبو داود فى روايته فى جميع نسخ كتابه المعتمدة فلا « شىء عليه » وعلى هذا لا دلالة فيه لو صح (وأما) رواية (فلا شىء له) فهى مع ضعفها غريبة ولو صحت لوجب حملها على (فلا شىء عليه) للجمع بين الروايات وقد جاء مثله فى القرآن ، كقوله تعالى : (ان أحسنتم أحسنتم لأنفسكم وان أسأتم فلها) [1] أى فعليها •

(الثالث) أجاب به الخطابى وسائر أصحابنا فى كتب المذهب أنه لو ثبت لكان محمولا على نقصان الأجر ، لأن المصلى عليها فى المسجد ينصرف غالبا الى أهله ، ومن صلى عليها فى الصحراء حضر دفنها غالبا ، فنقص أجر الأول ، ويكون التقدير فلا أجر كامل له ، كقوله صلى الله عليه وسلم « لا صلاة بحضرة الطعام » أى لا صلاة كاملة • فان قيل : لا حجة فى حديث عائشة لاحتمال أنه صلى الله عليه وسلم انما صلى عليه فى المسجد لعذر مطر أو غيره ، أو أنه وضعه خارج المسجد وصلى عليه هو فى المسجد ، أو أن المراد بالمسجد مصلى الجنائز (فالجواب) أن هذه الاحتمالات كلها باطلة ، لأن لفظ الحديث فى صحيح مسلم عن عباد بن عبد الله بن الزبير « أن عائشة رضى الله عنها أمرت أن تمر بجنازة سعد بن أبى وقاص فى المسجد فتصلى عليه ، فأنكر الناس ذلك عليها ، فقالت : ما أسرع ما نسى الناس ما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على سهيل ابن البيضاء الا فى المسجد » •

وفى رواية لمسلم عن عائشة أنها قالت « لما توفى سعد بن أبى وقاص أرسل أزواج النبى صلى الله عليه وسلم أن يمروا بجنازته فى المسجد فيصلين عليه ،

---

(١) الآية ٧ من سورة الاسراء .

ففعلوا فوقف به على حجرهن يصلين عليه • أخرج به من باب الجنائز الذى كان الى المقابر ، فبلغهن أن الناس عابوا ذلك ، فقالت عائشة رضى الله عنها : « ما أسرع الناس الى أن يعيبوا مالا علم لهم به ، عابوا علينا أن نمر بجنازة فى المسجد ، وما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على سهيل ابن بيضاء الا فى جوف المسجد » وفى رواية لمسلم أيضا قالت عائشة رضى الله عنها « لقد صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على ابنى بيضاء فى المسجد سهيل وأخيه » •

(المسألة الرابعة) تجوز صلاة الجنازة فرادى بلا خلاف ، والسنة أن يصلى جماعة للحديث المذكور فى الكتاب مع الأحاديث المشهورة فى الصحيح فى ذلك ، مع اجماع المسلمين ، وكلما كثر الجمع كان أفضل لحديث مالك ابن هبيرة المذكور فى الكتاب • وحديث عائشة وأنس رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم قالت « ما من ميت يصلى عليه أمة من المسلمين يبلغون مائة كلهم يشفعون له الا شفعوا فيه » رواه مسلم • وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : ما من رجل مسلم يموت فيقوم على جنازته أربعون رجلا لا يشركون بالله شيئا الا شفعهم الله فيه » رواه مسلم • ويستحب أن تكون صفوفهم ثلاثة فصاعدا ، لحديث مالك بن هبيرة • وفى تمام حديثه « وكان مالك اذا استقل أهل الجنازة جزأهم ثلاثة صفوف » وأما النساء فان كن مع الرجال صلين مقتديات بامام الرجال وان تمحضن • قال الشافعى والمصنف والأصحاب : أستحب أن يصلين منفردات • كل واحدة وحدها • فان صلت بهن احداهن جاز وكان خلاف الأفضل ــ وفى هذا نظر ــ وينبغى أن تسن لهن الجماعة كجماعتهن فى غيرها • وقد قال به جماعة من السلف منهم الحسن بن صالح وسفيان الثورى وأحمد وأصحاب أبى حنيفة وغيرهم وقال مالك : فرادى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويكره نعى الميت للناس والنداء عليه للصلاة • لما روى عن حذيفة رضى الله عنه أنه قال « اذا مت فلا تؤذنوا بى أحدا انى أخاف أن يكون نعيا » وقال عبد الله « الايذان بالميت من نعى الجاهلية ») •

(**الشـــرح**) النعى ــ بفتح النون وكسر العين وتشديد الياء ــ ويقال باسكان العين وتخفيف الياء لغتان والتشديد أشهر • والنداء ــ بكسر النون وضمها ــ لغتان الكسر أفصح • وروى الترمذى باسناده عن حذيفة رضى الله عنه قال : « اذا مت فلا تؤذنوا بى أحدا انى أخاف أن يكون نعيا • فانى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن النعى » قال الترمذى : حديث حسن •

(**اما حكم المسألة**) فقال المصنف والبغوى وجماعة من أصحابنا : يكره نعى الميت والنداء عليه للصلاة وغيرها • وذكر الصيدلانى وجها أنه لا يكره • وقال صاحب الحاوى : اختلف أصحابنا هل يستحب الايذان بالميت ؟ واشاعة موته فى الناس بالنداء عليه والاعلام ؟ فاستحبه بعضهم لكثرة المصلين والداعين له • وقال بعضهم : لا يستحب ذلك وقال بعضهم : يستحب ذلك للغريب • اذا لم يؤذن به لا يعلمه الناس • وقال صاحب التتمة : يكره ترثية الميت بذكر آبائه وخصائله وأفعاله ولكن الأولى الاستغفار له ، وقال غيره : يكره نعيه والنداء عليه للصلاة •

فأما تعريف أهله وأصدقائه بموته فلا بأس به • وقال ابن الصباغ فى آخر كتاب الجنائز : قال أصحابنا : يكره النداء عليه ولا بأس أن يعرف أصدقاؤه• وبه قال أحمد بن حنبل • وقال أبو حنيفة : لا بأس به • ونقل العبدرى عن مالك وأبى حنيفة وداود أنه لا بأس بالنعى • هذا ما ذكره الأصحاب فقد ثبت فى الصحيحين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « نعى النجاشى لأصحابه فى اليوم الذى مات فيه وخرج بهم الى المصلى وصلى بهم عليه » وأنه صلى الله عليه وسلم « نعى جعفر بن أبى طالب وزيد بن حارثة وعبد الله بن رواحة رضى الله عنهم • وأنه صلى الله عليه وسلم قال فى انسان كان يقم المسجد ــ أى يكنسه ــ فمات فدفن ليلا : أفلا كنتم آذنتمونى به ؟ » وفى رواية « ما منعكم أن تعلمونى » فهذه النصوص فى الاباحة • وجاء فى الكراهة حديث حذيفة الذى ذكرناه • قال البيهقى : ويروى ذلك ــ يعنى النهى ــ عن ابن مسعود وابن عمر وأبى سعيد • ثم علقمة وابن المسيب والربيع بن خيثم وابراهيم النخعى رضى الله عنهم • ولمن قال بالكراهة أن يجيب عن نعى

النجاشي وغيره ممن سبق أنه لم يكن نعيا وانما كان مجرد اخبار بموته فسمى نعيا لشبهه به فى كونه اعلاما •

والجواب لمن قال بالاباحة أن النهى انما هو عن نعى الجاهلية الذى أشار اليه صاحب التتمة • ولا يرد عليه قول حذيفة لأنه لم يقل ان الاعلام بمجرده نعى • وانما قال أخاف أن يكون نعيا وكأنه خشى أن يتولد من الاعلام زيادة مؤدية الى نعى الجاهلية •

والصحيح الذى تقتضيه الأحاديث الصحيحة التى ذكرناها وغيرها أن الاعلام بموته لمن لم يعلم ليس بمكروه ، بل ان قصد به الاخبار لكثرة المصلين فهو مستحب وانما يكره ذكر المآثر والمفاخر والتطواف بين الناس بذكره بهذه الأشياء • وهذا نعى الجاهلية المنهى عنه ، فقد صحت الأحاديث بالاعلام فلا يجوز الغاؤها وبهذا الجواب أجاب بعض أئمة الفقه والحديث المحققين ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وأولى الناس بالصلاة عليه الأب ثم الجد ثم الابن ثم ابن الابن ثم الأخ ثم ابن الأخ ثم العم ثم ابن العم على ترتيب العصبات ، لأن القصد من الصلاة الدعاء للميت ودعاء هؤلاء ارجى للاجابة ، فانهم افجع بالميت منغيرهم فكانوا بالتقديم احق ، فان اجتمع اخ من اب وام واخ من أب ، فالمنصوص ان الأخ من الأب والأم أولى • ومن أصحابنا من قال فيه قولان (احدهما) هذا (والثانى) انهما سواء لأن الأم لا مدخل لها فى التقديم فى الصلاة على الميت فكان فى الترجيح بها قولان كما نقول فى ولاية النكاح ومنهم من قال الأخ من الأب والأم اولى قولا واحدا ،لأن الأم ــ وان لم يكن لها مدخل فى التقديم ــ الا أن لها مدخلا فى الصلاة على الميت ، فرجح بها قولا واحداً ، كما نقول فى الميراث يقدم بها الأخ من الأب والأم على الأخ من الأب حين كان لها مدخل فى الميراث ، وان لم يكن لها مدخل فى التعصيب قال الشافعى رحمه الله : وان اجتمع وليان فى درجة قدم الأسن لأن دعاءه ارجى اجابة ، فان لم [يحمد] الأسن قدم الأقرا الأفقه لأنه افضل وصلاته أكمل فان استويا أقرع بينهما لأنهما تساويا فى التقديم فاقرع بينهما ، وان اجتمع حر وعبد هو اقرب اليه من الحر فالحر أولى من أهل الولاية والعبد ليس من أهل الولاية ، وان اجتمع الوالى والولى المناسب ففيه قولان قال فى القديم : الوالى أولى لقوله صلى الله عليه وسلم

« لا يؤم الرجل فى سلطانه » وقال فى الجديد : الولى أولى لأنه ولاية تترتب فيها العصبات فقدم الولى على الوالى ، كولاية النكاح) .

(**الشـــرح**) قوله لقـــوله صلى الله عليـــه وسلم « لا يؤم الرجـــل فى سلطانه » رواه مسلم وسبق بيانه فى باب صفة الأئمة . وقوله قال الشافعى رحمه الله : فان لم يحمد الأسن هو بياء مضمومة ثم حاء مهملة ساكنة ثم ميم مفتوحة ؛ أى لم يكن محمود الطريقة ، بأن يكون فاسقا أو مبتدعا هـــكذا فسره الأصحاب ، زاد المحاملى فى التجريد : أو جاهلا ، زاد المحاملى أيضا فى المجموع : أو يهوديا أسلم ، وفى هذا اشارة الى ما ذكره غيره أنه انما يقدم بالسن فى الاسلام كسائر الصلوات ، لكن فى تسمية هذا غير محمود الحـــال نظر (وقوله) لأنها ولاية تترتب فيها العصبات ، فقدم فيه الولى على الوالى ، كولاية النكاح احتراز من اقامة حدود الله تعالى .

أما أحكام الفصل ففيه مسائل :

(احداها) اذا اجتمع الولى المناسب والوالى فقولان مشهوران (القديم) أن الوالى أولى ، ثم امام المسجد ثم الولى (والجديد) الصحيح أن الولى مقدم على الوالى وامام المسجد ، وممن صرح بتقديم امام المسجد على الولى تفريعا على القديم صاحب التهـــذيب والرافعى ، واحتجوا للقـــديم بحديث « لا يؤم الرجل فى سلطانه » وللجديد بأنها ولاية تترتب فيها العصبات ، فقدم الولى على الوالى كالنكاح ، وحملوا الحديث على غير صلاة الجنازة ، وممن قال بتقديم الوالى علقمة والأسود والحسن البصرى وسويد بن غفلة ومالك وأبو حنيفة وأحمد واسحاق ، قال ابن المنذر : هو قول أكثر أهل العلم ، قال : وبه أقول ، قال : وروى عن على ولا يثبت عنه ، وممن قال بتقديم الولى الضحاك وأبو يوسف .

(الثانية) قال أصحابنا : القريب الذى يقدم الذكر ، فلا يقدم غير الولى القريب عليه ، الا أن يكون القريب أنثى فيقدم الرجل الأجنبى عليها ، اذ لا امامة لها حتى يقدم الصبى المميز الأجنبى على المرأة القريبة ، وكذا الرجل أولى بامامة النساء من المرأة فى سائر الصلوات ، لأن امامته أكمل .

(الثالثة) أولى الأقارب الأب ، ثم الجد أب الأب وان علا ، ثم الابن ، ثم

ابن الابن وان سفل ثم الأخ للأبوين وللأب ، وهل يقدم الأخ من الأبوين على الأخ من الأب ؟ فيه طريقان حكاهما المصنف والأكثرون (أصحهما) وبه قطع الشيخ أبو حامد وآخرون وهو المذهب والمنصوص تقديمه كما فى الميراث ، لأن الأم لها مدخل فى صلاة الجنازة قال الشيخ أبو حامد : نص الشافعى فى القديم والجديد على تقديم الأخ من الأبوين •

(والطريق الثانى) فيه قولان (أحدهما) يستويان (والثانى) تقديمه كالقولين فى ولاية النكاح ، لأن الأم لا مدخل لها فى الامامة ، فعلى المذهب المقدم بعدهما ابن الأخ للأبوين ، ثم الأب ، ثم العم للأبوين ، ثم للأب ، ثم ابن العم للأبوين ثم للأب ، ثم عم الأب ، ثم بنوه ، ثم عم الجد ، ثم بنوه على ترتيب الارث ، قال أصحابنا : ولو اجتمع عمان أو ابنا عم أحدهما لأبوين والآخر لأب ففيه الطريقان قال القاضى أبو الطيب وابن الصباغ والمتولى وغيرهم : ولو اجتمع ابنا عم أحدهما أخ لأم ففيه الطريقان (المذهب) تقديمه فان لم يكن عصبة من النسب قدم المعتق ثم عصبته • هكذا جزم به الشيخ أبو حامد والقاضى حسين وابن الصباغ والمتولى وآخرون وهو ظاهر ، ومفهوم من كلام المصنف ، معلوم من قوله على ترتيب العصبات والمولى من العصبات وله حكمهم فى ولاية النكاح والارث وغير ذلك ثم بعد العتق وعصباته تقدم ذوو الأرحام فيقدم أب الأم ثم الأخ للأم ثم الخال ثم العم للأم • قال القاضى حسين وغيره ولو اجتمع جد مملوك وأخ لأم حر فأيهما أولى ؟ فيه وجهان ولم يرجح واحدا منهما والأصح ترجيح الحر •

(الرابعة) اذا اجتمع اثنان فى درجة كابنين أو أخوين أو عمين أو ابنى أخ ونحو ذلك وتنازعا فى الامامة فقد نص فى المختصر أن الأسن أولى لأن دعاءه أرجى اجابة • وقال فى سائر الصلوات الأفقه والأقرأ أولى من الأسن فقال المصنف والجمهور : المسألتان على ما نص عليه • وهذا هو المذهب • وفرقوا بأن المقصود هنا الدعاء ودعاء الأسن أقرب الى الاجابة لأنه أخشع غالبا وأحضر قلبا والمراد فى سائر الصلوات مراعاة ما يطرأ فيها مما يحتاج الى فقه ومراعاة أقوالها وأفعالها وقيل : فيهما قولان بالنقل والتخريج • (أحدهما) يقدم الأسن فيهما • (والثانى) يقدم الأفقه والأقرأ فيهما • هكذا قاله امام

الحرمين والغزالى فى البسيط • قال امام الحرمين : وهذا الذى ذكرناه من طرد القولين فى المسألتين ذكره العراقيـون ولم يذكره المراوزة • بل جـزموا بتقديم الأفقه والأقرأ فى غير الصـلاة على الميت • وذكروا فى صـلاة الميت الطريقين • وتابعه على هذا النقل عن العراقيين الغزالى فى البسيط والوسيط •

وهذا الذى نقله عن العراقيين ليس فى كتبهم المشهورة ، بل جمهورهم قرروا النص ، وطائفة يسيرة منهـم ذكروا الطريقين فى صـلاة الجنـازة مع ترجيحهم القول المنصوص فيها ، وهو تقديم الأسن ، وجزموا بتقديم الأفقه والأقرأ فى غير الجنازة • وممن قطع بتقرير النص منهم الشـيخ أبو حامـد شيخهم وامامهم ، وأصحابه الثلاثة القاضى أبو الطيب فى تعليقه ، وصـاحب الحاوى والمحاملى فى التجـريد والمقنع والجرجانى وآخـرون ، وممن ذكر الطريقين فى الجنازة منهم وجزم بتقديم الأفقه والأقرأ فى غيرها المحاملى فى المجموع وابن الصباغ ونصر المقدسى والشاشى ، فهؤلاء أئمة العراقيين ، ولم يذكر أحد منهم التخريج الى غير صلاة الجنازة كما نقله عنهم امام الحرمين والله أعلم •

قال أصحابنا : وانما يقدم بالسن الذى مضى فى الاسلام ، فلا يقدم شيخ مضى معظم عمره فى الكفر وأسلم من قريب على شاب نشأ فى الاسلام ، كما سبق بيانه فى باب صفة الأئمة • قال أصحابنا رحمهم الله : ولا يشترط فى هذا السن الشيخوخة بل يقدم أكبر الشابين على أصغرهما • قال أصحابنا : واذا قلنا بالمذهب وهو تقديم الأسن فاستويا فى السن قدم الأفقه ثم الأقرأ ، كما فى سائر الصلوات ، وسبق هناك وجه بتقديم الأورع ووجه بتقديم الأقرأ ، وكل ذلك يجىء هنـا اذا اسـتويا فى السـن • قال الشـافعى والمصـنف والأصحاب : فان كان هناك أسن ولكنه غير محمود الحال كما سبق شرحه قدم الأفقه والأقرأ ، وصار هذا كالمعلوم ، فان اسـتويا من كل وجه أقـرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما فقدم بالقرعة •

(الخامسة) اذا استوى اثنان فى درجـة وأحدهما حر والآخـر رقيق ، فالحر أولى بلا خلاف ، ولو اجتمع رقيق فقيه ، وحـر غير فقيـه ، فوجهان مشهوران •

(أصحهما) يقدم الحر (والثانى) الرقيق • قال امام الحرمين والغزالى : ولعل التسوية بينهما أولى لتعارض الفضيلتين ، ولو اجتمع حر بعيد وعبد قريب كأخ هو عبد وعم حر فثلاثة أوجه (أصحها) وبه قطع المصنف وسائر العراقيين ، والمتولى وغيره من الخراسانيين الحر أولى ، لأنها ولاية والحر أهلها دون العبد (والثانى) العبد أولى لقربه ، حكاه الفورانى وامام الحرمين والغزالى والبغوى وآخرون من الخراسانيين (والثالث) هما سواء وأشار الى اختياره امام الحرمين والغزالى • قال أصحابنا : والمكاتب والعبد القريبان أولى من الحر الأجنبى ، والرجل الأجنبى وان كان عبدا أولى من المرأة القريبة ، والصبيان أولى من النساء • قال امام الحرمين رحمه الله : والذى ذكر تصريحا وتلويحا أن الخال وكل متمسك بقرابة فهو مقدم على الأجانب وان كان الخال عبدا مفضولا ، ولو اجتمع عبد بالغ وصبى حر فالعبد أولى بلا خلاف ، صرح به القاضى أبو الطيب وابن الصباغ والمتولى وغيرهم • قالوا : لأن العبد مكلف فهو أحرص على تكميل الصلاة ، ولأن الصلاة خلف العبد مجمع على جوازها ، واختلف العلماء فى جوازها خلف الصبى •

(فرع) اذا اجتمع وليان فى درجة أحدهما أفضل كان أولى كما سبق ، فان أراد أن يستنيب أجنبيا ففى تمكينه منه وجهان حكاهما صاحب العدة (الأقيس) أنه لا يمكن الا برضاء الآخر • قال ولو غاب الولى الأقرب ووكل من يصلى فنائبه أحق من البعيد الحاضر ، خلافا لأبى حنيفة •

(فرع) قال أصحابنا : لا حق للزوج فى الامامة فى صلاة الجنازة • هكذا صرح به الشيخ أبو حامد شيخ الأصحاب والشيخ نصر المقدسى وصاحب البيان وآخرون • وشذ عنهم صاحب العدة فقال : الزوج أولى بالامامة عليها من المولى المعتق ، خلافا لأبى حنيفة فى رواية دليلنا أنه أشد شفقه وأتم ارثا ، وهذا الذى قاله صاحب العدة شاذ مخالف لما قاله الأصحاب •

(فرع) لو أوصى الميت أن يصلى عليه أجنبى ، فهل يقدم الموصى له على أقارب الميت ؟ فيه طريقان (أصحهما) وبه قطع جمهور الأصحاب لا يقدم • ولا تصح هذه الوصية ، لأن الصلاة عليه حق للقريب وولاته فلا

تنفذ وصيته باسقاطها ، كما لو أوصى الى أجنبى بتزويج بنته ولها عصبة فانه لا تصح وصيته •

(والطريق الثانى) فيه وجهان حكاهما الرافعى عن الشيخ أبى محمد الجوينى أنه خرجه على الوجهين فيمن أوصى أجنبيا فى أمور أولاده ولهم جد (الصحيح) لا يصح (والثانى) يصح فعلى هذا تصح وصيته الى من يصلى عليه ويقدم على القريب •

قال الرافعى : وبهذا أفتى محمد بن يحيى صاحب الغزالى ، والمشهور فى المذهب بطلان هذه الوصية ، هذا مذهبنا • قال صاحب الحاوى : ويقدم الوصى على القريب ، يحكى هذا عن عائشة وأم سلمة وأنس بن مالك وابن سيرين وأحمد قال : وهو قياس قول مالك ، قال : وقال الشافعى وسائر الفقهاء : الأولياء أولى من الموصى له ، قال : وهو نظير مسألة الوصية بتزويج بنته • وحكى ابن المنذر تقديم الوصى عن سعيد بن زيد وأنس وزيد بن أرقم وأبى برزة وأم سلمة وابن سيرين وأحمد واسحاق ، واحتج لهم بأن أبا بكر الصديق وصى أن يصلى عليه عمر فصلى ، ووصى عمر أن يصلى عليه صهيب فصلى ، ووصت عائشة أن يصلى عليها أبو هريرة فصلى ، وكذلك غيرهم رضى الله عنهم •

واحتج أصحابنا بأن الصلاة حق للقريب فلا تنفذ الوصية باسقاطه كالارث وغيره • والجواب عن وصايا الصحابة رضى الله عنهم أن أولياءهم أجازوا الوصية والله أعلم •

(فرع) اذا لم يحضر الميت عصبة له ، ولاذوو رحم ، ولا معتق ، بل حضره أجانب قدم الحر على العبد فى الصلاة عليه ، ويقدم البالغ ، وان كان عبدا على الصبى ، وان كان حرا كما سبق ، فان اجتمع رجال أحرار قدم أحقهم بالامامة فى سائر الصلوات على ما سبق تفصيله فى بابه ، فان استووا وتنازعوا أقرع بينهم ، وان لم يحضر الا عبد قدم من يقدم فى سائر الصلوات ، فان استووا وتنازعوا أقرع ، صرح به المتولى وغيره •

(فرع) قد ذكرنا أن أحق الأقارب بالصلاة عليه أبوه ، ثم جده ، ثم ابنه ، ثم ابن ابنه ، وان سفل ، ثم الأخ على الترتيب السابق ، وأشار امام

الحرمين الى وجه بعيد غريب أن الأخ مقدم على الابن ، مأخوذ من ولاية النكاح والمشهور الذى نص عليه الشافعى ، واتفق عليه الأصحاب فى كل طرقهم ، يقدم الابن وبنوه على الأخ ، وقد نقل القاضى أبو الطيب فى تعليقه الاجماع على تقديم الابن على الأخ ، وقال مالك رحمه الله : الابن أولى من الأب والأخ ، وابن الأخ أولى من الجد • دليلنا القياس على ولاية النكاح والله أعلم •

(فـــرع) اذا ماتت امرأة ولها ابن وزوج فحق الصلاة عليها للابن دون الزوج وبه قال مالك والليث ، وقال أبو حنيفة رحمه الله : زوجها أولى من ابنها منه ، فان كان ابنها من غيره فهو أحق من زوجها ، قال : وابن العم أحق من الزو ج، وقال الشعبى : الولى أحق من الزوج ، وقال ابن أبى ليلى : الزوج أحق ، دليلنا على أبى حنيفة أن الابن عصبة وأكمل شفقة فقدم ، واحتجوا بأن الابن يلزمه طاعة أبيه فلا يتقدم عليه ، والجواب أن هذا ينتقض بالجد مع الأب فان الابن مقدم عليه مع أنه يلزمه طاعته •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن شرط صحة صلاة الجنازة الطهارة ، وستر العورة ، لأنها صلاة فشرط فيها الطهارة وستر العورة كسائر الصلوات ، ومن شرطها القيام واستقبال القبلة ، لأنها صلاة مفروضة فوجب فيها القيام واستقبال القبلة مع القدرة كسائر الفرائض) •

(**الشـــرح**) اتفقت نصوص الشافعى والأصحاب على أنه يشترط لصحة صلاة الجنازة طهارة الحدث ، وطهارة النجس فى البدن والثوب والمكان وستر العورة واستقبال القبلة الا فى شدة الخوف ، وأما القيام (فالصحيح) المشهور الذى نص عليه الشافعى ، وقطع به الجمهور أنه ركن لا تصح الا به الا فى شدة الخوف ، وفيه وجهان آخران للخراسانيين : (أحدهما) أنه يجوز القعود فيها مع القدرة على القيام كالنوافل ، لأنها ليست من فرائض الأعيان ، خرجوه من اباحة جنائز بتيمم واحد (والثانى) ان تعينت عليه لم يصح الا قائما ، والا صحت قاعدا ، وقد سبق بيان المسألة مبسوطة فى باب التيمم ، قال أصحابنا : ويشترط لصحتها تقديم غسل الميت وهذا لا خلاف فيه • قال المتولى وغيره : حتى لو مات فى بئر أو انهدم عليه معدن وتعذر اخراجه وغسله

لم يصل عليه ، وتصح الصلاة بعد غسله قبل تكفينه ويكره • صرح به البغوى وآخرون •

(فـــرع) قول المصنف : ومن شرطها القيام قد ينكر عليه تسـميته شرطا ، والصواب أنه ركن وفرض ، كما قال المصنف والأصحاب فى سـائر الصلوات وكأنه سماه شرطا مجازا لاشتراك الركن والشرط فى أن الصلاة لا تصح الا بهما ؛ وقد سمى أبو حامد قراءة الفاتحة هنا شرطا وهو مجاز ، كما ذكرنا (وقوله) لأنها صلاة مفروضة ، احترز من نافلة السفر (وقوله) مع القدرة ، احتراز من فريضة شدة الخوف •

(فـــرع) ذكرنا أن مذهبنا أن صلاة الجنازة لا تصـح الا بطهارة ، ومعناه ان تمكن من الوضوء لم تصح الا به ، وان عجز تيمم ، ولا يصح التيمم مع امكان الماء وان خاف فوت الوقت ، وبه قال مالك وأحمد وأبو ثور وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة : يجوز التيمم لها مع وجود الماء اذا خاف فوتها ان اشتغل بالوضوء وحكاه ابن المنذر عن عطاء وسالم والزهرى وعكرمة والنخعى وسعد بن ابراهيم ويحيى الأنصـارى وربيعة والليث والثـورى والأوزاعى واسحاق وأصحاب الرأى وهى رواية عن أحمد •

وقال الشعبى ومحمد بن جرير الطبرى والشيعة : يجوز صـلاة الجنازة بغير طهارة مع امكان الوضوء والتيمم ، لأنها دعاء ، قال صاحب الحاوى وغيره هذا الذى قاله الشعبى قول خرق به الاجمـاع ، فلا يلتفت اليه دليلنـا على اشتراط الطهارة قول الله عز وجل « ولا تصل على أحد منهم مات أبدا [1] » فسماه صلاة وفى الصحيحين قوله صلى الله عليه وسلم « صلوا على صاحبكم » وقوله صلى الله عليه وسلم « من صلى على جنازة » وغير ذلك من الأحاديث الصحيحة فى تسميتها صلاة وقد قال الله عز وجـل « اذا قمتم الى الصـلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الآية » [2] وفى الصحيح قوله صلى الله عليه وسلم « لا يقبل الله صلاة بغير طهور » ولأنها لما افتقرت الى شروط الصلاة دل على أنها صلاة ، وكون معظم مقصودها الدعاء لا يخرجها عن كونها صلاة • ودليلنا على أبى حنيفة وموافقيـه قوله تعالى « اذا قمتـم الى الصـلاة فاغسـلوا وجوهكم » الى قوله تعالى « فلم تجدوا ماء فتيمموا » وهذا عام فى صـلاة

---

(١) الآية ٨٤ من سورة التوبة . (٢) من الآية ٦ من سورة المائدة .

الجنازة وغيرها ، حتى يثبت تخصيص ، وقد سبقت المسألة فى باب التيمم وبالله التوفيق •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والسنة أن يقف الامام فيها عند راس الرجل ، وعند عجيزة المراة ، وقال ابو على الطبرى : السنة أن يقف عند صدر الرجل ، وعند عجيزة المراة ، لما روى أن أنساً رضى الله عنه « صلى أعلى رجل فقام عند راسه ، وعلى امراة فقام عند عجيزتها » فقال له العلاء بن زياد : هكذا كانت صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى على امراة عند عجيزتها وعلى الرجل عند راسه ؟ قال : نعم » فان اجتمع جنائز قدم الى الامام أفضلهم ، فان كان رجل وصبى وامراة قدم الرجل الى الامام ثم الصبى ثم الخنثى ثم المراة ، لما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما « أنه صلى على تسع جنائز رجال ونساء فجعل الرجل مما يلى الامام والنساء مما يلى القبلة » وروى عمار بن أبى عمار أن زيد بن عمر بن الخطاب وامه أم كلثوم بنت على رضى الله عنهم ماتا فصلى عليهما سعيد بن العاص ، فجعل زيدا مما يليه ، وأمه مما يلى القبلة ، وفى القوم الحسن والحسين وابو هريرة وابن عمر ، ونحو من ثمانين من اصحاب محمد صلى الله عليه وسلم والأفضل أن يفرد كل واحد منهم بصلاة ، فان صلى عليهم صلاة واحدة جاز ، لأن القصد من الصلاة عليهم الدعاء وذلك يحصل بالجمع فى صلاة واحدة) •

(**الشـــرح**) حديث أنس رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه وآخرون قال الترمذى : هو حديث حسن ، وهذا الذى ذكره المصنف أنه وقف عند رأس الرجل هو الصواب الموجود فى كتب الحديث وغيرها • وأما قول الصيدلانى فى هذا الرجل : وقف عند صدره فغلط صريح وفى رواية أبى داود أن هذه المرأة كانت أنصارية ، وفى رواية الترمذى أنها قرشية ، وذكر البيهقى الروايتين ، فلعلها كانت من احدى الطائفتين ولها خلف من الأخرى أو زوجها من الأخرى •

(وأما) حديث ابن عمر رضى الله عنهما أنه صلى على تسع جنائز فرواه البيهقى باسناد حسن •

(وأما) حديث عمار بن أبى عمار فرواه البيهقى كما هو فى المهذب ورواه أبو داود والنسائى مختصرا ولفظهما « قال عمار : شهدت جنازة أم كلثوم وابنها فجعل الغلام مما يلى الامام فأنكرت ذلك ، وفى القوم ابن

عباس وأبو سعيد الخدرى وأبو قتادة وأبو هريرة فقالوا : هذه السنة » واسناده صحيح وعمار هذا تابعى مولى لبنى هاشم واتفقوا على توثيقه • وعجيزة المرأة ألياها ـ بفتح العين وكسر الجيم •

(اما الاحكام) ففيه مسائل :

(احداها) السنة أن يقف الامام عند عجيزة المرأة بلا خلاف للحديث ولأنه أبلغ فى صيانتها عن الباقين وفى الرجل وجهان (الصحيح) باتفاق المصنفين ، وقطع به كثيرون وهو قول جمهور أصحابنا المتقدمين أنه يقف عند رأسه (والثانى) قاله أبو على الطبرى عند صدره وهذا اختيار امام الحرمين والغزالى وقطع به السرخسى ، قال الصيدلانى : وهو اختيار أئمتنا ، وقال الماوردى : قال أصحابنا البصريون : عند صدره ، والبغداديون عند رأسه ، والصواب ما قدمته عن الجمهور ، وهو عند رأسه ونقله القاضى حسين عن الأصحاب قال أصحابنا : وليس للشافعى فى هذه المسألة نص • ممن قال هذا المحاملى فى المجموع والتجريد وصاحب الحاوى والقاضى حسين وامام الحرمين وغيرهم • وقد ذكر البغوى فى كتابه شرح السنة عن الشافعى وأحمد واسحق أنه يقف عند رأسه والخنثى كالمرأة فيقف عند عجيزته فلو خالف هذا فوقف عند عجيزة الرجل أو غيرها أو رأس المرأة والخنثى أو غيره صحت صلاته لكنه خلاف السنة • هذا تفصيل مذهبنا •

وقال أبو حنيفة : يقف عند صدر الرجل والمرأة جميعا وقال أبو يوسف وأحمد فى رواية : عند عجيزة المرأة وصدر الرجل وعن أحمد رواية عند رأس الرجل ، ولم يذكر ابن المنذر وغيره عنه غيرها وبه قال اسحاق وحكاه الترمذى عن أحمد واسحق ونقل العبدرى عن مالك عند وسط الرجل ومنكبى المرأة قال ابن المنذر وقال الحسن البصرى : يقف حيث شاء منهما •

دليلنا على الجميع حديث أنس المذكور فى الكتاب • وعن سمرة رضى الله عنه قال « صليت وراء النبى صلى الله عليه وسلم على امرأة ماتت فى نفاسها فقام عليها وسطها » رواه البخارى ومسلم •

(المسألة الثانية) اذا حضرت جنائز ، جاز أن يصلى عليهم دفعة صلاة

واحدة وجاز أن يصلى على كل واحد وحده ، ودليله فى الكتاب واتفقوا على أن الأفضل أن يفرد كل واحد بصلاة الا صاحب التتمة ، فجزم بأن الأفضل أن يصلى عليهم دفعة واحدة لأن فيه تعجيل الدفن ، وهو مأمور به ، والمذهب الأول ، لأنه أكثر عملا وأرجى للقبول وليس هو تأخيراً كثيراً ، وسواء فيما ذكرناه كانوا ذكوراً أو اناثا ، فان كانوا نوعا واحداً وأراد أن يصلى عليهم صلاة واحدة ففى كيفية وضعهم طريقان (أصحهما) وبه قطع المصنف وسائر العراقيين وكثيرون من الخراسانيين ، ونقله امام الحرمين عن معظم الأئمة أنه يوضع الجميع بين يدى الامام بعضها خلف بعض ليحاذى الامام الجميع •

(والطريق الثانى) حكاه أكثر الخراسانيين فيه وجهان وبعضهم يقول قولان (أصحهما) هذا (والثانى) وبه قال أبو حنيفة يوضع الجميع صفا واحدا رأس كل واحد عند رجل الآخر ويجعل الامام جميعهم عن يمينه ويقف فى محاذاة الآخر منهم فان كن نساء فعند عجيزتها وان كانوا رجالا فعند رأسه أو صدره على الوجه الآخر ، وان كانوا رجالا ونساء تعين الطريق الأول بلا خلاف ، واذا وضعوا كذلك ، فمن يقدم الى الامام ؟ ينظر ان جاءوا دفعة واحدة نظر ان اختلف النوع قدم الرجل أو الرجال ثم الصبى أو الصبيان ثم الخناثى ثم النساء كما فى صلاتهم وراء الامام ، وان حضرت جماعة خناثى قال القاضى حسين والبغوى والمتولى وغيرهم يوضعون صفا واحدا رأس كل واحد عند رجل الآخر حتى لا تقدم امرأة على رجل وان اتحد النوع قدم الى الامام أفضلهم •

قال امام الحرمين وغيره : والمعتبر فى الفضيلة هنا الورع والتقوى وسائر الخصال المرعية فى الصلاة عليه والغلبة على الظن كونه أقرب من رحمة الله تعالى ، قال الامام رحمه الله : ولا يليق بهذا الباب التقديم بغير ما ذكرناه ، قالوا ولا يقدم بمجرد الحرية ، فلا يقدم حر على عبد لمجرد الحرية ، بخلاف الامامة وغيرها من الولاية فان الحر مقدم فيها لأنها تصرف والحر أدخل فى التصرفات من العبد ومطلق التصرف فى كل شيء واذا مات الحر والعبد استويا فى انقطاع تصرفهما وحينئذ فالورع أقرب ما يعتبر فان استووا فى كل الخصال ورضى الورثة بتقديم بعضهم قدم ، وان تنازعوا أقرع بينهم ، صرح

به امام الحرمين والأصحاب ، هذا كله اذا جاءت الجنائز دفعة واحدة فان جاءت متعاقبة قدم الى الامام أسبقها وان كان مفضولا ، هذا ان اتحد النوع •

أما اذا اختلف فيقدم بالذكورة ، فلو حضرت امرأة أولا ثم حضر رجل أو صبى قدم عليها الى الامام ، لأن مرتبة الرجال التقدم ، فان كانت قد وضعت بقرب الامام نحيت وقدم اليه الرجل والصبى • وأما اذا سبق الصبى فوجهان (الصحيح) الذى نص عليه الشافعى ، وقطع به معظم الأصحاب أن الصبى يقدم الى الامام ويكون الرجل وراءه بخلاف المرأة ، لأن الصبى له موقف فى الصف بخلاف المرأة (والوجه الثانى) حكاه امام الحرمين وغيره وبه قطع المحاملى فى المجموع أن الرجل يقدم فينحى الصبى ، ويقدم الرجل كما فى المرأة ، والمذهب الأول ، والخنثى مؤخر عن الصبى مقدم على المرأة وان كانت جنازته سابقة •

(المسألة الثالثة) فيمن يصلى عليهم ، اذا صلى عليهم دفعة فان كان الامام فظاهر وان كان بعض الأولياء ، فان رضوا بصلاة واحدة قدم ولى السابقة ، رجلا كان ميته أو امرأة • وان حضرت الجنائز دفعة أقرع بينهم ، وان لم يرضوا بصلاة واحدة صلى كل واحد على ميته • قال الشافعى فى الأم والبندنيجى والبغوى وغيرهما من الأصحاب : لو افتتح الامام الصلاة على الجنازة ثم حضرت أخرى وهم فى الصلاة : تركت حتى يفرغ من صلاته على الأولى ثم يصلى على الثانية • قال الشافعى رحمه الله : ولا يعتد بالتكبير الذى كان قبل حضوره ، لأنه لم ينو هذه الثانية والله أعلم •

(فرع) لو تقدم المصلى على الجنازة عليها وهى حاضرة ، أو صلى على القبر وتقدم عليه ، ففيه وجهان مشهوران (أصحهما) بطلان صلاته ، ونقل الرافعى الاتفاق على تصحيحه ، وقال المتولى وجماعة : ان جوزنا تقدم المأموم على الامام جاز هذا والا فلا على الصحيح ، ولو صلى المأموم قدام الامام وقدام الجنازة • فان أبطلنا صلاة المنفرد اذا تقدم على الجنازة فهذا أولى ، والا ففيه القولان المشهوران فى تقدم المأموم على الامام (الصحيح) بطلانها فحصل من هذا كله أنه متى تقدم على الجنازة أو القبر أو الامام فالصحيح بطلان صلاته •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى كيفية وضع الجنائز اذا صلى عليها دفعة

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه يقدم الى الامام الرجال ثم الصبيان ثم الخناثى ، قال ابن المنذر وممن قال يقدم الرجال مما يلى الامام والنساء وراءهم : عثمان بن عفان وعلى وابن عمر وابن عباس والحسن والحسين وزيد بن ثابت وأبو هريرة وأبو سعيد الخدرى وأبو قتادة وسعيد بن المسيب والشعبى وعطاء والنخعى والزهرى ويحيى الأنصارى ومالك والثورى وأصحاب الرأى وأحمد واسحاق ، قال وبه أقول ، قال : وقال الحسن والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله : يجعل النساء مما يلى الامام والرجال مما يلى القبلة • وعن أحمد رواية أن المرأة تقدم الى الامام على الصبى • والله أعلم •

(فرع) قول المصنف : فان صلى عليهم صلاة واحدة جاز • هكذا مكرر لا حاجة اليه فانه سبق فى قوله : فان اجتمع جنائز قدم الى الامام أفضلهم ، وكأنه أعاده ليذكر دليله من حيث المعنى ، وان كان قد سبق دليله من حيث الرواية •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا اراد الصلاة نوى الصلاة على الميت ، وذلك فرض لأنها صلاة ، فوجب لها النية كسائر الصلوات ، ثم يكبر اربعا لما روى جابر رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم ((كبر على الميت اربعا وقرأ بعد التكبيرة الأولى بأم القرآن)) والتكبيرات الأربع واجبة ، والدليل عليه أنها اذا فاتت لزم قضاؤها ؛ ولو لم تكن واجبة لم يجب قضاؤها ، كتكبيرات العيد ، والسنة ان يرفع يديه مع كل تكبيرة لما روى أن عمر رضى الله عنه كان يرفع يديه على الجنازة فى كل تكبيرة •

وعن عبد الله بن عمر والحسن بن على رضى الله عنهما مثله • وعن زيد ابن ثابت ، وقد رأى رجلا فعل ذلك ، فقال : ((اصاب السنة)) ولأنها تكبيرة لا تتصل بسجود ولا قعود فسن لها رفع اليد كتكبيرة الاحرام فى سائر الصلوات) •

(الشرح) أما حديث جابر فرواه هكذا الشافعى فى الأم ومختصر المزنى عن ابراهيم بن محمد شيخ الشافعى عن عبد الله بن محمد بن عقيل عن جابر ، ورواه الحاكم والبيهقى عن الشافعى بهذا الاسناد ، وابراهيم هذا ضعيف عند أهل الحديث ، لا يصح الاحتجاج بحديثه ، لكن قدر الحاجة منه فى هذه المسألة صحيح ففى صحيحى البخارى ومسلم عن جابر أن النبى

صلى الله عليه وسلم « صلى الله عليه وسلم على النجاشي وكبر عليه أربعا » • وفى الصحيحين أيضا عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم « صلى على النجاشي فكبر عليه أربعا » وروى التكبير أربعا عن ابن عباس وغيره فى الصحيح وأما الأثر المذكور عن عمر فرواه [1] والأثر عن ابن عمر رواه البيهقى باسناده (وقول) المصنف لأنها تكبيرة لا تتصل بسجود ولا قعود احترز عن تكبيرات السجود والرفع منه ، ومن التشهد الأول فان المشهور فى المذهب أنه لا يرفع فى شيء من ذلك ، وفى هذا كله خلاف سبق فى موضعه •

(اما الاحكام) ففيه مسائل :

(احداها) لا تصح صلاة الجنازة الا بالنية لحديث « انما الأعمال بالنيات » وقياسا على غيرها • قال أصحابنا : وصفة النية أن ينوى مع التكبير أداء الصلاة على هذا الميت أو هؤلاء الموتى ان كانوا جمعا ، سواء عرف عددهم أم لا ، ويجب نية الاقتداء ان كان مأموما ، وهل يفتقر الى نية الفريضة ؟ فيه الوجهان السابقان فى سائر الصلوات ، ذكره الصيدلانى والرويانى والرافعى وآخرون ، وهل يشترط التعرض لكونها فرض كفاية ، أم يكفى مطلق نية الفرض ؟ فيه وجهان حكاهما الرويانى والرافعى (الصحيح) الاكتفاء بمطلق نية الفرض ولا يفتقر الى تعيين الميت ، وأنه زيد أو عمرو أو امرأة أو رجل ، بل يكفيه نية الصلاة على هذا الميت وان كان مأموما ونوى الصلاة على من يصلى عليه الامام كفاه ، صرح به البغوى وغيره، ولو عين الميت وأخطأ بأن نوى زيدا فكان عمرا ، أو الرجل فكانت امرأة أو عكسه لم تصح صلاته بالاتفاق لأنه نوى غير الميت •

وان نوى الصلاة على هذا زيد فكان عمرا فوجهان لتعارض الاشارة والنية وقد سبق بيانهما فى أوائل باب صلاة الجماعة (أصحهما) الصحة • قال البغوى وغيره : ولا يضر اختلاف نية الامام والمأموم ، فاذا نوى الصلاة على حاضر ، والمأموم على غائب وعكسه أو نوى غائبا ونوى المأموم آخر صحت صلاتهما كما لو صلى الظهر خلف مصلى العصر •

(الثانية) التكبيرات الأربع أركان لا تصح هذه الصلاة الا بهن ، وهذا مجمع عليه وقد كان لبعض الصحابة وغيرهم خلاف فى أن التكبير المشروع

---

(١) بياض بالأصل والسقط : البيهقى وغيره (ط) •

خمس أو أربع أم غير ذلك ، ثم انقرض ذلك الخلاف وأجمعت الأمة الآن على أنه أربع تكبيرات بلا زيادة ولا نقص • قال أصحابنا : فان كبر خمسا ــ فان كان ناسيا ــ لم تبطل صلاته لأنه ليس بأكثر من كلام الآدمى ناسيا ولا يسجد للسهو ، كما لو كبر أو سبح فى غير موضعه ، وان كان عمدا فوجهان مشهوران (أحدهما) تبطل صلاته ، وبه قطع القفال فى شرحه التلخيص ، أفضل من الأبيض فى هذا اليوم ، ويستحب أن يتعمم فان لم يجد الا وثبا وصاحبه القاضى وصاحبه المتولى ، لأنه زاد ركنا فأشبه من زاد ركوعا • (والثانى) لا تبطل وهو الصحيح وبه قطع الأكثرون وصححه البغوى والشاشى وصاحب البيان وآخرون ، ونقله الرافعى عن الأكثرين ، بل زاد ابن سريج فقال صحت الأحاديث بأربع تكبيرات وخمس ، وهو من الاختلاف المباح والجميع جائز •

وقد ثبت فى صحيح مسلم من رواية زيد بن أرقم رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يكبر خمسا » ولأنه ليس اخلال بصورة الصلاة فلم تبطل به ، كما لو زاد تكبيرا فى غيرها من الصلوات ــ ولو كان مأموما فكبر امامه خمسا ــ فان قلنا بقول ابن سريج : ان الجميع جائز تابعه ، وان قلنا : الخامسة تبطل فارقه ، فان تابعه بعد ذلك بطلت صلاته ، وان قلنا بالمذهب انها لا تشرع ولا تبطل بها الصلاة لم يفارقه ولم يتابعه ، فيه طريقان (المذهب) لا يتابعه ، وبه قطع كثيرون أو الأكثرون (والثانى) فيه وجهان ، وبعضهم يقول قولان (أصحهما) لا يتابعه (والثانى) يتابعه لتأكد المتابعة •

وممن حكى هذا الطريق امام الحرمين وآخرون ، فان قلنا : لا يتابعه فهل يسلم فى الحال أم ينتظره ليسلم معه ؟ فيه وجهان حكاهما صاحب الحاوى وامام الحرمين وغيرهما (أحدهما) يفارقه ، كما لو قام الامام الى خامسة (وأصحهما) ينتظره ، وبه قطع صاحب الشامل وغيره لتأكد متابعته ، ويخالف القيام الى خامسة لأنه يجب متابعته فى الأفعال ، ولا يمكن فى الخامسة ولا يلزم متابعته فى الأذكار التى ليست محسوبة للمأموم •

(المسألة الثانية) [1] السنة أن يرفع يديه فى كل تكبيرة من هذه الأربع

---

(١) مرت الثانية وهى التكبيرات الأربع فتكون هذه الثالثة لاسيما وقد قال الشارح (ففيه مسائل) (ط) •

حذو منكبيه ، وصفة الرفع وتفاريعه كما سبقت فى باب صفة الصلاة ، قال أصحابنا : ويجمع يديه عقب كل تكبيرة من الأربع ويجعلهما تحت صدره ، واضعا اليمنى على اليسرى كما فى سائر الصلوات ، وهذا لا خلاف فيه ، وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « صلى على جنازة فوضع يده اليمنى على اليسرى » رواه الترمذى باسناد ضعيف وقال غريب •

(فـــرع) فى مذع العلماء فى عدد التكبير •

قال ابن المنذر رحمه الله : ثبت أن النبى صلى الله عليه وسـلم « كبر أربعا » وبه قال عمر بن الخطاب وابن عمر وزيد بن ثابت والحسن بن على وابن أبى أوفى والبراء بن عازب وأبو هريرة وابن عامر ومحمد ابن الحنفية وعطاء والثورى والأوزاعى وأحمد واسحاق وأصحاب الرأى •

وقال ابن مسعود وزيد بن أرقم : يكبر خمسا ، وقال ابن عباس وأنس بن مالك وجابر بن زيد : يكبر ثلاثا ، وعن ابن سيرين نحوه ، وقال بكر بن عبد الله المزنى : لا ينقص من ثلاث تكبيرات ولا يزاد على سبع •

وقال أحمد : لا ينقص من أربع ولا يزاد على سبع ، وعن ابن مسعود : يكبر ما يكبر الامام ، وقال على رضى الله عنه : يكبر ستا قال : ولو كبر الامام خمسا [و] اختلف القائلون بأربع فقال الثورى ومالك وأبو حنيفة : لا يتابعه، وقال أحمد واسحاق : يتابعه ، وقال ابن المنذر : بالأربع أقول ، هذا نقل ابن المنذر •

وقال العبدرى : ممن قال بخمس تكبيرات زيد بن أرقم وحذيفة بن اليمان والشيعة ، وعن على رضى الله عنه أنه كبر على أهل بدر ستا ، وعلى غيرهم من الصحابة خمسا ، وعلى سائر الناس أربعا ، وروى أنه كبر على أبى قتادة سبعا ، وكان بدريا ، وقال داود رحمه الله : ان شاء خمسا ، وان شاء أربعا ، وعن أحمد رواية أنه لا يتابع الامام فى زيادة على الأربع ، وفى رواية : يتابعه الى خمس ، والمشهور عنه يكبر أربعا ، فان زاد امامه يتابعه الى سبع ، والله أعلم •

(فـــرع) فى رفع الأيدى فى تكبيرات الجنازة .

قال ابن المنذر فى كتابيه الاشراف والاجماع : أجمعوا على أنه يرفع فى أول تكبيرة ، واختلفوا فى سائرها ، فمن قال بالرفع فى كل تكبيرة ابن عمر وعمر بن عبد العزيز وعطاء وسالم والزهرى وقيس بن أبى حازم والأوزاعى والشافعى وأحمد واسحاق وبه أقول ، قال : وقال الثورى وأصحاب الرأى لا يرفع الا فى الأولى ، واختلف فيه عن مالك ، هذا نقل ابن المنذر ، وممن قال : يرفع فى كل تكبيرة داود ، وممن قال : يختص بالأولى الحسن بن صالح، واحتج لهم بحديثين عن ابن عباس ، وعن أبى هريرة رضى الله عنهما : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا صلى على الجنازة رفع يديه فى أول تكبيرة» زاد ابن عباس « ثم لا يعود » رواهما الدار قطنى ، واحتج أصحابنا رحمهم الله بما ذكره المصنف ، والجواب عن حديثى ابن عباس وأبى هريرة أنهما ضعيفان.

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويقرا بعد التكبيرة الأولى فاتحة الكتاب ، لما روى جابر ، وهى فرض من فروضها لأنها صلاة يجب فيها القيام ، فوجب فيها القراءة كسائر الصلوات وفى قراءة السورة وجهان . (احدهما) يقرا سورة قصيرة لأن كل صلاة قرا فيها الفاتحة قرا فيها السورة كسائر الصلوات (والثانى) لا يقرا لأنها مبنية على الحذف والاختصار ، والسنة فى قراءتها الاسرار لما روى ان ابن عباس صلى بهم على جنازة فكبر ثم قرا بأم القرآن فجهر بها ، ثم صلى على النبى صلى الله عله وسلم ، فلما انصرف قال « انما جهرت بها لتعلموا أنها هكذا » ولا فرق بين ان يصلى بالليل او النهار ، وقال أبو القاسم الداركى : ان كانت الصلاة بالليل جهر فيها لأن لها نظيرا بالنهار يسر فيها فجهر فيها كالعشاء . وهذا لا يصح لأن صلاة العشاء راتبة فى وقت من الليل ولها نظير راتب فى وقت من النهـار يسن فى نظيرها الاسرار فسن فيها الجهر وصلاة الجنازة صلاة واحدة ، ليس لها وقت تختص به من ليل أو نهار ، بل تفعل فى الوقت الذى يوجد سببها ، وسننها الاسرار ، فلم يختلف فيها الليل والنهار ، وفى دعاء التوجه والتعوذ عند القراءة وجهان ، قال عامة أصحابنا : لا يأتى به لأنها مبنية على الحـذف والاختصار فلا تحتمل التطويل والاكثار ، وقال شـيخنا أبو الطيب : يأتى به لأن التوجه يراد لافتتاح الصلاة والتعوذ يراد للقراءة وفى هذه الصـلاة افتتاح وقراءة فوجب أن يأتى بذكرهما) .

(**الشـــرح**) حديث جابر سبق وذكرنا أنه ضعيف ويغنى عنه فى هـذه المسألة حديث ابن عباس رضى الله عنهما أنه « صلى على جنازة فقرأ بفاتحة الكتاب وقال : لتعلموا أنها سنة » رواه البخارى بهذا اللفظ ، وقوله : سنة هو كقول الصحابى رضى الله عنه : من السـنة كذا ، فيكون مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم على المذهب الصحيح ، الذى قاله جمهور العلماء من أصحابنا فى الأصول ، وغيرهم من الأصوليين والمحدثين • وفى رواية الشافعى وغيره باسناد حسن ، فجهر بالقراءة وقال : انما جهرت لتعلموا أنها سنة ، يعنى لتعلموا أن القراءة مأمور بها •

وأما الرواية التى ذكرها المصنف عن ابن عباس بزيادة الصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم فرواها البيهقى باسـناده عن غير ابن عبـاس من الصحابة فرواها من عبادة بن الصامت ، وعن رجال من الصحابة رضى الله عنهم ، وعن أبى أمامة بن سهل رضى الله عنهما قال « السنة فى الصلاة على الجنازة أن يقرأ فى التكبيرة الأولى بأم القـرآن مخـافتة ، ثم يكبر ثلاثا ، والتسليم عند الآخرة » رواه النسائى باسناد على شرط الصحيحين ، وأبو أمامة هذا صحابى • وقول المصنف لأنها صلاة يجب فيها القيام ، احتراز من الطواف وسجود التلاوة والشكر (وقوله) كل صـلاة قرأ فيها الفاتحة ، احتراز من الطواف والسجود أيضا •

(وقوله) الداركى ، هو بفتح الراء ، واسمه عبد العزيز بن عبد الله بن محمد بن عبد العزيز تفقه على أبى اسحق المروزى وتفقه عليه الشيخ أبو حامد الاسفراييني وعامة شيوخ بغداد وغيرهم قال الشيخ أبو حامد : ما رأيت أفقه من الداركى توفى ليلة الجمعة لثلاث عشرة من شوال سنة خمس وسبعين وثلاثمائة وهو ابن نيف وسبعين سنة •

(**اما الاحـكام**) فقراءة الفاتحة فرض فى صلاة الجنازة بلا خلاف عندنا والأفضل أن يقرأها بعد التكبيرة الأولى ، فان قرأها بعد تكبيرة أخرى غير الأولى جاز ، صرح به جمـاعة من أصـحابنا ، ونقله القـاضى أبو الطيب والرويانى عنهم ، قال القاضى أبو الطيب فى كتابه المجرد ، والرويانى وغيرهما:

قال الشافعى فى الأم : وأحب اذا كبر على الجنازة أن يقرأ بأم القرآن بعد التكبيرة الأولى ، وروى المزنى فى الجامع قال : وأحب أن يقرأ بأم القرآن بعد التكبيرة الأولى ، قال القاضى أبو الطيب : وهذا يدل على أن قراءة أم القرآن مستحبة الا أن أصحابنا قالوا : هى واجبة لا تصح صلاة الا بها ، قال : فيجب على هذا أن يكون معنى قول الشافعى : وأحب أن يكون [القراءة] فى الأولى ، وأما أصل قراءتها فواجبة ، فرجع الاستحباب الى موضعها ، هذا كلام القاضى أبى الطيب وموافقيه ، وقد نص الشافعى فى الأم على المسألة فى موضعين ، قال فى الأولى منهما فى أوائل كتاب الجنائز كما نقله القاضى وغيره عنه ، وقال فى آخر كتاب الجنائز : ويقرأ فاتحة الكتاب بعد التكبيرة الأولى ، وقال فى مختصر المزنى : يكبر ويقرأ فاتحة الكتاب ، ثم يكبر الثانية فهذا النص مع النص الثانى فى الأم محتملان لاشتراطها فى الأولى ومحتملان أن الأفضل كونها فى الأولى لكن يتعين أن المراد أن الأفضل كونها فى الأولى للجمع بينه وبين نصه الأول فى الأم كما قاله القاضى وموافقوه •

واعلم أن عبارة المصنف هنا وفى التنبيه ، وعبارة أكثر الأصحاب أن يقرأ الفاتحة عقب التكبيرة الأولى ، وظاهره اشتراط كونها فى الأولى ، لكن مجمل ما ذكره القاضى وموافقوه أن أصل الفاتحة واجب ، وكونها فى الأولى أفضل ، وتجوز فى الثانية مع اخلاء الأولى منها وقد يفهم هذا من قول المصنف فى التنبيه والواجب من ذلك النية والتكبيرات وقراءة الفاتحة ، ولم يقل وقراءتها فى الأولى ولو كان يرى ذلك شرطا لقاله والله أعلم •

واتفق الأصحاب على استحباب التأمين عقب الفاتحة هنا كما فى سائر الصلوات وممن نقل الاتفاق عليه القاضى أبو الطيب فى تعليقه • وفى قراءة السورة وجهان ذكر المصنف دليلهما ، وذكرهما مع المصنف جماعات من العراقيين والخراسانيين واتفقوا على أن الأصح أنه لا يستحب ، وبه قطع جمهور المصنفين ، ونقل امام الحرمين اجماع العلماء عليه ، ونقله القاضى أبو الطيب فى المجرد وآخرون من أصحابنا عن الأصحاب مطلقا (والثانى) يستحب سورة قصيرة ، ويستدل له سوى ما ذكره المصنف بما رواه أبو يعلى

الموصلى فى كتابه نحو كراسة من مسند ابن عباس عن طلحة بن عبد الله بن عوف قال « صليت خلف ابن عباس على جنازة فقرأ فاتحة الكتاب وسورة فجهر فيها حتى سمعنا ، فلما انصرف أخذت بثوبه فسألته عن ذلك فقال : سنة وحق » اسناده صحيح والله أعلم .

(وأما) دعاء الاستفتاح ففيه الوجهان المذكوران فى الكتاب ، وذكرهما طائفة يسيرة مع المصنف واتفقوا على أن الأصح أنه لا يأتى به ومعناه أن المستحب تركه وبهذا قطع جمهور المصنفين ، وهو المنقول عن متقدمى الأصحاب كما قاله المصنف وغيره (وأما) التعوذ ففيه وجهان مشهوران (أصحهما) عند المصنف وأكثر العراقيين أنه لا يستحب (وأصحهما) عند الخراسانيين وجماعات من العراقيين استحبابه ، وقطع به من العراقيين صاحب الحاوى ، وصححه امام الحرمين والغزالى والبغوى والرافعى وآخرون من الخراسانيين ، وقطع به الرويانى فى الحلية وهو الصحيح لقول الله عز وجل « فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم » وبالقياس على غيرها مع أنه مختصر لا تطويل فيه فهو يشبه التأمين .

(وأما) الجهر والاسرار فاتفق الأصحاب على أنه يسر بغير القراءة من الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم والدعاء واتفقوا على أنه يجهر بالتكبيرات والسلام ، واتفقوا أيضا على أنه يسر بالقرءة نهارا ، وفى الليل وجهان ذكر المصنف دليلهما « أصحهما » عند جمهور الأصحاب وبه قطع جماعات منهم أنه يسر أيضا كالدعاء .

(والثانى) يستحب الجهر ، قاله الداركى ، وصرح به صاحبه الشيخ أبو حامد الاسفراييني وصاحباه المحاملى وسليم الرازى فى الكفاية والبندنيجى ونصر المقدسى فى كتابيه التهذيب والكافى ، والصيدلانى ، وصححه القاضى حسين واستحسنه السرخسى ، والمذهب الأول ، ولا يغتر بكثرة القائلين بالجهر فهم قليلون جدا بالنسبة الى الآخرين ، وظاهر نص الشافعى فى المختصر الاسرار ، لأنه قال : ويخفى القراءة والدعاء ، ويجهر بالتسليم ، هذا نصه ، ولم يفرق بين الليل والنهار ، ولو كانا يفترقان

لذكره ، ويحتـــج له من السنة بحـــديث أبى أمامة بن سهل الذى ذكرناه والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويصلى على النبى صلى الله عليه وسلم فى التكبيرة الثانية ، لما ذكرناه من حديث ابن عباس رضى الله عنهما ؛ وهو فرض من فروضها لأنها صلاة فوجب فيها الصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم كسائر الصلوات) •

(الشرح) قال المصنف وجماهير الأصحاب : الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم فرض فيها ، لا تصح الا به ، وشرطها أن تكون عقب التكبيرة الثانية ، صرح به السرخسى فى الأمالى ، وهذا الذى ذكرناه من كون الصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم واجبة فيها هو المشهور الذى قطع به الأصحاب فى جميع طرقهم ، الا السرخسى ، فانه نقل فى الأمالى عن المروزى من أصحابنا أنها سنة فيها ، والصـــواب الأول • قال أصحابنا رحمهم الله أقلها : اللهم صل على محمـــد • ولا تجب على الآل على المذهب وبه قطع الجمهور وفيه وجه أنها تجب ، حكاه الغزالى وغيره ، ونقل المزنى فى المختصر عن الشافعى أنه يكبر الثانية ، ثم يحمد الله ويصلى على النبى صلى الله عليه وسلم ويدعو للمؤمنين والمؤمنات ، هذا نصه :

(فأما) الدعاء للمؤمنين فاتفق الأصحاب على استحبابه الا ما انفرد به امام الحرمين من حكاية تردد فى استحبابه ، ولم يقل أحد بايجابه • وأما الحمد لله فاتفقوا على أنه لا يجب ، وفى استحبابه ثلاث طرق (أحدها) وبه قطع الجمهور لا يستحب قالوا : لأنه ليس موضعه (والثانى) يستحب وهو ظاهر النص ، وبه قطع القاضى حسين والفورانى والبغوى والمتولى وغيرهم (والثالث) فيه وجهان •

(أحدهما) يستحب (والثانى) لايستحب ، وممن حكى هذا الطريق الماوردى والرويانى والشاشى وآخرون ، ومن قال بالطريق الأول أنكروا نقل المزنى ، وقالوا : هذا التحميد فى هذا الموضع لا يعرف للشافعى ؛ بل غلط المزنى فى نقله • قال امام الحرمين : اتفق أئمتنا على أن ما نقـــله المزنى هنا غير سديد ، ومن قال بالاستحباب ، قالوا : لم ينقلها المزنى عن الشافعى

من كتاب بل سمعها منه سماعا ولا يضر كونه لا يوجد فى كتب الشافعى ، فان المزنى ثقة ، ورواية الثقة مقبولة فهذه طرق الأصحاب •

(والأصح) استحباب التحميد كما نقله المزنى ، قال الأصحاب : فاذا قلنا بالاستحباب بدأ بالتحميد ، ثم الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم ثم الدعاء للمؤمنين والمؤمنات ، فان قدم بعضها على بعض جاز وكان تاركا للأفضل والله أعلم •

(فـــرع) استدل المصنف بحديث ابن عباس وسبق بيانه ،وأن ذكر الصلاة فيه غريب ، وروى الشافعى فى الأم عن مطرف بن مازن عن معمر عن الزهرى حديثا فيه التصريح بالصلاة ، لكنه أيضا ضعيف ، قال ابن أبى حاتم قال ابن معين رحمة الله عليه : مطرف بن مازن كذاب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويدعو للميت فى التكبيرة الثالثة ، لما روى ابو قتادة قال ((صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على جنازة فسمعته يقول : اللهم اغفـر لحينا وميتنا وشاهدنا وغائبنا ، وصغيرنا وكبيرنا ، وذكرنا وأنثانا)) وفى بعضها ((اللهم من احييته منا فاحيه على الاسلام ، ومن توفيته منا فتوفه على الاسلام والايمان)) وهو فرض من فروضها ، لأن القصد من هذه الصلاة الدعاء للميت ، فلا يجوز الاخلال بالمقصود ، وأدنى الدعاء ما يقع عليه الاسم ، والسنة ان يقول ما رواه ابو قتادة وذكره الشافعى رحمه الله قال : يقول ((اللهم هذا عبدك وابن عبديك خرج من روح الدنيا وسعتها ـ ومحبوبه واحباؤه فيها ـ الى ظلمة القبر وما هو لاقيه ، كان يشهد أن لا اله الا أنت ، وأن محمداً عبدك ورسولك ، وأنت اعلم به ، اللهم نزل بك وأنت خير منزول به وأصبح فقيراً الى رحمتك وأنت غنى عن عذابه ، وقد جئناك راغبين اليك شفعاء له ، اللهم ان كان محسنا فزد فى احسانه ، وان كان مسيئا فتجاوز عنه ، ولقه برحمتك الأمن من عذابك ، حتى تبعثه الى جنتك يا أرحم الرحمين)) وباى شىء دعا جاز لأنه قد نقل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أدعية مختلفة فدل على أن الجميع جائز) •

(**الشرح**) اتفقت نصوص الشافعى والأصحاب على أن الدعاء فرض فى صلاة الجنازة وركن من أركانها وأقله ما يقع عليه اسم الدعاء ، وهـــل يشترط تخصيص الميت بالدعاء ؟ فيه وجهان حكاهما امام الحرمين وآخرون•

(أحدهما) لا يشترط بل يكفى الدعاء للمؤمنين والمؤمنات ويدخل فيه الميت ضمنا ، حكاه امام الحرمين عن والده الشيخ أبى محمد الجوينى •

(والثانى) وهو الصحيح ، وبه قطع المصنف والجمهور ، ونقله امام الحرمين عن ظاهر كلام الأئمة أنه يجب تخصيص الميت بالدعاء ، ولا يكفى الدعاء للمؤمنين والمؤمنات ، فيقول : اللهم اغفر له ، اللهم ارحمه ، ونحو ذلك ، واستدلوا بحديث أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اذا صليتم على الميت فأخلصوا له الدعاء » رواه أبو داود وابن ماجه ، ومحل هذا الدعاء التكبيرة الثالثة ، وهو واجب فيها لا يجزىء فى غيرها بلا خلاف ، وليس لتخصيصه بها دليل واضح ، واتفقوا على أنه لا يتعين لها دعاء •

(وأما) الأفضل فجاءت فيه أحاديث (منها) حديث عوف بن مالك قال « صلى الله صلى الله عليه وسلم على جنازة فحفظت من دعائه وهو يقول : اللهم اغفر له وارحمه ، وعافه واعف عنه وأكرم نزله ، ووسع مدخله واغسله بالماء والثلج والبرد ، ونقه من الخطايا كما نقيت الثوب الأبيض من الدنس وأبدله دارا خيرا من داره ، وأهلا خيرا من أهله ، وزوجا خيرا من زوجه ، وأدخله الجنة وأعذه من عذاب القبر ،ومن عذاب النار ، قال : حتى تمنيت أن أكون أنا ذا لك الميت لدعاء رسول الله صلى الله عليه وسلم » رواه مسلم فى صحيحه ؛ وزاد مسلم فى رواية له « وقه فتنة القبر وعذاب القبر » وذكر تمامه •

(ومنها) حديث أبى هريرة رضى الله عنه قال « صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على جنازة فقال : اللهم اغفر لحينا وميتنا ، وصغيرنا وكبيرنا ، وذكرنا وأنثانا وشاهدنا وغائبنا ، اللهم من أحييته منا فأحيه على الاسلام ، ومن توفيته منا فتوفه على الايمان » رواه أحمد بن حنبل وأبو داود والترمذى وابن ماجه والحاكم وغيرهم • قال الحاكم : هو صحيح على شرط البخارى ومسلم ، وهذا لفظ رواية أكثرهم ، وفى رواية أبى داود « فأحيه على الايمان » و « فتوفه على الاسلام » عكس رواية الجمهور ووقع فى المهذب « فأحيه على الاسلام » و « فتوفه على الاسلام » بلفظ الاسلام

فيهما وهذا تحريف ، ورواه الترمذى أيضا من رواية أبى ابراهيم الأشهلى عن أبيه عن النبى صلى الله عليه وسلم ولأبيه صحبة ، ورواه أحمد بن حنبل والبيهقى وغيرهما من رواية أبى قتادة ، كما رواه أبو هريرة • وهذه هى الرواية المذكورة فى الكتاب واسنادها ضعيف • قال الترمـذى : سمعت البخارى رحمه الله يقول : أصـح روايات اللهم اغفر لحينا وميتنا رواية الأشهلى عن أبيه قال : وقال البخارى : أصح شىء فى الباب حديث عوف بن مالك ، وذكره مختصرا • وحكى البيهقى عن الترمذى عن البخارى رحمه الله أنه قال : حديث أبى هريرة وعائشة وأبى قتادة فى هذا الباب غير محفوظ ، وأصح ما فى الباب حديث عوف بن مالك •

(ومنها) حديث واثلة بن الأسقع رضى الله عنه قال « صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على رجل من المسلمين فأسمعه يقول : اللهم ان فلان بن فلان فى ذمتك وحل جوارك فقه فتنة القبر وعذاب النار ، وأنت أهـل الوفاء والحمد ، فاغفر له وارحمه ، انك الغفور الرحيم » رواه أبو داود وابن ماجه•

(ومنها) حديث أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم فى الجنازة « اللهم أنت ربها ، وأنت خلقتها ، وأنت هديتها للاسلام ، وأنت قبضت روحها ، وأنت أعلم بسرها وعلانيتها ، جئنا شفعاء فاغفر له » رواه أبو داود ، فهذه قطعة من الأحاديث الواردة فيه •

قال البيهقى والمتولى وآخرون من الأصـحاب : التقط الشـافعى من مجموع الأحاديث الواردة دعاء ورته واستحبه ، وهو الذى ذكره فى مختصر المزنى وذكره المصنف هنا • وفى التنبيه وسائر الأصحاب قال : يقول « اللهم هذا عبدك وابن عبدك خرج من روح الدنيا وسعتها ومحبوبها وأحبائه فيها ، الى ظلمة القبر وما هو لاقيه ، كان يشهد أن لا اله الا أنت ، وان محمدا عبدك ورسولك ، وأنت أعلم به ، اللهم نزل بك وأنت خير منزول به ، وأصبح فقيرا الى رحمتك ، وأنت غنى عن عذابه ، وقد جئناك راغبين اليك شفعاء له ، اللهم ان كان محسنا فزد فى احسـانه ، وان كان مسيئا فتجاوز عنه ، ولقه برحمتك رضاك ، وقه فتنة القبر وعذابه ، وأفسح له فى قبره ، وجاف الأرض

عن جنبيه ، ولقه برحمتك الأمن من عذابك حتى تبعثه الى جنتك يا أرحم الراحمين » قال أبوعبد الله الزهرى من متقدمى أصحابنا فى كتابه الكافى وغيره من أصحابنا : فان كانت امرأة قال : اللهم هذه أمتك • ثم ينسق الكلام ، ولو ذكرها على ارادة الشخص جاز • قال أصحابنا : فان كان الميت صبيا أو صبية اقتصر على حديث : اللهم اغفر لحينا وميتنا الى آخره ، وضم اليه : اللهم اجعله فرطا لأبويه وسلفا وذخرا ، وعظة واعتبارا وشفيعا ، وثقل به موازينهما وأفرغ الصبر على قلوبهما ولا تفتنهما بعده ولا تحرمهما أجره • والله أعلم •

(فرع) فى ألفاظ الفصل :

قوله « خرج من روح الدنيا » هو بفتح الراء • قال أهل اللغة : هو نسيم الريح قوله « الى ظلمة القبر وما هو لاقيه » قال القاضى حسين فى تعليقه : معنى وما هو لاقيه هو الملكان اللذان يدخلان عليه ، وهما منكر ونكير • قوله « كان يشهد أن لا اله الا أنت » قال صاحب البيان رحمه الله : معناه انما دعوناك لأنه كان يشهد قوله « وقد جئناك راغبين اليك شفعاء له » قال الأزهرى رحمه الله : أصل الشفع الزيادة • قال فكأنهم طلبوا أن يزاد بدعائهم من رحمة الله الى ما له بتوحيده وعمله والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(قال فى الأم : يكبر الرابعة ويسلم • وقال فى البويطى : يقول : اللهم لا تحرمنا اجره ولا تفتنا بعده ، والتسليم كالتسليم فى سائر الصلوات ، لما روى عن عبد الله رضى الله عنه قال : أرى ثلاث خلال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعلهن تركها الناس (احداها) التسليم على الجنازة ، مثل التسليم فى الصلاة ، والتسليم واجب لأنها صلاة يجب لها الاحرام فوجب الخروج منها بالسلام كسائر الصلوات وهل يسلم تسليمة واحدة أم تسليمتين على ما ذكرناه فى سائر الصلوات) •

(الشرح) حديث عبد الله هو ابن مسعود رواه البيهقى باسناد جيد (وقوله) لا تحرمنا أجره ــ هو بفتح التاء وضمها ــ لغتان الفتح أفصح • يقال حرمه وأحرمه فصيحتان (وقوله) لأنها صلاة يجب لها الاحرام فوجب

الخروج منها بالسلام كسائر الصلوات ، وهل يسلم تسليمة أم تسليمتين ؟ احتراز من الطواف فانه صلاة ولا يفتقر الى تكبيرة احرام •

(**اما الأحكام**) ففيه مسألتان (احداهما) للشافعى هذان النصان المذكوران فى الذكر عقب التكبيرة الرابعة ، واتفق الأصحاب على أنه لا يجب فيها ذكر ، وقطع الجمهور فى جميع طرقهم باستحباب الذكر فيها •

وحكى الرافعى فى استحبابه طريقين (المذهب) الاستحباب (والثانى) فيه وجهان (أصحهما) الاستحباب (والثانى) أنه مخير ان شاء قاله ، وان شاء تركه • والصواب الاستحباب • قال صاحب البيان ، قال أصحابنا : هذان النصان للشافعى ليسا قولين ، ولا على اختلاف حالتين ، بل ذكر الاستحباب فى موضع وأغفله فى موضع ، وكذا قاله القاضى أبو الطيب وابن الصباغ وآخرون ، واذا قلنا بالاستحباب لم يتعين له دعاء ، ولكن يستحب هذا الذى نقله البويطى : اللهم لا تحرمنا أجره ولا تفتنا بعده ، هكذا هو فى البويطى ، وكذا ذكره الجمهور • وزاد المحاملى فى التجريد والمصنف فى التنبيه والشاشى وغيرهم : واغفر لنا وله •

وقال صاحب الحاوى : حكى أبو على ابن أبى هريرة أن المتقدمين كانوا يقولون فى الرابعة : اللهم آتنا فى الدنيا حسنة ، وفى الآخرة حسنة ، وقنا برحمتك عذاب النار • قال : وليس ذلك عن الشافعى • فان قاله كان حسنا ، ودليل استحبابه أن عبد الله بن أبى أوفى رضى الله عنهما كبر على جنازة بنت له فقام بعد التكبيرة الرابعة قدر ما بين التكبيرتين يستغفر لها ويدعو ، ثم قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصنع هكذا • وفى رواية كبر أربعا فمكث ساعة حتى ظننا أنه سيكبر خمسا ، ثم سلم عن يمينه وعن شماله ، فلما انصرف قلنا له فقال : انى لا أزيدكم على ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصنع ، أو هكذا صنع رسول الله صلى الله عليه وسلم » رواه الحاكم فى المستدرك والبيهقى ــ قال الحاكم حديث صحيح •

(المسألة الثانية) السلام ركن فى صلاة الجنازة لا تصح الا به بلا خلاف عندنا ، لما ذكره المصنف ، ولحديث ابن أبى أوفى الذى ذكرناه فى المسألة

الأولى مع قوله صلى الله عليه وسلم « صلوا كما رأيتمونى أصلى » •

وأما صفة السلام ففيه نصان للشافعى هنا ، المشهور أنه يستحب تسليمتان قال الفورانى : وهو نصه فى الجامع الكبير • وقال فى الأم : تسليمة واحدة يبدأ بها الى يمينه ويختمها ملتفتا الى يساره فيدير وجهه وهو فيها ، هذا نصه ، وقيل يأتى بها تلقاء وجهه وهو أشهر • قال امام الحرمين ولا شك أن هذا الخلاف فى صفة الالتفات يجرى فى سائر الصلوات ، اذا قلنا يقتصر على تسليمة ، فهذان نصان للشافعى • وللأصحاب طريقان •

(أحدهما) طريقة المصنف والعراقيين وبعض الخراسانيين أن التسليم هنا كالتسليم فى سائر الصلوات ، فيكون فيه ثلاثة أقوال (أصحها) يستحب تسليمتان •

(والثانى) تسليمة (والثالث) ان قل الجمع أو صغر المسجد فيسلم تسليمة والا فتسليمتان (والطريق الثانى) حكاه امام الحرمين وجماعات من الخراسانيين أن هذا مرتب على سائر الصلوات ــ ان قلنا هناك تسليمة ــ فهنا أولى والا فقولان « أصحهما » تسليمتان • وهذا الطريق أصح لأن الاقتصار على تسليمة واحدة هناك قول قديم ، وهنا هو نصه فى الاملاء وهو من الكتب الجديدة • واذا قلنا تسليمة فوجهان حكاهما الشيخ أبو على السنجى وامام الحرمين وبه قطع الجمهور يقول السلام عليكم ورحمة الله كغيرها من الصلوات •

(والثانى) يستحب الاقتصار على السلام لأنها مبنية على التخفيف ، ولو قال السلام عليك من غير « كم » ضمير الجمع فالمذهب أنه لا يجزئه ، وبهذا قطع الجمهور كسائر الصلوات ، وحكى امام الحرمين فى اجزائه ترددا ، والمذهب من هذا كله أنه يشرع فى السلام هنا ما يشرع فى سائر الصلوات والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا ادرك الامام ــ وقد سبقه ببعض الصلاة ــ كبر ودخل معه فى الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم « ما أدركتم فصلوا [وما فاتكم فاقضوا] » ويقرأ ما يقتضيه ترتيب صلاته ، لا ما يقرأ الامام ، لأنه يمكنه أن يأتى بما يقتضيه

ترتيب صلاته مع المتابعة فاذا سلم الامام اتى بما بقى من التكبيرات نسقا من غير دعاء فى احد القولين ، لأن الجنازة ترفع قبل أن يفرغ فلا معنى للدعاء بعد غيبة الميت ويدعو للميت ثم يكبر ويسلم فى القول الثانى ، لأن غيبة الميت لا تمنع فعل الصلاة) .

(الشـــرح) هذا الحديث صحيح رواه البخارى ومسلم وسبق بيانه فى باب صلاة الجماعة (وقوله) نسقا ــ بفتح السين ــ أى متتابعات بغير ذكر بينهن ، وقوله كبر ودخل معه فى الحال . ولا ينتظر تكبيرته الأخرى فيكبر معه خلافا لأبى حنيفة وموافقيه فى قولهم ينتظر . قال أصحابنا : اذا وجد المسبوق الامام فى صلاة الجنازة كبر فى الحال وصار فى الصلاة ولا ينتظر تكبيرته الأخرى فيكبر معه خلافا لأبى حنيفة وموافقيه فى قولهم ينتظر . قال أصحابنا اذا وجد المسبوق الامام فى صلاة الجنازة كبر فى الحال وصار فى الصلاة ولا ينتظر تكبيرة الامام المستقبلة للحديث المذكور وقياسا على سائر الصلوات .

قال أصـحابنا : فاذا كبر شرع فى قـراءة الفـاتحة ثم يراعى فى باقى ترتيب نفسه لا ما يقوله الامام لما ذكره المصنف ، فلو كبر الامام الثانية عقب فراغ المسبوق من الأولى كبر معه الثانية ، وسقطت عنه القراءة كما لو ركع الامام فى سائر الصلوات عقب احرام المسبوق . فانه يركع معه .

قال أصحابنا : ويكون مدركا للتكبيرتين جميعا بلا خلاف . كما يدرك المسبوق الركعـة بالركوع . ولو كبر الامام الثانيـة والمسـبوق فى أثنـاء الفاتحة فهل يقطع القـراءة ويتابعه فى التكبيرة الثـانية وتكون التكبيرتان حاصلتين له أم يتم القراءة ؟ فيه طريقان (أصحهما) وبه قطع الأكثرون وممن صرح به الفورانى والبندنيجى وابن الصباغ والمتولى وصاحب العدة وصاحبا المستظهرى والبيان والرافعى وآخرون : فيه الوجهان المعروفان فى سـائر الصلوات (أحدهما) يتمها وبه قطع الغزالى فى الوجيز ، وهو شاذ مردود لم يوافق عليه (وأصحهما) يقطع القراءة ويتابعه ، وتحصل له التكبيرتان للعذر .

(والطريق الثانى) يقطعها ويتابعه وبهذا قطع الماوردى والقاضى حسين والسرخسى وغيرهم ، فاذا قلنا بالمذهب : انه يقطع القراءة كبر الثانية مع الامام وحصل له التكبيرتان كما ذكرنا ، وهل يقتصر عقب التكبيرة الثانية على الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم ؟ وما يتعلق بالتكبيرة الثانية ؟ أم يضم اليه تتميم الفاتحة ؟ فيه احتمالان ذكرهما صاحب الشامل (أصحهما) وهو مقتضى كلام الجمهور أنه يقتصر وقد سقطت بقية الفاتحة ، كما سقطت فى باقى الصلوات والله أعلم •

أما اذا سلم الامام وقد بقى عليه بعض التكبيرات فانه يأتى بها بعد سلام الامام ولا تصح صلاته الا بتداركها بلا خلاف ، وهل يقتصر على التكبيرات نسقا من غير ذكر بينهن أم يأتى بالأذكار والدعاء المشروع فى حق الامام والمنفرد والمأموم الموافق على ترتيب الأذكار ؟ فيه القولان اللذان ذكرهما المصنف (أصحهما) أنه يأتى بالصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم والذكر والدعاء • على ما سبق بيانه وترتيبه • ممن صرح بتصحيحه البغوى والمتولى والرويانى فى الحلية والرافعى فى كتابيه الشرح والمجرد وغيرهما ، وجزم به الدارمى فى الاستذكار • وجزم المصنف فى التنبيه بالتكبيرات نسقا • وقد أشار الشافعى رحمه الله الى ترجيح هذا القول فى البويطى فانه قال : وليقض ما فاته من التكبير نسقا متتابعا ثم يسلم • وقد قيل : يدعو بينهما للميت • هذا نصه • ومن البويطى نقلته وكذا نقله القاضى أبو الطيب عن نصه فى البويطى •

قال أبو الطيب فى كتابه المجرد : قال أصحابنا : يكبر باقى التكبيرات متواليا ، قال ورأيت فى البويطى يقول : وليقض ما فاته من التكبيرات نسقا متتابعا ثم يسلم قال : وقد قيل يدعو بينهما للميت • قال القاضى : فالظاهر من هذا أن المسألة على قولين • هذا كلام القاضى • واعلم أن القولين فى وجوب الذكر (أحدهما) يجب ولا تصح الصلاة الا به (والثانى) لا يجب صرح به صاحب البيان •

قال أصحابنا رحمهم الله : ويستحب أن لا ترفع الجنازة حتى يتم المسبوقون ما عليهم ، فان رفعت لم تبطل صلاتهم بلا خلاف ، بل يتمونها ،

وان حولت الجنازة عن القبلة بخلاف ابتداء الصلاة فانه لا يحتمل فيه ذلك والجنازة حاضرة والفرق أنه يحتمل فى الدوام مالا يحتمل فى الابتداء والله أعلم •

(فرع) لو تخلف المقتدى فلم يكبر التكبيرة الثانية أو الثالثة حتى كبر الامام التكبيرة التى بعدها بغير عذر بطلت صلاته ، صرح به الشيخ أبو محمد الجوينى وامام الحرمين والغزالى وآخرون من الخرسانيين ، قالوا : لأن القدوة فى هذه الصلاة لا تظهر الا بالموافقة فى التكبيرات وكأنه تخلف بركعة •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى كيفية صلاة الجنازة

ذكرنا اختلافهم فى عدد التكبيرات واختلافهم فى رفع الأيدى فيها واختلاف أصحابنا فى دعاء الافتتاح والتعوذ والسورة ، وذكرنا أن مذهبنا وجوب قراءة الفاتحة وبه قال أحمد واسحاق وداود رحمهم الله ، وحكاه ابن المنذر عن ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير وعبيد بن عمير •

وحكى عن ابن المسيب وطاوس وعطاء وابن سيرين وابن جبير والشعبى ومجاهد وحماد ومالك والثورى وأبى حنيفة وأصحاب الرأى أنها لا تجب ؛ قال : وروى ذلك عن ابن عمر وأبى هريرة رضى الله عنهم ؛ قال : وروينا عن الحسن بن على رضى الله عنهما أنه قال : قراءة الفاتحة فى صلاة الجنازة ثلاث مرات قال : وروينا هذا عن ابن سيرين وشهر بن حوشب •

قال الحسن البصرى رضى الله عنه : اقرأ الفاتحة فى كل تكبيرة ، قال وروينا عن المسور بن مخرمة أنه قرأ فى التكبيرة الأولى فاتحة الكتاب وسورة ، ورفع بها صوته ، قال ابن المنذر رحمه الله : عندى يقرأ الفاتحة بعد التكبيرة الأولى ، هذه مذاهبهم •

ودليلنا على جميعهم حديث ابن عباس السابق وهو فى صحيح البخارى رحمه الله • أما المسبوق الذى فاته بعض التكبيرات فقد ذكرنا أن مذهبنا أنه يلزمه تدارك باقى التكبيرات بعد سلام الامام ؛ وحكاه ابن المنذر عن ابن

المسيب وعطاء وابن سيرين والنخعى والزهرى وقتادة ومالك والثورى وأبى حنيفة وأحمد واسحاق ، قال ابن المنذر : وبه أقول ، قال : وروينا عن ابن عمر أنه لا يقضيه ، وبه قال الحسن البصرى وأيوب والأوزاعى ، وحكاه العبدرى عن ربيعة ، قال : وهو أصح الروايتين عن أحمد رحمه الله •

(وأما) المسبوق الذى أدرك بعض صلاة الامام فقد ذكرنا أن مذهبنا أنه يكبر فى الحال ولا ينتظر تكبيرة الامام المستقبلة ، وبه قال الأوزاعى وأبو يوسف وهو الصحيح عن أحمد ورواية عن مالك ، وبه قال ابن المنذر ، وقال أبو حنيفة ينتظره حتى يكبر للمستقبلة فيكبرها معه ، وحكاه ابن المنذر عن الحارث بن يزيد ومالك والثورى وأبى حنيفة ومحمد بن الحسن واسحاق •

(وأما) السلام فذكرنا أن الصحيح فى مذهبنا تسليمتان ، وبه قال أبو حنيفة وقال أكثر العلماء : تسليمة واحدة حكاه ابن المنذر عن على بن أبى طالب وابن عمر وابن عباس وجابر بن عبد الله وأنس بن مالك وواثلة بن الأسقع وأبى هريرة وعبد الله بن أبى أوفى وأبى أمامة بن سهل بن حنيف والحسن البصرى وابن سيرين وسعيد بن جبير والثورى وابن عيينة وابن المبارك وعيسى بن يونس ووكيع وعبد الرحمن بن مهدى وأحمد واسحاق رضى الله عنهم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا صلى على الميت بودر بدفنه ، ولا ينتظر حضور من يصلى عليه الا الولى فانه ينتظر اذا لم يخش على الميت التغير ، فان خيف عليه التغير لم ينتظر ، وان حضر من لم يصل عليه صلى عليه ، وان حضر من صلى مرة فهل يعيد الصلاة مع من يصلى ؟ فيه وجهان •

(احدهما) يستحب ؛ كما يستحب فى سائر الصلوات ان يعيدها مع من يصلى جماعة (والثانى) وهو الصحيح لا يعيد ، لأنه يصليها نافلة ، وصلاة الجنازة لا يتنفل بمثلها ، وان حضر من لم يصل بعد الدفن صلى على القبر ؛ لما روى « أن مسكينة ماتت ليلا فدفنوها ولم يوقظوا رسول الله صلى الله عليه وسلم من الغد على قبرها » والى أى وقت تجوز الصلاة على القبر ؟ فيه أربعة اوجه : (أحدها) الى شهر ؛ لأن النبى صلى الله عليه وسلم « صلى على أم

سعد بن عبادة رضى الله عنهما بعد ما دفنت بشهر » (والثانى) يصلى عليه ما لم يبل ، لأنه اذا بلى لم يبق ما يصلى عليه (والثالث) يصلى عليه ، من كان من أهل الفرض عند موته ، لأنه كان من أهل الخطاب بالصلاة عليه ، وأما من يولد بعد موته أو بلغ بعد موته فلا يصلى عليه لأنه لم يكن من أهل الخطاب بالصلاة عليه (والرابع) يصلى عليه أبداً لأن القصد من الصلاة على الميت الدعاء ، والدعاء يجوز كل وقت) .

(**الشرح**) حديث المسكينة صحيح رواه النسائى والبيهقى وغيرهما باسناد صحيح من رواية أبى أمامة أسعد بن سهل بن حنيف ، وهو صحابى ، وفى رواية البيهقى عن أبى أمامة رضى الله عنه أن بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم أخبر به ، وهو صحيح فان الصحابة كلهم عدول ، وهذه المسكينة يقال لها : أم محجن ــ بكسر الميم ــ (وأما) حديث أم سعد فرواه الترمذى والبيهقى باسنادهما عن ابن المسيب رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « صلى على أم سعد بعد موتها بشهر » قال البيهقى وهذا مرسل صحيح ، قال : وروى عن ابن عباس موصولا قال « صلى عليها بعد شهر » وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم غائبا حين موتها ، قال : والمرسل أصح ، ومرسل ابن المسيب كما سبق بيانه فى أول الشرح ، وهل هو حجة لمجرده ؟ أم اذا اعتضد بأحد الأمور الأربعة السابقة ؟ فيه وجهان سبقا هناك .

أما أحكام الفصل ففيه مسائل :

(احداها) اذا صلى عليه فالسنة أن يبادر بدفنه ، ولا ينتظر به حضور أحد الا الولى فانه ينتظر ما لم يخش عليه التغير ، فان خيف تغيره لم ينتظر ، لأن مراعاة صيانة الميت أهم من حضور الولى ، ثم انه انما ينتظر الولى اذا كان بينه وبينه مسافة قريبة .

(الثانية) اذا حضر بعد الصلاة عليه انسان لم يكن صلى الله عليه أو جماعة صلوا عليه ، وكانت صلاتهم فرض كفاية بلا خلاف عندنا ، وقال أبو حنيفة : لا تصلى عليه طائفة ثانية لأنه لا يتنفل بصلاة الجنازة فلا تصليها طائفة بعد طائفة .

واحتج أصحابنا بحديث المسكينة وهو صحيح كما سبق ، وبحديث أبى هريرة « أن امرأة سوداء أو رجلا كان يقم المسجد ففقده النبى صلى الله عليه وسلم فسأل عنه فقالوا : مات فقال : أفلا آذنتمونى به ؟ دلونى على قبره فدلوه فصلى عليه » رواه البخارى ومسلم وعن ابن عباس رضى الله عنهما « أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى على قبر منبوذ » رواه البخارى ومسلم وفى الباب أحاديث كثيرة صحيحة ، ومعلوم أن هؤلاء ما دفنوا الا بعد صلاة طائفة عليهم بحيث سقط الحرج بصلاتهم والا فلا يجوز أن يظن دفنهم قبل الصلاة •

والجواب عن احتجابهم بأن صلاة الثانية نافلة من وجهين (أحدهما) منعه ، بل هى عندنا فرض كفاية كما سبق ، وسنذكر دليله واضحا فى المسألة الثالثة ان شاء الله تعالى (والثانى) أنه ينقض بصلاة النساء مع الرجال على الجنازة ، فانها نافلة فى حقهن لأنهن لا يدخلن فى الفرض اذا حضر الرجال واقتصر صاحب الحاوى على هذا الجواب الثانى (فان) قيل : كيف تقع صلاة الطائفة الثانية فرضا ولو تركوها لم يأثموا ، وليس هذا شأن الفروض ؟ (فالجواب) أنه قد يكون ابتـداء الشىء ليس بفرض فاذا دخل فيه صار فرضا ، كما اذا دخل فى حج التطوع • وكما فى الواجب على التخيير كخصال الكفارة ولو أن الطائفة الأولى لو كانت ألفا أو ألوفا وقعت صلاتهم جميعهم فرضا بالاتفاق ومعلوم أن الفرض كان يسقط ببعضهم ، ولا يقول أحد : ان الفرض سقط بأربعة منهم على الابهام والباقين متنفلون •

(فان) قيل : قد وقع فى كلام كثير من الأصحاب أن فرض الكفاية اذا فعله من تحصل به الكفاية سقط الفرض عن الباقين واذا سقط عنهم كيف قلتم تقع صلاة الطائفة فرضا ؟ (فالجواب) ان عبارة المحققين : سقط الحرج عن الباقين ؛ أى لا حرج عليهم فى ترك هذا الفعل فلو فعلوه وقع فرضا كما لو فعلوه مع الأولين دفعة واحدة (وأما) عبارة من يقول سقط الفرض عن الباقين فمعناها سقط حرج الفرض واثمه والله أعلم •

(الثالثة) اذا صلى على الجنازة جماعة أو واحد ، ثم صلت عليها طائفة أخرى فأراد من صلى أولا أن يصلى ثانيا مع الطائفة الثانية ، ففيه أربعـة

أوجه ، أصحها باتفاق الأصحاب لا يستحب له الاعادة ، بل المستحب تركها (والثانى) يستحب الاعادة • وهذان الوجهان ذكرهما المصنف بدليلهما ، وذكرهما هكذا أيضا أكثر الأصحاب (الثالث) يكره الاعادة وبه قطع الفورانى وصاحب العدة وغيرهما • (والرابع) حكاه البغوى ان صلى أولا منفردا أعاد ، وان صلى جماعة فلا (والصحيح) الأول ، صححه الأصحاب فى جميع الطرق وقطع به صاحب الحاوى والقاضى حسين وامام الحرمين والغزالى وغيرهم • وادعى امام الحرمين فى النهاية اتفاق الأصحاب عليه ، فعلى هذا لو صلى ثانيا صحت صلاته ، وان كانت غير مستحبة ، هذا هو المشهور فى كتب الأصحاب • وقال امام الحرمين : ظاهر كلام الأصحاب أنها صحيحة • قال : وعندى فى بطلانها احتمال والمذهب صحتها ، فعلى هذا قال المصنف والجمهور : تقع نفلا •

وقال القاضى حسين اذا صلى تقع صلاته الثانية فرض كفاية ولا تكون نفلا كما لو صلت جماعة بعد جماعة فصلاة الجميع تقع فرضا ، قال صاحب التتمة تنوى الطائفة بصلاتهم الفرض لأن فعل غيرهم أسقط عنهم الحرج لا الفرض ، وبسط امام الحرمين رحمه الله هذا بسطا حسنا فقال « اذا صلى على الميت جمع يقع الاكتفاء ببعضهم » فالذى ذهب اليه الأئمة أن صلاة كل واحدة تقع فريضة ، وليس بعضهم بأولى بوصفه بالقيام بالغرض من بعضهم ، فوجب الحكم بالفريضة للجميع ، قال : ويحتمل أن يقال هو كايصال المتوضىء الماء الى جميع رأسه دفعة ، وقد اختلفوا فى أن الجميع فرض ؟ أم الفرض ما يقع عليه الاسم فقط ؟ قال : ولكن قد يتخيل الفطن فرقا ويقولمرتبة الفرضية فوق مرتبةالسنة وكل مصل فى الجمع الكبير ينبغى أن لا يحرم رتبة الفرضية ، وقد قام بما أمر به ، وهذا لطيف لا يقع مثله ، قال : ثم قال الأئمة : اذا صلت طائفة ثانية كانت كصلاتهم مع الأولين فى جماعة واحدة •

وأما قول المصنف « وصلاة الجنازة لا يتنفل بمثلها » فمعناه لا يجوز الابتداء بصورتها من غير جنازة بخلاف صلاة الظهر ، فانه يصلى مثل صورتها ابتداء بلا سبب • ولكن هذا الذى قاله ينتقض بصلاة النساء على الجنازة

فانهن اذا صلين على الجنازة مع الرجال وقعت صلاتهن نافلة ؛ وهى صحيحة ، وقد سبق هذا فى المسألة الثانية والله أعلم •

(الرابعة) اذا حضر من لم يصل عليه بعد دفنه وأراد الصلاة عليه فى القبر أو أراد الصلاة عليه فى بلد آخر جاز بلا خلاف للأحاديث السابقة فى المسألة الثانية • والى متى تجوز الصلاة على المدفون ؟ فيه ستة أوجه (أحدها) يصلى عليه الى ثلاثة أيام ولا يصلى بعدها ، حكاه الخراسانيون وهو المشهور عندهم (والثانى) الى شهر (والثالث) ما لم يبل جسده (والرابع) يصلى عليه من كان من أهل فرض الصلاة عليه يوم موته (والخامس) يصلى من كان من أهل الصلاة عليه يوم موته ، وان لم يكن من أهل الفرض فيدخل الصبى المميز • وممن حكى هذا الوجه المصنف فى التنبيه صححه البندنيجى (والسادس) يصلى عليه أبدا ، فعلى هذا تجوز الصلاة على قبور الصحابة رضى الله عنهم ومن قبلهم اليوم ، واتفق الأصحاب على تضعيف هذا السادس •

وممن صرح بتضعيفه الماوردى والمحاملى والفورانى وامام الحرمين والبغوى والغزالى فى البسيط وآخرون ، وان كان فى كلام صاحب التنبيه اشارة الى ترجيحه فهو مردود مخالف للأصحاب وللدليل •

واختلفوا فى الأصح من الأوجه (فصحح) الماوردى وامام الحرمين والجرجانى الثالث ، وصحح الجمهور أنه يصلى عليه من كان من أهل فرض الصلاة عليه • ممن صرح بتصحيحه الشيخ أبو حامد والفورانى والبغوى والرافعى وآخرون قالوا : وهو قول أبى زيد المروزى ، فعلى هذا الوجه لو كان يوم الموت كافرا ثم أسلم قال امام الحرمين : الذى أراه أنه يصلى لأنه كان متمكنا من الصلاة بأن يسلم فهو كالمحدث •

قال : والمرأة اذا كانت حائضا يوم الموت ثم طهرت فالحيض ينافى وجوب الصلاة وصحتها ، ولكن هى فى الجملة مخاطبة ، فالذى أراه أنها تصلى • هذا كلام الامام ، وكذا قطع الغزالى فى البسيط بأن الكافر والحائض يوم الموت اذا أسلم وطهرت صليا • وهذا الذى قالاه مخالف لظاهر كلام الأصحاب ، فان الكافر والحائض ليس من أهل الصلاة • وقد قالوا : لا يصلى

من لم يكن من أهل فرض الصلاة أو من لم يكن من أهل الصلاة حال الموت • وقد صرح المتولى بأنهما لا يصليان ، وقال الشيخ أبو حامد فى حكاية هذا الوجه : يصلى عليه من كان مخاطبا بالصلاة عليه يوم موته وجوبا أو ندبا من رجل وامرأة وعبد ، فأما من بلغ بعده فلا •

واحتج المتولى لهذا الوجه بأن حكم الخطاب يتعلق بكل من هو من أهل الصلاة ، وفعل غيرهم لم يسقط الفرض فى حقهم وانما أسقط الحرج ، واذا قلنا يصلى عليه ما لم يبل جسده • قال الشيخ أبو محمد الجوينى فى كتابه الفروق والسرخسى وغيرهما من أصحابنا : المراد ما لم يبق من بدنه شىء لا لحم ولا عظم ، فمتى بقى عظم صلى •

قال أصحابنا رحمهم الله : ويختلف هذا باختلاف البقاع فلو شككنا فى انمحاق أجزائه صلى لأن الأصل بقاؤه • هكذا صرح به كثيرون ، وهو مقتضى عبارة الباقين ، فان الشيخ أبا حامد فى تعليقه والمحاملى فى التجريد والصيدلانى والقاضى حسين وآخرين ، قالوا : يصلى عليه ما لم يعلم أنه بلى وذهبت أجزاؤه • وقال امام الحرمين والغزالى فى البسيط : فيه احتمالان (أحدهما) هذا (والثانى) لا يصلى لأن صحة الصلاة على هذا الوجه متوقفة على العلم ببقاء شىء منه • وعبارة المحاملى فى المجموع توافق هذا ، فانه قال : يصلى ما دام يعلم أن فى القبر منه شيئا ، والمذهب الأول •

قال أصحابنا رحمهم الله : واذا قلنا بالوجه الضعيف انه يصلى أبدا فهل تجوز الصلاة على قبر نبينا وغيره من الأنبياء صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين ؟ فيه وجهان مشهوران على هذا الوجه (أصحهما) عند الخراسانيين والماوردى أنه لا تجوز الصلاة • قال امام الحرمين : وهو قول جماهير الأصحاب ، وبهذا قطع البندنيجى وآخرون •

(والثانى) وهو قول أبى الوليد النيسابورى من متقدمى أصحابنا أنه يصلى عليه فرادى لا جماعة • قال : والنهى الوارد فى الأحاديث الصحيحة انما هو عن الصلاة عليه جماعة ، وكان أبو الوليد يقول : أنا أصلى اليوم على قبور الأنبياء والصالحين وبهذا الوجه الذى قاله أبو الوليد قطع القاضى

أبو الطيب فى كتابيه التعليق والمجرد ، والمحاملى فى التجريد ، ورجحه الشيخ أبو حامد فى تعليقه ، والأول أصح • والله أعلم •

(فـــرع) اذا دفن من غير صلاة قال أصحابنا يأثم الدافنون وكل من توجه عليه فرض هذه الصلاة من أهل تلك الناحية ، لأن تقديم الصلاة على الدفن واجب • وان كانت الصلاة على القبر تسقط الفرض الا أنهم يأثمون ، صرح به امام الحرمين والأصـحاب ولا خلاف فيه • قال أصحابنا : لكن لا ينبش بل يصلى على القبر لأن نبشه انتهاك له والصلاة على القبر تجزئه • هكذا قاله الأصحاب • وحكى الرافعى وجها أنه لا يسقط الفرض بالصلاة على القبر وهو ضعيف أو غلط •

(فرع) فى مذاهب العلماء فيمن فاته الصلاة على الميت

ذكرنا أن مذهبنا أنه يصلى على القـبر • ونقـلوه عن على وغـيره من الصحابة رضى الله عنهم • قال ابن المنذر رحمه الله : وهو قول ابن عمر وأبى موسى وعائشة وابن سيرين والأوزاعى وأحمد • وقال النخعى ومالك وأبو حنيفة : لا يصلى على الميت الا مرة واحدة • ولا يصلى على القبر الا أن يدفن بلا صلاة ، الا أن يكون الولى غائبا فصلى غيره عليه ودفن فللولى أن يصلى على القبر •

وقال أبو حنيفة رحمه الله : لا يصلى على القبر بعد ثلاثة أيام من دفنه ، وقال أحمد رحمـه الله الى شهر • واسحاق الى شهر للغـائب وثلاثة أيام للحاضر • دليلنا فى الصلاة على القبر وان صلى عليه الأحاديث السابقة فى المسألة الثانية •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(تجوز الصلاة على الميت الغائب لما روى ابو هريرة رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم نعى النجاشى لأصحابه وهو بالمدينة وصلى عليـه وصلوا خلفه • وان كان الميت معه فى البلد لم يجز ان يصلى عليه حتى يحضر عنده ، لأنه يمكنه الحضور من غير مشقة) •

(الشـــرح) حديث أبى هريرة رضى الله عنه رواه البخارى ومسلم من رواية أبى هريرة • ورويناه من رواية جابر بن عبد الله رضى الله عنهما ،ورواه مسلم من رواية عمران بن حصين والنجاشى رضى الله عنه بفتح النون وتشديد

الياء واسمه أصحمة • بهمزة مفتوحة ثم صاد ساكنة ثم حاء مفتوحة مهملتين • هكذا جاء فى الصحيح وقيل صحمة وقيل غيره ، والنجاشى اسم لكل من ملك الحبشة • كما سمى كل خليفة للمسلمين أمير المؤمنين • ومن ملك الروم قيصر • والترك خاقان ، والفرس كسرى • والقبط فرعون • ومصر العزيز والله أعلم •

ومذهبنا جواز الصلاة على الميت الغائب عن البلدسواءكان فى جهة القبلة أم فى غيرها • ولكن المصلى يستقبل القبلة ولا فرق بين أن تكون المسافة بين البلدين قريبة أو بعيدة ولا خلاف فى هذا كله عندنا (أما) اذا كان الميت فى البلد فطريقان (المذهب) وبه قطع المصنف والجمهور : لا يجوز أن يصلى عليه حتى يحضر عنده لأن النبى صلى الله عليه وسلم « لم يصل على حاضر فى البلد الا بحضرته » ولأنه لا مشقة فيه بخلاف الغائب عن البلد •

(والطريق الثانى) حكاه الخراسانيون أو أكثرهم فيه وجهان (أصحهما) هذا (والثانى) يجوز كالغائب • فان قلنا : لا يجوز قال الرافعى : ينبغى أن لا يكون بين الامام والميت أكثر من مائتى ذراع أو ثلاثمائة تقريبا • قال : وحكى هذا عن الشيخ أبى محمد الجوينى •

(فرع) فى مذاهبهم فى الصلاة على الغائب عن البلد

ذكرنا أن مذهبنا جوازه ومنعها أبو حنيفة • دليلنا حديث النجاشى وهو صحيح لا مطعن فيه وليس لهم عنه جواب صحيح بل ذكروا فيه خيالات أجاب عنها أصحابنا بأجوبة مشهورة (منها) قولهم : انه طويت الأرض فصار بين يدى النبى صلى الله عليه وسلم (وجوابه) أنه لو فتح هذا الباب لم يبق وثوق بشىء من ظواهر الشرع لاحتمال انحراف العادة فى تلك القضية مع أنه لو كان شىء من ذلك لتوفرت الدواعى بنقله •

وأما حديث العلاء بن زيدل ، ويقال ابن زيد عن أنس انهم كانوا فى تبوك فأخبر جبريل النبى صلى الله عليه وسلم بموت معاوية بن معاوية فى ذلك اليوم ، وأنه قد نزل عليه سبعون ألف ملك يصلون عليه ، فطويت الأرض للنبى صلى الله عليه وسلم حتى ذهب فصلى عليه ، ثم رجع فهو حديث

ضعيف ضعفه الحفاظ منهم البخارى فى تاريخـه والبيهقى ، واتفقوا على ضعف العلاء هذا وأنه منكر الحديث •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجد بعض الميت غسل وصلى عليه ، لأن عمر رضى الله عنه صلى على عظام بالشام ، وصلى أبو عبيدة على رءوس ، وصلت الصحابة رضى الله عنهم على يد عبد الرحمن بن عتاب بن أسيد ، القاها طائر بمكة من وقعة الجمل) •

(الشـــرح) أبوعبيدة رضى الله عنه هذا هو أحد العشرة المشهود لهم بالجنة وأسمه عامر بن عبد الله بن الجراح ، وعتاب بفتح العين المهملة وأسيد بفتح الهمزة ، وهذه الحكاية عن يد عبد الرحمن رويناها فى كتاب الأنساب للزبير بن بكار ، قال : وكان الطائر نسرا وكانت وقعة الجمل فى جمـادى سنة ست وثلاثين ، واتفقت نصوص الشافعى رحمه الله والأصحاب على أنه اذا وجد بعض من تيقنا موته غسل وصلى عليه ، وبه قال أحمد ، وقال أبو حنيفة رحمه الله : لا يصلى عليه الا اذا وجد أكثر من نصفه ، وعندنا لا فرق بين القليل والكثير ، قال أصحابنا رحمهم الله : وانما نصلى عليه اذا تيقنا موته •

فأما اذا قطع عضو من حى ، كيد سارق ، وجان وغير ذلك فلا يصلى عليه ، وكذا لو شككنا فى العضو هل هو منفصل من حى أو ميت ؟ لم نصل عليه ، هذا هو المذهب الصحيح ، وبه قطع الأصـحاب فى كل الطرق الا صاحب الحاوى ومن أخذ عنه ، فانه ذكر فى العضو المقطوع من الحى وجهين فى وجوب غسله والصلاة عليه :

(أحدهما) يغسل ويصلى عليه كعضو الميت (وأصحهما) لا يغسل ولا يصلى عليه ، ونقل المتولى رحمه الله الاتفاق على أنه لا يغسل ولا يصلى عليه ، فقال : لا خلاف أن اليد المقطوعة فى السرقة والقصاص لا تغسل ولا يصلى عليها ، ولكن تلف فى خرقة وتدفن ، وكذا الأظفار المقلومة والشعر المأخوذ من الأحياء لا يصلى على شىء منها ، لكن يستحب دفنها ، قال : وكذا اذا شككنا فى موت صاحب العضو فلا يغسل ولا يصلى عليه ، وهذا الذى سبق فى الصلاة على بعض الذى تيقنا موته هو فى العضو •

أما اذا وجدنا شعر الميت أو ظفره أو نحوهما فوجهان مشهوران حكاهما القاضى أبو الطيب فى تعليقه والبندنيجى وصاحب الشامل والتتمة وصاحب البيان وآخرون ، وأشار اليهما المصنف فى تعليقه فى الخلاف •

(أحدهما) وهو الذى رجحه البندنيجى رحمه الله لا يغسل ولا يصلى عليه ، بل يدفن (وأصحهما) وبه قال الأكثرون يغسل ، ويصلى عليه كالعضو ، لأنه جزء ، قال الرافعى رحمه الله : هذا الثانى أقرب الى كلام الأكثرين قال : لكن قال صاحب العدة رحمه الله : ان لم يوجد الا شعرة واحدة لم يصل عليها فى ظاهر المذهب ، قال القاضى أبو الطيب رحمه الله : ولو قطعت أذنه فألصقها موضعها فى حرارة الدم ثم افترسه سبع ووجدنا أذنه لم نصل عليه لأن انفصالها كان فى الحياة هذا كلام القاضى رحمه الله ، ويجىء فيها الوجه السابق عن الحاوى ، قال أصحابنا رحمهم الله : ومتى صلى فى هذه الصور فلا بد من تقدم غسله ، ثم يوارى بخرقة ويصلى عليه ويدفن •

قال أصحابنا رحمهم الله : والدفن لا يختص بعضو من علم موته ، بل كل ما ينفصل من الحى من عضو وشعر وظفر وغيرهما من الأجزاء ، يستحب دفنه وكذلك توارى العلقة والمضغة تلقيهما المرأة ، وكذا يوارى دم الفصد والحجامة قال أصحابنا رحمهم الله : ولو وجد بعض الميت أو كله ولم نعلم أنه مسلم أم كافر ، فان كان فى دار الاسلام غسل وصلى عليه ، لأن الغالب فيها المسلمون كما حكمنا باسلام اللقيط فيها ، وممن صرح بالمسألة الشيخ أبو حامد والمحاملى فى التجريد فى آخر باب الشهيد ، وابن الصباغ والمتولى وآخرون •

قال أصحابنا رحمهم الله : ومتى صلى على عضو الميت نوى الصلاة على جملة الميت لا على العضو وحده ، هذا هو المشهور ، وممن صرح به الرويانى والرافعى وذكر صاحب الحاوى وجهين (أحدهما) هذا (والثانى) يصلى على العضو خاصة قال : والوجهان فيما اذا لم يعلم جملته صلى عليها ، فان علم ذلك صلى على العضو وحده وجها واحدا ، وهذا الذى قاله شاذ ضعيف ، والله أعلم •

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه يصلى عليه سواء قل البعض أم كثر ، وبه قال أحمد رحمه الله ، وقال داود : لا يصلى عليه مطلقا ، وقال أبو حنيفة رحمه الله : ان وجد أكثر من نصفه غسل وصلى عليه وان وجد النصف فلا غسل ولا صلاة ، قال مالك رحمه الله :بل لا يصلى على اليسير منه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا استهل السقط او تحرك ثم مات غسل وصلى عليه ، لما روى ابن عباس رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا استهل السقط غسل وصلى عليه وورث ووُرِث » ولأنه قد ثبت له حكم الدنيا فى الاسلام والميراث والدية ففسل وصلى عليه كغيره ، وان لم يستهل ولم يتحرك ــ فان لم يكن له اربعة اشهر ــ كفن بخرقة ودفن ، وان تم له اربعة اشهر ، ففيه قولان ، قال فى القديم يصلى عليه لأنه نفخ فيه الروح ، فصار كمن استهل ، وقال فى الأم : لا يصلى عليه وهو الأصح لأنه لم يثبت له حكم الدنيا فى الارث وغيره ، فلم يصل عليه ، فان قلنا : يصلى عليه غسل كغير السقط ، وان قلنا : لا يصلى عليه ففى غسله قولان ، قال فى البويطى : لا يغسل لأنه لا يصلى عليه فلا يغسل كالشهيد ، وقال فى الأم : يغسل لأن الغسل قد ينفرد عن الصلاة كما نقول فى الكافر) •

(الشـــرح) حديث ابن عباس من رواية ابن عباس غريب ، وانما هو معروف من رواية جابر ، رواه من رواية جابر الترمذى والنسائى وابن ماجه والحاكم والبيهقى واسناده ضعيف ، وفى بعض رواياته موقوف على جابر • قال الترمذى رحمه الله : كأن الموقوف أصـح ، وقال النسـائى : الموقوف أولى بالصواب ، رواه الترمذى فى الجنائز ، والنسائى فى الفرائض ، وابن ماجه فيهما ، وفى رواية البيهقى : « صلى عليه وورث وورث » ورواية المهذب ورث ــ بفتح الواو وكسر الراء ــ (وقوله) استهل أى صرخ وأصل الاهلال رفع الصوت ، وفى السقط ثلاث لغات كسر السين وضمها وفتحها •

(أما حكم المسالة) فللسقط أحوال (أحدها) أن يستهل فيجب غسله والصلاة عليه بلا خلاف عندنا لما ذكره المصنف ، ويكون كفنه ككفن البالغ ثلاثة أثواب (الثانى) أن يتحرك حركة تدل على الحياة ، ولا يستهل أو يختلج ففيه طريقان (المذهب) وبه قطع المصنف والعراقيون : يغسل ويصلى

عليه قولا واحدا (والثانى) حكاه الخراسانيون فيه قولان ، وبعضهم يقول وجهان (أصحهما) هذا (والثانى) حكاه الخراسانيون لا يصلى عليه وعلى هذا هل يغسل ؟ فيه طريقان عندهم (المذهب) يغسل (والثانى) على قولين (أحدهما) يغسل (والثانى) لا يغسل (والثالث) أن لا تكون فيه حركة ولا اختلاج ولا غيرهما من أمارات الحياة فله حالان : (أحدهما) أن لا يبلغ أربعة أشهر فلا يصلى عليه بلا خلاف وفى غسله طريقان (المذهب) وبه قطع المصنف والجمهور : لا يغسل (والثانى) حكاه بعض الخراسانيين كالقاضى حسين والرافعى وآخرين : فيه قولان وذكرهما المحاملى فى التجريد لكن قال : يشترط أن يكون ظهر فيه خلقة آدمى •

(والحال الثانى) أن يبلغ أربعة أشهر ففيه ثلاثة أقوال ذكرها المصنف والأصحاب (الصحيح) المنصوص فى الأم ومعظم كتب الشافعى : يجب غسله ، ولا تجب الصلاة عليه ولا تجوز أيضا لأن باب الغسل أوسع ولهذا يغسل الذمى ولا يصلى عليه (والثانى) نص عليه فى البويطى من الكتب الجديدة لا يصلى عليه ولا يغسل (والثالث) حكاه المصنف والجمهور عن نصه فى القديم أنه يغسل ويصلى عليه وقال الشيخ أبو حامد : المنصوص للشافعى رحمه الله فى جميع كتبه أنه لا يصلى عليه ، قال : وحكى أصحابنا عن القديم أنه يصلى عليه ، وقال صاحب الحاوى (الصحيح) الذى نص عليه الشافعى فى القديم والجديد أنه لا يصلى عليه قال (والثانى) حكاه ابن أبى هريرة تخريجا عن الشافعى رحمه الله فى القديم أنه يصلى عليه وقال البندنيجى رحمه الله : حكى أصحابنا عن القديم أنه يصلى عليه ، وقد قرأت القديم كله فلم أجده فقد اتفق هؤلاء على انكار كونه فى القديم •

قال امام الحرمين والغزالى فى البسيط : ان أوجبنا فى هذه الأحوال الصلاة فالكفن التام واجب كما سبق ، يعنى يكفن كفن البالغ فى ثلاثة أثواب وان لم نوجب الصلاة وجب دفنه بالاتفاق ، والخرقة التى تواريه ، وهى لفافة قالا : والدفن واجب حينئذ قولا واحدا قالا : ثم تمام الكفن يتبع وجوب الصلاة قالا : واذا ألقت المرأة مضغة لا يثبت بها حكم الاستيلاد ووجوب الغرة ولا غسل ولا تكفين ولا صلاة ، ولا يجب الدفن والأولى أن توارى • هذا كلامهما •

وكذا قال البغوى : اذا ألقت علقة أو مضغة لم يظهر فيها شيء من خلق الآدمى فليس لها غسل ولا تكفين وتوارى كما يوارى دم الرجل اذا افتصد أو احتجم •

(وأما) الرافعى رحمه الله فقال : ما يظهر فيه خلقة آدمى يكفى فيه المواراة كيف كانت فبعد ظهـور خلقة الآدمى حكم التكفين حكم الغسل فجعله تابعا للغسل وجعله الامام والغزالى تابعا للصلاة ، وما ذكره الرافعى رحمه الله أنسب •

(وأما) المحاملى فذكر مسألة السقط فى التجريد خلاف الأصحاب وخلاف ما ذكره هو أيضا فى كتابه المجموع فقـال : ان سقط بعدنفخ الروح ولم يستهل بأن سقط لفوق أربعة أشهر فقولان ، قال فى القـديم والجديد : لا يصلى عليه وفى البويطى : يصلى عليه قال : ولا خلاف على القولين أنه يغسل ويكفن ويدفن ، وان سقط قبل أربعة أشهر فلا خلاف أنه لايصلى عليه نص عليه فى جميع كتبه ثم ان لم يكن فيه خلق آدمى كظفر وغيره فلا حكم له فلا يغسل ولا يكفن ، وان كان قد تخلق كفن ودفن وفى غسله قولان هذا آخر كلامه وفى البيان عن الشيخ أبى حامد نحوه ولم أره فى تعليق أبى حامد لكن نسخ التعليق تختلف والله أعلم •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى الصلاة على الطفل والسقط

أما الصبى فمذهبنا ومذهب جمهور السلف والخلف وجوب الصلاة عليه ونقل ابن المنذر رحمه الله الاجماع فيه •

وحكى أصحابنا عن سعيد بن جبير أنه قال : « لا يصلى عليه ما لم يبلغ » وخالف العلماء كافة •

وحكى العبدرى عن بعض العلماء أنه قال : ان كان قد صلى صلى عليه ، والا فلا ، وهذا أيضا شاذ مردود • واحتج له برواية من روى أن النبى صلى الله عليه وسلم « لم يصل على ابنه ابراهيم رضى الله عنه » ولأن المقصود من الصلاة الاستغفار للميت وهذا لا ذنب له •

واحتج أصحابنا بعموم النصوص الواردة بالأمر بالصلاة على المسلمين ، وهذا داخل فى عموم المسلمين ، وعن المغيرة بن شعبة رضى الله عنه أن رسول

الله صلى الله عليه وسلم قال « الراكب خلف الجنازة والماشى حيث شاء منها والطفل يصلى عليه » رواه أحمد والنسائى والترمذى وقال حديث حسن صحيح • وأجاب الأصحاب عن احتجاج سعيد بأن الرواية اختلفت فى صلاته صلى الله عليه وسلم على ابراهيم فأثبتها كثيرون من الرواة ، قال البيهقى : وروايتهم أولى ، وقال أصحابنا رحمهم الله : فهى أولى لأوجه (أحدها) أنها أصح من رواية النفى (الثانى) أنها مثبتة فوجب تقديمها على النافية كما تقرر (الثالث) يجمع بينهما فمن قال : صلى أراد أمراً بالصلاة عليه ، واشتغل صلى الله عليه وسلم بصلاة الكسوف ومن قال : لم يصل أى لم يصل بنفسه •

وأما الجواب عن قوله : المقصود المغفرة فباطل بالصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم وعلى المجنون الذى بلغ مجنونا واستمر حتى مات ، وعلى من كان كافرا فأسلم ثم مات متصلا به من غير احداث ذنب ، فان الصلاة ثابتة فى هذه المواضع بالاجماع ولا ذنب له بلا شك والله أعلم •

وأما السقط فقد ذكرنا تفصيل مذهبنا فيه ، قال مالك : لا يصلى عليه الا أن يختلج ويتحرك ويطول ذلك عليه ، وحكى ابن المنذر عن جابر بن زيد التابعى والحكم وحماد ومالك والأوزاعى وأصحاب الرأى أنه اذا لم يستهل لا يصلى عليه وعن ابن عمر رضى الله عنهما أنه يصلى عليه وان لم يستهل ، وبه قال ابن سيرين وابن المسيب وأحمد واسحاق •

وقال العبدرى :ان كان له دون أربعة أشهر لم يصل عليه بلا خلاف ، يعنى بالاجماع ، وان كان له أربعة أشهر ولم يتحرك لم يصل عليه عند جمهور العلماء ، وقال أحمد وداود رحمها الله : يصلى عليه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان مات كافر لم يصل عليه لقوله تعالى (ولا تصل على احد منهم مات ابداً ، ولا تقم على قبره) (١) ولأن الصلاة لطلب المغفرة والكافر لا يغفر له فلا معنى للصلاة عليه ويجوز غسله وتكفينه لأن النبى صلى الله عليه وسلم « امر عليا رضى الله عنه ان يغسل اباه ، وأعطى قميصه ليكفن به عبد الله بن ابى ابن سلول » فان اختلط المسلمون بالكفار ولم يتميزوا صلوا على المسلمين بالنية ، لأن الصلاة تنصرف الى الميت بالنية ، والاختلاط لا يؤثر فى النية) •

---

(١) من الآية ٨٤ من سورة التوبة .

(الشـــرح) حديث على رضى الله عنه ضعيف ، وحديث ابن أبى رواه البخارى ومسلم ، وقد سبق بيان حديث على رضى الله عنه فى باب غسل الميت ، وحديث ابن أبى فى باب الكفن ، وأجمعوا على تحريم الصلاة على الكافر ، ويجوز غسله وتكفينه ودفنه ، وأما وجوب التكفين ففيه خلاف وتفصيل سبق واضحا فى باب غسل الميت ، وتقدم هناك زيارة قبره والدعاء له ، واتباع جنازته ، وغير ذلك مما يتعلق به •

(أما) اذا اختلط مسلمون بكفار ، ولم يتميزوا ، فقال أصحابنا : يجب غسل جميعهم وتكفينهم والصلاة عليهم ، ودفنهم ، ولا خلاف فى شىء من هذا ، لأن هـذه الأمور واجبة فى المسلمين وهؤلاء فيهم مسلمون ، ولا يتوصل الى أداء الواجب الا باستيعاب الجميع ، فوجب ذلك ، ولا فرق عندنا أن يكون عدد المسلمين أكثر أو أقل حتى لو اختلط مسلم بمائة كافر وجب غسل الجميع وتكفينهم والصلاة عليهم ودفنهم وأما المقبرة التى يدفنون فيها فسيأتى بيانها فى باب حمل الجنازة ان شاء الله •

قال أصحابنا رحمهم الله : وهو مخير فى كيفية الصلاة ، فان شاء أفرد كل واحد من الجميع بصلاة وينوى الصلاة عليه ان كان مسلما ، قال القاضى حسين والبغوى وغيرهما : ويقول فى الدعاء : اللهم اغفر له ان كان مسلما ، قال أصحابنا ويعذر فى تردد النية للضرورة ، كمن نسى صلاة من الخمس يصليهن ويعذر فى تردد النية وان شاء صلى على الجميع صلاة واحدة وينوى الصلاة على المسلمين من هؤلاء ، وهذه الكيفية الثانية أولى ، لأنه ليس فيها صلاة على كافر حقيقة ، واتفق الأصحاب على أنه مخير بين الكيفيتين • وممن صرح بذلك القاضى حسين والبغوى وصاحب البيان والرافعى وآخرون وقطع المحاملى فى كتبه والماوردى والمصنف فى التنبيه وآخرون بالكيفية الأولى • وقطع البندنيجى والقـاضى أبو الطيب فى المجرد وابن الصـباغ وآخرون بالكيفية الثانية ، ونقلها ابن المنـذر عن الشافعى ، وليس هـذا اختلافا بالاتفاق ، بل منهم صرح بالجائزين ومنهم من اقتصر على أحدهما ولم ينف الآخر •

قال القاضى أبو الطيب فى المجرد ، قال أصحابنا : وكذا لو اختلط الشهيد

بغيره غسل الجميع وصلى عليهم ونوى بالصلاة غير الشهيد . قال القاضى : ولو ماتت نصرانية وفى بطنها ولد مسلم وقد تحقق ذلك فان قلنا بالقديم : ان السقط الذى لم يستهل يصلى عليه صلى عليه ونوى بالصلاة الولد الذى فى جوفها . والله أعلم .

(فـــرع) قد ذكرنا جواز الصلاة على كل واحد من المختلطين مفردا ، وهذا تعليق للنية احتملناه للحاجة ، ويجوز التعليق أيضا فى الزكاة والصوم والحج فى بعض الصور ، فصورته فى الزكاة أن يقول : نويت هذا عن زكاة مالى الغائب ان كان غائبا والا فعن الحاضر ، وفى الصـــوم أن ينوى ليلة الثلاثين من رمضان صوم غـــد ان كان من رمضان ، وفى الحج أن ينوى احراما كاحرام زيد .

(فـــرع) فى مذاهب العلماء فى اختلاط المسلمين بالكفار الموتى اذا لم يتميزوا ذكرنا أن مذهبنا وجوب غسل الجميع والصلاة عليهم ، سواء كان عدد المسلمين أقل أو أكثر ، وهو مذهب مالك وأحمد وداود وابن المنذر . وقال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن : ان كان عدد المسلمين أكثر صلى على الجميع ، وان كان عدد الكفار أكثر أو استوى العددان لم يصل ، لأنه اختلط من تحرم الصلاة عليه بغيره ، فغلب التحريم ، كما لو اختلط أخته بأجنبية حرم نكاحها .

واحتج أصحابنا بأن الصلاة على المسلمين واجبة ولا يمكن الا بالصلاة على الجميع فوجب ذلك ، لأن مالا يتم الواجب الا به فهو واجب وقياسا على ما اذا كان عدد المسلمين أكثر ، وقولهم « اختلط الحرام بغيره » ينتقض بما اذا زاد عدد المسلمين وقياسهم على اختلاط أخته بأجنبية ينتقض باختلاطها بعدد غير محصور ، فانه يتزوج واحدة من غير اجتهاد والله أعلم .

(فـــرع) ذكر المتولى فى أول كتاب الصيام أنه لو مات ذمى فشهد عدل بأنه أسلم قبل موته ولم يشهد غيره لم يحكم بشهادته فى توريث قريبه المسلم منه ، ولا حرمان قريبه الكافر بلا خلاف ؛ وهل تقبل شهادته فى الصلاة عليه ؟ فيه وجهان بنـــاء على القولين فى ثبوت هـــلال رمضان بقول عدل واحد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن مات من المسلمين فى جهاد الكفار بسبب من أسباب قتالهم قبل انقضاء الحرب فهو شهيد لا يغسل ولا يصلى عليه ، لما روى جابر رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم « امر فى قتلى احد بدفنهم بدمائهم ولم يصل عليهم ولم يغسلوا » وان جرح فى الحرب ومات بعد انقضاء الحرب غسل وصلى عليه ، لأنه مات بعد انقضاء الحرب ، ومن قتل فى الحرب وهو جنب ففيه وجهان ، قال ابو العباس بن سريج وابو على ابن ابى هريرة : يغسل ، لما روى أن حنظلة بن الراهب قتل ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم « ما شأن حنظلة ؟ فانى رايت الملائكة تغسله ، فقالوا : جامع فسمع الهيعة فخرج الى القتال » فلو لم يجب غسله لما غسلته الملائكة . وقال أكثر أصحابنا : لا يغسل لأنه طهارة عن حدث فسقط حكمها بالشهادة كغسل الميت ، ومن قتل من أهل البغى فى قتال أهل العدل غسل وصلى عليه ، لأنه مسلم قتل بحق فلم يسقط غسله والصلاة عليه ، كمن قتل فى الزنا والقصاص ، ومن قتل من أهل العدل فى حرب أهل البغى ففيه قولان (أحدهما) يغسل ويصلى عليه ، لأنه مسلم قتل فى غير حرب الكفار ، فهو كمن قتله اللصوص . (والثانى) انه لا يغسل ولا يصلى عليه لأنه قتل فى حرب هو فيه على الحق وقاتله على الباطل ، فاشبه المقتول فى معركة الكفار ، ومن قتله قطاع الطريق من أهل القافلة ففيه وجهان (احدهما) انه يغسل ويصلى عليه (والثانى) لا يغسل ولا يصلى عليه لما ذكرناه فى أهل العدل) .

(الشـــرح) حديث جابر رواه البخارى رحمه الله ، وأما حديث حنظلة ابن الراهب وأن الملائكة غسلته لما كان جنبا واستشهد ، فرواه البيهقى باسناد جيد من رواية عبد الله بن الزبير متصلا ، ورواه مرسلا من رواية عباد بن [عبد الله بن الزبير] ورواية عبد الله بن الزبير ، لهذا يكون مرسل صحابى رضى الله عنه ، فانه ولد قبل سنتين فقط ، وهذه القصة كانت بأحد ، ومرسل الصحابى حجة على الصحيح ، والله أعلم .

وأما الشهيد فسمى بذلك لأوجه سبق بيانها فى باب السواك . وقوله فى حديث جابر رضى الله عنه « ولم يصل عليهم » هو بفتح اللام . قوله « سمع هيعة » بفتح الهاء واسكان الياء ، وهى الصوت الذى يفزع منه . قوله « طهارة عن حدث فسقط حكمها بالشهادة » احتراز من طهارة النجس ، فانه يجب ازالتها على المذهب كما سنوضحه ان شاء الله تعالى . قوله « لأنه

مسلم قتل بحق فلم يسقط غسله ، فيه احتراز ممن قتله الكفار فهو شهيد • قوله « قتله اللصوص » هو بضم اللام ، جمع لص بكسرها كحمل وحمول •

(أما حكم الفصل) ففيه مسائل (احداها) الشهيد لا يجوز غسله ولا الصلاة عليه وقال المزنى رحمه الله يصلى عليه • وحكى امام الحرمين والبغوى وغيرهما وجها أنه تجوز الصلاة عليه ولا تجب ولا يغسل • وقال الرافعى رحمه الله : الغسل ان أدى الى ازالةالدم حرام بلا خلاف ، والا فحرام على المذهب ، وقيل فى تحريمه الخلاف الذى فى الصلاة ، والمذهب ما سبق من الجزم بتحريم الصلاة والغسل جميعا ، ودليله حديث جابر مع ما سنذكره فى فرع مذاهب العلماء ان شاء الله تعالى •

(الثانية) يثبت حكم الشهادة فيما ذكرناه للرجل والمرأة والعبد والصبى والصالح والفاسق •

(الثالثة) الشهيد الذى لا يغسل ولا يصلى عليه هو من مات بسبب قتال الكفار حال قيام القتال ، سواء قتله كافر ، أو أصابه سلاح مسلم خطأ أو عاد اليه سلاح نفسه أو سقط عن فرسه أو رمحته دابة فمات أو وطئته دواب المسلمين أو غيرهم أو أصابه سهم لا يعرف هل رمى به مسلم أم كافر ، أو وجد قتيلا عند انكشاف الحرب ولم يعلم سبب موته ، سواء كان عليه أثر دم أم لا ، وسواء مات فى الحال أمبقى زمنا ثم مات بذلك السبب قبل انقضاء الحرب ، وسواء أكل وشرب ووصى أم لم يفعل شيئا من ذلك • وهذا كله متفق عليه عندنا ، نص عليه الشافعى والأصحاب ، ولا خلاف فيه الا وجها شاذا مردودا حكاه الشيخ أبو محمد الجوينى فى الفروق أن من رجع اليه سلاحه أو وطئته دابة مسلم أو مشرك أو تردى فى بئر حال القتال ونحوه ليس بشهيد ، بل يغسل ويصلى عليه والصواب الأول •

أما اذا مات فى معترك الكفار لا بسبب قتالهم ، بل فجأة أو بمرض فطريقان المذهب أنه ليس بشهيد ، وبه قطع الماوردى والقاضى حسين والبغوى وآخرون والثانى فيه وجهان (أحدهما) شهيد وأصحهما ليس بشهيد ، حكاه امام الحرمين وآخرون ، قال القاضى حسين والبغوى رحمهم الله :

وكذا لو قتله مسلم عمدا أو رمى الى صيد فأصابه فى حال القتال ومات بعد انقضائه ، فان قطع بموته من تلك الجراحة وبقى فيه بعد انقضاء الحرب حياة مستقرة فقولان مشهوران (أصحهما) ليس بشهيد ، سواء فى جريان القولين أكل وشرب وصلى وتكلم أم لا ، وسواء طال الزمان أم لا ، هذا هو المشهور ، وقيل : ان مات عن قرب فقولان ، وان طال الزمان فليس بشهيد قطعا ، أما اذا انقضت الحرب وليس فيه الا حركة مذبوح فهو شهيد بلا خلاف لأنه فى حكم الميت ، وان انقضت وهو متوقع الحياة فليس بشهيد بلا خلاف •

(الرابعة) اذا قتل أهل العدل انسانا من أهل البغى فى حال القتال غسل وصلى عليه بلا خلاف ، وان قتل أهل البغى عادلا فقولان مشهوران ، أصحهما يغسل ويصلى عليه كعكسه ، قال الشيخ أبو حامد والمحاملى فى كتابيه وابن الصباغ : هذا هو المنصوص عن الشافعى فى القديم والجديد (والثانى) نص عليه فى قتال أهل البغى لا يغسل ولا يصلى عليه لأنه مقتول فى حرب مبطلين فأشبه الكفار •

(الخامسة) من قتله قطاع الطريق فيه طريقان حكاهما امام الحرمين وآخرون وأحدهما ليس بشهيد قطعا ، وبه قطع جماعة (وأصحهما) وبه قطع المصنف والأكثرون فيه وجهان (أصحهما) باتفاقهم ليس بشهيد (والثانى) شهيد • أما من قتله اللصوص ففيه طريقان أصحهما وبه قطع المصنف والماوردى وآخرون ليس بشهيد قطعا •

(والثانى) أنه كمن قتله قطاع الطريق فيكون فيه الطريقان ، ولو دخل حربى دار الاسلام فقتل مسلما اغتيالا فوجهان ، حكاهما امام الحرمين وغيره (الصحيح) باتفاقهم ليس بشهيد ، ولو أسر الكفار مسلما ثم قتلوه صبرا ففى كونه شهيدا فى ترك الغسل والصلاة عليه وجهان حكاهما صاحب الحاوى وغيره أصحهما ليس بشهيد •

(السادسة) المرجوم فى الزنا والمقتول قصاصا والصائل وولد الزنا والغال من الغنيمة اذا لم يحضر القتال ونحوهم يغسلون ويصلى عليهم بلا خلاف عندنا ، وفى بعضهم خلاف للسلف سنذكره فى فروع مذاهب العلماء

ان شاء الله تعالى (السابعة) لو استشهد جنب فوجهان (أصحهما) باتفاق المصنفين يحرم غسله وبه قال جمهور أصحابنا المتقدمين لأنها طهارة حدث فلم يجز كغسل الموت (والثانى) وبه قال ابن سريج وابن أبى هريرة : يجب غسله بسبب شهادة الجنابة والخلاف انما هو فى غسله عن الجنابة ، ولا خلاف أنه لا يغسل بنية غسل الموت ، قال القاضى أبو الطيب والمحاملى والماوردى والعبدرى والرافعى وخلائق من الأصحاب : لا خلاف أنه لا يصلى عليه وان غسلناه (قلت) وقد سبق وجه شاذ أنه يصلى على كل شهيد ، فيجىء هنا ، ما اذا استشهدت منقطعة الحيض قبل اغتسالها فهى كالجنب ، وان استشهدت فى أثناء الحيض ــ فان قلنا الجنب لا يغسل ــ فهى أولى ، والا فوجهان حكاهما صاحب البحر ، بناء على أن غسل الحائض يجب برؤية الدم أم بانقطاعه أم بهما ؟ وفيه أوجه سبقت فى باب ما يوجب الغسل • فان قلنا برؤيته فهى كالجنب والا فلا تغسل قطعا وهو الأصح ، وقد أشار القاضى أبو الطيب والشيخ نصر المقدسى الى الجزم بأنها لا تغسل بالاتفاق وجعلاه الزاما لابن سريج •

(فــرع) لو أصابت الشهيد نجاسة لا بسبب الشهادة فثلاثة أوجه حكاها الخراسانيون وبعض العراقيين (أصحهما) باتفاقهم ، وبه قطع الماوردى والقاضى حسين والجرجانى والبغوى وآخرون يجب غسلها لأنها ليست من آثار الشهادة (والثانى) لا يجوز (والثالث) ان أدى غسلها الى ازالة دم الشهادة لم تغسل والا غسلت ، وممن ذكر هذا الثالث امام الحرمين والغزالى والرافعى •

(فــرع) ذكر المصنف حديث حنظلة بن الراهب وغسل الملائكة له حين استشهد جنبا ، وذكرنا أنه حديث ضعيف [1] ، قال أصحابنا رحمهم الله : ولو ثبت فالجواب عنه أن الغسل لو كان واجبا لما سقط بفعل الملائكة ولأمر النبى صلى الله عليه وسلم بغسله ، ولهذا احتج القاضى حسين والبغوى بهذا الحديث لترك الغسل ، وهذا الجواب مشهور فى كتب الأصحاب وقال القاضى أبو الطيب قال ابن سريج ردا لهذا الجواب : فينبغى أن يجب تكفينه لو كفنته الملائكة بالسندس ، قال القاضى والجواب أنا لو شاهدنا تكفينه

(١) لم يذكر الشارح ضعفه وانما وصفه بجودة الاسناد .

وستر عورته لم نزد على ذلك ، لأن المقصود ستره وقد حصل ، وأما الغسل فالمطلوب منه تعبد الآدمى به ، وذكر الشيخ نصر المقدسى نحو هذا ، وأما المصنف فقال فى كتابه : لو صلت عليه الملائكة أو كفنته فى السندس لم يكتف به والله أعلم •

(الثامنة) قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله ينزع عن الشهيد ما ليس من غالب لباس الناس كالجلود والفراء والخفاف والدرع والبيضة والجبة المحشوة وما أشبهها ، وأما باقى الثياب المعتاد لبسها التى قتل فيها فوليه بالخيار ان شاء الله نزعها وكفنه بغيرها ، وان شاء تركها عليه ودفنه فيها ، ولا كراهة فى واحد من هذين الأمرين ، قالوا : والدفن فيها أفضل والثياب الملطخة بدم الشهادة أفضل ، فان لم يكن ما عليه كافيا للكفن الواجب وجب اتمامه ، ودليل هذه المسألة حديث جابر السابق وهو فى صحيح البخارى رحمه الله •

وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال « أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتلى أحد أن ينزع عنهم الحديد والجلود ، وأن يدفنوا بدمائهم وثيابهم » رواه أبو داود باسناد صحيح على شرط مسلم ، وفى صحيح البخارى رحمه يضعف أبو داود هذا الحديث •

وعن جابر رضى الله عنه قال « رمى رجل بسهم فى صدره أو فى حلقه فمات فأدرج فى ثيابه كما هو ، ونحن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم » رواه أبو داود باسناد صحيح على شرط مسلم ، وفى صحيح البخارى رحمه الله أن مصعب بن عمير رضى الله عنه قتل يوم أحد فلم يوجد ما يكفن فيه الا بردة ، وقتل حمزة رضى الله عنه فلم يوجد ما يكفن فيه الا بردة •

(التاسعة) الشهداء الذين لم يموتوا بسبب حرب الكفار كالمبطون والمطعون والغريق وصاحب الهدم والغريب والميتة فى الطلق ومن قتله مسلم أو ذمى أو ما تم فى غير حال القتال وشبههم ، فهؤلاء يغسلون ويصلى عليهم بلا خلاف ، قال أصحابنا رحمهم الله : ولفظ الشهادة الواردة فيه المراد به أنهم شهداء فى ثواب الآخرة لا فى ترك الغسل والصلاة •

واعلم أن الشهداء ثلاثة أقسام (أحدها) شهيد فى حكم الدنيا ، وهو ترك الغسل والصلاة ، وفى حكم الآخرة بمعنى أن له ثوابا خاصا ، وهم أحياء عند ربهم يرزقون ، وهذا هو الذى مات بسبب من أسباب قتال الكفار قبل انقضاء الحرب وسبق تفصيله (والثانى) شهيد فى الآخرة دون الدنيا ، وهو المبطون والمطعون والغريق وأشباههم (والثالث) شهيد فى الدنيا دون الآخرة ،وهوالمقتول فى حرب الكفار ، وقد غل من الغنيمة ، أو قتل مدبرا ، أو قاتل رياء ، ونحوه فله حكم الشهداء فى الدنيا دون الآخرة ، والدليل للقسم الثانى أن عمر وعثمان وعليا رضى الله عنهم غسلوا وصلى عليهم بالاتفاق ، واتفقوا على أنهم شهداء والله أعلم .

(العاشرة) فى حكمة ترك غسل الشهيد والصلاة عليه .

قال الشافعى فى الأم : لعل ترك الغسل والصلاة لأن يلقوا الله بكلومهم ، لما جاء أن ريح دمهم ريح المسك ؛ واستغنوا باكرام الله لهم عن الصلاة عليهم ، مع التخفيف على من بقى من المسلمين ، لما يكون فيمن قاتل فى الزحف من الجراحات ، وخوف عودة العدو ، ورجاء طلبهم وهمهم بأهلهم ، وهم أهليهم بهم والله أعلم .

(فرع) (فى مذاهب العلماء فى غسل الشهيد والصلاة عليه) قد ذكرنا أن مذهبنا تحريمها ؛ وبه قال جمهور العلماء ، وهو قول عطاء والنخعى وسليمان بن موسى ويحيى الأنصارى والحاكم وحماد والليث ومالك وتابعوه من أهل المدينة ، وأحمد واسحاق وأبو ثور وابن المنذر .

وقال سعيد بن المسيب والحسن البصرى : يغسل ويصلى عليه ، وقال أبو حنيفة والثورى والمزنى : يصلى عليه ولا يغسل . واحتج لأبى حنيفة بأحاديث أن النبى صلى الله عليه وسلم « صلى على قتلى أحد ، وصلى على حمزة صلوات » .

(ومنها) رواية أبى مالك الغفارى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « صلى على قتلى أحد : عشرة عشرة فى كل عشرة حمزة حتى صلى عليه سبعين صلاة » رواه أبو داود فى المراسيل .

وعن شداد بن الهادى « أن رجلا من الأعراب جاء الى النبى صلى الله عليه وسلم فآمن به واتبعه » وذكر الحديث بطوله ، وفيه أنه « استشهد فصلى عليه النبى صلى الله عليه وسلم » رواه النسائى ، وعن عقبة بن عامر رضى اللهعنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « خرج فصلى على قتلى أحد صلاته على الميت » رواه البخارى ومسلم ، وفى رواية للبخارى صلى عليهم بعد ثمان سنين كالمودع للأحياء والأموات •

واحتج أصحابنا بحديث جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم « أمر فى قتلى أحد بدفنهم بدمائهم ولم يصل عليهم ولم يغسلوا » رواه البخارى وعن جابر أيضا أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى قتلى أحد : « لا تغسلوهم فان كل جرح أو كل دم يفوح مسكا يوم القيامة • ولم يصل عليهم » رواه الامام أحمد ، وعن : « أنس أن شهداء أحد لم يغسلوا ودفنوا بدمائهم ولم يصل عليهم » رواه أبو داود باسناد حسن أو صحيح •

(وأما) الأحاديث التى احتج بها القائلون فى الصلاة فاتفق أهل الحديث على ضعفها كلها الا حديث عقبة بن عامر ، والضعف فيها بين ، قال البيهقى وغيره وأقرب ما روى حديث أبى مالك ، وهو مرسل ، وكذا حديث شداد مرسل أيضا فانهما تابعان •

وأما حديث عقبة فأجاب أصحابنا وغيرهم بأن المراد من الصلاة هنا الدعاء • (وقوله) صلاته على الميت • أى دعا لهم كدعاء صلاة الميت ، وهذا التأويل لا بد منه ، وليس المراد صلاة الجنازة المعروفة بالاجماع ، لأنه صلى الله عليه وسلم انما فعله عند موته بعد دفنهم بثمان سنين ، ولو كان صلاة الجنازة المعروفة لما أخرها ثمان سنين ، ودليل آخر وهو أنه لا يجوز أن يكون المراد صلاة الجنازة بالاجماع لأن عندنا لا يصلى على الشهيد ، وعند أبى حنيفة رحمه الله يصلى على القبر بعد ثلاثة أيام ، فوجب تأويل الحديث ، ولأن أبا حنيفة لا يقبل خبر الواحد فيما تعم به البلوى ، وهذا منها والله أعلم •

(فان قيل) ما ذكرتموه من حديث جابر لا يحتج به ، لأنه نفى وشهادة النفى مردودة مع ما عارضها من رواية الاثبات (فأجاب أصحابنا) بأن شهادة

النفى انما ترد اذا لم يحط بها علم الشاهد ، ولم تكن محصـــورة (أما) ما أحاط به علمه وكان محصورا فيقبل بالاتفاق ، وهذه قصة معينة أحاط بها جابر وغيره علما ، وأما رواية الاثبات فضعيفة فوجودها كالعدم الا حديث عقبة وقد أجبنا عنه ، واشتد انكار الشافعى فى الأم وتشنيعه على من يقول : يصلى على الشهيد ، محتجا برواية الشعبى وغيره : « أن حمزة رضى الله عنه صُلِّى عليه سبعون صلاة ، وكان يؤتى بتسعة من القتلى وحمزة عاشرهم فيصلى عليهم ، ثم يرفعون وحمزة مكانه ، ثم يؤتى بتسعة آخرين فيصلى عليهم وعلى حمزة حتى صلى عليه سبعون صلاة » .

قال الشافعى رحمه الله : وشهداء أحد اثنان وسبعون شهيدا فاذا صلى عليهم عشرة فالصواب أن لا يكون أكثر من سبع صلوات أو ثمان على أنه صلى على كل تسعة مع حمزة صلاة ، فهذه سبع فمن أين جاءت سبعون صلاة ؟ وان عنى أنه كبر سبعين تكبيرة فنحن وهم نقول : التكبير أربع فهى ست وثلاثون تكبيرة .

قال الشافعى رحمه الله : ينبغى لمن روى هذا الحديث أن يستحيى على نفسه وقد كان ينبغى له أن لا يعارض به الأحاديث فقد جاءت من وجوه متواترة أن النبى صلى الله عليه وسلم « لم يصل عليهم » هـــذا آخر كلام الشافعى رحمه الله . وقال امام الحرمين فى الأساليب : معتمدنا فى المسألة الأحاديث الصحيحة أنه لم يصل عليهم ، ولم يغسلوا (وأما) ما ذكروه من صلاة النبى صلى الله عليه وسلم على شهداء أحد فخطأ لم يصححه الأئمة ، لأنهم رووا أنه كان يؤتى بعشرة عشرة وحمزة أحدهم فصلى على حمزة سبعين صلاة ، وهذا غلط ظاهر لأن الشهداء سبعون ، وانما يخص حمزة سبعين صلاة لو كانوا سبعمائة ، ثم عند أبى حنيفة رحمه الله اذا صلى على الميت لم يصل عليه مرة أخرى ، وبالاتفـــاق منا ومنه ، فان من صلى مرة لا يصلى هو ثانية ، ولأن الغسل لا يجوز عندنا وعندهم ، وهو شرط فى الصلاة على غير الشهداء ، فوجب أن لا تجوز الصلاة على الشهيد بلا غسل .

(فان قالوا) سبب ترك الغسل بقاء أثر الشهادة لقوله صلى الله عليه وسلم « زملوهم بكلومهم » فظهر سبب ترك الغسل وبقيت الصلاة مشروعة

كما كانت (فالجواب) أنه لو كان المعتبر بقاء الدم لوجب أن يغسل من قتل فى المعترك خنقا أو بمثقل ، ولم يظهر دم ، ولأنه لو كان المراد بقاء الدم ليمم ، قال : وليس معنى الحديث ترك الغسل بسبب ، وانما المراد نفى توهم من يظن أن الغسل متعين لازالة الأذى ، فقال صلى الله عليه وسلم « زملوهم وادفنوهم بدمائهم ولا تهتموا بازالتها عنهم ، فانهم يبعثون يوم القيامة وعليهم الدماء » قال : والذى يوضح هذا أنا نقطع بأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يرد أن الدماء التى يدفنون بها تبقى الى يوم القيامة ، فثبت بما ذكرناه بطلان قولهم :ان ترك الغسل للدم ، فيجب أن يقال الشهادة تطهير للمقتول عن الذنوب فيغنى عن التطهير بالماء ، وهذا يقتضى ترك الصلاة أيضا ، فانها شرعت لتطهيره بشفاعة المصلين •

(فان قيل) الصبى طاهر ويصلى عليه (قلنا) الشهادة أمر طارىء يقتضى رتبة عظيمة وتمحيصا ، فلا يبعد أن يقال انه مغن عن الغسل والصلاة ، والصبى ــ وان لم يكن مكلفا ــ فلم يطرأ عليه ما يقتضى مرتبة ، والطريقة السديدة عندنا فى ترك الغسل أنه غير معلل ، لأنا أبطلنا عليهم ، وما ذكرنا من التطهير ربما لا يستقيم على السير كما ينبغى ، فنقول اذا امتنع الغسل وبدله فهو كحى لم يجد ماء ولا ترابا ، فانه لا يصلى الفرض عندهم والله أعلم •

(فــرع) فى مذاهبهم فى الصبى اذا استشهد مذهبنا أنه لا يغسل ولا يصلى عليه ، وبه قال الجمهور وحكاه العبدرى عن أكثر الفقهاء ، منهم مالك وأبو يوسف ومحمد وأحمد ، وحكاه ابن المنذر عن أبى ثور واختاره ، وقال أبو حنيفة : يغسل ويصلى عليه • دليلنا أنه مسلم قتل فى معترك المشركين بسبب قتالهم فأشبه البالغ والمرأة • واحتج بأنه لا ذنب له • قلنا : يغسل ويصلى عليه فى غير المعترك ، وان لم يكن من أهل الذنب •

(فــرع) اذا رفسته دابة فى حرب المشركين أوعاد عليه سلاحه أو تردى من جبل أو فى بئر حال مطاردته فقد ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يغسل ولا يصلى عليه وكذا لو وجد ميتا ولا أثر عليه ، وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد : يغسل ويصلى عليه دليلنا ما سبق فى الفرع قبله •

(فرع) فى مذاهبهم فى كفن الشهيد

مذهبنا أنه يزال ما عليه من حديد وجلود وجبة محشوة وكل ما ليس فى عام لباس الناس : ثم وليه بالخيار ان شاء كفنه بما بقى عليه ، مما هو من عام لباس الناس ، وان شاء نزعه وكفنه بغيره وتركه أفضل كما سبق • وقال مالك وأحمد : لا ينزع عنه فرو ولا خف ولا محشو ولا يخير وليه فى نزع شيء ، ولأصحاب داود خلاف كالمذهبين ، وأجمع العلماء على أن الحديد والجلود ينزع عنه ، وسبق دليلنا والأحاديث الواردة فى ذلك •

(فـــرع) المقتول ظلما فى البلد بحديد أو غيره ، يغسل ويصلى عليه عندنا ، وبه قال مالك وأحمد • وقال أبو حنيفة وصاحباه : اذا قتل بحديدة صلى عليه ولم يغسل • دليلنا القياس على القتل بمثقل ، فقد أجمعنا أنه يغسل ويصلى عليه ، وقال ابن سريج وابن أبى هريرة : يغسل ولا يصـــلى عليه ، وسبق دليل الجميع •

(فـــرع) اذا انكشفت الحرب عن قتيل مسلم لم يغسل ولم يصل عليه عندنا سواء كان به أثر أم لا ، وبه قال مالك ، وقال أبو حنيفة وأحمد : ان لم يكن به أثر غسل وصلى عليه •

(فـــرع) مذهبنا الصلاة على المقتول من البغـــاة ، وبه قال أحمـــد وداود ، وقال أبو حنيفة : لا يغسلون ولا يصـــلى عليهم • وقال مالك : لا يصلى عليهم الامام وأهل الفضل •

(فـــرع) اذا قتلت البغاة رجلا من أهل العدل فالأصـــح عندنا أنه يجب غسله والصلاة عليه ، وبه قال مالك ، وقال أبو حنيفة : لا يغسل ولا يصلى عليه ، وعن أحمد روايتان كالمذهبين •

(فـــرع) القتيل بحق فى حد زنا أو قصاص يغسل ويصلى عليه عندنا وذلك واجب ، وحكاه ابن المنذر عن على بن أبى طالب وجابر بن عبد الله وعطاء والنخعى والأوزاعى واسحاق وأبى ثور وأصـــحاب الرأى ، وقال

الزهرى : يصلى على المقتول قصاصا دون المرجوم ،وقال مالك رحمه الله : لا يصلى الامام على واحد منهما ، وتصلى عليه الرعية •

(فـــرع) من قتل نفسه أو غل فى الغنيمة يغسل ويصلى عليه عندنا ، وبه قال أبو حنيفة ومالك وداود ، وقال أحمـــد : لا يصلى عليهما الامام وتصلى بقية الناس •

(فـــرع) مذهبنا وجوب غسل ولد الزنا والصلاة عليـــه ، وبه قال جمهور العلماء وحكاه ابن المنذر عن أكثر العلماء ، قال : وبه قال النخعى والزهرى ومالك وأحمد واسحاق ، وقال قتادة : لا يصلى عليه •

(فرع فى الاشارة الى دلائل المسائل السابقة)

ثبت فى صحيح مسلم رحمه الله من رواية عمران بن حصين وبريدة أن النبى صلى الله عليه وسلم « صلى على المرجومة فى الزنا » وثبت فى البخارى من رواية جابر رضى الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم « صلى على ماعز بعد أن رجمه » وفى غير البخارى « أنه لم يصل عليه » وفى مسلم عن جابر بن سمرة أن رجلا قتل نفسه فلم يصل عليه النبى صلى الله عليـــه وسلم وروى الدارقطنى والبيهقى باسنادهما الصحيح عن مكحول عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « صلوا خلف كل بر وفاجر وصـــلوا على كل بر وفاجر وجاهدوا مع كل بر وفاجر » قالا : هذا منقطع ، فلم يدرك مكحول أبا هريرة رضى الله عنه قال البيهقى : قد روى فى الصلاة على كل بر وفاجر وعلى من قال لا اله الا الله أحاديث كلها ضعيفة غاية الضعف ، قال : وأصح ما فيه هذا المرسل والله أعلم •

(فـــرع) فى مسائل تتعلق بالباب

(احداها) اذا قتلنا تارك الصلاة غسل وكفن وصلى عليه ودفن فى مقابر المسلمين ورفع قبره كغيره كما يفعل بسائر أصحاب الكبائر • هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور ، وفيه وجه حكاه الخراسانيون عن أبى العباس بن القاضى صاحب التلخيص أنه لا يغســـل ولا يكفن ولا يصلى عليه ، ويطمس قبره

تغليظا عليه ، وتحذيرا من حاله ، وهذا ضعيف والله أعلم وأما قاطع الطريق فيبنى أمره على صفة قتله وصلبه ، وفيه قولان مشهوران فى باب حد قاطع الطريق ، الصحيح أنه يقتل ، ثم يغسل ويصلى عليه ، ثم يصلب مكفنا (والثانى) يصلب حيا ثم يقتل ، وهل ينزل بعد ثلاثة أيام أم يبقى حتى يتهرى ؟ فيه وجهان ، ان قلنا بالأول أنزل فغسل وصلى عليه ، وان قلنا بالثانى لم يغسل ولم يصل عليه • قال امام الحرمين : وكان لا يمتنع أن يقتل مصلوبا ، وينزل ويغسل ويصلى عليه ثم يرد ولكن لم يذهب اليه أحد • وقال بعض أصحابنا : لا يغسل ولا يصلى عليه على كل قول •

(الثانية) قال صاحب البحر رحمه الله : لو صلى على الأموات الذين ماتوا فى يومه وغسلوا فى البلد الفلانى ولا يعرف عددهم جاز (قلت) لا حاجة الى التخصيص ببلد معين ، بل لو صلى على أموات المسلمين فى أقطار الأرض الذين ماتوا فى يومه ممن تجوز الصلاة عليهم جاز وكان حسنا مستحبا ، لأن الصلاة على الغائب صحيحة عندنا ، ومعرفة أعيان الموتى وأعدادهم ليست شرطا ، والله أعلم •

(الثالثة) تكره الصلاة على الجنازة فى المقبرة بين القبور • هذا مذهبنا وبه قال جمهور العلماء وحكاه ابن المنذر عن على بن أبى طالب وابن عباس وابن عمر وعطاء وابن سيرين وأحمد واسحاق وأبى ثور قال : وبه أقول ، ولم يكرهها أبو هريرة وعمر بن عبد العزيز • وعن مالك روايتان كالمذهبين •

باب حمل الجنازة والدفن

قال المصنف رحمه الله تعالى

(يجوز حمل الجنازة بين العمودين ، وهو أن يجعل الحامل راسه بين عمودى مقدمة النعش ويجعلهما على كاهله ويجوز الحمل من الجوانب الأربعة فيبدأ بياسرة المقدمة فيضع العمود على عاتقه الأيمن ثم يجىء الى ياسرة المؤخرة فيضع العمود على عاتقه الأيمن ثم يأخذ يامنة المقدمة فيضع العمود على عاتقه الأيسر ، ثم يجىء الى يامنة المؤخرة فيضع العمود على عاتقه الأيسر ، والحمل بين العمودين افضل ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم حمل سعد بن معاذ رضى الله عنه بين العمودين ، ولأنه روى ذلك عن عثمان وسعد بن ابى وقاص وأبى هريرة وابن الزبير رضى الله عنهم) •

(الشـــرح) حديث حمل سعد بن معاذ رضى الله عنه ذكره الشافعى فى المختصر والبيهقى فى كتاب المعرفة وأشار الى تضعيفه ، والآثار المذكورة عن الصحابة رضى الله عنهم رواها الشافعى والبيهقى بأسانيد ضعيفة الا الأثر عن سعد بن أبى وقاص فصحيح والله أعلم • والمقدمة بفتح الدال وكسرها والكسر أفضل ، واليامنة والياسرة بكسر الميم والسين ، والكاهل ما بين الكتفين • قال أصحابنا رحمهم الله لحمل الجنازة كيفيتان :

(احداهما) بين العمودين ، وهو أن يتقـدم رجل فيضـع الخشـبتين الشاخصتين وهما العمودان على عاتقيه ،والخشبة المعترضة بينهما على كاهله ؛ ويحمل مؤخر النعش رجلان أحدهما من الجانب الأيمن والآخر من الأيسر ، ولا يتوسط الخشبتين الشاخصتين المؤخرتين واحد ، لأنه لو توسط لم ير ما بين قدميه بخلاف المقدمتين • قال أصحابنا فان لم يستقل المتقدم بالحمل أعانه آخران خارج العمودين يضـع كل واحد منهما على عاتقه ، فتـكون الجنازة محمولة بخمسة •

(والكيفية الثانية) التربيع ، وهو أن يتقدمرجلان فيضع أحدهما العمود الأيمن على عاتقه الأيسر ، ويضع الآخر العمود الأيسر على عاتقه الأيمن • وكذلك يحمل العمودين اللذين فى آخرها رجلان فتكون الجنازة محمـولة بأربعة •

قال الشافعى رحمه الله والأصحاب رحمهم الله : من أراد التبرك بحمل الجنازة من جوانبها الأربعة بدأ بالعمود الأيسر من مقدمها فحمله على عاتقه الأيمن ثم يسلمه الى غيره ويأخذ العمود الأيسر من مؤخرها فيحمـله على عاتقه الأيمن أيضا ثم يتقدم أيضا فيمر بين يديها ولا يجىء من ورائها لئلا يكون ماشيا من خلفها فيأخذ العمود الأيمن من مقدمها على عاتقه الأيسر ، ثم يأخذ العمود الأيمن من مؤخرها على عاتقه الأيسر أيضا ، ولا يمكنه هذا الا اذا حملت الجنازة على هيئة التربيع • قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله : وكل واحدة من كيفية التربيع والحمل بين العمودين جائزة بلا خلاف ، وأيهما أفضل ؟ فيه ثلاثة أوجه (الصحيح) الذى قطع به المصنف والجمهور الحمل

بين العمودين أفضل (والثانى) التربيع أفضل ، حكاه امام الحرمين وقال : هو ضعيف لا أصل له ، وهو مذهب أبى حنيفة .

(والثالث) هما سواء فى الفضيلة حكاه الرافعى رحمه الله .

هذا اذا أراد الاقتصار على احداهما ، فأما الأفضل مطلقا فهو الجمع بين الكيفيتين ، نص عليه الشافعى فى الأم ، ورأيت نصه فى الأم ، ونقله الشيخ أبو حامد أيضا وغيره . وصرح به أبو حامد والبندنيجى والمحاملى فى كتبه الثلاثة ، والمصنف فى التنبيه والجرجانى فى التحرير ، والشيخ نصر المقدسى وصاحب العدة والشاشى وآخرون . ثم صفة الجمع بين الكيفيتين ما أشار اليه صاحب الحاوى فى قوله : السنة أن يحمل الجنازة خمسة ، أربعة من جوانبها وواحد بين العمودين . وكذا صرح به غيره . وقال الرافعى وغيره : صفة الجمع بينهما أن يحمل تارة كذا وتارة كذا ، فالحاصل أن الكيفيتين جائزتان والجمع بينهما أفضل من الاقتصار على احداهما ، فان اقتصر فالحمل بين العمودين أفضل من التربيع على الصحيح ، وفيه الوجهان الآخران .وكلام المصنف فى التنبيه صريح فى بيان المسألة على ما ذكرناه ، وكلامه هنا يتأول على ذلك ، فقوله الحمل بين العمودين أفضل ــ يعنى ان اقتصر ــ ولم يذكر حكم الأفضل مطلقا . ثم انه لم يوضح صورة التربيع على وجهها ، وخلط صفة التربيع بمسألة من أراد التبرك بحملها من الجوانب كلها ، وصواب المسألة ما أوضحناه أولا .

قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه : ولو حمل النعش على رأسه لم يكن حاملا بين العمودين ، وهو كما قال : وهذا الذى قدمناه من أن صفة الحمل بين العمودين أن يحملها ثلاثة ، اثنان من مؤخرها وواحد من مقدمها هو الصحيح المعروف الذى قطع به الأصحاب فى جميع الطرق ، وصرحوا بأنه لا يكون الا بثلاثة الا الدارمى ومن وافقه ، فانه حكى فى الاستذكار عن أبى اسحاق المروزى رحمه الله أنه يحصل باثنين ، وهذا شاذ مردود والله أعلم .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى كيفية حمل الجنازة

قد ذكرنا أن الحمل بين العمودين أفضل من التربيع عندنا ، وبه قال أبو ثور وابن المغلس الداودى . وقال الحسن البصرى والنخعى والثورى

وأبو حنيفة وأحمد واسحاق : التربيع أفضل ، وقال مالك وداود : هما سواء فى الفضيلة •

(فـــرع) قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله : حمل الجنازة فرض كفاية ولا خـلاف فيه ، قال الشافعى والأصـحاب : وليس فى حملها دناءة وسقوط مروءة بل هو بر وطاعة واكرام للميت ، وفعله الصحابة والتابعون ومن بعدهم من أهل الفضل والعلم ، والله أعلم •

(فـــرع) قال الشافعى فى الأم والأصحاب : لا يحمـل الجنازة الا الرجال ، سواء كان الميت ذكرا أو أنثى ولا خلاف فى هذا لأن النساء يضعفن عن الحمل وربما انكشف منهن شىء لو حملن •

(فـــرع) قال أصحابنا رحمهم الله : يحرم حمـل الجنازة على هيئة مزرية ، كحمله فى قفة وغرارة ونحو ذلك ، ويحرم حمله على هيئة يخاف منها سقوطه ، قال الشافعى فى الأم والقاضى أبو الطيب والأصحاب : ويحمل على سرير أو لوح أو محمل ، قالوا : وأى شىء حمل عليه أجزأ •

قال القاضى والبندنيجى وغيرهما : فان خيف تغيره وانفجاره قبل أن يهيأ له ما يحمل عليه ، فلا بأس أن يحمل على الأيدى والرقاب ، حتى يوصل الى القبر •

(فـــرع) قال أصحابنا : يستحب أن يتخذ للمرأة نعش ، قال الشيخ نصر المقدسى والنعش هو المكبة التى توضع فوق المرأة على السرير ، وتغطى بثوب لتستر عن أعين الناس ، وكذا قاله صاحب الحاوى : يختار للمرأة اصلاح النعش كالقبة على السرير لما فيه من الصيانة وسماه صاحب البيان رحمه الله خيمة فقال : ان كانت امرأة اتخذ لها خيمـة تسترها ، واستدلوا له بقصة جنازة زينب أم المؤمنين رضى الله عنها قيل : وهى أول من حمل على هذا النعش من المسلمات ، وقد روى البيهقى رحمه الله أن فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى الله عنها أوصت أن يتخذ لها ذلك ففعلوه ، فان صح هذا فهى قبل زينب بسنين كثيرة (وأما) ما حكاه البندنيجى أن أول ما اتخذ ذلك فى جنازة زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم وأن رسول

الله صلى الله عليه وسلم أمر بذلك فباطل غير معروف نبهت عليه لئلا يغتر به •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب الاسراع بالجنازة ، لما روى ابو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ((أسرعوا بالجنازة ، فان تكن صالحة فخيراً تقدمونها اليه ، وان تكن سوى ذلك فشراً تضعونه عن رقابكم)) ولا يبلغ به الخبب ، لما روى عبد الله بن مسعود رضى الله عنه قال ((سألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن السير بالجنازة فقال : دون الخبب ، فان يكن خيراً يعجل اليه ، وان يكن شراً فبعداً لأصحاب النار))) •

(الشرح) هذا الحديث لفظه فى الصحيح عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليهوسلم قال « أسرعوا بالجنازة ، فان تكن صالحة فخير تقدمونه ، وان تكن سوى ذلك فشر تضعونه عن رقابكم » رواه البخارى وهذا لفظه ومسلم أيضا وعنده فخيرا تقدمونها عليه ، وفى رواية له « قربتموها الى الخير » • وأما حديث ابن مسعود رضى الله عنه فرواه أبو داود والترمذى والبيهقى وغيرهم ، واتفقوا على تضعيفه ، نقل الترمذى تضعيفه عن البخارى ، وضعفه أيضا الترمذى والبيهقى وآخرون ، والضعف عليه بين •

واتفق العلماء على استحباب الاسراع بالجنازة الا أن يخاف من الاسراع انفجار الميت أو تغيره ونحوه فيتأتى ، قال الشافعى والأصحاب : المراد بالاسراع فوق المشى المعتاد ، ودون الخبب • قال أصحابنا : فان خيف عليه تغير أو انفجار أو انتفاخ زيد فى الاسراع ، قال الشافعى فى الأم : ويمشى بالجنازة على أسرع سجية مشى ، الا الاسراع الذى يشق على من يتبعها الا أن يخاف تغيرها أو انفجارها ، فيعجلوا بها ما قدروا ، قال الشافعى : ولا أحب لأحد من أهل الجنازة الابطاء فى شىء من حالاتها من غسل ووقوف عند القبر ، والله أعلم •

وفى الصحيحين عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال فى جنازة ميمونة رضى الله عنها : « اذا رفعتم نعشها فلا تزعزعوه ولا تزلزلوه » وهذا محمول على خوف مفسدة من الاسراع • وعن أبى بكرة رضى الله عنه قال : « لقد

رأيتنا ونحن نَرْمُل رَمَلا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يعنى بالجنازة » رواه أبو داود والنسائى بأسانيد صحيحة وهو محمول على الحاجة الى زيادة الاسراع فى بعض الأحوال كما سبق •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب اتباع الجنازة لما روى البراء بن عازب رضى الله عنه قال : « أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم باتباع الجنائز ، وعيادة المريض وتشميت العاطس واجابة الداعى ، ونصر المظلوم » والمستحب أن لا ينصرف من يتبع الجنازة حتى تدفن لما روى ابو هريرة رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال « من تبع جنازة فصلى عليها فله قيراط ، وان شهد دفنها فله قيراطان القيراط اعظم من احد ») •

(**الشرح**) هذان الحديثان رواهما البخارى ومسلم ، وعازب والد البراء صحابى رضى الله عنهما ، والتشميت يقال بالشين المعجمة وبالمهملة لغتان ، سبق بيانهما فى باب هيئة الجمعة ، ووقع فى المهذب القيراط أعظم من أحد ، والذى فى صحيحى البخارى ومسلم « القيراط مثل أحد » وفى رواية لهما : « القيراطان مثل الجبلين العظيمين » وفى رواية لمسلم « أصغرهما مثل أحد » قال القاضى حسين وغيره من أصحابنا وغيرهم : القيراط مقدار من الثواب يقع على القليل والكثير ، فبين فى هذا الحديث مثل أحد • واعلم أن القيراطين بالدفن انما هما لمن صلى عليها ، فيحصل له بالدفن والصلاة جميعا قيراطان ، وبالصلاة على انفرادها قيراط ، وقد جاءت روايات الحديث فى الصحيح ببيان هذا ، وله نظائر فى القرآن والسنة ، وقد أوضحت كل هذا فى هذا الموضع من شرح صحيح مسلم •

(**اما الأحكام**) ففيها مسألتان :

(احداهما) قال الشافعى والأصحاب : يستحب للرجال اتباع الجنازة حتى تدفن ، وهذا مجمع عليه ، للأحاديث الصحيحة فيه ، وأما النساء فيكره لهن اتباعها ولا يحرم ، هذا هو الصواب ، وهو الذى قاله أصحابنا • وأما قول الشيخ نصر المقدسى رحمه الله : لا يجوز للنساء اتباع الجنازة فمحمول على كراهة التنزيه ، فان أراد به التحريم فهو مردود ، مخالف لقول الأصحاب ، بل للحديث الصحيح ، قالت أم عطية رضى الله عنها « نهينا عن

اتباع الجنائز ولم يعزم علينا » رواه البخارى ومسلم ، وهذا الحديث مرفوع ، فهذه الصيغة معناها رفعه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما تقرر فى كتب الحديث والأصول وقولها ولم يعزم علينا معناه نهينا نهيا شديدا غير محتم ، ومعناه كراهة تنزيه ليس بحرام .

وأما الحديث المروى عن على رضى الله عنه قال « خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذا نسوة جلوس قال : ما تجلسن ؟ قلن ننتظر الجنازة قال : هل تغسلن ؟ قلن : لا ، قال : هل تحملن ؟ قلن : لا ، قال هل تدلين فيمن يدلى ؟ قلن : لا ، قال : فارجعن مأزورات غير مأجورات » رواه ابن ماجه باسناد ضعيف ، من رواية اسماعيل بن سليمان الأزرق [1] ونقل ابن أبى حاتم تضعيفه عن أعلام هذا الفن .

وأما حديث عبد الله بن عمرو بن العاص [2] رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لفاطمة رضى الله عنها : « ما أخرجك من بيتك ؟ قالت أتيت أهل هذا البيت فرحمت اليهم ميتهم ، قال : لعلك بلغت معهم الكدى ؟ قالت : معاذ الله أن أكون بلغتها وقد سمعتك تذكر فى ذلك ما تذكر فقال : لو بلغتها معهم ما رأيت الجنة حتى يراها جد أبيك » فرواه أحمد بن حنبل وأبو داود والنسائى باسناد ضعيف ، هذا الذى ذكرناه من كراهة اتباع النساء الجنازة هو مذهبنا ومذهب جماهير العلماء حكاه ابن المنذر عن ابن مسعود وابن عمر وأبى أمامة وعائشة ومسروق والحسن والنخعى والأوزاعى وأحمد واسحاق ، وبه قال الثورى . وعن أبى الدرداء والزهرى وربيعة أنهم لم ينكروا ذلك ، ولم يكرهه مالك الا للشابة ، وحكى العبدرى عن مالك أنه يكره الا أن يكون الميت ولدها أو والدها أو زوجها وكانت ممن يخرج مثلها لمثله . دليلنا حديث أم عطية رضى الله عنها .

---

(١) كوفى واسمه فى سنن ابن ماجه اسماعيل بن سلمان بغير ياء وكذا ضبطه الذهبى فى الميزان سلمان قال ابن نمير والنسائى : متروك . وقال أبو حاتم والدارقطنى : ضعيف وقال ابن معين : ليس حديثه بشىء (ط) .

(٢) سبق فى غير موضع من المجموع ما يراه النووى فى ضبط العاصى بأن الصواب اثبات الياء (ط) ه

(المسألة الثانية) أجمعت الأمة على استحباب اتباع الجنازة ، وحضور دفنها وقد سبق أنه يحصل بالصلاة عليها قيراط ، وبالدفن قيراط آخر ، وفيما يحصل به قيراط الدفن وجهان حكاهما صاحب الحاوى (أحدهما) اذا ووري فى لحده (والثانى) اذا فرغ من قبره ، قال : وهذا أصح • وقال امام الحرمين : ان نضد اللبن ولم يهل التراب أو لم يستكمل ، فقد تردد فيه بعض الأصحاب • قال الامام : والوجه أن يقال اذا ووري حصل ، وقد يحتج لهذا برواية فى صحيح مسلم أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من صلى على جنازة فله قيراط ، ومن تبعها حتى توضع فى القبر فقيراطان » وفى رواية « حتى توضع فى اللحد » • وذكر السرخسى فى الأمالى فيما يحصل به القيراط الثانى ثلاثة أوجه (أحدها) قال وهو أضعفها : اذا وضع فى اللحد (والثانى) اذا نصب عليه اللبن قاله القفال (والثالث) اذا فرغ من الدفن ، قلت : والصحيح أنه لا يحصل الا بالفراغ من الدفن لرواية البخارى ومسلم فى هذا الحديث : « ومن تبعها حتى يفرغ من دفنها فله قيراطان » وفى رواية مسلم « حتى يفرغ منها » أو يتأول رواية « حتى توضع فى القبر » أن المراد وضعها مع الفراغ ، وتكون اشارة الى أنه ينبغى أن لا يرجع قبل وصولها القبر ، فالحاصل أن الانصراف عن الجنازة مراتب • (احداها) ينصرف عقب الصلاة •

(الثانية) ينصرف عقب وضعها فى القبر وسترها باللبن قبل اهالة التراب •

(الثالثة) ينصرف بعد اهالة التراب وفراغ القبر • (الرابعة) يمكث عقب الفراغ ، ويستغفر للميت ويدعو له ، ويسأل له التثبيت فالرابعة أكمل المراتب ، والثالثة تحصل القراطين ، ولا تحصله الثانية على الأصح ويحصل بالأولى قيراط بلا خلاف •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والسنة ان لا يركب ؛ لأن النبى صلى الله عليه وسلم « ما ركب فى عيد ولا جنازة » فان ركب فى الانصراف لم يكن به بأس ، لما روى جابر بن سمرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلى « صلى على جنازة ، فلما انصرف

اتى بفرس معرورى (١) فركبه » والسنة أن يمشى أمام الجنازة لما روى ابن عمر رضى الله عنهما قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يمشى بين يديها وابو بكر وعمر وعثمان » ولأنه شفيع الميت ، والشفيع يتقدم على المشفوع له ، والمستحب أن يمشى أمامها قريبا منها ، لأنه اذا بعد لم يكن معها) .

(الشـــرح) حديث : ما ركب فى عيد ولا جنازة غريب ، وحديث جابر ابن سمرة رواه مسـلم بلفظه ، وحديث ابن عمر رواه الشـافعى فى الأم ، وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه والبيهقى وغيرهم ، واسناده صحيح الا أنه ليس فى رواية أكثرهم ذكر عثمان ، وهو فى بعض روايات الشـافعى والنسائى والبيهقى • وروى هكذا موصولا عن الزهرى عن سالم عن ابن عمر ، وروى مرسلا عن الزهرى « أن النبى صلى الله عليه وسلم وأبا بكر وعمر » والذى وصله سـفيان بن عيينة وهو امام ، ولم يـذكر أبو داود وابن ماجه الا روايتى الوصل ، وذكر الترمذى والنسائى والبيهقى الروايتين• قال الترمذى : أهل الحديث كأنهم يرون المرسل أصح ، ثم روى عن ابن المبارك أنه قال : المرسل فى ذلك أصح ، قال النسائى وصله خطأ بل الصواب مرسل • وأما الأحاديث التى جاءت بالمشى خلفها فليست ثابتة • قال البيهقى رحمه الله : الآثار فى المشى أمامها أصح وأكثر •

وقوله « فرس معرورى » هو بضم الميم واسكان العين وفتح الراء الأولى وفتح الثانية منونة • هكذا وقع فى المهذب ، وكذا هو فى صحيح مسلم وغيره من كتب الحديث وفى رواية لمسلم « بفرس عرى » وكلاهما صحيح من حيث اللغة ومن حيث الرواية • وهذه الجنازة التى ركب فى الانصراف منها جنازة أبى الدحداح ويقال ابن الدحداح • وفى رواية الترمذى عن جابر بن سمرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « تبع جنازة ابن الدحداح رضى الله عنه ماشـياً ورجع على فرس » قال الترمذى : حـديث حسن • وقوله « ولأنه اذا بعد لم يكن معها » معناه أن الفضيلة لمن هو معها ، لا لمن سبقها الى المقبرة ، فان ذلك لا يكون له ثواب متبعيها ، لأنه ليس معها • وقد ثبت

---

(١) فى نسخة الركبى من المهذب التى شرح غريبهـا بـكتابه الطراز المذهب (عرى) كرواية مسلم (ط) .

فى صحيح البخارى وغيره « من تبع جنازة وكان معها حتى يفرغ من دفنها رجع بقيراطين » •

(**اما الأحكام**) فقال أصحابنا رحمهم الله : يكره الركوب فى الذهاب مع الجنازة الا أن يكون له عذر كمرض أو ضعف ونحوهما ، فلا بأس بالركوب ، واتفقوا على أنه لا بأس بالركوب فى الرجوع • قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله : والأفضل أن يمشى قدامها وأن يكون قريبا منها ، وكلما قرب منها فهو أفضل ، وسواء كان راكبا أم ماشياً فالأفضل قدامها ولو تقدم عليها كثيرا فان كان بحيث ينسب اليها بأن يكون التابعون كثيرين حصل له فضيلة اتباعها ، وان كان بحيث لا ينسب اليها لكثرة بعده وانقطاعه عن تابعيها لم تحصل له فضيلة المتابعة ، ولو مشى خلفها حصل له فضيلة أصل المتابعة ولكن فاته كمالها •

(فرع) فى مذاهب العلماء

قد ذكرنا أن مذهبنا أن السير أمامها أفضل ، سواء الراكب والماشى ، وبه قال جماهير العلماء • منهم أبو بكر وعمر وعثمان وابن عمر والحسن بن على وأبو قتادة وأبو هريرة وابن الزبير والقاسم بن محمد وسالم وشريح وابن أبى ليلى والزهرى ومالك وأحمد وداود ، وقال أبو حنيفة : خلفها أفضل وبه قال الأوزاعى واسحاق ، وقال الثورى : يسير الراكب خلفها والماشى حيث شاء منها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان سبق الى المقبرة فهو بالخيار ، ان شاء قام حتى توضع الجنازة ، وان شاء قعد ، لما روى على رضى الله عنه قال « قام رسول الله صلى الله عليه وسلم مع الجنائز (١) حتى توضع ، وقام الناس معه ، ثم قعد بعد ذلك وامرهم بالقعود ») •

---

(١) فى النسخة المطبوعة من المهذب (قام رسول الله صلى الله عليه وسلم مع الجنازة حتى وضعت) (ط) •

(الشـــرح) حديث على رضى الله عنه صحيح ، رواه مسلم فى صحيحه بمعناه ، قال « قام رسول الله صلى الله عليه وسلم يعنى فى الجنازة ثم قعد » وفى رواية لمسلم أيضا « قام فقمنا وقعد فقعدنا » ورواه البيهقى من طرق كثيرة فى بعضها كما رواه مسلم ، وفى بعضها كما وقع فى المهذب بحروفه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « قام مع الجنازة حتى توضع وقام الناس معه ، ثم قعد وأمرهم بالقعود » وفى رواية أن عليا رضى الله عنه « رأى ناسا قياما ينتظرون الجنازة أن توضـــع فأشار اليهم بدرة معه أو ســـوط : أن اجلسوا فان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد جلس بعد ما كان يقوم » وعن عبادة بن الصامت رضى الله عنه فى سبب القعود قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقوم فى الجنازة حتى توضع فى اللحد ، فمر حبر من اليهود فقال : هكذا نفعل ، فجلس رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : اجلسوا خالفوهم » رواه أبو داود والترمـــذى وابن ماجه والبيهقى ، واســـناده ضعيف •

أما حكم المسألة : فقـــد ثبتت الأحاديث الصـــحيحة فى الصـــحيحين وغيرهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أمر بالقيام لمن مرت به جنازة حتى تخلفه أو توضع وأمر من تبعها أن لا يقعد عند القبر حتى توضع » ثم اختلف العلماء فى نسخه ، فقال الشافعى وجمهور أصحابنا : هذان القيامان منسوخان فلا يؤمر أحد بالقيام اليوم ، سواء مرت به أم تبعها الى القبر ، ثم قال المصنف وجماعة : هو مخير بين القيام والقعود ، وقال آخرون من أصحابنا : يكره القيام لها اذا لم يرد المشى معها ، ممن صرح بكراهته سليم الرازى فى الكفاية والمحاملى وصاحب العدة والشيخ نصر المقدسى ، قال المحاملى فى المجموع : القيام للجنازة مكروه عندنا وعند الفقهاء كلهم قال : وحكى عن أبى مسعود البدرى رضى الله عنه أنه كان يقوم لها ، وخالف صاحب التتمة الجماعة فقال : يستحب لمن مرت به جنازة أن يقوم لها ، واذا كان معها لا يقعد حتى توضع ، وهذا الذى قاله صاحب التتمة هو المختار ، فقد صحت الأحاديث بالأمر بالقيام ، ولم يثبت فى القعود شىء الا حديث على رضى الله عنه وهو ليس صريحا فى النسخ ، بل ليس فيه نسخ لأنه محتمل القعود لبيان الجواز والله أعلم •

(فـــرع) فى مذاهب العلماء فى ذلك • قد ذكرنا مذهبنا فى ذلك وبه قال مالك وأحمد ، وقال أبو حنيفة : يكره له القعود حتى توضع الجنازة ، وبه قال الشعبى والنخعى وداود •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يكره للمسلم اتباع جنازة اقاربه من الكفار ، لما روى عن على رضى الله عنه قال « اتيت النبى صلى الله عليه وسلم فقلت : ان عمك الضال قد مات ، فقال : اذهب فواره » ولا تتبع الجنازة بنار ولا نائحة ، لما روى عن عمرو بن العاص قال : « اذا انا مت فلا تصحبنى نار ولا نائحة » وعن ابى موسى رضى الله عنه : « انه وصى : لا تتبعونى بصارخة ولا بمجمرة ، ولا تجعلوا بينى وبين الأرض شيئا ») •

(**الشـــرح**) حديث على رضى الله عنه رواه أبو داود وغيره ، واسناده ضعيف وحديث عمرو بن العاص رضى الله عنه رواه مسلم فى صحيحه فى جملة حديث طويل فيه فوائد كثيرة ذكره فى كتاب الايمان • وحديث أبى موسى رواه البيهقى ويقال : مت ــ بضم الميم وكسرها ــ لغتان فصيحتان •

(**أما الأحـكام**) ففيها مسألتان :

(احداهما) قال المصنف والأصحاب : لا يكره للمسلم اتباع جنازة قريبه الكافر ونص عليه الشافعى فى مختصر المزنى ، وسبقت المسألة فى باب غسل الميت •

(الثانية) قال الشافعى فى الأم وأصحابنا : يكره أن تتبع الجنازة بنار • قال ابن الصباغ وغيره : المـراد أن يكره البخـور فى المجمـرة بين يديهـا الى القبر ولا خلاف فى كراهته ، كما نص عليه الشافعى والأصحاب ، ونقـل ابن المنذر اجماع العلمـاء على كراهتـه قال : وممن نقـل عنـه ذلك عمر وأبو هريرة وعبد الله بن مغفل ومعقل بن يسار وأبو سعيد الخدرى وعائشة ، وذكر البيهقى عن عبادة بن الصامت وعائشة وأسماء وغيرهم أنهم أوصوا أن لا يتبعوا بنار ، قال أصحابنا : وانما كره للنص ، ولأنه تفاءل بذلك فآل السّوء ، وهذا الذى ذكرناه من كراهة الاتباع هو نص الشافعى والجمهور •

وقال الشيخ نصر : لا يجوز أن يحمل مع الجنازة المجامر والنار ، فان أراد بقوله : (لا يجوز) كراهة التنزيه فهو كما قاله الشافعى والأصحاب ، وان أراد التحريم فشاذ مردود قال المحاملى وغيره : وكذا يكره أن يكون عند القبر مجمرة حال الدفن ، وأما اتباع الجنازة بنائحة فحرام ، فان النوح حرام مطلقا وسنوضحه فى باب التعزية حيث ذكره المصنف ان شاء الله تعالى .

(فـــرع) قال البندنيجى رحمه الله : يستحب لمن مرت به جنازة أن يدعو لها ويستحب الثناء عليها ان كانت أهلا لذلك ، ويستحب أن يقول من رآها : سبحان الله الذى لا يموت أو سبحان الملك القدوس .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(دفن الميت فرض على الكفاية ؛ لأن فى تركه على وجه الأرض هتكا لحرمته ، ويتأذى الناس من (١) رائحته ، والدفن فى المقبرة أفضـل ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يدفن الموتى بالبقيع ، ولأنه يكثر الدعاء له ممن يزوره ويجوز الدفن فى البيت لأن النبى صلى الله عليه وسلم دفن فى حجرة عائشة رضى الله عنها ، فان قال بعض الورثة : يدفن فى المقبرة ، وقال بعضهم : [يدفن] فى البيت ، دفن فى المقبرة ، لأن له حقا فى البيت ، فلا يجوز اسقاطه ، ويســتحب ان يدفن فى أفضل مقبرة ، لأن عمر رضى الله عنه « استأذن عائشة رضى الله عنها أن يدفن مع صاحبيه » ويستحب أن يجمع الأقارب فى موضع واحد ، لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم « ترك عند رأس عثمان بن مظعون صــخرة ، وقال : نعلم على قبر أخى لأدفن اليــه من مات » وان تشــاح اثنان فى مقبرة مسبَّلة قدم السابق منهما لقوله صلى الله عليه وسلم « مِنىَ مَنَاخٌ من سبق » فان استويا فى السبق أقرع بينهما) .

(الشـــرح) حديث الدفن بالبقيع صحيح متواتر معروف والبقيع بالبــاء الموحدة مدفن أهل المدينة وحديث دفن النبى صلى الله عليه وسلم فى حجرة عائشة صحيح متواتر وحديث استئذان عمر أن يدفن مع صاحبيه صحيح ، رواه البخارى وغيره وصاحباه هما النبى صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رضى الله عنه وحديث « منى مَنَاخ من سبق » رواه أبو محمد الدارمى وأبو داود والترمذى وابن ماجه وغيرهم بأسانيد جيدة من رواية عائشة قال الترمذى : هو حديث حسن ومنى الموضع المعروف ينون ولا ينون والمناخ بضم الميم

---

(١) فى بعض النسخ (برائحته) .

وحديث عثمان بن مظعون رضى الله عنه رواه أبوداود والبيهقى باسنادهما عن المطلب بن عبد الله بن حنطب ، بفتح الحاء المهملة واسكان النون وفتح الطاء وهو من التابعين عمن أخبره عن النبى صلى الله عليه وسلم ورأى النبى صلى الله عليه وسلم حين أخذ الحجر وجعله عند رأس عثمان بن مظعون » فهو مسند لا مرسل لأنه رواه عن صحابى والصحابة رضى الله عنهم كلهم عدول لا تضر الجهالة بأعيانهم ، ورواه ابن ماجه رحمه الله عن أنس رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم علم قبر عثمان ابن مظعون بصخرة • (وقوله) عثمان بن مظعون بالظاء المعجمة والعين المهملة (وقوله) وقال : « نعلم على قبر أخى » هو بضم النون واسكان العين ، من الاعلام الذى هو فعل العلامة وقوله : « لأدفن اليه من مات » كذا وقع فى المهذب ، والذى فى كتب الحديث لأدفن اليه من مات من أهلى •

(اما الأحكام) ففيه مسائل :

(احداها) دفن الميت فرض كفاية بالاجماع ، وقد علم أن فرض الكفاية اذا تعطل أثم به كل من دخل فى ذلك الفرض دون غيرهم ، قال صاحب الحاوى رحمه الله فى أول باب غسل الميت : قال الشافعى رحمه الله : لو أن رفقة فى سفر مات أحدهم فلم يدفنوه نظر ان كان ذلك فى طريق آهل يخترقه المارة أو بقرب قرية للمسلمين فقد أساءوا ترك الدفن وعلى من بقربه دفنه ، قال : وان تركوه فى موضع لا يمر به أحد أثموا وعصوا الله تعالى وعلى السلطان أن يعاقبهم على ذلك الا أن يكونوا فى مخافة من عدو يخافون ان اشتغلوا بالميت اصطلموا فالذى يختار أن يواروه ما أمكنهم فان تركوه لم يأثموا لأنه موضع ضرورة قال الشافعى رحمه الله : ولو أن مجتازين مروا على ميت بصحراء لزمهم القيام به رجلا كان أو امرأة فان تركوه أثموا ثم ينظر فان كان بثيابه ليس عليه أثر غسل ولا كفن لزمهم غسله وتكفينه والصلاة عليه ودفنوه بحسب الامكان وان كان عليه أثر غسل وحنوط وكفن دفنوه فان اختاروا الصلاة عليه صلوا بعد دفنه ، لأن الظاهر أنه صُلِّىَ عليه • هذا آخر كلام صاحب الحاوى رحمه الله •

(الثانية) يجوز الدفن فى البيت وفى المقبـرة والمقبرة أفضـل بالاتفاق ودليلهما فى الكتاب ، وفى معنى البيت البستان وغيره من المواضع التى ليست فيها مقابر (فان قيل) كيف قلتم الدفن فى المقبرة أفضل ؟ والنبى صلى الله عليه وسلم انما دفن فى البيت (فالجواب) من ثلاثة أوجه (أشـهرها) وهو جواب جمهور أصحابنا أن النبى صلى الله عليه وسلم دفن أصحابه فى المقبرة فكان الاقتداء بفعله أولى ، وانما دفن هو صلى الله عليه وسلم فى الحجرة لأنهم اختلفوا فى مدفنه فقال أبو بكر رضى الله عنه « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : ما قبض الله نبيا الا فى الموضع الذى يجب أن يدفن فيه فادفنوه فى موضع فراشه ولأنهم خصوه بالحجرة لكثرة زائريه وقاصديه ليخف عليهم بقربه (الثانى) أجاب به المتولى [أنه يحدث] من دفنه صلى الله عليه وسلم فى بعض المقابر التنازع والتنافس فيه فيطلبه كل قبيلة ليـدفن عندهم (الثالث) ذكره المتولى أيضا ، وهو أنهم فعلوه صيانة لقبره لئلا يزدحم الناس عليه وينتهكوه وهذا الجواب ضعيف لأن الأزدحام فى المسجد أكثر والله أعلم .

(الثالثة) لو قال بعض الورثة : يدفن فى ملك الميت ، وقال بعضهم : بل فى المقبرة المسبَّلة دفن فى المقبرة بلا خلاف لما ذكره المصنف ، فلو بادر أحدهم ودفنه فى بيت الميت ، قال أصحابنا : كان للباقين نقله لكن يكره ذلك لهم فلو قال بعضهم : يدفن فى ملكى لم يلزم الباقين قبوله لأن عليهم منة ، فلو بادر أحد منهم فدفنه فى ملك نفسه أو كفنه من مال نفسه قال ابن الصباغ : لم يذكره الأصحاب قال : وعندى أنه لا ينقل ولا ينزع كفنه بعد دفنه لأنه ليس فى تبعيته اسقاط حق أحد ، وفى نقله هتك حرمتـه ، وهـذا الذى اختاره صاحب الشامل جزم به صاحب التتمة ولو اتفقوا على دفنه فى ملك الميت ثم باعته الورثة لم يكن للمشترى نقله وله الخيار فى فسخ البيع ، ان كان جاهلا بدفنه ، ثم اذا بلى أو اتفق نقله فهل يكون المدفون للبائعين ، أم للمشترى ؟ فيه وجهان حكاهما القاضى حسين وغيره سيأتى نظائرهما فى البيع ان شـاء الله تعالى .

(منها) لو باع شجرة أو بستانا واستثنى منه شجرة بعينها ثم قلعها فهل يبقى الغرس على ملك البائع ؟ أم يكون للمشترى ؟ فيه وجهان يعبر عنهما بأنه هل تتبع الشجرة ، (أصحهما) لا تتبعها •

(الرابعة) قال الشافعى والمصنف وأصحابنا رحمهم الله : يستحب أن يجمع الأقارب فى موضع من المقبرة لما ذكره المصنف ، قال البندنيجى : ويستحب أن يقدم الأب الى القبلة ثم الأسن فالأسن •

(الخامسة) لو سبق اثنان الى مقبرة مسبلة وتشاحا فى مكان قدم الأسبق فان استويا فى السبق قدم بالقرعة •

(السادسة) قال الشافعى فى الأم والقديم وجميع الأصحاب : يستحب الدفن فى أفضل مقبرة فى البلد لما ذكره المصنف ، ولأنه أقرب الى الرحمة قالوا : ومن ذلك المقابر المذكورة بالخير ودفن الصالحين فيها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يدفن ميت فى موضع فيه ميت الا أن يعلم أنه قد بلى ، ولم يبق منه شىء ، ويرجع فيه الى اهل الخبرة بتلك الأرض ولا يدفن فى قبر واحد اثنان « لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يدفن فى كل قبر الا واحداً » فان دعت الى ذلك ضرورة جاز ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يجمع الاثنين من قتلى أحد فى ثوب واحد ثم يقول : ايهما كان أكثر اخذاً للقرآن ، فاذا أشير الى أحدهما قدمه الى اللحد ، وان دعت ضرورة أن يدفن مع امرأة رجل جعل بينهما حائل من التراب وجعل الرجل امامها اعتباراً بحال الحياة) •

(الشـــرح) قوله : « ان النبى صلى الله عليه وسلم لم يدفن فى كل قبر الا واحداً » هذا صحيح معروف فى الأحاديث الصحيحة والمراد به فى حال الاختيار (وأما) قوله : لأن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يجمع بين الأثنين من قتلى أحد » الى آخره فرواه البخارى رحمه الله من رواية جابر بن عبد الله رضى الله عنه •

(**أما الأحكام**) ففيه مسألتان :

(احداهما) لا يجوز أن يدفن ميت فى موضع ميت حتى يبلى الأول ، بحيث لا يبقى منه شىء لا لحم ولا عظم • وهذا الذى ذكرناه من المنع من

دفن ميت على ميت هو منع تحريم ، صرح به أصحابنا ، ممن صرح بتحريمه[1] وأما قول الرافعي رحمه الله : المستحب فى حال الاختيار أن يدفن كل انسان فى قبر ، فمتأول على موافقة الأصحاب ، قال أصحابنا رحمهم الله : ويستدام المنع مهما بقى من الميت شىء من لحم أو عظم ، وقد صرح المصنف بهذا فى قوله : ولم يبق منه شىء • فأما اذا بلى ولم يبق عظم ، بل انمحق جسمه وعظمه وصار ترابا ، فيجوز بعد ذلك الدفن فى موضعه بلا خلاف ، قال القاضى حسين والبغوى والمتولى وسائر الأصحاب رحمهم الله : ولا يجوز بعد البلى أن يسوى عليه التراب ، ويعمر عمارة قبر جديد ان كان فى مقبرة مسبلة ، لأنه يوهم الناس أنه جديد فيمتنعون من الدفن فيه ، بل يجب تركه خرابا ليدفن فيه من أراد الدفن ، قال المصنف والأصحاب رحمهم الله : والرجوع فى مدة البلى الى أهل الخبرة بتلك الناحية والمقبرة ، قالوا : فلو حفره فوجد فيه عظام الميت أعاد القبر ، ولم يتمم حفره ، قال أصحابنا : الا أن الشافعى رحمه الله قال : فلو فرغ من القبر وظهر فيه شىء من العظام لم يمتنع أن يجعل فى جنب القبر ، ويدفن الثانى معه وكذا لو دعت الحاجة الى دفن الثانى مع العظام دفن معها •

(المسألة الثانية) لا يجوز أن يدفن رجلان ولا امرأتان فى قبر واحد من غير ضرورة ، وهكذا صرح السرخسى بأنه لا يجوز ، وعبارة الأكثرين لا يدفن اثنان فى قبر كعبارة المصنف ، وصرح جماعة بأنه يستحب أن لا يدفن اثنان فى قبر • أما اذا حصلت ضرورة بأن كثر القتلى أو الموتى فى وباء أو هدم وغرق أو غير ذلك وعسر دفن كل واحد فى قبر فيجوز دفن الأثنين والثلاثة وأكثر فى قبر ، بحسب الضرورة للحديث المذكور ، قال أصحابنا : وحينئذ يقدم فى القبر أفضلهم الى القبلة ، فلو اجتمع رجل وصبى وامرأة قدم الى القبلة الرجل ، ثم الصبى ، ثم الخنثى ، ثم المرأة • قال أصحابنا : ويقدم الأب على الابن ، وان كان الابن أفضل لحرمة الأبوة وتقدم الأم على البنت ، ولا يجوز الجمع بين المرأة والرجل فى قبر الا عند تأكد الضرورة ، ويجعل حينئذ بينهما تراب ليحجز بينهما بلا خلاف ، ويقدم الى القبله الرجل وان كان ابنا • واذا دفن

---

(١) بياض بالأصل قلت: قد صرح بتحريمه صاحب البيان والروياني فى البحر وغيرهما من الأصحاب (ط) .

رجلان أو امرأتان فى قبر لضرورة فهل يجعل بينهما تراب ؟ فيه وجهان (أصحهما) وبه قطع جماهير العراقيين ونص عليه الشافعى فى الأم : يجعل (والثانى) لا يجعل وبهذا قطع جماعة من الأصحاب ، والله أعلم • قال الشافعى والأصحاب : ولو مات جماعة من أهله وأمكنه دفنهم واحداً واحداً ، فان خشى تغير أحدهم بدأ به ، ثم بمن يخشى تغيره بعده ، وان لم يخش تغير أحد بدأ بأبيه ثم أمه ثم الأقرب فالأقرب ، فان كانا أخوين قدم أكبرهما • فان استويا أو كانتا زوجتين أقرع ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يدفن كافر فى مقبرة (١) المسلمين ، ولا مسلم فى مقبرة الكفار) •

(الشرح) اتفق أصحابنا رحمهم الله على أنه لا يدفن مسلم فى مقبرة كفار ، ولا كافر فى مقبرة مسلمين ولو ماتت ذمية حامل بمسلم ومات جنينها فى جوفها ففيه أوجه (الصحيح) أنها تدفن بين مقابر المسلمين والكفار ، ويكون ظهرها الى القبلة لأن وجه الجنين الى ظهر أمه ، هكذا قطع به ابن الصباغ والشاشى وصاحب البيان وغيرهم وهو المشهور • وقال صاحب الحاوى : حكى عن الشافعى أنها تدفع الى أهل دينها ليتولوا غسلها ودفنها ، قال : وحكى عن أصحابنا أنها تدفن بين مقابر المسلمين والمشركين وكذا اذا اختلط موتى المسلمين والمشركين ، قال : وروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه « أن نصرانية ماتت وفى جوفها مسلم فأمر بدفنها فى مقابر المسلمين » وهذا الأثر الذى حكاه عن عمر رضى الله عنه رواه البيهقى باسناد ضعيف • وروى البيهقى عن واثلة بن الأسقع رضى الله عنه « أنه دفن نصرانية فى بطنها مسلم فى مقبرة ليست مقبرة النصارى ولا المسلمين » • وذكر القاضى حسين فى تعليقه أن الصحيح أنها تدفن فى مقابر المسلمين وكأنها صندوق للجنين ، وحكى الرافعى وجها أنها تدفن فى مقابر المسلمين ، وقطع صاحب التتمة بأنها تدفن على طرف مقابر المسلمين ؛ وهذا حسن والله أعلم •

---

(١) فى بعض النسخ (مقادير) •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن مات فى البحر ولم يكن بقرب ساحل ، فالأولى أن يجعل بين لوحين ويلقى فى البحر لأنه ربما وقع فى ساحل فيدفن ، فان كان اهل الساحل كفاراً القى فى البحر) .

(الشـــرح) قال أصحابنا رحمهم الله : اذا مات مسلم فى البحر ومعـه رفقة ، فان كان بقرب الساحل وأمكنهم الخروج به الى الساحل ، وجب عليهم الخروج به ، وغسله وتكفينه والصلاة عليه ودفنه ، قالوا : فان لم يمكنهم لبعدهم من الساحل أو لخوف عدو ، أو سبع أو غير ذلك لم يجب الدفن فى الساحل ، بل يجب غسله وتكفينه والصلاة عليه ، ثم يجعل بين لوحين ويلقى فى البحر ليلقيه الى الساحل فلعله يصادفه من يدفنه . قال الشافعى فى الأم : فان لم يجعلوه بين لوحين ويلقوه الى الساحل بل ألقوه فى البحر رجوت أن يسعهم ، هذا لفظه ، ونقل الشيخ أبو حامد وصاحب الشامل أن الشـافعى رحمه الله قال : لم يأثموا ان شاء الله تعـالى ، وهو معنى قوله : رجوت أن يسعهم ، فان كان أهل الساحل كفاراً ــ قال الشافعى فى الأم : جعل بين لوحين وألقى فى البحر ، وقال المزنى رحمه الله يثقل بشىء لينزل الى أسفل البحر لئلا يأخذه الكفار فيغيروا سنة المسلمين فيه ، قال المزنى : انما قال الشافعى انه يلقى الى الساحل اذا كان أهل الجزائر مسلمين أما اذا كانوا كفاراً فيثقل بشىء حتى ينزل الى القرار ، قال أصحابنا والذى نص عليه الشافعى من الالقـاء الى الساحل أولى ، لأنه يحتمل أن يجده مسلم فيدفنه الى القبلة ، وأما على قول المزنى فيتيقن ترك دفنه بل يلقيه للحيتان ، هذا الذى ذكرناه هو المشهور فى كتب الأصحاب .

قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ : ان المزنى ذكر مذهبه هذا فى جامعه الكبير وأنكر القاضى أبو الطيب فى تعليقه على الأصـحاب نقلهم هـذا عن المزنى ، وقال : طلبت هذه المسألة فى الجامع الـكبير فوجدتهـا على ما قاله الشافعى فى الأم ، وذكرها صاحب المستظهرى كمـا ذكرها المصـنف فكأنهما اختارا مذهب المزنى ، قال أصحابنا رحمهم الله : والصحيح ما قاله الشـافعى

والله أعلم ، وروى البيهقى باسناد صحيح عن أنس أن أبا طلحة رضى الله عنهما ركب البحر فمات فلم يجدوا له جزيرة الا بعد سبعة أيام فدفنوه فيها ولم يتغير .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(المستحب أن يعمق القبر قدر قامة وبسطة ، لما روى ان عمر رضى الله عنه « أوصى أن يعمق [القبر قدر (١)] قامة وبسطة » ويستحب أن يوسع من قبل رجليه ورأسه ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال للحافر « اوسع من قبل راسه (٢) ، واوسع من قبل رجليه » فان كانت الأرض صلبة اللحد ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « اللحد لنا والشق لغيرنا » وان كانت رخوة شق الوسط) .

(**الشرح**) حديث « أوسع من قبل رأسه وأوسع من قبل رجليه » رواه أبو داود فى كتاب البيوع من سننه ، والبيهقى فى الجنائز وغيرهما من رواية عاصم بن كليب بن شهاب عن أبيه ، وهو تابعى عن رجل من الصحابة عن النبى صلى الله عليه وسلم واسناده صحيح ، ورواه أبو داود والترمذى والنسائى من رواية هشام بن عامر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لهم يوم أحد « احفروا وأوسعوا وأعمقوا » قال الترمذى : هو حديث حسن صحيح . وأما حديث « اللحد لنا والشق لغيرنا » فرواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه والبيهقى وغيرهم من رواية ابن عباس ، واسناده ضعيف ، لأن مداره على عبد الأعلى بن عامر وهو ضعيف عند أهل الحديث ، ورواه الامام أحمد بن حنبل وابن ماجه أيضا من رواية جرير بن عبد الله البجلى واسناده أيضا ضعيف ، وفى رواية لأحمد فى حديث جرير « والشق لأهل الكتاب » ويغنى عنه حديث سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه أنه قال فى مرضه الذى مات فيه « ألحدوا لى لحدا وانصبوا على اللبن نصبا كما صنع برسول الله صلى الله عليه وسلم » رواه مسلم فى صحيحه .

قال أهل اللغة : يقال : لحدت للميت وألحدت له لغتان ، وفى اللحد لغتان ـ فتح اللام وضمها ـ وهو أن يحفر فى حائط من أسفله الى ناحية القبلة

---

(١) كل ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق (ط) .

(٢) فى بعض النسخ تقديم رجليه وتأخير راسه (ط) .

قدر ما يوضع الميت فيه ويستره ، والشق ــ بفتح الشين ــ أن يحفر الى أسفل كالنهر وقوله : يعمق هو بالعين المهملة ، وقوله : رخوة ــ بكسر الراء وفتحها ــ والكسر أفصح وأشهر •

(اما الأحكام) ففيه مسائل :

(احداها) يستحب أن يعمق القبر لحديث هشام بن عامر الذى ذكرناه ، ويستحب أن يكون عمقه قامة وبسطة لما ذكره المصنف • هذا هو المشهور الذى قطع به الأصحاب فى كل طرقهم ، الا وجها حكاه الرافعى وغيره أنه قامة بلا بسطة ، وهذا شاذ ضعيف ، ومعنى القامة والبسطة أن يقف فيه رجل معتدل القامة ويرفع يديه الى فوق رأسه ما أمكنه وقدر أصحابنا القامة والبسطة بأربع أذرع ونصف • هذا هو المشهور فى قدرهما ، وبه قطع الجمهور فى مصنفاتهم ، ونقله صاحب البيان عن الأصحاب ، وقطع المحاملى فى المجموع بأنهما ثلاث أذرع ونصف ، وبهذا جزم الرافعى ، وهو شاذ مردود ، وعجب من جزم الرافعى به واعراضه عما جزم به الجمهور ؛ وهو أربعة أذرع ونصف ، وممن جزم بأربع أذرع ونصف البندنيجى وصاحب الشامل والباقون • وقد سبق أن صاحب البيان نقله عن الأصحاب • وذكر الشافعى والشيخ أبو حامد والأصحاب لاستحباب تعميقه ثلاث فوائد أن لا ينبشه سبع ولا تظهر رائحته ، وأن يتعذر أو يتعسر نبشه على من يريد سرقة كفنه ، وأما أقل ما يجزىء من الدفن فقال امام الحرمين والغزالى والرافعى وغيرهم رحمهم الله : أقله حفرة تكتم رائحة الميت ، ويعسر على السباع غالبا نبشه ، والوصول الى الميت •

(الثانية) يستحب أن يوسع القبر من قبل رجليه ورأسه •

(الثالثة) أجمع العلماء أن الدفن فى اللحد وفى الشق جائزان ، لكن ان كانت الأرض صلبة لا ينهار ترابها فاللحد أفضل ، لما سبق من الأدلة ، وان كانت رخوة تنهار فالشق أفضل • قال الشافعى فى الأم وأصحابنا : فان اختار الشق حفر حفيرة كالنهر وبنى جانبيها باللبن أو غيره ، وجعل بينهما شقا يوضع فيه الميت ويسقف عليه باللبن أو الخشب أو غيرهما ويرفع السقف قليلا بحيث لا يمس الميت ، ويجعل فى شقوقه قطع اللبن ، قال الشافعى فى

الأم : ورأيتهم عندنا ، يعنى فى مكة شرفها الله يضعون على السقف الاذخر [1] ثم يضعون عليه التراب ، وهذا الذى ذكرته من صفة الشق واللحد نص عليه الشافعى فى الأم ، واتفق عليه الأصحاب .

(فـــرع) قال المصنف فى الفصل الثانى لما بعد هذا وسائر الأصحاب : يكره أن يدفن الميت فى تابوت الا اذا كانت الأرض رخوة أو ندية ، قالوا : ولا تنفذ وصيته به الا فى مثل هذا الحال ، قالوا : ويكون التابوت من رأس المال صرح به البغوى وغيره ، وهذا الذى ذكرناه من كراهة التابوت مذهبنا ومذهب العلماء كافة وأظنه اجماعا ، قال العبدرى رحمه الله : لا أعلم فيـــه خلافا يعنى لا خلاف فيه بين المسلمين كافة والله أعلم .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى تعميق القبر

قد ذكرنا أن مذهبنا استحباب تعميقه قامة وبسطة ، وحكاه ابن المنـــذر عن عمر بن الخطاب ، وعن عمر بن عبد العزيز والنخعى أنهما قالا : يعمق الى السرة ، قال : واستحب مالك رحمه الله أنه لا يعمق جدا ولا يقرب من أعلاه والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(الأولى ان يتولى الدفن الرجال ، لأنه يحتـــاج الى بطش وقـــوة . وكان الرجال احق ، احق ، وأولاهم بذلك أولاهم بالصلاة عليه ، لأنهم ارفق به . وان كانت امرأة فزوجها احق بدفنها لأنه أحق بغسلها ، فان لم يكن لها زوج فالأب ، ثم الجد ، ثم الابن ، ثم ابن الأبن ، ثم الأخ ، ثم ابن الأخ ، ثم العم ، فان لم يكن لها ذو رحم محرم ولها مملوك كان المملوك أولى من ابن العم ، لأنه كالمحرم ، والخصى أولى من الفحل ، وان لم يكن مملوك فابن العم ثم أهل الدين من المسلمين ، والمستحب ان يكون عدد الذى يدفن وتراً ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم « دفنه على والعباس وأسامة رضى الله عنهم » والمستحب ان يسجى القبر بثوب عند الدفن ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم ستر قبر سعد بن معاذ رضى الله عنه بثوب لما دفنه) .

(الشـــرح) قوله لأن النبى صلى الله عليه وسلم دفنـــه على والعبـــاس وأسامة هذا الحديث رواه أبو داود والبيهقى وغيرهما وأسانيده مختلفة فيها

---

(١) بكر همزة القطع والخاء المعجمة المكسورة (ط) .

ضعف وليس فى رواية أبى داود ذكر العباس ، وانما فيها على والفضل وأسامة وأن عبد الرحمن بن عوف دخل معهم وصاروا أربعة ، وفى بعض روايات البيهقى عن على رضى الله عنه قال : « ولى دفن النبى صلى الله عليه وسلم أربعة على والعباس والفضل وصالح مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم » وفى رواية عن ابن عباس « كانوا أربعة على والفضل وقثم بن العباس وشقران مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم ونزل معهم خامس وكانوا خمسة » وشقران ــ بضم الشين المعجمة ــ واسكان القاف هو صالح مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولقبه شقران وأما حديث ستر قبر سعد بن معاذ فرواه البيهقى من رواية ابن العباس رضى الله عنهم باسناد ضعيف •

(**أما الأحكام**) ففيه مسائل :

(احداها) قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله : الأولى أن يتولى الدفن الرجال ، سواء كان الميت رجلا أو امرأة ، وهذا لا خلاف فيه وعللوه بعلتين (احداهما) التى ذكرها المصنف أن الرجال أقوى وأشد بطشا (والثانية) أن المرأة لو تولت ذلك أدى الى انكشاف بعض بدنها • قال صاحب البيان : قال الصيدلانى : ويتولى النساء حمل المرأة من المغتسل الى الجنازة وتسليمها الى من فى القبر لأنهن يقدرن على ذلك ، قال : وكذلك يتولى النساء حل ثيابها فى القبر ، قال صاحب البيان : ولم أر هذا لغير الصيدلانى وهذا الذى قاله صاحب البيان عجيب ، وليس قول الصيدلانى منكرا ، بل هو الحق والصواب ، وقد نص عليه الشافعى فى الأم فى باب الدفن فقال : وستر المرأة اذا أدخلت قبرها آكد من ستر الرجل ، وتسل كما يسل الرجل ، قال : وان ولى اخراجها من مغتسلها وحل عقد ثياب ان كانت عليها ، وتعاهدها النساء فحسن ، وان وليه الرجال فلا بأس هذا نصه وقد جزم البندنيجى وغيره وحكوا استحبابه عن نص الشافعى رحمه الله • ومما يحتج به من الأحاديث فى كون الرجال هم الذين يتولون الدفن ، وان كان الميت امرأة ، حديث أنس رضى الله عنه قال « شهدنا بنت النبى صلى الله عليه وسلم ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس على القبر فقال : منكم رجل لم يقارف الليلة ؟ فقال أبو طلحة رضى الله عنه أنا ، قال : فانزل ، فنزل فى قبرها » رواه البخارى رحمه الله قيل : معناه لم يقارف أهله أى لم يجامع • وقيل : لم يقارف ذنباً •

ذكره البخارى عن ابن مبارك عن فليح ، والأول أرجح ، ويؤيده حديث أنس أن رقية لما ماتت قال النبى صلى الله عليه وسلم لا يدخل القبر رجل قارف الليلة أهله فلم يدخل عثمان بن عفان القبر » رواه الامام أحمد بن حنبل فى مسنده ، ومعلوم أن أبا طلحة رضى الله عنه أجنبى من بنات النبى صلى الله عليه وسلم ، ولكنه كان من صالحى الحاضرين • ولم يكن لها هناك رجل محرم الا النبى صلى الله عليه وسلم فلعله كان له عذر فى عدم نزول قبرها ، وكذا زوجها ، ومعلوم أنها كانت أختها فاطمة وغيرها من محارمها وغيرهن هناك ، فدل على أنه لا مدخل للنساء فى ادخال القبر والدفن •

(المسألة الثانية) قال أصحابنا : أولى الرجال بالدفن أولاهم بالصلاة على الميت من حيث الدرجة والقرب لا من حيث الصفات ، لأن الترجيح بالصفات فى الصلاة على الميت مخالف للترجيح بها فى الدفن ، لأن الأسن مقدم على الأفقه فى الصلاة والأفقه مقدم على الأسن فى الدفن هكذا قاله الأصحاب واتفقوا عليه وهذه المسألة مما أنكر على المصنف وعدها صاحب البيان فى مشكلات المهذب من حيث ان المصنف أطلق أن من قدم فى الصلاة قدم فى الدفن ، والأسن مقدم فى الصلاة على الأفقه وهو فى الدفن عكسه ، والمختار أنها لا تعد مشكلة ، ولا عتب على المصنف لأن مراده الترتيب فى الدرجات لا بيان الصفات ، فيقدم الأب ثم الجد ثم أب الأب ثم آباؤه ، ثم الابن ثم ابنه وان سفل ، ثم الأخ ثم ابنه ثم العم ، وهل يقدم من يدلى بأبوين على مدل بالأب ؟ فيه الخلاف السابق فى الصلاة على الميت ، فان استوى اثنان فى درجة قدم أفقههما ، وان كان غيره أسن ، نص عليه الشافعى واتفق عليه الأصحاب •

قال صاحب الحاوى وغيره : المراد بالأفقه هنا أعلمهم بادخال الميت القبر لا أعلمهم بأحكام الشرع جملة • قال الشيخ أبو حامد والمحاملى وآخرون : لو كان له قريبان أحدهما أقرب وليس بفقيه والآخر بعيد وهو فقيه ، قدم الفقيه لأنه يحتاج الى الفقه ، وهذا متفق عليه • أما اذا كان الميت امرأة لها وزج صالح للدفن فهو مقدم على الأب والابن وسائر الأقارب ، نص عليه الشافعى وقطع به الجمهور • وذكر صاحب الحاوى فيه وجهين (أحدهما)

هذا (والثانى) أن الأب يقدم عليه كالوجهين فى غسلها ، وتعليل المصنف ومن وافقه فى التعليل يشير الى موافقة صاحب الحاوى فى جريان وجه فى المسألة ، وكلام المصنف فى التنبيه مصرح أو كالمصرح بذلك فى قوله فى الدفن ، والأولى أن يتولى ذلك من يتولى غسله ، لكن عليه انكار فى اطلاقه ، لأنه يقتضى دخول النساء فى دفن المرأة فانهن أحق بغسلها ، وقد سبق أنه لا خلاف أنهن لا حق فى الدفن ، والله أعلم •

قال أصحابنا رحمهم الله : فان لم يكن هناك محرم لها من العصبات تولى دفنها محارمها من ذوى الأرحام ، كأبى الأم والخال والعم للأم ، فان لم يكن أحد منهم فعبدها • هذا اذا قلنا بالأصح المنصوص ان العبد كالمحرم فى جواز النظر ، وان قلنا بالضعيف انه كالأجنبى ، فظاهر كلام المصنف وتعليله وتعليل الأصحاب أنه كالأجنبى ، فان لم يكن لها عبد فالخصيان الأجانب أولى لضعف شهوتهم ، فان فقدوا فذووا الأرحام الذين ليسوا محارم ، كابن العم ، فان فقدوا فأهل الصلاح من الأجانب • قال امام الحرمين رحمه الله : وما أدرى تقديم ذوى الأرحام محتوما بخلاف المحارم لأنهم كالأجانب فى وجوب الاحتجاب عنهم ومنعهم من النظر ، وشذ صاحب العمدة أبو المكارم فقدم نساء القرابة على الرجال الأجانب ، وهذا شاذ مردود مخالف لنص الشافعى ولما قطع به الأصحاب ، بل مخالف لحديث أبى طلحة المذكور فى المسألة الأولى والله أعلم •

(المسألة الثالثة) يستحب كون الدافنين وتراً ، فان حصلت الكفاية بواحد والا فثلاثة والا فخمسة ان أمكن واحتيج اليه ، وهذا متفق عليه •

(المسألة الرابعة) يستحب أن يسجى القبر بثوب عند الدفن ، سواء كان الميت رجلا أو امرأة • هذا هو المشهور الذى قطع به الأصحاب • قالوا : والمرأة آكد • وحكى الرافعى وجهاً أن الاستحباب مختص بالمرأة ، واختاره أبو الفضل بن عبدان من أصحابنا ، وهو مذهب أبى حنيفة ، واحتجوا للمذهب بالحديث لكنه ضعيف ، ولأنه أستر فربما ظهر ما يستحب اخفاؤه ، والله أعلم•

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب أن يضع راس الميت عند رجل القبر ، ثم يسل فيه سلا ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه : ((ان النبى صلى الله عليه وسلم سل من قبل راسه سلا)) ولأن ذلك أسهل ، ويستحب أن يقول عند ادخاله القبر : بسم الله وعلى ملة رسول الله ، لما روى ابن عمر : ((أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يقوله اذا ادخل الميت القبر)) ويستحب (١) ان يضجع فى اللحد على جنبه الأيمن لقوله صلى الله عليه وسلم ((اذا نام أحدكم فليتوسد يمينه)) ولأنه (٢) يستقبل القبلة [فكان] أولى [و] أن يوسد رأسه بلبنة أو حجر كالحى اذا نام ، ويجعل خلفه (٣) شيئا يسنده من لبن أو غيره ، حتى لا يستلقى على قفاه ويكره أن يجعل تحته مضربة أو مخدة أو فى تابوت لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال ((اذا أنزلتمونى فى اللحد فأفضوا نجدى الى الأرض)) وعن أبى موسى رضى الله عنه ((لا تجعلوا بينى وبين الأرض شيئا)) وينصب اللبن [على اللحد] نصباً لما روى عن سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه انه قال ((اصنعوا بى كما [صنعتم] برسول الله صلى الله عليه وسلم انصبوا على اللبن وهيلوا على التراب)) ويستحب لمن على شفير القبر ان يحثو فى القبر ثلاث حثيات (٤) من تراب ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم حثا فى قبر ثلاث حثيات . ويستحب ان يمكث على القبر بعد الدفن لما روى عثمان رضى الله عنه قال ((كان النبى صلى الله عليه وسلم اذا فرغ من دفن الرجل يقف عليه وقال : استغفروا لأخيكم واسألوا الله له التثبيت فانه الآن يسأل))) .

(**الشـــرح**) حديث ابن عباس رضى الله عنهما رواه الشافعى فى الأم والبيهقى باسناد صحيح ، الا أن الشافعى رحمه الله قال فيه : أخبرنا الثقة ، وقد اختلف العلماء فى الاحتجاج بقول الراوى : أخبرنا الثقة ، واختار بعض أصحابنا المحققين الاحتجاج ان كان القائل ممن يوافقه فى المذهب والجرح والتعديل ، فعلى هذا يصح احتجاج أصحابنا بهذا الحديث . وأما حديث ابن عمر فرواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن . وفى رواية للترمذى سنة بدل ملة . وأما حديث اذا نام أحدكم فليتوسد يمينه فغريب بهذا اللفظ،

---

(١) فى بعض النسخ (والمستحب) ويضجع فى القبر بدل اللحد (ط) .

(٢) فى ش و ق كانت العبارة هكذا ولأنه يستقبل القبلة وكان أولى أن يوسد رأسه الخ (ط)

(٣) فى بعض النسخ ويجعل بالبناء للمجهول فرفع شىء ، وأهيلوا بدل وهيلوا وما بين المعقوفين ليس فى ش و . (ط) .

(٤) يقال حثا التراب يحثو ويحثى حثوا وحثيا اذا رمى به وهو من باب رمى لغة فيه وورد فى الماء ثلاث حثوات والمراد ثلاث غرفات على التشبيه (ط) .

وهو صحيح بمعناه عن البراء بن عازب قال « قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا أتيت مضجعك فتوضأ وضوءك للصلاة ثم اضطجع على شقك الأيمن وقل : اللهم أسلمت نفسى اليك الى آخره » رواه البخارى ومسلم • وأما حديث سعد بن أبى وقاص فرواه مسلم بلفظه الا قوله « وهيلوا على التراب » وأما حديث « حثى فى القبر ثلاث حثيات » فرواه البيهقى من رواية عامر بن ربيعة أنه رأى النبى صلى الله عليه وسلم حثى بيده ثلاث حثيات من التراب ، وهو قائم على قبر عثمان بن مظعون • قال البيهقى رحمه الله : واسناده ضعيف الا أن له شاهداً رواه بن ماجه باسناده عن أبى هريرة : « أن النبى صلى الله عليه وسلم حثى من قبل رأسه » فيكون الحثى من قبل رأسه مستحسنا ، فان الحديث جيد الاسناد كما ذكرنا • وأما حديث عثمان فرواه أبو داود والبيهقى باسناد جيد •

وقوله « هيلوا على التراب » بكسر الهاء على وزن بيعوا • يقال : هاله يهيله ، وفى الأمر هله ، ومعناه انثروا وصبوا ، ويقال حثى يحثى وحثيت وحثياً ، وحثا يحثو وحثوت حثوا بالثاء والواو ، لغتان مشهورتان حكاهما ابن السكيت وعن أبى عبيدة وآخرين •

وشفير القبر طرفه • وقوله فى الحديث « واسألوا الله له التثبيت » وقع فى بعض نسخ المهذب التثبيت وفى بعضها التثبت بحذف الياء مع تشديد الباء الموحدة ، وكلاهما روى فى كتب الحديث ، وهما صحيحان •

(أما الأحكام) ففيه مسائل :

(احداها) يستحب أن يوضع رأس الميت عند رجل القبر وهو طرفه الذى يكون فيه رجل الميت ، ثم يسل من قبل رأسه سلا رفيقا •

(الثانية) يستحب أن يقول الذى يدخله القبر عند ادخاله القبر : بسم الله وعلى ملة رسول الله ، أو على سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الشافعى فى المختصر : ثم يقول اللهم أسلمه اليك الأشحاء من ولده وأهله وقرابته واخوانه وفارق من كان يحب قربه وخرج من سعة الدنيا والحياة الى ظلمة القبر وضيقه ونزل بك وأنت خير منزول به ان عاقبته فبذنب وان عفوت

فأهل العفو أنت ، غنى عن عذابه وهو فقير الى رحمتك اللهم اشكر حسنته واغفر سيئته ، وأعذه من عذاب القبر ، واجمع له برحمتك الأمن من عذابك واكفه كل هول دون الجنة اللهم اخلفه فى تركته فى الغابرين وارفعه فى عليين وعد عليه برحمتك يا أرحم الراحمين • هذا كلام الشافعى رحمه الله • قال الأصحاب : يستحب أن يدعو بهذا فان لم يفعل فبغيره واتفقوا على استحباب الدعاء هنا •

(الثالثة) يجب وضع الميت فى القبر مستقبل القبلة ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وقد ذكره المصنف بعد هذا فى الفصل الأخير فى مسألة من دفن بغير غسل أو الى غير القبلة نبش ، وقال القاضى أبو الطيب فى كتابه المجرد : استقبال القبلة به مستحب ليس بواجب والصحيح الأول ، واتفقوا على أنه يستحب أن يضجع على جنبه الأيمن ، فلو أضجع على جنبه الأيسر مستقبل القبلة جاز ، وكان خلاف الأفضل لما سبق فى المصلى مضطجعا ، والله أعلم •

(الرابعة) يستحب أن يوسد رأسه لبنة أو حجرا ونحوهما ، ويفضى بخده الأيمن الى اللبنة ونحوها أو الى التراب ، وقد صرح المصنف فى التنبيه والأصحاب بالافضاء بخده الى التراب ومعناه أن ينحى الكفن عن خده ويوضع على التراب ويستحب أن يجعل خلفه شيئا من لبن أو غيره يسنده ويمنعه من أن يقع على قفاه •

(الخامسة) يكره أن يجعل تحته مخدة أو مضربة أو ثوب أو يجعل فى تابوت اذا لم تكن الأرض ندية واتفق أصحابنا على كراهة هذه الأشياء ، والكراهة فى التابوت مختصة بما اذا لم يتعذر اجتماعه فى غيره فان تعذر اتخذ التابوت كما صرح به الشيخ نصر وغيره وقد سبق قبل هذا الفصل تعليل أن التابوت مكروه الا أن تكون الأرض رخوة أو ندية ، وأنه لا تنفذ وصيته فيه الا فى هذا الحال ، وأنه من رأس المال ، ثم هذا الذى ذكرناه من كراهة المخدة والمضربة وشبهها ، هكذا نص عليه أصحابنا فى جميع الطرق ونص عليه الشافعى أيضا وخالفهم صاحب التهذيب فقال : لا بأس أن يبسط تحت جنبه شيء لحديث ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال « جعل فى قبر النبى

صلى الله عليه وسلم قطيفة حمراء » رواه مسلم ، وهذا الذى ذكره شـذوذ ومخالف لما قاله الشافعى والأصحاب وغيرهم من العلماء وأجابوا عن حديث ابن عباس بأنه لم يكن ذلك الفعل صادراً من جملة الصحابة ، ولا برضاهم ولا بعلمهم وانما فعله شقران مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : (كرهت أن يلبسها أحد بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم) وقد روى البيهقى عن ابن عباس أنه كره أن يجعل تحت الميت ثوب فى قبره والله أعلم •

(السادسة) اذا وضعه فى اللحد على الصفة السابقة ، فالسنة أن ينصب اللبن على المنفتح من اللحد بحيث يسد جميع المنفتح ويسد الفرج بقطع اللبن ونحوه ، ويسد الفرج اللطاف بحشيش أو نحوه وقال جماعة من أصحابنا : أو بطين والله أعلم •

(السابعة) يستحب لكل من على القبر أن يحثى عليه ثلاث حثيات تراب بيديه جميعا بعد الفراغ من سد اللحد ، وهذا الذى ذكرته من الحثى باليدين جميعا نص عليه الشافعى فى الأم ، واتفق الأصحاب عليه وممن صرح به شيخ الأصحاب الشيخ أبو حامد والماوردى والقـاضى أبو الطيب وسليم الرازى والبغوى وصاحب العدة وآخرون •

قال القاضى حسين والمتولى وآخـرون : يستحب أن يقـول فى الحثية الأولى (منها خلقناكم) وفى الثانية (وفيها نعيـدكم) وفى الثالثـة (ومنها نخرجكم تارة أخرى) [1] وقد يستدل له بحديث أبى أمامة رضى الله عنه قال : « لما وضعت أم كلثوم بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى القبر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « منها خلقناكم وفيها نعيدكم ومنها نخرجكم تارة أخرى » رواه الامام أحمد من رواية عبيد الله بن زحر عن على بن زيـد ابن [2] جدعان عن القاسم ، وثلاثتهم ضـعفاء ، ولكن يسـتأنس بأحاديث

---

(١) الآية ٥٥ من سورة طه .

(٢) لعل لبسا وقع فيه شيخنا النووى رحمه الله حيث اشتبهت عليه بعض الأسماء مع ان بعضها من رجال مسلم وهى كبوة جواد وهو رحمه الله تعالى من أكبر شراحه ان لم يكن أكبرهم وأدقهم وأليك البيان : قال الذهبى فى الميزان : عبيد الله بن زحر عن على بن يزيد ، والاعمش وكانه مات شابا ، روى عنه الكبار : يحيى بن سعيد الانصارى ويحيى بن أيوب المصرى ، قال محمد بن يزيد المستملى : سألت أبا مسهر عنه فقال : صاحب كل معضلة ، وان ذلك ذلك على

الفضائل وان كانت ضعيفة الاسناد ويعمل بها فى الترغيب والترهيب ، وهذا منها والله أعلم .

قال أصحابنا : ثم يهال عليه التراب بالمساحى ، وهو معنى ما سنذكره فى الثامنة فى حديث عمرو بن العاص رضى الله عنه .

(الثامنة) يستحب أن يمكث على القبر بعد الدفن ساعة يدعو للميت ويستغفر له نص عليه الشافعى واتفق عليه الأصحاب ، قالوا : ويستحب أن يقرأ عنده شىء من القرآن وان ختموا القرآن كان أفضل ، وقال جماعات من أصحابنا : يستحب أن يلقن بما سنذكره فى المسائل الزائدة بعد فراغ الباب

حديثه لين ، وروى عثمان بن سعيد عن يحيى قال : حديثه عندى ضعيف . وروى عباس عن يحيى : ليس بشىء ، وقال ابن المدينى : منكر الحديث ، وقال الدارقطنى : ليس بالقوى وشيخه على متروك ، وقال ابن حبان : يروى الموضوعات عن الأثبات ، واذا روى عن على بن يزيد اتى بالطامات ، واذا اجتمع فى اسناد خبر عبيد الله وعلى بن يزيد والقاسم أبو عبد الرحمن لم يكن ذلك الخبر الا مما عملته أيديهم وقال أبو زرعة الرازى : عبيد الله بن زحر صدوق ثم ساق بعض الروايات التى أتى بها عبيد الله ثم قال : قلت : قد أخرج له أرباب السنن وأحمد فى مسنده ، وكان النسائى حسن الرأى فيه ما أخرجه فى الضعفاء بل قال : لا بأس به .

هذا ثم جاء فى ترجمة على بن زيد بن جدعان : هو على بن زيد بن عبد الله بن زهير أبى مليكة بن جدعان أبو الحسن القرشى التيمى البصرى احد علماء التابعين روى عن انس وأبى عثمان النهدى وسعيد بن المسيب ، وعنه شعبة وعبد الوارث وخلق . أختلفوا فيه قال الجريرى : أصبح فقهاء البصرة عميانا ثلاثة : قتادة وعلى بن زيد واشعث الحدانى . وقال منصور بن زاذان : لما مات الحسن البصرى قلنا لعلى بن زيد : اجلس مجلسه قال موسى بن اسماعيل : قلت لحماد ابن سلمة : زعم وهيب أن على بن زيد كان لا يحفظ قال : ومن أين وهيب كان يقدر على على ، انما كان يجالسه وجوه الناس .

قال الفقير الى عفوه تعالى محمد نجيب بن ابراهيم بن أحمد بن بخيت المطيعى : ان على بن زيد ابن جدعان لا صلة له بعبيد الله بن زحر وليس هو الذى يروى عن القاسم ، وانما فكر الشيخ فالتبس عليه واشتبه عليه على بن يزيد بعلى بن زيد وانما شيخ ابن زحر على بن يزيد الالهانى الشامى وليس ابن جدعان وابن يزيد هذا هو الذى يروى عن القاسم أبى عبد الرحمن ومكحول وعنه يحيى الذمارى وعثمان بن أبى العاتكة ، وعبيد الله بن زحر وجماعة ويكنى أبا عبد الملك قال البخارى : منكر الحديث وقال النسائى : ليس بثقة وقال أبو زرعة : ليس بقوى ، وقال الدارقطنى : متروك . ومن ثم ندرك أن الشيخ رحمه الله قد اتهم بريئا لتطابق الاسمين ، ولو أنه تحقق كونهما شخصين مختلفين ، التباين بينهما كبير لما صدر عنه هذا وأما القاسم الذى فى الاسناد فانما هو القاسم بن عبد الرحمن أبو عبد الرحمن الدمشقى مولى آل معاوية وصاحب أبى أمامة قال الامام : روى عنه على بن يزيد أعاجيب وما رآها الا من قبل القاسم وقال ابن حبان : كان يروى عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم المعضلات وقال الأثرم فذكر لأبى عبد الله حديث عن القاسم الشامى عن أبى امامة : أن الدباغ طهور فأنكره وحمل على القاسم ، ولا ننكر أن بعض المحدثين وثقه ولكن الجرح هنا مقدم على التعديل والله تعالى أعلم .

ان شاء الله تعالى ، ويستدل لهذا المكث والدعاء والاستغفار بحديث عثمان المذكور فى الكتاب ، وبحـديث عمرو بن العاص أنه قال حين حضرته الوفاة « فاذا دفنتمونى فسنوا على التراب سُنا ، ثم أقيموا حول قبرى قدر ما تنحر جزور ، ويقسم لحمها حتى أستأنس بكم وأعلم ماذا أراجع رسل ربى » رواه مسلم فى صحيحه فى كتاب الايمان وهو بعض حديث طويل مشتمل على جمل من الفوائد والقواعد (قوله) سـنوا على التـراب روى بالسـين المهمـلة وبالعجمة ، وكلاهما صحيح ومعناهما متقارب ، وروى البيهقى باسناده أن ابن عمر رضى الله عنهما استحب قراءة أول البقرة وآخـرها عنـد القبر ، والله أعلم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى كيفية ادخال الميت القبر

قد ذكرنا أن مذهبنا أن السنة أن يوضع رأسه عند رجل القبر ، ثم يسل سلا وقال أبو حنيفة : يوضع عرضا من ناحية القبلة ثم يدخل القبر معترضا وحكى ابن المنذر عن ابن عمر وأنس بن مالك وعبد الله بن يزيد الخطمى الصحابى والشعبى والنخعى مثل مذهبنا ، وهو مذهب أحمد واختاره ابن المنذر ، وعن على بن أبى طالب رضى الله عنه وابنه محمد واسحق بن راهويه كمذهب أبى حنيفة وقال مالك رحمه الله : كلاهما سواء ، وعنه رواية كمذهبنا•

واحتج لأبى حنيفة بما روى عن ابن عبـاس رضى الله عنهما « أن النبى صلى الله عليه وسلم أدخل من جهة القبلة » ولأن جهة القبلة أفضل • واحتج الشافعى والأصحاب بحديث ابن عباس رضى الله عنهـما أن النبى صلى الله عليه وسلم « سل من قبل رأسه » وقد قدمنا أنه يحتج به وعن عبد الله بن يزيد الخطمى الأنصارى الصحابى أنه صلى على جنازة ثم أدخله القبر من قبل رجل القبر وقال : هذا من السنة ، رواه أبو داود والبيهقى وقال فيه هـذا اسناد صحيح • وقول الصحابى : « من السنة كذا » مرفوع ، ولأن سله من قبل رأسه هو المعروف عن جمهور الصحابة ، وهو عمل المهاجرين والأنصار بمكة والمدينة ، كذلك رواه الشافعى فى الأم وغيره من العلماء عن أهل مكة والمدينة من الصحابة ومن بعدهم ، وهم بأمور رسول الله صلى الله عليـه وسلم أعلم من غيرهم •

وأما ما احتج به الحنفية من حديث ابن مسعود وابن عباس وبريدة أن النبى صلى الله عليه وسلم أدخل من قبل القبلة فكلها روايات ضعيفة رواها البيهقى وبين ضعفها ، ولا يقبل قول الترمذى فى حديث ابن عباس أنه حسن ، لأنه رواه هو وغيره من رواية الحجاج بن أرطاة وهو ضعيف باتفاق المحدثين، وهذا الجواب انما يحتاج اليه لتصور ادخاله صلى الله عليه وسلم من جهة القبلة • وقد قال الشافعى فى الأم والأصحاب : ان هذا غير ممكن • وأطنب الشافعى فى الأم فى الشناعة على من يقول ذلك ، ونسبه الى الجهالة ومكابرة الحس ، وانكار العين • قال القاضى حسين وامام الحرمين وآخرون : هذا الذى نقلوه من أقبح الغلط لأن شق قبره صلى الله عليه وسلم لاصق بالجدار ، ولحده تحت الجدار ، وليس هناك موضع يوضع فيه ــ هذا كلام القاضى وموافقيه ــ ورأيت أنا فى الأم مثله وزيادة •

قال الشافعى : الجدار الذى تحته مثله واللحد تحت الجدار فكيف يدخل معترضا ؟ واللحد لاصق بالجدار لا يقف عليه شىء ، ولا يمكن الا أن يسل سلا أو يدخل من غير القبلة • قال : وأمور الموتى وادخالهم القبر من الأمور المشهورة عندنا ، لكثرة الموت وحضور الأئمة وأهل الثقة ، وهو من الأمور العامة التى يستغنى فيها عن الحديث فيكون الحديث فيها كالتكلف [1] لاشتراك الناس فى معرفتها ؛ ورسول الله صلى الله عليه وسلم والمهاجرون والأنصار بين أظهرنا ، ينقل العامة عن العامة لا يختلفون فى ذلك أن الميت يسل سلا ، ثم جاءنا آت من غير بلدنا يعلمنا كيف الميت ، ثم لم يرض حتى روى عن حماد عن ابراهيم أن النبى صلى الله عليه وسلم دخل معترضا • هذا آخر كلام الشافعى • ورواية ابراهيم مرسلة ضعيفة • قال أصحابنا : ولأن ما قلناه أسهل فكان أولى ، وما أدعوه من استقبال القبلة فجوابه أن استقبال القبلة انما يستحب بشرطين ، أن يمكن ولا ينابذ سنة ، وهذا ليس ممكنا ومنابذاً للسنة •

(فرع) فى مذاهبهم فى ستر الميت عند ادخاله القبر بثوب

قد ذكرنا أن مذهبنا استحبابه فى الرجل والمرأة ، وقال أبو حنيفة ومالك

---

(١) فى ش و ق : كالتكليف (ط) .

وأحمد : يستحب فى قبر المرأة دون الرجل ، وحكى ابن المنذر عن عبد الله ابن بريدة وشريح : يكرهان ذلك فى قبر الرجل •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يزاد فى التراب الذى اخرج من القبر ، فان زادوا فلا بأس به ويشخص القبر من الأرض قدر شبر ، لما روى القاسم بن محمد قال : « دخلت على عائشة فقلت اكشفى لى عن قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وصاحبيه ، فكشفت عن ثلاثة قبور لا مشرفة ولا لاطئة » ويسطح القبر ، ويوضع عليه الحصا « لأن النبى صلى الله عليه وسلم سطح قبر ابنه ابراهيم رضى الله عنه ووضع عليه حصباء من حصباء العرصة (١) » وقال أبو على الطبرى رحمه الله : الأولى فى زماننا ان يسنم لأن التسطيح من شعار الرافضة ، وهذا لا يصح ، لأن السنة قد صحت فيه فلا يضر موافقة الرافضة فيه ، ويرش عليه الماء لما روى جابر ان النبى صلى الله عليه وسلم رش على قبر [ابنه] ابراهيم [عليه السلام] الماء ولأنه اذا لم يرش عليه الماء زال اثره فلا يعرف ، ويستحب أن يجعل عند رأسه علامة من حجر أو غيره ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم « دفن عثمان بن مظعون ووضع عند رأسه حجراً » ولأنه يعرف به فيزار ، ويكره ان يجصص القبر وان يبنى عليه [او يعقد] وأن يكتب عليه ، لما روى جابر قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يجصص القبر وأن يبنى عليه أو يعقد أو يكتب عليه » ولأن ذلك من الزينة) •

(**الشـــرح**) حديث القاسم صحيح رواه أبو داود وغيره باسناد صحيح ، ورواه الحاكم وقال : صحيح الاسناد ، وقوله « لا مشرفة » أى مرتفعة ارتفاعا كثيراً ، وقوله « ولا لاطئة » هو بهمز آخره أى ولا لاصقه بالأرض ، يقال لطىء ولطأ بكسر الطاء وفتحها وآخره مهموز فيهما اذا لصق • وأما حديث قبر ابراهيم ورش الماء عليه ووضع الحصباء عليه ، فرواه الشافعى فى الأم والبيهقى باسناد ضعيف • وأما حديث عثمان بن مظعون ووضع الحجر عند رأسه فسبق بيانه فى الفصل الأول من الدفن • وأما حديث جابر الأخير فرواه مسلم وأبو داود والترمذى وغيرهما ، لكن لفظ روايتهم « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجصص القبر وأن يبنى عليه وأن يقعد عليه » وليس فيه ذكر يكتب ، ووقع فى الترمذى بزيادة « يكتب عليه وأن يوطأ » وقال : حديث حسن صحيح •

---

(١) فى بعض النسخ حصا من حصا العرصة (ط) •

ووقع فى سنن أبى داود زيادة « وأن يزاد عليه » واسنادها صحيح ، ووقع فى أكثر النسخ المعتمدة من المهذب « وأن يعقد عليه » بتقديم العين على القاف وهو تصحيف ، فان الروايات المشهورة فى صحيح مسلم وسنن أبى داود والترمذى وسائر كتب الحديث المشهورة يقعد ، بتقديم القاف على العين من القعود الذى هو الجلوس ، والحصباء بالمد وبالباء الموحدة وهى الحصا الصغار ، والعرصة باسكان الراء • قال ابن فارس : كل جونة منفتقة ليس فيها بناء فهى عرصة ، والشعار بكسر الشين العلامة ، والرافضة الطائفة المبتدعة ، سموا بذلك لرفضهم زيد بن على رضى الله عنهما ، فلزم هذا الاسم كل من غلا منهم فى مذهبه والله أعلم •

(أما الأحكام) ففيه مسائل :

(احداها) قال الشافعى فى المختصر : يستحب أن لا يزاد القبر على التراب الذى أخرج منه ، قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله : انما قلنا يستحب أن لا يزاد لئلا يرتفع القبر ارتفاعا كثيراً • قال الشافعى : فان زاد فلا بأس • قال أصحابنا : معناه أنه ليس بمكروه ، لكن المستحب تركه ، ويستدل لمنع الزيادة برواية أبى داود المذكورة قريباً ، وهى قوله : وأن يزاد عليه •

(الثانية) يستحب أن يرفع القبر عن الأرض قدر شبر ، هكذا نص عليه الشافعى والأصحاب واتفقوا عليه الا أن صاحب التتمة استثنى فقال : الا أن يكون دفنه فى دار الحرب فيخفى قبره بحيث لا يظهر مخافة أن يتعرض له الكفار بعد خروج المسلمين • (فان قيل) هذا الذى ذكرتموه مخالف لحديث على رضى الله عنه قال « أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا ندع قبراً مشرفا الا سويته » (فالجواب) ما أجاب به أصحابنا قالوا : لم يرد التسوية بالأرض وانما أراد تسطيحه ، جمعا بين الأحاديث •

(الثالثة) تسطيح القبر وتسنيمه وأيهما أفضل ؟ فيه وجهان (الصحيح) التسطيح أفضل وهو نص الشافعى فى الأم ومختصر المزنى ، وبه قطع جمهور أصحابنا المتقدمين وجماعات من المتأخرين ، منهم الماوردى والفورانى والبغوى

وخلائق وصححه جمهور الباقين كما صححه المصنف ، وصرحوا بتضعيف التسنيم كما صرح به المصنف • (والثانى) التسنيم أفضل ، حكاه المصنف عن أبى على الطبرى ، والمشهور فى كتب أصحابنا العراقيين والخراسانيين أنه قول أبى على ابن أبى هريرة •

وممن حكاه عنه القاضى أبو الطيب وابن الصباغ والشاشى وخلائق من الأصحاب وممن رجح التسنيم من الخراسانيين الشيخ أبو محمد الجوينى والغزالى والرويانى والسرخسى ، وادعى القاضى حسين اتفاق الأصحاب وليس كما قال ، بل أكثر الأصحاب على تفضيل التسطيح ، وهو نص الشافعى كما سبق ، وهو مذهب مالك وداود • وقال أبو حنيفة والثورى وأحمد رحمهم الله : التسنيم أفضل ، ودليل المذهبين فى الكتاب • ورد الجمهور على ابن أبى هريرة فى دعواه أن التسنيم أفضل لكون التسطيح شعار الرافضة ، فلا يضر موافقة الرافضى لنا فى ذلك ، ولو كانت موافقتهم لنا سببا لترك ما وافقوا فيه لتركنا واجبات وسننا كثيرة • « فان قيل » صححتم التسطيح ، وقد ثبت فى صحيح البخارى رحمه الله عن سفيان التمار قال « رأيت قبر النبى صلى الله عليه وسلم مسنما » (فالجواب) ما أجاب به البيهقى رحمه الله قال : صحت رواية القاسم بن محمد السابقة المذكورة فى الكتاب ، وصحت هذه الرواية ، فنقول : القبر غير عما كان ، فكان أول الأمر مسطحا كما قال القاسم ، ثم لما سقط الجدار فى زمن الوليد بن عبد الملك ، وقيل : فى زمن عمر بن عبد العزيز أصلح فجعل مسنما ، قال البيهقى : وحديث القاسم أصح ، وأولى أن يكون محفوظاً ، والله أعلم •

(الرابعة) يستحب أن يوضع على القبر حصباء ، وهو الحصا الصغار لما سبق وأن يرش عليه الماء لما ذكره المصنف • قال المتولى وآخرون : يكره أن يرش عليه ماء الورد ، وأن يطلى بالخلوف لأنه اضاعة مال •

(الخامسة) السنة أن يجعل عند رأسه علامة شاخصة من حجر أوخشبة أو غيرهما هكذا قاله الشافعى والمصنف وسائر الأصحاب الا صاحب الحاوى فقال يستحب علامتان (احداهما) عند رأسه (والأخرى) عند رجليه قال : لأن النبى صلى الله عليه وسلم جعل حجرين كذلك على قبر عثمان

ابن مظعون كذا قال ، والمعروف فى روايات حديث عثمان حجر واحد والله أعلم .

(السادسة) قال الشافعى والأصحاب : يكره أن يجصص القبر ، وأن يكتب عليه اسم صاحبه أو غير ذلك ، وأن يبنى عليه ، وهذا لا خلاف فيه عندنا ، وبه قال مالك وأحمد وداود وجماهير العلماء ، وقال أبو حنيفة : لا يكره ، دليلنا الحديث السابق ، قال أصحابنا رحمهم الله : ولا فرق فى البناء بين أن يبنى قبة أو بيتا أو غيرهما ، ثم ينظر ــ فان كانت مقبرة مسبلة حرم عليه ذلك ، قال أصحابنا ويهدم هذا البناء بلا خلاف . قال الشافعى فى الأم : ورأيت من الولاة من يهدم ما بنى فيها ، ولم أر الفقهاء يعيبون عليه ذلك ، ولأن فى ذلك تضييقا على الناس ، قال أصحابنا : وان كان القبر فى ملكه جاز بناء ما شاء مع الكراهة ، ولا يهدم عليه ، قال أصحابنا : وسواء كان المكتوب على القبر فى لوح عند رأسه كما جرت عادة بعض الناس أم فى غيره ، فكله مكروه لعموم الحديث ، قال أصحابنا وسواء فى كراهة التجصيص للقبر فى ملكه أو المقبرة المسبلة ، وأما تطيين القبر ، فقال امام الحرمين والغزالى يكره ونقل أبو عيسى الترمذى فى جامعه المشهور أن الشافعى قال : لا بأس بتطيين القبر ، ولم يتعرض جمهور الأصحاب له ، فالصحيح أنه لا كراهة فيه ، كما نص عليه . ولم يرد فيه نهى .

(فرع) قال البغوى وغيره : يكره أن يضرب على القبر مظلة ، لأن عمر رضى الله عنه رأى مظلة على قبر فأمر برفعها وقال : دعوه يظله عمله .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا دفن الميت قبل الصلاة صلى على القبر ، لأن الصلاة تصل اليه فى القبر وان دفن من غير غسل او الى غير القبلة ولم يخش عليه الفساد فى نبشه نبش وغسل ووجه الى القبلة ، لأنه واجب مقدور على فعله فوجب فعله . وان خشى عليه الفساد لم ينبش لأنه تعذر فعله فسقط كما يسقط وضوء الحى واستقبال القبلة فى الصلاة اذا تعذر) .

(الشرح) قال أصحابنا : يحرم الدفن قبل الصلاة عليه ، فان ارتكبوا الحرام ودفنوه ، أو لم يحضره من تلزمه الصلاة ودفن لم يجز نشبه للاصلاة ،

بل تجب الصلاة عليه فى القبر ، لأن الصلاة على الغائب جائزة ، وعلى القبور ، للأحاديث الصحيحة السابقة فى الصلاة على القبر والغائب ، وقد سبقت هذه المسألة فى فصل الصلاة على القبر ، هذا اذا دفن وهيل عليه التراب ، فأما اذا أدخل اللحد ولم يهل التراب فيخرج ويصلى عليه ، نقله الشيخ أبو محمد الجوينى فى الفروق عن نص الشافعى ، قال : والفرق بين الحالتين من وجهين (أحدهما) قلة المشقة وكثرتها (والثانى) أن اخراجه بعد اهالة التراب نبش على الحقيقة ، وهو ممنوع وقبل أن يهال ليس بنبش • قال أبو محمد رحمه الله : وقال بعض أصحابنا : اذا أراد الصلاة عليه وهو فى اللحد قبل أن يهال التراب رفعت لبنة مما يقابل وجهه لينظر بعضه ، قال أبو محمد : وهذا خلاف نص الشافعى ، والصحيح ما نص عليه ، هذا كلام أبى محمد (قلت) وهذا النص نص عليه فى عيون المسائل عن الربيع عن الشافعى رحمه الله ، أما اذا دفن بلا غسل فيأثمون بلا خلاف ان تمكنوا من غسله ، وكان ممن يجب غسله فالصحيح أنه ان تغير وخشى فساده لو نبش لم يجز نبشه لما فيه من انهاك حرمته وان لم يتغير وجب نبشه وغسله ، ثم الصلاة عليه لأنه واجب مقدور عليه فوجب فعله ، وبهذا التفصيل قطع المصنف وجماهير الأصحاب فى الطريقتين •

وحكى امام الحرمين وغيره عن صاحب التقريب أنه حكى قولا للشافعى أنه لا يجب النبش للغسل ، وان لم يتغير ، بل يكره نبشه ولا يحرم ، وحكى صاحب الحاوى وآخرون وجها أنه يجب نبشه للغسل ، وان تغير وفسد ، قال الرافعى : مادام منه جزء من عظم وغيره • واتفق الذين حكوا هذا الوجه على ضعفه وفساده ، أما اذا دفن الى غير القبلة فقال المصنف وجمهور الأصحاب : الدفن الى القبلة واجب كما سبق ، قالوا : فيجب نبشه وتوجيهه الى القبلة ان لم يتغير ، وان تغير سقط فلا ينبش لما ذكره المصنف ، هذه طريقة الأصحاب من العراقيين والخراسانيين الا القاضى أبا الطيب فقال فى كتابه المجرد : لا يجب التوجيه الى القبلة ، بل هو سنة ، فاذا ترك استحب نبشه ، ولا يجب • وهذا شاذ ضعيف وسبقت المسألة مبسوطة فى هذا الباب •

أما اذا دفن بلا تكفين فوجهان مشهوران (أحدهما) ينبش كما ينبش

للغسل (وأصحهما) لا ينبش ، وبه قطع المحاملى فى المقنع والسرخسى فى الأمالى وآخرون لا ينبش لأن المقصود ستره ، وقد حصل ، ولأن فى نبشه هتكا لحرمته والله أعلم •

ولو دفن فى أرض مغصوبة استحب لصاحبها تركه ، فان أبى فله اخراجه وان تغير وتفتت وكان فيه هتك لحرمته ، اذ لا حرمة للغاصب (وليس لعرق ظالم حق) واتفق أصحابنا على هذا ، ولو دفن فى ثوب مغصوب أو مسروق فثلاثة أوجه مشهورة حكاها امام الحرمين وآخرون •

(أصحها) ينبش كما لو دفن فى أرض مغصوبة ، وبهذا قطع البغوى وآخرون ، وصححه الغزالى والمتولى والرافعى ونقله السرخسى عن نص الشافعى •

(والثانى) لا يجوز نبشه بل يعطى صاحب الثوب قيمته لأن الثوب صار كالهالك بخلاف الأرض ، ولأن خلع الثوب أفحش فى هتك حرمته من رد الأرض ، وبهذا قطع القاضى أبو الطيب فى تعليقه وابن الصباغ والعبدرى ، وهو قول الداركى وأبى حامد ، ونقله الشيخ أبو حامد والمحاملى فى كتابيه عن الأصحاب مطلقاً •

(والثالث) ان تغير الميت وكان فى نبشه هتك لحرمته لم ينبش والا نبش ، وصححه صاحب العدة والشيخ نصر المقدسى ، واختاره الشيخ أبو حامد والمحاملى لأنفسهما بعد حكايتهما عن الأصحاب ما قدمته ، واختاره أيضا الدارمى ، ولو كفن الرجل فى ثوب حرير ، قال الرافعى : فى نبشه هذه الأوجه ، ولم أر هذا لغيره ، وفيه نظر ، وينبغى أن يقطع بأنه لا ينبش بخلاف المغصوب ، فان نبشه لحق مالكه والله أعلم •

(فرع) ذكرنا أن مذهبنا أنه اذا دفن من غير غسل أو الى غير القبلة يجب نبشه ليغسل ويوجه للقبلة ما لم يتغير ، وبه قال مالك وأحمد وداود ، وقال أبو حنيفة لا يجب ذلك بعد اهالة التراب عليه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وقع فى القبر مال لآدمى فطالب به صاحبه نبش القبر ، لما روى « أن المغيرة بن شعبة رضى الله عنه طرح خاتمة فى القبر رسول الله صلى الله

عليه وسلم فقال : خاتمى ، ففتح (١) موضع فيه فاخذه وكان يقول : أنا أقربكم عهداً برسول الله صلى الله عليه وسلم)) ولأنه يمكن رد المال الى صاحبه من غير ضرر فوجب رده عليه ، وان بلع الميت جوهرة لغيره وطالب بها صاحبها شق جوفه وردت الجوهرة ، وان كانت الجوهرة له ففيه وجهان (أحدهما) يشق لأنها صارت للورثة ، فهى كجوهرة الأجنبى (والثانى) لا يجب لأنه استهلكها فى حياته فلم يتعلق بها حق الورثة) .

(**الشـــرح**) حديث المغيرة ضعيف غريب ، قال الحاكم أبو أحمد وهو شيخ الحاكم أبى عبد الله : لا يصح هذا الحديث ، ويقال : خاتم ــ بفتح التاء وكسرها ــ وخاتام وختام ، وقوله : بلع ــ بكسر اللام ، يقال : بلع يبلع كشرب يشرب ، قال أصحابنا : اذا وقع فى القبر مال نبش وأخرج ، سواء كان خاتما أو غيره قليلا أو كثيراً هكذا أطلقه أصحابنا ، وقيده المصنف بما اذا طلبه صاحبه ولم يوافقوه على التقييد وهذا الذى ذكرناه من النبش هو المذهب ، وبه قطع الأصحاب فى كل طرقهم ، وانفرد صاحب العدة بحكاية وجه أنه لا ينبش ، قال : وهو مذهب أبى حنيفة ، وهذا الوجه غلط . أما اذا بلع جوهرة لغيره أو غيرها فطريقان (الصحيح) منهما ــ وبه قطع المصنف والأصحاب فى معظم الطرق ــ أنه اذا طلبها صاحبها شق جوفه وردت الى صاحبها والطريق الثانى فيه وجهان ممن حكاه المتولى والبغوى والشاشى (أصحهما) هذا (والثانى) لا يشق ، بل يجب قيمتها فى تركته ، لحديث عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « كسر عظم الميت ككسره حيا » رواه أبو داود باسناد صحيح الا رجلا واحداً ، وهو سعد بن سعيد الأنصارى أخو يحيى بن سعيد الأنصارى فضعفه أحمد ابن حنبل : ووثقه الأكثرون ، وروى له مسلم فى صحيحه وهو كاف فى الاحتجاج به ، ولم يضعفه أبو داود مع قاعدته التى قدمنا بيانها .

قالوا : ووجه الدلالة من هذا الحديث أن كسر العظم ، وشق الجوف فى الحياة لا يجوز لاستخراج جوهرة وغيرها ، فكذا بعد الموت ، وحكى الرافعى عن أبى المكارم صاحب العدة وهو غير صاحب العدة أبى عبد الله الحسين بن على الطبرى الامام المشهور ، الذى ينقل عنه صاحب البيان

---

(١) فى بعض النسخ بالبناء للمعلوم ونصب موضعاً (ط) .

وأطلقه أنا فى هذا الشرح أنه قال : يشق جوفه الا أن يضمن الورثة قيمته أو مثله فلا يشق فى أصح الوجهين وهذا النقل غريب ، والمشهور للاصحاب اطلاق الشق من غير تفصيل • أما اذا بلع جوهرة لنفسه فوجهان مشهوران ، ذكر المصنف دليلهما قل من بين الأصح منهما مع شهرتهما فصحح الجرجانى الشافى والعبدرى فى الكفاية الشق وقطع المحاملى فى المقنع بأنه لا يشق ، وصححه القاضى أبو الطيب فى كتابه المجرد ، قال الشيخ أبو حامد فى التعليق : وقول الأول أنها صارت للوارث غلط لأنها انما تصير للوارث اذا كانت موجودة ، فأما المستهلكة فلا وهذه مستهلكة •

وأجاب الأول عن هذا بأنها لو كانت مستهلكة لما شق جوفه بجوهرة الأجنبى وحيث قلنا : يشق جوفه وتخرج ، فلو دفن قبل الشق ، نبش لذلك والله أعلم • هذا تفصيل مذهبنا ، وقال أبو حنيفة وسحنون المالكى : يشق مطلقا • وقال أحمد وابن حبيب المالكى : لا يشق •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان ماتت امرأة وفى جوفها جنين حى شق جوفها لأنه استبقاء حى باتلاف جزء من الميت فأشبه اذا اضطر الى أكل جزء من الميت) •

(الشرح) هذه المسألة مشهورة فى كتب الأصحاب ، وذكر صاحب الحاوى أنه ليس للشافعى فيها نص ، قال الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والماوردى والمحاملى وابن الصباغ وخلائق من الأصحاب : قال ابن سريج : اذا ماتت امرأة وفى جوفها جنين حى شق جوفها وأخرج فأطلق ابن سريج المسألة قال أبو حامد والماوردى والمحاملى وابن الصباغ : وقال بعض أصحابنا : ليس هو كما أطلقها ابن سريج ، بل يعرض على القوابل فان قلن هذا الولد اذا أخرج يرجى حياته ، وهو أن يكون له ستة أشهر فصاعدا شق جوفها وأخرج ، وان قلن لا يرجى بأن يكون له دون ستة أشهر لم يشق ، لأنه لا معنى لانتهاك حرمتها فيما لا فائدة فيه قال الماوردى ، وقول ابن سريج هو قول أبى حنيفة وأكثر الفقهاء •

(قلت) وقطع به القاضى أبو الطيب فى تعليقه والعبدرى فى الكفاية وذكر القاضى حسين والفورانى والمتولى والبغوى وغيرهم فى الذى لا يرجى حياته

وجهين (أحدهما) يشق (والثانى) لا يشق قال البغوى : وهو الأصح ، قال جمهور الأصحاب : فاذا قلنا لا يشق لم تدفن حتى تسكن حركة الجنين ، ويعلم أنه قد مات ، هكذا صرح به الأصحاب فى جميع الطرق ونقل اتفاق الأصحاب عليه القاضى حسين وآخرون وهو موجود كذلك فى كتبهم الا ما انفرد به المحاملى فى المقنع والقاضى حسين فى موضع آخر من تعليقه قبل باب الشهيد بنحو ورقتين ، والمصنف فى التنبيه فقالوا : ترك عليه شىء ثقيل حتى يموت ثم تدفن المرأة وهذا غلط فاحش ، وقد أنكره الأصحاب أشد انكار وكيف يؤمر بقتل حى معصوم ؟ وان كان ميئوساً من حياته بغير سبب منه يقتضى القتل •

ومختصر المسألة ان رجى حياة لجنين وجب شق جوفها واخراجه ، والا فثلاثة أوجه (أصحها) لا تشق ولا تدفن حتى يموت (والثانى) تشق ويخرج (والثالث) يثقل بطنها بشىء ليموت وهو غلط ، واذا قلنا يشق جوفها شق فى الوقت الذى يقال انه أمكن له ، هكذا قاله الشيخ أبو حامد • وقال البندنيجى : ينبغى أن تشق فى القبر فانه أستر لها •

(فرع) فى مسائل تتعلق بالباب

(احداها) قال أصحابنا : يكره الدفن بالليل لكن المستحب دفنه نهاراً • قالوا وهو مذهب العلماء كافة الا الحسن البصرى فانه كرهه ، واحتج له بحديث جابر رضى الله عنه قال : « زجر النبى صلى الله عليه وسلم أن يقبر الرجل بالليل حتى يصلى عليه الا أن يضطر انسان الى ذلك » رواه مسلم • دليلنا الأحاديث الصحيحة المشهورة (منها) حديث ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم « مر بقبر دفن ليلا فقال : متى دفن هذا ؟ فقالوا البارحة قال أفلا آذنتمونى ؟ قالوا دفناه فى ظلمة الليل فكرهنا أن نوقظك ، فصلى عليه » رواه البخارى • وعن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما قال « رأى ناس نارا فى المقبرة فأتوها فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم فى القبر ، واذا هو يقول : ناولونى صاحبكم ، واذا هو الرجل الذى كان يرفع صوته بالذكر » رواه أبو داود باسناد على شرط البخارى ومسلم • واحتج به أبو داود فى المسألة ، وعن عائشة رضى الله عنها « أن أبا بكر الصديق

رضى الله عنه لم يتوف حتى أمسى من ليلة الثلاثاء ، ودفن قبل أن يصبح » رواه البخارى رحمه الله ، فهذه الأحاديث المعتمدة فى المسألة •

وأما حديث ابن عباس رضى الله عنهما « أن النبى صلى الله عليه وسلم دخل قبرا ليلا ، فأسرج له سراج » الى آخره ، فهو حديث ضعيف • فان قيل قد قال فيه الترمذى : حديث حسن قلنا : لا يقبل قول الترمذى فى هذا لأنه من رواية الحجاج بن أرطاة وهو ضعيف عند المحدثين ، ويحتمل أنه اعتضد عند الترمذى بغيره فصار حسنا • قال أصحابنا رحمهم الله : ودفنت عائشة وفاطمة وغيرهما من الصحابة رضى الله عنهم ليلا ، فلم ينكر ذلك أحد من الصحابة (والجواب) عن حديث جابر أن النهى انما هو عن دفنه قبل الصلاة عليه والله أعلم •

(الثانية) الدفن فى الأوقات التى نهى عن الصلاة فيها اذا لم يتحره ليس بمكروه عندنا ، نص عليه الشافعى فى الأم فى باب القيام للجنازة ، واتفق عليه الأصحاب • ونقل الشيخ أبو حامد فى أول باب الصلاه على الميت من تعليقه والماوردى والشيخ نصر المقدسى وغيرهم اجماع العلماء • وثبت فى صحيح مسلم رحمه الله عن عقبة بن عامر رضى الله عنه قال « ثلاث ساعات نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصلاة فيها ، وأن نقبر فيها موتانا وذكر وقت طلوع الشمس واستوائها وغروبها » وأجاب الشيخ أبو حامد والماوردى ونصر المقدسى وغيرهم بأن الاجماع دل على ترك ظاهره فى الدفن ، وأجاب القاضى أبو الطيب والمتولى وغيرهما بأن النهى عن تحرى هذه الأوقاف للدفن وقصد ذلك ، قالوا وهذا مكروه ، فأما اذا لم يتحره فلا كراهة ، ولا هو مراد الحديث ، وهذا الجواب أحسن من الأول •

(الثالثة) فى نقل الميت من بلد الى بلد قبل دفنه ، قال صاحب الحاوى : قال الشافعى رحمه الله تعالى : لا أحبه الا أن يكون بقرب مكة أو المدينة أو بيت المقدس ، فيختار أن ينقل اليها لفضل الدفن فيها • وقال البغوى والشيخ أبو نصر البندنيجى من العراقيين : يكره نقله ، وقال القاضى حسين والدارمى والمتولى يحرم نقله ، قال القاضى حسين والمتولى : ولو أوصى بنقله لم تنفذ وصيته ، وهذا هو الأصح لأن الشرع أمر بتعجيل دفنه ، وفى

نقله تأخيره ، وفيه أيضا انتهاكه من وجوه وتعرضه للتغير وغير ذلك وقد صح عن جابر رضى الله عنه قال « كنا حملنا القتلى يوم احد لندفنهم ، فجاء منادى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمركم أن تدفنوا القتلى فى مضاجعهم فرددناها » رواه أبو داود والترمذى والنسائى بأسانيد صحيحة ، قال الترمذى : حديث حسن صحيح •

وأما نبش القبر فلا يجوز لغير سبب شرعى باتفاق الأصحاب ، ويجوز بالأسباب الشرعية كنحو ما سبق ، ومختصره أنه يجوز نبش القبر اذا بلى الميت وصار ترابا ، وحينئذ يجوز دفن غيره فيه ، ويجوز زرع تلك الأرض وبنائها وسائر وجوه الانتفاع والتصرف فيها باتفاق الأصحاب ، وان كانت عارية رجع فيها المعير • وهذا كله اذا لم يبق للميت أثر من عظم وغيره ، قال أصحابنا رحمهم الله : « ويختلف ذلك باختلاف البلاد والأرض ويعتمد فيه قول أهل الخبرة بها » ويجوز نبش الميت اذا دفن لغير القبلة ، أو بلا غسل على الصحيح فيهما ، أو بلا كفن ، أو فى كفن مغصوب أو حرير أو أرض مغصوبة ، أو ابتلع جوهرة ، أو وقع فى القبر مال على ما سبق فى كل ذلك من التفصيل والخلاف قال الماوردى فى الأحكام السلطانية « اذا لحق القبر سيل أو نداوة ، قال أبو عبد الله الزبيرى : نقله يجوز ، ومنعه غيره •

(قلت) قول الزبيرى أصح ، فقد ثبت فى صحيح البخارى عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما « أنه دفن أباه يوم أحد مع رجل آخر فى قبر ، قال : ثم لم تطب نفسى أن أتركه مع آخر فاستخرجته بعد ستة أشهر ، فاذا هو كيوم وضعته هيئة ، غير أذنه » وفى رواية للبخارى أيضا « أخرجته فجعلته فى قبر على حدة » وذكر ابن قتيبة فى المعارف وغيره أن طلحة بن عبيد الله أحد العشرة رضى الله عنهم دفن فرأته بنته عائشة بعد دفنه بثلاثين سنة فى المنام ، فشكا اليها النز ، فأمرت به فاستخرج طريا فدفن فى داره بالبصرة ، قال غيره قال الراوى « كأنى أنظر الى الكافور فى عينيه لم يتغير الا عقيصته فمالت عن موضعها واخضر شقه الذى يلى النز •

(الرابعة) قال جماعات من أصحابنا يستحب تلقين الميت عقب دفنه فيجلس عند رأسه انسان ويقول : « يا فلان ابن فلان ويا عبد الله بن أمة الله اذكر العهد الذى خرجت عليه من الدنيا ، شهادة أن لا اله الا الله وحده

لا شريك له • وأن محمداً عبده ورسوله وأن الجنة حق وأن النار حق وأن البعث حق وأن الساعة آتية لا ريب فيها وأن الله يبعث من فى القبور • وأنك رضيت بالله ربا وبالاسلام دينا وبمحمد صلى الله عليه وسلم نبيا وبالقرآن اماما وبالكعبة قبلة وبالمؤمنين اخوانا » زاد الشيخ نصر « ربى الله لا اله الا هو عليه توكلت وهو رب العرش العظيم » فهذا التلقين عندهم مستحب ، وممن نص على استحبابه القاضى حسين والمتولى والشيخ نصر المقدسى والرافعى وغيرهم •

ونقله القاضى حسين عن أصحابنا مطلقا ، وسئل الشيخ أبو عمرو بن الصلاح رحمه الله عنه فقال : (التلقين هو الذى نختاره ونعمل به ، قال : وروينا فيه حديثا من حديث أبى أمامة ليس اسناده بالقائم ، لكن اعتضد بشواهد ، وبعمل أهل الشام قديما) هذا كلام أبى عمرو • قلت : حديث أبى أمامة رواه أبو القاسم الطبرانى فى معجمه باسناد ضعيف ، ولفظه : عن سعيد بن عبد الله الأزدى قال « شهدت أبا أمامة رضى الله عنه وهو فى النزع فقال : اذا مت فاصنعوا بى كما أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : اذا مات أحد من اخوانكم فسويتم التراب على قبره فليقم أحدكم على رأس قبره ثم ليقل : يا فلان ابن فلانة فانه يسمعه ولا يجيب ، ثم يقول : يا فلان ابن فلانة فانه يستوى قاعداً ، ثم يقول : يا فلان ابن فلانة فانه يقول : أرشدنا رحمك الله ولكن لا تشعرون ، فليقل اذكر ما خرجت عليه من الدنيا شهادة أن لا اله الا الله وأن محمداً عبده ورسوله وأنك رضيت بالله ربا ، وبالاسلام دينا ، وبمحمد نبيا وبالقرآن اماما ، فان منكراً ونكيراً يأخذ كل واحد منهما بيد صاحبه ويقول :انطلق بنا ما نقعد عند من لقن حجته ، فقال رجل : يا رسول الله فان لم نعرف أمه ؟ قال فينسبه الى أمه حواء ، يا فلان ابن حواء » قلت فهذا الحديث وان كان ضعيفا فيستأنس به • وقد اتفق علماء المحدثين وغيرهم على المسامحة فى أحاديث الفضائل [1] والترغيب والترهيب ،

---

(١) ليس هذا من مرسل الفضائل وانما حدد حكما بالاستحباب وبدلالة الخطاب هو مستحب على الكفاية ولا يقوم الضعيف حجة فى ثبوت الاحكام فضلا عن أمر تعم به البلوى وتوفر على القيام به اناس بذلوا ماء وجوههم فى سؤال الناس الحاقا بمثل هذه الاحاديث التى تبلغ فى وهنها حد الوضع ، وسؤال التثبيت ليس من قبيل التلقين وانما هو من قبيل الدعاء له بالثبات واليقين كصلاة الجنازة فانما هى دعاء له وليست خطابا موجها اليه والله أعلم (ط) •

وقد اعتضد بشواهد من الأحاديث كحديث « واسألوا له التثبيت » ووصية عمرو بن العاص وهما صحيحان سبق بيانهما قريبا ، ولم يزل أهل الشام على العمل بهذا فى زمن من يقتدى به والى الآن ، وهذا التلقين انما هو فى حق المكلف الميت ، أما الصبى فلا يلقن • والله أعلم •

(الخامسة) ذكر الماوردى وغيره أنه يكره ايقاد النار عند القبر ، وسبقت المسألة وسيأتى فى باب التعزية كراهية المبيت فى المقبرة وكراهة الجلوس على قبر ودوسه ، والاستناد اليه والاتكاء عليه •

باب التعزية والبكاء على الميت

البكاء يمد ويقصر ، لغتان ، المد أفصح ، والعزاء بالمد التعزية ، وهما الصبر على ما به من مكروه ، وعزاه أى صبره وحثه على الصبر ؛ قال الأزهرى رحمه الله : أصلها التصبير لمن أصيب بمن يعز عليه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(تعزية أهل الميت سنة لما روى ابن مسعود رضى الله عنه قال « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من عزى مصابا فله مثل أجره » ويستحب أن يعزى بتعزية الخضر عليه السلام أهل بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو أن يقول : « أن فى الله سبحانه وتعالى عزاء من كل مصيبة ، وخلفا من كل هالك ، ودركا من كل فائت ؛ فبالله فثقوا ، واياه فارجوا ، فان المصاب من حرم الثواب » ويستحب أن يدعو [له و (١)] للميت فيقول : أعظم الله أجرك ، وأحسن عزاءك ، وغفر لميتك ، وان عزى مسلما بكافر قال : أعظم الله أجرك ، واحسن عزاءك ، وان عزى كافرا بمسلم قال : أحسن الله عزاءك وغفر لميتك ، وان عزى كافراً بكافر قال : أخلف الله عليك ، ولا نقص عددك ، ويكره الجلوس (٢) للتعزية ، لأن ذلك محدث والمحدث بدعة) •

(**الشرح**) حديث ابن مسعود رضى الله عنه رواه الترمذى وغيره باسناد ضعيف ، وعن أبى برزة رضى الله عنه « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من عزى ثكلى كسى برداً فى الجنة » رواه الترمذى وضعفه (وأما) قصة تعزية الخضر عليه السلام فرواها الشافعى فى الأم باسناد ضعيف الا أنه لم يقل الخضر عليه السلام ، بل سمعوا قائلا يقول : فذكر هذه التعزية ، ولم يذكر

---

(١) ما بين المعقوفين ليس فى ش وق (ط) ؛

(٢) عبارة ويكره الجلوس معقود لها فصل فى متن المهذب وقد أدرجها الشارح هنا (ط) .

الشافعى الخضر عليه السلام ، وانما ذكره أصحابنا وغيرهم ، وفيه دليل منهم لاختيارهم ما هو المختار ، وترجيح ما هو الصواب ، وهو أن الخضر عليه السلام حى باق وهذا قول أكثر العلماء .

وقال بعض المحدثين : ليس هو حيا [1] واختلفوا فى حاله ، فقال كثيرون كان نبيا لا رسولا ، وقال آخرون : كان نبيا رسولا ، وقال آخرون : كان وليا ، وقيل : كان ملكا من الملائكة وهذا غلط ، وقد أوضحت اسمه وحاله والاختلاف وما يتعلق به فى تهذيب الأسماء واللغات [2] .

قال النووى رحمه الله فى تهذيب الأسماء واللغات :

الخضر عليه السلام مذكور فى المهذب فى باب التعزية هو بفتح الخاء وكسر الضاد ويجوز اسكان الضاد مع كسر الخاء وفتحها كما فى نظائره . والخضر لقب قالوا واسمه بليا بموحدة مفتوحة ثم لام ساكنة ثم مثناة تحت ابن ملكان وقيل كليمان . قال ابن قتيبة فى المعارف : قال وهب بن منبه اسم الخضر بليا بن ملكان بن قانع بن عابر بن شامخ بن ارفخشد بن سام بن نوح . قالوا : وكان أبوه من الملوك، واختلفوا فى سبب تلقيبه بالخضر فقال الأكثرون لانه جلس على فروة بيضاء فصارت خضراء ، والفروة وجه الأرض وقيل : الهيثم من النبات وقيل : لانه كان اذا صلى اخضر ما حوله ، الصواب الأول . فقد روينا فى صحيح البخارى عن همام بن منبه عن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : انما سمى الخضر لانه جلس على فروة فاذا هى تهتز من خلفه خضراء . فهذا نص صحيح صريح وكنية الخضر أبو العباس وهو صاحب موسى النبى صلى الله عليه وسلم الذى سأل السبيل فى لقيه وقد أثنى الله تعالى عليه فى كتابه بقوله تعالى « فوجدا عبدا من عبادنا آتيناه رحمة من عندنا وعلمناه من لدنا علما » فأخبر الله عنه فى باقى الآيات بتلك الأعجوبات ، وموسى الذى صحبه هو موسى بنى اسرائيل كليم الله تعالى كما جاء به الحديث المشهور فى صحيحى البخارى ومسلم وهو مشتمل على عجائب من أمرهما . واختلفوا فى حياة الخضر ونبوته فقال الأكثرون من العلماء : هو حى موجود بين أظهرنا ، وذلك متفق عليه عند الصوفية وأهل الصلاح والمعرفة ، وحكاياتهم فى رؤيته والاجتماع به والأخذ عنه وسؤاله وجوابه ووجوده فى المواضع الشريفة ومواطن الخير أكثر من أن تحصر ، واشهر من أن تذكر .

وفى آخر صحيح مسلم فى أحاديث الدجال أنه يقتل رجلا ثم يحيا قال ابراهيم بن سفيان صاحب مسلم يقال : ان ذلك الرجل هو الخضر ، وكذا قال معمر فى مسنده انه يقال : انه الخضر وذكر أبو اسحاق الثعلبى المفسر اختلافا فى أن الخضر كان فى زمن ابراهيم الخليل عليه السلام أم بعده بقليل أم بعده بكثير . قال والخضر على جميع الأقوال نبى معمر محجوب عن الأبصار قال : وقيل : انه لا يموت الا فى آخر الزمان عند رفع القرآن . قلت : ومذهب أنه مات منذ أمد بعيد .

(١) وهو الحق المأخوذ من مفهوم الكتاب والسنة الحديث « بعد مائة عام لا يبقى على ظهر الأرض أحد ممن هو على ظهرها اليوم » وقوله تعالى (وما جعلنا لبشر من قبلك الخلد) الآية والله أعلم (ط) .

(٢) قال الشيخ ابو عمرو بن الصلاح فى فتاويه : هو حى عند جماهير العلماء والصالحين والعامة معهم فى ذلك قال : وانما حد بانكاره بعض المحدثين . قال : وهو نبى واختلفوا فى كونه مرسلا ، وكذا قاله بهذه الحروف غير الشيخ من المتقدمين . وقال أبو القاسم القشيدى فى رسالته فى باب الأولياء : لم يكن الخضر نبيا وانما كان وليا . وقال أقضى القضاء الماوردى فى تفسيره : قيل : هو ولى ، وقيل : هو نبى ، وقيل : انه من الملائكة ، وهذا الثالث غريب ضعيف أو باطل .

(وقوله) خلفا من كل هالك ــ هو بفتح اللام ــ أى بدلا ، والدرك اللحاق (قوله) ولا نقص عددك هو بنصب الدال ورفعها (وقوله) أخلف الله عليك أى رد عليك مثل ما ذهب منك ، قال جماعة من أهل اللغة : يقال : أخلف الله عليك اذا كان الميت ممن يتصور مثله كالابن والزوجة والأخ لمن والده حى ومعناه رد الله عليك مثله ، قالوا : ويقال : خلف الله عليك اذا لم يتصور حصول مثله ، كالوالدين أى كان الله خليفة من فقدته عليك .

(**اما الأحكام**) فقال الشافعى والأصحاب رحمهم الله : التعزية مستحبة ، قال الشافعى والأصحاب : يستحب أن يعزى جميع أقارب الميت أهله الكبار والصغار الرجال والنساء ، الا أن تكون المرأة شابة فلا يعزيها الا محارمها ، قالوا : وتعزية الصلحاء والضعفاء عن احتمال المصيبة والصبيان آكد ، ويستحب التعزية بما ذكره المصنف من تعزية الخضر وغيرها مما فيه تسلية وتصبير .

ومن أحسنه ما ثبت فى الصحيحين عن أسامة بن زيد رضى الله عنهما قال « أرسلت احدى بنات النبى صلى الله عليه وسلم اليه تدعوه وتخبره أن صبيا لها أو ابنا فى الموت فقال للرسول : ارجع اليها فأخبرها أن لله ماأخذ ، وله ما أعطى ، وكل شىء عنده بأجل مسمى ، فمرها فلتصبر ولتحتسب » وذكر تمام الحديث ، وهو من أعظم قواعد الاسلام المشتملة على مهمات من الأصول والفروع والآداب وقد أشرت الى بعضها فى الأذكار ، وفى شرح صحيح مسلم (وأما) وقت التعزية فقال أصحابنا هو من حين الموت الى حين الدفن ، وبعد الدفن الى ثلاثة أيام ، قال الشيخ أبو محمد الجوينى : وهذه المدة للتقريب لا للتحديد .

قال أصحابنا : وتكره التعزية بعد الثلاثة لأن المقصود منها تسكين قلب المصاب والغالب سكونه بعد الثلاثة ، فلا يجدد له الحزن ، هذا هو الصحيح المعروف ، وجزم السرخسى فى الأمالى بأنه يعزى قبل الدفن وبعده فى رجوعه الى منزله ، ولا يعزى بعد وصوله منزله .

وحكى امام الحرمين ــ وجها ــ أنه لا أمد للتعزية ، بل يبقى بعد ثلاثة أيام وان طال الزمان ، لأن الغرض الدعاء ، والحمل على الصبر ، والنهى عن

الجزع ، وذلك يحصل مع طول الزمان ، وبهذا الوجه قطع أبو العباس بن القاص فى التلخيص ، وأنكره عليه القفال فى شرحه وغيره من الأصحاب ، والمذهب أنه يعزى ولا يعزى بعد ثلاثة ، وبه قطع الجمهور ، قال المتولى وغيره : الا اذا كان أحدهما غائبا فلم يحضر الا بعد الثلاثة فانه يعزيه •

قال أصحابنا : وتجوز التعزية قبل الدفن وبعده ، لكن بعد الدفن أحسن وأفضل ، لأن أهله قبل الدفن مشغولون بتجهيزه • ولأن وحشتهم بعد دفنه لفراقه أكثر • فكان ذلك الوقت أولى بالتعزية • قال أصحابنا • الا أن يظهر فيهم جزع ونحوه فيجعل التعزية ليذهب جزعهم أو يخف •

وأما قول المصنف رحمه الله فى تعزية المسلم كذا • وفى تعزية الكافر كذا • فهكذا قاله أصحابنا • وحاصله الجمع بين الدعاء للميت والمعزى به • والمشهور تقديم الدعاء للمعزى كما ذكره المصنف : أعظم الله أجرك وأحسن عزاك ، وغفر لميتك • وحكى السرخسى فيه ثلاثة أوجه (أحدها) هذا • قال : وهو قول أبى اسحاق المروزى • قال : لأنه المخاطب فبدىء به (والثانى) يقدم الدعاء للميت فيقول : غفر الله لميتك وأعظم الله أجرك وأحسن عزاك • لأن الميت أحوج الى الدعاء • (والثالث) يتخير فيقدم من شاء •

قال أصحابنا رحمهم الله : وقوله فى الكافر : ولا نقص عددك لتكثر الجزية المأخوذة منهم • ممن صرح بهذا الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى وأبو على البندنيجى والسرخسى والبغوى وصاحبا العدة والبيان والرافعى وآخرون وهو مشكل لأنه دعاء ببقاء الكافر ودوام كفره فالمختار تركه والله أعلم •

وأما الجلوس للتعزية فنص الشافعى والمصنف وسائر الأصحاب على كراهته ونقله الشيخ أبو حامد فى التعليق وآخرون عن نص الشافعى • قالوا : يعنى بالجلوس لها أن يجتمع أهل الميت فى بيت فيقصدهم من أراد التعزية قالوا : بل ينبغى أن ينصرفوا فى حوائجهم فمن صادفهم عزاهم ، ولا فرق بين الرجال والنساء فى كراهة الجلوس لها ، صرح به المحاملى ونقله عن

نص الشافعي رحمه الله وهو موجود في الأم ، قال الشافعي في الأم : وأكره المآتم ، وهي الجماعة وان لم يكن لهم بكاء ، فان ذلك يجدد الحزن ويكلف المؤنة مع ما مضى فيه من الأثر ، هذا لفظه في الأم ، وتابعه الأصحاب عليه واستدل له المصنف وغيره بدليل آخر ، وهو أنه محدث •

وقد ثبت عن عائشة رضي الله عنها قالت « لما جاء النبي صلى الله عليه وسلم قتل ابن حارثة وجعفر وابن رواحة رضي الله عنهم جلس يعرف فيه الحزن وأنا أنظر من شق الباب ، فأتاه رجل فقال : ان نساء جعفر وذكر بكاءهن فأمره أن ينهاهن » رواه البخاري ومسلم •

فرع في مذاهب العلماء

ذكرنا أن مذهبنا استحباب التعزية قبل الدفن ، وبعده بثلاثة أيام ، وبه قال أحمد ، وقال الثوري وأبو حنيفة : يعزى قبل الدفن لا بعده •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز البكاء على الميت من غير ندب ولا نياحة ، لما روى جابر رضي الله عنه قال « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : يا ابراهيم (١) انا لا نغني عنك

---

(١) قال النووي في التهذيب (ابراهيم بن ابي القاسم محمد) رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم مذكور في المهذب في التعدية امه مارية القبطية ولدته في ذي الحجة سنة ثمان من الهجرة وتوفي سنة عشر ثبت في صحيح البخاري انه توفي وله سبعة عشر أو ثمانية عشر شهرا هكذا ثبت على الشك . قال الواقدي وغيره : توفي يوم الثلاثاء العشر من ربيع الأول سنة عشر وثبت في البخاري من رواية البراء بن عازب انه لما توفي ابراهيم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (ان له مرضعاً في الجنة) ضبطناه بالوجهين أشهرهما بضم الميم وكسر الضاد والثاني بفتحهما وسر رسول الله صلى الله عليه وسلم بولادته كثيراً ، وكانت قابلته سلمى مولاة رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة أبي رافع فبشر أبو رافع به النبي صلى الله عليه وسلم فوهبه عبداً وحلق شعره يوم سابعه .

قال الزبير بن بكار : وتصدق بزنة شعره فضة ودفنه (أي شعره) وسماه ، ثم دفعه الى أم سيف امرأة قين بالمدينة المترضعه قال الزبير : تنافست الانصار فيمن يرضعه وأحبوا أن يفرغوا مارية للنبي صلى الله عليه وسلم .وفي صحيح البخاري عن انس قال: دخلنا مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على ابي سيف القين وكان ظئراً لابراهيم اي زوج مرضعته فاخذ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ابراهيم فقبله وشمه ثم دخلنا عليه بعد ذلك وابراهيم يجود بنفسه فجعلت عينا رسول الله صلى الله عليه وسلم تذرفان فقال له عبد الرحمن بن عوف : وأنت يا رسول الله فقال : يا ابن عوف انها رحمة ثم أتبعها بأخرى فقال (ان العين لتدمع والقلب يحزن ولا نقول الا ما يرضي ربنا وانا بفراقك يا ابراهيم لمحزونون) ودفن في البقيع وقبره مشهور عليه قبة ، وصلى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم وكبر أربع تكبيرات . هذا قول جمهور العلماء وهو

من الله شيئا ، ثم ذرفت عيناه ، فقال عبد الرحمن بن عوف : يا رسول الله اتبكى ؟ أولم تنه عن البكاء ؟ قال : لا ، ولكن نهيت عن النوح » ولا يجوز لطم الخدود ، ولا شق الجيوب ، لما روى عبد الله بن مسعود رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ليس منا من لطم الخدود وشق الجيوب ودعا بدعوى الجاهلية) .

(**الشـــرح**) حديث ابن مسعود رواه البخارى ومسلم . وحديث جابر رواه الترمذى هكذا وقال : هو حديث حسن ، ومعناه فى الصحيحين من رواية غير جابر ، ومعنى لا تغنى عنك شيئا أى لا ندفع ولا نكف (وقوله) ذرفت عيناه ـ بفتح الذال المعجمة والراء ـ أى سال دمعها ؛ والجاهلية من الجهل .

قال الواحدي رحمه الله : هو اسم لما كان قبل الاسلام فى الفترة لكثرة جهلهم . والندب تعديد محاسن الميت مع البكاء كقولها : واجبلاه واسنداه واكريماه ونحوها والنياحة رفع الصوت بالندب . قال الشافعى والأصحاب : البكاء على الميت جائز قبل الموت وبعده ولكن قبله أولى لحديث جابر بن عتيك رضى الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاء يعود عبد الله بن ثابت فوجده قد غلب ، فصاح النسوة وبكين ، فجعل ابن عتيك يسكتهن فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم دعهن فاذا وجب فلا تبكين باكية ، قالوا : وما الوجوب يا رسول الله ؟ قال : الموت » حديث صحيح رواه مالك فى الموطأ والشافعى وأحمد وأبو داود والنسائى وغيرهم بأسانيد صحيحة .

ولفظ الشافعى فى الأم : وأرخص فى البكاء قبل الموت ، فاذا مات أمسكن وقال صاحب الشامل وطائفة : يكره البكاء بعد الموت لظاهر الحديث فى النهى ، ولم يقل الجمهور : ويكره ، وانما قالوا : الأولى تركه

الصحيح . وروى ابن اسحاق باسناده عن عائشة رضى الله عنها ان النبى صلى الله عليه وسلم لم يصل عليه . قال ابن عبد البر : هذا غلط فقد أجمع جماهير العلماء على الصلاة على الاطفال اذا استهلوا وهو عمل استفيض فى السلف والخلف ، قيل : ان الفضل بن عباس غسل ابراهيم ونزل فى قبره هو واسامة بن زيد ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس على شفير القبر ورش على قبره ماء وهو أول قبر رش عليه الماء ، وأما ما روى عن بعض المتقدمين : لو عاش ابراهيم لكان نبيا فباطل وجسارة على الكلام فى المغيبات ومجازفة وهجوم على عظيم من المزلات والله المستعان .

قالوا : وهو مراد الحديث ولفظ الشافعي محتمل ، هذا كله في البكاء بلا ندب ولا نياحة ، أما الندب والنياحة ولطم الخد وشق الجيب وخمش الوجه ونشر الشعر والدعاء بالويل والثبور ، فكلها محرمة باتفاق الأصحاب ، وصرح الجمهور بالتحريم ، ووقع في كلام بعضهم لفظ الكراهة وكذا وقع لفظ الكراهة في نص الشافعي في الأم وحملها الأصحاب على كراهة التحريم ، وقد نقل جماعة الاجماع في ذلك . قال امام الحرمين رحمه الله : ورفع الصوت بافراط في معنى شق الجيب ، قال غيره : هذا اذا كان مختارا فان كان مغلوبا لم يؤاخذ به لأنه غير مكلف ، وأما قول الشافعي رحمه الله في الأم : وأكره المآتم وهي الجماعة وان لم يكن لهم بكاء فمراده الجلوس للتعزية وقد سبق بيانه .

(فـــرع) في الأحاديث الواردة في أن الميت يعـذب بما نيح عليه وبالبكاء عليه وبيان تأويلها ومذاهب العلماء فيها . عن عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الميت يعذب في قبره بما نيح عليه » رواه البخاري ومسلم ، وعن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ان الميت ليعـذب ببكاء أهله عليه » قال : وعن ابن عباس « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الميت يعـذب ببعض بكاء أهله عليه » قال ابن عباس : فلما مات عمر ذكرت ذلك لعائشة فقالت « رحم الله عمر والله ما حدث رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الله ليعذب المؤمن ببكاء أهله عليه ولكن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان الله ليزيد الكافر عذابا ببكاء أهله وقالت : حسبكم القرآن ولا تزر وازرة وزر أخرى [1] .

---

(١) قال النووي في التهذيب :

في الوسيط في آخر باب التعزية : فان قيل : اليس قال : ان الميت ليعذب ببكاء أهله عليه ، هكذا رواه عمر ؟ قلنا : قال ابن عمر : ما قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم هذا وانما قال : يزيد الكافر عذابا ببكاء اهله عليه حسبكم قوله تعالى (ولا تزر وازرة وزر اخرى) . وقالت عائشة رضي الله عنها : ما كذب عمر ولكنه أخطأ ونسي انما مر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على يهودية ماتت ابنتها ، الى آخره هكذا وقع هذا كله في الوسيط في جميع النسخ وفيه غلطان فاحشان لاشك في فيهما احدهما : قوله في الأول قلنا قال ابن عمر صوابه : قالت عائشة فهي التي انكرت عمر ولم ينكر عليه ابن عمر ، بل روى مثله في الصحيحين من طرق ، والثاني : قوله في الثاني : وقالت عائشة ما كذب عمر وصوابة ما كذب ابن عمر . هكذا ثبت الحديثان في الصحيحين وغيرهما كما ذكرت صوابه ، ولاشك في غلط الغزالي فيهما ولا عذر له فيهما ولا تأويل ا هـ كلام النووي في التهذيب جـ ٢

فما قال ابن عمر شيئا » رواه البخارى ومسلم وعن عائشة رضى الله عنها « أنها قيل لها : ان ابن عمر يقول : الميت يعذب ببكاء الحى فقالت : يغفر الله لأبى عبد الرحمن أما انه لم يكذب ولكنه نسى أو أخطأ انما مر رسول الله صلى الله عليه وسلم على يهودية يبكى عليها ، فقال : انهم ليبكون عليها وانها لتعذب فى قبرها » رواه البخارى ومسلم .

وعن النعمان بن بشير رضى الله عنهما قال « أغمى على عبد الله بن رواحه فجعلت أخته تبكى : واجبلاه واكذا واكذا تعدد عليه فقال حين أفاق : ما قلت شيئا الا قيل لى آنت كذا ؟ فلما مات لم تبك عليه » رواه البخارى رحمه الله ، وعن أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ما من ميت يموت فيقوم باكيهم فيقول : واجبلاه واسداه أو نحو ذلك الا وكل به ملكان يلهزانه أهكذا أنت ؟ » رواه الترمذى وقال : حديث حسن وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « اثنتان فى الناس هما بهم كفر : الطعن فى النسب ، والنياحة على الميت » رواه مسلم ، فهذه الأحاديث وشبهها فى التحريم وتعذيب الميت وجاء فى الاباحة ما قد يشابه هذا وليس هو منه وهو حديث أنس رضى الله عنه قال « لما ثقل النبى صلى الله عليه وسلم جعل يتغشاه الكرب فقالت فاطمة رضى الله عنها : واكرب ابتاه ، فقال : ليس على أبيك كرب بعد اليوم ، فلما مات قالت : ياأبتاه أجاب ربا دعاه يا أبتاه جنة الفردوس مأواه ، يا أبتاه الى جبريل ننعاه فلما دفن قالت فاطمة رضى الله عنها : أطابت أنفسكم أن تحثوا على رسول الله صلى الله عليه وسلم التراب » رواه البخارى رحمه الله .

واختلف العلماء فى أحاديث تعذيب الميت بالبكاء فتأولها المزنى وأصحابنا وجمهور العلماء على من وصى أن يبكى عليه ويناح بعد موته فنفذت وصيته فهذا يعذب ببكاء أهله عليه ونوحهم لأنه بسببه ومنسوب اليه ، قالوا : فأما من بكى عليه أهله وناحوا من غير وصية منه ، فلا يعذب ببكائهم ونوحهم ، لقوله تعالى « ولا تزر وازرة وزر أخرى » قالوا : وكان من عادة العرب الوصية بذلك ، ومنه قول طرفة بن معبد :

اذا مت فانعينى بمـا أنا أهله وشقى على الجيب يا ابنة معبد

قالوا : فخرج الحديث مطلقا حمـلا على ما كان معتادا لهم • وقالت طائفة : هو محمول على من أوصى بالبكاء والنوح أو لم يوص بتركهما ، فمن أوصى بهما أو أهمـل الوصية بتركهما يعذب بهما لتفـريطه باهماله الوصية بتركهما ، فأما من أوصى بتركهما فلا يعذب بهما ، اذ لا صنع له فيهما ولا تفريط ، وحاصل هذا القول ايجاب الوصية بتركهما ، فمن أهلها عذب بهما • وقالت طائفـة : معنى الأحاديث أنهم كانوا ينوحـون على الميت ويندبونه بتعديد شمائله ومحاسنه فى زعمهم ، وتلك الشمائل قبـائح فى الشرع فيعذب بها ، كما كانوا يقولون : يا مرمل النسوان ومؤتم الولدان ومخرب العمران ومفرق الأخدان ، ونحو ذلك مما يرونه شجاعة وفخرا ، وهو حرام شرعا • وقالت طائفة : معناه أنه يعذب بسماعه بكاء أهله ويرق لهم ، والى هذا ذهب محمد بن جرير وغيره • قال القاضى عياض : وهو أولى الأقوال •

واحتجوا بحديث فيه أن النبى صلى الله عليه وسلم « زجر امرأة عن البكاء على أبيها وقال : ان أحدكم اذا بكى استعبر له صويحبه • فيا عباد الله لا تعذبوا اخوانكم » وقالت عائشة رضى الله عنها معنى الحـديث أن الكافر وغيره من أصحاب الذنوب يعـذب فى حال بكاء أهله عليه بذنبه لا ببكائهم » والصحيح من هذه الأقوال ما قدمناه عن الجمهور ، وأجمعوا كلهم على اختلاف مذاهبهم أن المراد بالبكاء بصوت ونياحة لا مجرد دمع العين والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب (١) [للرجال] زيارة القبور ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال « زار رسول الله صلى الله عليه وسلم قبر أمه فبكى وأبكى من حوله ؛ ثم قال : انى استأذنت ربى عز وجل أن أستغفر لها فلم يئذن لى واستأذنته فى أن ازور قبرها فأذن لى ؛ فزوروا القبور فانها تذكركم الموت » والمستحب أن يقول السلام عليكم دار قوم مؤمنين ، وانا ان شاء الله بكم لاحقون ، ويدعو لهم لما

(١) ما بين المعقوفين ليس فى نسخة المهذب المطبوعة (ط) •

روت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم ((كان يخرج الى البقيع فيقول : السلام عليكم دار قوم مؤمنين وانا ان شاء الله بكم لاحقون ، اللهم اغفر لأهل بقيع الغرقد)) ولا يجوز للنساء زيارة القبور لما روى أبو هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال ((لعن الله زوارات القبور))) .

(**الشـــرح**) حديث أبى هريرة الأول رواه مسلم فى صحيحه ، ولم يقع هذا الحديث فى رواية عبد الغافر الفارسى لصحيح مسلم ، وهو موجود لغيره من الرواة عن الجلودى ، وأخرجه البيهقي فى السنن وعزاه الى صحيح مسلم . وأما حديث عائشة فرواه مسلم فى صحيحه . وأما حديث أبى هريرة الأخير فرواه الترمذى وقال : حديث حسن صحيح ، وكذلك رواه غيره ، ورواه أبو داود فى سننه من رواية ابن عباس رضى الله عنهما ، والبقيع بالباء الموحدة ، والغرقد شجر معروف قال الهروى : هو من العضاة وهى كل شجرة له شـوك . وقال غيره هو العوسج قالوا : وسمى بقيـع الغرقـد لشجرات غرقد كانت به قديما ، وبقيع الغرقد هو مدفن أهل المدينة . وقوله : « السلام عليكم دار » . فدار ، منصوب قال صاحب المطالع : هو منصوب على الاختصاص أو على النداء المضاف ، والأول أفصح . وقال : ويصح الجر على البدل من الكاف والميم فى عليكم ، والمراد بالدار على هذا الوجه الأخير الجماعة أو أهل الدار ، وعلى الأول مثله أو المنزل ، وقوله صلى الله عليه وسلم « وانا ان شاء الله بكم لاحقون » فيهأقوال .

(أحـدها) أنه ليس على وجه الاستثناء الذى يدخـل الكلام لشك وارتياب ، بل على عادة المتكلم لتحسين الكلام . حكاه الخطابى رحمه الله . (الثانى) هو استثناء على بابه . وهو راجع الى التخوف فى هذا المكان ، والصحيح أنه للتبرك وامتثال قوله تعالى « ولا تقولن لشىء انى فاعل ذلك غدا الا أن يشاء الله » وقيل فيه أقوال أخر تركتها لضعفها ، ومن أضعفها قول من قال : انه صلى الله عليه وسلم « دخل المقبرة ومعه مؤمنون حقيقة ، وآخرون يظن بهم النفاق » وكان الاستثناء منصرفا اليهم ، وهذا غلط لأن الحديث فى صحيح مسلم وغيره أنه صلى الله عليه وسلم « خرج فى آخر الليل الى البقيع وحده ورجع فى وقته ، ولم يكن معهأحد الا عائشة رضى الله عنها كانت تنظره من بعيد ، ولا يعلم أنها تنظره ، فهـذا تصريح بابطال

هذا القول ، وان كان قد حكاه الخطابى وغيره ، وانما نبهت عليه لئلا يغتر به ، وقيل ان الاستثناء راجع الى استصحاب الايمان ، وهذا غلط فاحش ، وكيف يصح هذا ؟ وهو صلى الله عليه وسلم يقطع بدوام ايمانه ، ويستحيل بالدلالة العقلية المقررة وقوع الكفر ، فهذا القول وان حكاه الخطابى وغيره باطل نبهنا عليه لئلا يغتر به ، وكذا أقوال أخر قيلت ، هى فاسدة ظاهرة الخطأ لا حاجة الى ارتكابها ولا ضرورة بحمد الله فى الكلام الى حمله على تأويل بعيد ، بل الصحيح منه ما قدمته والله أعلم .

(**أما الأحكام**) فاتفقت نصوص الشافعى والأصحاب على أنه يستحب للرجال زيارة القبور ، وهو قول العلماء كافة ؛ نقل العبدرى فيه اجماع المسلمين ، ودليله مع الاجماع الأحاديث الصحيحة المشهورة ، وكانت زيارتها منهيا عنها أولا ثم نسخ ، ثبت فى صحيح مسلم رحمه الله عن بريدة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « كنت نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها » وزاد أحمد بن حنبل والنسائى فى روايتهما : « فزوروها ولا تقولوا هجرا » والهجر الكلام الباطل ، وكان النهى أولا لقرب عهدهم من الجاهلية ، فربما كانوا يتكلمون بكلام الجاهلية الباطل فلما استقرت قواعد الاسلام وتمهدت أحكامه واستشهرت معالمه أبيح لهم الزيارة واحاط صلى الله عليه وسلم بقوله : « ولا تقولوا هجرا » .

قال أصحابنا رحمهم الله : ويستحب للزائر أن يدنو من قبر المزور بقدر ما كان يدنو من صاحبه لو كان حيا وزاره ، وأما النساء فقال المصنف وصاحب البيان : لا تجوز لهن الزيارة وهو ظاهر هذا الحديث ولكنه شاذ فى المذهب ، والذى قطع به الجمهور أنها مكروهة لهن كراهة تنزيه ، وذكر الرويانى فى البحر وجهين (أحدهما) يكره كما قاله الجمهور (والثانى) لا يكره قال : وهو الأصح اذا أمن عندى الافتتان .

وقال صاحب المستظهرى : وعندى ان كانت زيارتهن لتجديد الحزن والتعديد والبكاء والنوح على ما جرت به عادتهن حرم ، قال : وعليه يحمل الحديث « لعن الله زوارات القبور » وان كانت زيارتهن للاعتبار من غير تعديد ولا نياحة كره ، الا أن تكون عجوزا لا تشتهى ، فلا يكره

كحضور الجماعة فى المساجد ، وهذا الذى قاله حسن ، ومع هذا فالاحتياط للعجوز ترك الزيارة لظاهر الحديث ، واختلف العلماء رحمهم الله فى دخول النساء فى قوله صلى الله عليه وسلم « نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها » .

والمختار عند أصحابنا أنهن لا يدخلن فى ضمن الرجال ، ومما يدل أن زيارتهن ليست حراما حديث أنس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « مر بامرأة تبكى عند قبر فقال : اتق الله واصبرى » رواه البخارى ومسلم ، وموضع الدلالة أنه صلى الله عليه وسلم لم ينهها عن الزيارة . وعن عائشة رضى الله عنها قالت « كيف أقول يا رسول الله ؟ ــ يعنى اذا زرت القبور ــ قال : قولى : السلام على أهل الديار من المؤمنين والمسلمين ، ويرحم الله المستقدمين منا والمستأخرين ، وانا ان شاء الله بكم للاحقون » رواه مسلم ، قال أصحابنا رحمهم الله : ويستحب للزائر أن يسلم على المقابر ، ويدعو لمن يزوره ، ولجميع أهل المقبرة ، والأفضل أن يكون السلام والدعاء بما ثبت فى الحديث ، ويستحب أن يقرأ من القرآن ما تيسر ، ويدعو لهم عقبها ، نص عليه الشافعى ، واتفق عليه الأصحاب . قال الحافظ أبو موسى الأصفهانى رحمه الله ، فى كتابه آداب زيارة القبور : الزائر بالخيار ان شاء زاره قائما ، وان شاء قعد كما يزور الرجل أخاه فى الحياة ، فربما جلس عنده ، وربما زاره قائما أو مارا (قال) وروى القيام عند القبر من حديث أبى أمامة والحكم بن الحارث وابن عمر وأنس ، وعن جماعة من السلف رضى الله عنهم ، قال أبو موسى : وقال الامام أبو الحسن محمد ابن مرزوق الزعفرانى وكان من الفقهاء المحققين فى كتابه فى الجنائز : ولا يستلم القبر بيده ، ولا يقبله قال : وعلى هذا مضت السنة .

قال أبو الحسن : واستلام القبور وتقبيلها الذى يفعله العوام الآن من المبتدعات المنكرة شرعا ، ينبغى تجنب فعله وينهى فاعله ، قال : فمن قصد السلام على ميت سلم عليه من قبل وجهه ، واذا أراد الدعاء تحول عن موضعه واستقبل القبلة ، قال أبو موسى : وقال الفقهاء المتبحرون الخراسانيون : المستحب فى زيارة القبور أن يقف مستدبر القبلة مستقبلا وجه الميت ، يسلم ولا يمسح القبر ولا يقبله ولا يمسه ، فان ذلك عادة

النصارى (قال) وما ذكروه صحيح لأنه قد صح النهى عن تعظيم القبور ، ولأنه اذا لم يستحب استلام الركنين الشاميين من أركان الكعبة لكونه لم يسن ، مع استحباب استلام الركنين الآخرين ، فلأن لا يستحب مس القبور أولى ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز الجلوس على القبر ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لأن يجلس أحدكم على جمرة فتحرق ثيابه حتى تخلُصَ الى جلده خير له من أن يجلس على قبر » ولا يدوسه من غير حاجة لأن الدوس كالجلوس ، فاذا لم يجز الجلوس لم يجز الدوس ، فان لم يكن طريق الى قبر من يزوره الا بالدوس جاز له ، لأنه موضع عذر ، ويكره المبيت فى المقبرة لما فيها من الوحشة) .

(**الشـــرح**) حديث أبى هريرة رواه مسلم ، واتفقت نصوص الشافعى والأصحاب على النهى عن الجلوس على القبر للحديث المذكور ، لكن عبارة الشافعى فى الأم وجمهور الأصحاب فى الطرق كلها أنه يكره الجلوس وأرادوا به كراهة تنزيه كما هو المشهور فى استعمال الفقهاء صرح به كثيرون منهم ، وقال المصنف والمحاملى فى المقنع : لا يجوز ، فيحتمل أنهما أراد التحريم ، كما هو الظاهر من استعمال الفقهاء قولهم : لا يجوز ويحتمل أنهما أرادا كراهة التنزيه لأن المكروه غير جائز عند الأصوليين ، وقد سبق فى المهذب مواضع مثل هذا ، كقوله فى الاستطابة لا يجوز الاستنجاء باليمين ، وقد بيناها فى مواضعها .

قال المصنف والأصحاب رحمهم الله ووطؤه كالجلوس عليه ، قال أصحابنا : وهكذا يكره الاتكاء عليه ، قال الماوردى والجرجانى وغيرهما : ويكره أيضا الاستناد اليه ، وأما المبيت فى المقبرة فمكروه من غير ضرورة ، نص عليه الشافعى واتفق عليه الأصحاب لما ذكره المصنف ، والله أعلم .

(فـــرع) فى مذاهب العلماء فى كراهة الجلوس على القبر ، والاتكاء عليه ، والاستناد اليه ، قد ذكرنا أن ذلك مكروه عندنا ، وبه قال جمهور

العلماء ، منهم النخعى والليث وأبو حنيفة وأحمد وداود ، وقال مالك : لا يكره .

(فـــرع) المشهور فى مذهبنا أنه لا يكره المشى فى المقابر بالنعلين والخفين ونحـــوهما ممن صرح بذلك من أصـــحابنا الخطابى والعبدرى وآخرون ، ونقله العبدرى عن مذهبنا ومذهب أكثر العلماء ، قال أحمد بن حنبل رحمه الله : يكره ، وقال صاحب الحاوى : يخلع نعليه لحديث بشير بن معبد الصحابى المعروف بابن الخصاصية قال « بينما أنا أماشى رسول الله صلى الله عليه وسلم نظر فاذا رجـــل يمشى فى القبور عليه نعـــلان فقال : يا صاحب السبتتين ويحك ، ألق سبتتيك ، فنظر الرجل فلما عرف رسول الله صلى الله عليه وسلم خلعهما » رواه أبو داود والنسائى باسناد حسن واحتج أصحابنا بحديث أنس رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « العبد اذا وضع فى قبره وتولى وذهب أصحابه حتى انه ليسمع قرع نعالهم أتاه ملكان فأقعداه الى آخر الحـــديث » رواه البخـــارى ومسلم (وأجابوا) عن الحديث الأول بجوابين (أحدهما) وبه أجاب الخطابى أنه يشبه أنه كرههما لمعنى فيهما لأن النعال الســـبتية ـــ بكسر السين ـــ هى المدبوغة بالقرظ ، وهى لباس أهل الترفه والتنعم ، فنهى عنهما لما فيهما من الخيلاء ، فأحب صلى الله عليه وسلم أن يكون دخوله المقـــابر على زى التواضع ، ولباس أهل الخشوع (والثانى) لعله كان فيهما نجاسة ، قالوا : وحملنا على تأويله الجمع بين الحديثين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويكره ان يبنى على القبر مسجدا ، لما روى ابو مرثد الغنوى رضى الله عنه « ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى أن يصلىَّ اليه وقال : لا تتخذوا قبرى وثنا ، فانما هلكت بنو اسرائيل لأنهم اتخذوا قبور أنبيائهـــم مســـاجد » قال الشافعى رحمه الله : وأكره أن يعظم مخلوق حتى يُجْعَلَ قبره مسجدا مخافة الفتنة عليه ، وعلى من بعده من الناس) .

(الشـــــرح) حديث أبى مرثد رواه مسلم مختصرا قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وســـلم يقـــول : لا تجلســـوا على القبور ولا تصـــلوا

اليها » وثبت معناه عن جماعة من الصحابة فعن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « قاتل الله اليهود اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد » رواه البخارى ومسلم رحمهما الله وعن ابن عباس وعائشة رضى الله عنهما قالا « لما نُزِّلَ [1] برسول الله صلى الله عليه وسلم طفق يطرح خميصة له على وجهه ، فاذا اغتم بها كشفها عن وجهه قال وهو كذلك : لعنة الله على اليهود والنصارى اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد ـ يحذر ما صنعوا » رواه البخارى ومسلم ، وأبو مرثد ـ بفتح الميم والثاء المثلثة واسمه كناز ـ بفتح الكاف وتشديد النون ـ وآخره زاى ابن حصين ، ويقال ابن الحصين الغنوى ـ بفتح الغين المعجمة والنون ـ توفى بالشام سنة ثنتى عشرة ، وقيل : سنة احدى وهو ابن ست وستين سنة ، وحضر هو وابنه مرثد بدرا . واتفقت نصوص الشافعى والأصحاب على كراهة بناء مسجد على القبر سواء كان الميت مشهورا بالصلاح أو غيره ، لعموم الأحاديث ، قال الشافعى والأصحاب : وتكره الصلاة الى القبور ، سواء كان الميت صالحا أو غيره قال الحافظ أبو موسى : قال الامام أبو الحسن الزعفرانى رحمه الله : ولا يصلى الى قبره ، ولا عنده تبركا به واعظاما له للأحاديث ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب لأقرباء الميت وجيرانه ان يصلحوا لأهل الميت طعاما لما روى انه : ((لما قتل جعفر بن أبى طالب رضى الله عنه قال النبى صلى الله عليه وسلم : اصنعوا لآل جعفر طعاما ، فانه قد جاءهم أمر يشغلهم عنه))) .

(الشرح) الحديث المذكور رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه والبيهقى وغيرهم من رواية عبد الله بن جعفر ، قال الترمذى حديث حسن ، ورواه أحمد بن حنبل وابن ماجة أيضا من رواية أسماء بنت عميس (وقوله) صلى الله عليه وسلم يشغلهم ـ بفتح الياء وحكى ضمها وهو شاذ ضعيف ، وقد وقع فى المهذب يشغلهم عنه ، والذى فى كتب الحديث يشغلهم بحذف عنه ، وكان قتل جعفر رضى الله عنه فى جمادى الآخرة سنة ثمان من الهجرة

---

(١) قوله (نزل) بالبناء للمجهول بضم النون وكسر الزاى (ط) .

فى غزوة مؤتة ، وهى موضع معروف بالشام عند الكرك ، واتفقت نصوص الشافعى فى الأم والمختصر والأصحاب على أنه يستحب لأقرباء الميت وجيرانه أن يعملوا طعاما لأهل الميت ، ويكون بحيث يشبعهم فى يومهم وليلتهم • قال الشافعى فى المختصر : وأحب لقرابة الميت وجيرانه أن يعملوا لأهل الميت فى يومهم وليلتهم طعاما يشبعهم ، فانه سنة ، وفعل أهل الخير ، قال أصحابنا : ويلح عليهم فى الأكل ولو كان الميت فى بلد آخر يستحب لجيران أهله أن يعملوا لهم طعاما ، ولو قال المصنف : ويستحب لأقرباء الميت وجيران أهله لكان أحسن لدخول هذه الصورة •

قال أصحابنا رحمهم الله : ولو كان النساء ينحن لم يجز اتخاذ طعام لهن ، لأنه اعانة على المعصية • قال صاحب الشامل وغيره : واما اصلاح أهل الميت طعاما وجمع الناس عليه فلم ينقل فيه شىء ، وهو بدعة غير مستحبة • هذا كلام صاحب الشامل • ويستدل لهذا بحديث جرير بن عبد الله رضى الله عنه قال « كنا نعد الاجتماع الى أهل الميت وصنيعة الطعام بعد دفنه من النياحة » رواه أحمد بن حنبل وابن ماجة باسناد صحيح • وليس فى رواية ابن ماجة : بعد دفنه (وأما) الذبح والعقر عند القبر فمذموم لحديث أنس رضى الله عنه قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا عقر فى الاسلام » رواه أبو داود والترمذى ، وقال : حسن صحيح ، وفى رواية أبى داود : قال عبد الرزاق : كانوا يعقرون عند القبر بقرة أو شاة •

فرع فى مسائل تتعلق بكتاب الجنائز

(احداها) قال الشافعى فى الأم وأصحابنا : يستحب مسح رأس اليتيم ودهنه واكرامه ، ولا يقهر ولا ينهر •

(الثانية) المستحب خفض الصوت فى السير بالجنازة ومعها ، فلا يشتغلوا بشىء غير الفكر فيما هى لاقية وصائرة اليه ، وفى حاصل الحياة وأن هذا آخرها ولا بد منه وقد أفرد ابن المنذر فى الاشراف والبيهقى فى السنن الكبيرة بابا فى هذه المسألة قال ابن المنذر روينا عن قيس بن عباد ،

بضم العين وتخفيف الباء ، قال « كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يكرهون رفع الصوت عند ثلاث ، عند القتال ، وعند الجنائز وعند الذكر » قال : وذكر الحسن البصرى عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم « أنهم يستحبون خفض الصوت عند الجنائز وعند قراءة القرآن وعند القتال » قال : وكره الحسن وسعيد بن جبير والنخعى واسحاق قول القائل خلف الجنازة : استغفروا الله له ، وقال عطاء : هى محدثة وبه قاله الأوزاعى[1] قال ابن المنذر : ونحن نكره من ذلك ما كرهوا •

(الثالثة) عن عبيد بن خالد الصحابى رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « موت الفجاءة أخذة أسف » وروى مرفوعا هكذا وموقوفا على عبيد الله بن خالد رواه أبو داود هكذا بالوجهين باسناد صحيح ، قال الخطابى رحمه الله فى تفسير هذا الحديث : الأسف الغضبان ومنه قوله تعالى « فلما آسفونا » وذكر المدائنى أن ابراهيم الخليل وجماعة من الأنبياء صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين ماتوا فجأة ، قال : وهو موت الصالحين وهو تخفيف على المؤمن ويحتمل أن يقال : انه لطف ورفق بأهل الاستعداد للموت المتيقظين ، وأما غيرهم ممن له تعلقات يحتاج الى الايصاء والتوبة واستحلال من بينه وبينه معاملة أو مصاحبة ونحو ذلك فالفجأة فى حقه أخذة أسف وروى البيهقى عن ابن مسعود وعائشة رضى الله عنهما قالا فى موت الفجأة هو راحة للمؤمن وأخذه أسف للفاجر ورواه مرفوعا من رواية عائشة رضى الله عنها •

(الرابعة) عن أبى سلمة بن عبد الرحمن أن أبا سعيد الخدرى رضى الله عنه لما حضره الموت دعا بثياب جدد فلبسها ثم قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : الميت يبعث فى ثيابه التى يموت فيها » رواه أبو داود باسناد صحيح الا رجلا مختلفا فى توثيقه ، وقد روى له البخارى فى صحيحه قال الحاكم : هو صحيح قال الخطابى رحمه الله : استعمل أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه الحديث على ظاهره ، قال : وقد روى فى تحسين الكفن أحاديث قال : وتأوله بعض العلماء على أن المراد بالثياب العمل فيبعث

---

(١) فى ش و ق وقال الاوزاعى وقال ابن المنذر الخ ومقول قول الاوزاعى غير معقول لانه قول ابن المنذر والصواب أن يكون مقول قول الأوزاعى هو قول عطاء والله اعلم (ط) .

على ما مات عليه من عمل صالح أو سيىء والعرب تقول فلان طاهر الثياب اذا وصفوه بطهارة النفس والبراءة من العيوب وبدنس الثياب اذا كان بخلاف ذلك قال : واستدل هذا القائل بقوله صلى الله عليه وسلم « يحشر الناس حفاة عراة » فدل على أنه ليس المراد بالثياب التى هى الكفن قال وتأوله بعضهم على أن البعث غير الحشر فيجوز أن يكون البعث مع الثياب والحشر مع العرى والحفاء .

(الخامسة) ثبت فى الصحيحين عن عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول فى الطاعون : اذا سمعتم به بأرض فلا تقدموا عليه واذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا فرارا منه » .

(السادسة) يستحب للمريض أن يتعاهد نفسه بتقليم أظفاره وأخذ شعر شاربه وابطه وعانته واستدلوا له بحديث خبيب بن عدى ، بضم الخاء المعجمة ، رضى الله عنه « أنه لما أرادت كفار قريش قتله استعار موسى يستحدبها » رواه البخارى رحمه الله .

(السابعة) عن البراء بن عازب رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اذا قعد المؤمن فى قبره أتى ثم شهد أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله ، فذلك قوله : يثبت الله الذين آمنوا بالقول الثابت فى الحياة الدنيا وفى الآخرة [1] » رواه البخارى ومسلم رحمهما الله وفى رواية لمسلم عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « يثبت الله الذين آمنوا بالقول الثابت قال نزلت فى عذاب القبر » وعن أنس رضى الله عنه قال « قال نبى الله صلى الله عليه وسلم : ان العبد اذا وضع فى قبره وتولى عنه أصحابه انه ليسمع قرع نعالهم اذا انصرفوا ، فيأتيه ملكان فيقعدانه فيقولان له ما كنت تقول فى هذا الرجل فأما المؤمن فيقول : أشهد أنه عبد الله ورسوله ، فيقال له : انظر الى مقعدك من النار » قد أبدلك الله به مقعدا فى الجنة فيراهما جميعا قال قتادة : وذكر لنا أنه يفسح له فى قبره سبعون ذراعا ويملى عليه خضرا الى يوم يبعثون (وأما) المنافق أو الكافر فيقول : لا أدرى كنت أقول ما يقول الناس فيه ، فيقال : لا دريت ولا تليت ، ثم يضرب بمطرقة من

---

(١) الآية ٢٧ من سورة ابراهيم .

حديد ضربة بين أذنيه ، فيصيح صيحة يسمعها من يليه الا الثقلين » رواه البخارى ومسلم •

وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا قبر الميت ــ أو قال أحدكم ــ أتاه ملكان أسودان أزرقان يقال لأحدهما المنكر وللآخر النكير فيقولان : ما كنت تقول فى هذا الرجل ؟ فيقول ما كان يقول : هو عبد الله ورسوله ، أشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا عبده ورسوله ، فيقولان : قد كنا نعلم أنك تقول هذا ، فيفسح له فى قبره سبعين فى سبعين ثم ينور له فيه ، وذكر نحو ما سبق فيه وفى المنافق » رواه الترمذى وقال : حديث حسن وعن ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ان أحدكم اذا مات عرض عليه مقعده بالغداة والعشى ، ان كان من أهل الجنة فمن أهل الجنة ، وان كان من أهل النار فمن أهل النار ، يقال هذا مقعدك حتى يبعثك الله يوم القيامة » رواه أحمد بن حنبل والنسائى والترمذى وغيرهم وقال الترمذى : حديث حسن صحيح •

(الثامنة) ثبتت الأحاديث الصحيحة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « كان يتعوذ من عذاب القبر وأنه أمر بالتعوذ » وفى الصحيحين عن عائشة رضى الله عنها قالت « فما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد صلى صلاة الا تعوذ من عذاب القبر » وقد سبق بيان جملة من هذا فى الدعاء فى آخر الصلاة قبل السلام ، ومذهب أهل الحق اثبات عذاب القبر للكفار ولمن شاء الله من العصاة ، وشبهوه بالنائم الذى تراه ساكنا غير حاس بشىء ؛ وهو فى نعيم ، أو عذاب ونكد • وعن أنس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لولا أن لا تدافنوا لدعوت الله أن يسمعكم من عذاب القبر » رواه مسلم • وعن أبى أيوب رضى الله عنه قال « خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم بعدما غربت الشمس فسمع صوتا فقال : يهود تعذب فى قبورها » رواه البخارى ومسلم •

(التاسعة) عن عائشة رضى الله عنها أن رجلا قال للنبى صلى الله عليه وسلم : ان أمى اقتلتت نفسها وأراها لو تكلمت تصدقت أفينفعها ان تصدقت

عنها ؟ قال : نعم » رواه البخارى ومسلم • والأحاديث بهذا المعنى كثيرة فى الصحيح مشهورة ، وأجمع المسلمون على أن الصـــدقة عن الميت تنفعه وتصله ، وسنبسط الكلام فيها ان شاء الله تعالى فى آخر كتاب [1] الوصية ، حيث ذكر المصنف والشافعى والأصحاب المسألة ، وانما قصدت التنبيه هنا على أصل المسألة •

(العاشرة) عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما من مسلم يموت يوم الجمعة أو ليلة الجمعة الا وقاه الله فتنة القبر » رواه الترمذى وضعفه •

(الحادية عشرة فى موت الأطفال) عن أنس رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما من الناس مسلم يموت له ثلاثة من الولد لم يبلغوا الحنث الا أدخله الله الجنة بفضـــل رحمته اياهم » رواه البخارى ومسلم • وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يموت لأحد من المسلمين ثلاثة من الولد فتمسه النار الا تحلة القسم » رواه البخـــارى ومسلم • وتحلة القسم قوله عـــز وجل « وان [2] منـــكم الا واردها » والمختار أن المراد به المرور على الصراط • وعن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال للنساء « ما منكن من امرأة تقدم ثلاثة من الولد الا كانوا لها حجابا من النار • فقالت امرأة : واثنين ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم واثنين » رواه البخارى ومسلم وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال « أتت امرأة النبى صلى الله عليه وسلم بصـــبى لها فقالت : يا رســـول الله ادع الله له فلقـــد دفنت ثلاثة • فقال : دفنت ثلاثة ؟ قالت : نعم • قال : لقد احتظرت بحظار شديد من النار » رواه مسلم وعن أبى حسان قال « قلت لأبى هريرة مات لى ابنان فما أنت محدثى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم نطيب أنفسنا عن موتانا ؟ قال : قال نعم صغارها دعاميص الجنة يتلقى أحدهم أباه ــ أو قال أبوه ــ فيأخذ بثوبه ــ أو قال بيده ــ فلا يتناهى ــ أو قال ينتهى حتى يدخله الله وأباه الجنة » رواه مسلم • قال أهل الغريب : الدعاميص جمع

---

(١) ولكن المنية قد ادركته رضى الله عنه فكان مما القته العناية الربانية على عاتقنا (ط) .
(٢) الآية ٧١ من سورة مريم .

دعموص كبر غوث وبراغيث ، قالوا : وهو الدخال فى الأمور • ومعناه أنهم سياحون فى الجنة دخالون فى منازلهم لا يمنعون من موضع منها • كما أن الصبيان فى الدنيا لا يمنعون الدخول على الحرم • وجاءت فى الباب أحاديث كثيرة غير ما ذكرته ، ومنها أن موت الواحد من الأولاد حجاب من النار وكذا السقط • والله أعلم بالصواب وله الحمد والنعمة وبه التوفيق والعصمة •

كتاب الزكاة

قال الامام أبو الحسن الواحدى : الزكاة تطهير للمال ، واصلاح له ، وتمييز وانماء كل ذلك قد قيل ، قال : والأظهر أن أصلها عن الزيادة ، يقال : زكا الزرع يزكو زكاء ممدود ، وكل شىء ازداد فقد زكا ، قال : والزكاة أيضا الصلاح وأصلها من زيادة الخير ، يقال : رجل زكى أى زائد الخير من قوم أزكياء ، وزكى القاضى الشهود اذا بين زيادتهم فى الخير ، وسمى ما يخرج من المال للمساكين بايجاب الشرع زكاة ، لأنها تزيد فى المال الذى أخرجت منه ، وتوفره فى المعنى ؛ وتقيه الآفات ، هذا كلام الواحدى • (وأما) الزكاة فى الشرع فقال صاحب الحاوى وآخرون : هو اسم لأخذ شىء مخصوص من مال مخصوص ، على أوصاف مخصوصة ، لطائفة مخصوصة •

(واعلم) أن الزكاة لفظة عربية معروفة قبل ورود الشرع ، مستعملة فى أشعارهم وذلك أكثر من أن يستدل له ، قال صاحب الحاوى : وقال داود الظاهرى : لا أصل لهذا الاسم فى اللغة ، وانما عرف بالشرع قال صاحب الحاوى : وهذا القول ، وان كان فاسدا فليس الخلاف فيه مؤثرا فى أحكام الزكاة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(الزكاة ركن من أركان الاسلام ، وفرض من فروضه ، والأصل فيه قوله عز وجل (واقيموا الصلاة وآتوا الزكاة) (١) وروى أبو هريرة قال « كان رسول

---

(١) الآية ٤٣ من سورة البقرة .

الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم جالسا فأتاه رجل فقال : يا رسول الله ما الاسلام ؟ قال : الاسلام أن تعبد الله ولا تشرك به شيئا ، وتقيم الصلاة المكتوبة وتؤدى الزكاة المفروضة وتصوم شهر رمضان ، ثم أدبر الرجل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ردوا علىّ الرجل ، فلم يروا شيئا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هذا جبريل جاء ليعلم الناس دينهم ») .

(**الشرح**) هذا الحديث رواه البخارى ومسلم ، وتقدم بيان اللغات فى جبريل فى مواقيت الصلاة ، وقوله عز وجل « وأقيموا الصلاة » قال العلماء : اقامتها ادامتها والمحافظة عليها بحدودها ، يقال قام بالأمر وأقامه اذا أتى به موفيا حقوقه قال أبو على الفارسى : أشبه من أن تفسر بيتمونها ، والمراد جنس الصلاة الواجبة وذكر أصحابنا فى كتب الأصول والفروع خلافا فى هذه هل هى مجملة أم لا ؟ فقالوا : قال أبو اسحاق المروزى وغيره من أصحابنا هى مجملة . قال البندنيجى هذا هو المذهب لأن الزكاة لا تجب الا فى مال مخصوص اذا بلغ قدرا مخصوصا ، ويجب قدر مخصوص وليس فى الآية بيان شىء من هذا ، فهى مجملة بينتها السنة الا أنها تقتضى أصل الوجوب . وقال بعض أصحابنا : ليست مجملة ، بل هى عامة ، بل كل ما تناوله اسم الزكاة فالآية تقتضى وجوبه والزيادة عليه تعرف بالسنة . قال القاضى : أبو الطيب فى تعليقه وآخرون من أصحابنا : فائدة الخلاف أنا اذا قلنا : مجملة فهى حجة فى أصل وجوب الزكاة ولا يحتج بها فى مسائل الخلاف ، وان قلنا ليست مجملة كانت حجة فى أصل وجوب الزكاة وفى مسائل الخلاف تعلقا بعمومها والله أعلم .

وأما قوله صلى الله عليه وسلم « وتقيم الصلاة المكتوبة وتؤدى الزكاة المفروضة » فخالف بين اللفظين لقول الله تعالى « ان الصلاة كانت على المؤمنين [1] » وثبت فى أحاديث كثيرة وصف الصلاة بالمكتوبة لحديث « خمس صلوات كتبهن الله » وحديث « أفضل الصلاة صلاة المرء فى بيته الا المكتوبة » وسمى الزكاة مفروضة لأنها مقدرة ، ولأنها تحتاج الى تقدير الواجب ، ولهذا سمى ما يخرج فى الزكاة فرائض . وفى الصحيحين « فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم صدقة الفطر » وفى صحيح البخارى فى كتاب

---

(١) الآية ١٠٣ من سورة النساء .

رسول الله صلى الله عليه وسلم : « هذه فريضة الصدقة » • وقيل غاير بين اللفظين لئلا يتكرر اللفظ ، والفصاحة والبلاغة تمنع تكريره ، والله أعلم • وأما قول المصنف : الزكاة ركن وفرض فتوكيد وبيان ، لكونه يصح تسمية الزكاة ركنا وفرضا ، وقد استعمل المصنف مثل هـذه العبارة فى الصوم والحج ، والله أعلم •

(واما حكم المسالة) فالزكاة فرض وركن باجماع المسلمين ، وتظاهرت دلائل الكتاب والسنة واجماع الأمة على ذلك ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا تجب الزكاة الا على حر مسلم ، فأما المكاتب والعبد اذا ملكه المولى ما لا فلا زكاة عليه ، لأنه لا يملك فى قوله الجديد ويملك فى قوله القديم ، الا أنه ملك ضعيف لا يحتمل المواساة ، ولهذا لا تجب عليه نفقة الأقارب ولا يعتق [عليه] أبوه اذا اشتراه فلم تجب عليه الزكاة ، وفيمن نصفه حر ونصفه عبد وجهان (احدهما) لا تجب عليه الزكاة لأنـه ناقص بالرق فهو كالعبـد القن (والثانى) انها تجب فيما ملكه بنصفه الحر ، لأنه يملك بنصفه الحر ملكا تاما ، فوجب عليه الزكاة كالحر) •

(الشـرح) قوله ولا تجب الزكاة الا على حر مسلم ، ولم يقـل تام الملك كما قاله فى التنبيه ، وهذا الذى قاله هنا حسن ، لأن مقصودة فى هذا الفصل بيان صفة الشخص الذى تجب عليه الزكاة ، وكونه تام الملك صفة للمال ، فأخره ثم ذكر فى أول الذى يلى هذا فى فصل صفات المال ، وهذا ترتيب حسن • أما وجوب الزكاة على الحر المسلم فظاهر لعموم الكتاب والسنة والاجماع فيمن سوى الصبى والمجنون ، ومذهبنا وجوبها فى مال الصبى والمجنون ، وسنوضحه قريبا ان شاء الله تعالى • وأما المكاتب فلا زكاة عليه لا فى عشر زرعه ولا فى ماشيته وسائر أمواله ولا خلاف فى شىء من هذا عندنا ، ولا يجب عليه زكاة الفطر أيضا ، وفيها وجه ضعيف ذكره المصنف فى باب زكاة الفطر ، والمذهب أنها لا تجب عليه ، ودليل الجميع ضعف ملكه •

قال أصحابنا : فان عتق المكاتب والمال فى يده استأنف له الحول من حين العتق وان عجز فصار المال للسيد ابتدأ الحول من حينئذ • وأما العبد

القن والمدبر والمستولدة اذا ملكهم المولى مالا ــ فان قلنا بالجديد الصحيح أنه لا يملك بالتمليك ــ وجب على السيد زكاة ما ملك ، ولا أثر للتمليك لأنه باطل ، وان قلنا بالقديم انه يملك لم يلزم العبد زكاته لما ذكره المصنف ، وهل يلزم السيد زكاة هذا المال ؟ فيه طريقان :

(الصحيح) منهما وهو المشهور ، وبه قطع كثيرون : لا يلزمه لأنه لا يملكه .

(والطريق الثانى) حكاه الماوردى وامام الحرمين والغزالى فى البسيط وآخرون فيه وجهان (أصحهما) لا يلزمه (والثانى) يلزمه لأن فائدة الملك القدرة على التصرف فيه ، وذلك حاصل بخلاف ملك المكاتب . قال الماوردى: هذا الوجه غلط : لأن للولد أن يرجع فيما وهبه لولده ، ومع هذا تلزمه زكاته « قلت » أما الفرق فظاهر ، لأن ملك الولد تام ويجب فيه الزكاة بخلاف العبد ، والله أعلم .

وأما من بعضه حر وبعضه رقيق ففيه وجهان مشهوران ذكر المصنف دليلهما واختلفوا فى أصحهما ، فقال العراقيون « الصحيح » أنه لا تجب الزكاة ، وبهذا قطع أكثر العراقيين أو كثير منهم وجماعة من الخراسانيين . ممن قطع به القاضى أبو الطيب فى تعليقه والمحاملى فى المجموع وابن الصباغ وغيرهم من العراقيين ، ونقله امام الحرمين فى النهاية عن العراقيين ، وقطع به الخراسانيين المتولى ، وصحح أكثر الخراسانيين الوجوب ، ممن صححه منهم امام الحرمين والبغوى ، وقطع به الغزالى فى كتبه ، واستبعد امام الحرمين قول العراقيين ، واحتج بأن الشافعى رضى الله عنه نص على أن من بعضه حر وبعضه رقيق يكفر كفارة الحر الموسر . قال : واذا وجبت كفارة الأحرار فالزكاة أولى لأن المعتمد فيها الاسلام والملك التام وقد وجد . وحجة العراقيين أنه فى أكثر الأحكام له حكم العبيد ، فلا تقبل شهادته ولا ولاية له على ولده الحر ولا على مال ولده ، ولا جمعة عليه ولا تنعقد به ولا حج عليه ، ولذلك هو كالرقيق فى نكاحه وطلاقه وعدتها ، والحدود على قاذفه ولا يرث ، ولا خيار لها اذا عتق بعضها تحت عبد ، ولا قصاص على الحر بقتله وعلى من هو مثله على الأصح ، ولا يكون قاضيا ولا قاسما ولا

مقوما ، وغير ذلك من الأحكام فوجب أن تلحق الزكاة بذلك • فان قيل : جزموا بوجوب زكاة الفطر عليه ، فما الفرق ؟ فالجواب ما أجاب به صاحب الشامل أن زكاة الفطر تتبعض فيجب عليه نصف صاع وعلى سيده نصفة وزكاة الأموال لا تتبعض ، وانما تجب على تمام والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما الكافر فان كان أصليا لم تجب عليه الزكاة لأنه حق لم يلتزمه فلا يلزمه كغرامة المتلفات ، وان كان مرتدا لم تسقط عنه [ما] وجب فى حال الاسلام ، لأنه ثبت وجوبه فلم يسقط بردته كغرامة المتلفات ، وأما فى حال الردة (١) فانه يبنى على ملكه وفى ملكه ثلاثة اقوال (احدها) [انه] يزول بالردة فلا تجب عليه الزكاة (والثانى) لا يزول فتجب عليه الزكاة لأنه حق التزمه بالاسلام فلم يسقط [عنه] بالردة كحقوق الآدميين (والثالث) أنه موقوف ، فان رجع الى الاسلام حكمنا [بأنه لم يزل ملكه فتجب عليه الزكاة ، وان لم يرجع حكمنا] بأنه قد زال ملكه ، فلا تجب عليه الزكاة) •

(الشـــرح) قوله فى الكافر الأصلى : لا تجب عليه ، ليس مخالفا لقول جمهور أصحابنا وغيرهم فى الأصول أن الكفار يخاطبون بفروع الشرع ، وقد سبق فى أول كتاب الصلاة بيان ذلك واضحا مع فوائد تتعلق بأحكام الكفار• وأما قوله لأنه حق لم يلتزمه فلا يلزمه كغرامة المتلفات فقد ينكر عليه ، ويقال هذا دليل ناقص عن الدعوى لأن مراد المصنف أن الزكاة لا تجب على الكافر ، سواء كان حربيا أو ذميا ، وهذا لا خلاف فيه ، فدليل المصنف ناقص ، لأنه دليل لعـدم الوجوب فى حق الحربى دون الذمى ، فان الذمى يلزمه غرامة المتلفات •

(والجواب) أنه أراد أن الزكاة حق لم يلتزمه الحربى ولا الذمى فلا يلزم واحد منهما كما لا تجب غرامة المتلفات على من لم يلتزمها وهو الحربى ، وهذا جواب حسن ، واتفق أصحابنا مع نصوص الشافعى رحمه الله على أنه لا تجب الزكاة على الكافر الأصلى حربيا كان أو ذميا فلا يطالب بها فى كفره ، وان أسلم لم يطالب بها فى مدة الكفر • وأما المرتد فان وجب عليه زكاة قبل ردته لم تسقط عنه بالردة عندنا باتفاق الأصحاب • وقال أبو حنيفة : تسقط

---

(١) فى بعض النسخ (فزكاته مبنية على ملكه) وما بين المعقوفين ليس فى ش و ق وهو اقدر فى سقوطه تحريف وعكس للمقصود (ط) •

بناء على أصله أن المرتد يصير كالكافر الأصلى ، دليلنا ما ذكره المصنف . وأما زمن الردة فهل تجب عليه فيه زكاة ؟ فيه طريقان حكاهما امام الحرمين والرافعى وغيرهما « أحدهما » القطع بوجوب الزكاة ، وبه قال ابن سريج كالنفقات والغرامات « والطريق الثانى » ، وهو المشهور وبه قطع الجمهور ، فيه ثلاثة أقوال بناء على بقاء ملكه وزواله (أحدها) يزول ملكه فلا زكاة . (والثانى) يبقى فتجب (وأصحها) أنه موقوف ان عاد الى الاسلام وتبينا بقاءه فتجب والافلا ، وتتصور المسألة اذا بقى مرتدا حولا ولم نعلم ثم علمنا ولم نقدر على قتله ، أو ارتد وقد بقى من الحول ساعة فلم يقتل أو لم يسلم الا بعد الحول والله أعلم .

قال أصحابنا : وان قلنا : لا تجب الزكاة فارتد فى أثناء الحول انقطع الحول ، فاذا أسلم استأنف ، وان قلنا : تجب لم ينقطع ، قال أصحابنا : واذا أوجبناها فأخرج فى حال الردة أجزأه ، كما لو أطعم عن الكفارة بخلاف الصوم لا يصح منه ، لأنه عمل بدنى فلا يصح الا ممن يكتب له ، هكذا صرح به البغوى والجمهور وقال امام الحرمين : قال صاحب التقريب : لو قلت : اذا ارتد لم يخرج الزكاة مادام مرتدا لم يكن بعيداً لأن الزكاة قربة محضة مفتقرة الى النية ، ولا تجب على الكافر الأصلى ، فتعذر أداؤها من المرتد . قال صاحب التقريب : على هذا اذا حكمنا بأن ملكه لا يزول ومضى حول فى الردة لم يخرج الزكاة أيضا لما ذكرنا ، فان أسلم لزمه اخراج ما وجب فى اسلامه وردته ، ولو قتل مرتداً وقد تعذر أداء الزكاة على هذا الاحتمال فتسقط فى حكم الدنيا ، ولا تسقط المعاقبة بها فى الآخرة . قال امام الحرمين: مما قطع به الأصحاب اخراج الزكاة لحق المساكين عاجلا ولكن يحتمل أن يقال : اذا أسلم هلم [1] يلزمه اعادة الزكاة ، فيه وجهان كالممتنع من أداء الزكاة اذا أخذها الامام منه قهرا ، ولم ينو الممتنع ، هذا آخر كلام الامام والمذهب أنها تجزىء لما نقلناه أولا عن الجمهور ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وتجب فى مال الصبى والمجنون لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال « ابتغوا فى أموال اليتامى ، لا تأكلها الزكاة » ولأن الزكاة تراد لثواب المزكى،

---

(١) فى ش و ق (لم يلزمه) (ط) .

ومواساة الفقير . والصبى والمجنون من اهل الثواب ومن اهل المواساة ، ولهذا يجب عليهما نفقة الأقارب ، ويعتق عليهما الأب اذا ملكاه فوجبت الزكاة فى مالهما) .

(**الشرح**) هذا الحديث ضعيف ، رواه الترمذى والبيهقى من رواية المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم والمثنى بن الصباح ضعيف ، ورواه الشافعى والبيهقى باسناد صحيح عن يوسف بن ماهك عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسلا ، لأن يوسف تابعى وماهك بفتح الهاء أعجمى لا ينصرف ، وقد أكد الشافعى رحمه الله هذا المرسل بعموم الحديث الصحيح فى ايجاب الزكاة مطلقا ، وبما رواه عن الصحابة فى ذلك ، ورواه البيهقى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه موقوفا عليه وقال : اسناده صحيح ، ورواه أيضا عن على بن مطرف ، وروى ايجاب الزكاة فى مال اليتيم ، عن ابن عمر والحسن بن على وجابر بن عبد الله رضى الله عنهم . قال البيهقى : فأما ما روى عن ليث بن أبى سليم عن مجاهد عن عبد الله بن مسعود : من ولى مال يتيم فليحص عليه السنين فاذا دفع اليه ماله أخبره بما عليه من الزكاة ، فان شاء زكى وان شاء ترك » فقد ضعفه الشافعى من وجهين . (أحدهما) أنه منقطع لأن مجاهداً لم يدرك ابن مسعود . (والثانى) أن ليث بن أبى سليم ضعيف ، قال البيهقى ضعف أهل العلم ليثا (قال) وقد روى أيضا عن ابن عباس الا أنه انفرد به ابن لهيعة ، وهو ضعيف لا يحتج به .

(وأما) رواية من روى هذا الحديث : « لا تأكلها الصدقة » ولم يقل الزكاة فالمراد بالصدقة الزكاة كما جاء فى هذه الرواية (فان قيل) فالزكاة لا تأكل المال ، وانما تأكل مازاد على النصاب (فالجواب) أن المراد تأكل معظمه الزكاة مع النفقة ، واستدل أصحابنا أيضا من جهة القياس بأن كل من وجب العشر فى زرعه وجبت الزكاة فى سائر أمواله ، كالبالغ العاقل ، فان أبا حنيفة رحمه الله وافقنا على ايجاب العشر فى مال الصبى والمجنون وايجاب زكاة الفطر فى مالهما وخالفنا فى غير ذلك ، وأما استدلال الحنفية بقول الله تعالى (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم [1] بها) والصبى والمجنون

---

(١) من الآية ١٠٣ من سورة التوبة .

ليسا من أهل التطهير ، اذ لا ذنب لهما (فالجواب) أن الغالب أنهـا تطهير وليس ذلك شرطا فانا اتفقنا على وجوب الفطر والعشر فى مالهما ، وان كان تطهيرا فى أصله •

(وأما) قوله صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة » فالمراد رفع الاثم والوجوب ، ونحن نقول : لا اثم عليهما ولا تجب الزكاة عليهما ، بل يجب فى مالهما ، ويطالب باخراجها وليهما ، كما يجب فى مالهما قيمة ما أتلفاه، ويجب على الولى دفعها • وأما قياسهم على الحج (فأجاب) امام الحرمين رحمه الله فى الأساليب والأصحاب عنه : انه ليس ركنا فيه ، وانما يتطـرق اليه المال توصلا بخلاف الزكاة ، قال الامام : المعتمد أن مقصود الزكاة سد خلة الفقير من مال الأغنياء شكرا لله تعالى ، وتطهيرا للمال ، ومال الصـبى قابل لأداء النفقات والغرامات •

(اذا ثبت هذا) فالزكاة عندنا واجبة فى مال الصبى والمجنون بلا خلاف ويجب على الولى اخراجها من مالهما كما يخرج من مالهما غرامة المتلفـات ونفقة الأقارب وغير ذلك من الحقوق المتوجهة اليهما ، فان لم يخرج الولى الزكاة وجب على الصبى والمجنون بعد البلوغ والافاقة اخراج زكاة ما مضى باتفاق الأصحاب لأن الحق توجه الى مالهما ، لـكن الولى عصى بالتـأخير فلا يسقط ما توجه اليهما • وأما المال المنسوب الى الجنين بالارث أو غيره فاذا انفصل حياهل تجب فيه الزكاة ؟ فيه طريقان (المذهب) أنها لا تجب ، وبه قطع الجمهور لأن الجنين لا يتيقن حياته ، ولا يوثق بها ، فلا يحصل تمام الملك واستقراره ، فعلى هذا يبتدىء حولا مـن حين ينفصـل • والطريق الثانى : حكاه الماوردى فى باب نية الزكاة والمتولى والشاشى وآخرون فيـه وجهان (أصحهما) هذا ، (والثانى) تجب كالصبى ، قال امام الحرمين : تردد فيه شيخى ، قال : وجزم الأئمة بأنها لا تجب والله أعلم ، وقول المصنف الزكاة تراد لثواب المزكى ، ومواساة الفقير ، هذان لا بد منهما ، فبقوله ثواب المزكى يخرج الكافر ، وبقوله مواساة الفقير يخرج المكاتب والله أعلم •

فـــرع فى مذاهب العلماء فى زكاة مال المكاتب

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه لا زكاة فى مال المكاتب ، سواء الزرع وغيره ،

وبه قال جمهور العلماء من السلف والخلف ، قال ابن المنذر : وهو قول العلماء كافة الا أبا ثور فأوجبها على المكاتب فى كل شىء كالحر ، وحكاه العبدرى وغيره عن داود ، وقال أبو حنيفة : يجب العشر فى زرعه ولا تجب الزكاة فى باقى أمـواله ، واحتج بقوله صلى الله عليه وسلم : « فيما سقت السـماء العشر » وهو حديث صحيح واحتج داود بقوله تعالى (وأقيمو الصلاة وآتوا الزكاة) [1] والمكاتب والعبد يدخلان فى الخطاب على الأصح عند الأصوليين دليلنا ضعف ملكه بخلاف الحر ولأنها للمواساة وليس هو من أهلها وعلى أبى حنيفة أيضاً بالقياس على غير العشر ، والآية والحـديث محمولان على الأحرار .

فـــرع فى مذاهبهم فى مال العبد

ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يملك على الصـحيح ، وأن ملك على الضعيف فلا زكاة ، وبه قال جمهور العلماء ، وبه قال ابن عمر وجابر والزهرى وقتادة ومالك وأبو حنيفة وسائر العلماء الا ما حكاه ابن المنذر عن عطاء وأبى ثور أنهما أوجباها على العبد ، قال : وروى أيضا عن عمر وحكاه العبدرى عن داود .

(فـــرع) فى مذاهبهم فى مال الصبى والمجنون ، ذكرنا أن مذهبنـا وجوبها فى مالهما ، وبه قال الجمهور ، وحكى ابن المنـذر وجوبهـا فى مال الصبى عن عمر بن الخطاب وعلى وابن عمر وجابر والحسن بن على وعائشـة وطاوس وعطاء وجابر وابن زيد ومجاهد وابن سيرين وربيعة ومالك والثورى والحسن بن صالح وابن عيينة وعبيد الله بن الحسن وأحمد واسحاق وأبى عبيد وأبى ثور وسليمان بن حرب رضى الله عنهم وقال أبو وائل وسعيد بن جبير والحسن البصرى والنخعى : لا زكاة فى مال الصبى ، وقال سعيد بن المسيب : لا يزكى حتى يصلى ويصوم رمضان ، وقال الأوزاعى وسعيد بن عبد العزيز : فى ماله الزكاة لكن لا يخرجهـا الولى بل يحصـيها ، فاذا بلغ الصبى أعلمه فيزكى عن نفسه ، وقال ابن أبى ليلى : فيما ملكه زكاة لـكن ان أداها الوصى ضمن ، وقال ابن شبرمة : لا زكاة فى ذهبه وفضته ، وتجب

---

(١) الآية ٤٣ من سورة البقرة .

فى ابله وبقره وغنمه وما ظهر من ماله زكيتــه وما غاب عنى فلا . وقال أبو حنيفة : لا زكاة فى ماله الا عشر المعشرات ، وسبق بيان دليلنــا عن الجميع والجواب عما عارضه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن وجبت عليه الزكاة وقدر على اخراجها لم يجز له تاخيرها لانه حق يجب صرفه الى الآدمى توجهت المطالبة بالدفع اليه فلم يجز له التاخير كالوديعة اذا طالب بها صاحبها ، فان أخرها وهو قادر على أدائها ضمنها ، لانه أخــر ما يجب عليه مع امكان الأداء فضمنه كالوديعة ، ومن وجبت عليه الزكاة وامتنع من أدائها نظرت فان كان جاحدا لوجوبها فقد كفر وقتل بكفره كما يقتل المرتد ، لأن وجوب الزكاة معلوم من دين الله تعالى ضرورة ، فمن جحد وجوبها فقد كذب الله وكذب رسوله صلى الله عليه وسلم فحكم بكفره وان منعها بخلا بها اخذت منه وعزر . وقال فى القديم : تؤخذ الزكاة وشطر ماله عقوبة [له] لما روى بهز ابن حكيم عن أبيه عن جده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ومن منعها فانا آخذها وشطر ماله عزمة من عزمات ربنا ، ليس لآل محمد فيها شىء » والصحيح هو الأول لقوله صلى الله عليه وسلم : « ليس فى المال حق ســوى الزكاة » ولأنها عبادة فلا يجب بالامتناع منها أخذ شطر ماله كسائر العبادات ، وحديث بهز بن حكيم منسوخ ، فان ذلك حين كانت العقوبات فى الأموال ثم نسخت ، وان امتنع بمنعة قاتله الامام « لأن أبا بكر الصديق رضى الله عنــه قاتل مانعى الزكاة ») .

(الشرح) حديث بهز رواه أبو داود والنسائى وغيرهما ، وفى رواية النسائى « شطر ابله » ورواية أبى داود « شطر ماله » كما فى المهــذب ، واسناده الى بهز بن حكيم صحيح على شرط البخارى ومسلم ، وأما بهز فاختلفوا فيه فقال يحيى بن معين « ثقة » وسئل أيضا عنه عن أبيه عن جــده « ثقــة » وقال أبو حاتم : يكتب حديثــه ولا يحتــج به . وقال أبو زرعة « صالح » وقال الحاكم : « ثقة » وروى البيهقى عن الشافعى رحمه الله أنه قال : هذا الحديث لا يثبته أهل العلم بالحديث ولو ثبت قلنا به ، هذا تصريح من الشافعى بأن أهل الحديث ضعفوا هذا الحديث ، والله أعلم .

وأما حديث « ليس فى المال حق سوى الزكاة » فضعيف جدا لا يعرف . قال البيهقى فى السنن الكبيرة : والذى يرويه أصحابنا فى التعاليق : « ليس فى المال حق سوى الزكاة » لا أحفظ فيه اسناداً . رواه ابن ماجه لكن بسند

ضعيف (قلت) وقد روى الترمذى والبيهقى عن فاطمة بنت قيس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ان فى المال حقا سوى الزكاة » لكنه ضعيف ضعفه الترمذى والبيهقى وغيرهما ، والضعف ظاهر فى اسناده واحتج البيهقى وغيره من المحققين فى المسألة بحديث أبى هريرة فى قصة الأعرابى الذى قال للنبى صلى الله عليه وسلم « دلنى على عمل اذا عملته أدخل الجنة قال : تعبد الله لا تشرك به شيئا ، وتقيم الصلاة وتؤدى الزكاة ، وتصوم رمضان ، قال : والذى بعثك بالحق لا أزيد على هذا ، فلما أدبر قال : من أراد أن ينظر الى رجل من أهل الجنة فلينظر الى هذا » رواه البخارى ومسلم ، وفى معناه أحاديث صحيحة مشهورة • وأما حديث قتال أبى بكر رضى الله عنه ما نعى الزكاة فرواه البخارى ومسلم من رواية أبى هريرة رضى الله عنه ، وقوله « حق يجب صرفه الى الآدمى » احتراز من الحج ، وقوله « توجهت المطالبة به » احتراز من الدين المؤجل ، وقوله « جاحدا » قال أهل اللغة : الجحود هو الانكار بعد الاعتراف ، وقوله بهز بن حكيم عن أبيه عن جده ، هو بهز بفتح الباء الموحدة وبالزاى ، ابن حكيم بن معاوية ابن حيدة ، بفتح الحاء المهملة القشيرى وجده الراوى هو معاوية •

وقوله صلى الله عليه وسلم « عزمة » باسكان الزاى « من عزمات ربنا » بفتحها ومعناه حق لابد منه ، وفى بعض روايات البيهقى عزيمة بكسر الزاى وزيادة ياء والمشهور عزمة ، وقوله فى أول الحديث : « ومن منعها » هكذا هو بالواو ، ومن معطوف على أول الحديث ، فان أوله « فى كل أربعين من الابل سائمة ابنة لبون من أعطاها مؤتجراً فله أجره ومن منعها فأنا آخذها وشطر ماله » وقد ذكر المصنف أوله فى الفصل الرابع من الباب • قوله « امتنع بمنعه » هو بفتح النون على المشهور عند أهل اللغة ، وحكى جواز اسكانها ، والمنعة بالفتح الجماعة المانعون ، ككاتب وكتبة وكافر وكفرة ونظائره ، ومن سكن فمعناه بقوة امتناع ، وقتال أبى بكر رضى الله عنه مانعى الزكاة كان فى أول خلافته سنة احدى عشرة من الهجرة •

(**أما الأحكام**) ففيها مسائل :

(احداها) أن الزكاة عندنا يجب اخراجها على الفور ، فاذا وجبت وتمكن

من اخراجها لم يجز تأخيرها ، وان لم يتمكن فله التأخير الى التمكن ، فان أخر بعد التمكن عصى وصار ضامناً ؛ فلو تلف المال كله بعد ذلك لزمته الزكاة ، سواء تلف بعد مطالبة الساعى أو الفقراء أم قبل ذلك ، وهذا لا خلاف فيه .[وان تلف المال بعد الحول وقبل التمكن فلا اثم ولا ضمان عليه بلا خلاف ، وان أتلفه المالك لزمه الضمان ، وان أتلفه أجنبى بنى على القولين فى أن التمكن شرط فى الوجوب أم فى الضمان ؟ وسيأتى ايضاحها بتفريعها فى آخر الباب الثانى حيث ذكرهما المصنف ان شاء الله تعالى ، ان قلنا شرط فى الوجوب فلا زكاة ، وان قلنا : شرط فى الضمان ــ وقلنا الزكاة تتعلق بالذمة ــ فلا زكاة ، وان قلنا : تتعلق بالعين انتقل حق الفقراء الى القيمة كما اذا قتل العبد أو المرهون فانه ينتقل حق المجنى عليه والمرتهن الى القيمة .

قال أصحابنا : وليس المراد بامكان الأداء مجرد امكان الاخراج ، بل يشترط معه وجوب الاخراج بثلاثة شروط (أحدها) حضور المال عنده ، فان غاب عنه لم يجب الاخراج من موضع آخر بالاتفاق وان جوزنا نقل الزكاة (والثانى) أن يجد المصروف اليه ، وسيأتى فى قسم الصدقات أن الأموال باطنة وظاهرة فالباطنة يجوز صرف زكاتها بنفسه وبوكيله وبالسلطان والساعى فيكون واجداً للمصروف اليه ، سواء وجد أهل السهمان أو السلطان أو نائبه . وأما الظاهرة فكذلك ان قلنا بالأصح انه له تفريقها بنفسه ، والا فلا امكان حتى يجد السلطان أو نائبه ، ولو وجد من يجوز الصرف اليه فأخر لطلب الأفضل بأن وجد السلطان أو نائبه فأخر ليفرق بنفسه حيث جعلناه أفضل ، أو أخر لانتظار قريب أو جار أو من هو أحوج ، ففى جواز التأخير وجهان مشهوران أصحهما جوازه . فان لم نجوِّز التأخير فأخر أثم وضمن ، وان جوزناه فتلف المال فهل يضمن ؟ فيه وجهان (أصحهما) يكون ضامنا لوجود التمكن .

(والثانى) لا ، لأنه مأذون له فى التأخير ، قال امام الحرمين : للوجهين شرطان (أحدهما) أن يظهر استحقاق الحاضرين ، فان تشكك فى استحقاقهم فأخر ليتروى جاز بلا خلاف (والثانى) ألا يستفحل ضرر الحاضرين وفاقتهم ،

فان تضرروا بالجوع ونحوه لم يجز التأخير للقريب وشبهه بلا خلاف • قال الرافعي : فى هذا الشرط الثانى نظر لأن اشباعهم لا يتعين على هذا الشخص، ولا من هذا المال ولا من مال الزكاة ، وهذا الذى قاله الرافعى باطل والصواب ما ذكره امام الحرمين لأنه وان لم يتعين هذا المال لهؤلاء المحتاجين فدفع ضرورتهم فرض كفاية ، فلا يجوز اهماله لانتظار فضيلة لو لم يعارضها شيء (الشرط الثالث) أن لا يكون مشتغلا بهم أن لا يكون مشتغلا بهم من أمر دينه أو دنياه كصلاة وأكل ونحوهما ذكره البغوى وغيره والله أعلم •

(المسألة الثانية) اذا امتنع من أداء الزكاة منكراً لوجوبها ــ فان كان ممن يخفى عليه ذلك ، لكونه قريب عهد بالاسلام ، أو نشأ ببادية بعيدة أو نحو ذلك ــ لم يحكم بكفره ، بل يعرف وجوبها وتؤخذ منه ، فان جحدها بعد ذلك حكم بكفره (فان قيل) كيف أهمل المصنف التنبيه على أنه انما يكفر اذا نشأ مسلما بين المسلمين ؟ (فالجواب) أنه لم يهمله ، بل نبه عليه بقوله : جاحدا لوجوبها ، قال أهل اللغة : الجحد انكار ما اعترف به المنكر • قال ابن فارس فى المجمل : لا يكون الجحود الا مع علم الجاحد به والله أعلم • وان كان ممن لا يخفى كمسلم مختلط بالمسلمين صار بجحدها كافراً ، وجرت عليه أحكام المرتدين من الاستتابة والقتل وغيرهما ، ودليله ماذكره المصنف ، وقد سبق فى أول كتاب الصلاة بيان ما يكفر بجحده وغير ذلك مما يتعلق بهذا •

(الثالثة) اذا منع الزكاة بخلا بها وأخفاها ، مع اعترافه بوجوبها لم يكفر بلا خلاف ، ولا يجيء فيه الوجه السابق فى الكتاب فى الممتنع من الصلاة ، مع اعتقاد وجوبها أنه يكفر ، والفرق أن هناك أحاديث تقتضى الكفر بخلاف هذا ، ولكن يعزر وتؤخذ منه قهراً ، كما اذا امتنع من دين آدمى •

قال الشافعى رحمه الله فى المختصر والأصحاب كلهم : انما يعزر مخفيها ومانعها اذا لم يكن له عذر فى اخفائها ومنعها بأن كان الامام عادلا يصرفها فى وجوهها بعد أخذها على وجهها فان كان عذره بأن كان الامام جائراً بأن يأخذ فوق الواجب أو يضعها فى غير مواضعها ، فانها تؤخذ منه ولا يعزر

لأنه معزور واذا منعها حيث لا عذر أخذت منه قهراً كما ذكرناه ، وهل يؤخذ معها نصف ماله عقوبة له ؟ فيه طريقان •

(أحدهما) القطع بأنه لا يؤخذ ، وممن صرح بهذا الطريق القاضى أبو الطيب فى تعليقه والماوردى والمحاملى فى كتبه الثلاثة ، والمصنف فى التنبيه ، وآخرون ، وحكوا الأخذ عن مالك ، قيل : وليس هو مذهبه أيضا •

(والطريق الثانى) وهو المشهور : وبه قطع المصنف هنا والأكثرون : فيه قولان (الجديد) لا يؤخذ (والقديم) يؤخـذ ، وذكر المصنف دليلهما ، واتفق الأصحاب على أن الصحيح أنه لا يؤخـذ ، وأجابوا هم والشـافعى والبيهقى فى معرفة السنن والآثار عن حديث بهز بن حكيم بأنه منسوخ ، وأنه كان حين كانت العقوبة بالمال كما ذكره المصنف وهـذا الجواب ضـعيف لوجهين • (أحدهما) ان ما ادعوه من كون العقوبة كانت بالأموال فى أول الاسلام ليس بثابت ولا معروف • (والثانى) أن النسخ انما يصار اليه اذا علم التاريخ ، وليس هنا علم بذلك (والجواب) الصحيح تضعيف الحديث، كما سبق عن الشافعى رضى الله عنه وأبى حاتم والله أعلم •

(الرابعة) اذا منع واحد أو جمع الزكاة وامتنعوا بالقتال ، وجب على الامام قتالهم لما ذكره المصنف ، وثبت فى الصحيحين من رواية أبى هريرة أن الصحابة رضى الله عنهم اختلفوا أولا فى قتال مانعى الزكاة ، ورأى أبو بكر رضى الله عنه قتالهم واستدل عليهم فلما ظهرت لهم الدلائل وافقوه فصـار قتالهم مجمعا عليه وقد نقل المصنف فى كتابه وغيره من الأصوليين الاتفاق على أن الصحابة اذا اختلفوا ثم أجمعوا على أحد القولين قبل أن يستقر الخلاف كان ذلك اجماعا ، ومثلوه بقصة خلافهم لأبى بكر الصديق رضى الله عنـه ثم اجماعهم والله أعلم •

فـــرع فى مذاهب العلماء فى تاخير الزكاة

قد ذكرنا أن مذهبنا أنها اذا وجبت الزكاة وتمكن من اخراجهـا وجب الاخراج على الفور فان أخرها أثم ، وبه قال مالك وأحمد وجمهور العلماء نقله العبدرى عن أكثرهم ، ونقل أصحابنا عن أبى حنيفة أنها على التراخى

وله التأخير قال العبدرى : اختلف أصحاب أبى حنيفة فيها ، فقال الكرخى : على الفور ، وقال أبو بكر الرازى : على التراخى • دليلنا قوله تعالى (وآتوا الزكاة) [1] والأمر عندهم على الفور ، وكذا عند بعض أصحابنا • احتجوا بأنه لم يطالب فأشبه غير المتمكن ، قال الأصحاب : يجب الفرق بين التمكن وعدمه ، كما فى الصوم والصلاة •

(فرع) اذا وجبت الزكاة وتمكن من أدائها ثم مات لم تسقط بموته عندنا ، بل يجب اخراجها من ماله عندنا ، وهو مذهب عطاء والحسن البصرى والزهرى وقتادة وأحمد واسحاق وأبى ثور وابن المنذر وداود • وحكى ابن المنذر عن ابن سيرين والشعبى والنخعى وحماد بن أبى سليمان وداود بن أبى هند وحميد الطويل وعثمان البتى سفيان الثورى : ان أوصى بها أخرجت من ماله كسائر الوصايا ، وان لم يوص لم يلزم الورثة اخراجها ، وحكى عن الليث والأوزاعى أنها تخرج من ماله قبل الوصايا بحيث لا يتجاوز الثلث ، وقال أبو حنيفة وسائر أهل الرأى : تسقط بموته ولا يلزم الورثة اخراجها ، وان أخرجوها فصدقة تطوع الا أن يوصى بها فتخرج ، وتكون من الثلث ، فان وصى معها بوصايا وضاق الثلث عنها مع الوصايا ، قال أبو حنيفة : هى والوصايا سواء دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « فدين الله أحق أن يقضى » وهو ثابت فى الصحيحين • واحتجوا بأنها عبادة محضة شرطها النية فسقطت بالموت كالصلاة ، وأجاب أصحابنا بأنها لا تصح الوصية بالصلاة ولا تدخلها النيابة بخلاف الزكاة •

(فرع) فيمن اخفى ماله ومنع الزكاة ثم ظهر عليه [2]

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه تؤخذ منه الزكاة ولا يؤخذ شطر ماله ، وبه قال مالك وأبو حنيفة قال العبدرى • وبه قال أكثر العلماء ، وقال أحمد تؤخذ منه الزكاة ونصف ماله عقوبة له ، وهو قول قديم لنا كما سبق •

(فرع) اذا مضت عليه سنون ، ولم يؤد زكاتها لزمه اخراج الزكاة عن جميعها سواء علم وجوب الزكاة أم لا ، وسواء كان فى دار الاسلام أم

---

(١) من الآية ٤٣ من البقرة •

(٢) فعل ماض مبنى على ما لم يسم فاعله فيضم أوله ويكسر ثانيه ويفتح ثالثه •

دار الحرب ، هذا مذهبنا ، قال بن المنذر : لو غلب أهل البغى على بلد ولم يؤد أهل ذلك البلد الزكاة أعواما ، ثم ظفر بهم الامام أخذ منهم زكاة الماضى فى قول مالك والشافعى وأبى ثور • قال : وقال أصحاب الرأى : لا زكاة عليهم لما مضى • وقال أصحاب الرأى : لو أسلم قوم فى دار الحرب وأقاموا سنين ثم خرجوا الى دار الاسلام لا زكاة عليهم لما مضى • والله أعلم •

(فـــرع) قال أبو عاصم العبادى فى كتابه الزيادات : لو استقرت عليه زكاة ثم مرض ولا مال • فينبغى أن ينوى أنه يؤدى الزكاة ان قدر ولا يقترض • وقال شاذان بن ابراهيم : يقترض لأن دين الله أحق بالقضاء • قال : فان اقترض ودفع الزكاة ونوى الوفاء اذا تمكن فهو معذور بالاتفاق •

باب صدقة المواشى

قال المصنف رحمه الله تعالى

(تجب زكاة السوم فى الابل والبقر والغنم ، لأن الأخبار وردت بايجاب الزكاة فيها ، ونحن نذكرها فى مسائلها ان شاء الله تعالى ، ولأن الابل والبقر والغنم تكثر منافعها ، ويطلب نماؤها بالدر والنسل ، فاحتمل المواساة فى الزكاة ، ولا تجب فيما سوى ذلك من المواشى كالخيل والبغال والحمير ، لما روى ابو هريرة رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ليس على المسلم فى عبده ولا فرسه صدقة » ولأن هذه تقتنى للزينة والاستعمال لا للنماء ، فلم تحتمل الزكاة كالعقار والأثاث ، ولا تجب فيما تولد بين الغنم والظباء ولا فيما تولد بين بقر الأهل وبقر الوحش لأنه لا يدخل فى اطلاق اسم البقر والغنم فلا تجب فيه زكاة الغنم والبقر) •

(الشرح) حديث أبى هريرة رضى الله عنه رواه البخارى ومسلم ، والفرس تقع على الذكر والأنثى ــ والأثاث بفتح الهمزة وثاء مثلثة مكررة ــ وهو متاع البيت واحدته أثاثه ، قال ابن فارس : ويقال لا واحد له من لفظه، وأجمع المسلمون على وجوب الزكاة فى الابل والبقر والغنم •

وأما الخيل والبغال والحمير والمتولد بين الغنم والظباء ، فلا زكاة فيها كلها عندنا بلا خلاف ، وسواء كانت الخيل اناثا أو ذكوراً أو ذكوراً واناثا وسواء فى المتولدين كانت الاناث ظباء أو غنما فلا زكاة فى الجميع مطلقا ، وهذا اذا لم تكن للتجارة ، فان كانت لها وجبت زكاتها •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى زكاة الخيل

مذهبنا أنه لا زكاة فيها مطلقا ، وحكاه ابن المنذر عن على بن أبى طالب وابن عمر والشعبى والنخعى وعطاء والحسن البصرى وعمر بن عبد العزيز والحاكم والثورى وأبى يوسف ومحمد بن الحسن وأحمد واسحاق وأبى وثور وأبى خيثمة وأبى بكر بن أبى شيبة وحكاه غيره عن عمر بن الخطاب الأوزاعى ومالك والليث وداود ، وقال حماد بن أبى سليمان وأبو حنيفة : يفرق فتجب الزكاة فيها ان كانت ذكورا واناثا ، فان كانت اناثا متمحضة وجبت أيضا على المشهور ، وعنه رواية شاذة بالوجوب ويعتبر فيها الحول دون النصاب قال : ومالكها بالخيار ان شاء أعطى من كل فرس ديناراً ، وان شاء قومها وأخرج ربع عشر قيمتها ، واحتج قيمتها ، واحتج بما روى أبو يوسف عن غورك الحضرمى عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه قال فى الخيل السائمة فى كل فرس دينار » واحتج أصحابنا بحديث أبى هريرة المذكور هنا وهو فى الصحيح كما سبق ، وفى المسألة أحاديث أخر (والجواب) عن حديث جابر أنه ضعيف باتفاق المحدثين قال الدارقطنى تفرد به غورك وهو ضعيف جدا واتفقوا على تضعيف غورك وهو مجهول •

(فرع) فى مذاهبهم فى المتولد بين الغنم والظباء

ذكرنا أن مذهبنا لا زكاة فيه مطلقا ، وبه قال داود ، وقال أحمد : تجب سواء كانت الاناث ظباء أو غنما ، وقال أبو حنيفة ومالك : ان كانت الاناث غنما وجبت فيها الزكاة ، وان كانت ظباء فلا • دليلنا أنها لم تتمحض غنما ، وانما أوجبها الشرع فى الابل والبقر والغنم ولا يجزىء هذا الحيوان فى الأضحية فكذا هنا • وانما يجب الجزاء على المحرم بقتله لتعديه وتغليبا للتحريم ، والاحرام مبنى على التغليظ ، وأما الزكاة فعلى التخفيف ، ولهذا لو بيعت فى بعض الحول سقطت الزكاة وغير ذلك من التخفيفات •

(ولا تجب فيما لا يملكه ملكا تاما (١) كالمال الذى فى يد مكاتبه لأنه لا يملك الصرف فيه فهو كمال الأجنبى ، واما الماشية الموقوفة عليه فانه ينبنى على أن الملك فى الموقوف الى من ينتقل بالوقوف ، وفيه قولان (احدهما) ينتقل الى الله تعالى فلا تجب زكاته (والثانى) ينتقل الى الموقوف عليه ، وفى زكاته وجهان (احدهما) تجب لأنه يملكه ملكاً [تاماً] (٢) مستقراً فاشبه غير الموقوف (والثانى) لا تجب لأنه ملك ضعيف ، بدليل انه لا يملك التصرف فى رقبته ، فلم تجب الزكاة فيه كالمكاتب وما فى يده) .

(الشرح) قال أصحابنا : اذا كانت الماشية موقوفة على جهة عامة كالفقراء أو المساجد أو الغزاة أو اليتامى وشبه ذلك فلا زكاة فيها بلا خلاف، لأنه ليس لها مالك معين ، وان كانت موقوفة على معين سواء كان واحد أو جماعة ، فان فان قلنا بالأصح : ان الملك فى رقبة الموقوف لله تعالى فلا زكاة بلا خلاف ، كالوقف على جهة عامة . وان قلنا بالضعيف : ان الملك فى الرقبة للموقوف عليه ففى وجوبها عليه الوجهان المذكوران فى الكتاب بدليلهما (أصحهما) لا تجب ، فان قلنا : تجب فأخرجها من موضع آخر أجزأه ، فان أراد اخراجها من نفس الموقوفة فوجهان حكاهما صاحب البيان وغيره (أصحهما) لا يجوز ، وبه قطع صاحب العدة لأنه لا يملك التصرف فيها بازالة الملك (والثانى) يجوز ، لأنا جعلناه كالمطلق فى وجوب الزكاة على هذا الوجه . قال صاحب البيان : ومقتضى المذهب أنا ان قلنا : تتعلق الزكاة بالعين جاز الاخراج منه والا فلا والله أعلم .

(فرع) الأشجار الموقوفة من نخل وعنب ، قال أصحابنا : ان كانت موقوفة على جهة عامة كالمساجد والربط والمدارس والقناطر والفقراء والمساكين ونحو ذلك فلا عشر فى ثمارها ، وان كانت على معينين وجب العشر فى ثمارها اذا بلغت نصابا بلا خلاف ، ويخرجها من نفس الثمرة ان شاء لأنه يملك الثمرة ملكا مطلقا . هكذا ذكر أصحابنا المسألة فى جميع طرقهم

---

(١) فى ش و ق (كالماشية التى فى يد مكاتبه) وما أثبتناه عن النسخة المطبوعة من المهذب اعم وأصح (ط) .

(٢) ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق (ط) .

وحكى ابن المنذر فى الاشراف عن الشافعى ومالك رضى الله عنهما ايجاب العشر فى الثمار الموقوفة فى سبيل أو على قوم بأعيانهم • وعن طاوس ومكحول لا زكاة • وعن أبى عبيد وأحمد : ان كانت على جهة لم تجب ، وان كانت على معين وجبت • قال ابن المنذر : وبه أقول • قال صاحب البيان فى باب زكاة الزرع • قال الشيخ أبو نصر : هذا الذى نقله ابن المنذر عن الشافعى ليس بمعروف عنه عند أصحابنا والله أعلم •

قال أصحابنا : وهكذا حكم الغلة الحاصلة فى أرض موقوفة ؛ ان كانت على معينين وجبت زكاتها بلا خلاف ، وان كانت على جهة عامة لم تجب على المذهب وعلى رواية ابن المنذر تجب ، وفى المسألة زيادة سنعيدها ان شاء الله تعالى فى المسائل الزائدة بعد باب زكاة الزرع ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما المال المغصوب والضال فلا تلزمه زكاته قبل أن يرجع اليه ، فان رجع اليه من غير نماء ففيه قولان قال (فى القديم) لا تجب ، لأنه خرج عن يده وتصرفه فلم تجب عليه زكاته كالمال الذى فى يد مكاتبه • وقال (فى الجديد) تجب لأنه مال يملك المطالبة به ويجبر على التسليم اليه فوجب فيه الزكاة كالمال الذى فى يد وكيله ، فان رجع اليه مع النماء ففيه طريقان • قال ابو العباس : تلزمه زكاته قولا واحدا لأن الزكاة انما سقطت فى أحد القولين لعدم النماء وقد حصل له النماء فوجب أن تجب (والصحيح) انه على القولين لأن الزكاة لم تسقط لعدم النماء لأن الذكور من الماشية لا نماء لها وتجب فيها الزكاة ، وانما سقطت لنقصان الملك بالخروج عن يده وتصرفه ، وبالرجوع لم يعد ما فات من اليد والتصرف ، وان أسر رب المال وحيل بينه وبين المال ففيه طريقان : من أصحابنا من قال : هو كالمغصوب لأن الحيلولة موجودة بينه وبين المال ، ففيه قولان ، ومنهم من قال : تجب الزكاة قولا واحدا لأنه يملك بيعه ممن شاء فكان كالمودع ، وان وقع الضال بيد ملتقط وعرّفه حولا كاملا ولم يختر التملك ــ وقلنا : لا يملك حتى يختار التملك على الصحيح من المذهب ــ ففيه طريقان ، من اصحابنا من قال هو كما لو لم يقع بيد الملتقط فيكون على قولين ، ومنهم من قال : لا تجب الزكاة قولا واحدا لأن ملكه غير مستقر بعد التعريف ، لأن الملتقط يملك [أن يزيله] (١) باختيار التملك فصار كالمال الذى بيد المكاتب) •

---

(١) ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق ١ ط) •

(**الشرح**) فى الفصل مسائل :

(احداها) اذا ضل ماله أو غصب أو سرق وتعذر انتزاعه ، أو أودعه فجحد أو وقع فى بحر ففى وجوب الزكاة أربعة طرق (أصحها وأشهرها) فيه قولان (أصحهما) وهو الجديد وجوبها ، والقديم لا تجب (والطريق الثانى) القطع بالوجوب وهو مشهور (والثالث) ان كان عاد بنمائه وجبت والا فلا (والرابع) ان عاد بنمائه وجبت والا ففيه القولان ، ودليل الجميع مفهوم من كلام المصنف ، ولو عاد بعض النماء فهو كما لو لم يعد شيء منه ومعنى العود بلا نماء أن يتلفه الغاصب ويتعذر تغريمه فأما ان غرم أو تلف فى يده شيء كأن تلف فى يد المالك أيضا فهو كعود النماء بعينه بالاتفاق ، صرح به امام الحرمين وآخرون ، ومن قطع بالوجوب أو عدمه تأول النص الآخر قال أصحابنا : والخلاف انما هو فى وجوب اخراج الزكاة بعد عود المال الى يد المالك هل يخرج عن المدة الماضية أم لا ؟ ولا خلاف أنه لا يجب الاخراج قبل عود المال الى يده ، وقد اتفق الأصحاب على التصريح بأنه لا خلاف فيه • قال أصحابنا : فلو تلف المال بعد أحوال قبل عوده سقطت الزكاة على قول الوجوب لأنه لم يتمكن والتلف قبل التمكن يسقطها •

واعلم أن الخلاف فى الماشية المغصوبة هو فيما اذا كانت سائمة فى يد المالك والغاصب جميعا ، فان علفت فى يد أحدهما ففيه خلاف سنذكره ان شاء الله تعالى قريبا فى أول اسامة الغاصب وعلفه هل يؤثران ؟ قال أصحابنا فان قلنا بالقديم انقطع الحول بالغصب والضلال ونحوه ، فاذا عاد المال استأنف الحول ، وان قلنا بالجديد لم ينقطع • قال أصحابنا فلو كان له أربعون شاة فصعبت واحدة أو ضلت ثم عادت الى يده ، فان قلنا لا زكاة فى المغصوب استأنف الحول من حين عادت سواء عادت قبل تمام الحول أم بعده • وان قلنا تجب فى المغصوب بنى ان وجدها قبل انقضاء الحول ، وان وجدها بعده زكى الأربعين • قال أصحابنا : واذا أوجبنا الزكاة فى الأحوال الماضية فشرطه أن لا ينقص المال عن النصاب بما يجب للزكاة بأن يكون فى الماشية وقص [1] أو كان له مال آخر يفى بقدر الزكاة أما اذا كان المال نصابا

---

(١) شرح الامام النووى فى الفصول الآتية الوقص لغة وشرعا وأتى فيه من فيض علمه ما يشد به المرء يديه فجزاه الله خير الجزاء وقدس سره ونور ضريحه وجعلنا من حزبه آمين (ط)

فقط ومضت أحوال فقال الجمهور : لا تجب زكاة ما زاد على الحول الأول : لأن قول الوجوب هو الجديد • والجديد يقول بتعلق الزكاة بالعين فينقص النصاب من السنة الثانية ، فلا يجب شيء الا أن تتوالد بحيث لا ينقص النصاب • هذا قول الجمهور • ومنهم من أشار الى خلاف ، وهو يتخرج من الطريقة الجازمة بوجوب الزكاة فى المغصوب والله أعلم •

قال أصحابنا رحمهم الله : ولو دفن ماله فى موضع ثم نسيه ثم تذكره بعد أحوال أو حول فهو كما لو ضل ، فيكون على الخلاف السابق • هذا هو المشهور وفيه طريق آخر جازمة بالوجوب ولا يكون النسيان عذراً لأنه مفرط ، حكاه الرافعى ، ولا فرق عندنا بين دفنه فى داره وحرزه وغير ذلك ، والله أعلم •

(المسألة الثانية) اذا أسر رب المال وحيل بينه وبين ماشيته فطريقان ، ذكر المصنف دليلهما ، وهما مشهوران (أصحهما) عند الأصحاب القطع بوجوب الزكاة لنفوذ تصرفه •

(والثانى) أنه على الخلاف فى المغصوب ، قال الماوردى والمحاملى وغيرهما : هذا الطريق غلط ، قال أصحابنا : وسواء كان أسيرا عند كفار أو مسلمين •

(الثالثة) اللقطة فى السنة الأولى باقية على ملك مالكها فلا زكاة فيها على الملتقط ، وفى وجوبها على المالك الخلاف السابق فى المغصوب والضال ، ثم ان لم يعرّفها حولا فهكذا الحكم فى جميع السنين ، وان عرفها سنة بنى حكم الزكاة على أن الملتقط هل يملك اللقطة بمضى سنة التعريف ؟ أم باختيار التملك ؟ أم بالتصرف ؟ وفيه خلاف معروف فى بابه فان قلنا : يملك بانقضائها فلا زكاة على المالك ، وفى وجوبها على الملتقط وجهان ، وان قلنا يملك باختيار التملك وهو المذهب نظر — ان لم يتملكها — فهى باقية على ملك المالك ، وفى وجوب الزكاة عليه طريقان (أصحهما) عند الأصحاب أنه على القولين كالسنة الأولى (والثانى) لا زكاة قطعا لتسلط الملتقط على تملكها •

(وأما) اذا تملكها الملتقط فلا تجب زكاتها على المالك لخروجها عن ملكه ولكنه يستحق قيمتها فى ذمة الملتقط ، ففى وجوب زكاة القيمة عليه خلاف من وجهين •

(أحدهما) كونها دينا (والثانى) كونها مالا ضائعاً ، ثم الملتقط مديون بالقيمة ، فان لم يملك غيرها ففى وجوب الزكاة عليه الخلاف الذى سنذكره ان شاء الله تعالى من أن الدين هل يمنع وجوب الزكاة أم لا ؟ وان ملك غيرها شيئا يفى بالزكاة فوجهان مشهوران (الصحيح) باتفاق الأصحاب وجوب الزكاة اذا مضى عليه حول من حين ملك اللقطة ، لأنه ملك مضى عليه حول فى يد مالكه (والثانى) لا تجب لضعفه لتوقع مجىء المالك • قال أصحابنا : هما مبنيان على أن المالك اذا ظفر باللقطة بعد أن تملكها الملتقط هل له الرجوع فى عينها [1] ؟ أم ليس له الا القيمة ؟ فيه وجهان مشهوران ، فان قلنا : يرجع فى عينها فملك الملتقط ضعيف لعدم استقراره فلا زكاة والا وجبت ، مأا اذا قلنا : لا يملك الملتقط الا بالتصرف فلم يتصرف ، فهو كما اذا لم يتملك وقلنا لا يملك الا به ، والله أعلم •

(فرع) لو اشترى مالا زكويا فلم يقبضه حتى مضى حول فى يد البائع ، فالمذهب وجوب الزكاة على المشترى ، وبه قطع الجمهور لتمام الملك ، وقيل : لاتجب قطعا لضعفه وتعرضه للانفساخ ومنع تصرفه ، وقيل : فيه الخلاف فى المغصوب •

(فرع) لو رهن ماشية أو غيرها من أموال الزكاة وحال الحول فطريقان المذهب ــ وبه قطع الجمهور ــ وجوب الزكاة لتمام الملك ، وقيل : فيه الخلاف فى المغصوب • لامتناع التصرف ، والذى قاله الجمهور تفريع على المذهب ، وهو أن الدين لا يمنع وجوب الزكاة ، وفيه الخلاف المذكور فى الفصل بعده ، واذا أوجبنا الزكاة فى المرهون فمن أين يخرجها ؟ فيه كلام يأتى ان شاء الله تعالى فى باب زكاة الذهب والفضة •

---

(١) يعنى الرجوع على الملتقط بعين اللقطة أم الرجوع عليه بالقيمة ؟ لانها بعينها فى ذمة الملتقط مدة عام وبعد العام تكون دينا فى ذمته بقيمتها (ط) •

(فان كان له ماشية أو غيرها من أموال الزكاة ، وعليه دين يستغرقه أوينقص المال عن النصاب ، ففيه قولان (قال فى القديم) لا تجب الزكاة فيه ، لأن ملكه غير مستقر لأنه ربما أخذه الحاكم لحق الغرماء (وقال فى الجديد) تجب الزكاة فيه لأن الزكاة تتعلق بالعين ، والدين يتعلق بالذمة ، فلا يمنع احدهما الآخر كالدين وأرش الجناية ، وان حجر عليه فى المال ففيه ثلاث طرق : (احدها) ان كان المال ماشية وجبت فيه الزكاة ، لأنه قد حصل له نماؤه ، وان كان غيرها ففيل قولين كالمغصوب . (والثانى) تجب الزكاة فيه قولا واحدا لأن الحجر لا يمنع وجوب الزكاة ، كالحجر على السفيه والمجنون . (والثالث) وهو الصحيح أنه على قولين كالمغصوب ، لأنه حيل بينه وبينه ؛ فهو كالمغصوب ، وأما القول الأول : انه حصل له النماء من الماشية فلا يصح لأنه وان حصل النماء الا أنه ممنوع من التصرف فيه ، ومحول دونه ، و (القول الثانى) : لا يصح لأن حجر السفيه والمجنون لا يمنع التصرف ، لأن وليهما ينوب عنهما فى التصرف وحجر المفلس يمنع التصرف فافترقا) .

(الشرح) الدين هل يمنع وجوب الزكاة ؟ فيه ثلاثة أقوال (أصحها) عند الأصحاب ، وهو نص الشافعى رضى الله عنه فى معظم كتبه الجديدة : تجب (والثانى) لا تجب وهو نصه فى القديم وفى اختلاف العراقيين من كتبه الجديدة وذكر المصنف دليل القولين (والثالث) حكاه الخراسانيون أن الدين يمنع وجوب الزكاة فى الأموال الباطنية وهى الذهب والفضة وعروض التجارة ، ولا يمنعها فى الظاهرة وهى الزروع والثمار والمواشى والمعادن ، والفرق أن الظاهرة نامية بنفسها وبهذا القول قال مالك قال أصحابنا : وسواء كان الدين حالا أو مؤجلا كان من جنس المال أو من غيره ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور . وقال جماعة من الخراسانيين : القولان اذا كان ماله من جنس الدين ، فان خالفه وجبت قطعا وليس بشىء ، فالحاصل أن المذهب وجوب الزكاة سواء كان المال باطنا أو ظاهرا أم من جنس الدين أم غيره ، قال أصحابنا : سواء دين الآدمى ودين الله عز وجل ، كالزكاة السابقة ، والكفارة والنذر وغيرها .

وأما مسألة الحجر الذى ذكرها المصنف ، قال أصحابنا : اذا قلنا : الدين يمنع وجوب الزكاة فأحاطت برجل ديون ، وحجر عليه القاضى فله ثلاثة

أحوال (أحدها) يحجر ويفرق ماله بين الفرق الغرماء ، فيزول ملكه ولا زكاة (والثانى) أن يعين لكل غريم شيئا من ملكه ويمكنهم من أخذه فحال الحول قبل أخذه فالمذهب أنه لا زكاة أيضا ، وبه قطع الجمهور لضعف ملكه • وحكى الشيخ أبو محمد الجوينى وآخرون من الخراسانيين وجها أن وجوب الزكاة فيه يخرج على الخلاف فى المغصوب ، لأنه حيل بينه وبينه ، وقال القفال : يخرج على الخلاف فى اللقطة فى السنة الثانية ، لأنهم تسلطوا على ازالة ملكه تسلط الملتقط فى السنة الثانية بخلاف المغصوب ، والصحيح ما سبق عن الجمهور والفرق أن تسلط الغرماء أقوى من تسلط الملتقط لأنهم أصحاب حق على المالك ولأنهم مسلطون بحكم حاكم ، فكان تسليطهم مسنده ثبوت المال فى ذمة المالك ، وهو أقوى ؛ بدليل أنهم اذا قبضوه لم يرجع فيه المفلس بوجه ما ، بخلاف الملتقط فان للمالك اذا رجع أن يرجع فى عين اللقطة على أحد الوجهين •

(الحال الثانى) أن لا يفرق ماله ولا يعين لأحد شيئا ، ويحول الحول فى دوام الحجر ، وهذه هى الصورة التى أرادها المصنف ، وفى وجوب الزكاة هنا ثلاثة طرق ذكرها المصنف بدلائلها (أصحها) أنه على الخلاف فى المغصوب (والثانى) القطع بالوجوب (والثالث) القطع بالوجوب فى الماشية ، وفى الباقى الخلاف كالمغصوب ، والله أعلم •

(اذا ثبت هنا) فقد قال الشافعى رضى الله عنه فى المختصر : ولو قضى عليه بالدين وجعل لهم ماله حيث وجدوه قبل الحول ، ثم جاء الحول قبل أن يقبضه الغرماء ، لم يكن عليه زكاة ؛ لأنه صار لهم دونه قبل الحول ، فمن الأصحاب من حمله على الحالة الأولى ، ومنهم من حمله على الثانية • وقال الشافعى فى الحالة الثانية : وللغرماء أن يأخذوا الأعيان التى عينها لهم الحاكم حيث وجدوها ، فاعترض الكرخى عليه وقال : أباح الشافعى لهم نهب ماله ، فأجاب أصحابنا عنه فقالوا : هذا الذى توهمه الكرخى خطأ منه ، لأن الحاكم اذا عين لكل واحد عينا جاز له أخذها حيث وجدها ، لأنه يأخذها بحق والله أعلم •

(فـــرع) قال صاحب الحاوى وآخرون من الأصحاب : اذا أقر قبل الحجر بوجوب الزكاة عليه فان صدقه الغـرماء ثبتت ، وان كذبوه فالقول قوله مع يمينه لأنه أمين ، وحينئذ هل تقدم الزكاة أم الدين أم يستويان ؟ فيه الأقوال الثلاثة المشهورة فى اجتماع حق الله تعالى ودين الآدمى ، وان أقـر الزكاة بعد الحجر ففيه القولان المشهوران فى المحجور عليه اذا أقر بدين بعد الحجر ، هل يقبل فى الحال ويزاحم به الغرماء ؟ أم يثبت فى ذمته ولا تثبت مزاحمته ؟ .

(فـــرع) اذا قلنا : الدين يمنع الزكاة فقد ذكرنا أنه يستوى دين الله تعالى ودين الآدمى ، قال أصحابنا : فلو ملك نصابا من الدراهم أو الماشـية أو غيرهما فنذر التصدق بهذا المال أو بكذا من هذا المال فمضى الحول قبل التصدق فطريقان أصـحهما القطع يمنع الزكاة ، لتعلق النـذر بعين المال . (والثانى) أنه على الخلاف فى الدين ، ولو قال جعلت هذا المال صدقة أو هذه الأغنام ضحايا أو لله على أن أضحى بهذه الشاة ، وقلنا : يتعين التضحية بهذه الصيغة فالمذهب أنه لا زكاة قطعا . وطرد امام الحرمين وبعضهم فيـه الخلاف . قال الامام : والظاهر أنه لا زكاة لأن ما جعل صدقة لا تبقى فيه حقيقة ملك بخلاف الصورة السابقة ، فانه لم يتصدق ، وانما التزم التصدق ، ولو نذر التصدق بأربعين شاة أو بمائتى درهم ولم يضف الى دراهمه وشياهه فهذا دين نذر فان قلنا : دين الآدمى لا يمنع فهـذا أولى ، والا فوجهـان (أصحهما) عند امام الحرمين لا يمنع ، لأن هذا الدين لا مطالبة به فى الحال فهو أضعف ، ولأن النذر يشبه التبرعات ، فان الناذر مخير فى ابتداء نذره فالوجوب به أضعف ، ولو وجب عليه الحج ، وتم الحول على نصاب فى ملكه قال امام الحرمين والغزالى : فيه الخلاف المذكور [فى] مسألة النذر قبله ، والله أعلم .

(فـرع) اذا قلنا : الدين يمنع الزكاة ففى علته وجهان (أصحهما) وأشهرهما ــ وبه قطع كثيرون أو الأكثرون ــ ضعف الملك لتسلط المستحق (والثانى) أن مستحق الدين تلزمه الزكاة ، فلو أوجبنا على المديون أيضا

لزم منه تثنية الزكاة فى المال الواحد ، وفرّع أصحابنا الخراسانيون على العلتين مسائل :

(احداها) لو كان مستحق الدين ممن لا زكاة عليه كالذمى والمكاتب ، فعلى الوجه الأول لا تجب وعلى الثانى تجب لزوال العلة الثانية •

(الثانية) [1] ولو أنبتت أرضه نصابا من الحنطة ، وعليه مثله سَلَما ، أو كان الدين حيوانا بأن ملك أربعين شاة سائمة وعليه أربعون سلما ، فعلى الأول لا تجب ، وعلى الثانى تجب • (الثالثة) لو ملك نصابا • والدين الذى عليه دون نصاب ، فعلى الأول لا تجب وعلى الثانى تجب • قال الرافعى : كذا أطلقوه ، ومرادهم اذا لم يملك صاحب الدين غيره من دين أو عين فلو ملك ما يتم به النصاب لزمه الزكاة باعتبار هذا المال • هكذا رتب هذه الصور جماعة من الأصحاب ، وقطع الأصحاب ، وقطع الأكثرون فيها بما يقتضيه الأول ، ولو ملك مالا لا زكاة فيه كعقار وغيره وجبت الزكاة فى النصاب الزكوى على هذا القول أيضا وعلى المذهب وبه قطع كثيرون ، وفى وجه أنها لا تجب بناء على علة التثنية حكاه امام الحرمين وغيره • ولو زاد المال الزكوى على الدين نظر ان كان الفاضل نصابا وجبت فيه الزكاة وفى الباقى القولان • وان كان دون نصاب لم تجب على هذا القول لا فى قدر الدين ولا فى الفاضل •

(فرع) اذا ملك أربعين شاة فاستأجر من يرعاها فحال حولها فان استأجره بشاة معينة من الأربعين مختلطة بباقيها وجبت شاة ، على الراعى منها جزء من أربعين جزءاً والباقى على المستأجر ، وان كانت منفردة فلا زكاة على واحد منهما ان استأجره بشاة فى الذمة فان كان للمستأجر مال آخر غيرها وجبت الزكاة فى الأربعين والا فعلى القولين فى أن الدين هل يمنع وجوبها ؟

(فرع) ملك نصابين زكويين كنصاب بقر ونصاب غنم وعليه دين فان لم يكن الدين من جنس ما يملكه قال البغوى : يوزع عليهما فان خص

---

(١) فى ش و ق و ط ذكر (أحدها) وبعدها (الثالثة) وسقطت الثانية ونظر لانه انتقل من استحقاق الدين ممن لا زكاة عليه الى قوله : ولو أنبتت أرضه لذا رأينا أنها مسألة اخرى وسقط منها كلمة (الثانية) فأثبتناها (ط) .

كل واحد ما ينقص به عن النصاب فلا زكاة فى واحد منهما على قولنا : الدين يمنع الزكاة (وقال) أبو القاسم الكرخى بالخاء المعجمة وابن الصباغ : يراعى الأغبط للمساكين كما أنه لو ملك مالا آخر غير زكوى صرفنا الدين اليه رعاية للفقراء ، وحكى عن ابن سريج مثله وهو الأصح وان كان الدين من جنس أحد المالين فان قلنا الدين يمنع الزكاة فيما هو من غير جنسه ، فالحكم كما لو لم يكن من جنس أحدهما وان قلنا لا يؤثر فى غير الجنس اختص بالجنس .

(فرع) المال الغائب ، ان لم يقدر عليه لانقطاع الطريق أو انقطاع خبره ، فكالمغصوب ــ وقيل : تجب الزكاة قطعا ــ ولا يجب الاخراج بالاتفاق حتى يصل اليه ، وان كان مقدورا عليه وجب اخراج زكاته فى الحال ويخرجها فى بلد المال ، وان أخرجها فى غيره ففيه خلاف نقل الزكاة المذكورة فى قسم الصدقات . هذا اذا كان المال مستقرا فى بلد فان كان سائراً لا يخرج زكاته حتى يصله فاذا وصله زكى ما مضى بالاتفاق . وقد ذكر المصنف المسألة فى باب زكاة الذهب والفضة وسنعيدها هناك ان شاء الله تعالى .

(فرع) اذا باع مالا زكويا قبل تمام الحول بشرط الخيار فتم فى مدة الخيار ، أو اصطحبا فى مدة خيار المجلس فتم فيها الحول ، بنى على أن ملك المبيع فى مدة الخيار لمن ؟ فان : قلنا للبائع فعليه زكاته وان قلنا للمشترى فلا زكاة على البائع ، ويبتدىء المشترى حولا من وقت الشراء . وان قلنا : موقوف فان تم البيع كان للمشترى والا فللبائع وحكم الحالين ما سبق . هكذا ذكره الأصحاب ولم يتعرضوا للبناء المذكور .

(قال) امام الحرمين : الا صاحب التقريب فانه قال : وجوب الزكاة على المشترى يخرج على القولين فى المغصوب بل أولى لعدم استقرار الملك ، وهذا اذا كان الخيار لهما أما اذا كان للمشترى وحده ، وقلنا : الملك له فملكه ملك زكاة ، زكاة بلا خلاف لكمال ملكه وعلى قياس هذه الطريقة يجرى الخلاف فى جانب البائع أيضاً اذا قلنا الملك له وكان الخيار للمشترى وقد حكى البندنيجى طريقة صاحب التقريب عن بعض الأصحاب ، قال أصحابنا :

فان كانت الزكاة على البائع فأخرجها من موضع آخر استقر البيع ولا خيار للمشترى وان أخرجها من عين المبيع بطل البيع فى قدرها ، وفى الباقى خلاف تفريق الصفقة ، وان لم نبطله فللمشترى الخيار فى فسخ البيع والله أعلم .

(فـــرع) اذا أحرز الغانمون الغنيمة فينبغى للامام تعجيل قسمتها ويكره له تأخيرها من غير عذر وقد ذكر المصنف هذا فى قسم الغنيمة (قال) أصحابنا : فاذا قسم فكل من أصابه مال زكوى وهو نصاب أو بلغ مع غيره من ملكه نصابا ابتدأ حوله من حينئذ ولو تأخرت القسمة بعذر أو بلا عذر حتى مضى حول فهل تجب الزكاة ؟ ينظـــر ان لم يختـــاروا التمليك فلا زكاة لأنها غير مملوكه فملكها فى نهاية من الضعف يســـقط بالأعراض وللامام فى قسمتها أن يخص بعضهم ببعض الأنواع ، أو بعض الأعيان ان اتحد النوع ولا يجوز هذا فى سائر القسم الا بالتراضى وان اختاروا التملك ومضى حول من حين وقت الاختيار نظر ــ ان كانت الغنيمة أصنافا ــ فلا زكاة ، سواء كانت مما تجب الزكاة فى جميعها أو بعضها لأن كل واحد لا يدرى ما يصيبه وكم نصيبه وان لم تكن الا صنف زكوى وبلغ نصيب كل واحد نصـــابا فعليهم الزكاة وان بلغ مجموع أنصبائهم نصابا ونقص نصيب كل واحد عن نصاب وكانت ماشية وجبت الزكاة وهم خلطاء وكذا لو كانت غير ماشـــية وأثبتنا الخلطة فيه . فان كانت أنصباؤهم ناقصة عن النصاب ولا تبلغ نصابا الا بالخمس فلا زكاة عليهم لأن الخلطة مع أهل الخمس لا تثبت لأنه لا زكاة فيه بحال لكونه لغير معين فأشبه مال بيت المال والمساجد والربط . هـــذا حكم الغنيمة على ما ذكره الجمهور من العراقيين والخراسانيين وهو المذهب وفيه وجه قطع به البغوى أنه لا زكاة قبل افراز الخمس بحال ، ووجه أنه تجب الزكاة فى حال عدم اختيار التملك وهما شاذان مردودان .

قال امام الحرمين والغزالى : ان قلنـــا الغنيمة لا تملك قبل القسمة فلا زكاة ، وان قلنا : تملك فثلاثة أوجه « أحـــدها » لا زكاة لضـــعف الملك « والثانى » تجب لوجود الملك « والثالث » ان كان فيها ما ليس زكويا فلا زكاة والا وجبت ، والمذهب ما قدمنا عن الجمهور والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا تجب الزكاة الا فى السائمة من الابل والبقر والغنم ، لما روى أن ابا بكر الصديق رضى الله عنه كتب كتاب الصدقة ، وفيه : « فى صدقة الغنم فى سائمتها اذا كانت أربعين فيها صدقة » وروى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « فى الابل السائمة فى كل أربعين بنت لبون » ولأن العوامل والمعلوفة لا تقتنى للنماء فلم تجب فيها الزكاة ، كثياب البدن وأثاث الدار ، وان كان عنده سائمة فعلفها نظرت ـ فان كان قدرا يبقى الحيوان دونه ـ لم يؤثر ، لأن وجوده كعدمه ، وان كان قدرا لا يبقى الحيوان دونه سقطت الزكاة لأنه لم يوجد تكامل النماء بالسوم . وان كان عنده نصاب من السائمة ففصبه غاصب وعلفه ففيه طريقان (أحدهما) أنه كالمغصوب الذى لم يعلفه الغاصب ، فيكون على قولين ، لأن فعل الغاصب لا حكم له بدليل أنه لو كان له ذهب فصاغه الغاصب حليا لم تسقط الزكاة عنه (والثانى) أنه تسقط الزكاة قولا واحدا وهو الصحيح ، لأنه لم يوجد شرط الزكاة وهو السوم فى جميع الحول ،فصار كما لو ذبح الغاصب شيئا من النصاب شيئا من النصاب ، ويخالف الصياغة ، فان صياغة الغاصب محرمة فلم يكن لها حكم ، وعلفه غير محرم فثبت حكمه كعلف المالك . وان كان عنده نصاب من المعلوفة فاسامها الغاصب ففيه طريقان :

(احدهما) أنها كالسائمة المغصوبة ، وفيها قولان لأن السوم قد وجد فى حول كامل ولم يفقد الا قصد المالك ، وقصده غير معتبر بدليل أنه لو كان له طعام فزرعه الغاصب وجب فيه العشر ، وان لم يقصد المالك الى زراعته (والثانى) لا تجب فيه الزكاة قولا واحدا لأنه لم يقصد الى اسامته فلم تجب فيه الزكاة ، كما لو رتعت الماشية لنفسها ، ويخالف الطعام فانه لا يعتبر فى زراعته القصد ، ولهذا لو تبدد له طعام فنبت وجب فيه العشر والسوم يعتبر فيه القصد ، ولهذا لو رتعت الماشية لنفسها لم تجب فيها الزكاة) .

(الشرح) حديث أبى بكر الصديق رضى الله عنه رواه البخارى ، وهو حديث طويل يشتمل على معظم أحكام زكاة المواشى ، ولفظ رواية البخارى « وصدقة الغنم فى سائمتها اذا كانت أربعين الى عشرين ومائة شاة » وفى رواية لأبى داود « وفى سائمة الغنم اذا كانت أربعين ففيها شاة » وقد فرق المصنف هذا الحديث فى الكتاب فذكر فى كل موطن قطعة منه ، وكذا فرقه البخارى فى صحيحه ، وقد سبق فى مقدمة هذا الشرح أن مثل هذا التفريق جائز على المذهب الصحيح ، وهذا المفهوم الذى فى التقييد بالسائمة حجة عندنا ، والسائمة هى التى ترعى وليست معلوفة ، والسوم الرعى ، ويقال سامت الماشية تسوم سوماً ، وأسمتها أى أخرجتها الى المرعى . ولفظ

السائمة يقع على الشاة الواحدة ، وعلى الشياه الكثيرة • وحديث بهز بن حكيم تقدم بيانه فى آخر الباب الذى قبل هذا ، وكأن المصنف أراد بذكر حديث بهز بعد حديث أبى بكر الصديق رضى الله عنه بيان أن سائمة الابل ورد فيها نص لأن الأول ليس فيه ذكر السوم فى الابل ، ثم ان البقر ملحقة بالغنم والابل اذ لا فرق ، والله أعلم •

(أما احكام الفصل) ففيه مسائل :

(احداها) لا تجب الزكاة عندنا فى الماشية الا بشرط كونها سائمة • فان علفت فى معظم الحول ليلاً ونهاراً فلا زكاة بلا خلاف وان علفت قدراً يسيرا بحيث لا يتمول ففيه خمسة أوجه : الأربعة الأولى حكاها امام الحرمين وغيره (أصحها) وبه قطع المصنف والصيدلانى وكثيرون من الأصحاب : ان علفت قدرا تعيش بدونه وجبت الزكاة • وان كان قدراً لا يبقى الحيوان دونه لم تجب • قالوا : والماشية تصبر اليومين ولا تصبر الثلاثة • هكذا ضبطه صاحب الشامل وآخرون • قال امام الحرمين : ولا يبعد أن يلحق الضرر البين بالهلاك على هذا الوجه • (والوجه الثانى) من الخمسة ان علفت قدرا يعد مؤنة بالاضافة الى رفق الماشية فلا زكاة ، وان كان حقيراً بالنسبة اليه وجبت ، وقيل : ان هذا الوجه رجع اليه أبو اسحاق المروزى بعد أن كان يعتبر الأغلب • قال الرافعى : فسر الرفق بدنها ونسلها وأصوافها وأوبارها • ويجوز أن يقال المراد رفق اسامتها • (والوجه الثالث) لا يؤثر العلف وتسقط به الزكاة الا اذا زاد على نصف السنة ، وهو محكى عن أبى على ابن أبى هريرة تخريجا من أحد القولين فى المسقى بماء السماء ، والنضح على قول اعتبار الغالب ، وهذا مذهب أحمد • وقال امام الحرمين : على هذا لو استويا ففيه تردد ، والظاهر السقوط ، والمشهور الجزم بالسقوط على هذا الوجه اذا تساويا (والرابع) كل متمول من العلف وان قل يسقط الزكاة فان أسيمت بعده استأنف الحول (والخامس) حكاه البندنيجى وصاحب الشامل أنه يثبت حكم العلف بأن ينوى علفها ويعلفها ولو مرة واحدة • قال الرافعى : لعل الأقرب تخصيص هذا الوجه بما اذا لم يقصد بعلفه شيئا ، فان قصد به قطع السوم انقطع الحول لا محالة ، كذا ذكره

صاحب العدة أبو المكارم وغيره ولا أثر لمجرد نية العلف ، ولو أسميت فى كلأ مملوك فهل هى سائمة أو معلوفة ؟ فيه وجهان حكاهما صاحب البيان (أصحهما) [1] .

(المسألة الثانية) السائمة اذا كانت عاملة كالابل التى يحمل عليها أو كانت نواضح ، والبقر التى يحرث عليها ففيها وجهان (الصحيح) وبه قطع المصنف والجمهور : لا زكاة فيها لما ذكره المصنف [2] (والثانى) تجب فيها الزكاة ، حكاه جماعات من الخراسانيين وقطع به الشيخ أبو محمد فى كتابه مختصر المختصر كغير العوامل لوجود السوم ، وكونها عاملة زيادة انتفاع لا يمنع الزكاة ، بل هى أولى بالوجوب ، والمذهب الأول ، والله أعلم .

(المسألة الثالثة) هل يعتبر القصد فى العلف والسوم ؟ فيه وجهان مشهوران فى كتب وذكرهما جماعة من العراقيين ، يختلف الراجح منهما باختلاف الصور المفرعة عليهما (منها) أنها لو اعتلفت السائمة بنفسها القدر المؤثر ففى انقطاع الحول وجهان (أصحهما) وبه قطع المصنف والأكثرون الانقطاع لفوات شرط السوم ، فأشبه فوات سائر شروط الزكاة، فانه لا فرق بين فوتها قصداً أو اتفاقا ، ولو سامت بنفسها فطريقان (أصحهما) أنها على الوجهين أصحهما لا زكاة (والثانى) تجب (والطريق الثانى) لا تجب قطعا ، وبه قطع المصنف وآخرون لعدم الفعل ولو أسامها بلا نية فالصحيح وجوب الزكاة لظواهر الأحاديث وحصول الرفق مع فعله ، ولو علفها لامتناع الرعى بالثلج وقصد ردها الى الاسامة عند الامكان فوجهان (أصحهما) ينقطع الحول لفوات الشرط (والثانى) لا ، كما لو لبس ثوب تجارة بغير نية القنية فانه لا تسقط فيه الزكاة بالاتفاق .

---

(١) بياض بالأصل فليحرر ش قلت : ولعل السقط سائمة لان سومها فى كلأ مملوك لا يلحقها بالمعلوفة ولا يسقط الزكاة ولان الكلأ لو ملكه الناس وابطلنا السوم لتعطلت فريضة الزكاة والله أعلم (ط) .

(٢) قال محمد نجيب المطيعى : رأيت فى طبقات ابن السبكى عن شيخه تقى الدين أبى الفتح السبكى : رأيت فى القطعة التى عملها شيخنا تقى أبو الفتح شرحاً على التنبيه فى باب الزكاة ان السائمة اذا كانت عاملة فالذى يظهر عنده ما صححه البغوى من وجوب الزكاة فيها بحصول الرفق بالاسامة وزيادة فائدة الاستعمال ؛ خلافا للرافعى والنووى ، حيث صححا أنه لا زكاة فيها . ثم تكلم أبو الفتح على ما رواه الدارقطنى من حديث على رضى الله عنه مرفوعا : (ليس فى العوامل

(الرابعة) لو غصب سائمة فعلفها فان قلنا لا زكاة فى المغصوب فهنا أولى ، والا فثلاثة أوجه ، الصحيح عند المصنف والجمهور لا زكاة لفوات الشرط (والثانى) تجب على المالك لأن فعله كالعدم (والثالث) ان علفها بعلف من ماله وجبت والا فلا • ولو غصب معلوفة وأسامها فطريقان حكاهما المصنف والأصحاب (أصحهما) عند الأصحاب لا زكاة قولا واحدا لعدم فعله فصار كما لو رتعت بنفسها (والثانى) أنه على القولين فى المغصوبة ، كما لو غصب حنطة وبذرها يجب العشر فيما تنبت بلا خلاف ، فان أوجبناها فهل تجب على الغاصب لأنها مؤنة وجبت بفعله أم على المالك لأن نفع خفة المؤنة عائد اليه ؟ فيه وجهان حكاهما البغوى وغيره ، فان قلنا : عن المالك ففى رجوعه بها على الغاصب طريقان • (أحدهما) القطع بالرجوع ، وبه قطع المتولى وغيره ، لأن وجوبها كان بفعله وأشهرهما على وجهين (أصحهما) الرجوع (والثانى) عدمه ، فان قلنا يرجع فهل يرجع قبل اخراج الزكاة أم بعده ؟ فيه وجهان (أصحهما) بعده ، واستبعد الرافعى ايجاب الزكاة على الغاصب ابتداء ، لكونه غير مالك • قال : والجارى على قياس المذهب أن الزكاة ان أوجبت كانت على المالك ، ثم يغرم له الغاصب ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا تجب الا فى نصاب ، لأن الأخبار وردت فى ايجاب الزكاة فى النصب على ما نذكرها فى موضعها ان شاء الله تعالى ؛ فدل على انها لا تجب فيما دونها ؛ ولأن مادون النصاب لا يحتمل المواساة فلم تجب فيه الزكاة ، وان كان عنده نصاب فهلك منها واحد او باعه انقطع الحول ، فان نتج له واحد او رجع اليه ما باعه استأنف الحول • وان نتجت واحدة ثم هلكت واحدة لم ينقطع الحول ، لأن الحول لم يخل من نصاب • وان خرج بعض الحمل من الجوف ثم هلك واحد من النصاب قبل انفصال الباقى انقطع الحول ، لأن ما لم يخرج لجميع لا حكم له ؛ فيصير كما لو هلك واحد ثم نتج واحد) •

(الشرح) قوله « نتج » بضم النون وكسر التاء ومعناه ولد ، واتفق الأصحاب وغيرهم من العلماء على أن الزكاة فى المواشى لا تجب فيما دون

الصدقة) وضعفه واجاد فى تعليله . قال : والذى عمله أبو الفتح من شرح التنبيه حسن جداً حافل جامع مع غاية الاختصار ، فقد اكثر فيه النقل عن الشيخ الوالد وزينه بمحاسن شرح المنهاج الخ •

نصاب ، ونقل ابن المنذر وغيره الاجماع فيه ، ودليله مع الاجماع ما ذكره المصنف . وان نقص من النصاب واحد قبل الحول فزال ملكه عنه ببيع أو هبة أو موت أو غير ذلك انقطع لما ذكره المصنف ، فان نتج له واحد أو عاد ملكه فيما زال عنه فى الحال استأنف الحول بلا خلاف ، وان نتجت ثم هلكت أخرى لم ينقطع الحول لما ذكره المصنف ، ولو ولدت واحدة وهلكت أخرى من النصاب فى حالة واحدة لم ينقطع الحول بالاتفاق ، لأنه لم يخل من نصاب . ولو شك هل كان التلف والولادة فى حالة واحدة أم سبق التلف ؟ لم ينقطع الحول لأن الأصل بقاء الملك وبقاء الحول ، صرح به صاحب البيان وغيره ، وكان يحتمل أن يخرج فيه خلاف من تعارض الأصلين، فان الأصل أيضا براءته من الزكاة ، ولو اختلف الساعى والمالك ، فقال المالك هذا النتاج بعد الحول ، وقال الساعى قبله ، أو قال حصل من نفس النصاب . وقال المالك : بل بسبب مستقل فالقول قول المالك لأن الأصل براءته ، فان اتهمه الساعى حلفه ، وهل اليمين مستحبة أم واجبة ؟ فيه الخلاف ، ذكر المصنف نظائره فى قسم الصدقات وسنوضحه هناك ان شاء الله تعالى .

قال أصحابنا رحمهم الله تعالى : والاعتبار فى النتاج بالانفصال ، فلو خرج بعض الجنين ثم الحول قبل انفصاله فلا حكم له ، لما ذكره المصنف .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا تجب الزكاة فيه حتى يحول عليه الحول ، لأنه روى ذلك عن ابى بكر وعثمان وعلى رضى الله عنهم ، وهو مذهب فقهاء المدينة وعلماء الأمصار ، ولأنه لا يتكامل نماؤه قبل الحول فلا تجب فيه الزكاة ، فان باع النصاب فى اثناء الحول او بادل به نصابا آخر انقطع الحول فيما باع ، وان مات فى أثناء الحول ففيه قولان (أحدهما) ينقطع الحول لأنه زال ملكه عنه فصار كما لو باعه . (والثانى) لا ينقطع ، بل يبنى الوارث على حوله ، لأن ملك الوارث مبنى على ملك المورث ، ولهذا لو ابتاع شيئا معيبا فلم يرد حتى مات قام وارثه مقامه فى الرد بالعيب) .

(الشرح) هذا المذكور عن أبى بكر وعثمان وعلى رضى الله عنهم صحيح عنهم ، رواه البيهقى وغيره ، وقد روى عن على وعائشة رضى الله

عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا زكاة فى مال حتى يحول عليه الحلول » وانما لم يحتج المصنف بالحديث لأنه حديث ضعيف ، فاقتصر على الآثار المفسرة • قال البيهقى : الاعتماد فى اشتراط الحول على الآثار الصحيحة ، فيه عن أبى بكر الصديق وعثمان وابن عمر وغيرهم رضى الله عنهم ، قال العبدرى : أموال الزكاة ضربان • (أحدهما) ما هو نماء فى نفسه كالحبوب والثمار ، فهذا تجب الزكاة فيه لوجوده (والثانى) ما هو مرصد للنماء كالدراهم والدنانير وعروض التجارة والماشية فهذا يعتبر فيه الحول فلا زكاة فى نصابة حتى يحول عليه الحول ، وبه قال الفقهاء كافة ، قال : وقال ابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهم : تجب الزكاة فيه يوم ملك النصاب ، قال : فاذا حال الحول وجبت زكاة ثانية والله أعلم •

وأما قول المصنف : وان باع النصاب فى أثناء الحول أو بادل به انقطع الحول فيما باع ، هكذا هو فى كل النسخ : (انقطع الحول فيما باع) وهو ناقص ، ومراده انقطع الحول فيما باع وفيما بادل به ، ولا فرق بينهما بلا خلاف من أصحابنا • واتفقت نصوص الشافعى والأصحاب على أن بقاء الماشية فى ملكه حولا كاملا شرط الزكاة ، فلو زال الملك فى لحظة من الحول ثم عاد انقطع الحول ، واستأنف الحول من حين يجدد الملك ، ولو بادل بماشيته ماشية من جنسها أو من غيره استأنف كل واحد منهما الحول على ما أخذه من حين المبادلة وكذا لو بادل الذهب بالذهب والفضة بالفضة استأنف الحول ان لم يكن صيرفيا يبدلها للتجارة ، وكذا ان كان صيرفيا على الأصح • وقد ذكر المصنف المسألة فى باب زكاة التجارة وسنوضحها هناك ان شاء الله تعالى • هذا كله فى المبادلة الصحيحة أما الفاسدة فلا ينقطع الحول ، سواء اتصل بالقبض أم لا ، لأن الملك باق • فلو كانت سائمة وعلفها المشترى • قال البغوى : هو كعلف الغاصب • وفى قطع الحول الوجهان (الأصح) يقطع : قال ابن كج : وعندى أنه يقطع قولا واحداً لأنه مأذون له • فهو كالوكيل بخلاف الغاصب ولو باع معلوفة بيعا فاسداً فأسامها المشترى فهو كاسامة الغاصب •

(أما) اذا باع النصاب أو بادل به قبل تمام الحول ــ ووجد المشترى به عيبا قديما ــ فينظر ان لم يمض عليه حول من حين الشراء • فله الرد بالعيب • فاذا رد استأنف المردود عليه الحول من حين الرد ، سواء رد قبل القبض أم بعده • وان مضى حول من حين الشراء ،ووجبت فيه الزكاة نظر ــ ان لم يخرجها بعد ــ فليس له الرد ، سواء قلنا : الزكاة تتعلق بالعين أو بالذمة ، لأن للساعى أن يأخذ الزكاة من عينها لو تعذر أخذها من المشترى • وهذا عيب حادث يمنع الرد ولا يبطل حق الرد بالتأخير الى أداء الزكاة ، لأنه غير متمكن منه قبله ، وانما يبطل الرد بالتأخير مع التمكن من الرد • قال أصحابنا : ولا فرق فى ذلك بين عروض التجارة والماشية التى تجب زكاتها من غير جنسها • وهى الابل ، ما لم تبلغ خمسة وعشرين • وبين سائر الأموال • وفى كلام ابن الحداد تجويز الرد قبل اخراج الزكاة وغلطوه فيه ، قال الرافعى : وأثبته الأصحاب وجها ؟ •

وان أخرج الزكاة نظر ــ ان أخرجها من موضع آخر ــ بنى جواز الرد على أن الزكاة تتعلق بالعين أم بالذمة ؟ فان قلنا : بالذمة ، والمال مرهون به فله الرد كما لو رهن ما اشتراه ثم انفك الرهن ووجد به عيبا • وانقلنا : ان الزكاة تتعلق بالعين ــ والمساكين شركاء ــ فهل له الرد ؟ فيه طريقان (أحدهما) وهو الصحيح عند الشيخ أبى على السنجى وقطع به كثير من الخراسانيين : له الرد (والثانى) وبه قطع العراقيون والصيدلانى وغيره من الخراسانيين أنه على وجهين (أصحهما) له الرد • وهما كما لو اشترى شيئا وباعه وهو جاهل بعيبه • ثم اشتراه أو ورثه هل له رده ؟ وسيأتى فيه خلاف فى كتاب البيوع ان شاء الله تعالى •

وحكى الرافعى وجها : أنه ليس له الرد على غير قول الشركة أيضاً ، لأن ما أخرجه من الزكاة قد يظهر مستحقا فيأخذ الساعى من نفس النصاب • قال : ومنهم من خص الوجه بقدر الزكاة وجعل الزائد على قولى تفريق الصفقة وهذا الوجه شاذ ضعيف • وان أخرج الزكاة من نفس المال فان كان الواجب من جنس المال أو من غير جنسه فباع منه بقدر الزكاة فهل له الرد ؟ فيه ثلاثة أقوال •

(أحدها) وهو المنصوص فى الزكاة ليس له الرد • وهذا اذا لم نجوز تفريق الصفقة وعلى هذا هل يرجع بالأرش ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يرجع ان كان المخرج فى يد المساكين ، لأنه قد يعود الى ملكه فيرد الجميع • وان كان تالفا رجع به (والثانى) يرجع مطلقا وهو الأصح وظاهر النص ، لأن نقصانه كعيب حدث • ولو حدث عيب رجع بالأرش ولم ينتظر زوال العيب•

(والقول الثانى) يرد الباقى بحصته من الثمن • وهذا اذا جوزنا تفريق الصفقة •

(والقول الثالث) يرد الباقى ، وقيمه المخرج فى الزكاة • ويسترد كل الثمن ليحصل به غرض الرد ولا تتبعض الصفقة • ولو اختلفا فى قيمة المخرج على هذا القول فقال البائع : ديناران وقال المشترى : ينار فقولان وقيل : وجهان • (أحدهما) القول قول المشترى : لأنه غارم (والثانى) قول البائع لأن ملكه ثابت على الثمن • ولا يسترد منه الا ما أقر به • وحكم الاقالة حكم الرد بالعيب فى جميع ما ذكرناه (أما) اذا باع النصاب فى أثناء الحول بشرط الخيار وفسخ البيع • فان قلنا الملك فى زمن الخيار للبائع أو موقوف ؟ بنى على حوله • وان قلنا : للمشترى استأنف البائع الحول بعد الفسخ ، والله أعلم •

(فـــرع) اذا مات فى أثناء الحول [1] وانتقل المال الى وارثه هـل يبنى على الحول ؟ فيه القولان اللذان ذكرهما المصنف • وهما مشهوران (أصحهما) باتفاقهم لا يبنى بل يستأنف حولا من حين انتقل اليه الملك • وهذا نصه فى الجديد (والثانى) وهو القديم أنه يبنى على حول الميت لأنه يقوم مقامه فى الرد بالعيب وغيره • واحتجوا للجديد بأنه زال ملكه كما لو باعه • وفرقوا بينه وبين الرد بالعيب بأن الرد حق للمال ، فانتقل الى صاحب المال • والزكاة حق فى المال • وحكى الرافعى طريقا آخر قاطعاً بأنه لا يبنى ،

---

(1) نقل ابن الرفعة فى كتاب الحج من الكفاية عن الابانة للفورانى حكاية قول : ان من مات وعليه حج وكان قد تمكن من فعله لا يحج عنه الا اذا كان اقد وصى به كمذهب أبى حنيفة ، وقال القاضى حسين تفريعا عليه : انه يعتبر من الثلث ثم قال : وهكذا اذا مات وعليه زكاة منهم من يجعل فى اخراجها بغير وصية قولين ، قلت وقد رأيت الابانة وقد حكى فيها القول فى الحج ولم أره حكى جريانه فى الزكاة . هكذا أفاده التاج فى الطبقات الكبرى (ط) .

وأنكروا القديم ، والمذهب أنه لا يبنى فعلى هذا ان كان الموروث مال تجارة لم ينعقد الحول عليه حتى يتصرف الوارث بنية التجارة : وان كان سائمة ، ولم يعلم الوارث الحال حتى حال الحول ، فهل يلزمه الزكاة أم يبتدىء الحول من وقت علمه ؟ فيه وجهان بناء على أن قصد السوم هل يشترط ؟ وقد سبق بيانه .

(فرع) لو ارتد فى أثناء الحول ــ ان قلنا : يزول ملكه بالردة ــ انقطع الحول ، فان أسلم استأنف ، وفيه وجه أنه لا ينقطع ، بل يبنى كما بنى الوارث على قول حكاه [1] [ ] والرافعى وان قلنا : والرافعى وان قلنا : لا يزول فالحول مستمر وعليه الزكاة عند تمامه ، وان قلنا : موقوف فان هلك على الردة تبينا الانقطاع من وقت الردة ، وان أسلم تبينا استمرار الملك .

(فرع) قال أصحابنا : لا فرق فى انقطاع الحول بالمبادلة والبيع فى أثناء الحول بين من يفعله محتاجاً اليه وبين من قصد الفرار من الزكاة ، ففى الصورتين ينقطع الحول بلا خلاف ، ولكن يكره الفرار كراهة تنزيه ، وقيل حرام وليس بشىء وسنوضح المسألة ان شاء الله تعالى فى باب زكاة الثمار حيث ذكرها المصنف .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان عنده نصاب من الماشية ثم استفاد شيئاً آخر من جنسه ببيع أو هبة [أو ارث [2] نظرت] فان لم يكن المستفاد نصاباً فى نفسه ، ولا كمل به النصاب الثانى ، لم يكن له حكم لأنه لا يمكن أن يجعل تابعا للنصاب الثانى فيجعل له قسط من فرضه ، لأنه لم يوجد النصاب الثانى بعد . ولا يمكن أن يجعل من النصاب الذى عنده لأن ذلك انفرد بالحق [3] . ووجب فيه الفرض قبل أن يمضى الحول على المستفاد ، فلا يمكن أن يجعل له قسط من فرضه فسقط حكمه . وان كان يكمل به النصاب الثانى بأن يكون عنده ثلاثون من البقر ثم اشترى فى أثناء الحول عشرا [وحال] الحول على النصاب ، وجب

---

(١) بياض بالأصل فليحرر ش قلت ولعل السقط هنا صاحب البيان والشيخ أبو نصر بن الصباغ فى الشامل . لان هذا القول قد ذكراه (ط) .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من ش و ق (ط) .

(٣) فى النسخة المطبوعة من المهذب الحول بدل الحق (ط) .

فيه تبيع ، واذا [حال] الحول على المستفاد وجب فيه ربع مسنة لأنه تم به نصاب [المسنة] ولم يمكن ايجاب المسنة لان الثلاثين لم تثبت فيها حكم الخلطة مع العشرة فى حول كامل ، فانفردت بحكمها ووجب فيها فرضها ، والعشرة ثبت لها الخلطة فى حول كامل فوجب فيها بقسطها ربع مسنة . وان كان المستفاد نصابا ولا يبلغ النصاب الثانى وذلك يكون فى صدقة الغنم بان يكون اربعون شاة ، ثم يشترى فى أثناء الحول اربعين ، فان الأربعين الأولى يجب فيها شاة لحولها ، وفى الأربعين الثانية ثلاثة أوجه (احدها) يجب عليه فيها لحولها شاة لأنه نصاب منفرد بالحول ؛ فوجب فيه فرضه كالأربعين الأولى (والثانى) يجب فيها نصف شاة لأنها لم تنفك عن خلطة الأربعين الأولى فى حول كامل ؛ فوجب فيها بقسطها من الفرض وهو نصف شاة (والثالث) لا يجب شىء [فيها] (١) وهو الصحيح لأنه انفرد الأول عنه بالحول ، ولم يبلغ [النصاب] الثانى فجعل وقصا بين نصابين فلم يتعلق به فرض) .

(**الشرح**) قال أصحابنا رحمهم الله : المال المستفاد فى أثناء الحول بشراء أو هبة أو وقف أو نحوها مما يستفاد لا من نفس المال لا يجمع الى ما عنده فى الحول بلا خلاف ويضم اليه فى النصاب على المذهب وبه قطع المصنف والجمهور ، وفيه وجه أنه لا يضم اليه ، حكاه أصحابنا عن ابن سريج كما لا يضم فى الحول والصحيح الأول وسيأتى دليله والفرق بين الضم الى الحول أو النصاب فى أول الفرع الآتى لأبى الحسن المسلمى الدمشقى ان شاء الله تعالى . هذه جملة مسائل الفصل .

(وأما) تفصيلها فقال أصحابنا : ان كان المستفاد دون نصاب ولا يبلغ النصاب الثانى فلا حكم له ، ولا يتعلق به فرض بلا خلاف ، ولا يجىء فيه القولان فى الوقص ودليله ما ذكره المصنف . وان كان دون نصاب ويبلغ النصاب الثانى بأن ملك ثلاثين بقرة ستة أشهر ثم اشترى عشرة فعليه عند تمام حول الثلاثين تبيع وعند تمام حول العشرة ربع مسنة ، فاذا جاء حول ثان للثلاثين لزمه لها ثلاثة أرباع مسنة واذا تم حول ثان للعشرة لزمه ربع مسنة وهكذا أبداً هذا هو المذهب وعلى قول ابن سريج لا ينعقد حول العشرة حتى يتم حول الثلاثين ثم يستأنف حول الجميع ، ودليل المذهب ما ذكره المصنف .

---

(١) كل ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق (ط) .

ولو ملك عشرين بعيراً ستة أشهر ثم اشترى عشرة لزمه عند تمام حول العشرين أربع شياه وعند تمام حول العشرة ثلث بنت مخاض فاذا جاء حول ثان على العشرين ففيها ثلثا بنت مخاض واذا تم حول ثان على العشرة ففيها ثلث بنت مخاض وهكذا يزكى أبداً وعند ابن سريج عليه أربع شياه عند تمام حول العشرين ، ولا يقول هنا : لا ينعقد الحول على العشرة حتى ينفسخ حول العشرين ، لأن العشرة من الابل نصاب بخلاف العشر من البقر ، ولو كانت المسألة بحالها واشترى خمسا فاذا تم حول العشرين فعليه أربع شياه فاذا تم حول الخمس فعليه خمس بنت مخاض واذا تم الحول الثانى على الأصل فأربعة أخماس بنت مخاض وعلى هذا القياس وعند ابن سريج فى العشرين أربع شياه أبداً عند تمام حولها وفى الخمس شاة أبداً • وحكى جماعة من أصحابنا وجها أن الخمس لا تجرى فى الحول حتى يتم حول الأصل ثم ينعقد الحول على جميع المال ، وهذا الوجه طردوه فى الصورة السابقة فى العشر والله أعلم •

(وأما) اذا كان المستفاد نصابا ولا يبلغ النصاب الثانى ولا يتصور ذلك الا فى الغنم بأن يكون عنده أربعون شاة ثم ملك فى أثناء الحول أربعين بشراء أو غيره فقد ذكر المصنف أنه يجب فى الأربعين الأولى شاة وفى الثانية أوجه أصحهما عنده لا شىء فيها (والثانى) فيها شاة (والثالث) نصفها وذكر أدلتها ، ثم قال المصنف فى أواخر هذا الفصل : اذا ملك أربعين فى أول المحرم وأربعين فى أول صفر وأربعين فى أول شهر ربيع ففيه قولان (قال فى القديم) يجب فى الجميع شاة فى كل أربعين ثلثها (وقال فى الجديد) يجب فى الأولى شاة عند تمام حولها ، وفى الثانية وجهان (أحدهما) يجب فيها شاة عند تمام حولها (والثانى) نصف شاة • وفى الثالثة وجهان (أحدهما) تجب فيها شاة (والثانى) ثلث شاة هذا كلام المصنف وهو مشكل من وجهين (أحدهما) كونه جعل حكم المسألتين مختلفا ، وليس هو بمختلف عند الأصحاب (والثانى) كونه حكى فى المسألة الأولى وجهاً أنه لا يجب فى الأربعين المستفادة شىء ، وادعى أنه الأصح وهذا الوجه غير معروف فى كتب الأصحاب فضلا عن كونه الأصح ، وانما الصواب فى المسألتين على ما قاله

أصحابنا فى طريقى العراقيين والخراسانيين أن المسألة الأولى وهى اذا ملك أربعين ثم ملك فى أثناء الحول أربعين فيها القولان القديم والجديد وهما المعروفان فى باب الخلطة أن الخلطة فى بعض الحول هل تؤثر ؟ قال فى القديم : تؤثر وفى الجديد : لا تؤثر فعلى القديم يجب فى كل أربعين نصف شاة وفى الجديد يلزمه للأربعين الأولى شاة فى الحول الأول وفى الأربعين الثانية على الجديد وجهان « أصحهما » نصف شاة ، « والثانى » شاة (والوجه الثالث) الذى ادعى المصنف صحته : أن لا شىء فيها ، غريب غير معروف .

(وأما المسألة الثانية) وهى اذا ملك فى المحرم أربعين ثم فى صفر أربعين ثم فى شهر ربيع أربعين « فعلى القديم » يجب فى الجميع شاة فى كل أربعين ثلثها عند تمام حولها « وفى الجديد » يجب فى الأربعين الأولى شاة عند كمال حولها ، وفى الأربعين الثانية وجهان « أصحهما » يجب فيها عند تمام حولها نصف شاة (والثانى) شاة ، وفى الأربعين الثالثة وجهان « أصحهما » ثلث شاة « والثانى » شاة . هذا كلام الأصحاب فى المسألتين . وأما كلام المصنف فقد قال صاحب البيان فى مشكلات المهذب ان قيل : ما الفرق بين المسألتين ؟ وهلا كان فى المسألة الأولى قولان كالثانية ؟ وهلا كان فى الأربعين الثانية والثالثة فى المسألة الثانية ثلاثة أوجه كالأولى ؟ فالجواب أنه ذكر الأولى تفريعاً على الجديد الأصح . وأما الأربعون الثانية فى المسألة الثانية فلا يمتنع أن يكون فيها أربعة أوجه (أحدها) يجب فيها ثلث شاه (والثانى) نصفها وهذان الوجهان اللذان ذكرهما المصنف (والثالث) شاه. ذكره الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وغيرهما (والرابع) لا شىء فيها . وهو الوجه الذى صححه المصنف فى الأربعين الثانية فى المسألة الأولى ، لأن المعنى الذى اعتمده فى دليل هذا الوجه فى المسألة الأولى موجود هنا ، وكذا يكون فى الأربعين الثالثة فى المسألة الثانية ثلاثة أوجه (أحدها) شاة (والثانى) ثلثها (والثالث) لا شىء . هذا كلام صاحب البيان ، وهذا الذى قاله هو الظاهر .

(**فرع**) صنف الامام أبو الحسن [1] على بن المسلم محمد

---

(١) المسلم بتشديد اللام المفتوحة . وهو أبو الحسن السلمى الفقيه الفرضى قال فيه ابن السبكى : جمال الاسلام أحد مشايخ الشام الأعلام توفى ساجدا فى صلاة الفجر فى ذى القعدة سنة

[بن على] بن الفتح بن على السلمى الدمشقى من متأخرى أصحابنا جزءاً فى مسألة سئل عنها وهى : رجل ملك فى أول المحرم بعيراً وفى اليوم الثانى منه بعيراً وفى الثالث بعيراً ، وهكذا الى أن تكامل له ثلاثمائة وستون بعيراً فى ثلاثمائة وستين يوما وأسامها كلها من حين ملك واحداً منها ، قال : وهذه المسألة تبنى على أصول للشافعى رضى الله عنه •

(منها) أن المستفاد من جنس المال فى أثناء الحول يضم الى ما عنده فى النصاب ، ولا يضم فى الحول ، لأن الضم فى الحول اما لأنه متولد من ماله فيتبعه فى الحول لأنه ملك بملك الأصل وتولد منه ، فيتبعه كالسخال المستولدة فى أثناء الحول ، واما لأنه متفرع منه كربح مال التجارة ، والمستفاد بملك جديد ليس مملوكا بما ملك به ما عنده ولا تفرع عنه ، فلم يضم اليه فى الحول بخلاف الضم فى النصاب لأن مقصود النصاب أن يبلغ المال حدا يحتمل المواساة ، وهو بكثرة المال بخلاف الحول فان مقصوده ارفاق المالك •

(الأصل الثانى) أن الخلطة فى بعض الحول هل تؤثر ؟ فيه قولان القديم : تؤثر والجديد : لا •

(الثالث) اذا ثبت لبعض المال حكم الانفراد فى بعض الحول ولبعضه حكم الخلطة فى جميعه ، فعلى القديم يغلب حكم الخلطة فى الجميع ، وعلى الجديد يفرد كل مال بحكمه فيجب فى الأول زكاة انفراد ثم خلطة • وحكى وجه أنه لا يثبت حكم الخلطة لواحد من المالين ، لأن الأول لم يرتفق بخلطة الثانى فلا يرتفق الثانى بالأول •

(الرابع) أن المستفاد فى أثناء الحول اذا كان عند المستفيد نصاب ثلاثة أضرب (أحدها) أن يكون المستفاد نصاب ، ولا يبلغ النصاب الثانى فلا زكاة فيه (الثانى) أن يكون دون نصاب ويتم به نصاب بأن كان له ثلاثون بقرة فاستفاد عشراً ، فاذا تم حول الثلاثين وجب فيها تبيع ، واذا تم حول العشر وجب فيها ربع مسنة (الثالث) أن يكون نصابا ولا يبلغ النصاب

---

٥٣٢ وحكى أن الغزالى قال بعد خروجه من الشام : خلفت بالشام شابا ان عاش كان له شأن يعنى جمال الاسلام ، فكان كما قد تفرس فيه (ط) •

الثانى كمن عنده أربعون شاة ثم ملك أربعين قد سبق حكمها ، والخلاف فيها قريبا •

عدنا الى مسألتنا فلما ملك الأبعرة الأربعة لم ينعقد الحول فلما ملك الخامس انعقد وكلما ملك بعيراً بعده ضم الى ما قبله فى النصاب لا الحول وينعقد حوله حين ملكه ، فاذا جاء اليوم الخامس من المحرم الآتى كمل حول الخمس ، وقد ثبت لها حكم الانفراد فى بعض الحول ، فعلى القديم تغلب الخلطة فيجب فى الخمس ثمن بنت لبون ، لأنها مخالطة لثلاثمائة وخمس وخمسين ، وواجبها تسع بنات لبون فى كل أربعين بنت لبون ففى الخمس ثمنها ، وعلى الجديد يجب فيها شاة تغليبا للانفراد وأما الزيادة على الخمس ففى اليوم السادس من المحرم الآتى كمل حول البعير السادس ،وفى السابع وفى الثامن الثامن ، وفى التاسع التاسع ، والأربع وقص بين نصابين ، فظاهر المذهب أنه لا زكاة فيها لأنها زيادة على نصاب ولم تبلغ النصاب الثانى وهى دون نصاب ، ولا يمكن ضمها الى النصاب الأول لأنها ملكت بعده • ولا يبنى ذلك على القولين فى أن الوقص عفو أم يتعلق به الوجوب ؟ لأن الوجوب تعلق بالخمسة قبل حول الوقص فلا تجب فيه زكاة قبل حوله ولأن على أحد القولين يبسط واجب النصاب عليه وعلى الوقص ، ولا يجب فرض آخر قطعا فلا معنى للبناء هنا • ويجىء على القديم احتمال الوجوب فى الوقص هنا على ما سنذكره •

ثم فى اليوم العاشر ويتم به النصاب الثانى ، فعلى القديم يجب فيه ثمن بنت لبون كما سبق ، وعلى الجديد شاة ولا أثر لخلطتها بما قبلها ، لأن واجب كل خمس شاة مع وجود الخلطة وعدمها ، ثم لا شىء فى الزيادة حتى يكمل حول البعير الخامس عشر ، فيجب حينئذ فى الخمسة على القديم ثمن بنت لبون وعلى الجديد شاة ، وكذلك الى كمال العشرين فيجب فى الخمسة الرابعة على القديم ثمن بنت لبون ، وعلى الجديد شاة • ثم اذا كمل حول البعير الخامس والعشرين فقد وجد نصاب بنت مخاض وقد أدى زكاة العشرين، ففى الخمسة الزائدة على القديم ثمن بنت لبون ، وعلى الجديد خمس بنت مخاض لأنها لم تنفك عن مخالطة العشرين التى قبلها فى جميع الحول ، وعلى

الوجه السابق فى الأصل الثالث لا يثبت للخمسة حكم الخلطة فيجب فيها شاة ، ثم الوقص من خمسة وعشرين الى خمسة وثلاثين لا زكاة فيه ؛ فاذا كمل حول السادس والثلاثين فقد وجد نصاب بنت لبون ، وقد زكى خمسة وعشرين وبقى أحد عشر لم يزكها ، فعلى القديم تجب زكاة الخلطة لكل المال فيجب فى الأحد عشر أحد عشر جزءاً من أربعين جزءاً من بنت لبون ؛ وهو ربع بنت لبون وربع عشرها • وعلى الجديد وجهان (أحدهما) يجب أحد عشر جزءاً من ستة وثلاثين جزءاً من بنت لبون (والثانى) يجب شاتان فى العشرة الزائدة ، والصواب الأول •

ثم لا يجب شىء حتى يكمل حول البعير السادس والأربعين ، فعلى القديم يجب فى العشر التى فوق ستة وثلاثين ربع بنت لبون على مقتضى خلطة جملة المال ، وعلى الجديد عشرة أجزاء من ستة وأربعين جزءاً من حقه ولا تفريع على الوجه الثانى من الجديد ، ثم لا شىء فيما زاد حتى يكمل حول البعير الحادى والستين ، وبينهما خمسة عشر بعيراً ، فعلى القديم يجب فيها ثلاثة أثمان بنت لبون ، وعلى الجديد خمسة عشر جزءاً من أحد وستين جزءاً من جذعة ثم لا شىء فى الزيادة حتى يكمل حول البعير السادس والسبعين وبينهما خمسة عشر بعيرا ، فعلى القديم يجب فيها ثلاثة أثمان بنت لبون ، وعلى الجديد خمسة عشر جزءاً من ستة وسبعين جزءاً من بنتى لبون ، ثم لا شىء حتى يكمل حول البعير الحادى والتسعين وبينهما خمسة عشر بعيراً ، فعلى القديم يجب فيها ثلاثة أثمان بنت لبون ، وعلى الجديد خمسة عشر جزءاً من احدى وتسعين جزءاً من حقتين ثم لا شىء حتى يكمل حول الحادى والعشرين بعد المائة وبينهما ثلاثون ، فعلى القديم يجب ثلاثة أرباع بنت لبون ، وعلى الجديد ثلاثون جزءاً من مائة واحدى وعشرين جزءاً من ثلاث بنات لبون •

فاذا زادت على مائة واحدى وعشرين ففى كل أربعين بنت لبون ، وفى كل خمسين حقة ، والثمانية التى بين مائة واحدى وعشرين ومائة وثلاثين لا شىء فيها ، فاذا كمل حول مائة وثلاثين فواجبها حقة وبنتا لبون ، فعلى القديم يجب فى التسعة ثمن بنت لبون وعشرها ، وعلى الجديد التسعة

مخالطة لمائة واحدى وعشرين فى حول كامل ، فيجب فى التسعة تسعة أجزاء من مائة وثلاثين جزءاً من حقة وبنتى لبون ، ثم كلما كمل حول عشرة وجب بحساب ذلك القدر ، فعلى القديم يجب ربع بنت لبون فى كل عشرة الى آخر الابل ، وعلى الجديد تضم العشرة الى ما قبلها ، ويجب فى العشرة حصتها من فرض الجميع ؛ فاذا كمل حول مائة وأربعين ففى العشرة على القديم ربع بنت لبون ، وعلى الجديد واجب المائة والأربعين حقتان وبنت لبون ، ففى العشرة سبع حقة ونصف سبع بنت لبون ، فاذا كمل حول عشرة أخرى ففى القديم فيها ربع بنت لبون ، وفى الجديد خمس حقة ، فاذا كمل حول مائة وستين ففى العشرة على القديم ربع بنت لبون ، وفى الجديد كذلك ، فاتفق القولان •

فاذا كمل حول مائة وسبعين ففى العشرة الزائدة على القديم ربع بنت لبون ، وعلى الجديد جزء من سبعة عشر جزءاً من حقة وثلاث بنات لبون • فاذا كمل حول مائة وثمانين ففى العشرة الزائدة على القديم ربع بنت لبون • وعلى الجديد تسع حقة وتسع بنت لبون ، فاذا كمل حول مائة وتسعين ففى العشرة على القديم ربع بنت لبون وعلى الجديد جزء من تسعة عشر جزءاً من ثلاث حقاق وبنت لبون • فاذا كمل حول مائتين ففيها أربع حقاق أو خمس بنات لبون • فعلى المذهب يختار الساعى الأغبط للمساكين • وقيل قولان (ثانيهما) تتعين الحقاق فعلى القديم واجب العشرة ربع بنت لبون وعلى الجديد ان قلنا : تجب الحقاق أو كانت الأغبط وجب خمس حقة والا فربع بنت لبون ، وحينئذ يتفق القولان • وكلما حال حول عشرة فعلى قياس ما ذكرناه والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما اذا كان عنده نصاب من الماشية فتوالدت فى اثناء الحول حتى بلغ النصاب الثانى ضمت الى الأمهات فى الحول وعدت معها اذا تم حول الأمهات . واخرج عنها وعن الأمهات زكاة المال الواحد . لما روى عن عمر رضى الله عنه انه قال ((أعتدّ عليهم بالسخلة التى يروح بها الراعى على يديه)) وعن على رضى الله عنه أنه قال ((عُدّ الصغار مع الكبار)) ولأنه من نماء النصاب وفوائده . فلم ينفرد [عنه] بالحول ، وان تماوتت الأمهات وبقيت الأولاد وهى نصاب لم

ينقطع الحول فيها . فاذا تم حول الأمهات وجبت الزكاة فيها . وقال أبوالقاسم ابن يسار الأنماطى : اذا لم يبق نصاب من الأمهات انقطع الحول لأن السخال تجرى فى حول الأمهات بشرط ان تكون الأمهات نصاباً وقد زال هذا الشرط فوجب أن ينقطع الحول ، والمذهب الأول . لأنها جملة جارية فى الحول هلك بعضها ولم ينقص الباقى عن النصاب فلم ينقطع الحول كما لو بقى نصاب من الأمهات . وما قاله أبو القاسم ينكسر بولد أم الولد فانه ثبت له حق الحرية بثبوته للأم ثم يسقط حق الأم بالموت ولا يسقط حق الولد . وان ملك رجل فى أول المحرم اربعين شاة وفى أول صفر اربعين وفى أول شهر ربيع الأول اربعين وحال الحول على الجميع ففيه قولان . قال فى القديم : تجب فى الجميع شاة ، فى كل اربعين ثلثها ، لأن كل واحدة من الأربعينات مخالطة للثمانين فى حال الوجوب ، فكان حصتها ثلث شاة ، وقال فى الجديد تجب فى الأولى شاة لأنه ثبت لها حكم الانفراد فى شهر ، وفى الثانية وجهان (أحدهما) يجب فيها شاة لأن الأولى لم ترتفق بخلطتها فلم ترتفق هى (والثانى) أنه تجب فيها نصف شاة ، لأنها خليطة الأربعين من حين ملكها ، وفى الثالثة وجهان (أحدهما) أنه تجب فيها شاة ، لأن الأولى والثانيـة لم ترتفقـا بخلطتهـا ، فلم ترتفق هى (والثانى) تجب فيها ثلث شاة ، لأنها خليطة ثمانين من حين ملكها ، فـكان حصتها ثلث شاة) .

(الشرح) هذا الأثر عن عمر رضى الله عنـه ، رواه مالك فى الموطأ والشافعى باسنادهما الصحيح (وأما) قوله : الأمهات فهى لغـة قليـلة ، والفصيح فى غير الآدميات : الأمات بحذف الهاء ، وفى الآدميات الأمهات ، ويجوز فى كل واحد منهما ما جاز فى الآخر ، وقـد أوضـحته بدلائله فى التهذيب (وقوله) عد الصغار عليهم هو ــ بفتح الدال وكسرها وضمها ــ وكذا ما أشبهه مما هو مضعف مضموم الأول كشـد ومد وقـد الحبـل (وقوله) ينكسر بولد أم الولد ، قال أهل الجدل : الكسر قريب من النقض، فاذا استدل المستدل على حكم بعلة فوجدت تلك العلة فى موضع آخر . ولم يوجد معها ذلك الحكم قيل للمستدل هذه العلة منتقضة بكذا . فان لم توجد تلك العلة . ولكن معناها فى موضع آخر قيل له : هذه العلة منكسرة بكذا (مثالهما) رجل له ابنان وابن ابن . وهب لأحد ابنيه شيئاً . فقيل له : لم وهبت له ؟ فقال : لأنه ابنى فقيـل له : ينتقض عليك بابنك الآخـر وينكسر **بابن ابنك** .

---

(١) فى نسخة الركبى (أبو القاسم بن بكار) بدل يسار (ط) .

وأما الأنماطى ــ بفتح الهمزة ــ منسوب الى الأنماط • وهى جمع نمط وهو نوع من البسط والأنماطى هذا هو أبو القاسم عثمان بن سعـ تفقه على المزنى • وتفقه عليه ابن سريج ونسبه المصنف الى جده اعتد عليهم بالسخلة وهو ــ بفتح الدال ــ على الأمر وهو خطا لعامله سفيان بن عبد الله أبى ربيعة الثقفى الطائفى أبى عمرو وكان على الطائف وهو صحابى • والسخلة اسم يقع على الذكر والأنثى الغنم ساعة ما تضعه الشاة ضأناً كانت أو معزاً • والجمع سخال شهر ربيع الأول هو بتنوين ربيع بالاضافة ويقال شهر ربيع الأول شهر ربيع الآخر وشهر رمضان ولا يقال فى غير هذه الثلاثة شهر كذا وانما يقال المحرم وصفر وجمادى ورجب وشعبان وكذا الباقى •

(أما أحكام الفصل) فقال أصحابنا : يضم النتـاج الى الأمات فى الحول وتزكى لحولها ويجعل كأنه موجود معها فى جميع الحول بشرطين •

(أحدهما) أن يحدث قبل تمام الحول سواء كثرت البقية من الحـول أم قلت فلو حدث بعد الحول وبعد التمكن من الأداء لم يضم اليها فى الحول الأول بلا خلاف ، وانما يضم فى الثانى • وان حدث بعد الحول وقبل التمكن لم يضم فى الحول الماضى على المذهب وبه قطع الجمهور ، وقيل : فى صحته قولان (أصحهما) لا يضم ، وهذا الطريق ذكره المصنف فى الفصـل الذى بعد هذا ، وقطع به الماوردى والبندنيجى وآخرون •

(الشرط الثانى) أن يحدث النتاج بعد بلوغ الأمات نصاباً • فلو ملك دون نصاب فتوالدت وبلغه ابتدأ الحول ومن حين بلغه • وهذا لا خلاف فيه• واذا وجد الشرطان فمات بعض الأمات بقى نصاب النتـاج بحـول الأمات بلا خلاف • وان ماتت الأمات كلها أو بعضها وبقى منها دون نصاب فثلاثة أوجه (الصحيح) الذى قطع به الجمهور من المصـنفين وقال به جمهـور المتقدمين : يزكى النتاج بحول الأمات • فاذا بلغ هو نصاباً أو مع ما بقى من الأمات زكاة • (والثانى) يزكيه بحول الأمات بشرط بقاء شىء منها ولو واحدة فان لم يبق منها شىء فلا زكاة فيه بل يبتدأ حوله من حين وجوده

(والثالث) يزكيه بحول الأمات بشرط أن يبقى منها نصاب ولو بقى دونه فلا زكاة فى الجميع بل يبدأ حول الجميع من حين بلغ نصابا • وهذا الوجه حكاه غير المصنف عن الأنماطى • دليل الجميع مفهوم من الكتاب •

قال أصحابنا : وفائدة ضم النتاج الى الأمات انما تظهر اذا بلغت به نصابا آخر بأن ملك مائة شاة فولدت احدى وعشرين فتضم • ويجب شاتان فلو تولد عشرون فقط لم يكن فيه فائدة والله أعلم • هذا ما يتعلق بمسألة النتاج (وأما) قوله : وان ملك رجل فى أول المحرم أربعين شاة وفى أول صفر أربعين الى آخره فسبق بيانه قريبا والله أعلم •

(فرع) فى مذاهب العلماء رحمهم الله فى السخال المستفادة فى أثناء الحول

قد ذكرنا أن مذهبنا أنها تضم الى أمهاتها فى الحول • بشرط كونها متولدة من نصاب فى ملكه قبل الحول • وحكى العكبرى عن الحسن البصرى وابراهيم النخعى أنهما قالا : لا تضم السخال الى الأمات بحال بل حولها من الولادة • وقال أبو حنيفة تضم السخال الى النصاب • سواء كانت متولدة منه أم اشتراها • وتزكى بحوله • وقال مالك : اذا كان عنده عشرون من الغنم فولدت فى أثناء الحول وبلغت نصابا زكى الجميع من حين • ملك الأمات • وان استفادة السخال من غير الأمات لم يضم • وعن أحمد رواية كمالك • ورواية كمذهبنا ، وقال الشعبى وداود : لا زكاة فى السخال تابعة ولا مستقلة ، ولا ينعقد عليها حول لأن اسم الشاة لا يقع عليها غالبا ، كذا نقلوا عنهما الاستدلال ، أى بالأثر • واحتج أصحابنا [1] •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا ملك النصاب وحال عليه الحول ، ولم يمكنه الأداء ففيه قولان (قال فى القديم) لا تجب الزكاة قبل امكن الأداء ، فعلى هذا تجب الزكاة بثلاثة شروط : الحول ، والنصاب وامكان الأداء والدليل عليه أنه لو هلك المال لم يضمن زكاته فلم تكن الزكاة واجبة كما قبل الحول (وقال فى الاملاء) تجب ، وهو الصحيح فعلى هذا تجب الزكاة بشرطين : الحول والنصاب ـ وامكان الأداء شرط فى الضمان لا فى الوجوب ، والدليل عليه أنه لو كانت الزكاة غير

(١) لم يذكر الشارح دليل الأصحاب فى الاحتجاج كما نرى (ط) •

واجبة لما ضمنها بالاتلاف كما قبل الحول ، فلما ضمن الزكاة بالاتلاف [بعد الحول] (١) دل على أنها واجبة فان كان معه خمس من الابل [و] هلك منها واحدة بعد الحول وقبل امكان الأداء (فان قلنا) [ان] امكان الأداء شرط فى الوجوب سقطت الزكاة ، لأنه نقص المال عن النصاب قبل الوجوب ، فصار كما لو هلك قبل الحول ، وان قلنا : انه ليس بشرط فى الوجوب وانما هو شرط فى الضمان سقط من الفرض خمسة ، ووجب اربعة أخماسه . وان كان عنده نصاب فتوالدت بعد الحول وقبل امكان الأداء ففيه طريقان (أحدهما) انه يبنى على القولين فان قلنا : امكان الأداء شرط فى الوجوب ضم الأولاد الى الأمهات ، فاذا أمكنه الأداء زكى الجميع وانقلنا : شرط فى الضمان لم يضم لأنه (٢) حصل الأولاد بعد الوجوب ، فمن أصحابنا من قال : فى المسألة قولان من غير بناء على القولين (أحدهما) تضم (٣) الأولاد الى ما عنده لقول عمر رضى الله عنه : ((اعتد عليهم بالسخلة التى يروح بها الراعى على يديه)) والسخلة التى يروح بها الراعى على يديه لا تكون الا بعد الحول ؛ واما ما تولد قبل الحول فانه بعد الحول يمشى بنفسه (والثانى) وهو الصحيح لا يضم الى ما عنده (٤) [لأنه الزكاة قد وجبت فى الأمهات والزكاة لا تسرى الى الولد لأنها لو سرت بعد الوجوب لسرت بعد الامكان لأن الوجوب فيه مستقر وحال استقرار الوجوب آكد من حال الوجوب فاذا لم تسر الزكاة اليه فى حال الاستقرار فلالا تسرى قبل الاستقرار أولى) .

(الشرح) حديث عمر سبق بيانه قريبا ، وأنه صحيح وسبق بيان حقيقة السخلة قال أصحابنا : اذا حال الحول على النصاب فامكان الأداء شرط فى الضمان بلا خلاف ، وهل هو شرط فى الوجوب ؟ فيه قولان مشهوران (أصحهما) باتفاق الأصحاب أنه ليس بشرط فى الوجوب ، وانما هو شرط فى الضمان نص عليه فى الاملاء من كتبه الجديدة (والثانى) أنه شرط نص عليه فى الأم والقديم ، وهو مذهب مالك ودليلهما فى الكتاب . واحتجوا أيضا للقديم بالقياس على الصلاة والصوم والحج فان التمكن فيها شرط لوجوبها . واحتجوا للأصح أيضا بأنه لو تأخر الامكان مدة بعد

---

(١) ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق (ط) .

(٢) فى بعض نسخ المهذب (فصل) بدل (حصل) (ط) .

(٣) فى بعض النسخ (يضم المستفاد الخ) (الخ) .

(٤) هذه القطعة برمتها ساقطة من الطبعتين السابقتين (ط) .

انقضاء الحول فان ابتداء الحول الثانى يحسب من تمام الأول من الامكان • قال أصحابنا وهذا لا خلاف فيه ، وقد سبق فى أواخر الباب الأول بيان كيفية امكان الأداء وما يتعلق به ويتفرع عليه •

قال أصحابنا : وقولنا امكان الأداء شرط فى الضمان معناه يضمن من الزكاة بقدر ما بقى من النصاب فلو هلك النصاب كله بعد الحول وقبل امكان الأداء فلا شيء على المالك بلا خلاف كما ذكر المصنف لأنا ان قلنا : الامكان شرط فى الوجوب فلم يصادف وقت الوجوب مالا • وان قلنا : شرط فى الضمان فلم يبق شيء يضمن بقسطه ، فلو حال الحول على خمس من الابل فتلف واحد قبل الامكان فلا زكان على التالف بلا خلاف ، وأما الأربعة فان قلنا الامكان شرط [فى الوجوب فلا شيء فيها وان قلنا شرط] فى الضمان فقط وجب أربعة أخماس شـاة ولو تلف أربعة فعلى الأول لا شيء ، وعلى الثانى يجب خمس شاة ، ولو ملك ثلاثين بقرة فتلف خمس منها بعد الحول وقبل الامكان فعلى الأول لا شيء عليه وعلى الثانى يجب خمسة أسداس تبيع ، ولو تم الحول على تسع من الابل فتلف أربعة قبل الامكان فان قلنا : التمكن شرط فى الوجوب وجب شاة ، وان قلنا : شرط فى الضمان والوقص عفـو فكذلك ، وان قلنا : يتعلق الفـرض بالجميع فالصحيح الذى قطع به الجمهور يجب خمسة أتساع شاة ، وقال أبو اسحاق : يجب شاة كاملة ، وسيأتى بيان وجه أبى اسحاق • هذا ودليله فى أوائل الباب الذى بعد هـذا فى مسألة الأوقاص هل هى عفو ؟ أم لا ؟ ان شاء الله تعالى •

ولو كانت المسألة بحالها فتلف خمس فان قلنـا : الامكان شرط فى الوجوب فلا شيء عليه ، وان قلنا : شرط فى الضمان والوقص عفو وجب أربعة أخماس شاة وان قلنا : ليس بعفو فأربعة أتساع شاة ولا يجيء وجه أبى اسحاق • ولو ملك ثمانيين شاة فتلف بعـد الحول وقبـل الامكان أربعون ، فان قلنا : التمكن شرط فى الوجوب أو الضمان ، والوقص عفو فعليه شاة ، وان قلنا : يتعلق بالجميع فنصف شاة ، وعلى وجه أبى اسحاق شاة كاملة ، ولو ملك خمسا وعشرين بعيرا فتلف بعد الحول وقبل الامكان

خمس ــ فان قلنا : الامكان شرط فى الوجوب ــ لزمه أربع أشياء ، والا فأربعة أخماس بنت مخاض • وأما اذا كان عنده نصاب فتوالدت بعد الحول وقبل الامكان ، ففيها طريقان ذكرهما المصنف بدليلهما ، وفيها طريق ثالث ، أنه لا يجب شيء فى المتولد ــ قولا واحدا ــ وقد سبق بيان هذا كله فى الفصل الذى قبل هذا ، والمذهب أنه لا يضم النتاج الى[1] الأمهات فى هذا الحول بل يبدأ حولها من حين ولادتها والله أعلم •

وأما قول المصنف : لو كانت الزكاة غير واجبة لما ضمنها بالاتلاف ، فمعناه أن رب المال لو أتلف المال بعد الحول وقبل امكان الأداء لم تسقط عنه الزكاة بلا خلاف لتقصيره بالاتلاف بخلاف ما اذا أتلف باقية فانه لا يضمن لأنه لا تقصير (وأما) اذا أتلفه غير المالك فان قلنا : التمكن شرط فى الوجوب لم تجب الزكاة ، وان قلنا : شرط فى الضمان ــ وقلنا : الزكاة تتعلق بالذمة ــ فلا زكاة أيضا ، وان قلنا : تتعلق بالعين انتقل حق الفقراء الى القيمة ، كما لو قتل المرهون أو الجانى •

(وأما) قوله : التفريع فيما اذا هلك بعض النصاب قبل التمكن سقطت الزكاة فمعناه لم تجب : وليس هو سقوطا حقيقيا ، وهذا كثير يستعمله الأصحاب نحو هذا الاستعمال ووجهه أنه لما كان سبب الوجوب موجودا ثم عرض مانع الوجوب صار كمسقط ما وجب فسمى سقوطا مجازا ، والله أعلم •

فرع فى مذاهب العلماء فى امكان الأداء

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه شرط فى الضمان على الأصح ، فان تلف المال بعد ضمن الزكاة ، وان تلف قبله فلا ، وقال أحمد : يضمن فى الحالين ، والتمكن عنده ليس بشرط فى الوجوب ولا فى الضمان وقال أبو حنيفة : اذا تلف بعد التمكن لم يضمن الا أن يطالبه الامام أو الساعى فيمنعه • ومن أصحابنا من قال : لا يضمن وان طولب وقال مالك : اذا ميز الزكاة عن ملكه وأخذها ليسلمها الى الفقراء فتلفت فى يده بلا تفريط لم يضمن

---

(١) سبق ترجيح الأمهات جمع أم من الانسان والأمات جمع أم من الحيوان (ط) .

وسقطت عنه ، وقال داود : ان تلفت بلا تعد سقطت الزكاة ، وان منعها كان ضامنا بالتلف ، وان تلف بعض المال سقط من الزكاة بقسطه دليلنا القياس على دين الآدمى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ وهل تجب الزكاة فى العين أو فى الذمة ؟ فيه قولان ، قال فى القديم : تجب فى الذمة والعين مرتهنة بها ، ووجهه انها لو كانت واجبة فى العين لم يجز ان يعطى حق الفقراء من غيرها ، كحق المضارب والشريك ، وقال فى الجديد : تجب فى العين وهو الصحيح ، لانه حق يتعلق بالمال يسقط بهلاكه ، فتعلق بعينه كحق المضارب (فان قلنا) انها تجب فى العين وعنده نصاب وجبت فيه الزكاة فلم يؤد حتى حال عليه حول آخر لم يجب فى الحول الثانى زكاة ، لان الفقراء ملكوا من النصاب قدر الفرض ، فلم يجب فى الحول الثانى زكاة لان الباقى دون النصاب (وان قلنا) تجب فى الذمة وجبت فى الحول الثانى وفى كل حول لأن النصاب باق على ملكه) •

(الشـــرح) قوله : هل تجب الزكاة فى الذمة ؟• أو فى العين ؟• فيه قولان : الجديد الصحيح فى العين • والقديم : فى الذمـــة ❊ هـــكذا ذكر المسألة أصحابنا العراقيون ، ووافقهم جمهور الخراسانيين على أن الصحيح تعلقها بالعين ، وذكر امام الحرمين والغزالى وطائفة من الخراسانيين ترتيبـــا آخر فى كيفية نقل المسألة فقالوا : هل تتعلق الزكاة بالعين أو بالذمة ؟ فيه قولان : فان قلنا : بالعين فقولان (أحدهما) ان الفقراء يصيرون شركاء لرب المال فى قدر الزكاة لأن الواجب يتبع المال فى الصفة ، فتؤخذ الصحيحة من الصحاح والمريضة من المراض ولو امتنع من اخراج الزكاة أخذها الامام من عين المال قهرا (والثانى) أنها تتعلق بالمال تعلق استيثاق ، لأنه لو كان مشتركا لما جاز الاخراج من موضع آخر كالمشترك بين رجلين وعلى هذا القول فى كيفية الاستيثاق قولان (أحدهما) تتعلق به تعلق الدين بالرهن (والثانى) تعلق الأرش برقبة العبد الجانى ، لأن الزكاة تسقط بتلف المال قبل التمكن فلو قلنا تعلقها تعلق المرهون لما سقطت وحكى امام الحرمين وغيره عن ابن سريج أنه قال : لا خلاف فى تعلقها بالعين تعلق شركة (والثانى) تعلق الرهن (والثالث) تعلق أرش الجناية (والرابع) تتعلق بالذمة ، قال صاحب التتمة : واذا قلنا : تتعلق بالذمة ، فهل المال خلو أو هو رهن بهما ؟ فيه وجهان •

قال أصحابنا : فان قلنا : تتعلق بالعين تعلق الرهن أو الأرش ، فهل تتعلق بالجميع ؟ أم بقدرها فقط ؟ فيه وجهان حكاهما امام الحرمين وغيره (أصحهما) بقدرها ، قال الامام : التخصيص بقدر الزكاة هو الحق الذى قاله الجمهور وما عداه هفوة ، وتظهر فائدة الخلاف فى بيع مال الزكاة . هذا كله اذا كان الواجب من جنس المال . فان كان من غيره كالشاة الواجبة فى خمس من الابل . فطريقان حكاهما صاحب التتمة وغيره (أحدهما) القطع بتعليقها بالذمة لتوافق الجنس (والثانى) وهو الصحيح ، وبه قطع الجمهور . أنه على الخلاف كما لو اتحد الجنس فعلى قول الاستيثاق لا تختلف . وعلى قول الشركة ثبتت الشركة بقدر قيمة الشاة والله أعلم .

(فــرع) وأما قول المصنف فى توجيه القديم : لأن الزكاة لو وجبت فى العين لم يجز أن يعطى حق الفقراء من غيرها . كحق المضارب والشريك . فالمضارب ــ بكسر الراء ويجوز فتحها ــ وهو عامل القراض . وهذا الذى قاله من جواز اخراج الزكاة من غير عين المال متفق عليه «وأجاب» الأصحاب للقول الجديد الصحيح عن هذا بأن الزكاة مبنية على المسامحة والارفاق فيحتمل فيها ما لا يحتمل فى غيرها « وقوله » فى توجيه الجديد حق تعلق بالمال فسقط بهلاكه احتراز من الرهن .

(فــرع) اذا ملك أربعين شاة فحال عليها حول ، ولم يخرج زكاتها حتى حال عليها حول آخر ، فان حدث منها فى كل حول سخلة فصاعدا فعليه لكل حول شاة بلا خلاف ، وان لم يحدث فعليه شاة عن الحول الأول ، وأما الثانى ــ فان قلنا تجب الزكاة فى الذمة ، وكان يملك سوى الغنم ما يفى بشاة ــ وجب شاة للحول الثانى . فان لم يملك غير النصاب انبنى على الدين : هل يمنع وجوب الزكاة أم لا ؟ « ان قلنا » يمنع لم يجب للحول الثانى شىء « وان قلنا » لا يمنع وجبت الشاة للحول الثانى (وان قلنا) تتعلق بالعين تعلق الشركة لم يجب للحول الثانى شىء لأن الفقراء ملكوا شاة فنقص النصاب . ولا تجب زكاة الخلطة . لأن جهة الفقراء لا زكاة فيها . فمخالطتهم لا تؤثر كمخالطة المكاتب والذمى (وان قلنا) تتعلق بالعين تعلق الأرش أو الرهن قال امام الحرمين وغــيره من المحققين : هو كالتفريع على

قول الذمة • وقال الصيدلانى : هو كقول الشركة (والصحيح) قول الامام وموافقيه • قال الرافعى : لكن يجوز أن يقدر خلاف فى وجوب الزكاة من جهة تسلط الساعى على المال بقدر الزكاة (وان قلنا) الدين لا يمنع الزكاة • قال : وعلى هذا التقدير يجرى الخلاف على قول الذمة أيضا • ولو ملك خمسا وعشرين بعيرا حولين ولا نتاج فان علقنا الزكاة بالذمة وقلنا : الدين لا يمنعها أو كان له مال آخر يفى بها فعليه بنتا مخاض «وان قلنا» بالشركة ، فعليه للحول الأول بنت مخـاض وللثانى أربع شياه وتفريع قول الرهن والأرش على قياس ما سبق •

ولو ملك خمسا من الابل حولين بلا نتاج فالحكم كما فى الصـورتين السابقتين لكن سبق حكاية وجه أن قول الشركة لا يجىء اذا كان الواجب من غير الجنس فعلى هذا يكون الحكم فى هذا على الأقوال كلها كالحكم فى الأولتين تفريعا على قول الذمة ، والله أعلم •

(فـرع) فى بيع مال الزكاة ، فرّعه المصنف على تعلق الزكاة بالعين أو بالذمة ، وكان حقـه أن يذكره هنا ، لكن المصنف ذكره فى باب زكاة الثمار ، فأخرته الى هناك •

باب صـــدقة الابل

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اول نصاب الابل خمس وفرضه شاة ، وفى عشر شاتان وفى خمس عشرة ثلاث شياه ، وفى عشرين اربع شياه ، وفى خمس وعشرين بنت مخاض ، وهى التى لها سنة ودخلت فى الثانية ، وفى ست وثلاثين بنت لبون ، وهى التى لها ثلاث سنين ودخلت فى الرابعة ، وفى احدى وستين جذعة وهى التى لها اربع سنتان ودخلت فى الثالثة ، وفى ست وأربعين حِقّة ، وهى التى لها ثلاث سنين ودخلت فى الرابعـة ، وفى احـدى وسـتين جـذعة وهى التى لهـا اربع حقتان وفى مائة واحدى وعشرين ثلاث بنات لبون ، ثم فى كل اربعين بنت لبون وفى كل خمسين حقة • والأصل فيه ما روى أنس رضى الله عنـه ان ابا بكر الصديق رضى الله عنه كتب له هذا الكتاب لما وجهه الى البحرين :

« بسم الله الرحمن الرحيم : هذه فريضة الصدقة التى فرض الله عز وجل على المسلمين التى امر الله بها رسوله صلى الله عليه وسلم فمن سـألها على

وجهها فليعطها ومن سأل فوقها فلا يعطه . فى أربع وعشرين من الابل فما دونها الغنم فى كل خمس شاة فاذا بلغت خمسا وعشرين الى خمس وثلاثين ففيها بنت مخاض أنثى ، فان لم يكن فيها بنت مخاض فابن لبون ذكر وليس معه شيء ، فاذا بلغت ستا وثلاثين الى خمس وأربعين ففيها بنت لبون ، فاذا بلغت ستا وأربعين الى ستين ففيها حقة طروقة الفحل ، فاذا بلغت احدى وستين الى خمس وسبعين ففيها جذعة ، فاذا بلغت ستا وسبعين الى تسعين ففيها بنتا لبون ، فاذا بلغت احدى وتسعين الى عشرين ومائة ففيها حقتان طروقتا الفحل ، فاذا زادت على عشرين ومائة ففى كل أربعين بنت لبون وفى كل خمسين حقة . فان زاد على عشرين ومائة اقل من واحد لم يتغير الفرض . وقال ابو سعيد الاصطخرى : يتغير فيجب ثلاث بنات لبون لقوله : فاذا زادت على عشرين ومائة ففى كل أربعين بنت لبون ولم يفرق . والمنصوص هو الأول ، لما روى الزهرى قال ((اقرانى سالم نسخة كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه : فاذا كان احدى وتسعين ففيها حقتان حتى تبلغ عشرين ومائة ، فاذا كانت احدى وعشرين ومائة ففيها ثلاث بنات لبون)) ولأنه وقص محدود فى الشرع فلم يتغير الفرض بعده بأقل من واحدة كسائر الأوقاص) .

(الشـــرح) مدار نصب زكاة الماشية على حديثى أنس وابن عمر رضى الله عنهم فالوجه تقديمهما ليحال ما يأتى عليهما (فأما) حديث أنس فرواه أنس أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه كتب له هذا الكتاب لما وجهه الى البحرين :

(بسم الله الرحمن الرحيم : هذه فريضة الصدقة التى فرضها رسول الله صلى الله عليه وسلم على المسلمين والتى أمر الله بها ورسوله . فمن سئلها من المسلمين على وجهها فليعطها . ومن سئل فوقها فلا يعط : فى أربع وعشرين من الابل فما دونها من الغنم فى كل خمس شاة ، فاذا بلغت خمسا وعشرين الى خمس وثلاثين ففيها بنت مخاض أنثى . فاذا بلغت ستا وثلاثين الى خمس وأربعين ففيها بنت لبون أنثى فاذا بلغت ستة وأربعين الى ستين ففيها حقه طروقة الفحل فاذا بلغت واحدة وستين الى خمس وسبعين ففيها جذعة فاذا بلغت ستة وسبعين الى تسعين ففيها بنتا لبون ، فاذا بلغت احدى وتسعين الى عشرين ومائة ففيها حقتان طروقتا الجمل ، فاذا زادت على عشرين ومائة ففى كل أربعين بنت لبون وفى كل خمسين حقة ، ومن لم يكن معه الا أربع من الابل فليس فيها صدقة الا أن يشاء ربها ، فاذا بلغت خمسا

من الابل ففيها شاة وفى صدقة الغنم فى سائمتها اذا كانت أربعين الى عشرين ومائة شاة فاذا زادت على عشرين ومائة الى مائتين ففيها شاتان ، فاذا زادت على مائتين الى ثلاثمائة ففيها ثلاث شياه ، فاذا زادت على ثلاثمائة ففى كل مائة شاة ، فاذا كانت سائمة الرجل ناقصة من أربعين شاة واحدة فليس فيها صدقة الا أن يشاء ربها ، وفى الرقة ربع العشر ، فان لم يكن الا تسعين ومائة فليس فيها شىء الا أن يشاء ربها) •

وفى هذا الكتاب (ومن بلغت صدقته بنت مخاض وليست عنده ، وعنده بنت لبون فانها تقبل منه ويعطيه المصدق عشرين درهما أو شاتين ، فان لم يكن عنده بنت مخاض على وجهها وعنده ابن لبون فانه يقبل منه وليس معه شىء ؛ ومن بلغت عنده من الابل صدقة الجذعة وليست عنده جذعة ، وعنده حقة فانها تقبل منه الحقة ، ويجعل معها شاتين استيسرتا له ، أو عشرين درهما ومن بلغت عنده صدقة الحقة وليست عنده الحقة وعنده الجذعة ، فانها تقبل منه الجذعة ، ويعطيه المصدق عشرين درهما أو شاتين ، ومن بلغت عنده صدقة الحقة وليست عنده الا بنت لبون فانها تقبل منه بنت لبون ، ويعطى شاتين أو عشرين درهما ، ومن بلغت صدقته بنت لبون وعنده حقة فانها تقبل منه الحقة ، ويعطيه المصدق عشرين درهما أو شاتين • ومن بلغت صدقته بنت لبون وليست عنده وعنده بنت مخاض فانها تقبل منه بنت مخاض ويعطى معها عشرين درهما أو شاتين ، ولا يخرج فى الصدقة هرمة ولا ذات عوار ولا تيس الا ما شاء المصدق ، ولا يجمع بين متفرق ، ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة ، وما كان من خليطين فانهما يتراجعان بينهما بالسوية » رواه البخارى فى صحيحه مفرقا فى كتاب الزكاة فجمعته بحروفه •

(وأما) حديث ابن عمر فرواه سفيان [1] بن حسين عن الزهرى عن سالم عن أبيه : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب كتاب الصدقة ولم يخرجه الى عماله حتى قبض ، فقرنه بسيفه ، فلما قبض عمل به أبو بكر

---

(1) سفيان بن حسين بن حسن السلمى مولى عبد الله بن حازم الواسطى أبو محمد عن ابن سيرين والحكم بن عتيبة وعنه شعبة وعباد بن العوام وهشيم قال العلامة الخزرجى : وثقه ابن معين والنسائى والناس الا فى الزهرى (ط) .

حتى قبض وعمر حتى قبض وكان فيه (فى خمس من الابل شاة ، وفى عشر شاتان ، وفى خمس عشرة ثلاث شياه ، وفى عشرين أربع شياه ، وفى خمس وعشرين بنت مخاض الى خمس وثلاثين فاذا زادت فجذعة الى خمس وسبعين فاذا زادت ففيها ابنتا لبون الى تسعين فاذا زادت ففيها حقتان الى عشرين ومائة ، فاذا زادت على عشرين ومائة ففى كل خمسين حقة وفى كل أربعين بنت لبون • وفى الشياة فى كل أربعين شاة شاة الى عشرين ومائة ، فاذا زادت فشاتان الى مائتين فاذا زادت فثلاث شياه الى ثلاثمائة ، فاذا زادت على ثلاثمائة ففى كل مائة شاة شاة ، ثم ليس فيها شىء حتى تبلغ مائة ، ولا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع مخافة الصدقة وما كان من خليطين فانهما يتراجعان بينهما بالسوية ، ولا يؤخذ فى الصدقة هرمة ولا ذات عيب • وقال الزهرى اذا جاء المصدق قسم الشياه أثلاثا : ثلث خيار وثلث أوساط وثلث شرار وأخذ المصدق من الوسط » رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن وهذا لفظ الترمذى : وهكذا وقع فى رواية الترمذى وأكثر روايات أبى داود وغيره الى عشرين ومائة ، فاذا زادت على عشرين ومائة وفى رواية لأبى داود : « فاذا كانت احدى وعشرين ومائة ففيها ثلاث بنات لبون » وليس اسناد هذه الرواية متصلا •

وأما أسنان الابل فهو من المهمات التى ينبغى تقديمها • فالابل بكسر الباء ويجوز اسكانها ، وهو اسم جنس يقع على الذكور والاناث لا واحد له من لفظه والابل مؤنثة ، يقال ابل سائمة وكذلك البقر والغنم • قال أهل اللغة : يقال لولد الناقة اذا وضعته « ربع » بضم الراء وفتح الباء • والأنثى ربعة ثم هبع وهبعة ــ بضم الهاء وفتح الباء الموحدة ــ فاذا فصل عن أمه فهو فصيل والجمع فصلان والفصال الفطام • وهو فى جميع السنة حوار بضم الحاء فاذا استكمل السنة ودخل فى الثانية فهو ابن مخاض ، والأنثى بنت مخاض ، سمى بذلك لأن أمه لحقت بالمخاض وهى الحوامل • ثم لزمه هذا الاسم وان لم تحمل أمه • ولا يزال ابن مخاض حتى يدخل فى السنة الثالثة ، فاذا دخل فيها فهو ابن لبون والأنثى بنت لبون • هكذا يستعمل

مضافا الى النكرة • هــذا هو الأكثر • وقد استعملوه قليلا مضافا الى المعرفة •

قال الشاعر : وابن اللبون اذا مالـز فى قرن [1] •

قالوا : سمى بذلك لأن أمه وضعت غيره وصارت ذالين ، ولا يزال ابن لبون حتى يدخل فى السنة الرابعة ، فاذا دخل فيها فهو حق ، والأنثى حقة لأنه استحق أن يحمل عليه ويركب وأن يطرقها الفحل فتحمل منه ، ولهذا صح فى الحديث « طروقة الفحل وطروقة الجمل » وطروقة بمعنى مطروقة كحلوبة وركوبة بمعنى محلوبة ومركوبة ، ولا يزال حقــا حتى يدخــل فى السنة الخامسة ، فاذا دخل فيها فهو جذع ــ بفتح الذال ــ والأنثى جذعة ، وهى آخر الأسنان المنصوص عليها فى الزكاة ، ولا يزال جذعا حتى يدخل فى السادسة ، فاذا دخل فيها فهوثنى والأنثى ثنية ، وهو أول الأســنان المجزئة من الابل فى الأضحية ، ولا يزال ثنيا حتى يدخل فى السابعة ، فاذا دخل فيها فهو رباع ــ بفتح الراء ــ ويقال : رباعى ــ بتخفيف الياء ــ والأول أشهر ، والأنثى رباعية ــ بتخفيف الياء ــ ولا يزال رباعا ورباعيا حتى يدخل فى السنة الثامنة ، فاذا دخل فيها فهو سدس ــ بفتح السين والدال ويقال : أيضا سديس بزيادة ياء ، والذكر والأنثى فيه بلفظ واحد •

ولا يزال سدسا حتى يدخل فى السنة التاسعة فاذا دخل فهو بازل ــ بالباء الموحدة وكسر الزاى وباللام ، لأنه بزل نابه أى طلع ، والأنثى بازل أيضا بلا هاء ولا يزال بازلا حتى يدخل فى السنة العاشرة ، فاذا دخل فيها فهو مخلف بضم الميم واسكان الخاء المعجمة وكسر اللام ــ والأنثى مخلف أيضا بغير هاء فى قول الكسائى ومخلفة بالهاء فى قول أبى زيد النحوى ، حكاه عنهما ابن قتيبة وغيره ووافقهما غيرهما ثم ليس له بعــد ذلك اسم مخصوص ، ولكن يقال : بازل عام وبازل عامين ومخلف عام ومخلف عامين ، وكذلك ما زاد فاذا كبر فهو عود ــ بفتح العين واسكان الواو ــ والأنثى عودة ، فاذا هرم فهو قحم ــ بفتح القاف وكسر الحاء المهملة ــ والأنثى ناب وشارف ، وهذا الذى ذكرته الى هنا قول امامنا الشافعى رضى الله عنه

---

(١) هذه الشطرة من بيت لجرير وبقيته :

• لم يستطع صولة البزل القناعيس

فى رواية حرملة عنه ، ونقله أبو داود والسجستانى فى كتابه السنن عن الرياشى وأبى حاتم السجستانى والنضر بن شميل وأبى عبيد ونقله أيضا ابن قتيبة والأزهرى وخلق سواهم ، لكن فى الذى ذكرته زيادة ألفاظ يسيرة لبعضهم على بعض وفى سنن أبى داود ، ويقال : مخلف عام ومخلف عامين ومخلف ثلاثة أعوام ، الى خمس سنين ولم يقيده الجمهور بخمس والله أعلم .

(وأما) ألفاظ الحديث فأوله بسم الله الرحمن الرحيم ، قال الماوردى صاحب الحاوى : يستدل به على اثبات البسملة فى ابتداء الكتب خلاف ما كان عليه الجاهلية من قولهم : باسمك اللهم ، قال : ودل أيضا على أن الابتداء بحمد الله ليس بواجب ولا شرط ، وأن معنى الحديث « كل امرىء ذى بال لا يبدأ فيه بالحمد لله فهو أجذم » أى لم يبدأ فيه بحمد الله أو معناه ونحوه من ذكر الله تعالى . وقوله : « هذه فريضة الصدقة » قال الماوردى : بدأ باشارة التأنيث لأنه عطف عليه مؤنثا . قال : وقوله : « فريضة الصدقة » أى نسخة فريضة الصدقة فحذفه لفظ نسخة وهو من حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه . قال أهل اللغة وغيرهم : وتسمى الجذعة والحقة وبنت اللبون وبنت المخاض المأخوذات فى الزكاة فرائض والواحدة فريضة وهى فعيلة بمعنى مفعولة (وقوله) فريضة الصدقة دليل على أن اسم الصدقة يقع على الزكاة خلافا لأبى حنيفة .

(وقوله) التى فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم على المسلمين قيل : فيه ثلاثة مذاهب (أحدها) أنه من الفرض الذى هو الايجاب والالزام (والثانى) معنى فرض سن (والثالث) معناه قدر ، وبهذا جزم صاحب الحاوى وغيره ، فعلى الأول معناه أن الله تعالى أوجبها ثم بلغها الينا النبى صلى الله عليه وسلم فسمى أمره صلى الله عليه وسلم وتبليغه فرضا ، وعلى الثانى معناه شرعها بأمر الله تعالى ، وعلى الثالث بينها لقول الله تعالى « قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم » أو يكون معناه قدرها من قولهم : فرض القاضى النفقة أى قدرها . (وأما) قوله على المسلمين ففيه دليل لمن يقول : ليس الكافر مخاطباً بالزكاة وسائر الفروع ، والصحيح أنه مخاطب بكل ذلك . ومعنى على المسلمين أى تؤخذ منهم فى الدنيا ، والكافر لا تؤخذ منه فى

الدنيا ، ولكنه يعذب عليها فى الآخرة (وقوله) والتى أمر الله تعالى بها ، هكذا هو فى رواية البخارى وغيره من كتب الحديث المشهورة ، وفى رواية الشافعى رضى الله عنه وأبى داود فى سننه : التى ، بغير واو ، وكلاهما صحيح • (فأما) رواية البخارى والجمهور باثبات الواو ، فعطف على قوله : « التى فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم يعنى أن فريضة الصدقة اجتمع فيها تقدير رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمر الله تعالى وايجابه » وأما على رواية الشافعى رضى الله عنه فتكون الجملة الثانية بدلا من الأولى ووقع فى المهذب : « هذه فريضة الصدقة التى فرض الله تعالى على المسلمين » والذى فى صحيح البخارى وكتب الحديث المشهورة التى فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم ووقع فى المهذب التى أمر الله بها رسوله صلى الله عليه وسلم وليست لفظة « بها » فى البخارى •

ووقع فى المهذب : فمن سألها على وجهها فليعطها ، ومن سأل فوقها فلا يعطه ــ بفتح الطاء ــ فيهما ، والذى فى صحيح البخارى وغيره من كتب الحديث المعتمدة فمن سئلها على وجهها فليعطها ، ومن سئل ــ بضم السين ــ فى الموضعين على ما لم يسم فاعله وبكسر الطاء • (قوله) فمن سئلها على وجهها أى حسب ما شرعت له (قوله) صلى الله عليه وسلم « ومن سئل فوقها فلا يعطه » اختلف أصحابنا فى الضمير فى لا يعطه على وجهين مشهورين فى كتب المذاهب (أصحهما) عند أصحابنا أن معناه لا يعطى الزائد ، بل يعطى أصل الواجب على وجهه ، كذا صححه أصحابنا فى كتبهم، ونقل الرافعى الاتفاق على تصحيحه •

(والوجه الثانى) معناه : لا يعطى فرض الزكاة ولا شىء منه لهذا الساعى ، بل يخرج الواجب بنفسه أو يدفعه الى ساع آخر ، قالوا : لأنه بطلبه الزائد على الواجب يكون معتديا فاسقا وشرط الساعى أن يكون أمينا • وهذا اذا طلب الزائد بغير تأويل كمن طلب شاتين عن شاة ، فأما من طلب زيادة بتأويل بأن كان مالكيا يرى أخذ الكبيرة عن الصغار ، فانه الواجب بلا خلاف ولا يعطى الزائد لأنه لا يفسق ولا يعصى والحالة هذه •

قال صاحب الحاوى وغيره : واذا قلنا بالوجه الثانى انه لا يعطى ، فلا

يجوز أن يعطى فجعلوه حراما ، وهو مقتضى النهى ومقتضى قولهم : انه فسق بطلب الزيادة فانعزل فلا يجوز الدفع اليه كسائر الأجانب •

(وقوله) صلى الله عليه وسلم « فى أربع وعشرين من الابل فما دونها الغنم » هذه جملة من مبتدأ وخبر ، فالغنم مبتدأ وفى أربع وعشرين خبر مقدم ، قال بعض العلماء : الحكمة هنا فى تقديم الخبر أن المقصود بيان النصب ، والزكاة انما تجب بعد وجود النصاب فكان تقديمه أحسن ، ثم ذكر الواجب ، وكذا استعمل هذا المعنى فى كل النصب فقال صلى الله عليه وسلم « فيها بنت مخاض ، فيها بنت لبون ، فيها حقه » الى آخره • (وقوله) صلى الله عليه وسلم « فى أربع وعشرين من الابل فما دونها الغنم » مجمل ثم فسره بأن فى كل خمس شاة •

(وقوله) صلى الله عليه وسلم « بنت مخاض أنثى » قيل : احتراز من الخنثى ، وقيل غيره ، والأصح أنه تأكيد لشدة الاعتناء ، كقولهم رأيت بعينى وسمعت بأذنى (وقوله) صلى الله عليه وسلم « ولا يخرج فى الصدقة هرمة ولا ذات عوار » والعوار ــ بفتح العين وضمها ــ والفتح أفصح وأشهر وهو العيب (وأما) قوله صلى الله عليه وسلم « ولا يخرج فى الصدقة هرمة ولا ذات عوار ولا تيس الا ما شاء المصدق » وفى روايات أبى داود « الا أن يشاء المصدق » وفى رواية له « ولا تيس الغنم » أى فحلها المعد لضرابها ، واختلف فى معناه فقال كثيرون أو الأكثرون : المصدق هنا ــ بتشديد الصاد ــ وهو رب المال قالوا : والاستثناء عائد الى التيس خاصة ومعناه لا يخرج هرمة ولا ذات عيب أبداً ، ولا يؤخذ التيس الا برضاء المالك قالوا : ولابد من هذا التأويل ، لأن الهرمة وذات العيب لا يجوز للمالك اخراجهما ولا للعامل الرضا بهما ، لأنه لا يجوز له التبرع بالزكاة •

وأما التيس فالمنع من أخذه لحق المالك وهو كونه فحل الغنم المعد لضرابها ، فاذا تبرع به المالك جاز وصورته : اذا كانت الغنم كلها ذكوراً بأن ماتت الاناث وبقيت الذكور فيجب فيها ذكور فيؤخذ من وسطها ، ولا يجوز أخذ تيس الغنم الا برضاء المالك ، هذا أحد التأويلين • (والثانى) وهو الأصح المختار ما أشار اليه الشافعى رضى الله عنه فى البويطى فانه قال : ولا

يؤخذ ذات عوار ولا تيس ولا هرمة الا أن يرى المصدق أن ذلك أفضل للمساكين فيأخذه على النظر • هذا نص الشافعى رضى الله عنه بحروفه ، وأراد بالمصدق الساعى وهو بتخفيف الصاد ، فهذا هو الظاهر • ويعود الاستثناء الى الجميع ، وهو أيضا المعروف من مذهب الشافعى رضى الله عنه أن الاستثناء اذا تعقب جملا عاد الى جميعها والله تعالى أعلم •

وقوله فى أول الحديث « لما وجهه الى البحرين » هو اسم لبلاد معروفة واقليم مشهور مشتمل على مدن قاعدتها هجر [1] • قالوا : وهكذا ينطق به البحرين بلفظ التثنية وينسب اليه بحرانى ، والله تعالى أعلم •

(فصل) **(اما أحكام الفصل)** فأول نصاب الابل خمس باجماع الأمة ، نقل الاجماع فيه خلائق فلا يجب فيما دون خمس شىء بالاجماع ، وأجمعوا أيضا على أن الواجب فى أربع وعشرين فما دونها الغنم كما ثبت فى الحديث ، فيجب فى خمس من الابل شاة ثم لا يزيد الواجب بزيادة الابل حتى تبلغ عشرا • وفى عشر شاتان ثم لا زيادة حتى تبلغ خمس عشرة ففيها ثلاث شياه وفى عشرين أربع شياه وفى خمس وعشرين بنت مخاض ولا زيادة حتى تبلغ ستا وثلاثين ففى ست وثلاثين بنت لبون ، وفى ست وأربعين حقا وفى احدى وستين جذعة وفى ست وسبعين بنتا لبون وفى احدى وتسعين حقتان ولا يجب بعدها شىء حتى تجاوز مائة وعشرين ، فاذا زادت على مائة وعشرين واحدة وجب ثلاث بنات لبون ، وان زادت بعض واحدة فوجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (الصحيح) المنصوص وقول الجمهور من أصحابنا : لا يجب الا حقتان • وقال أبو سعيد الاصطخرى : يجب ثلاث بنات لبون ، واحتج الاصطخرى بقوله فى رواية أنس والصحيح من رواية ابن عمر : « فاذا زادت على عشرين ومائة ففى كل أربعين بنت لبون » والزيادة تقع على البعير وعلى بعضه •

واحتج الجمهور بقوله فى رواية ابن عمر « فاذا كانت احدى وعشرين ومائة » لكن سبق أنها ليست متصلة الاسناد فنحتج بأن المفهوم من الزيادة بعير كامل ، وتتصور المسألة بأن يملك مائة وعشرين بعيراً وبعض بعير مشترك

---

(١) هذا فى زمانه رضى الله عنه اما فى عصرنا هذا فان البحرين قاعدتها (المنامة) .

بينه وبين من لا تصح خلطته • وقول المصنف فى الاحتجاج على الاصطخرى : لأنه وقص محدود فى الشرع فلم يتغير الفرض بعده بأقل من واحد كسائر الأوقاص ، قال القلعى : قوله « محدود فى الشرع » احتراز مما فوق نصاب المعشرات والذهب والفضة ، لأن الشرع لم يحد فيه بعد النصاب حداً تتعين فيه الزكاة •

قال أصحابنا : واذا زادت واحدة بعد مائة وعشرين فالواجب ثلاث بنات لبون كما سبق ، وهل للواحد قسط من الواجب ؟ فيه وجهان ، قال الاصطخرى : لا • وقال الجمهور : نعم ، وهو الصحيح • فعلى هذا لو تلفت واحدة بعد الحول وقبل التمكن سقط من الواجب جزء من مائة واحدى وعشرين جزءاً ، وعلى قول الاصطخرى : لا يسقط • ثم بعد مائة واحدى وعشرين يستقر الأمر فيجب فى كل أربعين بنت لبون وفى كل خمسين حقة • فيجب فى مائة وثلاثين بنتا لبون وحقة فيتغير الفرض هنا بتسعة • ثم يتغير بعشرة عشرة أبدا • ففى مائة وأربعين حقتان وبنت لبون ومائة وخمسين ثلاث حقاق ومائة وستين أربع بنات لبون ومائة وسبعين ثلاث بنات لبون وحقة ومائة وثمانين حقتان وبنتا لبون ، ومائة وتسعين ثلاث حقاق وبنت لبون ، وفى مائتين أربع حقاق أو خمس بنات لبون • وأيهما يأخذ ؟ فيه خلاف ذكره المصنف بعد هذا • وفى مائتين وعشر أربع بنات لبون وحقة ، ومائتين وعشرين حقتان وثلاث بنات لبون ، ومائتين وثلاثين ثلاث حقاق وبنتا لبون ، وعلى هذا أبداً • وقد سبق أن بنت مخاض لها سنة وبنت لبون سنتان والحقة ثلاث والجذعة أربع والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وفى الأوقاص التى بين النصب قولان (قال) فى القديم والجديد : يتعلق الفرض بالنصب وما بينهما من الأوقاص عفو ، لأنه وقص قبل النصاب فلم يتعلق به حق كالأربعة الأولة • وقال فى البويطى : يتعلق الفرض بالجميع لحديث أنس : « فى أربع وعشرين من الابل فما دونها الغنم فى كل خمس شاة ، فاذا بلغت خمسا وعشرين الى خمس وثلاثين ففيها بنت مخاض » فجعل الفرض فى النصاب وما زاد ، ولأنه زيادة على نصاب فلم يكن عفواً كالزيادة على نصاب القطع فى السرقة • فان قلنا بالأول فملك تسعاً من الابل فهلك بعد

الحول وقبل امكان الاداء اربعة لم يسقط من الفرض شيء [لأن الذى تعلق به الفرض باق] وان قلنا بالثانى سقط اربعة اتساعه [لأن الفرض تعلق بالجميع (١) فسقط من الفرض بقسط الهالك]) .

(الشرح) حديث أنس سبق بيانه ، وللشافعي رضى الله عنه قولان فى الأوقاص التى بين النصب (أصحهما) عند الأصحاب أنها عفو ، ويختص الفرض بتعلق النصاب ، وهذا نصه فى القديم وأكثر كتبه الجديدة . وقال فى البويطى من كتبه الجديدة يتعلق بالجميع ، وذكر المصنف رحمه الله دليلهما ، فلو كان معه تسع من الابل فتلف منها أربعة بعد الحول وقبل التمكن ــ فان قلنا : التمكن شرط فى الوجوب وجبت شاة بلا خلاف . وان قلنا شرط فى الضمان وقلنا الوقص عفو وجبت شاة أيضا ، وان قلنا : يتعلق به الفرض وجب خمسة أتساع شاة . هكذا قال أصحابنا فى الطريقتين ، ولم يذكر المصنف التفريع على أنه شرط فى الوجوب بل أراد الاقتصار على التفريع على الصحيح أن التمكن شرط فى الضمان ، ولابد من تأويل كلامه على ماذكرته .

وهذا الذى ذكرناه من وجوب خمسة أتساع شاة على قولنا : الامكان شرط فى الضمان ، وأن الفرض يتعلق بالجميع هو المذهب ، وبه قطع الجمهور . وحكى القاضى أبو الطيب ومتابعوه عن أبى اسحاق المروزى أن عليه شاة كاملة مع التفريع على هذين الأصلين ، ووجهه ابن الصباغ بأن الزيادة ليست شرطا فى الوجوب فلا يؤثر تلفها وان تعلق بها الواجب ، كما لو شهد خمسة بزنا محصن فرجم ثم رجع واحد وزعم أنه غلط فلا ضمان على واحد منهم ، ولو رجع اثنان وجب الضمان ، وقد سبق بيان هذا التفريع مع فروع كثيرة مفرعة على هذا الأصل فى آخر الباب الذى قبل هذا .

(فرع) الوقص ــ بفتح القاف واسكانها ــ لغتان (أشهرهما) عند أهل اللغة الفتح ، والمستعمل منهما عند الفقهاء الاسكان واقتصر الجوهرى وغيره من أصحاب الكتب المشهورة فى اللغة على الفتح ، وصنف الامام ابن برى المتأخر جزءاً فى لحن الفقهاء لم يصب فى كثير منه ، فذكر من لحنهم

---

(١) ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق (ط) .

قولهم : وقص بالاسكان ، وليس كما قال • وذكر القاضى أبو الطيب الطبرى فى تعليقه فى آخر باب زكاة البقر وصاحب الشامل فى باب زكاة البقر أيضا ، وآخرون من أصحابنا : أن أكثر أهل اللغة قالوا : الوقص بالاسكان ، كذا قال صاحب الشامل : أكثر أهل اللغة وقال القاضى : الصحيح فى اللغة الأول ، وقال بعض أهل اللغة : هو بالفتح فالأول ليس هو بصحيح •

واحتج مانع الاسكان بأن فعلا الساكن المعتل الفاء لا يجمع على أفعال وهذا غلط فاحش فقد جاء وطب وأوطاب ، ووغد وأوغاد ووعر وأوعار وغير ذلك فحصل فى الوقص لغتان ، قال أهل اللغة والقاضى أبو الطيب وصاحب الشامل وغيرهما من أصحابنا : الشنق (بفتح الشين المعجمة والنون) هو أيضا ما بين الفريضتين ، قال القاضى أكثر أهل اللغة يقولون : الوقص والشنق سواء لا فرق بينهما وقال الأصمعى : الشنق يختص بأوقاص الابل والوقص مختص بالبقر والغنم واستعمل الشافعى رضى الله عنه فى البويطى الشنق فى أوقاص الابل والبقر والغنم جميعا ويقال أيضا : وقس بالسين المهملة •

قال الشافعى رضى الله عنه فى مختصر المزنى : الوقس ما لم يبلغ الفريضة كذا هو فى المختصر بالسين وكذا رواه البيهقى فى معرفة السنن والآثار باسناده عن الربيع عن الشافعى رضى الله عنه قال البيهقى : كذا فى رواية الربيع الوقس بالسين وهو فى رواية البويطى بالصاد • وذكر ابن الأثير فى شرح مسند الشافعى ما ذكره الشافعى رضى الله عنه ثم قال : والذى رأيته ورويته أنا فى المسند الذى يرويه الربيع انما هو بالصاد ، وهو المشهور وروى البيهقى فى السنن باسناده عن المسعودى حديث معاذ رضى الله عنه فى الأوقاص أنه قال : الأوقاس بالسين فلا تجعلها صادا ، هذا ما يتعلق بلفظ الوقص •

وأما معناه فيقع على ما بين الفريضتين ، واستعمله الشافعى رضى الله عنه والمصنف والبندنيجى وآخرون فيما دون النصاب الأول أيضا ، فاستعمال المصنف فى قوله : لأنه وقص قبل نصاب فلم يتعلق به حق كالأربعة الأولة [1]• وأما الشافعى رضى الله عنه (فقال) فى البويطى : ليس فى الشنق من الابل

---

(1) لعله (كالأربعة الأولة على الثانى) من تعليقات السيد / على بن عيسى الحداد وليس كذلك .

والبقر والغنم شيء قال : والشنق ما بين السنين من العدد ، قال : ليس فى الأوقاص شيء ، قال : والأوقاص ما لم تبلغ ما يجب فيه الزكاة • هذا نصه فى البويطى بحروفه وقال الشافعى فى مختصر المزنى : الوقس ما لم يبلغ الفريضة • وروى البيهقى عن المسعودى قال : الأوقاص ما دون الثلاثين يعنى من البقر وما بين الأربعين والستين ، فحصل من هذه الجملة أنه يقال : وقص ووقص بفتح القاف واسكانها ، وشنق ووقس • بالسين المهملة ، وأنه يطلق على ما لا زكاة فيه سواء كان بين نصابين أو دون النصاب الأول لكن أكثر استعماله فيما بين النصابين والله تعالى أعلم •

وقول المصنف : كالأربعة الأولة قد تكرر منه استعمال الأولة وهى لغة ضعيفة والفصيحة المشهورة الأولى ، والله تعالى أعلم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى الأوقاص

قد ذكرنا من مذهبنا أن الفرض لا يتعلق بها ، وحكاه العبدرى عن أبى حنيفة ومحمد وأحمد وداود ، وهو الصحيح فى مذهب مالك ، وعن مالك فى رواية أنه يتعلق بالجميع ، وقال ابن المنذر : قال أكثر العلماء : لا شيء فى الأوقاص •

(فرع) أكثر ما يتصور من الأوقاص فى الابل تسع وعشرون وفى البقر تسع عشرة وفى الغنم مائة وثمان وتسعون ، ففى الابل ما بين احدى وتسعين ــ ومائة واحدى وعشرين ، وفى البقر ما بين أربعين ــ وستين ، وفى الغنم ما بين مائتين وواحدة ــ وأربعمائة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(من ملك من الابل دون الخمس والعشرين فالواجب فى صدقته الغنم وهو مخير بين ان يخرج الغنم وبين ان يخرج بعيراً ، فاذا اخرج الغنم جاز ، لانه [هو] الفرض المنصوص عليه ، وان اخرج البعير جاز لأن الأصل فى صدقة الحيوان ان يخرج من جنس الفرض ، وانما عدل الى الغنم ههنا رفقا برب المال ؛ فاذا اختار اصل الفرض قبل منه ، كمن ترك المسح على الخف وغسل الرجل ، وان متنع من اخراج الزكاة لم يطالب الا بالغنم ، لانه هو الفرض المنصوص عليه ، وان اختار اخراج البعير قبل منه اىّ بعير كان ، ولو اخرج بعيراً قيمته اقل من قيمة الشاة اجزأه ، لانه افضل من الشاة لانه يجزىء عن

خمس وعشرين فلان يجزىء عما دونها اولى . وهل يكون الجميع فرضه او بعضه ؟ فيه وجهان . (أحدهما) أن الجميع فرضه ، لانا خيرناه بين الفرضين، فايهما فعل كان هو الفرض ، كمن خير بين غسل الرجل والمسح على الخف . (والثاني) ان الفرض بعضه لان البعير يجزىء عن الخمس والعشرين ، فدل على ان كل خمس من الابل يقابل خمس بعير ، وان اختار اخراج الغنم لم يقبل دون الجذع والثنى فى السن لما روى سويد بن غفلة قال « أتانا مصدق رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : نهينا عن الأخذ من راضع لبن ، وانما حقنا فى الجذعة والثنية » وهل يجزىء فيه الذكر ؟ وجهان (من اصحابنا) من قال : لا يجزئه للخبر ، ولانه اصل فى صدقة الابل فلم يجز فيها الذكر ، كالفرض من جنسه ، وقال أبو اسحاق : يجزيه [لانه] حق لله تعالى لا يعتبر فيه صفة ماله فجاز فيه الذكر والأنثى كالأضحية ، وتجب عليه من غنم البلد ان كان ضانا فمن الضان ، وان كان معزاً فمن المعز ، وان كان منهما فمن الغالب ، وان كانا سواء جاز من أيهما شاء ، لأن كل مال وجب فى الذمة بالشرع اعتبر فيه عرف البلد كالطعام فى الكفارة . وان كانت الابل مراضاً ففى شاتها وجهان (أحدهما) لا تجب فيه الا ما تجب فى الصحاح ، وهو ظاهر المذهب . لانه لا يعتبر فيه صفة المال . فلم يختلف بصحة المال ومرضه كالأضحية . وقال ابو على بن خيران : تجب عليه شاة بالقسط فتقوم الابل الصحاح والشاة التى تجب فيها ثم تقوم الابل المراض فيجب فيها شاة بالقسط ، لانه لو كان الواجب من جنسه فرق بين الصحاح والمراض فكذلك اذا كان من غير جنسه وجب ان يفرق بين الصحاح والمراض) .

(الشرح) قال الشافعى رضى الله عنه والأصحاب : اذا ملك من الابل دون خمس وعشرين فواجبها الشاة كما سبق ، فان أخرج بعيرا أجزأه . هذا مذهبنا . وبه قال جمهور العلماء من السلف والخلف . وعن مالك وأحمد وداود : أنه لا يجزىء كما لو أخرج بعيراً عن بقرة ودليلنا أن البعير يجزىء عن خمس وعشرين فما دونها أولى . لأن الأصل أن يجب من جنس المال . وانما عدل عنه رفقا بالمالك . فاذا تكلف الأصل أجزأه . فاذا أخرج البعير عن خمس أو عشر أو خمس عشرة أو عشرين أجزأه سواء كانت قيمته كقيمة شاة أو دونها . هذا هو المذهب . وبه قطع المصنف والجمهور . ونص عليه الشافعى رضى الله عنه وفيه وجه أنه لا يجزئه البعير الناقص عن قيمة شاة عن خمس من الابل . ولا الناقص عن شاتين عن عشر ، ولا الناقص عن ثلاث شياه أو أربع عن خمس عشرة أو عشرين . قاله القفال وصاحبه الشيخ أبو محمد . ووجه ثالث : ان كانت الابل مراضا أو قليلة القيمة لعيب أجزأ البعير الناقص عن قيمة الشاة ، وان كانت صحاحا لم يجزئه الناقص . ووجه

رابع للخراسانيين : أنه يجب فى الخمس من الابل حيوان اما بعير واما شاة وفى العشر حيوانات شاتان أو بعيران أو شاة وبعير وفى الخمس عشرة ثلاث حيوانات ، وفى العشرين أربع شياه أو أربعة أبعره أو ثلاثة أو اثنان من الابل والباقى من الغنم ، والصحيح ماقدمناه عن الشافعى والجمهور • أنه يجزىء البعير المخرج عن عشرين وان كانت قيمته دون شاة ، وشرط البعير المخرج عن عشرين فما دونها أن يكون بنت مخاض فما فوقها بحيث يجزىء عن خمس وعشرين ، نص عليه الشافعى واتفق الأصحاب عليه •

قال أصحابنا : ولو كانت الابل العشرون فما دونها مراضا ، فأخرج منها مريضا أجزأه وان كان أدونها ، نص عليه الشافعى ، واتفق عليه الأصحاب، ووجهه ما سبق ، قال أصحابنا : واذا أخرج البعير عن خمس من الابل فهل يقع كله فرضا أم خمسه فقط ؟ فيه وجهان مشهوران ، ذكرهما المصنف والأصحاب (أصحهما) باتفاق الأصحاب : الجميع يقع فرضا ، لأنه مخير بين البعير والشاة فأيهما أخرج وقع واجبا ، كمن لبس الخف يتخير بين المسح والغسل ، وأيهما فعل وقع واجبا • قال أصحابنا : ولأنه لو كان الواجب الخمس فقط لجاز اخراج خمس بعير ، وقد اتفق الأصحاب على أنه لا يجزىء •

(والثانى) أن خمس البعير يقع فرضا وباقيه تطوعا ، لأن البعير يجزىء عن خمس وعشرين ، فدل على أن كل خمس منه عن خمسة أبعرة ، قال أصحابنا : وهذان الوجهان كالوجهين فى المتمتع اذا وجب عليه شاة فنحر بدنة أو نذر شاة فنحر بدنة ، وفيمن مسح كل رأسه أو طول الركوع والسجود زيادة على المجزىء ، فهل يقع الجميع فرضا ؟ أم سبع البدنة وأقل جزء من الرأس والركوع والسجود ؟ فيه وجهان ، قال أصحابنا : لكن الأصح فى البدنة والمسح أن الفرض هو البعض ، وفى البعير فى الزكاة كله •

والفرق أن الاقتصار على سبع بدنة وبعض الرأس يجزىء ، ولا يجزىء هنا خمس بعير بالاتفاق ، ولهذا قال امام الحرمين : من يقول : البعض هو الفرض يقول : هو بشرط التبرع بالباقى • قال صاحب التهذيب وغيره : الوجهان مبنيان على أن الشاة الواجبة فى الابل أصل بنفسها أم بدل عن الابل؟ فيه وجهان • (فان قلنا) أصل فالبعير كله فرض كالشاة والا فالخمس ،

وتظهر فائدة الخلاف فيما لو عجل بعيراً عن خمس من الابل ثم ثبت له الرجوع لهلاك النصاب أو لاستغناء الفقير أو غير ذلك من أسباب الرجوع : فان قلنا : الجميع رجع فى جميعه ، والا ففى الخمس فقط ، لأن التطوع لا رجوع فيه •

(فـــرع) قال أصحابنا : الشاة الواجبة من الابل هى الجذعة من الضأن أو الثنية من المعز ، وفى سنها ثلاثة أوجه لأصحابنا مشهورة ، وقد ذكر المصنف المسألة فى باب زكاة الغنم (أصـــحها) عنـــد جمهور الأصـــحاب الجـــذعة ما استكملت سنة ، ودخلت فى الثانية والثنية ما استكملت سنتين ودخلت فى السنة الثالثة ، سواء كان من الضأن أو المعز ، وهذا هو الأصح عند المصنف فى المهذب (والثانى) أن للجذعة ستة أشهر وللثنية سنة ، وبه قطع المصنف فى التنبيه ، واختاره الرويانى فى الحلية (والثالث) ولد الضأن من شاتين صار جذعا لسبعة أشهر ، وان كان لهرمين فلثمانية أشهر •

(فـــرع) الشاة الواجبة هى جذعةالضأن أو ثنيَة المعز كما سبق ،فان أخرج الأنثى أجزأه بلا خلاف ، وهى أفضل من الذكر ، وان أخرج الذكر ففيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف والأصحاب (أصحهما) عند الأصحاب يجزىء وهو قول أبى اسحاق المروزى ، وهو المنصوص للشافعى رضى الله عنه كما يجزىء فى الأضحية (والثانى) لا يجزئه لحديث سفيان بن عبد الله الثقفى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : « اعتد عليهم السخلة يحملهـــا الراعىولا تأخذها ، ولا تأخذ الأكولةولا الرُّبَّى ولا الماخض ولا فحل الغنم ، وتأخذ الجزعة والثنية ، وذلك عدل بين غذاء [1] المال وخياره » صحيح رواه مالك فى الموطأ باسناد صحيح وسواء كانت الابل ذكورا أو اناثا ، أو ذكورا واناثا ففيها الوجهان ، هكذا صرح به الأصحاب وشذ المتولى وغيره فحكوا فيه طريقين (أصحهما) هذا (والثانى) أن الوجهين اذا كانت كلها ذكورا والا فلا يجزىء الذكر ، والمذهب الأول ، قال أصحابنا : والوجهان يجريان فى شاة الجبران كما سنوضحه ان شاء الله تعالى •

(فـــرع) قال المصنف فى المهذب : وتجب عليه الشاة من غنم البلد ، ان كان ضأنا فمن الضأن وان كان معزاً فمن المعـــز ، وان كان منهـــما فمـــن

---

(١) غذاء جمع غذى وهو السخلة (ط) •

الغالب ، فان استويا جاز من أيهما شاء ، هذا كلامه وبه قطع البندنيجى من العراقيين ، وهو قول غريب ووجه ضعيف فى طريقة الخراسانيين •

(وأما) المذهب المشهور الذى قطع به أصحابنا العراقيون ، وصححه جمهور الخراسانيين ، ونقله صاحب البيان فى كتابه مشكلات المهذب عن جميع الأصحاب سوى صاحب المهذب ، أنه يجب من غنم البلد ، ان كان بمكة فشاة مكية أو ببغداد فبغدادية ولا يتعين غالب غنم البلد بل له أن يخرج من أى النوعين شاء • قال الشافعى رضى الله عنه فى المختصر : ولا نظر الى الأغلب فى البلد لأن الذى عليه شاة من غنم بلده يجوز فى الأضحية ، هذا نصه • قال أصحابنا العراقيون وغيرهم : أراد الشافعى رضى الله عنه فى النوعين الضأن والمعز ، وأراد أنه يتخير بينهما ، وأنه لا يتعين النوع الغالب منهما ، بل له أن يخرج من القليل منهما لأن الواجب شاة ، وهذه تسمى شاة وقد نقل امام الحرمين عن العراقيين أنهم قالوا : يتعين غالب غنم البلد كما ذكره صاحب المهذب ، ونقل عن صاحب التقريب أنه نقله عن نص الشافعى ، وأنه نقل نصوصا أخر تقتضى التخيير ورجحها وساعده الامام على ترجيحها •

قال الرافعى : قال الأكثرون بترجيح التخيير ، وربما لم يذكروا سواه ، وأنكر على امام الحرمين نقله عن العراقيين أنهم اعتبروا غالب غنم البلد فى الضأن والمعز ، وهذا الذى أنكره الرافعى انكار صحيح والمشهور فى كتب جماهير العراقيين القطع بالتخيير وذكر امام الحرمين والغزالى وغيرهما وجها غريبا أنه يتعين غنم نفسه ان كان يملك غنما ولا يجزىء غنم البلد • كما اذا زكى غنم نفسه • وحكى صاحب التتمة وجها ، وزعم أنه المذهب أنه يجوز من غير غنم البلد ، وهذا أقوى فى الدليل ، لأن الواجب شاة وهذه تسمى شاة لكنه غريب شاذ فى المذهب فحصل فى المسألة أربعة أوجه (الصحيح) المنصوص الذى عليه الجمهور أنه تجب شاة من غنم البلد (والثانى) يتعين غنم نفسه (والثالث) تتعين غالب غنم البلد (والرابع) يجوز من غير غنم البلد قال أصحابنا : واذا وجب غنم فأخرج غيرها من الغنم خيرا منها أو مثلها أجزأه لأنه يسمى شاة وانما امتنع أن يخرج دونها والله تعالى أعلم •

(فـــرع) قال أصحابنا : الشاة الواجبة فى الابل يشـــترط كونهـا صحيحة بلا خلاف سواء كانت الابل صحاحا أو مراضا لأنها واجبة فى الذمة، وما وجب فى الذمة كان صحيحا سليما ، لكن اذا كانت الابل صحاحا وجب شاة صحيحة كاملة بلا خلاف ، وان كانت الابل مراضا فله أن يخرج منهـا بعيراً مريضا ، وله اخراج شاة ، فان أخرج شاة فوجهان مشهوران حكاهما المصنف والأصحاب (أصحهما) عند المصنف وغيره يجب شاة كاملة كمـا تجب فى الصحاح لأنه لا يعتبر فيه صفة ماله فلم يختلف بصحة المال ومرضه كالأضحية (والثانى) وهو قول أبى على بن خيران : تجب شاة بالقسط ، فيقال خمس من الابل قيمتها مراضا خمسمائة وصحاحا ألف ، وشاة الصحاح تساوى عشرة فتجب شاة صحيحة تساوى خمسة ، فان لم يوجد بهذه القيمة شاة صحيحة ــ قال صاحب الشامل : فرق الدراهم على الأصناف للضرورة ، وهذا كما ذكره الأصحاب فى اجتماع الحقاق وبنات اللبون فى مائتين ، اذا أخذ الساعى غير الأغبط ووجب أخذ التفاوت ولم يمكن شراء جزء من بعيريه فانه يفرقه دراهم • والله تعالى أعلم •

(فرع) فى شرح ألفاظ الكتاب

(قوله) لما روى سويد بن غفلة قال « أتانا مصدق رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : نهينا عن الأخذ من راضع لبن ، وانما حقنا فى الجذعة والثنية» هذا الحديث رواه أبو داود والنسائى وغيرهما مختصرا قال « فاذا كان فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نأخـذ من راضـع لبن » ولم يذكر الجذعة والثنية ، واسناده حسن ، لكن ليس فيه دليل للجذعة والثنية الذى هو مقصود المصنف ، والمراد براضع لبن السخلة ، ومعناه لا تجـزىء دون جذعة وثِنْية ، أى جزعة ضأن وثنية معز ، هذا هوالصحيح المختار فى تفسيره، وهو معنى كلام جماعة من أصحابنا ، وقال الخطابى : المراد براضع لبن هنا ذات الدر ، قال : والنهى عنها يحمل على وجهين (أحدهما) ألا يأخذها الساعى لأنها من خيار المال ، ويكون تقديره ولا يأخذ راضع لبن ، وتكون لفظـة (من) زائدة كما يقال : لا نأكل من الحرام أى الحرام •

(والوجه الثانى) ألا يعد ذات الدر المتخذة له فلا زكاة فيها ، هذا كلام الخطابى وهو ضعيف جدا أو باطل ، لأن الوجه الثانى مخالف لما أطبق عليه

الفقهاء أن الزكاة تجب فى الجميع ، فان حملت ذات الدر على معلوفة فليس له اختصاص بذات الدر • وأما الوجه الأول فبعيد وتكلف لا حاجة اليه ، وانما نبهت على ضعف كلامه لئلا يغتر به كما اغتر به ابن الأثير فى كتابه نهاية الغريب ، والله أعلم •

وسويد بن غفلة بغين معجمة ثم فاء مفتوحتين ، وسويد جعفى كوفى تابعى مخضرم كنيته أبو أمية ، أدرك الجاهلية ثم أسلم وقال : أنا أصغر من النبى صلى الله عليه وسلم بسنتين وعُمِّرَ كثيراً ، قيل : مات سنة احدى وثمانين ، وقيل بلغ مائة واحدى وثلاثين سنة •

وقول المصنف : ولأنه أصل فى صدقة الابل فلم يجز فيه الذكر كالفرض من جنسه قال القلعى : قوله أصله احتراز من ابن لبون فى خمس وعشرين عند عدم بنت مخاض (وقوله) فى صدقة الابل احتراز من التبيع فى ثلاثين من البقر (وقوله) لأنه حق الله تعالى لا يعتبر فيه صفة ماله فجاز فيه الذكر والأنثى كالأضحية (وقوله) حق الله تعالى احتراز من القرض والسلم فى الأنثى (وقوله) لا يعتبر فيه صفة ماله ، احتراز من النصاب الذى يجب فيه من جنسه ، ما عدا ثلاثين من البقر (وقوله) لأن كل مال وجب فى الذمة بالشرع اعتبر فيه عرف البلد احتراز من المسلم فيه والقرض والنذر (قوله) لأنه لا يعتبر فيه صفة المال فلم يختلف بصحة المال ، فيه احتراز مما اذا كانت الزكاة من جنس المال المزكى ، فانه يؤخذ من المراض مريضة •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى نصب الابل

أجمعوا على أن فى أربع وعشرين فما دونها الغنم كما سبق ، وأجمعوا على أن فى خمس وعشرين بنت مخاض الا ما روى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أنه قال « فيها خمس شياه فاذا صارت ستا وعشرين ففيها بنت مخاض » واحتج له بحديث جاء عن عاصم بن ضمرة عن على عن النبى صلى الله عليه وسلم « فى خمس وعشرين من الابل خمس شياه ، فاذا بلغت ستا وعشرين ففيها بنت مخاض » ودليلنا حديث أنس السابق فى أول الباب • وأما حديث

عاصم بن ضمرة فمتفق على ضعفه ووهائه [1] وقال ابن المنذر : أجمعوا على أن فى خمس وعشرين بنت مخاض ، ولا يصح عن على ما روى عنه فيها ، قال : وأجمعوا على أن مقدار الواجب فيها الى مائة وعشرين على ما فى حديث أنس ، فاذا زادت على مائة وعشرين فمذهب الشافعى رضى الله عنه والأوزاعى وأحمد واسحاق وأبى ثور وداود أن فى مائة واحدى وعشرين ثلاث بنات لبون ثم فى كل أربعين بنت لبون ، وفى كل خمسين حقة كما سبق ايضاحه .

وحكى ابن المنذر عن محمد بن اسحاق صاحب المغازى وأبى عبيد ورواية عن مالك وأحمد : أنه لا شىء فيها حتى تبلغ مائة وثلاثين . وعن مالك رواية كمذهبنا ، ورواية ثالثة أن الساعى يتخير فى مائة واحدى وعشرين بين ثلاث بنات لبون وحقتين . وقال ابراهيم النخعى والثورى وأبو حنيفة : اذا زادت على عشرين ومائة يستأنف الفريضة فيجب فى خمس شاة وفى عشر شاتان وخمس عشرة ثلاث شياه وعشرين أربع شياه وفى خمس وعشرين بنت مخاض فيجب فى مائة وخمس وعشرين حقتان وشاة وفى مائة وثلاثين حقتان وشاتان وفى مائة وخمس وثلاثين حقتان وثلاث شياه ، وفى مائة وأربعين حقتان وأربع شياه ، وفى مائة وخمس وأربعين حقتان وبنت مخاض وفى مائة وخمسين ثلاث حقاق ، ثم يستأنف الفريضة بعد ذلك ، وعلى هذا القياس أبداً .

وحكى أصحابنا عن محمد بن جرير الطبرى أنه قال يتخير بين مقتضى مذهب الشافعى ومذهب أبى حنيفة وحكاه الغزالى فى الوسيط عن ابن خيران فأوهم أنه قول أبى على بن خيران من أصحابنا وأنه وجه من مذهبنا وليس كذلك بل اتفق أصحابنا على تغليط الغزالى فى هذا النقل وتغليط شيخه فى النهاية فى نقله مثله ، وليس هو قول ابن خيران ، وانما هو قول محمد ابن جرير الطبرى : وحكى ابن المنذر عن حماد بن أبى سليمان شيخ أبى حنيفة أنه قال : فى خمس وعشرين ومائة حقتان وبنت مخاض ، وجاءت آثار ضعيفة تمسك بها كل من ذهب من هؤلاء الأئمة . والصواب ما ذهب اليه الشافعى وموافقوه ، وعمدتهم حديث أنس السابق فى أول الباب ، وهو صحيح صريح ، وما خالفه ضعيف أو دونه والله تعالى أعلم .

---

(١) مصدر وهى وهاء ووهيا وهى من اشد مراتب الجرح (ط) .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن وجبت عليه بنت مخاض ـ فان كانت فى ماله ـ لزمه اخراجها ، وان لم تكن فى ماله وعنده ابن لبون قبل منه ولا يرد معه شيء ، لما روى أنس رضى الله عنه فى الكتاب الذى كتبه ابو بكر الصديق رضى الله عنه « فمن لم تكن عنده بنت مخاض وعنده ابن لبون ذكر فانه يقبل منه وليس معه شيء » ولأن فى بنت مخاض فضيلة بالأنوثة وفى ابن لبون فضيلة بالسن فاستويا ، وان لم تكن عنده بنت مخاض ولا ابن لبون فله أن يشترى بنت مخاض ويخرج لأنه أصل فرضه ، وله أن يشترى ابن لبون ويخرج لأنه ليس فى ملكه بنت مخاض ، وان كانت ابله مهازيل وفيها بنت مخاض سمينة لم يلزمه اخراجها ، فان أراد اخراج ابن لبون فالمنصوص أنه يجوز لأنه لا يلزمه اخراج ما عنده فكان وجوده كعدمه كما لو كانت ابله سماناً وعنده بنت مخاض مهزولة . ومن أصحابنا من قال : لا يجوز لأن عنده بنت مخاض تجزىء . ومن وجب عليه بنت لبون وليست عنده ، وعنده حق لم يؤخذ منه ، لأن بنت اللبون تساوى الحق فى ورود الماء والشجر ، وتفضل عليه بالأنوثية) .

(الشرح) حديث أنس صحيح سبق بيانه فى أول الباب ، وفى الفصل مسائل : (احداها) قال الشافعى رضى الله عنه والأصحاب : اذا وجب عليه بنت مخاض فان كانت عنده من غير نقاسة ولا عيب لم يجز العدول الى ابن لبون بلا خلاف وان لم تكن عندد وعنده ابن لبون فأراد دفعه عنها وجب قبوله ولا يكون معه شيء لا من المالك ولا من الساعى ، وهذا لا خلاف فيه لحديث أنس . قال أصحابنا : وسواء كانت قيمة ابن لبون كقيمة بنت مخاض أو أقل منها ، وسواء قدر على تحصيله أم لا لعموم الحديث .

(الثانية) اذا وجب عليه بنت مخاض ولم يكن عنده بنت مخاض ولا ابن لبون فوجهان (أصحهما) له أن يشترى أيهما شاء ويجزئه لعموم الحديث ، وبهذا الوجه قطع المصنف وجمهور الأصحاب (والثانى) حكاه جماعات من الخراسانيين عن صاحب التقريب وغيره أنه يتعين عليه شراء بنت مخاض ، وهو مذهب مالك وأحمد لأنهما لو استويا فى الوجود لم يجز ابن لبون ، فكذا اذا عدما وتمكن من شرائهما .

(الثالثة) اذا كانت عنده بنت مخاض معيبة فهى كالمعدومة فيجزئه ابن لبون بلا خلاف لعموم الحديث ، وقد صرح المصنف بهذا فى قوله : كما لو

كانت ابله سمانا وعنده بنت مخاض مهزولة ولو كانت ابله مهزولة وفيها بنت مخاض نفيسة لم يلزمه اخراجها فان تطوع بها فقد أحسن ، وان أراد اخراج ابن لبون فوجهان (أحدهما) لا يجوز لأنه واجد بنت مخاض مجزئة (والثانى) يجوز لأنه لا يلزمه اخراجها فهى كالمعدومة ؛ ورجح المصنف الاجزاء ونقله عن النص ووافقه على ترجيحه البغوى ، ورجح الشيخ أبو حامد وأكثر الأصحاب عدم الاجزاء ونقله القاضى أبو الطيب فى المجرد . قال الرافعى : رجحه الشيخ أبو حامد وأكثر شيعته وامام الحرمين والغزالى .

(الرابعة) لو فقد بنت مخاض فأخرج خنثى مشكلا من أولاد اللبون فوجهان مشهوران فى كتب الخراسانيين « أصحهما » يجزئه لأنه ابن لبون أو بنت لبون ، وكلاهما مجزىء (والثانى) لا يجزئه لأنه مشوه الخلق كالمعيب . ولو أخرج خنثى من أولاد المخاض لم يجزئه بالاتفاق لاحتمال أنه ذكر ، ولو وجد بنت مخاض فأخرج خنثى مشكلا من أولاد لبون لم يجزئه بلا خلاف لاحتمال أنه ذكر ، ولا يجزىء الذكر مع وجود بنت مخاض .

(الخامسة) لو وجبت بنت مخاض ففقدها ووجد بنت لبون وابن لبون ــ فان أخرج ابن اللبون ــ جاز وان أخرج بنت اللبون متبرعا جاز ، وان أراد اخراجها مع أخذ الجبران لم يكن له ذلك فى أصح الوجهين ، لأنه مستغن عن الجبران ، وانما يصار الى الجبران عند الضرورة والوجهان مشهوران فى الطريقتين .

(السادسة) اذا لزمه بنت مخاض ففقدها فأخرج حقا أجزأه ، وقد زاد خيرا ، لأنه أولى من ابن لبون هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور وحكى صاحب الحاوى وجها آخر أنه لا يجزىء لأنه لا مدخل له فى الزكوات ولو لزمه بنت لبون فأخرج عنها عند عدمها حقا فطريقان (المذهب) لا يجزئه لما ذكره المصنف وبهذا قطع المصنف والجمهور ، وحكى صاحب الحاوى وجماعة من أصحابنا فى اجزائه وجهين ، وقطع الغزالى فى الوجيز بالجواز ، وهو شاذ مردود .

(فـــرع) اذا لزمه بنت مخاض ففقدها وفقد ابن لبون أيضا ، ففى كيفية مطالبة الساعى له بالواجب وجهان ، حكاهما صاحب الحاوى (أحدهما) يخيره بين بنت مخاض وابن لبون لأنه مخير فى الاخراج (والثانى) يطالبه ببنت مخاض لأنها الأصل فان دفع ابن لبون قبل منه •

(فـــرع) لو لزمه بنت مخاض فلم تكن فى يده فى الحال لكن يملك بنت مخاض مغصوبة أو مرهونة فله اخراج ابن لبون ، لأنه غير متمكن منها فهى كالمعدومة ذكره الدارمى وغيره ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن وجبت عليه جذعة أو حقة او بنت لبون ، وليس عنده الا ما هو أسفل منه بسنة أخذ منه مع شاتين أو عشرين درهما ، وان وجب عليه بنت مخاض أو بنت لبون أو حقة وليس عنده الا ما هو أعلى منه بسنة أخذ منه ، ودفع اليه المصدق شاتين او عشرين درهماً ، لما روى أنس رضى الله عنه ان أبا بكر الصديق رضى الله عنه كتب له لما وجهه الى البحرين كتاباً وفيه ((ومن بلغت صدقته من الابل الجذعة وليست عنده وعنده حقة فانها تقبل منه الحقة ويجعل معها شاتين او عشرين درهما ، ومن بلغت عنده صدقة الحقة ، وليس عنده الا بنت لبون ، فانها تقبل منه بنت لبون ، ويعطى معها شاتين أو عشرين درهما، ومن بلغت صدقته بنت لبون وليست عنده ، وعنده بنت مخاض فانها تقبل منه بنت مخاض ، ويعطى معها عشرين درهما او شاتين ، ومن بلغت صدقته بنت مخاض ، وليست عنده ، وعنده بنت لبون ، فانها تقبل منه بنت لبون ويعطيه المصدق عشرين درهما أو شاتين . فأما اذا وجبت عليه جذعة وليست عنده ، وعنده ثنية فان أعطاها ولم يطلب جبرانا قبلت ، لأنها أعلى من الفرض بسنة ، وان طلب الجبران فالمنصوص أنه يدفع اليه لأنها أعلى من الفرض بسنة فهى كالجذعة مع الحقة ، ومن أصحابنا من قال : لا يدفع الجبران لأن الجذعة تساوى الثنية فى القوة والمنفعة ، فلا معنى لدفع الجبران ، وان وجبت عليه بنت مخاض ، وليس عند عند الا فصيل وأراد أن يعطى ويعطى معه الجبران لم يجز ، لأن الفصيل ليس بفرض مقدر ، وان كان معه نصاب مراض ، فأراد ان يصعد الى فرض مريض ، ويأخذ معه الجبران لم يجز لأن الشاتين أو العشرين درهما جعل جبرانا لما بين الصحيحين ، فاذا كانا مريضين كان الجبران أقل من الشاتين أو العشرين الدرهم . فان أراد أن ينزل الى فرض دونه ويعطى معه شاتين أو عشرين درهماً جاز لأنه متطوع بالزيادة . ومن وجبت عليه الشاتان أو العشرون درهما كان الخيار اليه لأن النبى صلى الله عليه وسلم

جعل الخيار فيه الى من يعطى فى حديث أنس ، فان اختار ان يعطى شاة وعشرة دراهم لم يجز لأن النبى صلى الله عليه وسلم خيره بين شيئين ، فلو جوزنا أن يعطى شاة وعشرة دراهم خيرناه بين ثلاثة أشياء ، ومن وجب عليه فرض ووجد فوقه فرضاً وأسفل منه فرضاً فالخيار فى الصعود والنزول الى رب المال لأنه هو الذى يعطى فكان له كالخيار فى الشاتين والعشرين الدرهم . ومن أصحابنا من قال : الخيار الى المصدق وهو المنصوص ، لأنه يلزمه أن يختار ما هو انفع للمساكين ولهذا اذا اجتمع الصحاح والمراض لم يأخذ المراض فلو جعلنا الخيار الى رب المال أعطى ما ليس بنافع ، ويخالف الخيار فى الشاتين والعشرين الدرهم ، فان ذلك جعل جبرانا على سبيل التخفيف فكان ذلك الى من يعطى وهذا تخيير فى الفرض فكان الى المصدق . ومن وجب عليه فرض ولم يجد الا ما هو أعلى منه بسنتين أخذ منه وأعطى أربع شياه أو أربعين درهما وان لم يجد الا ما هو أسفل منه بسنتين أخذ منه أربع شياه أو أربعون درهما لأن النبى صلى الله عليه وسلم قدر ما بين السنين بشاتين أو عشرين درهما فدل على ان كل ما زاد فى السن سنة زاد فى الجبران بقدرها ، فان أراد من وجب عليه أربعون درهما أو أربع شياه أن يعطى شاتين عن أحد الجبرانين وعشرين درهما عن الجبران الآخر جاز لأنهما جبرانا فجاز أن يختار فى أحدهما شيئا ، وفى الآخر غيره ككفارتى يمينين ، يجوز أن يخرج فى احداهما الطعام وفى الأخرى الكسوة وان وجب عليه الفرض ووجد سنا أعلى منه بسنة وسنا أعلى منه بسنتين فترك الأقرب وانتقل الى الأبعد ففيه وجهان . (أحدهما) انه يجوز لأنه قد عرف ما بينهما من الجبران . (والثانى) لا يجوز ، وهو الصحيح ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أقام الأقرب مقام الفرض ، ثم لو وجد الفرض لم ينتقل الى الأقرب ، فكذلك اذا وجد الأقرب لم ينتقل الى الأبعد) .

(الشرح) قال الشافعى رضى الله عنه والأصحاب رحمهم الله تعالى : اذا وجب عليه جذعة وليست عنده جاز أن يخرج حقة مع جبران ، والجبران شاتان أو عشرون درهما ، ولو جبت حقة وليست عنده فله اخراج بنت لبون ويأخذ الساعى جبرانا ، ولو وجبت بنت لبون وليست عنده فله اخراج حقه ويأخذ جبرانا ولو وجبت حقة وليست عنده فله اخراج جذعة ويأخذ جبرانا . قال أصحابنا : وصفة شاة الجبران هذه صفة الشاة المخرجة فيما دون خمس وعشرين من الابل ، وقد سبق بيانها ، وفى اشتراط الأنوثية اذا كان المالك هو دافع الجبران الوجهان المذكوران فى تلك الشاة (أصحهما) لا يشترط ، بل يجزىء الذكر ، فان كان الدافع الشاة هو الساعى ــ ولم يرض رب المال بالذكر ــ ففيه الوجهان ، وان رضى به

جاز بلا خلاف ، صرح به المتولى وغيره • قال امام الحرمين وغيره : ولا خلاف أن الدراهم التى يخرجها هى البقرة الخالصة ، قال امام الحرمين : وكذا الدراهم الشرعية حيث أطلقت ، فان احتاج الامام الى دراهم ليدفعها فى الجبران ولم يكن فى بيت المال شىء باع شيئا من مال الزكاة وصرفه فى الجبران ، هكذا صرح به الفورانى وصاحب العدة والبغوى وصاحب البيان والرافعى وآخرون •

(وأما) تعيين الشاتين أو الدراهم فالخيرة فيه لدافعه ، سواء كان الساعى أو رب المال ، هكذا نص عليه الشافعى رضى الله عنه ، وقطع به الجمهور ، وذكر امام الحرمين والسرخسى وغيرهما ، فيها اذا كان الدافع هو رب المال ، طريقين :

(أصحهما) هذا (والثانى) أن الخيرة للساعى ، والمذهب الأول لظاهر حديث أنس السابق فى أول الباب ، قال أصحابنا : فان كان الدافع هو الساعى لزمه دفع ما دفعه أصلح للمساكين ، وان كان رب المال استحب له دفع الأصلح للمساكين ويجوز له دفع الآخر (أما) الخيرة فى الصعود والنزول اذا فقد السن الواجبة ، ووجد أعلى منها وأنزل ففيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف والأصحاب واختلفوا فى أصحهما فأشار المصنف الى أن الأصح أن الخيرة للمالك ، وهو الذى صححه امام الحرمين والبغوى والمتولى والرافعى وجمهور الخراسانيين ، وقطع به الجرجانى من العراقيين فى كتابه التحرير وصحح أكثر العراقيين أن الخيرة للساعى ، وهو المنصوص فى الأم ثم ان الأصحاب أطلقوا الوجهين كما ذكرنا الا صاحب الحاوى فقال : ان طلب الساعى النزول والمالك الصعود فان عدم الساعى الجبران فالخيرة له والا ففيه الوجهان •

قال أصحابنا : فان خيرنا الساعى لزمه اختيار الأصلح للمساكين ، قال امام الحرمين وغيره : الوجهان فيما اذا أراد المالك دفع غير الأنفع للمساكين ، فان أراد دفع الأنفع لزم الساعى قبوله بلا خلاف لأنه مأمور بالمصلحة ، وهذا مصلحة•قال الامام : وان استوى ما يريده هذا وذاك فى الغبطة فالأظهر اتباع المالك • هذا كله اذا كانت الابل سليمة ، فان كانت معيبة أو مريضة

فأراد أن يصعد الى سن مريض ، ويأخذ معه الجبران لم يجز هكذا قطع به المصنف والأصحاب فى طريقتى العراق وخراسان واتفقوا عليه ونقله امام الحرمين عن الأصحاب مطلقا ثم قال : والذى يتجه عندى أنا ــ ان قلنا : الخيرة للمالك فى الصعود والنزول ، فالأمر على ما ذكره الأصحاب ، وان قلنا : الخيرة للساعى فرآه غبطة للمساكين فالوجه القطع بجــوازه ، قال : وهذا واضح ، وهو مراد الأصحاب قطعا وان قلنا الخيرة للمساكين لم يجز ، لأنه انما يستحق الجبران المسمى بدلا عما بين السنين السليمتين ومعلوم أن الذى بين المعيبين دون ذلك ، وهذه الصورة مستثناة من اطلاق الوجهين فيمن له الخيرة ولو أراد النزول وهى معيبة ويبذل الجبران قبل منه لأنه متبرع بزيادة هكذا ذكره المصنف والأصحاب واتفقوا عليه •

قال أصحابنا : وانما يجىء الصعود والنزول اذا عدم السن الواجبة أو وجدها وهى معيبة أو نفيسة ، فأما ان وجدها وهى سليمة معتدلة وأراد النزول أو الصعود مع جبران فليس له ذلك بلا خــلاف ولا يجوز ذلك للساعى أيضا بلا خلاف فان وجدها وهى معيبة فكالمعدومة وان وجدها وهى نفيسة بأن تكون حاملا أو ذات لبن أو أكرم ابله لم يلزمه اخراجها ولا يجوز للساعى أخذها بغير رضاء المالك ، فان لم يسمح بها المالك فهى كالمعدومة وينتقل الى سن أعلى أو أسفل بلا خــلاف صرح به المــاوردى والبغوى وغيرهما ولم يذكروا فيه الوجه الســابق فيما اذا لزمه بنت مخاض وابله مهزولة ولم يجد بنت مخاض الا نفيسة أنها لا تكون كالمعــدومة • قال أصحابنا : وحيث قلنا : ينزلفنزل ودفع الجبران ، أجزأه سواء كان السن الذى نزل اليه مع الجبران يبلغ قيمة السن الذى نزل عنه أم لا ، ولا نظــر الى التفاوت لأن هذا جائز بالنص •

وأما اذا وجب عليه جذعة وليست عنده وعنده ثنية فان دفعها ، ولم يطلب جبرانا قبلت منه وقد زاد خيرا ، وان طلب جبرانا فوجهان (أحدهما) تجزئه ، لأنها أعلى منه بسنة فهى كالجذعة مع الحقة (والثانى) لا ، لأن الجبران على خلاف الدليل ، ولا تتجاوز به اسنان الزكاة التى ورد فيهــا الحديث ، ولأن الجذعة تساوى الثنية فى القــوة والمنفعة فلا يحتمــل معها

الجبران • ونقل المصنف والأصحاب عن نص الشافعى رضى الله عنه الاجزاء ، وهو الأصح عند جمهور الأصحاب • وصحح الغزالى والمتولى والبغوى المنع والمذهب الأول •

أما اذا لزمه بنت مخاض وليست عنده وليس عنده الا فصيل أنثى له دون سنة فلا يجزئه مع الجبران بلا خلاف لأنه ليس مما يجزىء فى الزكاة ، قال أصحابنا : ويجوز الصعود والنزول بدرجتين وبثلاث ويكون مع الدرجتين جبران ، ومع الثلاث ثلاث •

(مثال ذلك) وجبت بنت مخاض ففقدها وفقد بنت لبون وحقة ، ووجد جذعة دفعها وأخذ ثلاث جبرانات ، وان وجد حقة دفعها وأخذ جبرانين ، وان وجبت جذعة ففقدها وفقد الحقة وبنت اللبون دفع بنت مخاض مع ثلاث جبرانات فان وجد بنت لبون دفعها مع جبرانين ، وهل يجوز الصعود والنزول بدرجتين مع التمكن من درجة ؟ أو ثلاث مع التمكن من درجتين ؟ فيهما وجهان الصحيح عند الأصحاب فى الطريقتين لا يجوز وبه قطع الفورانى وصاحب العدة والبغوى وآخرون وصححه الباقون •

(مثاله) وجبت بنت لبون ففقدها ، ووجد حقة وجذعة ، فان أخرج الحقة وطلب جبرانا فيهما جاز ، وان أخرج الجذعة ورضى بجبران واحد جاز وقد زاد خيرا ، وان طلب جبرانين فوجهان (الصحيح) لا يجوز ، لأنه متمكن من تقليل الجبران ومستغن عن الجبران الثانى فلا يجوز كما لو وجد الأصل • ولو وجبت حقة ففقدها ووجد بنت لبون وبنت مخاض ، فأراد النزول الى بنت مخاض ودفع جبرانين ففيه الوجهان (الصحيح) لا يجوز ، ولو لزمه بنت لبون ففقدها وفقد الحقة ووجد جذعة وبنت مخاض ــ فان أخرج بنت مخاض مع جبران ــ أجزأه ، وان أراد اخراج الجذعة مع جبرانين فوجهان (أصحهما) الجواز وبه قطع الصيدلانى لأن بنت المخاض ــ وان كانت أقرب لكنها ليست فى الجهة المعدول عنها بخلاف ما لو وجد حقة وجذعة ، فصعد الى الجذعة ، وهذا الذى ذكرناه من ثبوت الجبرانين والثلاثة هو نص الشافعى رضى الله عنه وجميع أصحابنا فى كل الطرق •

الا ابن المنذر ، فانه نقل عن الشافعى رضى الله عنه هذا ثم اختار لنفسه أنه لا يجوز زيادة على جبران واحد ، كما ثبت فى الحديث ، والصواب الأول .

(أما) اذا لزمه حقة فأخرج بنتى لبون بلا جبران . أو لزمه جذعة فأخرج بنتى لبون أو حقتين بلا جبران فوجهان حكاهما القاضى حسين والمتولى وصاحب المستظهرى وغيرهم (أصحهما) يجزئه لأنهما يجزيان عما فوق ابله فعنها أولى (والثانى) لا . لأن فى الواجب معنى ليس هو فى المخرج . (أما) اذا لزمه بنت لبون فأخرج ابن لبون ليقوم مقام بنت مخاض ويعطى معه جبرانا فوجهان حكاهما صاحب الحاوى وغيره (أحدهما) يجوز ، لأن ابن اللبون فى حكم بنت المخاض عند عدمها ، فصار كمعطى بنت مخاض مع جبران (والثانى) لا يجوز ، لأن ابن اللبون أقيم مقام بنت مخاض اذا كانت هى الفرض وليست هى هنا الفرض أما اذا كان معه احدى وستون بنت مخاض فأخرج منها بنت مخاض فالمذهب أنها لا تجزئه الا مع ثلاث جبرانات ، وبهذا قطع جمهور الأصحاب ، وذكر صاحب الحاوى وجهين (أحدهما) هذا (والثانى) تكفيه وحدها ، ولا يلزمه زيادة عليها ، ولا جبران لئلا يجحف به والله تعالى أعلم .

(فرع) اتفق الأصحاب على أنه لا يجوز لرب المال اذا توجه عليه جبران أن يبعضه فيدفع شاة وعشرة دراهم ، وان كان دافع الجبران هو الساعى ، فان لم يرض رب المال بالتبعيض لم يجبر عليه ، وان رضى به جاز تبعيضه ، هكذا صرح به امام الحرمين والمتولى والبغوى وآخرون ، ولا خلاف فيه ، لأن الحق فى الامتناع من التبعيض لرب المال ، فاذا رضى به جاز ، كما لو قنع بشاة أو عشرة دراهم . وأما ما قاله صاحب الحاوى والمحاملى والشيخ أبو محمد الجوينى وآخرون : لو أراد رب المال أو الساعى دفع شاة وعشرة دراهم لم يجز « فمرادهم » اذا لم يرض رب المال بأخذ المبعض ، ولو توجه جبرانان على المالك أو الساعى جاز أن يخرج عن أحدهما عشرين درهما ، وعن الآخر شاتين ، ويجبر الآخر على قبوله ، وكذا لو توجه ثلاثة جبرانات فأخرج عن أحدهما شاتين وعن الآخر أربعين درهما أو عكسه جاز بلا خلاف لأن كل جبران مستقل بنفسه ، فلم يتبعض واجب

واحد بخلاف الجبران الواحد ، وشبهه الأصحاب بكفارة اليمين ، لا يجوز تبعيض كفارة واحدة ، فيطعم خمسة ويكسو خمسة ، ولو وجب كفارتان ، جاز أن يطعم عشرة ويكسو عشرة •

(فـــرع) قال أصحابنا : لا مدخل للجبران فى زكاة البقر والغنم ، لأنه ثبت فى الابل على خلاف القياس فلا يتجاوزه •

(فـــرع) قال الامام أبو سليمان الخطابى : يشبه أن يكون النبى صلى الله عليه وسلم انما جعل الشاتين أو عشرين درهما تقديرا فى جبران الزيادة والنقصان ، ولم يكل الأمر فى ذلك الى اجتهاد الساعى وغيره ، لأن الساعى انما يأخذ منهم الزكاة عند المياه غالبا ، وليس هناك حاكم ولا مقوّم يفصل بينهما اذا اختلفا فضبطت بقيمة شرعية كالصاع فى المصراة أو الغرة فى الجنين ، ومائة من الابل فى قتل النفس قطعا للتنازع •

(فـــرع) فى الفاظ الكتاب

حديث أنس فى كتاب الصدقة سبق بيانه فى أول الباب ، قوله : « ومن بلغت عنده من الابل صدقة الجذعة » لفظ صدقة مرفوع غير منون بل مضاف الى الجذعة والجذعة مجرور بالاضافة • وكذا قوله بعده صدقة الحقة • وأما المصدق المذكور فى الفصل فهو الساعى وهو بتخفيف الصاد • وأما المالك فالمشهور فيه المصدق ــ بتشديد الصاد وكسر الدال ــ على المشهور ، وقيل : يقال بتخفيف الصاد ، وقال الخطابى : هو بفتح الدال •

(فـــرع) فى مذاهب العلماء فيمن وجب عليه سن وفقدها

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه يخرج أعلى منها بسنة ويأخذ جبرانا أو أسفل بسنة ويدفع جبرانا وهو شاتان أو عشرون درهما • وبه قال ابراهيم النخعى وأحمد وأبو ثور وداود واسحاق بن راهويه فى رواية عنه • وحكى ابن المنذر عن على والثورى وأبى عبيد واسحاق ــ فى رواية عنه ــ أن الجبران شاتان أو عشرة دراهم • وعن مكحول والأوزاعى أنه يجب قيمة السن الواجب • وعن مالك أنه يلزم رب المال شراء ذلك السن • وعن حماد بن

أبى سليمان : الساعى يأخذ السن الموجود عنده ، ويجب ما بين قيمتهما . احتج أصحابنا بحديث أنس السابق فى أول الباب . واحتج لعلى رضى الله عنه وموافقيه بحديث ضعيف ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اتفق فى نصاب فرضان كالمائتين هى نصاب خمس بنات لبون ، ونصاب اربع حقاق فقد قال فى الجديد : تجب اربع حقاق أو خمس بنات لبون وقال فى القديم : تجب أربع حقاق . فمن أصحابنا من قال : يجب أحد الفرضين قولا واحداً . ومنهم من قال : فيه قولان (أحدهما) تجب الحقاق لأنه اذا أمكن تغير الفرض بالسن لم يغير بالعدد . كما قلنا فيما قبل المائتين (والثانى) يجب أحد الفرضين لما روى سالم فى نسخة كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ((فاذا كانت مائتين ففيها أربع حقاق أو خمس بنات لبون)) فعلى هذا ان وجد أحدهما تعين اخراجه ، لأن المخير فى الشيئين اذا تعذر عليه أحدهما تعين عليه الآخر كالمكفر عن اليمين اذا تعذر عليه العتق والكسوة تعين عليه الاطعام ، وان وجدهما اختار المصدق أنفعهما للمساكين . وقال أبو العباس : يختار صاحب المال ما شاء منهما وقد مضى دليل المذهبين فى الصعود والنزول . فان اختار المصدق الأدنى نظرت فان كان ذلك بتفريط من رب المال بأن لم يظهر أحد الفرضين أو من الساعى بان لم يجتهد وجب رد المأخوذ او بدله ان كان تالفاً ، فان لم يفرط واحد منهما أخرج رب المال الفضل وهو ما بين قيمة الصنفين ، وهل يجب ذلك ام لا ؟ فيه وجهان (أحدهما) يستحب لأن المخرج يجزىء عن الفرض فكان الفضل مستحباً (والثانى) أنه واجب ، وهو ظاهر النص لأنه لم يؤد الفرض بكماله فلزمه اخراج الفضل فان كان الفضل يسيراً لا يمكن ان يشترى به جزءاً من الفرض تصدق به وان كان يمكن ففيه وجهان (أحدهما) يجب لأنه يمكن الوصول الى جزء من الفرض فلم تجز فيه القيمة (والثانى) لا يجب لأنه يتعذر ذلك فى العادة ، فان عدم الفرضان فى المال نزل الى بنات مخاض أو صعد الى الجذاع مع الجبران . وان وجد أحد الفرضين وبعض الآخر أخذ الموجود ، فان أراد أن يأخذ بعض الآخر مع الجبران لم يجز لأن أحد الفرضين كامل فلم يجز العدول الى الجبران . وان وجد من كل واحد منهما بعضه بأن كان فى المال ثلاث حقاق واربع بنات لبون فأعطى الثلاث الحقاق وبنت لبون مع الجبران جاز . وان اعطى اربع بنات لبون وحقة واخذ الجبران جاز وان أعطى حقة وثلاث بنات لبون مع كل بنت لبون جبران ففيه وجهان (أحدهما) يجوز كما يجوز فى ثلاث حقاق وبنت لبون (والثانى) لا يجوز لأنه يمكنه ان يعطى ثلاث حقاق وبنت لبون وجبرانا واحداً فلا يجوز ثلاث جبرانات ولأنه اذا أعطى ثلاث بنات لبون مع الجبران ترك بعض الفرض وعدل الى الجبران فلم يجز ، كما لا يجوز أخذ الجبران اذا وجد

احدهما كاملا ، وان وجد الفرضين معيبين لم يأخذ بل يقال له : اما ان تشترى الفرض الصحيح واما ان تصعد مع الجبران أو تنزل مع الجبران . وان كانت الابل أربعمائة وقلنا : ان الواجب احد الفرضين جاز أن يأخذ عشر بنات لبون أو ثمانى حقاق ، فان اراد أن يأخذ عن مائتين أربع حقاق وعن مائتين خمس بنات لبون جاز . وقال ابو سعيد الاصطخرى : لا يجوز كما لا يجوز ذلك فى المائتين ، والمذهب الأول لأنهما فريضتان فجاز أن يأخذ فى احداهما جنساً وفى الأخرى جنساً آخر ، كما لو كان عليه كفارتا يمين فأخرج فى احداهما الكسوة وفى الأخرى الطعام) .

(الشرح) قال أصحابنا رحمهم الله تعالى : اذا بلغت الماشية حدا يخرج فرضه بحسابين كالمائتين من الابل فهل الواجب خمس بنات لبون أم أربع حقاق ؟ فيه نصان قال فى القديم : الحقاق وقال فى الجديد : أحدهما . وللأصحاب طريقان (أحدهما) القطع بالجديد ، وتأولوا القديم على أنه أراد أن الحقاق أنفع للمساكين لا أنها تجب مطلقا (وأصحهما وأشهرهما) فيه قولان (أصحهما) باتفاقهم الفرض [1] أحدهما (والثانى) الفرض الحقاق حتما ، فان قلنا بهذا أو وجد الحقاق بصفة الاجزاء من غير نفاسة تعين اخراجها والا نزل الى بنات اللبون أو صعد الى الجذاع مع الجبران كما سبق ، وان شاء اشترى الحقاق ، ولم يذكر المصنف تفريع هذا القول لضعفه . وان قلنا بالمذهب : ان الواجب أحدهما فللمال خمسة أحوال ، أحدها أن يوجد فيه القدر الواجب من أحد الصنفين بكماله دون الآخر ، فيؤخذ ولا يكلف تحصيل الصنف الآخر بلا خلاف ، لما ذكره المصنف . قال أصحابنا : وسواء كان الصنف الآخر أنفع للمساكين أم لا . ونقل الماوردى وغيره الاتفاق على هذا . قال أصحابنا : ولا يجوز والحالة هذه الصعود ولا النزول مع الجبران لأنه لا ضرورة اليه . قالوا : وسواء عدم كل الصنف الآخر أم بعضه . وكذا لو وجد الصنفان وأحدهما معيب فهو كالمعدوم .

(الحال الثانى) ألا يوجد فى ماله شىء من الصنفين أو يوجدا وهما معيبان فاذا أراد تحصيل أحدهما بشراء أو غيره فله أن يحصل أيهما شاء ، فاذا حصل أحدهما صار واجدا له ووجب قبوله منه وان كان الآخر أنفع

---

(١) يريد احد الحسابين لتساويهما وتساوى الصنفين فيهما (ط) .

للمساكين • هذا هو المذهب وبه قطع المصنف والجمهور فى الطريقتين • وفيه وجه حكاه امام الحرمين وغيره أنه يتعين شراء الأجود للمساكين ، وهو الوجه الضعيف الذى قدمناه عن الخراسانيين أنه اذا لزمه بنت مخاض ولم يجدها ولا وجد ابن لبون أنه يتعين عليه شراء بنت مخاض ولا يجزئه ابن لبون والمذهب القطع بجواز ابن لبون ، وكذا هنا المذهب جواز شراء المفضول لأنه اذا اشتراه صار موجودا عنده • قال المصنف والأصحاب : وله ألا يحصل الحقاق ولا بنات اللبون ، بل ينزل أو يصعد مع الجبران ، والأصحاب على هذا ، لكن قالوا ينزل من بنات لبون الى خمس بنات مخاض ويدفع خمس جبرانات أو يصعد من الحقاق الى أربع جذاع ويأخذ أربع جبرانات •

قال أصحابنا : ولا يجوز أن يصعد من خمس بنات لبون الى خمس جذاع ويأخذ عشر جبرانات • ولا أن ينزل من أربع حقاق الى أربع بنات مخاض ويدفع ثمانى جبرانات هـذا هو المذهب وبه قطع الجماهير فى الطريقتين لأن الجبران خلاف الأصل ، وانما جاز للضرورة فى موضعه ولا ضرورة هنا الى النزول أو الصعود بسنين •

وحكى الشيخ أبو محمد الجوينى فى الفروق وصاحب الشامل وغيرهما وجها أنه يجوز النزول والصعود هنا بسنين كما لو لزمه حقة فلم يجد الا بنت مخاض فانها تكفيه مع جبرانين أو لزمه بنت مخاض فلم يجد الا حقة فدفعها وطلب جبرانين فانه يقبل • قال أبو محمد : والفرق على المذهب أن فى صورتى الاستشهاد لا يتخطى واجب ماله وفيما نحن فيه يتخطى ، قال أصحابنا : ولو عدم الفرضين وما ينزل اليه وما يصعد اليه فله أن يشترى ما شاء ان شاء أحد الفرضين وان شاء أعلا منهما أو أسفل مع الجبران كما سبق ، قال الجرجانى وغيره : وشراء الفرض أفضل والله تعالى أعلم •

(الحال الثالث) أن يوجد الصنفان بصفة الاجزاء من غير تفاسة ، فالمذهب أنه يجب الأغبط للمساكين ، وهذا هو المنصوص للشافعى ، وبه قال جمهور أصحابنا المتقدمين وقطع به جماعات من المصنفين وصححه

الباقون • وقال ابن سريج : المالك بالخيار لكن يستحب له اخراج الأغبط للمساكين ، الا أن يكون ولى محجور عليه فيراعى حظه فاذا قلنا بالمذهب فآخذ الساعى غير الأغبط ففيه ستة أوجه ، أصحها وبه قطع المصنف وكثيرون ، وصححه الباقون أنه ان كان ذلك بتقصير من المالك بأن أخفى الأغبط أو من الساعى بأن علم أنه غير الأغبط أو ظنه بغير اجتهاد وتأمل او بهما لم يقع المأخوذ عن الزكاة ، وان لم يقصر أحد منهما وقع عن الزكاة (والوجه الثانى) ان كان المأخوذ باقياً فى يد الساعى لم يقع عن الزكاة وان لم يقصرا والا وقع عنها • قاله أبو على بن خيران وقطع به البغوى (والثالث) ان فرقه على المستحقين من أهل الزكاة وظهر الحال حسب عن الزكاة بكل حال والا فلا (والرابع) ان دفعه المالك مع علمه بأنه الأدنى لم يجزئه وان كان جاهلا أجزأه ولا نظر الى الساعى (والخامس) لا يجزئه بكل حال (والسادس) يجزئه بكل حال • حكاه القاضى أبو الطيب والماوردى وابن الصباغ آخرون •

وحيث قلنا : لا يقع عن الزكاة لزمه اخراجها مرة أخرى ، وعلى الساعى رد ما أخذه ان كان باقيا وقيمته أن كان تالفا • وحيث قلنا يقع عنها يؤمر باخراج قدر التفاوت • وهل هو مستحب أم واجب ؟ فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف والأصحاب (أحدهما) مستحب ووجهوه بالقياس بما اذا أدى اجتهاد الامام الى أخذ القيمة عن الزكاة وأخذها لا يجب شيء آخر (وأصحهما) أنه واجب • صححه أصحابنا قال المصنف وغيره : هو ظاهر النص لأنه لم يدفع الفرض بكماله فوجب جبر نقصه قال المتولى وغيره : واذا قلنا : يقع عن الزكاة ــ وكان باقيا ــ يستحب استرداده ودفع الأغبط للخروج من الخلاف وللرفق بالمساكين •

قال أصحابنا : ويعرف التفاوت بالنظر الى القيمة • فاذا كانت قيمة الحقاق أربعمائة وقيمة بنات اللبون أربعمائة وخمسين وقد أخذ الحقاق وجب خمسون وان كانت أربعمائة وعشرة وجب عشرة فان كان التفاوت يسيراً لا يحصل به شقص من ناقة دفع دراهم للضرورة ، هكذا قاله المصنف

والأصحاب فى جميع طرقهم الا صاحب التقريب ، فانه أشار الى أنه يتوقف فيه ، وهو شاذ باطل ، وان حصل به شقص فوجهان مشهوران حكاهما المصنف والأصحاب • (أحدهما) يجب شراؤه ، لأنه يمكن الوصول الى جزء من الفرض ، ولا تجزىء فيه القيمة (وأصحهما) لا يجب ، بل يجوز دفع الدراهم بنفسها ، واتفقوا على تصحيحه فممن صرح بتصحيحه صاحب الشامل والمستظهرى والرافعى وآخرون ، ووجهوه بأنه يتعذر فى العادة أو يشق ، قالوا : ولأنه يعدل فى الزكاة الى غير الجنس الواجب للضرورة ، كمن وجب عليه شاة فى خمس من الابل ففقد الشاة ، ولم يمكنه تحصيلها ، فانه يخرج قيمتها دراهم ويجزئه ، وكمن لزمه بنت مخاض فلم يجدها ، ولا ابن لبون لا فى ماله ولا بالثمن فانه يعدل الى القيمة قال أصحابنا : فان جوزنا الدراهم فأخرج شقصاً جاز باتفاقهم • قال امام الحرمين : وفيه أدنى نظر لما فيه من العسر على المساكين •

وان أوجبنا شراء شقص ففيه أربعة أوجه (أصحهما) يجب أن يشتريه من جنس الأغبط لأنه الأصل (والثانى) يجب من المخرج لئلا يتبعض المخرج (والثالث) يتخير بينهما واختاره امام الحرمين (والرابع) يجب شقص من بعير أو شاة ولا تجزىء بقرة ، لأنها لا تدخل فى زكاة الابل ، وبهذا قطع صاحب الحاوى • وحيث قلنا يخرج شقصاً وجب تسليمه الى الساعى ان أوجبنا صرف زكاة الأموال الظاهرة الى الامام أو الساعى ، وان أخرج الدراهم ، وقلنا : يجب تسليم الظاهرة الى الامام أو الساعى ، فهنا وجهان حكاهما البغوى وآخرون (أصحهما) يجب صرفها الى الساعى ، لأنه جبران المال الظاهر (والثانى) يجوز للمالك أن يصرفها بنفسه على الأصناف ، لأن الدراهم من الأموال الباطنة •

هذا كله اذا قلنا : دفع التفاوت واجب ، فان قلنا : مستحب فله أن يفرقه كيف شاء ، ولا يتعين لاستحبابه الشقص بالاتفاق ، ثم ان الأصحاب أطلقوا عباراتهم باخراج التفاوت دراهم • وقال الماوردى والقاضى أبو الطيب فى المجرد وامام الحرمين وغيرهم : دراهم أو دنانير ومراد الجميع نقد البلد ان

كان دراهم فدراهم وان كان دنانير فدنانير ، وقد صرح بهذا القاضى حسين فى تعليقه والشيخ ابراهيم المروزى وآخرون والله أعلم •

(الحال الرابع) أن يوجد بعض كل واحد من الصنفين ، بأن يجد ثلاث حقاق وأربع بنات لبون فهو بالخيار بين أن يجعل الحقاق أصلا فيدفعها مع بنت لبون وجبران ، وبين أن يجعل بنات اللبون أصلا فيدفعها مع حقة ويأخذ جبرانا • قال البغوى وغيره : ويجوز دفع بنات اللبون مع بنات مخاض وجبران ، ويجوز دفع الحقاق مع جذعة ، ويأخذ جبرانا ، وهل يجوز أن يدفع حقة مع ثلاث بنات لبون وثلاث جبرانات ؟ فيه وجهان مشهوران ، ذكرهما المصنف والأصحاب (أصحهما) الجواز ، صححه امام الحرمين والغزالى وغيرهما ، حتى قال امام الحرمين : الوجه القائل بالمنع مزيف لا أصل له ، ووجه الجواز أن الشرع أقام بنت اللبون مع الجبران مقام حقة ، ووجه الاجزاء أنه لا يصار الى الجبران اذا أمكن الاستغناء عنه ، وصحح البندنيجى هذا ، ولو لم يجد الا أربع بنات لبون وحقة فدفع الحقة مع ثلاث بنات لبون وثلاث جبرانات ، ففيه الوجهان ويجريان فى نظائرها والأصح فى الجميع الجواز •

(الحال الخامس) أن يوجد بعض أحد الصنفين ولا يوجد من الآخر شىء بأن لم يجد الا حقتين فله اخراجهما مع جذعتين ويأخذ جبرانين ، وله أن يجعل بنات اللبون أصلا ، فيخرج خمس بنات مخاض مع خمس جبرانات ، ولو لم يجد الا ثلاث بنات لبون فله اخراجهن مع بنتى مخاض وجبرانين وله أن يجعل الحقاق أصلا فيخرج أربع جذعات بدلها ، ويأخذ أربع جبرانات ، هكذا ذكر البغوى الصورتين ، ولم يذكر فيهما خلافا ، قال الرافعى : وينبغى أن يكون فيهما الوجهان السابقان فى الحال الرابع ، قال : ولعله فرعه على الأصح والله أعلم •

(فرع) اذا بلغت البقر مائة وعشرين ففيها أربعة أتبعة أو ثلاث مسنات ، وحكمها بلوغ الابل مائتين فى جميع ما ذكرناه من الخلاف والتفريع وفاقاً وخلافاً •

(فـــرع) قال أصحابنا : لو أخرج صاحب الابل حقتين وبنتى لبون ونصفا لم يجز بالاتفاق لأن الواجب أربع حقاق أو خمس بنات لبون ، ولم يخرج واحداً منهما ، ولو ملك أربعمائة فعليه ثمان حقاق أو عشر بنات لبون ، ويعود فيها من الخلاف والتفريع جميع ما سبق فى المائتين ، ولو أخرج عنها خمس بنات لبون وأربع حقاق جاز على الصـحيح الذى قاله الجمهـور ، وصححه المصنف وسائر المصنفين ؛ ومنعه الاصطخرى لتفريق الواجب ، كما لو فرقه فى المائتين ، وأجاب الجمهور بأن كل مائتين أصـل منفرد ، فصـار ككفارتى يمينين وأنه يجوز أن يطعم فى احداهما ويكسو فى الأخرى بلا خلاف • وأما المائتان فالتفريق فيها كتفريق كفارة واحدة ، وأجابوا بجواب آخر ، وهو أن منع التفريق فى المائتين ليس هو لمجـرد التفـريق بل المانع تشقيص ، ولهذا لو أخرج حقتين وثلاث بنات لبون ، أو أربع بنات لبون وحقة جاز بالاتفاق ، وقد زاد خيراً ، لأن ذلك يجزىء عما فوق مائتين فعن مائتين أولى ويجرى خلاف الاصطخرى متى بلغ المال ما يخرج منه بنـات اللبون والحقاق فلا تشقيص والمذهب الجواز ، ويجرى مثله فى البقر اذا بلغت مائتين وأربعين •

(فان قيل) ذكرتم أن الساعى يأخذ الأغبط ، ويلزم من هذا أن يكون أغبط الصنفين هو المخرج ، وكيف يجوز البعض من هذا ؟ والبعض من ذاك ؟ قال الرافعى : (الجواب) ما أجاب به ابن الصباغ قال : يجوز أن يكون لهم حظ ومصلحة فى اجتماع النوعين ، قال : وفى هذا تصريح من ابن الصـباغ بأن الغبطة غير منحصرة فى زيادة القيمة ، لكن اذا كان التفاوت لا من جهة القيمة يتعذر اخراج قدر التفاوت ، هذا كلام الرافعى ، ويجاب عن اعتراضه على ابن الصباغ بأن التفاوت فى معظم الأحوال يكون فى القيمة وقد يكون فى غير القيمة وقد قال ابن الصباغ والمتولى : ان الساعى لا يفعل التبعيض الا على قدر المصلحة ــ اذا قلنا بالمذهب والمنصوص ــ وهو وجوب الأغبط للمساكين ، فأما على قول ابن سريج : ان الخيار للمالك ، فصورة المسـألة ظاهرة والله تعالى أعلم •

(فـــرع) فى ألفاظ الكتاب (قوله) لما روى سالم فى نسخة كتـاب

رسول الله صلى الله عليه وسلم « فاذا كانت مائتين ففيها أربع حقاق أو خمس بنات لبون » هذا الحديث رواه أبو داود والبيهقى وغيرهما ، فى بعض طرق حديث ابن عمر السابق فى أول الباب ، ولفظه فى الابل « فاذا كانت مائتين ففيها أربع حقاق أو خمس بنات لبون ، أى السنين وجدت أخذت » وسالم هو ابن عبد الله بن عمر بن الخطاب رضى الله عنهم ، وروى هذا الحديث عن أبيه ، ولكن هذه الزيادة المذكورة لم يذكر سالم سماعه لها من أبيه ، ولكن قرأها من كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم (قوله) اختار المصدق أنفعهما للمساكين ، قد سبق أن المصدق ــ بتخفيف الصاد ــ هو الساعى وهو المراد هنا ، وأما لفظ المساكين فيستعمله المصنف والأصحاب فى هذا الموضع ونظائره ، ويريدون به أصحاب السهمان كلهم وهم الأصناف الثمانية ، ولا يريدون به المساكين الذين هم أحد الأصناف وكذلك يطلقون الفقراء فى مثل هذا ويريدون به جميع الأصناف ، وذلك لكون الفقراء والمساكين أشهر الأصناف وأهمهم والله تعالى أعلم .

باب زكاة البقر (١)

قال المصنف رحمه الله تعالى

(أول نصاب البقر ثلاثون ، وفرضه تبيع ، وهو الذى له سنة ، وفى اربعين مسنة وهى التى لها سنتان ، وعلى هذا ابدا فى كل ثلاثين تبيع ، وفى كل أربعين مسنة . والدليل عليه ما روى معاذ رضى الله عنه قال « بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن وأمرنى أن آخذ من كل اربعين بقرة بقرة ، ومن كل ثلاثين تبيعا أو تبيعة » وان كان فرضه التبيع فلم يجد لم يصعد الى المسنة مع الجبران ، وان كان فرضه المسنة فلم يجد لم ينزل الى التبيع مع الجبران ، فان ذلك غير منصوص عليه ، والعدول الى غير المنصوص عليه فى الزكاة لا يجوز) .

(الشرح) حديث معاذ مشهور ، رواه مالك فى الموطأ وأبو داود والترمذى والنسائى وآخرون ، قال الترمذى : هو حديث حسن قال : وروى مرسلا وهو أصح وقد رواه الترمذى وغيره من حديث عبد الله بن مسعود

---

(١) فى بعض نسخ المهذب باب صدقة البقر (ط) .

أيضا الا أن اسناد حديث ابن مسعود ضعيف ، وروى أيضاً من حديث على رضى الله عنه مرفوعا قال البيهقى : وأما الأثر الذى يرويه معمر عن الزهرى عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما قال « فى خمس من البقر شاة وفى عشر شاتان وفى خمس عشرة ثلاث شياه وفى عشرين أربع شياه • قال الزهرى : واذا كانت خمسا وعشرين ففيها بقرة الى خمس وسبعين ، ففيها بقرتان الى عشرين ومائة ، فاذا زادت ففى كل أربعين بقرة » • قال الزهرى : وبلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « فى كل ثلاثين بقرة تبيع وفى كل أربعين بقرة » أن ذلك كان تخفيفا لأهل اليمن ثم كان هذا بعد ذلك • قال البيهقى : فهذا حديث موقوف منقطع • والبقر اسم جنس واحدته باقورة وبقرة وتقع البقرة على الذكر والأنثى ، هذا هو المشهور وقيل غيره وهو مشتق من بقرت الشىء اذا شققته لأنها تشق الأرض بالحراثة ، وسمى التبيع تبيعا لأنه يتبع أمه ، وقيل لأن قرنيه يتبعان أذنيه وهو ضعيف والأنثى تبيعة ويقال لهما جذع وجذعة ، والمسنة لزيادة سنها ويقال لها ثنْية •

قال الشافعى رضى الله عنه والأصحاب : أول نصاب البقر ثلاثون وفيها تبيع ثم لا شىء فيها حتى تبلغ أربعين ففيها مسنة ثم لا شىء فيها حتى تبلغ ستين ففيها تبيعان ثم يستقر الحساب ففى كل ثلاثين تبيع وفى كل أربعين مسنة ويتغير الفرض بعشرة عشرة ففى سبعين تبيع ومسنة ، وثمانين مسنتان ، وتسعين ثلاثة أتبعه • ومائة تبيعان ومسنة ومائة وعشرة مسنتان وتبيع ومائة وعشرون ثلاث مسنات أو أربعة أتبعة • وحكمه كما سبق فيما اذا بلغت الابل مائتين • ففيها أربع حقاق أو خمس بنات لبون وقد سبق مستوفى وفى مائة وثلاثين ثلاثة أتبعة ومسنة ومائة وأربعين مسنتان وتبيعان ومائة وخمسين خمسة أتبعة وهكذا أبداً •

وان اختصرت قلت : أول نصاب البقر ثلاثون وفى كل ثلاثين تبيع وفى كل أربعين مسنة • وقال أصحابنا : واذا وجب تبيع فأخرج تبيعة أو مسنة أو مسنا قبل منه لأنه أكمل من الواجب ولو وجب مسنة فأخرج تبيعين قبل منه • وان أخرج مسنا لم يقبل • هكذا قاله الأصحاب وقطعوا به فى الطريقتين وقاله صاحب التهذيب ، ثم قال : عندى أنه لا يجوز تبيعان عن

مسنة ، لأن الشرع أوجب فى أربعين مسناً أبداً ، فلا يجوز نقصان السن لزيادة العدد ، كما لو أخرج عن ست وثلاثين بنتى مخاض لا يجوز • هذا كلام صاحب التهذيب • وقد حكى الرافعى هذا الذى اختاره صاحب التهذيب لنفسه وجهاً ، وهو غلط مخالف للمذهب والدليل • والفرق بين هذه المسألة وما قاس عليه ظاهر ، لأن التبيعين يجزيان عن ستين فعن أربعين أولى بخلاف بنتى مخاض فانهما ليستا فرضى نصاب • قال المصنف والأصحاب : التبيع ما استكمل سنة ودخل فى الثانية والمسنة ما استكملت سنتين ودخلت فى الثالثة • هذا هو الصواب المعروف للشافعى والأصحاب • وشذ الجرجانى فقال فى كتابه التحرير : التبيع ما له دون سنة وقيل ما له سنة ، والمسنة ما لها سنة وقيل سنتان • وكذا قول صاحب الابانة : التبيع ما استكمل سنة وقيل الذى يتبع أمه وان كان له دون سنة • وقال الرافعى : وحكى جماعة أن التبيع له ستة أشهر والمسنة لها سنة • وهذا كله غلط ليس معدوداً من المذهب والله تعالى أعلم • قال أصحابنا : واذا وجب تبيع أو مسنة ففقده لم يجز الصعود أو النزول مع الجبران بلا خلاف ، لما ذكره المصنف ، وسبقت المسألة فى زكاة الابل ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

باب زكاة الغنم (١)

قال المصنف رحمه الله تعالى

(أول نصاب الغنم اربعون ، وفرضه شاة الى مائة واحدى وعشرين فيجب شاتان الى مائتين وواحدة فيجب ثلاث شياه ثم يجب فى كل مائة شاة ، لما روى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم « كتب كتاب الصدقة وفيه : وفى الغنم فى كل أربعين شاة شاة الى عشرين ومائة ، فاذا زادت واحدة ففيها شاتان الى مائتين ، فاذا زادت على المائتين شاة ففيها ثلاث شياه الى ثلاثمائة ، فان كانت الغنم اكثر من ذلك ففى كل مائة شاة » والشاة الواجبة فى الغنم الجذعة من الضأن والثنية من المعز والجذعة هى التى لها سنة وقيل ستة أشهر : والثنية [هى التى] لها سنتان) •

(**الشرح**) حديث ابن عمر مشهور رواه أبو داود والترمذى وابن

---

(١) فى بعض النسخ صدقة بدل زكاة (ط) •

ماجه وغيرهم • قال الترمذى فى كتاب الجامع : المشهور هو حديث حسن ، وقال هو فى كتاب العلل : سألت البخارى عنه فقال : أرجو أن يكون محفوظا • وهذا الحديث يرويه سفيان بن حسين عن الزهرى عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه • وسفيان بن حسين ثقة • وقد تكلم جماعة من أئمة الحديث فى رواية سفيان بن حسين عن الزهرى • وذكر الترمذى فى الجامع أن هذا الحديث رواه يونس بن يزيد وغير واحد عن أصحاب الزهرى عن سالم ولم يرفعوه وانما رفعه سفيان • وذكر البيهقى عن الحافظ أبى أحمد عبد الله بن عدى أنه قال : قد وافق سفيان بن حسين على هذه الرواية عن سالم عن أبيه سليمان بن كثير والله تعالى أعلم •

ولو احتج المصنف بحديث أنس المذكور فى صحيح البخارى الذى قدمناه فى أول باب زكاة الابل لكان أحسن ، لأن فيه ما فى حديث ابن عمر وقد جاء فى رواية من حديث ابن عمر رضى الله عنهما ذكرها البيهقى وغيره « فاذا كانت مائتين وشاة ففيها ثلاث شياه حتى تبلغ ثلاثمائة ، فاذا زادت على ثلاثمائة فليس فيها الا ثلاث شياه حتى تبلغ أربعمائة شاة ، فاذا بلغت أربعمائة ففيها أربع شياه ، ثم فى كل مائة شاة » • فهذه الزيادة ترد ما حكى عن النخعى والحسن بن صالح فى قولهما : اذا زادت على ثلاثمائة واحدة وجب أربع شياه الى أربعمائة ، فاذا زادت واحدة فخمس شياه ومذهبنا ومذهب العلماء كافة غيرهما أنه لا شىء فيها بعد مائتين وواحدة حتى تبلغ أربعمائة ، فيجب أربع شياه • قال أصحابنا : أول نصاب الغنم أربعون بالاجماع ، وفيه شاة بالاجماع أيضا ، ثم لا شىء حتى تبلغ مائة واحدى وعشرين ففيها شاتان ثم لا شىء حتى تبلغ مائتين وواحدة فثلاث شياه ، ثم لا شىء فيها حتى تبلغ أربعمائة ففيها أربع شياه ، ثم فى كل مائة شاة ، ويتغير الفرض بعد هذا بمائة مائة • وأكثر وقص الغنم مائتان الا شاتين ، وهو ما بين مائتين وواحدة وأربعمائة ، والله تعالى أعلم •

قال الشافعى رضى الله عنه والأصحاب : الشاة الواجبة هنا جذعة ضأن أو ثنية معز ، وسبق بيان سنهما ، والاختلاف فيه فى زكاة الابل والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا كانت الماشية صحاحا لم يؤخذ فى فرضها مريضة ، لقوله صلى الله عليه وسلم « ولا يؤخذ فى الصدقة هرمة ولا ذات عوار ـ وروى ولا ذات عيب » وان كانت مراضا أخذت مريضة ولا يجب اخراج صحيحة لأن فى ذلك اضرارا لرب المال ، وان كان بعضها صحاحا وبعضها مراضا أخذ عنها صحيحة ببعض قيمة فرض صحيح وبعض قيمة فرض مريض ، لأنا لو أخذنا مريضة لتيممنا الخبيث وقد قال الله تعالى (ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون) وان كانت الماشية كبار الأسنان كالثنايا والبزل فى الابل لم يؤخذ غير الفرض المنصوص عليه ، لأنا لو أخذنا كبار الأسنان اخذنا عن خمس وعشرين جذعة ثم ناخذها فى احدى وستين فيؤدى الى التسوية بين القليل والكثير . وان كانت الماشية صغارا نظرت ـ فان كانت من الغنم ـ أخذ منها صغيرة ، لقول أبى بكر الصديق رضى الله عنه « لو منعونى عناقا مما اعطوا رسول الله صلى الله عليه وسلم لقاتلهم عليه » ولأنا لو أوجبنا فيها كبيرة أضررنا (١) برب المال . وان كانت من الابل والبقر ففيه وجهان . قال أبو اسحاق : تؤخذ الفرائض المنصوص عليها بالقسط ، فيقوم النصاب من الكبار ثم يقوم فرضه ثم يقوم النصاب من الصغار ، ويؤخذ كبيرة بالقسط . ومن أصحابنا من قال : ان كان المال مما يتغير الفرض فيه بالسن لم يجز لأنه يؤدى الى أن يؤخذ من القليل ما يؤخذ من الكثير ، وان كان مما يتغير الفرض فيه بالعدد أخذ صغيرة لأنه لا يؤدى الى أن يؤخذ من القليل ما يؤخذ من الكثير ، فاخذ الصغير من الصغار كالغنم ، والصحيح هو الأول لأن هذا يؤدى الى ما يؤخذ من ست وسبعين فصيلان ، ومن احدى وتسعين فصيلان وان كانت الماشية اناثا أو ذكورا واناثا نظرت ـ فان كانت من الابل والغنم ـ لم يؤخذ فى فرضها الا الاناث ، لأن النص ورد فيها بالاناث على ما مضى ، ولأن فى أخذ الذكر من الاناث تيمم الخبيث وقد قال الله تعالى (ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون) وان كانت من البقر نظرت ـ فان كانت فى فرض الأربعين ـ لم يجز الا الاناث لما ذكرناه ، وان كانت فى فرض الثلاثين جاز فيه الذكر والأنثى لحديث معاذ « فى كل ثلاثين تبيع أو تبيعة » وان كانت كلها ذكورا نظرت ـ فان كانت من الغنم ـ أخذ واحد منها ، وان كانت من الابل أو من الأربعين من البقر ففيه وجهان . قال أبو اسحاق : لا يجوز الا الأنثى ، فيقوم النصاب من الاناث والفرض الذى فيها ، ثم يقوم النصاب من الذكور ، ويؤخذ أنثى بالقسط حتى لا يؤدى الى التسوية بين الذكور والاناث ، والدليل عليه انه لا يؤخذ الا الأنثى ، لأن الفرائض كلها اناث ، الا فى موضع الضرورة ولا ضرورة ههنا ، فوجبت الأنثى ، وقال أبو على بن خيزان : يجوز فيه الذكور وهو المنصوص فى الأم ، والدليل عليه أن الزكاة وضعت على الرفق والمواساة ، فلو أوجبنا

---

(١) فى بعض النسخ أجحفنا برب المال (ط) .

الاناث من الذكور اجحفنا برب المال . قال ابو اسحاق : الا انه يؤخذ من ست وثلاثين ابن لبون ، اكثر قيمة من ابن لبون ويؤخذ فى خمس وعشرين حتى لا يؤدى الى التسوية بين القليل والكثير فى الفرض ، وان كانت الماشية صنفا واحدا اخذ الفرض منه وان كانت انواعا كالضأن والمعز والجواميس والبقر والبخاتى والعراب ، ففيه قولان :

(أحدهما) أنه يؤخذ الفرض من الغالب منهما ، وان كانوا سواء اخذ الساعى انفع النوعين للمساكين ، لأنا لو الزمناه الفرض من كل نوع شق ، فاعتبر الغالب (والقول الثانى) انه يؤخذ من كل نوع بقسطه ، لأنها انواع من جنس واحد ، فاخذ من كل نوع بقسطه كالثمار ، فعلى هذا اذا كان عشرون من الضأن وعشرون من المعز قوّم النصاب من الضأن ، فيقال : قيمته مثلا مائة يقوم فرضه فيقال : قيمته عشرة ، ويقوم نصاب المعز ، فيقال : قيمته خمسون ، ثم يقوم فرضه ، فيقال : قيمته خمسة فيقال له : اشتر شاة من اى النوعين شئت بسبعة ونصف واخرج) .

(**الشرح**) هذا الحديث صحيح رواه البخارى من رواية أنس ، وهو حديث طويل سبق بيانه فى أول باب زكاة الابل ، وسبق هناك أن العوار ــ بفتح العين وضمها ــ وهو العيب ، وهذا الفصل ومسائله ليس للغنم خاصة بل للماشية كلها ، وكان ينبغى للمصنف أن يفرده بباب ولا يدخله فى باب زكاة الغنم ومع هذا فذكره هنا له وجه . وحاصل الفصل بيان صفة المخرج فى زكاة الماشية . قال أصحابنا رحمهم الله تعالى : ان كانت الماشية كاملة أخرج الواجب منها وان كانت ناقصة فأسباب النقص خمسة (أحدها) المرض ، فان كانت الماشية كلها مراضاً أخذت منها مريضة متوسطة لئلا يتضرر المالك ولا المساكين ، وان كان بعضها صحيحا وبعضها مراضا ، فان كان الصحيح قدر الواجب فأكثر لم تجز المريضة ان كان الواجب حيوانا واحداً وان كان اثنين ، ونصف ماشيته صحاح ونصفها مراض كبنتى لبون فى ست وسبعين وكشاتين فى مائتين فطريقان (أصحهما) وبه قطع العراقيون وجمهور الخراسانيين يجب صحيحتان بالقسط كما سنوضحه ان شاء الله تعالى ، لعموم قوله تعالى (ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون) .

(والطريق الثانى) حكاه صاحب التهذيب فيه وجهان « أحدهما » هذا

« وأصحهما » عنده يجزئه صحيحة ومريضة ، والمذهب الأول فان كان الصحيح من ماشيته دون قدر الواجب كشاتين فى مائتين ليس فيها الا صحيحة واحدة ، فطريقان « الصحيح » وبه قطع العراقيون والصيدلانى وجمهور الخراسانيين : يجزئه مريضة وصحيحة بالقسط (والطريق الثانى) فيه وجهان حكاهما جماعة من الخراسانيين « أصحهما » هذا (والثانى) وبه قال أبو محمد الجوينى : يجب صحيحتان بالقسط ، ولا تجزئة صحيحة ومريضة لأن المخرجتين يزكيان أنفسهما والمال ، فكل واحدة تزكى الأخرى فيلزم منه أن تزكى مريضه صحيحة • قال أصحابنا : واذا انقسم المال الى صحاح ومراض ــ وأوجبنا صحيحة ــ لم يكلف أن يخرجها من نفس ماله ولا يكلف صحيحة كاملة مساوية لصحيحة ماله فى القيمة بل يجب صحيحة لا تعد لائقة بماله •

(مثاله) أربعون شاة نصفها صحاح ونصفها مراض قيمة كل صحيحة منها ديناران وقيمة كل مريضة دينار ، فعليه صحيحة بقيمة نصف صحيحة ونصف مريضة ، وذلك دينار ونصف • ولو كانت الصحاح فى المثال المذكور ثلاثين ،فعليه صحيحة بثلاثة أرباع قيمة صحيحة ، وربع قيمة مريضة وهو دينار وربع عشر دينار والمجموع ربع عشر المال ، ومتى قوم جملة النصاب وكانت الصحيحة المخرجة ربع عشر قيمة الجملة كفاه ، فلو ملك مائة واحدى وعشرين شاة فلتكن قيمة الشاتين المأخوذتين جزءين من مائة واحدى وعشرين جزءاً من قيمة الجملة • وان ملك خمسا وعشرين من الابل فلتكن قيمة بنت المخاض المأخوذة جزءاً من خمسة وعشرين جزءاً منقيمة الجملة ، وقس على هذا سائر النصب وواجباتها فلو ملك ثلاثين من الابل نصفها صحاح ونصفها مراض وقيمة كل صحيحة أربعة دنانير وكل مريضة ديناران وجب صحيحة بنصف قيمة صحيحةونصف قيمة مريضةوهو ثلاثة دنانير ذكره البغوىوغيره• قال الرافعى : ولك أن تقول : هلا كان مبنياً على أن الوقص يتعلق به الفرض أم لا ؟ وان علقناه به فالحكم كما ذكروه ، والا فليقسط الواجب على الخمس والعشرين •

(قلت) وهـذا الاعتراض ضعيف ، لأن الواجب بنت مخاض موزعـة بالقيمة نصفين فلا اعتبار بالوقص ، ولو ملك مائتى بعير فيها أربع حقـاق صحاح وباقيها مراض لزمه أربع حقاق صحاح قيمتهن خمس عشر قيمـة الجميع ، وان لم يكن فيها صحيح الا ثلاث حقاق أو ثنتان أو واحدة أخذ صحيح بقدر الصحاح بالقسط ، وأخذ الباقى مراضاً وفيه الوجه الضـعيف السابق عن البغوى ، والوجه السابق عن أبى محمد .

(والنقص الثانى) العيب وحكمه حكم المرض ، سواء تمحضت الماشية معيبة أو انقسمت معيبة وصحيحة ، والمراد بالعيب هنا ما يثبت الرد فى البيع ، هذا هو الصحيح المشهور وفيه وجه أنه هذا مع ما يمنع الاجزاء فى الأضحية حكاه الرافعى ولو ملك خمسا وعشرين بعيراً معيبة وفيها بنتا مخاض أحدهما من أجود المال مع عيبها والأخرى دونها فهل يأخذ الأغبط فى بنات اللبـون والحقاق ؟ أم الوسط ؟ فيه وجهان حكاهما [1] والرافعى وغيرهم (الصحيح) الوسط لئلا يجحف برب المال . قال الشـافعى رضى الله عنـه فى المختصر : ويأخذ خير المعيب قال جمهور الأصحاب : ليس هذا على ظاهره بل هو مؤول ومراد الشافعى رضى الله عنه أن يأخذ من وسطه لا أعلاه ، ولا أدناه ونقـل الرافعى رحمه الله تعالى اتفاق الأصحاب على هذا التأويل وأن ظاهر النص غير مراد ، وكذا قال السرخسى فى الأمالى : لا يختلف أصحابنا فى أنه لا يؤخذ الا الوسط ولكن فيما يعتبر فيه الوسط وجهان (المذهب) أنه يعتبر فيه العيب ، فلا يؤخذ أقلها عيبا ولا أكثرها عيباً لكن يؤخذ الوسط فى العيب (والثانى) يعتبر القيمة فلا يؤخذ أقلها ولا أكثرها قيمة بل أوسطها . وحمل الأصحاب كلام الشافعى على أنه انما أراد فريضة مائتين من الابل اذا كانت معيبة ، فيؤخذ الجنس الذى هو خير من الحقاق أو بنات اللبون ولكن من أوسطها عيبا . هذا كلام السرخسى .

وقال صاحب الحاوى : اختلف أصحابنا فى مراد الشافعى فمنهـم من أجرى كلامه على ظاهره وأوجب أخذ خير المعيب من جميع ماله ، وهذا غلط

---

(١) بياض بالاصل .

لأنه لا يطرد على أصل الشافعى • قال : ومنهم من قال أراد بذلك أخـذ خير الفرضين من الحقاق وبنـات اللبون ولم يرد خير جميع المـال ، قال : وهو الصحيح ، وبه قال أبو على بن خيران • وقيل أراد بخير المعيب أوسـطه ، وعلى هذا فى اعتبار الأوسط وجهان (أحدهما) أوسطها عيباً (مثاله) أن يكون ببعضها عيب واحد وببعضها عيبان وببعضها ثلاثة عيوب فيأخذ ما به عيبان (والثانى) أوسطها فى القيمة (مثاله) أن يكون قيمة بعضها معيباً خمسين وقيمة بعضها معيبا مائة وقيمة بعضها معيبا مائة وخمسين فيأخذ منها ما قيمته مائة قال : فحصل للأصحاب فى المسألة أربعة أوجه (أصحها) ماقاله ابن خيران أنه يأخذ خير الفرضين لا غير وقد نص عليه الشافعى رضى الله عنه فى الأم فقال يأخذ خير المعيب من السن التى وجبت عليه (والثانى) وهو أشدها غلظا يأخذ خير المال كله (والثالث) يأخذ أوسطها عيبا (والرابع) أوسطها قيمة ، هذا كلام صاحب الحاوى وفيه اثبات خلاف بخلاف ما نقله الرافعى والله تعالى أعلم •

(النقص الثالث) الذكورة فاذا تمحضت الابل اناثا أو انقسمت ذكوراً واناثا لم يجز فيها الذكر الا فى خمس وعشرين فانه يجزىء فيها ابن لبـون عند فقد بنت مخاض ، وهذا الذى ذكرناه من تعيين الاناث [1] متفق عليه فى الخمس والعشرين ، وان تمحضت ذكوراً فثلاثة أوجه (أصحها) وهو المنصوص جوازه ، وهو قول أبى اسحاق وأبى الطيب بن سلمة كالمريضـة من المراض ، وعلى هذا يؤخذ من ست وثلاثين ابن لبون أكثر قيمة من ابن لبون يؤخذ فى خمس وعشرين (والثانى) المنع ، هكذا صححه الجمهـور ، ونقله المصنف والأصحاب عن نصه فى الأم ، وعن أبى على بن خيران رحمه الله ، فعلى هذا تتعين الأنثى ولكن يؤخذ شىء كان يؤخذ لو تمحضت اناثا ، بل تقوم ماشيته لو كانت اناثا ، وتقوم الأنثى المأخوذة منها ، ويعرف نسبتها من الجملة ، وتقوم ماشيته الذكور ويؤخذ أنثى قيمتها ما تقتضيه النسبة ، وكذلك الأنثى المأخوذة من الاناث والذكور تكون دون المأخوذة من محض الاناث ، وفوق المأخوذة من محض الذكور ، بطريق التقسيط السـابق فى

---

(1) بياض بالأصل ولعل السقط الاناث (ط) .

المراض • وحكى صاحب البيان فى كتاب مشكلات المهذب وجهاً أنه يجوز على هذا الوجه أن تكون قيمتها سواء ، وهو شاذ مردود •

(والوجه الثالث) ان أدى أخذ الذكر الى التسوية بين نصابين لم يؤخذ ، والا أخذ (مثاله) يؤخذ ابن مخاض من خمس وعشرين ، وحِقٌ من ست وأربعين وجَذَع من احدى وستين ، وكذلك يؤخذ الذكر اذا زادت الابل ، واختلف الفرض بزيادة العدد ، ولا يؤخذ ابن لبون من ست وثلاثين ، لأنه مأخوذ عن خمس وعشرين •

(وأما) البقر فالتبيع مأخوذ منها فى مواضع وجوبه ، وهو فى كل ثلاثين ، وحيث وجبت المسنة تعينت ان تمحَّضت اناثا أو انقسمت كما سبق فى الابل ، وان تمحضت ذكوراً ففيه الوجهان الأولان فى الابل (الأصح) عند الأصحاب ونقله المصنف والأصحاب عن نصه فى الأم ، جواز الذكر ، ولو كانت البقر أربعين أو خمسين ، فأخرج منها تبيعين أجزأه على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وسبق فى باب زكاة البقر فيه خلاف ضعيف • (وأما) الغنم فان تمحضت اناثاً أو انقسمت ذكوراً واناثا ، تعينت الأنثى بلا خلاف ، وان تمحضت ذكوراً فطريقان (المذهب) وبه قطع المصنف والجماهير يجزىء الذكر ، لأن واجبها شاة والشاة تقع على الأنثى والذكر بخلاف الابل والأربعين من البقر ، فانه منصوص فيهما على أنثى (والطريق الثانى) فيه الوجهان الأولان فى الابل حكاه الرافعى وهو شاذ ضعيف والله أعلم •

(وأما) قول المصنف فى الكتاب : ان تمحضت ذكوراً ، وكانت من الابل أو فى أربعين من البقر ، ففيه وجهان • قال أبو اسحاق : لا يجوز الا الأنثى : وقال أبو على بن خيران : يجوز فيه الذكر وهو المنصوص فى الأم • قال أبو اسحاق : الا أنه يؤخذ من ست وثلاثين ابن لبون أكثر قيمة من ابن لبون يؤخذ فى خمس وعشرين ، فهذا الذى فرعه أبو اسحاق فى ابن لبون متفق عليه ، وليس أبو اسحاق منفرداً به بل اتفق الأصحاب عليه تفريعاً على المنصوص وقد تستشكل حكاية المصنف عن أبى اسحاق هذا التفريع لأن

أبا اسحاق يقول : لا يخرج الذكر فكيف يفرع عليه ؟ وانما هو قول ابن خيران .

وجواب : هذا الاشكال أن قول ابن خيران هو المنصوص كما ذكره المصنف والأصحاب ، فذكر أبو اسحاق تفريعا عليه ما ذكره من تقويم ابن لبون ، واختار وجها آخر مخالفا للنص خرجه ، وهو أنه تتعين الأنثى ، ولا معارضة بين كلاميه ، ومثل هذا موجود لأبى اسحاق فى مواضع ، وقد سبق فى باب ما يفسد الماء من النجاسات لهذا نظير ، ونبهت عليه فى هذا الشرح ، هذا هو الجواب المعتمد ، وذكر صاحب البيان فى كتابه مشكلات المهذب هذا السؤال ، ثم قال : الجواب عنه أن سائر أصحابنا ذكروا هذا التفريع لابن خيران ولعل ذلك وقع فى المهذب من زلل الناسخ ، وهذا جواب فاسد ، والصواب ما سبق ولا منافاة بين نقل المصنف وغيره فقد اتفق أبو اسحاق وابن خيران على التفريع ؛ وان اختلفا فى التخريج والله أعلم .

(النقص الرابع) الصغر ، وللماشية فيه ثلاثة أحوال (أحدها) أن تكون كلها أو بعضها أو قدر الفرض منها فى سن الفرض فيجب سن الفرض المنصوص عليه ، ولا يكلف فوقه ، ولا يقنع بدونه ، وان كان أكثرها كباراً أو صغاراً ، وهذا لا خلاف فيه .

(والثانى) أن تكون كلها فوق سن الفرض فلا يكلف الاخراج منها ، بل يحصل السن الواجبة ويخرجها وله الصعود والنزول مع الجبران فى الابل كما سبق (الثالث) أن يكون الجميع دون سن الفرض ، وقد يستبعد تصور هذا لأن أحد شروط الزكاة الحول ، واذا حال الحول فقد بلغت الماشية حد الاجزاء ، وذكر الأصحاب له صوراً (منها) أن تحدث [فى] الماشية فى أثناء الحول فِصْلان أو عجول أو سخال ثم تموت الأمهات ويتم حولها والنتاج صغار بعد ، وهذا تفريع على المذهب أن حول النتاج ينبنى على حول الأمهات . وأما على قول الأنماطى أنه ينقطع الحول بموت الأمهات ، بل بنقصانها عن النصاب ، فلا تجىء هذه الصورة بهذا الطريق (ومنها) أن يملك

نصابا من صغار المعز ، ويمضى عليه حـول فتجب الزكاة ، ولم تبلغ سـن الاجزاء لأن واجبها ثنية وقد سبق أن الأصح أنها التى استكملت سنتين •

(اذا ثبت هذا) فان كانت الماشية غنما ففيما يؤخـذ من المتمحضـة الصغار طريقان أصـحهما وبه قطع المصنف والعراقيون وطائفـة من غيرهم تؤخذ الصغيرة ، لقول أبى بكر رضى الله عنه : « **والله لو منعونى عَناقا كانوا** يؤدونها الى رسول الله صلى الله عليـه وسلم لقاتلتهم على منعهـا » رواه البخارى ، فقال هذا للصحابة كلهم ولم ينكر عليه أحد بل وافقوه ، فحصلت منه دلالتان : (احداهما) روايته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخـذ العناق • (والثانيـة) اجمـاع الصحابة ، ولأنا لو أوجبنا كبيرة أجحفنا به (والطريق الثانى) حكاه الخراسانيون فيه وجهـان وحـكاهما الفورانى والسرخسى والبغوى وغيرهم قولين (القديم) لا يؤخذ الا كبيرة ، لكن دون الكبيرة المأخوذة من الكبار فى القيمة قالوا : وكذا اذا انقسم المال الى صغار وكبار فتؤخذ كبيرة بالقسط كما سبق فى نظائره • قال المسعودى فى كتابه الايضاح والرافعى : فان تعذرت كبيرة بالقسـط أخذت القيمـة للضرورة (والقول الثانى) **وهو الصحيح الجديد** لا تتعين الكبيرة ، بل تجزئه الصغيرة كالمريضة من المراض ، وان كانت الماشية ابلا أو بقراً فثلاثة أوجه مشهورة فى كتب العراقيين والخراسانيين ذكر المصنف منها اثنين ، وحذف ثالثها وهو الأصح ، وممن ذكرها من العراقيين الشيخ أبو حامد والماوردى والقـاضى أبو الطيب والمحاملى فى التجريد وخلائق منهم •

وأما الخراسانيون فالأوجـه فى كتبهـم أشهر منهـا فى كتب العراقيين (أصحها) عند الأكثرين : يجوز أخذ الصغار مطلقا كالغنم ، لئلا يجحف برب المال ولكن يجتهد الساعى ويحترز عن التسوية بين القليل والكثير فيـأخذ من ست وثلاثين فصيلا فوق الفصيل المأخوذ فى خمس وعشرين ، وفى سـت وأربعين فصيلا فوق المأخوذ فى ست وثلاثين ، وعلى هذا القياس • وهـذا الوجه هو ظاهر نص الشافعى رضى الله عنه فى مختصر المزنى ، وممن صححه البغوى والرافعى وآخرون • والوجه الثانى : لا تجزىء الصغيرة لئلا يؤدى الى التسوية بين القليل والكثير لكن تؤخذ كبيرة بالقسط كما سبق فى نظائره

وهذا هو الأصح عند المصنف وشيخه القاضى أبى الطيب فى المجرد والشاشى، وهو قول ابن سريج وأبى اسحاق المروزى (الثالث) لا يؤخذ فصيل من احدى وستين فمادونها ، ويؤخذ مما فوقها وكذا من البقر ، قال الماوردى وغيره : هذا الوجه غلط لشيئين :

(أحدهما) أن التسوية التى تلزم فى احدى وستين فما دونها تلزم فى احدى وتسعين ، فان الواجب فى ست وسبعين بنتا لبون ، وفى احدى وتسعين حقتان فاذا أخذنا فصيلين فى هذا وفى ذلك سوينا ، فان أوجب الاحتراز عن التسوية فليحترز عن هذه الصورة .

(والثانى) أن هذه التسوية تلزم فى البقر فى ثلاثين وأربعين ، وقد عبر امام الحرمين والغزالى وجماعة من الأصحاب عن هذا الوجه بعبارة تدفع هذين الشيئين فقالوا : تؤخذ الصغيرة حيث لا يؤدى الى التسوية ، ومنهم من خص المنع على هذا الوجه بست وثلاثين فما فوقها ، وجوز فصيلا عن خمس وعشرين اذ لا تسوية فى تجويزه وحده .

(النقص الخامس) رداءة النوع . قال المصنف والأصحاب : ان اتحدت نوع الماشية وصفتها أخذ الساعى من أيها شاء اذ لا تفاوت ، وان اختلفت صفتها مع أنها نوع واحد ولا عيب فيها ولا صغر ولا غيرهما من أسباب النقص السابقة ، فوجهان حكاهما صاحب البيان (أحدهما) قال وهو قول عامة أصحابنا : يختار الساعى خيرهما كما سبق فى الحقاق وبنات اللبون (والثانى) وهو ــ قول أبى اسحاق ــ يأخذ من وسط ذلك لئلا يجحف برب المال ، وان كانت الابل كلها أرحبية بفتح الحاء المهملة وكسر الباء الموحدة أو مهرية أو كانت كلها ضأنا أو معزاً أخذ الفرض منها ، وذكر البغوى والرافعى ثلاثة أوجه فى أنه هل يجوز أخذ ثنية من المعز باعتبار القيمة عن أربعين ضأناً أو جذعة من الضأن عن أربعين معزاً (أصحها) الجواز لاتفاق الجنس كالمهرية مع الأرحبية (والثانى) المنع وكالبقر عن الغنم .

(الثالث) لا يجوز المعز عن الضأن ويجوز العكس كما يؤخذ فى الابل المهرية عن المجيدية ولا عكس فان المهرية خير من المجيدية . وكلام امام

الحرمين قريب من هذا الثالث ، فان قال : لو ملك أربعين من الضان الوسط فأخرج ثنية من المعز الشريفة تساوى جذعة من الضأن التى يملكها ، فهذا محتمل والظاهر اجزاؤاها ، وليس كما لو أخرج معيبة قيمتها قيمة سليمة فانها لا تقبل ، والفرق أنه لو كان فى ماله سليمة وغالبه معيب ، لم يجزئه معيبة ولو كان ضأناً ومعزاً أخذنا ماعزة كما تقرر • وأما اذا كانت الماشية نوعين أو أنواعا بأن انقسمت الابل الى بخاتى وعراب والى أرحبية ومهرية ومجيدية أو انقسمت البقر الى جواميس وعراب أو جواميس وعراب ودربانية ، أو انقسمت الغنم الى ضأن ومعز ، فيضم بعضها الى بعض فى اكمال النصاب بلا خلاف لاتحاد الجنس •

وفى كيفية أخذ الزكاة منها قولان مشهوران (أحدهما) يؤخذ من الأغلب ، فان استويا كاجتماع الحقاق وبنات اللبون فى مائتين فيؤخذ الأغبط للمساكين على المذهب • صرح به الأصحاب • ونقل أمام الحرمين اتفاق الأصحاب عليه ، ولكن المراد النظر الى الأنواع باعتبار القيمة ، فاذا اعتبرت القيمة والتقسيط فمن أى نوع كان المأخوذ جاز • هكذا قطع به المصنف وجماهير الأصحاب ، ونقله الرافعى عن الجمهور ، قال وقال صاحب الشامل : ينبغى أن يكون المأخوذ من أعلى الأنواع ، كما لو انقسمت الى صحاح ومراض • قال الرافعى : يجاب عما قال بأنه ورد النهى عن المريضة والمعيبة فلم نأخذها متى وجدنا صحيحة بخلاف ما نحن فيه • وحكى صاحب الشامل وآخرون فى المسألة قولا ثالثاً نص عليه الشافعى رضى الله عنه فى الأم أنه اذا اختلف الأنواع أخذ من الوسط كما فى الثمار • قالوا : وهذا القول لا يجىء فيما اذا كانا نوعين فقط • ولا فى ثلاثة متساوية •

وحكى القاضى أبو القاسم بن كج وجها أنه يؤخذ من الأجود مطلقا تخريجا من نص الشافعى فى اجتماع الحقاق وبنات اللبون فى مائتين • وحكى ابن كج عن أبى اسحاق المروزى أن موضع القولين اذا لم يحتمل أخذ واجب كل نوع لو كان وحده منه ، فان احتمل أخذ كذلك قولا واحداً بأن ملك مائة أرحبية ومائة مهرية فيؤخذ حقتان من هذه ، وحقتان من هذه • وهذا الذى حكى عن أبى اسحاق شاذ ، والمشهور فى المذهب طرد القولين مطلقا •

ونوضح القولين الأولين بمثلين (أحدهما) له خمس وعشرون من الابل عشر مهرية وعشر أرحبية وخمس مجيدية ، فعلى القول الأول تؤخذ بنت مخاض مهرية أو أرحبية بقيمة نصف أرحبية ونصف مهرية ، لأن هذين النوعين أغلب • وعلى الثانى يؤخذ بنت مخاض من أى الأنواع أعطى بقيمة خمسى مهرية وخمسى أرحبية وخمس مجيدية • واذا كانت قيمة بنت مخاض مهرية عشرة وأرحبية خمسة ومجيدية دينارين ونصفا ، أخذ بنت مخاض من أى الأنواع كان قيمتها ستة ونصفاً ولا يجىء هنا قول الوسط ويجىء وجه ابن كج •

(المثال الثانى) له ثلاثون من المعز وعشر من الضان ، فعلى القول الأول يأخذ ثنية من المعز ، كما لو كانت كلها معزاً ، ولو كانت الثلاثون ضأنا أخذنا جذعة ضأن وعلى الثانى يؤخذ ضائنة أو عنز بقيمة ثلاثة أرباع عنز وربع ضائنة فى الصورة الأولى • وبقيمة ثلاثة أرباع ضائنة وربع عنز فى الصورة الثانية ، لا يجىء قول اعتبار الوسط • وعلى وجه اعتبار الأشرف يجب أشرفها • والله تعالى أعلم •

(فرع) فى ألفاظ الكتاب

أما حديث « لا يؤخذ فى الصدقة هرمة » فصحيح رواه البخارى سبق بيانه • قوله : ببعض قيمة فرض فرض صحيح وبعض قيمة فرض مريض ، هو بتنوين فرض قوله : كالثنايا والبزل ، هو بضم الباء واسكان الزاى ، جمع بازل ، سبق بيانه فى أول باب زكاة الابل • قوله : لقول أبى بكر رضى الله عنه « لو منعونى عناقاً كانوا يؤدونها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لقاتلتهم على منعها » رواه البخارى هكذا ، وأصل الحديث فى الصحيحين ، لكن فى رواية مسلم عقالا ، والعناق بفتح العين الأنثى من أولاد المعْز اذا قويت ما لم تستكمل سنة ، وجمعها أعنق وعنوق • قوله : كالضأن والمعز ، أما الضأن فمهموز ويجوز تخفيفه بالاسكان كنظائره ، وهو جمع واحده ضائن بهمزة قبل النون ، كراكب وركب ، ويقال فى الجمع أيضا : ضأن بفتح الهمزة كحارس وحرس ، ويجمع أيضا على ضئين ، وهو فعيل بفتح أوله كغازى وغزى ، والأنثى ضائنه بهمزة بعد الألف ثم نون وجمعها ضوائن والمعز بفتح العين وأسكانها ، وهو اسم جنس ، الواحد منه ماعز ، والأنثى

ماعزة والمعزى والمعيز ــ بفتح الميم ــ والأمعوز ــ بضم الهمزة ــ بمعنى المعز ، وتقدم ذكر الابل والبقر فى أول بابيهما •

والجاموس معروف ، قال الجــوالقى : هو عجمى معــرب • والبخاتى بتشديد الياء وتخفيفها ، وكذا ما أشبهه من الجموع التى واحدها مشــدد يجــوز فى الجمع التشــديد والتخفيف • كالدرارى والسرارى والعوارى والأثافى وأشبابها • وأما قول المصنف « والجواميس والبقر » فكذا قاله فى المهذب فى باب الربا وكذا فى التنبيه ، وهو مما ينكر عليه لأن حاصــله أنه جعل البقر نوعاً للبقر والجواميس ، وهذا غير مستقيم ولا منتظم • والصواب ماقدمناه أن البقر جنس ونوعاه الجواميس والعراب وهى الملس المعروفة ، الجرد الحسان الألوان كذا قاله أصحابنا فى هذا الموضع • وكذا قاله الأزهرى وغيره من أهل اللغة • والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

« ولا يؤخذ فى الفرض الربّى ، وهو التى ولدت ومعهــا ولدها ، ولا الماخض وهى الحامل ، ولا ما طرقها الفحل ، لأن البهيمة لا يكاد يطرقها الفحل الا وهى تحبل ، ولا الأكولة ، وهى السمينة التى اعدت للأكل ، ولا فحل الغنم الذى اعد للضراب ولا حزرات المال وهى خيارها التى تحرزها العين لحسنها ، لما روى ابن عباس رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم بعث معاذا الى اليمن فقال له : « اياك وكرائم أموالهم ، واتق دعوة المظلوم » • وعن عمر رضى الله عنه انه قال لعامله (١) سفيان « قل لقومك : انا ندع لكم الربّى والماخض وذات اللحم وفحل الغنم وناخذ الجذع والثنى ، وذلك وسط بيننا وبينكم فى المال » ولأن الزكاة تجب على وجه الرفق ، فلو اخذنا خيار المال خرجنا عن حد الرفق ، فان رضى رب المال باخراج ذلك

---

(١) قال النووى فى التهذيب : سفيان بن عبد الله الصحابى رضى الله عنه عامل عمر بن الخطاب هو أبو عمرو وقيل : أبو عمرة سفيان بن عبد الله بن أبى ربيعة بن الحارث بن مالك ابن حطيط بضم الحاء الحاء المهملة بن حشيم بن ثقيف الثقفى الصحابى كان عاملا لعمر بن الخطاب رضى الله عنه على الطائف استعمله اذ عزل عثمان بن أبى العاص عنهــا ونقله الى البحرين • روى عــن النبى صلى الله عليــه وسـلم أحاديث كثيرة ، روى مســلم حديثــا وهو أنه قال : قلت : يا رسول الله قل لى فى الاسلام قولا لا أسأل عنه أحداً غيرك ، قال : « قل آمنت بالله ثم استقم » • وهذا الحديث أحد الأحاديث التى عليها مدار الاسلام روى عنه ابنه عبد الله ، وعروة وجبير بن نفير ونافع بن جبير وغيرهم رضى الله عنهم ا هـ •

قبل منه ، لما روى أبيُّ بن كعب رضى الله عنه قال ((بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم مصدقا ، فمررت برجل فلما جمع لى ماله فلم أجد فيه الا بنت مخاض فقلت له : اد بنت مخاض فانها صدقتك ، فقال : ذلك مالا لبن فيه ولا ظهر ، وما كنت لأقرض الله تعالى من مالى مالا لبن فيه ولا ظهر ، ولكن هذه ناقة فتية سمينة فخذها . قلت له : ما انا بآخذ ما لم أومر به . وهذا رسول الله صلى الله عليه وسلم منك قريب ، فان احببت أن تعرض عليه ما عرضت على فافعل ، فان قبله منك قبلته ، فخرج معى وخرج بالناقة حتى قدمنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : ذاك الذى عليك فان تطوعت بخير آجرك الله فيه وقبلناه منك ، فقال : فها هى ذى فخذها ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقبضها ودعا له بالبركة ، ولأن المنع من أخذ الخيار لحق رب المال فاذا رضى قبل منه) .

(الشرح) حديث ابن عباس رواه البخارى ومسلم ، والأثر عن عمر رضى الله عنه صحيح ، رواه مالك فى الموطأ بمعناه عن سفيان بن عبد الله الثقفى الصحابى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه بعثه مصدقا ، وكان يعد عليهم السخل فقالوا : تعد علينا السخل ولا تأخذ منها شيئاً ، فلما قدم على عمر رضى الله تعالى عنه ذكر ذلك له فقال عمر رضى الله عنه « نعم نعد عليهم السخلة يحملها الراعى ، ولا نأخذها ولا نأخذ الأكولة ولا الربى ولا الماخض ولا فحل الغنم ، ونأخذ الجذعة والثنية ، وذلك عدل بين غذاء المال وخياره » وهذا عن عمر رضى الله عنه صحيح ، وقوله : غذاء المال ــ بغين معجمة مكسورة ــ وبالمد وهى جمع غذى بتشديد الياء ــ وهو الردىء . وأما الربى ــ فبضم الراء وتشديد الباء ــ مقصورة ، وجمعها رُبَاب ــ بضم الراء والمصدر رِبَاب بكسرها ، قال الجوهرى : قال الأموى الرُّبَّى من ولادتها الى شهرين ، قال أبو زيد الأنصارى : الربى من المعز وقال غيره : من المعز والضأن وربما جاءت فى الابل ، والأكولة ــ بفتح الهمزة ــ وحزرات بتقديم الزاى على الراء ــ وحكى عكسه والأول أصح وأشهر .

أما حديث أبى بن كعب رضى الله عنه (فرواه) أحمد بن حنبل وأبو داود باسناد صحيح أو حسن وزاد ابن أحمد فى مسند أبيه أحمد بن حنبل : قال الراوى عن أبيٍّ بن كعب ، وهو عمارة بن عمرو بن حزم : وقد وليت الصدقات فى زمن معاوية ، فأخذت من ذلك الرجل ثلاثين حقة لألف وخمسمائة

بعير ، وقوله : ناقة فتية هى ــ بالفاء المفتوحة ثم مثناه من فوق ، ثم من تحت ــ وهى الناقة الشابة القوية (وقوله) تعرض عليه بفتح التاء وكسر الراء •

(أما حكم الفصل) فهو كما قاله المصنف ، فلا يجوز أخذ الربى ولا الأكولة ، ولا الحامل ، ولا التى طرقها الفحل ، ولا حزرات المال ، ولا فحل الماشية حيث يجوز أخذ الذكر ، ولا غير ذلك من النفائس الا أن يرضى المالك بذلك فيجوز ويكون أفضل له ولا فرق بين الربى وغيرها ، هذا هو الصحيح وبه قطع المصنف والجمهور ، وقال امام الحرمين : وذكر العراقيون أنه لو تبرع بالربى قبلت منه ، وان كانت قريبة عهد بالولادة جريا على القياس ، قال : وحكوا وجها بعيداً لبعض الأصحاب أنها لا تقبل منه ، لأنها تكون مهزولة لقرب ولادتها والهزال عيب قال الامام : وهذا ساقط ، فقد لا تكون كذلك ، وقد تكون غير الربى مهزولة والهزال الذى هو عيب هو الهزال الظاهر البين ، وهذا الوجه الذى حكاه قد حكاه الشيخ أبو حامد وغيره من العراقيين ، واتفقوا على تغليط قائله •

قال الامام : ولو بذل الحامل قبلت منه عند الأئمة كالكريمة فى نوعها أو صفتها قال : ونقل الأئمة عن داود أنه منع قبولها • قال : لأن الحمل عيب ، قال الامام : وهذا ساقط لأنه ليس عيبا فى البهائم وانما هو عيب فى الآدميات ، قال الامام : قال صاحب التقريب : لا يتعمد الساعى أخذ كريمة ماله ، فلو تبرع المالك باخراجها قبلت وأجزأت على المذهب قال : ومن أئمتنا من قال : لا تقبل ، للنهى عن أخذ الكرائم • قال الامام : وهذا مزيف لا أصل له ، لأن المراد بالنهى نهى السعاة عن الاجحاف بأصحاب الأموال وحثهم على الانصاف ، ولا يفهم منه الفقيه غير هذا قال الامام : ولو كانت الماشية كلها حوامل ، قال صاحب التقريب : لا يطلب منه حاملا ، وهذه الصفة معفو عنها ، كما يعفى عن الوقص ، قال الامام : وهذا الذى ذكره صاحب التقريب حسن لطيف وفيه نظر دقيق ، وهو أن الحامل قد تحمل حيوانين الأم والجنين ، وانما فى الأربعين شاة فلا وجه لتكليفه حاملا ، وقد يرد على هذا ايجاب الخلفات فى الدية ، ولكن الدية اتباعية لا مجال للنظر فى مقدارها وصفتها

ومن يتحملها ، فلا وجه لمخالفة صاحب التقريب قال : أما لو كانت ماشيته سمينة للمرعى فيطالبه بسمينة ، ويجعل ذلك كشرف النوع .

(فـــرع) قد ذكرنا أنه لو تبرع المالك بالحامل قبلت منه ، ونقله العبدرى عن العلماء كافة غير داود ، وحكى أصحابنا عن داود الظاهرى أنه قال : لا تجزىء الحامل لأن الحمل عيب فى الحيوان ، بدليل أنه لو اشترى جارية فوجدها حاملا فله ردها بسبب الحمل ، وقال : الحامل لا تجزىء فى الأضحية ، وأجاب القاضى أبو الطيب فى تعليقه وسائر الأصحاب : بأن الحمل نقص فى الآدميات لما يخاف عليهن من الولادة بخلاف البهائم ، ثم قال : الحمل فضيلة فيها ، قالوا : ولهذا قلنا : لو اشترى جارية فوجدها حاملا فله ردها بذلك ، ولو اشترى بهيمة فوجدها حاملا لم يكن له ردها به ، ولم يكن الحمل عيباً فيها ، بل هو فضيلة ، ولهذا أوجب صاحب الشرع فى الدية المغلظة أربعين خلفة فى بطونها أولادها ، وأجاب الأصحاب عن الأضحية فقالوا : انما لا تجزىء الحامل فى الأضحية لأن المقصود من الأضحية اللحم والحمل يهزلها ويقل بسببه لحمها فلا تجزىء ، والمقصود فى الزكاة كثرة القيمة والدر والنسل ، وذلك فى الحامل ، فكانت أولى بالجواز ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز أخذ القيمة فى شىء من الزكاة ، لأن الحق لله تعالى ، وقد علقه على ما نص عليه ، فلا يجوز نقل ذلك الى غيره ، كالأضحية لما علقها على الأنعام لم يجز نقلها الى غيرها ، فان أخرج عن المنصوص عليه سنا اعلى منه مثل أن يخرج عن بنت مخاض بنت لبون أجزاه ، لأنها تجزىء عن ست وثلاثين ، فلأن تجزىء عن خمس وعشرين أولى ، كالبدنة لما أجزأت عن سبعة فى الأضحية ، فلأن تجزىء عن واحد أولى ، وكذلك لو وجبت عليه مسنة فأخرج تبيعين أجزأه لأنه اذا أجزأه ذلك عن ستين فلأن يجزىء عن أربعين أولى) .

(الشرح) اتفقت نصوص الشافعى رضى الله عنه أنه لا يجوز اخراج القيمة فى الزكاة ، وبه قطع المصنف وجماهير الأصحاب ، فيه وجه أن القيمة تجزىء حكاه [1] وهو شاذ باطل ، ودليل المذهب ما ذكره المصنف (وأما)

---

(١) بياض بالأصل ولعله : حكاه أبو بكر الرازى كما سيأتى .

اذا أخرج سناً أعلى من الواجب كبنت لبون عن بنت مخاض ونظائره فتجزئه بلا خلاف ، لحديث أبيّ السابق ولما ذكره المصنف (وأما) اذا أخرج تبيعين عن المسنة فقد قطع المصنف بجوازه ، وهو المذهب ، وبه قطع الجماهير وفيه وجه سبق فى باب زكاة البقر ، والله تعالى أعلم •

(فـــرع) قد ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يجوز اخراج القيمه فى شيء من الزكوات وبه قال مالك وأحمد وداود الا أن مالكا جوز الدراهم عن الدنانير وعكسه وقال أبو حنيفة : يجوز ، فان لزمه شاة فأخرج عنها دراهم بقيمتها أو أخرج عنها ماله قيمة عنده كالكلب والثيات جاز • وحاصل مذهبه أن كل ما جازت الصدقة به جاز اخراجه فى الزكاة ، سواء كان مـــن الجنس الذى وجبت فيه الزكاة أم من غيره الا فى مسألتين (احداهما) تجب عليه الزكاة فيخرج بقيمتها منفعة عين بأن يسلم الى الفقراء داراً يسكنونها بقيمة الزكاة• (والثانية) أن يخرج نصف صاع جيد عـــن نصف صاع وسط لزمـــه فانه لا يجزئه ووافق على أنه لا تجزىء القيمة فى الأضحية ، وكذا لو لزمه عتق رقبة فى كفارة لا تجزىء قيمتها وقال أبو يوسف وأبو حنيفة : اذا أدى عن خمسة جياد خمسة دونها فى الجودة أجزأه ، وقال محمد : يؤدى فضـــل ما بينهما ، وقال زفر : عليه أن يتصدق بغيرها ولا يجزئه الأول ، كذا حكاه أبو بكر الرازى وقال سفيان الثورى : يجزىء اخراج العروض عن الزكاة اذا كانت بقيمتها ، وهو الظاهر من مذهب البخارى فى صحيحه ، وهو وجه لنا كما سبق •

واحتج المجوّزون للقيمة بأن معاذاً رضى الله عنه قال لأهل اليمن حيث بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم لأخذ زكاتهم وغيرها « ائتونىَ بعَرَض ثياب خميص أو لبيس فى الصدقة مكان الشعير والذرة أهون عليـــكم وخير لأصحاب النبى صلى الله عليه وسلم بالمدينة » ذكره البخارى فى صحيحه تعليقا بصيغة جزم ، وبالحديث الصحيح « فى خمس وعشرين بنت مخاض فان لم تكن فابن لبون » قالوا : وهذا نص على دفع القيمة قالوا : ولأنه مال زكوى فجازت قيمته كعروض التجارة ، ولأن القيمة مال فأشبهت المنصوص عليه

ولأنه لما جاز العدول عن العين الى الجنس بالاجماع بأن يخرج زكاة غنمه عن غنم غيرها جاز العدول من جنس الى جنس •

واستدل أصحابنا بأن الشرع نص على بنت مخاض وبنت لبون وحقة وجذعة وتبيع ومسنة وشاة وشياه وغير ذلك من الواجبات فلا يجوز العدول ، كما لا يجوز فى الأضحية ولا فى المنفعة ولا فى الكفارة وغيرها من الأصول التى وافقوا عليها ولا فى حقوق الآدميين • واستدل صاحب الحاوى بقوله صلى الله عليه وسلم « فى صدقة الفطر صاع من تمر أو صاع من شعير » الى آخره ، ولم يذكر القيمة ولو جازت لبينها فقد تدعو الحاجة اليها ولأنه صلى الله عليه وسلم قال : « فى خمس وعشرين من الابل بنت مخاض فان لم تكن بنت مخاض فابن لبون » ولو جازت القيمة لبينها ولأنه صلى الله عليه وسلم قال : « فيمن وجب عليه جذعة فان لم تكن عنده دفع حقة وشاتين أو عشرين درهماً » وكذا غيرها من الجبران على ما سبق بيانه فى حديث أنس فى أول باب زكاة الابل فقدر البدل بعشرين درهماً ولو كانت القيمة مجزئة لم يقدره بل أوجب التفاوت بحسب القيمة •

وقال امام الحرمين فى الأساليب : المعتمد فى الدليل لأصحابنا أن الزكاة قربة لله تعالى وكل ما كان كذلك فسبيله أن يتبع فيه أمر الله تعالى ولو قال انسان لوكيله : اشتر ثوباً وعلم الوكيل أن غرضه التجارة ولو وجد سلعة هى أنفع لموكله لم يكن له مخالفته وان رآه أنفع ، فما يجب لله تعالى بأمره أولى بالاتباع (فان قالوا) هذا يناقض قولكم فى زكاة الصبى أن مقصودها سد الخلة ، وهذا يقتضى أن المقصود سد الحاجة فلا تتبع الأعيان المنصوص عليها (قلنا) لا ننكر أن المقصود الظاهر سد الحاجة ولكن الزكاة مع ذلك قربة فاذا كان المرء يخرج الزكاة بنفسه تعينت عليه النية ، فلا يعتد بما أخرجه لتمكنه من الجمع بين الفرضين ، ولو امتنع من أداء الزكاة والنية والاستنابة أخذها السلطان عملا بالفرض الأكبر ولهذا اذا أخرج باختياره لم يعتد به كما لو أخرج الزكاة بلا نية •

ولو امتنع من أدائها ولم يجد الامام له شيئا من جنسها أخذ ما يجد ثم

اذا اضطر الى صرف ما أخذه الى المساكين أجزأه ذلك وان لم يكن من جنس الزكاة فقد خرجت المسألتان على طريقة واحدة والعبادة تقتضى النية والاتباع ومبنى الزكاة على سد الخلة ، فالاختيار يوجب النية والاتباع لما نص عليه جنساً وقدراً ، فان عسرت النية أو تعذر اخراج المنصوص عليه غلب مقصود الزكاة ، وهو سد الخلة ، فهذا مختصر من أطراف أدلة المسألة (والجواب) عن حديث معاذ أن المراد به أخذ البدل عن الجزية لا عن الزكاة ، فان النبى صلى الله عليه وسلم « أمره أن يأخذ فى الزكاة عن الحب حبا وعقبه بالجزية » فقال « خذ من كل حالم ديناراً أو عدله معافر » (فان قيل) ففى حديث معاذ آخذه منكم مكان الذرة والشعير ، وذلك غير واجب فى الجزية • قال صاحب الحاوى (الجواب) أنه يحتمل أن معاذاً عقد معهم الجزية على أخذ شيء من زروعهم •

قال أصحابنا : مما يدل على أنه فى الجزية لا فى الزكاة أن مذهب معاذ أنه لا ينقل وقد اشتهر عنه أنه قال « أيما رجل انتقل من مخلاف عشيرته الى مخلاف آخر فعشره وصدقته فى مخلاف عشيرته » فدل على أنه فى الجزية التى يجوز نقلها بالاتفاق ، والجواب عن ابن اللبون أنه منصوص عليه لا للقيمة ، ولهذا لو كانت قيمته أقل من بنت مخاض أخذناه ، ولأنه أيضاً انما يؤخذ عند عدم بنت المخاض ، ولو كان قيمة على ما تقولون لجاز دفعه مع وجودها • والجواب عن القياس على عرض التجارة أن الزكاة تجب فى قيمته والمخرج ليس بدلا عن الواجب بل هو الواجب ، كما أن الشاة المخرجة عن خمس من الابل هى واجبها ، لا أنها قيمة • وأما قياسهم على المنصوص عليه فأبطله أصحابنا باخراج نصف صاع جيد عن نصف صاع وسط وشاة عن شاتين بقيمتهما ، ثم المعتمد فى الأصل أنه منصوص عليه فلهذا جاز اخراجه بخلاف القيمة • وأما قولهم « لما جاز العدول الى آخره » فهذا قياس فلا يلزمنا ، مع أن الواجب انما هو اخراج الزكاة من جنس ماله لا من عينه ، فلم يكن ذلك عدولا عن الواجب الى القيمة والله تعالى أعلم •

(فـــرع) قد ذكرنا أنه لا يجوز عندنا اخراج القيمة فى الزكاة • قال أصحابنا : هذا اذا لم تكن ضرورة ، ونقل الرافعى فى مسألة اجتماع الحقاق

وبنات اللبون فى مائتين عن الأصحاب أنهم قالوا يعدل فى الزكاة الى غير الجنس الواجب للضرورة كمن وجب عليه شاة فى خمس من الابل ففقد الشاه ولم يمكنه تحصيلها فانه يخرج قيمتها دراهم ويجزئه ، كمن لزمه بنت مخاض فلم يجدها ، ولا ابن لبون لا فى ماله ولا بالثمن فانه يعدل الى القيمة ، وسبق هناك أنه اذا وجب أخذ الأغبط وأخذ الساعى غيره وأوجبنا التفاوت يجوز اخراجه دراهم ان لم يمكن تحصيل شقص به وكذا ان أمكن على الأصح ، وذكرنا هناك نظائره .

وذكر امام الحرمين فى باب النية فى الزكاة هذين الوجهين فى التفاوت عند امكان الشقص ثم قال : فليخرج من هذا الخلاف أنه متى أدى الحساب فى زكاة الماشية الى تشقيص فى مسائل الخلطة ففى جواز القيمة عن الشقص هذان الوجهان . قال : ولو لزمه شاة عن أربعين ثم تلف المال كله بعد امكان الأداء ، وعسر تحصيل شاة ومست حاجة المساكين ، فالظاهر عندى أنه يخرج القيمة للضرورة ولا سبيل الى تأخير حق المساكين ثم ذكر الامام أن من توجهت عليه زكاة ، وامتنع يأخذ الامام أى شىء وجده ، اذا لم يجد المنصوص ، كما يأخذ الزكاة من مال الممتنع ، وان لم ينو من عليه الزكاة ، فان كان من عليه الزكاة قادراً على المنصوص عليه ، ففى اجزائه تردد ، كما سنوضحه ان شاء الله تعالى فى الممتنع من النية ، اذا أخذها الامام فهذا كلام الامام فى النهاية ، وقد سبق فى الفرع الذى قبل هذا عن كلامه فى الأساليب نحو هذا .

ومن مواضع الضرورة التى تجزىء فيها القيمة ما اذا ألزمهم السلطان بالقيمة وأخذها منهم فانها تجزئهم ، وقد ذكر المصنف المسألة فى آخر باب الخلطة فيما اذا أخذ الساعى من أحد الخليطين قيمة الفرض فقال (الصحيح) أنه يرجع على خليطه لأنه أخذه باجتهاده فأشبه اذا أخذ الكبيرة عن السخال ، هكذا قطع جماهير الأصحاب فى هذا الموضع باجزاء القيمة التى أخذها الساعى ، نقله أصحابنا العراقيون كالشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب فى المجرد ، والمحاملى فى كتابيه وصاحب الحاوى وغيرهم فى باب الخلطة عن نص الشافعى رضى الله عنه فى الأم قالوا : نص الشافعى فى الأم أنه تجزئة

القيمة ، وأنه يرجع على خليطه بحصته من القيمة ، لأن ذلك حكم من الساعى فيما يسوغ فيه الاجتهاد ، فوجب امضاؤه قالوا : هذا هو الصحيح ، وبه قال ابن أبى هريرة ، قالوا وقال أبو اسحاق المروزى : لا تجزئه القيمة التى يأخذها الساعى ، ولا يرجع بها على خليطه لأنه غير الواجب وهـذا الوجه غلط ظاهر مخالف لنص الشافعى رضى الله عنه وللأصحاب رحمهم الله تعـالى وللدليل والله تعالى أعلم .

باب الخلطـــة (١)

قال المصنف رحمه الله تعالى

(للخلطة تاثير فى ايجاب الزكاة وهو أن يجعل مال الرجلين أو الجماعة كمال الرجل الواحد ، فيجب فيه ما يجب فى مال الرجل الواحد ، فاذا كان بين نفسين ـ وهما من أهـل الزكاة ـ نصاب مشاع من الماشية فى حول كامل وجب عليهما زكاة الرجل الواحد ، وكذلك اذا كان لكل واحد [منهما] مال منفرد ، ولم ينفرد أحدهما عن الآخر بالحول ، مثل أن يكون لكل واحـد منهما عشرون من الغنم فخلطاها أو لكل واحد أربعون ملكاها معا فخلطاها ، صار كمال الرجل الواحد فى ايجاب الزكاة بشروط (أحدها) أن يكون الشريكان من اهل الزكاة (والثانى) أن يكون المال المختلط نصابا (الثالث) أن يمضى عليهما حول كامل (والرابع) ألا يتميز أحدهما عن الآخر فى المراح (والخامس) ألا يتميز أحدهما عن الآخر فى المسرح (السادس) الا يتميز أحدهما عن الآخر فى المشرب (والسابع) ألا يتميز أحدهما عن الآخر فى الراعى (والثامن) الا يتميز أحدهما عن الآخر فى الفحل (والتاسع) أن لا يتميز أحدهما عن الآخر فى المحلب . والأصل فيه ما روى ابن عمر رضى الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم « كتب كتاب الصدقة فقرنه بسيفهفعمل به ابو بكر وعمر رضى الله عنهما وكان فيه : لا يفرق بين مجتمع ، ولا يجمع بين مفترق مخـافة الصدقة ، وما كان من خليطين فانهما يتراجعان بينهما بالسوية » ولان المالين صارا كمال الواحد فى المؤن فوجب أن تكون زكاته زكاة المال (الواحد) .

(الشرح) هذا الحـديث حديث حسـن رواه أبو داود والترمذى وغيرهما وسبق بيانه بطوله فى أول باب زكاة الابل ، وسبق هناك أن البخارى

---

(١) فى بعض النسخ (باب صدقة الخلطاء) (ط) .

رواه فى صحيحه من رواية أنس رضى الله عنه ، والخلطة ــ بضم الخاء ــ والمراح بضم الميم وهو موضع مبيتهـا ، والمحلب ــ بكسر الميم ــ الاناء الذى يحلب فيه ، وبفتحها موضع الحلب ، وسـنوضح المـراد به ان شـاء الله تعالى .

قال أصحابنا : الخلطة ضربان (أحدهما) أن يكون المال مشتركا مشاعاً بينهما (والثانى) أن يكون لكل واحد منهما ماشية متميزة ، ولا اشـتراك بينهما لكنهما متجاوران مختلطان فى المراح والمسرح والمرعى وسائر الشروط المذكورة ، وتسمى الأولى خلطة شيوع وخلطة اشتراك وخلطـة أعيـان ، والثانية خلطة أوصاف وخلطة جـوار ، وكل واحـدة من الخلطتين تؤثر فى الزكاة ، ويصير مال الشخصين أو الأشخاص كمال الواحد ، ثم قد يـكون أثرها فى وجوب أصل الزكاة وقد يكون فى تكثيرها وقد يكون فى تقليلها .

مثال الايجاب : رجلان لكل واحد عشرون شاة ، يجب بالخلطة شـاة ، ولو انفردا لم يجب شىء ومثال التكثير : خلط مائة شاة بمثلها ، يجب على كل واحد شاة ونصف ، ولو انفردا وجب على كل واحد شاة فقط ، أو خلط خمسا وخمسين بقرة بمثلها يجب على كل واحد مسنة ونصف تبيع ، ولو انفردا لزمه مسنة فقط ، أو خلط مائة وعشرين من الابل بمثلها ، يجب على كل واحد ثلاث بنات لبون ، ولو انفرد لزمه حقتان .

ومثال التقليل : ثلاثة رجال لكل واحد أربعون خلطوها يجب على كل واحد ثلث شاة ولو انفرد لزمه شاة كاملة . ونقل الرافعى عن الحناطى أنه حكى وجها غريبا أن خلطة الجوار لا أثر لها . قال : وليس بشىء . وهـذا الوجه غلط صريح . وقد نقل الشيخ أبو حامد فى تعليقه اجماع المسـلمين على أنه لا فرق بين الخلطتين فى الايجاب ، وانمـا اختلفوا فى الأخـذ . وبمذهبنا فى تأثير الخلطتين قال عطاء بن أبى رباح والأوزاعى والليث وأحمد واسحاق وداود .

وقال أبو حنيفة : لا تأثير للخلطتين مطلقا ويبقى المال على حكم الانفراد .

وقال مالك والثورى وأبو ثور وابن المنذر : ان كان مال كل واحد نصابا فصاعداً أثرت الخلطة والا فلا • دليلنا الأحاديث الصحيحة المطلقة فى الخلطة والله أعلم • وأما قوله صلى الله عليه وسلم « لا يفرق بين مجتمع ولا يجمع بين مفترق خشية الصدقة » فهو نهى للساعى وللملاك عن التفريق وعن الجمع ، فنهى الملاك عن التفريق وعن الجمع خشية وجوب الصدقة ، أو خشية كثرتها ونهى الساعى عنهما خشية سقوطها أو قلتها •

مثال التفريق من جهة الملاك : أن يكون لرجلين أو رجال أربعون شاة مختلطة فواجبهم شاة مقسطة عليهم ، فليس لهم تفريق الماشية بعد الحول عند قدوم الساعى لتسقط الزكاة فى الظاهر • ومثاله من جهة الساعى أن يكون لكل رجل من الثلاثة أربعون شاة مختلطة ، فليس للساعى تفريقها ليأخذ من كل واحد شاة وانما على كل واحد ثلث شاة •

ومثال الجمع من جهة الملاك أن يكونوا ثلاثة لكل واحد أربعون شاة متفرقة فجمعوها عند قدوم الساعى بعد الحول فليس لهم ذلك ، بل على كل واحد شاة • ومثاله من جهة الساعى أن يكون لأحد الرجلين عشرون شاة منفردة ، ولآخر عشرون منفردة فليس للساعى أن يجمعهما ليأخذ شاة ، بل يتركهما متفرقين ولا زكاة ، أو يكون لأحدهما مائة شاة ، ولآخر مثلها ، فليس للساعى جمعهما ليأخذ ثلاث شياه ، بل يتركهما متفرقتين وعلى كل واحد شاة فقط ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فأما اذا لم يكن أحدهما من أهل الزكاة بأن كان أحدهما كافرا أو مكاتبا ، فلا يضم ماله الى مال الحر المسلم فى ايجاب الزكاة ، لأن مال الكافر والمكاتب ليس بزكاتى فلا يتم به النصاب ، كالمعلوفة لا يتم بها نصاب السائمة ، وان كان المشترك بينهما دون النصاب بأن كان لكل واحد عشرون من الغنم فخالط صاحبه بتسعة عشر وترك شاتين منفردتين لم تجب الزكاة ، لأن المجتمع دون النصاب فلم تجب فيه الزكاة ، وان تميز أحدهما عن الآخر فى المراح أو المسرح او المشرب او الراعى او الفحل أو المحلب لم يضم مال احدهما الى الآخر ، لما روى سعد بن ابى وقاص رضى الله عنه ان رسول الله

صلى الله عليه وسلم قال « والخليطان ما اجتمعا على الفحل والرعى والحوض » فنص على هذه الثلاثة ونبه على ما سواها ولأنه اذا تميز كل واحد بشىء مما ذكرناه لم يصر كمال [الرجل] الواحد فى المؤن ، وفى الاشتراك فى الحلب وجهان (احدهما) ان من شرطه أن يحلب لبن احدهما فوق لبن الآخر ثم يقسم ، كما يخلط المسافرون ازوادهم [ثم] ياكلون ، وقال أبو اسحاق : لا يجوز شرط حلب أحدهما فوق الآخر ، لأن لبن احدهما قد يكون اكثر من لبن الآخر ، فاذا اقتسما بالسوية كان ذلك ربا لأن القسمة بيع ، وهل تشترط نية الخلطة ؟ فيه وجهان (احدهما) انها شرط لأنه يتغير به الفرض فلا بد فيه من النية (والثانى) انها ليست بشرط لأن الخلطة انما أثرت فى الزكاة للاقتصار على مؤنة واحدة ، وذلك يحصل من غير نية) .

(**الشرح**) حديث سعد رواه الدارقطنى والبيهقى باسناد ضعيف من رواية ابن لهيعة ، ووقع فى أكثر نسخ المهذب فيه (الفحل والراعى) وفى بعضها (والرعى) بحذف الألف واسكان العين ، وكلاهما مروى فى الحديث والأول أكثر ، وقوله : لأن مال الكافر والمكاتب ليس بزكاتى ، الصواب عند أهل العربية ليس زكوى كرحوى وبابه . وسبق أن المراح مأواها ليلا . وأما المسرح فقال جماعة من أصحابنا هو المرتع الذى ترعى فيه ، وقال جماعة : هو طريقها الى المرعى . وقال آخرون : هو الموضع الذى تجتمع فيه لتسرح ، والجميع شرط كما سنوضحه ان شاء الله تعالى ، والمِحلب ــ بكسر الميم ــ الاناء الذى يحلب فيه . المَحلب ــ بالفتح ــ الموضع الذى يحلب فيه ، ومراد المصنف الأول . وأما قوله « وفى المحلب وجهان » فهو بفتح اللام على المشهور وحكى اسكانها ، وهو غريب ضعيف .

(**اما احكام الفصل**) فقال أصحابنا : نوعا الخلطة يشتركان فى اشتراط أمور وتختص خلطة الجوار بشروط ، فمن المشترك كون المختلط نصاباً ، فلو ملك زيد عشرين شاة وعمرو عشرين فخلطا تسع عشرة بتسع عشرة وتركا شاتين منفردتين فلا أثر لخلطتهما ولا يجب على كل واحد منهما زكاة بلا خلاف لما ذكره المصنف ولو خلطا تسع عشرة بتسع عشرة ، شاة بشاة ، وجبت زكاة الأربعين بالاتفاق لأنهما مختلطتان بأربعين ، ومنها كون المخالطين ممن تجب عليهما الزكاة ، فلو كان أحدهما كافراً أو مكاتبا فلا أثر للخلطة بلا خلاف بل

ان كان نصيب الحر المسلم نصاباً زكاه زكاة الانفراد والا فلا شيء عليه ، وهذا أيضا لا خلاف فيه لما ذكره المصنف • ومنهـا دوام الخلطة سـنة على ما سيأتى تفصيله ان شاء الله تعالى (وأما) الشروط المختصة بخلطة الجوار فمجموعها عشرة (منها) متفق عليه (ومنها) مختلف فيه (أحدها) اتحاد المراح (الثانى) اتحاد المشرب بأن تسقى غنمهما من ماء واحد نهر أو عين أو بئر أو حوض أو من مياه متعددة بحيث لا تختص غنم أحدهما بالشرب من موضع وغنم الآخر من غيره • (الثالث) اتحاد المسرح وهو الموضع الذى تجتمع فيه ثم تساق الى المرعى (الرابع) اتحاد المرعى وهو المرتع الذى ترعى فيه فهذه الأربعة متفق عليها (الخامس) اتحاد الراعى وفيه طريقان (أحدهما) وبه قطـع المصنف والأكثرون أنه شرط (والثـانى) حـكاه جماعات من الخراسانيين : فيه وجهان (أصحهما) شرط (والثانى) ليس بشرط فلا يضر انفراد أحدهما عن الآخر براع ، قال أصـحابنا : ومعنى اتحـاد الراعى أن لا يختص أحدهما براع ، فأما اذا كان لماشـيتهما راعيان أو رعاة لا يختص واحد منهما بواحد منهم ، فالخلطة صحيحة • (السادس) اتحاد الفحـل وفيه طريقان (أصحهما) وبه قطع المصنف والجمهور أنه شرط (والثـانى) حكاه جماعة من الخراسانيين فيه وجهان (أصـحهما) شرط (والثـانى) لا يشترط اتحاده ، لكن يشترط كون الانزاء فى مكان واحد •

قال أصحابنا : والمراد باتحاده أن تكون الفحول مرسـلة فى ماشيتهما لا يختص أحدهما بفحل ، سواء كانت الفحول مشـتركة أو لأحـدهما أو مستعار أو غيرها ، وسواء كان واحداً أو جمعا • وحكى الخراسانيون وجهاً أنه يشترط كون الفحول مشتركة ، واتفقوا على ضعفه ، هذا الذى ذكرناه من اشتراط اتحاد الفحل هو فيما اذا أمكن ذلك بأن كانت ماشيتهما نوعا واحداً فلو كان مال أحدهما ضأنا ومال الآخر معزاً وخلطاهما ولكل واحـد فحل يطرق ماشيته ، فالخلطة صحيحة بلا خلاف ، اذ لا يمكن اختلاطهما فى الفحل ، وصار كما لو كان مال أحدهما ذكوراً ومال الآخر اناثا من جنسـه ، فان الخلطة صحيحة بلا خلاف والله تعالى أعلم •

(السابع) اتحاد الموضع الذى يحلب فيه مالهما شرط كاتحـاد المراح ،

فلو حلب هذا ماشيته فى أهله وذاك فى موضع آخر فلا خلطة (الثامن) اتحاد الحالب هو الشخص الذى يحلب فيه وجهان (أصحهما) ليس بشرط (والثانى) يشترط بمعنى أنه لا ينفرد أحدهما بحالب يمنع عن حلب ماشية الآخر •

(التاسع) اتحاد الاناء الذى يحلب فيه وهو المحلب ــ بكسر الميم ــ فيه وجهان (أصحهما) ليس بشرط كما لا يشترط اتحاد آلة الجز بلا خلاف (والثانى) يشترط فعلى هذا ليس معناه أن يكون لهما اناء واحد فرد ، بل معناه أن تكون المحالب فوضى بينهم ، فلا ينفرد أحدهما بمحلب أو محالب ممنوعة من الآخر ، وعلى هذا هل يشترط خلط اللبن ؟ فيه الوجهان المذكوران فى الكتاب (أصحهما) عند الأصحاب لا يشترط ، بل لا يجوز لأنه يؤدى الى الربا ، فانه يأخذ أحدهما غالبا أكثر من حقه ، فعلى هذا يحلب أحدهما فى الاناء ويفرغه فى وعائه ، ثم يحلب الآخر فيه (والثانى) يشترط ، وبه قال أبو اسحاق المروزى ، فيحلب لبن أحدهما فوق لبن الآخر ولا يضر جهاله قدرهما •

قال الأصحاب : ولا يضر جهالة مقداره ، ويتسامحون به كما فى خلط المسافرين أزوادهم فانه جائز باتفاق الأصحاب ، وان كان فيه المعنى الذى فى خلط اللبن ولهم أن يأكلوا جميعاً ، وان كان بعضهم يأكل أكثر من بعض قطعاً لكونه أكولا ، وأجاب الأصحاب عن هذا الوجه الأصح ، وفرقوا بين اللبن والأزواد بأن المسافرين يدعو بعضهم بعضاً الى طعامه ، فهو اباحة لا محالة بخلاف خلط اللبن فانه ليس فيه اباحة • واحتج بعض الأصحاب للأصح أيضاً بأن اللبن نماء ، فلا يشترط الاختلاط فيه كالصوف • هذا مختصر الكلام فى الحالب والمحلب وخلط اللبن ، قال أصحابنا : سبب الخلاف فى اشتراط خلط اللبن أن الشافعى رضى الله عنه قال فى المختصر وفى رواية حرملة والزعفرانى فى شروط الخلطة : وأن يحلبا معا • ولم يذكر الشافعى ذلك فى الأم • ذكر ذلك كله القاضى أبو الطيب والأصحاب • قال القاضى أبو الطيب : لا خلاف بين أصحابنا أن اتحاد الحلاب شرط ، لكن اختلفوا فى المراد به ، فظاهر ما نقله المزنى وعليه عامة أصحابنا أن معناه اتحاد

الاناء وخلط اللبن ، لأنه يفضى الى الربا ، هذا الذى ذكره القاضى من الاتفاق على اشتراط اتحاد الحلاب هو المذهب وبه قطع الجمهور •

قال ابن كج : فى المسألة طريقان (أحدهما) لا يشترط قولا واحداً (والثانى) على قولين ، وهذا غريب ضعيف ، وذكر صاحب البيان فى المسألة ثلاثة أوجه (أصحها) قول أبى اسحاق المروزى ، واختلفوا فى حكايته ، فنقل الشيخ أبو حامد عنه أنه قال : مراد الشافعى أن يكون موضع الحلب واحداً ، ونقل المحاملى وصاحب الفروع عنه أنه قال : مراد الشافعى الاناء الذى يحلب فيه ، ونقل صاحب الشامل عنه أنه قال : مراد الشافعى أن يكون الحالب واحداً فهذه ثلاثة أوجه فى حكاية مذهب أبى اسحاق وهو الصحيح عند الأصحاب • (والوجه الثانى) يشترط أن يحلبا معاً ويخلطا اللبن ثم يقتسمان (والثالث) يشترط اتحاد الحالب والاناء وخلط اللبن ، واختصر الرافعى حكم المسألة فقال : يشترط الموضع الذى يحلب فيه ، والأصح أنه لا يشترط اتحاد الحالب ولا اتحاد الاناء ولا خلط اللبن والله تعالى أعلم •

(العاشرة) نية الخلط فيها وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) عند الأصحاب : لا يشترط ، قال أصحابنا : ويجرى الوجهان فيما لو اتفقت الماشية فى شىء مما يشترط الاجتماع فيه بنفسها ، أو فرقها الراعى ولم يعلم المالكان الا بعد طول الزمان ، هل تنقطع الخلطة أم لا ؟ (أما) اذا فرقاها هما أو أحدهما فى شىء من ذلك قصداً فتنقطع الخلطة وان كان ذلك ذلك يسيراً بلا خلاف لفقد الشرط ، وأما التفريق اليسير بغير قصد فلا يؤثر بالاتفاق ، لكن لو اطلعا عليه فأقراها على تفرقها انقطعت الخلطة ، قال أصحابنا : ومتى ارتفعت الخلطة وجب على من بلغ نصيبه نصابا زكاة الانفراد اذا تم حوله من يوم الملك لا من يوم ارتفاعها ، والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فأما اذا ثبت لكل واحد من الخليطين حكم الانفراد بالحول ، مثل أن يكون لكل واحد منهما نصاب من الغنم مضى عليه بعض الحول ، ثم خلطاه ـ نظرت ـ فان كان حولهما متفقا بأن ملك كل واحد منهما نصابه فى المحرَّم ثم خلطاه ، فى صفر ففيه قولان (قال فى القديم) يبنى حول الخلطة على حول الانفراد

فاذا حال الحول على ماليهما لزمهما شاة واحدة ، لأن الاعتبار فى قدر الزكاة بآخر الحول ، بدليل أنه لو كان معه مائة واحدى وعشرون شاة ثم تلفت واحدة منها قبل الحول بيوم لم تجب الا شاة ، ولو كانت مائة وعشرون ثم ولدت واحدة قبل الحول بيوم وجبت شاتان ، وقد وجدت الخلطة ههنا فى آخر الحول فوجبت زكاة الخلطة . وقال فى الجديد : لا يبنى على حول الانفراد ، فيجب على كل واحد منهما شاة لأنه قد انفرد كل واحد منهما فى بعض الحول فكان زكاتهما زكاة الانفراد كما لو كانت الخلطة قبل الحول بيوم أو بيومين ، وهذا يخالف ما ذكروه ، فان هناك ـ لو وجدت زيادة شاة او هلاك شاة قبل الحول بيوم أو يومين ـ تغيرت الزكاة ، ولو وجدت الخلطة قبل الحول بيوم او يومين ، لم يزكيا زكاة الخلطة . واما فى السنة الثانية وما بعدها فانهما يزكيان زكاة الخلطة ، وان كان حولهما مختلفا ـ بأن ملك أحدهما فى أول المحرم والآخر فى أول صفر ثم خلطا فى اول [شهر] ربيع الأول ـ فانه يجب فى قوله القديم على كل واحد منهما عند تمام حوله نصف شاة ، وعلى قوله الجديد يجب على كل واحد منهما شاة ، وأما فى السنة الثانية وما بعدها فانه يجب عليهما زكاة الخلطة . وقال أبو العباس : يزكيان أبدا زكاة الانفراد ، لأنهما مختلفان فى الحول ، فزكيا زكاة الانفـراد كالسـنة الأولى ، والأول هو المذهب ، لأنهما (١) ارتفقا بالخلطة فى حول كامل ، فصار كما لو اتفق حولهما ، وان ثبت لمال أحدهما حكم الانفراد دون الآخـر ، وذلك مثل ان يشترى أحدهما فى أول المحرم أربعين شاة واشترى آخر أربعين شاة وخلطها بغنمه ، ثم باعها فى أول صفر من رجل آخر ، فان الثانى ملك الأربعين مختلطة فلم يثبت لها حكم الانفراد ، والأول قد ثبت لغنمه حكم الانفراد ، فان قلنا بقوله القديم ، وجب على المالك فى أول المحرم نصف شاة وان قلنا بقوله الجديد وجب عليه شاة . وفى المشترى فى صفر وجهان (أحدهما) تجب عليه شاة لأن المالك فى المحرم لم يرتفق بالخلطة فلا يرتفق المالك فى صفر (والثانى) تجب عليه نصف شاة لأن غنمه لم تنفك عن الخلطة فى جميع السنة بخلاف المشترى فى المحرم ، وان ملك رجـل أربعين شاة ومضى عليها نصف الحول ثم باع نصفها مشاعا ، فاذا تم حول البائع وجب عليه نصف شاة على المنصوص ، وقال أبو على بن خيران : المسئلة على قولين ان قلنا بقوله الجديد : ان حول الخلطة لا يبنى على حول الانفراد انقطع حول البائع فيما لم يبع ،وان قلنـا بقوله القديم : ان حول الخلطة يبنى على حول الانفراد لم ينقطع حوله وهذا خطأ لأن الانتقال من الانفـراد الى الخلطة لا يقطع الحول ، وانما القولان فى نقصان الزكاة وزيادتها دون قطع الحول ، وأما المبتاع فانا ان قلنا : ان الزكاة تتعلق بالذمة وجب على المبتاع الزكاة وان قلنا : انها تجب فى العين لم يجب

---

(١) فى ش و ق اتفقا وما أثبتناه أصح (ط) .

عليه زكاة ، لأنه بحول الحول زال ملكه عن قدر الزكاة فينقص النصاب . وقال ابو اسحاق : فيه قول آخر : ان الزكاة تجب فيه . ووجهه أنه اذا اخرجها من غيرها تبينا أن الزكاة لم تتعلق بالعين ، ولهذا قال فى أحد القولين : انه اذا باع ما وجبت فيه الزكاة وأخرج الزكاة من غيره صح البيع ، والصحيح هو الأول ، لأن الملك قد زال ، وانما يعود الاخراج من غيره ، وأما اذا باع عشرين منها بعينها نظرت ـ فان أفردها وسلمها ـ انقطع الحول فان سلمها وهى مختلطة بما لم يبع بأن ساق الجميع حتى حصل فى قبض المشترى لم ينقطع الحول وحكمه حكم ما لو باع نصفها مشاعا ومن أصحابنا من قال ينقطع الحول لأنه لما افردها بالبيع صار كما لو افردها عن الذى لم يبع . والأول هو الصحيح لأنه لم يزل الاختلاط فلم يزل حكمه . فان كان بين رجلين أربعون شاة لكل واحد منهما عشرون ولأحدهما أربعون منفردة وتم الحول ففيه أربعة اوجه (أحدها) وهو المنصوص انه تجب شاة ربعها على صاحب العشرين والباقى على صاحب الستين ، لأن مال الرجل الواحد يضم بعضه الى بعض بحكم الملك فيضم الأربعون المنفردة الى العشرين المختلطة ، فاذا انضمت الى العشرين المختلطة انضمت أيضا الى العشرين التى لخليطه فيصير الجميع كأنهما فى مكان واحد فوجب فيه ما ذكرناه . (والثانى) أنه يجب على صاحب الستين ثلاثة أرباع شاة وعلى صاحب العشرين نصف شاة لأن الأربعين المنفردة تضم الى العشرين بحكم الملك فتصير ستينا فيصير مخالطا بجميعها لصاحب العشرين فيجب عليه ثلاثة أرباع شاة وصاحب العشرين مخالط بالعشرين [التى له العشرين (١) التى] لصاحبه فوجب عليه نصف شاه، فأما الأربعون المنفردة فلا خلطة له بها فلم يرتفق بها فى زكاته .

(والثالث) أنه يجب على صاحب الستين شاة وعلى صاحب العشرين نصف شاة لأن صاحب العشرين مخالط بعشرين فلزمه نصف شاة وصاحب الستين له مال منفرد ومال مختلط وزكاة المنفرد أقوى فغلب حكمها .

(والرابع) أنه يجب على صاحب الستين شاة الا نصف سدس شاة وعلى صاحب العشرين نصف شاة لأن لصاحب الستين أربعين منفردة فتزكى زكاة الانفراد ، فكانه منفرد بستين شاة فيجب عليه فيها شاة يخص الأربعين منها ثلثا شاة ، وله عشرون مختلطة فتزكى زكاة الخلطة فكان جميع الثمانين مختلطة فيخص العشرين منها ربع شاة فتجب عليه شاة الا نصف سدس شاة ، ثلثا شاة فى الأربعين المنفردة ، وربع شاة فى العشرين المختلطة وأقل عدد يخرج منه ربع وثلثان اثنا عشر ، الثلثان منها ثمانية والربع منها ثلاثة فذلك احد عشر سهما ، فيجب عليه أحد عشر سهما من اثنى عشر سهما من شاة ، ويجب على صاحب العشرين نصف شاة ، لأن الخلطة تثبت فى حقه فى الأربعين الحاضرة .

---

(١) ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق (ط) .

(فرع) وان كان لرجل ستون شاة ـ فخالط بكل عشرين ـ رجلا له عشرون شاة ، ففيه ثلاثة أوجه على منصوص الشافعى رحمه الله فى المسالة قبلها يجعل بضم الغنم بعضها الى بعض ، وهل كان جميعها مختلطة ؟ فيجب فيها شاة ، على صاحب الستين نصفها وعلى الشركاء نصفها على كل واحد سدس شاة . ومن قال فى المسالة قبلها : ان على صاحب الستين شاة وعلى صاحب العشرين نصف شاة يجب ههنا على صاحب الستين شاة لأن غنمه يضم بعضها الى بعض ويجعل كأنها منفردة فتجب فيها شاة ، ويجب على كل واحد من الثلاثة نصف شاة لأن الخلطة فى حق كل واحد منهم ثابتة فى العشرين التى له وفى العشرين التى لخليطه . ومن قال فى المسالة قبلها : انه يجب على صاحب الستين ثلاثة ارباع شاة ، وعلى صاحب العشرين نصف شاة يجب ههنا على صاحب الستين ثلاثة أرباع شاة وعلى كل واحد من الشركاء نصف شاة ، لأنه لا يمكن ضم الأملاك الثلاثة بعضها الى بعض ، لأنها متميزة فى شروط الخلطة . (واما) الستون فانه يضم بعضها الى بعض بحكم الملك ، ولا يمكن ضم كل عشرين منها الى واحد من الثلاثة فيقال لصاحب الستين : قد انضم غنمك بعضها الى بعض ، فضم الستين الى غنم من شئت منهم ، فتصير ثمانين فتجب فيها شاة ، ثلاثة أرباعها على صاحب الستين ، وعلى كل واحد من الثلاثة نصف شاة ، لأن الخلطة ثابتة فى حق كل واحد منهم فى الأربعين) (١) .

(الشـــرح) قال أصحابنا رحمهم الله تعالى : اذا لم يكن للخليطين حالة انفراد ، بأن ورثا ماشـية أو ملكاها بسبب آخر كالشراء وغيره ، دفعة واحدة ، شائعة أو مخلوطة وأداما الخلطة سنة كاملة ، زكيا زكاة الخلطة بلا خلاف ، وكذا لو ملك كل واحد دون النصاب وبلغ بالخلطة نصابا زكيا زكاة الخلطة قطعا . فأما اذا انعقد الحول على الانفراد ثم طرأت الخلطة فقد يتفق ذلك فى حول الخليطين جميعا وقد يقع فى حق أحدهما ، فان اتفق فى حقهما فتارة يتفق حولاهما وتارة يختلفان ، فان اتفقا بأن ملك كل واحد أربعين شاة أول المحرم ثم خلطاها فى أول صفر ، ففيه قولان مشهوران (القديم) ثبوت الخلطة فيجب فى المحرم على كل واحد نصف شاة . واحتج له المصنف والأصحاب بأن الاعتبار فى قدر الزكاة بآخر الحول . ولهذا لو كان له مائة واحدى وعشرون شاة فتلفت واحدة منها قبل انقضاء الحول بساعة لم يجب الا شاة ، ولو كان مائة وعشرون فولدت واحدة قبل انقضاء الحول بساعة وجب شاتان .

---

(١) كان هنا فصل فى ش و ق هو ثابت ومشروح بعد هذا وانما هو تكرار (ط) .

(والثانى) وهو الجديد الصحيح : لا تثبت الخلطة فى السنة الأولى ، بل يزكيان فيها زكاة الانفراد فيجب على كل واحد شاة عند انقضاء الحول • واحتج له المصنف والأصحاب بأنه انفرد فى بعض الحول وخالط فى بعضه فلم تثبت الخلطة كما لو كانت قبل الحول بيوم أو يومين ، فانها لا تثبت حينئذ بلا خلاف • قال المصنف والأصحاب : والجواب عن حجة القديم أن هناك لو وجدت زيادة الشاة أو علفها قبل الحول بيوم أو يومين تغيرت الزكاة ، ولو وجدت الخلطة قبل الحول بيوم أو يومين لم تثبت بلا خلاف • هكذا قاله المصنف والأصحاب ، ولم يضبط الجمهور الزمن الذى يعتبر من الحول لجريان القولين ، وقد ذكره صاحب البيان فى كتابه مشكلات المهذب فقال : يجرى القولان متى خلطا قبل انقضاء الحول بزمن لو علفت الماشية فيه صارت معلوفة وسقط حكم السوم ، قال : وذلك ثلاثة أيام ، وهذا اختياره ، وفيه خلاف سبق فى موضعه ، قال : وان خلط قبل انقضاء الحول بدون ثلاثة أيام لم تثبت الخلطة قولا واحدا •

وقد صرح المصنف والأصحاب بالاتفاق على أنه اذا لم يبق الا يوم لم يثبت الخلطة ، وأجاب القاضى أبو الطيب وآخرون عن حجة القديم بأن الاعتبار بحال الوجوب انما هو اذا كانت الفائدة والنماء من عين المال ، كالسخال المتولدة ، فأما ما حصل من غير المال كسخال اشتراها فى أثناء الحول فانها لا تضم ، وهذا هو نظير الخلطة فى أثناء الحول فانها تضم غيره اليه وليس هو من نفسه • قال المصنف والأصحاب : وأما فى السنة الثانية فما بعدها فيزكيان زكاة الخلطة بلا خلاف على القديم والجديد وعند ابن سريج وجميع الأصحاب ، ولا يجىء فيه خلاف ابن سريج الذى سنذكره ان شاء الله تعالى فيما اذا اختلف حولهما ، والفرق أن هنا اتفق الحول ، والله تعالى أعلم •

أما اذا اختلف حولاهما بأن ملك أحدهما فى أول المحرم والآخر فى أول صفر وخلطا فى أول شهر ربيع فهو مبنى على القولين السابقين عند اتفاق الحول ، فان قلنا بالجديد : لزم الأول عند أول المحرم شاة ولزم الثانى فى أول صفر شاة أيضا ، وان قلنا بالقديم : لزم كل واحد عند تمام حوله

نصف شاة ، وأما بعد السنة الأولى فيتفق القولان على ثبوت حكم الخلطة ، فيكون على الأول نصف شاة فى أول كل محرم وعلى الآخر نصف شاة فى أول كل صفر • وفيه وجه ضعيف أنه لا تثبت الخلطة فى جميع الأحوال فيزكيان أبدا زكاة الانفراد لاختلاف حولهما أبدا ، وهذا الوجه حكاه المصنف والجمهور عن ابن سريج ، وهو أنه خرجه من القول الجديد فى السنة الأولى وقال المحاملى : ليس هو لابن سريج بل هو لغيره ، واتفق الأصحاب على ضعفه لأنهما ارتفقا بالخلطة فى سنة كاملة ، فصار كما لو اتفق حولهما •

أما اذا اتفق لمال أحدهما حكم الانفراد دون الآخر بأن ملك أربعين فى أول المحرم وملك الآخر أربعين فى أول صفر وخلطها حين ملكها ، أو خلط الأول أربعينه فى أول صفر بأربعين لغيره ثم باع الثانى أربعينه لثالث ، فقد ثبت للأول حكم الانفراد شهرا ولم ينفرد الثانى أصلا ، فتبنى على المسألة قبلها ، فاذا جاء المحرم لزم الأول شاة فى الجديد ونصفها فى القديم • واذا جاء صفر لزم الثانى نصف شاة فى القديم ، وعلى الجديد وجهان مشهوران ذكرهما المصنف والأصحاب (أصحهما) يلزمه نصف شاة ، لأن غنمه لم تنفك عما بعد الحول الأول ، فتثبت الخلطة فى جميع الأحوال على القولين (وعلى الوجه الضعيف) المنسوب الى ابن سريج : لا تثبت أبدا ، وأجاب الأصحاب عن حجة الوجه الثانى فى المشترى فى صفر أنه يلزمه شاة لكون المالك فى المحرم لم يرتفق بخلطته ، فلا يرتفق هو ، بأن هذا ليس بلازم ، لأنه قد يرتفق أحدهما دون الآخر كما فى هذه المسألة اذا حال الحول الثانى على المالك فى المحرم فانه يزكى زكاة الخلطة على المذهب خلافا لابن سريج • ثم لو تفاصلا وتفرقا قبل تمام الحول الثانى لزم الثانى شاة عند تمام حوله فقد ارتفق بالخلطة الأول دون الثانى ، والله تعالى أعلم •

(فرع) فى صور بناها الاصحاب على هذه الاختلافات

(منها) لو ملك أربعين شاة أول المحرم ، ثم أربعين أول صفر ، فعلى الجديد اذا جاء المحـــرم لزمه للأربعين الأولى شاة ، واذا جاء صفر لزمه للأربعين الثانية نصف شاة على أصح الوجهين ، وعلى الثانى شاة • وعلى

القديم يلزمه نصف شاة لكل أربعين عند تمام حولها ؛ ثم يتفق القولان فى سائر الأحوال • وعلى قول ابن سريج يجب فى الأربعين الأولى عند تمام حولها شاة وفى الثانية شاة عند تمـام حولها ، وهكذا أبدا ما لم ينقص النصاب ، والمقصود أنه كما تمتنع الخلطة فى حق الشخصين عند اختلاف التاريخ تختلف فى ملكى الشخص الواحد •

(ومنها) لو ملك أربعين فى أول المحرم ثم أربعين فى أول صفر ثم أربعين فى أول شهر ربيع ، فعلى القديم يجب فى كل أربعين ثلث شاة عند تمام حولها ، وعلى الجديد فى الأولى لتمام حولها شاة ، وفيما يجب فى الثانية لتمام حولها وجهان (أصحهما) ثلث شاة (والثانى) شاة ، ثم يتفق القولان فى سائر الأحوال ، وعلى وجه ابن سريج يجب فى كل أربعين لتمام حولها شاة كاملة ، وقد سبقت هذه المسألة فى باب زكاة الابل •

(ومنها) لو ملك أربعين أول المحرم وملك آخر عشرين أول صفر ، وخلطا عند ملك الثانى ، فاذا جاء المحرم لزم الأول شاة على الجديد وثلثاها على القديم • واذا جاء صفر لزم الثانى ثلث شاة على القولين لأنه خالط فى جميع حوله • وعلى قياس ابن سريج يلزم الأول شاة أبدا فى كل حول ولا شىء على صاحب العشرين أبدا لاختلاف التاريخ ، ولو ملك مسلم وذمى ثمانين شاة أول المحرم ، ثم أسلم الذمى أول صفر كان المسلم كمن انفرد بماله شهرا ثم خالط •

(فـــرع) جميع ما سبق هو فى طرءآن خلطة الجوار ، فلو طرأت خلطة الشيوع بأن ملك أربعين شاة ستة أشهر ثم باع نصفها مشاعا ففى انقطاع حول البائع طريقان حكاهما المصنف والأصـحاب (أحدهما) قاله أبو على بن خيران أنه على القولين فيما اذا انعقد حولهما على الانفـراد ثم خلطا ــ ان قلنا : يزكيان زكاة الخلطة ــ لم ينقطع حوله ، وان قلنا : زكاة الانفراد انقطع لنقصان النصـاب (والطريق الثـانى) وبه قال جماهير الأصحاب ونقله الربيع والمزنى عن نصه وصححه الأصحاب : أن الحول

لا ينقطع لاستمرار النصاب بصفة الانفراد ثم بصفة الاختلاط ، فلم يتبعض النصاب فى وقت •

قال المصنف والأصحاب : وهذا الذى قاله ابن خيران خطأ ، لأن الانتقال من الانفراد الى الخلطة لا يقطع الحول ، وانما القولان فى زيادة قدر الزكاة ونقصه لا فى قطع الحول ، فعلى المذهب اذا مضت ستة أشهر من يوم الشراء لزم البائع نصف شاة لأنه تم حوله ، وأما المشترى فينظر — ان أخرج البائع واجبه وهو نصف شاة من المشترك فلا شىء عليه لنقصان المجموع عن النصاب قبل تمام حوله ، وان أخرج من غيره قال المصنف والأصحاب : ينبنى على أن الزكاة تتعلق بالعين أو بالذمة ؟ فان قلنا بالذمة لزمه نصف شاة عند تمام حوله • وان قلنا بالعين فطريقان (أصحهما) عند المصنف وكثيرين الجزم بانقطاع حول المشترى ، فلا يلزمه شىء لأنه بمجرد دخول الحول زال ملك البائع عن نصف شاة من نفس النصاب فنقص •

(والطريق الثانى) حكاه المصنف عن أبى اسحاق المروزى ، وهو مشهور فى كتب الأصحاب : فيه قولان (أصحهما) هذا (والثانى) لا ينقطع حول المشترى بل يلزمه نصف شاة عند تمام حوله • واستدل له المصنف وغيره بأنه اذا أخرج الزكاة من غير النصاب تبينا أن الزكاة لم تتعلق بالعين • ولهذا قال الشافعى رضى الله عنه فى أحد القولين : اذا باع ما وجبت فيه الزكاة وأخرج الزكاة من غيره صح البيع • وضعف المصنف والأصحاب هذا الطريق بأن الملك قد زال • وانما يعود بالاخراج من غيره ، ومأخذ الخلاف أن اخراج الزكاة من موضع هل يمنع زوال الملك عن قدر الزكاة أم لا يمنعه ؟ وانما يفيد عوده بعد الزوال وفيه خلاف •

أما اذا باع من الأربعين عشرين بعينها ، فان أفردها قبل البيع أو بعده وسلمها الى المشترى منفردة زالت الخلطة ان كثر زمن التفريق ، فان خلطها بعد ذلك استأنفا الحول ، وان كان زمن التفريق يسيراً ففى انقطاع حول البائع وجهان (أصحهما) الانقطاع • قال الرافعى : وهو الأوفق لكلام الأكثرين وان لم يفردها ، بل ترك الأربعين مختلطة وباعه العشرين المعينة

وسلم اليه جميع الأربعين لتصير العشرون مقبوضة فطريقان حكاهما المصنف والأصحاب ، المذهب عند المصنف والأصحاب أنه كما لو باع النصف مشاعا فلا ينقطع حول البائع فى العشرين الباقية على المذهب •

(والطريق الثانى) ينقطع الانفراد بالبيع ، وضعفه المصنف والأصحاب بأن الاختلاط لم يزل فلم يزل حكمه ، وهذه الصورة هى من خلطة الجوار ، وانما ذكرتها لتعلقها بما قبلها • ولو ملك ثمانين شاة فباع نصفها مشاعا فى أثناء الحول لم ينقطع حول البائع فى النصف الباقى ، وفى واجبه عند تمام حوله وجهان (أصحهما) نصف شاة (والثانى) شاة ، وقد سبق توجيههما ، ولو كان لهذا أربعون ولهذا أربعون فباع أحدهما جميع غنمه بغنم صاحبه فى أثناء الحول انقطع حولاهما واستأنفا من وقت المبايعة لانقطاع الملك الأول •

ولو باع أحدهما نصف غنمه شائعا بنصف غنم صاحبه شائعا فى أثناء الحول والأربعينان متميزتان فحكم الحول فيما بقى لكل واحد منهما من أربعينه ، كما اذا كان للواحد أربعون فباع نصفها شائعا ، والمذهب أنه لا ينقطع الحول ، فاذا تم حول ما بقى لكل واحد منهما فهذا مال ثبت له حكم الانفراد ثم طرأت الخلطة ففيه القولان السابقان (القديم) أنه يجب على كل واحد ربع شاة (والجديد) على كل واحد نصف شاة ، واذا مضى حول من حين التبايع لزم كل واحد للقدر الذى اشتراه ربع شاة على القديم • وفى الجديد وجهان (أصحهما) ربع شاة (والثانى) نصفها ؛ والله أعلم •

(فرع) اذا طرأ الانفراد على الخلطة انقطعت ، فيزكى كل واحد حصته ان بلغ نصابا زكاة الانفراد من حين الملك ، ولو كانت بينهما أربعون مختلطة فخالطهما ثالث بعشرين فى أثناء حولهما ثم ميز أحد الأولين ماله قبل تمام الحول فلا شىء عليه عند مضى الحول ، لنقصان النصاب ، ويجب على الثانى نصف شاة عند تمام حوله ، وعلى الثالث أيضا نصف شاة عند تمام حوله ، وفيه وجه ابن سريج • ولو كان بينهما ثمانون مشتركة فقسماها بعد ستة أشهر ــ فان قلنا : القسمة افراز حق ــ لزم كل واحد عند تمام

حوله شاة ، وان قلنا : يبع لزم كل واحد عند تمام باقى الحول ــ وهو مضى ستة أشهر ــ نصف شاة ، ثم اذا مضى حول من وقت القسمة لزم كل واحد نصف شـــاة لما ملكه ، وهكذا أبدا فى كل ستة أشهر يلزمه عند مضى كل ستة أشهر نصف شاة ، والله تعالى أعلم •

اذا اجتمع فى ملكه ماشية مختلطة وغير مختلطة من جنسها ، بأن ملك ستين شاة خالط بعشرين منها عشرين لغيره خلطة جوار أو شيوع وانفرد بالأربعين الباقية فكيف يزكيان ؟ فيه قولان مشهوران عند الخراسانيين وغيرهم (أصحهما) وعليه فرع الشافعى فى المختصر ، ولم يذكر المصنف عن النص غيره ، واختاره ابن سريج وأبو اسحاق المروزى والجمهور : أن الخلطة ملك ، ومعناه أنه يثبت حكم الخلطة فى الثمانين ، وتصير كأنها كلها مختلطة ، لأن مال الواحد يضم بعضه الى بعض وان تفرق وتعددت بلدانه ، والخلطة تجعل المالين كمال واحد ، فعلى هذا يصير صاحب الستين مخالطا بجميع الستين لصاحب العشرين ، وواجب الثمانين شاة على صاحب العشرين ربع شاة وعلى صاحب الستين ثلاثة أرباعها •

(والقول الثانى) أنها خلطة عين ، ومعناه أنه يقصر حكمها على عين المختلط لأنه المختلط حقيقة ، فعلى هذا يجب على صاحب العشرين نصف شاة بلا خلاف لأنه خليط عشرين وفى صاحب الستين خمسة أوجه (أصحهما) وهو المنصوص وبه قال ابن أبى هريرة : يلزمه شاة ، لأن له مالين ، مختلطا ومنفردا ، والمنفرد أقوى ، فغلب حكمه فصار كمن له ستون شاة منفردة • (والثانى) يلزمه ثلاثة أرباع شاة ، لأن ماله يضم بعضه الى بعض وقد ثبت لبعضه حكم الخلطة فكأنه خلط ستين بعشرين (والثالث) يلزمه خمسة أسداس شاة ونصف سدس ، يخص الأربعين ثلثا شاة ، وكأنه انفرد بجميع الستين ويخص العشرين ربع شاة ؛ كأنه تخالط بالجميع • وهذا اختيار أبى زيد المروزى والخضرى (والرابع) يلزمه شاة وسدس شاة يخص الأربعين ثلثان والعشرين نصف موافقة لخليطها حكوه عن ابن سريج • (والخامس) يلزمه شـــاة ونصف • وكأنه انفـــرد بأربعين ، وخالط بعشرين • حـــكاه الخراسانيون وقالوا : هو ضعيف أو غلط •

(أما) اذا خلط عشرين بعشرين لغيره ولكل واحد منهما أربعون منفردة ففى واجبهما القولان • ان قلنا : خلطة ملك فعليهما شاة على كل واحد نصفها • لأن الجميع مائة وعشرون ، وان قلنا : خلطة عين ففيه سبعة أوجه فرقها الأصحاب وجمعها الرافعى (أصحها) على كل واحد شاة تغليبا للانفراد • (والثانى) على كل واحد ثلاثة أرباع شاة لأن له ستين مخالطة لعشرين • (والثالث) على كل واحد نصف شاة وكأن الجميع مختلط • (والرابع) على كل واحد خمسة أسداس ونصف سدس حصة الأربعين منها ثلثان كأنه انفرد بكل ماله ، وحصة العشرين ربع كأنه خالط الستين بالعشرين • (والخامس) على كل واحد خمسة أسداس فقط ، حصة العشرين منها سدس ، كأنه خالطها بالجميع •

(والسادس) على كل واحد شاة وسدس ثلثان عن الأربعين ونصف عن العشرين •

(والسابع) على كل واحد شاة ونصف • ولا فرق فى هاتين المسألتين بين أن تكون الأربعون المنفردة فى بلد المال المختلط أم فى بلد آخر • ويجرى القولان سواء اتفق حول صاحب الستين وحول الآخر أم اختلفا • لكن ان اختلفا زاد النظر فى التفاصيل المذكورة فى الفصل السابق • وقال ابن كج : الخلاف فيما اذا اختلف حولاهما فان اتفقا فعليهما شاة بلا خلاف • ربعها على صاحب العشرين وباقيها على صاحب الستين ، وهذا شاذ ضعيف ، والمذهب أنه لا فرق كما سبق والله تعالى أعلم •

(فصل) فيما اذا خالط ببعض ماله واحدا وببعضه آخر ولم يخالط أحد خليطه الآخر ، فاذا ملك أربعين شاة فخلط عشرين بعشرين لمن لا يملك غيرها ، والعشرين الأخرى بعشرين لآخر لا يملك غيرها • فان قلنا : الخلطة خلطة ملك وهو الصحيح ، فعلى صاحب الأربعين نصف شاة ، وأما الآخران فمال كل واحد مضموم الى الأربعين ، وهل يضم الى العشرين التى لخليط خليطه ؟ فيه وجهان (أصحهما) يضم وبه قطع المصنف وسائر العراقيين فعلى كل واحد ربع شاة (والثانى) لا ، فعليه ثلث شاة • وان قلنا : الخلطة خلطة عين ، فعلى كل واحد من صاحبى العشرينين نصف شاة ، وأما صاحب

الأربعين ففيه الأوجه السابقة فى الفصل قبله ، لكن الذى يجتمع منها هنا ثلاثة (أصحها) هنـا نصف شاة (والثانى) شاة (والثالث) ثلثا شاة •

ولو ملك ستين خلط كل عشرين بعشرين لرجل ، فان قلنـا : بخلطة الملك ، فعلى صاحب الستين نصف شاة ، وفى أصحاب العشرينات وجهان ان ضممنا الى خليط خليطه ، وهو الأصح فعلى كل واحد منهم سدس شاة والا فربعها • وان قلنا بخلطة العين ، فعلى كل واحد من أصحاب العشرينات نصف شاة ، وفى صاحب الستين أوجه •

(أحـدها) يلزمه شاة (والثانى) نصفها (والثـالث) ثلاثة أرباعها (والرابع) شاة ونصف عن كل عشرين نصف ، وقد سبقت هذه الأوجه فى نظيرها وسبق بيان مأخذها والأصح منها ، ولو ملك خمسا وعشرين بعيرا فخالط بكل خمس خمسا لآخر ، فان قلنا بخلطة الملك فعلى صاحب الخمس والعشرين نصف حقة ، وفى واجب كل واحد من خلطائه وجهان (أصحهما) عشر حقة (والثانى) سدس بنت مخاض ، وان قلنا بخلطة العين ، فعلى كل واحد من خلطائه شاة ، وفى صاحب الخمس والعشرين الأوجه الأربعة :

(على الأول) بنت مخاض (وعلى الثانى) نصف حقة (وعلى الثالث) خمسة أسداس بنت مخاض (وعلى الرابع) خمس شياه •

ولو ملك عشرة أبعرة فخلط خمسا بخمس عشرة لغيره ، وخمسا بخمس عشرة لآخر •

(فان قلنا) بخلطة الملك فعلى صاحب العشر ربع بنت لبـون ، وفى صاحبيه وجهان ، ان ضممنا الى خليط فقط فعليه ثلاثة أخماس بنت مخاض ، وان ضممنا الى خليط خليطه أيضا ــ وهو الأصـح ــ لزمه ثلاثة أثمان بنت لبون •

وان قلنا : بخلطة العين ، فعلى كل واحد من صاحبيه ثلاث شياه ، وفى صاحب العشر الأوجه الأربعة (على الأول) يلزمه شاتان (وعلى الثانى) ربع بنت لبون •

(وعلى الثـالث) خمسا بنت مخاض (وعلى الرابع) شاتان كالوجه الأول • ولو ملك عشرين بعيرا خلط كل خمس بخمس وأربعين لرجل ، فان قلنا : بخلطة الملك لزمه الأغبط من نصف بنت لبون ، وخمسى حقة على المذهب ، بناء على ما سبق أن المائتين من الابل واجبها الأغبط من خمس بنات لبون أو أربع حقاق ، وجملة الأصول هنا مائتان ، وفيما يجب على كل واحد من الخلطاء وجهان ان ضممناه الى خليط خليطه ــ وهو الأصح ــ لزمه بنت لبون وثمنها وتسعة أعشار حقة ، وان ضممناه الى خليطه فقط لزمه تسعة أجزاء من ثلاثة عشر جزءا من جذعة •

وان قلنا : بخلطة العين لزم كل واحد من الخلطاء تسعة أعشار حقة ، وفى صاحب العشرين الأوجه (على الأول) أربع شياه (وعلى الثانى) الأغبط من نصف بنت لبون وخمسى حقة (وعلى الثالث) أربعة أجزاء من ثلاثة عشر جزءا من جذعة • (وعلى الرابع) أربع شياه كالأول •

وكل هذه المسائل مفروضة فيما اذا اتفقت أوائل الأحوال ، فان اختلفت انضم الى هذه الاختلافات ما سبق من الخلاف عند اختلاف الحول •

(مثاله) فى الصورة الأخيرة اختلف الحول فيزكون فى السنة الأولى زكاة الانفراد كل واحد بحوله ، وفى باقى السنين يزكون زكاة الخلطة ، هذا هو المذهب وعلى القديم : يزكون فى السنة الأولى أيضا بالخلطة ، وعلى وجه ابن سريج لا تثبت لهم الخلطة أبدا ، ولو خلط خمس عشرة شاة بمثلها لغيره ولأحدهما خمسون منفردة ــ (فان قلنا) بخلطة العين ــ فلا شىء على صاحب الخمس عشرة ، لأن المختلط دون نصاب ، وعلى الآخر شاة عن الخمس والستين كمن خالط ذميا ، وان قلنا : بخلطة الملك فوجهان (أحدهما) لا أثر لهذه الخلطة لنقصان المختلط عن النصـاب (وأصحهما) تثبت الخلطة وتضم الخمسون الى الثلاثين فتجب شاة ، على صاحب الخمس عشرة فقط ثمن شاة ونصف ثمن ، والباقى على الآخر •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) فأما اخذ الزكاة من مال الخلطة ففيه وجهان • قال ابو اسحاق : اذا وجد ما يجب على كل واحد منهما فى ماله لم ياخذه من مال الآخر ، وان لم

يجد الفرض الا فى مال احدهما او كان بينهما نصاب ، والواجب شاة ، جاز ان ياخذ من اى النصيبين شاء . وقال ابو على ابن ابى هريرة : يجوز أن ياخذ من اى المالين شاء ، سواء وجد الفرض فى نصيبهما أو فى نصيب أحدهما ، لانا جعلنا المالين كالمال الواحد فوجب أن يجوز الأخذ منهما ، فان اخذ الفرض من نصيب احدهما رجع على خليطه بالقيمة ، فان اختلفا فى قيمة الفرض فالقول قول المرجوع عليه لأنه غارم فكان القول قوله كالغاصب ، وان أخذ المصدق أكثر من الفرض بغير تاويل لم يرجع بالزيادة لانه ظلمه فلا يرجع به على غير الظالم ، وان اخذ أكثر من الحق بتاويل بأن اخذ الكبيرة من السخال على قول مالك فانه يرجع عليه بنصف ما اخذ منه لأنه سلطان فلا ينقض عليه ما فعله باجتهاده ، وان أخذ منه قيمة الفرض ففيه وجهان (من) أصحابنا من قال : لا يرجع عليه بشىء ، لأن القيمة لا تجزىء فى الزكاة ، بخلاف الكبيرة فانها تجزىء عن الصغار ، ولهذا لو تطوع بالكبيرة قبلت منه .

(والثانى) يرجع ، وهو الصحيح لأنه اخذه باجتهاده فاشبه اذا اخذ الكبيرة عن السخال) .

(الشرح) قال أصحابنا : أخذ الزكاة من مال الخليطين قد يقتضى التراجع بينهما ، فيرجع كل واحد على صاحبه ، وقد يقتضى رجوع أحدهما على صاحبه دون الآخر ثم الرجوع والتراجع يكثران فى خلطة الجوار ، وقد يتفقان فى خلطة الشيوع ، كما سنوضحه ان شاء الله تعالى . فأما خلطة الجوار فتارة يمكن الساعى أن يأخذ من نصيب كل واحد منهما ما يخصه وتارة لا يمكنه ، فان لم يمكنه فله أن يأخذ فرض الجميع من نصيب أيهما شاة ، وان لم يجد السن المفروض الا فى نصيب أحدهما أخذه .

(مثاله) أربعون شاة لكل واحدعشرون ، يأخذ الشاة منأيهما شاء.ولو وجبت بنتلبونفلم يجدها الا فى أحدهما أخذها منه ، وان وجدها فى كل منهما أخذها من أيهما شاء ، وان كانت ماشية أحدهما مراضا أو معيبة أخذ الفرض من الآخر ، وهذا كله لا خلاف فيه . أما اذا أمكنه أخذ الفرض الذى على كل واحد من ماله ففيه وجهان : (أحدهما) ونقله المصنف والأصحاب عن أبى اسحاق : يلزمه أن يأخذ من مال كل واحد ما يخصه ، ولا يجوز غير ذلك ليغنيهما عن التراجع (وأصحهما) وبه قال ابن أبى هريرة وجمهور أصحابنا المتقدمين وصححه المصنف : يأخذ من جنب المال ما اتفق ولا حجر عليه ، وله تعمد الأخذ من نصيب أحدهما مع تمكنه من أخذ حصة كل واحد

من ماله ، وسواء الأخذ ممن له أقل الجملة أو أكثرها ، بل لو أخذ [1] كما قال أبو اسحاق ثبت التراجع أيضا • هكذا قاله الرافعى ، وسيأتى من كلام الشافعى ما يخالفه عند النقل عن صاحب جمع الجوامع ، كما سنوضحه ان شاء الله تعالى ، لأن المالين كمال واحد •

(مثال الامكان) لكل واحد من الخليطين أو الخلطاء مائة شاة أمكن أخذ شاة من مال كل واحد ، وكذا لو كان لأحدهما أربعون بقرة وللآخر ثلاثون وأمكن أخذ مسنة من الأول وتبيع من الثانى •

أما كيفية الرجوع : فاذا خلط عشرين من الغنم بعشرين ، فأخذ الساعى شاة من نصيب أحدهما رجع على صاحبه بنصف قيمتها لا بنصف شاة لأنها ليست مثلية ، ولا يقال أيضا يرجع بقيمة نصف الشاة ، لأن نصف القيمة أكثر من قيمة النصف ، فان الشاة قد تكون جملتها تساوى عشرين ولا يرغب أحد فى نصفها بأكثر من ثمانية لضرر البعض ، فنصف القيمة عشرة وقيمة النصف ثمانية ، وانما قلنا : يرجع بنصف القيمة لا بقيمة النصف ، لأن الشاة المأخوذة أخذت عن جملة المال فوجب أن تكون قيمة جملتها موزعة على جملة المال ، ولو قلنا : قيمة النصف لأجحفنا بالمأخوذ منه الشاة فاعتمد ما نبهت عليه ولا تغتر بقول بعضهم قيمة النصف فانه مؤول على ما ذكره المحققون كما أوضحته •

ولو كان له ثلاثون شاة ولآخر عشر ، فأخذ الساعى الشاة من صاحب الثلاثين رجع على صاحبه بربع قيمتها ، وان أخذها من الآخر رجع بثلاثة أرباع القيمة على صاحب الثلاثين • ولو كانت له مائة شاة وللآخر خمسون فأخذ الساعى الشاتين الواجبتين من صاحب المائة رجع على صاحبه بثلث قيمة الشاتين ، ولا نقول بقيمة ثلثى شاة • وان أخذ من صاحب الخمسين رجع بثلثى قيمتها ولو كان نصف الشياة لهذا ونصفها لهذا رجع كل واحد بنصف قيمة شاة ، فان تساوت القيمتان ففيه أقوال التقاص الأربعة المشهورة ، وقد ذكرها المصنف والأصحاب فى كتاب الكتابة (أصحهما)

---

(١) لعله (لو أخذ ممن له واحد) •

يسقط أحد الدينين بالآخر من غير توقف على رضاهما ولا رضاء أحدهما (والثانى) يشترط رضا أحدهما (والثالث) يشترط رضاهما (والرابع) لا يسقط وان رضيا ، ومحل الأقوال اذا استوى الدينان جنسا وقدرا وكذا لو كان أحدهما أكثر جرت الأقوال فيما اتفقا فيه •

ولو كان لأحدهما ثلاثون بقرة وللآخر أربعون فواجبهما تبيع ومسنة على صاحب الأربعين أربعة أسباعهما وعلى الآخر ثلاثة أسباعهما ، فان أخذهما الساعى من صاحب الأربعين رجع على الآخر بثلاثة أسباع قيمة المأخوذ ، وان أخذهما من الآخر رجع بأربعة أسباع قيمتهما • وان أخذ التبيع من صاحب الأربعين والمسنة من صاحب الثلاثين رجع صاحب المسنة بأربعة أسباعها وصاحب التبيع بثلاثة أسباعه ، وان أخذ المسنة من صاحب الثلاثين رجع صاحب المسنة بأربعة أسباعها وصاحب التبيع بثلاثة أسباعه • وان أخذ المسنة من صاحب الأربعين والتبيع من صاحب الثلاثين فقد قال امام الحرمين وآخرون : يرجع صاحب المسنة بثلاثة أسباع قيمتها ، وصاحب التبيع بأربعة أسباع قيمته • وأنكر هذا على امام الحرمين وموافقيه لأن الشافعى رضى الله عنه نص على خلافه •

قال صاحب جمع الجوامع فى منصوصات الشافعى : قال الشافعى رضى الله عنه : لو كانت غنمهما سواء وواجبهما شاتان ، فأخذ من غنم كل واحد شاة وكانت قيمة الشاتين المأخوذتين مختلفة لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشىء ، لأنه لم يأخذ منه الا ما عليه فى غنمه لو كانت منفردة • هذا نصه بحروفه ، وفيه تصريح بمخالفة ما ذكروه ، وأنه يقتضى أنه اذا أخذ من صاحب الثلاثين تبيعا ، ومن صاحب الأربعين مسنة فلا تراجع ، وكذلك لو كان لكل واحد مائة شاة فأخذ من كل واحد شاة فلا تراجع • وذكر امام الحرمين ومتابعوه أنه يرجع كل واحد بنصف قيمة شاة على صاحبه وهو خلاف النص الذى ذكرناه وخلاف مقتضى كلام أصحابنا العراقيين ، وخلاف الراجح دليلا ، فالأصح ما نص عليه الشافعى رضى الله عنه : لا تراجع اذا أخذ من مال كل واحد قدر فرضه فى الابل والبقر والغنم •

(فـــرع) لو ظلم الساعى فأخذ من أحدهما شاتين وواجبهما شاة واحدة أو أخذ نفيسة كالماخض والرّبّى وحزرات المال ، رجع المأخوذ منـــه على خليطه بنصف قيمة الواجب لا قيمة المأخوذ ، لأن الساعى ظلمه فلا يطالب غير ظالمه ، وله مطالبة الساعى فان كان المأخوذ باقيا إسترده وأعطاه الواجب ، والا استرد الفضل والفرض ساقط عنه ، هذا كله متفق عليه • ولو أخذ زيادة بتأويل بأن أخذ كبيرة عن السخال على مذهب مالك فطريقان (أصحهما) وبه قطع المصنف وسائر العراقيين وجماعة من غيرهم يرجع بنصف قيمة ما أخـــذ منه • لأنه مجتهـــد فيه (والطـــريق الثـــانى) حكاه الخراسانيون ، فيه وجهان كما سنذكره فى القيمة ان شاء الله تعالى (أصحهما) يرجع بالزيادة (والثانى) لا يرجع بها ، ولو أخذ الساعى من أحدهما قيمة الواجب عليهما فوجهان مشهوران (أصحهما) عند المصنف والأصـــحاب يجزئه ويرجع على خليطه بنصف المـــأخوذ لأنه مجتهد فيه • وهـــذا هو الصحيح المنصوص فى الأم اتفق الأصحاب على تصحيحه ونقله الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب فى المجرد والبنـــدنيجى ، وصـــاحب الحاوى والمحاملى وآخرون عن نصه فى الأم ، قالوا : وهو الصحيح • وهو قول ابن أبى هريرة (والوجه الثانى) لا يجزئه دفع القيمة ولا يرجع على خليطه بشىء ، لأنه لم يدفع الواجب ، ونقل هؤلاء المذكورون هذا الوجه عن أبى اسحاق المروزى ، واتفقوا على تضعيفه •

(فـــرع) حيث ثبت لأحدهما الرجوع على الآخر بقسطه من المأخوذ ونازعه فى القيمة ولا بينة وتعذر معرفته فالقول قول المرجوع عليه لأنه غارم هكذا قاله أبو اسحاق ونازعه المصنف والأصحاب ولا خلاف فيه •

(فـــرع) هذا الذى ذكرناه كله فى خلطة الجوار ، أما خلطة الاشتراك فان كان الواجب من جنس المال فأخذه الساعى من نفس المال فلا تراجع ، وان كان من غير جنسه كالشـــاة فيما دون خمس وعشرين من الابل رجع المأخوذ منه على شريكه بنصف قيمتها ان كانت شركتهما مناصفة أو الثلث أو الربع على حسب الشركة ، فان كان بينهما عشرة أبعرة مناصفة فأخذ من كل واحد شاة ، فعلى قول امام الحرمين ومتابعيه يتراجعان ان اختلفت القيمة

فان تساوت ففيه أقوال التقاص ، وعلى الأصح المنصوص : لا تراجع كما سبق والله أعلم •

قال البندنيجي : ولا يتصور التراجع فى خلطة الاشتراك الا فى صورتين (احداهما) اذا كان الواجب من غير جنس المال ، كالشاة فى خمس من الابل (والثانية) اذا كان من جنســه لكن لم يكن فيه نفس المفــروض كخمس وعشرين بعيرا ليس فيها بنت مخاض وأربعين شاة ليس فيها جذعة ولا ثنية فأخذ الفرض من أحدهما رجع على شريكه بقسطه ، والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وأما الخلطة فى غير المواشى ، وهى الأثمان والحبوب والثمار ففيها قولان قال فى القديم : لا تأثير للخلطة فى زكاتها ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « والخليطان ما اجتمعا على الحوض والفحل والرعى » ولأن الخلطة انما تصح فى المواشى لأن فيها منفعة بازاء الضرر ، وفى غيرها لا يتصور غير الضرر لأنه لا وقص فيها بعد النصاب (وقال فى الجديد) « تؤثر الخلطة لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يجمع بين متفرق ولا يُفَرَّقُ بين مجتمع » ولأنه مال تجب فيــه الزكاة فأثرت الخلطة فى زكاته كالماشية ولأن المالين كمال الواحد فى المؤن فهى كالمواشى) •

(الشرح) قال أصحابنا : هل تؤثر الخلطة فى غير الماشية ؟ وهى الثمار والزروع والنقدان وعروض التجارة ، فيها القولان اللذان ذكرهما المصنف بدليلهما (القديم) لا تثبت (والجديد) الصحيح تثبت ، وأما خلطة الجوار ففيها طرق ، قال المصنف وآخرون : فيها القولان ، وقال آخرون : لا تثبت فى القديم ، وفى ثبوتها فى الجديد قولان ، وقال بعضهم : وجهان ، وقال القفال والصيدلانى والشيخ أبو محمد الجوينى : لا تثبت خلطة الجوار فى النقد والتجارة وفى ثبوتها فى الزرع والثمار القولان ، والجمهور على ترجيح ثبوتها ، وصحح الماوردى عدم ثبوتها ، واذا اختصرت قلت فى الخليطين أربعة أقوال (الجديد) ثبوتهما وهو الأظهر (والثانى) لا يثبتان (والثالث) تثبت خلطة الشركة دون الجوار (والرابع) تثبت الخلطتان فى الزرع والثمار وكذا خلطة النقد والتجارة ان كانت خلطة شركة ، والا فلا ، والأصح ثبوتهما جميعا فى الجميع لعموم الحديث : « لا يفرق بين مجتمع الى آخره » وهو

صحيح كما سبق فى أول باب زكاة الابل ، وأما الحديث الذى احتج به القديم فقد سبق بيان ضعفه .

قال أصحابنا : ولأن الخلطة انما تثبت فى الماشية للارتفاق والارتفاق هنا موجود باتحاد الجرين والبيدر والماء والحراث وجذاذ النخل والناطور والحارث [1] والدكان والميزان والكيال والوزان والجمال والمتعهد وغير ذلك . قال أصحابنا : وصورة الخلطة فى هذه الأشياء أن يكون لكل واحد منهما صف نخيل أو زرع فى حائط واحد ، ويكون العامل عليه واحدا وكذلك الملقح واللقاط ، وان كان فى دكان [2] ونحوه ، وأن يكون لكل واحد كيس دراهم فى صندوق واحد ، أو أمتعة تجارة فى حانوت واحد ، أو خزانة واحدة وميزان واحد ، والله تعالى أعلم .

(فرع) على اثبات الخلطتين قال أصحابنا : لو كان نخيل موقوفة على جماعة معينين فى حائط واحد ، فأثمر خمسة أوسق وجبت فيها الزكاة ، ولو استأجر أجيرا ليعهد نخيله أو جعل أجرته ثمرة نخلة بعينها بعد خروج ثمرتها ، وقبل بدو الصلاح ، وشرط القطع ، فلم يتفق القطع حتى بدا الصلاح ، وبلغ مجموع الثمرتين نصابا لزمه العشر .

باب زكاة الثمار

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وتجب الزكاة فى ثمر النخل والكرم ، لما روى عتاب بن اسيد رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى الكرم « انها تخرَص كما يخرص النخل ، فتودّى زكاته زبيبا كما تؤدّى زكاة النخل تمراً » ولأن ثمرة النخل والكرم تعظم منفعتهما لأنهما من الأقوات والأموال المدخرة المقتاتة فهى كالأنعام فى المواشى) .

(الشرح) هذا الحديث رواه أبو داود والترمذى والنسائى وغيرهم بأسانيدهم عن سعيد بن المسيب عن عتاب بن أسيد وهو مرسل ، لأن عتابا

---

(١) كذا فى ش و ق ولأن الحراث مذكور فلعله الحارس والله أعلم (ط) .
(٢) الدكان ما ارتفع من الأرض وهو ما يسمى فى ريف مصر بالمصطبة .

توفى سنة ثلاث عشرة ، وسعيد بن المسيب ولد بعد ذلك بسنتين ، وقيل بأربع سنين ، وقد سبق فى الفصول السابقة فى مقدمة هذا الشرح أن من أصحابنا من قال : يحتج بمراسيل ابن المسيب مطلقا ، والأصح أنه انما يحتج به اذا اعتضد بأحد أربعة أمور ، أن يسند أو يرسل من جهة أخرى ، أو يقول به بعض الصحابة أو أكثر العلماء ، وقد وجد ذلك هنا ، فقد أجمع العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعـدهم على وجوب الزكاة فى التمر والزبيب •

فان قيل : ما الحكمة فى قوله صلى الله عليه وسلم فى الكرم « يخرص كما يخرص النخل ويؤدى زكاته زبيبا كما تؤدى زكاة النخل تمرا ؟ » فجعل النخل أصلا ؟ فالجواب من وجهين (أحسنهما) ما ذكره صاحب البيان فيه وفى مشكلات المهذب أن خيبر فتحت أول سنة سبع من الهجرة ، وبعث النبى صلى الله عليه وسلم اليهم عبد الله بن رواحة رضى الله عنه يخرص النخل فكان خرص النخل معروفا عندهم فلما فتح صلى الله عليه وسلم الطائف ، وبها العنب الكثير ، أمر بخرصه كخرص النخل المعروف عندهم •
(والثانى) أن النخل كانت عندهم أكثر وأشهر فصارت أصلا لغلبتها •

فان قيل : كيف سمى العنب كرما ؟ وقد ثبت النهى عنه ، فعن أبى هريرة رضى الله عنه قال « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تسموا العنب الكرم فان الكرم المسلم » رواه البخارى ومسلم ، وفى رواية « فانما الكرم قلب المؤمن » وعن وائل بن حجر رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا تقولوا الكرم ولكن قولوا : العنب والحبلة » رواه مسلم ؟ والحبلة ــ بفتح الحاء وبفتح الباء واسكانها ــ (فالجواب) أن هذا نهى تنزيه وليس فى الحديث تصريح بأن النبى صلى الله عليه وسلم صرح بتسميتها كرما ، وانما هو من كلام الراوى ، فلعله لم يبلغه النهى ، أو خاطب به من لا يعرفه بغيره ، فأوضحه أو استعملها بيانا لجوازه ، قال العلماء : سمت العرب العنب كرما والخمر كرما •

(أما العنب فالكرم [1] ثمره ، وكثيرة حمله وتذلله للقطف ، وسهولة تناوله بلا شوك ولا مشقة ، ويؤكل طيبا غضا طريا وزبيبا ويدخر قوتا ، ويتخذ منه العصير والخل والدبس وغير ذلك ، وأصل الكرم الكثرة ، وجمع الخير ، وسمى الرجل كرما لكثرة خيره ، ونخلة كريمة لكثرة حملها ، وشاة كريمة كثيرة الدر والنسل وأما الخمر فقيل : سميت كرما لأنها كانت تحثهم على الكرم والجود وتطرد الهموم ، فنهى الشرع عن تسمية العنب كرما لتضمنه مدحها ، لئلا تتشوق اليها النفوس وكان اسم الكرم بالمؤمن وبقلبه أليق لكثرة خيره ونفعه واجتماع الأخلاق والصفات الجميلة ، وعتاب الراوى ــ بتشديد التاء المثناة ــ فوق وأسيد [2] ــ بفتح الهمزة ــ والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا تجب فيما سوى ذلك من الثمار كالتين والتفاح والسفرجل والرمان ، لأنه ليس من الأقوات ، ولا من الأموال المدخرة المقتاتة ، ولا تجب فى طلع الفحال ، لأنه لا يجىء منه الثمار ، واختلف قوله فى الزيتون فقال فى القديم : تجب فيه الزكاة لما روى عن عمر رضى الله عنه ((أنه جعل فى الزيت العشر)) وعن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال ((فى الزيتون الزكاة)) وعلى هذا القول اذا اخرج الزيت عنه جاز لقول عمر رضى الله عنه ولأن الزيت أنفع من الزيتون، فكان أولى بالجواز . وقال فى الجديد : لا زكاة فيه لأنه ليس بقوت فلا تجب فيه زكاة كالخضروات . واختلف قوله فى الورس ، فقال فى القديم : تجب فيه الزكاة ، لما روى أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه كتب الى بنى خفاش ((أن ادوا زكاة الذرة والورس)) وقال فى الجديد : لا زكاة فيه لأنه نبت لا يقتات به ، فاشبه الخضروات . قال الشافعى رضى الله عنه : من قال : لا عشر فى الورس لم يوجب فى الزعفران ومن قال : يجب فى الورس ، فيحتمل أن يوجب فى الزعفران لأنهما طيبان ، ويحتمل أن لا يوجب فى الزعفران ، ويفرق بينهما أن الورس شجر له ساق ، والزعفران نبات ، واختلف قوله فى العسل ، فقال فى القديم : يحتمل أن تجب فيه ووجه ما روى : ((أن بنى شبابة ــ بطن من فهم ــ كانوا يؤدون الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من نحل كان عندهم العشر من عُشْرِ قُرْبِ قِربة)) وقال فى الجديد : لا تجب لأنه ليس بقوت فلا يجب فيه العشر كالبيض . واختلف قوله فى القُرْطُم : وهو حب العصفر ،

---

(١) هكذا فى ش و ق والعبارة فيها خلل اذ لا جواب لأكثر مقاطعها ولعل العبارة تستقيم اذا كانت (أما العنب فلكرم ــ بفتح ــ الراء ــ ثمره وكثرة حمله الخ) (ط) .

(٢) فى ش و ق (أبو أسيد) وهو خطأ (ط) .

فقال فى القديم : يجب ان صح فيه حديث ابى بكر رضى الله عنـــه ، وقال فى الجديد : لا تجب لأنه ليس بقوت فاشبه الخضروات) .

(الشرح) الأثر المذكور عن عمر رضى الله عنه ضعيف رواه البيهقى وقال : اسناده منقطع وراويه ليس بقوى ، قال : وأصح ما روى فى الزيتون قول الزهرى « مضت السنة فى زكاة الزيتون أن تؤخذ ، فمن عصر زيتونه حين يعصره فيما سقت السماء أو كان بعلا العشر ، وفيما سقى برش الناضح نصف العشر » وهذا موقوف لا يعلم اشتهاره ، ولا يحتج به على الصحيح . قال البيهقى : وحديث معاذ بن جبل وأبى موسى الأشعرى رضى الله عنهما أعلى وأولى أن يؤخذ به ، يعنى روايتهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لهما لما بعثهما الى اليمن « لا تأخذا فى الصدقة الا من هذه الأصناف الأربعة الشعير والحنطة والتمر والزبيب » وأما المذكور عن ابن عباس فضعيف أيضا والأثر المذكور عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه ضعيف أيضا ، ذكره الشافعى وضعفه هو وغيره ، واتفق الحفاظ على ضعفه ، واتفق أصحابنا فى كتب المذهب على ضـعفه قال البيهقى : ولم يثبت فى هذا اسناد تقوم به حجة ، قال : والأصـل عدم الوجوب فلا زكاة فيما لم يرد فيه حـديث صحيح ، أو كان فى معنى ما ورد به حديث صحيح ، وأما حديث بنى شبابة فى العسل فرواه أبو داود والبيهقى وغيرهما من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده باسناد ضعيف ، قال الترمذى فى جامعه : لا يصح عن النبى صلى الله عليه وسلم فى هذا كبير شىء ، قال البيهقى : قال الترمذى فى كتاب العلل : قال البخارى : (ليس فى زكاة العسـل شىء يصح) فالحاصل أن جميع الآثار والأحاديث التى فى هذا الفصل ضعيفة .

(وأما الفاظ الفصل) فبنو خفاش ــ بخاء معجمـة مضمومة ثم فاء مشددة ــ هذا هو الصواب وضبطه بعض الناس ــ بكسر الخاء وتخفيف الشين ــ وهو غلط وبنو شبابة ــ بشين معجمة مفتوحة ثم باء موحـدة مخففة ثم ألف ثم موحدة أخرى (وقوله) بطن من فهم ــ بفتح الفـاء واسكان الهاء ــ قال الجـوهرى فى الصحاح : بنى شـبابة يكونون فى الطائف .

(أما احكام الفصل) فمختصرها أنها كما قالها المصنف (وأما) بسطها فاتفقت نصوص الشافعي والأصحاب أنه لا زكاة فى التين والتفاح والسفرجل والرمان ، وطلع فحال النخل والخوج والجوز واللوز والموز وأشباهها ، وسائر الثمار سوى الرطب والعنب ، ولا خلاف فى شيء منها الا الزيتون ففيه القولان كما سنوضحه ان شاء الله تعالى ووجهه أن الأصل عدم الوجوب حتى يثبت دليله •

وأما الزيتون ففيه القولان اللذان ذكرهما المصنف بدليلهما ، وهما مشهوران واتفق الأصحاب على أن الأصح أنه لا زكاة فيه ، وهو نصه فى الجديد •

قال أصحابنا : والصحيح فى هذه المسائل كلها هو القول الجديد ، لأنه ليس للقول القديم حجة صحيحة فان قلنا بالقديم : ان الزكاة تجب فى الزيتون ، قال أصحابنا : وقت وجوبه بُدوُّ صلاحه وهو نضجه واسوداده ، ويشترط بلوغه نصابا • هذا هو المذهب وبه قطع الأصحاب فى جميع الطرق الا ما حكاه الرافعى عن ابن القطان أنه خرج اعتبار النصاب فيه ، وفى سائر ما اختص القديم بايجاب الزكاة فيه على قولين ، ويعتبر النصاب زيتونا لا زيتا هذا هو المذهب وبه قطع القاضى حسين والجمهور ونقل امام الحرمين اتفاق الأصحاب عليه • وذكر صاحب الحاوى فيه وجهين اذا كان مما يجيء منه الزيت (أحدهما) هذا (والثانى) يعتبر زيتا فيؤخذ عشره زيتا ، وهذا شاذ مردود •

قال أصحابنا : ثم ان كان زيتونا لا يجيء منه زيت أخذت الزكاة منه زيتونا بالاتفاق وان كان يجيء منه زيت كالشامى قال الشافعى رضى الله عنه فى القديم : ان أخرج زيتونا جاز لأنه حالة الادخار ، قال : وأحب أن أخرج عشره زيتا لأنه نهاية ادخاره ونقل الأصحاب عن ابن المرزبانى من أصحابنا أنه حكى فى جواز اخراج الزيتون وجهين قال الشيخ أبو حامد وسائر الأصحاب : هذا غلط من ابن المرزبانى ، والصواب ما نص عليه فى القديم ، وهو أنه يجوز أن يخرج زيتا أو زيتونا أيهما شاء ونقل امام الحرمين وجها أنه يتعين اخراج الزيتون دون الزيت ، قال : لأن الاعتبار به الاتفاق فحصل

ثلاثة أوجه حكاها امام الحرمين وغيره (أصحها) عند الأصحاب وهو نصه في القديم أنه مخير ان شاء أخرج زيتا ، وان شاء أخرج زيتونا ، والزيت أولى كما نص عليه (والثانى) يتعين الزيت (والثالث) يتعين الزيتون ، قال صاحب التتمة وغيره : فاذا قلنا بالمذهب وخيرناه بين اخراج الزيتون والزيت ، فالفرق بينه وبين التمر أنه يتعين ولا يجوز أن يخرج عنه دبس التمر ولا خل التمر ، لأن التمر قوت والخل والدبس ليسا بقوت ، ولكنهما أدمان (وأما) الزيتون فليس بقوت بل هو أدم والزيت أصلح للأدم من الزيتون فلا يفوت الغرض .

قال أصحابنا : ولا يخرص الزيتون بلا خلاف لمعنيين ذكرهما القاضى أبو الطيب فى تعليقه وغيره (أحدهما) وهو الذى اعتمده الجمهور أن الورق يخفيه مع صغر الحب وتفرقه فى الأغصان ولا ينضبط بخلاف الرطب والعنب (والثانى) أن الغرض من خرص النخل والعنب تعجيل الانتفاع بثمرتهما قبل الجفاف ، وهذا المعنى لا يوجد فى الزيتون قال امام الحرمين : اذا أخرج العشر زيتا فالكُسْب الذى يحصل من عصر الزيت لا نقل فيه عندى . قال : ولعل الظاهر أنه يجب تسليم نصيب الفقراء منه اليهم ، وليس كالقَصَل والتبن الذى يتخلف عن الحبوب ، لأن الزكاة تجب فى الزيتون نفسه ، ثم على المالك مؤنة تمييز الزيت ، كما عليه مؤنة تجفيف الرطب ، ولا يجب العشر فى الزروع الا فى الحب دون التبن قال : وفى المسألة احتمال والله تعالى أعلم .

وأما الوَرْسُ فالصحيح الجديد لا زكاة فيه ، وأوجبها القديم وسبق دليلهما ، فان أوجبناها لم نشرط فيه النصاب على المذهب ، وبه قطع الجماهير فى الطريقتين بل تجب فى قليله وكثيره ، ولا خلاف فيه الا ما سبق عن ابن القطان أنه طرد قولين فى اعتبار النصاب فيه وفى سائر ما اختص القديم بايجاب زكاته ، وفرق الأصحاب بينه وبين الزيتون على المذهب فيهما بفرقين (أحدهما) أن النص الوارد فى الزيتون مقيد بالنصاب ومطلق فى الورس ، فعمل به فى كل منهما على حسب وروده (والثانى) أن الغالب أنه لا يجتمع لانسان واحد من الورس نصاب بخلاف الزيتون ، واعلم أن الورس ثمر

شجر يكون باليمن أصفر يصبغ به ، وهو معروف يباع فى الأسواق فى كل البلاد هكذا ذكره المحققون ، وقال البغوى والرافعى : هو شجر يخرج شيئا كالزعفران وهو محمول على ما ذكره المحققون .

وأما الزعفران فالأشهر أنه كالورس فلا زكاة فيه على الصحيح الجديد وتجب فى القديم ، وقيل لا تجب قطعا ، وحكم النصاب كما سبق فى الورس . وأما العسل ففيه طريقان أشهرهما وبه قال المصنف والأكثرون فيه القولان (الصحيح الجديد) لا زكاة (والقديم) وجهان (والثانى) القطع بأن لا زكاة فيه ، وبه قطع الشيخ أبو حامد والبندنيجى وآخرون . ومن الأصحاب من قال : لا تجب فى الجديد ، وفى القديم قولان والمذهب لا تجب لعدم الدليل على الوجوب . قال أصحابنا : والحديث المذكور ضعيف كما سبق . قالوا : ولو صح لكان متأولا ، ثم اختلفوا فى تأويله فقيل يحمل على تطوعهم به ، وقيل : انما دفعوه مقابلة لما حصل لهم من الاختصاص بالحمى ، ولهذا امتنعوا من دفعه الى عمر رضى الله عنه حين طالبهم بتخلية الحِمَى لسائر الناس . وهذا الجواب هو الذى ذكره القاضى أبو الطيب فى تعليقه والمحاملى فى المجموع فان أوجبناها ففى اعتبار النصاب خلاف ، المذهب اعتباره ، وقال ابن القطان : قولان كما سبق فى الزيتون قال امام الحرمين : وسواء كان النخيل مملوكا له أو أخذه من المواضع المباحة ، والله تعالى أعلم .

وأما القرطم فبكسر القاف والطاء وبضمهما لغتان : والجديد الصحيح أنه لا زكاة فيه ، والقديم وجوبها ، ويعتبر النصاب على المذهب . وقال ابن القطان قولان . وأما العصفر نفسه فقال الرافعى قيل هو كالقرطم وقيل لا تجب قطعا قال : ويمكن تشبيهه بالورس والزعفران وأما الترمس ففى الجديد لا زكاة فيه وفى القديم تجب فيه . وأما الفجل فالجديد لا زكاة فيه ، قال الرافعى : وحكى ابن كج وجوبها فيه على القديم قال : ولم أره لغيره .

(فـــرع) فى مذاهب العلماء فى هذه المذكورات

مذهبنا أنه لا زكاة فى غير النخل والعنب من الأشجار ولا فى شىء من

الحبوب الا فيما يقتات ويدخر ولا زكاة فى الخضروات ، وبهذا كله قال مالك وأبو يوسف ومحمد • وقال أبو حنيفة وزفر : يجب العشر فى كل ما أخرجته الأرض الا الحطب والقصب الفارسى والحشيش الذى ينبت بنفسه ، وقال العبدرى : وقال الثـورى وابن أبى ليلى : ليس فى شىء من الزروع زكاة الا التمر والزبيب والحنطة والشعير وقال أحمد : يجب العشر فى كل ما يكال ويدخر من الزرع والثمار •

فأما مالا يكال كالقثاء والبصـل والخيار والبطيخ والرياحين وجميع البقول فليس فيها زكاة ، وأوجب أبو يوسف الزكاة فى الحناء وقال محمد : لا زكاة وقال داود : ما أنبتته الأرض ضربان : موسق وغيره ، فما كان موسقا وجبت الزكاة فيما بلغ منه خمسة أوسق ولا زكاة فيما دونها ، وما كان غير موسق ففى قليله وكثيره الزكاة • وأما الزيتون فقـد ذكرنا أن الصحيح عندنا أنه لا زكاة فيه ، وبه قال الحسن بن صالح وابن أبى ليلى وأبو عبيد • وقال الزهرى والأوزاعى والليث ومالك والثورى وأبو حنيفة وأبو ثور : فيه الزكاة • قال الزهرى والليث والأوزاعى : يخرص فتؤخذ زكاته زيتا • وقال مالك : لا يخرص بل يؤخذ العشر بعد عصره وبلوغه خمسة أوسق ، وأما العسل فالصحيح عندنا لا زكاة فيه مطلقا ، وبه قال مالك والثورى والحسن بن صالح وابن أبى ليلى وابن المنذر • وروينا هذا عن ابن عمر وعمر بن عبد العزيز ، وقال أبو حنيفة والأوزاعى : ان وجد فى غير أرض الخراج ففيه العشر • وقال أحمد واسحاق : يجب فيه العشر سواء كان فى أرض الخراج أو غيرها ونقله ابن المنذر عن مكحول وسليمان بن موسى والأوزاعى وأحمد واسحاق وشرط أبو يوسف ومحمد فى وجوب زكاته أن يبلغ خمسة أوسق ، وأوجبها أبو حنيفة فى قليله وكثيره ، قال ابن المنذر ليس فى زكاته حديث صحيح ولا اجماع فلا زكاة فيه ، والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا تجب الزكاة فى ثمر النخل والكرم ، الا ان يكون نصابا ، ونصابه خمسة اوسق لما روى ابو سعيد الخدرى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليـه

وسلم قال : « ليس فيما دون خمسة أوسق [من التمر] صدقة » والخمسة أوسق ثلاثمائة صاع ، وهى الف وستمائة رطل بالبغدادى ، وهل ذلك تحديد او تقريب ؟ فيه وجهان (أحدهما) انه تقريب ، فلو نقص منه شيء يسير لم تسقط الزكاة ، والدليل عليه أن الوسق حمل البعير ، قال النابغة :

اين الشظاظان وابن المربعه وابن وسق الناقة المطبعه

وحمل البعير يزيد وينقص (والثانى) انه تحديد فان نقص منه شيء يسير لم تجب الزكاة لما روى ابو سعيد الخدرى ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الوسق ستون صاعا » ولا تجب حتى يكون يابسه خمسة أوسق ، لحديث ابى سعيد « ليس فيما دون خمسة أوسق من التمر صدقة » وان كان رطبا لا يجيء منه تمر أو عنبا لا يجيء منه زبيب ، ففيه وجهان (احدهما) يعتبر نصابه بنفسه ، وهو ان يبلغ يابسه خمسة أوسق لأن الزكاة تجب فيه فاعتبر النصاب من يابسه (والثانى) يعتبر بغيره لأنه لا يمكن اعتباره بنفسه فاعتبر بغيره كالجناية التى ليس لها أرش مقدر فى الحر ، فانه يعتبر بالعبد) .

(الشرح) حديث أبى سعيد رضى الله عنه الأول صحيح رواه البخارى ومسلم وحديثه الثانى « الوسق ستون صاعا » ضعيف رواه أبو داود وغيره باسناد ضعيف قال أبو داود وغيره : اسناده منقطع ، ولكن الحكم الذى فيه مجمع عليه . نقل ابن المنذر وغيره الاجماع على أن الوسق ستون صاعا وفى الوسق لغتان (أشهرهما) وأفصحهما فتح الواو (والثانية) كسرها وجمعه أوسق فى القلة ووسوق فى الكثرة وأوساق ، وسبقت اللغات فى بغداد وفى الرطل فى مسألة القلتين والشظاظان بكسر الشين العودان اللذان يجمع بهما عروتا العدلين على البعير « والمربعة » بكسر الميم واسكان الراء وفتح الباء الموحدة وهى عصا قصيرة يقبض الرجلان بطرفيها كل واحد فى يده طرف ــ ويعكمان العدل على أيديهما مع العصا ــ ويرفعانه الى ظهر البعير وقوله « الناقة المطبعة » وهى بضم الميم وفتح الطاء المهملة والباء الموحدة وهى المثقلة بالحمل قاله ابن فارس وغيره .

وهذا النابغة الشاعر صحابى . وهو أبو ليلى النابغة الجعدى ، والنابغة لقب له واسمه قيس بن عبد الله وقيل عبد الله بن قيس وقيل حبان بن قيس ، قالوا : وانما قيل له النابغة لأنه قال الشعر فى الجاهلية ثم تركه نحو ثلاثين سنة ثم نبغ فيه فقاله . وطال عمره فى الجاهلية والاسلام وهو أسن من

النابغة الذبيانى ومات الذبيانى قبله • وعاش الجعدى بعد الذبيانى طويلا قيل عاش مائة وثمانين سنة ، وقال ابن قتيبة : عاش مائتين وأربعين سنة وبسطت أحواله فى التهذيب •

(اما الاحكام) ففيه مسائل :

(احداها) لا تجب الزكاة فى الرطب والعنب الا أن يبلغ يابسه نصابا وهو خمسة أوسق ، هذا مذهبنا ، وبه قال العلماء كافة الا أبا حنيفة وزفر فقالا : تجب فى كل كثير وقليل حتى لو كان حبة وجب عشرها • دليلنا حديث أبى سعيد المذكور وأحاديث غيره بمعناه ، والقياس على المواشى والنقدين •

(الثانية) الوسق ستون صاعا بالاجماع ، نقل الاجماع فيه ابن المنذر وغيره ، وهو ألف وستمائة رطل بالبغدادى ، وسبق تحقيق الرطل ومقداره فى مسألة القلتين ، ويجىء برطل دمشق ثلاثمائة واثنان وأربعون رطلا ونصف رطل وثلث رطل وسبعا أوقية ، تفريعا على الأصح أن رطل بغداد مائة وثمانية وعشرون درهما وأربعة أسباع درهم ، والمعتمد فى تقدير الأوسق بهذا الاجماع ، والا فالحديث ضعيف كما سبق ، والأصح من الوجهين أن هذا التقدير تحديد صححه أصحابنا وممن صححه المحاملى والماوردى والمتولى والأكثرون ، قال الرافعى : صححه الأكثرون ، وقطع الصيدلانى بأنه تقريب، وقال المحاملى وغيره : اذا قلنا هو تقريب فلا يمنع من وجوب الزكاة نقص خمسة أرطال ، ونقل امام الحرمين عن العراقيين ثم أنكره عليهم وقال فى تقديره كلاما طويلا حاصله : الأوسق هى الأوقار ، والوقر المقتصد مائة وستون منا ، والمن رطلان ، فكل قدر لو وزع على الأوسق الخمسة لم تعد منحطة عن الاعتدال بسببه لا يضر نقصه ، وان عدت منحطة ضر • وان أشكل ذلك فالأظهر على تقديره بالتقريب أنه لا يضر لبقاء اسم الأوسق قال : ولا يبعد أن يميل الناظر الى نفى الوجوب استصحابا للقلة الى أن يتيقن الكثرة ، وذكر امام الحرمين فى أثناء هذه المسألة ماعلقه الشارع بالصاع والمد ، فالاعتبار فيه بمقدار موزون ، يضاف الى المد والصاع ، لا بما يحويه المد من البر ونحوه •

وذكر الرافعى كلام امام الحرمين هذا ، ثم قال : وقال الرويانى وغيره : الاعتبار بالكيل لا بالوزن ، قال : وهذا هو الصحيح واستثنى أبو العباس الجرجانى العسل فقال : الاعتبار فى نصابه بالوزن ـ اذا أوجبنا فيه الزكاة ـ قال : وتوسط صاحب العدة فقال : هو على التحديد فى الكيل ، وعلى التقريب فى الوزن ، وانما قدره العلماء بالوزن استظهاراً (قلت) هذا الذى صححه الرافعى من الاعتبار بالكيل هو الصحيح ، وبه قطع أبو الفرج الدارمى من أصحابنا ، وصنف فى هذه المسألة تصنيفا ، وسأزيد المسألة ايضاحا فى باب زكاة الفطر ان شاء الله تعالى •

(المسألة الثالثة) اذا كان له رَطب لا يجىء منه تمر ، أو عنب لا يجىء منه زبيب ، فقد ذكر المصنف وأكثر العراقيين فيه وجهين • (أحدهما) يعتبر بنفسه (والثانى) بغيره مما يجفف ، والوجهان متفقان على أنه يعتبر تمراً لا رطبا ، ففى وجه يشترط لوجوب زكاته أن يبلغ يابسه بنفسه لو يبس خمسة أوسق ، وفى وجه يشترط بلوغه بغيره فيقال : لو كان هذا مما يجفف بلوغه نصابا فى حال رطوبته ، فان بلغ الرطب خمسة أوسق وجبت ، وان كان لو قدر تمراً لا يبلغها وان لم يبلغها الرطب فلا زكاة ، وهذا هو الأصح عند امام الحرمين والغزالى والرافعى وآخرون ، لأنه ليس له حالة جفاف وادخار فوجب اعتباره فى حال كماله (والوجه الثانى) يعتبر النصاب من التمر والزبيب ، للحديث « ليس فيما دون خمسة أوسق من التمر صدقة » فعلى هذا هل يعتبر بنفسه ؟ أم بغيره ؟ فيه الوجهان اللذان ذكرهما المصنف وأكثر العراقيين ، فحاصل المذهب ثلاثة أوجه (أصحها) يعتبر رطبا ، فان بلغ الرطب خمسة أوسق وجبت الزكاة والا فلا (والثانى) يعتبر تمراً بنفسه لو يبس (والثالث) يعتبر تمراً من غيره •

قال أصحابنا : فعلى هذا الثالث يعتبر أقرب أنواع الرطب اليه ، وعلى الأوجه يجب اخراج واجبه فى الحال رطبا ، ولا يؤخر لأنه ليس له جفاف ينتظر ، قال الرافعى وغيره : هذا الخلاف هو فيما لا يغيره تجفيفه ، ولو جفف جاء منه تمر ردىء حشف • (فأما) اذا كان لو جفف فسد بالكلية ، لم يجىء فيه الاعتبار بنفسه ، قال أصحابنا ويضم مالا يجفف الى ما يجفف فى

اكمال النصاب بلا خلاف ، لأنه كله جنس واحد • قال المحاملى ، فان قيل : اذا كان الرطب والعنب لا يجفف ولا يدخر فهو فى معنى الخضروات (قلنا) الخضروات لا يجفف جنسها ، ولا يدخر (وأما) الرطب والعنب فيجفف جنسه ، وهذا النوع منه نادر ، فوجب الحاقه بالغالب والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وتضم ثمرة العام الواحد بعضها الى بعض فى اكمال النصاب ، وان اختلفت أوقاته بأن كان له نخيل بتهامة ، ونخيل بنجد ، فادرك ثمر التى بتهامة فجذها وحملت التى بنجد ، وأطلعت التى بتهامة ، وادركت قبل أن تجذ التى بنجد لم يضم احدهما الى الآخر ، لأن ذلك ثمرة عام آخر ، وان حملت نخل حملا فجذ [ها] ثم حملت حملا آخر لم يضم ذلك الى الأول ، لأن النخل لا يحمل فى عام مرتين •• [فيعتبر كل واحد منهما بنفسه ، فان بلغ نصاباً وجب فيه العشر (١) وان لم يبلغ لم يجب]) •

(**الشرح**) هذه المسألة ذكرها المصنف مختصرة جدا ، وهى فى كلام الأصحاب مبسوطة بسطاً شافياً ، وقد جمع الرافعى رحمه الله تعالى معظم كلام الأصحاب واختصره ولخصه فقال : لا خلاف أن ثمرة العام الثانى لا تضم الى الأول فى اكمال النصاب ، سواء أطلعت ثمرة العام الثانى قبل جذاذ الأول أو بعده ، ولو كان له نخيل أو عنب يحمل فى العام الواحد مرتين ، لم يضم الثانى بلا خلاف ، لأن كل حمل كثمرة عام • قال الأصحاب : هذا لا يكاد يتصور فى النخل والعنب ، فانهما لا يحملان فى السنة حملين ، وانما يتصور فى التين وغيره مما لا زكاة فيه • قالوا : وانما ذكر الشافعى رضى الله عنه المسألة بيانا لحكمها لو تصور ، ثم القاضى ابن كج فصّل فقال : ان أطلعت النخلة الحمل الثانى بعد جذاذ الأول فلا ضم • وان أطلعت قبل جذاذه وبعد بُدُوّ الصلاح ففيه الخلاف الذى سنذكره ان شاء الله تعالى فى حمل نخلتين ، قال الرافعى : وهذا الذى قاله ابن كج لا يخالف اطلاق الجمهور فى عدم الضم ، لأن السابق الى الفهم من الحمل الثانى هو الحادث بعد جذاذ الأول •

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من س و ق (ط) •

أما اذا كان نخيل أو أعناب يختلف ادراك ثمارها فى العام الواحد لاختلاف أنواعها أو لاختلاف بلادها حرارة وبرودة أو غير ذلك نظر ــ ان أطلع المتأخر قبل بدو صلاح الأول فوجهان (أحدهما) وبه قال ابن كج واصحاب القفال : لا ضم ، لأن الثانى حدث بعد انصرام الأول فأشبه ثمرة العام الثانى ، وهو الأصح عند الماوردى (والثانى) وبه قطع أصحاب الشيخ أبى حامد : يضم وهو ظاهر نص الشافعى رضى الله عنه لأنها ثمرة عام واحد • قلت : هذا الثانى هو الصحيح وصححه الرافعى فى المحرر [1] • وان أطلع المتأخر بعد بدو [2] صلاح الأول وقبل جذاذه (فان قلنا) فيما بعد الجذاذ : يضم فهنا أولى والا فوجهان (أصحهما) عند الماوردى والبغوى ــ وبه قال أبو اسحاق وابن أبى هريرة ــ لا يضم لحدوث الثانى بعد وجوب الزكاة فى الأول (والثانى) يضم لاجتماعهما على رءوس النخل كما لو أطلع قبل بدو صلاح الأول • فان قلنا بقول أصحاب القفال فهل يقوم وقت الجذاذ مقام الجذاذ فيه وجهان (أصحهما) يقوم ، وبه قطع الصيدلانى لأنها بعد دخول وقت الجذاذ كالمجذوذة ولهذا لو أطلعت النخلة للعام الثانى وعليها بعض ثمرة الأول لم يثبت الضم بلا خلاف • فعلى هذا قال امام الحرمين : لجذاذ الثمار أول وقت ونهاية ويكون ترك الثمار اليها أولى ، وتلك النهاية هى المعتبرة •

(واعلم) أن من مواضع اختلاف ادراك الثمار نجداً وتهامة • فتهامة حارة يسرع ادراك الثمرة بها بخلاف نجد ، فاذا كانت للرجل نخيل تهامية ونخيل نجدية فأطلعت التهامية ثم النجدية لذلك العام ــ واقتضى الحال ضم النجدية الى التهامية على ماسبق بيانه فضممنا ثم أطلعت التهامية مرة أخرى ــ فلا تضم التهامية الثانية الى النجدية وان أطلعت قبل بدو صلاحها ، لأنا لو ضممناها الى النجدية لزم ضمها الى التهامية الأولى ، وذلك لا يجوز بالاتفاق • هكذا قاله الأصحاب • قال الصيدلانى وامام الحرمين : ولو لم تكن النجدية مضمومة الى التهامية الأولى بأن أطلعت بعد جذاذها ضممنا التهامية الثانية الى النجدية لأنه لا يلزم المحذور الذى ذكرناه • قال الرافعى : وهذا قد

---

(١) المحرر هو أصل المنهاج اذا اختصره النووى وسماه المنهاج كما اختصر فتح العزيز وسماه روضة الطالبين (ط) •

(٢) بضم الباء والدال والواو مشددة (ط) •

لا يسلمه سائر الأصحاب لأنهم حكموا بضم ثمرة العام الواحد بعضها الى بعض ، وبأنه لا تضم ثمرة عام الى ثمرة عام آخر والتهامية الثانية حمل عام آخر ، هذا آخر ما ذكره الرافعى ، قال الدارمى والماوردى والبندنيجى وغيرهم : اذا كان على النخلة بلح وبسر ورطب ضم بعضه الى بعض بلا خلاف ، لأنه حمل واحد ، والله تعالى أعلم .

قالوا : ولو كان بعض نخله أو عنبه يحمل حملين ، وبعضها حملا ، فان ذات الحمل يضم الى ما يوافقه فى الزمان من الحملين . قال البندنيجى : فان أشكلا فلم يعلم مع أيهما كان ضم الى أقرب الحملين اليه ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وزكاته العشر فيما سقى بغير مؤنة ثقيلة ، كماء السماء والأنهار وما شرب بالعروق ، ونصف العشر فيما سقى بمؤنة ثقيلة كالنواضح والدواليب وما اشبهها ، لما روى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم « فرض فيما سقت السماء والأنهار والعيون أو كان بعلا ـ وروى عثريا ـ العشر ، وفيما سقى بالنضح نصف العشر » والبعل [الشجر] الذى يشرب بعروقه والعثرى الشجر الذى يشرب من الماء الذى يجتمع فى موضع فيجرى كالساقية ، ولأن المؤنة فى احدهما تخف ، وفى الأخرى تثقل ، ففرق بينهما فى الزكاة . ولو كان يسقى نصفه بالنواضح ، ونصفه بالسيح ، ففيه ثلاثة أرباع العشر اعتبارا بالسقيتين ، وان سقى بأحدهما أكثر ففيه قولان (احدهما) يعتبر فيه الغالب، فان كان الغالب السقى بماء السماء او السيح وجب العشر ، وان كان الغالب السقى بالناضح وجب نصف العشر ، لأنه اجتمع الأمران ولأحدهما قوة بالغلبة ، فكان الحكم له كالماء اذا خالطه مائع (والقول الثانى) يقسط على عدد السقيات ، لأن ما وجب فيه الزكاة بالقسط عند التماثل وجب فيه بالقسط عند التفاضل كزكاة الفطر فى العبد المشترى فان جهل القدر الذى سقى بكل واحد منهما جعلا نصفين ، ولأنه ليس احدهما بأولى من الآخر ، فوجب التسوية بينهما كالدار فى يد اثنين) .

(الشرح) حديث ابن عمر رضى الله عنهما صحيح رواه أبو داود باسناد صحيح على شرط مسلم بلفظه فى المهذب ورواه البخارى بمعناه قال : عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم فقال « فيما سقت السماء والعيون

أو كان عثريا العشر وما سقى بالنضح نصف العشر » ورواه مسلم فى صحيحه بمعناه من رواية جابر ، ورواه البيهقى أيضا من رواية معاذ بن جبل وأبى هريرة ، قال البيهقى : وهو قول العامة لم يختلفوا فيه ، وكذا أشار الشافعى رضى الله عنه فى المختصر الى أنه مجمع عليه وهذا الذى ذكره المصنف فى تفسير البعل ، كذا قاله أهل اللغة وغيرهم وأما العثرى فبعين مهملة وثاء مثلثة مفتوحتين ثم ياء مشددة ، ويقال باسكان الثاء والصحيح المشهور فتحها وأنكر القلعى على المصنف تفسيره العثرى وقال : انما هو ما سقت السماء ، لا خلاف بين أهل اللغة فيه وهذا الذى قاله القلعى ليس كما قاله وليس نقله عن جميع أهل اللغة صحيحا وانما هو قول قليل منهم • وذكر ابن فارس فى المجمل فيه قولين لأهل اللغة قال : العثرى ما سقى من النخل سيحا والسيح الماء الجارى قال : ويقال هو العذى والعذى الزرع الذى لا يسقيه الا ماء المطر ، ولم يذكر الجوهرى فى صحاحه الا هذا القول الثانى ، والأصح ما قاله الأزهرى وغيره من أهل اللغة أن العثرى مخصوص بما سقى من ماء السيل فيجعل عاثوراً وشبه ساقيته بحفر يجرى فيها الماء الى أصوله ، وسمى عاثوراً لأنه يتعثر به المار الذى لا يشعر به ، وهذا هو مراد المصنف وان كانت عبارته تحتاج الى تقييد •

وأما النواضح فجمع ناضح أو هو ما يسقى عليه نضحا من بعير وبقرة وغيرهما قال أهل اللغة : النضح السقى من ماء بئر أو نهر بساقية • والناضح اسم للبعير والبقرة الذى يسقى عليه من البئر أو النهر والأنثى ناضحة ، والدواليب جمع دولاب ــ بفتح الدال ــ قال الجوهرى وغيره : هو فارسى معرب •

(وأما الأحكام) فقال الشافعى رضى الله عنه والأصحاب : يجب فيما سقى بماء السماء من الثمار والزروع العشر وكذا البعل وهو ما يشرب بعروقة ، وكذا ما يشرب من ماء ينصب اليه من جبل أو نهر أو عين كبيرة ففى هذا كله العشر • وأما ما سقى بالنضح أو الدلاء أو الدواليب ، وهى التى تديرها البقر أو بالناعورة وهى التى يديرها الماء بنفسه ففى جميعه نصف العشر • وهذا كله لا خلاف فيه بين المسلمين وقد سبق نقل البيهقى الاجماع

فيه • وأما القنوات والسواقى المحفورة من نهر عظيم التى تكثر مؤنتهـا ففيها العشر كاملا • هذا هو الصحيح المشهور المقطوع به فى كتب العراقيين والخراسانيين • ونقل امام الحرمين اتفاق الأئمة عليه ، وعلله الأصحاب بأن مؤنة القنوات انما تشق لاصلاح الضيعة ، وكذا الأنهار انما تشق لاحياء الأرض ، واذا تهيأت وصل الماء الى الزرع بنفسه مرة بعـد أخرى بخلاف النواضح ونحوها ، فان المؤنة فيها لنفس الزرع •

ونقل الرافعى عن الشيخ أبى عاصم أنه نقل أن الشيخ أبا سهل الصعلوكى من أصحابنا أفتى أن ماسقى بماء القناة وجب فيه نصف العشر • وقال صاحب التهذيب : ان كانت القناة أو العين كثيرة المؤنة لا تزال تنهار وتحتاج الى احداث حفر وجب نصف العشر ، وان لم يكن لها مؤنة أكثر من مؤنة الحفر الأول وكسـحها فى بعض الأوقات وجب العشر • قال الرافعـى : والمذهب ما قدمناه عن الجمهور • قال الرافعى : قال ابن كج : ولو اشترى ماء وسقى به وجب نصف العشر ، قال : وكذا لو سـقاه بماء مغصـوب ، لأن عليـه ضمانه • قال الرافعى : وهذا حسن جار على كل مأخذ ، فانه لا يتعلق بصلاح الضيعة بخلاف القناة • ثم حكى الرافعى عن ابن كج عن ابن القطان وجهين فيما لو وهب له الماء ، ورجح الحاقه بالمغصوب لوجود المنة العظيمة ، وكما لو علف ماشيته بعلف موهوب (قلت) وهذان الوجهان تفريع على قولنـا لا تقتضى الهبة ثوابا (فان قلنا) تقتضيه فنصف العشر بلا خلاف ، صرح بذلك كله الدارمى فى الاستذكار ، والله تعالى أعلم •

(فصـــل) اذا اجتمع فى الشجر الواحد أو الزرع الواحد السقى بماء السماء والنواضح ، فله حالان (أحدهما) أن يزرع عازماً على السقى بهما ، فينظر ان كان نصف السقى بهذا ونصفه بذلك فطريقان (أصحهما) وبه قطع المصنف والجمهور من الطريقين : يجب ثلاثة أرباع العشر • (والثانى) حكاه امام الحرمين وغيره أنه يجب العشر بكماله على قولنا فيما اذا تفاضلا أنـه يعتبر الأغلب ، وعللوه بأنه أرفق للمسـاكين ، والمذهب الأول ودليـله فى

الكتاب ، فان سقى بأحدهما أكثر فقولان مشهوران • ذكر المصنف دليلهما (أصحهما) عند الأصحاب ورجحه الشافعى رضى الله عنه أيضا فى المختصر : يقسط الواجب عليهما (والثانى) يعتبر الأغلب • فان قلنا بالتقسيط وكان ثلثا السقى بماء السماء والثلث بالنضح وجب خمسة أسداس العشر ، وان استويا فثلاثة أرباع العشر ، وان قلنا بالأغلب فزاد السقى بماء السماء أدنى زيادة وجب العشر ، وان زاد الآخر أدنى زيادة وجب نصف العشر ، فان استويا فقد ذكرنا أن المذهب وجوب ثلاثة أرباع العشر ، وفى وجه شاذ يجب كل العشر •

قال أصحابنا : وسواء قسطنا أم اعتبرنا الأغلب فهل النظر الى عدد السقيات أم غيرها ؟ فيه وجهان مشهوران فى كتب الخراسانيين وفى كتب جماعة من العراقيين :

(أحدهما) يسقط على عدد السقيات ، وبهذا قطع المصنف والماوردى لأن المؤنة تختلف بعدد السقيات ، والمراد السقيات المفيدة (والوجه الثانى) وهو الأصح وبه قطع الشيخ أبوحامد وهو ظاهر نص الشافعى رضى الله عنه ، وصححه المحققون ورجحه الرافعى فى كتابيه : أن الاعتبار بعيش الزرع والثمرة ونمائه، قال امام الحرمين وآخرون : وعبر بعضهم عن هذا الثانى بالنظر الى النفع قالوا : وقد تكون سقية أنفع من سقيات كثيرة • قال امام الحرمين : والعبارتان متقاربتان ، الا أن صاحب الثانية لا ينظر الى المدة بل يعتبر النفع الذى يحكم به أهل الخبرة ، وصاحب العبارة الأولى يعتبر المدة قال الرافعى رحمه الله : واعتبار المدة هو الذى ذكره الأكثرون تفريعا على هذا الوجه ، قال : وذكروا فى المثال أنه لو كانت المدة من يوم الزرع الى يوم الادراك ثمانية أشهر واحتاج فى ستة أشهر زمان الشتاء والربيع الى سقيتين فسقى فيهما بماء السماء ، واحتاج فى الصيف فى الشهرين الباقيين الى ثلاث سقيات فسقين بالنضح فان اعتبرنا عدد السقيات ، فعلى قول التقسيط : يجب خمسا العشر وثلاثة أخماس نصف الشعر ، وعلى اعتبار الأغلب يجب نصف العشر ، وان اعتبرنا المدة فعلى قول التقسيط يجب ثلاثة أرباع العشر وربع نصف العشر ، وعلى قول اعتبار الأغلب يجب العشر لأن مدة السقى بماء السماء أطول •

ولو سقى بماء السماء والنضح جميعاً وجهل المقدار من كل واحد منهما أو علم أن أحدهما أكثر وجهل أيهما هو وجب ثلاثة أرباع العشر • هذا هو المذهب • وبه قطع المصنف وجماهير الأصحاب ونقلوه عن ابن سريج وأطبقوا عليه ، الا ابن كج والدارمى فحكيا وجهاً أنه يجب نصف العشر ، لأن الأصل البراءة مما زادا ، والا صاحب الحاوى فقال : ان سقى بأحدهما أكثر وجهلت عينه ــ فان اعتبرنا الأغلب ــ وجب نصف العشر لأنه اليقين • وان قلنا بالتقسيط فالواجب ينقص عن العشر وينقص عن نصفه فيأخذ اليقين ويقف عن الباقى حتى يتبين • قال : وان شككنا هل استويا أو زاد أحدهما ؟ فان قلنا بالغالب وجب نصف العشر لأنه اليقين ، وان قسطنا فوجهان :

(أحدهما) يجب ثلاثة أرباع العشر (والثانى) يجب زيادة على نصف العشر بشىء وان قل • هذا كلام صاحب الحاوى والمذهب ماقدمناه • (الحال الثانى) يزرع ناوياً السقى بأحدهما ثم يقع الآخر ، فهل يستصحب حكم ما نواه أولا أم يعتبر الحكم ؟ فيه وجهان حكاهما الخراسانيون والدارمى وآخرون (أصحهما) وأشهرهما يعتبر الحكم ، وصححه الرافعى وغيره • وهو مقتضى اطلاق العراقيين • قالوا : وعلى هذا ففى كيفية اعتبارهما الخلاف السابق • والله تعالى أعلم •

(فرع) قال أصحابنا : قال الشافعى رضى الله عنه فى المختصر : ولو اختلف المالك والساعى فى أنه بماذا سقى فالقول قول المالك فيما يمكن ، لأن الأصل عدم وجوب الزكاة ، فان اتهمه الساعى حلفه ، وهذه اليمين مستحبة بالاتفاق ، صرح به الدارمى والبندنيجى والماوردى وغيرهم لأنه لا يخالف الظاهر • والله تعالى أعلم •

(فرع) لو كان له حائطان من النخل والعنب أو قطعتان من الزرع سقى أحدهما بماء السماء والآخر بالنضح ولم يبلغ واحد منهما نصابا وجب ضم أحدهما الى الآخر فى اكمال النصاب وأخرج من المسقى بماء السماء العشر ، ومن الآخر نصفه والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان زادت الثمرة على خمسة أوسق وجب الفرض فيه بحسابه لأنه يتجزا من غير ضرر فوجب فيه بحسابه كزكاة الأثمان) .

(الشرح) قوله (يتجزأ من غير ضرر) احتراز من الماشية وتجب فيما زاد على النصاب بحسابه باجماع المسلمين ، نقل الاجماع فيه صاحب الحاوى وآخرون ، ودليله من السنة قوله صلى الله عليه وسلم : « فيما سقت السماء العشر » الحديث ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجب العشر حتى يبدو الصلاح فى الثمار وبدوُ الصلاح ان يحمر البُسْر او يصفر ويتموه العنب ، لأنه قبل بدو الصلاح لا يقصد اكله فهو كالرطبة وبعده يقتات ويؤكل فهو كالحبوب) .

(الشرح) قال الشافعى والأصحاب رضى الله عنهم : وقت وجوب زكاة النخل والعنب بدو الصلاح ووقت الوجوب فى الحبوب اشتدادها . هذا هو الصحيح المعروف من نصوص الشافعى رضى الله عنه القديمة والجديدة ، وبه قطع جماهير الأصحاب فى كل الطرق ، وذكر صاحب الشامل أن الشيخ أبا حامد حكى أن الشافعى رضى الله عنه أومأ فى القديم الى أن الزكاة لا تجب الا عند فعل الحصاد ، قال : وليس بشىء .

وذكر امام الحرمين عن صاحب التقريب أنه حكى قولا غريبا أن وقت الزكاة هو الجفاف فى الثمار والتصفية فى الحبوب ، ولا يتقدم الوجوب على الأمر بالأداء وهذان شاذان والمذهب ما سبق . قال أصحابنا : وبدو الصلاح فى بعضه كبدوه فى الجميع كما فى البيع . فاذا بدا الصلاح فى أقل شىء منه وجبت الزكاة . وكذا اشتداد بعض الحب كاشتداد كله فى وجوب الزكاة كما أنه مثله فى البيع . قال أصحابنا : وحقيقة بدو الصلاح هنا كما هو مقدر فى كتاب البيع ومختصره ما قاله الشافعى والأصحاب أن يحمر البسر ويتموه العنب .

قال الشافعي رضى الله عنه : (فان كان عنبا أسود فحتى يسود ، أو أبيض فحتى يتموه) قيل : أراد بالتموه أن يدور فيه الماء الحلو ، وقيل : أن تبدو فيه الصفرة .

(فـــرع) قال أصحابنا : لو اشترى نخيلا مثمرة ، أو ورثها قبل بدو الصلاح ثم بدا ، فعليه الزكاة لوجود وقت الوجوب فى ملكه ، ولو باع المسلم نخيله المثمرة قبل بدو الصلاح لمكاتب أو ذمى فبدا الصلاح فى ملكه فلا زكاة على واحد ، فلو عاد الى ملك البائع المسلم بعد بدو الصلاح ببيع مستأنف أو هبة أو اقالة أو رد بعيب أو غير ذلك فلا زكاة ، لأنه لم يكن مالكا له حال الوجوب ، ولو اشترى بشرط الخيار فبدا الصلاح فى مدة الخيار ــ فان قلنا : الملك للبائع ــ فعليه الزكاة وان تم البيع ، وان قلنا : للمشترى فعليه الزكاة وان فسخ . وان قلنا : موقوف فالزكاة موقوفة ، فمن ثبت له الملك وجبت الزكاة عليه ، ولو باع نخيلا قبل بدو الصلاح فبدا فى ملك المشترى ــ ثم وجد بها عيبا ــ فليس له الرد الا برضا البائع لتعلق الزكاة بها ، وهو كعيب حدث فى يده ، فان أخرج المشترى الزكاة من نفس الثمرة أو من غيرها ، فحكمه ماسنذكره قريبا ان شاء الله تعالى .

هذا كله اذا باع النخل والثمر جميعاً ، فلو باع الثمرة وحدها قبل بدو الصلاح فشرطه أن يباع بشرط القطع ، فلو لم يقطع حتى بدا ، فقد وجبت الزكاة ، ثم ان رضيا بابقائها الى الجذاذ جاز ، والعشر على المشترى قال الرافعى : وحكى قول أن البيع ينفسخ كما لو اتفقنا عند البيع على الابقاء . وهذا غريب ضعيف ، وان لم يرضيا بالابقاء لم تقطع الثمرة ، لأن فيه اضراراً بالفقراء ، ثم فيه قولان : (أحدهما) ينفسخ البيع لتعذر امضائه (وأصحهما) لا ينفسخ ، لكن ان لم يرض البائع بالابقاء يفسخ ، وان رضى به وامتنع المشترى وطلب القطع فوجهان : (أحدهما) يفسخ (وأصحهما) لا يفسخ ، ولو رضى البائع ثم رجع كان له ذلك ، لأن رضاه اعارة ، وحيث قلنا : يفسخ البيع ففسخ فعلى من تجب الزكاة ؟ فيه قولان (أحدهما) على البائع لأن الملك استقر له (وأصحهما) على المشترى كما لو فسخ بعيب ، فعلى هذا لو أخذ الساعى من نفس الثمرة رجع البائع على المشترى .

« فـــرع » اذا قلنا بالمذهب : ان وقت الوجوب هو بدو الصـــلاح واشتداد الحب قال الشافعي والأصحاب : لا يجب الاخراج فى ذلك الوقت بلا خلاف ، لكن ينعقد سببا لوجوب الاخراج اذا صار تمرا أو زبيباً أو حبا مصفى ، ويصير للفقراء فى الحال حق يجب دفعه اليهم بعد مصيره تمرا أو حبا ، فلو أخرج الرطب والعنب فى الحال لم يجزئه بلا خلاف ، ولو أخذه الساعى غرمه بلا خلاف لأنه قبضه بغير حق ، وكيف يغرمه ؟ فيه وجهان مشهوران وذكرهما المصنف فى آخر الباب (الصحيح) الذى قطع به الجمهور ، ونص عليه الشافعى رضى الله عنه أنه يلزمه قيمته (والثانى) يلزمه مثله وهمـــا مبنيان على أن الرطب والعنب مثليان أم لا ؟ والصحيح المشهور أنهما ليسا مثليين • ولو جف عند الساعى ــ فان كان قدر الزكاة ــ أجزأ ، والا رد التفاوت أو أخذه • كذا قاله العراقيون وغيرهم • وحكى ابن كج وجها أنه لا يجزىء بحال لفساد القبض • قال الرافعى : وهذا الوجه أولى والمختار ما سبق • وهذا كله فى الرطب والعنب اللذين يجىء منهما تمر وزبيب (فأما) ما لا يجىء منه فسنذكره ان شاء الله تعالى •

قال أصحابنا : ومؤنة ــ تجفيف التمر وجذاذه وحصـــاد الحب وحمله ودياسه وتصفيته وحفظه وغير ذلك من مؤنة تكون كلها من خالص مال المالك لا يحسب منها شىء من مال الزكاة بلا خلاف ، ولا تخرج من نفس مال الزكاة، فان أخرجت منه لزم المالك زكاة ما أخرجه من خالص ماله ولا خلاف فى هذا عندنا • وحكى صاحب الحاوى عن عطاء بن أبى رباح أنه قال : تكون المؤنة من وسط المال لا يختص بتحملها المالك دون الفقراء ، لأن المال للجميع فوزعت المؤنة عليه • قال صاحب الحاوى : وهذا غلط لأن تأخير الأداء عن وقت الحصاد انما كان لتكامل المنافع وذلك واجب على المالك والله تعـــالى أعلـــم •

قال : ولا يجوز أخذ شىء من الحبوب الزكاة الا بعد خروجها من قشورها الا العلس [1] • فان الشافعى رضى الله عنه قال : مالكه مخير ان شاء أخرجه فى قشره فيخرج من كل عشرة أوسق وسقا ، لأن بقاءه فى قشره أصون ، وان

---

(١) العلس بفتحتين من ضرب الحنطة تكون حبتان فى قشرة وهو طعام اهل صنعاء (ط) .

شاء صفاه من القشور ، قال : ولا يجوز اخراج الحنطة فى سنبلها ، وان كان ذلك أصون لها ، لأنه يتعذر كيلها ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان أراد أن يبيع الثمرة قبل بدو الصلاح نظرت فان كان لحاجة لم يكره ، وان كان يبيع لفرار من الزكاة كره ، لأنه فرار من القربة ومواساة المساكين ، وان باع صح البيع ، لأنه باع ولا حق لأحد فيه) .

(الشرح) قال الشافعى رضى الله عنه فى المختصر والأصحاب : اذا باع مال الزكاة قبل وقت وجوبها كالتمر قبل بدو صلاحه ، والحب قبل اشتداده ، والماشية والنقد وغيره قبل الحول ، أو نوى بمال التجارة القنية أو اشترى به شيئا للقنية قبل الحول ــ فان كان ذلك لحاجه الى ثمنه ــ لم يكره بلا خلاف، لأنه معذور لا ينسب اليه تقصير ، ولا يوصف بفرار وان لم يكن به حاجة وانما باعه لمجرد الفرار فالبيع صحيح بلا خلاف لما ذكره المصنف ، ولكنه مكروه كراهة تنزيه هذا هو المنصوص ، وبه قطع الجمهور ، وشذ الدارمى وصاحب الابانة فقالا : هو حرام ، وتابعهما الغزالى فى الوسيط ، وهذا غلط عند الأصحاب ، وقد صرح القاضى أبو الطيب فى المجرد والأصحاب بأنه لا اثم على البائع فراراً . قال الشافعى والأصحاب : واذا باع فرارا قبل انقضاء الحول فلا زكاة عندنا ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وداود وغيرهم . وقال مالك وأحمد واسحاق : اذا تلف بعض النصاب قبل الحول أو باعه فراراً لزمته الزكاة . دليلنا أنه فات شرط وجوب الزكاة وهو الحول ، فلا فرق بين أن يكون على وجه يعذر فيه أو لا يعذر والله تعالى أعلم .

(فان قيل) فما الفرق بين الفرار هنا ؟ والفرار بطلاق المرأة بائنا فى مرض الموت ؟ فانها ترثه على قول ، فالفرق من وجهين (أحدهما) أن الحق فى الارث لمعيَّن فاحتيط له بخلاف الزكاة (والثانى) أن الزكاة مبنية على الرفق والمساهلة . وتسقط بأشياء كثيرة للرفق ، كالعلف فى بعض الحول . والعمل عليها وغير ذلك بخلاف الارث ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باع بعد بدو الصلاح ففى البيع فى قدر الفرض قولان (أحدهما) انه باطل لأن فى احد القولين تجب الزكاة فى العين ، وقدر الفرض للمساكين ، فلا يجوز بيعه بغير اذنهم ، وفى الآخر تجب فى الذمة والعين مرهونة به ، وبيع المرهون لا يجوز من غير اذن المرتهن (والثانى) انه يصح لأنا ان قلنا : [ان] الزكاة تتعلق بالعين الا ان احكام الملك كلها ثابتة ، والبيع من احكام الملك ، وان قلنا : انها تجب فى الذمة والعين مرتهنة به الا انه رهن يثبت بغير اختياره فلم يمنع البيع كالجناية فى رقبة العبد ، فان قلنا يصح فى قدر الفرض ففيما سواه اولى (وان قلنا) لا يصح فى قدر الفرض ففيما سواه قولان بناء على تفريق الصفقة) .

(الشرح) اذا باع مال الزكاة بعد وجوبها فيه ، سواء كان تمراً أو حباً أو ماشية أو نقدا أو غيره قبل اخراجها ـ فان باع جميع المال ـ فهل يصح فى قدر الزكاة ؟ يبنى على الخلاف السابق فى باب زكاة المواشى أن الزكاة هل تتعلق بالعين ؟ أو بالذمة ؟ وقد سبق خلاف مختصره أربعة أقوال تتعلق بالعين تعلق الشركة (والثانى) تتعلق بالعين تعلق أرش الجناية (والثالث) تعلق المرهون (والرابع) لا تتعلق بالعين بل بالذمة فقط ، وتكون العين خلوا من التعلق ، فان قلنا : الزكاة تتعلق بالذمة وتكون العين خلوا منها صح البيع قطعا ، وان قلنا تتعلق بها تعلق المرهون فقولان ، أشار المصنف الى دليلهما (أصحهما) عند العراقيين وغيرهم الصحة أيضا لأن هذه العلقة ثبتت بغير اختيار المالك وليست لمعيَّن فسومح بها بما لا يسامح به فى المرهون .

وان قلنا : تعلق الشركة فطريقان (أحدهما) القطع بالبطلان لأنه باع مالا يملكه (وأصحهما) وأشهرهما ، وبه قطع أكثر العراقيين فى صحته قولان (أصحهما) باتفاق الأصحاب البطلان ، وبه قطع كثيرون (والثانى) الصحة لأنه يجوز أن يدفع الزكاة من غيره ، وان قلنا : تعلق الأرش ففى صحته خلاف مبنى على صحة بيع الجانى ، فان صححناه صح هذا والا فلا ، فان صححنا صار بالبيع ملتزما الفداء فحصل من جملة هذه الاختلافات أن الأصح بطلان البيع فى قدر الزكاة . قال أصحابنا : فحيث صححنا فى قدر الزكاة ففى الباقى أولى ، وحيث أبطلنا فيه ففى الباقى قولا تفريق الصفقة ، هكذا أطلقه المصنف وسائر العراقيين ، وقال الخراسانيون : اذا قلنا بالبطلان فى قدر الزكاة ، فهل

يبطل فى الباقى ؟ ان قلنا : تعاق الشركة فقولا تفريق الصفقة ، وان قلنا : تعلق الرهن ــ وقلنا : الاستيثاق فى الجميع ــ بطل فى الجميع ، وان قلنا بالاستيثاق فى قدر الزكاة فقط ، ففى الزائد قولا تفريق الصفقة ، والأصح فى تفريق الصفقة الصحة وحيث منعنا البيع ، وكان المالك ثمرة ، فالمراد قبل الخرص وأما بعده فلا منع ان قلنا : الخرص تضمين وهو الأصح ، وان قلنا : غيره فيه كلام يأتى قريبا فى فصل الخرص ان شاء الله تعالى •

والحاصل من هذا الخلاف كله ثلاثة أقوال (أصحها) يبطل البيع فى قدر الزكاة ويصح فى الباقى (والثانى) يبطل فى الجميع (والثالث) يصح فى الجميع، فان صححنا فى الجميع نظر ان أدى البائع الزكاة من موضع آخر فذاك ، والا فللساعى أن يأخذ من عين المال من يد المشترى قدر الزكاة على جميع الأقوال بلا خلاف • فان أخذ انفسخ البيع فى المأخوذ ، وهل ينفسخ فى الباقى ؟ فيه الخلاف المشهور فى انفساخ البيع بتفريق الصفقة فى الدوام ، والمذهب لا ينفسخ ، فان قلنا : ينفسخ استرد الثمن ، والا فله الخيار ان كان حالا ، فان فسخ فذاك ، وان أجاز فى الباقى فهل يأخذ بقسطه من الثمن ؟ أم بالباقى؟ فيه طريقان مشهوران فى كتاب البيع (المذهب) أنه بقسطه •

ــ ولو لم يأخذ الساعى منه الواجب ، ولم يؤد البائع الزكاة من موضع آخر ، فهل للمشترى الخيار اذا علم ؟ فيه وجهان (أصحهما) له الخيار (والثانى) لا لأنه فى الحال مالك للجميع • وقد يؤدى البائع الزكاة من موضع آخر ، فان قلنا بالأصح : ان له الخيار فأدى البائع الزكاة من موضع آخر فهل يسقط خياره ؟ فيه وجهان : (الصحيح) يسقط لزوال العيب ، كما لو اشترى معيبا فزال عيبه قبل الرد فانه يسقط (والثانى) لا يسقط لاحتمال أن يخرج ما دفعه الى الساعى مستحقا فيرجع الساعى الى عين المال ، ويجرى الوجهان فيما لو باع السيد العبد الجانى ثم فداه هل يبقى للمشترى خياره ؟ أما اذا أبطلنا البيع فى قدر الزكاة ــ وصححنا فى الباقى ــ فللمشترى الخيار فى فسخ البيع فى الباقى واجازته ، ولا يسقط خياره بأداء البائع الزكاة من موضع آخر لأن الخيار هنا لتبعيض الصفقة ، واذا أجاز فهل يجيز بقسطه أم بجميع الثمن ؟ فيه القولان السابقان • وقطع بعض الأصحاب بأنه يجيز بالجميع فى المواشى ، والمذهب الأول والله تعالى أعلم •

هذا كله فى بيع جميع المال ؛ فان باع بعضه نظر فان لم يبق قدر الزكاة فهو كما لو باع الجميع ، وان بقى قدر الزكاة بنية صرفه الى الزكاة أو بغير نية ــ فان قلنا بالشركة ــ ففى صحة البيع وجهان ، قال ابن الصباغ (أقيسهما) البطلان وهما مبنيان على كيفية ثبوت الشركة وفيها وجهان (أحدهما) أن الزكاة شائعة فى الجميع متعلقة بكل واحد من الشياه وغيرها بالقسط • (والثانى) أن محل الاستحقاق هو قدر الواجب فقط ويتعين بالاخراج وان فرعنا على قول الزكاة فقط ، فعلى الأول لا يصح وعلى الثانى يصح ، وان فرعنا على تعليق الأرش فان صححنا بيع الجانى صح هذا والا فالتفريع كالتفريع على قول الرهن ، وجميع ما ذكرنا هو فى بيع ما تجب الزكاة فى عينه • فأما بيع مال التجارة بعد وجوب الزكاة فسيأتى بيانه فى بابها ان شاء الله تعالى •

(فــرع) لو رهن المال الذى وجبت فيه الزكاة فهو كبيعه فيعود فيه جميع ما سبق ، فان صححنا فى قدر الزكاة ففى الزائد أولى ، وان أبطلنا فى قدر الزكاة فالباقى يرتب على البيع ، فان صححنا البيع فالرهن أولى ، والا فقولان كتفريق الصفقة فى الرهن اذا صحب حلالا وحراما ، فان صححنا الرهن فى الجميع فلم يؤد الزكاة من موضع آخر فللساعى أخذها منه فاذا أخذ انفسخ الرهن فيها ، وفى الباقى الخلاف السابق فى نظيره فى البيع ، وان أبطلنا فى الجميع أو فى قدر الزكاة فقط ، وكان الرهن مشروطا فى بيع ، ففى فساد البيع قولان ، فان لم يفسد فللمشترى الخيار ، ولا يسقط خياره بدفع الزكاة من موضع آخر (وأما) اذا رهن قبل تمام الحول فتم ، ففى وجوب الزكاة الخلاف السابق فى باب زكاة المواشى ، والرهن لا يكون الا بدين ، وفى كون الدين مانعا لوجوب الزكاة قولان سبقا هناك (الأصح) الجديد لا يمنع ، فان قلنا : الرهن لا يمنع الزكاة وقلنا : الدين لا يمنعها أو يمنعها وكان له مال آخر يفى بالدين وجبت الزكاة والا فلا • ثم ان لم يملك الراهن مالا آخر أخذت الزكاة من نفس المرهون على أصح الوجهين • لأنها متعلقة بالعين • فأشبهت أرش الجناية • (وعلى الثانى) لا يؤخذ منه لأن حق المرتهن سابق على وجوب الزكاة والزكاة حق لله تعالى مبنية على المسامحة بخلاف أرش الجناية ، ولأن أرش الجناية لو لم يأخذه

يفوت لا الى بدل بخلاف الزكاة فعلى الأصح لو كانت الزكاة من غير جنس المال كالشاة من الابل يباع جزء من المال فى الزكاة •

وقيل : الخلاف فيما اذا كان الواجب من غير جنس المال فان كان من جنسه أخذ من المرهون بلا خلاف ، ثم اذا أخذت الزكاة من نفس المرهون فأيسر الراهن بعد ذلك فهل يؤخذ منه قدر الزكاة ليكون رهنا عند المرتهن ؟ فيه طريقان ان علقناه بالذمة أخذ وان علقناه بالعين لم يؤخذ على أصح الوجهين ، كما لو تلف بعض المرهون وقيل : يؤخذ كما لو أتلفه المالك ، فان قلنا يؤخذ ــ فان كان النصاب مثليا أخذ المثل ، وان كان متقوّما أخذ القيمة على قاعدة الغرامات •

(أما) اذا ملك مالا آخر فالمذهب والذى قطع به الجمهور أن الزكاة تؤخذ من باقى أمواله ولا تؤخذ من نفس المرهون سواء قلنا : تجب الزكاة فى الذمة أو العين وقال جماعة : يؤخــذ من نفس المرهون ان قلنا تتعلق بالعين ، وهذا هو القياس كما لا يجب على السيد فداء المرهون اذا جنى والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان اكل شيئا من الثمار او استهلكه وهو عالم عزر وغرم وان كان جاهلا غرم ولم يعزّر) •

(الشرح) لا يجوز للمالك أن يتصرف فى الثمار قبل الخرص لا ببيع ولا أكل ولا اتلاف حتى يخرص ، فلو تصرف قبل الخرص ، وبعد وجوب الزكاة غرم ما تصرف فيه بلا خلاف ، فان كان عالما تحريمه عزر ، وان كان جاهلا لم يعزر لأنه معذور • قال البغوى : ولا يجوز قبل الخرص أن يأكل منه شيئا ، ولا يتصرف فى شىء قال : فان لم يبعث الحاكم خارصا أو لم يكن حاكم تحاكم الى عدلين يخرصان عليه ، ثم اذا غرم ما تصرف فيه ينظر ــ ان أتلفه رطبا ــ فوجهان (أحدهما) يضمن بقيمته لأنه ليس مثليا ، فأشبه ما لو أتلفه أجنبى (والثانى) يضمنه بمثله رطبا ، لأن رب المال اذا أتلف مال الزكاة ضمنه بجنسه فان لم يكن مثليا ــ كما لو ملك أربعين شاة أو ثلاثين بقرة فأتلفها بعد استقرار الزكاة ــ فانه يلزمه شاة أو بقرة ، ثم ان

كانت الأنواع قليلة ضمن كل نوع بحصته من القيمة أو الرطب على اختلاف الأنواع ، وان كانت الأنواع كثيرة ضمن الوسط قيمة أو رطبا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان اصاب النخل عطش بعد بدو الصلاح وخاف ان يهلك جاز ان يقطع الثمار ، لأن الزكاة تجب على سبيل المواساة ، فلو الزمناه تركها لحق المساكين كان (١) ذلك سببا لهلاك ماله ، فيخرج عن المواساة ، ولأن حفظ النخيل انفع للمساكين فى مستقبل الأحوال ، ولا يجوز أن يقطع الا بحضرة المصدق ، لأن الثمرة مشتركة بينه وبين المساكين ، فلا يجوز قطعها الا بمحضر من النائب عنهم ولا يقطع الا ما تدعو الحاجة اليه ، فان قطع من غير حضور المصدق ، وهو عالم عزره ان راى ذلك ، ولا يغرمه ما نقص لأنه لو حضر لوجب عليه ان ياذن له فى قطعه وان نقصت به الثمرة) .

(الشـــرح) قال الشافعى رضى الله عنه والأصحاب رحمهم الله : اذا أصاب النخل عطش بعد بدو الصلاح وخاف هلاكها أو هلاك الثمرة أو هلاك بعضها ان لم تقطع الثمرة ، أو خاف ضرر النخل أو الثمرة جاز قطع ما يندفع به الضرر اما بعضها أو كلها ، فان لم يندفع الا بقطع الجميع قطع الجميع ، وان اندفع بقطع البعض ، لم تجز الزيادة ، لأن حق المساكين انما هو فى التمر يابسا ، وانما جوزنا القطع للحاجة فلا يجوز زيادة عليها ، ثم ان أراد القطع فينبغى للمالك أن يستأذن العامل ، فان استأذنه وجب عليه أن يأذن له ، لما فيه من المصلحة ودفع المفسدة عن المالك والمساكين كما ذكره المصنف ، فان لم يستأذن العامل ، بل استقل المالك بقطعها فوجهان : (أصحهما) وبه قطع المصنف وسائر العـراقيين والسرخسى وغيره من الخراسانيين ، ونقله القاضى أبو الطيب فى المجرد عن أصحابنا أن الاستئذان واجب فيأثم بتركه ، وان كان عالما بتحريم الاستقلال عزر ، ودليله ما ذكره المصنف . (والثانى) أن الاستئذان مستحب ، فلا يأثم بتركه ولا يعزر ، وبهذا قال الصيدلانى والبغوى وطائفة ، وسواء قلنا : يجب الاستئذان أم يستحب لا يغرم المالك ما نقص بالقطع لما ذكره المصنف .

واذا أعلم المالك الساعى قبل القطع وأراد القسمة بأن يخرص الثمار

---

(١) فى بعض النسخ صار بدل كان (ط) .

ويعين حق المساكين فى نخلة أو نخلات بأعيانها فقولان منصوصان للشافعى رضى الله تعالى عنه •

قال الأصحاب : هما مبنيان على أن القسمة بيع أم افراز حق ؟ فان قلنا افراز وهو الأصح جاز ، ثم للساعى بيع نصيب المساكين للمالك أو غيره وأن يقطعه ويفرقه بينهم ، يفعل من ذلك ما فيه مصلحتهم ، وان قلنا : انها بيع لم يجز ، ولو لم يميز للفقراء شيئا ، بل قطعت الثمار مشتركة • قال الأصحاب : ففى جواز القسمة خلاف مبنى على أنها بيع أو افراز ، ان قلنا افراز ، وهو الأصح جازت المقاسمة كيلا ووزنا ، هكذا صرح به المصنف فى آخر الباب والأصحاب ، وان قلنا بيع ففى جوازها خلاف مبنى على جواز بيع الرطب الذى لا يتميز بمثله • وفيه قولان للشافعى رضى الله عنه مذكوران فى باب الربا (أصحهما) لا يجوز • فان جوزناه جازت القسمة بالكيل والا فوجهان :

(أحدهما) يجوز مقاسمة الساعى لأنها ليست معاوضة فلا يكلف فيه تعبدات الربا ولأن الحاجة داعية اليها وهذا الوجه حكاه المصنف فى آخر الباب والأصحاب عن أبى اسحاق : وأبى على ابن أبى هريرة ، لكن قال المصنف : انهما يجوّزان البيع كيلا ووزنا • وقال غيره كيلا فقط وهو الأقيس (وأصحهما) عند المصنف والأكثرين ، وبه قطع جماعة تفريعا على هذا الرأى لا يجوز ، فعلى هذا له فى الأخذ مسلكان (أحدهما) يأخذ قيمة عشر الرطب المقطوع (والثانى) يسلم عشره مشاعا الى الساعى ليتعين حق المساكين ، وطريقه فى تسليم عشره أن يسلمه كله ، فاذا تسلمه الساعى برىء المالك من العشر وصار مقبوضا للمساكين بقبض نائبهم ، ثم للساعى بعد قبضه بيع نصيب المساكين للمالك أو لغيره أو يبيع هو والمالك الجميع ويقسمان الثمن • وهذا المسلك جائز بلا خلاف •

وأما المسلك الأول فحكى امام الحرمين وغيره وجها فى جوازه للضرورة • كما سبق فى آخر الباب الذى قبل هذا بيان جواز أخذ القيمة فى مواضع الضرورة والصحيح الذى عليه الأكثرون منعه • وحكى الامام وغيره وجها آخر أن الساعى يتخير بين أخذ القيمة والقسمة ، قال : لأن كل واحد منهما

خلاف القاعدة واحتمل للحاجة فيفعل ما هو أصلح للمساكين ، والصحيح تعين المسلك الثانى • قال الأصحاب : ثم ما ذكرناه هنا من الخلاف والتفصيل فى كيفية اخراج الواجب يجرى بعينه فى اخراج الواجب عن الرطب الذى لا يتتمر والعنب الذى لا يتزبب ، وفى المسألتين استدراك حسن لامام الحرمين • قال : انما يتصور الاشكال على قولنا : المساكين شركاء فى النصاب بقدر الزكاة ، وحينئذ ينتظم الترجيح على القولين فى القسمة • فأما اذا لم نجعلهم شركاء فليس تسليم حق الساعى قسمة حتى يأتى فيه القولان فى القسمة ، بل هو توفية حق الى مستحق • هذا كلام الامام واستحسنه الرافعى • والله تعالى أعلم •

هذا كله اذا كانت الثمرة باقية ، فان قطعها المالك وأتلفها أو تلفت عنده فعليه قيمة عشرها رطبا حين أتلفها • قال صاحب الحاوى وغيره (فان قيل) لو أتلفها رطبا من غير عطش لزمه عشرها تمراً ، فهلا لزمه فى اتلافها للعطش عشرها تمراً ؟ (قلنا) الفرق أنه اذا لم يخف العطش ولا ضرراً فى تركها لزمه تركها ودفع التمر بعد الجفاف فاذا قطع فهو مفرط متعد فلزمه ذلك ، فاذا خاف العطش لم يكن عليه ابقاؤها ولا التمر بل له القطع ودفع الرطب فلم يلزمه غيره ؛ الله تعالى أعلم •

واعلم أن الشافعى رضى الله عنه قال فى المختصر « وان أصابها عطش كان له قطع الثمرة ويؤخذ منه ثمن عشرها أو عشرها مقطوعة » هكذا نقله المزنى فى المختصر • ونقل الربيع فى الأم « أنه يؤخذ عشرها مقطوعة » واختلف الأصحاب فى هذين النصين فذكر العراقيون والخراسانيون فيه تأويلين يتخرجان مما سبق (أحدهما) أنه يبيع الثمرة بعد قبضها من المالك أو لغيره ويأخذ ثمن العشر ان كانت مصلحة المساكين فى بيعها والا فعشرها ، وتنزل رواية المزنى على هذا ، وتحمل رواية الربيع على أنه رأى المصلحة فى عشر الثمرة لا ثمن عشرها (التأويل الثانى) ان كانت الثمرة باقية أخذها وان تلفت فقيمتها ، وعبر عن القيمة بالثمن ، وقد استعمل الشافعى مثل هذا فى مواضع ، وسبق بسطه فى باب التيمم ، فتنزل رواية المزنى على هذا ، وتحمل رواية الربيع على أن الثمرة كانت باقية ، والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والمستحب اذا بدا الصلاح فى النخل والكرم أن يبعث الامام من يخرص لحديث عتاب بن اسيد أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى الكرم : « يخرص كما يخرص النخل ويؤدى زكاته زبيبا كما يؤدى زكاة النخل تمراً » ولأن فى الخرص احتياطا لرب المال والمساكين ، فان رب المال يملك التصرف بالخرص ويعرف المصدق حق المساكين فيطالب به . وهل يجوز خارص واحد أو لا ؟ فيه قولان (أحدهما) يجوز وهو الصحيح كما يجوز حاكم واحد (والثانى) لا يجوز اقل من خارصين كما لا يجوز اقل من مقومين ، فان كانت انواعا مختلفة خرص عليه نخلة نخلة ، وان كانت نوعا واحداً فهو بالخيار ، بين أن يخرص نخلة نخلة ، وبين أن يخرص الجميع دفعة ، فاذا عرف مبلغ الجميع ضمن رب المال حق الفقراء ، فان ضمن حقهم جاز له أن يتصرف فيه بالبيع ، والأكل وغير ذلك . فان ادعى رب المال بعد الخرص هلاك الثمرة ، فان كان ذلك لحائجه ظاهرة لم يقبل حتى يقيم البينة ، فاذا اقام البينة اخذ بما قال ، وان لم يصدقه حلفه ، وهل اليمين مستحبة او واجبة ؟ فيه وجهان (أحدهما) انها واجبة ، فان حلف سقطت الزكاة وان نكل لزمته الزكاة ، (والثانى) انها مستحبة فان حلف سقطت الزكاة وان نكل سقطت الزكاة . وان ادعى الهلاك بسبب يخفى كالسرقة وغيرها فالقول قوله مع يمينه ، وهل اليمين واجبة أو مستحبة ؟ على الوجهين ، فان تصرف رب المال فى الثمار وادعى أن الخارص قد اخطأ فى الخرص ، نظرت فان كان فى قدر لا يجوز أن يخطىء فيه كالربع والثلث لم يقبل قوله ، وان كان فى قدر يجوز ان يخطىء فيه قبل قوله مع يمينه ، وهل تجب اليمين أو تستحب ؟ على الوجهين) .

(الشرح) فيه مسائل :

(احداها) خرص الرطب والعنب اللذين تجب فيهما الزكاة سنة ، هذا هو نص الشافعى رضى الله عنه فى جميع كتبه ، وقطع به الأصحاب فى طرقهم وحكى الصيمرى وصاحب البيان عن حكايته وجها أن الخرص واجب وهذا شاذ ضعيف قال أصحابنا : ولا مدخل للخرص فى الزرع بلا خلاف لعدم التوقيف فيه ولعدم الاحاطة كالاحاطة بالنخل والعنب ، وممن نقل الاتفاق عليه امام الحرمين قال أصحابنا ووقت خرص الثمرة بدو الصلاح ، وصفته أن يطوف بالنخلة ويرى جميع عناقيدها ويقول : خرصها كذا وكذا ثم يفعل بالنخلة الأخرى كذلك ثم باقى الحديقة ولا يجوز الاقتصار على رؤية البعض وقياس الباقى به لأنها تتفاوت وانما يخرص رطبا ثم يقدر تمراً ، لأن الأرطاب تتفاوت ، فان اختلف نوع الثمر وجب خرص شجرة شجرة ، وان

اتحد جاز كذلك وهو الأحـوط • وجاز أن يطوف بالجميع ثم يخـرص الجميع دفعة واحدة رطبا ثم يقدر تمراً ، هـذا الذى ذكرناه هو الصحيح المشهور فى المذهب وقال صـاحب الحاوى : اختلف أصـحابنا فى قول الشافعى : يطيف بكل نخلة فقيل : هو شرط لا يصح الخرص الا به لأنه اجتهاد فوجب بذل المجهود فيه ، وقيل هو مستحب واحتياط وليس بشرط لأن فيه مشقة والثالث قال وهو الأصح : ان كانت الثمار على السعف ظاهرة كعادة العراق فمستحب ، وان استترت به كعادة الحجاز فشرط •

(المسألة الثـانية) المذهب الصحيح المشهور الذى قطع به المصنف والأكثرون أنه يخرص لجميع النخل والعنب • وفيه قول للشافعى أنه يترك للمالك نخلة أو نخلات يأكلها أهله ، ويختلف ذلك باختلاف حال الرجل فى قلة عياله وكثرتهم ، وهذا القول نص عليه فى القديم وفى البويطى • ونقله البيهقى عن نصه فى البويطى والبيوع والقديم • وحكاه صاحب التقريب والماوردى وامام الحرمين وآخرون ، لكن فى حكاية الماوردى أنه يترك الربع أو الثلث ، ويحتج له بحديث عبد الرحمن بن مسعود بن بيان عن سهل بن حثمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقول « اذا خرصتم فخذوا ودعوا الثلث ، فان لم تدعوا الثلث فدعوا الربع » رواه أبو داود والترمذى والنسائى واسـناده صحيح ؛ الا عبد الرحمن فلم يتكلموا فيه بجرح ولا تعديل ولا هو مشهور ؛ ولم يضعفه أبو داود والله تعالى أعلم •

(الثالثة) هل يكفى خارص واحـد أم يشترط اثنان ؟ فيه طريقـان (أحدهما) القطع بخارص ، كما يجوز حاكم واحد ، وبهذا الطريق قال ابن سريج والاصطخرى ، وقطع به جمـاعة من المصـنفين (وأصحهما) وأشهرهما ، وبه قطع المصنف والأكثرون فيه قولان • قال المـاوردى : وبهذا الطريق قال أبو اسحاق وابن أبى هريرة وجمهور أصحابنا المتقدمين (أصحهما) باتفاقهم خارص (والثانى) يشترط اثنان كما يشترط فى التقويم اثنان • وحكى وجه ان خرص على صـبى أو مجنون أو سفيه أو غائب اشترط اثنان والا كفى واحد • وهذا الوجه مشهور فى طريقة العراقيين ، حكاه أبو على فى الافصاح ، والمـاوردى والقاضى أبو الطيب فى المجرد والدارمى وآخرون من العراقيين • وذكر امام الحرمين أن صاحب التقريب

حكاه قولا للشافعى وتوهم هذا القائل من فرق الشافعى بينهما فى الأم ، واتفق الأصحاب على أن هذا الوجه غلط ، قال الماوردى وغيره : وانما فرق الشافعى بينهما فى الأم جواز تضمين الكبير ثماره بالخرص دون الصغير ، فاشتبه ذلك على صاحب هذا الوجه ، قال أصحابنا : وسواء شرطنا العدد أم لا ، فشرط الخارص كونه مسلما عدلا عالما بالخرص •

(وأما) الذكورة والحرية فذكر الشاشى فى اشتراطهما وجهين مطلقا والأصح اشتراطهما ، وصححه الرافعى فى المحرر • وقال أبو المكارم فى العدة : ان قلنا يكفى خارص كالحاكم اشترطت الذكورة والحرية والا فوجهان (أحدهما) الجواز ، كما يجوز كونه كيالا ووزانا (والثانى) لا ، لأنه يحتاج الى اجتهاد كالحاكم بخلاف الكيل والوزن • قال الرافعى بعد أن ذكر كلام أبى المكارم : لك أن تقول : ان اكتفينا بواحد فهو كالحاكم فيشترطان ، وان شرطنا اثنين فسبيله سبيل الشهادة فينبغى أن تشترط الحرية وأن تشترط الذكورة فى أحدهما ، ويقام امرأتان مقام الآخر ، فحصل من هذا كله أن المذهب اشتراط الحرية والذكورة دون العدد • فلو اختلف الخارصان فى المقدار ، قال الدارمى : توقفنا حتى تتبين المقدار منهما أو من غيرهما ، وحكى السرخسى فيه وجهين : (أحدهما) يؤخذ بالأقل لأنه اليقين (والثانى) يخرصه ثالث ويؤخذ بمن هو أقرب الى خرصه منهما ، وهذا الثانى هو الذى جزم به الدارمى وهو الأصح ، والله تعالى أعلم •

(الرابعة) الخرص هل هو عبرة أم تضمين ، فيه قولان مشهوران فى طريقة الخراسانيين (أصحهما) تضمين ، ومعناه ينقطع حق المساكين من عين الثمرة وينتقل الى ذمة المالك (والثانى) عبرة ، ومعناه أنه مجرد اعتبار للقدر ولا ينقطع حق المساكين من عين الثمرة ؛ وبالأول قطع المصنف والعراقيون • ومن فوائد الخلاف أنه هل يجوز التصرف فى كل الثمار بعد الخرص ؟ ان قلنا تضمين جاز ، والا ففيه خلاف سيأتى قريبا ان شاء الله تعالى (ومنها) أنه لو أتلف المالك الثمار أخذت منه الزكاة بحساب ما خرص، ولولا الخرص لكان القول قوله فى ذلك • فان قلنا : الخرص عبرة فضمن الساعى المالك حق المساكين تضمينا صريحا ، وقبله المالك كان لغوا ويبقى

حقهم على ما كان ، وان قلنا تضمين فهل نفس الخرص تضمين أم لابد من تصريح الخارص بذلك ؟ فيه طريقان « أحدهما » على وجهين « أحدهما » نفسه تضمين « والثانى » لابد من التصريح ، قال امام الحرمين : وعلى هذا فالذى أراه أنه يكفى تضمين الخارص ولا يفتقر الى قبول المالك • (والطريق الثانى) وهو المذهب وعليه العمل وبه قطع الجمهور أنه لابد من التصريح بالتضمين وقبول المالك ، فان لم يضمنه أو ضمنه فلم يقبله المالك بقى حق المساكين كما كان ، وهل يقوم وقت الخرص مقام الخرص ؟ ان قلنا : لابد من التصريح لم يقم والا فوجهان (أصحهما) لا يقوم ، والله تعالى أعلم •

(الخامسة) اذا أصابت الثمار آفة سماوية ، أو سرقت من الشجرة أو من الجرين قبل الجفاف نظر ، ان تلفت كلها فلا شىء على المالك باتفاق الأصحاب لفوات الامكان كما لو تلفت الماشية قبل التمكن من الأداء ، والمراد اذا لم يقصر المالك ، فأما اذا أمكن الدفع وأخر ووضعها فى غير حرز فانه يضمن قطعا لتفريطه ، ولو تلف بعض الثمار فان كان الباقى نصابا زكاه ، وان كان دونه بنى على أن الامكان شرط الوجوب أو الضمان ، فان قلنا بالأول فلا شىء ، وان قلنا بالثانى زكى الباقى بحصته هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وذكره صاحب الحاوى • ثم قال : ومن أصحابنا من قال : يلزمه زكاة ما بقى قولا واحدا ، وهذا شاذ ضعيف •

(أما) اذا أتلف المالك الثمرة أو أكلها ، فان كان قبل بدو الصلاح ، فقد سبق أنه لا زكاة عليه ، لكن يكره ان قصد الفرار من الزكاة ، وان قصد الأكل أو التخفيف عن الشجرة أو غرضا آخر فلا كراهة ، وان كان بعد بدو الصلاح ضمن للمساكين ثم له حالان • (أحدهما) أن يكون ذلك بعد الخرص • فان قلنا : الخرص تضمين ضمن لهم عشر التمر لأنه ثبت فى ذمته بالخرص ، وان قلنا عبرة فهل يضمن عشر الرطب أم قيمة عشره ؟ فيه وجهان بناء على أنه مثلى أم لا (والصحيح) الذى قطع به الجمهور عشر القيمة وقد سبقت المسألة قريبا • (الحال الثانى) أن يكون الاتلاف قبل الخرص فيعزر ، والواجب ضمان الرطب ان قلنا لو جرى الخرص لكان

عبرة (فان قلنا) لو جرى لكان تضمينا فوجهان (أصحهما) يضمن الرطب (والثانى) ضمان التمر •

وحكم الرافعى وجها أنه يضمن أكثر الأمرين من عشر التمر وقيمة عشر الرطب • والحالان مفروضـــان فى رطب يجىء منه تمـــر ، وعنب يجىء منه زبيب ، فان لم يكن كذلك فالواجب فى الحالين ضمان الرطب بلا خلاف •

(السادسة) تصرف المالك فيما خرص عليه بالبيع والأكل وغيرهما مبنى على أقوال التضمين والعبرة ، ان قلنا بالتضمين تصرف فى الجميع ، وان قلنا بالعبرة فنفوذ تصرفه فى قـــدر الزكاة يبنى على ان الزكاة تتعلق بالعين ؟ أم بالذمة ؟ وسبق بيانه وأما مازاد على قدر الزكاة ، فنقل امام الحرمين والغزالى اتفاق الأصحاب على نفوذه • قال الرافعى : ولكن الموجود فى كتب العراقيين أنه لا يجوز البيع ولا سائر التصرفات فى شىء من الثمار ، اذا لم يصر التمر فى ذمته بالخرص ، فان أرادوا نفى الاباحة دون فساد البيع فذاك ، والا فدعوى الامام الاتفاق غير مسلمة ، وكيف كان ، فالمذهب جواز التصرف فى الأعشار التسعة سواء انفردت بالتصرف ، أم تصرف فى الجميع لأنا ــ وان قلنا بالفساد فى قدر الزكاة ــ فلا نعديه الى الباقى على المذهب ، وقد سبق تحريم الأكل والتصرف قبل الخرص ، وأنه اذا لم يجد خارصا متوليا حكم عدلين والله تعالى أعلم •

(السابعة) اذا ادعى المالك هلاك الثمرة المخروصة عليه أو بعضها نظر ان أضاف الهلاك الى سبب يكذبه الحس ــ بأن قال : هلكت بحريق وقع فى الجرين فى الوقت الفلانى ، وعلمنـــا كذبه لم يلتفت الى كلامه بلا خلاف وصرح به صاحب الحاوى وامام الحرمين وغيرهما ، وان أضافه الى سبب خفى كالسرقة ونحوها لم يكلف بينة ، بل القول قوله بيمينه ، وهذه اليمين مستحبة أم واجبة ؟ فيه وجهـــان مشهوران ذكرهما المصنف والأصحاب (أصحهما) مستحبة ، فلا زكاة عليه فيما يدعى هلاكه ، سواء حلف أم لا (والثانى) واجبة فان حلف سقطت الزكاة ، وان نكل أخذت منه بالوجوب السابق لا بالنكول ، لأن الزكاة وجبت وادعى سقوطها ، ولم يثبت المسقط فبقى الوجوب ، وان أضاف الهلاك الى سبب ظاهر كالحريق والنهب والجراد

ونزول العسكر ونحو ذلك فان عرف وقوع ذلك السبب وعموم أثره صدق بلا يمين ، وان اتهم فى هلاك ثماره به حلف • وهـل اليمين مستحبة أم واجبة ؟ فيه وجهان ، وان لم يعرف وقوع السبب فثلاثة أوجه الصحيح الذى قطع به المصنف والجمهور يطالب بالبينة على وجود أصل السبب لامكانها ثم القول قوله فى الهلاك به (والثانى) يقبل قوله بيمينه ، حكاه امام الحرمين عن والده (والثالث) يقبل قوله بلا يمين اذا كان ثقة حكاه الرافعى وحيث حلفناه فهى مستحبة على الأصح ، وقيل : واجبـة (وأما) اذا اقتصر على دعوى الهلاك من غير تعرض لسبب فقال الرافعى : المفهوم من كلام الأصحاب قبوله بيمينه ، وهو كما قال الرافعى •

(الثامنة) اذا ادعى المالك اجحافا فى الخرص ، فان زعم أن الخارص تعمد ذلك لم يلتفت اليه بلا خلاف ، كما لو ادعى ميل الحاكم أو كذب الشاهد ولا يقبل الا ببينة ، وان ادعى أنه أخطأ وغلط ــ فان لم يبين القدر ــ لم تسمع دعواه بلا خلاف ، صرح به الماوردى وآخرون ، وان بينه وكان يحتمل الغلط فى مثله كخمسة أوسق فى مائة قبل قوله ، وحط عنه ما ادعاه ، فان اتهمه حلفه ، وفى اليمين الوجهان السابقان •

(أصحهما) مستحبة ، هذا اذا كان المدعى فوق ما يقع بين الكيلين • (أما) اذا ادعى بعد الكيل غلطا يسيرا فى الخرص بقدر ما يقع بين الكيلين كصاع من مائة ، فهل يحط ؟ فيه وجهان حكاهما امام الحرمين عن حكاية العراقيين والصيدلانى ، قال : (أصحهما) لا يقبل ، لأنا لم نتحقق النقص لاحتمال أنه وقع فى الكيل ، ولو كِيلَ ثانياً لوفى • (والثانى) يقبل ويحط عنه لأن الكيل تعيين ، والخرص تخمين ، فالاحالة عليه أولى (قلت) وهذا الثانى أقوى ، قال الامام : وصورة المسألة أن يقول المخروص عليه : حصل النقص لزلل قليل فى الخرص ، ويقول الخارص : بل لزلل فى الكيل ؛ ويكون بعد فوات عين المخروص • أما اذا ادعى نقصا فاحشاً لا يجوِّز أهل الخبرة وقوع مثله غلطا ، فلا يقبل قوله فى حط جميعه بلا خلاف ، وهل يقبل فى حط المكن ؟ فيه وجهان (أصحهما) يقبل ، وبه قطع امام الحرمين ، ونقله عن الأئمة قال : وهو كما لو ادعت معتدة بالأقراء انقضاءها قبل زمن الامكان

وكذبناها ، وأصرت على الدعوى حتى جاء زمن الامكان فانا نحكم بانقضائها لأول زمن الامكان ، ولا يكون تكذيبها فى غير المحتمل موجبا لتكذيبها فى المحتمل والله تعالى أعلم .

(التاسعة) اذا خرص عليه فأقر المالك بأن التمر زاد على المخروص ؛ قال أصحابنا : أخذت الزكاة منه للزيادة ، سواء كان ضمن أم لا ، لأن عليه زكاة جميع الثمرة .

(العاشرة) اذا خرص عليه فتلف بعض المخروص ، تلفا يسقط الزكاة وأكل بعضه وبقى بعضه ولم يعرف الساعى ما تلف ــ فان عرف المالك ما أكل ــ زكاة مع الباقى . وان اتهمه الساعى حلفه استحبابا على الأصح ، ووجوبا على الوجه الآخر كما سبق ، وان قال : لا أعرف قدر ما أكلته ولا ما تلف ، قال الدارمى قلنا له : ان ذكرت قدرا ألزمناك به ، فان اتهمناك حلفناك ، وان ذكرت مجملا أخذنا الزكاة بخرصنا .

(الحادية عشرة) اذا اختلف الساعى والمالك فى جنس الثمر أو نوعه بعد تلفه تلفا مضمنا ، قال الماوردى والدارمى : القول قول المالك ، فان أقام الساعى شاهدين أو شاهدا وامرأتين قضى له ، وان أقام شاهدا فلا ، لأنه لا يحلف معه .

(الثانية عشرة) قال امام الحرمين : اذا كان بين رجلين رطب مشترك على النخل فخرص أحدهما على الآخر وألزم ذمته له تمرا جافا . قال صاحب التقريب : يتصرف المخروص عليه فى الجميع ، ويلتزم لصاحبه التمر ان قلنا الخرص تضمين كما يتصرف فى نصيب المساكين بالخرص . وان قلنا : الخرص عبرة فلا أثر له فى حق الشركاء . قال الامام : وهذا الذى ذكره بعيد فى حق الشركاء ، وما يجرى فى حق المساكين لا يقاس به تصرف الشركاء فى أملاكهم المحققة ، وان ثبت ما قاله صاحب التقريب ، فمستنده خرص عبدالله بن رواحة رضى الله عنه على اليهود فانه ألزمهم التمر وكان ذلك الالزام فى حق الملاك والغانمين ، قال الامام : والذى لا بد منه من مذهب صاحب التقريب ، أن الخرص فى حق المساكين يكفى فيه الزام الخارص ، ولا يشترط

رضى المخـروص عليه ، وأما فى حـق الشركاء فلا بد من رضى الشركاء لا محالة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا تؤخذ زكاة الثمار الا بعد أن تجفف ، لحديث عتاب بن أسيد « فى الكرم يخرص كما يخرص النخل ، ثم تؤدى زكاته زبيبا ، كما تؤدى زكاة النخل تمراً » فان اخذ الرطب وجب رده ، وان فات وجب رد قيمته ، ومن اصحابنا من قال : يجب رد مثله . والمذهب الأول ، لأنه لا مثل له . لأنه يتفاوت ، ولهذا لا يجوز بيع بعضه ببعض ، فان كانت الثمار نوعا واحداً اخذ الواجب منه لقوله عز وجل « انفقوا من طيبات ما كسبتم ، ومما اخرجنـا لـكم من الأرض » وان كانت أنواعا [قليلة] أخذ من أوسطها لا من النوع الجيد ، ولا من النوع الردىء ، لأن اخذها من كل صنف [بقسطه] يشق فأخذ الوسط).

(**الشرح**) حديث عتاب سبق فى أول الباب وقد سبق فى فصل وقت وجوب العشر أنه لا يجب الاخراج الا بعد الجفاف فى الثمار وبعد التصفية فى الحبوب ، وأن مؤنة ذلك كله تكون على رب المال لا تحسب من جملة مال الزكاة بل تجب من خالص مال المالك ، وسبق هناك أنه اذا أخذ الرطب وجب رده فان فات غرمه بقيمته على المذهب .. وبه قال الجمهور . وقيل بمثله . وسبق هناك أن الخلاف مبنى على أن الرطب مثلى أم لا . وهو المذهب . قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله : فان كان الذى يملكه من الثمار والحبوب نوعا واحدا أخذت منه الزكاة . فان أخرج أعلا منه من جنسه أجزأه ، وقد زاد خيرا ، وان أخرج دونه لم يجزئه لقوله تعالى « ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون » وان اختلفت أنواعه ولم يعسر اخراج الواجب من كل نوع بالحصة بأن كانت نوعين أو ثلاثة أخذ من كل نوع بالحصة هكذا قاله الأصحاب ونص عليه الشافعى رضى الله عنه فى الأم .

ونقل القـاضى أبو الطيب فى المجـرد اتفاق الأصحاب عليه واحتج له أبو على الطبرى فى الافصاح والقاضى وسائر الأصحاب بأنه لا يشق ذلك مع أنه الأصل فوجب العمـل به بخلاف نظـيره فى المواشى على قول ، لأن التشقيص محذور فى الحيوان دون الثمار . وذكر القاضى أبو القاسم بن كج

فى الثمار قولين كالمواشى (أحدهما) الأخذ من الأغلب (وأصحهما) الأخذ من كل نوع بقسطه ، والمذهب القطع بالأخذ بالقسط من الثمار .

وأما اذا عسر الأخذ من كل نوع بأن كثرت وقل ثمرها ففيه طريقان حكاهما القاضى أبو الطيب فى المجرد وآخرون (أصحهما) القطع بأنه يأخذ الوسط لا الجيد ولا الردىء رعاية للجانبين ، وبهذا قطع المصنف والجمهور وهو المنصوص فى المختصر . ونقل امام الحرمين اتفاق الأصحاب عليه (والثانى) فيه ثلاثة أوجه حكاها أبو على الطبرى فى الافصاح والقاضى أبو الطيب فى المجرد والسرخسى فى الأمالى وآخرون (أصحها) يخرج من الوسط (والثانى) يؤخذ من كل نوع بقسطه لأنه الأصل . (والثالث) من الأغلب وحكاه صاحب الحاوى وغيره أيضا ، فاذا قلنا بالمذهب وهو اخراج الوسط فتكلف المشقة وأخرج من كل نوع بقسطه جاز ولزم الساعى قبوله ، وهذا لا خلاف فيه . قال البندنيجى وغيره : وهو أفضل ، والله تعالى أعلم .

(فـــرع) ذكر الشيخ أبو محمد الجوينى فى كتاب الزكاة من كتابه الفروق أن تمر المدينة مائة وعشرون نوعا : ستون أحمر وستون أسود .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كانت الثمرة رطبا لا يجىء منه التمر كالهلياث والسكر ، أو عنبا لا يجىء منه الزبيب أو أصاب النخل عطش فخاف عليها من ترك الثمار ففى القسمة قولان ـ ان قلنا : ان القسمة فرز النصيبين ـ جازت المقاسمة فيجعل العشر فى نخلات ثم المصدق ينظر ـ فان رأى أن يفرق عليهم ـ فعل ، وان رأى البيع وقسمة الثمن فعل . وان قلنا : ان القسمة بيع لم يجز لأنه يكون بيع رطب برطب وذلك ربا فعلى هذا يقبض المصدق عشرها مشاعاً بالتخلية بينه وبينها ويستقر عليه ملك المساكين ثم يبيعه ويأخذ ثمنه ويفرق عليهم وان قطعت الثمار ـ فان قلنا ان القسمة تمييز الحقين ـ تقاسموا كيلا أو وزنا . وان قلنا انها بيع لم تجز المقاسمة بل يسلم العشر الى المصدق ثم يبيعه ويفرق ثمنه وقال أبو اسحاق وأبو على ابن أبى هريرة : [تجوز] المقاسمة كيلا ووزنا على الأرض لأنه يمكنه أن يخلص حقوق المساكين بالكيل والوزن ولا يمكن ذلك فى النخل والصحيح أنه لا فرق بين أن تكون على الشجر وبين أن تكون على الأرض لأنه بيع رطب برطب على هذا القول) .

(الشرح) هذه المسألة بفروعها سبق بيانها واضحا فى هـذا الباب (والهلياث) بكسر الهاء واسكان اللام وبعدها ياء مثناة تحت وآخره ثاء مثلثة ، والسكر بضم السين على لفظ السكر المعروف وهما نوعان من التمر معروفان ، والله أعلم بالصواب وله الحمد والمنة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب زكاة الزروع

(وتجب الزكاة فى كل ما تخرجه الأرض مما يقتات ويدخر وينبته الآدميون كالحنطة والشعير والدخن والذرة والجاورس والأرز وما أشبه ذلك ؛ لما روى معاذ بن جبل رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « فيما سقت السماء والبعل والسيل والبئر والعين العشر وفيما سقى بالنضح نصف العشر يكون ذلك فى الثمر والحنطة والحبوب فأما القثاء والبطيخ والرمان والقضب (١) والخضر فعفو ، عفا عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم » ولأن الأقوات تعظم منفعتها فهى كالأنعام فى الماشية . وكذلك تجب الزكاة فى القطنية ـ وهى العدس والحمص والماش واللوبيا والباقلاء والهرطمان لأنه يصلح للاقتيات ـ ويدخر للأكل فهو كالحنطة والشعير) .

(الشرح) حديث معاذ رواه هكذا البيهقى فى السنن الكبير الا أنه مرسل وآخره « عفا عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم » ورواه الترمذى مختصرا أن معاذا كتب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يسأله عن الخضروات وهى البقول فقال : « ليس فيها شىء » قال الترمذى : ليس اسناده بصحيح ، قال : وليس يصح عن النبى صلى الله عليه وسلم فى هذا شىء . قال الترمذى : والعمل على هذا عند أهل العلم أنه ليس فى الخضروات صدقة ـ يعنى عند أكثر أهل العلم ـ والا فأبو حنيفة رضى الله عنه يوجب فيها كما سبق بيانه فى باب زكاة الثمار . وقال البيهقى بعد أن روى هذا الحديث وأحاديث مراسيل : هذه الأحاديث كلها مراسيل الا أنها من طرق مختلفة فيؤكد بعضها بعضا ، ومعها قول الصحابة رضى الله عنهم . ثم روى عن عمر وعلى وعائشة رضى الله عنهم . وقوله (والجاورس) هو

(١) فى بعض النسخ والقصب (ط) بالمهملة .

بالجيم وفتح الواو • قيل هو حب صغار من حب الذرة ، وأصله كالقضب الا أن الذرة أكبر حبا منه •

وفى الأرزست لغات (احداها) فتح الهمزة وضم الراء وتشديد الزاى (والثانية) كذلك الا أن الهمزة مضمومة (والثالثة) بضم الهمزة والراء وتخفيف الزاى ككتب (والرابعة) مثلها لكن ساكنة الراء (والخامسة) رنز بنون ساكنة بين الراء والزاى (والسادسة) بضم الراء وتشديد الزاى • وأما القثاء فبكسر القاف وضمها لغتان مشهورتان الكسر أشهر ، وبه جاء القرآن ، والبطيخ بكسر الباء ، ويقال طبيخ بكسر الطاء وتقديمها لغتان ، والقضب باسكان الضاد المعجمة هو الرطبة ، وقوله « عفا عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم » أى لم يوجب فيها شيئاً ، لا أنه أسقط واجبا فيها ، والقطنية بكسر القاف وتشديد الياء سميت بذلك لأنها تقطن فى البيوت ، أى تخزن •

واعلم أن الدخن والأرز معدودان فى القِطْنية ولم يجعلها المصنف منها ، بل زاد الماوردى فقال فى الحاوى : القطنية هى الحبوب المقتاتة سوى البر والشعير ، وأما الحمص فبكسر الحاء لا غير ، وأما ميمه ففتحها أبو العباس ثعلب وغيره من الكوفيين ، وكسرها أبو العباس المبرد وغيره من البصريين ، واللوبيا قال ابن الأعرابى : هو مذكر يمد ويقصر ويقال : هو اللوبيا واللوبياء واللوبياح ، وهو معرب ليس عربيا بالأصالة ، والباقلاء يمد مخففا ويكتب بالألف ويقصر مشددا ويكتب بالياء لغتان ، ويقال : الفول والهرطمان بضم الهاء والطاء وهو الجلبان بضم الجيم ، ويقال له الخلر بضم الخاء المعجمة وتشديد اللام المفتوحة وبعدها راء •

(**أما أحكام الفصل**) فاتفق الأصحاب على أنه يشترط لوجوب الزكاة فى الزرع شرطان (أحدهما) أن يكون قوتاً (والثانى) من جنس ما ينبته الآدميون ، قالوا : فان فقد الأول كالأسبيوش وهو بزر القطونا أو الثانى كالعث أو كلاهما كالثفاء فلا زكاة • قال الرافعى : وانما يحتاج الى ذكر القيدين من أطلق القيد الأول ، فأما من قيد فقال : أن يكون قوتا فى حال الاختيار فلا يحتاج الى الثانى ، اذ ليس فيما يستنبت مما يقتات اختيار ، فهذان الشرطان متفق عليهما ، ولم يشترط الخراسانيون غيرهما ، وشرط

العراقيون شرطين آخرين وهما أن يدخر ويبس ، وقد ذكر المصنف أولهما هنا ولم يذكر الثانى ، ولم يذكر فى التنبيه واحدا منهما ، بل اقتصر على الشرطين الأولين المتفق عليهما • قال الرافعى : ولا حاجة الى الأخيرين لأنهما ملازمان لكل مقتات مستنبت قال أصحابنا : وقولنا (مما ينبته الآدميون) ليس المراد به أن تقصد زراعته ، وانما المراد أن يكون من جنس ما يزرعونه ، حتى لو سقط الحب من مالكه عند حمل الغلة ، أو وقعت العصافير على السنابل فتناثر الحب ونبت وجبت الزكاة اذا بلغ نصاباً بلا خلاف ، اتفق عليه الأصحاب • وقد ذكره المصنف فى باب صدقة المواشى فى مسائل الماشية المغصوبة والله تعالى أعلم •

وأما قولهم يقتات فى حال الاختيار فهو شرط بالاتفاق كما سبق ، فما يقتات فى حال الضرورة لا زكاة فيه ، مثل الأصحاب ما يقتات فى حال الضرورة ولا تجب الزكاة فيه بالعث وبه مثله للشافعى رضى الله عنه • قال المزنى وغيره : هو حب الغاسول وهو الأشنان وقال الآخرون : هو حب أسود يابس يدفن حتى يلين قشره ثم يزال قشره ويطحن ويخبز ويقتاته أعراب طىء ومثلوه أيضا بحب الحنظل وسائر بزور البرارى •

قال أصحابنا : ويخرج عن المقتات الخضروات والثفاء والترمس والسمسم والكمون والكراويا والكزبره • قال البندنيجى : ويقال لها الكسبرة أيضا وبزر القطن وبزر الكتان وبزر الفجل وغير ذلك مما يشبهه فلا زكاة فى شىء من ذلك عندنا بلا خلاف • هكذا قاله الأصحاب الا ما حكاه الرافعى عن ابن كج أن حب الفجل فيه قولان الجديد : لا زكاة والقديم : الضعيف وجوبها • قال الرافعى : ولم أر هذا النقل لغيره • وحكى العراقيون عن القديم وجوب الزكاة فى الترمس والجديد الصحيح لا تجب • وما ذكرته من أن الترمس والثفاء لا يقتات أصلا هو قول جمهور أصحابنا فيما حكاه الرافعى بخلاف ما ذكره الغزالى فى الوسيط • وأشار اليه امام الحرمين من أنه يقتات فى حال الضرورة ، وهو خلاف فى التسمية والا فكلهم متفقون على أنه لا زكاة فيها ؛ والثفاء بضم الثاء المثلثة وتشديد الفاء وبالمد ، وهو حب

الرشاد ، وكذا فسره الأزهرى والأصحاب ، والترمس بضم التاء والميم ، وهو معروف فى بلادنا والله أعلم •

(فـــرع) قال القاضى أبو الطيب فى المجرد : قال الشافعى فى البويطى : لا زكاة فى الحلبة لأنها ليست بقوت فى حال الاختيار • قال : ولا زكاة فى السماق • قال أصحابنا : ولا تجب فى الحبوب التى تنبت فى البرية • ولا ينبته الآدميون وان كان قد يقتات لأنها ليس مما ينبته الآدمى • وهو شرط للوجوب والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا تجب الزكاة الا فى نصاب ، لما روى ابو سعيد الخـدرى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ليس فيما دون خمسة اوسق من تمر أو حب صدقة » ونصابه خمسة اوسق الا الأرز والعلس فان نصابهما عشرة أوسق فانهما يدخران فى القشر • ويجىء من كل وسقين وسق وزكاته العشر ونصف العشر • على ما ذكرناه فى الثمار • فان زاد على خمسة اوسق شىء وجب فيه بحسابه لأنه يتجـزأ من غير ضرر فوجب فيـما زاد على النصـاب بحسـابه كالأثمان) •

(الشرح) حديث أبى سعيد رواه البخارى ومسلم • وقوله (مـن تمر) بتاء مثناة والعلس بفتح العين المهملة واللام وهو صنف من الحنطة ، كذا قاله المصنف فى التنبيه وسائر الأصحاب والأزهرى وغيره من أهـل اللغة ، قال الأزهرى وغيره : يكون منه فى الـكمام حبتـان وثلاث ، قال الجوهرى وغيره : هو طعام أهل صنعاء ، وقوله : يتجزأ احتراز من الماشية •

(أما الأحكام) ففيه مسألتان :

(احداهما) لا تجب زكاة الزرع الا فى نصاب ، لما ذكره المصنف ، وسبق فيه زيادة مع مذاهب العلماء فى باب زكاة الثمار ، ونصابه خمسة أوسـق بعد تصفيته من التبن وغيره ، ثم قشورها ثلاثة أضرب • (أحدها) قشر لا يدخر الحب فيه ، ولا يؤكل معه ، فلا يدخل فى النصاب (والثانى) قشر يدخر الحب فيه ، ويؤكل معه كالذرة فيدخل القشر فى الحساب فانه طعام ،

وان كان قد يزال كما تقشر الحنطة ، وفى دخول القشرة السفلى من الباقللى وجهان حكاهما الرافعى قال : قال صاحب العدة : المذهب لا يدخل وهـذا غريب (الثالث) يدخر الحب فيه ولا يؤكل معه ، فلا يدخـل فى حسـاب النصاب ولكن يوجد الواجب فيه كالأرز والعلس ، أما العلس فقال الشافعى فى الأم : يبقى بعد دياسـه على كل جبتين منه كمـام لا يزول الا بالرحى الخفيفة أو بمهراس ، وادخاره فى تلك الكمام أصـلح له ، واذا أزيل كان الصافى نصف المبلغ فلا يكلف صاحبه ازالة ذلك الكمام عنه ، ويعتبر بلوغه بعد الدياس عشرة أوسق لتكون منه خمسة •

قال القاضى أبو الطيب فى المجرد والأصحاب : ان نحى منه القشر الأعلى اعتبر فى صافيه خمسة أوسق ، كغيره من الحبوب ، وان ترك فى القشر الأعلى اشترط بلوغه بقشره عشرة أوسق ، وأما الأرز فيدخر أيضا فى قشره ، وهو أصلح له ، ويشترط بلوغه مع القشر عشرة أوسق ، ان ترك فى قشره ، كما قلنا فى العلس ، وان أخرجت قشرته اعتبر خمسة أوسق كما فى غيره ، وكما قلنا فى العلس ، وتخرج الزكاة منه ومن العلس وهما فى قشرهما لأنهما يدخران فيهما ، هذا الذى ذكرناه فى الأرز هو الذى نص عليه الشافعى رضى الله عنه •

وقال المصنف والجمهور : وقال الشيخ أبو حامد : قد يخرج منه الثلث فيعتبر بلوغه قدرا يكون الصافى منه نصابا ، وقال صاحب الحاوى : كان ابن أبى هريرة يجعل الأرز كالعلس ، فلا يحسب قشره الأعلى ، ويقول لا زكاة فيه حتى يبلغ عشرة أوسق بقشره ، وقال سائر أصحابنا لا أثر لهذا القشر ، فاذا بلغ خمسة أوسق بقشره وجبت الزكاة ، لأن هذا القشر ملتصق به ، وربما طحن معه بخلاف قشر العلس ، فانه لم تجر عادة بطحنه معه ، وهـذا الذى نقله صاحب الحاوى عن سائر أصحابنا شاذ ضعيف والله تعالى أعلم •

(المسألة الثانيـة) الواجب فى الزروع اذا بلغت نصـابا ، كالواجب فى الثمار ، بلا فرق كما سبق ايضاحه ، وهو العشر فيما سقى بماء السماء ونحوه ونصف العشر فيما سقى بالنواضح ونحوها وسبق تفصيله واضحا هنـاك ويجب فيما زاد على النصاب بحسـابه بلا خلاف لما ذكره المصـنف والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وتضم الأنواع من جنس واحد بعضها الى بعض فى اكمال النصاب فيضم العلس الى الحنطة لأنه صنف منها ولا يضم السلت الى الشعير . وهو حب يشبه الحنطة فى الملامسة . ويشبه الشعير فى طوله وبرودته . وقال ابو على الطبرى : يضم السلت الى الشعير كما يضم العلس الى الحنطة ، والمنصوص فى البويطى أنه لا يضم لأنهما جنسان بخلاف العلس والحنطة) .

(الشرح) اتفقت نصوص الشافعى والأصحاب رحمهم الله تعالى ، على أنه لا يضم جنس من الثمار والحبوب الى جنس فى اكمال النصاب ، وعلى أنه يضم أنواع الجنس الواحد بعضها الى بعض فى اكمال النصاب . وهذا ضابط الفصل . قالوا : فلا يضم الشعير الى الحنطة ولا هى اليه ولا التمر الى الزبيب ولا هو اليه ولا الحمص الى العدس : ولا الباقللى الى الهرطمان . ولا اللوبيا الى الماش . ولا غير ذلك . قالوا : ويضم أنواع التمر بعضها الى بعض . وان اختلفت أنواعه فى الجودة والرداءة واللون وغير ذلك . وكذا يضم أنواع الزبيب بعضها الى بعض . وأنواع الحنطة بعضها الى بعض . وكذا أنواع باقى الحبوب ولا خلاف فى شىء من هذا واتفقوا أيضا على أن العلس يضم الى الحنطة ، فاذا كان له أربعة أوسق حنطة ووسقان من العلس قبل تنحية القشر ضمها الى الحنطة ولزمه العشر من كل نوع ، ولو كانت الحنطة ثلاثة أوسق لم يتم النصاب الا بأربعة أوسق علسا وعلى هذه النسبة ان كان قد ينحى العلس من قشره كان وسقه كوسق الحنطة وقد سبق هذا كله واضحا ، وأما السلت فقال المصنف وسائر العراقيين والبغوى والسرخسى وغيرهم : هو حب يشبه الحنطة فى اللون والملاسة والشعير فى برودة الطبع ، وعكس الصيدلانى وآخرون هذا ، فقالوا : صورته صورة الشعير ، وطبعه حار كالحنطة ، والصواب ما قاله العراقيون ، وهو المعروف عند أهل اللغة وعليه جمهور الأصحاب ، وفى حكمه ثلاثة أوجه الصحيح المنصوص فى الأم والبويطى ، وبه قطع القفال والصيدلانى والجمهور : أنه أصل بنفسه لا يضم الى الحنطة ولا الى الشعير، بل ان بلغ وحده نصابا زكاه والا فلا ، ودليله ما ذكره المصنف .

(والثانى) أنه نوع من الشعير فيضم اليه وهو قول أبى على الطبرى • قال امام الحرمين وهو الذى كان يقطع به شيخى [1] ، ورجحه صاحب الحاوى والقاضى أبو الطيب فى المجرد •

(والثالث) أنه نوع من الحنطة ، فيضم اليها ، حكاه امام الحرمين وآخرون ، وعزاه السرخسى الى صاحب التقريب ، قال امام الحرمين : قال الشيخ أبو على يعنى السنجى : ان ضممنا السلت الى الحنطة لم يجز بيعها به متفاضلا ، وان ضممناه الى الشعير لم يجز بيعه به متفاضلا • وان قلنا : هو جنس مستقل جاز بيعه بالحنطة وبالشعير متفاضلا ، قال الامام : ولاشك فيما قاله أبو على ، وهو كما قالاه [2] والله تعالى أعلم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى الضم

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه يضم الأنواع من الجنس بعضها الى بعض ولا تضم الأجناس فلا تضم حنطة الى شعير ونحو ذلك • ولا يضم أجناس القطنية بعضها الى بعض ؛ فلا يضم الحمص الى الباقلاء والعدس ونحو ذلك، وبه قال عطاء بن أبى رباح ومكحول والأوزاعى والثورى والحسن بن صالح وشريك وأبو حنيفة وسائر أصحاب الرأى وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر وأحمد فى احدى الروايتين عنه حكاه عنهم ابن المنذر وقالت طائفة تضم الحنطة الى الشعير والسلت اليهما ، وتضم القطانى كلها بعضها الى بعض ، ولكن لا تضم الى الحنطة والشعير ، وهذا مذهب مالك ورواية عن أحمد وحكى ابن المنذر عن الحسن البصرى والزهرى ضم القمح الى الشعير وحكى ابن المنذر عن طاوس وعكرمة ضم الحبوب مطلقا ، قال : ولا أعلم أحدا قاله ــ يعنى غيرهما ان صح عنهما ــ قال : وأجمعوا على أنه لا تضم الابل الى البقر ــ ولا الى الغنم ــ ولا البقر الى الغنم ، ولا التمر الى الزبيب • دليلنا القياس على المجمع عليه ، وليس لهم دليل صحيح صريح فيما قالوه ، والله تعالى أعلم •

---

(١) شيخه هو والده الشيخ أبو محمد الجوينى (ط) •

(٢) فيما قاله امام الحرمين والشيخ أبو على وأقرهما النووى نظر ذلك لان التمر يضم الردىء الى الجيد ومع ذلك لا يجوز التفاضل بينهما فالضم غير مسوغ للتفاضل ولا مزيل لعلة التحريم فلينظر فيه والسلت نوع من الشعير تخرج منه خمرة البيرة والله أعلم (المطيعى) •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان اختلفت أوقات الزرع ، ففى ضم بعضها الى بعض أربعة أقوال (أحدها) أن الاعتبار بوقت الزراعة ، فكل زرعين زرعا فى فصل واحد من صيف أو شتاء أو ربيع أو خريف ضم بعضه الى بعض ، لأن الزراعة هى الأصل والحصاد فرع ، فكان اعتبار الأصل أولى (والثانى) أن الاعتبار بوقت الحصاد ، فاذا اتفق حصادهما فى فصل ضم أحدهما الى الآخر لأنه حالة الوجوب فكان اعتباره أولى (والثالث) يعتبر أن تكون زراعتهما فى فصل واحد ، وحصادهما فى فصل [واحد] ، لأن فى زكاة المواشى والأثمان يعتبر الطرفان ، فكذلك ههنا (والرابع) يعتبر أن يكون من زراعة عام واحد ، كما قلنا فى الثمار) .

(الشرح) هذه الأقوال مشهورة ، وقد اختصر المصنف المسألة جدا وهى مبسوطة فى كتب الأصحاب ، وقد جمعها الرافعى رحمه الله تعالى ولخص متفرق كلام الأصحاب فيها ، فقال : لا يضم زرع عام الى زرع عام آخر فى اكمال النصاب بلا خلاف ، واختلاف أوقات الزراعة لضرورة التدريج، كمن يبتدىء الزراعة ، ويستمر فيها شهراً أو شهرين لا يقدح ، بل كله زرع واحد ، ويضم بعضه الى بعض بلا خلاف ، ثم الشىء قد يزرع فى السنة مرارا كالذرة تزرع فى الخريف والربيع والصيف ، ففى ضم بعضها الى بعض عشرة أقوال أكثرها منصوصة ، أصحها عند الأكثرين : ان وقع الحصادان فى سنة واحدة ضم والا فلا . وممن صححه البندنيجى .

(والثانى) ان وقع الزرعان والحصادان فى سنة ضم والا فلا ، واجتماعهما فى سنة أن يكون بين زرع الأول وحصد الثانى أقل من اثنى عشر شهراً عربية كذا قاله امام الحرمين والبغوى [1] .

(والرابع) ان وقع الزرعان والحصادان فى سنة أو زرع الثانى وحصد الأول فى سنة ضم والا فلا ، وهذا ضعيف عند الأصحاب .

(والخامس) الاعتبار بجميع السنة أحد الطرفين ، اما الزرعين أو الحصادين .

(والسادس) ان وقع الحصادان فى فصل واحد ضم والا فلا .

---

(١) كذا فى الأصل باسقاط الثالث ويؤخذ من الرافعى أن الثالث هو أن الاعتبار بوقوع الزرعين فى سنة واحدة ولا نظرة الى الحصاد (ش) .

(والسابع) ان وقع الزرعان فى فصل واحد ضم والا فلا •

(والثامن) ان وقع الزرعان والحصادان فى فصل واحد ضم والا فلا ، والمراد بالفصل أربعة أشهر •

(التاسع) أن المزروع بعد حصد الأول لا يضم كحملى شجرة •

(والعاشر) خرجه أبو اسحاق : أن ما بعد زرع سنة يضم ولا أثر لاختلاف الزرع والحصاد ، قال : ولا أعنى بالسنة اثنى عشر شهرا ، فان الزرع لا يبقى هذه المدة ، وانما أعنى بها ستة أشهر الى ثمانية • هذا كله اذا كان زرع الثانى بعد حصد الأول ، فلو كان زرع الثانى بعد اشتداد حب الأول ففيه طريقان (أصحهما) أنه على هذا الخلاف (والثانى) القطع بالضم لاجتماعهما فى الحصول فى الأرض • ولو وقع الزرعان معا أو على التواصل المعتاد ، ثم أدرك أحدهما ، والآخر بعل لم ينعقد حبه فطريقان (أصحهما) القطع بالضم (والثانى) أنه على الخلاف لاختلافهما فى وقت الوجوب ، بخلاف مالو تأخر بدو صلاح بعض الثمار ، فانه يضم الى ما بدأ فيه الصلاح بلا خلاف ، لأن الثمرة الحاصلة هى متعلق الزكاة بعينها والمنتظر فيها صفة الثمرة ، وهنا متعلق الزكاة الحب ولم يخلق بعد ، وانما الموجود حشيش محض • قال الشافعى رضى الله عنه : الذرة تزرع مرة فتخرج فتحصد ثم تستخلف فى بعض المواضع ، فتحصد أخرى فهو زرع واحد ، وان تأخرت حصدته [1] الثانية •

واختلف الأصحاب فى مراده على ثلاثة أوجه : (أحدها) مراده اذا سنبل واشتدت فانتثر بعض حباتها بنفسها ، أو بنقر العصافير أو بهبوب الرياح فنبتت الحبات المنتثرة فى تلك السنة مرة أخرى وأدركت (والثانى) مراده اذا نبتت والتفت وعلا بعض طاقاتها فغطى البعض وبقى المغطى أخضر تحت العالى ، فاذا حصد العالى أصابت الشمس الأخضر فأدرك (والثالث) مراده الذرة الهندية فانها تحصد سنابلها ويبقى سوقها فتخرج سنابل أخر •

---

(١) حصدته : بفتح أوله وسكون ثانيه وفتح ثالثه والحصدة المرة الواحدة .

ثم اختلفوا فى الصور الثلاث بحسب اختلافهم فى المراد بالنص ، واتفق الجمهور على أن هذا النص قطع منه بالضم ، وليس تفريعاً على بعض الأقوال العشرة السابقة ، فذكروا فى الصورة الأولى طريقين : (أحدهما) القطع بالضم ، (والثانى) أنه على الأقوال فى الزرعين المختلفين فى الوقت ، ومقتضى كلام الغزالى والبغوى ترجيح هذا وفى الصورة الثانية أيضا طريقان (أصحهما) القطع بالضم (والثانى) على الخلاف . وفى الثالثة طرق (أصحها) القطع بالضم ، والثانى القطع بعدم الضم ، والثالث على الخلاف . هذا آخر نقل الرافعى وقد أحسن وأجاد فى تلخيصها . قال الدارمى وغيره : اذا قال المالك : هذان زرعا سنتين فقال الساعى : بل سنة ، فالقول قول المالك فان اتهمه الساعى حلفه استحباباً قولا واحداً ، وهو كما قالوه لأن الأصل عدم الوجوب، والذى يدعيه ليس مخالفاً للظاهر ، فكانت اليمين مستحبة ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجب العشر قبل أن ينعقد الحب ، فاذا انعقد الحب وجبت ، لأنه قبل أن ينعقد كالخضروات وبعد الانعقاد صار قوتا يصلح للادخار ، فان زرع الذرة فأدرك وحصد ثم سنبل مرة أخرى فهل يضم الثانى الى الأول ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يضم ، كما لو حملت النخلة ثمرة فجذها ثم حملت حملا آخر (والثانى) يضم ويخالف النخل لأنه يراد للتأبيد ، فجعل لكل حمل حكم ، والزرع لا يراد للتأبيد فكان الحملان كعام واحد) .

(الشرح) أما مسألة الذرة فسبق بيانها واضحا فى الفصل الذى قبل هذا ، والأصح الضم . وأما المسألة الأولى فسبق بيانها أيضا فى باب زكاة الثمار . وهذا الذى ذكره المصنف هو المذهب فيهـا ، وذكر هنـاك قولين آخرين ضعيفين والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا تؤخذ زكاة الحبوب الا بعد التصفية ، كما لا تؤخذ زكاة الثمار الا بعد الجفاف) .

(الشرح) هذه المسألة سبق بيانها فى باب زكاة الثمار ، وذكرنا أنه لا يجب الاخراج الا بعد التصفية ، وأن مؤنة التصفية والحصاد على المالك ،

ولا يحسب شيء منها من الزكاة • وهذا متفق عليه ، وسبق هناك نفائس تتعلق بالفصل ، والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان الزرع لواحد والأرض لآخر وجب العشر على مالك الزرع عند الوجوب ، لأن الزكاة تجب فى الزرع فوجبت على مالكه كزكاة التجارة تجب على مالك المال دون مالك الدكان ، وان كان على الأرض خراج وجب الخراج فى وقته ووجب العشر فى وقته ، ، ولا يمنع وجوب أحدهما وجوب الآخر ، لأن الخراج يجب للأرض والعشر يجب للزرع فلا يمنع احدهما الآخر كأجرة المتجر وزكاة التجارة) •

(الشرح) المتجر بفتح الميم والجيم هو الدكان •

(أما الأحكام) فقال الشافعى والأصحاب رحمهم الله تعالى : يجب العشر فى الثمر والحب المستخرج من أرض مستأجرة ، أو من أرض عليها خراج ، فيجب على المستأجر العشر مع الأجرة وكذا مع الخراج فى أرض الخراج قال الرافعى والأصحاب : وتكون الأرض خراجية فى صورتين (احداهما) أن يفتح الامام بلدة قهراً ويقسمها بين الغانمين ، ثم يعوضهم عنها، ثم يقفها على المسلمين ويضرب عليها خراجا ، كما فعل عمر رضى الله عنه بسواد العراق على ما هو الصحيح فيه (الثانية) أن يفتح بلدة صلحا على أن الأرض للمسلمين ويسكنها الكفار بخراج معلوم ، فالأرض تكون فيئاً للمسلمين ، والخراج أجرة لا يسقط باسلامهم ، وكذا اذا انجلى الكفار عن بلدة وقلنا : ان الأرض تصير وقفا على مصالح المسلمين يضرب عليها خراج يؤديه من سكنها ، مسلماً كان أو ذمياً ، فأما اذا فتحت صلحا ولم يشترط كون الأرض للمسلمين ولكن سكنوا فيها بخراج فهذا يسقط بالاسلام فانه جزية • وأما البلاد التى فتحت قهراً وقسمت بين الغانمين وثبتت فى أيديهم ، وكذا التى أسلم أهلها عليها ، والأرض التى أحياها المسلمون فكلها عشرية وأخذ الخراج منها ظلم •

قال : واما النواحى التى يؤخذ منها الخراج ولا يعرف كيف حالها فى الأصل فحكى الشيخ أبو حامد عن نص الشافعى رضى الله عنه أنه يستدام

الأخذ منها ، فانه يجوز أن يكون الذى فتحهـا صنع بها كما صـنع عمر رضى الله عنه بسواد العراق والظاهر أن ما جرى طول الدهر جرى بحق فان قيل : هل يثبت حكم أرض السواد من امتناع البيع والرهن ؟ قيل : يجوز أن يقال : الظاهر فى الأخذ كونه حقا وفى الأيدى الملك ، فلا يترك واحداً من الظاهرين الا بيقين ، واتفق الأصحاب على أن الخراج المأخوذ ظلماً لا يقوم مقام العشر ، فان أخذه السلطان على أن يكون بدل العشر فهو كأخذ القيمة بالاجتهاد وفى سقوط الفرض به خلاف سبق فى آخر باب الخلطة الصـحيح السقوط ، وبه قطع المتولى وآخرون • فعلى هذا ان لم يبلغ قـدر العشر أخرج الباقى ، والله أعلم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى اجتماع العشر والخراج

مذهبنا اجتماعهما ولا يمنع أحدهما وجوب الآخر • وبه قال جمهـور العلماء •

قال ابن المنذر : هو قول أكثر العلماء ، ممن قال به عمر بن عبد العزيز وربيعة والزهرى ويحيى الأنصارى ومالك والأوزاعى والثورى والحسن بن صالح وابن أبى ليلى والليث وابن المبارك وأحمد واسحق وأبو عبيد وداود•

وقال أبو حنيفة : لا يجب العشر مع الخراج • واحتج بحديث يروى عن ابن مسعود مرفوع : « لا يجتمع عشر وخراج فى أرض مسلم » • وبحديث أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « منعت العراق قفيزها ودرهمها » ولما روى أن دهقان بهر الملك لما أسلم • قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه : سلموا اليه الأرض وخذوا منه الخراج ، فأمر بأخذ الخراج ولم يأمر بأخذ العشر ، ولوكان واجبا لأمر به ،ولأن الخراج يجب بالمعنى الذى يجب به العشر، وهومنفعة الأرض ، ولهذا لو كانت الأرض سبخة لامنفعة لها لم يجب فيها خراج ولا عشر فلم يجز ايجابهما معا ، كما اذا ملك نصابا من السائمة للتجارة سنة ، فانه لا يلزمه زكاتان ، ولأن الخراج يجب بسبب الشرك والعشر بسبب الاسلام فلم يجتمعا • واحتج أصحابنا بقوله صلى الله عليه وسلم « فيما سقت السماء العشر » وهو صحيح كما سبق بيانه فى باب زكاة الثمار ، وهو عام يتناول

ما فى أرض الخراج وغيره • واحتجوا بالقياس الذى ذكره المصنف وبالقياس على المعادن ، ولأنهما حقان يجبان بسببين مختلفين لمستحقين فلم يمنع أحدهما الآخر كما لو قتل المحرم صيداً مملوكا ، ولأن العشر وجب بالنص فلا يمنعه الخراج الواجب بالاجتهاد •

وأما الجواب عن حديث « لا يجتمع عشر وخراج » فهو أنه حديث باطل مجمع على ضعفه انفرد به يحيى بن عنبسة عن أبى حنيفة عن حماد عن ابراهيم النخعى عن علقمة عن ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم قال البيهقى رحمه الله تعالى فى معرفة السنن والآثار : هذا المذكور انما يرويه أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم من قوله فرواه يحيى بن عنبسة هكذا مرفوعا • ويحيى ابن عنبسة مكشوف الأمر فى الضعف لروايته عن الثقات الموضوعات • قاله أبو أحمد بن عدى الحافظ فيما أخبرنا به أبو سعيد المالينى عنه • هذا كلام البيهقى وكلام الباقين بمعناه •

وأما حديث أبى هريرة « منعت العراق » ففيه تأويلان مشهوران فى كتب العلماء المتقدمين والمتأخرين (أحدهما) معناه أنهم سيسلمون وتسقط عنهم الجزية (والثانى) أنه اشارة الى الفتن الكائنة فى آخر الزمان حتى يمنعوا الحقوق الواجبة عليهم من زكاة وجزية وغيرهما ، ولو كان معنى الحديث ما زعموه للزم أن لا تجب زكاة الدراهم والدنانير والتجارة • وهذا لا يقول به أحد • وأما قصة الدهقان فمعناها خذوا منه الخراج لأنه أخره فلا يسقط باسلامه ولا يلزم من ذلك سقوط العشر وانما ذكر الخراج لأنهم ربما توهموا سقوطه بالاسلام كالجزية • وأما العشر فمعلوم لهم وجوبه على كل حر مسلم فلم يحتج الى ذكره ، كما أنه لم يذكر أخذ زكاة الماشية منه وكذا زكاة النقد وغيرها ، وكذا لم يذكر الزامه بالصلاة والصيام وغيرهما من أحكام الاسلام • وأجاب صاحب الحاوى أيضاً بأنه يجوز أن يكون خطاب عمر لمتولى الخراج الذى لا ولاية له على الأعشار ، أو أنه لم يكن وقت أخذ العشر ، أو أنه لم يكن له ما يجب فيه عشر • وأما قولهم يجب العشر بالمعنى الذى يجب به الخراج فليس كذلك لأن العشر يجب فى نفس الزرع والخراج يجب عن الأرض ، سواء زرعها أم أهملها • وأما قولهم : الخراج يجب بسبب

الشرك فليس كذلك وانما تجب أجرة الأرض سواء كان فى يد مسلم أو كافر ، ولأن هذا فاسد على مذهبهم فان عندهم يجب العشر على الذمى ، والله تعالى أعلم .

(فرع) اذا كان لمسلم أرض لا خراج عليها وعليه العشر فباعها الذمى فمذهبنا أنه ليس على الذمى فيها خراج ولا عشر قال العبدرى : وقال أبو حنيفة : عليه الخراج : وقال أبو يوسف : عليه عشران وقال محمد : عشر واحد . وقال مالك : لا يصح البيع حتى لا تخلو الأرض من عشر أو خراج. دليلنا أنها أرض لا خراج عليها فلا يتجدد عليها خراج ، كما لو باعها لمسلم ، وينتقض مذهب مالك بما اذا باع الماشية لذمى ، والله أعلم .

(فرع) واذا أجر أرضه ، فمذهبنا أن عشر زرعها على المستأجر الزارع وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد وأحمد وداود ، وقال أبو حنيفة : يجب على صاحب الأرض ، ولو استعار أرضا فزرعها فعشر الزرع على المستعير عندنا وعند العلماء كافة ، وعند أبى حنيفة روايتان أشهرهما هكذا ، والثانية رواها عنه ابن المبارك أنه على المعير ، وهذا عجب .

(فرع) فى مسائل تتعلق ببابى زكاة الثمار والزروع

(احداها) لا يجب العشر عندنا فى ثمار الذمى والمكاتب وزرعهما وأوجبه أبو حنيفة فى زرع الذمى وثمره لعموم الحديث « فيما سقت السماء العشر » ولأنه حق يجب لمنفعة الأرض فاستوى المسلم والكافر فيه كالخراج، واحتج أصحابنا أن العشر زكاة للحديث السابق فى الكرم ، يخرص كما يخرص النخل ، ثم تؤدى زكاته زبيباً ، كما تؤدى زكاة النخل تمراً ، واذا كان زكاة فلا يجب على الذمى كسائر الزكوات ، أو يقال حق يصرف الى أهل الزكوات ، فلم يجب على الذمى كسائر الزكوات.وأما الحديث فمخصوص بما ذكرناه ، وأما القياس المذكور فليس كما قالوه . بل حق العشر متعلق بالزرع على سبيل الطهرة للمزكى .

(الثانية) قال أصحابنا : اذا وجب العشر فى الزروع والثمار لم يجب فيها بعد ذلك شيء . وان بقيت فى يد مالكها سنين . هذا مذهبنا . قال الماوردى وبه قال جميع الفقهاء الا الحسن البصرى ، فقال على مالكها العشر

فى كل سنة كالماشـية والدراهم والدنانير • قال الماوردى : وهـذا خلاف الاجماع • ولأن الله تعالى علق وجوب الزكاة بحصاده ، والحصاد لا يتكرر ، فلم يتكرر العشر • ولأن الزكاة انما تتكرر فى الأموال النامية • وما ادخر من زرع وثمر فهو منقطع النماء متعرض للنفاد • فلم تجب فيه زكاة كالأثاث والماشية فانها مرصدة للنماء والله تعالى أعلم •

(الثالثة) قال صاحب الحاوى : روى عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه نهى عن جذاذ الليل » وهو صرام النخل ليلا • فيستحب أن يكون الصرام نهاراً ليسأله الناس من ثمرها فيستحب ذلك فيما وجبت زكاته وفيما لا زكاة فيه أيضا ، قال : وحكى عن مجاهد والنخعى أيضا أن الصدقة من المال وقت الصرام والحصاد واجبة لقوله تعالى : « وآتوا حقه يوم حصاده » ومذهبنا ومذهب سائر العلماء أنه لا يجب ذلك لأن الأصل عدم الوجوب ، والآية المذكورة المراد بها الزكاة والله أعلم •

(فـرع) روينا فى سنن أبى داود فى أواخـر كتاب الزكاة عن جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « أمر من كل جاذ عشرة أوسق من التمر بقنو يعلق فى المسجد » وفى اسناده محمد بن اسحاق وهو مدلس، وقد قال : (عن) فيكون ضعيفا قال الخطابى : معنى جاذ عشرة أوسق أى ما يجذ منه عشرة أوسق ، والقنو الغصن بما عليه من الرطب أو البسر ليأكله المساكين ، قال : وهذا من صدقة التطوع وليس بواجب •

(الرابعة) قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله تعالى : اذا أراد الساعى أخذ العشر كيل لرب المال تسعة ، ثم يأخذ الساعى العاشر ، فان كان الواجب نصف العشر كيل لرب المال تسعة عشر ثم للساعى واحد فان كان ثلاثة أرباع العشر كيل للمالك سبعة وثلاثون ، وللساعى ثلاثة ، وانما بدأ للمالك لأن حقه أكثر وبه يعرف حق المساكين ، قال الشافعى فى الأم والأصحاب : ولا يهز المكيال ولا يزلزل ولا توضع اليد فوقه ولا يمسح لأن ذلك يختلف ، بل يصب فيه ما يحتمله ثم يفرغ والله تعالى أعلم •

(الخامسة) ثمار البستان وغلة الأرض الموقوفين ان كانت على جهة عامة كالمساجد والقناطر والمدارس والربط والفقراء والمجاهدين والغرباء واليتامى

والأرامل وغير ذلك فلا زكاة فيها • هذا هو الصحيح المشهور من نصوص الشافعي رضي الله عنه وبه قطع الأصحاب ، وقد سبقت هذه المسألة فى جميع الطرق ، وحكى ابن المنذر عن الشافعي أنه قال : يجب فيها العشر • وهذا النقل غريب وقد سبقت هذه المسألة فى أول باب صدقة المواشي وذكرنا هناك أن الشيخ أبا نصر قال : هذا النص غير معروف عند الأصحاب • وان كانت موقوفة على انسان معين أو جماعة معينين ، أو على أولاد زيد مثلا وجب العشر بلا خلاف لأنهم يملكون الثمار والغلة ملكا تاما ويتصرفون فيه جميع أنواع التصرف • قال أصحابنا : فان بلغ نصيب كل انسان نصابا وجب عشره بلا خلاف وان نقص وبلغ نصيب جميعهم نصابا ووجدت شروط الخلطة بنى على صحة الخلطة فى الثمار والزروع (الصحيح) صحتها وثبوت حكمها، فيجب العشر (والثانى) لا تصح ولا عشر ، والله تعالى أعلم •

(السادس) قد سبق فى باب زكاة الثمار أن مؤنة الحصاد والحراثة والدياس والتصفية وجذاذ الثمار وتجفيفها وغير ذلك من مؤن الثمر والزرع يجب على رب المال فى خالص ماله ، ولا يحسب من أصل المال الزكوى ، بل يجب عشر الجميع ، وسبقت هناك فروع فيه • قال الدارمى : فلو كان على الأرض خراج هو عشر زرعها أخذ من كل عشرة أوسق وسقان ، وسق للعشر يصرف الى أهل الزكوات ، ووسق للخراج يصرف فى مصارف الخراج ، قال : لأن ما أداه فى الخراج حصل مالا له ، وقد صرفه فى حق عليه فهو كما أوفاه فى دين فوجب عشر الجميع •

(السابعة) اذا كان على الأرض خراج فأجرها فالمشهور أن الخراج على مالك الأرض ، ولا شيء على المستأجر ، هذا هو المذهب المعروف فى كتب الأصحاب ، وذكر الدارمى فى آخر هذا الباب فيه ثلاثة أوجه : (أحدها) أنه على مالك الأرض فلو شرطه على الزارع فسد العقد (والثانى) أنه على الزارع فلو شرطه على المؤخر بطل العقد (والثالث) على ما يشترطان ، وهذا الذى نقله شاذ مردود •

(الثامنة) قد سبق فى باب الخلطة خلاف فى ثبوتها فى الزرع والثمار وحاصله ثلاثة أقوال (أصحها) تثبت خلطة الشيوع وخلطة الجوار جميعاً

(والثانى) لا تثبتان (والثالث) تثبت خلطة الشيوع دون الجوار • قال أصحابنا : فان قلنا : لا تثبتان ، لم يكمل ملك انسان بملك غيره فى اتمام النصاب وان أثبتناهما كمل بملك الشريك والجار ، ولو مات انسان وخلف نخيلا مثمرة أو غير مثمرة ، وبدا الصلاح فى الحالين فى ملك الورثة ، فان قلنا لا تثبت الخلطة فحكم كل واحد معتبر على انفراده ، منقطع عن شركائه ، فمن بلغ نصيبه نصاباً زكاه ومن لم يبلغ نصيبه نصاباً فلا زكاة عليه ، وسواء اقتسموا أم لا ، وان قلنا : تثبت الخلطة ، قال الشافعى رضى الله عنه فى المختصر : ان اقتسموا قبل بدو الصلاح زكوا زكاة الانفراد ، فمن بلغ نصيبه نصاباً زكاه ، ومن لم يبلغ نصيبه نصاباً فلا زكاة ، قال أصحابنا هذا اذا لم تثبت خلطة الجوار أو أثبتناها وكانت متباعدة أو فقد بعض شروطها ، فاما اذا كانت مجاورة ووجدت الشروط وأثبتنا خلطة الجوار فيزكون زكاة الخلطة كما قبل القسمة • قال الشافعى رضى الله عنه : وان اقتسموا بعد بدو الصلاح زكوا زكاة الخلطة لاشتراكهم حالة الوجوب وعليه اعتراضان (أحدهما) اعترض به المزنى فى المختصر فقال : القسمة بيع وبيع الربوى بعضه ببعض جزافا لا يجوز عند الشافعى بحال ، وأجاب الأصحاب عن اعتراضه فقالوا : قد احترز الشافعى رضى الله عنه عن هذا الاعتراض ، فقال فى الأم وفى الجامع الكبير : (ان اقتسموا قسمة صحيحة) قال امام الحرمين : قال الأصحاب : نبه الشافعى بهذا النص على أن المراد أن يتفاضلا مفاضلة صحيحة • قال الأصحاب : ويتصور ذلك من وجوه ذكر امام الحرمين منها وجهين • وذكر صاحب الحاوى والرافعى وآخرون ستة وبعضهم خمسة • وذكر الدارمى فى الاستذكار عن الأصحاب أربعة عشر وجها لتصويرها ومختصر ما ذكره الدارمى فى مجموع كلامهم مع تداخله أن يقال يتصور من أربعة عشر وجها كما ذكره الدارمى •

(أحدها) أن الشافعى رضى الله عنه فرعه على قوله : القسمة افراز لا على أنها بيع وحينئذ لا حجر فى القسمة •

(الثانى) اذا قلنا : القسمة بيع ، فصورته أن يكون بعض النخل مثمرا وبعضها غير مثمر فجعل هذا سهما وذاك سهما • ويقسمه قسمة تعديل فيكون بيع نخل ورطب بنخل متمحض وذلك جائز بالاتفاق •

(الثالث) أن تكون التركة نخلتين والورثة شخصين اشترى أحدهما نصيب صاحبه من احدى النخلتين أصلها وثمرها بدينار وباع نصيبه من الأخرى لصاحبه بدينار وتقاصا قال الرافعى : قال الأصحاب : ولا يحتاج الى شرط القطع ، وان كان قبل بدو الصلاح لأن المبيع جزء شائع من الثمرة ، والشجرة معا ، فصار كما لو باعها كلها بثمرتها صفقة واحدة ، وانما يحتاج الى شرط القطع اذا أفرد الثمرة بالبيع •

(والرابع) أن يبيع كل واحد نصيبه من ثمرة احدى النخلتين بنصيب صاحبه من جذعها فيجوز بعد الصلاح ولا يكون ربا ولا يجوز قبله الا بشرط لأنه بيع ثمرة يكون للمشترى على جذع البائع •

(الخامس) أن يكون بعض التركة ، نخلا ، وبعضها عروضا ، فيبيع أحدهما حصته من النخل والثمر ، بحصة صاحبه من العروض ، فيصير لأحدهما جميع النخل وللآخر جميع العروض ، قال صاحب الحاوى : وهذه الأوجه الأربعة ليست مقنعة لأنها بيع جنس بغيره ، وليس قسمة جنس واحد ، ولكن ذكرها أصحابنا فذكرناها •

(السادس) جواب لبعض الأصحاب قال : قسمة الثمار بالخرص تجوز على أحد القولين ، ونص الشافعى رضى الله عنه مفرع عليه ، وهذا الجواب ذكره الدارمى وغيره ، قال الشافعى فى الصرف : على جواز قسمة الرطب على النخل بالخرص • قال الرافعى رحمه الله تعالى : وهذا يدفع اشكال بيع الجزاف ، ولا يدفع اشكال بيع الرطب بالرطب •

« قلت » نصه على جوازه يدل على المسامحة بهذا النوع من البيع ، ولنا وجه معروف فى جواز بيع الرطب بالرطب على رءوس النخل للأجانب فهو فى حق المتقاسمين أولى بالجواز •

(السابع) ذكره الدارمى ، قال : حكى أبو حامد جواز قسمة النخل المثمر ، ولا حكم للثمر ، لأنه تابع ، ثم ذكر الدارمى بقية الأربعة عشر • وفى بعضها نظر وتداخل والله تعالى أعلم (الاعتراض الثانى) قال أصحابنا العراقيون : جواز القسمة قبل اخراج الزكاة هو بناء على وجوبها فى الذمة ،

فأما ان قلنا : ان الزكاة تتعلق بالعين ، فلا تصح القسمة • قال الرافعى ويمكن تصحيح القسمة مع التفريع على قول العين ، بأن يخرص الثمار عليهم ويضمنوا حق المساكين فلهم التصرف بعد ذلك • وأيضا فانا قدمنا فى صحة البيع قولين تفريعا على التعليق بالعين ، فكذا القسمة ان قلنا : انها بيع • وان قلنا : افراز فلا منع • هذا كله اذا لم يكن على الميت دين ، فان مات وعليه دين وله نخيل مثمرة فبدا الصلاح فيها بعد موته وقبل بيعها ، فالمذهب وبه قطع الجمهور وجوب الزكاة على الورثة لأنها ملكهم ما لم تبع فى الدين بناء على المذهب ، والمنصوص أن الدين لا يمنع انتقال الملك بالارث ، وقيل فى وجوب الزكاة قولان (أصحهما) هذا (والثانى) لا زكاة لعدم استقرار الملك فى الحال • قال الرافعى : ويمكن بناء على الخلاف على أن الدين هل يمنع الارث أم لا ؟ فعلى المذهب حكمهم فى كونهم يزكون زكاة خلطة أم انفراد ؟ على ما سبق اذا لم يكن دين ، ثم ان كانوا موسرين أخذت الزكاة منهم وصرفت النخيل والثمار الى ديون الغرماء • وان كانوا معسرين فطريقان :

(أحدهما) أنه على الخلاف فى أن الزكاة تتعلق بالعين أم بالذمة ؟ ان قلنا بالذمة والمال مرهون بها خرج على الأقوال الثلاثة فى اجتماع حق الله تعالى وحق الآدمى • فان سوينا وزعنا المال على الزكاة وحق الغرماء • وان قدمنا قدمنا ما يقال بتقديمه • وان قلنا : تتعلق بالعين أخذت سواء قلنا تتعلق تعلق الأرش أو تعلق الشركة •

(والطريق الثانى) وهو الأصح تؤخذ الزكاة بكل حال لشدة تعلقها بالمال، ثم اذا أخذت من العين ولم يف الباقى بالدين غرم الورثة قدر الزكاة لغرماء الميت اذا أيسروا ، لأن الزكاة انما وجبت عليهم ، وبسبب وجوبها خرج ذلك القدر عن الغرماء • قال البغوى : هذا اذا قلنا الزكاة تتعلق بالذمة ، فان قلنا بالعين لم يغرموا كما قلنا فى الرهن • أما اذا أطلعت النخل بعد موته فالثمرة متمحضة للورثة لا يصرف الى دين الغرماء منها شىء الا اذا قلنا بالضعيف ، وهو قول الاصطخرى : ان الدين يمنع الارث فحكمها كما لو حدثت قبل موته والله أعلم •

(المسألة التاسعة) قال القاضى حسين فى الفتاوى فى كتاب النذر : لو قال ان شفى الله تعالى مريضى فلله علىّ أن أتصدق بخمس ما يحصل لى من المعشرات ، فشفى الله تعالى المريض يجب التصدق بالخمس ، ثم بعد الخمس يجب عشر الباقى للزكاة ان كان نصابا ولا عشر فى ذلك الخمس لأنه لفقراء غير معينين • قال فلو قال : لله على أن أتصدق بخمس مالى يجب اخراج العشر زكاة أولا ثم ما بقى بعده يتصدق بخمسة والله تعالى أعلم •

(العاشرة) لا يجب فى الزرع حق غير الزكاة • وهى المراد بقوله تعالى : (وآتوا حقه يوم حصاده) (١) هذا مذهبنا وبه قال جماهير العلماء • وقال الشعبى والنخعى فى رواية عنه يجب فيه حق سوى الزكاة • وهو أن يخرج شيئا الى المساكين يوم حصاده ثم يزكيه يوم التصفية • وقال مجاهد اذا حصد الزرع ألقى لهم من السنابل واذا جذ النخل ألقى لهم من الشماريخ ثم يزكيهما اذا كالهما • دليلنا قوله فى الحديث الصحيح فى الزكاة : « هل على غيرها ؟ قال لا الا أن تطوع » •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب زكاة الذهب والفضة

تجب الزكاة فى الذهب والفضة ، لقوله عز وجل (والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها فى سبيل الله فبشرهم بعذاب اليم (٢)) ولأن الذهب والفضة معد للنماء فهو كالابل والبقر السائمة ولا تجب فيما سواهما من الجواهر كالياقوت والفيروزج واللؤلؤ والمرجان ، لأن ذلك معد للاستعمال فهو كالابل والبقر العوامل ولا تجب فيما دون النصاب من الذهب والفضة • ونصاب الذهب عشرون مثقالا لما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ولا [يجب] فى اقل من عشرين مثقالا من الذهب شىء » ونصاب الفضة مائتا درهم والدليل عليه ما روى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا بلغ مال احدكم خمس اواق : مائتى درهم ففيه خمسة دراهم » والاعتبار بالمثقال الذى كان بمكة ، ودراهم الاسلام التى [كل عشرة بوزن سبعة مثاقيل (٣)] لأن النبى صلى الله

---

(١) الآية ١٤١ من سورة الانعام •

(٢) الآية ٣٤ من سورة التوبة •

(٣) فى ش و ق (ودراهم الاسلام الذى كل عشرة وزن سبع مثاقيل) وهو ما أقره الشارح ورجحه (ط) •

عليه وسلم قال : « الميزانميزان اهل مكة والمكيال مكيال اهل المدينة » ولا يضم احدهما الى الآخر فى اكمال النصاب لانهما جنسان فلم يضم احدهما الى الآخر كالابل والبقر وزكاتهما ربع العشر نصف مثقال عن عشرين مثقالا من الذهب ، وخمسة دراهم عن مائتى درهم . والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم فى كتاب الصدقات « فى الرقة ربع العشر » وروى عاصم بن جمرة عن على رضى الله عنه انه قال « ليس فى اقل من عشرين ديناراً شيء ، وفى عشرين نصف دينار » ويجب فيما زاد على النصاب بحسابه لانه يتجزأ من غير ضرر فوجب فيما زاد بحسابه . ويجب فى الجيد الجيد وفى الرديء الرديء ، فان كانت انواعا قليلة وجب فى كل نوع بقسطه وان كثرت الأنواع أخرج من الوسط كما قلنا فى الثمار وان كان له ذهب مغشوش او فضه مغشوشة ـ فان كان الذهب والفضة فيه قدر الزكاة وجبت الزكاة ، وان لم تبلغ لم تجب ، وان لم يعرف قدر ما فيه من الذهب والفضة فهو بالخيار ، ان شاء شبك ليعرف الواجب فيخرجه ، وان شاء أخرج واستظهر ليسقط الفرض بيقين) .

(**الشـــرح**) أما حديث (فى الرقة ربع العشر) فصحيح رواه البخارى من رواية أنس وسبق بيانه بطوله فى أول باب صدقة الابل . والرقة بتخفيف القاف وكسر الراء هى الورق وهو كل الفضة . وقيل الدراهم خاصـــة . وأما قول صاحب البيان قال أصحابنا الرقة هى الذهب والفضة فغلط فاحش . ولم يقل أصحابنا ولا أهل اللغة ولا غيرهم : ان الرقة تطلق على الذهب ، بل هى الورق . وفيه الخلاف الذى ذكرته ، وأصلها ورقة بكسر الواو كالزنة من الوزن . وأما حديث « الميزان ميزان أهل مـــكة » الى آخـــره ، فرواه أبو داود والنسائى بأسانيد صحيحة على شرط البخارى ومسلم من رواية ابن عمر رضى الله عنهما . قال أبو داود : وروى من رواية ابن عباس رضى الله عنهما . ذكره أبو داود فى كتاب البيوع ، والنسائى فى الزكاة .

وأما حديث عاصم عن على رضى الله عنه فرواه أبو داود وغيره باسناد حسن أو صحيح عن على عن النبى صلى الله عليه وسلم وينكر على المصنف كونه وقفه على على وهو مرفوع الى النبى صلى الله عليه وسلم . وأما حديث عمرو بن شعيب وابن عمر فغريبان ويغنى عنهما الاجماع فالمسلمون مجمعون على معناهما . وفى الصحيحين عن أبى سعيد الخدرى عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ليس فيما دون خمس أواق من الورِق صدقة »

وفى مسلم مثله من رواية جابر ، والأوقية الحجازية الشرعية أربعون بالنصوص المشهورة واجماع المسلمين • وفى الصحيحين عن ابى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما من صاحب ذَهَب ولا فضة لا يؤدى منها حقها الا اذا كان يوم القيامة صفحت له صفائح من نار فأحمى عليها فى نار جهنم • فيكوى بها جنبه وجبينه وظهره ، كلما بردت أعيدت له فى يوم كان مقداره خمسين ألف سنة حتى يقضى الله بين العباد فيرى سبيله اما الى الجنة واما الى النار » •

(أما الفاظ الفصل) فاللؤلؤ فيه أربع لغات قرىء بهن فى السبع لؤلؤ بهمزتين ولولو بغير همز ، وبهمز أوله دون ثانية وعكسه • قال جمهور أهل اللغة : اللؤلؤ الكبار والمرجان الصغار ، وقيل عكسه • قوله « ودراهم الاسلام التى كل وزن عشرة سبعة مثاقيل » هكذا وقع فى بعض النسخ وهو الصواب • وكذا ذكره المصنف فى كتاب الاقرار وسائر الأصحاب وسائر العلماء من جميع الطوائف ولا خلاف فيه • ووقع فى أكثر نسخ المهذب هنا كل أوقيه سبعة مثاقيل ، وهكذا نقله صاحب البيان فيه وفى مشكلات المهذب عن المهذب • وهو غلط صريح والصواب الأول ، ولعله صحف فى نسخة وشاعت والله تعالى أعلم • وقوله « لأنه يتجزأ من غير ضرر » احتراز من الماشية • وقوله « فى الردىء الردىء » هو مهموز •

(اما الأحكام) ففيها مسائل :

(أحداها) تجب الزكاة فى الذهب والفضة بالاجماع ودليل المسألة النصوص والاجماع وسواء فيهما المسكوك والتبر والحجارة منهما والسبائك وغيرها من جنسها ، الا الحلى المباح على أصح القولين ، كما سنوضحه ان شاء الله تعالى •

(الثانية) لا زكاة فيما سوى الذهب والفضة من الجواهر ، كالياقوت والفيروزج واللؤلؤ والمرجان والزمرد والزبرجد والحديد والصفر وسائر النحاس والزجاج ، وان حسنت صنعها وكثرت قيمتها ، ولا زكاة أيضا فى المسك والعنبر قال الشافعى رضى الله عنه فى المختصر : ولا فى حلية بحر • قال أصحابنا : معناه كل ما يستخرج منه فلا زكاة فيه ، ولا خلاف فى شىء من

هذا عندنا ، وبه قال جماهير العلماء من السلف وغيرهم • وحكى ابن المنذر وغيره عن الحسن البصرى وعمر بن عبد العزيز والزهرى وأبى يوسف واسحاق ابن راهوية أنهم قالوا : يجب الخمس فى العنبر ، قال الزهـرى : وكذلك اللؤلؤ ، وحكى أصحابنا عن عبـد الله بن الحسن العنبرى أنه قال : يجب الخمس فى كل ما يخرج من البحر سوى السمك •

وحكى العنبرى وغيره عن أحمد روايتين (احداهما) كمذهب الجماهير (والثانية) أنه أوجب الزكاة فى كل ما ذكرنا اذ بلغت قيمته نصابا حتى فى المسك والسمك • ودليلنا الأصل أن لا زكاة الا فيما ثبت الشرع فيه ، وصح عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : ليس فى العنبر زكاة انما هو شىء دسره البحر ، وهو بدال وسين مهملتين مفتوحتين أى قذفه ودفعه ، فهذا الذى ذكرناه هو المعتمد فى دليل المسألة وأما الحديث المروى عن عمر وبن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم « لا زكاة فى حجر » فضعيف جداً ، رواه البيهقى وبين ضعفه •

(الثالثة) لا زكاة فى الذهب حتى يبلغ نصابا ونصاب الذهب عشرون[1] مقالا ونصاب الفضة مائتا درهم ، وهى خمس أواق بوقية الحجاز والاعتبار بوزن مكة فأما المثقـال فلم يختلف فى جاهلية ولا اسـلام وقدره معروف ، والدراهم المراد بها دراهم الاسلام وهى التى كل عشرة منها سبعة مثاقيل ، وسأفرد بعد هذا الفصل ان شاء الله تعالى فصلا نفيسا أذكر فيه أقاويل العلماء فى حال الدينار والدرهم وقدرهما وما يتعلق بتحقيقهما •

قال أصحابنا : فلو نقص عن النصاب حبة أو بعض حبة فلا زكاة بلا خلاف عندنا ، وان راج رواج الوازنة وزاد عليه لجودة نوعه ، هـذا مذهبنا وبه قال جمهور العلماء • وقال مالك : ان نقصت المائتان من الفضة حبة وحبتين ونحوهما مما يتسامح به ويروج رواج الوازنة وجبت الزكاة ، وعن أحمـد نحوه ، وعنه ان نقصت دانقا أو دانقين وجبت الزكاة وعن مالك رواية أنها

---

(١) المثقال يساوى ما زنته فى عصرنا هذا أربعة جرامات واربعة اعشار الجرام • وحساب الزكاة فى عصرنا تتقوم الأوراق المالية باعتبارها سفتجة على ملىء وهو بنك الاصدار فيكون النصاب ٤ر٤ ج × ٢٠ = ٨٨ جراما فيها ٢ر٥ ٪ قدر الزكاة والله أعلم (ط) •

اذا نقصت ثلاثة دراهم وجبت الزكاة ، واحتج لهما بأنها كالمائتين فى المعاملة واحتج أصحابنا والجمهور بالحديث السابق فى الباب « ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة » والأوقية أربعون درهما ، وهذا دون ذلك حقيقة ، وانما يسامح به صاحبه اذا نقص تبرعا فلو طالب بنقصان الحبة كان له ذلك ووجب دفعها اليه والله أعلم •

(فـرع) لو نقص نصاب الذهب أو الفضة حبة ونحوها فى بعض الموازين ، وكان تاما فى بعضها فوجهان حكاهما امـام الحـرمين والرافعى (أصـحهما) وبه قطع المحاملى والماوردى والبندنيجى وآخرون : لا تجب للشك فى بلوغ النصاب ، والأصل عدم الوجوب وعدم النصاب (والثانى) تجب ، وهو قول الصـيدلانى ، حكاه عنه امام الحرمين ، وغلطه فيه وشنع عليه ، وبالغ فى الشناعة وقال : الصواب لا تجب للشك فى النصاب •

(الرابعة) لا يضم الذهب الى الفضة ، ولا هى اليه فى اتمام النصـاب بلا خلاف كما لا يضم التمر الى الزبيب ويكمل النوع من أحدهما بالنوع الآخر ، والجيد بالردىء والمراد بالجـودة النعومة ، والصـبر على الضرب ونحوهما وبالرداءة الخشونة ، والتفتت عند الضرب ونحوهما ، والله تعالى أعلم •

(الخامسة) واجب الذهب والفضة ربع العشر ، سواء كان نصابا فقط ، أم زاد زيادة قليلة أم كثيرة ، ودليله فى الكتاب •

(السادسة) يشترط لوجوب زكاتهما أن يملكهما حولا كاملا بلا خلاف، فلو ملك عشرين مثقالا معظم السنة ، ثم نقصت ولو نقصانا يسيرا ، ثم تمت بعد ساعة انقطع الحول الأول ، ولا زكاة حتى يمضى عليها حول كامـل ، من حين تمت نصابا ، وهذا لا خلاف فيه ، نص عليه الشافعى رضى الله عنه ، واتفق عليه الأصحاب ، وقد أخل المصنف بذكر اشتراط الحول هنا ، وان كان قد ذكره فى التنبيه •

(السابعة) اذا كان الذهب أو الفضة الذىوجبت فيه الزكاةكلهجيدا أخرج جيداً منه ، أو من غيره ، فانأخرج دونه معيبا أو رديئا أو مغشوشا لم يجزئه، هكذا قطع به الأصحاب فى كل الطرق ، وحكى الرافعى عن الصيدلانى أنه يجوز قال : وهو غلط ، وحكاه عنه امام الحرمين فيما اذا كان البعض جيدا

والبعض رديئا فأخرج عن الجميع رديئـا ، قال الصـيدلانى : يجزيه مع الكراهة ، قال الامام : وهذا عندى خطأ محض صريح اذا اختلفت القيمة فالصواب ما سبق أنه لا يجـزيه بلا خلاف ، وهـل له استرجاع المعيب والردىء والمغشوش ؟ فيه وجهان أو قولان مشهوران ، محكيان فى الحاوى والشامل والمستظهرى والبيان وغيرهم عن ابن سريج (أحدهما) ليس له الرجوع ؛ ويكون متطوعا لأنه أخرج المعيب فى حق الله تعالى ، فلم يكن له استرجاعه ، كما لو لزمه عتق رقبة سليمة فأعتق معيبـة ، فانها تعتق ولا تجزيه ؛ ولا رجوع له بلا خلاف (والثانى) له الرجـوع وهو الصحيح باتفاق الأصحاب لأنه لم يجزئه عن الزكاة فجاز له الرجوع كما لو عجل الزكاة فتلف ماله قبل الحول ، قال صاحب الشامل : وهذا ينبغى أن يكون اذا بين عند الدفع كونها زكاة هذا المال بعينه ، فان أطلق لم يتوجه الرجوع ، وجزم صاحب المستظهرى بهذا الوجه الذى ذكره صاحب الشامل ، فان قلنا بالصحيح : ان له استرجاعها فان كانت باقية أخذها ، فان استهلكها المساكين أخرج التفاوت • قال ابن سريج : وكيفية معرفة ذلك أن يقوم المخرج بجنس آخر ، فيعرف التفاوت ، مثاله معه مائتا درهم جيدة فأخرج عنها خمسة معيبة ، فقومنا الخمسة الجيدة بذهب ، فساوت نصف دينار وساوت المعيبة خمسى دينار ، فعلمنا أنه بقى عليه درهم جيد •

هذا كله اذا كان كل ماله جيدا ، فان كان كله رديئا كفاه الاخراج من نفسه أو من ردىء مثله ، وهذا لا خلاف فيه ، وان تبرع فأخرج أجود منه أجزأه وكان خيرا وأفضل ، وان كانت الفضة أو الذهب أنواعا بعضها جيد وبعضها ردىء أو بعضها أجود من بعض فان قلت الأنواع وجب من كل نوع بقسطه وان كثرت وشق اعتبار الجميع أخرج من أوسطها لا من الأجود ولا من الأردأ ، كما سبق فى الثمار • ويجوز اخراج الصحيح عن المكسور وقد زاد خيرا ، ولا يجوز عكسه • بل اذا لزمه دينار جمع المستحقين وسلمه اليهم كلهم بأن يسلمه الى واحد باذن الباقين وان وجب نصف دينار وسلم اليهم دينارا كاملا نصفه عن الزكاة ونصفه يبقى له معهم أمانة فاذا تسلموه برئت ذمته من الزكاة ثم يتفاصل هو وهم فى الدينار بأن يبيعوه لأجنبى ويتقاسموا ثمنه أو يشتروا منه نصيبه أو يشترى نصيبهم لكن يكره له شرى صدقته

ممن تصدق عليه ، سواء الزكاة وصدقة التطوع • كما سنوضحه فى آخر قسم الصدقات ان شاء الله تعالى ، وهذا الذى ذكرناه من أنه لا يجزىء المكسر عن الصحيح هو المذهب وبه قطع جمهور الأصحاب • قال الرافعى : وحكى (وجه ثان) أنه يجوز أن يصرف الى كل مسكين حصته مكسرا (ووجه ثالث) أنه يجوز ذلك لكن مع التفاوت بين الصحيح والمكسر (ووجه رابع) أنه يجوز اذا لم يكن بين الصحيح والمكسر فرق فى المعاملة والصواب الأول •

(الثامنة) اذا كان له ذهب أو فضة مغشوشة ، فلا زكاة فيها حتى يبلغ خالصها نصابا ، هكذا نص عليه الشافعى رضى الله عنه والمصنف وجميع الأصحاب فى كل الطرق الا السرخسى ، فقال فى الأمالى : لا تجب الزكاة فى مائتين من الفضة المغشوشة ومتى تجب ؟ فيه وجهان (أصحهما) اذا بلغت قدراً تكون الفضة الخالصة فيها مائتين ، ولا تجب فيما دون ذلك (والثانى) اذا بلغت قدراً لو ضمت اليه قيمة الغش من النحاس أو غيره لبلغ نصابا تجب ، وهذا الوجه الذى انفرد به السرخسى غلط مردود بقوله صلى الله عليه وسلم « وليس فيما دون خمس أوراق من الورق صدقة » والله أعلم •

ولو كان معه ألف درهم مغشوشة • فأخرج عنها خمسة وعشرين خالصة قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله تعالى : أجزأه وقد زاد خيراً ، وهو متطوع بالزيادة ، ولو أخرج على مائتين خالصة خمسة مغشوشة فقد سبق فى المسألة السابعة أنه لا يجزيه وأن له استردادها على الصحيح ، ولو أخرج عن الألف المغشوشة مغشوشة يعلم أن فيها من الفضة ربع العشر أجزأه ، بأن كان الغش فيها سواء ، فأخرج منها خمسة وعشرين ، فان جهل قدر الفضة فيها مع علمه ببلوغها نصابا ، فهو بالخيار بين أن يسبكها ويخرج ربع عشر خالصها ، وبين أن يحتاط ويخرج ما يتيقن أنه فيه ربع عشر خالصها ، فان سبكها ففى مؤنة السبك وجهان حكاهما صاحب الحاوى والمستظهرى (الصحيح) منهما أنها على المالك ، لأنها للتمكن من الأداء ، فكانت على المالك كمؤنة الحصاد (والثانى) تكون من المسبوك لأنه لتخليص المشترك •

قال أصحابنا : ومتى ادعى رب المال أن قدر الخالص فى المغشوش كذا

وكذا فالقول قوله ، فان اتهمه الساعى حلفه استحبابا بلا خلاف ، لأن قوله لا يخالف الظاهر ، قال البندنيجى : فان قال رب المال : لا أعلم قدر الفضة علما لكنى اجتهدت فأدى اجتهادى الى كذا لم يكن للساعى أن يقبل منه حتى يشهد به شاهدان من أهل الخبرة بذلك •

(فـرع) لو كان له اناء من ذهب وفضة وزنة ألف ، من أحدهما ستمائة ومن الآخر أربعمائة ولا يعـرف أيهما الذهب ، قال أصحابنا : ان احتاط فزكى ستمائة ذهبا وستمائة فضة أجزأه ، فان لم يحتط فطريقه أن يميزه بالنار ، قال أصحابنا الخراسانيون : ويقوم مقام النار الامتحان بالماء بأن يوضع قدر المخلوط من الذهب الخالص فى ماء ويعلم على الموضع الذى يرتفع اليه الماء ، ثم يخرج ويوضع مثله من الفضة الخالصة ، ويعلم على موضع الارتفاع ، وهذا يقع فوق الأولى لأن أجزاء الذهب أكثر اكتنازا ، ثم يوضع فيه المخلوط وينظر ارتفاع الماء به ، أهو الى علامة الذهب أقرب ؟ أم الى علامة الفضة ، ويزكى كذلك ولو غلب على ظنه الأكثر منهما • قال الشيخ أبو حامد والعراقيون : ان كان يخرج الزكاة بنفسه فله اعتماد ظنه وان دفعه الى الساعى لم يقبل ظنه ، بل يلزمه الاحتياط أو التمييز • وقال امام الحرمين : الذى قطع به أئمتنا أنه لا يجوز اعتماد ظنه ، قال : ويحتمل أن يجوز الأخذ مما شاء من التقديرين لأن اشتغال ذمته بغير ذلك مشكوك فيه ، وجعل الغزالى فى الوسيط هذا الاحتمال وجها •

(فـرع) قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله : يكره للامام ضرب الدراهم المغشوشة ، للحديث الصحيح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من غشنا فليس منا » رواه البخارى ومسلم من رواية أبى هريرة ، ولأن فيه افسادا للنقود واضراراً بذوى الحقوق وغلاء الأسعار ، وانقطاع الأجلاب ، وغير ذلك من المفاسد • قال أصحابنا : ويكره لغير الامام ضرب المغشوش لما ذكرنا فى الامام ، ولأن فيه افتئاتا على الامام ، ولأنه يخفى فيغتر به الناس بخلاف ضرب الامام ، قال القاضى أبو الطيب فى المجرد وغيره من الأصحاب : قال أصحابنا : ويكره أيضا لغير الامام ضرب الدراهم

والدنانير [1] ان كانت خالصة لأنه من شـأن الامام ، ولأنه لا يؤمن فيه الغش والافساد قال القاضى أبو الطيب : قال أصحابنا : ومن ملك دراهم مغشوشة كره له امساكها [بل يسبكها ويصفيها قال القاضى : الا اذا كانت دراهم البلد مغشوشة فلا يكره امساكها] وقد نص الشافعى رضى الله عنه على كراهة امساك المغشوش واتفق الأصحاب عليه لأنه يغر به ورثته اذا مات وغيرهم فى الحياة ، كذا علله الشافعى وغيره والله تعالى أعلم .

---

(١) يقول محمد نجيب المطيعى محققه وصاحب تكلمته :

هذا بالنسـبة للنقود الحقيقية أعنى التى تقوم بوزنها ، أما النقود فى عصرنا هذا فانهـا رمزية حيث أصبحت النقود نظاما معقدا اختلف حول مناهجه الباحثون فى علوم الاقتصاد وتبعا لاختلاف النظم الاقتصادية والسياسية بين أمم الارض . اذ تتوقف النظرة الى النقود على راى كل باحث فى المشكلات الاقتصادية ووسـائل علاجها ، ثم ينتقل الباحث بشىء من الاسهاب الى المقايضة واهتداء الناس الى وسيط مقبول فى المبادلات ومن هنا اهتدوا الى النقود وما يقـوم بدلها ولذلك يقول الاقتصاديون :

١ ـ النقود ادوات معتمدة لقياس القيم واستيداعها وللوفاء بالالتزامات .

٢ ـ النقود هى الأشياء التى لا تطلب لذاتها وانما تطلب لما تقدر على انجازه .

٣ ـ النقود ادوات لتحريك الموارد والطاقات .

٤ ـ النقود هى كل ما يستعمل مقياسا للقيم وواسطة للتبادل واداة ادخار ، فاى شىء يؤدى هذه الوظيفة يسمى نقدا دون اعتبار للمادة التى صنع منها .

ويجب أن نفرق بين الأموال والنقود فالأموال اعم والنقود أخص فالأموال يقال لها فى عصرنا الحاضر الثروة ، أو رأس المال او كل شىء ملموس له قيمة اقتصادية سواء أكان هذا الشىء ثابتا ام منقولا قصير الأجل كالطعام ام ممتدا كالدار .

وكان التعامل قديما يعتمد على المقايضة بتنازل مالك السلعة عنها مقابل تنازل مالك آخر لسلعة أخرى ولا يتسنى هذا الا اذا اتفق الطرفان على حاجة كل منهما لما عند الآخر واستغنائه الى حد ما عما فى يده وقد تضمنت طريقة المقايضة هذه متاعب كثيرة مثل :

١ ـ توقفها على توافق الرغبات .

٢ ـ تفاوت القيمة بين السلعتين مع استحالة تجزئة الكبيرة منها لتساوى بديلها كالفرق بين البقرة والشاة .

٣ ـ صعوبة تقدير القيم بالنسـبة للسلع لتنـوع الحاجات واختلاف المقـادير المستخرجة والمنتجات المصنعة .

٤ ـ عدم تحقق فكرة الادخار عن طريق المقايضة ، لان الأساس الذى يقوم عليه تحقيق هذا الغرض أن يبقى الشىء المدخر بحيث لا تضيع قيمته او تنقص مع مضى الأيام ، ولما كانت السلعة قابلة للتلف كانت فكرة ادخارها صعبة أو مستحيلة ، ولمثل هذه الصعوبات أباح الشرع الحنيف التفاضل بين ما اختلفت أجناسه حتى لا تتعطل مصالح الناس وحرم التفاضل فى المثلى . لأجل هذا اهتدى الناس الى نظام النقود التى يجب أن يتوفر لها كوسيط أو وسيلة لقضاء الحاجات ما يلى :

وأما المعاملة بالدراهم المغشوشة ، فان كان الغش فيها مستهلكا بحيث لو صفيت لم يكن له صورة كالدراهم المطلية بزرنيخ ونحوه صحت المعاملة عليها بالاتفاق لأن وجود هـذا الغش كالعـدم ، وان لم يكن مستهلكا

---

١ ــ أن يكون مقبولا عند أفراد المجتمع قبولا عاما .

٢ ــ أن يكون متين التركيب بحيث يتصف بالاحتمال كما يتصف أيضا بامكان تجزئته .

٣ ــ أن يكون قابلا للحفظ حتى لا يشق نقله ولا يؤود الناس حفظه .

٤ ــ أن يتصف بالندرة النسبية . وهذه النقود قد مرت اول الامر بدور مختلف باختلاف الاماكن والازمان فقديما كانت بعض البلاد تتعامل بالبقر أو الغنم ولاتزال بقاياها الى اليوم فى السودان وقبائل افريقيا وكانت فى التبت (الشاى) وفى الهند الغربية (السكر) وفى امريكا (الصدف) ثم التمس الناس مادة أخرى تكون أقوى على البقاء وتحقيق منفعة ثابتة فكانت النقود بمعناها الحقيقى وهى المعادن ، فقد اتخذوها لسهولة نقلها وحفظها وتجزئتها ، وكانت اول الامر على شكل قضبان وصفائح وحلقات وقد استخدم الحديد أولا ثم أمكن استخدام السبائك من النحاس والبرونز فى صنع قطع نقدية فتداولها الناس بضمان أصحابها لأنها كانت تحمل أسماءهم أو توسم بعلامات وسمات تدل عليها ولذلك كانت النقود دُولة بين الاغنياء والصيارفة ثم انتشرت التجارة واتسعت معاملات الناس ومبادلاتهم فظهرت المعادن النفيسة تقوم بها الكميات الضخمة وكانت الفضة أكثر أنواع النقود استخداما أما ما كان مصنوعا من النحاس والبرونز فكان لتبادل الاشياء الصغيرة ، وكان الذهب نادر الاستعمال لا يكاد يستعمل الا فى المعاوضات الكبرى وكانت النقود الرومية مصنوعة على شكل أقراص مسطحة ثم صنعت نقود العرب على شكل سميك مستدير ، وكان خالد بن الوليد على ماحققنا ذلك فى كتابه « تاريخ النقود الاسلامية » وكتابنا « خالد والدعوة المحمدية » هو أول من ضرب الدرهم ونقش عليه (أبو سليمان) بالرومية ثم تلاه عبد الله ابن الزبير فوضع على أحد وجهى الدرهم « محمد رسول الله » وعلى الوجه الآخر « أمر الله بالوفاء والعدل » .

وكان سبب اصطلاح الناس جميعا واصطفاقهم على استعمال الذهب والفضة ما أودعه الله تبارك وتعالى من خصائص فى هذين المعدنين نجملها فيما يأتى :

١ ــ ثباتهما وعدم تغيرهما بملامسة الماء او الهواء لما فيهما من خواص تكسبهما مناعة ضد التآكل والصدأ والنطفاء البريق وقلة الجودة كالمعادن الاخرى .

٢ ــ ثبات القيمة نسبيا لان النقد اذا كان متقلبا غير مستقر فانه يؤثر على الرخاء العام وعلى الحياة الاقتصادية فلا يكون معيارا دقيقا ثابتا تقدر به الاشياء .

٣ ــ تجانسهما فى كل أنحاء العالم اذ لا يستطيع الانسان بالغا ما بلغ حذقه أن يميز بين الذهب الذى يستخرج من قارة استراليا والذى يستخرج من نيجيريا او غيرها ولذا كان السعر واحدا فى جميع أسواق العالم .

٤ ــ امكان تجزئتهما مع بقاء قيمتهما .

٥ ــ التزين بهما وامكان صنعهما على أشكال ونقوش يتزين بها النساء .

٦ ــ صعوبة الغش فيهما بسهولة تمييز الزائف بمجرد الرؤية وسماع الرنين ثم صنعت الدول سندات تنوب عن هذين النقدين وهى قراطيس تتميز بنقوش او صور وعبارات تحدد قيمة التعامل بهذه القراطيس وهى سندات يقابلها فى العادة رصيد معدنى من الذهب والفضة ، وصارت

كالمغشوش بنحاس ورصاص ونحوهما ، فان كانت الفضة فيها معلومة لا تختلف صحت المعاملة على عينها الحاضرة وفى الذمة أيضا ، وهذا متفق عليه ، صرح به الماوردى وغيره من العراقيين ، وامام الحرمين وغيره من الخراسانين وان كانت الفضة التى فيها مجهولة ففى صحة المعاملة بها معينة وفى الذمة أربعة أوجه (أصحها) الجواز فيها لأن المقصود رواجها ولا يضر اختلاطها بالنحاس كما يجوز بيع المعجونات بالاتفاق ، وان كانت أفرادها مجهولة المقدار .

(والثانى) لا يصح لأن المقصود الفضة وهى مجهولة ، كما نص الشافعي والأصحاب أنه لا يجوز بيع تراب المعدن لأن مقصوده الفضة وهى مجهولة ، كما لا يجوز بيع اللبن المخلوط بالماء باتفاق الأصحاب .

(والثالث) تصح المعاملة بأعيانها ولا يصح التزامها فى الذمة ، كما لا يصح بيع الجواهر والحنطة المختلطة بالشعير معيبة ولا يصح السلم فيها ولا قرضها .

(والرابع) ان كان الغش فيها غالبا لم يجز والا فيجوز . قال أصحابنا : فان قلنا بالأصح فباعه بدراهم مطلقا ونقد البلد مغشوش صح العقد ووجب من ذلك النقد ، وان قلنا بالآخرين لم يصح هكذا ذكر الخراسانيون وغيرهم المسألة . قال الصيمرى وصاحبه صاحب الحاوى : اذا كان قدر الفضة فى المغشوشة مجهولا فله حالان (أحدهما) أن يكون الغش بشىء مقصود له قيمة كالنحاس . وهذا له صورتان (احداهما) أن تكون الفضة غير ممازجة للغش ، كالفضة على النحاس فلا تصح المعاملة بها لا فى الذمة ولا بعينه ، لأن المقصود الآخر غير معلوم ولا مشاهد فلا تصح المعاملة بها ، كالفضة المطلية بذهب (الثانية) أن تكون الفضة ممازجة للنحاس ، فلا تجوز المعاملة

كتعهد بدفع قدر محدد من الذهب او الفضة وتنحصر النقود الورقية فى ثلاثة انواع : نائبة ووثيقة والزامية .

ولكل نوع من هذه الانواع شرح ليس هذا مكانه ، والمهم هنا ان نسوق ماسقناه ليتبين لنا أصل النقدين وسنزيد البحث اضافة اخرى فى الجزء العاشر ان شاء الله تعالى فى بحث ابواب الربا هدانا الله سواء السبيل .

بها فى الذمة للجهل بها ، كما لا يجوز السلم فى المعجونات ، وفى جوازها على أعيانها وجهان (أصحهما) وبه قال أبو سعيد الاصطخرى وأبو على ابن أبى هريرة : يصح كما يصح بيع حنطة مخلوطة بشعير ، وكالمعجونات وان لم يجز السلم بخلاف تراب المعادن ، لأن التراب غير مقصود .

(الحال الثانى) أن يكون الغش بشىء مستهلك لا قيمة له حينئذ كالزئبق والزرنيخ ، فان كانا ممتزجين لم تجز المعاملة بها فى الذمة ولا معينة ، لأن المقصود مجهول ممتزج كتراب المعدن.وان لم يكونا ممتزجين بل كانت الفضة على ظاهر الزرنيخ والزئبق صارت المعاملة بأعيانها ، لأن المقصود مشاهد ولا يجوز فى الذمة لأن المقصود مجهول . هـذا كله لفظ صاحب الحاوى قال صاحب الحاوى وغيره : والحكم فى الدنانير المغشوشة كهو فى الدراهم المغشوشة كما سبق ، ولا يجوز بيع بعضها ببعض ولا بالدنانير الخاصة ، وكذا لا يجوز بيع دراهم مغشوشة بمغشوشة ولا بخالصة وستأتى المسألة واضحة فى باب الربا ان شاء الله تعالى . قال صاحب الحاوى : ولو أتلف الدراهم المغشوشة انسان لزمه قيمتها ذهبا لأنه لا مثل لها : هذا كلامه وهو تفريع على طريقته ، والا فالأصح ثبوتها فى الذمة ، وحينئذ تكون مضبوطة فيجب مثلها ، والله تعالى أعلم .

(فـرع) جرت عادة أصحابنا فى هذا الموضع بتفسير الكنز المذكور فى قوله تبارك وتعالى (والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها فى سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم) [1] وجاء الوعيد على الكنز فى الأحاديث الصحيحة ، قال أصحابنا وجمهور العلماء : المراد بالكنز المال الذى لا تؤدى زكاته ، سواء كان مدفونا أم ظاهراً . فأما ما أديت زكاته فليس بكنز ، سواء كان مدفونا أم بارزاً . وممن قال به من أعلام المحدثين البخارى فقال فى صحيحه : ما أديت زكاته فليس بكنز لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « ليس فيما دون خمس أوراق صدقة » ثم روى البخارى فى صحيحه أن أعرابياً قال لابن عمر رضى الله عنهما (الذين يكنزون الذهب والفضة)

---

(١) الآية ٣٤ من سورة التوبة .

فقال ابن عمر : « من كنزها فلم يؤد زكاتها فويل له ، انما كان هذا قبل أن تنزل الزكاة ، فلما نزلت جعلها الله تعالى طهرا للأموال » وهذا الحديث فى صحيح البخارى مسند متصل الاسناد .

وقد غلط بعض المصنفين فى أحكام الحديث فى قوله : ذكره البخارى تعليقا وسبب غلطه أن البخارى قال : قال أحمد بن شبيب ، وذكر اسناده ، وأحمد بن شبيب أحد شيوخ البخارى المشهورين ، وقد علم أهل العناية بصيغة الحديث أن مثل هذه الصيغة اذا استعملها البخارى فى شيخه كان الحديث متصلا ، وانما المعلق ما أسقط فى أول اسناده واحد فأكثر . وكل هذا موضع فى علوم الحديث [1] ، وعن عبد الله بن دينار قال : سمعت ابن عمر رضى الله عنهما وهو يسأل عن الكنز ما هو ؟ فقال « هو المال الذى لا تؤدى منه الزكاة » رواه مالك فى الموطأ باسناده الصحيح . وعن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اذا أديت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك » رواه الترمذى وقال حديث حسن . وعن ابن عباس قال : « لما نزلت هذه الآية (والذين يكنزون الذهب والفضة) كبر ذلك على المسلمين ، فقال عمر رضى الله عنه : أنا أفرج عنكم : فانطلقوا فقالوا : يا نبى الله انه كبر على أصحابك هذه الآية ، فقال صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى لم يفرض الزكاة الا ليطيب بها ما بقى من أموالكم ، وانما فرض المواريث لتكون لمن بعدكم، فكبر عمر رضى الله عنه ثم قال : ألا أخبركم بخير ما يكنز ؟ المرأة الصالحة اذا نظر اليها سرته ، واذا أمرها أطاعته ، واذا غاب عنها حفظته » رواه أبو داود فى أواخر كتاب الزكاة من سننه باسناد صحيح على شرط مسلم .

وعن أم سلمة رضى الله عنها قالت « كنت ألبس أوضاحا من ذهب فقلت : يا رسول الله أكنز هو ؟ فقال ما بلغ أن تؤدى زكاته فزكى فليس بكنز » رواه أبو داود فى أول كتاب الزكاة باسناد حسن . قال صاحب الحاوى : قال الشافعى : الكنز ما لم تؤد زكاته وان كان ظاهراً ، وما أديت زكاته فليس

---

(١) وقد اسهبنا فى كتابنا (تبسيط علوم الحديث وأدب الرواية) فى هذا الباب ومثله ما تقربه أعين المحدثين (ط) .

بكنز وان كان مدفونا • قال : واعترض عليه ابن جرير وابن داود ، فقال ابن داود : الكنز فى اللغة المال المدفون ، سواء أديت زكاته أم لا ، وزعم أنه المراد بالآية • وقال ابن جرير : الكنز المحرم فى الآية هو ما لم تنفق منه فى سبيل الله فى الغزو ، قال : وكل من الاعتراضين غلط ، والصواب قول الشافعى يدل عليه الكتاب والسنة وأقوال الصحابة ، والله أعلم •

(فصل) فى بيان حقيقة الدينار والدرهم ومبدأ أمرهما فى الاسلام وضبط مقدارهما

قال الامام أبو سليمان الخطابى فى معالم السنن فى أول كتاب البيع فى باب المكيال مكيال أهل المدينة والميزان ميزان أهل مكة • قال : معنى الحديث أن الوزن الذى يتعلق به حق الزكاة وزن أهل مكة ، وهى دراهم الاسلام المعدلة منها العشرة بسبعة مثاقيل ، لأن الدراهم مختلفة الأوزان فى البلدان ، فمنها البغلى وهو ثمانية دوانيق ، والطبرى أربعة دوانيق ، ومنها الخوارزمى وغيرها من الأنواع ، ودراهم الاسلام فى جميع البلدان ستة دوانيق وهو وزن أهل مكة الجارى بينهم • وكان أهل المدينة يتعاملون بالدراهم عدداً وقت قدوم النبى صلى الله عليه وسلم ويدل عليه قول عائشة رضى الله عنها فى قصة شراها بريرة « ان شاء أهلك أن أعدها لهم عدة واحدة فعلت »تريد الدراهم ، فأرشدهم النبى صلى الله عليه وسلم الى الوزن ، وجعل المعيار وزن أهل مكة •

قال : واختلفوا فى حال الدراهم فقال بعضهم : لم تزل الدراهم على هذا العيار فى الجاهلية والاسلام ، وانما غيروا السكك ونقشوها بسكة الاسلام ، والأوقية أربعون درهماً ، ولهذا قال النبى صلى الله عليه وسلم « ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة وهى مائتا درهم » قال : وهذا قول أبى العباس بن سريج • وقال أبو عبيد : حدثنى رجل من أهل العلم والعناية بأمر الناس ممن يعنى بهذا الشأن أن الدراهم كانت فى الجاهلية ضربين البغلية السوداء ثمانية دوانيق ، والطبرية أربعة وكانوا يستعملونها

مناصفة مائة بغلية ومائة طبرية ، فكان فى المائتين منها خمسة دراهم زكاة ، فلما كان زمن بنى أمية قالوا : ان ضربنا البغلية ظن الناس أنها التى تعتبر فيها الزكاة فيضر الفقراء ، وان ضربنا الطبرية ضر أرباب الأموال فجمعوا الدرهم البغلى والطبرى وجعلوهما درهمين كل درهم ستة دوانيق ، وأما الدينار فكان يحمل اليهم من بلاد الروم ، فلما أراد عبد الملك بن مروان ضرب الدنانير والدراهم سأل عن أوزان الجاهلية ، فأجمعوا له على أن المثقال اثنان وعشرون قيراطا الا حبة بالشامى ، وأن عشرة من الدراهم سبعة مثاقيل فضربها كذلك ، هذا آخر كلام الخطابى .

وقال الماوردى فى الأحكام السلطانية : استقر فى الاسلام وزن الدرهم ستة دوانيق وكل عشرة دراهم سبعة مثاقيل . واختلف فى سبب استقرارها على هذا الوزن ، فقيل : كانت فى الفرس ثلاثة أوزان ، منها درهم على وزن المثقال عشرون قيراطاً ، ودرهم اثنا عشر ، ودرهم عشرة ، فلما احتيج فى الاسلام الى تقديره أخذ الوسط من جميع الأوزان الثلاثة وهو اثنان وأربعون قيراطاً ، فكان أربعة عشر قيراطاً من قراريط المثقال ، وقيل : ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه رأى الدراهم مختلفة ، منها البغلى ثمانية دوانيق ، والطبرى أربعة ، والمغربى ثلاثة دوانيق ، واليمنى دانق واحد ، فقال : انظروا أغلب ما يتعامل الناس به من أعلاها وأدناها ، فكان البغلى والطبرى ، فجمعهما فكانا اثنى عشر دانقا فأخذ نصفهما فكان ستة دوانيق فجعله دراهم الاسلام .

قال : واختلف فى أول من ضربها فى الاسلام فحكى عن سعيد بن المسيب أن أول من ضربها فى الاسلام عبد الملك بن مروان ، قال أبو الزناد : أمر عبد الملك بضربها فى العراق سنة أربع وسبعين ، وقال المدائنى : بل ضربها فى آخر سنة خمس وسبعين ، ثم أمر بضربها فى النواحى سنة ست وسبعين ، قال : وقيل : أول من ضربها مصعب بن الزبير بأمر أخيه عبد الله بن الزبير سنة سبعين على ضرب الأكاسرة ثم غيرها الحجاج . هذا آخر كلام الماوردى .

وقال القاضى عياض رحمه الله تعالى : لا يصح أن تكون الأوقية والدراهم مجهولة فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يوجب الزكاة

فى أعداد منها وتقع بها البياعات والأنكحة كما ثبت فى الأحاديث الصحيحة • قال : وهذا يبين أن قول من زعم أن الدراهم لم تكن معلومة الى زمن عبد الملك بن مروان وأنه جمعها برأى العلماء وجعل كل عشرة وزن سبعة مثاقيل ، ووزن الدرهم ستة دوانيق قول باطل ، وانما معنى ما نقل من ذلك أنه لم يكن منها شيء من ضرب الاسلام وعلى صفة لا تختلف ، بل كانت مجموعات من ضرب فارس والروم ، وصغاراً وكباراً وقطع فضة غير مضروبة ولا منقوشة ، ويمنية ومغربية ، فرأوا صرفها الى ضرب الاسلام ونقشه وتصييرها وزنا واحداً لا يختلف وأحيانا يستغنى فيها عن الموازين فجمعوا أكبرها وأصغرها وضربوه على وزنهم • قال القاضى : ولا شك أن الدراهم كانت حينئذ معلومة ، والا فكيف كانت تعلق بها حقوق الله تعالى فى الزكاة وغيرها وحقوق العباد ؟ وهذا كما كانت الأوقية معلومة أربعين درهما • هذا كلام القاضى •

وقال الرافعى وغيره من أصحابنا : أجمع أهل العصر الأول على التقدير بهذا الوزن ، وهو أن الدرهم ستة دوانيق كل عشرة دراهم سبعة مثاقيل ، ولم يتغير المثقال فى الجاهلية ولا الاسلام • هذا ما ذكره العلماء فى ذلك ، والصحيح الذى يتعين اعتماده أن الدراهم المطلقة فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت معلومة الوزن معروفة المقدار ، وهى السابقة الى الأفهام عند الاطلاق ، وبها تتعلق الزكاة وغيرها من الحقوق والمقادير الشرعية ، ولا يمنع من هذا كونه كان هناك دراهم أخرى أقل أو أكثر من هذا القدر ، فاطلاق النبى صلى الله عليه وسلم الدراهم محمول على المفهوم عند الاطلاق ، وهو كل درهم ستة دوانيق ، وكل عشرة سبعة مثاقيل • وأجمع أهل العصر الأول فمن بعدهم الى يومنا على هذا ، ولا يجوز أن يجمعوا على خلاف ما كان فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلفائه الراشدين والله تعالى أعلم •

وأما مقدار الدرهم والدينار فقال الحافظ أبو محمد عبد الحق ابن عبد الرحمن بن عبد الله الأزدى فى كتابه الأحكام : قال أبو محمد على

ابن أحمد ــ يعنى ابن حزم ــ بحثت غاية البحث عن كل من وثقت بتمييزه ، فكل اتفق على أن دينار الذهب بمكة وزنه اثنتان وثمانون حبة وثلاثة أعشار حبة من حب الشعير وعشر عشر حبة فالرطل مائة درهم وثمانية وعشرون درهما وأربعة أسباع درهم وهو تسعون مثقالا ، وقيل مائة وثلاثون درهما وبه قطع الغزالى والرافعى وهو غريب ضعيف .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى نصاب الذهب والفضة ، وضم أحدهما الى الآخر وغير ذلك ، وفيه مسائل :

(احداها) قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن نصاب الفضة مائتا درهم وأن فيه خمسة دراهم ، واختلفوا فيما زاد على المائتين ، فقال الجمهور : يخرج مما زاد بحسابه ربع العشر ، قلّت الزيادة أم كثرت ، ممن قال به على ابن أبى طالب وابن عمر النخعى ومالك وابن أبى ليلى والثورى والشافعى وأبو يوسف ومحمد وأحمد وأبو ثور وأبو عبيد قال : وقال سعيد بن المسيب وطاوس وعطاء والحسن البصرى والشعبى ومكحول وعمرو بن دينار والزهرى وأبو حنيفة : لا شىء فى الزيادة على مائتين حتى تبلغ أربعين ففيها درهم قال ابن المنذر : وبالأول أقول . ودليل الوجوب فى القليل والكثير قوله صلى الله عليه وسلم : « فى الرقة ربع العشر » وهو صحيح كما سبق .

وأما الذهب فقد ذكرنا أن مذهبنا أن نصابه عشرون مثقالا ويجب فيما زاد بحسابه ربع العشر ، قلت الزيادة أم كثرت ، وبه قال الجمهور من السلف والخلف وقال ابن المنذر : أجمعوا على أن الذهب اذا كان عشرين مثقالا وقيمتها مائتا درهم وجبت فيه الزكاة ، الا ما اختلف فيه عن الحسن ، فروى عنه هذا وروى عنه أنه لا زكاة فيما هو دون أربعين مثقالا لا تساوى مائتى درهم [1] وفى دون عشرين اذا ساوى مائتى درهم ، فقال كثير منهم : لا زكاة فيما دون عشرين ، وان بلغت مائتى درهم ، وتجب فى عشرين وان لم تبلغها ، ممن قال به على بن أبى طالب وعمر بن عبد العزيز وابن سيرين وعروةوالنخعى والحكم ومالك والثورى والأوزاعى والليث والشافعىوأبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وأحمد واسحاق وأبو ثور وأبو عبيد . قال طاوس وعطاء والزهرى

---

(1) كذا بالأصل ولعل الصواب واختلفوا فى دون عشرين الخ .

وأيوب وسليمان بن حرب : يجب ربع العشر فى الذهب اذا بلغت قيمته مائتى درهم ، وان كان دون عشرين مثقالا فلا شيء فى الزيادة حتى تبلغ أربعة دنانير وأما اذا كانت الفضة تنقص عن مائتى درهم والذهب ينقص عن عشرين مثقالا نقصاً يسيراً جداً بحيث يروج رواج الوازنة ، فقد ذكرنا عن مذهبنا أنه لا زكاة ، وبه قال اسحاق وابن المنذر والجمهور ، وقال مالك : تجب .

(المسألة الثانية) مذهبنا أنه لا يكمل نصاب الدراهم بالذهب ولا عكسه حتى لو ملك مائتين الا درهما وعشرين مثقالا الا نصفا أو غيره ، فلا زكاة فى واحد منهما وبه قال جمهور العلماء ، حكاه ابن المنذر عن ابن أبى ليلى والحسن بن صالح وشريك وأحمد وأبى ثور وأبى عبيد . قال ابن المنذر : وقال الحسن وقتادة والأوزاعى والثورى ومالك وأبو حنيفة وسائر أصحاب الرأى : يضم أحدهما الى الآخر ، واختلفوا فى كيفية الضم فقال الأوزاعى يخرج ربع عشر كل واحد فاذا كانت مائة درهم وعشرة دنانير ، أخرج ربع عشر كل واحد منهما . وقال الثورى : يضم القليل الى الكثير ونقل العبدرى عن أبى حنيفة يضم الذهب الى الفضة بالقيمة ، فاذا كانت له مائة درهم وله ذهب قيمته مائة درهم وجبت الزكاة قال وقال مالك وأبو يوسف وأحمد : يضم أحدهما الى الآخر بالأجزاء فاذا كان معه مائة درهم وعشرة دنانير ، أو خمسون درهماً وخمسة عشر ديناراً ضم أحدهما الى الآخر ، ولو كان له مائة درهم وخمسة دنانير قيمتها مائة درهم فلا ضم ، دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة » .

(الثالثة) مذهبنا ومذهب العلماء كافة أن الاعتبار فى نصاب الذهب والفضة بالوزن لا بالعدد . وحكى صاحب الحاوى وغيره من أصحابنا عن المنقرى وبشر المريسى المعتزلى أن الاعتبار بمائتى درهم عدداً لا وزناً حتى لو كان معه مائة درهم عدداً وزنها مائتان فلا شيء فيها ، وان كانت مائتان عدداً وزنها مائة وجبت الزكاة ، قال أصحابنا : وهذا غلط منهما لمخالفته النصوص والاجماع فهو مردود .

(الرابعة) قد ذكرنا أن مذهبنا أنه لا زكاة فى المغشوش من ذهب ولا فضة حتى يبلغ خالصه نصابا ، وبه قال جمهور العلماء . وقال أبو حنيفة : ان كان الغش مثل نصف الفضة أو الذهب أو أكثر فلا زكاة حتى يبلغ الخالص نصابا ، وان كان أقل وجبت الزكاة اذا بلغ بغشه نصابا ، بناء على أصله أن الغش اذا نقص عن النصف سقط حكمه حتى لو اقترض عشرة دراهم لا غش فيها فرد عشرة فيها ستة فضة ، والباقى غش لزم المقرض قبولها ويبرأ المقترض بها ، ولو ملك مائتين خالصة فأخرج زكاتها خمسة مغشوشة ، قال تجزيه قال الماوردى : فساد هذا القول ظاهر والاحتجاج عليه تكلف ويكفى فى رده قوله صلى الله عليه وسلم « ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة » .

(الخامسة) مذهبنا ومذهب مالك وأحمد والجمهور أنه يشترط فى المال الذى تجب الزكاة فى عينه ويعتبر فيه الحول كالذهب والفضة والماشية وجود النصاب فى جميع الحول . فان نقص النصاب فى لحظة من الحول انقطع الحول ، فان كمل بعد ذلك استؤنف الحول من حين يكمل النصاب وقال أبو حنيفة : المعتبر وجود النصاب فى أول الحول وآخره ، ولا يضر نقصه بينهما ، حتى لو كان معه مائتا درهم ، فتلفت كلها فى أثناء الحول الا درهما ، أو أربعون شاة فتلفت فى أثناء الحول الا شاة ثم ملك فى آخر الحول تمام المائتين وتمام الأربعين وجبت زكاة الجميع والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان له دين نظرت فان كان دينا غير لازم كمال الكتابة لم يلزمه زكاته لأن ملكه غير تام عليه ، فان العبد يقدر ان يسقطه ، وان كان لازما نظرت ـ فان كان على مقر ملىء ـ لزمه زكاته ، لانه مقدور على قبضه فهو كالوديعة ، وان كان على ملىء جاحد ، أو مقر معسر فهو كالمال المغصوب وفيه قولان ، وقد بيناه فى زكاة الماشية ، وان كان له دين مؤجل ، ففيه وجهان قال ابو اسحاق : هو كالدين الحال على فقير او ملىء جاحد فيكون على قولين وقال ابو على ابن ابى هريرة : لا تجب فيه الزكاة فاذا قبضه استقبل به الحول لانه لا يستحقه . ولو حلف انه لا يستحقه كان بارا ، والأول اصح ، لانه لو لم يستحقه لم ينفذ فيه ابراؤه ، وان كان له مال غائب ـ فان كان مقدورا على قبضه ـ وجبت فيه الزكاة الا انه لا يلزمه اخراجها حتى يرجع اليه وان لم يقدر عليه فهو كالمغصوب) .

(الشرح) قال أصحابنا : الدَّيْن ثلاثة أقسام :

(أحدها) غير لازم كمال الكتابة ، فلا زكاة فيه بلا خلاف لما ذكره المصنف .

(الثانى) أن يكون لازما وهو ماشية بأن كان له فى ذمة انسان أربعون شاة سلما أو قرضا ، فلا زكاة فيها أيضا بلا خلاف ، لأن شرط زكاة الماشية السوم ، ولا توصف التى فى الذمة بأنها سائمة .

(الثالث) أن يكون دراهم أو دنانير أو عرض تجارة ، وهو مستقر ، ففيه قولان مشهوران « القديم » لا تجب الزكاة فى الدين بحال لأنه غير معين « والجديد » الصحيح باتفاق الأصحاب وجوب الزكاة فى الدين على الجملة وتفصيله أنه ان تعذر استيفاؤه لاعسار من عليه أو جحوده ولا بينة أو مطله أو غيبته فهو كالمغصوب وفى وجوب الزكاة فيه طرق تقدمت فى باب زكاة الماشية ، والصحيح وجوبها . وقيل : تجب فى الممطول . والدين على ملىء غائب بلا خلاف . وانما الخلاف فيما سواهما وبهذا الطريق قطع صاحب الحاوى وغيره وليس كذلك بل المذهب طرد الخلاف . فان قلنا بالصحيح وهو الوجوب لم يجب الاخراج قبل حصوله بلا خلاف ولكن [1] فى يده أخرج عن المدة الماضية . هذا معنى الخلاف . وأما اذا لم يتعذر استيفاؤه بأن كان على ملىء باذل أو جاحد عليه بينة أو كان القاضى يعلمه ــ وقلنا : القاضى يقضى بعلمه فان كان حالا ــ وجبت الزكاة بلا شك ووجب اخراجها فى الحال ، وان كان مؤجلا فطريقان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) عند المصنف والأصحاب أنه على القولين فى المغصوب (أصحهما) تجب الزكاة (والثانى) لا تجب وهذه طريقة أبى اسحاق المروزى .

(والطريق الثانى) طريقة ابن أبى هريرة لا زكاة فيه قولا واحدا ، كالمال الغائب الذى يسهل احضاره ؛ فان قلنا بوجوب الزكاة ، فهل يجب اخراجها فى الحال ؟ فيه وجهان حكاهما امام الحرمين وآخرون (أصحهما)

---

(١) كذا فى الأصل ولعل الصواب ولكن اذا حصل الخ (ط) .

لا يجب ، وبه قطع الجمهور كالمغصوب • قال امام الحرمين : ولأن الخمسة نقدا تساوى ستة مؤجلة ، ويستحيل أن يسلم أربعة نقدا تساوى خمسة مؤجلة ، فوجب تأخير الاخراج الى القبض ، قال : ولا شك أنه لو أراد أن يبرىء فقيرا عن دين له عليه ، ليوقعه عن الزكاة لم يقع عنها لأن شرط أداء الزكاة أن يتضمن تمليكا محققا ، والله تعالى أعلم •

وأما المال الغائب فان لم يكن مقدورا عليه لانقطاع الطريق أو انقطاع خبره فهو كالمغصوب ، هكذا قال المصنف والجمهور وقيل تجب الزكاة قطعا لأن تصرفه فيه نافذ بخلاف المغصوب ولا خلاف أنه لا يجب الاخراج عنه قبل عوده وقبضه ، وان كان مقدورا على قبضه وجبت الزكاة منه بلا خلاف ووجب اخراجها فى الحال بلا خلاف ويخرجها فى بلد المال ، فان أخرجها فى غيره ففيه خلاف نقل الزكاة • هذا اذا كان المال مستقرا فان كان سائرا غير مستقر لم يجب اخراج زكاته قبل أن يصل اليه فاذا وصل أخرج عن الماضى بلا خلاف ، هذا هو الصواب فى مسألة الغائب ، وما وجدته خلافه فى بعض الكتب فنزّله عليه ، ومما يظن مخالفا قول المصنف (فان كان مقدورا على قبضه وجبت فيه الزكاة ، الا أنه لا يلزمه اخراجها حتى يرجع اليه) وهكذا قاله ابن الصباغ ، وكلامهما محمول على ما ذكرنا اذا كان سائرا غير مستقر ، هكذا صرح به أبو المكارم فى العدة وغيره ، وجزم الشيخ أبو حامد بأنه يخرجها فى الحال ، وهو محمول على ما اذا كان المال مستقرا فى بلد ، والله تعالى أعلم •

قال أصحابنا : كل دين وجب اخراج زكاته قبل قبضه ، وجب ضمه الى ما معه من جنسه لاكمال النصاب ، ويلزمه اخراج زكاتهما فى الحال ، وكل دين لا يجب اخراج زكاته قبل قبضه ، ويجب بعد قبضه ــ فان كان معه من جنسه مالا يبلغ وحده نصابا ، ويبلغ بالدين نصابا ــ فوجهان مشهوران (أحدهما) وبه قطع صاحب البيان : لا يلزمه زكاة ما معه فى الحال ، فاذا قبض الدين لزمه زكاتهما عن الماضى (وأصحهما) عند الرافعى وغيره يجب اخراج قسط ما معه • قالوا : وهما مبنيان على أن التمكن

شرط فى الوجوب أو فى الضمان ان قلنا بالأول لا يلزمه لاحتمال أن لا يحصل الدين وان قلنا بالثانى لزمه . والله تعالى أعلم .

وكل دين لا زكاة فيه فى الحال ولا بعد عوده عن الماضى ، بل يستأنف له الحول اذا قبض ، فهذا لا يتم به نصاب ما معه ، واذا قبضه لا يزكيها عن الماضى بلا خلاف ، بل يستأنف لهما الحول ، والله تعالى أعلم . أما اذا كان له مائة درهم حاضرة ومائة غائبة ، فان كانت الغائبة مقدورا عليها لزمه زكاة الحاضر فى الحال فى موضعها وان لم يكن مقدورا عليه ــ فان قلنا لا زكاة فيه اذا عاد ــ فلا زكاة فى الحاضر لنقصه عن النصاب.وان قلنا يجب زكاته فهل يلزمه زكاة الحاضر فى الحال ؟ فيه الوجهان السابقان فى الدين بناء على أن التمكن شرط فى الوجوب أم الضمان ، فان لم نوجبها فى الحال أوجبناها فيه ، وفى الغائب ان عاد والا فلا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان معه اجرة [دار] لم يستوف المستاجر منفعتها وحال عليها الحول وجبت فيها الزكاة لانه يملكها ملكا تاما . وفى وجوب الاخراج قولان . قال فى البويطى : يجب لانه يملكها ملكا تاما فاشبه مهر المراة ، وقال فى الام : لا يجب لأن ملكه قبل استيفاء المنفعة غير مستقر ، لانه قد تنهدم الدار فتسقط الأجرة فلم تجب الزكاة فيه كدين الكتابة ، والأول اصح لأن هذا يبطل بالصداق قبل الدخول ، فانه يجوز ان يسقط بالردة ، ويسقط نصفه بالطلاق ثم يجب اخراج زكاته) .

(الشرح) اتفقت نصوص الشافعى رضى الله عنه والأصحاب رحمهم الله تعالى على أن المرأة يلزمها زكاة الصداق اذا حال عليه الحول ، ويلزمها الاخراج عن جميعه فى آخر الحول بلا خلاف وان كان قبل الدخول ، ولا يؤثر كونه معرضا للسقوط بالفسخ بردة أو غيرها أو نصفه بالطلاق ، وأما اذا أجر داره أو غيرها بأجرة حالة وقبضها فيجب عليه زكاتها بلا خلاف لما ذكره المصنف . وفى كيفية اخراجها قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما .

(مثاله) آجرها أربع سنين بمائة وستين دينارا ، كل سنة بأربعين (أحد القولين) يلزمه عند تمام السنة الأولى من حين ملك المائة وقبضها زكاة جميع المائة وهذا نصه فى البويطى • قاله صاحب الحاوى وغيره وهو الأصح عند ابن سريج والمصنف وابن الصباغ • (والثانى) لا يلزمه عند تمام كل سنة الا اخراج زكاة القدر الذى استقر ملكه عليه • وهذا هو الصحيح وهو نصه فى الأم ومختصر المزنى • قال صاحب الحاوى : هو نصه فى الأم وفى غيره • وصححه جمهور الأصحاب • ممن صححه الشيخ أبو حامد والمحاملى فى المجموع وصاحب الحاوى والبغوى وخلائق ، ونقل السرخسى فى الأمالى والرافعى أنه الأصح عند جمهور الأصحاب ، فعلى هذا يخرج عند تمام السنة الأولى زكاة حصة السنة وهو دينار عن أربعين ، فاذا مضت السنة الثانية فقد استقر ملكه على ثمانين سنتين ، فعليه زكاتها السنتين وهى أربعة دنانير ، لكل سنة ديناران ، وقد أخرج فى السنة الأولى دينارا فيسقط عنه ويخرج الباقى وهو ثلاثة دنانير ، فاذا مضت السنة الثالثة فقد استقر ملكه على مائة وعشرين ثلاث سنين وواجبها تسعة دنانير لكل سنة ، وقد أخرج منها فى السنتين السابقتين أربعة فيخرج الباقى وهو خمسة دنانير فاذا مضت السنة الرابعة فقد استقر ملكه على مائة وستين دينارا فى السنين الماضية وفيها تسعة دنانير ، فيجب اخراج الباقى وهو سبعة دنانير •

قال أصحابنا : هذا اذا أخرج من غير الأجرة ، فان أخرج منها واجب السنة الأولى فعند تمام السنة الثانية يخرج زكاة الأربعين الأولى سوى ما أخرج منها فى السنة الأولى وزكاة الأربعين الثانية لسنتين ، وعند السنة الثالثة والرابعة يقاس بما ذكرناه ، أما اذا قلنا بالقول الأول فانه يخرج عند تمام السنة الأولى زكاة المائة والستين ، وكذا فى كل سنة يخرج أربعة دنانير ان أخرج من غيرها ، فان أخرج منها زكى كل سنة ما بقى • واعلم أن الشيخ أبا حامد والمصنف والجمهور قالوا : تجب الزكاة فى الجميع بعد انقضاء السنة قولا واحدا ، وانما القولان فى كيفية الاخراج كما ذكرناه ، وقال القاضى أبو الطيب وطائفة قليلة : القولان فى نفس الوجوب ، والاخراج مبنى عليهما ان قلنا بالوجوب وجب الاخراج والا فلا ، هذا كله اذا كانت

الأجرة متساوية فى كل السنين كما مثلناه أولا ، فان تفاوتت زاد القدر المستقر فى بعض السنين على أربع ، ونقص فى بعضها •

قال الرافعى رحمه الله تعالى : فان قيل : هل صورة المسألة ما اذا كانت الأجرة فى الذمة ثم نقدها ؟ أو كانت معينة ؟ أم لا فرق ؟ فالجواب أن كلام نقلة المذهب يشمل الصورتين ، ولم أر فيها نصا وتفصيلا الا فى فتاوى القاضى حسين فانه قال : فى الحالة الأولى الظاهر أنه تجب زكاة كل المائة اذا حال الحول لأن ملكه مستقر على ما أخذ ، حتى لو انهدمت لا يلزمه رد المقبوض بعينه ، بل له رد مثله•وفى الحالة الثانية قال : حكم الزكاة حكمها فى المبيع قبل القبض لأنه معرض لأن يعود الى المستأجر بانفساخ الاجارة ، وبالجملة الصورة الثانية أحق بالخلاف من الأولى وما ذكره القاضى اختيارا منه للوجوب فى الحالتين جميعا • هذا آخر كلام الرافعى رحمه الله تعالى •

وقال صاحب الحاوى • لا خلاف فى المذهب أنه ملك جميع الأجرة الحالة بنفس العقد لكن فى ملكه قولان ، نص فى البويطى وغيره أنه ملكها ملكا مستقرا كثمن المبيع وكالصداق ، لأنه جائز التصرف فيها بحيث لو كانت الأجرة أمة جاز له وطؤها فدل على أن ملكه مستقر ، ونص فى الأم وغيره وهو الأظهر أنه ملكها بالعقد ملكا موقوفا ، فاذا مضى زمان من المدة استقر ملكه على ما قابله من الأجرة لأن الأجرة فى مقابلة المنفعة وملك المستأجر غير مستقر على المنافع لأنها لو فاتت بالانهدام رجع بما قابلها من الأجرة ، ولو استقر ملكه لم يرجع بما قابلها ، كما لا يرجع المشترى اذا استقر ملكه بالقبض • والفرق بين الأجرة والصداق من وجهين (أحدهما) أن ملك الزوج على الصداق مستقر لأن ملك الزوج لبضعها مستقر بخلاف الأجرة ولهذا لو ماتت لم يرجع بشىء من صداقها ، ولو انهدمت الدار رجع بقسط ما بقى من الأجرة (والثانى) أن رجوع الزوج بالصداق اذا عرض فسخ ، أو بنصفه اذا عرض طلاق قبل الدخول انما هو ابتداء جلب ملك فلا يمنع استقرار ملك الزوجة على الصداق قبل الفراق ، وأما رجوع المستأجر بقسط الأجرة اذا انهدمت الدار ، فانما هو بالعقد السابق • والله تعالى أعلم •

(فـرع) لو انهدمت الدار فى أثناء المدة انفسخت الاجارة فيما بقى ولا ينفسخ فى الماضى على المذهب ، وبينا استقرار ملكه على قسط الماضى والحكم فى الزكاة كما سبق • قال صاحب الحاوى والأصحاب : فلو كان أخرج زكاة الجميع قبل الانهدام لم يرجع بما أخرجه من الزكاة عند استرجاع قسط ما بقى • لأن ذلك حق لزمه فى ملكه • فلم يكن له الرجوع به على غيره •

(فـرع) قال صاحب الحاوى : لو أجر الدار أربع سنين مثلا بمائة دينار وقبضها ولم يسلم الدار حتى مضت المدة بطلت الاجارة ، ولزمه رد الأجرة قال : وأما زكاتها ــ فان قلنا بنصه فى الأم : ان ملكه غير مستقر الا بمضى المدة فلا زكاة لأنه كل ما مضى من مدة قبل التسليم زال ملكه عما يقابله ، فلا يلزمه زكاته وان قلنا بنصه فى البويطى : ان ملكه مستقر فحكمه عكس ما سبق ، فاذا مضت السنة الأولى قبل التسليم فقد كان ملكه مستقراً على مائة دينار ، وزال عن خمسة وعشرين فيزكى الباقى ، وهكذا فى كل سنة بحصتها ، فاذا مضت السنة الرابعة زال ملكه عما بقى من المائة فلا يزكيه ولا رجوع بما أخرج من زكاتها قبل ذلك ، لأنه حق لزمه فى ملكه فلم يكن له الرجوع به •

(فـرع) اذا باع سلعة بنصاب من النقد وقبضه ، ولم يسلم السلعة حتى حال حول على الثمن فى يده فهل يلزم البائع اخراج زكاة النقد قبل تسليم المبيع؟ قال أصحابنا : فيه القولان فى الأجرة لأن الثمن قبل قبض المبيع غير مستقر • قال صاحب الحاوى وهل يلزم المشترى ــ اذا كان شراء السلعة للتجارة ــ اخراج الزكاة عنها قبل قبضها ؟ فيه القولان ، ان قلنا : ان ملك الأجرة مستقر ، ولا ينظر الى احتمال الفسخ فملك الثمن والسلعة مستقر فيجب زكاتها وان احتمل الفسخ ، وان قلنا : ان الملك فى الأجرة غير مستقر فكذا الثمن والسلعة ، قال أصحابنا : ولو أسلم نصابا فى ثمرة أو غيرها للتجارة أو غيرها ، وحال الحول قبل قبض المسلم فيه فان قلنا : ان تعذر المسلم فيه لا ينفسخ به العقد ، وانما يوجب الخيار وجبت على المسلم اليه زكاة النصاب الذى قبضه بلا خلاف ، لاستقرار ملكه ، وان قلنا ينفسخ العقد ،

ففى وجوب زكاته القولان كالأجرة ، فأما المسلم فلا تلزمه زكاة الثمرة المسلم فيها قولا واحدا وان كانت للتجارة ، قال صاحب الحاوى وغيره : لأن تأجيل الثمر يمنع وجوب زكاته ، فاذا قبضه استقبل به الحول والله أعلم •

(فـرع) اذا أوصى لانسان بنصاب ، ومات الموصى ، ومضى حول من حين موته قبل القبول ، قال أصحابنا : ان قلنا : الملك يحصل فى الوصية بالموت فعلى الموصى له الزكاة ، ولا يضر كونه يبطل بردة ، وان قلنا : يحصل بالقبول فلا زكاة عليه ، ثم ان أبقيناه على ملك الموصى فلا زكاة على أحد ، لأن الميت ليس مكلفا بزكاة ولا غيرها ، وان قلنا انه للوارث فهل يلزمه الزكاة ؟ فيه وجهان (أحدهما) نعم ، لأنه ملكه (وأصحهما) لا ، لضعفه بتسلط الموصى له عليه ، وان قلنا : انه موقوف فقبل ، بَانَ أنه ملك بالموت ، ولا زكاة عليه فى أصح الوجهين لعدم استقرار ملكه وعلى الثانى يجب لوجود الملك •

(فـرع) اذا أصدق امرأته أربعين شاة سائمة بأعيانها لزمها الزكاة اذا تم حولها من يوم الاصداق سواء دخل بها أم لا ، وسواء قبضتها أم لا ، هذا هو المذهب ، وقد سبقت الاشارة اليها ، وقد صرح به المصنف فى قياسه ، وفيه قول مخرج من الأجرة أنه اذا لم يدخل بها فهو كالأجرة على ما سبق • وحكى وجه أنه ما لم يُقْبِضْها لا زكاة عليها ولا على الزوج ، تفريعا على أن الصداق مضمون ضمان العقد ، فيكون على الخلاف فى المبيع قبل القبض ، وبهذا قال أبو حنيفة والمذهب الصحيح الذى قطع به الجمهور القطع بالوجوب عليها مطلقا ، ولو طلقها قبل الدخول نظر ــ ان طلقها قبل الحول ــ عاد نصف الماشية الى الزوج ، فان لم يميز فهما خليطان فعليهـا عند تمام الحول من يوم الاصداق ــ نصف شاة • وان طلق بعد تمام الحول فلها ثلاثة أحوال •

(أحدها) أن تكون قد أخرجت الزكاة من نفس الماشـية ففيما يرجـع به الزوج ثلاثة أقوال (أحدها) نصف الجملة فان تساوت قيمة الغنم أخذ

منها عشرين ، وان اختلفت أخذ النصف بالقيمة وهذا نصه فى المختصر .
(والثانى) نصف الغنم الباقية ، ونصف قيمة الشاة المخرجة ، وهو نصه فى كتاب الزكاة من الأم وهو الأصح ، قال ابن الصباغ : هو الأقيس لأن حقه يتعلق بنصف عين الصداق ، وقد ذهب بعض العين ، فيرجع فى نصف ما بقى
(والثالث) أنه بالخيار بين ما ذكرنا فى القول الثانى ، وبين أن يترك الجميع ويرجع بنصف القيمة ، وهو نصه فى كتاب الصداق ، هذا اذا كان المخرج من جنس مال الصداق فلو كان من غير جنسه بأن أصدقها خمسا من الابل ، فحال الحول فباعت بعيرا ، واشترت من ثمنه شاة أخرجتها زكاة ــ فنقل السرخسى عن الأصحاب أنه ان قلنا : اذا كان الواجب من جنسه ــ ينصرف المخرج الى حصتها ويرجع الزوج بعشرين شاة فهنا أولى ، والا فقولان (أحدهما) الحكم كما سبق من القولين الباقيين من الثلاثة (والثانى) أنه ينصرف هنا الى نصيبها وان لم ينصرف هناك فيرجع الزوج بعشرين كاملة لأنها باختيارها صرفت المُخْرَجَ فى هذه الجهة ، فوجب اختصاصه بها .

(الحال الثانى) أن تكون أخرجت الزكاة من موضع آخر فالمذهب وبه قطع العراقيون وغيرهم ، يأخذ نصف الأربعين ، وقال الصيدلانى وجماعة : فيه وجهان أحدهما : هذا ، والثانى : يرجع الى نصف القيمة .

(الحال الثالث) أن لا تخرج الزكاة أصلا ، فالمذهب أن نصف الأربعين تعود الى الزوج شائعا ، فاذا جاء الساعى وأخذ من عينها شاة رجع الزوج عليها بنصف قيمتها . قال صاحب الحاوى : فلو اقتسماها قبل اخراج زكاتها ففى صحة القسمة وجهان مخرجان من القولين فى تعلق الزكاة بالعين أو الذمة ، ان قلنا تتعلق بالعين فالقسمة باطلة وان قلنا بالذمة فصحيحة ، فعلى هذا لهما عند مطالبة الساعى بالزكاة أربعة أحوال (أحدها) أن يكون نصيب كل واحد منهما باقيا فى يده ، فيأخذ الساعى الزكاة مما فى يدها دون ما فى يد الزوج ، لأن الزكاة انما وجبت عليها ، فاذا أخذها منها استقر ملك الزوج على ما فى يده .

(الثانى) أن يكون نصيباهما تالفين ، فأيهما يطالب بالزكاة ؟ وجهان أحدهما : الزوجة لأن الوجوب عليها ، والثانى : للساعى مطالبة من شاء

منهما ، لأن الزكاة وجبت فيما كان بأيديهما ، فان طالب الزوجة لم يرجع على الزوج ، وان طالبه وأخذ منه رجع على الزوجة . (الثالث) أن يكون ما فى يدها باقيا دون ما فى يده فيأخذ الساعى منها ولا رجوع لها .

(الرابع) أن يكون ما فى يد الزوج باقيا ، دون ما فى يدها ، فيأخذ الساعى الزكاة مما فى يد الزوج ، لأن الزكاة تعلقت بما فى يده ، فاذا أخذها ففى بطلان القسمة وجهان ، أحدهما :تبطل لأنه أخذها بسبب متقدم ، فصار قدر الزكاة كالمستحق حال القسمة .

فعلى هذا بطلان القسمة يكون لوجود بعض الصداق للزوج دون بعضه ، فيكون على الأقوال الثلاثة ، والوجه الثانى لا تبطل القسمة ، لأن الوجوب فى ذمتها وأخذ الساعى كان بعد صحة القسمة فلم يبطلها ، كما لو أتلفت المرأة شيئا مما فى يد الزوج بقسمة ، فعلى هذا للزوج أن يرجع على الزوجة بقيمة الشاة المأخوذة وان كانت مثل ما وجب عليها ، فان أخذ الساعى منه زيادة لم يرجع بالزيادة لأن الساعى ظلمه بها فلا يجوز رجوعه على غيره . هذا آخر كلام صاحب الحاوى قال القاضى أبو الطيب فى المجرد والأصحاب فى هذين الوجهين الأخيرين : الصحيح أنه لا تبطل القسمة . وقال السرخسى : اذا طلقها بعد الحول وقبل اخراج الزكاة فتقاسما قبل اخراج الزكاة صحت المقاسمة على ظاهر نص الشافعى رضى الله عنه وعليه فرع الشافعى رضى الله عنه . لكن قال أصحابنا : ان قلنا القسمة افراز صحت كما نص عليه . فان قلنا : انها بيع فحكمه ما سبق فى بيع مال الزكاة ، فان قلنا : بصحة القسمة فجاء الساعى لأخذ الزكاة فان وجد فى ملك المرأة من عين الصداق أو غيره قدر الزكاة أخذها منها والا فمما أخذه الزوج ، ثم يرجع الزوج عليها بقيمة المأخوذ .

قال القاضى أبو الطيب وغيره : وهذا الحكم فى كل صداق تجب الزكاة فى عينه قال الشافعى فى الأم والأصحاب : ولو أصدقها أربعين شاة فى الذمة فلا زكاة ، وان مضت أحوال ، وهذا لا خلاف فيه ، لأن الحيوان يشترط

فى زكاته السوم ولا يتصور ذلك فيما فى الذمة ، وقد تقدمت هذه المسألة ، وكذا لو أسلم اليه فى أربعين شاة فلا زكاة فيها بلا خلاف لما ذكرناه . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن ملك مصوغاً من الذهب والفضة ، فان كان معداً للقنية وجبت فيه الزكاة لأنه مرصد للنماء فهو كغير المصوغ ، وان كان معداً للاستعمال نظرت ـ فان كان لاستعمال محرم كأواني الذهب والفضة وما يتخذه الرجل لنفسه من سوار أو طوق أو خاتم ذهب ، أو ما يحلى به المصحف أو يؤزر به المسجد أو يموه به السقف أو كان مكروها كالتضبيب القليل للزينة وجبت فيه الزكاة لأنه عدل به عن أصله بفعل غير مباح ، فسقط حكم فعله وبقى على حكم الأصل ، وان كان لاستعمال مباح كحلى النساء وما أعدّ لهن وخاتم الفضة للرجال ففيه قولان (أحدهما) لا تجب فيه الزكاة لما روى جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ليس فى الحلى زكاة » ولأنه معد لاستعمال مباح فلم تجب فيه الزكاة كالعوامل من الابل والبقر (والثانى) تجب فيه الزكاة ، واستخار الله فيه الشافعى واختاره لما روى أن امرأة من اليمن جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم معها ابنتها فى يدها مسكتان غليظتان من الذهب ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أتعطين زكاة هذا ؟ فقالت : لا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أيسرك أن يسورك الله بهما سوارين من نار ؟ فخلعتهما والقتهما الى النبى صلى الله عليه وسلم وقالت : هما لله ولرسوله » ولأنه من جنس الأثمان فأشبه الدراهم والدنانير ، وفيما لطخ به اللجام وجهان . قال أبو الطيب بن سلمة : هو مباح كالذى حلى به المنطقة والسيف فيكون على قولين . وقال أبو اسحاق : لا يحل وهو المنصوص لأن هذا حلية للدابة بخلاف السيف والمنطقة ، فان ذلك حلية فى الحرب فحل . وان كان للمرأة حلى فانكسر بحيث لا يمكن لبسه الا أنه يمكن اصلاحه للبس ففيه قولان (أحدهما) تجب فيه الزكاة لأنه لا يمكن لبسه فوجبت فيه الزكاة كما لو تفتت (والثانى) لا تجب لأنه للاصلاح واللبس أقرب ، وان كان لها حلى معد للاجارة ففيه طريقان (أحدهما) أنه تجب فيه الزكاة قولا واحداً لأنه معد لطلب النماء فأشبه اذا اشتراه للتجارة (والثانى) أنه على قولين لأن النماء المقصود قد فقد لأن ما يحصل من الأجرة قليل فلم يؤثر فى ايجاب الزكاة كأجرة العوامل من الابل والبقر . واذا وجبت الزكاة فى حلى تنقص قيمته بالكسر ملك الفقراء ربع العشر منه ويسلمه اليهم بتسليم مثله ليستقر ملكهم عليه كما قلنا فى الرطب الذى لا يجىء منه تمر . وقال أبو العباس : يخرج زكاته بالقيمة لأنه يشق تسليم بعضه ، والأول أظهر) .

(الشرح) أما الأحاديث والآثار الواردة فى زكاة الحلى وعدمها ، فمنها حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن امرأة أتت النبى صلى الله عليه وسلم ومعها ابنة لها وفى يد ابنتها مسكتان غليظتان من ذهب ، فقال لها : أتعطين زكاة هذا ؟ قالت : لا . قال : أيسرك أن يسورك الله بهما يوم القيامة سوارين من نار ؟ فخلعتهما فألقتهما الى النبى صلى الله عليه وسلم وقالت : هما لله ولرسوله » رواه أبو داود وغيره عن أبى كامل الجحدرى عن خالد بن الحارث عن حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده كما ذكرنا . وهذا اسناد حسن . ورواه الترمذى من رواية ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن امرأتين ، فذكره بنحوه . ثم قال الترمذى : هذا رواه المثنى بن صباح عن عمرو بن شعيب ، والمثنى وابن لهيعة ضعيفان . قال : ولا يصح فى هذا الباب عن النبى صلى الله عليه وسلم شىء . هذا آخر كلام الترمذى . وهذا التضعيف الذى ضعفه الترمذى بناء على انفراد ابن لهيعة والمثنى بن الصباح به ، وليس هو مفردا بل رواه أبو داود وغيره من رواية حسين المعلم كما ذكرنا عن عمرو [1] بن شعيب وحسين ثقة بلا خلاف ، روى له البخارى ومسلم . ورواه النسائى من رواية خالد بن الحارث مرفوعا كما سبق ، ومن رواية معتمر بن سليمان مرسلا ، ثم قال : خالد بن الحارث أثبت عندنا من معتمر وحديث معتمر أولى بالصواب ، والله تعالى أعلم .

وعن عائشة رضى الله عنها قالت : « دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم فرأى فى يدى فتخات من ورق فقال : ما هذا يا عائشة ؟ فقلت : صنعتهن أتزين لك يا رسول الله ، قال : أتؤدين زكاتهن ؟ قلت : لا أو ما شاء الله ، قال : هو حسبك من النار » وعن أم سلمة قالت : « كنت ألبس

---

(١) قال فى عون المعبود : وأخرجه الترمذى بنحوه وقال : لا يصح فى هذا الباب عن النبى صلى الله عليه وسلم شىء وأخرجه النسائى مسندا ومرسلا وذكر ان المرسل اولى بالصواب ا هـ قال الزيلعى : قال ابن القطان : اسناده صحيح . وقال المنذرى : اسناده لا مقال فيه فان أبا داود رواه عن أبى كامل الجحدرى وحميد بن مسعد وهما من الثقات واحتف بهما مسلم وخالد ابن الحارث امام فقيه احتج به البخارى ومسلم وكذلك حسين بن ذكوان المعلم احتجا به فى الصحيح ووثقه ابن المدينى وابن معين وأبو حاتم (ط) .

أوضاحا من ذهب فقلت : يا رسول الله أكنز هو ؟ فقال : ما بلغ أن يؤدّى زكاته فزُكّىَ فليس بكنز » رواه أبو داود باسناد حسن ، وقد سبق ذكره فى هذا الباب عن نافع ، وهذا اسناد صحيح وروى مالك فى الموطأ أيضا عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها : « أنها كانت تحلىّ بنات أخيها يتامى فى حجرها لهن الحلى فلا تخرج منه الزكاة » وهذا اسناد صحيح ، وروى الدارقطنى باسناده عن أسماء بنت أبى بكر رضى الله عنها : « أنها كانت تحلى بناتها الذهب ولا تزكيه نحوا من خمسين ألفا » .

وروى الشافعى رضى الله عنه هذه الأحاديث والآثار فى الأم ، ورواها عنه البيهقى فى معرفة السنن والآثار . ثم روى البيهقى باسناده الصحيح عن الشافعى قال : أخبرنا سفيان عن عمرو بن دينار قال : « سمعت رجلا يسأل جابر بن عبد الله عن الحلى أفيه زكاة ؟ فقال جابر : لا فقال : وان كان يبلغ ألف دينار ؟ فقال جابر : كثير » قال الشافعى ويروى عن ابن عباس وأنس بن مالك ولا أدرى أثبت عنهما معنى قول هؤلاء : ليس فى الحلى زكاة ؟ قال الشافعى : ويروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وعبد الله بن عمرو بن العاص أن فى الحلى زكاة . قال البيهقى : قد رويناه عنهما وعن ابن مسعود . قال : وحكاه ابن المنذر عنهم . وعن ابن عباس قال الشافعى : وهـذا مما أستخير الله تعالى فيه .

قال الشافعى فى القديم : وقال بعض الناس : فى الحلى زكاة وروى فيه شيئا ضعيفا . قال البيهقى : وكأنه أراد حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده السابق ثم رواه البيهقى من رواية حسين المعلم عن عمرو بن شعيب كما سبق ، ورواه أيضا من رواية الحجاج بن أرطاة ببعضه قال البيهقى : حسين أوثق من الحجاج غير أن الشافعى كان كالمتوقف فى روايات عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده اذا لم ينضم اليها ما يؤكدها لأنه قيل : ان رواياته عن أبيه عن جده أنها صحيفة كتبها عبد الله بن عمرو [1] . قال البيهقى : وقد

---

(١) الصواب الذى انتهى اليه بحثنا أن أسناد عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده يعد من أعلا الأسانيد فهو من أسانيد أصح الصحيح ان شاء الله (ط) .

ذكرنا فى كتاب الحج وغيره ما يدل على صحة سماع عمرو من أبيه ، وسماع أبيه من جده عبد الله بن عمرو ، قال : وقد انضم الى حديثه هذا حديث أم سلمة وحديث عائشة فى الفتخات قال البيهقى : من قال : لا زكاة فى الحلى زَعَمَ أن الأحاديث والآثار الواردة فى وجوب زكاته كانت حين كان التحلى بالذهب حراماً على النساء ، فلما أبيح لهن سقطت زكاته قال البيهقى . وكيف يصح هذا القول مع حديث عائشة ان كان ذكر الورِق فيه محفوظا ؟ غير أن رواية القاسم وابن أبى مليكة عن عائشة فى تركها اخراج زكاة الحلى مع ما ثبت من مذهبها من اخراج زكاة أموال اليتامى يوقع ريبة فى هذه الرواية المرفوعة ، فهى لا تخالف النبى صلى الله عليه وسلم فيما روته عنه الا فيما علمته منسوخا . قال البيهقى : ومن العلماء من قال: زكاة الحلى عاريته ، روى هذا عن ابن عمر وسعيد بن المسيب .

قال البيهقى : والذى يرويه فقهاؤنا عن جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم : « ليس فى الحلى زكاة » لا أصل له انما روى عن جابر من قوله غير مرفوع ، والذى يروى عن عافية بن أيوب عن الليث عن أبى الزبير عن جابر مرفوعا لا أصل له وعافية بن أيوب مجهول ، فمن احتج به مرفوعا كان مغرراً بدينه داخلا فيما نعيب به المخالفين من الاحتجاج برواية الكذابين والله يعصمنا من أمثاله . هذا آخر كلام البيهقى . فهذا مختصر ما يتعلق بأحاديث الباب ، وحصل فى ضمنه بيان الحديثين اللذين ذكرهما المصنف ، وهما حديث عمرو بن شعيب وحديث جابر ، والله تعالى أعلم .

(اما أحكام الفصل) فمقصوده بيان ما يجوز لبسه من الحلى للرجال والنساء ، وما يجوز للرجال خاصة أو للنساء خاصة . وما تجب فيه الزكاة منه قد سبق بيان جمل منه فى باب ما يكره لبسه ، وانما ذكر الشافعى والأصحاب رحمهم الله تعالى ما يحل من الحلى ويحرم فى هذا الباب ليعلم حكم الزكاة فيه . قال الشافعى والأصحاب : فكل متخذ من الذهب والفضة من حلى وغيره اذا حكم بتحريم استعماله أو كراهته وجبت فيه الزكاة بلا خلاف ، ونقلوا فيه اجماع المسلمين .

وان كان استعماله مباحاً كحلى النساء وخاتم الفضة للرجل والمنطقة وغير ذلك مما سنوضحه ان شاء الله تعالى ففى وجوب الزكاة فيه قولان مشهوران (أصحهما) عند الأصحاب : لا ، كما لا تجب فى ثياب البدن والأثاث وعوامل الابل والبقر ، وهذا مع الآثار السابقة عن الصحابة رضى الله عنهم ، وهذا نصه فى البويطى والقديم ؛ وقال السرخسى وغيره : وبه قال أكثر أهل العلم ؛ وممن صححه من أصحابنا المزنى وابن القاص فى المفتاح والبندنيجى والماوردى والمحاملى والقاضى أبو الطيب فى المجرد والدارمى فى الاستذكار ، والغزالى فى الخلاصة ؛ والرافعى فى كتابيه وآخرون لا يحصون ، وبه قطع جماعات منهم المحاملى فى المقنع وسليم الرازى فى الكفاية ، والمصنف فى عيون المسائل والجرجانى فى كتابيه التحرير والبلغة ، والشيخ نصر المقدسى فى الكافى وآخرون .

وأما قول الفورانى : ان القديم وجوب الزكاة والجديد لا تجب ، فغلط صريح مخالف لما قاله الأصحاب ، بل الصواب المشهور نصه فى القديم : لا تجب وفى الجديد قولان نص عليهما فى الأم ، ونص فى البويطى أنه لاتجب كما نص فى القديم ، والمذهب لا تجب كما ذكرنا ، هذا اذا كان معدا لاستعمال مباح كما سبق ، قال أصحابنا : ولو اتخذ حليا ولم يقصد به استعمالا محرما ولا مكروها ولا مباحا بل قصد كنزا واقتناء ، فالمذهب الصحيح المشهور الذى قطع به المصنف والجمهور وجوب الزكاة فيه ، قال الرافعى : ومنهم من حكى فيه خلافا ، ولو اتخذ حليا مباحا فى عينه لكن لم يقصد به استعمالا ولا كنزا واقتناء ، أو اتخذ ليؤجره ــ فان قلنا : تجب الزكاة فى الحلى المتخذ للاستعمال المباح ــ فهنا أولى ، والا فوجهان أصحهما لا زكاة فيه ، كما لو اتخذه ليعيره ولا أثر للأجرة كأجرة الماشية العوامل والثانى تجب قولا واحدا ، لأنه معد للنماء . قال الماوردى : وهذا قول أبى عبد الله الزبيرى ، وصححه الجرجانى فى التحرير لكن المذهب أنه على القولين ، والأصح لا زكاة فيه صححه الماوردى والرافعى وآخرون ، وقطع القاضى أبو الطيب فى المجرد وآخرون بأن المتخذ للاجارة مباح وفى زكاته القولان .

(فـرع) ذكرنا أن المتخذ من ذهب أو فضة ان كان استعماله محرما وجبت فيه الزكاة قولا واحدا ، وان كان مباحا فلا زكاة فى الأصـح ، قال أصحابنا : المحرم نوعان محرم لعينه كالأوانى والملاعق والمجامر من ذهب أو فضة ، ومحرم بالقصد بأن يقصد الرجل بحلى النساء الذى يملكه كالسوار والخلخال أن يلبسه أو يلبسه غلمانه ، أو قصدت المرأة بحلى الرجال كالسيف والمنطقة أن تلبسه أو تلبسه جواريها أو غيرهن من النساء • أو أعد الرجل حلى الرجال لنسائه وجواريه ، أو أعدت المرأة حلى النساء لزوجها وغلمانها ، فكله حرام بلا خلاف ، وتجب الزكاة فيه بالاتفاق •

ولو اتخذ حليا ولم يقصد به استعمالا ، بل قصد كنزه واقتناءه أو ايجاره ففيه خلاف قدمناه قريبا ، قال أصحابنا : وحكم القصد الطارىء بعد الصياغة فى جميع ما ذكرنا حكم المقارن ، فلو اتخذه بقصد استعمال محرم ثم قصد مباحا بطل الحول اذا قلنا لا زكاة فى الحلى ، فلو عاد القصد المحرم ابتـدأ الحول ، وكذا لو قصد الاستعمال ، ثم قصد كنزه ابتدأ الحول ، وكذا نظائره ، ولو اتخذ الرجل حلى النساء والمرأة حلى الرجال بلا قصد ، وقلنا : لا زكاة فى الحلى فقد سبق قريبا أنه لا زكاة فيه فى أصح الوجهين ، واحتج البغوى بأن الاتخاذ مباح فلا يجوز ايجاب الزكاة بالشك •

(فـرع) اذا قلنا بالمذهب أنه لا زكاة فى الحلى فانكسر فله أحـوال (أحدها) أن ينكسر بحيث لا يمنع الاستعمال فلا تأثير لانكساره بلا خلاف ، ويبقى فى زكاته القولان (والثانى) ينكسر بحيث يمتنع الاستعمال ، ويحوج الى سبك وصوغ فتجب الزكاة وأول الحـول وقت الانكسار ، هـذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور وحكى البندنيجى فيه طريقين •

(أحدهما) هذا (والثانى) أنه على التفصيل الذى سنذكره فى الحـال الثالث ان شاء الله تعالى (والثالث) ينكسر بحيث يمنع الاستعمال ، ولـكن لا يحتاج الى صوغ ، ويقبل الاصلاح بالالحام ، فان قصد جعله تبراً أو دراهم أو كنزه انعقد الحول عليه من يوم الانكسار ، وان قصد اصـلاحه فوجهان مشهوران أصحهما لا زكاة وان تمادت عليه أحوال لدوام صورة

الحلى ، وقصد الاصلاح ، وبهذا قطع صاحب الحاوى ، وان لم يقصد ذا ولا ذاك ففيه خلاف ، قيل وجهان وقيل قولان (أصحهما) الوجوب والله تعالى أعلم •

(**فصل**) فيما يحل ويحرم من الحلى ، فالذهب أصله على التحريم فى حق الرجال ، وعلى الاباحة للنساء ، ويستثنى عن التحريم على الرجال موضعان (أحدهما) يجوز لمن قطع أنفه اتخاذ أنف من ذهب ، وان أمكنه اتخاذه من فضة ، وفى معنى الأنف السن والأنملة ، فيجوز اتخاذهما ذهبا بلا خلاف ، ولا يجوز لمن قطعت رجله أو يده فى أصح الوجهين ، وما جاز من هذا من الذهب فمن الفضة أولى ، وقد سبقت هذه المسألة مبسوطة فى باب الآنية ، وباب ما يكره لبسه •

(الموضع الثانى) تمويه الخاتم والسيف وغيرهما للرجل ، ان كان يحصل منه شىء بالعرض على النار فهو حرام بلا خلاف ، والا فطريقان (أصحهما) وبه قطع العراقيون التحريم (والثانى) حكاه الخراسانيون فيه وجهان (أحدهما) التحريم لعموم قوله صلى الله عليه وسلم فى الذهب والحرير « هذان حرام على ذكور أمتى » وقد سبق بيان هذا الحديث وأشباهه فى باب ما يكره لبسه • (والثانى) الاباحة لأنه مستهلك وأما اتخاذ سن أو أسنان للخاتم فقطع الأصحاب بتحريمه ، ونقله الرافعى عن الأصحاب كلهم • وقال امام الحرمين : لا يبعد تشبيهه بالضبة الصغيرة فى الاناء وهذا ضعيف بل باطل مردود بالحديث المذكور •

وأما الفضة فيجوز للرجل التختم بها • وهل له ما سوى الخاتم من حلى الفضة ؟ كالدملج والسوار والطوق والتاج ؟ فيه وجهان قطع الجمهور بالتحريم وقال المتولى والغزالى فى فتاويه : يجوز لأنه لم يثبت فى الفضة الا تحريم الأوانى وتحريم الحلى على وجه يتضمن التشبه بالنساء • ويجوز للرجل تحلية آلات الحرب بالفضة بلا خلاف لما فيه من ارعاب العدو واظهار القوة ، وذلك كتحلية السيف والرمح وأطراف السهام والدرع والمنطقة والجوشن والخف والرانين وغيرها مما فى معناها • وفى تحلية السرج واللجام والثفر للدابة بالفضة وجهان مشهوران ذكرهما المصنف والأصحاب (أحدهما) وبه قال أبو الطيب بن سلمة : مباح كحلية السيف والمنطقة

(وأصحهما) عند الأصحاب التحـريم ، وبه قال ابن سريج وأبو اسـحاق المروزى ، ونقله المصنف والأصحاب عن نص الشافعى رضى الله عنه ، وقد نص عليه فى ثلاثة كتب فى رواية البويطى والربيع وموسى بن أبى الجارود ، لأن هذا حلية للدابة لا للرجل بخلاف المنطقة .

قال أصحابنا : ويجرى الوجهان فى الركاب وبرة النـاقة من الفضـة ، والأصح التحريم ثم قال القاضى أبو الطيب : ويجـريان فى تحليـة أطراف السيور ، والمذهب تحريم القلادة للدابة من الفضة ، وبه قطع كثيرون ، ولا يجوز للنساء تحلية شىء مـن هـذه المذكورات بالذهب ، وكذا بالفضـة بلا خلاف ، لأن فى استعمالهن ذلك تشبها بالرجال والتشبه حرام عليهن ، هكذا قاله الأصحاب ، واعترض عليهم الشاشى فى المعتمد ، وقال : آلات الحرب اما أن يقال : يجوز للنساء لبسها واستعمالها فى غير الحرب ، واما ان يقال لا يجوز ، والقول بالتحريم باطل ، لأن كونه من ملابس الرجل انمـا يقتضى الكراهة دون التحريم ألا يرى أن الشافعى رضى الله عنه قال فى الأم : ولا أكره للرجل لبس اللؤلؤ الا للادب وأنه من زى النساء لا للتحريم ؟ فلم يحرم زى النساء على الرجل ، وانما كرهه وكذا عكسه .

قال الشاشى : ولأن المحاربة جائزة للنسـاء فى الجمـلة ، وفى جوازها جواز لبس آلاتها ، واذا جاز استعمالها غير محلاة جاز مع الحلية ، لأن التحلى للنساء أولى بالجواز من الرجال . قال الرافعى : هذا الذى قاله الشـاشى هو الحق ان شاء الله تعالى (قلت) وليس الحكم كما قاله الشاشى والرافعى ، بل الصواب ما قاله الأصحاب أن تشبه الرجال بالنساء حرام وعكسه كذلك ، للحديث الصحيح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لعن الله المتشبهين بالنساء من الرجال والمتشبهات من النساء بالرجال » واللعن لا يكون على مكروه . وأما نصه فى الأم فليس مخالفا لهذا لأن مراده أنه من جنس زى النساء والله تعالى أعلم .

(فـرع) أجمع المسلمون على أنه يجوز للنساء لبس أنواع الحلى من الفضة والذهب جميعاً . كالطوق والعقد والخاتم والسـوار والخلخال والتعاويذ والدمالج والقلائد والمخانق .. وكل ما يتخـذ فى العنق وغيره .

وكل ما يعتدن لبسه ولا خلاف فى شيء من هذا ، وأما لبسها نعال الفضة والذهب ففيه وجهان (أحدهما) وبه قطع صاحب الحاوى التحريم ، لما فيه من السرف الظاهر والخيلاء • أصحهما عند الرافعى وغيره الاباحة كسائر الملبوسات • وأما التاج فقال صاحب الحاوى والأصحاب : ان جرت عادة النساء بلبسه فمباح لهن لبسه والا فحرام لأنه لباس عظماء الفرس • قال الرافعى : وكان معنى هذا أنه يختلف بعادة أهل النواحى فحيث جرت عادة النساء بلبسه جاز لهن لبسه ، وحيث لم تجر لا يجوز لأنه تشبه بالرجال • وفى جواز لبس الدراهم والدنانير التى تجعل فى القلادة للمرأة وجهان • قال الرافعى (أصحهما) التحريم وفى لبس الثياب المنسوجة بالذهب أو الفضة للمرأة وجهان مشهوران فى الحاوى وغيره قال الرافعى وغيره (أصحهما) الاباحة كالحلى لأنها لباس حقيقى (والثانى) التحريم لما فيه من زيادة السرف والخيلاء • قال الرافعى : وذكر أبو الفضل بن عبدان أنه ليس لها اتخاذ زر القميص والجبة والفرجية من ذهب ولا فضة • قال الرافعى : ولعله فرعه على الوجه الثانى وهو تحريم لباس الثياب المنسوجة بها (قلت) ان تكن تفريعا عليه والا فاذا جاز الثوب المنسوج فالزر أولى • والله أعلم •

(**فرع** قال أصحابنا : كل حلى أبيح للنساء فانما يباح اذا لم يكن فية سرف ظاهر • فان كان كخلخال وزنه مائتا دينار فالصحيح الذى قطع به معظم العراقيين تحريمه ، كذا نقله الرافعى وقال : فيه وجه أنه مباح •

(**فرع**) لو اتخذ الرجل خواتيم كثيرة أو المرأة خلاخل كثيرة ليلبس الواحد بعد الواحد فطريقان حكاهما الرافعى وغيره (المذهب) القطع بالجواز لعموم النصوص المطلقة (والثانى) فيه وجهان كالخلخال الذى فيه سرف ظاهر •

(**فرع**) جميع ما سبق هو فيما يتحلى به لبسا ، فأما غير اللبس فمنه أوانى الذهب والفضة وهى حرام على الرجال والنساء جميعا ، فيحرم استعمالها ، وكذا اتخاذها على الأصح ، كما سبق فى باب الآنية ، وسبق هناك بيان حكم المضبب بذهب أو فضة وأما تحلية سكاكين المهنة وسكين

المقلمة والمقراض والدواة والمرآة ونحوها فحرام على الرجال بالذهب بلا خلاف . وفى الفضة وجهان مشهوران أصحهما التحريم ، وبه قطع البندنيجى . قال الرافعى : والمذهب تحريم هذه كلها على المرأة . وقيل : هى كالرجل فيكون فيها الوجهان الا المرأة فهى فى حقها وحق الرجل سواء ، والأصح تحريمها عليهما ولا خلاف فى تحريمها عليهما جميعا اذا حليت بذهب .

(فرع) لو اتخذ مدهنا أو مسعطا أو مكحلة من ذهب أو فضة فهو حرام على الرجال والنساء ، وكذا ظرف الغالية [1] اللطيف حرام أيضا . هكذا قطع به الماوردى والجمهور هنا ، وسبق فى باب الآنية وجه ضعيف أنه يجوز اتخاذ الصغير من الفضة كمكحلة وظرف غالية ونحوها ، ولا خلاف فى تحريمه من الذهب ، ولا خلاف فى استواء المرأة والرجل فى هذا . قال صاحب البيان وغيره : ولا يجوز لها تحلية ربعها [2] بذهب ولا فضة قطعا .

(فرع) قال صاحب الحاوى : لو اتخذ الرجل أو المرأة ميلا من ذهب أو فضة فهو حرام وتجب زكاته الا أن يستعمل على وجه التداوى لجلاء عينه فيكون مباحا كاستعمال الذهب فى ربط سنه ، ويكون فى زكاته القولان فى الحلى المباح ، وممن جزم بتحريم الميل البندنيجى .

(فرع) فى تحلية المصحف بالفضة وجهان أو قولان أصحهما وأشهرهما الجواز وبه قطع الشيخ أبو حامد والماوردى وجماهير العراقيين. وهو نصه فى القديم والأم وحرملة . ونص فى سير [3] الواقدى وهو أحد كتب الأم على التحريم وقد أشار صاحب الكتاب الى القطع بهذا ، فانه جزم بوجوب الزكاة فيه . وهذا شذوذ منه فليعرف . وأما تحليته بالذهب ففيه أربعة أوجه ، قال الرافعى (أصحها) عند الأكثرين ان كان لامرأة جاز ، وان كان لرجل فحرام (والثانى) يحل مطلقا وصححه صاحب الحاوى تعظيما

---

(١) الغالية اخلاط من الطيب يقال : تغليت بالغالية اذا تطيبت (ط) .

(٢) الربع صندوق أجزاء المصحف هكذا أفاده فى القاموس (ط) .

(٣) فى ش و ق سنن وهو خطأ) ط (.

للقرآن (والثالث) يحرم مطلقا (والرابع) يجوز تحلية نفس المصحف دون غلافه المنفصل عنه • قال الرافعى : وهذا ضعيف • وأما تحلية غلافه بالذهب فحرام بلا خلاف ونص عليه الشافعى وصرح به أبو على الطبرى فى الافصاح والقاضى أبو الطيب فى المجرد والماوردى والدارمى لأنه ليس حلية للمصحف وأما تحلية باقى الكتب غير القرآن فحرام باتفاق الأصحاب ، وممن نقل الاتفاق عليه الرافعى ــ قال : وأشار الغزالى الى طرد الوجهين السابقين فى الدواة والمقلمة هنا والمعروف فى المذهب ما سبق •

وأما تحلية الكعبة وسائر المساجد بالذهب والفضة وتمويه سقفه وتعليق قناديلها فيها ففيه وجهان مشهوران (أصحهما) التحريم • وبه قال أبو اسحاق المروزى وآخرون من المتقدمين • ونقله الماوردى عن كثير من أصحابنا المتقدمين وقطع به القاضى أبو الطيب والبغوى وآخرون • واستدلوا له بأنه لم يرد فيه سنة ولا عمله أحد من الخلفاء الراشدين ، فهو بدعة وكل بدعة ضلالة وفى الصحيحين عن عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من أحدث فى ديننا ما ليس منه فهو رد » وفى رواية لهما « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » •

(والوجه الثانى) الجواز تعظيما للكعبة والمساجد • واعظاما للدين كما أجمعوا على ستر الكعبة بالحرير • قال أصحابنا فان قلنا حرام وجبت زكاته بلا خلاف والا فعلى القولين فى الحلى المباح • هذا اذا كان التمويه والقناديل ونحوها باقية على ملك فاعلها فان كانت وقفا عليه اما من غلبة واما بأن وقفها الفاعل فلا زكاة بلا خلاف لعدم المالك المعين • هكذا قطع به الأصحاب • وفى صحة وقف الدراهم والدنانير على هذه الجهة مع تحريمها نظر فليتأمل • قال أصحابنا : واذا أراد الفاعل اخراج زكاته أخرجها بالاستظهار ان لم يعلم مقداره والا فليميزه بالنار ، فان كان لو ميز لم يجتمع منه شىء فلا زكاة فيه • قال صاحب الشامل : وذكر الشيخ أبو حامد أنه اذا كان لا يجتمع منه شىء وصار مستهلكا فلا يحرم استدامته • والله أعلم •

وأما تمويه سقف بيته وجداره بذهب أو فضة فحرام بلا خلاف • نص عليه الشافعى رضى الله عنه وصرح به الأصحاب • ونقل القاضى أبو الطيب فى المجرد وغيره الاتفاق عليه قالوا : ولا يجىء فيه الوجه الذى فى المسجد لأن ذلك الوجه لاعظام المسجد كما جازت تحلية المصحف ، حيث جوزناه دون سائر الكتب • قال البندنيجى : فان كان المموه مستهلكا لا يحصل منه شىء بالسك لم يحرم استدامته ولم يجب فيه زكاة ، والا حرمت ووجبت زكاته ان بلغ وحده نصابا أو بانضمام مال آخر له •

(فـــرع) لو وقف حليا على قوم يلبسونه لبسا مباحا ، أو ينتفعون بأجرته المباحة فلا زكاة فيه قطعا لعدم المالك الحقيقى المعين •

(فـــرع) لو حلى شاة أو غزالا أو غيرهما بذهب أو فضـــة وجبت زكاته بلا خلاف ، وقال الدارمى : لأن ذلك محرم وهو كما قال •

(فـــرع) حاصل المنقول فى تحلية ولى الصبيان الصبيان بالذهب والفضة ثلاثة أوجه كما سبق فى الباسهم الحرير فى باب ما يكره لبسه ، وقد جـــزم المصنف بالجواز • ذكره فى باب صلاة العيـــد • وكذا جـــزم به البغـــوى وآخرون ، وسبق فى باب ما يكره لبسه دليل الأوجه (وأصـــحها) جـــواز تحليتهم ماداموا صبيانا ، ونقله البغوى والأصحاب عن نص الشافعى رضى الله عنه (والثانى) تحريمه (والثالث) يجوز قبل سبع سنين •

(فـــرع) الخنثى المشكل يحرم عليه لبس حلى الرجال ، ويحـــرم عليه أيضا لبس حلى النساء ، لأنه انما أبيح لهن لكونهن مرصدات للتزين للأزواج والسادة ، هـــكذا قطع بتحريمـــه القاضى أبو الفتـــوح والبغوى وصاحب البيان وآخرون ، وهو مباح له فى صغره ولم يتحقق تحريمه ، والصواب الأول لأنه انما أبيح له فى الصغر لعدم التكليف ، وقد زاد ذلك بالبلوغ •

فاذا قلنا بالمذهب وهو تحريمـــه ففى زكاته طريقان حـــكاهما البغوى (أصحهما) وبه قطع القاضى أبو الفتوح وصاحب البيان ، ورجح الرافعى وجوبها بلا خلاف لأنه حلى محرم (والثانى) فى وجوبها القولان فى الحلى

المباح لأنا لا نتيقن تحريمه فى نفس الأمر لاحتمال أنه مباح له ، وانما حرمناه للاحتياط ، والله أعلم •

(فرع) قال أصحابنا : أوانى الذهب والفضة المعدة للاستعمال يجب فيها الزكاة قولا واحداً ، لأنها محرمة ، وأما المتخذة لا للاستعمال فقد سبق فى باب الآنية أن الصحيح تحريم اتخاذها لغير استعمال • وفى وجه أو قول أنه يجوز •

قال أصحابنا : ويجب الزكاة فيه بلا خلاف ، وسواء جوزنا اتخاذه أم لا ، لأنه وان جاز اتخاذه على وجه ضعيف فهو للقنية ومكروه وقد سبق أن المكروه والمتخذ للقنية يجب فيهما الزكاة •

هكذا ذكر المسألة الأصحاب فى جميع طرقهم ، الا صاحب الحاوى فقال : اذا جوزنا اتخاذه ففى زكاته القولان كالحلى ، وهذا غلط مردود لا يعد وجها ، وانما نبهت عليه لئلا يغتر به ، وليس كالحلى لأنه لا يجب الزكاة لكونه معداً لاستعمال مباح بخلاف الأوانى ، فالصواب الجزم بوجوب زكاته ، سواء جوزنا اتخاذه أم لا ، وانما يظهر فائدة الخلاف فى جواز اتخاذه فى ثبوت الأجرة لصانعه والأرش على كاسره ، وكما سبق فى باب الآنية واضحا ، ويظهر فى كيفية اخراج زكاته كما سنوضحه فى الفرع الآتى ان شاء الله تعالى •

(فرع) اذا أوجبنا الزكاة فى الحلى المباح ، فاختلفت قيمته ووزنه ، بأن كان لها خلاخل ، وزنها مائتا درهم وقيمتها ثلاثمائة ، أو فرض مثله فى المناطق المحلاة للرجال • قال أصحابنا : المالك بالخيار ان شاء أخرج ربع عشر الحلى متاعا ، بأن سلمه كله الى الساعى أو المساكين أو نائبهم ، فاذا تسلمه برئت ذمته من الزكاة ، ثم يبيع الساعى نصيب المساكين اما للمالك واما لغيره • أو يبيعونه هم ان قبضوه هم أو وكيلهم وان شاء أخرج مصوغا كخاتم وسوار لطيف وغيرهما ، وزنه خمسة وقيمته سبعة ونصف ، ولا يجوز أن يكسره ويخرج خمسة من نفس المكسور ، ولا يجوز للساعى ولا للمساكين طلب ذلك ، لأن فيه اضرارا به وبهم ، ولو أخرج عنه خمسة

دراهم جيدة ، لجودة سكتها ولينها ، بحيث تساوى سبعة ونصفا أجزأه لأنه يقدر الواجب عليه بقيمته ولو أخرج عنه ذهبا يساوى سبعة دراهم ونصفا لم يجز على الصحيح ، وبه قطع جمهور أصحابنا ، وجوزه ابن سريج للحاجة ، حكاه المصنف عنه والأصحاب ، والمذهب الأول وتندفع الحاجة بما ذكرنا .

قال أصحابنا : ولو كان له اناء وزنه مائتان ، ويساوى ثلاثمائة ، فان جوزنا اتخاذ الاناء فالزكاة واجبة قولا واحداً ، كما سبق فى الفرع ، وكيفية اخراجها كما سبق فى الحلى ، وان حرمناه ــ وهو الأصح ولا قيمة لصنعته شرعا ــ فله اخراج خمسة دراهم من غيره وان لم تكن نفيسة ، وله كسره واخراج خمسة منه ، وله اخراج ربع عشره مشاعا ، ولا يجوز اخراج الذهب بدلا عنه بلا خلاف ، لعدم الحاجة ، قال أصحابنا : وكل حلى حرمناه على كل الناس فحكم صنعته حكم صنعة الاناء ، وفى وجوب ضمانها على كاسرها وجهان ، بناء على جواز اتخاذ الاناء ان جوزنا وجب ، والا فلا وهو الأصح.

وما يحل لبعض الناس كالرجال دون النساء وعكسه يجب على كاسره ضمان صنعته بلا خلاف ، قال أصحابنا : وأما الضبة التى على الاناء اذا حكمنا بكراهتها فلها حكم الحرام فى وجوب الزكاة بلا خلاف ، وقال البغوى احتمالا لنفسه : ينبغى أن يكون كالمباح واذا حكمنا باباحتها وأنها غير مكروهة ففى وجوب زكاتها القولان فى الحلى المباح والله تعالى أعلم .

(**فرع**) ذكر الصيمرى ثم الماوردى ومتابعوهما هنا أن الأفضل اذا أكرى حلى ذهب أو فضة أن لا يكريه بجنسه بل يكرى الذهب بالفضة والفضة بالذهب فلو أكرى الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة فوجهان : (أحدهما) بطلانه حذراً من الربا والصحيح الجواز كسائر الاجارات ، قال الماوردى : وقول الأول باطل لأن عقد الاجارة لا يدخله الربا ، ولهذا يجوز اجارة حلى الذهب بدراهم مؤجلة باجماع المسلمين ، ولو كان للربا هنا مدخل لم يجز هذا .

(**فرع**) اذا اتخذ أنفا أو سنا أو أنملة من ذهب أو فضة أو شد سنه به فقد سبق أنه حلال بلا خلاف ، قال الماوردى : وأما زكاته فان ثبت

فيه العضو وتراكب عليه ، صار مستهلكا ، ولا زكاة فيه قولا واحداً ، والا فعلى القولين فى الحلى المباح •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى زكاة الحلى المباح قد ذكرنا أن الأصح عندنا أنه لا زكاة فيـه ، وبه قال عبد الله بن عمر بن الخطـاب ، وجابر بن عبد الله وأنس بن مالك ، وعائشة وأسماء بنت أبى بكر رضى الله عنهم ، وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وعطاء بن أبى رباح ومجاهد والشـعبى ومحمد بن على والقاسم بن محمد وابن سيرين والزهرى ومالك وأحمـد واسحق وأبو ثور وأبو عبيد وابن المنذر وقال عمر بن الخطاب وابن مسعود وابن عباس وميمون بن مهران وجابر بن زيد والحسن بن صالح وسـفيان الثورى وأبو حنيفة وداود : يجب فيه الزكاة وحكاه ابن المنذر أيضا عـن ابن المسيب وابن جبير وعطاء ومجاهـد وابن سيرين وعبد الله بن شـداد والزهرى ، واحتج كل فريق بما سبق من الأحاديث السابقة فى أول الفصل والآثار ، وروى البيهقى عن ابن عمر وابن المسيب أن زكاة الحلى عاريتـه والله تعالى أعلم •

(تم الجزء الخامس ويليه الجزء السادس ان شاء الله تعالى وأوله) :

باب زكاة التجـــارة

بسم الله الرحمن الرحيم

باب زكـــاة التجـــارة

قال المصنف رحمه الله تعالى

(تجب الزكاة فى عروض التجارة ، لمـــا روى أبو ذر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « فى الابل صدقتها ، وفى البقر صدقتها وفى الغنم صدقتها ، وفى البز صدقته » ولأن التجارة يطلب بها نماء المـــال فتعلقت بها الزكاة كالسوم فى المـــاشية) .

(الشرح) هذا الحـــديث رواه الدارقطنى فى ســـننه ، والحاكم أبو عبد الله فى « المستدرك » والبيهقى بأسانيدهم ذكره الحاكم باسنادين ثم قال : هذان الاسنادان صحيحان على شرط البخارى ومسلم (قوله) : « وفى البز صدقته » هو بفتح الباء وبالزاى هكذا رواه جميع الرواة ، وصرح بالزاى الدارقطنى والبيهقى ، ونصوص الشافعى رضى الله عنه القديمة والجديدة متظاهرة على وجوب زكاة التجارة .

قال أصحابنا : قال الشافعى رضى الله عنه فى القديم : اختلف الناس فى زكاة التجارة ، فقال بعضهم : لا زكاة فيها ، وقال بعضهم : فيها الزكاة ، وهذا أحب الينا ، هذا نصه ، فقال القاضى أبو الطيب وآخرون : هذا ترديد قول ، فمنهم من قال فى القديم قولان فى وجوبها ، ومنهم من لم يثبت هذا القديم واتفق القاضى أبو الطيب وكل من حكى هذا القديم على أن الصحيح فى القديم أنها تجب كما نص عليه فى الجديد ، والمشهور للأصحاب الاتفاق على أن مذهب الشافعى (رضى الله عنه) وجوبها وليس فى هذا المنقول عن القديم اثبات قول بعدم وجوبها ، وانما

أخبر عن اختلاف الناس وبين أن مذهبه الوجوب بقوله : وهذا أحب الى • والصواب الجزم بالوجوب ، وبه قال جماهير العلماء من الصحابة والتابعين والفقهاء بعدهم أجمعين •

قال ابن المنذر : أجمع عامة أهل العلم على وجوب زكاة التجارة قال : رويناه عن عمر بن الخطاب وابن عباس والفقهاء السبعة سعيد ابن المسيب والقاسم بن محمد وعروة بن الزبير وأبى بكر بن عبد الرحمن ابن الحارث ، وخارجة بن زيد ، وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة وسلمان ابن يسار والحسن البصرى وطاوس وجابر بن زيد وميمون بن مهران والنخعى ومالك والثورى والأوزاعى والشافعى والنعمان(١) وأصحابه وأحمد واسحاق وأبى ثور وأبى عبيد •

وحكى أصحابنا عن داود وغيره من أهل الظاهر أنهم قالوا : لا تجب ، وقال ربيعة ومالك : لا زكاة فى عروض التجارة مالم تنض وتصير دراهم أو دنانير فاذا نضت لزمه زكاة عام واحد ، واحتجوا بالحديث الصحيح : « ليس على المسلم فى عبده ولا فى فرسه صدقة » وهو فى الصحيحين ، وقد سبق بيانه ، وبما جاء عن ابن عباس أنه قال : لا زكاة فى العروض •

واحتج أصحابنا بحديث أبى ذر المذكور ، وهو صحيح كما سبق ، وعن سمرة قال : أما بعد •• « فان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يأمرنا أن نخرج الصدقة من الذى يعد للبيع » رواه أبو داود فى أول كتاب الزكاة ، وفى اسناده جماعة لا أعرف حالهم ، ولكن لم يضعفه أبو داود ، وقد قدمنا أن مالم يضعفه فهو حسن عنده •

وعن حماس ــ بكسر الحاء المهملة وتخفيف الميم وآخره سين مهملة ــ وكان يبيع الأدم قال : « قال لى عمر بن الخطاب : يا حماس

---

(١) يعنى أبا حنيفة النعمان بن ثابت •

أد زكاة مالك ، فقلت : مالى مال ، انما أبيع الأدم • قال : قومه ثم أد زكاته ، ففعلت » رواه الشافعى وسعيد بن منصور الحافظ فى مسنده والبيهقى ، وعن ابن عمر رضى الله عنهما قال : ليس فى العروض زكاة الا ما كان للتجارة • رواه البيهقى باسناده عن أحمد بن حنبل باسناده الصحيح •

وأما الجواب عن حديث « ليس على المسلم فى عبده ولا فى فرسه صدقة » فهو محمول على ما ليس للتجارة ، ومعناه : لا زكاة فى عينه بخلاف الأنعام ، وهذا التأويل متعين للجمع بين الأحاديث ، وأما قول ابن عباس فهو ضعيف الاسناد ضعفه الشافعى رضى الله عنه والبيهقى وغيرهما ، قال البيهقى : ولو صح لكان محمولا على عرض ليس للتجارة ليجمع بينه وبين الأحاديث والاثار السالفة ، ولما روى ابن المنذر عنه من وجوب زكاة التجارة كما سبق •• والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يصير العرض للتجارة الا بشرطين (أحدهما) أن يملكه بعقد [يجب] فيه عوض كالبيع والاجارة والنكاح والخلع (والثانى) أن ينوى عند العقد أنه تملكه للتجارة ، وأما اذا ملكه بارث أو وصية أو هبة من غير شرط الثواب فلا تصير للتجارة بالنية ، وان ملكه بالبيع والاجارة ولم ينو عند العقد أنه للتجارة لم يصر للتجارة ، وقال الكرابيسى من أصحابنا : اذا ملك عرضا ثم نوى أنه للتجارة صار للتجارة ، كما اذا كان عنده متاع للتجارة ثم نوى القنية صار للقنية بالنية ، والمذهب الأول ، لأنه مالم يكن للزكاة من أصله لم يصر للزكاة بمجرد النية ، كالمعلوفة اذا نوى اسامتها ، ويفارق اذا نوى القنية بمال التجارة لأن القنية هى الامساك بنية القنية ، وقد وجد الامساك والنية ، والتجارة هى التصرف بنية التجارة ، وقد وجدت النية ولم يوجد التصرف ، فلم يصر للتجارة) •

(الشرح) قوله : من أصله ، احتراز من حلى الذهب والفضة اذا قلنا : لا زكاة فيه ، فنوى استعماله فى حرام أو نوى كنزه واقتناءه ، فانه يجب

فيه الزكاة كما سبق ، لأن أصله الزكاة ، قال أصحابنا : مال التجارة هو كل ما قصد الاتجار فيه عند تملكه بمعاوضة محضة وتفصيل هذه القيود أن مجرد نية التجارة لا يصير به المال للتجارة فلو كان له عرض قنية ملكه بشراء أو غيره فجعله للتجارة لم يصر للتجارة ، هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور ، وقال الكرابيسى : يصير للتجارة وهو مذهب أحمد واسحاق بن راهويه ، وقد ذكر المصنف دليل الوجهين •

أما اذا اقترنت نية التجارة بالشراء ، فان المشترى يصير للتجارة ويدخل فى الحول بنفس الشرى سواء اشتراه بعرض أو نقد أو دين حال أو مؤجل ، واذا صار للتجارة استمر حكمها ، ولا يحتاج فى كل معاملة الى نية أخرى بلا خلاف ، بل النية مستصحبة كافية • وفى معنى الشرى ما لو صالح عن دين له فى ذمة انسان على عوض بنية التجارة فانه يصير للتجارة بلا خلاف ، سواء أكان الدين قرضا أو ثمن مبيع أو ضمان متلف ، وهكذا الاتهاب بشرط الثواب اذا نوى به التجارة صار للتجارة • صرح به البغوى وغيره •

وأما الهبة بلا ثواب والاحتطاب والاحتشاش والاصطياد فليست من أسباب التجارة ولا أثر لاقتران النية بها ، ولا يصير العرض للتجارة بلا خلاف لفوات الشرط وهو المعاوضة • وهكذا الرد بالعيب والاسترداد ، فلو باع عرض قنية بعرض قنية ثم وجد بما أخذه عيبا فرده واسترد الأول على قصد التجارة أو وجد صاحبه بما أخذ عيبا فرده فقصد المردود عليه بأخذه للتجارة لم يصر للتجارة ، ولو كان عنده ثوب قنية فاشترى به عبدا للتجارة ثم رد عليه الثوب بالعيب انقطع حول التجارة ولا يكون الثوب للتجارة ، بخلاف ما لو كان الثوب للتجارة أيضا فانه يبقى حكم التجارة فيه ، كما لو باع عرض التجارة واشترى بثمنه عرضا آخر ، وكذا لو تبايع التاجران ثم تعاملا يستمر حكم التجارة فى المالين •

ولو كان عنده ثوب تجارة فباعه بعبد للقنية فرد عليه الثوب بالعيب لم يعد الى حكم التجارة ، لأن قصد القنية حول التجارة ، وليس الرد

والاسترداد من التجارة ، كما لو قصد القنية بمال التجارة الذى عنده فانه يصير قنية بالاتفاق ، فلو نوى بعد ذلك جعله للتجارة لا يؤثر حتى تقترن النية بتجارة جديدة ، ولو خالع وقصد بعوض الخلع التجارة فى حال المخالعة ، أو زوج أمته أو تزوجت الحرة ونويا حال العقد التجارة فى الصداق فطريقان (أصحهما) وبه قطع المصنف وجماهير العراقيين : يكون مال تجارة ، وينعقد الحول من حينئذ ، لأنها معاوضة ثبتت فيها الشفعة كالبيع .

(والثانى) وهو مشهور فى طريقة الخراسانيين ، وذكر بعض العراقيين فيه وجهين (أصحهما) هذا (والثانى) لا يكون للتجارة لأنهما ليسا من عقود التجارات والمعاوضات المحضة ، وطرد الخراسانيون الوجهين فى المال المصالح به عن الدم ، والذى آجر به نفسه أو ماله اذا نوى بهما التجارة ، وفيما اذا كان يصرفه فى المنافع بأن كان يستأجر المستغلات ويؤجرها للتجارة ، فالمذهب فى الجميع مصيره للتجارة . هذا كله فيما يصير به العرض للتجارة ، ثم اذا صار للتجارة ونوى به القنية صار للقنية وانقطع حكم التجارة بلا خلاف ، لما ذكره المصنف رحمه الله تعالى .. والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا اشترى للتجارة ما تجب الزكاة فى عينه كنصاب السائمة والكرم والنخل نظرت فان وجد فيه نصاب أحدى الزكاتين دون الأخرى ، كخمس من الابل لا تساوى مائتى درهم أو أربع من الابل تساوى مائتى درهم وجبت فيه زكاة ما وجد نصابه لأنه وجد سببها ولم يوجد ما يعارضه فوجبت ، وان وجد نصابهما ففيه طريقان . قال أبو اسحاق : ان سبق حول التجارة بان يكون عنده نصاب من الأثمان مدة ثم اشترى به نصابا من السائمة وجبت زكاة التجارة فيه ، وان سبق وجوب زكاة العين بأن اشترى نخلا للتجارة فبدا فيها الصلاح قبل أن يحول حول التجارة وجبت زكاة العين ، لأن السابق منهما قد وجد سبب وجوب زكاته ، وليس هناك زكاة تعارضها ، فوجبت كما قلنا فيما وجد فيه نصاب

أحدى الزكاتين دون الأخرى ، وان وجد سببهما فى وقت واحد ، مثل أن يشترى بما تجب فيه الزكاة نصابا من السائمة للتجارة ، ففيه قولان • قال فى القديم : تجب زكاة التجارة لأنها أنفع للمساكين ، لأنها تزداد بزيادة القيمة فكان ايجابها أولى • وقال فى الجديد : تجب زكاة العين لانها أقوى لانها مجمع عليها ، وزكاة التجارة مختلف فى وجوبها ، لأن نصاب العين يعرف قطعا ونصاب التجارة يعرف بالظن فكانت زكاة العين أولى • وقال القاضى أبو حامد : فى المسألة قولان سواء اتفق حولهما او سبق حول أحدهما ، والأول أصح • فان كان المشترى نخيلا وقلنا بقوله القديم ، قوم النخيل والثمرة وأخرج الزكاة عن قيمتهما ، وان قلنا بقوله الجديد ، لزمه عشر الثمرة ، وهل يقوم النخيل ؟ فيه قولان : أحدهما : لا يقوم لأن المقصود هو الثمار وقد أخرجنا عنها العشر • والثانى : يقوم ويخرج الزكاة من قيمتها لأن العشر زكاة الثمار • فاما الأصول فلم يخرج زكاتها • فوجب أن تقوم وتخرج عنها الزكاة) •

(**الشرح**) قال أصحابنا رحمهم الله تعالى : اذا كان مال التجارة نصابا من السائمة أو الثمر أو الزرع لم يجمع فيه بين وجوب زكاتى التجارة والعين بلا خلاف ، وانما يجب احداهما • وفى الواجب قولان (أصحهما) وهو الجديد وأحد قولى القديم : تجب زكاة العين (والثانى) وهو أحد قولى القديم : تجب زكاة التجارة ، ودليل العين أنها أقوى لكونها مجمعا عليها ، ولأنها يعرف نصابها قطعا بالعدد والكيل • وأما التجارة فتعرف ظنا ، ودليل التجارة أنها أنفع للمساكين ، فانه لا وقص فيها • فان قلنا بالعين أخرج السن الواجبة من السائمة ، ويضم السخال الى الأمات كما سبق فى بابه ، وان قلنا بالتجارة قال البغوى وغيره : يقوم فى الثمار الثمرة والنخيل والأرض ، وفى الزرع يقوم الحب والتبن والأرض ، وفى السائمة تقوم مع درها ونسلها وصوفها وما اتخذ من لبنها • وهذا تفريع على أن النتاج مال تجارة ، وفيه خلاف سيأتى ان شاء الله تعالى• وعلى هذا القول لا تأثير لنقص النصاب فى أثناء الحول تفريعا على الأصح أن نصاب العرض انما يعتبر فى الحول • ولو اشترى نصابا من السائمة للتجارة ثم اشترى بها عرضا

بعد ستة أشهر مثلا ، فعلى قول اعتبار زكاة التجارة لا ينقطع الحول ، وعلى قول العين ينقطع ويبتدىء حول زكاة التجارة من حين ملك العرض ، وهذان القولان فيما اذا ملك نصاب الزكاتين واتفق الحولان •

أما اذا لم يكمل الا نصاب أحدهما بأن كان المـــال أربعين شاة وتبلغ قيمتها نصابا من الدراهم والدنانير عند تمام الحول أو كان دون أربعين شاة وتبلغ قيمتها نصابا ، فالصحيح وجوب زكاة ما بلغت به نصابا ، وبهذا قطع المصنف والأصحاب فى معظم الطرق • وقيل فى وجوبها وجهان حكاه الرافعى وهو غلط ، واذا قلنا بزكاة العين فنقصت المـــاشية فى أثناء السنة عن نصابها ونقلناها الى زكاة التجارة فهل يبنى حولها على حول العين ؟ أم يستأنف حول التجارة ؟ فيه وجهان كالوجهين فيمن ملك نصاب سائمة لا للتجارة فاشترى به عرض تجارة هل يبنى حول التجارة على حول السائمة ؟ (أصحهما) يستأنف فى الموضعين ، واذا أوجبنا زكاة التجارة لنقصان المـــاشية المشتراة للتجارة عن النصاب ثم بلغت نصابا فى أثناء الحول بالنتاج ، ولم تبلغ القيمة نصابا فى آخر الحول ، فوجهان (أصحهما) لا زكاة لأن الحول انعقد للتجارة فلا يتعين (والثانى) ينتقل الى زكاة العين لامكانها ، فعلى هذا هل يعتبر الحول من وقت نقص القيمة عن النصاب ؟ أو من وقت تمام النصاب بالنتاج ؟ فيه وجهان حكاهما البغوى وغيره •

وأما اذا كمل نصاب الزكاتين واختلف الحولان بأن اشترى بمتاع التجارة بعد ستة أشهر نصاب سائمة أو اشترى به معلوفة للتجارة ثم أسامها بعد ســـتة أشهر ، ففيه طريقان حكاهما المصنف والأصحاب (أصحهما) وبه قال القاضى أبو حامد وصححه البغوى والرافعى وآخرون ، وهو نص الشافعى رضى الله عنه أنه على القولين كما لو اتفق حولهما ، ولأن الشافعى رضى الله عنه لم يفرق ولأنه فرض المسألة ويبعد اتفاق آخر جزء من حول التجارة مع أول بدو الصلاح (والطريق الثـــانى) وبه قال أبو اسحاق وأبو على بن أبى هريرة وأبو حفص

ابن الوكيل • حكاه عنهما المـاوردى وصححه المصنف وشيخه القاضى أبو الطيب وقطع به الجرجانى فى « التحرير » أن القولين مخصوصان بمـا اذا اتفق الحولان • بأن اشـترى بعرض للقنية نصاب سائمة للتجارة ، فعلى هذا يقدم أسبقهما حولا • ففى المثال المذكور يجب زكاة التجارة لسبق حولها • وحجة هذا الطريق أنه أرفق بالمساكين • فان قلنا بطرد القولين فسبق حول التجارة فان غلبنا زكاة التجارة أخذت زكاتها وان غلبنا العين فوجهان حكاهما الرافعى •

(أحدهما) تجب عند تمام حولها ويبطل ما سبق من حول التجارة (وأصحهما) تجب زكاة التجارة عند تمام حولها هذا لئلا يبطل بعض حولها ويفوت على المساكين •

فعلى هذا يستفتح حول زكاة العين بعد انقضاء حول التجارة ، وتجب زكاة العين فى جميع الأحوال المستقبلة ، أما اذا اشترى نخيلا للتجارة فأثمرت أو أرضا مزروعة فأدرك الزرع ، وبلغ الحاصل نصابا فهل الواجب زكاة التجارة أو العين ؟ فيه القولان (الأصح) العين فان لم يكمل أحد النصابين أو كملا واختلف الحولان ففيه التفصيل السابق ، هذا اذا كانت الثمرة حاصلة عند الشرى ، وبدا الصلاح فى ملكه ، أما اذا أطلعت بعد الشرى فهذه ثمرة حدثت من شجر التجارة ، وفى ضمها الى مال التجارة خلاف سيأتى ان شاء الله تعالى (والأصح) ضمها • قال امام الحرمين : فعلى هذا هى كالحاصلة عند الشرى ، وتنزل منزلة زيادة متصلة أو أرباح متجددة فى قيمة العرض ولا تنزل منزلة ربح ينض ليكون فيها الخلاف المعروف فى ضم الربح الناض ، وان قلنا : ليست مال تجارة وجبت زكاة العين فيها ، وتختص زكاة التجارة بالأرض والأشخاص •

قال أصحابنا : فان غلبنا زكاة العين أخرج العشر أو نصفه من الثمار والزروع ، وهل يسقط به زكاة التجارة عن قيمة جذع النخلة

وتبن الزرع ؟ فيه وجهان مشهوران حكاهما الشيخ أبو حامد والمحاملى والماوردى والقاضى أبو الطيب وامام الحرمين والسرخسى والبغوى والجمهور • وقال المصنف وصاحب « الشامل » : هما قولان (أصحهما) لا يسقط لأن المخرج زكاة الثمرة ، وبقى الجذع والتبن بلا زكاة ولا يمكن فيها زكاة العين فوجبت زكاة التجارة ، كما لو كان للتجارة منفردا • (والثانى) تسقط لأن المقصود هو الثمرة والحب ، وقد أخرج زكاتهما ، وفى أرض النخيل والزرع طريقان (أصحهما) وبه قطع الجمهور أنه على الوجهين فى الجذع (والثانى) حكاه البغوى والسرخسى وآخرون من الخراسانيين : تجب الزكاة فيهما وجها واحدا ، لأن الأرض ليست أصلا للثمرة والحب بخلاف الجذع •

قال امام الحرمين : ينبغى أن يعتبر ذلك بما يدخل فى الأرض المتخللة بين النخيل فى المساقاة ومالا يدخل ، فما لا يدخل تجب فيه الزكاة بلا خلاف ، وما يدخل فهو على الطريق ، وهذا الذى قاله الامام احتمالا لنفسه ، وقد صرح بنقله صاحب « الحاوى » فقال : اذا كان فى الأرض بياض غير مشغول بزرع ولا نخل وجبت زكاته وجها واحدا ، فاذا أوجبنا زكاة التجارة فى الأرض والجذع والتبن ونحوها فلم تبلغ قيمتها نصابا ، فهل تضم قيمة الثمرة والحب اليها لاكمال النصاب ؟ فيه وجهان حكاهما البغوى وآخرون (أحدهما) لا ، لأنه أدى زكاتهما (والثانى) تضم لتكميل النصاب فى هذه الأشياء لا لايجاب زكاة أخرى فى الثمرة والحب والأول أصح •

قال الرافعى نقلا عن الأصحاب : واذا قلنا بزكاة العين فزكاها لا يسقط اعتبار زكاة التجارة عن الثمر والحب فى المستقبل ، بل تجب فيها زكاة التجارة فى الأحوال المستقبلة ويكون ابتداء حول التجارة من وقت اخراج العشر لا من وقت بدو الصلاح ، لأنه يلزمه بعد بدو الصلاح تربية الثمار للمساكين ، فلا يجوز أن يحسب عليه زمن التربية ، فأما اذا غلبنا زكاة التجارة فتقوم الثمرة والجذع ، ويقوم فى الزرع

والحب والتبن ، ونقوم الأرض فيهما جميعا ، وسواء اشتراها مزروعة للتجارة أم اشترى بذرا وأرضا للتجارة وزرعه فيها ، فى جميع ما ذكرنا ولا خلاف فى هذا كله • ولو اشترى الثمار وحدها للتجارة قبل بدو الصـــلاح ثم بدا فى ملكه جرى القولان فى أنه يجب العشر أم زكاة التجارة ؟ قال البغوى والأصحاب : ولو اشترى أرضا للتجارة فزرعها ببـــذر للقنية وجب العشر فى الزرع ، وزكاة التجـــارة فى الأرض بلا خلاف فيهما •

(فُـــرع) لو اتهب نصابا من السائمة بنية التجارة لزمه زكاة العين اذا تم حولها بلا خلاف ، لأن حول التجارة لا ينعقد بالاتهاب ، واحتج البغوى بهذه المسألة السابقة أنه اذا اشترى نخيلا أو أرضا مزروعة أو سائمة للتجارة ، فوجب نصاب احداهما دون الأخرى وجبت زكاتها لامكانها دون الأخرى •

(فـــرع) قال أصحابنا : اذا اشترت المرأة حليا يباح لها لبسه للتجارة وجبت فيه الزكاة وان كانت تلبسه ، كما لو استعمل الرجل دواب التجارة ، ثم ان قلنا : الحلى المباح لا زكاة فيه وجبت هنا زكاة التجارة ، بلا خلاف اذا بلغ نصابا ، وان قلنا : فيه زكاة فهل تجب هنا زكاة التجارة أم العين ؟ فيه القولان • قال صاحب « الحاوى » : تظهر فائدتهما فى الصيغة ان قلنا بالتجارة اعتبرت الصيغة والا فلا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى عبدا للتجارة وجبت عليه فطرته لوقتها وزكاة التجارة لحولها لأنهما حقان يجبان بسببين مختلفين ، فلم يمنع أحدهما الآخر كالجزاء والقيمة وحد الزنا والشرب) •

(الشرح) هذا الذى قاله متفق عليه عندنا ، وبه قال مالك ، وقال أبو حنيفة : لا تجب فيه زكاة الفطر ، واستدل أصحابنا بما ذكره المصنف رحمه الله تعالى ، مع عموم النصوص الثابتة فى زكاة فطر العبيد (وقول)

المصنف : كجزاء الصيد والقيمة معناه أن المحرم اذا قتل صيدا مملوكا عليه قيمته لمـــالكه والجزاء للمساكين ولأنه يكتفى بأحدهما •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى للتجارة عرضا لا تجب فيه الزكاة لم يخل اما أن يشترى بعرض أو نقد ، فان اشتراه بنقد نظرت ــ فان كان نصابا ــ جعل ابتداء الحول من حين ملك النصاب من النقد ويبنى حول العرض الذى اشتراه عليه ، لأن النصاب هو الثمن ، وكان ظاهرا فصار فى ثمن السلعة كامنا ، فبنى حوله عليه ، كما لو كان عينا فأقرضه فصار دينا ، وان اشتراه بدون النصاب انعقد الحول عليه من حين الشراء ، سواء أكانت قيمة العرض نصابا أو أقل • وقال أبو العباس : لا ينعقد الحول الا أن يكون قيمته من أول الحول الى آخره نصابا كسائر الزكوات ، والمنصوص فى الأم هو الأول ، لان نصاب زكاة التجارة يتعلق بالقيمة وتقويم العرض فى كل ساعة يشق ، فلم يعتبر الا فى حال الوجوب ، ويخالف سائر الزكوات ، فان نصابها فى عينها فلم يشق اعتباره فى جميع الحول ، وان اشتراه بعرض للقنية نظرت ــ فان كان من غير أموال الزكاة ــ انعقد الحول عليه من يوم الشراء ، وان اشتراه بنصاب من السائمة ففيه وجهان • قال أبو سعيد الاصطخرى : يبنى حول التجارة على حول السائمة ، لأن الشافعى رحمه الله قال فى المختصر : ولو اشترى عرضا للتجارة بدراهم او دنانير أو بشىء تجب فيه الصدقة لم يقوم عليه حتى يحول عليه الحول من يوم ملك ثمن العرض والدليل عليه انه ملكه بما يجزى فى الحول ، فبنى حوله على حوله ، كما لو اشتراه بنصاب من الأثمان ، وقال أكثر أصحابنا : لا يبنى على حول السائمة ، وتأولوا قوله فى « المختصر » ، والدليل عليه أن الزكاة تتعلق بقيمة العرض والمـــاشية ليست بقيمة فلم يبن حوله على حولها ، ويخالف الأثمان لأنها قيمة ، وانما كانت عينا ظاهرة فخفيت كالعين اذا صارت دينـــا) •

(الشرح) النصاب والحول معتبران فى زكاة التجارة بلا خلاف ؛ لكن فى وقت اعتباره النصاب ثلاثة أوجه ، وسماها امام الحرمين والغزالى : أقوالا ، والصحيح المشهور أنه أوجه ، لكن الصحيح منها

منصوص ، والآخران مخرجان (أحدهما) وهو الصحيح عند جميع الأصحاب ، وهو نصه فى « الأم » أنه يعتبر فى آخر الحول فقط ، لأنه يتعلق بالقيمة ، وتقويم العرض فى كل وقت يشق ، فاعتبر حال الوجوب وهو آخر الحول ، بخلاف سائر الزكوات ، لأن نصابها من عينها فلا يشق اعتباره (والثانى) وبه قال أبو العباس بن سريج : فى جميع الحول من أوله الى آخره ومتى نقص النصاب فى لحظة منه انقطع الحول ، قياسا على زكاة الماشية والنقد . (والثالث) يعتبر النصاب فى أول الحول وآخره دون ما بينهما ، فاذا كان نصابا فى الطرفين وجبت الزكاة ولا يضر نقصه بينهما ، وهذا الوجه حكاه الشيخ أبو حامد والمحاملى والماوردى والشاشى عن ابن سريج ، ووافق المصنف على حكاية الثانى عن ابن سريج أيضا ابن الصباغ وسبقهما به القاضى أبو الطيب وغيره ، فاذا قلنا بالصحيح فاشترى عرضا للتجارة بشىء يسير جدا انعقد الحول ، فاذا بلغ نصابا فى آخر الحول وجبت الزكاة ، ولو كان عرض التجارة دون النصاب فباعه بسلعة أخرى دون نصاب فى أثناء الحول فالمذهب أن لا ينقطع الحول . وحكى امام الحرمين فيه خلافا سنذكره فى أول الآتى ان شاء الله تعالى .

وأما ابتداء الحول فان ملك عرض التجارة بنصاب من النقد بأن اشتراه بعشرين دينارا أو بمائتى درهم فابتداء الحول من حين ملك ذلك النقد ويبنى حول التجارة عليه ، واحتج له المصنف بأن النصاب هو الثمن ، وكان ظاهرا فصار فى ثمن السلعة كامنا فوجب البناء عليه كما لو كان عينا فأقرضه مليئا فصار دينا ، هذا اذا اشتراه بعين النقد ، فان اشترى فى الذمة ودفعه فى ثمنه انقطع حول النقد وابتدأ حول التجارة من حين الشرى بلا خلاف ، وان كان النقد الذى اشترى بعينه دون نصاب — فان قلنا بالمذهب : ان النصاب انما يعتبر فى آخر الحول — انعقد من حين الشرى ، وان قلنا : يعتبر فى الطرفين أو فى الجميع لم ينعقد ، ولا خلاف أنه لا ينعقد قبل الشرى ، لأن الثمن لم يكن مال التجارة لنقصه عن النصاب .

وان اشترى بغير نقد فللثمن حالان (أحدهما) أن يكون مما لا زكاة فى عينه كالثياب والعبيد ، فابتداء الحول من حين ملك عرض التجارة ان كانت قيمة العرض نصابا أو كانت دونه ، وقلنا بالصحيح ان النصاب انما يعتبر فى آخر الحول (الحال الثانى) أن يكون مما يجب الزكاة فى عينه بأن ملك بنصاب من السائمة فوجهان (الصحيح) الذى قاله ابن سريج وجمهور أصحابنا المتقدمين وصححه جميع المصنفين أن حول الماشية ينقطع ويبتدىء حول التجارة من حين ملك عرض التجارة ولا يبنى لاختلاف الزكاتين قدرا ووقتا بخلاف بناء التجارة على النقد .

وقال أبو سعيد الاصطخرى : يبنى على حول الماشية كما يبنى على النقد ، واحتج له من نص الشافعى رضى الله عنه بقوله فى « المختصر » : فان اشترى العرض بدراهم أو دنانير أو شىء يجب فيه الصدقة لم يقوم ، حتى يحول الحول من يوم ملك ثمن العرض ؛ وأجاب الأصحاب عن نصه فى « المختصر » بجوابين :

(أحدهما) أن المراد اذا اشترى ماشية ثم اشترى بها عرض التجارة فى الحال (والثانى) أن المراد بثمن العرض الدراهم والدنانير خاصة ، وهذا معتاد فى كلام الشافعى رضى الله عنه أن يذكر مسائل ، ويعود الجواب أو التفريع الى بعضها ، والله تعالى أعلم . قال أصحابنا : وحول التجارة والنقد يبنى كل واحد منهما على الآخر ، فبناء التجارة على النقد سبق تصويره ، وبناء النقد على التجارة أن يبيع عرض التجارة بنصاب من النقد للقنية ، فيبنى حول النقد على حول التجارة كعكسه .. والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا باع عرض التجارة فى أثناء الحول بعرض للتجارة لم ينقطع الحول ، لأن زكاة التجارة تتعلق بالقيمة وقيمة الثانى وقيمة الأول واحدة ، وانما انتقلت من سلعة الى سلعة فلم ينقطع الحول ، كمائتى

درهم انتقلت من بيت الى بيت ، وان باع العرض بالدراهم أو الدنانير نظرت فان باعه بقدر قيمته بنى حول الثمن على حول العرض ، كما يبنى حول العرض على حول الثمن ، وان باعه بزيادة مثل أن يشترى العرض بمائتين فبـاعه فى أثناء الحول بثلاثمائة ففيه طريقـان ، من أصحابنا من قال : يزكى المـائتين لحولها ، ويستانف (الحول للزيادة) قولا واحدا • وقال أبو اسحاق فى الزيادة قولان [أحدهما] يزكيها لحول الأصل لأنه نمـاء الاصـل فيزكى بحول الأصـل كالسخال • (والثانى) يستانف الحول بها لأنها فائدة غير متولدة مما عنده فلا يزكى بحوله كما لو استفاد الزيادة بارث أو هبة ، فاذا قلنا يستانف الحول للزيادة ففى حولها وجهان (أحدهما) من حين ينض لأنه لا يتحقق وجودها قبل أن ينض (والثانى) من حين يظهر وهو الأظهر لأنه قد ظهر ، فاذا نض علمنا أنه قد ملكه من ذلك الوقت فان كان عنده نصاب من الدراهم فباعه بالدراهم أو بالدنانير ــ فان فعل ذلك لغير التجارة ــ انقطع الحول فيما باع ، واستقبل الحول فيما اشترى ، وان فعله للتجارة كما يفعل الصيارف ففيه وجهان (أحدهما) ينقطع الحول لأنه مال تجب الزكاة فى عينه فانقطع الحول فيه بالمبادلة كالمـاشية (والثانى) لا ينقطع الحول لأنه باع مال التجارة [بمال(١)] للتجارة ، فلم ينقطع الحول [كما] لو باع عرضا بعرض) •

(**الشرح**) قوله : ينض بكسر النون وفتح اليـاء ، وفى الفصل مسـائل :

(احداها) اذا باع عرض التجارة بعرض للتجارة لم ينقطع الحول بلا خلاف لمـا ذكره المصنف ، ولأن هذا شأن التجارة •

(الثانى(٢)) اذا باع العرض بدراهم أو دنانير فى أثناء الحول ، فان باعه بقدر قيمته وهى رأس المـال ، بنى حول الثمن على حول العرض بلا خلاف ، كما بنى حول العرض على حول الثمن ، وان باعه

---

(١) كل ما بين المعقوفات ليس فى « ش » و « ق » (ط) •
(٢) كذا بالأصل والصواب أنها « المسألة الثانية » (ط) •

بزيادة بأن اشتراه بمائتى درهم فباعه فى أثناء الحول بثلاثمائة ففيه طريقان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) عند الأصحاب ، وبه قال أكثر أصحابنا المتقدمين أن المسألة على قولين (أصحهما) عند الأصحاب أنه يزكى المائتين لحولها ، ويفرد الربح بحول (والثانى) يزكى الجميع بحول الأصل (والطريق الثانى) وبه قال أبو على ابن أبى هريرة وحكاه عنه الماوردى أنه يفرد الربح قولا واحدا ، فاذا قلنا يفرد الربح بحول ، ففى ابتدائه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) من حين النضوض (والثانى) من حين الظهور • وهذا الوجه قول ابن سريج ، والأول هو الأصح عند المصنف والأصحاب وهو ظاهر نص الشافعى • هذا اذا أمسك الناض حتى تم الحول ، فلو اشترى به سلعة للتجارة قبل الحول وحال عليها الحول فطريقان حكاهما امام الحرمين وغيره (أحدهما) وهو المذهب : أنه كما لو أمسك الناض ، فيكون على الطريقين • (والثانى) القطع بأنه يزكى الجميع بحول الأصل • هـذا كله اذا نض قبل تمام الحول فلو نض بعده نظر — ان ظهرت الزيادة قبل تمام الحول — زكى الجميع بحول الأصل بلا خلاف ، وان ظهرت بعد تمامه فوجهان حكاهما الرافعى (أحدهما) كهذا (والثانى) وهو الأصح : يستأنف للربح حولا •

هذا كله اذا صار المال ناضا من جنس رأس المال ، بأن كان رأس المال دراهم فباعه بدراهم ، أما اذا صار ناضا من غير جنسه ، بأن كان رأس المال دراهم فباع العرض بدنانير فيقومها اذا انقضى الحول بالدراهم ، ويزكى ربحها لحول الأصل قولا واحدا ، كما سنذكره فى العرض ان شاء الله تعالى ، لأن رأس المال اذا كان دراهم لا يقوم فى آخر الحول الا بها فالدنانير كالعرض • هكذا قطع به البغوى والأكثرون ، ونقله الرافعى عن الجمهور • ثم قال : وقيل فى ضم الربح الى حول الأصل الطريقان السابقان ، فيما اذا كان الناض من جنسه ، والمذهب الأول • هذا كله اذا نض مال التجارة وفيه ربح •

أما اذا حصل ربح فى قيمة العرض ، ولم ينض بأن اشترى عرضا بمائتين ولم ينض حتى تم الحول وهو يساوى ثلاثمائة فيحسب زكاة ثلاثمائة عند تمام حول رأس المـال بلا خلاف ، سواء أكانت الزيادة فى نفس العرض كثمن العبد والجارية والدابة وكبر الشجرة وغيرها أو بارتفاع السوق ، وسواء أكانت الزيادة فى القيمة حاصلة يوم الشرى أو حدثت قبل الحول بزمن طويل أو قصير ، حتى يوم واحد أو لحظة ، ففى كل هـذا يضم الربح الى الأصل ويزكى الجميع لحول الأصل بلا خلاف • هكذا صرح به البغوى وسائر الأصحاب •

ونقل القاضى أبو الطيب فى « المجرد » وامام الحرمين وصاحب « البيان » اتفاق الأصحاب عليه ، واحتجوا بأنه نماء فى السلعة فأشبه النتاج فى المـاشية • قال امام الحرمين : حكى الأصحاب القطع بهذا لكن من يعتبر النصاب فى جميع الأحوال قد لا يسلم وجوب الزكاة فى الربح فى آخر الحول ، ومقتضاه أن يقول : ظهور الربح فى أثنائه كنضوضه ، فيكون فيه الخلاف السابق ، قال : وهذا لابد منه • قال الرافعى : والمذهب ما سبق (قلت) : وهو كما قال الرافعى • وهذا الذى أبداه امام الحرمين احتمال ضعيف ، لأن هذا المعنى موجود فى النتاج ، فان النصاب معتبر فى المـاشية فى جميع الحول بالاتفاق ، والنتاج مضموم الى الأصل •• والله أعلم • أما اذا ارتفعت قيمة العرض بعـد انقضاء الحول فالربح مضموم الى الأصـل فى الحول الثانى ، لا فى الأول كالنتاج • وهذا لا خلاف فيه ، صرح به البغوى وآخرون •• والله أعلم •

(المسألة(١) الثانية) اذا كان عنده نصاب من الذهب والفضة للقنية فباعه فى أثناء الحول بنصاب من جنسه أو من الجنس الآخر ، فان لم يقصـد به التجارة انقطع الحول بلا خـلاف ، كما لو بادل

---

(١) كذا بالأصل والصواب أنها « المسألة الثالثة » (ط) •

بالماشية ، ثم ان لم يقصد الفرار من الزكاة فلا كراهة ، وان قصده كره كراهة تنزيه على المذهب • وقيل : تحريم ، وقد سبقت المسألة فى باب زكاة الثمار ، وان باعه بقصد التجارة كالصيرفى ونحوه فوجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) عند الأصحاب — وهو ظاهر نص الشافعى — ينقطع الحول فى البيع ويستأنف حولا لما اشتراه ، فان باع الثانى قبل حوله للتجارة انقطع حوله واستأنف حولا آخر لما اشتراه ، وهكذا أبدا (والوجه الثانى) لا ينقطع الحول ، بل يبنى الثانى على حول الأول ، وهذا قول أبى اسحاق المروزى وصححه الشاشى والصحيح ما سبق ، ثم ان المصنف والجمهور حكوهما وجهين كما سبق ، وحكاهما البغوى قولين ، فقال : الجديد ينقطع ، والقديم لا ينقطع •

فـرع
لابن الحداد وشرحه الأصحاب

قال أصحابنا رحمهم الله : اذا ملك عشرين دينارا فاشترى بها عرضا للتجارة ثم باعه بعد ستة أشهر من ابتداء الحول بأربعين دينارا واشترى بها سلعة أخرى ، ثم باعها بعد تمام الحول بمائة دينار ، فان قلنا ان الربح من الناض لا نفرده لحول ، فعليه زكاة جميع المائة لحول الأصل ، وان قلنا : نفرد ، فعليه زكاة خمسين دينارا لأنه اشترى السلعة الثانية بأربعين ، منها عشرون رأس ماله الذى مضى عليه ستة أشهر ، وعشرون ربح استفاده يوم باع الأول ، فاذا مضت ستة أشهر فقد تم الحول على نصف السلعة فيزكيه بزيادته ، وزيادته ثلاثون دينارا ، لأنه ربح للعشرينين ستين ، وكان ذلك كامنا وقت تمام الحول • ثم اذا مضت ستة أشهر أخرى فعليه زكاة العشرين الثانية ، فان حولها حينئذ ، ولا يضم اليها ربحها لأنه صار ناضا قبل تمام حولها ، فاذا مضت ستة أشهر أخرى فعليه زكاة ربحها وهى الثلاثون الباقية ، فان كانت الخمسون التى أخرج زكاتها فى الحول الأول باقية عنده فعليه

زكاتها أيضا للحول الثانى مع الثلاثين ، هذا الذى ذكرناه هو قول [ابن] الحداد تفريعا على أن الناض لا يفرد ربحه بحول •

وحكى الشيخ أبو على وجهين آخرين ضعيفين ضعفهما امام الحرمين والأصحاب (أحدهما) يخرج عند البيع الثانى زكاة عشرين فاذا مضت ستة أشهر أخرج زكاة عشرين أخرى ، وهى التى كانت ربحا فى الحول الأول ، فاذا مضت ستة أشهر أخرج زكاة الستين الباقية لأنها انما استقرت عند البيع الثانى ، فمنه يبتدىء حولها فيه (والوجه الآخر) أنه عند البيع الثانى يخرج زكاة عشرين ، ثم اذا مضت ستة أشهر زكى الثمانين الباقية ، لأن الستين التى هى ربح حصلت فى حول العشرين التى هى الربح الأول فضمت اليهـا فى الحول ، ولو كانت المسألة بحالها لكنه لم يبع السلعة الثانية فيزكى عند تمام الحول الأول خمسين كما ذكرنا ، وعند تمام الحول الثانى الخمسين الثانية ، لأن الربح الأخير ما صار ناضا •

ولو اشترى بمائتين عرضا فباعه بعد ستة أشهر بثلاثمائة واشترى بها عرضا آخر وباعه بعد تمام الحول بستمائة ، فان لم يفرد الربح بحول أخرج زكاة ستمائة ، وان أفردناه أخرج زكاة أربعمائة ، فاذا مضت ستة أشهر زكى مائة ، فاذا مضت ستة أشهر أخرى زكى المـائة الباقية • هذا على قول ابن الحداد وهو المذهب ، وأما على الوجهين الآخرين فيزكى عند البيع الثانى مائتين ثم على الوجه الأول اذا مضت ستة أشهر زكى مائة ، ثم اذا مضت ستة أخرى زكى ثلاثمائة ، وعلى الوجه الثانى اذا مضت ستة أشهر من البيع الثانى زكى الأربعمائة الباقية •• والله أعلم •

(فـرع) ذكره البندنيجى وصاحب « الشـامل » و « البيان » وغيرهم : لو كان معه مائة درهم فاشترى عرضا للتجارة بخمسين منها ، فبلغت قيمته فى آخر الحول مائة وخمسين ، وقلنا بالمذهب : انه ينعقد الحول على ما دون النصاب لزمه زكاة الجميع ، فلو اشترى العرض بمائة ،

فلما مضت ستة أشهر استفاد خمسين درهما من جهة أخرى ، فلما تم حول العرض كانت قيمته مائة وخمسين فلا زكاة لأن الخمسين المستفادة لم يتم حولها ، لأنها وان ضمت الى مال التجارة فانما تضم اليه فى النصاب لا فى الحول ، لأنها ليست من نفس العرض ولا من ربحه ، فاذا تم حول الخمسين زكى المـــائتين • ولو كان معه مائة درهم فاشترى بها عرضا للتجارة فى أول المحرم ثم استفاد مائة أول صفر فاشترى بها عرضا ، ثم استفاد مائة ثالثة فى أول [شهر](١) ربيع الأول فاشترى بها عرضا آخر ، فاذا تم حول المـــائة الأولى فان كانت قيمة عرضها نصابا زكاها ، وان كانت أقل فلا زكاة ، فاذا تم حول المـــائة الثانية قوم عرضها ، فان بلغت قيمته مع الأول نصابا زكاهما وان نقصا عنه فلا زكاة فى الحال ، فاذا تم حول المـــائة الثالثة فان كان الجميع نصابا زكاه والا فلا •

(فـــرع) قال البغوى : لو اشترى عرضا بنصاب من الدراهم فصار ناضا فى خلال الحول ناقصا عن النصاب ، فان نض بغير جنس رأس المـــال ، بأن اشترى عرضا بمائتى درهم فنض بغيره دنانير لم ينقطع الحول ، فاذا تم الحول تقوم الدنانير بالدراهم ، وان نض بجنس رأس المـــال بأقل من نصاب بأن باعه بمائة وخمسين درهما فوجهان (أحدهما) لا ينقطع الحول كما لو نض بغير جنسه ، وكما لو نقصت قيمة العرض ولم ينض •

(والثانى) ينقطع لأن الحول انعقد على عين الدراهم ، وقد نقص نصابها ، بخلاف ما لو نض من غير رأس المـــال ، لأن الحول هناك لم ينعقد على عينه انما انعقد على قيمته ، ونصاب القيمة فى خلال الحول لا ينض فى زكاة التجارة •

---

(١) مضى للشارح قوله ـ وهو قول غيره كالأزهرى وصاحب « اللسان » وصاحب « القاموس » ـ أنه لا يقال : شهر كذا الا فى ثلاثة : شهرا ربيع وشهر رمضان (ط) •

ولو اشترى عرضا للتجارة بمائتى درهم فباعه بعشرين دينارا فتم الحول وهى فى يده قومت الدنانير بالدراهم كالعروض ، فان بلغت قيمتها نصابا من الدراهم أخرج الزكاة ، والا فهل يسقط حكم الحول أم لا يسقط ؟ حتى اذا بلغت قيمته بعد ذلك بأيام نصابا لزمه الزكاة ؟ فيه هذا الوجهان ، فان قلنا : يسقط بتبدل الحول فهل تنتقل الزكاة من الدراهم الى الدنانير ؟ فيه وجهان : (أحدهما) لا ، كما لو كان عرضا ولم تبلغ قيمته نصابا لا ينتقل الى نقد البلد • (والثانى) ينتقل ويبطل حول الدراهم ، حيث لم يبلغ قيمة ما فى يده نصابا والدنانير فى نفسها فاعتبارها بنفسها أولى من اعتبار قيمتها ، فان قلنا تنتقل الزكاة الى الدنانير ، فمن أى وقت يحسب حول الدنانير ؟ فيه وجهان (أحدهما) من وقت التقويم ، لأن حول الدراهم بطل عند التقويم (والثانى) من حين نضت الدنانير • هذا كلام البغوى والوجه الأول أصح •• والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا حال الحول على عرض التجارة وجب تقويمه لاخراج الزكاة ، فان اشتراه بنصاب من الأثمان قوم به ، لأنه فرع لما اشترى به فوجب التقويم به ، وان اشتراه بعرض للقنية قوم بنقد البلد ، لأنه لا يمكن تقويمه بأصله فوجب تقويمه بنقد البلد ، فان كان فى البلد نقدان قوم بأكثرهما معاملة ، وان كانا متساويين نظرت ــ فان كان بأحدهما يبلغ نصابا وبالآخر لا يبلغ نصابا ــ قوم بما يبلغ به ، لأنه قد وجد نصاب تتعلق به الزكاة فوجب التقويم به ، وان كان يبلغ بكل واحد منهما نصابا ففيه أربعة أوجه • (أحدها) أنه يقوم بما شاء منهما ، وهو قول أبى اسحاق وهو الأظهر لأنه لا مزية لأحدهما(١) على الآخر فخير بينهما • (والثانى) يقوم بما هو أنفع للمساكين كما اذا اجتمع فى النصاب فرضان أخذ ما هو أنفع للمساكين (والثالث) يقوم بالدراهم لأنها أكثر استعمالا (والرابع) يقوم بنقد أقرب البلاد اليه لأن

---

(١) ضمير التثنية يعود على النقدين (ط) •

النقدين تساويا فجعلا كالمعدومين . فان قومه ثم باعه بزيادة على قيمته قبل اخراج الزكاة ففيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه زكاة تلك الزيادة لانها زيادة حدثت بعد الوجوب فلم تلزمه زكاتها كالسخال الحادثة بعد الحول (والثانى) تلزمه لان الزيادة حصلت فى نفس القيمة التى تعلق بها الوجوب ، فهو بمنزلة الماشية اذا سمنت بعد الحول ، فانه يلزمه اخراج فرض سمين ، وان اشتراه بما دون النصاب من الأثمان ففيه وجهان : (أحدهما) يقوم بنقد البلد لأنه ملكه بما لا تجب فيه الزكاة ، فاشبه اذا ملكه بعرض للقنية (والثانى) أنه يقوم بالنقد الذى اشتراه به ، لأنه أصل يمكن أن يقوم به فيقوم به كما لو كان نصابا ، فان حال الحول على العرض فقوم فلم يبلغ النصاب لم تجب فيه الزكاة . فان زادت قيمته بعد الحول بشهر فبلغت نصابا ففيه وجهان ، قال أبو اسحاق : لا تجب الزكاة حتى يحول عليه الحول الثانى من حين حال الحول الأول ، لأن الحول يبتدىء من حين الشراء ، وقد تم الحول وهو ناقص عن النصاب ، فلم تتعلق به الزكاة ، وقال أبو على ابن أبى هريرة : اذا بلغت قيمته نصابا بعد شهر وجبت فيه الزكاة ، لأنه مضى عليه حول بعد الشراء بشهر وهو نصاب ، فوجبت فيه الزكاة) .

(الشرح) قال أصحابنا رحمهم الله : اذا حال الحول على عرض التجارة وجب تقويمه لاخراج الزكاة ، قال أصحابنا : اذا أراد التقويم فلرأس المال أحوال :

(أحدها) يكون نقدا نصابا بأن اشترى عرضا بمائتى درهم أو عشرين دينارا فيقوم فى اخراجه(١) برأس المال ، فان بلغ به نصابا زكاه والا فلا . فلو نقص به عن النصاب وبلغ بنقد البلد نصابا فلا زكاة حتى لو اشترى بمائتى درهم عرضا فباعه بعشرين دينارا — وقصد التجارة مستمر — فحال الحول والدنانير فى يده وهى نقد البلد ولا تبلغ قيمتها بالدراهم مائتى درهم فلا زكاة ، هذا هو المذهب ، وبه قطع جماهير الأصحاب المتقدمين والمتأخرين ، وحكى صاحب

---

(١) فى نسخة : فى آخر الحول .

« التقريب » (قولا غريبا) : أن التقويم أبدا يكون بغالب نقد البلد ، سواء أكان رأس المـال نقدا أم لا . وحكى الشيخ أبو حامد الماوردى(١) والرويانى وصاحب « البيان » وغيرهم هذا وجها عن ابن الحداد ، وهو مذهب أبى حنيفة ، واحتج له بالقياس على ما لو أتلف على غيره شيئا متقوما ، فانه يقوم بنقد البلد لا بما اشتراه به . واحتج الأصحاب للمذهب بأن العرض فرع لمـا اشتراه به ، واذا أمكن تقويمه بأصله كان أولى بخلاف المتلف فانه لا أصل له فوجب تقويمه بنقد البلد .

(الحال الثانى) أن يكون نقدا دون نصاب فوجهان (أصحهما) عند الأصحاب يقوم برأس المـال لمـا ذكرناه فى الحال الأول (والثانى) يقوم بنقد البلد ، وهو قول أبى اسحاق المروزى لأنه لا يبنى حوله على حوله فهو كما لو اشتراه بعرض ، قال البغوى والرافعى : وموضع الوجهين ما اذا ملك من جنس رأس المـال ما يتم به النصاب ، فان ملك بأن اشترى بمائة درهم عرضا وهو حينئذ يملك مائة أخرى فلا خلاف أن التقديم يكون برأس المـال ، لأنه اشترى ببعض ما انعقد عليه الحول ، وابتداء الحول من ملك الدراهم (قلت) ويجىء فيه القول الذى حكاه صاحب « التقريب » .

(الحال الثالث) أن يملك بالنقدين جميعا وهـذا ثلاثة أضرب (أحدها) أن يكون كل واحد منهما نصابا فيقوم بهما جميعا على نسبة التقسيط يوم الملك ، وطريقة تقويم أحـد النقدين بالآخر ، مثـل ما لو اشترى العرض بمائتى درهم وعشرين دينارا فينظر — ان كانت قيمة الدراهم عشرين دينارا — فنصف العرض مشترى بدنانير ونصفه بدراهم ، وان كانت قيمة الدراهم عشرة دنانير فثلثاه مشترى بدراهم ، وثلثه مشترى بدنانير ، وهكذا يقوم فى آخر الحول ولا يضم أحدهما الى الآخر فان نقص كل واحد منهما فى آخر الحول عن النصاب فلا زكاة

---

(١) كذا فى « ش » و « ق » وهو خطأ والصواب المروروذى (ط) .

وان كان بحيث لو قوم بأحدهما لبلغ نصابا لما سبق فى باب زكاة الذهب والفضة أنه لا يضم أحدهما الى الآخر ، ويكون حول كل واحد منهما من حين ملك ذلك النقد •

(والضرب الثانى) أن يكون كل واحد منهما دون النصاب ، فان قلنا بقول أبى اسحاق : ان ما دون النصاب كالعرض يقوم الجميع بنقد البلد ، وان قلنا بالأصح انه كالنصاب فوجهان حكاهما الماوردى (أصحهما) وبه قطع الجمهور : يقوم ما قابل الدراهم بدراهم ، وما قابل الدنانير بدنانير (والثانى) يقوم الجميع بالدراهم لأنه الأصل ونصوص زكاتها صريحة •

(الضرب الثالث) أن يكون أحدهما نصابا والآخر دونه فيقوم ما ملكه بالنقد الذى هو نصاب برأس ماله ، وما ملكه بالنقد الآخر ، فيه ثلاثة أوجه (أصحها) برأس ماله (والثانى) بغالب نقد البلد (والثالث) أنه ان كان فضة قوم بها وان كان ذهبا قوم بالفضة أيضا ، وهو الوجه المحكى قريبا عن الماوردى • قال أصحابنا : ويقوم كل واحد منهما فى آخر حوله ويكون حول الذى ملكه بنصاب من حين ملك ذلك النصاب ، وحول المملوك بما دون النصاب من حين ملك العرض ، واذا اختلف جنس المقوم به فلا ضم •

(الحال الرابع) أن يكون رأس المال غير نقد ، بأن ملك العرض بغرض قنية أو ملكه بخلع أو نكاح بقصد التجارة ، وقلنا بالمذهب : انه يصير مال تجارة فيقوم فى آخر الحول بنقد البلد ، فان كان فى البلد نقدان فينظر فان كان أحدهما أغلب قوم بالأغلب ، نص عليه الشافعى واتفق عليه الأصحاب ، سواء أكان دراهم أو دنانير ، فان بلغ به نصابا وجبت زكاته ، وان نقص به عن النصاب وبلغ بنقد آخر غير الغالب نصابا فلا زكاة بالاتفاق • ولو كان فى البلد نقدان متشابهان فى الرواج ليس أحدهما أغلب من الآخر — فان بلغ بأحدهما نصابا دون الآخر —

قوم بما بلغ به بلا خلاف ، وان بلغ كل واحد منهما نصابا ففيه أربعة أوجه حكاها المصنف والأصحاب (أصحها) عند المصنف والبندنيجى وآخرين من الأصحاب — وهو قول أبى اسحاق المروزى — يتخير المالك فيقوم بما شاء منهما ، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر (والثانى) يقوم بالأنفع للمساكين ، كما سبق فى اجتماع الحقاق وبنات اللبون (والثالث) يتعين التقويم بالدراهم ، لأنها أكثر استعمالا ولأنها أرفق ، وهو قول ابن أبى هريرة •

واحتج له بأن الدراهم ثبتت زكاتها بالنصوص المتواترة بخلاف الذهب ، قال القاضى أبو الطيب : هذا الاستدلال باطل لأن زكاة الذهب ثابتة بالاجماع ، فلا فرق بينهما (والرابع) يقوم بالنقد الغالب فى أقرب البلاد اليه لأنهما تعارضا فصارا كالمعدومين ، فانتقل الى أقرب البلاد •

(الحال الخامس) أن يكون رأس المال نقدا أو غيره بأن اشترى بمائتى درهم عبد قنية فما قابل الدراهم يقوم بها وما قابل العبد يقوم بنقد البلد ، فان كان النقد دون نصاب عاد الوجهان (الأصح) يقوم برأس ماله (والثانى) بغالب نقد البلد • قال البغوى والرافعى : وكما يجرى التقسيط عند اختلاف الجنس ، يجرى عند اختلاف الصفة ، بأن اشترى بنصاب دنانير بعضها صحاح وبعضها مكسرة وبينهما تفاوت ، فيقوم ما يخص الصحيح وما يخص المكسور •• والله أعلم •

(فرع) اذا قوم العرض فى آخر الحول ثم باعه بزيادة على قيمته ، فان كان البيع بعد اخراج الزكاة فلا شىء عليه فى هذه الزيادة عن الحول الأول ، ولكنها تضم الى المال فى الحول الثانى • وان كان البيع قبل اخراج الزكاة فوجهان مشهوران حكاهما المصنف والأصحاب (أحدهما) يلزمه زكاة الزيادة لأنها حصلت فى نفس القيمة التى تعلق بها الوجوب ، فأشبهت الماشية اذا سمنت بعد الحول قبل اخراج

الزكاة فانه تلزمه سمينة بلا خلاف (وأصحهما) عند القاضي أبى الطيب والأصحاب لا تلزمه زكاة الزيادة لأنها حدثت بعد الوجوب فلم يلزمه زكاتها كالسخال الحادثة بعد الحول ، ويخالف السمن فانه وصف تابع • ولو نقصت القيمة بعد أن قومها بعد الحول فباعها بنقص عما قومها به نظر ان نقصت نقصا يسيرا وهو القدر الذى يتغابن الناس به ، لم تلزمه الا زكاة ما بيع به لأن هذا قيمته • وان نقصت نقصا كثيرا لا يتغابن الناس به ، بأن قومها بأربعين دينارا ثم نقصت فباعها بخمسة وثلاثين لزمه زكاة الأربعين التى قوم بها ، لأن هذا النقص بتفريطه • هكذا فصله أصحابنا ، وكذا نقله عنهم القاضى أبو الطيب وصاحب « البيان » •

(فــرع) اذا حال الحول على العرض فقوم فلم يبلغ قيمته نصابا فلا زكاة فى الحال بلا خلاف ، فان زادت قيمته فبلغت بعد ذلك نصابا ففيه وجهان مشهوران حكاهما المصنف والأصحاب (أحدهما) وحكاه القاضى أبو الطيب عن ابن أبى هريرة والمــاسرجسى : تلزمه الزكاة عند تمام النصاب ، فيخرج عن المــاضى ويكون ابتداء الحول الثانى من هذا الوقت وقد زاد الحول الأول لأنها اذا وجب فى اثنى عشر شهرا ففى أكثر أولى (والثانى) وهو الأصح عند القاضى أبى الطيب والأصحاب ، وبه قال أبو اسحاق المروزى : لا تجب الزكاة حتى يحول حول ثان ، من حين حال الحول الأول ، لأن الحول الاول انقضى ولا زكاة فيه ، فوجب أن لا يجب شىء حتى يتم الحول الثانى ، ثم ان المصنف وشيخه القاضى ومن تبعهما فرضوا المسألة فيما اذا زاد قيمته فبلغت نصابا بعد الحول بشهر ونحوه ، وقال صاحب « البيان » : متى زادت بعد الحول الأول وقبل تمام الثانى ففيه وجهان •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا قوم العرض فقد قال فى « الأم » : يخرج الزكاة مما قوم به • وقال فى القديم : فيه قولان (أحدهما) أنه يخرج ربع عشر قيمته

(والثانى) يخرج ربع عشر العرض ، وقال فى موضع آخر : لا يخرج الا العين أو الورق أو العرض ، فمن أصحابنا من قال : فيه ثلاثة أقوال (أحدها) يخرج من الذى قوم به لأن الوجوب يتعلق به (والثانى) يخرج من العرض ، لأن الزكاة تجب لأجله (والثالث) يخير بينهما لأن الزكاة تتعلق بهمـا فيخير بينهما ، وقال أبو اسحاق : فيه قولان (أحدهما) يخرج مما قوم به (والثانى) أنه بالخيار ، فقال أبو على ابن أبى هريرة : فيه قولان (أحدهما) يخرج مما قوم به (والثانى) يخرج العرض) .

(الشرح) قال الشافعى والأصحاب : زكاة عرض التجارة ربع العشر بلا خلاف ، ولا وقص فيه كالنقد ، وفيما يجب اخراجه طرق كما ذكره المصنف حاصلها ثلاثة أقوال (أصحها) عند الأصحاب ، وهو نصه فى « الأم » و « المختصر » وهو الجديد ، وبه الفتوى وعليه العمل : يجب ربع عشر القيمة مما قوم به ولا يجوز أن يخرج من نفس العرض (والثـانى) يجب الاخراج من نفس العرض ولا تجـزىء القيمة (والثالث) يتخير بينهما ، وقد ذكر المصنف دليل الجميع ، والقول الثانى والثالث قديمان ضعيفان ، وحكى الصيمرى طريقا رابعا ، وهو أنه ان كان العرض حنطة أو شعيرا أو مما ينفع المساكين أخرج منه ، وان كان عقارا أو حيوانا فمن القيمة نقدا .

(فـرع) ذكره الأصحاب تفريعا على هذه الأقوال الثلاثة السابقة قالوا : اذا اشترى بمائتى درهم مائتى قفيز حنطة أو بمائة ــ وقلنا : يعتبر النصاب آخر الحول فقط وهو الأصح ، وحال الحول وهى تساوى مائتين ــ فعلى الصحيح الجديد عليه خمسة دراهم ، وعلى الثانى خمسة أقفزة ، وعلى الثالث يتخير بينهما .

(قالوا) : فلو أخر اخراج الزكاة حتى نقصت القيمة فعادت الى مائة درهم نظر ــ ان كان ذلك قبل امكان الأداء ــ وقلنا الامكان شرط للوجوب ، فلا زكاة ، وان قلنا شرط للضمان لا للوجوب لزمه على

الجديد الصحيح درهمان ونصف ، وعلى الثانى خمسة أقفزة ، وعلى الثالث يتخير بينهما ، وان كان بعد الامكان لزمه على الجديد خمسة دراهم لأن النقصان من ضمانه ، وعلى الثانى خمسة أقفزة ، ولا يلزمه ضمان نقصان القيمة مع بقاء العين كالغاصب ، وعلى الثالث يتخير بينهما • ولو أخر الاخراج فبلغت القيمة أربعمائة ــ فان كان قبل امكان الأداء ، وقلنا هو شرط الوجوب ــ لزمه على الجديد عشرة دراهم ، وعلى الثانى خمسة أقفزة ، وعلى الثالث يتخير بينهما ، وان قلنا شرط فى الضمان لزمه على الجديد خمسة دراهم ، وعلى الثانى خمسة أقفزة قيمتهـــا عشرة دراهم ، لأن هذه الزيادة فى ماله ومال المساكين • هذا هو الصحيح عند الأصحاب • وقال ابن أبى هريرة : يكفيه على هذا القول خمسة أقفزة قيمتها خمسة دراهم لأن هذه الزيادة حدثت بعد وجوب الزكاة ، وهى محسوبة فى الحول الثانى ، وعلى الثـــالث يتخير بينهما ، ولو بلغت الحنطة بعد وجوب الزكاة وقيمتها مائتا درهم فصارت أربعمائة درهم لزمه على الجديد خمسة دراهم ، لأنها القيمة يوم الاتلاف وعلى الثانى خمسة أقفزة قيمتها عشرة دراهم • وعلى الثالث يتخير بينهما •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا دفع الى رجل ألف درهم قراضا على أن الربح بينهما نصفان فحال الحول وقد صار ألفين بنيت على أن المضارب متى يملك الربح ؟ وفيه قولان (أحدهما) يملكه بالمقـــاسمة (والثانى) يملكه بالظهور ، فان قلنا بالأول كانت زكاة الجميع على رب المـــال ، فان أخرجها من عين المـــال فمن أين تحسب ؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنها تحسب من الربح ، لأنها من مؤن المـــال فتحتسب من الربح كأجرة النقال والوزان والكيال (والثانى) تحتسب من رأس المـــال ، لأن الزكاة دين عليه فى الذمة فى أحد القولين ، فاذا قضاه من المـــال حسب من رأس المـــال كسائر الديون (والثالث) أنها تحسب من رأس المـــال والربح جميعا ، لأن الزكاة تجب فى رأس المـــال والربح فى حسب المخرج منهما • وان قلنا : ان العامل يملك حصته من الربح بالظهور ، وجب على رب المـــال

زكاة ألف وخمسمائة واخراجها على ما ذكرناه ، وتجب على العامل زكاة خمسمائة غير أنه لا يلزمه اخراجها لأنه لا يدرى هل يسلم له أم لا ؟ فلم يلزمه اخراج زكاته كالمـال الغائب ، فان أخرج زكاته من غير المـال جاز ، وان أراد اخراجه من المـال ففيه وجهان (أحدهما) ليس له ، لأن الربح وقاية لرأس المـال فلا يخرج منه الزكاة ، (والثانى) أن له ذلك لأنهما دخلا على حكم الاسلام ووجوب الزكاة) .

(الشرح) عامل القراض لا يملك حصته من الربح الا بالقسمة فى أصح القولين . وفى الثانى يملكها بالظهور ، فاذا دفع الى رجل نقدا قراضا وهما جميعا من أهل الزكاة فحال عليه الحول ــ فان قلنا : العامل لا يملك حصته من الربح الا بالقسمة ــ لزم المـالك زكاة رأس المـال والربح جميعـا ، فان الجميع ملكه . هكذا قطع به المصنف والأصحاب . وأشار امام الحرمين الى احتمال فى تخريج الوجوب على المـالك فى نصيب العامل على الخلاف فى المغصوب والمجحود لتأكد حق العامل فى حصته ، والمذهب ما قاله الأصحاب . قال أصحابنا : وحول الربح مبنى على حول الأصل الا اذا صار ناضا فى أثناء الحول ففيه الخلاف السابق . ثم ان أخرج المـالك الزكاة من موضع آخر فذاك ، وان أخرجها من نفس مال القراض فهو جائز بلا خلاف ، وفى حكم المخرج ثلاثة أوجه مشهورة حكاها المصنف والأصحاب (أصحها) عند الشيخ أبى حامد والبغوى والجمهور وهو المنصوص : أنه يحسب من الربح كالمؤن التى تلزم المـال ، كأجرة حمال وكيال ووزان وغير ذلك ، وكما أن فطرة عبيد التجارة من الربح بلا خلاف ، ونقله البغوى عن نص الشافعى ، وكذا أروش جناياتهم (والثانى) يحسب من رأس المـال لأن الزكاة دين على المـالك ، فحسب على المـالك كما لو أخذ قطعة من المـال وقضى بها دينا آخر (والثالث) بحسب من رأس المـال والربح جميعا لأنها تجب فيهما فحسبت فيهما ، ويكون المخرج كطائفة من المـال استردها المـالك ويقسط عليهما .

(مثاله) رأس المـــال مائتان والربح مائة فثلثا المخرج من رأس المـــال وثلثه من الربح • قال الخراسانيون : هذا الخلاف مبنى على أن تعلق الزكاة بالعين أم بالذمة ؟ ان قلنـــا بالعين فكالمؤن والا فهو استرداد • ومنهم من قال : ان قلنـــا بالعين فكالمؤن والا فوجهان ، واستبعد امام الحرمين هذا البناء وقال : ليس هو بمرضى • قال : ولا يمتنع اثبات الخلاف على قول تعلق الزكاة بالعين من جهة شيوع تعلق الزكاة فى الجميع • أما اذا قلنا : العامل يملك حصته بالظهور فعلى المـــالك زكاة رأس المـــال وحصته من الربح بلا خلاف ، ولا يلزمه زكاة حصة العامل بلا خلاف •

قال المصنف والأصحاب : وحكم الاخراج والحول كما سبق ، وهو أنه ان بقيت السلعة الى آخر الحول زكى الربح بحول الأصل ، وان نض الربح قبل الحول فهل يضم الى حول الأصل ؟ أم يفرد بحول ؟ فيه الخلاف السابق ، ثم ان أراد اخراج الزكاة من مال القراض من أين يحسب ؟ فيه الأوجه الثلاثة • هذا حكم المـــالك • أما العامل على هذا القول فهل يلزمه زكاة نصيبه من الربح ؟ فيه ثلاث طرق حكاها الفورانى وامام الحرمين وآخرون (وأصحها) وبه قطع المصنف وجمهور العراقيين وصاحب « التقريب » والصيدلانى وغيرهم القطع بوجوبها ، لأنه مالك قادر على الفسخ والمقاسمة فى كل وقت ، والتصرف بعد القسمة فى نصيبه ، فلزمه الزكاة • (والثانى) أنه على قول المغصوب والمجحود ، لأنه غير متمكن فى الحال من كمال التصرف (والثالث) القطع بعدم الزكاة عليه لضعف ملكه وعدم اســتقراره لاحتمال الخسران فأشبه المكاتب • وهذه طريقة القفال وضعفها امام الحرمين ، فحصل أن المذهب الايجاب على العامل ، وفى ابتداء حوله فى نصيبه خمسة أوجه (أصحها) المنصوص من حين الظهور لأنه ملك من حينئذ •

(والثانى) من حين يقوم المـــال على المـــالك لأجل الزكاة لأنه لا يتحقق الربح الا بذلك ، حكاه الشيخ أبو حامد والأصحاب •

(والثالث) حكاه أبو حامد أيضا والأصحاب من حين المقاسمة ، لأنه لا يستقر ملكه الا من حينئذ ، وهذا غلط وان كان مشهورا ، لأن حاصله أن العامل لا زكاة فى نصيبه لأنه بعد المقاسمة ليس بعامل بل مالك ملكا مستقرا كامل التصرف فيه ، والتفريع على أنه يملك بالظهور • فالقول بأنه لا يكون حوله الا من المقاسمة رجوع الى أنه لا زكاة عليه قبل القسمة •

(والوجه الرابع) حوله حول رأس المـــال ، حكاه امام الحرمين والغزالى وغيرهما • وهذا أيضا غلط صريح لأنه حينئذ لم يكن مالكا ، فكيف يبنى ملكه وحوله على حول غيره ؟ ولا خلاف أن حول الانسان لا يبنى على حول غيره الا الوارث على قول ضعيف ، لكونه قائما مقام المـــورث •

(الخامس) أنه من حين اشترى العامل السلعة ، حكاه البندنيجى وغيره • قالوا : وهو غلط • قال أصحابنا : ثم اذا تم حول العامل ونصيبه لا يبلغ نصابا لكنه مع جملة المـــال يبلغ نصابا ــ فان أثبتنا الخلطة فى النقدين ــ فعليه الزكاة والا فلا ، الا أن يكون له من جنسه ما يكمل به النصاب ، وهذا اذا لم نقل ابتداء الحول من المقاسمة ، فان جعلناه منها سقط اعتبار الخلطة • قال أصحابنا : واذا أوجبنا الزكاة على العامل لم يلزمه اخراجها قبل القسمة • وهذا هو المذهب وبه قطع المصنف وسائر العراقيين والجمهور ، فاذا اقتسما زكى ما مضى ، وفيه وجه أنه يلزمه الاخراج فى الحال لتمكنه من القسمة ، وهو قول صاحب « التقريب » حكاه صاحب « الابانة » و « البيان » وآخرون عنه ، والصواب الأول لأن المـــال ليس فى يده ولا تصرفه فلا يكون أكبر من المـــال الغائب الذى ترجى سلامته ويخاف تلفه •

قال أصحابنا : فان أخرج الزكاة من موضع آخر فذاك ، وان أراد اخراجها من مال القراض فهل له الاستقلال به أم للمالك منعه ؟ فيه

وجهان مشهوران ذكرهما المصنف والأصحاب (أصحهما) عند جماهير الأصحاب وهو المنصوص يستقل به بغير اذن المالك ، لأن الزكاة وجبت فيه ، ولأنه مقتضى القراض على هذا القول (والثانى) ليس له ذلك وللمالك منعه ، لأن الربح وقاية لرأس المال فلعله يخسر • قال البندنيجى : هذان الوجهان مبنيان على أن الزكاة هل تتعلق بالعين أم بالذمة ؟ ان قلنا بالعين فله ذلك والا فلا • هذا كله اذا كان المالك والعامل من أهل وجوب الزكاة جميعا ، فأما اذا كان المالك من أهلها دون العامل وقلنا : الجميع للمالك ما لم يقسم فعليه زكاة الجميع • وان قلنا بالقول الآخر فعليه زكاة رأس المال ونصيبه من الربح ، ولا يكمل نصيبه اذا لم يبلغ نصابا بنصيب العامل ، لأنه ليس من أهل الزكاة فلا تصح خلطته • وأما اذا كان العامل من أهل وجوب الزكاة دون المالك ــ فان قلنا : كله للمالك قبل القسمة ــ فلا زكاة ، وان قلنا : للعامل حصته من الربح ففى وجوب الزكاة عليه الخلاف السابق ، فان أوجبناها فذلك اذا بلغت حصته نصابا أو كان له ما يتم به نصاب ولا تثبت الخلطة ولا يجىء فى اعتبار الحول هنا الا الوجه الأول والثالث ، وليس له اخراج الزكاة من غير المال بلا خلاف لأن المالك لم يدخل فى العقد على اخراج زكاة من المال • هكذا قاله الأصحاب • قال الرافعى : والمانع منع ذلك لأنه عامل من عليه الزكاة •• والله أعلم •

فــــرع

فى مسائل تتعلق بزكاة التجارة

(احداها) اذا باع عرض التجارة بعد وجوب الزكاة قبل اخراجها ففيه ثلاث طرق (أصحها) وبه قطع جمهور الأصحاب فى الطريقين صحة بيعه قولا واحدا (والطريق الثانى) فيه الخلاف السابق فى بيع غيره من أموال الزكاة قبل اخراجها ، كبيع السائمة والثمرة والحب والنقد بعد وجوب الزكاة قبل اخراجها • حكاه صاحب « البيان » وآخرون (والثالث) ان قلنا : يخرج زكاة التجارة من نفس العرض فهو على الخلاف ، وان قلنا يخرج من القيمة فهو كما لو وجبت شاة فى خمس من الابل فباعها قبل اخراج الشاة ، وفيه طريقان سبقا فى موضعهما ، وهذا

الطريق قاله(١) وحكاه الرافعى ، قال الرافعى : وهذان الطريقان شاذان ، والمذهب القطع بالجواز ، كما قطع به الجمهور ، وسواء باع بقصد التجارة ، أم بقصد اقتناء المال ، أم بلا قصد ، لأن تعلق الزكاة به لا يبطل ، وان صار مال قنية ، كما لو نوى الاقتناء بلا بيع • ولو وهب مال التجارة أو أعتق عبدها ، قال الرافعى : هو كبيع الماشية بعد وجوب الزكاة فيها ، لأن الهبة والاعتاق يبطلان متعلق زكاة التجارة ، كما أن بيع الماشية يبطل متعلق زكاتها ، قال : ولو باع مال التجارة بعد وجوبها بمحاباة فقدر المحاباة كالموهوب ، فان لم تصحح الهبة بطل فى ذلك القدر وفى الثانى قولا تفريق الصفقة •

(الثانية) اذا كان مال التجارة حيوانا فله حالان :

(أحدهما) أن يكون مما تجب الزكاة فى عينه كنصاب الماشية وسبق حكمه •

(الثانى) أن لا يجب فى عينه كالعبيد والجوارى والخيل والحمير والمعلوفة من الغنم ، فهل يكون نتاجها مال تجارة ؟ فيه وجهان مشهوران ، أصحهما يكون ، لأن الولد جزء من أمه ، قالوا : والوجهان فيما اذا لم تنقص قيمة الأم بالولادة ، فان نقصت بأن كانت قيمتها ألفا فصارت بالولادة ثمانمائة وقيمة الولد مائتان جبر نقص الأم بالولد وزكى الألف • ولو صارت قيمة الأم تسعمائة جبرت المائة من قيمة الولد كذا قاله ابن سريج والأصحاب ، قال امام الحرمين : وفيه احتمال ظاهر ومقتضى قولنا : انه ليس مال تجارة لا يجبر به الأم كالمستفاد بسبب آخر •

قال أصحابنا : وثمار أشجار التجارة كأولاد حيوانها ففيها الوجهان ، فان لم يجعل الأولاد والثمار مال تجارة فهل يجب فيها فى السنة الثانية فما بعدها زكاة ؟ قال امام الحرمين : الظاهر أنا لا نوجب ، لأنه منفصل عن تبعية الأم وليس أصلا فى التجارة ، وأما اذا ضممناها الى الأصل وجعلناها مال تجارة ففى حولها طريقان (أصحهما) حولها

---

(١) بياض بالأصل فحرر •

حول الأصل كنتائج السائمة وكالزيادة المتصلة (والثانى) على قولى ربح النقاض فعلى أحدهما ابتداء حولها من انفصال الولد وظهور الثمار •

(الثالثة) حكى البغوى والأصحاب عن ابن الحداد فرعا ووافقوه عليه وهو اذا اشترى شقصا مشفوعا بعشرين دينارا للتجارة فحال الحول وقيمته مائة لزمه زكاة مائة ، ويأخذه الشفيع بعشرين ، ولو اشتراه بمائة فحال عليه الحول وقيمته عشرون لزمه زكاة عشرين ويأخذه الشفيع بمائة ، وحكى امام الحرمين ما ذكره ابن الحداد فى الصورة ، ثم قال : قال الشيخ أبو على : ومن أصحابنا من خرج قولا أنه لا زكاة عليه ، لأن ملكه معرض للزوال بتسلط الشفيع عليه ، ولو تصرف فى الدار فتصرفه معرض للنقض من جهة الشفيع بخلاف الصداق ، فان تصرف المرأة فيه لا ينقض لو فرض فرقة قبل الدخول • قال الامام : وهذا الذى ذكره ، وان كان يتوجه تفريعه فالوجه أن يستثنى منه قدر عشرين دينارا ، فان ملكه [والا] كان معرضا للزوال فى الشقص فيبذل فى مقابلته عشرون دينارا وعين المـال ليست مقصودة فى زكاة التجارة ، وانما المقصود المـالية وهى موجودة دائمة فى مقدار عشرين دينارا • قال الامام : ثم ذكر الشيخ أبو على وجها أن للمشترى أن يقول قد وجبت الزكاة فى مالية الدار فيخرج الزكاة منها ، ويكون ذلك كنقصان صفة فى الشقص فيأخذ الشفيع الباقى بجميع العشرين كما لو نقص بآفة سماوية ، قال الامام : وهذا الوجه ضعيف لأن نقصه بالزكاة بسبب قصده التجارة لا فى نفسه •• والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب زكاة المعدن والركاز

(إذا استخرج حر مسلم من معدن فى موات أو فى أرض يملكها نصابا من الذهب أو الفضة ، وجبت عليه الزكاة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أقطع بلال بن الحرث المزنى المعادن القبلية ، وأخذ منه الزكاة ، فان استخرجها مكاتب أو ذمى لم يجب عليه شىء ، لأنها زكاة والزكاة لا تجب على مكاتب ولا ذمى ، وان وجده فى أرض مملوكة لغيره فهو لصاحب الأرض ، ويجب دفعه اليه فاذا أخذه مالكه وجبت عليه زكاته) .

(الشرح) هذا الحديث رواه مالك فى « الموطأ » عن شيخه ربيعة ابن أبى عبد الرحمن عن غير واحد من العلماء « أن النبى صلى الله عليه وسلم أقطع لبلال بن الحرث المزنى معادن القبلية ، وهى من ناحية الفرع ، فتلك المعادن لا يؤخذ منها الا الزكاة الى اليوم » هذا لفظ رواية مالك ، وروى الشافعى عن مالك هكذا ، ثم قال الشافعى : ليس هذا مما يثبته أهل الحديث ، ولو أثبتوه لم يكن فيه رواية عن النبى صلى الله عليه وسلم الا اقطاعه ، فان الزكاة فى المعدن دون الخمس وليست مروية عن النبى صلى الله عليه وسلم .

قال البيهقى : هو كما قال الشافعى فى رواية مالك ، قال : وقد روى عن ربيعة موصولا ، فرواه البيهقى عن ربيعة عن الحرث بن بلال ابن الحرث عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذ من المعادن القبلية الصدقة ، وأنه أقطع بلال بن الحرث العقيق أجمع ، والمعادن القبلية — بفتح القاف والباء الموحدة — وهذا لا خلاف فيه ، وقد تصحف ، والفرع — بضم الفاء واسكان الراء وبالعين [المهملة] — بلاد بين مكة والمدينة ، وأما المعدن فمشتق من العدون وهو الاقامة ، ومنه

قوله تعالى : « **جنات عدن** »(١) وسمى معدنا لأن الجوهر يعدن فيه ، أى يقيم ، وقولهم : زكاة المعدن أى زكاة المستخرج من المعدن •

(أما الأحكام) فقال أصحابنا : أجمعت الأمة على وجوب الزكاة فى المعدن ، وشرط للذى يجب عليه أن يكون حرا مسلما ، فالمكاتب والذمى لا زكاة عليهما ، لما سبق فى أول كتاب الزكاة ، وسبق هناك فيمن بعضه حر وبعضه عبد خلاف وهو جار هنا ، ولو كان المستخرج عبدا وجبت الزكاة على سيده ، لأن الملك له ولو أمره السيد بذلك ليكون النيل له قال القاضى أبو الطيب فى « المجرد » والدارمى والبندنيجى وصاحب « الشامل » : هو على القولين فى ملك العبد بتمليك السيد ، فاذا قلنا : لا يملك فالملك للسيد وعليه زكاته ، وان قلنا : يملك فلا زكاة على السيد لعدم ملكه ، ولا على العبد لضعف ملكه •• والله أعلم •

قال المصنف والأصحاب : اذا كان مواتا أو ملكا للمستخرج فعليه زكاته ، وان وجده فى أرض مملوكة فهو لصاحب الأرض ، ويجب دفعه اليه ، فاذا أخذه مالكه لزمه زكاته •

(فـرع) قال أصحابنا : لا يمكن للذمى حفر معدن فى دار الاسلام ولا الأخذ منها كما لا يمكن من الاحياء فيها ، ولكن ما أخذه قبل ازعاجه يملكه ، كما لو احتطب ، وفيه وجه أنه لا يملكه ، حكاه الماوردى ، وسنعيده فى فصل الزكاة ان شاء الله تعالى ، والصواب أنه يملك وليس عليه حق المعدن على المذهب ، وبه قطع المصنف وسائر العراقيين • وقال جماعة من الخراسانيين : يبنى على أن مصرف حق المعدن ماذا ؟ فان أوجبنا فيه ربع العشر فمصرفه مصرف الزكوات ، وان أوجبنا الخمس فطريقان : المذهب مصرف الزكوات (والثانى) فيه قولان (أصحهما) هذا (والثانى) مصرف خمس الفىء وبهذا قال المزنى وأبو حفص ابن الوكيل من أصحابنا ، حكاه عنهما صاحب « البيان » ، فان قلنا بهذا

---

(١) التوبة : ٧٢ ، وسور أخرى •

أخذ من الذمى الخمس ، وان قلنا بالمذهب : انه مصرف الزكوات لم يؤخذ منه شيء •

قال المـــاوردى : فان قيل اذا كان الذمى ممنوعا من المعدن كما يمنع من الاحياء فينبغى أن لا يملك ما يأخذه منه ، كما لا يملك ما أحياه ، والجواب أن ضرر الاحياء مؤبد ، فلم يملك به بخلاف المعدن • قال أصحابنا : ثم على المذهب يشترط النية فيه كسائر الزكوات ، واذا قلنا : مصرف الفيء فلا يشترط النية ، ولا خلاف أن المكاتب لا يمنع من المعدن ، ولا زكاة عليه ، قال المروزى : فان قيل : فما الفرق بين أن يجد المكاتب معدنا أو ركازا فلا زكاة عليه فيه ؟ وبين أن يغنم غنيمة من الكفار فيجب فيها الخمس ؟ فالجواب أنه فى الغنيمة يملك أربعة أخماسها أولا ، ويملك أهل الخمس حينئذ الخمس ، وفى المعدن والركاز يملك كله بالوجود ، ولكن يجب بعد ذلك على الحر اخراج واجبه زكاة والمكاتب لا زكاة عليه فيما ملكه كسائر أملاكه ، وهذا مذهبنا • وقال أبو حنيفة : يلزم المكاتب زكاة المعدن •

(فـــرع) قال أصحابنا : ولو اشترى الحر المسلم أرضا فظهر فيها معدن فهو ملك المشترى ، فان شاء عمله ، وان شاء تركه ولا يتعرض له فى واحد منهما •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وأن وجد شيئا غير الذهب والفضة كالحديد والرصاص والفيروزج والبلور وغيرهما لم تجب فيه الزكاة ، لأنها ليست من الأموال المزكاة ، فلم يجب فيها حق المعدن • وان وجده دون النصاب لم يلزمه الزكاة لأنا بينـــا أن ذلك زكاة فلا يجب فى غير النصاب ، ولأنه حق يتعلق بالمستفاد من الأرض فاعتبر فيه النصاب كالعشر) •

(**الشرح**) اتفق أصحابنا على أن المستخرج من المعدن اذا كان ذهبا أو فضة وجبت فيه الزكاة • وأما غيرهما من الجواهر كالحديد والنحاس

والرصاص والفيروزج والبلور والمرجان والعقيق والزمرد والزبرجد والكحل وغيرها فلا زكاة فيها • هذا هو المشهور الذى نص عليه الشافعى فى كتبه المشهورة فى الجديد والقديم ، وبه قطع جماهير الأصحاب فى الطرق كلها • قال الدارمى فى « الاستذكار » : قال ابن القطان فى وجوب الزكاة فيهما قولان قال : ونقل القيصرى(١) من أصحابنا عن القديم قولين فى وجوبها كالزكاة • وحكى الرافعى وجها شاذا منكرا أنه تجب الزكاة فى كل مستخرج منه • وقال أبو حنيفة : تجب فى المنطبعات كالحديد • وقال أحمد : فى كل مستخرج • دليلنا أن الأصل عدم الوجوب ، وقد ثبت فى الذهب والفضة بالاجماع ، فلا تجب فيما سواه الا بدليل صريح ، وهل يشترط لوجود زكاة الذهب والفضة المستخرجين(٢) من الذهب والفضة النصاب ؟ فيه طريقان : الصحيح منهما وبه قطع المصنف وجماهير العراقيين وجماعات من الخراسانيين : اشتراطه ، ونقل القاضى أبو الطيب فى « المجرد » اتفاق الأصحاب عليه (والثانى) حكاه أكثر الخراسانيين والماوردى من العراقيين : فيه قولان (أصحهما) اشتراطه (والثانى) لا • قال أصحاب هذه الطريقة : القولان مبنيان على أن واجبه الخمس أو ربع العشر (ان قلنا) ربع العشر فالنصاب شرط والا فلا ، والمذهب اشتراطه مطلقا لعموم قوله صلى الله عليه وسلم فى الحديث المتفق على صحته : « ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة » وبالقياس الذى ذكره المصنف •• والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجد النصاب فى دفعات نظرت فان لم ينقطع العمل ولا النيل ـ ضم بعضه الى بعض فى اتمام النصاب ، وان(٣) قطع العمل لعذر

---

(١) كذا فى « ش » و « ق » ولعله الصيمرى (ط) •

(٢) لعله هكذا « المستخرجين من المعدن النصاب » أهـ من نسخة على ابن عيسى الحداد •

(٣) فى بعض النسخ : وان انقطع العمل • وعبارة « بغير اختياره » ليست من النسخة المطبوعة من المهذب (ط) •

[كالاستراحة] أو اصلاح الأداة ضم ما يجده بعد زوال العذر الى ما وجده قبله ، وان ترك العمل فيه لغير عذر لم يضم ما وجده بعد الترك الى ما وجده قبله ، وان اتصل العمل وانقطع النيل ثم عاد ففيه قولان ، قال فى القديم : لا يضم الثانى الى الأول لأنه اذا لم يضم ما وجده بعد قطع العمل الى ما وجده قبله فلئلا يضم ما وجده بعد قطع النيل [بغير اختياره] وهو المقصود أولى • وقال فى الجديد : يضم لأن انقطاع النيل بغير اختياره ، وانقطاع العمل باختياره) •

(**الشرح**) قال أصحابنا : ليس من شرط نصاب المعدن أن يوجد دفعة واحدة ، بل ما ناله دفعات يضم بعضه الى بعض ، واتصال العمل ان تتابع العمل والنيل • قال الماوردى والبغوى وغيرهما : لا يشترط بقاء المستخرج فى ملكه • قال أصحابنا : واتصال العمل هو ادامته فى الوقت الذى جرت العادة بالعمل فيه واتصال النيل هو أن لا يحقد(١) المعدن وحقده لا يخرج منه بالعمل شيئا ، وأما اذا تتابع العمل ولم يتواصل النيل ، بل حقد المعدن زمانا ثم عاد النيل — فان كان زمن الانقطاع يسيرا — ضم أيضا ووجبت الزكاة اذا بلغ المجموع نصابا ، وان كان كثيرا كاليومين والثلاثة (فقولان) الصحيح الجديد الضم (والقديم) لا ضم وذكر المصنف دليلهما •

أما اذا انقطع العمل وكان النيل ممكنا بحيث لو عمل [لنال] ثم عاد الى العمل — فان كان القطع بلا عذر — لم يضم سواء طال الزمان أم قصر لأنه معرض ، وان قطع لعذر ضم ، سواء طال الزمان أم لا ما دام الترك لعذر ، هذا هو المذهب وبه قطع المصنف والجمهور ، وحكاه الرافعي عن الجمهور • وحكى فيه وجها آخر أنه لا ضم • قال :

---

(١) كانت هذه العبارة فى « ش » و « ق » بالفاء وهو خطأ وانما هى بالقاف قال فى « القاموس » : حقد كفرح المعدن : انقطع فلم يخرج شيئا ، وأحقدوا طلبوا من المعدن شيئا فلم يجدوه • وكذلك قوله : « وحقده ألا يخرج منه شيئا » كانت هكذا « وحفده أن يخرج منه العمل شيئا » وهو تعبير مخالف للمقصود ومعارض للسياق (ط) •

وفى حد الطول أوجه (أصحها) الرجوع الى العرف (والثانى) ثلاثة أيام (والثالث) يوم كامل • قال أصحابنا : والأعذار كاصلاح الآلة وهرب العبيد والأجراء ، وهذه أعذار بلا خلاف • قال الرافعى : وكذلك السفر والمرض على المذهب ، وقيل فيهما وجهان (أصحهما) عذران (والثانى) لا • وقطع الماوردى والقاضى أبو الطيب والجمهور أنهما من الأعذار • قال أصحابنا : ومتى حكمنا بعدم الضم فمعناه أن الأول لا يضم الى الثانى • وأما الثانى فيضم الى الأول بلا خلاف ، كما يضم الى ما يملكه من غير المعدن •

(فـــرع)ولو وجد رجلان من المعدن ــ دون نصابين وبلغ نصابا ــ فان قلنا باثبات الخلطة فى الذهب والفضة ــ زكيا زكاة الخلطة ان كانا من أهلها ، والا فلا زكاة عليهما الى أن يكون فى ملكه من غيره ما يتم به النصاب •

فـــــرع

فى ضم المملوك من المعدن الى غيره مما يملكه الواجد

وهو مفرق فى كلام الأصحاب ، وقد لخصه الرافعى واختصرت كلامه ، ومختصره أنه : اذا نال من المعدن دون نصاب ــ وهو يملك من جنسه نصابا فصاعدا ــ فاما أن يناله فى آخر جزء من حول ما عنده أو بعد تمام حوله أو قبله ففى الحالين الأولين يصير مضموما الى ما عنده ، وعليه فى ذلك النقد زكاته ، وعليه أيضا فيما ناله حقه بلا خلاف ، لكن حق النقد ربع العشر وحق المعدن فيه الأقوال : الصحيح ربع العشر • وأما اذا ناله قبل تمام الحول فلا شىء عليه فيما عنده حتى يتم حوله ، وفى وجوب حق المعدن فيما وجده وجهان (أصحهما) الوجوب ، وهو ظاهر نصه فى « الأم » وصححه القاضى أبو الطيب وابن الصباغ وآخرون ، (والثانى) لا يجب ، فعلى هذا يجب فيما عنده ربع العشر عند تمام حوله وفيما ناله ربع العشر عند تمام حوله •

أما اذا كان يملكه من جنسه دون نصاب بأن ملك مائة درهم ونال

من المعدن مائة نظر — ان نالها بعد تمام حول ما عنده ففى وجوب حق المعدن فيما ناله الوجهان ، فعلى الأول يجب فى المعدن حق ويجب فيما كان عنده ربع العشر اذا تم حوله من حين كمل النصاب بالنيل ، وعلى الثانى لا يجب شىء فى الجميع حتى يمضى حول من يوم النيل فيجب فى الجميع ربع العشر • وقال أبو على فى « الافصاح » : فيه وجه أنه يجب فيما ناله حقه وفيما كان عنده ربع العشر فى الحال ، لأنه كمل بالنيل وقد مضى عليه حول ، وهذا ضعيف أو باطل ، لأن الذى كان عنده دون نصاب فلم يكن(١) فى حوله (قلت) : وهذا الوجه المنسوب الى أبى على صاحب « الافصاح » ، نقله الشيخ أبو حامد والمصنف فى فصل الركاز وغيرهما من الأصحاب عن نص الشافعى واختاروه ورجحوه ، ولكن الأصح الذى اختاره القاضى أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما من المحققين أنه لا شىء فيما كان عنده حتى يحول حوله من حين كمل نصابا •• والله أعلم •

وأما اذا ناله قبل تمام حول المائة فلا يجب فى المائة التى كانت عنده شىء بلا خلاف ، ولا يجىء وجه صاحب « الافصاح » ، وأما المائة المأخوذة من المعدن فيجىء فيها الوجهان السابقان ، وهذا التفصيل نقله بعض العراقيين ، ونقل معظمه أبو على السنجى ، ونسبه امام الحرمين الى السهو ، وقال : اذا كان ما يملكه دون نصاب فلا ينعقد عليه حول حتى يفرض له وسط وآخر أو يحكم بوجوب الزكاة فيه يوم النيل ، ولا شك فى بعد القول بوجوب الزكاة فيه للنيل ، لكن الشيخ أبو على لم ينفرد بنقله ولا اختاره حتى يعترض عليه • وانما نقله متعجبا منه منكرا له •

(قلت) : هذا الذى ذكره امام الحرمين وأبو على والرافعى من الافراط فى رد الوجه المنقول عن « الافصاح » ، وجعله غلطا شاذا لا يعرف ، ليس كما قالوه ، بل هو منصوص كما قدمناه عن نقل المصنف

---

(١) لعله « فلم يعمل فى حوله » نسخة السيد على بن عيسى الحداد •

والشيخ أبى حامد وغيرهما ، ولكن الأصح خلافه ، وأما اذا كان الذى عنده مال تجارة ، فيجىء فيه الأحوال الثلاثة وان كان دون نصاب بلا اشكال ، لأن الحول ينعقد عليه وان كان دون نصاب ؛ ولا يعتبر نصابه الا فى آخر الحول على الصحيح كما سبق فى بابه • فاذا نال من المعدن شيئا فى آخر حول التجارة ففيه حق المعدن ، وفى مال التجارة زكاة التجارة ان كان نصابا ، وكذا ان كان دونه وبلغ بالمعدن نصابا واكتفينا بالنصاب فى آخر الحول ؛ وان نال قبل تمام الحول ففى وجوب حق المعدن الوجهان السابقان •

وان نال بعد تمام الحول نظر — ان كان مال التجارة نصابا فى آخر الحول — وجب فى النيل حق المعدن لانضمامه الى ما وجبت فيه الزكاة ، وان لم يبلغ نصابا وناله بعد مضى ستة أشهر من الحول الثانى بنى على الخلاف السابق فى باب زكاة التجارة ، أن عرض التجارة اذا قوم فى آخر الحول فنقص عن النصاب ثم زاد بعد ذلك وبلغ نصابا ؛ هل تجب فيه الزكاة عند بلوغه نصابا ؟ أم ينتظر مضى الحول الثانى بكماله ؟ (فان قلنا) بالأول وجبت زكاة التجارة فى مال التجارة ؛ وحينئذ يجب حق المعدن فى النيل بلا خلاف (وان قلنا) بالثانى وهو انتظار مضى الحول الثانى وهو الأصح ففى وجوب حق المعدن الوجهان ، وجميع ما ذكرناه مفرع على المذهب ، وهو أن الحول لا يعتبر فى زكاة المعدن ، وان اعتبرناه انعقد الحول عليه من حين وجده ، هذا آخر كلام الرافعى رحمه الله ، وقد ذكر المصنف هذه المسائل فى فصل الركاز وفى كلامه مخالفة للراجح فى المذهب ، فليحمل على ما قررناه هنا ، قال أصحابنا : وحكم الركاز فى اتمام النصاب حكم المعدن فى كل ما ذكرناه وفاقا وخلافا بلا فرق •• والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجب حق المعـــدن بالوجود ، ولا يعتبر فيه الحول فى أظهر

القولين لأن الحول يراد لكمال(١) النماء ، وبالوجود يصل الى النماء ، فلم يعتبر فيه الحول كالمعشر ، قال فى « البويطى » : لا يجب حتى يحول عليه الحول ، لأنه زكاة [فى] مال تتكرر فيه الزكاة فاعتبر فيه الحول كسائر الزكوات) .

(**الشرح**) قوله : تتكرر فيه الزكاة احتراز من المعشر ، وقوله : كسائر الزكوات . لو قال : كزكاة الماشية والنقد لكان أحسن ، لأن قوله : كسائر الزكوات يدخل فيه المعشر و [ما] لا يعتبر فيه الحول ، وهذان القولان فى اشتراط الحول مشهوران (والصحيح) المنصوص فى معظم كتب الشافعى ، وبه قطع جماعات وصححه الباقون أنه لا يشترط ، بل يجب فى الحال ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وعامة العلماء من السلف والخلف (والثانى) يشترط وهو مذهب أحمد والمزنى ، وقال جماعة من الخراسانيين (ان قلنا) فيه الخمس لم يعتبر الحول والا فقولان المذهب أنه لا يشترط .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وفى زكاته ثلاثة أقوال (أحدها) يجب ربع العشر لأنا قد بينا أنه زكاة ، وزكاة الذهب والفضة ربع العشر (والثانى) يجب فيه الخمس لأنه مال تجب الزكاة فيه بالوجود ، فتقدرت زكاته بالخمس كالركاز (والثالث) أنه ان أصابه من غير تعب وجب فيه الخمس ، وان أصابه بتعب وجب فيه ربع العشر لأنه حق يتعلق بالمستفاد من الأرض ، فاختلف قدره باختلاف المؤن كزكاة الزرع) .

(**الشرح**) هذه الأقوال مشهورة ، والصحيح منها عند الأصحاب وجوب ربع العشر ، قال الماوردى : هو نصه (فى الأم والاملاء والقديم) قال الرافعى : ثم الذى اعتمده الأكثرون على هذا القول فى ضبط الفرق بين المؤنة وعدمها الحاجة الى الطحن ، والمعالجة بالنار

---

(١) فى بعض النسخ : لتكامل النماء .

والاستغناء عنها ، فما احتاج فربع العشر ، وما استغنى عنها فالخمس ؛

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجب اخراج الحق بعد التمييز كما قلنا فى العشر : انه يجب فيه [بعد] التصفية والتجفيف) .

(الشرح) قال أصحابنا : اذا قلنا بالمذهب : ان الحول لا يشترط فى زكاة المعدن فوقت الوجوب حصول النيل فى يده بترابه ، ووقت الاخراج التخليص والتصفية ، فلو أخرج من التراب والحجر قبل التنقية لم يجزئه ، وكان مضمونا على الساعى ، نص عليه الشافعى [فى المختصر وغيره واتفق عليه الأصحاب قال الشافعى والأصحاب :] ويلزمه رده . قالوا : فلو اختلفا فى قدره قبل التلف أو بعده فالقول قول الساعى بيمينه ؛ لأن الأصل براءته مما زاد ، فلو ميز الساعى القدر الذى قبضه وخلصه من التراب أجزأ عن الزكاة ان كان قدر الواجب ، فان كان أكثر استرجع الزيادة ، وان كان أقل لزم المالك الاتمام ولا شىء للساعى بعمله لأنه متبرع .

واذا تلف فى يد الساعى قبل التمييز وغرمه ، فان كان تراب فضة قوم بذهب وان كان تراب ذهب قوم بفضة ، فان اختلفا فى قيمته فالقول قول الساعى لأنه غارم ، هكذا نقله كله القاضى أبو الطيب فى « المجرد » عن نص الشافعى واتفق عليه الأصحاب ، الا السرخسى فحكى فى « الأمالى » وجها عن أبى اسحاق أنه اذا ميزه الساعى أو المساكين لا يجزئه ، لأنه لم يكن حال الاخراج على هيئة الواجب ، كمن لزمه جذعة ضأن فأخرج سخلة ، فبقيت فى يد المساكين حتى صارت جذعة فانها لا تجزئه . والمذهب القطع بالاجزاء فى مسألة المعدن كما نص عليه وقطع به الجمهور بخلاف مسألة السخلة ، لأنها لم تكن على الصفة الواجبة ، وحق المعدن كان على الصفة لكن مختلط بغيره ، ولو وجب عليه تمر فأخرج رطبا وبقى فى يد الساعى أو المساكين حتى صار تمرا أجزأه ذلك على المذهب ، وبه قطع الماوردى وغيره وحكى

السرخسى فيه وجهين عن أبى اسحاق • قال أصحابنا : ومؤنة التخليص والتنقية على المالك بلا خلاف ، كمؤنة الحصاد والدياس ، ولا يحسب شىء منها من مال المعدن ، فلو أخرج منه شيئا فى المؤنة كان آثما ضامنا • قال أصحابنا : فلو تلف بعضه قبل التمييز فهو كتلف بعض المال قبل التمكن ، ولو امتنع من التخليص أجبر عليه •• والله أعلم •

فـــرع
فى مسائل تتعلق بالمعدن

(احداها) الحق المأخوذ من واجده زكاة عندنا ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور وسواء قلنا : يجب فيه الخمس أم ربع العشر ، وقيل : ان قلنا بربع العشر فهو زكاة ، والا فقولان (أصحهما) زكاة (والثانى) تصرف فى مصارف خمس الفىء وهو قول المزنى وأبى حفص بن الوكيل من أصحابنا ، وقد سبق (ذلك) عنهما ، وهو مذهب أبى حنيفة ، وتظهر فائدة الخلاف فى مصرفه وفى وجوبه على الذمى كما سبق •

(الثانية) اذا وجد معدنا أو ركازا وعليه دين بقدر الموجود أو ينقصه عن النصاب ، ففى منع الدين زكاتهما القولان السابقان فى سائر الزكوات ، الأصح لا يمنع •

(الثالثة) قال الشافعى فى « المختصر » والأصحاب : لا يجوز بيع تراب المعدن قبل التخليص لا بذهب ولا بفضة ولا بغيرهما ، هذا مذهبنا ، وقال مالك : يجوز ، دليلنا أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع الغرر » ولأن المقصود غير التراب وهو مستور بلا مصلحة له فى بقائه فيه ، فلم يجز بيعه كتراب الصاغة ، فان مالكا وافق عليه • واحتج مالك بجواز بيع حنطة مختلطة بشعير ، وأجاب أصحابنا بأنهما مقصودان بخلاف المعدن ، وانما نظير الحنطة المختلطة بيع الذهب مختلطا بالفضة وهو جائز بغيرهما ، قال صاحب « البيان » : قال

أبو إسحاق المروزى : فأما اذا باع تراب المعدن بعد التمييز وأخذ ما فيه من ذهب أو فضة ثم وجد فيه فتات يسير فالبيع صحيح لأن المقصود نفس التراب دون ما فيه ، قال القاضى أبو الطيب فى « المجرد » : يجوز بيع تراب الصاغة اذا لم يكن فيه شىء من الذهب والفضة ، لأنه ينتفع به فى جلاء الصفرة •

(الرابعة) فى مذاهب العلماء فى المعدن • ذكرنا أن المشهور من مذهبنا اختصاص الوجوب بالذهب والفضة ، وأوجبه أبو حنيفة فى كل منطبع كحديد ونحاس ، وفى الزئبق روايتان ، وأوجبه أحمد فى كل مستخرج ، ومذهبنا المشهور أن واجب المعـــدن ربع العشر ، وحكاه ابن المنذر عن عمر بن عبد العزيز وأحمد واسحاق وأبى ثور • وقال وأبو حنيفة وأحمد والجمهور ، وقال داود والمزنى : يشترط ، وهو والواجب عندنا فى المعدن زكاة وبه قال مالك وأحمد ، وقال أبو حنيفة : فىء ، والنصاب عندنا شرط ، وبه قال مالك وأحمد واسحاق وداود ، وقال أبو حنيفة : لا يشترط • والحول ليس بشرط ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد والجمهور ، وقال داود والمزنى : يشترط ، وهو قول ضعيف للشافعى سبق • قال العبدرى من أصحابنا : حق المعدن والركاز وغيرهما من الزكوات لا يجوز للامام صرفه الى من وجب عليه ، وبه قال مالك • وقال أبو حنيفة : يجوز أن يصرف اليه حق المعدن والركاز دون الزرع وغيره • وقال أحمد : يجوز أن يصرف اليه جميع ذلك ، وأما المكاتب والذمى اذا أخذا من المعدن شيئا فلا شىء فيه عندنا وبه قال جماهير العلماء • وقال أبو حنيفة : يجب عليهما • ومؤنة تخليص نيل المعدن على المـــالك عندنا • وقال أبو حنيفة : منه كأجرة نقل الغنيمة ، وبناؤه على أصله أنه كالغنيمة وعندنا هو زكاة كمؤنة الحصادين • ولو وجد المعدن فى ملكه وجب فيه الحق كما لو وجده فى موات ، وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد وأحمد • وقال أبو حنيفة : لا يجب كسائر أمواله حتى يحول حول •• والله أعلم •

---

(١) كذا بالأصل ولعل الصواب « وحكاه ابن المنذر عن الزهرى وبه قال أبو عبيد » (ط) ت

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجب فى الركاز الخمس لمـا روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « وفى الركاز الخمس » ولأنه اتصل اليه من غير تعب ولا مؤنة ، فاحتمل فيه الخمس ، ولا يجب ذلك الا على من تجب عليه الزكاة لأنه زكاة ، ولا تجب الا فيما وجد فى موات أو مملوك لا يعرف مالكه ، لأن الموات لا مالك له ، وما لا يعرف مالكه بمنزلة مالا مالك له . فأما اذا وجده فى أرض يعرف مالكها فان كان ذلك لحربى فهو غنيمة ، وان كان لمسلم أو لمعاهد فهو لمـالك الأرض ، فان لم يدعه مالك الأرض فهو لمن انتقلت الأرض منه اليه) .

(**الشرح**) حديث أبى هريرة رواه البخارى ومسلم . والركاز هو المركوز بمعنى المكتوب . ومعناه فى اللغة المثبوت . ومنه ركز رمحه يركزه ـــ بضم الكاف ـــ اذا غـــوره وأثبته . وهو فى الشرع دفين الجاهلية . ويجب فيه الخمس بلا خلاف عندنا . قال ابن المنذر : وبه قال جميع العلماء . قال : ولا نعلم أحدا خالف فيه الا الحسن البصرى فقال : ان وجد فى أرض الحرب ففيه الخمس ، وان وجده فى أرض العرب ففيه الزكاة . دليلنا ما ذكره المصنف . قال الشافعى والأصحاب : لا يجب ذلك الا على من عليه الزكاة ، سواء أكان رجلا أو امرأة ، رشيدا أو سفيها ، أو صبيا أو مجنونا . وحكم وجود العبد ما سبق فى المعدن ، ولا يجب على مكاتب وذمى ، وفيهما قول ضعيف ، ووجه أنه يلزمهما . قال صاحب « البيان » : حكاه أبو ثور عن الشافعى أنه يجب على الذمى ، ونقله ابن المنذر عن الشافعى ، ولم يحك عنه خلافه بل زاد ونقل الاجماع على وجوبه على الذمى . وهذا لفظه فى الاشراف ، قال : قال كل من أحفظ عنه من أهل العلم : ان على الذمى فى الركاز الخمس ، وبه قال مالك ، وأهل المدينة والثورى وأهل العراق من أصحاب الرأى وغيرهم ، والأوزاعى والشافعى وأبو ثور وغيرهم . قال : وبه أقول . قال : وهذا يدل على أن سبيل الركاز سبيل الفىء لا سبيل الصدقات ، وهذا الذى نقله ابن المنذر عن الشافعى غريب

مردود • وحكى صاحب « الحاوى » والقاضى أبو الطيب وجها أن الكافر لا يملك ما يأخذه من المعدن والركاز كما لا يملك بالاحياء ، وهذا غلط ، وقد سبق فى أول الباب الفرق بينهما عن صاحب « الحاوى » ، وأما السفيه فيملك الركاز كما يملك الصبى والمجنون • وحكى الماوردى عن سفيان الثورى أن المرأة والعبد والصبى لا يملكون الركاز ، وهذا باطل ، لأن الركاز كسب لواجده ، وهؤلاء من أهل الاكتساب كما يكسبون بالاصطياد والاحتطاب ، واذا ملكوا بالاكتساب وجبت الزكاة لأنهم من أهلها •

وأما الموضع الذى وجد فيه الركاز فقال أصحابنا له حالان (أحدهما) أن يكون فى دار الاسلام ، فان وجده فى موضع لم يعمره مسلم ولا ذو عهد فهو ركاز ، سواء أكان مواتا أو من القلاع العادية التى عمرت فى الجاهلية ، وهذا لا خلاف فيه ، وان وجده فى طريق مسلوك فالمذهب الصحيح الذى قطع به العراقيون والقفال أنه لقطة ، وقيل ركاز ، وقيل فيه وجهان (أصحهما) لقطة (والثانى) ركاز ، ولو وجده فى المسجد فلقطة • هذا هو المذهب وبه قطع البغوى والجمهور •

قال الرافعى : ويجىء فيه الوجه الذى فى الطريق أنه ركاز وما عدا هذا الموضع (قسمان) مملوك وموقوف ، والمملوك نوعان له ولغيره ، فالذى لغيره اذا وجد فيه كنزا لم يملكه الواجد ، بل ان ادعاه مالك الأرض فهو له بلا يمين ، كالأمتعة التى فى داره •

وهذا الذى ذكرناه من كونه بلا يمين متفق عليه ، ونص عليه فى « الأم » ، فان لم يدعه فهو لمن انتقل اليه منه ملك الأرض ، فان لم يدعه فلمن قبله ، وهكذا حتى ينتهى الى الذى أحيا الأرض فيكون له ، سواء ادعاه أم لا ، لأن بالاحياء ملك ما فى الأرض ، وبالبيع لم يزل ملكه عنه ، فانه مدفون منقول لا يعد جزءا من الأرض فلم يدخل فى البيع ، فان كان الذى انتقل منه الملك ميتا فورثته قائمون مقامه • فان قال

بعضهم : هو لمورثنا وأباه بعضهم سلم الى المدعى نصيبه وسلك بالباقى ما ذكرناه • وذكر الرافعى هذا الكلام ثم قال : هذا كلام الأصحاب تصريحا واشارة ، قال : ومن المصرحين بأن الركاز يملك باحياء الأرض القفال ، ورأى امام الحرمين تخريج ملك الركاز بالاحياء على ما لو دخلت ظبية دارا فأغلق صاحبها الباب لا على قصد ضبطها ، وفيه وجهان (أصحهما) لا يملكها لكن يصير أولى بها ، كذلك المحيى لا يملك الكنز لكن يصير أولى به ، والمذهب ما سبق أنه يملكه بالاحياء • فعلى هذا اذا زال ملكه عن الأرض وجب طلبه ورد الكنز اليه لأنه ملكه عن رقبة الارض ولم يدخل فى البيع •

وان قلنا : لا يملكه ويصير أولى به فلا يبعد أن يقال : اذا زال ملكه عن رقبة الأرض بطل اختصاصه • كما أن فى مسألة الظبية اذا قلنا : لا يملكها ففتح الباب وأفلتت ملكها من اصطادها (قلت) : وهذا احتمال أبداه امام الحرمين • وقد نقل الامام عن الأئمة أنه يملك الكنز بالاحياء ولا يبطل حقه كالبيع • وهذا هو المذهب المعروف قال الرافعى : فان قلنا : المحيى لا يملك الكنز بالاحياء فاذا دخل فى ملكه أخرج الخمس (وان قلنا) يملكه بالاحياء فاذا احتوت يده على الكنز الذى كان فى يد المشترى للأرض وقد مضت سنون وجب اخراج خمس الذى كان موجودا يوم ملكه وفيما بعده من السنين الى أن صار فى يده هل يلزمه زكاة ربع العشر من الأخماس الأربعة الباقية ؟ فيه الخلاف السابق فى الضال والمغصوب ، وفى الخمس كذلك ان قلنا : لا تتعلق الزكاة بالعين ، وان علقناها بها فعلى ما سبق من زكاة المواشى فيما اذا ملك نصابا وتكرر الحول عليه •

(النوع الثانى(١)) أن تكون الأرض مملوكة له ، فان كان أحياها فما وجده ركاز وعليه خمسه والباقى له ويجب الخمس فى وقت دخوله فى

---

(١) والنوع الأول هو فى قوله : والمملوك نوعان له ولغيره وهو أحد فرعى القسم الثانى الذى سيأتى بعد قليل وفى البحث تشابك وتداخل فانتبه (ط) •

ملكه كما سبق • هذا هو المذهب • وقال الغزالى : فيه وجهان بناء على احتمال الامام الذى سبق بيانه • والصحيح ما سبق • وان كانت الأرض انتقلت اليه من غيره لم يحل له أخذه ، بل يلزمه عرضه على من ملك الأرض منه ، ثم الذى قبله ان لم يدعه ، ثم هكذا ينتهى الى المحيى كما سبق (القسم(١) الثانى) اذا كانت الأرض موقوفة فالكنز لمن فى يده الأرض ، كذا ذكره البغوى •

(الحالة الثانية(٢)) أن يجده فى دار الحرب ، فينظر أن وجده فى موات ، فان كانوا لا يذبون عنه فهو كموات دار الاسلام بلا خلاف عندنا • وقال أبو حنيفة : هو غنيمة ولا يخمس بل كله للواجد ، وقال مالك : يكون بين الجيش ، وقال الأوزاعى : يؤخذ خمسه والباقى بين الجيش • دليلنا عموم الحديث : « وفى الركاز الخمس » والقياس على الموجود فى دار أهل العهد فقد وافقونا فيها ، وان كانوا يذبون عنه ذبهم عن العمران ، فالصحيح الذى قطع به جماهير الأصحاب فى الطريقتين أنه ركاز كالذى لا يذبون عنه لعموم الحديث • وقال الشيخ أبو على السنجى : هو كعمرانهم ، وان وجد فى موضع مملوك لهم نظر — ان أخذ بقهر وقتال — فهو غنيمة ، كأخذ أموالهم ونقودهم من بيوتهم فيكون خمسه لأهل خمس الغنيمة وأربعة أخماسه لواجده • وإذا أخذ بغير قتال ولا قهر فهو فىء ومستحقه أهل الفىء • وكذا ذكره امام الحرمين •

قال الرافعى : هذا محمول على ما اذا دخل دار الحرب بغير أمان • أما اذا دخل بأمان فلا يجوز له أخذ الكنز لا بقتال ولا بغيره • كما [أنه] ليس له خيانتهم فى أمتعتهم فان أخذه لزمه رده • قال : وقد نص على هذا الشيخ أبو على قال : ثم فى كونه فيئا اشكال لأن من دخل بغير أمان وأخذ

---

(١) راجع أول قول الرافعى : ويجىء الوجه الذى فى الطريق أنه ركاز وما عدا هذا الموضع قسمان : مملوك وموقوف (ط) •

(٢) راجع قول الشارح رحمه الله : وأما الموضع الذى فيه الركاز فقال أصحابنا : له حالان أحدهما : أن يكون فى دار الاسلام الخ (ط) •

مالهم بلا قتال ، اما أن يأخذه خفية فيكون سارقا ، واما جهارا فيكون مختلسا ، وكلاهما ملك خاص للسارق والمختلس • قال : وتأييد هذا الاشكال بأن كثيرا من الأئمة أطلقوا القول بأنه غنيمة ، منهم الصيدلانى وابن الصباغ • قلت : وكذا أطلق المصنف وآخرون أنه غنيمة • وحيث قلنا : غنيمة ــ فان كان الواجد وجده ــ اختص بأربعة أخماس وخمسه لأهل خمس الغنيمة ، وان كان فى جيش كان مشتركا بين الجيش نص عليه الشافعى والأصحاب • قال الشافعى : وهو كالمأخوذ من منازلهم • قال الدارمى : ولو وجد فى قبر جاهلى أو فى خربة فهو ركاز •

(فــرع) اذا وجد الركاز فى دار الاسلام أو فى دار أهل العهد وعرف مالك أرضه(١) لم يكن ركازا ولا يملكه الواجد بل يجب حفظه حتى يجىء صاحبها فيدفعه اليه • فان أيس من مجيئه كان لبيت المال كسائر الأموال الضائعة • هكذا نقله الأصحاب • قال صاحب الحاوى : فان قيل هلا كان لقطة كما لو وجد ضرب الاسلام (فالجواب) أن ضرب الاسلام وجد فى غير ملك فكان لقطة كالثوب الموجود وغيره ، وهذا وجد فى ملك فهو لمالك الأرض فى ظاهر الحكم • قال : وما ذكره الشافعى من اطلاق اللفظ فهو على التفصيل الذى ذكرناه •

(فــرع) قال فى البيان : قال الشيخ أبو حامد : قال أبو اسحاق المروزى : اذا بنى كافر بناء وكنز فيه كنزا وبلغته الدعوة وعاند فلم يسلم ثم هلك وباد أهله فوجد ذلك الكنز كان فيئا لا ركازا • لأن الركاز انما هو أموال الجاهلية العادية الذين لا يعرف هل بلغتهم دعوة أم لا ؟

---

(١) كان من أثر عدم احترام ملكية الواجد أو المحيى للموات أو مالك الأرض أن تبدد كثير من الآثار الكفرية والجاهلية كآثار الفراعنة وكنوزهم التى نهبها غزاة الفرنجة وتسربت سرا وجهرا الى بلاد أوروبا وملأت متاحفها وبيوت مترفيها لأن القوانين الوضعية تعتبر ما فى باطن الأرض ملكا للدولة ولا حق للواجد أو مالك الأرض فى شىء حتى ولا فى مكافأة تعدل ما سيأخذه اذا كتمها عن الحكومة وباعها ، ولو أن الحكومات اعتبرت شأن الواجد أو المالك واشترت منه ما عثر عليه لكان ذلك أحرى أن يكون صوابا •• والله أعلم (ط) •

فأما من بلغتهم فمالهم فيء فخمسه لأهل الخمس وأربعة أخماسه للواجد • وحكى القاضى أبو الطيب أيضا هذه المسألة كما سبق • قال : لأنه مال مشرك رجع الينا بلا قتال ، وانما يكون الكنز ركازا اذا لم يعلم حاله ، وهل بلغته الدعوة فيحل ماله ؟ أم لا فلا يحل ؟

(فـــرع) قال صاحب « الحاوى » : لو أقطع الامام انسانا أرضا فظهر فيها ركاز فهو للمقطع سواء وجده هو أو غيره لأنه ملك الأرض بالاقطاع كما يملكها بالشرى وكما لو أحيا أرضا فوجد فيها ركازا فانه للمحيى سواء وجده هو أو غيره ، لأنها ملكه • هذا كلامه • ومراده أقطعه الأرض تمليكا لرقبتها ، وكذا قال الدارمى : اذا أقطعه السلطان أرضا ملكها سواء عمرها أم لا ، فمن وجد فيها ركازا فهو للمقطع ، قال : وقيل : لا يملكه الا بالاحياء قال : وهو غلط مخالف لنصه •

(فـــرع) لو تنازع بائع الدار ومشتريها فى ركاز وجد فيها فقال المشترى : هو لى وأنا دفنته ، وقال البائع مثل ذلك ، أو قال : ملكته بالاحياء أو تنازع معير ومستعير ، أو مؤجر ومستأجر هكذا ، فالقول قول المشترى والمستعير والمستأجر بأيمانهم ، لأن اليد لهم ، فهو كالنزاع فى متاع الدار ، هذا مذهب الشافعى والأصحاب ، وقال المزنى : القول قول المؤجر والمعير لأنه مالك الأرض ، قال الاصحاب : هذا غلط لأن الدار وما فيها فى يد المستأجر والمستعير ، هذا اذا احتمل صدق صاحب اليد ولو على بعد ، فأما اذا لم يحتمل لكون مثله لا يحتمل دفنه فى مدة يده فلا يصدق صاحب اليد بلا خلاف •

ولو اتفقا على أنه ركاز لم يدفنه صاحب اليد فهو لصاحب الأرض بلا خلاف ، ولو وقع نزاع المستأجر والمؤجر أو المعير والمستعير بعد رجوع الدار الى يد المـــالك فان قال المعير أو المؤجر : أنا دفنته بعد عود الدار الى فالقول قوله بيمينه بشرط الامكان ، ولو قال : دفنته قبل خروج الدار من يدى فوجهـــان حكاهما امام الحرمين والغزالى وآخرون (أحدهما) القول قوله أيضا لأنه فى يده فى الحالين (وأصحهما) القول قول المستأجر والمستعير ، لأن المـــالك اعترف بحصول الكنز

فى يده فيده تنسخ اليد السابقة ، ولهذا لو تنازعا قبل الرجوع كان القول قوله .

قال امام الحرمين : ولو وجد ركازا فى ملك غيره ، وكان ذلك الملك مستطرقا يستوى الناس فى استطراقه من غير منع ، فقد ذكر صاحب « التقريب » فيه خلافا قال امام الحرمين : وموضع الخلاف فيه تأمل ، قال : وظاهر كلامه أنه أورده فى حكمين (أحدهما) اذا وجد غير مالك تلك الساحة الكنز ، ولم يكن مالك الأرض محييا ابتداء — وجهلنا محييها — فهل يحل للواجد أخذه ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يحل ، لأنه لم يصادفه فى مكان مباح لا اختصاص به لأحد ، وهذا شرط (والثانى) يحل لأن الملك وان كان مختصا فالاستطراق شائع والمنع زائل وليس مالك الأرض محييا . قال الامام : والظاهر عندى أن الواجد لا يملكه ، وانما الخلاف فى حكم التنازع ، فاذا قال كل منهما : أنا وضعته فأيهما يصدق ؟ فيه وجهان (أصحهما) مالك الأرض لليد على الأرض (والثانى) الواجد لثبوت يده على الكنز فى الحال ، ولو تنازعا قبل اخراج الكنز من الأرض صدق مالك الأرض بيمينه بلا خلاف .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجب الا فى مال جاهلى يعلم أن مثله لا يضرب فى الاسلام ، لأن الظاهر أنه لم يملكه مسلم الى أن وجده ، وان كان من ضرب الاسلام كالدراهم الأحدية وما عليه اسم المسلمين فهو لقطة ، وان كان يمكن أن يكون من مال المسلمين ويمكن أن يكون من مال الجاهلية بأن لا يكون عليه علامة لأحد ، فالمنصوص أنه لقطة لأنه يحتمل الامرين فغلب حكم الاسلام ، ومن أصحابنا من قال : هو ركاز لأن الموضع الذى وجد فيه موات يشهد بأنه ركاز) .

(الشرح) قال أصحابنا رحمهم الله : الكنز الموجود فى الموات ونحوه مما سبق ثلاثة أقسام (أحدها) يعلم أنه من ضرب الجاهلية بأن يكون عليه اسم لملك من ملوكهم ، أو غير ذلك من العلامات ، فهذا ركاز بلا خلاف ، فيجب فيه الخمس والباقى لواجده (والثانى) أن يعلم أنه من ضرب الاسلام بأن يكون عليه اسم ملك من ملوك الاسلام

أو آية أو آيات من القرآن كالدراهم الأحدية ــ بتخفيف الحاء ــ وهى التى عليهــا « قل هو الله أحد »(١) فهذا لا يملكه الواجد بلا خلاف ، بل يلزمه رده الى مالكه ان علمه ، وان لم يعلمه فطريقان ، قطع المصنف والجماهير فى كل الطرق بأنه لقطة يعرفه واجده سنة ، ثم يتملكه ان لم يظهر مالكه •

(الطريق الثانى) حكاه امام الحرمين والبغوى وفيه وجهــان (أصحهما) هذا (والثانى) لا يكون لقطة ، بل يحفظه على مالكه أبدا ، حكاه البغوى عن القفال وحكاه امام الحرمين عن الشيخ أبى على السنجى ، قال : فعلى هذا يمسكه الواجد أبدا وأن للسلطان حفظه فى بيت المــال كسائر الأموال الضائعة ، فان رأى الامام حفظه أبدا فعل ، وان رأى اقتراضه لمصلحة فعل ما سنذكره فى الأموال الضائعة ان شاء الله تعالى ، وعلى هذا الوجه لا يملكه الواجد بحال • وقال أبو على : والفرق بينه وبين اللقطة أن اللقطة تسقط من مالكهــا فى مضيعة ، فجوز الشرع لواجدها تملكها بعد التعريف ترغيبا للناس فى أخذها وحفظها ، وأما الكنز المذكور فمحرز بالدفن غير مضيع ، فأشبه الابل الممتنعة من السباع اذا وجدها فى الصحراء ، فانه لا يجوز أخذها للتملك • قال أبو على : وهذا نظير من طيرت الريح ثوبا الى داره أو حجره فانه لا يملكه بالتعريف ، وقد خالف أبو على غيره فى هذا الاستشهاد ، وقال : الثوب المذكور لقطة يعرف ويملك ، والمذهب ما سبق عن الأصحاب أن الكنز المذكور لقطة •

قال امام الحرمين : ولو انكشفت الأرض عن كنز بسيل ونحوه ، فما أدرى ما يقول أبو على فيه ، وهذا المــال البارز ضائع ، قال : واللائق بقياسه أن لا يثبت التقاطه للتملك اعتبارا بأصل الوضع ، كما حكينا عنه فى مسألة الثوب ، هذا كلام الامام ، وقد جزم صاحب « الحاوى » ، وصرح بأن ما ظهر بالسيل فوجده انسان كان ركازا

---

(١) الاخلاص : ١

قطعا ، قال : ولو رآه ظاهرا وشك هل أظهره السيل أم كان ظاهرا بغير السيل ، فهل هو لقطة ؟ أم ركاز ؟ فيه الخلاف الذى سنذكره ان شاء الله تعالى فيما اذا شك هل هو دفن اسلام ؟ أم جاهلية ؟ والله أعلم .

(القسم الثالث) أن لا يكون فى الموجود علامة يعلم أنه من دفن الاسلام أو الجاهلية بأن لا يكون عليه علامة أصلا ، أو يكون عليه علامة وجدت مثلها فى الجاهلية والاسلام أو كان حليا أو اناء ، ففيه خلاف حكاه جماعة قولين ، وآخرون وجهين ، وحكاه المصنف وآخرون قولا ووجها ، والصواب قولان نقل المصنف أحدهما عن نص الشافعى ، وكذا نقله الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والبغوى وآخرون ، ونقل ابن الصباغ وآخرون عن نص الشافعى فى « الأم » أنه ركاز ، وقال صاحب « الحاوى » : قال أصحابنا البصريون : يكون ركازا ، وحكوه عن نص الشافعى ، واتفق الأصحاب على أن الأصح أنه لقطة ، وبه قطع السرخسى فى « الاملاء » والجرجانى فى « التحرير » وآخرون ، وصححه الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والبغوى والمصنف والباقون ، لأنه مملوك فلا يستباح الا بيقين . وعن الشيخ أبى على السنجى هنا روايتان حكاهما الرافعى (احداهما) موافقة الأصحاب فى كونه لقطة (والثانية) على وجهين (أحدهما) هذا (والثانى) أنه مال ضائع كما قال فى القسم الثانى . قال الرافعى : واعلم أن الحكم مدار على كونه من دفن الجاهلية لا أنه من ضربهم فقد يكون من ضربهم ويدفنه مسلم بعد أن وجده وأخذه وملكه ، وهذا الذى قاله الرافعى تفريع على الأصح من هذين القولين أن الكنز الذى لا علامة فيه يكون لقطة ، فأما اذا قلنا بالقول الآخر انه ركاز فالحكم مدار على ضرب الجاهلية .. والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجب حق الركاز فى الأثمان . وفى غير الأثمان قولان (قال فى القديم) يجب فى الجميع لأنه حق مقدر بالخمس فلم يختص بالأثمان

كخمس الغنيمة • وقال فى الجديد : لا يجب لأنه حق يتعلق بالمستفاد من الأرض فاختص بالأثمان كحق المعدن ولا يعتبر فيه الحول • لان الحول يعتبر لتكامل النماء ، وهذا لا يتوجه(١) فى الركاز وهل يعتبر فيه النصاب ؟ فيه قولان • قال فى القديم : يخمس قليله وكثيره لأن ما خمس كثيره خمس قليله كالغنيمة (وقال فى الجديد) لا يخمس ما دون النصاب ، لأنه حق يتعلق بالمستفاد من الأرض فاعتبر فيه النصاب كحق المعـدن) •

(**الشرح**) اتفقت نصوص الشافعى والأصحاب على أن الركاز اذا كان ذهبا أو فضة وجب فيه الخمس سواء أكان مضروبا أو غيره • وفى غيرهما طريقان حكاهما البغوى وآخرون (أصحهما) عند البغوى القطع بأنه لا يجب • وأصحهما وأشهرهما وبه قال المصنف والأكثرون فى المسألة قولان (أصحهما) باتفاقهم وهو نصه فى « الأم » و « الاملاء » من كتبه : الجديد لا يجب (والثانى) يجب وهو نصه فى القـديم والبويطى من الجـديد ، نص عليه فى موضعين من كتاب الزكاة فى البويطى وأما الحول فلا يشترط فيه بلا خلاف • ونقل المـاوردى فيه الاجماع • وأما النصاب ففيه طريقان حكاهما البغوى (أصحهما) عنده اشتراطه قطعا وأصحهما وأشهرهما وبه قطع الجمهور : فيه قولان (الصحيح الجديد) اشتراطه (والقديم) لا يشترط • والحاصل أن الحول لا يشترط بلا خلاف ، وكونه نصابا ذهبا وفضة شرط على المذهب ، قال أصحابنا : وقول الشافعى : (لو كنت أنا الواجد لخمست القليل والكثير ، ولو وجدت فخارة لخمستها) محمول على الاحتياط والورع لا أنه واجب • قال أصحابنا : واذا أوجبنا الخمس من غير الذهب والفضة أخذ خمس الموجود لا قيمته •• والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فعلى هذا ــ يعنى اذا شرطنا النصاب ــ اذا وجد مائة درهم ، ثم وجد مائة أخرى ، لم يجب الخمس فى واحد منهما ، وان وجد دون

---

(١) فى بعض النسخ (لا يوجد) بدل (لا يتوجه) (ط) •

النصاب وعنده نصاب من جنسه ــ نظرت فان وجد الركاز مع تمام الحول فى النصاب الذى عنده ــ ضمه الى ما عنده وأخرج الخمس من الركاز وربع العشر من النصاب ، لأن الحول لا يعتبر فى الركاز فيصير الركاز مع النصاب كالزيادة مع نصاب حال الحول عليهما • وان وجده بعد الحول على النصاب ضمه عليه ، لأن الحول قد حال على ما معه ، والركاز كالزيادة التى حال عليها الحول ، وان وجده قبل الحول على النصاب لم يخمس ، لأن الركاز كبعض نصاب حال عليه الحول ، واذا تم حول البعض ولم يتم حول الباقى لم تجب الزكاة ، فاذا تم حول النصاب أخرج زكاته ، واذا تم حول الركاز من حين وجده أخرج عنه ربع العشر وسقط الخمس •

فأما اذا كان الذى معه أقل من النصاب فان كان وجد الركاز قبل تمام الحول على ما معه لم يضم اليه ، بل يستأنف الحول عليهما من حين تم النصاب ، فاذا تم الحول أخرج الزكاة ، وان وافق وجود الركاز حال حول الحول ، فالمنصوص فى « الأم » أنه يضم الى ما عنده • فاذا بلغ النصاب أخرج من الركاز الخمس ، ومن الذى معه ربع العشر ، لأن الركاز لا يعتبر فيه الحول فيجعل كالموجود معه فى جميع الحول ، ومن أصحابنا من قال : لا يضم بل يستأنف الحول عليهما من حين تم النصاب ، فاذا حال الحول أخرج عنهما ربع العشر) •

(**الشرح**) هذا الفصل الى آخر الباب سبق شرحه واضحا فى فصل المعدن ، واتفق أصحابنا على أن حكم الركاز والمعدن فى تتميم النصاب وجميع هذه التفريعات سواء ، وفاقا وخلافا بلا فرق ، هذا اذا شرطنا النصاب كما ذكره المصنف ، ولكن فى كلام المصنف مواضع جزم بها على خلاف الأصح ، وقد بيناه هناك ، فالمذهب الذى عليه الاعتماد ما أوضحناه هناك واتفقت نصوص الشافعى والأصحاب على هذه المسألة التى ذكرها المصنف أنه اذا وجد من الركاز مائة درهم ، ثم وجد مائة أخرى أنه لا يجب الخمس فى واحد منهما ، بل ينعقد الحول عليهما من حيث كمل النصاب • فاذا تم لزمه ربع العشر كسائر النقود التى يملكها • وهذا تفريع على المذهب • وهو اشتراط النصاب فى الركاز •• والله أعلم •

(فــرع) فى مسائل تتعلق بالركاز (احداها) قال أصحابنـــا : حكم الذمى فى الركاز حكمه فى المعدن كما سبق • فلا يمكن من أخذه فى دار الاسلام • فان وجده ملكه على المذهب • وبه قطع الجمهور • وفيه وجه قدمناه عن حكاية صاحب « الحاوى » أنه لا يملكه • وهو احتمال لامام الحرمين • لأنه كالحاصل للمسلمين • فهو كمالهم الضائع • فاذا قلنا بالمذهب فأخذه ففى أخذ حق الركاز منه الخلاف السابق فى حق المعدن •

(الثانية) لو وجد فى ملكه ركاز فلم يدعه • وادعاه اثنان فصدق أحدهما • سلم اليه • ذكره الدارمى عن ابن القطان • وقاله غيرهما وهو ظاهر •

(الثالثة) اذا وجد من الركاز دون النصاب • وله دين يجب فيه الزكاة يبلغ به نصابا • وجب خمس الركاز فى الحال • فان كان ماله غائبا أو مدفونا أو وديعة أو دينا ــ والركاز ناقص لم يخمس حتى يعلم سلامة ماله وحينئذ يخمس الركاز الناقص عن النصاب سواء بقى المـــال أم تلف اذا علم وجوده يوم حصول الركاز •

(الرابعة) قال الشافعى والأصحاب : يجب صرف خمس الركاز مصرف الزكوات • وهو زكاة ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور فى الطريقتين ، وحكى الخراسانيون قولا أنه يصرف مصرف خمس خمس الفىء • وحكاه صاحب « الحاوى » والقاضى أبو الطيب ومن تابعهما وجها عن المزنى وأبى حفص بن الوكيل من أصحابنا •

(الخامسة) قال المـــاوردى والدارمى : اذا وجد ركازا فأخرج خمسه ثم أقام رجل بينة أنه ملكه ، فلصاحب البينة استرجاع الركاز من واجده مع خمسه المخرج • وللواجد أن يرجع بالخمس على الامام أن كان دفعه اليه • وللامام أن يرجع به على أهل السهمان ان كان باقيا فى أيديهم • فان لم يكن باقيا فى أيديهم أو كان تالفا فى يد الامام بغير تفريط ضمنه فى مال الزكاة • وان تلف فى يده بتفريط أو خيانة ضمنه فى ماله •

(السادسة) فى مذاهب العلماء فى مسائل من الركاز ذكرنا أن الصحيح فى مذهبنا اشتراط النصاب • وقال أبو حنيفة وأحمد : لا يشترط وهو أصح الروايتين عن مالك وحكاه ابن المنذر عن مالك وأحمد واسحاق وأبى عبيد وأصحاب الرأى قال : وبه قال جل أهل العلم • قال : وهو أولى بظاهر الحديث • والمشهور من مذهبنا أنه لا يجب حق الركاز فى غير ذهب وفضة • وقال أبو حنيفة : يجب فى كل موجود ركاز وهو أصح الروايتين عن مالك وأحمد • ونقله ابن المنذر عن مالك وأحمد واسحاق وأبى عبيد وأصحاب الرأى وجماهير العلماء قال : وبه أقول • وأما الذمى فقد قدمنا أن المشهور من مذهبنا أنه لا شىء عليه فى الركاز وهو المعروف من نصوص الشافعى والأصحاب • ونقل ابن المنذر الاجماع على أن عليه الخمس كالمسلم • ونقله عن الشافعى وغيره كما قدمنا حكايته عن ابن المنذر • والركاز الموجود فى موات دار أهل العهد يملكه واجده عندنا كموات دار الاسلام • قال العبدرى : وبهذا قال أكثر الفقهاء • قال مالك : يكون لأهل الأرض لا للواجد وأما الموجود فى دار أهل الحرب فركاز عندنا وعند الباقين • لكن يجب فيه الخمس عندنا وعند الجمهور •

وقال أبو حنيفة : هو غنيمة ولا شىء فيه بل كله لواجده بناء على أصله أن من غنم وحده فلا خمس عليه • ومصرف الركاز مصرف الزكاة عندنا • وقال أبو حنيفة : مصرف الفىء وهو رواية عن أحمد • وبه قال المزنى وابن الوكيل من أصحابنا كما سبق قريبا • والركاز الموجود فى دار أو أرض مملوكة يكون لساكنه عندنا اذا ادعاه كما سبق • وبه قال أبو حنيفة ومحمد • وقال الحسن بن صالح وأبو يوسف وأبو ثور : يكون لواجده •• والله أعلم •

* * *

باب زكاة الفطـــر

يقال : زكاة الفطر ، وصدقة الفطر ، ويقال للمخرج : فطرة ــ بكسر الفاء ــ لا غير ، وهى لفظة مولدة لا عربية ولا معربة ، بل اصطلاحية للفقهاء ، وكأنها من الفطرة التى هى الخلقة ، أى زكاة الخلقة ، وممن ذكر هذا صاحب « الحاوى » •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(زكاة الفطر واجبة لمـا روى ابن عمر رضى الله عنهما قال : « فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم صدقة الفطر من رمضان على الناس ، صاعا من تمر ، أو صاعا من شعير ، على كل ذكر وأنثى ، حر وعبد من المســلمين ») •

(الشرح) حديث ابن عمر رواه البخارى ومسلم ، وزكاة الفطر واجبة عندنا وعند جماهير العلماء ، وحكى صاحب « البيان » وغيره عن ابن اللبان من أصحابنا أنها سنة وليست واجبة ، قالوا : وهو قول الأصم وابن علية(١) • وقال أبو حنيفة : هى واجبة وليست بفريضة بناء على أصله أن الواجب ما ثبت بدليل مظنون والفرض ما ثبت بدليل مقطوع • ومذهبنا أنه لا فرق وتسمى واجبة وفرضا ، دليلنا حديث

---

(١) يعنى اسماعيل بن ابراهيم ابن علية ، وعلية أمه • وكان اسماعيل يقول : من قال عنى اسماعيل ابن علية فقد اغتابنى • والمقصود أن قائل وجوب زكاة الفطر منسوخ انما هو اسماعيل ابن علية وأبو بكر بن كيسان الاصم وأشهب صاحب مالك وابن اللبان من الشافعية ، قال الحافظ ابن حجر : ويتعقب بأن فى اسناده راويا مجهولا وعلى تقدير الصحة فلا دليل على النسخ لاحتمال الاكتفاء بالامر الأول لأن نزول فرض لا يوجب سقوط فرض آخر ومنهم من أول الحديث القاضى بالافتراض فحمل فرض على معنى قدر • قال ابن دقيق العيد : وهو أصل فى اللغة لكن نقل فى عرف الشرع الى الوجوب والحمل عليه أولى • قال السندى : هذا الحديث يضعف الافتراض قطعيا ويؤيد القول بأنه ظنى وهذا هو مراد الحنفية بقولهم : انه واجب (ط) •

ابن عمر مع أحاديث كثيرة فى الصحيح مثله • وأما حديث أبى عمار(١) عريب — بفتح العين المهملة — ابن حميد عن قيس بن سعد بن عبادة قال : « أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بصدقة الفطر قبل أن تنزل الزكاة ، فلما نزلت الزكاة لم يأمرنا ولم ينهنا ونحن نفعله » رواه النسائى وابن ماجه • فهذا الحديث مداره على أبى عمار ، ولا يعلم حاله فى الجرح والتعديل ، فان صح فجوابه أنه ليس فيه اسقاط الفطرة لأنه سبق الأمر به ، ولم يصرح باسقاطها ، والأصل بقاء وجوبها •

(وقوله) : « لم يأمرنا » لا أثر له لأن الأمر سبق ، ولا حاجة الى تكراره ، قال البيهقى : وقد أجمع العلماء على وجوب صدقة الفطر ، وكذا نقل الاجماع فيها ابن المنذر فى « الاشراف » ، وهذا يدل على ضعف الرواية عن ابن علية والأصم وان كان الأصم لا يعتد به فى الاجماع كما سبق فى كتاب الطهارة •• والله أعلم •

قال صاحب « الحاوى » فى وقت شرع وجوب الفطرة على وجهين (أحدهما) وهو قول أصحابنا البغداديين أنها وجبت بما وجبت به زكاة الأموال ، وهو الظواهر التى فى الكتاب والسنة لعمومها فى الزكاتين • (والثانى) قاله أصحابنا البصريون انها وجبت بغير ما وجبت به زكاة الأموال وأن وجوبها سابق لوجوب زكاة الأموال ، لحديث قيس بن سعد المذكور ، واختلف هؤلاء هل وجبت بالكتاب ؟ أم بالسنة ؟ فقيل : بالسنة لحديث قيس ، وحديث ابن عمر وغيرهما ، وقيل بالقرآن وانما السنة مبينة •• الله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجب ذلك الا على مسلم • فأما الكافر فانه ان كان أصليا لم تجب عليه للخبر ، وان كان مرتدا فعلى ما ذكرناه فى أول الكتاب من

---

(١) عريب بن حميد الهمدانى الدهنى ـ بضم الدال ـ أبو عمار الكوفى روى عن على وعنه القاسم بن مخيمرة وثقه أحمد (ط) •

الأقوال الثلاثة • وأما المكاتب فالمذهب أنها لا تجب عليه • لأنه لا يلزمه زكاة المـــال • فلا يلزمه زكاة الفطر كالكافر • ومن أصحابنا من قال : تلزمه لأن زكاة الفطر تابعة للنفقة • ونفقته على نفسه • فكذلك فطرته • وهذا يبطل بالذمى فان نفقته على نفسه ولا تلزمه الفطرة • ولا تجب الا على من فضل عن قوته وقوت من تلزمه نفقته وقت الوجوب ما يؤدى فى الفطرة • فان لم يفضل عن نفقته شيء لم تلزمه لأنه غير قادر • فان فضل بعض ما يؤديه ففيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه لأنه عدم بعض ما يؤدى به الفرض فلم يلزمه • كما لو وجبت عليه كفارة وهو يملك بعض(١) رقبة (والثانى) يلزمه ، لأنه لو ملك نصف عبد لزمه نصف فطرته • فاذا ملك نصف الفرض لزمه اخراجه فى فطرته) •

(الشرح) قال أصحابنا : شروط وجوب الفطرة ثلاثة : الاســـلام والحرية واليسار (فالأول) الاسلام فلا فطرة على كافر أصلى عن نفسه ، ولا عن غيره ، الا اذا كان له عبد مسلم ، أو قريب مسلم ، أو مستولدة مسلمة ، ففى وجوب فطرتهم عليه وجهان (أصحهما) يجب ، وهما مبنيان على أن من لزمه فطرة غيره هل تجب على المؤدى ابتداء ؟ أم على المؤدى عنه ثم يتحملها المؤدى ؟ وفيه وجهان مشهوران • وقد ذكرهما المصنف فى الفصل الذى بعد هذا وهناك نوضحهما ان شاء الله تعالى •

(فان قلنا) يجب قال امام الحرمين : لا صائر الى أن المتحمل عنه ينوى ، بل يكفى اخراج الكافر ونيته ، لأنه المكلف بالاخراج ، ولو أسلمت ذمية تحت ذمى ودخل وقت وجوب الفطرة فى حال تخلف الزوج ، ثم أسلم قبل انقضاء العدة ففى وجوب نفقتها فى مدة التخلف خلاف مذكور فى كتاب النفقات • فان لم نوجبها فلا فطرة ، والا فالفطرة على هذا الخلاف فى عبده المسلم ، الأصح الوجوب ، ذكره امام الحرمين وغيره ، هذا كله فى الكافر الأصلى • وأما المرتد فقال المصنف والأصحاب : فطرته كزكاة ماله وفيها ثلاثة أقوال سبقت فى أول كتاب الزكاة ، وهى

---

(١) فى بعض النسخ (نصف) بدل (بعض) •

مبنية على بقاء ملكه وزواله وفيه ثلاثة أقوال (أحدها) يزول فلا تجب زكاة ولا فطرة (والثانى) يبقى فيجبان (والثالث) وهو الأصح أنه موقوف • فان عاد الى الاسلام تبينا بقاءه فيجبان والا فلا •

وحكم فطرة الرقيق المرتد حكم فطرة السيد المرتد ، ففيها الأقوال ، ذكره الماوردى وغيره وهو ظاهر ، هذا كله فى مطالبة الكافر بالاخراج فى الدنيا ، وأما أصل الخطاب فهو مخاطب بالزكاة والفطرة وسائر الفروع على الصحيح بمعنى أنه يزاد فى عقوبته بسببها فى الآخرة ، وقد سبقت المسألة موضحة فى أول كتاب الصلاة ، وقد نقل الماوردى وغيره الاجماع أن الكافر لا فطرة عليه لنفسه (الشرط الثانى) الحرية فليس على الرقيق فطرة نفسه ولا فطرة غيره ، ولو ملكه السيد عبدا وقلنا يملكه سقطت فطرته عن سيده لزوال ملكه ، ولا تجب على المتملك لضعف ملكه ، هذا هو المذهب وبه قطع الأصحاب كلهم الا الماوردى والسرخسى : فحكيا قولا أنها تجب على السيد ، وان قلنا : يملكه العبد ، قال السرخسى : هذا قول أبى اسحاق المروزى ، لأنه قادر على انتزاعه ، وهذا شاذ باطل •

(وأما) المكاتب فحاصل ما ذكره المصنف فى هذا الفصل والذى بعده ثلاثة أوجه ، وهى مشهورة ، وبعض الأصحاب يسميها أقوالا ، وهى مترددة بين الأقوال والأوجه (أصحها) باتفاق الاصحاب ، وهو المنصوص فى كتب الشافعى : أنه لا فطرة عليه ولا على سيده عنه ، لأن ملكه ضعيف ، وسيده لا تلزمه نفقته (والثانى) تجب على المكاتب فى كسبه تبعا للنفقة (والثالث) تجب على السيد عنه ، حكاه أبو ثور عن الشافعى ، لأن المكاتب عبد ما بقى عليه درهم وانما سقطت النفقة عن السيد لاستقلال المكاتب باكتسابه ، ولأنها تكثر ، قال أصحابنا : والخلاف فى أن المكاتب هل عليه فطرة نفسه ؟ تجرى فى أنه هل يلزمه فطرة زوجته وعبيده ؟ والصحيح لا يلزمه ، ونقل امام الحرمين اتفاق الأصحاب على أن فطرة زوجته وعبيده كنفسه ، وفى وجوبها الخلاف ، الصحيح

لا تلزمه ، وأما المدبر والمستولدة فكالقن فتجب فطرته على سيده لا على نفسه وأما من بعضه حر وبعضه رقيق فتجب فطرته بلا خلاف ، وتكون عليه وعلى مالك بعضه ان لم تكن مهايأة ، وسيأتى ايضاحه فى الفصل الذى بعد هذا ان شاء الله تعالى .

(الشرط الثالث) اليسار ، فالمعسر لا فطرة عليه بلا خلاف ، قال المصنف والأصحاب : والاعتبار باليسار والاعسار بحال الوجوب ، فمن فضل عن قوته وقوت من تلزمه نفقته لليلة العيد ويومه صاع فهو موسر ، وان لم يفضل شىء فهو معسر ولا يلزمه شىء فى الحال ، ولا يستقر فى ذمته فلو أيسر بعد ذلك لا يلزمه الاخراج عن الماضى بلا خلاف عندنا ، سواء أيسر عقب وقت الوجوب بلحظة أو أكثر وبه قال الشافعى والأصحاب ، لكن يستحب له الاخراج ، وحكى أصحابنا عن مالك أنه ان أيسر يوم العيد لزمه واحتج أصحابنا بأن الاسلام واليسار شرطان للوجوب ، وقد أجمعنا على أن طرءان الاسلام لا يقتضى الوجوب . فكذلك اليسار والله أعلم . وان فضل بعض صاع فوجهان مشهوران ، ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) عند الأصحاب يلزمه اخراجه ، وهو قول أبى على بن أبى هريرة لقوله صلى الله عليه وسلم : « واذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » رواه البخارى من رواية أبى هريرة واتفق الأصحاب على تصحيح هذا الوجه ، ونقله صاحب « الحاوى » عن نص الشافعى قال : والوجه الآخر القائل بأنه لا يلزمه قياسا على بعض الرقبة غلط ، لما ذكرناه من الحديث والقياس ، والفرق بينه وبين الكفار من وجهين (أحدهما) أن لها بدلا (والثانى) أن بعض الرقبة لا يؤمر باخراجه فى موضع من المواضع وبعض الصاع يجب بالاتفاق على من يملك نصف عبد ونصفه لمعسر . . والله أعلم .

(فـرع) قال الرافعى رحمه الله : ومن فضل من قوته وقوت من عليه نفقته ليلة العيد ويومه ما يخرج فى الفطرة من أى جنس كان من المال فهو موسر ، قال : ولم يذكر الشافعى وأكثر الأصحاب فى ضبط

اليسار والاعسار الا هذا القدر ، وزاد امام الحرمين فاعتبر كون الصاع فاضلا عن مسكنه وعبده المحتاج اليه لخدمته وقال : لا يحسب عليه فى هذا الباب مالا يحسب فى الكفارة • قال الرافعى : واذا نظرت كتب الأصحاب لم تجد ما ذكره • وقد يغلب على ظنك أنه لا خلاف فى المسألة ، وأن ما ذكره كالبيان والاستدراك لما أهمله الأولون ، وربما استشهدت بكونهم لم يذكروا دست(١) ثوب يكتسبه ، ولا شك فى اعتباره ، فان الفطرة ليست بأشد من الدين ، وهو مبقى عليه فى الدين لكن الخلاف ثابت ، فان الشيخ أبا على حكى وجها أن عبد الخدمة لا يباع فى الفطرة كما لا يباع فى الكفارة ، ثم أنكر عليه وقال : لا يشترط فى الفطرة كونه فاضلا عن كفايته ، بل المعتبر قوت يومه كالدين ، بخلاف الكفارة لأن لها بدلا ، وذكر البغوى ما يقتضى وجهين ، والأصح عنده موافقة الامام •

واحتج له البغوى بقول الشافعى : ان الابن الصغير اذا كان له عبد يحتاج الى خدمته لزم الأب فطرته كفطرة الابن ، فلولا أن العبد غير محسوب لسقط بسببه فطرة الابن ، واذا شرطنا كون المخرج فاضلا عن العبد والمسكن فانما نشترطه فى الابتداء ، فلو ثبتت الفطرة فى ذمة انسان بعنا خادمه ومسكنه فيها لأنها بعد الثبوت التحقت بالديون ، قال : واعلم أن دين الآدمى يمنع وجوب الفطرة بالاتفاق كما أن الحاجة الى صرفه فى نفقة القريب تمنعه • كذا قاله الامام •

قال الامام : ولو ظن ظان أنه لا يمنعه على قول كما لا يمنع وجوب الزكاة على قول كان مبعدا ، هذا لفظه وفيه شىء سنذكره فى المسألة السابعة من المسائل المنثورة بعد انقضاء شرح الباب ان شاء الله تعالى ، فعلى هذا يشترط مع كون المخرج فاضلا عما سبق كونه فاضلا عن قدر ما عليه من الدين • هذا آخر كلام الرافعى رحمه الله ، والمسألة

---

(١) كذا بالأصل وهى كذلك فى « ش » و « ق » ، وقال فى « المصباح » : الدست من الثياب ما يلبسه الانسان ويكتبه (ط) •

التى نقلها عن البغوى هذا لفظها ، قال البغوى : لو كان له عبد يحتاج الى خدمته هل يباع بعضه فى الفطرة عن العبد والسيد ؟ فيه وجهان (أصحهما) لا يباع ، وهو كالمعدوم كما فى الكفارة ، ولأن الشافعى نص على أنه لو كان لابنه الصغير عبد ، وذكر ما سبق ، وهذا الذى صححه البغوى والامام هو الصحيح •

فـــــرع

فى مذاهب العلماء فى ضبط اليسار الذى تجب به الفطرة

ذكرنا أن مذهبنا أنه يشترط أن يملك فاضلا عن قوته وقوت من يلزمه نفقته ليلة العيد ويومه ، حكاه العبدرى عن أبى هريرة وعطاء والشعبى وابن سيرين وأبى العالية والزهرى ومالك وابن المبارك وأحمد وأبى ثور • وقال أبو حنيفة : لا تجب الا على من يملك نصابا من الذهب أو الفضة ، أو ما قيمته نصاب فاضلا عن مسكنه وأثاثه الذى لابد منه ، قال العبدرى : ولا يحفظ هذا عن أحد غير أبى حنيفة ، قال ابن المنذر : وأجمعوا على أن من لا شىء له فلا فطرة عليه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن وجبت عليه فطرته وجبت عليه فطرة من تلزمه نفقته اذا كانوا مسلمين ووجـد مايؤدى عنهم فاضلا عن النفقة ، فيجب على الأب والأم ، وعلى أبيهما وأمهما ــ وان علوا ــ فطرة ولدهما وولد ولدهما ــ وان سفلوا ــ وعلى الولد وولد الولد (وان سفلوا) فطرة الأب والأم وأبيهما وأمهما ــ وان علوا ــ اذا وجبت عليهم نفقتهم ، لمـا روى ابن عمر قال : « أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بصدقة الفطر عن الكبير والصغير والحر والعبد ممن تمونون » فان كان للولد أو للوالدُ عبد يحتاج اليه للخدمة ، وجبت عليه فطرته ، لأنه يجب عليه نفقته ، ويجب على السيد فطرة عبده وأمته ، لحديث ابن عمر ، وان كان له عبد أبق ففيه طريقان (أحدهما) تجب فطرته قولا واحدا ، لأن فطرته (تجب) لحق الملك ، والملك لا يزول بالاباق ، ومنهم من قال :

فيه قولان كالزكاة فى المـال المغصوب (قال[1]) فان كان عبد بين نفسين وجبت الفطرة عليهما ، لأن نفقته عليهما ، وان كان نصفه حرا ونصفه عبدا وجب على السيد نصف فطرته ، وعلى العبد نصف فطرته ، لان النفقة عليهما نصفان فكذلك الفطرة • وان كان له مكاتب لم تجب عليه فطرته لأنه لا يجب عليه نفقته ، وروى أبو ثور عن الشافعى قال : يجب عليه فطرته لأنه باق على ملكه ويجب على الزوج فطرة زوجته اذا وجبت عليه نفقتها ، لحديث ابن عمر ولأنه ملك تستحق به النفقة ، فجاز أن تستحق به الفطرة كملك اليمين فى العبد والأمة ، فان كانت ممن تخدم ، ولها مملوك يخدمها ، وجب عليه فطرته ، لأنه يجب عليه نفقته (فلزمته فطرته) فان نشزت الزوجة لم يلزمه فطرتها ، لأنه لا يلزمه نفقتها ، ولا يجب عليه الا فطرة مسلم ، فأما اذا كان المؤدى عنه كافرا فلا يجب عليه فطرته ، لحديث ابن عمر : « على كل ذكر وأنثى حر وعبد من المسلمين » ولأن القصد بالفطرة تطهير المؤدى عنه ، لأن المؤدى قد طهر نفسه بالفطرة ، والكافر لا يلحقه تطهير) •

(**الشرح**) حديث ابن عمر الأول فى الصحيحين الا قوله : « ممن تمونون » فرواه بهذه اللفظة الدارقطنى والبيهقى باسناد ضعيف ، قال البيهقى : اسناده غير قوى ، ورواه البيهقى أيضـا من رواية جعفر[2] بن محمد عن أبيه عن النبى صلى الله عليه وسلم وهو مرسل أيضا ، فالحاصل أن هذه اللفظة « ممن تمونون » ليست بثابتة ، وأما باقى حديث ابن عمر المذكور ففى الصحيحين كما سبق •

(**وأما أحكام الفصل**) فقال أصحابنا : الفطرة قد يجب أداؤها على الانسان عن نفسه وقد تجب عن غيره ، وجهات التحمل عن غيره ثلاث : الملك والنكاح والقرابة وكلها تقتضى وجوب الفطرة فى الجملة ،

---

(١) فى بعض النسخ لا توجد قال التى بين القوسين (ط) •

(٢) يزعم ابن حزم أن الشافعى احتج بحديث جعفر عن أبيه وفى أسلوب متهكم ساخر يقول : وفى هذا المكان عجب عجيب وهو أن الشافعى لا يقول بالمرسل ثم أخذ هنا بأنتن مرسل فى العالم من رواية ابن أبى يحيى وحسبنا الله ونعم الوكيل • ثم يحمل على الحنفيين فيقول أكثر وأشد •

فمن لزمه نفقة بسبب من هذه الثلاثة لزمه فطرة المنفق عليه ، ولكن يشترط فى ذلك أمور ، ويستثنى منه صور منهـا متفق عليه ، ومنها مختلف فيه ، ستظهر بالتفريع ان شاء الله تعالى • وقال ابن المنذر من أصحابنا : لا يلزمه فطرة زوجته ، بل عليها فطرة نفسها وستأتى مذاهب العلماء فيها ان شاء الله تعالى فى فرع مستقل •

ومن المستثنى أن الابن يلزمه نفقة زوجة أبيه تفريعا على المذهب فى وجوب الاعفاف ، وهل عليه فطرتها ؟ فيه وجهان (أصحهما) عند الغزالى وصاحب « البيان » وطائفة وجوبها (وأصحهما) عند البغوى وصاحب العدة وآخرين والرافعى فى المحرر لا تجب وهو المختار • قالوا : ويجرى الوجهان فى فطرة مستولدة الأب ، وأما زوجة الابن المعسر فلا تجب نفقتها ولا فطرتها على الأب ، لأنه لا يجب اعفافه وان وجبت نفقته ، وأما الاخوة وبنوهم والأعمام وبنوهم وسائر الأقارب غير الأصول والفروع فلا تجب نفقتهم ولا فطرتهم •

(وأما) الأصول والفروع فان وجبت نفقتهم بشروطها المعروفة فى كتاب النفقات وجبت فطرتهم ومن لا فلا ، فلو كان الابن الكبير فى نفقة أبيه فوجد قوته ليلة العيد ويومه فقط ، لم تجب فطرته على الأب لسقوط نفقته عنه فى وقت الوجوب ولا على الابن لاعساره وان كان الابن صغيرا والمسألة بحالها ففى سقوط الفطرة على الأب وجهان حكاهما امام الحرمين وآخرون (أصحهما) عنـد الرافعى وغيره لا تجب كالابن الكبير ، وبهذا قال الشيخ أبو محمد (والثانى) تجب لتأكدها بخلاف الكبير •

قال الشافعى والمصنف والأصحاب : وان كان للقريب الذى تجب نفقته عبد يحتاج الى خدمته لزم المنفق فطرته ، كما يلزمه نفقته ، لأنه من مؤن القريب ، وأما العبد القن والمدبر والمعلق عتقه بصفة ، والمستولدة ، فتجب فطرتهم على السيد بلا خلاف ، لحديث ابن عمر : « حر وعبد » رواه البخارى ومسلم • قال أصحابنا : وتجب فطرة

المرهون والجانى والمستاجر على سيدهم كالنفقة ، وقال امام الحرمين والغزالى : يحتمل أن يجرى فى المرهون الخلاف السابق فى المال المرهون ، قال الرافعى : هذا الذى قالاه لا نعرفه لغيرهما بل قطع الأصحاب بالوجوب هنا وهناك ، وهذا هو المنصوص ، ونقل السرخسى اتفاق الأصحاب عليه ، قال الماوردى وغيره : ويلزم السيد اخراجها من ماله ، ولا يجوز اخراجها من رقبة المرهون ، لأنها تابعة للنفقة ، والنفقة على السيد ، قال : بخلاف المال المرهون حيث قلنا يخرج زكاته منه فى أحد القولين لأن فطرة العبد فى ذمة سيده وزكاة المال فى عينه فى أحد القولين وقال السرخسى : ان لم يكن للراهن مال آخر أخرجها من نفس المرهون ، والا فقولان (أحدهما) يلزمه أن يخرجها من ماله (والثانى) له اخراجها من نفس المرهون بأن يبيع بعضه •

وأما العبد الآبق والضال ففيهما طريقان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) القطع بوجوب الفطرة (والثانى) فيه قولان كزكاة المال المغصوب وأما العبد المغصوب فالمذهب القطع بوجوب فطرته ، وبه قطع العراقيون والبغوى ، ونقله صاحب « البيان » عن العراقيين ، وذكر الفورانى وامام الحرمين وآخرون عن الخراسانيين فيه طريقين كالآبق وأما العبد الغائب فان علم حياته وكان فى طاعة سيده وجبت فطرته بلا خلاف وان لم يعلم وانقطع خبره مع تواصل الرفاق فطريقان (أصحهما) وهو المنصوص وجوبها لأن الأصل حياته (والثانى) على قولين (أصحهما) هذا (والثانى) لا تجب لأن الأصل البراءة منها ، والمذهب أن عتق هذا العبد لا يجزىء عنه فى الكفارة ، وفيه قولان ، وحاصله أن الشافعى نص على وجوب الفطرة ونص أنه لا يجزىء فى الكفارة ، فقيل : فيهما قولان • وقال المحققون : وهو الأصح بظاهر النصين ، لأن الأصل شغل الذمة بالكفارة وشككنا فى البراءة ، واذا أوجبنا الفطرة فى الآبق والضال والمغصوب ومنقطع الخبر وجب اخراجها فى الحال على المذهب ، وبه قطع البغوى وآخرون •

وقال صاحب « الشامل » : حكى الشيخ أبو حامد فيه قولين عن

« الاملاء » (أحدهما) يجب الاخراج فى الحال (والثانى) لا يجب حتى يعود اليه كالمـــال المغصوب ، قال البندنيجى وصاحب « الشامل » : وهذا بعيد لأن امكان الأداء شرط فى زكاة المـــال الغائب يتعذر فيه الأداء • وأما زكاة الفطر فتجب عما لا يؤدى عنه وكذا قال امام الحرمين : الخلاف فى تعجيل الاخراج بعيد ، قال : والوجه القطع بايجاب الزكاة وايجاب تعجيلها •

قال الشافعى والأصحاب : وتجب فطرة العبد المشترك وفطرة من بعضه حر ومن بعضه رقيق • وهذا لا خلاف فيه عندنا فان لم يكن بين السيدين فى المشترك ولا بين السيد ومن بعضه حر مهايأة ، فالفطرة بينهما على قدر النصيبين ، وعلى السيد ومن بعضه حر على قدر الرق والحرية ، وان كانت مهايأة فهل تختص الفطرة بمن وقع زمن الوجوب فى نوبته أم توزع بينهما ؟ فيه خلاف مبنى على أن الأكساب والمؤن النادرة هل تدخل فى المهايأة أم لا يدخل فيها الا المعتاد ؟ وعلى أن الفطرة نادرة أم لا ؟ وفى كل واحد من الأصلين خلاف ذكره المصنف والأصحاب فى باب اللقطة • فأحد الوجهين أو القولين دخول النادر فى المهايأة ، وفى الفطرة طريقان حكاهما الفورانى والسرخسى وامام الحرمين وآخرون من الخراسانيين (أصحهما) عندهم أنها من النادر • قال الرافعى : وبه قطع الأكثرون (والثانى) على الوجهين (أحدهما) هذا (والثانى) لا يدخل فيكون بينهمـــا ، ونقله المـــاوردى عن أكثر أصحابنا • ونقل صاحب « البيان » عن العراقيين الجزم بهذا • قال : لأن المهايأة معاوضة كسب يوم بكسب يوم ، والفطرة حق لله تعالى لا يصح المعاوضة عليها ، وهذا التعليل ضعيف والعلة الصحيحة أن الفطرة عن البدن وهو مشترك •

فالحاصل أن الراجح عند العراقيين والصيدلانى وامام الحرمين أن الفطرة لا تدخل فى المهايأة ، بل تكون مشتركة ، والراجح عند الآخرين منهم البغوى والرافعى دخولها • قال الرافعى وهم كلهم كالمتفقين على دخولها فى باب اللقطة • وهو نصه فى « المختصر » ، وفرق السرخسى

وغيره بأن الفطرة لا تتكرر وانما تجب فى السنة مرة فلا يختص بأحدهما بخلاف غيرها من المؤن والأكساب النادرة • فانها قد تقع فى النوبتين جميعا • قال امام الحرمين : ولو جنى هذا المشترك وبينهما مهايأة ووقعت الجناية فى نوبة احدهما لم يختص ذلك بوجوب الأرش باتفاق العلماء ، لأن الأرش تعلق بالرقبة وهى مشتركة • والله أعلم (وأما) المكاتب فسبق بيانه فى الفصل المتقدم •• والله تعالى أعلم •

(فـرع) يجب على الزوج فطرة زوجته كما سبق • وقال ابن المنذر : لا يجب كما قدمناه ، ودليل الوجوب ما ذكره المصنف • قال أصحابنا : وانما تجب فطرة من تجب نفقتها ، فان كانت ناشزة لم تجب فطرتها بلا خلاف كما لا تجب نفقتها • قال امام الحرمين : والوجه عندى القطع بوجوب فطرتها عليها حينئذ • وان قلنا : لا يلاقيها الوجوب لأنها بالنشوز خرجت عن امكان التحمل ، وهذا الذى قاله الامام متعين ، ولو لم تنشز هى بل حال أجنبى بينه وبينها وقت الوجوب ، فالذى يقتضيه اطلاق الأصحاب وجوب فطرتها على الزوج كالمريضة • قال الرافعى : وطرد أبو الفضل بن عبدان من أصحابنا فيها الخلاف السابق فى العبد المغصوب والضال • وهذا الذى قاله ابن عبدان يتأيد بأنها لو وطئت بشبهة فاعتدت عنها لا نفقة لها فى مدة العدة • صرح به البغوى وغيره فى كتاب « النفقات » لأنه فات التمكين بسبب نادر ، فسقطت النفقة بخلاف المريضة فانه عام ، وكذا لو حبست فى دين سقطت نفقتها ، كما سنوضحه فى كتاب « النفقات » ان شاء الله تعالى •• والله أعلم •

ولو كانت الزوجة صغيرة والزوج كبيرا أو عكسه ، أو كانا صغيرين فالفطرة تابعة للنفقة ، وفيها خلاف مشهور فى كتاب النفقات ، والأصح وجوب نفقة الكبيرة دون الصغيرة ، سواء أكان الزوج صغيرا وهى صغيرة ، أو كانا صغيرين لعدم التمكين ، ولو كانت الزوجة أمة ففطرتها

كنفقتها ، وفيها خلاف وتفصيل ان وجبت على الزوج لزمته فطرتها ، والا فهما على السيد ، وان ألزمناه نفقتها فكذا الفطرة .

(فـــرع) قال أصحابنـــا : تجب عليه فطـــرة زوجته الرجعية كنفقتها . وأما البائن فان كانت حائلا فلا فطرة عليه عنها ، كما لا نفقة عليه لها ويلزمها فطرة نفسها ، وان كانت حاملا فطريقان مشهوران فى كتب الخراسانيين وغيرهم (أحدهمـــا) القطع بوجوب الفطرة عليه كالنفقة ، وهذا هو الراجح عند الشيخ أبى على السنجى وامام الحرمين والغزالى (والثانى) وهو الأصح وبه قطع أكثر العراقيين . قال الرافعى : وبه قطع الأكثرون أن الفطرة مبنية على الخلاف المشهور أن النفقة تجب للحامل أم للحمل (ان قلنا) بالأول وجبت والا فلا . لأن الجنين لا تجب فطرته ، هذا ان كانت الزوجة حرة ، فاذا كانت أمة ففطرتها باتفاقهم مبنية على ذلك الخلاف . فان قلنا النفقة للحمل فلا فطرة كما لا نفقة ، لأنه لو برز الحمل لم تجب نفقته على الزوج ، لأنه ملك سيدها وان قلنا للحامل وجب ، وسواء رجحنا الطريق الأول أم الثانى . فالمذهب وجوب الفطرة لأن الأصح أن النفقة للحامل بسبب الحمل .. والله أعلم .

(فـــرع) قال المصنف والأصحاب : اذا كانت المرأة ممن تخدم فى العادة ، ولها خادم مملوك لها يخدمها لزم الزوج فطرة الخادم لأنه تلزمه نفقته ، كما هو مقرر فى كتاب النفقات والفطرة تابعة للنفقة . هكذا نص عليه الشافعى وقطع به المصنف وسائر الأصحاب ، وشذ عنهم امام الحرمين فقال : قيل عليه فطرة خادمها المملوك لها ، والأصح عندنا أنه لا يلزمه ، لأن الخادم من تتمة نفقة الزوجة ، وقد أخرج فطرة الزوجة ، وهذا الذى اختاره شاذ مردود ، وان أخدمها حرة صحبتها لتخدمها ، وأنفق عليها لم يلزمه فطرتها لأنها فى معنى المستأجرة ، وان أخدمها مملوكة للزوج فعليه فطرتها أيضا وان اكترى لها خادما حرة أو أمة لم يلزمه فطرة الخادم كما لا يلزمه نفقته ، فان الاجارة لا تقتضى النفقة أما اذا كانت ممن لا يخدم فى العادة ، بل عادة مثلها خدمة

نفسها ، فلا يلزم الزوج لها خادم ، فان أخدمها بمملوكته فهو متبرع بالاخدام وعليه فطرة الخادم بسبب الملك لا بالاخدام ، وان اتفقا على أن تخدمها مملوكة لها لم يلزمه فطرة الخادم كما لا يلزمه نفقتها فى هذه الحالة •• والله أعلم •

فـــرع

فى مذاهب العلماء فى فطرة الزوجة

ذكرنا أن مذهبنا وجوبها على الزوج(١) ، وبه قال على بن أبى طالب وابن عمر ومالك والليث وأحمد واسحاق وأبو ثور • وقال أبو حنيفة وصاحباه والثورى : ليس عليه فطرتها بل هى عليها واختاره ابن المنذر ، دليلنا ما ذكره(٢) المصنف •

(فـــرع) قال الشافعى والأصحاب : ولا يلزمه الا فطرة مسلم ، فاذا كان له قريب أو زوجة مملوك كافر يلزمه نفقتهم ، ولا يلزمه فطرتهم بلا خلاف عندنا ، وبه قال على بن أبى طالب وجابر بن عبد الله وابن المسيب والحسن البصرى ومالك وأحمد وأبو ثور • قال ابن المنذر : وبه قال عطاء ومجاهد وسعيد بن جبير وعمر بن عبد العزيز والنخعى والثورى •

---

(١) قال ابن حزم فى « المحلى » : « وليس على الانسان أن يخرجها عن أبيه ولا عن أمه ولا عن زوجته ولا عن ولده ولا عن أحد ممن تلزمه نفقته ولا تلزمه الا عن نفسه ورقيقه فقط » ثم قال : « وقال مالك والشافعى : يخرجها عن زوجته وعن خادمها التى لابد لها منها ولا يخرجها عن أجيره • وقال الليث : يخرجها عن زوجته وأجيره الذى ليست أجرته معلومة فان كانت أجرته معلومة فلا يلزمه اخراجها عنه ولا عن رقيق امرأته • قال أبو محمد : ما أعلم لمن أوجبها على الزوج عن زوجته وخادمها الا خبرا رواه ابراهيم ابن أبى يحيى عن جعفر بن محمد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرض صدقة الفطر على كل حر أو عبد ذكرا وأنثى ممن تمونون » (ط) •

(٢) وهو حديث ابن عمر الذى فى الصحيحين واستشهد به المصنف فى الفصـل (ط) •

وقال أبو حنيفة وأصحابه واسحاق : تجب عن عبـــده وقريبه الذمى : دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « من المسلمين » وهو فى الصحيحين كما سبق بيانه •

(فـــرع) قال أصحابنا : العبد ينفق على زوجته من كسبه ولا يخرج عنها الفطرة حرة كانت أو أمة ، وهذا لا خلاف فيه • هكذا صرح به الأصحاب ، وكذا نقل امام الحرمين الاتفاق عليه ، لأنه ليس أهلا لفطرة نفسه فغيره أولى ، بل يجب على الزوجة فطرة نفسها ان كانت حرة ، وعلى سيدها ان كانت أمة • هذا هو المذهب فيهما ، وقيل : لا تجب على الحرة أيضا ، وقيل : لا تجب على السيد ، وسنوضحه قريبا ان شاء الله تعـــالى •

قال أصحابنا : ولو ملك السيد عبده مالا وقلنا يملكه لم يجز له اخراج الفطرة منه عن زوجته استقلالا ، لأنه ملك ضعيف ، فان أذن له السيد فى ذلك فوجهان : الصحيح لا يخرج لأنه ليس أهلا للوجوب (والثانى) يخرج لأنه مالك مأذون له فعلى هذا قال امام الحرمين وآخرون : ليس للســـيد الرجوع عن الاذن بعـــد دخول الوقت لأن الاستحقاق اذا ثبت لا يندفع •

(فـــرع) اذا أوصى برقبة عبد لرجل وبمنفعته لآخر ففى نفقته ثلاثة أوجه مشهورة سنوضحها فى كتاب « الوصايا » ان شاء الله تعالى (أصحها) تجب على مالك الرقبة (والثانى) على مالك المنفعة (والثالث) فى كسبه ، فان لم يكن ففى بيت المـــال ، وأما الفطرة ففيها طريقان حكاهما الرافعى فى كتاب « الوصايا » ، أحدهما وبه قطع البغوى هناك والرافعى هنا : تجب على مالك الرقبة وجها واحدا (وأصحهما) وبه قطع السرخسى وآخرون هناك أنها تابعة للنفقة فتجب على من يقول تلزمه النفقة ، هكذا أطلقوه ، ومرادهم اذا قلنا بالوجهين الأولين ، أما اذا قلنا بالثالث انها فى بيت المـــال فلا تجب لأن عبيد بيت المـــال

لا تجب فطرتهم ، فهذا أولى ، فحصل من مجموع الخلاف أن الأصح وجوب فطرته على مالك الرقبة ، وهو مقتضى اطلاق الأصحاب لأن الفطرة تابعة للنفقة ، ونقل ابن المنذر هذا عن نص الشافعى ، فقال : قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى : تجب الفطرة على مالك الرقبة ، ونقله الماوردى والقاضى أبو الطيب فى « المجرد » عن نصه فى « الأم » « وحرملة » •• والله أعلم •

(فـرع) عبيد بيت المال والموقوفون على مسجد ورباط ومدرسة ونحوها من الجهات العامة لا فطرة فيهم على المذهب ، وبه قطع الجمهور • وحكى الرافعى وجها أنها تجب • وأما الموقوف على انسان معين أو جماعة معينين فقال الرافعى : المذهب أنه ان قلنا : الملك فى رقبته للموقوف عليه فعليه فطرته ، وان قلنا : لله تعالى فوجهان (الصحيح) لا فطرة (وقيل) : لا فطرة مطلقا ، وبه قطع البغوى والحاصل للفتوى أن الأصح لا فطرة •

(فـرع) عبيد التجارة تجب فطرتهم عندنا • وقال أبو حنيفة : لا تجب وسبقت المسألة فى باب زكاة التجارة ، وبمذهبنا قال مالك وغيره • وقال العبدرى : وهو قول أكثر الفقهاء •

(فـرع) تجب فطرة العبد الذى فى مال القراض عندنا • وبه قال مالك ، وقال أبو حنيفة : لا تجب •

(فـرع) اذا كان له عبيـد يعملون فى أرضه أو ماشيته لزمه فطرتهم ، هذا مذهبنا وحكاه ابن المنذر عن الجمهور • قاله ابن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمن وطاوس وعطاء بن يسار والزهرى ومالك وأبو حنيفة وأحمد واسحاق وأبو ثور ، وحكى عبد الملك وأنه لا تجب فطـرتهم •

(فـرع) ذكرنا أن مذهبنـا وجوب فطرة العبـد المشترك على سيديه • وحكاه ابن المنذر عن مالك ومحمد بن سلمة وعبد الملك ومحمد

ابن الحسن وأبى ثور واسحاق وقال الثورى وأبو حنيفة وأبو يوسف : لا يجب على واحد منهما شىء • قال : وروى هذا عن الحسن وعكرمة ، قال : وبالأول أقول •

(فــرع) من نصفه حر ونصفه رقيق تجب على سـيده نصف فطرته وعليه فى كسبه بنصفه الحر نصف الفطرة • هذا مذهبنا وبه قال أحمد ومالك • وقال مالك : على مالكه نصف صاع ولا شىء على العبــد • وقال عبد الملك : يجب جميع الصاع على سيده • وقال أبو حنيفة : لا شىء على واحد منهما • وقال أبو يوسف ومحمد : على العبد الفطرة عن نفسه •

(فــرع) قد ذكرنا أن على السيد فطرة عبده ، وسواء أكان له كسب أم لا هذا مذهبنا • وبه قال المسلمون كافة الا داود الظاهرى فقال : لا تجب على السيد بل تجب على العبد ويلزم السيد تمكينه من الكسب لها • وهذا باطل مردود عليه بالاجماع • فقد نقل ابن المنذر وغيره اجماع المسلمين على وجوبها على السيد •

(فــرع) ذكرنا أن على الأب وسائر الوالدين فطرة ولده وان سفل وعلى الولد فطرة والده وان علا بشرط أن تكون نفقته واجبة عليه فان لم تكن نفقته واجبة عليه لم يلزمه فطرته ، فاذا كان الطفل موسرا كانت نفقته وفطرته فى ماله لا على أبيه ولا جده • وبه قال أبو حنيفة ومحمد وأحمد واسحاق • وحكى ابن المنذر عن بعض العلماء أنها على الأب فان أخرجها من مال الصبى عصى وضمنه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا تجب حتى تفضل الفطرة عن نفقته ونفقة من تلزمه نفقته لأن النفقة أهم فوجبت البداية بها • ولهذا قال النبى صلى الله عليه وسلم : « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » فان وجد ما يؤدى عن بعضهم ففيه أربعة أوجه (أحدها) يبدأ بمن يبدأ بنفقته فان فضل صاع أخرجه عن نفسه

فان فضل صاع آخر أخرجه عن زوجته فان فضل صاع آخر أخرجه عن ولده الصغير • فان فضل صاع آخر أخرجه عن أبيه • فان فضل صاع آخر أخرجه عن أمه فان فضل صاع آخر أخرجه عن ولده الكبير • لأنا قلنا(١) الفطرة تابعة للنفقة وترتيبهم فى النفقة كما ذكرنا فكذلك فى الفطرة (والثانى) تقدم فطرة الزوجة على فطرة نفسه لأنها تجب بحكم المعاوضة (والثالث) يبدأ بنفسه ثم بمن شاء (والرابع) أنه بالخيـــار فى حقه وحق غيره لأن كل واحد منهم لو انفرد لزمه فطرته فاذا اجتمعوا تساووا) •

(**الشرح**) هذا الحديث المذكور رواه البخارى ومسلم من رواية حكيم بن حزام وأبى هريرة ولفظه : « وابدأ بمن تعول » ورواه مسلم من رواية جابر ولفظه : « ابدأ بنفسك فتصدق عليها فان فضل شىء فلأهلك فان فضل عن أهلك شىء فلذى قرابتك » وقول المصنف (البداية) لحن وصوابه البداءة أو البدأة أو البدوة • وقد سبق مثله فى مواقيت الصـــلاة •

(**وأما حكم المسألة**) فاتفقت نصوص الشافعى والأصحاب على أنه لا تجب الفطرة حتى تفضل نفقته ، ونفقة من يلزمه عن نفقته ليلة العيد ويومه ، وتفضل عن سائر المؤن التى سبق بيانها ، وفى الدين خلاف سبق ، وكذا فى الخادم ، فان وجد ما يؤدى عن بعضهم ففيه الأوجه الأربعة التى ذكرها المصنف بأدلتها (أصحها) الاول ، ولو لم يجد الا صاعا وله جماعة وأراد اخراجه عن جميعهم موزعا عنهم (فان قلنا) بغير الوجه الرابع لم يجز (وان قلنا) بالرابع وقلنا : وجد بعض صاع — لا يلزمه اخراجه — لم يجز أيضا ، والا فوجهان مشهوران (الأصح) لا يجوز لأنه تمكن من فطرة واحد ولم يخرجها (والثانى) يجوز ، حكاه الفورانى وصاحب « البيان » وآخرون •

وحيث قلنا : يخرج الصاع عن نفسه فأخرجه عن غيره لا يجزئه ،

---

(١) فى بعض النسخ : « لأنا بينا أن الفطرة ثابتة •• الخ » (ط) •

وتثبت فطرته فى ذمته ، ذكره البغوى وغيره ، ولو كان معه صاعان فأخرج أحدهما عن نفسه وله أقارب فى مرتبة ، كابنين كبيرين أو صغيرين ، أو كان له زوجتان فالصحيح أنه يتخير ويخرجه عن أيهما شاء ، وفيه وجه أنه يخرجه عنهما موزعا قال الرافعى : ولم يتعرضوا للاقراع ، وله مجال فى نظائره • وحكى السرخسى وامام الحرمين وصاحب « البيان » وجها أنه يقدم فطرة الأم على فطرة الأب ، ووجها أنهما سواء فيخرجه عن أيهما شاء ، ووجها أنه يقدم فطرة الابن الكبير على الأب والأم لان النص ورد بنفقته ، والفطرة تتبعها ، ووجها عن ابن أبى هريرة أنه يقدم فطرة الأقارب على فطرة الزوجة لأنه قادر على ازالة سبب الزوجية بالطلاق بخلاف القرابة ، وهذا الوجه حكاه أيضا القاضى أبو الطيب فى « المجرد » والمحاملى وآخرون ، قال السرخسى : واختاره القفال عن ابن أبى هريرة •

فاذا ضممنا هذه الأوجه الأربعة مع وجه التوزيع الى الاوجه الأربعة التى ذكرها المصنف حصل فى المسألة تسعة أوجه متباينة ، وحكى الماوردى وجها غريبا أنه يخرجه عن أحد الجماعة لا بعينه ، فحصل فى المسألة عشرة أوجه أصحها الأول الذى ذكره المصنف ، وصححه القاضى أبو الطيب والمحاملى والسرخسى والرافعى وآخرون ، وصحح الشيخ أبو حامد والماوردى والجرجانى التخيير ، قالوا : وهو ظاهر نصه فى « المختصر » ، والأول أصح ، ولا نسلم لهم أنه ظاهر النص فان النص أدى عن بعضهم وليس فى هذا تصريح بالتخيير فالمذهب الوجه الأول •• والله أعلم •

(فان قيل) : ذكر المصنف والأصحاب هنا أن الأصح أن الاقارب يرتبون فى الفطرة كما يرتبون فى النفقة ، وذكروا ما ذكره المصنف وهو تقديم الابن الصغير ، ثم الأب ، ثم الأم ، ثم الابن الكبير ، فقدموا الأب على الأم ، وقالوا فى النفقات : الاصح تقديم الام على الاب : فكيف يصح قولهم : يرتبون هنا كالنفقة ؟ فالجواب : أن النفقة تجب

لسد الخلة ودفع الحاجة ، والأم أكثر حاجة وأقل حيلة وأكثر خدمة للولد ، فوجب تقديمها بالنفقة التى تتضرر بتركها ، وأما الفطرة فلا تجب لحاجة ولا لدفع ضرر ، بل لتطهير المخرج عنه ، وتشريفه والأب أحق بها ، فانه منسوب اليه ، ويشرف بشرفه ، ومراد الأصحاب بقولهم كالنفقة أى تجب مرتبة كما تجب النفقة مرتبة ، وكيفية ترتيبها متفق عليه فى معظمه ، وهذا مراد المصنف ، وترتيبهم فى النفقة كما ذكرنا .. والله أعلم .

(**فــرع**) لو فضل عن مؤنته صاع واحد ، وله عبد ، أخرج الصاع عن نفسه ، وهل يلزمه أن يبيع فى فطرة العبد جزءا منه ، فيه ثلاثة أوجه حكاها امام الحرمين وآخرون (أحدها) يلزمه (والثانى) لا (وأصحها) ان لم يحتج الى خدمته لزمه والا فلا ، هذا هو الأصح المعتمد ، وصحح امام الحرمين اللزوم مطلقا . ونقله عن الأكثرين . والمذهب ما سبق تصحيحه . وهو الموافق للنص السابق فى فطرة عبد ولده الصغير اذا احتاج الى خدمته .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن وجبت فطرته على غيره فهل يجب ذلك على المؤدى ابتداء ؟ أو يجب على المؤدى عنه ، ثم يتحمل المؤدى ؟ فيه وجهان (أحدهما) تجب على المؤدى ابتداء ، لأنها تجب فى ماله (والثانى) تجب على المؤدى عنه لأنها تجب لتطهيره ، فان تطوع المؤدى عنه وأخرج بغير اذن المؤدى ففيه وجهان ، أن قلنا : انها تجب على المؤدى ابتداء لم تجزئه ، كما لو أخرج زكاة ماله عنه بغير اذنه (وان قلنا) يتحمل جاز لأنه أخرج ما وجب عليه ، وان كان من يمونه مسلمــا وهو كافر فعلى الوجهــين (ان قلنا) انها تجب عليه ابتداء لم تجب ، لأنه ايجاب زكاة على كافر وان قلنا : انه يتحمل وجب عليه لأن الفطرة وجبت على مسلم وانما هو متحمل) .

(**الشرح**) قال أصحابنا : الفطرة الواجبة على الشخص بسبب

غيره فيها خلاف ، قال المصنف والأكثرون : هو وجهان • وقال القاضى أبو الطيب فى « المجرد » والبغوى والسرخسى وآخرون : هو قولان ، وقال امام الحرمين وآخرون : هو قولان مستنبطان من كلام الشافعى رضى الله عنه فى فطرة الزوجة الحرة والأمة اذا كان الزوج معسرا (أحدهما) تجب على المؤدى ابتداء ولا يلاقى الوجوب المؤدى عنه (وأصحهما) عند الأصحاب : تجب على المؤدى عنه ثم يتحملها المؤدى ، قال السرخسى فى « الأمالى » : هذا هو المنصوص للشافعى فى عامة كتبه • لأنها شرعت طهرة له ثم ان المصنف والجمهور أطلقوا الخلاف وطردوه فى كل مؤد عن زوج وسيد وقريب •

وقال امام الحرمين : وقال طوائف من المحققين : هذا الخلاف انما هو فى فطرة الزوجة فقط (فأما) فطرة المملوك والقريب فتجب على المؤدى ابتداء بلا خلاف لأن المؤدى عنه لا يصلح للايجاب ، واختار امام الحرمين هذه الطريقة وقال : طرد الخلاف فى الجميع بعيد والمشهور فى المذهب طرده فى جميعهم •

قال الرافعى : وحيث قلنا بالتحمل فهل هو كالضمان ، أم كالحوالة ؟ فيه قولان حكاهما أبو العباس الرويانى فى « المسائل الجرجانيات » • وهذا الذى نقله الرويانى والرافعى غريب • والصحيح الذى يقتضيه المذهب وكلام الشافعى والأصحاب أنه كالحوالة ، بمعنى انه لازم للمؤدى لا يسقط عنه بعد وجوبه ، ولا مطالبة على المؤدى عنه • ووجه القول بالضمان — وبه جزم السرخسى — أنه لو أداها المتحمل عنه بغير اذن المؤدى أجزأه على هذا القول • وسقطت عن المؤدى • ولولا أنه كالمضمون عنه لما أجزأه •• والله أعلم •

وفرع الأصحاب على الخلاف فى التحمل وعدمه مسائل :

(احداها) لو كان للكافر عبد أو مستولدة أو قريب مسلمون هل عليه فطرتهم ؟ فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف (أصحهما)

عند الأصحاب الوجوب بناء على أنها على المؤدى عنه ، ثم يتحملها المؤدى (وان قلنا) على المؤدى ابتداء لم يجب هنا • قال امام الحرمين : فان أوجبناها فلا صائر الى أن المؤدى عنه يحتاج الى النية •

(الثانية) اذا لزمه نفقة قريب أو زوجة أو مملوك فأداها لم يفتقر الى اذن المؤدى عنه بلا خلاف ، ولو أداها القريب باستقراض أو غيره أو أدتها الزوجة فان كان باذن من لزمته أجزأ بلا خلاف ، كما لو قال لأجنبى : أد فطرتى أو زكاة مالى فأداها فانه يجزىء بلا خلاف ، وان كان بغير اذنه فثلاث طرق (أصحها) وأشهرها وبه قطع المصنف والجمهور أنه مبنى على التحمل ــ ان قلنا بالتحمل ــ أجزأ والا فلا ، ووجههما ما ذكره المصنف والصحيح الاجزاء ، هو نص الشافعى فى « المختصر » وهو مقتضى البناء المذكور (والطريق الثانى) حكاه السرخسى عن أبى على السنجى أنه لا يجزىء سواء قلنا بالتحمل أم لا ، الا باذن الزوج قال : لأن له الاخراج بغير اذن الزوجة والقريب بلا خلاف ، قال السرخسى : هذا خلاف النص • قال : والصحيح الاجزاء لأن الزوج على هذا القول كالضامن ، والمرأة فى معنى المضمون عنه ، وكل واحد منهما له الأداء بغير اذن الآخر (والطريق الثالث) وبه قطع الماوردى أن اخراج القريب يجزىء بلا خلاف سواء استأذن أم لا ، وأما الزوجة فان استأذنت أجزأ والا فوجهان •

(الثالثة) اذا دخل وقت الوجوب وله أب معسر وعليه نفقته فأيسر الأب قبل أن يخرج الابن الفطرة ــ قال البغوى : ان قلنا الوجوب يلاقى الأب لزمه فطرة نفسه ولا يجب على الابن ، والا فعلى الابن دون الأب •

(الرابعة) اذا تزوج معسر بموسرة أو تزوج الموسرة عبد أو تزوج الأمة معسر فهل على الموسرة وسيد الأمة فطرتها ؟ فيه خلاف مبنى على التحمل ، وقد ذكره المصنف بعد هذا ، وسنوضحه ان شاء الله تعالى •

(الخامسة) اذا كان له أب معسر له زوجة ، فان قلنا بالتحمل لزم الابن فطرتها كفطرة الأب والا فلا لأنها لا تجب على الأب فالابن أولى ، وممن ذكر المسألة السرخسى •

فـــرع

فيمـا يدخله التحمـل

ذكر امام الحرمين منه هنا أربع صور (احداها) أداء الزكاة صرفا الى الغارم قال : وهذا تحمل حقيقى وارد على وجوب مستقر •

(الثانية) تحمل الدية عن القاتل ، وهل تجب على العاقلة ابتداء ؟ أم على الجانى ثم تحملها العاقلة ؟ فيه خلاف مشهور •

(الثالثة) الفطرة وفيها الخلاف الذى ذكرناه •

(الرابعة) كفارة جماعه زوجته فى نهار رمضان ــ اذا قلنا بالمذهب : انه يجب عليه كفارة واحدة ــ فهل هى عنه أو عنه وعنها فيه القولان المشهوران •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان له زوجة موسرة وهو معسر فالمنصـــوص أنه لا تجب الفطرة عليها • وقال فيمن زوج أمته من معسر : أن على المولى فطرتها • فمن أصحابنـــا من نقل جواب كل واحـــدة من المسألتين الى الأخرى وخرجهما على قولين (أحدهما) لا تجب لأنها زكاة تجب عليه مع القدرة فسقطت بالاعسار كفطرة نفسه (والثانى) تجب لأنه اذا كان معسرا جعل كالمعدوم • ولو عدم الزوج وجبت فطرة الحرة على نفسها وفطرة الأمة على سيدها • وكذلك ههنا ومن أصحابنا من قال : ان قلنا : يتحمل وجبت على الحرة وعلى مولى الأمة ، لأن الوجوب عليهمـــا ، والزوج متحمل فاذا عجز عن التحمل بقى الوجوب فى محله • وان قلنا : تجب عليه ابتداء لم تجب على الحـــرة ، ولا على مولى الأمة • لأنه لا حق عليهما • وقال أبو اسحاق : تجب على مولى الأمة ولا تجب على الحرة لأن فطرتها على المولى • لأن المولى لا يجب عليه التبوئة التامة فاذا سلم كان متبرعا فلا يسقط بذلك ما وجب عليه من الزكاة •

والحرة غير متبرعة بالتسليم لأنه يجب عليها تسليم نفسها فاذا لم يقدر على فطرتها سقطت عنها الفطرة) .

(**الشرح**) قوله : لأنها زكاة تجب عليه مع القدرة احترز بالزكاة عن نفقة الزوجة (وقوله) : وعليه التبوئة هو ــ بتاء مثناة من فوق مفتوحة ثم باء موحدة وبعد الواو همزة ــ وهي التسليم . وهذا الخلاف الذي ذكره المصنف مشهور . ذكر الأصحاب حكمه ودليله كما ذكره . والأصح وجوب الفطرة على سيد الأمة دون الحرة ، كما نص عليه . ويجرى الخلاف فيما لو تزوج عبد بحرة أو أمة فانه معسر . والأصح وجوبها على سيد زوجته الأمة دون الحرة . قال الشافعي والأصحاب : ويستحب للحرة أن تخرج الفطرة عن نفسها للخروج من الخلاف ولتطهيرها . واذا قلنا : يلزم الحرة الموسرة فطرتها فأخرجتها ثم أيسر الزوج لم ترجع بها عليه هذا هو المذهب . وهو مقتضى اطلاق المصنف والجمهور ، وقال صاحب « الحاوى » : ترجع عليه بها كما ترجع عليه بالنفقة اذا أيسر . وهذا النقل شاذ مردود والاستدلال له ضعيف فان المعسر ليس أهلا لوجوب الفطرة بخلاف نفقة الزوجة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومتى تجب الفطرة ؟ فيه قولان (قال في القديم) : تجب بطلوع الفجر من يوم الفطر . لأنها قربة تتعلق بالعيد . فلا يتقدم وقتها على يومه ، كالصلاة والأضحية (وقال في الجديد) تجب بغروب الشمس من ليلة الفطر من رمضان لما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم « فرض صدقة الفطر من رمضان » والفطر من رمضان لا يكون الا بغروب الشمس من ليلة العيد . ولأن الفطرة جعلت طهرة للصائم بدليل ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم « فرض صدقة الفطر طهرة للصائم من الرفث واللغو وطعمة للمساكين » وانقضاء الصوم بغروب الشمس . فان رزق ولدا أو تزوج امرأة أو اشترى عبدا ودخل عليه الوقت وهم عنده وجبت عليه فطرتهم . وان رزق ولدا أو تزوج امرأة أو اشترى العبد بعد دخول الوقت أو ماتوا قبل دخول الوقت لم تجب فطرتهم ،

وان دخل وقت الوجوب وهم عنده ثم ماتوا قبل امكان الأداء ففيه وجهان (أحدهما) تسقط كما تسقط زكاة المـال (والثانى) لا تسقط لأنها تجب فى الذمة فلم تسقط بموت المرأة ، ككفارة الظهار • ويجوز تقديم الفطرة من أول (شهر) رمضان لأنها تجب بسببين ، بصوم رمضان والفطر منه ، فاذا وجد أحدهما جاز تقديمها على الآخر ، كزكاة المـال بعد ملك النصاب وقبل الحول ولا يجوز تقديمها على (شهر) رمضان لأنه تقديم على السببين ، فهو كاخراج زكاة المـال قبل الحول والنصاب والمستحب أن تخرج قبل صلاة العيد لمـا روى ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم « أمر بزكاة الفطر أن تخرج قبل خروج الناس الى الصلاة » ولا يجوز تأخيرها عن يومه لقوله صلى الله عليه وسلم : « أغنوهم عن الطلب فى هذا اليوم » فان أخره حتى خرج اليوم أثم وعليه القضاء ، لأنه حق مال وجب عليه وتمكن من أدائه فلا يسقط عنه بفوات الوقت) •

(الشرح) حديث ابن عمر الأول رواه مسلم بلفظه وأصله فى الصحيحين • وأما حديث أن النبى صلى الله عليه وسلم « فرض صدقة الفطر طهرة للصائم من الرفث واللغو وطعمة للمساكين » فرواه أبو داود من رواية ابن عباس باسناد حسن • وأما حديث ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم « أمر بزكاة الفطر أن تخرج قبل خروج الناس الى الصلاة » فرواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما بلفظه • وأما حديث « أغنوهم عن الطلب فى هذا اليوم » فرواه البيهقى باسناد ضعيف ، وأشار الى تضعيفه •

وقوله : (لأنها قربة تتعلق بالعيد) احترز به عن الزكاة وغيرها ، ولكنه ينتقض بغسل العيد على أصح القولين ، فانه قربة تتعلق بالعيد ويدخل وقتها قبل الفجر • قوله : (طهرة وطعمة) بضم الطاء فيهما وقوله : (أغنوهم عن الطلب) هو بهمزة قطع مفتوحة ، وانما قيدته لأنى رأيت كثيرين ممن لا أنس لهم بشىء من العربية يضمونها ، وهذه غبـاوة ظاهرة ، والصواب الفتح ، لأنه رباعى فالأمر فيه بفتح الهمزة كأعطى

وأنفق وأخرج • يقول : يا قوم أنفقوا وأخرجوا وأعطوا وأغنوا السائل بفتح الهمزة فى الجميع مع قطعها • قال الله تعالى : « **يا أيها الذين آمنوا أنفقوا** »(١) و « **أخرجوا أنفسكم** »(٢) وقال تعالى فى أغنى رباعيا : « **ووجدك عائلا فأغنى** »(٣) •

(**أما أحكام الفصل**) ففيه مسائل (احداها) فى وقت وجوب زكاة الفطر ثلاثة أقوال مشهورة فى الطريقين (أصحها) باتفاقهم تجب بغروب الشمس ليلة عيد الفطر ، وهو نصه فى الجديد (والثانى) وهو القديم تجب بطلوع الفجر يوم عيد الفطر ، ودليلهما فى الكتاب (الثالث) تجب بالوقتين جميعا ، فلو وجد أحدهما دون الآخر فلا وجوب خرجه ابن القاص وضعفه الأصحاب وأنكروه عليه • قال أصحابنا : فلو ولد له ولد أو تزوج امرأة أو ملك عبدا أو أسلم الكافر بعد غروب الشمس وقبل الفجر وبقوا الى الفجر لم تجب فطرتهم على الجديد والمخرج وتجب فى القديم ، ولو وجدوا قبل الغروب وماتوا بين الغروب والفجر وجبت فى الجديد دون القديم والمخرج ، ولو وجدوا بعد الغروب وماتوا قبل الفجر لم تجب بالاتفاق ، وارتداد الزوج والرقيق وطلاقها البائن كالموت •

ولو زال الملك فى العبد بعد الغروب وعاد قبل الفجر وجبت فى الجديد والقديم ، وعلى المخرج وجهان حكاهما امام الحرمين وغيره بناء على الخلاف المشهور أن الزائل العائد كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد والأصح الوجوب ، ولو باعه بعد الغروب وملكه المشترى فى الحال بانقطاع الخيار واستمر ملكه ، فعلى الجديد فطرته على البائع وعلى القديم على المشترى وعلى المخرج لا تجب على واحد منهما لأن

---

(١) أول الآية ٢٥٤ من سورة البقرة •

(٢) الآية قوله تعالى : « **والملائكة باسطوا أيديهم أخرجوا أنفسكم** » ٩٣ الأنعام •

(٣) الآية ٨ من سورة الضحى •

الوقتين لم يقعا فى ملك واحد منهما ، ولو مات مالك العبد بين الغروب والفجر وانتقل العبد للوارث فعلى الجديد فطرة هذا العبد فى تركة الميت وفى القديم على الوارث وعلى المخرج وجهان (الصحيح) لا فطرة على واحد (والثانى) تجب على الوارث بناء على القول القديم ، ثم ان الوارث يبنى على حول المورث ولو كان عبد بين شريكين بينهما مهايأة فغربت الشمس فى نوبة أحدهما وطلع الفجر فى نوبة الآخر ، وقلنا باعتبار القولين قال امام الحرمين : تجب الفطرة مشتركة بلا خلاف ، سواء قلنا : تدخل فى المهايأة أم لا ، لأن أحدهما لم ينفرد به وقت الوجوب •

(والثانية) لو مات المؤدى عنه بعد دخول وقت الوجوب وقبل التمكن من الأداء فوجهان مشهوران ، ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) لا تسقط الفطرة وبه قطع ابن الصباغ وغيره (والثانى) تسقط ، وأما اذا لم يمت المؤدى ولا المؤدى عنه لكن تلف المال بعد دخول وقت الوجوب وقبل التمكن من الأداء ففى سقوط الفطرة وجهان حكاهما(١) قال (أصحهما) تسقط كزكاة المال (والثانى) لا • والفرق أن زكاة المال تتعلق بالعين بخلاف الفطرة • وأما اذا تلف المال بعد التمكن فيستقر عليه الضمان بلا خلاف لتقصيره وقياسا على زكاة المال •

(الثالثة) قال أصحابنا : يجوز تعجيل زكاة الفطر قبل وجوبها بلا خلاف لما ذكره المصنف • وفى وقت التعجيل ثلاثة أوجه (والصحيح) الذى قطع به المصنف والجمهور : يجوز فى جميع رمضان ولا يجوز قبله (والثانى) يجوز بعد طلوع فجر اليوم الأول من رمضان وبعده الى آخر الشهر ولا يجوز فى الليلة الأولى لأنه لم يشرع فى الصوم • حكاه المتولى وآخرون (والثالث) يجوز فى جميع السنة • حكاه البغوى وغيره ، واتفقت نصوص الشافعى والأصحاب على أن الأفضل أن

---

(١) كذا بالأصل فحرر (ش) •

بخرجها يوم العيد قبل الخروج الى صلاة العيد وأنه يجوز اخراجها فى يوم العيد كله • وأنه لا يجوز تأخيرها عن يوم العيد وأنه لو أخرها عصى ولزمه قضاؤها وسموا اخراجها بعد يوم العيد قضاء ، ولم يقولوا فى الزكاة اذا أخرها عن التمكن أنها قضـــاء ، بل قالوا يأثم ويلزمه اخراجها ، وظاهره أنها تكون أداء ، والفرق أن الفطرة مؤقتة بوقت محدود ففعلها خارج الوقت يكون قضاء كالصلاة • وهذا معنى القضاء فى الاصطلاح وهو فعل العبادة بعد وقتها المحدود ، بخلاف الزكاة فانها لا تؤقت بزمن محدود •• والله أعلم •

(فـــرع) فى مذاهب العلماء فى وقت وجوب الفطرة •

ذكرنا أن الصحيح عندنا وجوبها بغروب الشمس ليلة عيد الفطر • وبه قال الثورى وأحمد واسحاق ورواية عن مالك • وقال أبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور وداود ورواية عن مالك : تجب بطلوع الفجر • وقال بعض المـــالكية : تجب بطلوع الشمس •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والواجب صاع بصاع رسول الله صلى الله عليه وسلم لحديث ابن عمر قال : « فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم صدقة الفطر صاعا من تمـر أو صاعا من شـعير » والصاع خمسة أرطال وثلث (بالبغدادى[1]) لمـا روى عمر بن حبيب[2] القاضى قال : « حججت مع أبى جعفر فلما قدم المدينة قال : ائتونى بصاع رسول الله صلى الله عليه وسلم فعايره فوجده خمسة أرطال وثلثا برطل أهل العراق ») •

(الشرح) حديث ابن عمر رواه البخارى ومسلم ، وأما الحكاية المذكورة عن عمر بن حبيب قاضى البصرة فضعيفة • وقد اتفق المحدثون

---

(١) بعض النسخ لا توجد كلمة البغدادى (ط) •
(٢) فى النسخة المطبوعة من « المهذب » عمرو وهو خطأ (ط) •

على تضعيف عمر بن حبيب هذا(١) ونسبه ابن معين الى الكذب • وقد أوضحت حاله فى « تهذيب الأسماء » وقوله : (فعايره) أى اعتبره ، وقال أهل اللغة : يقال عايرت المكيال والميزان وعاورته اذا اعتبرته ، ولا يقال عيرته •

(**وأما الأحكام**) فقد اتفقت نصوص الشافعى والأصحاب على أن الواجب فى الفطرة عن كل انسان صاع بصاع رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو خمسة أرطال وثلث بالبغدادى ، من أى جنس أخرجه ، سواء الحنطة وغيرها ، ورطل بغداد مائة وثمانية وعشرون درهما وأربعة أسباع درهم ، وقيل : مائة وثمانية وعشرون درهما بغير أسباع • وقيل : مائة وثلاثون درهما ، وبه قطع الغزالى والرافعى ، والأول أصح وأقوى ، قال صاحب « الشامل » وغيره : الأصل فيه الكيل ، وانما قدره العلماء بالوزن استظهارا (قلت) قد يستشكل ضبط الصاع بالأرطال ، فان الصاع المخرج به فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم مكيال معروف ، ويختلف قدره وزنا باختلاف ما يوضع فيه كالذرة والحمص وغيرهما ، فان أوزان هذه مختلفة •

---

(١) فى « الميزان » للذهبى : (عمر بن حبيب العدوى البصرى القاضى عن خالد الحذاء وعروة • كذبه ابن معين وقال النسائى وغيره : ضعيف • وقال البخارى : (يتكلمون فيه) ونقل الحافظ عن ابن عدى فى ترجمة عمر هذا أن ابن عدى قال : حسن الحديث يكتب حديثه مع ضعفه • وكذا فى « التذهيب » أيضا وقد ضعفه ابن حبان فى « الثقات » فى ترجمة عمر بن حبيب المكى • وقال النووى فى « تهذيب الأسماء واللغات » : هو البصرى العدوى من عدى ابن عبد مناة بن أد بن طابخة ولى قضاء البصرة وولى قضاء الشرقية للمأمون روى عن هشام بن عروة ويحيى الأنصارى وابن عون وخالد الحذاء وسليمان التيمى وداود بن أبى هند وابن جريج وشعبة وابن عيينة وغيرهم ، روى عنه محمد بن عبيد الله المنادى وزكريا بن الحارث وأبو قلابة الرقاشى ومحمد ابن يونس ، قال أحمد بن حنبل : قدم علينا عمر بن حبيب فلم نكتب عنه حرفا ، وكان مستخفا به وقال يحيى بن معين : كان يكذب • وقال زكريا الساجى : كان يهم عن الثقات وكان صدوقا ولم يكن من فرسان الحديث توفى سنة ٢٠٧ هـ •

وقد تكلم جماعات من العلماء فى هذه المسألة ، فأحسنهم فيها كلاما الامام أبو الفرج الدارمى من أصحابنا ، فانه صنف فيها مسألة مستقلة وكان كثير الاعتناء بتحقيق أمثال هذه ، ومختصر كلامه أن الصواب أن الاعتماد فى ذلك على الكيل دون الوزن ، وأن الواجب اخراج صاع معاير بالصاع الذى كان يخرج به فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك الصاع موجود ، ومن لم يجده وجب عليه الاستظهار بأن يخرج ما يتيقن أنه لا ينقص عنه ، وعلى هذا فالتقدير بخمسة أرطال وثلث تقريب • هذا كلام الدارمى وذكر البندنيجى نحوه ، وقال جماعة من العلماء : الصاع أربع حفنات بكفى رجل معتدل الكفين ، ونقل الحافظ عبد الحق فى كتابه « الاحكام » عن أبى محمد على بن حزم أنه قال : وجدنا أهل المدينة لا يختلف منهم اثنان فى أن مد رسول الله صلى الله عليه وسلم الذى يؤدى به الصدقات ليس بأكثر من رطل ونصف ولا دون رطل وربع ، وقال بعضهم : هو رطل وثلث قال : وليس هذا اختلافا ولكنه على حسب رزانة المكيل من البر والتمر والشعير ، قال : وصاع ابن أبى ذئب خمسة أرطال وثلث وهو صاع رسول الله صلى الله عليه وسلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وفى الحب الذى يخرجه ثلاثة أوجه (أحدها) انه يجوز من كل قوت ، لمـا روى أبو سعيد الخدرى قال : « كنا نخرج صاعا من طعام ، أو صاعا من أقط ، أو صاعا من شعير ، أو صاعا من تمر ، أو صاعا من زبيب » ومعلوم أن ذلك كله لم يكن قوت أهل المدينة ، فدل على أنه مخير بين الجميع • وقال أبو عبيد بن حرب : تجب من غالب قوته ، وهو ظاهر النص ، لأنه لمـا وجب أداء ما فضل عن قوته وجب أن تكون من قوته ، وقال أبو العباس وأبو اسحاق : تجب من غالب قوت البلد ، لأنه حق يجب فى الذمة تعلق بالطعام فوجب من غالب قوت البلد ، كالطعام فى الكفارة فان عدل عن قوت البلد الى قوت بلد آخر نظرت ــ فان كان الذى انتقل اليه أجود ــ أجزأه ، وان كان دونه لم يجزه ، فان كان أهل البلد يقتاتون أجناسا مختلفة ليس بعضها بأغلب

من بعض فالأفضل أن يخرج من أفضلها لقوله عز وجل : « لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون »(١) ومن أيها أخرج أجزأه . وان كان فى موضع قوتهم الأقط ففيه طريقان ، قال أبو اسحاق : يجزئه قولا واحدا لحديث أبى سعيد ، وقال القاضى أبو حامد : فيه قولان (أظهرهما) أنه يجزئه للخبر (والثانى) لا يجزئه لأنه لا تجب فيه الزكاة فأشبه اللحم ، فاذا قلنا : يجزئه فأخرج اللبن أجزأه لأنه أكمل منه ، لأنه يجىء منه الأقط وغيره ، وان أخرج الجبن جاز لأنه مثله ، وان أخرج المصل لم يجزه لأنه أنقص من الأقط ، لانه لبن منزوع الزبد ، وان كان فى موضع لا قوت فيه أخرج من قوت أقرب البلاد اليه . فان كان بقربه بلدان متساويان فى القوت أخرج من قوت أيهما شاء ، ولا يجوز فى فطرة واحدة أن يخرج من جنسين لأن ما خير فيه بين جنسين لم يجز أن يخرج من كل واحد منهما بعضه ككفارة اليمين لا يجوز أن يطعم خمسة ويكسو خمسة . فان كان عبد بين نفسين فى بلدين قوتهما مختلف ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) لا يجوز أن يخرج كل واحد من قوته ، بل يخرجان من أدنى القوتين ، وقال أبو اسحاق : يجوز أن يخرج كل واحد منهما نصف صاع من قوته ، لأن كل واحد منهما لم يبعض ما وجب عليه (ومن) أصحابنا من قال : يعتبر فيه قوت العبد أو البلد الذى فيه العبد لأنها تجب لحقه فاعتبر فيه قوته أو قوت بلده كالحر فى حق نفسه ، ولا يجوز اخراج حب مسوس لأن السوس أكل جوفه فيكون الصاع منه أقل من صاع ، ولا يجوز اخراج الدقيق . وقال أبو القاسم الأنماطى : يجوز لأنه منصوص عليه فى حديث أبى سعيد الخدرى ، والمذهب أنه لا يجوز لأنه ناقص المنفعة عن الحب فلم يجز كالخبز (وأما) حديث أبى سعيد (فقد) قال أبو داود : روى سفيان الدقيق ووهم فيه ثم رجع) .

(**الشرح**) قال أصحابنا : يشترط فى المخرج من الفطرة أن يكون من الأقوات التى يجب فيها العشر ، فلا يجزىء شىء من غيرها الا الأقط والجبن واللبن على خلاف فيها سنوضحه ان شاء الله تعالى ، وأهمل

---

(١) الآية ٩٢ من سورة آل عمران .

المصنف هنا اشتراط كونه من القوت المعشر ، وقد ذكره هو فى التنبيه كما ذكره الأصحاب ، ثم ان جميع الأقوات المعشرة تجزىء فى الجملة ولا يستثنى منها شىء ، قال الرافعى : وحكى قول قديم أنه لا يجزىء العدس والحمص وان كان قوتا لهم ، والمذهب الأول • وأما الأقط ففيه طريقان حكاهما المصنف والأصحاب :

(أحدهما) وبه قال أبو اسحاق المروزى القطع باجزائه لحديث أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه قال : « كنا نخرج اذ كان فينا رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر عن كل صغير وكبير ، حر أو مملوك ، صاعا من طعام ، أو صاعا من أقط أو صاعا من شعير ، أو صاعا من تمر ، أو صاعا من زبيب » رواه البخارى ومسلم ، وهذا لفظ احدى روايات مسلم ، والأقط ثابت فى روايات فى الصحيحين •

(والطريق الثانى) فيه قولان (أصحهما) يجزئه للحديث (والثانى) لا يجزئه لأنه لا يجب فيه العشر فأشبه اللحم واللبن • وبهذه الطريقة قال القاضى أبو حامد المروروذى : والصواب الأول لصحة الحديث من غير معارض ، ثم المذهب الذى قطع به الجماهير أنه لا فرق فى اجزاء الأقط بين أهل البادية والحضر • وقال الماوردى : الخلاف فى أهل البادية ، وأما أهل الحضر فلا يجزئهم — قولا واحدا ، وان كان قوتهم ، وهذا الذى قاله شاذ فاسد مردود ، وحديث أبى سعيد صريح فى ابطاله ، وان كان قد تأوله على أنه كان فى البادية ، وهذا تأويل باطل •• والله أعلم •

قال أصحابنا : فان جوزنا الأقط فهل يجزىء الجبن واللبن ؟ فيه طريقان (أصحهما) وبه قطع المصنف وجمهور العراقيين وآخرون : يجزئه ، لأن الجبن أكمل منه (والثانى) حكاه الخراسانيون وصاحب « الحاوى » على وجهين (أصحهما) يجزئه (والثانى) لا يجزئه ، وصححه الماوردى لأنه ليس معشرا ، ولا يدخر وانما جاز الأقط بالنص

وهو مما يدخر ، والخلاف مخصوص بمن قوته الأقط هل له اخراج اللبن والجبن ؟ هكذا قاله الماوردى والرافعى وغيرهما ، قال صاحب « البيان » وآخرون : اذا جوزنا الجبن واللبن جاز مع وجود الأقط ومع عدمه ، وقطع البندنيجى بأنه لا يجزئه الا عند عدم الأقط ، ونقله عن نصه فى القديم (وان قلنا) لا يجزئه الأقط لم يجزئه اللبن والجبن قطعا •

وأما المخيض والكشك والسمن والمصل فلا يجزىء شىء منها بلا خلاف ، لأنها ليست فى معنى اللبن ، وكذا الجبن المنزوع الزبد ، وسواء أكانت هذه الأشياء قوته وقوت البلد أم لا ، لا يجزئه بلا خلاف ، قال الماوردى : وكذا لو كان بعض أهل الجزائر أو غيرهم يقتاتون السمك والبيض فلا يجزئهم بلا خلاف ، وأما اللحم فالصواب الذى نص عليه الشافعى وقطع به المصنف والأصحاب فى جميع الطرق أنه لا يجزىء قولا واحدا • وقال امام الحرمين : قال العراقيون : فى اجزائه قولان كالأقط ، قال : كأنهم رأوا اللبن أصل الأقط وهو عصارة اللحم ، وهذا الذى نقله عن العراقيين باطل ليس موجودا فى كتبهم ، بل الموجود فى كتبهم مع كثرتها القطع بأن لا يجزىء بلا خلاف ، فهذا هو الصواب (وأما) الأقوات النادرة التى لا عشر فيها كالغث(١) والحنظل فلا يجزىء بلا خلاف نص عليه الشافعى واتفقوا عليه ، قال أصحابنا وكذا لو اقتاتوا ثمرة لا عشر فيها كالتين وغيره لا يجزىء قطعا •

(فـرع) قال الشافعى والأصحاب : لا يجزىء الحب المسوس ، ولا المعيب بلا خلاف ، قال امام الحرمين وغيره : واذا جوزنا اخراج الأقط لم يجز اخراج الملح الذى أفسدت كثرة الملح جوهره ، فان كان الملح ظاهرا عليه ولم يفسده أجزأه ، لكن الملح غير محسوب ، ويجب أن يخرج قدرا يكون محض الأقط منه صاعا ، قال أصحابنا : ويجزىء الحب القديم ، وان قلت قيمته اذا لم يتغير طعمه ولا لونه ، لأن القدم ليس بعيب وهذا لا خلاف فيه ، ونص عليه فى « المختصر »

---

(١) الغث اللحم المهزول ، والكلام الردىء (ط) •

قال الماوردى وغيره : وغير القديم أولى ، ثم الجمهور اقتصروا على ذكر الطعم واللون كما ذكرنا ، وقال الماوردى وغيره : لو تغير لونه أو طعمه أو ريحه لم يجزئه وهذا مراد الشافعى والأصحاب ، وان لم يصرحوا بالرائحة •• والله أعلم •

قال الشافعى والأصحاب : ولا يجزىء الدقيق ولا السويق كما لا تجزىء القيمة • وحكى المصنف والأصحاب عن أبى القاسم الأنماطى أن الدقيق يجزىء لأنه روى ذلك فى حديث أبى سعيد الخدرى : « أو صاعا من دقيق » رواه سفيان بن عيينة ، وغلط الأصحاب الأنماطى فى هذا ، قالوا : وذكر الدقيق فى الحديث ليس بصحيح ، قال أبو داود السجستانى فى سننه : ذكر الدقيق وهم من ابن عيينة(١) ، وروى أبو داود أن ابن عيينة أنكروا عليه ذكر الدقيق فتركه ، قال البيهقى : أنكر على ابن عيينة الدقيق فتركه ، قال : وقد روى جوازه عن ابن سيرين عن ابن عباس منقطعا موقوفا على طريق التوهم ، قال : وليس بثابت ، قال : وروى من أوجه ضعيفة لا تساوى ذكرها • وحكى الرافعى عن أبى الفضل بن عبدان من أصحابنا أنه قال : الصحيح عندى أنه يجزىء الخبز والسويق لأنهما أرفق بالمساكين ، والصحيح ما سبق أنه لا يجزىء لأن الحب أكمل نفعا ، لأنه يصلح لكل ما يراد منه بخلاف الدقيق والسويق والخبز والله أعلم • وقال الشافعى والأصحاب : لا يجزىء اخراج القيمة وبه قال الجمهور ، وجوزها أبو حنيفة ، وسبقت دلائل المسألة فى آخر باب صدقة الغنم •

---

(١) قال النووى فى « التهذيب » : قوله فى زكاة الفطر من « المهذب » • وأما حديث أبى سعيد فقد قال أبو داود : روى سفيان الدقيق ووهم فيه ثم رجع عنه • المراد بأبى داود صاحب السنن هو أبو داود سليمان ابن الأشعث السجستانى وقد تقدم فى ترجمته فى الكنى ، وأما سفيان فهو ابن عيينة ، وقد غلط بعض الفضلاء المصنفين فى ألفاظ المهذب غلطا فاحشا فقال : أراد سفيان الثورى ، وهذا خطأ لا شك فيه ا•هـ من « تهذيب الأسماء واللغات » •

(فــرع) قال أصحابنا : فى الواجب من هذه الأجنــاس المجزئة ثلاثة أوجه ، أصحها عند الجمهور غالب قوت البلد ، ممن صححه المحاملى والقاضى أبو الطيب والجرجانى فى « التحرير » والبغوى وآخرون ، وقطع به جماعة من أصحاب المختصرات ، ونقله المحاملى فى « المجموع » وصاحب « البيان » عن جمهور الأصحاب ، ونقل الرافعى عن الجمهور تصحيحه قال المــاوردى : وهو قول ابن سريج وأبى اسحاق المروزى •

(والوجه الثانى) أنه يتعين قوت نفسه ، وهو ظاهر نص الشافعى فى « المختصر » و « الأم » ، لأنه قال : أدى مما يقتاته وبهذا قال أبو عبيد بن حربويه من أصحابنا فيما حكاه المصنف والأصحاب عنه ، وحكاه المــاوردى عنه • وعن الاصطخرى وصححه الشيخ أبو حامد وأبو الفضل بن عبدان والبندنيجى وطائفة قليلة والجمهور على تصحيح الأول ، وتأولوا النص على ما اذا كان قوته قوت البلد ، كما هو الغالب فى العــادة •

(والثالث) يتخير بين جميع الأقوات فيخرج ما شاء ، وان كان غير قوته وغير قوت أهل بلده ، لظاهر حديث أبى سعيد الخدرى ، وهذا الثالث حكاه المصنف والجمهور وجها ، وحكاه أبو اسحاق المروزى والقاضى أبو الطيب فى « المجرد » والبندنيجى والمــاوردى وآخرون قولا للشافعى قال المــاوردى : نص عليه فى بعض كتبه ، وصححه القاضى أبو الطيب فى « المجرد » اختيارا لنفسه بعد أن نقل أن المذهب غالب قوت البلد ، قال المصنف هنا وسائر أصحابنا (فان قلنا) يعتبر قوت البلد أو قوت نفسه فعدل الى ما دونه لم يجزئه بالاتفاق ، ووقع فى « التنبيه » و « الحاوى » و « المجرد » للقاضى أبو الطيب وغيرها أنه اذا عدل الى ما دونه ففى اجزائه قولان للشافعى ، وهذا النقل مؤول والذين أطلقوه لم يذكروا فى أصل الوجوب الا وجهين (أحدهما) يجب من غالب قوت بلده (والثانى) يجب من قوت نفسه ، ثم قالوا : فان عدل عن الواجب الى أدنى منه ففى اجزائه قولان ، ومرادهم

القول الثالث الذى يقول : هو مخير فى جميع الأقوات ، فكأنهم تركوا ذكر هذا القول أولا ثم نبهوا عليه وأما الذين ذكروا فى الواجب ثلاثة أوجه ثالثها التخيير ، فاتفقوا على أنه اذا قلنا الواجب قوته أو قوت البلد فعدل الى دونه لا يجزئه قولا واحدا •

فحصل من هذا كله أنه لا خلاف بين الأصحاب ، وأن فى أصل المسألة ثلاثة أوجه بعضها منصوص للشافعى (أصحها) الواجب غالب قوت بلده (والثانى) قوت نفسه (والثالث) يتخير بين جميع الأقوات ، فان قلنا بالتخيير لم يتصور العدول الى ما دون الواجب ، وان قلنا بتعين قوته أو قوت بلده ، فعدل الى ما دونه ، لم يجزئه بلا خلاف •

أما اذا عدل الى أعلا من الواجب فيجزئه وهو أفضل لأنه زاد خيرا هذا هو الصواب الذى نص عليه الشافعى وقطع به المصنف والأصحاب فى جميع الطرق الا صاحب « الحاوى » ، فانه ذكر فى اجزاء الأعلى وجهين (أحدهما) قال وهو نص الشافعى : يجزئه ، كما لو وجب عليه سن من الماشية فأخرج أعلى منها (والثانى) لا يجزئه لأنه غير الواجب ، كمن أخرج حنطة عن شعير استغله أو دنانير عن دراهم أو بقرة عن شاة ونظائره والجواب عن هذا الدليل الأول أن الحنطة لا تجزىء عن الشعير ولا الدنانير عن الدراهم فى حال من أحوال الزكاة بخلاف الفطرة فان الشخص الواحد قد يكون فى وقت قوته أو قوت بلده جنسا ثم يصير غيره •• والله أعلم •

وفيما يعتبر به الأعلى والأدنى وجهان مشهوران (أصحهما) الاعتبار بزيادة صلاحيته للاقتيات (والثانى) زيادة القيمة ، فعلى هذا يختلف باختلاف الأقوات والبلاد قال الرافعى : الا أن يعتبر زيادة القيمة فى الأكثر ، وعلى الأول قال أصحابنا : البر خير من الشعير بلا خلاف ، قال الجمهور : والبر خير من التمر والزبيب ، ونقله القاضى أبو الطيب عن الأصحاب ، وقال صاحب « الحاوى » فى البر والتمر

وجهان لأصحابنا (أحدهما) التمر أفضل وخير ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يخرج منه وعليه عمل أهل المدينة ، قال : وبه قال ابن عمر ومالك وأحمد (والثانى) قال : واليه ميل الشافعى وبه قال على بن أبى طالب واسحاق بن راهويه : البر أفضل ، قال : ولو قيل : ان أفضلهما يختلف باختلاف البلاد لكان متجها ، هذا كلامه والمشهور ترجيح البر مطلقا ، والبر خير من الأرز بالاتفاق ، وفى التمر والشعير وجهان (أحدهما) وهو قول الشيخ أبى محمد الجوينى ترجيح التمر (وأصحهما) عند البغوى ترجيح الشعير وهذا أصح لأنه أبلغ فى الاقتيات وتردد أبو محمد فى التمر والزبيب وفى الزبيب والشعير أيهما أرجح ؟ قال امام الحرمين : والأشبه تقديم التمر على الزبيب ، وهذا الذى قاله الامام هو الصواب المتعين ، والصواب تقديم الشعير على الزبيب ، واذا قلنا : المعتبر قوت نفسه كان يليق به البر وهو يقتات الشعير بخلا لزمه البر بالاتفاق ، وان كان يليق به الشعير وهو يقتات البر (تنعما) فوجهان حكاهما البغوى وغيره هكذا وجهين وهو الصواب ، وحكاهما امام الحرمين قولين (أصحهما) يجزئه الشعير (والثانى) تتعين الحنطة •• والله أعلم •

(فـرع) اذا أوجبنا غالب قوت البلد فكانوا يقتاتون أجناسا لا غالب فيها ، أخرج ما شاء منها ، والأفضل أعلاها ، هكذا نقله المصنف والأصحاب وجزموا به ، وهو ظاهر •• والله أعلم •

(فـرع) اذا قلنا : المعتبر غالب قوت البلد ، قال الغزالى فى « الوسيط » : المعتبر غالب قوت البلد وقت وجوب الفطرة لا فى جميع السنة ، وقال فى « الوجيز » : غالب قوت البلد يوم العيد ، قال الرافعى : هذا الذى قاله لم أره لغيره (قلت) : هذا النقل غريب كما قال الرافعى ، والصواب أن المراد قوت السنة ، كما سنوضحه فى الفرع الذى بعد هذا ان شاء الله تعالى •

(فـرع) اذا اعتبرنا قوت البلد وقوت نفسه ، فكان القوت

مختلفا باختلاف الأقوات ، ففى بعضها يقتاتون أو يقتات جنسا وفى بعضها جنسا آخر ، قال السرخسى فى « الأمالى » : ان أخرج من الأعلى أجزأه وكان أفضل ، وان اقتصد وأخرج من الأدنى فقولان (أحدهما) لا يجزئه احتياطا للعبادة (وأصحهما) يجزئه لدفع الضرر عنه ، ولأنه يسمى مخرجا من قوت البلد أو من قوته •

(فـرع) اذا كان فى موضع ليس فيه قوت يجزىء ، بأن كانوا يقتاتون لحما أو تينا وغيرهما مما لا يجزىء ، قال المصنف والأصحاب : أخرج من قوت أقرب البلاد اليه ، وان كان بقربه بلدان متساويان فى القرب أخرج من قوت أيهما شاء وهذا متفق عليه •

(فـرع) اذا اعتبرنا غالب قوت البلد وكان له عبد فى بلد آخر قال البغوى وغيره : ان قلنا ان الفطرة تجب على العبد ثم يتحملها السيد فالاعتبار بقوت بلد العبد ، وان قلنا : تجب على السيد ابتداء فبقوت بلد السيد •

(فـرع) قال الشافعى والمصنف وسائر الأصحاب : لا يجزىء فى الفطرة الواحدة صاع من جنسين سواء أكان الجنسان متماثلين أو أحدهما من واجبه والآخر أعلى منه ، كما لا يجزىء فى كفارة اليمين أن يكسو خمسة ويطعم خمسة لأنه مأمور بصاع من بر أو شعير وغيرهما ولم يخرج صاعا من واحد منهما ، كما أنه مأمور باطعام عشرة مساكين أو كسوتهم ، ولم يكس فى الصورة المذكورة عشرة ، ولم يطعمهم • هذا هو المذهب وبه قطع الأصحاب فى كل الطرق الا امام الحرمين ، فحكى وجها شاذا أنه يجزىء اذا كان نصف صاع من واجبه ونصف أعلى ، والا السرخسى فقال : ان كان عنده صاع من أحد الجنسين لم يجز تبعيضه قطعا ، وان لم يكن عنده الا نصف صاع من هذا ونصف من هذا فوجهان (أحدهما) يجزئه اخراج النصفين (والثانى) لا يجزئه ، وقال الرافعى : لا يجوز صاع من جنسين وان كان أحدهما أعلى من الواجب ، قال : ورأيت لبعض المتأخرين جوازه ، والمذهب ما سبق •

قال أصحابنا : ولو كان له عبدان أو قريبان ، أو زوجتان أو زوجة وقريب أو وعبد ، فأخرج عن أحدهما صاعا من واجبه وعن الآخر صاعا أعلى منه أجزأه بالاتفاق ، كما لو كان عليه كفارتان فأطعم عشرة وكسا عشرة يجزئه عنهما جميعا بلا خلاف ، وكذا لو ملك نصف عبد ونصف آخر فأخرج عن أحدهما نصفا من واجبه ، وعن الآخر نصفا من أعلا منه أجزأه بلا خلاف ، صرح به البغوى وآخرون ، قال أصحابنا : ولو ملك رجلان عبدا ، فان قلنا بالقول الغريب انه مخير بين الأجناس أخرجا ما شاء بشرط اتحاد ، وان أوجبنا غالب قوت البلد وكانا هما والعبد فى بلد واحد أخرجا عنه من غالب قوت البلد ، وان كان العبد فى بلد آخر قال البغوى وآخرون : يبنى على أن الفطرة تجب على المالك ابتداء ؟ أم يتحملها عن العبد ؟ فان قلنا بالتحمل اعتبر بلد العبد والا فبلد السيدين ، وان كان السيدان فى بلدين مختلفى القوت أو اعتبرنا قوت الشخص بنفسه ، أو اختلف قوتهما ففيه أوجه (أصحها) وبه قال أبو اسحاق المروزى وأبو على بن أبى هريرة حكاه عنهما الماوردى وآخرون ، وصححه القاضى أبو الطيب ، وحكاه امام الحرمين عن ابن الحداد : يخرج كل واحد نصف صاع من قوت بلده أو نفسه ، ولا يضر التبعيض ، لأنهما اذا أخرجا هكذا كل شخص واجبه من جنس كثلاثة كانوا محرمين فقتلوا ظبية ، فذبح أحدهم ثلث شاة وأطعم آخر بقية ثلث شاة ، وصام الثالث عدل ذلك أجزأه بلا خلاف (والثانى) قاله ابن سريج : يخرجان من أدنى القوتين ، ولا يجوز التبعيض (والثالث) يجب من أعلاهما ، حكاه امام الحرمين وآخرون (والرابع) من قوت بلد العبد ، ولو كان الأب فى نفقة ولدين فالقول فى اخراجهما الفطرة عنه كالقول فى السيدين وكذا من نصفه حر ونصفه مملوك اذا أوجبنا نصف الفطرة على ما سبق والأصح يخرجان من جنسين (والثانى) من جنس .

فـــرع
فى مسائل تتعلق بالباب

(احدها) قال أصحابنا : لو أخرج انسان الفطرة عن أجنبى بغير اذنه لا يجزئه بلا خلاف لأنها عبادة فلا تسقط عن المكلف بها بغير اذنه ، وان أذن فأخرج عنه أجزأه ، كما لو قال لغيره : اقض دينى ، وكما لو وكله فى دفع زكاة ماله وفى ذبح أضحيته ، ولو كان للانسان ولد صغير موسر فحيث لا يلزمه فطرته فأخرج الأب فطرة الولد من مال نفسه جاز بلا خلاف ، صرح به القاضى أبو الطيب والمـــاوردى والبندنيجى والبغوى والأصحاب ، لأنه يستقل بتمليك ابنه الصغير ولو كان كبيرا رشيدا لم يجز الا باذنه لأنه لا يستقل بتمليكه ، والجد كالأب ، والمجنون كالصبى •• قال المـــاوردى والبغوى : لو أخرج الولى فطرة الصبى والمجنون من مال نفسه تبرعا ، فان كان أبا أو جدا جاز ، وكأنه ملكه ذلك ثم تولى الأداء عنه مما ملكه وان كان وصيا أو قيما لم يجز الا باذن القاضى ، فاذا أذن جاز ويصير كأنه بالاذن كأن الصبى تملك منه ثم أذن له فى الاخراج ، وكل هذا متفق عليه عند أصحابنا ونقله المـــاوردى عن الأصحاب قال : وقال زفر ومحمد بن الحسن : تجب فطرة الأطفال على أبيهم ونفقتهم فى أموالهم •• والله أعلم •

(الثانية) قال أصحابنا : يلزم الولى اخراج فطرة الصبى والمجنون والمحجور عليه بسفه من مالهم وكذا فطرة عبيدهم وجواريهم وأقاربهم ، الذين يلزمهم نفقتهم كما يلزمه اخراج زكاة أموالهم وقضاء ديون وجبت عليهم باتلاف أو غيره •

(الثالثة) لو تبرع انسان بالنفقة على أجنبى لا يلزمه فطرته بلا خلاف عندنا • وبه قال مالك وأبو حنيفة وداود وقال أحمد : تلزمه •

(الرابعة) لو كان نصف الشخص مكاتبا حيث يتصور ذلك فى العبد

المشترك اذا جوزنا كتابة بعضه باذن شريكه وجب نصف صاع على مالك نصفه القن • ولا شيء فى النصف المكاتب على المذهب • وفيه الوجه السابق فى المكاتب ومثله عبد مشترك بين مُعسر وموسر يجب على الموسر نصف صاع ولا شيء على المعسر اذا كان يحتاج اليه للخدمة • هذا هو المذهب وفيه وجه سبق •

(الخامسة) قال الجرجانى فى المهايأة(١) : ليس عبد مسلم لا يجب اخراج الفطرة عنه الا ثلاثة (أحدهم) المكاتب • يعنى على المذهب وقد سبق فيه وجه أنه يجب فطرته على سيده ووجه أنها على نفسه (والثانى) اذا ملك السيد عبده عبدا وقلنا يملك لا فطرة على السيد الثانى لعدم ملكه ولا على الأول لضعف ملكه (الثالث) عبد مسلم لكافر اذا قلنا بالضعيف انها تجب على المؤدى ابتداء والأصح وجوبها كما سبق ويجيء رابع على قول الاصطخرى وغيره فيما اذا مات قبيل هلال شوال وعليه دين وله عبد كما سنوضحه ان شاء الله تعالى قريبا ويجيء خامس وهو اذا لم يكن له وقت وجوب الفطرة الا عبد يحتاج اليه للخدمة فان الأصح لا يلزمه فطرة عن نفسه ولا عن العبد وقد سبقت المسألة واضحة فى أول الباب فهذه خمس صور مختلف فيها كلها ويختلف الراجح فيها كما ذكرناه •• والله أعلم •

(السادسة) قال أصحابنا : لو باع عبدا بشرط الخيار فصادف زمن الوجوب زمن الخيار (فان قلنا) الملك فى مدة الخيار للبائع ، فعليه فطرته ، سواء تم البيع أو فسخ (وان قلنا) موقوف ، فان تم البيع فالفطرة على المشترى ، والا فعلى البائع ، ولو صادف زمن الوجوب خيار المجلس فهو كخيار الشرط ، ولو تم البيع ثم فسخ بعد وقت الوجوب باقالة أو عيب أو تخالف فالفطرة على المشترى ذكره البغوى وغيره •

---

(١) نسخة الحداد لعله « المعاياة » •

(السابعة) لو مات وترك عبدا ثم أهل هلال شوال فان لم يكن عليه دين فالعبد للورثة وعليهم فطرته ، كل واحد بقسطه ، وان كان عليه دين يستغرق التركة بنى على أن الدين هل يمنع انتقال الملك فى التركة الى الورثة أم لا ؟ والصحيح المنصوص الذى قطع به الجمهور لا يمنع ، وقال الاصطخرى يمنع ، فعلى المنصوص عليهم فطرته سواء بيع فى الدين أم لا ، وأشار امام الحرمين الى أنه يجىء فيه الخلاف السابق فى وجوب الزكاة فى المال المرهون والمغصوب ، لتزلزل الملك ، والمذهب الأول ، وان قلنا بقول الاصطخرى فان بيع فى الدين فلا شىء عليهم والا فعليهم الفطرة ، وحكى ابن الصباغ وجها أنه لا فطرة عليهم مطلقا ، وقال القاضى أبو الطيب : تجب فطرته فى تركة السيد كالموصى بخدمته والمذهب الأول ، هذا اذا مات السيد قبل هلال شوال ، فلو مات بعده ففطرة العبد على سيده كفطرة نفسه ، ويقدمان على الميراث والوصايا كسائر الديون ، وفى تقديمهما على دين الآدمى طرق (أصحها) وأشهرها على الأقوال الثلاثة فى اجتماع دين الله تعالى ودين الآدمى (أصحها) يقدم دين الله تعالى (والثانى) دين الآدمى (والثالث) يقسم بينهما ، وسيأتى شرحها فى قسم الصدقات حيث ذكرها المصنف ان شاء الله تعالى .

(والطريق الثانى) القطع بتقديم فطرة العبد لتعلقها بالعبد كأرش جنايته ، قال الشيخ أبو حامد : هذا الطريق غلط لأن فطرة العبد لا تتعلق بعينه بل بالذمة وحكى الماوردى هذا الطريق عن أبى الطيب بن سلمة قال : وخالفه سائر الأصحاب فقالوا بالطريق الأول ، وفى فطرة السيد الأقوال .

(والطريق الثالث) القطع بتقديم فطرة العبد وفطرة السيد أيضا ، لأنها قليلة والمذهب فى الجملة تقديم فطرة نفسه ، وفطرة العبد على جميع الديون ، وهو نصه فى « المختصر » ، فانه قال : ولو مات بعد ما أهل هلال شوال وله رقيق فالفطرة عنه وعنهم فى ماله مقدمة على الديون .

قال الرافعى : وفى هذا النص رد على ما قاله امام الحرمين فى أول الباب ، فى أن الدين يمنع وجوب الفطرة ، لأن سياقه يفهم منه ما اذا طرأت الفطرة على الدين الواجب ، واذا كان كذلك لم يكن الدين مانعا ، وبتقدير أن لا يكون كذلك فاللفظ مطلق يشتمل على ما اذا طرأت الفطرة على الدين وعكسه ، ومقتضاه أن لا يكون الدين مانعا من وجوبها • هذا كلام الرافعى وهو كما قال •

(الثامنة) أنه اذا أوصى لرجل بعبد ومات الموصى بعد دخول وقت وجوب الفطرة ، فالفطرة فى تركة الميت ، فلو مات قبل الوقت ، وقبل الموصى له الوصية قبل الوقت ، فالفطرة عليه ، وان لم يقبل حتى دخل الوقت — فان قلنا الموصى له يملك الوصية بمجرد موت الموصى — لزمه الفطرة ، فلو لم يقبل ، بل رد الوصية فوجهان مشهوران (أصحهما) الوجوب ، لأنه كان مالكا حال الوجوب •

(والثانى) لا ، لعدم استقرار الملك (وان قلنا) لا يملك الا بالقبول ، بنى على أن الملك قبل القبول لمن ؟ وفيه وجهان مشهوران فى كتاب « الوصية » أصحهما للورثة ، فعلى هذا فى الفطرة وجهان (أصحهما) على الورثة لأنه ملكهم ، ونقل صاحب « البيان » عن أصحابنا العراقيين أنها تجب فى تركة الميت (والثانى) لا فطرة لضعفه (والوجه الثانى) من الأولين أنه باق على ملك الميت فعلى هذا لا تجب فطرته على أحد على المذهب ، وحكى البغوى مع هذا وجها ضعيفا أنها تجب فى تركته ، (وان قلنا) الملك فى الوصية موقوف ، فان قبل فعليه الفطرة ، والا فعلى الورثة ، هذا كله اذا قبل الموصى له أو رد ، فلو مات قبل القبول وبعد دخول وقت الوجوب فقبول وارثه كقبوله ، والملك يقع للموصى له الميت فحيث أوجبنا عليه الفطرة اذا قبل بنفسه فهى فى تركته ، اذا قبل وارثه ، فان لم يكن له تركة سوى العبد ففى بيع جزء منه للفطرة الخلاف السابق ، الأصح لا يباع ، ولو مات قبل وقت الوجوب أو معه

فالفطـرة على الورثة اذا قبلوا ، لأن وقت الوجوب كان ملكهم •• والله أعلم •

(فـرع) لو وهب له عبد فقبل ، فأهل هلال شوال قبل القبض ، فالمذهب أنه لا يملكه قبل القبض ، وفطرته على الواهب ، وفيه قول ضعيف أن الملك موقوف ، ويتبين بالقبض أنه ملكه بالعقد فعلى هذا فطرته على الموهوب له هكذا ذكر المسألة المـاوردى والبغوى وغيرهما •

(فـرع) قال المـاوردى : لو اشترى أباه ولم يقبضه ، ولا دفع ثمنه حتى أهل شوال ، وكان ذلك بعد انقضاء الخيار ، قال ابن خيران : يلزمه فطرته ولا يعتق عليه ، لأن للبائع فيه علقة ، وهى حق الحبس لقبض الثمن ، فصار كعلقة الخيار قال المـاوردى : وهذا خلاف نص الشافعى فى كتاب « الصداق » وغيره ، بل المذهب أنه ان كان البيع لازما عتق ولزمه الفطرة ، سواء دفع ثمنه أم لا ، وان كان فيه خيار فعلى الأقوال فى أن الملك فى زمن الخيار للبائع أم للمشترى ؟ والفطرة على من له الملك •

(التاسعة) قال الشافعى فى « المختصر » : وتقسم زكاة الفطر على من تقسم عليه زكاة المـال ، وأحب دفعها الى ذوى رحمه الذين لا تلزمه نفقتهم بحال ، قال : فان طرحها عند من تجمع عنده أجزأه ان شاء الله تعالى • سأل رجل سالمـا فقال : ألم يكن ابن عمر يدفعها الى السلطان ؟ فقال : بلى ، ولكن أرى أن لا يدفعها اليه ، هذا نص الشافعى ، واتفق أصحابنا على أن الأفضل أن يفرق الفطرة بنفسه ، كما أشار اليه الشافعى بهذا النص ، وأنه لو دفعها الى الامام أو الساعى أو من تجمع عنده الفطرة للناس وأذن له فى اخراجها أجزأه ، ولكن تفريقه بنفسه أفضل من هذا كله ، وممن صرح بهذا المـاوردى والمحاملى فى « التجريد » والبغوى والسرخسى وسائر الأصحاب • قال المـاوردى : قال الشافعى : تفريقها بنفسه أحب الى من أن يطرحها عند من تجمع

عنده ، قال : فاحتمل ذلك أن يريد به اذا لم يكن الوالى نزها ويحتمل أنه أحب ذلك بكل حال • قال : وهذا أولى •• والله أعلم •

(فـرع) وأما مصرف الفطرة فقد ذكره المصنف فى باب قسم الصدقات ، وهناك نشرحه ان شاء الله تعالى •

(العاشرة) لا تجب فطرة الجنين لا على أبيه ولا فى ماله بلا خلاف عندنا ، ولو خرج بعضه قبل غروب الشمس وبعضه بعد غروبها ليلة الفطر لم تجب فطرته لأنه فى حكم الجنين ما لم يكمل خروجه منفصلا ، وأشار ابن المنذر الى نقل الاجماع على ما ذكرته ، فقال : كل من يحفظ عنه العلم من علماء الأمصار لا يوجب فطرة عن الجنين قال : وكان أحمد يستحبه ولا يوجبه ، قال : ولا يصح عن عثمان خلافه •

(الحادية عشرة) قال الشافعى فى « المختصر » فى هذا الباب ولا بأس أن يأخذها بعد أدائها اذا كان محتاجا ، وغيرها من الصدقات المفروضات والتطوع هذا نصه واتفق الأصحاب عليه ، قال صاحب « الحاوى » : اذا أخرجها فله أخذها ممن أخذها عن فطرة المدفوع اليه اذا كان الدافع ممن يجوز دفع الزكاة اليه ، وقال مالك : لا يجوز أخذها بعينها ، بل له أخذ غيرها ودليلنا أنها صارت للمدفوع اليه بالقبض ، فجاز أخذها كسائر أمواله ، ولأنه دفعها لمعنى ، وهو اليسار بالفطرة ، وأخذها بمعنى الحاجة وهما سببان مختلفان فلم يمتنعا ، كما لو عادت اليه بارث فانه يجوز بالاجماع •

وقال المحاملى فى كتابيه « المجموع » و « التجريد » : اذا دفع فطرته الى فقير ، والفقير ممن تلزمه الفطرة فدفعها الفقير اليه عن فطرته جاز للدافع الأول أخذها ، قال : وكذا لو دفعها أو غيرها من الزكوات الى الامام ، ثم لما أراد الامام قسم الصدقات — وكان الدافع محتاجا — جاز دفعها بعينها اليه ، لأنها رجعت اليه بغير المعنى الذى خرجت به ، فجاز كما لو عادت اليه بارث أو شراء أو هبة ،

قال فى « التجريد » : وللامام أن يدفعها اليه كما يجوز أن يدفعها الى غيره من الفقراء ، لأنه مساو لغيره فى جواز أخذ الصدقة •

وقال امام الحرمين فى تعليل المسألة : لا يمتنع أن يأخذها بعد دفعها ، لأن وجوب الفطرة لا ينافى أخذ الصدقة ، لأن وجوبها لا يقتضى غنى ينافى المسكنة والفقر ، فان زكاة المـــال قد تجب على من تحل له الصدقة ، لأن الزكاة يحل أخذها بجهات غير الفقر ، والمسكنة ، كالغارم لذات البين ، وابن السبيل الموسر فى بلده ، والغازى ، فانهم تلزمهم زكاة أموالهم ويأخذون الزكاة فلا يمتنع وجوب الزكاة على انسان وجواز أخذ الزكاة (وأما) السرخسى فقال : اذا لزمته الفطرة ، فان فضل عنه صاع ــ وكان فقيرا ليس له كفايته على الدوام ــ فله أخذ فطرة غيره وغيرها من الزكوات ثم ان أخرج فطرته أولا فله أخذ فطرة غير المصروف اليه ، وفطرة المصروف اليه من غير الفطرة التى صرفها ، وهل له أخذ الفطرة التى صرفها هو ؟ فيه وجهان (الصحيح) جوازها • قال : وكذا لو أخذ أولا فطرة غيره ، ثم أراد اخراج فطرة نفسه من غيرها أو منها الى غير دافعها جاز ، فان أراد صرفها الى دافعها اليه ففيه وجهان (الصحيح) الجواز وهذا الوجه الذى حكاه فى المنع شاذ باطل مردود ، مخالف لنص الشافعى والأصحاب وللدليل •

فحصل من هذا كله أنه قد يجب على الانسان الفطرة أو زكاة المـــال ، ويجوز له أخذ الفطرة والزكاة من غيره ، سواء أكان الأخذ من نفس المدفوع أو غيره ، ومن الامام أو غيره • وفيه الوجه الشـــاذ عن السرخسى •• والله أعلم •

(الثانية عشرة) قال المـــاوردى وغيره : ليس للزوجة مطالبة الزوج باخراج الفطرة عنها ، لأنها واجبة عليه دونها • ووجوبها اما أن يجرى مجرى الضمان أو الحوالة وكلاهما لا مطالبة به • فان المضمون عنه لا يطالب الضامن بالأداء ، ولا المحيل المحال عليه • وحكم القريب والمملوك حكم الزوجة •

(الثالثة عشرة) روينا عن وكيع بن الجراح رحمه الله قال : زكاة الفطر لشهر رمضان كسجدتى السهو للصلاة • تجبر نقصان الصوم كما يجبر السجود نقصان الصلاة •

فصـــــل

فى مسائل من مذاهب العلماء فى الفطرة

قد سبق جمل منها مفرقة فى مواضعها • وأذكر هنا جملا من مهماتها • وان كان بعضها مندرجا فيما مضى •

(**مسالة**) مذهبنا ومذهب الجمهور من السلف والخلف وجوبهـــا على كل كبير وصغير ، وحكى أصحابنا عن ابن المسيب والحسن البصرى أنها لا تجب الا على من صلى وصام وعن على بن أبى طالب رضى الله عنه لا تجب الا على من أطاق الصوم والصلاة قال المـــاوردى وبمذهبنا قال سائر الصحابة والتابعين وجميع الفقهاء لحديث ابن عمر السابق •

(**مسالة**) المشرك لا فطرة عليه عن نفسه بالاجماع ، فان كان له قريب أو عبد مسلم ففيه وجهان لأصحابنا سبق بيانهما (أصحهما) الوجوب • ونقل ابن المنذر اتفاق العلماء على أنها لا تجب •

(**مسالة**) تجب فطرة العبد على سيده ، وبه قال جميع العلمـــاء الا داود ، فأوجبها على العبد • قال : ويلزم السيد تمكينه من الكسب لأدائها لحديث ابن عمر : « على كل حر وعبد » قال الجمهور : على بمعنى عن •

(**مسالة**) لا يلزمه فطرة زوجته وعبده الكافرين عندنا ، وبه قال على بن أبى طالب وجابر بن عبد الله وابن المسيب والحسن ومالك وأحمد وأبو ثور وابن المنذر • وقال أبو حنيفة : تجب عليه فطرة عبده الذمى ، وحكاه ابن المنذر عن عطاء ومجاهد وعمر بن عبد العزيز وســـعيد

ابن جبير والنخعى والثورى واسحاق وأصحاب الرأى • دليلنا حديث ابن عمر • وقوله صلى الله عليه وسلم : « من المسلمين » •

(**مسألة**) العبد الآبق تجب فطرته عندنا على المذهب كما سبق • وبه قال أبو ثور وابن المنـــذر • وقال عطاء والثورى وأبو حنيفة : « لا تجب » وقال الزهرى وأحمد واسحاق : « تجب ان كان فى دار الاسلام » وقال مالك : تجب ان لم تطل غيبته ويؤيس منه •

(**مسألة**) لو كان بينهما عبد أو عبيد كثيرون مشتركون مناصفة وجب عن كل عبد صاع يلزم كل واحد من الشريكين نصفه • هذا مذهبنا وبه قال مالك وعبـــد الملك المـــاجشون واسحاق وأبو ثور ومحمـــد ابن الحسن وابن المنـــذر • وقال الحسن البصرى وعكرمة والثورى وأبو حنيفة وأبو يوسف : لا شىء على واحد منهما • وعن أحمـــد روايتان (احداهما) كمذهبنا (والثانية) على كل واحد صاع عن نصيبه من كل عبد فاذا كان بينهما مائة عبد لزم كل واحد منهما مائة صاع ، وحكاه أيضا المـــاوردى عن أبى ثور (وأما) من نصفه حر ونصفه عبد (فمذهبنا) وجوب صاع عليه نصفه وعلى مالك نصفه نصفه اذا لم يكن مهايأة •

قال أبو حنيفة : عليه نصف صاع ولا شىء على سيده • وقال مالك على سيده نصف صاع ولا شىء على العبد •

وقال أبو يوسف ومحمد : « عليه صاع ولا شىء على سيده » وقال عبد الملك المـــاجشون : « على سيده صاع ولا شىء على العبد » •

(**مسألة**) اذا لم يكن للطفل مال ففطرته على أبيه(١) لزم أباه فطرته بالاجماع ، نقله ابن المنذر وغيره ، وان كان للطفل مال ففطرته

---

(١) عبارة « ففطرته على أبيه » زيادة من الشارح اذ يكفى بقية العبارة •

فيه • وبه قال أبو حنيفة وأحمد واسحاق وأبو ثور • وقال محمد : تجب فى مال الأب • وأما اليتيم الذى له مال فتجب فطرته فى ماله عندنا • وبه قال الجمهـور منهم مالك والأوزاعى وأبو حنيفة وأبو يوسف وابن المنذر • وقال محمد بن الحسن : لا تجب ، وأما الجد فعليه فطرة ولد ولده الذى تلزمه نفقته ، وبه قال أبو ثور ، وقال أبو حنيفة : لا تلزمه •

(مسألة) سبق الخلاف فى فطرة زوجته وعبيد التجارة والقراض ، وأما المكاتب فمذهبنا المشهور أنه لا فطرة فيه ، لا عليه ولا على سيده كما سبق ، وممن قال : لا فطرة على سيده عنه ابن عمر وأبو سلمة ابن عبد الرحمن والثورى وأبو حنيفة ، وقال عطاء ومالك وأبو ثور وابن المنذر : تلزم سيده •

(مسألة) تجب الفطرة بغروب الشمس ليلة عيد الفطر على الصحيح عندنا ، وبه قال الثورى وأحمد واسحاق ، وقال أبو حنيفة : « بطلوع فجر يوم الفطر » وبه قال صاحباه وأبو ثور وداود • وعن مالك روايتان كالمذهبين ، وقال بعض المـالكية : « بطلوع الشمس يوم الفطر » •

(مسألة) يجوز عندنا تقديم الفطرة فى جميع رمضان لا قبله ، هذا هو المذهب وفيه خلاف سبق ، وجوزها أبو حنيفة قبله ، وقال أحمد : تجوز قبل يوم العيد بيوم أو يومين فقط ، كذا نقل المـاوردى عنهما ، وقال العبدرى : أجمعوا على أن الأفضل أن يخرجها يوم الفطر قبل صلاة العيد ، قال : وجوز مالك وأحمد والكرخى الحنفى تقديمها قبل الفطر بيوم ويومين ، وعن الحسن عن أبى حنيفة : تقـديم سنة أو سنتين • وقال داود : لا يجوز تقديمها قبل فجر يوم العيد ولا تأخيرها الى أن يصلى الامام العيد ، ومذهبنا أنه لو أخرها عن صلاة الامام وفعلها فى يومه لم يأثم وكانت أداء ، وان أخرها عن يوم الفطر أثم ولزمه اخراجها وتكون قضاء ، وحكاه العبدرى عن مالك وأبى حنيفة

والليث وأحمد قال : وقال الحسن بن زياد وداود : ان لم يؤدها قبل صلاة العيد سقطت فلا يؤديها بعدها كالأضحية اذا مضى وقتها • وحكى ابن المنذر وأصحابنا عن ابن سيرين والنخعى أنه يجوز تأخيرها عن يوم الفطر •

(مسألة) تجب الفطرة على أهل البادية كغيرهم ، وبه قال العلماء كافة الا ما حكاه ابن المنذر وأصحابنا عن عطاء وربيعة والزهرى أنهم قالوا : لا تجب عليهم • قال المـاوردى : شذوا بهذا عن الاجماع وخالفوا النصوص الصحيحة العامة فى كل صغير وكبير ، ذكر وأنثى ، حر وعبد من المسلمين ، قال وينقض مذهبهم بزكاة المـال فقد وافقوا مع الاجماع على وجوبها على أهل البادية •

(مسألة) لا يجوز دفع الفطرة الى كافر عندنا • وجوزه أبو حنيفة ، قال ابن المنذر : أجمعت الأمة أنه لا يجزىء دفع زكاة المـال الى ذمى ، واختلفوا فى زكاة الفطر ، فجوزها لهم أبو حنيفة • وعن عمرو ابن ميمون وعمر بن شرحبيل ومرة الهمدانى أنهم كانوا يعطون منها الرهبان • وقال مالك والليث وأحمد وأبو ثور : لا يعطون •

(مسألة) الواجب فى الفطرة عن كل شخص صاع من أى جنس أخرج ، سواء البر والتمر والزبيب والشعير وغيرها من الأجناس المجزئة ، ولا يجزىء دون صاع من شىء منها ، وبهذا قال مالك وأحمد وأكثر العلماء • كذا نقله عن الأكثرين المـاوردى ، وممن قال به أبو سعيد الخدرى والحسن البصرى وأبو العالية وأبو الشعثاء واسحاق وغيرهم ، قال ابن المنذر : وقالت طائفة يجزىء من البر نصف صاع ولا يجزىء من الزبيب والتمر وسائر الأشياء الا صاع ، قاله الثورى وأكثر أهل الكوفة الا أبا حنيفة فقال : يجزىء نصف صاع زبيب كنصف صاع بر ، قال : وروينا اجزاء نصف صاع بر عن أبى بكر الصديق وعثمان رضى الله عنهما قال ولم يثبت عنهما ، قال : وروينا عن على وابن مسعود

وجابر بن عبد الله وابن الزبير وأبى هريرة ومعاوية وأسماء ، وبه قال ابن المسيب وطاوس وعطاء ومجاهد وعمر بن عبد العزيز ، وروى عن سعيد بن جبير وعروة بن الزبير ومصعب بن سعد وأبى قلابة ، واختلف فيه عن على وابن عباس والشعبى • وعمدتهم الحديث فى الصحيحين أن معاوية خطب فقال فى خطبته بالمدينة : « أرى نصف صاع من حنطة يعدل صاعا من تمر » ودليلنا حديث ابن عمر وأبى سعيد وغيرهما أن النبى صلى الله عليه وسلم ــ فرض صدقة الفطر صاعا •• الحديث ــ وحديث معاوية اجتهاد له لا يعادل النصوص ، ولم يثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم نصف صاع من بر ، والمروى فى ذلك ضعيف ، ولم يصح فيه الا اجتهاد معاوية •

(**مسألة**) الصاع المجزىء فى الفطرة عندنا خمسة أرطال وثلث بالبغدادى ، وبه قال جمهور العلماء من المتقدمين والمتأخرين • قال الماوردى : وبه قال مالك وأبو يوسف وأحمد وفقهاء الحرمين وأكثر فقهاء العراقيين • وقال أبو حنيفة ومحمد : ثمانية أرطال ، وكان أبو يوسف يقول به ثم رجع الى خمسة أرطال وثلث حين ثبت عنده أنه قدر صاع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وبسط البيهقى فى السنن الكبير الدلائل فى كون الصاع المجزىء فى الفطرة خمسة أرطال وثلث بسطا حسنا ، قال وأما ما رواه صالح بن موسى الطلحى عن منصور عن ابراهيم عن الأسود عن عائشة : « جرت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الغسل من الجنابة صاع والوضوء برطلين ، والصاع ثمانية أرطال » فان صالحا تفرد به وهو ضعيف ، قاله يحيى ابن معين وغيره من المحدثين ، قال وكذا ما روى عن جرير بن يزيد عن أنس ، وما روى عن ابن أبى ليلى عن عبد الكريم عن أنس « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يتوضأ برطلين ويغتسل بالصاع ثمانية أرطال » أسنادهما ضعيف ، وانما الحديث فى الصحيح عن أنس قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يتوضأ بالمد ويغتسل بالصاع الى خمسة

أمداد » قال البيهقى : فلا معنى لترك الأحاديث الصحيحة فى قدر الصاع المعد لزكاة الفطر بمثل هذا •• والله أعلم •

(**مسألة**) لا تجزىء القيمة فى الفطرة عندنا • وبه قال مالك وأحمد وابن المنذر • وقال أبو حنيفة : يجوز ، وحكاه ابن المنذر عن الحسن البصرى وعمر بن عبد العزيز والثورى قال : وقال اسحاق وأبو ثور : لا تجزىء الا عند الضرورة •

(**مسألة**) المشهور فى مذهبنا أنه يجب صرف الفطرة الى الأصناف الذين تصرف اليهم زكاة المال ، وجوزها مالك وأبو حنيفة وأحمد وابن المنذر الى واحد فقط ، قالوا : ويجوز صرف فطرة جماعة الى مسكين واحد •

(**مسألة**) ذكرنا أن الأصح عندنا وجوب الفطرة من غالب قوت البلد ، وبه قال مالك • وقال أبو حنيفة : هو مخير ، وعن أحمد رواية أنه لا يجزىء الا الأجناس الخمسة المنصوص عليها : التمر والزبيب والبر والشعير والأقط •• والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب تعجيل الصدقة

(كل مال وجبت فيه الزكاة بالحول والنصاب لم يجز تقديم زكاته قبل أن يملك النصاب لأنه لم يوجد سبب وجوبها فلم يجز تقديمها كأداء الثمن قبل البيع والدية قبل القتل ، وان ملك النصاب جاز تقديم زكاته قبل الحول ، لما روى على رضى الله عنه أن العباس سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم ليعجل زكاة ماله قبل محلها فرخص له فى ذلك ، ولأنه حق مال أجل للرفق فجاز تعجيله قبل محله كالدين المؤجل ودية الخطأ ، وفى تعجيل زكاة عامين وجهان • قال أبو اسحاق : يجوز لما روى على رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم تسلف من العباس صدقة عامين • ولأن ما جاز فيه تعجيل حق العام منه جاز تعجيل حق العامين

كدية الخطأ • ومن أصحابنا من قال : لا يجوز لأنها زكاة لم ينعقد حولها فلم يجز تقديمها كالزكاة قبل أن يملك النصاب) •

(**الشرح**) حديث على رضى الله عنه رواه أبو داود والترمذى وغيرهما باسناد حسن ولفظه : « عن على أن العباس سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فى تعجيل صدقته قبل أن تحل فرخص له فى ذلك » قال أبو داود : ورواه هشيم عن منصور بن زاذان عن الحكم عن الحسن بن مسلم التابعى عن النبى صلى الله عليه وسلم ، يعنى مرسلا ، قال : وهو أصح ، وفى رواية للترمذى : عن على أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لعمر : « انا قد أخذنا زكاة العباس عام أول للعام » قال الترمذى : والأول أصح من هذا • قال وقد روى الأول مرسلا ، يعنى رواية الحسن بن مسلم ، وكذا قال الدارقطنى : اختلفوا فى وصله وارساله ، قال : والصحيح الارسال ، وقال الشافعى : ويروى عن النبى صلى الله عليه وسلم ولا أدرى أيثبت أم لا ؟ « أنه تسلف صدقة العباس قبل أن تحل » قال البيهقى : يعنى حديث على هذا •

وذكر البيهقى اختلاف طرقه ثم قال : وأصحها رواية الارسال عن الحسن بن مسلم عن النبى صلى الله عليه وسلم ثم روى البيهقى تسلف صدقة عامين باسناده عن أبى البخترى عن على أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « انا كنا احتجنا فاستسلفنا العباس صدقة عامين » قال البيهقى : وهذا مرسل بين أبى البخترى وعلى رضى الله عنه ، واحتج البيهقى والأصحاب للتعجيل بحديث أبى هريرة قال : « بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عمر رضى الله عنه على الصدقة فقيل : منع ابن جميل وخالد بن الوليد والعباس ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ما ينقم ابن جميل الا أنه كان فقيرا فأغناه الله ، وأما خالد فانكم تظلمون خالدا قد احتبس أدراعه وأعتاده فى سبيل الله ، وأما العباس فهو على ومثلها معها ، ثم قال : يا عمر أما شعرت أن عم الرجل صنو أبيه » رواه البخارى ومسلم ، والصنو ــ بكسر الصاد المهملة ــ : المثل ، وهذا لفظ رواية مسلم • واحتج الشافعى والأصحاب أيضا بحديث

نافع « أن ابن عمر كان يبعث بزكاة الفطر الذين يقبلونها وكانوا يعطون قبل الفطر بيوم أو يومين » رواه البخارى قال الترمذى : وذهب أكثر أهل العلم الى جواز تعجيل الزكاة •

اذا عرفت هذا حصل الاستدلال على جواز التعجيل من مجمـوع ما ذكرنا ، وقد قدمنا فى أول هذا الشرح أن الشافعى يحتج بالحديث المرسل اذا اعتضد بأحد أمور أربعة ، وهى أن يسند من جهة أخرى ، أو يرسل ، أو يقول بعض الصحابة أو أكثر العلماء به ، فمتى وجد واحد من هذه الأربعة جاز الاحتجاج به ، وقد وجد فى هذا الحديث المذكور عن على رضى الله عنه الأمور الأربعة فانه روى فى الصحيحين معناه من حديث أبى هريرة السابق وروى هو أيضا مرسلا ومتصلا كما سبق ، وقال به من الصحابة ابن عمر ، وقال به أكثر العلماء ، كما نقله الترمذى فحصلت الدلائل المتظاهرة على صحة الاحتجاج به • والله أعلم •

(أما أحكام الفصل) فقال الشافعى والأصحاب رحمهم الله : المـال الزكوى ضربان (أحدهما) متعلق بالحول ، والآخر غير متعلق ، وذكر المصنف النوع الأول فى أول الباب ، والثانى فى آخـره • (أما) الأول كزكاة المـاشية والنقد والتجارة فلا يجوز تعجيل الزكاة فيه قبل ملك النصاب بلا خلاف ، لمـا ذكره المصنف ، ويجوز بعد ملك النصاب وانعقاد الحول ، وله التعجيل من أول الحول ولو بعد لحظة من انعقاده وقال ابن المنذر : لا يجوز التعجيل مطلقا وحكاه المـاوردى والقاضى أبو الطيب والمحاملى فى المجموع والبندنيجى وآخرون من أصحابنا وجها عن أبى عبيد بن حربويه من أصحابنا وهذا شاذ باطل مردود ، مخالف لنص الشافعى والأصحاب فى جميع الطرق والدليل قال أصحابنا : وانما يجوز التعجيل بعد تمام النصاب ان كانت الزكاة عينية ، فأما اذا اشترى عرضا للتجارة يساوى مائة درهم بمائة فعجل زكاة مائتين ، وحال الحول ، وهو يساوى مائتين ، فيجزئه المعجل عن الزكاة على الصحيح ، لأن الاعتبار فى العروض بآخر الحول ، هكذا ذكره البغوى •

ولو ملك أربعين شاة معلوفة فعجل شاة وهو عازم على اسامتها حولا ثم أسامها لم يقع المعجل زكاة بلا خلاف ، لأن المعلوفة ليست مال زكاة ، فهو كما دون النصاب ، وانما يصح التعجيل بعد انعقاد الحول ،

ولا حول المعلوفة بخلاف عرض التجارة فى المسألة قبلها ، ولو عجل صدقة عامين بعد انعقاد الحول أو أكثر من عامين فوجهان ذكرهما المصنف بدليلهما وهما مشهوران • (أحدهما) يجوز للحديث (والثانى) لا يجوز ، وأجاب البغوى والأصحاب عن الحديث بأن المراد تسلف دفعتين ، فى كل دفعة صدقة عام أو سنة ، واختلفوا فى الأصح من هذين الوجهين ، فصححت طائفة الجواز وهو قول أبى اسحاق المروزى ، وممن صححه البندنيجى والغزالى فى الوسيط والجرجانى والشاشى والعبدرى ، وصحح البغوى وآخرون المنع ، قال الرافعى : صحح الأكثرون المنع (فاذا قلنا) بالجواز فاتفق أصحابنا على أنه لا فرق بين عامين وأكثر حتى لو عجل عشرة أعوام أو أكثر جاز على هذا الوجه ، بشرط أن يبقى بعد المعجل نصاب ، فلو كان له خمسون شاة فعجل عشرا منها لعشر سنين جاز ، فلو نقص المال بالتعجيل عن النصاب فى الحول الثانى لم يجز التعجيل لغير العام الأول وجها واحدا ، هكذا قاله الجمهور ، لأن الحول الثانى لا ينعقد على نصاب ، وحكى البغوى والسرخسى وجها شاذا أنه لا يجوز ، لأن المعجل كالباقى على ملكه ، واذا جوزنا صدقة عامين فهل يجوز أن ينوى تقديم زكاة السنة الثانية على الأولى ؟ فيه وجهان حكاهما أبو الفضل بن عبدان كتقديم الصلاة الثانية على الأولى اذا جمع فى وقت الصلاة الثانية •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان ملك مائتى شاة فعجل عنها وعما يتوالد من سخالها أربع شياه ، فتوالدت وصارت أربعمائة أجزأه زكاة المائتين وفى زكاة السخال وجهان (أحدهما) لا يجوز لأنه تقديم زكاة على النصاب (والثانى) يجوز لأن السخال جعلت كالموجودة فى الحول فى وجوب زكاتها فجعلت كالموجودة فى تعجيل زكاتها ، وان ملك أربعين شاة فعجل عنها شاة ، ثم توالدت أربعين سخلة وماتت الأمهات وبقيت السخال فهل يجزئه ما أخرج عن الأمهات من زكاة السخال ؟ فيه وجهان • (أحدهما) لا يجزئه لأنه عجل الزكاة عن غير السخال ، فلا يجزئه عن زكاة السخال (والثانى) يجزئه لأنه لما كان حول الأمهات حول السخال كانت زكاة الأمهات زكاة السخال ، وان اشترى بمائتى درهم عرضا للتجارة فأخرج منها زكاة أربعمائة درهم ثم حال الحول — والعرض يساوى أربعمائة —

أجزأه ، لأن الاعتبار فى زكاة التجارة بآخر الحول ، والدليل عليه أنه لو ملك سلعة تساوى مائة فحال الحول ــ وهى تساوى مائتين ــ وجبت فيها الزكاة ، وان ملك مائة وعشرين شاة ، فعجل عنها شاة ثم نتجت شاة سخلة قبل الحول لزمته شاة أخرى وكذلك لو ملك مائتى شاة فأخرج شاتين ، ثم نتجت شاة سخلة أخرى قبل الحول لزمته شاة أخرى ، لأن المخرج كالباقى على ملكه ، ولهذا يسقط به الفرض عند الحول ، فجعل كالباقى على ملكه فى ايجاب الفرض) .

(الشرح) قوله : الأمهات هذه احدى اللغتين فيها ، والأصح والأشهر الأمات بحذف الهاء وفى الآدميات الأمهات بالهاء أفصح ، وقد سبق بيان هذا فى أوائل كتاب الزكاة (وقوله) ملك سلعة تساوى مائة أى ملكها للتجارة ، وقوله (نتجت) هو بضم النون وكسر التاء أى ولدت ، وقوله (سخلة) منصوب مفعول ثان لنتجت .

(أما أحكام الفصل) فقال أصحابنا اذا ملك نصابا فعجل زكاة نصابين ، فان كان ذلك فى التجارة بأن اشترى عرضا للتجارة بمائتين فعجل زكاة أربعمائة فحال الحول وهو يساوى أربعمائة أجزأه عن زكاة الجميع ، هذا هو المذهب وبه قطع المصنف والجمهور ، وقيل فى المائتين الزائدتين الوجهان كمسألة السخال ، حكاه الدارمى والرافعى وغيرهما . وان كان زكاة عين بأن ملك مائتى درهم وتوقع حصول مائتين أيضا من جهة أخرى فعجل زكاة أربعمائة فحصل له المائتان الأخريان لم يجزئه ما أخرجه عن الحادث بلا خلاف ، وان توقع النصاب الثانى من نفس الذى عنده بأن ملك مائة وعشرين شاة ، فعجل شاتين ، ثم حدثت سخلة أو ملك مائتى شاة فعجل أربعا فتوالدت وبلغت أربعمائة ، أو عجل شاتين وله خمس من الابل فتوالدت وبلغت عشرا فهل يجزئه ما أخرج عن النصاب الذى كمل الآن ؟ فيه وجهان مشهوران ذكر المصنف دليلهما . قال الرافعى (أصحهما) عند الأكثرين من العراقيين وغيرهم لا يجزئه .

ولو عجل شاة عن أربعين فهلكت الأمات بعد أن ولدت أربعين سخلة فهل يجزئه ما أخرج من السخال ؟ فيه وجهان وذكر المصنف دليلهما (والأصح) فى الجميع المنع وجمع الدارمى فى مسألتى الربح

والنتاج أربعة أوجه (أحدها) جواز تعجيل زكاة النصاب الثانى فيهما (والثانى) المنع (والثالث) يجوز فى الربح دون النتـــاج (والرابع) عكسه • قال صاحب البيان : ولو عجل شاة عن خمسة أبعرة فهلكت الأبعرة قبل الحول وعنده أربعون شاة فأراد أن يجعل الشاة المعجلة عنها فقد أومأ ابن الصباغ فيه الى وجهين (قلت) الصواب أنها لا تجزىء • قال المـــاوردى : اذا ملك عرضا بمائتى درهم ، فعجل زكاة ألف عنها وعن ربحها فباعها عند الحول بألف أجزأه المعجل عن الألف • قال : فان باعها فى أثناء الحول بألف ــ فان قلنا : يستأنف للربح حولا لم يجزئه التعجيل عن الربح لأنه ليس بتابع الأصل • (وان قلنا) يبنى على حول الأصل أجزأه المعجل عن الجميع لأنه تبع • قال : ولو ملك ألفا فعجل زكاته فتلف ثم ملك ألفا آخر لم يجزئه المعجل عن زكاة الألف الثانى ، لأنه تعجيل قبل الملك ، ولو كان له ألفان متميزان فعجل زكاة ألف ثم تلف أحد الألفين أجزأه المعجل عن زكاة الألف الآخر ، لأنه موجود حال التعجيل • والله أعلم •

أما اذا ملك مائة وعشرين شاة فعجل عنها شاة ، ثم ولدت شاة منها قبل الحول ، أو ملك مائتى شاة فعجل شاتين عنها ، ثم ولدت شاة منها قبل الحول فيلزمه شاة أخرى بلا خلاف عندنا ، لمـــا ذكره المصنف ، وقال أبو حنيفة : لا يلزمه شاة أخرى ، والخلاف بيننا وبينه مبنى على أصل وهو أن عندنا المعجل كالباقى على ملك الدافع فى شيئين (أحدهما) فى اجزائه عند انقضاء الحول (والثانى) فى ضمه الى المـــال وتكميل النصاب به ، وعند أبى حنيفة ليس له حكم الباقى على ملكه • قال أصحابنا : فلو كانت المعجلة معلوفة فى هاتين الصورتين ، أو كان المـــالك اشتراها وأخرجها ، وليست من نفس النصاب لم يجب شاة أخرى ، لأن المعلوفة والمشتراة لا يتم بهما النصاب • وان جاز اخراجهما عن الزكاة والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا عجل زكاة ماله ثم هلك النصاب أو هلك بعضه قبل الحول ، خرج المدفوع عن أن يكون زكاة ، وهل يثبت له الرجوع فيما دفع ؟

ينظر فيه ، فان لم يبين انها زكاة معجلة لم يجز له الرجوع لأن الظاهر ان ذلك زكاة واجبة أو صدقة تطـوع ، وقد لزمت بالقبض فلم يملك الرجوع ، وان بين أنها زكاة معجله ثبت له الرجوع لأنه دفـع عما يستقر فى الثانى ، فاذا طرأ ما يمنع الاستقرار ثبت له الرجوع ، كما لو عجل أجرة الدار ثم انهدمت الدار قبل انقضاء المدة ، وان كان الذى عجل هو السلطان أو المصدق من قبله ثبت له الرجوع بين أو لم يبين • لأن السلطان لا يسترجعه لنفسه فلم يلحقه تهمة ، وان عجـل الزكاة عن نصـاب ثم ذبح شاة او اتلفها فهل له أن يرجع ؟ فيه وجهـان • (أحدهما) يرجع لانه زال شرط الوجوب قبل الحول ، فتبت له الرجوع كما لو هلك بغير فعله (والثانى) لا يرجع لانه مفرط ، وربما أتلف ليسترجع ما دفع فلم يجز له أن يرجع • واذا رجع فيما دفع وقد نقص فى يد الفقير لم يلزمه ضمان ما نقص فى أصح الوجهين ، لانه نقص فى ملكه فلم يلزمه ضمانه ، ومن أصحابنا من قال : يلزمه لأن ما ضمن عينه اذا هلك ضمن نقصانه اذا نقص كالمغصوب ، وان زاد المدفـوع نظـرت ــ فان كانت زيادة لا تتميز كالسمن ــ رجع فيه مع الزيادة ، لأن السمن يتبع الأصل فى الرد كما نقول فى الرد بالعيب وان زاد زيادة تتميز كالولد واللبن ، لم يجب رد الزيادة ، لأنها زيادة حدثت فى ملكه ، فلم يجب ردها مع الأصل كولد المبيعة فى الرد بالعيب • وان هلك المدفوع فى يد الفقير لزمه قيمته • وفى القيمة وجهان : (أحدهما) يلزمه قيمته يوم التلف كالعارية • (والثانى) يلزمه قيمته يوم الدفع ، لان ما حصـل فيه من زيادة حدثت فى ملكه فلم يلزمه ضمانها) •

(**الشرح**) قال أصحابنا : اذا عجل زكاته ثم هلك النصاب أو بعضه قبل تمام الحول خرج المدفوع عن كونه زكاة بلا خلاف ، لأن شرط الزكاة الحول ولم يوجد (وأما) الرجوع بها على المدفوع اليه ــ فان كان الدافع هو المـالك الذى وجبت عليه الزكاة ، وبين عند الدفع أنها زكاة معجلة ، وقال : ان عرض مانع من وجوبها استرجعتها ــ فله الرجـوع بلا خلاف • وان اقتصر على قوله : هذه زكاة معجلة أو علم القابض ذلك • ولم يذكر الرجوع فطريقان (أصحهما) القطع بجواز الرجوع • وبه قطـع المصـنف والجمهـور • (والثـانى) فيـه وجهـان (أصحهما) هـذا (والثانى) لا رجـوع ، حـكاه امام الحرمـين وآخرون لأن التمليك وجد • فاذا لم يقع فرضا وقع نفـلا ، كما لو

قال : هذه صدقتى المعجلة ، فان وقعت الموقع والا فهى نافلة • فانه يصح ولا رجوع له اذا لم تقع الموقع بلا خلاف • ذكره امام الحرمين قال : وهذا الخلاف قريب من الخلاف السابق فيمن صلى الظهر قبل الزوال أنها هل تنعقد نفلا ؟ وله نظائر سبقت هناك ، وان دفعها الامام أو الساعى وذكر أنها معجلة ، ولم يشترط الرجوع ثبت الاسترداد بلا خلاف ، ووافق عليه القائلون بالوجهين فيما لو قال المالك : معجلة فقط ، وان دفع الامام أو الساعى أو المالك ولم يقل انها معجلة ولا علمه القابض ، ففيه ثلاثة أوجه حكاها امام الحرمين وغيره (أحدها) يثبت الرجوع مطلقا لأنه لم يقع الموقع (والثانى) لا يثبت مطلقا لتفريط الدافع (والثالث) ان دفع الامام أو الساعى رجع ، وان دفع المالك فلا لما ذكره المصنف ، وبهذا الثالث قطع المصنف وجمهور العراقيين ، ورجح الرافعى الأول ، وحكاه صاحب الشامل والبيان عن الشيخ أبى حامد •

وقال البغوى والسرخسى : نص الشافعى فى الامام أنه يسترد ، وفى المالك لا يسترد ، فمن أصحابنا من قال : فيهما قولان (أحدهما) يسترد كما لو دفع اليه مالا ظانا أن له عليه دينا فلم يكن ، فانه يسترده بلا خلاف (والثانى) لا يسترد لأن الصدقة قد تقع فرضا وقد تقع تطوعا ، فاذا لم تقع فرضا وقعت تطوعا ، كما لو أخرج زكاة ماله الغائب ظانا بقاءه فبان تالفا ، فانه يقع تطوعا ، ومنهم من فرق عملا بظاهر النص ، فقال : يسترد الامام دون المالك ، لأن المالك يعطى من ماله الفرض والنفل ، فاذا لم يقع فرضا وقع نفلا ، والامام لا يعطى من مال الغير الا فرضا ، فكان دفعه المطلق كالمقيد بالفرض • قالا : ومنهم من قال : لا فرق بين الامام والمالك ، والمسألة على حالين ، فقوله : يسترد اذا أعلم المدفوع اليه أنها زكاة معجلة • وحيث قال (لا يسترد) أراد اذا لم يعلمه التعجيل ، سواء أعلمه أنها زكاة مفروضة أم لا •

فان أثبتنا الرجوع عند الاطلاق فقال المالك : قصدت بالمدفوع التعجيل ، وأنكر القابض ذلك ، فالقول قول المالك بيمينه ، ولو ادعى المالك علم القابض بالتعجيل فالقول قول القابض بلا خلاف ، لأنه أعلم بعلمه ، وهل يحلف ؟ فيه وجهان (أصحهما) يحلف • قال الماوردى :

وهو قول أبى يحيى البلخى ، لأنه لو اعترف بما قاله الدافع لضمن (والثانى) لا يحلف لأن دعوى رب المال تخالف الظاهر فلم تسمع ، فان قلنا : يحلف ، حلف على نفى العلم • قال الماوردى : ولو وقع النزاع بين الدافع ووارث القابض صدق الوارث ، وهل يحلف ؟ فيه الوجهان كالقابض • واذا قلنا : لا رجوع اذا لم يذكر التعجيل ولا علمه القابض فتنازعا فى ذكره ، أو قلنا : يشترط التصريح باشتراط الرجوع فتنازعا فيه ، أو دفع الامام وقلنا : يشترط لرجوعه أن يبين كونها معجلة فتنازعا فيه ، فوجهان مشهوران حكاهما الماوردى والبغوى وآخرون (أصحهما) يصدق الدافع بيمينه ، كما لو دفع ثوبا الى انسان وقال : دفعته عارية ، وقال القابض : بل هبة ، فالقول قول الدافع بيمينه (والثانى) يصدق القابض بيمينه لاتفاقهما على أنه ملك المقبوض • قال الماوردى : ولا بد من يمينه هنا بلا خلاف على هذا الوجه ، وقال : ويحلف على البت •

قال أصحابنا : هذا كله اذا عرض مانع يمنع من استحقاق القابض الزكاة ، فان لم يعرض فليس له الاسترداد بلا سبب لأنه تبرع بالتعجيل ، فهو كمن عجل دينا مؤجلا ليس له استرداده ، ولو قال : هذه زكاتى أو صدقتى المفروضة ، فطريقان حكاهما امام الحرمين وآخرون (أحدهما) أنه كمن ذكر التعجيل دون الرجوع (وأصحهما) أنه كمن لم يذكر شيئا أصلا ، وقطع العراقيون بأن المالك فى هذه الصور لا يسترد وأن الامام يسترد ، والله أعلم •

(**فرع**) هذا الذى ذكرناه كله فيما اذا عرض مانع يمنع من وقوع المدفوع زكاة ، كموت القابض وتغير حاله وتلف النصاب ونقصه أو تغير صفته بأن كان سائمة فعلفها وغير ذلك ، قال أصحابنا : فحيث قلنا : له الرجوع لو تلف النصاب أو بعضه فأتلفه المالك أو أتلف منه ما نقص به النصاب — فان كان لحاجة كالنفقة أو الخوف عليه أو ذبحه للأكل أو غير ذلك — ثبت الرجوع قطعا ، وان كان لغير حاجة فوجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) يثبت الرجوع ، قال صاحب البيان : هذان الوجهان حكاهما الاصطخرى •

(فــرع) قال أصحابنا : متى ثبت الرجوع فان كان المعجــل تالفا ضمنه القابض ان كان حيا وورثته فى تركته ان كان ميتا ببدله • فان كان مثليا كالدراهم ضمنه بمثله ، وان كان متقوما ضمنه بقيمته بسواء كان حيوانا أو غيره • هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور ، وقال المــاوردى : ان كان حيوانا فهل يضمنه بقيمته أم بمثله من حيث الصــورة ؟ فيه وجهان كالوجهين فيمن اقترض حيوانا فماذا يرد ؟ قال : ومأخذ الخلاف أن الشافعى قال : يرد مثل المعجل ، فمنهم من حمله على اطلاقه وظاهره ومنهم من حمله على المثلى ، فاذا قلنا بالمذهب وهو الرجوع بالقيمة فهل يلزمه قيمته يوم الدفع أم يوم التلف ؟ فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) يوم الدفع ، صححه المــاوردى والبندنيجى ، وصححه السرخسى والرافعى وغيرهم •

وقال امام الحرمين : وينقدح عندى وجه ثالث وهو ايجاب أقصى القيم من يوم القبض الى التلف ، بناء على أنا نتبين أن الملك ليس حاصلا للقابض ، ونتبين أن اليد يد ضمان كما فى المستام ، وهذا بعيد فى هذا المقام مع ثبوت ظاهر الملك للقابض ، وهذا الثالث الذى ذكره امام الحرمين ذكره السرخسى وجها للأصحاب وضعفه • وحكى البندنيجى وجها رابعا أنه يعتبر قيمته يوم الرجوع وهو غلط • هذا كله اذا كانت العين تالفة ، فان كانت باقية بحالها بغير زيادة ولا نقص رجع فيها ودفعها أو غيرها الى مستحق الزكاة ان بقى الدافع وماله بصفة الوجوب ، ولا يتعين صرف عين المــأخوذ فى الزكاة ، لان الدفع لم يقع عن الزكاة المجزئة فهو باق على ملك المــالك وعليه الزكاة فله اخراجها من حيث شاء ، وان كان الدافع هو الامام أخذ المدفــوع ، وهل يصرفه الى المستحقين بغير اذن جديد من المــالك ؟ فيه وجهان (أصحهما) الجواز وبه قطع البغوى •

وان أخذ الامام القيمة عند تلف المعجل فهل يجزىء صرفها الى المستحقين ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجزىء لأن القيمة لا تجزىء عندنا ، قال الرافعى (وأصحهما) يجزىء لأنه دفع العين أولا ، وعلى هذا ففى افتقاره الى اذن جديد من المــالك الوجهان كالعين (أصحهما) لا يفتقــر • وان كان المعجــل باقيا ولكنه ناقص يرجع فيه ، وهل له

أرش نقصه ؟ فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) وظاهر النص لا أرش له كذا صححه المصنف وجمهور الأصحاب ، وجزم به القاضي ابو الطيب فى المجـرد ، ونقله عن نصه فى الأم ، وبه قال القفال كمن وهب لولده ورجع والعين ناقصة • ومن قال بالرجوع فرق بأن الموهوب لو تلف كله لم يغرمه الولد فنقصه أولى بخلاف مسألتنا ، فان أراد دفعـه بعد استرجاعه عن زكاته الى فقير آخـر أو الى ورثة القابض الأول لم يجـز لنقصانه الا أن يكون ماله بصفته • وان كان المعجل زائدا زيادة متصـلة كالسمن والكبر أخذه مع زيادته بلا خلاف • وان كانت زيادة منفصـلة كالولد واللبن والصـوف فطريقان (الصحيح) الذى قطع به المصنف والجمهور ونص عليه الشافعى أنه يرجع فى الأصل دون الزيادة وتكون الزيادة للقابض لأنها حدثت فى ملكه (والثانى) فيه وجهان حكاهما امام الحرمين والبغوى والسرخسى وغيرهم (أصحهما) هذا لما ذكره المصنف وقياسا على ولد المبيع المردود بعيب اذا حدث بين البيع والرد فانه لا يرد بلا خلاف (والثانى) يرجع فى الأصل والزيادة لأنه بخروجه عن الاستحقاق تبينا أنه لم يملك •

قال البغوى وغيره : هذا الذى ذكرناه هو فيما اذا كان القابض حال القبض ممن يستحق الزكاة • فأما ان بان أنه كان يوم القبض غير مستحق ، كغنى وعبد وكافر فانه يسترد ما دفعه اليه بزوائده المتصلة والمنفصـلة ويغرمه أرش النقص بلا خلاف فى هذا كله وان كان يوم حلول الحول بصفة الاستحقاق لأن الدفع لم يقع صحيحا محسـوبا عن الزكاة • قال امام الحرمين : وحيث جرت حالة تستوجب الاسترجاع فلا حاجة الى نقض الملك والرجوع فيه بل ينتقض الملك أو يتبيـن أن الملك لم يحصل من أصله أو حصل ثم انتقض ، قال : وليس كالرجوع فى الهبة فان الراجع بالخيار ان شاء أدام ملك المتهب وان شاء رجـع لأن القابض هنا لم يملك الا بسبب الزكاة فاذا لم تقع زكاة زال الملك •

ثم قال الامام : وهذا الذى ذكرناه من الخلاف فى الرجوع بأرش النقص أو الزيادة المنفصلة هو فيما اذا جرت الزيادة والنقص قبل حدوث السبب الموجب للرجوع ، فأما اذا جرت الزيادة بعده فلا شك أنهـا للراجع فانها انما حدثت فى ملكه كما ذكرناه • قال : وان حصل نقص أو

تلف بعد سبب الرجوع فالوجه عندى وجوب الضمان لأن العين لو تلفت فى يد القابض وهى على ملكه ثم حدث سبب الرجوع ضمنها فتلفها بعده أولى بوجوب الضمان • كما أن المستعير يضمن سواء تلفت قبل التمكن من الرد أو بعده • ولأن المقبوض عن الزكاة المعجلة دفع زكاة فاذا لم يقع عنها فهو مضمون • قال امام الحرمين : وذكر الصيدلانى عن القفال أنه كان يستشهد فى مسألة النقص أنه لا يرجع بأرشه اذا رجع فى العين بمسألة وهى أن من اشترى ثوبا وقبضه وسلم ثمنه ، ثم اطلع على عيب قديم بالثوب فرده وصادف الثمن ناقص الصفة قال يأخذه ناقصا ولا شىء له فى مقابلة النقص • قال الامام : وهذا مشكل ، فانه لو قدر تلف الثمن رجع ببدله فالزامه الرضا به معيبا بعد الرد بعيد (قلت) الصواب المتعين قول القفال ، والله أعلم •

(فـــرع) لو كان المعجل بعيرين أو شاتين ، فتلف أحدهما وبقى الآخر ووجد سبب الرجوع رجع فى الباقى وبدل التالف ، وفى بدله الخلاف السابق قريبا (الأصح) قيمته (والثانى) مثله وممن صرح بالمسألة المـــاوردى •

(فـــرع) المذهب الذى قطع به الجمهور أن القابض يملك المعجل ملكا تاما ، وينفذ تصرفه ظاهرا وباطنا • وفيه وجه حكاه امام الحرمين والرافعى وآخـــرون أنه موقوف فان عرض مانع تبينا عدم الملك والا تبينا الملك فلو باع القابض ثم طرأ المـــانع (فان قلنا) بالمذهب استمر البيع على صحته والا تبينا بطلانه ، ولو كانت العين باقية فأراد القابض رد بدلها دونها ، فان قلنا بالوقف فله ذلك ، وان قلنا بالمذهب ففى جواز الابدال الخلاف المشهور فى مثله فى القرض ، بناء على أنه يملكه بالقبض أم بالتصرف ؟ (فان قلنا) بالتصرف فليس له (وان قلنا) بالقبض وهو الأصح فوجهان (أصحهما) ليس له (والثانى) له • قال امام الحرمين : اذا أثبتنا الرجوع ففيه تقديران لم يصرح بهما الأصحاب وحوم عليهما صاحب التقريب (أحدهما) أنا نتبين أن ملك الدافع لم يزل ، وكان الملك موقوفا (والثانى) أن المدفوع متردد بين الزكاة والقرض ، فان وقعت الزكاة موقعها والا فهو قرض • قال الامام : وهـــذا فى نهاية الحسن • قال فعلى هذا (ان قلنا) القرض لا يملك الا بالتصرف لم يكن للقابض

الابدال ، والا فوجهان • قال : ولو باعها ثم طرأ المانع فذكر نحو ما سبق • والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان عجل الزكاة ودفعها الى فقير فمات الفقير أو ارتد قبل الحول لم يجزئه المدفوع عن الزكاة وعليه أن يخرج الزكاة ثانيا • فان لم يبين عند الدفع أنها زكاة معجلة لم يرجع • وان بين رجع • واذا رجع فيما دفع نظرت ــ فان كان من الذهب أو الفضة واذا ضمه الى ما عنده بلغ النصاب ــ وجبت فيه الزكاة • لأنه قبل أن يموت الفقير كان كالباقى على [حكم] ملكه • ولهذا لو عجله عن النصاب سقط به الفرض عند الحول • فلو لم يكن كالباقى على حكم ملكه لم يسقط به الفرض • وقد نقص المال عن النصاب • ولأنه لما مات صار كالدين فى ذمته • والذهب والفضة اذا صارا دينا لم ينقطع الحول فيه • فيضم الى ماعنده [وزكاه] وان كان الذى عجل شاة ففيه وجهان (أحدهما) يضم الى ما عنده كما يضم الذهب والفضة (والثانى) لا يضم لأنه لما مات صار كالدين • والحيوان اذا كان دينا لا تجب فيه الزكاة • وان عجل الزكاة ودفعها الى فقير فاستغنى قبل الحول نظرت ــ فان استغنى بما دفع اليه ــ أجزأه لأنه دفع اليه ليستغنى به • فلا يجوز أن يكون غناه به مانعا من الاجزاء • ولأنه زال شرط الزكاة من جهة الزكاة فلا يمنع الاجزاء • كما لو كان عنده نصاب فعجل عنه شاة • فان المال قد نقص عن النصاب • ولم يمنع الأجزاء عن الزكاة • وان استغنى من غيره لم يجزه عن الزكاة • وعليه أن يخرج الزكاة ثانيا • وهل يرجع ؟ على ما بيناه • وان دفع الى فقير ثم استغنى ثم افتقر قبل الحول وحال الحول وهو فقير ففيه وجهان (أحدهما) لا يجزئه • كما لو عجل زكاة ماله ثم تلف ماله • ثم استفاد غيره قبل الحول (والثانى) أنه يجزئه لأنه دفع اليه وهو فقير • وحال الحول عليه وهو فقير) •

(**الشرح**) قال أصحابنا : شرط كون المعجل زكاة مجزئا بقاء القابض بصفة الاستحقاق الى آخر الحول ، فلو ارتد أو مات أو استغنى بغير

المـــال المعجل قبل الحول لم يحسب عن الزكاة بلا خلاف ، وان استغنى بالمدفوع من الزكوات أو به وبغيره لم يضر ، ويجـــزئه المعجل بلا خلاف •

قال القاضى أبو الطيب فى المجـــرد : قال أبو اسحاق : وهكذا لو تصرف فى المدفوع فاستغنى بربحه ونمائه أجزأ بلا خلاف ، لأنا دفعنا اليه ليفعل ذلك ويستغنى به • قال أصحابنا : فان عرض مانع فى أثناء الحـــول ثم زال فى أثنائه ، وصار عند تمام الحـــول بصفة الاستحقاق أجزأ المعجل على أصح الوجهين ، لأنه من أهل الزكاة فى الطرفين ، وممن صححه القاضى أبو الطيب والرافعى •

ويشترط فى الدافع بقاؤه الى آخـــر الحول بصفة من تلزمه الزكاة ، فلو ارتد وقلنا : الردة تمنع وجـــوب الزكاة أو مات أو تلف كل ماله أو نقص هو والمعجل عن النصـــاب ، أو باعه ، لم يكن المعجـــل زكاة ، وان أبقينا ملك المرتد وجوزنا اخـــراج الزكاة فى حال الردة أجـــزأه المعجل ، وقد سبق فى اجزائها فى حال الردة خلاف فى أول كتاب الزكاة ، وهل يحسب فى صورة الموت عن زكاة الوارث ؟ قال الأصحاب : ان قلنا الوارث يبنى على حول المورث أجزأه والا فلا على أصح الوجهين ، وبه قطع السرخسى وآخرون ، لأنه تعجيل قبل ملك النصـــاب (والثانى) يجزئه لأنه قائم مقامه ، وذكر البندنيجى وصاحب البيان أن هذا هو المنصوص قالا : ومن قال بالأول حمل النص على أنه تفريع على القديم •

(فان قلنا) يحسب فتعددت الورثة حكم بالخلطة ان كان المـــال ماشية أو غير ماشية وقلنا بثبوت الخلطة فى غيرها ، فأما ان قلنا لا تثبت ونقص نصيب كل واحد عن النصـــاب ، أو اقتسموا ونقص نصيب كل واحد عن النصاب فينقطع الحـــول ولا تجب الزكاة على الصحيح ، وفيه وجه ضعيف أنهم يصيرون كشخص واحد • قال أصحابنا : والمعجـــل مضموم الى ما عند الدافع ، نازل منزلة ما لو كان فى يده فلو عجل شاة من أربعين ثم حال الحول ولم يطـــرأ مانع أجزأه ما عجل ، وكانت تلك الشاة بمنزلة الباقيات عنده فى شيئين فى اتمام النصاب بها وفى اجزائها ،

وسواء كانت باقية فى يد الفقير أو تالفة ، ثم ان تم الحول بعد التعجيل والمال على حاله أجزأه كما ذكرناه ، وفى تقديره اذا كان الباقى دون النصاب بأن أخرج شاة من أربعين وجهان (الصحيح) الذى قطع به الأصحاب أن المعجل كالباقى على ملكه حتى يكمل به النصاب ويجزىء ، وليس بباق فى ملكه حقيقة ، وقال صاحب التقريب : يقدر كأن الملك لم يزل لينقضى الحول وفى ملكه نصاب ، واستبعد امام الحرمين هذا وقال : تصرف القابض نافذ بالبيع والهبة وغيرهما ، فكيف يقال ببقاء ملك الدافع ؟ قال الرافعى : هذا الاستبعاد صحيح ان أراد صاحب التقريب بقاء ملكه حقيقة ، وان أراد ما قاله فقوله صواب •

(وأما) اذا طرأ مانع من كون المعجل زكاة فينظر — ان كان الدافع أهلا للوجوب وبقى فى يده نصاب — لزمه الاخراج ثانيا ، وان كان دون نصاب فحيث لا يثبت الاسترداد أو يثبت ولا يبلغ الباقى مع المسترد نصابا لا زكاة بلا خلاف وكأنه تطوع بشاة قبل الحول ، وحيث ثبت الاسترداد فاسترد وتم بالمسترد النصاب ، فيه ثلاثة أوجه مشهورة فى كتب العراقيين والسرخسى وغيرهم • (أحدها) يستأنف الحول ولا زكاة للماضى ، لنقص ملكه عن النصاب ، (والثانى) ان كان ماله نقدا زكاه لما مضى • وان كان ماشية فلا • لأن السوم شرط فى زكاة الماشية ، وذلك لا يتصور فى حيوان فى الذمة (وأصحها) عندهم تجب الزكاة لما مضى مطلقا ، لأن المدفوع كالباقى على ملكه ، وبهذا قطع البغوى بل لفظه يقتضى وجوب الاخراج ثانيا قبل الاسترداد — اذا كان المخرج بعينه باقيا فى يد القابض •

وقال صاحب التقريب : اذا استرد وقلنا كأن ملكه زال لم يلزمه زكاة الماضى (وان قلنا) يتبين أن ملكه لم يزل لزمه زكاة الماضى ، قال امام الحرمين : وعلى هذا التقدير الثانى الشاة المقبوضة حصلت الحيلولة بين المالك وبينهما ، فيجىء فيها الخلاف فى المغصوب والمجحود • قال الرافعى : وكلام العراقيين يشعر بجريان الأوجه الثلاثة مع تسليم زوال الملك عن المعجل ، قال : وكيف كان ، فالأصح عند الجمهور وجوب الزكاة للماضى قال البغوى : فلو عجل من ألف شاة عشرا فتلف ماله قبل الحول الا ثلاثمائة وتسعين ، وكانت العشرة باقية

فى يد القابض ، ضمت الى ما عنده حيث ثبت الاسترداد ، فيصير المال أربعمائة ، وواجبه أربع شياة ، فيحسب أربعا عن الزكاة ، ويسترد ستا ان كان القابض بصفة الاستحقاق ، والا فيسترد العشر ويخرج أربعا هذا كله اذا كان المدفوع باقيا فى يد القابض ، أما اذا كان المدفوع تالفا فى يد القابض ، فان كان الباقى فى يد المالك نصابا لزمته الزكاة لحوله بلا خلاف ، والا فقد صار الضمان دينا فى ذمته ، فان أوجبنا تجديد الزكاة اذا كان باقيا جاء هنا قولا وجوب الزكاة فى الدين (الأصح) الوجوب ، هذا ان كان المزكى نقدا ، فان كان ماشية لم تجب الزكاة بحال ، لأن الواجب على القابض القيمة ، فلا يكمل بها نصاب الماشية ، وقال أبو اسحاق المروزى : تقام القيمة مقام العين هنا ، نظرا للمساكين ، والصحيح الأول ، وبه قطع الأكثرون • والله أعلم •

(فـرع) لو كان المدفوع اليه الزكاة المعجلة يوم الدفع غنيا ، ويوم الوجوب فقيرا لم تقع عن الزكاة بلا خلاف ، نقل الاتفاق عليه البندنيجى وغيره •

(فـرع) لو عجل بنت مخاض عن خمس وعشرين بعيرا فبلغت بالتوالد ستا وثلاثين قبل الحول لم يجزئه بنت المخاض المعجلة وان كانت قد صارت بنت لبون فى يد القابض بل يستردها ويخرجها ثانيا أو بنت لبون أخرى هكذا ذكروه ، وذكره البغوى ثم قال لنفسه : فان كان المخرج تالفا والنتاج لم يزد على أحد عشر فلم تكن ابله ستا وثلاثين الا بالمخرج ، ينبغى ألا تجب بنت لبون لأنا انما نجعل المخرج كالباقى فى يد الدافع اذا حسبناه ، أما اذا لم يقع محسوبا عنها فلا ، بل هو كهلاك بعض المال قبل الحول ، قال الرافعى : الوجه الثالث السابق عن العراقيين وصححوه ينازع فى هذا •

(فـرع) لو عجل الزكاة فمات المدفوع اليه قبل الحول فقد سبق أنه لا يقع المدفوع زكاة ، ويسترد من تركة الميت ، وتجب الزكاة ثانيا على المالك ان بقى معه نصاب ، وكذا ان تم نصابا بالمرجوع به على الخلاف السابق ، هذا اذا كان الميت موسرا فلو مات معسرا لا شىء له ، ففيه ثلاثة أوجه حكاها السرخسى • (أحدها) وهو القياس

الذى يقتضيه كلام الجمهور أنه يلزم المالك دفع الزكاة ثانيا الى المستحقين ، لأن القابض ليس من أهل الزكاة وقت الوجوب . (والثانى) يجزئه هذا المعجل هنا للمصلحة مراعاة لمصلحة التعجيل والرفق بالمساكين ، فلو لم نقل بالاجزاء نفر الناس عن التعجيل خوفا من هذا . (والثالث) أن الامام يغرم للمالك من بيت المال قدر المدفوع ، ويلزم المالك اخراج الزكاة جمعا بين المصلحتين والدليلين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان تسلف الوالى الزكاة وهلك فى يده نظرت — فان تسلف بغير مسألة — ضمنها لأن الفقراء أهل رشد فلا يولى عليهم . فاذا قبض مالهم بغير اذنهم قبل محله وجب عليه الضمان . كالوكيل اذا قبض مال موكله قبل محله بغير اذنه . وان تسلف بمسألة رب المال . فما تلف من ضمان رب المال . لأنه وكيل رب المال . فكان الهلاك من ضمان الموكل . كما لو وكل رجلا فى حمل شىء الى مكان فهلك فى يده . وان تسلف بمسألة الفقراء فما هلك من ضمانهم . لأنه قبض باذنهم فصار كالوكيل اذا قبض دين موكله باذنه فهلك فى يده . وان تسلف بمسألة الفقراء ورب المال ففيه وجهان : (أحدهما) أن ما يتلف من ضمان رب المال . لأن جنبته أقوى لأنه يملك المنع والدفع (والثانى) أنه من ضمان الفقراء لأن الضمان يجب على من له المنفعة ولهذا يجب ضمان العارية على المستعير . والمنفعة ههنا للفقراء فكان الضمان عليهم) .

(الشرح) قوله : أهل رشد — بضم الراء واسكان الشين — ويجوز بفتحهما (وقوله) يولى عليهم هو — باسكان الواو وتخفيف اللام — أى لا يثبت عليهم بغير اذنهم بخلاف الصبى والمجنون والسفيه (وقوله) لأن جنبته هى — بفتح الجيم والنون .

(وأما الأحكام) فاختصرها المصنف وهى مبسوطة فى كتب الأصحاب ولخصها الرافعى ، ومختصر ما نقله أن الامام اذا أخذ من المالك مالا

للمساكين قبل تمام حوله فله حالان (أحدهما) يأخذه بحكم القرض ، فينظر — ان اقترض بسؤال المساكين — فهو من ضمانهم سواء تلف فى يده أو بعد تسليمه اليهم ، وهل يكون الامام طريقا فى الضمان حتى يؤخذ منه ويرجع هو على المساكين أم لا ؟ ينظر — ان علم المقرض أنه يقترض للمساكين باذنهم — لم يكن طريقا فى أصح الوجهين وان ظن المقرض أنه يقترض لنفسه أو للمساكين من غير سؤالهم فله الرجوع على الامام ، ثم الامام يأخذه من مال الصدقة أو يحسبه عن زكاة المقرض ، ولو أقرضه المالك للمساكين ابتداء من غير سؤالهم فتلف فى يد الامام بلا تفريط فلا ضمان على المساكين ولا على الامام لأنه وكيل للمالك • ولو اقترض الامام بسؤال المالك والمساكين جميعا فهل هو من ضمان المالك أو المساكين ؟ فيه وجهان يأتى بيانهما فى الحال الثانى ان شاء الله تعالى ، وان اقترض بغير سؤال المالك والمساكين نظر ان اقترض ولا حاجة بهم الى الاقتراض وقع القرض للامام وعليه ضمانه من خالص ماله ، سواء تلف فى يده أو دفعه الى المساكين ، ثم ان دفع اليهم متبرعا فلا رجوع ، وان أقرضهم فقد أقرضهم مال نفسه فله حكم سائر القروض •

وان كان اقترض لهم وبهم حاجة وهلك فى يده فوجهان (أحدهما) أنه من ضمان المساكين يقضيه الامام من مال الصدقة ، كالولى اذا اقترض لليتيم فهلك المال فى يده بلا تفريط يكون الضمان فى مال اليتيم (وأصحهما) يكون الضمان من خالص مال الامام لأن المساكين غير متعينين ، وفيهم أهل رشد أو أكثرهم أهل رشد لا ولاية عليهم ، ولهذا لا يجوز منع الصدقة عنهم بلا عذر ولا التصرف فى مالهم بالتجارة ، وانما يجوز الاقتراض لهم بشرط سلامة العاقبة بخلاف اليتيم • فأما اذا دفع المال الذى اقترضه اليهم فالضمان عليهم والامام طريق ، فاذا أخذ الزكوات والمدفوع اليه بصفة الاستحقاق فله أن يقضيه من الزكوات ، وله أن يحسبه عن زكاة المقرض ، وان لم يكن المدفوع اليه بصفة الاستحقاق عند تمام حول الزكوات لم يجز قضاؤه منها ، بل يقضى من مال نفسه ثم يرجع على المدفوع اليه ان وجد له مالا •

(الحال الثانى) أن يأخذ الامام المال ليحسبه عن زكاة المأخوذ منه عند تمام حوله ، وفيه أربع مسائل كالقرض (احداها) أن يأخذ

بسؤال المساكين ، فان دفع اليهم قبل الحول وتم الحـول وهم بصـفة الاستحقاق والمـالك بصفه الوجوب ، وقع الموقع ، وان خرجوا عن الاستحقاق فعليهم الضمان وعلى المـالك الاخـراج ثانيا وان تلف فى يده قبل تمام الحـول بغير تفريط نظر ان خرج المـالك عن صفة وجوب الزكاة عليه فله الضمان على المساكين وهل يكون الامام طريقا ؟ فيه وجهان كما فى الاقتراض ، وان لم يخـرج عن أن تجب عليه الزكاة فهل يقع المخـرج عن زكاته ؟ فيه وجهان (أصحهما) يقع ، وبه قطـع ابن الصباغ والمتولى (والثانى) لا يقـع • فعلى هذا له تضـمين المساكين • وفى تضمين الامام وجهان ، فان لم يكن للمساكين مال صرف الامام اذا اجتمعت عنده الزكوات ذلك القـدر الى آخرين عن جهة الذى تسلف منه •

ثم المذهب الصحيح الذى قطع به الجمهور أنه لا فرق بين أن يكون المساكين متعينين أم لا فالحكم فى المسـألة ما سبق • وحكى السرخسى وجهين (أحدهما) هذا (والثانى) أن صورة المسألة أن يكونوا متعينين ، فان لم يتعينوا فلا أثر لسؤالهم ويكون الحكم كما سيأتى ان شاء الله تعالى فى المسـألة الرابعة اذا تسلف بغير مسـألة أحد لأنه لا اعتبار بطلب غير المتعينين • وذكر السرخسى أيضا وجها فى المتعينين أنه لا اعتبار بطلبهم ، بل يكون من ضمان الامام ، لأنه لا يلزم من تعينهم حال الطلب تعينهم حال الوجوب • وهذان الوجهان شاذان ضعيفان مردودان •

(المسـألة الثانية) أن يتسلف بسؤال المـالك ، فان دفع الى المساكين وتم الحـول وهم بصفة الاستحقاق وقع الموقـع ، والا رجع المـالك على المساكين دون الامام • وان تلف فى يد الامام لم يجـزىء المـالك • سواء تلف بتفريط الامام أم بغير تفريط كالتالف فى يد الوكيل • ثم ان تلف بتفريط الامام فعليه ضمانه للمالك ، وان تلف بغير تفريط فلا ضمان عليه ولا على المساكين •

(الثالثة) أن يتسلف بسؤال المـالك والمساكين جميعا (فالأصح) عند صاحب الشامل والأكثرين أنه من ضمان المساكين (والثانى) من ضمان المـالك •

(الرابعة) أن يتسلف بغير سؤال المالك والمساكين لما رأى من حاجتهم • فهل تكون حاجتهم كسؤالهم ؟ فيه وجهان (أصحهما) لا يكون • فعلى هذا ان دفعه اليهم وخرجوا عن الاستحقاق قبل تمام الحول استرده الامام منهم ودفعه الى غيرهم • وان خرج الدافع عن أهلية الوجوب استرده ورده اليه ، فان لم يكن للمدفوع اليه مال ضمنه الامام من مال نفسه فرط أم لم يفرط • وعلى المالك اخراج الزكاة ثانيا ان بقى من أهل الوجوب • وفى وجه ضعيف لا ضمان على الامام • ثم الوجهان فى تنزل الحاجة منزلة سؤالهم هما فى حق البالغين • أما اذا كانوا غير بالغين فيبنى على أن الصبى هل تدفع اليه الزكاة من سهم الفقراء والمساكين أم لا ؟ فان كان له من تلزمه نفقته كأبيه وغيره فوجهان (أصحهما) لا تدفع اليه وان لم يكن فالصحيح أنها تدفع له الى قيمه (والثانى) ــ لا ــ لاستغنائه بسهمه من الغنيمه ، فان جوزنا الصرف اليه فحاجة الأطفال كسؤال البالغين ، فتسلف الامام الزكاة واستقراضه لهم كاستقراض قيم اليتيم • هذا اذا كان الذى يلى أمرهم الامام ، فان كان واليا مقدما على الامام فحاجتهم كحاجة البالغين ، لأن لهم من يسأل التسلف لو كان مصلحة لهم • أما اذا قلنا لا يجوز الى الصبى فلا تجىء هذه المسألة فى سهم الفقراء والمساكين ، وتجىء فى سهم الغارمين ونحوه • واعلم أن فى المسائل كلها لو تلف المعجل فى يد الساعى أو الامام بعد تمام الحول سقطت الزكاة عن المالك لأن الحصول فى يدهما بعد الحول كالوصول الى يد المساكين ، كما لو أخذها بعد الحول ، ثم ان فرط فى الدفع اليهم ضمن من مال نفسه لهم والا فلا ضمان على أحد • وليس من التفريط انتظاره انضمام غيره اليه لقلته ، فانه لا يجب تفريق كل قليل يحصل عنده • قال أصحابنا : والمراد بالمساكين فى هذه المسائل أهل السهمان جميعا ، وليس المراد جميع آحاد الصنف ، بل سؤال طائفة منهم أو حاجتهم • والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فأما ما تجب الزكاة فيه من غير حول كالعشر وزكاة المعدن والركاز فلا يجوز فيه تعجيل الزكاة • وقال أبو على ابن أبى هريرة : يجوز تعجيل العشر (والصحيح) أنه لا يجوز لأن العشر يجب بسبب

واحد وهو ادراك الثمرة وانعقاد الحب • فاذا عجله قدمه على سببه فلم يجز • كما لو قدم زكاة المـال على النصاب) •

(الشرح) قد سبق فى أول الباب أن المال الزكوى ضربان (أحدهما) يتعلق بالحول وسبق شرحه (والثانى) غير متعلق به وهو أنواع (منها) زكاة الفطر ، وسبق فى بابها أنه يجوز تعجيلها فى جميع رمضان ولا يجوز قبله • وفى وجه لا يجوز الليلة الأولى من رمضان ، ووجه يجوز قبل رمضان ، وأوضحناها فى بابها ، ومنها زكاة المعدن والركاز فلا يجوز تقديمها على الحصول بلا خلاف لما ذكره المصنف ومنها زكاة الزرع تجب باشتداد الحب والثمار ببدو الصلاح ، كما سبق فى بابيهما ، وليس المراد أن ذلك وقت الأداء بل هو وقت ثبوت حق الفقراء ، وانما يجب الاخراج بعد تنقية الحب وتجفيف الثمار • قال أصحابنا : والاخراج بعد مصير الرطب تمرا والعنب زبيبا ليس تعجيلا بل واجب حينئذ ولا يجوز التعجيل قبل خروج الثمرة بلا خلاف وفيما بعده أوجه (الصحيح) عند المصنف والأصحاب يجوز بعد بدو الصلاح لا قبله (والثانى) يجوز قبله من حين خروج الثمرة • (والثالث) لا يجوز قبل الجفاف • وأما الزرع فالاخراج عنه بعد التنقية واجب وليس تعجيلا ولا يجوز التعجيل قبل التسنبل وانعقاد الحب ، وبعده فيه ثلاثة أوجه (الصحيح) جوازه بعد الاشتداد والادراك ومنعه قبله (والثانى) جوازه بعد التسنبل وانعقاد الحب (والثالث) لايجوز قبل التنقية •

(فرع) ضبط جماعة من أصحابنا فى هذا الباب ما يجوز تقديمه من الحقوق المالية على وقت وجوبه وما لا يجوز (فمنها) الزكاة والفطرة وسبق بيانهما (ومنها) كفارة اليمين والقتل والظهار ، ولها تفصيل مذكور فى أبوابها (ومنها) كفارة الجماع فى نهار رمضان لايجوز تقديمها على الجماع ، هذا هو المذهب وبه قطع القاضى أبو الطيب فى المجرد هنا وآخرون ، وفى وجه حكاه الرافعى وغيره أنه يجوز • ولو قال : ان شفى الله مريضى فلله على عتق رقبة فأعتق قبل الشفاء لا يجزئه على أصح الوجهين (ومنها) لا يجوز للشيخ الهرم والحامل والمريض الذى لا يرجى برؤه تقديم الفدية على رمضان ، ويجوز

بعد طلوع الفجـــر من يوم رمضان للشيخ عن ذلك اليوم ، ويجـــوز قبل الفجر أيضا على المذهب ، وبه قطع الدارمى ، وقال الرويانى : فيه احتمالان لوالدى • قال الزيادى : وللحامل تقـــديم الفدية على الفطـــر ولا يقـــدم الا فدية يوم واحد ولو أراد تعجيل فدية تأخير قضاء رمضان الى رمضان آخـــر ففى صحته وجهان كتعجيل كفارة الحنث بمعصيته ، ولا يجوز تقـــديم الأضحية قبل يوم العيـــد بلا خلاف (ومنها) دم التمتع والقران • فأما القران فيجـــوز بعد الاحرام بالحج والعمـــرة ولا يجـــوز قبلهما والتمتع يجـــوز بعد الاحـــرام بالحج ولا يجوز قبل الاحرام بالعمرة قطعا وفيما بين ذلك ثلاثة أوجه (الصحيح) يجوز بعد الفراغ من العمـــرة وان لم يحـــرم بالحج ولا يجـــوز قبـــل فراغها (والثانى) لا يجوز قبل الاحرام بالحج (والثالث) يجوز قبل الفراغ من العمرة ، قال القاضى أبو الطيب فى المجـــرد : لو أحرم بالحج فأراد تقـــديم جزاء الصيد فان كان بعـــد جرحه فالمذهب جوازه لوجود السبب ، والا فالمذهب منعه لعدم السبب ، قال : والاحـــرام ليس سببا للجزاء ، قال : وهذا ككفارة قتل الآدمى ان فعلها بعد الجرح جاز ، والا فلا •

فـــــرع

فى مســـائل تتعلق بالباب

(احداها) قال امام الحرمين وغيره : لا يحتاج مخـــرج الزكاة الى لفظ أصلا بل يكفيه دفعها وهو ساكت ، لأنها فى حكم دفع دين الى مستحقه ، قال الامام وجمهور أصحابنا الخراسانيين والمحققـــون من غيرهم : ولا تحتاج صدقة التطـــوع أيضاالى لفظ ، قال الامام : وبهذا عمل الناس كافة كالزكاة ، وأما الهبة والمنحة فلابد فيهما من اللفظ ، وأما الهدية فالمذهب أنها لا تحتاج الى لفظ ، وفيها وجه ضعيف وسنعيد ايضاح هذا كله فى باب الهبة ، وفى الزكاة وجه شاذ عن ابن أبى هريرة أنه يشترط لفظه وسنوضح المسألة ان شاء الله تعالى فى آخـــر قسم الصدقات •

باب قسم الصدقات

القسم هنا وقسم الفيء والقسم بين الزوجات كله ــ بفتح القاف ــ وهو مصدر بمعنى القسمة ومنه الحديث « اللهم هذا قسمى فيما أملك » (وأما) القسم ــ بكسر الكاف ــ فهو النصيب وليس مرادا هنا •

واعلم أن هذا الباب ذكره المزنى وجميع شراح مختصره وجماهير الأصحاب فى آخر ربع البيوع ، مقرونا بقسم الفيء والغنيمة ، ووجه ذكره هناك أن الزكاة تشارك الغنيمة فى أن الامام يقسمها بعد الجمع ، وذكره الامام الشافعى فى الأم هنا متصلا بكتاب الزكاة ، وتابعه المصنف والجرجانى والمتولى وآخرون ، وهو أحسن • والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز لرب المال أن يفرق زكاة الأموال الباطنة بنفسه • وهى الذهب والفضة وعروض التجارة والركاز • لما روى عن عثمان رضى الله عنه أنه قال فى المحرم : « هذا شهر زكاتكم فمن كان عنده دين فليقض دينه ثم ليزك بقية ماله » ويجوز أن يوكل من يفرق لأنه حق مال فجاز أن يوكل فى أدائه كدين الآدميين • ويجوز أن تدفع الى الامام لأنه نائب عن الفقراء • فجاز الدفع اليه كولى اليتيم • وفى الأفضل ثلاثة أوجه : (أحدها) أن الأفضل أن يفرق بنفسه • وهو ظاهر النص • لأنه على ثقة من أدائه • وليس على ثقة من أداء غيره (والثانى) أن الأفضل أن يدفع الى الامام عادلا كان أو جائرا لما روى أن المغيرة ابن شعبة قال لمولى له وهو على أمواله بالطائف : « كيف تصنع فى صدقة مالى ؟ قال : منها ما أتصدق به ، ومنها ما أدفع الى السلطان • فقال : وفيم أنت من ذاك ؟ فقال : انهم يشترون بها الأرض ويتزوجون بها النساء • فقال : ادفعها اليهم • فان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرنا أن ندفعها اليهم » ولأنه أعرف بالفقراء وقدر حاجاتهم • ومن أصحابنا من قال : ان كان عادلا فالدفع اليه أفضل وان كان جائرا فتفرقته بنفسه

أفضل • لقوله صلى الله عليه وسلم « فمن سئلها على وجهها[1] فليعطها ومن سئل فوقه فلا يعطه » ولأنه على ثقة من أدائه الى العادل • وليس على ثقة من أدائه الى الجائر • لأنه ربما صرفه فى شهواته • (فأما) الأموال الظاهرة وهى الماشية والزروع والثمار والمعادن ففى زكاتها قولان (قال فى القديم) يجب دفعها الى الامام ، فان فرقها بنفسه لزمه الضمان ، لقوله عز وجل « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها »[2] ولأنه مال للامام فيه حق المطالبة ، فوجب الدفع اليه كالخراج والجزية • (وقال فى الجديد) يجوز أن يفرقها بنفسه لأنها زكاة فجاز أن يفرقها بنفسه كزكاة المال الباطن) •

(**الشرح**) الأثر المذكور عن عثمان صحيح ، رواه البيهقى فى سننه الكبير فى كتاب الزكاة فى باب الدين مع الصدقة باسناد صحيح عن الزهرى عن السائب بن يزيد الصحابى أنه سمع عثمان بن عفان خطيبا على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « هذا شهر زكاتكم فمن كان منكم عليه دين فليقض دينه حتى تخلص أموالكم فتؤدوا منها الزكاة » قال البيهقى : ورواه البخارى فى الصحيح عن أبى اليمان عن شعيب ، وينكر على البيهقى هذا القول ، لأن البخارى لم يذكره فى صحيحه هكذا ، وانما ذكر عن السائب بن يزيد أنه سمع عثمان بن عفان على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يزد على هذا ، ذكره فى كتاب الاعتصام فى ذكر المنبر ، وكذا ذكره الحميدى فى الجمع بين الصحيحين عن البخارى كما ذكرته ، ومقصود البخارى به اثبات المنبر ، وكأن البيهقى أراد أن البخارى روى أصله لا كله • والله أعلم •

وأما حديث المغيرة فرواه البيهقى فى السنن الكبير باسناد فيه ضعف يسير ، وسمى فى روايته مولى المغيرة فقال : هو هنيد يعنى — بضم الهاء • وهو هنيد الثقفى مولى المغيرة ، وأما الحديث الآخر « فمن سئلها على حقها » فهو صحيح فى صحيح البخارى ، لكن المصنف غيره هنا • وفى أول باب صدقة الابل ، وقد سبق بيانه هناك ، وقد جاءت أحاديث وآثار فى هذا المعنى ، منها عن جرير بن عبد الله قال : « جاء ناس من الأعراب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا : ان أناسا

---

(١) فى بعض النسخ : فمن « سألها » بالبناء للمعلوم (ط) •
(٢) التوبة : ١٠٣ •

من المصدقين يأتوننا فيظلموننا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أرضوا مصدقيكم »(١) رواه مسلم فى صحيحه • وعن أنس رضى الله عنه « أن رجلا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا أديت الزكاة الى رسولك فقد برئت منها الى الله ورسوله ؟ فقال : نعم اذا أديتها الى رسولى فقد برئت منها الى الله ورسوله ، ولك أجرها واثمها على من بدلها » رواه الامام أحمد بن حنبل فى مسنده •

وعن سهيل بن أبى صالح عن أبيه قال : « اجتمع عندى نفقة فيها صدقة ــ يعنى بلغت نصاب الزكاة ــ فسألت سعد بن أبى وقاص وابن عمر وأبا هريرة وأبا سعيد الخدرى أن أقسمها أو أدفعها الى السلطان فأمرونى جميعا أن أدفعها الى السلطان ما اختلف على منهم أحد » وفى رواية فقلت لهم « هذا السلطان يفعل ما ترون فأدفع اليهم زكاتى ؟ فقالوا كلهم : نعم فادفعها » رواهما الامام سعيد بن منصور فى مسنده • وعن جابر بن عتيك الصحابى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « سيأتيكم ركب مبغضون ، فاذا أتوكم فرحبوا بهم وخلوا بينهم وبين ما يبتغون فان عدلوا فلأنفسهم ، وان ظلموا فعليها ، وأرضوهم فان تمام زكاتكم رضاهم وليدعوا لكم » رواه أبو داود والبيهقى وقال : اسناده مختلف • وعن ابن عمر رضى الله عنهما قال : « ادفعوا صدقاتكم الى من ولاه الله أمركم فمن بر فلنفسه ومن أثم فعليها » رواه البيهقى باسناد صحيح أو حسن ، وعن قزعة مولى زياد ابن أبيه أن ابن عمر قال « ادفعوها اليهم وان شربوا بها الخمر » رواه البيهقى باسناد صحيح أو حسن • قال البيهقى : وروينا فى هذا عن جابر بن عبد الله وابن عباس وأبى هريرة رضى الله عنهم •

ومما جاء فى تفريقها بنفسه ما رواه البيهقى باسناد عن أبى سعيد المقبرى واسمه كيسان قال « جئت عمر بن الخطاب رضى الله عنه بمائتى درهم فقلت : يا أمير المؤمنين هذه زكاة مالى قال : وقد عتقت ؟ قلت :

---

(١) وتتمة الخبر : « قال جرير : ما صدر عنى مصدق منذ سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم الا وهو عنى راض » هكذا أورده مسلم فى باب ارضاء السعاة • وقد كان السعاة تحكمهم تعاليم النبى صلى الله عليه وسلم وآداب يوجههم اليها فكان على الناس الا يشاقوهم ولو ترك لكل واحد أن يدعى ظلما وقع عليه لاختل نظام جمع الزكاة ولما وصل شيء الى المساكين • (ط) •

نعم قال : اذهب بها أنت فاقسمها » والله أعلم • وأما قول المصنف : لأنه حق مال فاحتراز من الصلاة ونحوها (وقوله) لأنه مال للامام فيه حق المطالبة احتراز من دين الآدمى •

(أما أحكام الفصل) ففيه مسائل :

(احداها) قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله تعالى : للمالك أن يفرق زكاة ماله الباطن بنفسه ، وهذا لا خلاف فيه ، ونقل أصحابنا فيه اجماع المسلمين ، والأموال الباطنة هى الذهب والفضة والركاز وعروض التجارة وزكاة الفطر ، وفى زكاة الفطر وجه أنها من الأموال الظاهرة ، حكاه صاحب البيان وجماعة ، ونقله صاحب الحاوى عن الأصحاب ثم اختار لنفسه أنها باطنة ، وهذا هو المذهب وبه قطع جمهور الأصحاب منهم القاضى أبو الطيب والمحاملى فى كتابيه وصاحب الشامل والبغوى وخلائق ، وهو ظاهر نص الشافعى ، وهو المشهور ، وبه قطع الجمهور ، ذكر أكثرهم المسألة فى باب زكاة الفطر ، قال أصحابنا : وانما كانت عروض التجارة من الأموال الباطنة وان كانت ظاهرة ، لكونها لا تعرف للتجارة أم لا ، فان العروض لا تصير للتجارة الا بشروط سبقت فى بابها ، والله أعلم •

(وأما) الأموال الظاهرة وهى الزروع والمواشى والثمار والمعادن ففى جواز تفريقها بنفسه قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) وهو الجديد جوازه (والقديم) منعه ووجوب دفعها الى الامام أو نائبه ، وسواء كان الامام عادلا أو جائرا يجب الدفع اليه ، على هذا القول لأنه مع الجور نافذ الحكم ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور • وحكى البغوى وغيره وجها أنه لا يجب الصرف اليه ان كان جائرا على هذا القول ، لكن يجوز • وحكى الحناطى والرافعى وجها أنه لا يجوز الدفع الى الجائر مطلقا وبهذا الوجه جزم الماوردى فى آخر باب نية الزكاة ، قال : وسواء كان جائرا فى الزكاة وغيرها ، أو جائرا فيها ، يصرفها فى غير مصارفها عادلا فى غيرها ، وهذا الوجه ضعيف جدا بل غلط وهو مردود بما سبق من الأحاديث والآثار ، وكذا الوجه الذى حكاه البغوى ضعيف أيضا • قال أصحابنا : وعلى هذا القول القديم لو فرق بنفسه لم يجزئه ، وعليه دفعها ثانيا الى الامام

أو نائبه ، قالوا وعليه أن ينتظـر بها مجىء الساعى ويؤخرها ما دام يرجوه ، فاذا أيس منه فرقها بنفسه وأجزأته لأنه موضع ضرورة •

(الثانية) له أن يوكل فى صرف الزكاة التى له تفريقها بنفسه ، فان شاء وكل فى الدفع الى الامام والساعى ، وان شاء فى التفـرقة على الأصناف وكلاهما جائز بلا خلاف ، وانما جاز التوكيل فى ذلك مع أنها عبادة لأنها تشبه قضاء الديون ، ولأنه قد تدعو الحاجة الى الوكالة لغيبة المـال وغير ذلك • قال أصحابنا : سواء وكله فى دفعها من مال الموكل أو من مال الوكيل فهما جائزان بلا خلاف • قال البغوى فى أول باب نية الزكاة : ويجوز أن يوكل عبدا أو كافرا فى اخـراج الزكاة ، كما يجوز توكيله فى ذبح الأضحية •

(الثالثة) له صرفها الى الامام والساعى ، فان كان الامام عادلا أجزأه الدفع اليه بالاجماع وان كان جائرا أجزأه على المذهب الصحيح المشهور ، ونص عليه الشافعى وقطع به الجمهور وفيه الوجه السابق عن الحناطى والمـاوردى •

(الرابعة) فى بيان الأفضل : قال أصحابنا : تفريقه بنفسه أفضل من التوكيل بلا خلاف لأنه على ثقة من تفريقه بخلاف الوكيـل ، وعلى تقـدير خيانة الوكيل لا يسقط الفرض عن المـالك ، لأن يده كيده ، فما لم يصل المـال الى المستحقين لا تبرأ ذمة المـالك بخلاف دفعها الى الامام فانه بمجرد قبضه تسقط الزكاة عن المـالك • قال المـاوردى وغيره : وكذا الدفع الى الامام أفضل من التوكيل لمـا ذكرناه • وأما التفريق بنفسه والدفع الى الامام ففى الأفضل منهما تفصيل •

قال أصحابنا : ان كانت الأموال باطنة والامام عادلا ففيهـا وجهان (أصحهما) عند الجمهور الدفع الى الامام أفضل للأحاديث السابقة ، ولأنه يتيقن سـقوط الفرض به بخلاف تفريقه بنفسه ، فقد يصادف غير مستحق ، ولأن الامام أعرف بالمستحقين وبالمصالح وبقدر الحاجات وبمن أخذ قبل هـذه المرة من غيره ولأنه يقصد لها ، وهذا الوجه قول ابن سريج وأبى اسحق • قال المحاملى فى المجموع والتجريد : هو قول عامة أصحابنا وهو المذهب • وكذا قاله آخرون • قال الرافعى

هذا هو الأصح عند الجمهور من العراقيين وغيرهم ، وبه قطع الصيدلانى وغيره (والثانى) تفريقها بنفسه [أفضل] وبه قطع البغوى •

قال المصنف : وهو ظاهر النص ، يعنى قول الشافعى فى المختصر ، وأحب أن يتولى الرجل قسمها بنفسه ليكون على يقين من أدائها عنه • هـذا نصه وهو ظاهر فيما قاله المصنف ، وتأوله الأكثرون القائلون بالأول على أن المـراد أنه أولى من الوكيل لا من الدفع الى الامام ، وتعليله يؤيد هذا التأويل ، لأن أداءها عنه يحصل بيقين بمجرد الدفع الى الامام وان جار فيها لا الى الوكيل • أما اذا كان الامام جائرا فوجهان حكاهما المصنف والأصحاب •

(أحدهما) الدفع اليه أفضل لمـا سبق (وأصحهما) التفريق بنفسه أفضل ليحصل مقصود الزكاة • هكذا صححه الرافعى والمحققون • وأما الأموال الظاهرة فظاهر كلام جماعة من العراقيين أنها على الخلاف اذا جوزنا له تفريقها بنفسه ، وصرح به الغزالى ، ولكن المذهب أن دفعها الى الامام أفضل وجها واحدا ليخـرج من الخلاف ، قال الرافعى : هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور ، ونقل المـاوردى الاتفاق عليـه ، فحصل فى الأفضل أوجه (أصحها) أن دفعها الى الامام أفضل ان كانت ظاهرة مطلقا أو باطنة وهو عادل ، والا فتفريقها بنفسه أفضل (والثانى) بنفسه أفضل مطلقا (والثالث) الدفع اليه مطلقا (والرابع) الدفع الى العادل أفضل ، وبنفسه أفضل من الجائر (والخامس)فى الظاهرة الدفع أفضل والباطنة بنفسه (والسادس) لا يجوز الدفع الى الجائر •

(فـرع) قال الرافعى حكاية عن الأصحاب : لو طلب الامام زكاة الأموال الظاهرة وجب التسليم اليه بلا خلاف بذلا للطاعة ، فان امتنعوا قاتلهم الامام ، وان كانوا مجيبين الى اخراجها بأنفسهم ، لأن فى منعهم افتياتا على الامام ، فان لم يطلب الامام ولم يأت الساعى وقلنا : يجب دفعها الى الامام أخـرها رب المـال ما دام يرجـو مجىء الساعى ، فاذا أيس منه فرقها بنفسه ، نص عليه الشافعى ، فمن أصحابنا من قال : هذا تفريع على جواز تفريقها بنفسه ، ومنهم من قال : هو جائز على القولين صيانة لحق المستحقين عن التأخير • وهذا هو الصحيح ،

وهو الذى رجحه المصنف فى آخر الفصل الذى بعد هذا وجمهور الأصحاب ، ثم اذا فرق بنفسه وجاء الساعى مطالبا صدق رب المال فى اخراجها بيمينه ، واليمين مستحبة وقيل : واجبة •

وأما الأموال الباطنة فقال الماوردى : ليس للولاة نظر فى زكاتها ، بل أصحاب الأموال أحق بتفرقتها • فان بذلوها طوعا قبلها الامام منهم • فان علم امام من رجل أنه لا يؤديها بنفسه فهل له أن يقول : اما أن تفرقها بنفسك واما أن تدفعها الى لأفرقها ؟ فيه وجهان يجريان فى النذور والكفارات • قلت (أصحهما) له المطالبة ، بل الصواب أنه يلزمه المطالبة كما يلزمه ازالة المنكرات ، والله أعلم •

(فرع) لو طلب الساعى زيادة على الواجب لا يجب دفع الزيادة اليه وهل يجوز الامتناع من أداء القدر الواجب اليه لتعديه أم لا ؟ خوفا من مخالفة ولاة الأمور ؟ فيه وجهان مشهوران (أصحهما) الثانى ، وقد سبقت المسألة فى أول باب صدقة الابل ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجب على الامام أن يبعث السعاة لأخذ الصدقة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم والخلفاء من بعده « كانوا يبعثون السعاة » ولأن فى الناس من يملك المال ولا يعرف ما يجب عليه ، ومنهم من يبخل ، فوجب أن يبعث من يأخذ ولا يبعث الا حرا عدلا ثقة ، لأن هذا ولاية وأمانة • والعبد والفاسق ليسا من أهل الولاية والأمانة • ولا يبعث الا فقيها لأنه يحتاج الى معرفة ما يؤخذ وما لا يؤخذ ويحتاج الى الاجتهاد فيما يعرض من مسائل الزكاة وأحكامها • ولا يبعث هاشميا ولا مطلبيا • ومن أصحابنا من قال يجوز لأن ما يأخذه على وجه العوض • والمذهب الأول لما روى أن الفضل بن العباس رضى الله عنهما سأل النبى صلى الله عليه وسلم أن يوليه العمالة على الصدقة فلم يوله • وقال : أليس فى خمس الخمس ما يغنيكم عن أوساخ الناس ؟ وفى مواليهم وجهان (أحدهما) لا يجوز لما روى أبو رافع قال « ولى رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من بنى مخزوم على الصدقة فقال : اتبعنى تصب منها • فقلت : حتى أسأل رسول الله صلى الله عليه

وسلم فسألته فقال لى : أن مولى القوم من أنفسهم ، وأنا أهل بيت لا تحل لنا الصدقة » (والثانى) يجوز لان الصدقه انما حرمت على بنى هاشم وبنى المطلب للشرف بالنسب . وهذا لا يوجد فى مواليهم . وهو بالخيار بين أن يستأجر العامل باجرة معلومه ثم يعطيه ذلك من الزكاة . وبين ان يبعثه من غير شرط ثم يعطيه اجرة المثل من الزكاة) .

(الشرح) أما الحديث الأول وهو بعث النبى صلى الله عليه وسلم فصحيح مشهور مستفيض رواه البخارى ومسلم من رواية أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « بعث عمر بن الخطاب رضى الله عنه على الصدقة » وفى الصحيحين عن سهل بن سعد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « استعمل ابن اللتبية على الصدقات » والأحاديث فى الباب كثيرة . وأما حديث الفضل فرواه مسلم من رواية عبد المطلب ابن ربيعة بن الحارث بن عبد المطلب قال « أتيت أنا والفضل بن عباس رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألناه أن يؤمرنا على بعض الصدقات فنؤدى اليه كما يؤدى الناس ونصيب كما يصيبون ، فسكت طويلا ثم قال : ان الصدقة لا تنبغى لآل محمد انما هى أوساخ الناس » وفى رواية لمسلم أيضا « ان هذه الصدقات انما هى أوساخ الناس ، وانها لا تحل لمحمد ولا لآل محمد » وليس فى صحيحه « أليس فى خمس الخمس ما يغنيكم عن أوساخ الناس ؟ » وأما حديث أبى رافع فرواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن صحيح وقول المصنف « لا يبعث الا حرا عدلا ثقة » لا حاجة الى قوله ثقة لأن العدل لا يكون الا ثقة .

وقوله « روى أن الفضل » ينكر عليه قوله روى بصيغة تمريض فى حديث صحيح ، وقد سبق التنبيه عن أمثال هذا ، والغرض بتكراره التأكيد فى تحفظه وقوله « يوليه العمالة » بفتح العين ، وهى العمل . وأما بضمها فهى المال المأخوذ على العمل ، وليس مرادا هنا .

(أما الأحكام) ففيها مسائل .

(احداها) قال أصحابنا : يجب على الامام بعث السعاة لأخذ الصدقات لما ذكره المصنف ، والسعاة جمع ساع وهو العامل ، واتفقوا

على أنه يشترط فيه كونه مسلما حرا عدلا فقيها فى أبواب الزكاة ولا يشترط فقهه فى غير ذلك • قال أصحابنا : هذا اذا كان التفويض للعامل عاما فى الصدقات ، فأما اذا عين له الامام شيئا معينا يأخذه فلا يعتبر فيه الفقه • قال المـاوردى فى الأحكام السلطانية : وكذا لا يعتبر فى هذا المعين الاسلام والحرية لأنه رسالة لا ولاية ، وهذا الذى قاله من عدم اشتراط الاسلام مشكل والمختار اشتراطه •

(الثانية) هل يجوز كون العامل هاشميا أو مطلبيا ؟ فيه وجهان مشهوران ، ذكر المصنف دليلهما (أصحهما) عند المصنف والبغوى وجمهور الأصحاب لا يجوز قال أصحابنا الخراسانيون : هذان الوجهان مبنيان على أن ما يأخذه العامل أجرة أو صدقة ، وفيه وجهان (ان قلنا) أجرة جاز والا فلا • وهو يشبه الاجارة من حيث التقدير بأجرة المثل ، ويشبه الصدقة من حيث انه لا يشترط عقد اجارة ، ولا مدة معلومة ، ولا عمل معلوم •

قال البغوى وآخـرون : ويجرى الوجهان فيما لو كان العامل من أهل الفىء ، وهم المرتزقة الذين لهم حق فى الديوان ، قال صاحب الشامل والأصحاب : والوجهان فى الهاشمى والمطلبى هما فيمن طلب على عمله سهما من الزكاة • فأما اذا تبرع بعمله بلا عوض أو دفع الامام اليه أجرته من بيت المـال فانه يجـوز كونه هاشميا أو مطلبيا بلا خلاف • قال المـاوردى فى الأحكام السلطانية : يجـوز كونه هاشميا ومطلبيا اذا أعطاه من سهم المصالح •

(الثالثة) هل يجوز أن يكون العامل من موالى بنى هاشم وبنى المطلب ؟ فيه وجهان ذكر المصنف دليلهما (أصحهما) لا يجـوز ، وهذان الوجهان تفـريع على قولنا : لا يجوز أن يكون العامل هاشميا ولا مطلبيا ، فأما اذا جوزناه فمولاهم أولى قال الرافعى : ومنهم من حكى هذين الوجهين قولين •

(الرابعة) الامام بالخيار ان شاء بعث العامل من غير شرط وأعطاه بعد مجيئه أجرة المثل من الزكاة ، وان شاء استأجره بأجرة معلومة من الزكاة وكلاهما جائز باتفـاق الأصحاب (أما) الأول فللأحاديث

الصحيحة فى ذلك ، لأن الحاجة تدعو اليه لجهالة العمل فتؤخر الأجرة حتى يعرف عمله فيعطى بقدره (وأما الثانى) فهو القياس والأصل ولا شك فى جوازه ، قال أصحابنا : واذا سمى له شيئا فان شاء سماه اجارة ، وان شاء جعالة ، ولا يسمى أكثر من أجرة المثل ، فان زاد فوجهان حكاهما جماعة منهم الدارمىّ (أصحهما) تفسد التسمية وله أجرة المثل من الزكاة (والثانى) لا تفسد ، بل يكون قدر أجرة المثل من الزكاة والباقى يجب فى مال الامام لأنه صحيح العبارة والالتزام .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويبعث لما سوى زكاة الزروع والثمار فى المحرم لما روى عن عثمان رضى الله عنه أنه قال فى المحرم « هذا شهر زكاتكم » ولانه أول السنة فكان البعث فيه أولى . والمستحب للساعى أن يعد الماشية [على أهلها] على الماء ان كانت الماشية ترد الماء . وفى أفنيتهم أن لم ترد الماء . لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عيه وسلم قال : « تؤخذ صدقات المسلمين عند مياههم أو عند أفنيتهم » فان أخبره صاحب المال بالعدد وهو ثقة قبل منه . وان بذل له الزكاة أخذها . ويستحب أن يدعو له لقوله تعالى « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها وصل عليهم ، ان صلاتك سكن لهم »(١) والمستحب أن يقول : اللهم صل على آل فلان لما روى عبد الله بن أبى أوفى قال « جاء أبى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بصدقة ماله فقال : اللهم صل على آل أبى أوفى » وبأى شىء دعا جاز . قال الشافعى رضى الله عنه أحب أن يقول « آجرك الله فيما أعطيت وجعله لك طهورا وبارك لك فيما أبقيت » وان ترك الدعاء جاز لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لمعاذ « أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد فى فقرائهم » ولم يأمره بالدعاء) .

(**الشرح**) حديث عثمان سبق قريبا ، وحديث عبد الله بن عمرو ابن العاص رواه أبو داود والبيهقى وغيرهما ، وهذا لفظ رواية البيهقى (وأما) لفظ رواية أبى داود ففيها « لا تؤخذ صدقاتهم الا فى دورهم » وقوله : فى رواية الكتاب « عند مياههم أو عند أفنيتهم » .

---

(١) التوبة : ١٠٣ .

قال البيهقى : هو شك من أبى داود الطيالسى أحد الرواة ورواه البيهقى أيضا من روايه عائشة رضى الله عنها عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « توخذ صدقات أهل البادية على مياههم وبافنيتهم » ويحتمل ان « او » فى رواية الكتاب ليست للشك كما قاله البيهقى • بل للتقسيم كما هو مقتضى حديث عائشة ، ومعناه ان كانت ترد المـاء فعلى المـاء ، والا فعند دورهم •

وأما حديث ابن أبى أوفى فرواه البخارى ومسلم ، وحديث معاذ رواه البخارى ومسلم ايضا من رواية ابن عباس ومن رواية معاذ (وقوله) أفنيتهم جمع فناء ــ بكسر الفاء وبالمد ــ وهو ما امتـد مع جوانب الدار ، وقوله تعالى « **خذ من أموالهم صدقة تطهرهم** » أى تطهرهم بها من ذنوبهم ، والقراءة المشهورة التى قـرأ بها القراء السبعة « **تطهرهم** » برفع الراء على أنه صفة لا جواب ، وقرىء فى غير السبع بالجزم على الجواب • وقوله تعالى « **وتزكيهم** » قيل : تصلحهم ، وقيل ترفعهم من منازل المنافقين الى منازل المخلصين ، وقيل تنمى أموالهم « **وصـل عليهم** » أى ادع لهم ، وقرىء فى السبع « **ان صلواتك سكن لهم** » وان صلاتك سكن لهم أى رحمة ، وقيل طمأنينة ، وقيـل وقار ، وقيل تثبيت • واسم أبى أوفى علقمة بن خالد بن الحارث كنية ابنه عبد الله أبو محمد ، ويقال : أبو ابراهيم وأبو معاوية الأسلمى ، وأبو أوفى وابنه صحابيان جليلان مشهوران ، وشهد ابنه بيعـة الرضوان ، وهو آخر من توفى من الصحابة بالكوفة ، وفى سنة ست ، وقيل سبع أو ثمان وثمانين من الهجرة رضى الله عنه •

وقوله : (آجرك الله) فيه لغتان قصر الهمزة ومدها ، والقصر أجود وطهـورا ــ بفتح الطاء ــ أى مطهرا وقوله (آجرك الله فيما أعطيت وجعله لك طهورا ، وبارك لك فيمـا أبقيت) أحسن من قـوله فى التنبيه فانه وسط قوله وبارك لك فيما أبقيت وتأخيره أولى لتكون الدعوتان الأولتان اللتان من نوع واحد المتعلقتان بالمدفوع متصلتين ، ولا يفصل بينهما ، والله أعلم •

(أما الأحكام) ففيه مسائل :

(احداها) قال أصحابنا : الأموال ضربان (ضرب) لا يتعـلق

بالحول وهو المعشرات فيبعث الامام الساعى لأخـذ زكواتها وقت وجوبها . وهو ادراكها بحيث يصلهم وقت الجذاذ والحصاد (وضرب) يتعلق بالحول وهو المواشى وغيرها ، فالحـول يختلف فى حق الناس • قال الشافعى فى المختصر والأصحاب : ينبغى للساعى أن يعين شهرا يأتيهم فيه • قال الشافعى والأصحاب : ويستحب أن يكون ذلك الشهر هو المحـرم صيفا كان أو شتاء ، لأنه أول السنة الشرعية ، قالوا : وينبغى أن يخـرج اليهم قبل المحـرم ليصلهم فى أوله ، وهذا الذى ذكرناه من تعيين الشهر مستحب ومتى خـرج جاز ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الأصحاب وفيه وجه شاذ حكاه الرافعى أنه واجب والصواب الأول •

(الثانية) يستحب للساعى عد المـاشية على المـاء ان كانت ترده ، والا فعند أفنيتهم ، ولا يكلفهم ردها من المـاء الى الأفنية ولا يلزمه أن يتبعها فى المراعى فان كان لرب المـال ماشيتان عند مائين أمر بجمعهما عند أحدهما ، وان كانت لا ترد ماء لكنها تكتفى بالكلأ فى الربيع ولا تحضر الأفنية ، فللساعى أن يكلفهم احضارها الى الأفنية صرح به المحاملى وغيره وهو مفهوم من نص الشافعى • ولو خـرج اليها كان أفضل قال أصحابنا : واذا أخبره صاحبها بعـددها وهو ثقة ، فله أن يصـدقه ويعمل بقـوله لأنه أمين ، وان لم يصـدقه أو لم يختبره أو اختبره وصدقه وأراد الاحتياط بعدها عدها ، والأولى أن تجمع فى حظيـرة ونحـوها ، وينصب على الباب خشبة معترضة ، وتساق لتخـرج واحدة واحـدة ، ويثبت كل شاة اذا بلغت المضيق ، فيقف المـالك أو نائبه من جانب ، والساعى أو نائبه من جانب ، وبيد كل واحـد منهما قضيب يشير به الى كل شاة أو يصيبان به ظهرها ونحو ذلك فهو أضبط فان اختلفا بعـد العـد وكان الفرض يختلف بذلك أعاد العـد •

(الثالثة) اذا أخذ الساعى الزكاة استحب أن يدعو للمالك للآية والحديث المذكورين ، ولا يتعين دعاء ، لكن يستحب ما حكاه المصنف عن الشافعى ، وهـذا الدعاء سنة وليس بواجب ، هذا هو المذهب وبه قطع المصنف والأصحاب وقال صاحب الحاوى : ان لم يسأله المـالك الدعاء لم يجب ، وان سأله فوجهان : أصحهما : يندب ولا يجب ، والثانى : يجب وحكى الحناطى والرافعى وجها أنه يجب مطلقا لظاهر القرآن

والسنة ولقول الشافعي في مختصر المزني ، فحق على الوالي اذا أخذ الصدقة أن يدعو له ، ويجيب هذا القائل عن حديث معاذ بأنه كان معلوما عنده ، لأنه كان من حفاظ القـــرآن ، والآية صريحة فلا يحتاج الى بيانه له ، كما لم يبين له في هذا الحديث نصب الزكاة لكونها كانت معـــلومة له ، وهذا الوجه حكاه أصحابنا عن داود وأهل الظاهر ، ووافقونا على أن المـــالك اذا دفع الزكاة الى الفقـــراء لا يلزمهم الدعاء ، فحمـــل الأصحاب الآية والحديث وكلام الشافعي على الاستحباب قياسا على أخذ الفقراء .

وأما اذا دفـــع المـــالك الى الأصناف دون الساعي ، فالمذهب الصحيح وبه قطع الجمهور أنه [يستحب لهم أن يدعوا له كما] يستحب للساعي ، وحكى صاحب البيان عن الشيخ أبي حامد أنه لا يستحب ، وليس بشيء وأما صفة الدعاء فقد ذكرناها ، وقال المصنف : يســـتحب أن يقول : اللهم صل على آل فلان ، وتابعه على هذا صاحب البيان ، وقال صاحب الحاوي : ان قال : اللهم صل عليهم فلا بأس وهذا الذي قالوه خلاف المذهب وخلاف ماقطع به الأكثرون فقد صرح الأكثرون بأنه تكره الصلاة على غير الأنبياء صلوات الله وسلامه عليهم ابتداء في هذا الموضـــع وغيره ، وانما يقال تبعا فيقال : صلى الله على النبي وعلى آله وأزواجه ونحو ذلك .

وقال المتولي : لا تجوز الصلاة على غير الأنبياء ابتداء ، ومقتضى عبارته التحـــريم ، والمشهور الكراهة ، وقيل : انه خلاف الأولى ، ولا يسمى مكروها فحصل أربعة أوجه (أصحها) مكروه (والثاني) حرام (والثالث) خلاف الأولى (والرابع) مستحب عند أخذ الصدقة ، وقد جمع الرافعي كلام امام الحرمين وسائر الأصحاب فيه ولخصـــه فقال : قال الأئمة لا يقال : اللهم صل على فلان وان ورد في الحديث ، لأن الصلاة صارت مخصوصة في لسان السلف بالأنبياء صلوات الله وسلامه عليهم ، كما أن قولنا : عز وجل مخصوص بالله تعالى ، وكما لا يقال : محمد عز وجل وان كان عزيزا جليلا ، لا يقال : أبو بكر أو علي صلى الله عليهما وسلم وان صح المعنى ، قالوا : وانما قاله النبي صلى الله عليه وسلم لأنه منصبه ، فله أن يقوله لمن شاء بخلافنا ، قال : وهل ذلك مكروه

كراهة تنزيه أم مجرد ترك أدب ؟ فيه وجهان (الصحيح) الأشهر أنه مكروه ، وبه قطع القاضى حسين والغزالى فى الوسيط •

ووجهه امام الحرمين بأن المكروه ما ثبت فيه نهى مقصود ، وقد ثبت نهى مقصود عن التشبه بأهل البدع وقد صار هذا شعارا لهم ، وظاهر كلام الصيدلانى والغزالى فى الوجيز أنه خلاف الأولى • وصرح صاحب العدة بنفى الكراهة • وقال : الصلاة بمعنى الدعاء تجوز على كل أحد • أما بمعنى التعظيم فتختص بالأنبياء ولا خلاف أنه يجوز أن يجعل غير الأنبياء تبعا لهم ، فيقال : اللهم صل على محمد وعلى آل محمد وأزواجه وذريته وأتباعه وأصحابه ، لأن السلف استعملوه وأمرنا به فى التشهد • قال الشيخ أبو محمد : والسلام بمعنى الصلاة ، فان الله تعالى قرن بينهما فلا يفرد به غائب غير الأنبياء ، ولا بأس به على سبيل المخاطبة للأحياء والأموات من المؤمنين ، فيقال سلام عليكم • هكذا قال : لا بأس به ، وليس بجيد بل الصواب أنه سنة للأحياء والأموات ، وهذه الصيغة لا تستعمل فى المسنون ، وكأنه أراد أنه لا يمنع منه فى المخاطبة بخلاف الغيبة • وأما استحبابه فى المخاطبة فمعروف• والله تعالى أعلم •

(فرع) يستحب الترضى والترحم على الصحابة والتابعين فمن بعدهم من العلماء والعباد وسائر الأخيار فيقال : رضى الله عنه أو رحمة الله عليه أو رحمه الله ونحو ذلك ، وأما ما قاله بعض العلماء أن قول رضى الله عنه مخصوص بالصحابة ، ويقال فى غيرهم رحمه الله فقط فليس كما قال ، ولا يوافق عليه ، بل الصحيح الذى عليه الجمهور استحبابه ، ودلائله أكثر من أن تحصر ، فان كان المذكور صحابيا ابن صحابى قال : قال ابن عمر رضى الله عنهما وكذا ابن عباس ، وكذا ابن الزبير وابن جعفر وأسامة بن زيد ونحوهم ليشمله وأباه جميعا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان منع الزكاة أو غل أخذ منه الفرض وعزره على المنع والغلول • وقال فى القديم : يأخذ الزكاة وشطر ماله ، ومضى توجيه القولين

فى أول الزكاة ، وان وصل الساعى قبل وجوب الزكاة ورأى أن يستسلف فعل ، وان لم يسلفه رب المـــال لم يجبره على ذلك لأنها لم تجب بعد فلا تجبره على أدائه • وان رأى أن يوكل من يقبضه اذا حال الحول فعل ، فان رأى أن يتركه حتى يأخـــذه من زكاة القابل فعل ، وان قال رب المـــال : لم يحل الحـــول على المـــال فالقول قوله ، وان رأى تحليفه حلفه احتياطا ، وان قال : بعته ثم اشتريته ولم يحـــل الحـــول عليه • أو قال أخرجت الزكاة عنه وقلنا : يجوز أن يفرق بنفسه ، ففيه وجهان (أحدهما) يجب تحليفه لأنه يدعى خلاف الظاهر ، فان نكل عن اليمين أخذ منه الزكاة (والثانى) يستحب تحليفه ولا يجب لأن الزكاة موضوعة على الرفق ، فلو أوجبنا اليمين خرجت عن باب الرفق ويبعث الساعى لزكاة الثمار والزرع فى الوقت الذى يصادف فيه الادراك ويبعث معه من يخرص الثمار ، فان وصل قبل وقت الادراك ورأى أن يخرص الثمار ويضمن رب المـــال زكاتها فعل ، وان وصل وقد وجبت الزكاة وبذل له أخذها ودعا له ، فان كان الامام أذن للساعى فى تفريقها فرقها ، وان لم يأذن له حملها الى الامام) •

(الشرح) فيه مسائل :

(احداها) اذا لزمته زكاة فمنعها أو غلها ، أى كتمها ، وخان فيها أخذ الامام أو الساعى الفرض منه ، والقول الصحيح الجديد أنه لا يأخذ شطر ماله • وقال فى القديم يأخذه ، وسبق شرح القولين بدليلهما وفروعهما فى أول كتاب الزكاة • قال الشافعى فى المختصر فى آخر باب صدقة الغنم السائمة : ولو غل صدقته عزر اذا كان الامام عادلا الا أن يدعى الجهالة ولا يعـــزر ان لم يكن الامام عادلا هذا نصه ، قال أصحابنا : اذا كتم ماله أو بعضه عن الساعى أو الامام ثم اطلع عليه أخذ فرضه ، فان كان الامام أو الساعى جائرا فى الزيادة ، بأن يأخذ فوق الواجب أو لا يصرفها مصارفها لم يعـــزره ، لأنه معذور فى كتمه ، وان كان عادلا فان لم يدع المـــالك شبهة فى الاخفاء عزره لأنه عاص آثم بكتمانه ، وان ادعى شبهة بأن قال لم أعلم تحـــريم كتمانها أو قال ظننت أن تفرقتى بنفسى أفضل أو نحو ذلك ، فان كان ذلك محتملا فى حقه لقرب اسلامه أو لقلة اختلاطه بالعلماء ونحـــوهم لم يعزره ،

قال السرخسي فان أتهمه فيه حلفه ، وان كان ممن لا يخفى عليه لاختلاطه بالعلماء ونحوهم لم يقبل قوله وعزره وأما مانع الزكاة فيعـزر على كل تقدير ، الا ان يكون قريب عهد بالاسـلام ، يخفى عليه وجوبها أو نحوه •

(الثانية) اذا وصل الساعى أصحاب الأموال ، فان كان حول صاحب المـال قد تم أخذ الزكاة ودعا له كما سبق • وان كان الحول لم يتم على جميعهم أو بعضهم سأله الساعى تعجيـل الزكاة ، ويستحب للمالك اجابته وتعجيلها ، فان عجلها برضاه أخذها ودعا له وان امتنع لم يجبر لمـا ذكره المصنف ، ثم ان رأى الساعى المصلحة فى أن يوكل من يأخذها عند حلولها ويفرقها على أهلها فعل ، وان رأى أن يؤخرها ليأخذها منه فى العام المقبل فعل ، ويكتبها لئلا ينساها أو يموت فلا يعلمها الساعى بعده • ورووا أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه « أخر الزكاة عام الرمادة وكان عام مجاعة » وان رأى أن يرجع فى وقت حلولها ليأخذها فعل ، وان وثق بصاحب المـال فوض التفـريق اليه لأنه يجـوز تفريقه بغير اذن فبالاذن أولى •

(الثالثة) اذا اختلف الساعى ورب المـال • قال أصحابنا : ان كان قول المـالك لا يخالف الظاهر بأن قال : لم يحـل الحول بعد ، أو قال : هذه السخال اشتريتها وقال الساعى : بل تولدت من النصاب ، أو قال تولدت بعد الحول فقال الساعى قبله • أو قال الساعى : كانت ماشيتك نصابا ثم توالدت ، فقال المـالك : بل تمت نصابا بالتوالد ، فالقول قول المـالك فى جميع هذه الصور ونظائرها مما لا يخالف الظاهر فان رأى الساعى تحليفه حلفه • واليمين هنا مستحبة ، فان امتنع منها لم يكلف بها ولا زكاة عليه بلا خلاف ، لأن الأصل براءته ولم يعارض الأصل ظاهر ، وان كان قول المـالك مخالفا للظاهر بأن قال : بعته ثم اشتريته فى أثناء الحـول ولم يحل حوله بعد ، أو قال فرقت الزكاة بنفسى وجوزنا ذلك له ونحو ذلك ، فالقول قول المـالك بيمينه بلا خلاف •

وهل اليمين مستحبة أم واجبة ؟ فيه وجهان مشهوران ، ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) مستحبة ، صححه المحاملى فى كتابيه وآخرون،

وقطع به جماعة منهم المحاملى فى المقنع . فان قلنا مستحبة فنكل لم يجبر على اليمين ولا زكاة عليه ، وان قلنا : واجبة فامتنع أخذت منه الزكاة . قال أصحابنا : وليس هذا أخذا بالنكول بل بالوجوب السابق والسبب المتقدم ، ومعناه أن الزكاة انعقد سبب وجوبها ، ويدعى مسقطها ولم يثبته بيمينه ولا بغيرها ، والأصل عدمه فبقى الوجوب ، هذا هو المشهور وبه قطع الأصحاب الا أبا العباس بن القاص فقال : هـذه المسـألة حكم فيها بالنكول على هذا الوجه . قال أصحابنا وهذا غلط . قال القاضى أبو الطيب والأصحاب : ونظير هذا اللعان ، فان الزوج اذا لاعن لزم المـرأة حد الزنا فان لاعنت سقط ، وان امتنعت لزمها الحد لا بامتناعها بل بلعان الزوج ، وانما لعانها مسقط لمـا وجب بلعانه ، فاذا لم تلاعن بقى الوجوب وهكذا الزكاة . والله أعلم .

ولو قال المـالك هذا المـال الذى فى يدى وديعة وقال الساعى بل هو ملك لك فوجهان مشهوران فى الشامل وغيره (أحدهما) أن دعواه لا تخالف الظاهر فيكون القول قوله بيمينه استحبابا قطعا ، لأن ما فى يد الانسان قد يكون لغيره (وأصحهما) أنها مخالفة للظاهر وصححه صاحب الشامل ، وبه قطع القاضى أبو الطيب فى تعليقه والبندنيجى والمحاملى فى كتابيه وغيرهم . والله أعلم .

(الرابعة) يستحب أن يخـرج الساعى لأخذ زكاة الثمار والزروع فى الوقت الذى يصادف ادراكها وحصولها ، وقـد سبق شرح هـذه المسألة قريبا ، ويستحب أن يكون مع الساعى من يخرص ليخرص ما يحتاج الى خرصه وينبغى أن يكون خارصان ذكران حران ليخـرج من الخلاف السابق فى ذلك . والله أعلم .

(الخامسة) اذا قبض الساعى الزكاة فان كان الامام أذن له فى تفريقها فى موضعها فرقها ، وان أمره بحملها حيث يجوز الحمـل اما لعدم من يصرف اليه فى ذلك الموضع أو لقرب المسافة اذا قلنـا به أو لكون الامام والساعى يريان جواز النقـل حملها ، وان لم يأذن له فى التفـرقة ولا أمره بالحمل فمقتضى عبارة المصنف وغيـره وجوب الحمل الى الامام . وهكذا هو لأن الساعى نائب الامام فلا يتولى الا

ما أذن له فيه ، واذا أطلق الولاية فى أخذ الزكوات لم يقتض الصرف الى المستحقين •

واعلم أن عبارة المصنف تقتضى الجزم بجواز نقل الزكاة للامام والساعى ، وان الخلاف المشهور فى نقل الزكاة انما هو فى نقل رب المال خاصه وهذا هو الأصح ، وقد قال الرافعى : ربما اقتضى كلام الأصحاب طرد الخلاف فى الامام والساعى ، وربما اقتضى جواز النقل للامام والساعى التفرقة حيث شاء ، قال : وهذا أشبه ، وهذا الذى رجحه هو الراجح الذى تقتضيه الأحاديث • والله أعلم •

(فرع) قال أصحابنا : لا يجوز للامام ولا للساعى بيع شىء من مال الزكاة من غير ضرورة ، بل يوصلها الى المستحقين باعيانها لان أهل الزكاة أهل رشد لا ولاية عليهم ، فلم يجز بيع مالهم بغير اذنهم ، فان وقعت ضرورة بأن وقف عليه بعض الماشية أو خاف هلاكه أو كان فى الطريق خطر ، أو احتاج الى رد جبران ، أو الى مؤنة النقل ، أو قبض بعض شاة ، وما أشبهه جاز البيع للضرورة كما سبق فى آخر باب صدقة الغنم أنه يجوز دفع القيمة فى مواضع للضرورة • قال أصحابنا : ولو وجبت ناقه أو بقره أو شاة واحدة ، فليس للمالك بيعها وتفرقة ثمنها على الأصناف بلا خلاف ، بل يجمعهم ويدفعها اليهم ، وكذا حكم الامام عند الجمهور ، وخالفهم البغوى فقال : ان رأى الامام ذلك فعله ، وان رأى البيع وتفرقة الثمن فعله ، والمذهب الأول • قال أصحابنا : واذا باع فى الموضع الذى لا يجوز فيه البيع فالبيع باطل ، ويسترد المبيع ، فان تلف ضمنه • والله أعلم •

(فرع) قال أصحابنا : اذا تلف من الماشية شىء فى يد الساعى أو المالك — ان كان بتفريط ، بأن قصر فى حفظها أو عرف المستحقين وأمكنه التفريق عليهم ، فأخر من غير عذر — ضمنها لأنه متعد بذلك ، وان لم يفرط لم يضمن كالوكيل ، وناظر مال اليتيم ، اذا تلف فى يده شىء بلا تفريط لا يضمن والله أعلم • وفى فتاوى القفال أن الامام اذا لم يفرق الزكاة بعد التمكن ولا عذر له حتى تلفت عنده ضمنها كما سبق ، قال : والوكيل بتفرقة الزكاة ، لو أخر تفرقتها حتى تلف المال لم يضمن ، قال : لأن الوكيل لا يجب عليه التفريق بخلاف الامام •

(فـرع) قال أصحابنا : لو جمع الساعى الزكاة ثم تلفت فى يده بلا تفريط قبل أن تصل الى الامام استحق أجرته فى بيت المـال لانه أجير ، وممن صرح به صاحب الشامل والبيان ، ونقله صاحب البيان عن صاحب الفـروع .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والمستحب أن يسم المـاشية التى يأخذها فى الزكاة ، لمـا روى أنس رضى الله عنه قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يسم ابل الصدقة » ولأن بالوسم تتميز عن غيرها فاذا شردت ردت الى موضعها ، ويستحب أن يسم [التى يأخـذها فى زكاته (١)] الابل والبقـر فى أفخاذها لأنه موضع صلب ، فيقل الألم بوسمه ، ويخف الشعر فيه فيظهر ، ويسم الغنم فى آذانها ، ويستحب أن يكتب فى ماشية الزكاة لله ، أو زكاة ، وفى ماشيةالجزية جزية أو صغار ، لأن ذلك أسهل ما يمكن) .

(الشرح) حديث أنس رواه البخارى ومسلم ، ولفظهما قال أنس « أتيت النبى صلى الله عليه وسلم بعبد الله بن أبى طلحة ليحنكه : فوافيته وفى يده الميسم يسم ابل الصدقة » وفى رواية « يسم غنما » .

أما أحكامه وفروعه ففيه مسائل :

(احداها) قال الشافعى والأصحاب : يستحب وسم المـاشية التى للزكاة والجزية وهذا الاستحباب متفق عليه عندنا ، ونقل صاحب الشامل وغيره أنه اجماع الصحابة رضى الله عنهم ، قال العبدرى : وبه قال أكثر الفقهاء ، وقال أبو حنيفة : يكره الوسم لأنه مثلة ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة ، ولأنه تعذيب للحيوان ، وهو منهى عنه . واحتج أصحابنا بحديث أنس المذكور ، وبآثار كثيرة عن عمر ابن الخطاب وغيره من الصحابة رضى الله عنهم ، ولأن الحاجة تدعو الى الوسم لتمييز ابل الصدقة من ابل الجزية وغيرها ، ولأنها ربما شردت فيعرفها واجدها بعلامتها فيردها ، ولأن من أخرجها يكره له شراؤها فيعرفها لئلا يشـتريها . وممن ذكر هـذا المعنى الامـام الشـافعى

---

(١) لا زلنا نذكر بأن كل ما بين المعقوفين سواء نبهنا بهامش أم لا فانه ساقط من ش و ق (ط) .

واعتمده ، واعترض عليه بأنه ـ وإن عرف أنها صدقة ـ لا يعرف كونها صدقته ، وانما يكره شراء صدقته لا صدقة غيره . وأجاب الأصحاب بأنه اذا عرف أنها صدقة احتاط فاجتنبه ، وقد يعرف أنها صدقته لاختصاص ذلك النوع من الصدقة به ، ولغير ذلك من المصالح (وأما) احتجاج أبى حنيفة بالمثلة والتعذيب فهو عام وحديثنا والآثار خاصة باستحباب الوسم ، فخصصت ذلك العموم ووجب تقديمها عليه . والله أعلم .

(الثانية) قال أصحابنا وأهل اللغة : الوسم أثر كية ، ويقال : بعير موسوم وقد وسمه وسما وسمة ، والميسم الشيء الذى يوسم به . وجمعه مياسم ومواسم . وأصله من السمة وهى العلامة ، ومنه موسم الحج لأنه معلم يجمع الناس وفلان موسوم بالخير وعليه سمة الخير أى علامته . قال أصحابنا : يستحب وسم الابل والبقر فى أصول أفخاذها ، والغنم فى آذانها لما ذكره المصنف ، فلو وسم فى غيره جاز الا الوجه فمنهى عن الوسم فيه باتفاق أصحابنا وغيرهم من العلماء ، لحديث ابن عباس رضى الله عنهما قال « رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم حمارا موسوم الوجه فأنكر ذلك » رواه مسلم وعن جابر رضى الله عنه قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الضرب فى الوجه ، وعن الوسم فى الوجه » رواه مسلم ، وعن جابر أيضا أن النبى صلى الله عليه وسلم « مر على حمار قد وسم فى وجهه فقال : لعن الله الذى وسمه » رواه مسلم . واختلفت عبارات أصحابنا فى كيفية النهى عن الوسم فى الوجه فقال البغوى : لا يجوز الوسم ، وقال صاحب العدة : الوسم على الوجه منهى عنه بالاتفاق ، وهو من أفعال الجاهلية ، وقال الرافعى : يكره ، والمختار التحريم ، كما أشار اليه البغوى ، وهو مقتضى اللعن ، وقد ثبت اللعن فى الحديث كما ذكرناه . والله أعلم .

(الثالثة) ينبغى أن يميز بين سمة الزكاة والجزية ، قال الشافعى والأصحاب : يستحب أن يكتب فى ماشية الجزية جزية أو صغار . (وأما) ماشية الزكاة فقال الشافعى والأصحاب : يستحب أن يكتب عليها صدقة ، أو زكاة ، أو لله ، وقد نص الشافعى فى مختصر المزنى على أنه يكتب لله ، وصرح به الأصحاب منهم المصنف وابن كج والدارمى والقاضى أبو الطيب فى المجرد والمحاملى وصاحب الشامل والغزالى والبغوى وصاحب العدة وخلائق آخرون ، قال صاحب الشامل : يكتب صدقة

أو زكاة ، قال : فان كتب عليها لله كان أبرك وأولى • قال الرافعى : نص الشافعى على كتابة لله ، قال : واستبعده بعض من شرح الوجيز وبعض من شرح المختصر من المتقدمين ، لأن الدواب تتمعك وتضرب أفخاذها بأذنابها وهى نجسة وينزه اسم الله تعالى عنها • قال الرافعى والجواب عن هذا بأن اثبات اسم الله تعالى هنا لغرض التمييز والاعلام ، لا على قصد الذكر قال : ويختلف التعظيم والاحترام بحسب اختلاف المقصود ، ولهذا يحرم على الجنب قراءة القرآن ، ولو أتى ببعض ألفاظه لا على قصد القراءة لم يحرم ، هذا كلام الرافعى •

(الرابعة) قال الشافعى فى المختصر والأصحاب : يستحب أن تكون سمة الغنم ألطف من سمة البقر • قال أصحابنا : وسمة البقر ألطف من سمة الابل • ودليله ظاهر •

(الخامسة) قال أصحابنا : الوسم مباح فى الحيوانات التى ليست للصدقة ولا للجزية • ولا يقال : مندوب ولا مكروه (وأما) حيوانهما فيستحب وسمه كما سبق • وقد ثبت فى صحيح مسلم وغيره من رواية ابن عباس رضى الله عنهما أنه كان يكوى فى الجاعرتين وهما أصل الفخذين ولفظ رواية مسلم يوهم أن الذى كان يكوى فى الجاعرتين هو النبى صلى الله عليه وسلم وانما هو العباس بن عبد المطلب أو أنه ابن عباس كما أوضحته فى شرح مسلم •

(فرع) قال البغوى والرافعى : لا يجوز خصاء حيوان لا يؤكل لا فى صغره ولا فى كبره • قال ويجوز خصاء المأكول فى صغره لأن فيه غرضا وهو طيب لحمه ولا يجوز فى كبره • ووجه قولهما أنه داخل فى عموم قوله تعالى — اخبارا عن الشيطان — « **ولآمرنهم فليغيرن خلق الله** »(١) فخصص منه الختان والوسم ونحوهما وبقى الباقى داخلا فى عموم الذم والنهى •

(فرع) الكى بالنار ان لم تدع اليه حاجة حرام لدخوله فى عموم تغيير خلق الله وفى تعذيب الحيوان وسواء كوى نفسه أو غيره من آدمى أو غيره وان دعت اليه حاجة • وقال أهل الخبرة : انه موضع

---

(١) النساء : ١١٩ •

حاجة جاز فى نفسه وفى سائر الحيوان ، وتركه فى نفسه للتوكل أفضل • لحديث ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « قيل : يدخل من أمتك الجنة سبعون ألفا لا حساب عليهم ولا عذاب قال : وهم الذين لا يرقون ولا يسترقون ولا يتطيرون وعلى ربهم يتوكلون » متفق عليه • وعن عمران بن حصين رضى الله عنه قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يدخل الجنة من أمتى سبعون ألفا بغير حساب قالوا : ومن هم يا رسول الله ؟ قال : هم الذين لا يكتوون ولا يسترقون وعلى ربهم يتوكلون » رواه مسلم •

وعن عمران أيضا قال « وكان يسلم على حتى اكتويت فتركت ثم تركت الكى فعاد » رواه مسلم ومعناه أنه كان به مرض فاكتوى بسببه وكانت الملائكة تسلم عليه قبل الكى لفضله وصلاحه ، فلما اكتوى تركوا السلام عليه ، فعلم ذلك فترك الكى مرة أخرى ، وكان محتاجا اليه فعادوا وسلموا عليه رضى الله عنه ، والله أعلم •

(فــرع) يكره انزاء الحمير على الخيل لحديث على رضى الله عنه قال : « أهديت لرسول الله صلى الله عليه وسلم بغلة فركبها فقلت : لو حملنا الحمير على الخيل فكانت لنا مثل هذه ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : انما يفعل ذلك الذين لا يعلمون » رواه أبو داود باسناد صحيح ، قال العلماء : وسبب النهى أنه سبب لقلة الخيل ولضعفها •

(فــرع) يحرم التحريش بين البهائم ، لحديث ابن عباس رضى الله عنهما قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التحريش بين البهائم • رواه أبو داود والترمذى باسناد صحيح لكن فيــه أبو يحيى القتات ، وفى توثيقه خلاف ، وروى له مسلم فى صحيحه ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز للساعى ولا للامام أن يتصرف فيما يحصــل عنده من الفرائض حتى يوصلها الى أهلها ، لأن الفقــراء أهل رشــد لا يولى عليهم ، فلا يجــوز التصرف فى مالهم بغيــر اذنهم ، فان أخذ نصــف شاة أو وقف عليه شىء من المواشى وخاف هلاكه أو خاف أن يؤخذ فى

الطريق جاز له بيعه ، لأنه موضع ضرورة ، وان لم يبعث الامام الساعى وجب على رب المال ان يفرق الزكاة بنفسه على المنصوص لانه حق للفقراء ، والامام نائب عنهم ، فاذا ترك النائب عنهم لم يترك من عليه أداؤه ومن اصحابنا من قال : (ان قلنا) ان الاموال الظاهرة يجب دفع زكاتها الى الامام لم يجز ان يفرق بنفسه لانه مال توجه حق القبض فيه الى الامام ، فاذا لم يطلب الامام لم يفرق كالخراج والجزية) .

(الشرح) هذه المسائل كما ذكرها وسبق شرحها قريبا قبل الوسم ، ومسأله النص سبق شرحها مع نظائرها أول الباب . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يصح أداء الزكاة الا بالنية لقوله صلى الله عليه وسلم « انما الأعمال بالنيات ولكل امرىء ما نوى » ولانها عبادة محضة فلم تصح من غير نية كالصلاة ، وفى وقت النية وجهان (أحدهما) يجب ان ينوى حال الدفع لأنه عبادة يدخل فيها بفعله فوجبت النية فى ابتدائها كالصلاة (والثانى) يجوز تقديم النية عليها لانه يجوز التوكيل فيها ونيته غير مقارنة لأداء الوكيل ، فجاز تقديم النية بخلاف الصلاة ، ويجب أن ينوى الزكاة أو الصدقة الواجبة أو صدقة المال ، فان نوى صدقة مطلقة لم تجزه لأن الصدقة قد تكون نفلا فلا تنصرف الى الفرض الا بالتعيين . ولا يلزمه تعيين المال المزكى عنه . وان كان له نصاب حاضر ونصاب غائب فاخرج الفرض فقال : هذا عن الحاضر أو الغائب أجزأه ، لأنه لو أطلق النية لكانت عن أحدهما فلم يضر تقييده بذلك . فان قال : ان كان مالى الغائب سالما فهذا عن زكاته ، وان لم يكن سالما فهو عن الحاضر فان كان الغائب هالكا أجزأه ، لانه لو أطلق وكان الغائب هالكا لكان هذا عن الحاضر . وان قال : ان كان مالى الغائب سالما فهذا عن زكاته أو تطوع لم يجزه لأنه لم يخلص النية للفرض . وان قال : ان كان مالى الغائب سالما فهذا عن زكاته ، وان لم يكن سالما فهو تطوع وكان سالما أجزأه لأنه أخلص النية للفرض ، ولانه لو أطلق النية لكان هذا مقتضاه فلم يضر التقييد . وان كان له من يرثه فأخرج مالا وقال : ان كان قد مات مورثى فهذا عن زكاة ما ورثته منه وكان قد مات لم يجزه

لأنه لم يبن النية على أصـل لأن الأصـل بقاؤه ، وان وكل من يؤدى الزكاة ونوى عنـد الدفع الى الوكيـل ، ونوى الوكيـل عند الدفـع الى الفقـراء أجزأه • وان نوى الوكيـل ولم ينو الموكل لم يجزه ، لأن الزكاة فرض على رب المـال فلم تصح من غير نية ، وان نوى رب المـال ولم ينو الوكيـل ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال : يجوز قولا واحدا لأن الذى عليه الفرض قد نوى فى وقت الدفـع الى الوكيل ، فتعين المدفـوع للزكاة ، فلا يحتاج بعد ذلك الى النية • ومن أصحابنا من قال يبنى على جواز تقـديم النية ، فان قلنا يجـوز أجزأه ، وان قلنا : لا يجـوز لم يجـزه ، وان دفعها الى الامام ولم ينو ففيه وجهـان (أحدهما) يجزئه وهو ظاهر النص ، لأن الامام لا يدفع اليهالا الفرض فاكتفى بهـذا الظاهر عن النية • ومن أصحابنا من قال : لا يجـزئه ، وهو الأظهر لأن الامام وكيـل للفقـراء ، ولو دفع الى الفقـراء لم يجـز الا بالنية عند الدفع ، فكذلك اذا دفـع الى وكيلهم ، وتأول هذا القائل قول الشافعى رحمه الله على من امتنع من أداء الزكاة فأخذها الامام منه قهرا فانه يجزئه ، لأنه تعذرت النية من جهته ، فقامت نية الامام مقام نيته) •

(الشرح) هذا الحديث رواه البخارى ومسلم من رواية عمـر ابن الخطاب رضى الله عنه • وسبق بيانه فى أول باب نية الوضوء • وسبق هناك بيان الاحتراز بقوله عبادة محضة وانما قاس على الصلاة للرد على الأوزاعى • فانه قال : لا تفتقـر الزكاة الى نية • ووافق على افتقار الصلاة الى النية • وهذا القياس الذى ذكره المصنف ينتقض بالعتق والوقف والوصية • وقوله (وفى وقت النية وجهان « أحدهما » يجب أن ينوى فى حال الدفع لأنها عبادة يدخل فيها بفعله فوجبت النية فى ابتدائها كالصلاة) فقوله « بفعله » احتراز من الصوم — وفى الفصـل مسائل :

(احداها) لا يصح أداء الزكاة الا بالنية فى الجملة • وهذا لا خلاف فيه عندنا وانما الخلاف فى صفة النية وتفريعها وبوجوبها قال مالك وأبو حنيفة والثورى وأحمد وأبو ثور وداود وجماهير العلمـاء • وشذ عنهم الأوزاعى فقال : لا تجب ويصح أداؤها بلا نية كأداء الديون • ودليلنا ما ذكره المصنف وتخالف الدين فان الزكاة عبادة محضة كالصلاة • وأجاب القاضى أبو الطيب فى تعليقه بأن حقوق الآدمى لمـا لم يفتقـر

المتعلق منها بالبدن كالقصاص وحد القذف الى نية ، لم يفتقر المتعلق بالمال وحقوق الله تعالى المتعلقة بالبدن الى النية فكذا المتعلقة بالمال وأجاب صاحب الشامل والتتمة بأن الدين ليس عبادة وان كان فيه حق لله تعالى ، ولهذا يسقط باسقاط صاحبه ، فالمغلب فيه حقه • قال أصحابنا : فان نوى بقلبه دون لفظ لسانه أجزأه بلا خلاف ، وان لفظ بلسانه ولم ينو بقلبه ففيه طريقان (أحدهما) لا يجزئه وجها واحدا ، وبه قطع العراقيون والسرخسي وغيره من الخراسانيين •

(والطريق الثانى) فيه وجهان (أحدهما) يكفيه اللفظ باللسان دون نية القلب (والثانى) لا يكفيه ويتعين القلب ، وهذا الطريق مشهور فى كتب الخراسانيين ، ذكره الصيدلانى والفورانى وامام الحرمين والغزالى والبغوى وآخرون • قال الرافعى وهو الأشهر • قال : ومنهم من حكى هذا الخلاف قولين ، واتفق القائلون بهذا الطريق على أن الأصح اشتراط نية القلب ، وممن قال بالاكتفاء باللسان القفال • ونقله الصيدلانى وامام الحرمين والغزالى قولا للشافعى • وأشار القاضى أبو الطيب فى كتابه المجرد الى هذا فقال : قال الشافعى فى الأم : سواء نوى فى نفسه أو تكلم فانما أعطى فرض مال • فأقام اللسان مقام النية ، كما أقام أخذ الامام مقام النية • قال وبينه فى الأم فقال انما منعنى أن أجعل النية فى الزكاة كنية الصلاة افتراق الصلاة والزكاة فى بعض حالهما ، ألا ترى أنه يجوز دفع الزكاة قبل وقتها ؟ ويجزىء أن يأخذها الوالى بغير طيب نفسه فتجزىء عنه وهذا لا يوجد فى الصلاة • هذا آخر كلام القاضى أبى الطيب •

وقال امام الحرمين : المنصوص للشافعى أن النية لا بد منها • قال : وقال الشافعى فى موضع آخر « ان قال بلسانه هذا زكاة مالى أجزأه » قال : واختلف أصحابنا فى هذا النص فقال صاحب التقريب فيما حكاه عنه الصيدلانى ، أراد الشافعى لفظ اللسان مع نية القلب ، قال : وقالت طائفة « يكفى اللفظ ولا تجب نية القلب » وهو اختيار القفال • قال : واحتج القفال بأمرين (أحدهما) أن الزكاة تخرج من مال المرتد ولا تصح نيته (والثانى) جواز النية فى أداء الزكاة • ولو كانت نية القلب متعينة لوجبت على المكلف بها مباشرتها ، لأن النيات

سر العبادات والاخلاص فيها ، قال الامام : فقد حصل فى النية قولان (أحدهما) يكفى اللفظ أو نية القلب ، أيهما أتى به كفاه (والثانى) وهو المذهب تعيين نية القلب ، قال البغوى فى توجيه قول القفال فى الاكتفاء باللفظ : لأن النيابة فى الزكاة جائزة ، فلما ناب شخص عن شخص فيها جاز أن ينوب القلب عن اللسان ، قال : ولا يرد علينا الحج حيث تجزىء فيه النيابة ويشترط فيه نية القلب لأنه لا ينوب فيه من ليس من أهل الحج ، وفى الزكاة ينوب فيها من ليس من أهل وجوب الزكاة عليه ، فانه لو استناب عبدا أو كافرا فى أداء الزكاة جاز ، هذا كلام البغوى ، وفى استنابة الكافر فى اخراجها نظـر ، ولكن الصواب الجواز كما يجوز استنابته فى ذبح الأضحية •

(المسألة الثانية) قال أصحابنا صفة نية الزكاة أن ينوى : هذا فرض زكاة مالى أو فرض صدقة مالى أو زكاة مالى المفـروضة ، أو الصدقة المفروضة [فيتعرض] لفرض المـال ، لأن مثل هذا يقع كفارة ونذرا ، وهذه الصـور كلها تجزئه بلا خلاف ولو نوى الصدقة فقط لم تجـزئه على المذهب ، وبه قطع المصنف وامام الحرمين والبغـوى والجمهور ، وحكى الرافعى فيه وجها أنه يجزئه ، وهو ضعيف ، لأن الصـدقة تكون فرضا وتكون نفلا فلا يجـزئه بمجردها ، كما لو كان عليه كفارة فأعتق رقبة بنية العتق المطلق لا يجـزئه بلا خلاف ، ولو نوى صدقة مالى أو صدقة المـال فوجهان حكاهما البغـوى (أصحهما) لا يجـزئه (والثانى) يجزئه لأنه ظاهر فى الزكاة •

ولو نوى الزكاة ولم يتعرض للفرضية فطريقان (أصحهما) وبه قطع المصنف والجمهور أنه يجزئه وجها واحدا (والثانى) على وجهين (أحدهما) يجزئه (والثانى) لا يجـزئه ، حكاه امام الحرمين والمتولى وآخـرون من الخراسانيين ، قالوا : وهما كالوجهين فيمن نوى صلاة الظهر ولم يتعرض للفرضية ، وضعف امام الحرمين وغيـره هذا الطريق وهذا الدليل ، وفرقوا بأن الظهر قد تكون نافلة فى حق صبى ومن صلاها ثانيا ، وأما الزكاة فلا تكون الا فرضا فلا وجه لاشتراطه نية الفريضة مع نية الزكاة ، وقال البغوى : ان قال هذه زكاة مالى كفاه لأن الزكاة اسم للفرض المتعلق بالمـال ، وان قال : زكاة ففى اجزائه وجهان ، ولم يصحح شيئا (وأصحهما) الاجزاء • ولو قال هذا فرضى • قال البندنيجى :

أم يجزئه بلا خلاف قال : ونص الشافعي أنه يجزئه ، وهو مؤول . والله أعلم .

(الثالثة) في وقت نية الزكاة وجهان مشهوران ذكرهما المصنف والأصحاب (أحدهما) تجب النية حالة الدفع الى الامام أو الأصناف ، ولا يجوز تقديمها عليه كالصلاة (وأصحهما) يجوز تقديمها على الدفع للغير قياسا على الصوم ، لأن القصد سد خلة الفقير ، وبهذا قال أبو حنيفة وصححه البندنيجي وابن الصباغ والرافعي ومن لا يحصى من الأصحاب ، وهو ظاهر نص الشافعي في الكفارة ، فانه قال في الكفارة لا تجزئه حتى ينوى معها أو قبلها . قال أصحابنا : والكفارة والزكاة سواء ، قالوا ومن قال بالأول تأول على من نوى قبل الدفع واستصحب النية اليه . وذكر المتولي تأويلا آخر أنه أراد المكفر بالصوم ، والتأويلان ضعيفان والصواب اجراء النص على ظاهره . قال أصحابنا والوجهان يجريان في الكفارة . قال المتولي وآخرون : صورة المسألة أن ينوى حين يزن قدر الزكاة ويعزله ولا ينوى عند الدفع ، وأشار الى هذا التصوير الماوردي والبغوي .

(الرابعة) قال أصحابنا : لا يشترط تعيين المال المزكى في النية ، فلو ملك مائتي درهم حاضرة ومائتي درهم غائبة ، فأخرج عشرة دراهم بنية زكاة ماله أجزأه بلا تعيين ، وكذا لو ملك أربعين شاة وخمسة أبعرة فأخرج شاتين بنية الزكاة أجزأه بلا تعيين ، ولو أخرج بلا تعيين خمسة دراهم بنية الزكاة مطلقا ثم بان تلف أحد المالين أو تلف أحدهما بعد الاخراج فله جعل الزكاة عن الباقي ، ولو عين مالا لم ينصرف الى غيره ، فاذا نوى بالخمسة أحدهما بعينه فبان تالفا لا يجزئه عن الآخر ولو قال هذه الخمسة عن أحدهما فبان أحدهما تالفا والآخر سالما أجزأه عن السالم لأنه لو أطلق النية وقع عن السالم فلا يضره التقييد به ، وان قال ان كان الغائب سالما فهذا عن زكاته والا فهو عن الحاضر وكان الغائب تالفا فقد قطع المصنف والأصحاب بأنه يجزىء عن الحاضر وهو الصواب ، وكذا نقله امام الحرمين والرافعي عن الجمهور .

قالوا : ولا يضر هذا التردد لأن التعيين ليس بشرط حتى لو قال هذا عن الحاضر أو عن الغائب أجزأه وعليه خمسة أخرى ان كانا سالمين

بخلاف ما لو نوى الصلاة عن فرض الوقت أن كان الوقت دخل والا فعن الفائتة لا يجزئه بالاتفاق لان التعيين شرط فى الصلاة ، وحكوا عن صاحب التقريب ترددا فى اجزائه عن الحاضر مع اتفاقهم على اجزائه عن الغائب ان كان باقيا • والصواب الجزم باجزائه أيضا عن الحاضر ان كان الغائب تالفا • ولو قال : هذه عن الغائب ان كان باقيا والا فعن الحاضر أو هي صدقة ، فان كان الغائب سالما أجزأه عنه بلا خلاف ، وان كان الغائب تالفا لم يقع عن الحاضر كما قال الشافعى والمصنف والأصحاب •

واتفقوا على أنه لو قال ان كان مالى الغائب سالما فهذا عن زكاته أو نافلة ، فكان سالما لم يجزئه لانه لم يخلص القصد للفرض ، وان قال ان كان مالى الغائب سالما فهذا عن زكاته ، والا فهو تطوع فكان سالما اجزأه عنه بلا خلاف ، صرح به المصنف والأصحاب لأنه اخلص النية للفرض ، ولأنه لو أطلق النية لكان هذا مقتضاه فلا يضر التقييد به ، وكذا لو قال : هذا عن زكاة مالى الغائب فان كان تالفا فهو صدقة تطوع فكان سالما أجزأه عنه بالاتفاق لما ذكرنا • قال أصحابنا : وفى هاتين الصورتين لو بان الغائب تالفا لا يجوز له الاسترداد • قالوا : وكذا لو اقتصر على قوله زكاة الغائب فبان تالفا لا يجوز له الاسترداد الا اذا صرح • فقال : هذا عن زكاة الغائب • فان كان تالفا استرددته • وأما اذا اخرج الخمسة وقال ان كان مورثى مات وورثت ماله فهذه زكاته فبان انه مات وورثه فلا تحسب الخمسة عن زكاته بلا خلاف • صرح به المصنف وجميع الأصحاب • قالوا : لأنه لم يبن على أصل • فان الأصل عدم الارث بخلاف مسألة المال الغائب لأن الأصل بقاؤه فاعتضد التردد فى النية بأصل البقاء • ونظيره من قال فى آخر رمضان أصوم غدا ان كان من رمضان فبان منه يجزئه • ولو قال ذلك فى أوله لم يجزئه لما ذكرناه فى مسألتى زكاة الغائب والارث • قال صاحب البيان وغيره : وكذا لو جزم الوارث فقال : هذا زكاة ما ورثته عن مورثى وهو لا يعلم موته فلا يجزئه بالاتفاق أيضا •

قال أصحابنا : والفرق بين هذا وبين ما لو باع مال أبيه ظانا حياته فبان ميتا فانه يصح على الأصح لأن البيع لا يفتقر الى نية بخلاف الزكاة • أما اذا قال هذا عن مالى الغائب ان كان باقيا واقتصر

على هذا القدر فكان باقيا أجزأه عنه ، وان كان تالفا فليس له صرف المخـرج الى زكاة الحاضر على المذهب وبه قطع القاضى أبو الطيب فى المجـرد وآخرون ، وفيه وجه ضعيف حكاه الرافعى أن له صرفه الى الحاضر • والله أعلم •

(فان قيل) تصح هذه الصور على مذهب الشافعى وهو لا يجوز نقل الزكاة فكيف تصـح عن الغائب ؟ قال أصحابنا : يتصـور اذا جوزنا نقل الزكاة على أحد القولين ، وتتصور بالاتفاق اذا كان غائبا عن مجلسه ، ولكنه معه فى البلد لا فى بلد آخـر ، وتتصور فيمن هو فى سفينة أو برية ومعه مال ، وله مال آخـر فى أقرب البلاد اليه ، فموضع تفريق المـالين واحد • والله أعلم •

(الخامسة) اذا وكل فى اخـراج الزكاة فان نوى الموكل عند الدفع الى الوكيل ونوى الوكيـل عند الصرف الى الأصنـاف ، أو عند الصرف الى الامام أو الساعى أجزأه بلا خلاف ، وهو الأكمل ، وان لم ينويا أو نوى الوكيـل دون الموكل لم يجزئه بالاتفاق • وان نوى الموكل عند الدفع الى الوكيـل دون الوكيـل فطريقان حكاهما المصنف والأصحاب • (أحدهما) القطع بالاجزاء ، لأن المكلف بالزكاة هو المـالك وقد نوى (وأصحهما) فيه وجهان بناء على تقـديم النية على التفريق ، ان جوزنا أجزأ هذا والا فلا ، والمذهب الاجزاء • ولو وكله وفوض اليه النية ونوى الوكيل • قال امام الحرمين والغزالى : أجزأه بلا خلاف ، ولو دفع الى الوكيل بلا نية ودفع الوكيل ولم ينو ، لكن نوى الموكل حال دفع الوكيـل الى الأصناف أجزأ بلا خلاف ، لأن نية الموكل قارنت الصرف الى المستحق ، فأشبه تفريقه بنفسه ، ولو دفع الى الوكيل بلا نية ، ثم نوى قبل صرف الوكيل الى الأصناف فقـد جـزم صاحب البيان بالاجزاء ويحتمل أنه فرعه على الأصح ، وهو تقـدم النية على الدفع • والله أعلم •

فان قيل : قلتم هنا : ان النائب لو نوى وحده لا يجزىء بلا خلاف ، ولو نوى الموكل وحـده أجزأ على المذهب وفى الحج عكسه يشترط نية النائب ، وهو الأجير ولا تشترط نية المستأجر ولا تنفع (فالجواب)

ما أجاب به المتولى وغيره أن الفرض فى الحج يقع بفعل الوكيل ، فاشترط قصده الأداء عن المستأجر ، لينصرف الفعل اليه ، وأما هنا فالفرض يقع بمال الموكل ، فاكتفى بنيته ، قالوا : ونظير الحج أن يقول الموكل أد زكاة مالى من مالك ، فيشترط نية الوكيل • والله أعلم •

(السادسة) ولى الصبى والمجنون والسفيه يلزمه اخراج زكاة أموالهم ويلزمه النية بالاتفاق ، فلو دفع بلا نية لم يقع زكاة ويدخل فى ضمانه ، وعليه استرداده فان تعذر فعليه ضمانه من مال نفسه لتفريطه ، صرح به ابن كج والرافعى وغيرهما وهو ظاهر •

(السابعة) اذا تولى السلطان قسم زكاة انسان ، فان كان المالك دفعها طوعا ونوى عند الدفع كفاه وأجزأه ولا يشترط نية السلطان عند الدفع الى الأصناف بلا خلاف ، لأنه نائبهم فى القبض ، فان لم ينو المالك ونوى السلطان أو لم ينو أيضا فوجهان مشهوران حكاهما المصنف والأصحاب • (أحدهما) يجزئه • قال المصنف والأصحاب : وهو ظاهر النص فى المختصر وبه قطع جماعة من العراقيين منهم المحاملى والقاضى أبو الطيب فى المجرد وصححه الماوردى : لأن الامام لا يدفع اليه الا الفرض فاكتفى بهذا الظاهر عن النية • (والثانى) لا يجزئه لأنه لم ينو ، والنية واجبة بالاتفاق ، ولأن الامام انما يقبض نيابة عن المساكين ، ولو دفع المالك الى المساكين بلا نية لم يجزئه فكذا اذا دفع الى نائبهم ، وهذا هو الأصح صححه المصنف هنا وفى التنبيه وشيخه القاضى أبو الطيب والبندنيجى والبغوى وآخرون ، وصححه الرافعى فى المحرر •

قال الرافعى فى الشرح : هذا هو الأصح عند جمهور المتأخرين ، وتأولوا نص الشافعى فى المختصر ، على أن المراد به الممتنع من دفع الزكاة فيجزئه اذا أخذها الامام لكن نص الشافعى فى الأم أنه يجزئه اذا أخذها الامام • وان لم ينو المالك طائعا كان أو مكرها • قلت : وهذا النص يمكن تأويله أيضا على أن المراد يجزئه فى الظاهر فلا يطالب بالزكاة مرة أخرى • وأما فى الباطن فمسكوت عنه وقد قام دليل على أنه لا يجزئه فى الباطن • وهو ما ذكرناه •

هذا كله اذا دفع رب المـال الى الامام باختياره • فأما اذا امتنع فأخذها منه الامام قهرا ـ فان نوى رب المـال حال الأخذ ـ أجزاه ظاهرا وباطنا وان لم ينو الامام ، وهذا لا خلاف فيه ، كما سبق فى حال الاختيار •

وان لم ينو رب المـال نظـر ان نوى الامام أجزأه فى الظاهر فلا يطالب ثانيا وهل يجزئه باطنا ؟ فيه وجهـان مشـهوران فى طريقـة الخراسانيين (أصحهما) يجزئه وهو ظاهر كلام المصنف وجمهور العراقيين • وتقوم نية الامام مقام نيته للضرورة كما تقـوم نية ولى الصبى والمجنون والسفيه مقام نيته للضرورة • وان لم ينو الامام أيضا لم يسقط الفرض فى الباطن قطعا • وهل يسقط فى الظاهر ؟ فيه وجهان مشهوران أيضا (الأصح) لا يسقط • هكذا ذكره البغـوى وآخرون (وأما) وجوب النية على الامام فالمذهب وجوبها عليه وأنها تقوم مقام نية المـالك • وأن الامام اذا لم ينو عصى • هكذا قال هذا كله القفال فى شرحه التلخيص والرافعى وآخرون • وقال امام الحرمين والغزالى : ان قلنا : لا تسقط الزكاة عن الممتنع فى الباطن لم تجب النية على الامام • والا فوجهان (أحدهما) تجب كالولى (والثانى) لا • لئلا يتهاون المـالك بالواجب عليه • والله أعلم •

(الثامنة) لو تصدق بجميع ماله ولم ينو الزكاة لم تسقط عنه الزكاة بلا خلاف كما لو وهبه أو أتلفه وكما لو كان عليه صلاة فرض فصلى مائة صلاة نافلة لا يجزئه بلا خلاف • هذا مذهبنا • وقال أصحاب أبى حنيفة : يجـزئه ، ولو تصدق ببعضه لم يجـزئه أيضا عن الزكاة وبه قال أبو يوسف • وقال محمد : يجزئه عن زكاة ذلك البعض ، ولو أخـرج خمسة دراهم ونوى بها الفرض والتطـوع لم يجزئه عن الزكاة وكانت تطوعا • وبه قال محمد وقال أبو يوسف : تجزئه عن الزكاة • دليلنا أنه لم تمحض للفرض فلم تصح عنه كالصلاة • والله أعلم •

وفى كتاب الزيادات لأبى عاصم أنه لو دفع مالا الى وكيله ليفرقه تطوعا ثم نوى به الفرض ثم فرقها الوكيل وقع عن الفرض اذا كان القابض مستحقا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجب صرف جميع الصدقات الى ثمانية أصناف ، وهم الفقراء والمساكين والعاملون عليها ، والمؤلفة قلوبهم وفى الرقاب والغارمون ، وفى سبيل الله وابن السبيل . وقال المزنى وأبو حفص البابشامى : يصرف خمس الركاز الى من يصرف اليه خمس الفىء والغنيمة لأنه حق مقدر بالخمس . فأشبه خمس الفىء والغنيمة . وقال أبو سعيد الاصطخرى : تصرف زكاة الفطر الى ثلاثة من الفقراء لأنه قدر قليل ، فاذا قسم على ثمانية أصناف لم يقع ما يدفع الى كل واحد منهم موقعا من الكفاية ، والمذهب الأول . والدليل عليه قوله تعالى « انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفى الرقاب والغارمين وفى سبيل الله وابن السبيل »(١) فأضاف جميع الصدقات اليهم بلام التمليك ، وأشرك بينهم بواو التشريك ، فدل على أنه مملوك لهم مشترك بينهم)

(الشرح) قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله : ان كان مفرق الزكاة هو المالك أو وكيله سقط نصيب العامل ووجب صرفها الى الأصناف السبعة الباقين ان وجدوا ، والا فالموجود منهم ولا يجوز ترك صنف منهم مع وجوده ، فان تركه ضمن نصيبه ، وهذا لا خلاف فيه الا ما سيأتى ان شاء الله تعالى فى المؤلفة من الخلاف ، وبمذهبنا فى استيعاب الأصناف قال عكرمة وعمر بن عبد العزيز والزهرى وداود . وقال الحسن البصرى وعطاء وسعيد بن جبير والضحاك والشعبى والثورى ومالك وأبو حنيفة وأحمد وأبو عبيد : له صرفها الى صنف واحد . قال ابن المنذر وغيره : وروى هذا عن حذيفة وابن عباس . قال أبو حنيفة : وله صرفها الى شخص واحد من أحد الأصناف . قال مالك : ويصرفها الى أمسهم حاجة . وقال ابراهيم النخعى : ان كانت قليلة جاز صرفها الى صنف ، والا وجب استيعاب الأصناف ، وحمل أبو حنيفة وموافقوه الآية الكريمة على التخيير فى هذه الأصناف . قالوا : ومعناها لا يجوز صرفها الى غير هذه الأصناف وهو فيهم مخير .

واحتج أصحابنا بما ذكره المصنف ، وقد أجمعوا على أنه لو قال : هذه الدنانير لزيد وعمرو وبكر قسمت بينهم فكذا هنا .

---

(١) التوبة : ٦٠ .

(وأما) خمس الركاز فالمشهور وجـوب صرفه فى مصرف باقى الزكـوات ، وقال المزنى وأبو حفص : يصرف مصرف خمس الفىء والغنيمة ، وبه قال أبو حنيفة وسبق بيانه فى باب زكاة المعدن .

(وأما) زكاة الفطر فمذهب الشافعى وجمهور أصحابه وجوب صرفها الى الأصناف كلهم كباقى الزكوات ، وقال الاصطخرى : يجوز صرفها الى ثلاثة من الفقـراء ودليلهما فى الكتاب ، واختلف أصـحابنا فى تحقيق مذهب الاصطخرى فقال المصنف : تصرف الى ثلاثة من الفقراء واتفق أصحابنا على أن الاصطخرى يجـوز صرفها الى ثلاثـة من الفقـراء ، أو من المساكين واختلفوا فى جواز الصرف عنده الى ثلاثة من صنف غير الفقـراء والمساكين ، فحكى عنه الجمهور جواز صرفها الى ثلاثة من أى صنف كان ، ممن صرح بهذا عنه المـاوردى والقاضى أبو الطيب والسرخسى وصاحب البيان وآخـرون . وقال المحاملى فى كتابيه المجموع والتجـريد(١) والمتولى بأنه لا يسقط الفرض عنده بالدفع الى ثلاثة من غير الفقراء والمساكين . قال السرخسى : جوز الاصطخرى صرفها الى ثلاثة أنفس من صنف أو من أصناف مختلفة ، قال : وشرط الاصطخرى فى الاقتصار على ثلاثـة أن يفرقها المزكى بنفسه . قال فان دفعها الى الامام أو الساعى لزم الامام والساعى تعميم الأصناف ، لأنها تكثر فى يده فلا يتعـذر التعميم ، وشرط مالك صرفها الى ثلاثة من الفقـراء خاصة ، هـذا كلام السرخسى . واختار الرويانى فى الحلية قول الاصطخرى ، وحكى عن جماعة من أصحابنا اختياره قال الرافعى : ورأيت بخط الفقيه أبى بكر بن بدران أنه سمع أبا اسحاق الشيرازى يقول فى اختياره ورأيه أنه يجوز صرف زكاة الفطر الى شخص واحد والمشهور فى المذهب وجوب استيعاب الأصناف ، ورد أصحابنا مذهب الاصطخرى . وقوله : انها قليلة بأنه يمكنه جمعها مع زكاة غيره فتكثر ، قالوا : وينتقض قوله أيضا بمن لزمه جـزء من حيوان بأن تلف معظم النصاب بعد الحـول وقبل التمكن وكذا لو لزمه نصف دينار عن عشرين مثقالا ، فانه يلزمه صرفه الى الأصناف ووافق عليه الاصطخرى . والله أعلم .

---

(١) فى نسخة الحداد (بصرفها عنده الى ثلاثة من الفقراء دون غيرهم) وطرح المتولى .

هذا كله اذا فرق الزكاة رب المـال أو وكيله ، فأما اذا فرق الامام أو الساعى فيلزمه صرف الفطـرة وزكاة الأمـوال الى الأصـناف الموجودين ، ولا يجـوز ترك صنف منهم بلا خلاف ، لكن يجـوز أن يصرف زكاة رجل واحد الى شخص واحد • وزكاة شخصين أو أكثر الى شخص واحد بشرط أن لا يترك صنفا ، ولا يرجح صنفا على صنف وسنوضحه فيما بعد ان شاء الله تعالى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان كان الذى يفرق الزكاة هو الامام قسمها على ثمانية أسهم (سهم) للعامل ، وهو أول ما يبتدىء به ، لأنه يأخذه على وجه العوض ، وغيره يأخذه على [وجه] المواساة ، فاذا كان السهم قدر أجرته دفعه اليه ، وان كان أكثر من أجرته رد الفضل على الأصناف ، وقسـمه على سهامهم ، وان كان أقل من أجـرته تمم ، ومن أين يتمم ؟ قال الشافعى : يتمم من سهم المصالح ، ولو قيل يتمم من حق سائر الأصناف لم يكن به بأس ، فمن أصحابنا من قال : فيه قولان (أحدهما) يتمم من حق سائر الأصناف ، لأنه يعمل لهم ، فكانت أجرته عليهم (والثانى) يتمم من سهم المصـالح ، لأن الله تعالى جعل لكل صنف سهما ، فلو قسمنا ذلك على الأصناف ، ونقصنا حقهم فضلنا العامل عليهم ، ومن أصحابنا من قال : الامام بالخيار ، ان شاء تممه من سهم المصـالح ، وان شاء من سهامهم ، لأنه يشبه الحاكم ، لأنه يستوفى به حق الغيـر على وجه الأمانة ، ويشبه الأجير(١) فخير بين حقيهما ، ومنهم من قال : ان كان [قد] بدأ بنصيبه فوجده ينقص تمم من سهامهم ، وان كان بدأ بسهام الأصناف فأعطاهم ثم وجد منهم العامل ينقص تممه من سهم المصالح ، لأنه يشق عليه استرجاع ما دفع اليهم ، ومنهم من قال : ان فضل عن قدر حاجة الأصناف شىء تمم من الفضل ، فان لم يفضل عنهم شىء تمم من سهم المصالح ، والصحيح هو الطريق الأول ، ويعطى الحاشر والعريف من سهم العامل ، لأنهم من جملة العمال ، وفى أجـرة الكيال وجهان ، قال أبو على ابن أبى هريرة : هى على رب المـال لأنها تجب للايفاء ، والايفاء حق على رب المـال ، فكانت أجرته عليه ، وقال

---

(١) فى بعض النسخ (الوكيل) بدل (الأجير) (ط) •

أبو اسحاق : تكون من الصدقة لأنا لو أوجبنا ذلك على رب المـال زدنا على الفرض الذى وجب عليه فى الزكاة) .

(الشرح) قال أصحابنا : اذا أراد الامام قسم الزكاة ، فان لم يكن ثم عامل بأن دفعها اليه أرباب الأموال فرقها على باقى الأصناف ، وسقط نصيب العامل ، ووجب صرف جميعها الى الباقين من الأصناف ، كما لو فقد صنف آخـر ، وان كان هناك عامل بدأ الامام بنصيب العامل ، لمـا ذكره المصنف ، وهذه البداءة مستحبة ليست بواجبة بلا خلاف . قال أصحابنا : وينبغى للامام وللساعى اذا فوض اليه تفريق الزكوات أن يعتنى بضبط المستحقين ، ومعـرفة أعـدادهم ، وقدر حاجاتهم واستحقاقهم ، بحيث يقع الفراغ من جميـع الزكوات بعد معرفة ذلك أو معه ، ليتعجل وصول حقوقهم اليهم ، وليأمن من هلاك المـال عنده . قال أصحابنا : ويستحق العامل قدر أجرة عمله قل أم كثـر ، وهذا متفق عليه فان كان نصيبه من الزكاة قدر أجرته فقط أخذه . وان كان أكثر من أجرته أخذ أجرته والباقى للأصناف بلا خلاف ، لأن الزكاة منحصرة فى الأصـناف ، فاذا لم يبق للعـامل فيها حق تعين الباقى للأصناف ، وان كان أقل من أجـرته وجب اتمام أجرته بلا خلاف ، ومن أين يتمم ؟ فيه هذه الطـرق الأربعة التى ذكرها المصنف (الصحيح) منها عند المصنف والأصحاب أنها على قولين (أصحهما) يتمم من سهام بقية الأصناف وهذا الخلاف انما هو فى جواز التتميم من سهام بقية الأصناف .

(وأما) بيت المـال فيجوز التتميم منه بلا خلاف ، بل قال أصحابنا لو رأى الامام أن يجعل أجـرة العامل كلها من بيت المـال ويقسم جميع الزكوات على بقية الأصناف جاز ، لأن بيت المـال لمصالح المسلمين ، وهذا من المصالح . صرح بهذا كله صاحب الشامل وآخرون ، ونقـل الرافعى اتفاق الأصحاب عليه . والله أعلم .

قال أصحابنا : ويعطى الحاشر والعريف والحاسب والكاتب والجابى والقسام وحافظ المـال من سهم العامل ، لأنهم من العمال . ومعناه

أنهم يعطون من السهم المسمى باسم العامل ، وهو ثمن الزكاة لأنهم يزاحمون العامل فى أجرة مثله • قال أصحابنا : والحاشر هو الذى يجمع أرباب الأموال ، والعريف هو كالنقيب للقبيلة ، وهو الذى يعرف الساعى أهل الصدقات اذا لم يعرفهم : قال أصحابنا : ولا حق فى الزكاة للسلطان ، ولا لوالى الاقليم ولا للقاضى ، بل رزقهم اذا لم يتطوعوا من بيت المال فى خمس الخمس المرصد للمصالح ، لأن عملهم عام فى مصالح جميع المسلمين ، بخلاف عامل الزكاة ، قال أصحابنا : واذا لم تقع الكفاية بعامل واحد أو كاتب واحد أو حاسب أو حاشر ونحوه زيد فى العدد بقدر الحاجة ، وفى أجرة الكيال والوزان وعاد الغنم وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) عند الأصحاب أنها على رب المال ، وهذا الخلاف فى الكيال والوزان والعاد الذى يميز نصيب الأصناف [من نصيب رب المال • فأما الذى يميز بين الأصناف] فأجرته من سهم العامل بلا خلاف ، وممن نقل الاتفاق عليه صاحب البيان ، قال : ومؤنة احضار الماشية ليعدها العامل تجب على رب المال ، لأنها للتمكين من الاستيفاء ، قال : وأجرة حافظ الزكاة وناقلها والبيت الذى تحفظ فيه الزكاة على أهل السهمان ومعناه أنها تؤخذ من جملة مال الزكاة قال : ويجوز أن يكون الحافظ والناقل هاشميا ومطلبيا بلا خلاف ، لأنه أجير محض • وذكر صاحب المستظهرى فى أجرة راعى أموال الزكاة بعد قبضها وحافظها وجهين (أصحهما) وبه قطع صاحب العدة تجب فى جملة الزكاة (والثانى) تجب فى سهم العامل خاصة • والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وسهم للفقراء ، والفقير هو الذى لا يجد ما يقع موقعا من كفايته فيدفع اليه ما تزول به حاجته من اداة يعمل بها(١) ان كان فيه قوة ، أو بضاعة يتجر فيها حتى لو احتاج الى مال كثير للبضاعة التى

---

(١) افتيت بهذا لبنك فيصل الاسلامى فقلت : يجوز أن يعطى البنك لاصحاب الحرف كالنجارين والسباكين والخراطين آلات تعينهم فى عملهم ورزقهم ولعلهم يصيبون من الكسب ما يجعلهم مؤدين للزكاة اذا اغتنوا بعد قليل ان شاء الله (ط) •

تصلح له ، ويحسن التجارة فيه وجب أن يدفع اليه ، وان عرف لرجل مال وادعى أنه افتقر لم يقبل منه الا ببينة ، لأنه ثبت غناه فلا تقبل دعوى الفقر الا ببينة ، كما لو وجب عليه دين آدمى وعرف له مال فادعى الاعسار ، فان كان قويا وادعى أنه لا كسب له أعطى ، لما روى عبيد الله بن عبد الله بن الخيار « أن رجلين سألا رسول الله صلى الله عليه وسلم الصدقة فصعد بصره اليهما وصوب ثم قال : أعطيكما بعد أن أعلمكما أنه لا حظ فيها لغنى ولا قوى مكتسب » وهل يحلف ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يحلف لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يحلف الرجلين (الثانى) يحلف ، لأن الظاهر أنه يقدر على الكسب مع القوة) .

(الشرح) هذا الحديث صحيح رواه أبو داود والنسائى وغيرهما بأسانيد صحيحة عن عبيد الله بن عدى بن الخيار قال : « أخبرنى رجلان أنهما أتيا رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع وهو يقسم الصدقة فسألاه منها ، فرفع فينا البصر وخفضه فرآنا جلدين فقال : ان شئتما أعطيتكما ولا حظ فيها لغنى ولا لقوى مكتسب » هذا لفظ اسناد الحديث ومتنه فى كتاب السنن وقوله (جلدين) بفتح الجيم أى قويين . ووقع فى أكثر نسخ المهذب عبيد الله بن عبد الله بن الخيار ، ووقع فى بعضها عبيد الله بن عدى بن الخيار . وهذا الثانى هو الصواب ، والأول غلط صريح وهو عبيد الله بن عدى بن الخيار . بكسر الخاء المعجمة وبعدها ياء مثناة من تحت ، ابن نوفل بن عبد مناف بن قصى وهذا لا خلاف فيه بين العلماء من جميع الطوائف . وكذا هذا فى سنن أبى داود والنسائى والبيهقى وغيرهما من كتب الحديث . وينكر على المصنف فيه شىء آخر وهو أنه قال : عن عبيد الله أن رجلين سألا رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وعبيد الله تابعى فجعل الحديث مرسلا وهو غلط ، بل الحديث متصل عن عبيد الله عن الرجلين كما ذكرناه . وهكذا هو فى جميع كتب الحديث ، والرجلان صحابيان لا يضر جهالة عينهما ، لأن الصحابة كلهم عدول .

وقوله (صعد بصره) هو بتشديد العين ، أى رفعه . وقوله (وصوبه) أى خفضه ، وقوله فى أول الفصل (من أداة يعمل بها) هى بفتح الهمزة وبدال مهملة ، وهى الآلة .

(أما الأحكام) ففيه مسائل :

(احداها) فى حقيقة الفقيــر الذى يستحق سهما فى الزكاة • قال الشافعى والأصحاب هو الذى لا يقــدر على ما يقع موقعــا من كفايته لا بمــال ولا بكسب ، وشرحه الأصحاب فقالوا : هو من لا مال له ولا كسب أصلا أو له ما لا يقع موقعا من كفايته ، فان لم يملك الا شيئا يسيرا بالنسبة الى حاجته بأن كان يحتاج كل يوم الى عشرة دراهم وهو يملك درهمين أو ثلاثة كل يوم فهو فقير ، لأن هذا القــدر لا يقع موقعا من الكفاية • قال البغــوى وآخرون : ولو كان له دار يسكنها أو ثوب يلبسه متجملا به فهو فقيــر ، ولا يمنع ذلك فقــره لضرورته اليه • قال الرافعى : ولم يتعرضوا لعبده الذى يحتاج اليه للخدمة ، وهو فى سائر الأصول ملحق بالمسكن (قلت) قد صرح ابن كج فى كتابه التجــريد بأن العبد الذى يحتاج اليه للخدمة كالمسكن ، وأنهما لا يمنعان أخذه الزكاة لأنهما مما يحتاج اليه كثيابه •

قال الرافعى : ولو كان عليه دين فيمكن أن يقال القــدر الذى يؤدى به الدين لا حكم لوجــوده ولا يمنع الاستحقاق من سهم الفقراء ، كما لا اعتبار به فى وجوب نفقة القريب • قال : وفى فتاوى البغــوى أنه لا يعطى سهم الفقراء حتى يصرف ما عنده الى الدين(١) • قال البغوى : يجوز أخذ الزكاة لمن ماله على مسافة القصر الى أن يصل ماله ، قال : ولو كان له دين مؤجل فله أخذ كفايته الى حلول الأجل • قال الرافعى : وقد يتردد الناظــر فى اشتراطه مسافة القصر • وأما الكسب فقال أصحابنا : يشترط فى استحقاقه سهم الفقــراء أن لا يكون له كسب يقع موقعا من كفايته كما ذكرنا فى المــال ، ولا يشترط العجــز عن أصل الكسب ، قالوا : والمعتبر كسب يليق بحاله ومروءته • وأما ما لا يليق به فهو كالمعدوم • قالوا : ولو قدر على كسب يليق بحاله الا أنه مشتغل بتحصيل بعض العلوم الشرعية بحيث لو أقبل على الكسب لانقطع عن التحصيل حلت له الزكاة لأن تحصيل العلم فرض كفاية •

(وأما) من لا يتأتى منه التحصيل فلا تحل له الزكاة اذا قدر على الكسب ، وان كان مقيما بالمدرسة ، هذا الذى ذكرناه هو الصحيح المشهور

---

(١) الدين : بفتح الدال مع التشديد •

وذكر الدارمى فى المشتغل بتحصيل العلم ثلاثة أوجه • (أحدها) يستحق وان قـــدر على الكسب • (والثانى) لا • (والثالث) ان كان نجيبا يرجى تفقهه ونفع المسلمين به استحق والا فلا ، ذكرها الدارمى فى باب صدقة التطـــوع وأما من أقبل على نوافل العبادات ــ والكسب يمنعه منها ، أو من استغراق الوقت بها ــ فلا تحل له الزكاة بالاتفاق ، لأن مصلحة عبادته قاصرة عليه ، بخلاف المشتغل بالعلم • قال أصحابنا : واذا لم يجد الكسوب من يستعمله حلت له الزكاة لأنه عاجز •

(فـــرع) هل يشترط فى الفقير الزمانة والتعفف عن السؤال ؟ فيه طريقان المذهب لا يشترط ، وبه قطع الجمهور من العراقيين وغيرهم (والثانى) حكاه الخراسانيون فيه قولان (أصـــحهما) لا يشـــترط (والثانى) يشترط ، قالوا الجديد لا يشترط ، والقديم يشترط ، وتأول العراقيون وغيرهم القديم •

(فـــرع) قال أصحابنا : والمعتبر فى قولنا يقع موقعا من كفايته المطعم والملبس والمسكن وسائر ما لابد له منه على ما يليق بحاله بغير اسراف ولا اقتار لنفس الشخص ولمن هو فى نفقته •

(فـــرع) المكفى بنفقة أبيه أو غيره ممن يلزمه نفقته ، والفقيرة التى لها زوج غنى ينفق عليها هل يعطيان من سهم الفقـــراء ؟ فيه خلاف منتشر ذكره جماعة منهم امام الحرمين ، ولخصه الرافعى فقال : هو مبنى على مسألة ، وهى لو وقف على فقـــراء أقاربه أو أوصى لهم فكانا فى أقاربه هل يستحقان سهما فى الوقف والوصية ؟ فيه أربعة أوجه (أصحها) لا يستحقان قاله الشيخ أبو زيد والخضرى وصححه الشيخ أبو على السنجى وغيره (والثانى) يستحقان قاله ابن الحداد (والثالث) يستحق القريب دون الزوجة ، لأنها تستحق عوضا يثبت فى ذمة الزوج ويستقر ، قاله الأودنى • (والرابع) عكسه ، والفرق أن القريب يلزمه كفايته من كل وجه حتى الدواء ، وأجـــرة الطبيب ، فاندفعت حاجاته ، والزوجة ليس لها الا مقـــدر ، وربما لا يكفيها •

قال : فأما مسألة الزكاة ــ فان قلنا ــ لا حق لهمـــا فى الوقف والوصية فالزكاة أولى ، والا فوجهان (الأصح) يعطيان كالوقف والوصية

(والثانى) لا • وبه قال ابن الحداد ، والفرق أن الاستحقاق فى الوقف باسم الفقـــر ، ولا يزول اسم الفقـــر بقيام غيره بأمره • وفى الزكاة بالحاجه ولا حاجه مع توجه النفقة ، فاشبه من يكتسب كل يوم كفايته ، فانه لا يجـــوز له الاخذ من الزكاة ، وان كان معدودا من الفقـــراء ، والخلاف فى القريب اذا أعطاه غير من تلزمه نفقته من سهم الفقـــراء ، أو المساكين ، ويجـــوز له أن يعطيه من غيرهما بلا خلاف • وأما المنفق فلا يجـــوز له ان يعطيه من سهم الفقـــراء والمساكين بلا خلاف لأنه مستغن بنفقته ، ولأنه يدفع عن نفسه النفقة وله أن يعطيه من ســـهم العامل والغارم والغازى والمكاتب اذا كان بتلك الصفة ، وكذا من سهم المؤلفة الا أن يكون فقيـــرا ، فلا يجـــوز أن يعطيه لئلا يسقط النفقه عن نفسه ، ويجـــوز أن يعطيه من سهم ابن السبيل مؤنة السفر دون ما يحتاج اليه سفرا وحضرا ، لأن هذا القدر هو المستحق عليه بسبب القرابة

(وأما) فى مسألة الزوجة فالوجهان جاريان فى الزوج كغيره ، لأنه بالصرف اليها لا يدفع عن نفسه النفقة ، بل نفقتها عوض لازم سواء كانت غنية أو فقيرة فصار كمن استأجر فقيـــرا ، فان له دفع الزكاة اليه مع الأجـــرة ، وقطع العراقيون بأنه ليس له الدفـــع اليها ، فان قلنا : لا يجوز الدفع اليها ، فلو كانت ناشزة فوجهان (أحدهما) وهو الذى ذكره البغـــوى يجـــوز اعطاؤها لأنه لا نفقة لها (وأصحهما) لا يجـــوز ، وبه قطع الشيخ أبو حامد والأكثرون ، لأنها قادرة على النفقة بترك النشوز ، فأشبهت القادر على الكسب ، وللزوج أن يعطيها من سهم المكاتب والغارم بلا خلاف ، ومن سهم المؤلفة على الأصح ، وبه قطع المتولى ، وقال الشيخ أبو حامد : لا تكون المرأة من المؤلفة ، وهو ضعيف •

قال أصحابنا : ولا تكون المـــرأة عاملة ولا غازية • وأما ســـهم ابن السبيل فان سافرت مع الزوج لم تعط منه سواء سافرت باذنه أو بغير اذنه لأن نفقتها عليه فى الحالين لأنها فى قبضته ولا تعطى مؤنة السفر ان سافرت معه بغير اذنه لأنها عاصية ، وان سافرت وحدها ـــ فان كان باذنه ـــ أوجبنا نفقتها ، أعطيت مؤنة السفر فقط من سهم ابن السبيل ،

وان لم نوجبها أعطيت جميع كفايتها ، وان سافرت وحدها بغير اذنه لم تعط لأنها عاصية • قال الشيخ أبو حامد والأصحاب : ويجوز أن تعطى هذه من سهم الفقراء والمساكين بخلاف الناشزة لأنها تقدر على العود الى طاعته والمسافرة لا تقدر • فان تركت سفرها وعزمت على العود اليه أعطيت من سهم ابن السبيل لخروجها عن المعصية • هذا آخر ما نقله الرافعى • والله أعلم •

قال أصحابنا : ولو كانت الزوجة ذات مال فلها صرف زكاتها الى الزوج اذا كان بصفة الاستحقاق ، سواء صرفت من سهم الفقراء والمساكين أو نحوهم ، لأنه لا يلزمها نفقته فهو كالأجنبى وكالأخ وغيره من الأقارب الذين لا تجب نفقتهم ودفعها الى الزوج أفضل من الأجنبى كما سنوضحه فى أواخر الباب ان شاء الله •

(فرع) اذا كان له عقار ينقص دخله عن كفايته فهو فقير أو مسكين ، فيعطى من الزكاة تمام كفايته ولا يكلف بيعه ، ذكره أبو العباس الجرجانى فى التحرير والشيخ نصر المقدسى وآخرون •

(فرع) قال الغزالى فى الاحياء : لو كان له كتب فقه لم تخرجه عن المسكنة ــ يعنى والفقر ــ قال : فلا يلزمه زكاة الفطر ، وحكم كتابه حكم أثاث البيت ، لأنه محتاج اليه ، قال لكن ينبغى أن يحتاط فى فهم الحاجة الى الكتاب ، فالكتاب يحتاج اليه لثلاثة أغراض : التعليم والتفرج بالمطالعة والاستفادة ، فالتفرج لا يعد حاجة كاقتناء كتب الشعر والتواريخ ونحوهما مما لا ينفع فى الآخرة ولا فى الدنيا فهذا يباع فى الكفارة وزكاة الفطر ويمنع اسم المسكنة • وأما حاجة التعليم فان كان للتكسب كالمؤدب والمدرس بأجرة فهذه آلته ، فلا تباع فى الفطرة كآلة الخياط ، وان كان يدرس لقيام فرض الكفاية لم تبع • ولا تسلبه اسم المسكنة لأنها حاجة مهمة أى حاجة • وأما الاستفادة والتعلم من الكتاب كادخاره كتاب طب ليعالج نفسه به ، أو كتاب وعظ ليطالعه ويتعظ به ، فان كان فى البلد طبيب أو واعظ فهو مستغن عن الكتاب وان لم يكن فهو محتاج ، ثم ربما لا يحتاج الى مطالعته الا بعد مدة • قال فينبغى أن يضبط ، فيقال مالا يحتاج اليه فى السنة فهو

مستغن عنه ، فتقدر حاجة أثاث البيت وثياب البدن بالسنة فلا يباع ثياب الشتاء فى الصيف ولا ثياب الصيف فى الشتاء ، والكتب بالثياب أشبه ، وقد يكون له من كتاب نسختان فلا حاجة له الا الى احداهما ، فان قال احداهما أصح والأخرى أحسن ، قلنا اكتف بالأصح وبع الأحسن ، وان كانا كتابين من علم واحد أحدهما مبسوط والاخر وجيز ، فان كان مقصوده الاستفادة فليكتف بالمبسوط ، وان كان قصده التدريس احتاج اليهما • هذا آخر كلام الغزالى وهو حسن الا قوله فى كتاب الوعظ انه يكتفى بالواعظ فليس كما قال ، لأنه ليس كل أحد ينتفع بالواعظ كانتفاعه فى خلوته ، وعلى حسب ارادته • وقال أبو عاصم العبادى فى كتابه الزيادات : لو كان له كتب علم وهو عالم جاز دفع سهم الفقراء اليه ، قال : ولا تباع كتبه فى الدين • والله أعلم •

(فرع) سئل الغزالى عن القوى من أهل البيوتات الذين لم تجر عاداتهم بالتكسب بالبدن ، هل له أخذ الزكاة من سهم الفقراء والمساكين ؟ فقال : نعم • وهذا صحيح جاز على ما سبق أن المعتبر حرفة تليق به • والله أعلم •

(المسألة الثانية) فى قدر المصروف الى الفقير والمسكين ، قال أصحابنا العراقيون وكثيرون من الخراسانيين : يعطيان ما يخرجهما من الحاجة الى الغنى ، وهو ما تحصل به الكفاية على الدوام • وهذا هو نص للشافعى رحمه الله ، واستدل له الأصحاب بحديث قبيصة بن المخارق الصحابى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تحل المسألة الا لأحد ثلاثة ، رجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك ، ورجل أصابته جائحة اجتاحت ماله فحلت له المسألة حتى يصيب قواما من عيش ، أو قال سدادا من عيش ، ورجل أصابته فاقة حتى يقول ثلاثة من ذوى الحجى من قومه : لقد أصابت فلانا فاقة فحلت له المسألة حتى يصيب قواما من عيش ، أو قال سدادا من عيش ، فما سواهن من المسألة يا قبيصة سحت يأكلها صاحبها سحتا » رواه مسلم فى صحيحه ، والقوام والسداد بكسر أولهما ، وهما بمعنى •

قال أصحابنا : فأجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم المسألة حتى يصيب ما يسد حاجته فدل على ما ذكرناه • قالوا : وذكر الثلاثة فى

الشهادة للاستظهار لا للاشتراط قال أصحابنا : فان كان عادته الاحتراف أعطى ما يشـــترى به حرفته أو آلات حرفته ، قلت قيمة ذلك أم كثرت ، ويكون قدره بحيث يحصل له من ربحه ما يفى بكفايته غالبا تقـــريبا • ويختلف ذلك باختلاف الحـــرف والبلاد والأزمان والأشخاص • وقرب جماعة من أصحابنا ذلك فقالوا : من يبيع البقـــل يعطى خمسة دراهم أو عشرة ، ومن حرفته بيع الجـــوهر يعطى عشرة آلاف درهم مثلا اذا لم يتأت له الكفاية بأقل منها • ومن كان تاجـــرا أو خبازا أو عطارا أو صرافا أعطى بنسبة ذلك ، ومن كان خياطا أو نجارا أو قصارا أو قصابا أو غيرهم من أهل الصنائع أعطى ما يشترى به الآلات التى تصلح لمثله ، وان كان من أهل الضياع يعطى ما يشترى به ضيعة أو حصه فى ضيعة تكفيه غلتها على الدوام •

قال أصحابنا : فان لم يكن محترفا ولا يحسن صنعة أصـــلا ولا تجارة ولا شيئا من أنواع المكاسب أعطى كفاية العمـــر الغالب لأمثاله فى بلاده ولا يتقـــدر بكفاية سنة ، قال المتولى وغيره : يعطى ما يشترى به عقارا يستغل منه كفايته ، قال الرافعى : ومنهم من يشعر كلامه بأنه يعطى ما ينفق عينه فى مدة حياته ، والصحيح بل الصواب هو الأول ، هذا الذى ذكرناه من اعطائه كفاية عمـــره هو المذهب الصحيح الذى قطع به العـــراقيون وكثيرون من الخراسانيين ، ونص عليه الشافعى وذكر البغـــوى والغزالى وغيرهما من الخراسانيين أنه يعطى كفاية سنة ولا يزاد ، لأن الزكاة تتكرر كل سنة فيحصل كفايته منها سنة سنة ، وبهذا قطع أبو العباس بن القاص فى المفتاح ، والصحيح الأول وهو كفاية العمـــر • قال الشيخ نصر المقدسى : هو قول عامة أصحابنا ، قال : وهو المذهب ، وقال الرافعى : هو قول أصحابنا العراقيين وآخرين ، وقال صاحب البيان : هو المنصوص وقول جمهور أصحابنا •

(المسألة الثالثة) اذا عرف لرجل مال فادعى تلفه وأنه فقير أو مسكين ، لم يقبل منه الا ببينة لـــا ذكره المصنف • وهذا لا خـــلاف فيه ، وفى هذه البينة وصفتها كلام سيأتى ان شاء الله تعالى فى فصـــل المكاتب • قال الرافعى : ولم يفرقوا بين دعواه الهلاك بسبب خفى كالسرقة ، أو ظاهر كالحريق ، وان لم يعـــرف له مال وادعى الفقـــر

أو المسكنة قبل(١) قوله ولا يطالب ببينة بلا خلاف ، لأن الأصل فى الانسان الفقـــر •

(المسألة الرابعة) اذا ادعى أنه لا كسب له ، فان كان ظاهره عدم الكسب كشيخ هرم أو شاب ضعيف البنية ونحوهما قبل(١) قوله بغير يمين بلا خلاف ، لأن الأصل والظاهر عدم الكسب ، وان كان شابا قويا لم يكلف البينة بلا خلاف بل يقبل قوله ، وهل يحلف ؟ فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) يقبل قوله بلا يمين للحديث ، ولأن مبنى الزكاة على المسامحة والرفق ، فلا يكلف يمينا ، والقائل الآخـــر يتأول الحديث على أن النبى صلى الله عليه وسلم علم من حالهما عدم الكسب والقدرة • وهذا تأويل ضعيف ، فان آخـــر الحديث يخالف هذا (فان قلنا) يحلف فهل اليمين مستحبة أو شرط ؟ فيه وجهان ، فان نكل ، فان قلنا شرط لم يعط والا أعطى • ولو قال : لا مال لى واتهمه فهو كقوله لا كسب لى فيجىء فى تحليفه ما ذكرناه ، هكذا نقلوه ، وهو ظاهر •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وسهم للمساكين ، والمسكين هو الذى يقـــدر على ما يقع موقعا من كفايته ، الا أنه لا يكفيه ، وقال أبو اسحاق : هو الذى لا يجـــد ما يقع موقعا منكفايته ، فأما الذى يجـــد ما يقع موقعا من كفايته فهو الفقيـــر والأول أظهر ، لأن الله تعالى بدأ بالفقـــراء ، والعرب لا تبدأ الا بالأهم فالأهم ، فدل على أن الفقيرأمس حاجـــة ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اللهم أحينى مسكينا وأمتنى مسكينا » وكان صلى الله عليه وسلم « يتعوذ من الفقـــر » فدل على أن الفقـــر أشد ، ويدفع الى المسكين تمام الكفاية ، فان ادعى عيالا لم يقبل منه الا ببينة ، لأنه يدعى خلاف الظاهر) •

(الشرح) أما قوله ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يتعوذ من الفقـــر فهو ثابت فى الصحيحين من رواية عائشة رضى الله عنها • وأما حديث « أحينى مسكينا وأمتنى مسكينا » فرواه الترمذى فى جامعه فى

---

(١) قبل : بضم القاف وكسر الباء •

كتاب الزهد ، والبيهقي في سننه وغيرهما من رواية أنس رضي الله عنه واسناده ضعيف . ورواه ابن ماجه في سننه في كتاب الزهد من رواية أبي سعيد الخدري رضي الله عنه واسناده أيضا ضعيف ، ورواه البيهقي أيضا من رواية عبادة بن الصامت . قال البيهقي : قال أصحابنا : فقد استعاذ صلى الله عليه وسلم من الفقـــر وسأل المسكنة . وقد كان له صلى الله عليه وسلم بعض الكفايه فدل على أن المسكين من له بعض الكفاية .

قال البيهقي : وقد روى في حديث أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم : استعاذ من المسكنة والفقـــر فلا يجوز أن يكون استعاذ من الحال التي شرفها في أخبار كثيرة ، ولا من الحال التي سأل صلى الله عليه وسلم أن يحيى ويمات عليها ، قال : ولا يجـــوز أن تكون مسألته صلى الله عليه وسلم مخالفة لمـــا مات عليه صلى الله عليه وسلم ، فقد مات مكفيا بما أفاء الله تعالى عليه وقال : ووجه هذه الأحاديث عندي أنه استعاذ من فتنة الفقـــر والمسكنة اللذين يرجع معناهما الى القلة ، كما استعاذ صلى الله عليه وسلم من فتنة الغنى ، فقـــد روت عائشة رضي الله عنها أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) كان يقول « اللهم اني أعـــوذ بك من فتنة النار ، وفتنة الفقـــر ، وعذاب القبر ، وشر فتنة الغني ، وشر فتنة الفقر ، اللهم اني أعوذ بك من شر فتنة الدجـــال » رواه البخاري ومسلم ، وفيه دليل على أنه صلى الله عليه وسلم انما استعاذ من شر فتنة الفقـــر دون حال الفقـــر ، ومن فتنة الغنى دون حال الغنى ، قال : وأما قوله صلى الله عليه وسلم ان كان قال « أحيني مسكينا وأمتني مسكينا » فان صح طريقه وفيه نظـــر فالذي يدل عليه حاله عند وفاته صلى الله عليه وسلم أنه لم يسأل مسكنة يرجع معناها الى القلة ، بل مسكنة معناها الاخبات والتواضع ، وأن لا يكون من جبابرة المتكبرين وأن لا يحشر في زمرة الأغنيـــاء المترفين ، قال القتيبي : المسكنة مشتقة من السكون يقال : تمسكن الرجل اذا لان وتواضع وخشع ، هذا آخر كلام البيهقي .

ومذهب أبي حنيفة ومالك أن المسكين أسوأ حالا من الفقيـــر ، كما حكاه المصنف عن أبي اسحاق المروزي ، قال أصحابنا : والخلاف بيننا وبين أبي حنيفة في الفقيـــر والمسكين لا يظهر له فائدة في الزكاة

لأنه يجـوز عندة صرفه الزكاة الى صنف واحـد بل الى شخص واحد من صنف ، لكن يظهر فى الوصية للفقـراء دون المساكين او للمسـاكين دون الفقـراء ، وفيمن أوصى بألف للفقـراء وبمائه للمساكين وفيمن نذر او حلف ليتصدقن على احد الصنفين دون الاخـر ، أما اذا اطلق أحد الصنفين فى الوصية والوقف والنذر وجميـع المواضع غير الزكاة ولم ينف الاخـر فانه يجـوز عندنا ان يعطى الصنف الاخـر بلا خلاف ، صرح به أصحابنا واتفقوا عليه ، وضابطه أنه متى أطلق للفقراء أو المساكين شاول الصنفين ، وان جمعا أو ذكر أحدهما ونفى الآخـر وجب التمييز حينئذ ، ويحتاج عند ذلك الى بيان النوعين أيهما أسوأ حالا ؟ والمشهور عندنا ، وهو الذى نص عليه الشافعى وجماهير أصحابنا المتقـدمين والمتأخرين أن الفقير أسوا حالا كما ذكره المصنف ، وبهذا قال خلائق من أهل اللغة •

(أما) حقيقة المسكين فقال الشافعى والأصحاب : هو من يقـدر على ما يقع موقعا من كفايته ولا يكفيه ، قال أصحابنا : مثاله : يحتاج الى عشره ويقـدر على ثمانية أو سبعة ، وسبق فى فصل الفقيـر ان القـدرة على الكسب كالقـدرة على المـال وتقـدم بيان الكسب المعتبر والمـال المعتبر ، وأن الفقيـر والمسكين يعطيان تمام كفايتهما وسبق كيفية اعطاء الكفاية ، وجميع الفـروع السابقة لا فرق فيها بين الفقير والمسكين ، قال أصحابنا : وسواء كان المـال الذى يملكه المسكين نصابا أو أقل أو أكثر اذا لم يبلغ كفايته فيعطى تمام الكفاية •

وقال أبو حنيفة : لا يعطى من يملك نصابا • دليلنا ان هذا لا أصل له ، والنصوص مطلقة فلا يقبل تقييدها الا بدليل صحيح ، ولو ادعى الفقير أو المسكين عيالا وطلب أن يعطى كفايته وكفايتهم فهل يقبل قوله فى العيال بغير بينة ؟ أم لابد من البينة ؟ فيه وجهان مشهوران ، حكاهما الشيخ أبو حامد وصاحب البيان وآخـرون (أصحهما) لا يعطى الا ببينة لامكانها وبهذا قطع المصنف والأكثرون •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وسهم للمؤلفة وهم ضربان ، مسلمون وكفار ، فأما الكفار فضربان ضرب يرجى خيره ، وضرب يخاف شره ، وقد كان النبى صلى الله عليه

وسلم يعطيهم ، وهل يعطون بعده ؟ فيه قولان (أحدهما) يعطون لأن المعنى الذى اعطاهم به النبى صلى الله عليه وسلم قد يوجد بعده (والثانى) لا يعطون ، لأن الخلفاء رضى الله عنهم بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يعطوهم • وقال عمر رضى الله عنه « انا لا نعطى على الاسلام شيئا ، فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر » فاذا قلنا : انهم يعطون فانهم لا يعطون من الزكاة ، لأن الزكاة لا حق فيها للكفار ، وانما يعطون من سهم المصالح • واما المسلمون فهم اربعة أضرب : (أحدها) قوم لهم شرف فيعطون ليرغب نظراؤهم فى الاسلام ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أعطى الزبرقان بن بدر وعدى بن حاتم • (والثانى) قوم أسلموا ، ونيتهم فى الاسلام ضعيفة فيعطون لتقوى نيتهم لأن النبى صلى الله عليه وسلم أعطى أبا سفيان بن حرب وصفوان ابن امية والاقرع بن حابس وعيينة بن حصن لكل احد منهم مائة من الابل •

وهل يعطى هذان الفريقان بعد النبى صلى الله عليه وسلم ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يعطون لأن الله تعالى اعز الاسلام فاغنى عن التألف بالمال (والثانى) يعطون لأن المعنى الذى به أعطوا قد يوجد بعد النبى صلى الله عليه وسلم ومن أين يعطون ؟ فيه قولان (أحدهما) من الصدقات للآية (والثانى) من خمس الخمس ، لأن ذلك مصلحة ، فكان من سهم المصالح • (والضرب الثالث) قوم يليهم قوم من الكفار ان أعطوا قاتلوهم • (الضرب الرابع) قوم يليهم قوم من أهل الصدقات ان أعطوا جبوا الصدقات وفى هذين الضربين أربعة أقوال (أحدها) يعطون من سهم المصالح لأن ذلك مصلحة (والثانى) من سهم المؤلفة من الصدقات للآية (والثالث) من سهم الغزاة لأنهم يغزون (والرابع) وهو المنصوص أنهم يعطون من سهم الغزاة ومن سهم المؤلفة ، لانهم جمعوا معنى الفريقين) •

(الشرح) حديث اعطاء النبى صلى الله عليه وسلم مؤلفة الكفار صحيح مشهور من ذلك أنه صلى الله عليه وسلم « أعطى صفوان بن أمية من غنائم حنين » وصفوان يومئذ كافر ، قال صفوان : لقد أعطانى ما أعطانى وانه لأبغض الناس الى فما برح يعطينى حتى انه لأحب الناس

الى صلى الله عليه وسلم » رواه مسلم • وأما الأثر المذكور عن عمر رضى الله عنه فرواه البيهقى ، وحديث اعطاء أبى سفيان بن حرب وصفوان والأقرع وعيينة كل واحد منهم مائة من الابل ، رواه مسلم فى صحيحه هكذا ، من رواية رافع بن خديج •

وأما الزبرقان ــ فبزاى مكسورة ثم باء موحدة ساكنة ثم راء مكسورة ثم قاف ــ وهو أحد رؤساء العرب وسادات بنى تميم ، والزبرقان لقب له ، واسمه الحصين بن بدر بن امرىء القيس ، كنيته أبو عياش بالشين المعجمة لقب بالزبرقان لحسنه ، وقيل لصفرة عمامته ، ومنه زبرقت الثوب اذا صفرته ، وكان يلبس عمامة مزبرقة بالزعفران ، وكان يقال له : قمر نجد لحسنه ، أسلم سنة تسع ووفــد على رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكرمه وولاه صدقات قومه وأقره عليها أبو بكر وعمر رضى الله عنهما ، وقد بسطت أحواله فى التهذيب ، وكذلك أحوال هؤلاء المذكورين ، وكلهم صحابة رضى الله عنهم ، وسمى هذا الصنف مؤلفة لأنهم يتألفون بالعطاء وتستمال به قلوبهم •

(**أما أحكام الفصل**) فقال أصحابنا : المؤلفة ضربان مســلمون وكفار ، والكفار صنفان (من) يرجى اسلامه (ومن) يخاف شره ، فهؤلاء كان النبى صلى الله عليه وسلم يعطيهم كما ذكرنا من الغنــائم لا من الزكاة ، وهل يعطون[1] بعده فيه قولان مشــهوران ذكرهما المصنف بدليلهما •

(أحدهما) يعطون للحديث (وأصحهما) باتفاق الأصحاب وبه قطع جماعة منهم البغــوى : لا يعطون لمــا ذكره المصنف رحمه الله ، وأجابوا عن الحديث بأن النبى صلى الله عليه وسلم أعطاهم من خمس الخمس ، وكان ملكا له خالصا يفعل فيه ما شاء بخلاف من بعده (فان قلنا) يعطــون أعطوا من مال المصــالح ولا يعطون من الزكاة بلا خلاف ، لمــا ذكره المصنف ، قال الرافعى : وأشار بعضهم الى أنهم لا يعطون أيضا من المصالح ، الا أن ينزل بالمسلمين نازلة •

---

(١) يعطون : بضم الياء وتسكين العين وفتح الطاء •

وأما المؤلفة المسلمون فأصناف (صنف) لهم شرف فى قومهم يطلب بتألفهم اسلام نظرائهم (وصنف) أسلموا ونيتهم فى الاسلام ضعيفة فيتألفون لتقوى نيتهم ويثبتوا ، وكان النبى صلى الله عليه وسلم يعطى هذين ، وهل يعطون بعده ؟ فيه قولان مشهوران ذكر المصنف دليلهما (فان قلنا) يعطون فمن أين يعطون ؟ ذكر فيه قولين فحاصله ثلاثة أقوال (أصحها) عند المحققين يعطون من الزكاة من سهم المؤلفة للآية (والثانى) يعطون من المصالح (والثالث) لا يعطون ، وصححه الشيخ أبو حامد والجرجانى وقطع به سليم الرازى فى الكفاية • (والصنف الثالث) قوم يليهم قوم من الكفار ان أعطوا قاتلوهم ، ويراد باعطائهم تألفهم على قتالهم •

(والرابع) قوم يليهم قوم عليهم زكوات ويمنعونها ، فان أعطى هؤلاء قاتلوهم وقهروهم على أخذها منهم ، وحملوها الى الامام ، وان لم يعطوا لم يأخذوا منهم الزكوات ، واحتاج الامام الى مؤنة ثقيلة لتجهيز من يأخذها ، وهذان الصنفان يعطيان بلا خلاف ، لكن من أين يعطون ؟ فيه الأقوال الأربعة التى ذكرها المصنف بدلائلها ، وجعل الغزالى وطائفة هذه الأقوال أوجها والصواب أنها أقوال (أحدها) من سهم المؤلفة (والثانى) من المصالح (والثالث) من سهم الغزاة (والرابع) قال الشافعى رضى الله عنه : يعطون من سهم المؤلفة وسهم الغزاة •

واختلف أصحابنا فى المراد بهذا القول الرابع على أربعة أوجه (أحدها) أن هذا تفريع على أن من جمع سببين من أسباب الزكاة يعطى بهما (فأما) ان قلنا بالأصح انه لا يعطى الا بأحدهما فلا يعطى هؤلاء الا من أحد السهمين (والثانى) أنهم يعطون من السهمين جميعا ، سواء أعطينا غيرهم بسببين أم لا للمصلحة فى هؤلاء (والثالث) ان كان التألف لقتال الكفار فمن سهم الغزاة ، وان كان لأجل الزكوات وقتال مانعيها فمن سهم المؤلفة (والرابع) يتخير الامام ، ان شاء أعطاهم من ذا السهم وان شاء أعطاهم من ذاك ، وحكى الرافعى وجها أن المؤلف لقتال مانعى الزكاة وجمعها يعطى من سهم العاملين •

قال الرافعى : أرسل أكثر الأصحاب هذا الخلاف ولم يتعرضوا للأصح منه ، وقال الشيخ أبو حامد وطائفة : الأظهر من القولين فى

الصنفين الأولين أنهم لا يعطـون ، وقياس هـذا أن لا يعطى الصنفان الآخـران من الزكاة ، لأن الأولين أحق باسم المؤلفة من الآخـرين ، لأن فى الآخـرين معنى ، الغزاة والعاملين ، وعلى هذا يسقط سهم المؤلفة من الزكاة ، وقد صار اليه الرويانى وجماعة من المتأخرين ولكن الموافق لظاهر الآية ثم لسياق الشافعى والأصحاب اثبات سهم المؤلفة وأنه يستحقه الصنفان الأولان وأنه يجـوز صرفه الى الآخـرين أيضا وبه أفتى المـاوردى فى كتابه الأحكام السلطانية هذا آخـر كلام الرافعى وهذا الذى صححه هو الصحيح ، وهو الصرف الى الأصناف الأربعة من سهم المؤلفة • والله أعلم •

فان قيل : كيف يعرف كونه مؤلفا ؟ فالجواب : أن صاحب الشامل وغيره من العراقيين قطعوا بأنه لا يقبل قوله أنه من المؤلفة الا ببينة ، لأنه مما يظهر ، والصحيح ما قاله أبو العباس بن القاص فى كتابه التلخيص ، وتابعه عليه الخراسانيون وغيرهم ، أنه ان قال : نيتى فى الاسلام ضعيفة قبل قوله ، لأن كلامه يصدقه ، وان قال : أنا شريف مطاع فى قومى لم يقبل قوله الا ببينة ، ونقـل الرافعى هذا التفصيل عن جمهور الأصحاب ، قال : وذكر أبو الفرج عن بعض الأصـحاب أنه أطلق مطالبته بالبينة ، وفى صفة هذه البينة كلام نذكره ان شاء الله تعالى فى فصل سهم المكاتب ، وهل تكون المرأة من المؤلفة ؟ أم لا يتصور ذلك ؟ فيه وجهان سبق بيانهما فى فصل سهم الفقير (الصحيح) أنه يتصور •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وسهم للرقاب وهم المكاتبون ، فاذا لم يكن مع المكاتب ما يؤدى فى الكتابة وقد حل عليه نجم أعطى ما يؤديه ، وان كان معه مايؤديه لم يعط ، لأنه غير محتاج ، وان لم يكن معه شىء ولا حـل عليه نجم ففيه وجهان (أحدهما) لا يعطى لأنه لا حاجة [به] اليه قبل حلـول النجـم (والثانى) يعطى لأنه يحـل عليه النجـم ، والأصل أنه ليس معه ما يؤدى ، فان دفع اليه ثم أعتقه المولى أو أبرأه من المـال أو عجز نفسه قبل أن يؤدى المـال الى المولى • رجع عليه ، لأنه دفع اليه

ليصرفه فى دينه ولم يفعل ، فان سلمه الى المولى وبقيت عليه بقيـة فعجزه المولى ففيه وجهان (أحدهما) لا يسترجع من المولى لأنه صرفه(١) فيمـا عليه (والثانى) يسترجع لانه انمـا دفع اليه ليتوصل به الى العتق ولم يحصـل ذلك ، وان ادعى أنه مكاتب لم يقبل الا ببينة ، فان صدقه المـولى ففيه وجهان (أحدهما) يقبـل لأن ذلك اقـرار على نفسه (والثانى) لا يقبل لأنه متهم ، لأنه ربما واطاه حتى يأخذ الزكاة) .

(الشرح) فى الفصل مسائل :

(احداها) قال الشافعى والأصحاب : يصرف سهم الرقاب الى المكاتبين . هذا مذهبنا وبه قال أكثر العلماء . كذا نقـله عن الأكثرين البيهقى فى السنن الكبير والمتولى . وبه قال على بن أبى طالب رضى الله عنه وسعيد بن جبير والزهرى والليث بن سـعد والثورى وأبو حنيفة وأصحابه . وقالت طائفة : المراد بالرقاب أن يشترى بسهمهم عبيـد ويعتقون . وبهذا قال مالك ، وهو أحد الروايتين عن أحمد . وحكاه ابن المنذر وغيره عن ابن عباس والحسن البصرى وعبيد الله بن الحسن العنبرى وأحمد واسحاق وأبى عبيد وأبى ثور . واحتج أصحابنا بأن قوله عز وجل « **وفى الرقاب** » كقوله تبارك وتعالى « **وفى سبيل الله** » وهناك يجب الدفع الى المجاهدين ، فكذا يجب هنا الدفع الى الرقاب ، ولا يكون دفعا اليهم الا على مذهبنا .

وأما من قال يشترى به عبيد فليس يدفع اليهم وانما هو دفـع الى ساداتهم ، ولأن فى جميع الأصناف يسلم السهم الى المستحق ويملكه اياه ، فينبغى هنا أن يكون كذلك لأن الشرع لم يخصهم بقيـد يخالف غيرهم ، ولأن ما قالوه يؤدى الى تعطيل هذا السهم فى حق كثير من الناس ، لأن من الناس من لا يجب عليه من الزكاة لهذا السـهم ما يشترى به رقبة يعتقها ، وان أعتق بعضها قوم عليه الباقى ، ولا يلزمه صرف زكاة الأموال الباطنة الى الامام بالاجماع فيؤدى الى تفويته . وأما على مذهبنا فيمكنه صرفه اليهم ولو كان درهما .

فان قيل : الرقاب جمع رقبة وكل موضع ذكرت فيه الرقبة فالمراد

---

(١) فى ش و ق (لانه صدقه فيما عليه) والصواب ما اثبتناه (ط) .

عتقها • (فالجواب) ما أجاب به الأصحاب أن الرقبة تطلق على العبد القن وعلى المكاتب جميعا ، وانما خصصناها فى الكفارة بالعبد القن بقرينة ، وهى أن التحرير لا يكون الا فى القن ، وقد قال الله تعالى : « فتحرير رقبة »ولم توجد هذه القرينة فى مسألتنا فحملناه على المكاتبين لما ذكرناه أولا • فان قيل : لو أراد المكاتبين لذكرهم باسمهم الخاص ، فالجواب أن هذا منتقض بقوله عز وجل « وفى سبيل الله » فان المراد به بعضهم ، وهم المتطوعون الذين لا حق لهم فى الديوان ولم يذكروا باسمهم الخاص ، فان قيل : لو أراد المكاتبين لاكتفى بالغارمين ، فانهم منهم ، فالجواب أنه لا يفهم أحد الصنفين من الآخر ، ولأنه جمع بينهما للاعلام بأنه لا يجوز الاقتصار على أحدهما ، وأن لكل صنف منهما سهما مستقلا كما جمع بين الفقراء والمساكين ، وان كان كل واحد منهما يقوم مقام الآخر فى غير الزكاة ، والله تعالى أعلم •

(المسألة الثانية) قال أصحابنا : انما يعطى المكاتب كتابة صحيحة • أما الفاسدة فلا يعطى بها لأنها ليست لازمة من جهة السيد فان له التصرف فيه بالبيع وغيره وممن صرح بالمسألة الدارمى وابن كج والرافعى •

(الثالثة) اذا حل على المكاتب نجم ولم يكن معه وفاء دفع اليه وفاء بلا خلاف • وان كان معه وفاء لم يعط لاستغنائه عنه ، وان لم يكن معه شىء ولا حل عليه نجم ففى اعطائه وجهان مشهوران حكاهما المصنف بدليلهما ، وقل من بين(١) الأصح منهما مع شهرتهما والأصح أنه يعطى ، صححه الجرجانى فى التحرير والرافعى وغيرهما •

(الرابعة) اذا دفعت اليه الزكاة ثم أعتقه أو أبرأه أو عجز نفسه قبل دفع المال الى السيد والمال باق فى يد المكاتب رجع الدافع فيه لما ذكره المصنف • هذا هو المذهب وبه قطع العراقيون وجماعة من الخراسانيين • ذكر جماعة من الخراسانيين فيما اذا حصل العتق بالاعتاق أو الابراء قولين ، ومنهم من يحكيهما وجهين (أصحهما) يرجع (والثانى) لا يرجع بل يبقى ملكا للمكاتب • قال الرافعى : وهذا هو الأظهر عند المتولى ، ولم أر أنا فى كتاب المتولى ترجيحا له بل ذكر وجهين

---

(١) بين : بالياء المشددة مع الفتح •

مطلقين ، وذكر الغزالى وغيره فيه طريقين (أصحهما) الرجوع (والثانى) على قولين ، والصحيح القطع بالرجوع ، قال أصحابنا : وهكذا الحكم وعلى هذا ففرض الزكاة باق على الدافع ، كما لو دفع الى من لا يجوز الدفع اليه .

قال أصحابنا : وهكذا الحكم لو دفع الزكاة الى المكاتب فقضى مال الكتابة من كسبه أو غيره ، وبقى مال الزكاة فى يده ، وكذا لو قضاه أجنبى . قالوا : وضابطه أنه متى استغنى عما دفع اليه من الزكاة ، وعتق وهو باق فى يده فالمذهب أنه يرجع عليه به لاستغنائه عنه ، هذا كله اذا كان المال باقيا فى يده ، فاذا تلف فى يده قبل العتق ثم عتق فطريقان (المذهب) وبه قطع الغزالى والبغوى وغيرهما أنه لا غرم ووقعت الزكاة موقعها ولا شىء على الدافع ، قال الغزالى وغيره : وكذا لو تلف باتلافه ، وحكى السرخسى وجها أنه يغرمه المكاتب بعد العتق ، وحكاه الدارمى أيضا فيما اذا أتلفه المكاتب ، هذا اذا تلف فى يد المكاتب قبل العتق ، فان تلف فى يده بعد العتق وقلنا بالمذهب انه يرجع عليه لو كان باقيا غرمه وجها واحدا ، لأنه بالعتق صار مالا مضمونا عليه فى يده فاذا تلف غرمه ، هذا كله فيما اذا عتق فأما اذا عجز نفسه والمال باق فى يده فانه يرجع عليه بلا خلاف فى جميع الطرق فان تلف فى يده ثم عجز نفسه فوجهان (أحدهما) لا يرجع عليه ، ونقله ابن كج عن أكثر أصحابنا (وأصحهما) عند الرافعى وغيره ، وأشار البغوى الى القطع به أنه يرجع عليه .

قال الرافعى : وعلى هذا ففى الأمالى للسرخسى أن الضمان يتعلق بذمته لا برقبته لأن المال حصل عنده برضى صاحبه ، وما كان كذلك فمحله الذمة على القاعدة المشهورة ، قال : وذكر بعضهم أنه يتعلق بالرقبة (قلت) الصحيح الأول ، هذا كله فى مال لم يسلمه الى السيد ، فلو سلمه الى السيد وبقيت بقية فعجزه السيد بها وفسخ الكتابة فوجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما ، وهكذا حكاهما الجمهور وجهين ، وحكاهما القاضى أبو الطيب فى المجرد قولين ، وذكر أن أبا اسحاق المروزى حكاهما قولين . واتفقوا على أن أصحهما أنه يرجع على السيد ، وممن صححه الغزالى والبغوى والرافعى وغيرهم ولو كان قد تلف فى يد السيد (فان قلنا) يرجع فيه لو كان باقيا يرجع ببدله ويكون فرض الزكاة باقيا على الدافع ، والا فلا رجوع وقد سقط الفرض عن الدافع ،

ولو نقل السيد الملك فى المقبوض الى غيره ثم عجز المكاتب لم يسترد من المنتقـل اليه ولكن يرجع الدافع على السيد اذا قلنا بالرجوع ، ولو سلم المكاتب المـال الى السيد وبقيت منه بقية فأعتقه السيد ، قال صاحب البيان : مقتضى المذهب أنه لا يسترد من السيد لاحتمال أنه انما أعتقه للمقبوض ، وهذا الذى قاله متعين ، ولو لم يعجز نفسه واستمر فى الكتاب وتلف المـال فى يده أجزأ عن الدافع بلا خلاف ، والله تعالى أعلم •

ولو قبض السيد الدين من المكاتب وعتق ، والغريم(١) من المدين ثم رده اليه هبة لم يرجع الدافع عليهما ، بل أجزأه عن الزكاة ثم ملكه هذا بجهة أخرى ، وهذا لا خلاف فيه ، وممن صرح به الدارمى • والله تعالى أعلم

(المسألة الخامسة) اذا ادعى أنه مكاتب لم يقبل الا ببينة باتفاق الأصحاب لأن الأصل والظاهر عدم الكتابة مع امكان اقامة البينة ، فان صدقه سيده فهل يقبل ؟ فيه وجهان مشـهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) عند الجمهور يقبل ، ممن صححه القاضى أبو الطيب فى المجـرد وابن الصباغ والمتولى والبغـوى والغـزالى والرافعى وآخـرون ، وشذ الجرجانى فصحح فى التحرير عدم القبول ، والصحيح القبول ، قال أصحابنا : وأما ما احتج به القائل الآخـر من احتمال المواطأة فضعيف ، لأن هذا الدفع يكون مرعيا فى حق السيد ، فان أعتق العبد والا استرجع المـال منه •

(فـرع) قال الغزالى وآخرون : يقوم مقام البينة الاستفاضة وضبط الرافعى هذه المسألة ضبطا حسنا فنذكر كلامه مختصرا : وان كان بعضه قد سبق فى الباب مفرقا ، قال : قال الأصحاب : من سأل الزكاة وعلم الامام أنه ليس مستحقا لم يجز له صرف الزكاة اليه ، وان علم استحقاقه جاز الصرف اليه بلا خلاف ، ولم يخرجوه على الخلاف فى قضاء القاضى بعلمه ، مع أن للتهمة ههنا مجالا أيضا •

---

(١) أى قبض السيد دين الكتابة من مكاتبه فعتق أو قبض الغريم دينه من المدين ثم رده اليه هبة لم يرجع الدافع عليهما •• الخ (ط) •

(قلت) الفرق أن الزكاة مبنية على الرفق والمساهلة ، وليس هنا اضرار بمعين بخلاف قضاء القاضى ، وان لم يعرف حاله فالصفات قسمان خفية وجلية ، فالخفى الفقر والمسكنة فلا يطالب مدعيهما ببينة لعسرها ، فلو عرف له مال وادعى هلاكه لم يقبل الا ببينة ، ولو ادعى عيالا فلا بد من البينة فى الأصح .

وأما الجلى فضربان (أحدهما) يتعلق بالاستحقاق فيه بمعنى فى المستقبل ، وذلك فى الغازى وابن السبيل فيعطيان بقولهما بلا بينة ولا يمين ، ثم ان لم يحققا ما ادعيا ولم يخرجا استرد منهما ما أخذا ، والى متى يحتمل تأخير الخروج ؟ قال السرخسى : ثلاثة أيام . قال الرافعى : ويشبه أن يكون هذا على التقريب ، وأن يعتبر ترصده للخروج ، وكون التأخير لانتظار أو للتأهب بأهب السفر ونحوها .

(الضرب الثانى) يتعلق الاستحقاق فيه بمعنى الحال . وهذا الضرب يشترك فيه بقية الأصناف ، فالعامل اذا ادعى العمل طولب بالبينة ، وكذا المكاتب والغارم ، فان صدقهما السيد وصاحب الدين فوجهان (أصحهما) يكفى ويعطيان : وأما المؤلف فان قال : نيتى ضعيفة فى الاسلام قبل . وان ادعى أنه شريف مطاع طولب بالبينة . هذا هو المذهب ، وقيل : يطالب بالبينة مطلقا ، قال الرافعى : واشتهار الحال بين الناس قائم مقام البينة لحصول العلم أو الظن ، قال : ويشهد لما ذكرناه من اعتبار غلبة الظن ثلاثة أمور (أحدها) قول بعض الأصحاب : لو أخبر عن الحال واحد يعتمد كفى (الثانى) قال امام الحرمين : رأيت للأصحاب رمزا الى تردد فى أنه لو حصل الوثوق بقول مدعى الغرم وغلب على الظن صدقه هل يجوز الاعتماد عليه ؟ (الثالث) حكى بعض المتأخرين أنه لا يعتبر فى البينة فى هذه الصور سماع القاضى وتقدم الدعوى والانكار والاستشهاد ، بل المراد اخبار عدلين على صفات الشهود . قال : ثم ان سياق كلام الغزالى فى الوسيط والوجيز قد يوهم أن الحاق الاستفاضة بالبينة مختص بالمكاتب والغارم ، ولكن الوجه تعميم ذلك فى كل من يطالب بالبينة من الأصناف . هذا آخر كلام الرافعى رحمه الله . والله أعلم .

(فــرع) قال القاضى أبو الطيب فى المجــرد والشيخ نصر المقدسى وصاحب البيان وخلائق من الاصحاب : يجوز للمكاتب ان يتجر فيما أخذه من الزكاة طلبا لزيادة وتحصيل الوفاء ، وهذا لا خلاف فيه • قال الرافعى : والغارم فى هذا كالمكاتب •

(فــرع) قطع الدارمى وصاحبا الشامل والبيان بأن المكاتب ليس له أن ينفق على نفسه ما اخذه من الزكاة • قال الدارمى : فخالف الغارم • وقال الرافعى : نقل بعض اصحاب امام الحرمين ان له انفاقه ويؤدى من كسبه ، قال الرافعى : ويجب أن يكون الغارم كالمكاتب ، والصحيح الأول لأن فى انفاقه مخاطرة بمال الزكاة •

(فــرع) قال البغــوى فى الفتاوى : لو استقرض المكاتب ما أدى به النجــوم وعتق لم يجــز الصرف اليه من سهم الرقاب ، لكن يصرف اليه من سهم الغارمين كما لو قال لعبده : أنت حر على ألف فقبل ، عتق ويعطى الألف من سهم الغارمين لا من سهم الرقاب • وهذا الذى قاله متعين •

(فــرع) قال الشافعى والأصحاب : يجوز صرف الزكاة الى المكاتب بغير اذن سيده ، ويجوز الصرف الى سيده باذن المكاتب ، ولا يجوز الصرف الى السيد بغير اذن المكاتب لأنه المستحق • فلو صرف الى السيد بغير اذن المكاتب ، لم يجزىء الدافع عن الزكاة بلا خلاف • قال البغــوى وغيره : لكن يسقط عن المكاتب من نجومه قدر المصروف لأن قضاء الدين يجوز بغير اذن من هو عليه • قال الشافعى والأصحاب : والأحوط والأفضل أن يصرف الى السيد باذن المكاتب فهو أفضل من الصرف الى المكاتب لأنه أحوط فى صرفه فى الكتابة • هكذا أطلقه الشافعى والجمهــور وقال الشيخ نصر المقدسى فى تهذيبه : ان كان هذا الذى يدفعه يستوعب جميع ما على المكاتب لكثرته أو لكونه النجم الأخيــر بحيث يحصل العتق به • فالدفع الى السيد باذن المكاتب أفضــل كما قاله الأصحاب • وان كان دونه فالدفع الى المكاتب أفضل لأنه ينميه بالتجارة فيه فيكون أقرب الى العتق • والمذهب الأول •

(فــرع) لا يجوز للسيد دفع زكاته الى مكاتبه ــ هــذا هو

المذهب ــ وبه قطع الجمهور • وقال أبو على بن خيران : يجوز كالأجنبى • وهذا ضعيف لأنه فى معنى نفسه وعبده القن •

(فــرع) لو كان المكاتب كافرا وسيده مسلما لم يعط من الزكاة ، كما ذكره المصنف فى آخر الباب والأصحاب • ولو كان المكاتب مسلما والسيد كافرا جاز الدفع الى المكاتب • صرح به الدارمى وغيره •

(فــرع) لو كان المكاتب مكتسبا فهو كغير المكتسب ، فيعطى حيث يعطى غيره ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الدارمى وآخرون ، وهو مقتضى اطلاق الأصحاب ، وشــذ القاضى ابن كج فقال فى كتابه التجريد : لا يعطى اذا كان له كسب يؤدى منه ، ولعله اراد اذا استحق الكسب وصار حاملا مالا عتيدا ، والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وسهم للغارمين وهم ضربان : ضرب غرم لاصلاح ذات البين ، وضرب غرم لمصلحة نفسه ، فأما الأول فضربان (أحدهما) من تحمل دية مقتول فيعطى مع الفقــر والغنى لقوله صلى الله عليه وسلم « لا تحل الصدقة لغنى الا لخمسة ، لغاز فى سبيل الله ، أو لعامل عليها ، أو لغارم ، أو لرجــل اشتراها بماله ، أو لرجل له جار مسكين فتصدق على المسكين فاهدى المسكين اليه » (والثانى) من حمل مالا فى غير قتل لتسكين فتنة ، ففيه وجهان • (أحدهما) يعطى مع الغنى لأنه غرم لاصــلاح ذات البين ، فأشبه اذا غرم دية مقتول (والثانى) لا يعطى مع الغنى ، لأنه مال حمله فى غيــر قتل ، فأشبه اذا ضمن ثمنا فى بيع • وأما من غرم لمصلحة نفسه ، فان كان قد أنفق فى غير معصية ، دفع اليه مع الفقــر ، وهل يعطى مع الغنى ؟ فيه قولان • قال فى الأم : لا يعطى لأنه يأخذ لحاجته الينا ، فلم يعط مع الغنى كغير الغارم • وقال فى القديم والصدقات من الأم : يعطى لأنه غارم فى غير معصية ، فأشبه اذا غرم لاصلاح ذات البين ، فان غرم فى معصية لم يعط مع الغنى ، وهل يعطى مع الفقر ؟ ينظــر فيه ، فأن كان مقيما على المعصية لم يعط ، لأنه يستعين به على المعصية وان تاب ففيه وجهان : (أحدهما)

يعطى لأن المعصية قد زالت (والثانى) لا يعطى ، لأنه لا يؤمن أن يرجع الى المعصية ، ولا يعطى الغارم الا ما يقضى به الدين ، فان اخذ ولم يقض به الدين أو أبرىء منه او قضى عنه قبل تسليم المال استرجع منه ، وان ادعى انه غارم لم يقبل الا ببينة ، فان صدقه غريمه عطى الوجهين كما ذكرنا فى المكاتب اذا ادعى الكتابة وصدقه المولى) .

(الشرح) هذا الحديث حسن أو صحيح رواه أبو داود من طريقين (احدهما) عن عطاء بن يسار عن أبى سعيد الخدرى عن النبى صلى الله عليه وسلم (والثانى) عن عطاء عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسلا واسناده جيد فى الطريقين ، وجمع البيهقى طرقه وفيها أن مالكا وابن عيينة أرسلاه ، وأن معمرا والثورى وصلاه وهما من جملة الحفاظ المعتمدين ، وقد تقررت القاعدة المعروفة لأهل الحديث والأصول أن الحديث اذا روى متصلا ومرسلا كان الحكم للاتصال على المذهب الصحيح ، وقدمنا أيضا عن الشافعى رضى الله عنه أنه يحتج بالمرسل اذا اعتضد بأحد أربعة أمور (اما) حديث مسند (واما) مرسل من طريق آخر (واما) قول صحابى (واما) قول أكثر العلماء ، وهذا قد وجد فيه أكثر ، فقد روى مسندا وقال به العلماء من الصحابة وغيرهم .

(وأما) الغارم فهو الذى عليه دين ، والغريم يطلق على المدين وعلى صاحب الدين ، وأصل الغرم فى اللغة اللزوم ، ومنه قوله سبحانه وتعالى **« ان عذابها كان غراما »**(١) وسمى كل واحد منهما غريما لملازمته صاحبه . وقوله : لاصلاح ذات البين ، قال الأزهرى : معناه لاصلاح حالة الوصل بعد المباينة ، قال : والبين يكون فرقة ويكون وصلا وهو هنا وصل ، ومنه قوله سبحانه وتعالى **« لقد تقطع بينكم »**(٢) أى وصلكم ، وقولهم فى الدعاء : اللهم أصلح ذات البين أى أصلح الحال التى بها تجتمع المسلمون .

(أما أحكام الفصل) فقال الشافعى والأصحاب : الغارمون ضربان (الضرب الأول) من غرم لاصلاح ذات البين ، ومعناه أن

---

(١) الفرقان : ٦٥ . (٢) الأنعام : ٩٤ .

يستدين مالاً ويصرفه فى اصلاح ذات البين ، بأن يخاف فتنة بين قبيلتين أو طائفتين ، أو شخصين ، فيستدين مالا ويصرفه فى تسكين تلك الفتنة ، فينظـر ان كان ذلك فى دم تنازع فيه قبيلتان أو غيرهما ، ولم يظهر القاتل أو نحـو ذلك ، وبقى الدين فى ذمته فهـذا يصرف اليه من سهم الغارمين من الزكاة ، سواء كان غنيا أو فقيرا ، ولا فرق بين غناه بالنقـد والعقار وغيرهما ، هذا هو المذهب ، وبه قطـع العراقيون وجماعة من الخراسانيين •

وقال أكثر الخراسانيين : ان كان فقيرا دفع اليه ، وكذا ان كان غنيا بالعقار بلا خلاف ، فان كان غنيا بنقـد ، ففيه عندهم وجهان (الصحيح) يعطى (والثانى) لا يعطى الا مع الفقـر ، ولو كان غنيا بالعروض غير العقـار فهو كالغنى بالعقار على المذهب ، وقيل كالنقد ذكره السرخسى فى الأمالى •

وان استدان لاصلاح ذات البين فى غير دم ، بأن تحمـل قيمة مال متلف فوجهان مشهوران ذكرهما المصنف والأصحاب (أصحهما) عند المصنف فى التنبيه والأصحاب : يعطى مع الغنى ، لأنه غارم لاصلاح ذات البين فأشبه بالدم • (والثانى) لا يعطى الا مع الفقـر ، لأنه غرم فى غير قتل فأشبه الغارم لنفسه ، وقاسه المصنف على ما لو ضمن مالا ، وهذا فيه تفصيل طويل سأذكره فى المسائل المنثورة قريبا ان شاء الله تعالى فى فصل الغارمين • قال أصحابنا : انما يعطى الغارم لاصلاح ذات البين ما دام الدين باقيا عليه ، سواء كان الدين لمن استدانه منه ، ودفعه فى الاصلاح ، أو كان قد تحمـل الدية مثلا لأهل القتيل ولم يؤدها بعد ، فيدفع اليه ما يؤديه فى دينه ، أو الى ولى القتيل فلو كان قضاه من ماله أو أداه ابتداء من ماله لم يعط بلا خلاف ، لأنه ليس بغارم اذ لاشىء عليه • (الضرب الثانى) من غرم لصلاح نفسـه وعياله ، فان استدان ما أنفقه على نفسه أو عياله فى غير معصية ، أو أتلف شيئا على غيره سهوا ، فهذا يعطى ما يقضى به دينه بشروط •

(أحدها) أن يكون محتاجا الى ما يقضى به الدين ، فلو كان غنيا قادرا بنقـد أو عرض على ما يقضى به فقولان مشهوران ، ذكرهما

المصنف والأصحاب أحدهما : ونقله المصنف والأصحاب عن نصه فى القديم والصدقات من الأم أنه يعطى مع الغنى ، لأنه غارم فأشبه الغارم لذات البين (وأصحهما) عند الأصحاب وهو نصه فى الأم أيضا أنه لا يعطى كما لا يعطى المكاتب وابن السبيل مع الغنى بخلاف الغارم لذات البين ، فان مصلحته عامة ، فعلى هذا لو وجد ما يقضى به بعض الدين قال أصحابنا : يعطى ما يقضى به الباقى فقط •

فلو لم يملك شيئا وقدر على قضائه بالاكتساب فوجهان (أحدهما) لا يعطى كالفقير (والصحيح) وبه قطع الجمهور أنه يعطى ، لأنه لا يمكنه قضاؤه الا بعد زمان وقد يعرض ما يمنعه من القضاء بخلاف الفقيـــر ، فانه يحصل حاجته بالكسب فى الحال ، وما معنى الحاجة المذكورة ؟ قال الرافعى : عبارة الأكثرين تقتضى كونه فقيرا لا يملك شيئا ، وربما صرحوا به ، قال : وفى بعض شروح المفتاح أنه لا يعتبر المسكن والملبس والفراش والآنية ، وكذا الخادم والمركوب ان اقتضاهما حاله ، بل يقضى دينه وان ملكها قال : وقال بعض المتأخرين : لا يعتبر الفقر والمســكنة هنا ، بل لو ملك قدر كفايته وكان لو قضى دينه مما معه لنقص ماله عن كفايته ، ترك له ما يكفيه ، وأعطى ما يقضى به الباقى • قال الرافعى : وهذا أقرب •

(الشرط الثانى) أنه يكون دينه لطاعة أو مباح ، فان كان فى معصية كالخمر ونحـــوه ، وكالاسراف فى النفقة لم يعط قبل التوبة ، هذا هو المذهب ، وبه قطع المصنف والجمهور ، وفيه وجه شاذ حكاه الحناطى والرافعى أنه يعطى لأنه غارم والصواب الأول ، لأن فى اعطائه اعانـــة له على المعصية ، وهو متمكن من الأخذ بالتوبة ، فان تاب فهل يعطى ؟ فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف والأصحاب (أصحهما) عنـــد صاحبى الشامل والتهذيب لا يعطى ، وبه قال أبو على ابن أبى هريرة لأن فى اعطائه اعانة له ولغيره على المعصية (وأصحهما) عند الأكثرين يعطى ، وهو قول أبى اسحاق المروزى ، وبه قطع أبو على الطبرى فى الافصاح والجرجانى فى التحـــرير ، وصححه المحاملى فى المقنـــع ، وأبو خلف السلمى ، والمصنف فى التنبيه والرويانى وغيرهم وهو الصحيح المختار لقول الله سبحانه وتعالى « **والغارمين** » ولأن التـــوبة تجب

ما قبلها • قال الرافعى : ولم يتعرض الأصحاب هنا لاستبراء حاله ومضى مدة بعـد توبته يظهر فيها صلاح الحال الا أن الرويانى قال : يعطى على أصح الوجهين اذا غلب على الظن صدقه فى توبته فيمكن أن يحمل عليه ، هذا كلام الرافعى ، والظاهر ما قاله الرويانى أنه اذا غلب على الظن صدقه فى توبته أعطى ، وان قصرت المدة ، والله تعالى أعلم •

(الشرط الثالث) أن يكون الدين حالا ، فان كان مؤجلا ففى أعطائه ثلاثة أوجه (أصحها) لا يعطى • وبه قطع صاحب البيان • لأنه غير محتاج اليه الآن (والثانى) يعطى ، لأنه يسمى غارما • (والثالث) حكاه الرافعى أنه ان كان الأجل يحل تلك السنة أعطى والا فلا يعطى من صدقات تلك السنة • قال الرافعى : والوجهان هنا كالوجهيـن فى المكاتب اذا لم يحل عليه النجم هل يعطى ؟ قال : وقد يرتب هذا الخلاف على ذلك الخلاف ثم تارة يجعل الغارم أولى بأن يعطى ، لأن ما عليه مستقر بخلاف المكاتب ، وتارة يجعل المكاتب أولى بأن يعطى ، لأن له التعجيل لغرض الحرية (قلت) وجمع الدارمى مسألتى المؤجـل فى الغارم والمكاتب • وذكر فيهما أربعة أوجه (أحدها) يعطيان فى الحال (والثانى) لا (والثالث) يعطى المكاتب لا الغارم (والرابع) عكسـه والله تعالى أعلم •

(فـرع) قال أصحابنا : انما يعطى الغارم ما دام الدين عليه فان وفاه أو برىء منه لم يعط بسببه • وانما يعطى قدر حاجته • فان أعطى شيئا فلم يقض الدين منه بل أبرىء منه أو قضى عنه أو قضاه هو لا من مال الزكاة بل من غيره فطريقان (أحدهما) وبه قطع المصنف وآخرون أنه يسترجع منه لاستغنائه عنه (والثانى) حكاه الرافعى وغيره أنه على الخلاف السابق فى المكاتب اذا قضى عنه الدين أو أبرىء منه • ولو أعطى شيئا من الزكاة فقضى الدين ببعضه ، ففى الباقى الطريقان ، والله تعالى أعلم •

قال ابن كج فى التجـريد : لو تحمل دية قتيل فأعطيناه فبـان القاتل وضمن الدية استرد من الغارم القابض ما أخذ وصرف الى غارم آخـر • فان كان قد سلمها الى مستحق الدين لم يرجع عليه ، ولا يطالب القاتل بالدية لأنها سقطت عنه بالدفع • قال : فان تطـوع بأدائهـا

أخذت وجعلت فى بيت المـــال ، ولو أعطيناه ليدفع الى أولياء القتيل فأبرأوا الناس قبل قبضهم منه استرد منه

(فـــرع) اذا ادعى أنه غارم لم يقبل قوله الا ببينة ، وســـبق فى فصل المكاتب بيـــان هذه البينة ، ولو صدقه غريمه ففى قبوله الوجهان السابقان فى تصديق السيد المكاتب فى الكتابة • هكذا قاله المصنف وجميع الأصحاب ، والأصح قبول تصديق الســـيد والغريم • هكذا صححه الجمهور وخالفهم الجرجانى فى التحـــرير ، فقـــال : الأصح لا يقبل تصديقهما ، والله تعالى أعلم •

(فـــرع) قال أصحابنا الخراسانيون : اذا ضمن رجـــل عن رجـــل مالا من ثمن مبيع ونحوه فلهما أربعة أحوال (أحدها) أن يكونا معسرين فيعطى الضامن ما يقضى به الدين ، ويجوز اعطاء المضمون عنه • قال المتولى : وهو أولى لأن الضامن فرعه ، ولأنه اذا أخـــذ الضامن وقضى بالمـــأخوذ الدين رجع على المضمون عنه ، واحتـــاج الامام أن يعطيه ثانيا • قال الرافعى : وهذا الذى قاله ممنوع ، بل اذا أعطيناه فقضى به لا يرجـــع ، وانما يرجع الضامن اذا قضى من عنده ، وهـــذا الذى قاله الرافعى فيه نظـــر ، وما قاله المتولى محتمل أيضا •

(الحال الثانى) أن يكونا موسرين فلا يعطى الضامن لأنه اذا غرم رجع على المضمون عنه ، فلا يضيع عليه شىء • هذا اذا ضمن باذنه ، فان ضمن بغير اذنه فهل يعطى ؟ فيه وجهان بناء على الرجوع على المضمون عنه ، ان قلنا لا يرجع عليه وهو الأصح أعطى والا فلا •

(والثالث) أن يكون الضامن معسرا دون المضمون عنه ، فان ضمن باذنه لم يعط لأنه يرجع عليه ، والا فعلى الوجهين (أصحهما) يعطى •

(الرابع) أن يكون الضامن موسرا دون المضمون عنه ، فيجوز اعطاء المضمون عنه • وفى الضامن وجهان (أحدهما) يعطى لأنه غارم لمصلحة غيره ، فأشبه الغارم لاصلاح ذات البين (وأصحهما) لا يعطى لأن الصرف الى المضمون عنه ممكن ، واذا برىء الأصيل برىء الكفيل ، بخلاف الغارم لذات البين ، والله تعالى أعلم •

(فــرع) قال أصحابنا : يجوز صرف سهم الغارمين الى من عليه الدين باذن صاحب الدين وبغير اذنه ، ولا يجوز صرفه الى صاحب الدين الا باذن من عليه الدين ، فلو صرف بغير اذنه لم يجزىء الدافع عن زكاته ، ولكن يسقط من الدين بقدر المصروف ، كما سبق فى فصــل المكاتب • قال أصحابنا : والأولى أن يدفع الى صاحب الدين باذن الغريم ليتحقق وقوعه عن جهة الدين كما سبق فى المكاتب • قال أصحابنا : الا اذا كان لا يفى بالدين ، وأراد المدين أن يتصرف فيه بالتجــارة والتنمية ليبلغ قدر الدين •

(فــرع) قال أصحابنا : يجوز للغارم أن يتجــر فيما قبض من سهم الزكاة اذا لم يف بالدين ليبلغ قــدر الدين بالتنمية ، وهل يجوز انفاقه ويقضى من غيره ؟ فيه خلاف سبق فى فصل المكاتب ، الأصح لا يجوز •

(فــرع) حكى صاحب البيان عن الصيمرى أنه لو ضمن دية قتيل عن قاتل مجهول أعطى من سهم الغارمين مع الفقر والغنى ، وان ضمنها عن قاتل معروف أعطى مع الفقر دون الغنى ، وهذا ضعيف ولا تأثير لمعرفته وعدمها • وذكر الدارمى فى الضمان عن قاتل معروف وجهين• قال الدارمى : ولو كانت دعــوى الــدم بيــن من لا يخشى فتنتــهم فتحملها فوجهان •

(فــرع) ذكر السرخسى أن ما استدانه لعمارة المســجد وقرى الضيف فهو كما استدانه لنفقته ومصلحة نفسه • وحكى الرويانى فى الحلية عن بعض الأصحاب أنه يعطى من سهم الغــارمين مع الغنى بالعقار ، ولا يعطى مع الغنى بالنقد • قال الرويانى : وهذا هو الاختيار •

(فــرع) ذكر امام الحرمين أنه لو أقام بينة بأنه غارم وأخذ الزكاة فبان كذب الشهود ، ففى سقوط الفرض القولان المشهوران فيمن أخذ الزكاة بالفقر فبان غنيا ، الأصح : لا تجزىء •

(فــرع) اذا كان لرجل على معسر دين فأراد أن يجعــله عن

زكاته وقال له : جعلته عن زكاتى فوجهان حكاهما صاحب البيان (أصحهما) لا يجزئه وبه قطع الصيمرى ، وهو مذهب أبى حنيفة وأحمد ، لأن الزكاة فى ذمته فلا يبرأ الا باقباضها (والثانى) يجزئه ، وهو مذهب الحسن البصرى وعطاء ، لأنه لو دفعه اليه ثم أخذه منه جاز ، فكذا اذا لم يقبضه ، كما لو كانت عنده دراهم وديعة ودفعها عن الزكاة فانه يجزئه سواء قبضها أم لا • أما اذا دفع الزكاة اليه بشرط أن يردها اليه عن دينه فلا يصح الدفع ولا تسقط الزكاة بالاتفاق ولا يصح قضاء الدين بذلك بالاتفاق ، ممن صرح بالمسألة القفال فى الفتاوى وصاحب التهذيب فى باب الشرط فى المهر ، وصاحب البيان هنا والرافعى وآخرون • ولو نويا ذلك ولم يشرطاه جاز بالاتفاق وأجزأه عن الزكاة ، واذا رده اليه عن الدين برىء منه •

قال البغوى : ولو قال المدين : ادفع الى عن زكاتك حتى أقضيك دينك ففعل أجزأه عن الزكاة وملكه القابض ولا يلزمه دفعه اليه عن دينه ، فان دفعه أجزأه قال القفال : ولو قال رب المال للمدين : اقض ما عليك على أن أرده عليك عن زكاتى فقضاه صح القضاء ولا يلزمه رده اليه • وهذا متفق عليه • وذكر الرويانى فى البحر أنه لو أعطى مسكينا زكاة وواعده أن يردها اليه ببيع أو هبة أو ليصرفها المزكى فى كسوة المسكين ومصالحه ففى كونه قبضا صحيحا احتمالان « قلت » الأصح لا يجزئه كما لو شرط أن يرد اليه عن دينه عليه • قال القفال : ولو كانت له حنطة عند فقير وديعة فقال : كل منها لنفسك كذا ، ونوى ذلك عن الزكاة ففى اجزائه عن الزكاة وجهان ، وجه المنع أن المالك لم يكله وكيل الفقير لنفسه لا يعتبر • ولو كان وكله بشراء ذلك القدر فاشتراه وقبضه ثم قال له الموكل : خذه لنفسك ، ونواه زكاة أجزأه ، لأنه لا يحتاج الى كيله • والله تعالى أعلم •

(فرع) لو مات رجل وعليه دين ولا تركة له هل يقضى من سهم الغارمين ؟ فيه وجهان حكاهما صاحب البيان (أحدهما) لا يجوز ، وهو قول الصيمرى ومذهب النخعى وأبى حنيفة وأحمد (والثانى) يجوز لعموم الآية ، ولأنه يصح التبرع بقضاء دينه كالحى ، ولم يرجح واحدا من الوجهين ، وقال الدارمى : اذا مات الغارم لم يعط ورثته عنه • وقال ابن كج : اذا مات وعليه دين فعندنا لا يدفع فى دينه من

الزكاة ولا يصرف منها فى كفنه ، وانما يدفع الى وارثه ان كان فقيرا ، وبنحو هذا قال أهل الرأى ومالك • قال : وقال أبو ثور : يقضى دين الميت وكفنه من الزكاة ، ثم قال ابن كج بعد هذا بأسطر : اذا استدان لاصلاح ذات البين ثم مات دفع ما يفك به تركته ، والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وسهم فى سبيل الله ، وهم الغزاة [الذين] اذا نشطوا غزوا ، فاما من كان مرتبا فى ديوان السلطان من جيوش المسلمين فانهم لا يعطـون من الصدقة بسهم الغزاة ، لأنهم يأخذون أرزاقهم وكفايتهم من الفىء ، ويعطى الغازى مع الفقـر والغنى ، للخـبر الذى ذكرناه فى الغارم ويعطى ما يستعين به على الغزو من نفقة الطريق وما يشترى به السـلاح والفرس ان كان فارسا ، وما يعطى السـائس وحمولة تحمله ان كان راجلا والمسافة مما تقصر فيها الصلاة ، فان أخذ ولم يغـز استرجع منه)

(الشرح) قوله (نشطوا) بفتح النون وكسر الشين (والديوان) بكسر الدال على الفصيح المشهور • وحكى فتحها وأنكره الأصمعى والأكثرون ، وهو فارسى معرب • وقيل عربى وهو غريب (والحمولة) بفتح الحاء ، وهى الدابة التى يحمل عليها من بعير أو بغل أو حمار • ومذهبنا أن سهم سبيل الله المذكور فى الآية الكريمة يصرف الى الغزاة الذين لا حق لهم فى الديوان بل يغزون متطوعين ، وبه قال أبو حنيفة ومالك رحمهما الله تعالى • وقال أحمد رحمه الله تعالى فى أصح الروايتين عنه : يجـوز صرفه الى مريد الحج ، وروى مثله عن ابن عمر رضى الله عنهما • واستدل له بحديث أم معقل الصحابية رضى الله عنها قالت : « لمـا حج رسول الله صلى الله عليه وسلم حجة الوداع وكان لنا جمل فجعله أبو معقل فى سبيل الله ، وأصابنا مرض فهلك أبو معقل ، وخرج النبى صلى الله عليه وسلم فلما فـرغ من حجه جئته فقال : يا أم معقل ما منعك أن تخرجى معنا ؟ قالت : فقلت : لقد تهيأنا فهلك أبو معقـل

وكان لنا جمل هو الذى نحج عليه ، فأوصى به أبو معقل فى سبيل الله ، قال : فهلا خرجت عليه ؟ فان الحج فى سبيل الله(١) .

وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال « أراد رسول الله صلى الله عليه وسلم الحج فقالت امرأة لزوجها : أحجنى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ما عندى ما أحجك عليه ، فقالت أحجنى على جملك فلان ، قال ذلك حبيسى فى سبيل الله عز وجل ، فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ان امرأتى تقــرأ عليك السلام ورحمة الله وانها سألتنى الحج معك ، قالت أحجنى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت : ما عندى ما أحجك عليه ، فقالت : أحجنى على جملك فلان ، فقلت : ذلك حبيسى فى سبيل الله ، فقال : أما انك لو أحججتها عليه كان فى سبيل الله [قال] وأنها أمرتنى أن أسألك ما يعدل حجة معك . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أقرئها السلام ورحمة الله وبركاته وأخبرها أنها تعدل حجة [معى] يعنى عمرة فى رمضان »(٢) رواهما أبو داود فى سننه فى أواخر كتاب الحج فى باب العمرة والثانى اسناده صحيح وأما الأول حديث أم معقل فهو من رواية محمد بن اسحاق وقال فيه (عن) وهو مدلس والمدلس اذا قال (عن) لا يحتج به بالاتفاق(٣) .

---

(١) وبقية الخبر فى سنن أبى داود : « فأما اذا فاتتك هذه الحجة معنا فاعتمرى فى رمضان فانها كحجة » فكانت تقول : « الحج حجة والعمرة عمرة وقد قال لى هذا رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أدرى الى خاصة ؟ » اهـ (ط) .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من ش و ق (ط) .

(٣) أما الرواية الثانية فهى : حدثنا مسدد ثنا عبد الوارث عن عامر الأحول عن بكر بن عبد الله عن ابن عباس (قال صاحب عون المعبود : فلا يدل الحديث على اجزاء العمرة فى رمضان عن الحج وأنه يسقط بها الفرض عن الذمة بل المراد ثواب العمرة فى رمضان كثواب الحج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا التاويل هو المتعين ولا شك أن رواة الحديث لم يتقنوا ألفاظ الحديث ولم يحفظوها بل اختلطوا وغيروا الألفاظ واضطـربوا فى الاسناد وفيه ضعيف ومجهول اهـ .

وقال الخطابى : فيه من الفقه جواز احباس الحيوان وفيه أنه جعل الحج من السبل وقد اختلف الناس فى ذلك فكان ابن عباس لا يرى بأسا أن يعطى الرجل من زكاته فى الحج وروى مثل ذلك عن ابن عمر وكان أحمد بن حنبل واسحاق يقولان يعطى من ذلك فى الحج وقال أبو حنيفة وأصحابه وسفيان =

واحتج أصحابنا بأن المفهوم فى الاستعمال المتبادر الى الأفهام أن سبيل الله تعالى هو الغزو ، وأكثر ما جاء فى القرآن العزيز كذلك • واحتج الأصحاب أيضا بحديث أبى سعيد السابق فى فصل الغارمين « لا تحل الصدقة لغنى الا لخمسة » فذكر منهم الغازى ، وليس فى الأصناف الثمانية من يعطى باسم الغزاة الا الذين نعطيهم من سهم سبيل الله تعالى • وأما الحديثان اللذان احتجوا بهما (فالأول) ضعيف كما سبق (والجواب) عن الثانى أن الحج يسمى سبيل الله ، ولكن الآية محمولة على الغزو لمـــا ذكرناه •

قال المصنف والأصحاب رحمهم الله تعالى : وأما الغزاة المرتبون فى ديوان السلطان ولهم فيه حق فلا يعطون من الزكاة بسبب الغزو بلا خلاف ، وان كان فيهم وصف آخـــر يستحقون به أعطوا به ، بأن يكون غارما أو ابن سبيل ، قال أصحابنا : فان أراد رجل من المرتزقـــة المرتبين فى الديوان أن يصير من أهل الزكوات المتطوعين بالغزو ويترك سهمه من الديوان جعل من أهل الصدقات ، وكذا لو أراد واحد من أهل الصدقات أن يصير من المرتزقة جعـــل منهم ، فيعطى من الفىء ولا يعطى من الصـــدقات ، قال أصحابنا : ولا حق لأهل الصدقات فى الفىء ، ولا لأهل الفىء فى الصدقات •

= الثورى والشافعى : لا تصرف الزكاة الى الحج ، وسهم السبيل عندهم الغزاة والمجاهدون ا هـ • وقال المنذرى : قال الترمذى : حديث أم معقل حســن غريب من هذا الوجه ا هـ • قال فى عون المعبود : وحديث أم معقل فى رجل مجهول وفى اسناده أيضا ابراهيم بن مهاجر البجلى الكوفى تكلم غير واحد وقد اختلف على أبى بكر بن عبد الرحمن فيه فروى عنه كما هاهنا وروى عنه عن أم معقل من غير واسطة وروى عنه عن أبى معقل كما ذكرناه وقد أخرج البخارى ومسلم فى صحيحيهما من حديث ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لامرأة من الأنصار سماها ابن عباس فنسيت اسمها : ما منعك أن تحجى معنا ؟ قلت : لم يكن لنا الا ناضحان فحج أبو ولدها وابنها على ناضح وترك لنا ناضحا ننضح عليه قال : فاذا جاء رمضان فاعتمرى فان عمرة فيه تعدل حجة • ولفظ البخارى : فان عمرة فى رمضان حجة أو نحوا مما قال وسماها فى رواية مسلم أم سنان وفيه قال : جعله فى سبيل الله فقال صلى الله عليه وسلم : أعطها فلتحج عليه فعمرة فى رمضان تقضى حجة أو حجة معى ا هـ •

فان احتاج المسلمون الى من يكفيهم شر الكفار ولا مال فى بيت المـال ، فهل يجوز اعطاء المرتزقة من الزكاة من سهم سبيل الله تعالى ؟ فيه قولان مشهوران فى طريقة خراسان (أصحهما) لا يعطون كما لا يصرف الفيء الى أهل الصدقات (والثانى) يعطون لأنهم غزاة ، قال أصحابنا : فعلى الأول يجب على أغنياء المسلمين اعانتهم • قال المصنف والأصحاب : ويعطى الغازى مع الفقـر والغنى للحديث السابق ولأن فيه مصلحة للمسلمين • قال أصحابنا : ويعطى ما يستعين به على الغزو فيعطى نفقته وكسوته مدة الذهاب والرجوع والمقام فى الثغر ، وان طال ، وهل يعطى جميع المؤنة أم ما زاد بسبب السفر ؟ فيه وجهان (أصحهما)الجميع ، وهو مقتضى كلام الجمهور ، ويجريان فى ابن السبيل ، ويعطى ما يشـترى به الفرس ان كان يقـاتل فارسا ، وما يشـترى به السلاح وآلات القتال ، ويصير ذلك ملكا للغازى ، ويجوز أن يستأجر له الفرس والسلاح من مال الزكاة ، ويختلف الحال بكثرة المـال وقلته ، فان كان يقاتل راجلا لم يعط للفرس شيئا ، ويعطى ما يحمل عليه الزاد ويركبه فى الطريق ان كان ضعيفا أو كان السفر مسافة القصر •

قال أصحابنا : ويسلم الامام الى الغازى ثمن الفرس والسلاح والآلات ، ثم الغازى يشتريها • قال القاضى أبو الطيب والأصحاب : فلو استأذنه الامام فى شراها له بمال الزكاة فأذن جاز ، فلو أراد الامام أن يشترى ذلك بمـال الزكاة ويسلمه الى الغازى بغير اذنـه هل يجوز ؟ فيه وجهان • (أحدهما) لا يجوز ، بل يتعين تسليم مال الزكاة الى الغازى أو اذنه وبه قطع جماعة من العراقيين ، وهو ظاهر عبارة آخرين منهم (وأصحهما) يجوز ، وهو الذى صححـه الخراسانيون وتابعـهم الرافعـى على تصحيحه ، وقطـع به جمـاعة منهم ، قال الخراسانيون : الامام بالخيار ان شاء سلم الفرس والسلاح والآلات الى الغازى أو ثمن ذلك تمليكا له فيملكه ، وان شاء استأجر ذلك له ، وان شاء اشترى من سهم سبيل الله سبحانه وتعالى أفراسا وآلات الحرب وجعلها وقفا فى سبيل الله ، ويعطيهم عند الحاجة ما يحتـاجون اليه ثم يردونه اذا انقضت حاجتهم وتختلف المصلحة فى ذلك بحسب قلـة المـال وكثرته •

(وأما) نفقة عيال الغازى فقال الرافعى فى بعض شروح المفتاح :

انه يعطى نفقته ونفقـــة عياله ذهابا ومقاما ورجوعا ، قال : وسكت المعظم عن نفقـــة العيال ، ولكن اعطاؤه اياها ليس بعيدا كما ينظـــر فى استطاعة الحج الى نفقة العيال ، فيعتبر غناه لعياله كنفسه ، والله تعالى أعلم •

(فـــرع) قال أصحابنا : انما يعطى الغازى من الزكاة اذا حضر وقت الخروج ليهيىء به أسباب سفره ، فان أخـــذ ولم يخـــرج الى الغزو استرجع منه ، كذا قاله المصنف والأصحاب ، واتفقـــوا عليه ، وقد سبق فى فصل المكاتب بيان كم يمهل فى الخروج • قال أصحابنا : وكذا لو مات فى الطريق أو امتنع الغزو بسبب آخـــر استرد ما بقى معه ، ذكره البغـــوى وآخرون • ولو غزا ورجع وبقى معه شىء من النفقة فان لم يقتر على نفسه • وكان الباقى قدرا صالحا استرد منه • لأنا تبينا أن المدفـــوع اليه كان زائدا • وان لم يقتر على نفسه وكان الفاضل يسيرا لم يسترجع منه ، كذا نقله الرافعى قال : وهذا لا خلاف فيه • قال : وفى مثله فى ابن السبيل يسترد على الصحيح المشهور • وفيه وجه ضعيف أنه لايسترد أيضا ونسبه بعضهم الى النص والفرق على الصحيح أنا دفعنا الى الغازى لحاجتنا وقد فعـــل • ودفعنـــا الى ابن السبيل لحاجته وقد زالت (أما) اذا قتر الغازى على نفسه وفضل شىء بحيث لو لم يقتر لم يفضل لم(١) يسترد بلا خلاف • لأنا دفعنا اليه كفايته فلم نرجع عليه بما قتر كالفقير اذا أعطيناه كفايته فقتر وفضل فضل عنده لا يسترجع منه ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وسهم لابن السبيل وهو المسافر أو من ينشىء السفر وهو محتاج فى سفره • فان كان سفره طاعة أعطى ما يبلغ به مقصده ، وان كان [فى] معصية لم يعط لأن ذلك اعانة على المعصية • وان كان سفره فى مباح ففيه وجهان (أحدهما) لا يعطى لأنه غير محتاج الى هـــذا السفر (والثانى) يعطى لأن ما جعل رفقا بالمسافر فى طاعة [الله] جعل رفقا بالمسافر فى مباح كالقصر والفطر) •

(الشرح) الســـبيل فى اللغـــة الطـــريق ويؤنث ويذكـــر وسمى

---

(١) (لم يفضل) جواب لو ، أما جواب (اذا قتر) فهو (لم يسترد) (ط) •

المسافر ابن السبيل للزومه للطريق كلزوم الولد والدته والمقصد ـ بكسر الصاد ـ وقوله : غير محتاج الى هذا السفر مما ينكر من حيث ان المباح يحتاج اليه لمصالح المعاش • قال الشافعى والأصحاب : ابن السبيل ضربان (أحدهما) من أنشأ سفرا من بلد كان مقيما به سواء وطنه وغيره (والثانى) غريب مسافر يجتاز بالبلد • فالأول يعطى مطلقا بلا خلاف • (وأما الثانى) فالمذهب الصحيح الذى تظاهرت عليه نصوص الشافعى رضى الله عنه ، وقطع به العراقيون وغيرهم ، أنه يعطى أيضا مطلقا ، وحكى جماعات من الخراسانيين فيه وجهين (الصحيح) هذا (والثانى) لا يعطى من صدقة بلد يجتاز به اذا منعنا نقل الصدقة ، وهذا ضعيف أو غلط •

قال أصحابنا : وانما يعطى المسافر بشرط حاجته فى سفره ولا يضر غناه فى غير سفره ، فيعطى من ليس معه كفايته فى طريقه وان كان له أموال فى بلد آخر سواء كانت فى البلد الذى يقصده أو غيره اذا لم يكن فى بلد الاعطاء ، قال أصحابنا : فان كان سفره طاعة كحج وغزو وزيارة مندوبة ونحو ذلك دفع اليه بلا خلاف وان كان معصية كقطع الطريق ونحوه لم يدفع اليه بلا خلاف ، وان كان مباحا كطلب آبق وتحصيل كسب أو استيطان فى بلد أو نحو ذلك فوجهان مشهوران ، ذكر المصنف دليلهما (أصحهما) يدفع اليه ، ولو سافر لتنزه أو تفرج فطريقان مشهوران (المذهب) أنه كالمباح فيكون على الوجهين (والثانى) لا يعطى قطعا لأنه نوع من الفضول واذا أنشأ سفر معصية ثم قطعه فى أثناء الطريق وقصد الرجوع الى وطنه أعطى من حينئذ من الزكاة ، لأنه الآن ليس سفر معصية ، وممن صرح به القاضى أبو الطيب فى المجرد وغيره من أصحابنا • وحكى ابن كج فيه وجهين (الصحيح) هذا (والثانى) لا يعطى قال : وهو غلط •

قال أصحابنا : ويعطى ابن السبيل من النفقة والكسوة ما يكفيه الى مقصده أو موضع ماله ان كان له مال فى طريقه هذا ان لم يكن معه مال لا يكفيه أعطى ما يتم به كفايته • قال ابن الصباغ والأصحاب : ويهيأ له ما يركبه ان كان سفره مما تقصر فيه الصلاة أو كان ضعيفا لا يقدر على المشى ، وان كان قويا وسفره دون ذلك لم يعط المركوب ، ويعطى ما ينقل عليه زاده الا أن يكون قدرا يعتاد مثله أن يحمله بنفسه ، قال

السرخسى : وصفة تهيئة المركوب أنه ان اتسع المـال اشترى له مركوب ، وان ضاق اكترى له • قال أصحابنا : ويعطى ابن السبيل سواء كان قادرا على الكسب أم لا ، وسنعيد المسألة فى آخر الباب ان شاء الله تعالى ، قال الرافعى : وهل يعطى جميع مؤنة سفره ؟ أم زاد بسبب السـفر ؟ فيه وجهان (الصحيح) الجميع وهو ظاهر كلام الجمهور ، قال أصحابنا : ويعطى كفايته فى ذهابه ورجوعه ان كان يريد الرجوع ، وليس له فى مقصده مال ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الأصحاب ونص عليه الشافعى •

وحكى الرافعى وجها أنه لا يعطى للرجوع فى ابتداء سفره ، وانما يعطى عند رجوعه ، ووجها عن الشيخ أبى زيد أنه ان كان عزمه أن يصـل الرجـوع بالذهاب أعطى للرجوع ، وان كان عزمه اقامة مدة لم يعط للرجـوع ، والمذهب الأول • قال أصحابنا : وأما نفقته فى اقامته فى المقصد ــ فان كانت اقامته دون أربعة أيام غير يومى الدخول والخروج ــ أعطى لها ، لأنه فى حكم المسـافر ، وله القصر والفطـر وسائر الرخص ، وان كانت أربعة أيام فأكثر غير يومى الدخول والخروج لم يعط لها لأنه خرج عن كونه مسافرا ابن سبيل ، وانقطعت رخـص السفر ، بخـلاف الغازى فانه يعطى مدة الاقامة فى الثغر وان طالت ، والفرق أن الغازى يحتاج اليه لتوقع الفتح ، ولأنه لا يزول بالاقامة اسم الغازى بل يتأكد ، بخلاف المسافر ، وفيه وجه عن صاحب التقريب أن ابن السبيل يعطى وان طال مقامه اذا كان مقيما لحاجة يتوقع تنجزها والمذهب الأول •

قال أصحابنا : واذا رجع ابن السبيل وقد فضل معه شىء استرجع منه سواء قتر على نفسه أم لا ، وقيل ان قتر على نفسه بحيث لو لم يقتر لم يفضل لم يرجع بالفاضل ، والمذهب الأول ، وسبق فى فصل الغازى بيان هذا وبيان الفرق بينه وبين الغازى حيث لا يسترجع منه اذا قتر ، لأن ما يأخذه الغازى يأخذه عوضا لحاجتنا اليه ، وقيامه بالغزو وقد فعل ذلك ، وابن السبيل يأخذه لحاجته الينا وقد زالت ، قال أصحابنا : وكذا يسترد منه المركوب ، هذا هو المذهب ، وحكى الرافعى وجها أنه لا يسترد وهو غريب ضعيف جدا •

(فـرع) قال أصحابنا : اذا ادعى رجل أنه يريد السـفر أو

الغزو صدق وأعطى من الزكاة بلا بينة ولا يمين ، وقد سبق بيان هذا فى فصل المكاتب ، والله تعالى أعلم •

(فرع) ذكرنا أن مذهبنا أن ابن السبيل يقع على منشىء السفر والمجتاز ، وقال أبو حنيفة ومالك : لا يعطى المنشىء بل يختص بالمجتاز •

(فرع) لو وجد ابن السبيل من يقرضه كفايته وله فى بلده وفادة لم يلزمه أن يقترض منه ، بل يجوز صرف الزكاة اليه صرح به ابن كج فى كتابه التجريد •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجب أن يسوى بين الأصناف فى السهام ولا يفضل صنفا على صنف ، لأن الله تعالى سوى بينهم ، والمستحب أن يعم كل صنف ان أمكن ، وأقل ما يجزىء أن يصرف الى ثلاثة من كل صنف لأن الله تعالى أضاف اليهم بلفظ الجمع وأقل الجمع ثلاثة ، فان دفع الى اثنين ضمن نصيب الثالث ، وفى قدر الضمان قولان (أحدهما) القدر المستحب وهو الثلث (والثانى) أقل جزء من السهم لأن هذا القدر هو الواجب فلا يلزمه ضمان ما زاد) •

(الشرح) فيه مسائل :

(احداها) يجب التسوية بين الأصناف ، فان وجدت الأصناف الثمانية ــ وجب لكل صنف ثمن ــ وان وجد منهم خمسة وجب لكل صنف خمس ، ولا يجوز تفضيل صنف على صنف بلا خلاف عندنا سواء اتفقت حاجاتهم وعددهم أم لا ، ولا يستثنى هذا الا العامل فان حقه مقدر بأجرة عمله ، فان زاد سهمه أو نقص فقد سبق بيانه والا المؤلفة ففى قول يسقط نصيبهم كما سبق •

(الثانية) التسوية بين آحاد الصنف ليست واجبة ، سواء استوعبهم أو اقتصر على ثلاثة منهم أو أكثر ، وسواء اتفقت حاجاتهم أو اختلفت ، لكن يستحب أن يفرق بينهم على قدر حاجاتهم فان استوت

سوى ، وان تفاضلت فاضل بحسب الحاجة استحبابا ، فرق الأصحاب بين التسوية بين الأصناف حيث وجبت وآحاد الصنف حيث استحبت ، بأن الأصناف محصورون ، فيمكن التسوية بلا مشقة بخلاف آحاد الصنف ، قال البغوى وليس هذا كما لو أوصى لفقـــراء بلد محصورين فانه يجب تعميمهم والتسوية بينهم ، وهنا فى الزكاة لو كانوا محصورين وجب تعميمهم ولا تجب التسوية بينهم ، لأن الحق فى الوصية لهم على التعيين حتى لو لم يكن هناك فقير تبطل الوصية ، وههنا لم يثبت الحق لهم على التعيين ، وانما تعينوا لفقـــد غيرهم ، ولهذا لو لم يكن فى البلد مستحقون لا تسقط بل يجب نقلها الى بلد آخـــر • وهذا الذى ذكرناه من التسوية بين آحاد الصنف ، وأنها ليست واجبة ، هكذا أطلقـــه الجمهور • وقال المتولى : هذا اذا قســـم المـــالك ، فأما اذا قســـم الامام فلا يجـــوز له التفضيل عند تســـاوى الحاجات ، لأن عليـــه تعميم جميع آحاد الصـــنف كما سنوضحه ان شـــاء الله تعالى فلزمه التسوية ، والمـــالك لا يلزمه التعميم فلا يلزمه التسوية •

(الثالثة) أطلق المصنف وكثيرون أنه يستحب تعميم كل صنف ان أمكن • وقال ابن الصباغ وكثيرون : ان قسم الامام لزمه استيعاب آحاد الصنف ، لأنه يمكنه ، وليس المـــراد أنه يستوعب بزكاة كل شخص جميع الآحاد ، ولكن يستوعبهم من الزكوات الحاصلة فى يده ، وله أن يخص بعضهم بنوع من المـــال وآخـــرين بنوع ، وله صرف زكاة شخص واحد الى صنف واحد ، والى شخص واحد ، وان قسم المـــالك ولم يمكنه الاستيعاب فليس هو بواجب ولا منـــدوب ، وان أمكنه ، قال المصنف وكثيـــرون : هو مستحب ، وقال المتولى يجب ان كانوا محصورين ، وقال البغوى : يجب ان لم نجوز نقل الزكاة ، وان جوزناه استحب •

وقال الرافعى : ان قسم الامام لزمه الاستيعاب وان قسم المـــالك ففيه كلاما المتولى والبغـــوى ، وجـــزم الرافعى فى المحـــرر بوجوب الاستيعاب ان قسم الامام ، وكذا ان قســـم المـــالك وكانوا محصورين ، وهذا هو المذهب ، وينزل اطلاق الباقين عليه ، والله تعالى أعلم •

وحيث لا يجب الاستيعاب ، قال أصحابنا : يجوز الدفع الى المستحقين المقيمين بالبلد والغرباء الموجودين حال التفرقة ، ولكن المستوطنون أفضل لأنهم جيرانه • قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله تعالى : وحيث لا يجب الاستيعاب يشترط أن لا ينقص عن ثلاثة من كل صنف ، لما ذكره المصنف ، الا العامل فيجوز أن يكون واحدا بلا خلاف ، وعجب كون المصنف لم يستثنه هنا مع أنه استثناه فى التنبيه ، ولا خلاف فى اشتراط ثلاثة من كل صنف من الباقين الا ابن السبيل ففيه طريقان (المذهب) وبه قطع الجمهور يشترط ثلاثة (والثانى) فيه وجهان (أصحهما) ثلاثة (والثانى) يجوز واحد ، لأن الله تعالى لم يذكره بالجمع بخلاف باقى الأصناف ، وهذا الوجه حكاه القاضى أبو الطيب عن شيخه أبى الحسن الماسرجسى وحكاه آخرون بعده • قال القاضى أبو الطيب : لم يقل أحد من أصحاب الشافعى رضى الله عنه هذا غير الماسرجسى ، قال : قال أبو اسحاق : وابن السبيل ، وان كان موحدا فهو اسم جنس كباقى الأصناف • قال الرافعى : قال بعضهم : ولا يبعد طرد الوجه فى الغزاة لقول الله سبحانه وتعالى **« وفى سبيل الله »** بغير جمع ، والله تعالى أعلم •

قال أصحابنا : ولو صرف جميع نصيب الصنف الى اثنين مع وجود ثالث غرم لثالث بلا خلاف ، وفى قدر الغرم قولان مشهوران ذكرهما المصنف (أصحهما) أقل جزء لأنه القدر الذى كان يجب عليه (والثانى) الثلث وصححه القاضى أبو الطيب فى المجرد ، قال : لأن المفاضلة باجتهاده ما لم يظهر خيانته ، فاذا ظهرت خيانته سقط اجتهاده فلزمه الثلث ، ولو صرف جميع نصيب الصنف الى واحد ، فعلى الأول يلزمه أقل ما يجوز صرفه اليهما ، وعلى الثانى الثلثان ، ثم ان الجمهور أطلقوا القولين • وقال صاحب العدة : اذا قلنا يضمن الثلث ففيه وجهان (أحدهما) المراد اذا استووا فى الحاجة ، فلو كانت حاجة الثالث حين استحقوا التفرقة مثل حاجة الآخرين جميعا ضمن له نصف السهم ليكون معه مثلهما ، لأنه يستحب التفرقة على قدر حوائجهم (والثانى) أنه لا فرق ، وهذا الثانى هو الصحيح •

ومراده اذا كان الثلاثة متعينين ولو لم يوجد الا دون ثلاثة من

صنف أعطى لمن وجده ، وهل يصرف باقى السهم اليه اذا كان مستحقا ؟ أم ينقل الى بلد آخـر ؟ قال المتولى : هو كما [لو] لم يوجد بعض الاصناف فى بلد ، وسيأتى بيانه ان شاء الله تعالى هذا اخر كلامه ، والصحيح انه يصرف اليه ، وممن صححه الشيخ نصر المقدسى ونقله هو وصاحب العـدة وغيرهما عن نص الشافعى رضى الله عنه ودليلهما ظاهر • قال أصحابنا • وهذان القولان فى أصل المسألة كالخلاف فى أضحية التطـوع اذا أكلها كلها ، كم يضمن ؟ وفى الوكيل اذا باع بغبن فاحش كم يضمن ؟ وسيأتى فى موضعه ان شاء الله تعالى ، والله اعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اجتمع فى شخص واحد سببان ففيه ثلاثة طرق ، من أصحابنا من قال : لا يعطى بالسببين ، بل يقال اختر أيهمـا شئت فنعطيك به (ومنهم) من قال : ان كانا سببين متجانسين مثل أن يستحق بكل واحد منهما لحاجته الينا ــ كالفقير الغارم ــ لمصلحة نفسه ، أو يستحق بكل واحد منهما لحاجتنا اليه ــ كالغازى الغارم لاصلاح ذات البين ــ لم يعط الا بسبب واحد ، وان كانا سببين مختلفين وهو(١) أن يكون بأحدهما يستحق لحاجتنا اليه ، وبالآخر يستحق لحاجته الينا أعطى بالسببين كما قلنا فى الميراث اذا اجتمع فى شخص واحد جهتا فرض لم يعط بهما وأن اجتمع فيه جهة فرض وجهة تعصيب أعطى بهما (ومنهم) من قال : فيه قولان (أحدهما) يعطى بالسببين ، لأن الله تعـالى جعل للفقير سهما ، وللغـارم سهما ، وهـذا فقير وغارم (والثانى) يعطى بسبب واحد ، لأنه شخص واحد فلا يأخذ سهمين كما لو تفرد بمعنى واحد)•

(الشرح) هذه الطرق الثلاثة مشهورة (وأصحها) طريقة القولين صححها أصحابنا ، ونقلها صاحب الشامل عن أكثر الأصحاب وأصـح القولين أنه لا يعطى الا بسبب واحد يختار أيهما شاء ، ممن صححه القاضى أبو الطيب فى المجـرد ، وصاحب العدة ، والشيخ نصر المقدسى فى تهذيبه ، والرافعى وآخرون ، وقطع به جماعة من أصحاب المختصرات

---

(١) فى بعض النسخ مثل أن يكون بدل (وهو أن يكون) (ط) •

منهم سليم الرازى فى الكفـاية ونصر المقدسى فى الكافى ، وهو المنصوص فى المختصر ، والقول الآخر وهو مذهب أبى حنيفة ، وحكى الدارمى طريقا رابعا أنه يعطى بهما الا بالفقـر والمسكنة لاستحالة وجـودهما فى حالة واحدة ، وهذا الطريق لا حقيقة له ، لأن الأصحاب تكلمـوا فى الممكن ، والله تعالى أعلم •

قال الرافعى : اذا جوزنا اعطاءه بسببين جاز بأسـباب أيضا ، قال : وقال الحناطى : ويحتمل أن لا يعطى الا بسببين • قال الخراسانيون: فان قلنا لا يعطى بسببين بأن كان عاملا فقيـرا فوجهان مبنيان على الوجهين فيما يأخذه العامل هل هو أجرة أم زكاة ؟ ان قلنا أجـرة أعطى بهما والا فلا • قال الشيخ نصر المقـدسى اذا قلنا : لا يعطى الا بسبب واحد فأخذ بالفقـر • كان لغريمه أن يطالبه بدينه ، ويأخذ ما حصل له ، وكذا ان أخـذ بكونه غارما ، فاذا أخذه وبقى فقيرا وجب اعطاؤه من سهم الفقـراء ، لأنه الآن محتـاج ، والله تعـالى أعلم •

(فـرع) قال أصحابنا : اذا فقـد بعض الأصناف فلم يوجدوا فى البلد ولا غيره قسمت الزكاة بكمالها على الموجـودين من باقى الأصناف بلا خلاف ، وعجيب كون المصنف ترك هذه المسـألة مع ذكره لها فى التنبيه • قال أصحابنا : والفرق بين هذا وبين ما لو أوصى لرجـلين فرد أحدهما الوصية فان المردود يكون للورثة لا للموصى له الآخر ، لأن المال للورثة لولا الوصية ، والوصية تبرع ، فاذا لم تتم أخذ الورثة المال (وأما) الزكاة فدين لزمه فلا يسقط بفقـد المستحق ولهذا لو لم يجـد أحدا من الأصناف لم يسقط ، بل يصبر حتى يجـدهم أو بعضهم بخلاف ما لو ردت الوصايا كلها ، فانها ترجع الى الورثة ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان الذى يفرق الزكاة رب المـال سقط سهم العامل ، لأنه لا عمل له فيقسم الصدقة على سبعة [أصناف] لكل صنف سهم على ما بينـاه ، فان كان فى الأصـناف أقارب له لا يلزمه نفقتهم ، فالمستحب أن يخص الأقارب ، لمـا روت أم كلثوم بنت عقبة بن أبى معيط

رضى الله عنها قالت « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقــول : الصدقة على المسكين صدقة وهى على ذى القــرابة صدقة وصلة) .

(الشرح) هذا الحديث صحيح رواه البيهقى فى السنن الكبير باســناد صحيح ولفظه « أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح » وروى الترمذى والنسائى باسنادهما عن سلمان بن عامر عن النبى صلى الله عليه وسلم « الصدقة على المسكين صدقة ، وعلى ذى الرحــم اثنتان ، صدقة وصلة » .

وعن عائشة رضى الله عنها عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الرحم شجنة من الله تعالى من وصلها وصله الله ، ومن قطعهــا قطعه الله » . رواه البخارى ومسلم ــ والشجنة بكسر الشين وضمها وفتحها ــ ثلاث لغات ، ومعناه أن قرابة الانسان لقريبه سبب واصل بينهما .

وعن أنس رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من أحب أن يبسط له فى رزقه وينسأ له فى أثره فليصــل رحمه » رواه البخارى ومسلم ، وفى الباب أحاديث كثيرة صحيحة جمعت معظمها فى رياض الصالحين .

(أما أحكام الفصل) فقوله : ان كان الذى يفــرق الزكاة رب المــال سقط سهم العامل ، هو كما قال ، وهو ظاهر ، وسبق مثله (وأما) قوله : ان كان فى الأصناف أقارب له لا يلزمه نفقتهم استحب أن يخص الأقرب ، فمتفق عليه أيضا لمــا ذكرنا من الأحاديث .

قال أصحابنا : يستحب فى صدقة التطــوع وفى الزكاة ، والكفارة صرفها الى الأقارب اذا كانوا بصفة الاستحقاق ، وهم أفضــل من الأجانب ، قال أصحابنا : والأفضــل أن يبدأ بذى الرحــم المحــرم كالاخوة والأخوات والأعمام والعمات والأخــوال والخــالات ، ويقدم الأقرب فالأقرب ، وألحق بعض أصحابنا الزوج والزوجــة بهــؤلاء لحديث زينب امرأة ابن مســعود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « زوجك وولدك أحق من تصدقت عليه » رواه مسلم ثم بذى

الرحم غير المحـــرم كأولاد العم وأولاد الخال ، ثم المحـــرم بالرضاع ، ثم بالمصاهـــرة ثم المولى من أعلى وأسفل ثم الجـــار ، فان كان القريب بعيد الدار فى البلد قدم على الجار الأجنبى ، وان كان الأقارب خارجين عن البلد ، فان منعنا نقـــل الزكاة قدم الأجنبى والا فالقريب ، وكـــذا القول فى أهل البادية ، فحيث كان القريب والجار الأجنبى بحيث يجوز الصرف اليهما قدم القريب • والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجب صرف الزكاة الى الأصناف فى البلد الذى فيه المـــال ، لمـــا روى أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث معاذا الى اليمن فقـــال : صلى الله عليه وسلم « أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم » فان نقـــل الى الأصناف فى بلد آخـــر ففيه قـــولان (أحدهما) يجـــزئه لأنهم من أهل الصـــدقات فأشبه أصناف البلـــد الذى فيه المـــال (والثانى) لا يجزئه لأنه حق واجب لأصناف بلد ، فاذا نقـــل عنهم الى غيرهم لا يجـــزئه كالوصية بالمـــال لأصناف بلد • ومن أصحابنا من قال : القولان فى جواز النقـــل ففى أحدهما يجـــوز والثانى لا يجـــوز • فأما اذا نقـــل فانه يجـــزىء قولا واحدا والأول هو الصحيح • فان كان له أربعون شاة عشرون فى بلد وعشرون فى بلد آخـــر • قال الشافعى رضى الله عنه : اذا أخـــرج الشـــاة فى أحـــد البلدين كرهت(١) وأجزأه ، فمن أصحابنا من قال : انما أجاز ذلك على القـــول الذى [يقـــول] يجـــوز نقـــل الصـــدقة ، فأما على القـــول الآخـــر فلا يجـــوز حتى يخـــرج فى كل بلد نصف شاة • ومنهم من قال : يجـــزئه ذلك قولا واحـــدا ، لأن فى اخـــراج نصف شاة فى كل بلد ضررا فى التشريك بينه وبين الفقـــراء ، والصحيح هو الأول لأنه قال : (كرهت وأجـــزأه) فدل على أنه أحـــد القولين ولو كان قـــولا واحدا لم يقل : كرهت • وفى الموضع الذى ينقـــل اليه طريقان ، من أصحابنا من قال : القولان فيه اذا نقـــل الى مسافة تقصر فيها الصلاة ، فأما اذا نقـــل الى مسافة لا تقصر فيها الصلاة ، فانه يجـــوز قـــولا

---

(١) بفتح الكاف وكسر الراء وضم التاء •

واحدا لأن ذلك فى حكم البلد ، بدليل أنه لا يجوز فيه القصر [والفطر] والمسح • ومنهم من قال : القولان فى الجميع وهو الأظهر) •

(الشرح) حديث معاذ رواه البخارى ومسلم من رواية ابن عباس رضى الله عنهما ، وينكر على المصنف قوله فيه : روى بصيغة التمريض • وقوله لا يجوز فيه القصر والفطر والمسح — يعنى المسح على الخف ثلاثة أيام — وهذا متفق عليه • وقد نبه عليه المصنف هنا وفى آخر الحضانة وفى تغريب الزانى ولم يذكره فى مظنته ، وهما باب المسح على الخف وباب صلاة المسافر •

(أما الأحكام) فحاصل المذهب أنه ينبغى أن يفرق الزكاة فى بلد المال ، فلو نقلها الى بلد آخر مع وجود المستحقين فللشافعى رضى الله عنه فى المسألة قولان • وللأصحاب فيها ثلاث طرق (أصحها) عندهم أن القولين فى الاجزاء وعدمه (أصحهما) لا يجزئه (والثانى) يجزئه • ولا خلاف فى تحريم النقل (والطريق الثانى) أنهما فى التحريم وعدمه (أصحهما) يحرم (والثانى) لا يحرم ولا خلاف أنه يجزىء • وهذان الطريقان فى الكتاب (والثالث) حكاه صاحب الشامل أنهما فى الجواز والاجزاء معا (أصحهما) لا يجوز ولا يجزئه (والثانى) يجوز ويجزئه ، وتعليل الجميع فى الكتاب ، والأصح عند الأصحاب الطريق الأول (والأصح) من القولين أنه لا يجزئه ، وهو محكى عن عمر ابن عبد العزيز وطاوس وسعيد بن جبير ومجاهد والنخعى والثورى ومالك وأحمد ، وبالاجزاء قال أبو حنيفة •

(والصحيح) أنه لا فرق بين النقل الى مسافة القصر ودونها كما صححه المصنف وكذا صححه الجمهور • فحصل من مجموع الخلاف أربعة أقوال (أصحها) لا يجزىء النقل مطلقا ولا تجوز (والثانى) يجزىء ويجوز (والثالث) يجزىء ولا يجوز (والرابع) يجزىء ويجوز لدون مسافة القصر ، ولا يجزىء ولا يجوز اليها ، واذا منعنا النقل ولم نعتبر مسافة القصر ، فسواء نقل الى قرية بقرب البلد أم بعيدة ، صرح به صاحب العدة •

واعلم أن صاحب الشامل ذكر المسألة فى أول قسم الصدقات فى موضعها ، كما ذكرها المزنى والأصحاب ، وذكر فى النقل الى دون مسافة القصر الطريقين وذكر أن الأصح أنها على القولين • ثم ذكر

فى أواخر الباب فى مسألة أصحاب الخيـام الذين لا يرتحلون أن أصحاب الخيام الذين لا يرتحلون يجـوز الصرف الى من بينه وبينه ما لا تقصر فيه الصلاة • قال وكذلك البلد اذا كان فى سواده فى موضع لا تقصر فيه الصلاة ، كأهل البلد قال : واحتج الشافعى بأن من هو من الحـرم على مسافة لا تقصر فيها الصلاة فهو من حاضريه • قال فأما اذا كان بلدان بينهما مسافة لا تقصر فيها الصلاة فلا ينقـل من أحدهما الى الآخـر : لأن أحدهما لا يضاف الى الآخـر ولا ينسب • هذا كلام صاحب الشامل ، وذكر مثله الشيخ أبو حامد ، وهو مخالف فى ظاهره لمـا قاله صاحب العدة ، والله تعالى أعلم •

(فـرع) قال أصحابنا : فى نقـل الكفارات والنذور عن البلـد الذى وجبت فيه ونقل وصية أوصى للفقـراء وغيرهم ، ولم يذكر بلدا طريقان (أحدهما) وبه قطع جماعة من العراقيين لها حكم الزكاة فيجرى فيها الخلاف كالزكاة (وأصحهما) عند الخراسانيين وتابعهم الرافعى عليه القطع بالجواز ، لأن الأطماع لا تمتد اليها الى امتدادها الى الزكوات • وهذا هو الصحيح •

(فـرع) حيث جاز النقـل أو وجب فمؤنته على رب المـال • قال الرافعى : ويمكن تخريجه على الخلاف السابق فى أجرة الكيـال ، وهذا الذى قاله محتمل فيما اذا وجب النقـل ، أما اذا لم يجب ونقـله رب المـال فيجب الجزم بأنها على رب المـال •

(فـرع) قال الرافعى : الخلاف فى جواز النقـل وعدمه ظاهـر فيما اذافرق رب المـال زكاته ، أما اذا فرق الامام فربما اقتضى كلام الأصحاب طرد الخلاف فيه وربما دل على جـواز النقـل له والتفرقة كيف شاء • قال : وهذا أشبه • هذا كلامه • وقد ذكر المصنف فى أوائل هذا الباب فى أواخـر الفصل الأول قبل وسم المـاشية أن السـاعى ينقـل الصدقة الى الامام اذا لم يأذن له فى تفرقتها ، وهـذا نقـل وقدمنا هناك أن الراجح القطع بجواز النقـل للامام والساعى ، وهو ظاهر الأحاديث ، والله أعلم •

(فــرع) قال أصحابنا : لو كان المــالك ببلد والمــال ببلد آخر فالاعتبار ببلد المــال لأنه سبب الوجوب ويمتد اليه نظــر المستحقين فيصرف العشر الى الأصناف بالأرض التى حصــل منها العشر وزكاة النقدين والمواشى والتجارة الى أصناف البلد الذى تم فيه حولها •

(فــرع) لو كان ماله عنــد تمام الحــول ببادية وجب صرفه الى الأصناف فى أقرب البلاد الى المــال ، فان كان تاجــرا مسافرا صرفها حيث حال الحول •

(فــرع) اذا كان له مال فى مواضع متفــرقة ــ وحال الحــول وهى متفرقة ــ صرف زكاة كل طائفة من ماله ببلدها ، ولا يجــوز أن يصرف الجميع فى بلد واحد اذا منعنا النقــل ، هذا اذا لم يقع تشقيص ، فان وقع بأن ملك أربعين شاة عشرين ببلد وعشرين ببلد آخــر فأدى شاة فى أحــد البلدين • قال الشــافعى رضى الله عنه : كرهت ذلك وأجزأه ، وللأصحاب فيه طريقان حكاهما المصنف بدليلهما (أحدهما) وهو قول أبى حفص بن الوكيل من أصحابنا ان هذا جائز ان جــوزنا نقــل الصــدقة ، وعليه فرعها الشافعى رضى الله عنه ، وان منعنا نقلها وجب فى كل بلد نصف شاة ، ورجح المصنف هذا الطريق بما ليس بمرجح واستدل من كلام الشافعى رضى الله عنه بما لا دلالة فيه •

(والطريق الثانى) هو المذهب وهو ظاهر النص وقطع به أكثر المتقــدمين وكثير من المصنفين ، ورجحه جمهور الباقين أنه يجــوز قولا واحــدا ، سواء منعنا نقل الصدقة أم لا ، وعلله الأصحاب بعلتين (احداهما) أن له فى كل بلد مالا فيخــرج فى أيهما شاء ، لأنه يصــدق عليه أنه أخــرج فى بلد ماله (والثانية) أن عليه ضررا فى التشقيص • قال الرافعى : وفرعوا عليهما ما لو كان له مائة ببلد ومائة ببلد ، فعلى الأولى له اخــراج الشاتين فى أحــد البلدين ، وعلى الثانية لا يجوز ذلك بل يجب فى كل بلد شاة • وهذا هو المذهب فى هذه الصورة ، وبه قطع جماعة ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجبت عليه الزكاة وهو من أهـل الخيم الذين ينتجعـون لطلب المـاء والكلأ فانه ينظر فان كانوا متفرقين كان موضع الصـدقة من عنـد المـال الى حيث تقصر فيه الصـلاة • فاذا بلغ حـدا تقصر فيه الصـلاة لم يكن ذلك موضع الصـدقة • وان كان فى حلل مجتمعة ففيه وجهـان (أحدهما) أنه كالقسـم قبله (والثانى) أن كل حلة كالبلد) •

(الشرح) قوله « الخيم » هو بفتح الخاء واسكان الياء ، والواحدة خيمة كتمرة وتمر بيضة وبيض ، ويجـوز خيم بكسر الخاء وفتح الياء كبدرة وبدر ، وقيل : انه على هذه اللغة محذوف الألف من خيام كما فى قوله تعالى « **جعل الله الكعبة البيت الحرام قياما للناس** »(١) وقرىء قيما ، وقالوا ما ذكرناه (والحلل) بكسر الحاء جمع حلة بكسرها أيضا ، وهم الحى النازلون • قال أصحابنا : أرباب أموال الزكاة ضربان (أحدهما) المقيمون فى بلد أو قرية أو موضع من البادية ، لا يظعنون عنه شتاء ولا صيفا فعليهم صرف زكاتهم الى من فى موضعهم من الأصناف سواء المقيمون عندهم المستوطنون والغرباء المجتازون •

(الضرب الثانى) أهل الخيام المتنقلون وهم صنفان (أحدهما) قوم مقيمون فى موضع من البادية لا يظعنون عنه شتاء ولا صيفا الا لحاجة ، فلهم حكم الضرب الأول فيصرفون زكاتهم الى من فى موضعهم ، فان نقلوا عنه كانوا كمن نقل من بلد الى بلد • (الصنف الثانى) أهل خيام ينتقلون للجهة ، وهم الذين اذا أخصب موضع رحلوا اليه واذا أجدب موضع رحـلوا منه ، فينظـر فيهم فان كانت حللهم متفـرقة صرفوا الزكاة الى جيران المـال ، وهم من كان من المـال على مسافة لا يقصر فيها الصلاة ، قال أصحابنا : فيجـوز الدفع الى هؤلاء قولا واحـدا ، ولا يجىء فيهم الخلاف السابق فى النقـل من بلد الى بلد لا تقصر اليه الصلاة ، لأنه لا يعـد نقـلا ، فان نقلت عنهم الى مسافة تقصر

---

(١) المـائدة : ٩٧ •

فيها الصلاة من موضع المـال كان فيه الخـلاف فى النقـل من بلد الى بلد تقصر اليه الصـلاة ، واتفق أصحابنا على جميع هذا المذكور قال أصحابنا : فان كان مع أهل الخيام قوم من الأصناف ينتقلون بانتقالهم وينزلون بنزولهم فالصرف اليهم أفضـل من الصرف الى جيرانهم الذين لا يظعنون بظعنهم لأنهم أشد جوارا ، فان صرف الى الآخـرين جاز ، هذا كله فيمن خيامهم متفرقة فان كانت مجتمعة وكل حلة متميزة عن الأخـرى تنفـرد عنها فى المـاء والمرعى فوجهان مشهوران (أحدهما) أنهم كالمتفرقين (وأصحهما) أن كل حالة كقرية فعلى هذا النقـل منها كالنقل من القرية • وأما أهل الخيام الذين لا قـرار لهم ، بل يطوفون البلاد أبدا فيصرفونها الى من معهم ، فان لم يكن معهم فالى أقرب البلاد اليهم عند تمام الحول ، والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجبت الزكاة وليس فى البلد الذى فيه المـال أحـد من الأصناف نقلها الى أقرب البلاد اليه لأنهم أقـرب الى المـال • فان وجـد فيه بعض الأصناف ففيه طريقان(١) (أحدهما) يغلب حكم المكان فيدفـع الى من فى بلد المـال من الأصناف (والثانى) يغلب حكـم الأصناف فيدفع الى من فى بلد المـال [من الأصناف] بسهمهم ، وينقل الباقى الى بقية الأصناف فى غير بلد المـال وهو الصحيح ، لأن استحقاق الأصناف أقوى لأنه ثبت بنص الكتاب ، واعتبار البلد ثبت بخبر الواحد ، فقـدم من ثبت حقه بنص الكتاب ، فان قسم الصدقة على الأصناف فنقص نصيب بعضهم عن كفايتهم ونصيب الباقين على قـدر كفايتهم دفع الى كل واحد منهم ما قسم له ، ولا يدفع الى من ينقص سهمه عن كفايته من نصيب الباقين شىء ، لأن كل صنف منهم ملك سهمه ، فلا ينقص حقه لحاجة غيره ، وان كان نصيب بعضهم ينقص عن كفايته ونصيب البعض يفضل عن كفايته ــ فان قلنا : المغلب اعتبار البلد الذى فيه المـال صرف ما فضل الى بقية الأصناف فى البلد ، وان قلنا : المغلب اعتبار الأصناف صرف الفاضل الى ذلك الصنف الذى فضل عنهم بأقرب البلاد) •

---

(١) فى نسخة المهذب المطبوعة (قولان) وهو خطأ وما بين المعقوفين ليس فى ش و ق (ط) •

(الشرح) قال أصحابنا : اذا عدم فى بلد جميع الأصناف وجب نقل الزكاة الى أقرب البلاد الى موضع المـال ، فان نقـل الى الأبعد كان على الخلاف فى نقـل الزكاة وان عدم بعضهم ـ فان جوزنا نقل الزكاة ـ نقل نصيب المعـدوم الى ذلك الصنف بأقرب البلاد ، وان لم نجـوزه فوجهان مشهوران ، وحكاهما المصنف طريقين ، والمعروف فى كتب الأصحاب وجهان ، ولعله أراد أنهما بالتفريع عليهما يصيران طريقين (أصحهما) عند المصنف وجماعة يغلب حكم الأصناف ، فينقـل لمـا ذكره المصنف (وأصحهما) عند آخـرين ، منهم الرافعى يغلب حكم البلد ، فيرد على باقى الأصناف فى البلد ، لأن عدم الشىء فى موضعه كعدمه مطلقا ، كما أن من عـدم المـاء تيمم مع أنه موجـود فى موضع آخر •

(فان قلنا) : ينقـل ، نقـل الى أقـرب البلاد ، وصرف الى ذلك الصنف ، فان نقـل الى أبعـد أو لم ينقـل وفرقه على الباقين ضمن (وان قلنا) : لا ينقـل فنقـل ضمن ، ولو وجد كل الأصناف ونقص سهم بعضهم عن الكفاية ، وزاد سهم بعضهم على الكفاية ، فهل يصرف مازاد الى هذا الصنف الناقص سهمه ؟ أم ينقـل الى الصنف الذين زاد سهمهم عنهم بأقـرب البلاد ؟ فيه هذا الخـلاف (فان قلنا) يصرف الى الناقصين فكانوا أصنافا قسم بينهم بالسوية ، ولو زاد نصيب جميع الأصناف على الكفاية ، أو نصيب بعضهم ولم ينقص نصيب الآخرين ، نقـل ما زاد الى ذلك الصنف بأقـرب البلاد بلا خلاف ، والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجبت عليـه زكاة الفطـر وهو فى بلد وماله فيه وجب اخراجها الى الأصناف فى البلد ، لأن مصرفها مصرف سائر الزكوات ، وان كان ماله فى بلد وهو فى بلد آخـر ففيه وجهان (أحـدهما) أن الاعتبار بالبلد الذى فيه المـال (والثانى) أن الاعتبار بالبلد الذى هو فيه ، لأن الزكاة تتعلق بعينه ، فاعتبر الموضع الذى هو فيه كالمـال فى سائر الزكوات) •

(الشرح) قال أصحابنا : اذا كان فى وقت وجوب زكاة الفطـر فى

بلد وماله فيه ، وجب صرفها فيه ، فان نقلها عنه كان كنقل باقى الزكوات ففيه الخلاف والتفصيل السابق ، وان كان فى بلد وماله فى بلد آخـر فأيهما يعتبر ؟ فيه وجهان (أحدهما) بلد المـال كزكاة المـال (وأصحهما) بلد رب المـال ، ممن صححه المصنف فى التنبيه والجرجانى فى التحرير والغزالى والبغوى والرافعى وآخرون ، فعلى هـذا لو كان له من تلزمه نفقته وفطـرته وهو فى بلد آخر ، قال صاحب البيان : الذى يقتضيه المذهب أنه يبنى على الوجهين فى أنها تجب على المؤدى ابتـداء ؟ أم على المؤدى عنه • والله أعلم • ولو كان بعض ماله معه فى بلد وبعضه فى بلد آخـر وجبت زكاة الفطـر فى البلد الذى هو فيه بلا خلاف •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا وجبت الزكاة لقـوم معينين فى بلد فلم يدفـع اليهم حتى مات بعضهم انتقل حقه الى ورثته لأنه تعيـن حقه فى حال الحيـاة ، فانتقل بالموت الى ورثته) •

(الشرح) قال أصحابنا رحمهم الله تعالى : للشافعى رضى الله عنه فى هذه المسألة نصان ، قال فى موضع : انما يستحق أهل السهمان يوم القسم الا العامل فانه يستحق بالعمـل ، وقال فى موضع آخـر يستحقون يوم الوجوب ، وقال فى موضع : لو مات واحد منهم بعـد وجوب الزكاة كان حقه لورثته ، سواء كان غنيا أو فقيـرا وهذا النص بمعنى الذى قبله • قال أصحابنا : ليست المسألة على قولين ، بل على حالين ، فالموضع الذى قال فيه : يعتبر الوجوب ، فاذا مات أحـدهم انتقـل حقه الى ورثته أراد به اذا كانت قد وجبت لقوم معينين فى بلد بأن لم يكن فيه من صنف الا ثلاثة ، فيتعين نصيب ذلك الصنف لهم ، ولا يتغير بحدوث شىء ، فلو مات أحدهم وجب نصيبه لوارثه وان غاب أو استغنى فحقه باق بحاله ، وان قدم غريب لم يشاركهم •

والموضع الذى اعتبر فيه وقت القسمة أراد به اذا لم يكونوا معينين ، بأن كان فى البلد من كل صنف أكثر من ثلاثة ، فان الزكاة لا تتعين لهم ، وان مات بعضهم بعد الوجوب وقبل القسمة أو استغنى فلا حق له ، وان قدم غريب شاركهم ، فلو كان غنيا وقت الوجوب ،

فقيرا وقت القسمة أعطى منها • هذا التفصيل الذى ذكرته هو طريقة أصحابنا العراقيين • وقال الخراسانيون : الموضع الذى اعتبر فيه حال الوجوب أراد اذا لم يكن فى البلد الا ثلاثة أو أقل ، ومنعنا نقل الزكاة والموضع الذى اعتبر فيه يوم القسمة اذا كانوا أكثر من ثلاثة ، وجوزنا نقل الزكاة ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز دفع زكاة الى هاشمى لقوله صلى الله عليه وسلم : « نحن أهل بيت لا تحـل لنا الصدقة » ولا يجوز دفعها الى مطلبى لقوله صلى الله عليه وسلم « ان بنى هاشم وبنى المطلب شىء واحـد ، وشبك بين أصابعه » ولأنه حكم واحد يتعلق بذوى القربى فاستوى فيه الهاشمى والمطلبى كاستحقاق الخمس • وقال أبو سعيد الاصطخرى : ان منعوا حقهم من الخمس جاز الدفع اليهم ، لأنهم انما حرموا الزكاة لحقهم فى خمس الخمس ، فاذا منعوا الخمس وجب أن يدفع اليهم ، والمذهب الأول ، لأن الزكاة حرمت عليهم لشرفهم برسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا المعنى لا يزول بمنع الخمس ، وفى مواليهم وجهـان (أحدهما) يدفع اليهم (والثانى) لا يدفع اليهم وقد بينـا وجه المذهبين فى سهم العامل) •

(الشرح) الحديث الأول رواه البخارى ومسلم بمعناه ، ولفظ روايتهما عن أبى هريرة رضى الله عنه أن الحسن بن على رضى الله عنهما « أخذ تمرة من تمر الصدقة فجعلها فى فيه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : كخ كخ ، ليطرحها ثم قال : أما شعرت أنا لا نأكل الصدقة » وفى رواية لمسلم « أنا لا تحل لنا الصدقة » وفى رواية البخارى « أما علمت أن آل محمد لا يأكلون الصدقة » وعن المطلب بن ربيعة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ان هذه الصدقات انما هى أوساخ الناس ، وأنها لا تحل لمحمد ولا لآل محمد » رواه مسلم ، وسبق بيانه بطوله فى أول هذا الباب فى بعث الامام السعاة •

(وأما) الحديث الآخـر « ان بنى هاشم وبنى المطـلب شىء

واحد وشبك بين أصابعه » فرواه البخارى فى صحيحه من رواية جبير ابن مطعم ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « شىء واحـد » روى ــ بشين معجمة مفتوحة وهمز آخره ــ وروى سى ــ بسين مهملة مكسورة وياء مشددة بلا همز ــ والسىء بالمهملة المثل • وأما الحديث الذى رواه أبو داود فى سننه عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : « بعث بى أبى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ابل أعطاه اياها من الصـدقة يبدلها »(١) فجوابه من وجهين أجاب بهما البيهقى • (أحدهما) أن يكون قبل تحريم الصـدقة على بنى هاشم ، ثم صار منسوخا بما ذكرناه (والوجه الثانى) أن يكون قد اقترض من العباس للفقـراء ابلا ثم أوفاه اياها من الصدقة ، وقد جاء فى رواية أخرى ما يدل على هذا ، وبهذا الثانى أجاب الخطابى ، والله تعالى أعلم •

أما قوله : وقد بينا وجه المذهبين فى سهم العامل فمراده أنه بينه فى أول الباب فى فصل بعث السعاة ، ولم يذكره فى سهم العامل ، وعبارته موهمة ، ولو قال فى أول الباب لكان أجود •

(أما الأحكام) فالزكاة حـرام على بنى هاشم وبنى المطـلب بلا خلاف ، الا ما سبق فيما اذا كان أحدهم عاملا ، والصحيح تحريمه ، وفى مواليهم وجهان (أصحهما) التحريم ، ودليل الجميع فى الكتاب ، ولو منعت بنـو هاشم وبنـو المطـلب حقهم من خمس الخمس هل تحل الزكاة ؟ فيه الوجهان المذكوران فى الكتاب (أصحهما) عند المصنف والأصحاب لا تحل (والثانى) تحل ، وبه قال الاصطخرى ، قال الرافعى : وكان محمد بن يحيى صاحب الغزالى يفتى بهذا ، ولكن المذهب الأول وموضع الخلاف اذا انقطع حقهم من خمس الخمس لخلو بيت المـال من الفىء والغنيمة أو لاستيلاء الظلمة واستبدادهم بهما والله تعالى أعلم • هذا مذهبنا ، وجـوز أبو حنيفة صرف الزكاة الى بنى المطلب ، ووافق على تحريمها على بنى هاشم ، ودليلنا ما ذكره المصنف ، والله تعالى أعلم •

---

(١) هذا المتن ضمة الشارح من متنين بأسنادين أولهما رواه أبو داود أولهما عن محمد بن عبد الله المحاربى وفيه « بعثنى أبى الى النبى صلى الله عليه وسلم فى ابل أعطاها اياه من الصدقة » ، ورواه عن محمد بن العلاء وعثمان بن أبى شيبة قالا عن محمد بن أبى عبيدة عن أبيه وفيه نحوه زاد « أبى يبدلها له » (ط) •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز دفعها الى كافر لقوله صلى الله عليه وسلم « أمرت أن آخذ الصدقة من أغنيائكم وأردها على فقرائكم ») .

(الشرح) هذا الحديث رواه البخارى ومسلم من رواية ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لمعاذ رضى الله عنه : « أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد فى فقرائهم » وسبق بيانه فى فصل نقل الزكاة وغيره ، ولا يجوز دفع شىء من الزكوات الى كافر ، سواء زكاة الفطر وزكاة المال وهذا لا خلاف فيه عندنا . قال ابن المنذر : أجمعت الأمة أنه لا يجزىء دفع زكاة المال الى الذمى ، واختلفوا فى زكاة الفطر ، فجوزها أبو حنيفة ، وعن عمرو بن ميمون وعمرو بن شرحبيل ومرة الهمدانى(١) أنهم كانوا يعطون منها الرهبان ، وقال مالك والليث وأحمد وأبو ثور : لا يعطون ، ونقل صاحب البيان عن ابن سيرين والزهرى جواز صرف الزكاة الى الكفار .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز دفعها الى غنى من سهم الفقراء لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا حظ فيها لغنى ولا قوى مكتسب » ولا يجوز دفعها الى من يقدر على كفايته بالكسب للخبر ، ولأن غناه بالكسب كغناه بالمال) .

(الشرح) هذا الحديث صحيح رواه أبو داود باسناد صحيح ، وسبق بيانه فى فصل سهم الفقراء . قال أصحابنا : لا يجوز صرف الزكاة الى غنى من سهم الفقراء والمساكين ولا الى قادر على كسب يليق به يحصل له منه كفايته وكفاية عياله ، وسبق بيان هذا فى فصل سهم الفقراء . وأما الصرف اليه من غير سهم الفقراء والمساكين مع الغنى فيجوز الى العامل والغازى والغارم لذات البين والمؤلف ،

---

(١) فى ش و ق بالذال المعجمة وهو خطأ فهو مرة بن شراحيل الهمدانى بسكون الميم أبو اسماعيل الكوفى هو الذى يقال له : مرة الطيب ثقة عابد من الطبقة الثانية مات سنة ست وسبعين (ط) .

ولا يجوز اعطاء المكاتب مع الغنى ولا ابن السبيل ان كان غنيا هنا ، ولا يضر غناه فى موضع آخر كما سبق ، ولا يعطى الغارم لمصلحة نفسه مع الغنى على أصح القولين كما سبق • وأما القدرة على الكسب فتمنع اعطاء الفقير والمسكين كما سبق ، وأما باقى الأصناف فيعطون مع القدرة على الكسب بلا خلاف لأنهم مضطرون فى الحال الى ما يأخذون بخلاف الفقراء والمساكين ، وفى الغارم لمصلحة نفسه والمكاتب وجه شاذ ضعيف أنهما لا يعطيان اذا قدرا على الكسب ، وقد سبق بيانه فى فصليهما ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز دفعها الى من تلزمه نفقته من الأقارب والزوجات من سهم الفقراء ، لأن ذلك انما جعل للحاجة ، ولا حاجة بهم مع وجوب النفقة) •

(الشرح) هذا الذى ذكره متفق عليه عندنا ، وقد اختصر المصنف هذه المسألة ، وهى مبسوطة فى كتب الأصحاب أكمل بسط ، وأنا أنقل فيها عيون ما ذكروه ان شاء الله تعالى • قال أصحابنا : لا يجوز للانسان أن يدفع الى ولده ولاوالده الذى يلزمه نفقته من سهم الفقراء والمساكين لعلتين (احداهما) أنه غنى بنفقته (والثانية) أنه بالدفع اليه يجلب الى نفسه نفعا ، وهو منع وجوب النفقة عليه • قال أصحابنا : ويجوز أن يدفع الى ولده ووالده من سهم العاملين والمكاتبين والغارمين والغزاة اذا كانا بهذه الصفة ، ولا يجوز أن يدفع اليه من سهم المؤلفة ان كان ممن يلزمه نفقته لأن نفعه يعود اليه ، وهو اسقاط النفقة ، فان كان ممن لا يلزمه نفقته جاز دفعه اليه •

وأما سهم ابن السبيل فالمذهب أنه اذا كان من أبناء السبيل أعطاه من النفقة ما يزيد على نفقة الحضر ويعطيه المركوب والحمولة ، لأن هذا لا يلزم المنفق ولا يعطيه قدر نفقة الحضر لأنها لازمة ، وبهذا قطع كثيرون من الأصحاب أو أكثرهم (والثانى) وبه قطع المحاملى لا يعطيه شيئا من النفقة ، بل يعطيه الحمولة لأن نفقته واجبة

عليه فى الحضر والسفر والحمولة ليست بواجبة فى السفر . قال أصحابنا المتقـــدمون : له أن يعطى ولده ووالده من سهم العامل اذا كان عاملا كما قدمناه . قال القاضى أبو الفتوح من أصحابنا : هذا لا يصـــح لأنه لا يتصـــور أن يعطى العامل شيئا من زكاته ، قال صاحب الشامل : أراد الأصحاب اذا كان الدافع هو الامام فله أن يعطي ولد رب المـــال ووالده من سهم العامل اذا كان عاملا من زكاة والده وولده ، هذا كله اذا كان الذى يعطيه هو الذى يلزمه نفقته ، فلو أعطـــاه غيره فقـــد أطلق الخراسانيون فيه وجهين (أصحهما) لا يعطى لأنه مستغن بالنفقة الواجبة له على قريبه .

وأما اذا كان الولد أو الوالد فقيرا أو مسكينا وقلنا فى بعض الأحوال : لا تجب نفقته فيجوز لوالده وولده دفع الزكاة اليه من سهم الفقـــراء والمساكين بلا خلاف لأنه حينئذ كالأجنبى ، وأما الزوجة فان أعطاها غير الزوج من سهم الفقـــراء والمساكين ففيها الوجهان كالولد والوالد ، والأصح لا يجوز ، وأما الزوج فقطع العراقيون بأنه لا يجوز له أن يعطيها شيئا من سهم الفقـــراء والمساكين ، وقال الخراسانيون : فيه الوجهان كالأجنبى لأنه لا يدفع النفقة عن نفسه ، بل نفقتها عوض لازم سواء كانت غنية أم فقيرة ، كما لو استأجر فقيرا فان له صرف الزكاة اليه مع الأجرة والصحيح طريقة العراقيين وعليها التفريع ، وقد سبقت هـــذه المسألة بفروعها مستقصاة فى سهم الفقراء ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان دفع الامام الزكاة الى من ظاهـــره الفقـــر ثم بان أنه غنى لم يجزىء ذلك عن الفرض . فان كان باقيا استرجع ودفع الى فقيـــر ، وان كان فانيا أخذ البدل وصرفه الى فقير ، فان لم يكن للمدفـــوع اليه مال لم يجب على رب المـــال ضمانه لأنه قد سقط عنه الفرض بالدفع الى الامام ولا يجب على الامام لأنه أمين غير مفرط فهو كالمال الذى تلف فى يد الوكيل ، وان كان الذى دفع [اليه] رب المال فان لم يبين عند الدفع أنه زكاة لم يكن له أن يرجع لأنه قد يدفع عن زكاة واجبة وعن تطـــوع

فاذا ادعى الزكاة كان متهما فلم يقبل قوله ، ويخالف الامام فان الظاهر من حاله انه لا يدفع الا الزكاة فثبت له الرجوع ، وان كان قد بين انها زكاة رجع فيها ان كانت باقية وفى بدلها ان كانت فانية فان لم يكن للمدفوع [اليه] مال فهل يضمن رب المال الزكاة ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يضمن لانه دفع [اليه] بالاجتهاد فهو كالامام (والثانى) يضمن لأنه كان يمكنه أن يسقط الفرض بيقين بأن يدفعه الى الامام فاذا فرق بنفسه فقد فرط فلزمه الضمان بخلاف الامام ، وان دفع الزكاة الى رجل ظنه مسلما فكان كافـرا أو الى رجـل ظنه حرا فكان عبدا فالمذهب أن حكمه حكم ما لو دفع الى رجل ظنه فقيرا فكان غنيا • ومن أصحابنا من قال : يجب الضمان ههنا قولا واحدا ، لأن حال الكافر والعبـد لا يخفى فكان مفرطا فى الدفـع اليهما ، وحال الغنى قد يخفى فلم يكن مفرطا) •

(الشرح) قال أصحابنا : اذا دفع رب المـال الزكاة الى الامام ودفعها الامام الى من ظاهره الفقر فبان غنيا لم يجز عن الزكاة فيسترجع منه المدفـوع ، سواء بين الامام حال الدفع انها زكاة أم لا ، والظاهر من الامام أنه لا يدفع تطوعا ولا يدفع الا واجبا من زكاة واجبة أو كفارة أو نذر أو غير ذلك ، فان تلف فبدله ويصرف الى غيره ، فان تعذر الاسترجاع من القابض لم يجب الضمان على الامام ولا على رب المـال لمـا ذكره المصنف ، وان بان المدفـوع اليه عبدا أو كافرا أو هاشميا أو مطلبيا فلا ضمان على رب المـال • وهل يجب على الامام ؟ فيه ثلاث طرق (أصحها) فيه قولان (أصحهما) لا ضمان عليه (والثانى) يضمن •

(والطريق الثانى) يضمن قطعا لتفريطه ، فان هؤلاء لا يخفـون الا باهمال (والثالث) لا يضمن قطعا لأنه أمين ولم يتعمد • هذا كله اذا فرق الامام ، فلو فرق رب المـال فبان المدفـوع اليه غنيا لم يجز عن الفرض ، فان لم يكن بين أنها زكاة لم يرجع وان بين رجع فى عينها ، فان تلفت ففى بدلها ، فاذا قبضه صرفه الى فقير آخر ، فان تعـذر الاسترجاع فهل يجب الضمان والاخـراج ثانيا على المالك ؟ فيه قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) وهو الجديد يجب (والقديم) لا يجب ، والقولان جاريان سواء بين وتعذر الاسترجاع أم لم يبين ومنعنا الاسترجاع •

ولو دفعها رب المـــال الى من ظنه مستحقا فبان عبدا أو كافرا أو هاشميا أو مطلبيا وجب الاسترجاع ، فان استرجع أخرجه الى فقير آخر ، فان تعذر الاسترجاع فطريقان مشهوران ، ذكر المصنف دليلهما (المذهب) أنها لا تجزئه ويلزمه الاخراج ثانيا • ولو دفع اليه سهم الغازى والمؤلف فبان امرأة فهو كمن بان عبدا • ذكره القاضى أبو الفتوح • وحكاه صاحب البيان عنه • قال البغوى وغيره : وحكم الكفارة وزكاة الفطر فيما لو بان المدفوع اليه غير مستحق حكم الزكاة فى جميع ما ذكرناه ، واذا كان المدفوع اليه عبدا تعلق الغرم بذمته لا برقبته • ذكره البغوى والرافعى وغيرهما لأنه وجب عليه برضى مستحقه ، والقاعدة أن ما لزمه برضى مستحقه تعلق بذمته لا برقبته ، والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن وجبت عليه الزكاة وتمكن من أدائها فلم يفعل حتى مات وجب قضـــاء ذلك من تركته لأنه حق مال لزمه فى حال الحيـــاة فلم يسقط بالموت كدين الآدمى فان اجتمع(١) الزكاة ودين الآدمى ولم يتسع المـــال للجميع ففيه ثلاثة أقوال (أحدها) يقـــدم دين الآدمى لأن مبناه على التشديد والتأكيد ، وحق الله تعالى مبنى على التخفيف ، ولهذا لو وجب عليه قتل قصاص وقتل ردة قدم قتل القصاص (والثانى) تقـــدم الزكاة لقوله صلى الله عليه وسلم فى الحج : « فدين الله أحق أن يقضى » (والثالث) يقسم بينهما لأنهما تساويا فى الوجوب فتساويا فى القضاء [وبالله التوفيق]) •

(الشرح) هذا الحديث فى صحيحى البخارى ومسلم من رواية ابن عباس رضى الله عنهما فى الصوم « أن رجلا قال : يا رسول الله ان أمى ماتت وعليها صوم شهر أفأقضيه عنها ؟ فقال صلى الله عليه وسلم : لو كان على أمك دين أكنت قاضيه عنها ؟ قال : نعم ، قال : فدين الله أحق أن يقضى » •

وقول المصنف (حق مال) احتراز من الصلاة ، وقوله (لزمه فى حال الحياة) احتراز ممن مات قبل الحول •

---

(١) فى بعض النسخ (فان اجتمع مع الزكاة دين الآدمى) (ط) •

(اما أحكام الفصل) فمن وجبت عليه زكاة وتمكن من أدائها فمات قبل أدائها عصي ووجب اخراجها من تركته عندنا بلا خلاف ، وبه قال جمهور العلماء ، وقال أبو حنيفة : تسقط عنه الزكاة بالموت ، وهو مذهب عجيب ، فانهم يقولون : الزكاة تجب على التراخي وتسقط بالموت ، وهذا طريق الى سقوطها • ودليلنا ما ذكره المصنف • واذا اجتمع فى تركة الميت دين لله تعالى ودين لآدمى ، كزكاة وكفارة ونذر وجزاء صيد وغير ذلك ، ففيه ثلاثة أقوال مشهورة ذكرها المصنف بأدلتها (أصحها) يقدم دين الله تعالى (والثانى) دين الآدمى (والثالث) يستويان فتوزع عليهما بنسبتهما • وحكى بعض الخراسانيين طريقا آخر أن الزكاة المتعلقة بالعين تقدم قطعا ، وانما الأقوال فى الكفارات وغيرها مما يسترسل فى الذمة مع حقوق الآدمى • وقد تكون الزكاة من هذا القبيل بأن يكون له مال فيتلف بعد الحول والامكان ، ثم يموت وله تركة فالزكاة هنا متعلقة بالذمة ففيها الأقوال •

وأجابوا عن حجة من قدم دين الآدمى وقياسه على قتل الردة وقطع السرقة بأنه انما قدمنا حق الآدمى هناك لاندراج حق الله تعالى فى ضمنه وحصول مقصوده ، وهو اعدام نفس المرتد ويد السارق وقد حصل بخلاف الديون ، ولأن الحدود مبنية على الدرء والاسقاط ، بخلاف حقوق الله تعالى المالية • والله تعالى أعلم •

فرع

فى مسائل تتعلق بالباب

(احداها) قال الصيمرى وصاحب البيان حكاية عنه : كان الشافعى رضى الله عنه فى القديم يسمى ما يؤخذ من الماشية صدقة ومن المعشرات عشرا ومن النقدين زكاة فقط ، ثم رجع عنه فى الجديد وقال : يسمى الجميع صدقة وزكاة • وذكر البيهقى بابا فى قسم الصدقات من سننه ترجمته (باب الأغلب على أفواه العامة) أن فى التمر العشر وفى الماشية الصدقة وفى الورق الزكاة • قال : وقد سمى رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا كله صدقة •

قال الشافعى : والعرب تقول له صدقة وزكاة ومعناهما عندهم واحد • ثم ذكر البيهقى رحمه الله تعالى حديث أبى سعيد الخدرى عن رسول

الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « ليس(١) فيما دون خمس ذود صدقة ، ولا فيما دون خمس أواق صدقة ، ولا فيما دون خمسة أوسق صدقة » رواه البخارى ومسلم • وحديث أبى ذر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ما من رجل يموت فيترك غنما أو ابلا أو بقرا لم يؤد زكاتها الا جاءت أعظم ما تكون تطؤه بأظلافها » الحديث رواه البخارى ومسلم • وحديث عتاب بن أسيد رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى زكاة الكرم : « يخرص كما يخرص النخل ، ثم تؤدى زكاته زبيبا كما تؤدى من زكاة النخل تمرا » وهذا الحديث سبق بيانه فى أول زكاة الثمار ، فهذه الأحاديث كلها تبطل القول بالفرق •• والله تعالى أعلم •

(الثانية) اذا دفع المالك أو غيره الزكاة الى المستحق ، ولم يقل : هى زكاة ولا تكلم بشىء أصلا أجزأه ووقع زكاة ، هذا هو المذهب الصحيح المشهور الذى قطع به الجمهور ، وقد صرح بالمسألة امام الحرمين فى باب تعجيل الزكاة وآخرون وهى مفهومة من تفاريع الأصحاب وكلامهم ، وفى كلام المصنف فى هذا الباب وغيره مواضع كثيرة مصرحة بذلك • (منها) قوله فى هذا الفصل الأخير : اذا دفع الزكاة الى من ظاهره الفقر فبان غنيا — فان لم يبين عند الدفع أنها زكاة — لم يرجع ، واستعمل مثل هذا فى مواضع من باب تعجيل الزكاة وغيره ، وكذلك الأصحاب •

وقال القاضى أبو القاسم بن كج فى آخر قسم الصدقات من كتابه التجريد : اذا دفع الزكاة الى الامام أو الفقير لا يحتاج أن يقول بلسانه شيئا قال : وقال أبو على ابن أبى هريرة : لابد من أن يقول بلسانه كالهبة ، وهذا ليس بشىء ، فنبهت عليه لئلا يغتر به ، والله تعالى أعلم •

قال صاحب البحر : لو دفع الزكاة الى فقير ، والدافع غير عارف بالمدفوع بأن كان مشدودا فى خرقة ونحوها لا يعلم جنسه وقدره ،

---

(١) هذه الرواية هى لفظ البخارى ولفظ مسلم « ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة ، ولا فيما دون خمس ذود صدقة ، ولا فيما دون خمس أواق صدقة » وكان فى ش و ق خلل فى نظم الحديث كقوله « ليس ما فى دون خمس » وقد حررناه والحمد لله (ط) •

وتلف فى يد المسكين ففى سقوط الزكاة احتمالان ، لأن معرفة القابض لا تشترط ، فكذا معرفة الدافع هذا كلامه (والأظهر) الاجزاء •

(الثالثة) قال الغزالى فى الاحياء : يسأل الآخذ دافع الزكاة عن قدرها ، فيأخذ بعض الثمن بحيث يبقى من الثمن ما يدفعه الى اثنين من صنفه ، فان دفع اليه الثمن بكماله حرم عليه أخذه ، قال : وهذا السؤال واجب فى أكثر الناس ، فانهم لا يراعون هذا ، اما لجهل ، واما لتساهل ، وانما يجوز ترك السؤال عن مثل هذا اذا لم يغلب على الظن احتمال التحريم •

(الرابعة) الأفضل فى الزكاة اظهار اخراجها ليراه غيره فيعمل عمله ولئلا يساء الظن به ، وهذا كما أن الصلاة المفروضة يستحب اظهارها ، وانما يستحب الاخفاء فى نوافل الصلاة والصوم •

(الخامسة) قال الدارمى فى الاستذكار : اذا أخر تفريق الزكاة الى السنة الثانية فمن كان فقيرا أو مسكينا أو غارما أو مكاتبا من سنته الى السنة الثانية خصوا بصدقة الماضى ، وشاركوا غيرهم فى الثانية ، فيعطون من صدقة العاملين ، ومن كان غازيا أو ابن سبيل أو مؤلفا لم يخصوا بشىء •

(السادسة) لا يجوز دفع القيمة فى شىء من الزكوات الا فى مواضع مخصوصة سبق بيانها فى آخر باب زكاة الغنم • والله تعالى أعلم •

باب صـــدقة التطـــوع

قال المصنف رحمه الله تعالى

(لا يجـــوز أن يتصـــدق بصدقة التطـــوع وهو محتـــاج الى ما يتصـــدق به لنفقته أو نفقـــة عياله ، لمـــا روى أبو هريرة رضى الله عنه « أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله عندى دينـــار ، فقال : أنفقه على نفســـك ، قال عندى آخـــر • قال : أنفقه على ولدك ، قال عندى آخـــر ، قال : أنفقه على أهلك ، قال عندى آخـــر : قال : أنفقه على خادمك ، قال عندى آخـــر ، قال : أنت أعلم به » وقال صلى الله عليه وسلم : « كفى بالمرء اثما أن يضيع من يقـــوت » ولا يجوز لمن عليه دين ، وهو محتاج الى ما يتصـــدق به لقضاء دينه ، لأنه حق واجب ، فلم يجـــز تركه بصدقة التطـــوع كنفقة عياله) •

(الشرح) حديث أبى هريرة حديث حسن رواه أبو داود والنسائى فى سننهما باسناد حسن ، ولكن وقع فى المهذب فى الدينار الثالث « أنفقه على أهلك » وفى سنن أبى داود « تصـــدق به على زوجتك أو زوجك » كذا جاء على الشك ، وهما لغتان فى المرأة ، يقال لها : زوج وزوجة ، وحذف الهاء أفصح وأشهر ، وبه جاء القرآن العزيز ، ووقـــع فى المهذب فى كل الدنانير « أنفقـــه على كذا » وفى سنن أبى داود « تصدق به » بدل أنفقه • وأما الحديث الآخر « كفى بالمرء اثما أن يضيع من يقوت » فرواه أبو داود بلفظه باسناد صحيح ورواه مسلم فى صحيحه بمعناه « كفى بالمرء اثما أن يحبس عمن يملك قوته » وهو من رواية عبد الله ابن عمرو بن العاص •

(أما الأحكام) ففيه مسألتان (احداهما) اذا كان محتاجا الى ما معه لنفقة نفسه أو عياله ، هل يتصدق صدقة التطـــوع ؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) لا يستحب ذلك ، ولا يقـــال مكروه ، وبهذا قطع الماوردى والغزالى وجماعة من الخراسانيين وتابعهم الرافعى فقال : لا يستحب له التصدق ، وربما قيل يكـــره ، وقال المـــاوردى صدقة التطـــوع قبل أداء الواجبات من الزكوات والكفارات ، وقبل الانفاق على من

تجب نفقتهم من الأقارب والزوجات غير مستحبة ولا مختـــارة ، هذا لفظه (والثانى) يكره ذلك ، وبه قطع المتولى •

(والثالث) وهو الأصح لا يجـــوز ، وبه قطع المصنف هنا وفى التنبيه وشيخه القاضى أبو الطيب والدارمى وابن الصباغ والبغـــوى وصاحب البيان وآخرون ، وظاهر نص الشافعى رضى الله عنه اشارة الى الوجه الأول لأنه قال فى مختصر المزنى أحب أن يبدأ بنفسه ثم بمن يعـــول ، لأن نفقة من يعول فرض ، والفرض أولى به من النفل ، ثم بقرابته ، ثم من شاء ، هذا نصه رضى الله عنه •

(فان قيل) يرد على المصنف وموافقيه حديث أبى هريرة رضى الله عنه « أن رجلا من الأنصار بات به ضيف فلم يكن عنده الا قوته وقوت صبيانه ، فقال لامرأته : نومى الصبيان ، وأطفئى السراج ، وقدمى للضيف ما عندك » فنزلت هذه الآية « **ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة** »(١) هذا حديث صحيح رواه الترمذى بهذا اللفظ ، وهو فى صحيحى البخارى ومسلم أبسط من هذا (فالجواب) من وجهين • (أحدهما) أن هذا ليس من باب صدقة التطـــوع ، انمـــا هو ضيافة ، والضيافة لا يشترط فيها الفضـــل عن عياله ونفســـه لتأكدها ، وكثرة الحث عليها ، حتى ان جماعة من العلماء أوجبوها • (والثانى) أنه محمول على أن الصبيان لم يكونوا محتاجين حينئذ ، بل كانوا قد أكلوا حاجتهم (وأما) الرجل وامرأته فتبرعا بحقهما ، وكانا صابرين فرحين بذلك ، ولهذا جاء فى الآية والحديث الثناء عليهمـــا • (فان قيل) قوله : نومى صبيانك وغير هذا اللفظ مما جاء فى الحديث يدل على أن الصبيان كانوا جياعا (فالجواب) أن الصبيان لا يتركون الأكل عند حضور الطعام ، ولو كانوا شباعا ، فخاف ان بقوا مستيقظين أن يطلبوا الأكل عند حضور الطعام على العادة فينكـــدوا عليهما ، وعلى الضيف لقلة الطعام • والله تعالى أعلم •

(المسألة الثانية) اذا أراد صدقة التطـــوع وعليه دين ، فقد أطلق المصنف وشيخه أبو الطيب وابن الصباغ والبغـــوى وآخرون ،

---

(١) الحشر : ٩ •

أنه لا تجـوز صدقة التطـوع لمن هو محتاج الى ما يتصدق به لقضاء دينه ، وقال المتولى وآخـرون يكره ، وقال المـاوردى والغـزالى وآخرون : لا يستحب ، وقال الرافعى : لا يستحب ، وربما قيل : يكره هذا كلامه ، والمختار أنه ان غلب على ظنه حصـول الوفاء من جهـة أخـرى فلا بأس بالصدقة وقد تستحب ، والا فلا تحل ، وعلى هذا التفصيل يحمل كلام الأصحاب المطلق ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان فضـل عما يلزمه استحب له أن يتصدق لقوله صلى الله عليه وسلم « ليتصدق الرجل من ديناره ، وليتصدق من درهمه ، وليتصدق من صاع بره ، وليتصدق من صاع تمره » . وروى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أطعم جائعا أطعمه الله من ثمار الجنة ، ومن سقى مؤمنا على ظمـأ سقاه الله عز وجل يوم القيامة من الرحيق المختـوم ، ومن كسا مؤمنا عاريا كساه الله تعالى من خضر الجنة » ويستحب الاكثار منه فى شهر رمضان ، لمـا روى ابن عباس رضى الله عنهما قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسـلم أجود الناس بالخير ، وكان أجود ما يكون فى رمضان » فان كان ممن يصبر على الاضافة استحب له التصدق بجميع ماله ، لمـا روى عمر رضى الله عنه قال : « أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نتصـدق فوافق ذلك مالا عنـدى ، فقلت : اليوم أسبق أبا بكر ان سبقته يوما ، فجئت بنصف مالى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما أبقيت لأهلك ؟ فقلت : [أبقيت لهم] مثله وأتى أبو بكر رضى الله عنه بكل ماله ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما أبقيت لأهلك ؟ فقال : أبقيت لهم الله ورسوله ، فقلت : لا أسابقك الى شىء أبدا » وان كان ممن لا يصبر على الاضافة كره له ذلك ، لمـا روى جابر رضى الله عنه قال: « بينا نحن عند رسول الله صلى الله عليه وسلم اذ جاء رجـل بمثل البيضة من الذهب أصابها من بعض المعادن ، فأتاه من ركنه الأيسر ، فقال : يا رسول الله خذها صدقة ، فوالله ما أصبحت أملك غيرها فأعرض عنه ، ثم جاءه من ركنه الأيمن ، فقال مثل ذلك فأعرض عنه ، ثم أتاه من بين يديه ، فقال مثل ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هاتها مغضبا فحذفه بها حذفة لو أصابه لأوجعه

أو عقره ، ثم قال صلى الله عليه وسلم : يأتى أحدكم بماله كله يتصدق به ، ثم يجلس بعد ذلك يتكفف الناس ، وانما الصدقة عن ظهر غنى ») .

(الشرح) أما الحديث الأول « ليتصدق الرجل من دينـاره » الى آخره ، فصحيح رواه مسلم فى صحيحه بلفظه هذا من رواية جرير ابن عبد الله وهو بعض حديث (وأما) حديث أبى سعيد فرواه أبو داود والترمذى ، واسناده جيد ، وحديث ابن عباس رواه البخارى ومسلم بلفظه ، وحديث عمر رضى الله عنه صحيح رواه أبو داود فى كتاب الزكاة ، والترمذى فى المناقب ، وقال : حديث صحيح ، وحديث جابر رواه أبو داود واسناده كله صحيح ، الا أنه من رواية محمد بن اسحاق صاحب المغازى عن عاصم بن عمر بن قتادة . ومحمد بن اسحاق مدلس والمدلس اذا قال (عن) لا يحتج به .

(وأما ألفاظ الفصل) فالظمأ : العطش ، والرحيق : الخمر الصافية ، وخضر الجنة باسكان الضاد أى ثيابها الخضر ، قوله (وكان أجود ما يكون فى رمضان) روى برفع الدال ونصبها والرفع أجود ، وحديث عمر رضى الله عنه هكذا هو فى كتب الحديث كما هو فى المهذب . وأما قول صاحب الوسيط فى آخره ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « بينكما كما بين كلمتيكما » فزيادة لا تعرف فى الحديث ، وقوله (بينا نحن) أى بين أوقات قعودنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله (من ركنه) بضم الراء ، أى جانبه ووقع فى المهذب تغيير فى ترتيبه ولفظه ، والذى فى سنن أبى داود « جاء رجل بمثل بيضة من ذهب فقال : « يا رسول الله أصبت هذه من معدن فخذها فهى صدقة ما أملك غيرها ، فأعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أتاه من قبل ركنه الأيمن فقال مثل ذلك ، فأعرض عنه ، ثم أتاه من قبل ركنه الأيسر ، فأعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ثم أتاه من خلفه فأخذها رسول الله صلى الله عليه وسلم فحذفه بها فلو أصابته لأوجعته أو لعقرته » ثم ذكر نحو الباقى .

وقوله فى رواية الكتاب (هاتها) هو بكسر التاء ولا يجوز فتحها بلا خلاف وقوله (مغضبا) بفتح الضاد ــ وهو منصوب على الحال ــ

وقوله (فحذفه بها) الحاذف هو رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وحذفه بالحاء المهملة أى رماه بها ، وانما قيدته بالحاء المهملة لأنى رأيت من صحفه ، والصواب المعروف فى كتب الحديث وغيرها حذف بالحاء المهملة • وقوله (لأوجعه أو عقره) أى جرحه ، وفى رواية أبى داود (لأوجعته أو عقرته) يعنى القطعة المحذوف بها ، وقوله (يتكفف الناس) أى يطلب الصدقة ويتعرض لأخذ ما يكفيه ، وفى رواية أبى داود (يستكف) وهما صحيحان ، قال أهل اللغة : يقال فيه : تكفف واستكف •

وقوله (عن ظهر غنى) قال الخطابى : معناه عن غنى يعتمده ويستظهر به على النوائب • ذكر صاحب الحاوى له معنيين (هذا) (والثانى) أن معناه الاستغناء عن أداء الواجبات ، والأصح ما قاله غيرهما أن المراد غنى النفس ، انما تصلح الصدقة لمن قويت نفسه واستغنت بالله سبحانه وتعالى ، وثبت يقينه وصبر على الفقر • والله تعالى أعلم •

(أما حكم الفصل) فقال المصنف والأصحاب والعلماء كافة : يستحب لمن فضل عن كفايته وما يلزمه شىء أن يتصدق ، لما ذكره المصنف ، ودلائله مشهورة فى القرآن والسنة والاجماع ، قال الشافعى والأصحاب : يستحب الاكثار من الصدقة فى شهر رمضان للحديث المذكور • قال الشافعى والأصحاب : وهى فى رمضان آكد منها فى غيره لحديث ، ولأنه أفضل الشهور ، ولأن الناس يشتغلون فيه عن المكاسب بالصيام واكثار الطاعات ، فتكون الحاجة فيه أشد • قال الماوردى : يستحب أن يوسع فيه على عياله ، ويحسن الى ذوى أرحامه وجيرانه ، لاسيما فى العشر الأواخر •

قال أصحابنا : يستحب الاكثار من الصدقة عند الأمور المهمة وعند الكسوف والسفر وبمكة والمدينة ، وفى الغزو والحج والأوقات الفاضلة ، كعشر ذى الحجة وأيام العيد ونحو ذلك ، ففى كل هذه المواضع هى آكد من غيرها • قال الرافعى وغيره : وهل يستحب له التصدق بجميع الفاضل عن دينه ونفقته ونفقة عياله وسائر مؤنهم ؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) نعم (والثانى) لا (وأصحها) ان صبر على الاضافة فنعم ، والا فلا ، وبهذا قطع المصنف والجمهور • والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والمستحب[1] أن يخص بالصدقة الأقارب لقوله صلى الله عليه وسلم لزينب امرأة عبد الله بن مسعود « زوجك وولدك أحق من تصدقت عليهم » وفعلها فى السر أفضل ، لقوله عز وجل « ان تبدوا الصدقات فنعما هى ، وان تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم »[2] . ولما روى عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « صلة الرحم تزيد فى العمر ، وصدقة السر تطفىء غضب الرب ، وصنائع المعروف تقى مصارع السوء » . وتحل صدقة التطوع للأغنياء ولبنى هاشم وبنى المطلب ، لما روى عن جعفر بن محمد عن أبيه « أنه كان يشرب من سقايات بين مكة والمدينة ، فقيل له أتشرب من الصدقة ؟ فقال : انما حرمت علينا الصدقة المفروضة ») .

(الشرح) حديث امرأة ابن مسعود رواه البخارى ومسلم ولفظهما « أن زينب امرأة ابن مسعود وامرأة أخرى أتيا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالتا لبلال : سل لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أزواجنا ويتامى فى حجورنا ، هل يجزىء ذلك عنهما عن الصدقة ؟ يعنى النفقة عليهم ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : نعم لهما أجران : أجر القرابة وأجر الصدقة » وفى صحيحى البخارى ومسلم عن ميمونة أم المؤمنين رضى الله عنها « أنها أعتقت وليدة لها فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لو أعطيتها أخوالك كان أعظم لأجرك » .

وأما حديث ابن مسعود « صلة الرحم تزيد فى العمر » الى آخره فرواه[3] ويغنى عنه حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى

---

(١) فى بعض النسخ (والأفضل) بدل والمستحب (ط) .

(٢) البقرة : ٢٧١ .

(٣) بياض بالأصل فحرر (ش) قلت : أورده السيوطى فى الجامع الصغير وقال العزيزى : قال الشيخ يعنى السيوطى : هو حسن لغيره أى أنه ضعيف ولعل غيره حديث رواه أحمد والبيهقى فى الشعب عن عائشة : « صلة الرحم وحسن الخلق وحسن الجوار يعمرن الديار ويزدن فى الأعمار » أو حديث « صنائع المعروف تقى مصارع السوء والآفات والهلكات وأهل المعروف فى الدنيا هم أهل المعروف فى الآخرة » رواه الحاكم عن أنس ووصفه السيوطى =

الله عليه وسلم قال : « سبعة يظلهم الله فى ظله يوم لا ظل الا ظله ، امام عادل ، ورجل تصدق بصدقة فأخفاها حتى لا تعلم شماله ما تنفق يمينه » رواه البخارى ومسلم • وعن أنس رضى الله عنه قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الصدقة لتطفىء غضب الرب وتدفع ميتة السوء » رواه الترمذى وقال حسن غريب • (قلت) فى اسناده عبد الله بن(١) عيسى الخزاز ، قال أبو زرعة : هو منكر الحديث ومعنى الزيادة فى العمر البركة فيه ، بالتوفيق للخير والحماية من الشر ، وقيل هو بالنسبة الى ما يظهر للملائكة بأن يقال لهم : عمر فلان ان لم يصل رحمه خمسون سنة فان وصله فستون ، فيزيد بالصلة بالنسبة اليهم • وأما بالنسبة الى علم الله تعالى فلا زيادة ، لأنه سبحانه وتعالى قد علم أنه سيصل رحمه ويعيش الستين • والله تعالى أعلم •

وأما جعفر بن محمد فهو جعفر الصادق بن محمد الباقر بن على زين العابدين بن الحسين بن على بن أبى طالب رضى الله عنهم أجمعين • والله أعلم •

(أما أحكام الفصل) ففيه مسائل (احداها) أجمعت الأمة على أن الصدقة على الأقارب أفضل من الأجانب ، والأحاديث فى المسألة كثيرة مشهورة • قال أصحابنا : ولا فرق فى استحباب صدقة التطوع على القريب وتقديمه على الأجنبى بين أن يكون القريب ممن يلزمه نفقته أو غيره • قال البغوى : دفعها الى قريب يلزمه نفقته أفضل من دفعها الى الأجنبى ـ وأما ترتيب الأقارب فى التقديم فقد سبق بيانه واضحا فى آخر باب قسم الصدقات حيث ذكره المصنف ، قال أصحابنا : ويستحب تخصيص الأقارب على الأجانب بالزكاة حيث يجوز

= بالضعف وكذلك حديث « صنائع المعروف تقى مصارع السوء والصدقة خفيا تطفىء غضب الرب وصلة الرحم زيادة فى العمر ، وكل معروف صدقة ، وأهل المعروف فى الدنيا هم أهل المعروف فى الآخرة وأهل المنكر فى الدنيا هم أهل المنكر فى الآخرة » الخ رواه الطبرانى فى الأوسط عن أم سلمة واسناده واه أيضا (ط) •

(١) هو أبو عبد الله بن عيسى البصرى أبو خلف الخزاز بمعجمات عن يونس بن عبيد وعنه أبو بكر ابن أبى الأسود وعقبة بن مكرم قال النسائى : ليس بثقة (ط) •

دفعها اليهم كما قلنا فى صدقة التطـوع ولا فرق بينهما ، وهكذا الكفارات والنذور والوصايا والأوقاف وسائر جهات البر يستحب تقـديم الأقارب فيها حيث يكونون بصفة الاستحقاق • والله أعلم • قال أبو على الطبرى والسرخسى وغيرهما من أصحابنا : « يستحب أن يقصد بصدقته من أقاربه أشدهم له عداوة ليتألف قلبه ويرده الى المحبة والألفة ، ولما فيه من مجانبة الرياء وحظوظ النفوس » •

(المسألة الثانية) يستحب الاخفاء فى صدقة التطـوع لما ذكره المصنف ولحديث أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « سبعة يظلهم الله فى ظله يوم لا ظل الا ظله » فذكر منهم « ورجل تصدق بصـدقة فأخفاها حتى لا تعلم شماله ما تنفق يمينه » رواه البخارى ومسلم ، وأما الزكاة فيستحب اظهارها باتفاق أصحابنا وغيرهم من العلماء كما أن صلاة الفرض يستحب اظهارها فى المسجد والنافلة بندب اخفاؤها وقد سبقت المسألة قريبا فى آخـر قسم الصدقات •

(الثالثة) تحـل صدقة التطوع للأغنياء بلا خلاف فيجوز دفعها اليهم ويثاب دافعها عليها ، ولكن المحتـاج أفضل ، قال أصحابنا : ويستحب للغنى التنزه عنها ، ويكره التعرض لأخذها ، قال صاحب البيان : ولا يحل للغنى أخذ صدقة التطـوع مظهرا للفاقة ، وهذا الذى قاله صحيح وعليه حمـل الحديث الصحيح « أن رجلا من أهل الصفة مات فوجد له ديناران ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : كيتان من نار • والله أعلم • وأما اذا سأل الغنى صدقة التطوع فقـد قطع صاحب الحاوى والسرخسى وغيرهما بتحريمها عليه ، قال صـاحب الحاوى : « اذا كان غنيا عن المسألة بمال أو بضيعة فسـؤاله حرام وما يأخذه محرم عليه » • هذا لفظه •

قال الغزالى وغيره من أصحابنا فى كتاب النفقات : فى تحـريم السؤال على القادر على الكسب وجهان ، قالوا : وظاهر الأخبار تدل على تحـريمه ، وهو كما قالوا ، ففى الأحاديث الصحيحة تشديد أكيد فى النهى عن السؤال ، وظواهر كثيرة تقتضى التحريم (وأما) السؤال للمحتاج العاجز عن الكسب فليس بحرام ولا مكروه ، صرح به الماوردى وهو ظاهر • والله تعالى أعلم •

(الرابعة) هل تحل صدقة التطـوع لبنى هاشم وبنى المطلب ؟ فيه طريقان (أصحهما) وبه قطع المصنف والأكثرون : تحل (والثانى) حكاه البغـوى وآخرون من الخراسانيين فيه قولان (أصحهما) تحل (والثانى) تحرم •

(وأما) صدقة التطـوع للنبى صلى الله عليه وسلم ففيها قولان مشهوران حكاهما الشيخ أبو حامد امام العراقيين وغيره ، منهم القفال والمروزى امام الخراسانيين وغيرهم (أصحهما) التحريم ، فحصل فى صدقة التطوع فى حق النبى صلى الله عليه وسلم وحق بنى هاشم وبنى المطلب ثلاثة أقوال (أصحها) تحل لهم دونه صلى الله عليه وسلم (والثانى) لهم وله (والثالث) تحرم عليه وعليهم • والله تعالى أعلم •

(فـرع) قال أصحابنا وغيرهم : يستحب أن يتصدق بما تيسر ، ولا يستقله ، ولا يمتنع من الصدقة به لقلته وحقارته ، فان قليل الخير كثير عند الله تعالى ، وما قبله الله تعالى وبارك فيه فليس هو بقليل ، قال الله تعالى « **فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره** »(١) وفى الصحيحين عن عدى بن حاتم رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اتقوا النار ولو بشق تمرة » وفى الصحيحين أيضا عن أبى هريرة قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : يا نساء المسلمات لا تحقرن جارة لجارتها ولو فرس شاة » قال أهل اللغة : الفرس من البعير والشاة كالحافر من غيرهما ، وفى المسألة أحاديث كثيرة صحيحة مشهورة •

(فـرع) يستحب أن يخص بصدقته الصلحاء وأهـل الخيـر وأهل المروءات والحاجات ، فلو تصدق على فاسق أو على كافر من يهودى أو نصرانى أو مجوسى جاز ، وكان فيه أجر فى الجملة •

قال صاحب البيان : قال الصيمرى : وكذلك الحربى ، ودليل المسألة قول الله تعالى : « **ويطعمون الطعام على حبه مسكينا ويتيما وأسيرا** »(٢) ومعلوم أن الأسير حربى • وعن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « قال رجل لأتصدقن الليلة بصدقة ، فخرج بصدقته فوضعها فى يد سارق ، فأصبحوا يتحدثون : تصدق(٣) على سارق ، فقال :

---

(١) الزلزلة : ٧ • (٢) الانسان : ٨ •

(٣) بضم التاء والصاد وكسر الدال مع التشديد وفتح القاف •

اللهم لك الحمد ، لأتصدقن بصدقة فخرج فوضعها فى يد زانية فأصبح الناس يتحدثون : تصدق على زانية ، فقال : اللهم لك الحمد ، لأتصدقن الليلة بصدقة ، فخرج بصدقته فوضعها فى يد غنى ، فأصبحوا يتحدثون تصدق على غنى ، فقال : اللهم لك الحمد على سارق ، وعلى زانية ، وعلى غنى ، فأتى(١) فقيل له : أما صدقتك على سارق فلعله أن يستعف عن سرقته ، وأما الزانية فلعلها تستعف عن زناها ، وأما الغنى فلعله يعتبر ، وينفق مما آتاه الله تعالى » رواه البخارى ومسلم •

وعنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « بينما رجل يمشى بطريق اشتد عليه العطش فوجد بئرا فنزل فيها فشرب ثم خرج ، فاذا كلب يلهث يأكل الثرى من العطش فقال الرجل : لقد بلغ هذا الكلب من العطش مثل الذى كان قد بلغ منى فنزل البئر فملأ خفه ماء ، ثم أمسكه بفيه حتى رقى ، فسقى الكلب ، فشكر الله له فغفر له قالوا : يا رسول الله ان لنا فى البهائم أجرا ؟ فقال فى كل كبد رطبة أجر » رواه البخارى ومسلم ، وفى رواية لهما « بينما كلب يطيف بركية قد كاد يقتله العطش ، اذ رأته بغى من بغايا بنى اسرائيل فنزعت موقها فاستقت له به ، فسقته فغفر لها به » الموق الخف •

(فـــرع) يكره تعمد الصدقة بالردىء ، قال الله تعالى **« ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون »**(٢) • ويستحب تعمد أجود ماله وأحبه اليه ، قال الله تعالى **« لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون »**(٣) • وفى المسألة أحاديث صحيحة •

(فـــرع) قال أصحابنا : تكره الصدقة بما فيه شبهة ، ويستحب أن يختار أحل ماله وأبعده من الحرام والشبهة ، لحديث أبى هريرة رضى الله عنه قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من تصدق بعدل تمرة من كسب طيب ــ ولا يقبل الله الا الطيب ــ فان الله يقبلها بيمينه ثم يربيها لصاحبها ، كما يربى أحدكم فلوه حتى يكون مثل الجبل » رواه البخارى ومسلم وهذا لفظ روايته والفلو ــ بفتح الفاء وضم اللام وتشديد الواو ، ويقال بكسر الفاء واسكان اللام ، هو ولد الفرس فى صغره •

---

(١) بضم الألف وكسر التاء وفتح الياء •

(٢) البقرة : ٢٦٧ • (٣) آل عمران : ٩٢ •

وعن أبى هريرة رضى الله عنه أيضا قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أيها الناس ان الله تعالى طيب لا يقبل الا طيبا ، وان الله تعالى أمر المؤمنين بماأمر به المرسلين ، قال عز وجل : « **يا أيها الرسل كلوا من الطيبات واعملوا صالحا ، انى بما تعملون عليم** »(١) وقال : « **يا أيها الذين آمنوا كلوا من طيبات ما رزقناكم** »(٢) ثم ذكر الرجل يطيل السفر أشعث أغبر يمد يديه الى السماء : يارب يارب ، ومطعمه حرام ومشربه حرام وملبسه حرام وغذى بالحرام فأنى يستجاب لذلك » رواه مسلم •

(**فرع**) من دفع الى وكيله أو ولده أو غلامه أو غيرهم شيئا يعطيه لسائل او غيره صدقة تطوع ، لم يزل ملكه عنه حتى يقبضه المبعوث اليه ، فان لم يتفق دفعه الى ذلك المعين استحب له ألا يعود فيه ، بل يتصدق به على غيره ، فان استرده وتصرف فيه جاز لأنه باق على ملكه •

(**فرع**) قال البندنيجى والبغوى وسائر أصحابنا فى مواضع متفرقة : يكره لمن تصدق بشىء صدقة تطوع أو دفعه الى غيره زكاة أو كفارة أو عن نذر وغيرها من وجوه الطاعات أن يتملكه من ذلك المدفوع اليه بعينه بمعاوضة أو هبة ولا يكره ملكه منه بالارث ، ولا يكره أيضا أن يتملكه من غيره اذا انتقل اليه • واستدلوا فى المسألة بحديث عمر رضى الله عنه قال : « حملت على فرسى فى سبيل الله فأضاعه الذى كان عنده ، فأردت أن أشتريه منه ، وظننت أنه بائعه برخص ، فسألت النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال : لا تشتره وان أعطاكه بدرهم ، فان العائد فى صدقته كالكلب يعود فى قيئه » رواه البخارى ومسلم •

وعن بريدة رضى الله عنه قال : « بينما أنا جالس عند النبى صلى الله عليه وسلم اذ أتته امرأة فقالت : انى تصدقت على أمى بجارية وانها ماتت ، فقال : وجب أجرك وردها عليك الميراث » رواه مسلم ، واتفق أصحابنا على أنه لو ارتكب المكروه واشتراها من المدفوع اليه صح الشراء وملكها ، لأنها كراهة تنزيه ، ولا يتعلق النهى بعين المبيع •

---

(١) المؤمنون : ٥١ •　　(٢) البقرة : ١٧٢ •

(فــرع) يستحب دفع الصدقة بطيب نفس ، وبشاشة وجه ، ويحرم المن بها فلو من بطل ثوابه ، قال الله تعالى : « **لا تبطلوا صدقاتكم بالمن والأذى** »(١) وعن أبى ذر رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة ولا ينظر اليهم ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم ، قال : فقرأها رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث مرات ، قال أبو ذر : خابوا وخسروا ، من هم يا رسول الله ؟ قال : المسبل ، والمنان ، والمنفق سلعته بالحلف الكاذب » رواه مسلم ، والمراد المسبل ازاره أو ثوبه تحت الكعبين للخيلاء •

(فــرع) قال صاحب العدة : لو نذر صوما أو صلاة فى وقت بعينه ، لم يجز فعله قبله ، ولو نذر التصــدق فى وقت بعينه جاز التصدق قبله ، كما لو عجل الزكاة •

فــــرع

فى مسائل مهمة ذكرها الغزالى فى الاحياء

منها قال : اختلف السلف فى أن المحتاج هل الأفضل له أن يأخذ من الزكاة ؟ أو صدقة التطــوع ، وكان الجنيد وابراهيم الخواص وجماعة يقولون : الأخــذ من الصدقة أفضــل لئلا يضيق على أصناف الزكاة ، ولئلا يخل بشرط من شروط الآخــذ ، بخلاف الصدقة ، فان أمرها أهون من الزكاة ، وقال آخرون الأخذ من الزكاة أفضــل ، لأنه اعانة على واجب ، ولو ترك أهل الزكاة كلهم أخذها أثمــوا ، ولأن الزكاة لا منة فيها •

قال الغزالى : والصواب أنه يختلف بالأشخاص ، فان عرض له شبهة فى استحقاقه لم يأخذ الزكاة وان قطع باستحقاقه نظــر ــ ان كان المتصدق ان لم يتصدق على هــذا لا يتصدق ــ فليأخــذ الصــدقة ، فان اخراج الزكاة لا بد منه ، وان كان لا بد من اخــراج تلك الصدقة ولم يضيق بالزكاة تخير ، وأخذ الزكاة أشــد فى كسر النفس ، وذكر أيضا اختلاف الناس فى اخفاء [أخذ] الصدقة واظهاره أيهما أفضل وفى

---

(١) البقرة : ٢٦٤ •

كل واحد منهما فضيلة ومفسدة ، ثم قال : وعلى الجملة الأخذ فى الملأ ، وترك الأخذ فى الخلاء أحسن • والله تعالى أعلم •

(فرع) جاءت أحاديث كثيرة فى الحث على سقى الماء ، منها حديث أبى سعيد المتقدم فى الكتاب (ومنها) حديث أبى هريرة السابق قريبا فى فرع تخصيص الصدقة بالصلحاء •

(ومنها) عن الحسن البصرى عن سعد بن عبادة رضى الله عنه « أن أمه ماتت فقال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ان أمى ماتت أفأتصدق عنها ؟ قال : نعم ، قال : فأى الصدقة أفضل ؟ قال : سقى الماء » رواه أحمد بن حنبل فى مسنده هكذا وهو مرسل فان الحسن لم يدرك سعدا ورواه أبو داود عن رجل لم يسم عن سعد بمعناه قال : « فأى الصدقة أفضل ؟ قال : الماء » ورواه النسائى عن سعيد بن المسيب عن سعد ، ولم يدركه أيضا فهو مرسل ، لكنه قد أسند قريب من معناه كما سبق • ولأنه من أحاديث الفضائل ويعمل فيها بالضعيف ، فبهذا أولى ، وعن سراقة بن مالك قال : « سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ضالة الابل تغشى حياضى هل لى من أجر ان سقيتها ؟ قال : نعم •• فى كل ذات كبد حرى أجر » رواه أحمد وابن ماجه •

(فرع) فى قوله تعالى : « **ويمنعون الماعون** »(١) قال ابن مسعود وابن عباس وجماعة : هو اعارة القدر والدلو والفأس وسائر متاع البيت ، وقال على وابن عباس فى رواية : هو الزكاة •

(فرع) تستحب المنيحة • وهى أن تكون له ناقة أو بقرة أو شاة ذات لبن فيدفعها الى من يشرب لبنها ، ثم يردها اليه لحديث ابن عمرو بن العاص قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أربعون خصلة أعلاها منيحة العنز ، ما من عامل يعمل بخصلة منها رجاء ثوابها وتصديق موعدها الا أدخله الله تعالى الجنة بها » رواه البخارى • وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « نعم المنيحة اللقحة الصفى منحة أو الشاة

---

(١) الماعون : ٧

المصفى ، تغدو بإناء وتروح بإناء » رواه البخارى ، وعنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من منح منيحة غدت بصدقة صبوحها وغبوقها » رواه مسلم • وفى المسألة أحاديث أخر صحيحة •

فـــرع

فى ذم البخل والشح والحث على الانفاق فى الطاعات ووجوه الخيـرات

قال الله تعالى « **ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحـون** »(١) وقال تعالى : « **ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك** »(٢) وقال عز وجل : « **وما أنفقتم من شىء فهو يخلفه** »(٣) وعن جابر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « اتقوا الظلم فان الظلم ظلمات يوم القيـامة ، واتقـوا الشح فان الشح أهلك من كان قبلـكم حملـهم على أن سفكوا دماءهم واستحلوا محارمهم » رواه مسـلم ، وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسـلم : « ما من يوم يصبح العبـاد فيه ، الا ملكان ينزلان فيقول أحدهما : اللهم أعط منفقا خلفا ، ويقول الآخـر : اللهم أعط ممسكا تلفـا » رواه البخارى ومسلم ، وعنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « قال الله تعالى : أنفق ينفق عليك » رواه البخارى ومسلم •

وعن أسماء بنت أبى بكر رضى الله عنهما قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا توكى فيوكى عليك » رواه البخارى ومسـلم • وعن عائشة رضى الله عنها « أنهم ذبحوا شاة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما بقى منها ؟ قالت : ما بقى منها الا كتفها قال : بقى كلها غير كتفها » رواه الترمذى وقال حديث صحيح ، ومعناه تصدقوا بها الا كتفها ، فقال : بقيت لنا فى الآخرة الا كتفها • وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ما نقصـت صدقة من مال ، ومازاد الله عبدا بعفو الا عزا ، وما تواضع أحـد لله تعالى الا رفعه الله » رواه مسلم •

---

(١) الحشر : ٩ (٢) الاسراء : ٢٩ •
(٣) سبا : ٣٩ •

فـــرع

فى فضل صدقة الصحيح الشحيح

عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أى الصدقة أفضل ؟ قال : أن تصدق(١) وأنت صحيح شحيح تأمل البقـاء وتخاف الفقـر ، ولا تمهل حتى اذا بلغت الحلقـوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا ألا وقد كان لفلان » رواه البخارى ومسلم •

فـــرع

فى أجـر الوكيـل فى الصدقة
وبيان أنه أحد المتصدقين اذا أمضاه بشرطه

عن أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليـه وسلم قال : « الخازن المسلم الأمين الذى ينفذ ما أمر به فيعطيه كاملا موفرا طيبة به نفسه ، فيدفعه الى الذى أمر به أحد المتصدقين » رواه البخارى ومسلم وضبطوا المتصدقين على التثنية والجمع •

(فـرع) يجوز للمرأة أن تتصدق من بيت زوجها للسائل وغيره بما أذن فيه صريحا ، وبما لم يأذن فيه ولم ينه عنه اذا علمت رضـاه به ، وان لم تعلم رضاه به فهو حرام • هكذا ذكر المسألة السرخسى وغيره من أصحابنا وغيرهم من العلماء ، وهذا الحكم متعين وعليه تحمـل الأحاديث الواردة فى ذلك ، وهكذا حكم المملوك المتصرف فى مال سيده على هذا التفصيل (منها) حديث عائشة رضى الله عنها قالت : قال النبى صلى الله عليه وسلم : « اذا أنفقت المرأة من طعام بيتها غير مفسـدة كان لها أجرها بما أنفقت ولزوجها أجـره بما كسب وللخازن مثل ذلك لا ينقص بعضهم أجر بعض شيئا » رواه البخارى ومسلم • وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تصوم المرأة وبعلها شاهد الا باذنه ، ولا تأذن فى بيته وهو شاهد الا باذنه ، وما أنفقت من كسـبه عن غير أمره فان نصف أجره له » رواه مسلم ، ورواه البخارى بمعناه ، وهو محمول على ما أنفقته

---

(١) بفتح التاء والصاد مع تشديد الدال وفتحها وفتح القاف •

وتعلم أنه لا يكرهه فلها أجر وله أجر كما سبق ، وعن عمير(١) مولى آبى اللحم ــ بهمزة ممدودة وكسر الباء ــ قال : « أمرنى مولاى أن أقدد لحما ، فجاءنى مسكين فأطعمته منه ، فعلم بذلك مولاى فضربنى ، فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فدعاه فقال : لم ضربته ؟ فقال : يعطى طعامى من غير أن آمره ، فقال : الأجر بينكما » رواه مسلم • وفى رواية لمسلم « كنت مملوكا فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أتصدق من مال مولاى ؟ قال : نعم والأجر بينكما نصفان » وهذا محمول على ما يرضى به سيده ، والرواية الأولى محمولة على أنه ظن أن سيده يرضى بذلك القدر فلم يرض لكونه كان محتاجا اليه أو لمعنى آخر فيثاب السيد على اخراج ماله ويثاب العبد على نيته •

واعلم أن المراد بما جاء فى هذه الأحاديث من كون الأجر بينهما نصفين أنه قسمان لكل واحد منهما أجر ولا يلزم أن يكونا سواء فقد يكون أجر صاحب العطاء أكثر • وقد يكون أجر المرأة والخازن والمملوك أكثر بحسب قدر الطعام وقدر التعب فى انفاذ الصدقة وايصالها الى المساكين • والله تعالى أعلم •

(فرع) ثبت فى الصحيحين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « اليد العليا خير من اليد السفلى » وثبت فى الصحيحين أيضا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « اليد العليا المنفقة واليد السفلى السائلة » وفى رواية فى البخارى : « العليا المنفقة » وعقد البيهقى فى المسألة بابا •

(فرع) يكره للانسان أن يسأل بوجه الله تعالى غير الجنة ، ويكره منع من سأل بالله وتشفع به ، لحديث جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تسألن بوجه الله تعالى الا الجنة » رواه أبو داود • وعن ابن عمر رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله

---

(١) عمير مولى آبى اللحم الغفارى شهد خيبر وهو مملوك فلم يسهم له رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكنه رضخ له من خرثى المتاع أعطاه سيفا تقلده • روى عنه يزيد بن أبى عبيد ومحمد بن يزيد بن المهاجر ومحمد ابن ابراهيم بن الحارث (ط) •

عليه وسلم « من استعاذ بالله فأعيذوه ، ومن سأل بالله فأعطوه ، ومن دعاكم فأجيبوه ، ومن صنع اليكم معروفا فكافئوه ، فان لم تجدوا ما تكافئونه فادعوا له حتى تروا أنكم قد كافأتموهم » حديث صحيح رواه أبو داود والنسائى باسناد الصحيحين ، وفى رواية البيهقى « فأثنوا عليه » بدل فادعوا له •

(فرع) اذا عرض عليه مال من حلال على وجه يجوز أخذه ولم يكن منه مسألة ولا تطلع اليه جاز أخذه بلا كراهة ولا يجب • وقال بعض أهل الظاهر : يجب لحديث سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه عن عمر رضى الله عنه قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطينى العطاء فأقول : أعطه أفقر منى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : خذه ، وما جاءك من هذا المال وأنت غير سائل أو ولا مشرف فخذه وما لا فلا تتبعه نفسك ، قال : فكان سلم لا يسأل أحدا شيئا ، ولا يرد شيئا أعطيه » رواه البخارى ومسلم •

دليلنا حديث حكيم بن حزام رضى الله عنه قال : « سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعطانى ، ثم سألته فأعطانى ، ثم سألته فأعطانى ، ثم قال : يا حكيم •• ان هذا المال خضرة حلوة فمن أخذه بسخاوة نفس بورك له فيه ، ومن أخذه باشراف لم يبارك له فيه وكان كالذى يأكل ولا يشبع ، واليد العليا خير من اليد السفلى • قال حكيم : فقلت يارسول الله ، والذى بعثك بالحق لا أرزأ أحدا بعدك شيئا حتى أفارق الدنيا • فكان أبو بكر رضى الله عنه يدعو حكيما ليعطيه العطاء فيأبى أن يقبل منه شيئا ، ثم ان عمر رضى الله عنه دعاه ليعطيه فأبى أن يقبله ، فقال : يا معشر المسلمين أشهدكم على حكيم أنى أعرض عليه حقه الذى قسم الله له فى هذا الفيء فيأبى أن يأخذه • فلم يرزأ حكيم أحدا من الناس بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى توفى » رواه البخارى ومسلم •

وقوله « يرزأ » براء ثم زاى وآخره مهموز — معناه لم يأخذ من أحد شيئا ، وأصل الرزء النقص ، أى لم ينقص أحدا شيئا بالأخذ منه ، وموضع الدلالة منه أن النبى صلى الله عليه وسلم أقره على هذا • وكذا أبو بكر وعمر وسائر الصحابة الحاضرين رضى الله عنهم ،

وحديث عمر محمول على الندب والاباحة كقوله تعالى « **واذا حللتم فاصطادوا** » (١) والله أعلم •

(فــرع) فى بيان أنواع الصدقة الشرعية وما على كلسلامى(٢) منها والسلامى العضو والمفصــل وجمعه سلاميات ــ بفتح الميم واللام مخففة فى المفرد والجمع •

اعلم أن حقيقة الصدقة اعطاء المــال ونحوه بقصد ثواب الآخرة ، وقد يطلق على غير ذلك مما سنذكره ان شاء الله تعالى •

من ذلك حديث أبى ذر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « يصبح على كل سلامى من أحــدكم صدقة ، فكل تسبيحة صدقة ، وكل تحميــدة صدقة ، وكل تهليلة صدقة ، وكل تكبيــرة صدقة ، وأمر بالمعروف صدقة ، ونهى عن المنكر صدقة ، ويجــزىء من ذلك ركعتان يركعهما من الضحى » رواه مسلم • وعنه أيضا قال : « قلت : يا رسول الله أى الأعمال أفضل ؟ قال : الايمان بالله والجهــاد فى سبيله ، قلت : أى الرقاب أفضل ؟ قال : أنفسها عند أهلها وأكثــرها ثمنا ، قلت : فان لم أفعل ؟ قال : تعين صانعا أو تصنع لأخرق ، قلت : يا رسول الله •• أرأيت ان ضعفت عن بعض العمل ، قال : تكف شرك عن الناس ، فانها صدقة منك على نفسك » رواه البخارى ومسلم • وعنه أيضا « أن ناسا قالوا : يا رسول الله •• ذهب أهل الدثور بالأجور ، يصلون كما نصلى ويصومون كما نصــوم ويتصدقون بفضول أموالهم ، قال : أوليس قد جعل الله لكم ما تصــدقون به ، ان كل تسبيحة صدقة وكل تكبيرة صدقة وكل تحميــدة صدقة وكل تهليلة صدقة ، وأمر بالمعــروف صدقة ونهى عن المنكر صدقة وفى بضع(٣) أحدكم صدقة • قالوا : يا رسول الله •• أيأتى أحدنا شهوته ويكون له فيها أجر ؟ قال : أرأيتم لو وضعها فى حرام أكان عليه وزر ؟ فكذلك اذا وضعها فى الحلال كان له أجــر » رواه مسلم •

وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « كل سلامى من الناس عليه صدقة ، كل يوم تطلع فيه الشمس

---

(١) المــائدة : ٢ •
(٢) بضم السين وفتح اللام والميم •
(٣) بضم الباء وتسكين الضاد •

يعدل بين الاثنين صدقة ، أو يعين الرجل فى دابته فيحمله عليها أو يرفع له عليها متاعه صدقة ، والكلمة الطيبة صدقة ، وكل خطوة يمشيها الى الصلاة صدقة ، ويميط الأذى عن الطريق صدقة » رواه البخارى ومسلم • وعن عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « انه خلق كل انسان من بنى آدم على ستين وثلاثمائة مفصل ، فمن كبر الله وحمد الله وهلل الله وسبح الله واستغفر الله ، وعزل حجرا عن طريق الناس أو شوكة أو عظما عن طريق الناس ، وأمر بمعروف أو نهى عن منكر عدد الستين والثلاثمائة فانه يمشى يومئذ وقد زحزح نفسه عن النار » رواه مسلم •

وعن جابر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « كل معروف صدقة » رواه البخارى ومسلم بلفظه من رواية حذيفة • وعن جابر أيضا رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ما من مسلم يغرس غرسا الا كان ما أكل منه له صدقة ، وما سرق منه له صدقة ، ولا يرزأه الا كان له صدقة » رواه مسلم • وفى رواية له « فلا يغرس المسلم غرسا فيأكل منه انسان ولا دابة ولا طير الا كان له صدقة الى يوم القيامة » وفى رواية : « لا يغرس مسلم غرسا ولا يزرع زرعا فيأكل منه انسان ولا دابة ولا شىء الا كانت له صدقة » ورواه البخارى ومسلم أيضا من رواية أنس • ويرزأه ، أى ينقصه والله أعلم •

(فرع) يستحب استحبابا متأكدا صلة الأرحام والاحسان الى الأقارب واليتامى والأرامل والجيران والأصهار ، وصلة أصدقاء أبيه وأمه وزوجته ، والاحسان اليهم ، وقد جاءت فى جميع هذا أحاديث كثيرة مشهورة فى الصحيح ، جمعت معظمها فى رياض الصالحين ، والله تعالى أعلم •

كتاب الصيام

هو فى اللغة الامساك ويستعمل فى كل امساك ، يقال : صام اذا سكت وصامت الخيل وقفت وفى الشرع امساك مخصوص عن شىء مخصوص فى زمن مخصوص من شخص مخصوص ، ويقال : رمضان وشهر رمضان ، هذا هو الصحيح الذى ذهب اليه البخارى والمحققون ، قالوا : ولا كراهة فى قول : رمضان • وقال أصحاب مالك : يكره أن يقال : رمضان ، بل لا يقال الا شهر رمضان ، سواء ان كان هناك قرينة أم لا ، وزعموا أن رمضان اسم من أسماء الله تعالى ، قال البيهقى : وروى ذلك عن مجاهد والحسن والطريق اليهما ضعيف ورواه عن محمد بن كعب •

واحتجوا بحديث رواه البيهقى عن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا تقولوا رمضان فان رمضان اسم من أسماء الله تعالى ، ولكن قولوا : شهر رمضان » وهذا حديث ضعيف ، ضعفه البيهقى وغيره ، والضعف فيه بين ، فان من رواته نجيح(١) السندى وهو ضعيف سىء الحفظ •

وقال أكثر أصحابنا ، أو كثير منهم ، وابن الباقلانى : ان كان هناك قرينة تصرفه الى الشهر فلا كراهة والا فيكره ، قالوا : فيقال صمنا رمضان وقمنا رمضان ورمضان أفضل الأشهر ، وتطلب ليلة القدر فى أواخر رمضان ، وأشباه ذلك ، ولا كراهة فى هذا كله ، قالوا : وانما يكره أن يقال : جاء رمضان ، ودخل رمضان وحضر رمضان ، وأحب

---

(١) نجيح كنيته أبو معشر وهو مولى بنى هاشم له فى المغازى وهو من المدنيين روى عن محمد بن كعب القرظى ومحمد بن قيس وغيرهما وعنه ابنه محمد وبشر بن الوليد وغيرهما • كان أميا لذلك جاءت أسانيده غير مستقيمة وكذا قال فيه ابن معين : يتقى من حديثه المسند وقال أبو نعيم : كان رجلا ألكن يقول : حدثنا محمد بن قعب وقال على : كان يحيى بن سعيد يضحك اذا ذكره • وقد أورد الذهبى هذا الحديث فيما تفرد بروايته ومن مناكيره : « لا تقطعوا اللحم بالسكين فانه من صنيع الأعاجم » وأيضا « مكث موسى بعد أن كلم الله أربعين يوما لا يراه أحد الا مات » رواه الحاكم فى مستدركه (ط) •

رمضان ، والصواب أنه لا كراهة فى قول رمضان مطلقا ، والمذهبان الآخـــران فاسدان ، لأن الكراهة انما تثبت بنهى الشرع ولم يثبت فيه نهى ، وقولهم انه من أسماء الله تعالى ليس بصحيح ، ولم يصح فيه شىء وأسماء الله تعالى توقيفية لا تطلق الا بدليل صحيح ، ولو ثبت أنه اسم لم يلزم منه كراهة •

وقد ثبتت أحاديث كثيرة فى الصحيحين فى تسميته رمضان من غير شهر فى كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم منها حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « اذا جاء رمضان فتحت أبواب الجنة وغلقت أبواب النار ، وصفدت الشياطين » رواه البخارى ومسلم بهذا اللفظ ، وفى رواية لهما « اذا دخل رمضان » وفى رواية لمسلم « اذا كان رمضان » وأشباه هذا فى الصحيحين غير منحصرة • والله تعالى أعلم •

(فـــرع) لا يجب صوم غير رمضان بأصل الشرع بالاجماع ، وقد يجب بنذر وكفارة ، وجزاء الصيد ونحوه ، ودليل الاجماع قوله صلى الله عليه وسلم حين سأله الأعرابى عن الاسلام فقال : « وصيام رمضان ، قال : هل على غيره ؟ قال : لا الا أن تطوع » رواه البخارى ومسلم ، من رواية طلحة بن عبيد الله رضى الله عنه •

(فـــرع) روى أبو داود باسناده عن عبد الرحمن بن أبى ليلى عن معاذ بن جبل رضى الله عنه قال : « أحيل الصيام ثلاثة أحوال » وذكر الحديث قال : (وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصـــوم ثلاثة أيام من كل شهر ، ويصوم يوم عاشوراء • فأنزل الله تعـــالى **« كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم »**(١) الآية فكان من شاء أن يصوم ومن شاء أن يفطـــر ويطعم كل يوم مسكينا أجزأه ذلك • فهذا حول فأنزل الله تعالى **« شهر رمضان الذى أنزل فيه القرآن هدى للناس وبينات من الهدى والفرقان ، فمن شهد منكم الشهر فليصمه ، ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر »**(٢) فثبت الصيام على من شهد الشهر وعلى المسافر أن يقضى •وثبت الطعام للشيخ الكبير والعجوز

---

(١) البقرة : ١٨٣ •

(٢) البقرة : ١٨٤ •

اللذين لا يستطيعان الصوم) هذا لفظ رواية أبى داود ، وذكره فى كتاب الأذان فى آخر الباب الأول منه وهو مرسل • فان معاذا لم يدركه ابن أبى ليلى •

ورواه البيهقى بمعناه ولفظه « فان رسول الله صلى الله عليه وسلم صام بعدما قدم المدينة فجعل يصوم من كل شهر ثلاثة أيام ، وصام عاشوراء • فصام سبعة عشر شهرا ، شهر ربيع الى شهر ربيع الى رمضان • ثم ان الله تعالى فرض عليه شهر رمضان وأنزل عليه « **كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم** » وذكر باقى الحديث • قال البيهقى : هذا مرسل ، وفى رواية له عن ابن أبى ليلى قال : « حدثنا أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم قالوا : أحيل الصوم على ثلاثة أحوال قدم الناس المدينة ولا عهد لهم بالصيام ، فكانوا يصومون ثلاثة أيام من كل شهر حتى نزل « **شهر رمضان** » فاستنكروا ذلك ، وشق عليهم فكان من أطعم مسكينا كل يوم ترك الصيام ممن يطيقه ، رخص لهم فى ذلك ، ونسخه « **وان تصوموا خير لكم** »(١) فأمروا بالصيام » •

وذكر البخارى هذا فى صحيحه تعليقا بصيغة جـزم ، فيكون صحيحا ، كما تقررت قاعدته وهذا لفظه قال : وقال ابن نمير : حدثنا الأعمش بن عمرو بن مرة بن أبى ليلى قال : « حدثنا أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم نزل رمضان فشق عليهم فكان من أطعم كل يوم مسكينا ترك الصـوم ممن يطيقه ، ورخص لهم فى ذلك فنسـختها « **وأن تصوموا خير لكم** » فأمروا بالصوم » •

(فـرع) قال سلمة بن الأكوع رضى الله عنه : « لمـا نزلت هذه الآية « **وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين** »(٢) كان من أراد أن يفطر ويفدى حتى نزلت الآية التى بعدها فنسختها » وفى رواية : كنا فى رمضان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم من شاء صام ، ومن

---

(١) البقرة : ١٨٤ •

(٢) البقرة : ١٨٤ •

شاء أفطر ، فافتدى بطعام مسكين ، حتى نزلت هذه الآية « **فمن شهد منكم الشهر فليصمه** »(١) • رواهما البخارى ومسلم ، وهذا لفظه •

(**فــرع**) صام رسول الله صلى الله عليه وسلم رمضان تسـع سنين ، لأنه فرض فى شعبان فى السنة الثانية من الهجرة ، وتوفى النبى صلى الله عليه وسلم فى شهر ربيع الأول سنة احدى عشرة من الهجرة •

(**فــرع**) قال أصحابنا وغيرهم : كان الاسلام يحرم على الصائم الأكل والشرب والجماع ، من حين ينام أو يصلى العشاء الآخرة ، فأيهما وجِد أولا حصل به التحريم ، ثم نسخ ذلك وأبيح الجميع الى طلوع الفجر ، سواء نام أم لا •

احتجوا بحديث البراء بن عازب رضى الله عنه قال : « كان أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم اذا كان الرجل صائما فحضر الافطار فنام قبل أن يفطر لم يأكل ليلته ولا يومه حتى يمسى ، وان قيس بن صرمة(٢) الأنصارى رضى الله عنه كان صائما ، فلما حضر الافطار أتى امرأته فقال لها : عندك طعام ؟ قالت : لا ، ولكن أنطلق فأطلب لك ، وكان يومه يعمل ، فغلبته عيناه فجاءته امرأته فلما رأته قالت : خيبة لك ، فلما انتصف النهار غشى عليه ، فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فنزلت هذه الآية « **أحل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائكم** »(٣) ففرحوا بها فرحا شديدا ، ونزلت « **وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود** »(٤) رواه البخارى فى صحيحه •

وعن ابن عباس رضى الله عنهما : « كان على عهد النبى صلى الله عليه وسلم اذا صلوا العتمـة حرم عليهم الطعام والشراب والنساء ، وصاموا الى القابلة ، فاختان رجل نفسه فجامع امرأته ، وقد صلى العشاء ولم يفطر ، فأراد الله تعالى أن يجعل ذلك يسرا لمن بقى ، ورخصة ومنفعة ، فقال عز وجل : « **علم الله أنكم كنتم تختانون أنفسكم** »(٥)

---

(١) البقرة : ١٨٥ •

(٢) بكسر الصاد وتسكين الراء وفتح الميم •

(٣) البقرة : ١٨٧ •

(٤) البقرة : ١٨٧ •

(٥) البقرة : ١٨٧ •

وكان هذا مما نفع الله تعالى به الناس ورخص لهم ويسره » رواه أبو داود ، وفى اسناده(١) ضعف ، ولم يضعفه أبو داود ، والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(صوم شهر رمضان ركن من أركان الاسلام ، وفرض من فروضه ، والدليل عليه ما روى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « بنى الاسلام على خمس : شهادة أن لا اله الا الله [وأن محمدا رسول الله](٢) واقام الصلاة • وايتاء الزكاة • والحج • وصوم رمضان ») •

(**الشرح**) هذا الحديث رواه البخارى ومسلم من طرق كثيرة من رواية ابن عمر رضى الله عنهما (وقوله) وفرض من فروضه توكيد وايضاح لجواز تسميته ركنا وفرضا ، ولو اقتصر على ركن لكفاه ، لأنه يلزم منه أنه فرض ، وفى هذا الحديث جواز اطلاق رمضان من غير ذكر الشهر ، وهو الصواب كما سبق قريبا (فان قيل) لم استدل بالحديث دون الآية ؟ وكذا استدل به فى الحج دون الآية (قلنا) مراده الاستدلال على أنه ركن ، وهذا يحصل من الحديث لا من الآية ، وأما الفرضية فتحصل منهما ، وهذا الحكم الذى ذكره وهو كون صوم رمضان ركنا وفرضا مجمع(٣) عليه • ودلائل الكتاب والسنة والاجماع متظاهرة عليه وأجمعوا على أنه لا يجب غيره •

---

(١) قال أبو داود : حدثنا أحمد بن محمد بن شبويه حدثنى على ابن حسين بن واقد عن أبيه عن يزيد النحوى عن عكرمة عن ابن عباس • قلت : وعلى بن حسين ضعفه أبو حاتم واتهمه العقيلى بالارجاء • وقال الذهبى : صدوق • وقال النسائى : ليس به بأس • أما أبوه فقد وثقه ابن معين وغيره واستنكر أحمد بعض حديثه أما يزيد النحوى فهو يزيد ابن أبى سعيد ثقة عابد قتل ظلما سنة ١٣١ وقال فى عون المعبود قال المنذرى : على بن الحسين ضعيف (ط) •

(٢) ما بين المعقوفين ليس فى ش ولكنه فى هامش ق كنا قد نبهنا عليه فى ذلك الهامش (ط) •

(٣) (مجمع) مرفوع لانه خبر (هذا) (ط) •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويتحتم وجوب ذلك على كل مسلم بالغ عاقل طاهر قادر مقيم ، فأما الكافر فانه ان كان أصلياً لم يخاطب [به] فى حال كفره لانه لا يصح منه ، فان أسلم لم يجب عليه القضاء ، لقوله تعالى : « قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف »(١) ولان فى ايجاب قضاء ما فات فى حال الكفر تنفيراً عن الاسلام ، وان كان مرتداً لم يخاطب به فى حال الردة ، لانه لا يصح منه ، فان اسلم وجب عليه قضاء ما تركه فى حال الكفر ، لأنه التزم ذلك بالاسلام فلم يسقط عنه بالردة كحقوق الآدميين)

(الشرح) وقوله : يتحتم وجوب ذلك . أى وجوب فعله فى الحال ، ولابد من هذا التفسير لأن وجوبه على المسافر والحائض متحتم أيضا ، لكن يؤخرانه ثم يقضيانه (وقوله) فى الكافر الأصلى لم يخاطب به ، أى لم نطالبه بفعله وليس مراده انه ليس بواجب فى حال كفره فان المذهب الصحيح أن الكفار مخاطبون بفروع الشرع فى حال كفرهم ، بمعنى أنهم يزاد فى عقوبتهم فى الآخرة بسبب ذلك ولكن لا يطالبون بفعلها فى حال كفرهم ، وقد سبقت المسألة مبسوطة فى أول كتاب الصلاة .

(وقوله) فى المرتد : لم يخاطب فى حال الردة معناه لا نطالبه بفعل الصوم فى حال ردته فى مدة الاستتابة ، وليس مراده أنه ليس واجبا عليه ، فانه واجب عليه بلا خلاف فى حال الردة ، ويأثم بتركه فى حال الردة بلا خلاف ؟ ولو قال المصنف كما قال غيره : لم نطالبه به فى ردته ولا يصح منه ، لكان أصوب .. والله تعالى أعلم .

قال أصحابنا : لا يطالب الكافر الأصلى بفعل الصوم فى حال كفره بلا خلاف واذا أسلم لا يجب عليه قضاؤه بلا خلاف ، ولو صام فى كفره لم يصح بلا خلاف سواء أسلم بعد ذلك أم لا ؟ بخلاف ما اذا تصدق فى كفره ثم أسلم ، فان الصحيح أنه يثاب عليه ، وقد سبقت فى أول كتاب الصلاة . وأما المرتد فهو مكلف به فى حال ردته ، واذا أسلم لزمه قضاؤه بلا خلاف كما ذكره ، ولا نطالبه بفعله فى

---

(١) الأنفال : ٣٨ .

حال ردته ، وقال أبو حنيفة : لا يلزمه قضـــاء مدة الردة اذا أسلم ، كما قال فى الصلاة ، وسبقت المسألة مبسوطة فى أول كتاب الصلاه ، وقاس المصنف ذلك على حقوق الآدميين ، لأن أبا حنيفه يوافق عليها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وأما الصبى فلا تجب عليه ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبى حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » ويؤمر بفعله لسبع سنين اذا اطاق الصوم ، ويضرب على تركه لعشر قياسا على الصلاة ، فان بلغ لم يجب عليه قضاء ما تركه فى حال الصغر ، لأنه لو وجب [عليه] ذلك لوجب عليه أداؤه فى الصغر لأنه يقدر على فعله ، ولأن ايام الصغر تطول ، فلو أوجبنا عليه قضاء ما يفوت شق) •

(الشرح) هذا الحـــديث صحيح رواه أبو داود والنسائى فى كتاب الحـــدود من سننهما من رواية على بن أبى طالب رضى الله عنه باسناد صحيح ، ورواه أبو داود أيضا فى الحدود والنسائى وابن ماجه فى كتاب الطلاق من رواية عائشة رضى الله عنها باسناد حسن • ومعنى رفع القلم امتناع التكليف ، لا أنه رفع بعد وضعه • وقوله ـــ لوجب عليه أداؤه ـــ ينتقض بالمسافر فانه يقدر على الأداء ولا يلزمه ويلزمه القضاء ، والدليل الصحيح أن يقال : زمن الصبى ليس زمن التكليف للحديث ، والقضاء انما يجب حيث يجب بأمر جديد ، ولم يجىء فيه أمر جديد •

(أما أحكام الفصل) فلا يجب صوم رمضان على الصبى ، ولا يجب عليه قضاء ما فات قبل البلوغ بلا خلاف لمـــا ذكره المصنف وذكرته ، قال المصنف والأصحاب : واذا أطاق الصوم وجب على الولى أن يأمره به لسبع سنين ، بشرط أن يكون مميزا ، ويضربه على تركه لعشر لمـــا ذكره المصنف ، والصبية كالصبى فى هذا كله بلا خلاف •

(فـــرع) قال أصحابنا : شروط صحة الصوم أربعة : النقاء عن الحيض والنفاس ، والاسلام ، والتمييز ، والوقت القابل للصوم ، وسيأتى تفصيلها فى مواضعها ان شاء الله تعالى •• والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن زال عقله بجنون لا يجب عليه ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « وعن المجنون حتى يفيق » فان أفاق لم يجب عليه قضاء ما فاته فى [حال](١) الجنون ، لأنه صوم فات فى حال سقط فيه التكليف لنقص فلم يجب [قضاؤه] ، كما لو فات فى حال الصغر ، وأن زال عقله بالاغماء لم يجب عليه فى الحال لأنه لا يصح منه فان أفاق وجب عليه القضاء لقوله تعالى : « فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر »(٢) والاغماء مرض ويخالف الجنون فانه نقص ، ولهذا لا يجوز الجنون على الأنبيـاء صلوات الله وسـلامه عليهم ، ويجوز عليهم الاغمـاء) .

(الشرح) هذا الحديث سبق بيانه قريبا . وقوله : (سقط فيه التكليف لنقص) احتراز من الاغماء والحيض .

(أما الأحكام) ففيه مسألتان (احداهما) المجنون لا يلزمه الصوم فى الحال بالاجماع للحديث وللاجماع ، واذا أفاق لا يلزمه قضاء ما فاته فى الجنون ، سواء قل أو كثر ، وسواء أفاق بعد رمضان أو فى أثنائه . هذا هو المذهب والمنصوص وبه قطع المصنف والجمهور ، وفيه وجه شاذ أنه يلزمه مطلقا ، حكاه المـاوردى وابن الصباغ وآخرون عن ابن سريج . قال المـاوردى : هذا مذهب لابن سريج وليس بصحيح . قال : ومذهب الشافعى وأبى حنيفة وسـائر الفقهاء أنه لا يلزمه القضاء . وحكاه صاحب البيان عن ابن سريج ثم قال : وقيل لا يصح عنه ، وفيه وجه ثالث وهو مذهب أبى حنيفة والثورى أنه ان أفاق فى أثناء الشهر لزمه قضاء ما فاته ، وان أفاق بعده فلا قضاء .

قال صاحب البيان : قال ابن سريج : وقد حكى المزنى فى المنثور هذا عن الشافعى ، قال : ولا يصح عنه ، قال صاحب البيان : وهذا يدل على بطلان الحكاية عن ابن سريج فيمن أفاق بعد الشهر أنه

---

(١) كل ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق (ط) .
(٢) البقرة : ١٨٤ .

يلزمه القضاء ، فحصل ثلاثة أوجه (المذهب) أنه لا قضـــاء عليه (والثانى) يجب ان أفاق فى الشهر لا بعده ، ودليل المذهب فى الكتاب ، وحكاها الرافعى ثلاثة أقوال • قال : وهذا فى الجنون المنفرد ، فلو ارتد ثم جن أو سكر ثم جن ففى وجوب القضاء وجهان ، قال : ولعل الأصح الفرق بين اتصاله بالردة واتصاله بالسكر كما سبق فى الصلاة • وهذا الذى أشار الى تصحيحه هو الأصح فيجب فى المرتد قضاء الجميع ولا يجب فى السكران الا قضاء أيام السكر لأن حكم الردة مستمر بخلاف السكر •

(المسألة الثانية) المغمى عليه لا يلزمه الصوم فى حال الاغماء بلا خلاف •

ولنا قول مخرج وهو مذهب المزنى أنه يصح صوم المغمى عليه ، وعلى هذا القول لا يلزمه الصوم أيضا بلا خلاف لأنه غير مكلف ، ويجب القضاء على المغمى عليه سواء استغرق جميع رمضان أو بعضه لما ذكره المصنف •

وحكى الأصحاب وجها عن ابن سريج أن الاغماء المستغرق لجميع رمضان لا قضاء فيه كالجنون ، وكما لا يجب عليه قضاء الصلاة ، هكذا نقل الجمهور عن ابن سريج • ونقل البغوى عنه أنه اذا استغرق الاغماء رمضان أو يوما منه لا قضاء عليه ، واختار صاحب الحاوى قول ابن سريج هذا فى أنه لا قضاء على المغمى عليه والمذهب وجوب القضاء عليه • وفرق الأصحاب بين الجنون والاغماء بما فرق المصنف ، وبين الصوم والصلاة أن الصلاة تتكرر فيشق قضاؤها بخلاف الصوم • وهذا هو الفرق بين قضاء الحائض الصوم دون الصلاة • قال أصحابنا : ومن زال عقله بمرض أو بشرب دواء شربه لحاجة أو بعذر آخر لزمه قضاء الصوم دون الصلاة كالمغمى عليه ولا يأثم بترك الصوم فى زمن زوال عقله • وأما من زال عقله بمحرم كخمر أو غيره مما سبق بيانه فى أول كتاب الصلاة فيلزمه القضاء ويكون آثما بالترك •• والله أعلم •

(فان أسلم الكافر أو أفاق المجنون فى أثناء يوم من رمضان استحب لهما امساك بقية النهار لحرمة الوقت ولا يلزمه ذلك لأن المجنون أفطر بعذر ، والكافر ـ وان أفطر بغير عذر ـ الا أنه لما أسلم جعل كالمعذور فيما فعل فى حال الكفر ، ولهذا لا يؤاخذ بقضاء ما تركه ولا بضمان ما أتلفه ، ولهذا قال الله تعالى : « قل للذين كفروا أن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف »(١) ولا يأكل عند من لا يعرف عذره لأنه اذا تظاهر بالأكل عرض نفسه للتهمة وعقوبة السلطان ، وهل يجب عليه قضاء ذلك [أم لا] ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجب لأنه أدرك جزءا من وقت الفرض ، ولا يمكن فعل ذلك الجزء من الصوم الا بيوم فوجب أن يقضيه بيوم ، كما نقول فى المحرم ، اذا وجب عليه فى كفارة نصف مد ، فانه يجب عليه بقسطه صوم نصف يوم ، ولكن لما لم يمكن فعل ذلك الا بيوم وجب عليه صوم يوم (والثانى) لا يجب ، وهو المنصوص فى البويطى ، ، لأنه لم يدرك من الوقت ما يمكن الصوم فيه ، لأن الليل يدركه قبل التمام ، فلم يلزمه كمن أدرك من أول وقت الصلاة قدر ركعة ثم جن . وان بلغ الصبى أثناء يوم من رمضان ، نظرت فان كان مفطرا فهو كالكافر اذا أسلم والمجنون اذا أفاق فى جميع ما ذكرناه ، وان كان صائما ففيه وجهان (أحدهما) يستحب له اتمامه لأنه صوم [نفل](٢) فاستحب اتمامه ، ويجب قضاؤه لأنه لم ينو الفرض [به] من أوله فوجب قضاؤه (والثانى) يلزمه اتمامه ويستحب قضاؤه لأنه صار من أهل الوجوب فى أثناء العبادة فلزمه اتمامه كما لو دخل فى صوم تطوع ثم نذر اتمامه)(٣) .

---

(١) الأنفال : ٣٨ .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من ش و ق (ط) .

(٣) فى الطبقات الكبرى لتاج الدين بن السبكى ما نصه : وقال أبو الفضل بن عبدان فى كتابه الموسوم ب (المجموع المجرد) فيما اذا بلغ الصبى فى أثناء نهار رمضان : سمعت أبا بكر بن لال يقول : سمعت على ابن أبى هريرة يقول : لا نقول عليه صوم اليوم ولكن عليه صوم بعض اليوم ولا يمكنه أن يصومه الا بصوم يوم كامل فأوجبنا عليه يوما كاملا .

(الشرح) قوله : ولهذا لا يؤاخذ بقضاء ما تركه ولا بضمان ما أتلفه ، انما لا يطالب المتلف الحربي ، وأما الذمي فيطالب بالاجماع ، ومع هذا تحصل الدلالة لأنه اذا ثبت في الحربي استنبط منه دليل للذمي .

(أما أحكام الفصل) ففي المسألة طريقتان (احداهما) طريقة المصنف وسائر العراقيين أن المجنون اذا افاق في أثناء نهار رمضان والكافر اذا أسلم فيه والصبي اذا بلغ فيه مفطرا استحب لهم امساك بقيته ولا يجب ذلك ، وفي وجوب قضائه وجهان (الصحيح) المنصوص في البويطي وحرملة لا يجب . وقال ابن سريج : يجب ، وذكر المصنف دليل الجميع ، وان بلغ الصبي صائما في اثنائه لزمه اتمامه على المنصوص ، وهو الأصح باتفاق الأصحاب ، وعلى هذا لا يلزمه قضاؤه ، وفيه وجه انه يستحب اتمامه ويجب قضاؤه . وذكر المصنف دليلهما .

(والثانية) طريقة الخراسانيين أن في امساك المجنون والكافر والصبي اذا بلغ فيه مفطرا ، فيه أربعة أوجه (أصحها) يستحب (والثاني) يجب (والثالث) يلزم الكافر دونهما لتقصيره (والرابع) يلزم الكافر والصبي لتقصيرهما ، فانه يصح من الصبي دون المجنون ، قالوا : وأما القضاء فلا يلزم الكافر والمجنون والصبي المفطر على الأصح من الوجهين ، وقيل من القولين (والثاني) يلزمهم قيل يلزم الكافر دونهما ، وصححه البغوي وهو ضعيف غريب ، وان كان الصبي صائما فالمذهب لزوم اتمامه بلا قضاء ، وقيل : يندب اتمامه ويجب القضاء .

وبنى جماعات منهم الخلاف في القضاء على الخلاف في الامساك ، وفي كيفية البناء ثلاثة أوجه (أحدها) وهو قول الصيدلاني من أوجب الامساك لم يوجب القضاء ، ومن أوجب القضاء لم يوجب الامساك (والثاني) ان وجب القضاء وجب الامساك والا فلا (والثالث) ان وجب الامساك وجب القضاء والا فلا ، والله أعلم .

وقال أصحابنا : اذا بلغ الصبي في أثناء النهار صائما وقلنا بالمذهب انه يلزمه اتمامه فجامع فيه لزمه الكفارة كباقي الأيام . قال أصحابنا : وحيث لا يلزم هؤلاء المذكورين الامساك يستحب لهم

ألا يأكلوا بحضور من لا يعرف حالهم • لما ذكره المصنف ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وأما الحائض والنفساء فلا يجب عليهما الصوم ، لأنه لا يصح منهما ، فاذا طهرتا وجب عليهما القضاء لما روت عائشة رضى الله عنها [أنها] قالت فى الحيض : « كنا نؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر بقضاء الصلاة » فوجب القضاء على الحائض بالخبر وقيس عليها النفساء لأنها فى معناها ، فان طهرت فى أثناء النهار استحب لها أن تمسك بقية النهار ولا يجب • لما ذكرناه فى الصبى اذا بلغ والمجنون اذا أفاق) •

(الشرح) حديث عائشة هذا رواه مسلم بلفظه ، ورواه البخارى مقتصرا على نفى الأمر بقضاء الصلاة • وقولها : « كنا نؤمر » معناه كان النبى صلى الله عليه وسلم يأمرنا بذلك ، وهو صاحب الأمر عند الاطلاق •

(وقوله) طهرتا — بفتح الهاء وضمها — والفتح أفصح وأشهر ، وسبق فى كتاب الحيض الفرق بين قضائها للصوم دون الصلاة ، وأنهما مجمع عليهما ، وأن حكمته تكرر الصلاة فيشق قضاؤها بخلاف الصوم ، وأن أبا الزناد وامام الحرمين خالفا فى الحكمة •

(أما أحكام الفصل) ففيه مسائل :

(احداها) لا يصح صوم الحائض والنفساء ، ولا يجب عليهما ويحرم عليهما ويجب قضاؤه ، وهذا كله مجمع عليه ، ولو أمسكت لا بنية الصوم لم تأثم ، وانما تأثم اذا نوته ، وان كان لا ينعقد ، وقد ذكر المصنف هنا وفى باب الحيض دلائل هذا كله مع ما ضممته هناك اليه •

(الثانية) اذا طهرت فى أثناء النهار يستحب لها امساك بقيته ، ولا يلزمها ، لما ذكره المصنف ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور ،

ونقل امام الحرمين وغيره اتفـاق الأصحاب عليه ، وحكى صاحب العدة فى وجوب الامساك عليها خلافا ، كالمجنـون والصبى ، وهـذا شاذ مردود • وحكى أصحابنا عن أبى حنيفة والاوزاعى والثورى وجـوب الامساك •

(الثالثة) وجوب قضاء الصوم على الحائض والنفسـاء ، انما هو بأمر مجدد ، وليس هو واجبا عليها فى حال الحيض والنفاس • هذا هو المذهب ، وبه قطـع الجمهور وحكى القاضى حسين وامام الحرمين والمتولى فى باب الحيض وجها أنه لا يجب عليها الصوم بحـال ، ويتاخر الفعل الى الامكان ، قال الامام : وانكره المحققـون لأن شرط الوجـوب اقتران الامكان به ، والصواب الأول ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن لا يقـدر على الصـوم بحال ، وهو الشيخ الكبيـر الذى يجهده الصـوم ، والمريض الذى لا يرجى برؤه ، فانه لا يجب عليهما الصـوم ، لقوله عز وجل « وما جعل عليكم فى الدين من حـرج »(١) وفى الفدية قولان (احدهما) لا تجب ، لانه سقط عنهما فرض الصـوم فلم تجب عليهما الفدية ، كالصبى والمجنون (والثانى) يجب عليه كل يوم مد من طعـام وهو الصحيح ، لمـا روى ابن عباس رضى الله عنهما قال : [« الشيخ الكبير يطعم عن كل يوم مسكينا » وعن أبى هريرة أنه قال(٢)] « من ادركه الكبر فلم يستطع صيام رمضـان فعليه لكل يوم مد من قمح » • وقال ابن عمر رضى الله عنهما : « اذا ضعفت عن الصـوم أطعم عن كل يوم مدا » وروى أن أنسا رضى الله عنه « ضعف عن الصوم عاما قبل وفاته فافطـر وأطعم » وان لم يقـدر على الصوم لمرض يخاف زيادته ويرجو البرء لم يجب عليه الصـوم للآية ، فاذا برىء وجب عليه القضـاء لقوله عز وجل « فمن كان منكم مريضـا أو على سفر فعدة من أيام أخـر »(٣) وان أصبح صائما وهو صحيح ،

---

(١) الحج : ٧٨ •

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من ش و ق ، فقد جاء حديث أبى هريرة منسوبا لابن عباس وحذف حديث ابن عباس • وهذا خلل كبير وقد تداركناه ولله الحمد والمنة (ط) •

(٣) البقرة : ١٨٤ •

ثم مرض افطـر ، لأنه أبيح له الفطـر للضرورة والضرورة موجـودة فجاز له الفطر) •

(الشرح) الأثر المذكور عن ابن عباس رواه البخـارى عنه فى صحيحه فى كتاب التفسير ، والأثر عن أبى هريرة رواه البيهقى ، والأثر عن أنس رواه الدارقطنى والبيهقى (وقوله) يجهده هو ـ بفتح الياء والهاء ـ ويقال بضم الياء وكسر الهاء ـ قال ابن فارس والجوهرى وغيرهما : يقال جهد وأجهد اذا حمله فوق طاقته ، وجهده أفصـح (وقوله) برأ ، هذا هو الفصيح ، ويقال برىء وبروء ، وقد سبق مبسوطا فى باب التيمم •

(أما الأحكام) ففيه مسائل :

(احداها) قال الشافعى والأصحاب : الشيخ الكبير الذى يجهده الصوم أى يلحقه به مشقة شديدة ، والمريض الذى لا يرجى برؤه لا صوم عليهما بلا خلاف ، وسيأتى نقل ابن المنذر الاجماع فيه ، ويلزمهما الفدية على أصح القولين •

(والثانى) لا يلزمهما ، والفدية مد من طعام لكل يوم ، وهذا الذى ذكرناه من صحيح وجوب الفدية متفق عليـه عند أصحابنا ، وبه قال جمهور العلماء ، وهو نص الشـافعى فى المختصر وعامة كتبه • ونصه فى القديم وحرملة من الجديد أن لا فدية عليه ، وقال فى البويطى : هى مستحبة واتفقـوا على أنه لو تكلف الصـوم فصام فلا فدية ، والعجوز كالشيخ فى جميع هذا ، وهو اجماع ، والله أعلم •

(الثانية) المريض العاجز عن الصوم لمرض يرجى زواله لا يلزمه الصوم فى الحال ، ويلزمه القضاء ، لمـا ذكره المصنف ، هـذا اذا لحقه مشقة ظاهرة بالصوم ولا يشترط أن ينتهى الى حالة لا يمكنه فيها الصوم ، بل قال أصحابنا : شرط اباحة الفطـر أن يلحقه بالصوم مشقة يشق احتمالها ، قالوا : وهو على التفصيل السـابق فى باب التيمم •

قال أصحابنا : وأما المرض اليسير الذى لا يلحق به مشقة ظاهرة لم يجز له الفطر بلا خلاف عندنا ، خلافا لأهل الظاهر ، قال أصحابنا : ثم المرض المجوز للفطر ان كان مطبقا فله ترك النية بالليل ، وان كان يحم وينقطع ، ووقت الحمى لا يقدر على الصوم ، واذا لم تكن حمى يقدر عليه فان كان محموما وقت الشروع فى الصوم فله ترك النية ، والا فعليه أن ينوى من الليل ، ثم ان عاد المرض واحتاج الى الفطر أفطر ، والله أعلم .

(الثالثة) اذا أصبح الصحيح صائما ثم مرض ، جاز له الفطر بلا خلاف ، لما ذكره المصنف .

(فرع) قال أصحابنا وغيرهم : من غلبه الجوع والعطش فخاف الهلاك لزمه الفطر وان كان صحيحا مقيما لقوله تعالى : « **ولا تقتلوا أنفسكم [ان الله] كان بكم رحيما** »(١) وقوله تعالى : « **ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة** »(٢) ويلزمه القضاء كالمريض . والله أعلم .

(فرع) قال أصحابنا : لو نذر الشيخ الكبير العاجز ، أو المريض الذى لا يرجى برؤه ، ففى انعقاده وجهان (أصحهما) لا ينعقد لأنه عاجز ، وبنى المتولى وآخرون هذين الوجهين على وجهين ، ونقلوهما فى أنه يتوجه على الشيخ العاجز الخطاب بالصوم ، ثم ينتقل الى الفدية للعجز ؟ أم يخاطب ابتداء بالفدية ؟ والأصح أنه يخاطب بالفدية ابتداء ، فلا ينعقد نذره .

(فرع) اذا أوجبنا الفدية على الشيخ والمريض المأيوس من برئه ، وكان معسرا ، هل يلزمه اذا أيسر ؟ أم يسقط عنه ؟ فيه قولان كالكفارة (والأصح) فى الكفارة بقاؤها فى ذمته الى اليسار ، لأنها فى مقابلة جنايته ، فهى كجزاء الصيد ، وينبغى أن يكون الأصح هنا أنها تسقط ، ولا يلزمه اذا أيسر ، كالفطرة لأنه عاجز حال التكليف بالفدية وليست فى مقابلة جناية ونحوها ، وقطع القاضى فى المجرد أنه اذا أيسر بعد الافطار لزمه الفدية ، فان لم يفد حتى مات لزمه

---

(١) النساء : ٢٩ . (٢) البقرة : ١٩٥ .

اخراجها من تركته ، قال : لأن الاطعـام فى حقه كالقضـاء فى حق المريض والمسافر ، قال : وقد ثبت أن المريض والمسافر لو ماتا قبـل تمكنهما من القضاء لم يجب شىء ، وان زال عذرهما وقدرا على القضاء لزمهما ، فان ماتا قبله وجب أن يطعم عنهما مكان كل يوم مد طعام ، فكذا هنا ، هذا كلام القاضى •

(فـرع) اذا أفطـر الشيخ العاجز ، والمريض الذى لا يرجى برؤه ، ثم قدر على الصـوم فهل يلزمه قضاء الصـوم ؟ فيه وجهان حكاهما الدارمى ، وقال البغوى ونقله القاضى حسين : نه لا يلزمه • لأنه لم يكن مخاطبا بالصـوم • بل بالفدية • بخلاف المعضوب اذا أحج عن نفسه ثم قدر فانه يلزمه الحج على أصح القولين لأنه كان مخاطبا به • ثم اختار البغـوى لنفسه أنه اذا قدر قبل أن يفـدى لزمه الصوم وان قدر بعد الفدية فيحتمل أن يكون كالحج • لأنه كان مخاطبا بالفدية على توهم دوام عذره • وقد بان خلافه • والله أعلم •

فـرع

فى مذاهب العلماء فى الشيخ العاجز عن الصوم

ذكرنا أن مذهبنا أنه لا صوم عليه • ويلزمه الفدية على الأصح • وهى مد من طعام عن كل يوم • سواء فى الطعـام البر والتمر والشعير وغيرها من أقوات البلد • هذا اذا كان ينالـه بالصـوم مشقة لا تحتمل • ولا يشترط خوف الهلاك • وممن قال بوجوب الفدية وأنها مد ، طاوس وسعيد بن جبير والثورى والأوزاعى قال أبو حنيفة : يجب لكل يوم صاع تمر ، أو نصف صاع حنطة • وقال أحمد : مد حنطة أو مدان من تمر أو شعير • وقال مكحول وربيعة ومالك وأبو ثور : لا فدية ، واختاره ابن المنذر • قال ابن المنذر : وأجمعوا على أن للشيخ والعجوز العاجزين الفطر •

(فـرع) اتفق أصحابنا على أنه لا يجوز للشيخ العاجز والمريض الذى لا يرجى برؤه تعجيـل الفدية قبل دخول رمضان ، ويجـوز بعد طلوع فجـر كل يوم ، وهل يجـوز قبل الفجر فى رمضان ؟ قطع الدارمى بالجواز ، وهو الصـواب • وقال صاحب البحـر : فيه احتمالان لوالده ، وليس بشىء ، ودليله القياس على تعجيل الزكاة •

(فأما المسافر ، فانه ان كان سفره دون أربعة برد(١) ، لم يجز له ان يفطر لأنه اسقاط فرض للسفر ، فلا يجوز فيما دون أربعة برد كالقصر ، وان كان سفره فى معصية لم يجز له أن يفطر ، لأن ذلك اعانة على المعصية ، وان كان سفره أربعة برد فى غير معصية فله أن يصوم وله أن يفطر ، لما روت عائشة رضى الله عنها أن حمزة ابن عمرو الأسلمى قال : « يا رسول الله أصوم فى السفر ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان شئت فصم ، وان شئت فأفطر » • فان كان ممن لا يجهده الصوم فى السفر ، فالأفضل أن يصوم • لما روى عن أنس رضى الله عنه أنه قال للصائم فى السفر : « ان افطرت فرخصة وان صمت فهو أفضل » وعن عثمان بن أبى العاص أنه قال : « الصوم أحب الى » • ولأنه اذا أفطر عرض الصوم للنسيان وحوادث الزمان ، فكان الصوم أفضل ، وان كان يجهده الصوم فالأفضل أن يفطر • لما روى جابر رضى الله عنه قال : « مر رسول الله صلى الله عليه وسلم [فى سفر](٢) برجل تحت شجرة يرش عليه الماء • فقال : ما بال هذا ؟ قالوا : صائم يا رسول الله • فقال : ليس من البر الصيام فى السفر » • فان صام المسافر ثم أراد أن يفطر ، لأن العذر قائم فجاز له أن يفطر كما لو صام المريض ثم أراد أن يفطر • ويحتمل عندى أنه لا يجوز له أن يفطر فى ذلك اليوم ، لأنه دخل فى الصلاة بنية الاتمام ثم اراد أن يقصر • ومن اصبح فى الحضر صائما ثم سافر لم يجز له أن يفطر فى ذلك اليوم • وقال المزنى : له أن يفطر كما لو أصبح الصحيح(٣) صائما ، ثم مرض فله أن يفطر والمذهب الأول • والدليل عليه أنه عبادة تختلف بالسفر والحضر • فاذا بدا بها فى الحضر ثم سافر لم يثبت له رخصة السفر كما لو دخل الصلاة فى الحضر ثم سافر فى أثنائها ويخالف المريض ، فان ذلك مضطر الى الافطار والمسافر مختار) •

(الشرح) حديث عائشة رضى الله عنها رواه البخارى ومسلم •

---

(١) بضم الباء والراء •

(٢) سقط فى النسخة المطبوعة من المهذب (فى سفر) (ط) •

(٣) فى النسخة المطبوعة : كما لو أصبح الصبح صائما (ط) •

وحديث جابر رضى الله عنه رواه البخارى ومسلم أيضا ، والأثران عن أنس وعثمان بن أبى العاص رواهما البيهقى ، وعثمان هـذا صحابى ثقفى رضى الله عنه •

وقوله (أربعة برد) بضم الباء والراء ، وهى ثمانية وأربعون ميلا بالهاشمى ، وسبق بيان هذا كله مبسوطا فى باب صلاة المسافر ، وقوله (اسقاط فرض للسفر) احتراز عن استقبال القبلة فى صلاة النفـل ، فانه اسقاط لا فرض • وقوله (للسفر) احتراز عمن عجز عن القيام فصلى قاعدا • قوله (يجهده) بفتح الياء وضمها ـ وسبق بيانه قريبا •

(**أما الأحكام**) ففيه مسائل (احداها) لا يجوز الفطر فى رمضان فى سفر معصية بلا خلاف ولا فى سفر آخر دون مسافة القصر بلا خلاف ، وقد سبق هذان فى باب مسح الخف وفى باب صلاة المسافر ، فان كان سفره فوق مسافة القصر وليس معصية فله الفطـر فى رمضان بالاجماع ، مع نص الكتاب والسنة • قال الشافعى والأصحاب : له الصـوم وله الفطـر • وأما أفضلهما فقال الشـافعى والأصحـاب : ان تضرر بالصـوم فالفطـر أفضـل والا فالصـوم أفضل ، وذكر الخراسانيون قولا شـاذا ضعيفـا مخـرجا من القصر أن الفطـر أفضـل مطلقا والمذهب الأول ، والفـرق أن فى القصر تحصـل الرخصـة مع براءة الذمـة ، وهنا اذا أفطـر تبقى الذمـة مشـغولة ، ولأن فى القصر خروجا من الخلاف ، وليس هنا خلاف يعتد به فى ايجاب الفطر ، وقال المتولى : لو لم يتضرر فى الحال بالصـوم ، لكن يخاف الضعف منه وكان سفر حج أو عمرة فالفطر أفضل •

(الثانية) اذا أفطـر المسافر لزمه القضاء ولا فدية ، قال الله تعالى : « **فمن كان منكم مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر** »(١) معناه وأراد الفطـر فله الفطـر وعليه عدة من أيام أخر •

(الثالثة) لو أصبح فى أثناء سفره صائما ثم أراد أن يفطـر فى نهاره فله ذلك من غير عذر ، نص عليه الشافعى وقطع به جميع الأصحاب وفيه احتمال للمصنف ولامام الحرمين أنه لا يجـوز • وحكاه الرافعى وجها ، وقد ذكر المصنف دليله ، وفرق صاحب الحاوى بيـن القصر

---

(١) البقرة : ١٨٤ •

والفطـر بأن من دخل فى الصلاة تامة التزم الاتمام فلم يجـز له القصر لئلا يذهب ما التزمه لا الى بدل ، وأما المسافر اذا صـام ثم أفطـر فلا يترك الصوم الا الى بدل وهو القضاء ، فجاز له ذلك مع دوام عذره ، واذا قلنا بالنص وقول الأصحاب : ان له الفطـر ففى كراهته وجهان (أصحهما) لا كراهة للحديث الصحيح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فعل ذلك •

(الرابعة) اذا سافر المقيم فهل له الفطر فى ذلك اليوم ؟ له أربعة أحوال : (أحدها) أن يبدأ السفر بالليل ويفارق عمران البلد قبـل الفجر ، فله الفطر بلا خلاف •

(الثانى) أن لا يفارق العمران الا بعد الفجـر ، فمذهب الشافعى المعروف من نصوصه ، وبه قال مالك وأبو حنيفة : ليس له الفطـر فى ذلك اليوم • وقال المزنى : له الفطـر ، وهو مذهب أحمد واسحاق ، وهو وجه ضعيف حكاه أصحابنا عن غير المزنى من أصحابنا أيضـا والمذهب الأول ، فعلى هذا لو جامع فيه لزمه الكفـارة لأنه يوم من رمضان وهو صائم فيه صوما لا يجـوز فطره ، ودليل الجميع فى الكتاب • قال صاحب الحاوى : وقيل : ان المزنى رجع عن هذا المنقـول عنه • وقال : اضربوا على قولى ، قال : وكان احتج بأن النبى صلى الله عليه وسلم « خرج عام الفتح من المدينة صائما حتى بلغ كراع الغميم أفطـر فظن أنه أفطـر فى نهاره » • وهذا الحديث فى الصحيحين ، وكراع الغميم(١) عند عسفان بينه وبين المدينة نحو سبعة أيام أو ثمانية ، فلم يفطـر النبى صلى الله عليه وسلم فى يوم خروجه ، والله أعلم •

(الثالث) أن ينوى الصيام فى الليل ثم يسافر ولا يعـلم هل سافر قبل الفجـر أو بعده • قال الصيمرى والمـاوردى وصاحب البيان وغيرهم : ليس له الفطـر لأنه يشك فى مبيح الفطـر ولا يباح بالشك •

(الرابع) أن يسافر من بعـد الفجر ولم يكن نوى الصيام فهذا ليس بصائم لاخلاله بالنية من الليل فعليه قضاؤه ويلزمه الامسـاك هذا

---

(١) كراع الغميم بينه وبين مكة نحو عشرة أميال (ط) •

اليوم لأن حرمته قد ثبتت بطلوع الفجر وهو حاضر • هكذا ذكره الصيمرى والماوردى وصاحب البيان وهو ظاهر ، ويجىء فيه قول المزنى ، والوجه الموافق له ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان قدم المسافر وهو مفطر ، أو برأ المريض وهو مفطر ، استحب لهما امساك بقية النهار لحرمة الوقت ، ولا يجب ذلك لأنهما أفطرا بعذر ، ولا يأكلان عند من لا يعرف عذرهما لخوف التهمة والعقوبة ، وان قدم المسافر وهو صائم أو برأ المريض وهو صائم فهل لهما أن يفطرا ؟ فيه وجهان • قال أبو على ابن أبى هريرة : يجوز لهما الافطار لأنه أبيح لهما الفطر من أول النهار ظاهرا وباطنا فجاز لهما الافطار فى بقية النهار ، كما لو دام السفر والمرض • وقال أبو اسحاق : لا يجوز لهما الافطار ، لأنه زال سبب الرخصة قبل الترخص فلم يجز الترخص ، كما لو قدم المسافر وهو فى الصلاة فانه لا يجوز له القصر) •

(**الشرح**) فيه مسائل (احداها) [اذا] قدم المسافر أو برأ المريض وهما مفطران يستحب امساك بقية يومه ولا يجب عندنا وأوجبه أبو حنيفة • دليلنا أنهما أفطرا بعذر (الثانية) يستحب اذا أكلا أن لا يأكلا عند من يجهل عذرهما للعلة المذكورة (الثالثة) اذا قدم المسافر وهو صائم حل له الفطر ؟ فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أحدهما) نعم وبه قال ابن أبى هريرة ، ونقله الماوردى عن نصه فى حرملة (وأصحهما) عند القاضى أبى الطيب وجمهور الأصحاب لا يجوز ، وهو قول أبى اسحاق • وهكذا الحكم لو نوى المسافر الاقامة فى بلد بحيث تنقطع رخصه ولو برأ المريض وهو صائم فطريقان (أصحهما) وبه قطع المصنف وشيخه القاضى أبو الطيب وآخرون ، فيه الوجهان كالمسافر (أصحهما) يحرم الفطر (والثانى) يجوز (والطريق الثانى) وبه قطع الفورانى وجماعة من الخراسانيين يحرم الفطر وجها واحدا •

(الرابعة) لو قدم المسافر ولم يكن نوى من الليل صوما ولا أكل فى نهاره قبل قدومه فطريقان (أصحهما) وبه قطع القاضى أبو الطيب فى

المجرد والدارمى والماوردى وآخرون • ونقله الماوردى عن نصه فى الأم : له الأكل لأنه مفطر لعدم النية من الليل ، فجاز له الأكل كالمفطر بالأكل (والثانى) حكاه الفورانى وغيره من الخراسانيين فى وجوب الامساك وجهان (الصحيح) لا يلزمه (والثانى) يلزمه حرمة لليوم •

(فرع) لا يجوز للمسافر ولا للمريض أن يصوما فى رمضان غيره من قضاء أو نذر أو كفارة أو تطوع ، فان صام شيئا من ذلك لم يصح صومه لا عن رمضان ولا عما نوى ولا غيره • وهذا مذهبنا وبه قال مالك وأحمد وجمهور العلماء • وقال أبو حنيفة فى المريض كقولنا ، وقال فى المسافر : يصح ما نوى • دليلنا القياس على المريض •

(فرع) اذا قدم المسافر فى أثناء نهار [رمضان] وهو مفطر ، فوجد امرأته قد طهرت فى أثناء النهار من حيض أو نفاس ، أو برأت من مرض وهى مفطرة فله وطؤها ولا كفارة عليه عندنا بلا خلاف ، وقال الأوزاعى : لا يجوز وطؤها • دليلنا أنهما مفطران فأشبه المسافرين والمريضين •

(فرع) اذا دخل على الانسان شهر رمضان وهو مقيم جاز له أن يسافر ويفطر هذا مذهبنا ومذهب مالك وأبى حنيفة والثورى والأوزاعى وأحمد والعلماء كافة الا ما حكاه أصحابنا عن أبى مخلد التابعى أنه لا يسافر ، فان سافر لزمه الصوم وحرم الفطر وعن عبيدة السلمانى ــ بفتح العين ــ وسويد بن غفلة ــ بفتح الغين المعجمة والفاء ــ التابعين أنه يلزمه الصوم بقية الشهر ولا يمتنع السفر لقوله تعالى « **فمن شهد منكم الشهر فليصمه** » دليلنا قوله تعالى : « **فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر** » وفى الصحيحين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « خرج فى غزوة الفتح فى رمضان مسافرا وأفطر » والآية التى احتجوا بها محمولة على من شهد كل الشهر فى البلد ، وهو حقيقة الكلام ، فان شهد بعضه لزمه صوم ما شهد منه فى البلد ، ولابد من هذا التفسير للجمع بين الأدلة •

فـــرع
فى مذاهب العلماء فى السفر المجوز للفطر

ذكرنا أن مذهبنا أنه ثمانية وأربعون ميلا بالهاشمى ، وهذه المراحل مرحلتان قاصدتان وبهذا قال مالك وأحمد ، وقال أبو حنيفة : لا يجـوز الا فى سفر يبلغ ثلاثة أيام كما قال فى القصر ، وقال قوم : يجوز فى كل سفر وان قصر ، وسبقت هذه المذاهب بأدلتها فى صلاة المسافر .

فـــرع
فى مذاهبهم فى جواز الصوم والفطر

مذهبنا جوازهما وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد والجمهـور من الصحابة والتابعين ومن بعدهم . قال العبدرى : هو قول العلماء . وقالت الشيعة : لا يصح وعليه القضـاء ، واختلف أصحاب داود الظاهرى فقال بعضهم : يصح صومه ، وقال بعضهم : لا يصح ، وقال ابن المنذر : « كان ابن عمر وسعيد بن جبير يكرهان صوم المسافر » قال : وروينا عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه قال : « ان صام قضاه » قال : وروى عن ابن عباس قال : « لا يجزئه الصيام » وعن عبد الرحمن ابن عوف قال : « الصائم فى السفر كالمفطر فى الحضر » وحكى أصحابنا بطلان صوم المسافر عن أبى هريرة وأهل الظاهر والشيعة .

واحتج هؤلاء بحديث جابر رضى الله عنه قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم فى سفر فرأى رجلا قد ظلل عليه ، فقال : ما هذا ؟ قالوا : صائم . فقال : ليس من البر الصوم فى السفر » رواه البخارى ومسلم ، وفى رواية لمسلم « ليس البر أن تصوموا فى السفر » وعن جابر أيضا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج عام الفتح الى مكة فى رمضان فصـام حتى بلغ كراع الغميم فصام الناس ثم دعا بقـدح من ماء فرفعه حتى نظـر الناس اليه ثم شرب ، فقيل بعد ذلك ان بعض الناس قد صام ، فقال : أولئك العصاة ، أولئك العصاة » رواه مسلم .

وعن أنس رضى الله عنه قال : « كنا مع رسول الله صلى الله عليه

وسلم فى سفر أكثرنا ظلا صاحب الكساء ، فمنا من يقى الشمس بيده ، فسقط الصوام ، وقام المفطرون فضربوا الأبنية وسقوا الركاب ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ذهب المفطرون اليوم بالأجر » رواه البخارى ومسلم • وعن ابن عمر رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ان الله يحب أن تؤتى رخصه(١) كما يكره أن تؤتى معصيته » رواه احمد بن حنبل فى مسنده وابن خزيمه فى صحيحه •

واحتج أصحابنا بحديث عائشة رضى الله عنها أن حمزة بن عمرو قال للنبى صلى الله عليه وسلم : « أصوم فى السفر ؟ قال : ان شئت فصم ، وان شئت فأفطر » رواه البخارى ومسلم • وعن حمزة بن عمرو رضى الله عنه أنه قال : « يا رسول الله •• أجد بى قوة على الصيام فى السفر فهل على جناح ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هى رخصة من الله تعالى فمن أخذ بها فحسن ، ومن أحب أن يصوم فلا جناح عليه » رواه مسلم •

وعن أبى الدرداء رضى الله عنه قال : « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى شهر رمضان فى حر شديد ، ما فينا صائم الا رسول الله صلى الله عليه وسلم وعبد الله بن رواحة » رواه البخارى ومسلم • وعن أنس رضى الله عنه قال : « كنا نسافر مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يعيب الصائم على المفطر ولا المفطر على الصائم » رواه البخارى ومسلم • وعن أبى سعيد الخدرى وجابر رضى الله عنهما قالا : « سافرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فيصوم الصائم ويفطر المفطر ، ولا يعيب بعضهم على بعض » رواه مسلم •

وعن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه قال : « كنا نغزو مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى رمضان فمنا الصائم ومنا المفطر ، فلا يجد الصائم على المفطر ، ولا المفطر على الصائم ، يرون أن من وجد قوة فصام فان ذلك حسن ويرون أن من وجد ضعفا فأفطر فان ذلك حسن » رواه مسلم • وعن أبى سعيد أيضا قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من صام يوما فى سبيل الله عز وجل باعد الله وجهه عن النار سبعين خريفا » رواه البخارى ومسلم • وعن

---

(١) بضم الراء وفتح الخاء وضم الصاد .

ابن عباس رضى الله عنهما قال : « سافر رسول الله صلى الله عليه وسلم فى رمضـــان فصام حتى بلغ عسفان ، ثم دعا باناء من ماء فشرب نهارا ليراه الناس ، فافطـــر حتى قدم مكة ، فكان ابن عباس يقول : صام رسول الله صلى الله عليه وسلم فى السفر وافطـــر ، فمن شاء صام ومن شاء أفطـــر » رواه البخارى •

وعن عائشة رضى الله عنها قالت : « خرجت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى عمرة فى رمضان فأفطر رسول الله صلى الله عليه وسلم وصمت ، وقصر وأتممت ، فقلت : بأبى وأمى أفطـــرت وصمت ، وقصرت وأتممت فقال : أحسنت يا عائشة » رواه الدارقطنى ، وقال : اسناده حسن ، وقد سبق بيانه فى صلاة المسافر ، وفى المسألة أحاديث كثيرة صحيحة سوى ما ذكرته •

وأما الأحاديث التى احتج بها المخالفـــون ، فمحمولة على من يتضرر بالصـــوم ، وفى بعضها التصريح بذلك ، ولابد من هذا التأويل ليجمع بين الأحاديث •

(وأما) المنقول عن عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه « الصائم فى السفر كالمفطر فى الحضر » فقال البيهقى : هو موقوف منقطع ، وروى مرفوعا واسناده ضعيف ، والله أعلم •

(فـــرع) فى مذاهبهم فيمن أطاق الصوم فى السفر بلا ضرر ، هل الأفضل صومه فى رمضان ؟ أم فطره ؟ قد ذكرنا مذهبنا أن صومه أفضل وبه قال حذيفة بن اليمان وأنس بن مالك وعثمان بن أبى العاص رضى الله عنهم ، وعـــروة بن الزبير والأســـود بن يزيـــد وأبو بكر ابن عبد الرحمن بن الحارث وسعيد بن جبير والنخعى والفضيل بن عياض ومالك وأبو حنيفة والثـــورى وعبد الله بن المبارك وأبو ثور وآخرون ، وقال ابن عباس وابن عمر وابن المسيب والشعبى والأوزاعى وأحمـــد واسحاق وعبد الملك بن المـــاجشون المـــالكى : الفطـــر أفضل ، وقال آخـــرون : هما سواء ، وقال مجاهد وعمر بن عبد العزيز وقتادة : الأفضل منهما هو الأيسر والأسهل عليـــه ، قال ابن المنذر : وبه أقـــول •

واحتج لمن رجح الفطر بالأحاديث السابقة كقوله صلى الله عليه وسلم « ليس من البر الصوم فى السفر » وقوله صلى الله عليه وسلم فى الصائمين : « أولئك العصاة » وحديث ابن عباس رضى الله عنهما « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج عام الفتح فى رمضان فصام حتى بلغ كراع الكديد وهو ــ بفتح الكاف ــ ثم أفطــر ، قال : وكان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبعون الأحدث فالأحدث من أمره » رواه البخارى ومسلم ، وحديث حمزة بن عمرو السابق « هى رخصة من الله فمن أخذ بها فحسن ومن أحب أن يصــوم فلا جناح عليه » •

واحتج أصحابنا بحديث أبى الدرداء السابق فى صيام النبى صلى الله عليه وسلم وعبد الله بن رواحة وبحديث أبى سعيد السابق « كنا نغزو مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى رمضان ، فمنا الصائم ومنا المفطر » الى آخره ، وهذان الحديثان هما المعتمد فى المسألة ، وكذا حديث عائشة (قصرت وأتممت) فى صيام النبى الى آخره (وأما) الحديث المروى عن سلمة بن المحبق ــ بكسر الباء وفتحها ــ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من كان فى سفر على حمولة يأوى الى شبع فليصم حيث أدركه رمضان » فهو حديث ضعيف رواه البيهقى وضعفه ، ونقــل عن البخارى تضعيفه وأنه ليس بشىء وكذا الحديث المرفوع عن أنس عن النبى صلى الله عليه وسلم « ان أفطرت فهو رخصة وان صمت فهو أفضــل » حديث منكر قاله البيهقى وانما هو موقوف على أنس •

(والجواب) عن الأحاديث التى احتج بها القائلون بفضل الفطر أنها محمولة على من يتضرر بالصوم ، وفى بعضها التصريح بذلك كما سبق ، ولابد من هذا التأويل ليجمع بين الأحاديث ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان خافت الحامل والمرضع على أنفسهما أفطــرتا وعليهمــا القضــاء دون الكفارة لأنهما أفطــرتا للخوف على أنفســهما فوجب

عليهما القضـــاء دون الكفارة كالمريض ، وان خافتا على ولديهما أفطرتا وعليهما القضاء بدلا عن الصوم ، وفى الكفارة ثلاثة أوجه(١) .

(قال) فى الأم : يجب عن كل يوم مد من الطعام وهو الصحيح لقوله تعالى : « وعلى الذين يطيقونه فدية »(٢) قال ابن عباس : نسخت هذه الآية ، وبقيت [الرخصة] للشيخ الكبير والعجوز ، والحـــامل والمرضع اذا خافتا [على ولديهما] افطرتا وأطعمتا كل يوم مسكينا (والثانى) أن الكفارة مستحبة غير واجبة ، وهو قول المزنى لأنه افطار بعذر ، فلم تجب فيه الكفارة كافطـــار المريض (والثالث) يجب على المرضع دون الحامل لأن الحامل أفطـــرت لمعنى فيها فهى كالمريض ، والمرضع أفطـــرت لمنفصـــل عنها فوجب عليها الكفارة ، والله أعلم) .

(الشرح) هذا المنقـــول عن ابن عباس رضى الله عنهما رواه أبو داود باسناد حسن عنه ، قال أصحابنا : الحامل والمرضع ان خافتا من الصوم على أنفسهما أفطـــرتا وقضتا ، ولا فدية عليهما كالمريض ، وهذا كله لا خلاف فيه ، وان خافتا على أنفسهما وولديهما فكذلك بلا خلاف ، صرح به الدارمى والسرخسى وغيرهما ، وان خافتا على ولديهما لا على أنفسهما أفطـــرتا وقضتا بلا خلاف ، وفى الفدية هذه الأقوال التى ذكرها المصنف (أصحها) باتفاق الأصحاب وجوبها كما صححه المصنف ، وهو المنصوص فى الأم والمختصر وغيرهما .

قال صاحب الحـــاوى : وهو نصه فى القديم والجديد ، ونقله الربيع والمزنى ، قال هو وغيره : ونص فى البويطى على وجوب الفدية على المرضع دون الحامل فحصـــل فى الحمل قولان ونقل أبو على الطبرى فى الافصـــاح أن الشافعى نص فى موضع آخـــر على أن الفدية ليست بواجبة على واحـــدة منهما ، بل هى مستحبة ، وجعـــل المـــاوردى والسرخسى وآخـــرون هذا الثالث مخرجا من نص البويطى فى الحامل . قال المـــاوردى : ومنهم من أنكر هذا الثالث ، وكذا قاله غيره ، واقتصر البغـــوى والجرجانى وخلق من الأصحـــاب على قوليـــن فى الحامل

---

(١) فى النسخة المطبوعة من المهذب ثلاثة أقوال وما بين المعقوفين ليس فى ش و ق (ط) .

(٢) البقرة : ١٨٤ .

وقطعوا بالوجوب على المرضع • والله أعلم • فاذا أوجبنا الفدية فهل تتعدد بتعدد الأولاد ؟ فيه طريقان (أصحهما) وبه قطع البغوى : لا (والثانى) فيه وجهان حكاه الرافعى •

(فــرع) اذا أوجبنا الفدية على المرضع اذا أفطــرت للخوف على ولدها ، فلو استؤجرت لارضاع ولد غيرها (فالصحيح) بل الصواب الذى قطع به القاضى حسين فى فتاويه ، وصاحب التتمة وغيرهما أنه يجــوز لها الافطار وتفدى ، كما فى ولدها ، بل قال القاضى حسين : يجب عليها الافطار ان تضرر الرضيع بالصوم واستدل صاحب التتمة بالقياس على السفر ، فانه يستوى فى جواز الافطار به من سافر لغرض نفسه وغرض غيره بأجرة وغيرها ، وشذ الغزالى فى فتاويه فقال : ليس لها أن تفطــر ولا خيار لأهل الصبى وهذا غلط ظاهر •

قال القاضى حسين : وعلى من تجب فدية فطــرها فى هذا الحال ؟ فيه احتمالان هل هى عليها أم على المستأجر ؟ كما لو استأجر للتمتع فهل يجب دمه على الأجير أو المستأجر ؟ فيه وجهان ، كذا قال القاضى ، ولعل الأصح وجوبها على المرضع بخلاف دم التمتع فان الأصح وجوبه على المستأجر ، لأنه من تتمة الحج الواجب على المستأجر وهنا الفطر من تتمة ايصال المنافع الواجبة على المرضع • قال القاضى : ولو كان هناك نسوة مراضع فأرادت واحــدة أن تأخذ صبيا ترضعه تقــربا الى الله تعالى ، جاز لها الفطــر للخوف عليه ، وان لم يكن متعينا عليها •

(فــرع) لو كانت المرضع أو الحامل مسافرة أو مريضــة ، فأفطــرت بنية الترخص بالمرض أو السفر فلا فدية عليها بلا خلاف ، وان لم تقصــد الترخص وأفطــرت للخوف على الولد لا على نفســها ، ففى وجوب الفدية وجهان ، كالوجهين فى فطــر المسافر بالجمــاع لا بنية الترخص ، كذا ذكره البغوى وغيره ، والأصح فى جماع المسافر المذكور لا كفارة ، كما سنوضحه فى موضعه ان شاء الله تعالى •

فــــرع
فى مذاهب العلماء فى الحامل والمرضع اذا خافتا فأفطرتا

قد ذكرنا أن مذهبنا أنهما ان خافتا على أنفسهما لا غيــر ، أو على أنفسهما وولدهما أفطــرتا وقضتا ، ولا فدية عليهما بلا خلاف ،

وأن أفطـرتا للخوف على الولد أفطـرتا وقضتا والصحيح وجـوب الفدية ، قال ابن المنذر : وللعلماء فى ذلك أربعة مذاهب ، قال ابن عمر وابن عباس وسعيد بن جبيـر : يفطـران ويطعمان ، ولا قضاء عليهما ، وقال عطاء بن أبى رباح والحسن والضحاك والنخعى والزهرى وربيعة والأوزاعى وأبو حنيفة والثورى وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأى : يفطران ويقضيان ، ولا فدية كالمريض ، وقال الشافعى وأحمد : يفطران ويقضيان ويفديان ، وروى ذلك عن مجاهد ، وقال مالك : الحـامل تفطـر وتقضى ولا فدية والمرضع تفطـر وتقضى وتفـدى ، قال ابن المنذر : وبقول عطاء أقول •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجب صوم رمضـان الا برؤية الهلال فان غم عليهم وجب عليهم أن يستكملوا شعبان ثم يصـوموا ، لمـا روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسـلم قال : « صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته ، فان غم عليكم فأكملوا العدة ، ولا تستقبلوا الشهر استقبالا ») •

(الشرح) هذا الحديث رواه هكذا النسـائى باسناد صحيح ، ورواه مسلم من رواية ابن عباس ولفظه « ان الله قد أمده لرؤيته فان أغمى عليكم فأكملوا العدة » ورواه الترمذى ولفظه « لا تصوموا قبل رمضـان ، صوموا لرؤيته ، وأفطروا لرؤيته ، فان حالت دونه غيابة فأكملوا ثلاثين يوما » قال الترمذى حديث حسن صحيح (الغيابة) السحابة • وعن ابن عمر رضى الله عنهما قال : « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : اذا رأيتموه فصوموا واذا رأيتموه فأفطروا فان غم عليكم فاقدروا له » رواه البخارى ومسلم وفى رواية لمسلم « فاقدروا ثلاثين » وفى رواية له « فاذا رأيتم الهلال فصوموا ، واذا رأيتموه فأفطـروا ، فان أغمى عليكم فاقدروا له » وفى رواية « فان غم عليكم فصوموا ثلاثين يوما » وفى رواية « فان غبى(١) عليكم فأكملوا العدة » وفى رواية « فان أغمى عليكم الشهر فعدوا ثلاثين » هـذه الروايات كلها فى صحيح مسلم •

وفى رواية البخارى « فان غبى عليكم فأكملوا عدة شعبان ثلاثين »

---

(١) بفتح الغين وكسر الباء وفتح الياء •

وعن عائشة رضى الله عنها قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يتحفظ من شعبان ما لا يتحفظ من غيره ثم يصوم لرؤية رمضان ، فاذا غم عليه عد ثلاثين يوما ثم صام » رواه أبو داود والدارقطنى وقال : اسناده صحيح • وعن حذيفة رضى الله عنه قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تصوموا الشهر حتى تروا الهلال أو تكملوا العدة ، ثم صوموا حتى تروا الهلال أو تكملوا العدة » رواه أبو داود والنسائى والدارقطنى وغيرهم باسناد صحيح على شرط البخارى ومسلم ، وفى الباب أحاديث كثيرة بمعنى ما ذكرته •

واختلف العلماء فى معنى قوله صلى الله عليه وسلم : « فان غم عليكم فاقدروا له » فقال أحمد بن حنبل وطائفة قليلة : معناه ضيقوا له وقدروه تحت السحاب ، وأوجب هؤلاء صيام ليلة الغيم • وقال مطرف بن عبد الله وأبو العباس بن سريج وابن قتيبة وآخرون : معناه قدروه بحساب المنازل ، وقال مالك وابو حنيفة والشافعى وجمهور السلف والخلف : معناه قدروا له تمام العدد ثلاثين يوما • قال أهل اللغة : يقال قدرت الشيء — بتخفيف الدال — أقدره وأقدره بضمها وكسرها وقدرته بتشديدها ، وأقدرته بمعنى واحد وهو من التقدير • قال الخطابى وغيره : ومنه قوله تعالى **« فقدرنا فنعم القادرون »**(١) •

واحتج الجمهور بالروايات التى ذكرناها وكلها صحيحة صريحة : فأكملوا العدة ثلاثين واقدروا له ثلاثين ، وهى مفسرة لرواية فاقدروا له المطلقة • قال الجمهور : ومن قال بتقدير تحت السحاب فهو منابذ لصريح باقى الروايات ، وقوله مردود ، ومن قال بحساب المنازل فقوله مردود بقوله صلى الله عليه وسلم فى الصحيحين « انا أمة أمية لا نحسب ولا نكتب الشهر هكذا وهكذا » الحديث • قالوا : ولأن الناس لو كلفوا بذلك ضاق عليهم ، لأنه لا يعرف الحساب الا أفراد من الناس فى البلدان الكبار ، فالصواب ما قاله الجمهور ، وما سواه فاسد مردود بصرائح الأحاديث السابقة • وقوله صلى الله عليه وسلم : « فان غم عليكم » معناه حال بينكم وبينه غيم ، يقال غم وغمى وغمى بتشديد الميم وتخفيفها والغين مضمومة فيهما ، ويقال غبى بفتح الغين وكسر الباء ، وقد غامت السماء وغيمت وأغامت وتغيمت وأغمت ، وقوله

---

(١) المرسلات : ٢٣ •

صلى الله عليه وسلم « صوموا لرؤيته » المراد رؤية بعضكم ، وهل هو عدل أم عدلان ، فيه الخلاف المشهور • والله أعلم •

قال أصحابنا وغيرهم : ولا يجب صوم رمضان الا بدخوله ، ويعلم دخوله برؤية الهلال ، فان غم وجب استكمال شعبان ثلاثين ثم يصومون ، سواء كانت السماء مصحية أو مغيمة غيما قليلا أو كثيرا ، ودليله ما سبق • والله أعلم •

(فرع) ثبت فى صحيح البخارى ومسلم عن أبى بكرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « شهرا عيد لا ينقصان ، رمضان وذو الحجة » معناه لا ينقص أجرهما والثواب المرتب وان نقص عددهما ، وقيل : معناه لا ينقصان معا غالبا من سنة واحدة ، وقيل لا ينقص ثواب ذى الحجة عن ثواب رمضان ، لأن فيه المناسك والعشر ، حكاه الخطابى وهو ضعيف باطل ، والصواب الأول ولم يذكر صاحب التتمة غيره ، ومعناه أن قوله صلى الله عليه وسلم : « من قام رمضان ايمانا واحتسابا غفر له ما تقدم من ذنبه » « ومن صام رمضان وأتبعه بست من شوال كان كصيام الدهر » ونظائر ذلك ، فكل هذه الفضائل تحصل ، سواء تم عدد رمضان أم نقص • قال صاحب التتمة : وانما خص هذين الشهرين لتعلق العبادة بهما ، وهى الصوم والحج •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان أصبحوا يوم الثلاثين وهم يظنون أنه من شعبان فقامت البينة أنه من رمضان [لزمه] قضاء صومه ، لأنه بان أنه من رمضان ، وهل يلزمهم امساك بقية النهار ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يلزمهم لأنهم أفطروا بعذر فلم يلزمهم امساك بقية النهار كالحائض اذا طهرت والمسافر اذا أقام(١) (والثانى) يلزمهم لأنه أبيح لهم الفطر بشرط أنه من شعبان • وقد بان أنه من رمضان فلزمهم الامساك ، وان رأوا الهلال بالنهار فهو لليلة المستقبلة لما روى شقيق بن(٢) سلمة

---

(١) فى بعض النسخ : اذا قدم (ط) •

(٢) فى النسخة المطبوعة من المهذب : سفيان بن سلمة وهو خطأ ، والصواب شقيق وهو الأسدى أبو وائل الكوفى أحد سادة التابعين مخضرم عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي ومعاذ وطائفة (ط) •

قال : « أتانا كتاب عمر رضى الله عنه ونحن بخانقين أن الأهلة بعضها أكبر من بعض ، فاذا رأيتم الهلال نهارا فلا تفطروا حتى يشهد رجلان مسلمان أنهما رأياه بالأمس » وان رأوا الهلال فى بلد ولم يروه فى آخر ـ فان كانا بلدين متقاربين ـ وجب على أهل البلدين الصوم ، وان كانا متباعدين وجب على من رأى ولم يجب على من لم ير ، لما روى كريب قال : « قدمت الشام فرأيت الهلال ليلة الجمعة ، ثم قدمت المدينة فقال عبد الله بن عباس متى رأيتم الهلال ؟ فقلت ليلة الجمعة ، فقال : أنت رأيت ؟ قلت : نعم ورآه الناس وصاموا وصام معاوية ، فقال لكنا رأيناه ليلة السبت ، فلا نزال نصوم حتى نكمل العدة أو نراه ، قلت : أو لا تكتفى برؤية معاوية ؟ قال هكذا أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ») .

(**الشرح**) حديث كريب رواه مسلم ، وحديث شقيق عن عمر رضى الله عنه رواه الدارقطنى والبيهقى باسناد صحيح ، ذكره البيهقى فى موضعين من كتاب الصيام ثانيهما أواخر الكتاب فى شهادة الاثنين على هلال شوال ، وقال فى هذا الموضع هذا أثر صحيح عن عمر رضى الله عنه ، وقوله (بخانقين) هو بخاء معجمة ونون ثم قاف مكسورتين وهى بلدة بالعراق قريبة من بغداد ، وكريب هذا هو بضم الكاف ، وهو مولى ابن عباس .

(**أما الأحكام**) ففيه مسائل (احداها) اذا ثبت كون يوم الثلاثين من شعبان فأصبحوا مفطرين ، فثبت فى أثناء النهار كونه من رمضان وجب قضاؤه بلا خلاف وفى امساك بقية النهار طريقان (أحدهما) فيه قولان (أصحهما) وجوبه (والثانى) لا يجب ، وذكر المصنف دليلهما ، وبهذا الطريق قطع المصنف وقليلون من العراقيين والخراسانيين (والثانى) يجب الامساك قولا واحدا ، وهذا نصه فى المختصر وبه قطع كثيرون أو الأكثرون من العراقيين والخراسانيين ، منهم الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب فى المجرد وصاحب الحاوى والدارمى والمحاملى وآخرون من العراقيين والبغوى والسرخسى وآخرون من الخراسانيين .

قال المتولى : والخلاف فى وجوب الامساك اذا لم يكن أكل قبل ثبوت كونه من رمضان ، فان كان أكل وقلنا : : لا يجب الامساك

قبل الأكل فهنا أولى والا فوجهان (أصحهما) يجب لحرمة اليوم ، واذا أوجبنا الامساك فأمسك ، فهل هو صوم شرعى أم لا ؟ فيه وجهان حكاهما صاحب الحاوى والمحاملى وصاحب الشامل وآخرون ، واتفقوا على أن الصحيح أنه ليس بصوم شرعى •

قال صاحب الحاوى : قال أبو اسحاق المروزى : يسمى صوما شرعيا ، قال : وقال أكثر أصحابنا ليس هو بصوم شرعى وانما هو امساك شرعى لأنه لا يجزئه عن صوم رمضان ولا عن غيره بلا خلاف ، هكذا ذكر هؤلاء الوجهين فى أنه صوم شرعى أم لا • ونسبوا القول بأنه صوم الى أبى اسحاق • وقال القاضى أبو الطيب فى المجرد : فيه وجهان (أحدهما) أنه امساك شرعى يثاب عليه (والثانى) لا يثاب عليه • هكذا ذكرهما القاضى • وقال صاحب الشامل : يجب أن يقال فى امساكه ثواب ، وان لم يكن ثواب صوم •

قال : وحكى الشيخ أبو حامد عن أبى اسحاق أنه اذا لم يكن أكل ثم أمسك يكون صائما من حين أمسك • قال صاحب الشامل : وهذا لا يجىء على أصل الشافعى لأنه واجب فلا يصح بنية من النهار ، ولأنه لا يصح عن رمضان ولا نفل • قال : وينبغى أن يكون ما قاله أبو اسحاق أنه امساك شرعى يثاب عليه ، هذا كلامه ، فحصل فى المسألة ثلاثة أوجه (الصحيح) أنه يثاب على امساكه ولا يكون صوما (والثانى) يكون صوما (والثالث) لا يثاب عليه ، وهو الذى حكاه القاضى وهذان الوجهان فاسدان ، والله أعلم •

(المسألة الثانية) اذا رأوا الهلال بالنهار فهو لليلة المستقبلة ، سواء رأوه قبل الزوال أو بعده ، هذا مذهبنا لا خلاف فيه ، وبه قال أبو حنيفة ومالك ومحمد وقال الثورى وابن أبى ليلى وأبو يوسف وعبد المالك بن حبيب المالكى : ان رأوه قبل الزوال فلليلة الماضية أو بعده فللمستقبلة ، سواء أول الشهر وآخره ، وقال : ان كان فى أول الشهر ورأوه فللماضية ، وبعده للمستقبلة ، وان رأوه فى آخر رمضان بعد الزوال فللمستقبلة ، وقبله فيه روايتان عنه (احداهما) للماضية (والثانية) للمستقبلة ، واحتج لمن فرق بين ما قبل الزوال وبعده بما رواه البيهقى باسناده عن ابراهيم النخعي قال : « كتب عمر رضي الله عنه الى عتبة بن فرقد :

اذا رأيتم الهلال نهارا قبل أن تزول الشمس لتمام ثلاثين فأفطروا ، واذا رأيتموه بعدما تزول الشمس فلا تفطـروا حتى تصوموا » .

واحتج أصحابنا بما ذكره المصنف عن شقيق بن سلمة عن عمر رضى الله عنه وبما رواه البيهقى باسناده الصحيح عن سالم بن عبد الله ابن عمر « أن ناسا رأوا هلال الفطـر نهارا فأتم عبد الله بن عمر رضى الله عنهما صيامه الى الليل وقال : لا حتى يرى من حيث يرونه بالليل » وفى رواية قال ابن عمر : « لا يصلح أن يفطـروا حتى يروه ليلا من حيث يرى » وروينا فى ذلك عن عثمـان بن عفان وعبد الله ابن مسعود رضى الله عنهما ، وأما ما احتجـوا به من رواية ابراهيم النخعى فلا حجة فيه فانه منقطع لأن ابراهيم لم يدرك عمر ولا قارب زمانه ، والله أعلم .

(المسألة الثالثة) اذا رأوا الهلال فى رمضان فى بلد ولم يروه فى غيره ، فان تقارب البلدان فحكمهما حكم بلد واحـد ، ويلزم أهـل البلد الآخـر الصـوم بلا خـلاف وان تباعدا فوجهان مشهوران فى الطريقتين « أصحهما » لا يجب الصوم على أهل البلد الآخـر ، وبهذا قطع المصنف والشيخ أبوحامد والبندنيجى وآخرون ، وصححه العبدرى والرافعى والأكثرون . (والثانى) يجب وبه قال الصيمرى وصححه القاضى أبو الطيب والدارمى وأبو على السنجى وغيرهم ، وأجاب هؤلاء عن حديث كريب عن ابن عباس أنه لم يثبت عنده رؤية الهلال فى بلد آخـر بشهادة عدلين ، والصحيح الأول .

وفيما يعتبر به البعد والقرب ثلاثة أوجه (أصحها) وبه قطع جمهور العراقيين والصيدلانى وغيرهم أن التبـاعد يختلف باختـلاف المطالع ، كالحجاز والعراق وخراسان ، والتقارب أن لا يخـتلف ، كبغداد والكوفة والرى وقزوين ، لأن مطلع هؤلاء مطلع هؤلاء ، فاذا رآه هؤلاء فعدم رؤيته للآخـرين لتقصيرهم فى التأمل أو لعارض ، بخلاف مختلفى المطلع . (والثانى) الاعتبار باتحاد الاقليم واختلافه ، فان اتحد فمتقاربان والا فمتباعدان وبهذا قال الصيمرى وآخرون . (الثالث) أن التباعد مسافة القصر ، والتقارب دونها ، وبهذا قال الفورانى وامام الحرمين والغزالى والبغـوى وآخرون من الخراسانيين ،

وادعى امام الحرمين الاتفاق عليه ، لأن اعتبار المطالع يحوج الى حساب وتحكيم المنجمين ، وقواعد الشرع تأبى ذلك ، فوجب اعتبار مسافة القصر التى علق الشرع بها كثيرا من الأحكام ، وهذا ضعيف ، لأن أمر الهلال لا تعلق له بمسافة القصر ، فالصحيح اعتبار المطالع كما سبق •

فعلى هذا لو شك فى اتفاق المطالع لم يلزم الذين لم يروا الصوم ، لأن الأصل عدم الوجوب ، ولأن الصوم انما يجب بالرؤية للحديث ، ولم تثبت الرؤية فى حق هؤلاء ، لعدم ثبوت قربهم من بلد الرؤية ، هذا الذى ذكرته هو المشهور للأصحاب فى الطريقين ، وانفرد الماوردى والسرخسى بطريقين آخرين ، فقال الماوردى : اذا رأوه فى بلد دون بلد فثلاثة أوجه : (أحدها) يلزم الذين لم يروا ، لأن فرض رمضان لا يختلف باختلاف البلاد وقد ثبت رمضان •

(والثانى) لا يلزمهم لأن الطوالع والغوارب قد تختلف لاختلاف البلدان وانما خوطب كل قوم بمطلعهم ومغربهم ، ألا ترى الفجر قد يتقدم طلوعه فى بلد ويتأخر فى بلد آخر ، وكذلك الشمس قد يتعجل غروبها فى بلد ويتأخر فى آخر ثم كل بلد يعتبر طلوع فجره وغروب شمسه فى حق أهله فكذلك الهلال • (الثالث) ان كانا من اقليم لزمهم ، والا فلا ، هذا كلام الماوردى •

وقال السرخسى : اذا رآه أهل ناحية دون ناحية ، فان قربت المسافة لزمهم كلهم ، وضابط القرب أن يكون الغالب أنه اذا أبصره هؤلاء لا يخفى عليهم الا لعارض ، سواء فى ذلك مسافة القصر أو غيرها ، قال : فان بعدت المسافة فثلاثة أوجه (أحدها) يلزم الجميع ، واختاره أبو على السنجى (والثانى) لا يلزمهم (والثالث) ان كانت المسافة بينهما بحيث لا يتصور أن يرى ولا يخفى على أولئك بلا عارض لزمهم ، وان كانت بحيث يتصور أن يخفى عليهم فلا •

فحصل فى المسألة ستة وجوه :

(أحدها) يلزم جميع أهل الأرض برؤيته فى موضع منها (والثانى) يلزم أهل اقليم بلد الرؤية دون غيرهم (والثالث) يلزم كل بلد يوافق

بلد الرؤيا فى المطلع دون غيره ، وهذا أصحها • (والرابع) يلزم كل بلد لا يتصور خفاؤه عنهم بلا عارض دون غيرهم وهو فيما حكاه السرخسى (والخامس) يلزم من دون مسافة القصر دون غيرهم (والسادس) لا يلزم غير بلد الرؤية ، وهو فيما حكاه الماوردى ، والله أعلم •

فـــرع

فى مذاهب العلماء فيما اذا رأى الهلال أهل بلد دون غيرهم

قد ذكرنا تفصيل مذهبنا ، ونقل ابن المنذر عن عكرمة والقاسم وسالم واسحاق بن راهويه أنه لا يلزم غير أهل بلد الرؤية ، وعن الليث والشافعى وأحمد : يلزم الجميع ، قال : ولا أعلمه الا قول المدنى والكوفى ، يعنى مالكا وأبا حنيفة •

(فـرع) لو شرع فى الصوم ببلد ثم سافر الى بلد بعيد لم يروا فيه الهلال حين رآه أهل البلد الأول ، فاستكمل ثلاثين من حين صام « فان قلنا » لكل بلد حكم نفسه فوجهان (أصحهما) يلزمه الصوم معهم ، لأنه صار منهم (والثانى) يفطر لأنه التزم حكم الأول • وان قلنا : تعم الرؤية كل البلاد لزم أهل البلد الثانى موافقته فى الفطر ، ان ثبت عندهم رؤية البلد الأول بقوله أو بغيره ، وعليهم قضاء اليوم الأول ، وان لم يثبت عندهم لزمه هو الفطر ، كما لو رأى هلال شوال وحده ، ويفطر سرا • ولو سافر من بلد لم يروا فيه الى بلد رؤى فيه فعيدوا اليوم التاسع والعشرين من صومه ــ فان عممنا الحكم أو قلنا له حكم البلد الثانى ــ عيد معهم ، ولزمه قضاء يوم وان لم نعمم الحكم وقلنا له حكم البلد الأول لزمه الصوم •

ولو رأى الهلال فى بلد وأصبح معيدا معهم • فسارت به سفينة الى بلد فى حد البعد • فصادف أهلها صائمين • قال الشيخ أبو محمد : يلزمه امساك بقية يومه • اذا قلنا لكل بلد حكم نفسه ، واستبعد امام الحرمين والغزالى الحكاية • قال الرافعى : وتتصور هذه المسألة فى صورتين •

(احداهما) أن يكون ذلك اليوم يوم الثلاثين من صوم البلدين لكن المنتقل اليهم لم يروه (والثانية) أن يكون التاسع والعشرين للمنتقل اليهم لتأخر صومهم بيوم • قال : وامساك بقية النهار فى الصورتين ان لم يعمم الحكم كما ذكرنا وجواب الشيخ أبى محمد مبنى على أن لكل بلد حكمه ، وأن للمنتقل حكم البلد المنتقل اليه ، وان عممنا الحكم فأهل البلد الثانى اذا عرفوا فى أثناء اليوم أنه عيد ، فهو شبيه بما سبق فى باب صلاة العيد اذا شهدوا برؤية الهلال يوم الثلاثين •

ولو اتفق هذا السفر لعدلين — وقد رأيا الهلال بأنفسهما ، وشهدا فى البلد الثانى — فهذه شهادة رؤية الهلال يوم الثلاثين ، فيجب الفطر فى الصورة الأولى ، وأما الثانية فان عممنا الحكم بجميع البلاد لم يبعد أن يكون كلامهما على التفصيل السابق فى باب صلاة العيد ، فان قبلنا شهادتهم قضوا يوما ، وان لم نعمم الحكم لم يلتفت الى قولهما • ولو كان عكسه بأن أصبح صائما فسارت به سفينة الى قوم معيدين ، فان عممنا الحكم أو قلنا له حكم المنتقل اليه أفطر والا فلا ، واذا أفطر قضى يوما اذ لم يصم الا ثمانية وعشرين يوما •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وفى الشهادة التى يثبت بها رؤية الهلال شهر رمضان قولان ، قال فى البويطى : لا تقبل الا من عدلين ، لما روى الحسين بن حريث الجدلى (جديلة قيس) قال : « خطبنا أمير مكة الحارث بن حاطب فقال : أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نمسك لرؤيته فان لم نره فشهد شاهدان عدلان نسكنا بشهادتهما » (وقال) فى القديم والجديد : يقبل من عدل واحد وهو الصحيح ، لما روى عبد الله بن عمر رضى الله عنه قال : « تراءى الناس الهلال فأخبرت النبى صلى الله عليه وسلم أنى رأيته ، فصام رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمر الناس بالصيام » ولأنه ايجاب عبادة ، فقبل من واحد احتياطا للفرض (فان قلنا) يقبل من واحد ، فهل يقبل من العبد والمرأة ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يقبل ، لأن ما قبل فيه قول الواحد قبـل من العبد والمرأة كأخبار رسول الله صلى الله عليه وسلم (والثانى) لا يقبل ، وهو الصحيح لأن طريقها طريق الشهادة ، بدليل أنه لا يقبل من شاهد الفـرع مع حضور شاهد الأصل فلم يقبل من العبـد والمرأة كسائر الشهادات ، ولا يقبل فى هلال الفطـر الا شاهدان ، لأنه اسقاط فرض ، فاعتبر فيه العـدد احتياطا للفرض ، فان شهد واحد على رؤية هلال رمضان فقبل قوله وصاموا ثلاثين يوما وتغيمت السماء ففيه وجهـان (أحدهما) أنهم لا يفطـرون لأنه افطار بشاهد واحد (والثانى) أنهم يفطرون وهو المنصوص فى الأم ، لأنه بينة ثبت بها الصوم فجـاز الافطار باستكمال العدد منها كالشاهدين • وقوله : ان هذا افطـار بشاهد لا يصح لأن الذى ثبت بالشاهد هو الصوم ، والفطـر ثبت على سبيل التبع وذلك يجوز كما نقول : ان النسب لا يثبت بقول أربع نسـوة ثم لو شهد أربع نسـوة بالولادة ثبتت الولادة وثبت النسب على سبيل التبع للولادة وان شهد اثنان على رؤية هلال رمضان فصاموا ثلاثين يوما والسماء مصحية فلم يروا الهلال ففيه وجهـان • قـال أبو بكر بن الحداد : لا يفطرون لأن عدم الهلال مع الصحو يقيـن والحكم بالشاهدين ظن ، واليقين يقـدم على الظن ، وقال أكثر أصحابنا : يفطرون لأن شـهادة اثنين يثبت بها الصوم والفطر ، فوجب أن يثبت بها الفطـر • وان غم عليهم الهلال وعرف رجل الحساب ومنازل القمر وعرف بالحساب أنه من شهر رمضان ففيه وجهان • قال أبو العباس : يلزمه الصوم لأنه عرف الشهر بدليل فأشبه اذا عرف بالبينة (والثانى) أنه لا يصوم ، لأنا لم نتعبد الا بالرؤية ومن رأى هلال شوال وحده أفطـر وحده لقوله صلى الله عليه وسلم « صوموا لرؤيته وأفطـروا لرؤيته » ويفطر لرؤيته هلال شوال سرا ، لأنه اذا أظهر الفطـر عرض نفسه للتهمة وعقوبة السلطان) •

(الشرح) حديث الحسين بن حريث صحيح رواه أبو داود والدارقطنى والبيهقى وغيرهم ، وقال الدارقطنى والبيهقى : هـذا اسناد متصـل صحيح ، وحديث ابن عمر صحيـح ، رواه أبو داود والدارقطنى والبيهقى باسناد صحيح على شرط مسلم قال الدارقطنى : تفرد به مروان بن محمد عن ابن وهب وهو ثقة •

(وقوله) حسين بن حريث هكذا وقع فى المهذب حريث ــ بضم الحاء ــ وهو غلط فاحش وصوابه حسين بن الحارث ، وهذا لا خلاف فيه وهو مشـــهور فى رواية هذا الحديث ، وفى جميع كتب الحديث وكتب الأسماء حسين بن الحارث (وقوله) الجدلى (جديلة قيس) يعنى أنه من بنى جديلة قبيلة معروفة من قيس عيلان ــ بالعين المهملة ــ احتراز من جديلة طىء وغيرها ، وقد أوضحت حاله وحال قبيلته فى تهذيب الأسماء واللغات (وقوله) الحارث بن حاطب هو صحابى مشهور ، وقد أوضحت حاله فى التهذيب ، وفى سنن أبى داود وغيـــره أن عبد الله ابن عمر وافقه على رواية هـــذا الحديث وصدقه فيه • (وقوله) ننسك هو ــ بضم السين وكسرها ــ لغتان مشهورتان وهو العبـــادة ومن قال بالمذهب : انه يثبت الهلال بعدل واحد ، أجاب عن حديث الحسين ابن الحارث بأن النسك ههنا عيد الفطـــر ، وكذا ترجم له البيهقى وغيره على ثبوت هلال شوال بعدلين •

(وأما الأحكام) ففى الفصل مسائل :

(احداها) فى الشهادة التى يثبت بها هلال رمضان ثلاث طرق (أصحها) وأشهرها وبه قطع المصنف والجمهور فى المسألة قولان (أصحهما) باتفاق الأصحاب يثبت بعـــدل ، وهو نصه فى القديم ، ومعظم كتبه فى الجديد ، للأحاديث الصحيحة فى ذلك (منها) ما ذكره المصنف وغير ذلك (والثانى) وهو نصه فى البويطى لا يثبت الا بعدلين • (والطريق الثانى) القطع بثبوته بعدل للأحاديث (والثالث) حكاه المـــاوردى والسرخسى ان ثبتت الأحاديث ثبت بعدل والا فقـــولان (أحدهما) يشترط عدلان كسائر الشهور (والثانى) يثبت بعـــدل للاحتياط ، وهذا الطريق محتمل ، ولكن الأحاديث قد ثبتت ، فالحاصل أن المذهب ثبوته بعـــدل ، قال أصحابنا : فان شرطنا عدلين فلا مدخل للنساء والعبيد فى هذه الشهادة ، ويشترط لفظ الشهادة ويختص بمجلس القاضى ، ولكنها شهادة حسبة لا ارتباط لها بالدعوة ، وان اكتفينا بعدل فهل هو بطريق الرواية أم بطريق الشهادة ؟ فيه وجهان مشهوران وحكاهما السرخسى قولين •

قال الدارمى : القائل شهادة هو أبو على ابن أبى هريرة ، والقائل رواية هو أبو اسحاق المروزى ، واتفقوا على أن (أصحهما) أنه شهادة فعلى هذا لا يقبل فيه العبد والمرأة ، ونص عليه فى الأم • قال القاضى أبو الطيب فى المجرد : وبهذا قال جميع أصحابنا غير أبى اسحاق (والثانى) أنه رواية فيقبل من العبد والمرأة ، وفى اشتراط لفظ الشهادة طريقان (أحدهما) يشترط قطعا (وأصحهما) وبه قال الجمهور فيه وجهان مبنيان على أنه شهادة أم رواية ؟ ان قلنا شهادة شرط والا فلا • وأما الصبى المميز الموثوق به فلا يقبل قوله ان شرطنا اثنين أو قلنا شهادة • وهذا لا خلاف فيه • وان قلنا رواية فطريقان (المذهب) وبه قطع الجمهور لا يقبل قطعا (والثانى) فيه وجهان بناء على الوجهين المشهورين فى قبول روايته ان قبلناها قبل هذا ، والا فلا ، وبهذا الطريق قطع امام الحرمين •

وأما الكافر والفاسق والمغفل فلا يقبل قولهم فيه بلا خلاف ، ولا خلاف فى اشتراط العدالة الظاهرة فيمن نقبله • وأما العدالة الباطنة ، فان قلنا يشترط عدلان اشترطت ، والا فوجهان حكاهما امام الحرمين وآخرون ، قالوا وهما جاريان فى رواية المستور الحديث (والأصح) قبول رواية المستور ، وكذا الأصح قبول قوله هنا والصيام به ، وبهذا قطع صاحب الابانة والعدة والمتولى ، قال أصحابنا : ولا فرق فى كل ما ذكرناه بين كون السماء مصحية أو مغيمة •

(فرع) اذا أخبره من يثق به كزوجته وجاريته وصديقه وغيرهم ممن يثق به ويعتقد صدقه أنه رأى هلال رمضان ولم يذكر ذلك عند القاضى ، فقد قطعت طائفة بأنه يلزمه الصوم بقوله ، ممن صرح بوجوب ذلك على المقول له أبو الفضل ابن عبدان والغزالى فى الاحياء والبغوى وغيرهم • وقال امام الحرمين وصاحب الشامل : ان قلنا انه رواية لزم الصوم بقوله •

(المسألة الثانية) هل يثبت هلال رمضان بالشهادة على الشهادة ؟ • فيه طريقان مشهوران حكاهما البغوى وآخرون (أصحهما) وبه قطع الأكثرون ، وأشار اليه المصنف ثبوته كسائر الأحكام (والثانى)

فيه قولان كالحدود لأنه من حقوق الله تعالى التى ليست مالية ، والمذهب الأول ، وقاسه البغـوى وآخرون على الزكاة واتلاف حصر المسجد ونحوها ، فانه يقبل فيه الشهادة على الشهادة بلا خلاف ، بخلاف الحدود فانها مبنية على الدرء والاسقاط •

قال البغوى وآخرون : فعلى هذا عدد الفروع مبنى على الأصول ، فان شرطنا العدد فى الأصول فحكم الفـروع هنا حكمهم فى سائر الشهادات ، فيشترط أن يشهد على شهادة كل واحد شاهدان ، وهل يكفى شهادة رجلين على شهادة شاهدى الأصل جميعا ، فيه القولان المشهوران (أصحهما) يكفى ، وعلى هذا لا مدخل لشهادة النسـاء والعبيد ، وان اكتفينا بواحد فان قلنا سبيله سبيل الرواية فوجهان (أحدهما) يكفى واحد كرواية الحديث (والثانى) يشترط اثنان • قال البغوى: وهو الأصح لأنه ليس بخبر من كل وجه ، بدليل أنه لا يجـوز أن يقول أخبرنى فلان عن فلان أنه رأى الهلال ، فعلى هذا هل يشترط اخبار حرين ذكرين ، أم يكفى امرأتان أو عبدان ، فيه وجهان أصحهما الأول • وقال الشـيخ أبو على السنجى وامام الحرمين : الأصـح الاكتفاء بواحـد عن واحد • اذا قلنا انه رواية ، وبهذا قطع الدارمى ونقل الشيخ أبو على الاجماع على أنه لا يقبل قول الفرع : حدثنى فلان أن فلانا رأى الهلال ، قال امام الحرمين : والقياس يقتضى قبوله اذا اكتفينا بواحد فى الأصل والفـرع ، قال : ولا نسلم دعواه الاجماع من نزاع واحتمـال ظاهر • أما اذا قلنا طريقه طريق الشهادة فهل يكفى شهادة واحد على شهادة واحد أم يشترط اثنان ؟ فيه وجهان ، وقطع البغوى باشتراط اثنين وهو الأصح ، وأما شهادة الفـرع بحضرة الأصل على شهادته فقطع المصنف وغيره بأنها لا تقبل ، ولا يبعـد تخريج خلاف فيه على قولنا رواية ، كما فى رواية الحديث ، والله أعلم •

(المسألة الثالثة) اذا قبلنا فى هلال رمضان عدلا وصمنا على قوله ثلاثين يوما فلم نر الهلال بعد الثلاثين فهل نفطر ؟ فيه وجهان مشهوران ، أصحهما عند المصنف وجماهير الأصحاب ــ وهو نصه فى الأم ــ نفطـر (والثانى) لا نفطر ، لأنه افطـار مبنى على قول عدل واحد ، والمذهب الأول ، لأنها حجة شرعية ثبت بها هلال رمضان ، فثبت الافطار بعد

استكمال العـــدد منها كالشاهدين ، وأبطل الأصحاب قول الآخر • قالوا : لأن الذى ثبت بالشاهد انما هو الصوم وحده • وأما الفطـــر فثبت تبعا كما أن شهادة النساء لا تقبل على النسب استقلالا • ولو شهد أربع نسوة بالولادة ثبتت وثبت النسب تبعا لها بلا خلاف فكذا هنا ، ثم القولان جاريان سواء كانت السماء مصحية أو مغيمة • هذا هو المذهب وبه صرح المتولى وآخرون ، وهو مقتضى كلام الأكثرين ، ونقله الرافعى عن مفهوم كلام الجمهور • وقال أبو المكارم فى العدة : الوجهان اذا كانت مصحية ، فان كانت مغيمة أفطرنا بلا خلاف لاحتمال وجوده واستتاره بالغيم •

وقال المصنف والقاضى أبو الطيب فى المجرد وآخـــرون : اذا صمنا بشهادة عدل ثلاثين وكانت السماء مغيمة ففى الفطـــر الوجهان ففرضوا المسألة فيما اذا غيمت • وقال البغوى : قيل الوجهان اذا كانت مصحية ، فان تغيمت وجب الفطـــر قطعا قال : وقيل هما فى الغيم والصحو والمذهب طردهما فى الحالين •

أما اذا صمنا بقول عدلين ثلاثين يوما ولم نر الهلال ، فان كانت السماء مغيمة أفطرنا بلا خلاف ، وان كانت مصحية فطريقان (أحدهما) نفطر قولا واحدا وهو نص الشـــافعى فى الأم وحرملة ، وبه قطع كثيرون (وأشهرهما) وبه قطع المصنف وكثيرون فيه وجهان (الصحيح) وقول جمهور أصحابنا المتقدمين نفطـــر لأن أول الشهر ثبت وقد أمرنا باكمال العدة اذا لم نر الهلال ، وقد أكملناها فوجب الفطـــر (والثانى) لا نفطر ، لأن عدم الرؤية مع الصحو يقين فلا نتركه بقول شاهدين وهو ظن • وهذا قول أبى بكر بن الحداد حكاه عنه المصنف والأصحاب • قال امام الحرمين : هذا مزيف غير معدود من المذهب ، وانما يجرى على مذهب أبى حنيفة •

قال الرافعى : ونقل قول ابن الحداد عن ابن سريج أيضا ، قال : وفرع بعضهم عليه أنه لو شهد اثنان على هلال شوال فأفطرنا ثم لم نر الهلال بعد ثلاثين والسماء مصحية ، قضينا صوم أول يوم أفطـــرناه ، لأنه بان أنه من آخـــر رمضان لكن لا كفارة على من جامع فيه لأن

الكفارة على من أثم بالجماع ، وهذا لم يأثم لعذره وأما على المذهب وقول الجمهور فلا قضاء .

(المسألة الرابعة) قال المصنف : اذا غم الهلال وعرف رجل الحساب ومنازل القمر ، وعرف بالحساب أنه من رمضان فوجهان ، قال ابن سريج يلزمه الصوم لأنه عرف الشهر بدليل ، فأشبه من عرفه بالبينة ، وقال غيره لا يصوم لأنا لم نتعبد الا بالرؤية ، هذا كلام المصنف ووافقه على هذه العبارة جماعة ، وقال الدارمي : لا يصوم بقول منجم ، وقال قوم : يلزم ، قال : فان صام بقوله فهل يجزئه عن فرضه ؟ فيه وجهان .

وقال صاحب البيان : : اذا عرف بحساب المنازل أن غدا من رمضان أو أخبره عارف بذلك فصدقه فنوى وصام بقوله فوجهان (أحدهما) يجزئه ، قاله ابن سريج واختاره القاضي أبو الطيب لأنه سبب حصل له به غلبة ظن فأشبه ما لو أخبره ثقة عن مشاهدة (والثاني) لا يجزئه لأن النجوم والحساب لا مدخل لهما في العبادات ، قال : وهل يلزمه الصوم بذلك ، قال ابن الصباغ : أما بالحساب فلا يلزمه بلا خلاف بين أصحابنا . وذكر صاحب المهذب أن الوجهين في الوجوب . هذا كلام صاحب البيان وقطع صاحب العدة بأن الحاسب والمنجم لا يعمل غيرهما بقولهما ، وقال المتولي : لا يعمل غير الحاسب بقوله وهل يلزمه هو الصوم بمعرفة نفسه الحساب ؟ فيه وجهان أصحهما لا يلزمه ، وقال الرافعي : لا يجب بما يقتضيه حساب المنجم عليه ولا على غيره الصوم ، قال الروياني : وكذا من عرف منازل القمر لا يلزمه الصوم به على أصح الوجهين ، وأما الجواز فقال البغوي : لا يجوز تقليد المنجم في حسابه ، لا في الصوم ولا في الفطر ، وهل يجوز له أن يعمل بحسابه نفسه ؟ فيه وجهان ، وجعل الروياني الوجهين فيما اذا عرف منازل القمر وعلم به وجود الهلال ، وذكر أن الجواز اختيار ابن سريج والقفال والقاضي أبي الطيب ، قال : فلو عرفه بالنجوم لم يجز الصوم به قطعا ، قال الرافعي : ورأيت في بعض المسودات تعدية الخلاف في جواز العمل به الى غير المنجم ، هذا آخر كلام الرافعي .

يحصل فى المسألة خمسة أوجه (أصحها) لا يلزم الحاسب ولا المنجم ولا غيرهما بذلك لكن يجوز لهما دون غيرهما ولا يجزئهما عن فرضهما •

(والثانى) يجوز لهما ويجزئهما (والثالث) يجوز للحاسب ولا يجوز للمنجم (والرابع) يجوز لهما ويجوز لغيرهما تقليدهما (والخامس) يجوز لهما ولغيرهما تقليد الحاسب دون المنجم ، والله أعلم •

(المسألة الخامسة) من رأى هلال رمضان وحده لزمه الصوم ، ومن رأى هلال شوال وحده لزمه الفطر ، وهذا لا خلاف فيه عندنا لقوله صلى الله عليه وسلم : « صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته » رواه البخاري ومسلم ، وسبق بيانه ، قال أصحابنا : ويفطر لرؤية هلال شوال سرا لئلا يتعرض للتهمة فى دينه وعقوبة السلطان ، قال أصحابنا : ولو رؤى رجل يوم الثلاثين من رمضان يأكل بلا عذر عزر ، فلو شهد بعد الأكل أنه رأى الهلال البارحة لم تقبل شهادته ، لأنه متهم فى اسقاط التعزير عن نفسه بخلاف ما لو شهد أولا فردت شهادته ، ثم أكل لا يعزر لعدم التهمة حال الشهادة •

قال أصحابنا : واذا رأى هلال رمضان وحده ولم يقبل القاضى شهادته فالصوم واجب عليه كما ذكرنا ، فلو صام وجامع فى ذلك اليوم لزمته الكفارة بلا خلاف لأنه من رمضان فى حقه هذا تفصيل مذهبنا فى المسألتين وهذا الذى ذكرناه من لزوم الصوم برؤيته هلال رمضان وحده ، ووجوب الكفارة لو جامع فيه مذهب عامة العلماء ، وقال عطاء والحسن وابن سيرين وأبو ثور واسحاق بن راهويه : لا يلزمه وقال أبو حنيفة : يلزمه الصوم ، ولكن ان جامع فيه فلا كفارة ، وما ذكرناه من لزوم الفطر لمن رأى هلال شوال ، قال به أكثر العلماء ، وقال مالك والليث وأحمد : لا يجوز له الأكل فيه • دليلنا فى المسألتين الحديث ولأن يقين نفسه أبلغ من الظن الحاصل بالبينة ، والله أعلم •

(المسألة السادسة) لا يثبت هلال شوال ولا سائر الشهور غير هلال رمضان الا بشهادة رجلين حرين عدلين ، لحديث الحارث بن حاطب السابق قريبا ، وقياسا على باقى الشهادات التى ليست مالا ، ولا المقصود

هذا المسال ، ويطلع عليها الرجال غالبا ، مع أنه ليس فيه احتياط للعبادة بخلاف هلال رمضان ، هذا مذهبنا وبه قال العلماء كافة الا أبا ثور ، فحكى أصحابنا عنه أنه يقبل فى هلال شوال عدل واحد كهلال رمضان ، وحكاه ابن المنذر عن أبى ثور وطائفة من أهل الحديث • قال امام الحرمين : قال صاحب التقريب : لو قلت بما قاله أبو ثور لم أكن مبعدا وقال الدارمى : هلال ذى الحجة هل يثبت بما يثبت به هلال رمضان ؟ أم لا يثبت الا بعدلين ؟ فيه وجهان ، وهذا شاذ ضعيف • والله أعلم •

(فرع) اذا قلنا يثبت هلال رمضان بقول واحد ، فانما ذلك فى الصوم خاصة فأما الطلاق والعتق وغيرهما مما علق على رمضان فلا يقع به بلا خلاف ، وكذا لا يحل الدين المؤجل اليه ولا تنقضى العدة ولا يتم حول الزكاة والجزية والدية المؤجلة وغير ذلك من الآجال بلا خلاف ، بل لابد فى كل ما سوى الصيام من شهادة رجلين عدلين كاملى العدالة ظاهرا وباطنا ، وممن صرح بهذا المتولى والبغوى والرافعى وآخرون •

(فرع) قال المتولى : لو شهد عدل باسلام ذمى مات لم تقبل شهادته وحده فى اثبات ارث قريبه المسلم منه ، وحرمان قريبه الكافر بلا خلاف ، وهل تقبل فى الصلاة عليه ؟ فيه وجهان بناء على القولين فى صوم رمضان بقول عدل واحد وجزم القاضى حسين فى فتاويه بأنه لا يقبل ذكره فى آخر كتاب الصيام(١) والردة •

(فرع) قال صاحب الشامل والبيان وغيرهما ، وهذا لفظ صاحب البيان قال الشافعى : وان عقد رجل عنده أن غدا من رمضان فى يوم الشك فصام ، ثم بان أنه من رمضان أجزأه قال : قال أصحابنا : أراد الشافعى بذلك اذا أخبره برؤية الهلال من يثق بخبره من رجل أو امرأة أو عبد فصدقه ، وان لم يقبل الحاكم شهادته ، ونوى الصوم وصام ثم بان أنه من رمضان أجزأه لأنه نوى الصوم بظن وصادفه فاشبه البينة ، قال البندنيجى : وكذا لو أخبره صبى عاقل ، فأما اذا صام اتفاقا من غير مستند فوافق فانه لا يجزئه بلا خلاف •

---

(١) فى نسخة الحداد (كتاب الصيال والردة) •

(فـرع) لو كانت ليلة الثلاثين من شعبان ، ولم ير الناس الهلال ، فرأى انسان النبى صلى الله عليه وسلم فى المنام فقال له : الليلة أول رمضـان لم يصح الصوم بهذا المنام لا لصاحب المنام ولا لغيـره ، ذكره القاضى حسين فى الفتاوى وآخرون من أصحابنا ، ونقل القاضى عياض الاجماع عليه ، وقد قررته بدلائله فى أول شرح صحيح مسلم ، ومختصره أن شرط الراوى والمخبر والشاهد أن يكون متيقظا حـال التحمل ، وهذا مجمع عليه ، ومعلوم أن النوم لا تيقظ فيه ، ولا ضبط ، فترك العمل بهذا المنام لاختلال ضبط الراوى ، لا للشك فى الرؤية ، فقد صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من رآنى فى المنام فقد رآنى حقا ، فان الشيطان لا يتمثل فى صورتى » والله تعالى أعلم .

فـــرع
فى مذاهب العلمـاء فى هلال رمضـان

ذكرنا أن مذهبنا ثبوته بعدلين بلا خلاف ، وفى ثبوته بعـدل خلاف الصحيح ثبوته ، وسواء أصحت السماء أو غيمت ، وممن قال : يثبت بشاهد واحـد عبد الله بن المبارك وأحمد بن حنبل وآخـرون ، وممن قال : يشترط عدلان عطاء وعمر بن عبد العزيز ومالك والأوزاعى والليث وابن المـاجشون واسحاق بن راهويه وداود وقال الثورى : يشترط رجلان أو رجل وامرأتان ، كذا حكاه ابن المنذر . وقال أبو حنيفة : ان كانت السماء مغيمة ثبت بشهادة واحد ، ولا يثبت غير رمضان الا باثنين . قال : وان كانت مصحية لم يثبت رمضان بواحد ولا باثنين ، ولا يثبت الا بعدد الاستفاضة .

واحتج لأبى حنيفة بأنه يبعد أن ينظـر الجماعة الكبيرة الى مطلع الهلال وأبصارهم صحيحة ، ولا مانع من الرؤية ، ويراه واحد أو اثنان دونهم . واحتج من شرط اثنين بحديث الحارث بن حاطب ، وهو صحيح وسبق بيانه . واحتج أصحابنا بحديث ابن عمر قال : « تراءى الناس الهلال فأخبرت النبى صلى الله عليه وسلم أنى رأيته فصام ،

وأمر الناس بصيامه » وهو صحيح كما سبق بيانه قريبا ، حيث ذكره المصنف .

وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال : « جاء أعرابى الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : انى رأيت الهلال — يعنى رمضان — فقال : أتشهد أن لا اله الا الله ، قال : نعم ، قال : أتشهد أن محمدا رسول الله ، قال : نعم ، قال : يا بلال أذن فى الناس فليصوموا غدا » رواه أبو داود وهذا لفظه والترمذى والنسائى وابن ماجه والحاكم أبو عبيد الله فى المستدرك وغيرهم ، وقال الحاكم : هو حديث صحيح ، قال الترمذى وغيره : وقد روى مرسلا عن عكرمة عن النبى صلى الله عليه وسلم من غير ذكر ابن عباس ، وكذا رواه أبو داود من بعض طرقه مرسلا ، قال أبو داود والترمذى : ورواه جماعة مرسلا ، وكذا ذكره البيهقى من طرق موصولا ومن طرق مرسلا . وطرق الاتصال صحيحة ، وقد سبق مرات أن المذهب الصحيح أن الحديث اذا روى مرسلا ومتصلا احتج به ، لأن مع من وصله زيادة وزيادة الثقة مقبولة ، وقد حكم الحاكم بصحته كما سبق ، فهذان الحديثان هما العمدة فى المسألة .

(وأما) حديث طاوس عن ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم قالا : « ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة رجل واحد على هلال رمضان ، وكان لا يجيز على شهادة الافطار الا شهادة رجلين » فرواه البيهقى وضعفه ، قال : وهذا مما لا ينبغى أن يحتج به قال : وفى الحديثين السابقين كفاية ، ثم روى البيهقى باسناده ما رواه الشافعى فى المسند وغيره باسناده الصحيح الى فاطمة بنت الحسين ابن على بن أبى طالب رضى الله عنهم : « أن رجلا شهد عند على رضى الله عنه على رؤية هلال رمضان فصام ، وأحسبه قال : وأمر الناس بالصيام ، وقال : لأن أصوم يوما من شعبان أحب الى من أن أفطر يوما من رمضان » .

(والجواب) عما احتج به أبو حنيفة من وجهين (أحدهما) أنه مخالف للأحاديث الصحيحة ، فلا يعرج عليه (والثانى) أنه يجوز أن يراه بعضهم دون جمهورهم لحسن نظره أو غير ذلك ، وليس

هذا ممتنعا ولهذا لو شهد برؤيته اثنان أو واحد وحكم به حاكم لم ينقض بالاجماع ، ووجب الصوم بالاجماع ، ولو كان مستحيلا لم ينفذ حكمه ووجب نقضه ، والجواب عما احتج به الآخـرون أن المـراد بقوله : ننسك هلال شوال جمعا بين الأحاديث ، أو محمول على الاستحباب والاحتياط ، ولابد من أحد هذين التأويلين للجمع بين الأحاديث .

وحكى المـاوردى عن بعض الشيعة أنهم أسقطوا حكم الأهلة ، واعتمدوا العدد للحديث السابق عن الصحيحين « شهرا عيد لا ينقصان » وبالحديث المروى « صومكم يوم نحـركم » ودليلنا عليهم الأحاديث المذكورة هنا مع الأحاديث السابقة « صوموا لرؤيته وأفطـروا لرؤيته » والأحاديث المشـهورة فى الصحيحين أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الشهر تسع وعشرون » أى قد يكون تسعا وعشرين ، وفى روايات « الشهر هكذا ، وهكذا ، وهكذا ، وأشار بأصابعه العشر ، وحبس الابهام فى الثالثة » رواه البخارى ومسلم . وعن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « انا أمة أمية لا نكتب ولا نحسب الشهر هكذا وهكذا يعنى مرة تسعة وعشرين ومرة ثلاثين » رواه البخارى بلفظه ومسلم بمعناه .

وعن ابن مسعود رضى الله عنه قال : « ما صمنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم تسعا وعشرين أكثر مما صمنا ثلاثين » رواه أبو داود والترمذى ، وعن عائشة رضى الله عنها قالت : « ما صمت مع مع رسول الله صلى الله عليه وسلم تسعا وعشرين أكثر مما صمت معه ثلاثين » رواه الدارقطنى ، وقال اسناده حسن صحيح وعن أبى هريرة مثله رواه ابن ماجه .

(والجواب) عن « شهرا عيد لا ينقصان » أى لا ينقص أجرهما أو لا ينقصـان فى سنة واحدة مما غالبـا ، وقد سبق هذان التأويلان فيه مع غيرهما .

(والجواب) عن حديث « صومكم يوم نحـركم » أنه ضعيف بل منكر باتفاق الحفاظ وانما الحديث الصحيح فى هذا حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الصوم يوم تصومون

والفطر يوم تفطرون والأضحى يوم تضحون » رواه الترمذى ، وقال : حديث حسن ورواه أبو داود باسناد حسن ولفظه « الفطر يوم تفطرون » وعن عائشة رضى الله عنها قالت : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الفطر يوم يفطر الناس والأضحى يوم يضحى الناس » رواه الترمذى وقال : هو حديث حسن صحيح ، والله تعالى أعلم .

(فرع) قد ذكرنا أن الصحيح من مذهبنا أنه لا تقبل شهادة النساء فى هلال رمضان ، وحكاه ابن المنذر عن الليث وابن الماجشون المالكى ، ولم يحك عن أحد قبولها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشتبهت الشهور على اسير لزمه أن يتحرى ويصوم ، كما يلزمه أن يتحرى فى وقت الصلاة وفى القبلة ، فان تحرى وصام فوافق الشهر أو ما بعده أجزاه ، فان وافق شهرا بالهلال ناقصا وشهر رمضان الذى صامه الناس تاما ففيه وجهان (أحدهما) يجزئه ، وهو اختيار الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمه الله تعالى لأن الشهر يقع على ما بين الهلالين ، ولهذا لو نذر صوم شهر فصام شهرا ناقصا بالأهلة أجزاه (والثانى) انه يجب عليه صوم يوم ، وهو اختيار شيخنا القاضى أبى الطيب ، وهو الصحيح عندى لأنه فاته صوم ثلاثين ، وقد صام تسعة وعشرين يوما فلزمه صوم يوم وان وافق صومه شهرا قبل رمضان . قال الشافعى : لا يجزئه . ولو قال قائل : يجزئه كان مذهبنا(١) ، قال أبو اسحاق المروزى : لا يجزئه قولا واحدا . وقال سائر أصحابنا : فيه قولان (أحدهما) يجزئه لأنه عبادة تفعل فى السنة مرة ، فجاز ان يسقط فرضها بالفعل قبل الوقت عند الخطأ ، كالوقوف بعرفة اذا أخطأ الناس ووقفوا قبل يوم عرفة (والثانى) لا يجزئه وهو الصحيح لأنه تعين له يقين الخطأ فيما يأمن مثله فى القضاء فلم يعتد له بما فعله ، كما لو تحرى فى وقت الصلاة قبل الوقت) .

---

(١) فى ش و ق (كان مذهبا) (ط) .

(**الشرح**) قوله « عبادة تفعل فى السنة مرة » احتراز من الخطأ فى الصلاة قبل الوقت والاحتراز فى قوله تعين له يقين الخطأ فيما يأمن مثله فى القضاء سبق بيانه فى استقبال القبلة . وهذا الذى قاسه على الوقوف بعرفة قبل يوم عرفة تفريع على الضعيف من الوجهين وهو أنه يجزئهم ، وبه قطع المصنف ، والأصح أنه لا يجزئهم كما سنوضحه فى بابه ان شاء الله تعالى .

(**أما أحكام هذا الفصل**) فقال الشافعى والأصحاب رحمهم الله تعالى : اذا اشتبه رمضان على أسير أو محبوس فى مطمورة أو غيرهما وجب عليه الاجتهاد لما ذكره المصنف ، فان صام بغير اجتهاد ووافق رمضان لم يجزئه بلا خلاف ، كما قلنا فيمن اشتبهت عليه القبلة فصلى الى جهة بغير اجتهاد ، ووافق أو اشتبه عليه وقت الصلاة فصلى بلا اجتهاد ووافق فانه لا يجزئه بلا خلاف ويلزمه الاعادة فى الصوم وغيره بلا خلاف ، وان اجتهد وصام فله أربعة أحوال (أحدها) أنه يستمر الاشكال ولا يعلم أنه صادف رمضان أو تقدم أو تأخر ، فهذا يجزئه بلا خلاف ولا اعادة عليه ، وعلله الماوردى وغيره بأن الظاهر من الاجتهاد الاصابة .

(الحال الثانى) أن يوافق صومه رمضان فيجزئه بلا خلاف عندنا . قال الماوردى : وبه قال العلماء كافة الا الحسن بن صالح فقال : عليه الاعادة لأنه صام شاكا فى الشهر ، قال : ودليلنا اجماع السلف قبله ، وقياسا على من اجتهد فى القبلة ووافقها ، وأما الشك فانما يضر اذا لم يعتضد باجتهاد بدليل القبلة .

(الحال الثالث) أن يوافق صومه ما بعد رمضان فيجزئه بلا خلاف نص عليه الشافعى رضى الله عنه ، واتفق عليه الأصحاب رحمهم الله تعالى لأنه صام بنية رمضان بعد وجوبه ، ولا يجىء فيه الخلاف فى اشتراط نية القضاء المذكور فى الصلاة ، وفرق الأصحاب بأن هذا موضع ضرورة ، ولكن هل يكون هذا الصوم قضاء أم أداء ؟ فيه وجهان مشهوران عند الخراسانيين وغيرهم ، وحكاهما جماعة منهم قولين (أصحهما) قضاء لأنه خارج وقته . وهذا شأن القضاء .

(والثانى) أداء للضرورة • قال أصحابنا : ويتفرع على الوجهين ما اذا كان ذلك الشهر ناقصا وكان رمضان تاما • وقد ذكر المصنف فيه الوجهين ، قال أصحابنا : ان قلنا : قضاء لزمه صوم يوم آخر ، وان قلنا : أداء فلا يلزمه ، كما لو كان رمضان ناقصا (والأصح) أنه يلزمه . وهذا هو مقتضى التفريع على القضاء والأداء ، وصرح بتصحيحه القاضى أبو الطيب والمصنف والأكثرون ، وقطع به الماوردى • ولو كان بالعكس فصام شهرا تاما وكان رمضان ناقصا ، فان قلنا : قضاء فله افطار اليوم الأخير وهو الأصح والا فلا ، ولو كان الشهر الذى صامه ورمضان تامين أو ناقصين أجزأه بلا خلاف • هذا كله اذا وافق غير شوال وذى الحجة • فان وافق شوالا حصل منه تسعة وعشرون يوما ان كمل وثمانية وعشرين يوما ان نقص • لأن صوم العيد لا يصح • فان جعلناه قضاء وكان رمضان ناقصا فلا شىء عليه ان تم شوال • ويقضى يوما ان نقص بدل العيد • وان كان رمضان تاما قضى يوما ان تم شوال والا فيومين ، وان جعلناه أداء لزمه قضاء يوم على كل تقدير بدل يوم العيد ، وان وافق ذا الحجة حصل منه ستة وعشرون يوما ان تم وخمسة وعشرون يوما ان نقص ، لأن فيه أربعة أيام لا يصح صومها ، العيد وأيام التشريق ، فان جعلناه قضاء وكان رمضان ناقصا قضى ثلاثة أيام ان تم ذو الحجة والا فأربعة أيام ، وان كان رمضان تاما قضى أربعة ان تم ذو الحجة والا فخمسة • وان جعلناه أداء قضى أربعة أيام بكل حال • هكذا ذكر الأصحاب وهو تفريع على المذهب أن أيام التشريق لا يصح صومها ، فان صححناها لغير المتمتع فذو الحجة كشوال كما سبق •

(الحال الرابع) أن يصادف صومه ما قبل رمضان فينظر ان أدرك رمضان بعد بيان الحال لزمه صومه بلا خلاف لتمكنه منه فى وقته . وان لم يبن الحال الا بعد مضى رمضان فطريقان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أحدهما) القطع بوجوب القضاء ، وأصحهما وأشهرهما فيه قولان (أصحهما) وجوب القضاء (والثانى) لا قضاء ، قال الخراسانيون : هذا الخلاف مبنى على أنه اذا صادف ما بعد رمضان هل هو أداء أم قضاء ؟ ان قلنا أداء للضرورة أجزأه هنا ولا قضاء لأنه كما جعل أداء بعد وقته للضرورة كذا قبله ، وان قلنا : قضاء لم

يجـــزئه ، لأن القضاء لا يكون قبل دخـــول الوقت ، والصحيح أنه قضـــاء ، فالصحيح وجوب القضاء هنا ، وهذا البناء انما يصح على طريقة من جعل الخلاف فى القضاء والأداء قولين •

وأما من حكاه وجهين فلا يصح بناء قولين على وجهين ، ولو صام شهرا ثم بان له الحال فى بعض رمضان لزمه صيام ما أدركه من رمضان بلا خلاف ، وفى قضاء المـــاضى منه طريقان (أحدهما) القطع بوجوبه (وأصحهما) وأشهرهما أنه على الطريقين فيما اذا بان له بعد مضى جميع رمضان ، والله أعلم •

(فـــرع) اذا صام الأسير ونحـــوه بالاجتهاد فصادف صومه الليل دون النهار لزمه القضاء بلا خلاف لأنه ليس وقتـــا للصوم فوجب القضاء كيوم العيد ، وممن نقل الاتفاق عليه البندنيجى •

(فـــرع)ذكر المصنف فى قياسه أنه لو تحرى فى وقت الصـــلاة فصلى قبل الوقت أنه يلزمه الاعادة ـــ يعنى قولا واحدا ـــ ولا يكون فيه الخلاف الذى فى الصـــوم اذا صادف ما قبل رمضان • وهذا على طريقته وطريقة من وافقه من العراقيين ، والا فالصحيح أن الخلاف جار فى الصـــلاة أيضا ، وقد سبق بيانه فى باب مواقيت الصلاة وفى باب الشك فى نجاسة المـــاء • وذكرنا هناك أن منهم من طرد الخـــلاف فى المجتهد فى الأوانى اذا تيقن أنه توضأ بالمـــاء النجس وصلى ، هل تلزمه اعادة الصلاة ؟ ويقرب منه الخلاف فى تيقن الخطأ فى القبلة ، وفى الصلاة بنجاسة جاهلا أو ناسيا ، أو نسى المـــاء فى رحله وتيمم أو نسى ترتيب الوضوء ، أو نسى الفاتحة فى الصلاة ، أو صلوا صلاة شدة الخوف لسواد رأوه فبان أنه ليس عدوا أو بان بينهم خندق ، أو دفع الزكاة الى من ظاهره الفقـــر من سهم الفقـــراء فبان غنيا ، أو أحج عن نفسه لكونه معضوبا فبرأ ، أو غلطوا ووقفـــوا بعرفات فى اليوم الثامن • وفى كل هذه الصور خلاف بعضه كبعض ، وبعضه مرتب على بعض أو أقوى من بعض • والصحيح فى الجميع أنه لا يجـــزئه ، وكل هـــذه المسائل مقـــررة فى مواضعها مبسوطة ، وقد سبقت مجموعة أيضا فى باب طهارة البدن ، والله أعلم •

(فـرع) قد ذكرنا أن الأسير ونحوه اذا اشتبهت عليه الشهور يتحـرى ويصوم بما يظهر بالعلامة أنه رمضان ، فلو تحـرى فلم يظهر له شيء قال ابن الصباغ : قال الشيخ أبو حامد : يلزمه أن يصوم على سبيل التخمين • ويلزمه القضاء كالمصلى اذا لم تظهر له القبلة بالاجتهاد فانه يصلى ويقضى • قال ابن الصباغ : هذا عندى غيـر صحيح لأن من لم يعلم دخـول رمضان بيقين ولا ظن لا يلزمه الصيام ، كمن شك فى وقت الصـلاة فانه لا يلزمه أن يصلى • هذا كلام ابن الصباغ • وذكر المتولى فى المسألة وجهين : (أحدهما) قول الشيخ أبى حامد •

(والثانى) قال : وهو الصحيح لا يؤمر بالصـوم لأنه لم يعلم دخول الوقت ولا ظنه فلم يؤمر به • كمن شك فى دخول وقت الصلاة بخلاف القبلة ، فانه تحقق دخول وقت الصلاة ، وانما عجـز عن شرطها فأمر بالصلاة بحسب الامكان لحرمة الوقت • وهـذا الذى قالـه ابن الصباغ والمتولى هو الصواب ، وهو متعين ، ولعل الشيخ أبا حامد أراد اذا علم أو ظن أن رمضان قد جاء أو مضى ولم يعلم ولا ظن عينه ، لكنه لو كان هذا لكان يصوم ولا يقضى لأنه يقع صومه فى رمضان أو بعده ، والله أعلم •

(فـرع) لو شرع فى الصـوم بالاجتهاد فأفطـر بالجماع فى بعض الأيام ، فان تحقق أنه صادف رمضان لزمته الكفارة ، لأنه وطىء فى نهار رمضان الثابت بنوع دلالة ، فأشبه من وطىء بعد حكم القاضى بالشهر بقول عدل واحد ، وان صادف شهرا غيره فلا كفارة ، لأن الكفارة لحرمة رمضان ولم يصادف رمضان وممن ذكر المسألة المتولى •

فـــرع

فى مذاهب العلماء فى صيام الأسير بالاجتهاد

ذكرنا أن مذهبنا أنه ان صادف صومه رمضان أو ما بعده أجزأه ، وان صادف ما قبله لم يجـزئه على الصحيح ، وبهذا كله قال مالك وأبو حنيفة وأبو ثور وخالف الحسن بن صالح فقال : لا يجـزئه ،

وان صادف رمضان ، وعليه القضاء ، وسبق الاستدلال عليه ، ولو كان صام رمضان بنية التطـوع لم يجـزئه عن فرضه عندنا وعند الجمهور ، وقال أبو حنيفة : يجزئه .

(فـرع) اذا لم يعرف الأسير ونحـوه الليل ولا النهار ، بل استمرت عليه الظلمة دائما فهذه مسألة مهمة قل من ذكرها ، وقد حكى الامام أبو بكر المـروزى من أصحابنا فيه ثلاثة أوجه للأصحاب .

(أحدها) يصوم ويقضى لأنه عذر نادر (والثانى) لا يصـوم لأن الجزم بالنية لا يتحقق مع جهالة الوقت (والثالث) يتحـرى ويصوم ولا يقضى كيوم الغيم فى الصلاة (قلت) الأصح أنه يلزمه التحـرى والصوم ولا قضاء عليه ، هذا اذا لم يظهر له فيما بعد الخطأ ، فان تبين أنه صادف الليـل لزمه القضاء بلا خلاف ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يصح صوم رمضان ولا غيره من الصيام الا بالنية ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « انما الأعمال بالنيات ، وانما لكل امرىء ما نوى » ولأنه عبادة محضـة فلم يصـح من غير نية كالصلاة ، وتجب النية لكل يوم ، لأن صوم كل يوم عبادة منفـردة يدخل وقتها بطلوع الفجـر ، ويخـرج وقتها بغـروب الشمس لا يفسـد بفساد ما قبله ، ولا بفسـاد ما بعده ، فلم تكفه نية واحدة كالصـلوات ، ولا يصـح صوم رمضـان ولا غيره من الصوم الواجب [الا] بنية من النهار ، لمـا روت حفصة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من لم يبيت الصيام من الليـل فلا صيام له » وهل تجـوز نيته مع طلوع الفجـر ؟ فيه وجهان (من) أصحابنا من قال : يجـوز لأنه عبادة فجازت بنية تقارن ابتـداءها كسائر العبادات ، وقال أكثـر أصحابنا : لا يجـوز الا بنية من الليـل ، لحديث حفصة رضى الله عنها ، ولأن أول وقت الصوم يخفى ، فوجب تقديم النية عليه بخلاف سائر العبادات ، فاذا قلنا بهذا فهل تجـوز النية فى جميع الليـل ؟ فيه وجهان (من) أصحابنا من قال : لا تجـوز الا فى النصف الثانى ،

قياسا على أذان الصبح . والدفع من المزدلفة . وقال أكثر أصحابنا : يجـوز فى جميع الليـل لحديث حفصـة ، ولأنا لو أوجبنا النية فى النصف الثانى ضاق على الناس ذلك وشق ، وان نوى بالليل ثم أكل أو جامع لم تبطـل نيته . وحكى عن أبى اسحاق أنه قال : تبطـل لأن الأكل ينافى الصـوم فابطل النية ، والمذهب الأول ، وقيل : ان أبا اسحاق رجع عن ذلك ، والدليل أن الله تعالى اجل الأكل الى طلوع الفجـر ، فلو كان الأكل يبطـل النية لمـا جاز أن ياكل الى الفجـر لأنه يبطـل النية) .

(**الشرح**) حديث « انما الأعمال بالنيات » رواه البخارى ومسلم من رواية عمـر بن الخطاب رضى الله عنه ، وسبق بيـانه واضحـا فى باب نية الوضـوء ، وحديث حفصة رضى الله عنها رواه أبو داود والترمذى والنسـائى وابن ماجه والبيهقى وغيـرهم بأسانيد كثيرة الاختلاف ، وروى مرفوعا كما ذكره المصنف ، وموقوفا من رواية الزهرى عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه عن أخته حفصة واسناده صحيح فى كثير من الطرق ، فيعتمد عليه ، ولا يضر كون بعض طرقه ضعيفا أو موقوفا ، فان الثقة الواصـل له مرفوعا معه زيادة علم ، فيجب قبولها كما سبق تقريره مرات ، وأكثر الحفاظ رواية لطرقه المختلفة النسائى ثم البيهقى . وذكره النسائى فى طرق كثيرة موقوفا على حفصـة ، وفى بعضها موقوفا على عبد الله بن عمر ، وفى بعضها عن عائشة وحفصة موقوفا عليهما ، وقال الترمذى : لا نعرفه مرفوعا الا من هذا الوجه ، وقد روى عن نافع عن ابن عمر [من] قوله وهو أصح .

وقال البيهقى : هذا حديث قد اختلف على الزهرى فى اسناده وفى رفعه الى النبى صلى الله عليه وسلم قال : وعبد الله بن أبى بكر أقام اسناده ورفعه ، وهو من الثقات الأثبات . وقال الدارقطنى : رفعه عبد الله بن أبى بكر وهو من الثقات الرفعاء . ورواه البيهقى من رواية عائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من لم يبيت الصيام قبل طلوع الفجـر فلا صيام له » قال البيهقى : قال الدارقطنى : اسناده كلهم ثقات (قلت) والحديث حسن يحتج به اعتمادا على رواية الثقات الرافعين ، والزيادة من الثقة مقبولة ، والله تعالى أعلم .

وفى بعض الروايات « يبيت الصيام من الليـل » وفى بعضهـا يجمع ، ويجمع بالتخفيف والتشديد ، وكله بمعنى ، والله تعالى أعلم (وأما) قول المصنف : ولأنه عبادة محضة فاحتراز من العدة والكتابه وقضاء الدين ونحوها .

(أما أحكام الفصل) ففيه مسائل :

(احداها) قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله تعالى : لا يصح صوم رمضان ولا غيره من الصيام الواجب والمندوب الا بالنية ، وهذا لا خلاف فيه عندنا ، فلا يصح صوم فى حال من الأحوال الا بنية لمـا ذكره المصنف ، ومحل النية القلب ولا يشترط نطق اللسان بلا خلاف ، ولا يكفى عن نية القلب بلا خلاف ولكن يستحب التلفظ مع القلب كما سبق فى الوضوء والصلاة .

(الثانية) تجب النية كل يوم سـواء رمضان وغيره ، وهذا لا خلاف فيه عندنا ، فلو نوى فى أول ليلة من رمضـان صوم الشهر كله لم تصح هذه النية لغيـر اليوم الأول لمـا ذكره المصنف ، وهل تصح لليوم الأول ؟ فيه خلاف ، والمذهب صحتها له ، وبه قطع أبو الفضل بن عبدان وغيره ، وتردد فيه الشيخ أبو محمد الجوينى من حيث ان النية قد فسـد بعضها .

(الثالثة) تبييت النية شرط فى صوم رمضان وغيـره من الصوم الواجب ، فلا يصح صوم رمضان ، ولا القضـاء ، ولا الكفارة ، ولا صوم فدية الحج وغيرها من الصوم الواجب بنية من النهار بلا خلاف ، وفى صوم النذر طريقان (المذهب) وبه قطع الجمهور وهو المنصـوص فى المختصر : لا يصح بنية من النهار (والثانى) فيه وجهان بناء على أنه يسلك به فى الصفات مسلك واجب الشرع ؟ أم مسلك مندوبه (إن قلنا) كواجب ، لم يصح بنية النهـار ، والا فيصح كالنفـل وممن حكى هذا الطريق الأولى هكذا والغزالى وجماعات من الخراسانيين فى كتاب النذور ، والمذهب يفـرق بين هذه المسـألة وباقى مسائل الخلاف فى النذر ، هل يسلك به مسلك الواجب ؟ أم

المندوب ؟ بأن الحديث هنا عام فى اشتراط تبييت النية للصـــوم خص منه النفل بدليل ، وبقى النذر على العموم ، والله أعلم •

قال أصحابنا : فلو نوى قبيل غروب الشمس بلحظة ، أو عقب طلوع الفجـــر بلحظة ، لم يصح بلا خلاف ، ولو نوى مع الفجـــر فوجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (الصحيح) عند المصنف وسائر المصنفين أنه لا يجـــوز ، وهو قول أكثر أصحابنا المتقـــدمين كما ذكره المصنف ، وقطع به المـــاوردي والمحاملى فى كتبه وآخرون ، والمعتمد فى دليله ما ذكره المصنف •

(وأما) ما ذكره صاحب الشامل حيث ذكر هذا ثم قال : ولأن من أصحابنا من أوجب امساك جـــزء من الليل ليكمل له الصـــوم جميع النهار ، فوجب تقديم النية ليستوعبه فغلط ، لأن الصـــوم لا يجب فيه امساك جـــزء من الليل لقوله تعالى « **وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجـــر** »(١) وانما يجب امساك جزء من الليل بعد غروب الشمس ليتحقق كمال النهار ، والله أعلم •

(فـــرع) لو نوى بعد الفجـــر وقبل الزوال فى غير رمضان صوم قضاء أو نذر لم ينعقد لمـــا نواه ، وفى انعقـــاده نفلا وجهان ، حكاهما المتولى قال : وهما مبنيـــان على القـــولين فيمن صلى الظهر قبل الزوال •

(فـــرع) لا يصح صوم الصبى المميز فى رمضـــان الا بنية من الليل ولهذا قلنا فى المســـألة الثالثة : تبييت النية شرط فى صوم رمضان وغيره من الواجب • وكذا قال المصنف : لا يصح صوم رمضان ولا غيره من الصيام الواجب الا بنية من الليـــل ، وتقديره : لا يصح صوم رمضان من أحد الا بنية من الليـــل ، ولا يصح الواجب الا بنية من الليل •

(الرابعة) تصح النية فى جميع الليل ، ما بين غروب الشمس وطلوع الفجـــر قال المتولى وغيره : فلو نوى الصوم فى صلاة المغرب صحت نيته • هذا هو المذهب وبه قطع جمهـــور أصحابنا المتقدمين

---

(١) البقرة : ١٨٧ •

وجماعات من المصنفين ، وفيه وجه أنه لا تصح النية الا فى النصف الثانى من الليل • حكاه المصنف والأصحاب ولم يبين الجمهور قائله • وبينه السرخسى فى الأمالى فقال : هو أبو الطيب بن سلمة ، واتفق اصحابنا على تغليطه فيه • وأما قول المصنف : فاذا قلنا بهذا فهل تجوز النية فى جميع الليل ؟ فيه وجهان • فعبارة مشكلة لأنها توهم اختصاص الخلاف بما اذا قلنا : لا تجوز النية مع الفجر • ولم يقل هذا أحد من اصحابنا ، بل الخلاف المذكور فى اشتراط النية فى النصف الثانى جار سواء جوزنا النية مع الفجر أم لا ، لأن من جوزها مع الفجر لا يمنع صحتها قبله ، وهذا لا خلاف فيه فلابد من تأويل كلام المصنف • والله اعلم • وأما قياس ابن سلمة على أذان الصبح والدفع من المزدلفة فقياس عجيب وأى علة تجمعهما ، ولو جمعتهما علة فالفرق ظاهر لأن اختصاص الأذان والدفع بالنصف الثانى لا حرج فيه بخلاف النية ، فقد يستغرق كثير من الناس النصف الثانى بالنوم فيؤدى الى تفويت الصوم ، وهذا حرج شديد لا أصل له ، والله أعلم •

(الخامسة) اذا نوى بالليل الصوم ثم أكل أو شرب أو جامع أو أتى بغير ذلك من منافيات الصوم لم تبطل نيته • وهكذا لو نوى ونام ثم انتبه قبل الفجر ، لم تبطل نيته ولا يلزمه تجديدها • هذا هو الصواب الذى نص عليه الشافعى • وقطع به جمهور الأصحاب ، الا ما حكاه المصنف وكثيرون ، بل الأكثرون عن أبى اسحاق المروزى أنه قال تبطل نيته بالأكل والجماع وغيرهما من المنافيات ، ويجب تجديدها ، فان لم يجددها فى الليل لم يصح صومه ، قال : وكذا لو نوى ونام ثم انتبه قبل الفجر لزمه تجديدها ، فان لم يجددها لم يصح صومه ، ولو استمر نومه الى الفجر لم يضره وصح صومه • وهذا المحكى عن أبى اسحاق غلط باتفاق الأصحاب لما ذكره المصنف •

قال المصنف وآخرون : « وقيل ان أبا اسحاق رجع عنه » وقال ابن الصباغ وآخرون : « هذا النقل لا يصح عن أبى اسحاق » وقال امام الحرمين : « رجع أبو اسحاق عن هذا عام حج وأشهد على نفسه » وقال القاضى أبو الطيب فى المجرد : « هذا الذى قاله أبو اسحاق غلط » قال : وحكى أن أبا سعيد الاصطخرى لما بلغه قول أبى اسحاق

هذا قال : « هذا خلاف اجمـاع المسلمين » قال : ويستتاب أبو اسحاق هذا • وقال الدارمى حكى ابن القطـان عن أبى بكر الحازمى أنه حكى للاصطخـرى قول أبى اسحاق هذا ، فقال : خرق الاجمـاع ، حكاه الحازمى لأبى اسحاق بحضرة ابن القطـان فلم يتكلم أبو اسحاق • قال : فلعله رجع • فحصل أن الصواب أن النية لا تبطـل بشىء من هذا • قال امام الحرمين : وفى كلام العراقيين تردد فى أن الغفـلة هل تنزل منزلة النوم ؟ يعنى أنه اذا تذكر بعدها يجب تجديد النيـة على الوجه المنسـوب الى أبى اسحاق • قال : والمذهب اطـراح كل هذا ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وأما صوم التطـوع فانه يجوز بنية قبل الزوال ، وقال المزنى : لا يجـوز الا بنية من الليـل كالفرض ، والدليـل على جوازه ما روت عائشـة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أصبح اليوم عندكم شىء تطعمون ؟ فقالت : لا ، فقال : انى اذن صائم » ويخالف الفرض لأن النفـل أخف من الفرض ، والدليل عليه أنه يجوز ترك الصيام واستقبال القبلة فى النفـل مع القـدرة ، ولا يجـوز فى الفرض ، وهل يجوز بنية بعد الزوال ؟ فيه قولان :

روى حرملة أنه يجـوز لأنه جـزء من النهار ، فجازت نية النفل فيه ، كالنصف الأول (وقال) فى القديم والجديد : لا يجـوز لأن النية لم تصحب معظم العبادة فأشبه اذا نوى مع غروب الشمس ، ويخالف النصف الأول • فان النية هنـاك صحبت معظم العبادة ، ومعظم الشىء يجـوز أن يقـوم مقـام كل الشىء ، ولهـذا لو أدرك معظم الركعـة مع الامام جعـل مدركا للركعـة ، ولو أدرك دون المعظـم لم يجعـل مدركا لها ، فان صام التطـوع بنية من النهار فهل يكون صائما من أول النهار أم من وقت النية ؟ فيه وجهان • قال أبو اسحاق : يكون صائما من وقت النية ، لأن ما قبل النية لم يوجد فيه قصد القربة ، فلم يجعل صائما فيه ، وقال أكثر أصحابنا : انه صائم من أول النهـار لأنه لو كان صائما من وقت النية لم يضره الأكل قبلها) •

(الشرح) حديث عائشة رضى الله عنها صحيح رواه مسلم ولفظه قالت : « دخل بى رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم : يا عائشة هل عندكم شىء ؟ فقلت : يا رسول الله ما عندنا شىء قال : فانى صائم » هذا لفظ مسلم ، وفى روايه النسائى قال صلى الله عليه وسلم : اذن أصوم (وقوله) صلى الله عليه وسلم : « اذن أصوم » معناه ابتدىء نية الصيام ، هذا مقتضاه ، وسأذكر باقى الأحاديث الواردة بمعناه فى فرع مذاهب العلماء ان شاء الله تعالى •

(أما الأحكام) فقال الشافعى والأصحاب : يصح صوم النفل بنية من النهار قبل الزوال ، وشذ عن الأصحاب المزنى وابو يحيى البلخى فقالا : لا يصح الا بنية من الليل ، وهذا شاذ ضعيف ، ودليل المذهب والوجه فى الكتاب ، وهل تصح بنية بعد الزوال ؟ فيه قولان (اصحهما) باتفاق الأصحاب ، وهو نصه فى معظم كتبه الجديدة ، وفى القديم : لا يصح ، ونص فى كتابين من الجديد على صحته ، نص عليه فى حرمله ، وفى كتاب اختلاف على وابن مسعود رضى الله عنهما وهو من جملة كتب الأم •

قال أصحابنا : وعلى هذا يصح فى جميع ساعات النهار ، وفى آخر ساعة ، لكن يشترط أن لا يتصل غروب الشمس بالنية ، بل يبقى بينهما زمن ولو أدنى لحظة ، صرح به البندنيجى وغيره ، ثم اذا نوى قبل الزوال أو بعده وصححناه ، فهل هو صائم من وقت النية فقط ، ولا يحسب له ثواب ما قبله ؟ أم من طلوع الفجر ويثاب من طلوع الفجر ، فيه وجهان مشهوران ذكر المصنف دليلهما (أصحهما) عند الأصحاب من طلوع الفجر ، ونقله المصنف والجمهور عن أكثر أصحابنا المتقدمين • قال الماوردى والمحاملى فى كتابيه المجموع والتجريد والمتولى : الوجه القائل : يثاب من حين النية ، هو قول ابى اسحاق المروزى ، واتفقوا على تضعيفه • قال الماوردى والقاضى أبو الطيب فى المجرد : هو غلط لأن الصوم لا يتبعض • قالوا وقوله « لأنه لم يقصد العبادة قبل النية » لا أثر له ، فقد يدرك بعض العبادة ويثاب كالمسبوق يدرك الامام راكعا فيحصل له ثواب جميع الركعة باتفاق الأصحاب وبهذا ردوا على أبى اسحاق ، والله أعلم •

وقد سبق فى باب نية الوضوء الفرق بين هذه المسألة ومن نوى الوضـــوء عند غسل الوجه ولم ينو قبله، فانه لا يثاب على المضمضة والاستنشاق وغسل الكفين لأن الوضوء ينفصل بعضه عن بعض ، ولو حذفت هذه المذكورات منه صح بخلاف الصوم ، والله أعلم •

قال أصحابنا : فان قلنا : يثاب من طلوع الفجـــر اشترطت جميع شروط الصـــوم من أول النهار ، فان كان أكل أو جامع أو فعل غير ذلك من المنافيات لم يصـــح صومه ، وان قلنا : يثاب من أول النية ففى اشتراط خلو أول النهار عن الأكل والجمـــاع وغيرهما وجهـــان مشهوران فى الطريقتين (أصحهما) الاشتراط ، وبه قطع المصنف وآخرون وهو المنصوص (والثانى) لا يشترط ، فلو كان أكل أو جامع أو فعل غير ذلك من المنافيات ثم نوى صح صومه ويثاب من حين النية ، وهذا الوجه محكى عن أبى العباس بن سريج ، ومحمد بن جرير الطبرى ، والشيخ أبى زيد المروزى • وحكاه أبو على الطبرى فى الافصـــاح والقاضى أبو الطيب فى المجرد وجها مخرجا ، قالا : والمخـــرج له هو محمد بن جرير الطبرى ، وحكاه المتولى عن جماعة من الصحابة : طلحة وأبى أيوب وأبى الدرداء وأبى هريرة رضى الله عنهم ، وما أظنه صحيحا عنهم •

فان قلنا بالمذهب ان الامساك من أول النهار شرط ، فلو كان أول النهار كافرا أو مجنونا أو حائضا ثم زال ذلك فى أثناء النهـــار ونوى صوم التطـــوع ففى صحته وجهان مشـــهوران فى كتب الخراسانيين (أصحهما) لا يصح صومه ، لأنه لم يكن أهلا للصوم ، والله تعالى أعلم •

قال الشيخ أبو محمد الجوينى فى السلسلة : الوجهان فى وقت ثواب الصائم هنا ، مبنيان على القولين فيمن نذر صوم يوم قدوم زيد فقدم ضحوة وهو صائم هل يجزئه عن نذره ؟ ان قلنا : يجـــزئه حصل له الثواب هنا من طلوع الفجـــر ، والا فمن وقت النية ، والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يصح صوم رمضان الا بتعيين النية ، وهو أن ينوى أنه صائم من رمضان ، لانه عبادة وهو قربة مضافة الى وقتها فوجب تعيين الوقت في نيتها كصلاة الظهر والعصر ، وهل يفتقر الى نية الفرض ؟ فيه وجهان • قال ابو اسحاق : يلزمه ان ينوى صوم فرض رمضان ، لان صوم رمضان قد يكون نفلا في حق الصبى فاحتاج الى نية الفرض ليتميز عن صوم الصبى • وقال ابو على ابن ابى هريرة لا يفتقر الى ذلك لان رمضان في حق البالغ لا يكون الا فرضا فلا يفتقر الى تعيين الفرض فان نوى في ليلة الثلاثين من شعبان فقال : أن كان غد من رمضان فانا صائم عن رمضان أو عن تطوع فكان من رمضان لم يصح لعلتين (احدهما) انه لم يخلص النيه لرمضان (والثانيه) ان الاصل انه من شعبان فلا تصح نية رمضان [ولانه(١) شاك في دخول وقت العبادة فلم تصح نيته كما لو شك في دخول وقت الصلاة] ولو قال : ان كان غد من رمضان فانا صائم عن رمضان ، وان لم يكن من رمضان فانا صائم عن تطوع لم يصح لعلة واحدة ، وهو أن الاصل انه من شعبان فلا تصح بنية الفرض ، فان قال ليلة الثلاثين من رمضان ان [كان] غد من رمضان فانا صائم عن رمضان أو الفطر ، فكان من رمضان لم يصح لانه لم يخلص النية للصوم وان قال : ان كان غد من رمضان فانا صائم عن رمضان ، وان لم يكن من رمضان فانا مفطر ، فكان من رمضان صح صومه ، لانه اخلص النية للفرض وبنى على أصل ، لان الأصل أنه من رمضان) •

(الشرح) قوله : قربة مضافة الى وقتها احتراز من الكفارة ، فانه لا يشترط فيها تعيينها من قتل أو ظهار أو غيرهما •

(أما الأحكام) ففيه مسائل (احداها) قال الشافعى والأصحاب : لا يصح صوم رمضان ولا قضاء ولا كفارة ولا نذر ولا فدية حج ولا غير ذلك من الصيام الواجب الا بتعيين النية ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « وانما لكل امرىء ما نوى » فهذا ظاهر في اشتراط التعيين ،

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من ش و ق (ط) •

لأن أصل النية فهم اشتراطه من أول الحديث « انما الأعمال بالنيات » واستدل الأصحاب بالقياس الذى ذكره المصنف • وهذا الذى ذكرناه من اشتراط تعيين النية هو المذهب والمنصوص ، وبه قطع الأصحاب فى جميع الطرق الا المتولى فحكى عن أبى عبد الله الحليمى من أصحابنا وجها ان صوم رمضان يصح بنية مطلقة • وهذا الوجه شاذ مردود •

(الثانية) صفة النية الكاملة المجزئة بلا خلاف أن يقصد بقلبه صوم غد عن أداء فرض رمضان هذه السنة لله تعالى ، فأما الصوم فلابد منه • وكذا رمضان لابد من تعيينه الا وجه الحليمى السابق فى المسألة قبلها • وأما الأداء والفرضية ففيهما الخلاف السابق فى الصلاة ، وقد سبق موضحا بدليله ، لكن الأصح هنا وهناك أن الأداء لا يشترط • وأما الفرضية فاختلفوا فى الأصح هناك وهنا • فالأصح عند الأكثرين هناك الاشتراط والأصح هنا أيضا عند البغوى الاشتراط ، والأصح هنا عند البندنيجى وصاحب الشامل والأكثرين عدم الاشتراط ، والفرق أن صوم رمضان من البالغ لا يكون الا فرضا ، وصلاة الظهر من البالغ قد تكون نفلا فى حق من صلاها ثانيا فى جماعة • وهذا هو الأصح • وأما الاضافة الى الله تعالى فقد سبق فى باب نية الوضوء أن فيها وجهين فى جميع العبادات • ذكرهما الخراسانيون (أصحهما) لا تجب ، وبه قطع العراقيون وأما التقييد بهذه السنة فليس بشرط على المذهب ، وهو المنصوص ، وبه قطع المصنف وسائر العراقيين وآخرون من غيرهم • وحكى امام الحرمين وآخرون من الخراسانيين وجها فى اشتراطه وغلطوا قائله ، وحكى البغوى وجها فى اشتراط فرض هذا الشهر ، وهو بمعنى فرض هذه السنة ، وهو أيضا غلط ، والله أعلم •

(فرع) قال أصحابنا الخراسانيون وغيرهم : اذا نوى يوما وأخطأ فى وصفه لا يضره (مثاله) نوى ليلة الثلاثاء صوم الغد ، وهو يعتقده يوم الاثنين ، أو نوى صوم غد من رمضان هذه السنة وهو يعتقدها سنة ثلاث فكانت سنة أربع صح صومه ، بخلاف ما لو نوى ليلة الاثنين صوم يوم الثلاثاء ، أو نوى وهو فى سنة أربع صوم رمضان

سنة ثلاث فانه لا يصح بلا خلاف ، لأنه لم يعين الوقت ، وممن ذكر هذا الفـرع كما ذكرته من العراقيين القاضى أبو الطيب فى المجرد والدارمى • لكن قال الدارمى : لو نوى صوم غد يوم الأحـد وهو غيره فوجهان • وذكر صاحب الشامل ما قدمناه عن القاضى أبى الطيب وغيره • ثم قال : وعنـدى أنه يجزئه فى جميع هذه الصـور ، ولا فرق بينها •

(فـرع) قال الرافعى : اشتراط الغد فى كلام الأصحاب فى تفسير التعيين • قال : وهو فى الحقيقـة ليس من حد التعيين ، وانما وقع ذلك من نظرهم الى التبييت •

(فـرع) حكم التعيين فى صوم القضاء والكفارة كما ذكرنا فى صوم رمضان ولا يشترط تعيين سبب الكفارة ، لكن لو عين وأخطأ لم يجزئه ، وسيأتى فى الكفارات ان شاء الله تعالى ايضاحه ، وسبقت الاشارة الى شىء منه فى باب صفة الأئمة • وأما صوم التطـوع فيصح بنية مطلق الصـوم كما فى الصلاة ، هكذا أطلقه الأصحـاب ، وينبغى أن يشترط التعيين فى الصوم المرتب كصوم عرفة وعاشوراء وأيام البيض وستة من شوال ونحوها ، كما يشترط ذلك فى الرواتب من نوافل الصلاة •

(الثالثة) قال أصحابنا : ينبغى أن تكون النية جازمة ، فلو نوى ليلة الثلاثين من شعبان صوم غد ان كان من رمضان فله حالان (أحدهما) أن لا يعتقـد كونه من رمضان ، فان ردد نيته فقال : أصوم غدا من رمضان ان كان منه والا فأنا مفطـر أو متطـوع ، لم يجـزئه عن رمضان اذا بان منه ، لأنه صام شاكا ولم يكن على أصل يستصحبه ولا ظن يعتمده • وقال المزنى : يجـزئه عن رمضان ، ولو قال أصوم غدا عن رمضان أو تطـوعا لم يجـزئه بلا خلاف ، ولو لم يردد نيته بل جزم بالصوم عن رمضان لم يصح وان صادف رمضان ، لمـا ذكره المصنف من أن الأصل عدم رمضـان • ولأنه لم يعتقده من رمضـان لم يتأت منه الجـزم به ، وانما يحصل حديث نفس لا اعتبار به •

وحكى امام الحرمين وغيره وجها عن صاحب التقريب أنه يجزئه عن رمضان والصواب الأول ، وبه قطع الجمهور • (أما) اذا كان فى آخر رمضان فقال : ليلة الثلاثين منه أصوم غدا ان كان من رمضان أو أتطـوع ، أو قال : أصوم أو أفطـر وصادف رمضـان فلا يجزئه ، لأنه لم يجـزم ، وان قال : أصوم غدا عن رمضـان ان كان منه ، والا فأنا مفطـر ، فكان منه أجـزأه ، لأن الأصل بقاء رمضان فأجزأه استصحابا للأصل •

(الحال الثانى) أن يعتقد كونه من رمضان ، فان لم يستند اعتقاده الى ما يثير ظنا فلا اعتبار به ، وحكمه ما سبق فى الحال الأول ، وان استند اليه فقد قال الشافعى رضى الله عنه فى المختصر : لو عقـد رجل على أن غدا من رمضان فى يوم الشك ثم بان أنه من رمضان أجزأه وهذا نصه :

قال أصحابنا : ان استند الى ما يحصل ظنا ، بأن اعتمد قول من يثق به من حر أو عبد أو امرأة أو صبيان ذوى رشد ، ونوى صوم رمضان فبان منه أجـزأه بلا خلاف ، هكذا نقل الرافعى عن الأصحاب ، وصرح به البغـوى والمتولى ، ولكن لم يذكر الصبيان ، وصرح به كله آخرون ، منهم امام الحرمين فى النهاية فصرح بالصبيان ذوى الرشد • قال الجرجانى فى التحـرير : لو نوى الصـوم برؤية من تسكن نفسه اليه من امرأة أو عبد أو فاسق أو مراهق وكان من رمضان أجزأه ، ولم يذكر فيه خلافا وممن صرح باعتمـاد الصبى المراهق وصحة الصوم بناء على قوله المحاملى فى المجمـوع • فان قال فى نيته والحالة هذه أصوم عن رمضان ، فان لم يكن منه فهو تطـوع ، قال امام الحرمين وغيره : فظاهر النص أنه لا يصح ، وان بان أنه من رمضان ، لأنه متردد •

قال الامام : وذكر طوائف من الأصحاب وجها آخـر أنه يصح لاستناده الى أصـل ، قال الامام : وهذا موافق لمذهب المزنى ، ورأى الامام طارد الخلاف ، وان جزم قال : لأنه لا يتصـور الجزم والحالة هذه ، لأنه لا موجب له ، وانما الحاصل له حديث نفس وان

سماه جزما ، قالوا : ويدخل فى قسم استناد الاعتقـاد الى ما يثير ظنا الصوم مستندا الى دلالة الحساب بمنازل القمر حيث جوزناه كما سبق • قال أصحابنا : ومن ذلك اذا حكم الحاكم بثبوت رمضان بعدلين أو بعدل اذا جوزناه ، فيجب الصوم ويجزىء اذا بان من رمضان بلا خلاف ، ولا يضر ما قد يبقى من الارتياب فى بعض الأوقات لحصول الاستناد الى ظن معتمد •

قال أصحابنا : ومن ذلك الأسير والمحبوس فى مطمـورة اذا اشتبهت عليه الشهور وقد سبق بيانه مبسوطا ، والله تعالى أعلم • ولو قال ليلة الثلاثين من شعبان : أصوم غدا نفلا ان كان من شعبان ، والا فمن رمضان ، ولم يكن أمارة ولا غيرها فصادف شعبان صح صومه نفلا ، لأن الأصل بقاء شعبان • صرح به المتولى وغيره • وان صادف رمضان فقد ذكرنا أنه لا يصح فرضا ولا نفلا ، والله تعالى أعلم • ولو كان عليه قضاء فقال : أصوم غدا عن القضاء أو تطوعا لم يجـزئه عن القضاء بلا خلاف لأنه لم يجـزم به ، ويصح نفلا اذا كان فى غير رمضان ، هذا مذهبنا ، وبه قال محمد بن الحسن ، وقال أبو يوسف : يقع عن القضاء ، والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن دخل فى الصـوم ونوى الخـروج منه بطل صومه ، لأن النية شرط فى جميعه ، فاذا قطعها فى أثنائه بقى الباقى بغير نية فبطل ، واذا بطل البعض بطل الجميـع ، لأنه لا ينفـرد بعضه عن بعض ، ومن أصحابنا من قال : لا يبطـل لأنه عبادة تتعلق الكفارة بجنسـها ، فلم تبطل بنية الخروج كالحج ، والأول أظهر ، لأن الحج لا يخـرج منه بما يفسـده ، والصـوم يخـرج منه بما يفسده فكان كالصلاة) •

(الشرح) قوله تتعلق الكفارة بجنسها احتراز من الصلاة (وقوله) يخرج من الصوم بما يفسده ولا يخـرج من الحج بما يفسده معناه أنه اذا أبطل الصوم بالأكل أو غيره صار خارجا منه ، فلو جامع بعده فى هذا اليوم لا كفارة عليه ، وان كان آثما بهذا الجمـاع لأنه كان

يجب عليه امساك بقية النهار ، ولكن وجوب الامساك لحرمة اليوم والكفارة انما تجب على من أفسد الصوم بالجماع ، وهذا لم يفسد بجماعه صوما •

(وأما) الحج فاذا أفسده بالجماع لم يخرج منه بالافساد ، بل حكم احرامه باق وان كان عليه القضاء ، فلو قتل بعد صيدا أو تطيب أو لبس أو فعل غير ذلك من محظورات الاحرام لزمته الفدية ، لكونه لم يخرج منه ، بل هو محرم كما كان فهذا مراد المصنف بالفرق بينهما ، وهما مفترقان فى الخروج وعدمه ، ومتفقان فى وجوب المضى فى فاسدهما •

(وأما حكم المسألة) فاذا دخل فى صوم ثم نوى قطعه ، فهل يبطل ؟ فيه وجهان مشهوران ذكر المصنف دليلهما (أصحهما) عند المصنف والبغوى وآخرين بطلانه (وأصحهما) عند الأكثرين : لا يبطل ، وقد سبق بيانه فى أوائل باب صفة الصلاة ، وذكرنا هناك ما يبطل بنية الخروج ، وما لا يبطل ، وما اختلفوا فيه ، وسبق أيضا فى باب نية الوضوء • هذا اذا جزم بنية الخروج فى الحال فلو تردد فى الخروج منه أو علق الخروج على دخول زيد مثلا ، فالمذهب ــ وبه قطع الأكثرون ــ لا يبطل وجها واحدا •

(والثانى) على الوجهين فيمن جزم بالخروج ، فان قلنا فى التعليق : انه لا يبطل فدخل زيد فى أثناء النهار هل يبطل ؟ فيه وجهان (الصحيح) لا يبطل حكاهما جماعة منهم البغوى فى باب صفة الصلاة ، وجزم الماوردى بأنه لو نوى أنه سيفطر بعد ساعة لم يبطل صومه • ومتى نوى الخروج من الصوم بأكل أو جماع ونحوهما وقلنا انه يبطل فالمشهور بطلانه فى الحال ، وحكى الماوردى وجهين (أحدهما) هذا (والثانى) لا يبطل حتى يمضى زمان امكان الأكل والجماع وهذا غريب ضعيف ، والله أعلم •

ولو كان صائما عن نذر فنوى قلبه الى كفارة أو عكسه ، قال امام الحرمين والمتولى والأصحاب : لا يحصل له الذى انتقل اليه بلا

خلاف ، وأما الذى كان فيه ، فان قلنا : ان نية الخروج لا تبطله بقى على ما كان ولا أثر لما جرى ، وان قلنا : تبطله فهل يبطل ؟ أم ينقلب نفلا ؟ فيه خلاف كما سبق فى نظائره ، فيمن نوى قلب صلاة الظهر عصرا وشبهه • وقد سبق ايضاح هذا وأشباهه فى أول صفة الصلاة • قال المتولى وغيره : وهذا الوجه فى انقلابه نفلا هو فيما اذا كان فى غير رمضان ، والا فرمضان لا يقع فيه نفل أصلا كما سنوضحه قريبا ان شاء الله تعالى ، والله أعلم •

فرع

فى مسائل تتعلق بنية الصوم

(احداها) اذا نوت الحائض صوم الغد قبل انقطاع دم حيضها ثم انقطع فى الليل ، قال المتولى والبغوى وآخرون من أصحابنا : ان كانت مبتدأة يتم لها فى الليل أكثر الحيض ، أو معتادة عادتها أكثر الحيض وهى تتم فى الليل ، صح صومها بلا خلاف ، لأنا نقطع بأن نهارها كله طهر ، وان كانت عادتها دون أكثره ويتم بالليل فوجهان (أصحهما) تصح نيتها وصومها لأن الظاهر استمرار عادتها ، فقد بنت نيتها على أصل ، وان لم يكن لها عادة أو كانت ولا يتم أكثر الحيض فى الليل • أو كانت لها عادات مختلفة لم يصح ، لأنها لم تجزم ولا بنت على أصل ولا أمارة •

(الثانية) قال المتولى : لو تسحر ليقوى على الصوم أو عزم فى أول الليل أن يتسحر فى آخره ليقوى على الصوم لم يكن هذا نية لأنه لم يوجد قصد الشروع فى العبادة ، وقال الرافعى : قال القاضى أبو المكارم فى العدة : لو قال فى الليل : أتسحر لأقوى على الصوم لم يكف هذا فى النية ، قال : ونقل بعضهم عن نوادر الأحكام لأبى العباس الرويانى أنه لو قال : أتسحر للصوم أو أشرب لدفع العطش نهارا أو امتنع من الأكل والشرب والجماع مخافة الفجر كان ذلك نية للصوم • قال الرافعى : وهذا هو الحق ان خطر بباله الصوم بالصفات المعتبرة • لأنه اذا تسحر ليصوم صوم كذا فقد قصده •

(الثالثة) لو عقب النية بقوله : ان شاء الله بقلبه أو بلسانه • فان قصد التبرك أو وقوع الصوم وبقاء الحياة الى تمامه بمشيئة الله تعالى لم يضره ، وان قصد تعليقه والشك لم يصح صومه هذا هو المذهب • وبه قطع المحققون منهم المتولى والرافعى وقال الماوردى : ان قال : أصوم غدا ان شاء زيد لم يصح صومه وان شاء زيد ، لأنه لم يجزم النية • وان قال : ان شاء الله تعالى فوجهان (الصحيح) لا يصح صومه كقوله ان شاء زيد ، لأنه استثناء وشأنه أن يوقع ما نطق به (والثانى) يصح صومه هذا كلام الماوردى ، وجمع صاحب البيان كلام الأصحاب فى المسألة فقال : لو قال : أصوم غدا ان شاء الله تعالى فثلاثة أوجه • (أحدها) وهو قول القاضى أبو الطيب يصح ، لأن الأمور بمشيئة الله تعالى (والثانى) لا يصح ، وهو قول الصيمرى لأن الاستثناء يبطل حكم ما اتصل به (والثالث) وهو قول ابن الصباغ : ان قصد الشك فى فعله لم يصح ، وان قصد أن ذلك موقوف على مشيئة الله وتوفيقه وتمكينه صح ، وهذا هو الصحيح وهو التفصيل السابق •

(الرابعة) اذا نسى نية الصوم فى رمضان حتى مطلع الفجر لم يصح صومه بلا خلاف عندنا ، لأن شرط النية الليل ، ويلزمه امساك النهار ، ويجب قضاؤه لأنه لم يصمه ، ويستحب أن ينوى فى أول نهاره الصوم عن رمضان ، لأن ذلك يجزىء عند أبى حنيفة فيحتاط بالنية •

(الخامسة) اذا نوى وشك ، هل كانت نيته قبل الفجر أو بعده ؟ فقد قطع الصيمرى وصاحبه الماوردى وصاحب البيان بأنه لا يصح صومه لأن الأصل عدم النية ، ويحتمل أن يجىء فيه وجه ، لأن الأصل بقاء الليل ، كمن شك هل أدرك ركوع الامام أم لا ، فان فى حصول الركعة له خلافا سبق فى موضعه ، الأصح أنها لا تحصل • واو نوى ثم شك هل طلع الفجر أم لا ؟ أجزأه وصح صومه بلا خلاف ، صرح به صاحب البيان، قال هو والصيمرى : ولو أصبح شاكا فى أنه نوى أم لا • لم يصح صومه •

(السادسة) قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله تعالى : يتعين رمضان لصوم رمضان • فلا يصح فيه غيره • فلو نوى فيه الحاضر

أو المسافر أو المريض صوم كفارة أو نذر أو قضاء أو تطـوع أو أطلق نية الصـوم لم تصح نيته • ولا يصح صومه • لا عما نواه ، ولا عن رمضان • هكذا نص عليه وقطع به الأصحاب فى الطرق الا امام الحرمين • فقال : لو أصبح فى يوم من رمضان غير ناو • فنوى التطـوع قبل الزوال • قال الجماهير : لا يصح • وقال أبو اسحاق المروزى : يصح • قال الامام : فعلى قياسه يجوز للمسافر التطـوع به والمذهب ما سبق • واحتج له المتولى أن التشبه بالصائمين واجب عليه ، فلا ينعقـد جنس تلك العبادة مع قيام فرض التشبه ، كما لو أفسـد الحج ثم أراد أن يحـرم احراما آخر صحيحا لم ينعقد لأنه يلزمه المضى فى فاسده ، والله أعلم •

(السابعة) قال المتولى فى آخـر المسألة السادسة من مسائل النية : لو نوى فى الليل ثم قطع النية قبل الفجـر سقط حكمها ، لأن ترك النية ضد للنية بخـلاف ما لو أكل فى الليل بعد النية لا تبطل ، لأن الأكل ليس ضدها •

(الثامنة) قال المتولى : لو نوى صوم القضاء والكفارة بعـد الفجـر ، فان كان فى رمضان لم ينعقـد له صوم أصلا ، لأن رمضان لا يقبل غيره كما سبق ، ولم ينو رمضان من الليل ، وان كان فى غير رمضان لم ينعقـد القضاء والكفارة لأن شرطهما نية الليل ، وهل ينعقد نفلا ؟ وفيه وجهان بناء على القولين فيمن نوى الظهر قبل الزوال ، وقد سبقت المسألة مع نظائرها فى أول صفة الصلاة •

(التاسعة) قال الصيمرى وصاحب البيان حكاية عنه : لو علم أن عليه صوما واجبا لا يدرى هل هو من رمضان ؟ أو نذر أو كفارة ، فنوى صوما واجبا أجزأه ، كمن نسى صلاة من الخمس لا يعرف عينها ، فانه يصـلى الخمس ويجـزئه عما عليه ويعذر فى عدم جزم النية للضرورة •

(العاشرة) قال الصيمرى وصاحب البيان حكاية عنه : لو قال أصوم غدا ان شاء زيد أو ان نشطت لم تصح لعدم الجزم ، وان قال :

ما كنت صحيحا مقيما أجزأه ، لأنه يجـوز له الفطر لو مرض أو سافر قبل الفجر •

(الحادية عشرة) لو شك فى نهار رمضان ، هل نوى من الليل ؟ ثم تذكر بعد مضى أكثر النهار أنه نوى ، صح صومه بلا خلاف ، صرح به القاضى حسين فى الفتـاوى والبغوى وآخرون ، وقاسه البغـوى على ما لو شك المصـلى فى النية ثم تذكرها قبل احداث ركن •

(الثانية عشرة) اذا كان عليه قضاء اليوم الأول من رمضان فصام ونوى قضاء اليوم الثانى ، ففى اجزائه وجهان مشهوران ، حكاهما البغوى وآخرون ، وجزم المتولى بأنه لا يجزىء •

قال : وكذا لو كان عليه قضاء يوم من رمضـان سنة فنوى قضاءه من صوم [أيام] أخـرى غلطا لا يجزئه ، كما لو كان عليه كفارة قتل فأعتق بنية كفارة ظهار لا يجـزئه ، وان كان لو أطلق النية عن واجبه فى الموضعين أجزأه ، وقد ذكر المصنف هذه المسألة فى آخر هذا الباب ، لكنه ذكر الوجهين احتمالين له ، فكأنه لم ير النقل فيها •

(الثالثة عشرة) فى مسائل جمعها الدارمى هنا مما يتعلق بالنية على شك ، وذكر المسائل السابقة قريبا اذا نوى يوم الثلاثين من شعبان أو الثلاثين من رمضـان صوم الغـد فحكمه ما سبق ، قال : ولو كان متطهرا وشك فى الحدث فتوضأ وقال : ان كنت محدثا فهذا لرفعه والا فتبرد لم يجـزئه ، ولو تيقن الحدث وشك فى الطهـارة فقال ذلك أجزأه عملا بالأصـل فى المسألتين ، ولو شك فى دخـول وقت صلاة فنوى ان كانت دخلت فعنها والا فنافلة لم يجـزئه • وان كان عليه صلاة وشك فى أدائها فقال : أصلى عنها ان كانت والا فنافلة فكانت أجزأه ، ولو قال نويتها ان كانت أو نافلة لم يجزئه ان كانت كما سبق نظيره فى الصـوم • ولو أخـرج دراهم ونوى : هذه زكاة مالى ان كنت كسبت نصابا أو نافلة ، أو قال : والا فهى نافلة لم يجزئه فى الحالين ، لأن الأصل عدم الكسب ، ولو أحـرم فى يوم الثلاثيـن من رمضان وهو شاك فقال : ان كان من رمضـان فاحرامى بعمرة ،

وان كان من شوال فهو حج فكان من شوال كان حجا صحيحا ، ولو أحرم بالصلاة فى آخر وقت الجمعة فقال : ان كان وقت الجمعة باقيا فجمعة ، والا فظهر فبان بقاؤه ، ففى صحة الجمعة وجهان ، والله أعلم .

فرع

فى مذاهب العلماء فى نية الصوم

مذهبنا أنه لا يصح صوم الا بنية ، سواء الصوم الواجب من رمضان وغيره والتطوع ، وبه قال العلماء كافة الا عطاء ومجاهد وزفر فانهم قالوا : ان كان الصوم متعينا بأن يكون صحيحا مقيما فى شهر رمضان فلا يفتقر الى نية . قال الماوردى : فأما صوم النذر والكفارة فيشترط له النية باجماع المسلمين . واحتج لعطاء وموافقيه بأن رمضان مستحق الصوم يمنع غيره من الوقوع فيه فلم يفتقر الى نية .

واحتج أصحابنا بحديث « انما الأعمال بالنيات » وبحديث حفصة السابق ، وقياسا على الصلاة والحج ، ولأن الصوم هو الامساك لغة وشرعا ، ولا يتميز الشرعى عن اللغوى الا بالنية فوجب للتمييز .

(والجواب) عما ذكروه أنه منتقض بالصلاة اذا لم يبق من وقتها الا قدر الفرض فان هذا الزمان مستحق لفعلها ، ويمنع من ايقاع غيرها فيه ، وتجب فيها النية بالاجماع ، وقد يجيبون عن هذا بأن ذلك الزمان وان كان لا يجوز فيه صلاة أخرى لكن لو فعلت انعقدت ، وقد ينازع فى انعقادها لأنها محرمة ، وقد سبق أن الصلاة التى لا سبب لها لو فعلت فى وقت النهى لا تنعقد على الأصح ، والله تعالى أعلم .

فرع

فى مذاهبهم فى نية صوم رمضان

ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يصح الا بالنية من الليل ، وبه قال مالك وأحمد واسحاق وداود وجماهير العلماء من السلف والخلف ، وقال

أبو حنيفة : يصح بنية قبل الزوال • قال : وكذا النذر المعين • ووافقنا على صوم القضاء والكفارة انهما لا يصحان الا بنية من الليل • واحتج به بالأحاديث الصحيحة أن النبى صلى الله عليه وسلم « بعث يوم عاشوراء الى أهل العوالى وهى القرى التى حول المدينة أن يصوموا يومهم ذلك » قالوا : وكان صوم عاشوراء واجبا — ثم نسخ — وقياسا على صوم النفل • واحتج أصحابنا بحديث حفصة وحديث عائشة رضى الله عنهما « لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل » وهما صحيحان سبق بيانهما ، وبالقياس على صوم الكفارة والقضاء •

وأجاب أصحابنا عن حديث عاشوراء بجوابين (أحدهما) أنه لم يكن واجبا وانما كان تطوعا متأكدا شديد التأكيد • وهذا هو الصحيح عند أصحابنا (والثانى) أنه لو سلمنا أنه كان فرضا فكان ابتداء فرضه عليهم من حين بلغهم ولم يخاطبوا بما قبله كأهل قباء فى استقبال الكعبة ، فان استقبالها بلغهم فى أثناء الصلاة فاستداروا وهم فيها من استقبال بيت المقدس الى استقبال الكعبة وأجزأتهم صلاتهم ، حيث لم يبلغهم الحكم الا حينئذ ، وان كان الحكم باستقبال الكعبة قد سبق قبل هذا فى حق غيرهم ، ويصير هذا كمن أصبح بلا نية ثم نذر فى أثناء النهار صوم ذلك اليوم • وأجاب الماوردى بجواب ثالث وهو أنه لو كان عاشوراء واجبا فقد نسخ باجماع العلماء ، وأجمع العلماء على أنه ليس بواجب ، واذا نسخ حكم شىء لم يجز أن يلحق به غيره •

وأما الجواب عن قياسهم على التطوع فالفرق ظاهر ، لأن التطوع مبنى على التخفيف ولأنه ثبت الحديث الصحيح فيه وثبت حديث حفصة وعائشة رضى الله عنهما فوجب الجمع بين ذلك كله ، وهو حاصل بما ذكرناه أن حديث التبييت فى الصوم الواجب وغيره فى صوم التطوع ، والله أعلم •

فـــرع

فى مذاهبهم فى النية لكل يوم من كل صوم

مذهبنا أن كل يوم يفتقر الى نية ، سواء نية صوم رمضان والقضاء والكفارة والنذر والتطوع ، وبه قال أبو حنيفة وأسحاق

ابن راهويه وداود وابن المنذر والجمهور • وقال مالك : اذا نوى فى أول ليلة من رمضـــان صوم جميعه كفاه لجميعه ، ولا يحتاج الى النية لكل يوم ، وعن أحمد واسحاق روايتان (أصحهما) كمذهبنـــا (والثانية) كمالك ، واحتج لمـــالك بأنه عبادة واحدة فكفته نية واحدة ، كالحج وركعات الصلاة • واحتج أصحابنا بأن كل يوم عبادة مستقلة لا يرتبط بعضه ببعض ولا يفســـد بفساد بعض ، بخلاف الحج وركعات الصلاة(١) •

فـــرع

فى مذاهبهم فى تعييـــن النية

مذهبنا أن صوم رمضان وغيـــره من الصـــوم الواجب لا يصح الا بتعيين النية وفى اشتراط نية الفريضـــة وجهان (أصحهما) لا يشترط ، وبه قال أبو على ابن أبى هريرة (والثانى) يشترط • قال أبو اسحاق المروزى ، وبوجوب التعيين قال مالك وأحمد واسحاق وداود والجمهور ، وأوجب هؤلاء الأربعة نية الفرضية • وقال أبو حنيفة : لا يجب تعيين النية فى صوم رمضان ، فلو نوى فيه صوما واجبا أو صوما مطلقا أو تطوعا وقع عن رمضان ان كان مقيما ، وكذا صوم النذر المتعين فى زمان معين ، قال : فلو كان مسافرا ونوى فرضا آخر وقع عن ذلك الفرض ، وان نوى تطوعا فهل يقع تطوعا كما نوى ؟ أم يقع عن رمضـــان ؟ فيه روايتان • واحتج أبو حنيفة بالقياس على الحج • واحتج أصحابنا بقوله صلى الله عليه وسلم : « وانما لكل امرىء ما نوى » وبالقياس على صوم القضاء • وأجابوا عن الحج بأن مبناه على التوسعة ، ولهذا لا يخـــرج منه بالافســـاد ويصـــح تعليقه على احرام كاحرام غيره ، والله أعلم •

---

(١) قلت : واتمام أقوال العلماء أضيف أن ابن حزم يرى كمذهبنـــا وزفـــر يجعل من صام رمضان وهو لا ينوى صوما اصلا بل نوى أنه مفطـــر فى كل يوم منه الا أنه لم يأكل ولم يشرب ولا جامع فانه صائم ولا بد له فى صوم التطوع من نية (ط) •

فـــرع

فى مذاهبهم فيمن أصبح فى رمضان بلا نية ثم جامع قبل الزوال

قال الشافعى وأبو حنيفة ومالك وأحمد والجمهور : لا كفارة عليه لكن يأثم وقال أبو يوسف : عليه الكفارة ، قال : ولو جامع بعد الزوال فلا كفارة والأكل عنده كالجماع فى هذا • قال : لأن صومه قبل الزوال مراعى ، حتى لو نواه صح عنـــده فاذا أكل أو جامع فقـــد أسقط المراعاة ، فكأنه أفسد الصوم بخلاف ما بعد الزوال فانه لا يصح نية رمضان فيه بالاجماع • ودليلنا أن الكفارة تجب لافساد الصـــوم بالجماع ، وهذا ليس بصائم •

فـــرع

فى مذاهبهم فى نية صوم التطـــوع

ذكرنا أن مذهبنـــا صحته بنية قبـــل الزوال ، وبه قال على بن أبى طالب وابن مسعود وحذيفة بن اليمان وطلحة وأبو أيوب الأنصارى وابن عبـــاس وأبو حنيفة وأحمـــد وآخـــرون • وقال ابن عمـــر وأبو الشعثاء جابر بن زيد التابعى ومالك وزفـــر وداود لا يصـــح الا بنية من الليل ، وبه قال المزنى وأبو يحيى البلخى من أصحابنا ، ونقـــل ابن المنذر عن مالك أنه استثنى من يسرد الصوم فصحح نيته فى النهار • واحتج لهم بعمـــوم حديثى عائشة وحفصة « لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل » •

واحتج أصحابنا بحديث عائشة رضى الله عنها قالت : « دخـــل على النبى صلى الله عليه وسلم ذات يوم فقال : هل عندكم شىء ؟ قلنا : لا ، قال : فانى اذن صائم » رواه مسلم • وفى رواية قال : « اذن أصوم » رواها البيهقى • وقال : هذا اسناد صحيح • والجواب عن حديث تبييت النية أنه عام فنخصه بما ذكرناه جمعا بين الأحاديث وروى الشافعى والبيهقى بالاسناد الصحيح عن حذيفة رضى الله عنه أنه بدا له الصوم بعد ما زالت الشمس فصام ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويدخل فى الصـــوم بطلوع الفجر ويخرج منه بغروب الشمس ، لمـــا روى عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا أقبل الليل من ههنا وأدبر النهـــار من ههنا وغابت الشمس من ههنـــا فقـــد أفطـــر الصائم » ويجوز أن يأكل ويشرب ويباشر الى طلـــوع الفجر لقوله تعالى : « فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم ، وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأســـود من الفجر ، [ثم اتموا الصيام الى الليل] »(1) فان جامع قبل طلوع الفجـــر وأصبح وهو جنب جاز صومه لأنه عز وجل لمـــا اذن فى المباشرة الى طلوع الفجـــر ثم أمر بالصـــوم دل على أنه يجـــوز أن يصبح صائما وهو جنب • وروت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يصبح جنبا من جماع غير احتلام ثم يصـــوم » فان طلع الفجـــر وفى فيه طعام فأكله ، أو كان مجامعا فاستدام بطل صـــومه • وان لفظ الطعام أو أخـــرج مع طلوع الفجـــر صح صومه • وقال المزنى : اذا أخـــرج مع طلوع الفجـــر لم يصح صومه لأن الجمـــاع ايلاج واخـــراج فاذا بطل بالايلاج بطل بالاخـــراج والدليل على أنه يصـــح صومه أن الاخـــراج ترك للجمـــاع ، وما علق على فعل شىء لا يتعلق بتركه ، كما لو حلف ألا يلبس هذا الثوب وهو عليه فبدأ ينزعه لم يحنث ، وان أكل وهو يشك فى طلوع الفجـــر صح صومه لأن الأصل بقـــاء الليل ، وان أكل وهو شاك فى غروب الشمس لم يصح صـــومه لأن الأصل بقاء النهار) •

(الشرح) حديث عمر رضى الله عنه رواه البخـــارى ومسلم ، وليس فيه بعد الشمس « من ههنا » وانما قال : « وغربت الشمس » ورواه البخارى ومسلم أيضا من رواية عبد الله بن أبى أوفى بمعنـــاه ، فلفظ البخارى لابن أبى أوفى « اذا رأيتم الليل قد أقبل من ههنا فقد أفطـــر الصائم ، وأشار بيده قبل المشرق » ولفظ مسلم « اذا غابت الشمس من ههنا وجاء الليل من ههنا فقد أفطـــر الصائم » •

قال العلماء : انما ذكر غروب الشمس واقبال الليل وادبار النهار

---

(1) البقرة : ١٨٧ •

ليبين أن غروبها عن العيون لا يكفى ، لأنها قد تغيب فى بعض الأماكن عن العيون ولا تكون غربت حقيقة ، فلابد من اقبال الليـل وادبار النهار • وأما حديث عائشة رضى الله عنها فرواه البخارى ومسلم أيضا من روايتها ، ومن رواية أم سلمة أيضـا • وقولها : « من جمـاع غير احتلام » ذكرت الجماع لئلا يتوهم أحد أنه كان من احتلام وأن المحتلم معذور لكونه قد يدركه الصبح وهو نائم محتلم ، بخلاف المجامع فبينت أن تلك الجنابة من جماع ، ثم أكدته لشـدة الاعتنـاء ببيانه فقالت : غير احتلام وقد ذكرنا فى باب الغسل اختلاف العلماء هل كان الاحتلام متصورا فى حق النبى صلى الله عليه وسلم وقد يحتج من صوره بمفهوم هذا الحديث ، ويجيب الآخـر بأنها ذكرته للتوكيد لا للاحتراز • والله أعلم •

وقول المصنف : لأنه لمـا أذن فى المباشرة ، يقال بفتح همزة أذن وضمها ، والفتح أجود • وقوله : « لفظ الطعام » هو بفتح الفاء ، وانما ذكرته لأنى رأيت من يصحفه •

(أما أحكام الفصل) ففيه مسائل (احداها) ينقضى الصـوم ويتم بغروب الشمس باجماع المسلمين لهذين الحديثين ، وسبق بيان حقيقة غروبها فى باب مواقيت الصـلاة • قال أصحابنا : ويجب امساك جزء من الليل بعد الغروب ليتحقق به استكمال النهار • وقد ذكر المصنف هذا فى كتاب الطهارة فى مسألة القلتين •

(الثانية) يدخل فى الصوم بطلوع الفجـر الثانى وهو الفجـر الصادق ، وسبق بيانه وتحقيق صفته فى باب مواقيت الصـلاة ، ويصير متلبسا بالصـوم بأول طلوع الفجـر ، والمراد الطلوع الذى يظهر لنا لا الذى فى نفس الأمر • قال أصحابنا : وقد يطلع الفجر فى بعض البلاد ويتبين قبل أن يطلع فى بلد آخـر ، فيعتبر فى كل بلد طلـوع فجـره • قال المـاوردى : وكذا غروب شمسه ، وقد سبق بيـان هذا فى كلام المـاوردى فى هذا الباب فى مسألة رؤية الهلال فى بلد دون بلد ، وقد سبق فى باب مواقيت الصـلاة أن الأحكام المتعلقة بالفجـر تتعلق كلها بالفجـر الثانى ، ولا يتعلق بالفجـر الأول الكاذب شىء من الأحكام باجماع المسلمين ، وسبق هناك بيان دلائله والأحاديث الصحيحة فيه •

(فـرع) هذا الذى ذكرناه من الدخـول فى الصوم بطلوع الفجر وتحريم الطعام والشراب والجماع به هو مذهبنا ومذهب أبى حنيفـة ومالك وأحمد وجماهير العلماء من الصحابة والتابعيـن فمن بعـدهم • قال ابن المنذر وبه قال عمر بن الخطاب وابن عباس وعلماء الأمصار ، قال : وبه نقول ، قال : روينا عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أنه قال حين صلى الفجـر : الآن حين تبين الخيط الأبيض من الخيـط الأسود ، قال : وروى عن حذيفة « أنه لمـا طلع الفجـر تسحر ثم صلى » قال : وروى معناه عن ابن مسعود • وقال مسروق : لم يكونوا يعدون الفجـر فجركم ، انما كانوا يعدون الفجـر الذى يملأ البيوت والطرق ، قال : وكان اسحاق يميل الى القول الأول من غير أن يطعن على الاخـرين ، قال اسحاق : ولا قضاء على من اكل فى الوقت الذى قاله هؤلاء ، هذا كلام ابن المنذر •

وحكى أصحابنا عن الأعمش واسحاق بن راهويه أنهمـا جـوزا الأكل وغيـره الى طلوع الشمس ، ولا أظنه يصح عنهما ، واحتـج أصحابنا والجمهور على هؤلاء بالأحاديث الصحيحه المشهورة المتظاهرة ، منها حديث عدى بن حاتم رضى الله عنه قال : « لمـا نزلت **« حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر »** ، قلت : يا رسول الله انى أجعل تحت وسادتى عقالين عقالا أبيض وعقالا أسود أعرف الليل من النهار ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان وسادك لعريض انما هو سواد الليل وبياض النهار » رواه البخارى ومسلم •

وعن سهل بن سعد رضى الله عنهما قال : « أنزلت : **« وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود »** ولم ينزل **« من الفجـر »** فكان رجال اذا أرادوا الصـوم ربط أحدهم فى رجله الخيـط الأبيض والخيـط الأسـود ، ولا يزل يأكل حتى يتبين له رؤيتهما ، فأنزل الله تعالى : **« من الفجـر »** فعلموا أنه يعنى به الليل من النهار » رواه البخارى ومسلم • وفى رواية مسلم « رئيهما » بالراء مهموز ، وعن سمرة بن جندب رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا يغرنكم أذان بلال ولا هذا العارض لعمود الصبح حتى يستطير » رواه مسلم •

وعن ابن مسعود رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يمنعن أحدكم ــ أو أحدا منكم ــ أذان بلال من سحوره ، فانه يؤذن ــ أو ينادى ــ بليل ليرجع قائمكم ، ولينبه نائمكم ، وليس أن يقول الفجــر أو الصبح ، وقال بأصابعه ورفعها الى فوق وطأطأ الى أسفل حتى يقول هكذا ، وقال بسبابتيه احداهما فوق الأخرى ثم مدهما عن يمينه وشماله » رواه البخارى • وسبق [فى] باب مواقيت الصلاة غير هذه الأحاديث ، والله أعلم •

(المسألة الثالثة) يجوز له الأكل والشرب والجمــاع الى طلوع الفجــر بلا خلاف لمــا ذكره المصنف ، ولو شك فى طلــوع الفجــر جاز له الأكل والشرب والجماع وغيرها بلا خلاف ، حتى يتحقق الفجر للآية الكريمة « **حتى يتبين لكم الخيط الأبيض** » ولما صح عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : « كل ما شككت حتى يتبين لك » رواه البيهقى باسناد صحيح ، وفى رواية عن حبيب بن أبى ثابت قال : « أرســل ابن عباس رجلين ينظــران الفجــر ، فقال أحدهما : أصبحت وقال الآخــر : لا ، قال : اختلفتما أرنى شرابى » قال البيهقى : وروى هذا عن أبى بكر الصديق وعمر وابن عمر رضى الله عنهم ، وقول ابن عباس : « أرنى شرابى » جار على القاعدة أنه يحل الشرب والأكل حتى يتبيــن الفجــر ، ولو كان قد تبين لمــا اختلف الرجلان فيه ، لأن خبريهما تعارضا ، والأصل بقاء الليل ، ولأن قوله : « أصبحت » ليس صريحا فى طلوع الفجــر ، فقد تطلق هذه اللفظة لمقاربة الفجر ، والله أعلم •

وقد اتفق أصحابنا على جــواز الأكل للشاك فى طلوع الفجــر ، وصرحوا بذلك فممن صرح به المــاوردى والدارمى والبندنيجى وخلائق لا يحصون • (وأما) قول الغزالى فى الوسيط : لا يجوز الأكل هجوما فى أول النهــار ، وقول المتولى فى مسألة السحور : لا يجــوز للشاك فى طلوع الفجــر أن يتسحر ، فلعلهما أرادا بقولهما (لا يجوز) أنه ليس مباحا مستوى الطرفين ، بل الأولى تركه فان أرادا به تحــريم الأكل على الشاك فى طلوع الفجر فهو غلط مخالف للقرآن ، ولابن عباس ، ولجميع الأصحاب ، بل لجماهير العلماء ، ولا نعرف أحدا من العلماء قال بتحريمه الا مالكا فانه حرمه ، وأوجب القضــاء على من أكل شاكا

فى الفجـر • وذكر ابن المنذر فى الاشراف بابا فى اباحة الأكل للشاك فى الفجـر ، فحكاه عن أبى بكر الصديق وابن عمر وابن عباس وعطاء والأوزاعى وأصحاب الرأى وأحمد وأبى ثور واختاره ولم ينقـل المنع الا عن مالك ، والله أعلم • قال المـاوردى وغيره : والأفضل للشاك أن لا يأكل ولا يفعل غيره من ممنوعات الصـوم احتياطا • (الرابعة) لو أكل شاكا فى طلوع الفجـر ، ودام الشك ولم يبن الحال بعد ذلك صح صومه بلا خلاف عندنا ، ولاقضـاء عليه ، وقال مالك : عليه القضاء ، وقد سبقت أدلة المسألة فى المسألة قبلها • قال أصحابنا : وينبغى للصائم الا يأكل حتى يتيقن غروب الشمس ، فلو غلب على ظنه غروبها باجتهاد بورد أو غيـره جاز له الأكل على الصحيح الذى قطع به الأكثرون ، وحكى امام الحـرمين وغيره وجها للأستاذ أبى اسحاق الاسفراييني أنه لا يجـوز لقدرته على اليقيـن بصبر يسير ، ولو أكل ظانا غـروب الشمس فبانت طالعة ، أو ظانا أن الفجـر لم يطلع فبان طالعا ، صار مفطـرا ، هذا هو الصحيح الذى نص عليه الشافعى وقطع به المصنف والجمهور ، وفيه وجه شاذ أنه لا يفطـر فيهما ، لأنه معذور ، وهو مخرج من الخلاف فيمن غلط فى القبلة ، ومن الأسير اذا اجتهد فى الصوم وصادف ما قبل رمضان ، ونظائره •

وهذا الوجه هو قول المزنى وابن خزيمة من أصحابنا ، وفيـه وجه ثالث أنه يفطـر فى الصورة الأولى دون الثانية لتقصيره فى الأولى ، ولأنه لا يجـوز الأكل للشاك فى الصورة الأولى ويجوز فى الثانية ، وممن حكى هذا الوجه الرافعى ، ولو هجم على الأكل فى طرفى النهار بلا ظن ، وتبين الخطأ فحكمه ما ذكرنا • وان بان التيقن أنه لم يأكل فى النهار استمرت صحة صومه ، وان دام الابهام ولم يظهر الخطأ ولا الصواب فان كان فى أول النهار فلا قضاء ، لأن الأصل بقاء الليل ، وان كان فى آخره لزمه القضاء ، لأن الأصل بقاء النهار ولو أكل فى آخـر النهار بالاجتهاد ، وقلنا بالمذهب : انه يجوز فاستمر الابهام فلا قضـاء ، وان قلنا بقول الأستاذ أبى اسحاق : انه لا يجـوز لزمه القضاء ، كما لو أكل بغير اجتهاد لأن الاجتهاد عنده لا أثر له •

قال المتولى وغيـره : والفرق بين من أكل بغير اجتهاد فى آخـر النهار وصادف أكله الليل ـ حيث قلنا : لا قضاء عليه ـ وبين من

اشتبهت عليه القبلة ، أو وقت الصلاة فصلى بغير اجتهاد وصادف الصواب ، فان عليه الاعادة ، لأن هناك شرع فى العبادة شاكا من غير مستند شرعى فلم يصح ، وهنا لم يحصل الشك فى ابتداء العبادة ، بل مضت على الصحة وشك بعد فراغها ، هل وجد مفسد لها بعد تحقق الدخول فيها ؟ وقد بان أن لا مفسد ، وانما نظيره من الصلاة أن يسلم منها ثم يشك هل ترك ركنا منها أم لا ؟ ثم بان أنه لم يترك شيئا ، فان صلاته صحيحة بلا خلاف ، والله أعلم •

(فرع) لو ظن غروب الشمس فجامع ، فبان خلافه ، لزمه قضاء الصوم على المذهب كما سبق ، قال البغوى والمتولى وآخرون من الأصحاب : ولا كفارة عليه لأنه معذور ولأنها انما تجب على من أفسد الصوم بجماع أثم به ، كما سيأتى ايضاحه ان شاء الله تعالى • قال الرافعى : وهذا ينبغى أن يكون تفريعا على المذهب وهو جواز الافطار بالظن ، والا فتجب الكفارة وفاء بالضابط المذكور لوجوبها •

(المسألة الخامسة) اذا جامع فى الليل وأصبح وهو جنب صح صومه بلا خلاف عندنا ، وكذا لو انقطع دم الحائض والنفساء فى الليل فنوتا صوم الغد ولم يغتسلا ، صح صومهما بلا خلاف عندنا ، وبه قال جمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم ، وممن قال به على بن أبى طالب وابن مسعود وأبو ذر وزيد بن ثابت وأبو الدرداء وابن عباس وابن عمر وعائشة رضى الله عنهم ، وجماهير التابعين والثورى ومالك وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور ، قال العبدرى : وهو قول سائر الفقهاء • قال ابن المنذر : وقال سالم بن عبد الله : لا يصح صومه ، قال : وهو الأشهر عن أبى هريرة والحسن البصرى ، وعن طاوس وعروة بن الزبير رواية عن أبى هريرة أنه ان علم جنابته قبل الفجر ثم نام حتى أصبح لم يصح والا فيصح • وقال النخعى : يصح النفل دون الفرض ، وعن الأوزاعى أنه لا يصح صوم منقطعة الحيض حتى تغتسل ، احتجوا بحديث « من أصبح جنبا فلا صوم له » رواه أبو هريرة فى صحيحى البخارى ومسلم •

دليلنا نص القرآن قال الله تعالى : **« فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم ، وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من**

الخيط الأسود من الفجر ، ثم أتموا الصيام الى الليل »(١) ويلزم بالضرورة أن يصبح جنبا اذا باشر الى طلوع الفجر ، والأحاديث الصحيحة المشهورة ، منها حديث عائشة وأم سلمة رضى الله عنهما قالتا : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصبح جنبا من غير حلم ثم يصوم » رواه البخارى ومسلم ، وفى روايات لهما فى الصحيح « من جماع غير احتلام » وعن عائشة رضى الله عنها قالت : « كان النبى صلى الله عليه وسلم يدركه الفجر فى رمضان وهو جنب من غير حلم فيغتسل ويصوم » رواه البخارى ومسلم ، وعنها : « أن رجلا جاء الى النبى صلى الله عليه وسلم يستفتيه وهى تسمع من وراء الباب فقال : يا رسول الله .. تدركنى الصلاة وأنا جنب أفأصوم ؟ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : وأنا تدركنى الصلاة وأنا جنب فأصوم ، فقال : لست مثلنا يا رسول الله ، قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تأخر ، فقال : والله انى لأرجو أن أكون أخشاكم لله وأعلمكم بما أتقى » رواه مسلم ، والأحاديث بمعنى هذا كثيرة مشهورة . وأما حديث أبى هريرة رضى الله عنه فأجاب أصحابنا عنه بجوابين (أحدهما) أنه منسوخ . قال البيهقى : روينا عن أبى بكر بن المنذر قال : أحسن ما سمعت فيه أنه منسوخ ، لأن الجماع كان فى أول الاسلام محرما على الصائم فى الليل بعد النوم كالطعام والشراب ، فلما أباح الله تعالى الجماع الى طلوع الفجر جاز للجنب اذا أصبح قبل الاغتسال أن يصوم ، فكان أبو هريرة يفتى بما يسمعه من الفضل بن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم على الأمر الأول ولم يعلم النسخ ، فلما سمع خبر عائشة وأم سلمة رضى الله عنهما رجع اليه ، هذا كلام البيهقى عن ابن المنذر وكذا قال امام الحرمين فى النهاية ، قال : قال العلماء : الوجه حمل حديث أبى هريرة رضى الله عنه على أنه منسوخ .

(والجواب الثانى) أنه محمول على من طلع الفجر وهو مجامع ، فاستدام مع علمه بالفجر ، والله تعالى أعلم . قال الماوردى وغيره : وأجمعت الأمة على أنه ان احتلم فى الليل وأمكنه الاغتسال قبل الفجر فلم يغتسل وأصبح جنبا بالاحتلام ، أو احتلم فى النهار

---

(١) البقرة : ١٨٧ .

فصومه صحيح ، وانما الخلاف فى صوم الجنب بالجماع ، والله تعالى أعلم •

(السادسة) اذا طلع الفجـر وفى فيه طعام فليلفظه ، فان لفظه صح صومه ، فان ابتلعه أفطـر ، فلو لفظه فى الحال فسبق منه شىء الى جـوفه بغير اختيـاره فوجهان مخـرجان من سبق المـاء فى المضمضة ، لكن الأصح هنا أنه لا يفطـر ، والأصح فى المضمضة أنه ان بالغ أفطـر ، والا فلا ، ولو طلع الفجـر وهو مجامع فنزع فى الحال صح صومه ، نص عليه فى المختصر • قال أصحابنا : للنزع عند الفجـر ثلاث صور (احداها) أن يحس بالفجـر وهو مجامع فينزع بحيث يقع آخـر النزع مع أول الطلوع (والثانية) يطلع الفجـر وهو مجامع فيعلم الطلوع فى أوله فينزع فى الحال (الثالثة) أن يمضى بعد الطلوع لحظة وهو مجامع لا يعلم الفجر ثم يعلمه فينزع •

أما الثالثة فليست مرادة بنص الشافعى رضي الله عنه ، بل الحكم فيها بطلان الصـوم على المذهب ، وفيها الوجه السـابق فيمن أكل ظانا أن الفجـر لم يطلع وكان قد طلع ، فعلى المذهب لو مكث بعـد علمه أثم ولا كفارة عليه ، لأنه انما مكث بعد بطلان الصوم ، وعلى الوجه الضعيف تلزمه الكفارة بالاستدامة كما سنوضحه ان شاء الله تعالى •

وأما الصورتان الأولتان فهما مرادتان بالنص فلا يبطل الصوم فيهما ، وفى الثانية وجه ضعيف شاذ أنه يبطـل ، وهو مذهب المزنى أيضا كما حكاه المصنف ، وقد ذكر المصنف دليل الجميع • أما اذا طلع الفجـر وهو مجامع فعلم طلوعه ، ثم مكث مستديما للجماع فيبطل صومه بلا خلاف ، نص عليه وتابعه الأصحاب ، ولا يعلم فيه خلاف للعلماء وتلزمه الكفارة على المذهب ، وقيل : فيه قولان ، وستأتى المسألة مبسوطة حيث ذكرها المصنف ان شاء الله تعالى ، ولو جامع ناسيا ثم تذكر فاستدام فهو كالاستدامة بعد العلم بالفجـر ، والله تعالى أعلم •

فان قيل : كيف يعلم الفجـر بمجـرد طلوعه ؟ وطلوعه الحقيقى

يتقدم على(١) علمنا به فأجاب الشيخ أبو محمد الجوينى وولده امام الحرمين بجوابين (أحدهما) أنها مسألة علمية ولا يلزم وقوعها ، كما يقال فى الفرائض مائة جدة (والثانى) وهو الصواب الذى لا يجوز غيره أن هذا متصـــور ، لأنا انما تعبدنا بما نطلع عليه ، لا بما فى نفس الأمر ، فلا معنى للصبح الا ظهور الضـــوء للناظر ، وما قبله لا حكم له ، ولا يتعلق به تكليف ، فاذا كان الانسان عارفا بالأوقات ومنازل القمر فيرصد بحيث لا حائل فهو أول الصبح المعتبر فهذا هو الصواب ، وبه قطع المتولى والجمهور(٢) • والله أعلم •

فـــرع

فى مذاهب العلماء فى مسائل تقدمت

منها اذا أكل أو شرب أو جامع ظانا غروب الشمس أو عدم طلوع الفجـــر فبان خلافه ، فقد ذكرنا أن عليه القضاء ، وبه قال ابن عباس ومعاوية بن أبى سفيان وعطـــاء وسعيد بن جبير ومجاهد والزهرى والثورى ، كذا حكاه ابن المنذر عنهم ، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد وأبو ثور والجمهور • وقال اسحاق بن راهويه وداود : صومه صحيح ولا قضاء • وحكى ذلك عن عطـــاء وعروة بن الزبير والحسن البصرى ومجاهد • واحتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم : « ان الله تعالى تجـــاوز لى عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » رواه البيهقى وغيره فى غير هذا الباب بأسانيد صحيحة من رواية ابن عباس •

واحتج أصحابنا بقوله تبارك وتعالى : **« حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأســـود من الفجر ثم أتموا الصيام الى الليل »**(٣)

---

(١) بعد الأخذ بالتوقيت الحسابى أو الزوالى فى ضبط المواقيت مع انتشار استعمال الساعات أصبح علمنا بالأوقات والدقائق والثوانى مما يجعلنا نعلم به بمجـــرد طلوعه ونترقبه قبل طلوعه ونحسب اللحظات الباقية على طلوعه (ط) •

(٢) قلت : ومثله ضبط الوقت بالساعات وهو ليس من الفروض العلمية أو الأحكام الفرضية وانما هو من الأمور العملية والأحكام الجارية بكثرة تطبيقها • والله تعالى أعلم (ط) •

(٣) البقرة : ١٨٧ •

وهذا قد أكل فى النهار ، وبما رواه البيهقى باسناده عن ابن مسعود : « أنه سئل عن رجل تسحر وهو يرى أن عليه ليلا وقد طلع الفجر فقال : من أكل من أول النهار فليأكل من آخره ، ومعناه فقد أفطر » وروى البيهقى معناه عن أبى سعيد الخدرى وبحديث هشام بن عروة عن فاطمة بنت المنذر عن أسماء بنت أبى بكر الصديق رضى الله عنهما قالت : « أفطرنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم غيم ثم طلعت الشمس ، قيل لهشام : فأمروا بالقضاء فقال : بد من قضاء » رواه البخارى فى صحيحه ، وروى الشافعى عن مالك بن أنس الامام ، عن زيد بن أسلم عن أخيه خالد بن أسلم أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه : « أفطر فى رمضان فى يوم ذى غيم ، ورأى أنه قد أمسى وغابت الشمس فجاءه رجل فقال : يا أمير المؤمنين قد طلعت الشمس ، فقال عمر رضى الله عنه : الخطب يسير وقد اجتهدنا » قال البيهقى : قال مالك والشافعى : معنى (الخطب يسير) قضاء يوم مكانه • قال البيهقى : رواه سفيان بن عيينة عن زيد بن أسلم عن أخيه عن أبيه عن عمر رضى الله عنه قال : وروى أيضا من وجهين آخرين عن عمر مفسرا فى القضاء ، ثم ذكره البيهقى بأسانيده عن عمر رضى الله عنه ، وفيه التصريح بالقضاء •

فأحد الوجهين عن على بن حنظلة عن أبيه ، وكان أبوه صديقا لعمر ، قال : « كنت عند عمر رضى الله عنه فى رمضان فأفطر وأفطر الناس ، فصعد المؤذن ليؤذن فقال : أيها الناس هذه الشمس لم تغرب ، فقال عمر رضى الله عنه : من كان أفطر فليصم يوما مكانه » وفى الرواية الأخرى فقال عمر : « لا نبالى ، والله نقضى يوما مكانه » ثم قال البيهقى : وفى تظاهر هذه الروايات عن عمر رضى الله عنه فى القضاء ، دليل على خطأ رواية زيد بن وهب فى ترك القضاء ، ثم روى البيهقى ذلك باسناده عن يعقوب بن سفيان الحافظ ، عن عبيد الله ابن موسى عن شيبان عن الأعمش عن المسيب بن رافع عن زيد بن وهب قال : « بينما نحن جلوس فى مسجد المدينة فى رمضان والسماء متغيمة ، فرأينا أن الشمس قد غابت وأنا قد أمسينا ، فأخرجت لنا عساس من لبن من بيت حفصة فشرب عمر رضى الله عنه وشربنا ، فلم نلبث أن ذهب السحاب وبدت الشمس ، فجعل بعضنا يقول لبعض : نقضى يومنا

هذا ، فسمع بذلك عمر فقال : والله لا نقضيه ، وما يجانفنا الاثم » . قال البيهقى : كذا رواه شيبان ، ورواه حفص بن عتاب وأبو معاوية عن الأعمش عن زيد بن وهب . قال البيهقى : وكان يقول ابن سفيان يحمل على زيد بن وهب بهذه الرواية المخالفة للروايات المتقدمة وبعدها مما خولف فيه .

قال البيهقى : « وزيد ثقة الا أن الخطأ غير مأمون » والله تعالى يعصمنا من الزلل والخطأ بمنه وسعة رحمته ، ثم روى البيهقى باسناده عن شعيب بن عمرو بن سليم الأنصارى قال : « أفطرنا مع صهيب الخير فى شهر رمضان فى يوم غيم وطش فبينا نحن نتعشى اذ طلعت الشمس ، فقال صهيب : طعمة الله أتموا صيامكم الى الليل واقضوا يوما مكانه » .

قوله « عساس من لبن » بكسر العين وبسين مهملة مكررة ، وهى الأقداح ، وأحدها عس بضم العين ، وأجاب أصحابنا عن حديث « ان الله تجاوز عن أمتى الخطأ » أنه هنا محمول على رفع الاثم فانه عام خص منه غرامات المتلفات وانتقاض الوضوء بخروج الحدث سهوا ، والصلاة بالحدث ناسيا وأشباه ذلك ، فيخص هنا بما ذكرناه ، والله تعالى أعلم .

فرع

فى مذاهبهم فيمن أولج ثم نزع مع طلوع الفجر

ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يفطر ولا قضاء ولا كفارة ، وبه قال أبو حنيفة وآخرون ، وقال مالك والمزنى وزفر وداود : يبطل صومه . وعن أحمد رواية أنه يفطر وعليه الكفارة . وفى رواية : يصح صومه ولا قضاء ولا كفارة ، وقد سبق فى كلام المصنف دليل المذهبين . وروى البيهقى باسناده الصحيح عن نافع أن ابن عمر رضى الله عنهما : « كان اذا نودى بالصلاة والرجل على امرأته لم يمنعه ذلك أن يصوم اذا أراد الصيام قام واغتسل وأتم صيامه » .

(فـرع) ذكرنا أن من طلع الفجـر وفى فيه طعام فليلفظه ويتم صومه ، فان ابتلعه بعد علمه بالفجـر بطل صومه ، وهذا لا خلاف فيه • ودليله حديث ابن عمر وعائشة رضى الله عنهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ان بلالا يؤذن بليل ، فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم » رواه البخارى ومسلم • وفى الصحيح أحاديث بمعناه •

وأما حديث أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « اذا سمع أحـدكم النداء والاناء على يده فلا يضـعه حتى يقضى حاجته منه » وفى رواية « وكان المؤذن يؤذن اذا بزغ الفجـر » فروى الحاكم أبو عبد الله الرواية الأولى وقال : هذا صحيـح(١) على شرط مسلم • ورواهما البيهقى ثم قال : وهذا ان صح محمـول عند عوام أهل العلم على أنه صلى الله عليه وسلم علم انه ينادى قبـل طلوع الفجـر بحيث يقع شربه قبيل طلوع الفجـر ، قال : وقوله : (اذا بزغ) يحتمـل أن يكون من كلام من دون أبى هريرة أو يكون خبرا عن الأذان الثانى ، ويكون قول النبى صلى الله عليه وسلم : « اذا سمع أحدكم النداء والاناء على يده » خبرا عن النداء الأول ليكون موافقا لحديث ابن عمر وعائشة رضى الله عنهما قال : وعلى هذا تتفق الأخبار وبالله التوفيق ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويحـرم على الصائم الأكل والشرب لقوله سبحانه وتعالى : « وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر ، ثم أتموا الصيام الى الليل »(٢) فان أكل أو شرب وهو ذاكر للصوم ، عـالم بتحـريمه مختار بطل صـومه ، لأنه فعـل ما ينافى الصوم من غير عذر [فبطل] ، وان استعط أو صب المـاء فى أذنه فوصل

---

(١) رواية الحاكم هكذا : حدثنا أبو النضر الفقيه ثنا الحسن بن سفيان ثنا عبد الأعلى بن حماد النرسى ثنا حماد بن سلمة عن محمد بن عمرو عن أبى سلمة عن أبى هريرة ثم قال بعد أن ساق الحديث : هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه • قلت : ورجال مسلم فى هذا الاسناد من حماد من سلمة الى أبى هريرة وقد أقر الذهبى فى التلخيص الحاكم فى تصحيحه ولم يورده ابن تيمية فى المنتقى (ط) •

(٢) البقرة : ١٨٧ •

الى دماغه بطل صومه، لمـا روى لقيط بن صبرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا استنشقت فابلغ الوضـوء الا أن تكون صائمـا » فدل على أنه اذا وصـل الى الدماغ شىء بطـل صومه ، ولأن الدماغ أحد الجـوفين فبطل الصـوم بالواصل اليه كالبطن ، وان احتقـن بطل صومه لانه اذا بطـل بما يصل الى الدماغ بالسعوط فلان يبطل بما يصـل الى الجوف بالحقنة أولى ، وان كان به جائفة أو آمة فداواها فوصـل الدواء الى جوفه أو الى الدماغ أو طعن نفسـه أو طعنه غيـره بأذنه فوصلت الطعنة الى جوفه بطـل صومه ، لمـا ذكرنا فى السعوط والحقنة وان زرق فى احليله شيئا أو أدخل فيه ميلا ففيه وجهان (أحدهما) يبطـل صومه ، لأنه منفـذ يتعلق الفطـر بالخارج منه ، فتعلق بالواصـل اليه كالفم (والثانى) لا يبطـل لأن ما يصـل الى المثانة لا يصـل الى الجـوف فهو بمنزلة ما لو ترك فى فمه شيئا) .

(الشرح) حديث لقيط صحيح رواه أبو داود والترمذى والنسائى وغيرهم ولفظهم عن لقيط « قال : قلت : يا رسول الله أخبرنى عن الوضوء ، قال أسبغ الوضوء وخلل بيـن الأصابع وبالغ فى الاستنشاق الا أن تكون صائما » قال الترمذى : هو حديث حسن صحيح ، وقد سبق فى باب صفة الوضوء بيان هذا الحديث ، وبيـان حال لقيـط ، وابن صبرة ـ بفتح الصاد وكسر الباء ـ ويجوز اسكان الباء مع فتح الصاد وكسرها ، ووقع فى نسخ المهذب فى حديث لقيط « فأبلغ الوضـوء » وهذه اللفظة غير معروفة ، والمعروف ما ذكرناه عن رواية أهل الحديث ، والسعوط ـ بضم السين ـ هو نفس الفعل وهو جعل الشىء فى الأنف وجذبه الى الدماغ ، والسـعوط ـ بفتحهـا ـ اسم للشىء الذى يتسعطه كالمـاء والدهن وغيرهما ، والمراد هنا بالضم (وقوله) فلأن يبطل هو ـ بفتح اللام ـ وقد سبق بيانه (والآمة) بالمد هى الجراحة الواقعة فى الرأس ، بحيث تبلغ أم الدماغ ، والمنفذ ـ بفتح الفاء ـ والمثانة ـ بفتح الميم وبالثاء المثلثة ـ وهى مجمـع البول .

(أما الأحكام) فقال أصحابنا : أجمعت الأمة على تحـريم الطعام والشراب على الصائم وهو مقصـود الصوم . ودليله الآية الكريمة

والاجماع • وممن نقل الاجماع فيه ابن المنذر • قال الرافعى : وضبط الأصحاب الداخل المفطـر بالعين الواصلة من الظاهر الى الباطن فى منفذ مفتوح عن قصد مع ذكر الصـوم ، وفيه قيود (منها) الباطن الواصل اليه ، وفيما يعتبر به وجهان • (أحدهما) أنه ما يقع عليـه اسم الجوف • (والثانى) يعتبر معه أن يكون فيه قوة تحيـل الواصل اليه من دواء أو غذاء • قال : والأول هو الموافق لتفـريع الأكثرين كما سيأتى ان شاء الله تعالى ، ويدل عليه أنهم جعلوا الحلق كالجـوف فى ابطـال الصـوم بوصول الواصل اليه ، وقال امام الحرمين : اذا جاوز الشىء الحلقـوم أفطـر ، وعلى الوجهين جميعا باطن الدماغ والبطن والأمعاء والمثانة مما يفطـر الوصول اليه بلا خلاف ، حتى لو كانت ببطنه أو برأسه مأمومة ، وهى الآمة ، فوضع عليها دواء فوصـل جوفه ، أو خريطة دماغه أفطـر ، وان لم يصـل باطن الأمعاء وباطن الخريطة • وسـواء كان الدواء رطبا أو يابسا عندنا • وحكى المتولى والرافعى وجها أن الوصـول الى المثانة لا يفطـر واختاره القاضى حسين وهو شاذ •

(وأما) الحقنة فتفطـر على المذهب ، وبه قطع المصنف والجمهور ، وفيه وجه قاله القاضى حسين : لا تفطـر • وهو شاذ • ان كان منقاسا فعلى المذهب • قال أصحابنا: سواء كانت الحقنة قليلة أو كثيرة • وسواء وصلت الى المعـدة أم لا • فهى مفطـرة بكل حال عندنا •

(وأما) السعوط فان وصـل الى الدماغ أفطـر بلا خلاف • قال أصحابنا : وما جاوز الخيشـوم فى الاستعاط فقد حصـل فى حد الباطن وحصـل به الفطـر • قال أصحابنا : وداخل الفم والأنف الى منتهى الفلصمة والخيشوم له حكم الظاهر فى بعض الأشياء حتى لو أخـرج اليه القىء أو ابتلع منه نخامة أفطر ، ولو أمسك فيه تمرة ودرهما وغيرهما لم يفطـر ما لم ينفصل من التمرة ونحوها شىء ، ولو تنجس هذا الموضع وجب غسله ، ولم تصح الصلاة حتى يغسـله ، وله حكم الباطن فى أشياء (منها) أنه اذا ابتلع منه الريق لا يفطـر ولا يجب غسله على الجنب ، والله أعلم •

(وأما) اذا قطـر فى احليله شيئا ، ولم يصل الى المثانة أو زرق فيه ميلا ، ففيه ثلاثة أوجه (أصحها) يفطـر وبه قطع الأكثرون لما ذكره المصنف (والثانى) لا (والثالث) ان جاوز الحشفة أفطـر والا فلا ، والله أعلم .

(فـرع) لو أوصل الدواء الى داخـل لحم السـاق أو غرز فيه سكينا أو غيرها فوصلت مخه لم يفطـر بلا خلاف ، لأنه لا يعد عضوا مجوفا .

(فـرع) لو طعن نفسـه أو طعنه غيـره باذنه فوصلت السكين جوفه أفطـر بلا خلاف عندنا ، سـواء كان بعض السكين خارجا أم لا .

(فـرع) اذا ابتلع طرف خيط وطرفه الآخر بارزا أفطـر بوصول الطرف الواصل ، ولا يعتبر الانفصال من الظاهر . وحكى الحناطى ـ بالحاء المهملة ـ وجها فيمن أدخل طرف خيط جوفه أو دبره وبعضه خارج أنه لا يفطـر والمشهور الأول ، وبه قطع جمهور الأصحاب ، ولو ابتلع طرف خيط فى الليل ، وطرفه الآخـر خارج فأصبح كذلك ـ فان تركه بحاله ـ لم تصح صلاته لأنه حامل لطرفه البارز ، وهو متصل بنجاسة ، وان نزعه أو ابتلعه بطل صومه ، وصحت صلاته اذا غسل فمه بعد النزع .

قال أصحابنا : فينبغى أن يبادر غيره الى نزعه وهو غافل ، فينزعه بغير رضاه فان لم يتفق ذلك فوجهان (أصحهما) يحافظ على الصلاة فينزعه أو يبلعه (والثانى) يتركه على حاله محافظة على الصـوم ، ويصلى كذلك ، ويجب اعادة الصلاة لأنه عذر نادر ، وقد سبقت هذه المسألة مبسوطة فى باب ما ينقض الوضوء .

(فـرع) لو أدخل الرجل اصبعه أو غيرها دبره ، أو أدخلت المرأة اصبعها أو غيرها دبرها أو قبلها وبقى البعض خارجا بطل الصوم باتفاق أصحابنا الا الوجه الشاذ السابق عن الحناطى فى الفـرع الذى قبل هذا .

قال أصحابنا : وينبغى للصائمة ألا تبالغ باصبعها فى الاستنجاء ، قالوا : فالذى يظهر من فرجها اذا قعدت لقضاء الحاجة له حكم الظاهر ، فيلزمها تطهيره ولا يلزمها مجاوزته ، فان جاوزته بادخال أصبعها زيادة عليه بطل صومها ، وقد سبق ايضاح المسألة فى باب الاستطابة ، هذا تفصيل مذهبنا • وقال أبو حنيفة : اذا كان الواصل الى الباطن متصلا بخارج لا يبطل صومه ، دليلنا أنه وصل الباطن فبطل صومه كما لو غاب كله •

(فرع) لو قطر فى أذنه ماء أو دهنا أو غيرهما فوصل الى الدماغ فوجهان (أصحهما) يفطر ، وبه قطع المصنف والجمهور ، لما ذكره المصنف (والثانى) لا يفطر قال أبو على السنجى — بالسين المهملة المكسورة وبالجيم — والقاضى حسين والفورانى وصححه الغزالى كالاكتحال ، وادعوا أنه لا منفذ من الأذن الى الدماغ وانما يصله بالمسام كالكحل ، وكما لو دهن بطنه فان المسام تتشربه ولا يفطر بخلاف الأنف فان السعوط يصل منه الى الدماغ فى منفذ مفتوح ، ونقل صاحب البيان عن أبى على السنجى أنه يفطر ، والمعروف عنه ما ذكرته ، فيكون ذكر الفطر فى بعض كتبه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا فرق بين أن يأكل ما يؤكل وما لا يؤكل ، فان استف ترابا أو ابتلع حصاة أو درهما أو دينارا بطل صومه ، لأن الصوم هو الامساك عن كل ما يصل الى الجوف ، وهذا ما أمسك ، ولهذا يقال : فلان يأكل الطين ويأكل الحجر ، ولأنه اذا بطل الصوم بما وصل الى الجوف مما ليس بأكل كالسعوط والحقنة وجب أن يبطل أيضا بما ليس بمأكول ، وان قلع ما يبقى بين أسنانه بلسانه وابتلعه بطل صومه ، وان جمع فى فمه ريقا كثيرا وابتلعه ففيه وجهان :

(أحدهما) يبطل صومه ، لأنه ابتلع ما يمكنه الاحتراز منه مما لا حاجة به اليه ، فأشبه ما اذا قلع ما بين أسنانه وابتلعه •

(والثانى) لا يبطل لأنه وصل الى جوفه من معدته فأشبه ما يبتلعه من ريقه على عادته ، فان أخرج البلغم من صدره ثم ابتلعه

أو جذبه من رأسه [ثم ابتلعه] بطل صومه وان استقاء بطـل صومه لمـا روى أبو هريره رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من استقاء فعليه القضاء ، ومن ذرعه القيء فلا قضاء عليه » ولأن القيء اذا صعد [ثم] تردد ، فيرجـع بعضه الى الجـوف فيصير كطعام ابتلعه) .

(**الشرح**) حديث أبى هريرة رضى الله عنه رواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه والدارقطنى والبيهقى وغيرهم ، قال الترمذى : هو حديث حسن ، قال : وقال البخارى : لا أراه محفوظا ، وقال الدارقطنى : رواته كلهم ثقات ، ورواه النسـائى والبيهقى مرفوعا كما ذكرنا ، وموقوفا على أبى هريرة ، واسناد أبى داود وغيره فيه اسناد الصحيح ، ولم يضعفه أبو داود فى سننه ، وقد سبق مرات أن ما لم يضعفه أبو داود فهو عنده حجة اما صحيح واما حسن . وقال البيهقى : هذا الحديث تفـرد به هشـام بن حسان ، قال : وبعض الحفاظ لا يراه محفوظا ، قال : قال أبو داود وسمعت أحمد بن حنبل يقول : ليس من ذا شيء .

قال البيهقى : وقد روى من أوجه آخر ضعيفة عن أبى هريرة مرفوعا ، قال : وروى فى ذلك عن على رضى الله عنه ثم رواه باسناده عن الحارث عن على قال : « اذا تقايأ وهو صائم فعليه القضاء ، واذا ذرعه القيء فليس عليه القضـاء » وهذا ضعيف ، فان الحارث(١) ضعيف متروك كذاب . قال البيهقى : وأما حديث معدان بن طلحة عن أبى الدرداء « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قاء فأفطـر » قال معدان : « لقيت ثوبان مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى مسجد

---

(١) هو الحارث بن عبد الله الهمدانى الحوتى أبو زهير الكوفى الأعور أحد كبار الشيعة روى عن على وابن مسعود وعنه الشعبى وعمرو بن مرة وأبو اسحاق سمع منه أربعة أحاديث قال الشعبى وابن المدينى : كذاب . قال ابن معين فى رواية والنسائى : ليس به باس . وقال أبو حاتم والنسائى فى رواية ليس بالقوى ابن معين : ضعيف . وله فى النسـائى حديثان . توفى سنة خمس وستين ومائة (ط) .

دمشق فقلت له : ان أبا الدرداء أخبرنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قاء فأفطـــر ، فقال صدق ، أنا صببت عليه وضوءه » فهذا حديث مختلف فى اسناده ، فان صح فهو محمول على القىء عامدا ، وكأنه صلى الله عليه وسلم كان صائما تطـوعا ، قال : وروى من وجه آخـــر عن ثوبان قال : وأما حديث فضالة بن عبيد قال : « أصبح رسول الله صلى الله عليه وسلم صائما فقاء فأفطر فسئل عن ذلك فقال : انى قئت » قال : وهو أيضا محمول على العمد .

قال : وأما حديث زيد بن أسلم عن رجـــل من أصحابه عن رجـــل من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يفطر من قاء ولا من احتلم ولا من احتجم » فهو محمول ان صح على من ذرعه القىء . قال : وقد رواه عبد الرحمن بن زيد ابن أسلم عن أبيه عن عطـــاء بن يسار عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ثلاث لا يفطـــرن الصائم : القىء والاحتلام والحجامة » قال : وعبد الرحمن ضعيف ، والمحفـــوظ عن زيد بن أسلم هو الأول . هذا كلام البيهقى .

وذكر الترمذى حديث أبى سعيد الخدرى هذا وضعفه وقال : هو غير محفوظ قال : ورواه عبد الله بن زيد بن أسلم وعبد العزيز ابن محمد وغيـــر واحد عن زيد بن أسلم مرسلا لم يذكروا أبا سعيد . وانما ذكره عبد الرحمن بن زيد بن أسلم وهو ضعيف . وروى الترمذى أيضـــا حديث أبى الدرداء وثوبان من رواية معدان بن طلحة كما سبق . وقال : هو حديث حسن صحيح ، وهو مخالف لـــا قال فيه البيهقى قال الترمذى : وحديث أبى هريرة حسن غريب لا نعـــرفه من حديث هشام بن حسان عن ابن سيرين عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم الا من حديث عيسى بن يونس ، قال : وقال البخـــارى : لا أراه محفوظا .

قال الترمذى : وقد روى هذا الحديث من غير وجه عن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم . قال : ولا يصـــح أسناده . قال : وقد روى عن أبى الدرداء وثوبان وفضالة « أن النبى

صلى الله عليه وسلم قاء فأفطـر » قال : « وانما معنى هذا أن النبى صلى الله عليه وسلم كان صائما متطوعا فقاء فضعف فافطـر لذلك » هكذا روى فى بعض الحديث مفسرا قال : والعمـل عند أهل العـلم على حديث أبى هريرة أن الصائم اذا ذرعه القىء لا قضـاء عليه ، واذا استقاء عمـد فليقض • هذا كلام الترمذى • وذكر الحاكم أبو عبد الله فى المستدرك حديثى أبى هريرة وأبى الدرداء وثوبان وقال : همـا صحيحان • فالحاصل أن حديث أبى هريرة بمجموع طرقه وشواهده المذكورة حديث حسن ، وكذا نص على حسنه غير واحد من الحفاظ ، وكونه تفـرد به هشام بن حسان لا يضر لأنه ثقة وزيادة الثقة مقبولة عند الجمهور من أهل الحديث والفقـه والأصول وقوله (ذرعه القىء) هو بالذال المعجمة ، أى غلبه ، وانما قاس المصنف على الواصل بالسعوط لأن النص ورد فيه • وهو حديث لقيط بن صبرة السابق •

(أما الأحكام) ففيه مسائل :

(احداها) قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله : اذا ابتلع الصائم ما لا يؤكل فى العـادة كدرهم ودينار أو تراب أو حصاة أو(١) حشيشا أو نارا أو حديدا أو خيطـا أو غير ذلك أفطـر بلا خلاف عندنا ، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمـد وداود وجماهير العلمـاء من السلف والخلف • وحكى أصحابنا عن أبى طلحة الأنصـارى الصحابى رضى الله عنه ، والحسن بن صالح وبعض أصحاب مالك أنه لا يفطـر بذلك • وحكوا عن أبى طلحة أنه كان يتناول البرد وهو صائم ويبتلعه ويقول : « ليس هو بطعام ولا شراب » واستدل أصحابنا بما ذكره المصنف وبما رواه البيهقى باسناد حسن أو صحيح عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : « انما الوضوء مما يخـرج وليس مما يدخل ، وانما الفطـر مما دخل وليس مما خـرج » ، والله تعالى أعلم •

(الثانية) قال أصحابنا : اذا بقى فى خلل أسنانه طعـام فينبغى

---

(١) كذا فى ش و ق وصوابه : أو حشيش أو نار أو حديد أو خيط لأن هذه معطوفات على المجـرور بالكاف (كدرهم) وممكن تقديره أو ابتلع حشيشا أو نارا ••• الخ وهو تجويز قريب الاحتمال والله أعلم (ط) •

أن يخلله فى الليل وينقى فمه ، فان أصبح صائما وفى خلل أسنانه شىء فابتلعه عمدا أفطر بلا خلاف عندنا ، وبه قال مالك وأبو يوسف وأحمد • وقال أبو حنيفة : لا يفطر ، وقال زفر : يفطر وعليه الكفارة ، ودليلنا فى فطره أنه ابتلع ما يمكنه الاحتراز عنه ولا تدعو حاجته اليه فبطل صومه كما لو أخرجه الى يده ثم ابتلعه ، والدليل على زفر أن الكفارة انما وجبت فى الجماع لفحشه فلا يلحق به ما دونه • والله تعالى أعلم •

أما اذا جرى به الريق فبلعه بغير قصد ، فنقل المزنى أنه لا يفطر ، ونقل الربيع أنه يفطر ، فقال جماعة من الأصحاب : فى فطره بذلك قولان عملا بالنصين ، والصحيح الذى قاله الأكثرون أنهما على حالين ، فحيث قال : لا يفطر أراد اذا لم يقدر على تمييزه ومجه ، وحيث قال : يفطر أراد اذا قدر فلم يفعل وابتلعه • وقطع الشيخ أبو حامد بأنه لا يفطر ، وقال امام الحرمين والغزالى : ان نقى أسنانه بالخلال على العادة لم يفطر كغبار الطريق والا أفطر لتقصيره كالمبالغة فى المضمضة • قال الرافعى : ولقائل أن ينازعهما فى الحاقه بالمبالغة التى ورد النص بالنهى عنها • ولأن ماء المبالغة أقرب الى الجوف ، والله تعالى أعلم •

(فرع) لو ابتلع شيئا يسيرا جدا كحبة سمسم أو جردل ونحوهما أفطر بلا خلاف عندنا ، وبه قال جمهور العلماء • وقال المتولى : يفطر عندنا ولا يفطر عند أبى حنيفة ، كما قال فى الباقى فى خلل الأسنان •

(الثالثة) ابتلاع الريق لا يفطر بالاجماع اذا كان على العادة ، لأنه يعسر الاحتراز منه • قال أصحابنا : وانما لا يفطر بثلاثة شروط (أحدها) أن يتمحض الريق فلو اختلط بغيره وتغير لونه أفطر بابتلاعه ، سواء كان المغير طاهرا كمن فتل خيطا مصبوغا تغير به ريقه ، أو نجسا كمن دميت لثته أو انقلعت سنه أو تنجس فمه بغير ذلك فانه يفطر بلا خلاف ، لأن المعفو عنه هو الريق للحاجة ، وهذا أجنبى غير الريق وهو مقصر به بخلاف غبار الطريق ونحوه ، فلو بصق

حتى ابيض الريق ولم يبق فيه تغير ففى افطاره بابتلاعه وجهان حكاهما البغوى ، قال : (أصحهما) أنه يفطر ، وهذا هو الصحيح عند غيره وقطع به المتولى وآخرون • ونقل الرافعى تصحيحه عن الأكثرين لأنه نجس لا يجوز ابتلاعه ولا يطهر الفم الا بالغسل بالماء كسائر النجاسات ، وعلى هذا لو أكل بالليل شيئا نجسا ولم يغسل فمه حتى أصبح فابتلع الريق أفطر ، صرح به المتولى والرافعى وغيرهما •

(الشرط الثانى) أن يبتلعه من معدنه ، فلو خرج عن فيه ثم رده بلسانه أو غير لسانه وابتلعه أفطر • قال أصحابنا : حتى لو خرج الى ظاهر الشفة فرده وابتلعه أفطر لأنه مقصر بذلك ، ولأنه خرج عن محل العفو • قال المتولى : ولو خرج الى شفته ثم رده وابتلعه أفطر ، ولو خرج لسانه وعليه ريق حتى برز لسانه الى خارج فيه ثم رده وابتلعه فطريقان حكاهما البغوى وغيره (المذهب) وبه قطع المتولى أنه لا يفطر وجها واحدا لأنه لم ينفصل ولا يثبت حكم الخروج للشيء الا بانفصاله ، كما لو حلف لا يخرج من دار فأخرج رأسه أو رجله لم يحنث ، ولو أخرج المعتكف رأسه أو رجله من المسجد لم يبطل اعتكافه (والثانى) فى ابطاله وجهان ، كما لو جمع الريق ثم ابتلعه • وقد سبق مثل هذين الوجهين فى باب ما ينقض الوضوء فيما لو أخرجت دودة رأسها من فرجه ثم رجعت قبل انفصالها هل ينتقض وضوئه ؟ فيه وجهان (الأصح) ينتقض (الشرط الثالث) أن يبتلعه على العادة ، فلو جمعه قصدا ثم ابتلعه فهل يفطر ؟ فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) لا يفطر ، ولو اجتمع ريق كثير بغير قصد بأن كثر كلامه أو غير ذلك بغير قصد فابتلعه لم يفطر بلا خلاف •

(فرع) لو بل الخياط خيطا بالريق ثم رده الى فيه على عادتهم حال الفتل • قال أصحابنا : ان لم يكن عليه رطوبة تنفصل لم يفطر بابتلاع ريقه بعده بلا خلاف لأنه لم ينفصل شيء يدخل جوفه • وممن نقل اتفاق الأصحاب على هذا المتولى ، وان كانت رطوبة تنفصل وابتلعها فوجهان حكاهما امام الحرمين ومتابعوه والمتولى

(أحدهما) وهو قول الشيخ أبى محمد الجوينى لا يفطر ، قال : كما لا يفطر بالباقى من ماء المضمضة (وأصحهما) وبه قطع الجمهور يفطر لأنه لا ضرورة اليه ، وقد ابتلعه بعد مفارقة معدته وانفصاله ، وخص صاحب انتتمة الوجهين بما اذا كان جاهلا تحريم ذلك ، قال : فان كان عالما بتحريمه أفطر بلا خلاف لتقصيره •

(فرع) او استاك بسواك رطب فانفصل من رطوبته أو خشبه المتشعب شيء وابتلعه أفطر بلا خلاف ، صرح به الفورانى وغيره •

(فرع) اتفق العلماء على أنه اذا ابتلع ريق غيره أفطر ، وفى حديث عائشه رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يقبلها وهو صائم ويمص لسانها » رواه أبو داود باسناد فيه سعد بن أوس(١) ومصدع ، وهما ممن اختلف فى جرحه وتوثيقه • قال أصحابنا : هذا محمول على أنه بصقه ولم يبتلعه •

(المسألة الرابعة) قال أصحابنا : النخامة ان لم تحصل فى حد الظاهر من الفم لم تضر بالاتفاق ، فان حصلت فيه بانصبابها من الدماغ فى الثقبة النافذة منه الى أقصى الفم فوق الحلقوم ، نظر — ان لم يقدر على صرفها ومجها حتى نزلت الى الجوف لم تضر ، وان ردها الى فضاء الفم أو ارتدت اليه ثم ابتلعها أفطر على المذهب • وبه قطع الجمهور • وحكى صاحب العدة والبيان وجها أنه لا يفطر ، لأن جنسها معفو عنه ، وهذا شاذ مردود ، وان قدر على قطعها من مجراها ومجها فتركها حتى جرت بنفسها فوجهان حكاهما امام الحرمين وغيره (أحدهما) يفطر لتقصيره ، قال الرافعى : وهذا هو الأوفق لكلام الأصحاب (والثانى) لا يفطر لأنه لم يفعل شيئا ، وانما ترك الدفع فلم يفطر ، كما لو وصل الغبار الى جوفه مع امكان اطباق فيه ولم يطبقه ، فانه لا يفطر • قال الشيخ أبو عمرو ابن الصلاح :

---

(١) سعد بن أوس العدوى البصرى عن مصدع بن يحيى وثقه ابن حبان وضعفه ابن معين وقال ابن حجر فى التقريب : العدوى والعبدى أو البصرى صدوق له أغاليط • وقال الذهبى فى الميزان : ضعفه ابن معين ووثقه غيره وذكره ابن حبان فى الثقات ، أما مصدع المعرقب فقد قال الذهبى : صدوق تكلم فيه • قال السعدى : زائغ جائر عن الحق (ط) •

ولعل هـذا الوجه أقرب • قال : ولم أجـد ذكرا لأصحهما ، والله تعالى أعلم •

(الخامسة) قال الشافعى والأصحاب : اذا تقايأ عمـدا بطل صومه ، وان ذرعه القىء أى غلبه لم يبطـل ، وهذان الطرفان لا خلاف فيهما عندنا • وفى سبب الفطـر بالقىء عمدا وجهان مشهوران ، وقد يفهمان من كلام المصنف (أصحهما) أن نفس الاستقاءة مفطـرة كانزال المنى بالاستمناء (والثانى) أن المفطـر رجوع شىء مما خـرج وان قل ، فلو تقايأ عمدا منكوسا أو تحفظ بحيث تيقن أنه لم يرجع شىء الى جوفه ــ فان قلنا: المفطـر نفس الاستقاءة ــ أفطـر والا فلا ، قال امام الحرمين : فلو استقاء عمدا وتحفظ جهده فغلبه القىء ورجع شىء ، فان قلنا : الاستقاءة مفطرة بنفسها فهنا أولى • وان قلنا : لا يفطر الا برجوع شىء فهو على الخلاف فى المبالغة فى المضمضة اذا سبق المـاء الى جوفه • قال أصحابنا : وحيث أفطـر بالقىء عمدا لزمه القضاء فى الصوم الواجب ولا كفارة عليه ان كان فى رمضان ، والله أعلم •

(فـرع) اذا اقتلع نخامة من باطنه ولفظـها لم يفطـر على المذهب ، وبه قطع الحناطى وكثيرون ، وحكى الشيخ أبو محمد الجوينى فيه وجهين (أصحهما) لا يفطـر لأنه مما تدعو اليه الحاجة (والثانى) يفطـر كالقىء • قال الغزالى : مخـرج الحاء المهملة من الباطن ، والخاء المعجمة من الظاهر ، ووافقه الرافعى فقال : هذا ظاهر لأن المهملة تخـرج من الحلق والحلق باطن ، والمعجمة تخـرج مما قبـل الغلصمة • قال الرافعى : لكن يشبه أن يكون قدر مما بعـد مخـرج المهملة من الظاهر أيضـا • هذا كلام الرافعى ، والصحيح أن المهملة أيضا من الظاهر ، وعجب كونه ضبط بالمهملة التى هى من وسط الحلق ، ولم يضبط بالهاء أو الهمزة فانهما من أقصى الحلق • وأما الخاء المعجمة فمن أدنى الحلق • وكل هذا مشهور لأهل العربية ، والله أعلم •

فـــرع

فى مذاهب العلماء فى القىء

قد ذكرنا أن مذهبنا أن من تقايأ عمدا أفطر ولا كفارة عليه ان كان فى رمضان • قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن من تقايأ عمـدا

أفطـر • قال : ثم قال على وابن عمر وزيد بن أرقم وعلقمة والزهـرى ومالك وأحمد واسحاق وأصحاب الرأى : لا كفارة عليه وانما عليـه القضـاء • قال : وقال عطاء وأبو ثور عليه القضاء والكفارة ، وقال : وبالأول أقول • قال : وأما من ذرعه القىء فقال على وابن عمر وزيد ابن أرقم ومالك والثورى والأوزاعى وأحمد واسحاق وأصحاب الرأى : لا يبطـل صومه • قال : وهذا قول كل من يحفظ عنه العلم وبه أقول • قال : وعن الحسـن البصرى روايتان الفطـر وعدمه • هذا نقـل ابن المنذر • وقال العبدرى : نقـل عن ابن مسعود وابن عباس أنه لا يفطـر بالقىء عمدا • قال : وعن أصحاب مالك فى فطـر من ذرعه القىء خلاف ، قال : وقال أحمد : ان تقايأ فاحشا أفطـر فخصـه بالفاحش • دليلنا على الجميـع حديث أبى هريرة السابق ، والله تعالى أعلم •

فـــرع

فى مسائل اختلف العلماء فيها

منها الحقنة(١) ذكرنا أنها مفطـرة عندنا ، ونقله ابن المنذر عن

---

(١) نشرت لنا مجلة الاعتصـام السائرة على مبادىء الجمعية الشرعية لتعاون العاملين بالكتاب والسنة عدد رمضان سنة ١٣٩٠ ما يأتى ردا على مبتدعة القول بعدم افطار متعاطى الحقن العضلية والوريدية حتى لقد ذهبـوا الى حقن التغذية :

الرد على من قال : الحقنة لا تفطـر •

ان الطعام يلتقم عن طريق الفم بالمضغ الى مرحلة الهضم الأولى بخلطه بعصارة الفم (اللعاب) ليسهل بلعه وازدراده ثم يصل الى المعدة عن طريق المرىء بما يحدثه من حركة القبض والبسط ، وبعد ذلك يحدث هضم شبه كلى ، ثم ينزل الى الاثنى عشر فتفـرز الكبد صفراءها لاتمام عملية الهضم النهائى ، لأن بعض المواد الغذائية كالدهنيات والبروتينات لا يتم هضمها نهائيا الا فى الاثنى عشر ثم يحدث امتصاص فى الأمعاء الدقيقة وهذه الأمعاء تنتشر حولها الأوردة المستقبلة للأشياء التى تم هضمها فيصل الى الورد السفلى الحامل للدم الى الكبد وفى الكبد تتم عملية تنقيته من المواد السامة والفاسدة ، ثم يندفع حتى يصل الى القلب ليدفع به الى الرئتين ليرجع الى القلب مرة أخرى حاملا معه الأوكسجين ليتخلص الدم من ثانى أكسيد الكربون ، هذا هو الطعام • =

عطاء والثورى وأبى حنيفة وأحمد واسحاق ، وحكاه العبدرى وسائر أصحابنا أيضا عن مالك • ونقله المتولى عن عامة العلماء • وقال الحسن ابن صالح وداود : لا يفطـــر • ومنها لو قطـــر فى احليله شيئا فالصحيح عندنا أنه يفطـــر كما سبق ، وحكاه ابن المنذر عن أبى يوسف ، وقال أبو حنيفة والحسن بن صالح وداود : لا يفطر •

(ومنها) السعوط اذا وصـــل للدماغ أفطـــر عندنا • وحكاه ابن المنذر عن الثورى والأوزاعى وأبى حنيفة ومالك واسحاق وأبى ثور ، وقال داود : لا يفطـــر وحكاه ابن المنذر عن بعض العلماء •

(ومنها) لو صب المـــاء أو غيـــره فى أذنيه فوصل دماغه أفطـــر على الأصح عندنا وبه قال أبو حنيفة ، وقال مالك والأوزاعى وداود : لا يفطـــر الا أن يصل حلقه •

(ومنها) لو داوى جرحه فوصـــل الدواء الى جوفه أو دماغه أفطـــر عندنا ، سواء كان الدواء رطبا أو يابسا ، وحكاه ابن المنذر عن

= اذا ثبت هذا فان حقنة الجلوكوز والفيتامين أو غيرهما من التى تعطى فى الورد أو العضل على اختلاف فى السرعة بين الطريقتين تصل مع الدم المراد تنقيته الى القلب لكى يدفعه القلب الى الرئتين فينقى من ثانى أكسيد الكربون باستبداله بالاوكسجين الناجم عن عملية التنفس الذى لا محيص عنه ، ثم يرجع الدم مرة أخـــرى الى القلب لكى يعاود توزيعه الى جميع أجزاء الجسم لامداده بالطاقة والقـــوة وتكوين الخلايا وتجددها كما يفعل الطعـــام سواء بسواء ، ويمكن للانسان اذا تكاملت فى الحقن عناصر كافية من السكريات والبروتينات أن يعيش مستغنيا بذلك عن الطعـــام بل ان المرء اذا مكث أياما لا يأكل فقد شهيته الى الطعام كما يعـــرف ذلك المجربون وكاتب هذا واحد منهم ، وعلى هذا تكون الحقنة العضلية والجلدية والعرقية سواء كانت للتداوى أو للتقوية مفطـــرة للصائم مفســـدة للصوم لانها تؤدى وظيفـــة الطعام وتؤدى وظيفة الاستدواء من الفم بل هى أبلغ وأسرع وأكثر تأثيرا فى دفع المرض والهزال الناجم عن الجـــوع وما الى ذلك من فوائد الطعـــام والدواء حتى المعدة نفسها تتجدد خلاياها وتشفى أمراضها •

ثم أقول : وقد قصدنا من سوق هذا الحكم وان كان مراد الشيخ بالحقنة هنا الحقنة التى تؤخذ من الدبر وهى الشرجية أن نوضح حكم الحقنة العرقية أو العضلية أو الجلدية وان كان محلها حكم الجائفة فان الابرة المثقوبة ذات المجرى التى يسلك الدواء منها الى العرق أو العضل انما تحـــدث جائفة بقدرها وتوصل الغذاء والدواء الى سائر البدن حتى المعدة (ط) •

أبى حنيفة ، والمشهور عن أبى حنيفة أن يفطـر ان كان دواء رطبا ، وان كان يابسا فلا • وقال مالك وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وداود : لا يفطـر مطلقا •

(ومنها) لو طعن نفسه بسكين أو غيرها فوصلت جوفه أو دماغه أو طعنه غيره بأمره فوصلتهما أفطـر عندنا • وقال أبو يوسف ومحمد : لا يفطـر • وقال أبو حنيفة : ان نفذت الطعنة الى الجانب الآخـر أفطـر والا فلا •

(ومنها) الطعام الباقى بين أسنانه اذا ابتلعه ، قد سبق تفصيل مذهبنا فيه • قال ابن المنذر : أجمع العلماء على أنه لا شىء على الصائم فيما يبلعه مما يجـرى مع الريق مما بين أسنانه مما لا يقـدر على رده ، قال : فان قدر على رده فابتلعه عمدا ، قال أبو حنيفة : لا يفطر ، وقال سائر العلماء : يفطـر وبه أقول ، ودلائل هذه المسائل سبقت فى مواضعها ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وتحـرم المباشرة فى الفـرج لقوله سبحانه وتعالى : « فالآن باشروهن » الى قوله عز وجل : « ثم أتموا الصيام الى الليل »(١) فان باشرها فى الفـرج بطل صومه ، لأنه أحد ما ينافى الصوم ، فهـو كالأكل ، وان باشر فيما دون الفـرج فانزل أو قبل فانزل بطل صومه ، وان لم ينزل لم يبطل لمـا روى جابر رضى الله عنه قال : « قبلت وأنا صائم فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فقلت : قبلت وأنا صائم ، فقال : أرأيت لو تمضمضت وأنت صائم » فشبه القبلة بالمضمضة ، وقد ثبت أنه اذا تمضمض فوصل المـاء الى جوفه أفطـر ، وان لم يصل لم يفطـر ، فدل على أن القبلة مثلها ، فان جامع قبل طلوع الفجـر فأخـرج مع الطلوع وأنزل لم يبطـل صومه ، لأن الانزال تولـد من مباشرة هو مضطر اليها ، فلم يبطـل الصـوم ، وان نظـر وتلذذ فأنزل لم يبطل صومه ، لأنه أنزل من غير مباشرة ، فلم يبطل الصوم ، كما لو نام فاحتلم وان استمنى فأنزل بطل صومه ، لأنه انزال عن

---

(١) البقرة : ١٨٧ •

مباشرة ، فهو كالانزال عن القبلة ، ولأن الاستمناء كالمباشرة فيما دون الفرج من الأجنبية فى الاثم والتعزير فكذلك فى الافطار) .

(الشرح) هذا الحديث المذكور مما غيره المصنف ، فجعله عن جابر وأنه هو المقبل ، وليس هو كذلك ، وانما المقبل عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وهو السائل ، وهذا لفظ الحديث فى سنن أبى داود ومسند أحمد بن حنبل وسنن البيهقى وجميع كتب الحديث عن جابر ابن عبد الله رضى الله عنه قال : « قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه : هششت فقبلت وأنا صائم ، فقلت : يا رسول الله صنعت اليوم أمرا عظيما ، قبلت وأنا صائم ، قال : أرأيت لو مضمضت من الماء وأنت صائم ؟ قلت : لا بأس ، قال : فمه » هذا لفظ الحديث فى سنن أبى داود وغيره ، واسناده صحيح على شرط مسلم ، ورواه الحاكم وقال : هو صحيح على شرط البخارى ومسلم ، ولا يقبل قوله أنه على شرط البخارى انما هو على شرط مسلم . قال الخطابى : فى هذا الحديث اثبات القياس والجمع بين الشيئين فى الحكم الواحد ، لاجتماعهما فى الشبه ، لأن المضمضة بالماء ذريعة الى نزوله الى البطن فيفسد الصوم ، كما أن القبلة ذريعة الى الجماع المفسد للصوم ، فاذا كان أحدهما غير مفطر وهو المضمضة فكذا الآخر (وقوله) هششت معناه نشطت وارتحت ، وقول المصنف وقد ثبت أنه لو تمضمض فوصل الماء الى جوفه أفطر ، هذا تفريع منه على أحد القولين فى المضمضة .

(أما الأحكام) ففى الفصل مسائل :

(احداها) أجمعت الأمة على تحريم الجماع فى القبل والدبر على الصائم وعلى أن الجماع يبطل صومه للآيات الكريمة التى ذكرها المصنف والأحاديث الصحيحة ولأنه مناف للصوم فأبطله كالأكل ، وسواء أنزل أم لا ، فيبطل صومه فى الحالين بالاجماع لعموم الآية والأحاديث ، ولحصول المنافى ، ولو لاط برجل أو صبى أو أولج فى قبل بهيمة أو دبرها بطل صومه بلا خلاف عندنا . سواء

أنزل أم لا وقال أبو حنيفة فى اللواط كمذهبنا ، وقال فى البهيمة : ان أنزل بطل صومه والا فلا وسواء فى الوطء وطء زوجته وأمته وأجنبية بزنا أو شبهة ، فكله يفطـر به اذا كان عالمـا بالصوم •

(الثانية) اذا قبل أو باشر فيما دون الفـرج بذكره أو لمس بشرة امرأة بيده أو غيرها ، فان أنزل المنى بطل صومه والا فلا ، لمـا ذكره المصنف ، ونقل صاحب الحاوى وغيره الاجماع على بطلان صوم من قبل أو باشر دون الفـرج فأنزل ، ويستدل أيضا لعدم الفطـر اذا لم ينزل بالأحاديث الصحيحة المشهورة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقبل وهو صائم » وسيأتى بيانها ان شاء الله تعالى ، وهذا الذى ذكرناه هو المذهب والمنصوص ، وبه قطع الجمهور • وحكى امام الحرمين عن والده أنه حكى وجهين فيمن ضم امرأة الى نفسه وبينهما حائل فأنزل ، قال : وهو عندى كسبق ماء المضمضة ، قال : فان ضاجعها متجـردا فهو كالمبالغة فى المضمضة ، قال : وقد وجدت للشيخ أبى على السنجى فى الشرح رمزا الى هذا (قلت) قد جزم المتـولى بأنه لو قبلها فوق خمار فأنزل لا يفطـر لعدم المباشرة ، قال : ولو لمس شعرها فأنزل ففى بطلان صومه وجهـان بنـاء على انتقاض الوضوء بمسه •

(الثالثة) اذا جامع قبل الفجـر ثم نزع مع طلوعه أو عقب طلوعه وأنزل لم يبطل صومه لانه تولد من مباشرة مباحة فلم يجب فيه شىء ، كما لو قطع يد رجل قصاصا فمات المقتص منه فهذا هو التعليل الصحيح ، وأما قول المصنف لأنه تولد من مباشرة هو مضطـر اليها فليس بمقبول •

(الرابعة) اذا نظـر الى امرأة ونحوه وتلذذ فأنزل بذلك لم يفطـر ، سواء كرر النظـر أم لا ، وهذا لا خلاف فيه عندنا الا وجها شاذا حكاه السرخسى فى الأمالى أنه اذا كرر النظـر فأنزل بطـل صومه ، والمذهب الأول ، وبه قال أبو الشعثاء جابر بن زيد التابعى وسفيان الثورى وأبو حنيفة وأبو يوسف وأبو ثور ، وحكى ابن المنذر عن الحسن البصرى هو كالجماع ، فيجب القضاء والكفارة ، ونحـوه عن الحسن بن صالح ، وعن مالك روايتان • (احداهما) كالحسـن

(والثانية) ان تابع النظـر فعليه القضاء والكفارة ، والا فالقضـاء . قال ابن المنذر : لا شيء عليه ، ولو احتـاط فقضى يوما فحسن . قال صاحب الحاوى : أما اذا فكر بقلبه من غير نظـر فتلذذ فأنزل فلا قضـاء عليه ولا كفارة بالاجمـاع ، قال : واذا كرر النظـر فأنزل أثم ، وان لم يجب القضاء .

(الخامسة) اذا استمنى بيده وهو استخـراج المنى أفطـر بلا خلاف عندنا ، لمـا ذكره المصنف ، ولو حك ذكره لعارض فأنزل فوجهان حكاهما الصيمرى وصاحب البيان ، قالوا : ويشبه أن يكونا مبنيين على القولين فيمن سبق ماء المضمضة الى جوفه .

(قلت) والأصح أنه لا يفطـر فى مسألة حك الذكر لعارض لأنه متولد من مباشرة مباحه . والله أعلم .

(أما) اذا احتلم فلا يفطـر بالاجماع ، لأنه مغلوب كمن طارت ذبابة فوقعت فى جوفه بغيـر اختياره ، فهذا هو المعتمـد فى دليل المسألة (وأما) الحديث المروى عن النبى صلى الله عليه وسلم « لا يفطر من قاء ولا من أحتلم ولا من احتجم » فحديث ضعيف لا يحتج به ، وسبق بيانه فى مسألة القىء ، والله أعلم .

(فـرع) لو قبل امرأة وتلذذ فأمذى ولم يمن لم يفطـر عندنا بلا خلاف . وحكاه ابن المنذر عن الحسن البصرى والشعبى والأوزاعى وأبى حنيفة وأبى ثور قال : وبه أقول . وقال مالك وأحمد : يفطـر ، دليلنا أنه خارج لا يوجب الغسل فأشبه البول .

(فـرع) قال صاحب البيان : اذا أمنى الخنثى المشكل عن مباشرة وهو صائم او رأى الدم يوما كاملا من فـرج النساء لم يبطل صومه ، لاحتمال أنه عضـو زائد . وان أمنى من فـرج الرجـال عن مباشرة ورأى الدم فى ذلك اليوم من فـرج النساء ، واستمر الدم أقل مدة الحيض ، بطـل صومه ، لأنه ان كان رجـلا فقد أنزل عن مباشرة ، والا فقـد حاضت ، فان استمر به الدم بعد ذلك أياما ولم ينزل عن

مباشرة من آلة الرجال لم يبطل صومه فى يوم انفراد الدم أو الانزال ولا كفارة حيث قلنا بفطره للاحتمال ، هذا كلام صاحب البيان .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان فعل ذلك كله ناسيا لم يبطل صومه ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من أكل ناسيا أو شرب ناسيا فلا يفطر ، فانما هو رزق رزقه الله » فنص على الاكل والشرب ، وقسنا عليه كل ما يبطل الصوم من الجماع وغيره ، وان فعل ذلك وهو جاهل بتحريمه لم يبطل صومه ، لانه يجهل تحريمه فهو كالناسى ، وان فعل ذلك به بغير اختياره بأن أوجر الطعام فى حلقه مكرها لم يبطل صومه ، وان شد امرأته ووطئها وهى مكرهة لم يبطل صومها ، وان استدخلت المرأة ذكر الرجل وهو نائم لم يبطل صومه لحديث ابى هريرة رضى الله عنه « ومن ذرعه القىء فلا قضاء عليه » فدل على أن كل ما حصل بغير اختياره لم يجب به القضاء ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم أضاف أكل الناسى الى الله تعالى ، وأسقط به القضاء ، فدل على أن كل ما حصل بغير فعله لا يوجب القضاء وان أكره حتى أكل بنفسه ، أو أكرهت المرأة حتى مكنت من الوطء فوطئها ، ففيه قولان (أحدهما) يبطل الصوم لانه فعل ما ينافى الصوم لدفع الضرر ، وهو ذاكر للصوم فبطل صومه ، كما لو أكل لخوف المرض أو شرب لدفع العطش (والثانى) لا يبطل لأنه وصل الى جوفه بغير اختياره فأشبه اذا أوجر فى حلقه) .

(الشرح) حديث أبى هريرة « من ذرعه القىء » سبق بيانه فى مسألة القىء وحديثه الأول « من أكل ناسيا » الى آخره رواه الترمذى والدارقطنى والبيهقى وغيرهم بلفظه الذى هنا ، قال الترمذى : وهو حديث حسن صحيح ، ورواه البخارى ومسلم بمعناه ، لفظ البخارى عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا نسى فأكل أو شرب فليتم صومه ، فانما أطعمه الله وسقاه » وفى رواية له « من أكل

ناسيا وهو صائم فليتم صومه فانما أطعمه الله وسقاه » • وعن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من أفطر فى شهر رمضان ناسيا فلا قضاءعليه ولا كفارة » رواه الدارقطنى باسناد صحيح أو حسن • وقول المصنف : وان شد امرأته • لو قال : امرأة لكان أحسن وأعم •

(أما الأحكام) ففيه مسائل :

(أحداها) اذا أكل أو شرب أو تقايأ أو استعط أو جامع أو فعل غير ذلك من منافيات الصوم ناسيا لم يفطر عندنا ، سواء قل ذلك أم كثر • هذا هو المذهب والمنصوص ، وبه قطع المصنف والجمهور من العراقيين وغيرهم ، وذكر الخراسانيون فى آكل الناسى اذا كثر وجهين ككلام الناسى فى الصلاة اذا كثر ، والمذهب أنه لا يفطر هنا وجها واحدا لعموم الأحاديث السابقة ، ولأنه قد يستمر به النسيان حتى يأكل كثيرا ، ويندر ذلك فى الكلام فى الصلاة •

وذكر الخراسانيون فى جماع الناسى طريقين أصحهما ما قدمناه عن الجمهور أنه لا يفطر للأحاديث (والثانى) على قولين كجماع المحرم ناسيا (أصحهما) لا يفطر (والثانى) يفطر • قال المتولى وغيره : وهو مخرج من الحج ليس منصوصا ، وبهذا القول قال أحمد ، فعلى المذهب وهو الطريق الأول قال السرخسى : الفرق بين جماع الناسى فى الاحرام والصيام أن المحرم له هيئة يتذكر بها حاله ، فاذا نسى كان مقصرا بخلاف الصائم • والله أعلم •

فرع

فى مذاهب العلماء فى الأكل وغيره ناسيا

ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يفطر بشىء من المنافيات ناسيا للصوم ، وبه قال الحسن البصرى ومجاهد وأبو حنيفة واسحاق وأبو ثور وداود وابن المنذر وغيرهم وقال عطاء والأوزاعى والليث : يجب قضاؤه فى الجماع ناسيا دون الأكل • وقال ربيعة ومالك : يفسد صوم الناسى

فى جميع ذلك ، وعليه القضـــاء دون الكفارة • وقال أحمد : يجب بالجماع ناسيا القضاء والكفارة ولا شىء فى الأكل • دليلنا على الجميع الأحاديث السابقة • والله أعلم •

(المسألة الثانية) اذا أكل الصائم أو شرب أو جامع جاهلا بتحريمه ــ فان كان قريب عهد باسلام أو نشأ ببادية بعيـــده بحيث يخفى عليه كون هذا مفطـــرا ــ لم يفطـــر ، لأنه لا يأثم فاشبه الناسى الذى ثبت فيه النص ، وان كان مخالطا للمسلمين بحيث لا يخفى عيه تحريمه أفطـــر لأنه مقصر ، وعلى هذا التفصيل ينزل كلام المصنف وغيره ممن أطلق المسألة ، ولو فصـــل المصنف كما فصل غيره على ما ذكرناه كان أولى (الثالثة) اذا فعـــل به غيـــره المفطـــر ، بأن أوجر الطعام قهرا أو أسعط المـــاء وغيره أو طعن بغيـــر رضاه بحيث وصلت الطعنة جوفه ، أو ربطت المرأة وجومعت ، أو جومعت نائمة فلا فطـــر فى كل ذلك لمـــا ذكره المصنف • وكذا لو استدخلت ذكره نائما افطـــرت هى دونه ، لمـــا ذكره المصنف وسواء فى ذلك امرأة وزوجها والأجنبية والأجنبى ، ولا خلاف عندنا فى شىء من هذا الا وجها حكاه الحناطى والرافعى فيما أوجـــر أنه يفطـــر ، وهذا شاذ مردود • ولو كان مغمى عليه وقد نوى من الليـــل وافاق فى بعض النهار وقلنا : يصـــح صومه فأوجره غيره شيئا فى حال اغمائه لغير المعالجة لم يبطل صومه الا على وجه الحناطى • وان أوجره معالجة واصلاحا له فهل يفطـــر ؟ فيه وجهان مشهوران فى كتب الخراسانيين (أصحهما) لا يفطـــر كغير المعالجة لأنه لا صنع له (والثانى) يفطـــر ، لأن فعل المعالج لمصلحته فصار كفعله • قالوا : ونظير المسألة اذا عولج المحـــرم المغمى عليه بدواء فيه طيب هل تجب الفدية ؟ فيه خلاف سنوضحه فى موضعه ان شاء الله تعالى •

(فـــرع) لو طعنه غيره طعنة وصلت جوفه بغير أمره لكن أمكنه دفعه فلم يدفعه ففى فطـــره وجهان حكاهما الدارمى أقيسهما لا يفطر ، اذ لا فعـــل له ، والله أعلم (الرابعة) لو أكره الصائم على أن يأكل بنفسه أو يشرب فأكل أو شرب ، أو أكرهت على التمكين من الوطء فمكنت ، ففى بطـــلان الصوم به قولان مشهوران قل من بين الأصح

منهما (والأصح) لا يبطـل ، ممن صححه المصنف فى التنبيه ، والغزالى فى الوجيز والعبدرى فى الكفايه والرافعى فى الشرح وآخـرون ، وهو الصـواب ولا تغتر بتصحيح الرافعى فى المحـرر ببطلان ، وقد نبهت عليه فى مختصر المحـرر • واحتجـوا لعدم البطلان بأنه بالاكراه سقط اثر فعله ، ولهذا لا يأثم بالأكل لانه صار مامورا بالأكل لا منهيا عنه فهو كالناسى ، بل أولى منه بأن لا يفطر لانه مخاطب بالاكل لدفع ضرر الاكراه عن نفسه بخلاف الناسى فانه ليس بمخاطب بأمر ولا نهى •

وأما قول القائل الآخـر : انه أكل لدفع الضرر عنه فكان كالآكل لدفع الجـوع والعطش ، ففرقوا بينهما بأن الاكراه قادح فى اختياره ، وأما الجـوع والعطش فلا يقدحان فى اختياره ، بل يزيدانه • قال أصحابنا : فان قلنا : يفطـر المكره فلا كفارة عليه بلا خلاف ، سواء أكره على أكل أو أكرهت على التمكين من الوطء ، وأما اذا أكره رجل على الوطء فيبنى على الخلاف المشهور أنه هل يتصور اكراهه على الوطء أم لا ؟ قال أصحابنا : ان قلنا : يتصور اكراهه فهو كالمكره ، ففى افطاره القولان • فان قلنا يفطـر فلا كفارة قولا واحـدا لأنها تجب على من جامع جماعا يأثم به ، وهذا لم يأثم بلا خلاف • وان قلنا : لا يتصور اكراهه أفطـر قولا واحـدا ووجبت الكفـارة لأنه غير مكره • والله أعلم •

قال صاحب الحاوى : لو شدت يدا الرجـل وأدخل ذكره فى الفـرج بغير اختياره ولا قصد منه فان لم ينزل فصومه صحيح ، وان أنزل فوجهان (أحدهما) لا يبطـل صومه ، لأنه لم يبطـل بالايلاج فلم يبطـل بما حدث منه ، وكأنه أنزل من غير مباشرة لأن المباشرة سقط أثرها بالاكراه (والثانى) يبطل لأن الانزال لا يحدث الا عن قصد واختيار • قال : فعلى هذا يلزمه القضـاء ان كان فى رمضـان ، وفى الكفارة وجهان • (أحدهما) تجب ، لأنا جعلناه مفطرا باختياره (والثانى) لا تجب للشبهة • هذا كلام صاحب الحاوى •

(قلت) هذا الخلاف فى فطـره شبيه بالخلاف فيمن أكره على كلمة الطلاق فقصد ايقاعه ، ففى وقوعه خلاف مشهور حكاه المصنف

والأصحاب وجهين (أحدهما) لا يقع لأن اللفظ سقط أثره بالاكراه وبقى مجـرد نية والنية وحدها لا يقع بها طلاق (وأصحهما) يقع لوجود قصد الطلاق بلفظه ، وينبغى أن يكون الأصـح فى مسالة الصوم أنه ان حصـل بالانزال تفكر وقصد وتذذ أفطـر والا فلا ، والله تعالى أعلم •

(فـرع) ذكرنا أن الأصح عندنا أن المكره على الأكل وغيـره لا يبطـل صومه وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد : يبطـل ، والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان تمضمض أو استنشق فوصل المـاء الى جوفه أو دماغه فقد نص فيه على قولين « فمن » أصحابنا من قال : القولان اذا لم يبالغ : فأما اذا بالغ فيبطـل صومه قولا واحـدا وهو الصحيح ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال للقيط بن صبرة : « اذا استنشقت فأبلغ الوضوء الا أن تكون صائما » فنهاه عن المبالغة ، فلو لم يكن وصـول المـاء فى المبالغة يبطـل الصـوم لم يكن للنهى عن المبالغة معنى ، ولأن المبالغة منهى عنها فى الصوم وما تولد من سبب منـهى عنه فهو كالمباشرة ، والدليل عليـه أنه اذا جرح انسـانا فمات جعـل كأنه باشر قتله • ومن أصحابنا من قال : هى على قولين بالغ أو لم يبالغ (أحدهما) يبطل صومه لقوله صلى الله عليه وسلم لمن قبـل وهو صائم « أرأيت لو تمضمضت » فشبه القبلة بالمضمضة ، واذا قبل فأنزل بطـل صومه ، فكذلك اذا تمضمض فنزل المـاء الى جوفه وجب أن يبطـل صومه (والثانى) لا يبطل لأنه وصل الى جوفه بغير اختياره فلم يبطـل صومه كغبار الطريق وغربلة الدقيق) •

(**الشرح**) حديث لقيط سبق بيانه قريبـا فى فصـل تحريم الطعام والشراب على الصائم ، وحديث قبلة الصائم وتشبيهها بالمضمضـة بيناه قريبا •

(أما حكم المسألة) فاتفق أصحابنا ونصوص الشافعي رضي الله عنه على انه يستحب للصائم المضمضة والاستنشاق في وضوئه ، كما يستحبان لغيره لكن تكره المبالغة فيهما لما سبق في باب الوضوء ، فلو سبق الماء فحاصل الخلاف في المضمضة والاستنشاق اذا وصل الماء منهما جوفه أو دماغه ثلاثة أقوال (أصحها) عند الأصحاب ان بالغ افطر والا فلا (والثاني) يفطر مطلقا (والثالث) لا يفطر مطلقا ، والخلاف فيمن هو ذاكر للصوم عالم بالتحريم ، فان كان ناسيا او جاهلا لم يبطل بلا خلاف كما سبق ، ولو غسل فمه من نجاسة فسبق الماء الى جوفه فهو كسبقه في المضمضة ، فلو بالغ ههنا قال الرافعي : هذه المبالغة لحاجة فينبغي أن تكون كالمضمضة بلا مبالغة ، لانه مأمور بالمبالغة للنجاسة دون المضمضة ، وهذا الذي قاله متعين .

ولو سبق الماء من غسل تبرد ومن المضمضة في المرة الرابعة . قال البغوي : ان بالغ أفطر والا فهو مرتب على المضمضة وأولى بابطال الصوم لانه غير مأمور به . هذا كلام البغوي والمختار في الرابعة الجزم بالافطار لأنها منهي عنها ، ولو جعل الماء في فيه لا لغرض فسبق ونزل الى جوفه فطريقان حكاهما المتولي (أحدهما) يفطر (والثاني) على القولين ، ولو أصبح ولم ينو صوما فتمضمض ولم يبالغ فسبق الماء الى جوفه ثم نوى صوم تطوع صح صومه على أصح الوجهين لأنه لا أثر لما سبق على الصحيح فكأنه لم يكن . قال القاضي حسين في فتاويه : ان قلنا : ان السبق لا يبطل الصوم صح صومه هذا والا فلا . قال : والأصح الصحة في الموضعين هذا كلامه . وهذه مسألة مهمة نفيسة ، والله تعالى أعلم .

قال الدارمي : ولو كان الماء في فيه أو أنفه فوجد منه عطاس أو نحوه ، فنزل الماء بذلك الى جوفه أو دماغه لم يفطر . قال أصحابنا : وسواء في المضمضة والاستنشاق صوم الفرض والنفل فحكمهما سواء على ما ذكرناه . هذا مذهبنا . وحكى أصحابنا عن النخعي أنه ان سبق الماء في وضوء مكتوبة لم يفطر ، وان كان نافلة أفطر ، واستدل أصحابنا بأن المضمضة مأمور بها في وضوء الفرض والنفل ، والله تعالى أعلم .

(فــرع) قال المتولى وغيره : اذا تمضمض الصائم لزمه مج الماء ، ولا يلزمه تنشيف فمه بخرقة ونحوها بلا خلاف • قال المتولى : لأن فى ذلك مشقة • قال : ولأنه لا يبقى فى الفم بعد المج الا رطوبة لا تنفصل عن الموضع ، اذ لو انفصلت لخرجت فى المج ، والله تعــالى أعلم •

(فــرع) فى مذاهب العلماء فيمن تمضمض واستنشق فسبق المــاء بغير اختياره الى جوفه أو دماغه •

قد ذكرنا أنه ان بالغ فالصحيح عندنا بطلان صومه والا فلا وممن قال ببطلان الصوم مطلقا مالك وأبو حنيفة والمزنى • قال المــاوردى : وهو قول أكثر الفقهاء ، وقال الحسن البصرى وأحمد واسحاق وأبو ثور : لا يبطــل مطلقا • وحكى المــاوردى عن ابن عباس والشعبى والنخعى وابن أبى ليلى أنه ان توضأ لنافلة بطل صومه ، وان توضأ لفريضــة فلا ، لأنه مضطر اليه فى الفريضة ومختار فى النافلة • قال المــاوردى : هذا ضعيف لوجهين (أحدهما) أن المضمضة والاستنشاق سنتان فهو غير مضطر اليهما فى الفرض والنفــل ومندوب اليهما فيهما (والثانى) أن حكم الفطــر لا يختلف بذلك ، ولهذا لو أجهده الصوم أكل وقضى ولو أكل من غير مشقة قضى ، والله تعالى أعلم •

(فــرع) اتفق أصحابنا على أنه لو طارت ذبابة فدخلت جوفه أو وصل اليه غبار الطريق أو غربلة الدقيق بغير تعمد لم يفطــر • قال أصحابنا : ولا يكلف اطباق فمه عند الغبار والغربلة ، لأن فيه حرجا ، فلو فتح فمه عمدا حتى دخله الغبار ووصل جوفه فوجهان حكاهما البغوى والمتولى وغيرهما ، قال البغوى (أصحهما) لا يفطــر لأنه معفو عن جنسه (والثانى) يفطــر لتقصيره ، وهو شبيه بالخلاف السابق فى دم البراغيث اذا كثر • وفيما اذا تعمد قتل قملة فى ثوبه وصلى ، ونظائر ذلك ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان أكل أو جامع وهو يظن أن الفجــر لم يطلع وكان قد طلع ، أو يظن أن الشمس قد غربت ولم تغرب لزمه القضاء لمــا روى حنظلة

قال : « كنا بالمدينة فى شهر رمضـــان وفى السماء شىء من السحاب فظننا أن الشمس قد غابت فأفطـــر بعض الناس فأمر عمر رضى الله عنه من كان قد أفطـــر أن يصوم يوما مكانه » ولأنه مفطـــر لأنه كان يمكنه أن يثبت(١) الى أن يعلم فلم يعذر) •

(**الشرح**) هذه المسألة ودليلها وفروعها وما يتعلق بها سبق بيانه كله قريبا فى فصـــل يدخل فى الصـــوم بطلوع الفجـــر ويخـــرج منه بغروب الشمس • وذكرنا هناك أن الصحيح كما ذكره المصنف ، وفى المسألة وجهان آخـــران سبقا هناك ، وسبق بيان حديث عمر رضى الله عنه هذا المذكور فى مذاهب العلماء ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن أفطـــر فى رمضـــان بغير الجماع من غيـــر عذر وجب عليه القضـــاء لقوله صلى الله عليه وسلم « من استقاء فعليه القضاء » ولأن الله تعالى أوجب القضاء على المريض والمســـافر مع وجـــود العذر ، فلأن يجب مع عدم العذر أولى ، ويجب امساك بقية النهار لأنه أفطـــر بغير عذر فلزمه امساك بقية النهار ، ولا تجب عليه الكفـــارة لأن الأصل عدم الكفارة الا فيما ورد به الشرع وقد ورد الشرع بايجاب الكفارة فى الجماع وما سواه ليس فى معناه لأن الجماع أغلظ ، ولهذا يجب به الحـــد فى ملك الغير ، ولا يجب فيما سواه ، فبقى على الأصل ، وان بلغ ذلك السلطان عزره لأنه محـــرم ليس فيه حد ولا كفارة فثبت فيه التعزير كالمباشرة فيما دون الفـــرج من الأجنبية) •

(**الشرح**) هذا الحديث سبق بيانه : قال أصحابنا : اذا أفطـــر الصائم فى نهـــار رمضـــان بغير الجماع من غير عذر عامدا مختـــارا عالمـــا بالتحريم ، بأن أكل أو شرب أو استعط أو باشر فيما دون الفرج فأنزل ، أو استمنى فأنزل أثم ووجب عليه القضاء وامساك بقية النهار ولا يلزمه الكفارة العظمى ، وهى عتق رقبة ، وهل تلزمه الفدية ؟ وهى مد من الطعام ؟ فيه طريقان (أصحهما) وبه قطع العراقيون : لا يلزمه

---

(١) فى بعض النسخ (يمسك) بدل (يثبت) (ط) •

لما ذكره المصنف • (والثانى) حكاه الخراسانيون فيه وجهان (أصحهما) عند جمهورهم : لا يلزمه (والثانى) يلزمه لأنها اذا لزمت المرضع والحامل وهما معذورتان فهذا أولى • وهذا الوجه حكاه البندنيجى عن أبى على ابن أبى هريرة • قال المصنف والأصحاب : واذا علم السلطان أو نائبه بهذا عزره لما ذكره المصنف •

فـــرع

ذكره أصحابنا الخراسانيون

قالوا : لو رأى الصائم فى رمضان مشرفا على الغرق ونحوه ولم يمكنه تخليصه الا بالفطر ليتقوى فأفطر لذلك جاز ، بل هو واجب عليه ويلزمه القضاء ، وفى الفدية وجهان مشهوران (أصحهما) باتفاقهم لزومها كالمرضع (والثانى) لا يلزمه كالمسافر والمريض ، والله تعالى أعلم •

(فـرع) قال أصحابنا : الامساك تشبيها بالصائمين من خواص رمضان كالكفارة ، فلا امساك على متعد بالفطر فى نذر أو قضاء أو كفارة ، كما لا كفارة وهذا كله متفق عليه •

قال أصحابنا : ثم من أمسك تشبها فليس هو فى صوم بخلاف المحرم اذا أفسد احرامه ويظهر أثره فى أن المحرم لو ارتكب محظورا لزمته الفدية ، ولو ارتكب الممسك محظورا فلا شىء عليه بلا خلاف سوى الاثم ، وقد سبق بيان هذا فى مسألة الامساك اذا بان يوم الشك من رمضان • قال أصحابنا : ويجب الامساك على كل متعد بالفطر فى رمضان ، سواء أكل أو ارتد أو نوى الخروج من الصوم اذا قلنا يخرج منه بنية الخروج ، ويجب على من نسى النية من الليل • وأما المسافر اذا أقام والمريض اذا برأ والصبى اذا بلغ والمجنون اذا أفاق والحائض والنفساء اذا طهرتا والكافر اذا أسلم وغيرهم ممن فى معناهم فسبق بيان حكمهم فى الامساك فى أوائل الباب مبسوطا ، والله أعلم •

فـــرع

فى مذاهب العلماء فيمن أفطر بغير الجماع فى نهار رمضان عدوانا

ذكرنا أن مذهبنا أن عليه قضـــاء يوم بدله وامساك بقية النهار ، واذا قضى يوما كفاه عن الصـــوم وبرئت ذمته منه ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك وأحمـــد وجمهور العلماء • قال العبدرى : هو قول الفقهاء كافة الا من سنذكره ان شاء الله تعالى ، وحكى ابن المنذر وغيـــره عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن أنه يلزمه أن يصـــوم اثنى عشر يوما مكان كل يوم لأن السنة اثنى عشر شهرا ، وقال سعيد بن المسيب يلزمه صوم ثلاثين يوما • وقال النخعى : يلزمه صوم ثلاثة آلاف يوم • كذا حكاه ابن المنذر وأصحابنا • وقال على بن أبى طالب وابن مسعود رضى الله عنهما « لا يقضيه صوم الدهر » •

واحتج لهذا المذهب بحديث أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من أفطـــر يوما من رمضـــان من غير رخصة لم يجـــزه صيام الدهـــر » رواه أبو داود والترمذى والنســـائى وابن ماجه باسناد غريب • لكن لم يضعفه أبو داود وأما الكفارة فيه والفدية فمذهبنا أنه لا يلزمه شىء من ذلك كما سبق ، وبه قال سعيد ابن جبير وابن سيرين والنخعى وحماد بن أبى سليمان وأحمد وداود •

وقال أبو حنيفة : ما لا يتغذى به فى العادة كالعجيـــن وبـــلع حصاة ونواة ولؤلؤة يوجب القضـــاء ولا كفارة وكذا ان باشر دون الفـــرج فأنزل أو استمنى فلا كفارة ، وقال الزهرى والأوزاعى والثورى واسحاق : تجب الكفارة العظمى من غير تفصيل ، وحكاه ابن المنذر أيضـــا عن عطـــاء والحسن وأبى ثور ومالك والمشهور عن مالك أنه يوجب الكفارة العظمى فى كل فطـــر لمعصية ، كما حكاه ابن المنذر ، وحكى عنه خلافه ، قال ابن المنذر : وروينا أيضـــا عن عطـــاء أن عليه تحرير رقبة فان لم يجدها فبدنة أو بقـــرة أو عشرين صاعا من طعام ، دليلنا ما ذكره المصنف •

(وأما)الحديث الذى رواه البيهقى باسناده عن هشيم باسناده عن مجاهد عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه أمر الذى أفطـــر فى

شهر رمضان بكفارة الظهار » وفى رواية عن هشيم عن ليث بن أبى سليم عن مجاهد عن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم مثله •

(فجوابه من وجهين) :

(أحدهما) أنه ضعيف ، لأن الرواية الأولى مرسلة ، والثانية فيها ليث بن أبى سليم وهو ضعيف • (والجواب الثانى) جواب البيهقى أن هذا اختصار وقع من هشيم ، فقد رواه أكثر أصحاب ليث عنه عن مجاهد عن أبى هريرة رضى الله عنه مفسرا فى قصة الذى وقع على امرأته فى نهار رمضان ، قال البيهقى : وهكذا كل حديث روى فى هذا الباب مطلقا من وجه ، فقد روى من وجه آخر مفسرا بأنه فى قصة الواقع على امرأته قال : ولا يثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم فى الفطر بالأكل شىء • هذا كلام البيهقى ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان أفطر بالجماع من غير عذر وجب عليه القضاء ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر الذى واقع أهله فى رمضان بقضائه » ولأنه اذا وجب القضاء على المريض والمسافر وهما معذوران ، فعلى الجامع أولى ، ويجب عليه امساك بقية النهار ، لأنه أفطر بغير عذر ، وفى الكفارة ثلاثة أقوال (أحدها) تجب على الرجل دون المرأة لأنه حق مال مختص بالجماع ، فاختص به الرجل دون المرأة كالمهر (والثانى) تجب على كل واحد منهما كفارة ، لأنه عقوبة تتعلق بالجماع فاستوى فيها الرجل والمرأة كحد الزنا (والثالث) تجب عليه عنه وعنها كفارة ، لأن الأعرابى سأل النبى صلى الله عليه وسلم عن فعل مشترك بينهما فأوجب عتق رقبة ، فدل على أن ذلك عنه وعنها) •

(**الشرح**) حديث أبى هريرة رضى الله عنه أصله فى الصحيحين لفظهما عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : « جاء رجل الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : هلكت يا رسول الله ؟ قال : وما أهلكك ؟ قال : وقعت

على امرأتى فى رمضـــان ، فقال : هل تجد ما تعتق رقبة ؟ قال : لا ، قال : فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين ؟ قال : لا ، قال : فهل تجد ما تطعم ستين مسكينا ؟ قال : لا ، ثم جلس فأتى النبى صلى الله عليه وسلم بعرق فيه تمر ، فقال : تصدق بهذا ، فقال : أعلى أفقـــر منا ؟ فما بين لابتيها أهل بيت أحـــوج اليه منا ، فضحك النبى صلى الله عليه وسلم حتى بدت أنيابه ، ثم قال : اذهب فأطعمه أهلك » • وفى رواية البخـــارى : « أعلى أفقـــر منى يا رسول الله » وفى رواية أبى داود قال : « فأتى بعرق فيه تمر قدر خمسة عشر صاعا » وفيها قال « كله أنت وأهل بيتك وصم يوما واستغفر الله » واسناد رواية أبى داود هذه جيد الا أن فيه رجلا ضعفه ، وقد روى له مسلم فى صحيحه ولم يضعف أبو داود هذه الرواية •

(وقوله) لأنه حق مال ، احتراز من الغسل والحد (وقوله) يختص بالجماع احتراز من غرامة المتلفات والزكاة وكفارة اليمين والقتل (وقوله) لأنه عقوبة ، احتراز من المهر ، ومن لحوق النسب ، وحرمة المصاهرة فى وطء الشبهة ، فان الشبهة تعتبر فى الرجـــل دون المرأة على الصحيح (وقوله) تتعلق بالجماع ، احتراز من الدية ومن قتل الحربى فانه يقتل الرجل دون المرأة •

(أما أحكام المسألة) فاذا أفطـــر الرجـــل أو المرأة فى نهـــار رمضـــان بالجماع بغير عذر لزمه امساك بقية النهـــار بلا خلاف ، لمـــا ذكره المصنف ، وفى وجوب قضـــاء ذلك اليوم طريقان (أحدهما) وبه قطع المصنف وأكثر العراقيين وجماعة من الخراسانيين أنه يجب (والثانى) ذكره الخراسانيون فيه ثلاثة أقوال (أصحها) وجوبه ، لمـــا ذكره المصنف (والثانى) لا يجب وتندرج فيه الكفارة (والثالث) ان كفر بالصوم لم يجب والا وجب •

وحكى بعض الخراسانيين هذا الخلاف قولين ووجها ، وقـــال البندنيجى من العراقيين : أومأ الشـــافعى رضى الله عنه فى الأم الى قولين ، سواء كفر بالصـــوم أم بغيره ، قال امام الحرمين : ولا خلاف أن المرأة يلزمها القضـــاء اذا لم نوجب عليها الكفارة ، والله تعالى أعلم •

وتجب الكفارة بالجماع بلا خلاف ، وهى على الرجل ، فأما الزوجة الموطوءة فان كانت مفطرة بحيض أو غيره ، أو صائمة ولم يبطل صومها لكونها نائمة مثلا ، فلا كفارة عليها ، وان كانت صائمة فمكنته طائعة فقولان (أحدهما) وهو نصه فى الاملاء يلزمها كفارة أخرى فى مالها ، ذكره المصنف (وأصحهما) لا يلزمها ، بل يختص الزوج بها وهو نصه فى الأم والقديم •

فعلى هذا هل الكفارة التى تلزم الزوج عنه خاصة ؟ أم عنه وعنها ويتحملها هو عنها ؟ فيه قولان مستنبطان من كلام الشافعى ، وربما قيل : منصوصان ، وربما قيل : وجهان ، ومن الأصحاب من يجمع المسألتين كما فعله المصنف وكثيرون ويقول : فى الكفارة ثلاثة أقوال (أصحها) تجب على الزوج خاصة (والثانى) تجب عليه عنه وعنها (والثالث) يلزم كل واحد منهما كفارة ، والأصح على الجملة وجوب كفارة واحدة عليه خاصة عن نفسه فقط ، وأنه لا شىء على المرأة ولا يلاقيها الوجوب ، وذكر الدارمى وغيره فى المسألة أربعة أقوال هذه الثلاثة (والرابع) يجب على الزوج فى ماله كفارتان ، كفارة عنه وكفارة عنها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والكفارة عتق رقبة ، فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ، والدليل عليه ما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « أمر الذى وقع على امرأته فى يوم من شهر رمضان أن يعتق رقبة ، قال : لا أجد ، قال : صم شهرين متتابعين ، قال : لا أستطيع ، قال : أطعم ستين مسكينا ، قال : لا أجد فأتى النبى صلى الله عليه وسلم بعرق من تمر فيه خمسة عشر صاعا ، قال : خذه وتصدق به ، قال : على أفقر من أهلى ، والله ما بين لابتى المدينة أحوج من أهلى ، فضحك النبى صلى الله عليه وسلم حتى بدت نواجذه ، قال : خذه واستغفر الله تعالى وأطعم أهلك » (فان قلنا) يجب عليه دونها اعتبر حاله ، فان كان من أهل العتق أعتق ، وان كان من أهل الصوم صام ، وان كان من أهل الاطعام

أطعم (وان قلنا) يجب على كل واحد منهما كفارة اعتبر حال واحد منهما بنفسه ، فمن كان من أهل العتق أعتق ، ومن كان من أهل الصوم صام ، ومن كان من أهل الاطعام أطعم كرجلين أفطرا بالجماع ٠

(فان قلنا) يجب عليه كفارة عنه وعنها اعتبر حالهما ، فان كانا من أهل العتق أعتق ، وان كانا من أهل الاطعام أطعم ، وان كانا من أهل الصيام وجب على كل واحد منهما صوم شهرين متتابعين ، لأن الصوم لا يحتمل ، وان اختلف حالهما نظرت ــ فان كان الرجل من أهل العتق وهى من أهل الصوم ــ أعتق رقبة ويجزىء عنهما ، لأن من فرضه الصوم اذا أعتق أجزأه ، وكان ذلك أفضل من الصوم ، وان كان من أهل الصوم وهى من أهل الاطعام لزمه أن يصوم شهرين ويطعم عنها ستين مسكينا ، لأن النيابة تصح فى الاطعام ، وانما أوجبنا كفارتين لأن الكفارة لا تتبعض ، فوجب تكميل نصف كل واحد منهما ، وان كان الرجل من أهل الصوم وهى من أهل العتق صام عن نفسه شهرين ، وأعتق عنها رقبة ، وان كان من أهل الاطعام وهى من أهل الصوم أطعم عن نفسه ولم يصم عنها ، لأن الصوم لا تدخله النيابة ، وان كانت المرأة أمة وقلنا : ان الأمة لا تملك المال فهى من أهل الصوم ولا يجزىء عنها عتق (فان قلنا) انها تملك المال أجزأ عنها العتق كالحرة المعسرة ٠ وان قدم الرجل من السفر وهو مفطر وهى صائمة فقالت : أنا مفطرة فوطئها ، فان قلنا أن الكفارة عليه لم يلزمه ولم يلزمها ، وان قلنا : ان الكفارة عنه وعنها ، وجب عليها الكفارة فى مالها ، لأنها غرته بقولها : أنى مفطرة ٠ وان أخبرته بصومها فوطئها وهى مطاوعة ، فان قلنا : ان الكفارة عنه دونها لم يجب عليه شىء ، وان قلنا : ان الكفارة عنه وعنها لزمه أن يكفر عنها ان كانت من أهل العتق أو الاطعام ، وان كانت من أهل الصيام لزمها أن تصوم ٠ وان وطىء المجنون زوجته وهى صائمة مختارة ــ فان قلنا ان الكفارة عنه دونها ــ لم تجب ، وان قلنا : تجب عنه وعنها فهل يتحمل الزوج ؟ فيه وجهان ٠ قال أبو العباس : لا يتحمل لأنه لا فعل له ، وقال أبو اسحاق : يتحمل لأنها وجبت بوطئه ، والوطء كالجناية وجناية المجنون مضمونة فى ماله ، وان كان الزوج نائما فاستدخلت المرأة ذكره ، فان قلنا : الكفارة عنه دونها

فلا شيء عليه ، وان قلنا عنهما لم يلزمه كفارة لأنه لم يفطـــر ويجب عليها أن تصـــر ولا يتحمل الزوج لانه لم يكن من جهته فعـــل ، وان زنى بها في رمضان فان قلنا : ان الكفارة عنه دونها وجبت عليه خاصه ، وان قلنا عنه وعنها وجب عليهما كفارتان ، ولا يتحمل الرجل كفارتها ، لان الكفارة انما تتحمل بالملك ولا ملك ههنا) .

(الشرح) حديث أبى هريرة رضى الله عنه سبق بيانه قريبا ، وأما الكفارة فاصلها من الكفـــر ، بفتح الكاف ، وهو الستر ، لانها تستر الذنب وتذهبه . هذا أصـــلها ثم استعملت فيما وجد فيه صورة مخالفـــة أو انتهاك ، وان لم يكن فيه اثم كالقاتل خطأ وغيره .

وأما قولهم (عتق رقبة) فقال الأزهـــرى : انما قيل لمن أعتق نسمة أعتق رقبه وفك رقبة ، فخصت الرقبة دون بقية الأعضـــاء ، لأن حكم السيد وملكه كالحبل فى رقبة العبد وكالغل المـــانع له من الخـــروج عنه ، فاذا أعتق فكأنه أطلق من ذلك وسيأتى تهذيب العتق فى بابه ان شاء الله تعالى . وقوله فى الكتاب « بعرق تمر » ، هو بفتح العين والراء . ويقال أيضا باسكان الراء ، والصحيح المشهور فتحها ، ويقال له أيضا المكتل بكسر الميم وفتح التاء المثناة فوق والزنبيل بكسر الزاى والزنبيل بفتحها والقفة والسفيفه بفتح السين المهملة وبفاء مكررة ، وكله اسم لهذا الوعاء المعروف ، ليس لسعته قدر مضبوط ، بل قد يصغر ويكبر ، ولهذا قال فى الحديث فى الكتاب ، وهو رواية أبى داود « فيه خمسة عشر صاعا » وقوله « ما بين لابتى المدينة » يعنى حرتيها ، والحـــرة هى الأرض المكبسة حجـــارة سوداء ، ويقال لها لابة ولوبة ونوبة بالنون ، وقد أوضحتها فى التهذيب .

وقوله «حتى بدت أنيابه» وفى بعض نسخ المهذب «نواجذه» وكلاهما ثابت فى الحديث الصحيح ، والنواجذ هى الأنياب . هذا هو الصحيح فى اللغة ، وهو متعين هنا جمعا بين الروايتين ، ويقال هى الأضراس ، وهى بالذال المعجمة ، وقول المصنف : وان كانت أمة وقلنا : ان الأمة لا تملك المـــال فهى من أهل الصـــوم ولا يجزىء عنها العتق . وان قلنا : انها تملك أجزأ عنها العتق ، هكذا يقع فى كثيـــر من النســـخ

ولا يجزىء عنها العتق ، وفى أكثر النسخ « ولا يجب » والأول أصوب ، والله تعالى أعلم •

(أما أحكام الفصـــل) فقال الشافعى والأصحاب رحمهم الله تعالى : هذه الكفـــارة مرتبه ككفارة الظهار فيجب عتق رقبه ، فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ، لحديث ابى هريره رضى الله عنه المذكور ، وصفة هذه الرقبة وبيـــان العجز عنها المجـــوز للانتقـــال الى الصوم ، والعجز عن الصـــوم المجوز للانتقـــال الى الاطعام وبيـــان التتابع وما يقطعه ، والاطعـــام وما يتعلق بذلك كله مستقصى فى كتاب الكفارات عقب كتاب الظهار ، وقد سبق فيمن يتعـــلق به وجوب الكفـــارة ثلاثة أقوال (أصحها) تجب الكفـــارة على الرجـــل عن نفسه فقط ، ولا شىء على المرأة ولا يلاقيها الوجوب •

(والثانى) تجب عليه الكفارة وتكون عنه وعنها ، وهى كفـــارة واحدة •

(والثالث) تجب عليه كفارة وعليها كفارة أخـــرى قال المصنف والأصحاب : فان قلنا بالأول اعتبر حاله فان كان من أهل العتق أعتق ، وان كان من أهل الصوم صام ، وان كان من أهل الاطعام أطعـــم ولا نظر الى المرأة لأنه لا يتعلق بها وجوب •

وان قلنا بالقول الثالث اعتبر حال كل واحد منهما بنفســـه ، فمن كان منهما من أهل العتق أعتق ، ومن كان من أهل الصوم صام ، ومن كان من أهل الاطعام أطعم ، ولا يلزم واحدا منهما موافقة صاحبه اذا اختلفت صفتهما ، بل هما كرجلين أفطـــرا بالجماع فيعتبر كل واحد منهما بانفـــراده •

(وان قلنا) بالقول الثانى وهو أنه يلزمه كفارة واحدة عنه وعنها ، فهذا محل التفصيل والتفـــريع الطويل ، قال المصنف والأصحاب : على هذا القول قد يتفق حالهما ، وقد يختلف ، فان اتفق نظـــر ـــ ان كانا جميعا من أهل العتق ـــ أعتق الرجل رقبة عنهما ، وان كانا من أهل

الأطعام أطعم ستين مسكينا عنهما ، وان كانا من أهل الصيام بأن كانا مملوكين أو حرين معسرين لزم كل واحـد منهما صوم شهرين متتابعين ، لأن العبادة البدنية لا تتحمل •

(وأما) اذا اختلف حالهما فقد يكون أعلا حالا منها ، وقد يكون أدنى ، فان كان أعلا نظـر ـ ان كان من أهل العتق ، وهى من اهل الصوم أو الاطعام ـ فوجهان حكاهما الخراسانيون (الصحيح) منهما ، وبه قطع العراقيون : يجزىء الاعتاق عنهما ، لان من فرضه الصـوم أم الاطعام اذا تكلف العتق أجزأه وقد زاد خيرا ، وهو أفضل ، كذا قاله المصنف والأصحاب • قال اصحابنا : الا ان تكون المرأة أمة فعليها الصـوم ، لان العتق لا يجـزىء عنها لأنه يتضمن الولاء وليست من أهله هذا أطلقه الأصحاب ، وقال المصنف هنا : لا يجزىء عنها العتق الا اذا قلنا : ان العبد يملك بالتمليك فانه يجزىء عنها كالحرة المعسرة ، وهذا الذى قاله غريب ، والمعروف فى كتب الأصحاب أنه لا يجـزىء العتق عن الأمة قولا واحـدا • وقد صرح المصنف بذلك فى المهذب فى باب العبد المـأذون فقال : لا يصح اعتـاق العبد سواء قلنا : يملك أم لا ، لأنه يتضمن الولاء وليس هو من اهله ، والله تعالى أعلم •

(والوجه الثانى) من الوجهين السابقين عن الخراسانيين لا يجزىء الاعتاق عن المرأة لاختلاف الجنس ، فعلى هذا يلزمها الصوم ان كانت من أهله ، وفيمن يلزمه الاطعام عنها ان كانت من أهله وجهان •

(أحدهما) يلزمها ، لأن الزوج أخرج وظيفته وهى العتق (وأصحهما) يلزم الزوج ، فان عجـز ثبت فى ذمته الى أن يقـدر لأن الكفارة على هذا القول معدودة من مؤن الزوجة الواجبة على الزوج •

(أما) اذا كان من أهل الصيام وهى من أهل الاطعام ، فان تكلف الاعتاق فأعتق رقبة أجزأت عنهما جميعا ، فأما ان أراد الصيام ، فقال المصنف والأصحاب : يلزمه أن يصوم عن نفسه ، ويلزمه أيضـا أن يطعم عنها ، قالوا : لأن النيابة تصح فيهما ، قالوا : وانما أوجبنا كفارتين لأن الكفارة لا تتبعض فوجب تكميل كل نصف منها ، هكذا قطع به المصنف والأصحاب •

قال الرافعي : ومقتضى الوجه الصحيح الذى قطع به العراقيون فى الصورة السابقة فى اجزاء الاعتاق عنهما عن الصيام أن يجزىء هنا الصيام عن الاطعام ، هذا كله اذا كان الزوج أعلا حالا منها ، فان كان ادنى نظر فان كان من أهل الاطعام وهى من أهل الصيام أطعم عن نفسه ، ولزمها الصيام عن نفسها ، لانه لا نيابة فيه وان كان من اهل الصيام أو الاطعام وهى من أهل الاعتاق صام عن نفسه أو اطعم ولزمه الاعتاق عنها اذا قدر ، والله أعلم .

(فـرع) اذا كان الزوج مجنونا فوطئها وهى صائمة مختارة (فان قلنا) على كل واحد كفارة لزمتها الكفارة فى مالها ، وان قلنا : تجب كفارة عنه دونها فلا شىء عليه ، ولا عليها (وان قلنا) تجب كفارة عنه وعنها فوجهان مشهوران حكاهما المصنف والاصحاب (اصحهما) يلزمها الكفاره فى مالها ، ولا يتحملها الزوج لانه ليس اهلا للتحمل ، كما لا تلزمه عن فعل نفسه ، ولانه لا فعـل له ، وهذا قول ابن سريج ، وبه قطع البندنيجى . (والثانى) قاله أبو اسحاق تجب الكفـاره فى مال المجنون عنها لان ماله صالح للتحمـل ولانها وجبت بوطئه ، والوطء كالجنايه وجناية المجنون مضمونه فى ماله ، وان كان الزوج مراهقا فهو كالمجنون ، هذا هو المذهب لانه ليس مكلفا ، وفيه وجه انه كبالغ تخريجا من قولنا عمده عمد ، وان كان ناسيا أو نائما فاستدخلت ذكره فكالمجنون وقطع المصنف والبغـوى واخـرون بأنا اذا قلنا : الكفارة عنه وعنها وجبت فى مسـألة الاستدخال فى مالهـا ، لأنه لا فعل للزوج ، والله أعلم .

(فـرع) لو كان الزوج مسافراً صائما وهى حاضرة صائمة ، فان أفطـر بالجماع بنية الترخص فلا كفارة عليه عن نفسـه بلا خلاف ، وان لم يقصـد به الترخص فوجهان مشهوران فى طريقـة خراسان (أصحهما) لا كفارة عليه أيضا ، لأنه لا يلزمه الصـوم فصار كقاصد الترخص . قال أصحابنا : وهكذا حكم المريض الذى يباح له الأكل اذا أصبح صائما فجامع وكذا الصحيح اذا مرض فى أثناء النهار ثم جامع ، فحيث قلنا بوجوب الكفارة عليه فهو كغيره ، فيجىء فى الكفارة الأقوال الثلاثة ، وحكم التحمل ما سبق ، وحيث

قلنا : لا كفارة فهو كالمجنون • قال المصنف والأصحاب : ولو قدم المسافر مفطـرا فأخبرته أنها مفطـرة وكانت صائمة فوطئها ـ فان قلنا الكفارة عنه فقط ـ فلا شيء عليه ولا عليها ، وان قلنا : عنه وعنها وجبت الكفارة عليها فى مالها لأنها غرته • هكذا قالوه واتفقـوا عليه •

قال الرافعى : ويشبه أن يكون هذا تفريعا على قولنا : المجنون لا يتحمل والا فليس العذر هنا بأوضح منه فى المجنون (قلت) الفرق أنه لا تغرير منها فى صورة المجنون ، أما اذا قدم المسافر مفطـرا فأخبرته بصـومها فوطئها مطاوعة ، فان قلنا : الكفارة عنه فقط فلا شيء عليه ولا عليها ، وان قلنا : عنه وعنها لزمه أن يكفـر عنها ان كانت من أهل العتق أو الاطعام ، وان كانت من أهل الصيام لزمها الصيام ، والله تعالى أعلم •

(فـرع) اذا أكرهها على الوطء وهما صائمان فى الحضر فلهما حالان (أحدهما) أن يقهرها بربطها أو بغيره ويطأ فلا تفطـر هى ، ويجب عليه كفارة عنه قطعا (والثانى) أن يكرهها حتى تمكنه ففى فطرها قولان سبقا (أصحهما) لا تفطـر فيكون كالحال الأول (والثانى) تفطر وعليهما الكفارة ، وتكون الكفارة عليه وحده قطعا •

(فـرع) هذا الذى سبق كله فيما اذا وطىء زوجته ، فلو زنى بامرأة أو وطئها بشبهة فطريقان (أحدهما) القطع بوجوب كفارتين على كل واحد منهما كفارة ، لأن التحمل بسبب الزوجية ولا زوجية هنا (وأصحهما) وبه قطع المصنف والجمهور أنه ان قلنا : الكفارة عنه خاصة فعليه كفارة ولا شيء عليها ، وان قلنا : عنه وعنها فعليها فى مالها كفارة أخـرى ، لمـا ذكرناه ، والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان جامع فى يومين أو فى أيام وجب لكل يوم كفارة ، لأن صوم كل يوم عبادة منفـردة فلم تتداخل كفارتها كالعمرتين ، وان جامع فى يوم مرتين لم يلزمه لثـانى كفـارة لأن الجماع الثانى لم يصـادف صوما) •

(الشرح) اتفق أصحابنا على أنه اذا جامع فى يومين أو أيام وجب لكل يوم كفارة ، سواء كفر عن الأول أم لا ، لما ذكره المصنف ، بخلاف من تطيب ثم تطيب فى الاحرام قبل أن يكفر عن الأول فانه يكفيه فدية واحدة فى أحد القولين لأن الاحرام عبادة واحدة ، بخلاف اليومين من رمضان ، وان جامع زوجته فى يوم من رمضان مرتين فأكثر لزمه كفارة واحدة عن الأول ولا شىء عن الثانى بلا خلاف ، لما ذكره •

(فرع) قال أبو العباس الجرجانى فى كتابه المعاياة : فيمن وطىء زوجته فى صوم رمضان ثلاثة أقوال (أحدها) يلزمه الكفارة دونها (والثانى) يلزمه كفارة عنهما (والثالث) يلزم كل واحد كفارة ويتحمل الزوج ما دخله التحمل ، وهو العتق والاطعام ، قال : فاذا وطىء أربع زوجات فى يوم واحد لزمه على القول الأول كفارة فقط عن الوطء الأول ، ولا يلزمه شىء لباقى الوطئات ، وعلى الثانى يلزمه أربع كفارات : كفارة عن وطئته الأولى عنه وعنها ، وثلاث عن الباقيات لأنها لا تتبعض الا فى موضع يوجد التحمل ، وعلى الثالث يلزمه خمس كفارات كفارتان عنه وعن الأولى بوطئها ، وثلاث عن الباقيات ، قال : ولو كانت له زوجتان مسلمة وكتابية فوطئهما فى يوم لزمه على القول الأول كفارة واحدة بكل حال • وأما على القول الثانى فان قدم وطء المسلمة فعليه كفارة والا فكفارتان ، وعلى الثالث يلزمه كفارتان بكل حال ، لأنه ان قدم المسلمة لزمه كفارتان عنه وعنها ولا شىء بسبب الكتابية • وان قدم الكتابية لزمه لنفسه كفارة ثم أخرى عن المسلمة ، هذا كلام الجرجانى وفى بعضه نظر •

وقال صاحب الحاوى : اذا وطىء أربع زوجات فى يوم ، فان قلنا : الكفارة عنهن فعليه أربع كفارات والا فكفارة ، وذكر فى المسلمة والكتابية نحو قول الجرجانى •

فرع

فى مذاهب العلماء فيمن كرر جماع زوجته فى يوم من رمضان

ذكرنا أن مذهبنا أن عليه كفارة واحدة بالجماع الأول ، سواء كفر عن الأول أم لا ، وبه قال أبو حنيفة ومالك • وقال أحمد :

ان كان الوطء الثانى قبل تكفيره عن الأول لزمه كفارة أخرى لأنه وطء محرم فأشبه الأول • دليلنا أنه لم يصادف صوما منعقدا بخلاف الجماع الأول •

فـــرع

فى مذاهبهم فيمن وطىء فى يومين أو أيام من رمضان

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه يجب لكل يوم كفارة ، سواء كفر عن الأول أم لا ، وبه قال مالك وداود وأحمد فى أصح الروايتين عنه • وقال أبو حنيفة : ان وطىء فى الثانى قبل تكفيره عن الأول كفته كفارة واحدة ، وان كفـــر عن الأول فعنه روايتان ، قال : ولو جامع فى رمضانين ففى رواية عنه أنه كرمضـــان واحد ، وفى رواية تتكرر الكفارة ، وهذه هى الرواية الصـــحيحة عنه ، وقاسه على الحـــدود • واحتج أصحابنا بأنها عبادات فلم تتداخل بخلاف الحـــدود المبنية على الدرء والاسقاط •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان رأى هلال رمضـــان فـــرد الحاكم شهادته فصـــام وجامع وجبت عليه الكفارة ، لأنه أفطـــر فى شهر رمضان بالجماع من غير عذر ، فأشبه اذا قبل الحاكم شهادته) •

(الشرح) قال الشافعى والأصحاب : اذا رأى هلال رمضـــان فردت شهادته لزمه صوم ذلك اليوم ، فان صامه وجامع فيه لزمته الكفارة بلا خلاف عندنا ، لما ذكره المصنف وسبق ايضاح هذه المسألة ومذاهب العلماء فيها فى أوائل الباب ، ولو رأى هلال شـــوال وحده لزمه الفطـــر كما سبق ولا شىء عليه بالجماع فيه ، لأنه ليس من رمضان ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان طلع الفجر وهو مجامع ، فاستدام مع العلم بالفجـــر ، وجبت عليه الكفـــارة لأنه منع صحة صوم يوم من رمضـــان بجماع

من غير عذر ، فوجبت عليه الكفـارة ، كما لو وطىء فى أثنـاء النهار ، وان جامع وعنده ان الفجـر لم يطلع وكان قد طلع ، او ان الشمس قد غربت ولم تكن غربت ، لم تجب عليه الكفـاره لانه جامع وهو يعتقد انه يحل له ذلك وكفارة الصوم عقـوبة تجب مع العلم بلا تجب مع اعتقـاد الاباحة كالحد ، وان اكل ناسيا فظن انه افطـر بذلك ثم جامع عامدا فالمنصوص فى الصيام انه لا تجب الكفارة ، لانه وطىء وهو يعتقـد أنه غير صائم فاشبه اذا وطىء وعنده انه ليـل ثم بان انه نهار ، وقال شيخنا القاضى ابو الطيب الطبرى رحمه الله : يحتمل عندى انه تجب عليه الكفـارة لان الذى ظنه لا يبيح الوطء ، بخلاف ما لو جامع وظن ان الشمس غربت ، لان الذى ظن هناك يبيح له الوطء ، فان افطـر بالجمـاع وهو مريض أو مسـافر لم تجب الكفـارة ، لانه يحل له الفطـر فلا تجب الكفارة مع اباحة الفطـر ، وان اصبح المقيم صائما ثم سافر وجامع وجبت عليه الكفـارة ، لان السفر لا يبيح له الفطـر فى هذا اليوم ، فكان وجوده كعدمه ، وان اصبح الصحيح صائما ثم مرض وجامع لم تجب الكفـارة ، لأن المريض يباح له الفطـر فى هذا اليوم ، وان جامع ثم سافر لم تسقط عنه الكفارة ، لأن السفر لا يبيح له الفطـر فى يومه فلا يسقط عنه ما وجب فيه من الكفـارة ، وان جامع ثم مرض او جن ففيه قولان (احدهما) لا تسقط عنه الكفارة ، لانه معنى طرأ بعد وجوب الكفارة فلا يسـقط الكفارة كالسفر (والثانى) أنه تسقط لأن اليوم يرتبط بعضه ببعض ، فاذا خرج(١) آخـره عن أن يكون الصوم فيه مستحقا خـرج أوله عن أن يكون صوما او يكون الصوم فيه مستحقا ، فيكون جماعه فى يوم فطـر ، أو فى يوم صوم غير مستحق فلا تجب به الكفارة) .

(الشرح) فى الفصل مسائل (احداها) اذا طلع الفجـر وهو مجامع فاستدام مع العلم بالفجـر بطل صومه بلا خلاف ، كما سبق فى موضعه ، وفى وجوب الكفارة طريقان (الصحيح) المنصوص وجوبها ، وبه قطع المصنف والجمهور ، وحكى جماعات من الخراسانيين فى وجوبها

---

(١) فى نسخة المهذب لابن بطال الركبى : (فاذا خرج جزؤه عن أن يكون صائما فيه أو عن الصوم فيه مستحقا ... الخ) (ط) .

قولين (المنصوص) وجوبها لما ذكره المصنف (والثانى) لا تجب ، وهو مخرج مما سنذكره ان شاء الله تعالى ، لأنه لم يفسد بهذا الجماع صوما لأنه لم يدخل فيه • قال البندنيجى : وانما وجبت الكفارة هنا على المذهب ، لأنه منع انعقاد الصوم لا لافساده ، فانه لم يدخل فيه ، قال : ومن قال انعقد صومه ثم فسد فهذا غير معروف مذهبا للشافعى رحمه الله •

قال القاضى حسين وامام الحرمين والبغوى وغيرهم من الخراسانيين : نص الشافعى هنا على وجوب الكفارة بالاستدامة ، ونص فيمن قال لزوجته : ان وطئتك فأنت طالق ثلاثا ، فوطئها واستدام أنه لا يلزمه مهر بالاستدامة ، قالوا : واختلف أصحابنا فيهما فمنهم من نقل وخرج فجعل فى المسألتين قولين (أحدهما) تجب الكفارة والمهر كما لو نزع ثم أولج (والثانى) لا يجب واحد منهما ، لأن أول الفعل كان مباحا •

وقال الجمهور وهو الصحيح : المسألتان على ما نص عليه ، فتجب الكفارة دون المهر ، والفرق أن ابتداء الفعل هنا لم يتعلق به كفارة ، فوجبت الكفارة باستدامته لئلا يخلو جماع فى نهار رمضان عمدا عن كفارة • وأما المهر فلا يجب لأن أول الوطء تعلق به المهر ، لأن مهر النكاح يقابل جميع الوطئات فلم يجب باستدامته مهر آخر ، لئلا يؤدى الى ايجاب مهرين لشخص واحد بوطأة واحدة ، وهذا لا يجوز ، وقولنا : لشخص واحد احتراز ممن وطىء زوجة أبيه أو ابنه بشبهة ، فانه ينفسخ نكاح زوجها ويلزم الواطىء مهران بالوطئة الواحدة : مهر للزوجة لأنه استوفى منفعة بضعها بشبهة ، ومهر للزوج لأنه أفسد عليه نكاحه •

(فرع) لو أحرم بالحج مجامعا ففيه ثلاثة أوجه سأوضحها فى كتاب الحج ان شاء الله تعالى (أصحها) لا ينعقد حجه • كما لا ينعقد صومه ، ولاصلاة من أحرم بها مع خروج الحدث •

(والثانى) ينعقد حجه صحيحا ، فان نزع فى الحال صح حجه ، ولا شىء عليه والا فسد ، وعليه المضى فى فاسده والقضاء والبدنة

(والثالث) ينعقد فاسدا وعليه القضاء والمضى فيه سواء مكث أو نزع فى الحال ولا تجب الفدية ان نزع فى الحال فان مكث وجبت شاة فى الأصح • وفى قول : بدنة كما فى نظائره • والفرق بين الحج والصوم أن الصوم يخرج منه بالافساد ، فلا يصح دخوله فيه مع وجود المفسد بخلاف الحج ، وقد سبق فى أوائل هذا الباب بيان معنى قولهم : يخرج من الصوم بالافساد ، ولا يخرج من الحج بالافساد •

(المسألة الثانية) لو جامع ظانا أن الفجر لم يطلع أو أن الشمس غربت فبان غلطه فلا كفارة هكذا قطع به المصنف والأصحاب الا امام الحرمين فانه قال : من أوجب الكفارة على الناسى بالجماع يقول بمثله هنا لتقصيره فى البحث ، قال الرافعى : وقولهم فيمن ظن غروب الشمس : لا كفارة ، تفريع على جواز الفطر بظن ذلك فان منعناه بالظن فينبغى وجوب الكفارة لأنه جماع محرم صادف الصوم •

(الثالثة) اذا أكل الصائم ناسيا ، فظن أنه أفطر بذلك لجهله بالحكم ثم جامع فهل يبطل صومه ؟ فيه وجهان مشهوران (أحدهما) وبه قال البندنيجى : لا كما لو سلم من الصلاة ناسيا ، ثم تكلم عامدا فانه لا تبطل صلاته بالاتفاق ، لحديث ذى اليدين (وأصحهما) وبه قطع الجمهور : تبطل كما لو جامع أو أكل وهو يظن أن الفجر لم يطلع فبان طالعا •

فان قلنا لا يفطر فلا كفارة ، وان قلنا : يفطر فلا كفارة أيضا ، هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور ، ونقله المصنف والأصحاب عن نص الشافعى فى كتاب الصيام من الأم ، وفيه الاحتمال الذى حكاه المصنف عن القاضى أبى الطيب وذكر دليلهما ، أما اذا أكل ناسيا وعلم أنه لا يفطر به ثم جامع فى يومه فيفطر ، وتجب الكفارة بلا خلاف عندنا •

وحكى الماوردى عن أبى حنيفة أنه قال : عليه القضاء دون الكفارة ، ولو طلع الفجر وهو مجامع فظن بطلان صومه فمكث فعليه القضاء دون الكفارة ، لأنه لم يتعمد هتك حرمة الصوم بالجماع ، ذكره الماوردى وغيره • قال صاحب العدة : وكذا لو قبل(١) ولم ينزل أو

---

(١) بفتح القاف وتشديد الباء مع فتحها •

اغتاب انسانا فاعتقد أنه قد بطـل صومه فجامع لزمه القضاء دون الكفارة • وقال أبو حنيفة : ان قبل ثم جامع لزمته الكفارة الا أن يفتيه فقيه أو يتأول خبرا فى ذلك • وقال فى الذى اغتاب ثم جامع : يلزمه الكفارة وان أفتى أو تأول خبرا • دليلنا أنه لم يتعمد افساد صوم •

(المسألة الرابعة) اذا أفطـر بالجماع وهو مريض أو مسافر فان قصد بالجماع الترخص فلا كفارة ، والا فوجهان حكاهما الخراسانيون (أصحهما) وبه قطع المصنف وغيره من العراقيين : لا كفارة أيضـا لمـا ذكره المصنف •

(الخامسة) اذا أصبح المقيم صائما ثم سافر وجامع فى يومه لزمته الكفارة لمـا ذكره المصنف • هذا هو المذهب وبه قطع المصنف والجمهور ، وفيه وجه غريب ضعيف قاله المزنى وغيره من أصحابنا : أنه يجوز له الفطـر فى هذا اليوم ، فاذا جامع فلا كفارة عليه ، وقد سبقت المسألة واضحة فى فصل صوم المسافر •

(السادسة) اذا أصبح الصحيح صائما ثم مرض فجامع فلا كفارة ان قصد الترخص ، وكذا ان لم يقصده على المذهب ، وبه قطع المصنف وآخرون ، وقد سبقت المسألة قريبا •

(السابعة) لو أفسد المقيم صومه بجماع ثم سافر فى يومه لم تسقط الكفارة على المذهب ، وبه قطع المصنف والجمهور ، وقيل : فيه قولان كطـرآن المرض ، حكاه الدارمى والرافعى ، ولو أفسد الصحيح صومه بالجمـاع ثم مرض فى يومه فطريقان (أحدهما) لا تسقط الكفارة وبه قطع البغـوى (وأصحهما) وبه قطع المصنف والأكثرون فيه قولان (أصحهما) لا تسقط (والثانى) تسقط ، ودليلهما فى الكتاب ، ولو أفسده بجماع ثم طرأ جنون أو حيض أو موت فى يومه فقولان ذكر المصنف دليلهما (أصحهما) السقوط لأن يومه غير صالح للصوم بخلاف المريض ، وصورة الحيض مفـرعة على أن المرأة المفطرة بالجماع يلزمها الكفارة ، ولو ارتد بعد الجماع فى يومه لم تسقط الكفارة بلا خلاف ، ذكره الدارمى ، وهو واضح • هذا تفصيل مذهبنا • وممن قال من العلماء : لا تسقط الكفارة بطرآن الجنون والمرض والحيض مالك وابن أبى ليلى وأحمد واسحاق وأبو ثور وداود ، وقال أبو حنيفة

فى المختصر وغيره وبه قطع البغوى وآخـرون (والثانى) فيه خلاف مبنى على ايجـاب الحد به ان أوجبناه وجبت الكفـارة ، والا فلا ، حكاه الدارمى عن أبى على ابن خيران وأبى اسحاق المروزى •

قال المـاوردى : هذا الطريق غلط لأن ايجـاب الكفارة ليس مرتبطا بالحد ، ولهذا يجب فى وطء الزوجة الكفارة دون الحد ، وسواء فى هذا كله أنزل أم لا ، الا أنه اذا قلنا فى اتيان البهيمة : لا كفارة لا يفسـد الصوم أيضـا كما قاله المصنف ، هذا ان لم ينزل ، فان أنزل أفسد ، كما لو قبل فأنزل •

(فـرع) الوطء بزنا أو شبهة أو فى نكاح فاسد ووطء أمته وأخته وبنته والكافـرة وسائر النسـاء سواء فى افساد الصوم ووجوب القضاء والكفارة وامساك بقية النهار ، وهذا لا خلاف فيه •

(فـرع) اذا أفسد صومه بغير الجماع كالأكل والشرب والاستمناء والمباشرات المفضيات الى الانزال فلا كفارة لأن النص ورد فى الجماع ، وهذه الأشياء ليست فى معناه ، هذا هو المذهب والمنصوص وبه قطع الجماهير ، وحكى الرافعى وجها عن أبى خلف الطبرى من أصحابنا من تلامذة القفال المروزى أنه تجب الكفارة بكل ما يأثم بالافطار به • وفى وجه حكاه صاحب الحاوى عن ابن أبى هريرة أنه يجب بالأكل والشرب كفارة فوق كفارة المرضع ودون كفارة المجامع ، وهـذان الوجهان غلط ، وحكى الحناطى ــ بالحاء المهملة والنون ــ عن محمد ابن الحكم أنه روى عن الشافعى وجوب الكفارة على من جامع فيما دون الفـرج فأنزل ، وهذا شاذ ضعيف •

(فـرع) قد ذكرنا أنه اذا استمنى متعمـدا بطـل صومه ولا كفارة ، قال المـاوردى : فلو حك ذكره لعارض ولم يقصـد الاستمناء فأنزل فلا كفارة ، وفى بطلان الصوم وجهان (قلت) أصحهما لا يبطل كالمضمضة بلا مبالغة •

فـــرع

فى مذاهب العلماء فيمن وطىء امرأة أو رجلا فى الدبر

ذكرنا أن مذهبنا وجوب القضـاء والكفـارة ، وبه قال مالك وابو يوسف ومحمد وأحمد ، وقال أبو حنيفة ، عليه القضاء ، وفى وجوب

والثورى : تسقط وأسقطها زفر بالحيض والجنون دون المرض ، واتفقوا على أنها لا تسقط بالسفر الا ابن الماجشون المالكى فأسقطها به .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ووطء المرأة فى الدبر واللواط كالوطء فى الفرج فى جميع ما ذكرناه من افساد الصوم ووجوب القضاء والكفارة لأن الجميع وطء ، ولأن الجميع فى ايجاب الحد واحد فكذلك فى افساد الصوم وايجاب الكفارة ، وأما اتيان البهيمة ففيه وجهان من أصحابنا من قال : ينبنى ذلك على وجوب الحد ، فان قلنا : يجب فيه الحد أفسد الصوم وأوجب الكفارة كالجماع فى الفرج ، وان قلنا : يجب فيه التعزير لم يفسد الصوم ولم تجب به الكفارة لأنه كالوطء فيما دون الفرج فى التعزير فكان مثله فى افساد الصوم وايجاب الكفارة ، ومن أصحابنا من قال : يفسد الصوم وتجب الكفارة قولا واحدا ، لأنه وطء يوجب الغسل فجاز أن يتعلق به افساد الصوم وايجاب الكفارة كوطء المرأة) .

(الشرح) قوله (ففيه وجهان) كان ينبغى أن يقول : طريقان ، فعبر بالوجهين عن الطريقين مجازا لاشتراكهما فى أن كلا منهما حكاية للمذهب ، وقد سبق بيان مثل هذا المجاز فى مقدمة هذا الشرح(١) ، واتفقت نصوص الشافعى والأصحاب على أن وطء المرأة فى الدبر واللواط بصبى أو رجل كوطء المرأة فى القبل فى جميع ما سبق من افساد الصوم ، ووجوب امساك بقية النهار ووجوب القضاء والكفارة ، لما ذكره المصنف . وذكر الرافعى وجها شاذا باطلا فى الاتيان فى الدبر أنه لا كفارة فيه ، وهذا غلط .

وأما اتيان البهيمة فى دبرها أو قبلها ففيه طريقان حكاهما المصنف والأصحاب (أصحهما) انقطع بوجوب الكفارة فيه . وهذا هو المنصوص

---

(١) قال النووى رحمه الله فى المقدمة : وأما الطرق فهى اختلاف الأصحاب فى حكاية المذهب فيقول بعضهم مثلا : فى المسألة قولان أو وجهان ، ويقول الآخر : لا يجوز قولا واحدا أو وجها واحدا ، أو يقول أحدهما : فى المسألة تفصيل ، ويقول الآخر : فيها خلاف مطلق ، وقد يستعملون الوجهين فى موضع الطريقين وعكسه . ثم ساق أمثلة من المهذب فارجع اليه فانه مفيد وهو فى الجزء الأول ص ١١١ (ط) .

الكفارة روايتان عنه أشهرهما عنه لا كفارة ، لأنه لا يحصل به الاحصان والتحليل فأشبه الوطء فيما دون الفـــرج ، واحتج أصحابنا بأنه جماع أثم به لسبب الصوم ، فوجبت فيه الكفارة كالقتل ، قال أصحاب أبى حنيفة : ولا كفارة فى اتيان البهيمة •

فـــرع

فى مذاهبهم فى المباشرة فيما دون الفرج

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه لا كفارة فيها ، سواء فسد صومه بالانزال أم لا ، وبه قال أبو حنيفة • وقال داود : كل انزال تجب به الكفـــارة حتى الاستمناء الا اذا كرر النظـــر فأنزل فلا قضاء ولا كفارة • وقال مالك وأبو ثور : عليه القضـــاء والكفارة • وحكى هذا عن عطـــاء والحسن وابن المبارك واسحاق • وقال أحمد : يجب بالوطء فيما دون الفـــرج الكفارة وفى القبلة واللمس روايتان • واحتجـــوا بأنه أفطـــر بمعصية فأشبه الجماع فى الفـــرج • واحتج أصحابنا بأنه لم يجامع فى الفـــرج فأشبه الردة فانها تبطل الصـــوم ولا كفارة ، وما قاله الآخرون ينتقض بالردة •

(فـــرع) قال الغزالى وغيره من أصحابنا : الضابط فى وجـــوب الكفارة بالجماع أنها تجب على من أفســـد صوم يوم من رمضـــان بجماع تام أثم به بسبب الصوم ، وفى هذا الضابط قيود (أحدها) الافساد ، فمن جامع ناسيا لا يفطـــر على المذهب كما سبق • وقيل فى فطره قولان سبق بيانهما • فان قلنا : لا يفطـــر فلا كفارة لعـــدم الافســـاد ، والا فوجهان حكاهما امام الحرمين والغزالى وآخـــرون (أصحهما) لا كفارة أيضا لعدم الاثم (الثانى) قولنا (من رمضان) فلا كفارة بافساد صوم التطـــوع والنذر والقضـــاء والكفارة بالجماع ، لأن الكفارة انما هى لحرمة رمضان (الثالث) قولنا (بجماع) احتراز من الأكل والشرب والاستمناء والمباشرة دون الفـــرج ، فلا كفارة فيها كلها على المذهب ، كما بيناه قريبا (والرابع) قولنا (تام) احتـــراز من المرأة اذا جومعت فانها يحصل فطرها بتغييب بعض الحشفة فلا يحصل الجماع التام الا وقد أفطـــرت لدخول داخل فيها فالفطـــر يحصل بمجرد الدخول ، وأحكام الجماع لا تثبت الا بتغييب كل الحشفة ، فيصدق عليها أنها أفطرت بالجماع قبل تمامه •

وقولنا (أثم به) احتراز ممن جامع بعد الفجر ظانا بقاء الليل ، فان صومه يفسد ولا كفارة كما سبق • وقولنا (بسبب الصوم) احتراز من المسافر اذا شرع فى الصوم ثم أفطر بالزنا مترخصا فلا كفارة عليه ، لأنه وان أفسد صوم يوم من رمضان بجماع تام أثم به ، الا أنه لم يأثم به بسبب الصوم ، لأن الافطار جائز له وانما أثم بالزنا ، ولو زنى المقيم ناسيا للصوم وقلنا : الصوم يفسد بجماع الناسى فلا كفارة أيضا فى أصح الوجهين ، لأنه لم يأثم بسبب الصوم لأنه ناس له • قال الرافعى : وجماع المرأة اذا قلنا : لا شىء عليها ولا يلاقيها الوجوب ، مستثنى عن الضابط •

(فرع) لو صام الصبى رمضان فأفسده بالجماع ، وقلنا : ان وطأه فى الحج يفسده ويوجب البدن(١) ، ففى وجوب كفارة الوطء فى الصوم وجهان حكاهما المتولى فى كتاب الحج ، وسأوضحهما هناك ان شاء الله تعالى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن وطىء وطئا يوجب الكفارة ولم يقدر على الكفارة ، ففيه قولان (أحدهما) لا تجب لقوله صلى الله عليه وسلم : « [خذه واستغفر] الله تعالى وأطعم أهلك » أو لأنه حق مال يجب لله تعالى على وجه البدل ، فلم يجب مع العجز كزكاة الفطر (والثانى) أنها تثبت فى الذمة فاذا قدر لزمه قضاؤها وهو الصحيح ، لأنه حق لله تعالى يجب بسبب من جهته فلم يسقط بالعجز كجزاء الصيد) •

(الشرح) هذا الحديث سبق بيانه • وقوله (حق مال) احتراز من الصوم فى حق المريض فانه لا يسقط بل يثبت فى الذمة • وقوله (لله تعالى) احتراز من المتعة • وقوله (لا على وجه البدل) احتراز من جزاء الصيد •وقوله (لأنه حق لله تعالى) قال القلعى : ليس هو احتراز بل لتقريب الفرع من الأصل ، ويحتمل أنه احتراز من نفقة القريب • وقوله (بسبب من جهته) احتراز من زكاة الفطر •

---

(١) بضم الباء وتسكين الدال •

(أما أحكام الفصل) فقال أصحابنا : الحقوق المالية الواجبة لله تعالى ثلاثة أضرب ، وقد أشار اليها المصنف (ضرب) يجب لا بسبب مباشرة من العبد كزكاة الفطر ، فاذا عجز عنه وقت الوجوب لم يثبت فى ذمته ، فلو أيسر بعد ذلك لم يجب (وضرب) يجب بسبب من جهته على جهة البدل كجزاء الصيد وفدية الحلق والطيب واللباس فى الحج ، فاذا عجز عنه وقت وجوبه ثبت فى ذمته تغليبا لمعنى الغرامة لأنه اتلاف محض (وضرب) يجب بسببه لا على جهة البدل ككفارة الجماع فى نهار رمضان ، وكفارة اليمين والظهار والقتل •

قال صاحب العدة : ودم التمتع والقران • وقال البندنيجى : والنذر وكفارة قوله : أنت حرام ، ودم التمتع والطيب واللباس ففيها قولان مشهوران (أصحهما) عند المصنف والأصحاب تثبت فى الذمة ، فمتى قدر على أحد الخصال لزمته (والثانى) لا تثبت ، وذكر المصنف دليلهما وشبهها بجزاء الصيد أولى من الفطرة لأن الكفارة مؤاخذة على فعله كجزاء الصيد بخلاف الفطرة •

واحتج بعض أصحابنا لقول بسقوطها بحديث الأعرابى كما أشار اليه المصنف لأنه صلى الله عليه وسلم قال : « أطعم أهلك » ومعلوم أن الكفارة لا تصرف الى الأهل • وقال جمهور أصحابنا والمحققون : حديث الأعرابى دليل لثبوتها فى الذمة عند العجز عن جميع الخصال ، لأنه لما ذكر للنبى صلى الله عليه وسلم عجزه عن جميع الخصال ثم ملكه النبى صلى الله عليه وسلم العرق من التمر ثم أمره بأداء الكفارة لقدرته الآن عليها ، فلو كانت تسقط بالعجز لما أمره بها •

وأما اطعامه أهله فليس هو على سبيل الكفارة ، وانما معناه أن هذا الطعام صار ملكا له وعليه كفارة فأمر باخراجه عنها ، فلما ذكر حاجته اليه أذن له فى أكله لكونه فى ملكه لا عن الكفارة ، وبقيت الكفارة فى الذمة وتأخيرها لمثل هذا جائز بلا خلاف • فان قيل : لو كانت واجبة لبينها له عليه السلام فالجواب من وجهين (أحدهما) أنه قد بينها له بقوله صلى الله عليه وسلم : تصدق بهذا بعد اعلامه بعجزه ، ففهم الأعرابى وغيره من هذا أنها باقية عليه • (الثانى) أن تأخير

البيان الى وقت الحاجة جائز ، وهذا ليس وقت الحاجة ، فهذا الذى ذكرته من تأويل الحديث ومعناه هو الصواب الذى قاله المحققون والأكثرون •

وحكى امام الحرمين والغزالى وغيرهما وجها لبعض الأصحاب أنه يجوز صرف كفارة الجماع خاصة الى زوجة المكفر وأولاده اذا كانوا فقراء لهذا الحديث ، ووافق هذا القائل على أن الزكاة وباقى الكفارات لا يجوز صرفها الى الزوجة والأولاد الفقراء ، وقاس الجمهور على الزكاة وباقى الكفارات ، وأجابوا عن الحديث بما سبق •

فرع

فى مسائل تتعلق بالجماع فى صوم رمضان

(احداها) اذا نسى النية وجامع فى ذلك اليوم فلا كفارة فى ذلك اليوم بلا خلاف لأنه لم يفسد به صوما •

(الثانية) اذا وطىء الصائم فى نهار رمضان وقال : جهلت تحريمه ، فان كان ممن يخفى عليه لقرب اسلامه ونحوه فلا كفارة ، والا وجبت ، ولو قال : علمت تحريمه وجهلت وجوب الكفارة ، لزمته الكفارة بلا خلاف ، ذكره الدارمى وغيره ، وهو واضح وله نظائر معروفة لأنه مقصر •

(الثالثة) اذا أفسد الحج بالجماع ، قال الدارمى : ففى الكفارة الأقوال الأربعة السابقة فى كفارة الجماع فى الصوم •

فرع

فى مذاهب العلماء فى كفارة الجماع فى صوم رمضان وما يتعلق بها

وفيه مسائل (احداها) قد ذكرنا أن مذهبنا أن من أفسد صوم يوم من رمضان بجماع تام أثم به بسبب الصوم لزمته الكفارة ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وأحمد وداود والعلماء كافة الا ما حكاه

العبدرى وغيـــره من أصحابنا عن الشعبى وسعيد بن جبير والنخعى وقتادة أنهم قالوا : لا كفارة عليه ، كما لا كفـــارة عليه بافساد الصلاة ، دليلنا حديث أبى هريرة السابق فى قصة الأعرابى ، ويخالف الصـــلاة فانه لا مدخل للمال فى جبرانها •

(الثانية) يجب على المكفـــر مع الكفارة قضـــاء اليوم الذى جامع فيه • هذا هو المشهور من مذهبنا وفيه خلاف سبق • قال العبدرى : وبايجاب قضائه قال جميع الفقهاء سوى الأوزاعى فقال : ان كفـــر بالصوم لم يجب قضاؤه ، وان كفر بالعتق أو الاطعام قضاه •

(الثالثة) قد ذكرنا أن الصحيح من مذهبنا أنه لا يجب على المرأة كفارة أخـــرى وبه قال أحمـــد • وقال مالك وأبو حنيفة وأبو ثور وابن المنذر : عليها كفارة أخرى وهى رواية عن أحمد •

(الرابعة) هذه الكفارة على الترتيب فيجب عتق رقبة فان عجز فصوم شهرين متتابعين فان عجـــز فاطعام ستين مسكينا ، وبه قال ابو حنيفة والثورى والأوزاعى وأحمد فى أصح الروايتين عنه • وقال مالك : هو مخير بين الخصـــال الثلاث وأفضلها عنده الاطعام • وعن الحسن البصرى أنه مخير بين عتق رقبة ونحـــر بدنة ، واحتجـــا بحديثين على وفق مذهبيهما • دليلنا حديث أبى هريرة • وأما حديث الحسن فضعيف جدا ، وحديث مالك يجاب عنه بجـــوابين (أحدهما) حديثنا أصح وأشهر • (والثانى) أنه محمول على الترتيب جمعا بين الروايات •

(الخامسة) يشترط فى صوم هذه الكفارة عندنا وعند الجمهـــور التتابع وجوز ابن أبى ليلى تفريقه ، لحديث فى صوم شهرين من غير ذكر الترتيب • دليلنا حديث أبى هريرة السابق وهو مقيـــد بالتتابع فيحمل المطلق عليه •

(السادسة) اذا كفر بالاطعام فهو اطعام ستين مسكينا كل مسكين مد ، سواء البر والزبيب والتمر وغيرها • وقال أبو حنيفة : يجب لكل

مسكين مدان حنطة أو صاع من سائر الحبوب ، وفى الزبيب عنه روايتان رواية صاع ورواية مدان •

(السابعة) لو جامع فى صوم غير رمضان من قضاء أو نذر أو غيرهما فلا كفارة كما سبق وبه قال الجمهور ، وقال قتادة : تجب الكفارة فى افساد قضاء رمضان •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا نوى الصوم من الليل ثم أغمى عليه جميع النهار لم يصح صومه وعليه القضاء ، وقال المزنى : يصح صومه كما لو نوى الصوم ثم نام جميع النهار ، والدليل على أن الصوم لا يصح أن الصوم نية وترك ، ثم لو انفرد الترك عن النية لم يصح فاذا انفردت النية عن الترك لم يصح ، وأما النوم فان أبا سعيد الاصطخرى قال : اذا نام جميع النهار لم يصح صومه ، كما اذا أغمى عليه جميع النهار ، والمذهب أنه يصح صومه اذا نام • والفرق بينه وبين الاغماء أن النائم ثابت العقل ، لأنه اذا نبه انتبه والمغمى عليه بخلافه ، ولأن النائم كالمستيقظ ، ولهذا ولايته ثابتة على ماله بخلاف المغمى عليه ، وان نوى الصوم ثم أغمى عليه فى بعض النهار فقد قال فى كتاب الظهار ومختصر البويطى : اذا كان فى أوله مفيقا صح صومه ، وفى كتاب الصوم اذا كان فى بعضه مفيقا أجزاه • وقال فى اختلاف أبى حنيفة وابن أبى ليلى : اذا كانت صائمة فأغمى عليها أو حاضت بطل صومها ، وخرج أبو العباس قولا آخر أنه ان كان مفيقا فى طرفى النهار صح صومه ، فمن أصحابنا من قال : المسألة على قول واحد أنه يعتبر أن يكون مفيقا فى أول النهار ، وتأول ما سواه من الأقوال على هذا ، ومن أصحابنا من قال : فيها اربعة أقوال (أحدها) أنه تعتبر الافاقة فى أوله كالنية تعتبر فى أوله •

(والثانى) أنه تعتبر الافاقة فى طرفيه كما أن فى الصلاة يعتبر القصد فى الطرفين فى الدخول والخروج ، ولا يعتبر فيما بينهما (والثالث) أنه تعتبر الافاقة فى جميعه ، فاذا أغمى عليه فى بعضه لم يصح [صومه] لأنه معنى اذا طرأ أسقط فرض الصلاة فابطل الصوم

كالحيض (والرابع) تعتبر الافاقة فى جزء منه ولا أعرف له وجها ، وأن نوى الصوم ثم جن ففيه قولان • قال فى الجديد : يبطل الصوم لأنه عارض يسقط فرض الصلاة ، فأبطل الصوم كالحيض • وقال فى القديم : هو كالاغماء لأنه يزيل العقل والولاية فهو كالاغماء) •

(الشرح) قوله : لأنه عارض يسقط فرض الصلاة ينتقض بالاغماء ، فانه يسقط فرض الصلاة ولا يبطل الصوم به فى بعض النهار على الأصح •

(أما الأحكام) ففيها مسائل :

(احداها) اذا نام جميع النهار وكان قد نوى من الليل صح صومه على المذهب وبه قال الجمهور • وقال أبو الطيب بن سلمة وأبو سعيد الاصطخرى : لا يصح ، وحكاه البندنيجى عن ابن سريج أيضا ، ودليل الجميع فى الكتاب ، وأجمعوا على أنه لو استيقظ لحظة من النهار ونام باقيه صح صومه •

(الثانية) لو نوى من الليل ولم ينم النهار ولكن كان غافلا عن الصوم فى جميعه صح صومه بالاجماع ؛ لأن فى تكليف ذكره حرجا •

(الثالثة) لو نوى من الليل ثم أغمى عليه جميع النهار لم يصح صومه على المذهب ؛ وفيه قول مخرج من النوم أنه يصح خرجه المزنى وغيره من أصحابنا ودليل الجميع فى الكتاب •

(الرابعة) اذا نوى من الليل وأغمى عليه بعض النهار دون بعض ففيه ثلاثة طرق :

(أحدها) ان أفاق فى جزء من النهار صح صومه والا فلا ، وسواء كان ذلك الجزء أول النهار أو غيره وهذا هو نص الشافعى فى باب الصيام فى مختصر المزنى • وممن حكى هذا الطريق البغوى وحكاه الدارمى عن ابن أبى هريرة ، وتأول هذا القائل النصين الآخرين فتأول نصه فى اختلاف أبى حنيفة وابن أبى ليلى على أن بطلان الصوم عائد الى الحيض خاصة لا الى الاغماء ، قالوا :

وقد يفعل الشافعى مثل هذا وتأوله الماوردى تأويلا آخر ، وهو أن المراد بالاغماء هنا الجنون ، وتأول هذا القائل نصه فى الظهار والبويطى على أنه ذكر الافاقة فى أوله للتمثيل بالجزء لا لاشتراط الأول •

(والطريق الثانى) القطع بأنه ان أفاق فى أوله صح والا فلا ، وتأول نصه فى الصوم على أن المراد بالجزء المبهم أوله ، كما صرح به فى الظهار ، وتأول نص اختلاف أبى حنيفة على ما سبق •

(والطريق الثالث) فى المسألة أربعة أقوال وهذا الطريق هو الأصح الأشهر أصح الاقوال يشترط الافاقة فى جزء منه (والثانى) فى أوله خاصة (والثالث) فى طرفيه (والرابع) فى جميعه كالنقاء من الحيض • هذا الرابع تخريج لابن سريج خرجه من الصلاة ، وليس منصوصا للشافعى قال : وليس للشافعى ما يدل عليه ودليل الجميع فى الكتاب الا القول الأول الأصح • فان المصنف قال : لا أعرف له وجها ، وهذا عجب منه ، مع أن هذا القول هو الأصح عند محققى أصحابنا ، فالأصح من هذا الخلاف كله ان كان مفيقا فى جزء من النهار أى جزء كان صح صومه والا فلا •

(الخامسة) اذا نوى الصوم بالليل وجن فى بعض النهار فقولان مشهوران ذكرهما المصنف وغيره من الأصحاب (الجديد) بطلان صومه لأنه مناف للصوم كالحيض ، وقال فى القديم : هو كالاغماء ففيه الخلاف السابق ، ومن الأصحاب من حكى بدل القولين وجهين كصاحب الابانة وآخرين ، ومنهم من حكاهما طريقين وهو أحسن ، وقطع الشيخ أبو حامد والماوردى وابن الصباغ وآخرون ببطلان الصوم بالجنون فى لحظة كالحيض • ولو جن جميع النهار لم يصح بلا خلاف •

(السادسة) لو حاضت فى بعض النهار أو ارتد بطل صومهما بلا خلاف ، وعليهما القضاء ، وكذلك لو نفست بطل صومها بلا خلاف ، ولو ولدت ولم تر دما أصلا ففى بطلان صومها خلاف مبنى على وجوب الغسل بخروج الولد وحده (ان قلنا) لا غسل لم يبطل صومها والا بطل على أشهر الوجهين عند الأصحاب ولم يبطل على الآخر ، وهو الراجح دليلا ، وقد سبق ايضاح المسألة فى باب ما يوجب الغسل •

(السابعة) حيث قلنا : لا يصح صوم المغمى عليه اما لوجود الاغماء فى كل النهار أو بعضه ، واما لعدم نيته بالليل ، يلزمه قضاء ما فاته من رمضـــان ، هكذا قطع به المصنف وجماهير الأصحاب وهو المنصوص ، وفيه وجه لابن سريج ، واختاره صاحب الحاوى أنه لا قضاء على المغمى عليه ، كما لا قضـــاء على المجنون • والمذهب الأول ، وقد سبقت المسألة مبسوطة فى أول هذا الباب •

(فـــرع) لو نوى الصوم فى الليـــل ثم شرب دواء فزال عقله نهارا بسببه ، قال البغوى : ان قلنا : لا يصح صوم المغمى عليه فهذا أولى ، والا فوجهان (أصحهما) لا يصح لأنه بفعله ، قال المتولى : واو شرب المسكر ليلا وبقىسكره جميع النهار لم يصح صومه • وعليه القضـــاء فى رمضان ، وان صحا فى بعضـــه فهو كالاغماء فى بعض النهار •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز للصائم أن ينزل المـــاء وينغطس فيه لمـــا روى أبو بكر ابن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام قال : « حدثنى من رأى النبى صلى الله عليه وسلم فى يوم صائف يصب على رأسه المـــاء من شدة الحر والعطش وهو صائم » ويجوز أن يكتحل لمـــا روى عن أنس « أنه كان يكتحل وهو صائم » ولأن العين ليس بمنفذ ، فلم يبطل الصوم بما يصل اليها) •

(الشرح) أما حديث أبى بكر بن عبد الرحمن هذا فصحيح رواه مالك فى الموطا ، وأحمد بن حنبل فى مسنده ، وأبو داود والنســـائى فى سننهما ، والحاكم أبو عبد الله فى المستدرك على الصحيحين والبيهقى وغيرهم بأسانيد صحيحة واسناد مالك وأبى داود والنسائى على شرط البخارى ومسلم ، ولفظ رواياتهم « من شدة الحر أو العطش » وفى رواية النسائى « الحر » ولفظ رواية أبى داود عن أبى بكر عن بعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه حدثه قال : « لقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصب على رأسه المـــاء وهو صائم من

المعطش أو من الحر » هذا لفظه • وكذا لفظ الباقين مصرح بأن الذى حدث ابا بكر صحابى ، ولو ذكره المصنف كذلك لكان أحسن ؛ ولفظ رواية المصنف بمعناه ، فان الذى رأى النبى صلى الله عليه وسلم وهو مسلم صحابى • ثم ان هذا الصحابى وان كان مجهول الاسم لا يقدح فى صحة الحديث ، لأن الصحابة كلهم عدول • ولهذا احتج به مالك فى الموطأ وسائر الأئمة •

وأما الأثر المذكور عن أنس فى الاكتحال فرواه أبو داود باسناد كلهم ثقـات الا رجلا مختلفا فيه ، ولم يبين الذى ضعفه سبب تضعيفه ، مع ان الجرح لا يقبـل الا مفسرا • وقول المصنف : ولان العين ليس بمسعد • هذا هو فى نسخ المهذب (ليس) وهى لغة ضعيفة عربية والمشهور الفصيح ليست باثبات الياء • وأما المنفذ فبفتح الفاء •

(أما الأحكام) ففيها مسألتان :

(احداهما) يجوز للصائم أن ينزل الى المـاء وينغطس فيه ويصبه على راسه ، سواء كان فى حمام او غيره ولا خلاف فى هذا ، ودليله الحديث الذى ذكره ، وحديث عائشة وغيرها فى الصحيحين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « كان يصبح جنبا وهو صائم ثم يغتسل » •

(الثانية) يجوز للصائم الاكتحـال بجميع الأكحال ولا يفطر بذلك ، سواء وجد طعمه فى حلقه ام لا ، لأن العين ليست بجوف ولا منفـذ منها الى الحلق ، قال أصحابنا : ولا يكره الاكتحال عندنا ، قال البندنيجى وغيره : سواء تنخمه أم لا •

فـــرع
فى مذاهب العلماء فى الاكتحال

ذكرنا أنه جائز عندنا ولا يكره ولا يفطـر به ، سواء وجد طعمه فى حلقه أم لا • وحكاه ابن المنذر عن عطـاء والحسن البصرى والنخعى والأوزاعى وأبى حنيفة وأبى ثور ، وحكاه غيره عن ابن عمر وأنس وابن أبى أوفى الصحابيين رضى الله عنهم ، وبه قال داود • وحكى

ابن المنذر عن سليمان التيمى ومنصور بن المعتمر وابن شبرمة وابن أبى ليلى أنهم قالوا : يبطل به صومه • وقال قتادة : يجوز بالاثمد ويكره بالصبر • وقال الثورى واسحاق : يكره • وقال مالك وأحمد : يكره وان وصل الى الحلق افطر • واحتج للمانعين بحديث معبد ابن هوذة الصحابى رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه أمر بالاثمد المروح عند النوم • وقال : ليتقه الصائم » رواه أبو داود وقال : قال لى يحيى بن معين : هو حديث منكر •

واحتج أصحابنا بأحاديث ضعيفة نذكرها لئلا يغتر بها • منها حديث عائشة قالت : « اكتحل النبى صلى الله عليه وسلم وهو صائم » رواه ابن ماجه باسناد ضعيف من روايه بقيه عن سعيد بن ابى سعيد(١) الزبيدى شيخ بقيه عن هشام بن عروه عن ابيه عن عائشه • قال البيهقى : وسعيد الزبيدى هذا من مجاهيل شيوخ بقيه ينفرد بما لا يتابع عليه (قلت) وقد اتفق الحفاظ على ان روايه بقيه عن المجهولين مردوده • واختلفوا فى روايته عن المعروفين(٢) فلا يحتج بحديثه هذا بلا خلاف • وعن أنس قال : « جاء رجل الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : اشتكت عينى أفأكتحل وانا صائم ؟ قال : نعم » رواه الترمذى وقال : ليس اسناده بالقوى • قال : ولا يصح عن النبى صلى الله عليه وسلم فى هذا الباب شىء •

وعن نافع عن ابن عمر قال : « خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم وعيناه مملوءتان من الكحل وذلك فى رمضان وهو صائم » فى اسناده من اختلف فى توثيقه • وعن محمد بن عبيد الله بن أبى رافع عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يكتحل بالاثمد وهو صائم » رواه البيهقى وضعفه ، لأن راويه محمد هذا ضعيف قال البيهقى : وروى عن أنس مرفوعا باسناد ضعيف جدا أنه لا بأس به • واحتجوا بالأثر المذكور عن أنس وقد بينا اسناده • وفى سنن أبى داود

---

(١) ذكره الذهبى فى الميزان قال : عن هشام بن عروة وعنه بقية ، لا يعرف وأحاديث ساقطة : قال ابن عدى : أحاديثه ليست محفوظة أ•هـ (ط) •

(٢) اتفق المحدثون على أن أحاديث بقية ليست نقية فكن منها على تقية • المطيعى •

عن الأعمش قال : ما رأيت أحـــدا من أصحابنا يكره الكحل للصائم ، والمعتمد فى المسألة ما ذكره المصنف •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز أن يحتجم لمـــا روى ابن عباس رضى الله عنهمـــا أن النبى صلى الله عليه وسلم « احتجم وهو صائم » قال فى الأم : ولو ترك كان أحب الى لمـــا روى عبد الرحمن بن أبى ليلى عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنهم قالوا : « انما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحجامة والوصال فى الصوم ابقاء على أصحابه ») •

(الشرح) حديث ابن عباس رواه البخـــارى فى صحيحه وحديث ابن أبى ليلى رواه أبو داود باسناد صحيح على شرط البخارى ومسلم ، لكن فى رواية أبى داود والبيهقى وغيرهما عن عبد الرحمن بن أبى ليلى قال : حدثنى رجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قال •• الى آخـــره • وهذا مخالف للفظ رواية المهذب وقوله (ابقاء) بالباء الموحدة وبالقاف وبالمد ، أى رفقا بهم •

(أما حكم المسألة) فقال الشافعى والأصحاب : تجوز الحجامة للصائم ولا تفطـــره ولكن الأولى تركها • هذا هو المنصوص وبه قطع الجمهور ، وقال جماعة من أصحابنا الجامعين بين الفقه والحديث : يفطـــر بالحجامة • ممن قاله منهم أبو بكر ابن المنذر وأبو بكر بن خزيمة وأبو الوليد النيسابورى والحاكم أبو عبد الله للحديث الذى سنذكره ان شاء الله تعالى ، قال أصحابنا : والفصد كالحجامة •

فـــرع

فى مذاهب العلمـــاء فى حجامة الصـــائم

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يفطـــر بها لا الحاجم ولا المحجوم ، وبه قال ابن مسعود وابن عمر وابن عباس وأنس بن مالك وأبو سعيد الخدرى وأم سلمة وسعيد بن المســـيب وعروة بن الزبير والشـــعبى

والنخعي ومالك والثوري وأبو حنيفة وداود وغيرهم • قال صاحب الحاوي : وبه قال أكثر الصحابة وأكثر الفقهاء • وقال جماعة من العلماء : الحجامة تفطر ، وهو قول علي بن أبي طالب وأبي هريرة وعائشة والحسن البصري وابن سيرين وعطاء والأوزاعي وأحمد واسحاق وابن المنذر وابن خزيمة • قال الخطابي : قال أحمد واسحاق : يفطر الحاجم والمحجوم وعليهما القضاء دون الكفارة • وقال عطاء : يلزم المحتجم في رمضان القضاء والكفارة • واحتج لهؤلاء بحديث ثوبان قال : « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : أفطر الحاجم والمحجوم » رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه بأسانيد صحيحة ، واسناد أبي داود على شرط مسلم •

وعن شداد بن أوس « أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم على رجل بالبقيع وهو يحتجم وهو آخذ بيدي لثمان عشرة خلت من رمضان فقال : أفطر الحاجم والمحجوم » رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه بأسانيد صحيحة • وعن رافع بن خديج عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « أفطر الحاجم والمحجوم » رواه الترمذي وقال حديث حسن • وعن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله • وعن أبي موسى عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله رواه الحاكم في المستدرك وقال : هو صحيح ثم روى عن علي بن المديني أنه قال : هو صحيح • وروى الحاكم أبو عبد الله في المستدرك عن أحمد بن حنبل قال : أصح ما روى في هذا الباب حديث ثوبان • وعن علي بن المديني قال : لا أعلم فيها أصح من حديث رافع بن خديج • قال الحاكم : فقد حكم أحمد لأحد الحديثين بالصحة ، وعلى(١) للآخر بالصحة • وحكم اسحاق ابن راهويه لحديث شداد بن أوس بالصحة ثم روى الحاكم باسناده عن اسحاق أنه قال في حديث شداد : هذا اسناد صحيح تقوم به الحجة •

قال اسحاق : وقد صح هذا الحديث بأسانيد وبه نقول • قال الحاكم : رضي الله عن اسحاق فقد حكم بالصحة لحديث صحته ظاهرة

---

(١) يعني علي ابن المديني فانه حكم للحديث الآخر بالصحة (ط) •

وقال به • قال الحاكم : وفى الباب عن جماعة من الصحابة بأسانيد مستقيمة مما يطـول شرحه • ثم روى باسناده عن الامام الحافظ عثمان بن سعيد الدارمى قال : صح عندى حديث « أفطـر الحاجم والمحجوم » من رواية شداد بن أوس وثوبان ، قال عثمان ، وبه أقول ، قال : وسمعت أحمد بن حنبل يقول به ، ويقول : صح عنده حديث ثوبان وشداد • وروى البيهقى حديث « أفطـر الحاجم والمحجوم » أيضا من رواية أسامة بن زيد عن النبى صلى الله عليه وسلم ومن رواية عطاء عن ابن عباس مرفوعا ، وعن عطـاء عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسلا قال هذا المرسل هو المحفوظ من رواية عطـاء ، وذكر ابن عباس فيه وهم ، وعن عائشة مرفوعا باسناد ضعيف •

وذكر البيهقى عن أبى زرعة الحافظ قال : حديث عطـاء عن أبى هريرة مرفوعا فى هذا حديث حسن • وفى الموطأ عن نافع قال : « ان ابن عمر احتجم وهو صائم ثم تركه فكان اذا صام لم يحتجم حتى يفطر » •

واحتج أصحابنا بحديث ابن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم احتجم وهو محـرم واحتجم وهو صائم » رواه البخارى فى صحيحه ، وعن ثابت البنانى قال : « سئل أنس أكنتم تكرهون الحجامة للصائم ؟ قال : لا ، الا من أجل الضعف » رواه البخارى •

وفى رواية عنده : « على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم » وعن عبد الرحمن بن أبى ليلى قال : « حدثنى رجل من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن الحجامة والمواصلة ، ولم ينه عنهما الا ابقـاء على أصحابه » رواه أبو داود باسناد على شرط البخارى ومسلم كما سبق ، واحتج به أبو داود والبيهقى وغيرهما فى أن الحجامة لا تفطـر وعن أبى سعيد الخدرى قال : «رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم فى القبلة للصائم والحجامة» رواه الدارقطنى وقال : اسناده كلهم ثقـات ، ورواه من طريق آخـر وقال : كلهم ثقات وعن أنس قال : « أول ما كرهت الحجامة للصـائم أن جعفـر بن أبى طالب احتجم وهو صائم فمر به النبى صلى الله عليه

وسلم فقال : أفطـر هذان ثم رخص النبى صلى الله عليه وسلم بعد فى الحجامة للصائم ، وكان أنس يحتجم وهو صائم » رواه الدارقطنى وقال : رواته كلهم ثقـات ، قال : ولا أعلم له علة • وعن عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم « احتجم وهو صائم » قال البيهقى : وروينا فى الرخصـة فى ذلك عن سعد بن أبى وقاص وابن مسعود وابن عباس وابن عمر والحسين بن على وزيد بن أرقم وعائشة وأم سلمة رضى الله عنهم ، واستدل الأصحاب أيضـا بأحاديث أخر فى بعضها ضعف ، والمعتمد ما ذكرناه ، واستدلوا بالقياس على الفصد والرعاف •

وأما حديث « أفطـر الحاجم والمحجوم » فأجاب أصحابنا عنه بأجوبة (أحدها) جواب الشافعى ذكره فى الأم وفيه اختلاف وتابعه عليه الخطابى والبيهقى وسائر أصحابنا ، وهو أنه منسـوخ بحديث ابن عباس وغيره مما ذكرنا ، ودليل النسخ أن الشافعى والبيهقى رويا باسنادهما الصحيح عن شداد بن أوس قال : « كنا مع النبى صلى الله عليه وسلم زمان الفتـح فرأى رجلا يحتجم لثمـان عشرة خلت من رمضـان فقال وهو آخذ بيدى : أفطـر الحاجم والمحجـوم » وقد ثبت فى صحيح البخارى فى حديث ابن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم احتجم ، وهو محرم صائم » •

قال الشافعى : وابن عباس انما صحب النبى صلى الله عليه وسلم محرما فى حجة الوداع سنة عشر من الهجرة ولم يصحبه محرما قبل ذلك ، وكان الفتح سنة ثمان بلا شك ، فحديث ابن عباس بعد حديث شداد بسنتين وزيادة ، قال : فحديث ابن عباس ناسخ ، قال البيهقى : ويدل على النسخ أيضا قوله فى حديث أنس السابق فى قصة جعفـر : « ثم رخص النبى صلى الله عليه وسلم بعد فى الحجامة » وهو حديث صحيح كما سبق ، قال : وحديث أبى سعيد الخدرى السابق أيضـا فيه لفظ الترخيص ، وغالب ما يستعمل الترخيص بعد النهى •

(الجواب الثانى) أجاب به الشافعى أيضا أن حديث ابن عباس أصح ، ويعضده أيضا القياس فوجب تقديمه •

(الجواب الثالث) جواب الشافعى أيضا والخطـابى وأصحابنا أن المراد بأفطـر الحاجم والمحجوم أنهما كانا يغتابان فى صومهما ،

وروى البيهقى ذلك فى بعض طرق حديث ثوبان ، قال الشافعى : وعلى هذا التأويل يكون المراد بافطارهما أنه ذهب أجرهما ، كما قال بعض الصحابة لمن تكلم فى حال الخطبة : لا جمعة لك أى ليس لك أجرها ، والا فهى صحيحة مجزئة عنه •

(والجواب الرابع) ذكره الخطابى أن معناه تعرضا للفطر (أما) المحجوم فلضعفه بخروج الدم فربما لحقته مشقة فعجز عن الصوم ، فأفطر بسببها (وأما) الحاجم فقد يصل جوفه شىء من الدم أو غيره اذا ضم شفتيه على قصب الملازم كما يقال للمتعرض للهلاك : هلك فلان ، وان كان باقيا سليما ، وكقوله صلى الله عليه وسلم : « من جعل قاضيا فقد ذبح بغير سكين » أى تعرض للذبح بغير سكين •

(الخامس) ذكره الخطابى أيضا أنه مر بهما قريب المغرب فقال : أفطرا ، أى حان فطرهما ، كما يقال أمسى الرجل اذا دخل فى وقت المساء أو قاربه •

(السادس) أنه تغليظ ودعاء عليهما لارتكابهما ما يعرضهما لفساد صومهما •

(واعلم) أن أبا بكر بن خزيمة اعترض على الاستدلال بحديث ابن عباس فروى عنه الحاكم أبو عبد الله فى المستدرك أنه قال : ثبتت الأحاديث عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « أفطر الحاجم والمحجوم » فقام بعض من خالفنا فى هذه المسألة وقال : لا يفطر لحديث ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم « احتجم وهو محرم صائم » ولا حجة له فى هذا لأن النبى صلى الله عليه وسلم انما احتجم وهو محرم صائم فى السفر لأنه لم يكن قط محرما مقيما ببلده ، والمسافر اذا نوى الصوم له الفطر بالأكل والشرب والحجامة وغيرها ، فلا يلزم من حجامته أنها لا تفطر فاحتجم وصار مفطرا ، وذلك جائز • هذا كلام ابن خزيمة وحكاه الخطابى فى معالم السنن ثم قال : وهذا تأويل باطل ، لأنه قال : احتجم وهو صائم فأثبت له الصيام مع الحجامة ، ولو بطل صومه بها لقال أفطر بالحجامة كما يقال

أفطـــر الصائم بأكل الخبز ، ولا يقال : أكله وهو صائم » قلت : ولأن السابق الى الفهم من قول ابن عباس « احتجم وهو صائم » الاخبار بأن الحجامة لا تبطل الصوم ، ويؤيده باقى الأحاديث المذكورة . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(قال وأكره له العـــلك لأنه يجفف الفم ويعطش ولا يفطـــر ، لأنه يدور فى الفم ولا ينزل الى الجوف شىء ، فان تفـــرك وتفتت فوصل منه شىء الى الجوف بطـــل الصوم ، ويكره له أن يمضغ الخبز ، فان كان له ولد صغير ولم يكن له من يمضغ غيره لم يكره له ذلك) .

(الشرح) قوله : (قال) يعنى الشافعى ، والعلك ــ بكسر العين ــ هذا هو المعروف ، ويجوز فتح العين ويكون المراد الفعل وهو مضغ العلك ، وادارته ، وقوله (يمضغ) هو ــ بفتح الضاد وضمها ــ لغتان .

(أما الأحكام) ففيها مسألتان :

(احداهما) قال الشافعى والأصحاب : يكره للصائم العلك لأنه يجمع الريق ويورث العطش والقىء ، وروى البيهقى باسناده عن أم حبيبة زوج النبى صلى الله عليه وسلم أنها قالت : « لا يمضغ العلك الصائم » ولفظ الشافعى فى مختصر المزنى (وأكره العلك ، لأنه يجلب الفم) قال صاحب الحاوى : رويت هذه اللفظة بالجيم وبالحاء فمن قال بالجيم فمعناه يجمع الريق فربما ابتلعه وذلك يبطل الصـــوم فى أحد الوجهين ومكروه فى الآخـــر ، قال : وقد قيل : معناه يطيب الفم ويزيل الخلوف ، قال : ومن قاله بالحاء فمعناه يمتص الريق ويجهد الصائم فيورث العطش .

قال أصحابنا : ولا يفطـــر بمجـــرد العلك ولا بنزول الريق منه الى جوفه ، فان تفتت فوصل من جرمه شىء الى جوفه عمدا أفطـــر ، وان شك فى ذلك لم يفطـــر ولو نزل طعمه فى جوفه أو ريحـــه دون

جرمه لم يفطـر ، لأن ذلك الطعم بمجاورة الريق له ، هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور ، وحكى الدارمى وجها عن ابن القطان أنه ان ابتلع الريق وفيه طعمه أفطـر وليس بشىء •

(الثانية) يكره له مضغ الخبز وغيره من غير عذر ، وكذا ذوق المرق والخل وغيرهما ، فان مضغ أو ذاق ولم ينزل الى جوفه شىء منه لم يفطـر ، فان احتـاج الى مضغه لولده أو غيره ولم يحصـل الاستغناء عن مضغه لم يكره ، لأنه موضع ضرورة وروى البيهقى باسناده الصحيح عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : « لا بأس أن يتطاعم الصائم بالشىء » يعنى المرقة ونحوها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن حركت القبلة شهوته كره له أن يقبل وهو صائم ، والكراهة كراهة تحريم ، وان [تكن] لم تحرك [القبلة] شهوته قال الشافعى : فلا بأس بها وتركها أولى والأصل فى ذلك ما روت عائشة رضى الله عنها قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل ويباشر وهو صائم ، ولكنه كان أملككم لاربه » وعن ابن عباس أنه أرخص فيها للشيخ وكرهها للشاب ولأنه فى حق أحدهما لا يأمن أن ينزل فيفسد الصوم وفى الآخـر يأمن ففرق بينهما) •

(**الشرح**) حديث عائشة رواه البخارى ومسلم بهذا اللفظ ، وفى رواية لمسلم « يقبل فى رمضان وهو صائم » وعن عمر بن أبى سلمة أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيقبل الصائم ؟ فقال : سل هذه ــ لأم سلمة ــ فأخبرته أن النبى صلى الله عليه وسلم يصنع ذلك ، فقال : يا رسول الله قد غفـر الله لك ما تقـدم من ذنبك وما تأخـر ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : والله انى أتقاكم لله وأخشاكم له» رواه مسـلم وعمر بن أبى سلمة(١) هذا هو الحميرى هكذا جاء مبينا

---

(١) لم يذكر النووى فى تهذيب الأسـماء غير ابن أم سـلمة ، وكذلك ليس فى الاستيعاب لابن عبد البر غيره ، وكذا أسد الغابة ، وقد سكت عنه النووى فى صحيح مسلم • والذى رواه عنه عبد الله بن كعب الحميرى وهو مولى عثمان رضى الله عنه (ط) •

فى رواية البيهقى وليس هو ابن أم سلمة . وعن عمر رضى الله عنه قال : « هششت يوما فقبلت وأنا صائم ، فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فقلت : انى صنعت اليوم أمرا عظيمـا ، قبلت وأنا صائم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أرأيت لو تمضمضت بمـاء وأنت صائم ؟ قلت : لا بأس بذلك ، قال : ففيم ؟ » رواه أبو داود ، وقد سبق بيان حيث ذكره المصنف ، ومما جاء فى كراهتها للشباب ونحـوه حديث ابن عباس قال : « رخص للكبير الصائم فى المباشرة وكره للشاب » رواه ابن ماجه هكذا ، وظاهره أنه مرفـوع ورواه مالك والشافعى والبيهقى بأسانيدهم الصحيحة ، عن عطـاء بن يسـار : أن ابن عباس سئل عن القبلة للصائم فأرخص فيها للشيخ ، وكرهها للشاب ، هكذا رواه أبو داود موقوفا عن ابن عباس .

وعن أبى هريرة « أن رجلا سأل النبى صلى الله عليه وسلم عن المباشرة للصائم فرخص له ، وأتاه آخـر فنهاه ، هذا الذى رخص له ، شيخ والذى نهاه شاب » رواه أبو داود باسناد جيد ولم يضعفه .

وعن ابن عمرو بن العاص قال : « كنا عند النبى صلى الله عليه وسلم فجاء شاب فقال : يا رسول الله أقبل وأنا صائم ؟ فقال : لا . فجاء شيخ فقال : أقبل وأنا صائم ؟ قال نعم » رواه أحمد بن حنبل باسناد ضعيف من رواية ابن لهيعة .

(وأما) الحديث المروى عن ميمونة مولاة النبى صلى الله عليه وسلم قالت : « سئل النبى صلى الله عليه وسلم عن رجل قبل امرأته وهما صائمان ، فقال : قد أفطـرا » رواه أحمد وابن ماجه والدارقطنى باسناد ضعيف ، قال الدارقطنى راويه مجهول ، قال ولا يثبت هذا .

وعن الأسود قال : « قلت لعائشة أيباشر الصائم ؟ قالت : لا ، قلت : أليس كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يباشر ؟ قالت : كان أملككم لاربه » رواه البيهقى باسناد صحيح فهذه جملة من الأحاديث والآثار الواردة فى القبلة (وقولها) لاربه ـ بكسر الهمزة مع اسكان الراء ـ وروى أيضا بفتحهما جميعا .

(**أما حكم المسألة**) فهو كما قاله المصنف تكره القبلة على من حركت شهوته وهو صائم ، ولا تكره لغيره ، لكن الأولى تركها ، ولا فرق بين الشيخ والشاب فى ذلك ، فالاعتبار بتحريك الشهوة وخوف الانزال ، فان حركت شهوة شاب أو شيخ قوى كرهت ، وان لم تحركها لشيخ أو شاب ضعيف لم تكره والأولى تركها وسواء قبل الخد أو الفم او غيرهما ، وهكذا المباشرة باليد والمعانقة لهما حكم القبلة ثم الكراهة فى حق من حركت شهوته كراهة تحريم عند المصنف وشيخه القاضى أبى الطيب والعبدرى وغيرهم • وقال آخرون : كراهة تنزيه ما لم ينزل ، وصححه المتولى • قال الرافعى وغيره : الأصح كراهة تحريم ، واذا قبل ولم ينزل لم يبطل صومه بلا خلاف عندنا ، سواء قلنا كراهة تحريم أو تنزيه •

فـــرع

فى مذاهب العلماء فى القبلة للصائم

ذكرنا أن مذهبنا كراهتها لمن حركت شهوته ولا تكره لغيره والأولى تركها فان قبل من تحرك شهوته ولم ينزل لم يبطل صومه • قال ابن المنذر : رخص فى القبلة عمر بن الخطاب وابن عباس وأبو هريرة وعائشة وعطاء والشعبى والحسن وأحمد واسحاق ، قال : وكان سعد بن أبى وقاص لا يرى بالمباشرة للصائم بأسا ، وكان ابن عمر ينهى عن ذلك • وقال ابن مسعود : يقضى يوما مكانه ، وكره مالك القبلة للشاب والشيخ فى رمضان ، وأباحتها طائفة للشيخ دون الشاب ، ممن قاله ابن عباس ، وقال أبو ثور : ان خاف المجاوزة من القبلة الى غيرها لم يقبل ، هذا نقل ابن المنذر ومذهب أبى حنيفة كمذهبنا •

وحكى الخطابى عن سعيد بن المسيب أن من قبل فى رمضان قضى يوما مكانه وحكاه الماوردى عن محمد ابن الحنفية وعبد الله بن شبرمة قال : وقال سائر الفقهاء : القبلة لا تفطر الا أن يكون معها انزال ، فان أنزل معها أفطر ولزمه القضاء دون الكفارة ، ودلائل هذه المذاهب تعرف مما سبق فى الأحاديث ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وينبغى للصائم أن ينزه صومه عن الغيبة والشتم ، فان شوتم قال : انى صائم ، لما روى ابو هريرة رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا كان احدكم صائما فلا يرفث ولا يجهل ، فان امرؤ قاتله او شاتمه فليقل : انى صائم ») .

(الشرح) حديث أبى هريرة رواه البخارى ومسلم ، والرفث الفحش فى الحرم ، ومعنى شاتمه شتمه متعرضا لمشاتمته ، وقوله صلى الله عليه وسلم فليقل (انى صائم) ذكر العلماء فيه تأويلين (احدهما) يقوله بلسانه ويسمعه لصاحبه ليزجره عن نفسه (والثانى) وبه جزم المتولى بقوله فى قلبه لا بلسانه ، بل يحدث نفسه بذلك ويذكرها انه صائم لا يليق به الجهل والمشاتمة والخوض مع الخائضين ، قال هذا القائل لأنه يخاف عليه الرياء اذا تلفظ به ، ومن قال بالأول يقصد زجره لا للرياء ، والتأويلان حسنان والأول أقوى ، ولو جمعهما كان حسنا ، وقول المصنف (ينبغى للصائم أن ينزه صومه عن الغيبة والشتم) معناه يتأكد التنزه عن ذلك فى حق الصائم أكثر من غيره للحديث ، والا فغير الصائم ينبغى له ذلك أيضا ويؤمر به فى كل حال ، والتنزه ابتعاد ، فلو اغتاب فى صومه عصى ولم يبطل صومه عندنا ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد والعلماء كافة الا الأوزاعى فقال : يبطل الصوم بالغيبة ويجب قضاؤه .

واحتج بحديث أبى هريرة المذكور وبحديثه أيضا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من لم يدع قول الزور والعمل به فليس لله حاجة فى أن يدع طعامه وشرابه » رواه البخارى ، وعنه أيضا قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « رب صائم ليس له من صيامه الا الجوع ، ورب قائم ليس له من قيامه الا السهر » رواه النسائى وابن ماجه فى سننهما ، ورواه الحاكم فى المستدرك قال : وهو صحيح على شرط البخارى . وعنه أيضا قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ليس الصيام من الأكل والشرب فقط ، الصيام من اللغو والرفث » رواه البيهقى ورواه الحاكم فى المستدرك وقال : هو

صحيح على شرط مسلم ، وبالحديث الآخر « خمس(١) يفطرن الصائم : الغيبة والنميمة والكذب والقبلة واليمين الفاجرة » وأجاب أصحابنا عن هذه الأحاديث سوى الأخير بأن المراد أن كمال الصوم وفضيلته المطلوبة انما يكون بصيانته عن اللغو والكلام الردىء لا ان الصوم يبطل به • وأما الحديث الآخير « خمس يفطرن الصائم » فحديث باطل لا يحتج به ، وأجاب عنه الماوردى والمتولى وغيرهما بأن المراد بطلان الثواب لا نفس الصوم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويكره الوصال فى الصوم ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اياكم والوصال ، اياكم والوصال • قالوا : انك تواصل يا رسول الله ، قال : انى لست كهيئتكم انى ابيت عند ربى يطعمنى ويسقينى » وهل هو كراهة تحريم أو كراهة تنزيه ؟ فيه وجهان (احدهما) انه كراهة تحريم ، لأن النهى يقتضى التحريم (والثانى) انه كراهة تنزيه لانه انما نهى عنه حتى لا يضعف عن الصوم ، وذلك امر غير محقق فلم يتعلق به اثم ، فان واصل لم يبطل صومه لأن النهى لا يرجع الى الصوم فلا يوجب بطلانه) •

(الشرح) حديث أبى هريرة رواه البخارى ومسلم ، والوصال بكسر الواو ، ويطعمنى بضم الياء ، ويسقينى بضم الياء وفتحها ، والفتح افصح واشهر • وقوله : لأنه انما نهى عنه بضم النون وفتحها • أما حكم الوصال فهو مكروه بلا خلاف عندنا ، وهل هى كراهة تحريم أم تنزيه ؟ فيه الوجهان اللذان ذكرهما المصنف وهما مشهوران ودليلهما فى الكتاب (أصحهما) عند أصحابنا وهو ظاهر نص الشافعى كراهة تحريم ، لأن الشافعى رضى الله عنه قال فى المختصر : فرق الله تعالى

---

(١) أورده ابن الجوزى فى الموضوعات بلفظ « خمس يفطرن الصائم وينقضن الوضوء •• الخ » من حديث أنس وفيه عتبة بن سعود وثلاثة آخرون مجروحون ورواه أبو الفتح الأزدى فى الضعفاء فى ترجمة محمد بن الحجاج الحمصى وأعله به وقال : لا يكتب حديثه • وقال ابن أبى حاتم فى العلل : سألت أبى عن هذا الحديث فقال : هذا حديث كذب واقتصر تقى الدين السبكى فى شرحه على المنهاج على تضعيفه مع بدو ملامح الوضع عليه • والله أعلم (ط) •

بين رسوله وبين خلقه فى أمور أباحها له ، وحظرها عليهم ، وذكر منها الوصـــال • وممن صرح به من أصحابنا بتصحيح تحريمه صاحب العدة والرافعى وآخـــرون • وقطع به جماعة من أصحابنا منهم القاضى أبو الطيب فى كتابه المجـــرد ، والخطابى فى المعالم وسليم الرازى فى الكفاية ، وامام الحرمين فى النهاية والبغوى والرويانى فى الحلية ، والشيخ نصر فى كتابه الكافى ، وآخـــرون كلهم صرحوا بتحريمه من غير خلاف •

قال أصحابنا : وحقيقة الوصال المنهى عنه أن يصـــوم يومين فصاعدا ولا يتناول فى الليل شيئا لا ماء ولا مأكولا ، فان اكل شيئا يسيرا أو شرب فليس وصالا • وكذا ان أخـــر الأكل الى السحر لمقصود صحيح أو غيره فليس بوصال وممن صرح بأن الوصال الا يأكل ولا يشرب ، ويزول الوصال بأكل أو شرب ــ وان قل ــ صاحب الحاوى وسليم الرازى والقاضى أبو الطيب وامام الحرمين والشيخ نصر والمتولى وصاحب العـــدة وصاحب البيان ، وخلائق لا يحصون من أصحابنا • واما قول المحاملى فى المجموع وأبى على بن الحسن بن عمر البندنيجى فى كتابه الجامع والغزالى فى الوسيط والبغـــوى فى التهذيب : الوصال ألا يأكل شيئا فى الليل ، وخصوه بالأكل فضعيف ، بل هو متأول على موافقة الأصحاب ويكون مرادهم لا يأكل ولا يشرب كما قاله الجماهير ، واكتفـــوا بذكر أحد القرينين كقوله تعالى : « **سرابيل تقيكم الحر** »(١) أى والبرد ، ونظائره معروفة ، وقد بالغ امام الحرمين فقال فى النهاية فى بيان ما يزول به الوصال ، فقيل يزول الوصـــال بقطـــرة يتعاطاها كل ليلة ، ولا يكفى اعتقـــاده أن من جن عليه الليل فقد أفطـــر • هذا لفظه بحروفه •

واعلم أن الجمهور قد أطلقـــوا فى بيان حقيقة الوصال أنه صوم يومين فأكثر من غير أكل ولا شرب فى الليل • وقال الرويانى فى الحلية : الوصال أن يصل صوم الليـــل بصوم النهـــار قصدا ، فلو ترك الأكل بالليل لا على قصـــد الوصال والتقـــرب الى الله به لم يحرم • وقال البغـــوى : العصيان فى الوصال لقصده اليه والا فالفطـــر حاصل

---

(١) النحل : ٨١ •

بدخول الليل ، كالحائض اذا صلت عصت ، وان لم يكن لها صلاة ، وهذا الذى قالاه خلاف اطلاق الجمهور وخلاف ما صرح به امام الحرمين كما سبق قريبا ، وقد قال المحاملى فى المجمـوع : الوصال ترك الأكل بالليل دون نية الفطـر ، لأن الفطـر يحصل بالليل ، سواء نوى الافطار أم لا . هذا كلامه . وظاهره مخالف لقول الرويانى والبغوى . والله أعلم . فالصواب أن الوصال ترك الأكل والشرب فى الليـل بين الصومين عمدا بلا عذر .

(فـرع) اتفق أصحابنا وغيرهم على أن الوصال لا يبطـل الصـوم سواء حرمناه أو كرهناه ، لمـا ذكره المصنف أن النهى لا يعود الى الصوم ، والله أعلم .

(فـرع) اتفقت نصوص الشافعى والأصحاب على أن الوصال من خصائص رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو مكروه فى حقنا ، اما كراهة تحريم على الصحيح واما تنزيه ، ومباح له صلى الله عليه وسلم كذا قاله الشافعى والجمهور .

وقال امام الحرمين : هو قربة فى حقه ، وقد نبه صلى الله عليه وسلم على الفرق بيننا وبينه فى ذلك بقوله « انى لست كهيئتكم انى أبيت عند ربى يطعمنى ويسقينى » واختلف أصحابنا فى تأويل هذا الحديث على وجهين مشهورين فى الحاوى ومنهاج القاضى أبى الطيب والمعالم للخطابى والعدة والبيان وغيرها .

(أحدهما) وهو الأصح ان معناه أعطى قوة الطاعم الشارب ، وليس المراد الأكل حقيقة اذ لو أكل حقيقة لم يبق وصال ، ولقال : ما أنا مواصل ، ويؤيد هذا التأويل ما سنذكره ان شاء الله تعالى قريبا فى فـرع بيان الأحاديث فى حديث أنس ، وقوله صلى الله عليه وسلم « انى أظل يطعمنى ربى ويسقينى » ولا يقال : ظل الا فى النهار فدل على أنه لم يأكل .

(والثانى) أنه صلى الله عليه وسلم كان يؤتى بطعام وشراب من الجنة كرامة له لا تشاركه فيها الأمة ، وذكر صاحب العدة والبيان تأويلا

ثالثا مع هذين قالا وقيل : معناه أن محبة الله تشغلنى عن الطعام والشراب ، والحب البالغ يشغل عنهما •

(فرع) قال أصحابنا : الحكمة فى النهى عن الوصال لئلا يضعف عن الصيام والصلاة وسائر الطاعات ، أو يملها ويسأم منها لضعفه بالوصال ، أو يتضرر بدنه أو بعض حواسه وغير ذلك من أنواع الضرر •

فرع

فى مذاهب العلماء فى الوصال

ذكرنا أن مذهبنا أنه منهى عنه ، وبه قال الجمهور • وقال العبدرى : هو قول العلماء كافة الا ابن الزبير ، فانه كان يواصل اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ابن المنذر : كان ابن الزبير وابن أبى نعيم يواصلان ، وذكر الماوردى فى الحاوى أن عبد الله بن الزبير واصل سبعة عشر يوما ثم أفطر على سمن ولبن وصبر • قال : وتأول فى السمن أنه يلين الأمعاء ، واللبن ألطف غذاء والصبر يقوى الأعضاء دليلنا الحديث السابق وما سنذكره من الأحاديث ان شاء الله تعالى •

(فرع) فى بيان جملة من أحاديث الوصال ، عن ابن عمر قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الوصال قالوا : انك تواصل ، قال : انى لست مثلكم انى أطعم وأسقى » رواه البخارى ومسلم ، وفى رواية لمسلم : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم واصل فى رمضان فواصل الناس فنهاهم ، قيل له : أنت تواصل ، قال : انى لست مثلكم ، انى أطعم وأسقى »• وعن أبى هريرة قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الوصال فقال رجل : فانك يا رسول الله تواصل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : وأيكم مثلى ؟ انى أبيت يطعمنى ربى ويسقينى ، فلما أبوا أن ينتهوا عن الوصال واصل بهم يوما ثم يوما ثم رأوا الهلال ، فقال : لو تأخر الهلال لزدتكم كالمنكل لهم حين أبوا أن ينتهوا » رواه البخارى ومسلم ، وعنه أيضا عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اياكم والوصال مرتين قيل : انك تواصل قال : أبيت عند ربى يطعمنى ويسقينى فاكلفوا من الأعمال ما تطيقون »

رواه البخارى بهذا اللفظ ومسلم بمعنـــاه واكفوا بفتح اللام معناه خذوا برغبة ونشاط •

وعن عائشة قالت : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الوصال رحمة لهم قالوا : انك تواصل ، قال : انى لست كهيئتكم انى يطعمنى ربى ويسقينى » رواه البخارى ومسلم ، وعن أنس عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا تواصلوا قالوا : انك تواصل قال : انى لست كأحد منكم ، انى أطعم وأسقى » رواه البخارى بلفظه ومسلم بمعناه وعنه قال : « واصل رسول الله صلى الله عليه وسلم فى أول شهر رمضان فواصل ناس فبلغه ذلك ، فقال لو مد لنا الشهر لواصلنا وصالا ، يدع المتعمقون تعمقهم انكم لستم مثـــلى — أو قال انى لست مثلكم — انى أظل يطعمنى ربى ويسقينى » رواه مسلم هنا ، والبخارى فى باب : لو من كتاب التمنى من صحيحه •

وعن أبى سعيد الخدرى أنه سمع النبى صلى الله عليه وسلم يقول : « لا تواصلوا فأيكم أراد أن يواصل فليواصل الى السحر ، قالوا : فانك تواصل يا رسول الله ، قال : انى لست كهيئتكم انى أبيت لى مطعم يطعمنى وساق يسقينى » رواه البخارى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب أن يتسحر للصـــوم ، لمـــا روى أنس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « تسحروا فان فى السحور بركة » ولأن فيه معـــونة على الصـــوم ، ويستحب تأخير السحور لمـــا روى أنه قيل لعائشة : « أن عبد الله يعجل الفطـــر ويؤخـــر السحور ، فقالت : هكذا كان نبى الله صلى الله عليه وسلم يفعـــل » ولأن السحور يراد للتقـــوى على الصـــوم ، والتأخير أبلغ فى ذلك فكان أولى ، والمستحب أن يعجل الفطـــر اذا تحقق غروب الشمس لحديث عائشة رضى الله عنها ، ولمـــا روى أبو هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا يزال هذا الدين ظاهرا ما عجل الناس الفطـــر ، أن اليهود والنصارى يؤخرون ») •

(الشرح) حديث أنس رواه البخارى ومسلم ، وحديث عائشة فى قصة عبد الله رواه مسلم ، وعبد الله هـذا هو ابن مسعود ، وينكر على المصنف قوله : روى بصيغة التمريض ، وهو حديث صحيح ، وانما تقال صيغة التمريض فى ضعيف • وقد سبق التنبيه على مثـل هذا مرات كثيرة • واما حديث أبى هريرة فرواه أبو داود بلفظه هـذا ، الا أنه قال : « لأن اليهود والنصارى يؤخرون » وفى نسخ المهذب (ان اليهود) وكذا رواه البيهقى فى السنن الكبيرة وابن ماجه باسناد صحيح فينبغى أن يقـرأ بفتح الهمزة من أن ليوافق رواية أبى داود ، وهذا الحديث أصله فى الصحيحين من رواية سهل بن سعد كما سأذكره فى فـرع منفـرد للأحاديث الواردة فى السحور ، ورواية أبى هريرة التى ذكرها المصنف وأبو داود واسنادها صحيح على شرط مسلم •

وقوله صلى الله عليه وسلم : « فان فى السحور بركة » روى ـ بفتح السين ـ وهو المـأكول كالخبز وغيره ـ وبضمها ـ وهو الفعل والمصـدر ، وسبب البركة فيه تقويته الصائم على الصـوم ، وتنشيطه له ، وفرحه به ، وتهوينه عليه ، وذلك سبب لكثرة الصوم •

(أما حكم المسألة) فاتفق أصحابنا وغيرهم من العلماء على أن السحور سنة ، وأن تأخيره أفضـل وعلى أن تعجيل الفطـر سنه بعد تحقق غروب الشمس ، ودليل ذلك كله الاحاديث الصحيحة ، ولأن فيهما اعانة على الصوم ، ولأن فيهما مخالفة للكفار كما فى حديث أبى هريرة المذكور فى الكتاب ، والحديث الصحيح الذى سأذكره ان شاء الله تعالى « فصل ما بين صيامنا وصيام اهل الكتاب أكلة السحر » ولأن محل الصـوم هو النهـار فلا معنى لتأخير الفطـر والامتناع من السحور فى آخـر الليـل ولأن بغروب الشمس صار مفطـرا فلا فائدة فى تأخير الفطـر • قال أصحابنا : وانما يستحب تأخير السحور ما دام متيقنا بقـاء الليـل : فمتى حصل شك فيه فالأفضل تركه ، وقد سبقت المسألة فى فصل وقت الدخول فى الصوم •

وقد نص الشافعى فى الأم على أنه اذا شك فى بقـاء الليل ولم يتسحر يستحب له ترك السحور ، فان تسحر فى هذه الحالة صح صومه

لأن الأصل بقاء الليـــل • قال القاضى أبو الطيب فى المجـــرد : قال الشافعى فى الأم اذا أخر الافطـــار بعد تحقق غروب الشمس ، فان كان يرى الفضل فى تأخيره كرهت ذلك لمخالفة الأحاديث ، وان لم ير الفضل فى تأخيره فلا بأس لأن الصـــوم لا يصلح فى الليـــل • هذا نصه •

(فـــرع) وقت السحور بين نصف الليل وطلوع الفجـــر •

(فـــرع) يحصل السحور بكثير المـــأكول وقليله ، ويحصل بالماء أيضا ، وفيه حديث سنذكره •

(فـــرع) قال ابن المنذر فى الاشراف : أجمعت الأمـــة على أن السحور مندوب اليه مستحب لا اثم على من تركه •

فـــــرع

فى الأحاديث الواردة فى السحور وتأخيره وتعجيل الفطـــر

عن أنس قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تسحروا فان فى السحور بركة » رواه البخارى ومسلم • وعن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « فصل ما بين صيامنا وصيام أهل الكتاب أكلة السحر » رواه مسلم • أكلة الســـحر بفتح الهمزة هى السحور ، وعن المقدام بن معد يكرب عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « عليكم بهذا السحور فانه هو الغذاء المبارك » رواه النســـائى باسناد جيد ورواه أبو داود والنسائى من رواية العرباض بن سارية بمعناه وفى اسناده نظـــر ، وعن سهل بن سعد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لايزال الناس بخيـــر ما عجلوا الفطـــر » رواه البخارى ومسلم وسبق فى الكتاب معناه من رواية أبى هريرة بزيادة •

وعن أبى عطية قال : « دخلت أنا ومسروق على عائشة فقلنا : يا أم المؤمنين رجلان من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وســـلم أحدهما يعجل الافطـــار ويعجل الصلاة ، والآخـــر يؤخـــر الافطـــار ويؤخـــر الصلاة ، فقالت : أيهما الذى يعجل الافطار ويعجل الصلاة ؟

قلنا : عبد الله بن مسعود • قالت : كذلك كان يصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم » رواه مسلم ، وفى رواية له « يعجل المغرب » • وعن أبى ذر عن النبى صلى الله عليه وسلم : « لا تزال أمتى بخيـــر ما عجلوا الافطار وأخروا السحور » رواه الامام أحمد ، وعن أبى هريرة قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : قال الله عز وجل : أحب عبادى الى أعجلهم فطـــرا » رواه الترمذى وقال حديث حسن •

وعن ابن عمر قال : « كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم مؤذنان بلال وابن أم مكتوم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان بلالا يؤذن بليل فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم ، قال : ولم يكن بينهما الا أن ينزل هذا ويرقى هذا » رواه البخارى ومسلم • وعن نافع عن ابن عمر ، وعن القاسم عن عائشة « ان بلالا كان يؤذن بليل ، فقال رسول الله صلى الله عليه وســلم : كلـــوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم ، فانه لا يؤذن حتى يطلع الفجر » رواه البخارى •

وعن زيد بن ثابت قال : « تسحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قمنا الى الصلاة ، قلت : كم كان قـــدر ما بينهما ؟ قال : خمسين آية » رواه البخارى ومسلم ، وعن سهل بن سعد قال : « كنت أتسحر فى أهلى ثم تكون سرعتى أن أدرك صلاة الفجـــر مع رسول الله صلى الله عليه وسلم » رواه البخارى • وعن أنس عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « تسحروا ولو بجرعة ماء » وعن أبى سعيد الخدرى عن النبى صلى الله عليه وسلم : « أكلة السحر بركة فلا تدعوه ، ولو أن يجـــرع أحدكم جرعة من ماء » رواهما ابن أبى عاصم فى كتابه باسنادين ضعيفين ، وفى الباب أحاديث كثيرة غير ما ذكرته •

(وأما) ما رواه مالك والشافعى والبيهقى بأسانيدهم الصحيحة عن حميد بن عبد الرحمن « أن عمر وعثمان رضى الله عنهما كانا يصليان المغرب حين ينظران الى الليـــل الأسود ثم يفطـــران بعد الصـــلاة وذلك فى رمضـــان » فقال البيهقى فى المبسوط : قال الشافعى : كأنهما يريان تأخير الفطـــر واسعا ، لا أنهما يتعمدان فضيلة فى ذلك • ونقل المـــاوردى أن أبا بكر وعمر رضى الله عنهما كانا يؤخـــران الافطار ، وأجاب بأنهما أرادا بيان جواز ذلك لئلا يظن وجوب التعجيل ، وهذا

التأويل ظاهر ، فقد روى البيهقي باسناده الصحيح عن عمرو بن ميمون ، وهو من أكبر التابعين قال : « كان أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم أعجل الناس افطارا ، وأبطأهم سحورا » وأما الحديث المروى عن النبى صلى الله عليه وسلم : « انا معاشر الأنبياء أمرنا أن نعجل افطارنا ونؤخر سحورنا ونضع أيماننا على شمائلنا فى الصلاة » فضعيف ، رواه البيهقي هكذا من رواية ابن عباس ، ومن رواية ابن عمر ، ومن رواية أبى هريرة ، وقال : كلها ضعيفة (وأصح) ما ورد فيه من كلام عائشة موقوفا عليها وفى حديث رواه البيهقى عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « نعم سحور المؤمن التمر » •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والمستحب أن يفطر على تمر فان لم يجد فعلى الماء ، لما روى سلمان بن عامر قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا افطر أحدكم فليفطر على تمر فان لم يجد فليفطر على ماء فانه طهور » والمستحب أن يقول عند افطاره : اللهم لك صمت وعلى رزقك أفطرت لما روى أبو هريرة قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا صام ثم أفطر قال : اللهم لك صمت وعلى رزقك أفطرت » ويستحب أن يفطر الصائم ، لما روى زيد بن خالد الجهنى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من فطر صائما فله مثل أجره ولا ينقص من أجر الصائم شىء ») •

(الشرح) حديث سلمان بن عامر رواه أبو داود والترمذى وقال : هو حديث حسن صحيح ، وأما حديث زيد بن خالد فرواه الترمذى وقال : هو حديث صحيح ورواه النسائى أيضا وغيره (وأما) حديث أبى هريرة فغريب ليس بمعروف ، ورواه أبو داود عن معاذ بن زهرة عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسلا ، ورواه الدارقطنى من رواية ابن عباس مسندا متصلا باسناد ضعيف •

(اما الأحكام) ففيه مسائل :

(احداها) يستحب أن يفطر على تمر ، فان لم يجد فعلى الماء ولا يخلل بينهما هذا هو المذهب ، وبه قطع المصنف والجمهور ،

ونص عليه فى حرملة ، ودليله حديث سلمان السابق . وعن أنس قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفطـر قبل أن يصلى على رطبات فان لم يكن رطبات فتميرات ، فان لم يكن تميرات حسا حسوات من ماء » رواه أبو داود والترمذى ، وقال : حديث حسن ورواه الدارقطنى ، وقال : اسناده صحيح ، وقال الرويانى يفطـر على تمر ، فان لم يجد فعلى حلاوة ، فان لم يجـد فعلى المـاء وقال القاضى حسين : الأولى فى زماننا أن يفطـر على ما يأخذه بكفه من النهر ليكون أبعـد عن الشبهة ، وهذا الذى قالاه شاذ ، والصواب ما سبق كما صرح به الحديث الصحيح فانه صلى الله عليه وسلم قدم التمر ونقل منه الى المـاء بلا واسطة .

(فـرع) ذكر صاحب البيان أنه يكره للصائم اذا أراد أن يشرب أن يتمضمض ويمجه ، وكأن هذا شبيه بكراهة السواك للصائم بعد الزوال ، فانه يكره لكونه يزيل الخلوف .

(الثانية) قال المصنف وسائر الأصحاب : يستحب أن يدعـو عند افطاره : اللهم لك صمت ، وعلى رزقك أفطـرت . وفى سنن أبى داود والنسـائى عن ابن عمر « كان النبى صلى الله عليه وسلم اذا أفطـر قال : ذهب الظمأ وابتلت العـروق وثبت الأجـر ان شاء الله تعالى » . وفى كتاب ابن ماجه عن ابن عمرو بن العاص أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ان للصائم عند فطـره دعوة ما ترد » وكان ابن عمر اذا أفطـر يقول : « اللهم برحمتك التى وسعت كل شىء اغفر لى » .

(الثالثة) يستحب أن يدعو الصائم ويفطـره فى وقت الفطـر ، وهذا لا خلاف فى استحبابه للحديث ، قال المتولى فان لم يقـدر على عشائه فطره على تمرة أو شربة ماء أو لبن ، قال الماوردى : ان بعض الصحابة قال : « يارسول الله ليس كلنا يجـد ما يفطر الصائم ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : يعطى الله تعالى هذا الثواب من فطـر صائما على تمرة أو شربة ماء أو مزقة لبن » .

(اذا كان عليه قضـاء أيام من رمضـان ولم يكن له عذر لم يجز له أن يؤخـره الى أن يدخل رمضان آخـر ، فان أخـره حتى أدركه رمضان آخـر وجب عليه لكل يوم مد من طعـام ، لمـا روى عن ابن عباس وابن عمر وأبى هريرة أنهم قالوا فيمن عليه صوم فلم يصمه حتى أدركه رمضـان آخـر : « يطعم عن الأول » فان أخـره سنتين ففيه وجهان (أحدهما) يجب لكل سنة مد ، لأنه تأخيـر سنة فأشبهت السنة الأولى (والثانى) لا يجب للثانية شىء لأن القضـاء مؤقت بمـا بين رمضانين ، فاذا أخـره عن السنة الأولى فقـد أخره عن وقتـه فوجبت الكفارة ، وهذا المعنى لا يوجد فيما بعد السنة الأولى فلم يجب بالتأخير كفارة ، والمستحب أن يقضى ما عليه متتابعا لما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من كان عليه صوم من رمضـان فليسرده ولا يقطعه » ولأن فيه مبـادرة الى أداء الفـرض ، ولأن ذلك أشبه بالأداء فان قضاه متفـرقا جاز لقوله تعالى : « فعدة من أيام أخـر »(١) ولأنه تتابع وجب لأجل الوقت فسقط بفـوات الوقت ، وان كان عليه قضـاء اليوم الأول فصـام ونوى به اليوم الثـانى ، فانه يحتمل أن يجزئه لأن تعيين اليوم غير واجب ، ويحتمـل أن لا يجزئه ، لأنه نوى غير ما عليه فلم تجـزئه كما لو كان عليه عتـق عن اليمين فنوى عتق الظهار) .

(الشرح) حديث أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم : « من كان عليه صوم من رمضان فليسرده ولا يقطعه » رواه الدارقطنى والبيهقى وضعفاه . وأما الآثار التى ذكرها المصنف عن ابن عبـاس وابن عمر وأبى هريرة فى الاطعام ، فرواها الدارقطنى ، وقال فى اسناده عن أبى هريرة : هذا اسناد صحيح ورواه عنه مرفوعا واسناده ضعيف جدا ، واسناد ابن عباس صحيح أيضـا ، ولفظ الروايات عن أبى هريرة « من مرض ثم صح ولم يصم حتى أدركه رمضـان آخر ، قال : يصوم الذى أدركه ثم يصـوم الشهر الذى أفطـر فيه ويطعم مكان كل يوم مسكينا » ولفظ الباقى بمعناه ، ولم يبين المصنف فى روايته عنهم أنه يجب قضـاء الصوم . وقوله : ولأنه تتابع وجب لأجل

---

(١) البقرة : ١٨٤ و ١٨٥ .

الوقت ، فيه احتراز من التتابع فى صوم الكفارة أو فى النذر المتتابع .

(أما أحكام الفصل) ففيه مسائل :

(احداها) اذا كان عليه قضـــاء رمضان أو بعضه ، فان كان معذورا فى تأخير القضـــاء بأن استمر مرضه أو سفره ونحوهما جاز له التأخير ما دام عذره ولو بقى سنين ، ولا تلزمه الفدية بهذا التأخير ، وان تكررت رمضانات ، وانما عليه القضـــاء فقط ، لأنه يجوز تأخيـــر أداء رمضـــان بهذا العذر ، فتأخير القضـــاء أولى بالجواز ، فان لم يكن له عذر لم يجز التأخير الى رمضان آخر بلا خلاف ، بل عليه قضاؤه قبل مجىء رمضان السنة القابلة .

قال أصحابنا : والفرق بين الصوم والصـــلاة حيث لا يجـــوز تأخير قضاء رمضان الى رمضان آخـــر ، ويجـــوز تأخير الصلاة الى ما بعد صلاة أخرى مثلها ، بل الى سنين ــ ان تأخير الصوم الى رمضان آخر تأخير له الى زمن لا يقبل صوم القضاء ولا يصح فيه ، فهو كتأخيره الى الموت فلم يجـــز ، بخلاف الصلاة فانها تصح فى جميع الأوقات .

فلو أخـــر القضاء الى رمضان آخـــر بلا عذرأثم ، ولزمه صوم رمضان الحاضر ويلزمه بعد ذلك قضاء رمضان الفائت ويلزمه بمجرد دخول رمضان الثانى عن كل يوم من الفائت مد من طعام مع القضـــاء لمـــا ذكره المصنف ، نص عليه الشافعى واتفق عليه الأصحاب الا المزنى فقال : لا تجب الفدية . والمذهب الأول ، ولو أخره حتى مضى رمضانان فصاعدا فهل يتكرر المد عن كل يوم بتكرر السنين ؟ أم يكفى مد عن كل السنين ؟ فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) يتكرر ، صححه امام الحرمين وغيره وقطع به القاضى أبو الطيب فى كتابه المجـــرد ، وخالفهم صاحب الحاوى فقال : الأصح أنه يكفى مد واحد لجميع السنين والأول أصح ، ولو أفطـــر عدوانا وقلنا : تجب فيه الفدية فأخـــر القضـــاء حتى دخل رمضـــان آخـــر فعليه لكل يوم مع القضاء فديتان ، فدية للافطار عدوانا ، وأخرى للتأخير ، هـــذا هو المذهب وبه قطع البغوى وغيره .

واحتج له البغوى بأن سببهما مختلف فلا يتداخلان بخلاف الحدود . وقال ابراهيم المروزى : ان عددنا الفدية بتعدد رمضان فهنا أولى ،

والا فوجهان ، ولو أخـر القضـاء مع الامكان حتى مات بعد دخول رمضان قبل أن يقضى ، وقلنا : الميت يطعم عنه فوجهان مشـهوران ، حكاهما المصنف فى الفصل الذى بعد هذا (أصحهما) عند الأصحاب يجب لكل يوم مدان من تركته مد عن الصوم ومد عن التأخير • قال الماوردى : وهـذا مذهب الشافعى وسائر أصحابنا سوى ابن سريج (والثانى) يجب مد واحـد ، لأن الفوات يضمن بمد واحـد كالشيخ الهرم ، قال المـاوردى : هذا غلط ، وأما اذا قلنا : يصوم عنه وليه فصام حصل تدارك أصل الصوم ويجب مد للتأخير لأنه كان واجبا عليه فى حياته •

واذا قلنا بالأصح وهو التكرر فكان عليه عشرة أيام فمات ولم يبق من شعبان الا خمسة أيام وجب فى تركته خمسة عشر مدا ، عشرة لأجل الصوم وخمسة للتأخير ، لأنه لو عاش لم يمكنه الا قضاء خمسة • وأما اذا أفطـر بلا عذر وقلنا : يلزمه الفدية فأخـر الصوم حتى دخل رمضـان آخـر ومات قبل القضـاء ، فالمذهب وجوب ثلاثة أمداد لكل يوم ، فان تكررت السنون زادت الأمداد ، واذا لم يبق بينه وبين رمضـان الثانى ما يتأتى فيه قضـاء جميع الفائت فهل تلزمه الفدية فى الحال عما لا يسعه الوقت ؟ أم لا يلزمه الا بعـد دخول رمضان ؟ فيه وجهان كالوجهين فيمن حلف ليأكلن هـذا الرغيف غدا فتلف قبل الغد ، هل يحنث فى الحال ؟ أم بعد مجىء الغد ؟ •

(فـرع) اذا أراد تعجيل فدية التأخير قبل مجىء رمضـان الثانى ليؤخـر القضـاء مع الامكان ففى جوازه وجهان ، كالوجهين فى تعجيل الكفارة عن الحنث المحرم وقد سبقت هذه المسألة مع نظـائر كثيـرة لها فى آخـر باب تعجيل الزكاة •

(فـرع) اذا أخـر الشيخ الهرم المد عن السنة فالمذهب أنه لا شىء عليه ، وقال الغزالى فى الوسيط : فى تكرر مد آخـر لتأخيره وجهان ، وهذا شاذ ضعيف •

(المسألة الثانية) اذا كان عليه قضاء شىء من رمضـان يستحب قضاؤه متتابعا فان فرقه جاز ، وذكر المصنف دليلهما (الثالثة) اذا كان عليه قضـاء اليوم الأول من رمضـان فصام ونوى به اليـوم

الثانى ، ففى اجزائه وجهان مشهوران حكاهما البغوى وغيره (أصحهما) لا يجزئه ، وبه قطع البندنيجى والمتولى ، ذكره فى مسائل النية ، وجعل المصنف الاحتمالين له لكونه لم ير النقل الذى ذكره غيره ، وقد سبقت المسألة مع نظائرها فى هذا الباب فى مسائل النية ، والله أعلم .

(فرع) اذا لزمه قضاء رمضان أو بعضه ، فان كان فواته بعذر ، كحيض ونفاس ومرض واغماء وسفر ومن نسى النية أو أكل معتقدا أنه ليل فبان نهارا أو المرضع والحامل ، فقضاؤه على التراخى بلا خلاف ما لم يبلغ به رمضان المستقبل ولكن يستحب تعجيله ، وان فاته بغير عذر فوجهان كالوجهين فى قضاء الصلاة الفائتة بلا عذر (أرجحهما) عند أكثر العراقيين أنه على التراخى أيضا (والثانى) وهو الصحيح . صححه الخراسانيون ومحققو العراقيين ، وقطع به جماعات أنه على الفور . وكذا الخلاف فى قضاء الحجة المفسدة (الأصح) على الفور ، وقد سبق بيان هذا كله فى آخر باب مواقيت الصلاة ، وسبق هناك حكم الكفارة وهى كالصوم سواء ، فيفرق بين ما وجبت بسبب محرم وغيرها ، والله تعالى أعلم .

فرع

فى مذاهب العلماء فيمن أخر قضاء رمضان بغير عذر حتى دخل رمضان آخر

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه يلزمه صوم رمضان الحاضر ثم يقضى الأول ويلزمه عن كل يوم فدية ، وهى مد من طعام ، وبهذا قال ابن عباس وأبو هريرة وعطاء بن أبى رباح والقاسم بن محمد والزهرى والأوزاعى ومالك والثورى وأحمد واسحاق ، الا أن الثورى قال : الفدية مدان عن كل يوم ، وقال الحسن البصرى وابراهيم النخعى وأبو حنيفة والمزنى وداود : يقضيه ولا فدية عليه . أما اذا دام سفره ومرضه ونحوهما من الأعذار حتى دخل رمضان الثانى فمذهبنا أنه يصوم رمضان الحاضر ثم يقضى الأول ولا فدية عليه لأنه معذور ، وحكاه ابن المنذر عن طاوس والحسن البصرى والنخعى وحماد بن أبى سليمان والأوزاعى ومالك وأحمد واسحاق ، وهو مذهب أبى حنيفة والمزنى

وداود • قال ابن المنذر : وقال ابن عباس وابن عمر وسعيد بن جبير وقتادة : يصوم رمضان الحاضر عن الحاضر ، ويفـــدى عن الغائب ولا قضاء عليه •

فـــرع

فى مذاهبهم فى تفريق قضـــاء رمضان وتتابعه

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه يستحب تتابعه ويجوز تفريقه ، وبه قال على ابن أبى طالب ومعاذ بن جبل وابن عباس وأنس وأبو هريرة والأوزاعى والثورى وأبو حنيفة ومالك وأحمد واسحاق وابو ثور رضى الله عنهم ، وعن ابن عمر وعائشة والحسن البصرى وعروة بن الزبير والنخعى وداود الظاهرى أنه يجب التتابع ، قال داود : هو واجب ليس بشرط ، وحكى صاحب البيان عن الطحاوى أنه قال : التتابع والتفريق سواء ، ولا فضيلة فى التتابع •

(فـــرع) يجوز قضـــاء رمضان عندنا فى جميع السنة غيـــر رمضان الثانى وايام العيد والتشريق ، ولا كراهة فى شىء من ذلك سواء ذو الحجة وغيره ، وحكاه ابن المنذر عن سعيد بن المسيب وأحمد واسحاق وأبى ثور ، وبه قال جمهور العلمـــاء • قال ابن المنذر : وروينا عن على ابن أبى طالب أنه كره قضاءه فى ذى الحجة ، قال : وبه قال الحسن البصرى والزهرى ، قال ابن المنذر : وبالأول أقول لقوله تعالى : « فعدة من أيام أخر »(١)

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولو كان عليه قضـــاء شىء من رمضـــان فلم يصم حتى مات ـ نظـــرت فان أخره لعذر اتصـــل بالموت ـ لم يجب عليه شىء ، لأنه فرض لم يتمكن من فعـــله الى الموت فسقط حكمه كالحج ، وان زال العذر وتمكن فلم يصمه حتى مات أطعم عنه لكل مسكين مد من طعام عن كل يوم ، ومن أصحابنا من قال: فيه قول آخـــر أنه يصـــام عنه لمـــا روت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من مات

---

(١) البقرة : ١٨٤ و ١٨٥ •

وعليه صيام صام عنه وليه » ولأنه عبادة تجب بافسادها الكفارة ، فجاز أن يقضى عنه بعد الموت كالحج ، والمنصوص فى الأم هو الأول وهو الصحيح ، والدليل عليه ما روى ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من مات وعليه صيام فليطعم(١) عنه مكان كل يوم مسكين » ولأنه عبادة لا تدخلها النيابة فى حال الحياة فلا تدخلها النيابة بعد الموت كالصلاة .

(فان قلنا) [انه يصام عنه فصام(٢) عنه] وليه أجزأه ، فان أمر أجنبيا فصام عنه بأجرة او بغير أجرة أجزأه كالحج ، وان قلنا يطعم عنه نظرت فان مات قبل أن يدركه رمضان آخر أطعم عنه عن كل يوم مسكين ، وان مات بعد ما أدركه رمضان آخر ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه مدان مد للصوم ، ومد للتأخير (والثانى) يكفيه مد واحد للتاخير ، لأنه اذا أخرج مدا للتأخير زال التفريط بالمد ، فيصير كما لو أخره بغير تفريط فلا تلزمه كفارة) .

(الشرح) حديث عائشة رواه البخارى ومسلم ، وحديث ابن عمر رواه الترمذى ، وقال : هو غريب ، قال : والصحيح أنه موقوف على ابن عمر من قوله . وقول المصنف : عبادة تجب بافسادها الكفارة احتراز من الصلاة (وقوله) عبادة لا تدخلها النيابة فى حال الحياة ، احتراز من الحج فى حق المعضوب .

(أما حكم المسألة) فقال أصحابنا : من مات وعليه قضاء رمضان أو بعضه فله حالان :

(أحدهما) أن يكون معذورا فى تفويت الأداء ودام عذره الى الموت كمن اتصل مرضه أو سفره أو اغماؤه أو حيضها أو نفاسها أو حملها أو ارضاعها ونحو ذلك بالموت لم يجب شىء على ورثته ، ولا فى تركته لا صيام ولا اطعام ، وهذا لا خلاف فيه عندنا ، ودليله ما ذكره المصنف من القياس على الحج .

---

(١) بضم الياء وفتح العين .
(٢) ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق (ط) .

(الحال الثانى) أن يتمكن من قضائه سواء فاته بعذر أم بغيره ، ولا يقضيه حتى يموت ، ففيه قولان مشهوران (أشهرهما وأصحهما) عند المصنف والجمهور وهو المنصوص فى الجديد أنه يجب فى تركته لكل يوم مد من طعام ، ولا يصح صيام وليه عنه ، قال القاضى أبو الطيب فى المجرد : هذا هو المنصوص للشافعى فى كتبه الجديدة ، وأكثر القديمة (والثانى) وهو القديم وهو الصحيح عند جماعة من محققى أصحابنا وهو المختار ، أنه يجوز لوليه أن يصوم عنه ، ويصح ذلك ويجزئه عن الاطعام وتبرأ به ذمة الميت ، ولكن لا يلزم الولى الصوم ، بل هو الى خيرته ، ودليلهما فى الكتاب ، وسأفرد له فرعا أبسط أدلته فيه ان شاء الله •

قال المصنف والأصحاب : فاذا قلنا بالقديم فأمر الولى أجنبيا فصام عن الميت بأجرة أو بغيرها ، جاز بلا خلاف كالحج ، ولو صام الأجنبى مستقلا به من غير اذن الولى فوجهان مشهوران (أصحهما) لا يجزئه ، قال صاحب البيان : وهذا هو المشهور فى المذهب ، وقد أشار اليه المصنف بقوله : وان أمر أجنبيا ، وأما المراد بالولى الذى يصوم عنه وليه •

وقال صاحب الحاوى : مذهب الشافعى فى القديم والجديد أنه يطعم عنه ، ولا يصام عنه ، قال : وحكى بعض أصحابنا عن القديم أنه يصوم عنه وليه ، لأنه قال فيه : قد روى لك فى ذلك خبر ، فان صح قلت به فجعله قولا ثانيا قال : وأنكر سائر أصحابنا أن يكون صوم الولى عنه مذهبا للشافعى رضى الله عنه ، وتأولوا الأحاديث الواردة « من مات وعليه صوم صام عنه وليه » ان صح على أن المراد الاطعام أى يفعل عنه ما يقوم مقام الصيام وهو الاطعام ، وفرقوا بينه وبين الحج بأن الحج تدخله النيابة فى الحياة ولا تدخل الصوم النيابة فى الحياة بلا خلاف هذا هو المشهور عند الأصحاب •

(القول الثانى) وهو القديم أنه يجوز لوليه أن يصوم عنه ولا يلزمه ذلك ، وعلى هذا القول لو أطعم عنه جاز ، فهو على القديم مخير بين الصيام والاطعام ، هكذا نقله البيهقى وغيره وهو متفق عليه

على القديم وهذا القديم هو الصحيح عند جماعة من محققى أصحابنا الجامعين بين الفقه والحديث ، واستدلوا له بالأحاديث الصحيحة (منها) حديث عائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم « من مات وعليه صيام صام عنه وليه » رواه البخارى ومسلم • وعن ابن عباس قال : « جاء رجل الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله ان أمى ماتت وعليها صوم شهر أفأقضيه عنها ؟ فقال : لو كان على أمك دين أكنت قاضيه عنها ؟ قال : نعم ، قال : فدين الله أحق أن يقضى » رواه البخارى ومسلم ، وعن ابن عباس أيضا قال : « جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ان أمى ماتت وعليها صوم نذر ، أفأصوم عنها ؟ قال : أفرأيت لو كان على أمك دين فقضيتيه أكان يؤدى ذلك عنها ؟ قالت : نعم قال : فصومى عن أمك » رواه مسلم ورواه البخارى أيضا تعليقا بمعناه •

وعن بريدة قال : « بينا أنا جالس عند النبى صلى الله عليه وسلم اذ أتته امرأة فقالت : يا رسول الله انى تصدقت على أمى بجارية ، وانها ماتت فقال : وجب أجرك وردها عليك الميراث قالت : يا رسول الله انه كان عليها صوم شهر أفأصوم عنها ؟ قال : صومى عنها ، قالت : انها لم تحج قط أفأحج عنها ؟ قال : حجى عنها » رواه مسلم • وعن ابن عباس « أن امرأة ركبت البحر فنذرت ان الله نجاها أن تصوم شهرا فنجاها الله سبحانه وتعالى فلم تصم حتى ماتت ، فجاءت بنتها أوأختها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرها أن تصوم عنها » رواه أبو داود وغيره باسناد صحيح رجاله رجال الصحيحين ، وفى المسألة أحاديث غير ما ذكرته ، وروى البيهقى فى السنن الكبير هذه الأحاديث ، وأحاديث كثيرة بمعناها ، ثم قال : فثبت بهذه الأحاديث جواز الصيام ، قال : وكان الشافعى قال فى القديم : قد روى فى الصوم عن الميت شىء فان كان ثابتا صيم عنه كما يحج عنه •

وأما فى الجديد فقال : روى ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه يصوم عنه وليه » قال : وانما لم نأخذ به لأن الزهرى روى عن عبيد الله بن عبد الله عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه

وسلم نذرا ولم يسمه مع حفظ الزهرى وطول مجالسة عبيد الله لابن عباس ، فلما روى غيره عن رجل عن ابن عباس غير ما فى حديث عبيد الله اشبه ان لا يكون محفوظا • قال البيهقى : يعنى به حديث الشافعى عن مالك عن الزهرى عن عبيد الله عن ابن عباس « ان سعد ابن عباده استفتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ان امى ماتت وعليها نذر ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : اقضه عنها » قال البيهقى : وهذا الحديث صحيح رواه البخارى ومسلم من رواية مالك وغيره عن الزهرى ، الا ان فى روايته سعيد بن جبير عن ابن عباس « ان امراه سالت » يعنى عن الصوم عن امها ، وكذلك رواه الحكم بن عتيبه وسلمه بن كهيل عن مجاهد عن ابن عباس ، وفى روايه عن مجاهد عن ابن عباس ، وفى روايه عن مجاهد وعطاء وسعيد بن جبير عن ابن عباس ، ورواه عكرمه عن ابن عباس ، ورواه بريده عن النبى صلى الله عليه وسلم •

وقال البيهقى أيضا فى معرفة السنن والآثار : قد ثبت جواز قضاء الصوم عن الميت برواية سعيد بن جبير ومجاهد وعطاء وعكرمة عن ابن عباس ، وفى رواية اكثرهم « أن امراة سالت » وقد ثبت الصوم عنه من رواية عائشة ورواية بريدة ثم قال البيهقى فى الكتابين : فالأشبه أن تكون قصة السؤال عن الصيام بعينه غير قصة سعد بن عبادة ، التى سال فيها عن نذر مطلق ، كيف وقد ثبت الصوم عنه بحديث عائشة وحديث بريدة •

قال البيهقى : وقد رأيت بعض أصحابنا يضعف حديث ابن عباس بما روى عن يزيد بن زريع عن حجاج الأحول عن أيوب بن موسى عن عطاء عن ابن عباس قال : « لا يصوم أحد عن أحد ويطعم عنه » • وفى رواية عن ابن عباس أنه فى صيام رمضان يطعم عنه ، وفى النذر يصوم عنه وليه قال : ورأيت بعضهم ضعف حديث عائشة بما روى عن عمارة بن عمير عن امرأة عن عائشة فى امرأة ماتت وعليها صوم قالت يطعم عنها ، وروى عن عائشة « لا تصوموا عن موتاكم وأطعموا عنهم » • قال البيهقى : وليس فيما ذكروا ما يوجب ضعف الحديث فى الصيام عنه ، لأن من يجوز الصيام عن الميت يجوز

الأطعام عنه ، قال : وفيما روى عنها فى النهى عن الصوم عن الميت نظـر ، والأحاديث المرفوعة أصح اسنادا وأشهر رجالا ، وقد أودعها صاحبا الصحيحين كتابيهما ، ولو وقف الشافعى على جميع طرقهـا ونظائرها لم يخالفها ان شاء الله تعالى . هذا آخـر كلام البيهقى .

(قلت) الصواب الجـزم بجواز صوم الولى عن الميت سـواء صوم رمضان والنذر وغيـره من الصوم الواجب للاحاديث الصحيحة السابقه ، ولا معارض لها ويتعيـن أن يكون هـذا مذهب الشافعى ، لانه قال : « اذا صح الحديث فهو مذهبى واتركوا قولى المخالف له » وقد صحت فى المسـأله أحاديث كما سبق ، والشافعى انما وقف على حديث ابن عباس من بعض طرقه كما سبق ، ولو وقف على جميع طرقه وعلى حديث بريدة ، وحديث عائشة عن النبى صلى الله عليه وسـلم لم يخالف ذلك كما قال البيهقى فيما قدمناه عنه فى آخـر كلامه ، فكل هذه الأحاديث صحيحة صريحة فيتعين العمل بها لعدم المعارض لها .

وأما حديث ابن عمر فى الأطعام عنه فقـد سبق قول الترمذى فيه أنه لا يصح مرفوعا الى النبى صلى الله عليه وسلم وأن الصحيح أنه موقوف على ابن عمر . وكذا قال البيهقى وغيـره من الحفـاظ : لا يصـح مرفوعا ، وانما هو من كلام ابن عمر ، وانما رفعه محمد ابن عبد الرحمن بن أبى ليلى عن نافع عن ابن عمـر عن النبى صلى الله عليـه وسلم فى الذى يمـوت وعليه رمضـان لم يقضه ، قال : « يطعم عنه لكل يوم نصف صاع بر » قال البيهقى : هـذا خطأ من وجهين (أحدهما) رفعه ، وانما هو موقوف (الثانى) قوله (نصف صاع) فانما قال ابن عمر مدا من حنطة .

(قلت) وقد اتفقـوا على تضعيف محمد[1] بن أبى ليلى ، وأنه لا يحتج بروايته ، وان كان اماما فى الفقـه . وأما ما حكاه البيهقى

---

(١) محمد بن أبى ليلى هو محمد بن عبد الرحمن الكوفى صدوق سىء الحفظ أجاز حديثه أحمد ووثقه أحمد بن يونس وزائدة وأبو يوسف وقال الدارقطنى : ردىء الحفظ كثير الوهم . وقال أبو أحمد الحاكم : عامة أحاديثه مقلوبة . وقال يحيى القطـان : سىء الحفظ جدا . وقال يحيى بن معين : ليس بذاك . وقال النسائى : ليس بالقوى . وقال أحمد : مضطرب الحديث . وقال شعبة : ما رأيت أسوأ من حفظه (ط) .

عن بعض أصحابنا من تضعيف حديث ابن عباس وعائشة بمخالفتهما لروايتهما فغلط من زاعمه ، لأن عمل العالم وفتياه بخلاف حديث رواه لا يوجب ضعف الحديث ولا يمنع الاستدلال به ، وهذه قاعدة معروفة فى كتب المحدثين والأصوليين لاسيما وحديثاهما فى اثبات الصوم عن الميت فى الصحيح والرواية عن عائشة فى فتياها من عند نفسها بمنع الصوم ضعيف لم يحتج بها لو لم يعارضها شىء ، كيف وهى مخالفة للأحاديث الصحيحة • واما تأويل من تأول من أصحابنا « صام عنه وليه » اى اطعم بدل الصيام ، فتأويل باطل يرده باقى الأحاديث •

(فرع) اذا قلنا : لا يصام عن الميت بل يطعم عنه ، فان مات قبل رمضان الثانى أطعم عنه لكل يوم مد من طعام بلا خلاف عندنا ، وان مات بعد مجىء رمضان الثانى فوجهان حكاهما المصنف والأصحاب وهما مشهوران ذكر المصنف دليلهما (احدهما) قاله ابن سريج يطعم لكل يوم مد (وأصحهما) عن كل يوم مدان ، وبه قال جمهور اصحابنا المتقدمين ، واتفق المتأخرون على تصحيحه ، وقد سبقت هذه المسألة واضحة مع نظائرها قبل هذا الفصل بقليل ، وسبق تفريع كثير على القولين •

(فرع) حكم صوم النذر والكفارة وجميع أنواع الصوم الواجب سواء فى جميع ما ذكرناه ، ففى الجديد يطعم عنه لكل يوم مد ، وفى القديم للولى أن يطعم عنه وله أن يصوم عنه كما سبق ، والصحيح هو القديم كما سبق •

(فرع) اذا قلنا انه يجوز صوم الولى عن الميت وصوم الأجنبى باذن الولى فصام عنه ثلاثون انسانا فى يوم واحد هل يجزئه عن صوم جميع رمضان ؟ فهذا مما لم أر لأصحابنا كلاما فيه • وقد ذكر البخارى فى صحيحه عن الحسن البصرى أنه يجزئه ، وهذا هو الظاهر الذى نعتقده •

(فرع) قال أصحابنا وغيرهم : ولا يصام عن أحد فى حياته بلا خلاف ، سواء كان عاجزا أو قادرا •

(فــرع) لو مات وعليه صلاة أو اعتكاف لم يفعلهما عنه وليه ، ولا يسقط عنه بالفدية صلاة ولا اعتكاف • هذا هو المشهور فى المذهب والمعروف من نصوص الشافعى فى الأم وغيره • ونقــل البويطى عن الشافعى أنه قال فى الاعتكاف : يعتكف عنه وليه • وفى رواية يطعم عنه • قال البغوى : ولا يبعد تخــريج هذا فى الصلاة فيطعم عن كل صلاة مد ، فاذا قلنا بالاطعام فى الاعتكاف فالقدر المقابل بالمد هو اعتكاف يوم بليلته • هكذا ذكره امام الحرمين عن نقل شيخه • ثم قال الامام وهو متكل ، فان اعتكاف لحظه عبادة تامة • ونقل صاحب البيــان فى اخــر كتاب الاعتكاف أن الصيدلانى حكى أنه يطعم فى الاعتكاف عنه لكل يوم مسكين ، قال : ولم أجد هذا لغير الصيدلانى •

(فــرع) فى حكم الفدية وبيانها ، سواء الفدية المخرجة عن الميت وعن المرضع والحامل والشيخ الكبير والمريض الذى لا يرجى برؤه ، ومن عصى بتأخير قضــاء رمضــان حتى دخل رمضــان آخر ، ومن أفطــر عمدا وألزمناه الفدية على وجه ضعيف ، وغيرهم ممن تلزمه فدية فى الصــوم وهى مد من طعــام لكل يوم جنسه جنس زكاة الفطــر ، فيعتبر غالب قوت بلده فى أصح الأوجه ، وفى الثانى : قوت نفسه ، وفى الثالث : يتخير بين جميع الأقوات ويجىء فيه الخلاف والتفــريع السابق هناك ، ولا يجــزىء الدقيق ولا السويق ولا الحب المعيب ولا القيمة ، ولا غيــر ذلك مما سبق هناك • ومصرفها الفقــراء أو المساكين ، وكل مد منها منفصل عن غيــره ، فيجــوز صرف أمداد كثيرة عن الشخص الواحد والشهر الواحد الى مسكين واحد أو فقير واحد ، بخلاف أمداد الكفارة فانه يجب صرف كل مد الى مسكين ولا يصرف الى مسكين من كفارة واحدة مدان ، لأن الكفارة شىء واحد وأما الفدية عن أيام رمضــان فكل يوم مستقل بنفسه لا يفسد بفســاد ما قبله ولا ما بعده ، وممن صرح بمعنى هذه الجملة البغــوى والرافعى •

فـــرع

فى مذاهب العلماء فيمن مات وعليه صـــوم فاته بمرض أو سفر أو غيرهما من الأعذار ولم يتمكن من قضائه حتى مات

ذكرنا أن مذهبنا أنه لا شىء عليه ولا يصام عنه ولا يطعم عنه بلا خلاف عندنا • وبه قال أبو حنيفة ومالك والجمهور • قال العبدرى : وهو قول العلماء كافة الا طاوسا وقتادة فقالا : يجب أن يطعـــم عنه لكل يوم مسكين ، لأنه عاجز فأشبه الشيخ الهرم • واحتـــج البيهقى وغيره من أصحابنا لمذهبنا بحديث أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « واذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » رواه البخارى ومسلم واحتجـــوا أيضـــا بالقياس على الحج كما ذكره المصنف ، وفرقوا بينه وبين الشيخ الهرم بأن الشيخ عامر الذمة ومن أهل العبادات بخلاف الميت •

فـــرع

فى مذاهبهم فيمن تمكن من صوم رمضان فلم يصمه حتى مات

قد ذكرنا أن فى مذهبنا قولين (أشهرهما) يطعم عنه لكل يوم مد من طعام (وأصحهما) فى الدليل يصوم عنه وليه ، وممن قال بالصيام عنه طاوس والحسن البصرى والزهرى وقتادة وأبو ثور وداود • وقال ابن عباس وأحمد واسحاق : يصام عنه صوم النذر ، ويطعم عن صوم رمضان • وقال ابن عباس وابن عمر وعائشة ومالك وأبو حنيفة والثورى : يطعم عنه ، ولا يجـــوز الصيام عنه ، لكن حكى ابن المنذر عن ابن عباس والثورى أنه يطعم عن كل يوم مدان •

فـــرع

فى مسائل تتعلق بكتـــاب الصيام

(احداها) يستحب أن يدعو عند رؤية الهلال بما رواه طلحـــة ابن عبيد الله رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان اذا رأى الهلال قال : اللهم أهله علينا باليمن والايمان والسلامة والاسلام ، ربى وربك الله » رواه الترمذى ، وقال حديث حسن ، وعن ابن عمر

قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا رأى الهلال قال : الله أكبر ، اللهم أهله علينا بالأمن والايمان ، والسلامة والاسلام والتوفيق لما تحب وترضى ، ربنا وربك الله » رواه الدارمى فى مسنده ، وروى أبو داود فى كتاب الأدب من سننه عن قتادة قال : « بلغنى أن نبى الله صلى الله عليه وسلم كان اذا رأى الهلال قال : هلال خير ورشد ، هلال خير ورشد ، هلال خير ورشد ، آمنت بالذى خلقك — ثلاث مرات — ثم يقول : الحمد لله الذى ذهب بشهر كذا وجاء بشهر كذا » هكذا رواه عن قتادة مرسلا ، وفى المسألة أذكار أخر ذكرتها فى كتاب الأذكار .

(الثانية) يستحب للصائم أن يدعو فى حال صومه بمهمات الآخرة والدنيا له ولمن يحب وللمسلمين ، لحديث أبى هريرة قال : : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ثلاثة لا ترد دعوتهم : الصائم حتى يفطر ، والامام العادل ، والمظلوم » رواه الترمذى وابن ماجه ، قال الترمذى : حديث حسن ، وهكذا الرواية حتى — بالتاء — المثناة فوق فيقتضى استحباب دعاء الصائم من أول اليوم الى آخره ، لأنه يسمى صائما فى كل ذلك .

(الثالثة) عن أبى بكرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا يقول أحدكم : انى صمت رمضان كله وقمته ، فلا أدرى أكره التزكية أو قال : لابد من نومة أو رقدة » رواه أبو داود والنسائى بأسانيد حسنة أو صحيحة ، وممن ذكره من أصحابنا صاحب البيان .

(الرابعة) قال المصنف فى التنبيه وغيره من أصحابنا : يكره صمت يوم الى الليل للصائم ولغيره من غير حاجة لحديث على رضى الله عنه قال : « حفظت من رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يتم بعد احتلام ولا صمات يوم الى الليل » رواه أبو داود باسناد حسن ، وعن قيس بن أبى حازم قال : « دخل أبو بكر الصديق رضى الله عنه على امرأة من أحمس يقال لها زينب فرآها لا تتكلم ، فقال : ما لها لا تتكلم ؟ فقالوا حجت مصمتة ، فقال لها : تكلمى فان هذا لا يحل ، هذا من عمل الجاهلية فتكلمت » رواه البخارى فى صحيحه .

قوله : امرأة من أحمس هو ــ بالحاء والسين المهملتين ــ وهى قبيلة معروفة والنسبة اليهم أحمسى ، قال الخطابى فى معالم السنن فى تفسير الحديث الأول : كان أهل الجاهلية من نسكهم الصمات ، وكان أحدهم يعتكف اليوم والليلة فيصمت لا ينطق فنهوا ــ يعنى فى الاسلام ــ عن ذلك وأمروا بالذكر والحديث بالخير • هذا كلام الخطابى ، وهذا الذى ذكرناه هو المعروف لأصحابنا ولغيرهم أن الصمت الى الليل مكروه • وقال صاحب التتمة فى هذا الباب : جرت عادة بعض الناس بترك الكلام فى رمضان جملة ، وليس له أصل فى الشرع ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه لم يلازم أحد منهم الصمت فى رمضان ، لكن له أصل فى شرع من قبلنا وهو قصة زكريا عليه السلام « **انى نذرت**(١) **للرحمن صوما فلن أكلم اليوم أنسيا** »(٢) أراد بالصوم الصمت فمن قال من أصحابنا : شرع من قبلنا يلزمنا عند عدم النهى ، جعل ذلك قربة ، ومن قال : شرع من قبلنا لا يلزمنا ، قال : لا يستحب ذلك ، هذا كلام صاحب التتمة ، وهو كلام بناه على أن شرعنا لم يرد فيه نهى ، وقد ورد النهى كما قدمناه فهو الصواب •

(الخامسة) قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله : الجود والافضال يستحب فى كل وقت ، وهو فى رمضان آكد ، ويسن زيادة الاجتهاد فى العبادة فى العشر الأواخر من رمضان ، ودليل المسألتين الأحاديث الصحيحة (منها) حديث ابن عباس رضى الله عنهما قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم أجود الناس بالخير وكان أجود ما يكون فى رمضان ، حين يلقاه جبريل ، وكان جبريل عليه السلام يلقاه فى كل ليلة من رمضان فيدارسه القرآن فلرسول الله صلى الله عليه وسلم حين يلقاه جبريل أجود بالخير من الريح المرسلة » رواه البخارى ومسلم •

قال العلماء : قوله : كالريح المرسلة أى فى الاسراع والعموم •

وعن عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « كان اذا دخل العشر الأواخر أحيا الليل وأيقظ أهله وشد المئزر »

---

(١) هو قول مريم فى قصة كفالة زكريا اياها (ط) •
(٢) مريم : ٢٦ •

رواه البخارى ومسلم ، وفى رواية لمسلم « كان يجتهد فى العشر الأواخر ما لا يجتهده فى غيره » وعن على رضى الله عنه قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يوقظ أهله فى العشر الأواخر ويرفع المئزر » رواه الترمذى • وقال حديث حسن صحيح ، وعن أنس قال : « قيل يا رسول الله أى الصدقة أفضل ؟ قال : صدقة رمضان » رواه البيهقى •

قال أصحابنا : والجود والافضال مستحب فى شهر رمضان ، وفى العشر الأواخر أفضل اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم وبالسلف ، ولأنه شهر شريف فالحسنة فيه أفضل من غيره ، ولأن الناس يشتغلون فيه بصيامهم وزيادة طاعاتهم عن المكاسب فيحتاجون الى المواساة واعانتهم •

(فرع) قال الماوردى : ويستحب للرجل أن يوسع على عياله فى شهر رمضان وأن يحسن الى أرحامه وجيرانه لاسيما فى العشر الأواخر منه •

(السادسة) قال أصحابنا : السنة كثرة تلاوة القرآن فى رمضان ومدارسته ، وهو أن يقرأ على غيره ويقرأ غيره عليه ، للحديث السابق قريبا عن ابن عباس ويسن الاعتكاف فيه وآكده العشر الأواخر منه ، لحديث ابن عمر وعائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « كان يعتكف فى العشر الأواخر من رمضان » رواهما البخارى ومسلم ، وفى الصحيح عن جماعة من الصحابة وغيرهم معناه ، وثبت فى الصحيح « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتكف العشر الأولى والعشر الوسط من رمضان » من رواية أبى سعيد الخدرى •

(السابعة) يستحب صون نفسه فى رمضان عن الشهوات فهو سر الصوم ، ومقصوده الأعظم ، وسبق أنه يحترز عن الغيبة والكلام القبيح والمشاتمة والسفهة وكل ما لا خير فيه من الكلام •

(الثامنة) يستحب تقديم غسل الجنابة من جماع أو احتلام على طلوع الفجر والأحاديث الصحيحة فى تأخيره محمولة على بيان

الجـواز ، والا فالكثيـر من رسول الله صلى الله عليه وسلم تقديمه على الفجر •

(التاسعة) قال الشافعى والأصحاب : يكره للصائم السواك بعد الزوال هذا هو المشهور ، ولا فـرق بين صوم النفـل والفرض ، وقال القاضى حسين : لا يكره فى النفـل ليكون أبعد من الرياء ، وهذا غريب ضعيف ، وللشافعى قول غريب أن السواك لا يكره فى كل صوم لا قبل الزوال ولا بعده ، وقد سبقت المسـألة فى باب السواك مبسوطة ، قال أصحابنا : واذا استاك فلا فرق بين السـواك الرطب واليابس بشرط أن يحترز عن ابتلاع شىء منه أو من رطوبته ، فان ابتلعـه أفطـر • والاستياك قبل الزوال بالرطب واليابس جائز بلا كراهة ، وبه قال ابن عمر وعروة ومجاهد وأيوب وأبو حنيفـة وسفيان الثورى والأوزاعى وأبو ثور وداود ، وكرهه بالرطب جماعة حكاه ابن المنذر عن عمرو بن شرحبيل والشعبى والحكم وقتادة ومالك وأحمـد واسحاق ، وعن أحمـد رواية أخـرى أنه لا يكره ، وقال ابن المنذر : وممن قال بالسواك للصائم قبل الزوال وبعده عمر بن الخطـاب وابن عباس وعائشة وعروة بن الزبير وابن سيرين والنخعى وأبو حنيفة ومالك وكرهه بعد الزوال عطـاء ومجاهد وأحمـد واسحاق وأبو ثور •

(العاشرة) قد سبق أن الحيض والنفاس والجنـون والردة كل واحد منها يبطـل الصـوم ، سواء طال أم كان لحظـة من النهار ، وصوم الصبى المميز صحيح والذى لا يميـز لا يصـح ، وكذا لا يصح صوم السكران ، قال أصحابنا : شرط الصـوم الاسلام والتمييز الا المغمى عليه والنائم كما سبق فيهما ، والنقـاء عن الحيض والنفاس والوقت القابل للصـوم احترازا عن العيد والتشريق •

(الحادية عشرة) عن أم عمارة الأنصارية رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم « دخل عليها فقدمت له طعاما فقال : كلى • فقالت : انى صائمة ، فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم : الصائم تصلى عليه الملائكة اذا أكل عنده حتي يفـرغوا » رواه الامام أحمـد والترمذى ، وقال : حديث حسن •

باب صـــوم التطـــوع
والأيام التى نهى عن الصـــوم فيها

قال المصنف رحمه الله تعالى

(يستحب لمن صام رمضـــان أن يتبعه بست من شوال ، لمـــا روى أبو أيوب رضى الله عنه قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وســـلم : من صام رمضـــان وأتبعه بست من شـــوال فكأنما صام الدهر ») .

(الشرح) حديث أبى أيوب رواه مسلم ولفظه « من صام رمضان ثم أتبعه ستا من شوال كان كصيام الدهـــر » ورواه أبو داود باسناد صحيح بلفظه فى المهذب واسم أبى أيوب خالد بن زيد الأنصـــارى النجارى ـــ بالنون والجيم ـــ شهد بدرا والمشاهد كلها مع رسول الله .

وقوله صلى الله عليه وسلم : « بست من شوال أو ستا من شوال » من غير هاء التأنيث فى آخـــره ، هذه لغة العرب الفصيحة المعـــروفة يقولون : صمنا خمسا وصمنا ستا وصمنا عشر وثلاثا ، وشبه ذلك بحذف الهاء ، وان كان المراد مذكرا وهو الأيام ، فما لم يصرحوا بذكر الأيام يحذفـــون الهاء ، فان ذكروا المذكر أثبتوا الهاء فقالوا : صمنا ستة أيام وعشرة أيام وشبه ذلك ، وهذا مما لا خلاف بينهم فى جوازه ، وممن نقـــله عن العرب من أهل اللغة المشهورين وفضلائهم المتقنين ومعتمديهم المحققين الفـــراء ، ثم ابن السكيت وغيرهما من المتقدمين والمتأخرين .

قال أبو اسحاق الزجاج فى تفسير قول الله تعالى **« أربعة أشهر وعشرا »**(١) اجماع أهل اللغة سرنا خمســـا بين يوم وليلة ، وأنشـــد الجعدى(٢) :

* فطافت ثلاثا بيـــن يوم وليـــلة *

---

(١) البقرة : ٢٣٤ .

(٢) هو عبد الله بن قيس من بنى جعـــدة بن كعب بن ربيعة وكان أبا ليلى من مخضرمى الجاهلية والاسلام ، ويقال أنه أقدم من النابغة الذبيانى ـــ الذبيانى نادم النعمان وهذا ندم أباه ومات بأصبهان وهو ابن مائتين وعشرين سنة . أفاده فى الاستيعاب (ط) .

ومما جاء مثله فى القــرآن العظيم قوله تعالى « **والذين يتوفون منكم ويزرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا** »(١) مذهبنا ومذهب الجمهور أن المراد عشرة أيام بلياليها ولا تنقضى العدة حتى تغرب الشمس من اليوم العاشر وتدخل الليلة الحادية عشرة • ومثله قوله سبحانه وتعالى « **يتخافتــون بينهم ان لبثتم الا عشرا** »(٢) أى عشرة أيام بدليل قوله تعالى « **اذ يقول أمثــلهم طريقة ان لبثتم الا يوما** »(٣) •

قال أهل اللغة فى تعليل هذا الباب : وانما كان كذلك لتغليب الليالى على الأيام وذلك لأن أول الشهر الليــل ، فلما كانت الليــالى هى الأوائل غلبت لأن الأوائل أقــوى ، ومن هذا قول العرب : خرجنا ليالى الفتنة وخفنا ليالى امارة الحجاج ، والمراد الأيام بلياليها ، والله أعلم •

(**أما حكم المسألة**) فقال أصحابنا : يستحب صوم ستة أيام من شوال لهذا الحديث قالوا : ويستحب أن يصومها متتابعة فى أول شوال فان فرقها أو أخرها عن أول شــوال جاز • وكان فاعلا لأصل هذه السنة لعموم الحديث واطلاقه • وهذا لا خلاف فيه عندنا وبه قال أحمــد وداود •

قال مالك وأبو حنيفة : يكره صومها • قال مالك فى الموطأ : « وصوم ستة أيام من شوال لم أر أحــدا من أهل العلم والفقه يصــومها ، ولم يبلغه ذلك عن أحــد من السلف وأن أهل العلم كانوا يكرهــون ذلك ويخافون بدعته ، وأن يلحق برمضــان أهل الجفــاء والجهالة ما ليس منه لو رأوا فى ذلك رخصة عند أهــل العلم ، ورأوهم يعملون ذلك » هذا كلام مالك فى الموطأ • ودليلنا الحديث الصحيح السابق ولا معارض له • وأما قول مالك : « لم أر أحدا يصومها » فليس بحجة فى الكراهة لأن السنة ثبتت فى ذلك بلا معارض ، فكونه لم ير لا يضر • وقولهم : لأنه قد يخفى ذلك فيعتقــد وجوبه ضعيف لأنه لا يخفى ذلك على

---

(١) البقرة : ٢٣٤ •
(٢) طه : ١٠٣ •
(٣) طه : ١٠٤ •

أحد ، ويلزم على قوله : (انه يكره) صوم يوم عرفة وعاشوراء وسائر الصوم المندوب اليه • وهذا لا يقوله أحد •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب لغير الحاج أن يصوم يوم عرفة ، لما روى أبو قتادة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « صوم عاشوراء كفارة سنة ، وصوم يوم عرفة كفارة سنتين ، سنة قبلها ماضية وسنة بعدها مستقبلة » ولا يستحب ذلك للحاج لما روت أم الفضل بنت الحارث أن ناسا اختلفوا عندها فى يوم عرفة فى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال بعضهم : هو صائم وقال بعضهم : ليس بصائم ، فأرسلت اليه بقدح من لبن وهو واقف على بعيره بعرفة فشرب » ولأن الدعاء فى هذا اليوم يعظم ثوابه والصوم يضعفه فكان الفطر أفضل) •

(الشرح) حديث أبى قتادة رواه مسلم بمعناه ، قال : « عن أبى قتادة أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن صوم يوم عرفة فقال : يكفر السنة الماضية والسنة الباقية » وحديث أم الفضل رواه البخارى ومسلم من رواية أم الفضل ، ورويا أيضا مثله من رواية أختها ميمونة أم المؤمنين ، واسم أم الفضل لبابة الكبرى ، وهى أم ابن عباس واخوته ، وكانوا ستة نجباء ، ولها أخت يقال لها لبابة الصغرى وهى أم خالد بن الوليد ، وكن عشر أخوات ، وميمونة بنت الحرث أم المؤمنين احداهن • وذكر ابن سعد وغيره أن أم الفضل أول امرأة أسلمت بعد خديجة رضى الله عنهما •

(أما حكم المسألة) فقال الشافعى والأصحاب : يستحب صوم يوم عرفة لغير من هو بعرفة • وأما الحاج الحاضر فى عرفة فقال الشافعى فى المختصر والأصحاب : يستحب له فطره لحديث أم الفضل • وقال جماعة من أصحابنا : يكره له صومه ، وممن صرح بكراهته الدارمى والبندنيجى والمحاملى فى المجموع والمصنف فى التنبيه وآخرون • ونقل الرافعى كراهته عن كثيرين من الأصحاب ، ولم يذكر الجمهور الكراهة ، بل قالوا : يستحب فطره كما قاله الشافعى • وأما قول

المصنف وامام الحرمين : لا يستحب ذلك للحاج فعبارة ناقصة ، لأنها لا تفيد استحباب فطره كما قاله الشافعي والاصحاب .

واحتج لمن قال بالكراهة بحديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهى عن صوم يوم عرفه بعرفة » رواه أبو داود والنسائي باسناد فيه مجهول . وعن ابي نجيح قال : « سئل ابن عمر عن صوم يوم عرفة قال : حججت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يصمه ، ومع أبي بكر فلم يصمه ، ومع عمر فلم يصمه ، ومع عثمان فلم يصمه ، فأنا لا اصومه ولا امر به ولا انهى عنه » رواه الترمذي وقال : حديث حسن ، وهذان الحديثان لا دلالة فيهما لمن قال بالكراهة لأن الأول ضعيف ، والثاني ليس فيه نهي ، وانما هو خلاف الافضل كما قاله الشافعي والجمهور .

(فرع) ذكرنا أن المستحب للحاج بعرفة الفطر يوم عرفة . هكذا اطلقه الشافعي والجمهور ، وقال المتولي : ان كان الشخص ممن لا يضعف بالصوم عن الدعاء واعمال الحج فالصوم أولى له ، والا فالفطر . وقال الروياني في الحلية : ان كان قويا وفي الشتاء ولا يضعف بالصوم عن الدعاء فالصوم افضل له ، قال : وبه قالت عائشة وعطاء وأبو حنيفه وجماعة من اصحابنا . هذا كلام الروياني . وقال البيهقي في معرفه السنن والاثار : قال الشافعي في القديم : لو علم الرجل أن الصوم بعرفة لا يضعفه فصامه كان حسنا . واختار الخطابي هذا . والمذهب استحباب الفطر مطلقا وبه قال جمهور أصحابنا . وصرحوا بأنه لا فرق .

فرع

في مذاهب العلماء في صوم عرفة بعرفة

ذكرنا أن مذهبنا استحباب فطره ، ورواه ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم ، ونقله الترمذي والماوردي وغيرهما عن أكثر العلماء . ونقله العبدري عن عامة الفقهاء غير ابن الزبير وعائشة ، ونقله ابن المنذر عن مالك والثوري . وحكى ابن المنذر عن ابن الزبير وعثمان بن أبي العاص

الصحابى وعائشة واسحاق بن راهويه استحباب الصوم ، واستحبه عطاء فى الشتاء والفطر فى الصيف • وقال قتادة : لا بأس بالصوم اذا لم يضعف عن الدعاء • وحكى صاحب البيان عن يحيى بن سعيد الانصارى انه قال : يجب الفطر بعرفه • ودليلنا ما سبق •

(فرع) قد ذكرنا أن المستحب للحاج فطر عرفة ليقوى على الدعاء • هذا عند الشافعى والاصحاب ، قال الشافعى فى المختصر : ولان الحاج ضاح مسافر ، والمراد بالضاحى البارز للشمس ، لانه يأتيه من دنو شمسه ينبغى ان لا يصوم معها ، وقد سبق فى باب صلاة الاستسقاء انه يستحب صوم يوم الاستسقاء ، وان كان يوم دعاء ، وسبق هناك الفرق بينهما ، ومختصره ان الوقوف يكون اخر النهار • ووقت تأثير الصوم مع انه مسافر والاستسقاء يكون فى اول النهار قبل ظهور اثر الصيام مع انه مقيم •

(فرع) قال الشافعى والأصحاب : أفضل الدعاء دعاء يوم عرفة كما جاء فى الحديث ، هكذا ذكروه هنا • وسنوضحه فى الوقوف بعرفات •

(فرع) قال البغوى وغيره : يوم عرفة أفضل أيام السنة • وقال السرخسى فى هذا الباب : اختلف فى يوم عرفه ويوم الجمعه أيهما افضل ؟ فقال بعضهم يوم عرفة لأن النبى صلى الله عليه وسلم جعل صيامه كفارة سنتين ولم يرد مثله فى يوم الجمعة وقال بعضهم : يوم الجمعه افضل ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « خير يوم طلعت فيه الشمس يوم الجمعة » هذا كلام السرخسى والمشهور تفضيل يوم عرفة ، وسنعيد المسألة فى فصل الوقوف بعرفات • وفى كتاب الطلاق فى تعليق الطلاق على أفضل الأيام • ومما يدل لترجيح يوم عرفة أنه كفارة سنتين كما سبق ، ولأن الدعاء فيه أفضل أيام السنة ، ولأنه جاء فى صحيح مسلم أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ما من يوم يعتق الله فيه من النار أكثر من يوم عرفة » •

(فرع) قوله صلى الله عليه وسلم فى يوم عرفة : « يكفر السنة الماضية والمستقبلة » قال الماوردى فى الحاوى : فيه تأويلان

(أحدهما) أن الله تعالى يغفـــر له ذنوب سنتين (والثانى) أن الله تعالى يعصمه فى هاتين السنتين فلا يعصى فيهما • وقال السرخسى : أما السنة الأولى فتكفـــر ما جرى فيها ، قال : اختلف العلماء فى معنى تكفير السنة الباقية المستقبلة • فقال بعضهم : معناه اذا ارتكب فيه معصية جعل الله تعالى صوم يوم عرفة المـــاضى كفارة لها ، كما جعله مكفـــرا لمـــا فى السنه المـــاضيه • وقال بعضهم : معناه أن الله تعالى يعصمه فى السنة المستقبلة عن ارتكاب ما يحتاج فيه الى كفارة •

وقال صاحب العدة فى تكفير السنة الأخـــرى يحتمـــل معنييـــن (أحدهما) المراد السنة التى قبل هذه فيكون معنـــاه أنه يكفر سنتين ماضيتين (والثانى) أنه أراد سنة ماضية وسنة مستقبلة • قال : وهذا لا يوجد مثله فى شىء من العبادات أنه يكفـــر الزمان المستقبل وانمـــا ذلك خاص لرسول الله صلى الله عليه وسلم غفـــر الله له ما تقـــدم من ذنبه وما تاخـــر بنص القـــرآن العزيز • وذكر امام الحرمين هـــذين الاحتمالين بحروفهما • قال امام الحرمين : وكل ما يرد فى الأخبـــار من تكفير الذنوب فهو عندى محمـــول على الصغائر دون الموبقـــات • هذا كلامه • وقد ثبت فى الصحيح ما يؤيده ، فمن ذلك حديث عثمان رضى الله عنه قال : « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : ما من امرىء مسلم تحضره صلاة مكتوبة فيحسن وضوءها وخشـــوعها وركوعها الا كانت له كفارة لمـــا قبلها من الذنوب ما لم تؤت كبيـــرة • وذلك الدهر كله » رواه مسلم • وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « الصلوات الخمس والجمعة الى الجمعة كفارة لمـــا بينهن ما لم تغش الكبائر » رواه مسلم • وعنه أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يقول : « الصلوات الخمس والجمعة الى الجمعة ورمضـــان الى رمضـــان مكفـــرات لمـــا بينهن من الذنوب اذا اجتنبت الكبائر » رواه مسلم •

(قلت) وفى معنى هذه الأحاديث تأويلان (أحدهما) يكفر الصغائر بشرط أن لا يكون هناك كبائر ، فان كانت كبائر لم يكفـــر شيئا لا الكبائر ولا الصغائر •

(والثانى) وهو الأصح المختار أنه يكفــر كل الذنوب الصغائر ، وتقــديره يغفــر ذنوبه كلها الا الكبائر • قال القاضى عياض رحمــه الله : هذا المذكور فى الأحاديث من غفــران الصغائر دون الكبائر هو مذهب أهل الســنة ، وأن الكبائر انما تكفــرها التوبة أو رحمة الله تعالى •

فان قيل : قد وقع فى هذا الحديث هذه الألفاظ ووقع فى الصحيح غيرها مما فى معناها ، فاذا كفر الوضوء فماذا تكفره الصلاة ؟ واذا كفــر الصلوات فماذا تكفره الجمعات ورمضان ؟ وكذا صوم يوم عرفة كفارة سنتين ، ويوم عاشوراء كفارة سنة ، واذا وافق تامينه تأمين الملائكة غفر له ما تقدم من ذنبه •

فالجواب ما أجاب به العلماء أن كل واحد من هذه المذكورات صالح للتكفيــر فان وجد ما يكفــره من الصغائر كفره ، وان لم يصادف صغيرة ولا كبيرة كتبت به حسنات ورفعت له به درجات ، وذلك كصلوات الأنبياء والصالحيــن والصبيــان وصيامهم ووضوئهم وغير ذلك من عباداتهم ، وان صادف كبيــرة أو كبائر ولم يصادف صغائر رجونا أن تخفف من الكبائر •

وقد قال أبو بكر فى الأشراف فى آخــر كتاب الاعتكاف فى باب التماس ليلة القــدر فى قوله صلى الله عليه وسلم : « من قام ليلة القدر ايمانا واحتسابا غفــر له ما تقــدم من ذنبه » قال : هذا قول عام يرجى لمن قامها ايمانا واحتسابا أن تغفر له جميع ذنوبه صغيرها وكبيرها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب أن يصوم يوم عاشوراء لحديث أبى قتــادة ، ويستحب أن يصــوم يوم تاسوعاء ، لمــا روى ابن عباس رضى الله عنهمــا قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لئن بقيت الى قابل لأصومن اليوم التاسع ») •

(**الشرح**) حديث أبى قتــادة سبق بيانه ولفظ مسلم فيه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن صيام يوم عاشوراء فقال :

يكفـــر السنة المـــاضية » وأما حديث ابن عباس فرواه مسلم بلفظه ، وفى رواية لمسلم زيادة « قال : فلم يأت العام المقبـــل حتى توفى رسول الله صلى الله عليه وسلم » وعاشوراء وتاسوعاء اسمان ممدودان ، هذا هو المشهور فى كتب اللغه ، وحكى عن أبى عمرو الشيبانى قصرهما •

قال أصحابنا : عاشوراء هو اليوم العاشر من المحـــرم ، وتاسوعاء هو التاسع منه هذا مذهبنـــا ، وبه قال جمهور العلماء ، وقال ابن عباس : عاشوراء هو اليوم التاسع من المحـــرم ، ثبت ذلك عنه فى صحيح مسلم ، وتأوله على أنه مأخـــوذ من اظمـــاء الابل ، فان العـــرب تسمى اليوم الخامس من أيام الورد ربعا ــ بكسر الراء ــ وكذا تسمى باقى الأيام على هذه النسبة فيكون التاسع على هذا عشرا ــ بكسر العين ــ والصحيح ما قاله الجمهور وهو أن عاشوراء هو اليوم العاشر وهو ظاهر الاحاديث ومقتضى اطلاق اللفظ ، وهو المعروف عند أهل اللغة •

(وأما) تقدير أخذه من اظماء الابل فبعيد ، وفى صحيح مسلم عن ابن عباس ما يرد قوله لأنه قال : ان النبى صلى الله عليه وسلم « كان يصوم عاشوراء فذكروا أن اليهود والنصارى تصومه ، فقال صلى الله عليه وسلم : انه فى العام المقبل يصوم التاسع» وهذا تصريح بأن الذى كان يصومه صلى الله عليه وسلم ليس هو التاسع فتعين كونه العاشر ، واتفق أصحابنا وغيرهم على استحباب صوم عاشوراء وتاسوعاء •

وذكر العلماء من أصحابنا وغيرهم فى حكمة استحباب صوم تاسوعاء أوجها (أحدها) أن المـــراد منه مخالفـــة اليهود فى اقتصـــارهم على العاشر ، وهو مروى عن ابن عباس ، وفى حديث رواه الامام أحمد ابن حنبل عن ابن عباس قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : صوموا يوم عاشوراء ، وخالفوا اليهود وصوموا قبله يوما وبعـــده يوما » • (الثانى) أن المراد به وصل يوم عاشوراء بصـــوم ، كما نهى أن يصـــام يوم الجمعـــة وحده ذكرهما الخطـــابى وآخرون • (الثالث) الاحتياط فى صوم العاشر خشية نقص الهلال ، ووقـــوع غلط فيكون التاسع فى العدد هو العاشر فى نفس الأمر •

(فـــرع) اختلف أصحابنا فى صوم يوم عاشوراء هل كان واجبا

فى أول الاسلام ؟ ثم نسخ ؟ أم لم يجب فى وقت أبدا ؟ على وجهين مشهورين لأصحابنا وهما احتمالان ذكرهما الشافعى (أصحهما) وهو ظاهر مذهب الشافعى وعليه أكثر أصحابنا ، وهو ظاهر نص الشافعى ، بل صريح كلامه أنه لم يكن واجبا قط • (الثانى) أنه كان واجبا ، وهو مذهب أبى حنيفة ، وأجمع المسلمون على أنه اليوم ليس بواجب ، وأنه سنة ، فأما دليل من قال : كان واجبا فأحاديث كثيرة صحيحة (منها) أن النبى صلى الله عليه وسلم « بعث رجلا يوم عاشوراء الى قومه يأمرهم فليصوموا هذا اليوم ، ومن طعم منهم فليصم بقية يومه » رواه البخارى ومسلم من رواية سلمة بن الأكوع ، ورويا فى صحيحيهما بمعناه من رواية الربيع — بضم الراء وتشديد الياء — بنت معوذ •

وعن عائشة قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بصيام يوم عاشوراء قبل أن يفرض رمضان ، فلما فرض صيام رمضان كان من شاء صام عاشوراء ومن شاء أفطر » رواه البخارى ومسلم من طرق • وعن ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صام يوم عاشوراء والمسلمون قبل أن يفرض رمضان ، فلما افترض رمضان قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من شاء صام ومن شاء ترك » رواه مسلم •

وعن ابن مسعود فى يوم عاشوراء قال : « انما كان يوما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصومه ، قبل أن ينزل رمضان ، فلما نزل رمضان ترك » رواه مسلم وعن جابر بن سمرة قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا بصيام عاشوراء ويحثنا عليه ويتعاهدنا عنده ، فلما فرض رمضان لم يأمرنا ولم ينهنا ولم يتعاهدنا عنده » رواه مسلم ، وعن أبى موسى الأشعرى وعن ابن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بصيامه » رواهما البخارى ومسلم • قال أصحاب أبى حنيفة والأمر للوجوب : وقوله صلى الله عليه وسلم : « من شاء صام ومن شاء أفطر » دليل على تخييره مع أنه سنة اليوم ، فلو لم يكن قبل ذلك واجبا لم يصح التخيير •

واحتج أصحابنا على أنه لم يكن واجبا بل كان سنة بأحاديث

صحيحة (منها) حديث معاويه بن ابى سفيان « أنه يوم عاشوراء قال وهو على المنبر : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : ان هذا اليوم يوم عاشوراء ، ولم يكتب عليكم صيامه ، فمن شاء فليصم ومن شاء فليفطر » رواه البخارى ومسلم ، قال البيهقى : وقوله « لم يكتب عليكم صيامه » يدل على أنه لم يكن واجبا قط ، لأن لم لنفى الماضى ، وعن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « يوم عاشوراء يوم كان يصومه أهل الجاهلية فمن أحب منكم أن يصومه فليصمه ، ومن كرهه فليدعه » رواه مسلم • وعن عائشة قالت : « كان يوم عاشوراء يوما تصومه قريش فى الجاهلية ، فلما جاء الاسلام قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من شاء صامه ومن شاء تركه » رواه مسلم (وأما) الجواب عن الأحاديث فهو أنها محمولة على تأكد الاستحباب جمعا بين الأحاديث ، وقوله : « فلما فرض رمضان ترك » أى ترك تأكد الاستحباب وكذا قوله : « فمن شاء صام ومن شاء أفطر » •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب صيام أيام البيض وهى ثلاثة من كل شهر ، لما روى أبو هريرة قال : « أوصانى خليلى صلى الله عليه وسلم بصيام ثلاثة أيام من كل شهر ») •

(الشرح) حديث أبى هريرة رواه البخارى ومسلم ، وثبتت أحاديث فى الصحيح بصوم ثلاثة أيام من كل شهر من غير تعيين لوقتها ، وظاهرها أنه متى صامها حصلت الفضيلة ، وثبت فى صحيح مسلم عن معاذة العدوية(1) أنها سألت عائشة « أكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصوم من كل شهر ثلاثة أيام ؟ قالت : نعم ، قالت قلت : من أى أيام الشهر؟قالت : ما كان يبالى من أى أيام الشهر كان يصوم » وجاء فى غير مسلم تخصيص أيام البيض فى أحاديث (منها) حديث أبى ذر رضى الله عنه قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا صمت من الشهر ثلاثا فصم ثلاث عشرة وأربع عشرة وخمس عشرة » رواه الترمذى والنسائى ، قال الترمذى حديث حسن • وعن قتادة ابن ملحان قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمر بصيام

---

(1) أم الصهباء البصرية • قال ابن حجر فى التقريب : ثقة من الثالثة •

أيام البيض ثلاث عشرة وأربع عشرة وخمس عشرة » رواه أبو داود والنسائى وابن ماجه باسناد فيه مجهول(١) وعن جرير بن عبد الله عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « صيام ثلاثة أيام من كل شهر صيام الدهر أيام البيض ثلاث عشرة وأربع عشرة وخمس عشرة » رواه النسائى باسناد حسن •

ووقع فى بعض نسخه « والأيام البيض » ، وفى بعضها « وأيام البيض » بحذف الألف واللام ، وهو اوضح ، وقول المصنف : أيام البيض هكذا هو فى نسخ المهذب ايام البيض باضافة أيام الى البيض ، وهكذا ضبطناه فى التنبيه عن نسخة المصنف وهذا هو الصواب • ووقع فى كثير من كتب الفقه وغيرها ، وفى كثير من نسخ التنبيه او أكثرها الأيام البيض بالألف واللام ، وهذا خطأ عند أهل العربية معدود فى لحن العوام ، لأن الأيام كلها بيض ، وانما صوابه أيام البيض ، أى أيام الليالى البيض •

واتفق أصحابنا على استحباب صوم أيام البيض ، قالوا هم وغيرهم : وهى اليوم الثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر ، هذا هو الصحيح المشهور الذى قطع به الجمهور من أصحابنا وغيره ، وفيه وجه لبعض أصحابنا حكاه الصيمرى والماوردى والبغوى وصاحب البيان وغيرهم أنها الثانى عشر والثالث عشر والرابع عشر ، وهذا شاذ ضعيف يرده الحديث السابق فى تفسيرها ، وقول أهل اللغة أيضا وغيرهم • وأما سبب تسمية هذه الليالى بيضا فقال ابن قتيبة والجمهور : لأنها تبيض بطلوع القمر من أولها الى آخرها ، وقيل غير ذلك •

(فرع) أجمعت الأمة على أن أيام البيض لا يجب صومها الآن ، قال الماوردى : اختلف الناس هل كانت واجبة فى أول الاسلام أم لا ؟

---

(١) فى سنن النسائى : أخبرنا محمد بن منصور عن سفيان عن بيان بن بشر عن موسى بن طلحة عن ابن الحوتكية عن أبى ذر ••• الحديث • قال : ولعل سفيان قال : حدثنا اثنان فسقط الألف فصار بيان • وقد جاء الاسناد مرة أخرى عن النسائى أيضا : محمد بن المثنى حدثنا سفيان قال : حدثنا رجلان محمد وحكيم عن موسى بن طلحة عن ابن الحوتكية (ط) •

فقيل : كانت واجبة فنسخت بشهر رمضـــان ، وقيل : لم تكن واجبة قط ، وما زالت سنة • قال : وهو أشبه بمذهب الشافعى رحمه الله •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب صوم يوم الاثنين والخميس • لمـا روى أسامة بن زيد أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يصـــوم الاثنين والخميس فســئل عن ذلك ، فقال : ان الأعمال تعرض يوم الاثنين والخميس ») •

(الشرح) حديث أسامة رواه أحمد بن حنبل والدارمى وأبو داود والنسائى من رواية أسامة ، لفظ الدارمى كلفظه فى المهذب (وأما) لفظ أبى داود وغيـــره فقال عن أسامة قال : « قلت : يا رسول الله •• انك تصـــوم حتى لا تكاد تفطـــر وتفطـــر حتى لا تكاد أن تصـــوم الا فى يومين ان دخلا فى صيامك والا صمتهما ، قال : أى يومين ؟ قلت : يوم الاثنين والخميس ، قال : ذانك يومان تعرض فيهما الأعمال على رب العالمين ، وأحب أن يعرض عمـــلى وأنا صائم » وقد ثبتت أحـــاديث كثيرة فى صوم الاثنين والخميس •

(منها) حديث أبى قتادة رضى الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن صوم الاثنين قال : ذلك يوم ولدت فيه ، ويوم بعثت أو أنزل على فيه » رواه مسلم • وعن أبى هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « تعرض أعمـــال الناس فى كل جمعة مرتين يوم الاثنين ويوم الخميس ، فيغفـــر لكل عبد مؤمن الا عبدا بينه وبيـــن أخيه شحناء ، فيقال : اتركوا هذين حتى يفيئا » رواه مسلم ، وفى رواية « تفتح أبواب الجنة يوم الاثنين والخميس ، فيغفـــر لكل عبد لا يشرك بالله شيئا الا رجلا كانت بينه وبين أخيه شحناء ، فيقال : انظروا هذين حتى يصطلحا » •

عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « تعرض الأعمال يوم الاثنين والخميس فأحب أن يعرض عملى وأنا صائم » رواه الترمذى وقال حديث حسن • وعن عائشـــة قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يتحرى يوم الاثنين والخميس » رواه الترمذى والنســـائى • قال الترمذى : حديث حسن •

قال أهل اللغة : سمى يوم الاثنين لأنه ثانى الأيام ، قال أبو جعفر النحاس : سبيله أن لا يثنى ولا يجمع بل يقال مضت أيام الاثنين . قال : وقد حكى البصريون اليوم الاثن ، والجمع الثنى . وذكر الفراء أن جمعه الأثانين والأثان ، وفى كتاب سيبويه اليوم الثنى فعلى هذا جمعه الأثناء ، وقال الجوهرى : لا يثنى ولا يجمع لأنه مثنى ، فان أجبت جمعه قلت : أثانين وأما يوم الخميس فسمى بذلك لأنه خامس الأسبوع . قال النحاس : جمعه أخمسة وخمس وخمسان ، كرغيف ورغف ورغفان ، وأخمساء كأنصباء وأخامس ، حكاه الفراء ، والله أعلم .

(**أما حكم المسألة**) فاتفق أصحابنا وغيرهم على استحباب صوم الاثنين والخميس .

(**فرع**) قال أصحابنا : ومن الصوم المستحب صوم الأشهر الحرم ، وهى ذو القعدة وذو الحجة والمحرم ورجب ، وأفضلها المحرم ، قال الرويانى فى البحر : أفضلها رجب ، وهذا غلط لحديث أبى هريرة الذى سنذكره ان شاء الله تعالى « أفضل الصوم بعد رمضان شهر الله المحرم » ومن المسنون صوم شعبان ، ومنه صوم الأيام التسعة من أول ذى الحجة ، وجاءت فى هذا كله أحاديث كثيرة ، منها حديث مجيبة الباهلية عن أبيها أو عمها « أنه أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم انطلق فأتاه بعد سنة وقد تغيرت حالته وهيئه ، فقال : يا رسول الله .. أما تعرفنى ؟ قال : ومن أنت ؟ قال : أنا الباهلى الذى جئتك عام الأول ، قال : فما غيرك وقد كنت حسن الهيئة ؟ قال : ما أكلت طعاما منذ فارقتك الا بليل ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لم عذبت نفسك ؟ ثم قال : صم شهر الصبر ويوما من كل شهر ، قال : زدنى فان بى قوة ، قال : صم يومين قال : زدنى ، قال : صم ثلاثة أيام ، قال : زدنى ، قال : صم من الحرم واترك ، صم من الحرم واترك ، صم من الحرم واترك ، وقال بأصابعه الثلاث ، ثم أرسلها » رواه أبو داود وغيره .

قوله صلى الله عليه وسلم : « صم من الحرم واترك » انما أمره بالترك لأنه كان يشق عليه اكثار الصوم كما ذكره فى أول الحديث .

فأما من لا يشق عليه فصوم جميعها فضيلة • وعن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أفضل الصيام بعد رمضان شهر الله المحرم وأفضل الصلاة بعد الفريضة صلاة الليل » رواه مسلم • وعن عائشة قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصوم حتى نقول : لا يفطر ، ويفطر حتى نقول : لا يصوم • وما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم استكمل صيام شهر قط الا رمضان ، وما رأيته فى شهر أكثر منه صياما فى شعبان » رواه البخارى ومسلم من طرق • وفى رواية لمسلم « كان يصوم شعبان كله ، كان يصوم شعبان الا قليلا » •

قال العلماء : اللفظ الثانى مفسر للأول وبيان لأن مرادها بكله غالبه ، وقيل : كان يصومه كله فى وقت ويصوم بعضه فى سنة أخرى • وقيل : كان يصوم تارة من أوله وتارة من وسطه وتارة من آخره ، ولا يخلى منه شيئا بلا صيام ، لكن فى سنين • وقيل فى تخصيصه شعبان بكثرة الصيام • لأنه ترفع فيه أعمال العباد فى سنتهم • وقيل غير ذلك ، فان قيل فقد سبق فى حديث أبى هريرة أن أفضل الصيام بعد رمضان المحرم ، فكيف أكثر منه فى شعبان دون المحرم •

فالجواب : لعله صلى الله عليه وسلم لم يعلم فضل المحرم الا فى آخر الحياة قبل التمكن من صومه ، أو لعله كانت تعرض فيه أعذار تمنع من اكثار الصوم فيه ؟ كسفر ومرض وغيرهما • قال العلماء : وانما لم يستكمل شهرا غير رمضان لئلا يظن وجوبه •

وعن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ما من أيام العمل الصالح فيها أحب الى الله من هذه الأيام ، يعنى أيام العشر ، قالوا : يا رسول الله ولا الجهاد فى سبيل الله ؟ قال : ولا الجهاد فى سبيل الله الا رجل خرج بنفسه وماله فلم يرجع من ذلك بشىء » رواه البخارى فى صحيحه فى كتاب صلاة العيد • وعن هنيدة بن خالد عن امرأته عن بعض أزواج النبى صلى الله عليه وسلم قالت « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصوم تسع ذى الحجة ويوم عاشوراء ، وثلاثة أيام من كل شهر وأول اثنين من الشهر ، والخميس » رواه

أبو داود ورواه أحمد والنسائى وقالا : وخميسين • وأما حديث عائشة قالت : « ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صائما فى العشر قط » وفى رواية « لم يصم العشر » رواهما مسلم فى صحيحه ، فقال العلماء : هو متأول على أنها لم تره ولا يلزم منه تركه فى نفس الأمر ، لأنه صلى الله عليه وسلم كان يكون عندها فى يوم من تسعة أيام ، والباقى عند باقى أمهات المؤمنين رضى الله عنهن ، أو لعله صلى الله عليه وسلم كان يصوم بعضه فى بعض الأوقات وكله فى بعضها ، ويتركه فى بعضها لعارض سفر أو مرض أو غيرهما ، وبهذا يجمع بين الأحاديث •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يكره صوم الدهر اذا أفطر أيام النهى ولم يترك فيه حقا ، ولم يخف ضررا ، لما روت أم كلثوم مولاة أسماء قالت : « قيل لعائشة تصومين الدهر ؟ وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيام الدهر ؟ قالت : نعم ، وقد سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن صيام الدهر ، ولكن من أفطر يوم النحر ويوم الفطر فلم يصم الدهر » • وسئل عبد الله بن عمر عن صيام الدهر فقال : « أولئك فينا من السابقين ، يعنى من صام الدهر » فان خاف ضررا أو ضيع حقا كره « لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم آخى بين سلمان وبين أبى الدرداء ، فجاء سلمان يزور أبا الدرداء فرأى أم سلمة متبذلة ، فقال ما شأنك ؟ فقالت : ان أخاك ليس له حاجة فى شىء من الدنيا ، فقال سلمان : يا أبا الدرداء •• ان لربك عليك حقا ولأهلك عليك حقا ولجسدك عليك حقا ، فصم وافطر ، وقم ونم واعت أهلك واعط كل ذى حق حقه ، فذكر أبو الدرداء لرسول الله صلى الله عليه وسلم ما قال سلمان ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم مثل ما قال سلمان ») •

(الشرح) حديث أبى الدرداء وسلمان رواه البخارى فى صحيحه ، وينكر على المصنف قوله فيه : روى بصيغة التمريض ، وانما يقال ذلك

فى حديث ضعيف كما سبق بيانه مرات ، وقوله : « فرأى أم[1] سلمة متبذلة » هكذا فى جميع نسخ المهذب أم سلمة وهو غلط صريح ، وصوابه فرأى أم الدرداء ، وهى زوجة أبى الدرداء هكذا هو فى صحيح البخارى وجميع كتب الحديث وغيرها ، واسم أم الدرداء هذه خيرة — وهى صحابية — ولأبى الدرداء زوجة أخرى يقال لها : أم الدرداء وهى تابعية فقيهة فاضلة حكيمة ، اسمها هجيمة وقيل : جهيمة ، وقد أوضحتها فى تهذيب الأسماء • وأما حديث أم كلثوم عن عائشة [2] وأما الأثر المذكور عن ابن عمر فرواه البيهقى ولفظه « كنا نعد أولئك فينا من السابقين » •

(**أما حكم المسألة**) فقال الشافعى والأصحاب فى صوم الدهر نحو قول المصنف • والمراد بصوم الدهر سرد الصوم فى جميع الأيام الا الأيام التى لا يصح صومها ، وهى العيدان وأيام التشريق ، وحاصل حكمه عندنا أنه ان خاف ضررا أو فوت حقا بصيام الدهر كره له ، وان لم يخف ضررا ولم يفوت حقا لم يكره • هذا هو الصحيح الذى نص عليه الشافعى وقطع به المصنف والجمهور ، وأطلق البغوى وطائفة قليلة أن صوم الدهر مكروه ، وأطلق الغزالى فى الوسيط أنه مسنون • وكذا قال الدارمى : من قدر على صوم الدهر من غير مشقة ففعل فهو فضل • وقال الشافعى فى البويطى : لا بأس بسرد الصوم اذا أفطر أيام النهى الخمسة • قال صاحب الشامل بعد أن ذكر النص : وبهذا قال عامة العلماء •

فرع

فى مذهب العلماء فى صيام الدهر اذا أفطر أيام النهى الخمسة ، وهى العيدان والتشريق

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يكره اذا لم يخف منه ضررا ولم يفوت به حقا • قال صاحب الشامل : وبه قال عامة العلماء • وكذا نقله

---

(١) النسخة المطبوعة من المهذب (أم الدرداء) ولعل ذلك من مصحح المطبوعة وعلى مسئوليته وكثيرا ما يفعل ذلك المصححون دون أن يسجلوا الأصل الذى غيروا هيئته حتى يتضح عملهم (ط) •

(٢) كذا بالأصل فحرر ، ولعل السقط (فصحيح) (ط) •

القاضي عياض وغيره عن جماهير العلمـاء • وممن نقلوا عنه ذلك عمـر ابن الخطاب وابنه عبد الله وأبو طلحة وعائشـة وغيرهم من الصحابة رضى الله عنهم • والجمهور من بعدهم • وقال أبو يوسف وغيـره من أصحاب أبى حنيفة : يكره مطلقا •

واحتجـوا بحديث ابن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا صام من صام الأبد ، لا صام من صام الأبد » رواه البخارى ومسلم • وعن أبى قتـادة أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : « يا رسول الله كيف بمن يصوم الدهر كله ؟ قال : لا صام ولا أفطـر ، أو لم يصم ولم يفطـر » واحتج أصحابنا بحديث عائشة أن حمزة بن عمرو الأسلمى رضى الله عنه سأل النبى صلى الله عليـه وسلم فقال : « يا رسول الله انى رجل أسرد الصـوم أفأصوم فى السفر ؟ فقال : صم ان شئت وأفطـر ان شئت » رواه مسلم ، وموضع الدلالة أن النبى صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليـه سرد الصـوم ، لا سيما وقد عرض به فى السفر • وعن أبى موسى الأشعرى عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من صام الدهـر ضيقت عليـه جهنم هكذا ، وعقد تسعين » رواه البيهقى هكذا مرفوعا وموقوفا على أبى موسى • واحتج به البيهقى على أنه لا كراهة فى صوم الدهـر وافتتح الباب به ، فهو عنده المعتمـد فى المسألة ، وأشار غيـره الى الاستدلال به على كراهته ، والصحيح ما ذهب اليه البيهقى ، ومعنى ضيقت عليه ، أى عنه فلم يدخلها ، أو ضيقت عليه ، أى لا يكون له فيها موضع •

وعن أبى مالك الأشعرى الصحابى رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن فى الجنة غرفة يرى ظاهرها من باطنها ، وباطنها من ظاهرها ، أعدها الله لمن ألان الكلام وأطعم الطعـام وتابع الصيام وصلى بالليل والناس نيام » رواه البيهقى بسـناد(١) وعن

---

(١) كذا بالأصل فحرر (ش) قلت : لعل السقط (حسن) والحديث أخرجه غير البيهقى ابن حبان عن أبى مالك الأشعرى أيضا لفظه (ان فى الجنـة غرفا يرى ظاهرها من باطنها وباطنها من ظاهرها أعـدها الله تعالى لمن أطعم الطعام وأفشى الاسلام وصلى بالليـل والناس نيام) وليس فيه (الصيام) وكذلك أخرجه الطبرانى فى الكبير باسناد حسن والحاكم وقال :

ابن عمر أنه سئل عن صيام الدهر فقال : « كنا نعد أولئك فينا من السابقين » رواه البيهقى • وعن عروة أن عائشة « كانت تصوم الدهر فى السفر والحضر » رواه البيهقى باسناد صحيح • وعن أنس قال : « كان أبو طلحة لا يصوم على عهد النبى صلى الله عليه وسلم من أجل الغزو ، فلما قبض النبى صلى الله عليه وسلم لم أره مفطرا الا يوم الفطر أو الأضحى » رواه البخارى فى صحيحه •

وأجابوا عن حديث « لا صام من صام الأبد » بأجوبة (أحدها) جواب عائشة الذى ذكره المصنف • وتابعها عليه خلائق من العلماء أن المراد من صام الدهر حقيقة بأن يصوم معه العيد والتشريق ، وهذا منهى عنه بالاجماع (والثانى) أنه محمول على أن معناه أنه لا يجد من مشقته ما يجد غيره لأنه يألفه ويسهل عليه فيكون خبرا لا دعاء ، ومعناه لا صام صوما يلحقه فيه مشقة كبيرة ، ولا أفطر بل هو صائم له ثواب الصائمين (والثالث) أنه محمول على من تضرر بصوم الدهر أو فوت به حقا ، ويؤيده أنه فى حديث عبد الله بن عمرو بن العاص كان النهى خطابا له ، وقد ثبت عنه فى الصحيح أنه عجز فى آخر عمره وندم على كونه لم يقبل الرخصة ، وكان يقول : ياليتنى قبلت رخصة رسول الله صلى الله عليه وسلم فنهى النبى صلى الله عليه وسلم ابن عمرو بن العاص لعلمه بأنه يضعف عن ذلك ، وأقر حمزة ابن عمرو لعلمه بقدرته على ذلك بلا ضرر •

فـــرع

فى تسمية بعض الأعلام من السلف والخلف ممن صام الدهر غير أيام النهى الخمسة ــ العيدين والتشريق

فمنهم عمر بن الخطاب ، وابنه عبد الله ، وأبو طلحة الأنصارى ، وأبو أمامة وامرأته ، وعائشة رضى الله عنهم • وذكر البيهقى ذلك عنهم بأسانيده ، وحديث أبى طلحة فى صحيح البخارى ، ومنهم

صحيح الاسناد على شرطهما عن عبد الله بن عمرو ولفظه (ان فى الجنة غرفا يرى ظاهرها من باطنها وباطنها من ظاهرها فقال أبو مالك الاشعرى : لمن هى يا رسول الله ؟ قال : هى لمن أطاب الكلام وأطعم الطعام وبات قائما والناس نيام) وليس فيه أيضا صيام (ط) •

سعيد بن المسيب وأبو عمرو بن حماس ـ بكسر الحاء المهملة وآخره سين ـ وسعيد بن ابراهيم بن عبد الرحمن بن عوف التابعى ، سرده أربعين سنة ، والأسود بن يزيد صاحب ابن مسعود ، ومنهم البويطى وشيخنا أبو ابراهيم اسحاق بن أحمد المقدسى الفقيه الامام الزاهد •

(فـرع) قال أصحابنا : لو نذر صوم الدهر صح نذره بلا خلاف ، ولزمه الوفاء به بلا خلاف ، وتكون الأعياد وأيام التشريق وشهر رمضـان وقضاؤه مستثناة فان فاته شيء من صوم رمضان بعـذر ، وزال العذر لزمه قضـاء فائت رمضان ، لأنه آكد من النذر ، وهل يكون نذره متناولا لأيام القضـاء ؟ فيه طريقـان (أحدهما) لا يكون لأن ترك القضـاء معصية فتصير أيام القضـاء كشهر رمضان ، فلا تدخل فى النذر ، فعلى هذا يقضى عن رمضان ولا فدية عليه بسبب النذر ، وبهذا الطريق قطع البغـوى وغيره (والثانى) وهو الأشهر فيه وجهان حكاهما البندنيجى وأبو القاسم الكرخى شيخ صـاحب المهذب ، وحكاهما صاحب الشامل والعدة والبيان وغيرهم (أحدهما) هو كالطريق الأول (والثانى) يتناولها النذر ، لأنه كان يتصور صومها عن نذره فأشبهت غيرها من الأيام بخلاف أيام رمضـان فعلى هـذا اذا قضى رمضـان هل تلزمه الفدية بسبب القضـاء ؟ قال أبو العباس بن سريج : يحتمل وجهين (أحدهما) لا ، كمن أفطـر فى رمضـان بعذر ودام عذره حتى مات (والثانى) يلزمه لأنه كان قادرا على صـومه عن النذر ، فعلى هذا له أن يخـرج الفدية فى حياته لأنه قد أيس من القـدرة على الاتيان به فصار كالشيخ الهرم هكذا ذكر هؤلاء المسـألة فيمن فاته صـوم رمضـان بعذر ، وقال البغوى والرافعى : هذا الحكم جار سواء فاته بعذر أو بغيره •

قال أصحابنا كلهم : وهكذا الحكم اذا نذر صوم الدهر ثم لزمته كفـارة بالصوم فيجب صوم الكفـارة لأنها تجب بالشرع ، وان كانت بسبب من جهته فكانت آكد من النذر الذى يوجبه هو على نفسـه ، فعلى هذا يكون حكم الفدية عن صوم النذر ما سبق ، هكذا صرح به ابن سريج وهؤلاء المذكورون • وقطع البغـوى والرافعى بوجوب الفدية اذا صام عن الكفارة • قال أصحابنا : ولو أفطـر يوما من الدهـر لم

يمكن قضاؤه ، ولا تجب الفدية ان أفطر بعذر والا فتجب ، قالوا : ولو نذرت المرأة صوم الدهر فلزوج منعها ، فان منعها فلا قضاء ولا فدية لأنها معذورة ، وان أذن لها او مات لزمها الصوم فان أفطرت بلا عذر أثمت ولزمتها الفدية •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز للمرأة أن تصوم التطوع وزوجها حاضر الا باذنه لما روى ابو هريرة رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا تصومن المرأة التطوع وبعلها شاهد الا باذنه » ولأن حق الزوج فرض فلا يجوز تركه لنفل) •

(الشرح) حديث أبى هريرة رواه البخارى ومسلم • لفظ البخارى « لا يحل لمرأة ان تصوم وزوجها شاهد الا باذنه » ولفظ مسلم « لا تصوم المرأة وبعلها شاهد الا باذنه » وفى رواية أبى داود « لا تصوم المرأة وبعلها شاهد الا باذنه غير رمضان » اسناد هذه الرواية صحيح على شرط البخارى ومسلم •

(اما حكم المسألة) فقال المصنف والبغوى وصاحب العدة وجمهور أصحابنا : لا يجوز للمرأة صوم تطوع وزوجها حاضر الا باذنه بهذا الحديث • وقال جماعة من اصحابنا : يكره ، والصحيح الأول ، فلو صامت بغير اذن زوجها صح باتفاق أصحابنا ، وان كان الصوم حراما لأن تحريمه لمعنى اخر لا لمعنى يعود الى نفس الصوم ، فهو كالصلاة فى دار مغصوبة ، فاذا صامت بلا اذن قال صاحب البيان : الثواب الى الله تعالى • هذا لفظه ومقتضى المذهب فى نظائرها الجزم بعدم الثواب كما سبق فى الصلاة فى دار مغصوبة •

وأما صومها التطوع فى غيبة الزوج عن بلدها فجائز بلا خلاف لمفهوم الحديث ولزوال معنى النهى (وأما) قضاؤها رمضان وصومها الكفارة والنذر فسيأتى ايضاحه فى كتاب النفقات حيث ذكره المصنف ، والأمة المستباحة لسيدها فى صوم التطوع كالزوجة (وأما) الأمة التى لا تحل لسيدها بأن كانت محرما له كأخته أو كانت مجوسية أو

غيرهما والعبد ، فان تضررا بصوم التطوع بضعف أو غيره أو نقصا ، لم يجز بغير اذن السيد بلا خلاف ، وان لم يتضررا ولم ينقصا جاز ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن دخل فى صوم تطوع أو صلاة تطوع استحب له اتمامها فان خرج منها جاز ، لما روت عائشة قالت : « دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : هل عندك شىء ؟ فقلت : لا . فقال : اذن أصوم ، ثم دخل على يوما آخر فقال : هل عندك شىء ؟ فقلت : نعم ، فقال : اذن أفطر ، وان كنت قد فرضت الصوم ») .

(الشرح) حديث عائشة رواه مسلم بمعناه ، وسنذكر لفظه مع غيره من الاحاديث فى فرع مذاهب العلماء ، ومعنى فرضت الصوم نويته ، قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله تعالى : اذا دخل فى صوم تطوع أو صلاة تطوع استحب له اتمامهما لقوله تعالى : **« ولا تبطلوا اعمالكم »**(١) وللخروج من خلاف العلماء فان خرج منهما بعذر أو بغير عذر لم يحرم عليه ذلك ولا قضاء عليه ، لكن يكره الخروج منهما بلا عذر لقوله تعالى **« ولا تبطلوا أعمالكم »** هذا هو المذهب ، وفيه وجه حكاه الرافعى أنه لا يكره الخروج بلا عذر ، ولكنه خلاف الأولى .

وأما الخروج منه بعذر فلا كراهة فيه بلا خلاف ، ويستحب قضاؤه سواء خرج بعذر أم بغيره لما سنذكره من الأحاديث ، واختلاف العلماء فى وجوب القضاء والأعذار معروفة (منها) أن يشق على ضيفه أو مضيفه صومه فيستحب أن يفطر فيأكل معه لقوله صلى الله عليه وسلم : « وان لزوارك عليك حقا » ولقوله صلى الله عليه وسلم : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه » رواهما البخارى ومسلم .

وأما الحديث المروى عن عائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم : « من نزل على قوم فلا يصومن تطوعا الا باذنهم » فرواه الترمذى ،

---

(١) محمد : ٣٣ .

وقال : حديث منكر ، وأما اذا لم يشق على ضيفه أو مضيفه صومه التطوع فالأفضل بقاؤه وصومه وسنوضح المسألة بأبسط من هذا حيث ذكرها المصنف والأصحاب فى باب الوليمة ان شاء الله تعالى (وأما) اذا دخل فى حج تطوع أو عمرة تطوع فانه يلزمه اتمامهما بلا خلاف ، فان أفسدهما لزمه المضى فى فاسدهما ، ويجب قضاؤهما بلا خلاف .

فرع

فى مذاهب العلماء فى الشروع فى صوم تطوع أو صلاة تطوع

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه يستحب البقاء فيهما ، وأن الخروج منهما بلا عذر ليس بحرام ، ولا يجب قضاؤهما ، وبهذا قال عمر وعلى وابن مسعود وابن عمر وابن عباس وجابر بن عبد الله وسفيان الثورى وأحمد واسحاق ، وقال أبو حنيفة : يلزمه الاتمام ، فان خرج منهما لعذر لزمه القضاء ولا اثم ، وان خرج بغير عذر لزمه القضاء وعليه الاثم .

وقال مالك وأبو ثور : يلزمه الاتمام ، فان خرج بلا عذر لزمه القضاء وان خرج بعذر فلا قضاء ، واختلف أصحاب أبى حنيفة فيمن دخل فى صوم أو صلاة يظنهما عليه ، ثم بان فى أثنائهما أنهما ليسا عليه ، هل يجوز الخروج منهما أم لا واحتج لمن أوجب اتمام صوم التطوع وصلاته بمجرد الشروع فيهما بقوله تعالى : **« ولا تبطلوا أعمالكم »** وبحديث طلحة بن عبيد الله رضى الله عنه أن « رسول الله صلى الله عليه وسلم قال للأعرابى الذى سأله عن الاسلام : خمس صلوات فى اليوم والليلة ، قال : هل على غيرهن ؟ قال : لا الا أن تطوع » الى آخر الحديث رواه البخارى ومسلم ، وسبق بيانه فى أول كتاب الصلاة .

قالوا : وهذا الاستثناء متصل ، فمقتضاه وجوب التطوع بمجرد الشروع فيه قالوا : ولا يصح حملكم على أنه استثناء منقطع ، بمعنى أنه يقدر لكن لك أن تطوع لأن الأصل فى الاستثناء الاتصال

فلا تقبل دعوى الانقطاع فيه بغير دليل ، واحتجوا أيضا بالقياس على حج التطـوع وعمرته ، فانهما يلزمان بالشروع بالاجماع •

واحتج أصحابنا بحديث عائشة قالت : « دخل على النبى صلى الله عليه وسلم ذات يوم فقال : هل عندكم شىء ؟ قلنا : لا ، قال : فانى اذن صائم ، ثم أتانا يوما آخـر فقلنا : يا رسـول الله أهدى لنا حيس فقال : أرنيه ، فلقد أصبحت صائما فأكل » رواه مسلم بهذا اللفظ ، وفى رواية لمسلم « فأكل ثم قال : قد كنت أصبحت صائما » وفى رواية أبى داود واسناده على شرط البخـارى ومسلم قالت عائشـة : « فقلنا : يا رسول الله قد أهدى لنا حيس فحبسناه لك ، فقال : أدنيه فأصـبح صائما وأفطـر » هذا لفظه ، وعن عائشة أيضا قالت : « دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم فقال : أعندك شىء ؟ فقلت : لا ، قال : انى اذن أصوم •قالت : ودخل على يوما آخـر فقال : أعنـدك شىء ؟ قلت : نعم ، قال : اذن أفطـر ، وان كنت قد فرضت الصوم » رواه الدارقطنى والبيهقى بهذا اللفظ وقال : اسناده صحيح •

وعن أبى جحيفة قال : « آخى النبى صلى الله عليه وسلم بيـن سلمان وأبى الدرداء فزار سلمان أبا الدرداء فرأى أم الدرداء متبذلة ، فقال لها : ما شأنك ؟ قالت : أخوك أبو الدرداء ليس له فى الدنيا حاجة ، فجـاء أبو الدرداء فصنع له طعاما فقال : كل فانى صائم قال : ما أنا بآكل حتى تأكل ، فأكل فلما كان الليـل ذهب أبو الدرداء يقـوم قال : نم فنام ثم ذهب يقـوم فقال : نم فنام ثم ذهب يقوم فقال : نم فنام ، فلما كان من آخـر الليـل قال سلمان : قم الآن فصليـا ، فقال له سلمان : ان لربك عليك حقا ولنفسك عليك حقا ، ولأهلك عليك حقا ، فأعط كل ذى حق حقه ، فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : صدق سلمان » رواه البخارى •

وعن أم هانىء قالت : « قال رسول الله صلى الله عليـه وسـلم : الصائم المتطـوع أمير نفسـه ان شاء صام وان شاء أفطـر » وفى روايات « أمين أو أمير نفسه » رواه أبو داود والترمذى والنسائى والدارقطنى والبيهقى وغيـرهم ، وألفـاظ رواياتهم متقـاربة المعنى

وأسـنادها جيد ، ولم يضعفه أبو داود ، وقال الترمذى : فى اسـناده مقال ، وعن ابن مسعود قال : « اذا أصبحت وأنت ناوى الصـوم فأنت بخير النظرين ان شئت صمت وان شئت أفطـرت » رواه البيهقى باسناد صحيح ، وعن جابر أنه « لم يكن يرى(١) بافطار التطوع بأس » رواه الدارقطنى والبيهقى باسناد صحيح ، وعن ابن عباس مثله رواه الشافعى والبيهقى باسناد صحيح •

(وأما) الحديث المروى عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم « الصائم بالخيـار ما بينه وبين نصف النهـار » فليس بصحيح رفعه ، كذا قاله البيهقى وانما هو موقوف على ابن عمـر ، وروى مثله مرفوعـا من رواية أبى ذر وأنس وأبى أمامة رواها كلها البيهقى وضعفها لضعف رواتها ، وكذا الحديث المروى عن أم سـلمة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا بأس أن أفطـر ما لم يكن نذر أو قضـاء رمضـان » رواه الدارقطنى وضعفه • وأما الجواب عن احتجاجهم بحديث طلحـة فهو أن معناه لكن لك أن تطـوع ويكون الاستثناء منقطعا ، وهو ان كان خلاف الأصل لكن يتعيـن تأويله ليجمع بينه وبين الأحاديث التى ذكرناها • وأما القياس على الحج والعمـرة فالفرق أن الحج لا يخـرج منه بالافساد لتأكد الدخول فيه بخلاف الصوم •

(فـرع) قد ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يلزمه قضـاء صوم التطوع اذا خـرج منه سواء أخـرج منه بعذر أم بغيره ، وبه قال أكثـر العلماء كما سبق ، وقال أبو حنيفة ومن وافقـه : يجب القضـاء • واحتج له بحديث الزهرى قال : « بلغنى أن عائشة وحفصة أصبحتـا صائمتين متطوعتين فأهدى لهما طعام فأفطرتا عليه ، فدخل عليهمـا النبى صلى الله عليه وسلم قالت عائشـة : فقالت حفصة : يا رسول الله انى أصبحت أنا وعائشـة صائمتين متطوعتين ، وقد أهدى لنا هدية فأفطرنا عليها • فقال رسول الله صلى الله عليه وسـلم : اقضيا مكانه يوما آخـر » •

قال البيهقى : هذا الحديث رواه الثقات الحفاظ من أصحاب الزهرى

---

(١) بضم الياء وفتح الراء •

عنه هكذا منقطعا بينه وبين عائشة وحفصة مالك(١) بن أنس ويونس بن يزيد ومعمر وابن جريج ويحيى بن سعيد وعبيد الله بن عمر وسفيان ابن عيينة ومحمد بن الوليد الزبيدى وبكر بن وائل وغيرهم • ثم رواه البيهقى باسناده عن جعفر بن برقان ـ بضم الباء الموحدة ـ عن الزهرى عن عروة عن عائشة قالت : « كنت أنا وحفصة صائمتين فعرض لنا طعام فاشتهيناه فأكلنا ، فدخل علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فبدرتنى حفصة وكانت بنت أبيها حقا ، فقصت عليه القصة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اقضيا يوما مكانه » •

قال البيهقى : هكذا رواه جعفر بن برقان وصالح بن أبى الأخضر وسفيان بن حسين عن الزهرى ووهموا فيه على الزهرى ثم روى البيهقى عن ابن جريج عن الزهرى قال : « قلت له : أحدثك عروة عن عائشة انها قالت : اصبحت انا وحفصة صائمتين ؟ فقال : لم اسمع من عروة فى هذا شيئا لكن حدثنى ناس فى خلافة سليمان بن عبد الملك عن بعض من كان يدخل على عائشة انها قالت : أصبحت أنا وحفصة صائمتين فأهدى لنا هدية فأكلناها فدخل علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فبدرتنى حفصة وكانت بنت أبيها فذكرت ذلك له فقال : اقضيا يوما مكانه » • وكذلك رواه عبد الرزاق ومسلم بن خالد عن ابن جريج ثم رواه البيهقى عن سفيان بن عيينة عن صالح بن أبى الأخضر عن الزهرى عن عائشة فذكره وقال فيه : « صوما يوما مكانه » •

قال سفيان : فسألوا الزهرى وأنا شاهد فقالوا : أهو عن عروة ؟ فقال : لا ، ثم رواه البيهقى باسناده عن الحميدى قال : حدثنا سفيان قال : سمعت الزهرى يحدث عن عائشة فذكر هذا الحديث مرسلا ، قال سفيان : فقيل للزهرى : هو عن عروة ؟ قال : لا ، قال سفيان : وكنت سمعت صالح بن أبى الأخضر حدثناه عن الزهرى عن عروة قال الزهرى : ليس هو عن عروة فظننت أن صالحا أتى من قبل العرض ، قال الحميدى : أخبرنى غير واحد عن معمر قال : لو كان من حديث معمر ما نسيته قال البيهقى : فقد شهد ابن جريج وابن عيينة على الزهرى وهماشاهدا عدل بأنه لم يسمعه من عروة ، فكيف يصح وصل من

---

(١) ليس هؤلاء بينه وبين عائشة وحفصة وانما هؤلاء الثقات الحفاظ من أصحابه الذين رووه عنه (ط) •

وصله ؟ قال البيهقى : قال الترمذى : سألت البخارى عن هـذا الحديث فقال : لا يصح حديث الزهرى عن عروة عن عائشة قال : وكذلك قال محمد بن يحيى الذهلى ، واحتج بحكاية ابن جريج وسفيان عن الزهرى وبارسال من ارسل الحديث عن الزهرى من الأئمة •

قال البيهقى : وقد روى عن جرير بن حازم عن يحيى بن سعيد عن عروة عن عائشة ، وجرير بن حازم وان كان ثقه فقد وهم فيه ، وقد خطأه فيه أحمد بن حنبل وعلى بن المدينى ، والمحفوظ عن يحيى ابن سعيد عن الزهرى عن عائشة مرسلا ، ثم روى البيهقى عن أحمد ابن حنبل وعلى بن المدينى ما ذكره عنهما ، ثم رواه باسناده عن زميل ابن عباس مولى عروة عن عروة عن عائشة قال ابن عدى هـذا ضعيف لا تقوم به الحجـة • قال البيهقى : وقد روى من أوجه أخـر عن عائشة لا يصح شىء منها وقد بينتها فى الخلافيات • هذا آخـر كلام البيهقى •

وروى الدارقطنى والبيهقى حديث عائشة السابق من طريق قالا فيه : قالت : « دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت : خبأنا لك حيسـا ، فقال:انى كنت أريد الصـوم ولكن قربيه وأقضى يوما مكانه » قال الدارقطنى والبيهقى : هذه الزيادة « وأقضى يوما مكانه » ليست محفوظة •

واحتج أصحابنا لعـدم وجوب القضـاء بما احتج به البيهقى عن أبى سعيد الخدرى قال : « صنعت لرسول الله صلى الله عليه وسلم طعاما فأتى هو وأصحابه فلما وضع الطعام قال رجل من القـوم : انى صائم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : دعاكم أخوكم وتكلف لكم ، ثم قال له : أفطـروصم يوما مكانه ان شئت » قالوا ولأن الأصل عدم القضاء ولم يصح فى وجوبه شىء •

وأما الحديث السابق عن عائشة وحفصة فجوابه من وجهيـن (أحدهما) أنه ضعيف كما سبق (والثانى) أنه لو ثبت لحمل القضـاء على الاستحباب ، ونحن نقول به ، والله تعالى أعلم • أما الخروج من صلاة الفرض المكتوبة والقضاء والنذر وصيام القضاء والكفارة والنذر

فسبق بيانه فى آخـــر باب مواقيت الصلاة ، وفى أواخـــر كتاب الصيام قبيل هذا الباب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجـــوز صوم يوم الشـــك لمـــا روى عن عمـــار رضى الله عنه أنه قال : « من صام اليوم الذى يشـــك فيه فقد عصى أبا القاسم صلى الله عليه وسلم » فان صام يوم الشـــك عن رمضـــان لم يصح ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « ولا تستقبلوا الشهر استقبالا » ولانه يدخل فى العبادة وهو فى شك من وقتها فلم يصـــح كما لو دخـــل فى الظهر وهو يشـــك فى وقتها ، وان صام فيه عن فرض عليـــه كره وأجزاه ، كما لو صلى فى دار مغصوبة ، وان صام عن تطـــوع نظـــرت ــ فان لم يصله بما قبـــله ولا وافق عادة له ــ لم يصـــح لان الصـــوم قربة فلا يصح بقصـــد معصية ، وان وافق عادة له جاز لمـــا روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا تقدموا(١) الشهر بيوم ولا بيومين الا أن يوافق صوما كان يصومه أحدكم » وان وصله بما قبل النصف جاز ، وان وصـــله بما بعده لم يجـــز ، لمـــا روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا انتصف شعبان فلا صيام حتى يكون رمضـــان ») .

(الشرح) حديث عمار رواه أبو داود والترمذى وقال : هو حديث حسن صحيح . وأما حديث : « لا تستقبلوا الشهر » فصحيح رواه النسائى من رواية ابن عباس باسناد صحيح وسبق بيانه فى أوائل كتاب الصيام فى وجـــوب صوم رمضان برؤية الهلال . وأما حديث أبى هريرة « لا تقدموا الشهر » فرواه البخارى ومسلم وحديثه الآخر « اذا انتصف شعبان فلا صيام » رواه أبو داود والترمذى والنســـائى وابن ماجه وغيرهم . قال الترمذى : هو حديث حسن صحيح ولم يضعفه أبو داود فى سننه بل رواه وسكت عليه . وحكى البيهقى عن أبى داود أنه قال : قال أحمد بن حنبل : هـــذا حديث منكر قال : وكان عبد الرحمن لا يحدث بهـــ يعنى عبد الرحمن بن مهدى ــ وذكر النسائى عن أحمد بن حنبل هـــذا الكلام ، قال أحمد : « والعلاء بن عبد الرحمن

---

(١) بفتح التاء والقاف مع تشديد الدال وفتحها .

ثقة لا ينكر من حديثه الا هذا الحديث » قال النسائى : ولا نعلم أحدا روى هذا الحديث غير العلاء .

(**أما حكم المسألة**) فقال أصحابنا : لا يصح صوم يوم الشك عن رمضان بلا خلاف لما ذكره المصنف ، فان صامه عن قضاء أو نذر أو كفارة أجزأه وفى كراهته وجهان . قال القاضى أبو الطيب : يكره وبه قطع المصنف ، ونقله صاحب الحاوى عن مذهب الشافعى (والثانى) لا يكره ، وبه قطع الدارمى وهو مقتضى كلام المتولى والجمهور واختاره ابن الصباغ وغيره قال ابن الصباغ فى الشامل : قال القاضى أبو الطيب : يكره ويجزئه ، قال : ولم أر ذلك لغيره من أصحابنا ، قال : وهو مخالف للقياس لأنه اذا جاز أن يصوم فيه تطوعا له سبب فالفرض أولى ، كالوقت الذى نهى عن الصلاة فيه ، ولأنه اذا كان عليه قضاء يوم من رمضان ، فقد تعين عليه لأن وقت قضائه قد ضاق .

وأما اذا صامه تطوعا فان كان له سبب بأن كان عادته صوم الدهر أو صوم يوم وفطر يوم أو صوم يوم معين كيوم الاثنين فصادفه جاز صومه بلا خلاف بين أصحابنا . وبهذه المسألة احتج ابن الصباغ فى المسألة السابقة كما سبق . ودليله حديث أبى هريرة الذى ذكره المصنف ، وان لم يكن له سبب فصومه حرام ، وقد ذكر المصنف دليله ، فان خالف وصام أثم بذلك . وفى صحة صومه وجهان مشهوران فى طريقة خراسان (أصحهما) بطلانه ، وبه قطع القاضى أبو الطيب والمصنف وغيرهما من العراقيين (والثانى) يصح ، وبه قطع الدارمى وصححه السرخسى لأنه صالح للصوم فى الجملة بخلاف صوم العيد . قال الخراسانيون : وهذان الوجهان كالوجهين فى صحة الصلاة المنهى عنها فى وقت النهى ، قالوا : ولو نذر صومه ففى صحة نذره وجهان بناء على صحة صومه ان صح صح والا فلا قالوا : فان صححناه فليصم يوما غيره ، فان صامه أجزأه عن نذره .

هذا كله اذا لم يصل يوم الشك بما قبل نصف شعبان ، فأما اذا وصله بما قبله فيجوز بالاتفاق لما ذكره المصنف ، فان وصله بما بعد نصف شعبان لم يجزه لما ذكره المصنف ، أما اذا صام بعد نصف شعبان غير يوم الشك ففيه وجهان (أصحهما) وبه قطع المصنف وغيره

من المحققين لا يجوز للحديث السابق (والثانى) يجوز ولا يكره ، وبه قطع المتولى وأشار المصنف فى التنبيه الى اختيـاره ، وأجاب المتولى عن الحديث السابق « اذا انتصف شعبان فلا صيام حتى يكون رمضان » بجوابين (أحدهما) أن هذا الحديث ليس بثابت عند أهل الحديث (والثانى) أنه محمول على من يخاف الضعف بالصـوم فيؤمر بالفطـر حتى يقوى لصـوم رمضـان ، والصحيح ما قاله المصنف وموافقوه ، والجوابان اللذان ذكرهما المتولى ينازع فيهما •

(فـرع) قال أصحابنا : يوم الشك هو يوم الثلاثين من شعبان اذا وقع فى ألسنة الناس أنه رؤى ولم يقـل عدل : انه رآه أو قاله وقلنا لا تقبل شهادة الواحـد أو قاله عدد من النسـاء أو الصبيان أو العبيد أو الفساق • وهذا الحد لا خلاف فيه عند أصحابنا •

قالوا : فأما اذا لم يتحدث برؤيته أحد فليس بيـوم شك ، سواء كانت السماء مصحية أو أطبق الغيم ، هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور ، وحكى الرافعى وجها عن أبى محمد البافى (١) ــ بالموحدة وبالفاء ــ وان كانت السماء مصحية ، ولم ير الهلال فهو شك • وحكى أيضـا وجها آخـر عن أبى طاهر الزيادى من أصحابنا أن يوم الشك ما تردد بين

---

(١) قال النووى فى التهذيب : تكرر فى الروضة فذكره فى شروط الصوم • من غرائبه قوله فى تفسير يوم الشك ينقل من الروضة • وقال ابن السبكى فى الطبقات الكبرى : نسبة الى باف بالباء والفاء الموحدتين قرية من قرى خوارزم كان من أفقه أهل زمانه مع المعرفة بالنحو والأدب الى آخـر ما وصف • تفقه على أبى على ابن أبى هريرة وأبى اسحاق المروزى أخذ عنه القاضى أبو الطيب والمـاوردى وطوائف ، مات فى المحرم سنة ٣٩٨ وحكى من حضر مجلسه أنه جاء غلام حدث وبيده رقعة دفعها اليه فقـرأ متبسما وأجاب عنها وكان فيها :

عاشـق خاطـر حتى اسـ ... تلب المعشـوق قبلـه
أفتنـا لا زلـت تفتى ... هل يبيـح الشرع قتله

فأجاب :

أيهـا السـائل عمـا ... لا يبيح الشرع فعـله
قبـلة العـاشق للمعـ ... شـوق لا توجب قتلـه • أ هـ (ط)

الجائزين من غير ترجيح فان شهد عبد أو صبى أو امرأة فقد ترجح أحد الجانبين فليس بشك ، ولو كان فى السماء قطع سحاب يمكن رؤية الهلال من خللها ، ويمكن أن يخفى تحتها ولم يتحدث برؤيته فوجهان ، قال الشيخ أبو محمد : هو يوم شك ، وقال غيره : ليس بيوم شك وهو الأصح ، وقال امام الحرمين : ان كان ببلد يستقل أهله بطلب الهلال فليس بشك ، وان كانوا فى سفر ولم تبعد رؤية أهل القرى فيحتمل جعله يوم شك ، هذا كلامه •

فـــرع

فى مذاهب العلمـاء فى صوم يوم الشك

قد ذكرنا أنه لا يصح صومه بنية رمضان عندنا ، وحكاه ابن المنذر عن عمر بن الخطاب وعلى وابن عباس وابن مسعود وابن عمـار(١) وحذيفة وأنس وأبى هريرة وأبى وائل وعكرمة وابن المسيب والشعبى والنخعى وابن جريج والأوزاعى قال : وقال مالك : سمعت أهل العـلم ينهون عنه • هذا كلام ابن المنذر ، وممن قال به أيضـا عثمان بن عفان وداود الظاهرى قال ابن المنذر : وبه أقول ، وقالت عائشة وأختها أسماء : نصومه من رمضـان وكانت عائشة تقول : « لأن أصـوم يوما من شعبان أحب الى من أن أفطـر يوما من رمضـان » وروى هـذا عن على أيضا • قال العبدرى : ولا يصح عنه ، وقال الحسـن وابن سيرين : ان صام الامام صاموا ، وان أفطر أفطـروا ، وقال ابن عمر وأحمـد بن حنبل : ان كانت السماء مصحية لم يجـز صومه ، وان كانت مغيمة وجب صومه عن رمضان •

وعن أحمد روايتان كمذهبنا ومذهب الجمهور ، وعنه رواية ثالثة كمذهب الحسن هذا بيان مذاهبهم فى صوم يوم الشـك عن رمضـان ، فلو صامه تطـوعا بلا عادة ولا وصله فقد ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يجوز ، وبه قال الجمهور ، وحكاه العبدرى عن عثمان وعلى وعبد الله بن مسعود

---

(١) هكذا فى ش و ق ولعل (ابن) هنا زائدة خطـأ من الناسخ أو أن اسما مكنى سقط مع حرف العطف فتكون وابن فلان وعمار لمـا نعلم ان أنه ليس فى فقهاء الصحابة من كنى بأبى عمار(ط) •

وحذيفة وعمار وابن عباس وأبى هريرة وأنس والأوزاعى ومحمد بن مسلمة المالكى وداود ، وقال أبو حنيفة : لا يكره صومه تطوعا ويحرم صومه عن رمضان .

واحتج لمن قال بصومه عن رمضان بقوله صلى الله عليه وسلم : « صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فان غم عليكم فاقدروا له » رواه البخارى ومسلم من رواية ابن عمر ، وزعموا أن معناه ضيقوا عدة شعبان بصوم رمضان ، وبأن عائشة وأسماء وابن عمر كانوا يصومونه ، فروى البيهقى عن عائشة أنها سئلت عن صوم يوم الشك فقالت : « لأن أصوم يوما من شعبان أحب الى من أن أفطر يوما من رمضان » وعن أسماء أنها « كانت تصوم اليوم الذى يشك فيه من رمضان » وعن أبى هريرة « لأن أصوم اليوم الذى يشك فيه من شعبان أحب الى من أن أفطر يوما من رمضان » .

قال البيهقى : ورواية أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم فى النهى عن تقدم الشهر بصوم الا أن يوافق صوما كان يصومه أصح من هذا ، قال البيهقى : وأما قول على رضى الله عنه فى ذلك ، فانما قاله عند شهادة رجل على رؤية الهلال فلا حجة فيه . قال : وأما مذهب ابن عمر فى ذلك فقد روينا عنه أنه قال : « لو صمت السنة كلها لأفطرت اليوم الذى يشك فيه » وفى رواية عن عبد العزيز بن حكيم الحضرمى قال : رأيت ابن عمر يأمر رجلا يفطر فى اليوم الذى يشك فيه » قال : ورواية يزيد بن هرون تدل على أن مذهب عائشة فى ذلك كمذهب ابن عمر فى الصوم اذا غم الشهر دون أن يكون صحوا . قال البيهقى ، ومتابعة السنة الثابتة وما عليه أكثر الصحابة وعوام أهل المدينة أولى بنا وهو منع صوم يوم الشك . هذا كلام البيهقى .

واحتج أصحابنا بحديث ابن عمر قال : « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : اذا رأيتموه فصوموا ، واذا رأيتموه فأفطروا ، فان غم عليكم فاقدروا له » رواه البخارى ومسلم ، وفى رواية لهما عن ابن عمر « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : الشهر تسع وعشرون ليلة ، فلا تصوموا حتى تروه فان غم عليكم فأكملوا العدة ثلاثين » وفى رواية لمسلم « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر رمضان

فضرب بيديه فقال : الشهر هكذا وهكذا ، ثم عقد ابهامه فى الثالثة وقال : صوموا لرؤيته وأفطـروا لرؤيته ، فان غم عليكم فاقدروا ثلاثين » .
وفى رواية لأبى داود باسناد صحيح زيادة قال : « وكان ابن عمر اذا كان شعبان تسعا وعشرين نظر له فان رؤى فذاك ، وان لم ير ولم يحل دون منظـره سحاب ولا قترة أصبح مفطـرا ، فان حال دون منظره سحاب أو قترة أصبح صائما قال : وكان ابن عمر يفطـر مع الناس ولا يأخذ بهذا الحساب » .

وعن أبى هريرة قال : « قال النبى صلى الله عليه وسلم : صوموا لرؤيته وأفطـروا لرؤيته فان غبى عليكم فأكملوا عدة شعبان ثلاثين » رواه البخـارى ، وعنه قال : « قال رسول الله صلى الله عليـه وسلم : اذا رأيتم الهلال فصوموا واذا رأيتموه فأفطـروا فان غم عليـكم فصوموا ثلاثين يوما » رواه مسلم ، وفى رواية له : « فان غم عليكم فأكملوا العدة » وفى رواية « فان غمى عليكم الشهر فعدوا ثلاثين » وفى المسألة أحاديث كثيرة بمعنى ما ذكرناه ، قال أهل اللغـة : يقال قدرت الشيء أقدره وأقدره ـ بضم الدال وكسرها ـ وقدرته وأقدرته بمعنى واحد ، وهو من التقدير قال الخطابى : ومنه قوله تعالى **« فقدرنا فنعم القادرون »**(١) .

واحتج أصحابنا بالرواية السابقة « فأكملوا العدة ثلاثين » وهو تفسير لـ « اقدروا له » ولهذا لم يجتمعا فى رواية ، بل تارة يذكر هـذا ، وتارة يذكر هذا وتؤيده الرواية السـابقة « فاقدروا ثلاثين » .
قال الامام أبو عبد الله المـاوردى : حمل جمهور الفقهـاء قوله صلى الله عليه وسلم « فاقدروا له » على أن المراد اكمال العـدة ثلاثين ، كما فسره فى حديث آخـر ، قالوا : ويوضحه ويقطع كل احتمـال وتأويل فيه رواية البخارى « فأكملوا عدة شعبان ثلاثين يوما » .

وعن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليـه وسـلم قال : « لا يتقدمن أحدكم رمضان بصوم يوم أو يومين الا أن يكون رجل كان يصوم صومه فليصم ذلك اليوم » رواه البخارى ومسلم . وعن أبى البخترى قال : « أهللنا رمضان ونحن بذات عرق فأرسلنا رجلا الى ابن عباس

---

(١) المرسلات : ٢٣ .

يسأله فقال ابن عباس : قال النبى صلى الله عليه وسلم : ان الله قد أمده لرؤيته فان أغمى عليكم فأكملوا العدة » رواه مسلم •

وعن ابن عباس أيضا قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تصوموا قبل رمضان صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته ، فان حالت دونه غمامة فأكملوا شعبان ثلاثين يوما » رواه الترمذى وقال حديث حسن صحيح ، وعنه عن النبى صلى الله عليه وسلم « صوموا لرؤيته ، فان حال بينكم وبينه سحاب فكملوا ثلاثين ولا تستقبلوا الشهر استقبالا » رواه النسائى باسناد صحيح ، وعنه قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تقدموا الشهر بصيام يوم ولا يومين الا أن يكون شىء كان يصومه أحدكم ، لا تصوموا حتى تروه ، ثم صوموا حتى تروه ، فان حالت دونه غمامة فأتموا العدة ثلاثين ثم أفطروا » • وعن أبى هريرة قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أحصوا هلال شعبان لرمضان » رواه الترمذى ، وعن مسلم بن الحجاج صاحب الصحيح عن يحيى بن يحيى عن أبى معاوية باسناده الصحيح قال : لا نعرف مثل هذا الا من حديث أبى معاوية قال : والصحيح رواية أبى هريرة السابقة « لا تقدموا شهر رمضان بيوم ولا يومين » هذا كلام الترمذى ، وهذا الذى قاله ليس بقادح فى الحديث ، لأن أبا معاوية ثقة حافظ ، فزيادته مقبولة •

وعن عائشة قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يتحفظ من شعبان ما لا يتحفظ من غيره ثم يصوم لرؤية رمضان ، فان غم عليه عد ثلاثين يوما ثم صام » رواه الامام أحمد وأبو داود والدارقطنى ، وقال : اسناده صحيح ، وعن حذيفة قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تقدموا الشهر حتى تروا الهلال أو تكملوا العدة ثم صوموا حتى تروا الهلال أو تكملوا العدة » رواه أبو داود والنسائى باسناد على شرط البخارى ومسلم •

وعن عمار قال : « من صام اليوم الذى يشك فقد عصى أبا القاسم صلى الله عليه وسلم » رواه أبو داود والنسائى والترمذى ، وقال : حديث حسن صحيح ، والأحاديث بنحو ما ذكرته كثيرة مشهورة ، والجواب عما احتج به المخالفون سبق بيانه ، والله أعلم •

(فــرع) اعلم أن القاضى أبا يعلى محمد بن الحسين بن محمد ابن الفــراء الحنبلى صنف جزءا فى وجــوب صوم يوم الشك ، وهو يوم الثلاثين من شعبان اذا حال دون مطلع الهلال غيم ، ثم صنف الخطيب الحافظ أبو بكر بن أحمد بن على بن ثابت البغدادى الشافعى جزءا فى الرد على ابن الفــراء والشناعة عليه فى الخطــأ فى المسألة • ونسبته الى مخالفة السنة وما عليه جماهير الأمة ، وقد حصل الجزءان عندى ولله الحمد وأنا أذكر ان شاء الله تعالى مقاصدهما ولا أخل بشىء يحتــاج اليه مما فيهما مضموما الى ما قدمته فى الفــرع قبله ، وبالله التوفيق •

قال القاضى ابن الفــراء : جاء عن الامام أحمد رحمه الله فيمــا اذا حال دون مطلع الهلال غيم ليلة الثلاثين من شعبان ثلاث روايات (احداها) وجوب صيامه عن رمضان رواها عنه الأثرم والمروزى ومهنا وصالح والفضــل بن زياد • قال : وهو قول عمر بن الخطــاب وابن عمر وعمر بن عبد العزيز وعمرو بن العاص وأنس ومعاوية وأبى هريرة وعائشة وأسماء وبكر بن عبد الله المزنى وأبى عثمان وابن أبى مريم وطاوس ومطرف ومجاهد فهؤلاء ثمانية من الصحابة وسبعة من التابعين (والثانية) لا يجب صومه بل يكره ان لم يوافق عادته (والثالثة) ان صام الامام صاموا ، والا أفطــروا ، وبه قال الحسن وابن سيرين ، قال ابن الفــراء : وعلى الرواية الأولى عول شيوخنا أبو القاســم الخرقى وأبو بكر(١) الخلالى وأبو بكر عبد العزيز وغيرهم •

واحتج بحديث ابن عمر السابق « صوموا لرؤيته وأفطــروا لرؤيته فان غم عليكم فاقدروا له » وقد سبق بيانه وأنه من الصحيحين ، وفى رواية لأبى داود زيادة عن ابن عمر « أنه اذا كان دون منظــره سحاب صام » قال : والدلالة فى الحديث من وجهين •

(أحدهما) أن رواية ابن عمــر « وكان يصبح فى الغيم صائما » ولا يفعــل ذلك الا وهو يعتقد أنه معنى الحديث وتفسيره • قال : فان

---

(١) كان فى ش و ق (الخلال) ولكنه ابو بكر بن محمد بن احمد بن على الخلالى بكسر المعجمة ولام مخففة آخره ياء نسبة كان من أصحاب المزنى وضبط اسمه ابن نقطة عن خط مؤتمن فى غير موضع كما أفاده ابن السبكى فى الطبقات الكبرى (ط) •

قيل فقد روى عن ابن عمر أنه قال : « لو صمت السنة لأفطـرت هذا اليوم ـ يعنى يوم الشك ـ » وروى عنه « صوموا مع الجماعة وأفطروا مع الجماعة » قلنا : المراد لأفطـرت يوم الشك الذى فى الصـحو ، وكذا الرواية الأخـرى عنه ، قال : فان قيل : يحتمل أنه كان يصبح ممسكا احتياطا لاحتمـال قيام بينة فى أثناء النهار بأنه من رمضـان فنسمى امساكه صوما (قلنا) الامساك ليس بصـوم شرعى فلا يصح الحمل عليه ، ولأنه لو كان للاحتياط لأمسك فى يوم الصـحو لاحتمال قيام بينة بالرؤية •

(الوجه الثانى) أن معنى « اقدروا له » ضيقوا عدة شـعبان بصوم رمضـان كما قال الله تعـالى **« ومن قدر عليه رزقه »**(١) أى ضيق عليه رزقه ، قال : وانما قلنا : ان التضييق بأن يجعل شعبان تسعة وعشرين يوما أولى من جعـله ثلاثين لأوجه (أحدها) أنه تأويل ابن عمر راوى الحديث (والثانى) أن هذا المعنى متكرر فى القـرآن (والثالث) أن فيه احتياطا للصيام فان قيل : فقد روى مسلم عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « فان غم عليكم فاقدروا له ثلاثين » فيحمل المطلق على المقيد (قلنا) ليس هذا بصريح لأنه يحتمـل رجوعه الى هلال شوال لأنه سبقه بقوله « وأفطـروا لرؤيته فان غم عليكم » يعنى هلال شوال • فنستعمل اللفظين على موضعين ، وانما يحمل المطلق على المقيد اذا لم يكن المقيـد محتملا ، ويدل عليه رواية أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم « صوموا لرؤيته وأفطـروا لرؤيته ، فان غم عليكم فاقدروا له ثلاثين يوما ثم أفطروا » •

ويستنبط من الحديث دليل آخـر وهو أن معناه اقدروا له زمانا يطلع فى مثله الهلال ، وهذا الزمان يصلح وجود الهلال فيه ، ولأن فى المسـألة اجماع الصحابة روى ذلك عن عمـر وابنه وأبى هريرة وعمرو بن العاص ومعاوية وأنس وعائشة وأسماء ، ولم يعرف لهم مخالف فى الصحابة •

وعن سالم بن عبد الله قال : « كان أبى اذا أشكل عليه شـأن الهلال تقدم قبله بصيام يوم • وعن أبى هريرة « لأن أتعجل فى صوم

---

(١) الطلاق : ٧ •

رمضـــان بيوم أحب الى من أن أتأخـــر ، لأنى اذا تعجلت لم يفتنى واذا تأخرت فاتنى » وعن عمرو بن العاص « أنه كان يصـــوم اليوم الذى يشك فيه من رمضـــان » وعن معاوية أنه كان يقول : « ان رمضـــان يوم كذا وكذا ونحن متقـــدمون ، فمن أحب أن يتقـــدم فليتقدم ، ولأن أصوم يوما من شعبان أحب الى من أن أفطـــر يوما من رمضان » وعن عائشة وقد سئلت عن اليوم الذى يشـــك فيه فقالت : « لأن أصوم يوما من شعبان أحب الى من أن أفطـــر يوما من رمضان » قال الراوى : « فسألت ابن عمر وأبا هريرة فقالا : أزواج رســـول الله صلى الله عليه وسلم أعلم بذلك منا » وعن أسماء أنها كانت تصوم اليوم الذى يشـــك فيه من رمضان •

قال : فان قيل : كيف يدعى الاجماع وفى المســـألة خلاف ظاهر للصحابة ؟ فقد روى منع صومه عن عمر وعلى وابن مسعود وعمـــار وحذيفة وابن عباس وأبى سعيد وأنس وعائشة ، ثم ذكر ذلك بأسانيده عنهم من طرق ، وفى الرواية عن على قال : « ان نبيكم صلى الله عليه وسلم كان ينهى عن صيام ستة أيام من الســـنة يوم الشك والنحـــر والفطـــر وأيام التشريق » وعن عمر وعلى « أنهما كانا ينهيان عن صـــوم اليوم الذى يشك فيه من رمضـــان » وعن ابن مسعود « لأن أفطـــر يوما من رمضـــان ثم أقضيه أحب الى من أن أزيد فيه ما ليس منه » وعن ابن عباس « لا تصوموا اليوم الذى يشك فيه لا يسبق فيه الامام » وعن أبى سعيد « اذا رأيت هلال رمضـــان فصـــم واذا لم تره فصم مع جملة الناس وأفطـــر مع جملة الناس » ونهى حذيفة عن صوم يوم الشـــك • فهذا كله يخالف ما رويتموه عن الصحابة من صومه •

(قلنا) يجمع بينهما بأن من نهى عن الصيام أراد اذا كان الشك بلا حائل سحاب ، وكان صيامهم مع وجود الغيم ، ويحتمـــل أنهم نهوا عن صومه تطـــوعا وتقدما على الشـــهر ، ومن صام منهم صام على أنه من رمضان •

قال : (فان قيل) فنحن أيضـــا نتأول ما رويتموه عن الصـــحابة أن من صام منهم صام مع وجود شهادة شاهد واحد، وقد روى ذلك

مسندا عن فاطمة بنت الحسين « أن رجلا شهد عند على رضى الله عنه برؤيه هلال رمضان فصام • واحسبه قال : وامر الناس بالصيام • وقال : لان اصوم يوما من شعبان احب الى من ان افطر يوما من رمضان » (قلنا) لا يصح هذا التاويل لانه اذا شهد واحد خرج عن ان يكون من شعبان ، وصار يوما من رمضان يصومه الناس كلهم ، وفيما سبق عن الصحابه انهم قالوا (لان نصوم يوما من شعبان) وهذا انما يقال فى يوم شك ، ولان ابن عمر كان ينظر الهلال ، فان كان هناك غيم اصبح صائما والا افطر ، وهذا يقتضى العمل باجتهاده لا بشهاده ، ولانه سموه يوم الشك ، ولو كان فى الشهاده لم يكن يوم شك •

قال : (فان قيل) ليس فيما ذكرتم أنهم كانوا يصومونه من رمضان فلعلهم صاموه تطوعا ، وهذا هو الظاهر ، لانهم قالوا « لان نصوم يوما من شعبان » فسموه شعبان ، وشعبان ليس بفرض (قلنا هذا لا يصح لان ابن عمر كان يفرق بين الصحو والغيم ، ولان ظاهر كلامهم انهم قصدوا الاحتياط لاحتمال كونه من رمضان • وهذا المقصود لا يحصل بنية التطوع ، وانما يحصل بنية رمضان • ومن القياس انه يوم يسوغ الاجتهاد فى صومه عن رمضان ، فوجب صيامه كما لو شهد بالهلال واحد ، واحترزنا بيسوغ الاجتهاد عن يوم الصحو • ولهذا يتناول ما أطلقه الصحابة على الصحو لانه روى صريحا عن ابن عمر ، ولانه عبادة بدنية مقصودة فوجبت مع الشك ، كمن نسى صلاه من صلاتين ، واحترزنا ببدنية عن الزكاة والحج وبمقصوده عمن شك هل أحدث أم لا ؟ فلا شىء عليه فى كل ذلك •

قال : واحتج المخالف بحديث أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن صيام ستة أيام ، اليوم الذى يشك فيه من رمضان ، ويوم النحر ، ويوم الفطر ، وأيام التشريق » • وجوابه من وجهين (أحدهما) حمله على من صامه تطوعا أو عن نذر أو قضاء (والثانى) حمله على الشك اذا لم يكن غيم ، قال : واحتج أيضا بحديث حذيفة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا تقدموا الشهر بيوم ولا بيومين حتى تروا الهلال أو تكملوا العدة قبله ، ثم صوموا حتى تروا الهلال أو تكملوا العدة » وجوابه أنه محمول على ما اذا لم يكن غيم •

واحتج بحديث ابن عباس وابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته ، فان حال دونه غمامة فأكملوا العدة ثلاثين » .

(وجوابه) أن معناه أكملوا رمضان ، ودليل هذا التأويل أنه جاء فى حديث أبى هريرة « فان غم عليكم فصوموا ثلاثين » ويعود الضمير فى رؤيته الى هلال شوال لأنه أقرب مذكور ، وفى رواية عن أبى هريرة « فأتموا العدة ثلاثين ثم أفطروا » ومثله من رواية ابن عباس ، وهكذا الجواب عن حديث ابن عمر فى صحيح مسلم « صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته ، فان غم عليكم فاقدروا له ثلاثين » معناه غم هلال شوال .

قال : واحتج بحديث أبى البخترى السابق قال : « أهللنا هلال رمضان فشككنا فيه فبعثنا الى ابن عباس رجلا فقال ابن عباس : عن النبى صلى الله عليه وسلم : ان الله عز وجل أمده لرؤيته ، فان غم عليكم فأكملوا عدة شعبان ثلاثين و فى البخارى عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم : صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته ، فان غم عليكم فأكملوا عدة شعبان ثلاثين » (قلنا) هذا محمول على ما اذا كان الاغمام من الطرفين بأن يغم هلال رمضان فنعد شعبان تسعة وعشرين يوما ثم نصوم ثلاثين ، فيحول دون مطلع هلال شوال غيم ليلة الحادى والثلاثين ، فانا نعد شعبان من الآن ثلاثين ونعد رمضان ثلاثين ونصوم يوما ، فيصير الصوم واحدا وثلاثين ، كما اذا نسى صلاة من يوم فاتته فانه يلزمه صلوات اليوم .

وقد روى عن أنس أنه قال : « هذا اليوم يكمل الى أحد وثلاثين يوما » قال : واحتج بحديث حذيفة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته ، فان غم عليكم فعدوا شعبان ثلاثين ثم صوموا ، فان غم عليكم فعدوا رمضان ثلاثين ثم أفطروا الا أن تروه قبل ذلك » وجوابه ما سبق قبله أنه محمول على ما اذا كان الاغمام فى طرفى رمضان . قال : (فان قيل) هذا التأويل باطل لوجهين (أحدهما) أنه قال : « فعدوا شعبان ثلاثين ثم صوموا »

والصوم انما هو أول الشهر (والثانى) أنه قال بعد ذلك « فان غم عليكم فعدوا رمضان ثلاثين ثم أفطروا » فدل على أن الاغمام فى أوله وفى آخره • والذى فى أوله يقتضى الاعتداد به فى أول رمضان • وعلى هذا التأويل يقتضى أن الاعتداد به فى آخر رمضان •

(قلنا) التأويل صحيح ، لأنا نكمل عدة شعبان فى آخر رمضان ، ونصوم يوما آخر ، فيكون قوله : « ثم صوموا » راجعا الى هذا اليوم •

وأما قوله بعده « فان غم عليكم فعدوا رمضان ثلاثين ثم أفطروا » فمعناه اذا غم فى أوله وغم فى آخره ليلة الثلاثين من رمضان فانا نعد شعبان ثلاثين ثم نصوم يوما وهو الحادى والثلاثين من رمضان ، فنعد رمضان ثلاثين ، ونصوم يوما آخر فقد حصل العددان ، أحدهما بعد الآخر ويتخللهما صوم يوم قال : واحتج بأنه لو علق طلاقا أو عتاقا على رمضان لم يقع يوم الشك ، وكذا لا يحل فيه الدين المؤجل الى رمضان فكذا الصوم •

(وجوابه) انا لا نعرف الرواية عن أصحابنا فى ذلك ، فيحتمل أن لا نسلم ذلك ونقول يقع الطلاق والعتق ويحل الدين ، ويحتمل أن نسلمه وهو أشبه ، ونفرق بين المسألة بوجهين (أحدهما) أنه قد يثبت الصوم بما لا يثبت الطلاق والعتق والحلول ، وهو شهادة عدل واحد (والثانى) أن فى ايقاع الطلاق والعتاق وحلول الدين اسقاط حق ثابت لمعين بالشك ، وهذا لا يجوز بخلاف الصوم فانه ايجاب عبادة مقصودة على البدن فلا يمتنع وجوبها مع الشك كمن نسى صلاة من الخمس ، وكذا الجواب عن قولهم : اذا تيقن الطهارة وشك فى الحدث لا وضوء عليه للأصل ، ولو شك هل طلق ؟ لا طلاق عليه ، لأن الطلاق والبضع حق له ، فلا يسقطان بالشك ، وكذا الجواب عن قولهم : لو تسحر الرجل وهو شاك فى طلوع الفجر صح صومه لأن الأصل بقاء الليل ، ولو وقف بعرفات شاكا فى طلوع الفجر صح وقوفه ، لأن الأصل بقاء الليل ، والفرق أن البناء على الأصل فى هاتين المسألتين لم يسقط العبادة لأن الصوم والوقوف وجدا •

(وأما) فى مسألتنا فالبناء على الأصل يسقط الصوم (وجواب) آخـر ، وهو أن طلوع الفجـر يخفى على كثير من الناس فلو منعناهم السحور مع الشك لحقتهم المشقة لأنه يتكرر ذلك ، وليس كذلك فى الزامهم صوم يوم الشك ، لأنه انما يجب لعارض يعرض فى السماء وهو نادر فلا مشقة فيه ، وكذلك الحج لو منعنـاهم الوقوف مع الشك لفاتهم ، وفيه مشقة عظيمة قال : واحتج بأنه شـك فلا يجب الصـوم كالصحو (وجوابه) أنه يبطـل بآخـر رمضان اذا حال غيم فانه يجب الصـوم ولأنه اذا كان صحـو ولم يروا الهـلال ، فالظاهر عدمه بخلاف الغيم ، فوجب صومه احتياطا .

قال : واحتج بأن كل يوم صامه فى الصحو لا يجب فى الغيم كالثامن والعشرين من شعبان (وجوابه) أن الفرق بين الصحو والغيم ما سبق ، ولأنا تحققنا فى الثامن والعشرين كونه من شعبان بخلاف يوم الثلاثين ، ولهذا لو حال الغيم فى آخـر رمضـان ليلة الثلاثين صمنا ، ولو حال ليلة الحادى والثلاثين لم نصم ، قال : واحتج بأنها عبـادة فلا يجب الدخول فيها حتى يعـلم وقتها كالصلاة (وجوابه) أن هذا باطل فى الأصل والفـرع . أما الأصل فانه يجب الدخول فى الصلاة مع الشك ، وهو اذا نسى صلاة من الخمس (وأما) الفـرع فان الأسير اذا اشتبهت عليه الشـهور صام بالتحرى (وجواب) آخـر وهو أن اعتبار اليقيـن فى الصلاة لا يؤدى الى اسقاط العبـادة ، بخلاف مسـألتنا ، قال : واحتج أنه لا يصح الجزم بالنية مع الشك ، ولا يصح الصوم الا بجزم النية (وجوابه) أنه لا يمتنع التردد فى النية للحاجة كما فى الأسير اذا صام بالاجتهاد ، ومن نسى صلاة من الخمس فصلاهن .

(فان قيل) لو حلف أن الهلال تحت الغيم (قلنا) لا يحنث للشك مع أن الأصل بقـاء النكاح ، وكذا لو حلف أنه لم يطلع ، ولا هو تحت الغيم كما لو طار طائر فحلف أنه غراب ، أو أنه ليس بغراب أو تجهلناه . (فان قيل) لو وطىء فى هذا اليوم (قلنا) تجب الكفارة (فان قيل) هل يصلى التراويح هذه الليـلة (قلنا) اختلف أصحابنا فقال أبو حفص العكبرى : لا يصلى ، وقال غيره : يصـلى وهو ظاهـر كلام أحمـد ، ولأنه من رمضـان (فان قيل) لم لم يحكمـوا بالهلال تحت الغيم فى

سائر الشهور ؟ (قلنا) لا فائدة فيه بخلاف مسألتنا فان فيه احتياطا للصوم ، ولهذا يثبت هلال رمضان بشاهد واحد بخلاف غيره (فان قيل) لو حلف ليدخلن الدار فى أول يوم من رمضان (قلنا) لا يبر فى يمينه حتى يدخلها فى يومين يوم الشك والذى بعده ، كمن نسى صلاة من صلوات يوم وجهلها فحلف ليدخلن الدار بعد أن يصليها فانه لا يبر حتى يدخل بعد جميع صلوات اليوم ، وان كنا نعلم أن الذى فى ذمته واحدة ، هذا آخر كلام القاضى أبى يعلى ابن الفراء رحمه الله تعالى .

قال الخطيب الحافظ أبو بكر البغدادى فى الرد عليه : وقفت على كتاب لبعض من ينتسب الى الفقه من أهل هذا العصر ذكر فيه أن يوم الشك المكمل لعدة شعبان يجب صومه عن أول يوم من رمضان ، قال الخطيب : واحتج فى ذلك بما ظهور اعتلاله يغنى الناظر فيه عن ابطاله ، اذ الحق لا يدفعه باطل الشبهات ، والسنن الثابتة لا يسقطها فاسد التأويلات ، ومع كون هذه المسألة ليس فيها التباس فربما خفى حكمها عن بعض الناس ، من قصر فهمه ، وقل بأحكام الشرع علمه ، وقد أوجب الله على العلماء أن ينصحوا له فيما استحفظهم ، ويبذلوا الجهد فيما قلدهم ، وينهجوا للحق سبل نجاتهم ، ويكشفوا للعوام عن شبهاتهم ، لا سيما فيما يعظم خطره ، ويبين فى الدين ضرره ، ومن أعظم الضرر اثبات قول يخالف مذهب السلف من أئمة المسلمين ، فى حكم الصوم الذى هو أحد أركان الدين ، وأنا بمشيئة الله تعالى أذكر من السنن المأثورة ، وأورد فى ذلك من صحيح الأحاديث المشهورة ، عن رسول رب العالمين ، وصحابته الأخيار المرضيين ، صلوات الله وسلامه عليه وعليهم أجمعين ، وعن خالفيهم من التابعين ، ما يوضح منار الحق ودليله ، ويرد من تنكب سبيله ، ويبطل شبهة قول المخالف وتأويله .

ثم روى الخطيب باسناده حديث أبى هريرة السابق فى الصحيح عن النبى صلى الله عليه وسلم « لا تقدموا صوم رمضان بيوم ولا يومين ، الا أن يكون صوما يصومه رجل فليصم ذلك الصوم » ثم ذكر حديث أبى هريرة السابق فى الصحيحين عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه نهى عن صوم ستة أيام ، اليوم الذى يشك فيه ويوم

الفطر والنحر ، وأيام التشريق » . ثم ذكر الأحاديث الصحيحة السابقة « لا تصوموا حتى تروا الهلال » وحديث حذيفة الصحيح السابق عن النبى صلى الله عليه وسلم : « لا تقدموا الشهر حتى تروا الهلال ، أو تكملوا العدة اذا غم الهلال ، ثم صوموا حتى تروا الهلال أو تكملوا العدة » وحديث ابن عباس السابق فى صحيح مسلم أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ان الله أمده للرؤية » وحديث « أحصوا عدة شعبان لرمضان »وسبق بيانه .

ثم قال : باب الأمر باكمال العدة اذا غم الهلال ، قال : روى ذلك عن النبى صلى الله عليه وسلم عن عمر بن الخطاب وابنه عبد الله وعبد الله بن عباس وجابر بن عبد الله والبراء بن عازب وأبى بكرة وطلق بن على ورافع بن خديج وغيرهم من الصحابة ، ثم ذكر رواياتهم بأسانيده من طرق وألفاظها كما سبق فى الفرع الأول ، وفى جميع رواياته « صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فان غم عليكم فعدوا ثلاثين » . ثم قال الخطيب : أجمع علماء السلف على أن صوم يوم الشك ليس بواجب ، وهو اذا كانت السماء متغيمة فى آخر اليوم التاسع والعشرين من شعبان ، ولم يشهد عدل برؤية الهلال ، فيوم الثلاثين يوم الشك ، فكره جمهور العلماء صيامه الا أن يكون له عادة بصوم فيصومه عن عادته ، أو كان يسرد الصوم فيأتى ذلك فى صيامه فيصومه .

قال : فممن منع صوم يوم الشك عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب وابن مسعود وعمار بن ياسر وحذيفة بن اليمان وابن عمر وابن عباس وأنس وأبو سعيد الخدرى وأبو هريرة وعائشة ، وتابعهم من التابعين سعيد بن المسيب والقاسم بن محمد وأبو وائل وعبد الله بن عكيم الجهنى وعكرمة والشعبى والحسن وابن سيرين والمسيب بن رافع وعمر بن عبد العزيز ومسلم بن يسار وأبو السوار العدوى وقتادة والضحاك بن قيس وابراهيم النخعى ، وتابعهم من الخالفين والفقهاء المجتهدين ابن جريج والأوزاعى والليث والشافعى واسحاق بن راهويه .

وقال مالك وأبو حنيفة : لا يجوز عن رمضان ويجوز تطوعا .
(وأما) أحمد بن حنبل فروى عنه كمذهب الجماعة أنه لا يجب صومه ، ولا يستحب ، وروى عنه متابعة الامام فى صومه وفطره ، وروى عنه أنه ان كان غيم صامه والا أفطره . قال الخطيب : وزعم المخالف أن الرواية التى عليها التعويل عنده عن أحمد وجوب صوم يوم الشك عن أول يوم من رمضان ، وأراه عول على قول العامة : خالف تعرف ، واحتج لقوله بما سنذكره ان شاء الله تعالى ، فمن ذلك حديث ابن عمر السابق « صوموا لرؤيته ، وأفطروا لرؤيته فان غم عليكم فاقدروا له » قال الخطيب : قال المخالف : ودلالته من وجهين فذكر الوجهين السابقين فى كلام ابن الفراء ومختصرهما أن ابن عمر كان يصوم يوم ليلة الغيم ، وهو الراوى ، فاعتماده أولى (والثانى) أن معنى « اقدروا له » ضيقوا شعبان بصوم رمضان .

قال الخطيب : أما حديث ابن عمر فاختلفت الروايات عنه اختلافا يؤول الى أن يكون حجة لنا ، فان بعض الرواة قال فى حديثه عنه : « فان غم عليكم فعدوا ثلاثين يوما » ثم روى عنه « فأكملوا العدة ثلاثين » وفى رواية عنه « فان غم عليكم فاقدروا له ثلاثين » ثم ذكر الخطيب بأسانيده من طرق جميع هذه الألفاظ ، وقد سبق بيانها وأنها صحيحة ، ثم قال الخطيب : لقد ثبت برواية ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم ما فسر المجمل ، وأوضح المشكل وأبطل شبهة المخالف ، وكشف عوار تأويله الفاسد ، لأن قوله صلى الله عليه وسلم « فاقدروا له » مجمل فسره برواية « فعدوا له ثلاثين يوما » و« فأكملوا العدة له ثلاثين » و « فاقدروا له ثلاثين » مع موافقة أبى هريرة ابن عمر على روايته مثل هذه الألفاظ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ذكر الخطيب رواية أبى هريرة من طريقين فى بعضها « صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته ، فان غم عليكم فاقدروا له ثلاثين » وفى الثانية « فان غم عليكم فاقدروا له » .

قال الخطيب : وأما تعلق المخالف بما روى عن ابن عمر أنه كان يصوم اذا غم الهلال ، فقد روى أنه كان يفعل ويفتى بخلاف ذلك ، وفتياه أصح من فعله يعنى لتطرق التأويل الى فعله ، ثم روى الخطيب

باسناده عن عبد العزيز بن حكيم قال : « سألوا ابن عمر فقالوا : نسبق قبل رمضـــان حتى لا يفوتنا منه شيء ، فقال ابن عمر: أف أف صوموا مع الجماعة ، وأفطـروا مع الجماعة » اسناده صحيح الا عبد العزيز بن حكيم ، فقال يحيى بن معين : هو ثقة ، وقال أبو حاتم : ليس بقوى يكتب حديثه ، وعن ابن عمـــر قال : « لا أتقدم قبل الامام ولا أصله بصيام » .

وعن عبد العزيز بن حكيم(١) قال : « ذكر عند ابن عمـــر يوم الشك فقال : لو صمت السنة كلها لأفطـرته » قال الخطيب : وهذا هو الأشبه بابن عمر لأنه لا يجـوز الظن به أنه خالف النبى صلى الله عليه وسلم وترك قوله الذى رواه هو وغيره من العمـل بالرؤية أو اكمال العدة فيجب أن يحمـل ما روى عن ابن عمـر من صوم يوم الشك على أنه كان يصبح ممسكا حتى يتبين بعد ارتفـاع النهار هل تقـوم بينة بالرؤية فظن الراوى أنه كان صائما ، ويدل عليه أنه كان لا يحتسب به ولا يفطـر الا مع الناس ، ويدل عليه أيضـا قوله : « لا أتقـدم قبل الامام » وقوله : « لو صمت السنة لأفطرته » يعنى يوم الشك . قال الخطيب: وهذا تصريح منه بأنه كان لا يعتقد الصيام فى ذلك . وانما كان ممسكا .

(فان قيل) فما الفائدة فى امساكه بلا نية للصـوم لأنه لو ثبت كونه من رمضـان لم يجزه (قلنا) فائدته تعظيم حرمة رمضـان ، وكيف يظن بابن عمـر مخالفة السنة ، وهو المجتهد فى اقتفـاء آثار رسول الله صلى الله عليه وسلم والاقتـداء بأفعاله وطريقة ابن عمـر فى ذلك مشهورة محفوظة قال الخطيب : وقد تأول المخالف قول ابن عمر « لو صمت السنة لأفطـرت يوم الشك » على أن معنـاه لم أصمه

---

(١) عبد العزيز بن حكيم الحضرمى أغفله ابن حجر فى التقريب كما أغفله الخزرجى فى التذهيب مع توثيق أبى داود له بيد أن الذهبى أورده ومعه حديثه الذى تفـرد به : « صليت على ميت خلف زيد بن أرقم فكبر خمسا » سمعه منه معتمر وقال فيه : لا يعرف . وذكره ابن حجـر فى اللسان وأورد ما فى الميزان وزاد توثيق أبى داود له وتضعيف العقيلى وترك جرير بن أبى حازم له ، والله أعلم . (ط) .

تطوعا ، وان تطوعت بجميع السنة قال : ويحتمل أن يكون يوم الشك فى الصحو ، قال : وهكذا قوله « صوموا مع الجماعة » المراد مع الصحو .

قال الخطيب : وهذا تأويل باطل ، لأن المفهوم من هذا الكلام فى اللغة والعرف أنه لا يصومه بحال ، وكذا المعروف عندهم من يوم الشك انما هو مع وجود السحاب لا مع الصحو ، مع أن ما تأوله على ابن عمر لو لم يكن له وجه الا ما قاله لم يكن فيه حجة لثبوت السنن الراتبة الصريحة ، بالأسانيد الصحيحة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم خلاف ما ادعى المخالف ولا يجوز تركها لفعل ابن عمر ولا غيره . ثم روى باسناده عن ابن عباس قال : « ليس أحد من الناس الا يؤخذ من قوله ويترك غير النبى صلى الله عليه وسلم قال الخطيب : وقد جعل المخالف العلة فى تفسير الحديث المجمل الذى رواه ابن عمر مجرد فعله مع احتماله غير ما ذهب اليه ، وكان يلزمه ترك رأيه والأخذ بحديث ابن عباس ، ثم ذكره باسناده عن ابن عباس قال : « تمارى الناس فى رؤية هلال رمضان فقال بعضهم اليوم . وقال بعضهم غدا ، فجاء أعرابى الى النبى صلى الله عليه وسلم فذكر أنه رآه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله ؟ قال : نعم ، فأمر النبى صلى الله عليه وسلم بلالا فنادى فى الناس : صوموا ، ثم قال : صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته ، فان غم عليكم فعدوا ثلاثين يوما ثم صوموا ، ولا تصوموا قبله يوما » .

قال الخطيب : وهذا الحديث أولى أن يأخذ به المخالف من حديث ابن عمر ، لما فيه من البيان الشافى باللفظ الواضح الذى لا يحتمل التأويل ، ولأن ابن عباس ساق السبب الذى خرج الكلام عليه ، قال الخطيب : والمراد فى رؤية الهلال انما يقع اذا كان فى السماء غيم ، فلو كان الحكم ما ادعاه المخالف لأمر النبى صلى الله عليه وسلم الناس بالصوم من غير شهادة الأعرابى على الرؤية .

قال الخطيب : وقد روى عن عبد الله بن جراد العقيلى عن النبى صلى الله عليه وسلم حديثا فيه كفاية عما سواه فذكره باسناده عنه ، ثم قال : « أصبحنا يوم الاثنين صياما وكان الشهر قد أغمى علينا ،

فأتينا النبى صلى الله عليه وسلم فأصبناه مفطـرا فقلنا : يانبى الله صمنا اليوم ، فقال : أفطـروا الا أن يكون رجل يصـوم هذا اليوم فليتم صومه ، لأن أفطـر يوما من رمضـان متمـاريا فيه أحب الى من أن أصوم يوما من شعبان ليس منه » يعنى ليس من رمضـان • قال الخطيب : وأما ما ذكره المخالف أنه حجة له من جهة الاستنباط • وقوله ان معنى « اقدروا له » ضيقوا شعبان لصـوم رمضان فهو خطأ واضح لأن معناه اقدروا شعبان ثلاثين يوما ثم صوموا فى الحادى والثلاثين ، وقدرت الشيء وقدرته ـ بتخفيف الدال وتشديدها ـ بمعنى واحد باجماع أهل اللغة • ومنه قوله تعالى **« فقدرنا فنعم القادرون »**(١)

ثم روى الخطيب باسناده عن يحيى بن زكريا الفـراء الامام المشهور قال فى قوله تعـالى **« فقدرنا فنعم القادرون »** ذكر عن على وأبى عبد الرحمن السلمى أنهما شددا وخففها الأعمش وعاصم • قال الفـراء : ولا يبعد أن يكون معناهما واحدا ، لأن العرب قد تقول : قدر عليه الموت ، وقدر عليه الموت ، وقدر عليه رزقه ، وقدر عليه رزقه • بالتخفيف والتشـديد • ثم روى الخـطيب عن ابن قتيبة التشـديد والتخفيف ، ثم عن ابن عباس ومقاتل بن سليمان ، وكان أوحـد وقته فى التفسير • ثم الفـراء ثم ثعلب أنهم قالوا فى تفسير قوله تعالى **« فظن أن لن نقدر عليه »**(٢) معناه أن لن نقـدر عليه عقـوبة • قال : وكذلك قاله غيره من النحاة • فهذا قول أئمة اللغة على أن فى الحديث ما لا يحتـاج معه الى غيره فى وضـوح الحجة واسقاط الشـبهة ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « فاقدروا له ثلاثين » أى فعـدوا له ثلاثين ، وهو بمعنى عدوا ، وكله راجع الى معنى قوله صلى الله عليه وسـلم « فأكمـلوا عـدة شـعبان ثلاثيـن » قال الخطيب : قال المخالف : وليس فى قـوله صـلى الله عليـه وسلم « فاقدروا له » ما يدل على وجـوب تقـدير شـعبان بثلاثيـن ، اذ ليس تقـديره بثلاثيـن أولى من تقـديره بتسـعة وعشرين ، لأن كل واحـد من العددين يكون قدرا للشهر لقوله صلى الله عليه وسلم حين نزل من المغرفة وقد آلى شهرا فنزل لتسع وعشرين « ان الشهر تسع وعشرون » وعن ابن مسعود « ما صمنا تسعا وعشرين أكثر مما صمنا ثلاثين » •

---

(١) المرسلات : ٢٣ •　　(٢) الأنبياء : ٨٧ •

قال الخطيب : ما أعظم غفلة هذا الرجل ، ومن الذى نازعه فى أن الشهر تارة يكون تسعا وعشرين وتارة يكون ثلاثين ، وأى حجة له فى ذلك . وقوله : ليس التقدير بثلاثين أولى من التقدير بتسع وعشرين باطل ومحـــال ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم نص على تقـديره فى هذه الحالة بتمـام العدد والكمال . وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « فاقدروا له ثلاثين » قال الله تعـالى : «**وما كان لمؤمـن ولا مؤمنـة اذا قضى الله ورسوله أمرا أن يكون لهم الخيرة من أمرهم**»(١) .

قال الخطيب : قال المخالف (فان قيل) لم كان حمله على تسع وعشرين أولى من حمله على ثلاثين (قلنا) لوجـوه (أحدها) أنه تأويل ابن عمـر الراوى ، وهو أعرف (والثانى) أنه مشهور فى كتاب الله تعالى فى غيـر موضع (الثالث) أن فيه احتياطا للصـوم . قال الخطيب : أما تأويل ابن عمـر فقد ذكرنا ما يفسـده من معارضة ابن عباس له بالرواية التى لا تحتمل تأويلا . وذكرنا عن ابن عمر من الروايات ما يوجب تأويل فعـله على غير ما ذهب اليه المخالف ، وكذلك تفسير ما ادعاه من الآيات فلا حاجة الى اعادته .

وأما قوله « ان فيه احتياطا » فالاحتياط فى اتبـاع السنن والاقتداء بهـا ، دون الاعتراض عليهـا بالآراء ، والحمـل لها على الأهـواء ، ومنزلة من زاد فى الشرع كمنزلة من نقص ، لا فـرق بينهمـا . قال الخطيب : قال المخالف (فان قيل) قد روى مسلم « فاقـدروا له ثلاثين » من رواية ابن عمـر (قلنا) هذا التفسير ليس بصريح لاحتمـال رجوعه الى هلال شوال .

قال الخطيب : لا يجـوز لأحد أن يزيل الكلام عن أصله الموضوع وظاهره المستعمل المعروف ، ويعدل عن الحقيقة الى المجاز الا بدليل ، وحقيقة قوله صلى الله عليه وسلم : « فان غم عليـكم فاقدروا له ثلاثين » راجع الى الغيم فى ابتداء الصـوم وفى انتهائه ، وقد بيـن النص ما اقتضاه ظاهر هذا اللفظ وعمومته وحقيقته وهو قوله صلى الله

---

(١) الأحزاب : ٣٦ .

عليه وسلم فى حديث ابن عباس « صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فان حال بينكم وبينه غمامة أو ضبابة فأكملوا شعبان ثلاثين ، ولا تستقبلوا رمضان بصوم يوم من شعبان » وعن ابن عباس أيضا عن النبى صلى الله عليه وسلم : « صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته ، فان غم عليكم فعدوا ثلاثين يوما ثم صوموا ولا تصوموا قبله بيوم » وفى رواية عنه « فان غم عليكم فأكملوا عدة شعبان ثلاثين » وعن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فان غم عليكم فأكملوا عدة شعبان ثلاثين » رواه البخارى فى صحيحه •

قال الخطيب : واستدل المخالف على أن قوله صلى الله عليه وسلم : « فان غم عليكم فاقدروا له » راجع الى غم هلال شوال بحديث أبى هريرة الآخر « فان غم عليكم فعدوا ثلاثين ثم أفطروا » قال الخطيب : وليس فى هذا أكثر من بيان حكم غم الهلال آخر الشهر وأنه يجب اكمال عدة الصوم ، ونحن قائلون به • فأما بيان حكم غمه فى أول رمضان فمستفاد من الأحاديث السابقة ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم « فان غم عليكم فأكملوا عدة شعبان ثلاثين ثم صوموا » وفى الرواية الأخرى « فعدوا شعبان » وفى الأخرى « فعدوا ثلاثين يوما ثم صوموا » وحديث عائشة رضى الله عنها : « كان النبى صلى الله عليه وسلم اذا غم عليه عد ثلاثين يوما ثم صام » • قال الخطيب •قال المخالف : هذه الألفاظ محمولة على ما اذا غم هلال رمضان فانا نعد شعبان تسعة وعشرين يوما ثم نصوم ثلاثين يوما ، فان حال دون مطلع هلال شوال ليلة الحادى والثلاثين غيم عددنا حينئذ شعبان ثلاثين • ثم نعد رمضان ثلاثين ونصوم يوما آخر فيكون احدى وثلاثين •

قال الخطيب : من خلت يداه من الدليل وعدل عن نهج السبيل لجأ الى مثل هذا التأويل ومع كونه احدى العظائم والكبر(١) ، وأعجب ما وقف عليه أهل النظر ، فان صاحبه لم يسنده الى أصل يرده اليه ، ولا أورد أمرا يحتمل أن يقفه عليه ، ولو جاز تخصيص الحديث

---

(١) بضم الكاف وفتح الباء •

العام بغير دليل لبطلت دلالة الأخبار ، ولم يثبت حكم بظاهر ، وتعلق كل مبطل بمثل هذه العلة ولئن ساغ للمخالف هذا التأويل الباطل ليسوغن لغلاة الرافضة الذين يسبقون الناس فى الفطر والصوم أن يتأولوا قوله صلى الله عليه وسلم : « صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته » أن المراد تقدم الصيام للرؤية وتقدم الفطر للرؤية •

قال الخطيب : ومخالفنا يعلم فساد هذا التأويل الذى قاله ، فيقال له : أسمعت هذا التأويل عن أحد ؟ فان زعمه فليأت بخبر واحد يتضمنه ، وأن واحدا من السلف كان اذا غم عليه هلال شوال استأنف عدد شعبان ، فان لم يجده فى خبر ولا أثر ، وهيهات أن يجده ، فليعلم أن ما تأوله خلاف الصواب ، فالحق أحق أن يتبع (فان قال) استخرجته بنظرى (قلنا) الاستخراج لا يكون الا من أصل ولا سبيل لك اليه •

قال الخطيب : وزعم المخالف أن اجماع الصحابة فى هذه المسألة على وفق مذهبه ، وهذه دعوى منه ليس عليها برهان • ولا يعجز كل من غلب هواه على شىء أن يدعى اجماع الصحابة عليه • قال الخطيب : وأنا أذكر هنا ما ثبت عند أهل النقل فى ذلك عن الصحابة والتابعين ومن بعدهم من العلماء الخالفين • فأما الرواية عن عمر بن الخطاب فرواها باسناده عن عبد الله(١) بن عكيم أنه كان يخطب الناس كلما أقبل رمضان ويقول فى خطبته : ألا ولا يتقدمن الشهر منكم أحد ، يقولها ثلاثا ، وفى رواية أن عمر كتب الى أمراء الأجناد المجندة « صوموا لرؤية الهلال وأفطروا لرؤيته فان غم عليكم فعدوا ثلاثين يوما ثم صوموا وأفطروا » وباسناده عن الامام أحمد بن حنبل قال : كان عثمان لا يجيز شهادة الواحد فى رؤية الهلال على رمضان ، فقلت له من ذكره ؟ قال ابن جريج عن عمرو بن دينار ، قلت له : من ذكره عن ابن جريج ؟ قال : عبد الرزاق وروح • قال الخطيب : فاذا لم يقبل عثمان شهادة الواحد ، فالغيم أولى أن لا يعتمده •

---

(١) عبد الله بن عكيم بضم أوله وفتح الكاف أبو معبد الكوفى مخضرم عن أبى بكر وعمر وعنه ابن أبى ليلى والقاسم بن مخيمرة مات فى امارة الحجاج (ط) •

وعن مجالد عن الشعبى عن على أنه كان يخطب اذا حضر رمضان ويقول فى خطبته : « لا تقدموا الشهر ، اذا رأيتم الهلال فصوموا ، واذا رأيتموه فأفطروا ، فان غم عليكم فأكملوا العدة » وكان يقول ذلك بعد صلاة الفجر وصلاة العصر ، وعن مجالد عن الشعبى « أن عمر وعليا كانا ينهيان عن صوم اليوم الذى يشك فيه من رمضان » قلت : مجالد ضعيف ، والله أعلم .

قال الخطيب : واحتج المخالف بخبر يروى عن على أنه قال : « أصوم يوما من شعبان أحب الى من أن أفطر يوما من رمضان » قال الخطيب : ولا حجة فيه ، لأن عليا كان لا يقبل شهادة العدل الواحد فى الصوم ، ثم روى باسناده عن على أنه كان يقبل شهادة رجلين لهلال رمضان ، ثم رأى على قبول شهادة واحد ، ثم روى عن فاطمة بنت الحسين أن رجلا شهد عند على على رؤية هلال رمضان . فصام وقال : « أصوم يوما من شعبان أحب الى من أن أفطر يوما من رمضان » فصيام على رضى الله عنه كان بشهادة الرجل الواحد بعد أن كان لا يقبل شهادة الواحد ، فلما بلغه الحديث عن النبى صلى الله عليه وسلم فى قبول الواحد صار اليه .

قال الخطيب : ويدل على أن عليا كان لا يصوم الا للرؤية أو اكمال العدد لشعبان ما أخبرناه أحمد وذكر اسناده الى الوليد ابن عتبة قال : « صمنا على عهد على رضى الله عنه ثمانية وعشرين يوما ، فأمرنا على بقضاء يوم » .

قال الخطيب : وكان شهر رمضان تلك السنة تسعة وعشرين يوما ، وشعبان تسعة وعشرين وغم الهلال فى آخر شعبان ، فأكمل على والناس العدد لشعبان ثلاثين ، وصاموا فرأوا الهلال عشية اليوم الثامن والعشرين من الصوم ، ولو كان على يقول فى الصوم كقول المخالف من اعتماد الغيم لم ير الناس الهلال بعد صوم ثمانية وعشرين يوما .

(وأما) ابن مسعود فروى عنه الخطيب باسناده « صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فان غم عليكم فعدوا ثلاثين » وفى رواية عنه « لأن

أفطـر يوما من رمضـان ثم أقضيه أحب الى من أن أزيد فيه يوما ليس منه » وعن صلة(١) قال « كنا عند عمار فى اليوم الذى يشك فيه من رمضـان فأتى بشـاة فتنحى بعض القوم فقال عمـار : من صام هذا اليوم فقد عصى أبا القاسم صلى الله عليه وسلم » وعن حذيفة « أنه كان ينهى عن صوم اليوم الذى يشك فيه من رمضان » وعن ابن عباس قال : « لا تصـلوا رمضان بشىء ، ولا تقـدموه بيوم ولا يومين » وعنه « من صام اليوم الذى يشك فيه فقد عصى الله ورسـوله » وعن أبى هريرة « اذا رأيتم الهلال فصوموا واذا رأيتموه فأفطـروا ، فان أغمى عليكم فأكملوا العدة ثلاثين » .

قال الخطيب : وأما ما رويناه عن معاوية بن صالح عن أبى مريم قال : « سمعت أبا هريرة يقول : لأن أتقـدم فى رمضان أحب الى من أن أتأخـر لأنى ان تقدمت لم يفتنى » فرواية ضعيفة لا تحفظ الا من هـذا الوجه ، وأبو مريم مجهـول فلا يعارض بروايته ما نقـله الحفاظ من أصحاب أبى هريرة عنه . قال الخطيب : ومما تعلق به المخالف ما رواه يحيى بن أبى اسحاق قال : رأيت هلال الفطـر اما عند الظهر أو قريبا منها ، فأفطـر ناس فأتينا أنسا فأخبرناه فقال : « هذا اليوم يكمـل الى أحد وثلاثين يوما ، لأن الحكم بن أيوب أرسل الى قبل صيام الناس أنى صائم غدا فكرهت الخلاف عليه فصمت ، وأنا متم يومى هذا الى الليـل » قال الخطيب : قال المخالف : ولا يتقـدم أنس على صوم الجماعة الا بصوم يوم الشك .

قال الخطيب : فيقال له : قد قال أنس : انه لم يصـمه معتقـدا وجوبه وانما تابع الحكم بن أيوب وكان هو الأميـر على الامسـاك فيه ، ولعـل الأميـر عزم عليه فى ذلك فكره مخالفته والمحفوظ عن

---

(١) هو صلة بن زفر قال ابن تيمية المجد فى المنتقى : رواه الخمسة الا احمد وصححه الترمذى وهو للبخارى تعليقا وقال الشوكانى : وأخرجه ايضا ابن حبان وابن خزيمة وصححاه والحاكم والدارقطنى والبيهقى ثم قال : وليس هو عند مسلم وقد وهم من عزاه اليه . قال ابن عبد البر : هذا مرفوع لا يختلفون فى ذلك وزعم أبو القاسم الجوهرى أنه موقوف ورد عليـه ورواه اسحاق بن راهويه عن وكيع عن سفيان عن سماك عن عكرمة وزاد فيه ابن عباس (ط) .

أنس أنه أفطر يوم الشك ، كذا روى عنه محمد بن سيرين وحسبك به فهما وعقلا وصدقا وفضلا ، ومن ذلك عن عائشة « لأن أصوم يوما من شعبان أحب لى من أن أفطر يوما من رمضان » قال الخطيب : أرادت عائشة صوم الشك اذا شهد برؤية الهلال عدل ، فيجب صومه ، ولو كان قد شهد بباطل فى نفس الأمر وأرادت بقولها مخالفة من شرط لصوم رمضان شاهدين ، والدليل على هذا أن مسروقا روى عنها النهى عن صوم يوم الشك ، ثم رواه الخطيب باسناده ، ومن ذلك عن أسماء بنت أبى بكر أنها « كانت اذا غم الهلال تقدمته وصامت ، وتأمر بذلك » • قال الخطيب : ليس فى هذا أكثر من تقدمها بالصوم ، ويحتمل أنه تطوع لا واجب واذا احتمل ذلك لم يكن للمخالف فيه حجة ، مع أن الحجة انما هى فى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم وفعله •

قال الخطيب : ومما جاء عن التابعين فيه ما رويناه — فذكر باسناده عن عكرمة « من صام يوم الشك فقد عصى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمر رجلا أن يفطر بعد الظهر » وعن القاسم بن محمد « لا تصم اليوم الذى تشك فيه اذا كان فيه سحاب » وفى رواية عنه « لا بأس بصومه الا أن يغم الهلال » • وعن الشعبى أنه سئل عن اليوم الذى يقول الناس : انه من رمضان قال : « لا يصم الا مع الامام » وفى رواية عنه « لو صمت السنة كلها ما صمت يوم الشك » وعن الضحاك بن قيس « لو صمت السنة كلها ما صمت يوم الشك » وعن ابراهيم قال : ما من يوم أبغض الى أن أصومه من اليوم الذى يقال انه من رمضان ، وعن ابراهيم وأبى وائل والشعبى والمسيب ابن رافع أنهم كانوا يكرهون صوم اليوم الذى يقال انه من رمضان ، وعن الحسن البصرى قال : لأن أفطر يوما من رمضان لا أتعمده أحب الى من أن أصوم يوما من شعبان أصل به رمضان أتعمده ، وعن الحسن وابن سيرين أنهما كرها صوم يوم الشك •

قال الخطيب : وذكر المخالف شبها من القياس ، ولم يختلف من اعتمد الآثار من العلماء أن كل قياس ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم نص يخالفه فهو باطل ، ويحرم العمل به ، وقد قال أبو حنيفة

وهو امام أهل العراق مع توسعه فى القضـاء بالقياس : البول فى المسجد أحسن من بعض القياس ، وهـذا صحيح ، وهو اذا قابل القياس نص يخالفه ، أو كان فاسـدا لنقص ، أو معارضة الفـرع للأصـل ، كقياس المخالف وجوب صوم يوم الشـك على من نسى صلاة من صلوات يوم ، فهذا قياس باطل لثبوت النص بخـلافه ، ولأن الصـلاة لم تجب بالشـك ، بل لأنا تيقنـا شغل ذمته بكل صلاة ، وشككنا فى براءته منها والأصـل بقاؤها بخلاف الصـوم ولا طريق له الى الصلاة المنسية الا بفعـل الجميع ، وانما نظيـر مسألة يوم الشك أن يشك هل دخل وقت الصـلاة أم لا ؟ فلا تلزمه الصـلاة بالاتفاق ، بل لو صلى شاكا فيه لم تصـح صلاته ، قال المخالف : وقياس آخـر وهو القياس على ما اذا غم الهـلال فى آخر رمضان فانه يجب صوم ذلك اليوم •

قال الخطيب : ليس بهذا المخالف من الغبـاوة ما ينتهى الى هذه المقـالة لكنه ألزم نفسـه أمرا ألجـأه اليها ، وكيف استجاز أن يقول : يوم الشك أحد طرفى الشهر مع أن هذا الوصف لا يلزمه ولا يسـلم له ؟ (فان قال) بنيته على أصل ، قيل له : هو مخالف للنص فيجب اطراحه ، ويقـال له : ان قلت : يوم الشـك أحـد طرفى رمضان فأت بحجة على ذلك وهيهات السبيل الى ذلك (وان قلت) الشك أحد طرفى شعبان (قيل) أصبت ولا يجب صوم شعبان (ثم يقال) الأصل بقاء شعبان فلا يزول بالشك •

قال الخطيب : قال المخالف : لا يمتنع ترك الأصـل للاحتيـاط كما فى مسألة من نسى صلاة من الخمس ، وكما لو شك ماسح الخف فى انقضـاء مدته فلا يمسح ، ولو شكت المستحاضة فى انقطـاع الحيض تلزمها الصـلاة ، قال الخطيب : أما مسألة الصلاة فسبق جوابها (وأما) ماسح الخف فشرط مسحه بقـاء المدة فاذا شك فيها رجع الى الأصل وهو غسـل الرجلين (وأما) المستحاضة فسقطت عنها الصلاة بسبب الحيض ، فاذا شكت فيه رجعت الى الأصـل ، ومقتضى هذا فى مسألتنا أن لا يجب صوم يوم الشـك ، لأن الأصل بقـاء شعبان ، هذا آخـر كلام الخطيب رحمه الله تعالى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويكره أن يصـــوم يوم الجمعـــة وحده ، فان وصله بيـــوم قبله أو بيـــوم بعـــده لم يكره لمـــا روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يصومن أحـــدكم يوم الجمعـــة الا أن يصـــوم قبله أو يصوم بعده ») .

(**الشرح**) هذا الحديث رواه البخـــارى ومسلم ، وفى المســـألة أحاديث أخـــر من ذلك حديث محمد بن عبـــاد قال : « سألت جابرا أنهى رســـول الله صلى الله عليه وسلم عن صوم يوم الجمعة ؟ قال : نعم » رواه البخـــارى ومسلم . وعن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا تخصـــوا ليلة الجمعـــة بقيام من بين سائر الليـــالى ، ولا تخصـــوا يوم الجمعـــة بصيام من بين سائر الأيام الا أن يكون فى صوم يصومه أحدكم » رواه مسلم .

وعن جويرية بنت الحارث أم المؤمنين رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم « دخل عليها يوم الجمعة وهى صائمة ، فقال : أصمت أمس ؟ قالت : لا ، قال : أتريدين أن تصـــومى غدا ؟ قالت : لا ، قال : فأفطـــرى » رواه البخـــارى .

وعن ابن مسعود قال : « كان رسول الله صلى الله عليـــه وسلم يصـــوم من غرة كل شهر ثلاثة أيام ، وقلمـــا كان يفطـــر يوم الجمعة » رواه الامام أحمـــد والترمذى والنسائى وغيرهم ، قال الترمذى : « حديث حسن ، قال أصحابنا : يكره افـــراد يوم الجمعة بالصـــوم فان وصله بصـــوم قبله أو بعـــده أو وافق عادة له بأن نذر صوم يوم شفاء مريضه ، أو قدوم زيد أبدا ، فوافق الجمعة لم يكره » لحديث أبى هريرة وغيره مما سبق ، هذا الذى ذكرته من كراهة افراد يوم الجمعة بالصوم هو الصحيح المشهور ، وبه قطع المصنف والجمهور .

وقال القاضى أبو الطيب فى المجرد : روى المزنى فى الجامع الكبير عن الشافعى أنه قال : لا أستحب صوم يوم الجمعة لمن كان اذا صامه منعه من الصـــلاة ما لو كان مفطـــرا فعله ، هذا نقـــل القاضى ، وقال

صاحب الشامل : وذكر فى جامعه قال الشافعى : ولا يبين لى أن أنهى عن صوم يوم الجمعة الا على اختيار لمن كان اذا صامه منعه عن الصلاة التى لو كان مفطرا فعلها .

قال صاحب الشامل : وذكر الشيخ أبو حامد فى التعليق أنه يكره صومه مفردا قال : وهذا خلاف ما نقله المزنى ، قال : وحمل الشافعى الأحاديث الواردة فى النهى على من كان الصوم يضعفه ويمنعه عن الطاعة . هذا كلام صاحب الشامل ، ونقل ابن المنذر عن الشافعى هذا الذى قاله صاحب الشامل مختصرا ، ولم يذكر عنه غيره ، وقد قال صاحب البيان : فى كراهة افراده بالصوم وجهان (المنصوص) الجواز ، ويحتج لظاهر ما قاله الشافعى ، واختاره صاحب الشامل بحديث ابن مسعود السابق ، ومن قال بالمذهب المشهور أجاب عنه بأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يصوم الخميس فوصل الجمعة به ، وهذا لا كراهة فيه بلا خلاف .

(فرع) قال الأصحاب وغيرهم : الحكمة فى كراهة افراد يوم الجمعة بالصوم أن الدعاء فيه مستحب ، وهو أرجى ، فهو يوم دعاء وذكر وعبادة من الغسل والتبكير الى الصلاة وانتظارها واستماع الخطبة واكثار الذكر بعدها ، لقوله تعالى « **فاذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الأرض وابتغوا من فضل الله واذكروا الله كثيرا** »(١) ويستحب فيه أيضا الاكثار من الصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم وغير ذلك من العبادات فى يومها فاستحب له الفطر فيه ليكون أعون على هذه الطاعات وأدائها بنشاط وانشراح ، والتذاذ بها من غير ملل ولا سآمة ، وهو نظير الحاج بعرفات فان الأولى له الفطر كما سبق لهذه الحكمة .

(فان قيل) : لو كان كذلك لم تزل الكراهة بصيام قبله أو بعده لبقاء المعنى الذى نهى بسببه .

(فالجواب) : أنه يحصل له بفضيلة الصوم الذى قبله أو بعده ما يجبر ما قد يحصل من فتور أو تقصير فى وظائف يوم الجمعة بسبب صومه ، فهذا هو المعتمد فى كراهة افراد يوم الجمعة بالصوم .

---

(١) الجمعة : ١٠

وقيل : سببه خوف المبالغة فى تعظيمه بحيث يفتتن به كما افتتن قوم بالسبت • وهذا باطل منتقض بصلاة الجمعة وسائر ما شرع فى يوم الجمعه مما ليس فى غيره من التعظيم والشعائر • وقيل سببه لئلا يعتقد وجوبه ، وهذا باطل ومنتقض بيوم الاثنين فانه يندب صومه ولا يلتفت الى هذا الخيـــال البعيد وبيوم عرفة وعاشوراء وغير ذلك ، فالصواب ما قدمناه ، والله أعلم •

فـــرع

فى مذاهب العلماء فى افـــراد يوم الجمعة بالصـــوم

قد ذكرنا ان المشهور من مذهبنا كراهته • وبه قال أبو هريرة والزهرى وأبو يوسف واحمد وسحاق وابن المنذر • وقال مالك وابو حنيفه ومحمد بن الحسن :لا يكره ، قال مالك فى الموطا : « لم اسمع احـــدا من أهل العـــلم والفقه ومن يقتدى به ينهى عن صيام يوم الجمعه(١) وصيامه حسن • قال : وقد رايت بعض اهل العـــلم يصومه واراه كان يتحـــراه » فهذا كلام مالك ، وقد يحتج لهم بحديث ابن مسعود السابق ، ودليلنا عليهم الاحاديث الصحيحه السابقة فى النهى وسبق الجواب عن حديث ابن مسعود أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يصوم الخميس والجمعة فلا يفرده • واما قول مالك فى الموطا : انه ما راى من ينهى فيعارضه أن غيره رأى ، فالسنة مقدمة على ما رآه هو وغيره • وقد ثبتت الأحاديث بالنهى عن افـــراده فيتعين العمل بها لعدم المعارض لها ، ومالك معذور فيها فانها لم تبلغه • قال الداوودى من أصحاب مالك : لم يبلغ مالكا حديث النهى ولو بلغه لم يخالفه •

(فـــرع) يكره افـــراد يوم السبت بالصـــوم ، فان صام قبله أو بعـــده معه لم يكره صرح بكراهة افـــراده أصحابنا ، منهم الدارمى والبغـــوى والرافعى وغيرهم ، لحديث عبد الله بن بسر ـــ بضـــم الباء الموحدة والسين المهملة ـــ عن أخته الصماء رضى الله عنهمـــا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تصوموا يوم السبت الا

---

(١) روجعت العبارة على ما جاء فى الموطا عن يحيى بن يحيى ولذا قومت عبارتها فى ش و ق (ط) •

فيما افترض عليكم ، فان لم يجد أحدكم الا لحاء عنبة أو عود شجرة فليمضغه » رواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه والحاكم والبيهقى وغيرهم ، وقال الترمذى : هو حديث حسن ، قال : ومعنى النهى أن يختصه الرجل بالصيام لأن اليهود يعظمونه • وقال أبو داود : هذا الحديث منسوخ • وليس كما قال • وقال مالك : هذا الحديث كذب • وهذا القول لا يقبل ، فقد صححه الأئمة • قال الحاكم أبو عبد الله : هو حديث صحيح على شرط البخارى ، قال : وله معارض صحيح ، وهو حديث جويرية السابق فى صوم يوم الجمعة ، قال : وله معارض آخر باسناد صحيح •

ثم روى باسناده عن كريب مولى ابن عباس « أن ابن عباس وناسا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثوه الى أم سلمة يسألها أى الأيام كان رسول الله صلى الله عليه وسلم أكثر صياما لها ؟ قالت : يوم السبت والأحد ، فرجعت اليهم فأخبرتهم(١) ، فكأنهم أنكروا ذلك ، فقادوا بأجمعهم اليها فقالوا : انا بعثنا اليك هذا فى كذا وكذا فذكر أنك قلت كذا وكذا ، فقالت : صدق ، ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أكثر ما كان يصوم من الأيام يوم السبت ويوم الأحد ، وكان يقول انهما يوما عيد للمشركين ، وأنا أريد أن أخالفهم » هذا آخر كلام الحاكم • وحديث أم سلمة هذا رواه النسائى أيضا والبيهقى وغيرهما •

وعن عائشة رضى الله عنها قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصوم من الشهر السبت والأحد والاثنين ، ومن الشهر الآخر الثلاثاء والأربعاء والخميس » رواه الترمذى وقال حديث حسن ، والصواب على الجملة ما قدمناه عن أصحابنا أنه يكره افراد السبت بالصيام اذا لم يوافق عادة له لحديث الصماء • وأما قول أبى داود : انه منسوخ فغير مقبول ، وأى دليل على نسخه ؟ وأما الأحاديث الباقية التى ذكرناها فى صيام السبت فكلها واردة فى صومه مع الجمعة والأحد فلا مخالفة فيها لما قاله أصحابنا من كراهة افراد السبت ،

---

(١) القائل ابن عباس وجاء بضمير المتكلم على سبيل الالتفات •

وبهذا يجمع بين الأحاديث ، وقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث الصماء (صماء غبية) — هو بكسر اللام وبالحاء المهملة وبالمد — وهو كسر السين ويمصعه — بفتح الصاد وضمها لغتان •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز صوم يوم الفطر ويوم النحر ، فان صام فيه لم يصح • لما روى عمر رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن صيام هذين اليومين اما يوم الفطر فيوم تفطرون من صيامكم • واما يوم النحر فتأكلون من نسككم ») •

(الشرح) حديث عمر رضى الله عنه رواه البخارى ومسلم من رواية عمر • ورويا ايضا عن ابى سعيد الخدرى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهى عن صيام يومين ، يوم الفطر ويوم النحر » ورويا معناه من رواية ابن عمر ، ورواه البخارى من رواية ابى هريرة ومسلم من رواية عائشة ، واجمع العلماء على تحريم صوم يومى العيدين : الفطر والأضحى لهذه الاحاديث ، فان صام فيهما لم يصح صومه ، وان نذر صومهما لم ينعقد نذره ولا شىء عليه عندنا وعند العلماء كافة ، الا اباحنيفه فقال : ينعقد نذره ويلزمه صوم يوم غيرهما ، قال : فان صامهما أجزأه مع انه حرام ، ووافق على انه يصح صومهما عن نذر مطلق ، دليلنا انه نذر صوما محرما فلم ينعقد كمن نذرت صوم أيام حيضها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز أن يصوم أيام التشريق صوما غير صوم التمتع ، فان صام لم يصح صومه ، لما روى ابو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن صيام ستة ايام ، يوم الفطر ، ويوم النحر ، وأيام التشريق ، واليوم الذى يشك فيه أنه من رمضان » وهل يجوز للمتمتع صومه ؟ فيه قولان ، قال فى القديم : يجوز ، لما روى عن ابن عمر وعائشة أنهما قالا : « لم يرخص فى أيام التشريق الا لمتمتع لم يجد الهدى » وقال فى الجديد : لا يجوز لان كل يوم لا يجوز فيه صوم غير المتمتع لم يجز فيه صوم التمتع كيوم العيد) •

(الشرح) حديث أبى هريرة هذا رواه البيهقى باسناد ضعيف عن أبى هريرة ان النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن صيام قبل رمضان بيوم والأضحى والفطر وأيام التشريق ثلاثة بعد يوم النحر » هذا لفظه وضعف اسناده ، ويغنى عنه حديث نبيشة ــ بضم النون وفتح الباء الموحدة ثم ياء مثناة تحت ساكنة ثم شين معجمة ــ الصحابى رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أيام التشريق أيام أكل وشرب وذكر الله تعالى » رواه مسلم • وعن كعب بن مالك « ان النبى صلى الله عليه وسلم بعثه وأنس بن الحدثان ايام التشريق فنادى انه لا يدخل الجنة الا مؤمن ، وأيام التشريق أيام اكل وشرب » رواه مسلم • وعن عقبة بن عامر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « يوم عرفة ويوم النحر وأيام التشريق عيدنا اهل الاسلام ، وهى ايام اكل وشرب » رواه ابو داود والترمذى والنسائى • قال الترمذى حديث حسن صحيح • وعن عمرو بن العاص قال : « هذه الايام التى كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا بافطارها وينهى عن صيامها • قال مالك : هى أيام التشريق » رواه ابو داود وغيره باسناد صحيح على شرط البخارى ومسلم •

وأما ما ذكره المصنف عن ابن عمر وعائشة فى صوم المتمتع فصحيح ، رواه البخارى فى صحيحه ، ولفظه عن عائشة وابن عمر قالا : « لم يرخص فى ايام التشريق أن يصمن الا لمن لم يجد الهدى » وفى رواية للبخارى عنهما قالا : « الصيام لمن تمتع بالعمرة الى الحج الى يوم عرفه ، فان لم يجد هديا ولم يصم صام أيام منى » فالرواية الأولى مرفوعة الى النبى صلى الله عليه وسلم لأنها بمنزلة قول الصحابى : « أمرنا بكذا ونهينا عن كذا ورخص لنا فى كذا » وكل هذا وشبهه مرفوع الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بمنزلة قوله : قال صلى الله عليه وسلم كذا • وقد سبق بيان هذا فى مقدمة هذا الشرح ، ثم فى مواضع • وأيام التشريق هى الثلاثة التى بعد النحر ويقال لها أيام منى لان الحجاج يقيمون فيها بمنى ، واليوم الأول يقال له : يوم القر ــ بفتح القاف ــ لأن الحجاج يقرون فيه بمنى ، والثانى يوم النفر الأول لأنه يجوز النفر فيه لمن تعجل والثالث يوم النفر الثانى • وسميت أيام التشريق لأن الحجاج يشرقون فيها

لحـوم الأضاحى والهدايا ـ أى ينشرونها ويقددونها ـ وأيام التشريق هى الأيام المعدودات •

(أما حكم المسـألة) ففى صوم أيام التشريق قولان مشـهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أحدهما) وهو الجديد لا يصح صومها لا لمتمتع ولا غيره ، هذا هو الأصح عند الأصحاب • (والثانى) وهو القديم يجـوز للمتمتع العادم الهدى صومها عن الأيام الثلاثة الواجبة فى الحج ، فعلى هذا هل يجوز لغير المتمتع أن يصومها ؟ فيه وجهـان مشهوران فى طريقة الخراسانيين وذكرهما جماعات من العراقيين ، منهم القاضى أبو الطيب فى المجـرد والبندنيجى والمحاملى فى كتابيه المجموع والتجريد وآخـرون منهم (أصحهما) عند جميع الأصحاب لا يجـوز ، وبه قطع المصنف وكثيرون أو الأكثرون لعمـوم الأحاديث فى منع صومها ، وانما رخص للمتمع (والثانى) يجوز •

قال المحاملى فى كتابيه وصاحب العدة : هذا القائل بالجواز هو أبو اسحاق المروزى قال أصحابنا : « الذين حكوا هذا الوجه انمـا يجـوز فى هذه الأيام صوم له سبب من قضـاء أو نذر أو كفـارة أو تطـوع له سبب » فأما تطـوع لا سبب له فلا يجـوز فيها بلا خلاف • كذا نقل اتفاق الأصحاب عليه القاضى أبو الطيب والمحاملى والسرخسى وصاحب العدة وآخـرون •وأكثر القائلين قالوا : هو نظيـر الأوقات المنهى عن الصلاة فيها ، فانه يصلى فيها مالها سبب دون ما لا سبب لها •

قال السرخسى : مبنى الخلاف على أن اباحتها للمتمتـع للحاجة ، أو لكونه سـببا • وفيه خلاف لأصحابنا من علل بالحاجة ، خصـه بالمتمتع فلم يجوزها لغيره ومن علل بالسبب جوز صومها عن كل صوم له سبب دون ما لا سبب له ، قال السرخسى : وعلى هذا الوجه لو نذر صومها بعينها فهو كنذر صوم يوم الشك ، وسبق بيانه ، هذا هو المشهور فى المذهب أن الوجه القائل بجواز الصـوم فى أيام التشريق لغير المتمتع مختص بصوم له سبب ، ولا يصح فيها ما لا سبب له بالاتفاق •

وقال امام الحرمين : اختلف أصحابنا فى التفـريع على القديم ، فقال بعضهم : لا تقبل هذه غير صوم المتمتع لضرورة تختص به ، وقال آخـرون • انها كيوم الشك ، ثم ذكر متصـلا به فى يوم الشك أنه ان صامه بلا سبب فهو منهى عنه ، وفى صحته وجهـان ، وقد سبق بيان ذلك •

(واعلم) أن الأصح عند الأصحاب هو القول الجديد أنها لا يصـح فيها صوم أصلا ، لا للمتمتع ولا لغيره (والأرجح) فى الدليل صحتها للمتمتع وجوازها له ، لأن الحديث فى الترخيص له صحيح كما بيناه وهو صريح فى ذلك فلا عدول عنه •

وأما قول صاحب الشامل فى كتاب الحج : انه حديث ضعيف فباطل مردود لأنه رواه من جهة ضعيفة وضعفه بذلك السبب ، والحديث صحيح ثابت فى صحيح البخارى باسناده المتصـل من غير الطريق الذى ذكره صاحب الشـامل ، وانما ذكرت كلام صاحب الشامل لئلا يغتر به •

فـــرع

فى مذاهب العلماء فى صوم أيام التشريق

قد ذكرنا مذهبنا فيها ، وأن الجديد أنه لا يصح فيها صوم (والقديم) صحته لمتمتع لم يجـد الهدى ، وممن قال به من السلف العلمـاء بامتناع صومها للمتمتع ولغيره على بن أبى طالب وأبو حنيفة وداود وابن المنذر ، وهو أصح الروايتين عن أحمـد وحكى ابن المنذر جواز صومها للمتمتع وغيره عن الزبير بن العـوام وابن عمـر وابن سيرين ، وقال ابن عمـر وعائشـة والأوزاعى ومالك وأحمـد واسحاق فى رواية عنه : يجوز للمتمتع صومها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجـوز أن يصـوم فى رمضـان عن غيـر رمضـان حاضرا كان أو مسـافرا ، فان صام عن غيـره لم يصـح صومه عن رمضان ،

لأنه لم ينوه ، ولا يصح عما نوى لأن الزمان مستحق لصوم رمضان ، فلا يصح فيه غيره) .

(الشرح) هذه المسألة كما قالها المصنف ، وقد سبق بيانها مبسوطة فى أوائل كتاب الصيام فى مسائل النية ، وذكرنا هناك وجها شاذا أنه يصح فيه صوم التطوع وذكرنا بعده خلاف أبى حنيفة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب طلب ليلة القدر لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من قام ليلة القدر ايمانا واحتسابا غفر له ما تقدم من ذنبه » ويطلب ذلك فى ليالى الوتر من العشر الأخير من شهر رمضان لما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « التمسوها فى العشر الأخير فى كل وتر » . قال الشافعى رحمه الله : والذى يشبه أن يكون ليلة احدى وعشرين وثلاث وعشرين ، والدليل عليه ما روى أبو سعيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « أريت هذه الليلة ثم أنسيتها ، ورأيتنى أسجد فى صبيحتها فى ماء وطين ، قال أبو سعيد : فانصرف علينا وعلى جبهته وأنفه أثر الماء والطين فى صبيحة يوم احدى وعشرين » وروى عبد الله بن أنيس رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « أريت ليلة القدر ثم أنسيتها ، وأرانى أسجد فى ماء وطين فمطرنا ليلة ثلاث وعشرين ، فصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وان أثر الماء والطين على جبهته » قال الشافعى : ولا أحب ترك طلبها فيها كلها ، قال أصحابنا : اذا قال لامرأته : أنت طالق ليلة القدر ، فان كان فى رمضان قبل مضى ليلة من ليالى العشر حكم بالطلاق من الليلة الأخيرة من الشهر ، وان كان قد مضت ليلة وقع الطلاق فى السنة الثانية فى مثل تلك الليلة التى قال فيها ذلك ، والمستحب أن يقول فيها : اللهم انك عفو تحب العفو فاعف عنى ، لما روى « أن عائشة رضى الله عنها قالت : يا رسول الله أرأيت ان وافقت ليلة القدر ماذا أقول ؟ قال تقولين : اللهم انك عفو تحب العفو فاعف عنى ») .

(**الشرح**) حديث أبى هريرة وأبى سعيد الأول ، وحديثه الثانى رواها كلها البخارى ومسلم ، وحديث عبد الله بن أنيس رواه مسلم ، وهو أنيس ــ بضم الهمزة ــ وحديث عائشة رواه أحمد بن حنبل والترمذى والنسائى وابن ماجه وآخرون ، قال الترمذى : هو حديث حسن صحيح ، وسيأتى فرع مستقل فى ذكر جملة من الأحاديث الصحيحة الواردة فى ليلة القدر ان شاء الله تعالى ، ومعنى قيامها ايمانا أى تصديقا بأنها حق وطاعة ، واحتسابا أى طلبا لرضى الله تعالى وثوابه لا للرياء ونحوه ، وسبق فى مسألة صوم يوم عرفة بيان الذنوب التى تغفر وبيان الأحاديث الصحيحة فى ذلك ، الواردة فيه •

(**أما أحكام الفصل**) ففيه مسائل :

(احداها) ليلة القدر ليلة فاضلة ، قال الله تعالى : « **انا أنزلناه فى ليلة القدر** »(١) الى آخر السورة ، قال أصحابنا وغيرهم : وهى أفضل ليالى السنة ، قالوا : وقول الله تعالى « **ليلة القدر خير من ألف شهر** »(٢) معناه خير من ألف شهر ليس فيها ليلة القدر ، قال أصحابنا : لو قال لزوجته : أنت طالق فى أفضل ليالى السنة طلقت ليلة القدر ويكون كمن قال : أنت طالق ليلة القدر ، كما سنوضحه ان شاء الله تعالى •

(الثانية) ليلة القدر مختصة بهذه الأمة زادها الله شرفا ، فلم تكن لمن قبلها وسميت ليلة القدر أى ليلة الحكم والفصل ، هذا هو الصحيح المشهور ، قال الماوردى وابن الصباغ وآخرون (وقيل) لعظم قدرها • قال أصحابنا كلهم : وهى التى (يفرق فيها كل أمر حكيم) هذا هو الصواب ، وبه قال جمهور العلماء ، وقال بعض المفسرين هى ليلة نصف شعبان ، وهذا خطأ لقوله تعالى « **انا أنزلناه فى ليلة مباركة ، انا كنا منذرين • فيها يفرق كل أمر حكيم** »(٣) وقال تعالى « **انا أنزلناه فى ليلة القدر** » فهذا بيان الآية الأولى ، ومعناه أنه

---

(١) القدر : ١ (٢) القدر : ٣ •
(٣) الدخان : ٣ ، ٤ •

يكتب للملائكة فيها ما يعمل فى تلك السنة ، ويبين لهم ما يكون فيها من الأرزاق والآجال وغير ذلك مما سيقع فى تلك السنة ، ويأمرهم الله تعالى بفعل ما هو من وظيفتهم ، وكل ذلك مما سبق علم الله تعالى به وتقديره له ، وهذا الذى ذكرناه أولا من كون ليلة القدر مختصة بهذه الأمة ولم تكن لمن قبلها هو الصحيح المشهور الذى قطع به أصحابنا كلهم ، وجماهير العلماء ، وقال صاحب العدة من أصحابنا : اختلف الناس هل كانت ليلة القدر للأمم السالفة ، قال : والأصح أنها لم تكن الا لهذه الأمة ثم استدل بالحديث المشهور فى سبب نزول السورة •

(الثالثة) ليلة القدر باقية الى يوم القيامة ، ويستحب طلبها والاجتهاد فى ادراكها • وقد سبق فى آخر الباب الذى قبل هذا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « كان يجتهد فى طلبها فى العشر الأواخر من رمضان ما لا يجتهد فى غيره » وأنه « كان صلى الله عليه وسلم اذا دخل العشر الأخير أحيا الليل وأيقظ أهله وجد وشد المئزر » وهذان الحديثان فى الصحيحين ومذهب الشافعى وجمهور أصحابنا أنها منحصرة فى العشر الأواخر من رمضان مبهمة علينا ، ولكنها فى ليلة معينة فى نفس الأمر لا تنتقل عنها ولا تزال فى تلك الليلة الى يوم القيامة وكل ليالى العشر الأواخر محتملة لها لكن ليالى الوتر أرجاها وأرجى الوتر عند الشافعى ليلة الحادى والعشرين ، ومال الشافعى فى موضع الى ثلاثة وعشرين •

وقال البندنيجى : مذهب الشافعى أن أرجاها عنده ليلة احدى وعشرين : وقال فى القديم : ليلة احدى وعشرين أو ثلاث وعشرين فهما أرجى لياليها عنده وبعدهما ليلة سبع وعشرين ، هذا هو المشهور فى المذهب أنها منحصرة فى العشر الأواخر من رمضان ، وقال امامان جليلان من أصحابنا ، وهما المزنى وصاحبه أبو بكر محمد ابن اسحاق بن خزيمة : انها متنقلة فى ليالى العشر ، تنتقل فى بعض السنين الى ليلة وفى بعضها الى غيرها جمعا بين الأحاديث ، وهذا هو الظاهر المختار ، لتعارض الأحاديث الصحيحة فى ذلك كما سنوضحه ان شاء الله تعالى ولا طريق الى الجمع بين الأحاديث الا بانتقالها •

قال المحاملى فى التجريد وصاحب التنبيه وغيرهما : تطلب فى جميع شهر رمضـــان وحكاه الغزالى فى الوجيـــز وجها ، وادعى المحاملى أنه مذهب الشافعى فقال فى كتابه التجريد : مذهب الشافعى أن ليلة القدر تلتمس فى جميع شهر رمضـــان ، وآكده العشر الأواخـــر منه وآكد العشر ليـــالى الوتر ، هذا لفظه فى التجريد ، وسيأتى فى الأحاديث ما يدل لها وما يدل لقول جمهور الأصحاب ان شاء الله تعـــالى ، قال أصحابنا : وصفة هذه الليـــلة وعلامتها أنها ليـــلة طلقة لا حارة ولا باردة ؛ وأن الشمس تطلع فى صبيحتها بيضـــاء ليس لها كثيـــر شعاع وفيها حديث بهذه الصفة ، سنذكره ان شاء الله تعالى •

(فان قيل): فأى فائدة لمعرفة صفتها بعد فواتها ، فانها تنقضى بمطلع الفجـــر •

(فالجواب) : من وجهين (أحدهما) أنه يستحب أن يكون اجتهاده فى يومها الذى بعدها كاجتهاده فيها كما سنوضحه قريبا ان شاء الله تعالى • (والثانى) أن المشـــهور فى المذهب أنها لا تنتقل ، فاذا عرفت ليلتها فى سنة انتفع به فى الاجتهاد فيها فى السنة الآتية وما بعدها •

(الرابعة) يسن الاكثـــار من الصلاة فيها والدعـــاء والاجتهاد فى ذلك وغيره من العبادات فيها لقوله صلى الله عليه وسلم : « من قام ليلة القدر ايمانا واحتسابا غفـــر له ما تقدم من ذنبه » ولحديث عائشـــة فى الدعاء وهما صحيحان سبق بيانهما ، ويستحب الدعـــاء فيها بما فى حديث عائشة كما ذكره المصنف والأصحاب ؛ ويستحب احياؤها بالعبادة الى مطلع الفجـــر ، قال الله تعالى : **« سلام هى حتى مطلع الفجر »**(١) قال أصحابنا : معناه أنها سلام من غروب الشمس الى طلوع الفجـــر كما سنوضحه قريبا ان شاء الله تعالى •

قال الرويانى فى البحـــر : قال الشافعى فى القديم : من شهد العشاء والفجـــر ليلة القدر فقد أخذ بحظه منها ، قال الرويانى : قال الشافعى فى القديم : أستحب أن يكون اجتهاده فى يومها كاجتهاده فى

---

(١) القدر : ٥ •

ليلتها ، هذا نصه فى القديم ولا يعرف له فى الجديد نص يخالفه ، وقد قدمنا فى مقدمة الشرح أن ما نص عليه فى القديم ولم يتعرض له فى الجديد بما يخالفه ولا بما يوافقه فهو مذهبه بلا خلاف ، والله أعلم •

(الخامسة) قال أصحابنا : اذا قال لزوجته : أنت طالق ليلة القدر أو لعبده أنت حر ليلة القدر ، فان قاله قبل رمضان أو فيه قبل انقضاء ليلة الحادى والعشرين من رمضان طلقت المرأة وعتق العبد فى أول جزء من الليلة الأخيرة من الشهر ، لأنه قد مرت عليهما ليلة القدر فى احدى ليالى العشر ، وان قال ذلك بعد مضى ليالى العشر طلقت وعتق العبد فى السنة الثانية فى أول جزء من الليلة التى قبل تمامه ، سواء كان قاله فى الليل أو فى النهار ، لأنه قد مرت بهما ليلة القدر ، هكذا تحقيق المسألة ، وهكذا صرح بها المحققون •

وأما قول المصنف ومن وافقه : طلقت فى مثل تلك الليلة من السنة الثانية ففيه تساهل ، لأنه يتأخر الطلاق ليلة عن محل وقوعه : وكذا قول صاحب التتمة ومن وافقه أنه ان قاله قبل مضى شىء من العشر الأواخر عتق وطلقت فى آخر يوم • هذا ليس بصحيح لأنه لا يتوقف الى آخر يوم ، بل يقع فى أول جزء من الليلة الأخيرة ، ولأنه يصدق عليه أنه وقع فى ليلة القدر • وقد قال أصحابنا : لو قال : أنت طالق يوم الجمعة أو ليلة الجمعة طلقت فى أول جزء من ذلك لوجود الاسم ، ومثل قول صاحب التتمة قول الرافعى : طلقت بانقضاء ليالى العشر ، وهو تساهل أيضا ، وصوابه أول جزء من الليلة الأخيرة ، هكذا نقل المصنف المسألة عن الأصحاب ، ووافقه الجمهور على هذا التفصيل ، وهو تفريع منهم على المذهب المشهور أن ليلة القدر معينة فى العشر الأواخر لا تنتقل بل هى فى ليلة بعينها كل سنة •

وقال القاضى أبو الطيب فى المجرد ، وصاحب الشامل وغيرهما : أن علق الطلاق والعتق قبل مضى ليلة من العشر الأواخر من رمضان طلقت فى أول الليلة الأخيرة من رمضان وعتق ، وان علقه بعد مضى ليلة من العشر الأواخر لم يقع الطلاق والعتق الا فى الليلة الأخيرة من رمضان فى السنة الثانية ، وهذا صحيح على القول بانتقالها لاحتمال

أنها كانت فى السنة الأولى فى الليلة الماضية ، وتكون فى السنة الثانية فى الليلة الأخيرة ، وكأن القاضى أبا الطيب وموافقيه فرعوا على انتقالها مع أن المذهب عندهم تعيينها ، ويحتمل أنهم قالوا ذلك مطلقا ، سواء قلنا تتعين أو تنتقل ، لأنه ليس على تعيينها دليل قاطع ، فلا يقع الطلاق والعتق بالشك • وهذا الاحتمال يحتمل فى كلام غير صاحب الشامل ، وأما هو فقال : لا يقع الطلاق الا فى آخر الشهر لجواز اختلافها ، ويمكن تأويل كلامه أيضا •

وأما الغزالى فقال فى الوسيط : قال الشافعى : « لو قال لزوجته فى منتصف رمضان : أنت طالق ليلة القدر لم تطلق حتى تمضى سنة ، لأن الطلاق لا يقع بالشك » قال الرافعى وغيره : لا نعرف اعتبار مضى سنة فى هذه المسألة الا فى كتب الغزالى وقوله : الطلاق لا يقع بالشك مسلم ، ولكنه يقع بالظن الغالب • قال امام الحرمين رحمه الله فى هذه المسألة : « الشافعى رحمه الله متردد فى ليالى العشر ، ويميل الى بعضها ميلا لطيفا » قال : وانحصارها فى العشر ثابت عنده بالظن القوى ، وان لم يكن مقطوعا ، قال : والطلاق يناط وقوعه بالمذاهب المظنونة ، هذا كلام الامام وهذا الذى نسبه الرافعى وموافقه الى الغزالى من الانفراد بما قاله ليس كما قالوه بل هو موافق لما قدمناه عن المحاملى وصاحب التنبيه أنه يطلب ليلة القدر فى جميع رمضان ، ولكن المذهب ما سبق عن الجمهور فى مسألة الطلاق والعتق ، وهو تفريع على المذهب فى انحصارها فى العشر الأواخر ، وتعينها فى ليلة •

(**فرع**) ذكر الشافعى والأصحاب هنا تفسيرا مختصرا لسورة ليلة القدر ، ومن أحسنهم له ذكرا القاضى أبو الطيب فى المجرد • قالوا : قوله تعالى « **انا أنزلناه** » أى القرآن فعاد الضمير الى معلوم معهود ، قالوا : أنزل الله تعالى القرآن ليلة القدر من اللوح المحفوظ الى السماء الدنيا جملة واحدة ، ثم أنزله من السماء الدنيا على النبى صلى الله عليه وسلم نجوما آية وآيتين والآيات والسورة على ما علم الله تعالى من المصالح والحكمة فى ذلك • قالوا : وقوله تعالى « **ليلة القدر خير من ألف شهر** » معناه العبادة فيها أفضل من العبادة فى ألف شهر ، ليس فيها ليلة القدر • قال القاضى أبو الطيب : قال ابن عباس : معناه

العبادة فيها خيـــر من العبادة فى ألف شهر بصيام نهارها وقيـــام ليلها ليس فيها ليلة القدر ، وقوله تعالى : ((**تنزل الملائكة والروح**)) اى جبريل عليه السلام ((**باذن ربهم**)) اى بأمره ((**من كل امر • سـلام**)) أى يسلمون على المؤمنين ، قال ابن عباس يسلمون على كل مؤمن الا مدمن خمر او مصر على معصية أو كاهن أو مشاحن ، فمن أصابه السلام غفـــر له ما تقدم • وقوله تعالى : ((**حتى مطلع الفجـــر**)) قال القاضى أبو الطيب وغيـــره : معنـــاه انها سلام من غروب الشمس الى طلوع الفجر •

فـــــرع

فى مذاهب العلمـــاء فى مســـائل فى ليلة القدر

وقد جمعها القاضى الامام أبو الفضـــل عياض السبتى المـــالكى فى شرح صحيح مسلم ، فاستوعبها وأتقنها ، ومختصر ما حكاه انه قال : « اجمع من يعتد به من العلماء المتقدمين والمتاخرين على أن ليـــلة القدر باقيه دائمة الى يوم القيامة ، للأحاديث الصريحة الصحيحه فى الأمر بطلبها ، قال : وشذ قوم فقالوا رفعت » وكذا حكى أصحابنا هذا القول عن قوم ، ولم يسمهم الجمهور وسماهم صاحب التتمة فقال : هو قول الروافض ، وتعلقـــوا بقوله صلى الله عليه وســـلم : « حين تلاحى رجلان فرفعت » وهو حديث صحيح ، كما سنوضحه فى فـــرع الاحاديث ان شاء الله تعالى ، وهذا القول الذى اخترعه هؤلاء الشاذون غلط ظاهر وغباوة بينة ، لأن آخـــر الحديث يرد عليهم ، لأنه صلى الله عليه وسلم قال : « فرفعت وعسى أن تكون خيرا لكم ، التمسوها فى السبع والتسع » هكذا هو فى أول صحيح البخارى ، وفيه التصريح بأن المراد برفعها رفع علمه بعينها ذلك الوقت ، ولو كان المراد رفع وجودها لم يأمر بالتماسها •

قال القاضى عياض : وعلى مذهب الجماعة اختلفـــوا فى محلها فقيل : هى متنقلة تكون فى سنة فى ليلة وفى سنة فى ليلة أخـــرى وبهذا يجمع بين الأحاديث ويقال كل حديث جاء بأحد أوقاتها فلا تعارض فيها • قال : ونحو هذا قول مالك والثورى وأحمد واسحاق وأبى ثور وغيرهم ، قالوا : وانما تنتقل فى العشر الأواخـــر من رمضـــان ، قال : وقيـــل

فى كله ، وقيل : انها معينة لا تنتقل أبدا ، بل هى ليلة معينة فى جميع السنين لا تفارقها ، وعلى هذا قيل هى فى السنه كلها • وهو قول ابن مسعود وابى حنيفه وصاحبيه [وقيل : بل فى كل رمضان خاصه ، وهو قول ابن عمر وجماعة] وقيل : بل فى العشر الأواسط والأواخر ، وقيل فى العشر الأواخر ، وقيل تختص بأوتار العشر الأواخر ، وقيل بأشفاعها ، كما ثبت فى حديث أبى سعيد الذى سنوضحه ان شاء الله تعالى •

وقيل : بل فى ثلاث وعشرين أو سبع وعشرين ، وهو قول ابن عباس • وقيل : تطلب فى اول ليلة سبع عشره ، او احدى وعشرين ، او ثلاث وعشرين ، وهو محكى عن على و بن مسعود رضى الله عنهما •

وقيل : ليلة ثلاث وعشرين ، وهو قول كثير من الصحابة وغيرهم ، وقيل ليلة اربع وعشرين ، وهو محكى عن بلال وابن مسعود والحسن وقتاده رضى الله عنهم وقيل : ليلة سبع وعشرين ، وهو قول جماعة من الصحابة ، منهم ابى وابن عباس والحسن وقتادة رضى الله عنهم ، وقيل : ليلة سبع عشره ، وهو قول زيد بن ارقم وحكى عن ابن مسعود ايضا ، وقيل سبع عشرة ، وحكى عن على وابن مسعود ايضا ، وحكى عن على ايضا ، وقيل آخر ليلة من الشهر ، هذا آخر ما حكاه القاضى عياض رحمه الله ، وذكر غير القاضى هذه الاختلافات مفرقة • وأما قول صاحب الحاوى : لا خلاف بين العلماء أن ليلة القدر فى العشر الأواخر من شهر رمضان فلا يقبل ، فان الخلاف فى غيره مشهور ، ومذهب ابى حنيفه وغيره كما سبق ، وأما قول صاحب الحلية : ان أكثر العلماء قالوا : انها ليلة سبع وعشرين فمخالف لنقل الجمهور •

(فرع) اعلم أن ليلة القدر يراها من شاء الله تعالى من بنى آدم كل سنة فى رمضان ، كما تظاهرت عليه الأحاديث وأخبار الصالحين بها ، ورؤيتهم لها أكثر من أن تحصر ، وأما قول القاضى عياض عن المهلب بن أبى صفرة الفقيه المالكى لا تمكن رؤيتها حقيقة فغلط فاحش نبهت عليه لئلا يغتر به •

(فرع) قال صاحب الحاوى : يستحب لمن رأى ليلة القدر

أن يكتمها ويدعو بإخلاص ونية وصحة يقين بما أحب من دين ودنيا ، ويكون أكثر دعائه للدين والآخرة .

(فـــرع) قال صاحب العدة : قال القفـــال : قوله صلى الله عليه وسلم « أريت هذه الليلة ثم أنسيتها » ليس معنـــاه أنه رأى الملائكة والأنوار عيانا ثم أنسى فى أى ليلة رأى ذلك ، لأن مثـــل هذا قلمـــا ينسى ، وانما معنـــاه أنه قيل له ليلة القدر كذا وكذا ، ثم أنسى كيف قيل له .

فـــرع

فى بيان جملة من الأحاديث الواردة فى ليلة القدر

عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من قام ليلة القدر ايمانا واحتسابا غفر له ما تقدم من ذنبه » رواه البخارى ومسلم .
وعن ابن عمر « أن رجالا من أصحاب رسول الله صلى الله عليـــه وسلم أروا ليلة القدر فى المنام فى السبع الأواخـــر ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أرى رؤياكم قد تواطأت فى السبع الأواخـــر فمن كان متحريها فليتحرها فى السبع الأواخـــر » رواه البخارى ومســـلم .
وعن عائشة قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجاور فى العشر الأواخـــر من رمضـــان ويقول : تحروا ليلة القدر فى العشر الأواخـــر من رمضـــان » رواه البخـــارى ومسلم ، ولفظه للبخارى .
وفى رواية للبخارى « تحروا ليلة القدر فى الوتر من العشر الأواخـــر من رمضـــان » وعن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « التمسوها فى العشر الأواخـــر من رمضـــان ليلة القدر ، فى تاسعه تبقى ، فى سابعه تبقى ، فى خامسه تبقى » رواه البخارى .

وعن عبادة بن الصامت قال : « خرج النبى صلى الله عليه وسلم ليخبر بليلة القدر فتلاحى رجـــلان من المسلمين ، فقال : خرجت لأخبركم بليلة القدر فتلاحى فلان وفلان فرفعت ، وعسى أن يكون خيرا لكم ، فالتمسوها فى التاسعة والسابعة والخامسة » رواه البخارى ، وقد سبق بيان أن معنـــاه رفع بيان عينها لا رفع وجـــودها ، فانه لو رفع وجودها

لم يأمر بطلبها ، قال العلماء ومعنى « عسى أن يكون خيرا لكم » أى سرعوا فى طلبها والاجتهاد فى كل الليالى •

وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « اريت ليلة القدر ثم ايقظنى بعض اهلى فنسيتها فى العشر العوابر » رواه مسلم — العوابر البواقى — وعن ابى سعيد الخدرى قال : « اعتكفنا مع النبى صلى الله عليه وسلم العشر الاوسط من رمضان ، فخرج صبيحة عشرين فخطبنا وقال : انى اريت ليلة القدر ثم انسيتها — او نسيتها — فالتمسوها فى العشر الاواخر فى الوتر ، فانى رايت انى اسجد فى ماء وطين ، فمن كان اعتكف مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فليرجع فرجعنا وما نرى فى السماء قزعة ، فجاءت سحابة فمطرت حتى سال سقف المسجد ، وكان من جريد النخل ، واقيمت الصلاة ، فرايت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسجد فى الماء والطين ، حتى رايت اثر الطين فى جبهته » رواه البخارى بلفظه ومسلم بمعناه •

وعن ابى سعيد ايضا « ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتكف فى العشر الاول من رمضان ، ثم اعتكف العشر الاوسط ، ثم كلم الناس فقال : انى اعتكفت العشر الاول التمس هذه الليلة ثم اعتكفت العشر الأوسط ، ثم أتيت فقيل لى : انها فى العشر الأواخر فمن أحب ان يعتكف فليعتكف ، فاعتكف الناس معه ، وقال : انى أريتها ليلة وتر ، وانى أسجد فى صبيحتها فى ماء وطين فأصبح ليلة احدى وعشرين وقد قام الى الصبح فمطرت السماء فوكف المسجد فأبصرت الطين والماء فخرج حين فرغ من صلاة الصبح وجبينه وروثة(١) أنفه فيها الطين والماء ، واذا هى ليلة احدى وعشرين » رواه مسلم •

وعن عبد الله بن أنيس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « اريت ليلة القدر ثم انسيتها وأرانى صبيحتها أسجد فى ماء وطين ، فمطرنا ليلة ثلاث وعشرين فصلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فانصرف • وأثر الماء والطين على جبهته وأنفه ، وكان عبد الله بن أنيس يقول : ثلاث وعشرين » رواه مسلم •

---

(١) روثة الأنف : طرف الأرنبة (ط) •

وعن أبى عبد الله عبد الرحمن(١) بن الصنابحى قال : « خرجنا من اليمن مهاجرين فقدمنا الجحفه ضحى ، فاقبل راكب فقلت له الخبر فقال : قدمنا رسول الله صلى الله عليه وسلم من خمس (قلت) ما سبقك الا بخمس ، هل سمعت فى ليلة القدر شيئا ، قال : اخبرنى بلال مؤذن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنها اول السبع من العشر الاواخـــر » رواه البخارى • وعن ابى سعيد الخدرى قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم . ليلة القدر ليلة اربع وعشرين » رواه ابو داود الطيالسى فى مسنده (وقيل) انه جيد ولم اره وعن زر بن حبيش قال : « سألت أبى بن كعب فقلت : ان اخاك ابن مسعود يقول : من يقم الحول يصب ليلة القدر ، فقال : رحمه الله أراد أن لا يتكل الناس ، اما انه قد عـــلم انها فى رمضـــان ، وانها فى العشر الاواخـــر ، وانها ليلة سبع وعشرين ، ثم حلف لا يستثنى أنها ليلة سبع وعشرين ، فقلت : بأى شىء تقول ذلك يا أبا المنذر ؟ قال : بالعلامة او بالاية التى أخبرنا رســـول الله صلى الله عليه وسلم أنها تطلع يومئذ لا شعاع لها » رواه مسلم ، وفى رواية لمسلم « والله انى لأعلم أى ليلة هى الليلة التى أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بقيامها ، هى ليلة سبع وعشرين » وفى رواية أبى داود باسناد صحيح (قلت) يا أبا المنذر انى علمت ذلك ؟ فقال : بالاية التى أخبرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم قيل لزر : ما الآية ، قال تصـــبح الشمس صبيحة تلك الليلة مثل الطست ليس لها شعاع حتى ترتفع » •

وعن معاوية بن أبى سفيان عن النبى صلى الله عليه وسلم فى ليلة القدر قال : « ليلة سبع وعشرين » رواه أبو داود باســـناد صحيح ، وعن موسى بن عقبة عن أبى اسحاق عن سعيد بن جبير عن ابن عمـــر قال : « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا أسمع عن ليلة القدر فقال : هى فى كل رمضـــان » رواه أبو داود هكذا باسناد صحيح وقال : رواه سفيان وشعبة عن أبى اسحاق موقوفا على ابن عمـــر لم يرفعاه الى النبى صلى الله عليه وسلم ، هذا كلام أبى داود ، وهذا الحديث

---

(١) كذا فى ش و ق وصوابه : (عبد الرحمن بن عسيلة الصنابحى) • وكان أبو عبد الله مسلما على عهد النبى صلى الله عليه وسلم وقصده فلما انتهى الى الجحفة لحقه الخبر بموت النبى صلى الله عليه وسلم وهو معدود فى كبار التابعين (ط) •

فصحيح ، وقد سبق أن الحديث اذا روى مرفوعا وموقوفا فالصحيح الحكم برفعه ، لأنها رواية ثقة ، وعن عيسى بن عبد الله بن أنيس الجهنى عن أبيه قال : « قلت يا رسول الله ان لى بادية أكون فيها وأنا أصلى بحمد الله ، فمرنى بليلة أنزلها الى هذا المسجد ، فقال : انزل ليلة ثلاث وعشرين ، فقيل لابنه كيف كان أبوك يصنع ، قال : كان يدخل المسجد اذا صلى العصر فلا يخـرج منه لحاجته حتى يصلى الصبح ، فاذا صلى الصبح وجد دابته على باب المسجد ، فجلس عليها فلحق ببداديته » رواه أبو د ود باسناد جيد ولم يضعفه •

وعن أبى سعيد قال : « اعتكف رسول الله صلى الله عليه وسلم العشر الاوسط من رمضـان يلتمس ليله القدر قبل ان تبان له ، ثم أبينت له انها فى العشر الأواخـر ثم خـرج على الناس فقال : يا أيها الناس انها كانت أبينت لى ليلة القدر ، وانى خرجت لاخبركم ، فجاء رجلان يحقان معهما الشيطان فنسيتها ، فالتمسوها فى العشر الأواخر التمسوها فى التاسعة والسابعة والخامسة ، قلت يا أبا سعيد انكم اعلم بالعدد منا ، قال : أجل نحن أحق بذلك منكم ، قلت ما التاسعة والسابعة والخامسة ؟ قال : فاذا مضت واحدة وعشرون فالتى تليهـا ثنتـان وعشرون فهى التاسعة ، فاذا مضى ثلاث وعشرون فالتى تليها السابعة فاذا مضى خمس وعشرون فالتى تليها الخامسة » رواه مسلم •

وعن ابن مسعود قال : « قال لنا رسـول الله صلى الله عليـه وسلم : اطلبوها فى ليلة سبع عشرة من رمضـان ، وليلة احدى وعشرين ، وليلة ثلاث وعشرين ثم سكت » رواه أبو داود ولم يضعفه ، واسناده صحيح الا رجلا واحدا وهو حكيـم ابن(١) سيف الرقى ، فقال فيه أبو حاتم : هو شيخ صدوق يكتب حديثه ، ولا يحتج به ، ليس بالمتقن •

وعن مالك بن مرثد عن أبيه قال : « قلت لأبى ذر : سألت رسـول الله صلى الله عليه وسلم عن ليلة القدر ، قال : أنا كنت أسـأل الناس عنها يعنى أشد الناس مسألة عنها ، فقلت : يا رسول الله أخبرنى عن

---

(١) هو حكيم بن سيف بن حكيم مولى بنى أسد أبو عمرو الرقى من الطبقة الخامسة قال ابن حجر : صدوق (ط) •

ليلة القدر ، أفى رمضان أو فى غيره ، فقال : لا ، بل فى شهر رمضان ، فقلت : يا نبى الله أتكون مع الأنبياء ما كانوا ، فاذا قبضوا ورفعوا رفعت معهم او هى الى يوم القيامة ؟ قال : لا ، بل هى الى يوم القيامه ، قلت : فأخبرنى فى اى شهر رمضان هى ، قال التمسوها فى العشر الأواخر والعشر الأول ، ثم حدث نبى الله صلى الله عليه وسلم وحدث فاهتبلت غفلته فقلت : يا نبى الله أخبرنى فى أى عشر هى ؟ قال : التمسوها فى العشر الأواخر ، ولا تسألنى عن شىء بعد هذا ، ثم حدث وحدث فاهتبلت غفلته ، فقلت : يا رسول الله أقسمت عليك بحقى لتحدثنى فى أى العشر هى ، فغضب على رسول الله صلى الله عليه وسلم غضبا ما غضب على مثله قبل ولا بعد ، ثم قال : التمسوها فى السبع الأواخر ولا تسألنى عن شىء بعد » رواه البيهقى باسناد ضعيف •

وعن أبى هريرة قال : « تذاكرنا ليلة القدر عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أيكم يذكر حين طلع القمر وهو مثل شق جفنه ؟ » رواه مسلم ، قال البيهقى : قيل : ان ذلك انما يكون لثلاث وعشرين ، وعن جابر بن عبد الله قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : انى رأيت ليلة القدر فأنسيتها ، وهى فى العشر الأواخر من لياليها ، وهى ليلة طلقة بلجة لا حارة ولا باردة ، كأن الذى فيها قمر لا يخرج شيطانها حتى يضىء فجرها » رواه أبو بكر بن أحمد بن عمر بن أبى عاصم النبيل فى كتابه •

كتاب الاعتكاف

أصل الاعتكاف فى اللغة اللبث والحبس والملازمة ، قال الشافعى فى سنن حرمله : الاعتكاف لزوم المرء شيئا ، وحبس نفسه عليه برا كان او اثما ، قال الله تعالى : « ما هذه التماثيل التى انتم لها عاكفون »(١) وقال تعالى : « فاتوا على قوم يعكفون على اصنام لهم »(٢) وقال تعالى فى البر : « ولا تباشروهن وانتم عاكفون فى المساجد »(٣) ويسمى الاعتكاف الشرعى اعتكافا لملازمة المسجد ، يقال : عكف يعكف ويعكف ـ بضم الكاف وكسرها ـ لغتان مشهورتان عكفا وعكوفا اى اقام على الشىء ولازمه ، وعكفته اعكفه ـ بكسر الكاف ـ عكفا لا غير ، قالوا : فلفظ عكف يكون لازما ومتعديا كما ذكرنا ، كرجع ورجعته ، ونقص ونقصته ويسمى الاعتكاف جوارا ، ومنه حديث عائشة الذى سبق قريبا فى أحاديث بيته القدر عن صحيح البخارى ، وهو قولها وهو مجاور فى المسجد ، والاعتكاف فى الشرع هو اللبث فى المسجد من شخص مخصوص بنية مخصوصة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(الاعتكاف سنة [حسنة] ، لما روى أبى بن كعب وعائشة رضى الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان « يعتكف العشر الاواخر من رمضان » وفى حديث عائشة « فلم يزل يعتكف حتى مات » ويجب بالنذر ، لما روت عائشة رضى الله عنها ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من نذر أن يطيع الله فليطعه ، ومن نذر أن يعصيه فلا يعصه ») .

(الشرح) حديث عائشة الأول ، رواه البخارى ومسلم بزيادته المذكورة ، وحديث أبى بن كعب ، رواه أبو داود والنسائى وابن ماجه بأسانيد صحيحة على شرط البخارى ومسلم ، أو مسلم فقط ، وثبت مثله فى الصحيحين من رواية ابن عمر وآخرين من الصحابة .

(وأما) حديث عائشة « من نذر أن يطيع الله » الى آخره فرواه البخارى .

---

(١) الأنبياء : ٥٢ .
(٢) الأعراف : ١٣٨ .
(٣) البقرة : ١٨٧ .

(**أما الحكم**) فالاعتكاف سنة بالاجماع ولا يجب الا بالنذر بالاجماع ، ويستحب الاكثار منه ، ويستحب ويتأكد استحبابه فى العشر الأواخر من شهر رمضان للأحاديث السابقة هنا ، وفى الباب قبله فى ليلة القدر لرجائها • قال الشافعى والأصحاب : ومن أراد الاقتداء بالنبى صلى الله عليه وسلم فى اعتكاف العشر الأواخر من رمضان فينبغى أن يدخل المسجد قبل غروب الشمس ليلة الحادى والعشرين منه ، لكيلا يفوته شىء منه ، ويخرج بعد غروب الشمس ليلة العيد ، سواء تم الشهر أو نقص ، والأفضل أن يمكث ليلة العيد فى المسجد حتى يصلى فيه صلاة العيد ، أو يخرج منه الى المصلى لصلاة العيد ان صلوها فى المصلى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يصح الا من مسلم عاقل[1] طاهر ، فأما الكافر فلا يصح منه ، لأنه من فروع الايمان ، ولا يصح من الكافر كالصوم ، وأما من زال عقله كالمجنون والمبرسم فلا يصح منه ، لأنه ليس من أهل العبادات فلا يصح منه الاعتكاف كالكافر) •

(**الشرح**) شروط المعتكف ثلاثة (الاسلام) (والعقل) (والنقاء عن الحدث الأكبر) وهو الجنابة والحيض والنفاس ، فلا يصح اعتكاف كافر أصلى ولا مرتد ولا اعتكاف زائل العقل بجنون أو اغماء أو مرض أو سكر ولا مبرسم ولا صبى غير مميز ، لأنه لا نية لهم ، وشرط الاعتكاف النية ولا يصح اعتكاف حائض ولا نفساء ولا جنب ابتداء ، لأن مكثهم فى المسجد معصية • ولو طرأ الحيض أو النفاس أو الردة أو الجنابة فى أثناء الاعتكاف فسيأتى ايضاحه ان شاء الله تعالى فى أثناء الباب حيث ذكره المصنف ، ويصح اعتكاف الصبى المميز والمرأة المزوجة وغيرها ، والعبد القن والمدبر والمكاتب والمستولدة ، كما يصح صيامهم ، لكن يحرم على المرأة والعبد الاعتكاف بغير اذن الزوج والسيد ، فلو خالفا صح مع التحريم • والله أعلم •

---

(١) فى نسخة ابن بطال لا توجد عبارة (طاهر) (ط) •

(ولا يجـوز للمرأة أن تعتكف بغيـر اذن الزوج ، لأن استمتاعها ملك للزوج ، فلا يجوز ابطاله عليه بغير اذنه ، ولا يجوز للعبد أن يعتكف بغيـر اذن مولاه ، لأن منفعته للمولى فلا يجـوز ابطالها عليه بغيـر اذنه ، فان نذرت المرأة الاعتكاف باذن الزوج أو نذر العبـد الاعتكاف باذن مولاه نظـرت ـ فان كان غير متعلق بزمان بعينه ـ لم يجـز أن يدخل فيه بغير اذنه ، لأن الاعتكاف ليس على الفـور وحق الزوج والمولى على الفـور ، فقدم على الاعتكاف ، وان كان النذر متعلقا بزمان بعينه جاز أن يدخل فيه بغيـر اذنه ، لأنه تعيـن عليه فعله باذنه ، وان اعتكفت المرأة باذن زوجهـا أو العبد باذن مولاه ، نظـرت فان كان فى تطـوع جاز له أن يخـرجه منه لأنه لا يلزمه بالدخـول فجاز اخراجه منه وان كان فى فرض متعـلق بزمان بعينه لم يجز اخراجه منه لأنه تعين عليه فعله فى وقته فلا يجوز اخراجه منه ، وان كان فى فرض غير متعلق بزمان بعينه ففيه وجهـان (احدهمـا) لا يجـوز اخـراجه منه ، لأنه وجب اذنه ودخـل فيه باذنه فلم يجـز اخراجه منه • (والثانى) ان كان متتابعا لم يجـز اخراجه منه ، لأنه لا يجـوز له الخروج فلا يجـوز اخراجه منه كالمنذور فى زمن بعينه ، وان كان غير متتابع جاز اخـراجه منه لأنه يجـوز له الخـروج منه فجاز اخراجه منه كالتطـوع • وأما المكاتب فانه يجوز له أن يعتكف بغير اذن المولى لأنه لا حق للمولى فى منفعته فجاز أن يعتكف بغير اذنه كالحـر • ومن نصفه حر ونصفه عبد ينظـر فيه ـ فان لم يكن بينه وبين المولى مهاياة ـ فهو كالعبد ، وان كان بينهما مهاياة فهو فى اليـوم الذى هو للمولى كالعبد ، لأن حق السيد متعلق بمنفعته ، وفى اليـوم الذى له كالمكاتب لأن حق المولى [لا] يتعلق بمنفعته) •

(الشرح) فى الفصـل مسائل (احداها) قد سبق أن يصح اعتكاف المرأة والعبد ، لكن لا يجـوز اعتكافهما بغير اذن الزوج والسـيد ، لمـا ذكره المصنف ، فان اعتكفا بغير اذنهما كان لهما اخراجهما منه بلا خلاف ، وان نذر الاعتكاف باذن الزوج والمولى ـ فان كان متعلقا بزمان معين ـ جاز لهما الدخول فيه بلا اذن ، لأن الاذن فى النذر المعيـن اذن فى الدخول فيه ، وان كان غير متعلق بزمان معين لم يجز دخولهما فيه بغير اذن لمـا ذكر المصنف •

(الثانية) اذا دخلت المرأة أو العبد فى الاعتكاف فان كان الاعتكاف تطوعا أذن الزوج والمولى فيه أو لم يأذنا جاز لهما اخراجهما منه بلا خلاف عندنا • وقال مالك : لا يجوز ان أذنا فيه • وقال أبو حنيفة : يجـوز للسيد دون الزوج • دليلنا ما ذكره المصنف ، وان دخلا فى اعتكاف منذور ، فان نذراه بغير اذن الزوج والسيد فلهما المنع من الشروع فيه ، فان شرعا فلهما اخراجهما منه ، فان أذنا فى الشروع ، وكان الزمان متعينا أو غير متعين ، ولكن شرطا التتابع فيه لم يجـز لهما اخراجهما ، لأن المتعين لا يجوز تأخيره والمتتابع لا يجـوز الخروج منه ، لأنه يتضمن ابطاله ولا يجـوز ابطال العبادة الواجبة بعد الدخول فيها بلا عذر ، وان أذنا فى الشروع ــ والزمان غير متعين ــ ولا شرطا التتابع فلهما اخراجهما منه على أصـح الوجهين وبه قطع المتولى • وقد ذكر المصنف دليلهما •

هذا كله اذا نذرا بغير اذن الزوج والسيد ، فان نذرا باذنهما فقد سبق أنه ان تعلق بزمن معين فلهما الشروع فيه بغير اذن ، والا فلا ، واذا شرعا فيه بلا اذن لم يجـز للزوج والسيد الاخـراج منه ، هكذا ذكر المسألة بفروعها أصحابنا العراقيون وهى مفرعة على أن النذر المطلق اذا شرع فيه لزمه اتمامه ، وفيه خلاف سبق فى آخـر كتاب الصيام ، وفى آخـر باب مواقيت الصلاة ، وسواء فى كل هـذا العبد المدبر والقن وأم الولد والأمة القنة •

(الثالثة) المكاتب له الاعتكاف بغير اذن سيده على الصحيح ، وبه قطع المصنف والجمهور ، وفيه وجه حكاه الخراسانيون أنه لا يجوز الا باذن سيده ، لأنه قد يعجز نفسه فتعود منافعه وكسبه لسيده ، وهو مذهب أبى حنيفة • وأما من بعضه رقيق وبعضه حر ــ فان لم يكن بينه وبين مولاه مهايأة ــ فهو كالعبد القن ، وان كان مهايأة فهو فى نوبة نفسه كالحر ، وفى نوبة سيده كالعبد القن والمهايأة بالهمز فى آخرها ، وهى المناوبة •

وقول المصنف (لأنه لا يلزم بالدخول) احتراز من الحج والعمرة اذا أذن الزوج والسيد فيهما فلا يجوز لهما الاخـراج منهما لأنهما يلزمان بالشروع ، وكذا الجمعة فى حقهما فى أحد الوجهين •

(فـرع) لو نذر العبد اعتكافا فى زمن معين باذن سـيده فباعه . قال المتولى : ليس للمشترى منعه من الاعتكاف لأنه صار مستحقا قبل ملكه ، لكن ان جهل ذلك فله الخيار فى فسخ البيع .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يصـح الاعتكاف من الرجل الا فى المسجد لقوله تعـالى : « ولا تباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد »(١) فدل على أنه لا يجوز الا فى المسـجد ، ولا يصح من المرأة الا فى المسـجد ، لأن من صح اعتكافه فى المسـجد لم يصح اعتكافه فى غيره كالرجل ، والأفضـل أن يعتكف فى المسـجد الجامع لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتكف فى المسجد الجامع ، ولأن الجماعة فى صلواته أكثر ، ولأنه يخـرج من الخـلاف ، فان الزهرى قال : لا يجوز فى غيره . وان نذر أن يعتكف فى مسـجد غير المساجد الثلاثة ، وهى المسجد الحرام ومسجد المدينة والمسـجد الأقصى جاز أن يعتكف فى غيره ، لأنه لا مزية لبعضها على بعض فلم تتعين . وان نذر أن يعتكف فى المسـجد الحرام لزمه أن يعتكف فيه ، لمـا روى أن عمـر رضى الله عنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم : « انى نذرت أن أعتكف ليلة فى المسـجد الحرام . قال : أوف بنذرك » ولأنه أفضل من سائر المساجد فلا يجوز أن يسقط فرضه بما دونه ، وان نذر أن يعتكف فى مسجد المدينة أو المسجد الأقصى ففيه قولان (أحدهما) يلزمه أن يعتكف فيه ، لأنه مسجد ورد الشرع بشد الرحال اليه فتعين بالنذر كالمسجد الحرام (والثانى) لا يتعين لأنه مسجد لا يجب قصـده بالشرع ، فلم يتعين بالنذر كسائر المساجد) .

(الشرح) حديث عمر رضى الله عنه رواه البخارى ومسلم ، وسمى الجامع لجمعه الناس واجتماعهم فيه ، والزهرى أبو بكر بن محمـد ابن مسلم بن عبيد الله بن عبد الله بن شهاب بن عبد الله بن الحارث ابن زهرة بن كلاب بن مرة القرشى الزهرى المدنى التابعى ، الامام فى فنون [الحديث] ، وقد ينكر على المصنف استدلاله بحديث عمر فانه نذر فى الجاهلية ، وقد تقـرر أن النذر الجارى فى الكفـر لا ينعقـد على الصحيح .

---

(١) البقرة : ١٨٧ .

وفى الفصل مسائل :

(احداها) لا يصح الاعتكاف من الرجل ولا من المرأة الا فى المسجد ، ولا يصح فى مسجد بيت المرأة ولا مسجد بيت الرجل وهو المعتزل المهيأ للصلاة ، هذا هو المذهب وبه قطع المصنف والجمهور من العراقيين • وحكى الخراسانيون وبعض العراقيين فيه قولين (أصحهما) وهو الجديد هذا (والثانى) وهو القديم يصح اعتكاف المرأة فى مسجد بيتها ، وقد أنكر القاضى أبو الطيب فى تعليقه وجماعة هذا القول • قالوا : لا يصح فى مسجد بيتها قولا واحدا ، وغلطوا من نقل فيه قولين وحكى جماعات من الخراسانيين أنا اذا قلنا بالقديم انه يصح اعتكافها فى مسجد بيتها ففى صحة اعتكاف الرجل فى مسجد بيته وجهان (أصحهما) لا يصح • قال أصحابنا : فاذا قلنا بالجديد فكل امرأة كره خروجها الى الجماعة ، كره خروجها للاعتكاف ومن لا فلا •

(الثانية) يصح الاعتكاف فى كل مسجد ، والجامع أفضل لما ذكره المصنف قال الشيخ أبو حامد والأصحاب : وأومأ الشافعى فى القديم الى اشتراط الجامع وهو غريب ضعيف ، والصواب جوازه فى كل مسجد • قال أصحابنا : ويصح الاعتكاف فى سطح المسجد ورحبته بلا خلاف ، لأنهما منه •

(الثالثة) اذا نذر الاعتكاف فى مسجد بعينه ، فان كان غير المساجد الثلاثة وهى المسجد الحرام ، ومسجد المدينة ، والمسجد الأقصى ، لم يتعين على المذهب وبه قطع المصنف والجماهير •

وقال ابن سريج والبندنيجى وآخرون : فى تعيينه قولان • وقال امام الحرمين والمتولى وآخرون من الخراسانيين فى تعيينه وجهان (أصحهما) عند جمهورهم لا يتعين للاعتكاف كما لا يتعين للصلاة لو نذرها فيه (والثانى) يتعين • قال امام الحرمين : وهو ظاهر النص لأن الاعتكاف حقيقة الانكفاف فى سائر الأماكن والتقلب ، كما أن الصوم انكفاف عن أشياء فى زمن مخصوص فنسبة الاعتكاف الى المكان كنسبة الصوم الى الزمان ، ولو عين الناذر يوما لصومه تعين على

الصحيح فليتعين المسجد بالتعين أيضـــا • هذا كلام الامام والمذهب أنه لا يتعين للاعتكاف مسجد غير الثلاثة • قال أصحابنا : الا أنه يســتحب الاعتكاف فيما عينه ، وفرق الأصحاب بينه وبين الصوم على المذهب فيهما بأن النذر مردود الى أصل الشرع وقد أوجب الصوم بالشرع فى زمن بعينه لا يجوز فيه غيره فى غير النذر ، وهو صوم رمضـــان ، وكذا فى النذر •

وأما الاعتكاف فلم يجب منه شىء بأصل الشرع فى موضع بعينه فصار كالصلاة المنذورة فى مسجد بعينه ، فانه لا يتعين لها ذلك المسجد ، فالحاصل أنه اذا عين فى نذره غير المساجد الثلاثة للصلاة لا يتعين ، وان عينه للاعتكاف لم يتعين أيضـــا على المذهب ، وان عين يوما للصـــوم تعين على المذهب • أما اذا نذر الاعتكاف فى المســـجد الحرام فيتعين على المذهب ، وبه قطع المصنف والجمهور • وذكر امام الحرمين وجماعات من الخراسانيين فى تعينه طريقين (أصحهما) يتعين (والثانى) على قولين (أصحهما) يتعين (والثانى) لا ، وان عين مسجد النبى صلى الله عليه وسلم أو المسجد الأقصى فقولان مشهوران (أصحهما) يتعين (والثانى) لا • ودليل الجميع فى الكتاب •

قال أصحابنا : واذا قلنا بالتعين ، فان عين المسجد الحرام لم يقم غيره مقامه قطعا ، وان عين مسجد المدينة لم يقم مقامه الا المسجد الحرام لأنه أفضل منه ، ولا يلتحق بهما غيرهما فى الفضيلة • وان عين المسجد الأقصى لم يقم مقامه الا المسجد الحرام ومسجد المدينة ، لأنهما أفضل ، واذا قلنا بعدم التعين ، فليس له الخـــروج بعد الشروع لينتقل الى مسجد آخـــر ، لكن لو كان ينتقل فى خروجه لقضـــاء الحاجة الى مسجد آخـــر على مثل تلك المسافة فوجهان حكاهما امام الحرمين وآخـــرون (أصحهما) جوازه ، وبه قطع المتولى وغيره ، فان كان الثانى أطول بطل الاعتكاف •

(فـــرع) لو عين زمن الاعتكاف فى نذره ففى تعينه وجهـــان (الصحيح) المشهور وبه قطع الجمهور يتعين ، ولا يجوز التقديم عليه ولا التأخير ، فان قدمه لم يجزه ، وان أخره أثم وأجزأه وكان قضـــاء

(والثانى) لا يتعين كما لا يتعين فى الصلاة • قالوا : ويجرى الوجهان فى تعين زمن الصوم ، والله أعلم •

فـــرع

فى مذاهب العلماء فى مسجد الاعتكاف

قد ذكرنا أن مذهبنا اشتراط المسجد لصحة الاعتكاف ، وأنه يصح فى كل مسجد ، وبه قال مالك وداود ، وحكى ابن المنذر عن سعيد ابن المسيب أنه قال :انه لا يصح الا فى مســجد النبى صلى الله عليه وسلم ، وما أظن أن هــذا يصح عنه ، وحكى هو وغيره عن حذيفــة ابن اليمــان الصحابى أنه لا يصــح الا فى المساجد الثلاثة : المسجد الحرام ومسجد المدينة والأقصى ، وقال الزهرى والحكم وحماد : لا يصــح الا فى الجامع ، وقال أبو حنيفة وأحمد واسحاق وأبو ثور : يصح فى كل مسجد يصلى فيه الصلوات كلها ، وتقام فيه الجماعة •

واحتج لهم بحديث عن جويبر عن الضحاك(١) عن حذيفة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « كل مسجد له مؤذن وامام ، فالأعتكاف فيه يصلح » رواه الدارقطنى وقال : الضحاك لم يسمع من حذيفة (قلت) وجويبر ضعيف باتفاق أهل الحديث فهذا الحديث مرسل ضعيف فلا يحتج به •

واحتج أصــحابنا بقوله تعــالى « **ولا تباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد** »(٢) ووجه الدلالة من الآية لاشتراط المسجد أنه لو صح الاعتكاف فى غير المسجد لم يخص تحريم المباشرة بالاعتكاف فى المسجد ؛ لأنها منافية للاعتكاف ، فعلم أن المعنى بيان أن الاعتكاف انما يكون فى المساجد ، واذا ثبت جوازه فى المساجد صح فى كل مسجد ، ولا يقبل

---

(١) جويبر هو تصغير جابر واسمه جابر بن سعيد الأزدى أبو القاسم البلخى نزيل الكوفة راوى التفسير ضعف جدا هكذا أجمله ابن حجر فى التقريب أما الضحاك فانه ابن مزاحم الهلالى كثير الارسال فانه يروى عن ابن عباس وحذيفة وغيرهما من الصحابة ولم يرهم ، يعد من الطبقة الخامسة ومات بعد المــائة ومن اسم أبيه يتبين أن أباه كان يهوديا (ط) •

(٢) البقرة : ١٨٧ •

تخصيص من خصه ببعضها الا بدليل ، ولم يصح فى التخصيص شىء صريح •

فـــرع

فى مذاهبهم فى اعتكاف المرأة فى مسجد بيتها

قد ذكرنا أنه لا يصح عندنا على الصحيح ، وبه قال مالك وأحمد وداود ، وقال أبو حنيفة : يصح •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والأفضل أن يعتكف بصوم • « لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يعتكف فى شهر رمضان » فان اعتكف بغير صوم جاز لحديث عمر رضى الله عنه « انى نذرت أن أعتكف ليلة فى الجاهلية فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : أوف بنذرك » ولو كان الصوم شرطا لم يصح بالليل وحده • وان نذر أن يعتكف يوما بصوم فاعتكف بغير صوم ففيه وجهان قال أبو على الطبرى : يجزئه الاعتكاف عن النذر ، وعليه أن يصوم يوما لأنهما عبادتان تنفرد كل واحدة منهما عن الأخرى فلم يلزم الجمع بينهما بالنذر كالصوم والصلاة ، وقال عامة أصحابنا : لا يجزئه ، وهو المنصوص فى الأم لأن الصوم صفة مقصودة فى الاعتكاف فلزم بالنذر كالتتابع ، ويخالف الصوم والصلاة ، لأن أحدهما ليس صفة مقصودة فى الآخر) •

(الشرح) أما اعتكاف النبى صلى الله عليه وسلم فى رمضان فصحيح ثابت فى الصحيحين من رواية ابن عمر وعائشة وأبى سعيد الخدرى وصفية أم المؤمنين وغيرهم من الصحابة رضى الله عنهم • (وأما) حديث عمر فرواه البخارى ومسلم كما سبق ، وفى رواية للبخارى « أوف بنذرك ، اعتكف ليلة » وفى رواية لمسلم « قال : يا رسول الله : انى نذرت فى الجاهلية أن أعتكف يوما قال : اذهب فاعتكف يوما » •

(أما الأحكام) فقال الشافعي والأصحاب : الأفضل أن يعتكف صائما ، ويجوز بغير صوم ، وبالليل ، وفى الأيام التى لا تقبل

الصـــوم ، وهى العيد والتشريق • هذا هو المذهب ، وبه قطع الجماهير فى جميع الطرق • وحكى الشيخ أبو محمد الجوينى وولده امام الحرمين وآخـــرون قولا قديما ان الصـــوم شرط ، فلا يصح الاعتكاف فى يوم العيد والتشريق ، ولا فى الليـــل المجـــرد • قال امام الحرميـــن : قال الائمة : اذا قلنا بالقديم لم يصـــح الاعتكاف بالليـــل لا تبعـــا ولا منفـــردا ، ولا يشترط الاتيان بصـــوم من أجل الاعتكاف ، بل يصح الاعتكاف فى رمضـــان ، وان كان صومه مستحقا شرعا مقصودا ، والمذهب أن الصـــوم ليس بشرط ، وسنبسط أدلته ان شاء الله تعالى فى فـــرع مذاهب العلمـــاء ، فاذا قلنا بالمذهب فنذر أن يعتكف يوما هو فيه صائم ، أو أياما هو فيها صائم ، لزمه الاعتكاف بصوم بلا خلاف ، وليس له افـــراد الصوم عن الاعتكاف ولا عكسه بلا خلاف ، صرح به المتولى والبغوى والرافعى وآخرون •

قالوا : ولو اعتكف هذا الناذر فى رمضـــان أجزأه ، لأنه لم يلتزم بهذا النذر صوما ، وانمـــا نذر الاعتكاف بصفة ، وقد وجدت ، قال المتولى : وكذا لو اعتكف فى غير رمضـــان صائما عن قضاء أو عن نذر أو عن كفـــارة أجزأه لوجود الصـــفة • (أما) اذا نذر أن يعتكف صائما أو يعتكف بصـــوم ، فانه يلزمه الاعتكاف والصـــوم ، وهل يلزمه الجمع بينهما ؟ فيه الوجهان اللذان ذكرهما المصنف بدليلهما وهما مشهوران •

(أحدهما) لا يلزمه ، بل له افرادهما ، قاله أبو على الطبرى (وأصحهما) يلزمه ، وهو قول جمهور أصحابنا المتقدمين وهو المنصوص فى الأم كما ذكره المصنف ، وهو الصحيح عند المصنفين ، فعلى هـــذا لو شرع فى الاعتكاف صائما ثم أفطـــر لزمه أن يستأنف الصـــوم والاعتكاف ، وعلى الأول يكفيه استئناف الاعتكاف ، ولو نذر اعتكاف أيام وليال متتابعة صائما فجامع ليلا ففيه هذان الوجهان (أصحهمـــا) يستأنفهما •

(والثانى) يستأنف الصـــوم دون الاعتكاف ، لأن الاعتكاف لم يفســـد ، ولو اعتكف فى رمضـــان أجزأه على وجه أبى على الطبرى عن الاعتكاف ، وعليه أن يصـــوم ، ولا يجزئه على الصحيح المنصوص ،

بل يلزمه استئنافهما ولو نذر أن يصـــوم معتكفا فطريقان (أحدهما) وبه قال الشيخ أبو محمد الجويني : لا يلزمه الجمع بينهما ، بل له تفريقهما وجها واحدا ، لان الاعتكاف لا يصـــلح رصفا للصـــوم بخلاف عكسه ، فان الصوم من مندوبات الاعتكاف (واصحهما) وبه قال الاكثرون فيه الوجهان السابقان كعكسه (اصحهما) وبه قال الجمهور لزوم الجمع • قال امام الحرمين : لا ارى لمـــا قاله ابو محمد وجها ، بل يجرى الوجهان سواء نذر الصـــوم معتكفا أو الاعتكاف صائما ، ولو نذر ان يصلى معتكفا او يعتكف مصليا لزمه الاعتكاف والصـــلاة ، وفى لزوم الجمع بينهما طريقان كذاهما المتولى والبغوى وآخرون •

(أحدهما) أنه على الوجهين فيمن نذر الاعتكاف صائما (وأصحهما) وبه قطع امام الحرمين وغيره من المحققين لا يجب الجمع بينهمـــا ، بل له التفريق وجها واحدا ، والفرق أن الصوم والاعتكاف مقـــاربان فى أن كلا منهما كف بخلاف الصلاة فانها افعال مباشرة لا تتناســـب الاعتكاف ، فلم يشترط جمعهما ، فان لم يوجب الجمع بين الاعتكاف والصلاة ، فالذى يلزمه من الصـــلاة هو الذى يلزمه لو افـــرد الصلاة بالنذر ، وهى ركعتان فى أصح القولين ، وركعة فى الاخر •

وان أوجبنا الجمع لزمه ذلك القدر فى يوم اعتكافه ، ولا يلزمه استيعاب اليوم بالصلاة ، فان نذر اعتكاف ايام مصليا ، لزمه ركعتان لكل يوم على الأصح أو ركعة فى القول الآخـــر ، ولا يلزمه أكثر من ذلك ، هكذا جزم به البغوى وغيره •

قال الرافعى : ولك أن تقول ان ظاهر اللفظ يقتضى الاستيعاب ، فان تركنا الظاهر فلماذا يعتبر تكرير القدر الواجب من الصلاة كل يوم ، وهلا اكتفى به واحدة عن جميع الأيام ، ولو نذر أن يصوم مصليا لزمه الصوم والصلاة ولا يلزمه الجمع بينهما بالاتفاق ، وقد صرح به المصنف فى قياسه ، ووافقه الأصحاب ، ولو نذر القـــران بين الحج والعمـــرة فله تفريقهما وهو أفضل ، هذا هو الصواب المعروف وأشار امام الحرمين هنا فى قياسه الى وجوب جمعهما فانه قال فى توجيه أصح الوجهين فيمن نذر الاعتكاف صائما أنه يلزمه الجمـــع كما لو نذر أن يقـــرن بين الحج والعمرة ، وهذا الذى قاله شاذ مردود بل غلط لا يعد خلافا ، والمسألة

مشهورة بجواز التفريق ، وسنزيدها ايضاحا فى كتاب النذر ان شاء الله تعالى ، ولو نذر أن يصلى صلاة يقــرأ فيها سورة معينة لزمه الصلاة ، وقراءة السورة ، وفى لزوم الجمع بينهما وجواز التفريق الوجهان السابقان ، فيمن نذر الاعتكاف صائما قاله القفال وتابعه امام الحرمين وآخرون ، وهو ظاهر •

(فــرع) لو نذر أن يعتكف شهر رمضــان ففاته لزمه اعتكاف شهر اخــر ، ولا يلزمه الصوم بلا خلاف ، صرح به اصحابنا ، منهم الصيدلانى ، لانه لم يلتزم الصوم وانما كان يحصل الصوم لو اعتكف فى رمضان اتفاقا •

فــرع

فى مذاهب العلمــاء فى الصــوم فى الاعتكاف

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه مستحب وليس شرطا لصحة الاعتكاف على الصــحيح عنــدنا وبهــذا قال الحســن البصرى وأبو ثــور وداود وابن المنذر ، وهو أصح الروايتين عن احمد ، قال ابن المنذر : وهو مروى عن على بن أبى طالب وابن مســعود ، وقال ابن عمــر وابن عباس وعائشه وعروه بن الزبير والزهرى ومالك والأوزاعى والثورى وابو حنيفه واحمــد واسحاق فى رواية عنهما : لا يصح الا بصوم • قال القاضى عياض : وهو قول جمهور العلماء •

واحتج لهؤلاء بأن النبى صلى الله عليه وســلم « اعتكف هو وأصحابه رضى الله عنهم صياما فى رمضان » وبحديث سويد بن عبد العزيز عن سفيان بن حســين عن الزهرى عن عروة عن عائشــة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا اعتكاف الا بصيام » رواه الدارقطنى وقال : تفــرد به ســويد عن ســفيان بن حســين (قلت) وســويد ابن عبد العزيز ضعيف باتفاق المحدثين •

وعن عبد الله بن بديل عن عمــرو بن دينار عن ابن عمــر عن عمر « أنه سأل النبى صلى الله عليه وسلم عن اعتكاف عليه فأمره أن يعتكف ويصــوم » رواه أبو داود والدارقطنى ، وقال : تفــرد به ابن بديل

وهو ضعيف ، وفى رواية قال : « أعتكف وصم » قال الدارقطنى : سمعت ابا بكر النيسابورى يقول : هذا حديث منكر .

واحتج أصحابنا بحديث عائشة « أن النبى صلى الله عليه وسلم اعتكف العشر الاول من شوال » رواه مسلم بهذا اللفظ ، ورواه البخارى وقال : « عشره من شوال » والمراد به الاول كما فى روايه مسلم ، وهذا يتناول اعتكاف يوم العيد ، ويلزم من صحته ان الصوم ليس بشرط ، وبحديث عمر رضى الله عنه « انه نذر ان يعتكف ليله فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : اوف بنذرك » رواه البخارى ومسلم ، وفى روايه للبخارى « اوف بنذرك اعتكف ليله » وفى روايه لمسلم « انى نذرت ان اعتكف يوما ، فقال : ذهب فاعتكف يوما » .

وهذا لا يخالف رواية البخارى ولا الرواية المشهورة لأنه يحتمل أنه سأله عن اعتكاف ليله وسأله عن اعتكاف يوم فأمره بالوفاء بما نذر فيحصل منه صحة اعتكاف الليلة وحدها ، ويؤيد هذا روايه نافع عن ابن عمر أن عمر « نذر ان يعتكف ليلة فى المسجد الحرام ، فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له : أوف بنذرك فاعتكف عمر ليله » رواه الدارقطنى وقال : اسناده صحيح ثابت ، وبحديث طاوس عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ليس على المعتكف صيام الا ان يجعله على نفسه » رواه الحاكم أبو عبد الله فى المستدرك قال : هو حديث صحيح على شرط مسلم ، ورواه الدارقطنى وقال رفعه هذا الشيخ وغيره لا يرفعه ، يعنى أبا بكر محمد بن اسحاق السوسى . وقد ذكرنا مرات أن الحديث الذى يرويه بعض الثقات مرفوعا وبعضه موقوفا يحكم بأنه مرفوع لأنها زيادة ثقه ، هذا هو الصحيح الذى عليه المحققون ، وبه قال الفقهاء واصحاب الأصول وحذاق المحدثين .

(وأما الجواب) عما احتج به الأولون من اعتكاف النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه فى رمضان فمحمول على الاستحباب لا على الاشتراط ، ولهذا ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم اعتكف فى شوال كما قدمناه ، فوجب حمل الأول على الاستحباب للجمع بين الأحاديث ، مع أنه لا يلزم من مجرد الاعتكاف فى رمضان اشتراط الصوم ،

واستدل المزنى أيضـا بأنه لو كان الصـوم شرطا لم يصح الاعتكاف فى رمضان ، لأن صومه مستحق لغير الاعتكاف •

(**وأما الجواب**) عن حديث عائشة « لا اعتكاف الا بصـوم » فمن وجهين (احدهما) أنه ضعيف بالاتفاق كما سبق بيانه (والثانى) لو ثبت لوجب حمله على الاعتكاف الأكمل جمعا بين الاحاديث • واما الجواب عن حديث عبد الله بن بديل فمن هذين الوجهين •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز الاعتكاف فى جميع الاوقات ، والأفضل أن يعتكف فى العشر الاخير من شهر رمضـان لحديث ابى بن كعب وعائشة رضى الله عنهما ، ويجـوز ان يعتكف ما شاء من ساعة ويوم وشهر ، كما يجـوز ان يتصدق بما شاء من قليل او كثيـر ، وان نذر اعتكافا مطلقـا اجزاه ما يقع عليه الاسم • قال الشافعى رحمه الله تعالى : واحب ان يعتكف يوما ، وانما استحب ذلك ليخـرج من الخلاف ، فان ابا حنيفة لا يجيز اقل من يوم) •

(**الشرح**) حديث أبى وعائشة سبق بيانه فى أول الباب ، وأبو حنيفة اسمه النعمان بن ثابت ، ولد سنة ثمانين من الهجرة ، وتوفى ببغداد سنة خمسين ومائة ، وفيها ولد الشافعى ، قال الشافعى والاصحاب رحمهم الله تعـالى : يصح الاعتكاف فى جميع الأوقات من الليـل والنهار ، وأوقات كراهة الصـلاة ، وفى يوم العيدين والتشريق كما سبق دليله وبيـانه ، وأفضـله ما كان بصـوم ، وافضـله شـهر رمضان ، وأفضله العشر الأواخر منه • قال الشافعى والأصـحاب : والأفضل أن لا ينقص اعتكافه عن يوم • لأنه لم ينقـل عن النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه اعتكاف دون يوم • وليخـرج من خلاف ابى حنيفة وغيره ممن يشترط الاعتكاف يوما فأكثر •

وأما أقل الاعتكاف ففيه أربعة أوجه (أحدها) وهو الصـحيح المنصوص الذى قطع به الجمهور أنه يشترط لبث فى المسـجد ، وأنه يجوز الكثير منه والقليل حتى ساعة أو لحظـة • قال امام الحرميـن وغيره : وعلى هذا لا يكفى ما فى الطمأنينة فى الركوع والسـجود

ونحوهما ، بل لابد من زيادة عليه بما يسمى عكوفا واقامة • (والوجه الثانى) حكاه امام الحرمين وآخـرون أنه يكفى مجـرد الحضـور والمرور من غير لبث أصلا ، كما يكفى مجرد الحضور والمرور بعرفات فى الوقوف • وبه قطع البندنيجى • قال امام الحرمين : وعلى هذا الوجه يحصل الاعتكاف بالمرور حتى لو دخل من باب وخـرج من باب ونوى فقد حصل الاعتكاف ، وعلى هذا لو نذر اعتكافا مطلقا خـرج عن نذره بمجرد المرور •

(والوجه الثالث) حكاه الصيدلانى وامام الحرمين وآخـرون أنه لا يصح الا يوما او ما يدنو من يوم (والرابع) حكاه المتولى وغيره انه يشترط اكثر من نصف النهـار او نصف الليـل ، لان مقصى العادة ان تخالف العبادة وعادة الناس القعود فى المساجد الساعة والساعات لانتظـار الصلاة ، او سماع الخطبة او العلم او لغير ذلك • ولا يسمى ذلك اعتكافا فشرط زيادة عليه لتتميز العبادة عن العـادة ، قال المتولى : وهذا الخلاف فى اشتراط اكثر النهـار يشبه الخلاف فى صوم التطـوع ، فانه يصـح بنية قبل الزوال • وفى صحته بنية بعده قولان مشهوران (فاذا قلنا) بالمذهب وهو الوجه الأول انه يصح الاعتكاف بشرط لبث(١) وان قل فلا فرق بين كثيره وقليله فى الصحة ، وانما شرط لبث يزيد على طمأنينة الصلاة كما سبق ، وكلمـا كثر كان افضـل ولا حد لاكثره بل يصح اعتكاف عمر الانسـان جميعه ويصح نذر اعتكاف العمـر ، وسنفرده بمسألة مستقلة •

ولو نذر اعتكاف ساعة صح نذره ولزمه اعتكاف ساعة ، ولو نذر اعتكافا مطلقا كفاه عن نذره اعتكاف لحظة ، والأفضـل أن يعتكف يوما ليخـرج من خلاف أبى حنيفة وموافقيه ، نص عليه الشافعى واتفق عليه الأصحاب ، ولو كان يدخل ساعة ويخـرج ساعة ، وكلما دخـل نوى الاعتكاف صح على المذهب • وحكى الرويانى فيه وجها ضعيفا وكأنه راجع الى الوجه الثانى والثالث • قال المتولى وغيره : ولو نوى اعتكاف مدة معلومة استحب له الوفاء بها بكمالها ، فان خرج قبل اكمالها جاز ، لأن التطـوع لا يلزم بالشروع ، وان أطلق النية ولم يقدر شيئا دام اعتكافه ما دام فى المسجد •

---

(١) بضم اللام وتسكين الباء وكسر التاء •

فـــرع

فى مذاهب العلمـــاء فى اقل الاعتكاف

قد ذكرنا أن الصحيح المشهور من مذهبنا أنه يصح كثيره وقليله ولو لحظه ، وهو مذهب داود و المشهور عن احمـــد وروايه عن ابى حنيفه • وقال مالك وابو حنيفة فى المشهور عنه : اقله يوم بكماله بنـــاء على اصلهما فى اشتراط الصـــوم • دليلنا أن الاعتكاف فى اللغـــه يقع على القليل والكثير ولم يحده الشرع بشىء يخصه فبقى على أصله • واما الصـــوم فقد سبق الكلام فيه ، وبينا انه لم يثبت فى اشتراط الصوم شىء صريح •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان نذر اعتكاف العشر دخـــل فيه ليلة الحـــادى والعشرين قبـــل غروب الشمس ليستوفى الفرض بيقين • كما يغســـل جزءا من راسه ليستوفى غسل الوجه بيقين ، ويخـــرج منه بهلال شـــوال تاما كان الشهر او ناقصـــا ، لان العشرة عباره عما بين العشرين الى آخـــر الشهر ، وان نذر اعتكاف عشرة أيام من آخـــره وكان الشهر ناقصا اعتكف بعد الشهر يوما آخـــر لتمـــام العشرة ، لان العشرة عبـــارة عن عشرة آحاد بخلاف العشرة) •

(الشرح) هاتان المسألتان ذكرهما أصحابنا كما قد ذكرهما المصنف ، ويستحب أن يمكث فى معتكفه بعد هلال شـــوال حتى يصلى العيـــد أو يخـــرج منه الى المصلى ان صلوها فى غيره • وقد سبقت هـــذه المسألة فى آخـــر كتاب الصيـــام • وقوله فى المسألة الثانية : (اذا خـــرج الشهر ناقصا اعتكف يوما آخـــر) يعنى يوما بليلته • كذا صرح به البغـــوى وغيره ، ويستحب فى الثانية أن يعتكف يوما قبل العشر لاحتمـــال نقص الشهر ، فيكون ذلك اليوم داخلا فى نذره لكونه أول العشر من آخـــر الشهر ، فلو فعل هذا ثم بان نقصـــه فهل يجزئه عن قضـــاء يوم ؟ قطع البغـــوى بأنه يجزئه ، ويحتمـــل أن يكون فيه خلاف كالوجهين فيمن تيقن الطهارة وشك فى الحدث فتوضأ غلطا فبان محدثا ، هل يصح وضوءه ؟ والأصح لا يصح ، والله أعلم •

فـــرع

فى مذاهب العلماء فيمن نذر اعتكاف العشر الأواخـــر من رمضان أو غيره ، متى يدخل فى اعتكافه ؟

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه يلزمه أن يدخل فيه فى ليلة الحادى والعشرين ويخـــرج عن نذره بانقضاء الشهر تم أو نقص ، وبه قال مالك والثورى وابو حنيفـــه واصحابه • وقال الاوزاعى واســـحاق وابو ثور : يجزئه الدخول فى طلوع الفجـــر يوم الحادى والعشرين ، ولا يلزمه ليلة الحادى والعشرين • دليلنا ان العشر اسم لليالى مع الأيام • والله اعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان نذر أن يعتكف شـــهرا نظـــرت فان كان شهرا بعينه لزمه اعتكافه ليلا ونهارا ســـواء كان الشهر تاما أو ناقصا ، لأن الشـــهر عبارة عما بين الهلالين تم او نقص • وان نذر اعتكاف نهار الشهر لزمه النهار دون الليـــل ، لانه خص النهار فلا يلزمه الليـــل ، فان فاته الشهر ، ولم يعتكف فيه لزمه قضاؤه ، ويجـــوز ان يقضيه متتابعا ومتفـــرقا ، لان التتابع فى ادائه بحكم الوقت ، فاذا فات سقط كالتتابع فى(١) يوم شـــهر رمضـــان ، وان نذر أن يعتكف متتابعا لزمه قضاؤه متتابعا ، لان التتابع ههنا وجب بحكم النذر ، فلم يسقط بفوات الوقت • قال فى الأم : اذا نذر اعتكاف شهر وكان قد مضى الشهر لم يلزمه ، لأن الاعتكاف فى شهر ماض محال ، فان نذر اعتكاف شهر غير معين فاعتكف شـــهرا بالاهلة اجزاه تم الشـــهر او نقص لأن اســـم الشهر يقع عليه وان اعتكف شهرا بالعـــدد لزمه ثلاثون يوما ، لان الشهر بالعدد ثلاثون يوما ، ثم ينظـــر فيه ، فان شرط التتابع لزمه التتابع لقوله صلى الله عليه وسلم : « من نذر نذرا سماه فعليه الوفاء به » وان شرط أن يكون متفرقا جاز متفرقا ومتتابعا ، لأن المتتابع أفضـــل من المتفرق • فجاز أن يسقط ادنى الفرضين بأفضلهما ، كما لو نذر أن يعتكف فى غير المسجد الحرام ، فله أن يعتكف فى المسجد الحرام ، وان أطلق النذر جاز متفرقا ومتتابعا ، كما لو نذر صوم شهر) •

---

(١) فى نسخة ابن بطال (فى صوم رمضان) (ط) •

(**الشرح**) هذا الحديث رواه[1] •

(**أما الأحكام**) فقال الأصحاب اذا نذر اعتكاف شهر بعينه وأطلق لزمه اعتكافه ليلا ونهارا تاما كان الشهر أو ناقصا ، ويجزئه الناقص بلا خلاف ، فان قال : أيام الشهر فلا يلزمه الليالى ، أو يقول : الليالى فلا تلزمه الأيام ، فلو لم يلفظ بالتقييد بالأيام دون الليالى أو عكسه ، ولكن نواه بقلبه فوجهان (أصحهما) عند المتولى والبغوى والرافعى وغيرهم لا أثر لنيته لأن النذر لا يصح الا باللفظ •

(والثانى) يكون كاللفظ ، لأن النية تميز الكلام المجمل ، كما لو نذر عشرة أيام أو ثلاثين يوما وأراد الأيام خاصة ، فانه لا يلزمه الا الأيام خاصة بلا خلاف ، قال البغوى : وهذا الوجه هو قول القفال ، قال المتولى : ولو نذر اعتكافا مطلقا بلسانه ونوى بقلبه عشرة أيام فهل تلزمه العشرة أم يكفيه ما يقع عليه الاسم ؟ فيه هذان الوجهان ، قال أصحابنا : وان فاته الاعتكاف فى الشهر الذى عينه لزمه قضاؤه ويجوز متفرقا ومتتابعا لما ذكره المصنف ، وحكى أصحابنا عن أحمد أنه قال : يلزمه التتابع فى القضاء •

أما اذا نذر اعتكاف شهر بعينه أو عشرة أيام بعينها وشرط التتابع بأن قال : نذرت اعتكاف هذا الشهر متتابعا أو هذه الأيام العشرة متتابعا ففاته ذلك المعين فيلزمه قضاؤه وهل يجب القضاء فى هذه الصورة متتابعا ؟ فيه وجهان (أصحهما) وبه قطع المصنف والأكثرون يجب لتصريحه به (والثانى) حكاه الفورانى والمتولى والبغوى وآخرون من الخراسانيين لا يجب ، بل يجوز متفرقا لأن التتابع يقع فيه ضرورة فلا أثر لتصريحه •

---

(١) بياض بالأصل فحرر (ش) قلت : الحديث رواه ابن ماجه والترمذى وصححه من حديث عقبة بن عامر بلفظ : « كفارة النذر اذا لم يسم كفارة يمين » ورواه أبو داود عن ابن عباس بلفظ : « من نذر نذرا ولم يسمه فكفارته كفارة يمين ومن نذر نذرا لم يطلقه فكفارته كفارة يمين » وليس فى طريق من الطرق وسماه الا ما يفهم من سياق الحديث فيمن سأل الرسول صلى الله عليه وسلم عن نذر ويسميه له (ط) •

أما اذا نذر اعتكاف شهر مضى بأن قال : أعتكف شهر رمضان سنة سبعين وستمائة وهو فى سنة احدى وسبعين فلا يلزمه بلا خلاف لفساد نذره نص عليه الشافعى فى الأم وتابعه الأصحاب ، أما اذا نوى اعتكاف شهر غير معين فانه يكفيه شهر بالهلال تم أو نقص ، لأن الشهر اسم لما بين الهلالين ، وانما يحصل له هذا اذا دخل فيه قبل غروب الشمس ليلة الهلال ، فان دخل بعد الغروب فقد صار شهره عدديا ، فيلزمه استكمال ثلاثين يوما بلياليها ، ثم ان كان شرط التتابع لزمه بلا خلاف لما ذكره المصنف •

وان شرط التفريق جاز متفرقا ، وهل يجوز متتابعا ؟ فيه طريقان (أصحهما) القطع بجوازه • وبه قطع المصنف والأكثرون • لأنه أفضل (والثانى) فيه وجهان حكاهما امام الحرمين وغيره من الخراسانيين (أصحهما) هذا (والثانى) لا يجزئه ، لأنه خلاف ما سماه ، وان لم يشرط التتابع ولا التفريق فيجوز متفرقا ومتتابعا على المذهب ، وبه قطع المصنف والجمهور ، لكن يستحب التتابع وخرج ابن سريج قولا أنه يلزمه التتابع حكاه عنه امام الحرمين والمتولى وغيرهما وهذا شاذ ضعيف والله أعلم ، ولو نذر اعتكاف العشر الأواخر من شهر بعينه ففاته وخرج الشهر ناقصا لم يلزمه الا قضاء تسعة أيام بلياليها ، لأن العشر الذى التزمه انما كان تسعة بلياليها ، صرح به المتولى وغيره وهو ظاهر •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان نذر أن يعتكف يوما لزمه أن يدخل فيه قبل طلوع الفجر ، ويخرج منه بعد غروب الشمس ، ليستوفى الفرض بيقين وهل يجوز أن يفرقه فى ساعات أيام ؟ فيه وجهان (احدهما) يجوز كما يجوز أن يعتكف شهرا من شهور (والثانى) لا يجوز لأن اليوم عبارة عما بين طلوع الفجر وغروب الشمس) •

(**الشرح**) قال أصحابنا : اذا نذر اعتكاف يوم لم يلزمه معه ليلة بلا خلاف بل يلزمه أن يدخل فيه قبل طلوع الفجر ، ويخرج منه بعد غروب الشمس لأن حقيقة اليوم ما بين الفجر وغروب الشمس ،

هكذا قاله الخليل بن أحمد وغيره من أئمة اللغـة وغيرهم ، واذا كان كذلك وجب الدخول قبل الفجر والمكث الى ما بعد غروب الشمس ليسقط الفرض كما يجب على الصائم امساك جزء بعد الغروب لاستكمال اليوم ، وهل يجـوز أن يفرق اليوم فى ساعات من أيام ؟ بأن يعتكف من كل يوم ساعة أو ساعتين أو ساعات حتى يستكمل اليوم ؟ فيه هذان الوجهان المذكوران فى الكتاب بدليلهما (أصحهما) وبه قال أكثر أصحابنا : لا يجوز •

وحكى الدارمى وجها ثالثا عن القيصرى من أصحابنا أنه ان نوى اليوم متتابعا لم يجزئه وان أطلق أجزأه تفريق ساعاته • قال أصحابنا : ولو دخل فى الاعتكاف فى أثناء النهار ، وخـرج بعد غروب الشمس ثم عاد قبل الفجـر ، ومكث الى مثل ذلك الوقت ، ففى اجزائه هـذان الوجهان ، فلو لم يخـرج بالليـل فطريقان •

(أحدهما) وبه قطع الأكثرون ، وهو ظاهر نص الشافعى أو هو نصه أنه يجزئه ، سواء جوزنا التفريق فى ساعات من أيام ، أم لا ، لحصول التواصل •

(والثانى) أنه على الوجهين فى تفريق الساعات كما لوخرج فى الليـل ، وبهذا الطريق قال أبو اسحاق المروزى ، وحكاه عنه أصحابنا العراقيون وامام الحرمين والمتولى وغيرهما من الخراسانيين ، لأنه لم يأت بيوم متواصـل الساعات واعتكافه تلك الليـلة غير داخـل فى نذره ، ولا أثر له فكأنه خـرج فى الليـل ثم عاد ، فسـواء مكث فى المسجد أو خرج ثم عاد ، فبمجرد حصول الليل حصل التفريق •

قال امام الحرمين : وهذا الذى قاله أبو اسحاق منقاس متجه ، وان كان معظم الأصحاب على خلافه ، قال : وعرض على أبى اسحاق نص الشافعى على تجويز ذلك مع مصيره الى أن تفريق ساعات اليـوم لا يجزىء ، فقال : نصـه محمـول على ما اذا قال : لله على أن أعتكف يوما من وقتى هذا ، فاذا قال ذلك فلا وجه الا الصبر الى مثله من الغد ، هذا كلام الامام ، ولو قال : لله على أن أعتكف يوما من هـذا الوقت فقد اتفق أصحابنا فى الطرق كلها على أنه يلزمه دخـول المعتكف

من ذلك الوقت الى مثله من الغد ، ولا يجوز الخروج بالليل ، بل يجب مكثه لتحقق التواصل ، قال الشافعى وهذا فيه نظر لأن الملتزم يوم وليست الليلة منه فلا يمنع التتابع ، قال : والقياس أن يجعل فائدة التقييد فى هذه الصورة القطع بجواز التفريق لا غير .

ثم حكى امام الحرمين عن الأصحاب تفريعا على جواز تفريق الساعات أنه يكفيه ساعات أقصر الأيام لأنه لو اعتكف أقصر الايام جاز ، ثم قال : أن فرق على ساعات أقصر الأيام فى سنين فالأمر كذلك ، وان اعتكف فى أيام متباينة فى الطول والقصر فينبغى أن ينسب اعتكافه فى كل يوم بالجزئية ان كان ثلثا ، فقد خرج عن ثلث ما عليه ، وعلى هذا القياس ، نظرا الى اليوم الذى يقع فيه الاعتكاف ، ولهذا لو اعتكف من يوم طويل بقدر ساعات أقصر الأيام لم يكفه قال الرافعى : وهو استدراك حسن ، وقد أجاب عنه بما لا يشفى ، والله أعلم .

قال المتولى وغيره : ولو نذر اعتكاف ليلة فهو فى معنى اعتكاف اليوم على ما سبق ، فيدخل المسجد قبل غروب الشمس ، ويمكث حتى يطلع الفجر ، فلو أراد تفريقا من ساعات ليالى ففيه الخلاف السابق فى تفريق ساعات اليوم من أيام وكذا لو دخل نصف الليل وبقى الى نصف الليلة الأخرى ففيه الطريقان السابقان (أشهرهما) القطع بالاجزاء ، وقال أبو اسحاق : فيه الوجهان ، والله أعلم .

(فرع) قال المتولى : لو نذر اعتكاف يوم فاعتكف بدله ليلة ــ فان لم يكن عين الزمان ــ لم يجزئه ، لأنه قادر على الوفاء بنذره على الصفة الملتزمة فهو كمن نذر أن يصلى ركعتين بالنهار ، فصلاهما بالليل ، وان كان عين الزمان فى نذره ففات فاعتكف بدل اليوم ليلة أجزأه ، كما لو فاته صلاة نهار ، اما مكتوبة أو منذورة فقضاها فى الليل فانه يجوز ، وسببه أن الليل صالح للاعتكاف كالنهار وقد فات الوقت فوجب قضاء القدر الفائت ، فأما الوقت فيسقط حكمه بالفوات .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان نذر اعتكاف يومين لزمه اعتكافهما ، وفى الليلة التى بينهما ثلاثة أوجه (أحدها) يلزمه اعتكافها ، لأنه ليل يتخلل نهار الاعتكاف فلزمه اعتكافها كالليالى العشر . (والثانى) ان شرط التتابع لزمه

اعتكافها لأنه لا ينفك منها اليومان ، وان لم يشترط التتابع لم يلزمه اعتكافها ، لأنه قد ينفك منها اليـومان فلا يلزمه اعتكافها (والثالث) لا يلزمه اعتكافها ، شرط فيه التتابع أم أطلق ، وهو الأظهـر ، لأنه زمان لا يتناوله نذره فلا يلزمه اعتكافه كليـلة ما قبله وما بعده • وان نذر اعتكاف ليلتيـن لزمه اعتكافهما • وفى اليـوم الذى بينهما الأوجـه الثلاثة • وان نذر اعتكاف ثلاثين يوما لزمه اعتكاف ثلاثيـن يوما • وفى لياليها الأوجه الثلاثة) •

(**الشرح**) قال أصحابنا : اذا نذر اعتكاف يوم لم يلزمه معه ليلة • هذا هو المذهب وبه قطع الأصحاب فى كل الطرق ، ونقـل امام الحرمين اتفاق الأصحاب عليه فقال : قال أصحابنا : اذا نذر اعتكاف يـوم لم يلزمه ضم الليـلة اليه بالاتفـاق الا أن ينويها • قال : ثم اتفقـوا على أنه اذا نواها لزمه اعتكافها مع اليوم • ثم استشكله الامام من حيث ان الليـلة لم يذكرها ، والنية المجـردة لا يلزم بها النذر ثم أجاب عنه بأن اليوم قد يطلق ويراد به اليوم بليلته ، وهذا شائع على الجملة ، وان لم يكن هوالظاهـر من اللفظ فعملت النية فيه • هـذا كلامه • وهو كلام نفيس وحكى الرافعى قولا غريبا أن الليـلة تلزم فى نذر اعتكاف اليوم ، الا أن ينوى يوما بلا ليـلة ، وهذا شاذ ضعيف ولا تفـريع عليه ، ولونذر اعتكاف شهر دخلت الأيام والليـالى بلا خلاف • ونقل امام الحرمين وغيره اتفاق الأصحاب عليه • وقـد ذكره المصنف وشرحناه قبل هـذا ، لأن الشهر اسم للجميـع ، وهو ما بين الهلالين ، ولو نذر اعتكاف يوميـن لزمه اليومان ، وفى الليـلة التى بينهما ثلاث طرق :

(أحدها) حكاه امام الحرمين عن المراوزة أنهم قطعوا بأنها لا تجب ، قال : وانمـا ذكر المراوزة الخلاف فى الليـالى المتخللة فيما اذا نذر اعتكاف ثلاثة أيام فصاعدا •

(والطريق الثانى) طريقة الشيخ أبى حامد وابن الصـباغ والمتولى وأكثر أصحابنا المصنفين أنه ان صرح بالتتابع فى اليوميـن أو نواه لزمته الليـلة المتخللة وجها واحدا والا فوجهان •

(والطريق الثالث) طريقة المصنفين وقليلين أن فى المسألة ثلاثة أوجه (أحدها) تلزمه الليـلة الا أن يريد بياض النهار فقط (والثانى)

لا تلزمه الا اذا نواها (والثالث) ان نوى التتابع أو صرح به لزمته الليلة والا فلا • قال الرافعى : هذا الوجه الثالث هو الراجح عند الأكثرين ، قال : ورجح صاحب المهذب وآخرون أنها لا تلزمه مطلقا ، قال : والوجه أن يتوسط فيقال : ان كان المراد بالتتابع توالى اليومين ، فالصواب قول صاحب المهذب ، وان كان المراد تواصل الاعتكاف فالصواب ما قاله الأكثرون ، وهذا الذى اختاره الرافعى جزم الدارمى به فقال : اذا نوى اعتكاف يومين متتابعا لزمته الليلة معهما ، وان نوى المتابعة فى النهار كالصوم لم يلزمه الليل ، وان لم ينو تتابعا فوجهان : وان نذر ليالى فان نوى متتابعة لزمته الأيام ، وان نوى تتابع الليالى لم تلزمه الأيام ، وان لم ينو التتابع فعلى الوجهين (أصحهما) لا يلزمه • هذا كلام الدارمى • والله أعلم •

قال أصحابنا : ولو نذر اعتكاف ليلتين ففى النهار المتخلل بينهما هذا الخلاف ولو نذر ثلاثة أيام أو عشرة أو ثلاثين ففى وجوب اعتكاف الليالى المتخللة هذا الخلاف ، هكذا قطع به الجمهور ، وحكى البغوى هذا وحكى طريقا آخر واختاره أنه يلزمه الليالى هنا وجها واحدا ، والمذهب الأول ، واتفق أصحابنا على أن الخلاف انما هو فى الليالى المتخللة ، وهى تنقص عن عدد الأيام بواحد أبدا ولا خلاف أنه لا يلزمه ليال بعدد الأيام • هكذا صرحوا فى جميع الطرق بأنه لا خلاف فيه ، وكذا صرح بنفى الخلاف فيه الرافعى ، وكان ينبغى أن يجىء فيه القول الذى قدمناه عن حكاية الرافعى أن من نذر يوما لزمته ليلته •

قال أصحابنا : ولو نذر اعتكاف العشر الأواخر من شهر رمضان دخل فيه الليالى والأيام بلا خلاف لأنه اسم لذلك ، وقد سبقت المسألة مشروحة وتكون الليالى هنا بعدد الأيام كما فى الشهر ، ولو نذر عشرة أيام من آخر الشهر ففى دخول الليالى الخلاف ، هذا تفصيل مذهبنا ، وقال أبو حنيفة : اذا نذر اعتكاف يومين لزمه يومان وليلتان ، وحكاه المتولى عن أحمد ، وعندنا لا يلزمه ليلتان ، وفى لزوم ليلة واحدة الخلاف السابق ، وبه قال مالك وأبو يوسف ، وهو المشهور عن أحمد ، واحتج أصحابنا بأن اليومين تثنية لليوم ، وليس فى اليوم ليلة ، فكذا فى اليومين ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يصح الاعتكاف الا بالنية لقوله صلى الله عليه وسلم « انما الأعمال بالنيات ، ولكل امرىء ما نوى » ولأنه عبادة محضة فلم يصح من غير نية كالصوم والصلاة ، وان كان الاعتكاف فرضا لزمه تعيين الفرض ليتميز عن التطوع ، فان دخل فى الاعتكاف ثم نوى الخروج منه ففيه وجهان (أحدهما) يبطل لأنه قطع شرط صحته فاشبه اذا قطع نية الصلاة (والثانى) لا يبطل لأنه قربة تتعلق بمكان ، فلا يخرج منها بنية الخروج كالحج) •

(الشرح) هذا الحديث رواه البخارى ومسلم من رواية عمر ابن الخطاب رضى الله عنه ، وسبق بيانه واضحا فى أول باب نية الوضوء (وقوله) عبادة محضة احتراز من العدة ونحوها مما قدمناه فى نية الوضوء (وقوله) قربة تتعلق بمكان ، احتراز من الصيام والصلاة •

(أما الحكم) فلا يصح الاعتكاف الا بنية سواء المنذور وغيره ، سواء تعين زمانه أم لا ، فان كان فرضا بالنذر لزمته ليتميز عن التطوع ، ثم اذا نوى الاعتكاف وأطلق كفاه ذلك ، وان طال مكثه شهورا أو سنين ، فان خرج من المسجد ثم عاد احتاج الى استئناف النية ، سواء خرج لقضاء الحاجة أم لغيره ، لأن ما مضى عبادة تامة مستقلة ، ولم يتناول بنية منه غيرها ، فاشترط الدخول الثانى نية أخرى لأنها عبادة أخرى • قال المتولى وغيره : فلو عزم عند خروجه أن يقضى الحاجة ثم يعود كانت هذه العزيمة قائمة مقام النية • قال الرافعى : هذا فيه نظر لأن اقتران النية بأول العبادة شرط ، فكيف يكتفى بعزيمة سابقة ؟ •

(قلت) ووجه ما قاله المتولى وغيره وهو الصواب أنه لما أحدث النية عند ارادته الخروج صار كمن نوى المدتين بنية واحدة ، كما قال أصحابنا فيمن نوى صلاة النفل ركعتين ثم نوى فى آخرها جعلها أربعا أو أكثر ، فانه تصح صلاته أربعا بلا خلاف ويصير كمن نوى الأربع فى أول دخوله ، والله أعلم •

هذا كله اذا لم يعين زمنا ، فان عينه بأن نوى اعتكاف أول يوم او شهر ففى اشتراط تجديد النية اذا خرج ثم عاد أربعة أوجه (أصحها) وبه قطع المتولى ان خرج لقضاء الحاجة ثم عاد لم يجب التجديد لأنه لا بد منه ، وان خرج لغرض آخر اشترط التجديد سواء طال الزمان أم قصر (والثانى) ان طالت مدة الخروج اشترط التجديد والا فلا ، سواء خرج لقضاء الحاجة أم لغيره (والثالث) لا يشترط التجديد مطلقا (والرابع) وبه قطع البغوى ان خرج لأمر يقطع التتابع فى الاعتكاف المتتابع اشترط التجديد ، وان خرج لما لا يقطعه ولابد منه كقضاء الحاجة والغسل للاحتلام لم يشترط ، وان كان منه بد أو طال الزمان ففى اشتراط التجديد وجهان ، وهذه الأوجه جارية فى اعتكاف التطوع وفيمن نذر أياما ولم يشترط فيها التتابع ثم دخل المسجد بقصد الوفاء بالنذر ، فأما اذا شرط التتابع أو كانت الأيام المنذورة متواصلة فسنذكر حكم تجديد النية فيها بعد ذكر ما يقطع الاعتكاف المتتابع ، وما لا يقطعه ان شاء الله تعالى .

واذا شرط فى اعتكافه خروجه لشغل وقلنا بالمذهب : انه يصح شرطه فخرج لذلك ثم عاد ففى وجوب تجديد النية وجهان حكاهما البغوى وغيره (أصحهما) على قياس ما سبق وجوب التجديد . أما اذا دخل فى اعتكاف بالنية ثم قطع النية ونوى ابطاله فهل يبطل ؟ فيه الوجهان اللذان ذكرهما المصنف وغيره (أصحهما) على قياس ما سبق وجوب التجديد ، أما اذا دخل فى اعتكاف بالنية ثم قطع النية ونوى ابطاله فهل يبطل ؟ فيه الوجهان اللذان ذكرهما المصنف ، وهما مشهوران (أصحهما) لا يبطل ، وقد سبق ذكر هذه المسألة مع نظائرها فى باب نية الوضوء ثم فى أول صفة الصلاة ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز للمعتكف ان يخرج من المسجد [لغير عذر] لما روت عائشة رضى الله عنها قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يدني الي رأسه لأرجله ، وكان لا يدخل البيت الا لحاجة الانسان » فان خرج من غير عذر بطل اعتكافه لأن الاعتكاف هو اللبث فى المسجد ، فاذا خرج فقد فعل ما ينافيه من غير عذر فبطل ، كما لو

أكل فى الصوم ، ويجـوز أن يخـرج رأسه ورجله ولا يبطـل اعتكافه لحديث عائشة ، ولأنه باخـراج الراس والرجل لا يصير خارجا • ولهذا لو حلف لا خرجت من الدار وأخـرج رأسه أو رجله لم يحنث) •

(الشرح) حديث عائشة رواه البخارى ومسلم ولفظهما عن عائشة قالت . « ان كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ليدخل على راسه وهو فى المسجد فارجله وكان لا يدخل البيت الا لحاجه الانسـان اذا كان معتكفا » هكذا هو فى روايه البخارى ومسلم • الا ان لفظ الانسـان ليس فى روايه البخارى وهى ثابته فى روايه مسلم ذكره فى أوائل كتاب الطهاره وثبت لفظ الانسـان فى سنن ابى داود ايضـا وهذا لفظه عن عائشه قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اعتكف يدنى الى راسه • وكان لا يدخل البيت الا لحاجه الانسان » رواه ابو داود باسناد على شرط البخارى ومسلم •

وفى رواية للبخـارى : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصغى الى راسه وهو مجاور فى المسجد فأرجله وانا حائض » رواه مسلم بدلك فى كتاب الطهارة الا أن فى روايته « يخـرج الى رأسه من المسجد وهو مجاور فأغسله وأنا حائض » •

وقولها (مجاور) أى معتكف ويسمى الاعتكاف جوارا وقد ذكرته فى تهذيب اللغـات وفى الفاظ التنبيه ، وفى رواية للبخـارى عن عائشة قالت : « كان النبى صلى الله عليه وسلم يباشرنى وأنا حائض ، وكان يخـرج رأسه من المسجد وهو معتكف فاغسـله وأنا حائض » وقولها (يباشرنى) أى بأيد ونحوها ، والمباشرة فى زمن الاعتكاف محمولة على انها بغير شهوة •

(اما الأحكام) فقال الشافعى والأصحاب : اذا دخل فى اعتكاف منذور شرط فيه التتابع لم يجـز أن يخـرج من المسجد بغير عذر ، فان خرج بغير عذر بطل اعتكافه ، وان خـرج لقضـاء حاجة الانسـان وهى البول والغائط لم يبطـل لمـا ذكره المصنف ، وان أخـرج يده أو رجله أو رأسه لم يبطـل بلا خلاف ، سواء كان لحاجة أم لغيرها • لمـا ذكره المصنف • هذا مختصر ما يتعلق بشرح كلام المصنف ، ولم يذكر المصنف كون الاعتكاف منذورا ، ولابد من تصوير المسألة فى المنذور

كما نقلناه عن الشافعي والأصحاب ، والا فالتطـوع يجوز الخـروج منه متى شاء ، والله أعلم •

قال أصحابنا : الذى يقطع الاعتكاف المتتابع ويحـوج الى استئناف المنذور أمران :

(أحدهما) فقد بعض شروط الاعتكاف ، وهى الأمور التى لابد منها لصحته ، كالكف عن الجماع ، وكذا عن المباشرة على احـد القولين ، كما سنوضحه ان شاء الله تعـالى ، ويستثنى من هذا طرءان الحيض والاحلام ، فانهما لا يقطعانه وان كانا يمنعان انعقاده أولا •

(والثانى) الخـروج بكل البدن عن كل المسجد بلا عذر فهذه ثلاثة قيود :

(الأول) الخـروج بكل بدنه ، احترزوا به عمن أخـرج رأسه أو يديه او احدى رجليه او كليهما ، وهو قاعد بمادهما ، فلا يبطل اعتكافه بلا خلاف ، لمـا ذكره المصنف ، فان أخـرج رجليه واعتمـد عليهما وبقى رأسه داخل المسجد فهو خارج فيبطل اعتكافه •

(القيد الثانى) الخـروج عن كل المسجد ، احترزوا به عن الخروج الى رحبة المسجد ، فانه لا يضر بلا خلاف كما سنوضحه ان شاء الله تعـالى ، وعن الخروج الى منارة المسجد ، وسيأتى حكمهما قريبـا ان شاء الله تعالى ، والله اعلم •

(القيد الثالث) الخـروج بلا عذر ، فأما الخـروج لعذر ففيه تفصيل نذكره بعد هذا على ترتيب المصنف ان شاء الله تعالى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز أن يخـرج لحاجة الانسـان ولا يبطـل اعتكافه لحديث عائشة رضى الله عنها ، ولان ذلك خـروج لمـا لابد منه فلم يمنع منه ، وان كان للمسجد سقاية لم يلزمه قضـاء الحاجة فيها ، لأن ذلك نقصان مروءة وعليه فى ذلك مشقة فلم يلزمه وان كان بقربه بيت صديق له لم

يلزمه قضـــاء الحاجة فيه ، لأنه ربما احتشم وشق عليه فلم يكلف ذلك ، وان كان له بيتان قريب وبعيـــد ففيه وجهان (أظهرهما) انه لا يجـــوز ان يمضى الى البعيـــد ، فان خـــرج اليه بطـــل اعتكافه لانه لا حاجة به اليه فاشـــبه اذا خـــرج لغير حاجه • وقال أبو على ابن أبى هريرة : يجوز ان يمضى الى الابعد ولا يبطل اعتكافه لانه خروج لحاجه الانســـان فاشبه اذا لم يكن له غيره) •

(الشرح) حديث عائشة سبق بيانه • وفى الفصل مسائل :

(احداها) يجوز الخـــروج لحاجة الانسان • وهى البول والغائط • وهذا لا خلاف فيه • وقد نقـــل ابن المنذر والمـــاوردى وغيرهما اجماع المسلمين على هذا • قال اصحابنا : وله ايضـــا الخـــروج لغسل الاحتلام بلا خلاف ، ودليلهما فى الكتاب •

(الثانية) اذا كان للمسجد سقاية لم تكلفه قضـــاء الحاجة فيها ، بل له الذهاب الى داره ، وكذا لو كان بجنبه دار صديق له وأمكنه دخولها لم تكلفه ذلك • لمـــاذكره المصنف •

(الثالثة) اذا كان له بيتان أحدهما أقـــرب وكل واحد منهما بحيث لو انفـــرد جاز الذهاب اليه فهل يجوز الذهاب الى الأبعد ؟ فيه اوجهان اللذان ذكرهما المصنف بدليلهما (اصحهما) عنده وعند غيره : لا يجـــوز اتفق الاصحاب على تصحيحه ، والله أعلم •

(فـــرع) اذا كانت داره بعيدة بعدا فاحشا ـــ فان لم يجـــد فى طريقه موضعا كسقاية أو بيت صديق يأذن فيه ـــ فله الذهاب الى داره وجها واحـــدا ، لأنه مضطـــر الى ذلك ، وان وجـــد ـــ وكان لا يليق به دخول غير داره ـــ فله الذهاب الى داره أيضـــا بلا خلاف ، والا فوجهـــان مشهوران ، حكاهما البندنيجى والدارمى والفـــورانى وامام الحرمين والبغوى والسرخسى وصاحبا العدة والبيان وآخرون (أصحهما) لا يجـــوز الذهاب الى غير داره ، لأنه يذهب جملة مقصودة من أوقات الاعتكاف فى الذهاب والمجىء ، وهو غير مضطر اليه •

(والثانى) يجوز لأنه يشق قضاء الحاجة فى غير بيته ، وهذا الوجه هو ظاهر نص الشافعى ، فانه قال فى المختصر : ويخـرج المعتكف للغائط والبول الى منزله وان بعد ، وممن جزم بهذا الوجه المحاملى والماوردى وهو ظاهر كلام المصنف وشيخه القاضى أبى الطيب ، وممن جـزم بالأول الشيخ أبو حامد والصيدلانى ، وهو ظاهـر كلام صاحب الشامل وغيره ، وصححه البندنيجى والرافعى وغيره ، قال الشيخ أبو حامد فى التعليق : هذه اللفظة التى نقلها المزنى وهى قوله : وان بعـد لا أعرفها للشافعى ، وتأولها غير أبى حامد على ما اذا كان المنزل بعيدا بعدا غير متفاحش ، والله أعلم •

وذكر المتولى طريقة تخالف ما ذكرناه عن الجمهـور فى بعضها ، فقال : ان كان المنزل بعيدا عن المسجد أو لم يجد غيـره فله الذهاب اليه ، وان وجـد غيره كسقاية مسبلة ــ فان كان عادة مثله قضاء الحاجة فى السقاية المذكورة ــ لم يجـز الذهاب الى منزله ، فان ذهب بطل اعتكافه المتتابع فان لم يكن ممن عادة مثله قضـاء الحاجة فى السقاية فوجهان ، قال : وهما شبيهان بالوجهين فيمن هدد بما يذهب مروءته على فعل شىء ففعـله ، هل يكون ذلك اكراها أم لا ؟ والله أعلم •

(فـرع) قال أصحابنا لا يشترط فى الخـروج لقضـاء الحاجة شدة الحاجه لأن فى اعتباره ضررا بينـا ، ونقـل امام الحرمين اتفاق الأصحاب على هذا •

(فـرع) قال أصحابنا : اذا خـرج لقضـاء الحاجة لا يكلف الاسراع ، بل له المشى على عادته • قال المتولى : ويكره له أن ينقص عن عادة مشيه لأنه لا مشقة فى تكليفه المشى على العـادة ، فلو خـرج فى الثانى عن حد عادته من غير عذر بطل اعتكافه على الصحيح ، ذكره المتولى والرويانى فى البحر •

(فـرع) لو كثر خروجه للحاجة لعارض يقتضيه ، كاسهال ونحوه ، فوجهان حكاهما امام الحرمين (أصحهما) وهو مقتضى اطلاق الجمهور لا يضره ، نظـرا الى جنسه (والثانى) يقطع التتابع لندوره ، والله أعلم •

(فــرع) أوقات الخــروج لقضــاء الحاجة لا يجب تداركها ، وقضاؤها في الاعتكاف المنذور تعيين (أحدهما) ان الاعتكاف مستمر فيه على الصحيح من وجهين حكاهما المتولي وغيره ، وبهذا الصحيح قطع الجمهور • قالوا : وبهذا لو جامع في اثناء طريقه في الخــروج لقضــاء الحاجة من غير مكث بطل اعتكافه على الصحيح ويتصور ذلك بان يذهب لقضاء الحاجة راجلا مع المرأة في هودج ونحوه • وصوروه ايضا في وقت لطيفه جدا (والثاني) ان زمن الخــروج لقضاء الحاجة مستثنى لانه ضروري ، والله أعلم •

(فــرع) اذا خــرج لقضــاء الحاجة في اعتكاف منذور متتابع ثم عاد فمتى اشترط تجديد النية طريقان (المذهب) انه لا يشترط لان الأولى باقيه حكما ، كما لا يجب تجديد النيه في ركعات الصــلاة ولا في أعضــاء الوضوء وأفعال الحج (والطريق الثاني) ان قــرب الزمان لم يشترط التجديد والا فوجهان •

(فــرع) اذا فــرغ من قضــاء الحاجة واستنجى فله أن يتوضأ خارج المسجد • لأن ذلك يقع تابعا • ونقل امام الحرمين الاتفــاق على هذا (وأما) اذا احتــاج الى الوضوء لغير بول وغائط ومن غير حاجة الى استنجاء ــ فان لم يمكنه في المسجد ــ جاز الخروج له ولا يقطــع الاعتكاف • وان أمكنه في المسجد فوجهان حكاهما امام الحرمين وغيره (أصحهما) لا يجــوز الخــروج له • ونقله الامام عن الأكثرين ، ثم قال : ولا شك أن هذا الخلاف في الوضوء الواجب يعني أن التجديد لا يجــوز الخروج له وجها واحــدا • وقد صرح صاحب الشامل بامتناع الخروج لتجديد الوضوء ولم يذكر فيه خلافا •

(فــرع) قد ذكرنا أن زمن الخروج لقضاء الحاجة لا يقطــع التتابع ولا يؤثر في الاعتكاف ، ولكن هل يكون ذلك الزمان محسوبا من الاعتكاف ؟ ويعــد في حال خروجه للحاجة الى أن يرجع الى المســجد معتكفا ؟ فيه وجهان حكاهما امام الحرمين والمتولي وغيرهما • (أحدهما) لا يكون في ذلك معتكفا • قال المتولي : لأنه مشغول بضــده ، فلا يكون معتكفا ، ولكنه زمن مستثنى من الاعتكاف ، كما أن أوقات الصــلوات تكون مستثناة من زمن الاجارة • (والثاني) يكون معتكفا تلك الحال ،

لأنه لو جامع فى تلك الحال أو استمتع بقبلة وأنزل ـ وقلنا بتأثير ذلك ـ بطل اعتكافه على المذهب ، وبه قطع المتولى وغيره ، ولولا أنه معتكف حينئذ لم يبطل ، لأن مفسد العبادة اذا لم يصادفها لا يفسدها ، كوطء الصائم فى ليالى رمضان ، هذا معنى كلام المتولى •

وأوضح امام الحرمين هذين الوجهين فقال : اتفق الأصحاب على أن أوقات قضاء الحاجة لا تؤثر فى قطع التتابع • وان بلغت ما بلغت • قال : حتى قال طوائف من المحققين : ان الخارج لقضاء الحاجة معتكف وان لم يحن فى المسجد • واستدلوا بالاعتداد بهذا الزمان وكان يمكن ان لا يعتد به • وان حكم بأن التتابع لا يقطع • واستدلوا ايضا بانه لو جامع فى حال خروجه لقضاء الحاجة فله اعتكافه وكان من الممكن ان يقال : لا يفسد ويعد الجماع الواقع فيه كالجماع الواقع فى ليالى الصيام المتتابع •

وقال القائلون : ليس الخارج معتكفا • ولكن زمان خروجه مستثنى وكأنه قال : لله على اعتكاف عشرة ايام الا أوقات خروجى لقضاء الحاجة • واجابوا عن الجماع وحملوا كونه مفسدا على اشتغال الخارج بما لا يتعلق بحاجته ، وقد يقولون : لو عاد مريضا ينقطع تتابعه وان كان خروجه لقضاء الحاجة كما سنفصله حتى لو فرض الجماع مع الاشتغال بقضاء الحاجة على بعد فى تصويره لم يفسد الاعتكاف ، وهذا بعيد ، والصحيح أنه يفسد الاعتكاف ، وان قلنا : انه غير معتكف فانه عظيم الموقع فى الشريعة ، وهو وان قرب زمانه أظهر تأثيرا من عيادة المريض •

وقد ذكر الأصحاب أن الخارج لقضاء الحاجة ان عاد مريضا فى طريقه ، ولم يحتج الى الازورار فلا بأس بذلك ، ولو ازور وعاد المريض انقطع التتابع وان قرب الزمان على وجه كان يحتمل مثله فى الاناة فان هذا يقدح فى القصد المجرد الى قضاء الحاجة • وذكر الأصحاب أن الخارج لقضاء الحاجة لو أكل لقما فلا بأس اذا لم يجد كل مقصوده ، ولم يظهر طول زمان معتبر ، والجماع فى هذا الوقت مؤثر بلا خلاف • ومن تكلف تصويره فرضه فى جريانه مع الاشتغال بالذهاب لقضاء الحاجة • هذا آخر كلام امام الحرمين •

(فـرع) لو جامع الخارج لقضـاء الحاجة فى مروره بأن كان فى هودج أو جامع فى وقفة يسيرة أو قبل امرأته بشهوة وأنزل وقلنا بالمذهب انه يؤثر ففى بطلان اعتكافه وجهان سبقا فى كلام امام الحرمين وذكرهما آخـرون (أصحهما) بطلان اعتكافه وبه قطع المتولى وآخرون لأنه أشد منافاة للاعتكاف ، ممن أطال الوقوف لعيادة مريض (والثانى) لا يبطل لأنه لم يصرف اليه زمنا وليس هو فى هذه الحالة معتكفـا على احد الوجهين كما سبق ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجـوز أن يمضى الى البيت للأكل ولا يبطـل اعتكافه . وقال أبو العباس : لا يجـوز ، فان خـرج بطل اعتكافه لانه يمكنه أن يأكل فى المسجد فلا حاجه به [الى الخـروج] والمنصوص هو الاول لان الاكل فى المسجد ينقص المروءة فلم يلزمه) .

(الشرح) قال الشـافعى فى الأم ومختصر المزنى : له الخروج من المسـجد الى منزله للأكل وان امكنـه فى المسـجد ، فقـال بظاهر النص جمهور الأصحاب . وقال ابن سريج : لا يجوز له الخروج للاكل وحكاه المـاوردى عنه وعن ابى الطيب بن سـلمه ، وحملا نص الشافعى على من اكل لقمـا اذا دخـل بيته مختارا لقضـاء الحاجه ولا يقيم للاكل ، وجعلاه كعيادة المريض ، وخالفهما جمهور الأصحاب وقالوا . يجوز الخروج للاكل والاقامه فى البيت من اجله على قدر حاجته . وهذا هو الصحيح عند الاصحاب لـما ذكره الاصحاب ، واتفق اصحابنا على انه لا يجـوز له الاقامه بعد فراغه من الاكل ، كما اتفقوا على انه لا يجـوز له الاقامه بعد فراغه من قضاء حاجته لعدم الحاجه الى ذلك ، واتفق اصحابنا على انه يجوز له الاكل فى مروره لقضاء الحاجه .

واما الخروج لشرب المـاء فقال اصحابنا : ان عطش فلم يجـد المـاء فى المسـجد فله الخـروج للشرب ، وان وجده فى المسجد ففى جواز الخروج الى البيت للشرب وجهان حكاهما المـاوردى والشاشى واخـرون (اصحهما) لا يجوز . صححه الرافعى وغيره ، لان فى الاكل فى المسجد تبذلا بخلاف الشرب . قال المـاوردى : ولأن استطعام الطعام مكروه واستسقاء المـاء غير مكروه .

(وفى الخـــروج الى المنارة الخارجة عن رحبة المســجد ليؤذن ثلاثة اوجه (أحدها) يجوز ، وان خـــرج لم يبطل اعتكافه لانها بيت للمسجد فصارت كالمنـــارة التى فى رحبه الجامع (والثانى) لا يجـــوز لانها خارجه من المســجد فاشبهت غير المنارة ، وقال ابو اسحاق المروزى : ان كان المؤذن ممن يألف الناس صوته جاز ان يخـــرج ولا يبطل اعتكافه لان الحاجه تدعـــو اليه لاعلام الناس بالوقت ، وان لم يالفـــوا صوته لم يخـــرج فان خرج بطل اعتكافه لانه لا حاجه اليه) •

(الشرح) قال الشافعى رحمه الله تعـــالى فى المختصر : ولا بأس اذا كان مؤذنا ان يصعد المنارة وان كانت خارجا • هذا نصه •

قال اصحابنا : للمنارة حالان (أحدهما) أن تكون مبنية فى المسجد أو فى رحبته • او يكون بابها فى المسجد او رحبته المتصله به فلا يضر المعتكف صعودها ، سواء صعدها للاذان او غيره كسطح المســجد • هكذا قال الجمهـــور أنه لا فرق بين ان تكون المنارة فى المسجد أو رحبته • أو بابها متصلا بالمسجد أو رحبته •

وان كانت خارجة عن سمت البناء وتربيعه فلا يبطـــل الاعتكاف بصعودها بلا خلاف ، سواء صعدها المؤذن أو غيره ، هكذا صرح به الأصحاب واتفقوا عليه ، ونقله امام الحرمين عن الأصحاب فقال : لو كانت المنـــارة خارجة عن سمت المسجد متصلة به وبابها لاط فقـــد قطع الأصحاب بأن صعودها لا يقطع التتابع ، وان كانت لا تعـــد من المسجد ، ولو اعتكف فيها لم يصح ، لأن حريم المسجد لا يثبت له حكم المسجد فى صحة الاعتكاف فيه ، وتحريم المكث فيه على الجنب ولكن النص قاطع بما ذكرته ولم أر فيه خلافا مع الاحتمـــال الظاهر ، لأن الخارج اليها خارج الى بقعة لا تصلح للاعتكاف ، هذا كلام الامام •

واختصره الرافعى فقال : وأبدى امام الحرميـــن احتمـــالا فى الخارجة عن سمته قال : لأنها حينئذ لا تعد من المســـجد ، ولا يصح الاعتكاف فيها ، قال الرافعى : وكلام الأصحاب ينازعه فيما اســـتدل به ، وهذا الذى قاله الرافعى صحيح ، وسيأتى فى كلام المحاملى وغيره فى فـــرع بعد هذا التصريح بخلاف ما استدل به امام الحرميـــن رحمه الله ، والله تعالى أعلم •

(الحال الثانى) أن لا يكون بابها فى المسجد ولا رحبته المتصلة به بل تكون منفصلة عنهما ، فلا يجوز للمعتكف الخروج اليها لغير الأذان بلا خلاف ، وفى المؤذن أوجه (أصحها) لا يبطل فى المؤذن الراتب فى المسجد ويبطل فى غيره (والثانى) يبطل فيهما (والثالث) لا يبطل فيهما ، وهذا ظاهر النص كما سبق ، وهو مقتضى اطلاق المصنف فى التنبيه ، لكن يتأول كلامه على موافقة الأكثرين فى الفرق بين المؤذن الراتب وغيره ، فيقال : مراده اذا كان المؤذن راتبا ، وهكذا يحمل قول المحاملى فى المجموع ، وقول القاضى أبى الطيب فى المجرد ، فانهما قالا : اذا كانت المنارة خارجة عن المسجد والرحبة فالذى عليه عامة أصحابنا أن له صعودها للأذان ، ولا يضره فى اعتكافه ، قالا : وهو ظاهر نص الشافعى ، قال : ومن منعه تأول نص الشافعى على ما اذا كانت المنارة فى الرحبة ، فالحاصل أن من قال : لا يبطل الاعتكاف بصعود المنارة المنفصلة أخذ بظاهر نص الشافعى ومن قال : يبطل حمله على المنارة التى فى رحبة المسجد • قال المتولى : وهذا القائل يقول : انما قال الشافعى : وان كانت خارجا لأن الناس فى العادة لا يعدون الرحبة من المسجد ، ومن فرق بين المؤذن الراتب وغيره حمل النص على الراتب ، وقد قدمنا أن الفرق بين الراتب وغيره هو الأصح ، وممن صححه البغوى والرافعى •

(**واعلم**) أن صورة المسألة فى منارة قريبة من المسجد مبنية له ، فأما غيرها فيبطل اعتكافه بالذهاب اليها بلا خلاف ، وسواء الراتب وغيره ، هكذا صرح به جميع الأصحاب منهم الماوردى والسرخسى وآخرون ، وهو المفهوم من كلام المحاملى وابن الصباغ وصاحب العدة وغيرهم •

وأما قول الرافعى : فرض الغزالى المسألة ، والخلاف فيما اذا كان باب المنارة خارج المسجد وهى ملصقة بحريمه ، قال : ولم يشرط الجمهور فى صورة الخلاف سوى كون بابها خارج المسجد ، قال : وزاد أبو القاسم الكرخى ــ بالخاء المعجمة ــ فذكر الخلاف فيما اذا كانت المنارة فى رحبة منفصلة عن المسجد ، بينها وبينه طريق • فهذا الذى ذكره الرافعى لا يخالف ما نقلته عن اتفاق الأصحاب لأن مراده أنهم لم يشرطوا ما شرطه الغزالى ، والله أعلم •

(فــرع) قال القاضى أبو الطيب فى المجـرد ــ قال الشافعى فى البويطى ــ ويصح الاعتكاف فى المنارة (قلت) هذا محمول على منارة فى رحبة المسجد أو بابها اليها كما سبق •

(فــرع) قد ذكرنا أن المنارة التى فى رحبة المسجد يجوز للمؤذن وغيره صعودها ، ولا يبطل الاعتكاف بذلك ، نص عليه الشافعى ، واتفق الأصحاب عليه • ومن المهم بيــان حقيقة هذه الرحبة • قال صاحب الشامل والبيان : المراد بالرحبة ما كان مضافا الى المسجد محجرا عليه ، قالا : والرحبة من المسجد ، قال صاحب البيان وغيره : وقد نص الشافعى على صحة الاعتكاف فى الرحبة • قال القاضى أبو الطيب فى المجـرد : قال الشافعى : يصــح الاعتكاف فى رحاب المسجد لأنها من المسجد • وقال المحاملى فى المجموع : للمنارة أربعة أحوال :

(احداها) أن تكون مبنية داخل المسجد فيستحب الأذان فيها ، لأنه طاعة •

(الثانية) أن تكون خارج المسجد الا أنها فى رحبة المســجد فالحكم فيها كالحكم لو كانت فى المســجد ، لأن رحبة المسجد من المسجد ، ولو اعتكف فيها صح اعتكافه •

(الثالثة) أن تكون خارج المسجد وليست فى رحبته ، الا أنها متصلة ببناء المسجد ولها باب الى المسجد فله أن يؤذن فيها لأنها متصلة بالمسجد ومن جملته •

(والرابعة) أن تكون خارج المسجد غير متصلة به ، ففيها الخلاف السابق هذا كلام المحاملى بحروفه وفيه فوائد ، وعبارة شيخه أبى حامد فى التعليق نحو هذا وكلام غيرهمــا نحوه ، وفيه التصريح بخلاف ما استدل بل امام الحرمين فى المنارة المتصل بابها بالمســجد كما قدمناه عنه قريبا ، ووعدنا بذكر التصريح بنقل خلافه • والله تعالى أعلم •

(فــرع) اتفق الأصحاب على أن المــأموم لو صلى فى رحبة المسجد مقتديا بالامام الذى فى المسجد صحت صلاته ، وان حال بينهما حائل يمنع الاستطراق والمشاهدة لم يضره ، لأن الرحبة من المســجد كما سبق،ومما يتعلق بهذا هذا الموضع الذىهو باب جامعدمشق وهو باب

الساعات ، فلو صلى المـأموم تحت الساعات بصلاة الامام فى الجامع هل تصـح صلاته ؟ لأن هذا الموضع رحبة المسجد(١) • وقال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح لا يصح لأنه ليس برحبة وانما الرحبة صحن الجامع ، وطال النزاع بينهما وصفا فيه ، والصحيح قول ابن عبد السلام ، وهو الموافق لمـا قدمناه من كلام المحاملى وابن الصـباغ وصاحب البيان وغيرهم • وقد تأملت ما صنفه أبو عمرو واستدلاله ، فلم أر فيه دلالة على المقصود • والله تعالى أعلم •

(فـرع) لو دخل المؤذن المعتكف الى حجرة مهيأة للسكنى بجنب المسجد ، وبابها الى المسجد بطل اعتكافه بلا خلاف ، صرح بالاتفاق عليه امام الحرمين ، قال : وانما قلنا ما قلنا فى المنارة لأنها مبنية لاقامة شعار المسجد ، والله أعلم •

(فـرع) المنارة هنا ــ بفتح الميم ــ بلا خلاف ، وكذلك منارة السراج ــ بفتح الميم ــ بلا خلاف وجمعهما مناور ومنائر بهمزة بعد الألف ، والأصل مناور بالواو ، لأنها من النـور • قال الجوهـرى : من قال : مناور بالواو لأنه من النور ، ومن قال : منائر بالهمز فقد شبه الأصلى بالزائد ، كما قالوا مصائب وأصله مصاوب ، والمنارة مفعلة من الاستنارة ، وقال صاحب الحكم(٢) جمعها مناور على القياس ، ومنائر على غير القياس قال ثعلب : من همز شبه الأصلى بالزائد ، وأما سيبويه فيحمل ما همز من هذا على الغلط •

(فـرع) رحبة المسجد ، قال الجورى : هى بفتح الحاء وجمعها رحب ورحاب ورحبات كقصبات •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان عرضت صلاة جنازة نظرت ــ فان كان فى اعتكاف تطوع ــ فالأفضل أن يخـرج لأن صلاة الجنازة فرض على الكفاية فقدمت على الاعتكاف ، وان كان فى اعتكاف فرض لم يخـرج ، لأنه تعيـن عليه

---

(١) هامش نسخة الحداد بخطه : (لعله : فقال الشيخ ابن عبد السلام يصح) •

(٢) كذا ولعله (المحكم) (ط) •

فرضه ، فلا يجـوز أن يخـرج لصلاة الجنازة التى لم يتعيـن عليه فرضها ، فان خـرج بطل اعتكافه لأنه غير مضطـر الى الخـروج لأن غيره يقوم مقامه) •

(الشرح) قوله : (فان كان فى اعتكاف مفروض) هو بتنوين اعتكاف ، ويجوز اضافته الى مفروض ، قال الشافعى فى مختصر المزنى : ولا يعود المعتكف المريض ولا يشهد الجنائز اذا كان اعتكافه واجبا ، قال أصحابنا : ان كان الاعتكاف تطـوعا وأمكنه الصلاة على الجنازة فى المسجد لم يخـرج ، لأنه مستغن عن الخـروج ، وان لم يمكنه خـرج لمـا ذكره المصنف ، وهذا لا خلاف فيه ، وان كان اعتكافا مندوبا فوجهان (الصحيح) المشـهور الذى نص عليه الشافعى وقطع به المصنف والجمهور أنه لا يجوز الخـروج لصلاة الجنازة ، سـواء تعينت عليه أم لا ، لأنها ان لم تتعين عليه فغيره يقوم مقامه فيها ، ولا يترك الاعتكاف المتعين لغير متعين ، وان تعينت عليه أمكن فعلها فى المسجد باحضار الميت فيه ، فلا يجوز الخـروج (والوجه الثانى) ان تعينت عليه جاز الخروج لها والا فلا•حكاه الدارمى والسرخسى وغيرهما ، ونسبه الدارمى الى ابن القطان •

وحكى المـاوردى هذا الوجه بعبارة أخـرى فقال : ان كان الميت من ذوى أرحامه وليس له من يقـوم بدفنه فهو مأمور بالخـروج لذلك فيخرج ، واذا رجع بنى ، وفيه أوجه أنه يستأنف • هذا نقل المـاوردى ، واذا لم نجـوز الخروج لصـلاة الجنازة فخـرج لذلك بطل اعتكافه ، وان خـرج لقضاء الحاجة فصلى فى طريقه على جنازة ، فان وقف لها ينتظرها أو عدل عن طريقه اليها بطل اعتكافه بلا خلاف وان صلى عليها فى طريقه من غير وقوف لها ولا عدول اليها ففيه طرق •

(أصحها) وبه قطع الجمهور لا يبطـل اعتكافه لأنه زمن يسير ولم يخـرج له ، وممن قطع بهذا الطريق امام الحرميـن والغـزالى وصححه الرافعى •

(والثانى) فيه وجهـان (أحدهما) يبطل اعتكافه (وأصحهما) لا • وبهذا الطريق قطع المتولى وغيره • قالوا : وهـذان الوجهان

كوجهين سنذكرهما فى عيادة المريض ان شاء الله تعالى اذا وفق لها ولم يطـل الزمان (والصحيح) فيهما أنه لا يبطل فى الموضعين •

(والطريق الثالث) ان تعينت عليه صلاة الجنازة لم يضر والا فوجهان حكاهما الرافعى •

(والرابع) ان لم يتعين عليه بطـل اعتكافه ، والا فوجهان ، وبه قطع البغوى وهو غلط أو كالغلط والمذهب الطريق الأول ، وجعـل امام الحرمين والغزالى قدر صلاة الجنازة حدا للوقفة اليسيرة والا فهى معفو عنها لكل غرض فى حق من خـرج لقضاء الحاجة ، ومن ذلك أن يقف ويأكل لقما قدرها اذا لم نجوز الخروج للأكل ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز أن يخـرج من اعتكاف التطـوع لعيادة المريض ، لأنها تطـوع والاعتكاف تطـوع ، فخير بينهما ، فان اختـار الخـروج بطل اعتكافه لأنه غير مضطـر اليه ، فان خـرج لمـا يجوز الخـروج له من قضـاء حاجة الانسـان والأكل ، فسـأل عن المريض فى طريقه ولم يعـرج جاز ولم يبطل اعتكافه ، فان وقف بطـل اعتكافه لمـا روى عن عائشة رضى الله عنها « أنها كانت اذا اعتكفت لا تسـأل عن المريض الا وهى تمشى ولا تقف » ولأنه لا يترك الاعتكاف بالمسـألة فلم يبطـل اعتكافه ، وبالوقوف يترك الاعتكاف فبطل) •

(الشرح) الأثر المذكور عن عائشة رضى الله عنها صحيح رواه مسلم فى صحيحه • وهذا لفظه عن عائشة قالت : « ان كنت لأدخل البيت للحاجة والمريض فيه فما أسأل عنه الا وأنا مارة » ذكره مسلم فى كتاب الطهارة •

(أما حكم المسألة) فقال أصحابنا : ان كان اعتكاف تطـوع جاز أن يخـرج لعيادة المريض لمـا ذكره المصنف ونقل القاضى أبو الطيب فى المجـرد عن الأصحاب أنهم قالوا : البقاء فى الاعتكاف أو عيـادة المريض سواء لأنهما طاعتان مندوب اليهما فاستويا وهـذا موافق لقول المصنف وآخـرين ، حكاه صاحب الشامل ، ثم قال : وهذا مخالف للسنة

لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان لا يخـرج من الاعتكاف لعيـادة المريض ، وكان اعتكافه نفلا لا نذرا • والمذهب ما قدمناه عن الأصحاب • فأما الاعتكاف المنذور فلا يجوز الخروج منه لعيادة المريض • هكذا نص عليه الشافعى فى المختصر والأصحاب فى جميـع طرقهم لأن الاعتكاف المنذور واجب فلا يجوز الخروج منه الى سنة •

وانفـرد صاحب الحاوى فقال : ان خـرج لعيادة مريض من غير شرط لذلك فى نذره ــ فان كان من ذوى رحمه وليس له من يقـوم به ــ فهو مأمور بالخـروج اليه ، واذا عاد بنى على اعتكافه كالمرأة اذا خرجت لقضـاء العدة ثم عادت تبنى ، وفيه وجهان ، وفيه وجه أنه يستأنف • وهذا الذى ذكره صاحب الحاوى غريب • وقد نقله أيضـا السرخسى عن صاحب التقريب • قال : وله أن يبقى عند المريض الى أن يبرأ ثم يعـود • وهذا اختيار لصاحب التقريب لم ينقـله ، والله أعلم •

واتفق أصحابنا وغيرهم على أنه يستحب له عيـادة مريض فى المسجد • أما اذا خـرج لقضاء الحاجة فعاد فى طريقه مريضـا ــ فان لم يقف لسبب العيـادة ولا عدل عن طريقه بسـببها بل اقتصر على السؤال ــ جاز ولا ينقطـع اعتكافه المنذور المتتابع بلا خلاف لحديث عائشة السابق • ولأنه لم يفوت زمانا بسببه • وان وقف للعيادة وأطال بطل اعتكافه بلا خلاف كما لو خرج للعيادة ، وان لم يطل فطريقان (أصحهما) لا يبطل اعتكافه وجها واحـدا ، وبه قطع البغوى والأكثرون • وادعى امام الحرمين اتفاق الأصحاب عليه • ووجهه أنه قدر يسير ولم يخـرج بسببه (والطريق الثانى) فيه وجهان (أحدهما) هذا (والثانى) يبطل ، وبهذا الطريق قطع المتولى • ووجه البطلان أنه غير محتاج اليه •

قال المتولى : والرجوع فى القلة والكثرة فى هذا الى العرف ، حتى ان كان المريض فى داره التى يقصـد لقضاء الحاجة ، وطريقه فى صحتها والمريض فى بيت أو حجرة منها فهو قريب ، وان كان فى درب آخـر فهو طويل • ولو ازور عن الطريق لعيـادة المريض ــ فان كان كثيرا ــ بطل اعتكافه بلا خلاف ، وان كان قليلا فوجهان ، حكاهما المتولى وغيره (أصحهما) يبطل ، وبه قطع البغوى ، وهو مقتضى كلام الجمهور •

قال البغـوى : ولو وقف للاستئذان على المريض بطل اعتكافه • هذا كلامه • ويجىء فيما اذا لم يطل الوقوف الخلاف السابق ، والله أعلم •

(فـرع) لو خـرج لزيارة القادم من سفر بطل اعتكافه المنذور ، فان خرج لقضـاء الحاجة فزاره فى طريقه فحكمه حكم عيادة المريض ، فيجىء ما سبق من التفصيل والخلاف • هكذا ذكره المتولى وغيره وهو ظاهر ، والله أعلم •

فـرع

فى مذاهب العلمـاء فى خروج المعتكف من اعتكاف نذر ، لعيادة مريض أو صلاة جنازة

قد ذكرنا أنه لا يجوز عندنا ويبطل به الاعتكاف ، وحكاه ابن المنذر عن عطـاء ومجاهد وعروة بن الزبير والزهرى ومالك وأبى حنيفـة واسحاق وأبى ثور ، وهى أصـح الروايتين عن أحمد ، واختـاره ابن المنذر ، ورواه البيهقى عن سعيد بن المسيب • وقال الحسن البصرى وسعيد بن جبير والنخعى : يجوز • قال ابن المنذر : روى ذلك عن على ولم يثبت عنه • واحتج لهؤلاء بحديث يروى عن أنس عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « المعتكف يتبع الجنازة ويعود المريض » رواه ابن ماجه ، وهو من رواية هياج الخراسانى عن عنبسة بن عبد الرحمن وهما ضعيفان متروكا الحديث ، لا يجـوز الاحتجاج برواية واحد منهما •

واحتج أصحابنا بحديث عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان لا يدخل البيت الا لحاجة الانسـان » رواه مسلم بهذا اللفظ ، ورواه البخارى ومسلم بألفاظ أخـر تقدم بيانها فى هذا الباب مجموعة وبحديث عائشة الموقوف عليها قالت : « ان كنت لأدخل البيت للحاجة والمريض فيه ، فما أسـأل عنه الا وأنا مارة » رواه مسـلم كما سبق بيانه ، فهذان هما المعتمدان فى هذه المسـألة ، واحتج أصحابنا أيضا بأشياء ضعيفة الاسناد (منها) حديث عائشة « كان النبى صلى الله عليه وسلم يمر بالمريض وهو معتكف فيمر كما هو ولا يعرج يسـأل

عنه » رواه أبو داود باسناد ضعيف فيه ليث بن(١) أبى سليم •

وعن عبد الرحمن(٢) بن اسحاق الزهـرى عن عائشة أنها قالت : « السنة على المعتكف أن لا يعـود مريضا ، ولا يشـهد جنازة ، ولا يمس امرأة ، ولا يباشرها ولا يخـرج لحاجة الا لمـا لابد له منه ، ولا اعتكاف الا بصـوم ، ولا اعتكاف الا فى مسـجد جامع » رواه أبو داود والبيهقى وغيرهما ، وعبد الرحمن بن اسحاق هذا مختلف فى الاحتجاج به ، والأكثرون لا يحتجون به ، وقد روى له مسلم ، قال أبو داود : عن عبد الرحمن بن اسحاق لا يقول فيه : قالت السـنة ، وجعله قول عائشة ، وقال الدارقطنى : ان قوله : السنة الى آخـره ليس من قول النبى صلى الله عليه وسلم وانما هو من كلام الزهرى ، ومن أدرجه فى الحديث فقـد وهم ، وقال البيهقى : ذهب كثيـر من الحفاظ الى أن هذا الكلام انما هو من قول من دون عائشة ، وأن من أدرجه فى الحديث فقد وهم فيه ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان حضرت الجمعة وهو من أهل الفرض والاعتـكاف فى غير الجامع ، لزمه أن يخـرج اليها ، لأن الجمعـة فرض بالشرع ، فلا يجوز تركها بالاعتكاف ، وهل يبطـل اعتكافه بذلك أم لا ؟ فيه قولان ، قال فى البويطى : لا يبطـل ، لأنه خروج لابد منه فلا يبطـل بالاعتكاف

---

(١) روى له مسلم مقرونا وهو أحد العلمـاء قال فيه أحمـد : مضطرب الحديث ولكن حدث عنه الناس • وقال يحيى والنسـائى : ضعيف • وقال ابن معين أيضـا : لا بأس به • وقال ابن حبان : اختلط فى آخـر عمره • وقال الدارقطنى : كان صاحب سنة انما أنكروا عليه الجمع بين عطاء وطاوس ومجاهد حسب • وقال عبد الوارث : كان من أوعية العلم • وقال ابن عياض : كان من أكثر الناس صلاة (ط) •

(٢) قال أحمد : صالح الحديث روى عن أبى الزناد مناكير • وقال أبو داود : ثقة الا أنه قدرى وقال الدارقطنى : ضعيف • وقال القطان : سألت عنه بالمدينة فلم أرهم يحمدونه • وعن يحيى بن معين : ثقة وقال فى موضـع آخـر : صالح الحديث ، وروى عثمان عن يحيى : ثقة وزعم ابن عيينة أنه كان قدريا فنفاه أهل المدينة فنزل ماءها هنا مقتل الوليد فلم نجالسـه وقال عبد الحق : لا يحتج به (ط) •

كالخـروج لقضـاء حاجة الانسـان ، وقال فى عامة كتبه : يبطـل لأنه يمكنه الاحتراز من الخـروج بأن يعتكف فى الجامع ، فاذا لم يفعـل بطل اعتكافه ، كما لو دخـل فى صوم الشهرين المتتابعين [فى شعبان] فخـرج منه بصوم رمضان) •

(الشرح) قال أصـحابنا : اذا اعتكف فى غيـر الجامع وحضرت الجمعة وهو من اهل وجوبها لزمه الخـروج اليهـا بلا خلاف ، سواء كان اعتكافه نفـلا او نذرا لانها فرض عين ، وهو مقصر حيث لم يعتكف فى الجامع ، فان كان اعتكافه تطـوعا بطل خروجه ، وان كان نذرا غير متتابع لم يحسب له مدة ذهابه ومكثه فى الجامع ورجوعه ، فاذا عاد الى المسـجد بنى على اعتكافه الاول ، هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور ، وحكى السرخسى قولا انه يحسب له زمان الخـروج ، كما لو خـرج لقضـاء الحاجة ، وهذا غريب ضعيف ، لأن هذا مقصر بترك الجامع اولا بخلاف قضاء الحاجة ، وان كان نذرا متتابعا ولم ينقض ففى بطلانه بالخروج خلاف حكاه المصنف والمحاملى فى المجموع ، والبغـوى والسرخسى وخلائق قولين وحكاه القـاضى أبو الطيب وابن الصباغ والمتولى وآخرون وجهين •

وغلط صاحب البيان حيث أنكر على صاحب المهذب حكايته الخلاف قولين وقال : انما يحكيهما أكثر أصحابنا وجهين ، ثم اتفق الأصحاب على أن الأصح انقطـاع التتابع وبطلان اعتكافه ، وهو المشهور من نصوص الشافعى كما ذكره المصنف ، وبه قطع المـاوردى والمحاملى فى التجريد والجرجانى وآخـرون (والثانى) لا يبطـل وتعليلهما فى الكتاب • قال أصحابنا : فان قلنا : ان خروجه للجمعة يبطل اعتكافه ، فان كان اعتكافه المنذور أقل من أسـبوع ابتدأ به من أول الأسبوع فى أول مسجد شاء ، ويخـرج للجمعة بعـد انقضائه ، وان أراد الاعتكاف فى الجامع ابتدأ به متى شاء ، وان كان أكثر من أسبوع وجب أن يبتدئه فى الجامع ، فان كان قد عين فى نذره غير الجامع (وقلنـا) يتعين لم يمكنه الوفاء بنذره الا بأن يمرض وتسـقط عنه الجمعة أو يتركها عاصيا ويدوم على اعتكافه • والله أعلم •

فـــرع

فى مذاهب العلمـــاء فى خروج المعتكف من اعتكاف منذور متتابع لصلاة الجمعـــة

ذكرنا أن الصحيح من مذهبنا بطلان اعتكافه ، وبه قال مالك ، وهو رواية عن أبى حنيفة ، وقال سعيد بن جبير والحسن البصرى والنخعى وأحمـــد وعبد الملك من أصحاب مالك وابن المنذر وداود وأبو حنيفة فى رواية عنه : لا يبطل اعتكافه وقد ذكر المصنف دليـــل المذهبين ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان تعين عليه أداء شهادة لزمه الخروج لأدائها ، لأنه تعين لحق آدمى ، فقـــدم على الاعتكاف ، وهل يبطـــل اعتكافه بذلك ؟ ينظر فيه ان كان قد تعين عليه تحملها لم يبطـــل ، لأنه مضطـــر الى الخروج والى سببه • وان لم يتعين عليه تحملها فقـــد روى المزنى أنه قال : يبطل الاعتكاف • وقال فى المعتكفة [اذا طلقت](١) تخـــرج وتعتد ولا يبطل اعتكافها • فنقل ابو العبـــاس جواب كل واحدة من المســـألتين الى الاخرى وجعلهما على قولين • (احدهما) يبطـــل فيهما • لأن السبب حصـــل باختياره ، (والثانى) لا يبطـــل • لانه مضطـــر الى الخـــروج • وحمل ابو اسحاق المســـألتين على ظاهرهما فقال : فى الشهادة تبطل • وفى المعتدة لا تبطـــل • لان المرأة لا تتزوج لتطلق فتعتد والشاهد انمـــا يتحمـــل ليؤدى • ولان المرأة محتاجة الى السبب وهو النكاح للنفقـــة والعدة ، والشاهد غير محتاج الى التحمل) •

(الشرح) قوله : لان السبب حصل باختياره ، هذا يصـــح فى الشاهد والمعتدة التى زوجت برضاها ، ولا يصح فى المجبرة ، وهى البكر فى حق الاب والجد ، وكذا الثيب المجنونة ، وكذا الامة •

(أما أحكام الفصل) فقال أصحابنا : اذا خـــرج لأداء الشهادة له أربعة أحوال :

(احداها) أن لا يتعين عليه التحمل ولا الأداء •

---

(١) ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق (ط) •

(والثانية) أن يتعين التحمل دون الأداء فيبطل اعتكافه بالخروج ، لأنه غير مضطر اليه •

(الثالثة) أن يتعين الأداء دون التحمل، فيبطل على المذهب ، وهو المنصوص وقول أبى اسحاق وقال أبو العباس ، فيه قولان ، وذكر المصنف دليل الجميع •

(الرابعة) أن يتعين الأداء والتحمل ، فالمذهب أنه لا يبطل لأنه مضطر الى الخروج والى سببه ، وبهذا قطع المصنف والجمهور ، وقيل : فيه طريقان حكاهما الماوردى والسرخسى وغيرهما (أصحهما) هذا (والثانى) على وجهين حكاهما الماوردى عن أصحابنا البصريين (أحدهما) هذا (والثانى) يبطل اعتكافه لأنه يمكنه أداء الشهادة فى المسجد بأن يحضره القاضى ، وهذا ضعيف غريب ، هذا كله فى اعتكاف منذور متتابع (فأما) اذا كان الاعتكاف تطوعا وطلب الشهادة فيكون كغير المعتكف فعليه الاجابة حيث تجب على غيره لأنها أفضل من الاعتكاف المتطوع به ، وان كان الاعتكاف نذرا غير متتابع ، فان كانت الشهادة متعينة لزمه الاجابة سواء دعى لأدائها أو لحملها ،

لأنه لا ضرر عليه فى ذلك ، لأنه يمكنه البناء اذا عاد الى المسجد ، وفى امتناعه من الشهادة اضرار بالمشهود له ، وان لم تكن متعينة بأن كان لصاحب الشهادة شهود آخرون ، ففى لزوم الاجابة وجهان حكاهما المتولى وغيره (أحدهما) لا يلزمه ، لأنه مشتغل بفرض متعين عليه ، وليس بالمشهود له ضرورة اليه لتمكنه من غيره • (والثانى) يلزمه ، لأن أداء الشهادة عند طلبها فرض كما أن الاعتكاف فرض ولكن الشهادة آكد لأنها حق آدمى يخاف فوته ، والاعتكاف يمكن تداركه ، وقول القائل الأول لا ضرر على المشهود له يعارضه أن المعتكف لا ضرر عليه أيضا ، لأنه يمكنه البناء ، والله أعلم •

(فرع) اذا دعى لتحمل شهادة قال المتولى : ان كان اعتكافه تطوعا ، ولم يتعين بالتحمل ، فالأولى أن لا يخرج ، وان تعين عليه التحمل لزمه الخروج ، لأن ذلك واجب ، وان كان اعتكافه واجبا لم يلزمه الاجابة ، سواء كان متتابعا أم لا لأنه مشتغل بفرض فلا يلزمه قطعه ، وهل يباح له الخروج ؟ ينظر — فان لم يكن شرط التتابع — جاز الخروج ولأنه لا يبطل بخروجه عبادته فيخرج ، فاذا عاد

بنى وأن كان شرط التتابع لم يجـز الخروج ، لأنه يبطـل ما مضى من عبادته ، وابطال العبادة الواجبة لا يجوز ، هذا آخـر كلام المتولى ، وقال الدارمى : اذا دعى لتحمل شهادة وهناك غيره لم يجـز ، فان خرج بطل اعتكافه ، ولم يذكر الدارمى غير هذا ، والله تعالى اعلم •

(فـرع) اذا شرعت المرأة فى الاعتكاف ، فوجبت عليها عدة وفاة او فرقة فخرجت لقضـائها ، هل يبطـل اعتكافها ؟ فيه طريقان حكاهما المصنف بدليهما (اصحهما) عند الاصحاب ، وهو المنصوص : لا يبطل حتى اذا نذرت متتابعا اكملت العدة ، ثم عادت المسجد وبنت على ما مضى (والثانى) فى بطلانه قولان (المنصوص) لا يبطـل (والثانى) خرجه ابن سريج من مسـألة الشهادة انه يبطـل ، وذكر المصنف والاصحاب الفرق بين الشهادة والعدة ، هكذا أطلق الجمهور المسألة •

وقال المتولى : اذا نذرت اعتكافا متتابعا بغير اذن الزوج وشرعت فيه فلزمتها العـدة لزمها العود الى مسكنها للاعتداد ، فاذا خرجت ففى بطلان اعتكافها الطريقان ، قال : فأما ان شرعت فى الاعتكاف باذنه ولزمتها العدة فهل يلزمها العود الى منزلها للاعتـداد ؟ أم لها البقـاء فى الاعتكاف حتى ينقضى ؟ فيه خلاف نذكره فى كتاب العدد ان شاء الله تعالى •

فان قلنا : لها البقـاء فخرجت بطل اعتكافها ، لأنها خرجت من غير ضرورة وان قلنا : يلزمها العـود الى المنزل فعادت ، هل تبنى بعد العدة أم يبطـل اعتكافها ؟ فيه الطريقان السابقان ، هذا كلام المتولى • وذكر البغـوى نحوه • وزاد أنها اذا لزمها الخـروج للعدة فى الصـورة الأولى فمكثت فى الاعتكاف ولم تخـرج عصت واجزأها الاعتكاف • قال الدارمى : ولو قال لها الزوج : أنت طالق ان شـئت فقالت وهى معتكفة : شئت فيحتمل وجهين (أحدهما) أنها كالشـاهد المختار (والثانى) أنها كعدة وجبت بغير مشيئتها (قلت) الأول أصح ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان مرض مرضا لا يأمن معه تلويث المسـجد كانطلاق الجوف وسلس البول خـرج كما يخرج لحاجة الانسـان • وان كان مرضا يسيرا

يمكن معه المقام فى المسجد من غير مشقة لم يخرج • وان خرج بطل اعتكافه • وأن كان مرضا يحتاج الى الفراش ويشق معه المقام فى المسجد ففيه قولان بناء على القولين فى المريض اذا أفطر فى صوم الشهرين المتتابعين فان أغمى عليه فاخرج من المسجد لم يبطل اعتكافه قولا واحدا لانه لم يخرج باختياره) •

(**الشرح**) قال الشافعى فى المختصر : فان مرض أو أخرجه السلطان ، واعتكافه واجب فاذا برىء أو خلى بنى ، فان مكث بعد برئه شيئا من غير عذر ابتدأه ، هذا نصه • قال أصحابنا : المرض ثلاثة أقسام (أحدها) مرض يسير لا تشق معه الاقامة فى المسجد كصداع وحمى خفيفة ووجع الضرس و لعين ونحوها فلا يجوز بسببه الخروج من المسجد اذا كان الاعتكاف نذرا متتابعا ، فان خرج بطل اعتكافه لانه غير مضطر اليه •

(الثانى) مرض يشق معه الاقامة فى المسجد لحاجته الى الفراش والخادم ، وتردد الطبيب ونحو ذلك فيباح له الخروج ، فاذا خرج ففى انقطاع التتابع طريقان حكاهما القاضى أبو الطيب وابن الصباغ والمتولى وآخرون (أحدهما) لا ينقطع قولا واحدا ، وهو ظاهر النص الذى ذكرناه • قال القاضى أبو الطيب فى المجرد : هو المنصوص للشافعى فى كتبه (والثانى) فيه قولان ، وبهذا الطريق قطع المصنف والبغوى والسرخسى وآخرون ، واتفقوا على أن الأصح هنا انه لا ينقطع ، وتعليل الجميع فى الكتاب •

(الثالث) مرض يخاف معه تلويث المسجد كانطلاق البطن وادرار البول والاستحاضة والسلس ونحوها فله الخروج ، وفى انقطاع التتابع طريقان الصحيح المشهور وبه قطع المصنف والجمهور : لا ينقطع قولا واحدا لما ذكره المصنف (والثانى) حكاه السرخسى وغيره فيه قولان • أما اذا أغمى عليه فى الاعتكاف فان لم يخرج من المسجد فأفاق فاعتكافه باق لا يبطل • قال المتولى : والمذهب أن زمان الاغماء محسوب من الاعتكاف كما ذكرنا فى الصائم اذا أغمى عليه بعض النهار • قال : وفيه وجه أنه لا يحسب ذلك الزمان عن الاعتكاف تخريجا من قولنا فى الصائم اذا أغمى عليه يبطل ، وبهذا الوجه قطع صاحب

الحاوى • قال : بخلاف ما اذا نام المعتكف فانه يحسب زمان نومه كالمستيقظ فى جريان الأحكام عليه • هـذا اذا لم يخرجه أهله من المسـجد ، فاما اذا اخرجوه فلا ينقطع تتابع اعتكافه لمـا ذكره المصنف • هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور •

وقال المتولى وآخـرون : هو كالمريض ان خيف تلويث المسـجد منه لم يبطـل تتابعه بالاخـراج والا ففيه القولان (أصحهما) لا يبطل ، اما اذا جن فان لم يخـرجه وليه من المسـجد حتى أفاق لم يبطـل اعتكافه • قال النووى : لكن لا يحسب زمان الجنون من اعتكافه لأن العبادات البدنيه لا يصـح من المجنون أداؤها فى حال الجنـون ، فان اخرجه الولى — فان كان لا سبيل الى حفظه فى المسـجد — لم يبطل تتابع اعتكافه بلا خلاف ، وان كان يمكن حفظه قال المتولى : فهو كالمريض فيجرى فيه الخلاف ، والمذهب انه لا ينقطـع تتابعه ، وهو الجارى على القاعدة(١) فان لم يخـرج باختيـاره ، وبهذا قطع المـاوردى والقاضى ابو الطيب فى المجـرد والسرخسى وصاحب العدة وآخـرون ، ونقل المـاوردى اتفاق الاصحاب عليه ، ونقل القاضى أبو الطيب عن نص الشافعى فى الأم أنه لو بقى فى الجنون سنين ثم أفاق بنى ، فهذا هو الصواب ، والله أعلم •

(فـرع) قال صاحب الشامل : اذا أراد المعتكف الخروج للفصد والحجامه ، فان كانت الحاجة داعية اليه بحيث لا يمكن تأخره جاز الخروج له ، والا فلا ، كالمرض يفرق فيه بين الخفيف وغيره كما سبق •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(قال فى الأم : وان سـكر فسـد اعتكافه ثم قال : وان ارتد ثم أسـلم بنى على اعتكافه • واختلف أصحابنا فيه على ثلاثة طرق (فمنهم) من قال : لا يبطـل فيهما ، لأنهما لم يخرجا من المسـجد ، وتأول قوله فى السكران على ما اذا سكر وأخـرج انه لا يجـوز اقراره فى المسـجد اذا خـرج ليقـام عليه الحد (ومنهم) من قال : يبطـل فيهما لأن

---

(١) كذا بالأصل ولعله : وهو الجارى على القاعـدة أنه لم يخـرج باختياره (ط) •

السكران خرج عن أن يكون من أهل المقام فى المسجد ، والمرتد خرج عن ان يكون من اهل العبادات ، وتاول قوله فى المرتد على ما اذا ارتد فى اعتكاف غير متتابع انه يرجع ويتم ما بقى (ومنهم) من حمل المسائلين على ظاهرهما • فقال فى السكران يبطل لانه ليس من اهل المقام فى المسجد • لانه لا يجوز اقراره فيه فصار كما لو خرج من المسجد ، والمرتد من اهل المقام فيه • لانه يجوز اقراره فيه) •

(الشرح) هذان النصان مشهوران كما ذكرهما المصنف والأصحاب • فيهما طرق متشعبة جمعها الرافعى ونقحها • فقال فى المسألة ستة طرق (اصحها) بطلان اعتكاف السكران والمرتد جميعا بطرءان السكر والردة • لانهما افحش من الخروج من المسجد وتاول هؤلاء نصه فى السكران انه فى اعتكاف متتابع فيقطع ونصه فى المرتد انه اعتكاف غير متتابع فاذا اسلم بنى لأن الردة عندنا لا تحبط الاعمال الا اذا مات مرتدا (والطريق الثانى) لا يبطل فيهما لما ذكره المصنف (والثالث) فيهما قولان (والرابع) تقرير النصين وبطلانه فى السكران دون المرتد ، وذكر المصنف الفرق وهذا الطريق هو الصحيح عند الشيخ ابى حامد وأصحابه ، ونقله صاحب الشامل عن اكثر الأصحاب (والخامس) يبطل السكر لامتداد زمانه ، وكذا الردة ان طال زمنها ، وان قصر بنى (والسادس) يبطل بالردة دون السكر لأنه كاليوم بخلاف الردة لأنها تنافى العبادات •

وهذا الطريق حكاه امام الحرمين والغزالى • قال الرافعى : ولم يذكر غيرهما ، وممن صحح الطريق الأول وهو بطلان الاعتكاف فيهما القفال وامام الحرمين والبغوى والمتولى وغيرهم ، ونقل الماوردى وغيره أن الشافعى أمر الربيع أن يضرب على مسألة المرتد ولا تقرأ عليه • قال الماوردى : قال هذا الناقل عن الشافعى : مذهب الشافعى أنه يبطل الاعتكاف لأنها أفحش من السكر وأسوأ حالا • والله أعلم •

قال الرافعى : وهذا الخلاف انما هو فى أنه هل يبطل ما مضى من اعتكافه قبل الردة والسكر ؟ ويجب استئنافه اذا كان معتكفا عن نذر متتابع ؟ أم يبقى صحيحا فيبنى عليه اذا زال السكر والردة ؟ فأما زمن الردة والسكر فلا يعتد به بلا خلاف • قال : وفى وجه شاذ يعتد

بزمان السكر . قال : وأشار امام الحرمين والغزالى الى أن الخلاف فى الاعتبار بزمان الردة والسكر ، والصواب ما سبق ، والله أعلم . قال الماوردى (فان قيل) لم قلتم : ان الردة اذا طرأت فى الصيام تبطله ؟ وفى الاعتكاف خلاف ؟ (قلنا) لأن الاعتكاف يتخلله ما ليس منه وهو الخروج لقضاء حاجة الانسان وغير ذلك بخلاف الصيام والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان حاضت المعتكفة خرجت من المسجد لأنه لا يمكنها المقام فى المسجد وهل يبطل اعتكافها ؟ ينظر فيه فان كان الاعتكاف فى مدة لا يمكن حفظها من الحيض لم يبطل فاذا طهرت بنت عليه كما لو حاضت فى صوم [شهرين متتابعين ، وان كان فى مدة يمكن حفظها من الحيض بطل كما لو حاضت فى صوم(١)] ثلاثة أيام متتابعة) .

(**الشرح**) قال الشافعى فى البويطى : اذا حاضت المعتكفة خرجت ، فاذا طهرت رجعت وبنت . هكذا نص عليه ونقله عن نصه فى البويطى القاضى أبو الطيب وغيره . قال أصحابنا : اذا حاضت فى اعتكافها لزمها الخروج من المسجد فاذا خرجت وطهرت ــ فان كان اعتكافها تطوعا وأرادت البناء عليه ــ بنت ، وان كان نذرا غير متتابع بنت ، وان كان متتابعا ــ فان كان مدة لا يمكن حفظها من الحيض غالبا بان كان اكثر من خمسة عشر يوما ــ لم يبطل التتابع بل تبنى عليه بلا خلاف ، وان كانت مدة يمكن حفظها من الحيض كخمسة عشر فما دونها فطريقان (أحدهما) ينقطع ، وبهذا جزم المصنف وطائفة . (والثانى) فيه خلاف كالخلاف فى انقطاع تتابع صوم كفارة اليمين بالحيض اذا أوجبنا تتابعه . ومنهم من حكى هذا الخلاف وجهين ، ومنهم من حكاه قولين وممن حكاه البغوى ، والأصح الانقطاع . قال البغوى : « ولو نفست فهو كما لو حاضت » والله أعلم .

(**فرع**) والمستحاضة المعتكفة لا يجوز لها الخروج من المسجد ان كان اعتكافها نذرا ، سواء المتتابع وغيره لأنها كالطاهر ، لكن تحترز

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من ش و ق فتأمل (ط) .

عن تلويث المســاجد ، وقد ثبت فى صحيح البخارى عن عائشة رضى الله عنها قالت : « اعتكفت مع النبى صلى الله عليه وسلم امرأة من أزواجه وهى مستحاضة ، فكانت ترى الدم والصفرة والطست تحتها وهى تصلى » وممن ذكر المســألة صاحب الحاوى وابن المنذر وأشار الى أنها مجمــع عليها .

فــــرع

فى مذاهب العلمــاء فى المعتكفة اذا حاضت

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه يلزمها الخــروج من المسجد ، واذا خرجت سكنت فى بيتها كما كانت قبل الاعتكاف حتى ينقطــع حيضها ، ثم تعود الى اعتكافها ، وحكاه ابن المنذر عن عمرو بن دينار والزهــرى وربيعة والأوزاعى ومالك وأبى حنيفة ، قال : وقال أبو قلابة : تضرب خباءها على باب المســجد ، قال النخعى : تضربه فى دارها حتى تطهر فتعود الى الاعتكاف .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان أحــرم المعتكف بالحج ، فان أمكنه أن يتم الاعتكاف ثم يخــرج لم يجــز أن يخــرج ، فان خــرج بطــل اعتكافه لأنه غيــر محتــاج الى الخــروج ، وان خاف فوت الحج خرج للحج لأن الحج يجب بالشرع فلا يتركه بالاعتكاف ، فاذا خــرج بطــل اعتكافه ، لأن الخــروج [حصل] باختياره لأنه كان يسعه أن يؤخره) .

(الشرح) قال أصحابنا : يصــح احرام المعتكف بالحج والعمرة ، فاذا أحــرم بهما أو بأحدهما والوقت واســع بحيث يمكن اتمــام الاعتكاف ثم ادراك الحج لزمه اتمــام الاعتكاف ، وان ضاق الوقت لزمه الخــروج للحج وينقطع اعتكافه المتتابع فاذا عاد من الحج لزمه استئنافه بلا خلاف ، لمــا ذكره المصنف ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان خــرج من المســجد ناسيا لم يبطــل اعتكافه ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « رفع عن أمتى الخطأ والنســيان وما استكرهوا عليه »

ولأنه لو أكل فى الصـــوم ناسيا لم يبطـــل فكذلك اذا خـــرج من الاعتكاف ناسيا لم يبطـــل ، وان خـــرج مكرها محمـــولا لم يبطل اعتكافه للخبر ، ولأنه لو أوجـــر الصائم فى فيه طعاما لم يبطـــل صومه فكذلك هـــذا ، فان أكرهه حتى خـــرج بنفســـه ففيه قولان كالصائم اذا أكره حتى أكل بنفســـه ، وان أخرجه الســـلطان لاقامة الحد عليه فان كان قـــد ثبت الحـــد باقراره بطـــل اعتكافه ، لأنه خـــرج باختياره وان ثبت بالبينة ففيه وجهـــان (أحدهما) يبطـــل لأنه اختـــار سببه وهو الشرب والسرقة (والثانى) لا يبطـــل لأنه لم يشرب ولم يسرق ، ليخـــرج ويقام عليه الحد وان خاف من ظالم فخـــرج واستتر لم يبطـــل اعتكافه لأنه مضطر الى الخروج بسبب هو معذور فيه فلم يبطل اعتكافه) •

(الشرح) هذا الحديث حديث حسن رواه ابن ماجه والبيهقى وغيرهما ، ولفظهما عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ان الله تعـــالى تجاوز لى عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » •

(أما الأحكام) ففى الفصل مسائل :

(احداها) اذا خـــرج من المســـجد ناسيا للاعتكاف لم يبطـــل لمـــا ذكره المصنف هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهـــور • قال الرافعى : وقيل فى بطلانه قولان قال : (فان قلنا) لا يبطل فلم يتذكر الا بعد طول الزمان فوجهان ، كما لو أكل كثيرا ناسيا ذكر الوجهين أيضا المتولى وغيره ، والأصح أنه لا يبطـــل •

(الثانية) لو حمل مكرها فأخـــرج لم يبطـــل اعتكافه لمـــا ذكره المصنف ، هذا هو المذهب ، وبه قطـــع الجمهور ، قال الرافعى : وقيل فى بطلانه قولان كالمكره لأنه فارق المســـجد بعذر ، وان أكره حتى خرج بنفسه فطريقان (أصحهما) فيه قولان كالاكراه على الأكل فى الصـــوم (أصحهما) لا يبطـــل اعتكافه (والثانى) يبطـــل • والطريق الثانى : لا يبطـــل قولا واحدا ، ولو خاف المعتكف من ظالم فخـــرج واستتر ففى بطلان اعتكافه قولان كالمكره (أصحهما) لا يبطـــل ، وممن ذكر القولين فيه البغـــوى والرافعى وآخـــرون ، وأنكر جمـــاعة على

المصنف كونه جزم فى مسألة الخائف من ظالم بأنه لا يبطل وذكر فى المكره القولين مع أن حكمهما جميعا سواء وهذا الانكار وان كان متجها فجوابه أنه فرع مسألة الظالم على الأصح واقتصر عليه •
قال البغوى : ولو خاف من شىء آخر غير الظالم فخرج ففيه القولان ومراده اذا خاف من حية أو حريق أو انهدام ونحو ذلك (فأما) اذا خاف ممن يطالبه بحق واجب عليه فهو ظالم بالتغيب عنه ، فاذا خرج بطل اعتكافه قولا واحدا ، وان خاف ممن عليه دين وهو عاجز عنه فخرج ، ففيه القولان كالمكره ، لأن مطالبته حينئذ حرام ، فهو خارج للخوف من ظالم ، والله أعلم •

(الثالثة) اذا أخرجه السلطان ، قال الشافعى فى المختصر : اذا خلاه السلطان عاد الى المسجد وبنى ، قال أصحابنا : اذا أخرجه فله ثلاثة أحوال :

(أحدها) أن يكون السلطان محقا فى اخراجه فأخرجه لغير عقوبة بأن وجب عليه حق وهو يماطل به مع قدرته عليه ، أو يمتنع من أدائه فيبطل اعتكافه بلا خلاف ، لأنه مقصر وخارج باختياره فى الحقيقة •

(الثانى) أن يكون السلطان ظالما له فى اخراجه بأن أخرجه لمصادرة أو نحوها مما ليس عليه أو لدين هو عاجز عنه ونحو ذلك ، لم يبطل اعتكافه على المذهب وبه قطع الشيخ أبو حامد والماوردى والمحاملى وابن الصباغ والجمهور •

(وقيل) هو كالمكره فيكون فيه القولان ، وبهذا جزم البغوى والمتولى والرافعى ، ولعل الأولين فرعوه على المذهب ، وهو أنه لا يبطل •

(الثالث) أن يخرجه ليقيم عليه عقوبة شرعية من حد أو قصاص أو تعزير فان ثبت ذلك عليه باقراره بطل اعتكافه ، لما ذكره المصنف ، وان ثبت بالبينة فنص الشافعى أنه لا يبطل ولا ينقطع به تتابعه فاذا عاد بنى ، وللأصحاب طريقان (أصحهما) لا يبطل تتابعه قولا واحدا

كما نص عليه ، وبهذا قطع الماوردى والقاضى أبو الطيب فى المجرد والمحاملى وابن الصباغ وجمهور العراقيين • (والثانى) فيه وجهان (أصحهما) لا يبطل تتابعه ، وبهذا الطريق قطع المصنف والبغوى والمتولى وغيرهم ، وهذا الذى ذكرناه من الفرق بين أن يثبت الحد بالاقرار أو البينة صحيح ، كما ذكره المصنف ، وقد ذكره أيضا البغوى والرافعى وغيرهما ، وأشار صاحب البيان الى أن المصنف كالمنفرد بهذا التفصيل، وأن الأكثرين جزموا بأنه لا يبطل اعتكافه اذا أخرجه السلطان لاقامة الحد ، ولم يتعرضوا للفرق بين الثبوت باقرار أو بينة ، وهذا الذى أشار اليه صاحب البيان ضعيف ، فقد ذكر التفصيل غير المصنف كما سبق ، وأما الأكثرون فكلامهم محمول على ما اذا ثبت باقرار ، والله أعلم •

(فرع) قال الشافعى فى الأم : اذا نذر اعتكافا ثم دخل مسجدا فاعتكف فيه ثم انهدم المسجد ، فان أمكنه أن يقيم فيه أقام حتى يتم اعتكافه ، وان لم يمكنه خرج ، فاذا بنى المسجد عاد وتمم اعتكافه ، هذا نصه • قال أصحابنا : ان بقى موضع يمكن الاقامة فيه أقام ولا يجوز أن يخرج ان كان اعتكافا منذورا ، وان لم يبق منه موضع تمكن الاقامة فيه خرج فأتم اعتكافه فى غيره من المساجد ، ولا يبطل اعتكافه بالخروج لأنه لحاجة •

قال أصحابنا : وأما قول الشافعى : فاذا بنى المسجد عاد وتمم اعتكافه ، فله تأويلان(١) (أحدها) أنه عين المسجد الحرام أو مسجد المدينة والأقصى ، وقلنا : يتعين (والثانى) مراده اذا نذر اعتكافا غير متتابع ولا متعلق بزمان معين • فاذا انهدم فله الخيار ان شاء انتظر بناءه ، وان شاء اعتكف فى غيره (والثالث) مراده اذا كان فى قرية ليس فيها الا مسجد واحد وانهدم (والرابع) حكاه صاحب الشامل أنه قاله للاستحباب ، لأنه يستحب أن يعتكف فى المسجد الذى نذر فيه •

---

(١) كذا فى ش و ق ولعل الصواب : تأويلات (أحدها) لشمول قول الشافعى على أربعة تأويلات للأصحاب فليحرر (ط) •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان خـرج لعذر ثم زال العـذر وتمكن من العـود فلم يعـد بطـل اعتكافه ، لأنه ترك الاعتكاف من غير عذر فأشبه اذا خـرج من غير عذر) •

(الشرح) قال أصحابنا : حيث خرج لعذر لا يقطع التتـابع ، ثم قضى شغله وزال عذره لزمه المبادرة بالرجوع الى المسـجد عنـد فراغه ان كان نذره متتابعا ، فان أخر الرجـوع من غير عذر بطـل اعتكافه ، لمـا ذكره المصنف ، وهل يجب تجديد النية اذا عاد ؟ فيه كلام سنذكره فى آخـر الباب ان شاء الله تعـالى ، وقد سبق بعضه فى فصل النية من هذا الباب ، وبالله التوفيق •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز للمعتكف المباشرة بشهوة لقوله تعالى : « ولا تباشروهن وأنتم عاكفون فى المسـاجد »(١) فان جامع فى الفـرج ذاكرا للاعتـكاف عالمـا بالتحريم ، فسد اعتكافه ، لأنه أحـد ما ينافى الاعتكاف فأشبه الخـروج من المسـجد ، وان باشر فيما دون الفـرج بشـهوة أو قبل بشـهوة ففيه قولان ، قال فى الامـلاء : يبطـل وهو الصحيح ، لأنه مباشرة محرمة فى الاعتكاف فبطـل بها كالجمـاع • وقال فى الأم : لا يبطـل لأنها مباشرة لا تبطـل الحج ، فلم تبطـل الاعتكاف كالمباشرة بغير شهوة ، وقال أبو اسحاق المروزى : لو قال قائل : انه ان أنزل بطل ، وان لم ينزل لم يبطـل كالقبلة فى الصـوم كان مذهبا ، وهـذا قول لم يذهب اليه أحـد من أصحابنا ويخالف الصـوم فان القبلة فيه لا تحـرم على الاطلاق فلم يبطـل على الاطلاق والقبلة فى الاعتكاف محـرمة على الاطلاق فأبطلته على الاطلاق ويجـوز أن يباشر بغيـر شهوة ولا يبطـل اعتكافه لحديث عائشـة رضى الله عنها قالت : « كان رسـول الله صلى الله عليه وسلم يدنى الى رأسـه فأرجله » وان باشر ناسيا لم يبطـل اعتكافه ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولأن كل عبادة أبطلتها مباشرة

---

(١) البقرة : ١٨٧ •

العامد لم تبطلها مباشرة الناسى كالصـــوم ، وان باشرها وهو جاهل بالتحـــريم لم يبطـــل لأن الجاهل كالناسى ، وقد بينا ذلك فى الصـــلاة والصوم) .

(**الشرح**) قوله : مباشرة محرمة احتراز من المباشرة بغير شـــهوة (وقوله) مباشرة لا تبطل الحج احتراز من الجماع .

(**أما أحكام الفصل**) فاتفق أصحابنا على أنه يجوز للمعتكف المباشرة بغير شهوة باليد والقبلة على سبيل الشفقة والاكرام ، أو لقدومها من سفر ونحـــو ذلك ، لحديث عائشة وهو فى الصحيحين ، قال المـــاوردى : لكنه يكره ويحـــرم عليه الجماع وجميع المباشرات بالشـــهوة بلا خلاف ، واتفق أصحابنا على ذلك ، ونقل المـــاوردى وآخـــرون اتفاق الأصحاب عليه والقاضى أبو الطيب . وأما قول صاحب العدة : فأما المباشرة من القبلة واللمس ونحوهما فهل يحـــرم ؟ فيه قولان فغلط منه ، والصواب القطع بتحريمها ، وانما القولان فى افســـاد الاعتكاف بها ، وكلامه فى تفريع ذلك يقتضى أن مراده أن التحريم متفق عليه وانما الخلاف فى الافساد ، وكأنه وقع منه سبق قلم .

وقريب من عبارته عبارة الغزالى فى الوسيط ، فانه قال : فى مقدمات الجماع كالقبلة والمعانقة قولان (أحدهما) يحـــرم ويفســـد كما فى الحج (والثانى) لا ، كمافى الصـــوم ، هذا لفظه وفيه انكاران . (أحدهما) أنه أوهم أن الخلاف جار فيه التحريم ، والتحريم متفق عليه ، وانما الخلاف فى الافساد .

(والثانى) قوله : ويفســـد كما فى الحج ، ومعلوم أن الحج لا يفســـد بغير الجماع من المباشرات ، والصواب الجزم بالتحريم فلا خلاف فيه ، وانما ذكرت قول الغزالى وصاحب العـــدة لبيان الغلط فيهما ، لئلا يغتر بهما ويتوهم فى المســـألة خلاف فى التحريم مع أنه حرام بلا خلاف ، والله أعلم .

فان جامع المعتكف ذاكرا للاعتكاف عالمـــا بتحريمه ، بطل اعتكافه باجماع المسلمين سواء كان جماعه فى المســـجد أو عند خروجـــه لقضاء

الحاجة ونحوه من الأعذار التى يجـوز لها الخـروج ، وقد سبق وجه شاذ أنه لا يبطـل اذا جامع حال خروجه لقضـاء الحاجة من غير مكث ، وقد سبق تضعيفه ، فان جامع ناسيا للاعتكاف أو جاهلا تحريمه لم يبطـل على المذهب ، وبه قطع العراقيون وجماعات من الخراسانيين ، وقال أكثر الخراسانيين فيه الخلاف السابق فى نظيره فى الصـوم ، والله تعالى أعلم •

ونقـل المزنى عن نص الشافعى فى بعض المواضع أن الاعتكاف لا يفسـده من الوطء الا ما يوجب الحد ، قال امام الحرمين : مقتضى هذا أن لا يفسـد بالوطء فى الدبر ووطء البهيمة اذا لم نوجب فيهما الحد ، وهذا الذى قاله الامام عجب فان المذهب المشـهور أن الاعتكاف يفسـد بكل وطء سواء المـرأة والبهيمة واللواط وغيره ، ولا خلاف فى هذا • (وأما) نص الشافعى المذكور فمحمـول على أنه لا يفسـد بالمباشرة بالذكر فيما دون الفـرج لا أنه أراد حقيقة الفـرج ، وكلام المزنى ثم أصحابنا أجمعيـن فى جميع الطرق مصرح بما ذكرته ، ومن أطرف العجائب قول امام الحرمين هذا مع علو مرتبته وتفذذه فى العلوم مطلقا رحمه الله ، والله أعلم •

أما اذا لمس أو قبل بشـهوة أو باشر فيما دون الفـرج بذكره متعمـدا عالمـا ، ففيه نصـان للشافعى ، وقال امام الحرمين وغيره : اضطربت النصوص فيه ، وللأصحاب فى المسألة طرق ذكر المصنف منها طريقين (أحدهما) فى فسـاد الاعتكاف بذلك قولان (أصحهما) يفسد (والثانى) لا • (والطريق الثانى) ان أنزل فسـد والا فلا ، وذكر الطبرى فى العـدة طريقا آخـر أنه لا يفسـد قولا واحدا ، كما لا يفسـد الصوم ، قال : وهذا القائل تأول نص الشافعى فى الافساد على أنه أراد بالمباشرة الجماع ، قال : ومن قال بالقولين اختلفوا (منهم) من قال : هما اذا أنزل ، فان لم ينزل لم يفسـد قطعا (ومنهم) من قال : قولان سـواء أنزل أم لا ، هذا نقل الطبرى ، وقال امام الحرميـن : اللائق بالتحقيق القطـع بأن المباشرة مع الانزال يفسـد بها الاعتكاف ، وانما القولان اذا لم يكن انزال ، قال : وذكر بعض أصحابنا قوليـن فى المباشرة مع الانزال ، قال : وهذا مشـهور فى الحكاية ولا اتجاه له أصلا ، ثم قال : والظاهر اعتبار فساد الاعتكاف بفساد الصوم •

وقال المحاملى فى كتابيه المجموع والتجريد وصاحب البيان : الصحيح من القولين أنه لا يفسد الاعتكاف ، سواء أنزل أم لا • وقال القاضى أبو الطيب فى المجرد : المشهور من مذهبه أنه لا يفسد اعتكافه سواء أنزل أم لا (والثانى) يفسد أنزل أم لا • قال : ومن أصحابنا من قال : ان لم ينزل لم يبطل وان أنزل فقولان ، قال القاضى : هذا غلط لا يعرف أن الشافعى اعتبر الانزال فى شىء من كتبه • وقال صاحب التتمة : الصحيح أنه ان أنزل بطل اعتكافه كالصوم والا فقولان (أحدهما) لا يبطل كالصوم (والثانى) يبطل ، والفرق أن هذه المباشرة محرمة فى الاعتكاف لعينها لحرمة المسجد ، والاعتكاف كالحج ، وليست فى الصوم محرمة لعينها بل لخوف الانزال ، فاذا لم ينزل لم يبطل صومه •

وقال البغوى : أصح القولين فساد الاعتكاف ، ثم قيل هما اذا لم ينزل فان أنزل فسد • وقيل : هما اذا أنزل والا فلا يفسد ، وقيل هما فى الحالين • وذكر الدارمى والسرخسى مثله ، لكن لم ينصا على الأصح ، فهذه طرق الأصحاب ومختصرها أن جمهور العراقيين لا يعتبرون الانزال ، واعتبره أبو اسحاق المروزى والدارمى من العراقيين وجماهير الخراسانيين ، واختلفوا فى الأصح من القولين كما تراه•• وقال الرافعى : الأصح عند الجمهور أنه ان أنزل بطل اعتكافه والا فلا ، والله أعلم •

(فرع) اذا استمنى بيده فان لم ينزل لم يبطل اعتكافه بلا خلاف ، وان أنزل قال البغوى والرافعى : ان قلنا : اذا لمس أو قبل فأنزل لا يبطل فهنا أولى ، والا فوجهان ، لأن كمال اللذة باصطكاك البشرتين والأصح البطلان ، أما اذا نظر فلا يبطل اعتكافه قطعا كما سبق فى الصوم ، وممن صرح به هنا الدارمى • والله تعالى أعلم •

(فرع) قال البغوى : « كل موضع لزم المعتكف غسل الجنابة ، اما باحتلام ، واما بجماع ناسيا أو باشر فيما دون الفرج بشهوة وأنزل ، وقلنا : لا يبطل اعتكافه بذلك فمكث فى المسجد عصى الله تعالى ، بل يجب عليه الخروج للاغتسال ويحرم المكث مع التمكن

من الخـــروج ، ولا يحسب زمان الجنابة من الاعتكاف ، وكذلك زمان السـكر اذا لم يخـرج من المسـجد ، لأنهما ممنوعان من المسجد ، وقيل : يحسب لهما لأنه ليس فيه الا أنه عاص كما لو أكل حراما آخـر ، وقيل : يحسب زمان السـكر دون زمان الجنابة لأن عصيان الجنب للمكث فى المسـجد وعصيان السكران للشرب ، والمذهب الأول حتى لو نذر اعتكافا فاعتكفه جنبا لا يحسب له كما لو نذر أن يقـرأ القرآن فقرأه جنبا لا يحسب له عن نذره لأن النذر للقربة وما يفعـله ليس بقربه بل معصية • ولو حاضت المعتكفة لزمها الخـروج فان لم تخرج لم يحسب زمان الحيض • وكذلك اذا ارتد لأن المرتد ليس أهلا للعباده ، هذا اخر كلام البغوى ، وذكر نحوه الرافعى وغيره •

قال أصحابنا ويلزم الجنب المبادرة بالغسـل فى الصور المذكورات لكيلا يبطـل تتابعه ، قالوا : وله الخـروج من المسجد للاغتسال ، سواء امكنه الغسل فى المسجد أم لا ، لأنه أصون للمسجد ولمروءته •

(فـرع) المرأة المعتكفة كالرجـل المعتكف فى تحريم الجمـاع والمباشرة بشـهوة ، وفى افساده بهما ، ويفرق بين العالمة الذاكرة المختارة والناسية والجاهلة والمكرهة كما سبق ، والله أعلم •

(فـرع) اذا جامع المعتكف عن نذر متتـابع ذاكر له عالمـا بالتحريم فقـد ذكرنا أنه يفسـد اعتكافه بالاجماع ولا تلزمه الكفارة عندنا ، وبه قال جماهير العلمـاء ، قال المـاوردى : هو قول جميـع الفقهـاء الا الحسن البصرى والزهرى فقال : عليه كفارة الواطىء فى صوم رمضـان ، قال العبدرى : « وهو أصح الروايتين عن أحمد » قال ابن المنذر : « أكثر أهل العلم على أنه لا كفارة عليه » وهو قول أهل المدينة والشـام والعراق ، وقال الحسن والزهرى : عليه ما على الواطىء فى صوم رمضـان ، وعن الحسن رواية أخـرى أنه يعتق رقبة ، فان عجز أهدى بدنة ، فان عجز تصدق بعشرين صاعا من تمر •

فـــرع

فى مذاهب العلمـاء فى جماع المعتكف ناسيا

قد ذكرنا أنه لا يفسـد اعتكافه عندنا ، وبه قال داود • وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد : « يفسد » دليلنا الحديث الذى ذكره المصنف ، وقد سبق أنه حديث حسن وهو عام على المختار فيحتج بعمومه ، الا ما خرج بدليل كغرامة المتلفات وغيرها •

فـــرع

فى مذاهبهم فى المباشرة دون الفـرج بشهوة

قد سبق الخلاف فى مذهبنا • وقال أبو حنيفة وأحمـد : ان أنزل بطـل اعتكافه والا فلا • وقال مالك : يبطـل مطلقا • وقال عطـاء : لا يبطل مطلقا ، واختاره ابن المنذر ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجـوز للمعتكف أن يلبس ما يلبسه فى غيـر الاعتكاف « لأن النبى صلى الله عليه وسـلم اعتكف ولم ينقـل أنه غير شـيئا من ملابسـه » ولو فعل ذلك لنقـل ، ويجوز ان يتطيب لأنه لو حـرم عليه الطيب لحـرم ترجيل الشـعر كالاحـرام وقد روت عائشة أنها « كانت ترجل شعر رسول الله صلى الله عليه وسـلم فى الاعتكاف » فدل على أنه لا يحـرم عليه التطيب ، ويجـوز أن يتزوج ويزوج لأنه عبادة لا تحرم التطيب فلا تحـرم النكاح كالصـوم ، ويجـوز ان يقـرأ القـرآن ويقرىء غيره ويدرس العـلم ويدرس غيره ، لان ذلك كله زيادة خير لا يترك به شرط من شروط الاعتكاف ، ويجـوز أن يأمر بالأمر الخفيف فى ماله وصنعته ويبيع [ويبتاع] ولكنه لا يكثر منه ، لأن المسـجد ينزه عن أن يتخـذ موضعا للبيـع والشراء ، فان أكثر من ذلك كره لأجـل المسـجد ولم يبطـل به الاعتكاف • وقال فى القديم : ان فعـل ذلك فى اعتكاف منذور رأيت أن يستقبله ، ووجهه أن الاعتكاف هو حبس النفس على الله عز وجل ، فاذا أكثر من البيـع والشراء صار قعـوده فى المسجد للبيع والشراء لا للاعتكاف ــ والصحيح أنه لا يبطـل ــ والأول مرجوع

عنه ، لأن ما لا يبطـل قليله الاعتكاف لم يبطـل كثيره كالقراءة والذكر ، ويجـوز ان يادل فى المسـجد ، لانه عمل قليل لابد منه ، ويجـوز ان يصع فيه المـائده لان ذلك انظف للمسـجد ، ويغسـل فيه اليد ، وان غسل فى الطست فهو احسن) •

(الشرح) حديث عائشة رواه البخارى ومسلم • وفى الفصـل مسائل :

(احداها) قال الشافعى فى المختصر : ولا بأس أن يلبس المعتكف والمعتكفة ويأكلا ويتطيبا بما شاءا ، قال أصحابنا : يجـوز لهما من اللباس و لطيب والمـاكول ما كان جائزا قبل الاعتكاف ، وسواء رفيـع الثياب وغيره ، ولا كراهه فى شىء من ذلك ، ولا يقال : انه خـلاف الاولى ، هذا مذهبنا • قال العبدرى : وبه قال أكثر العلمـاء • وقال احمد : يستحب ان لا يلبس رفيع الثياب ولا يتطيب • قال المـاوردى . وحكى عن طاوس وعطاء انه ممنوع من الطيب كالحج • دليلنا ما ذكره المصنف ، ويخالف الحج لأنه شرع فيه كشف الراس واجتناب المخيـط وتحريم النكاح وغير ذلك مما ليس فى الاعتكاف •

(الثانية) يجـوز أن يتزوج وأن يزوج وقد نص عليه الشافعى فى المختصر ، واتفق الأصحاب عليه ، ولا اعلم فيه خلافا •

(الثالثة) يجـوز أن يقـرأ القرآن ويقرئه غيره ، وأن يتعـلم العلم ويعلمه غيره ، ولا كراهة فى ذلك فى حال الاعتكاف • قال الشـافعى وأصحابنا : وذلك أفضـل من صلاة النافلة ، لأن الاشتغال بالعـلم فرض كفاية فهو أفضل من النفـل ، ولأنه مصحح للصـلاة وغيرها من العبادات ، ولأن نفعه متعـد الى الناس ، وقد تظاهرت الأحاديث بتفضيل الاشتغال بالعلم على الاشتغال بصلاة النافلة ، وقد سبق بيان جملة من ذلك فى مقدمة هذا الشرح • قال الشافعى والأصحاب : فالأولى للمعتكف الاشتغال بالطاعات من صلاة وتسبيح وذكر وقراءة ، واشتغال بعلم تعلما وتعليما ومطالعـة وكتابة ونحو ذلك ، ولا كراهة فى شىء من ذلك ولا يقـال هو خلاف الأولى • هذا مذهبنا وبه قال جماعة منهم عطاء والأوزاعى وسعيد بن عبد العزيز •

وقال مالك وأحمد : يستحب له الاشتغال بالصلاة والذكر والقراءة مع نفســه • قالا : ويستحب أن لا يقــرأ القرآن ولا يشتغل بكتابة الحديث ولا بمجالسة العلماء ، كما لا يشرع ذلك فى الصلاة والطواف •

واحتج أصحابنا بأن أمر القــرآن وتعليم العلم والاشتغال به طاعة فاستحب للمعتكف كالصلاة والتسبيح ، ويخالف الصلاة فانه شرع فيها أذكار مخصوصة والخشــوع وتدبرها ، وذلك لا يمكن مع الاقراء والتعليم (وأما) الطواف فقال اصحابنا : لا نسلمه ولا يكره اقــراء القرآن وتعليم العلم فيه ، والله أعلم •

(الرابعة) قال الشافعى والأصحاب : يجوز للمعتكف أن يأمر فى الخفيف من ماله وصنعته ونحــو ذلك ، وأن يتحدث بالحديث المباح ، وأن يبيع ويشترى ويؤجــر ونحــوها من العقــود بحيث لا يكثر ذلك منه ، فان أكثر من ذلك كره ولم يبطــل اعتكافه • وحكى المصنف والأصحاب قولا قديمــا أنه ان كان اعتكاف نذر متتابع استأنفه • وهذا شاذ ضعيف والمذهب الأول • قال امام الحرمين : هذا المحكى عن القديم غلط صريح ودليل الجميع فى الكتاب •

واستدل أصحابنا لاباحة الحديث المباح فى الاعتكاف بحديث صفية أم المؤمنين رضى الله عنها « أنها جاءت الى رســول الله صلى الله عليه وسلم تزوره فى اعتكافه فى المســجد فتحدثت عنده ساعة ثم قامت تنقلب ، فقام النبى صلى الله عليه وسلم معها يقلبها حتى اذا بلغت باب المســجد مر رجلان من الأنصــار فسلما على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم : على رسلكما انما هى صفية بنت حيى ، فقالا : سبحان الله وكبر عليهما ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : سبحان الله ان الشيطان يجــرى من الانســان مجرى الدم وانى خشيت أن يقذف فى قلوبكما شيئا » رواه البخارى ومسلم •

(فــرع) قد ذكر المصنف أنه يجــوز للمعتكف أن يبيع ويشترى ولا يكثر منه فان أكثر كره • وهكذا قاله البغوى وكثيــرون أو الأكثرون ، وقد نص الشافعى فى المختصر على اباحة البيــع للمعتكف فقال : ولا بأس على المعتكف أن يبيع ويشترى ويخيط ويجالس العلماء ويتحدث بما أحب ما لم يكن اثما • هذا نصــه • واختلفت عبــارة الأصحاب فى

ذلك فقال المصنف ما قدمناه ، ووافقه عليه من ذكرناه ، وقطع الماوردى بأن البيع والشراء وعمل الصنائع فى المسجد مكروه للمعتكف وغيره ولا يبطل به الاعتكاف • وقال صاحب الشامل : فان باع المعتكف أو اشترى فلا بأس به ، نص عليه الشافعى فى الأم وفى القديم • قال فى القديم : ولا يكثر من التجارة لئلا يخرج عن حد الاعتكاف • قال : وقال فى البويطى : وأكره البيع والشراء فى المسجد •

قال صاحب الشامل : فالمسألة على قولين (أصحهما) يكره البيع والشراء فى المسجد (والثانى) لا يكره • قال : فان كان محتاجا الى شراء قوته وما لابد له منه لم يكره • قال : فأما الخياطة فان خاط ثوبه الذى يحتاج الى لبسه جاز ، وان كان كثيرا فتركه أولى • هذا كلام صاحب الشامل ، وجزم الشيخ أبو حامد بكراهة البيع والشراء فى المسجد • وقال القاضى أبو الطيب فى المجرد : قال الشافعى فى البويطى : وأكره البيع والشراء فى المسجد ، فان باع معتكف أو غيره كرهته والبيع جائز ، قال القاضى : بسبب المسجد لا بسبب الاعتكاف • قال : وهى كراهة تنزيه لا تحريم هذا كلام القاضى ، وقال المحاملى فى المجموع : قال الشافعى فى المختصر والأم والقديم : ولا بأس أن يبيع المعتكف ويشترى ويخيط • وفى كراهته قولان (أرجحهما) الكراهه ، قال : وقول الشافعى لا بأس به ، أراد أنه لا يؤثر فى الاعتكاف ولا يمنع منه لأجله ، فأما المسجد فهو مكروه للمعتكف وغيره •

وقال المتولى : اذا اشتغل المعتكف بالبيع والشراء — فان كان محتاجا اليه لتحصيل قوته — لم يكره ، وان قصد به التجارة وطلب الزيادة فقد نص فى الأم أنه لا بأس به ، ونقل البويطى أنه يكره البيع والشراء فى المسجد ، فحصل فى المسألة قولان (الصحيح) كراهته ، وقال السرخسى : فى البيع والشراء للمعتكف نصان مختلفان ، وللأصحاب فيهما طريقان (أحدهما) فى كراهته قولان (والثانى) أنهما على حالين ، فان اتفق البيع نادرا لم يكره ، وان اتخذه عادة منع منه ، وقال الدارمى : يكره للمعتكف البيع والشراء فى المسجد ، فان لم يكن له من يشترى له الخبز خرج له ، هذا كلام الأصحاب ، وحاصله أن الصحيح كراهة البيع والشراء فى المسجد الا أن يحتاج

اليه لضرورة ونحوها ، وقد سبق بيان هـذا بأدلته فى آخـر باب ما يوجب الغسل ، والله أعلم •

(فـرع) قد ذكرنا قريبا عن نص الشافعى فى المختصر وغيـره انه لا بأس على المعتكف أن يخيط فى المسجد ، وهذا فيه خلاف عندنا فى حق المعتكف اذا خاط ما تدعو حاجته اليه ولا كراهة حينئذ ، فأما غير المعتكف والمعتكف اذا اتخـذ مسجدا محـلا لذلك وأكثر فيه من الخياطة ونحـوها فهو مكروه ولا يبطـل به اعتكافه على المشـهور من مذهبنا ، وفيه القول القديم الذى حكاه المصنف والأصحاب ، وهذا غلط كما سبق • هذا مختصر كلام الأصحاب فى ذلك ، قال الدارمى : تكره الخياطة فى المسجد كالبيع ، وقليلها لحاجة جائز كالبيع • وقال المـاوردى : البيـع والشراء وعمل الصنائع فى المسـجد مكروه للمعتكف وغيره • وقليل ذلك أخف من كثيره ، وقال صاحب الشـامل : ان خاط ثوبه الذى يحتـاج الى لبسـه لم يكره ، وان كان كثيرا فتركه أولى ، وقال البغـوى : ان عمل عملا مباحا يسيرا أو خاط شيئا من ثوبه لم يكره ، فان قعـد يحترف بالخياطة أو بحـرفة أخرى كره ، وعبارات باقى الأصحاب نحو هذا ، والله أعلم •

وقد سبق فى آخـر باب ما يوجب الغسـل بيان هـذا كله وأشباهه مما يكره فى المسـجد أو يحـرم أو يباح أو يندب ، وأن رفع الأصوات فيه مكروه ، والبول حـرام فى غير اناء وفى اناء على الأصـح ، والفصد والحجامة ونحوهما فيه حرام فى غير اناء ومكروه فى الاناء ، والله أعلم •

(فـرع) قال القاضى أبو الطيب فى المجـرد : قال الشافعى فى الأم والجامع الكبير : لا بأس أن يقص فى المسـجد لأن القصص وعظ وتذكير • قال : وأما الحديث المباح فالأولى تركه ، فان فعـل فلا بأس به ما لم يكن اثمـا ، وهذا الذى قاله الشافعى رحمه الله فى القصص محمـول على قراءة الأحاديث المشهورة والمغازى والرقائق ونحوهما مما ليس فيه موضـوع ولا(١) ما تحتمله عقـول العـوام ، ولا

(١) لعله : وما لا تحتمله فليحرر (ط) •

ما ذكره أهل التواريخ والقصص من قصص الأنبياء وحكاياتهم فيها أن بعض الأنبياء جرى له كذا من فتنة أو نحوها ، فان هـذا كله يمتنع منه ، وقد سبق بيان هذا فى آخـر باب ما يوجب الغسل •

(فـرع) قال الشافعى فى المختصر : ولا يفسـد الاعتكاف سباب ولا جدال ، واتفق أصحابنا على هـذا • قالوا : ويستحب للمعتكف اذا سبه انسـان أن لا يجيبه ، كما لا يجيبه الصائم ، فان أجابه وسب غيره أو جادل بغير حق كره ولم يبطـل اعتكافه بالاتفاق • قال المتولى : ويبطل ثوابه أو ينقص ، هذا لفظه •

(المسألة الخامسة) قال الشافعى والأصحاب : يجوز للمعتكف وغيره أن يأكل فى المسـجد ويشرب ويضع المـائدة ويغسـل يده بحيث لا يتأذى بغسـالته أحد ، وان غسلها فى الطست فهو أفضـل ، ودليل الجميع فى الكتاب ، قال أصحابنا : ويستحب للآكل أن يضع سفرة ونحوها ليكون أنظف للمسجد وأصون ، قال البغوى : يجـوز نضح المسجد بالمـاء المطلق ولا يجـوز بالمستعمل وان كان طاهرا ، لأن النفس قد تعافه ، وهذا الذى قاله ضعيف ، والمختـار أن المستعمل كالمطلق فى هـذا لأن النفس انما تعاف شربه ونحـوه ، وقد اتفق أصحابنا على جـواز الوضوء فى المسـجد ، واسقاط مائه فى أرضه مع أنه مستعمل ، وصرح به صاحبا الشامل والتتمة فى هذا الباب ، وقد قدمنا بيانه فى آخـر ما يوجب الغسل ، ونقلنا هناك عن ابن المنذر أنه نقـل اجماع العلماء على ذلك ، ولأنه اذا جاز غسـل اليد فى المسـجد من غير طست كما صرح به المصنف وجميع الأصحاب فرشه بالمـاء المستعمل أولى لأنه أنظف من غسالة اليد ، والله أعلم •

قال المـاوردى : والأولى أن يغسل اليد حيث يبعد عن نظـر الناس وعن مجالس العلماء ، قال : وكيفما فعـل جاز والله أعلم ، قال أصحابنا : وللمعتكف النوم والاضطجاع والاستلقاء ومد رجليه ونحو ذلك فى المسجد لأنه يجوز ذلك لغيره فله أولى ، وقد سبقت المسـألة فى باب ما يوجب الغسل •

فـــرع

فى مذاهب العلماء فى بيع المعتكف وشرائه

قد ذكرنا أن الأصـــح من مذهبنا كراهته الا لمـــا لابد منه ، قال ابن المنذر وممن كرهه عطاء ومجاهد والزهـــرى ، ورخص فيه أبو حنيفة ، وقال سفيان الثورى وأحمـــد : يشترى الخبز اذا لم يكن له من يشترى ، وعن مالك رواية كالثورى ، ورواية يشترى ويبيع اليسير ، قال ابن المنذر : وعنـــدى لا يبيـــع ولا يشترى الا ما لابد له منه اذا لم يكن له من يكفيه ذلك ، قال : فأما سائر التجارات فان فعلها فى المسجد كره ، وان خرج لها بطـــل اعتكافه ، وان خـــرج لقضاء حاجة الانسان فباع واشترى فى مروره لم يكره ، والله أعلم •

(فـــرع) مذهبنا أنه لا يكره دخـــول المعتكف تحت سقف • ونقله ابن المنذر عن الزهرى وأبى حنيفة قال : وبه أقول ، وروينا عن ابن عمر قال : لا يدخـــل تحت سقف وبه قال عطـــاء والنخعى واسحاق • وقال الثورى : اذا دخل بيتا انقطع اعتكافه •

فـــرع

فى مذاهب العلمـــاء فى الطيب للمعتكف

مذهبنا أنه لا كراهة فيه كما سبق • قال ابن المنذر : وبه قال أكثر العلمـــاء ، منهم مالك وأبو حنيفة وأبو ثور • وقال عطـــاء : لا تتطيب المعتكفة قال : فان خالفت لم يقطـــع تتابعها قال : وقال معمر : يكره أن يتطيب المعتكف • قال ابن المنذر : لا معنى لكراهة ذلك ، قال : ولعل عطـــاء انما كره طيبها لكونها فى المسجد ، كما يكره لغير المعتكفة الطيب اذا أرادت الخروج الى المسجد •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل : اذا فعـــل فى الاعتكاف ما يبطـــله من خروج أو مباشرة أو مقـــام فى البيت بعد زوال العذر ـــ نظـــرت فان كان ذلك فى تطوع ـــ لم يبطـــل ما مضى من اعتكافه لأن ذلك القـــدر لو أفرده بالاعتكاف

واقتصر عليه أجزأه ولا يجب عليه اتمـامه لأنه لا يجب المضى فى فاسده [فلا يلزمه] بالشروع كالصوم ، وان كان فى اعتكافه ، منذور نظرت ، فان لم يشرط فيه التتابع لم يبطل ما مضى من اعتكافه ، لما ذكرناه فى التطوع ، ويلزمه أن يتمم لأن الجميـع قد وجب عليه ، وقد فعـل البعض فوجب الباقى ، وأن كان قد شرط فيه التتابع بطل التتابع ويجب عليه أن يستأنفه ليأتى به على الصفة التى وجب عليها) •

(**الشرح**) هـذا الفصل كله كما ذكره وهو متفق عليه • قال أصحابنا : وكل ما قطع التتابع فى النذر المتتابع يوجب الاستئناف بنية جديدة • قال أصحابنا : وكل عذر لم تجعله قاطعا للتتابع ، فعنـد الفـراغ منه يجب العود ، فلو أخـر انقطع التتابع وتعذر البناء ويجب قضـاء الأوقات المصروفة الى غير قضـاء الحاجة ، ولا يجب قضـاء أوقات الحاجة ولا الذهاب له والمجىء منه . واذا عاد فهل يجب تجديد النية ؟ ينظـر فان كان خروجه لقضـاء الحاجة وما لابد منه كالاغتسال والأذان اذا جوزنا الخـروج له لم يجب على المذهب ، سـواء طال الزمان أو قصر ، وقيل : ان طال الزمان ففى وجوب تجديدها وجهان ، وقد سبق بيانه •

وأما ما له منه بد ، ففيه وجهان : (أحدهما) يجب تجديدها لأنه ليس ضروريا (وأصحهما) لا يجب لأن النية الأولى شملت جميع المنذور ، وهذا الخـروج لا يقطع التتابع فكأنه لم يخـرج • وطرد الشيخ أبو على السنجى هذا الخلاف فيما اذا خرج لغرض استثناه ثم عاد ، ولو عيـن لاعتكافه مدة ولم يتعرض للتتابع ثم جامع أو خـرج خروجا بلا عذر ففسـد اعتكافه ثم عاد ليتم الباقى ففى وجوب تجديد النية هذان الوجهـان • قال امام الحرمين : لكن المذهب هنا وجوب تجـديدها ، وهو كما قال ، فالصحيح وجـوب تجديد النيـة هنا لتخـلل المنافى القاطع للاعتكاف ولا يغتر بجزم صاحبى الابانة والبيان بأنه لا يجب التجديد هنا ، وقولهما : ان الزمان مستحق للاعتكاف ، وقد صـح دخوله فيه لأنه خرج منه ففسدت نيته ، والله أعلم •

فـــرع

فى مسائل تتعلق بكتاب الاعتكاف وبعضها من الضروريات التى تركها المصنف

(أحدها) اذا نذر اعتكافا متتابعا وشرط الخـــروج منه ان عرض عارض مثل مرض خفيف أو عيـــادة مريض أو شـــهود جنازة أو زيارة أو صلاة جمعـــة ، أو شرط الخـــروج لاشتغال بعلم أو لغرض آخـــر من أغراض الدنيا والآخـــرة صح شرطه على المذهب ، نص عليه فى المختصر وقطع به الأصحاب فى جميـــع الطرق ، ومنهم المصنف فى التنبيه ، الا صاحب التقريب والحنـــاطى فحكيا قولا آخـــر شاذا أنه لا يصـــح شرطه لأنه مخالف لمقتضاه فبطل ، كما لو شرط الخـــروج للجماع فانه يبطـــل بالاتفاق ، وتابعهما على حكاية هذا القول الشـــاذ امام الحرميـــن وغيره من المتأخـــرين وهو غريب ضعيف ، وهو مذهب مالك والأوزاعى •

ودليل المذهب أنه اذا شرط الخـــروج لعارض فكأنه شرط الاعتكاف فى زمان دون زمان ، وهذا جائز بالاتفـــاق ، قال أصحابنا : فاذا قلنا بالمذهب نظـــر ان عين نوعا فقال : لا أخـــرج الا لعيادة المرضى أو لعيادة زيد أو تشـــييع الجنائز أو جنازة زيد خـــرج لمـــا عينه لا لغيره ، وان كان غيره أهم منه لأنه يستبيح الخروج بالشرط فاختص بالمشروط ، وان أطلق وقال : لا أخـــرج الا لشـــغل أو عارض جاز الخـــروج لكل عارض وجاز الخـــروج لكل شـــغل دينى أو دنيوى ، فالأول كالجمعة والجماعة والعيادة وزيارة الصالحين والمواضع الفاضلة والقبور وزيارة القادم من سفر ونحـــوها • (والثانى) كلقـــاء السلطان ومطالبة الغريم ، ولا يبطل التتابع بشىء من هذا كله •

قالوا : ويشترط فى الشـــغل الدنيوى كونه مباحا • هذا هو المذهب وفيه وجه ضعيف حكاه المـــاوردى فى الحاوى والرافعى وغيرهم أنه لا يشترط • فعلى هـــذا لو شرط الخـــروج لقتل أو شرب خمر أو سرقة ونحوها فخـــرج له لم يبطـــل اعتكافه وله البنـــاء بعد رجوعه لأن نذره بحسب الشرط ، قالوا : وليست النظـــارة والنزاهة من الشغل فلا يجوز الخـــروج لهما • قال أصحابنا : واذا قضى الشغل الذى شرطه

وخـرج له لزمه العـود والبناء على اعتكافه ، فان أخر العـود بعد قضـاء الشـغل بلا عذر بطل تتابعه ولزمه استئناف الاعتكاف كما سبق فيمن أقام بعد قضاء حاجته ونحوها ، قال أصحابنا : ولو نذر اعتكافا متتابعا وقال فى نذره : أن عرض مانع قطعت الاعتكاف ، فحكمه حكم من شرط الخـروج كما سبق ، الا أنه اذا شرط الخـروج يلزمه بعد قضـاء الشغل والرجوع والبنـاء على اعتكافه حتى تنقضى مدته وفيما اذا شرط القطع لا يلزمه العود ، بل اذا عرض الشـغل الذى شرطه انقضى نذره وبرئت ذمته منه وجاز الخـروج ولا رجوع عليه •

ولو قال : على أن أعتكف رمضان الا أن أمرض أو أسافر ، فمرض أو سافر فلا شىء عليه ولا قضـاء ، ولو نذر صلاة وشرط الخـروج منها ان عرض عارض أو نذر صوما وشرط الخـروج منه ان جاع أو ضيفه انسـان أو ضاف به أحـد فوجهان حكاهما امام الحرمين والبغوى والمتولى وصاحب البيـان وآخـرون ، وذكرهما الدارمى فى الصـوم (أصحهما) ينعقـد نذره ويصح الشرط ، فاذا وجـد العارض جاز له الخـروج منه ، وبه قطع الشـيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والبندنيجى والمحاملى والمـاوردى وابن الصباغ والجمهـور ، ونقله ابن الصباغ عن أصحابنا ، ودليله القياس على الاعتكاف • (والثانى) لا ينعقد نذره بخلاف الاعتكاف ، فان ما يتقـدم منه على الخروج عبادة مستقلة بخلاف الصـوم والصلاة ، وصحح البغـوى فى الصلاة عدم الانعقاد وليس تصحيحه هنا بصحيح بل الصحيح ما قدمناه عن الجمهور ، والله أعلم •

ولو نذر الحج وشرط فيه الخـروج ان عرض عارض انعقـد النذر كما ينعقد الاحـرام المشروط ، وفى جواز الخـروج بهذا الشرط قولان معروفان فى كتاب الحج مشهوران (أصحهما) يجوز كالاعتكاف (والثانى) لا ، قال صاحب الحاوى وغيره : والفرق أن الحج أقوى ، ولهـذا يجب المضى فى فاسـده ، قال الرافعى : والصـوم والصلاة أولى من الحج لجـواز الخـروج عند أصحابنا العراقيين ، وقال الشيخ أبو محمد : الحج أولى به ، والله أعلم •

ولو نذر التصـدق بعشرة دراهم أو بهذه الدراهم الا أن تعرض

حاجة ونحوها ففيه الوجهان (أصحهما) صحة الشرط أيضـا فاذا احتاج فلا شيء عليه ، ولو قال فى هذه القربات كلها الا أن يبدو لى فوجهـان (أحدهما) يصح الشرط ولا شيء عليـه اذا بدا كسـائر العوارض (وأصحهما) لا يصـح لأنه علقه بمجـرد الخيرة ، وذلك يناقض الالزام •

قال الرافعى : فاذا لم يصـح الشرط فى هذه الصـور فهل يقال الالتزام باطل ؟ أم صحيح ويلغـو الشرط ؟ قال البغـوى : لا ينعقد النذر على قولنا لا يصح الخـروج من الصـوم والصلاة • ونقل امام الحرمين وجهين فى صورة تقارب هـذا ، وهى اذا نذر اعتكافا متتابعا وشرط الخـروج مهما أراد ، ففى وجه يبطـل التزام التتابع ويبطـل الاستثناء ، ومتى شرط فى الاعتكاف المنذور الخـروج لغرض وخرج ، فهل يجب تدارك الزمان المنصرف اليه ؟ ينظر — ان نذر مدة غير معينة كشهر مطلق — وجب التدارك ليتم المدة الملتزمة ، وتكون فائدة الشرط تنزيل ذلك الغرض منزلة الخـروج لقضـاء الحاجة فى أن التتـابع لا ينقطع به ، وان نذر زمانا معينـا كرمضان أو هذا الشـهر أو هذه الأيام العشرة ونحـو ذلك لم يجب التدارك ، لأنه لم يلتزم غيرها •

ولا خلاف أن وقت الخـروج لقضـاء حاجة الانسان لا يجب تداركه فى الحالين كما سبق فى النذر الخالى من الشرط ، واذا خرج للشـغل الذى شرطه ثم عاد هل يحتـاج الى تجـديد النية ؟ قال البغـوى : فيه وجهان ، وقد سبق بيان ذلك فى فصل النية ، والله أعلم •

(المسألة الثانية) اذا نذر اعتكاف اليـوم الذى يقدم فيه زيد ، قال الشافعى فى المختصر : فان قدم فى أول النهـار اعتكف ما بقى ، فان كان مريضا أو مجنونا فاذا قدر قضـاه ، قال المزنى : يشبه اذا قـدم أول النهار أن يقضى مقـدار ما مضى من ذلك اليـوم من يوم آخـر ، حتى يكون قد اعتكف يوما كاملا ، هذا ما ذكره الشافعى والمزنى ، قال أصحابنا : هذا النذر صحيح قولا واحـدا ، ونقـل المـاوردى وغيره اتفاق الأصحاب على صحته ، قال المـاوردى : والفرق بينه وبين من نذر صوم يوم قدوم زيد فان فى صحة نذره قوليـن أنه يمكنه

الوفاء بالاعتكاف كله أو بعضه ولا يمكنه ذلك فى الصوم لأنه ان قدم ليلا فلا نذر وان قدم نهارا لم يمكن صيام ما بقى ويمكنه اعتكاف ما بقى •

فان تقررت صحة نذره قال أصحابنا : فان قدم زيد ليلا لم يلزم ناذر الاعتكاف شىء بلا خلاف لعدم شرط نذره ، وهو القدوم نهارا ، وان قدم نهارا لزمه اعتكاف بقية يومه بلا خلاف ، وهل يلزمه قضاء ما مضى من اليوم قبل قدومه من آخر ؟ فيه خلاف مشهور حكاه جماعة قولين وآخرون وجهين • قال الماوردى : هما مخرجان من القولين فيمن نذر صوم يوم قدوم زيد (ان قلنا) يصح نذر صومه لزمه القضاء والا فلا •

قال المتولى : القائل بالوجوب هو المزنى وابن الحداد • قال : وتقديره عندهما أنه كأنه نذر اعتكاف جميع اليوم الذى علم الله قدوم زيد فيه ، واتفقوا على أن الأصح هنا أنه لا يلزمه قضاء ما مضى من يومه ، وهو المنصوص كما سبق ، قال المزنى : والأفضل أن يقضى يوما كاملا ليكون اعتكافه متصلا ، فان كان الناذر وقت قدوم زيد مريضا أو محبوسا أو نحوهما من أسباب العجز لزمه أن يقضى عند زوال عذره ، وفيما يقضيه القولان ، هل هو يوم كامل ، أم بقدر ما بقى من اليوم عند القدوم •

(ان قلنا) فى الصورة السابقة يلزمه قضاء ما مضى لزمه هنا قضاء يوم كامل والا فالبقية ، وهذا الذى ذكرناه من وجوب القضاء هو المذهب ، وبه قطع كثيرون ، وفيه وجه ضعيف حكاه القاضى أبو حامد فى جامعه وأبو على الطبرى فى الافصاح والماوردى والقاضى أبو الطيب فى المجرد وابن الصباغ وآخرون أنه لا يلزمه قضاء شىء أصلا لعجزه وقت الوجوب ، كما لو نذرت صوم يوم بعينه فحاضت فيه فانه لا يلزمها قضاؤه • قال الماوردى : هو مخرج من أحد القولين فيمن نذر صوم يوم قدوم زيد أنه لا يصح ، قالوا : والمذهب الأول ، وهو الذى نص عليه الشافعى كما سبق ، قال أصحابنا : ودليله أن العبادة الواجبة اذا تعذرت بالمرض لزم قضاؤها كصوم رمضان ، والله أعلم •

(المسألة الثالثة) اذا مات وعليه اعتكاف فهل يطعم عنه ؟ فيه خلاف سبق فى آخـر كتاب الصيام فى مسـائل من مات وعليه صوم ، والصحيح أنه لا يطعم عنه فى الاعتكاف • وقال أبو حنيفة : يطعم عنه ، وعن ابن عباس وعائشة وأبى ثور أنه يعتكف عنه ، وهكذا ذكر المسـألة الأصحاب فى كل الطرق لا المتولى فقال : لو قدم زيد وقد بقى معظم النهار لزم الناذر الاعتكاف بلا خلاف ؛ وفيما يلزمه وجهان (المذهب) ما بقى من النهار (والثانى) قاله المزنى وابن الحـداد يلزمه ذلك مع قضاء قدر ما مضى • وان قدم وقد بقى من النهـار دون نصفه فأربعة أوجه (أحدها) لا شىء عليه قال : وهذا على قول من قال ان الاعتكاف لا يصـح أقل من نصف النهار كما سبق (والثانى) يلزمه ما بقى مع قضاء ما مضى (والثالث) ما بقى فقط (والرابع) ما بقى من ساعته من أول الليل بحيث تسمى تلك الساعة اعتكافا ، والله أعلم •

(الرابعة) قال المزنى فى الجامع الكبير : قال الشافعى : اذا قال : ان كلمت زيدا فلله على أن أعتكف شهرا فكلمه لزمه اعتكاف شهر ، قال أصحابنا مراده اذا كان نذر تبرر بأن قصـد ان أمكننى كلامه لمحبته أو لعظمته وصلاحه أو لامتنـاع زيد من كلام الناذر ورغبة الناذر فى كلامه • أو لغيبته ونحـو ذلك ، ففى كل هذا يلزمه (فأما) اذا لم يكن لذلك بل كان نذر لجـاج ، وقصـد منع نفسه من كلامه ، فالمذهب أنه لا يتحتم الوفاء بما التزم بل يتخير بينه وبين كفارة يمين ، وفيه خلاف مشهور فى باب النذر •

(الخامسة) قال الأصحاب : لو نذر أن يعتكف شهر رمضـان من هذه السنة فان كان النذر فى شوال ، لم ينعقـد وان كان قبله انعقد ، فان لم يعتكف حتى فات رمضـان لزمه القضـاء ويقضيه كيف شاء متتابعا أو متفرقا ، والله أعلم •

تم الجـزء السادس ويليه السـابع بعون الله وتوفيقه وأوله :

[كتـاب الحج]

بسم الله الرحمن الرحيم

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتاب الحج

الحج يقال ـ بفتح الحاء وكسرها ـ لغتان ، قرىء بهما فى السبع ، اكثر السبعة بالفتح ، وكذا الحجة فيهما لغتان ، واكثر المسموع الكسر والقياس . واصله القصد ، وقال الأزهرى : هو من قولك حججته إذا اتيته مرة بعد اخرى ، والأول هو المشهور ، وقال الليث : اصل الحج فى اللغة زيارة شىء تعظمه ، وقال كثيرون : هو إطالة الاختلاف إلى الشىء واختاره ابن جرير ، قال اهل اللغة : يقال حج يحج ـ بضم الحاء ـ فهو حاج ، والجمع حجاج وحجيج وحج ـ بضم الحاء ـ حكاه الجوهرى ، كنازل ونزّل ، وقال العلماء : ثم اختص الحج فى الاستعمال بقصد الكعبة للنسك (واما) العمرة ففيها قولان لأهل اللغة حكاهما الأزهرى وآخرون (اشهرهما) ـ ولم يذكر ابن فارس والجوهرى وغيرهما غيره ـ اصلها الزيارة (والثانى) اصلها القصد ، قاله الزجاج وغيره ، قال الأزهرى : وقيل : إنما اختص الاعتمار بقصد الكعبة لأنه قصد إلى موضع عامر ، والله أعلم .

(فرع) فى طرف من فضائل الحج . قال الله تعالى : « ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا » [1] وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أى الأعمال أفضل ؟ قال : إيمان بالله ورسوله ، قيل : ثم ماذا ؟ قال : حج مبرور » رواه البخارى ومسلم ، وعنه قال : « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من حج فلم يرفث ولم يفسق رجع كيوم ولدته أمه » رواه البخارى ومسلم ، وعنه قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم العمرة إلى العمرة كفارة

---

(١) الآية ٩٧ من سورة آل عمران .

لما بينهما ، والحج المبرور ليس له جزاء إلا الجنة » رواه البخاري ومسلم ، المبرور الذي لا معصية فيه ، وعن عائشة رضي الله عنها قالت : « قلت : يا رسول الله نرى الجهاد أفضل العمل ، أفلا نجاهد ؟ قال : لكن[1] أفضل من الجهاد حج مبرور » رواه البخاري . وعنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ما من يوم أكثر من أن يعتق الله فيه عبدا من النار من يوم عرفة » رواه مسلم « وعن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « عمرة في رمضان تعدل حجة ــ أو حجة معي ــ » رواه البخاري ومسلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(الحج ركن من اركان الإسلام وفرض من فروضه ، لما روى ابن عمر رضي الله عنهما قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : بني الإسلام على خمس : شهادة ان لا إله إلا الله [وان محمدا رسول الله][2] وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة وحج البيت وصوم رمضان » وفي العمرة قولان (قال) في الجديد : هي فرض لما روت عائشة قالت : « قلت : يا رسول الله هل على النساء جهاد ؟ قال : جهاد لا قتال فيه ، الحج والعمرة » (وقال) في القديم : ليست بفرض لما روى جابر «ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن العمرة أهي واجبة ؟ قال : لا ، وأن تعتمر خير لك » والصحيح [هو] الأول ، لأن هذا الحديث رفعه ابن لهيعة ، وهو ضعيف فيما ينفرد به) .

(الشرح) حديث ابن عمر رواه البخاري ومسلم ، وجاء في الصحيحين « والحج وصوم رمضان » وجاء « وصوم رمضان والحج » وكلاهما صحيح ، والواو لا تقتضي ترتيبا ، وسمعه ابن عمر مرتين ، فرواه بهما ، وإنما استدل المصنف به ولم يستدل بقول الله تعالى : (ولله على الناس حج البيت) لأن مراده الاستدلال على كونه ركنا ، ولا تحصل الدلالة لهذا من الآية ، وإنما تحصل من الحديث (وأما) حديث عائشة فرواه ابن ماجه والبيهقي وغيرهما بأسانيد صحيحة ، وإسناد ابن ماجه على شرط البخاري ومسلم ، واستدل البيهقي لوجوب العمرة بحديث عمر بن الخطاب

---

(١) لكن اللام مفتوحة للاختصاص وضم كاف الخطاب ونون مشددة مفتوحة للنسوة .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من ش و ق وقد أثبتناه في هامش ق وما هنا أدق (ط) .

رضى الله عنه فى قصة السائل الذى سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الإيمان والإسلام ، وهو جبريل عليه السلام فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : « الإسلام أن تشهد أن لا إله إلا الله ، وأن محمدا رسول الله وأن تقيم الصلاة ، وتؤتى الزكاة ، وتحج البيت وتعتمر ، وتغتسل من الجنابة وتتم الوضوء ، وتصوم رمضان ، قال : فإن قلت هذا فأنا مسلم ؟ قال : نعم ، قال : صدقت » وذكر الحديث . هكذا رواه البيهقى وقال : (رواه مسلم فى الصحيح . ولم يسق متنه) هذا كلام البيهقى .

وليس هذا اللفظ على هذا الوجه فى صحيح مسلم ولا العمرة والغسل من الجنابة والوضوء فيه فى هذا الحديث ذكر ، لكن الإسناد به للبيهقى موجود من صحيح مسلم ، وروى الدارقطنى هذا اللفظ الذى رواه البيهقى بحروفه ، ثم قال : هذا إسناد صحيح ثابت . واحتج البيهقى أيضا بما رواه بإسناده عن أبى رزين العقيلى الصحابى رضى الله عنه أنه قال : « يا رسول الله إن أبى شيخ كبير لا يستطيع الحج والعمرة ، ولا الظعن ، قال : حج عن أبيك واعتمر » قال البيهقى : (قال مسلم بن الحجاج : سمعت أحمد بن حنبل يقول : لا أعلم فى إيجاب العمرة أجود من حديث أبى رزين هذا ولا أصح منه) هذا كلام البيهقى.وحديث أبى رزين هذا صحيح رواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وغيرهم بأسانيد صحيحة ، قال الترمذى : هو حديث حسن صحيح .

(وأما) حديث جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن العمرة أواجبة هى ؟ قال : لا وأن تعتمر خير لك » فرواه الترمذى فى جامعه من رواية الحجاج هو ابن أرطاة عن محمد بن المنكدر عن جابر « أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن العمرة أواجبة هى ؟ قال : لا وأن تعتمر فهو أفضل » قال الترمذى : هذا حديث حسن صحيح ، قال الترمذى : قال الشافعى : العمرة سنة لا نعلم أحدا رخص فى تركها ، وليس فيها شىء ثابت بأنها واجبة ، قال الشافعى : وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم وهو ضعيف لا تقوم بمثله الحجة ، وقد بلغنا عن ابن عباس أنه كان يوجبها ، هذا آخر كلام الترمذى ، وقد روى البيهقى باسناده هذا الحديث عن

الحجاج هو ابن أرطأة عن محمد بن المنكدر عن جابر « أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن العمرة أواجبة ؟ قال : لا ، وأن تعتمر خير لك » قال البيهقى : كذا رواه الحجاج بن أرطاة مرفوعا ، والمحفوظ إنما هو عن جابر موقوف عليه غير مرفوع ، قال : وروى عن جابر مرفوعا بخلاف ذلك ، قال : وكلاهما ضعيف ، ثم رواه البيهقى أيضا من غير جهة الحجاج قال : (وهذا وهم ، إنما يعرف هذا المتن بالحجاج بن أرطاة عن محمد بن المنكدر عن جابر وروى عن ابن عباس وأبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « العمرة تطوع » وإسنادهما ضعيف) هذا كلام البيهقى .

(وأما) قول الترمذى : إن هذا حديث حسن صحيح ، فغير مقبول ، ولا يغتر بكلام الترمذى فى هذا فقد اتفق الحفاظ على أنه حديث ضعيف ، كما سبق فى كلام البيهقى ، ودليل ضعفه أن مداره على الحجاج بن أرطاة لا يعرف إلا من جهته ، والترمذى إنما رواه من جهته ، والحجاج ضعيف ومدلس باتفاق الحفاظ ، وقد قال فى حديثه : عن محمد بن المنكدر . والمدلس إذا قال فى روايته : عن ، لا يحتج بها بلا خلاف ، كما هو مقرر معروف فى كتب أهل الحديث ، وأهل الأصول ، ولأن جمهور العلماء على تضعيف الحجاج بسبب آخر غير التدليس ، فإذا كان فيه سببان يمنع كل واحد منهما الاحتجاج به وهما الضعف والتدليس . فكيف يكون حديثه صحيحا ؟ وقد سبق فى كلام الترمذى عن الشافعى أنه قال : ليس فى العمرة شىء ثابت أنها واجبة . فالحاصل أن الحديث ضعيف والله أعلم .

(وأما) قول المصنف : (لأن هذا الحديث رفعه ابن لهيعة وهو ضعيف فيما ينفرد به) فهذا مما أنكر على المصنف ، وغلط فيه ، لأن الذى رفعه إنما هو الحجاج بن أرطاة كما سبق ، لا ابن لهيعة ، وقد ذكره أصحابنا فى كتب الفقه على الصواب فقالوا : إنما رفعه الحجاج بن أرطاة ، وذكر البيهقى فى معرفة السنن والآثار حديث الحجاج بن أرطاة وضعفه ، ثم قال : وروى ابن لهيعة عن عطاء عن جابر مرفوعا خلافه قال : « الحج والعمرة فريضتان واجبتان » قال البيهقى : وهذا ضعيف أيضا لا يصح .

وينكر على المصنف فى هذا ثلاثة أشياء (أحدها) قوله : ابن لهيعة وصوابه الحجاج بن أرطاة كما ذكرنا (والثانى) قوله : رفعه وصوابه أن يقول : إنما رفعه (والثالث) قوله : وهو ضعيف فيما ينفرد به وصوابه حذف قوله : فيما ينفرد به ويقتصر على قوله : ضعيف ، لأن ابن لهيعة ضعيف فيما انفرد به وفيما شارك فيه ، والله أعلم • واسم ابن لهيعة عبد الله ابن لهيعة بن عقبة الحضرمى ، ويقال : الغافقى المصرى أبو عبد الرحمن قاضى مصر (وقوله) وأن تعتمر هو ــ بفتح الهمزة ــ قال أصحابنا : ولو صح حديث الحجاج بن أرطاة لم يلزم منه عدم وجوب العمرة على الناس كلهم ، لاحتمال أن المراد ليست واجبة فى حق السائل لعدم استطاعته ، والله أعلم • (وأما) قول المصنف : (الحج ركن وفرض) مجمع بينهما فقد سبق الكلام عليه فى أول كتابى الزكاة والصوم (وأما) استدلاله على وجوب الحج بالحديث ولم يستدل بقول الله تعالى (ولله على الناس حج البيت) فقد سبق الجواب عنه فى أول كتاب الصيام •

واما احكام المسالة فالحج فرض عين على كل مستطيع بإجماع المسلمين وتظاهرت على ذلك دلالة الكتاب والسنة وإجماع الأمة (وأما) العمرة فهل هى فرض من فروض الإسلام ؟ فيه قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (الصحيح) باتفاق الأصحاب أنها فرض وهو المنصوص فى الجديد (والقديم) أنها سنة مستحبة ليست بفرض ، قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه : ونص عليه الشافعى فى كتاب أحكام القرآن يعنى من الحديث ، قال أصحابنا : فإن قلنا هى فرض ، فهى فى شرط صحتها وصحة مباشرتها ووجوبها وإحرامها عن عمرة الإسلام كالحج ، كما سنوضحه إن شاء الله تعالى • قال أصحابنا : والاستطاعة الواحدة كافية لوجوبهما جميعا ، والله أعلم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى وجوب العمرة • قد ذكرنا أن الصحيح فى مذهبنا أنها فرض ، وبه قال عمر وابن عباس وابن عمر وجابر وطاوس وعطاء وابن المسيب وسعيد بن جبير والحسن البصرى وابن سيرين والشعبى ومسروق وأبو بردة بن أبى موسى الأشعرى وعبد الله بن شداد

والثورى وأحمد وإسحاق وابن عبيد [1] وداود . وقال مالك وأبو حنيفة وأبو ثور : هى سنة ليست واجبة ، وحكاه ابن المنذر وغيره عن النخعى ، ودليل الجميع سبق بيانه ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجب فى العمر أكثر من حجة وعمرة بالشرع ، لما روى ابن عباس رضى الله عنهما « أن الأقرع بن حابس سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : آلحج كل عام ؟ قال : لا ، بل حجة » وروى سراقة بن مالك قال : « قلت : يا رسول الله أعمرتنا هذه لعامنا ؟ أم للأبد ؟ قال : للأبد ، دخلت العمرة فى الحج إلى يوم القيامة ») .

(**الشرح**) حديث ابن عباس رواه أبو داود والنسائى وابن ماجه وغيرهم بأسانيد حسنة ، ورواه مسلم فى صحيحه من رواية أبى هريرة قال : « خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا أيها الناس قد فرض عليكم الحج فحجوا ، فقال رجل : أكل عام يا رسول الله ؟ فسكت حتى قالها ثلاثا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لو قلت نعم لوجبت ، ولما استطعتم ، ثم قال : ذرونى ما تركتكم ، (إنما) هلك من قبلكم بكثرة سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم فإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم ، وإذا نهيتكم عن شىء فدعوه » رواه مسلم .

(وأما) حديث سراقة فرواه الدار قطنى بإسناد صحيح عن أبى الزبير عن جابر عن سراقة قال « قلت يا رسول الله عمرتنا هذه لعامنا هذا ؟ أم للأبد [2] ؟ فقال : لا بل للأبد ، دخلت العمرة فى الحج إلى يوم القيامة » قال الدار قطنى : رواته كلهم ثقات . وقد رواه النسائى وابن ماجه من رواية عطاء وطاوس عن سراقة وهذه رواية منقطعة ، فإنهما ولدا سنة ست وعشرين أو بعدها ، وتوفى سراقة سنة أربع وعشرين ، وقد روى البخارى ومسلم سؤال سراقة من رواية جابر ، لكن بغير هذا اللفظ ، والله أعلم .

---

(١) لعله ابن عيينة (ط) .

(٢) فى بعض روايات جابر (بل لابد ابد) (ط) .

(وأما) قوله صلى الله عليه وسلم « دخلت العمرة فى الحج إلى يوم القيامة » فقد ذكر أصحابنا وغيرهم فيه تفسيرين (أحدهما) معناه دخلت أفعال العمرة فى أفعال الحج إذ جمع بينهما بالقرآن (والثانى) معناه لا بأس بالعمرة فى أشهر الحج ، وهذا هو الأصح وهو تفسير الشافعى وأكثر العلماء ، ونقله الترمذى عن الشافعى وأحمد وإسحاق ، قال الترمذى وغيره وسببه أن الجاهلية كانوا لا يرون العمرة فى أشهر الحج ، ويعتقدون أن ذلك من أعظم الفجور ، فأذن الشرع فى ذلك وبين جوازه وقطع الجاهلية عما كانوا عليه ، ولهذا اعتمر النبى صلى الله عليه وسلم عمره الأربع فى أشهر الحج ، ثلاثا منها فى ذى القعدة والرابعة مع حجته حجة الوداع فى ذى الحجة • ويؤيد هذا ما ثبت عن ابن عباس قال « والله ما أعمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عائشة فى ذى الحجة إلا ليقطع أمر أهل الشرك ، فإن هذا الحى من قريش ومن دان دينهم كانوا يقولون : (إذا عفا الوبر ، وبرأ الدبر ، ودخل صفر ، فقد حلت العمرة لمن اعتمر) فكانوا يحرمون العمرة حتى ينسلخ ذو الحجة والمحرم ، هذا حديث صحيح رواه أبو داود بإسناد صحيح بلفظه ورواه البخارى فى صحيحه مختصرا فذكر بعضه •

(وقول) المصنف : لا يجب فى العمر أكثر من حجة وعمرة بالشرع ، احترز بقوله : بالشرع عن النذر ، وعمن أراد أن يدخل مكة لحاجة لا تتكرر إذا قلنا : يلزمه الإحرام • والحجة ــ بكسر الحاء ــ أفصح من فتحها كما سبق فى أول الباب والعمرة بضم العين والميم وإسكان الميم وبفتح العين وإسكان الميم ــ والله أعلم •

اما احكام المسالة فلا يجب على المكلف المستطيع فى جميع عمره إلا حجة واحدة ، وعمرة واحدة بالشرع ، ونقل أصحابنا إجماع المسلمين على هذا ، وحكى صاحب البيان وغيره عن بعض الناس أنه يجب كل سنة ، قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه : وقال بعض الناس : يجب الحج فى كل سنتين مرة ، قالوا : وهذا خلاف الإجماع ، قائله محجوج بإجماع من كان قبله ، والله أعلم •

(فــرع) ومن حج ثم ارتد ثم أســلم لم يلزمه الحج ، بل يجزئه حجته السابقة عندنا ، وقال أبو حنيفــة وآخرون : يلزمه الحج ، ومبنى الخلاف على أن الردة متى تحبط العمل ؟ فعندهم تحبطه فى الحال ، سواء أسلم بعدها أم لا ، فيصير كمن لم يحج ، وعندنا لا تحبطه إلا إذا اتصلت بالموت لقوله تعالى : (ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر ، فأولئك حبطت أعمالهم [1]) وقد سبقت المسألة مستوفاة بأدلتها وفروعها فى أول كتاب الصلاة . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعــالى

(ومن حج واعتمر حجة الإسلام وعمرته ، ثم اراد دخول مكة لحاجة نظرت ــ فإن كان لقتال ، أو دخلها خائفا من ظــالم يطلبه ، ولا يمكنه أن يظهر لأداء النسك ــ جاز أن يدخل بغير إحرام ، لأن النبى صلى الله عليــه وسلم دخل مكة يوم الفتح بغير إحرام لأنه كان لا يأمن أن يقــاتل ويمنع النسك . وإن كان دخوله لتجارة أو زيارة ففيه قولان (اشهرهما) أنــه لا يجوز أن يدخل إلا لحج أو عمرة ، لمــا روى ابن عباس أنه قال : « لا يدخل احدكم مكة إلا محرما . ورخص للحطابين » (والثانى) انه يجوز لحديث الأقرع بن حابس وسراقة بن مالك . وإن كان دخوله لحاجة تتكرر كالحطابين والصيادين جاز بغير نسك ، لحديث ابن عباس ، ولأن فى إيجاب الإحرام على هؤلاء مشقة ، فإن دخل لتجارة وقلنا : إنه يجب عليه الإحرام فدخل بغير إحرام لم يلزمه القضاء ، لأنا لو الزمناه القضاء لزمه لدخوله للقضــاء قضاء فلا يتناهى ، قال أبو العباس بن القــاص : إن دخل بغير إحرام ثم صار حطابا أو صياداً لزمه القضاء ، لأنه لا يلزمه للقضاء قضاء) .

(**الشرح**) حديث دخول رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة يوم الفتح بغير إحرام صحيح ، فقد ثبت فى صحيح مسلم عن جابر « أن النبى صلى الله عليه وسلم دخل مكة يوم الفتح وعليه عمامة سوداء بغير إحرام » هذا لفظ إحدى روايات مسلم ، وثبت فى الصحيحين عن أنس « أن النبى صلى الله عليه وسلم دخل مكة عام الفتح وعلى رأسه مغفر » .

واما حكم المسألة فقال أصحابنا : إذا حج واعتمر حجة الإســلام

---

1) الآية ٢١٧ من سورة البقرة .

وعمرته ثم أراد دخول مكة لحاجة لا تتكرر كزيارة أو تجارة أو رسالة ، أو كان مكيا مسافرا فأراد دخولها عائدا من سفره ونحو ذلك ، فهل يلزمه الإحرام بحج أو عمرة ؟ فيه طريقان (أحدهما) أنه مستحب قولا واحدا ، حكاه القاضى أبو الطيب فى المجرد فى آخر باب مواقيت الحج ، عن أبى موسى المروزى ، وقطع به سليم الرازى فى كتابه الكفاية ، وحكاه أيضا الرافعى وآخرون (وأصحهما) وأشهرهما فيه قولان (أحدهما) يستحب ولا يجب (والثانى) يجب ، ودليل القولين فى الكتاب ، واختلفوا فى أصحهما فصحح ابن القاص والمسعودى والبغوى وآخرون الوجوب ، وصحح الشيخ أبو حامد وأصحابه والشيخ أبو محمد الجوينى والغزالى والأكثرون الاستحباب ، وصححه أيضا الرافعى فى المحرر ، قال البندنيجى : وهو نص الشافعى فى عامة كتبه ، قال المتولى : وعلى هذا يكره الدخول بغير إحرام ، هذا حكم من لا يتكرر دخوله •

(أما) من يتكرر دخوله كالحطاب والحشاش والصياد والسقا ونحوهم (فإن قلنا) فيمن لا يتكرر : لا يلزمه الإحرام فهذا أولى ، وإلا فطريقان (المذهب) أنه لا يلزمه ، وبه قطع كثيرون أو الأكثرون (والثانى) فيه وجهان ، وبعضهم يحكيهما قولين (أحدهما) يلزمه (والثانى) لا يلزمه ، وممن حكى الخلاف فيه القاضى أبو الطيب فى المجرد والمتولى حكياه وجهين ، وحكاه ابن القاص فى التلخيص ، والقفال والمحاملى والبندنيجى والدارمى والبغوى وآخرون قولين (فإن قلنا) يلزمه فقد أطلقه كثيرون ، وممن حكى هذا الخلاف وقيده المحاملى والبندنيجى وآخرون ، بأنه فى كل سنة مرة ، قال المحاملى فى المجموع : قال الشافعى فى عامة كتبه : يدخلها الحطاب ونحوه بغير إحرام ، قال : وقال فى بعض كتبه: يحرم فى كل سنة مرة ، لئلا يستهين بالحرم • وقال القاضى أبو الطيب: قال أبو على فى الإفصاح : (إن قلنا) غير الحطاب ونحوه لا يلزمه الإحرام ، فالحطاب أولى ، وإلا فقولان ، وظاهر المذهب أنه لا يلزمه ، قال : وقال أبو إسحاق : قال الشافعى فى الإملاء : يحرمون كل سنة مرة قال القاضى : وهذا غير مشهور والله أعلم •

(وأما) البريد الذى يتكرر دخوله إلى مكة للرسائل فقطع الدارمى بأنه كالحطاب ونحوه ، وقال القاضى أبو الطيب وصاحبا الشامل والبيان : من أصحابنا من جعله كالحطاب لتكرر دخوله ، ومنهم من قال : إن قلنا : لا يجب على الحطاب ففى البريد وجهان ، فالحاصل أن المذهب أنه لا يجب الإحرام لدخول مكة على من دخل لتجارة ونحوها مما لا يتكرر ، ولا على من يدخل لمتكرر كالحطاب ، ولا على البريد ونحوه ، قال أصحابنا : فإن قلنا : يجب فللوجوب شروط .

(أحدها) أن يجىء الداخل من خارج الحرم ، فأما أهل الحرم فلا إحرام عليهم بلا خلاف لدخوله ، كما لا يشرع تحية المسجد لمن انتقل من موضع منه إلى موضع منه .

(والثانى) ألا يدخلها لقتال ولا خائفا ، فإن دخلها لقتال بغاة أو قطاع طريق أو غيرهما من القتال الواجب أو المباح . أو خائفا من ظالم أو غريم يحبسه وهو معسر لا يمكنه الظهور لأداء النسك إلا بمشقة ومخاطرة ، لم يلزمه الإحرام بلا خلاف .

(الثالث) أن يكون حرا فإن كان عبدا فلا إحرام عليه إن لم يأذن سيده فيه بلا خلاف ، وكذا إن أذن على المذهب لأنه ليس واجبا عليه بأصل الشرع ، فلا يصير واجبا بإذن سيده ، كصلاة الجمعة وكحجة الإسلام ، وفيه وجه ضعيف أنه يجب عليه إذا أذن سيده ، لأن المنع لحقه فزال بإذنه ، والمذهب الأول ، وهو المنصوص ، وبه قطع جماهير الأصحاب والله أعلم .

قال أصحابنا : وإذا قلنا بوجوب الإحرام ، واجتمعت شروطه فدخل بغير إحرام فطريقان (أصحهما) وهو المذهب ، وبه قطع الجمهور لا قضاء ، لأن القضاء متعذر ، لأن الدخول الثانى إحرام يقتضى إحراما آخر ، فيتسلسل ، ولأن الإحرام مشروع لحرمة الحرم ، لئلا ينتهكه بالدخول بغير إحرام . فإذا دخل بغير إحرام فات بحصول الانتهاك كما قال أصحابنا ، وهذا كما إذا دخل المسجد فجلس ولم يصل التحية ، فإنها تفوت بالجلوس

ولا يشرع قضاؤها (الطريق الثانى) فيه وجهان ، وقيل : قولان (أصحهما) لا قضاء (والثانى) يجب القضاء ، وحكاه المصنف والأصحاب عن ابن القاص ، فعلى هذا يلزمه أن يخرج ثم يعود محرما ، قال الرافعى : علل أصحابنا عدم القضاء بعلتين (إحداهما) أن القضاء لا يمكن لأن الدخول الثانى يحتاج إلى قضاء آخر ، فصار كمن نذر صوم الدهر فأفطر ، وفرع ابن القاص فى هذه العلة أنه لو لم يكن ممن يتكرر دخوله كالحطابين ، ثم صار منهم لزمه القضاء • وربما نقلوا عنه أنه يوجب عليه أن يجعل نفسه منهم • قال : (والعلة الثانية) وهى الصحيحة وبها قال العراقيون والقفال أنه تحية للبقعة ، فلا يقضى كتحية المسجد ، هذا كلام الرافعى •

قال أصحابنا : وإذا قلنا : يلزمه الإحرام فتركه وترك القضاء عصى ، ولا دم عليه ، لأن الدم يجبر الخلل الحاصل فى النسك بالإحرام داخل الميقات من غير رجوع إليه ونحو ذلك ، وهذا لم يدخل فى نسك ، قالوا : وإذا أوجبنا الإحرام لزمه أن يحرم من الميقات ، فلو أحرم بعد مجاوزته فعليه دم لما ذكرناه ، وممن صرح بالصورتين القاضى أبو القاسم بن كج والماوردى والدارمى وآخرون ، والله تعالى أعلم •

(فرع) إذا أراد دخول الحرم ولم يرد دخول مكة فحكمه حكم دخول مكة • ففيه التفصيل والخلاف السابق ، وهذا الخلاف صرح به جميع الأصحاب ممن صرح به القاضى والماوردى والدارمى والقاضى أبو الطيب فى المجرد فى باب المواقيت ، والمحاملى فى المقنع وغيره ، والجرجانى فى كتابيه البلغة والتحرير ، والشاشى فى المستظهرى ، والرويانى فى الحلية ، وخلائق لا يحصون صرحوا به ، وأشار إليه المتولى والباقون •

(وأما) قول الرافعى : هل ينزل دخول الحرم منزلة دخول مكة فيما ذكرناه ؟ قال بعض الشارحين : نعم • قال الرافعى : لا يبعد تخريجه على خلاف فى نظائره كأنه أراد بنظائره إباحة الصلوات فى أوقات النهى ، فإنها تباح بمكة ، وكذا فى سائر الحرم على الصحيح ، فهذا الذى قاله

الرافعى عجب من وجهين (أحدهما) كونه نقل المسألة عن بعض الشروح ، وهى مشهورة صريحة فى هذه الكتب المشهورة التى ذكرها وغيرها .

(والثانى) كونه قال : يحتمل تخريجه على خلاف ، مع أنه لا خلاف فيه ، فالصواب ما سبق أن الحرم كمكة بلا خلاف ، والله تعالى أعلم .

(فـرع) ذكر المصنف وجميع الأصحاب هنا أنه يجوز دخول مكة للقتال بغير إحرام ، قالوا : وصورة ذلك أن يلتجىء إليها طائفة من الكفار أهل الحرب والعياذ بالله ، أو طائفة من البغاة أو قطاع الطريق ونحوهم ، وقطع الأصحاب هنا بجواز قتالهم ، وهو الصواب المشهور ، وذكر القفال فى كتاب النكاح من شرح التلخيص ، فى كتاب خصائص رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والماوردى فى الأحكام السلطانية خلافا فى قتالهم فى مكة وسائر الحرم ، ووجه التحريم قوله صلى الله عليه وسلم : « إن الله حرم مكة فلم تحل لأحد قبلى ، ولا تحل لأحد بعدى ، وإنما أحلت لى ساعة من نهار » .

(فـرع) قال المصنف والأصحاب هنا : إن النبى صلى الله عليه وسلم دخل مكة يوم الفتح وهو لا يأمن أن يقاتَلَ (قد يقال :) إن هذا مخالف لمذهب الشافعى فإن مذهب الشافعى وجميع الأصحاب أن النبى صلى الله عليه وسلم « دخل مكة يوم الفتح صلحا ، وفتحها صلحاً » وقال أبو حنيفة وآخرون : « فتحها عنوة » وقد ذكر المصنف المسألة فى كتاب السير ، وهناك ذكرها الرافعى والأصحاب (والجواب) أن هذا لا يخالف ذلك ، لأنه صلى الله عليه وسلم صالح أبا سفيان ، وكان لا يأمن غدر أهل مكة ، فدخل صلحا وهو متأهب للقتال إن غدروا ، والله أعلم .

(فـرع) فى مذاهب العلماء فيمن أراد دخول الحرم لحاجة لا تتكرر ، كالتجارة والزيارة وعيادة المريض ونحوها :

قد ذكرنا أن الأصح عندنا أنه يستحب له الإحرام ، ولا يجب ، سواء قربت داره من الحرم أم بعدت ، وبه قال ابن عمر . وقال مالك وأحمد :

يلزمه ، وقال أبو حنيفة : إن كانت داره فى الميقات أو أقرب إلى مكة جاز دخوله بلا إحرام ، وإلا فلا •

واحتجوا للوجوب بقول ابن عباس المذكور فى الكتاب • واحتج كثيرون بقوله صلى الله عليه وسلم « إن الله حرم مكة فلم تحل لأحد قبلى ولا تحل لأحد بعدى ، وإنما أحلت لى ساعة من نهار » ودليلنا الأصح حديث : « آلحج كل عام ؟ قال : لا بل حجة » وهو حديث صحيح كما سبق بيانه قريبا ، ولأنه تحية لبقعة فلم تجب كتحية المسجد (وأما) قول ابن عباس فيعارضه مذهب ابن عمر أنه كان لا يراه واجبا (وأما) حديث : « لا تحل لأحد بعدى » فالمراد به القتال كما سبق ، وليس فى جميع طرق هذا الحديث ما يقتضى الإحرام وإنما هو صريح فى القتال ، وقد سبق تأويله ، والله أعلم •

(فرع) قد ذكرنا أنه إذا قلنا : يجب الإحرام لدخول الحرم فدخل بغير إحرام عصى ، والمذهب لا يلزمه القضاء • وقال أبو حنيفة : يلزمه ، وقال ابن القاص من أصحابنا : إذا صار حطابا ونحوه لزمه القضاء ، وبالأول قال جمهور أصحابنا ، ومأخذ الخلاف بين الجمهور وابن القاص يقول : إنما يمتنع القضاء للخوف من التسلسل فإذا صار حطابا زال التسلسل ، فإن الحطاب لا يلزمه الإحرام للدخول ، وقال الجمهور : العلة الصحيحة فى عدم وجوب القضاء أن الإحرام وجب لحرمة الدخول والبقعة ، فإذا لم يأت به فات ولا يشرع قضاؤه ، كتحية المسجد إذا جلس فيه ولم يصلها فإنه لا يشرع له قضاؤها كما سبق تقريره فى باب صلاة التطوع • واتفق أصحابنا هنا على أنه لا يشرع قضاؤها ، والصواب فيها ما قدمناه هنا •

قال القفال فى شرح التلخيص : وكما لو سلم على إنسان ولم يرد عليه حتى مضت أيام ، ثم لقيه فأراد أن يرد عليه فإنه لا يجزىء لأنه مؤقت فات وقته ، قال القاضى أبو الطيب فى المجرد : كما لو فر فى الزحف من اثنين غير متحرف لقتال أو متحيز إلى فئة ، فإنه لا يمكنه قضاؤه ، لأنه متى لقى اثنين ممن يجب قتالهما وجب قتالهما باللقاء لا قضاء ، قال أصحابنا : فعلى

هذا التعليل لو صار حطابا ونحوه لم يلزمه القضاء ، لعدم إمكان تدارك فوات انتهاك الحرمة (فإن قيل) إنما لم نقض تحية المسجد لكونها سنة أما الإحرام فواجب فينبغى قضاؤه ، قال الأصحاب : (فالجواب) أن التحية لم يترك قضاؤها لكونها سنة ، فان السنة الراتبة إذا فاتت يستحب قضاؤها على الصحيح ، وإنما لم تقض لتعلقها بحرمة مكان صيانة له من الانتهاك وقد حصل ، فلو صلاها لم يرتفع ما حصل من الانتهاك ، وكذا الإحرام لدخول الحرم .

واعترض على تعليل ابن القاص فقيل : ينبغى أن يجب القضاء ويدخل فيه إحرام الدخول ، وكما إذا دخل المسجد فصلى فريضة فيدخل فيه تحية المسجد (والجواب) ما أجاب به البغوى أن الإحرام الواحد لا يجوز أن يقع عن واجبين من جنس واحد كمن أهل بحجتين لا ينعقد إحرامه بهما بل ينعقد بأحدهما . وقال القفال فى شرح التلخيص : قال أصحابنا : هذا التعليل الذى ذكره ابن القاص غلط ، وليس العلة فى إسقاط القضاء التسلسل بل فوات الوقت . وقال الشيخ أبو محمد الجوينى : اعترض بعض شيوخنا على تعليل ابن القاص فقال : إن كان القضاء واجبا فينبغى أن يجب ، سواء صار حطابا أولا ، وإلا فيبطل أن يجب بمصيره حطابا والله أعلم .

(فرع) قال ابن القاص فى التلخيص : كل عبادة واجبة إذا تركها لزمه القضاء أو الكفارة إلا واحدة وهى الإحرام لدخول مكة . وهذا الذى قاله ينتقض بأشياء (منها) إمساك يوم الشك إذا ثبت أنه من رمضان ، فإنه يجب إمساكه على المذهب الصحيح ، فلو ترك الإمساك لم يلزمه لترك الإمساك كفارة ، ولا قضاء الامساك والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجب الحج والعمرة إلا على مسلم عاقل بالغ حر مستطيع (فاما) الكافر فإن كان اصليا لم يصح منه ، لأن ذلك من فروع الإيمان فلا يصح من الكافر ، ولا يخاطب به فى حال الكفر ، لانه لا يصح منه ، فإن اسلم لم يخاطب بما فاته فى حال الكفر ، لقوله صلى الله عليه وسلم : ((الإسلام يَجُب

ما قبله » ولانه لم يلتزم وجوبه ، فلم يلزمه ، كضمان حقوق الآدميين ، وإن كان مرتدا لم يصح منه لما ذكرناه ، ويجب عليه لأنه التزم وجوبه فلم يسقط عنه بالردة كحقوق الآدميين) .

(**الشرح**) هذا الحديث صحيح رواه مسلم فى صحيحه من رواية عمرو بن العاص أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الإسلام يهدم ما كان قبله » هذا لفظ رواية مسلم ، ذكره فى أوائل الكتاب فى كتاب الإيمان ، وفى رواية غيره يجب ما قبله ــ بضم الجيم وبعدها باء موحدة ــ من الجَبِّ وهو القطع ، ورويناه فى كتاب الزبير بن بكار يحت ــ بضم الحاء المهملة وبعدها تاء مثناة فوق ــ من الحت وهو الإزالة ، والألفاظ الثلاثة متفقة المعنى ، وقد ينكر على المصنف كونه استدل بالحديث ، وهو خبر آحاد يفيد الظن لا القطع ، وترك الاستدلال بقول الله عز وجل : (قل للذين كفروا إن ينتهوا يُغْفَرْ لهم ما قد سلف) فينكر استدلاله بظنىٍّ مع وجود القطعى (وجوابه) أن الآية الكريمة تقتضى غفران الذنوب لا إسقاط حقوق وعبادات سبق وجوبها (وأما) الحديث فصحيح صريح فى قطع النظر عما قبل الإسلام ، فكان الاستدلال بالحديث هنا هو الوجه لانطباقه على ما استدل به والله أعلم .

(وأما) قول المصنف : فإن كان أصليا ، فيعنى به الاحتراز عن المرتد ، ويدخل فى الأصل الذمى والحربى ، سواء الكتابى والوثنى وغيرهما (وقوله) من فروع الإيمان فلا يصح من الكافر فينتقض بالكفارة والعدة وأشباههما فكان ينبغى أن يقول : ركن من فروع الإيمان (وقوله :) ولا يخاطب به فى حال الكفر ، معناه لا نطالبه بفعل الحج فى حال الكفر (وأما) الخطاب الحقيقى فهو مخاطب بالفروع على المذهب الصحيح ، وقد سبق فى أول كتاب الصيام مثل هذه العبارة وبسطنا هناك الكلام فيها (وأما) قوله فإن أسلم لم يخاطب بما فاته فى حال الكفر ، فمعناه أنه إذا كان فى حال كفره واجدا للزاد والراحلة وغيرهما من شروط الاستطاعة ، ثم أسلم فلا اعتبار بتلك الاستطاعة ، ولا يستقر الحج فى ذمته بها ، بل يعتبر حاله بعد الإسلام فان استطاع لزمه الحج وإلا فلا ، ويكون إسلامه كبلوغ الصبى المسلم فيعتبر حاله بعده .

(وقوله :) لأنه لم يلتزم وجوبه فلم يلزمه كضمان حقوق الآدميين ، قد يقال : هذا الدليل ناقص ، وإنما يصح هذا فى الكافر والحربى • (وأما) الذمى فإن عليه ضمان حقوق ، فكأنه لم يذكر دليلا لعدم الوجوب على الذمى إذا أسلم (وجوابه) أن مراده أن الحربى والذمى لم يلتزما الحج ، فلم يلزمهما إذا أسلما ، كما لا يلزم حقوق الآدميين من لم يلتزمهـا وهو الحربى ، وقد سبق مثل هذا فى أول كتاب الزكاة ، وبسطت هناك بيانه (وأما) قوله فى المرتد : يجب عليه لأنه التزم وجوبه ، فقد يقال : ينتقض بما إذا أتلف المرتد على مسلم شيئا ، فى حال قتال الإمام للطائفة المرتدة العاصية ، فانه لا يضمن على الأصح • ومراد المصنف بقوله : (يجب على المرتد) أنه إذا استطاع فى حال الردة استقر الوجوب فى ذمته ، فإذا أسلم وهو معسر دام الوجوب فى ذمته ، والله أعلم •

اما حكم المسالة فقـال الشافعى والأصحاب : إنمـا يجب الحج على مسلم بالغ وعاقل حر مستطيع ، فإن اختل أحد الشروط لم يجب بلا خلاف ، فالكافر الأصلى لا يطالب بفعله فى الدنيا بلا خلاف ، سواء الحربى والذمى والكتابى والوثنى والمرأة والرجل ، وهذا لا خلاف فيه ، فإذا استطاع فى حال كفره ثم أسلم وهو معسر لم يلزمه الحج إلا أن يستطيع بعد ذلك ، لأن الاستطاعة فى الكفر لا أثر لها ، وهذا لا خلاف فيـه (وأما) المرتد فيجب عليه ، فإذا استطاع فى ردته ثم أسلم وهو معسر فالحج مستقر فى ذمته بتلك الاستطاعة (وأما) الاثم بترك الحج فيأثم المرتد بلا خلاف ، لأنه مكلف به فى حال ردته (وأما) الكافر الأصلى فهل يأثم ؟ قال أصحابنا : فيه خلاف مبنى على أنه مخاطب بالفروع أم لا ؟ (فإن قلنا) بالصحيح إنه مخاطب أثم وإلا فلا ، والله أعلم •

(فـرع) قال أصحابنا : الناس فى الحج خمسة أقسام :

(قسم) لا يصح منه بحال ، وهو الكافر •

(والقسم الثانى) من يصح له لا بالمباشرة ، وهو الصبى الذى لا يميز

والمجنون المسلمان ، فيحرم عنهما الولى ، وفى الجنون خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى .

(والثالث) من يصح منه بالمباشرة ، وهو المسلم المميز وإن كان صبيا وعبدا .

(والرابع) من يصح منه بالمباشرة ، ويجزئه عن حجة الإسلام وهو المسلم المميز البالغ الحر .

(الخامس) من يجب عليه ، وهو المسلم البالغ العاقل الحر المستطيع ، قالوا : فشرط الصحة المطلقة الإسلام فقط ، ولا يشترط التكليف ، بل يصح إحرام الولى عن الصبى والمجنون ، وشرط صحة المباشرة بالنفس الإسلام والتمييز ، وشرط وقوعه عن حجة الإسلام البلوغ والعقل والاسلام والحرية ، فلو تكلف غير المستطيع الحج وقع عن فرض الاسلام ، ولو نوى غيره وقع عنه ، وشرط وجوبه هذه الأربعة مع الاستطاعة ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما المجنون فلا يصح منه لأنه ليس من اهل العبادات ، فلم يصح حجه ، ولا يجب عليه ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ ، وعن المجنون حتى يفيق [1] وعن النائم حتى يستيقظ ») .

(الشرح) هذا الحديث صحيح رواه على وعائشة رضى الله عنهما ، وسبق بيانه فى أول كتاب الصيام ، وأجمعت الأمة على أنه لا يجب الحج على المجنون (وأما) صحته ففيها وجهان (جزم) المصنف وآخرون بأنه لا يصح منه (وجزم) البغوى والمتولى والرافعى وآخرون بصحته منه ، كالصبى الذى لا يميز فى العبادات قالوا : وأما المغمى عليه فلا يجوز أن

---

(1) فى نسخة المهذب المطبوعة تقديم النائم على المجنون (ط) .

يحرم عنه غيره لأنه ليس بزائل العقل ، ويرجى برؤه عن قريب ، فهو كالمريض قال المتولى : فلو سافر الولى بالمجنون إلى مكة فلما بلغ أفاق فأحرم ، صح حجه وأجزأه عن حجة الإسلام ، قال : إلا أن ما أنفق عليه قبل إفاقته فقدر نفقة البلد يكون فى مال المجنون ، والزيادة فى مال الولى ، لأنه ليس له المسافرة به ، هذا كلام المتولى ، وفى كلام غيره خلاف ، كما سنذكره قريبا إن شاء الله تعالى .

(أما) من يجن ويفيق فقال أصحابنا : إن كانت مدة إفاقته يتمكن فيها من الحج ووجدت الشروط الباقية ، لزمه الحج وإلا فلا .

(**فرع**) قال الشافعى والأصحاب : يشترط لصحة مباشرته بنفسه للحج إفاقته عند الإحرام والوقوف والطواف والسعى دون ما سواها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وأما الصبى فلا يجب عليه الحج للخبر ، ويصح منه ، لما روى عن ابن عباس « ان امراة رفعت صبيا إلى النبى صلى الله عليه وسلم من محفتها فقالت : يا رسول الله الهذا حج ؟ قال : نعم ولك اجر » فإن كان مميزا فاحرم بإذن الولى صح إحرامه ، وإن احرم بغير إذنه ففيه وجهان ، قال ابو إسحق : يصح كما يصح إحرامه بالصلاة ، وقال اكثر اصحابنا : لا يصح لأنه يفتقر فى ادائه إلى المال ، فلم يصح بغير إذن الولى ، بخلاف الصلاة ، وإن كان غير مميز جاز لامه ان تحرم عنه لحديث ابن عباس ، ويجوز لأبيه قياسا على الأم ولا يجوز للأخ والعم ان يحرم عنه ، لأنه لا ولاية لهما على الصغير ، فإن عقد له الإحرام فعل بنفسه ما يقدر عليه ، ويفعل عنه وليه ما لا يقدر عليه ، لما روى جابر قال : « حججنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعنا النساء والصبيان فلبينا عن الصبيان ورمينا عنهم » وعن عمر قال : « كنا نحج بصبياننا فمن استطاع منهم رمى ، ومن لم يستطع رُمىَ عنه » وفى نفقة الحج وما يلزمه من الكفارة قولان (احدهما) يجب فى مال الولى ، لأنه هو الذى ادخله فيه (الثانى) يجب فى مال الصبى ، لأنه وجب لمصلحته فكان فى ماله كأجرة المعلم) .

(**الشرح**) حديث ابن عباس رواه مسلم (وأما) حديث جابر فرواه الترمذى وابن ماجه بإسناد فيه أشعث بن سوار ، وقد ضعفه الأكثرون ،

ووثقه بعضهم ، وقال الترمذى : هو غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه ، والمحفة ـ بكسر الميم وفتح الحاء ـ وهى مركب من مراكب النساء كالهودج إلا أنها لا تقتب بخلاف الهودج ، فإنه مركب من مراكب النساء يكون مقتبا وغير مقتب ، وكان سؤال المرأة المذكورة فى حديث ابن عباس فى حجة الوداع سنة عشر من الهجرة ، قبل وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم بنحو ثلاثة أشهر •

اما احكام الفصل فقال الشافعى والأصحاب : لا يجب الحج على الصبى ويصح منه سواء فى الصورتين ، الصغير كابن يوم والمراهق ، ثم إن كان مميزا أحرم بنفسه بإذن وليه ، ويصح بلا خلاف ، فإن استقل وأحرم بنفسه بغير إذن وليه فوجهان مشهوران ، ذكر المصنف دليلهما (أحدهما) يصح ، وبه قال أبو إسحق المروزى (وأصحهما) لا يصح ، وبه قال أكثر أصحابنا المتقدمين كما ذكره المصنف ، وكذا نقله أيضا ابن الصباغ والبغوى وآخرون وصححه المصنف •

قال أصحابنا : (فإن قلنا :) يصح فلوليه تحليله إذا رآه مصلحة ، ولو أحرم عنه وليه (فإن قلنا :) يصح استقلال الصبى لم يصح إحرام الولى ، وإلا فوجهان مشهوران ، حكاهما المتولى وآخرون (أصحهما) عند الرافعى : يصح ، وقطع البغوى بأنه لا يصح إحرام الولى عنه أبا كان أو جدا ، وقطع به أيضا صاحب الشامل ، وحكى القاضى أبو الطيب فى تعليقه وجها عن أبى الحسين بن القطان أنه قال : لا ينعقد إحرام الصبى المميز بنفسه ، لأنه ليس له قصد صحيح قال القاضى : هذا غلط ، فإن له قصدا صحيحا ، ولهذا تصح صلاته وصومه ، وكذا الحج •

قال القاضى : (فإن قيل :) قد قلتم : لا يتولى الصبى إخراج فطرته بنفسه وجوزتم هنا إحرامه بنفسه فما الفرق ؟ (قلنا :) الحج لا تدخله النيابة مع القدرة والفطرة تدخلها النيابة مع القدرة فافترقا ، ولأن الفطرة يتولاها الولى والإحرام يفتقر إلى إذن الولى ، فهما سواء • هذا كله فى الصبى المميز (أما) الصبى الذى لا يميز ، فقال أصحابنا : يحرم عنه وليه ،

قال أصحابنا : سواء كان الولى محرما عن نفسه أو عن غيره أو حلالا ، وسواء كان حج عن نفسه أم لا • وهل يشترط حضور الصبى ومواجهته بالإحرام ؟ فيه وجهان حكاهما القاضى أبو الطيب فى تعليقه والدارمى والرافعى وآخرون ، قال الرافعى : (أصحهما) لا يشترط •

قال القاضى والدارمى : لو كان الولى ببغداد والصبى بالكوفة ، فأراد الولى أن يعقد الإحرام للصبى وهو فى موضعه ففى جوازه وجهان (أحدهما) لا يجوز لأنه لو وقع الإحرام فلا يصح فى غيبته ، ولأنه لو جاز الإحرام عنه فى غيبته ، لجاز الوقوف بعرفات عنه فى غيبته عنها ، ولأنه إذا أحرم عنه ، وهو غائب لا يعلم الإحرام ، فربما أتلف صيدا أو فعل غير ذلك من محظورات الاحرام التى لو علم الإحرام لاجتنبها (والثانى) يجوز ، لأن المقصود نية الولى ، وذلك يصح ، ويوجد مع غيبة الصبى ، ولكن يكره لما ذكرناه من خوف المحظورات والله أعلم •

(فرع) وأما الولى الذى يحرم عن الصبى ، أو يأذن له فقد اضطربت طرق أصحابنا فيه • فأنقل جملة من متفرقات كلامهم ثم اختصرها إن شاء الله تعالى وقد اتفق أصحابنا على أن الأب يحرم عنه ويأذن له ، واتفقوا على أن الجد كالأب فى ذلك عند عدم الأب ، والمراد بالجد أبو الأب ، فأما مع وجود الأب ، فطريقان (أصحهما) لا يصح إحرام الجد ولا إذنه ، لأنه لا ولاية له مع وجود الأب ، وبهذا قطع الدارمى والبغوى والمتولى وغيرهم (والثانى) فيه وجهان (أصحهما) هذا (والثانى) يصح كما يصير مسلما تبعا لجده مع بقاء الأب على الكفر على خلاف المشهور ، والمذهب الأول والله أعلم •

قال المتولى : والفرق أن الجد عقد الإسلام لنفسه لا للطفل وصار تبعا له فى الإسلام بحكم البعضية ، والبعضية موجودة (وأما) الإحرام فلا يحرم الجد عن نفسه ، وإنما يعقد للطفل فيقتضى ولاية ، ولا ولاية له فى حياة الأب ، قال الدارمى وغيره : والجد وإن علا كالأب عند عدم الأب وعدم جد أقرب منه (وأما) غير الأب والجد فقال جمهور أصحابنا : إن

كان له ولاية بأن يكون وصيا أو قيما من جهة الحاكم صح إحرامه عن الصبى وإذنه فى الإحرام للمميز ، وإن لم يكن له ولاية لم يصح على المذهب ، سواء فى هذا الأم والأخ والعم وسائر العصبات وغيرهم ، وفيه وجه مشهور أن الأخ والعم وسائر العصبات يجوز لهم ذلك وإن لم يكن لهم ولاية ، ولأن لهم حقا فى الحضانة والتربية ، وفى الأم طريقان قال الجمهور : وهو المذهب إن لم يكن لها ولاية على مال الصبى ، فإن كان له أب أو جد فإحرامها عنه كإحرام الأخ فلا يصح على الصحيح ، وإن كان لها ولاية بأن كانت وصية أو قيمة من جهة القاضى ، أو قلنا بقول الإصطخرى : إنها تلى المال بعد الجد صح إحرامها وإذنها فيه •

(والطريق الثانى) القطع بالصحة مطلقا ، وهو اختيار المصنف وطائفة لظاهر الحديث ، وهى طريقة ضعيفة ، وليس فى الحديث تصريح بأن الأم أحرمت عنه ، ولنا وجه أن الوصى والقيم لا يصح إحرامه عنه ، ولا إذنه • هذه جملة القول فى تحقيق الولى ، قال صاحب البيان :أما الولى الذى يحرم عن الصبى وبأذن المميز فقال الشيخ أبو حامد وعامة أصحابنا : يجوز ذلك للأب والجد لأنهما يليان ماله بغير تولية ، وأما غيرهما من العصبات كالأخ وابن الأخ والعم وابن العم فإن لهم حقا فى الحضانة وتعليم الصبى وتأديبه ، وليس لهم التصرف فى ماله إلا بوصية أو تولية الحاكم ، فإن كان لهم التصرف فى ماله صح إحرامهم عن غير المميز وإذنهم للمميز وإلا فوجهان (أحدهما) يجوز كما يجوز لهم تعليمه وتأديبه والإنفاق فى ذلك من ماله (وأصحهما) ليس لهم ذلك ، لأنهم لا يملكون التصرف فى ماله فهم كالأجانب بخلاف النفقة فى التأديب والتعليم ، لأنها قليلة فسومح بها •

(أما) الأم فإن قلنا بقول الإصطخرى : إنها تلى المال بعد الجد ، فلها الإحرام والاذن ، وإن قلنا بمذهب الشافعى وهى أنها لا تلى المال بنفسها ، فهى كالإخوة وسائر العصبات قال صاحب البيان : (هذه طريقة أبى حامد وعامة أصحابنا قال : وقال صاحب المهذب : الأم تحرم عنه للحديث ، ويجوز للأب قياسا على الأم قال ابن الصباغ : ليس فى الحديث

أنها أحرمت عنه ، ويحتمل أنه أحرم عنه وليه وإنما جعل لها الأجر لحملها له ومعونتها له فى المناسك والإنفاق عليه) هذا كلام صاحب البيان .

وقال القاضى أبو الطيب فى تعليقه : قال أبو إسحق المروزى والقاضى أبو حامد فى جامعه : يجوز للأب والجد أبى الأب الإحرام عنه وكذلك الأم وأم الأم لأن ولادتهما له حقيقة قال أبو الطيب : وقال الشيخ أبو حامد : يجوز لأبيه وجده أبى أبيه ولوصيهما وفى الأخ وابنه والعم وابنه وجهان ، والأم وإن قلنا بقول الإصطخرى فكالأب ، وإلا فكالعم والأخ ، هذا كلام أبى الطيب ، وقال المحاملى وابن الصباغ وجمهور العراقيين وصاحب العدة ما حكاه صاحب البيان عن الشيخ أبى حامد وعامة أصحابنا ، ورجح الدارمى صحة إحرام الأم وإن لم يكن لها ولاية المال ، وقال المتولى : للأب والجد عند عدم الأب الإحرام والإذن للمميز ، ولا يجوز ذلك للأم عند عامة أصحابنا ، وجوزه الإصطخرى .

وأما الإخوة والأعمام فإن لم يكن لهم التصرف فى ماله بوصية أو إذن حاكم فليس لهم الإحرام على الصحيح ، وفى وجه يجوز لأن لهم الحضانة والقيام بالمصالح وتأديبه إذا ظهر منه ما يقتضى التأديب ، وتعليم الطهارة والصلاة ، قال : فأما الوصى والقيم فجوز لهما الإحرام عنه أصحابنا العراقيون كالتصرف فى ماله ، وقال أصحابنا الخراسانيون : لا يجوز لهما ذلك لأنه لا ولاية لهما على نفسه ، والإحرام عقد على نفسه تلزمه أحكامه فهو كالنكاح . هذا كلام المتولى ، وقال البغوى : يجوز للأب والجد الإحرام عنه ، وفى الوصى والقيم وجهان (أحدهما) يصح (والثانى) لا يصح ، وسبق تعليلهما فى كلام المتولى ، وقال الرافعى : الولى الذى يحرم عنه أو يأذن له هو الأب ، وكذا الجد وإن علا عند عدم الأب ولا يجوز مع وجوده على الصحيح ، وفيه وجه أنه يجوز .

وفى الوصى والقيم طريقان ، قطع العراقيون بالجواز ، وقال آخرون : فيه وجهان (أرجحهما) عند إمام الحرمين المنع ، وفى الأخ والعم وجهان (أصحهما) المنع ، وفى الأم طريقان (أحدهما) القطع بالجواز (وأصحهما)

وبه قال الأكثرون إنه مبنى على ولايتها المـال ، فعلى قول الإصطخرى : تلى المـال قبل الإحرام ، وعلى قول الجمهور : لا تلى المـال ، فلا تلى الإحرام ، هذا كلام الرافعى • قال الرويانى : لو أذن الأب لمن يحرم عن الصبى ففى صحته وجهان ، ولم يبين أصحهما (والأصح) صحته ، وبه قطع الدارمى وغيره ، كما يصح أن يوكل الأب فى سائر التصرفات المتعلقة بالابن ، واتفقوا على أنه لو أحرم به الولى ثم أعطاه لمن يحضره الحج صح ذلك ، هذا كلام الأصحاب فى الولى الذى يحرم عن صبى لا يميز ، ويأذن للمميز ، وحاصله جواز ذلك للأب ، وكذا الجد عند عدم الأب لا عنـد وجوده على المذهب ، وأن المذهب جوازه للوصى والقيم ، ومنعه فى الأم والإخوة والأعمام وسـائر العصبات إذا لم يكن لهم وصية ولا إذن من الحاكم فى ولاية المـال •

وإن شئت قلت : فيه أوجه (أحدها) لا يجوز إلا للأب والجد عند عدمه (والثانى) يجوز للأب وللجد عند عدم الأب ومع وجوده (والثالث) يجوز لهما وللأم (والرابع) لهؤلاء وللأخوة وسائر العَصَبَات (والخامس) وهو الأصح للأب والجد عند عدمه ، وللوصى والقيم دون غيرهم ، والله أعلم •

(فـرع) قال الشيخ أبو حامد والأصحاب : صفة إحرام الولى عن الصبى أن ينوى جعله محرما ، فيصير الصبى محـرما بمجرد ذلك ، قال القاضى أبو الطيب : هو أن ينويه له ، ويقول : عقدت الإحرام ، فيصير الصبى محرما بمجرد ذلك ، كما إذا عقد له النكاح فيصير متزوجا بمجرد ذلك ، قال الدارمى : ينوى أنه أحرم به أو عقده له أو جعله محرما ، قال صاحب العدة : كيفية إحرام الولى عنه أن يخطر بباله أنه قد عقد له الإحرام وجعله محرما فينويه فى نفسه •

(فـرع) الصواب فى حقيقة الصبى المميز أنه الذى يفهم الخطاب ، ويحسن رد الجواب ومقاصـد الـكلام ونحو ذلك ، ولا يضبط بسن مخصوص ، بل يختلف باختلاف الأفهام ، والله أعلم •

(فـرع) قال أصحابنا : متى صار الصبى محرما بإحرامه أو إحرام وليه عنه فعل بنفسه ما قدر عليه ، وفعل عنه وليه ما لا يقدر عليه الصبى ، قال القاضى أبو الطيب فى تعليقـه : يغسله الولى عنـد إرادة الإحرام ، ويجرده عن المخيط ، ويلبسه الإزار والرداء والنعلين إن تأتى منه المشى ويطيبه وينظفه ويفعل ما يفعل الرجل ، ثم يحرم أو يحرم عنه على ما سبق من التفصيل ، قال أصحابنا : ويجب على الولى أن يجنبه ما يجتنبه الرجل ، فإن قدر الصبى على الطواف بنفسه علمه فطاف ، وإلا طاف به كما سنوضحه فى مسائل الطواف فى باب صفة الحج إن شاء الله تعالى ، والسعى كالطواف ، فإن كان غير مميز صلى الولى عنه ركعتى الطواف بلا خلاف ، صرح به الشيخ أبو حامد فى تعليقه والدارمى والأصحاب ، ونقـله أبو حامد عن نص الشافعى فى الإملاء ، وإن كان مميزا أمره بهما فصلاها الصبى بنفسه ، هذا هو المذهب ، وبه قطـع الشيخ أبو حامد والدارمى والبندنيجى ، ويشترط إحضار الصبى عرفات بلا خلاف ، سوا ءالمميز وغيره ، ولا يكفى حضور الولى عنه ، وكذا يحضر مزدلفة والمشعر الحرام ومنى وسـائر المواقف ، لأن كل ذلك يمكن فعله من الصبى .

قال أصحابنا : ويجمع الولى فى إحضاره عرفات بين الليل والنهار ، فإن ترك الجمع بين الليل والنهار ، أو ترك مبيت المزدلفة أو مبيت ليالى منى ، وقلنـا : بوجـوب الدم فى كل ذلك ، وجب الدم فى مال الولى بلا خلاف ، صرح به الدارمى وغيره ، لأن التفريط من الولى بخـلاف ما سنذكره إن شاء الله تعالى فى فدية ما يرتكبه الصبى من المحظورات على أحد القولين .

قال أصحابنا : (وأما) الطفل فإن قدر على الرمى أمره به الولى ، وإلا رمى عنه من ليس عليه فرض الرمى ، قال أصـحابنا : ويستحب أن يضع الحصاة فى يد الطفل ، ثم يأخذ بيده ويرمى بالحصاة ، وإلا فيأخذها من يده ثم يرميها الولى ولو لم يضعها فى يده بل رماها الولى ابتداء جاز (أما) إذا كان على الولى رمى عن نفسه فان رمى ونوى به نفسه أو أطلق وقع عن نفسه ، وإن نواه عن الصبى فوجهان حكاهما البغوى (أحدهما)

يقع عن الصبى لأنه نواه (والثانى) وبه قطع البندنيجى والمتولى : يقع عن الولى لا عن الصبى ، لأن مبنى الحج على أن لا يتبرع به مع قيام الفرض ، ولو تبرع وقع فرضا لا تبرعا ، قال المتولى : والفرق بينه وبين الطواف إذا حمل الولى الصبى وطاف به على أحد القولين أن صورة الطواف وهى الدوران وجدت من الصبى بخلاف الرمى ، فنظيره فى الطواف أن يطوف الولى غير حامل للصبى ، وينوى عن الصبى ، فإنه لا يقع عن الصبى بلا خلاف وقد قال الرويانى وغيره : لو أركبه الولى دابة وهو غير مميز فطافت به لم يصح إلا أن يكون الولى سائقا أو قائدا ،وإنما ضبطوه بغير المميز لأن المميز لو ركب دابة وطاف عليها صح بلا خلاف ، لأن الفعل منسوب إليه فأشبه البالغ ، والله أعلم .

(فـرع) قال أصحابنا : نفقة الصبى فى سفره فى الحج يحسب منها قدر نفقته فى الحضر ، من مال الصبى ، وفى الزائد بسبب السفر خلاف ، حكاه المصنف والقاضى أبو الطيب فى بعض كتبه ، وصاحبا الشامل والتهذيب والشاشى وآخرون قولين ، وحكاهما الشيخ أبو حامد والمحاملى والبندنيجى والقاضى أبو الطيب فى تعليقه والمتولى وآخرون وجهين ، وذكر المصنف دليلهما ، قال أبو حامد والمحاملى والمتولى وغيرهم : المنصوص فى الإملاء مخرج ، واتفق الأصحاب على أن الصحيح وجوبه فى مال الولى (والثانى) يجب فى مال الصبى ، فعلى هذا لو أحرم بغير إذنه وصححناه حلله ، فإن لم يفعل أنفق عليه من مال الولى ، هكذا ذكر المسألة جميع الأصحاب ، ولم يذكر المصنف أن القولين مخصوصان بالزائد على نفقة الحضر ، ولا خلاف فى ذلك ، وقد نقل الاتفاق عليـه الشيخ أبو حامد وغيره وكأن المصنف أهمله لظهوره ، والفرق بينه وبين عامل القراض فإنه إذا سافر بإذن المـالك وقلنا : تجب نفقته فى مال القراض فإنه يجب كل النفقة على قول لأن عامل القراض معطل فى سفره عن بعض مكاسبه التى كانت فى الحضر ، فجرت له بخلاف الصبى فإن مصلحة السفر مختصة به .

(وأما) قول المصنف فى تعليل القول الثانى : إنها تجب فى مال الصبى لأنها وجبت لمصلحته ، فـكانت فى ماله كأجرة التعليم فهذا اختيار منـه

للأصح أن أجرة التعليم تجب فى مال الصبى مطلقـا وقد سبق فى مقدمة هذا الشرح فى أول كتاب الصلاة وجه أن أجرة تعلمه ما ليس متعينا بعد البلوغ فيما زاد على الفاتحة والفرائض وغير ذلك فى مال الولى ، فحصل أن الأصح وجوب نفقـة الحج فى مال الولى ، ووجوب أجرة تعلم ما ليس بواجب فى مال الصبى ، والفرق أن مصلحة التعلم كالضرورية وإذا لم يجعلها الولى فى صغر الصبى احتاج الصبى إلى اسـتدراكها بعد بلوغه بخلاف الحج • قال الشيخ أبو حامد : ولأن مؤنة التعليم يسيرة غالبا لا تجحف بمال الصبى بخلاف الحج والله أعلم •

(فـرع) قال المتولى : ليس للولى أن يسلم النفقـة إلى الصبى ، ولكن إن كان معه أنفق عليه ، وإن لم يكن معه سلم المـال إلى أمه لتنفق عليه ، فلو سلمه إلى الصبى ــ فإن كان المـال من مال الولى ــ فلا شىء على أحد ، وإن كان من مال الصبى ضمنه الولى لتفريطه ، والله أعلم •

(فـرع) قد سبق أنه يجب على الولى منع الصبى من محظورات الإحرام فلو تطيب أو لبس ناسيا فلا فدية قطعا ، وإن تعمد قال أصحابنا : ينبنى ذلك على القولين المشهورين فى كتاب الجنايات أن عمد الصبى عمد أم خطأ ؟ الأصح أنه عمد (فإن قلنا) خطأ فلا فدية ، وإلا وجبت ، قال إمام الحرمين : وبهذا قطع المحققون لأن عمده فى العبادات كعمد البالغ ، ولهذا لو تعمد فى صلاته كلاما أو فى صومه أكلا بطلا ، وحكى الدارمى قولا غريبا أنه إن كان الصبى ممن يلتذ بالطيب واللباس وجبت وإلا فلا ، ولو حلق أو قلم ظفرا أو قتل صيدا عمدا ، وقلنا : عمد هذه الأفعال وسهوها سواء وهو المذهب ، وجبت الفدية ، وإلا فهى كالطيب واللباس •

ومتى وجبت الفدية ، فهل هى فى مال الصبى ؟ أم فى مال الولى ؟ فيه قولان مشهوران حكاهما القاضى أبو الطيب والمحاملى وابن الصباغ والبغوى والمتولى وخلائق قولين ، وحكاهما الشيخ أبو حامد والبندنيجى وآخرون وجهين ، ودليلهما ما سبق فى النفقة ، واتفقوا على أن الأصح أنها فى مال الولى وهـو مذهب مالك • قال أبو حامد والقـاضى أبو الطيب

والبندنيجي وآخرون : هذا القول هو المنصوص فى الإملاء قال أبو الطيب : والقول الثانى أنها فى مال الصبى هو نصه فى القـديم وحكاه أبو حامد وجها مخرجا ، وأما المحاملى فى المجموع فقال : نص فى الإملاء أنها فى مال الصبى وفى الأم أنها فى مال الولى والله أعلم •

وهذان القولان إنما هما فيما إذا أحرم بإذن الولى فإن أحرم بغير إذنه وصححناه فالفدية فى مال الصبى بلا خلاف كما لو أتلف شيئا لآدمى ، صرح به المتولى وغيره وحكى الدرامى والرافعى وجها فى أصل المسألة أنه إن كان الولى أبا أو جدا فالفدية فى مال الصبى وإن كان غيرهما ففى ماله قال الدارمى : هذا الوجه قاله ابن القطـان فى كل فدية تجب بفعل الصبى وهذا غريب ضعيف والله أعلم •

ومتى قلنا : الفدية على الولى فهى كالفدية الواجبة على البالغ بفعل نفسه ، فإن اقتضت صوما أو غيره فعله وأجزأه (وإذا قلنا :) إنها فى مال الصبى فإن كانت مرتبة فحكمها حكم كفارة القتل وإن كانت فدية تخيير بين الصوم وغيره واختار أن يفدى الصبى بالصوم فهل يصح منه فى حال الصبا ؟ فيه-وجهان مشهوران حكاهما القاضى أبو الطيب فى تعليقه والمتولى وآخرون بناء على الخلاف الذى سنذكره فيها إن شاء الله تعالى فى قضاء الحج الفاسد فى حال الصبا (أصحهما) يجزئه قال أبو الطيب والدارمى وهو قول القـاضى أبى حامد المروروذى : لأن صـوم الصبى صحيح (والثانى) لا ، لأنه يقع واجبا ، والصبى ليس ممن يقع عنه واجب ، قال الدارمى : هذا الوجه قول ابن المرزبان • ولو أراد الولى فى فدية التخيير أن يفدى عنه بالمـال لم يجز لأنه غير متعين فلا يجوز صرف المـال فيه هكذا قطع به جماعة وأشار المتولى إلى خلاف فيه فقـال : لا يجوز على المذهب •

(فـرع) لو طيب الولى الصبى وألبسه أو حلق رأسه أو قلمه ، فإن لم يكن لحاجة الصبى ، فالفدية فى مال الولى بلا خلاف ، وكذا لو طيبه أجنبى فالفدية فى مال الأجنبى بلا خلاف ، صرح بها البغوى وآخرون ،

وهل يكون الصبى طريقا فى ذلك ؟ فيه وجهان حكاهما البغوى وآخرون (فإن قلنا :) لا ، لم يتوجه فى مال الصبى مطالبة ، وإلا طولب ورجع على الأجنبى أو الولى عند يساره أو إمكان الأخذ منه والأصح أنه لا يكون طريقا • وإن فعل الولى ذلك لحاجة الصبى ومصلحته فطريقان (أحدهما) القطع بأنها فى مال الولى • لأنه الفاعل (وأصحهما) وبه قطع البغوى وآخرون أنه كمباشرة الصبى ذلك فيكون فيمن يجب عليه الفدية القولان السابقان (أصحهما) الولى (والثانى) الصبى والله أعلم •

ولو ألجأه الولى إلى التطيب فالفدية فى مال الولى بلا خلاف صرح به الدارمى وغيره قال الدارمى وغيره : ولو فوته الولى الحج فالفدية فى مال الولى بلا خلاف •

(فـرع) قال المتولى : إذا تمتع الصبى أو قرن فحكم دم التمتع ودم القران حكم الفدية بارتكاب المحظورات ففيها الخلاف السابق لوجود المعنى الموجود هناك •

(فـرع) لو جامع الصبى فى إحرامه ناسيا أو عامدا ، وقلنا : عمده خطأ ففى فساد حجه القولان المشهوران فى البالغ إذا جامع ناسيا (أصحهما) لا يفسد حجه (والثانى) يفسد ، وإن جامع عامدا وقلنا : عمده عمد ، فسد بلا خلاف ، وإذا فسد فهل يجب عليه قضاؤه ؟ فيه قولان مشهوران ، وحكاهما القاضى أبو الطيب فى تعليقه وجهين والمشهور قولان (أصحهما) يجب ، اتفقوا على تصحيحه ، ممن صححه المحاملى والبغوى والمتولى والرافعى وآخرون ، لأنه إحرام صحيح ، فوجب القضاء إذا أفسده ، كحج التطوع فى حق البالغ (والثانى) لا يجب لأنه ليس أهلا لأداء فرض الحج ، فإن قلنا : يجب القضاء ، فهل يصح منه فى حال الصبا ؟ فيه خلاف مشهور ، حكاه المصنف فى باب محظورات الإحرام ، والبغوى وطائفة قولين ، وحكاه الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والبندنيجى والمحاملى والجمهور وجهين (أصحهما) باتفاق الأصحاب أنه يجزئه ممن صرح بتصحيحه الشيخ أبو حامد والمحاملى وصاحب الشامل والرافعى وآخرون ، قال

الشيخ أبو حامد والبندنيجي : وهو المنصوص لأنه لما صلحت حالة الصبا للوجوب على الصبى فى هذا ، صلحت لإجزائه (والثانى) لا يجزئه لأن الصبا ليس محل أداء الواجبات .

فعلى هذا قال أصحابنا : إذا بلغ ينظر فى الحجة التى أفسدها ، إن كانت بحيث لو سلمت من الإفساد لأجزأته عن حجة الإسلام بأن بلغ قبل فوات الوقوف وقع القضاء عن حجة الإسلام ، وإن كانت بحيث لا تجزىء لو سلمت من الفساد ، بأن بلغ بعد الوقوف لم يقع القضاء عن حجة الإسلام ، بل عليه أن يبدأ بحجة الإسلام ثم يقضى ، فإن نوى القضاء أولا وقع عن حجة الإسلام بلا خلاف ، كما سيأتى إيضاحه بدليله إن شاء الله تعالى . هكذا ذكر هذا التفصيل الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى وسائر الأصحاب ، ولا خلاف فيه قال أبو حامد والمحاملى فى المجموع : وهذا أصل لكل حجة فاسدة إذا قضيت هل تقع عن حجة الإسلام ؟ فيها هذا التفصيل .

قال أصحابنا : وإذا جوزنا القضاء فى مال الصبى فشرع فيه ، وبلغ قبل الوقوف ، انصرف إلى حجة الإسلام وعليه القضاء . قال أصحابنا : وحيث فسد حج الصبح ، وقلنا : يجب القضاء ، وجبت الكفارة ، وهى بدنة وإن لم نوجب القضاء ففى البدنة وجهان (أصحهما) الوجوب ، وبه قطع الشيخ أبو حامد الإسفراينى والقاضى أبو الطيب فى تعليقهما والمحاملى وصاحب الشامل وآخرون ونقل المحاملى وصاحب الشامل الاتفاق عليه ، وإذا وجبت البدنة فهل تجب فى مال الولى ؟ وإذا أوجبنا القضاء فنفقة القضاء هل تجب فى مال الولى ؟ أم الصبى ؟ فيه الخلاف كالبدنة ، صرح به الدارمى وغيره ، وقد ذكر المصنف هذا الفرع فى باب محظورات الإحرام ، وذكره الأصحاب هنا ، فرأيت ذكره هنا أولى لوجهين (موافقة) الجمهور (والمبادرة) إلى الخيرات ، والله تعالى أعلم .

(فرع) قال المتولى : لو صام الصبى فى شهر رمضان وجامع فيه جماعا يفسد صومه ، وقلنا : إن وطأه فى الحج عامدا يوجب الفدية ، ففى

وجوب كفارة الوطء فى الصوم وجهان (أحدهما) تلزمه كما تلزمه البدنة بإفساد الحج (والثانى) لا تلزمه •

(فـرع) قال القاضى أبو الطيب فى تعليقـه والدارمى : إذا نوى الولى أن يعقد الإحرام للصبى ، فمر به على الميقات ولم يعقده ، ثم عقده بعده فوجهان (أحدهما) تجب الفدية فى مال الولى خاصـة لأنه لو مر بالميقات مريدا للنسك ولم يحرم ، لزمته الفدية فكذلك هنا • ولأنه لو عقد الإحرام للصبى ثم فوت الحج وجبت الفدية فى مال الولى (والثانى) لا تجب الفدية لا على الولى ولا فى مال الصبى (أما) الولى فلأنه غير محرم ولم يرد الإحرام (وأما) الصبى فلأنه لم يقصد الإحرام •

(فـرع) قال الرافعى : حكم المجنون حكم الصبى الذى لا يميز فى جميع ما سبق ، قال : ولو خرج الولى بالمجنون بعـد استقرار فرض الحج عليه ، وأنفق على المجنون من ماله نظر إن لم يفق حتى فات الوقوف غرم الولى زيادة نفقة السفر ، وإن أفاق وأحرم وحج فلا غرم ، لأنه قضى ما عليه ، ويشترط إفاقته عند الإحرام والوقوف والطواف والسعى ، ولم يتعرض الأصحاب لحالة الحلق ، قال وقياس كونه نسكا اشتراط الإفاقة فيه كسائر الأركان ، وهذا كلام الرافعى ، وقال : هو قبل هذا الجنون كصبى لا يميز ، يحرم عنه وليه ، قال : وفيه وجه ضعيف أنه لا يجـوز الإحرام عنه ، لأنه ليس من أهل العبادات •

وقد سبق بيان هذا الخلاف فى صحة إحرام الولى عنه ، وقد ذكر إمام الحرمين والمتولى والبغوى نحو هذا الذى ذكره ، وقولهم : يشترط إفاقته عند الإحرام وسائر الأركان • معنـاه يشترط ذلك فى وقوعه عن حجة الإسلام (وأما) وقوعه تطوعا ، فلا يشترط فيه شىء من ذلك ، كما قالوا فى صبى لا يميز ولهذا قالوا : هو كصبى لا يميز ، وسيأتى إيضاحه مبسوطا فى فصل الوقوف بعرفات إن شاء الله تعالى •

(فـرع) اتفق أصحابنا العراقيون والخراسـانيون وغيرهم ، أن المغمى عليه ومن غشى لا يصح إحرام وليه عنه ولا رفيقه عنه لأنه غير زائل

العقل ويرجى برؤه عن قرب ، فهو كالمريض • قال أصحابنا : لو خرج فى طريق الحج فأغمى عليه عند الميقات قبل أن يحرم ، لم يصح إحرام وليه ولا رفيقه عنه ، سواء كان أذن فيه قبل الإغماء أم لا ، وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد وأحمد وداود وقال أبو حنيفة : يصح إحرام رفيقه عنه استحسانا ، ويصير المغمى عليه محرما ، لأنه علم من قصده ذلك ، ولأنه يشق عليه تفويت الإحرام •

قال القاضى أبو الطيب : واحتج لأبى حنيفة أيضا بأن الإحرام أحد أركان الحج فدخلته النيابة للعجز كالطواف ، قالوا : وقياسا على الطفل ، قال القاضى : ودليلنا أنه بلغ فلم يصح عقد الإحرام له من غيره كالنائم (فإن قيل :) المغمى عليه إذا نبه لا ينتبه بخلاف النائم (قلنا :) هذا الفرق يبطل بإحرام غير رفيقه قال القاضى : وقياسهم على الطواف لا نسلمه ، لأن الطواف لا تدخله النيابة ، حتى ولو كان مريضا لم يجز لغيره الطواف عنه ، بل يطاف به محمولا (وأما) قياسهم على الطفل فالفرق أن الإغماء يرجى زواله عن قرب بخلاف الصبا، ولهذا يصح أن يعقد الولى النكاح للصبى دون المغمى عليه ، والله أعلم •

(**فرع**) اتفق أصحابنا على أن المريض لا يجوز لغيره أن يحرم له فيصير محرما ، سواء كان مريضا مأيوسا منه أو غيره ، قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه والفرق بينه وبين الطفل أن نائب المريض يحتاج أن يفعل عنه كل الأفعال ، فإنها متعذرة منه بخلاف الطفل ، فإنه يتأتى منه معظم الأفعال •

(**فرع**) فى مذاهب العلماء فى حج الصبى • قد ذكرنا أن مذهبنا أنه يصح حجه ، ولا يجب عليه (فأما) عدم وجوبه على الصبى فمجمع عليه ، قال ابن المنذر فى الإشراف : أجمع أهل العلم على سقوط فرض الحج عن الصبى وعن المجنون والمعتوه ، قال : وأجمعوا على أن المجنون إذا حج ثم أفاق أو الصبى إذا حج ثم بلغ أنه لا يجزئهما عن حجة الإسلام ، قال : وأجمعوا على أن جنايات الصبيان لازمة لهم (وأما) صحة حج الصبى

فهو مذهبنا ومذهب مالك وأحمد داود ، وجماهير العلمـاء من السلف والخلف وأشار ابن المنذر إلى الإجماع فيه ، وقال أبو حنيفة فى المشهور عنه : لا يصح حجه ، وصححه بعض أصـحابه واحتج له بحديث « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ » إلى آخره ، وهو صحيح سـبق بيانه قريبا • وقياسا على النذر ، فإنه لا يصح منه ، ولأنه لا يجب عليه ، ولا يصح منه ، ولأنه لو صح منه لوجب عليه قضاؤه إذا أفسده ، ولأنه عبادة بدنية فلا يصح عقدها من الولى للصبى كالصلاة •

واحتج أصحابنا بحديث ابن عباس « أن امرأة رفعت صبيا فى حجة الوداع فقالت : يا رسول الله ألهـذا حج ؟ قال : نعم ولك أجر » رواه مسلم ، وعن السائب بن يزيد رضى الله عنـه قال : حُجَّ بى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع وأنا ابن سبع سنين » رواه البخارى ، وبحديث جابر : « حججنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم معنا النساء والصبيان فلبينا عن الصبيان ورمينا عنهم » رواه ابن ماجه ، وسبق بيانه فى أول الفصل ، وقياسا على الطهارة والصلاة ، فإن أبا حنيفة صححهما منه ، وكذا صحح حجه عنده بلا خلاف ، ونقله خطأ منه وصحح إمامـة الصبى فى النافلة •

(وأما) الجواب عن حديث : « رفع القلم » فمن وجهين (أحدهما) المراد رفع الإثم لا إبطال أفعاله (الثانى) أن معناه لا يكتب عليـه شىء ، وليس فيه منع الكتابة له وحصول ثوابه (والجواب) عن قياسـهم على النذر من وجهين ذكرهما القاضى أبو الطيب والأصحاب (أحدهما) أنه ينكسر بالوضوء والصلاة ، فإنه لا يصح منه نذرهما ويصحان منه ، وقد سبق أن الكسر هو أن توجد معنى العلة ولا حكم ، والنقض أن توجد العلة ولا حكم ، وقد أوضحت هذا فى باب صـدقة المواشى حيث ذكره المصنف (والثانى) أن النذر التزام بالقول ، وقول الصبى ساقط بخلاف الحج فإنه فعل ونية فهو كالوضوء (وأما) قولهم لا يجب عليه ولا يصح منه فجوابه من وجهين (أحدهما) أنه منتقض بالوضوء (والثانى) أن عدم الوجوب للتخفيف وليس فى صحته تغليظ • (وأما) قولهم : لوجب قضاؤه

إذا أفسده فنحن نقول به وهو الصحيح عندنا كما سبق بيانه (والجواب) عن قولهم : عبادة بدنية إلى آخره أن الفرق ظاهر ، فإن الحج تدخله النيابة بخلاف الصلاة والله أعلم •

قال إمام الحرمين فى كتابه الأساليب : المعول عليه عندنا فى مسألة الأخبار الصحيحة التى لا تقبل التأويل ، وذكر بعض ما سبق من الأحاديث ، ثم ذكر دلائل من حيث القياس والمعنى ، ثم قال : وهذا تكلف بعد الأخبار الصحيحة قال : ولا يستقيم لهم فرق أصلا بين الصلاة والحج (فإن قالوا :) فى الحج مؤنة (قلنا :) تلك المؤن فى مال الولى على الصحيح ، فلا ضرر على الصبى (فإن قالوا :) فيه مشقة (قلنا) مشقة المواظبة على الصلاة والطهارة وشروطهما أكثر ، والله أعلم •

وقال ابن عبد البر فى التمهيد : صحح حج الصبى مالك والشافعى وسائر فقهاء الحجاز والثورى وسائر فقهاء الكوفة ، والأوزاعى والليث وسائر من سلك سبيلهما من أهل الشام ومصر قال : وكل من ذكرناه يستحب الحج بالصبيان ويأمر به قال : وعلى هذا جمهور العلماء من كل قرن ، قال : وقالت طائفة لا يحج بالصبى ، وهذا قول لا يعرج عليه ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم « حج بأغيلمة بنى عبد المطلب » وحج السلف بصبيانهم قال : وحديث المرأة التى رفعت الصبى وقالت : « ألهذا حج ؟ قال نعم ولك أجر » قال : فسقط كل ما خالف هذا والله أعلم • وقال القاضى عياض : أجمعوا على أن الصبى إذا حج ثم بلغ لا يجزئه عن حجة الإسلام ، إلا فرقة شذت لا يلتفت إليها ، قال : وأجمعوا على أنه يحج به إلا طائفة من أهل البدع منعوا ذلك ، وهو مخالف لفعل النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه وإجماع الأمة ، والله أعلم •

(فرع) قال أصحابنا وغيرهم : يكتب للصبى ثواب ما يعمله من الطاعات كالطهارة والصلاة والصوم والزكاة والاعتكاف والحج والقراءة ، والوصية والتدبير إذا صححناهما ، وغير ذلك من الطاعات ، ولا يكتب عليه معصية بالإجماع ، ودليل هذه القاعدة الأحاديث الصحيحة المشهورة

كحديث « ألهذا حج ؟ قال : نعم ولك أجر » وحديث السائب بن يزيد وحديث جابر وغيرهما مما سبق هنا ، وحديث صلاة ابن عباس مع النبى صلى الله عليه وسلم ، وحديث تصويم الصبيان يوم عاشوراء ، وهو فى الصحيحين ، وحديث « مُرُوا أولادكم بالصلاة لسبع » وهو صحيح وسبق بيانه ، وحديث إمامة عمرو بن سلمة وهو ابن سبع سنين ، وهو فى البخارى ، وأشباه ذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما العبد فلا يجب عليه [الحج لأن منافعه [1] مستحقة لمولاه وفى إيجاب الحج عليه إضرار بالمولى] ويصح منه ، لأنه من اهل العبادة ، فصح منه الحج كالحر ، فإن احرم بإذن السيد وفعل ما يوجب الكفارة ، فإن ملكه السيد مالا ، وقلنا : إنه يملكه لزمه الهدى (وإن قلنا :) لا يملك أو لم يملكه السيد [وجب] عليه الصوم ، [ويجوز] للسيد أن يمنعه من الصوم ، لأنه لم يأذن فى سببه ، وإن أذن له فى التمتع أو القران وقلنا : لا يملك المال صام ، وليس للمولى منعه من الصوم لأنه وجب بإذنه (وإن قلنا :) [إنه] يملك ففى الهدى قولان (أحدهما) يجب فى مال السيد ، لأنه[2] وجب بإذنه (والثانى) لا يجب عليه ، لأن إذنه رضاء بوجوبه على عبده لا فى ماله ، ولأن موجب التمتع فى حق العبد هو الصوم ، لأنه لا يقدر على الهدى ، فلا يجب عليه الهدى) .

(الشرح) أجمعت الأمة على أن العبد لا يلزمه الحج ، لأن منافعه مستحقة لسيده ، فليس هو مستطيعا ، ويصح منه الحج بإذن سيده وبغير إذنه بلا خلاف عندنا ، قال القاضى أبو الطيب : وبه قال الفقهاء كافة ، وقال داود : لا يصح بغير إذنه . دليلنا ما ذكره المصنف ، قال أصحابنا : فإن أحرم بإذنه لم يكن للسيد تحليله ، سواء بقى نسكه صحيحا أو أفسده ، ولو باعه والحالة هذه لم يكن للمشترى تحليله ، وله الخيار إن جهل إحرامه ، قال أصحابنا : ويصح بيعه بلا خلاف ، ويخالف بيع العين المستأجرة على قول ، لأن يد المستأجر تمنع المشترى من التصرف بخلاف

---

(١) هذه القطعة ساقطة من ش و ق وكذلك كل ما بين المعقوفين (ط) .

(٢) فى ش و ق (لأنه اذن فى سببه) (ط) .

العبد ، ولو أحرم بغير إذنه فالأولى أن يأذن له فى إتمام نسكه ، فإن حلله جاز على المذهب ، وبه قطع المصنف فى باب الفوات والإحصار وجمهور الأصحاب •

وحكى ابن كج وجها أنه ليس له تحليله ، لأنه يلزم بالشروع تخريجا من أحد القولين فى المزوجة إذا أحرمت بحج تطوع ، وهذا شاذ منكر ، لأن إذن السيد تبرع فجاز الرجوع فيه كالعارية ، فلو باعه والحالة هذه فللمشترى تحليله ولا خيار له ، ذكره البندنيجى والجرجانى فى المعاياة وآخرون ، ولو أذن له فى الإحرام فله الرجوع فى الإذن قبل الاحرام ، فإن رجع ولم يعلم العبد فأحرم فهل له تحليله ؟ فيه وجهان مشهوران فى طريقتى العراق وخراسان ، قال أصحابنا : هما مبنيان على القولين فيما إذا عزل الموكل الوكيل ، وتصرف بعد العزل وقبل العلم (أصحهما) له تحليله كما أن الأصح هناك بطلان تصرفه •

وإن علم العبد رجوع السيد قبل الإحرام ثم أحرم فله تحليله وجها واحدا ، لأنه أحرم بغير إذن ، ويجىء فيه الوجه السابق عن حكاية ابن كج ، وإن رجع السيد بعد إحرام العبد لم يصح رجوعه ولم يكن له تحليله عندنا • وقال أبو حنيفة : له ذلك كالعارية يرجع فيها متى شاء ، ودليلنا : أنه عقد عقده بإذن سيده فلم يكن لسيده إبطاله كالنكاح ، ولأن من صح إحرامه بإذن غيره لم يكن للغير إبطاله كالزوج (والجواب) عن العارية أن الرجوع فيها لا يبطل ما مضى بخلاف الإحرام والله أعلم •

قال أصحابنا : ولو أذن له فى العمرة فأحرم بالحج فله تحليله ، ولو كان بالعكس لم يكن له تحليله ، هكذا ذكره البغوى ، قال : لأن العمرة دون الحج • وقال الدارمى : إن أذن له فى حج فأحرم بعمرة أو فى عمرة فأحرم بحج فله تحليله ، وقيل : لا يحلله ، وذكر الرافعى كلام البغوى ، ثم قال فيما إذا أذن فى حج فأحرم بعمرة : ظنى أنه لا يسلم عن خلاف ، هذا كلام الرافعى فحصل فى الصورتين ثلاثة أوجه (أصحها) وبه قطع البغوى له أن يحلله فيما إذا أذن فى عمرة فأحرم بحج دون عكسه (والثانى)

له تحليله فيهما ، وهو اختيار الدارمى (والثالث) ليس له فيهما ، وهـذا غلط فى صورة الإذن فى عمرة ، لأنه زيادة على المـأذون فيه ، ولو أذن له فى التمتع فله منعه من الحج بعد تحلله من العمرة وقبل إحرامه بالحج ، كما لو رجع فى الإذن قبل الإحرام بالعمرة ويجىء فيه الوجه السابق عن ابن كج وليس له تحليله من العمرة ولا من الحج بعد الشروع فيهما .

ولو أذن فى الحج أو التمتع فقرن ليس له تحليله بالاتفاق ، صرح به البغوى وآخرون ، لأن الإذن فى التمتع إذن فى الحج هذا هو المعروف ، وفى كلام الدارمى إشارة إلى خلاف فيه ، فإنه قال : لو أذن له فى القِرَانِ فأفرد أو تمتع يحتمل وجهين ، وكذا إن أذن فى الإفراد فقرن أو تمتع ، وكذا لو أذن فى التمتع أو الإفراد فقرن ، هذا آخر كلام الدارمى .

قال الدارمى : فلو أذن فى الإحرام مطلقـا فأحرم وأراد صرفه إلى نسك وأراد السيد غيره فوجهان (أحدهما) القول قول العبد (والثانى) هو كاختلاف الزوجين إذا قالت : راجعتنى بعد انقضاء عدتى ، وقال : قبلها (فإن قلنا) قولان فمثله (وإن قلنا :) القول قول الزوج فى الرجعـة ، وقولها فى انقضاء العدة فمثله (وإن قلنا) يراعى السابق بالدعوى فمثله ، قال البغوى وغيره : ولو أذن له فى الإحرام فى ذى القعدة فأحرم فى شوال ، فله فيه تحليله قبل دخول ذى القعدة ولا يجوز بعد دخوله ، قال الدارمى : ولو أذن له فى الإحرام من مـكان فأحرم من غيره فله تحليـله ، ومراد الدارمى إذا أحرم من أبعد منه قال الدارمى : ولو قال العبد لسيده أذنت لى فى الإحرام وقال السيد : لم آذن فالقول قول السيد ، قال : ولو نذر العبد حجا ، ففى صحته وجهان ، فإن صححنا فَعَلَهُ بعد عتقه وبعـد حجة الإسلام ، وإن أذن له السيد فى فعله رقيقا ففعله ، ففى صحته الوجهان المشهوران فى قضاء الصبى والعبد الحجة الفاسدة فى حال الصبا والرق ، والأصح عند الأصحاب صحة نذره والله أعلم .

قال أصحابنا : وأم الولد والمدبر والأمة المزوجة والمعلق عتقه بصفة ، ومن بعضه رقيق كالعبد القن فى كل ما ذكرناه وما سنذكره إن شاء الله

تعالى فى إحرام العبد وما يتعلق به سواء ، ولو أحرم المكاتب بغير إذن مولاه ففى جواز تحليله لسيده طريقان (أحدهما) فيه قولان كمنعه من سفر التجارة (والثانى) له تحليله قطعا لأن للسيد منفعة فى سفره للتجارة ، بخلاف الحج ، وهذا الثانى أصح ، وممن صححه البندنيجى • وقد ذكر المصنف المسألة فى آخر باب الفوات والإحصار ، والله أعلم •

(فرع) إذا أفسد العبد الحجة بالجماع فهل يلزمه القضاء ؟ فيه طريقان (أحدهما) فيه وجهان كالصبى حكاه القاضى أبو الطيب فى تعليقه والبندنيجى والمصنف فى باب محظورات الإحرام وطائفة قليلة (الصحيح) لزومه (والثانى) لا يلزمه ، وهذا الطريق غريب (والطريق الثانى) وهو الصحيح وبه قطع جماهير الأصحاب فى كل الطرق أنه يلزمه القضاء بلا خلاف ، لأنه مكلف بخلاف الصبى على قول ، وهل يجزئه القضاء فى حال رقه ؟ فيه قولان كما سبق فى الصبى (أصحهما) يجزئه فإن قلنا [1] لم يلزم السيد أن يأذن له فى القضاء إن كان إحرامه الأول بغير إذنه ، وكذا إن كان بإذنه على أصح الوجهين ، لأنه لم يأذن فى الإفساد ، هكذا ذكره البندنيجى والبغوى وآخرون وهو الصحيح •

وقال المصنف فى باب محظورات الإحرام وآخرون : إن قلنا : القضاء على التراخى لم يلزم السيد الإذن ، وإلا فوجهان ، قال المصنف وسائر الأصحاب فإذا قلنا : يجزئه القضاء فى حال الرق فشرع فيه فعتق قبل الوقوف بعرفات أو حال الوقوف أجزأه عن حجة الإسلام ، وإن قضى بعد العتق فهو كالصبى إذا قضى بعد البلوغ ، فإن كان عتقه قبل الوقوف أو حال الوقوف أجزأه القضاء عن حجة الإسلام ، لأنه لولا فساد الأداء لأجزأه عن حجة الإسلام ، وإن كان عتقه بعد الوقوف لم يجزئه القضاء عن حجة الإسلام ، فعليه حجة الإسلام ، ثم حجة القضاء • وقد سبق بيان هذا واضحا قريبا فى جماع الصبى فى الإحرام ، وذكرنا هناك القاعدة المتناولة لهذه المسألة ونظائرها ، والله أعلم •

---

(١) كذا بالأصل فحرر (ش) قلت ولعل العبارة هكذا : فان قلنا يلزمه القضاء لم يلزم السيد الخ (ط) •

(فرع) كل دم لزم العبد المحرم بفعل محظور كاللباس والصيد أو بالفوات لم يلزم السيد بحال ، سواء أحرم باذنه أم بغيره ؟ لأنه لم يأذن فى ارتكاب المحظور ، ثم إن المذهب الصحيح الجديد أن العبد لا يملك المال بتمليك السيد وعلى القديم يملك به ، فان ملكه وقلنا : يملك لزمه إخراجه وعلى الجديد فرضه الصوم ، وللسيد منعه فى حال الرق إن كان أحرم بغير إذنه ، وكذا باذنه على أصح الوجهين ، لأنه لم يأذن فى التزامه ، ولو قرن أو تمتع بغير إذن سيده فحكم دم القران والتمتع حكم دماء المحظورات ، وإن قرن أو تمتع باذنه فهل يجب الدم على السيد أم لا ؟ قال فى الجديد : لا يجب ، وهو الأصح وفى القديم قولان (أحدهما) هذا (والثانى) يجب ، بخلاف ما لو أذن له فى النكاح ، فان السيد يكون ضامنا للمهر على القول القديم قولا واحدا لأنه لا بدل للمهر وللدم بدل وهو الصوم والعبد من أهله .

وعلى هذا لو أحرم باذن السيد فأحصر وتحلل (فان قيل) لا بدل لدم الاحصار صار السيد ضامنا على القديم قولا واحدا (وإن قلنا) له بدل ففى صيرورته ضامنا له فى القديم قولان وإذا لم نوجب الدم على السيد فواجب العبد الصوم وليس لسيده منعه على أصح الوجهين وبه قطع البندنيجى لإذنه فى سببه ولو ملكه سيده هديا وقلنا يملكه أراقه وإلا لم تجز إراقته ، ولو أراقه السيد عنه فعلى هذين القولين ، ولو أراق عنه بعد موته أو أطعم عنه جاز قولا واحدا لأنه حصل الإياس من تكفيره ، والتمليك بعد الموت ليس بشرط ولهذا لو تصدق عن ميت جاز .

وهذا الذى ذكرناه من جواز الهدى والإطعام عنه بعد موته بلا خلاف فيه ، صرح به الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى والبندنيجى والبغوى والمتولى وسائر الأصحاب ، وصرحوا بأنه لا خلاف فيه ، قال أصحابنا : ولو عتق العبد قبل صومه ووجد هديا ، فعليه الهدى إن اعتبرنا فى الكفارة حال الأداء ، أو الأغلظ ، وإن اعتبرنا حال الوجوب فله الصوم وهل له الهدى ؟ فيه قولان حكاهما البغوى وآخرون (أصحهما) له ذلك

كالحر المعسر يجد الهدى (والثانى) لا ، لأنه لم يكن من أهله حال الوجوب بخلاف الحر المعسر والله أعلم •

(فـرع) إذا نذر العبد الحج ، فهل يصح منـه فى حال رقه ؟ قال الرويانى فيه وجهان كما فى قضاء الحجة التى أفسدها •

(فـرع) قال أصحابنا : حيث جوزنا للسيد تحليله أردنا أنه يأمره بالتحلل لا أنه يستقل بما يحصـل به التحلل ، لأن غايتـه أن يستخدمه ويمنعه المضى ، ويأمره بفعل المحظورات أو يفعلها به ، ولا يرتفع الإحرام بشىء من هذا بلا خلاف • وحيث جاز للسيد تحليله ، جاز للعبد التحلل ، وطريق التحلل أن ينظر (فإن) ملكه السيد هديا ــ وقلنا : يملكه ــ ذبح ونوى التحلل ، وحلق ونوى به أيضا التحلل ، وإن لم يملكه فطريقـان (أحدهما) أنه كالحر ، فيتوقف تحلله على وجود الهدى إن قلنا : لا بدل لدم الإحصار ــ أو على الصوم إن قلنا له بدل ، هذا كله على أحد القولين ، وعلى أظهرهما لا يتوقف بل يكفيه نية التحلل والحلق إن قلنا هو نسـك (والطريق الثانى) القطع بهذا القول الثانى ، وهذا الطريق هو الأصـح عند الأصحاب لعظم المشقة فى انتظار العتق ، وأن منـافعه لسيده ، وقد يستعمله فى محظورات الإحرام ، وقد ذكر المصنف تحليل العبد وما يتعلق به فى باب الفوات والإحصار ، والله أعلم •

(فـرع) حيث جاز تحليـله فأعتقه السيد قبل التحلل لم يجز له التحليل بل يلزمه إتمام الحج ، لأن التحلل إنما جاز لحق السيد ، وقد زال ، فإن فاته الوقوف فله حكم الفوات فى حق الحر الأصلى • هكذا صرح به الدارمى وغيره ، وهو ظاهر •

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(وإن حج الصبى ثم بلغ ، أو حج العبد ثم أعتق ، لم يجزئه ذلك عن حجة الإسلام ، لمـا روى ابن عباس قال : ((قال رسول الله صلى الله عليه وسلم • أيما صبى حج ثم بلغ فعليه حجة أخرى ، وأيما عبد حج ثم أعتق فعليه حجة أخرى)) فإن بلغ الصبى أو عتق العبد فى الإحرام نظرت ــ فإن كان قبل الوقوف بعرفة أو فى حال الوقوف بعرفة ــ أجزاه عن حجة الإسلام ،

لأنه أتى بأفعال النسك فى حال الكمال فاجزاه ، وإن كان ذلك بعد فوات الوقوف لم يجزئه [لأنه لم يدرك[1] وقت العبادة] وإن كان بعد الوقوف وقبل فوات وقته ولم يرجع إلى الموقف ، فقد قال أبو العباس : يجزئه لأن إدراك وقت العبادة فى حال الكمال كفعلها فى حال الكمال والدليل عليه أنه لو أحرم ثم كمل جعل كأنه بدأ بالإحرام فى الكمال . وإذا صلى فى أول الوقت ثم بلغ فى آخر الوقت ، جعل كأنه صلى فى حال البلوغ (والمذهب) أنه لا يجزئه لأنه لم يدرك الوقوف فى حال الكمال ، فأشبه إذا كمل فى يوم النحر ويخالف الإحرام ، لأن هناك إدراك الكمال والإحرام قائم ، فوزانه من مسألتنا أن يدرك الكمال وهو بعرفة فيجزئه ، وههنا أدرك الكمال وقد انقضى الوقوف فلم يجزئه ، كما لو أدرك الكمال بعد التحلل عن الإحرام ، ويخالف الصلاة ، فإن الصلاة تجزئه بإدراك الكمال بعد الفراغ منها ، ولو فرغ من الحج ، ثم أدرك الكمال لم يجزئه) .

(**الشرح**) حديث ابن عباس رواه البيهقى فى الباب الأول من كتاب الحج بإسناد جيد ، ورواه أيضا مرفوعا ، ولا يقدح ذلك فيه ، ورواية المرفوع قوية ، ولا يضر تفرد محمد بن المنهال بها ، فإنه ثقة مقبول ضابط روى عنه البخارى ومسلم فى صحيحيهما (وقوله) كمل هو ــ بفتح الميم وضمها وكسرها ــ ثلاث لغات ، وفى الكسر ضعف .

أما حكم المسألة فإذا أحرم الصبى بالحج ثم بلغ أو العبد ثم عتق ، فلهما أربعة أحوال (أحدها) أن يكون البلوغ والعتق بعد فراغ الحج ، فلا يجزئهما عن حجة الإسلام ، بل تكون تطوعا ، فإن استطاعا بعد ذلك لزمهما حجة الإسلام . وهذا لا خلاف فيه عندنا ، وبه قال العلماء كافة ، ونقل ابن المنذر فيه إجماع من يعتد به للحديث المذكور ، ولأن حجه وقع تطوعا فلا يجزئه عن الواجب بعده .

(الثانى) أن يكون البلوغ والعتق قبل الفراغ من الحج لكنه بعد خروج وقت الوقوف بعرفات فلا يجزئهما عن حجة الإسلام بلا خلاف ، لأنه لم يدرك وقت العبادة فأشبه من أدرك الإمام بعد فوات الركوع ، فإنه لا تحسب له تلك الركعة .

---

(1) ما بين المعقوفين ساقط من نسخة المهذب المطبوعة (ط) .

(الثالث) أن يكون قبل الوقوف بعرفات أو فى حال الوقوف ، فيجزئهما عن حجة الإسلام بلا خلاف عندنا • وقال أبو حنيفة ومالك : لا يجزئهما ، والخلاف يتصور مع أبى حنيفة فى العبد دون الصبى ، فإنه قال : لا يصح إحرامه • دليلنا أنه وقف بعرفات كاملا فأجزأه عن حجة الإسلام ، كما لو كمل حالة الإحرام •

(الرابع) أن يكون بعد الوقوف بعرفات ، وقبل خروج وقت الوقوف بأن وقف يوم عرفات ثم فارقها ، ثم بلغ أو عتق قبل طلوع الفجر ليلة النحر ، فإن رجع إلى عرفات فحصل فيها ووقت الوقوف باق أجزأه عن حجة الإسلام بلا خلاف ، كما لو بلغ وهو واقف ، وإن لم يعد وجهان مشهوران ذكر المصنف دليلهما (الصحيح) باتفاق الأصحاب لا يجزئه ، وهو المنصوص ، وقال ابن سريج يجزئه ، وسبق فى أول كتاب الصلاة الفرق بين الحج والصلاة واضحا ، قال أصحابنا : وإذا أجزأه عن حجة الإسلام ، فإن بلغ أو عتق فى حال الوقوف أو بعده ، وعاد إلى عرفات فى وقته أو قبل الوقوف ، فإن كان لم يسع عقب طواف القدوم ، فلابد من السعى ، لأنه ركن ، وإن كان سعى فى حال الصبا والرق ففى وجوب إعادته وجهان (أحدهما) لا يجب كما لا يجب إعادة الإحرام ، وبهذا قطع الشيخ أبو حامد ، قال أبو الطيب ، وهو قول ابن سريج : (وأصحهما) يجب ، وبه قطع أبو على الطبرى فى الإفصاح ، والدارمى وآخرون ، ورجحه القاضى أبو الطيب والرافعى وآخرون ، لأنه وقع فى حال النقص فوجبت إعادته بخلاف الإحرام فإنه مستدام •

(وأما) السعى فانقضى بكماله فى حال النقص ، فإذا وقع حجه تطوعا لم يجزئه عن حجة الإسلام ، ولا دم عليه بلا خلاف ، وإن وقع عن حجة الإسلام ففى وجوب الدم طريقان (أصحهما) على قولين (أصحهما) لا دم إذ لا إساءة ولا تقصير (والثانى) يجب لفوات الإحرام الكامل من الميقات فإن كماله أن يحرم بالغا حراً من الميقات ، ولم يوجد ذلك •

(والطريق الثانى) لا يجب قولا واحدا ، وبه قال أبو الطيب بن سلمة ،

وأبو سعيد الاصطخرى ، وقد ذكر المصنف المسألة فى باب مواقيت الحج ، وجزم بالطريق الأول وهو المشهور ، قال أصحابنا : وهذا الخلاف إذا لم يعد بعد البلوغ والعتق إلى الميقات ، فإن عاد إليه محرما فلا دم على المذهب ، كما لو ترك الميقات ثم عاد إليه ، وفيه وجه أنه لا يسقط الدم بالعودة هنا .

قال أصحابنا : والطواف فى العمرة كالوقوف فى الحج ، فإذا بلغ أو عتق أجزأته عن عمرة الإسلام ، وكذا لو بلغ أو عتق فيه ، وإن كان بعده فلا ، وحيث أجزأهما عن حجة الإسلام وعمرته ، فهل نقول وقع إحرامهما أولا تطوعا ؟ ثم انقلب فرضا عقب البلوغ والعتق ؟ أم وقع إحرامهما موقوفا ؟ فإن أدركا به حجة الإسلام تبينا وقوعه فرضا وإلا فنفلا ؟ فيه وجهان حكاهما البغوى والمتولى وآخرون (أصحهما) وقع تطوعا وانقلب فرضا ، وبهذا قطع البندنيجى والمحاملى فى المجموع . قال المحاملى : وفائدة الوجهين أنا إن قلنا : وقع نفلا وسعى عقب طواف القدوم ، ثم بلغ ، وجبت إعادة السعى وإلا فلا .

(فرع) قد ذكرنا أن الأصحاب قالوا : إذا أفسد الصبى والعبد حجهما وقلنا : يلزمهما القضاء ، ولا يصح فى الصبا والرق ، أو قلنا : يصح ولم يفعلاه حتى كملا بالبلوغ والعتق ، فإن كانت تلك الحجة لو سلمت من الإفساد لأجزأت عن حجة الإسلام ، فان بلغ أو عتق قبل فوات الوقوف وقع القضاء عن حجة الاسلام بلا خلاف ، وإن كانت لا تجزىء عن حجة الإسلام لو سلمت من الإفساد بأن بلغ أو عتق بعد فوات الوقوف لم يقع القضاء عن حجة الإسلام ، بل عليه أن يبدأ عن حجة الاسلام ثم يقضى ، فان نوى القضاء أولا ، وقع عن حجة الإسلام ، قال أصحابنا : وهذا أصل لكل حجة فاسدة إذا قضيت ، هل يقع عن حجة الإسلام ؟ فيه هذا التفصيل، وقد سبق بيان هذه القاعدة واضحا فى جماع الصبى .

قال الدارمى : ولو فات الصبى والعبد الحج وبلغ وعتق . فان كان البلوغ والعتق قبل الفوات فعليه حجة واحدة تجزئه عن فرض الإسلام

والقضاء ، وإن كان بعد الفوات فعليه حجتان حجة الفوات وحجة الإسلام ، ويبدأ بالإسلام ، قال : وإن أفسد الحر البالغ حجه قبل الوقوف ثم فاته الوقوف أجزأته حجة واحدة عن حجة الإسلام والفوات والقضاء ، وعليه بدنتان إحداهما للإفساد والأخرى للفوات ، والله أعلم .

(فرع) فى حكم إحرام الكافر ومروره بالميقات وإسلامه فى إحرامه ، وهذا الفرع ذكره المزنى فى مختصره والأصحاب أجمعون ، مع مسائل حج الصبى والعبد ، وترجموا للجميع بابا واحدا ، وقد ذكر المصنف مسألة منه فى باب مواقيت الحج ، فرأيت ذكره هنا أولى لموافقة الجمهور ، ومبادرة إلى الخيرات قال أصحابنا : إذا أتى كافر الميقات يريد النسك فأحرم منه ، لم ينعقد إحرامه بلا خلاف كما سبق بيانه ، فان أسلم قبل فوات الوقوف ولزمه الحج لتمكنه منه ، فله أن يحج من سنته ، وله التأخير ، لأن الحج على التراخى ، والأفضل حجه من سنته فان حج من سنته ، وعاد إلى الميقات فأحرم منه أو عاد منه محرما بعد إسلامه فلا دم بالاتفاق ، وإن لم يعد بل أحرم وحج من موضعه ، لزمه الدم كالمسلم إذا جاوزه بقصد النسك ، هكذا نص عليه الشافعى واتفق عليه الأصحاب إلا المزنى ، فانه قال : لا دم لأنه مر به وليس هو من أهل النسك ، فأشبه غير مريد النسك والمذهب الأول .

هذا كله إذا أسلم وأمكنه من سنته فإن لم يمكن بأن أسلم بعد الفجر من ليلته لم يجب عليه الحج فى هذه السنة فإن استطاع بعد ذلك لزمه وإلا فلا ، ولا خلاف أنه لا أثر لإحرامه فى الكفر فى شىء من الأحكام فلو قتل صيدا أو وطىء أو تطيب أو لبس أو حلق شعره أو فعل غير ذلك من محرمات الاحرام فلا شىء عليه ولا ينعقد نكاحه وكل هذا لا خلاف فيه ولو مر كافر بالميقات مريدا للنسك وأقام بمكة ليحج قابلا منها وأسلم قال الدارمى : فان كان حين مر بالميقات أراد حج تلك السنة ثم حج بعدها فلا دم بالاتفاق لأن الدم إنما يجب على تارك الميقات إذا حج من سنته وهذا لم يحج من سنته وإن كان نوى حال مروره حج السنة الثانية التى حج فيها

ففى وجوب الدم وجهان قال : ولو كان حين مروره لا يريد إحراما بشىء ثم أسلم وأحرم فى السنة الثانية ففعله من مكة فى السنة الثانية ففى وجوب الدم الوجهان كالكافر .

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى حج العبد والصبى سوى ما سبق . قد ذكرنا أن الصبى والعبد إذا أحرما وبلغ وعتق قبـل فوات الوقوف أجزأهمـا عن حجة الإسلام وبه قال إسحاق بن راهويه وقال به الحسن البصرى وأحمد فى العبد . قال أبو حنيفة ومالك وأبو ثور : لا يجزئهما واختاره ابن المنذر (أما) إذا لم يبلغ أو لم يعتق إلا بعد الوقوف فلا يجزئه سواء كان بعد ذهاب وقت الوقوف أو فى الوقت ولم يعد إلى عرفات كما سبق ، هذا هو المشهور من مذهبنا وقال ابن سريج : يجزئهمـا إن كان وقت الوقوف باقيا وإن لم يرجعـا والصحيح لغير ابن سريج الأول قال العبدرى : وبهذا قال جمهور العلماء ولم يذكر فى المسألة خلافا .

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم إلا من شـذ منهم ممن لا يعتـد بخلافه خلافا أن الصبى إذا حج ثم بلغ ، والعبد إذا حج ثم عتق أن عليهما بعد ذلك حجة الإسلام إن استطاعا ، وإحرام العبد بغير إذن سيده صحيح عندنا كما سبق ، قال العبدرى وبه قال جميع الفقهاء ، واختلف فيه أصحاب داود والمشهور عنه بطلانه ، ولو مر الكافر بالميقات مريدا نسكا وجاوزه ثم أسلم ثم أحرم ولم يعد إلى الميقات لزمه دم كما سبق ، وبه قال أحمد وقال مالك والمزنى وداود : لا يلزمه .

(فـرع) قال أصحابنا : المحجور عليه لسفه يسد[1] فى وجوب الحج ، لكن لا يجـوز للولى دفع المـال إليه ، بل يصحبه الولى وينفق عليـه بالمعروف ، أو ينصب قَيِّماً ينفق عليه من مال السفيه ، قال البغوى : وإذا شرع السفيه فى حج الفرض أو حج نذره قبل الحجر بغير إذن الولى لم يكن للولى تحليله ، بل يلزمه الإنفاق عليه من مال السفيه إلى فراغه ، ولو

---

(١) كذا بالأصل ولا تستقيم العبارة هكذا وانما يمكن ان يقال : لسفه كفيره فى وجوب الحج الخ : المطيعى .

شرع فى حج تطوع ثم حجر عليه فكذلك ولو شرع فيه بعد الحجر فللولى تحليله إن كان يحتاج إلى مؤنة تزيد على نفقتـــه المعهودة ، ولم يكن له كسب ، فان لم تزد أو كان له كسب يفى مع قدر النفقة المعهودة بمؤنة سفره وجب إتمامه ولم يكن له تحليله •

(فـــرع) يصح حج الأغلف وهو الذى لم يختن • هذا مذهبنـــا ومذهب العلماء كافة (وأما) حديث أبى بردة عن النبى صلى الله عليـــه وسلم قال : « لا يحج الأغلف حتى يختن » فضعيف ، قال ابن المنذر فى كتاب الختان من الإشراف : هذا الحديث لا يثبت وإسناده مجهول •

(فـــرع) إذا حج بمال حرام أو راكبا دابة مغصوبة أثم وصح حجه وأجزأه عندنا وبه قال أبو حنيفة ومالك والعبدرى وبه قال أكثر الفقهاء • وقال أحمد : لا يجزئه • ودليلنا أن الحج أفعال مخصوصة والتحريم لمعنى خارج عنها •

قال المصنف رحمه الله تعـــالى

(فأما غير المستطيع فلا يجب عليه لقوله عز وجل : (ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا) فدل على أنه لا يجب على غير المستطيع ، والمستطيع اثنان مستطيع بنفسه ومستطيع بغيره ، والمستطيع بنفسه ينظر فيه ، فإن كان من مكة على مسافة تقصر فيها الصلاة ، فهو ان يكون صحيحا واجدا للزاد والمـــاء بثمن المثل فى المواضع التى جرت العادة ان يكون فيهـــا فى ذهابه ورجوعه ، وواجدا لراحلة تصلح لمثله بثمن المثل او بأجرة المثل ، وأن يكون الطريق آمنا من غير خفارة ، وأن يكون عليه من الوقت ما يتمكن فيه من السير والأداء (فأما) إذا كان مريضا تلحقه مشقة غير معتادة فلا يلزمه ، لمـــا روى ابو امامة رضى الله عنه قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من لم يمنعه من الحج حاجة ظاهرة أو مرض حابس او سلطان جائر فليمت إن شاء يهوديا او نصرانيا ») •

(الشرح) حديث أبى أمامة رواه الدارمى فى مسنده والبيهقى فى سننه بإسناد ضعيف قال البيهقى : وهذا وإن كان إسناده غير قوى فله شاهد من قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه فذكر باسناده عنه نحوه •

والخفارة ــ بضم الخاء وكسرها وفتحها ثلاث لغات ــ حكاهن صاحب المحكم وهى المال المأخوذ فى الطريق للحفظ ، وفى الطريق لغتان تذكيره وتأنيثه ، واختار المصنف هنا تذكيره بقوله : (آمنا) ولم يقل : آمنة •

اما الأحكام فالاستطاعة شرط لوجوب الحج باجماع المسلمين • واختلفوا فى حقيقتها وشروطها • ومذهبنا أن الاستطاعة نوعان كما ذكره المصنف (استطاعة) بمباشرة بنفسه (واستطاعة) بغيره ، فالأول شروطه الخمسة التى ذكرها المصنف (أحدها) أن يكون بدنه صحيحا ، قال أصحابنا : ويشترط فيه قوة يستمسك بها على الراحلة ، والمراد أن يثبت على الراحلة، بغير مشقة شديدة ، فان وجد مشقة شديدة لمرض أو غيره فليس مستطيعا والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فإن لم يجد الزاد لم يلزمه لما روى ابن عمر قال : « قام رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله ما يوجب الحج ؟ فقال : الزاد والراحلة » فإن لم يجد الماء لم يلزمه لأن الحاجة إلى الماء اشد من الحاجة إلى الزاد فإذا لم يجب على من لم يجد الزاد ، فلأن لا يجب على من لم يجد الماء أولى ، وإن وجد الماء والزاد بأكثر من ثمن المثل لم يلزمه ، لأنه لو لزم ذلك لم يأمن أن لا يباع منه ذلك إلا بما يذهب به جميع ماله ، وفى إيجاب ذلك إضرار فلم يلزمه) •

(الشرح) حديث ابن عمر رواه الترمذى من رواية ابن عمر كما ذكره المصنف ، وقال : إنه حديث حسن وفى إسناده إبراهيم بن يزيد الخوزى ، قال الترمذى : وقد تكلم فيه بعض من قد قل حفظه • والله أعلم •

(قلت) وقد اتفقت الحفاظ على تضعيف إبراهيم الخوزى قال **البيهقى** : قال الشافعى : قد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أحاديث تدل على أنه لا يجب المشى على أحد فى الحج ، وإن أطاقه ، غير أن فيها منقطعا ، ومنها ما يمنع أهل الحديث من تثبيته ثم ذكر حديث ابن عمر هذا

من رواية الخوزى قال البيهقى : هذا هو الذى عنى الشافعى بقوله : يمتنع أهل الحديث من تثبيته ، قال : وإنما امتنعوا من تثبيته لأنه يعرف بالخوزى ، وقد ضعفه أهل الحديث قال : وقد روى من طريق غير الخوزى ولكنه أضعف من الخوزى قال : وروى عن قتاده عن أنس عن النبى صلى الله عليه وسلم ، ولا أراه إلا موهما فالصواب عن قتادة عن الحسن البصرى عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسلا .

قال البيهقى : وروى فى المسألة أحاديث أخر لا يصح شىء منها (وأشهرها) حديث إبراهيم الخوزى ، وينضم إليه مرسل الحسن ، وقد روى الدارقطنى هذا الحديث من رواية جماعة من الصحابة ، وهى الأحاديث التى قال البيهقى لا يصح شىء منها ، وروى الحاكم حديث أنس وقال : هو صحيح ولكن الحاكم متساهل كما سبق بيانه مرات . والله أعلم .

اما حكم المسألة فقال الشافعى والأصحاب رحمهم الله : ويشترط لوجوب الحج وجود الزاد والماء فى المواضع التى جرت العادة بوجودها فيها ويشترط وجودها بثمن المثل فإن زاد لم يجب الحج ، لأن وجود الشىء بأكثر من ثمن مثله كعدمه ويشترط وجود أوعية الزاد والماء وما يحتاج إليه فى سفره قال أصحابنا : فإن كانت سنة جدب وخلت بعض المنازل التى جرت العادة بحمل الزاد منها من أهلها ، أو انقطعت المياه فى بعضها ، لم يجب الحج ، قال أصحابنا : وثمن المثل المعين فى الماء والزاد هو القدر اللائق به فى ذلك الزمان والمكان ، فان وجدهما بثمن المثل ، لزمه تحصيلهما والحج ، سواء كانت الأسعار غالية أم رخيصة ، إذا وفى ماله بذلك .

قال أصحابنا : ويجب حمل الماء والزاد بقدر ما جرت العادة به فى طريق مكة ، كحمل الزاد من الكوفة إلى [1] وحمل الماء مرحلتين وثلاثا ، ونحو ذلك بحسب العادة والمواضع ويشترط وجود آلات الحمل (وأما)

---

(١) بياض بالأصل ولعله (من الكوفة الى مكة) كما فى الروضة من مراجعات السيد الحداد .

علف الدواب فيشترط وجوده فى كل مرحلة لأن المؤنة تعظم فى حمله لكثرته ، هكذا ذكره البغوى والمتولى والرافعى وغيرهم ، وينبغى أن يعتبر فيه العادة كالماء ، والله أعلم • ولو ظن كون الطريق فيه مانع ، كعدم الماء أو العلف ، أو أن فيه عدوا أو نحو ذلك فترك الحج ، فبان أن لا مانع ، فقد استقر عليه وجوب الحج ، وصرح به الدارمى وغيره ، ولو لم يعلم وجود المانع ولا عدمه قال الدارمى : إن كان هناك أصل عمل عليه وإلا فيجب الحج ، وهذا فى العدو ظاهر (وأما) فى وجود الماء والعلف فمشكل لأن الأصل عدمهما •

(**فرع**) لو لم يجد ما يصرفه فى الزاد والماء ، ولكنه كسوب يكتسب ما يكفيه ووجد نفقة ، فهل يلزمه الحج تعويلا على الكسب ؟ حكم إمام الحرمين عن أصحابنا العراقيين أنه إن كان السفر طويلا أو قصيرا ، ولا يكتسب فى كل يوم إلا كفاية يومه لم يلزمه ، لأنه ينقطع عن الكسب فى أيام الحج ، وإن كان السفر قصيرا ويكتسب فى يوم كفاية أيام لزمه الحج قال الإمام : وفيه احتمال ، فإن القدرة على الكسب يوم العيد لا تُجْعَل كملك الصاع فى وجوب الفطرة ، وهذا ما ذكره الإمام وحكاه الرافعى وسكت عليه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن لم يجد راحلة لم يلزمه ، لحديث ابن عمر ، وإن وجد راحلة لا تصلح لمثله ، بأن يكون ممن لا يمكنه الثبوت على القتب والزاملة ، لم يلزمه حتى يجد عمارية أو هَودجا ، وإن بذل له رجل راحلة من غير عوض لم يلزمه قبولها ، لأن عليه فى قبول ذلك مِنّة ، وفى تحمل المنة مشقة فلا يلزمه ، وإن وجد بأكثر من ثمن المثل أو بأكثر من أجرة المثل لم يلزمه لما ذكرناه فى الزاد) •

(**الشرح**) قال أهل اللغة : الزاملة بعير يستظهر به المسافر ، يحمل عليه طعامه ومتاعه (وأما) العمارية ــ فبفتح العين ــ والصواب تخفيف ميمها وسبق بيانها واضحا فى باب استقبال القبلة ، وسبق بيان الهودج قريبا عند ذكر المحفة فى حج الصبى •

اما حكم المسالة فإذا كان بينه وبين مكة مسافة تقصر فيها الصلاة لم يلزمه الحج ، إلا إذا وجد راحلة تصلح لمثله بثمن المثل ، أو أجرة المثل فإن لم يجدها أو وجدها بأكثر من ثمن المثل أو بأكثر من أجرة المثل أو عجز عن ثمنها أو أجرتها لم يلزمه الحج سواء قدر على المشى وكان عادته ، أم لا ، لكن يستحب للناذر الحج ، قال أصحابنا : فإن كان يستمسك على الراحلة من غير محمل ولا يلحقه مشقة شـديدة لم يشترط فى حقه القـدرة على المحمل ، بل يشترط قدرته على راحلة ، وإن كانت مقتبة • وإن كانت زاملة ــ فإن لم يمكنه ذلك إلا بمشقة شديدة ــ فإن كان شيخا هرما أو شابا ضعيفا أو عادته الترفه ونحو ذلك ــ اشترط وجود المحمل ، وراحلة تصلح للمحمل •

قال صاحب الشامل وآخرون : ولو وجد مشقة شديدة فى ركوب المحمل اشترط فى حقه الكنيسة[1] ونحوها بحيث تندفع عنه المشقة الشديدة قال المحاملى وآخرون : ويشترط فى المرأة وجود المحمل ، لأنه أستر لها ، ولم يفرقوا بين مستمسك على المقتب وغيره • قال الغزالى وغيره : العادة جارية بركوب اثنين فى محمل ، فإذا وجد مؤنة محمل أو شق محمل ووجد شريكا يركب معه فى الشق الآخر ، لزمه الحج ، وإن لم يجد الشريك لم يلزمه سواء وجد مؤنة المحمل أو الشق ، قال الرافعى ولا يبعد تخرجه على إلزام أجرة البذرقة ، قال : وفى كلام إمام الحرمين إشارة إليه والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(وإن وجد الزاد والراحلة لذهابه ، ولم يجد لرجوعه نظرت ــ فإن كان له أهل فى بلده ــ لم يلزمه ، وإن لم يكن له أهل ففيه وجهان (احدهما) يلزمه لأن البلاد كلها فى حقه واحدة (والثـانى) لا يلزمه ، لأنه يستوحش بالانقطاع عن الوطن والمقام فى الغربة فلم يلزمه) •

(الشرح) اتفق أصحابنا على أنه إذا كان له فى بلده أهل أو عشيرة اشترطت قدرته على الزاد والراحلة وسائر مؤن الحج فى ذهابه ، ورجوعه ،

---

(١) الأصح أن يقال : (التكنيس) وهو دخول الهودج أو الخيمة (ط) .

فإن ملكه لذهابه دون رجوعه لم يلزمه بلا خلاف ، إلا ما انفرد به الحناطى والرافعى فحكيا وجها شاذا أنه لا يشترط نفقة الرجوع ، وهذا غلط ، فإن لم يكن له أهل ولا عشيرة هل يشترط ذلك للرجوع ؟ فيه الوجهان اللذان ذكرهما المصنف ، وهما مشهوران ، واتفق الأصحاب على أن أصحهما الاشتراط فلا يلزمه إذا لم يقدر على ذلك ، ودليلهما فى الكتاب ، والوجهان جاريان فى اشتراط الراحلة بلا خلاف ، وهو صريح فى كلام المصنف ، وهل يخص الوجهان بما إذا لم يكن له ببلده مسكن ؟ فيه احتمالات للإمام (أصحها) عنده التخصيص ، قال أصحابنا : وليس المعارف والأصدقاء كالعشيرة ، لأن الاستبدال بهم متيسر ، فيجرى فيه الوجهان فيمن ليس له عشيرة ولا أهل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن وجد ما يشترى به الزاد والراحلة ، وهو محتاج إليه لدين عليه لم يلزمه حالا كان الدين او مؤجلا ، لأن الدين الحال على الفور ، والحج على التراخى فقدم عليه ، والمؤجل يحل عليه ، فاذا صرف ما معه فى الحج لم يجد ما يقضى به الدين) .

(الشرح) هذا الذى ذكره نص عليه الشافعى فى الإملاء ، وأطبق عليه الأصحاب من الطريقين ، وفيه وجه شاذ ضعيف أنه إذا كان الدين مؤجلا أجلا لا ينقضى إلا بعد رجوعه من الحج لزمه ، حكاه الماوردى والمتولى وغيرهما وبه قطع الدارمى ، والصواب الأول ، وقطع به الجماهير، ونقل كثيرون أنه لا خلاف فيه قال أصحابنا : ولو رضى صاحب الدين بتأخيره إلى ما بعد الحج لم يلزمه الحج بلا خلاف ، قال أصحابنا : ولو كان له دين ــ فان أمكن تحصيله فى الحال ، بأن كان حالا على ملىء مقر ، أو عليه بينة ــ فهو كالحال فى يده ويجب الحج ، وإن لم يمكن تحصيله بأن كان مؤجلا أو حالا على معسر أو جاحد ــ ولا بينة عليه ــ لم يجب الحج بلا خلاف لأنه إذا لم يجب عليه بسبب دين عليه فعدم وجوب الاستدانة أولى ، والله أعلم .

(وإن كان محتاجا إليه لنفقة من تلزمه نفقته لم يلزمه الحج ، لأن النفقة على الفور والحج على التراخى ، وإن احتاج إليه لمسكن لابد له من مثله او خادم يحتاج إلى خدمته لم يلزمه) .

(الشرح) أما إذا احتاج إليه لنفقة من تلزمه نفقته مدة ذهابه ورجوعه فلا يلزمه الحج ، لمـا ذكره المصنف ، قال أصـحابنا : وكسوة من تلزمه كسوته وسكناه كنفقته ، وكذلك سائر المؤن (أما) إذا احتاج إلى مسكن أو خادم يحتاج إلى خدمته لمنصبه أو زماته ونحوهما وليس معه ما يفضل عن ذلك فهل يلزمه الحج ؟ فيـه وجهان (أصـحهما) وبه قطع المصنف وكثيرون أو الأكثرون لا يلزمه ، وصـححه الجمهور وممن قطـع به مع المصنف القـاضى أبو الطيب فى تعليقه ، وفى المجرد ، والدارمى والمحاملى والفورانى والبغوى وآخرون ونقله المحاملى فى المجموع عن أصحابنا ، ونقل تصحيحه الرافعى عن الأكثرين ، وقاسوه على الكفارة ، فانه لا يلزمه بيع المسكن والخادم فيهمـا ، وعلى ثيابه وما فى معنـاها من ضروريات حاجاته .

(والوجه الثانى) يلزمه الحج وبيع المسكن والخادم فى ذلك ، وبهذا قطع الشيخ أبو حامد فيما نقله صاحب الشامل ، وقطع به أيضا البندنيجى ، صححه القاضى الحسين والمتولى ، وعلى هذا يستأجر مسكنا وخادما ، وفرق القاضى حسين بينه وبين الكفارة ، بأن لها بدلا ينتقل إليه بخلاف الحج ، والمذهب أنه لا يلزمه الحج كما سبق قال المحـاملى : ولم ينص الشافعى على هذه المسألة ، إلا أنه ذكر قريبا منها ، فإذا اشترطنا لوجوب الحج زيادة على المسكن والخادم فلم يوجدا عنده وعنده مال يصرفه فيهما ولا يفضل شىء لم يلزمه الحج .

هذا كله إذا كانت الدار مستغرقة لحاجته ، وكانت سكنى مثـله والعبد لائق بخدمة مثله ، فإن أمكن ببعض الدار ووفى ثمنه بمؤنة الحج ، ويكفيه لسكناه باقيها ، أو كانا لا يليقان بمثله ، ولو أبدلهما أوفى الزائد

بمؤنة الحج فإنه يلزمه الحج هكذا صرح به الأصحاب هنا وكذا نقل الرافعى أن الأصحاب أطلقوه هنا ، قال : لكل فى بيع الدار والعبد النفيسين المألوفين فى الكفارة وجهان ، قال : ولابد من جريانهما هنا وهذا لم ينقله عن غيره ، وليس جريانهما بلازم والفرق ظاهر ، فإن الكفارة لها بدل ولهذا اتفقوا على ترك المسكن والخادم فى الكفارة واختلفوا فيهما هنا ، والله أعلم .

(**فرع**) لو كان فقيها وله كتب فهل يلزمه بيعها للحج ؟ قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه : إن لم يكن له من كل كتاب إلا نسخة واحدة لم يلزمه ، لأنه يحتاج إلى كل ذلك ، وإن كان له نسختان لزمه بيع إحداهما ، فإنه لا حاجة به إليها ، هذا كلام القاضى أبى الطيب ، وقال فى مجرده : لا يلزمه بيع كتبه إلا إذا كان له نسختان من كتاب ، فيجب بيع إحداهما ، وقال القاضى حسين فى تعليقه : يلزم الفقيه بيع كتبه فى الزاد والراحلة ، وصرف ذلك فى الحج ، وكذا المسكن والخادم ، وهذا الذى قاله القاضى حسين ضعيف ، وهو تفريع منه على طريقته الضعيفة فى وجوب بيع المسكن والخادم للحج ، وقد سبق أن المذهب لا يلزمه ذلك ، فالصواب ما قاله القاضى أبو الطيب فهو الجارى على عادة المذهب ، وعلى ما قاله الأصحاب هنا فى المسكن والخادم ، وعلى ما قالوه فى باب الكفارة وباب التفليس ، وقد سبق بيان المسكن والخادم فى أول باب قسم الصدقات ، فى فصل سهم الفقير ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن احتاج إلى النكاح وهو يخاف العنت قدم النكاح ، لأن الحاجة إلى ذلك على الفور ، والحج ليس على الفور) .

(**الشرح**) قال الرافعى : لو ملك فاضلا عن الأمور المذكورة ما يمكنه به الحج ، واحتاج إلى النكاح لخوف العنت ، فصرف المال إلى النكاح أهم من صرفه إلى الحج ، هذه عبارة الجمهور ، وعللوه بأن حاجة النكاح ناجزة ، والحج على التراخى ، والسابق إلى الفهم من هذه العبارة أنه لا يجب

الحج والحالة هذه ، ويصرف ما معه فى النكاح ، وقد صرح إمام الحرمين بهذا ، ولكن كثير من العراقيين وغيرهم قالوا : يجب الحج على من أراد التزوج لكن له أن يؤخره لوجوبه على التراخى ، ثم إن لم يخف العنت فتقديم الحج أفضل ، وإلا فالنكاح • هذا كلام الرافعى ، وقد صرح خلائق من الأصحاب بأنه يلزمه الحج ويستقر فى ذمته ، ولكن له صرف هذا المال إلى النكاح وهو أفضل ، ويبقى الحج فى ذمته ، ممن صرح بهذا الشيخ أبو حامد والبندنيجى والقاضى أبو الطيب فى كتابيه التعليق والمجرد والمحاملى فى كتابيه المجموع والتجريد ، والقاضى حسين ، والدارمى ، وصاحب الشامل ، وصاحب التتمة وصاحب العدة وصاحب البيان ، وآخرون • فهذا هو المذهب الصحيح ولا تقبل دعوى الرافعى فيما قاله عن الجمهور وفهمه عنهم •

(وأما) نقله عن إمام الحرمين فصحيح ، وقد صرح الجرجانى فى المعاياة به فقال : لا يصير مستطيعا ، وهذا لفظ إمام الحرمين قال : قال العراقيون : لو فضل شىء وخاف العنت لو لم يتزوج ، وكان بحيث يباح له نكاح الأمة ، لم يلزمه أن يحج ، بل له صرف المال إلى النكاح ، لأن فى تأخيره ضررا به والحج على التراخى ، قال : فإذن لا استطاعة ولا وجوب قال : وهذا الذى ذكره العراقيون قاطعين به قياس طرقنا وإن لم نجده منصوصا فيها ، هذا لفظ الإمام بحروفه ، وفيه التصريح بأنه إنما صرح بأنه لا تحصل الاستطاعة اعتمادا على ما ذكره العراقيون وليس فيما ذكره العراقيون أنه لا يجب الحج ، بل قالوا يجب الحج وله تأخيره وصرف المال إلى النكاح ، ويكون الحج ثابتا فى الذمة كما قدمناه عنهم ، وفى حكاية الإمام عنهم إشارة إلى هذا ، فالصواب استقرار الحج كما سبق ، وعلله صاحب الشامل وغيره بأن النكاح من الملاذ فلا يمنع وجوب الحج ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن احتاج إليه فى بضاعة يتجر فيها ليحصل له ما يحتاج إليه للنفقة ففيه وجهان ، قال أبو العباس بن سريج : لا يلزمه الحج ، لأنه يحتاج إليه فهو كالمسكن والخادم (ومن) أصحابنا من قال : يلزمه لأنه واجد للزاد والراحلة) •

(**الشرح**) قال أصحابنا : إذا كانت له بضاعة يتكسب بها كفايته وكفاية عياله ، أو كان له عرض تجارة يحصل من غلته كل سنة كفايته وكفاية عياله ، وليس معه ما يحج به غير ذلك ، وإذا حج به كفاه وكفى عياله ذاهبا وراجعا ، ولا يفضل شيء ، فهل يلزمه الحج ؟ فيه هذان الوجهان اللذان ذكرهما المصنف ، وهما مشهوران (أحدهما) لا يلزمه ، وهو قول ابن سريج ، وصححه القاضي أبو الطيب والروياني والشاشي ، قال : لأن الشافعي قال في المفلس : يترك له ما يتجر به لئلا ينقطع ويحتاج إلى الناس ، فإذا جاز أن يقطع له من حق الغرماء بضاعة فجوازه في الحج أولى .

(والثاني) وهو الصحيح يلزمه الحج لأنه واجد للزاد والراحلة ، وهما الركن المهم في وجوب الحج ، قال الشيخ أبو حامد : ولو لم نقل بالوجوب للزم أن نقول : من لا يمكنه أن يتجر بأقل من ألف دينار لا يلزمه الحج إذا ملكها . وهذا لا يقوله أحد ، قال أصحابنا : والفرق بين هذا وبين المسكن والخادم أنه محتاج إليهما في الحال . وما نحن فيه نجده ذخيرة ، قال المحاملي والأصحاب : وأما ما ذكره الشافعي في باب التفليس فمراده أنه يترك له ذلك برضى الغرماء ، فأما بغير رضاهم فلا يترك ، وهذا الذي صححناه من وجوب الحج هو الصحيح عند جماهير الأصحاب فممن صححه الشيخ أبو حامد والبندنيجي والماوردي والمحاملي والقاضي حسين في تعليقه والمتولي وصاحب البيان والرافعي وآخرون ، قال صاحب الحاوي : هذا مذهب الشافعي وجمهور أصحابه سوى ابن سريج .

قال الشيخ أبو حامد : هذا هو المذهب ولا أعرف ما حكي عن ابن سريج عنه ولا أجده في شيء من كتبه ، قال أبو حامد : وقول ابن سريج خلاف للإجماع وقال المحاملي : قول عامة أصحابنا أنه يلزمه الحج ، وما قاله ابن سريج غلط ، وكذا قال القاضي حسين والمتولي وصاحب البيان وآخرون من أصحابنا أن عامة أصحابنا قالوا بالوجوب خلافا لابن سريج ، ونقل إمام الحرمين عن العراقيين أنهم غلطوا ابن سريج في هذا وزيفوا قوله ، وهو كما قالوه . هذا لفظ الإمام ، وبالوجوب قال أبو حنيفة وبعده قال أحمد ، وأنكر بعضهم على الشيخ أبي حامد دعواه الإجماع على الوجوب مع

مخالفة أحمد ، وجوابه أنه أراد إجماع من قبله ، وكأنه يقول : إن أحمد وابن سريج محجوجان بالإجماع قبلهما ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن لم يجد الزاد والراحلة وهو قادر على المشى وله صنعة يكتسب بها كفايته لنفقته ، استحب له ان يحج ، لأنه يقدر على إسقاط الفرض بمشقة لا يكره تحملها ، فاستحب له إسقاط الفرض ، كالمسافر إذا قدر على الصوم فى السفر ، وإن لم يكن له صنعة ويحتاج إلى تكفف الناس كره له أن يحج بمسالة ، لأن المسألة مكروهة ، ولأن فى المسألة تحمل مشقة شديدة فكره) .

(الشرح) قوله : لا يكره تحملها احتراز عن المسألة (وقوله :) يتكفف معناه يسأل الناس شيئا فى كفه ، وهذا الحكم الذى ذكره فى المسألتين متفق عليه عندنا ، قال أصحابنا : ولو أمكنه أن يكرى نفسه فى طريقه استحب له الحج بذلك ، ولا يجب ذلك ، ودليلهما ما بينا فى القادر على الصنعة فإن أكرى نفسه فحضر موضع الحج لزمه الحج ، لأنه متمكن الآن بلا مشقة وقد قدمنا أنه لا يجب عليه استقراض مال يحج به بلا خلاف .

(فرع) قال الشافعى والأصحاب : يستحب لقاصد الحج أن يكون متخليا عن التجارة ونحوها فى طريقه ، فإن خرج بنية الحج والتجارة فحج واتجر صح حجه وسقط عنه فرض الحج ، لكن ثوابه دون ثواب المتخلى عن التجارة ، وكل هذا لا خلاف فيه ، ودليل هذا مع ما سبق ثابت عن ابن عباس قال « كانت عكاظ ومكة وذو المجاز أسواقا فى الجاهلية فمالوا أن يتجروا فى المواسم ، فنزلت : ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم ــ فى مواسم الحج » رواه البخارى ، وعن ابن عباس أيضا « أن الناس فى أول الحج كانوا يتبايعون بمنى وعرفات وذى المجاز ومواسم الحج ، فخافوا البيع وهم حرم ، فأنزل الله تعالى : ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم ــ فى مواسم الحج » رواه أبو داود باسناد على شرط البخارى ومسلم ، وعن أبى أمامة التيمى قال : « كنت رجلا أُكْرَى فى هذا

الوجه ، وإن ناسا يقولون : ليس لك حج ، فقال ابن عمر : أليس يحرم ويلبى ويطوف بالبيت ويفضى من عرفات ويرمى الجمار ؟ قلت :بلى ، قال : فإن لك حجا ، جاء رجل إلى النبى صلى الله عليه وسلم فسأله عما سألتنى عنه فسكت رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يجبه حتى نزلت هذه الآية (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم) فأرسل إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقرأ عليه هذه الآية وقال : لك حج » رواه أبو داود باسناد صحيح .

وعن عطاء عن ابن عباس أن رجلا سأله فقال : « أؤاجر نفسى من هؤلاء القوم فأنسك معهم المناسك إلى آخرها ؟ فقال ابن عباس : نعم أولئك لهم نصيب مما كسبوا والله سريع الحساب » رواه الشافعى والبيهقى بإسناد حسن .

(فرع) فى مذاهب العلماء فيمن عادته سؤال الناس أو المشى . مذهبنا أنه لا يلزمه الحج ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد ، ونقله ابن المنذر عن الحسن البصرى ومجاهد وسعيد بن جبير وأحمد وإسحق ، وبه قال بعض أصحاب مالك قال البغوى هو قول العلماء ، وقال مالك : يلزمه الحج فى الصورتين ، وبه قال داود ، وقال عكرمة : الاستطاعة صحة البدن ، قال ابن المنذر : لا يثبت فى الباب حديث مسند قال : وحديث « ما السبيل ؟ قال : الزاد والراحلة » ضعيف ، وهو كما قال ، وقد سبق بيانه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن كان الطريق غير آمن لم يلزمه ، لحديث ابى أمامة ، لأن فى إيجاب الحج مع الخوف تغريرا بالنفس والمال ، وإن كان الطريق آمنا إلا انه محتاج إلى خفارة لم يلزمه ، لأن ما يؤخذ من الخفارة بمنزلة ما زاد على ثمن المثل وأجرة المثل فى الزاد والراحلة فلا يلزمه ، ولأنه رشوة على واجب فلم يلزمه) .

(الشرح) حديث أبى أمامة سبق فى الفصل الذى قبل هذا أنه حديث ضعيف ، وسبق فى الفصل المذكور أن الخفارة ــ بضم الخاء وكسرها وفتحها ــ والرشوة ــ بكسر الراء وضمها ــ لغتان مشهورتان .

أما الأحكام فقال أصحابنا : يشترط لوجوب الحج أمن الطريق فى ثلاثة أشياء ، النفس والمال والبضع (فأما) البضع فمتعلق بحج المرأة والخنثى ، وسنذكرهما بعد هذا بقليل حيث ذكرهما المصنف إن شاء الله تعالى ، قال إمام الحرمين : وليس الأمن المشترط أمنا قطعيا • قال : ولا يشترط الأمن الغالب فى الحضر بل الأمن فى كل مكان بحسب ما يليق به (فأما) النفس فمن خاف عليها من سبع أو عدو كافر أو مسلم أو غير ذلك لم يلزمه الحج إن لم يجد طريقا آخر آمنا • فان وجده لزمه ، سواء كان مثل طريقه أو أبعد إذا وجد ما يقطعه به ، وفيه وجه شاذ ضعيف أنه لا يلزمه سلوك الأبعد ، حكاه المتولى والرافعى والصحيح الأول وبه قطع الجمهور •

(وأما) البحر فسنذكر الخوف منه عقيب هذا إن شاء الله تعالى (وأما) المال فلو خاف على ماله فى الطريق من عدو أو رصدى أو غيره ، لم يلزمه الحج سواء طلب الرصدى شيئا قليلا أو كثيرا إذا تعين ذلك الطريق لم يجد غيره سواء كان العدو الذى يخافه مسلمين أو كفارا لكن قال أصحابنا إن كان العدو كفارا وأطاق الحاج مقاومتهم استحب لهم الخروج إلى الحج ويقاتلونهم لينالوا الحج والجهاد جميعا ، وإن كانوا مسلمين لم يستحب الخروج ولا القتال •

قال أصحابنا : ويكره بذل المال للراصدين ، لأنهم يحرصون على التعرض للناس بسبب ذلك ، هكذا صرح به القاضى حسين والمتولى والبغوى ونقله الرافعى وغيرهم ولو وجدوا من يخفرهم بأجرة وغلب على الظن أمنهم ففى وجوب استئجاره ووجوب الحج وجهان ، حكاهما إمام الحرمين (وأصحهما) عنده وجوبه لأنه من جملة أهب الطريق فهو كالراحلة (والثانى) لا يجب لأن سبب الحاجة إلى ذلك خوف الطريق وخروجها عن الاعتدال ، وقد ثبت أن أمن الطريق شرط ، هكذا ذكر الوجهين إمام الحرمين وتابعه الغزالى والرافعى ، والذى ذكره المصنف وجماهير الأصحاب من العراقيين والخراسانيين أنه إذا احتاج إلى خفارة لم يجب الحج ،

فيحمل على أنهم أرادوا بالخفارة ما يأخذه الرصديون فى المراصد ، وهذا لا يجب الحج معه بلا خلاف ولا يكونون متعرضين لمثله •

قال إمام الحرمين : يحتمل أنهم أرادوا الصورتين فيكون خلاف ما قاله ولكن الاحتمال الأول أصح وأظهر فى الدليل ، فيكون الأصح على الجملة وجوب الحج إذا وجدوا من يصحبهم الطريق بخفارة ، ودليله ما ذكره الإمام ، وقد صححه إمامان من محققى متأخرى أصحابنا أبو القاسم الرافعى وأبو عمرو بن الصلاح مع اطلاعهما على عبارة الأصحاب التى ذكرناها والله أعلم •

ولو امتنع محرم المرأة من الخروج معها إلا بأجرة ، قال إمام الحرمين: هو مقيس على أجرة الخفير ، واللزوم فى المحرم أظهر لأن الداعى إلى الأجرة معنى فى المرأة ، فهو كمؤنة المحمل فى حق المحتاج إليه والله أعلم •

(فرع) قال البغوى وغيره : يشترط لوجوب الحج وجود رفقة يخرج معهم فى الوقت الذى جرت عادة أهل بلده بالخروج فيه ، فإن خرجوا قبله لم يلزمه الخروج معهم ، وإن أخّروا الخروج بحيث لا يبلغون مكة إلا بأن يقطعوا فى كل يوم أكثر من مرحلة لم يلزمه أيضا ، قال البغوى : لو لم يجد المال حال خروج القافلة ثم وجده بعد خروجهم بيوم لم يلزمه أن يتبعهم ، هذا كله إذا خاف فى الطريق ، فإن كانت آمنة بحيث لا يخاف الواحد فيها لزمه ، ولا يشترط الرفقة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن لم يكن له طريق إلا فى البحر فقد قال فى الأم : لا يجب عليه ، قال فى الإملاء : إن كان أكثر معاشه فى البحر لزمه ، فمن أصحابنا من قال : فيه قولان (احدهما) يجب ، لأنه طريق مسلوك فاشبه البر (والثانى) لا يجب لأن فيه تغريرا بالنفس والمال فلا يجب كالطريق المخوف ، ومنهم من قال : إن كان الغالب منه السلامة لزمه ، وإن كان الغالب منه الهلاك لم يلزمه كطريق البر ومنهم من قال : إن كان له عادة بركوبه لزمه وإن لم يكن له عادة بركوبه لم يلزمه ، لأن من له عادة لا يشق عليه ، ومن لا عادة له يشق عليه) •

(الشرح) اختلفت نصوص الشافعى فى ركوب البحر فقال فى الأم والإملاء ما ذكره المصنف ، وقال فى المختصر : ولا يتبين لى أن أوجب عليه ركوب البحر ، قال أصحابنا : إن كان فى البر طريق يمكن سلوكه قريب أو بعيد لزمه الحج بلا خلاف ، وإن لم يكن ففيه طرق (أصحها) وبه قال أبو إسحاق المروزى وأبو سعيد الإصطخرى وغيرهما فيما حكاه صاحب الشامل والتتمة وغيرهما أنه إن كان الغالب منه الهلاك إما لخصوص ذلك البحر وإما لهيجان الأمواج لم يجب الحج ، وإن غلبت السلامة وجب ، وإن استويا فوجهان (أصحهما) أنه لا يجب (والطريق الثانى) يجب قولا واحدا (الثالث) لا يجب (والرابع) فى وجوبه قولان (والخامس) إن كان عادته ركوبه وجب وإلا فلا (والسادس) حكاه إمام الحرمين أنه يفرق بين من له جرأة وبين المستشعر وهو ضعيف القلب فلا يلزم المستشعر . وفى غيره قولان (والسابع) حكاه الإمام وغيره يلزم الجرىء وفى المستشعر قولان (والثامن) يلزم الجرىء ولا يلزم المستشعر .

قال أصحابنا : وإذا قلنا لا يجب ركوب البحر ففى استحبابه وجهان (أحدهما) لا يستحب مطلقا لما فيه من الخطر (وأصحهما) وبه قطع كثيرون يستحب إن غلبت السلامة ، فإن غلب الهلاك حرم ، نقل إمام الحرمين اتفاق الأصحاب على تحريمه والحالة هذه ، فإن استويا ففى التحريم وجهان (أصحهما) التحريم وبه قطع الشيخ أبو محمد الجوينى (والثانى) لا يحرم ولكن يكره ، قال إمام الحرمين لا خلاف فى ثبوت الكراهية ، وإنما الخلاف فى التحريم .

قال أصحابنا : وإذا لم نوجب ركوب البحر فتوسطه فى بحارة أو غيرها ، فهل يلزمه التمادى فى ركوبه إلى الحج ؟ أم له الانصراف إلى وطنه ؟ ينظر إن كان ما بين يديه إلى مكة أكثر مما قطعه من البحر ، فله الرجوع إلى وطنه قطعا ، وإن كان أقل لزمه التمادى قطعا ، وإن استويا فوجهان ، وقيل : قولان (أصحهما) يلزمه التمادى لاستواء الجهدين فى حقه (والثانى) لا ، قالوا : وهذان الوجهان فيما إذا كان له فى الرجوع

من مكة إلى وطنه طريق فى البر ، فإن لم يكن فله الرجوع إلى وطنه قطعا ، لئلا يتحمل زيادة الخطر بركوب البحر فى الرجوع من الحج ، قال أصحابنا وهذان الوجهان كالوجهين فيمن أحصر وهو محرم وأحاط به العدو من كل جهة ، فهل له التحلل أم لا ؟ وسنوضحهما فى موضعهما إن شاء الله تعالى .

هذا كله فى الرجل (أما) المرأة فإن لم نوجب ركوب البحر على الرجل فهى أولى وإلا ففيها خلاف (والأصح) الوجوب (والثانى) المنع لضعفها عن احتمال الأهوال ، ولكونها عورة معرضة للانكشاف وغيره لضيق المكان ، قال أصحابنا : فان لم نوجبه عليها لم يستحب على المذهب ، وقيل فى استحبابه لها حينئذ الوجهان السابقان فى الرجل ، وحكى البندنيجى قولين . هذا كله حكم البحر (أما) الأنهار العظيمة كدجلة وسيحون وجيحون وغيرها فيجب ركوبها قولا واحدا عند الجمهور ، لأن المقام فيها لا يطول ولا يعظم الخطر فيها وبهذا قطع المتولى والبغوى وحكى الرافعى فيه وجها شاذا ضعيفا أنه كالبحر ، والله أعلم .

(فرع) إذا حكمنا بتحريم ركوب البحر للحج عند غلبة الهلاك كما سبق فيحرم ركوبه للتجارة ونحوها من الأسفار المباحة ، وكذا المندوبة أولى ، وهل يحرم ركوبه فى الذهاب إلى العدو ؟ فيه وجهان حكاهما إمام الحرمين هنا (أحدهما) يحرم لأن الخطر المحتمل فى الجهاد هو الحاصل بسبب القتل ، وليس هذا منه و (الثانى) لا يحرم لأن مقصود العدو يناسبه ، فاذا كان المقصود وهو الجهاد مبنيا على العدو لم ينفذ احتمال العدو فى السبب والله أعلم .

(فرع) إذا كان البحر مغرقا أو كان قد اغتلم وماج ، حرم ركوبه لكل سفر ، لقول الله تعالى : (ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة) ولقوله تعالى : (ولا تقتلوا أنفسكم) هكذا صرح به إمام الحرمين والأصحاب .

(فرع) مذهب أبى حنيفة ومالك وأحمد أنه يجب الحج فى البحر

إن غلبت فيه السلامة وإلا فلا [1] وهذا هو الصحيح عندنا كما سبق ، ومما جاء فى هذه المسألة من الأحاديث حديث ابن عمرو بن العاص أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا يركبن أحد بحرا إلا غازيا أو معتمرا أو حاجا وإن تحت البحر نارا وتحت النار بحرا » رواه أبو داود والبيهقى وآخرون ، قال البيهقى وغيره : قال البخارى : هذا الحديث ليس بصحيح ، ورواه البيهقى من طرق عن ابن عمرو موقوفا والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن كان أعمى لم يجب عليه إلا أن يكون معه قائد لأن الأعمى من غير قائد كالزَّمِن ومع القائد كالبصير) .

(الشرح) قال أصحابنا : إن وجد للأعمى زاد وراحلة ومن يقوده ويهديه عند النزول ويركبه وينزله ، وقدر على الثبوت على الراحلة بلا مشقة شديدة ، لزمه الحج ، وكذلك مقطوع اليدين والرجلين ، ولا يجوز لهما الاستئجار للحج عنهما والحالة هذه ، وإن لم يكن كذلك لم يلزمهما الحج بأنفسهما ويكونان معضوبين ، هذا هو الصحيح فى مذهبنا ، وبه قال أبو يوسف ومحمد وأحمد . وقال أبو حنيفة فى أصح القولين عنه : يجوز له الاستئجار للحج عنه فى الحالين ، ولا يلزمه الحج بنفسه ، قال صاحب البيان : قال الصيمرى : وبه قال بعض أصحابنا ، وحكى هذا الوجه أيضا الدارمى عن ابن القطان عن ابن أبى هريرة عن أبى على بن خيران ، والمشهور من مذهبنا ما سبق .

واستدل أصحابنا بأنه فى الصورة الأولى قادر على الثبوت على الراحلة فأشبه البصير وقاسه الماوردى على جاهل الطريق وأفعال الحج

---

(١) قلت : ومثل البحر وسائل الطيران كطائرات السفر المزودة بوسائل الراحة وطائرات الحرب المزودة بوسائل القتال والدفاع وغير ذلك من أنواع الطائرات المستحدثة ومعى الآن عقد (تذكرة بركوبها الى حج بيت الله) أهدانا اياها الشيخ سالم بالعمش من أعيان جدة وبتشجيع وتحريض من العلامة الشريف السيد حامد المحضار والسيد محمد بن عبد الله باعقيل نسأله تعالى أن يتم لنا الخير وأن يحقق ما نصبو اليه فى خدمة الاسلام (آمين) كما نسأله أن يجزيهم خير الجزاء فقد كنت صرورة قبل سنة ١٣٩٢ (من هامش الطبعة الاولى للوحيدة).

وعلى الأصم ، فانهما يلزمهما الحج بالاتفاق ، وكذلك يلزمهما الجمعة إذا وجدا القائد ، والفرق بينه وبين الجهاد أن الجهاد يحتاج إلى القتال ، والأعمى ليس من أهل القتال بخلاف الحج ، قال الرافعى والقائد فى حق الأعمى كالمحرم فى حق المرأة يعنى فيكون فى وجوب استئجاره وجهان (أصحهما) الوجوب وهو مقتضى كلام الجمهور والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن كانت امرأة ، لم يلزمها إلا أن تأمن على نفسها بزوج أو محرم أو نساء ثقات ، قال فى الإملاء : أو امرأة واحدة وروى الكرابيسى عنه إذا كان الطريق آمنا جاز من غير نساء ، وهو الصحيح ، لما روى عدى بن حاتم أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « حتى لتوشك الظعينة أن تخرج منها بغير جوار حتى تطوف بالكعبة . قال عدى : فلقد رأيت الظعينة تخرج من الحيرة حتى تطوف بالكعبة بغير جوار » ولأنها تصير مستطيعة بما ذكرناه ، ولا تصير مستطيعة بغيره) .

(الشرح) حديث عدى هذا صحيح رواه البخارى فى صحيحه بمعناه فى باب علامات النبوة ، وهذا لفظه عن عدى بن حاتم قال : « بينما أنا عند النبى صلى الله عليه وسلم إذ أتاه رجل فشكا إليه الفاقة ، ثم أتى إليه آخر فشكا قطع السبيل فقال ياعدى ، هل رأيت الحيرة ؟ قلت : لم أرها ، وقد أنبئت عنها ، قال : فإن طالت بك الحياة لترين الظعينة ترتحل من الحيرة حتى تطوف بالكعبة لا تخاف أحدا إلا الله تعالى ، قال عدى : فرأيت الظعينة ترتحل من الحيرة حتى تطوف بالكعبة لا تخاف إلا الله » هذا اللفظ رواية البخارى مختصرا وهو بعض من حديث طويل .

(وأما) قوله : من غير جوار ــ فبكسر الجيم ــ ومعناه بغير أمان وذمة والحيرة ــ بكسر الحاء المهملة ــ وهى مدينة عند الكوفة والظعينة المرأة ، ويوشك بكسر الشين ــ أى يدع [1] ، وفى هذا الحديث معجزة ظاهرة للنبى صلى الله عليه وسلم .

---

(١) كذا فى ش و ق وصوابه (يدنو) وانما هو تصحيف لم يتنبه له من صحح النسختين (ط) .

أما حكم المسألة فقال الشافعي والأصحاب رحمهم الله تعالى : لا يلزم المرأة الحج إلا إذا أمنت على نفسها بزوج أو محرم نسب ، أو غير نسب ، أو نسوة ثقات ، فأى هذه الثلاثة وجد لزمها الحج بلا خلاف ، وإن لم يكن شيء من الثلاثة لم يلزمها الحج على المذهب سواء وجدت امرأة واحدة أم لا ، وقول ثالث أنه يجب أن تخرج للحج وحدها إذا كان الطريق مسلوكا كما يلزمها إذا أسلمت فى دار الحرب الخروج إلى دار الإسلام وحدها بلا خلاف ، وهذا القول اختيار المصنف وطائفة ، والمذهب عند الجمهور ما سبق ، وهو المشهور من نصوص الشافعى •

(والجواب) عن حديث عدى بن حاتم أنه إخبار عما سيقع ، وذلك محمول على الجواز ، لأن الحج يجب بذلك ، والجواب عن الخروج من دار الحرب إلى دار الإسلام أن الخوف فى دار الحرب أكثر من الخوف فى الطريق ، وإذا خرجت مع نسوة ثقات فهل يشترط لوجوب الحج أن يكون مع واحدة منهن محرم لها ؟ أو زوج ؟ فيه وجهان (أصحهما) لا يشترط لأن الأطماع تنقطع بجماعتهن (والثانى) يشترط ، فإن فقد لم يجب الحج ، قال القفال : لأنه قد ينوبهن أمر يحتاج إلى الرجل ، وقطع العراقيون وكثير من الخراسانيين بأنه لا يشترط ، ونقله المتولى عن عامة أصحابه سوى القفال •

قال إمام الحرمين : ولم يشترط أحد من أصحابنا أن يكون مع كل واحدة منهن محرم أو زوج ، قال : ويقصد بما قاله القفال حكم الخلوة ، فإنه كما يحرم على الرجل أن يخلو بامرأة واحدة كذلك يحرم عليه أن يخلو بنسوة ، ولو خلا رجل بنسوة وهو محرم إحداهن جاز ، وكذلك إذا خلت امرأة برجال وأحدهم محرم لها جاز ، ولو خلا عشرون رجلا بعشرين امرأة وإحداهن محرم لأحدهم جاز ، قال : وقد نص الشافعى على أنه لا يجوز للرجل أن يصلى بنساء مفردات إلا أن تكون إحداهن محرما له ، هذا كلام إمام الحرمين هنا ، وحكى صاحب العدة عن القفال فى الخلوة مثل ما ذكره إمام الحرمين بحروفه ، وحكى فيه نص الشافعى فى تحريم خلوة بنسوة منفردا بهن ، هذا الذى ذكره الإمام وصاحب العدة ، والمشهور هو جواز

خلوة رجل بنسوة لا محرم له فيهن لعدم المفسدة غالبا لأن النساء يستحين من بعضهن بعضا فى ذلك وقد سبقت هذه المسألة فى باب صفة الأئمة •

(**فـرع**) هل يجوز للمرأة أن تسافر لحج التطوع ؟ أو لسفر زيارة وتجارة ونحوهما مع نسوة ثقات ؟ أو امرأة ثقـة ؟ فيه وجهان وحكاهما الشيخ أبو حامد والمـاوردى والمحاملى وآخرون من الأصحاب فى باب الإحصار ، وحكاهما القاضى حسين والبغوى والرافعى وغيرهم (أحدهما) يجوز كالحج (والثانى) وهو الصحيح باتفاقهم وهو المنصوص فى الأم ، وكذا نقلوه عن النص : لا يجوز ، لأنه سفر ليس بواجب ، هكذا علـله البغوى •

ويستدل للتحريم أيضا بحديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تسافر امرأة ثلاثا إلا ومعها محرم » رواه البخارى ومسلم وفى رواية لمسلم : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسـافر مسيرة ثلاث ليال إلا ومعها ذو محرم » وعن ابن عباس قال : « قال النبى صلى الله عليه وسلم : لا تسافر امرأة إلا مع محرم فقال رجل : يا رسول الله إنى أريد أن أخرج فى جيش كذا وكذا ، وامرأتى تريد الحج قال : اخرج معها » رواه البخارى ومسلم وعن أبى سعيد عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا تسافر امرأة يومين إلا ومعها زوجها أو ذو محرم » رواه البخارى ومسلم ، وعن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسـلم قال : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر يوما وليلة ليس معها ذو حرمة » رواه البخارى ومسلم ، وفى رواية لمسـلم « مسيرة يوم » وفى رواية له « مسيرة ليلة » وسأعيد هذه المسألة بأبسط من هذا مع ذكر مذاهب العلماء فيها فى آخر باب الفوات والإحصار إن شاء الله تعالى •

(**فـرع**) يجب الحج على الخنثى المشكل البالغ ، ويشترط فى حقه من المحرم ما شرط فى المرأة ، فان كان معه نسوة من محـارمه كأخواته جاز ، وإن كن أجنبيات فلا ، لأنه يحرم عليه الخلوة بهن ، ذكره القاضى أبو الفتح وصاحب البيان وغيرهما •

(فـرع) اتفق أصحابنا على أن المرأة إذا أسـلمت فى دار الحرب لزمها الخروج إلى دار الإسلام وحدها من غير اشتراط نسوة ولا امرأة واحدة قال أصحابنا : وسواء كان طريقها مسلوكا أو غير مسلوك لأن خوفها على نفسها ودينها بالمقام فيهم أكثر من خوف الطريق ، وإن خافت فى الطريق سبعا لم يجب سلوكه ، هكذا ذكر هذه المسألة بتفصيلها هنا القاضى حسين والمتولى وغيرهما وذكرها الأصحاب فى كتاب السير •

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(فإن لم يبق من الوقت ما يتمكن فيه من السير لأداء الحج لم يلزمه لأنه إذا ضاق الوقت لم يقدر على الحج فلم يلزمه فرضه) •

(الشرح) قال أصحابنا : إمـكان السير بحيث يدرك الحج شرط لوجوبه ، فاذا وجد الزاد والراحلة وغيرهما من الشروط المعتبرة وتكاملت وبقى بعد تكاملها زمن يمكن فيه الحج وجب ، فان أخره عن تلك السنة جاز ، لأنه على التراخى ، لكنه يستقر فى ذمته فان لم يبق بعد استكمال الشرائط زمن يمكن فيه الحج لم يجب عليه ولا يستقر عليـه هكذا قاله الأصحاب ، قالوا : والمراد أن يبقى زمن يمكن فيه الحج إذا سار السير المعهود ، فاذا احتاج إلى أن يقطع فى كل يوم أو بعض الأيام أكثر من مرحلة لم يجب الحج •

ولم يذكر الغزالى هذا الشرط ، وهو إمكان السير ، وأنكر عليـه الرافعى ذلك وقال : هذا الامكان شرطه الأئمة لوجوب الحج وأهمـله الغزالى ، فأنكر الشيخ أبو عمرو بن الصلاح على الرافعى اعتراضه هذا على الغزالى ، وجعله إمكان السير ركنا لوجوب الحج ، وإنما هو شرط استقرار الحج ليجب قضاؤه من تركته لو مات قبل الحج ، وليس شرطا لأصل وجوب الحج ، بل متى وجدت الاستطاعة من مسلم مكلف حر لزمه الحج فى الحال ، كالصلاة تجب بأول الوقت قبـل مضى زمن يسعها ، ثم اسـتقرارها فى الذمة يتوقف على مضى زمن التمكن من فعلها ، هـذا اعتراضه ، والصواب ما قاله الرافعى ، وقد نص عليه المصنف والأصحاب

كما نقل (وأما) إنكار الشيخ ففاسد لأن الله تعالى قال : (ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا) وهذا غير مستطيع ، فلا حج عليه وكيف يكون مستطيعا وهو عاجز حسا •

(وأما) الصلاة فإنها تجب بأول الوقت ، لإمكان تتميمها والله أعلم ، هذا مذهبنا ، وحكى أصحابنا عن أحمد أن إمكان السير ، وأمن الطريق ليسا بشرط فى وجوب الحج دليلنا أنه لا يكون مستطيعا بدونهما والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن كان من مكة على مسافة لا تقصر فيها الصلاة ولم يجد راحلة نظرت ـ فإن كان قادرا على المشى ـ وجب عليه لأنه يمكنه الحج من غير مشقة شديدة وإن كان زمنا لا يقدر على المشى ويقدر على الحبو ، لم يلزمه لأن المشقة فى الحبو فى المسافة القريبة أكثر من المشقة فى المسافة البعيدة فى السير ، وإن كان من أهل مكة وقدر على المشى إلى مواضع النسك من غير خوف وجب عليه ، لأنه يصير مستطيعا بذلك) •

(الشرح) قال أصحابنا : من كان فى مكة أو كانت داره من مكة على مسافة لا تقصر فيها الصلاة ، فان كان قويا على المشى لزمه الحج، ولا يشترط وجود الراحلة لأنه ليس فى المشى فى هذه الحالة مشقة كثيرة ، وإن كان ضعيفا لا يقوى على المشى أو يناله به ضرر ظاهر اشترطت الراحلة لوجوب الحج عليه ، وكذا المحمل إن لم يمكنه الركوب ، ولا يلزمه الزحف والحبو ، هكذا قطع به المصنف والجماهير ، وحكى الدارمى وجها أنه يلزمه الحبو ، حكاه عن حكاية ابن القطان وهو شاذ أو غلط ، وحكى الرافعى أن القريب من مكة كالبعيد فلا يلزمه الحج إلا بوجود الراحلة ، وهو ضعيف أو غلط ، واتفق جمهور أصحابنا على اشتراط وجود الزاد لوجوب الحج على هذا القريب ، فان لم يمكنه فلا حج عليه ، لأن الزاد لا يستغنى عنه بخلاف الراحلة ، وحكى القاضى حسين فى تعليقه وجها أنه لا يشترط لوجوب الحج على هذا القريب وجود الزاد ، والصواب المشهور اشتراطه •

لكن قال المـاوردى والقاضى حسين وصاحب البيان وآخرون فى اعتبار زاده كلاما حسنا ، قالوا : إن عدم الزاد ، وكان له صنعة يكتسب بها كفايته وكفاية عياله ، ويفضل له مؤنة حجه ، لزمه الحج وإن لم يكن له صنعة ، أو كانت بحيث لا يفضل منها شىء عن كفايته وكفاية عياله ، وإذا اشتغل بالحج أضر بعياله لم يجب عليه الحج ، قال المـاوردى : ومقامه على عياله فى هذه الحالة أفضل ، والله أعلم •

واعلم أن المصنف جعل القريب الذى لا يشترط لوجوب الحج عليه الراحلة إذا أطاق المشى هو من كان دون مسافة القصر من مكة ، ولم يقل من الحرم ، وهكذا صرح باعتباره من مكة شيخه القاضى أبو الطيب فى المجرد ، والدارمى والقاضى حسين وصاحب الشامل والبغوى والمتـولى وصاحبا العدة والبيان ، والرافعى وآخرون ، وضبطه آخرون بالحرم ، فقالوا : القريب من بيته وبين الحرم مسافة لا تقصر فيها الصلاة ممن صرح بهذا المـاوردى والمحاملى والجرجانى وغيرهم وهذا الخلاف نحو الخلاف فى حاضر المسجد وهو من كان دون مسافة القصر ، وهل يعتبر من مكة أم من الحرم ؟ وسنوضحهما فى موضعهما إن شاء الله لكن الأشهر هنا اعتبار مكة وهناك اعتبار الحرم وبهذا قطع المصنف والجمهور والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(ومن قدر على الحج راكبا وماشيا ، فالأفضل ان يحج راكبا « لأن النبى صلى الله عليه وسلم حج راكبا » ولأن الركوب أعون على المناسك) •

(الشرح) المنصوص للشافعى رحمه الله تعالى فى الإملاء وغيره ، أن الركوب فى الحج أفضـل من المشى ، ونص أنه إذا نذر الحج ماشيا لزمه ، وأنه إذا أوصى بحجه ماشيا لزم أن يستأجر عنه من يحج ماشيا ، وللأصحاب طريقان (أصحهما) وبه قطع المصنف ومعظم العراقيين ، أن الركوب أفضل « لأن النبى صلى الله عليه وسلم حج راكبا » ولأنه أعون على المناسك والدعاء وسائر عباداته فى طريقه وأنشط له (والثانى) وهو مشهور فى كتب الخراسانيين ، فيه قولان (أصحهما) هذا (والثانى) المشى

لقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة رضى الله عنها : « على قدر نَصَبِكِ » وحكى الرافعى وغيره فى باب النذر قولا ثالثا أنهما سواء ، وقال ابن سريج : هما قبل الإحرام ، فإذا أحرم فالمشى أفضل • وقال الغزالى : من سهل عليه المشى فهو أفضل فى حقه ، ومن ضعف وساء خلقه بالمشى فالركوب أفضل ، والصحيح أن الركوب أفضل مطلقا ، وأجاب القائلون بهذا عن نصه فى الوصية بالحج ماشيا أن الوصية يتبع فيها ما سماه الموصى ، وإن كان غيره أفضل ، ولهذا لو أوصى أن يتصدق عنه بدرهم لا يجوز التصدق عنه بدينار ، والله أعلم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى الحج ماشيا وراكبا أيهما أفضل ؟ قد ذكرنا أن الصحيح فى مذهبنا أن الراكب أفضل ، قال العبدرى : وبه قال أكثر الفقهاء ، وقال داود : ماشيا أفضل • واحتج بحديث عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لعائشة : « ولكنها على قدر نفقتك ــ أو نصبك » ــ رواه البخارى ومسلم • وفى رواية صحيحة : « على قدر عنائك ونصبك » وروى البيهقى بإسناده عن ابن عباس قال : « ما آسَى على شىء ما آسَى أنى لم أحج ماشيا » وعن عبيدة وابن عمير قال ابن عباس : « ما ندمت على شىء فاتنى فى شبابى إلا أنى لم أحج ماشيا » « ولقد حج الحسن بن على خمسا وعشرين حجة ماشيا ، وإن النجائب لتقاد معه ولقد قاسم الله تعالى ماله ثلاث مرات ، حتى كان يعطى الخف ويمسك النعل » وابن عمير يقول ذلك رواية عن الحسن بن على ، قال البيهقى : وقد روى فيه حديث مرفوع من رواية ابن عباس ــ وفيه ضعف ــ عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من حج من مكة ماشيا حتى رجع إليها كتب له بكل خطوة سبعمائة حسنة من حسنات الحرم ، وحسنات الحرم الحسنة بمائة ألف حسنة » وهو ضعيف •

وبإسناده عن مجاهد «أن إبراهيم وإسماعيل حجا ماشيين» ومن حيث المعنى أن الأجر على قدر النصب ، قال المتولى : ولهذا كان الصوم فى السفر أفضل من الفطر لمن أطاق الصوم ، وصيام الصيف أفضل • واحتج أصحابنا بالأحاديث الصحيحة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حج راكبا » (فإن

قيل :) حج راكبا لبيان الجواز وكان يواظب فى معظم الأوقات على الصفة الكاملة ، فأما ما لم يفعله إلا مرة واحدة فلا يفعله إلا على أكمل وجوهه ومنه الحج ، فإنه لم يحج صلى الله عليه وسلم بعد الهجرة إلا حجة واحدة بإجماع المسلمين ، وهى حجة الوداع ، سميت بذلك لأنه ودع الناس فيها لا سيما وقد قال صلى الله عليه وسلم « لتأخذوا عنى مناسككم » ولأنه أعون له على المناسك كما سبق والله أعلم •

(فـرع) قال أصحابنا : الحج على المقتب والزاملة أفضل من المحمل لمن أطلق ذلك ، ودليل ذلك حديث ثمامة بن عبد الله بن أنس قال : « حج أنس على رحل ، ولم يكن صحيحا ، وحدث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حج على رَحْل ، وكانت زاملة » رواه البخارى والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(والمستطيع بغيره اثنان (أحدهما) من لا يقدر على الحج بنفسه لزمانة أو كبر ، وله مال يدفعه إلى من يحج عنه ، فيجب عليه فرض الحج لأنه يقدر على أداء الحج بغيره ، كما يقدر على أدائه بنفسـه ، فيلزمه فرض الحج (والثانى) من لا يقدر على الحج بنفسه ، وليس له مال ، ولـكن له ولد يطيعه إذا أمره بالحج فينظر فيه ، فإن كان الولد مستطيعا بالزاد والراحلة وجب على الأب الحج ، ويلزمه أن يأمر الولد بأدائه عنه ، لأنه قادر على أداء الحج بولده ، كما يقدر على أدائه بنفسه ، وإن لم يكن للولد مال ، ففيـه وجهان (أحدهما) يلزمه لأنه قادر على تحصيل الحج بطاعته (والثـانى) لا يلزمه ، لأن الصـحيح لا يلزمه فرض الحـج من غير زاد ولا راحـلة ، فالمغصوب أولى أن لا يلزمه • وإن كان الذى يطيعه غير الولد ففيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه الحج بطاعته ، لأن فى الولد إنما وجب عليه لأنه بضـعة منه ، فنفسه كنفسه ، وماله كماله فى النفقة وغيرها ، وهذا المعنى لا يوجد فى غيره فلم يجب الحج بطاعته (والثانى) يلزمه • وهو ظاهر النص • لأنه واجد لمن يطيعه فاشبه الولد ، وإن كان له من يجب الحج عليه بطاعته فلم يأذن له ففيه وجهان (أحدهما) أن الحاكم ينوب عنه فى الإذن كما ينوب عنه إذا امتنع من إخراج الزكاة (والثانى) لا ينوب عنه ، كما إذا كان له مال ولم يجهز من يحج عنه لم ينب الحاكم عنه فى تجهيز من يحج عنه • وإن بذل له الطاعة ثم رجع الباذل ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يجوز لأنه لـما لم يجز للمبذول له أن يرد ، لم يجز للباذل أن يرجع (والثانى) أنه يجوز وهـو الصحيح ، لأنه متبرع بالبذل فلا يلزمه الوفاء بما بذل (وأما) إذا بذل له

مالا يدفعه إلى من يحج عنه ففيه وجهان (احدهما) أنه يلزمه قبوله كما يلزمه قبول الطاعة (والثانى) لا يلزمه وهو الصحيح لأنه إيجاب كسب لإيجاب الحج ، فلم يلزمه كالكسب بالتجارة) .

(الشرح) قوله : لأنه بضعة منه وهو ــ بفتح الباء ــ لاغير ، وهى قطعة من اللحم ، وأما البضع والبضعة فى العدد ففيه لغتان مشهورتان ــ كسر الباء وفتحها ــ والكسر أفصح ، وبه جاء القرآن ، وأما المعضوب ــ فهو بالعين المهملة والضاد المعجمة ــ وأصل العضب القطع ، كأنه قطع عن كمال الحركة والتصرف ، ويقال له أيضا : المعصوب ــ بالصاد المهملة ــ قال الرافعى : كأنه قطع عصبه أو ضرب عصبه .

أما الأحكام فأولها بيان حقيقة المعضوب ، قال أصحابنا : من كان به علة يرجى زوالها فليس هو بمعضوب ، ولا يجوز الاستنابة عنه فى حياته بلا خلاف ، كما ستذكره واضحا بعد هذا ، حيث ذكره المصنف إن شاء الله تعالى ، وإن كان عاجزا عن الحج بنفسه عجزا لا يرجى زواله ، لكبر أو زمانة أو مرض لا يرجى زواله . أو كان كبيرا لا يستطيع أن يثبت على الراحلة إلا بمشقة شديدة ، أو كان شابا نضو[1] الخلق لا يثبت على الراحلة إلا بمشقة شديدة أو نحو ذلك ، فهذا معضوب فينظر فيه ، فإن لم يكن له مال ولا من يطيعه ، لم يجب عليه الحج ، وإن كان له مال ــ ولم يجد من يستأجره ، أو وجده وطلب أكثر من أجرة المثل ــ لم يجب الحج ، ولا يصير مستطيعا والحالة هذه ، فلو دام حاله هكذا حتى مات فلا حج عليه .

وإن وجد مالا ، ووجد من يستأجره بأجرة المثل لزمه الحج ، فإن استأجره وحج الأجير عنه ، وإلا فقد استقر الحج فى ذمته لوجود الاستطاعة بالمال ، وهكذا إذا كان للمعضوب ولد لا يطيعه فى الحج عنه ، أو يطيعه ولم يحج الولد عن نفسه لا يجب الحج على المعضوب ، وإن كان الولد يطيعه ــ وقد حج عن نفسه ــ وجب الحج على المعضوب ، ولزمه

---

(١) النضو بكسر النون الهزيل البدن من الانسان والحيوان (ط) .

أن يأذن للولد فى أن يحج عنه. قال أصحابنا :وإنما يلزم المعضوب الاستنابة، ويجب عليه الإحجاج عن نفسه فى صورتين (إحداهما) أن يجد مالا يستأجر به من يحج وشرطه أن يكون بأجرة المثل ، وأن يكون المال فاضلا عن الحاجات المشترطة فيمن يحج بنفسه ، إلا أنه يشترط هناك أن يكون المصروف إلى الزاد والراحلة فاضلا عن نفقة عياله ذهابا ورجوعا ، وهنا لا يشترط إلا كونه فاضلا عن نفقتهم وكسوتهم يوم الاستئجار خاصة . وفيه وجه ضعيف ذكره إمام الحرمين والبغوى وغيرهما ، أنه يشترط أن يكون فاضلا عن ذلك مدة ذهاب الأجير[1] كما لو حج بنفسه .

والمذهب أنه لا يشترط ذلك كما فى الفطرة والكفارة ، بخلاف من يحج بنفسه ، فإنه إذا لم يفارق ولده أمكنه تحصيل نفقاتهم ، ثم إن وفى ما يجده بأجرة راكب فقد استقر الحج عليه ، وإن لم يف إلا بأجرة ماش ففى وجوب الاستئجار وجهان (أحدهما) لا يجب ، كما لا يجب على عاجز عن الراحلة (وأصحهما) يجب إذ لا مشقة عليه فى مشى الأجير ، بخلاف من يحج بنفسه ، وقد سبق أنه لو طلب الأجير أكثر من أجرة المثل لا يجب الحج ، لأن وجود الأجير بأكثر من أجرة المثل كعدمه كما فى نظائر المسألة ولو رضى الأجير بأقل من أجرة المثل ، ووجد المعضوب ذلك لزمه الحج لأنه مستطيع ، وليس فى ذلك كثير منّة . وإذا تمكن من الاستئجار بشرطه فلم يستأجر ، فهل يستأجر عنه الحاكم لامتناعه أم لا ؟ فيه وجهان مشهوران (أصحهما) لا ، لأن الحج على التراخى فيصير كما لو امتنع القادر من تعجيل الحج (والثانى) يستأجر عنه كما يؤدى زكاة الممتنع ، هكذا علله المصنف والجمهور .

وقال المتولى : إذا لزمه الحج فلم يحج حتى صار معضوبا ، فهل يلزمه الحج على الفور ؟ أم يبقى على التراخى ؟ فيه وجهان إن قلنا : على الفور فامتنع استأجر الحاكم عنه وإلا فلا (الصورة الثانية) لوجوب

---

(١) هكذا بالاصول ولعله : (مدة ذهاب الأجير وعودته) والله أعلم (ط) .

الحج على المغصوب أن لا يجد المـال ، لكن يجد من يحصل له الحج ، وله أحوال .

(أحدها) أن يبذل له أجنبى مالا ليستأجر به ، ففى وجوب قبوله الوجهان اللذان ذكرهما المصنف فى آخر الفصل (أصحهما) عند المصنف والأصحاب لا يلزمه ، وادعى المتولى الاتفاق عليه (والثانى) يلزمه ويستقر به الحج على هذا فى ذمته ، ودليلهما فى الكتاب .

(الثانى) أن يبذل واحد من بنيه أو بناته أو أولادهم وإن سـفلوا الإطاعة فى الحج عنه ، فيلزمه الحج بذلك وعليه الإذن للمطيع ، هذا هو المذهب ونص عليه الشافعى فى جميع كتبه ، واتفق عليه الأصحاب فى جميع الطرق ، إلا السرخسى فحكى فى الأمالى وجها عن حكاية أبى طاهر الزيادى من أصحابنا ، أنه لا يلزم المطاع الحج بذلك وهذا غلط والصواب اللزوم ، وسنوضح دليله فى فرع مذاهب العلماء إن شاء الله تعالى .

قال أصحابنا : وإنما يصير الحج واجبا على المطاع بأربعـة شروط (أحدها) أن يكون المطيع ممن يصح منه فرض حجة الإسلام ، بأن يكون مسلما بالغا عاقلا حرا (والثانى) أن يكون المطيع قد حج عن نفسه ، وليس عليه حجة واجبة عن إسلام أو قضاء أو نذر (والثالث) أن يكون موثوقا بوفائه بطاعته (والرابع) ألا يكون معضوبا ، هكذا ذكر هذه الشروط الأصحاب فى الطريقين ، واتفقوا عليها إلا الدارمى فقـال : إذا كان على المطيع حج ففى وجوب الحج على المطاع وجهان (الصحيح) لا يلزمه كما قال الأصحاب (والثـانى) يلزمه ويلزم المطيع الحج عن نفسـه ، ثم عن المطاع ، وهذا شاذ ضعيف .

قال أصحابنا : ولو شك فى طاعة الولد لم يلزمه الحج بلا خلاف ، للشك فى حصول الاستطاعة ، ولو توسم فيه أمر الطاعة وظنها ، فهل يلزمه أن يأمره بالحج ؟ فيه وجهان حكاهما المتولى والبغوى والشاشى (الصحيح) المنصـوص يلزمه لحصول الاستطاعة ، وبهذا قطع القـاضى أبو الطيب وآخرون (والثانى) لا يلزمه ما لم يصرح بالطاعة ، لأن الظن قد يخطىء

فلا يتحقق القدرة بذلك ، قال المتولى : وهذا اختيار القاضى حسين ، ولو بذل المطيع الطاعة وجب على الوالد المطاع أن يأذن له فى ذلك فإن لم يأذن ألزمه الحاكم بذلك فإن أصر على الامتناع فهل ينوب الحاكم عنه ؟ فيه وجهان مشهوران ، ذكرهما المصنف بدليلهما (الصحيح) لا ، لأن الحج على التراخى : قال الدارمى : قال ابن القطان : هذا قول ابن أبى هريرة (والثانى) قول أبى إسحق المروزى •

وإذا اجتمعت شروط وجوب الحج بالطاعة فمات المطيع قبل أن يأذن له أو رجع عن الطاعة ــ وصححنا رجوعه ، فإن مضى بعد وجود الشرط زمن إمكان الحج ــ استقر وجوب الحج فى ذمة الميت وإلا فلا ، ولو كان له من يطيعه ولم يعلم بطاعته فهو كما لو كان له مال موروث ولم يعلم به ، وهكذا أطلقه الشيخ أبو حامد وآخرون ، ولم يذكروا حكمه ، قال ابن الصباغ والمتولى وصاحب العدة : هو كمن فقد الماء فى رحله وصلى بالتيمم ، والمذهب وجوب إعادة الصلاة ، ومعنى هذا أنه يجىء هنا خلاف كذلك الخلاف فيكون الصحيح أنه يجب الحج ولا يعذر بالجهل ، لأنه مقصر (والثانى) يعذر ولا يجب عليه الحج ، وقال الشاشى فى المعتمد هو شبيه بالمال الضال فى الزكاة والمذهب وجوبها فيه •

قال الرافعى : ولك أن تقول : لا يجب الحج بمال مجهول لأنه متعلق بالاستطاعة ، ولا استطاعة مع عدم العلم بالمال والطاعة ، قال المتولى ولو ورث المغصوب مالا ولم يعلمه حتى مات ، ففى وجوب قضاء الحج من تركته هذا الخلاف ، قال : وكذا لو كان له من يطيعه ولم يعلم به حتى مات •

ولو بذل الولد الطاعة ثم أراد الرجوع ــ فإن كان بعد إحرامه ــ لم يجز بلا خلاف ، وإن كان قبله فوجهان مشهوران ذكر المصنف دليلهما (أصحهما) له ذلك ، لأنه تبرع بشىء لم يتصل به الشروع ، فإن كان رجوعه قبل حج أهل بلده تبينّا أنه لا حج على المطاع ، هكذا أطلق المصنف والأصحاب الوجهين وقال الدارمى : الوجهان إذا بذل الطاعة

وقبلها الوالد ، فأما إذا بذلها ولم يقبل الوالد ولا الحاكم ــ إذا قلنا : يقوم مقامه عند الامتناع ــ فللباذل الرجوع •

(الحال الثالث) أن يبذل الأجير الطاعة فيجب قبولهـا على أصح الوجهين وهو ظاهر نص الشافعى ، كما ذكره المصنف وجها واحدا ، وهذا الذى قاله ظاهر ، وكلام الأصحاب محمول على الرجوع (والثانى) لا يجب والأخ كالأجنبى مطيعا لأن اسـتخدامه يثقل على الإنسـان كاستخدام الأجنبى بخلاف الولد (وأما) ابن الأخ والعم وابن العم فكالأخ (وأما) الجد والأب فالمذهب أنهما كالأخ ، وبهذا قطع الجمهور ، وهو المنصوص فى الأم والإملاء ، وقيل : هما كالولد لاستوائهما فى النفقة والعتق بالملك ، ومنع الشهادة ونحوها حكاه المتولى وغيره ، والمذهب الأول بعد القبول ، والله أعلم •

قال الدارمى : ولو رجع فاختلفا فقال الأب : رجعت بعد قبول ، وقال الابن : بل قبله ، فأيهما يصدق ؟ يحتمل وجهين (واعلم) أن ما صححناه من الوجهين فى أصل المسألة وهو جواز الرجوع قبل الإحرام هو الصحيح عند المصنف وجماهير الأصحاب فى الطريقين وشذ المـاوردى فصحح منع الرجوع وفرق بينه وبين بذل المـاء للمتيمم ثم رجع قبل قبضه بأن للماء بدلا وهو التيمم والله أعلم •

(الحال الرابع) أن يبذل له الولد المـال ، فهل يجب قبوله والحج ؟ فيه وجهان مشهوران ، وذكر المصنف دليلهما (أصحهما) لا يجب ، لأنه مما يُمَنُّ به بخلاف خدمته بنفسه ، والوجهان مرتبان على بذل الأجنبى المال ، فإن أوجبنا القبول من الأجنبى فالولد أولى وإلا فوجهـان (الأصح) لا يجب ، ولو بذل المـال للمغصوب أبوه ، فهل هو كبذل الأجنبى ؟ أم كبذل الولد ؟ فيه احتمالان ذكرهما إمام الحرمين (أصحهما) كالولد لعدم المنة بينهما غالبا ، وهذا الذى ذكرناه فى بذل الطاعة كله مفروض فيما إذا كان الباذل يحج راكبا ، فلو بذل الابن ليحج ماشيا ففى لزوم القبول وجهان (أصحهما) لا يلزم ، قال الشيخ أبو محمد الجوينى وغيره : هما مرتبان

على الوجهين فى وجوب استئجار المـاشى وهنا الأولى منع الوجوب ، لأنه يشق عليه مشى ولده ، وفى معناه الوالد إذا أطـاع ـ وأوجبنا قبوله ـ ولا يجىء الترتيب إذا كان المطيع أجنبيا • فالحاصل أن الأصح أنه لا يجب القبول إذا كان المطيع ماشيا أبا أو ولدا ويجب إذا كان أجنبيا •

وإذا أوجبنا القبول ـ والمطيع ماش ـ فذلك إذا كان له زاد ، فإن لم يكن وعول على الكسب فى طريقـه ، ففى وجوب القبول وجهـان ، حكاهما إمام الحرمين وغيره ، لأن الكسب قد ينقطع ، فإن لم يكن مكتسبا وعول على السؤال ، قال الإمام : فالخلاف قائم على الترتيب ، وأولى بأن لا يجب ، قال : فإن احتاج إلى ركوب مفازة ليس بها كسب ولا سـؤال ينفع ، لم يجب القبول بلا خلاف ، لأنه يحرم التغرير بالنفس على الابن المطيع ، فإذا حرم ذلك عليه استحال وجوب استنابته والحالة هذه • وذكر المصنف والجمهـور فى اشتراط الزاد والراحلة للمطيع وجهين من غير ترتيب ، وعلل المتولى الوجوب بأن المطاع صار قادرا فلزمه الحج كمن كان معه مال ، ولا يكفيه لحج فرض ، ووجد من يحج بذلك المـال ، يلزمه الاستئجار لتمكنه •

(فـرع) قال أصحابنا : إذا أفسد المطيع الباذل حجه انقلب إليه ، كما سيأتى فى الأجير إن شاء الله تعالى •

(فـرع) قال الدارمى : إذا بذل الولد الطاعة لأبويه فقبلا لزمه ، ويبدأ بأيهما شاء ، قال : وإذا قبل الوالد البذل لم يجز له الرجوع •

(فـرع) قال أصحابنا : وإذا كان على المعضوب حجة نذر أو قضاء فهى كحجة الإسلام فيما سبق •

(فـرع) قال أصحابنا : لا يجزىء الحج عن المعضوب بغير إذنه بخلاف قضاء الدين عن غيره ، لأن الحج يفتقر إلى النية وهو أهل للإذن بخلاف الميت ، وفيه وجه ضعيف أنه يجوز بغير إذنه • حكاه المتـولى عن القاضى أبى حامد المروالرُّوذى ، وحكاه أيضا الرافعى ، وهو شـاذ

ضعيف ، واتفق أصحابنا على جواز الحج عن الميت ، ويجب عند استقراره عليه سواء أوصى به أم لا ويستوى فيه الوارث والأجنبى كالدين ، قال المتولى : ويخالف ما لو كان على الميت عتق رقبة فأعتقها أجنبى ، فإنه لا يصح على أحد الطريقين ، لأن العتق يقتضى الولاء ، والولاء يقتضى الملك ، وإثبات الملك بعد موته مستحيل .

(وأما) صحة الحج فلا تقتضى ثبوت ملك له قال أصحابنا : تجوز الاستنابة عن الميت إذا كان عليه حجة ، وله تركة ، وسيأتى تفصيله فى كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى (وأما) المعضوب فتلزمه الاستنابة سواء طرأ العضب بعد الوجوب ، أو بلغ معضوبا واجدا للمال ، ولوجوب الاستنابة صورتان سبق بيانهما ، والله أعلم .

(فرع) قال المتولى : المعضوب إذا كان من مكة ، أو بينه وبينها دون مسافة القصر ، لا يجوز أن يستنيب فى الحج لأنه لا تكثر المشقة عليه فى أداء الحج ، ولهذا لو كان قادرا لا يشترط فى وجوب الحج عليه الراحلة .

(فرع) قال أصحابنا : إذا طلب الوالد المعضوب العاجز عن الاستئجار من الولد أن يحج عنه ، استحب للولد إجابته ولا تلزمه إجابته ولا الحج بلا خلاف ، قال المتولى وغيره : والفرق بينه وبين الإعفاف وهو التزويج فإنه يلزم الولد عند حاجة الأب على المذهب ، وأنه ليس على الوالد فى امتناع الولد من الحج ضرر ، لأنه حق الشرع ، فإن عجز عنه لم يأثم ، ولا يجب عليه ، بخلاف الإعفاف فإنه حق الأب واضطراره عليه فهو شبيه بالنفقة ، والله أعلم .

(فرع) قال المتولى : لو استأجر المطيع إنسانا ليحج عن المطاع المعضوب فإن كان المطيع ولدا فالمذهب أنه يلزم المطاع الحج ، وإن كان أجنبيا ، وقلنا : يجب الحج بطاعة الأجنبى فوجهان (أحدهما) يلزمه . لأنه وجد من يطيعه ، فصار كما لو بذل الطاعة بنفسه (والثانى) لا ، لأن هذا فى الحقيقة بذل مال ، ولا يجب الحج ببذل الأجنبى المال ، وهذا

إذا قلنا بالمذهب : إن بذل الأجنبى المـال لا يجب قبوله ، وقد جزم الشيخ أبو حامد والمحاملى وصاحب الشامل وغيرهم باللزوم فيما إذا كان المطيع ولدا .

(فـرع) إذا كان للمعضـوب مال ، ولم يستأجر من يحج عنـه لامتناعه ، فيه طريقان (أحدهما) أن فيه وجهين كالوجهين السابقين فيما إذا امتنع المطـاع من الإذن للمطيع البـاذل للطاعة ، وبهذا الطريق قطع الفورانى والبغوى وغيرهما من الخراسانيين (والثانى) لا يستأجر عنه وجها واحدا قال صاحب البيان : وبه قطع العراقيون من أصحابنا ، والفرق بينه وبين الإذن للمطيع أن للمعضوب غرضا فى تأخير الاستئجار بأن ينتفع بمـاله .

(فـرع) قال أصـحابنا : يشترط أن ينوى البـاذل للحـج عن المعضوب .

(فـرع) إذا بذل الولد الطاعة ، وقبلها الأب ، ثم مات الباذل قبل الحج ، قال الدارمى : إن كان قدر على الحج فلم يحج قضى من ماله ، وإن كان لم يقدر فلا شىء عليه ، قال : وعلى قول من قال : للبـاذل الرجوع يقوم ورثته مقامه فى اختيار الرجوع ، وهذا الذى قاله من وجوب قضائه من تركة الباذل فيه نظر ، وهو محتمل .

(فـرع) قال الدارمى وغيره : يلزم الباذل أن يحج من الميقات فإن جاوزه لزمه دم ، وكذا كل عمل يتعلق به فدية .

(فـرع) قال أصحابنا : وشروط الباذل الذى يصح بذله ويجب به الحج أربعة (أحدها) أن يكون ممن يصح منه أداء حجة الإسلام بنفسه ، بأن يكون بالغا عاقلا حرا مسلما (والثانى) كونه لا حج عليه (والثالث) أن يكون موثوقا ببذله له (والرابع) أن لا يكون معضوبا ، وقد سبق بيان هذه الشروط وقد أخذ المصنف بإيضاحها ، فأردت التنبيه عليها مفردة لتحفظ ، قال السرخسى : وذكر القفال مع هذه الشروط شرطا آخر ، وهو

بقاء المطيع على الطاعة مدة إمكان الحج ، فلو رجع قبل الإمكان فلاوجوب ، كما إذا استجمع أسباب الاستطاعة فى حق نفسه ففات بعضها قبل إمكان الحج ، فإنه يسقط الوجوب ، ولا نقول : إنه لم يجب ، والله أعلم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى وجوب الحج على المعضوب ، إذا وجد مالا وأجيرا بأجرة المثل ، قد ذكرنا أن مذهبنا وجوبه ، وبه قال جمهور العلماء منهم على بن أبى طالب والحسن البصرى والثورى وأبو حنيفة وأحمد وإسحق وابن المنذر وداود ، وقال مالك : لا يجب عليه ذلك ، ولا يجب إلا أن يقدر على الحج بنفسه • واحتج بقوله تعالى : (وأن ليس للإنسان إلا ما سعى) وبقوله تعالى (ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا) وهذا لا يستطيع ، وبأنها عبادة لا تصح فيها النيابة مع القدرة ، فكذا مع العجز كالصلاة •

واحتج أصحابنا بحديث ابن عباس « أن امرأة من خثعم قالت : يا رسول الله إن فريضة الحج على عباده أدركت أبى شيخا كبيرا ، لا يثبت على الراحلة ، أفأحج عنه ؟ قال : نعم • وذلك فى حجة الوداع » رواه البخارى ومسلم ، وعن أبى رزين العقيلى أنه أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : « إن أبى شيخ كبير لا يستطيع الحج ولا العمرة ولا الظعن قال : حج عن أبيك واعتمر » رواه أبو داود والترمذى والنسائى ، وقال الترمذى : حديث حسن صحيح •

وعن على رضى الله تعالى عنه « أن جارية شابة من خثعم استفتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : إن أبى شيخ كبير قد أقر ، وقد أدركته فريضة الله تعالى فى الحج ، فهل يجزىء عنه أن أؤدى عنه ؟ قال : نعم فأدى عن أبيك » رواه أحمد والترمذى ، وقال : حديث حسن صحيح ، وعن عبد الله بن الزبير رضى الله عنهما قال : « جاء رجل من خثعم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إن أبى أدركه الإسلام وهو شيخ كبير لا يستطيع ركوب الرحل ، والحج مكتوب عليه ، أفأحج عنه ؟ قال أنت أكبر ولده ؟ قال : نعم ، قال : أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيته عنه

أكان ذلك يجزىء عنه ؟ قال : نعم ، قال : فاحجج عنـه » رواه أحمـد والنسائى •

والجواب عن قوله تعالى : (وأن ليس للإنسان إلا ما سعى) أنه وجد من المعضوب السعى وهو بذل المـال والاستئجار ، عن قوله تعالى : (من استطاع) أن هذا مستطيع بماله ، وعن القياس على الصلاة أنها لا يدخلها المـال والله أعلم •

(فـرع) فى مذاهبهم فى المعضوب ، إذا لم يجد مالا يحج به غيره ، فوجد من يطيعه • قد ذكرنا أن مذهبنا وجوب الحج عليه • وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد : لا يجب عليه ودليلنا ودليلهم يعرف مما ذكره المصنف مع ما ذكرته فى الفرع قبله •

(فـرع) فى مذاهبهم فيما إذا أحج المعضوب عنه ثم شفى ، وقدر على الحج بنفسه • قد ذكرنا أن الصحيح من مذهبنا أنه لا يجزئه ، وعليه أن يحج بنفسه ونقله القاضى عياض عن جمهور العلمـاء ، وقال أحمـد وإسحق : يجزئه •

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(والمستحب لمن وجب عليه الحج بنفسه أو بغيره أن يقدمه لقوله تعالى (فاستبقوا الخيرات) ولأنه إذا أخره عرضـه للفوات بحوادث الزمان ، ويجوز أن يؤخره من سنة إلى سنة ، لأن فريضة الحج نزلت سنة ست ، وأخر النبى صلى الله عليه وسلم الحج إلى سنة عشر من غير عذر ، فلو لم يجز التأخير لـما أخره) •

(الشرح) قوله : من غير عذر قد ينكر ، فيقال : إن النبى صلى الله عليه وسلم لم يفتح مكة ولم يتمكن من الحج إلا فى سنة ثمان ، وظـاهر كلام المصنف أنه لم يحج من حين نزلت فريضة الحج ، وهذا اعتراض فاسد لأن مراد المصنف أن النبى صلى الله عليه وسلم تمكن سنة ثمـان وسنة تسع وتمكن كثيرون من أصحابه ، ولم يحج ويحجوا إلا سنة عشر ، ولم يقل المصنف إنه تمكن من سنة ست •

اما احكام الفصل ففيه مسألتان (إحداهما) المستحب لمن وجب عليه الحج بنفسه أو بغيره تعجيله ، لما ذكره المصنف ، ولحديث مهران بن صفوان عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أراد الحج فليعجل » رواه أبو داود بإسناده عن مهران ، ومهران هذا مجهول ، قال ابن أبى حاتم : سئل أبو زرعة عنه فقال : لا أعرفه إلا من هذا الحديث .

(الثانية) إذا وجدت شروط وجوب الحج وجب [1] التراخى ، على ما نص عليه الشافعى ، واتفق عليه الأصحاب إلا المزنى ، فقال : هو على الفور فعلى المذهب يجوز تأخيره بعد سنة الإمكان ما لم يخش العضب ، فإن خشيه فوجهان مشهوران فى كتب الخراسانيين ، حكاهما إمام الحرمين والبغوى والمتولى وصاحب العدة وآخرون ، وقال الرافعى (أصحهما) لا يجوز ، لأن الواجب الموسع لا يجوز تأخيره إلا بشرط أن يغلب على الظن السلامة إلى وقت فعله ، وهذا مفقود فى مسألتنا (والثانى) يجوز ، لأن أصل الحج على التراخى ، فلا يتغير بأمر محتمل ، قال المتولى : ويجرى هذان الوجهان فيمن خاف أن يهلك ماله ، هل له تأخير الحج أم لا ؟ والله أعلم .

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى كون الحج على الفور أو التراخى . قد ذكرنا أن مذهبنا أنه على التراخى ، وبه قال الأوزاعى والثورى ومحمد ابن الحسن ، ونقله الماوردى عن ابن عباس وأنس وجابر وعطاء وطاوس رضى الله تعالى عنهم . وقال مالك وأبو يوسف : هو على الفور ، وهو قول المزنى كما سبق ، وهو قول جمهور أصحاب أبى حنيفة ، ولا نص لأبى حنيفة فى ذلك .

واحتج لهم بقوله تعالى : (وأتموا الحج والعمرة لله) وهذا أمر ، والأمر يقتضى الفور ، وبحديث ابن عباس السابق فى هذا الفصل : « من

---

(١) أظنه (وجب على التراخى) والا فان التراخى ليس واجبا ، ولو كان التراخى واجبا لحرم الفور (ط) .

أراد الحج فليعجل » وبالحديث الآخر السابق : « من لم يمنعه من الحج حاجة أو مرض حابس، أو سلطان جائر ، فليمت إن شاء يهوديا أو نصرانيا» • ولأنها عبادة تجب الكفارة بإفسادها ، فوجبت على الفور كالصوم ، ولأنها عبادة تتعلق بقطع مسافة بعيدة كالجهاد ، قالوا : ولأنه إذا لزمه الحج وأخره إما أن تقولوا يموت عاصيا ، وإما غير عاص (فإن قلتم :) ليس بعاص خرج الحج عن كونه واجبا وإن (قلتم :) عاص فإما أن تقولوا عصى بالموت أو بالتأخير ، ولا يجوز أن يعصى بالموت إذ لا صنع له فيه ، فثبت أنه بالتأخير فدل على وجوبه على الفور •

واحتج الشافعى والأصحاب بأن فريضة الحج نزلت بعد الهجرة ، وفتح رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة فى رمضان سنة ثمان ، وانصرف عنها فى شوال من سنته واستخلف عتاب بن أسيد ، فأقام الناس الحج سنة ثمان بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم مقيما بالمدينة هو وأزواجه وعامة أصحابه ، ثم غزا غزوة تبوك فى سنة تسع ، وانصرف عنها قبل الحج • فبعث أبا بكر رضى الله تعالى عنه فأقام الناس الحج سنة تسع ، ورسول الله صلى الله عليه وسلم هو وأزواجه وعامة أصحابه قادرين [1] على الحج غير مشتغلين بقتال ولا غيره ، ثم حج النبى صلى الله عليه وسلم بأزواجه وأصحابه كلهم سنة عشر ، فدل على جواز تأخيره ، هذا دليل الشافعى وجمهور الأصحاب •

قال البيهقى : وهذا الذى ذكره الشافعى مأخوذ من الأخبار قال (فأما) نزول فرض الحج بعد الهجرة فكما قال • واستدل أصحابنا له بحديث كعب بن عجرة قال : « وقف علىّ رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحديبية ، ورأسى يتهافت قملا ، فقال : يؤذيك هَوامُّك ؟ قلت : نعم يا رسول الله • قال أبو داود : فقال : قد آذاك هَوام رأسك ؟ قال : نعم ، قال : فاحلق رأسك قال : ففىّ نزلت هذه الآية : فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية إلى آخره » رواه البخارى ومسلم ، قال

---

(١) منصوب على الحال (ط) •

أصحابنا : فثبت بهذا الحديث أن قوله تعالى : (وأتموا الحج والعمرة لله فإن أحصرتم فما استيسر من الهدى ، ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدى محله ، فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه) إلى آخرها نزلت سنة ست من الهجرة ، وهذه الآية دالة على وجوب الحج ، ونزل بعدها قوله تعالى : (وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة) .

وقد أجمع المسلمون على أن الحديبية كانت سنة ست من الهجرة فى ذى القعدة وثبت بالأحاديث الصحيحة واتفاق العلماء أن النبى صلى الله عليه وسلم غزا حنينا بعد فتح مكة ، وقسم غنائمها واعتمر من سنته فى ذى القعدة ، وكان إحرامه بالعمرة من الجعرانة ، ولم يكن بقى بينه وبين الحج إلا أيام يسيرة ، فلو كان على الفور لم يرجع من مكة حتى يحج مع أنه هو وأصحابه كانوا حينئذ موسرين ، فقد غنموا الغنائم الكثيرة ولا عذر لهم ولا قتال ولا شغل آخر ، وإنما أخره صلى الله عليه وسلم عن سنة ثمان بيانا لجواز التأخير ، وليتكامل الإسلام والمسلمون فيحج بهم حجة الوداع ، ويحضرها الخلق فيبلغوا عنه المناسك ، ولهذا قال فى حجة الوداع « ليبلغ الشاهد منكم الغائب ولتأخذوا عنى مناسككم » ونزل فيها قوله تعالى : (اليوم أكملت لكم دينكم) .

قال أبو زرعة الرازى فيما رويناه عنه حضر مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حجة الوداع مائة ألف وأربعة عشر ألفا كلهم رآه وسمع منه ، فهذا قول الإمام أبى زرعة الذى لم يحفظ أحد من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم كحفظه ، ولا ما يقاربه (فان قيل) إنما أخره إلى سنة عشر لتعذر الاستطاعة لعدم الزاد والراحلة ، أو الخوف على المدينة والاشتغال بالجهاد (فجوابه) ما سبق قريبا .

واحتج أصحابنا أيضا بحديث أنس رضى الله عنه قال : « نهينا أن نسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شىء ، فكان يعجبنا أن يجىء الرجل من أهل البادية العاقل فيسأله ونحن نسمع ، فجاءه رجل من أهل (البادية) فقال : يا محمد أتانا رسولك فزعم لنا أنك تزعم أن الله أرسلك ،

قال : صدق ، قال : فمن خلق السماء ؟ قال الله ، قال : فمن خلق الأرض ؟ قال : الله ، قال : فمن نصب هذه الجبال ؟ وجعل فيها ما جعل ؟ قال : الله ، قال : فبالذى خلق السماء وخلق الأرض ونصب هذه الجبال آلله أرسلك ؟ قال : نعم ، قال : وزعم رسولك أن علينا خمس صلوات فى يومنا وليلتنا ، قال : صدق • قال : فبالذى أرسلك آلله أمرك بهـذا ؟ قال : نعم ، قال : وزعم رسولك أن علينا زكاة فى أموالنا ، قال صدق ، قال : فبالذى أرسلك آلله أمرك بهذا ؟ قال : نعم ، قال : وزعم رسولك ، أن علينـا صوم شهر رمضان فى سنتنا ، قال : صدق ، قال : فبالذى أرسلك آلله أمرك بهذا ؟ قال نعم ؟ قال : وزعم رسولك أن علينا حج البيت من استطاع إليه سبيلا قال : صدق » رواه مسلم فى صحيحه فى أول كتاب الإيمان بهذه الحروف ، وروى البخارى أصله •

وفى رواية البخارى أن هذا الرجل ضمام بن ثعلبة ، وقدوم ضمام ابن ثعلبة على النبى صلى الله عليه وسلم كان سنة خمس من الهجرة ، قاله محمد بن حبيب وآخرون ، وقال غيره سنة سبع ، وقال أبو عبيد : سنة تسع ، وقد صرح فى هذا الحديث بوجوب الحج •

واحتج أصحابنا أيضا بالأحاديث الصحيحة المستفيضة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر فى حجة الوداع من لم يكن معه هدى الإحرام بالحج ، ويجعله عمرة ، وهذا صريح فى جواز تأخير الحج مع التمكن • واحتج أصحابنا أيضا بأنه إذا أخره من سنة إلى سنة أو أكثر ، وفعـله ، يسمى مؤديا للحج لا قاضيا بإجماع المسلمين ، هكذا نقل الإجماع فيـه القاضى أبو الطيب وغيره ، ونقل الاتفاق عليه أيضا القاضى حسين وآخرون ولو حرم التأخير لكان قضاء لا أداء (فإن قالوا) هذا ينتقض بالوضوء ، فانه إذا أخره حتى خرج وقت الصلاة ثم فعله كان أداء ، مع أنه يأثم بذلك (قلنا :) قد منع القاضى أبو الطيب كونه أداء فى هذه الحالة • وقال : بل هو قضاء لبقاء الصلاة ، لأنه مقصود لها لا لنفسه وجواب آخر وهو أن الوضوء ليس له وقت محدود ، فلا يوصف بالقضاء بخلاف الحج ، وقد تقرر فى الاصطلاح أن القضاء فعل العبادة خارج وقتها المحدود •

واحتج أصحابنا أيضا بأنه إذا تمكن من الحج وأخره ثم فعله لا ترد شهادته فيما بين تأخيره وفعله بالاتفاق ، ولو حرم لردت لارتكابه المسيء ، قال إمام الحرمين فى الأساليب : أسلوب الكلام فى المسألة أن تقول : العبادة الواجبة ثلاثة [1] أقسام (أحدها) ما يجب لدفع حاجة المساكين العاجزة وهو الزكاة ، فيجب على الفور ، لأنه المعنى من مقصود الشرع بها .

(والثانى) ما تعلق بغير مصلحة المكلف ، وتعلق بأوقات شريفة كالصلاة وصوم رمضان ، فيتعين فعلها فى الأوقات المشروعة لها ، لأن المقصود فعلها فى تلك الأوقات .

(والثالث) عبادة تستغرق العمر وتبسط عليه حقيقة وحكما وهو الإيمان فيجب التدارك إليه ليثبت وجوب استغراق العمر به .

(والرابع) عبادة لا تتعلق بوقت ولا حاجة ولم تشرع مستغرقة للعمر ، وكانت مرة واحدة فى العمر ، وهى الحج ، فحمل أمر الشرع بها للامتثال المطلق ، والمطلوب تحصيل الحج فى الجملة ، ولهذا إذا فاتت الصلاة كان قضاؤها على التراخى لعدم الوقت المختص ، وكذا القياس فى صوم رمضان إذا فات لا يختص قضاؤه بزمان ، ولكن تثبت آثار اقتضت غايته بمدة السنة ، هذا كله إذا قلنا إنه يقتضى الفور ، ولنا طريق آخر ، وهو أن المختار أن الأمر ــ مجردا عن القرائن ــ لا يقتضى الفور ، وإنما المقصود منه الامتثال المجرد ، ومن زعم أنه يقتضى الفور نقلنا الكلام معه إلى أصول الفقه ، ويمكن أن يقال : الحج عبادة لا تنال إلا بشق الأنفس ولا يتأتى الإقدام عليها بعينها بل يقتضى التشاغل بأسبابها والنظر فى الرفاق والطرق ، وهذا مع بعد المسافة يقتضى مهلة فسيحة لا يمكن ضبطها بوقت ، وهذا هو الحكمة فى إضافة الحج إلى العمر ، ويمكن أن يجعل هذا قرينة فى اقتضاء الأمر بالحج للتراخى فنقول : الأمر بالحج إما أن يكون مطلقا ، والأمر المطلق لا يقتضى الفور وإما أن يكون معه ما يقتضى التراخى كما ذكرناه ، هذا كلام إمام الحرمين رحمه الله .

---

(١) هكذا قال فى النسخ كلها (ثلاثة) وعند التفصيل قال (والرابع) فحرر (ط) .

(وأما) الجواب عن احتجاج الحنفية بالآية الكريمة وأن الأمر يقتضى الفور ، فمن وجهين (أحدهما) أكثر أصحابنا قالوا : إن الأمر المطلق المجرد عن القرائن لا يقتضى الفور ، بل هو على التراخى ، وقد سبق تقريره فى كلام إمام الحرمين ، وهذا الذى ذكرته من أن أكثر أصحابنا عليه هو المعروف فى كتبهم فى الأصول ، ونقله القاضى أبو الطيب فى تعليقه فى هذه المسألة عن أكثر أصحابنا (والثانى) أنه يقتضى الفور ، وهنا قرينة ودليل يصرفه إلى التراخى ، وهو ما قدمناه من فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وأكثر أصحابه مع ما ذكره إمام الحرمين من القرينة المذكورة فى آخر كلامه •

(وأما) الحديث : « من أراد الحج فليعجل » (فجوابه) من أوجه (أحدها) أنه ضعيف (والثانى) أنه حجة لنا ، لأنه فوض فعله إلى إرادته واختياره ولو كان على الفور لم يفوض تعجيله إلى اختياره (والثالث) أنه أمر ندب جمعا بين الأدلة (وأما) الجواب عن حديث « فليمت إن شاء يهوديا » فمن أوجه (أحدها) أنه ضعيف كما سبق (والثانى) أن الذم لمن أخره إلى الموت ، ونحن نوافق على تحريم تأخيره إلى الموت ، والذى نقول بجوازه هو التأخير بحيث يفعل قبل الموت (الثالث) أنه محمول على من تركه معتقدا عدم وجوبه مع الاستطاعة ، فهذا كافر ، ويؤيد هذا التأويل أنه قال : « فليمت إن شاء يهوديا أو نصرانيا » وظاهره أنه يموت كافرا ، ولا يكون ذلك إلا إذا اعتقد عدم وجوبه مع الاستطاعة وإلا فقد أجمعت الأمة على أن من تمكن من الحج فلم يحج ومات لا يحكم بكفره ، بل هو عاص ، فوجب تأويل الحديث لو صح والله أعلم •

(والجواب) عن قياسهم على الصوم أن وقته مضيق فكان فعله مضيقا بخلاف الحج •

(والجواب) عن قياسهم على الجهاد من وجهين (أحدهما) جواب القاضى أبى الطيب وغيره : لا نسلم وجوبه على الفور بل هو موكول إلى

رأى الإمام بحسب المصلحة فى الفور والتراخى (والثـانى) أن فى تأخير الجهاد ضررا على المسلمين بخلاف الحج •

(والجواب) عن قولهم : إذا أخره ومـات هل يموت عاصـيا أن الصحيح عندنا موته عاصيا ، قال أصحابنا : وإنما عصى لتفريطه بالتأخير إلى الموت ، وإنما جاز له التأخير بشرط سلامة العاقبة كما إذا ضرب ولده أو زوجته أو المعلم الصبى ، أو عزر السلطان إنسـانا فمات ، فإنه يجب الضمان ، لأنه مشروط بسلامة العاقبة ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(ومن وجب عليه الحج فلم يحج حتى مات نظرت فإن مات قبل أن يتمكن من الأداء ـ سقط فرضه ، ولم يجب القضاء ، وقال ابو يحيى البلخى : يجب القضاء ، واخرج إليه أبو إسحق نص الشافعى رحمه الله فرجع عنه ، والدليل على أنه يسقط أنه هلك ما تعلق به الفرض قبل التمكن من الأداء فسقط الفرض ، كما لو هلك النصاب قبل أن يتمكن من إخراج الزكاة ، وإن مات بعد التمكن من الأداء لم يسقط الفرض ويجب قضاؤه من تركته ، لمـا روى بريدة قال : « أتت النبى صلى الله عليه وسلم امرأة فقالت : يا رسول الله إن أمى ماتت ولم تحج قال : حجى عن أمك » ولأنه حق تدخله النيـابة لزمه فى حال الحياة ، فلم يسقط بالموت ، كدين الآدمى ، ويجب قضاؤه عنه من الميقات ، لأن الحج يجب من الميقات ، ويجب من رأس المـال لأنه دين واجب فكان من رأس المـال كدين الآدمى وإن اجتمع الحـج ودين الآدمى والتركة لا تتسع لهما ففيه الأقوال الثلاثة التى ذكرناها فى آخر الزكاة) •

(الشرح) حديث بريدة رواه مسلم ، وفى الفصل مسائل :

(إحداها) إذا وجب عليه الحج فلم يحج حتى مات ـ فإن مات قبل تمكنه من الأداء ، بأن مات قبل حج الناس من سنة الوجوب ـ تبينّا عدم الوجوب لتبين علامة عدم الإمكان ، هكذا نص عليه الشافعى ، وقطع به الأصحاب ، وكان أبو يحيى البلخى من أصحابنا يقول : يجب قضاؤه من تركته ، ثم رجع عن ذلك حين أخرج إليه أبو إسحق المروزى نص الشافعى كما ذكره المصنف ودليله فى الكتاب • وإن مات بعد التمكن من أداء الحج بأن مات بعد حج الناس استقر الوجوب عليه ، ووجب الإحجاج عنه من تركته •

قال البغوى وغيره : ورجوع الناس ليس معتبرا إنما المعتبر إمكان فراغ أفعال الحج حتى ولو مات بعد انتصاف ليلة النحر ومضى إمكان السير إلى منى والرمى بها وإلى مكة والطواف بها استقر الفرض عليه ، وإن مات أو جن قبل ذلك لم يستقر عليه ، وإن هلك ماله بعد رجوع الناس أو بعد مضى إمكان الرجوع استقر عليه الحج ، وإن هلك ماله بعد حجهم وقبل الرجوع أو إمكانه فوجهان (أصحهما) أنه لا يستقر لأنه يشترط بقاؤه فى الذهاب والرجوع ، وقد تبينا أن ماله لا يبقى إلى الرجوع • هذا حيث نشترط أن يملك نفقة الرجوع فإن لم نشترطها استقر بلا خلاف ولو أحصروا وأمكنه الخروج معهم فتحللوا ، لم يستقر عليه الحج ، لأنا تبينا عجزه وعدم إمكان الحج هذه السنة ، فلو سلكوا طريقا آخر وحجوا استقر عليه الحج ، وكذا لو حجوا فى السنة التى بعدها إذا عاش وبقى ماله •

(الثانية) قال أصحابنا : حيث وجب عليه الحج وأمكنه الأداء فمات بعد استقراره يجب قضاؤه من تركته كما سبق ، ويكون قضاؤه من الميقات ، ويكون من رأس المال لما ذكره المصنف ، هذا إذا لم يوص به• فإن أوصى بأن يحج عنه من الثلث أو أطلق الوصية به من غير تقييد بالثلث ولا برأس المال ، فهل يحج عنه من الثلث ؟ أم من رأس المال ؟ فيه خلاف مشهور فى كتاب الوصية ، فإن كان هناك دين آدمى وضاقت التركة عنهما ففيه الأقوال الثلاثة السابقة فى كتاب الزكاة (أصحها) يقدم الحج (والثانى) دين الآدمى (والثالث) يقسم بينهما •

وقد ذكر إمام الحرمين والبغوى والمتولى وآخرون من الأصحاب قولا غريبا للشافعى ، أنه لا يحج عن الميت الحجة الواجبة إلا إذا أوصى بها ، فإذا أوصى حج عنه من الثلث ، وهذا قول غريب ضعيف جدا • وسنوضح المسألة فى كتاب الوصية [1] إن شاء الله تعالى ، وهذا كله إذا كان للميت تركة فلو استقر عليه الحج ومات ولم يحج ولا تركة له بقى

---

(١) شاء الله ألا يمتد الأجل بالامام النووى ليبر بوعده وقد شاء الله أن نتولى شرح الوصية نرجو أن نكون قد قاربنا وسددنا وله الحمد والمنة سبحانه (ط) .

الحج فى ذمتــه ولا يلزم الوارث الحج عنــه لكن يستحب له ، فإن حج عنه الوارث بنفسه أو استأجر من يحج عنه سقط الفرض عن الميت ، سواء كان أوصى به أم لا لأنه خرج عن أن يكون من أهل الإذن فلم يشترط إذنه بخلاف المعضوب فإنه يشترط إذنه كما سبق لإمكان أدائه ، ولو حج عن الميت أجنبى والحالة هذه جاز ، وإن لم يأذن له الوارث ، كما يقضى دينه بغير إذن الوارث ويبرأ الميت به •

(الثالثة) إذا وجب عليه الحج وتمكن من أدائه واســتقر وجوبه فمات بعد ذلك ولم يحج ، فقد سبق أنه يجب قضاؤه ، وهل نقول مــات عاصيا ؟ فيه أوجه مشهورة فى كتب الخراسانيين (أصحها) وبه قطع جماهير العراقيين ، ونقل القــاضى أبو الطيب وآخرون الاتفاق عليــه أنه يموت عاصيا ، واتفق الذين ذكروا فى المسألة خلافا على أن هذا هو الأصح ، قالوا: وإنما جاز له التأخير بشرط سلامة العاقبة (والثانى) لا يعصى لأنا حكمنا بجواز التأخير (والثالث) يعصى الشيخ دون الشاب ، لأن الشيخ يعــد مقصرا لقصر حياته فى العادة ، قال أصحابنا : والخلاف جار فيما لو كان صحيح البدن فلم يحج حتى صار زَمِناً (والأصح) العصيان أيضا لأنه فوت الحج بنفسه كما لو مات ، فإذا زَمِنَ وقلنا بالعصيان فهل يجب عليه الاستنابة على الفور بخروجه بالتقصير عن استحقاق الترفيه ؟ ولأنه قــد صار فى معنى الميت ؟ أم له تأخير الاستنابة ؟ كما لو بلغ معضوبا فإن له تأخير الاستنابة قطعا ؟ فيه وجهان (أصحهما) يلزمه على الفور •

وعلى هذا لو امتنع وأخر الاستنابة ، هل يجبره القاضى عليها ويستأجر عنه ؟ فيه وجهان (أحدهما) نعم ، كزكاة الممتنع (وأصحهما) لا ، وقــد سبق الوجهان ، ونظائرهما قريبا ، فيما إذا بذل للمعضوب ولده الطاعة فلم يقبل ، هل يقبل الحاكم عنه ؟ (الأصح) لا يقبل ، قال أصحابنا : وإذا قلنا : يموت عاصيا فمن أى وقت يحكم بعصيانه ؟ فيه أوجه (أصحها) من السنة الأخيرة من سنى الإمكان ، لأن التأخير إليها جائز ، قال القاضى أبو الطيب وغيره : وهذا قول أبى إســحق المروزى (والثــانى) من السنة الأولى

لاستقرار الفرض فيها (والثالث) يموت عاصيا ، ولا يضاف العصيان إلى سنة بعينها •

قال أصحابنا : وتظهر فائدة الخلاف فى أحكام الدنيا فى صور (منها) أنه لو شهد بشهادة ولم يحكم بها حتى مات ، لم يحكم لبيان فسقه ، ولو قضى بشهادته بين السنة الأولى والأخيرة من سنى الإمكان ــ فإن قلنا عصيانه من الأخيرة ــ لم ينقض ذلك الحكم لأن فسقه لم يقارن الحكم ، بل طرأ بعده فلا يؤثر ، وإن قلنا : عصيانه من الأولى ففى نقضه القولان ، فيما إذا بان أن فسق الشهود كان مقارنا للحكم ، والله أعلم •

هذا حكم الحج ، ولو أخر الصلاة عن أول الوقت الموسع فمات فى أثنائه فقد سبق أنه هل يموت عاصيا ؟ فيه وجهان (الأصح) لا يموت عاصيا (والأصح) فى الحج العصيان ، قال أصحابنا : والفرق أن آخر وقت الصلاة معلوم وقريب ، فلا يعد مفرطا فى التأخير إليه ، مع غلبة الظن بالسلامة بخلاف الحج ، وقد سبق فى كتاب مواقيت الصلاة أن تأخير الواجب الموسع إنما يجوز لمن غلب على ظنه السلامة إلى أن يفعل ، فأما من لم يغلب على ظنه ذلك فلا يحل له التأخير بلا خلاف والله أعلم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى الحج عن الميت قد ذكرنا أن مذهبنا أن من تمكن من الحج فمات يجب الإحجاج من تركته ، سواء أوصى به أم لا ، وبه قال ابن عباس وأبو هريرة وقال أبو حنيفة ومالك : لا يحج عنه إلا إذا أوصى به ويكون تطوعا • دليلنا حديث بريدة المذكور فى الكتاب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وتجوز النيابة فى حج الفرض فى موضعين (أحدهما) فى حق الميت إذا مات وعليه حج ، والدليل عليه حديث بريدة (والثانى) فى حق من لا يقدر على الثبوت على الراحلة إلا بمشقة غير معتادة ، كالزمن والشيخ الكبير ، والدليل عليه ما روى ابن عباس رضى الله عنهما « أن امرأة من خثعم أتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله إن فريضة الله فى الحج على عباده ادركت أبى شيخا كبيرا ، لا يستطيع أن يستمسك على الراحلة ، افأحج عنه ؟ قال : نعم ، قالت أينفعه ذلك ؟ قال : نعم ، كما لو كان على

أبيك دين فقضيته نفعه » ولأنه أيس من الحج بنفسه فناب عنه غيره كالميت ، وفى حج التطوع قولان (احدهما) لا يجوز لأنه غير مضطر إلى الاستنابة فيه ، فلم تجز الاستنابة فيه كالصحيح (والثانى) أنه يجوز ، وهو الصحيح ، لأن كل عبادة جازت النيابة فى فرضها جازت النيابة فى نفلهـا كالصدقة ، فإن استأجر من يتطوع عنه ، وقلنا : لا يجوز ، فإن الحج للحاج ، وهل يستحق الأجرة ؟ فيه قولان (أحدهمـا) أنه لا يستحق ، لأن الحج قد انعقـد له فلا يستحق الأجرة كالصرورة (والثانى) يستحق ، لأنه لم يحصل له بهذا الحج منفعة ، لأنه لم يسقط به عنه فرض ولا حصل له به ثواب ، بخلاف الصرورة ، فإن هناك قد سقط عنه الفرض .

(فاما) الصحيح الذى يقدر على الثبوت على الراحلة فلا تجوز النيابة عنه فى الحج ، لأن الفرض عليه فى بدنه فلا ينتقـل الفرض إلى غيره إلا فى الموضع الذى وردت فيه الرخصة ، وهو إذا أيس وبقى فيما سواه على الأصل فلا تجوز النيابة عنه فيه (وأما) المريض فينظر فيه ، فإن كان غير مأيوس منه لم يجز أن يحج عنه غيره ، لأنه لم ييأس من فعله بنفسـه ، فلا تجوز النيابة عنه فيه كالصحيح فإن خالف وأحج عن نفسه ثم مات فهل يجزئه عن حجة الإسلام ؟ فيه قولان (احدهما) يجزئه لأنه لمـا مات تبينـا أنه كان مأيوسا منه (والثانى) لا يجزئه لأنه أحج وهو غير مأيوس منه فى الحال فلم يجزه ، كما لو برأ منه ، وإن كان مريضا مأيوسا منه جازت النيابة عنه فى الحج ، لأنه مأيوس منه فأشبه الزَّمِنَ والشيخ الكبير ، فإن أحج عن نفسه ثم برأ من المرض ففيه طريقان (احدهما) أنه كالمسألة التى قبلها ، وفيهـا قولان (والثانى) أنه يلزمه الإعادة قولا واحدا ، لأنا تبينا الخطأ فى الإياس ، ويخالف ما إذا كان غير مأيوس منه فمات ، لأنا لم نتبين الخطأ لأنه يجوز أنه لم يكن مأيوسا منه ، ثم زاد المرض فصار مأيوسا منه ، ولا يجوز أن يكون مأيوسا منه ، ثم يصير غير مأيوس منه) .

(الشرح) حديث بريدة وحديث ابن عباس صحيحان سبق بيانهمـا قريبا ، وحديث ابن عباس سبق فى فرع مذاهب العلماء فى حج المعضوب أن البخارى ومسلما رواياه ، وليس فيه الزيادة التى فى آخره ، وهنـاك سبق بيان لفظه فى الصحيحين ، وقد استدل المصنف بهـذا الحديث على الحج عن الحى المعضوب ، وكذلك احتج به جميع الأصحاب هنا وغيرهم من العلماء ، وترجم له ابن ماجه والبيهقى وخلائق من المحدثين (بـاب الحج عن الحى المعضوب أو العاجز) ونحو هذه العبارة ، واحتج به المصنف فى آخر باب الأوصياء على جواز الحج عن الميت ، وكذا احتج به الغزالى

ومن تابعهما ، وقد ينكر ذلك ويمكن الجواب عنهم بأنه إذا ثبت جوازه عن الحى المعضوب بهذا الحديث ، كان جوازه عن الميت أولى ، فيكون الاستدلال به للميت من باب التنبيه بالأدنى على الأعلى والله أعلم •

(وقوله) كل عبادة جازت النيابة فى فرضها جازت النيابة فى نفلها ، كالصدقة ، ينتقض بالصوم عن الميت فإنه تجوز النيابة فيه فى الفرض على القول القديم ، وهو المختار ، كما سبق ، ولا تجوز فى النفل بلا خلاف (وقوله :) كالصرورة هو ــ بفتح الصاد المهملة ــ وهو الذى لم يحج حجة الإسلام ، وقد ثبت فى سنن أبى داود عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا صرورة فى الإسلام » قال العلماء : لا يبقى أحد فى الإسلام بلا حج ولا يحل لمستطيع تركه •

(وأما) قوله ولا حصل له ثواب ، هكذا قاله المتولى وصاحب البيان وآخرون ، والمختار حصول الثواب له بوقوع الحج له (وقوله) لم ييأس هو بفتح الهمزة وكسرها لغتان مشهورتان (وقوله) برأ بفتح الراء وفيه لغتان أخريان سيأتى[1] متعلقة باللفظ فى باب التيمم (قوله) الإياس بكسر الهمزة ويقال : بفتحها والأحسن اليأس •

أما الأحكام ففيها مسائل (إحداها) قال الشافعى والأصحاب : تجوز النيابة فى حج الفرض المستقر فى الذمة فى موضعين (أحدهما) المعضوب (والثانى) الميت وسبق بيان المعضوب ، ودليلهما فى الكتاب •

(فأما) حج التطوع فلا تجوز الاستنابة فيه عن حى ليس بمعضوب ، ولا خلاف بين جمهور الأصحاب فى عدم جوازه ، ولا عن ميت لم يوص به بلا خلاف ، نقل الاتفاق عليه الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وآخرون وهل يجوز عن ميت أوصى به أو حى معضوب استأجر من يحج عنه ؟ فيه قولان مشهوران منصوصان للشافعى فى الأم ذكر المصنف دليلهما ، واختلف أصحابنا فى أصحهما فقال الجمهور : (أصحهما) الجواز ،

---

(١) كذا فى الأصل ولعل الصواب سيأتى بيانهما فى باب القسامة (ط) .

وهو مذهب مالك وأبى حنيفة وأحمد ، وممن نص على تصحيحه الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب فى المجرد والمصنف هنا والبغوى والرافعى وآخرون وصحح المحاملى فى المجموع المنع ، والجرجانى فى التحرير والشاشى ، قال ابن الصباغ وآخرون ما ذكره القائل بالمنع من أنه إنما جاز الاستنابة فى الفرض للضرورة ولا يجوز فى النفل فيلتبس بالتيمم فإنه جوز فى الفرض للحاجة ، ويجوز أيضا فى النفل ، وقد سبق فى المتيمم والمستحاضة وجه شاذ أنهما لا يفعلان النفل أبدا تخريجا من هذا القول والله أعلم •

(وأما) الحجة الواجبة بقضاء أو نذر فيجوز النيابة فيها عن الميت والمعضوب بلا خلاف عندنا ، كحجة الإسلام لكن لا يجوز عن المعضوب إلا بإذنه ويجوز عن الميت بإذنه وبغير إذنه ، ويجوز من الوارث والأجنبى سواء أذن له الوارث أم لا بلا خلاف وقد سبق بيان هذا ، ولو لم يكن للميت حج ولا لزمه حج لعدم الاستطاعة ففى جواز الإحجاج عنه طريقان حكاهما إمام الحرمين وغيره (أحدهما) القطع بالجواز لوقوعه واجبا (والثانى) أنه على القولين كالتطوع ، لأنه لا ضرورة إليه •

قال أصحابنا : فإذا قلنا : تجوز النيابة فى حج التطوع عن الميت والمعضوب جاز حجتان وثلاث وأكثر ، ممن صرح به صاحب البيان ، قال أصحابنا وإذا جوزناه جاز أن يكون الأجير عبدا أو صبيا ، لأنهما من أهل التبرع بخلاف حجة الإسلام ، فإنه لا يجوز استئجارهما فيها ، وهل يجوز استئجارهما فى حجة النذر ؟ قال الرافعى : إن قلنا : يسلك بالنذر مسلك جائز التبرع جاز وإلا فلا • قال أصحابنا : وإذا صححنا النيابة فى حج التطوع استحق الأجير الأجرة المسماة بلا خلاف [1] • [وإن لم نجوز الاستئجار وقع الحج عن الأجير ولم يستحق المسمى] ، وهل يستحق أجرة المثل ؟ فيه قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) لا يجزئه (والثانى) يجزئه ، هكذا أطلق المصنف والأصحاب الصورة ، والظاهر أن مرادهم إذا مات بذلك المرض فلو مات فيه بسبب عارض بأن

---

(1) من جريدة مراجعات السيد الحداد ومنها نقلنا ما بين المعقوفين .

قتل أو لسعته حية ونحوها أو وقع عليه سقف ونحو ذلك لم يجزئه قولا واحدا ، لأنا لم نتبين كون المرض غير مرجو الزوال .

(أما) إذا كان المرض والعلة غير مرجو الزوال فله الاستنابة ، فإن حج النائب واتصل بالموت أجزأه عن حجة الإسلام ، وإن شفى فطريقان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أحدهما) القطع بعدم الإجزاء ، وهو نصه فى الأم (وأصحهما) فيه القولان كالصورة التى قبلها (أصحهما) لا يجزئه (فإن قلنا) فى الصورتين : يجزئه استحق الأجير الأجرة المسماة (وإن قلنا) لا يجزئه فعمن يقع الحج ؟ فيه وجهان (أصحهما) عند الجمهور يقع عن الأجير تطوعا لأن المستأجر لا يجوز أن يحصل له تطوع وعليه فرض (وأصحهما) عند الغزالى يقع عن تطوع المستأجر ويكون هذا غررا فى وقوع النفل قبل الفرض كالرق والصبا والمذهب الأول ، وبه قطع كثيرون .

(فإن قلنا) يقع عن الأجير فهل يستحق أجرة ؟ فيه قولان مشهوران فى الطريقين ، قال البغوى والرافعى : (أصحهما) لا يستحق ، لأن المستأجر لم ينتفع بها (والثانى) يستحق ، لأنه عمل له فى اعتقاده ، قال أصحابنا : وهذان القولان مبنيان على أن الأجير إذا أحرم عن المستأجر ثم صرف الإحرام إلى نفسه لا ينصرف ، بل يبقى للمستأجر ، وهل يستحق الأجرة ؟ فيه قولان مشهوران (أصحهما) باتفاق الأصحاب يستحق لأن حجه وقع عن المستأجر فرضا كأنه لم يصرفه (والثانى) لا يستحق شيئا ، لأنه لم يعمل له فى اعتقاده والفرق فى الصورتين فى الأصح حيث قلنا : الأصح فى هذه الثانية المبنى عليها أنه يستحق الأجرة ، والأصح فى الأولى المبنية لا يستحق لأن فى الثانية وقع الحج فرضا عن المستأجر كما استأجره ، وفى الأولى لم يقع عنه .

وقاس أصحابنا وجوب الأجرة على الأصح فى صورة صرف الإحرام إلى نفس الأجير ، على ما إذا استأجره إنسان ليبنى له حائطا فبناه الأجير ، معتقدا أن الحائط لنفسه فبان للمستأجر ، فإنه يستحق عليه الأجرة قولا

واحدا ، والفرق على القول الضعيف أن الأجير فى صرف الإحرام جائر مخالف ، وإن كان لا ينصرف ، بخلاف الثانى ، فإن قلنا فى أصل مسألتنا : يستحق الأجرة ، فهل هى المسمى ؟ أم أجرة المثل ؟ فيه وجهان حكاهما البغوى وغيره (أحدهما) المسماة لأن العقد لم يبطل (والثانى) أجرة المثل ، لأن العقد يتعين عما عقد عليه ، وهذا أصح (وإن قلنا :) عن المستأجر استحق الأجير الأجرة قولا واحدا ، وهل هى أجرة المثل أم المسمى ؟ (الصحيح) أنها المسمى ، وهو ظاهر كلام البغوى والأكثرين ، وقال الشيخ أبو محمد : لا يبعد تخريجه على الوجهين •

(فرع) قد ذكرنا أنه إذا كان مريضا غير مأيوس منه لا يجوز أن يستنيب ، ولو استناب ومات لا يجزئه على أصح القولين ، قال الماوردى: هذا إذا مات بعد حج الأجير ، فإن مات قبل حج الأجير أجزأه ووقع عن حجة الإسلام ، ويجرى القولان فيما لو تفاحش ذلك المرض فصار مأيوسا منه ، صرح به صاحب الشامل والمتولى وصاحب البيان وآخرون •

(فرع) يعرف كون المريض مأيوسا منه بقول مسلمين عدلين من أهل الخبرة ذكره [1] وينبغى أن يجىء فيه الخلاف السابق فى باب التيمم أنه هل يشترط العدد فى كون المرض بهذه الصفة ؟ ويمكن أن يفرق بسهولة أمر التيمم •

(فرع) الجنون غير مأيوس من زواله ، قال صاحب الشامل والأصحاب فاذا وجب عليه الحج ثم جن لا يستناب عنه ، فاذا مات حج عنه ، وإن استناب وحج عنه فى حال حياته ثم أفاق لزمه الحج قولا واحدا كما سبق فى المريض إذا شفى ، وإن استمر جنونه حتى مات قال صاحب الشامل : فينبغى أن يكون على القولين فى المريض إذا اتصل مرضه بالموت •

---

(١) بياض بالأصل ولعله ذكره المصنف فى باب التيمم (ط) .

(فـرع) قد ذكرنا أن مذهبنا أن المريض غير المـأيوس منه لا يصح استنابته فى الحج ، وكذا المجنون لا يجوز استنابته فى حج الفرض عندنا ، وبه قال أحمد وداود ، وحكى أصحابنا عن أبى حنيفة جوازه فى المسألتين ، قال : ويكون موقوفا ، فإن صح وجب فعله ، وإن مات أجزأه • واحتج بالقياس على المغضوب ، قلنا : المغضوب آيس من الحج بنفسـه بخلاف هـذا •

(فـرع) قد ذكرنا أن الصحيح لا يصح استنابته فى حج فرض ولا نفل هذا مذهبنا ، وبه قال مالك وابن المنذر وداود • وجوز أبو حنيفـة وأبو ثور استنابته فى التطوع ، وهو رواية عن مالك • دليلنا القياس على الفرض ، قال ابن المنذر : وقد أجمعوا على أنه لا يصوم أحد عن حى ولا يصلى ولا يعتكف تطوعا •

(فـرع) ذكرنا أن مذهبنا المشهور أنه إن مات وعليه حج الإسلام أو قضاء أو نذر ، وجب قضاؤها من تركته ، أوصى بها أم لم يوص ، قال ابن المنذر : وبه قال عطاء وابن سيرين ، وروى عن أبى هريرة وابن عباس ، وهو قول أبى حنيفة وأبى ثور وابن المنذر ، وقال النخعى وابن أبى ذؤيب : لا يحج أحد عن أحد • وقال مالك : إذا لم يوص به يتطوع عنه بغير الحج ويهدى عنه أو يتصدق أو يعتق عنه •

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(ولا يحج عن الغير من لم يحج عن نفسه ، لمـا روى ابن عباس رضى الله عنهما قال : « سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا يقول : لبيك عن شبرمة ، فقال : احججت عن نفسك ؟ قال : لا ، قال : فحج عن نفسك ثم حج عن شبرمة ، ولا يجوز أن يعتمر عن غيره من لم يعتمر عن نفسـه قياسا على الحج ، قال الشافعى رحمه الله : وأكره أن يسمى من لم يحج صرورة ، لمـا روى ابن عباس قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا صرورة فى الإسلام » ولا يجوز أن يتنفل بالحج والعمرة وعليه فرضهما ،

ولا يحج ويعتمر عن النذر وعليه فرض حجة الإسلام ، لأن النفل والنـذر أضعف من حجة الإسلام ، فلا يجوز تقديمهما عليها كحج غيره على حجه ، فإن أحرم عن غيره وعليه فرضه انعقد إحرامه لنفسه ، لمـا روى فى حديث ابن عباس رضى الله عنهما « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال له : أحججت عن نفسك ؟ قال : لا قال : فاجعل هذه عن نفسك ثم حج عن شبرمة » .

فإن أحرم بالنفل وعليه فرضه انعقد إحرامه عن الفرض ، وإن أحرم من النذر وعليه فرض الإسلام انعقد إحرامه عن فرض الإسلام قياسا على من أحرم عن غيره وعليه فرضه ، فإن أمر المعضوب من يحج عنه عن النذر وعليه حجة الإسلام فأحرم عنه انصرف إلى حجة الإسلام ، لأنه نائب عنه ، ولو أحرم هو عن النذر انصرف إلى حجة الإسلام ، فكذلك النائب عنه ، وإن كان عليه حجة الإسلام وحجة نذر فاستأجر رجلين يحجان عنه فى سنة واحدة فقد نص فى الأم أنه يجوز ، وكان أولى لأنه لم يقدم النذر عن حجة الإسلام ، ومن أصحابنا من قال : لا يجوز لأنه لا يحج بنفسه حجتين فى سنة وليس بشىء) .

(الشرح) حديث ابن عباس : (لا صرورة فى الإسلام) رواه أبو داود باسناد صحيح بعضه على شرط مسلم وباقيه على شرط البخارى ، والصرورة ـ بالصاد المهملة ـ قد بيناه قريبا ، وأنه اسم لمن لم يحج ، سمى بذلك لأنه صر بنفسه عن إخراجها فى الحج ، ويقال أيضا لمن لم يتزوج : صرورة لأنه صر بنفسه عن إخراجها فى النكاح .

(وأما) حديث ابن عباس فى قصة شبرمة فرواه أبو داود والدارقطنى والبيهقى وغيرهم بأسانيد صحيحة ولفظ أبى داود عن ابن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم سمع رجلا يقول : لبيك عن شبرمة قال : من شبرمة ؟ قال : أخ لى أو قريب قال أحججت عن نفسك ؟ قال : لا ، قال : حج عن نفسك ثم حج عن شبرمة » هذا لفظ أبى داود وإسناده على شرط مسلم ، ورواه البيهقى بإسناد صحيح عن ابن عباس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سمع رجلا يقول : لبيك عن شبرمة فقال : من شبرمة ؟ فذكر أخا له أو قرابة ، فقال : أحججت قط ؟ قال : لا ، قال فاجعل هذه عنك ثم حج عن شبرمة » قال البيهقى : هذا إسناد صحيح ، قال : وليس فى هـذا

الباب أصح منه ، ثم رواه من طرق كذلك مرفوعا ، قال : وروى موقوفا عن ابن عباس ، قال : ومن رواه مرفوعا حافظ ثقة فلا يضره خلاف من خالفه .

قال البيهقى : وأما حديث الحسن بن عمارة عن عبد الملك عن طاوس عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « سمع رجلا يقول : لبيك عن شبرمة ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : من شبرمة ؟ فقال : أخ لى ، فقال : هل حججت ؟ قال : لا ، قال : حج عن نفسك ثم احجج عن شبرمة ، قال البيهقى : قال الداقطنى : هذا هو الصواب عن ابن عباس ، والذى قبله وهم ، قال : إن الحسن بن عمارة كان يرويه ثم رجع عنه فحدث به على الصواب موافقا لرواية غيره عن ابن عباس ، قال : وهو متروك الحديث على كل حال والله أعلم (وأما) شبرمة فبشين معجمة مضمومة ثم باء موحدة ساكنة ثم راء مضمومة .

اما احكام الفصل ففيه مسائل (إحداها) قال الشافعى والأصحاب : لا يجوز لمن عليه حجة الإسلام أو حجة قضاء أو نذر أن يحج عن غيره ، ولا لمن عليه عمرة الإسلام إذا أوجبناها ، أو عمرة قضاء أو نذر أن يعتمر عن غيره بلا خلاف عندنا ، فإن أحرم عن غيره وقع عن نفسه لا عن الغير ، هذا مذهبنا وبه قال ابن عباس والأوزاعى وأحمد وإسحق ، وعن أحمد رواية أنه لا ينعقد عن نفسه ولا غيره ، ومن أصحابه من قال : ينعقد الإحرام عن الغير ، ثم ينقلب عن نفسه ، وقال الحسن البصرى وجعفر بن محمد وأيوب السجستانى وعطاء والنخعى وأبو حنيفة ينعقد وهل يستحق الأجرة؟ نظر إن ظنه قد حج فبان لم يحج لم يستحق أجرة لتغريره ، وإن علم أنه لم يحج ، وقال : يجوز فى اعتقادى أن يحج عن غيره من لم يحج ، فحج الأجير وقع عن نفسه ، وفى استحقاقه أجرة المثل قولان أو وجهان سبق نظائرهما .

(وأما) [1] إذا استأجر للحج من حج ولم يعتمر أو للعمرة من اعتمر ولم يحج ، فقرن الأجير ، وأحرم بالنسكين عن المستأجر أو أحرم بما استؤجر له عن المستأجر وبالأجير عن نفسه ، فقولان حكاهما البغوى وآخرون (الجديد) الأصح يقعان عن الأجير لأن نسكى القِران لا يفترقان لاتحاد الإحرام ، ولا يمكن صرف ما لم يأمر به المستأجر إليه (والثانى) أن ما استؤجر له يقع عن المستأجر والآخر عن الأجير ، وقطع كثيرون بالجديد ، وصورة المسألة أن يكون المستأجر عنه حيا ، فإن كان ميتا وقع النسكان جميعا عن الميت بلا خلاف نص عليه الشافعى والأصحاب ، قالوا : لأن الميت يجوز أن يحج عنه الأجنبى ويعتمر من غير وصية ولا إذن وارث بلا خلاف كما يقضى دينه •

(أما) [2] إذا استأجر رجلان شخصا (أحدهما) ليحج عنه (والآخر) ليعتمر عنه فقرن عنهما فعلى الجديد يقعان عن الأجير ، وعلى الثانى يقع عن كل واحد ما استأجر له •

(فرع) لو أحرم الأجير عن المستأجر ، ثم نذر حجة ــ نظر إن نذره بعد الوقوف ــ لم ينصرف حجه إليه ، بل يقع عن المستأجر ، وإن نذره قبله فوجهان حكاهما الرافعى وآخرون (أصحهما) انصرافه إلى الأجير (والثانى) لا ينصرف • ولو أحرم رجل بحج تطوع ثم نذر حجا بعد الوقوف لم ينصرف إلى النذر ، وقبله على الوجهين •

(المسألة الرابعة) نقل المصنف والأصحاب أن الشافعى رحمه الله قال : أكره أن يسمى من لم يحج صَرُورَة ، قال القاضى وغيره : سبب الكراهة أنه من ألفاظ الجاهلية ، كما كره أن يقال للعشاء (عَتَمَة) وللمغرب (عشاء) وللطواف (شوط) قالوا : وكانت العرب تسمى من

---

(١) لم يذكر من المسائل سوى الأولى والرابعة ولعل الثانية هى هذه والمسألة الثالثة (أما اذا استأجر رجلان شخصا ورقمنا عليها ٢ فتأمله) (ط) .

لم يحج صرورة لصره النفقة وإمساكها ، وتسمى من لم يتزوج صرورة ، لأنه صر المـاء فى ظهره ، هذا كلام القاضى •

(وقوله :) يكره تسمية الطواف شوطا هكذا نص عليه الشـافعى وقد ثبت فى الصحيحين عن ابن عمر وابن عباس تسمية الطواف شوطا ، وهذا يقتضى أن لا كراهة فيه إلا أن يقال : إنما استعملاه لبيان الجواز ، وهذا جواب ضعيف ، وسنعيد المسألة فى مسائل الطواف إن شـاء الله تعـالى •

(وأما) كراهيـة تسمية من لم يحج صرورة ، واستدلالهم بهـذا الحديث ، ففيه نظر ، لأنه ليس فى الحديث تعرض للنهى عن ذلك ؟ وإنما معناه لا ينبغى أن يكون فى الإسلام أحد يستطيع الحج ولا يحج ، والله أعلم •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فيمن عليه حجة الإسلام وحجة نـذر قد ذكرنا أن مذهبنا وجوب تقديم حجة الإسلام ، وبه قال ابن عمر وعطاء وأحمد وإسحق وأبو عبيد ، وقال ابن عباس وعكرمة والأوزاعى : يجزئه حجة واحدة عنهما ، وقال مالك : إذا أراد بذلك وفاء نذره فهى عن النذر ، وعليه حجة الإسلام من قابل ، والله أعلم •

فصل فى الاستئجار للحج

هذا الفصل ذكر المصنف بعضه فى كتاب الإجارة ، وبعضا منه فى كتاب الوصية وحذف بعضا منه ، وقد ذكره المزنى فى المختصر هنا ، وترجم له بابا مستقلا فى أواخر كتاب الحج ، وتابعه الأصحاب على ذكره هنا إلا المصنف • فأردت موافقة المزنى والأصحاب فأذكر إن شاء الله تعالى مقاصد ما ذكروه مختصرة •

قال الشافعى والأصحاب : يجوز الاستئجار على الحج وعلى العمرة لدخول النيابة فيهما كالزكاة ويجوز بالبذل كما يجوز بالإجارة ، وهذا لا خلاف فيه ، صرح به القاضى أبو الطيب فى المجرد والأصحاب ، قالوا : وذلك بأن يقول : حج عنى وأعطيك نفقتك ، أو كذا وكذا ، وإنما يجوز الاستئجار حيث تجوز النيابة ، وإنما تجوز فى صورتين فى حق الميت وفى المعضوب كما سبق بيانه ، وأجرة الحج حلال من أطيب المكاسب •

(فرع) الاستئجار فى جميع الأعمال ضربان (أحدهما) استئجار عين الشخص (والثانى) إلزام ذمته العمل ، مثال الأول من الحج أن يقول المعضوب استأجرتك أن تحج [عنى أو] عن ميتى ، ولو قال : احج بنفسك كان تأكيدا (ومثال الثانى) ألزمت ذمتك تحصيل الحج لى أو له ، ويفترق النوعان فى أمور ستراها إن شاء الله تعالى • ثم لصحة الاستئجار شروط وآثار وأحكام موضعها كتاب الإجارة ، والذى نذكر هنا ما يتعلق بخصوص الحج •

قال أصحابنا : وكل واحد من ضربى الإجارة قد يعين فيه زمن العمل وقد لا يعين ، وإذا عين فقد تعين السنة الأولى ، وقد تعين غيرها ، فأما فى إجارة العين فإن عينا السنة الأولى جاز بشرط أن يكون الخروج والحج فيما بقى منها مقدورا للأجير ، فلو كان مريضا لا يمكنه الخروج أو كان الطريق غير آمن ، أو كانت المسافة بعيدة بحيث لا تنقطع فى بقية السنة لم

يصح العقد للعجز عن المنفعة ، فإن عينا غير السنة الأولى لم يصح العقد ، كاستئجار الدار للشهر المستقبل •

قال أصحابنا : إلا أن تكون المسافة بعيدة بحيث لا يمكن قطعها فى سنة فلا يضر التأخير ، ولكن يشترط السنة الأولى من سنى الإمكان ، فيعتبر فيها ما سبق (وأما) الإجارة الواردة على الذمة فلا يشترط فيها السنة الأولى بل يجوز تعين السنة الأولى وتعين غيرها ، فإن عين الأولى أو غيرها تعينت ، وإن أطلق حمل على الأولى ولا يقدح فى هذه الإجارة مرض الأجير ، ولا خوف الطريق ، لإمكان الاستنابة فى هذه الإجارة ، ولا يقدح فيها أيضا ضيق الوقت ، إن عين غير السنة الأولى •

قال أصحابنا : وليس للأجير فى إجارة العين أن يستنيب بحال ، وأما فى إجارة الذمة فقد أطلق الجمهور أن له الاستنابة ، وقال الصيدلانى والبغوى وآخرون : إن قال : ألزمت ذمتك تحصيل حجة لى جاز أن يستنيب ، وإن قال احجج بنفسك لم يجز أن يستنيب ، بل يلزمه أن يحج بنفسه ، لأن الغرض يختلف باختلاف أعيان الأجراء وحكى إمام الحرمين هذا الفصل عن الصيدلانى وخطأه فيه ، وقال : الإجارة فى الصورة الثانية باطلة ، لأن الدينية مع الربط بالعينية[1] يتناقضان كمن أسلم فى ثمرة بستان معين ، قال الرافعى : وهذا إشكال قوى •

(فرع) ذكر الشيخ أبو حامد فى تعليقه والمحاملى وآخرون من الأصحاب فى هذا الموضع أن البيع ينقسم إلى ضربين كالإجارة (أحدهما) بيع عين ، وهو أن يبيع عينا بعين فيقول : بعتك هذا ، فإن أطلق العقد اقتضى الصحة وتسليم العين فى الحال ، فإن تأخر التسليم يوما أو شهرا أو أكثر لم يبطل العقد ، سواء كان بعذر أو بلا عذر ، وإن شرط فى العقد تأخير السلم ولو ساعة بطل العقد ، لأنه غرر لا يفتقر العقد إليه ، وربما

---

(١) هكذا بالأصول بالرجوع الى ما حكاه امام الحرمين فى مخطوطة دار الكتب وجدنا العبارة هكذا (لأن الدينية مع الربط بالعينية يتناقضان .. الخ) وهكذا تحققنا من المصدر الذى نقل عنه الشارح رحمه الله (ط) •

تلف المعقود عليه والصواب الثانى ، وهو بيع صفة وهو السلم ، فإن أطلق العقد اقتضى الحلول ، وإن شرط أجلا صح ، بخلاف الضرب الأول ، لأن ما فى الذمة لا يتصور تلفه فلا غرر .

(فـرع) قال أصحابنا : أعمال الحج معروفة فإن علمها المتعاقدان عند العقد صحت الإجارة ، وإن جهلها أحدهما لم تصح بلا خلاف ، وممن صرح به إمام الحرمين والبغوى والمتولى ، وهل يشترط تعيين الميقات الذى يحرم منه الأجير ؟ نص الشافعى فى الأم ومختصر المزنى أنه يشترط ، ونص فى الإملاء أنه لا يشترط ، وللأصحاب أربع طرق (أصحها) وبه قال أبو إسحاق المروزى والأكثرون ، ووافق المصنفون على تصحيحه : فيه قولان (أصحهما) لا يشترط ، ويحمل على ميقات تلك البلدة فى العادة الغالبة ، لأن الإجارة تقع على حج شرعى والحج الشرعى له ميقات معقود شرعا وغيرها فانصرف الإطلاق إليه .

ولأنه لا فرق بين ما يقرره المتعاقدان وما تقرر فى الشرع أو العرف ، كما لو باع بثمن مطلق فإنه يحمل على ما تقرر فى العرف ، وهو النقد الغالب ويكون كما قرراه ، وممن نص على تصحيح هذا القول الشيخ أبو حامد فى تعليقه والمحاملى والبندنيجى والرافعى وآخرون (والقول الثانى) يشترط لأن الإحرام قد يكون من الميقات وفوقه ودونه ، والغرض يختلف بذلك فوجب بيانه .

(والطريق الثانى) إن كان للبلد طريقان مختلفا الميقات ، أو طريق يفضى إلى ميقاتين ، كقرن وذات عرق لأهل العراق ، وكالجحفة وذى الحليفة لأهل الشام فإنهم تارة يمرون بهذا وتارة يمرون بهذا ، اشترط بيانه وإلا فلا . وهذا الطريق مشهور فى طريق العراق وخراسان .

(والثالث) [1] إن كان الاستئجار عن حى اشترط ، وإن كان عن ميت فلا ، لأن الحى قد يتعلق له به غرض بخلاف الميت ، فإن المقصود فى حقه

---

(١) من الطرق الاربعة فى اشتراط تعيين الميقات (ط) .

تحصيل الحج ، وهذا الطريق حكاه المصنف فى كتاب الإجارة والشيخ أبو حامد والمحاملى وسائر العراقيين ، وضعفه الشيخ أبو حامد وآخرون ، وقالوا : هذا والذى قبله ليس بشىء ، ونقله إمام الحرمين •

(والرابع) يشترط قولا واحدا حكاه الدارمى ، قال أصحابنا : فإن شرطا تعيينه فأهملاه فسدت الإجارة ، لكن يقع الحج عن المستأجر له لوجود الإذن ويلزمه أجرة المثل ، وهذا لا خلاف فيه ، قاله المتولى وغيره ، ولو عينا ميقاتا أقرب إلى مكة من ميقات بلد المستأجر ، فهو شرط فاسد ، وتفسد الإجارة ، لكن يصح الحج عن المستأجر ، وعليه أجرة المثل كما سبق ، ولو عينا ميقاتا أبعد عن مكة من ميقاته صحت الإجارة ويتعين ذلك الميقات كما لو نذره ، وأما تعيين زمان الإحرام فليس بشرط بلا خلاف ، لأن للإحرام وقتا مضبوطا لا يجوز التقدم عليه ، فلو شرط الإحرام من أول يوم من شوال جاز ، ولزمه الوفاء به ، ذكره المتولى وغيره •

قال القاضى حسين والمتولى : وعلى هذا لو أحرم فى أول شوال وأفسده لزمه فى القضاء أن يحرم فى أول شوال كما فى ميقات المكان ، قال أصحابنا : وإن كانت الإجارة للحج والعمرة ، اشترط بلا خلاف بيان أنهما إفراد أو تمتع أو قران لاختلاف الغرض به ، وقد ذكر المصنف هذا فى كتاب الإجارة •

(فرع) نقل المزنى أن الشافعى نص فى المنثور أنه إذا قال المعضوب : من حج عنى فله مائة درهم ، فحج عنه إنسان استحق المائة ، قال المزنى : ينبغى أن يستحق أجرة المثل ، لأن هذا إجارة فلا يصح من غير تعيين الأجر ، هذا كلام الشافعى والمزنى ، وقد ذكر المصنف المسألة فى أول باب الجعالة ، وللأصحاب فى المسألة ثلاثة أوجه (الصحيح) وقوع الحج عن المستأجر ، ويستحق الأجير الأجرة المسماة ، وبهذا قطع المصنف والجمهور كما نص الشافعى ، قالوا : لأنه جعالة وليس بإجارة ، والجعالة تجوز على عمل مجهول ، فالمعلوم أولى •

(والثانى) وهو اختيار المزنى أنه يقع عن المستأجر ويستحق الأجير أجرة المثل لا المسمى ، حكى إمام الحرمين أن معظم الأصحاب مالوا إلى هذا وليس كما قال ، وهذا القائل يقول : لا تجوز الجعالة على عمل معلوم ، لأنه يمكن الاستئجار عليه .

(والثالث) أنه يفسد الإذن ويقع الحج عن الأجير ، لأن الإذن غير متوجه إلى إنسان بعينه فهو كما لو قال : وكلت من أراد بيع دارى فى بيعها فالوكالة باطلة ولا يصح تصرف البائع اعتمادا على هذا التوكيل ، وهذا الوجه حكاه الرافعى ، وذكر إمام الحرمين أن الشيخ والده أبا محمد أشار إليه فقال لا يمتنع أن يحكم بفساد الإذن ، وهذا الوجه ضعيف جدا ، بل باطل مخالف للنص والمذهب والدليل ، فإذا قلنا بالمذهب والمنصوص ، فقال : من حج عنه فله مائة درهم ، فسمعه رجلان وأحرما عنه قال القاضى حسين والأصحاب إن سبق إحرام أحدهما وقع عن المستأجر القائل ، ويستحق السابق المائة ، وإحرام الثانى يقع عن نفسه ، ولا يستحق شيئا ، وإن أحرما معا أوشك فى السبق والمعية ، لم يقع شىء منه عن المستأجر ، بل يقع إحرام كل واحد منهما عن نفسه ، لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر فصار كمن عقد نكاح أختين بعقد واحد ، ولو قال : من حج عنى فله مائة دينار ، فأحرم عنه رجلان أحدهما بعد الآخر ، وقع إحرام السابق بالإحرام عن المستأجر القائل ، وله عليه المائة ، ولو أحرما معا وقع حج كل واحد منهما عن نفسه ولا شىء لهما على القائل ، لما ذكرناه فى الصورة السابقة ، ولأنه ليس فيها أول ، ولو كان العوض مجهولا بأن قال : من حج عنى فله عبد أو ثوب أو دراهم ، وقع الحج عن القائل بأجرة المثل والله أعلم .

(فرع) إذا استأجر من يحج عنه بأجرة فاسدة أو فسدت الإجارة بشرط فاسد ، وحج الأجير وقع الحج عن المستأجر بأجرة المثل بلا خلاف صرح به أصحابنا ، ونقل إمام الحرمين اتفاق الأصحاب عليه لصحة الإذن . قال الإمام وغيره : وهو كما لو وكله فى البيع بشرط عوض فاسد للوكيل

فالإذن صحيح ، والعوض فاسد ، فإذا باع الوكيل صـح واستحق أجر المثـل •

(فـرع) قال الرافعى : مقتضى كلام إمام الحرمين والغزالى تجويز تقديم إجارة العين على وقت خروج الناس للحج ، وأن للأجير انتظـار خروجهم ، ويخرج مع أول رفقـة ، قال الرافعى : والذى ذكره جمهور الأصحاب على اختلاف طبقاتهم ينازع فيه ، ويقتضى اشتراط وقوع العقد فى وقت خروج الناس من ذلك البلد ، حتى قال البغوى : لا تصح إجارة العين إلا فى وقت خروج القافلة من ذلك البلد ، بحيث يشتغل عقب العقد بالخروج أو بأسبابه ، مثل شراء الزاد ونحوه ، فإن كان قبله لم يصح ، قال : وبنوا على ذلك أنه لو كان الاستئجار بمكة لم يجز إلا فى أشهر الحج لتمكنه من الاشتغال بالعمل عقب العقد ، قال : وعلى ما قاله الإمام والغزالى لو جرى العقد فى وقت تراكم الثلوج والأنداد فوجهان (أحدهما) يجوز ، وبه قطع الغزالى فى الوجيز ، وصححه فى الوسيط ، لأن توقع زوالهـا مضبوط (والثانى) لا ، لتعذر الاشتغال بالعمل فى الحال بخلاف انتظار خروج الرفقة فإن خروجها فى الحال غير متعذر هذا كله فى إجارة العين •

(أما) إجارة الذمة فيجوز تقديمها على الخروج بلا شك ، هذا آخر كلام الرافعى ، وقد أنكر عليه الشيخ أبو عمرو بن الصلاح هـذا النقل عن جمهور الأصحاب ، قال : وما ذكره عن البغوى يمكن التوفيق بينـه وبين كلام الإمام ، أو هو شذوذ من البغوى لا ينبغى أن يضاف إلى جمهور الأصحاب ، فإن الذى رأيناه فى الشامل والتنبيه والبحر وغيرها ، مقتضاه أنه يصح العقد فى وقت يمكن فيه الخروج والسير على العادة ، والاشتغال بأسباب الخروج قال صاحب البحر : أما عقدها فى أشهر الحج : فيجوز فى كل موضع لإمكان الإحرام فى الحال ، هذا كلام أبى عمرو •

وقد قال القاضى حسين فى تعليقه : إنما يجوز عقد إجارة العين فى وقت الخروج إلى الحج واتصال القوافل ، لأن عليه الاشتغال بعمل الحج عقيب العقد والاشتغال بشراء الزاد ، والتأهب للسفر منزل منزلة السفر ،

وليس عليه الخروج قبل الرفقة ولو استأجر أخاه من قبل زمان خروج القافلة لم تنعقد الإجارة لأن الإجارة فى زمان مستقبل باطلة ، هذا كلام القاضى حسين ، وقال المصنف فى أول باب الإجارة : فإن استأجر من يحج لم يجز إلا فى الوقت الذى يتمكن فيه من التوجه ، فإن كان فى موضع قريب لم يجز قبل أشهر الحج ، لأنه يتأخر استيفاء المعقود عليه عن حال العقد ، وإن كان فى موضع بعيد لا يدرك الحج إلا أن يسير قبل أشهره لم يستأجر إلا فى الوقت الذى يتوجه بعده لأنه وقت الشروع فى الاستيفاء .

وقال المحاملى فى المجموع فى هذا الباب من كتاب الحج : لا يجوز أن يستأجره فى إجارة العين إلا فى الوقت الذى يتمكن من أفعال الحج أو ما يحتاج إليه فى سيره إلى الحج عقب العقد ، قال : فإن كان ذلك بمكة أو غيرها من البلاد التى يمكن ابتداء الحج فيها فى أشهر الحج ويدركه لم يجز أن يستأجره قبل أشهر الحج ، لأنه لا حاجة به إلى ذلك ، فيكون فى معنى شرط تأخير السلم فى إجارة العين ، وإن استأجره فى أشهر الحج صح ، لأنه يمكنه أن يحرم بالحج ويأخذ فى أفعاله عقب عقد الإجارة ، فلا يتأخر المعقود عليه عن حال العقد ، وإن كان ببلد لا يمكنه أن يحج إلا بأن يخرج منه قبل أشهر الحج ، جاز أن يستأجره فى الوقت الذى يحتاج فيه إلى السير إلى الحج ، والخروج له من البلد ، ولا يجوز قبل ذلك ، ومثله فى تعليق الشيخ أبى حامد وذكره البندنيجى وكثيرون .

وقال القاضى أبو الطيب فى المجرد : لا يجوز إجارة العين إلا فى وقت يمكن العمل فيه ، أو يحتاج فيه إلى السبب ، فإن كان بمكة أو فى بلاد قريبة بحيث لا يحتاج إلى تقديم السير على أشهر الحج كبلاد العراق ، لم يجز عقدها إلا فى أشهر الحج ؟ وإن كان يحتاج إلى تقديم السير قبل أشهره كبلاد خراسان جاز تقديم العقد على أشهر الحج بحسب الحاجة ، فأما عقده فى أشهر الحج فيجوز فى كل مكان لإمكان الاشتغال به ، وقال الدارمى : إذا استأجر عنه فإن وصل العقد بالرحيل صح العقد ، وإن لم يصله ــ فإن كان فى غير أشهر الحج ــ لم يجز ، وقال ابن المرزبان : يجوز ، وقيل : إن كان ببلد قريب كبغداد لم يجز ، وإن كان بعيدا جاز .

(فـرع) إذا لم يشرع فى الحج فى السنة الأول لعذر أو لغير عذر ، فإن كانت الإجارة على العين انفسخت بلا خلاف لفوات المعقود عليـه ، وإن كانت فى الذمة ينظر ــ إن لم يعينا سنة ــ فقد سبق أنه كتعيين السنة الأولى وذكر البغوى أنه يجوز التأخير عن السنة الأولى والحالة هذه ، لكن يثبت للمستأجر الخيار ، وإن عينا السنة الأولى أو غيرها وأخر عنها فطريقان مشهوران (أصحهما) على قولين كما لو انقطع المُسْلَمُ فيه فى محـله (أظهرهما) لا ينفسخ العقد (والثانى) ينفسخ قولا واحدا ، وهو مقتضى كلام المصنف فى باب الإجارة ، وبه قطع غيره ، فإذا قلنا : لا ينفسخ ــ فإن كان المستأجر هو المعضوب عن نفسه ــ فله الخيار إن شاء فسخ ، وإن شاء أخر ، ليحج الأجير فى السنة الأخرى •

وإن كان الاستئجار عن ميت ، فقال المصنف وسائر أصحابنا العراقيين وجماعة من غيرهم : لا خيار للمستأجر ، قالوا : لأنه لا يجوز التصرف فى الأجرة إذا فسخ العقد ، ولابد من استئجار غيره فى السنة الثانية ، فلا وجه للفسخ • وحكى إمام الحرمين هذا عن العراقيين ، ثم قال : وفيما ذكروه نظر قال : ولا يمنع أن يثبت الخيار للورثة نظرا للميت وسيعيدون بالفسخ استرداد الأجرة ، وصرفها إلى إحرام آخر أخْرى بتحصيل المقصود ، هذا كلام الإمام وتابعه الغزالى على ذلك ، فحكى قول العراقيين وجزم به ، ثم قال : وفيه احتمال ، وذكر احتمال إمام الحرمين ، وقال البغوى وآخرون : يجب على المولى مراعاة المصلحة ، فإن كانت فى ترك الفسخ ترَكه ، وإن كانت فى الفسـخ لخوف إفلاس الأجير أو هربه ، لزمه أن يفسخ فإن لم يفسخ ضمن •

قال الرافعى : هذا هو الأصح ، قال : فيجوز أن يحمل المنقول عن العراقيين على أحد أمرين وأثبتهما الأئمة (أحدهما) صور بعضهم المنع بما إذا كان الميت قد أوصى بأن يحج عنه فلان مثلا ، ووجهه بأن الوصية مستحقة الصرف إليه •

(والثانى) قال أبو إسحق فى الشرح : للمستأجر عن الميت أن يرفع الأمر إلى القاضى ليفسخ العقد ، إن كانت المصلحة تقتضيه ، وأن لا يستقل به ، فإذا نزل ما ذكروه على المعنى الأول ارتفع الخلاف ، وإن نزل على الثانى هان أمره ، هذا كلام الرافعى .

(أما) إذا استأجر إنسان من مال نفسه من يحج عن الميت فهو كاستئجار المغصوب لنفسه فى ثبوت الخيار بالاتفاق (وأما) إذا استأجر المغصوب لنفسه من يحج عنه فمات المغصوب وأخر الأجير الحج عن السنة المعينة ، فقال الرافعى : لم أر المسألة مسطورة . قال : وظاهر كلام الغزالى أنه ليس للوارث فسخ الإجارة ، قال الرافعى : والقياس ثبوت الخيار للوارث كالرد بالعيب ونحوه ، هذا كلام الرافعى ، والصحيح المختار أنه ليس له الفسخ إذ لا ميراث فى هذه الأجرة بخلاف الرد بالعيب قال أصحابنا : ولو قدم الأجير على السنة المعينة جاز بلا خلاف ، وقد زاد خيرا ، وفرقوا بينه وبين من عجل المسلم فيه قبل المحل ، فإن فى وجوب قبوله خلافا وتفصيلا بأنه قد يكون له غرض فى تأخير قبض المسلم فيه ، ليحفظ فى الذمة ونحو ذلك ، بخلاف الحج .

(فرع) إذا انتهى الأجير إلى الميقات المتعين للإحرام ، إما بشرطه وإما بالشرع إذا لم يشترط تعيينها فلم يحرم عن المستأجر ، بل أحرم عن نفسه بعمرة ، فلما فرغ منها أحرم عن المستأجر بالحج فله حالان (أحدهما) أن لا يعود إلى الميقات فيصح الحج عن المستأجر للإذن ويحط شىء من الأجرة المسماة لإخلاله بالإحرام من الميقات الملتزم ، وفى قدر المحطوط خلاف متعلق بأصل ، وهو أنه إذا سار الأجير من بلد الاجارة وحج ، فالأجرة تقع عن مقابلة أصل الحج وحدها ؟ أم موزعة على السير والأعمال ؟ فيه قولان مشهوران سنوضحهما قريبا إن شاء الله تعالى فيما إذا مات الأجير (أصحهما) توزع على الأعمال والسير جميعا (والثانى) على الأعمال ، وقال ابن سريج : إن قال : استأجرتك لتحج عنى يقسط على الأعمال فقط ، وإن قال : لتحج عنى من بلد كذا يقسط عليهما ، وحمل القولين على هذين الحالين ، فإن خصصناها بالأعمال وزعت الأجرة المسماة على حجة من

الميقات وحجة من مكة ، لأن المقابل بالأجرة على هذا هو الحج من الميقات فإذا كانت أجرة الحجة المسماة من مكة ديناران ، والمسماة من الميقات خمسة دنانير ، فالتفاوت ثلاثة أخماس ، فيحط ثلاثة أخماس المسمى •

وإن وزعنا الأجرة على السير والأعمال ــ وهو المذهب ــ فقولان (أحدهما) لا تحسب له المسافة هنا ، لأنه صرفها إلى غرض نفسه لإحرامه بالعمرة من الميقات ، فعلى هذا توزع على حجة تنشأ من بلد الإجارة ، ويقع الإحرام بها من الميقات ، وعلى حجة تنشأ من مكة فيحط من المسمى بنسبته ، فإذا كانت أجرة المنشأة من البلد مائة ، والمنشأة من مكة عشرة ، حط تسعة أعشار المسمى (والقول الثانى) وهو الأصح يحسب قطع المسافة إلى الميقات لجواز أنه قصد الحج منه ، إلا أنه عرض له العمرة ، فعلى هذا توزع المسماة على حجة منشأة من بلد الإجارة ، إحرامها من الميقات ، وعلى حجة منشأة من البلد إحرامها من مكة فإذا كانت أجرة الأولى مائة ، والثانية تسعين ، حط عشر المسمى ، فحصل فى الجملة ثلاثة أقوال (المذهب) منها هذا الأخير •

قال أصحابنا : ثم إن الأجير فى مسألتنا يلزمه دم لإحرامه بالحج بعد مجاوزة الميقات ، وسنذكر إن شاء الله تعالى خلافا فى غير صورة الاعتمار أن إساءة المجاوزة هل تنجبر بإخراج الدم حتى لا يحط شىء من الأجرة ؟ أم لا ؟ وذلك الخلاف يجىء هنا ، ذكره أبو الفضل بن عبدان وآخرون فإذن الخلاف فى قدر المحطوط فرع للقول بإثبات أصل الحط قال الرافعى : ويجوز أن يفرق بين الصورتين ويقطع بعدم الانجبار هنا ، لأنه ارتفق بالمجاوزة هنا ، حيث أحرم بالعمرة لنفسه (الحال الثانى) أن يعود إلى الميقات بعد الفراغ من العمرة ، فيحرم بالحج منه ، فهل يحط شىء من الأجرة ؟ يبنى على الخلاف السابق (إن قلنا) الأجرة موزعة على الأعمال والسير لم يحسب السير لانصرافه إلى عمرة ، ووزعت الأجرة على حجة منشأة من بلد الإجارة ، إحرامها من الميقات ، وعلى حجة منشأة من الميقات بغير قطع مسافة • ويحط بالنسبة من المسمى (وإن قلنا :) الأجرة فى مقابلة الأعمال أو وزعناها عليه وعلى السير ، وحسبت المسافة ، فلا حط •

وتجب الأجرة كلها ، وهـذا هو المذهب ولم يذكر البندنيجى وكثيرون غيره .

(فـرع) قال الشافعى : الواجب على الأجير أن يحرم من الميقات الواجب بالشرع أو الشرط ، فإن أحرم منه فقد فعل واجبا ، وإن أحرم قبله فقد زاد خيرا هذه عبارة الشيخ أبى حامد وسائر الأصحاب ، فإن جاوز الأجير الميقـات المعتبر بالشرط أو الشرع غير محرم ، ثم أحرم بالحـج للمستأجر ـ فينظر إن عاد إليه وأحرم منه ـ فلا دم ، ولا يحط من الأجرة شىء ، وإن أحرم من جوف مكة أو بين الميقات ومكة ولم يعد ، لزمه دم للإساءة بالمجاوزة ، وهل ينجبر به الخلل حتى لا يحط شىء من الأجرة ؟ فيه طريقان مشهوران ، حكاهما المصنف فى كتاب الإجارة والأصـحاب (أصحهما) عند المصنف والأصحاب : فيه قولان (أحدهما) ينجبر ويصير كأنه لا مخالفة ، فيجب جميع الأجرة ، وهذا ظاهر نصه فى الإملاء والقديم ، لأنه قال : يجب الدم ، ولم يذكر الحط (وأصحهما) وهو نصه فى الأم والمختصر يحط .

(والطريق الثانى) القطع بالحط وتأولوا ما قاله فى الإملاء والقديم بأنه سكت عن وجوب الحط ، ولا يلزم من سكوته عنه عدم وجوبه ، مع أنه نص على وجوب الحط فى المختصر والأم (فإن قلنا) بالانجبار ، فهل نعتبر قيمة الدم ؟ ونقابلها بالتفاوت ؟ فيه وجهان حكاهما القاضى حسين ، وإمام الحرمين والغزالى والمتولى والبغوى وآخرون (أصحهما) لا ، لأن التعويل فى هذا القول على جبر الخلل ، وقد حكم الشرع بأن الدم يجبره من غير نظر إلى اعتبار القيمة (والثانى) نعم ، فلا ينجبر ما زاد على قيمة الدم ، فعلى هذا تعتبر قيمة الدم ، فإن كان التفاوت مثلها أو أقل حصل الانجبار ولا حط ، وإن كان أكثر وجب الزائد . هذا إذا قلنا بالانجبار ، وإن قلنا بالمذهب وهو الحط ففى قدره وجهان ، بناء على الأصل السابق وهو أن الأجرة فى مقابلة ماذا ؟ (إن قلنا) فى مقابلة الأعمال فقط ، وزعنا المسمى على حجة من الميقات وحجة من حيث أحرم (وإن قلنا) فى مقابلة الأعمال والسير ، وهو المذهب ، وزعنا المسمى على حجة من بلدة إحرامها

من الميقات ، وعلى حجة من بلدة إحرامها من حيث أحرم وعلى هذا يقل المحطوط ، ثم حكى الشيخ أبو محمد وإمام الحرمين ومن تابعهما وجهين فى أن النظر إلى الفراسخ وحدها أم يعتبر مع ذلك السهولة والحزونة (أصحهما) الثانى •

(أما) إذا عدل الأجير عن طريق الميقات المعتبر إلى طريق آخر ميقاته مثل المعتبر أو أقرب إلى مكة فطريقان (أصحهما) وهو المنصوص ، وبه قطع البندنيجى والجمهور ، أنه لا شىء عليه ، وحكى القاضى حسين والبغوى وغيرهما فيه وجهين (أصحهما) هذا ، لأنه قائم مقام الميقات المعتبر (والثانى) أنه كمن ترك الميقات وأحرم بعده ، لأنه بالشرط تعين المكان (أما) إذا عينا موضعا آخر فإن كان أقرب إلى مكة من الشرعى فالشرط فاسد يفسد الإجارة كما سبق إذ لا يجوز لمريد النسك مجاوزة الميقات غير محرم ، وإن كان أبعد بأن عينا الكوفة فيلزم الأجير الإحرام منها وفاء بالشرط ، فلو جاوزها وأحرم بعد مجاوزتها ، فهل يلزمه الدم ؟ فيه وجهان (الأصح) المنصوص نعم لأنه جاوز الميقات الواجب بالشرط ، فأشبه مجاوزة الميقات الشرعى (والثانى) لا لأن الدم يجب فى مجاوزة الشرعى فإن قلنا : لا يلزمه الدم وجب حط قسط من الأجرة قطعا • وإن ألزمناه الدم ففى حصول الانجبار به الطريقان السابقان (المذهب) لا ينجبر •

وكذا لو لزمه الدم لترك مأمور به ، كالرمى والمبيت ، ففيه الطريقان ، قال الشيخ أبو حامد والأصحاب : فإن ترك نسكا لا دم فيه كالمبيت وطواف الوداع ــ إذا قلنا لا دم فيهما ــ لزمه رد شىء من الأجرة بقسطه بلا خلاف ، ولا ينجبر لأنه ليس هنا دم ينجبر به على القول الضعيف ، فإن لزمه بفعل محظور كاللبس والقلم لم يحط شىء من الأجرة بلا خلاف ، لأنه لم ينقص شيئا من العمل ، اتفق أصحابنا على التصريح بهذا ، ونقل الغزالى وغيره الاتفاق عليه ، ويجب الدم فى مال الأجير بلا خلاف ولو شرط الإحرام فى أول شوال فأخره لزمه الدم ، وفى الانجبار الخلاف ، وكذا لو شرط أن يحج ماشيا فحج راكبا لأنه ترك مقصودا ، هكذا حكى المسألتين عن القاضى

حسين والرافعى، ثم قال : ويشبه أن يكونا مفرعين، على أن الميقات المشروط الشرعى وإلا فلا يلزمه الدم ، كما فى مسألة تعيين الكوفة ، هـذا كلام الرافعى •

وقطع البغوى بأنه إذا استأجره ليحج ماشيا فحج راكبا (فإن قلنا) الحج راكبا أفضل ، فقد زاد خيرا (وإن قلنا :) الحج ماشيا أفضل فقد أساء بترك المشى ، وعليه دم ، وفى وجوب رد التفاوت بين أجرة الراكب والمـاشى وجهان بناء على ما سبق ، وهذا الذى قاله المتولى هو الأصح •

(فـرع) قال أصحابنا : إذا استأجره للقران بين الحج والعمرة ، فتارة يمتثل ، وتارة يعدل إلى جهة أخرى ، فإن امتثل فقد وجب دم القران ، وعلى من يجب ؟ فيه وجهان ، وقيل : قولان (أصحهما) على المستأجر ، وبه قطع الشيخ أبو حامد والبندنيجى ، كما لو حج بنفسه لأنه الذى شرط القران (والثانى) على الأجير لأنه المترفه ، فعلى الأول لو شرطاه على الأجير فسدت الإجارة نص عليه الشافعى واتفق عليه الأصحاب ، لأنه جمع بين بيع مجهول وإجارة لأن الدم مجهول الصفة ، فان كان المستأجر معسرا فالصوم الذى هو بدل الهدى على الأجير لأن بعض الصـوم وهو الأيام الثلاثة ينبغى أن يكون فى الحج لقوله تعالى : (فصيام ثلاثة أيام فى الحج) والذى فى الحج منهما هو الأجير ، كذا ذكره البغوى ، وقال المتولى : هو كالعاجز عن الهدى والصـوم جميعـا وعلى الوجهين يستحق الأجرة بكمالهـا •

(فأما) إذا عدل فينظر إن عدل إلى الإفراد فحـج ثم اعتمر ، فان كانت الاجارة على العين لزمه أن يرد من الأجرة حصة العمرة • نص عليه الشافعى فى المناسك الكبير • واتفق عليه الأصحاب ، قالوا : لأنه لا يجوز تأخير العمل فى هذه الإجارة عن الوقت المعين ، وإن كانت فى الذمة ــ نظر ، فإن عاد إلى الميقات للعمرة ــ فلا شىء عليـه ، لأنه زاد خيرا ، ولا على

المستأجر أيضا ، لأنه لم يقرن ، وإن لم يعد فعلى الأجير دم لمجاوزته الميقات للعمرة ، وهل يحط شيء من الأجرة ؟ أم تنجبر الإساءة بالدم ؟ فيه الخلاف السابق •

وإن عدل إلى التمتع فقد أشار المتولى إلى أنه إن كانت اجارة عين لم يقع الحج عن المستأجر لوقوعه فى غير الوقت المعين ، وهذا هو قياس ما سبق قريبا من نص الشافعى ، وإن كانت على الذمة ــ نظر إن عاد إلى الميقات للحج ــ فلا دم عليه ، ولا على المستأجر ، وإن لم يعد فوجهان (أحدهما) لا يجعل مخالفا لتقارب الجهتين ، فيكون حكمه كما لو امتثل ، وفى كون الدم على الأجير أو المستأجر الوجهان (وأصحهما) يجعل مخالفا فيجب الدم على الأجير لإساءته ، وفى حط شيء من الأجرة الخلاف السابق فى الأجير إذا أحرم بعد مجاوزة الميقات (قيل :) يحط قولا واحدا ، والأصح قولان (أصحهما) يحط (والثانى) لا ، قال الرافعى : وذكر أصحاب الشيخ أبى حامد أنه يلزم الأجير دم لترك الميقات ، وعلى المستأجر دم آخر ، لأن القران الذى أمر به يتضمنه ، قال : واستبعده ابن الصباغ وغيره •

(فــرع) إذا استأجره للتمتع فامتثل فهو كما لو استأجره للقران فامتثل ، وإن أفرد ــ نظر ، إن قدم العمرة وعاد لإحرام الحج إلى الميقات ــ فقد زاد خيرا ، وإن أخر العمرة ــ نظرت ، فإن كانت إجارة عين ــ انفسخت فى العمرة لفوات وقتها المعين ، فيرد حصتها من المسمى ، وإن كانت الإجارة فى الذمة وعاد إلى الميقات للعمرة لم يلزمه شيء ، وإن لم يعد فعليه دم لترك الإحرام بالعمرة من الميقات ، وفى حط شيء من الأجرة الخلاف السابق ، وإن قرن فقد زاد خيرا • نص عليه الشافعى ، لأنه أحرم بالنسكين من الميقات ، وكان مأمورا بأن يحرم بالحج من مكة ، ثم إن عدد الأفعال للنسكين فلا شيء عليه ، وإلا فهل يحط شيء من الأجرة لاقتصاره على الأفعال ؟ فيه وجهان ، وكذا الوجهان فى أن الدم على المستأجر أم الأجير ؟

(فـرع) لو استأجره للإفراد فامتثل فذاك ، فلو قرن ـ نظر ، إن كانت الإجارة على العين ـ فالعمرة واقعة فى غير وقتها ، فهو كما لو استأجره للحج وحده فقرن ، وقد سبق بيانه فى فرع بعد المسألة الثالثة من المسائل التى قبل فصل الاستئجار ، وذكرنا فيه قولين بتفريعهما (الجديد) الأصح وقوع النسكين عن الأجير (وأما) إن كانت الاجارة فى الذمة فيقعان عن المستأجر وعلى الأجير الدم ، وهل يحط شىء من الأجرة للخلل ؟ أم ينجبر بالدم ؟ فيه الخلاف ، وإن تمتع ـ فإن كانت الإجارة على العين وقد أمره بتأخير العمرة ـ فقد وقعت فى غير وقتها ، فيرد ما يخصها من الأجرة ، وإن أمره بتقديمها ، أو كانت الإجارة على الذمة ، وقعا عن المستأجر ، ولزم الأجير دم إن لم يعد إلى الميقات لإحرام الحج ، وفى حط شىء من الأجرة الخلاف .

هذا كله إذا كان المحجوج عنه حيا ، فإن كان ميتا فقرن الأجير أو تمتع وقع النسكان عن الميت بكل حال ، صرح به الشيخ أبو حامد والأصحاب ، قالوا : لأن الميت لا يفتقر إلى إذنه فى وقوع الحج والعمرة عنه ، لأن الشافعى نص على أنه لو بادر أجنبى فحج عن الميت صح ووقع عن فرض الميت من غير وصية ولا إذن وارث ، ولو قال الحى للأجير : حج عنى وإن تمتعت أو قرنت فقد أحسنت ، فقرن أو تمتع وقع النسكان [٣] بلا خلاف صرح به البندنيجى وغيره ، ولو استؤجر للحج فاعتمر ، أو للعمرة فحج ، فإن كانت الإجارة لميت وقع عن الميت لما ذكرنا ، وإن كانت عن حى وقعت عن الأجير ولا أجرة له فى الحالين .

(فـرع) إذا جامع الأجير وهو محرم قبل التحلل الأول فسد حجه ، وانقلب الحج إليه ، فيلزمه الفدية فى ماله ، والمضى فى فاسده ، والقضاء ، هذا هو الصحيح المشهور ، وبه قطع الجمهور وتظاهرت عليه نصوص الشافعى وفيه قول آخر أنه لا ينقلب ولا يفسد ولا يجب القضاء بل يبقى صحيحا واقعا عن المستأجر لأن العبادة للمستأجر فلا تفسد بفعل غيره ، وبهذا القول قال المزنى أيضا ، والمذهب الأول .

---

(١) كذا بالأصل ولعل العبارة وقع النسكان صحيحين وحق الأجر له . المطيعى

قال إمام الحرمين إنما قلنا : تنقلب الحجة الفاسدة إلى الأجير ولا تضاف بعد الفساد إلى المستأجر ، لأن الحجة المطلوبة لا تحصل بالحجة الفاسدة ، بخلاف من ارتكب محظورا غير مفسد وهو أجير ، لأن مثل هذه الحجة يعتد به شرعا ، فوقع الاعتداد به فى حق المستأجر ، والحج لله تعالى ، وإن اختلفت الإضافات ، والحجة الفاسدة لا تبرىء الذمة •

(فإذا قلنا) بالمذهب فإن كانت إجارة عين انفسخت ، ويكون القضاء الذى يأتى به واقعا عن الأجير ، ويرد الأجرة بلا خلاف ، وإن كانت فى الذمة لم تنفسخ لأنها لا تختص بزمان ، فإذا قضى فى السنة الثانية فعمن يقع القضاء ؟ فيه وجهان مشهوران ، وقال جماعة : هما قولان (أحدهما) عن المستأجر لأنه قضاء الأول ، ولو سلم الأول من الإفساد لكان عن المستأجر ، فكذا قضاؤه (وأصحهما) عن الأجير وبه قطع البندنيجى وآخرون • لأن الأداء الفاسد وقع عنه ، فعلى هذا يلزمه سوى القضاء حجة أخرى فيقضى عن نفسه ثم يحج عن المستأجر فى سنة أخرى أو يستنيب من يحج عنه فى تلك السنة أو غيرها ، وإذا لم تنفسخ الإجارة فللمستأجر خيار الفسخ لتأخر المقصود هذا إن كان معضوبا ، فإن كانت الإجارة عن ميت ففيه الوجهان السابقان فيما إذا لم يحج الأجير فى السنة المعينة فى إجارة الذمة ، قال الخراسانيون : يثبت الخيار ومنعه العراقيون ، وقد سبق توجيههما •

(فرع) إذا أحرم الأجير عن المستأجر ثم صرف الإحرام إلى نفسه ظنا منه أنه ينصرف ، وأتم الحج على هذا الظن فلا ينصرف الحج إلى الأجير بل يبقى للمستأجر بلا خلاف ، نص عليه [1] واتفق عليه الأصحاب ، وعللوه بأن الإحرام من العقود اللازمة ، فإذا انعقد على وجه لا يجوز صرفه إلى غيره ، وفى استحقاق الأجير الأجرة قولان مشهوران فى الطريقين (أحدهما) لا يستحق شيئا لإعراضه عنها ، ولأنه عمل لنفسه فيما يعتقد (وأصحهما) عند الأصحاب فى الطريقين يستحق لحصول غرض المستأجر ، وكما لو

---

(١) بياض بالأصل فحرر ولعل العبارة : نص عليه الشافعى ، وهو فى الأم • المطيعى

استأجره ليبنى له حائطا فبناه الأجير ، ظانا أن الحائط له ، فإنه يستحق الأجرة بلا خلاف وقد سبق هذا وسبق الفرق بينه وبين الأجير فى الحج على القول الأول ، لأن الأجير فى البناء لم يَجُر ولا خالف وفى الحج جار وخالف .

فإن قلنا : يستحق الأجير فى الحج ، فهل يستحق المسمى أم أجرة المثل ؟ فيه وجهان حكاهما المتولى وغيره (أصحهما) وبه قطع الجمهور : يستحق المسمى ، لأن العقد لم يفسد فبقى المسمى (والثانى) أجرة المثل ، لأنه عين العقد بنيته وهذا ضعيف نقلا ودليلا ، قال إمام الحرمين : وهذان القولان فى استحقاق الأجرة بناهما الأئمة على ما إذا دفع ثوبا إلى صباغ ليصبغه بأجرة فجحد الثوب وأصر على أخذه لنفسه ، ثم صبغه لنفسه ثم ندم ورده على مالكه ، هل يستحق الأجرة على مالك الثوب ؟ فيه قولان والله أعلم .

(فـرع) إذا مات الحاج عن نفسه فى أثنائه ، هل تجوز البناية على حجه ؟ فيه قولان مشهوران (الأصح) الجديد لا يجوز كالصلاة والصوم (والقديم) يجوز لدخول النيابة فيه ، فعلى الجديد يبطل المـأتى به إلا فى الثواب ، ويجب الإحجاج عنه من تركته ، إن كان قد استقر الحج فى ذمته ، وإن كان تطوعا أو لم يستطع إلا هذه السنة لم يجب وعلى القديم قد يموت وقد بقى وقت الإحرام وقد يموت بعد خروج وقته ، فإن بقى أحرم النائب بالحج ، ويقف بعرفة إن لم يكن الميت وقف ، ولا يقف إن كان وقف ، ويأتى بباقى الأعمال ، فلا بأس بوقوع إحرام النـائب داخل الميقات ، لأنه يبنى على إحرام أنشىء منه .

وإن لم يبق وقت الإحرام فَبِم يحرم به النائب ؟ وجهان (أحدهما) وبه قال أبو إسحق : يحرم بعمرة ثم يطوف ويسعى ، فيجزئانه عن طواف الحج وسعيه ، ولا يبيت ولا يرمى ، لأنهما ليسا من العمرة ، ولكن يجبران بالدم (وأصحهما) وبه قطع الأكثرون تفريعا على القديم أنه يحرم بالحج ، ويأتى ببقية الأعمال ، وإنما يمنع إنشاء الإحرام بعد أشهر الحج إذا ابتدأه ،

وهذا ليس مبتدأ ، بل مبنى على إحرام قد وقع فى أشهر الحج وعلى هذا إذا مات بين التحللين أحرم إحراما لا يحرم اللبس والقلم ، وإنما يحرم النساء كما لو بقى الميت • هذا كله إذا مات قبل التحللين فإن مات بعدهما لم تجز النيابة بلا خلاف ، لأنه يمكن جبر الباقى بالدم • قال الرافعى : وأوهم بعضهم إجراء الخلاف وهذا غلط •

(فرع) إذا مات الأجير فى أثناء الحج فله أحوال (أحدها) يموت بعد الشروع فى الأركان ، وقبل فراغها ، فهل يستحق شيئا من الأجرة ؟ فيه قولان مشهوران ذكرهما المصنف فى كتاب الإجارة (أحدهما) لا يستحق شيئا لأنه لم يحصل المقصود ، فهو كما لو قال : من رد عبدى فله دينار ، فرده إلى باب الدار ثم هرب أو مات ، فإنه لا يستحق شيئا (وأصحهما) عند المصنف والأصحاب يستحق بقدر عمله ، لأنه عمل بعض ما استؤجر عليه فوجب له قسطه كمن استؤجر لبناء عشرة أذرع فبنى بعضها ثم مات ، فإنه يستحق بقسطه بخلاف الجعالة ، فإنها ليست عقدا لازما ، إنما هى التزام بشرط ، فإذا لم يوجد الشرط بكماله لا يلزمه شىء كتعليق الطلاق والعتق ، قال الشيخ أبو حامد والأصحاب : القول الأول هو نصه فى القديم ، والثانى الأصح هو نصه فى الأم والإملاء •

قال أصحابنا : وسواء مات بعد الوقوف بعرفات أو قبله ففيه القولان، هذا هو المذهب (وقيل :) يستحق بعده قطعا ، حكاه الرافعى وهو شاذ ضعيف ، فإذا قلنا : يستحق فهل يقسط على الأعمال فقط أم عليها وعلى قطع المسافة جميعا ؟ فيه قولان مشهوران وقد ذكرهما المصنف فى باب الإجارة وسبق بيانهما قريبا (فأصحهما) عند المصنف وطائفة على الأعمال فقط (وأصحهما) عند الأكثرين على الأعمال والمسافة جميعا ، ممن صححه الرافعى وآخرون وفى المسألة طريق آخر قدمناه عن ابن سريج أنه إن قال : استأجرتك لتحج عنى قسط على العمل فقط ، وإن قال : لتحج من بلد كذا قسط عليهما ، وحمل القولين على هذين الحالين والله أعلم •

ثم هل يجوز البناء على فعل الأجير ؟ ينظر إن كانت إجارة عين انفسخت ولا بناء لورثة الأجير ، كما لو لم يكن له أن يستنيب ، وهل للمستأجر أن يستأجر من يبنى ؟ فيه القولان السابقان فى الفرع قبله ، فى جواز البناء ، وإن كانت الإجارة على الذمة (فإن قلنا) لا يجوز البناء فلورثة الأجير أن يستأجروا من يستأنف الحج عن المستأجر ، فإن أمكنهم فى تلك السنة لبقاء الوقت فذاك وإن تأخر إلى السنة القابلة ثبت الخيار فى فسخ الإجارة كما سبق (وإن جوزنا) البناء فلورثة الأجير أن يبنوا ، ثم القول فيما يحرم به النائب وفى حكم إحرامه بين التحللين على ما سبق فى الفرع قبله .

(الحال الثانى) أن يموت بعد الشروع فى السفر وقبل الإحرام ، وفيه وجهان مشهوران حكاهما المصنف فى باب الإجارة (الصحيح) المنصوص للشافعى رحمه الله تعالى فى القديم والجديد ، وبه قطع الجمهور لا يستحق شيئا من الأجرة بناء على أن الأجرة لا تقابل قطع المسافة بسبب إلى الحج ، وليس بحج فلم يستحق فى مقابلته أجرة كما لو استأجر رجلا ليخبز له فأحضر الآلة وأوقد النار ومات قبل أن يخبز ، فإنه لا يستحق شيئا ، هذا تعليل المصنف وعلل غيره بأنه لم يحصل شيئا من المقصود (والثانى) وهو قول أبى سعيد الإصطخرى وأبى بكر الصيرفى : يستحق من الأجرة بقدر ما قطع من المسافة وافيا ، بهذا نسبه العرامطة [1] وحكى الرافعى وجها ثالثا عن أبى الفضل ابن عبدان أنه إن قال : استأجرتك لتحج من بلد كذا استحق بقسطه ، وهذا نحو ما سبق عن ابن سريج فى الحال الأول .

(الحال الثالث) أن يموت بعد فراغ الأركان وقبل فراغ باقى الأعمال ، فينظر إن فات وقتها أو لم يفت ، ولكن (إذا) لم نجوّز البناء وجب جبر الباقى بالدم من مال الأجير ، وهل يرد شيئا من الأجرة ؟ فيه الخلاف السابق فيمن أحرم بعد مجاوزة الميقات ولم يعد إليه وجبره بالدم

---

(١) كذا بالأصل ولعل العبارة : نسبه العراقيون للشافعى (ط) .

وهو طريقان (المذهب) وجوب الرد ، وإن جوزنا البناء وكان وقتها باقيا ، فإن كانت الإجارة على العين ــ انفسخت الأعمال الباقيــة • ووجب رد قسطها من الأجرة ، ويستأجر المستأجر من يرمى ويبيت ، ولا دم فى تركة الأجير ، وإن كانت فى الذمة استأجر وارث الأجير من يرمى ويبيت ، ولا حاجة إلى الإحرام لأنهما عملان يفعلان بعد التحللين ولا يلزم الدم ولا رد شيء من الأجرة ، ذكره المتولى وغيره •

(فــرع) إذا أحْصِرَ الأجير قبــل إمكان الأركان تحلل ، قال الشافعى فى الأم والأصحاب : ولا قضاء عليه ، ولا على المستأجر ، كأنه أحصر وتحلل فإن كانت حجة تطوع أو كانت حجة إسلام ، وقد استقرت قبل هذه السنة بقى الاستقرار ، وإن كان استطاعها هــذه السنة سقطت الاستطاعة ، فإذا تحلل الأجير فعمن يقع ما أتى به ؟ فيه قولان (أصحهما) عن المستأجر كما لو مات إذ لا تقصير (والثانى) عن الأجير كما لو أفسده ، فعلى هذا دم الإحصار على الأجير ، وعلى الأول هو على المستأجر ، وفى استحقاقه شيئا من الأجرة الخلاف المذكور فى الموت ، وإن لم يتحلل ودام على الإحرام حتى فاته الحج انقلب الاحرام إليه كما فى الإفساد ، لأنــه مقصر حيث لم يتحلل بأعمال عمرة وعليه دم الفوات ، ولو حصل الفوات بنوم أو تأخر عن القافلة أو غيرهما من غير إحصار انقلب المــأتى به إلى الأجير أيضا كما فى الإفساد ، ولا شيء للأجير على المذهب ، وقيل : فيه الخلاف المذكور فى الموت ، وقال الشيخ أبو حامد هل له من الأجرة بقدر ما عمله إلى حين انقلب الإحرام إليه ؟ فيه قولان منصوصان •

(فــرع) لو استأجر المعضوب من يحج عنه فأحرم الأجير عن نفسه تطوعا فوجهان ، حكاهما إمام الحرمين (أحدهما) وهو قول الشيخ أبى محمد ينصرف إلى المستأجر ، قال أبو محمد : وكذا كل من فى ذمته حجة مرسلة بإجارة ، فاذا نوى التطوع بالحج انصرف إلى ما فى ذمته ، كما لو نوى التطوع وعليه حجة الإسلام أو النذر أو القضاء ، فانه ينصرف إلى ما عليه دون التطوع بلا خلاف (والوجه الثانى) وهو الصحيح • وهــو

قول سائر الأصحاب يقع تطوعا للأجير ، قال إمام الحرمين : وما قاله شيخى أبو محمد انفرد به ، ولا يساعده عليه أحد من الأصحاب ، لأنا إنما نقدم واجب الحج على نفله لأمر يرجع إلى نفس الحج مع بقاء الأمة على تقديم الأولى فالأولى فى مراتب الحج .

(وأما) الاستحقاق على الأجير فليس من خاصة الحج ، ولو ألزم الأجير ذمته بالإجارة ما لا يلزم مثله ، لكان حكم الوجوب فيه حكم الوجوب فى الحج قال : والذى يوضح ذلك أن الحجة قد تكون تطوعا من المستأجر إذا جوزنا الاستئجار فى حج التطوع وهو الأصح فلا خلاف فى أن ذلك اللزوم ليس من مقتضيات الحج ، والله أعلم .

(فرع) قال أصحابنا : لو استأجر رجلان رجلا يحج عنهما فأحرم عنهما معا انعقد إحرامه لنفسه تطوعا ولا ينعقد لواحد منهما ، لأن الإحرام لا ينعقد عن اثنين ، وليس أحدهما أولى من الآخر ، ولو أحرم عن أحدهما وعن نفسه معا انعقد إحرامه عن نفسه ، لأن الإحرام عن اثنين لا يجوز وهو أولى من غيره فانعقد ، هكذا نص عليه الشافعى فى الأم وتابعه الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والأصحاب .

(فرع) إذا استأجره اثنان ليحج عنهما أو أمراه بلا إجاره ، فأحرم عن أحدهما لا بعينه ، انعقد إحرامه عن أحدهما ، وكان له صرفه إلى أيهما شاء ، قبل التلبس بشىء من أفعال الحج . هذا مذهبنا ونقله العبدرى عن مذهبنا وبه قال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن ، وقال أبو يوسف : يقع عن نفسه . دليلنا أن مالكا يعتقد ابتداء ذلك الإحرام به مطلقا ثم يصرفه إلى ما يشاء ، كما لو أحرم مطلقا عن نفسه ثم صرفه إلى حج أو عمرة . واحتج أبو يوسف بأنه أحرم بإحرام معين فإذا أحرم مطلقا لم يأت بالمأمور فيه (قلنا :) نقيض ما أسند للنيابة هذا إذا استأجراه ليحج بنفسه ، فإن عقدا معا فالعقد باطل فى حقهما ، وإن عقد أحدهما بعد الآخر فالأول صحيح والثانى باطل ، وإن عقد العقدين فى الذمة صحا ، فإن تبرع بالحج عن أحدهما يثبت للآخر الخيار فى فسخ العقد لتأخير حقه .

(فـرع) قال صاحب الحاوى فى باب الإجارة على الحج من كتاب الحج : لو استأجره لزيارة قبر النبى صلى الله عليه وسلم لم تصح ، قال : وأما الجعـالة على زيارة القبر فإن كانت على مجرد الوقوف عنـد القبر ومشاهدته لم تصح لأنه لا تدخله النيابة وإن كانت على الدعاء عند زيارة قبره صلى الله عليه وسلم صحت لأن الدعاء تدخله النيابة ولا تضر الجهالة بنفس الدعاء •

(فـرع) فى مذاهب العلمـاء فى الاستئجار للحج ، قد ذكرنا أن مذهبنا صحة الإجارة للحج بشرطه السابق وبه قال مالك • وقال أبو حنيفة وأحمد : لا يصح عقد الإجارة عليه ، بل يعطى رزقا عليه قال أبو حنيفة : يعطيه نفقة الطريق فإن أفضل منها شيئا رده ، ويكون الحج للفـاعل ، وللمستأجر ثواب نفقته ، لأنه عبادة بدنية ، فلا يجوز الاستئجار عليهـا كالصلاة والصوم ، لأن الحج يقع طاعة فلا يجوز أخذ العوض عليه دليلنا أنه عمل تدخله النيابة فجاز أخذ العوض عليه ، كتفرقة الصدقة وغيرها من الأعمال (فإن قيل :) لا نسلم دخول النيابة ، بل يقع الحج عن الفـاعل (قلنا :) هذا منابذ للأحاديث الصحيحة السابقة فى إذن النبى صلى الله عليه وآله وسلم فى الحج عن العاجز ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « فدين الله أحق بالقضاء » « وحج عن أبيك » وغير ذلك •

(فإن قيل) ينتقض بشاهد الفرع فإنه ثابت عن شاهد الأصل ولا يجوز له أخذ الأجرة على شهادته (قلنا :) شاهد الفرع ليس ثابتا عن شاهد الأصل وإنما هو شاهد على شهادته ، ولو كان ثابتا عنـه لجاز أن يشهد بأصل الحق ، لا على شهادته ، ودليل آخر هو أن الحج يجوز أخذ الرزق عليه بالإجماع ، فجاز أخذ الأجرة عليه كبناء المساجد والقناطر (فإن قيل) ينتقض بالجهاد (قلنا) الفرق أنه إذا حضر الصف تعين الجهاد ، فلا يجوز أن يجاهد عن غيره وعليه فرضه (وأما) الرزق فى الجهاد فإنه يأخذه لقطع المسافة (وأما) الجواب عن قياسهم على الصوم والصلاة ، فهو أنه لا تدخلها النيابة بخلاف الحج (وعن) قولهم : الحج يقع طـاعة ، فينتقض بأخذ الرزق والله أعلم •

(فـرع) قد ذكرنا أنه إذا استأجره ليفرد الحج والعمرة فقرن عنه وقع الحج والعمرة عن المحجوج عنه ، وقد زاده خيرا ، وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة : إذا أمره أن يحج عن ميت أو يعتمر ، فقرن فهو ضامن للمال الذى أخذه ، لأنه لم يأت بالمـأمور به على وجهه • دليلنا أنه أمره بحج وعمرة ، فأتى بهما وزاده خيرا بتقديم العمرة •

(فـرع) قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه فى هـذا الموضع : قال الشافعى لا بأس أن يكترى المسلم جملا من ذمى للحج عليها لكن الذمى لا يدخل الحرم فيوجه مع جمله مسلما يقودها ويحفظها قال الشافعى : وإذا كان المسلم عنده نصرانى خلفه فى الحل ولا يجوز إدخاله معه الحرم •

(فـرع) قال أصحابنا : إذا قال الموصى : أحجوا عنى فلانا فمـات فلان ، وجب إحجاج غيره كما لو قال : اعتقوا عنى رقبة ، فاشتروا رقبة ليعتقوها ، فمات قبل الإعتاق وجب شراء أخرى ، قال القاضى أبو الطيب : ودليل المسألتين أن المقصود فيهما تحصيل العبادة ، فإذا مات من غير إيقاعها أقيم غيره مقامه •

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(ولا يجوز الإحرام بالحج إلا فى أشهر الحج ، والدليل عليه قوله عز وجل : (الحج أشهر معلومات ، فمن فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال فى الحج) والمراد به وقت إحرام الحج ، لأن الحج لا يحتـاج إلى أشهر ، فدل على أنه أراد به وقت الإحرام ، ولأن الإحرام نسك من مناسك الحج ، فكان مؤقتا ، كالوقوف والطواف . وأشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر ليال منذى الحجة ، وهو إلى أن يطلع الفجر من يوم النحر ، لمـا روى عن ابن مسعود وجابر وابن الزبير رضى الله عنهم أنهم قالوا : « أشهر الحج معلومات ، شوال وذو القعدة وعشر ليال من ذى الحجة » فإن أحرم بالحج فى غير أشهره انعقد إحرامه بالعمرة لأنها عبادة مؤقتة ، فإذا عقدها فى غير وقتها انعقد غيرها من جنسها ، كصلاة الظهر إذا أحرم بها قبل الزوال فإنه ينعقد إحرامه بالنفل ولا يصح فى سنة واحدة أكثر من حجـة لأن الوقت يستغرق أفعال الحجة الواحدة ، فلا يمكن أداء الحجة الأخرى) •

(الشرح) (قوله :) لأن الوقت يستغرق أفعال الحجة ، الأجود أن يقال لأن الحجة تستغرق الوقت • ثم فى الفصل مسائل (إحداها) فيما يتعلق بألفاظه فقوله تعالى (فمن فرض فيهن الحج) قال المفسرون وغيرهم من العلماء : معناه من أوجب على نفسه وألزمها الحج ، ومعنى الفرض فى اللغة الإلزام والإيجاب (وأما) الرفث ، فقال ابن عباس والجمهور : المراد به الجماع ، وقال كثيرون : المراد به هنا التعرض للنساء بالجماع ، وذكره بحضرتهن ، فأما ذكره من غير حضور النساء فلا بأس به وهذا مروى عن ابن عباس وآخرين (وأما) الفسوق فقال ابن عباس وابن عمر والجمهور : هو المعاصى كلها •

(وأما) الجدال ، فقال المفسرون وغيرهم : المراد النهى عن جدال صاحبه ومماراته حتى يغضبه ، وسميت المخاصمة مجادلة ، لأن كل واحد من الخصمين يروم أن يفتل صاحبه عن رأيه ويصرفه عنه وقال مجاهد وأبو عبيدة وغيرهما معناه هنا ولا شك فى الحج أنه فى ذى الحجة ، والمراد إبطال ما كانت الجاهلية عليه من تأخيره ، وفعلهم النسّاء وهو النسىء والتأخير ، والأول هو قول الجمهور ، وقد ذكر المصنف تفسير ابن عباس الآية فى آخر باب الإحرام • قال المفسرون وأهل المعانى وغيرهم : ظاهر الآية نفى ومعناها نهى ، أى لا ترفثوا ولا تفسقوا ولا تجادلوا • واختلف القراء السبعة فى قراءة هذه الآية فقرأ ابن كثير وأبو عمرو (فلا رفثٌ ولا فسوقٌ) بالرفع والتنوين ، وقرأ باقى السبعة بالنصب بلا تنوين ، واتفقوا على نصب اللام من جدال •

(وأما) قوله تعالى : (الحج أشهر) والمراد شهران وبعض الثالث فجاز على المعروف فى لغة العرب فى إطلاقهم لفظ الجمع على اثنين وبعض الثالث ، ومنه قوله تعالى : (يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) ويكفيها طهران وبعض الطهر الأول (وأما) قول المصنف : وقت إحرام الحج فهكذا قاله أصحابنا فى كتب الفقه ، واتفقوا عليه ووافقهم بعض العلماء (وأما) النحويون وأصحاب المعانى ومحققوا المفسرين فذكروا فى الآية قولين (أحدهما) تقديرها : أشهر الحج أشهر معلومات فحذف المضاف وأقيم

المضاف إليه مقامه (والثانى) تقديرها : الحج حج أشهر معلومات ، أى لا حج إلا فى هذه الأشهر فلا يجوز فى غيرها ، خلاف ما كانت الجاهلية تفعله من حجهم فى غيرها • فعلى هذا يكون حذف المصدر المضاف للأشهر ، قال الواحدى : ويمكن حمل الآية على غير إضمار وهو أن الأشهر جعلت نفس الحج ليكون الحج فيها ، كقولهم : ليل نائم لما كان النوم فيه جعل نائما •

(وأما) قول المصنف : ولأن الإحرام نسك من مناسك الحج وكان مؤقتا كالوقوف والطواف فمقصوده به إلزام تعبير الثورى ومالك وأبى حنيفة وغيرهم ممن يقول : إنه يجوز الإحرام بالحج فى جميع السنة ولا يأتى بشىء من أفعاله قبل أشهره ، ووافقونا على أن الوقوف والطواف لا يكونان فى كل السنة ، بل هما مؤقتان فقاس المصنف الإحرام عليهما (وأما) قوله : أشهره شوال وذو القعدة أو القعدة ــ بفتح القاف ــ على المشهور ، وحكى كسرها ، وذو الحجة ــ بكسر الحاء ــ على المشهور ، وحكى فتحها (وأما) الآثار المذكورة عن ابن مسعود وغيره فسنذكرها فى فرع مذاهب العلماء إن شاء الله تعالى •

(وأما) قول المصنف : لأنها عبادة مؤقتة ، فقال القلعى : احترز بمؤقتة عن الوضوء والغسل ، وهو ما إذا توضأ للظهر مثلا قبل الزوال ، فإنه يصح وضوؤه للظهر وغيرها ، وتنعقد طهارته التى عينها بعينها ، قال : ويحتمل أنه أراد إذا كان متطهرا فتوضأ أو اغتسل بنية الحدث أو الجنابة اللذين يوجدان فى المستقبل ، فإنه لا يصح له ما نواه ، ولا ينعقد وضوؤه تجديدا ، ولا غسله مسنونا ، قال : ويحتمل أن يحترز من التيمم ، وهو إذا تيمم للظهر قبل الزوال فإنه لا يصح تيممه ولا يجوز أن يصلى به فريضة ولا نافلة • (فأما) الفريضة فلأنه تيمم لها قبل وقتها (وأما) النافلة فلأنه إنما يستبيحها بالتيمم تبعا للفريضة ، فإذا لم يستبح المتبوع لم يستبح التابع •

(وأما) قوله : كصلاة الظهر إذا أحرم بها قبل الزوال ، فإنه ينعقد

إحرامه بالنفل ، فهكذا قاس الشافعى والأصحاب ، وكذا نقله المزنى فى المختصر وهذا الذى قاله من انعقاد الظهر نفلا إذا أحرم بها قبل الزوال هو المذهب ، وبه قطع المصنف وجمهور العراقيين ، وفيه قول آخر : إنهـا لا تنعقد ، وسبق بيان المسألة فى أول صفة الصلاة ، وصورة المسألة : إذا ظن دخول الوقت فبان خلافه (فأما) إذا أحرم بها قبل الزوال عالمـا بأن الوقت لم يدخل فلا تنعقد صلاته على المذهب ، وفيه خلاف ضعيف جدا سبق هناك •

(واعلم) أن قياس المصنف والشافعى والأصـحاب على من صلى الظهر قبل الزوال أرادوا به ما إذا كان جاهلا عدم دخول الوقت ، وحينئذ يقال : ليست صورة الحج مثلها إلا أن يفرض فيمن أحرم بالحج فى غير أشهره ، ظانا جواز ذلك ، عالمـا بأنه لا ينعقد الحج فى غير أشهره • وظاهر كلامهم أنه لا فرق بين العالم والجاهل ، فينبنى الإشكال ، والله أعلم •

(المسألة الثانية) لا ينعقد الاحرام بالحج إلا فى أشهر الحج بلا خلاف عندنا ، وأشهره شوال وذو القعدة وعشر ليال من ذى الحجة آخرها طلوع الفجر ليلة النحر (فأما) كون أولهـا أول شوال فمجمع عليـه (وأما) امتدادها إلى طلوع الفجر فهو الصحيح المشهور الذى نص عليه الشافعى فى المختصر ، وقطع به جمهور الأصحاب فى الطريقين ، وحكى الخراسانيون وجها أنه لا يصح الإحرام ليلة العشر ، بل آخر الشـهر آخر يوم عرفة ، وحكى القاضى أبو الطيب فى تعليقه والمحاملى والسرخسى وصاحب البيان وآخرون قول الشافعى أن أشهر الحج شوال وذو القعدة وذو الحجـة بكماله ، حكاه المحاملى وأبو الطيب وصاحب البيان عن نصه فى الاملاء ، ونقله السرخسى عن نصه فى القديم ، ودليل الجميع فى الكتاب مع ما سنذكره إن شاء الله تعالى والله أعلم •

(الثالثة) إذا أحرم بالحج فى غير أشهر الحج لم ينعقـد حجا بلا خلاف ، وفى انعقاده عمرة ثلاث طرق (الصحيح) أنه ينعقد عمرة مجزئة عن عمرة الإسلام وهو نص الشافعى فى القديم (والثانى) أنه يتحلل بأفعال

عمرة ولا يحسب عمرة ، كمن فاته الحج ، قال المتولى وأخرجه من السنة : إنه تعذر عليه الحج لعدم الوقت فى المسألتين (والثالث) أنه ينعقد إحرامه بهما فإن صرفه إلى عمرة كان عمرة صحيحه ، وإلا تحلل بعمل عمرة ولا يحسب عمرة ، قال أصحابنا : ولا خلاف فى انعقاد إحرامه وأنه يتحلل بأعمال عمرة ، وإنما الخلاف فى أنها عمرة مجزئة عن عمرة الإسلام (أما) إذا أحرم بنسك مطلقا قبل أشهر الحج فينعقد إحرامه عمرة على المذهب ، وبه قطع أصحابنا فى كل الطرق إلا الرافعى ، فحكى فيه طريقا آخر أنه على وجهين (أصحهما) هذا (والثانى) هو محكى عن أبى عبد الله الحصرى ينعقد بهما ، فإذا دخلت أشهر الحج صرفه إلى ما شاء من حج أو عمرة أو قران ، والصواب الأول ، لأن الوقت لا يقبل إلا العمرة فتعين إحرامه لها والله أعلم .

(الرابعة) قال المصنف والأصحاب : لا يصح فى سنة واحدة أكثر من حجة لأن الوقت يستغرق أفعال الحجة الواحدة لأنه ما دام فى أفعال الحجة لا يصلح إحرامه لحجة أخرى ، ولا يفرغ من أفعال الحج إلا فى أيام التشريق ، ولا يصح الإحرام بالحج فيها ولو صح الإحرام فيها على القول السابق عن الاملاء والقديم لم يمكن حجة أخرى لتعذر الوقوف .

قال أصحابنا : ولو أحرم بحجتين أو عمرتين انعقدت إحداهما ولا تنعقد الأخرى ولا تثبت فى ذمته عندنا لأنه لا يمكنه المضى فيهما فلم يصح الدخول فيهما قياسا على صوم النذر وصوم رمضان ، وقد ذكر المصنف هذه المسألة فى أوائل باب الإحرام ، قال أصحابنا : ولو أحرم بحجة ثم أدخل عليها حجة أخرى أو بعمرة ثم أدخل عليها عمرة أخرى فالثانية لغو والله أعلم (وإن قيل :) قلتم : لو أحرم بحجتين انعقدت إحداهما ، ولو أحرم بصلاتين لم تنعقد واحدة منهما ، فما الفرق ؟ (فالجواب) أن تعيين النية شرط فى الصلاة بخلاف الحج ، ولأن الإحرام يحافظ عليه ما أمكن ولا يلغى ، ولهذا لو أحرم بالحج فى غير أشهره انعقد عمرة والله أعلم .

(فرع) قال صاحب البيان : لو أحرم قبل أشهر الحج ، ثم شك

هل أحرم بحج ؟ أم بعمرة ؟ فهى عمرة قطعا ، وإن أحرم بالحج ثم شك ، هل كان إحرامه فى أشهر الحج ؟ أم قبلها ؟ قال الصيمرى : كان حجا لأنه على يقين من هذا الزمان ، وعلى شك من تقدمه •

(فرع) قال الشافعى فى مختصر المزنى أشهر الحج شوال وذو القعدة وتسع من ذى الحجة وهو يوم عرفة فمن لم يدرك إلى الفجر من يوم النحر فقد فاته الحج ، هذا نصه بحرفه واعترض عليه أبو بكر الطاهرى فقال : قوله : إن أراد به الليالى فهو خطأ لأن الليالى عشر وإن أراد الأيام فهو خطأ فى اللغة فإن الأيام مذكرة فالصواب تسعة وأجاب الأصحاب عن هذا ، بأن المراد الأيام والليالى وغلب لفظ التأنيث على عادة العرب فإن العرب تغلب لفظ التأنيث فى اسم العدد يقولون : صمنا عشرا ويريدون الليالى والأيام ويقولون صمنا خمسا ويريدون الأيام ، ومن هذا قول الله تعالى (يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا) والمراد بالليالى والأيام ومنه قوله تعالى (يتخافتون بينهم إن لبثتم إلا عشرا) ومنه قوله صلى الله عليه وسلم « من صام رمضان وأتبعه ستا من شوال » وقد سبق بيان هذا كله واضحا فى باب صوم التطوع فى هذا الحديث ، قال الزمخشرى : يقولون صمنا عشرا ولو قلت : صمت عشرة لم تكن متكلما بكلام العرب ، قال القاضى أبو الطيب وابن الصباغ والأصحاب : إنما أفرد الشافعى ليلة النحر بالذكر وذكرها بعد التسع ، لأن الإحرام يستحب تقديمه عليها قالوا : ويحتمل أنه أفردها لأنها تنفرد عن اليوم الذى بعدها ، ويحتمل أنه أفردها لتعلق الفوات بها •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى وقت الإحرام بالحج ، لا ينعقد الإحرام بالحج إلا فى أشهره عندنا ، فإن أحرم فى غيرها انعقد عمرة ، وبه قال عطاء وطاوس ومجاهد وأبو ثور ، ونقله الماوردى عن عمر وابن مسعود وجابر وابن عباس وأحمد • وقال الأوزاعى : يتحلل بعمرة • وقال ابن عباس : لا يحرم بالحج إلا فى أشهره • وقال داود : لا ينعقد وقال النخعى والثورى ومالك وأبو حنيفة وأحمد : يجوز قبل أشهر الحج لكن يكره ، قالوا : فأما الأعمال فلا تجوز قبل أشهر الحج بلا خلاف ، واحتج

لها بقوله تعالى : (يسألونك عن الأهلة ، قل : هى مواقيت للناس والحج) فأخبر سبحانه وتعالى أن الأهلة كلها مواقيت للناس والحج ، ولأنها عبادة تدخلها النيابة ، وتجب الكفارة فى إفسادها ، فلم تخص بوقت كالعمرة ، ولأن الإحرام بالحج يصح فى زمان لا يمكن إيقاع الأفعال فيه ، وهو شوال فعلم أنه لا يختص بزمان .

قالوا : ولأن التوقيت ضربان توقيت مكان وزمان ، وقد ثبت أنه لو تقدم إحرامه على ميقات المكان صح ، فكذا الزمان ، قالوا : وأجمعنا على أنه لو أحرم بالحج قبل أشهره انعقد ، لكن اختلفنا هل ينعقد حجا أم عمرة ؟ فلو لم ينعقد حجا لما انعقد . واحتج أصحابنا بقوله تعالى (الحج أشهر معلومات) قالوا : وتقديره : وقت الإحرام بالحج أشهر معلومات ، لأنه لا يجوز حمل الآية على أن المراد أفعال الحج ، لأن الأفعال لا تكون فى أشهر وإنما تكون فى أيام معدودة .

(فإن) قالوا : قد قال الزجاج : قال جمهور أهل المعانى والنحويين : معنى الآية أشهر الحج أشهر معلومات (قلنا) قال القاضى أبو الطيب وغيره : لو كان المراد هذا لم يكن فيه فائدة ، وفى التقدير الذى ذكرناه فائدة ، فالحمل عليه أولى (فإن قيل :) تقدير وقت الإحرام لا يدل على أن تقديمه لا يصح كالسعى ، فإنه مؤقت ، ويجوز تقديمه على وقته ، قال أصحابنا : لا نسلم جواز تقديم السعى لأنه يشترط تأخير السعى على الاحرام بالحج فى أشهر الحج ، ويكره عندهم فى غيرها (قلنا :) هذا خلاف الظاهر ، وهو منتقض بيوم العيد ، فإنه عند الحنيفة من أشهر الحج ، ولا يستحب الإحرام فيه .

(فإن) قالوا : نحن لا نجيز الحج فى غير أشهره وإنما نجيز الإحرام به ، وذلك ليس عندنا من الحج ، قال أصحابنا (فالجواب) أن الإحرام ــ وإن لم يكن عندهم من الحج ــ إلا أن المحرم يدخل به فى الحج ، فإذا أحرم به قبل أشهره دخل فى الحج قبل أشهره واحتج أصحابنا أيضا برواية أبى الزبير قال : « سئل جابر : أهل بالحج فى غير أشهر الحج ؟ قال :لا »

رواه البيهقى باسناد صحيح ، وعن ابن عباس قال : « لا يحرم بالحج إلا فى أشهره ، فإن من سنة الحج أن يحرم بالحج فى أشـــهر الحج » رواه البيهقى باسناد صحيح ولأنها عبادة مؤقتة فكان الاحرام بها مؤقتا كالصلاة ، ولأنه آخر[1] أركان الحج فلا يصح تقديمه على أشـــهر الحج كالوقوف بعرفة •

(وأما) الجواب عما احتجوا به من قوله تعالى : (يسألونك عن الأهلة) فهو أن الأشهر هنا مجملة ، فوجب حملها على المبين ، وهو قوله تعالى : (الحج أشهر معلومات) والجواب عن قوله تعالى : (وأتمـــوا الحج والعمرة لله) مع قول عمر وعلى من وجهين (أحدهما) أنه محمول على دويرة أهله ، بحيث يمكنه الإحرام منها فى أشهر الحج (والثانى) إن سلمنا أنه مخالف لمـــا ذكرنا فهو مخالف لمـــا صح عن ابن عباس وجابر ، وإذا اختلفت الصحابة لم يعمل بقول بعضهم (وأما) القياس على العمرة (فجوابه) أن أفعالها غير مؤقتة ، فكذا إحرامها بخلاف الحج •

(وأما) قولهم : إن الإحرام بالحج يصح فى زمان لا يمكن إيقاع الأفعال فيه وهو شوال ، فعلم أنه لا يختص بزمان (فجوابه) من وجهين (أحدهما) أن ما ذكروه ليس بلازم (والثانى) ينتقض بصلاة الظهر ، فإن الإحرام بها يجوز عقيب الزوال ، ولا يجوز حينئذ الركوع والسجود وهى مؤقتة (وأما) قولهم : التوقيت ضربان إلى آخره ، فهو أن مقتضى التوقيت أن يتقدم عليه خالفنا ذلك فى المكان ، وليس كذلك الزمان (وأما) قولهم : ولأنا أجمعنا على صحة إحرامه (فجوابه) إنما صح إحرامه عندنا بالعمرة ، ولا يلزم من ذلك صحة إحرامه بالحج ، ونظيره إذا أحرم بالظهر قبل الزوال غلطا يصح نفلا لا ظهرا •

(فـــرع) فى مذاهب العلماء فى أشهر الحج ، قد ذكرنا أن مذهبنـــا أنها شوال وذو القعدة وعشر ليال من ذى الحجة ، وحكاه ابن المنذر عن

---

(١) كذا فى الاصل ولعله من أركان •

ابن مسعود وابن الزبير والشعبي وعطاء ومجاهد وقتادة والنخعي والثوري وأبي ثور وبه قال أبو يوسف وداود ، وقال مالك : هي شوال وذو القعدة وذو الحجة بكماله ، قال ابن المنذر : وروى عن ابن عمر وابن عباس روايتان كالمذهبين ، وقال أبو حنيفة وأحمد وأصحاب داود : شوال وذو القعدة وعشرة أيام من ذي الحجة ، وخالف أصحاب داود في هذا • والخلاف بيننا وبين أبي حنيفة وموافقيه في يوم النحر ، فهو عنده من أشهر الحج ، وليس هو عندنا منها ، وقد نقل المحاملي في المجموع إجماع العلماء على أن أول وقت أشهر الحج شوال وإنما اختلفوا في آخرها •

قال صاحب الشامل وآخرون من أصحابنا : وهذا الخلاف الذي بيننا وبين أبي حنيفة وأحمد يجوز الإحرام بالحج في جميع السنة كما حكيناه عنهما في الفرع السابق ولا يجوز عندهما إيقاع الفعل إلا في أوقاتها من أشهر الحج ، فلا فرق بين أن يوافقونا في أشهر الحج أو يخالفونا ، وقال المتولي : لا فائدة في هذا الخلاف إلا في شيء واحد ، وهو أن عند مالك يكره الاعتمار في أشهر الحج ، فالعمرة عنده مكروهة في جميع ذي الحجة ، وهذا الذي استثناه المتولي لا حاجة إليه لأن العمرة لا تكره عندنا في شيء من السنة ، فلا فرق بين أن يوافقنا مالك في أشهر الحج أو يخالفنا ، وهكذا قال العبدري : إن فائدة الخلاف عند مالك إذا أخر طواف الافاضة عن ذي الحجة لزم دم ، وهذا أيضا لا حاجة إليه لأن الدم لا يجب عندنا بتأخير الطواف ، ولو أخره سنين •

واحتج لأبي حنيفة وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وابن الزبير رضي الله عنهم قالوا : أشهر الحج شهران وعشر ليال ، قالوا : وإذا أطلقت الليالي تبعتها الأيام فيكون يوم النحر منها ، ولأن يوم النحر يفعل فيه معظم المناسك ، فكان من أشهر الحج كيوم عرفة ، واحتج مالك بأن الأشهر جمع وأقله ثلاثة ، واحتج أصحابنا برواية نافع عن ابن عمر أنه قال : « أشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة » وعن ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير مثله ، رواها كلها البيهقي ، وصحح الرواية عن ابن عباس ، ورواية ابن عمر صحيحة ، وأجاب أصحابنا عن قول الحنفية : إذا

أطلقت الليالى تبعتها الأيام بأن ذلك عند إرادة المتكلم ، ولا نسلم بوجود الإرادة هنا • بل الظاهر عدمها فنحن قائلون بما قالته الصحابة •

(والجواب) عن قولهم : إن يوم النحر يفعل فيه معظم المناسك ، فينتقض بأيام التشريق (والجواب) عن قول مالك : إن العرب تعبر عن اثنين وبعض الثالث بلفظ الجمع ، قال الله تعالى : (يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وأجمعنا نحن ومالك على أن الأقراء هى الأطهار ، وأنه إذا طلقها فى بقية طهر حسبت تلك البقية قرءا • فاتفقنا على حمل الأقراء على قرءين وبعض ، واتفقت العرب وأهل اللغة على استعمال مثله فى التواريخ وغيرها ، يقولون : كتبت لثلاث ، وهو فى بعض الليلة الثالثة ، والله أعلم •

(فــرع) فى مذاهبهم فيمن أهل بحجتين • قد ذكرنا أن مذهبنا أنه ينعقد إحداهما ولا يلزمه فعل الأخرى [وعند أبى حنيفة ينعقدان ويلزمه قضاء الأخرى][1] ، والذى حكاه ابن المنذر عنه أنه يصير ناقضا لإحداهما حتى يتوجه إلى مكة ، قال أبو يوسف : أما أنا فأراه ناقضا لإحداهما حين يحرم بهما قبل أن يسير إلى مكة ، دليلنا ما سبق •

قال المصنف رحمه الله تعــالى

(واما العمرة فإنها تجوز فى أشهر الحج وغيرها لمــا روت عائشة رضى الله عنها « أن النبى صلى الله عليه وسلم اعتمر عمرتين فى ذى القعدة وفى شوال » وروى ابن عباس رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « عمرة فى رمضان تعدل حجة » ولا يكره فعل عمرتين واكثر فى سنة ، لمــا ذكرناه من حديث عائشة رضى الله عنها) •

(الشرح) حديث ابن عباس رواه البخارى ومسلم ، وروت أم معقل الصحابية رضى الله عنها عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « عمرة فى رمضان تعدل حجة » رواه أبو داود والترمذى والنسائى وغيرهم ، قال الترمذى : حديث حسن ، قال : وفى الباب بغير عمرة فى رمضان عن ابن

---

(1) ما بين المعقوفين من جريدة السيد الحداد •

عباس وجابر وأنس بن مالك وأبى هريرة ووهب بن خنبش قال : ويقال هرم بن خنبش رضى الله عنهم قال الترمذى : قال إسحاق ــ يعنى ابن راهوية : معنى هــذا الحديث مثل « قراءة قل هو الله أحد تعــدل ثلث القرآن » .

(وأما) حديث عائشة « أن النبى صلى الله عليه وسلم اعتمر مرتين فى ذى القعدة وفى شــوال » فصحيح رواه أبو داود فى سننه بإســناده الصحيح ، وقد ثبت فعل العمرة فى أشهر الحج فى الأحاديث الصحيحة من طرق كثيرة (منها) حديث أنس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتمر أربع عمر كلهن فى ذى القعدة إلا التى مع حجته » رواه البخارى ومسلم ، وعن ابن عمر قال : « اعتمر رسول الله صلى الله عليه وســلم أربع عمر إحداهن فى رجب ، فبلغ ذلك عائشة فقالت : يرحم الله أبا عبــد الرحمن ما اعتمر عمرة قط إلا وهو شاهد ، وما اعتمر قط فى رجب » رواه البخارى ومسلم ، وعن البراء « أن النبى صلى الله عليه وسلم اعتمر فى ذى القعدة » رواه الترمذى وقال : حديث حسن صحيح ، وفى الباب عن ابن عبــاس وغيره أحاديث كثيرة .

اما الأحكام فقال الشافعى والأصحاب جميــع السنة وقت للعمرة فيجوز الإحرام بها فى كل وقت من السنة ، ولا يكره فى وقت من الأوقات ، وسواء أشهر الحج وغيرها فى جوازها فيهــا من غير كراهة ، ولا يكره عمرتان وثلاث وأكثر فى السنة الواحدة ، ولا فى اليوم الواحد ، بل يستحب الإكثار منها بلا خلاف عندنا ، قال أصحابنا : ويستحب الاعتمار فى أشهر الحج وفى رمضان للأحاديث السابقة ، قال المتــولى وغيره : والعمرة فى رمضان أفضل منها فى باقى السنة للحديث السابق ، قال أصحابنا : وقد يمتنع الإحرام بالعمرة فى بعض السنة لعارض لا بسبب الوقت ، وذلك كالمحرم بالحج لا يجوز له الإحرام بالعمرة بعــد الشروع فى التحلل من الحج بلا خلاف وكذا لا يصح إحرامه بهــا قبل الشروع فى التحلل على المذهب ، كما سنوضحه قريبا إن شاء الله تعالى فى إحرام القارن . قــال أصحابنا : لو تحلل من الحج التحللين وأقام بمنى للرمى والمبيت ، فأحرم

بالعمرة لم ينعقد إحرامه بلا خلاف نص عليه الشافعي واتفق عليه الأصحاب ، نص عليه الأصحاب لأنه عاجز عن التشاغل بها لوجوب ملازمة إتمام الحج بالرمى والمبيت قال أصحابنا : ولا يلزمه بذلك شيء •

(فأما) إذا نفر النفر الأول وهو بعد الرمى فى اليوم الثانى من أيام التشريق فأحرم بعمرة فيما بقى من أيام التشريق ليلا أو نهارا فعمرته صحيحة بلا خلاف قال الشيخ أبو محمد الجوينى فى كتابه الفروق وآخرون من أصحابنا : والفرق بين هاتين الصورتين أن المقيم بمنى يوم النفر وإن كان خاليا من علائق الإحرام بالتحللين ، إلا أنه مقيم على نسك مشتغل بإتمامه وهو الرمى والمبيت ، وهما من تمام الحج ، فلا تنعقد عمرته ما لم يكمل حجه بخلاف من نفر فإنه فرغ من الحج وصار كغير الحاج ، قال أبو محمد : ولا يتصور حين يحرم بالعمرة فى وقت ، ولا تنعقد عمرته إلا فى هذه المسألة وقد يرد على هذا ما إذا أحرم بالعمرة فى حال جماعه المرأة ، فإنه حلال ولا ينعقد إحرامه على أصح الأوجه ، كما سيأتى بيانه إن شاء الله تعالى فى جماع المحرم ، ويمكن أن يجاب عنه بأن عدم انعقاد العمرة هنا لعدم أهلية المحرم لا لعارض ، فهو كالكافر وغيره ، ممن لا يصح إحرامه لعدم أهليته ،ولا شك أن الكافر ونحوه لا يرد على قول الشيخ أبى محمد ، والله أعلم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى وقت العمرة • قد ذكرنا أن مذهبنا جوازها فى جميع السنة ، ولا تكره فى شيء منها ، وبهذا قال مالك وأحمد وداود ، ونقله الماوردي عن جمهور الفقهاء ، وقال أبو حنيفة ، تكره العمرة ، واحتج أصحابنا بأن الأصل عدم الكراهة حتى يثبت النهى الشرعى ، ولم يثبت هذا الخبر ، ولأنه يجوز القران فى يوم عرفة بلا كراهة ، فلا يكره إفراد العمرة فيه كما فى جميع السنة ، ولأن كل وقت لا يكره فيه استدامة العمرة لا يكره فيه إنشاؤها كباقى السنة •

(وأما) قول عائشة (فأجاب) أصحابنا عنه بأجوبة أجودها أنه باطل لا يعرف عنها ، ولم يذكره عنها أحد ممن يعتمد ، ولو صح لكان قول

صحابى لم يشتهر ، فلا حجة فيه على الصحيح ، ولو صح واشتهر لكان محمولا على من كان متلبسا بالحج (وأما) قولهم : إنها أيام الحج فكرهت فيها العمرة ، فدعوى باطلة لا شبهة لها .

(فرع) فى مذاهبهم فى تكرار العمرة فى السنة . مذهبنا أنه لا يكره ذلك بل يستحب ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد وجمهور العلماء من السلف والخلف ، وممن حكاه عن الجمهور الماوردى والسرخسى والعبدرى ، وحكاه ابن المنذر عن على بن أبى طالب وابن عمر وابن عباس وأنس وعائشة وعطاء وغيرهم رضى الله عنهم ، وقال الحسن البصرى وابن سيرين ومالك : تكره العمرة فى السنة أكثر من مرة ، لأنها عبادة تشتمل على الطواف والسعى فلا تفعل فى السنة إلا مرة كالحج ، واحتج الشافعى والأصحاب وابن المنذر وخلائق بما ثبت فى الحديث الصحيح « أن عائشة رضى الله عنها أحرمت بعمرة عام حجة الوداع ، فحاضت ، فأمرها النبى صلى الله عليه وسلم أن تحرم بحج ففعلت ، وصارت قارنة ووقفت المواقف ، فلما طهرت طافت وسعت فقال لها النبى صلى الله عليه وسلم قد حللت من حجك وعمرتك ، فطلبت من النبى صلى الله عليه وسلم أن يعمرها عمرة أخرى ، فأذن لها فاعتمرت من التنعيم عمرة أخرى » رواه البخارى ومسلم مطولا ، ونقلته مختصرا .

قال الشافعى : وكانت عمرتها فى ذى الحجة ، ثم أعمرها العمرة الأخرى فى ذى الحجة فكان لها عمرتان فى ذى الحجة . وعن عائشة أيضا « أنها اعتمرت فى سنة مرتين أى بعد وفاة النبى صلى الله عليه وسلم » وفى رواية ثلاث عمر ، وعن ابن عمر أنه اعتمر أعواما فى عهد ابن الزبير مرتين فى كل عام ، ذكر هذه الآثار كلها الشافعى ، ثم البيهقى بأسانيدهما .

(وأما) الحديث الذى ذكره المصنف فليس فيه دلالة ظاهرة ، لأنها لم تقل : اعتمر فى ذى القعدة وشوال من سنة واحدة واحتج أصحابنا أيضا فى المسألة بحديث أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « العمرة إلى العمرة كفارة لما بينهما » رواه البخارى ومسلم ، وسبق ذكره فى أول

كتاب الحج ، ولكن ليست دلالته ظـاهرة ، وإن كان البيهقى وغيره قد احتجوا به ، وصدر به البيهقى الباب ، فقال بعض أصحابنا : وجه دلالته أنه صلى الله عليه وسلم لم يفرق بين كون العمرتين فى سنة أو سنتين ، وهذا تعليق ضعيف • واحتج أيضا بالقياس على الصلاة فقالوا : عبـادة غير مؤقتة ، فلم يكره تكرارها فى السنة كالصلاة ، قال الشافعى فى المختصر : من قال : لا يعتمر فى السنة إلا مرة مخالف لسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم يعنى حديث عائشة السابق •

(فإن قيل) قد ثبت فى حديث عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لها : « ارفضى عمرتك وامتشطى وأهلى بالحج » ففعلت ثم اعتمرت ، وهذا ظاهره أنه لم يحصل لها إلا عمرة واحدة (فالجواب) أنها لم ترفضها ، يعنى الخروج منها والإعراض عنها ، لأن العمرة والحج لا يخرج منهما بنية الخروج بلا خلاف وإنما رفضها رفض أعمالها مستقلة ، لأنها أحرمت بعدها بالحج فصارت قارنة فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « ارفضيها » أى اتركى أعمالها المستقلة لاندراجها فى أفعال الحج (وأما) امتشاطها فلا دلالة فيه • قال القاضى أبو الطيب وغيره لأن المحرم يجوز له عندنا الامتشاط (وأما) الجواب عن احتجاج مالك بالقياس على الحج فهو أن الحج مؤقت لا يتصور تكراره فى السنة والعمرة غير مؤقتة ، فتصور تكرارها كالصلاة والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(ويجوز إفراد الحج عن العمرة والتمتع بالعمرة إلى الحج والقران بينهما ، لمـا روت عائشة قالت : « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فمنا من أهل بالحج : ومنا من أهل بالعمرة ، ومنا من أهل بالحج والعمرة » والإفراد والتمتع أفضل من القران ، وقال المزنى القران افضل ، والدليل على ما قلناه أن المفرد والمتمتع يأتى بكل واحد من النسكين بكمال أفعاله ، والقارن يقتصر على عمل الحج وحده ، فكان الإفراد والتمتع افضل ، وفى التمتع والإفراد قولان (أحدهما) أن التمتـع أفضل ، لمـا روى ابن عمر رضى الله عنهما قال : « تمتع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع بالعمرة إلى الحج » (والثانى) أن الإفراد أفضل لمـا روى جابر قال : « أهل رسول الله صلى الله عليه وسلم بحج ليس معه عمرة » ولأن التمتع يتعلق به

وجوب دم فكان الإفراد أفضل منه كالقران (وأما) حديث ابن عمر رضى الله عنهما فإنه يحتمل أنه أراد أمر بالتمتع كما روى أنه رجم ماعزا وأراد أنه أمر برجمه ، والدليل عليه أن ابن عمر هو الراوى ، وقد روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم افرد بالحج ») .

(الشرح) حديث عائشة وحديث ابن عمر وحديث جابر رواها كلها البخارى ومسلم بلفظها ، إلا حديث جابر فلفظهما فيه : « أهل النبى صلى الله عليه وسلم هو وأصحابه بالحج » (وأما) قوله ليس معه عمرة فليست فى روايتهما ورواها البيهقى بإسناد ضعيف .

اما الأحكام فقد اتفقت نصوص الشافعى والأصحاب على جواز الإحرام على خمسة أنواع ، الإفراد ، والتمتع ، والقران ، والاطلاق ، وهو أن يحرم بنسك مطلقا ثم يصرفه إلى ما شاء من حج أو عمرة أو كليهما ، والتعليق وهو أن يحرم باحرام كاحرام [1] فهذه الأنواع الخمسة جائزة بلا خلاف ، وذكر المصنف هنا الثلاثة الأولى (وأما) النوعان الآخران فذكرهما فى باب الإحرام وسنوضحهما هناك إن شاء الله تعالى .

(وأما) الأفضل من هذه الأنواع الثلاثة الأولى ففيه طرق وأقوال منتشرة (الصحيح) منها الإفراد ، ثم التمتع ، ثم القران ، هذا هو المنصوص للشافعى رحمه الله تعالى فى عامة كتبه ، والمشهور من مذهبه (والقول الثانى) أن أفضلها التمتع ، ثم الإفراد ، وهذا القول فى الكتاب ، وهذا الثانى نصه فى كتاب اختلاف الحديث ، حكاه عنه القاضى أبو الطيب والأصحاب (والثالث) أفضلها الإفراد ، ثم القران ، ثم التمتع ، حكاه صاحب الفروع ، والسرخسى وصاحب البيان ، وآخرون ، قالوا نص عليه فى أحكام القران ، وممن اختاره من أصحابنا المزنى وابن المنذر وأبو إسحق المروزى والقاضى حسين فى تعليقه . قال أصحابنا : وشرط تقديم الإفراد أن يحج ثم يعتمر فى سنة ، فإن أخر العمرة عن سنة فكل واحد من التمتع والقران أفضل منه بلا خلاف ، لأن تأخير العمرة عن سنة الحج مكروه .

---

(١) لعله كاحرام زيد مثلا (ط) .

هكذا قاله جماهير الأصحاب ، ممن صرح به الماوردى والقاضى أبو الطيب فى تعليقه • وصاحب الشامل والبيان والرافعى وآخرون ، وقال القاضى حسين والمتولى : الإفراد أفضل من التمتع والقران ، سواء اعتمر فى سنته أم فى سنة أخرى ، وهذا شاذ ضعيف ، والله أعلم •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى الإفراد والتمتع والقران • قد ذكرنا أن مذهبنا جواز الثلاثة ، وبه قال العلماء كافة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم ، إلا ما ثبت فى الصحيحين عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان رضى الله عنهما أنهما كانا ينهيان عن التمتع ، وقد ذكر الشيخ أبو حامد فى تعليقه وآخرون من أصحابنا ومن غيرهم من العلماء فى نهى عمر وعثمان تأويلين (أحدهما) أنهما نهيا عنه تنزيها ، وحملا للناس على ما هو الأفضل عندهما وهو الإفراد ، لا أنهما يعتقدان بطلان التمتع هذا مع علمهما بقول الله تعالى : (فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى) (والثانى) أنهما كانا ينهيان عن التمتع الذى فعلته الصحابة فى حجة الوداع ، وهو فسخ الحج إلى العمرة ، لأن ذلك كان خاصا لهم كما سنذكره واضحا إن شاء الله تعالى ، وهذا التأويل ضعيف وإن كان مشهورا وسياق الأحاديث الصحيحة يقتضى خلافه • ومن العلماء من أصحابنا وغيرهم من يقتضى كلامه أن مذهب عمر بطلان التمتع وهو ضعيف ولا ينبغى أن يحمل كلامه عليه ، بل المختار فى مذهبه ما قدمته والله أعلم •

(فـرع) فى مذاهبهم فى الأفضل من هذه الأنواع الثلاثة • قد ذكرنا أن الصحيح من مذهبنا أن الإفراد أفضل ، وبه قال عمر بن الخطاب وعثمان وعلى وابن مسعود وابن عمر وجابر وعائشة ومالك والأوزاعى وأبو ثور وداود ، وقال أبو حنيفة وسفيان الثورى وإسحاق بن راهوية والمزنى وابن المنذر وأبو اسحاق المروزى القران أفضل • وقال أحمد التمتع أفضل • وحكى أبو يوسف أن التمتع والقران أفضل من الإفراد • وحكى القاضى عياض عن بعض العلماء أن الأنواع الثلاثة سواء فى الفضيلة لا أفضلية لبعضها على بعض ، ودليل الجميع يفهم مما ذكره المصنف ومما سأذكره إن شاء الله تعالى بعد هذا ، والله أعلم •

(**فـرع**) قال المزنى فى المختصر : قال الشافعى فى اختلاف الحديث : ليس شىء من الاختلاف أيسر من هذا ، وإن كان الغلط فيه قبيحا من جهة أنه مباح ، لأن الكتاب ثم السنة ثم ما لا علم فيه خلاف يدل على أن التمتع بالعمرة إلى الحج وإفراد الحج والقران واسع كله ، قال الشافعى : وثبت أنه صلى الله عليه وسلم « خرج ينتظر القضاء فنزل عليه القضاء وهو فيما بين الصفا والمروة ، فأمر أصحابه أن من كان منهم أهل بالحج ــ ولم يكن معه هدى ــ أن يجعلها عمرة وقال : لو استقبلت من أمرى ما استدبرت ما سقت الهدى ، ولجعلتها عمرة » .

قال الشافعى : (فإن) قال قائل : فمن أين أثبتت حديث عائشة وجابر وابن عمر يعنى روايتهم للإفراد دون حديث من قال قرن ؟ (قيل :) لتقدم صحبة جابر للنبى صلى الله عليه وسلم وحسن سياقه لابتداء الحديث وآخره لرواية عائشة ، وفضل حفظها عنه ، وقرب ابن عمر منه ، هذا نصه فى مختصر المزنى . قال المـاوردى : يعنى قول الشافعى ليس شىء من الخلاف أيسر من هذا لأنه مباح ليس فيه تغيير حكم ، لأن الإفراد والتمتع كلها جائزة ، قال : وقول الشافعى وإن كان الغلط فيه قبيحا يحتمل أمرين (أحدهما) أنه أراد الانكار على الرواة حيث لم يتفقوا على نقلها ، وهى حجة واحدة (والثانى) أنه أراد الانكار على من لا معرفة له بالأحاديث وترتيب مختلفها ، والجمع بينها ، وأنها غير متضادة ، بل يجمع بينها ، هذا كلام المـاوردى .

وقال القاضى حسين : وإنما استيسر الخلاف فيه لأن الأنواع الثلاثة منصوص عليها فى القرآن ، وكلها منقولة عنه صلى الله عليه وسلم صحيحة عنه ، وكلها جائزة بالاجماع (أما) الإفراد فبين فى قوله تعالى : (ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا) (وأما) التمتع ففى قوله تعالى (فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى) وأما القران ففى قوله تعالى (وأتموا الحج والعمرة لله) هذا كلام القـاضى حسين ، وفى الاستدلال بهذه الأخيرة للقران نظر ، وقد استدل بها أصحاب أبى حنيفة لمذهبهم فى ترجيح القران ، وأنكر ذلك أصحابنا وقالوا : لا دلالة فى الآية

للقران ، لأنه ليس فى الآية أكثر من جمع الحج والعمرة فى الذكر ، ولا يلزم من ذلك جمعهما فى الفعل ، نظيره قوله تعالى : (وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة) وقال القاضى أبو الطيب فى تعليقه فى شرح كلام الشافعى هذا وقوله : وإن كان الغلط فيه قبيحا ، يعنى اختلافهم فيها قبيح ، قال : ثم عذرهم فى ذلك فإنه قد كان ثبت عندهم أن الإفراد والتمتع والقران كلها جائزة لم يهتموا بما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم بحيث يعلمونه علما قطعيا ، ويتفقون عليه ، بل اقتصر كل واحد على ما غلب على ظنه كما رواه وسمعه منه ، مع أمور فوق ظنه فى روايته ، والله أعلم .

(فـرع) أذكر فيه إن شاء الله تعالى جملة من الأحاديث الصحيحة فى الإفراد والتمتع والقران (فأما) جوازها كلها ففيه حديث عائشة رضى الله عنها قالت : « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع ، فمنا من أهل بعمرة ، ومنا من أهل بحج وعمرة ، ومنا من أهل بحج ، وأهل رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحج » رواه البخارى ومسلم ، وفى رواية لمسلم : « منا من أهل بالحج مفردا ، ومنا من قرن ، ومنا من تمتع » (وأما) ترجيح الإفراد فثبت فى الصحيح من رواية جابر وابن عمر وابن عباس وعائشة .

(فأما) حديث عائشة فقد سبق الآن فى قولها : « وأهل رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحج » رواه البخارى ومسلم ، وفى رواية لمسلم : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أفرد الحج » وفى رواية له أيضا عنها : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل بالحج مفردا » وفى رواية البخارى ومسلم قالت : « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يذكر لنا الحج ، فلما جئنا سرف طمثت ــ وذكرت تمام الحديث إلى قولها ــ ثم رجعوا مهلين بالحج ــ يعنى إلى منى ــ » .

(وأما) حديث ابن عمر فعن بكر بن عبد الله المزنى عن أنس قال : « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يلبى بالحج والعمرة جميعا ، قال بكر : فحدثت بذلك ابن عمر فقال : لبى بالحج وحده ، فلقيت أنسا

فحدثته بقول ابن عمر فقال أنس : ما تعدوننا إلا صبيانا ، سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لبيك عمرة وحجا » رواه البخارى ومسلم ، وعن زيد بن أسلم « أن رجلا أتى ابن عمر فقال : بم أهل رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال : بالحج ، ثم أتاه من العام المقبل فسأله فقال : ألم تأتنى عام أول ؟ قال : بلى ، ولكن أنسا يزعم أنه قرن ، قال ابن عمر : إن أنسا كان يدخل على النساء وهن منكشفات الرءوس ، وإنى كنت تحت ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم فكنت أسمعه يلبى بالحج » رواه البيهقى بإسناد صحيح ، وفى رواية لمسلم أيضا عن ابن عمر قال : « أهللنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحج منفردا » .

(وأما) حديث جابر فعن عطاء عن جابر بن عبد الله قال : « أهل النبى صلى الله عليه وسلم هو وأصحابه بالحج » رواه البخارى ومسلم ، وفى رواية لمسلم أيضا عن جابر قال : « أهللنا أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم بالحج خالصا وحده ، فقدمنا صبح رابعة من ذى الحجة فأمرنا أن نحل » وفى صحيح مسلم أيضا عن جابر فى حديث طويل قال : « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم لمناسك الحج ــ وذكر الحديث إلى أن قال ــ حتى إذا كان آخر طواف على المروة قال النبى صلى الله عليه وسلم لو استقبلت من أمرى ما استدبرت لم أسق الهدى ولجعلتها عمرة ، فمن كان منكم ليس معه هدى فليتحلل وليجعلها عمرة » (قوله) آخر طواف على المروة يعنى السعى .

(وأما) حديث ابن عباس ففيه قال : « أهل رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحج فقدم لأربع مضين من ذى الحجة وصلى الصبح وقال لما صلى الصبح : من شاء أن يجعلها عمرة فليجعلها عمرة » رواه مسلم ، وفى رواية لمسلم أيضا عن ابن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى الظهر بذى الحليفة ثم دعا بناقته فأشعرها فى صفحة سنامها الأيمن ، وسلت الدم وقلدها نعلين ، ثم ركب راحلته ، فلما استوت به على البيداء أهل بالحج » وروى البيهقى باسناده عن على رضى الله تعالى عنه أنه قال لابنه :

« يا بنى أفرد الحج فإنه أفضل » وباسناده عن ابن مسعود أنه أمر بافراد الحج •

(وأما) ترجيح التمتع فعن ابن عمر قال : « تمتع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع بالعمرة إلى الحج ، وأهدى فساق معه الهدى من ذى الحليفة ، وبدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم فأهل بالعمرة ، ثم أهل بالحج وتمتع الناس مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعمرة إلى الحج ، فكان من الناس من أهدى فساق الهدى ، ومنهم من لم يهد ، فلما قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة قال للناس : من كان منكم أهدى فانه لا يحل من شىء حتى يقضى حجته ، ومن لم يكن منكم أهدى فليطف بالبيت وبالصفا والمروة ، وليقصر وليحلل ، ثم ليهل بالحج وليهد فمن لم يجد هديا فليصم ثلاثة أيام فى الحج وسبعة إذا رجع إلى أهله ، وطاف رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قدم مكة فاستلم الركن أول شىء ثم خب ثلاثة أطواف من السبع ، ومشى أربعة أطواف ، ثم ركع حين قضى طوافه بالبيت عند المقام ركعتين ، ثم سلم فانصرف ، فأتى الصفا فطاف بالصفا والمروة سبعة أطواف ثم لم يحلل من شىء حرم منه حتى قضى حجه ونحر هديه يوم النحر ، وأفاض فطاف بالبيت ، ثم حل من كل شىء حرم منه ، وفعل مثل ما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم من أهدى ، وساق الهدى من الناس » رواه البخارى ومسلم •

وعن الزهرى عن عروة عن عائشة قالت : « تمتع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعمرة إلى الحج ، وتمتع الناس معه ، قال الزهرى : مثل الذى أخبرنى سالم عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم » رواه البخارى ومسلم ، قال البيهقى : قد روينا عن ابن عمر وعائشة فيما سبق فى إفراد رسول الله صلى الله عليه وسلم ما يخالف هذا ، قال : وكونه قال فى هذه الرواية : لم يتحلل من إحرامه حتى فرغ من حجه دليل ظاهر على أنه لم يكن متمتعا • وعن غنيم بن قيس ــ بضم الغين المعجمة ــ قال : « سألت سعد بن أبى وقاص عن المتعة فقال : فعلناها ، وهذا يومئذ كافر بالعرش ــ يعنى بيوت مكة ــ » رواه مسلم (وقوله) العرش هو ــ بضم العين

والراء ــ وهى بيوت مكة (وقوله) وهذا كافر يعنى معاوية ، وفى رواية غير مسلم : « فعلناها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا يومئذ كافر بالعرش ــ يعنى معاوية ــ » •

وعن محمد بن عبد الله بن الحارث أنه « سمع سعد بن أبى وقاص والضحاك بن قيس عام حج معاوية بن أبى سفيان ،وهما يذكران التمتع والعمرة إلى الحج ، فقال الضحاك : لا يصنع مثل هذا إلا من جهل أمر الله تعالى ، فقال سعد : بئس ما قلت يا بن أخى ، قال الضحاك : فإن عمر بن الخطاب نهى عن ذلك ، فقال سعد : قد صنعها رسول الله صلى الله عليه وسلم وصنعناها معه » رواه الترمذى ، وقال : حديث صحيح ، وفى بعض النسخ حسن صحيح ورواه النسائى وآخرون أيضا ، وعن أبى موسى الأشعرى قال « بعثنى النبى صلى الله عليه وسلم إلى قومى باليمن فجئت وهو منيخ بالبطحاء فقال : بم أهللت ؟ فقلت أهللت كإهلال النبى صلى الله عليه وسلم ، قال : هل معك من هدى ؟ قلت : لا ، فأمرنى فطفت بالبيت والصفا والمروة ، ثم أمرنى فأحللت فأتيت امرأة من قومى فمشطتنى ــ أو غسلت رأسى ــ » رواه البخارى ومسلم •

وعن سالم بن عبد الله « أنه سمع رجلا من أهل الشام سأل ابن عمر عن التمتع بالعمرة إلى الحج فقال ابن عمر : هى حلال ، قال الشامى : إن أباك قد نهى عنها قال ابن عمر : أرأيت إن كان أبى نهى عنها وصنعها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : لقد صنعها رسول الله صلى الله عليه وسلم » رواه الترمذى باسناد صحيح ، وقال : حديث حسن ، وهو من رواية ليث بن أبى سليم وهو ضعيف ، ولهذا لم يقع فى بعض نسخ الترمذى قوله : حديث حسن • وعن عمران بن الحصين قال : « تمتع النبى صلى الله عليه وسلم وتمتعنا معه » رواه مسلم بهذا اللفظ ورواه البخارى بمعناه قال : « متعنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ونزل القرآن ، قال رجل برأيه ما شاء » وعن أبى جمرة ــ بالجيم ــ قال « تمتعت فنهانى ناس عن ذلك فسألت ابن عباس فأمرنى بها • فرأيت فى المنام كأن رجلا

يقول لى : حج مبرور وعمرة متقبلة ، فأخبرت ابن عباس فقال : سنة النبى صلى الله عليه وسلم » رواه البخارى ومسلم •

(وأما) القران فجاءت فيه أحاديث (منها) حديث سعيد بن المسيب قال : «• اختلف على وعثمان وهما يعسفان فكان عثمان نهى عن المتعة أو العمرة فقال على ما تريد إلا أن تنهى عن أمر فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال عثمان : دعنا منك ، فقال : إنى لا أستطيع أن أدعك ، فلما رأى على ذلك أهل بهما جميعا » رواه البخارى ومسلم (ومنها) حديث أنس فعن بكر بن عبد الله المزنى عن أنس قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يلبى بالحج والعمرة جميعا • قال بكر : فحدثت بذلك ابن عمر فقال لبى بالحج وحده ، فلقيت أنسا فحدثه بقول ابن عمر ، فقال أنس : ما تعدوننا إلا صبيانا ، سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقول : لبيك عمرة وحجا » وروى البيهقى باسناده عن سليمان بن الحارث وهو شيخ البخارى قال : « سمع هذه الرواية أبو قلابة من أنس وأبو قلابة فقيه » قال : وقد روى حميد ويحيى بن أبى إسحق عن أنس قال : « سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يلبى بعمرة وحج » قال سليمان : ولم يحفظا إنما الصحيح ما قال أبو قلابة « أن النبى صلى الله عليه وسلم أفرد للحج ، وقد جمع بعض أصحابه بين الحج والعمرة » فأما سمع أنس فعن أولئك الذين جمعوا بين الحج والعمرة ، قال البيهقى : فالاشتباه وقع لأنس لا لمن دونه قال : ويحتمل أن يكون سمع النبى صلى الله عليه وسلم يعلم رجلا كيف صورة القران ، لا أنه قرن عن نفسه وعن أنس قال : « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل بهما لبيك عمرة وحجا » رواه مسلم ، وعن عمران بن الحصين قال : « إن رسول الله صلى الله عليه وسلم جمع بين حجة وعمرة ثم لم ينه حتى مات ، ولم ينزل فيه قرآن يحرمه » رواه مسلم •

وعن عمر رضى الله تعالى عنه قال : « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول بوادى العقيق أتانى الليلة آت من ربى ، فقال : صل فى هذا الوادى المبارك ، وقال : عمرة فى حجة » رواه البخارى هكذا فى بعض الروايات ، وقال عمرة فى حجة ، وفى بعضها وقل : عمرة فى حجة ، قال

البيهقى : ويكون ذلك إذنا فى إدخال العمرة على الحج ، لأنه أمره فى نفسه ، وعن الصُّبَى بن معبد قال : « كنت رجلا نصرانيا فأسلمت فأهللت بالحج والعمرة فلما أتيت العذيب لقينى سلمان بن ربيعة وزيد بن صوحان ، وأنا أهل بهما جميعا فقال أحدهما للآخر : ما هـذا بأفقه من بعيره قال : فكأنما ألقى على جبل حتى أتيت عمر بن الخطاب فقلت له : يا أمير المؤمنين إنى كنت رجلا أعرابيا نصرانيا ، وإنى أسلمت وأنا حريص على الجهاد ، وإنى وجدت الحج والعمرة مكتوبين على ، فأتيت رجلا من قومى فقال لى اجمعهما واذبح ما استيسر من الهدى ، وإنى أهللت بهما جميعا ، فقال عمر : هديت لسنة نبيك صلى الله عليه وسلم ، رواه أبو داود والنسائى باسناد صحيح ، قال الدارقطنى فى كتاب العلل : هو حديث صحيح .

قال البيهقى : ومقتضى هذا جواز القِران لا تفضيله وقد أمر عمر بالإفراد (قلت) وهذا أود[1] ما قلته منه فى تأويل نهى عمر رضى الله تعالى عنه عن التمتع ، وأنه إنما نهى عنه لتفضيله أمر الإفراد لا لبطلان التمتع ، وعن أبى قتادة قال : « إنما جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الحج والعمرة لأنه علم أنه ليس بجامع بعدها » رواه الدارقطنى ، وعن حفصة قالت : « قلت للنبى صلى الله عليه وسلم ما شأن الناس حلوا ولم تحل من عمرتك ؟ قال : إنى قلدت هديى ولبدت رأسى فلا أحل حتى أحل من الحج » رواه البخارى قال البيهقى : قال الشافعى : قولها من عمرتك أى من إحرامك ، قال : إنى قلدت هديى ولبدت رأسى ، فلا أحل حتى أنحر ، أى حتى يحل الحاج لأن القضاء نزل عليه أنه من كان معه هدى جعل إحرامه حجا .

(واعلم) أن البيهقى ذكر بابا فى جواز الإفراد والتمتع والقران ، ثم بابا فى تفضيل الإفراد ، ثم باب من زعم أن القران أفضل ، وأن النبى صلى الله عليه وسلم كان متمتعا ، وذكر فى كل نحو ما ذكرته من الأحاديث ثم قال باب كراهة من كره التمتع والقران ، وبيان أن جميع ذلك جائز ، وإن كنا

---

(١) كذا بالاصل ولعله (وهذا ما يؤيد ما نقلته الخ أو نحوه فليراجع (ط) .

اخترنا الإفراد فذكر فى هذا الباب باسناده عن سعيد بن المسيب « أن رجلا من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم أتى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فشهد عنده أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى مرضه الذى قضى فيه ينهى عن العمرة قبل الحج » رواه أبو داود فى سننه ، وقد اختلفوا فى سماع سعيد بن المسيب من عمر ، لكنه لم يرو هنا عن عمر ، بل عن صحابى غير مسمى ، والصحابة كلهم عدول .

وعن معاوية « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى أن يقرن بين الحج والعمرة » رواه البيهقى باسناد حسن ، وروى البيهقى حديث عمران بن الحصين قال « تمتعنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ونزل فيه القرآن فليقل رجل برأيه ما شاء » رواه البخارى ومسلم ، وحديث أبى موسى السابق فى القران وأن أبا موسى قال : « قلت أفتى الناس بالذى أمر به النبى صلى الله عليه وسلم من التمتع فى حياة رسول الله صلى عليه وسلم وزمن أبى بكر وصدر خلافة عمر » رواه البخارى ومسلم ، وفيه أن عمر كان ينهى عنها ، وفى رواية « أن أبا موسى سأل عمر عن نهيه فقال عمر : قد علمت أن النبى صلى الله عليه وسلم قد فعله وأصحابه ، ولكن كرهت أن يظلوا معرسين بهن فى الأراك ، ثم يروحون فى الحج تقطر رءوسهم » رواه مسلم إلا قوله : « وأصحابه ، ولكن كرهت أن يظلوا معرسين بهن تحت الأراك ثم يروحون » (والإعراس) كناية عن وطء النساء .

وروى البيهقى عن الزهرى عن عروة عن عائشة « أنها أخبرته فى تمتع النبى صلى الله عليه وسلم بالعمرة إلى الحج ، وتمتع الناس معه بمثل الذى أخبرنى سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الزهرى : فقلت لسالم فلم ينهى عن التمتع ، وقد فعل ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وفعله الناس معه ؟ قال سالم : أخبرنى ابن عمر أن الأتم للعمرة أن تفردوها من أشهر الحج : (للحج أشهر معلومات) شوال وذو القعدة وذو الحجة ، فأخلصوا فيهن الحج واعتمروا فيما سواهن من الشهور ، قال : وإن أعمر بذلك لزمه إتمام العمرة لقول الله تعالى : (وأتموا الحج والعمرة) وذلك أن العمرة إنما يتمتع بها إلى

الحج ، والتمتع لا يتم إلا بالهدى أو الصيام إذا لم يجد هديا ، والعمرة فى غير أشهر الحج تتم بلا هدى ولا صيام ، فأراد عمر بترك التمتع تمام العمرة كما أمر الله تعالى باتمامها وأراد أيضا أن تكرر زيارة الكعبة فى كل سنة مرتين • فكره التمتع لئلا يقتصروا على زيارة مرة فتردد الأئمة فى التمتع حتى ظن الناس أن الأئمة يرون ذلك حراما ، قال : ولعمرى لم ير الأئمة ذلك حراما ، ولكنهم اتبعوا ما أمر به عمر رضى الله عنه إحسانا للخير » وباسناده الصحيح عن سالم قال : « سئل ابن عمر عن متعة الحج فأمر بها فقيل إنك تخالف أباك فقال : إن أبى لم يقل الذى يقولون ، إنما قال أفردوا الحج من العمرة ، أى إن العمرة لا تتم فى أشهر الحج فجعلتموها أنتم حراما وعاقبتم الناس عليها ، وقد أحلها الله عز وجل ، وعمل بها رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : فإذا أكثروا عليه قال : فكتاب الله أحق أن يتبع أم عمر ؟ » •

وعن سالم قال : « كان ابن عمر يفتى بالذى أنزل الله تعالى من الرخصة فى التمتع ، وبين فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم فيقول ناس لابن عمر : كيف أباك وقد نهى عن ذلك ؟ فيقول لهم ابن عمر : ألا تتقون الله ؟ أرأيتم إن كان عمر نهى عن ذلك يبغى فيه الخير ويلتمس فيه تمام العمرة ، فلم كرهتموها وقد أحلها الله تعالى ؟ وعمل بها رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أحق أن تتبعوا ؟ أم عمر ؟ إن عمر لم يقل ذلك ، إن العمرة فى أشهر الحج حرام ، ولكنه قال : إن إتمام العمرة أن تفردوها من أشهر الحج » ثم روى البيهقى بإسناده الصحيح عن عبيد بن عمير قال : « قال على بن أبى طالب لعمر بن الخطاب رضى الله عنهما : أنهيت عن المتعة ؟ قال : لا ولكنى أردت كثرة زيارة البيت ، فقال على : من أفرد الحج فحسن ، ومن تمتع فقد أخذ بكتاب الله تعالى وسنة نبيه » •

عن أبى نضرة قال : « قلت لجابر بن عبد الله إن ابن الزبير ينهى عن المتعة ، وإن ابن عباس يأمر بها ، فقال جابر : على يدى دار الحديث ، تمتعنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما قام عمر قال : إن الله كان يحل

لرسوله صلى الله عليه وسلم ما شاء بما شاء ، وإن القرآن قد نزل منازله فأتموا الحج والعمرة لله كما أمركم الله وابتغوا نكاح هذه النساء فلن أوتى برجل نكح امرأة إلى أجل إلا رجمته بالحجارة » رواه مسلم ، وفى رواية : « فإنه أتم بحجكم وأتم بعمرتكم » قال البيهقى : وفى هذه الزيادة دلالة على أن عمر نهى عن المتعة على الوجه الذى سبق بيانه فى الحديث قبله •

وعن عبد الله بن شقيق « كان عثمان ينهى عن المتعة » وكان على يأمر بها ، فقال عثمان لعلى كلمة ثم قال على : لقد علمت أنا قد تمتعنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أجل ، ولكننا كنا خائفين » رواه مسلم وأراد بكنا خائفين عمرة القضاء وكانت سنة سبع من الهجرة قبل الفتح ، وعن أبى ذر قال : « كانت المتعة فى الحج لأصحاب محمد صلى الله عليه وسلم خاصة » رواه مسلم• قال البيهقى : إنما أراد فسخهم الحج إلى العمرة هو أن بعض الصحابة أهل بالحج ، ولم يكن معه هدى فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجعلوه عمرة لينقض بذلك عادتهم فى تحريم العمرة فى أشهر الحج وهذا لا يجوز اليوم وقد جاء فى رواية ابن عباس وغيره ما دل على ذلك •

وعن محمد بن إسحق عن عبد الرحمن بن الأسود عن سليمان بن الأسود أن أبا ذر رضى الله عنه كان يقول فيمن حج ثم فسخها بعمرة ولم يكن ذلك إلا الركب الذين كانوا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه أبو داود ، ولكنه ضعيف لأن محمد بن إسحق صاحب المغازى هذا مدلس وقد قال (عن) وقد اتفق العلماء على أن المدلس إذا قال (عن) لا يحتج بروايته • وعن ابن مسعود قال « الحج أشهر معلومات ليس فيها عمرة » قال البيهقى • وكراهة من كره ذلك أظنها على الوجه الذى ذكرناه عن ابن عمر عن عمر • وقد روى عن الأسود عن ابن مسعود قال : « أحب أن يكون لكل واحد منهما [1] قال البيهقى فثبت بالسنة الثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم جواز التمتع والقران والإفراد وثبت بمضى النبى

---

(١) كذا بالاصل فحرر ولعل السقط (سنة ماضية) المطيعى •

صلى الله عليه وسلم فى حج مفرد ثم باختلاف الصدر الأول فى كراهة التمتع والقران دون الإفراد كون إفراد الحج عن العمرة أفضل وأنه أسلم •

(فــرع) فى طريق الجمع بين هذه الأحاديث الصحيحة على الوجه الذى تقتضيه طرقها • قد سبق فى هذه الأحاديث الصحيحة أن من الصحابة من روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان فى حجة الوداع مفردا (ومنهم) من روى أنه كان قارنا (ومنهم) من روى أنه كان متمتعا ، وكله فى الصحيح وهى قصة واحدة ، فيجب تأويل جميعها ببعضها ، والجمع بينها ، وصنف ابن حزم الظاهرى كتابا فيها حاصله أنه اختار القران وتأول باقى الأحاديث وتأويل بعضها ليس بظاهر فيما قاله (والصواب) الذى نعتقده أنه صلى الله عليه وسلم أحرم أولا بالحج مفردا ، ثم أدخل عليه العمرة فصار قارنا ، وإدخال العمرة على الحج جائز على أحد القولين عندنا ، وعلى الأصــح لا يجوز لنا ، وجاز للنبى صلى الله عليه وسلم تلك السنة للحاجة ، وأمر به فى قوله « لبيك عمرة فى حجة » كما سبق •

فاذا عرفت ما قلناه سهل الجمع بين الأحاديث (فمن روى أنه صلى الله عليه وسلم كان مفردا وهم الأكثرون كمــا سبق أراد أنه اعتمر أول الإحرام (ومن) روى أنه كان قارنا أراد أنه اعتمر آخره ، وما بعد أحراه (ومن) روى أنه كان متمتعا أراد التمتع اللغوى وهو الانتفاع والالتذاذ ، وقد انتفع بأن كفاه عن النسكين فعل واحد ، ولم يحتــج إلى إفراد كل واحد بعمل ، ويؤيد هذا الذى ذكرته أن النبى صلى الله عليــه وسلم لم يعتمر تلك السنة عمرة مفردة ، لا قبل الحج ولا بعده ، وقد قدمنــا أن القران أفضل من إفراد الحج من غير عمرة بلا خلاف ، ولو جعلت حجته صلى الله عليه وسلم مفردة لزم منه أن لا يكون اعتمر تلك السنة ، ولم يقل أحد : إن الحج وحده أفضل من القران ، وعلى هذا الجمع الذى ذكرته ينتظم الأحاديث كلها فى حجته صلى الله عليه وسلم فى نفسه •

(وأما) الصحابة فكانوا ثلاثة أقسام (قسم) أحرموا بحج وعمرة ، أو بحج ومعهم هدى فبقوا عليه حتى تحللوا منه يوم النحر (وقسم) بعمرة

فبقوا فى عمرتهم حتى تحللوا قبل يوم عرفة ثم أحرموا بالحج من مكة (وقسم) بحج وليس معه هدى فيها ولا أمرهم صلى الله عليه وسلم أن يقلبوا حجهم عمرة وهو معنى فسخ الحج إلى العمرة ، وعلى هذا تنتظم الروايات فى إحرام الصحابة (فمن) روى أنهم كانوا قارنين أو متمتعين أو مفردين أراد بعضهم وهم الطائفة الذين علم منهم وظن أن الباقين مثلهم ، فهذا الذى ذكرته من الجمع والتأويل هو المعتمد وحاصله ترجيح الإفراد لأن النبى صلى الله عليه وسلم اختاره أولا ، وإنما أدخل عليه العمرة لتلك المصلحة السابقة وهى بيان جواز الاعتمار فى أشهر الحج وكانت العرب تعتقد أن ذلك من أفجر الفجور ، فأراد بيانه فى تلك السنة التى جمعت من الخلق ما لم يجتمع قبلها مثلها ، ليظهر فيهم ذلك ويشتهر جوازه وصحته عند جمعهم ، وإن كان صلى الله عليه وسلم قد اعتمر قبل ذلك مرات فى أشهر الحج ، إلا أنها لم تشتهر اشتهار هذه[1] فى حجة الوداع ولا قريبا منها ، وكل هذا لا يخرج الإفراد عن كونه الأفضل • وتأول جماعة من أصحابنا الأحاديث التى جاءت أنه صلى الله عليه وسلم كان متمتعا أو قارنا أنه أمر بذلك ، كما قالوا : رجم ماعزا أى أمر برجمه ، وهذا ضعيف يرده صريح الروايات الصحيحة السابقة ، بل الصواب ما قدمته قريبا ، والله أعلم •

(فرع) قال الإمام أبو سليمان الخطابى : طعن جماعة من الجهال وكفرة من الملحدين فى الأحاديث والرواة ، حيث اختلفوا فى حجة النبى صلى الله عليه وسلم ، هل كان مفردا أو متمتعا أو قارنا ؟ وهى حجة واحدة مختلفة الأفعال ، ولو يسروا للتوفيق واغتنوا بحسن المعرفة لم ينكروا ذلك ، ولم يدفعوه ، قال : وقد أنعم الشافعى رحمه الله تعالى ببيان هذا فى كتاب اختلاف الحديث وجود الكلام فيه ، وفى اقتصاص كل ما قاله تطويل ، ولكن الوجيز المختصر من جوامع ما قال أن معلوما فى لغة العرب جواز إضافة الفعل إلى الآمر به ، لجواز إضافته إلى الفاعل ، كقولك : بنى فلان دارا إذا أمر ببنائها ، وضرب الأمير فلانا إذا أمر بضربه ، ورجم

---

(١) بياض بالأصل ولعلها العمرة •

النبى صلى الله عليه وسلم ماعزا وقطع سارق رداء صفوان ، وإنما أمر بذلك .

ومثله كثير فى الكلام ، وكان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم القارن والمفرد والمتمتع ، وكل منهم يأخذ عنه أمر نسكه ويصدر عن تعليمه ، فجاز أن تضاف كلها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على معنى أنه أمر بها وأذن فيها . قال : ويحتمل أن بعضهم سمعه يقول : لبيك بحجة ، فحكى أنه أفرد وخفى عليه قوله : وعمرة ، فلم يحك إلا ما سمع ، وسمع أنس وغيره الزيادة ، وهى لبيك بحجة وعمرة ، ولا ينكر قبول الزيادة ، وإنما يحصل التناقض لو كان الزائد نافيا لقول صاحبه، فأما إذا كان مثبتا له وزائدا عليه فليس فيه تناقض . قال : ويحتمل أن يكون الراوى سمعه يقول ذلك لغيره على وجه التعليم ، فيقول له لبيك بحجة وعمرة على سبيل التلقين .

فهذه الروايات المختلفة فى الظاهر ليس فيها تكاذب والجمع بينها سهل كما ذكرنا ، وقد روى جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم « أحرم من ذى الحليفة إحراما موقوفا وخرج ينتظر القضاء فنزل عليه الوحى وهو على الصفا فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم من لم يكن معه هدى أن يجعله عمرة ، وأمر من كان معه هدى أن يحج » هذا كلام الخطابى .

وقال القاضى عياض : (قد أكثر الناس الكلام على هذه الأحاديث من علماء وغيرهم ، فمن مجيد منصف ومن مقصر متكلف ، ومن دخيل مكره ، ومن مقتصر مختصر ، وأوسعهم نفسا فى ذلك أبو جعفر الطبرى الحنفى) وإن كان تكلف فى ذلك فى زيادة على ألف ورقة ، وتكلم معه فى ذلك أيضا أبو جعفر الطبرى . ثم أبو عبد الله بن أبى صفرة بن المهلب ، والقاضى أبو عبد الله بن المرابط ، والقاضى أبو الحسين بن القصار البغدادى ، والحافظ أبو عمر بن عبد البر وغيرهم .

قال القاضى عياض : وأولى ما يقال فى هذا على ما لخصناه من كلامهم واخترناه من اختياراتهم مما هو أجمع للروايات وأشبه بمساق الأحاديث

أن النبى صلى الله عليه وسلم أباح للناس من فعل هذه الأنواع الثلاثة ليدل على جواز جميعها إذ لو أمر بواحد لكان غيره يظن أنه لا يجزىء ، فأضيف الجميع إليه ، وأخبر كل واحد بما أمره به وأباحه له ، ونسبه إلى النبى صلى الله عليه وسلم إما لأمره به ، وإما لتأويله عليه •

(وأما) إحرامه صلى الله عليه وسلم بنفسه فأخذ بالأفضل فأحرم مفردا بالحج ، وبه تظاهرت الروايات الصحيحة ، وأما الروايات بأنه كان متمتعا فمعناها أمر به وأما الروايات بأنه كان قارنا فإخبار عن حالته الثانية لا عن ابتداء إحرامه بل إخبار عن حاله حين أمر أصحابه بالتحلل من حجهم ، وقلبه إلى عمرة لمخالفة الجاهلية إلا من كان معه هدى ، فكان هو صلى الله عليه وسلم ومن معه فى الهدى فى آخر إحرامهم قارنين ، بمعنى أنهم أردفوا الحج بالعمرة ، وفعل ذلك مواساة لأصحابه ، وتأنيسا لهم فى فعلها فى أشهر الحج ، لكونها كانت منكرة عندهم فى أشهر الحج ، ولم يمكنه التحلل معهم لسبب الهدى واعتذر إليهم بذلك فى ترك مواساتهم فصار صلى الله عليه وسلم قارنا فى آخر أمره •

وقد اتفق جمهور العلماء على جواز إدخال الحج على العمرة ، وشذ بعض الناس فمنعه وقال : لا يدخل إحرام على إحرام كما لا يدخل صلاة على صلاة ، واختلفوا فى إدخال العمرة على الحج ، فجوزه أصحاب الرأى ، وهو قول الشافعى لهذه الأحاديث ومنعه آخرون وجعلوا هذا خاصا بالنبى صلى الله عليه وسلم لضرورة الاعتمار حينئذ فى أشهر الحج ، قال : وكذلك يتأول قول من كان متمتعا أى تمتع بفعله العمرة فى أشهر الحج ، وفعلها مع الحج لأن لفظ المتعة يطلق على معان فانتظمت الأحاديث واتفقت • قال : ولا يبعد رد ما ورد عن الصحابة من فعل مثل ذلك إلى مثل هذا مع الروايات الصحيحة أنهم أحرموا بالحج مفردا • فيكون الإفراد إخبارا عن فعلهم أولا ، والقران إخبارا عن إحرام الذين معهم هدى بالعمرة ثانيا ، والتمتع لفسخهم الحج إلى العمرة ، ثم اهلالهم بالحج بعد التحلل منها كما فعله كل من لم يكن معه هدى •

قال القاضى : وقد قال بعض علمائنا : إنه أحرم إحراما مطلقا منتظرا ما يؤمر به من إفراد أو تمتع أو قران ثم أمر بالحج ، ثم أمر بالعمرة فى وادى العقيق بقوله : « أهل فى هذا الوادى ، وقل عمرة فى حجة » قال القاضى : والذى سبق أبين وأحسن فى التأويل . هذا كلام القاضى عياض ثم قال القاضى فى وضع آخر بعده : لا يصح قول من قال : أحرم النبى صلى الله عليه وسلم إحراما مطلقا منهما ، لأن رواية جابر وغيره من الصحابة فى الأحاديث الصحيحة ترده ، وهى مصرحة بخلافه .

(فرع) قد ذكرنا ما جاء من الأحاديث فى الإفراد والتمتع والقران والإطلاق ، واختلاف العلماء فى الأفضل منها ، وفى كيفية الجمع بينها ، وفى الجواب عن اعتراض الملحدين عليها ، وذكرنا أن جميع الأنواع جائزة ، وأوضحنا الجواب عما نقل من كراهة عمر وغيره رضى الله عنهم من التمتع أو القران ، وذكرنا أن الأصح تفضيل الإفراد ، ورجحه الشافعى والأصحاب وغيرهم بأشياء ، منها أنه الأكثر فى الروايات الصحيحة فى حجة النبى صلى الله عليه وسلم (ومنها) أن رواته أخص بالنبى صلى الله عليه وسلم فى هذه الحجة . فإن منهم جابرا ، وهو أحسنهم سياقا لحجة النبى صلى الله عليه وسلم فإنه ذكرها من أول خروجه صلى الله عليه وسلم من المدينة إلى فراغه ، وذلك مشهور فى صحيح مسلم وغيره ، وهذا يدل على ضبطه لها واعتنائه بها .

(ومنهم) ابن عمر ، وقد قال : « كنت تحت ناقة النبى صلى الله عليه وسلم يمسنى لعابها أسمعه يلبى بالحج » وقد سبق بيان هذا عنه (ومنهم) عائشة وقربها من النبى صلى الله عليه وسلم معروف ، واطلاعها على باطن أمره وفعله فى خلوته وعلانيته مع فقهها وعظم فطنتها (ومنهم) ابن عباس ، وهو بالمحل المعروف من الفقه والفهم الثاقب ، مع كثرة بحثه وحفظه أحوال النبى صلى الله عليه وسلم التى لم يخفها ، وأخذه إياها من كبار الصحابة .

(ومنها) أن الخلفاء الراشدين رضى الله عنهم بعد النبى صلى الله

عليه وسلم أفردوا الحج وواظبوا عليه ، كذلك فعل أبو بكر وعمر وعثمان : واختلف فعل على رضى الله عنهم أجمعين ، وقد حج عمر بالناس عشر حجج مدة خلافته كلها مفردا ولو لم يكن هذا هو الأفضل عندهم ، وعلموا أن النبى صلى الله عليه وسلم حج مفردا ، لم يواظبوا على الإفراد ، مع أنهم الأئمة الأعلام وقادة الإسلام ويقتدى بهم فى عصرهم وبعدهم ، وكيف يظن بهم المواظبة على خلاف فعل النبى صلى الله عليه وسلم ؟ أو أنهم خفى عليهم جميعهم فعله صلى الله عليه وسلم ؟ (وأما) الخلاف عن على وغيره ، فإنما فعلوه لبيان الجواز ، وقد قدمنا عنهم ما يوضح هذا •

(ومنها) أن الإفراد لا يجب فيه دم بالإجماع ، وذلك لكماله • ويجب الدم فى التمتع والقران • وذلك الدم دم جبران لسقوط الميقات وبعض الأعمال ، ولأن مالا خلل فيه ولا محتاج إلى جبر أفضل (ومنها) أن الأمة أجمعت على جواز الإفراد من غير كراهة ، وكره عمر وعثمان وغيرهما ممن ذكرناه قبل هذا التمتع ، وبعضهم التمتع والقران ، وإن كانوا يجوزونه على ما سبق تأويله ، فكان ما أجمعوا على أنه لا كراهة فيه أفضل •

واحتج القائلون بترجيح القران بالأحاديث السابقة فيه ، وبقوله تعالى : (وأتموا الحج والعمرة لله) ومشهور عن عمر وعلى أنهما قالا : « إتمامهما أن تحرم بهما من دويرة أهلك » وبحديث الصُّبى بن معبد السابق ، وقول عمر له : «هديت لسنة نبيك صلى الله عليه وسلم» وبحديث وادى العقيق « وقل : لبيك عمرة فى حجة » قالوا : ولأن المفرد لا دم عليه ، وعلى القارن دم وليس هو دم جبران ، لأنه لم يفعل حراما ، بل دم عبادة والعبادة المتعلقة بالبدن والمال أفضل من المختصة بالبدن ، قال المزنى : ولأن القارن مسارع إلى العبادة فهو أفضل من تأخيرها ، قالوا : ولأن فى القران تحصيل العمرة فى زمن الحج وهو أشرف •

(وأجاب) أصحابنا عن الأحاديث الواردة فى القران بجوابين (أحدهما) أن أحاديث الإفراد أكثر وأرجح ، وذلك من وجوه كما سبق (والثانى) أن حاديث القران مؤولة كما سبق ، ولابد من التأويل للجمع

بين الأحاديث ، وقد سبق إيضاح الجمع والتأويل (والجواب) عن الآية الكريمة أنه ليس فيها إلا الأمر بإتمامهما ، ولا يلزم من ذلك قرنهما فى الفعل ، كما فى قوله تعالى : (وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة) (وأما) ما روى عن عمر وعلى فمعناه الإحرام بكل واحد منهما من دويرة أهله ، يدل على أنه صح عن عمر كراهته للتمتع وأمره بالإفراد .

(والجواب) عن حديث الصُّبى بن معبد أن عمر أخبره بأن القران سنة ، أى جائز قد أذن فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يقل : إنه أفضل من الإفراد بل المعروف عن عمر ترجيح الإفراد كما سبق (والجواب) عن حديث وادى العقيق من وجهين سبق أحدهما عند ذكره (والثانى) أنه إخبار عن القران فى أثناء الحول لا فى أول الإحرام ، وقد سبق إيضاح هذا (والجواب) عن قولهم : إن القارن عليه دم ، وهو دم نسك ، قال أصحابنا : بل هو عندنا دم جبران على الصحيح ، بدليل أن الصيام يقوم مقامه عند العجز ، ولو كان دم نسك لم يقم مقامه كالأضحية .

(وأما) قولهم : إن القارن لم يفعل حراما فليس شرط وجوب دم الجبران أن يكون فى ارتكاب حرام ، بل قد يكون فى مأذون كمن حلق رأسه للأذى أو لبس للمرض أو لحر أو برد ، أو أكل صيدا لمجاعته أو احتاج إلى التداوى بطيب ، فإنه يجب الدم ولم يفعل حراما (والجواب) عما قال المزنى : إن من العبادات ما تأخيرها أفضل لمعنى ، كمن عدم الماء فى السفر وعلم وجوده فى أواخر الوقت ، فتأخير الصلاة أفضل ، وكتأخير صلاة عيد الفطر وتأخير صلاة الضحى إلى امتداد النهار وأشباه ذلك والله أعلم . قال الماوردى : ولأن الإفراد فعل كل عبادة وحدها وأفرادها بوقت فكان أفضل من جمعهما كالجمع بين الصلاتين (وأما) قولهم : لأن فى القران تحصل العمرة فى زمن الحج وهو أشرف ، فقال أصحابنا ، ليس هو أشرف بالنسبة إلى العمرة ، بل رخصة فى فعلها فيه ، وإنما شرفه بالنسبة إلى الحج والله أعلم .

واحتج القائلون بترجيح التمتع بالأحاديث السابقة ، وبقوله صلى

الله عليه وسلم : « ولو استقبلت من أمرى ما استدبرت لم أسق الهدى ولجعلتها عمرة » فتأسف على فوات العمرة والتمتع فدل على رجحانه • ودليلنا عليهم ما سبق من الأحاديث ومن الدلائل على ترجيح الإفراد (وأما) تأسفه صلى الله عليه وسلم فسببه أن من لم يكن معهم هدى أمروا بجعلها عمرة ، فحصل لهم حزن حيث لم يكن معهم هدى ، ويوافقون النبى صلى الله عليه وسلم فى البقاء على الإحرام ، فتأسف صلى الله عليه وسلم حينئذ على فوات موافقتهم تطييبا لنفوسهم ، ورغبة فيما يكون فى موافقتهم• لا أن التمتع دائما أفضل • قال القاضى حسين : ولأن ظاهر هذا الحديث غير مراد بالإجماع ، لأن ظاهره أن سوق الهدى يمنع انعقاد العمرة ، وقد انعقد الإجماع على خلافه ، والله أعلم •

(فرع) ذكر القاضى حسين فى هذا الباب من تعليقه والقاضى أبو الطيب فى آخر باب صوم المتمتع من تعليقه وغيرهما من أصحابنا أن الشافعى نقل أن النبى صلى الله عليه وسلم أحرم بالحج مطلقا • وكان ينتظر القضاء ، وهو نزول جبريل ببيان ما يصرف إحرامه المطلق إليه فنزل جبريل عليه السلام وأمره بصرفه إلى الحج المفرد • وذكر البيهقى فى السنن الكبير فى هذا بابا قال : باب ما يدل على أن النبى صلى الله عليه وسلم أحرم إحراما مطلقا ينتظر القضاء ، ثم أمر بإفراد الحج ومضى فيه واستدل له البيهقى بأحاديث لا دلالة فيها أصلا إلا فى حديث مرسل ، وهو ما رواه الشافعى والبيهقى باسنادهما الصحيح عن طاووس قال : « خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم من المدينة لا يسمى حجا ولا عمرة ، ينتظر القضاء فنزل عليه القضاء وهو بين الصفا والمروة ، فأمر أصحابه من كان منهم أهل بالحج ولم يكن معه هدى أن يجعلها عمرة ، وقال : لو استقبلت من أمرى ما استدبرت لما سقت الهدى » •

وذكر فى الباب أيضا حديث جابر الطويل بكماله ، قال فيه : « فأهل

رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتوحيد : لبيك اللهم لبيك ، لا شريك لك لبيك • إن الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك ، وأهل الناس بهذا الذى يهلون به فلم يرد رسول الله صلى الله عليه وسلم عليهم شيئا منه ، ولزم رسول الله صلى الله عليه وسلم تلبيته قال جابر : لسنا ننوى إلا الحج لسنا نعرف العمرة حتى إذا أتينا البيت معه استلم الركن ، وذكر الطواف والسعى • قال : فلما كان آخر طوافه على المروة ، قال : لو أنى استقبلت من أمرى ما استدبرت لم أسق الهدى ، وجعلتها عمرة فمن كان منكم ليس معه هدى فليحل ، وليجعلها عمرة » رواه مسلم بهذه الحروف •

(قلت) ظاهر الأحاديث الصحيحة كلها أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يحرم إحراما مطلقا ، بل معينا ، وقد قال الشيخ أبو حامد فى تعليقه ، وصاحب البيان وآخرون من أصحابنا : المشهور فى الأحاديث خلاف ما قاله الشافعى فى هذا ، وأن النبى صلى الله عليه وسلم أحرم هو وأصحابه بالحج ، فلما دخل مكة فسخه إلى العمرة لمن لم يكن معه هدى ، والله أعلم •

(فرع) إذا أحرم بالحج لا يجوز له فسخه وقلبه عمرة ، وإذا أحرم بالعمرة لا يجوز له فسخها حجا لا لعذر ولا لغيره • وسواء ساق الهدى أم لا ، هذا مذهبنا ، قال[1] ابن الصباغ والعبدرى وآخرون وبه قال عامة الفقهاء ، وقال أحمد يجوز فسخ الحج إلى العمرة لمن لم يسق الهدى • وقال القاضى عياض فى شرح صحيح مسلم : جمهور الفقهاء على أن فسخ الحج إلى العمرة ، كان خاصا للصحابة ، قال : وقال بعض أهل الظاهر : هو جائز الآن • واحتج لأحمد بحديث جابر المذكور فى الفرع الذى قبل هذا وأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « وليجعلها عمرة » وهو صحيح كما سبق ، وعن ابن عباس ، قال : كانوا يرون العمرة فى أشهر الحج من أفجر

---

(١) كذا فى ش و ق ولعل العبارة (قاله ابن الصباغ والعبدرى .. الخ) .

الفجور فى الأرض ويجعلون المحرم صفرا ، ويقولون : إذا برأ الدَّبَرْ وعفى الأثر ، وانسلخ صفر حلت العمرة لمن اعتمر • فقدم النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه صبيحة رابعة مهلين بالحج فأمرهم أن يجعلوها عمرة فتعاظم ذلك عندهم فقالوا : يا رسول الله أى الحل ؟ قال : « حل كله » رواه البخارى ومسلم ، وفى رواية مسلم : « الحل كله » وفى رواية عنه قال : « قدم النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه لصبح رابعة يلبون بالحج فأمرهم أن يجعلوها عمرة إلا من كان معه هدى » رواه البخارى ومسلم ، وهذا لفظ البخارى •

وعن جابر قال : أهل النبى صلى الله عليه وسلم هو وأصحابه بالحج وليس مع أحد منهم هدى غير النبى صلى الله عليه وسلم وطلحة وكان على قدم من اليمن ومعه هدى ، فقال : أهللت بما أهل به النبى صلى الله عليه وسلم فأمر النبى صلى الله عليه وسلم أصحابه أن يجعلوها عمرة ويطوفوا ويقصروا ويحلوا ، إلا من كان معه الهدى ، فقالوا : تنطلق إلى منى ، وذكر أحدنا يقطر فبلغ ذلك النبى صلى الله عليه وسلم فقال « لو استقبلت من أمرى ما استدبرت ما أهديت ، ولولا أن معى الهدى لأحللت وأن سراقة ابن مالك لقى النبى صلى الله عليه وسلم بالعقبة وهو يرميها فقال : ألكم هذه خاصة يا رسول الله ؟ قال : « بل للأبد » رواه البخارى ومسلم •

وعن عائشة قالت : « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نذكر إلا الحج حتى جئنا سرف فطمثت فدخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما قدمت مكة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لأصحابه : اجعلوها عمرة فأحل الناس إلا من كان معه الهدى قالت : فكان الهدى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وذوى اليسارة ، ثم أهلوا حين راحوا إلى منى » رواه البخارى ومسلم ، ولفظه لمسلم ، وعن أبى سعيد قال : « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم نصرخ بالحج صراخا ، فلما قدمنا مكة أمرنا أن نجعلها عمرة إلا من ساق الهدى فلما

كان يوم التروية ورحنا إلى منى أهللنا بالحج » رواه مسلم ، قوله : رحنا أي أردنا الرواح وعن ابن عباس أنه سئل عن متعة الحج فقال : « أهل المهاجرون والأنصار وأزواج النبى صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع ، وأهللنا ، فلما قدمنا مكة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اجعلوا إهلالكم بالحج عمرة إلا من قلد الهدى » رواه البخارى ، فقال : وقال أبو كامل : قال أبو معشر : قال عثمان بن عتاب عن عكرمة عن ابن عباس قال أبو مسعود الدمشقى فى الأطراف : هذا حديث غريب ، ولم أره عند أحد إلا عند مسلم بن الحجاج ، قال : ولم يذكر مسلم فى صحيحه من أخذ عن عكرمة ، وعندى أن البخارى أخذه عن مسلم قلت : يحتمل ما قاله أبو مسعود ، ويحتمل أن البخارى أخذه من أبى كامل بلا واسطة •

قال العلماء : والبخارى يستعمل هذه العبارة فيما أخذه عرضا ومناولة لا سماعا ، والعرض والمناولة صحيحان يجب العمل بهما كما هو مقرر فى علوم الحديث • واحتج أصحابنا بأن هذا الفسخ كان خاصا بالصحابة ، وإنما أمرهم النبى صلى الله عليه وسلم بالفسخ ليحرموا بالعمرة فى أشهر الحج ، ويخالفوا ما كانت الجاهلية عليه من تحريم العمرة فى أشهر الحج ، وقولهم : إنها أفجر الفجور •

واحتج أصحابنا وموافقوهم للتخصيص بحديث الحرث بن بلال بن الحرث عن أبيه قال : « قلت : يارسول الله أرأيت فسخ الحج إلى العمرة لنا خاصة أم للناس عامة ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : بل لكم خاصة » رواه أبو داود والنسائى وابن ماجه وغيرهم ، وإسناده صحيح إلا الحرث بن بلال ، ولم أر فى الحرث جرحا ولا تعديلا ، وقد رواه أبو داود ولم يضعفه وقد ذكرنا مرات أن ما لم يضعفه أبو داود فهو حديث حسن عنده ، إلا أن يوجد فيه ما يقتضى ضعفه ، وقال الإمام أحمد بن حنبل : هذا الحديث لا يثبت عندى ولا أقول به ، قال : وقد روى الفسخ أحد عشر صحابيا أين يقع الحرث بن بلال منهم ؟ قلت : لا معارضة بينكم وبينه حتى

يقدموا عليه لأنهم أثبتوا الفسخ للصحابة ، ولم يذكروا حكم غيرهم ، وقد وافقهم الحرث بن بلال فى إثبات الفسخ للصحابة لكنه زاد زيادة لا تخالفهم وهى اختصاص الفسخ بهم •

واحتج أصحابنا بحديث أبى ذر رضى الله عنه قال : « كانت المتعة فى الحج لأصحاب محمد صلى الله عليه وسلم خاصة » رواه مسلم موقوفا على أبى ذر ، قال البيهقى وغيره من الأئمة : أراد بالمتعة فسخ الحج إلى العمرة لأنه كان لمصلحة ، وهى باقية جواز الأعتمار فى أشهر الحج ، وقد زالت فلا يجوز ذلك اليوم لأحد • واحتج أبو داود فى سننه والبيهقى وغيرهما فى ذلك برواية محمد بن إسحاق عن عبد الرحمن بن الأسود عن سليمان بن الأسود أن أبا ذر كان يقول فيمن حج ثم فسخها بعمرة : لم يكن ذلك إلا للركب الذين كانوا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وإسناده هذا لا يحتج به لأن محمد بن اسحاق مدلس ، وقد قال (عن) واتفقوا على أن المدلس إذا قال : عن لا يحتج به •

(وأجاب) أصحابنا عن قوله صلى الله عليه وسلم لسراقة : « بل للأبد » أن المراد جواز العمرة فى أشهر الحج لا فسخ الحج إلى العمرة ، أو أن المراد دخول أفعالها فى أفعال الحج وهو القران ، وحمله من يقول : إن العمرة ليست واجبة على أن العمرة اندرجت فى الحج ، فلا تجب ، وإنما تجب على المكلف حجة الإسلام دون العمرة •

(فرع) مذهبنا أن المكى لا يكره له التمتع والقران ، وإن تمتع لم يلزمه دم ، وبه قال مالك وأحمد وداود ، وقال أبو حنيفة : يكره له التمتع والقران ، وإن تمتع أو قرن فعليه دم • واحتج له بقوله تعالى : (فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى ، فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام فى الحج وسبعة إذا رجعتم ، تلك عشرة كاملة ، ذلك لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام) فأباح التمتع لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد

الحرام خاصة ، لأن المتمتع شرع له أن لا يلم بأهله ، والمكى ملم بأهله ، فلم يكن له ذلك ، قالوا : ولأن الغريب إذا تمتع لزمه دم ، وقلتم : إذا تمتع مكى فلا دم ، وهذا يدل على أن نسكه ناقص عن نسك الغريب فكره له فعله .

واحتج أصحابنا بأن ما كان من النسك قربة وطاعة فى حق غير المكى ، كان قربة وطاعة فى حق المكى كالإفراد (والجواب) عن الآية أن معناها فمن تمتع فعليه الهدى إذا لم يكن من حاضرى المسجد ، فإن كان فلا دم ، فهذا ظاهر الآية فلا يعدل عنه (فإن قيل) فقوله تعالى : (ذلك لمن لم يكن أهله) ولم يقل على من لم يكن أهله (قلنا :) اللام بمعنى على كما فى قوله تعالى : (إن أحسنتم أحسنتم لأنفسكم وإن أسأتم فلها) أى فعليها ، وقوله تعالى : (أولئك لهم اللعنة) أى عليهم ، قال القاضى أبو الطيب ، وجواب آخر وهو أن قوله تعالى (فمن تمتع) شرط ، وقوله تعالى (فما استيسر من الهدى) جزاء الشرط ، وقوله تعالى : (ذلك لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد) بمنزلة الاستثناء ، وهو عائد إلى الجزاء دون الشرط ، كما لو قال : من دخل الدار فله درهم إلا بنى تميم ، أو قال : ذلك لمن لم يكن من بنى تميم ، فإن الاستثناء يعود إلى الجزاء دون الشرط الذى هو دخول الدار كذا ههنا .

(وأما) قولهم : المتمتع شرع له أن لا يلم بأهله ، فقال أصحابنا : لا نسلم ذلك ولا تأثير للالمام بأهله فى التمتع ، ولهذا لو تمتع غريب عن أهله فألم بأهله يصح تمتعه ، وكذا لو تمتع من غير إلمام بأهله فتمتعه عندهم مكروه (وأما) قوله : إن نسكه ناقص لوجوب الدم على الغريب ، فقال أصحابنا : إنما لزم الغريب الدم لأنه ترفه بالتمتع ، فيلزمه الدم ، والمكى أحرم بحجة وعمرة من ميقاته الأصلى فلم يلزمه دم لعدم الترفه ، والله أعلم .

(فـرع) أجمع العلماء على جواز العمرة قبل الحج ، سواء حج فى سنته أم لا ، وكذا الحج قبل العمرة واحتجوا له بحـديث ابن عمر « أن النبى صلى الله عليه وسلم اعتمر قبل أن يحج » رواه البخارى وبالأحاديث الصحيحة المشهورة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتمر ثلاث عمر قبل حجته ، وكان أصحابه فى حجة الوداع أقساما ، منهم من اعتمر قبل الحج ، ومنهم من حج قبل العمرة » كما سبق .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(والإفراد أن يحج ثم يعتمر ، والتمتع أن يعتمر فى أشهر الحج ثم يحج من عامه ، والقران أن يحرم بهما جميعا ، فإن أحرم بالعمرة ثم أدخل عليها الحج قبل الطواف جاز ويصير قارنا ، لمـا روى « أن عائشة رضى الله عنها أحرمت بالعمرة فحاضت فدخل عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهى تبكى ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أهلى بالحج واصنعى ما يصنع الحاج غير أن لا تطوفى بالبيت ولا تصلى » وإن أدخل عليها الحج بعد الطواف لم يجز ، واختلف أصحابنا فى علته (فمنهم) من قال : لا يجوز لأنه قد أخذ فى التحلل (ومنهم) من قال : لا يجوز لأنه قد أتى بمقصـود العمرة ، وإن أحرم بالحج وأدخل عليه العمرة ففيه قولان (أحدهما) يجوز لأنه أحد النسكين فجاز إدخاله على الآخر كالحج (والثانى) لا يجوز ، لأن أفعال العمرة استحقت بإحرام الحج ، فلا يعد إحرام العمرة شيئا . (فإن قلنا) إنه يجوز ، فهل يجوز بعد الوقوف ؟ يبنى على العلتين فى إدخال الحج على العمرة بعد الطواف (فإن قلنا) لا يجوز إدخال الحج على العمرة بعد الطواف ، لأنه أخـذ فى التحلل جاز ههنـا بعد الوقوف . لأنه لم يأخذ فى التحلل (وإن قلنا) لا يجوز لأنه أتى بالمقصود لم يجز ههنـا ، لأنه قد أتى بمعظم المقصود ، وهو الوقوف ، وإن أحرم بالعمرة وأفسدها ثم أدخل عليها الحج ففيه وجهان (أحدهما) ينعقد الحج ، ويكون فاسدا لأنه إدخال حج على عمرة ، فأشبه إذا كان صحيحا (والثانى) لا ينعقد لأنه لايجوز أن يصح لأنه إدخال حج على إحرام فاسد ، ولا يجوز أن يفسد لأن إحرامه لم يصادفه الوطء فلا يجوز إفساده) .

(الشرح) حديث عائشة رواه البخارى ومسلم إلا قوله : «ولاتصلى» فإنها لفظة غريبة ليست معروفة .

أما حكم المسألة فقال أصحابنا : لكل واحدة من الأنواع الثلاثة صور مختلف فى بعضها (أما) الإفراد فصورته الأصلية أن يحرم بالحج وحده ويفرغ منه ثم يحرم بالعمرة ، وسيأتى باقى صوره فى شروط التمتع الموجب للدم إن شاء الله تعالى (وأما) التمتع فصورته الأصلية أن يحرم بالعمرة من ميقات بلده ، ويدخل مكة ويفرغ من أفعال العمرة ، ثم ينشىء الحج من مكة ، ويسمى متمتعا لاستمتاعه بمحظورات الإحرام بينهما ، فإنه يحل له جميع المحظورات إذا تحلل من العمرة ، سواء كان ساق الهدى أم لا ، ويجب عليه دم ، ولوجوبه شروط تأتى إن شاء الله تعالى .

(وأما) القران فصورته الأصلية أن يحرم بالحج والعمرة معا ، فتدرج أعمال العمرة فى أعمال الحج ، ويتحد الميقات والفعل فيكفى لهما طواف واحد ، وسعى واحد وحلق واحد وإحرام واحد فلو أحرم بالعمرة ثم أدخل عليها الحج أى أحرم به نظر إن أدخل فى غير أشهر الحج لغا إدخاله ولم يتغير إحرامه بالعمرة وإن أدخله فى أشهره نظر إن كان أحرم بالعمرة قبل أشهر الحج ففى صحة إدخاله وجهان (أحدهما) وهو اختيار الشيخ أبى على السنجى بكسر السين المهملة وبالجيم وحكاه عن عامة الأصحاب أنه لا يصح الإدخال ، لأنه يؤدى إلى صحة الإحرام بالحج قبل أشهره (وأصحهما) يصح وهو اختيار القفال ، وبه قطع صاحبا الشامل والبيان وآخرون ، لأنه أحرم بكل واحد منهما فى وقته ، ولأنه إنما يصير محرما بالحج فى حال إدخاله ، وهو وقت صالح للحج ، ولو أحرم بالعمرة فى أشهر الحج ثم أدخله عليها فى أشهره فإن لم يكن شرع فى شىء من طوافها صح ، وصار قارنا بلا خلاف .

وإن كان قد شرع فيه وخطا منه خطوة لم يصح إحرامه بالحج بلا خلاف وإن وقف عند الحجر الأسود للشروع فى الطواف ، ولم يمسه ثم أحرم بالحج صح وصار قارنا ، لأنه لم يتلبس بشىء من الطواف ، وإن

استلم الحجر ولم يمش ثم أحرم قبل شروعه فى المشى فإن كان استلامه ليس بنية الاستلام للطواف صح إحرامه بالحج بلا خلاف ، كذا صرح به الماوردى ، وإن كان استلامه بنية أن يطوف ففى صحة إحرامه بالحج بعده وجهان حكاهما الصيمرى وصاحبه الماوردى وصاحب البيان وآخرون (أحدهما) يصح لأنه مقدمة للطواف (والثانى) لا يصح لأنه أحد أبعاض الطواف ، وينبغى أن يكون الأول أصح ، ولو شك هل أحرم بالحج قبل الشروع فى الطواف أو بعده ؟ قال الماوردى : قال أصحابنا : صح إحرامه لأن الأصل جواز إدخال الحج على العمرة حتى يتيقن المنع ، فصار كمن أحرم وتزوج ، ولم يدر هل كان إحرامه قبل تزوجه أم بعده ، قال الشافعى : أجزأه وصح تزوجه ، هذا كلام الماوردى •

قال أصحابنا : وإذا شرع المحرم بالعمرة فى الطواف ثم أحرم بالحج فقد قلت : إنه لا يصح بلا خلاف ، وفى علة بطلانه أربعة أوجه مشهورة حكى المصنف منها اثنين (أحد الأربعة) أنه اشتغل بعمل من أعمال العمرة (والثانى) لأنه شرع فى فرض من فروضها (والثالث) لأنه أتى بمعظم أفعالها (والرابع) لأنه شرع فى سبب التحلل وهذا الرابع هو الأصح وهو نص الشافعى نقله أبو بكر الفارسى فى عيون المسائل وصحح البندنيجى الثالث ، وتظهر فائدة هذا الخلاف فيما لو أحرم بحج ثم أدخل عليه العمرة ، وجوزناه كما سنذكره الآن إن شاء الله تعالى •

هذا كله إذا كانت العمرة التى أدخل عليها الحج صحيحة ، فإن كانت فاسدة بأن أفسدها بجماع ثم أدخل عليها حجا ففى صحة إدخاله ومصيره محرما بالحج وجهان مشهوران ، ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) عند الأكثرين يصير محرما ، وبه قال ابن سريج والشيخ أبو زيد (والثانى) لا يصير وصححه صاحب البيان ، وإن قلنا : يصير فهل يكون حجه صحيحا

مجزئا ؟ فيه وجهان (أحدهما) نعم لأن المفسد متقدم (وأصحهما) لا ، لأنه تابع لعمرة فاسدة فعلى هذا هل ينعقد فاسدا من أصله ؟ أم صحيحا ثم يفسد ؟ فيه وجهان (أحدهما) ينعقد صحيحا ثم يفسد ، كما لو أحرم فجامع فإنه ينعقد صحيحا ثم يفسد على أحد الأوجه ، كما سنذكره فى موضعه إن شاء الله تعالى (وأصحهما) ينعقد فاسدا ، إذ لو انعقد صحيحا لم يفسد إذا لم يوجد بعد انعقاده مفسد .

(فإن قلنا) ينعقد فاسدا أو صحيحا ثم يفسد لزمه المضى فى النسكين ، ولزمه قضاؤهما (وإن قلنا :) ينعقد صحيحا ولا يفسد قضى العمرة دون الحج وعلى الأوجه الثلاثة يلزمه دم القران ، ولا يجب عليه بالإفساد إلا بدنة واحدة . كذا قاله الشيخ أبو على السنجى ، وحكى إمام الحرمين وجهين آخرين إذا حكمنا بانعقاد حجه فاسدا (أحدهما) يلزمه بدنة أخرى لفساد الحج (والثانى) يلزمه بدنة للعمرة وشاة للحج كما لو جامع ثم جامع ، وهذان الوجهان ضعيفان ، والصحيح ما ذكره أبو على والله أعلم .

هذا كله فى الإحرام للحج بعد الإحرام بالعمرة (أما) إذا أحرم بالحج ثم أدخل عليه العمرة فقولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (القديم) صحته ويصير قارنا (والجديد) لا يصح وهو الأصح (فإن قلنا) بالقديم ، فإلى متى يجوز الإدخال ؟ فيه أربعة أوجه مفرعة على الأوجه الأربعة السابقة فيمن أحرم بالعمرة ثم بالحج (أحدها) يجوز ما لم يشرع فى طواف القدوم أو غيره من أعمال الحج ، قال البغوى : هذا أصحها (والثانى) يجوز بعد طواف القدوم ما لم يشرع فى السعى أو غيره من فروض الحج . قاله الخضرى (والثالث) يجوز ، وإن فعل فرضا ما لم يقف بعرفات ، فعلى هذا لو كان قد سعى لزمه إعادة السعى ليقع عن النسكين جميعا . كذا قاله الشيخ أبو على السنجى وغيره (والرابع) يجوز ؟ وإن وقف ما لم

يشتغل بشيء من أسباب التحلل من الرمى وغيره ، وعلى هذا لو كان قد سعى فقياس ما ذكره أبو على وجوب إعادته ، وحكى إمام الحرمين فيه وجهين وقال : المذهب أنه لا يجب والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجب على المتمتع دم لقوله تعالى : (فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى) ولا يجب عليه إلا بخمسة شروط (أحدها) أن يعتمر فى أشهر الحج ، فإن اعتمر فى غير أشهر الحج لم يلزمه دم لأنه لم يجمع بين النسكين فى أشهر الحج ، فلم يلزمه دم كالمفرد ، فإن أحرم بالعمرة فى غير أشهر الحج وأتى بأفعالها فى أشهر الحج ففيه قولان (قال) فى القديم والإملاء : يجب عليه دم ، لأن استدامة الإحرام بمنزلة الابتداء ، ولو ابتدأ الإحرام بالعمرة فى أشهر الحج لزمه الدم فكذلك إذا استدامه (وقال) فى الأم : لا يجب عليه الدم لأن الإحرام نسك لا تتم العمرة إلا به ، وقد أتى به فى غير أشهر الحج فلم يلزمه دم التمتع كالطواف . (والثانى) أن يحج من سنته فأما إذا حج فى سنة أخرى لم يلزمه دم ، لما روى سعيد بن المسيب قال : « كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يعتمرون فى أشهر الحج ، فإذا لم يحجوا من عامهم ذلك لم يهدوا ، ولأن الدم إنما يجب لترك الإحرام بالحج من الميقات ، وهذا لم يترك الإحرام بالحج من الميقات ، فإنه إن اقام بمكة صارت مكة ميقاته ، وإن رجع إلى بلده وعاد فقد أحرم من الميقات . (والثالث) أن لا يعود لإحرام الحج إلى الميقات ، فأما إذا رجع لإحرام الحج إلى الميقات وأحرم فلا يلزمه دم ، لأن الدم وجب بترك الميقات ، وهذا لم يترك الميقات ، فإن أحرم بالحج من جوف مكة ثم رجع إلى الميقات قبل أن يقف ففيه وجهان (أحدهما) لا دم عليه ، لأنه حصل محرما من الميقات قبل التلبس بنسك فأشبه من جاوز الميقات غير محرم ثم أحرم وعاد إلى الميقات (والثانى) يلزمه لأنه وجب عليه الدم بالإحرام من مكة فلا يسقط بالعود إلى الميقات ، كما لو ترك الميقات وأحرم دونه ثم عاد بعد التلبس بنسك (والرابع) أن يكون غير حاضرى المسجد الحرام (فأما) إذا كان من حاضرى المسجد الحرام فلا دم عليه لقول الله تعالى : (ذلك لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام) وحاضروا المسجد الحرام أهل الحرم ، ومن بينه وبينه مسافة لا تقصر فيها الصلاة ، لأن الحاضر فى اللغة هو القريب ولا يكون قريبا إلا فى مسافة لا تقصر فيها الصلاة ، وفى الخامس وجهان وهو نية التمتع

(أحدهما) انه لا يحتاج إليها لان الدم يتعلق بترك الإحرام بالحج من الميقات ، وذلك يوجد من غير نية (والثاني) انه يحتاج إلى نية التمتع لانه جمع بين العبادتين في وقت إحداهما ، فافتقر إلى نية الجمع كالجمع بين الصلاتين (فإذا قلنا) بهذا ففي وقت النية وجهان (أحدهما) أنه يحتاج إلى أن ينوى عند الإحرام بالعمرة (والثاني) يجوز أن ينوى ما لم يفرغ من العمرة ، بناء على القولين في وقت نية الجمع بين الصلاتين ، فإن في ذلك قولين (أحدهما) ينوى في ابتداء الأولى منهما (والثاني) ينوى ما لم يفرغ من الأولى) .

(الشرح) هذا الأمر المذكور عن سعيد بن المسيب حسن رواه البيهقي بإسناد حسن ، قال أصحابنا : يجب على المتمتع الدم لقوله تعالى : (فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى) قال أصحابنا : ولوجوب هذا الدم شروط (أحدها) أن لا يكون من حاضري المسجد الحرام ، وهم من مسكنه دون مسافة القصر من الحرم ، وقيل من بينه وبين نفس مكة دون مسافة القصر ، حكاه المتولي والبغوي وآخرون من الخراسانيين ، وحكى ابن المنذر عن الشافعي قولا قديما أنه من أهله دون الميقات ، وهذا غريب ، والصحيح الأول ، وبه قطع الجمهور فإن كان على مسافة القصر فليس بحاضر بالاتفاق ، فان كان له مسكنان أحدهما في حد القرب والآخر بعيد ، فإن كان مقامه بأحدهما فالحكم له ، فإن استوى مقامه بهما وكان أهله وماله في أحدهما دائما أو أكثر فالحكم له ، فإن استويا في ذلك وكان عزمه الرجوع إلى أحدهما فالحكم له ، فإن لم يكن له عزم فالحكم للذي خرج منه ، هكذا ذكر أصحابنا هذا التفصيل واتفقوا عليه ونص الشافعي عليه في الإملاء ، قال المحاملي : إلا المسألة الأخيرة فلم ينص عليها ، ولكن ذكرها أصحابنا واتفقوا عليها .

قال الشافعي رحمه الله : ويستحب أن يريق دما بكل حال ، ولو استوطن غريب مكة فهو حاضر بلا خلاف ، وإن استوطن مكي العراق أو

غيره فليس بحاضر بالاتفاق ، ولو قصد الغريب مكة فدخلها متمتعا ناويا الإقامة بها بعد فراغه من النسكين أو من العمرة أو نوى الإقامة بها بعدما اعتمر فليس بحاضر ، فلا يسقط عنه الدم ، ولو خرج المكى إلى بعض الآفاق لحاجة ثم رجع وأحرم بالعمرة فى أشهر الحج ، ثم حج من عامه ، لم يلزمه دم عندنا بلا خلاف ، وقال طاوس : يلزمه والله أعلم •

قال الرافعى : ذكر الغزالى مسألة ، وهى من مواضع التوقف ، قال : ولم أجدها لغيره بعد البحث ، قال الرافعى : إذا جاوز الميقات غير مريد نسكا فاعتمر عقب دخوله مكة ثم حج لم يكن متمتعا إذا صار من الحاضرين إذ ليس يشترط فيه قصد الإقامة ، قال الرافعى : وهذه المسألة تتعلق بالخلاف السابق فى أن قصد مكة هل يوجب الإحرام بحج أو عمرة أم لا ؟ ثم قال ما ذكره من اعتبار اشتراط الإقامة ينازعه فيه كلام الأصحاب ونقلهم عن نصه فى الإملاء والقديم ، فإنه ظاهر فى اعتبار الإقامة ، بل فى اعتبار الاستيطان • وفى الوسيط حكاية وجهين فى صورة تدانى هذه ، وهو أنه لو جاوز الغريب الميقات وهو لا يريد نسكا ولا دخول الحرم ، ثم بدا له بقرب مكة أن يعتمر فاعتمر منه وحج بعدها على صورة التمتع هل يلزمه الدم ؟ (أحد الوجهين) لا يلزمه لأنه حين بدا له كان فى مسافة الحاضر (وأصحهما) لا يلزمه لوجود صورة التمتع ، وهو غير معدود من الحاضرين ، هذا كلام الرافعى ، والمختار فى الصورة الأولى التى ذكرها الغزالى أنه متمتع ليس بحاضر ، بل يلزمه الدم والله أعلم •

قال أصحابنا : ولا يجب على حاضرى [1] المسجد الحرام دم القران ، كما لا يجب عليه دم التمتع ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور وحكى الحناطى والرافعى وجها أنه يلزمه ، قال الرافعى : ويشبه أن يكون هذا الخلاف على وجهين حكاهما صاحب العدة أن دم القران دم جبر أم دم

---

(١) الجميع هنا على تقدير (أهله)

نسك ؟ والمذهب المعروف أنه دم جبر (قلت) الذى قطع به جماهير الأصحاب أن دم التمتع ودم القران دم جبر ، وإنما القائل بأنهما دم نسك أبو حنيفة ، وقد سبق بيانه بدليله فى مسألة تفضيل الإفراد على التمتع والقران .

(فرع) هل يجب على المكى إذا قرن إنشاء الإحرام من أدنى الحل ، كما لو أفرد العمرة ؟ أم يجوز أن يحرم من جوف مكة إدراجا للعمرة تحت الحج فى الميقات ؟ كما أدرجت أفعالها فى أفعاله ؟ فيه وجهان حكاهما[1] وآخرون (أصحهما) الثانى وبه قطع الأكثرون قالوا : ويجرى الوجهان فى الآفاقى إذا كان بمكة وأراد القران .

(الشرط الثانى) أن يحرم بالعمرة فى أشهر الحج ، فلو أحرم بها وفرغ منها قبل أشهر الحج ثم حج فى سنته لم يلزمه دم بلا خلاف عندنا ، وبه قال جمهور العلماء ، وقال طاوس : يلزمه ، دليلنا ما ذكره المصنف . ولو أحرم بها قبل أشهر الحج وأتى بجميع أفعالها فى أشهره فقولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) نصه فى الأم : لا دم (والثانى) نصه فى القديم والإملاء : يجب الدم ، وقال ابن سريج : ليست على قولين بل على حالين إن أقام بالميقات محرما بالعمرة حتى دخلت أشهر الحج أو عاد إليه فى أشهره محرما بها وجب الدم ، وإن جاوزه قبل الأشهر ولم يعد إليه فلا دم ولو وجد الإحرام بالعمرة وبعض أعمالها قبل أشهره (فإن قلنا) لا دم إذا لم يتقدم الإحرام فهى أولى ، وإلا فوجهان مشهوران فى كتب الخراسانيين (أصحهما) عندهم لا يجب وبه قطع العراقيون ، قال الخراسانيون : وإذا لم نوجب دم التمتع فى هذه الصور ففى وجوب دم الإساءة وجهان (أحدهما) يجب لأنه أحرم بالحج من مكة (وأصحهما)

---

(١) بياض بالأصل فحرر ولعل السقط (المصنف) راجع المتن .

لا • لأن المسيء من ينتهى إلى الميقات قاصدا للنسك ويجاوزه غير محرم ، وهذا جاوزه محرما •

(الشرط الثالث) أن تقع العمرة والحج فى سنة واحدة ، فلو اعتمر ثم حج فى السنة القابلة فلا دم ، سواء أقام بمكة إلى أن حج أم رجع وعاد ، وهل يشترط كون العمرة والحج جميعا فى شهر واحد ؟ فيه وجهان مشهوران فى الطريقتين (أصحهما) باتفاق المصنفين وقطع به كثيرون منهم ، وهو قول عامة أصحابنا المتقدمين لا يشترط (والثانى) يشترط انفرد به أبو على بن خيران •

(الشرط الرابع) أن لا يعود إلى الميقات بأن أحرم بالحج من نفس مكة واستمر ، فلو عاد إلى الميقات الذى أحرم بالعمرة منه وإلى مسافة مثله وأحرم بالحج فلا دم بالاتفاق ، ولو أحرم به من مكة ثم ذهب إلى الميقات محرما ففى سقوطه الخلاف الذى سنذكره إن شاء الله تعالى فيمن جاوز الميقات غير محرم ثم عاد محرما ، ولو عاد إلى ميقات أقرب إلى مكة من ميقات عمرته وأحرم منه ، بأن كان ميقات عمرته الجحفة فعاد إلى ذات عرق فهل هو كالعود إلى ميقات عمرته ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا ، وعليه دم لأنه دونه (وأصحهما) نعم لأنه أحرم من موضع ليس ساكنوه من حاضرى المسجد الحرام قال الرافعى : وهذا اختيار القفال والمعتبرين ، وقطع الفورانى بأنه لو سافر بعد عمرته من مكة سفرا تقصر فيه الصلاة ثم حج من سنته لا دم عليه •

(فرع) لو دخل القارن مكة قبل يوم عرفة ثم عاد إلى الميقات فالمذهب أنه لا دم نص عليه فى الإملاء ، وقطع به كثيرون أو الأكثرون وصححه الحناطى وآخرون ، وقال إمام الحرمين : (إن قلنا) المتمتع إذا أحرم بالحج ثم عاد إليه لا يسقط عنه الدم فهنا أولى ، وإلا فوجهان ، والفرق أن اسم القران لا يزول بالعود بخلاف التمتع ، ولو أحرم بالعمرة

من الميقات ودخل مكة ثم رجع إلى الميقات قبل طوافه فأحرم بالحج فهو قارن ، قال الدارمى فى آخر باب الفوات : (إن قلنا) إذا أحرم بهما جميعا ثم رجع سقط الدم فهنا أولى وإلا فوجهان .

(الشرط الخامس) مختلف فيه ، وهو أنه هل يشترط وقوع النسكين عن شخص واحد ؟ فيه وجهان مشهوران ، قال الخضرى : يشترط ، وقال الجمهور : لا يشترط ، وهو المذهب قال أصحابنا : ويتصور فوات هذا الشرط فى صور (إحداها) أن يستأجره شخص لحج وآخر لعمرة (الثانية) أن يكون أجيرا فى عمرة فيفرغ منها ثم يحج لنفسه (الثالثة) أن يكون أجيرا لحج فيعتمر لنفسه ، ثم يحج للمستأجر (فإن قلنا) بقول الجمهور ، قال أصحابنا : وجب نصف دم التمتع على من يقع له الحج ، ونصفه على من تقع له العمرة ، قال الرافعى : وليس هذا الإطلاق على ظاهره ، بل هو محمول على تفصيل ذكره البغوى (أما) فى الصورة الأولى فقال : إن أذن المستأجران فى التمتع فالدم عليهما نصفان ، وإلا فعلى الأجير ، وعلى قياسه أنه إن أذن أحدهما فقط ، فالنصف على الآذن والنصف على الأجير .

(وأما) فى الصورتين الأخيرتين فقال : إن أذن له المستأجر فى التمتع فالدم عليهما نصفان ، وإلا فالجميع على الأجير ، قال الرافعى : واعلم بعد هذا أمورا (أحدها) أن إيجاب الدم على المستأجرين أو أحدهما مفرع على الأصح ، وهو أن دم التمتع والقران على المستأجر ، وإلا فهو على الأجير بكل حال (الثانى) إذا لم يأذن المستأجران أو أحدهما فى الصورة الأولى ، والمستأجر فى الثالثة ، وكان ميقات البلد معينا فى الإجارة أو نزلنا الإطلاق عليه ، لزمه مع دم التمتع دم الإساءة لمجاوزة ميقات نسكه (الثالث) إذا أوجبنا الدم على المستأجرين وكانا معسرين لزم كل واحد منهما صوم خمسة أيام ، لكن صوم التمتع بعضه فى الحج وبعضه بعد الرجوع ، وهما لم يباشرا حجا ، وقد سبق فى فروع الإجارة فيمن استؤجر

ليقرن فقرن أو ليتمتع فتمتع ، وكان المستأجر معسرا وقلنا الدم [1] خلافا بين البغوى والمتولى فعلى قياس البغوى الصوم على الأجير ، وعلى قياس المتولى هو كما لو عجز المتمتع عن الهدى والصوم جميعا ، قال الرافعى : ويجوز أن يكون الحكم كما سيأتى فى المتمتع إذا لم يصم فى الحج كيف يقضى ؟ فإذا أوجبنا التفريق فتفريق الخمسة بنسبة الثلاثة والسبعة ببعض القسمين ، فيكملان ويصوم كل واحد منهما ستة أيام ، وقس على هذا ما إذا أوجبنا الدم فى الصورتين الأخيرتين على الأجير والمستأجر •

(وأما) إذا قلنا بقول الخضرى : فإذا اعتمر عن المستأجر ثم حج عن نفسه ففى كونه مسيئا الخلاف السابق فيمن اعتمر قبل أشهر الحج ، ثم حج من مكة ، لكن الأصح هنا أنه مسىء لإمكان الإحرام بالحج حين حضر الميقات ، قال الإمام : فإن لم يلزم الدم ففوات هذا الشرط لا يؤثر إلا فى فوات فضيلة التمتع فى قولنا إنه أفضل من الإفراد وإن ألزمناه الدم فله أثران (أحدهما) هذا (والثانى) أن المتمتع لا يلزمه العود إلى الميقات ، وإذا عاد وأحرم منه سقط عنه الدم بلا خلاف ، والمسىء يلزمه العود ، وإذا عاد ففى سقوط الدم عنه خلاف ، وأيضا فالدمان يختلف بدلهما ، والله أعلم •

(الشرط السادس) مختلف فيه أيضا ، وهو نية التمتع ، وفى اشتراطها وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) لا يشترط كما لا يشترط فيه القران ، فإن شرطناها ففى وقتها ثلاثة أوجه حكاها الدارمى وآخرون (أحدها) حالة الإحرام بالعمرة (والثانى) وهو الأصح ما لم يفرغ من العمرة وهذان الوجهان فى الكتاب (والثالث) ما لم يشرع فى الحج ، وقد سبق مثل هذه الأوجه فى الجمع بين الصلاتين •

---

(١) بيان بالأصل فحرر ، ولعل تقديره (فقد راينا) أو (فقد حكينا) .

(الشرط السابع) أن يحرم بالعمرة من الميقات ، فلو جاوز مريدا للنسك ثم أحرم بها فقد نص الشافعى أنه ليس عليه دم التمتع ، بل يلزمه دم الإساءة ، فقال جماعة من الأصحاب بظاهر النص ، وقال الأكثرون : هذا إذا كان الباقى بينه وبين مكة دون مسافة القصر ، فإن بقيت مسافة القصر فعليه الدمان معا ، ومما يؤيد هذا أن صاحبى البيان والشامل ذكرا عن الشيخ أبى حامد أنه حكى عن نص الشافعى فى القديم أنه إذا مر بالميقات فلم يحرم حتى بقى بينه وبين مكة دون مسافة القصر ثم أحرم بالعمرة ، فعليه دم الاساءة بترك الميقات ، وليس عليه دم التمتع ، لأنه صار من حاضرى المسجد الحرام .

(فرع) قال أصحابنا : هذه الشروط السبعة معتبرة لوجوب الدم وفاقا وخلافا ، وهل يعتبر فى تسميته متمتعا ؟ فيه وجهان مشهوران حكاهما صاحب العدة والبيان وآخرون (أحدهما) يعتبر ، فلو فاته شرط كان مفردا (والثانى) لا يعتبر ، بل يسمى متمتعا متى أحرم بالعمرة فى أشهر الحج وحج من عامه ، واختلفوا فى الأرجح منهما فقال صاحب العدة والبيان : قال الشيخ أبو حامد : لا يعتبر ، وقال القفال : يعتبر وذكر أنه نص الشافعى ، وبه قطع الدارمى ، وقال الرافعى : الأشهر أنه لا يعتبر ، قال : ولهذا قال الأصحاب : يصح التمتع والقران من المكى خلافا لأبى حنيفة (قلت) : الأصح لا يعتبر لما ذكره الرافعى .

(فرع) إذا اعتمر المتمتع ولم يرد العود إلى الميقات لزمه أن يحرم بالحج من نفس مكة ، وهى فى حقه كهى فى حق المكى ، وأما الموضع الذى هو أفضل للاحرام ، وإحرامه من خارج مكة أو خارج الحرم ، من غير عود إلى الميقات ، ولا إلى مسافته فحكمه كله كما سنذكره فى باب مواقيت الحج ، فى المكى إذا فعل ذلك إن شاء الله تعالى ، وإذا اقتضى الحال وجوب دم الإساءة وجب أيضا مع دم التمتع ، حتى لو خرج بعد تحلله من العمرة

إلى الحل وأحرم من طرفه بالحج ، فإن عاد إلى مكة محرما قبل وقوفه بعرفات لزمه دم التمتع دون الإساءة ، وإن ذهب إلى عرفات ولم يعد إلى مكة قبل الوقوف فالصحيح الذى عليه الأصحاب أنه يلزمه دمان ، دم التمتع ودم الإساءة ، وحكى ابن الصباغ هذا عن الأصحاب ثم قال : وفيه نظر •

وينبغى أن يلزمه دم واحد للتمتع لأن دم التمتع وجب لترك الإحرام بالحج من ميقات بلده ، ولا فرق بين أن يترك منه مسافة قليلة أو كثيرة ، وإن أحرم من موضع من الحرم خارج مكة ولم يعد إلى مكة ، فهل هو كمن أحرم من مكة ؟ أم كمن أحرم من الحل ؟ قال صاحب الشامل والبيان : فيه وجهان : وقيل قولان (أحدهما) كمكة لأنهما سواء فى الإحرام ، وتحريم الصيد وغيره (والثانى) كالحل لأن مكة صارت ميقاته فهو كمن لزمه الإحرام من قريته التى بين مكة والميقات فجاوزها وأحرم ، وهذا الثانى أصح •

(فـرع) قال صاحب البيان : قال الشافعى فى القديم : إذا حج رجل لنفسه من ميقات فى أشهر الحج ، فلما تحلل منه أحرم بالعمرة عن نفسه من أدنى الحل ، أو تمتع أو قرن لنفسه من الميقات ، ثم اعتمر عن نفسه من أدنى الحل ، لم يلزمه عن العمرة المتأخرة دم ، وكذا لو أفرد عن غيره فحج ثم اعتمر عنه من أدنى الحل ، أو تمتع أو قرن عن زيد ثم أحرم عنه بالعمرة من أدنى الحل ، لم يجب عليه إلا دم القران والتمتع ، قال : فأما إذا اعتمر عن نفسه من الميقات ثم حج عن غيره من مكة ، أو حج عن نفسه من الميقات ثم اعتمر عن غيره من أدنى الحل ، فعليه الدم خلافا لأبى حنيفة • دليلنا أن الإحرامين إذا كانا عن شخصين وجب فعلهما من الميقات ، فإذا ترك الميقات فى أحدهما لزم الدم كمن مر بالميقات مريدا للنسك •

وإن أحرم بعد مجاوزته قال صاحب البيان : وعلى قياس هذا إذا أحرم الأجير بالعمرة من الميقات عن المستأجر ، وتحلل منها ، ثم أقام يعتمر

عن نفسه من أدنى الحل ، ثم أحرم بالحج من مكة عن المستأجر لزمه الدم للعمرة التى أحرم بها عن نفسه من أدنى الحل ، ولا يلزم الدم لما بعدها من العمر لأن الواجب عليه أن يحرم عن نفسه من الميقات بنسك واحد • هذا آخر كلام صاحب البيان •

(فرع) إذا فرغ المتمتع من أفعال العمرة صار حلالا ، وحل له الطيب واللباس والنساء وكل محرمات الاحرام ، سواء كان ساق الهدى أم لا ، هذا مذهبنا لا خلاف فيه عندنا ، وبه قال مالك • وقال أبو حنيفة وأحمد : إن لم يكن معه هدى تحلل كما قلنا ، فإن كان معه هدى لم يجز أن يتحلل ، بل يقيم على إحرامه حتى يحرم بالحج ويتحلل منهما جميعا ، لحديث حفصة رضى الله عنها أنها قالت لرسول الله : « ما شأن الناس حلوا لعمرة ولم تحلل أنت من عمرتك ؟ قال : إنى لبدت رأسى وقلدت هديى فلا أحل حتى أنحر » رواه البخارى ومسلم •

واحتج أصحابنا بأنه متمتع أكمل أفعال عمرته فتحلل ، كمن لم يكن معه هدى (وأما) حديث حفصة فلا حجة لهم فيه لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان مفردا أو قارنا كما سبق إيضاحه • ولهذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لو استقبلت من أمرى ما استدبرت لما سقت الهدى ولجعلتها عمرة » وقد سبق بيانه ، (فإن قيل :) فقد ثبت فى صحيح مسلم عن عائشة قالت : « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حجة الوداع فمنا من أهل بعمرة ، ومنا من أهل بحجة ، حتى قدمنا مكة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أحرم بعمرة ولم يهد فليحلل ، ومن أحرم بعمرة وأهدى فلا يتحلل ، حتى ينحر هديه ، ومن أهل بحجة فليتم حجه » فالجواب أن هذه الرواية مختصرة من روايتين ذكرهما مسلم قبل هذه الرواية وبعدها ، قالت : « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع فأهللنا بعمرة ، ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من

كان معه هدى فليهلل بالحج من العمرة ، ثم لا يحل حتى يحل منهما جميعا » فهذه الرواية مفسرة للأولى ، ويتعين هذا التأويل ، لأن القصة واحـدة فصحت الروايات •

(فـرع) إذا تحلل المتمتع من العمرة استحب له أن لا يحرم بالحج إلا يوم التروية ، وهو الثامن من ذى الحجة ، هذا إن كان واجد الهدى ، وإن كان عادمه استحب له تقديم الإحرام بالحج قبل اليوم السادس ، لأن فرضه الصوم ، ولا يجوز إلا بعد الإحرام بالحج ، وواجبه ثلاثة أيام فى الحج وسبعة إذا رجع ، ويستحب أن لا يصوم يوم عرفة فيتعين ثلاثة أيام قبله • وهى السادس والسابع والثامن ، هـذا مذهبنـا وثبت ذلك فى الصحيحين عن ابن عمر من فعله ، وبه قال بعض المـالكية وآخرون ، منهم عطاء بن أبى رباح وسعيد بن جبير وأحمد وإسحق وابن المنذر وآخرون وقال مالك وآخرون : الأفضل أن يحرم من أول ذى الحجة ، سواء كان واجدا للهدى أم لا ، وحكاه ابن المنـذر عن عمر بن الخطاب وأبى ثور ونقله القاضى عن أكثر الصحابة والعلماء والخلاف فى الاستحباب ، فكلاهما جائز بالإجماع •

دليلنا ما ثبت عن جابر رضى الله عنه أنه قال : « حججنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام ساق الهدى معه ــ يعنى حجة الوداع ــ وقد أهلوا بالحج مفردا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أحلوا من إحرامكم فطوفوا بالبيت ، وبين الصفا والمروة وقصروا وأقيموا حلالا ، حتى إذا كان يوم التروية فأهلوا بالحج واجعلوا التى قدمتم بها متعة » وفى رواية قال : « تحللنا فواقعنا النساء وتطيبنا ولبسنا ثيابنا وليس بيننا وبين عرفة إلا أربع ليال ، ثم أهللنا يوم التروية يعنى بالحج » وفى رواية : « فلما كان يوم التروية أهللنا بالحج » وفى رواية : « حتى إذا كان يوم التروية وجعلنـا مكة بظهر أهللنا بالحج » وفى رواية : « أمرنا النبى صلى الله عليه وسلم لمـا أهللنا أن نحرم إذا توجهنا إلى منى » •

هذه الروايات كلها فى صحيح مسلم وبعضها فى البخارى أيضـا • وثبت فى الصحيحين عن ابن عمر « أنه كان إذا كان بمكة يحرم بالحج يوم التروية فقال له عبيد [1] بن جريج فى ذلك فقال : إنى لم أر رسول الله صلى الله عليه وسلم يهل حتى تنبعث به راحلته » قال العلمـاء : أجابه ابن عمر بضرب من القياس حيث لم يتمكن من الاستدلال بنفس فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم على المسألة بعينها ، فاستدل بما فى معناه ووجه قياسه أن النبى صلى الله عليه وسلم إنما أحرم عند الشروع فى أفعال الحج والذهاب إليه فأخر ابن عمر الإحرام إلى حال شروعه فى الحج والذهاب وتوجهه إليه وهو يوم التروية لأنهم حينئذ يخرجون من مكة إلى منى والله أعلم •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى مسائل سبقت (منهـا) إذا أحرم بالعمرة فى غير أشهر الحج وفعل أفعالها فى أشهره فقد ذكرنا أن الأصح عندنا أنه ليس عليه دم التمتع ، وبه قال جابر بن عبد الله وقتادة وأحمـد وإسحق ودواد والجمهور ، وقال الحسن والحكم وابن شبرمة يلزمه (ومنها) إذا عاد المتمتع لإحرام الحج إلى الميقات سقط عنه دم التمتع عندنا • وقال أبو حنيفة : لا يسقط (ومنها) حاضر المسجد الحرام عندنا من كان فى المسجد الحرام ، أو بينه وبينه مسافة لا تقصر فيها الصلاة ، وقال ابن عباس وطاوس ومجاهد والثورى : هو من كان بالحرم خاصة ، وقال مالك : هم أهل مكة وذى طوى وقال مكحول : هم من كان أهله دون الميقات ، وحكاه ابن المنذر عن نص الشافعى فى القديم •

وقال محمد بن الحسن : هو من كان من أهل الميقات أو دونه (ومنها) قال ابن المنذر : أجمع العلماء على أن لمن أهل بعمرة فى أشـهر الحج أن يدخل عليها الحج ، ما لم يفتتح الطواف بالبيت ، قال : واختلفوا فى إدخاله عليها بعد افتتاح الطواف فجوزه مالك ومنعه عطاء والشافعى وأبو ثور ،

---

(1) تابعى من الطبقة الثالثة ثقة (ط) •

وقال : واختلفوا فى إدخال العمرة على الحج فقال أصحابنا : يجوز ويصير قارنا ، وعليه دم القران • وهو قول قديم للشافعى ومنعه الشافعى فى مصر ، ونقل منعه عن أكثر من لقيه • قال ابن المنذر وبقول مالك أقول (ومنها) وقال : ابن المنذر أجمع العلماء على أن من دخل مكة بعمرة فى أشهر الحج مريدا للمقام بها ثم حج من مكة أنه متمتع ، يعنى وعليه الدم (ومنها) إذا خرج المكى إلى بعض الآفاق لحاجة ثم عاد وأحرم بالعمرة منه أو من ميقاته وحج من عامه فلا دم عليه عندنا ، وقال طاوس : يجب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجب دم التمتع بالإحرام بالحج لقوله تعالى : (فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى) ولأن شرائط الدم إنما توجد بوجود الإحرام بالحج ، فوجب ان يتعلق الوجوب به ، وفى وقت جوازه قولان (احدهما) لا يجوز قبل ان يحرم بالحج ، لأن الذبح قربة تتعلق بالبدن فلا يجوز قبل وجوبها كالصوم والصلاة (والثانى) يجوز بعد الفراغ من العمرة ، لأنه حق مال يجب بسببين ، فجاز تقديمه على احدهما كالزكاة بعد ملك النصاب) •

(الشرح) قوله : يتعلق بالبدن احتراز من الزكاة (وقوله) حق مال احتراز من الصلاة والصوم (وقوله) يجب بسببين احتراز من حق مال يجب بسبب واحد ككفارة الجماع فى نهار رمضان وغيرها مما قدمنا بيانه فى آخر باب تعجيل الزكاة •

اما حكم المسالة فقد سبق أن دم التمتع واجب بإجماع المسلمين ، ووقت وجوبه عندنا الإحرام بالحج بلا خلاف (وأما) وقت جوازه فقال أصحابنا : لا يجوز قبل الشروع فى العمرة بلا خلاف ، لأنه لم يوجد له سبب ، ويجوز بعد الإحرام بالحج بلا خلاف ولا يتوقف بوقت كسائر دماء الجبران ، لأن الأفضل ذبحه يوم النحر ، وهل تجوز إراقته بعد التحلل من

العمرة وقبل الإحرام بالحج ؟ فيه قولان مشهوران ، وحكاهما جماعة وجهين ، والمشهور قولان ، وذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) الجواز فعلى هذا هل يجوز قبل التحلل من العمرة ؟ فيه طريقان (أحدهما) لا يجوز قطعا ، وهو مقتضى كلام المصنف وكثيرين ، ونقله صاحب البيان عن أصحابنا العراقيين ، ونقل الماوردى اتفاق الأصحاب عليه (والثانى) فيه وجهان (أصحهما) لا يجوز (والثانى) يجوز لوجود بعض السبب ، حكاه أصحابنا الخراسانيون وصاحب البيان ، فالحاصل فى وقت جوازه ثلاثة أوجه أحدها بعد الإحرام بالعمرة (وأصحها) بعد فراغها (والثالث) بعد الإحرام بالحج •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى وقت وجوب دم التمتع • ذكرنا أن مذهبنا وجوبه بالإحرام بالحج ، وبه قال أبو حنيفة وداود ، وقال عطاء : لا يجب حتى يقف بعرفات وقال مالك : لا يجب حتى يرمى جمرة العقبة (وأما) جوازه فذكرنا أنه يجوز عندنا بعد الإحرام بالحج بلا خلاف ، وفيما قبله خلاف • وقال مالك وأبو حنيفة : لا يجوز قبل يوم النحر ، واستدل أصحابنا بقوله تعالى : (فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى) ومعناه فعليه ما استيسر ، وبمجرد الإحرام يسمى متمتعا فوجب الدم حينئذ ، ولأن ما جعل غاية تعلق الحكم بأوله كقوله تعالى : (ثم أتموا الصيام إلى الليل) ولأن شروط التمتع وجدت فوجب الدم والله أعلم •

قال العلماء : قوله تعالى : (فمن تمتع بالعمرة) أى بسبب العمرة ، لأنه إنما يتمتع بمحظورات الإحرام بين الحج والعمرة ، بسبب العمرة قالوا : والتمتع هنا التلذذ والانتفاع ، يقال : تمتع به أى أصاب منه وتلذذ به ، والمتاع كل شىء ينتفع به والله أعلم • واحتج به مالك وأبو حنيفة فى أن دم التمتع لا يجوز قبل يوم النحر بالقياس على الأضحية • واحتج أصحابنا عليهما بالآية الكريمة ، ولأنهما وافقا على جواز صوم التمتع قبل

يوم النحر ، أعنى صوم الأيام الثلاثة ، فالهدى أولى ، ولأنه دم جبران فجاز بعد وجوبه وقبل يوم النحر ، كدم فدية الطيب واللباس وغيرهما ، ويخالف الأضحية لأنه منصوص على وقتها والله أعلم •

(فــرع) قال أصحابنا : دم التمتع شاة صفتها صفة الأضحية ، قال أصحابنا : ويقوم مقامها سُبُع بدنة أو سُبُع بقرة •

قال المصنف رحمه الله تعــالى

(فإن لم يكن واجدا للهدى فى موضعه انتقل إلى الصوم ، وهو صوم ثلاثة أيام فى الحج وسبعة إذا رجع ، لقوله تعالى : (فمن لم يجد فصــيام ثلاثة أيام فى الحج وسبعة إذا رجعتم تلك عشرة كاملة) فأما صوم ثلاثة أيام (فى الحج) فلا يجوز قبل الإحرام بالحج ، لأنه صوم واجب . فلا يجوز قبل وجوبه كصوم رمضان ، ويجوز بعد الإحرام بالحج إلى يوم النحر ، والمستحب أن يفرغ منه قبل يوم عرفة فإنه يكره للحاج صوم يوم عرفة ، وهل يجوز صيامها فى أيام التشريق ؟ فيه قولان ، وقد ذكرناهما فى كتاب الصيام (وأما) صوم السبعة ففيه قولان ، قال فى حرمله : لا يجوز حتى يرجع إلى اهله ، لمــا روى جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((من كان معــه هَدْى فليهد ، ومن لم يكن يجد فصيام ثلاثة أيام فى الحج ، وسبعة إذا رجع إلى اهله)) وقال فى الإملاء : يصوم إذا أخذ فى السير خارجا من مكة لقوله تعالى : (وسبعة إذا رجعتم) وابتداء الرجوع إذا ابتدأ بالسير من مكة ، فإذا قلنــا بهذا ففى الأفضل قولان (احدهما) الأفضل أن يصوم بعد الابتداء بالسير لأن تقديم العبادة فى أول وقتها افضل (والثانى) الأفضل أن يؤخر إلى أن يرجع إلى الوطن ليخرج من الخلاف فإن لم يصم الثلاثة حتى رجع إلى أهله لزمه صوم عشرة أيام . وهل يشترط التفريق بينهما ؟ وجهان (احدهما) ليس بشرط لأن التفريق وجب بحكم الوقت ، وقد فات فسقط ، كالتفريق بين الصلوات (والثانى) انه يشترط وهو المذهب ، لأن ترتيب احدهما على الآخر لا يتعلق بوقت فلم يسقط بالفوات كترتيب افعال الصلاة (فإن قلنا) بالوجه الأول صام عشرة أيام كيف شاء (وإن قلنا) بالمذهب فرق بينهما بمقدار ما وجب التفريق بينهما فى الأداء) •

(الشرح) أما حديث جابر فرواه البيهقى من رواية جابر بإسناد جيد ، ورواه البخارى ومسلم من رواية ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم بلفظه هذا •

واما احكام الفصل فقال أصحابنا : إذا وجد المتمتع الهدى فى موضعه لم يجز له العدول إلى الصوم لقوله تعالى : (فمن لم يجد) وهذا مجمع عليه ، فإن عدم الهدى فى موضعه لزم صوم عشرة أيام ، سواء كان له مال غائب فى بلده أو غيره ، أم لم يكن ، بخلاف الكفارة فإنه يشترط فى الانتقال إلى الصوم فيها العدم مطلقا ، والفرق أن بدل الدم مؤقت بكونه فى الحج ولا توقيت فى الكفارة ولأن الهدى يختص ذبحه بالحرم بخلاف الكفارة ، قال أصحابنا : فإن وجد الهدى وثمنه لكنه لا يباع إلا بأكثر من ثمن المثل فهو كالمعدوم ، فله الانتقال إلى الصوم ولو وجد الثمن وعدم الهدى فى الحال وعلم أنه يجده قبل فراغ الصوم هل يجوز الانتقال إلى الصوم ؟ فيه قولان حكاهما البغوى (أصحهما) الجواز وهو مقتضى كلام الجمهور ، وسبق مثل هذا الخلاف فى التيمم •

قال البغوى : ولو كان يرجو الهدى ولا يتيقنه جاز الصوم ، وهل يستحب انتظار الهدى ؟ فيه قولان كالتيمم ، قال : فإن لم يجد هديا لم يجز تأخير الصوم لأنه مضيق ، كمن عدم الماء يصلى بالتيمم ، ولا يجوز التأخير بخلاف جزاء الصيد ، فإنه يجوز تأخيره إذا غاب ماله ، لأنه يقبل التأخير ككفارة القتل والجماع والله أعلم • ثم الصوم الواجب يقسم ثلاثة وسبعة ، فالثلاثة يصومها فى الحج ، ولا يجوز تقديمها على الإحرام بالحج ، ولا يجوز صوم شىء منها يوم النحر ، وفى أيام التشريق قولان سبقا فى كتاب الصيام • ويستحب صوم جميع الثلاثة قبل يوم عرفة ، لأنه يستحب للحاج فطر يوم عرفة (وأما) قول المصنف : يكره صومه فخلاف عبارة الجمهور كما سبق فى بابه ، وإنما يمكنه هذا إذا تقدم إحرامه بالحج على اليوم السادس من ذى الحجة •

وقال أصحابنا : يستحب للمتمتع الذى هو من أهل الصوم أن يحرم بالحج قبل السادس • وحكى الحناطى وجها أنه إذا لم يتوقع هديا وجب تقديم الإحرام بالحج على السابع ، ليمكنه صوم الثلاثة قبل يوم النحر (والمذهب) أنه مستحب لا واجب (وأما) واجد الهدى فيستحب أن يحرم بالحج يوم التروية ، وهو الثامن من ذى الحجة ، وقد سبق بيانه قريبا ولا يجوز تأخير الثلاثة ولا شىء منها عن يوم عرفة ، نص عليه الشافعى فى المختصر ، وتابعه الأصحاب • ودليله قوله تعالى : (ثلاثة أيام فى الحج) •

قال أصحابنا : وإذا فات صوم الثلاثة فى الحج لزمه قضاؤها ، ولا دم عليه ، وخرج ابن سريج وأبو إسحاق المروزى قولا أنه يسقط الصوم ويستقر الهدى فى ذمته ، حكاه الشيخ أبو حامد والماوردى وآخرون عن أبى إسحق ، وحكاه المحاملى وابن الصباغ وآخرون عن ابن سريج ، وحكاه صاحب البيان وآخرون عنهما • والمذهب الأول ، قال أصحابنا : ويحصل فواتها بفوات يوم عرفة إن قلنا : لا يجوز صوم أيام التشريق ، وإن جوزناه حصل الفوات بخروج أيام التشريق ، ولا خلاف أنها تفوت بخروج أيام التشريق حتى لو تأخر طواف الزيارة عن أيام التشريق كأن بعد فى الحج ، وكان صوم الثلاثة بعد التشريق قضاء وإن بقى الطواف ، لأن تأخيره بعيد فى العادة فلا يحمل على قول الله تعالى (ثلاثة فى الحج) هكذا ذكره إمام الحرمين وآخرون ، وحكى البغوى فيه وجها آخر ، قال أصحابنا : (فإن قلنا :) أيام التشريق يجوز له صومها فصامها كان صومها أداء والله أعلم •

(وأما) السبعة فوقتها إذا رجع ، وفى المراد بالرجوع قولان مشهوران ، ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) عند الأصحاب الرجوع إلى أهله ووطنه ، نص عليه الشافعى فى المختصر وحرملة (والثانى) أنه الفراغ من الحج ، وهو نصه فى الإملاء (فاذا قلنا) بالوطن فالمراد به كل

ما يقصد استيطانه بعد فراغه من الحج ، سواء كان بلده الأول أم غيره • قال أصحابنا : فلو أراد أن يتوطن مكة بعد فراغه من الحج صام بها ، وإن لم يتوطنها لم يصح صومه بهـا ، وهل يجوز فى الطريق وهو متوجه إلى وطنه ؟ فيه طريقان (أصحهما) القطع بأنه لا يجوز ، وبه قطع العراقيون (والثانى) فيه وجهان (أصحهما) لا يجوز ، لأنه قبل وقته (والثانى) يجوز ، لأنه يسمى راجعا • حكاه الخراسانيون •

(وإن قلنا :) المراد بالرجوع الفراغ فأخره حتى رجع إلى وطنـه جاز ، وهل هو أفضل أم التقديم ؟ فيه قولان مشهوران ، ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) التأخير أفضل ، ولا يجوز صـوم شىء من السبع فى أيام التشريق ، وإن جوزنا صـيامها لغيره فهذا لا خلاف فيـه ، لأنه لا يسمى راجعا ، ولأنه يعد فى الحج وإن تحلل • وحكى الخراسانيون قولا أن المراد بالرجوع الرجوع إلى مكة من منى ، وجعل إمام الحرمين والغزالى هذا قولا غير قول الفراغ من الحج ، قال الرافعى : ومقتضى كلام كثير من الأصحاب أنهما شىء واحد ، قال : وهو الأشبه ، قال : وعلى تقدير كونه قولا آخر يتفرع عليه أنه لو رجع من منى إلى مكة صح صومه ، وإن تأخر طواف الوداع ، وهذا الذى قاله الرافعى عجب ، فإن الرجوع إلى مكة غير الفراغ فقد يفرغ ويتأخر عن مكة يوما أو أياما بعد التشريق •

وذكر المـاوردى خلافا فى معنى نصه فى الإملاء قال : قال أصحابنا البصريون : مذهبه فى الإملاء أنه يصومها بعد شروعه من مكة إلى وطنه ، ولا يجوز صومها فى مكة قبل خروجه ، قال : وقال أصحابنا البغداديون : مذهبه فى الإملاء أنه يصومها إذا رجع إلى مكة من منى بعد فراغ مناسكه ، سواء أقام بمكة أو خرج منها ، وهـذا الخلاف الذى حكاه المـاوردى حكاه أيضا صاحب الشامل وآخرون فحصل فى المراد بالرجوع أربعـة أقوال (أصحها) إذا رجع إلى أهله (والثانى) إذا توجه من مكة راجعـا

إلى أهله (والثالث) إذا رجع من منى إلى مكة (والرابع) إذا فرغ من أفعال الحج وإن لم يرجع إلى مكة والله أعلم •

(وأما) من بقى عليه طواف الإفاضة فلا يجوز صيامه ، سواء قلنا : الرجوع إلى أهله أم الفراغ ، سواء كان بمكة أو فى غيرها ، وحكى الدارمى فيه وجها ضعيفا أنه يجوز إذا قلنا الرجوع الفراغ • قال أصحابنا : وإذا لم يصم الثلاثة فى الحج ورجع ، لزمه صوم العشرة ، فالثلاثة قضاء والسبعة أداء ، وفى الثلاثة القول المخرج السابق أنه لا يصومها ، بل تستقر الهدى فى ذمته ، فعلى المذهب هل يجب التفريق بين الثلاثة والسبعة ؟ فيه قولان ، وقيل وجهان ، وهما مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) عند المصنف والجمهور : يجب ، قال صاحب الشامل : وبهذا الوجه قال أكثر أصحابنا ، ممن صرح بتصحيحه المصنف والماوردى (وأصحهما) عند إمام الحرمين لا يجب فعلى الأول هل يجب التفريق بقدر ما يكون تفريق الأداء ؟ فيه قولان (أحدهما) لا ، بل يكفى التفريق بيوم ، نص عليه الشافعى فى الإملاء وبه قال أبو سعيد الإصطخرى (وأصحهما) يجب ، وفى قدره أربعة أقوال تتولد من أصلين سبقا ، وهما صوم المتمتع أيام التشريق ، وأن الرجوع من ماذا ؟•

(فإن قلنا) بالأصح إن المتمتع ليس له صوم أيام التشريق ، وأن الرجوع رجوعه إلى الوطن فالتفريق بأربعة أيام ، ومدة إمكان السير إلى أهله على العادة الغالبة ، وبهذا جزم المصنف وغيره (وإن قلنا) له صومها ، والرجوع هو الرجوع إلى الوطن ، فالتفريق بمدة إمكان السير فقط (وإن قلنا) له صومها والرجوع الفراغ فوجهان (أصحهما) لا يجب التفريق ، لأنه ليس فى الأداء تفريق ، وبه قطع صاحبا الشامل والبيان (والثانى) يجب التفريق بيوم ، لأن التفريع كله على وجوب التفريق •

فإن أردت اختصار الأقوال التى تجىء فيمن لم يصم الثلاثة فى الحج

كانت ستة (إحداها) لا صوم بل ينتقل إلى الهدى (والثانى) عليه صوم عشرة أيام متفرقة أو متتابعة (والثالث) عشرة ويفرق بيوم فصاعدا (والرابع) يفرق بأربعة فقط (والخامس) يفرق بمـدة إمكان السير (والسادس) بأربعة ومدة إمكان السير ، وهذا أصحها فلو صام عشرة متوالية وقلنـا بالمذهب : وهو وجوب قضاء الثلاثة أجزأه إن لم نشترط التفريق ، فإن شرطناه واكتفينا بالتفريق بيوم لم يعتد باليوم الرابع ، ويستحب ما بعده ، فيصوم يوما آخر ، هذا هو الصحيح المشهور ، وفى وجه لا يعتد بشىء سوى الثلاثة حكاه الفورانى وآخرون ، وفى وجه الإصطخرى لا يعتد بالثلاثة أيضا إذا نوى السابع ، وهما شاذان ضعيفان ، وممن حكى هذا الأخير الدارمى والمـاوردى والرافعى وآخرون .

قال المـاوردى : هذا الذى قاله الإصـطخرى غلط فاحش ، لأن تفريق الصوم ومتابعته يتعلق بالفعل لا بالنية ، ولأن فسـاد بعض الأيام لا يلزم منه فساد غيره فلا يجوز إفساد الثلاثة لفساد السبعة ، قال أصحابنا : وإن شرطنا التفريق بأكثر من يوم لم يعتد بذلك القدر . هكذا ذكر الأصحاب هذا التفصيل وقال صاحب البيان بعد أن نقل هذا عن الأصحاب : ينبغى أن يقال فى القول الأخير يفرق بقدر مدة السير وثلاثة أيام لا أربعة ، وفى القول الخامس بقدر مدة السير إلا يوما ، واستدل له بما لا دلالة فيه .

قال صاحب الشامل والأصحاب : قال الشـافعى فى الإملاء : أقل ما يفرق بينهما بيوم ، قالوا : واختلف أصحابنا فى معناه فقال أبو إسحق : هذا تفريع على جواز صيام أيام التشريق عن كل صوم له سبب ، لأنه كان يمكنه أن يفرغ من الثلاثة يوم عرفة ويفطر يوم النحر ، ثم يصوم التشريق عن سبعة . قال صاحب الشامل : وهذا الوجه خطأ فاحش من قائله ، لأن صوم السبعة لا يجوز فى أيام التشريق بالإجماع ، لأنه إنما يجوز بعـد فراغ الحج أو بعد الرجوع إلى أهله ، ومن أصحابنا من قال : هذا قول

للشافعى مستقل ليس مبنيا على شىء ، لأن الله تعالى أمر بالتفريق بينهما ، والتفريق يحصل بيوم ، والله أعلم .

(فـرع) قال أصحابنا : كل واحد من صوم الثلاثة والسبعة لا يجب التتابع فيه ، لكن يستحب ، هكذا صرح به صاحب الشامل والجمهور ، وقال الدارمى : فى وجوب التتابع فى كل واحد منهما وجهـان ، وحكى المـاوردى والرافعى وغيرهما فى وجوب التتابع قولا مخرجا من كفـارة اليمين ، وهو شاذ ضعيف والمذهب ما سبق .

(فـرع) ينوى بهذا الصـوم صوم التمتع ، وإن كان قارنا نوى صوم القران ، وإذا صام الثلاثة فى الحج والسبعة بعد الرجوع لم يلزمه نية التفرقة . هذا هو المذهب ، وحكى الدارمى فيه طريقين (أحدهما) هذا (والثانى) فى وجوبه وجهـان حكاه عن حكاية ابن القطـان ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(فإن دخل فى الصوم ثم وجد الهدى فالافضل أن يهدى ولا يلزمه ، وقال المزنى : يلزمه كالمتيمم إذا رأى المـاء ، وإن وجد الهدى بعد الإحرام بالحج وقبل الدخول فى الصوم ، فهو مبنى على الأقوال الثلاثة فى الكفارات (احدها) ان الاعتبار بحال الوجوب ففرضه الصوم (والثانى) الاعتبار بحال الاداء ففرضه الهدى (والثالث) الاعتبار بأغلظ الحالين ففرضه الهدى) .

(الشرح) قال الشافعى والأصحاب : إذا شرع فى صوم التمتع الثلاثة أو السبعة ثم وجد الهدى لم يلزمه ، لكن يستحب أن يهدى ، وبمذهبنا قال مالك وأحمد وداود ، وقال المزنى : يلزمه ، وقال أبو حنيفة : يلزمه إن وجده فى الثلاثة ولا يلزمه فى السبعة ، والخلاف شبيه بالخـلاف بين الشافعى وبينهما فى رؤية المسافر المـاء فى أثناء صلاته بالتيمم ، وسـبق بيانه بدلائله ، وإن أحرم بالحج ولا هدى ثم وجده قبل شروعه فى الصوم

قال المصنف والأصحاب : ينبنى على أن الاعتبار فى الكفارة بماذا ؟ وفيها الأقوال التى ذكرها المصنف (وأصحها) الاعتبار بوقت الأداء فيلزمه الهدى ، وهو نص الشافعى فى هذه المسألة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجب على القارن دم لأنه روى ذلك عن ابن مسعود وابن عمر رضى الله عنهم ، ولأنه إذا وجب على المتمتع لأنه جمع بين النسكين فى وقت أحدهما فلأن يجب على القارن وقد جمع بينهما فى الإحرام أولى ، وإن لم يجد الهدى فعليه صوم التمتع ثلاثة أيام فى الحج وسبعة إذا رجع على ما بيناه) .

(الشرح) قال الشافعى والأصحاب : يلزم القارن دم بلا خلاف ، لما ذكره المصنف ، فإن لم يجد الهدى فعليه صوم التمتع كما سبق تفصيله وتفريعه وهذا الدم شاة كدم التمتع كما سبق . هكذا ذكره الشافعى والأصحاب فى جميع الطرق إلا الحناطى والرافعى ، فحكيا قولا قديما أنه بدنة ، وهو مذهب الشافعى . وقال طاوس وحكاه العبدرى عن الحسن ابن على وابن سريج وهو مذهب داود وابنه أبى بكر محمد بن داود : لا دم عليه ، وبالشاة قال مالك وأبو حنيفة وجمهور العلماء ، قال العبدرى : هو قول العلماء كافة سوى من ذكرنا .

وقال الشافعى فى المختصر : القارن أخف حالا من المتمتع ، قال أصحابنا : يحتمل أنه أراد بهذا الرد على الشعبى لأن القارن أحرم بالنسكين من الميقات بخلاف المتمتع فإذا كفى المتمتع شاة فالقارن أولى ، قالوا : ويحتمل أنه رد على طاوس لأن القارن أقل فعلا من المتمتع ، فإذا لزم المتمتع الدم فالقارن أولى ، وهذان التأويلان مشهوران ذكرهما القاضى أبو الطيب فى كتابيه ، والماوردى والمحاملى وابن الصباغ وسائر شراح المختصر ، قال الماوردى : التأويل الأول هو نصه فى القديم والثانى هو نصه فى الجديد .

(فـرع) قال الشافعى فى المختصر : فإن مات المتمتع قبل أن يصوم تصدق عما فاته صومه عن كل يوم بمد من حنطة ، هذا نصه ، وقال فى الأم إذا أحرم المتمتع بالحج لزمه الهدى ، فإن لم يجد فعليه الصيام ، فإن مات من ساعته ففيه قولان (أحدهما) يهدى عنه (والثانى) لا هدى ولا إطعام • هذا نصه فى الأم ، قال أصحابنا فى شرح هذه المسألة : إذا مات المتمتع بعد فراغه من الحج ــ وهو واجد للهدى ، ولم يكن أخرجه ــ وجب إخراجه من تركته بلا خلاف كسائر الديون المستقرة ، وإن مات فى أثناء الحج فقولان مشهوران (أصحهما) لا يسقط الدم لأنه وجب بالإحرام بالحج فلا يسقط ، فيجب إخراجه من تركته ، كما لو مات وعليه دم الوطء فى الإحرام أو دم اللباس وغيره (والثانى) يسقط لأنه إنما يجب بالتمتع لتحصيل الحج ، ولم يحصل الحج بتمامه • هكذا أطلق الجمهور صورة القولين فيما إذا مات قبل فراغ الحج وهو موسر ، وذكرهما الماوردى فيمن مات قبل فراغ أركان الحج إشارة إلى أنه لو مات بعد فراغ الأركان وقد بقى الرمى والمبيت لزم الدم قولا واحدا ، وهذا هو الصواب ، وكلام الأصحاب محمول عليه ، لأن الحج قد حصل •

هذا كله فيمن مات وهو واجد الهدى ، فإن مات معسرا فقد مات وفرضه الصوم قال أصحابنا : فإن مات قبل تمكنه منه فقولان (أصحهما) يسقط لعدم التمكن كصوم رمضان (والثانى) يهدى عنه ، قال أصحابنا : وهذا القول يتصور فيما إذا لم يجد الهدى فى موضعه ، وله فى بلده مال أو وجده بأكثر من ثمن مثله ، فأما إذا لم يكن له مال أصلا ولم يتمكن من الصوم فيسقط عنه قطعا ، وإن تمكن من الصوم فلم يصم حتى مات ، فهل هو كصوم رمضان ؟ فيه طريقان (أصحهما) نعم فيصوم عنه وليه على القول القديم ، وفى الجديد يطعم عنه من تركته لكل يوم مد ، فإن كان تمكن من الأيام العشرة وجب عشرة أمداد ، وإلا فبالقسط ، وهل يتعين صرفه إلى فقراء الحرم ومساكينه ؟ فيه قولان حكاهما الماوردى وآخرون

(أحدهمـــا) يتعينـــون ، فإن فرقت على غيرهم لم يجز ، لأنه مال وجب بالإحرام فتعين لأهل الحرم كالدم (وأصحهما) لا يتعينون ، بل يستحب صرفه إليهم فإن صرف إلى غيرهم جاز ، لأن هذا الإطعام بدل عن الصوم الذى لا يختص بالحرم فكذا بدله .

(والطريق الثانى) لا يكون كصوم رمضان ، فعلى هذا فيه قولان (أصحهما) الرجوع إلى الدم لأنه أقرب إلى هـــذا الصوم من الأمداد ، فيجب فى ثلاثة أيام إلى العشرة شاة ، وفى يوم ثلث شاة ، وفى يومين ثلثاها ، وأشار أبو إسحق المروزى إلى أن اليوم واليومين كإتلاف المحرم شعرة أو شعرتين وفى الشعرة ثلاثة أقوال مشهورة (أحدها) مد (والثانى) درهم (والثالث) ثلث شاة ، وغلّط أصحابنا أبا إسحق فى هذا ، ونقل تغليطه عن الأصحاب صاحب الشامل وغيرهم (والقول الثانى) لا يجب شىء أصلا ، وأما المتمكن المذكور فصوم الثلاثة يتمكن منه بأن يحرم بالحج فى زمن يسع صومها قبل الفراغ . ولا يكون عارض من مرض وغيره وذكر إمام الحرمين أنه لا يجب شىء فى تركته ما لم ينته إلى الوطن ، لأن دوام السفر كدوام المرض ولا يزيد تأكيد الثلاثة على صوم رمضان .

وهذا الذى قاله ضعيف ، لأن صوم الثلاثة يجب إيقـــاعه فى الحج بالنص ، وإن كان مسافرا فليس السفر عذرا فيه بخلاف رمضان (وأما) السبعة (فإن قلنا) الرجوع إلى الوطن فلا يمكن قبله (وإن قلنا) الفراغ من الحج فلا يمكن قبله ثم دوام السفر عذر ، هكذا قاله الإمام ، وقال القاضى حسين : إذا استحببنا التأخير إلى وصوله الوطن تفريعا على قول الفراغ فهل يهدى عنه إذا مات ؟ فيه وجهان .

(فـــرع) فى مذاهب العلماء فى متمتع لم يجـــد الهدى فانتقل إلى الصوم قد ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يجوز أن يصوم إلا بعد إحرامه بالحج ، وبه قال مالك وروى عن ابن عمر وعائشة وإسحق وابن المنذر (وقال)

أبو حنيفة يجوز فى حال العمرة وعن أحمد روايتان كالمذهبين • دليلنا ما ذكره المصنف •

(فرع) لو فاته صوم الأيام الثلاثة فى الحج لزمه قضاؤها ولا دم عليه هذا مذهبنا المشهور وبه قال مالك • وقال أبو حنيفة : عليه دمان أحدهما للتمتع والثانى لتأخير الصوم • وعن أحمد ثلاث روايات (أصحها) كأبى حنيفة (والثانية) دم واحد (والثالثة) يفرق بين المعذور وغيره • دليلنا أنه صوم واجب مؤقت ، فإذا فات وجب قضاؤه كرمضان لا غير (وأما) صوم السبعة فقد ذكرنا أن الصحيح عندنا أنه يصومها إذا رجع إلى أهله وبه قال ابن عمر وعطاء ومجاهد وقتادة وابن المنذر (والثانى) يصومها إذا تحلل من حجه • وهو قول مالك وأبى حنيفة وأحمد والله أعلم • قال ابن المنذر : وأجمعوا على أن من وجد الهدى لا يحرم عليه الصوم ، والله أعلم •

باب المواقيت

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ميقات اهل المدينة ذو الحُلَيْفة ، وميقات أهل الشام الجحفة ، وميقات أهل نجد قرن ، وميقات أهل اليمن يلملم ، لما روى عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « يهل أهل المدينة من ذى الحليفة ، وأهل الشام من الجحفة ، وأهل نجد من قرن » قال ابن عمر رضى الله عنهما : « وبلغنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : يهل أهل اليمن من يلملم وأهل الشام من الجحفة » (وأما) أهل العراق فميقاتهم ذات عرق ، وهل هو منصوص عليه ؟ أو مجتهد فيه ؟ قال الشافعي رحمه الله فى الأم : هو غير منصوص عليه ووجهه ما روى عن ابن عمر قال : « لما فتح المصران اتوا عمر رضى الله عنه قالوا : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم حد لأهل نجد قرنا ، وإنا إذا اردنا ان ناتى قرنا شق علينا ، قال : فانظروا حذوها من طريقكم قال : فحد لهم ذات عرق » ومن أصحابنا من قال : هو منصوص عليه ومذهبه ما ثبتت به السنة والدليل عليه ما روى جابر بن عبد الله قال : « خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يهل أهل المشرق من ذات عرق » وروت عائشة رضى الله عنها « ان النبى صلى الله عليه وسلم وقت لأهل العراق ذات عرق » قال الشافعى رحمه الله : ولو اهلّ أهل المشرق من العقيق كان احب إلىّ لأنه روى عن ابن عباس قال: « وقت رسول الله صلى الله عليه وسلم لأهل المشرق العقيق » ولأنه ابعد من ذات عرق فكان افضل) .

(الشرح) حديث ابن عمر الأول رواه البخارى ومسلم من طرق هكذا ، ورواياه من رواية ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم « وقت لأهل المدينة ذا الحليفة ، ولأهل الشام الجحفة ، ولأهل نجدة قرن المنازل ، ولأهل اليمن يلملم ، وقال : هن لهن ولكل من أتى عليهن من غيرهن ممن أراد الحج والعمرة ، ومن كان دون ذلك فمن حيث أنشأ حتى أهل مكة من مكة » هذا لفظ رواية البخارى ومسلم وفى رواية لهما :

« فمن كان دونهن فمُهَلُّهُ من أهله ، وكذلك حتى أهل مكة يهلون منها » (وأما) حديث ابن عمر الثانى : « لما فتح المصران » إلخ فرواه البخارى فى صحيحه •

(وأما) حديث جابر فى ذات عرق فضعيف ، رواه مسلم فى صحيحه ، لكنه قال فى روايته عن أبى الزبير « أنه سمع جابرا يسأل عن المهل فقال : سمعت أحسبه رفع إلى النبى صلى الله عليه وسلم قال : ومهل أهل العراق من ذات عرق » فهذا إسناد صحيح لكنه لم يجزم برفعه إلى النبى صلى الله عليه وسلم ، فلا يثبت رفعه بمجرد هذا ، ورواه ابن ماجه من رواية إبراهيم بن يزيد الجوزى [1] ــ بضم الجيم المعجمة ــ بإسناده عن جابر مرفوعا بغير شك لكن الجوزى ضعيف لا يحتج بروايته ، ورواه الإمام أحمد فى مسنده عن جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم بلا شك أيضا ، لكنه من رواية الحجاج بن أرطاة وهو ضعيف •

وعن عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم « وقت لأهل العراق ذات عرق » رواه أبو داود والنسائى والدارقطنى وغيرهم بإسناد صحيح ، لكن نقل ابن عدى أن أحمد بن حنبل أنكر على أفلح بن حميد روايته هذه ، وانفراده به أنه ثقة وعن ابن عباس قال : « وقت رسول الله صلى الله عليه وسلم لأهل المشرق العقيق » رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث

---

(1) هكذا ضبطه الامام النووى بالجيم وهو خطأ لانه منسوب الى الخوز بالخاء المعجمة وهو شعب بمكة وليس منسوبا الى خوزستان قال فى الميزان : ابراهيم بن يزيد الخوزى المكى عن طاوس وعطاء وعدة وعنه وكيع وزيد بن الحباب وجماعة ، قال احمد والنسائى : متروك وقال ابن معين : ليس بثقة وقال البخارى سكتوا عنه ا هـ . ومثل هذا قال ابن حجر فى التقريب والتهذيب وقال فى اللسان : ابراهيم بن يزيد غير منسوب روى ابن عدى : حدثنا ابراهيم بن عبد السلام المكى عن ابراهيم بن يزيد عن سليمان عن طاوس عن ابن عباس رفعه « للسائل حق وان جاء على فرس » قال ابن عدى : ابراهيم هذا مجهول ولعله سرقه منه ابراهيم بن عبد السلام والظاهر انه ابراهيم بن يزيد الخوزى الى ان قال : قال ابن القطان : ان كان ابراهيم بن يزيد هو الخوزى والا فهو مجهول قلت : هو الخوزى لا ريب فيه مما يظهر لى والله يعلم ا هـ (المطيعى) •

حسن ، وليس كما قال ، فانه من رواية يزيد بن زياد وهو ضعيف باتفاق المحدثين • وعن الحارث بن عمرو السهمى الصحابى رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم وقت لأهل العراق ذات عرق » رواه أبو داود عن عطاء عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه وقت لأهل المشرق ذات عرق » رواه الشافعى والبيهقى باسناد حسن • وعن عطاء عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسلا ، وعطاء من كبار التابعين ، وقد قدمنا فى مقدمة هذا الشرح أن مذهب الشافعى الاحتجاج بمرسل كبار التابعين إذا اعتضد بأحد أربعة أمور (منها) أن يقول به بعض الصحابة أو أكثر العلماء ، وهذا قد اتفق على العمل به الصحابة ومن بعدهم ، قال البيهقى : هذا هو الصحيح من رواية عطاء أنه رواه مرسلا ، قال : قد رواه الحجاج بن أرطاة عن عطاء وغيره متصلا ، والحجاج ظاهر الضعف ، فهذا ما يتعلق بأحاديث الباب •

(وأما) ألقاب الفصل وألفاظه (فقوله) ذو الحليفة هو ــ بضم الحاء المهملة وبالفاء ــ وهو موضع معروف بقرب المدينة [1] بينه وبينها نحو ستة أميال ، وقيل غير ذلك ، وبينه وبين مكة نحو عشر مراحل فهو أبعد المواقيت من مكة (وأما) الجحفة فبجيم مضمومة ثم حاء مهملة ساكنة ــ ويقال لها : مهيعة ــ بفتح الميم والياء مع سكون الهاء بينهما ــ وهى قرية كبيرة بين مكة والمدينة على نحو ثلاث مراحل من مكة سميت جحفة ، لأن السيل جحفها فى الزمن الماضى •

(وأما) يلملم ــ بفتح الياء المثناة تحت ، واللامين ــ وقيل له : ألملم ــ بفتح الهمزة ــ وحكى صرفه وترك صرفه وهو على مرحلتين من مكة (وأما) قرن ــ فبفتح القاف وإسكان الراء ــ بلا خلاف بين أهل الحديث واللغة والتواريخ وغيرهم ، وهو جبل بينه وبين مكة مرحلتان ، ويقال له : قرن المبارك [2] (وأما) قول الجوهرى : إنه بفتح الراء وأن

---

(١) هذا المكان يعرف الآن عند العامة باسم (آبار على) (ط) .

(٢) جمع مبرك مكان بروك المطايا (ط) .

أويسا القرنى منسوب إليه فغلط باتفاق العلماء ، فقد اتفقوا على أنه غلط فيه فى شيئين فتح رائه ونسبة أويس إليه وإنما هو منسوب رضى الله عنه إلى قرن قبيلة من مراد بلا خلاف بين أهل المعرفة ، وقد ثبت فى صحيح مسلم عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « أويس بن عامر من مراد ثم من قرن » (وقوله) صلى الله عليه وسلم : « يهل » معناه يحرم برفع الصوت .

(وأما) ذات عرق ــ فبكسر العين المهملة ــ وهى قرية على مرحلتين من مكة ، وقد خربت (وأما) العقيق فقال الإمام أبو منصور الأزهرى فى تهذيب اللغة : يقال لكل مسيل ماء شقه السيل فأنهره ووسعه عقيق ، قال : وفى بلاد العرب أربعة أعقة وهى أودية عادية (منهـا) عقيق يدفق ماؤه فى غور تهامة ، وهو الذى ذكره الشافعى فقال : لو أهلوا من العقيق كان أحب إلى (وقوله :) لمـا فتح المصران ــ يعنى البصرة والكوفة ــ ومعنى فتحا نشآ أو أنشئا ، فإنهما أنشئا فى زمن عمر بن الخطاب رضى الله عنه فهما مدينتان إسلاميتان ، وقد أوضحتهما فى تهذيب اللغات .

أما الأحكام فقد قال ابن المنذر وغيره : أجمع العلماء على هـذه المواقيت . قال أصحابنا : ميقات الحج والعمـرة زمانى ومكانى (أما) الزمانى فسبق بيانه واضحا فى الباب الذى قبل هذا (وأما) المكانى فالناس فيه ضربان (أحدهما) المقيم بمكة مكيا كان أو غيره ، وفى ميقات الحج فى حقه وجهان ، وغيره قولان (أصحهما) نفس مكة ، وهو ما كان داخلا منها (والثانى) مكة وسائر الحرم ، وقال البندنيجى : دليل الأصح حديث ابن عباس السابق لأن مكة والحرم فى الحرمة سواء على الصحيح ، فعلى الأول لو فارق بنيـان مكة وأحرم فى الحرم فهو مسىء يلزمه الدم إن لم يعـد ، كمجاوزة سـائر المواقيت ، وعلى الثـانى حيث أحرم فى الحرم لا إساءة .

(أما) إذا أحرم خارج الحرم فمسيء بلا خلاف ، فيأثم ويلزمه الدم إلا أن يعود قبل الوقوف بعرفات إلى مكة على الأصح أو إلى الحرم على الثانى • قال أصحابنا : ويجوز الإحرام من كل موضع من مكة بلا خلاف ، لعموم حديث ابن عباس ، وفى الأفضل قولان ، وقيل : وجهان (أحدهما) أن يتهيأ للإحرام ويحرم من المسجد قريبا من الكعبة ، إما تحت الميزاب وإما فى غيره (وأصحهما) أن الأفضل أن يحرم من باب داره ، ويأتى المسجد محرما ، وبه قطع البغوى وغيره لعموم قوله صلى الله عليه وسلم : « ومن كان دون ذلك فمن حيث أنشأ » (وأما) الميقات الزمانى للمكى فهو كغيره ، لكن يستحب له الإحرام بالحج يوم التروية ، وهو الثامن من ذى الحجة ، وقد سبق بيانه واضحا فى الباب قبل •

(الضرب الثانى) غير المكى وهو صنفان (أحدهما) من مسكنه بين الميقات ومكة ، فميقاته القرية التى يسكنها أو الحلة التى ينزلها البدوى ، فإن أحرم بعد مجاوزتها إلى مكة فمسيء بلا خلاف ، ودليله حديث ابن عباس (الصنف الثانى) من مسكنه فوق الميقات الشرعى ، ويسمى هذا الأفقى [1] بضم الهمزة وفتحها ــ فيجب عليه الإحرام من ميقات بلده ، والمواقيت الشرعية خمسة (أحدها) ذو الحليفة وهو ميقات من توجه من المدينة (والثانى) الجحفة ميقات المتوجهين من الشام ومصر والمغرب ، هكذا قاله الأصحاب ، وأهمل المصنف ذكر مصر والمغرب مع أنه ذكر مصر فى التنبيه (الثالث) يلملم ميقات المتوجهين من اليمن (الرابع) قرن ميقات المتوجهين من نجد اليمن ونجد الحجاز ، هكذا قاله الشافعى فى المختصر والأصحاب ،

---

(1) فى لسان العرب : قال ثعلب : ورجل أفقى وافقى منسوب الى الآفاق او الى الافق الأخيرة من شاذ النسب وفى التهذيب : رجل أفقى بفتح الهمزة والفاء اذا كان من آفاق الارض اى نواحيها ، وبعضهم يقول : افقى بضمهما وهو القياس قال الكميت :

الفائقون الرائقون الآفقون على المآثر .

ويقال تآفق اذا جاءنا من أفق وهم حديث لقمان بن عاد حين وصف أخاه قال : صعاق آفاق . (ط) .

ولم ينبه المصنف على إيضاحه (الخامس) ذات عرق ميقات المتوجهين من العراق وخراسان •

قال أصحابنا : والمراد بقولنا : ميقات اليمن يلملم ، أى ميقات تهامة اليمن لا كل اليمن ، فإن اليمن تشمل نجدا وتهامة ، قال أصحابنا وغيرهم : والأربعة الأولى من هذه الخمسة نص عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم بلا خلاف ، وهذا مجمع عليه للأحاديث ، وفى ذات عرق وجهان ذكرهما المصنف وسائر الأصحاب (أحدهما) وهو نص الشافعى فى الأم كما ذكره المصنف وغيره ، أنه مجتهد فيه ، اجتهد فيه عمر رضى الله عنه لحديث ابن عمر السابق : « لما فتح المصران » (والثانى) وهو الصحيح عند جمهور أصحابنا أنه منصوص عليه من النبى صلى الله عليه وسلم وممن صرح بتصحيحه الشيخ أبو حامد فى تعليقه ، والمحاملى فى كتابيه المجموع والتجريد ، وصاحب الحاوى ، واختاره القاضى أبو الطيب فى تعليقه وصاحب الشامل وغيرهما ، قال الرافعى : وإليه ميل الأكثرين •

ورجح جماعة كونه مجتهدا فيه ، منهم القاضى حسين،وإمام الحرمين وغيرهما ، وقطع به الغزالى فى الوسيط ، قال إمام الحرمين : الصحيح أن عمر وقّته قياسا على قرن ويلملم ، قال : والذى عليه التعويل أنه باجتهاد عمر ، وذكر القاضى أبو الطيب فى تعليقه أن قول الشافعى قد اختلف فى ذات عرق ، فقال فى موضع : هو منصوص عليه ، وفى موضع ليس منصوصا عليه ، وممن قال : إنه مجتهد فيه من السلف طاوس وابن سيرين وأبو الشعثاء جابر بن زيد • وحكاه البيهقى وغيره عنهم ، وممن قال من السلف : إنه منصوص عليه ، عطاء بن أبى رباح وغيره • وحكاه ابن الصباغ عن أحمد وأصحاب أبى حنيفة •

(واحتج) من قال : إنه مجتهد فيه بحديث ابن عمر : « لما فتح المصران » (واحتج) القائلون بأنه منصوص عليه بالأحاديث السابقة فيه

عن النبى صلى الله عليه وسلم قالوا : وإن كانت أسانيد مفرداتها ضعيفة ، فمجموعها يقوى بعضه بعضا ، ويصير الحديث حسنا ، ويحتج به ،ويحمل تحديد عمر رضى الله عنه باجتهاده على أنه لم يبلغه تحديد النبى صلى الله عليه وسلم فحدده باجتهاده فوافق النص ، وكذا قال الشافعى فى أحد نصيه السابقين : إنه مجتهد فيه ، لعدم ثبوت الحديث عنده ، وقد اجتمعت طرقه عند غيره فقوى وصار حسنا ، والله أعلم .

قال الشافعى فى المختصر والمصنف وسائر الأصحاب : لو أحرم أهل المشرق من العقيق كان أفضل ، وهو واد وراء ذات عرق مما يلى المشرق ، وقال أصحابنا : والاعتماد فى ذلك على ما فى العقيق من الاحتياط ، قيل : وفيه سلامة من التباس وقع فى ذات عرق لأن ذات عرق قرية خربت وحول بناؤها إلى جهة مكة ، فالاحتياط الإحرام قبل موضع بنائها الآن ، قالوا : ويجب على من أتى من جهة العراق أن يتحرى ويطلب آثار القرية العتيقة . ويحرم حين ينتهى إليها ، قال الشافعى : ومن علاماتها المقابر القديمة ، فإذا انتهى إليها أحرم ، واستأنس المصنف والأصحاب فى ذلك مع ما ذكرناه من الاحتياط بحديث توقيت العقيق السابق ، والله أعلم .

(فــرع) قال أصحابنا : أعيان هذه المواقيت لا تشترط ، بل الواجب عينها أو حذوها ، قالوا : ويستحب أن يحرم من أول الميقات ، وهو الطرف الأبعد من مكة حتى لا يمر بشىء مما يسعى ميقاتا غير محرم ، قال أصحابنا : ولو أحرم من الطرف الأقرب إلى مكة جاز بلا خلاف لحصول الاسم .

(فــرع) قال أصحابنا : الاعتبار فى هذه المواقيت الخمسة بتلك المواضع لا باسم القرية والبناء ، فلو خرب بعضها ونقلت عمارته إلى موضع آخر قريب منه وسمى باسم الأول لم يتغير الحكم ، بل الاعتبار بموضع الأول .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(وهذه المواقيت لاهلها ولكل من مر بها من غير اهلها ، لمـا روى ابن عباس « ان النبى صلى الله عليه وسلم وقت لاهل المدينة ذا الحليفة ، ولأهل الشام الجحفة ، ولاهل نجد قرنا ، ولأهل اليمن يلملم ، وقال : هذه المواقيت لاهلها ولكل من اتى عليها من غير اهلها ممن أراد الحج والعمرة ، ومن كان داره دون ذلك فمن حيث ينشىء ، ثم كذلك اهل مكة يهلون من مكة ») .

(الشرح) حديث ابن عباس هذا رواه البخارى ومسلم ، وسـبق بيانه ولفظه فى أول الباب ، وهذا الحكم الذى ذكره المصنف متفق عليه ، فإذا مر شامى من طريق العراق أو المدينة ، أو عراقى من طريق اليمن ، فميقاته ميقات الإقليم الذى مر به ، وهكذا عادة حجيج الشام فى هـذه الأزمان أنهم يمرون بالمدينة فيكون ميقاتهم ذا الحليفة ولا يجوز لهم تأخير الإحرام إلى الجحفة .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(ومن سلك طريقا لا ميقات فيه من بر أو بحر فميقاته إذا حاذى أقرب المواقيت إليه لأن عمر رضى الله عنه لمـا اجتهد فى ميقات أهل العراق اعتبر ما ذكرناه) .

(الشرح) هذا الذى ذكره المصنف نص عليه الشافعى ، واتفق عليه الأصحاب ، قال أصحابنا : ويجتهد فيحرم من الموضع الذى يغلب على ظنه أنه حذو أقرب المواقيت إليه ، قالوا : ويستحب أن يستظهر حتى يتيقن أنه قد حاذى الميقات أو فوقه ، وأشار القاضى أبو الطيب فى تعليقـه إلى وجوب هذا الاستظهار ، والمذهب استحبابه ، والله أعلم . (وأما) إذا أتى من ناحية ولم يمر بميقات ولا حاذاه ، فقال أصحابنا : لزمه أن يحرم على مرحلتين من مكة اعتبارا بفعل عمر رضى الله عنه فى توقيته ذات عرق .

(فـرع) قال أصحابنا : إن سلك طريقا لا ميقات فيه لكن حاذى ميقاتين طريقه بينهما ــ فإن تسـاويا فى المسـافة إلى مكة ــ فميقـاته

ما يحاذيهما ، وإن تفاوتا فيهما وتساويا فى المسافة إلى طريقه فوجهان (أحدهما) يتخير إن شاء أحرم من المحاذى لأبعد الميقاتين ، وإن شاء لأقربهما (وأصحهما) يتعين محاذاة أبعدهما ، وقد يتصور فى هذا القسم محاذاة ميقاتين دفعة واحدة ، وذلك بانحراف أحد الطريقين والتوائه ، أو لوعورة وغيرها ، فيحرم من المحاذاة ، وهل هو منسوب إلى أبعد الطريقين أو أقربهما ؟ فيه وجهان حكاهما إمام الحرمين وغيره ، قال : وفائدتهما أنه لو جاوز موضع المحاذاة بغير إحرام وانتهى إلى موضع يفضى إليه طريقا الميقاتين ، وأراد العود لرفع الإساءة ، ولم يعرف موضع المحاذاة هل يرجع إلى هذا الميقات ؟ أم إلى ذاك ؟ ولو تفاوت الميقاتان فى المسافة إلى مكة وإلى طريقه فهل الاعتبار بالقرب إليه ؟ أم إلى مكة ؟ فيه وجهان (أصحهما) إليه والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن كانت داره فوق الميقات فله ان يحرم من الميقات ، وله أن يحرم من فوق الميقات ، لما روى عن عمر وعلى رضى الله عنهما أنهما قالا : « إتمامهما أن تحرم بهما من دويرة أهلك » وفى الأفضل قولان (أحدهما) ان الأفضل أن يحرم من الميقات ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم احرم من ذى الحليفة ، ولم يحرم من المدينة ، ولأنه إذا احرم من بلده لم يأمن ان يرتكب محظورات الإحرام ، وإذا احرم من الميقات أمن ذلك . فكان الإحرام من الميقات افضل (والثانى) أن الأفضل ان يحرم من داره ، لما روت ام سلمة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من أهل بحجة او عمرة من المسجد الأقصى إلى المسجد الحرام غفر له ما تقدم من ذنبه وما تأخر ، ووجبت له الجنة ») .

(الشرح) حديث إحرام النبى صلى الله عليه وسلم من ذى الحليفة صحيح مشهور مستفيض رواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما من رواية جماعة من الصحابة (وأما) حديث أم سلمة فرواه أبو داود وابن ماجه والبيهقى وآخرون ، وإسناده ليس بالقوى (وأما) الأثر عن عمر وعلى

رضى الله عنهما فرواه الشافعى وغيره بإسناد[1] (واعلم) أنه وقع فى المهذب فى حديث أم سلمة « وغفر له ما تقدم من ذنبه وما تأخر ووجبت له الجنة » بالواو ، وكذا وقع فى أكثر كتب الفقه والصواب « أو وجبت » بأو وهو شك من عبد الله بن عبد الرحمن بن يحنس أحد رواته ، هكذا هو بأو فى كتب الحديث ، وصرحوا بأن ابن يحنس هو الذى شك فيه ، ويحنس ــ بمثناة من تحت مضمومة ثم حاء مهملة مفتوحة ثم نون مكسورة ومفتوحة ثم سين مهملة .

أما أحكام الفصل فأجمع من يعتد به من السلف والخلف من الصحابة فمن بعدهم على أنه يجوز الإحرام من الميقات ومما فوقه ، وحكى العبدرى وغيره عن داود أنه قال : لا يجوز الإحرام مما فوق الميقات وأنه لو أحرم مما قبله لم يصح إحرامه ويلزمه أن يرجع ويحرم من الميقات ، وهذا الذى قاله مردود عليه بإجماع من قبله (وأما) الأفضل ففيه قولان للشافعى مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أحدهما) الإحرام من الميقات أفضل (والثانى) مما فوقه أفضل وهذان القولان مشهوران فى طريقتى العراق وخراسان ، وفى المسألة طريق آخر : وهو أن الإحرام أفضل من دويرة أهله قولا واحدا ، وهى قول القفال ، وهى مشهورة فى كتب الخراسانيين ، وهى ضعيفة غريبة ، والصحيح المشهور أن المسألة على القولين ثم إن هذين القولين منصوصان فى الجديد نقلهما الأصحاب عن الجديد (أحدهما) الأفضل أن يحرم من دويرة أهله نص عليه فى الإملاء (والثانى) الأفضل الإحرام من الميقات نص عليه البويطى والجامع الكبير للمزنى .

(وأما) الغزالى فقال فى الوسيط : لو أحرم قبل الميقات فهو أفضل ، قطع به فى القديم ، وقال فى الجديد : هو مكروه ، وهو متأول ، ومعناه أن

---

(١) كذا بالأصل والسقط كلمة : قوى . وذلك لأن الحديث أخرجه الشافعى فى الأم عن عمر والحاكم فى المستدرك عن على واسنادهما قوى . (ط) .

يتوقى المخيط والطيب من غير إحرام ، وكذا نقل الفورانى فى الإبانة أنه كره فى الجديد الإحرام قبل الميقات ، وكأن الغزالى تابع الفورانى فى هذا النقل ، وهو نقل ضعيف غريب لا يعرف لغيرهما ، ونسبه صاحب البحر إلى بعض أصحابنا بخراسان ، والظاهر أنه أراد الفورانى ، ثم قال صاحب البحر : هذا النقل غلط ظاهر ، وهذا الذى قاله صاحب البحر من التغليط هو الصواب ، فإن الذى كرهه الشافعى فى الجديد أنه هو التجرد عن المخيط لا الإحرام قبل الميقات ، بل نص فى الجديد على الإنكار على من كره الإحرام قبل الميقات .

واختلف أصحابنا فى الأصح من هذين القولين فصححت طائفة الإحرام من دويرة أهله ، ممن صرح بتصحيحه القاضى أبو الطيب فى كتابه المجرد والرويانى فى البحر والغزالى والرافعى فى كتابيه وصحح الأكثرون والمحققون تفضيل الإحرام من الميقات ممن صححه المصنف فى التنبيه وآخرون ، وقطع به كثيرون من أصحاب المختصرات ، منهم أبو الفتح سليم الرازى فى الكفاية ، والماوردى فى الإقناع ، والمحاملى فى المقنع ، وأبو الفتح نصر المقدسى فى الكافى ، وغيرهم ، وهو الصحيح المختار ، وقال الرافعى : فى المسألة ثلاث طرق (أصحها) على قولين (والثانى) القطع باستحبابه من دويرة أهله (والثالث) إن من [خشى] على نفسه من ارتكاب محظورات الإحرام فدويرة أهله أفضل ، وإلا فالميقات .

(والأصح) على الجملة أن الإحرام من الميقات أفضل ، للأحاديث الصحيحة المشهورة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أحرم فى حجته من الميقات » وهذا مجمع عليه ، وأجمعوا على أنه صلى الله عليه وسلم لم يحج بعد وجوب الحج ولا بعد الهجرة غيرها « وأحرم صلى الله عليه وسلم عام الحديبية بالعمرة من ميقات المدينة ذى الحليفة » رواه البخارى فى صحيحه فى كتاب المغازى ، وكذلك أحرم معه صلى الله عليه وسلم بالحجة المذكورة والعمرة المذكورة أصحابه من الميقات ، وهكذا فعل بعده صلى

الله عليه وسلم أصحابه والتابعون وجماهير العلماء ، وأهل الفضل ، فترك النبى صلى الله عليه وسلم الإحرام من مسجده الذى صلاة فيه أفضل من ألف صلاة فيما سواه من المساجد إلا المسجد الحرام ، وأحرم من الميقات فلا يبقى بعد هذا شك فى أن الإحرام من الميقات أفضل •

(فان قيل :) إنما أحرم النبى صلى الله عليه وسلم من الميقات ليبين جوازه (فالجواب) من أوجه (أحدهما) أنه صلى الله عليه وسلم قد بين الجواز بقوله صلى الله عليه وسلم : « مهل أهل المدينة من ذى الحليفة » (الثانى) أن بيان الجواز إنما يكون فيما يتكرر فعله ، ففعله صلى الله عليه وسلم مرة أو مرات يسيرة على أقل ما يجزىء بيانا للجواز ، ويداوم فى عموم الأحوال على أكمل الهيئات ، كما توضأ مرة مرة فى بعض الأحوال ، وداوم على الثلاث ، ونظائر هذا كثيرة ، ولم ينقل أنه صلى الله عليه وسلم أحرم من المدينة ، وإنما أحرم بالحج وعمرة الحديبية من ذى الحليفة (الثالث) أن بيان الجواز إنما يكون فى شىء اشتهر أكمل أحواله بحيث يخاف أن يظن وجوبه ، ولم يوجد ذلك هنا •

وهذا كله إنما يحتاج إليه على تقدير دليل صريح صحيح فى مقابلته ولم يوجد ذلك ، فإن حديث أم سلمة قد سبق أن إسناده ليس بقوى ، فيجاب عنه بأربعة أجوبة (أحدها) أن إسناده ليس بقوى (الثانى) أن فيه بيان فضيلة الإحرام من فوق الميقات ، وليس فيه أنه أفضل من الميقات ، ولا خلاف أن الإحرام من فوق الميقات فيه فضيلة ، وإنما الخلاف أيهما أفضل ؟ (فإن قيل) هذا الجواب يبطل فائدة تخصيص المسجد الأقصى (فالجواب) أن فيه فائدة ، وهى تبيين قدر الفضيلة فيه (الجواب الثالث) أن هذا معارض لفعله صلى الله عليه وسلم المتكرر فى حجته وعمرته ، فكان فعله المتكرر أفضل (الرابع) أن هذه الفضيلة جاءت فى المسجد الأقصى لأن له مزايا عديدة معروفة ، ولا يوجد ذلك فى غيره فلا يلحق به ، والله أعلم •

(فــرع) فى مذاهب العلماء فى هذه المسألة • قد ذكرنا أن الأصح أن يحرم من الميقات ، وبه قال عطــاء والحسن البصرى ومالك وأحمــد وإسحق ، وروى عن عمر بن الخطاب حكاه ابن المنذر عنهم كلهم ، ورجح آخرون دويرة أهله وهو المشهور عن عمر وعلى وبه قال أبو حنيفة ، وحكاه ابن المنذر عن علقمــة والأسود وعبــد الرحمن وأبى إســحاق ــ يعنى السبيعى ــ ودليل الجميع سبق بيانه ، قال ابن المنذر : وثبت أن ابن عمر أهل من إيليا وهو بيت المقدس •

(فــرع) إن قيل : ما الفرق بين ميقات الزمان والمكان ؟ حيث جاز تقديم الإحرام على ميقات المــكان دون الزمان ؟ فالجواب ما أجاب به الجرجانى فى المعاياة أن ميقات المكان يختلف باختلاف البلاد ، بخــلاف ميقات الزمان ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعــالى

(ومن كان داره دون الميقات فميقاته موضعه • ومن جاوز الميقــات قاصدا إلى موضع قبل مكة ثم اراد النسك أحرم من موضعه ، كمــا إذا دخل مكة لحاجة ثم اراد الإحرام كان ميقاته من مكة) •

(الشرح) من كان مسكنه بين مكة والميقات فميقاته موضــعه بلا خلاف ، لحديث ابن عباس السابق فى أول الباب ، وقد سبقت هذه المسألة قال أصحابنا : فإذا كان فى قرية بين مكة والميقات فالأفضل أن يحرم من الطرف الأبعد منها إلى مكة فإن أحرم من الطرف الأدنى إلى مكة جاز ولا دم عليه بلا خلاف كما سبق فى المواقيت الخمسة • فإن خرج من قريتــه وفارق العمران إلى جهة مكة ثم أحرم كان آثما وعليه الدم للإساءة فإن عاد إليها سقط الدم ، وإن كان من أهل خيام استحب أن يحرم من أبعد أطراف الخيام إلى مكة ، ويجوز من الطرف الأدنى إلى مكة ، ولا يجوز أن يفارقها إلى جهة مكة غير محرم •

وإن كان فى واد استحب أن يقطع طرفيه محرما ، فإن أحرم من الطرف الأقرب إلى مكة جاز ، فإن كان فى برية ساكنا منفردا بين مكة والميقات أحرم من منزله ، لا يفارقه غير محرم ، هكذا ذكر هذا التفصيل كله أصحابنا فى الطريقتين ، قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه : لو كان مسكنه بين مكة والميقات فتركه وقصد الميقات فأحرم منه ، جاز ولا دم عليه ، كالمكى إذا لم يحرم من مكة ، بل خرج إلى ميقات فأحرم منه جاز ولا دم عليه •

(المسألة الثانية) إذا مر الآفاقى بالميقات غير مريد نسكا — فإن لم يكن قاصدا نحو الحرم ، ثم عن له قصد النسك بعد مجاوزة الميقات — فميقاته حيث عن له هذا القصد ، وإن كان قاصدا الحرم لحاجة فعن له النسك بعد المجاوزة (فإن قلنا :) من أراد الحرم لحاجة يلزمه الإحرام ، فهذا يأثم بمجاوزته غير محرم ، وهو كمن قصد النسك وجاوزه غير محرم ، وسنذكره إن شاء الله تعالى • وإن قلنا بالأصح : إنه لا يلزمه فهو كمن جاوزه غير قاصد دخول الحرم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى هذه المسألة : قد ذكرنا أن مذهبنا أن من مسكنه بين مكة والميقات فميقاته موضعه ، وبه قال طاوس ومالك وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور والجمهور • وقال مجاهد : يحرم من مكة • ودليلنا حديث ابن عباس السابق (أما) إذا جاوز الميقات غير مريد نسكا ثم أراده فقد ذكرنا أن مذهبنا أنه يحرم من موضعه ، وبه قال ابن عمر وعطاء ومالك والثورى وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وابن المنذر • وقال أحمد وإسحاق : يلزمه العود إلى الميقات •

(فرع) حكى الشافعى وابن المنذر عن ابن عمر أنه أحرم من الفرع — بضم الفاء وإسكان الراء — وهو بلاد بين مكة والمدينة ، بين ذى الحليفة وبين مكة ، فتكون دون ميقات المدنى ، وابن عمر مدنى وهذا

ثابت عن ابن عمر ، رواه مالك فى الموطـأ بإسـناده الصحيح ، وتأوله الشافعى وأصحابنا تأويلين (أحدهما) أن يكون خرج من المدينـة إلى الفرع لحاجة ولم يقصد مكة ، ثم أراد النسك فإن ميقاته مكانه (والثانى) أنه كان بمكة فرجع قاصدا إلى المدينة فلما بلغ الفرع بدا له أن يرجع إلى مكة فميقاته مكانه .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(ومن كان من اهل مكة وأراد الحج فميقاته من مكة ، وإن أراد العمرة فميقاته من أدنى الحل ، والأفضل أنه من الجعرانة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم اعتمر منها ، فإن اخطأها فمن التنعيم ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم اعمر عائشة من التنعيم) .

(الشرح) أما إحرام النبى صلى الله عليه وسلم من الجعرانة فصحيح متفق عليه ، رواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما من رواية أنس بن مالك رضى الله عنه ، ورواه الإمام الشافعى وأبو داود الترمذى والنسائى وغيرهم أيضا من رواية محرش الكعبى الخزاعى صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الترمذى : هذا حديث حسن ، قال : ولا يعرف له عن النبى صلى الله عليه وسلم غير هذا الحديث ، وهو محرش ــ بضم الميم وفتح الحاء وكسر الراء المشددة وبعدها شين معجمة ــ هذا أشهر الأقوال فى ضبطه ، ولا يذكر ابن ماكولا وجماعة إلا هذا (والثانى) محرش ــ بكسر الميم وإسكان المهملة (والثالث) بكسر الميم وإسكان الخاء المعجمة ــ ممن حكى هذه الأقوال الثلاثة فيه أبو عمر عبد الله بن يوسف بن عبـد البر ، والله أعلم .

(وأما) حديث أن النبى صلى الله عليه وسلم أعمر عائشة من التنعيم فرواه البخارى ومسلم من رواية عائشة وأما الجعرانة ــ فبكسر الجيم وإسكان العين وتخفيف الراء ــ وكذا الحديبية بتخفيف الياء هذا قول الشافعى فيهما ، وبه قال أهل اللغة والأدب وبعض المحدثين ، وقال ابن

وهب صاحب مالك : هما بالتشديد ، وهو قول أكثر المحدثين ، والصحيح تخفيفهما ، والتنعيم أقرب أطراف الحل إلى مكة ، والتنعيم ــ بفتح التاء ــ وهو بين مكة والمدينة على ثلاثة أميال من مكة وقيل : أربعة قيل : سمى بذلك لأن عن يمينه جبلا يقال له : نعيم ، وعن شماله جبل يقال له ناعم ، والوادى نعمان •

أما الأحكام ففيه مسألتان (إحداهما) ميقات المكى بالحج نفس مكة ، وفيه وجه ضعيف أنه مكة وسائر الحرم ، وقد سبقت المسألة فى أول الباب واضحة بفروعها والمراد بالمكى من كان بمكة عند إرادة الإحرام بالحج سواء كان مستوطنها أو عابر سبيل (المسألة الثانية) إذا كان بمكة مستوطنا أو عابر سبيل وأراد العمرة فميقاته أدنى الحل ، نص عليه الشافعى واتفق عليه الأصحاب ، قال أصحابنا : يكفيه الحصول فى الحل ولو بخطوة واحدة من أى الجهات كان جهات الحل ، هذا هو الميقات الواجب •

(وأما) المستحب فقال الشافعى فى المختصر : أحب أن يعتمر من الجعرانة لأن النبى صلى الله عليه وسلم اعتمر منها فإن أخطأه منها فمن التنعيم ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أعمر عائشة منها وهى أقرب الحل إلى البيت ، فإن أخطأه ذلك فمن الحديبية ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم صلى بها وأفضلها من الجعرانة وبعدها فى الفضيلة التنعيم ثم الحديبية كما نص عليه ، واتفق الأصحاب على التصريح بهذا فى كل الطرق ولا خلاف فى شىء منه إلا أن الشيخ أبا حامد قال : الذى يقتضيه المذهب أن الاعتمار من الحديبية بعد الجعرانة أفضل من التنعيم ، فقدم الحديبية على التنعيم •

(وأما) قول المصنف فى التنبيه : الأفضل أن يحرم بها من التنعيم فغلط ومنكر لا يعد من المذهب إلا أن يتأول على أنه إذا أراد أفضل أدنى الحل التنعيم ، فإنه قال أولا : خرج إلى أدنى الحل ، والأفضل أن يحرم من التنعيم ، فالاعتذار عنه بهذا وما أشبهه أحسن من تخطئته ، وليست

المسألة خفية أو غريبة ليعذر فى الغلط فيها ، واستدل الشافعى للإحرام من الحديبية بعد التنعيم بأن النبى صلى الله عليه وسلم صلى بها وأراد المدخل لعمرته منها ، وهذا صحيح معروف فى الصحيحين وغيرهما ، وكذلك استدل محققوا الأصحاب ، وهذا الاستدلال هو الصواب .

(وأما) قول الغزالى فى البسيط ، وقول غيره إنه صلى الله عليه وسلم هم بالإحرام بالعمرة من الحديبية فغلط صريح ، بل ثبت فى صحيح البخارى فى كتاب المغازى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أحرم بالعمرة عام الحديبية من ذى الحليفة والله أعلم .

(فإن قيل) قال الشافعى والأصحاب : إن الإحرام بالعمرة من الجعرانة أفضل من التنعيم ، فكيف أعمر النبى صلى الله عليه وسلم عائشة من التنعيم ؟ (فالجواب) أنه صلى الله عليه وسلم إنما أعمرها منه لضيق الوقت عن الخروج إلى أبعد منه ، وقد كان خروجها إلى التنعيم عند رحيل الحاج وانصرافهم ، وواعدها النبى صلى الله عليه وسلم إلى موضع فى الطريق ، هكذا ثبت فى الصحيحين ، ويحتمل أيضا بيان الجواز من أدنى الحل ، والله أعلم .

(فرع) يستحب لمن أراد الإحرام بالحج من مكة أن يحرم يوم التروية وهو الثامن من ذى الحجة ، ولا يقدم الإحرام قبله إلا أن يكون متمتعا لم يجد الهدى ، فيحرم قبل اليوم السادس من ذى الحجة حتى يمكنه صوم ثلاثة أيام فى الحج ، وقد سبقت المسألة مبسوطة فى أواخر الباب السابق فى أحكام التمتع فى فرع مستقل ، وذكرنا فيه مذاهب العلماء ودليل المسألة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن بلغ الميقات مريدا للنسك لم يجز ان يجاوزه حتى يحرم ، لما ذكرناه من حديث ابن عباس رضى الله عنهما فإن جاوزه واحرم دونه نظرت

ـ فان كان له عذر بان يخشى ان يفوته الحج ، او الطريق مخوف ـ لم يعد وعليه دم ، وإن لم يخش شيئا لزمه ان يعود لانه نسك واجب مقدور عليه ، فلزمه الإتيان به فان لم يرجع لزمه الدم ، وإن رجع نظرت ـ فان كان قبل أن يتلبس بنسك ـ سقط عنه الدم ، لأنه قطع المسافة بالإحرام وزاد عليه ، فلم يلزمه دم ، وإن عاد بعدما وقف او بعدما طاف لم يسقط عنه الدم . لأنه عاد بعد فوات الوقت فلم يسقط عنه الدم ، كما لو دفع من الموقف قبل الغروب ثم عاد فى غير وقته) .

(الشرح) قال الشافعى والأصحاب : إذا انتهى الآفاقىّ إلى الميقات وهو يريد الحج أو العمرة أو القران حرم عليه مجاوزته غير محرم بالإجماع، فإن جاوزه فهو مسىء سواء كان من أهل تلك الناحيـة أم من غيرها ، كالشامى يمر بميقات المدينة . قال أصحابنا : ومتى جاوز موضعا يجب الإحرام منه غير محرم أثم وعليه العود إليه والإحرام منه إن لم يكن له عذر ، فإن كان عذر كخوف الطريق أو انقطاع عن رفقته أو ضيق الوقت ، أو مرض شاق أحرم من موضـعه ومضى وعليه دم إذا لم يعد فقـد أثم بالمجاوزة ، ولا يأثم بترك الرجوع ، فإن عاد فله حالان (أحدهما) يعود قبل الإحرام فيحرم منه فالمذهب الذى قطع به المصنف والجماهير لا دم عليه ، سواء كان دخل مكة أم لا .

وقال إمـام الحرمين والغزالى : إن عاد قبل أن يبعد عن الميقـات بمسافة القصر سقط الدم ، وإن عاد بعد دخول مكة وجب ولم يسـقط بالعود ، وإن عاد بعد مسافة القصر وقبل دخول مكة فوجهان (أصحهما) يسقط ، وهذا التفصيل شاذ منكر .

(الحال الثانى) أن يحرم بعد مجاوزة الميقـات محرما فطريقـان (أحدهما) فى سقوط الدم وجهان وقيل قولان حكاهما الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب فى تعليقه وصاحب الشامل وآخرون . قال القـاضى أبو الطيب : همـا قولان وكان الشيخ أبو حامد يقول وجهـان . قال : والصحيح قولان ، وسواء عند هؤلاء رجع من مسافة قريبة أو بعيدة ،

لكنهم شرطوا رجوعه قبل تلبسه بنسك (والطريق الثانى) وهو الصحيح ، وبه قطع المصنف والجمهور أنه يفصل ، فإن عاد قبل التلبس بنسك سقط الدم ، وإن عاد بعده لم يسقط سواء كان النسك ركنا كالوقوف والسعى أو سنة كطواف القدوم وفيه وجه ضعيف أنه لا أثر للتلبس بالسنة فيسقط بالعود بعد . حكاه البغوى والمتولى وآخرون ، كما لو كان محرما بالعمرة مما دون الميقات وعاد إليه بعد طوافها ، فإنه لا يسقط الدم بالعود بلا خلاف والمذهب الأول . ويخالف المعتمر ، فإنه عاد بعد فعله معظم أفعال النسك . والحاج لم يأت بشىء من أعمال النسك الواجبة فسقط عنه الدم .

واعلم أن جمهور الأصحاب لم يتعرضوا لزوال الإساءة بالعود ، وقد قال صاحب البيان : وهل يكون مسيئا بالمجاوزة إذا عاد إلى الميقات حيث سقط الدم ؟ فيه وجهان حكاهما فى الفروع . الظاهر أنه لا يكون مسيئا لأنه حصل فيه محرما (والثانى) يصير مسيئا لأن الإساءة حصلت بنفس المجاوزة فلا يسقط . قال أصحابنا : ولا فرق فى لزوم الدم فى كل هذا بين المجاوز للميقات عامدا عالما أو جاهلا أو ناسيا لكن يفترقون فى الإثم ، فلا إثم على الناسى والجاهل ، قال القاضى أبو الطيب والمتولى وغيرهما : ويخالف ما لو تطيب ناسيا لا دم عليه ، لأن الطيب من المحظورات ، والنسيان عذر عندنا فى المحرمات كالأكل والصوم والكلام فى الصلاة (وأما) الإحرام من الميقات فمأمور به والجهل والنسيان فى المأمور به لا يجعل عذرا والله أعلم .

(وأما) إذا مر بالميقات وأحرم بأحد النسكين ثم بعد مجاوزته أدخل النسك الآخر عليه بأن أدخل الحج على العمرة أو عكسه ــ وجوزناه ــ ففى وجوبه عليه وجهان حكاهما المتولى والبغوى وآخرون (أحدهما) يلزمه لأنه جاوز الميقات مريدا للنسك وأحرم بعده (والثانى) لا يلزمه لأنه جاوز

الميقات محرما فصار كما لو أحرم بالميقات إحراما مبهما ، فلما جاوز صرفه إلى الحج ، والله أعلم •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى هذه المسألة :

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه إذا جاوز الميقات مريدا للنسك فأحرم دونه أثم فإن عاد قبل التلبس بالنسك سقط عنه الدم ، سواء عاد ملبيا أم غير ملب • هذا مذهبنا وبه قال الثورى وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور • وقال مالك وابن المبارك وزفر وأحمد : لا يسقط عنه الدم بالعود • وقال أبو حنيفة : إن عاد ملبيا سقط الدم وإلا فلا وحكى ابن المنـذر عن الحسن والنخعى أنه لا دم على المجاوز مطلقا ، قال : وهو أحد قولى عطاء • وقال ابن الزبير : يقضى حجته ثم يعود إلى الميقات فيحرم بعمرة • وحكى ابن المنذر وغيره عن سعيد بن جبير أنه لا حج له ، والله أعلم •

(فـرع) قال صاحب البيان : سمعت الشريف العثمانى من أصحابنا يقول : إذا جاوز المدنى ذا الحليفة غير محرم وهو مريد للنسك ، فبلـغ مكة غير محرم ، ثم خرج منها إلى ميقات بلد آخر كذات عرق أو يلملم وأحرم منه • فلا دم عليه بسبب مجاوزة ذى الحليفة ، لأنه لا حكم لإرادته النسك لمـا بلغ مكة غير محرم » فصار كمن دخل مكة غير محرم ، وقلنا : يجب الإحرام لدخولها لا دم عليه ، هذا نقل صاحب البيان ، وهو محتمل وفيه نظر •

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(وإن نذر الإحرام من موضع فوق الميقات لزمه الإحرام منـه ، فإن جاوزه واحرم دونه كان كمن جاوز الميقات واحرم دونه فى وجوب العـود والدم ، لانه وجب الإحرام منه كما وجب [الإحرام]من الميقات ، فكان حكمه حكم الميقات ، وإن مر كافر بالميقات مريدا للحج فأسلم دونه واحرم ولم يعد إلى الميقات لزمه الدم ، وقال المزنى : لا يلزمه لانه مر بالميقات ، وليس هو من اهل النسك فاشبه إذا مر به غير مريد للنسك ثم اسلم دونه واحرم ،

وهذا لا يصح لأنه ترك الإحرام من الميقات وهو مريد للنسك فلزمه الدم كالمسلم . وإن مر بالميقات صبى وهو محرم ، أو عبد وهو محرم ، فبلغ الصبى أو عتق العبد ففيه قولان (أحدهما) أنه يجب عليه دم لأنه ترك الإحرام بحجة الإسلام من الميقات (والثانى) لا يلزمه ، لأنه جاوز الميقات وهو محرم ، فلم يلزمه دم كالحر البالغ) .

(**الشرح**) (أما) مسألة النذر فهى كما قالها المصنف (وأما) مسألة الكافر ومسألة الصبى والعبد فقد سبقتا واضحتين بفروعهما فى أوائل كتاب الحج عند إحرام الصبى وبالله التوفيق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فإن كان من اهل مكة فخرج لإحرام الحج إلى ادنى الحل واحرم ، فإن رجع إلى مكة قبل ان يقف بعرفة لم يلزمه دم ، وإن لم يرجع حتى وقف وجب عليه دم ، لأنه ترك الإحرام من الميقات فاشبه غير المكى إذا احرم من دون الميقات ، وإن خرج من مكة إلى خارج البلد واحرم فى موضع من الحرم ففيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه الدم ، لان مكة والحرم فى الحرمة سواء (والثانى) يلزمه وهو الصحيح ، لأن الميقات هو البلد ، وقد تركه فلزمه الدم ، وإن اراد العمرة فأحرم من جوف مكة نظرت ، فإن خرج إلى ادنى الحل قبل أن يطوف لم يلزمه دم ، لأنه دخل الحرم محرما فاشبه إذا أحرم اولا من الحل ، وإن طاف وسعى ولم يخرج إلى الحل ففيه قولان (أحدهما) لا يعتد بالطواف والسعى عن العمرة لأنه لم يقصد الحرم بإحرام ، فلم يعتد بالطواف والسعى (والثانى) انه يعتد به (بالطواف) وعليه دم لتركه الميقات كغير المكى إذا جاوز ميقات بلده غير محرم ثم أحرم ودخل مكة وطاف وسعى) .

(**الشرح**) إما إحرام المكى بالحج فقد سبق حكمه فى أول الباب مستوفى وأما إحرامه بالعمرة ، فقد قدمنا أن ميقاته الواجب فيها أدنى الحل ولو بخطوة والمستحب إحرامه من الجعرانة فإن فاته فالتنعيم ثم الحديبية ، فإن خالف فأحرم بالعمرة فى الحرم انعقد إحرامه بلا خلاف ، ثم له حالان (أحدهما) أن لا يخرج إلى الحل بل يطوف ويسعى ويحلق فهل يجزئه

ذلك وتصح عمرته ؟ فيه قولان مشهوران نص عليهما فى الأم وذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) يجزئه ويلزمه دم لتركه الإحرام هن الميقات الواجب (والثانى) لا يجزئه ، بل يشترط أن يجمع فى عمرته بين الحل والحرم كما يجمع الحاج فى حجه بين الحل والحرم فإنه يشترط وقوفه بعرفات وهى من الحل والطواف والسعى وهما فى الحرم • فعلى القول الأول لو وطىء بعد الحلق لا شىء عليه ، لأنه بعد التحلل ، وعلى الثانى يكون الوطء واقعا قبل التحلل ، لكنه يعتقد أنه متحلل فيكون كجماع الناسى ، وفى كونه مفسدا القولان المشهوران ، فإن جعلناه مفسدا لزمه المضى فى فاسده بأن يخرج إلى الحل ويعود فيطوف ويسعى ويحلق ويلزمه القضاء وكفارة الجماع ودم الحلق لوقوعه قبل التحلل •

(وإن قلنا) بالأصح : إن جماع الناسى لا يفسد ، فعمرته على حالها ، فلزمه أن يخرج إلى الحل ويرجع فيطوف ويحلق وقد تمت عمرته ، وليس عليه دم الجماع ، وأما دم الحلق ففيه القولان المشهوران فى حلق الناسى (أصحهما) يجب (الحال الثانى) أن يخرج إلى الحل ثم يدخل مكة فيطوف ويسعى ويحلق ، فيعتد بذلك وتتم عمرته بلا خلاف ، وفى سقوط دم الإساءة عنه طريقان (المذهب) وبه قطع الجمهور سقوطه (والثانى) على طريقين (أصحهما) القطع بسقوطه (والثانى) أنه على الخلاف السابق فيمن جاوز الميقات غير محرم (فإذا قلنا) بالمذاهب فالواجب خروجه إلى الحل قبل الأعمال إما فى ابتداء الإحرام وإما بعده (وإن قلنا) لا يسقط فالواجب هو الخروج قبل الإحرام ، والله أعلم •

(فرع) قال الشيخ أبو حامد فى آخر كتاب الحج من تعليقه : قال الشافعى : أحب لمن أحرم فى بلده أن يخرج متوجها فى طريق حجه عقب إحرامه ، ولا يقيم بعد إحرامه ، قال الشافعى : وكذا لو كان إحرامه من جوف مكة • قال أبو حامد : هذا الذى قاله الشافعى صحيح ، فيستحب لمن أحرم من بلده أو من مكة أن يخرج عقب إحرامه ، وينبغى أن يكون إحرام المكى عند إرادته التوجه إلى منى وقد سبق قريبا بيان هذا ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الاحرام وما يحرم فيه

(إذا أراد أن يحرم فالمستحب أن يغتسل ، لما روى زيد بن ثابت رضى الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اغتسل لإحرامه » وإن كانت امرأة حائضا أو نفساء اغتسلت للإحرام ، لما روى القاسم بن محمد « أن أسماء بنت عميس ولدت محمد بن أبى بكر بالبيداء فذكر ذلك أبو بكر رضى الله عنه لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مروها فلتغتسل ثم لتهل » ولأنه غسل يراد به النسك فاستوى فيه الحائض والطاهر ، ومن لم يجد الماء تيمم لأنه غسل مشروع فانتقل فيه إلى التيمم عند عدم الماء كغسل الجنابة ، قال فى الأم : ويغتسل لسبعة مواطن للإحرام ودخول مكة والوقوف بعرفة والوقوف بالمزدلفة ولرمى الجمرات الثلاث ، لأن هذه المواضع تجتمع لها الناس فاستحب لها الاغتسال ، ولا يغتسل لرمى جمرة العقبة لأن وقته من نصف الليل إلى آخر النهار ، فلا يجتمع له الناس فى وقت واحد ، وأضاف إليها فى القديم الغسل لطواف الزيارة وطواف الوداع لأن الناس يجتمعون لهما ولم يستحبه فى الجديد ، لأن وقتهما متسع فلا يتفق اجتماع الناس فيهما) .

(الشرح) حديث زيد بن ثابت رواه الدارمى والترمذى وغيرهما ، قال الترمذى : حديث حسن وفى معناه حديث القاسم فى قصة أسماء وهو صحيح كما سنوضحه إن شاء الله تعالى (وأما) حديث القاسم فصحيح رواه مالك فى الموطأ هكذا مرسلا ، كما رواه المصنف عن القاسم « أن أسماء ولدت » فذكره بكماله ، وهذا اللفظ يقتضى إرسال الحديث ، فإن القاسم تابعى وهو القاسم بن محمد بن أبى بكر الصديق رضى الله عنه ، ورواه ابن ماجه كذلك فى رواية له ، ورواه مسلم فى صحيحه عن القاسم عن عائشة أن أسماء ولدت فذكره بلفظه هكذا متصلا بذكر عائشة ، وكذلك رواه أبو داود فى سننه والدارمى وابن ماجه فى روايته الأخرى وغيرهم فالحديث متصل صحيح وكفى به صحة رواية مسلم له فى صحيحه ووصله

ثابت فى صحيح مسلم من رواية عبيد الله بن عمر العمرى عن عبد الرحمن ابن القاسم عن أبيه عن عائشة وناهيك بهذا صحة ، وثبت هذا الحديث فى صحيح مسلم أيضا من رواية جابر بن عبد الله رضى الله عنهما ، وأسماء هذه هى امرأة أبى بكر الصديق رضى الله عنهما ، وأبوها عميس ــ بضم العين المهملة وفتح الميم ــ وسبق بيانه فى أول كتاب الطهارة ، والبيداء ــ بفتح الباء والمد ــ والمراد به هنا مكان بذى الحليفة ، وقد جاء فى كثير من الروايات فى صحيح مسلم وغيره : ولدت أسماء بذى الحليفة فذكره إلى آخره •

وقوله صلى الله عليه وسلم « مروها أن تغتسل ثم لتهل » يجوز فى ــ لام لتهل ــ الكسر والإسكان والفتح ، وهو غريب ، ووقع فى كثير من نسخ المهذب « مرها » وفى بعضها « مروها » بزيادة واو وذكر الإمام محمود بن خيلياشى [1] بن عبد الله الخيلياشى أنه رآه هكذا بخط المصنف •

(وأما) قول المصنف : باب الإحرام وما يحرم فيه ، فكذا قاله فى التنبيه ، وهو ــ بفتح الياء وضم الراء ــ من يحرم وليس هو بضم الياء وكسر الراء ، لأنه صدر الباب بمقدمات الإحرام من الاغتسال والتنظف والتطيب والصلاة ، ثم ذكر الإحرام نفسه وهو النية ، فكل هذا داخل فى ترجمة الإحرام ، ثم ذكر بعد هذا كله ما يحرم بسبب الإحرام ، ولو كان بضم الياء على إرادة ما يلبسه المحرم لكانت الترجمة قاصرة ، لأنه يكون مدخلا فى الباب ما لم يترجم له وهو محرمات الإحرام وهى معظم الباب فتعين ما قلناه ، والحمد لله وهو أعلم (وقوله) لأنه غسل يراد للنسك احتراز من غسل الجنابة والحيض والجمعة وأراد بالنسك ما يختص بالحج أو العمرة (وقوله) غسل مشروع ذكر القلعى أنه احتراز من الغسل للدخول على السلطان ، ولبس الثوب ونحوهما ، وهذا محتمل ويحتمل أنه أراد تقريب الفرع من الأصل دون الاحتراز •

---

(١) لم نجد له ذكرا فى طبقات الشافعية لابن السبكى ولا فى وفيات الأعيان .

أما الأحكام ففيها مسائل (إحداها) اتفق العلماء على أنه يستحب الغسل عند إرادة الإحرام بحج أو عمرة أو بهما ، سواء كان إحرامه من الميقات الشرعى أو غيره ، ولا يجب هذا الغسل وإنما هو سنة متأكدة يكره تركها ، نص عليه الشافعى فى الأم واتفق عليه الأصحاب كما سأذكره قريبا إن شاء الله تعالى قال ابن المنذر فى الإشراف : أجمع عوام أهل العلم على أن الإحرام بغير غسل جائز ، قال : وأجمعوا على أن الغسل للاحرام ليس بواجب إلا ما روى عن الحسن البصرى أنه قال : إذا نسى الغسل يغتسل إذا ذكره ، قال أصحابنا : والدليل على عدم وجوبه أنه غسل لأمر مستقبل ، فلم يكن واجبا كغسل الجمعة والعيد ، والله أعلم .

قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم : (أستحب الغسل عند الإحرام للرجل والصبى والمرأة والحائض والنفساء ، وكل من أراد الإحرام [1] قال : وأكره ترك الغسل له وما تركت الغسل للإحرام ، ولقد كنت أغتسل له مريضا فى السفر وأنى أخاف ضرر الماء ، وما صحبت أحدا أقتدى به رأيته تركه ، وما رأيت أحدا منهم عدا به أن رآه اختيارا ، قال : وإذا أتت الحائض والنفساء الميقات وعليهما من الزمان ما يمكن فيه طهرهما وأدركهما الحج بلا علة أحببت استئخارهما ليطهرا فيحرما طاهرتين ، وإن أهلتا غير طاهرتين أجزأ عنهما ولا فدية) قال : (وكل ما عملته الحائض عمله الرجل الجنب والمحدث والاختيار له أن لا يعمله كله إلا طاهرا ، قال : وكل عمل الحج تعمله الحائض وغير الطاهر من الرجال إلا الطواف بالبيت وركعتيه) هذا آخر نصه فى الأم بحروفه [2] واتفق أصحابنا فى

---

(١) فى نسختنا من الأم (وكل من أراد الاهلال اتباعا للسنة . ومعقول انه يجب اذا دخل المرء فى نسك لم يكن له فيه ان يدخله الا باكمل الطهارة وان يتنظف له لامتناعه من احداث الطيب فى الاحرام ، واذا اختار رسول الله صلى الله عليه وسلم لامراة وهى نفساء لا يطهرها الغسل للصلاة فاختار لها الغسل كان من يطهره الغسل للصلاة اولى ان يختار له أو فى مثل معناه او اكثر منه الخ (ط) .

(٢) قلت : مع بعض التصرف فى الحذف والاختصار (ط) .

جميع الطرق على جميع هذا إلا قولا شاذا ضعيفا حكاه الرافعى أن الحائض والنفساء لا يسن لهما الغسل (والصواب) استحبابه لهما للحديث السابق ، قال أصحابنا : ويغتسلان بنية غسل الإحرام كما ينوى غيرهما ، ولإمام الحرمين فى نيتهما احتمال •

(الثانية) إذا عجز المحرم عن الغسل تيمم ، هكذا نص عليه الشافعى فى الأم ، وقطع به الأصحاب فى جميع الطرق إلا أن الرافعى قال : يتيمم العاجز • قال : وقد ذكرنا فى غسل الجمعة احتمالا لإمام الحرمين أنه لا يتيمم ، قال : وذلك لاحتمال جارٍ هنا ، والمذهب ما سبق ، وهذا الذى ذكرته من أنه يتيمم إذا عجز عن الغسل أحسن وأعم من عبارة المصنف ومن وافقه فى قولهم : إن لم يجد الماء يتيمم لأن العجز يعم عدم الماء والخوف من استعماله وغير ذلك ، والحكم فى الجميع واحد •

(وأما) إذا وجد من الماء ما لا يكفيه للغسل فقد قال المحاملى فى كتبه الثلاثة المجموع والتجريد والمقنع ، والبغوى والرافعى : يتوضأ به ، وهذا الذى قالوه إن أرادوا به أنه يتوضأ مع التيمم فحسن ، وإن أرادوا أنه يقتصر على الوضوء فليس بمعول ، ولا يوافقون عليه ، لأن التيمم يقوم مقام الغسل عند العجز عن الماء ، ولا يقوم الوضوء مقام الغسل ، ولا يرد هذا على الجنب إذا أراد أن يأكل أو يشرب أو ينام أو يجامع فإنه يستحب له الوضوء ولا يستحب له التيمم ، لأن الجنب الذى فيه الكلام واجد لما يكفيه لغسله ، ولا يفيده التيمم شيئا ، ولا يصح للقدرة على الماء ويفيده الوضوء رفع الحدث عن أعضائه فاستحب له ، وفى مسألة المحرم هو عادم لما يكفيه لغسله فنظيره من الجنب أن يكون عادما لما يكفيه من الماء ، فإنه يتيمم مع الوضوء أو يتيمم من غير وضوء ، على القولين المعروفين فى باب التيمم •

(الثالثة) قال المصنف : قال الشافعى رحمه الله فى الأم : يغتسل

المحرم لسبعة مواطن : للإحرام ، ودخول مكة ، والوقوف بمزدلفة ، ولرمى الجمرات الثلاث ، لأن هذه المواضع يجتمع لهـا الناس ويستحب لهـا الاغتسال ، وهذا النص الذى نقله عن الأم كذا هو فى الأم ، وكذا نقله أصحابنا عن الأم ، ونقله بعضهم عن نصوصه قديما وجديدا ، وليس هذا التعليل فى الأم ــ أعنى قوله : لأن هذه المواطن يجتمع لها الناس ــ بل هو من عند المصنف والأصحاب ، وإنما استدل الشافعى رحمه الله فى الأم فى ذلك بآثار ذكرها ، قال فى الأم عقب ذكره هذه المواضع : وأستحب الغسل بين هذه المواضع عند تغير البدن بالعرق وغيره تنظيفا للبدن ، قال : فلذلك أحبه للحائض ، قال : وليس واحد من هذا واجبا والله أعلم .

وقوله : (للوقوف بمزدلفة) يعنى الوقوف على المشعر الحرام وهو قزح ، وذلك الوقوف يكون بعد صلاة الصبح يوم النحر كما سيأتى بيانه فى بابه إن شاء الله تعالى ، وهكذا قال جماهير الأصحاب فى هذا الغسل : إنه للوقوف بالمزدلفة ونقله عن الأم ، وكذا رأيته فى الأم صريحا وخالفهم المحاملى فى كتبه الثلاثة المجموع والتجريد والمقنع وأبو الفتح سليم الرازى فى الكفاية ، والشيخ نصر المقدسى فى الكافى ، فقالوا : الغسل للمبيت بالمزدلفة ، ولم يذكروا الغسل للوقوف بالمزدلفة ، بل جعلوا الغسل السابع هو الغسل للمبيت بها ، والصواب الأول ، لأن المبيت بها ليس فيه اجتماع فلا يحتاج إلى غسل ، بخلاف الوقوف ، فالصواب أن الغسل السابع للوقوف بالمزدلفة ، وأنه لا يشرع للمبيت بهـا ، وقولهم (لرمى الجمرات الثلاث) يعنون الجمرات فى أيام التشريق يغتسل فى كل يوم من الأيام الثلاثة غسلا واحدا لرمى الجمرات ولا يغتسل لكل جمرة فى انفرادها ، هذا الذى ذكرناه من الأغسال المستحبة فى الحج سبعة فقط هو نصه فى الجديد ، وأضاف إليها فى القديم استحبابه لطواف الزيارة وطواف الوداع ، هكذا نقله الأصحاب عن القديم .

ولم يذكر المصنف والشيخ أبو حامد وجمهور الأصحاب فى الطريقتين عن القديم أنه أضاف إلى هذين الغسلين ، وزاد القاضى أبو الطيب فى تعليقه والرافعى عن القديم غسلا ثالثا ، وهو الغسل للحلق ، واتفقت نصوصه وطرق الأصحاب على أنه لا يستحب الغسل لرمى جمرة العقبة يوم النحر ، وقد ذكر المصنف دليله والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ثم يتجرد عن المخيط فى إزار ورداء أبيضين ونعلين ، لما روى ابن عمر رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ليحرم أحدكم فى إزار ورداء ونعلين » والمستحب أن يكون ذلك بياضا ، لما روى ابن عباس رضى الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « البسوا من ثيابكم البياض فإنها من خيار ثيابكم ، وكفنوا فيها موتاكم » والمستحب ان يتطيب فى بدنه ، لما روت عائشة رضى الله عنها قالت : « كنت أطيب رسول الله صلى الله عليه وسلم لإحرامه قبل أن يحرم ، ولحله قبل أن يطوف بالبيت ولا يطيب ثوبه لأنه ربما نزعه للغسل فيطرحه على بدنه ، فتجب به الفدية ، والمستحب أن يصلى ركعتين لما روى ابن عباس وجابر رضى الله عنهم « أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى بذى الحليفة ركعتين ثم أحرم » وفى الأفضل قولان (قال) فى القديم : الأفضل ان يحرم عقب الركعتين ، لما روى ابن عباس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل فى دبر الصلاة » (وقال) فى الأم : الأفضل أن يحرم إذا انبعثت به راحلته إن كان راكبا ، وإذا ابتدأ السير إن كان راجلا ، لما روى جابر رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إذا رحتم إلى منى متوجهين فأهلوا بالحج » ولأنه إذا لبى مع السير وافق قوله فعله ، وإذا لبى فى مصلاه لم يوافق قوله فعله ، فكان ما قلناه أولى) .

(الشرح) حديث ابن عمر : « ليحرم أحدكم فى إزار ورداء ونعلين » حديث غريب ، ويغنى عنه ما ثبت عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : « انطلق النبى صلى الله عليه وسلم من المدينة بعدما ترجل وادَّهَنَ ولبس إزاره ورداءه هو وأصحابه ولم ينه عن شىء من الأزُر والأردية يلبس إلا المزعفرة التى تردع الجلد ، حتى أصبح بذى الحليفة ركب راحلته ، حتى

استوى على البيداء أهل هو وأصحابه » ثم ذكر تمام الحديث ، رواه البخارى فى صحيحه وقوله (تردع الجلد) أى تلطخه إذا لبست ، وهو بفتح التاء المثناة فوق وإسكان الراء ثم دال مفتوحة ثم عين مهملتين قال أهل اللغة : الردع بالعين المهملة أثر من الطيب كالزعفران ، والرذع بالمعجمة الطين ، وقال أبو بكر ابن المنذر : ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « وليحرم أحدكم فى إزار ورداء ونعلين » قال : وكان سفيان الثورى ومالك والشافعى وأحمد وإسحق وأبو ثور وأصحاب الرأى ومن تبعهم يقولون : يلبس الذى يريد الإحرام إزارا ورداء ، هذا كلام ابن المنذر ، وثبت فى الصحيحين من حديث ابن عميرة وغيره أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فيمن لم يجد النعلين : « فليلبس خفين ، وليقطعهما أسفل من الكعبين » وثبت فيهما عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من لم يجد الإزار فليلبس السراويل ، ومن لم يجد النعلين فليلبس الخفين » ومثله فى صحيح مسلم من رواية جابر ، والله أعلم .

(وأما) حديث ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « البسوا من ثيابكم البياض فإنها من خيار ثيابكم ، وكفنوا فيها موتاكم » فحديث صحيح رواه أبو داود والترمذى وغيرهما بأسانيد صحيحة ، قال الترمذى: هو حديث حسن صحيح رواه أبو داود فى كتاب اللباس والترمذى وابن ماجه فى الجنائز ، وسبق ذكره وبيانه فى المهذب فى باب هيئة الجمعة وغيره (وأما) حديث عائشة : « كنت أطيب رسول الله صلى الله عليه وسلم لإحرامه قبل أن يحرم ، ولحله قبل أن يطوف بالبيت » فرواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما من طرق كثيرة ، وهو حديث مستفيض مشهور جدا ، وروى البخارى ومسلم فى صحيحيهما عن عائشة أيضا من طرق قالت : « كأنما أنظر إلى وبيص الطيب فى مفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو محرم » وفى بعض الروايات مفارق « وفى بعضها » « وبيص المسك »

والمفارق جمع مفرق ــ بكسر الراء ــ هو وسط الرأس حيث ينفرق الشعر يمينا وشمالا ، والوبيص ــ بالصاد المهملة ــ وهو البريق واللمعان .

(وأما) قوله : إن ابن عباس وجابرا رويا صلاة النبى صلى الله عليه وسلم ركعتين بذى الحليفة ، فحديث جابر صحيح رواه مسلم فى صحيحه فى جملة حديث جابر الطويل فى صفة حج النبى صلى الله عليه وسلم وهو حديث عظيم الفوائد ، فيه مناسك ، ومعظمها ذكر فيه كل ما فعله صلى الله عليه وسلم من حين خروجه إلى فراغه ، رواه مسلم وأبو داود وغيرهما بطوله ، ولم يروه البخارى بطوله (وأما) حديث ابن عباس فى صلاة الركعتين فرواه أبو داود وغيره وإسناده ليس بقوى ، وفى حديث جابر كفاية عنه ، وثبت فى صحيح البخارى عن ابن عمر « أنه كان يأتى مسجد ذى الحليفة فيصلى ركعتين ثم يركب فإذا استوت به راحلته قائمة أهل ثم قال : هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم » .

(وأما) حديث ابن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم أهل فى دبر الصلاة : فرواه أبو داود والترمذى والنسائى والبيهقى وغيرهم قال البيهقى : هو ضعيف الإسناد لأن فى إسناده خصيب [1] الجزرى ، قال : وهو غير قوى ، وكذا قاله غيره وقال الترمذى : هو حديث حسن (وأما) قول البيهقى : إن خصيبا غير قوى فقد خالفه فيه كثيرون من الحفاظ والأئمة المتقدمين فى البيان فوثقه يحيى بن معين إمام الجرح والتعديل ، ووثقه أيضا محمد بن سعد . وقال النسائى فيه : هو صالح ، وقول الترمذى : إنه حسن لعله اعتضد عنده فصار بصفة الحسن التى سبق بيانها فى مقدمة هذا الشرح .

---

(١) كذا فى ش و ق بالباء الموحدة التحتية وصوابه بالفاء الموحدة (خصيف) بن عبد الرحمن بكسر الخاء المعجمة الأولى الأموى مولاهم الحرانى الجورى روى عن مجاهد وعكرمة وابى عبيدة ابن عبد الله وعنه ابن اسحاق والسفيانان وخلق ضعفه احمد ووثقه ابن معين وأبو زرعة وقال ابن عدى : اذا حدث عنه ثقة فلا باس به (ـ) .

(وأما) حديث جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إذا رحتم إلى منى متوجهين فأهلوا بالحج » فصحيح رواه مسلم فى صحيحه بمعناه ، وثبت فى صحيح البخارى عن جابر « أن إهلال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ذى الحليفة حين استوت راحلته » وثبت فى الصحيحين عن ابن عمر قال : «لم أر رسول الله صلى الله عليه وسلم يهل حتى تنبعث به راحلته» وفى الصحيحين عن ابن عمر أيضا « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا أدخل رجله فى الغرز واستوت به ناقته أهل من مسجد ذى الحليفة » الغرز ــ بفتح الغين المعجمة وإسكان الراء وبعدها زاى ــ ركاب ، وكان كور البعير إذا كان من جلد أو خشب ، فان كان من حديد فهو ركاب ، وقيل يسمى غرزا من أى شىء كان .

وثبت فى الصحيحين عن ابن عمر أيضا « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل حين استوت به راحلته قائمة » وثبت فى صحيح البخارى عن أنس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بات بذى الحليفة فلما أصبح واستوت راحلته أهل » وعن ابن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى الظهر بذى الحليفة ثم ركب راحلته فلما استوت به على البيداء أهل بالحج » رواه مسلم ، فهذه أحاديث صحيحة قاطعة بترجح الإحرام عند ابتداء السير والله أعلم .

ومن قال بترجح الإحرام عقب الصلاة احتج بحديث ابن عباس السابق ، وقد أشار ابن عباس فى رواية له رواها البيهقى باسناده عن محمد ابن إسحق عن خصيف [1] عن سعيد بن جبير قال : « قلت لابن عباس :

---

(١) من فوضى التحقيق والتصحيف أن كتاب التقريب للحافظ ابن حجر ضبطه مصححه الشيخ عبد الوهاب عبد اللطيف بالباء الموحدة فى حين أنه ورد فى ميزان الاعتدال الترجمة ٢٥١١ بالفاء والتصغير وضبط خاءه وفتح صاده فى جميع المواضع الأستاذ محمد البجاوى ولكن الصواب ــ والله أعلم ــ هو ما حققناه واما الجزرى التى وردت آنفا فلعل صوابها الحورى بفتح الحاء المهملة نسبة الى قرية بالرقة باسمها حورى راجع لسان الميزان الترجمة ١٦٣٠ (ط) .

عجبت لاختلاف أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فى إهلال رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أوجب فقال : إنى لأعلم الناس بذلك ، إنها إنما كانت حجة واحدة من رسول الله صلى الله عليه وسلم فمن هناك اختلفوا ، خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم حاجا فلما صلى فى مسجده بذى الحليفة ركعتيه أوجبه فى مجلسه أهل بالحج حين فرغ من ركعتيه ، فسمع ذلك منه أقوام فحفظته عنه ، ثم ركب فلما استقلت به ناقته أهل ، وأدرك ذلك منه أقوام ، وذلك أن الناس كانوا يأتون أرسالا فسمعوه حين استقلت به ناقته يهل فقالوا : إنما أهل رسول الله صلى الله عليه وسلم حين استقلت به ناقته ثم مضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما علا على شرف البيداء أهل وأدرك ذلك منه أقوام فقالوا : أهل رسول الله صلى الله عليه وسلم حين علا شرف البيداء وايم الله لقد أوجب فى مصلاه ، وأهل حين استقلت به ناقته ، وأهل حين علا شرف البيداء » قال البيهقى : خصيب غير قوى وقد سبق قريبا ذكر الاختلاف فيه ، والله أعلم .

أما احكام الفصل ففيه مسائل (إحداها) السنة أن يحرم فى إزار ورداء ونعلين ، هذا مجمع على استحبابه كما سبق فى كلام ابن المنذر ، وفى أى شىء أحرم جاز إلا الخف ونحوه والمخيط كما سيأتى تفصيله إن شاء الله تعالى ، قال أصحابنا : ويستحب كون الإزار والرداء أبيضين ، لما ذكره المصنف ، قال القاضى أبو الطيب وابن الصباغ والمتولى وصاحب البيان وآخرون من الطريقتين : الثوب الجديد فى هذا أفضل من المغسول ، قالوا : فإن لم يكن جديد فمغسول (وأما) قول المصنف جديدين ونظيفين ، فقد يوهم أنهما سواء فى الفضيلة ، ولكن يحمل كلامه على موافقة الأصحاب وتقدير كلامه جديدين وإلا نظيفين قال أصحابنا : ويكره له الثوب المصبوغ وقد ذكره المصنف فى آخر هذا الباب ، وهناك ينبسط الكلام فيه بأدلته إن شاء الله تعالى .

(الثانية) يستحب أن يتطيب فى بدنه عند إرادة الإحرام سواء الطيب الذى يبقى له جرم بعد الإحرام والذى لا يبقى ، وسواء الرجل والمرأة ، هذا هو المذهب ، وبه قطع جماهير الأصحاب فى جميع الطرق ، وحكى الرافعى وجها أن التطيب مباح لا مستحب ، وحكى القاضى أبو الطيب وآخرون قولا أنه لا يستحب للنساء التطيب بحال وحكى القاضى أبو الطيب وآخرون وجها أنه يحرم عليهن التطيب بما يبقى عينه ، وحكى صاحب البيان وغيره وجها فى تحريم ما يبقى عينه على الرجل والمرأة وليس بشىء ، والصواب استحبابه مطلقا • قال القاضى أبو الطيب : هذا هو المنصوص للشافعى فى كتبه ، قال : وبه قطع عامة الأصحاب • وسنبسط أدلته فى فرع مذاهب العلماء إن شاء الله تعالى •

قال أصحابنا : وسواء فى استحبابه المرأة الشابة والعجوز ، وقالوا : والفرق بينه وبين الجمعة أنه يكره للنساء الخروج إليها متطيبات لأن مكان الجمعة يضيق ، وكذلك وقتها فلا يمكنها اجتناب الرجال بخلاف النسك • قال أصحابنا : فإذا تطيب فله استدامته بعد الإحرام بخلاف المرأة إذا تطيبت ثم لزمتها عدة فانه يلزمها إزالة الطيب فى أحد الوجهين ، لأن العدة حق آدمى فالمضايقة فيه أكثر • ولو أخذ طيبا من موضعه بعد الإحرام ورده إليه أو إلى موضع آخر لزمته الفدية على المذهب ، وبه قطع الأكثرون ، وقيل : فيه قولان ، ولو انتقل الطيب من موضع إلى موضع بالعرق فوجهان (أصحهما) لا شىء عليه لأنه تولد من مباح (والثانى) عليه الفدية إن تركه لخروجه عن محل الإذن ، لأنه حصل بغير اختياره فصار كالناسى ، ولأن حصوله هناك تولد من فعله ، فهذا الوجه ضعيف عن الأصحاب • ولو مسه بيده عمدا فعليه الفدية ، ويكون مستعملا للطيب ابتداء •

(الثالثة) اتفق أصحابنا على أنه لا يستحب تطييب ثوب المحرم عند إرادة الإحرام ، وفى جواز تطييبه طريقان (أصحهما) وبه قطع المصنف والعراقيون جوازه ، فاذا طيبه ولبسه ثم أحرم واستدام لبسه جاز ولا فدية ،

فان نزعه ثم لبسه لزمه الفدية لأنه لبس ثوبا مطيبا بعد إحرامه (والطريق الثانى) طريقة الخراسانيين فيه ثلاثة أوجه (أصحها) الجواز كما سبق قياسا على البدن (والثانى) التحريم ، لأنه يبقى على الثوب ولا يستهلك ويلبسه أيضا بعد نزعه ، فيكون مستأنفا للطيب فى الإحرام (والثالث) يجوز بما لا يبقى له جرم ولا يجوز بغيره • قالوا : فان قلنا : يجوز فنزعه ثم لبسه ففى وجوب الفدية وجهان (أصحهما) عند البغوى وغيره الوجوب ، كما لو أخذ الطيب من بدنه ثم رده إليه (والثانى) لا فدية لأن العادة فى الثوب النزع واللبس فصار معفوا عنه • وحكى المتولى فى طيب الثياب قولين (أحدهما) يستحب كما يستحب فى البدن (والثانى) أنه محرم ، وهذا الذى ذكره من الاستحباب غريب جدا ، هذا كله فى تطيب ثياب الإحرام (أما) إذا طيب البدن فتعطر ثوبه فلا خلاف أنه ليس بحرام ، وأنه لا فدية عليه ، والله أعلم •

(فرع) قال الشافعى فى الأم والمختصر : أحب للمرأة أن تختضب للإحرام واتفق الأصحاب على استحباب الخضاب لها ، قال أصحابنا : وسواء كان لها زوج أم لا لأن هذا مستحب بسبب الإحرام فلا فرق بينهما (فأما) إذا كانت تريد الإحرام ــ فان كان لها زوج ــ استحب لها الخضاب فى كل وقت لأنه زينة وجمال ، وهى مندوبة إلى الزينة والتجمل لزوجها كل وقت ، وإن كانت غير ذات زوج ولم ترد الإحرام كره لها الخضاب من غير عذر ، لأنه يخاف به الفتنة عليها وعلى غيرها بها ، وهذا كله متفق عليه عند أصحابنا ، وسواء فى استحباب الخضاب عند الإحرام العجوز والشابة كما سبق فى التطيب • قال أصحابنا : وحيث اختضبت تخضب يديها إلى الكوعين ولا تزيد عليه لأن ذلك القدر هو الذى يظهر منها قال أصحابنا : وتخضب الكفين تعميما ، ولا تطرف الأصابع ولا تنقش ولا تسود وقد سبق بيان هذا فى باب طهارة البدن واتفق أصحابنا على أن الرجل منهى عن الخضاب ، قالوا : وكذلك الخنثى المشكل والله أعلم •

قال أصحابنا : ويستحب للمرأة عند الإحرام أن تمسح وجهها أيضا بشيء من الحناء قال : والحكمة فى ذلك وفى خضاب كفها أن يستتر لون البشرة ، لأنها تؤمر بكشف الوجه وقد ينكشف الكفان أيضا • قال أصحابنا : ولأن الحناء من زينة النساء فاستحب عند الاحرام كالطيب وترجيل الشعر ، وقد ثبت فى الصحيحين عن عائشة قالت : « قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم : دعى عمرتك وانفضى رأسك وامتشطى وأهلى بالحج » وروى أبو داود فى سننه بإسناده عن عائشة قالت : « كنا نخرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى مكة فنضمد جباهنا بالمسك المطيب عند الإحرام فاذا عرقت إحدانا سالت على وجهها فيراه النبى صلى الله عليه وسلم فلا ينهانا » هذا حديث حسن رواه أبو داود باسناد حسن •

قال أصحابنا : ويكره للمرأة الخضاب بعد الإحرام ، لأنه من الزينة وهى مكروهة للمحرم ، لأنه أشعث أغبر • قال أصحابنا : فإذا اختضبت فى الإحرام فلا فدية ، لأن الحناء ليس بطيب عندنا ، فإن اختضبت ولفت على يديها الخرق قال الشافعى فى الأم : رأيت أن تفتدى ، وقال فى الإملاء : لا يبين لى أن عليها الفدية قال القاضى أبو الطيب وصاحب الشامل والأصحاب هذا الاختلاف من قول الشافعى مع تحريمه القفازين من هذين الكتابين ، يدل على أن قوله مختلف فى سبب تحريم القفازين فالموضع الذى أوجب فيه الفدية فى الخرقة الملفوفة يدل على أن تحريم القفازين إنما كان لأمر إحرام المرأة يتعلق بوجهها وكفيها ، وإنما جوز لها ستر كفيها بكميها للحاجة إلى ذلك ، ولأنه لا يمكن الاحتراز من ذلك ودليل ذلك أن الكفين ليسا عورة فوجب كشفهما منها كالوجه •

قالوا : والموضع الذى لم يوجب فيه الفدية فى الخرق يدل على أنه إنما حرم القفازين لأنهما معمولان على قدر الكفين ، كما يحرم على الرجل الخفان • ودليل هذا أنه لما تعلق إحرامها بعضو تعلق تحريم المخيط بغيره

كالرجل، ولا يرد على هذا سائر بدنها لأنه عورة، هذا نقل القاضى أبى الطيب وصاحب الشامل والأكثرين ، ولم يحك الشيخ أبو حامد نصه فى الاملاء ، وإنما حكى نصه فى الأم ، قال : إن لم يشد الخرقة فلا فدية وإلا فقولان كالقفازين ، وقطع آخرون بأن لف الخرق على يديها مع الحناء أو دونه لا فدية فيه • والحاصل ثلاث طرق (المذهب) أن لف الخرق مع الحناء وغيره على يدى المرأة لا فدية فيه (والثانى) فى وجوبها قولان (والثالث) إن لم تشدها لا فدية وإلا فقولان ، وسنعيد المسألة فى فصل تحريم اللباس من هذا الباب إن شاء الله تعالى •

(الرابعة) قال أصحابنا : يستحب أن يتأهب للإحرام مع ما سبق بحلق العانة ونتف الإبط ، وقص الشارب ، وقلم الأظفار ، وغسل الرأس بسدر أو خطمى ونحوهما ، وعجب كون المصنف أهمل هذا فى المهذب ، مع أنه ذكره فى التنبيه ، ومع أنه مشهور فى كتب المذهب ويستحب أن يلبد رأسه بصمغ أو خطمى أو عسل ونحوها ، والتلبيد أن يجعل فى رأسه شيئا من صمغ ونحوه ليتلبد شعره فلا يتولد فيه القمل ولا يتشعث فى مدة الإحرام •

ودليل استحبابه الأحاديث الصحيحة المشهورة فى ذلك (منها) حديث ابن عمر قال : « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يهلل ملبدا » رواه البخارى ومسلم ، وعن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى المحرم الذى خر من بعيره ميتا : « اغسلوه بماء وسدر وكفنوه فى ثوبيه ، ولا تمسوه بطيب ، ولا تخمروا رأسه فإنه يبعث يوم القيامة ملبدا » رواه البخارى ومسلم هكذا « ملبدا » فأما البخارى فرواه هكذا فى رواية له فى كتاب الجنائز ورواه مسلم فى كتاب الحج هكذا من طرق ، ورويناه من أكثر الطرق « ملبيا » ولا مخالفة ، وكلاهما صحيح ، وعن حفصة رضى الله عنها « أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر أزواجه أن يحللن عام حجة

الوداع ، قالت : فقلت : ما يمنعك أن تحل فقال : إنى لبدت رأسى وقلدت هديى فلا أحل حتى أنحر هديى » رواه البخارى ومسلم •

(الخامسة) يستحب أن يصلى ركعتين عند إرادة الإحرام ، وهذه الصلاة مجمع على استحبابها ، قال القاضى حسين والبغوى والمتولى والرافعى وآخرون : لو كان فى وقت فريضة فصلاها كفى عن ركعتى الإحرام كتحية المسجد تندرج فى الفريضة وفيما قالوه نظر ، لأنها سنة مقصودة ، فينبغى أن لا تندرج كسنة الصبح وغيرها ، قال أصحابنا : فإن كان فى الميقات مسجد استحب أن يصليهما فيه ، ويستحب أن يقرأ فيهما بعد الفاتحة فى الأولى : (قل يا أيها الكافرون) وفى الثانية : (قل هو الله أحد) فان كان إحرامه فى وقت من الأوقات التى نهى عن الصلاة فيها فالأولى انتظار زوال وقت الكراهة ثم يصليها، فان لم يمكنه الانتظار فوجهان (المشهور) الذى قطع به الجمهور : تكره الصلاة ، ولا يكون الإحرام سببا لأنه متأخر وقد لا يقع فكرهت الصلاة كصلاة الاستخارة والاستسقاء (والثانى) لا يكره حكاه البغوى وغيره ، وقطع به البندنيجى لأن سببها إرادة الإحرام ، وقد وجدت ، وقد سبق بيان المسألة فى باب الساعات التى نهى عن الإحرام فيها ، والله أعلم •

(السادسة) هل الأفضل أن يحرم عقب صلاة الاحرام وهو جالس ؟ أم إذا انبعثت به راحلته متوجهة إلى مقصده حين ابتداء السير ؟ فيه قولان وهما مشهوران ، ذكرهما المصنف بدليلهما (القديم) عقب الصلاة (والأصح) نصه فى الأم أن الأفضل حين تنبعث به دابته إلى جهة مكة إن كان راكبا ، أو حين يتوجه إلى الطريق إن كان ماشيا ، قال أصحابنا : وعلى القولين يستحب استقبال الكعبة عند الإحرام لحديث ابن عمر فى صحيح البخارى وغيره المصرح بذلك ، والله أعلم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى الطيب عند إرادة الإحرام • قد

ذكرنا أن مذهبنا استحبابه ، وبه قال جمهور العلماءمن السلف والخلف والمحدثين والفقهاء ، منهم سعد بن أبى وقاص ، وابن عباس وابن الزبير ومعاوية وعائشة وأم حبيبة وأبو حنيفة والثورى وأبو يوسف وأحمد وإسحق وأبو ثور وابن المنذر وداود وغيرهم • وقال عطاء والزهرى ومالك ومحمد بن الحسن : يكره ، قال القاضى عياض : حكى أيضا عن جماعة من الصحابة والتابعين ، واحتج لهم بحديث يعلى بن أمية قال : « كنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتاه رجل وهو بالجعرانة وعليه جبة ، وعليه أثر الخلوق فقال : يا رسول الله كيف تأمرنى أن أصنع فى عمرتى ؟ فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « اخلع عنك هذه الجبة ، واغسل عنك أثر الخلوق ، واصنع فى عمرتك كما تصنع فى حجك » رواه البخارى ومسلم ، قالوا : ولأنه فى معنى المتطيب بعد إحرامه يمنع منه •

واحتج أصحابنا بحديثى عائشة رضى الله عنها السابقين ، وهما صحيحان رواهما البخارى ومسلم كما سبق ، ولأن الطيب معنى يزاد للاستدامة فلم يمنع الإحرام من استدامته كالنكاح •

(والجواب) عن حديث يعلى من أوجه (أحدها) أن هذا الخلوق كان فى الجبة لا فى البدن ، والرجل منهى عن التزعفر فى كل الأحوال ، قال أصحابنا : ويستوى فى النهى عن المزعفر الرجل الحلال والمحرم ، وقد سبق بيانه واضحا فى باب ما يكره لبسه •

(الجواب الثانى) أن خبرهم متقدم وخبرنا متأخر فكان العمل على المتأخر ، وإنما قلنا ذلك لأن خبرهم بالجعرانة كان عقب فتح مكة سنة ثمان من الهجرة ، وخبرنا كان عام حجة الوداع بلا شك ، وحجة الوداع كانت سنة عشر من الهجرة ، وإنما قلنا : إنه كان عام حجة الوداع لأنه صلى الله عليه وسلم لم يحج بعد الهجرة غيرها بالإجماع (فان قيل :) فلعل عائشة أرادت بقولها : « أطيبه لإحرامه » أى إحرامه للعمرة (قلنا) : هذا غلط

وغباوة ظاهرة ، وجهالة بينة ، لأنها قالت : « كنت أطيب رسول الله صلى الله عليه وسلم لإحرامه حين يحرم ولحله قبل أن يطوف بالبيت ولا خلاف أن الطيب يحرم على المعتمر قبل الطواف وبعده حتى تفرغ عمرته ، وإنما يباح الطيب قبل طواف الزيارة فى الحج فتعين ما قلناه .

(الجواب الثالث) أنه يحتمل أنه استعمل الطيب بعد إحرامه فأمر بازالته ، وفى هذا الجواب جمع بين الأحاديث فيتعين المصير إليه (وأما) قولهم : هو فى معنى المتطيب بعد إحرامه فيبطل بعد إحرامه فيبطل عليهم بالنكاح والله أعلم .

واعلم أن القاضى عياضا وغيره ممن يقول بكراهة الطيب تأولوا حديث عائشة على أنه تطيب ثم اغتسل بعده فذهب الطيب قبل الإحرام قالوا : ويزيد هذا قولها فى الرواية الأخرى : « طيبت رسول الله صلى الله عليه وسلم عند إحرامه ثم طاف على نسائه ثم أصبح محرما » هكذا ثبت فى رواية لمسلم فظاهره أنه إنما تطيب لمباشرة نسائه ، ثم زال بالغسل بعده . لا سيما وقد نقل أنه كان يتطهر من كل واحدة قبل الأخرى ولا يبقى مع ذلك طيب ويكون قولها : «ثم أصبح ينضح [1] طيبا» كما ثبت فى رواية لمسلم أى أصبح ينضخ طيبا قبل غسله، وقد ثبت فى رواية لمسلم أن ذلك الطيب كان ذريرة ، وهى مما يذهبه الغسل ، قالوا : وقولها : « كأنى أنظر إلى وبيص الطيب فى مفارق رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو محرم » المراد أثره لا جرمه هذا اعتراضهم ، والصواب ما قاله الجمهور من استحباب الطيب للإحرام لقولها : « طيبته لإحرامه » وهذا ظاهر فى أن التطيب للاحرام لا للنساء ، ويعضده قولها : « كأنى أنظر إلى وبيص الطيب » وتأويلهم المذكور غير مقبول لمخالفته الظاهر بغر دليل يحملنا عليه والله أعلم .

---

(١) النضخ بالمعجمة قريب من النضح ، وقد اختلف فيهما ايهما اكثر ، والأكثر انه بالمعجمة اقل من المهملة وقيل هو بالمعجمة الاثر يبقى فى الثوب والجسد وبالمهملة الفعل نفسه وقيل فى العمد بالمعجمة وفى الكتاب العزيز (فيهما عينان نضاختان) ط .

(فـرع) فى مذاهبهم فى الوقت المستحب للإحرام • قد ذكرنا أن الأصح عندنا أنه يستحب إحرامه عند ابتداء السير وانبعاث الراحلة ، وبه قال مالك والجمهور من السلف والخلف ، وقال أبو حنيفة وأحمد وداود : إذا فرغ من الصلاة • وقد سبقت الأحاديث الدالة للمذهبين واضحة ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وينوى الإحرام ولا يصح الإحرام إلا بالنية ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « إنما الأعمال بالنيات [ولكل امرىء ما نوى] » ولأنه عبادة محضة ، فلم يصح من غير نية كالصوم والصلاة • ويلبى لنقل الخلف عن السلف ، فإن اقتصر على النية ولم يلب أجزاه ، وقال [أبو إسحاق و] ابو عبد الله الزبيرى : لا ينعقد إلا بالنية والتلبية ، كما لا تنعقد الصلاة إلا بالنية والتكبير ، والمذهب الأول لأنها عبادة لا يجب النطق فى آخرها ، فلم يجب [النطق] فى أولها كالصوم) •

(الشرح) حديث : « إنما الأعمال بالنيات » رواه البخارى ومسلم من رواية عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وسبق بيانه واضحا فى أول باب نية الوضوء (وقوله) : عبادة محضة احتراز من الأذان والعدة ونحوهما ، والسلف الصدر الأول والخلف من بعدهم ، وسبق بيانه فى باب صفة الصلاة ، وأبو عبد الله الزبيرى من أصحابنا المتقدمين سبق بيان حاله فى باب الحيض (وقوله :) لا يجب النطق فى آخرها احتراز من الصلاة •

أما الأحكام فقال أصحابنا : ينبغى لمريد الإحرام أن ينويه بقلبه ، ويلفظ بذلك بلسانه ،و يلبى فيقول بقلبه ولسانه : نويت الحج وأحرمت به لله تعالى ، لبيك اللهم لبيك إلى آخر التلبية ، فهذا أكمل ما ينبغى له ، فالاحرام هو النية بالقلب ، وهى قصد الدخول فى الحج أو العمرة أو كليهما هكذا صرح به البندنيجى والأصحاب (وأما) اللفظ بذلك فمسحب لتوكيد ما فى القلب كما سبق فى نية الصلاة ونية الوضوء ، فإن اقتصر على

اللفظ دون القلب لم يصح إحرامه ، وإن اقتصر على القلب دون لفظ اللسان صح إحرامه كما سبق هناك (أما) إذا لبى ولم ينو فنص الشافعى فى رواية الربيع أنه يلزمه ما لبى به ، وقال الشافعى فى مختصر المزنى : وإن لم يرد حجا ولا عمرة فليس بشيء ، وللأصحاب طريقان (المذهب) القطع بأنه لا ينعقد إحرامه ، وتأولوا رواية الربيع على من أحرم مطلقا ، ثم تلفظ بنسك معين ولم ينوه فيجعل لفظه تعيينا للإحرام المطلق ، وبهذا الطريق قطع الجمهور •

(والطريق الثانى) حكام إمام الحرمين ومتابعوه أن المسألة على قولين (أصحهما) لا ينعقد إحرامه (والثانى) ينعقد ويلزمه ما سمى لأنه التزمه بالتسمية ، قالوا : وعلى هذا لو أطلق التلبية انعقد الاحرام مطلقا يصرفه إلى ما شاء من حج أو عمرة أو قران ، وهذا القول ضعيف جدا بل غلط ، قال إمام الحرمين : لا أعرف له وجها ، قال : فإن تكلف له متكلف وقال : من ضرورة تجريد القصد إلى التلبية مع انتفاء سائر المقاصد سوى الإحرام أن يجزىء فى الضمير قصد الإحرام (قلنا :) هذا ليس بشيء لأنه إذا فرض هذا فهو إحرام بنية ، ولا خلاف فى انعقاد الاحرام بالنية (قلت) والتأويل المذكور أولا ضعيف جدا لأنا سنذكر قريبا إن شاء الله تعالى أن الإحرام المطلق لا يصح صرفه إلا بنية (واعلم) أن نصه فى مختصر المزنى محتاج إلى قيد آخر ، ومعناه لم يرد حجا ولا عمرة ، ولا أصل الإحرام والله أعلم •

هذا كله إذا لبى ولم ينو فلو نوى ولم يلب ففيه أربعة أوجه أو أقوال (الصحيح) المشهور من نصوص الشافعى ، وبه قطع جمهور أصحابنا المتقدمين والمتأخرين ينعقد إحرامه (والثانى) لا ينعقد ، وهو قول أبى عبد الله الزبيرى وأبى على بن خيران وأبى على ابن أبى هريرة وأبى العباس ابن القاص ، وحكاه إمام الحرمين وغيره قولا قديما (والثالث) حكاه الشيخ أبو محمد الجوينى وغيره قولا للشافعى أنه لا ينعقد إلا بالتلبية

أو سوق الهدى وتقليده والتوجه معه (والرابع) حكاه الحناطى وغيره قولا للشافعى أن التلبية واجبة وليست بشرط للانعقاد ، فإن نوى ولم يلب انعقد وأثم ولزمه دم ، والمذهب الأول ، فعلى المذهب قال الشافعى والأصحاب : الاعتبار بالنية ، فلو لبى بحج ونوى عمرة فهو معتمر ، وإن لبى بعمرة ونوى حجا فهو حاج ، وإن لبى بأحدهما ونوى القران فقارن ، ولو لبى بهما ونوى أحدهما انعقد ما نوى فقط ، وقد سبق هذا مع نظائره فى نية الوضوء •

(فرع) قد ذكرنا أن مذهبنا المشهور أن الإحرام ينعقد بالنية دون التلبية ، ولا ينعقد بالتلبية بلا نية ، وقال داود وجماعة من أهل الظاهر : ينعقد بمجرد التلبية قال داود : ولا تكفى النية بل لابد من التلبية ورفع الصوت بها • وقال أبو حنيفة : لا ينعقد الإحرام إلا بالنية مع التلبية أو مع سوق الهدى واحتج لهم بأن النبى صلى الله عليه وسلم لبى وقال صلى الله عليه وسلم : « لتأخذوا عنى مناسككم » • واحتج داود لوجوب رفع الصوت بالتلبية بحديث خلاد بن السائب الأنصارى عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « أتانى جبريل فأمرنى أن آمر أصحابى ومن معى أن يرفعوا أصواتهم بالإهلال ــ أو قال بالتلبية ــ » رواه أحمد بن حنبل وأبو داود والنسائى والترمذى وابن ماجه وغيرهم بأسانيد صحيحه ، قال الترمذى : هو حديث حسن صحيح ، وهذا لفظ أبى داود ، ولفظ النسائى : « جاءنى جبريل فقال لى : يا محمد مر أصحابك أن يرفعوا أصواتهم بالتلبية » واستدل أصحابنا بما ذكره المصنف ، وحملوا أحاديث التلبية على الاستحباب والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وله ان يعين ما يحرم به من الحج او العمرة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم اهل بالحج ، فان اهل [1] بنسك ونوى غيره انعقد ما نواه ، لأن

---

(1) فى بعض النسخ (فان لبى بنسك) (ط) •

النية بالقلب وله أن يحرم إحراما مبهما ، لما روى أبو موسى الأشعرى رضى الله عنه قال : « قدمت على النبى صلى الله عليه وسلم فقال : كيف أهللت ؟ قال : قلت : لبيك بإهلال كإهلال النبى صلى الله عليه وسلم فقال : أحسنت » وفى الأفضل قولان (قال فى الأم) التعيين أفضل لأنه إذا عين عرف ما دخل فيه (والثانى) أن الإبهام أفضل لأنه أحوط ، فإنه ربما عرض مرض أو إحصار فيصرفه إلى ما هو أسهل عليه . وإن عين انعقد ما عينه والأفضل أن لا يذكر ما أحرم به فى تلبيته على المنصوص ، لما روى نافع قال : سئل ابن عمر ايسمى أحدنا حجا أو عمرة ؟ فقال : أتنبئون الله بما فى قلوبكم إنما هى نية أحدكم ، ومن أصحابنا من قال : الأفضل أن ينطق به ، لما روى أنس قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لبيك بحجة وعمرة » ولأنه إذا نطق به كان أبعد من السهو ، فان أبهم الإحرام جاز أن يصرفه إلى ما شاء من حج أو عمرة ، لأنه يصلح لهما فصرفه إلى ما شاء منهما) .

(الشرح) حديث أبى موسى رواه البخارى ومسلم ، والأثر المذكور عن ابن عمر صحيح رواه البيهقى بإسناد صحيح (وأما) حديث أنس وحديث إحرام النبى صلى الله عليه وسلم بحج فصحيحان سبق بيانهما فى مسألة الإفراد والتمتع والقران ، وذكر الجمع بينهما (وقد) ينكر على المصنف احتجاجه بحديث أبى موسى لجواز إطلاق الإحرام ، فإنه ليس فيه إطلاق وإبهام ، وإنما فيه تعليق إحرامه بإحرام غيره ، وهى المسألة التى ذكرها المصنف بعد هذه (ويجاب) عنه بأنه يحصل به الدلالة لأنه إذا دل بجواز التعليق مع ما فيه من الغرر ، ومخالفة القواعد فالإطلاق أولى والله أعلم .

اما الأحكام ففيه مسائل (إحداها) للإحرام حالان (أحدهما) أن ينعقد معينا بأن ينوى الحج أو العمرة أو كليهما ، فينعقد ما ينوى لقوله صلى الله عليه وسلم « إنما الأعمال بالنيات » فلو أحرم بحجتين أو عمرتين انعقدت إحداهما فقط ، ولم تلزمه الأخرى ، وقد سبقت المسألة وذكرنا مذهب أبى حنيفة فيها فى الباب الأول (الثانى) أن ينعقد مطلقا ويسمى المطلق مبهما كما نوى ، ثم ينظر فإن أحرم فى أشهر الحج فله صرفه إلى

ما شاء من حج أو عمرة أو قران ، ويكون الصرف بالنية لا باللفظ ، ولا يجزئه العمل قبل النية ، فلو طاف أو سعى لم يعتد به قبل النية ، وإن أحرم قبل الأشهر فإن صرفه إلى العمرة جاز • وإن صرفه إلى الحج بعد دخول الأشهر فوجهان (الصحيح) لا يجوز ، بل انعقد إحرامه عمرة (والثانى) يجوز صرفه إلى ما شاء من حج أو عمرة أو قران ، وعلى هذا يكون إحرامه قد وقع مطلقا (أما) إذا صرفه إلى الحج قبل الأشهر فهو كمن أحرم بالحج قبل الأشهر وقد سبق بيانه •

(المسألة الثانية) هل الأفضل إطلاق الاحرام أو تعيينه ؟ فيه قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) نصه فى الأم أن التعيين أفضل (والثانى) نصه فى الإملاء أن الإطلاق أفضل • فعلى الأول هل يستحب التلفظ فى تلبيته بما عينه بأن يقول : لبيك اللهم بحج أو لبيك اللهم بعمرة أو بحج وعمرة ؟ فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) لا يستحب ، بل يقتصر على النية والتلبية ، وهذا هو المنصوص كما ذكره المصنف وصححه الأصحاب ، هكذا أطلق الجمهور المسألة ، وقال الشيخ أبو محمد الجوينى : هذا الخلاف فيما سوى التلبية الأولى التى عند ابتداء الإحرام فيستحب أن يسمى فيها ما أحرم به من حج أو عمرة وجها واحدا ، قال : ولا يجهر بهذه التلبية بل يسمعها نفسه بخلاف مابعدها ، فانه يجهر •

(المسألة الثالثة) إذا نوى بقلبه حجا ولبى بعمرة أو عكسه انعقد ما فى قلبه دون لسانه ، وقد سبقت المسألة قريبا بفروعها واضحة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فإن قال : إهلالا كإهلال فلان انعقد إحرامه بما عقد به فلان إحرامه ، فإن مات الرجل الذى علق إهلاله بإهلاله أو جن ولم يعلم ما أهل به ، يلزمه أن يقرن ليسقط ما لزمه بيقين ، فإن بان أن فلانا لم يحرم انعقد إحراما مطلقا فيصرفه إلى ماشاء من حج أو عمرة ، لأنه عَقَدَ الإحرام ، وإنما علق عين

النسك على إحرام فلان فاذا سقط إحرام فلان بقى إحرامه مطلقا فيصرفه إلى ما شاء من حج أو عمرة) .

(الشرح) قال أصحابنا : إذا أحرم عمرو بما أحرم به زيد جاز بلا خلاف ، لحديث أبى موسى الأشعرى السابق ثم لزيد أحوال أربعة (أحدها) أن يكون محرما ويمكن معرفة ما أحرم به ، فينعقد لعمرو مثل إحرامه إن كان حجا فحج ، وإن كان عمرة فعمرة ، وإن كان قرانا فقران ، وإن كان زيد أحرم بعمرة بنية التمتع كان عمرو محرما بعمرة ، ولا يلزمه التمتع ، وإن كان إحرام زيد مطلقا ، انعقد إحرام عمرو مطلقا ، ويتخير كما يتخير زيد ، ولا يلزمه الصرف إلى ما يصرف إليه زيد ، هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور وحكى الرافعى وجها أنه تلزمه موافقته فى الصرف ، والصواب الأول قال البغوى : إلا إذا أراد إحراما كإحرام زيد بعد تعيينه فيلزمه (أما) إذا كان إحرام زيد فاسدا فوجهان (أحدهما) لا ينعقد إحرام عمرو لأن الفاسد لاغ (وأصحهما) انعقاده ، قال القاضى أبو الطيب : وهذان الوجهان كالوجهين فيمن نذر صلاة فاسدة ، هل ينعقد نذره بصلاة صحيحة ؟ أم لا ينعقد ؟ والصحيح لا ينعقد نذره .

(أما) إذا كان زيد أحرم مطلقا ثم عينه قبل إحرام عمرو فوجهان (أصحهما) ينعقد إحرام عمرو مطلقا (والثانى) معينا ، وبه قال ابن القفال ، ويجرى الوجهان فيما لو أحرم زيد بعمرة ثم أدخل عليها الحج فعلى الأول يكون عمرو معتمرا وعلى الثانى قارنا (والوجهان) فيما إذا لم يخطر التشبيه بإحرام زيد فى الحال ولا فى أوله فإن خطر التشبيه لإحرام زيد فى الحال فالاعتبار بما خطر بلا خلاف . ولو أخبره زيد بما أحرم به ووقع فى نفسه خلافه فهل يعمل بخبره ؟ أم بما وقع فى نفسه ؟ فيه وجهان حكاهما الدارمى (أقيسهما) بخبره .

ولو قال له : أحرمت بالعمرة فعمل بقوله فبان أنه كان محرما بالحج ،

فقد بان أن إحرام عمرو كان منعقدا بحج ، فإن فات الوقت تحلل وأراق دما ، وهل الدم فى ماله أم فى مال زيد ؟ فيه وجهان (الأصح) فى ماله • ممن حكى الوجهين الدارمى والرافعى (والحال الثانى) أن لا يكون زيد محرما أصلا ــ فينظر إن كان عمرو جاهلا به ــ انعقد إحرامه مطلقا ، لأنه جزم بالاحرام ، وإن كان عمرو عالمـا بأنه غير محرم بأن علم موته فطريقان (المذهب) والمنصوص الذى قطع به الجمهور انعقاد إحرام عمرو مطلقـا (والثانى) على وجهين (أصحهما) هذا (والثانى) لا ينعقد أصلا حكاه الدارمى عن ابن القفال وحكاه آخرون ، كما لو قال : إن كان زيد محرما فقد أحرمت فلم يكن محرما (والصواب) الأول • ويخالف قوله : إن كان زيد محرما فإنه تعليق لأصل الإحرام فلهذا يقول : إن كان زيد محرما ، فهذا المعلق وإلا فلا (وأما) ههنا فأصل الإحرام مجزوم به •

قال الرافعى : واحجـوا للمذهب بصورتين نص عليهمـا فى الأم (إحداهما) لو استأجره رجلان ليحج عنهما ، فأحرم عنهما لم ينعقد عن واحد منهما ، وانعقد عن الأجير ، لأن الجمع بينهما متعذر فلغت الاضافة ، وسواء كانت الاجارة فى الذمـة أم على العين ، لأنه ــ وإن كان إحدى إجارتى العين فاسدة ــ إلا أن الإحرام عن غيره لا يتوقف على صـحة الإجارة (الصورة الثانية) لو استأجر رجلا ليحج عنـه فأحرم عن نفسه وعن المستأجر لغت الاضافتان ، وبقى الإحرام للأجير ، فلما لغت الإضافة فى الصورتين وبقى أصل الإحرام جاز أن يلغوها التشبيه ، ويبقى أصل الإحرام •

(الحال الثالث) أن يكون زيد محرما ، وتتعذر مراجعته لجنون أو موت أو غيبة ، ولهذه المسألة مقدمة وهى إن أحرم بأحد النسكين ثم نسيه (قال) فى القديم : أحب أن يقرن ، وإن تحرى رجوت أن يجزئه وقال فى الجديد : هو قارن ، وللأصحاب فيه طريقان (أحدهما) القطـع بجواز التحرى ، وتأويل الجديد على ما إذا شك هل أحرم بأحد النسكين ؟ أم

قرن ؟ (وأصحهما) وبه قطع الجمهور أن المسألة على (قولين) القديم جواز التحرى ، ويعمل بظنه ، والجديد لا يجوز التحرى ، بل يتعين أن يصيِّر نفسه قارنا كما سنوضحه إن شاء الله تعالى • فإذا تعذر معرفة إحرام زيد فطريقان (أحدهما) يكون عمرو كمن نسى ما أحرم به ، وفيه الطريقان ، وبهذا الطريق قطع الدارمى (والطريق الثانى) وهو المذهب ، وبه قطع الجمهور من العراقيين وغيرهم ، لا يتحرى بحال ، بل يلزمه القران ، وحكوه عن نصه فى القديم ، وليس فى الجديد ما يخالفه ، والفرق أن الشك فى مسألة النسيان وقع عن فعله ، فلا سبيل إلى التحرى بخلاف إحرام زيد •

(فرع) هذا الذى ذكرناه من الأحوال الثلاثة لزيد هو فيما إذا أحرم عمرو فى الحال بإحرام كإحرام زيد ، أما إذا علق إحرامه فقال : إذا أحرم زيد فأنا محرم فلا يصح إحرامه ، كما لو قال : إذا جاء رأس الشهر فأنا محرم ، هكذا نقله البغوى وآخرون ، وذكره ابن القطان والدارمى والشاشى فى المعتمد فى صحة الإحرام المعلق بطلوع الشمس ونحوه وجهين ، قال ابن القطان والدارمى : (أصحهما) لا ينعقد قال الرافعى : وقياس تجويز تعليق أصل الإحرام بإحرام الغير تجويز هذا ، لأن التعليق موجود فى الحالين إلا أن هذا تعليق بمستقبل ، وذاك تعليق بحاضر ، وما يقبل التعليق من العقود يقبلها جميعا والله أعلم •

قال الرويانى فى البحر : لو قال : أحرمت كإحرام زيد وعمرو فإن كانا محرمين بنسك متفق كان كأحدهما ، وإن كان أحدهما بعمرة والآخر بحج كان هذا المعلق قارنا • وكذا إن كان أحدهما قارنا ، قال : فلو قال كإحرام زيد الكافر ، وكان الكافر قد أتى بصورة إحرام ، فهل ينعقد له ما أحرم به الكافر ؟ أم ينعقد مطلقا ؟ فيه وجهان ، وهذا الذي حكاه ضعيف أو غلط ، بل الصواب انعقاده مطلقا ، قال الرويانى : قال أصحابنا : لو قال :

أحرمت يوما أو يومين انعقد مطلقا كالطلاق • ولو قال : أحرمت بنصف نسك انعقد بنسك كالطلاق ، وفيما نقله نظر ، وينبغي أن لا ينعقد لأنه من باب العبادات والنية الجارية الكاملة شرط فيها بخلاف الطلاق ، فإنه مبنى على الغلبة والسراية ، ويقبل الإخطار ويدخله التعليق ، والله أعلم •

(فـرع) إذا أحرم عمرو كإحرام زيد فأحصر زيد وتحلل ، لم يجز لعمرو أن يتحلل بمجرد ذلك ، بل إن وجد عمرو فى إحصار أو غيره مما يبيح له التحلل تحلل ، وإلا فلا ، ولو ارتكب زيد محظورا فى إحرامه فلا شيء على عمرو بذلك •

(فـرع) إذا أحرم بحج أو عمرة وقال فى نيته : إن شاء الله ، قال الدارمى : قال القاضى أبو حامد : ينعقد إحرامه ، هـذا نقل الدارمى ، والصواب أن الحكم فيه كما سبق فى كتاب الصوم فيمن نوى الصوم وقال : إن شاء الله ، وقد ذكر القاضى أبو الطيب فى تعليقه المسألة هنا فقال : لو قال : أنا محرم إن شاء الله قال القاضى أبو حامد : ينعقد إحرامه فى الحال ، ولا يؤثر فيه الاستثناء ، قال : فقيل له : أليس لو قال لعبده : أنت حر إن شاء الله صح استثناؤه فيه ؟ فقال : الفرق أن الاستثناء يؤثر فى النطق ولا يؤثر فى النيات ، والعتق ينعقد بالنطق ، ولذلك أثر الاستثناء فيه ، والإحرام ينعقد بالنية فلم يؤثر الاستثناء فيه ، فقيل له : أليس لو قال لزوجته : أنت خلية إن شاء الله ونوى الطلاق أثر الاستثناء فيه ؟ فقال : الفرق أن الكناية مع النية فى الطلاق كالصريح ، فلهذا صح الاستثناء فيه ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن احرم بحجتين أو عمرتين لم ينعقد الإحرام بهما ، لأنه لا يمكن المضى فيهما وتنعقد إحداهما لأنه يمكنه المضى فى إحداهما ، قال فى الأم : ولو استأجره رجلان ليحج عنهما فأحرم عنهما انعقد إحرامه عن نفسه ، لأنه لا يمكن الجمع بينهما ، ولا تقديم احدهما على الآخر فتعارضا وسقطا ،

وبقى إحرام مطلق فانعقد له ، ولو استاجره رجل ليحج عنه فأحرم عنه وعن نفسه انعقد الإحرام عن نفسه ، لانه تعارض التعيينان فسقطا وبقى إحرام مطلق (١) فانعقد له) .

(الشرح) هذه المسائل صحيحة ذكرها الشافعى والأصحاب كما ذكرها المصنف ، وقد سبق بيان مسألة الإحرام بحجتين أو عمرتين فى الباب الأول فى مسألة لا يجوز الإحرام بالحج إلا فى أشهره ، وذكرنا بعدها تعليل مذاهب العلماء فيها (وأما) مسألتا الأجير فسبقتا قريبا فى الحال الثانى من الأحوال الثلاث التى فى تعليق الإحرام بإحرام زيد ، وسبقتا أيضا فى فصل الاستئجار للحج والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن احرم بنسك معين ثم نسيه قبل ان ياتى بنسك ففيه قولان (قال) فى الام : يلزمه ان يقرن لانه شك لحقه بعد الدخول فى العبادة ، فيبنى فيه على اليقين كما لو شك فى عدد ركعات الصلاة (وقال) فى القديم : يتحرى لانه يمكن ان يدرك بالتحرى فيتحرى فيه كالقبلة (فإذا قلنا) يقرن لزمه ان ينوى القران ، فإذا قرن أجزاه ذلك عن الحج ، وهل يجزئه عن العمرة ؟ (إن قلنا) يجوز إدخال العمرة على الحج اجزاه عن العمرة ايضا (وإن قلنا :) لا يجوز ففيه وجهان (احدهما) لا يجزئه ، لانه يجوز ان يكون احرم بالحج وادخل عليه العمرة فلم يصح ، وإذا شك لم يسقط الفرض (والثانى) انه يجزئه لان العمرة إنما لا يجوز إدخالها على الحج من غير حاجة ، وههنا به حاجة إلى إدخال العمرة على الحج والمذهب الاول .

(فإن قلنا) إنه يجزئه عن العمرة لزمه الدم ، لانه قارن (وإن قلنا) لا يجزئه عن العمرة فهل يلزمه دم ؟ فيه وجهان (احدهما) لا دم عليه ، وهو المذهب لانا لم نحكم له بالقران فلا يلزمه دم (والثانى) يلزمه دم لجواز ان يكون قارنا فوجب عليه الدم احتياطا ، وإن نسى بعد الوقوف وقبل طواف القدوم ، فإننوى القران وعاد قبل طواف القدوم اجزاه الحج ، لانه إن كان حاجا او قارنا فقد انعقد إحرامه بالحج ، وإن كان معتمرا فقد ادخل الحج

---

(١) فى بعض النسخ (وبقى مطلق الاحرام) (ط) .

على العمرة قبل طواف العمرة ، فصح حجه ولا يجزئه عن العمرة ، لأن إدخال العمرة على الحج لا يصح فى احد القولين ، ويصح فى الآخر ما لم يقف بعرفة ، فإذا وقف بعرفة لم يصح فلم يجزئه وإن نسى بعد طواف القدوم وقبل الوقوف (فإن قلنا) إن إدخال العمرة على الحج لا يجوز لم يصح له الحج ولا العمرة لأنه يحتمل انه كان معتمرا فلا يصح إدخال الحج على العمرة بعد الطواف ، فلم يسقط فرض الحج مع الشك ، ولا تصح العمرة لأنه يحتمل ان لا يكون احرم بها او احرم بها بعد الحج [1] فلا يصح ، وإن قلنا : إنه يجوز إدخال العمرة على الحج لم يصح له الحج ، لجواز ان يكون احرم بالعمرة وطاف لها ، فلا يجوز ان يدخل الحج عليها ، وتصح له العمرة لأنه ادخلها على الحج قبل الوقوف فإن اراد ان يجزئه الحج طاف وسعى لعمرته ويحلق ، ثم يحرم بالحج ويجزئه ، لأنه إن كان معتمرا فقد حل من العمرة واحرم بالحج ، وإن كان حاجا او قارنا فلا يضره تجديد الإحرام بالحج ، ويجب عليه دم واحد ، لأنه إن كان معتمرا فقد حلق فى وقته وصار متمتعا ، فعليه دم التمتع دون دم الحلق ، وإن كان حاجا فقد حلق فى غير وقته ، فعليه دم الحلق دون دم التمتع وإن كان قارنا فعليه دم الحلق ودم القران ، فلا يجب عليه دمان بالشك ، ومن اصحابنا من قال : يجب عليه دمان احتياطا وليس بشىء) .

(الشرح) إذا أحرم بنسك ، ثم نسيه وشك هل هو حج أم عمرة أم حج وعمرة ؟ فقد قال الشافعى فى القديم : أحب أن يقرن ، وإن تحرى رجوت أن يجزئه . وقال فى كتبه الجديدة : هو قارن . وفى المسألة طريقان حكاهما الرافعى (أحدهما) القطع بجواز التحرى ، وتأويل الجديد على ما إذا شك هل أحرم بأحد النسكين أم قرن ؟ (والطريق الثانى) وهو الصحيح المشهور وهو الذى اقتصر عليه المصنف والجمهور أن المسألة على قولين (أحدهما) قوله القديم : يجوز التحرى ويعمل بظنه (وأصحهما) وهو نصه فى كتبه الجديدة لا يجوز التحرى بل يقرن ، وهذا نص الشافعى فى الأم والإملاء ، قال المحاملى : هو نصه فى كتبه الجديدة والإملاء والمختصر .

---

(1) فى بعض النسخ (أو احرم بها على حج) .

قال أصحابنا : فإذا قلنا بالقديم تحرى ، فإن غلب على ظنه أحدهما بأمارة عمل بمقتضى ذلك ، سواء كان الذى ظنه حجـا أو عمرة ، قالوا : ولا يحتاج إلى نية ، بل يعمل على ما أدى إليه اجتهاده ، قال أصحابنا : وعلى هذا القديم يستحب أن لا يتحرى ، بل ينوى القران ، هكذا صرح به أصحابنا فى الطريقتين ، ونص عليه الشافعى فى القـديم ، فإنه قال فى القديم : إذا أحرم بنسك ثم نسيه ، فأحب أن يقرن لأن القران يشتمل على ما فعله ، قال : فإن تحرى رجوت أن يجزئه إن شاء الله تعالى ، هذا نصه ، وكذا نقله المحاملى فى كتابيه والبغوى وآخرون عن القديم ، قال الشافعى والأصحاب : فإذا قلنا بالقديم فتحرى فأدى اجتهاده إلى شىء عمل بمقتضاه وأجزأه ذلك النسك ، هذا هو الصواب تفريعا على القديم ، وحكى جماعة منهم الرافعى وجها أنه لا يجزئه النسك ، بل فائدة التحرى التخلص من الإحرام وهذا إسناد ضعيف جدا .

أما إذا قلنا بالجديد فللشك حالان (أحدهما) أن يعرض قبل عمل شىء من أفعال الحج ، فلفظ الشافعى أنه قارن ، قال الأصحاب : معنـاه أنه ينوى القران ويصيِّر نفسه قارنا ، ولابد من نية ، هذا هو الصواب ، وبه قطع المصنف والجماهير ، وفيه قول أنه يصير قارنا بلا نية ، وهو ظاهر نص الشافعى الذى ذكرناه ، وكذا نقله المزنى عن الشـافعى فى المختصر فقال : إذا لبى بأحدهما ثم نسيه فهو قارن ، وكذا لفظ المصنف فى التنبيه فإنه قال : يصير قارنا ، وتأول الجمهور نقل المزنى على أنه يصيِّر نفسـه قارنا بأن ينوى القران ، وكذا يتأول كلام المصنف فى التنبيه .

قال أصحابنا : ثم إذا نوى القران ، وأتى بالأعمال تحلل من إحرامه ، وبرئت ذمته من الحج بيقين وأجزأه عن حجة الإسلام ، لأنه إن كان محرما بالحج لم يضره تجديد نية العمرة بعده ، سواء قلنا : يصح إدخالها عليـه أم لا ، وإن كان محرما بالعمرة ، فإدخال الحج عليها قبل الشروع فى أعمالها

جائز فثبت له الحج بلا خلاف (وأما) العمرة فإن جوزنا إدخالها على الحج أجزأته أيضا عن عمرة الإسلام وإلا فوجهان (أصحهما) تجزئه ، والثانى لا تجزئه ، قال أبو إسحق المروزى وقد ذكر المصنف دليلهما وزيف الأصحاب قول أبى إسحق المروزى هذا ، وبالغوا فى إبطاله ولم يذكره المتولى والبغوى وآخرون (فإن قلنا :) يجزئه العمل لزمه دم القران ، فإن لم يجده لزمه صوم ثلاثة أيام فى الحج وسبعة إذا رجع (وإن قلنا) لا يجزئه الدم فوجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (الصحيح) لا يلزمه (والثانى) يلزمه ، ووجهه مع شدة ضعفه أن نية القران وجدت ، وهى موجبة للدم إلا أنا لم نعتد بالعمرة احتياطا للعبادة والاحتياط فى الدم وجوبه ، وهذا الاستدلال أحسن من استدلال المصنف .

(واعلم) أن قول الأصحاب : يجعل نفسه قارنا . وقول المصنف : يلزمه أن ينوى القران ليس المراد بجميعه تحتم وجوب القران ، فإنه لا يجب بلا خلاف ، وإنما الواجب نية الحج ، قال إمام الحرمين لم يذكر الشافعى رحمه الله القران على معنى أنه لابد منه ، بل ذكره ليستفيد به الشاك التحلل مع براءة الذمة من النسكين ، قال : فلو اقتصر بعد النسيان على الإحرام بالحج وأتى بأفعاله حصل التحلل قطعا ، وتبرأ ذمته من الحج ، ولا تبرأ من العمرة لاحتمال أنه أحرم ابتداء بالحج ، وكذا قال المتولى : لو لم ينو القران ، ولكن قال : صرفت إحرامى إلى الحج حسب له الحج لأنه إن كان محرما بالحج فقد حدد إحراما به فلا يضره ، وإن كان محرما بالعمرة فقد أدخل الحج عليها قبل الطواف ، قال : ويستحب له أن يريق دما لاحتمال أن إحرامه كان بعمرة فيكون قارنا .

قال : ولو قال : صرفت إحرامى إلى عمرة لم ينصرف إليها ، وإذا أتى بأعمالها لا تحسب له العمرة ولا يتحلل ، لاحتمال أنه محرم بحج أو قران ، أما إذا اقتصر على الإحرام بالعمرة وأتى بأعمال القران فيحصل له التحلل

بلا شك ، وتبرأ ذمته من العمرة إن قلنا بجواز إدخالها على الحج ، وإلا فلا تبرأ منها ، ولا يبرأ من الحج على كل قول لاحتمال أنه أحرم أولا بعمرة والله أعلم • ولو لم يجدد إحراما بعد النسيان ، بل اقتصر على عمل الحج حصل التحلل ولا تبرأ ذمته من الحج ولا من العمرة لشكه فيما أتى به ولو اقتصر على عمل عمرة لم يحصل التحلل لاحتمال أنه أحرم بالحج ولم يتم أعماله والله أعلم •

(الحال الثانى) أن يعرض الشك بعد فعل شيء من أعمال النسك ، وهو ثلاثة أضرب •

(الضرب الأول) أن يعرض بعد الوقوف بعرفة وقبل الطواف ، فيجزئه الحج لأنه إن كان محرما به فذاك ، وإن كان محرما بالعمرة فقد أدخله عليها قبل الطواف ، وذلك جائز ولا تجزئه العمرة إذا قلنا بالمذهب : إنهلا يجوز إدخالها على الحج بعد الوقوف ، وقبل الشروع فى أسباب التحلل فأما إن قلنا بجواز إدخال العمرة على الحج بعد الوقوف ، وقبل الشروع فى أسباب التحلل ، فيحصل له العمرة صرح به أصحابنا ، وكان ينبغى للمصنف أن يذكره لأن تقسيمه يقتضيه وقد ذكر هو فيما سبق الخلاف فى جواز إدخال العمرة بعد الوقوف ، فإذا قلنا بجوازه وحصلت العمرة وجب دم القران ، وإلا ففى وجوب الدم الوجهان السابقان فى الكتاب وقد شرحناهما قريبا فى الحال الأول (أصحهما) لا دم (والثانى) يجب والله أعلم •

واعلم أن هذا الضرب مفروض فيما إذا كان وقت الوقوف باقيا عند مصيره قارنا ثم وقف مرة ثانية وإلا فيحتمل أنه إن كان محرما بالعمرة فلا يجزئه ذلك الوقوف عن الحج ، وهذا الذى ذكرته من تصوير المسألة فيما إذا كان وقت الوقوف باقيا لابد منه ، وقد نبه عليه صاحب البيان فى كتابيه البيان ومشكلات المهذب ، ونبه عليه أيضا الرافعى وآخرون ، وينكر على المصنف والمحاملى فى المجموع والبغوى وغيرهم إطلاقهم المسألة من

غير تنبيه على ما ذكرناه ، وكأنهم استغنوا عن ذكره بوضوحه ومعرفته من سياق المسألة والله أعلم •

(الضرب الثانى) أن يعرض الشك بعد الطواف وقبل الوقوف ، فإذا نوى القران وأتى بأعمال القارن لم يجزئه الحج لاحتمال أنه كان محرما بالعمرة فيمتنع إدخال الحج عليها بعد الطواف (وأما) العمرة فإن قلنا بجواز إدخالها على الحج بعد الطواف أجزأته وإلا فلا وهو المذهب ، ثم ذكر أبو بكر بن الحداد حيلة لتحصيل الحج فى هذه الصورة ، فقال : ينبغى له أن يتمم أعمال العمرة بأن يصلى ركعتى الطواف ، ثم يسعى ، ثم يحلق أو يقصر ، ثم يحرم بالحج ، ويأتى بأفعاله ، فإذا فعل هذا صح حجه وأجزأه عن حجة الإسلام ، لأنه إن كان محرما بالحج لم يضره الإحرام به ثانيا • وإن كان محرما بعمرة فقد تحلل منها وأحرم بعدها بالحج وصار متمتعا فأجزأه الحج ، ولا تصح عمرته ، لاحتمال أنه كان محرما بالحج ولم يدخل العمرة عليه ، إذ لم ينو القران ، هذا كلام ابن الحداد ، واتفق الأصحاب على أنه إذا فعل ما ذكره ابن الحداد فالحكم كما قال ابن الحداد ، قالوا : وكذا إن كان فقيها وفعل ما ذكره ابن الحداد باجتهاده ، فالحكم ما سبق ، وأما إذا استفتانا فهل نفتيه بذلك ؟ فيه وجهان مشهوران •

(قال) الشيخ أبو زيد المروزى : لا نفتيه بجواز الحلق لاحتمال أنه محرم بالحج أو قارن ، فلا يجوز له الحلق قبل وقته ، هذا كلام أبى زيد وبه قال صاحب التقريب والقفال والمروزى ونقله الرافعى عن الأكثرين ، ونقله صاحب التهذيب عن أصحابنا مطلقا ، قالوا : وهذا كما لو ابتلعت دجاجة إنسان جوهرة لغيره لا يفتى صاحب الجوهرة بذبحها وأخذ الجوهرة ، ولكن لو ذبحها لم يلزمه إلا التفاوت بين قيمتها مذبوحة وحية ، قالوا : وكذا لو تقابلت دابتان لشخصين على شاهق وتعذر مرورهما لا يفتى أحدهما بإملاك دابة الآخر ، لكن لو فعل وخلص دابته لزمه قيمة دابة صاحبه • (والوجه الثانى) نفتيه بما قاله ابن الحداد •

ويجوز له الحلق لأنه يستباح فى الحال الذى يكون حراما محققا للحاجة فاستباحه هنا • ولا يتحقق أنه محرم أولا ، فانه محتاج إليه أيضا ليحسب له فعله وإلا فتلغوه ، وممن قال بهذا الوجه ابن الحداد ، والقاضى أبو الطيب الطبرى وصاحب الشامل وآخرون ، ورجحه الغزالى وغيره وهو الأصح المختار ، والله أعلم •

(واعلم) أن المصنف رحمه الله قال : طاف وسعى وحلق فذكر إعادة الطواف ، وهو خلاف ما قال الأصحاب وخلاف الدليل ، فانهم لم يذكروا الطواف ، بل قالوا : يسعى ويحلق فقط ، فهذا هو الصواب ولا حاجة إلى إعادة الطواف ، فانه قد أتى به أولا ، وقد ذكر صاحب البيان فى كتابيه البيان ومشكلات المهذب ما ذكره المصنف ، ثم قال : وهذا الطواف لا معنى له ، فانه قد طاف ، والله أعلم •

قال أصحابنا : وسواء أفتيناه بما قاله ابن الحداد وموافقوه أم لم نفته به ففعله ، لزمه دم لأنه إن كان محرما بحج فقد حلق فى غير وقته ، وإن كان بعمرة فقد تمتع ، فيريق دما عن الواجب عليه ، ولا يعين الجهة ، كما يكفر ، فان كان معسرا لا يجد دما ولا طعاما صام عشرة أيام كصوم التمتع فان كان الواجب دم التمتع فذاك ، وإن كان دم الحلق أجزأه ثلاثة أيام ويقع الباقى تطوعا ، ولا يعين الجهة فى صوم الثلاثة ، ويجوز تعيين التمتع فى صوم السبعة ، ولو اقتصر على صوم ثلاثة هل تبرأ ذمته ؟ قال الرافعى : مقتضى كلام الشيخ أبى على أنه لا تبرأ ، وقال إمام الحرمين : يحتمل أن تبرأ ، وعبر الغزالى فى الوسيط عن هذين بوجهين ، ويجزئه الصوم مع وجود الإطعام ، لأنه لا مدخل للطعام فى التمتع وفدية الحلق على التخيير ، ولو أطعم هل تبرأ ذمته ؟ فيه كلاما الشيخ أبى على والإمام ، وهذا كله إذا استجمع الرجل شروط وجوب دم التمتع ، فان لم يستجمعها كالمكى لم يجب الدم لأن دم التمتع مقصود والأصل عدم وجوب دم الحلق ،

وإذا جوز أن يكون إحرامه أولا بالقران فهل يلزمه دم آخر مع الدم الذى وصفناه ؟ فيه الوجهان السابقان (الصحيح) لا يلزمه •

(الضرب الثالث) أن يعرض الشك بعد الطواف والوقوف فإن أتى ببقية أعمال الحج لم يحصل له حج ولا عمرة (أما) الحج فلجواز أنه كان محرما بعمرة فلا ينفعه الوقوف (وأما) العمرة فلجواز أنه كان محرما بحج ، ولم يصح دخول العمرة عليه ، فان نوى القران وأتى بأعمال القارن فإجزاء العمرة مبنى على أنه هل يصح إدخالها على الحج بعد الوقوف ؟ قال الرافعى: وقياس المذكور فى الضرب السابق أنه لو أتم أعمال العمرة وأحرم بالحج وأتى بأعماله مع الوقوف أجزأه الحج ، وعليه دم كما سبق ، ولو أتم أعمال الحج ثم أحرم بعمرة وأتى بأعمالها أجزأته العمرة ، والله أعلم •

(فرع) لو تمتع بالعمرة إلى الحج فطاف للحج طواف الإفاضة ثم بان أنه كان محدثا فى طواف العمرة لم يصح طوافه ذلك ولا سعيه بعده وبان أن حلقه فى غير وقته ويصير بإحرامه بالحج مدخلا للحج إلى العمرة قبل الطواف، فيصير قارنا ويجزئه طوافه وسعيه فى الحج عن الحج والعمرة ، وعليه دمان دم للقران ودم للحلق ، وإن بان أنه كان محدثا فى طواف الحج توضأ وأعاد الطواف والسعى ، وليس عليه إلا دم التمتع إذا اجتمعت شروطه ، ولو شك فى أى الطوافين كان حدثه لزمه إعادة الطواف والسعى ، فإذا أعادهما صح حجه وعمرته وعليه دم ، لأنه قارن أو متمتع وينوى بإراقته الواجب عليه ولا يعين الجهة ، وكذا لو لم يجد الدم فصام •

والاحتياط أن يريق دما آخر لاحتمال أنه حالق قبل الوقت ، فلو لم يحلق فى العمرة وقلنا : الحلق استباحة محظور فلا حاجة إليه ، وكذا لا يلزمه عند تبين الحدث فى أطواف العمرة إلا دم واحد • ولو كانت المسألة بحالها لكن جامع بعد العمرة ثم أحرم بالحج ، فهذه المسألة تفرع

على أصلين (أحدهما) جماع الناسى ، هل يفسد النسك ويوجب الفدية كالعمد ؟ فيه قولان (الأصل الثانى) إذا أفسد العمرة بجماع ثم أدخل الحج عليها هل يدخل ويصير محرما بالحج ؟ فيه وجهان سبق بيانهما فى فصل القران (أصحهما) عند الأكثرين يصير محرما بالحج ، وبه قال ابن سريج والشيخ أبو زيد ، فعلى هذا هل يكون الحج صحيحا مجزئا ؟ فيه وجهان (أحدهما) نعم (وأصحهما) لا وعلى هذا هل ينعقد صحيحا ؟ أم يفسد ؟ أم ينعقد فاسدا ؟ فيه وجهان (أصحهما) ينعقد فاسدا ، إذ لو انعقد صحيحا لم يفسد ، إذ لم يوجد بعد انعقاده مفسد ، وقد سبقت المسألة فى القران مبسوطة .

(فإن قلنا :) ينعقد فاسدا أو صحيحا ثم يفسد ، مضى فى النسكين وقضاهما (وإن قلنا :) ينعقد صحيحا مجزئا ولا يفسد ، قضى العمرة دون الحج ، وعلى الأوجه الثلاثة يلزمه دم القران ، ولا يجب للإفساد إلا بدنة واحدة ، كذا قال الشيخ أبو على ، وحكى إمام الحرمين وجهين آخرين إذا حكمنا بانعقاد حجه فاسدا (أحدهما) يلزمه بدنة أخرى لفساد الحج (والثانى) يلزمه البدنة للعمرة وشاة للحج ، كما لو جامع ثم جامع ثانيا .

إذا عرفت هذين الأصلين فإن قال : كان الحدث فى طواف العمرة الطواف والسعى فاسدان ، والجماع واقع قبل التحلل ، ولكن لا يعلم كونه قبل التحلل ، فهل يكون كالناسى ؟ فيه طريقان (أحدهما) نعم ، وبه قطع الشيخ أبو على (والثانى) لا : فانه لم تفسد العمرة ، وبه صار قارنا ، وعليه دم للقران ودم للحلق قبل وقته إن كان حلق كما سبق ، وإن أفسدنا العمرة فعليه للإفساد بدنة وللحلق شاة ، وإذا أحرم بالحج فقد أدخله على عمرة فاسدة ، فإن لم ندخله فهو فى عمرته كما كان فيتحلل منها ويقضيها ، وإن أدخلناه وقلنا بفساد الحج فعليه بدنة للافساد ودم للحلق قبل وقته ودم للقران ويمضى فى فاسدهما ، ثم يقضيهما ، وإن قال : كان الحدث فى

طواف الحج فعليه إعادة الطواف والسعى ، وقد صح نسكاه وليس عليه إلا دم التمتع ، فإن قال : لا أدرى فى أى الطوافين كان ، أخذ فى كل حكم باليقين ولا يتحلل ما لم يعد الطواف والسعى ، لاحتمال أن حدثه كان فى طواف الحج ولا يخرج عن عهدة الحج والعمرة إن كانا واجبين عليه ، لاحتمال كونه محدثا فى طواف العمرة ، وتأثير الجماع فى إفساد النسكين ولا تبرأ ذمته بالشك ، وإن كان متطوعا فلا قضاء عليه لاحتمال أن لا فساد ، وعليه دم إما للتمتع إن كان الحدث فى طواف الحج ، وإما للحلق إن كان فى طواف العمرة ، ولا يلزمه البدنة لاحتمال أنه لم يفسد العمرة ، لكن الاحتياط ذبح بدنة وشاة إذا جوزنا إدخال الحج على العمرة الفاسدة لاحتمال أنه صار قارنا بذلك ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب ان يكثر من التلبية ، ويلبى عند اجتماع الرفاق ، وفى كل صعود وهبوط ، وفى ادبار الصلوات وإقبال الليل والنهار ، لما روى جابر رضى الله عنه قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يلبى إذا رأى ركبا او صعد اكمة أو هبط واديا ، وفى ادبار المكتوبة وآخر الليل » ولأن فى هذه المواضع ترتفع الأصوات ويكثر الضجيج ، وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم : « افضل الحج العج والثج » ويستحب فى مسجد مكة ومنى وعرفات ، وفيما عداها من المساجد قولان (قال) فى القديم : لا يلبى (وقال) فى الجديد : يلبى لأنه مسجد بنى للصلاة فاستحب فيه التلبية كالمساجد الثلاثة . وفى حال الطواف قولان (قال) فى القديم : يلبى ويخفض صوته (وقال) فى الجديد : لا يلبى لأن للطواف ذكرا يختص به ، فكان الاشتغال به أولى ، ويستحب أن يرفع صوته بالتلبية لما روى زيد بن خالد الجهنى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « جاءنى جبريل عليه السلام فقال : يا محمد مر اصحابك أن يرفعوا اصواتهم بالتلبية ، فإنها من شعائر الحاج » وإن كانت امراة لم ترفع الصوت بالتلبية لأنه يخاف عليها الافتتان .

---

(١) كذا فى ش و ق والذى فى سنن ابن ماجه ((فانها من شعار الحج) وفى بعض نسخ المهذب (من شعار الحاج) (ط) .

والتلبية أن يقول : لبيك اللهم لبيك ، لبيك لا شريك لك لبيك إن الحمد والنعمة لك والملك ، لا شريك لك ، لما روى ابن عمر رضى الله عنهما أن تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم : «لبيك اللهم لبيك ، لبيك لا شريك لك لبيك ، إن الحمد والنعمة لك والملك ، لا شريك لك» قال الشافعى رحمه الله : فإن زاد على هذا فلا بأس ، لما روى أن ابن عمر رضى الله عنهما كان يزيد فيها : « لبيك وسعديك ، والخير كله بيديك ، والرغبة إليك والعمل » وإذا رأى شيئا يعجبه قال : لبيك إن العيش عيش الآخرة . لما روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ذات يوم والناس يصرفون عنه كأنه أعجبة ما هم فيه فقال : لبيك إن العيش عيش الآخرة » والمستحب إذا فرغ من التلبية أن يصلى على النبى صلى الله عليه وسلم لأنه موضع شرع فيه ذكر الله سبحانه وتعالى ، فشرع فيه ذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم كالأذان ثم يسأل الله تعالى رضوانه والجنة ، ويستعيذ برحمته من النار ، لما روى خزيمة ابن ثابت رضى الله عنه قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا فرغ من تلبيته فى حج أو عمرة سأل الله تعالى رضوانه والجنة ، واستعاذ برحمته من النار ،ثم يدعو بما أحب ») .

(الشرح) حديث ابن عمر فى تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه البخارى ومسلم ، وكذلك الزيادة التى زادها ابن عمر من كلامه ، وهذا لفظ الجميع عن نافع عن عبد الله بن عمر أن تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لبيك اللهم لبيك ، لبيك لا شريك لك لبيك ، إن الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك » قال : وكان عبد الله بن عمر يزيد [1] فيها : لبيك وسعديك ، والخير بيديك ، والرغبة إليك والعمل » رواه البخارى ومسلم بهذا اللفظ .

(وأما) حديث زيد بن خالد الجهنى فرواه ابن ماجه وأبو حاتم البستى والبيهقى وغيرهم ، وذكره الترمذى فى جامعه فقال : روى بعضهم

---

١) قال الترمذى : قال الشافعى : وان زاد فى التلبية شيئا من تعظيم الله فلا بأس ان شاء الله وأحب الى ان يقتصر على تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم .

هذا الحديث عن خلاد[1] ابن السائب عن زيد بن خالد عن النبى صلى الله عليه وسلم • قال الترمذى : ولا يصح هذا قال : والصحيح عن خلاد بن السائب عن أبيه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أتانى جبريل فأمرنى أن آمر أصحابى أن يرفعوا أصواتهم بالإهلال والتلبية » قال الترمذى : هذا حديث حسن صحيح ، وكذا رواه مالك والشافعى وأبو داود والنسائى وغيرهم عن خلاد بن السائب عن أبيه ، وسبق بيانه قريبا فى مذاهب العلماء فى انعقاد الإحرام بالنية دون التلبية والله أعلم •

(وأما) حديث : « أفضل الحج العج والثج » فرواه الترمذى وابن ماجه والبيهقى وغيرهم من رواية أبى بكر الصديق رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم وهو من رواية محمد بن اسماعيل بن أبى فديك عن الضحاك بن عثمان عن عبد الرحمن بن يربوع عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه مرفوعا ، قال الترمذى فى جامعه : محمد بن المنكدر لم يسمع من عبد الرحمن بن يربوع ، ورواه البيهقى بهذا الإسناد الذى قدمته ، ثم رواه من طريق آخر عن ضرار بن صرد عن أبى فديك عن الضحاك بن عثمان عن ابن المنكدر عن سعيد بن عبدالرحمن بن يربوع عن أبيه عن أبى بكرالصديق رضى الله عنه مرفوعا ، قال البيهقى : وكذلك رواه محمد بن عمرو السواق عن أبى فديك ، قال البيهقى : قال الترمذى : سألت البخارى عن هـذا الحديث فقال : هو عندى مرسل ، محمد بن المنكدر لم يسمع من عبـد الرحمن بن يربوع (قلت) فمن ذكر فيه سعيدا قال : هو خطأ ليس فيـه سعيد (قلت) ضرار بن صرد وغيره روى عن ابن أبى فديك هذا الحديث ، وقالوا : عن سعيد بن عبد الرحمن عن أبيه قال : ليس بشىء ، قال البيهقى : وكذا قال أحمد بن حنبل فيما بلغنا عنه ، هـذا آخر كلام البيهقى ، والله أعلم •

---

(٢) ثبت فى ش و ق خلاد بالتحية جلاد فى المواضع كلها والصواب خلاد بالفوقية كما اثبتناه (ط) .

(وأما) الحديث الذى روى عن أبى حريز ــ بالحاء المهملة والزاى فى آخره ــ واسمه سهل مولى المغيرة بن أبى الغيث عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة قالت : « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فما بلغنا الروحاء حتى سمعت عامة الناس قد بحت أصواتهم من التلبية » فرواه البيهقى وضعفه ، قال : أبو حريز هذا ضعيف • قال : ورواه عمر بن صهبان وهو أيضا ضعيف عن أبى الزناد عن أنس بن مالك (وأما) حديث : « لبيك إن العيش عيش الآخرة » فرواه الشافعى والبيهقى بإسناد صحيح عن ابن جريج عن حميد الأعرج عن مجاهد قال : « كان النبى صلى الله عليه وسلم يظهر من التلبية : « لبيك اللهم لبيك ــ فذكر التلبية ، قال : حتى إذا كان ذات يوم والناس يصرفون عنه كأنه أعجبه ما هم فيه فزاد فيها ــ لبيك إن العيش عيش الآخرة » قال ابن جريج : وحسبت أن ذلك يوم عرفة • هكذا روياه مرسلا •

(وأما) حديث خزيمة بن ثابت فرواه الشافعى والدارقطنى والبيهقى بأسانيدهم عن صالح بن محمد بن زائدة عن عمارة بن خزيمة بن ثابت عن أبيه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا فرغ من تلبيته سأل الله تعالى مغفرته ورضوانه ، واستعاذ برحمته من النار » قال صالح : سمعت القاسم بن محمد يقول : وكان يستحب للرجل إذا فرغ من تلبيته أن يصلى على النبى صلى الله عليه وسلم وصالح بن عمر هذا ضعيف صرح بضعفه الجمهور ، وقال أحمد : لا أرى به بأسا والله أعلم •

(وأما) ألفاظ الفصل فالرفاق ــ بكسر الراء ــ جمع رفقه ــ بضم الراء وكسرها ــ لغتان مشهورتان قال الأزهرى : الرفاق جمع رفقة ــ بضم الراء وكسرها ــ وهى الجماعة يترافقون فينزلون معا ويرحلون معا ويرتفق بعضهم ببعض ، تقول : رافقته وترافقنا وهو رفيق ومرافقى وجمع رفيق رفقاء • (وأما) قوله فى كل صعود وهبوط فالصعود والهبوط ــ

بفتح أولهما ـ اسم للمكان الذى يصعد فيه ويهبط منه وبضمهما ويصح أن يقرأ هنا بالوجهين (وأما) الأكمة ـ فبفتح الهمزة والكاف ـ وهى دون الرابية (وأما) العج فرفع الصوت ، والثج إراقة الدماء (وقوله) فى كلام ابن عمر « والرغبة إليك » كذا وقع فى المهذب « والرغبة » والذى فى الصحيحين وغيرهما : « والرغباء » وفيها لغتان الرغباء ـ بفتح الراء والمد ـ والرغبى ـ بضم الراء والقصر ومعناها الرغبة (وقوله :) العيش عيش الآخرة معناه أن الحياة الهنية المطلوبة الدائمة هى حياة الدار الآخرة (وأما) لفظ التلبية ، فقال القاضى عياض : التلبية مثناة للتكثير والمبالغة ، ومعناه إجابة بعد إجابة ، ولزوما لطاعتك فثنى للتوكيد لا تثنية حقيقية ، بل هو بمنزلة قوله تعالى : (بل يداه مبسوطتان) أى نعمتاه ، على تأويل اليد بالنعمة هنا ونعم الله تعالى لا تحصى .

وقال يونس بن حبيب البصرى : لبيك اسم مفرد لا مثنى ، قال : وألفه إنما انقلبت ياء لاتصالها بالضمير ، كلدى وعلى ، ومذهب سيبويه أنه مثنى بدليل قلبها ياء مع المظهر وأكثر الناس على ما قاله سيبويه . قال ابن الأنبارى : ثنوا لبيك كما ثنوا حنانيك أى تحننا بعد تحنن وأصل لبيك لبيك ، فاستثقلوا الجمع بين ثلاث باءآت فأبدلوا من الثلاثة ياء كما قالوا من الظن تظنيت والأصل تظننت . واختلفوا فى معنى لبيك واشتقاقها (فقيل :) معناها اتجاهى وقصدى إليك مأخوذ من قولهم : دارى تلب دارك أى تواجهها (وقيل :) معناها محبتى لك مأخوذ من قولهم امرأة لبة إذا كانت محبة ولدها عاطفة عليه (وقيل) معناها إخلاصى لك مأخوذ من قولهم : حب لباب إذا كان خالصا محضا ومن ذلك لب الطعام ولبابه (وقيل) معناها أنا مقيم على طاعتك وإجابتك مأخوذ من قولهم لب الرجل بالمكان وألب إذا أقام فيه ولزمه ، وقال ابن الأنبارى : وبهذا قال الخليل ابن أحمد .

قال القاضى : قيل هذه الإجابة لقوله تعالى لإبراهيم صلى الله عليه وسلم (وأذن فى الناس بالحج) قال إبراهيم الحربى فى معنى لبيك : أى قربا منك وطاعة والإلباب القرب وقال أبو نصر : معناه أنا ملب بين يديك أى خاضع . هذا آخر كلام القاضى (قوله) لبيك إن الحمد والنعمة لك يروى ــ بكسر الهمزة ــ من إن وفتحها ــ وجهان مشهوران لأهل الحديث وأهل اللغة . قال الجمهور : والكسر أجود قال الخطـابى : الفتح رواية العامة قال ثعلب : الاختيار الكسر وهو أجود فى المعنى من الفتح لأن من كسر جعل معناه إن الحمد والنعمة لك على كل حال ، ومن فتح قال : لبيك لهذا السبب .

(وقوله) : والنعمة لك المشهور فيه نصب النعمة قال القاضى عياض : ويجوز رفعها مع الابتداء ، ويكون الخبر محذوفا قال ابن الأنبارى : وإن شئت جعلت خبر إن محذوفا تقديره : إن الحمد لك ، والنعمة مستقرة لك وقوله : وسعديك ، قال القاضى : إعرابها وتثنيتها ما سبق فى لبيك ، ومعناها مساعدة لطاعتك بعد مساعدة وقوله والخير بيديك (أى) الخير كله بيد الله تعالى ومن فضله وقوله : (الرغباء إليك والعمل) معناه الطلب والمسألة إلى من بيده الخير ، وهو المقصود بالعمل ، المستحق للعبـادة ، وهو الله تعالى والله أعلم .

اما الأحكام فاتفق العلماء على استحباب التلبية ، ويستحب الإكثار منها فى دوام الإحرام ويستحب قائما وقاعدا ، وراكبا وماشيا ، وجنبا وحائضا ويتأكد استحبابها فى كل صعود وهبوط وحدوث أمر من ركوب أو نزول ، أو اجتماع رفقة ، أو فراغ من صلاة ، وعند إقبال الليل والنهار ، ووقت السحر ، وغير ذلك من تغاير الأحوال نص على هذا كله الشافعى ، واتفق عليه الأصحاب ، واتفقت نصوص الشافعى والأصحاب على استحبابها فى المسجد ، ومسجد الخيف بمنى ومسجد إبراهيم صلى الله عليه وسلم بعرفات

لأنها مواضع نسك ، وفى سائر المساجد قولان (الأصح) الجديد يستحب التلبية (والقديم) لا يلبى لئلا يهوش على المصلين والمتعبدين ، ثم قال الجمهور : والقولان فى أصل التلبية فإن استحببناها استحببنا رفع الصوت بها وإلا فلا وجعلهما إمام الحرمين فى استحباب رفع الصوت ثم قال : لم يستحب رفعه فى سائر المساجد ، ففى الرفع فى المساجد الثلاثة وجهان (والمذهب) الأول .

وهل يستحب التلبية فى طواف القدوم ؟ والسعى بعده ؟ فيه قولان ، وهما مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما الأصح الجديد : لا يلبى ، والقديم يلبى ، ولا يجهر ولا يلبى فى طواف الإفاضة والوداع بلا خلاف ، لخروج وقت التلبية . ويستحب للرجل رفع صوته بالتلبية بحيث لا يضر بنفسه ، ولا تجهر بها المرأة ، بل تقتصر على سماع نفسها قال الرويانى : فإن رفعت صوتها لم يحرم ، لأنه ليس بعورة على الصحيح . هذا كلام الرويانى ، وكذا قال غيره : لا يحرم لكن يكره ، صرح به الدارمى والقاضى أبو الطيب والبندنيجى ، ويخفض الخنثى صوته كالمرأة ، ذكره صاحب البيان وهو ظاهر ويستحب أن يكون صوت الرجل فى صلاته على رسول الله صلى الله عليه وسلم عقب التلبية دون صوته بها .

قال الشافعى والمصنف والأصحاب : ويستحب أن لا يزاد على تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم بل يكررها وهى : « لبيك اللهم لبيك لبيك لا شريك لك لبيك ، إن الحمد والنعمة لك والملك ، لا شريك لك » . قال أصحابنا فإن زاد لم يكره ، لما سبق عن ابن عمر ، قال صاحب البيان : قال الشيخ أبوحامد ذكر أهل العراق عن الشافعى أنه كره الزيادة على ذلك ، قال أبو حامد : وغلطوا ، بل لا تكره الزيادة ولا تستحب والله أعلم . ويستحب إذا رأى شيئا يعجبه أن يقول : لبيك إن العيش عيش الآخرة . ويستحب إذا فرغ من التلبية أن يصلى على رسول الله صلى الله عليه وسلم

وأن يسأل الله تعالى رضوانه والجنة ويستعيذ به من النار ، ثم يدعو بما أحب •

ويستحب أن لا يتكلم فى أثناء تلبيته بأمر أو نهى أو غيرهما لكن لو سلم عليه رد ، نص عليه الشافعى فى الإملاء ، وتابعه الأصحاب ، ويكره التسليم عليه فى حال تلبيته • ومن لا يحسن التلبية بالعربية يلبى بلسانه ، كتكبيرة الإحرام وغيرها ، وإن أحسن العربية أتى بها نص عليه الشافعى • قال المتولى : إذا لم يحسن التلبية أمر بالتعليم ، وفى مدة التعليم يلبى بلسان قومه ، وهل يجوز بلغة أخرى مع القدرة على التلبية ؟ حكمه حكم التسبيحات فى الصلاة لأنه ذكر مسنون قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه : تكره التلبية فى مواضع النجاسات •

(فرع) قال صاحب الحاوى : قال الشافعى فى الأم : وإذا لبى فأستحب أن يلبى ثلاثا • قال : واختلف أصحابنا فى تأويله على ثلاثة أوجه (أحدها) أن يكرر قوله : لبيك ثلاث مرات (والثانى) يكرر قوله : لبيك اللهم لبيك ثلاث مرات (والثالث) يكرر جميع التلبية ثلاث مرات • هذا كلامه وهذا الثالث هو الصحيح أو الصواب ، والأولان فاسدان لأن فيهما تغييرا للفظ التلبية المشروعة •

(فرع) قد ذكرنا أن التلبية مستحبة بالاتفاق وليست واجبة هذا هو الصواب المشهور من نصوص الشافعى والأصحاب • وقال صاحب الحاوى : حكى عن أبى على بن خيران وأبى على ابن أبى هريرة من أصحابنا أن التلبية فى أثناء الحج والعمرة واجبة ، قال : وزعما أنهما وجدا للشافعى نصا دل عليه قال : وليس يعرف للشافعى فى كتبه نص يدل عليه ، هذا كلام صاحب الحاوى وقال الدارمى قال الطبرى ــ يعنى أبا على الطبرى : للشافعى ما يدل على أنها واجبة قال : وبه قال ابن خيران والمذهب ما قدمناه •

(فــرع) مذهبنا استحباب التلبية فى كل مكان وفى الأمصار والبرارى قال العبدرى : إظهار التلبية فى الأمصار ومساجدها لا يكره وليس لهـا موضع تختص به قال : وبه قال أكثر الفقهاء قال : وقال أحمد : هو مسنون فى الصحارى قال ولا يعجبنى أن يلبى فى المصر والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(وإذا احرم الرجل حرم عليه حلق الراس لقوله تعالى : (ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدى محله) ويحرم حلق شعر سائر البدن لأنه (حلق) يتنظف به ويترفه به ، فلم يجز كحلق الراس ، وتجب به الفدية لقوله تعالى (فمن كان منكم مريضا او به اذى من راسه ففدية من صيام او صدقة او نسك) ولمـا روى كعب بن عجرة رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لعلك آذاك هوام راسك ؟ قلت : نعم يا رسول الله قال : احلق راسك وصم ثلاثة ايام ، او اطعم ستة مساكين ، او انسك شاة » ويجوز له ان يحلق شعر الحلال لأن نفعه يعود إلى الحلال فلم يمنع منه كما لو اراد أن يعممه او يطيبه ، ويحرم عليه ان يقلم اظفاره ، لانه جزء ينمى وفى قطعه ترفيه وتنظيف ، فمنع الإحرام منه كحلق الشعر ، وتجب به الفدية قياسا على الحلق) •

(الشرح) حديث كعب بن عجرة رواه البخارى ومسـلم وهوام الرأس بتشديد الميم ــ الفعـل وقوله : حلق يتنظف به احتراز من الشعر النابت فى عينه وقال القلعى : هو احتراز من قلعه شعر الحلال وقوله : جزء ينمى ، قال القلعى : هو احتراز من قطع الأصبع المتآكلة وجلدة الختان ، قال : وقوله : فى قطعه ترفيه وتنظيف احتراز من قطع الشجر أو الحشيش فى غير الحرم ، هذا كلامه والأظهر أنه احترز به عن قطع اليد الصحيحة ، فإنه قطع جزء ينمى ولا شىء فيه ، لأنه ليس فيه ترفيه ولا تنظيف ، قال : وجمعه بين الترفيه والتنظيف للتأكيد لا للاحتراز ، بل لو اقتصر على أحدهما كفاه وقوله : جزء ينمى هو بفتح أوله ، ويقال : ينمو لغتان الأولى أفصح وأشهر •

اما الاحكام فأجمع المسلمون على تحريم حلق شعر الرأس نقل الاجماع فيه ابن المنذر وغيره ، وسواء فى تحريمه الرجل والمرأة ، وكذلك يجب على ولى الصبى المحرم أن يمنعه من إزالة شعره ، ويحرم عليه تمكين الصبى وغيره من إزالته قال أصحابنا : ولا يختص التحريم بالحلق ولا بالرأس ، بل تحرم إزالة الشعر قبل وقت التحلل ، وتجب به الفدية سواء شعر الرأس واللحية والشارب والإبط والعانة وسائر البدن ، وسواء الإزالة بالحلق والتقصير والإبانة بالنتف أو الإحراق وغيرهما ، ولا خلاف فى هذا كله عندنا ، قال أصحابنا وإزالة الظفر كإزالة الشعر سواء قلمه أو كسره أو قطعه ، وكل ذلك حرام موجب للفدية سواء كل الظفر وبعضه .

قال أصحابنا : ولو قطع يده أو بعض أصابعه وعليها شعر وظفر فلا فدية بلا خلاف ، لأنهما تابعان غير مقصودين وشبه أصحابنا هذا بما لو كانت له امرأة صغيرة فأرضعتها أمه انفسخ النكاح ولزم الأم مهرها ، ولو قتلتها لم يلزمها المهر لاندراج البضع فى القتل قال الشافعى وأصحابنا : ولو كشط المحرم جلدة الرأس فلا فدية والشعر تابع ، ولو افتدى كان أفضل قال الشافعى : ولو مشط لحيته فنتف شعرات لزمه الفدية ، فلو شك هل كان متقلعا أم انتتف بالمشط ؟ فوجهان ، وقيل قولان (أصحهما) لا فدية للاحتمال مع أصل البراءة (والثانى) تجب الفدية للظاهر . هذا كله فى الحلق والقلم بلا عذر فإن حلق لعذر أو ناسيا أو جاهلا أو مكرها فسيأتى بيانه حيث ذكره المصنف فى أواخر الباب إن شاء الله تعالى ، ولو حلق المحرم رأس الحلال جاز ولا فدية ، لما ذكره المصنف ، والله أعلم .

(فرع) فى مسائل من مذاهب العلماء متعلقة بالحلق والقلم

قد ذكرنا أن مذهبنا يحرم حلق جميع شعور البدن والرأس ، وبه قال الأكثرون وقال أهل الظاهر : لا فدية فى شعر غير الرأس ، وعن مالك روايتان كالمذهبين . دليلنا ما ذكره المصنف (ومنها) لو حلق المحرم رأس

الحلال جاز ولا فدية ، هذا مذهبنا وبه قال مالك وأحمد وداود (وقال) أبو حنيفة لا يجوز فإن فعل قال فعلى الحالق صدقة • دليلنا ما ذكره المصنف (ومنها) يحرم على المحرم قلم أظفاره ويجرى مجرى حلق الرأس هذا مذهبنا وبه قال أحمد •

وقال أبو حنيفة : إن قلم أظفار يد أو رجل بكمالها لزمه فدية كاملة ، وإن قلم من كل يد أو رجل أربعة أظفار أو دونه لزمه صدقة ، وقال مالك : حكم الأظفار حكم الشعر يتعلق الدم بما يميط الأذى ، وقال داود : يجوز للمحرم قلم أظفاره كلها ولا فدية عليه • هكذا نقل العبدرى عنه ، وقد نقل ابن المنذر وغيره إجماع المسلمين على تحريم قلم الظفر فى الإحرام فلعلهم لم يعتدوا بداود ، وفى الاعتداد به فى الاجماع خلاف سبق مرات (وأما) حك المحرم رأسه فلا أعلم خلافا فى إباحته ، بل هو جائز وقد حكى ابن المنذر جوازه عن ابن عمر وجابر وسعيد بن جبير والثورى وأصحاب [1] •

وأحمد وإسحق وبه قال ابن المنذر ولم يذكر فيه خلافا ، لكن قالوا : برفق لئلا ينتتف شعر والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويحرم عليه أن يستر راسه ، لما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى المحرم الذى خر من بعيره : « لا تخمروا راسه فإنه يبعث يوم القيامة ملبيا » وتجب به الفدية لأنه فعل محرم فى الإحرام فتعلقت به الفدية كالحلق ، ويجوز انيحمل على راسه مكتلا لأنه لا يقصد به الستر فلم يمنع منه • كما لا يمنع المحدث من حمل المصحف فى عيبة المتاع حين لم يقصد حمل المصحف ، ويجوز ان يترك يده على راسه لأنه يحتاج إلى وضع اليد على الراس فى المسح فعفى عنه ، ويحرم عليه لبس القميص لما روى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه

---

(١) بياض بالأصل ولعله (اصحاب الراى وهو ظاهر مذهبهم) المطيعى •

وسلم قال فى المحـرم : « لا يلبس القميص ولا السراويل ولا البرنس ولا العمامة ولا الخف ، إلا الا يجد نعلين فيقطعهما اسفل من الكعبين » ولا يلبس من الثياب ما مسه ورس او زعفران ، وتجب به الفدية لانه فعل محظور فى الإحرام فتعلقت به الفدية كالحلق ، ولا فرق بين ان يكون ما يلبسه من الخرق او الجلود او اللبود او الورق ، ولا فرق بين أن يكون مخيطا بالإبرة او ملصقا بعضه إلى بعض لانه فى معنى المخيط ، والصباءة والدراعة كالقميص فيمـا ذكرناه ، لانه فى معنى القميص .

ويحرم عليه لبس السراويل لحديث ابن عمر رضى الله عنهما وتجب به الفدية لمـا ذكرناه من المعنى والتبان [1] والران كالسراويل فيما ذكرناه ، لانه فى معنى السراويل وإن شق الإزار وجعل له ذيلين وشدهما على ساقيه لم يجز ، لانهما كالسراويل ، وما على الساقين كالبابكين ، ويجوز أن يعقد عليه إزاره لأن فيه مصلحة له وهو ان يثبت عليه ، ولا يعقـد الرداء عليه ، لانه لا حاجة به إليه ، وله ان يفرز طرفيه فى إزاره ، وإن جعل لإزاره حجزة ، وادخل فيها التكة واتزر به جاز ، وإن اتزر وشـد فوقه تكة جاز ، قال فى الإملاء : وإن زره او خاطه أو شوكه لم يجز ، لانه يصير كالمخيط ، وإن لم يجد إزارا جاز أن يلبس السراويل ولا فدية عليه ، لمـا روى ابن عباس رضى الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من لم يجد إزارا فليلبس السراويل ، ومن لم يجد نعلين فليلبس الخفين » فإن لم يجد رداء لم يلبس القميص ، لانه يمكنه ان يرتدى به ولا يمكنه ان يتزر بالسراويل ، فإن لبس السراويل ثم وجد الإزار لزمه خلعه .

ويحرم عليه لبس الخفين للخبر ، وتجب به الفـدية لمـا ذكرناه من القياس على الحلق ، فإن لم يجد نعلين لبس الخفين بعـد ان يقطعهما من اسفل الكعبين للخبر ، فإن لبس الخف مقطوعا من اسفل الكعب مع وجود النعل لم يجز على المنصوص ، وتجب عليه الفدية ، ومن اصحابنا من قال : يجوز ولا فدية عليه ، لانه قد صار كالنعل بدليل انه لا يجوز المسح عليه . وهذا خلاف المنصوص وخلاف السنة ، وما ذكره من المسح لا يصح لانه وإن لم يجز المسح إلا انه يترفه به فى دفع الحر والبرد والاذى ، ولانه يبطل بالخف المخرق ، فإنه لا يجوز المسح عليه ثم يمنع من لبسـه،ويحرم عليـه لبس القفازين ، وتجب به الفدية لانه ملبوس على قدر العضو فاشبه الخف ،

---

(١) سراويل من الجلد قصيرة فوق الركبة غالبا . (المطيعى)

ولا يحرم عليه ستر الوجه لقوله صلى الله عليه وسلم فى الذى خر من بعيره : « ولا تخمروا راسه » فخص الرأس بالنهى .

ويحرم على المراة ستر الوجه لما روى ابن عمر رضى الله عنهما « ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى النساء فى إحرامهن عن القفازين والنقاب وما مسه الورس والزعفران من الثياب » وليلبسن بعد ذلك ما اختير من الوان الثياب من معصفر او خز او حلى او سراويل او قميص او خف ، وتجب به الفدية قياسا على الحلق ، ويجوز أن تستر من وجهها ما لا يمكن ستر الراس إلا بستره لأنه لا يمكن ستر الراس إلا بستره فعفى عن ستره ، فإن ارادت ستر وجهها عن الناس سدلت على وجهها شيئا لا يباشر الوجه ، لما روت عائشة رضى الله عنها قالت : « كان الركبان يمرون بنا ، ونحن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم محرمات ، فإذا حاذونا سدلت إحدانا جلبابها من راسها على وجهها ، فاذا جاوزونا كشفنا » ولأن الوجه من المراة كالرأس من الرجل ، ثم يجوز للرجل ستر الرأس من الشمس بما لا يقع عليه ، فكذلك المراة فى الوجه ، ولا يحرم عليها لبس القميص والسراويل والخف ، لحديث ابن عمر رضى الله عنهما ، ولأن جميع بدنها عورة إلا الوجه والكفين ، فجاز لها ستره لما ذكرناه ، وهل يجوز لها لبس القفازين ؟ فيه قولان (احدهما) انه يجوز لأنه عضو يجوز لها ستره بغير المخيط ، فجاز لها ستره بالمخيط كالرجل (والثانى) لا يجوز للخبر ، ولأنه عضو ليس بعورة منها فتعلق به حرمة الإحرام فى اللبس كالوجه) .

(الشرح) حديث ابن عباس رواه البخارى ومسلم (وأما) حديث ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا يلبس المحرم القميص ولا السراويل ولا البرنس ولا العمامة ولا الخف ، إلا أن لا يجد نعلين فليلبس الخفين وليقطعهما حتى يكونا أسفل من الكعبين ، ولا يلبس من الثياب ما مسه ورس أو زعفران » فرواه البخارى ومسلم هكذا ، وزاد البيهقى وغيره فيه « ولا يلبس القباء » قال البيهقى : هذه الزيادة صحيحه محفوظة . وأما حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من لم يجد إزارا فليلبس السراويل ومن لم يجد نعلين فليلبس الخفين » فرواه البخارى ومسلم ورواه مسلم أيضا من رواية جابر بن عبد الله رضى الله

عنهما (وأما) حديث ابن عمر « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى النساء في إحرامهن عن القفازين والنقاب وما مسه الورس والزعفران من الثياب ، وليلبسن بعد ذلك ما أحببن من ألوان الثياب من معصفر أو خز أو حرير أو حلي أو سراويل أو قميص أو خف » فرواه أبو داود باسناد حسن ، وهو من رواية محمد بن إسحق صاحب المغازي إلا أنه قال حدثني نافع عن ابن عمر وأكثر ما أنكر على ابن إسحق التدليس ، وإذا قال المدلس (حدثني) احتج به على المذهب الصحيح المشهور .

(وأما) حديث عائشة قالت : « كان الركبان يمرون بنا ونحن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم محرمات فإذا حاذونا سدلت إحدانا جلبابها من رأسها على وجهها فاذا جاوزونا كشفناه » . فرواه أبو داود وابن ماجه وغيرهما وإسناده ضعيف (وأما) لغات الفصل وألفاظه ، فتخمير الرأس تغطيته ، وقوله : لأنه فعل محرم في الإحرام فتعلقت به الفدية ، احترزنا بالإحرام عن الغيبة في الصيام ونحوها ، وكان ينبغي أن يقول محرم الإحرام ليحترز عن شرب الخمر ونحوه ، فانه محرم في الإحرام ولا فدية فيه (وأما) المكتل ــ فبكسر الميم وفتح المثناة فوق ــ وهو الزنبيل ، ويقال فيه أيضا الزنبيل ــ بفتح الزاي والقفة والعرَق والعرْق ــ بفتح الراء وإسكانها ــ والسفيفة وقد سبق بيان هذا كله في كتاب الصيام في كفارة الجماع وقوله لا يمنع المحدث من حمل المصحف في عيبة المتاع ــ هي بفتح العين المهملة وهي وعاء يجعل فيه الثياب وجمعها عيب ــ بكسر العين وفتح الياء ــ كبدرة وبدر وعياب وعيبات ذكرهن الجوهري .

(وأما) البرنس ــ فبضم الباء والنون ــ قال الأزهري وصاحب المحكم وغيرهما : البرنس كل ثوب رأسه منه ملتزق به دراعة كانت أوجبة أو ممطرا ، والممطر ــ بكسر الميم الأولى وفتح الطاء ــ ما يلبس في المطر يتوقى به (وأما) الورس فسبق بيانه في باب زكاة الثمار (وقوله) مخيطا

بالإبر ــ بكسر الهمزة وفتح الباء ــ جمع إبرة (وأما) القباء فممدود وجمعه أقبية ويقال : تقبيت القباء قال الجواليقى : قيل : هو فارسى معرب : وقيل : عربى مشتق من القبو وهو الضم والجمع ، وأما الدراعة فمثل القميص لكنها ضيقة الكمين ، وهى لفظة غريبة وأما التبان ــ فبضم المثناة فوق بعدها باء موحدة مشددة ــ وهو سراويل قصيرة ، وسبق بيانه فى باب الكفن (وأما) الران فكالخف لكن لا قدم له ، وهو أطول من الخف •

(وقوله) وإن جعل لإزاره حزة وأدخل فيها التكة واتزر به جاز ، التكة ــ بكسر التاء ــ معروفة (وقوله :) حزة كذا وقع فى المهذب وهو صحيح ، يقال : حزة السراويل وحجزة السراويل بحذف الجيم وإثباتها لغتان مشهورتان ، ذكرهما صاحب المجمل والصحاح وآخرون ، وهى التى يجعل فيها التكة (وقوله :) إن زره أو خاطه أو شوكه لم يجز ، لأنه يصير كالمخيط فشوكه ــ بتشديد الواو ــ معناه خلة بشوك أو بمسلة ونحوها (وأما) القفازان فبقاف مضمومة ثم فاء مشددة وبالزاى ــ وهى شىء يعمل لليدين يحشى بقطن ، ويكون له أزرار تزر على الكفين والساعدين من البرد وغيره ، والله أعلم •

اما الاحكام فالحرام على الرجل من اللباس فى الإحرام ضربان (ضرب) متعلق بالرأس (وضرب) بباقى البدن (وأما) الضرب الأول فلا يجوز للرجل ستر رأسه لا بمخيط كالقنسوة ولا بغيره كالعمامة والإزار والخرقة ، وكل ما يعد ساترا ، فان ستر لزمه الفدية ، ولو توسد وسادة أو وضع يده على رأسه أو انغمس فى ماء أو استظل بمحمل وهودج ، جاز ولا فدية ، سواء مس المحمل رأسه أم لا ، وقال المتولى : إذا مس المحمل رأسه وجبت الفدية ، وهذا ضعيف جدا أو باطل • قال الرافعى : لم أره هنا لغيره والصواب أنه جائز ولا فدية فيه • لأنه لا يعد ساترا ، ولو وضع

على رأسه زنبيلا أو حملا فطريقان (أصحهما) وبه قطع المصنف وكثيرون أو الأكثرون يجوز ولا فدية لأنه لا يقصد به الستر كما لا يمنع المحدث من حمل المصحف فى متاع (والثانى) حكاه الخراسانيون فيه قولان (أصحهما) هذا (والثانى) يحرم وتجب به الفدية ، وممن ذكر الطريقين جميعا البغوى ، وممن قطع بتحريمه أبو الفتح سليم الرازى فى الكفاية والمذهب الجواز •

وقال صاحب الشامل : حكى الشافعى فى الأم عن عطاء أنه لا بأس بحمل المكتل على رأسه ، ولم ينكر ذلك الشافعى ولا اعترض عليه ، قال : وحكى ابن المنذر فى الإشراف عن الشافعى أنه قال : عليه الفدية • قال صاحب الشامل : قال أصحابنا : هذا لا نعرفه فى شىء من كتب الشافعى • وحكى أبو حامد فى تعليقه أن الشافعى نص فى بعض كتبه على وجوب الفدية فيه وحكى البندنيجى وجوب الفدية عن نصه فى الإملاء والله أعلم • أما إذا طلى رأسه بطين أو حناء أو مرهم أو نحوها فان كان رقيقا لا يستر فلا فدية ، وإن كان ثخينا ساترا فوجهان (الأصح) وجوب الفدية ، وبه قطع البندنيجى لأنه ستر ، ولهذا لو ستر عورته بذلك صحت صلاته (والثانى) لا ، لأنه لا يعد ساترا والله أعلم •

قال أصحابنا : ولا يشترط لوجوب الفدية ستر جميع الرأس ، كما لا يشترط فى وجوب فدية الحلق الاستيعاب ، بل تجب الفدية بستر قدر يقصد ستره لغرض كشد عصابة وإلصاق لصوق لشجة ونحوها ، هكذا ضبطه إمام الحرمين والغزالى ، واتفق الأصحاب على أنه لو شد خيطا على رأسه لم يضره ولا فدية • قال الرافعى : وهذا ينقض ما ضبط به الإمام والغزالى ، فإن ستر المقدار الذى يحويه الخيط قد يقصد لمنع الشعر من الانتشار وغيره ، فالوجه الضبط بتسميته سائر كل الرأس أو بعضه • هذا كلام الرافعى والصواب ما قاله الإمام والغزالى ولا ينتقض ما قالاه بما قاله الرافعى ، لأنهما قالا : قد يقصد ستره والخيط ليس بساتر •

وفرق أصحابنا بين الخيط حيث جاز شد الرأس به والعصابة العريضة حيث لم يجز بأنه لا يعد ساترا بخلاف العصابة ، قال أصحابنا : وسواء فى التحريم ما يعتاد الستر به وما لا يعتاد كقلنسوة مقورة ، وتجب الفدية بتغطيته البياض الذى وراء الآذان ، ذكره الرويانى وغيره وهو ظاهر ولو غطى رأسه بكف غيره فلا فدية كما لو غطاه بكف نفسه هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور وذكر صاحبا الحاوى والبحر فيه وجهين (الصحيح) هذا (والثانى) وجوب الفدية لجواز السجود على كف غيره بخلاف كفه والله أعلم •

(الضرب الثانى) فى غير الرأس ، قال أصحابنا : يجوز للرجل المحرم ستر ما عدا الرأس من بدنه فى الجملة ، وسنوضح تفصيله إن شاء الله تعالى • قال أصحابنا : وإنما يحرم عليه لبس المخيط وما هو فى معناه مما هو على قدر عضو من البدن ، فيحرم كل مخيط بالبدن أو بعضو منه ، سواء كان مخيطا بخياطة أو غيرها كما سنوضحه إن شاء الله تعالى • قال أصحابنا : فيحرم عليه لبس القميص والسراويل والتبان والدراعة والخف والران ونحوها ، فان لبس شيئا من ذلك مختارا عامدا أثم ولزمه المبادرة إلى إزالته ولزمته الفدية سواء قصر الزمان أم طال ، ولا خلاف فى هذا •

قال ابن المنذر : أجمع العلماء على منع المحرم من لبس القميص والعمامة والقلنسوة والسراويل والبرنس والخف ، ولو لبس القباء لزمه الفدية ، سواء أخرج يديه من كميه أم لا سواء فى ذلك جميع الأقبية وفيه

وجه ضعيف فى الحاوى وغيره أنه إن كان من أقبية خراسان ضيق الأكمام قصير الذيل وجبت الفدية ، وإن لم يدخل يده فى كمه ، وإن كان من أقبية العراق واسع الكم طويل الذيل لم تجب حتى يدخل يديه كميه ، وهذا الوجه غريب ضعيف وقال الدارمى : إذا طرح القباء على كتفيه وأدخلهما لزمته الفدية ، وقال ابن القطان : فيه قولان وهذا أيضا غريب ضعيف ،

والمذهب وجوب الفدية مطلقا . ولو ألقى على بدنه قباء أو فرجية وهو مضطجع قال إمام الحرمين إن صار على بدنه بحيث لو قام عد لابسه لزمته الفدية ، وإن كان بحيث لو قام أو قعد لم يستمسك عليه إلا بمزيد أمر فلا فدية .

قال أصحابنا واللبس الحرام الموجب للفدية محمول على ما يعتاد فى كل ملبوس ، فلو التحف بقميص أو قباء أو ارتدى بهما أو اتزر بسراويل فلا فدية ، لأنه ليس لبسا له فى العادة ، فهو كمن لفق إزارا من خرق وطبقها وخاطها فلا فدية عليه بلا خلاف ، وكذا لو التحف بقميص أو بعباءة أو إزار ونحوها ولفها عليه طاقا أو طاقين أو أكثر فلا فدية ، وسواء فعل ذلك فى النوم أو اليقظة ، قال أصحابنا : وله أن يتقلد المصحف وحمائل السيف ، وأن يشد الهميان والمنطقة فى وسطه ويلبس الخاتم ولا خلاف فى جواز هذا كله ، وهذا الذى ذكرناه فى المنطقة والهميان مذهبنا ، وبه قال العلماء كافة إلا ابن عمر فى أصح الروايتين عنه ، فكرههما وبه قال نافع مولاه ، قال أصحابنا : ولا يتوقف التحريم والفدية على المخيط ، بل سواء المخيط وما فى معناه ، وضابطه أنه يحرم كل ملبوس معمول على قدر البدن ، أو قدر عضو منه بحيث يحيط به بخياطة أو غيرها ، فيدخل فيه درع الزرد والجوشن والجورب واللبد والملزق بعضه ببعض سواء المتخذ من جلد أو قطن أو كتان أو غير ذلك ، ولا خلاف فى هذا كله .

(**فرع**) اتفقت نصوص الشافعى والمصنف والأصحاب على أنه يجوز أن يعقد الإزار ويشد عليه خيطا ، وأن يجعل له مثل الحجزة ، ويدخل فيها التكة ونحو ذلك ، لأن ذلك من مصلحة الإزار فإنه لا يستمسك إلا بنحو ذلك . هكذا صرح به المصنف والأصحاب فى جميع طرقهم ، وكذا نص عليه الشافعى فى الأم ، ونقل القاضى أبو الطيب فى تعليقه أن الشافعى نص على أنه لا يجوز له أن يجعل للإزار حجزة ويدخل فيها التكة ، لأنه يصير

كالسراويل ، وهذا نقل غريب ضعيف ، ونقل ابن المنذر فى الإشراف عن الشافعى أنه قال : لا يعقد على إزاره ، وهذا نقل غريب ضعيف ، مخالف للمعروف من نصوص الشافعى وطرق الأصحاب • قال الشافعى فى الأم : ويعقد المحرم عليه إزاره لأنه من صلاح الإزار ، قال : والإزار ما كان معقودا • هذا نصه بحروفه •

ويمكن أن يتأول ما نقله ابن المنذر على أن المراد بالعقد العقد بالخياطة ، فهذا حرام كما ذكره المصنف فى الكتاب والأصحاب • قال أصحابنا : وله غرز ردائه فى طرف إزاره ، وهذا لا خلاف فيه ، لأنه يحتاج إليه للاستمساك •

(و أ ما) عقد الرداء فحرام وكذلك خله بخلال أو بمسلة ونحوها ، وكذلك ربط طرفه إلى طرفه الآخر بخيط ونحوه وكله حرام موجب للفدية • هذا هو المذهب وقد نص الشافعى فى الأم على تحريم عقد الرداء ، وتابعه عليه المصنف وجماهير الأصحاب ، وفرق المصنف والأصحاب بين الرداء والإزار حيث جاز عقد الإزار دون الرداء ، بأن الازار يحتاج فيه إلى العقد دون الرداء ، فعلى هذا إذا عقده أو رده أو خله بخلال أو مسلة أو جعل له شرجا وعرى وربط الشرج بالعرى لزمته الفدية • هكذا صرح به الشيخ أبو حامد والجمهور ، وهو مقتضى النص السابق فى تحريم عقد الرداء ، وقالت طائفة من أصحابنا لا يحرم عقد الرداء كما لا يحرم عقد الإزار ، وبهذا قطع إمام الحرمين والغزالى فى البسيط والمتولى وغيرهم ، إلا أن المتولى قال : يكره عقده فان عقده فلا فدية ، ودليل هذا أنه لا يعد مخيطا ، ودليل المذهب أنه فى معنى المخيط من حيث إنه مستمسك بنفسه ، وقد أنكر أبو عمرو بن الصلاح على إمام الحرمين تجويزه عقد الرداء ، قال : ولعله لم يبلغه نص الشافعى والأصحاب فى المنع من ذلك ، وحكى صاحب البيان عن الشيخ أبى نصر صاحب المعتمد من العراقيين أنه قال : لا فدية

فى عقد الرداء ، والمشهور فى المذهب تحريم عقده ووجوب الفدية فيه والله أعلم .

(فـرع) إذا شق الإزار نصفين وجعل له ذيلين ، ولف على كل ساق نصفا وشده ، فوجهان (الصحيح) المنصوص فى الأم نصا صريحا وجوب الفدية ، وبهذا قطع المصنف والجمهور ، ونقلوه أيضا عن نصه فى الأم وتابعوه عليه ، وأطبق العراقيون على التصريح به ، وقطع به البغوى وآخرون من الخراسانيين ، قالوا : فإن فعل ذلك أثم ولزمته الفدية ، وهكذا نقله الغزالى فى البسيط عن العراقيين ، قال : وفيه احتمال أنه لا فدية ، قاله إمام الحرمين قال الرافعى : الذى نقله الأصحاب وجوب الفدية لأنه كالسراويل ، قال : وقال إمام الحرمين : لا فدية بمجرد اللف وعقده وإنما يجب إن كانت خياطة أو شرجا وعرى وقطع المتولى بأنه يكره ولا يحرم ولا فدية فيه ، لأن الإحاطة على سبيل اللف ليست محرمة كما لو التحف بإزار وقميص وعباءة ، ووجه المذهب أنه شابه السراويل فى الصورة والله أعلم .

قال المصنف : قال الشافعى فى الإملاء : وإن زر الإزار أو شوكه أو خاطه لم يجز ، وهذا الذى قاله متفق عليه ، قال أصحابنا : فإن خالف لزمته الفدية لما سبق من الدليل .

(فـرع) يحرم على الرجل لبس القفازين بلا خلاف ، وفى المرأة خلاف سنوضحه إن شاء الله تعالى ، ولو اتخذ الرجل لساعده أو لعضو آخر شيئا مخيطا أو للحيته خريطة يعلقها بها إذا خضبها فالمذهب تحريمه ووجوب الفدية ، وبهذا قطع ابن المرزبان والأكثرون لأنه فى معنى القفاز ، وتردد الشيخ أبو محمد الجوينى فى تحريمه لأن المقصود تحريم الملابس المعتادة ، وهذا ليس معتادا .

(فـرع) قد ذكرنا أن لبس الخف حرام على الرجل المحرم ، وهذا مجمع عليه سواء كان الخف صحيحا أو مخرقا لعموم الحديث الصحيح السابق (وأما) لبس المداس والجمجم والخف المقطوع أسفل من الكعبين فهل يجوز مع وجود النعلين ؟ فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف والأصحاب (الصحيح) باتفاقهم تحريمه ، ونقله المصنف والأصحاب عن نص الشافعي ، وقطع به كثيرون أو الأكثرون ، وهو مقتضى قوله صلى الله عليه وسلم فى الحديث الصحيح السابق : « فمن لم يجد النعلين فليلبس الخفين وليقطعهما حتى يكونا أسفل من الكعبين » والله أعلم .

(فـرع) قال صاحب البيان : قال الصيمرى : إذا أدخل رجليه إلى ساقى خفيه أو أدخل إحدى رجليه إلى قرار الخف دون الأخرى فلا فدية ، لأنه ليس لابس خفين هذا كلامه (فأما) المسألة الثانية وهى إدخال إحدى الرجلين إلي قرار الخف فغلط صريح ، بل الصواب وجوب الفدية بلا خلاف هذا هو المفهوم من كلام الأصحاب ، وصرح به جماعة منهم المتولى لو لبس الخف فى إحدى رجليه لزمته الفدية لوجود مخالفة أمر الشارع وحصول الستر . هذا كلام المتولى وكلام غيره بمعناه ، قال أصحابنا : لأنه لا فرق فى الحرام الموجب للفدية بين ما يستوعب العضو أو بعضه ، كما لو ستر بعض رأسه أو لبس القميص إلى سرته ونحو ذلك ، فإنه تجب الفدية بلا خلاف (وأما) المسألة الأولى فينبغى أن يجىء فيها الخلاف السابق فى باب مسح الخفين ، فيما إذا أدخل رجله إلى ساق الخف ، ثم أحدث قبل استقرارها فى القدم ، هل يجوز المسح أم لا ؟ (الأصح) لا يجوز ، فلا يكون لبسا ، فلا فدية (والثانى) يجوز المسح فيكون لبسا فتجب الفدية ، والله أعلم .

(فـرع) قال أصحابنا :لو كان على المحرم جراحة فشد عليها خرقة ، فإن كانت فى غير الرأس فلا فدية ، وإن كانت فى الرأس لزمه الفدية لأنه يمنع فى الرأس المخيط وغيره ، لكن لا إثم عليه للعذر .

(فــرع) قال الدارمى وغيره : لو لف وسطه بعمامة أو أدخل يده فى كم قميص منفصل عنه فلا فدية له •

(فــرع) قال أصحابنا سواء فى كل ما ذكرناه اللبس فى زمن طويل وقصير ، وسواء الرجل والصبى ، لكن الصبى لا يأثم ويجب الفدية ، وهل تجب فى ماله أم مال الولى ؟ فيه الخلاف السابق فى الباب الأول •

(فــرع) هذا الذى ذكرناه كله إذا لم يكن للرجل عذر فى اللبس ، فإن كان عذر ففيه مسائل (إحداها) إذا احتاج إلى ستر رأسه أو لبس المخيط لعذر كحر أو برد أو مداواة أو احتاجت المرأة إلى ستر الوجه جاز الستر ووجبت الفدية لقوله تعالى : (فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية) الآية •

(الثانية) إذا لم يجد رداء لم يجز له لبس القميص ، بل يرتدى به ولو لم يجد إزاراً ووجد سراويل نظر إن لم يتــأت منه إزار لصغره ، أو لعدم آلة الخياطة أو لخوف التخلف عن القافلة ، ونحو ذلك ، فله لبسه ولا فدية لحديث ابن عباس السابق فى أول الفصل • وإن تأتى منه إزار وأمكنه ذلك بلا ضرر فهل يجوز لبس السراويل على حاله ؟ فيه طريقان (المذهب) جوازه ، وبه قطع المصنف وسائر العراقيين والمتولى وآخرون من الخراسانيين (والثانى) حكاه البغوى وآخرون من الخراسانيين فيه وجهان (أصحهما) هذا (والثانى) لا يجوز ، بل يتعين جعله إزارا ، فإن لبسه سراويل لزمه الفدية ، وبهذا الوجه قطع الفورانى ، ووجهه أنه غير مضطر إلى السراويل والصواب الأول لعموم الحديث ، ولأن فى تكليف قطعه مشقة وتضييع مال • هذا كله إذا لم يمكنه أن يتزر بالسراويل على هيئته ، فإن أمكنه لم يجز لبسه على صفته ، فإن لبسه لزمته الفدية • صرح به المتولى وغيره وهو ظاهر ، وقياسا على ما لو فقد الرداء ووجد القميص ، فإنه لا يجوز لبسه ، بل يرتدى به كما سبق •

وحيث جوزنا لبس السراويل لعدم الإزار فلبسه فلا فدية وإن طال زمانه • فلو وجد الإزار لزمه نزعه فى الحال ، فإن أخر أثم ولزمته الفدية إن كان عالمـا ، صرح به الأصحاب واتفقوا عليه • وإذا وجد السراويل ووجد إزارا يباع ولا ثمن معه ، أو كان يباع بأكثر من ثمن المثل جاز لبس السراويل ، قال الدارمى وغيره : ولو وهب له الإزار لم يلزمه قبوله ، بل له لبس السراويل لمشقة المنة فى قبوله ، وكذا لو وهب له ثمنه ، فإن كان الواهب ولده ففى وجوب قبوله وجهان ، حكاهما الدارمى والقـاضى أبو الطيب وغيرهما ، وهما كالوجهين فى وجوب الحج لبذل الولد المـال للمعضوب •وسبق فى بذل ثمن المـاء فى التيمم مثله •

قال الدارمى والقاضى أبو الطيب وآخرون : لو أعير إزارا لم يجز لبس السراويل ، هكذا قطع به الدارمى ، وقد سبق فى وجوب قبـوله عاريةَ الثوب لمن يصلى فيه وجهان (الصحيح) وجوبه ، وهنا أولى بجريان الخلاف كطول زمان لبسه هنا فى العادة ، ولو كان معه سراويل قيمته قيمة إزار فقد أطلق الدارمى أنه يلزمه أن يستبدل به إزارا إذا أمكنه والصواب التفصيل ذكره القاضى أبو الطيب فى تعليقه قال : إن أمكنه ذلك من غير مضى زمان تظهر فيه عورته لزمه وإلا فلا ، والله أعلم •

(الثالثة) إذا لم يجد نعلين جاز لبس المداس وهو المكعب ، ولبس خفين مقطوعين من أسفل الكعبين ولا فدية لحديث ابن عباس ، ولو لبس الخفين المقطوعين لفقد النعلين ثم وجد النعلين وجب نزعه فى الحـال • فإن أخر وجبت الفدية • هذا هو المذهب والمنصوص وبه قطع الجمهور كما قلنا فى لبس السراويل بعد وجود الإزار (والثانى) يجوز وبه قال أبو حنيفة وهو الوجه السابق فى جواز لبس المداس والخفين المقطوعين مع وجود النعلين ، لأنهما فى معنى النعلين ، ولهذا لا يجوز المسح عليهما وهذا ضعيف ، لأن ظاهر الحديث تخصيص الإباحة لمن لم يجد نعلين ، وما ذكروه

من المسح ينتقض بالحف المخرق ، فإنه لا يجوز المسح عليه مع تحريم لبسه ووجوب الفدية فيه قال أصحابنا : وإذا جاز لبس الخفين المقطوعين لم يضر استتار طهر القدمين بباقيه • قال أصحابنا : والمراد بعقد الإزار والخف أن لا يقدر على تحصيله لعقده أو لعدم بذل مالكه أو عجز عن ثمنه وأجرته ، ولو بيع بغبن أو نسيئة أو وهب له لم يلزمه قبوله ، والله أعلم •

(فرع) هذا الذى سبق كله فى أحكام الرجل (أما) المرأة فالوجه فى حقها كرأس الرجل ، فيحرم ستره بكل ساتر كما سبق فى رأس الرجل ، ويجوز لها ستر رأسها وسائر بدنها بالمخيط وغيره كالقميص والخف والسراويل ، وتستر من الوجه القدر اليسير الذى يلى الرأس ، لأن ستر الرأس واجب لكونه عورة ، ولا يمكن استيعاب ستره إلا بذلك ، قال أصحابنا : والمحافظة على ستر الرأس بكماله لكونه عورة أولى من المحافظة على كشف ذلك الجزء من الوجه قال أصحابنا : ولها أن تسدل على وجهها ثوبا متجافيا عنه بخشبة ونحوها ، سواء فعلته لحاجة كحر أو برد أو خوف فتنة ونحوها ، أم لغير حاجة • فإن وقعت الخشبة فأصابت الثوب بغير اختيارها ورفعته فى الحال فلا فدية ، وإن كان عمدا أو استدامته ، لزمتها الفدية •

وهل يحرم عليها لبس القفازين ؟ فيه قولان مشهوران (أصحهما) عند الجمهور تحريمه ، وهو نصه فى الأم والإملاء ويجب به الفدية (والثانى) لا يحرم ولا فدية ، ولو اختضبت ولفت على يدها خرقة فوق الخضاب أو لفتها بلا خضاب فالمذهب لا فدية وقيل : قولان كالقفازين • وقال الشيخ أبو حامد : إن لم تشد الخرقة فلا فدية ، وإلا فالقولان ، وقد سبقت هذه المسألة واضحة فى أوائل هذا الباب عند استحباب الحناء للمرأة عند الإحرام •

(فرع) هذا الذى ذكرناه فى إحرام المرأة ولبسها هو المشهور من

نصوص الشافعى والأصحاب ، ولم يفرقوا بين الحرة والأمة • وقال القاضى أبو الطيب فى تعليقه : هذا المذكور هو حكم الحرة (فأما) الأمة ففى عورتها وجهان (أحدهما) أنها كالرجل ، فعورتها ما بين سرتها وركبتها (والثانى) جميع بدنها عورة إلا رأسها ويديها وساقيها • قال : فعلى هذا الثانى فيهما وجهان قال القاضى أبو حامد : هى كالحرة فى الإحرام فيثبت لها حكم الحرة فى كل ما ذكرنا ، قال : ومن أصحابنا من قال : وفى ساقيها ورأسها وجهان كالقفازين للحرة • قال : وإن قلنا هى كالرجل فوجهان (أحدهما) أنها كالرجل فى حكم الإحرام (والثانى) كالمرأة • قال : وإن كان نصفها حرا ونصفها رقيقا ، فهل هى كالأمة أو كالحرة ؟ فيه وجهان هذا آخر كلام القاضى أبى الطيب وهو شاذ ، والمذهب ما سبق •

(فرع) (أما) الخنثى المشكل فقال أصحابنا : إن ستر وجهه فلا فدية فيه ، لاحتمال أنه رجل ، وإن ستر رأسه فلا فدية لاحتمال أنه امرأة ، وإن سترهما وجبت لتيقن ستر ما ليس له ستره • قال القاضى أبو الفتوح : فإن قال : أكشف رأسى ووجهى قلنا : فيه ترك للواجب ، قال : ولو قيل يؤمر بكشف الوجه كان صحيحا لأنه إن كان رجلا فكشف وجهه لا يؤثر ولا يمنع منه ، وإن كان امرأة فهو الواجب قال صاحب البيان : وعلى قياس قول أبى الفتوح إذا لبس الخنثى قميصا أو سراويل أو خفا فلا فدية لجواز كونه امرأة ، ويستحب أن لا يستر بالقميص والخف والسراويل لجواز كونه رجلا ويمكنه ستر ذلك بغير المخيط • هكذا ذكر حكم الخنثى جمهور الأصحاب ، وقال القاضى أبو الطيب فى تعليقه : لا خلاف أنا نأمره بالستر ولبس المخيط كما نأمره فى صلاته أن يستتر كالمرأة ، قال : وهل تلزمه الفدية ؟ فيه وجهان (أصحهما) لا ، لأن الأصل براءته (والثانى) يلزمه احتياطا كما يلزمه الستر فى صلاته احتياطا للعبادة ، والله أعلم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فيمن لم يجد نعلين

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه يجوز له لبس خفين بشرط قطعهما أسفل من الكعبين ، ولا يجوز من غير قطعهما ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وداود والجمهور ، وهو مروى عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عمر وعروة والنخعى وقال أحمد : يجوز لبسهما من غير قطع ، وروى ذلك عن عطاء وسعيد بن سالم القداح • واحتج أحمد بحديث ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب بعرفات يقول : السراويل لمن لم يجد الإزار والخفاف لمن لم يجد النعلين يعنى المحرم » رواه البخارى ومسلم ، وعن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من لم يجد نعلين فليلبس خفين ، ومن لم يجد إزارا فليلبس سراويل » رواه مسلم •

واحتج أصحابنا بحديث ابن عمر أن رجلا سأل النبى صلى الله عليه وسلم ما يلبس المحرم من الثياب ؟ فذكر الحديث السابق فى أول الفصل إلى قوله صلى الله عليه وسلم : « إلا أحد لا يجد النعلين فليلبس الخفين ، وليقطعهما أسفل من الكعبين » رواه البخارى ومسلم وأجاب الشافعى والأصحاب عن حديثى ابن عباس وجابر بأن حديث ابن عمر فيه زيادة ، فالأخذ به أولى ، ولأنه مفسر ، وخبر ابن عباس مجمل ، فوجب ترجيح حديث ابن عمر قال الشافعى : وابن عمر وابن عباس حافظان عدلان لا مخالفة بينهما ، لكن زاد أحدهما زيادة فوجب قبولها ، والله أعلم •

(فرع) قد ذكرنا أنه إذا لم يجد إزارا جاز له لبس السراويل ولا فدية وبه قال أحمد وداود وجمهور العلماء • وقال مالك وأبو حنيفة لا يجوز له لبسه ، وإن عدم الإزار فإن لبسه لزمه الفدية • وقال الرازى من الحنفية : يجوز لبسه وعليه الفدية • ودليلنا حديث ابن عمر وابن عباس المذكورين فى الفرع ، والقياس على من عدم النعلين فإنه ليس له لبس

الخفين المقطوعين ولا فدية عليه بالاتفاق ، والفرق بينه وبين ما قاسوا عليه من تحريم لبس القميص إذا لم يجد الرداء لا يجب عليه لبسه فلا ضرورة إليه ، بخلاف الإزار فإنه يجب لبسه لستر العورة فإذا لم يجد عدل إلى السراويل ولأن السراويل لا يمكنه أن يتزر به ويمكنه أن يرتدى بالقميص وإذا قلنا لو أمكنه أن يتزر بالسراويل لم يجز لبسه كما سبق إيضاحه .

(فرع) قد ذكرنا أنه لا يجوز للمحرم لبس القباء ، سواء أخرج يديه من كميه أم لا ، فإن لبسه لزمه الفدية ، وبه قال مالك وحكاه ابن المنذر بمعناه عن الأوزاعى . وقال إبراهيم النخعى وأبو حنيفة وأبو ثور والخرقى من أصحاب أحمد : يجوز لبسه إذا لم يدخل يديه فى كميه ، دليلنا على تحريمه حديث ابن عمر « أن رجلا أتى إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله ما يلبس المحرم من الثياب ؟ قال : لا يلبس القميص ولا العمامة ولا البرنس ولا السراويل ولا القباء ولا ثوبا يمسه ورس أو زعفران » رواه البيهقى بإسناد صحيح على شرط الصحيح ، قال البيهقى : وهذه الزيادة وهى ذكر القباء صحيحة محفوظة وعن ابن عمر أيضا قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لبس القميص والأقبية والسراويلات والخفين إلا أن لا يجد نعلين » رواه البيهقى بإسناد صحيح ، ولأنه مخيط فكان محرما موجبا للفدية كالجبة (وأما) تشبيههم إياه بمن التحف بقميص فلا يصح ، لأن ذلك لا يسمى لبسا فى القميص ، ويسمى لبسا فى القباء ، ولأنه غير معتاد فى القميص ومعتاد فى القباء ، والله أعلم .

(فرع) قد ذكرنا أن مذهبنا أنه يجوز للمحرم أن يستظل فى المحمل بما شاء . راكبا ونازلا ، وبه قال أبو حنيفة . وقال مالك وأحمد : لا يجوز فإن فعل فعليه الفدية « وعن أحمد رواية أخرى أنه لا فدية ، وأجمعوا على أنه لو قعد تحت خيمة أو سقف جاز ، ووافقونا على أنه إذا كان الزمان يسيرا فى المحمل فلا فدية ، وكذا لو استظل بيده ، ووافقونا أنه لا فدية .

وقد يحتج بحديث [1] عبد الله بن عباس بن أبى ربيعة قال : « صحبت عمر ابن الخطاب رضى الله عنه فما رأيته مضطربا فسطاطا حتى رجع » رواه الشافعي والبيهقى بإسناد حسن ، وعن ابن عمر « أنه أبصر رجلا على بعيره وهو محرم قد استظل بينه وبين الشمس فقال : أضح لمن أحرمت له » رواه البيهقى بإسناد صحيح •

وعن جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ما من محرم يضحى للشمس حتى تغرب إلا غربت بذنوبه حتى يعود كما ولدته أمه » رواه البيهقى وضعفه • ودليلنا حديث أم الحصين رضى الله عنها قالت : حججنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حجة الوداع فرأيت أسامة وبلالا وأحدهما آخذ بخطام ناقة النبى صلى الله عليه وسلم والآخر رافع ثوبه يستره من الحر حتى رمى جمرة العقبة » رواه مسلم فى صحيحه ، ولأنه لا يسمى لبسا (وأما) حديث جابر المذكور فقد ذكرنا أنه ضعيف مع أنه ليس فيه نهى وكذا فعل عمر ، وقول ابن عمر ليس فيه نهى ، ولو كان فحديث أم الحصين مقدم عليه ، والله أعلم •

(فرع) مذهبنا أنه يجوز للرجل المحرم ستر وجهه ولا فدية عليه ، وبه قال جمهور العلماء • وقال أبو حنيفة ومالك : لا يجوز كرأسه • واحتج لهما بحديث ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى المحرم الذى خر من بعيره : « ولا تخمروا وجهه ولا رأسه » رواه مسلم وعن ابن عمر أنه كان يقول : « ما فوق الذقن من الرأس فلا يخمره المحرم » رواه مالك والبيهقى وهو صحيح عنه •

واحتج أصحابنا برواية الشافعى عن سفيان بن عيينة عن عبد الرحمن ابن القاسم عن أبيه « أن عثمان بن عفان وزيد ثابت ومروان بن الحكم

---

(١) عبد الله هو ابن الفضل بن العباس بن ربيعة بن الحارث ثقة من الطبقة الرابعة من التابعين (المطيعى) •

كانوا يخمرون وجوههم وهم حرم » وهذا إسناد صحيح وكذلك رواه البيهقى ، ولكن القاسم لم يدرك عثمان وأدرك مروان • واختلفوا فى إمكان إدراكه زيدا وروى مالك والبيهقى بالإسناد الصحيح عن عبد الله بن أبى بكر عن عبد الله بن عامر بن ربيعة قال : « رأيت عثمان بالعرج وهو محرم فى يوم صائف قد غطى وجهه بقطيفة أرجوان » (والجواب) عن حديث ابن عباس أنه إنما نهى عن تغطية وجهه لصيانة رأسه ، لا لقصد كشف وجهه ، فإنهم لو غطوا وجهه لم يؤمن أن يغطوا رأسه ولا بد من تأويله ، لأن مالكا وأبا حنيفة يقولان : لا يمتنع من ستر رأس الميت ووجهه والشافعى وموافقوه يقولون : يباح ستر الوجه دون الرأس ، فتعين تأويل الحديث (وأما) قول ابن عمر فمعارض بفعل عثمان وموافقيه ، والله أعلم •

(فرع) قد ذكرنا أن الأصح عندنا تحريم لبس القفازين على المرأة ، وبه قال عمر وعلى وعائشة رضى الله عنهم • وقال الثورى وأبو حنيفة : يجوز وحكى ذلك عن سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه •

(فرع) قد ذكرنا أن مذهبنا أنه يجوز أن يتقلد السيف ، وبه قال الأكثرون ، ونقل القاضى أبو الطيب عن الحسن البصرى كراهته ، وعن مالك أنه لا يجوز •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويحرم عليه استعمال الطيب فى ثيابه وبدنه لحديث ابن عمر رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم قال « ولا يلبس من الثياب ما مسه ورس او زعفران » ويجب به الفدية قياسا على الحلق ، ولا يلبس ثوبا مبخرا بالطيب ، ولا ثوبا مصبوغا بالطيب وتجب به الفدية قياسا على ما مسه الورس والزعفران ، وإن علق بخفه طيب وجبت به الفدية لأنه ملبوس فهو كالثوب ويحرم عليه استعمال الطيب فى بدنه ولا يجوز ان يأكله ولا ان يكتحل به ولا ان يستعط به ولا يحتقن به فإن استعمله فى شىء من ذلك لزمته الفدية لأنه إذا وجب ذلك فيما يستعمله فى الثياب فلأن يجب فيما يستعمله فى بدنه

اولى ، وإن كان الطيب فى طعام ـ نظرت فان ظهر فى طعمه او رائحته ـ لم يجز اكله وتجب به الفدية ، وإن ظهر ذلك فى لونه وصبغ به اللسان من غير طعم ولا رائحة ، فقد قال فى المختصر والأوسط من الحج : لا يجوز ، وقال فى الام والإملاء : يجوز ، قال ابو إسحق : يجوز قولا واحدا ، وتاول قوله فى الأوسط على ما إذا كانت له رائحة ، ومنهم من قال : فيه قولان (احدهما) لا يجوز لأن اللون إحدى صفات الطيب فمنع من استعماله كالطعم والرائحة (والثانى) يجوز وهو الصحيح لأن الطيب بالطعم والرائحة) .

(الشرح) حديث ابن عمر رواه البخارى ومسلم (وقوله) ، قياسا على الحلق إنما قاس عليه لأنه منصوص عليه فى القرآن ،وفى حديث كعب ابن عجرة السابق وقوله : وإن علق بخفه طيب ، قال الفارقى : « وفرض هذا فى النعل أولى لأن النعل يجوز له لبسه والخف يحرم لبسه ، قال : ويمكن تصويره بأن يكون قد لبسه ولزمته الفدية » وعلق به الطيب فيلزمه فدية ، هذا كلامه وهو متصور فى النعل وفى الخف كما ذكره ، وفيما لو لبس خفا مقطوعا للعجز عن النعلين ، وفيما لو لبس الخفين جاهلا تحريمهما وعلق به طيب وهو يعلم تحريمه .

اما الأحكام فقال الشافعى والأصحاب : يحرم على الرجل والمرأة استعمال الطيب ، وهذا مجمع عليه لحديث ابن عمر . قال أصحابنا : واستعمال الطيب هو أن يلصق الطيب ببدنه أو ملبوسه على الوجه المعتاد فى ذلك الطيب ، فلو طيب جزءا من بدنه بغالية أو مسك مسحوق أو ماء ورد لزمته الفدية ، سواء الإلصاق بظاهر البدن أو باطنه ، بأن أكله أو احتقن به أو استعط أو اكتحل أو لطخ به رأسه أو وجهه أو غير ذلك من بدنه أثم ولزمته الفدية ، ولا خلاف فى شىء من ذلك إلا الحقنة والسعوط ، ففيهما وجه أنه لا فدية فيهما . حكاه الرافعى وهو ضعيف (والمشهور) وجوب الفدية ، وبه قطع المصنف والجمهور ، ولو لبس ثوبا مبخرا بالطيب ، أو ثوبا مصبوغا بالطيب أو علق بنعله طيب لزمته الفدية ، لما ذكره المصنف .

ولو عبقت رائحة الطيب دون عينه بأن جلس فى دكان عطار أو عند الكعبة وهى تبخر ، أو فى بيت يبخر ساكنوه فلا فدية بلا خلاف ، ثم إن لم يقصد الموضع لاشتمام الرائحة لم يكره ، وإن قصد لاشتمامها ففى كراهته قولان للشافعى (أصحهما) يكره ، وبه قطع القاضى أبو الطيب وآخرون ، وهو نصه فى الإملاء (والثانى) لا يكره وقطع القاضى حسين بالكراهة ، وقال : إنما القولان فى وجوب الفدية (والمذهب) الأول وبه قطع الأكثرون ، وقطع البندنيجى أنه لا يكره القرب من الكعبة لشم الطيب • قال : وإنما القولان فى غيرها ، وليس كما قال ، بل المذهب طرد الخلاف فى الجميع ، ولو احتوى على مجمرة فتبخر بالعود بدنه أو ثيابه لزمته الفدية بلا خلاف لأنه يعد استعمالا ولو مس طيبا يابسا كالمسك والكافور والذريرة ، فإن علق بيده لونه وريحه وجبت الفدية بلا خلاف لأن استعماله هكذا يكون ، وإن لم يعلق بيده شىء من عينه لكن عبقت به الرائحة ففى وجوب الفدية قولان (الأصح) عند الأكثرين ، وهو نصه فى الأوسط لا تجب لأنها عن مجاورة فأشبه من قعد عند الكعبة وهى تبخر (والثانى) تجب ، وصححه القاضى أبو الطيب وهو نصه فى الأم والإملاء والقديم لأنها عن مباشرة •

وإن كان الطيب رطبا ــ فإن علم أنه رطب وقصد مسه فعلق بيده ــ لزمته الفدية وإن ظن أنه يابس فمسه فعلق بيده فقولان (أحدهما) تجب الفدية لأنه مسه قاصدا ، فصار كمن علم أنه رطب (والثانى) لا • لأنه علق به بغير اختياره ، فصار كمن رش عليه ماء ورد بغير اختياره وذكر الدارمى أن هذا القول الثانى نصه فى الجديد ، والأول هو القديم ، ولذلك ذكره صاحب التقريب • قال الرافعى : رجح إمام الحرمين وغيره الوجوب ، ورجحت طائفة عدم الوجوب ، قلت : هذا أصح لأنه نصه فى الجديد ، ولأنه غير قاصد وقد ذكر المصنف المسألة فى أواخر الباب فى استعمال الطيب ناسيا والله أعلم •

ولو شد مسكا أو كافورا أو عنبرا فى طرف ثوبه أو جبته ، أو لبسته المرأة حشوا بشيء منها وجبت الفدية قطعا ، لأنه استعماله ، ولو شد العود فلا فدية ، لأنه لا يعد تطيبا بخلاف شد المسك ، ولو شم الورد فقد تطيب ، ولو شم ماء الورد فلا ، بل استعماله أن يصبه على بدنه أو ثوبه ، ولو حمل مسكا أو طيبا فى كيس أو خرقة مشدودا ، أو قارورة مصممة الرأس أو حمل الورد فى وعاء فلا فدية ، نص عليه فى الأم ، وقطع به الجمهور ، وفيه وجه شاذ أنه إن كان يشم قصدا لزمته الفدية ، ولو حمل مسكا فى قارورة غير مشقوقة فلا فدية فى أصح الوجهين ، وبه قطع القاضى أبو الطيب ونقله عن الأصحاب ، ولو كانت القارورة مشقوقة أو مفتوحة الرأس قال الأصحاب وجبت الفدية ، قال الرافعى : وفيه نظر لأنه لا يعد طيبا ولو جلس على فراش مطيب أو أرض مطيبة أو نام عليها مفضيا إليها ببدنه أو ملبوسه لزمته الفدية ولو فرش فوقه ثوبا ثم جلس عليه أو نام لم تجب الفدية نص عليه الشافعى فى الأم ، واتفق عليه الأصحاب ، لكن إن كان الثوب رقيقا كره وإلا فلا ولو داس بنعله طيبا لزمته الفدية .

(فرع) لو خفيت رائحة الطيب أو الثوب المطيب لمرور الزمان أو لغبار وغيره ــ فإن كانت بحيث لو أصابه الماء فاحت رائحته ــ حرم استعماله ، وإن بقى اللون لم يحرم على أصح الوجهين . ولو انغمر شيء من الطيب فى غيره ، كماء ورد انمحق فى ماء كثير ، لم تجب الفدية باستعماله على أصح الوجهين ، فلو انغمرت الرائحة وبقى اللون أو الطعم ففيه الخلاف الذى سنذكره إن شاء الله تعالى فى الطعام المطيب (أما) إذا أكل طعاما فيه زعفران أو طيب آخر أو استعمل مخلوطا بالطيب لا لجهة الأكل ــ فينظر إن استهلك الطيب فلم يبق له ريح ولا طعم ولا لون ــ فلا فدية بلا خلاف . وإن ظهرت هذه الأوصاف وجبت الفدية بلا خلاف وإن بقيت الرائحة فقط وجبت الفدية لأنه يعد طيبا ، وإن بقى اللون وحده فطريقان مشهوران ذكرهما المصنف والأصحاب ، ودليلهما فى الكتاب (أصحهما)

على قولين (أصحهما) لا فدية وهو نصه فى الأم والإملاء والقديم (والثانى) يجب وهو نصه فى الأوسط (والطريق الثانى) لا فدية قطعا •

وإن بقى الطعم فقط ، فثلاث طرق ذكرها صاحب الشامل والبيان وغيرهما (أصحهما) وجوب الفدية قطعا ، وبه قطع المصنف والجمهور ، ونقل القاضى أبو الطيب فى تعليقه اتفاق الأصحاب عليه كالرائحة (والثانى) فيه طريقان (والثالث) لا فدية وهذا ضعيف أو غلط • وحكى البنديجى طريقا رابعا لا فدية قطعا ، ولو أكل الحليحلتين المربى فى الورد نظر فى استهلاك الورد فيه وعدمه ، قال الرافعى : ويجىء فيه هذا التفصيل ، أطلق الدارمى أنه إن كان فيه ورد ظاهر وجبت الفدية قال الماوردى والرويانى : لو أكل العود لا فدية عليه لأنه لا يعد تطيبا إلا بالتبخر به بخلاف المسك ، والله أعلم •

(فرع) لو كان المحرم أخشم لا يجد رائحة فاستعمل الطيب لزمته الفدية بلا خلاف ، لأنه وجد استعمال الطيب مع العلم بتحريمه ، فوجبت الفدية ، وإن لم ينتفع به كما لو نتف شعر لحيته أو غيرها من شعوره التى لا ينفعه نتفها وممن صرح بالمسألة المتولى وصاحبا العدة والبيان •

(فرع) قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه : قال الشافعى فى الأم : وإن لبس إزارا مطيبا لزمته فدية واحدة للطيب ، ولا شىء عليه فى اللبس ، لأن لبس الإزار مباح قال : وإن جعل على رأسه الغالية لزمه فديتان إحداهما للطيب والثانية لتغطيته رأسه ، وهما جنسان فلا يتداخلان ، هذا نقل القاضى وكذا نقله غيره ، قال الدارمى : لو لبس إزارا غير مطيب ولبس فوقه إزارا آخر مطيبا قال ابن القطان فيه وجهان يعنى هل تجب فيه فدية أم فديتان ؟ الأصح فدية ، لأن جنس الإزار مباح ، ولو طبق أزرا كثيرة بعضها فوق بعض جاز •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والطيب كل ما يتطيب به ويتخذ منه الطيب ، كالمسك والكافور والعنبر والصندل والورد والياسمين والورس والزعفران ، وفى الريحان الفارسي والمرزنجوش والليتوفر والنرجس قولان (احدهما) يجوز شمها لما روى عثمان رضى الله عنه ((انه سئل عن المحرم يدخل البستان ؟ فقال : نعم ويشم الريحان)) ولأن هذه الأشياء لها رائحة إذا كانت رطبة ، فإذا جفت لم يكن لها رائحة (والثانى) لا يجوز لانه يراد للرائحة فهو كالورد والزعفران (واما) البنفسج فقد قال الشافعى : ليس هو بطيب ، فمن اصحابنا من قال : هو طيب قولا واحدا لانه تشم رائحته ويتخذ منه الدهن ، فهو كالورد ، وتاول قول الشافعى على المربب بالسكر ، ومنهم من قال : ليس هو بطيب قولا واحدا لانه يراد للتداوى ولا يتخذ من يابسه طيب ، ومنهم من قال : هو كالنرجس والريحان ، وفيه قولان لانه يشم رطبه ولا يتخذ من يابسه طيب .

(واما) الأترج فليس بطيب [لانه يراد للاكل فهو كالتفاح والسفرجل [1]واما العصفر فليس بطيب] لقوله صلى الله عليه وسلم : ((وليلبسن ما احببن من المعصفر)) لانه يراد للون فهو كاللون [2] والحناء ليس بطيب ، لما روى ((ان ازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم كن يختضبن بالحناء وهن محرمات)) ولانه يراد للون فهو كالعصفر . ولا يجوز ان يستعمل الأدهان المطيبة كدهن الورد والزنبق ودهن البان المنشوش وتجب بها الفدية ، لانه يراد للرائحة (واما) غير المطيب كالزيت والشيرج والبان غير المنشوش فانه يجوز استعمالها فى غير الراس واللحية ، لانه ليس فيه طيب ولا تزيين ولا [3] يحرم استعمالها فى شعر الراس واللحية ، لانه يرجل الشعر ويزينه وتجب به الفدية ، فإن استعمله فى راسه وهو اصلع جاز ، لانه ليس فيه تزيين ، وإن استعمله فى راسه وهو محلوق لم يجز ، لانه يحسن الشعر إذا نبت ويجوز ان يجلس عند العطار ، وفى موضع يبخر لان فى المنع من ذلك مشقة ، ولان ذلك ليس بتطيب مقصود ، والمستحب ان يتوقى ذلك إلا ان

---

(1) ما بين المعقولين ساقط من ش و ق (ط) .

(2) فى بعض نسخ المهذب فهو كالنيل .

(3) كذا فى ش و ق والواضح من كلام الشارح وبعض نسخ المهذب حذف (لا) لثبوت الحرمة (ط) .

يكون فى موضع قربة كالجلوس عند الكعبة وهى تجمر ، فلا يكره ذلك لأن الجلوس عندها قربة ، فلا يستحب تركها لأمر مباح ، وله أن يحمل الطيب فى خرقة أو قارورة ، والمسك فى نافجة ولا فدية عليه ، لأن دونه حائلا . وإن مس طيبا فعبقت به رائحته ففيه قولان (احدهما) لا فدية عليه ، لأنه رائحة من مجاورة فلم يكن لها حكم كالمـاء إذا تغيرت رائحته بجيفة بقربه (والثانى) يجب لأن المقصود من الطيب هو الرائحة ، وقد حصل ذلك وإن كان عليه طيب فاراد غسله فالمستحب أن يولى غيره غسله حتى لا يباشره بيده فإن غسله بنفسه جاز ، لأن غسله ترك له فلا يتعلق به تحريم كما لو دخل دار غيره بغير إذنه فاراد أن يخرج . وإن حصل عليه طيب ولا يقدر على إزالته بغير المـاء ، وهو محدث ، ومعه من المـاء ما لا يكفى الطيب والوضوء غسل به الطيب ، لأن الوضوء له بدل ، وغسل الطيب لا بدل له ، وإن كان عليه نجاسة استعمل المـاء فى إزالة النجاسة لأن النجاسة تمنع صحة الصلاة ، والطيب لا يمنع صحة الحج) .

(الشرح) أما حديث « وليلبسن ما أحببن » فسبق بيانه قريبـا فى فصل تحريم اللباس (وأما) الأثر المذكور عن عثمان فغريب ، وصح عن ابن عباس معناه ، فذكر البخارى فى صحيحه عن ابن عباس معناه تعليقا بغير إسناد أنه قال : « يشم المحرم الريحان ويتداوى بأكل الزيت والسمن » وروى البيهقى بإسناده الصحيح المتصل عن ابن عباس أيضا أنه كان لا يرى بأسا للمحرم بشم الريحان . وروى البيهقى عكسـه عن ابن عمر وجابر فروى بإسنادين صحيحين (أحدهما) عن ابن عمر أنه كان يكره شـم الريحان للمحرم (والثانى) عن أبى الزبير أنه سمع جابرا يسأل عن الريحان أيشمه المحرم والطيب والدهن ؟ فقال : لا (وأما) قوله : إن أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم « كن يختضبن بالحناء وهن محرمات » فغريب ، وقد حكاه ابن المنذر فى الإشراف بغير إسناد ، وإنما روى البيهقى فى هذه المسألة حديث عائشة أنها سئلت عن الحناء والخضاب فقالت : « كان خليلى صلى الله عليه وسلم لا يحب ريحه » قال البيهقى : فيه كالدلالة على أن الحناء ليس بطيب فقد « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يحب الطيب ولا يحب ريح الحناء » .

(أما ألفاظ الفصل) فالياسمين والياسمون إن شئت أعربته بالياء والواو ، وإن شئت جعلت الإعراب فى النون ، لغتان (وأما) الورس فسبق بيانه فى باب زكاة الثمار (وأما) الريحان الفارسى فهو الضمران (وأما) المرزنجوش ــ فميم مفتوحة ثم راء ساكنة ثم زاى مفتوحة ثم نون ساكنة ثم جيم مضمومة ثم واو ثم شين معجمة ــ وهو معروف وهو نوع من الطيب يشبه الغسلة ــ بكسر الغين ــ والعوام يصحفونه (وأما) اللينوفر فهكذا هو فى المهذب ــ بلامين ــ وذكر أبو حفص بن مكى الصقلى الإمام فى كتابه (تثقيف اللسان) أنه إنما يقال نيلوفر ــ بفتح النون واللام ونينوفر بنونين مفتوحتين ولا يقال نينوفر ــ بكسر النون ــ وجعله من لحن العوام ، قوله : ولأن هذه الأشياء لها رائحة إذا كانت رطبة ، فإذا جفت لم يكن لها رائحة ، يعنى فلا يكون طيبا لأن الطيب هو ما قصد به الطيب رطبا ويابسا ، وهذه الأشياء ليست كذلك ، فإن رائحتها تختص بحال الرطوبة .

(قوله :) ويشم الريحان ــ هو بفتح الياء والشين ــ قوله : الأترج هو ــ بضم الهمزة والراء وإسكان التاء بينهما وتشديد الجيم ــ ويقال ترنج حكاه الجوهرى وآخرون ، والأول أفصح وأشهر ، وأما الحناء فممدود وهو اسم جنس والواحدة حناءة كقثاء وقثاءة ، قوله : كدهن الورد والزنبق هو ــ بفتح الزاى ثم نون ساكنة ثم باء موحدة مفتوحة ثم قاف ــ وهو دهن الياسمين الأبيض ، وقال الجوهرى فى صحاحه : هو دهن الياسمين فلم يخصه بالأبيض وهو لفظ عربى ، قوله : دهن البان المنشوس هو ــ بالنون والشين المعجمة المكررة ومعناه المغلى بالنار ، وهو يغلى بالمسك قوله : الكعبة وهى تجمر ــ بالجيم المفتوحة وتشديد الميم ــ أى تبخر ، قوله : المسك فى نافجة هى بالنون والفاء والجيم ــ وهى وعاؤه الأصلى الذى تلقيه الظبية ، قوله : عبقت رائحته هو ــ بكسر الباء ــ أى فاحت ، والله أعلم .

أما الأحكام فقال أصحابنا رحمهم الله : يشترط فى الطيب الذى يحكم بتحريمه أن يكون معظم الغرض منه الطيب ، واتخاذ الطيب منه ، أو يظهر فيه هذا الغرض ، هذا ضابطه ثم فصلوه فقالوا : الأصل فى الطيب المسك والعنبر والكافور والعود والصندل والدريرة ونحو ذلك ، وهذا كله لا خلاف فيه ، والكافور صمغ شجر معروف ، وأما النبات الذى له رائحة فأنواع منها ما يطلب للتطييب واتخاذ الطيب منه كالورد والياسمين والخيرى والزعفران والورس ونحوها فكل هذا طيب ، وحكى الرافعى وجها شاذا فى الورد والياسمين والخيرى أنها ليست طيبا والمذهب الأول •

قال أصحابنا : نص النبى صلى الله عليه وسلم فى الحديث الصحيح السابق على الزعفران والورس ، ونبهنا بهما على ما فى معناهما وما فوقهما كالمسك (ومنها) ما يطلب للأكل أو للتداوى غالبا كالقرنفل والدارصينى والفلفل والمصطكى والسنبل وسائر الفواكه ، كل هذا وشبهه ليس بطيب ، فيجوز أكله وشمه وصبغ الثوب به • ولا فدية فيه ، سواء قليله وكثيره ، ولا خلاف فى شىء من هذا إلا القرنفل ، فإن صاحب البيان حكى فيه وجهين (أحدهما) وهو قول الصيدلانى أنه ليس بطيب (والثانى) قول الصيمرى أنه طيب • قال : وهو الأصح ، وليس كما قال ، بل الصحيح المشهور الذى قطع به الجمهور أنه ليس بطيب والله أعلم •

(ومنها) ما ينبت بنفسه ولا يراد للطيب كنور أشجار الفواكه كالتفاح والمشمش والكمثرى والسفرجل ، وكالشيح والقيصوم وشقائق النعمان والإذخر والخزامى وسائر أزهار البرارى ، فكل هذا ليس بطيب ، فيجوز أكله وشمه وصبغ الثوب به ، ولا فدية فيه بلا خلاف (ومنها) ما يتطيب به ولا يتخذ منه الطيب كالنرجس والمرزنجوش والريحان الفارسى والآس وسائر الرياحين ، ففيها طريقان حكاهما البندنيجى (أصحهما) عنده أنها طيب قولا واحدا (والطريق الثانى) وهو الصحيح المشهور ، وبه قطع الجمهور فيه قولان مشهوران ، ذكرهما المصنف

بدليلهما (الصحيح) الجديد أنها طيب موجبة للفدية (والقديم) ليست بطيب ولا فدية • وممن ذكر كل الرياحين فى هـذا النوع وحكى فيهـا القولين المحاملى والبندنيجى وصاحب البيان •

(وأما) اللينوفر ففيه طريقان (المشهور) أنه كالنرجس فيكون فيه القولان (الجديد) تحريمه (والقـديم) إباحته • وبهـذا الطريق قطع المصنف والأكثرون (والثانى) أنه طيب قولا واحدا حكاه الرافعى وقطع به البندنيجى ، وقطع المصنف فى التنبيه بأنه ليس [1] بطيب وهو شاذ ضعيف (وأما) البنفسج ففيه ثلاث طرق مشهورة ذكرها المصنف (أصحها) أنه طيب (والثانى) أنه ليس بطيب وبه قطع المصنف فى التنبيه (والثالث) فيه قولان ، فإذا قلنا بالمذهب : إنه طيب فقد ذكر المـاوردى وغيره لنص الشافعى الذى حكاه المصنف تأويلين (أحدهمـا) محمول على المربى بالسكر الذى ذهبت رائحته ، وهذا هو التأويل الذى ذكره المصنف وهو المشهور (والثانى) أنه محمول على البنفسج البرى ، وحكى الرافعى وجها أنه يعتبر عادة كل بلد فيما يتخذ طيبا ، قال : وهو غلط نبهنا عليه والصواب ما سبق •

(فـرع) الحناء والعصفر ليسا بطيب بلا خلاف عندنا ، ولا فدية فيهما كيف استعملهما • وقال صاحب الإبانة : قال الشافعى : لو اختضبت المرأة بالحناء ولفت على يدها خرقة فعليها [2] قال فمنهم من قال : فيـه قولان ومنهم من قال ليس بطيب قولا واحدا وإنما القولان فى لف الخرقة

---

(١) قال المصنف فى التنبيه : ومحرم عليه الطيب فى لبابه وبدنه ويحرم عليه شم الادهان المطيبة واكل ما فيه طيب ظاهر وشم الرياحين كالورد والياسمين والورس والزعفران ويجوز له شم النيلوفر والبنفسج وفى الريحان الفارسى قولان ا هـ فانت ترى انه لم يذكر النرجس ولعله سقط من النسخة المطبوعة الآن فى الاسواق وهذه احدى رزايا طبع الكتب بغير تحقيق من اهل هذا الفن (ط) .

(٢) كذا بالاصل فليحرر ونرى ان المسقط : الكفارة لانه اشبه القفاز قال واما ـ والقول هنا لصاحب الابانة ـ الحناء فينهى الخ (ط) .

كالقولين فى القفازين هذا كلامه ، وكذا قال شارح الإبانة هو وصاحب العدة : الحناء هل هو طيب أم لا ؟ قيل : فيه قولان وقيل : ليس بطيب قطعا ، وهذا الخلاف الذى حكياه غلط ، والمشهور والمعروف فى المذهب أنه ليس بطيب قولا واحدا وإنما القولان فى الخرق الملفوفة ، وقد سبق بيانه واضحا والله أعلم .

(فرع) فى أنواع من النبات غريبة ذكرها بعض الأصحاب (منها) الكاذى ــ بالذال المعجمة ــ نقل القاضى أبو الطيب فى تعليقه عن الشافعى أنه طيب قولا واحدا كالمسك ، قال الشافعى : وهو نبات يشبه السوسن ، وممن قطع بأنه طيب الماوردى وصاحب البيان (ومنها) اللفاح ذكر المحاملى والقاضى أبو الطيب والبندنيجى والبغوى والمتولى وصاحب العدة أنه على القولين كالنرجس . قال القاضى أبو الطيب . وكذلك القولان فى النمام ــ بفتح النون وتشديد الميم ــ وهو نبت معروف طيب الرائحة . قال : ويجريان فى السوسن والبرم ، وقال الدارمى : النمام يحتمل أنه على القولين كالنرجس ، ويحتمل أنه ليس بطيب قطعا كالبقول . قال الدارمى : الأترج والنارنج ليسا بطيب ، قال : وأما قشورهما فقال أبو إسحق المروزى : ليست بطيب ، وقال أبو على ابن أبى هريرة : فيه قولان كالريحان . هذا كلامه وهو غريب ، والصواب القطع بأنها ليست طيبا .

(فرع) حب المحلب قال الدارمى : ليس هو بطيب ، ولم يذكر فيه خلافا ، وفيما قاله احتمال .

(فرع) الأدهان ضربان (أحدهما) دهن ليس بطيب ولا فيه طيب كالزيت والشيرج والسمن والزبد ودهن الجوز واللوز ونحوها فهذا لا يحرم استعماله فى جميع البدن إلا فى الرأس واللحية ، فيحرم استعماله فيهما بلا خلاف ، لما ذكره المصنف ، فلو كان أصلع لا تنبت رأسه شعرا فدهن رأسه أو أمرد فدهن ذقنه فلا فدية ، بلا خلاف وإن كان محلوق

الرأس فوجهان مشهوران فى طريقة خراسان (أصحهما) وبه قطع المصنف وجماهير العراقيين وجوب الفدية لما ذكره المصنف (والثانى) لا فدية لأنه لا يزال به شعث وهذا اختيار المزنى والفورانى • واتفق أصحابنا على جواز استعمال هذا الدهن فى جميع بدنه غير الرأس واللحية ، سواء شعره وبشره وعلى جواز أكله • ولو كان على رأسه شجة فجعل هذا الدهن فى داخلها من غير أن يمس شعرا فلا فدية بلا خلاف ، صرح به الدارمى والبندنيجى والماوردى وصاحب الشامل وآخرون • قال الماوردى : ولو طلى شعر رأسه ولحيته بلبن جاز ولا فدية ، وإن استخرج منه السمن لأنه ليس بدهن ، ولا يحصل به ترجيل الشعر • قال : وأما الشحم والشمع إذا أذيبا فهما كالدهن يحرم على المحرم ترجيل شعره بهما والله أعلم •

(الضرب الثانى) دهن هو طيب (فمنه) دهن الورد ، والمذهب وجوب الفدية فيه ، وبه قطع المصنف والجمهور (وقيل :) فيه وجهان حكاه الرافعى وأشار إليه إمام الحرمين (ومنه) دهن البنفسج ، فإن لم توجب الفدية فى نفس البنفسج فدهنه أولى ، وإلا فكدهن الورد • قال الرافعى : ثم اتفق الأصحاب على أن ما طرح فيه الورد والبنفسج فهو دهنهما ، ولو طرحا على السمسم فأخذ رائحته ثم استخرج منه الدهن ، قال الجمهور : لا فدية فيه ، وخالفهم الشيخ أبو محمد الجوينى فأوجبها •

(ومنه) البان ودهنه ، قال الرافعى : أطلق الجمهور أن كل واحد منهما طيب ، ونقل إمام الحرمين عن نص الشافعى أنهما ليسا بطيب ، وتابعه الغزالى قال الرافعى : ويشبه أن لا يكون خلافا محققا ، بل هما محمولان على تفصيل حكاه صاحب المهذب والتهذيب ، وهو أن دهن البان المنشوش وهو المغلى فى الطيب طيب وغير المنشوش ليس بطيب ، هذا كلام الرافعى وهو كما قال • وقد قال : بالتفصيل الذى ذكره صاحب المهذب والتهذيب جماعات غيرهما منهم القاضى أبو الطيب والمحاملى وصاحب البيان

وآخرون • ونقله المحاملى عن نص الشافعى (ومنه) دهن الزنبق والخيرى والكاذى ، وهذا كله طيب بلا خلاف لما ذكره المصنف والله أعلم •

(وأما) دهن الأترج ففيه وجهان حكاهما الماوردى والرويانى (أحدهما) أنه طيب ، وبه قطع الدارمى لأن قشره يربى به الدهن كالورد (والثانى) ليس بطيب لأن الأترج ليس بطيب ، وإنما هو مأكول مباح للمحرم •

(فرع) اتفقت نصوص الشافعى والأصحاب على أنه يجوز أن يجلس المحرم عند عطار ، وهو فى موضع يبخر ، والأولى اجتنابه لما ذكره المصنف ، وقد سبق بيان هذا فى الفصل الذى قبل هذا ، وسبق فيه أيضا حكم حمل الطيب فى قارورة وخرقة ، وحمل نافجة المسك ، وسبق فيه أيضا بيان القولين فيمن مس طيبا فعلقت به رائحته وأن الأصح أنه لا فدية • والله أعلم •

(فرع) متى لصق الطيب ببدنه أو ثوبه على وجه لا يوجب الفدية بأن كان ناسيا أو ألقته ريح عليه لزمه المبادرة بإزالته بأن ينحيه أو يغسله أو يعالجه بما يقطع ريحه قال الدارمى وغيره لوحته حتى ذهب أثره كفاه قال المصنف والأصحاب : الأولى يأمر غيره بإزالته ولا يباشره بنفسه ، فإن باشره بنفسه جاز بلا خلاف لما ذكره المصنف ، فإن أخر إزالته مع الإمكان لزمته الفدية فان كان زمنا لا يقدر على إزالته فلا فدية كمن أكره على التطيب ذكره البغوى • ولو لصق به طيب يوجب الفدية لزمه أيضا المبادرة إلى إزالته فان أخره عصى ولا تتكرر به الفدية • قال المصنف والأصحاب : ولو كان معه ما يكفيه لوضوئه أو إزالة الطيب ولا يكفيه لهما وهو محدث ولم يمكنه إزالة الطيب بغير الماء غسل الطيب ، لأنه لا بدل له ويتيمم • هكذا أطلق المصنف وكثيرون المسألة ، وقال المحققون : هذا إذا لم يمكن أن يتوضأ به ويجمعه ثم يغسل به الطيب ، فإن أمكن ذلك وجب فعله جمعا

بين العبادتين ، وقد سبقت المسألة واضحة فى باب التيمم فى مسألة من وجد بعض ما يكفيه • ولو كان عليه نجاسة وطيب ولم يمكنه إلا غسل أحدهما غسل النجاسة لما ذكره المصنف ، والله أعلم •

(فرع) قال أصحابنا : ولا يكره للمحرم شرى الطيب ، كما لا يكره شرى المخيط والجارية •

(فرع) يحرم عليه أن يكتحل بما فيه طيب ، فان احتاج إليه جاز ، وعليه الفدية ، وله الاكتحال بما لا طيب فيه فقد ذكر المصنف فى أواخر هذا الباب أنه يكره لأنه زينة • واتفق أصحابنا على أنه لا يحرم (وأما) الكراهة فنقل المزنى عن الشافعى أنه لا بأس به ، ونص فى الإملاء على كراهته فقيل قولان (والأصح) أنه على حالين ، فان لم يكن فيه زينة كالتوتية الأبيض لم يكره ، وإن كان فيه زينه كالأثمد كره إلا لحاجة كرمد •

(فرع) قد ذكرنا أن الطيب حرام على المحرم • وهذا مجمع عليه ومذهبنا أنه لا فرق بين أن يتبخر أو يجعله فى بدنه أو ثوبه وسواء كان الثوب مما ينفض الطيب لم يكن ، قال العبدرى : وبه قال أكثر العلماء ، وقال أبو حنيفة : يجوز للمحرم أن يتبخر بالعود والند ولا يجوز أن يجعل شيئا من الطيب فى بدنه ، ويجوز أن يجعله على ظاهر ثوبه ، فان جعله فى باطنه ــ وكان الثوب لا ينفض ــ فلا شيء عليه وإن كان ينفض لزمته الفدية • دليلنا حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا يلبس ثوبا مسه ورس أو زعفران » رواه البخارى ومسلم ، وهو عام يتناول ما ينفض وغيره •

(فرع) الحناء ليس بطيب عندنا كما سبق ولا فدية ، وبه قال مالك وأحمد وداود وقال أبو حنيفة : طيب يوجب الفدية •

(فـرع) إذا لبس ثوبا معصفرا فلا فدية ، والعصفر ليس بطيب هذا مذهبنا وبه قال أحمد وداود وحكاه ابن المنذر عن ابن عمر وجابر وعبد الله ابن جعفر وعقيل بن أبى طالب وعائشة وأسماء وعطاء ، قال : وكرهه عمر ابن الخطاب ، وممن تبعه الثورى ومالك ومحمد بن الحسن وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة : إن نفض على البدن وجبت الفدية ، وإلا وجبت صدقة • دليلنا الحديث الذى ذكره المصنف •

(فـرع) إذا حصل الطيب فى مطبوخ أو مشروب ــ فإن لم يبق له طعم ولا لون ولا رائحة ــ فلا فدية فى أكله وإن بقيت رائحته وجبت الفدية بأكله عندنا كما سبق ، وقال أبو حنيفة : لا فدية • ودليلنا أن مقصـــود الطيب وهو الترفه باق •

(فـرع) قد ذكرنا أن مذهبنا أن الزيت والشيرج والسمن والزبد ونحوها من الأدهان غير المطيبة لا يحرم على المحرم استعمالها فى بدنه ، ويحرم عليه فى شعر رأسه ولحيته • وقال الحسن بن صالح : يجوز استعمال ذلك فى بدنه وشعر رأســه ولحيته وقال مالك : لا يجوز أن يدهن بهــا أعضاءه الظاهرة ، كالوجه واليدين والرجلين ، ويجوز دهن الباطنة وهى ما يوارى باللباس • وقال أبو حنيفة كقولنا فى السمن والزبد ، وخالفنــا فى الزيت والشيرج ، فقال : يحرم استعماله فى الرأس والبدن ، وقال أحمد : إن ادهن بزيت أو شيرج فلا فدية فى أصح الروايتين ، سواء يديه ورأسه وقال داود : يجوز دهن رأسه ولحيته وبدنه بدهن غير مطيب •

واحتج أصحابنا بحديث فرقد السنجى الزاهد رحمه الله عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليــه وسلم « ادّهن بزيت غير مقنت وهو محــرم » رواه الترمذى والبيهقى وهــو ضعيف ، وفرقد غير قوى عند المحدثين قال الترمذى : هو ضعيف غريب لا يعرف إلا من حديث فرقد ، وقد تكلم فيه يحيى بن سعيد وقوله : غير

مقتت أى غير مطيب وإذا لم يثبت الحديث تعين المصير إلى حديث آخر ، وهو أن الذى جاء الشرع به استعمال الطيب ، وهذا ليس منه فلا يثبت تحريمه . هذا دليل على من حرمه فى جميع البـدن (أما) من أباحه فى الرأس واللحية فالدليل عليه ما ذكره المصنف .

(فـرع) ذكرنا أن مذهبنا أن فى تحريم الرياحين قولين (الأصح) تحريمه ووجوب الفدية ، وبه قال ابن عمر وجابر والثورى ومالك وأبو ثور وأبو حنيفة إلا أن مالكا وأبا حنيفة يقولان : يحرم ولا فدية قال ابن المنذر : واختلف فى الفدية عن عطاء وأحمـد ، وممن جوزه ــ وقال : هو حلال لا فدية فيه ــ عثمان وابن عباس والحسن البصرى ومجاهد وإسحق ، قال العبدرى : وهو قول أكثر الفقهاء .

(فـرع) قد ذكرنا أن مذهبنا جواز جلوس المحرم عند العطار ، ولا فدية فيه ، وبه قال ابن المنذر ، قال : وأوجب عطاء فيه الفدية ، وكره ذلك مالك .

(فـرع) قال ابن المنذر : أجمع العلماء على أن للمحرم أن يأكل الزيت والشحم والشيرج والسمن ، قال : وأجمع عوام أهل العلم على أنه له دهن بدنه بالزيت والشحم والشيرج والسمن ، قال : وأجمعوا على أنه ممنوع من حيث استعمال الطيب فى جميع بدنه والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويحرم عليه ان يتزوج وان يزوج غيره بالوكالة وبالولاية الخاصة ، فإن تزوج او زوج فالنكاح باطل ، لمـا روى عثمان رضى الله عنه انه النبى صلى الله عليه وسـلم قال : « لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب » ولأنه عبادة تحرم الطيب فحرمت النكاح كالعدة ، وهل يجوز للإمام او الحاكم ان يزوج بولاية الحكم ؟ فيه وجهان (احدهما) لا يجوز كما لا يجوز أن يزوج بالولاية الخاصة (والثانى) يجوز ، لأن الولاية العامة آكد والدليل عليه انه يملك بالولاية العـامة ان يزوج المسلمة والـكافرة ، ولا يملك ذلك بالولاية

الخاصة . ويجوز ان يشهد فى النكاح ، وقال ابو سعيد الإصطخرى : لا يجوز لانه ركن فى العقد ، فلم يجز ان يكون محرما كالولى (والمذهب) انه يجوز ، لان العقد [هو] الإيجاب والقبول ، والشاهد لا صنع له فى ذلك . وتكره له الخِطبة لان النكاح لا يجوز فكرهت الخِطبة له ، ويجوز له ان يراجع الزوجة فى الإحرام ، لان الرجعة كاستدامة النكاح بدليل انها تصح من غير ولى ولا شهود ، وتصح من العبد الرجعة بغير إذن الولى ، فلم يمنع الإحرام منه كالبقاء على العقد) .

(الشرح) حديث عثمان رواه مسلم ، واللفظ الأول : لا ينكح ــ بفتح أوله ــ أى لا يتزوج (والثانى) بضم أوله ، أى لا يُزَوِّج غيره ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « ولا يخطب » معناه لا يخطب المرأة وهو طلب زواجها . هذا هو الصواب الذى قاله العلماء كافة (وأما) قول أبى على الفارقى فى كتابه (فوائد المهذب) المراد به الخطبة التى بين يدى العقد ، وهى (الحمد لله الخ) فغلط صريح وخطأ فاحش ولا أدرى ما حمله على هذا الذى تعسفه وتجسر عليه ، لولا خوف من اعتراض بعض المتفقهين به ، لما استجزت حكايته والله أعلم .

اما احكام الفصل فيحرم على المحرم أن يتزوج ، ويحرم عليه أن يزوج موليته بالولاية الخاصة وهى العصوبة والولاء ، ويحرم على المحرم أن يتزوج ، فإن كان الزوج أو الزوجة أو الولى أو وكيل الزوج أو وكيل الولى محرما فالنكاح باطل بلا خلاف ، لأنه منهى عنه لهذا الحديث الصحيح ، والنهى يقتضى الفساد ، وهل يجوز للإمام والقاضى أن يزوج بالولاية العامة ؟ وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) لا يجوز ، وذكر الماوردى وجها ثالثا أنه يجوز للإمام دون القاضى ، وحكاه أيضا القاضى أبو الطيب والدارمى وآخرون .

وهل يجوز كون المحرم شاهدا فى العقد ؟ وينعقد بحضوره ؟ فيه وجهان ذكرهما المصنف بدليلهما (الصحيح) باتفاق المصنفين يجوز ،

وينعقد به ، وهذا هو المنصوص فى الأم ، وقول عامة أصحابنا المتقدمين (والثانى) لا يجوز ، ولا ينعقد قاله أبو سعيد الإصطخرى برواية جاءت : « لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يشهد » وبالقياس على الولى . وأجاب الأصحاب عن الرواية بأنها ليست ثابتة ، وعن القياس بالفرق من وجهين (أحدهما) أن الولى متعين كالزوج بخلاف الشاهد (والثانى) أن الولى له فعل فى العقد بخلاف الشاهد ، والله أعلم .

قال الشافعى والأصحاب : ويجوز له خطبة المرأة لكن يكره للحديث فإن قيل : كيف قلتم : يحرم التزوج والتزويج وتكره الخطبة وقد قرن بين الجميع فى الحديث ؟ قلنا : لا يمتنع مثل ذلك كقوله تعالى : (كلوا من ثمره إذا أثمر ، وآتوا حقه يوم حصاده) والأكل مباح والإيتاء واجب قال الماوردى وغيره : ويكره أيضا للحلال خطبة محرمة ليتزوجها بعد إحلالها ولا تحرم بخلاف خطبة المعتدة وفرق الماوردى والقاضى أبو الطيب وغيرهما أن المحرمة متمكنة من تعجيل تحللها فى وقته والمعتدة لا يمكنها تعجيل ، فربما غلبتها الشهوة فأخبرت بانقضاء عدتها قبل وقتها ، والله أعلم .

قال البندنيجى وغيره : ويكره للمحرم أن يخطب لغيره ، قال هو وغيره : ويجوز أن تزف إليه امرأة عقد عليها قبل الإحرام ، وتزف المحرمة قال الشافعى والأصحاب : ويجوز أن يراجع المحرم المحرمة والمحلة ، سواء أطلقها فى الإحرام أو قبله ، ذكره المصنف . هذا هو الصواب وهو نص الشافعى فى كتبه وبه قطع المصنف والعراقيون ، وذكر الخراسانيون وجهين (أصحهما) هذا (والثانى) أنه لا تصح الرجعة بناء على اشتراط الشهادة على أحد القولين ، والصواب الأول والله أعلم .

قال أصحابنا : وفى تأثير الإحرام وجهان (أحدهما) سلب الولاية ونقلها إلى الأبعد كما لو جن (وأصحهما) مجرد الامتناع دون زوال

الولاية لبقاء الرشد والنظر ، فعلى هذا يزوجها السلطان والقاضى كما لو غاب الولى قال أصحابنا : ويستوى فى هذا كله الإحرام بالحج أو العمرة ، والإحرام الصحيح والفاسد نص عليه الشافعى فى الأم واتفق عليه العراقيون وجماعات من غيرهم وذكر جماعة من الخراسانيين أن الفاسد لا يمنع •

(فـرع) من فاته الحج ، هل يصح نكاحه قبل التحلل بعمل غيره ؟ فيه وجهان حكاهما الحناطى (أصحهما) المنع لأنه محرم •

(فـرع) إذا وكل حلال حلالا فى التزويج ثم أحرم أحدهما أو المرأة ففى انعزال الوكيل وجهان (أصحهما) لا ينعزل ، فيتزوج بعد التحلل بالوكالة السابقة وهذا هو المنصوص فى الأم وفرق الماوردى والقاضى أبو الطيب والأصحاب بينه وبين الصبى إذا وكل فى تزويجه ، ثم بلغ فزوجه الوكيل لا يصح لأن المحرم له عبادة وإذن صحيح بخلاف الصبى وليس للوكيل الحلال أن يزوج قبل تحليل الموكل هذا هو الصواب المعروف فى المذهب ، ونقل الغزالى فى الوجيز فيه وجها أنه يجوز ، وهو غلط قال الرافعى : وهذا الوجه لم أره لغيره ، ولا له فى الوسيط (أما) إذا وكله فى حال إحرام الوكيل أو الموكل أو المرأة نظر إن وكله ليعقد فى الإحرام لم يصح بلا خلاف ، لأنه إنما أذن له فيما لا يصح منه وإن قال : أتزوج بعد التحلل أو أطلق صح ، لأن الإحرام يمنع انعقاد النكاح دون الإذن •

قال الرافعى : ومن ألحق الإحرام بالجنون لم يصححه ولو قال : إذا حصل التحلل فقد وكلتك ، فهذا تعليق الوكالة وفيها خلاف مشهور إن صححناه صح وإلا فلا قال أصحابنا : وإذن المرأة فى حال إحرامها على هذا التفصيل المذكور فى الوكيل ولو وكل حلال محرما ليوكل حلالا بالتزويج ففى صحته وجهان الأصح الصحة وبه قطع الفورانى وغيره ، لأنه سفير محض ليس إليه من العقد شىء قال أصحابنا ويصح تزويج وكيل المصلى

بخلاف وكيل المحرم لأن عبارة المحرم غير صحيحة ، وعبارة المصلى صحيحة ، ولهذا لو زوجها فى صلاته ناسيا صح النكاح والصلاة ، والله أعلم •

(فـرع) قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه : لو أحرم رجل ثم أذن لعبده فى التزويج ، قال أبو الحسن بن المرزبان • قال ابن القطان : الإذن باطل ولا يصح نكاح العبد لأنه لا يصـح نكاحه إلا بإذن سيده وسيده لا يصح تزوجه ولا تزويجه فى حال إحرامه ، فلم يصـح إذنه قيل لابن القطان : فلو أذنت محرمة لعبدها فى النكاح ؟ فقال : لا يجوز وهى كالرجل• قال ابن المرزبان : وعندى فى المسألتين نظر هذا آخر نقل القاضى أبى الطيب وحكى الدارمى كلام ابن القطـان ثم قال : ويحتمل عنـدى الجواز فى المسألتين •

(فـرع) إذا أسلم الكافر على أكثر من أربع نسوة وأسلمن وأحرم ، فله أن يختار فى إحرامه أربعا منهن ، لأنه ليس نكاحا هذا هو المنصوص للشافعى ، وهو المذهب وبه قال جمهور الأصحاب ، وقيل : فيه قولان ، وقد ذكر المصنف المسألة فى باب نكاح المشرك وأوضح الخلاف فيها •

(فـرع) قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه : قال ابن القطان : قال منصور[1] بن اسماعيل الفقيه من أصحابنا فى كتـابه (المستعمل) : إذا وكل المحرم رجلا ليزوجه إذا حل من إحرامه صح ذلك وصح تزوجه بعد إحلاله • ولو وكل رجلا ليزوجه إذا طلق احدى زوجاته الأربع أو إذا طلق

---

(١) ابو الحسن التيمى الفقيه الشاعر الضرير المصرى اخذ الفقه عن اصحاب الشافعى وعن أصحاب اصحابه وله غير المستعمل (الواجب) (والمسافر) (والهداية) وهو صاحب البيتين :

عاب التفقـه قـوم لا عقـول لهـم ... ومـا عليـه اذا عابـوه من ضرر

ما ضر شمس الضحى والشمس طالعة ... الا يـرى ضـوءها من ليس ذا بصر

توفى سنة ٣٠٦ (ط)

فلان زوجته أن يزوجها له لم يصح ، قال : والفرق بينه وبين وكيل المحرم أن وكيل المحرم ليس بينه وبين العقد مانع سوى الإحرام ، ومدته معلومة • وغايته معروفة ، وفى المسألتين الأخيرتين بينه وبين العقد مدة ليس لها غاية معروفة ، قال ابن القطان : ولا فرق بين المسائل الثلاث عندى ، فيصح التوكيل فى الجميع أو لا يصح فى الجميع • هذا ما نقله القاضى أبو الطيب (فأما) مسألة الإحرام فقد سبق أن الصحيح فيها الصحة ، وبها قطع الجمهور ، وأما المسألتان الأخيرتان ففيها وجهان سنوضحهما فى كتاب الوكالة إن شاء الله تعالى (أصحهما) بطلان الوكالة والإذن ، ولا يصح التزويج •

(فـرع) إذا تزوج بنفسه أو تزوج له وكيله وأحرم ، ثم اختلف الزوجان ، هل كان النكاح فى حال الإحرام ؟ أم قبله ؟ فإن كانت بينة عمل بها فإن لم تكن فادعى الزوج أنه وقع العقد قبل الإحرام ، وادعت وقوعه فى الإحرام فالقول قول الرجل بيمينه ، لأن الظاهر معه ، وهو ظاهر قوى فوجب تقديمه ، وإن ادعت وقوعه قبل الإحرام وادعى الرجل وقوعه فى الإحرام ، فالقول قولها بيمينها فى وجوب المهر وسائر مؤن النكاح ، ويحكم بانفساخ النكاح لإقرار الزوج بتحريمها ، فإن كان قبل الدخول وجب نصف المهر وإلا فجميعه ، وهذا كله مشهور فى كتب الأصحاب ، صرح به الدارمى والبندنيجى والقاضى أبو الطيب والماوردى والمحاملى وصاحب الشامل وخلائق •

قال صاحبا الشامل والبيان وآخرون : فلو لم يدع الزوجان شيئا ، وشكّا هل وقع العقد فى الإحرام أم قبله ؟ قال الشافعى رحمه الله : النكاح صحيح فى الظاهر ، فلهما البقاء عليه لأن الظاهر صحته قال : والورع أن يفارقها بطلقة لاحتمال وقوعه فى الإحرام ، وإنما قال الشافعى : يطلقها طلقة لتحل لغيره بيقين ، وحكى الدارمى هذا عن نص الشافعى كما ذكره

الأصحاب ، ثم قال : وخرج أصحابنا قولا أن النكاح باطل بناء على مسألة من قَدّ ملفوفا ، وفيها قولان فى كتاب الجنايات ، قال الدارمى : ولو قال الرجل : وقع العقد فى الإحرام فقالت : لا أدرى حكم ببطلانه لإقراره ، ولا مهر لها ، لأنها لا تدعيه والله أعلم .

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى نكاح المحرم . قد ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يصح تزوج المحرم ولا تزويجه ، وبه قال جماهير العلماء من الصحابة والتابعين فمن بعدهم ، وهو مذهب عمر بن الخطاب وعثمان وعلى وزيد بن ثابت وابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب وسليمان بن بشار والزهرى ومالك وأحمد وإسحق وداود وغيرهم وقال الحكم والثورى وأبو حنيفة : يجوز أن يتزوج ويزوج ، واحتجوا بحديث ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم « تزوج ميمونة وهو محرم » رواه البخارى ومسلم وبالقياس على استدامة النكاح وعلى الخلع والرجعة ، والشهادة على النكاح ، وشراء الجارية ، وتزويج السلطان فى إحرامه واحتج أصحابنا بحديث عثمان رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسـلم قال : « لا ينكح المحرم ولا ينكح » رواه مسلم .

فإن قيل : المراد بالنكاح الوطء (فالجواب) من أوجه ذكرها القاضى والأصحاب (أحدها) أن اللفظ إذا اجتمع فيه عرف اللغة وعرف الشرع قدم عرف الشرع ، لأنه طارىء ، وعرف الشرع أن النكاح العقد لقوله تعالى : (فانكحوهن بإذن أهلهن) (ولا تعضلوهن أن ينكحن) (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) وفى الحديث الصحيح : « ولا تنكح المرأة على عمتها » وفى الصحيح : « انكحى أسامة » والمراد بالنكاح فى هذه المواضع وشبهها العقد دون الوطء (وأما) قوله تعالى : (فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) وقوله تعالى : (الزانى لا ينكح إلا زانية) فانما حملناه على الوطء بدليل قوله صلى الله عليه وسلم : « حتى تذوقى عسيلته » .

(الجواب الثانى) أنه يصح حمل قوله صلى الله عليه وسلم : « ولا ينكح » على الوطء ، فإن قالوا : المراد لا يطأ ولا يمكن غيره من الوطء قلنا : أجمعنا على أن المحرم يجوز له أن يمكن غيره من الوطء ، وهو إذا زوج بنته حلالا ثم أحرم فانه يلزمه أن يمكن الزوج من الوطء بتسليمها إليه .

(الجواب الثالث) أن فى هذا الحديث « لا ينكح ولا ينكح ولا يخطب » والخطبة تراد للعقد وكذلك النكاح ، قالوا : يحمل « ولا يخطب » على أنه لا يخطب الوطء بالطلب والاستدعاء (والجواب) أن الخطبة المقرونة بالعقد لا يفهم منها إلا الخطبة المشهورة ، وهى طلب التزويج .

(الجواب الرابع) أنه ثبت عن قتيبة بن وهب أن عمر بن عبيد الله أراد أن يزوج طلحة بن عمر ابنة شيبة بن جبير فأرسل إلى أبان بن عثمان ليحضر ذلك وهما محرمان ، فأنكر ذلك عليه أبان وقال : سمعت عثمان بن عفان يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب » رواه مسلم فى صحيحه ، وهذا السبب والاستدلال منهم وسكوتهم عليه يدل على سقوط هذا التأويل وعن أبى غطفان بن طريف المرى « أن أباه طريفا تزوج امرأة وهو محرم ، فرد عمر بن الخطاب نكاحه » رواه مالك فى الموطأ ، وروى البيهقى بإسناده عن سعيد بن المسيب « أن رجلا تزوج وهو محرم فأجمع أهل المدينة على أن يفرق بينهما » ولأنه نكاح لا يعقبه استباحة الوطء ولا القبلة ، فلم يصح كنكاح المعتدة ، ولأنه عقد يمنع الإحرام من مقصوده فمنع أصله كشراء الصيد .

(وأما) الجواب عن حديث ابن عباس فى نكاح ميمونة فمن أوجه (أحدها) أن الروايات اختلفت فى نكاح ميمونة ، فروى يزيد بن الأصم عن ميمونة وهو ابن أختها « أن النبى صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال » رواه مسلم وعن أبى رافع « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

تزوج ميمونة حلالا وبنى بها حلالا ، وكنت الرسول بينهما » رواه الترمذى وقال : حديث حسن • قال أصحابنا : وإذا تعارضت الروايات تعين الترجيح ، فرجحنا رواية الأكثرين أنه تزوجها حلالا (الوجه الثانى) أن الروايات تعارضت فتعين الجمع ، وطريق الجمع تأويل حديث ابن عباس أن قوله (محرما) أى فى الحرم فتزوجها فى الحرم وهو حلال أو تزوجها فى الشهر الحرام ، وهذا شائع فى اللغة والعرف ، ويتعين التأويل للجمع بين الروايات (الثالث) الترجيح من وجه آخر وهو أن رواية تزوجها حلالا من جهة ميمونة ، وهى صاحبة القصة ، وأبى رافع وكان السفير بينها ، فهما أعرف فاعتماد روايتهما أولى (الرابع) أنه لو ثبت أنه تزوجها صلى الله عليه وسلم محرما لم يكن لهم فيه دليل ، لأن الأصح عند أصحابنا أن للنبى صلى الله عليه وسلم أن يتزوج فى حال الإحرام وهو قول أبى الطيب بن سلمة وغيره من أصحابنا والمسألة مشهورة فى الخصائص من أول كتاب النكاح •

(وأما) الجواب عن أقيستهم كلها فهو أنها كلها ليست نكاحا وإنما ورد الشرع بالنهى عن النكاح وعن قياسهم على الإمام أن الأصح عندنا ألا يصح تزويجه لعموم الحديث ، وقد سبق بيان هذا (وإن قلنا) بالضعيف : إنه يجوز ، فالفرق بقوة ولايته ، والله أعلم •

(فرع) إذا تزوج المحرم فنكاحه باطل عندنا وعند الجمهور ، ويفرق بينهما تفرقة الأبدان بغير طلاق • وقال مالك وأحمد : يجب تطليقها لتحل لغيره بيقين ، لشبهة الخلاف فى صحة النكاح دليلنا أن العقد الفاسد غير منعقد ، فلا يحتاج فى إزالته إلى فسخ كالبيع الفاسد وغيره ، وفى هذا جواب عن دليلهم •

(فرع) قد ذكرنا أن المشهور من مذهبنا صحة رجعة المحرم ، وبه

قال مالك والعلماء إلا أحمد فى أشهر الروايتين عنه دليلنا أنها ليست بنكاح ، وإنما نهى الشرع عن النكاح ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويحرم عليه الوطء فى الفرج لقوله تعالى : (فمن فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال فى الحج) قال ابن عباس : الرفث الجماع ، وتجب به الكفارة ، لما روى عن على بن أبى طالب وابن عباس وابن عمر وعبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهم أنهم أوجبوا فيه الكفارة ، ولأنه إذا وجبت الكفارة فى الحلق فلأن تجب فى الجماع أولى) .

(الشرح) هذه الآية الكريمة سبق تفسيرها فى مسألة الإحرام بالحج فى أشهر الحج ، وأجمعت الأمة على تحريم الجماع فى الإحرام سواء كان الإحرام صحيحا أم فاسدا ، وتجب به الكفارة والقضاء إذا كان قبل التحللين ، وسيأتى فى الباب الآتى إن شاء الله تعالى إيضاح ذلك بفروعه ، حيث ذكره المصنف ، وسواء الوطء فى القبل والدبر من الرجل والمرأة والصبى ، وسواء وطء الزوجة والزنا (وأما) إتيان البهيمة فالمذهب أنه كوطء المرأة ، ولا يفسد به الحج تفريعا على وجوب التعزير فيه (وأما) الخنثى المشكل فيحرم عليه الإيلاج والإيلاج فيه ، فإن أولج غيره فى دبره فهو كغيره يفسد حجه ، ويجب المضى فى فاسده والقضاء والكفارة ، وإن أولج غيره فى قبله أو أولج هو فى غيره لم يفسد ، ولا كفارة لاحتمال أنه عضو زائد . فإن أولج فى دبر رجل وأولج ذلك الرجل فى قبله فسد حجهما ، ولزمهما القضاء والكفارة ، ودليله ظاهر . ولو لف الرجل على ذكره خرقة وأولجه ففى فساد الحج به ثلاثة أوجه كما فى وجوب الغسل ، وقد سبق بيانها فى باب الغسل (الأصح) فساد الحج ووجوب الغسل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويحرم عليه المباشرة فيما دون الفرج ، لأنه إذا حرم عليه النكاح فلأن تحرم المباشرة وهى أدعى إلى الوطء أولى ، وتجب به الكفارة ، لما

روى عن على رضى الله عنه انه قال : « من قبل امرأة وهو محرم فليهرق دما » ولأنه فعل محرم فى الإحرام فوجبت به الكفارة كالجماع) .

(الشرح) اتفقت نصوص الشافعى والأصحاب على أنه يحرم على المحرم المباشرة بشهوة كالمفاخذة والقبلة واللمس باليد بشهوة قبل التحللين ، وفيما بين التحللين خلاف سنذكره حيث ذكره المصنف فيما يحل بالتحلل الأول إن شاء الله تعالى . ومتى ثبت التحريم فباشر عمدا بشهوة لزمته الفدية ، وهى شاة أو بدلها من الإطعام أو الصيام ، ولا يلزمه البدنة بلا خلاف ، سواء أنزل أم لا . وإنما تجب البدنة فى الجماع ، ولا يفسد نسكه بالمباشرة بشهوة بلا خلاف سواء أنزل أم لا . هذا كله إذا باشر عالما بالإحرام ، فان كان ناسيا فلا فدية بلا خلاف ، لأنه استمتاع محض فلا تجب فيه الفدية مع النسيان كالطيب واللباس بخلاف جماع الناسى على قول ضعيف ، لأنه فى معنى الاستهلاك . ولو باشر دون الفرج ثم جامع هل تندرج الشاة أم يجبان معا ؟ فيه وجهان .

(وأما) اللمس بغير شهوة فليس بحرام بلا خلاف وينكر على المصنف كونه لم ينبه عليه كما نبه عليه الأصحاب ، وكما نبه عليه هو فى التنبيه . (وأما) قول الغزالى فى الوسيط والوجيز : تحرم كل مباشرة تنقض الوضوء فغلطوه فيه ، واتفقوا على أنه سهو وليس وجها ، وسبب التغليط أنه قال : مباشرة تنقض الوضوء فتدخل فيه المباشرة بغير شهوة ، وليست محرمة بلا خلاف والله أعلم .

(وأما) الاستمناء باليد فحرام بلا خلاف لأنه حرام فى غير الإحرام ففى الإحرام أولى . فإن استمنى المحرم فأنزل فهل تلزمه الفدية ؟ فيه وجهان (الصحيح) المشهور لزومها ، وبه قطع الماوردى وقطع به المصنف فى الباب الذى بعدها ، وقطع به أيضا المصنف فى التنبيه وآخرون ، لأنه مباشرة محرمة فأشبه مباشرة المرأة (والثانى) لا فدية حكاه إمام الحرمين عن حكاية العراقيين وحكاه أيضا الفورانى والقاضى حسين والمتولى

والبغوى وآخرون ، لأنه استمتاع ينفرد به فأشبه الإنزال بالنظر فإنه لا فدية فيه ، قال البغوى : ويجرى الوجهان فى تقبيل الغلام بالشهوة (الأصح) وجوب الفدية (والثانى) لا قلت : والصواب فى الغلام القطع بالوجوب لأنها مباشرة لغيره ، وهى حرام ، فأشبهت مباشرة المرأة بخلاف الاستمناء ، فإنه ليس فيه مباشرة لغيره ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويحرم عليه الصيد المأكول من الوحش والطير ، فلا يجوز له أخذه لقوله تعالى : (وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حُرُماً) . فإن أخذه لم يملكه بالأخذ . لأن ما منع من اخذه لحق الغير لم يملكه بالأخذ من غير إذنه ، كما لو غصب مال غيره فإن كان الصيد لآدمى وجب رده إلى مالكه ، وإن كان من المباح وجب إرساله فى موضع يمتنع على من يأخذه ، لأن ما حرم أخذه لحق الغير إذا أخذه وجب رده إلى مالكه كالمغصوب ، وإن هلك عنده وجب عليه الجزاء ، لأنه مال حرام أخذه لحق الغير فضمنه بالبدل كمال الآدمى ، فإن خلص صيدا من فم سبع فداواه فمات فى يده لم يضمنه لأنه قصد الصلاح قال الشافعى رحمه الله ولو قيل : يضمن لأنه تلف فى يده كان محتملا ، ويحرم عليه قتله، فإن قتله عمدا وجب عليه الجزاء لقوله تعالى : (لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ، ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم) وإن قتله خطأ وجب عليه الجزاء لأن ما ضمن عمده بالمال ضمن خطؤه كمال الآدمى ولأنه كفارة تجب بالقتل فاستوى فيه الخطأ والعمد ككفارة القتل .

وإن كان الصيد مملوكاً لآدمى وجب عليه الجزاء والقيمة ، وقال المزنى : لا يجب الجزاء فى الصيد المملوك ، لأنه يؤدى إلى إيجاب بدلين عن متلف واحد ، والدليل على انه يجب انه كفارة تجب بالقتل فوجبت بقتل المملوك ككفارة القتل ، ويحرم عليه جرحه لأن ما منع من إتلافه لحق الغير منع من إتلاف اجزائه كالآدمى . فإن أتلف جزءا منه ضمنه بالجزاء لأن ما ضمن جميعه بالبدل ضمنت اجزاؤه كالآدمى ويحرم عليه تنفير الصيد لقوله صلى الله عليه وسلم فى مكة : ((لا يُنَفَّرُ صيدُها)) وإذا حرم ذلك فى صيد الحرم وجب أن يحرم فى الإحرام ، فإن نفره فوقع فى بئر فهلك ، أو نهشته حية ، أو أكله سبع ، وجب عليه الضمان ، لما روى عن عمر رضى الله عنه انه دخل دار الندوة فعلق رداءه فوقع عليه طائر فخاف أن ينجسه

فطيره ، فنهشته حية فقال : طير طردته حتى نهشته الحية ، فسأل من كان معه أن يحكموا عليه فحكموا عليه بشاة » ولأنه هلك بسبب من جهته فأشبه إذا حفر له بئرا أو نصب له احبولة فهلك بها .

ويحرم عليه أن يعين على قتله بدلالة أو إعارة آلة ، لأن ما حرم قتله حرمت الإعانة على قتله كالآدمى . وإن أعان على قتله بدلالة أو إعارة آلة فقتل لم يجب عليه الجزاء ، لأن ما لا يلزمه حفظه ، لا يضمنه بالدلالة على إتلافه كمال الغير) .

(الشرح) أما قوله صلى الله عليه وسلم فى مكة « ولا ينفر صيدها » فرواه البخارى ومسلم من رواية ابن عباس (وأما) الأثر المذكور عن عمر رضى الله عنه فرواه الشافعى والبيهقى . وفى إسناده رجل مستور ، والرجلان اللذان حكما على عمر هما عثمان ونافع بن عبد الحارث الصحابى ، قوله : ما منع من أخذه لحق الغير لم يملكه بالأخذ من غير إذنه ، قال القلعى : قوله لحق الغير احتراز ممن رأى صيدا فى لجة البحر أو فى مهلكة أخرى ، بحيث يغلب على ظنه أنه لو كان عالج أخذه لهلك دونه ، فإنه ممنوع من أخذه ، فلو خاطر بنفسه وأخذه ملكه ، قال : ومع هذا فهذه العلة منتقضة بمن سبق إلى معدن ظاهر ، أو إلى شىء من المباحات ، فإنه أحق به فلا يجوز لغيره مزاحمته فيه قبل قضاء وطره ، فإن زاحمه فيه غيره وأخذه ملكه بالأخذ مع كونه ممنوعا من أخذه لحق الغير .

(قوله :) لأن ما حرم أخذه لحق الغير إذا أخذه وجب رده كالمغصوب قال القلعى : قوله : لحق الغير يحترز ممن غصب خمرا من مسلم على قصد شربها فإنه يجب عليه أخذها لحق الله تعالى لا لحق الآدمى ، ثم لا يجب ردها على المغصوب منه ، بل تجب إراقتها ، قوله : لأنه مال حرام أخذه لحق الغير فضمنه بالبدل كمال الآدمى ، احتراز ممن خاطر بنفسه فى أخذ صيد من مهلكة يغلب على ظنه الهلاك إذا عالج أخذه بأن كان فى مسبعة أو لجة ونحو ذلك فإنه يحرم أخذه لحق نفسه لا لحق غيره فإذا أخذه ملكه

ولا يضمنه ومع هـذا فهـذه العلة منتقضة بالحربى إذا أتلف مال مسلم وبالعبد إذا أخذ مال سيده فأتلفه ، فانه ما حرم أخذه لحق الغير ولا يضمنه بالبدل فكان ينبغى أن يقول : والأخذ من أهل الضمان فى حقه ليحترز من الحربى والعبد كما قال المصنف مثل هـذا فى أول باب الغصب • قوله : (لأن ما ضمن عمده بالمـال ضمن خطؤه) احترز بالمـال من ضـمان القصاص ومع هذا فهذه العلة منتقضة بمن قتل من تترس به المشركون من النساء والصبيان ، فانه يضمنه بالكفارة إن قتله عمـدا ، ولا يضمن إن قتله خطأ •

(قوله :) لأنه كفارة تجب بالقتل فاستوى فيه الخطأ والعمد ، احترز بقوله : بالقتل من الطيب واللباس ، فان الكفارة تجب فى العمد ، ومـع هذا فهو منتقض بمن تترس به المشركون كما ذكرناه فى الاحتراز الذى قبله ، قوله : لأن ما ضمن جميعه بالبدل ضمنت أجزاؤه ، احترز بالبدل عن الـكفارة فانها تجب بقتـل النفس دون قطع الطرف ، ومع هـذا فهـذا منتقض بالعـارية فانه يضمن جميعهـا بالبدل ولا يضمن أجزاءها الناقصة بالاستعمال ، فكان ينبغى أن يقول : وما ضمن جميعـه بالبدل ولم يؤذن فى إتلاف أجزائه ضمنت أجزاؤه قوله : وإذا حرم ذلك فى صيد الحرم وجب أن يحرم فى الإحرام ، يعنى لاشتراكهما فى تحريم الاصطياد والإحرام أولى ، لأن حرمته آكد ، ولهذا يحرم فيه الطيب والباس والنكاح وغيرها بخلاف الحرم •

قوله : دخل دار الندوة) هى ــ بفتح النون وإسكان الدال المهملة وفتح الواو ــ وهى دار معروفة بمكة ، كانت منزل قصى بن كلاب جد جد أبى رسول الله صلى الله عليه وسلم محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف بن قصى بن كلاب ، ثم صارت قريش تجتمع فيهـا للمشاورة ونحوها ، إذا عرض لهم أمر مهم ، قال الأزرقى فى تاريخ مكة : سميت بذلك لاجتماع الندىّ فيها يتشاورون ، ويبرمون أمرهم والندى

ـ بفتح النون وكسر الدال وتشديد الياء ـ الجماعة ينتدون ـ أى يتحدثون ـ قال الأزرقى والحازمى وغيرهما : وقد صارت دار الندوة فى المسجد الحرام وهى فى جانبه الشمال ، قال الماوردى فى الأحكام السلطانية : أول دار بنيت بمكة دار الندوة والله أعلم •

قوله : نصب أحبولة هى ـ بضم الهمزة والباء ـ وهى المصيدة ـ بكسر الميم ـ والمشهور فى اللغة فيها حبالة بكسر الحاء ، وقوله : بدلالة هى ـ بكسر الدال وفتحها ـ ويقال : دلولة ـ بضمها ـ ثلاث لغات سبق بيانهن ، قوله : لأن ما لا يلزمه حفظه لا يضمنه بالدلالة على إتلافه ، احتراز من الوديعة عنده ، فإنه لو دل عليها ضمنها ، والله أعلم •

اما الأحكام فأجمعت الأمة على تحريم الصيد فى الإحرام ، وإن اختلفوا فى فروع منه ، ودلائله نص الكتاب والسنة وإجماع الأمة ، قال أصحابنا : يحرم عليه كل صيد برى مأكول أو فى أصله مأكول ، وحشيا كان أو فى أصله وحشى ، هذا ضابطه ، فأما ما ليس بصيد كالبقر والغنم والإبل والخيل وغيرها من الحيوان الإنسى فليس بحرام بالإجماع لأنه ليس بصيد ، وإنما حرم الشرع الصيد ، قال القاضى أبو الطيب والأصحاب : قال الشافعى يحرم على المحرم الدجاجة الحبشية ، لأنها وحشية تمتنع بالطيران ، وإن كانت ربما ألفت البيوت قال القاضى : وهى شبيهة بالدجاج ، قال : ونسمى بالعراق سندية ، فان أتلفها لزمه الجزاء والله أعلم •

(وأما) ما ليس بمأكول ولا هو متولد من مأكول وغير مأكول فليس بحرام بلا خلاف عندنا ، وقد ذكره المصنف فى الفصل الذى بعد هذا ، وهناك نوضحه بدلائله وفروعه إن شاء الله تعالى (وأما) صيد البحر فحلال للحلال والمحرم بالنص والإجماع ، قال الله تعالى : (أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة ، وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما) قال أصحابنا : والمراد بصيد البحر الذى هو حلال للمحرم ما لا يعيش إلا فى

البحر ، سواء الصغير والكبير (أما) ما يعيش فى البر والبحر فحرام كالبرى تغليبا لجهة التحريم كما قلنا فى المتولد من مأكول وغيره (وأما) الطيور المائية التى تغوص فى الماء وتخرج منه فبرية محرمة على المحرم •

(وأما) الجراد فبرى على المشهور ، وفيه قول واه سنوضحه حيث ذكره المصنف إن شاء الله تعالى أنه بحرى غير مضمون • قال الماوردى وغيره : قال الشافعى : كلما كان أكثر عيشه فى الماء فكان فى بحر أو نهر أو بئر أو واد أو ماء مستنقع أو غيره فسواء ، وهو مباح صيده للمحرم فى الحل والحرم ، قال : فأما طائره ، فانما يأوى إلى أرض فهو صيد بر حرام على المحرم ، هذا نصه وتابعوه عليه •

(وأما) المتولد من مأكول وغير مأكول أو من وحشى وإنسى كمتولد بين ظبى وشاة ، أو بين يعفور ودجاجة ، فيحرمان على المحرم ، ويجب فيهما الجزاء كما سنوضحه إن شاء الله تعالى بعدها ، حيث ذكره المصنف فى الفصل الآتى (وأما) الصيد المحرم الذى سبق ضبطه فيحرم جميع أنواعه ، صغيره وكبيره ، وحشه وطيره ، وسواء المستأنس منه وغيره والمملوك وغيره • وقال المزنى لا جزاء فى المملوك وذكر المصنف الدليل •

قال الشافعى والأصحاب : يضمن المحرم الصيد المملوك بالجزاء والقيمة ، فيجب الجزاء لله تعالى يصرف إلى مساكين الحرم ، والقيمة لمالكه • قال أصحابنا : فان أتلفه بغير ذبح فعليه للآدمى كمال القيمة ، وعليه لله تعالى الجزاء وإن ذبحه (فإن قلنا :) ذبيحة المحرم ميته لا تحل لأحد ، فعليه أيضا القيمة بكمالها (وإن قلنا :) تحل ذبيحته لزمه مع الجزاء لمالكه ما بين قيمته مذبوحا وحيا ، إذا رده إليه مذبوحا ، وإذا أتلفه أو ذبحه وقلنا : هو ميتة فجلده لمالكه لا للمحرم ، صرح به الماوردى وغيره •

قال أصحابنا : ولو توحش حيوان إنسى كشاة وبعير ودجاجة ونحوها لم يحرم ، ولا جزاء فيه بلا خلاف ، لأنه ليس بصيد •

قال أصحابنا : ويحرم قتل الصيد وأخذه وجرحه وإتلاف شيء من أجزائه وتنفيره والتسبب فى ذلك كله أو فى شيء منه ، فإن أخذه لم يملكه لما ذكره المصنف ، فإن كان مملوكا لآدمي لزمه رده إلى صاحبه ، وإن كان مباحا وجب إرساله فى موضع يمتنع على من يقصده ، فان أتلفه أو تلف عنده ضمنه بالجزاء وإن كان مملوكا لآدمى ضمنه بالجزاء أو القيمة كما سبق ، ودليل هذا كله فى الكتاب • ولو خلص المحرم صيدا من فم سبع أو هرة أو نحوهما وأخذه ليداويه ثم يرسله ، أو رآه مجروحا فأخذه ليداويه ، ثم يرسله فمات فى يده ، ففي ضمانه القولان اللذان ذكرهما المصنف وهما مشهوران ، واتفقوا على أن الأصح أنه لا يضمن لأنه قصد الصلاح • وذكر الشيخ أبو محمد الجوينى فى كتاب السلسلة فى المسألة طريقين (أحدهما) على القولين (والثانى) لا يضمن قولا واحدا ، قال أبو محمد : وفرع أصحابنا على هذا أنه لو انتزع إنسان العين المغصوبة من غاصبها ليردها إلى مالكها فتلفت فى يده بلا تفريط ، هل يضمن فيه الطريقان كالصيد ؟

(**فرع**) لو حصل تلف الصيد بسبب شيء فى يد المحرم بأن كان راكب دابة أو سائقها أو قائدها ، فتلف صيد بعضها ، أو رفسها ، أو بالت فى الطريق فزلق به صيد ، فهلك به ، ضمنه لأنها منسوبة إليه فضمن ماأتلفته أو تلف بسببها ، كما لو أتلفت آدميا ومالا (أما) إذا انفلتت دابة المحرم فأتلفت صيدا فلا شيء عليه ، نص الشافعى رحمه الله على هذا الفرع كله ، واتفق الأصحاب عليه • قال الدارمى : ولو كان مع الدابة ثلاثة سائق وقائد وراكب ، فأتلفت صيدا فوجهان (أحدهما) يجب الجزاء على الثلاثة (والثانى) على الراكب وحده •

(**فرع**) قال أصحابنا : جهات ضمان الصيد فى حق المحرم ثلاث المباشرة واليد والتسبب (فأما) المباشرة فمعروفة (وأما) اليد فيحرم على المحرم وضع يده على الصيد • ولا يملكه بذلك ، ويضمنه إن تلف ، وقد

سبق هذا قريبا واضحا ومن هذا ما إذا حصل التلف بسبب دابة فى يده كما سبق بيانه قريبا (وأما) إذا سبقت اليد على الإحرام أو كانت يدا قهرية كالإرث ، أو يد معاقدة كشراء أو وصية أو هبة ونحوها ، فقد ذكره المصنف بعد هذا ، وسنوضحه قريبا إن شاء الله تعالى •

(وأما) التسبب ففيه مسائل •

(إحداها) لو نصب الحلال شبكة أو فخا أو حبالة ونحو ذلك فى الحرم ، أو نصبها المحرم حيث كان فتعقل بها صيد وهلك ، لزمه ضمانه ، سواء نصبها فى ملكه أو موات أو غيرهما (فأما) إذا نصبها وهو حلال ثم أحرم ، فوقع بها صيد فلا يضمنه بلا خلاف • نص عليه وصرح به القفال والبندنيجى والأصحاب •

(الثانية) قال الشافعى والأصحاب : يكره للمحرم استصحاب البازى وكل صائد من كلب وغيره ، فان حله فأرسله على صيد فلم يقتله ولم يؤذه فلا جزاء عليه ، لكن يأثم كما لو رماه بسهم فأخطأه ، فإنه يأثم بالرمى لقصده الحرام ، ولا ضمان لعدم الإتلاف • ولو انفلت بنفسه فقتله فلا ضمان ، نص عليه الشافعى فى المناسك الكبير ، واتفق الأصحاب عليه ، سواء فيه الكلب والبازى وغيرهما قال الماوردى : وسواء فرط فى حفظه أم لا ، لأن للكلب اختيارا (وأما) إذا أرسل المحرم الكلب على الصيد أو حلّ رباطه • وهناك صيد ولم يرسله فأتلفه ، ضمنه لأنه متسبب ، ولو كان هناك صيد وانحل رباط الكلب لتقصير المحرم فالمذهب أنه يضمنه ، وفيه خلاف ضعيف حكاه الرافعى ، فلو لم يكن هناك صيد فأرسل الكلب أو حل رباطه فظهر صيد ضمنه أيضا على الأصح ، لأنه منسوب إليه •

قال الماوردى : (فإن قيل :) قلتم هنا : إنه لو أرسل الكلب على الصيد ضمنه • ولو أرسله على آدمى فقتله لا ضمان ، فالفرق أن الكلب معلم للاصطياد فاذا صاد بارساله كان كصيده بنفسه فضمنه ، وليس هو

معلما قتل الآدمى ، فاذا أغراه على آدمى فقتله لم يكن القتل منسوبا إلى المغرى ، بل إلى اختيار الكلب فلم يضمنه • قال : ومثـاله فى الصيد أن يرسل كلبا غير معلم على صيد فيقتله فلا ضمان ، لأن غير المعلم لا ينسب فعله إلى المرسل ، بل إلى اختياره ، ولهذا لا يؤكل ما اصطاده بعد الإرسال ، كما لا يؤكل ما صاده المسترسل بنفسه ، هذا كلام المـاوردى ، وهـذا الذى قاله فى غير المعلم فيه نظر ، وينبغى أن يضمن بإرساله لأنه سبب ، والله أعلم •

(الثالثة) إذا نفر المحرم صيدا فعثر وهلك بالعثـار ، أو أخذه فى مغارة سبع ، أو انصدم بشجرة أو جبل أو غير ذلك ، لزمه الضمان ، سواء قصد تنفيره أم لا ، قال أصحابنا : ولا يزال المنفر فى عهدة ضمان التنفير حتى يعود الطير إلى عادته فى السكون ، فان عاد ثم هلك بعد ذلك فلا ضمان بلا خلاف ، ولو هلك فى حال هربه ونفـاره قبل سكونه بآفة سـماوية فوجهان حكاهما إمام الحرمين وآخرون قالوا : أصحهما لا ضمان لأنه لم يتلف فى يده ولا بسببه والثانى يضمنه لاستدامة أثر النفار •

(الرابعة) لو صاح المحرم على صيد فمات بسبب صياحه ، أو صاح حلال على صيد فى الحرم فمات به (فوجهان) حكاهما البغوى (أحدهما) يضمنه كما لو صاح على صبى فمات ، تجب ديته (والثانى) لا يضمنه لأن الغالب أن الصيد لا يموت بالصياح • فهو كما لو صاح على بالغ عاقل متيقظ فمات لا ضمان ، ولم يرجح واحدا من الوجهين ، والظاهر الضمان لأنه بسببه •

(الخامسة) إذا حفر المحرم بئرا فى محل عدوان أو حفرها حلال فى الحرم فى محل عدوان فهلك فيها صيد لزمهمـا الضمان بلا خلاف ، فإن حفرها فى ملكه أو موات فأربعة أوجه (أصـحها) يضمن فى الحرم دون الإحرام (والثانى) يضمن (والثالث) لا يضمن فيهما (والرابع) إن حفرها

لصيد ضمن وإلا فلا • وجزم الماوردى بأنه إن قصد الاصطياد لا يضمن وإلا فوجهان •

(السادسة) اتفق أصحابنا أنه لو رمى صيدا فنفذ فيه السهم وأصاب صيدا آخر فقتلهما لزمه جزاؤهما ، لأن أحدهما عمد والآخر خطأ أو بسببه ، وكل ذلك مضمن ، وقد نص الشافعى على هذا ، واتفقوا على أنه لو أصاب صيدا فوقع الصيد على صيد آخر أو على فراخه وبيضه ضمن ذلك كله ، لأنه بسببه •

(السابعة) لو رمى حلال إلى صيد ثم أحرم ثم أصابه ففى وجوب ضمانه وجهان ، حكاهما المتولى والرويانى وغيرهما (الأصح) يضمن ، ورجح أبو على البندنيجى عدم الضمان ، وصحح القاضى حسين فى تعليقه والرافعى الضمان ، قال المتولى : هما كالوجهين فيمن رمى إلى حربى أو مرتد فأسلم ، ثم أصابه فقتله ، قال : لكن الأصح هناك لا ضمان ، لأن الرمى إلى الحربى يحتاج إليه للقتال ، فلو أوجبنا الضمان لامتنع من رميه خوفا من إسلامه (وأما) المحرم فيمكنه تأخير الإحرام إلى ما بعد الإصابة • ولو رمى سهما إلى صيد وقد بقى عليه من أسباب التحلل الحلق فقصر شعره بعد الرمى ، ثم أصابه السهم بعد فراغ التقصير ــ وهو حلال ــ فوجهان ، حكاهما المتولى والرويانى وآخرون (أحدهما) لا ضمان ، لأن الإصابة فى حال لا يضمن فيها ، فأشبه من رمى إلى مسلم فارتد أو ذمى فنقض العهد ثم أصابه لا ضمان (والثانى) يجب لأن الرمى جناية وجدت فى الإحرام ، ويخالف المرتد والذمى ، فإنهما مقصران بما أحدثا من إهدارهما •

(الثامنة) إذا دل الحلال محرما على صيد فقتله وجب الجزاء على المحرم ، ولا ضمان على الحلال ، سواء كان الصيد فى يده أم لا ، لكنه

يأثم ، ولو دل المحرم حلالا على صيد فقتله ـ فإن كان الصيد فى يد المحرم ، لزمه الجزاء ، لأنه ترك حفظه وهو واجب عليه فصار كالمودع إذا دل السارق على الوديعة ، فإنه يضمنها وإن لم يكن فى يده فلا جزاء على واحد منهما ، لكن يأثم المحرم بدلالته ، وإنما لم يضمن لما ذكره المصنف وهو أنه لم يلتزم حفظه • ولو دل المحرم محرما فقتله ، أو دل الحلال حلالا أو محرما على صيد فى الحرم فقتله ، فلا جزاء على الدال ، ويجب على القاتل ، ولو أعان المحرم حلالا أو محرما فى قتل صيد بإعارة آلته أو أمره بإتلافه أو نحو ذلك فأتلفه فلا ضمان على المعين ، لما ذكرناه ، لكن يأثم سواء كان فى الحل أو الحرم •

(**فرع**) قال الشافعى والأصحاب : العامد والمخطىء وهو الناسى والجاهل فى ضمان الصيد سواء فيضمنه كل واحد منهم بالجزاء ، ولكن يأثم العامد دون الناسى والجاهل هذا هو المذهب ، وبه تظاهرت نصوص الشافعى وطرق الأصحاب ، وقيل : فى وجوب الجزاء على الناسى قولان ، حكاه المصنف بعد هذا الفصل ، وحكاه الأصحاب ، وسنوضحه فى موضعه إن شاء الله تعالى • ولو أحرم به ثم جن أو أغمى عليه فقتل صيدا ففى وجوب الجزاء قولان نص عليهما (أقيسهما) الوجوب ، لأنه من باب الغرامات ، والمجنون كغيره فى ذلك (والأصح) أنه لا يجب ، لأن المنع من الصيد تعبد يتعلق بالمكلفين ، وقد ذكر المصنف المسألة بعد هذا الفصل بقليل • ولو أكره المحرم على قتل صيد أو أكره حلال على قتل صيد فى الحرم فوجهان ، حكاهما البغوى وغيره (أحدهما) يجب الجزاء على الآمر (والثانى) يجب على المأمور ثم يرجع إلى الآمر ، كما لو حلق الحلال شعر المحرم مكرها ، وهذا الثانى أصح وقال الدارمى : هو كما لو أكره على قتل آدمى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويحرم عليه أكل ما صيد له ، لما روى جابر رضى الله عنه أن النبى

صلى الله عليه وسلم قال : « الصيد حلال لكم ما لم تصيدوه أو يصاد لكم » ويحرم عليه أكل ما أعان على قتله بدلالة أو إعارة ، لما روى عبد الله بن أبى قتادة قال : « كان أبو قتادة فى قوم محرمين وهو حلال ، فأبصر حمار وحش فاختلس من بعضهم سوطا فضربه به حتى صرعه ، ثم ذبحه وأكله هو وأصحابه ، فسألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : هل أشار إليه أحد منكم ؟ قالوا : لا ، قال : فلم ير بأكله بأسا » فإن أكل ما صيد له أو أعان على قتله ، فهل يجب عليه الجزاء ؟ أم لا ؟ فيه قولان (أحدهما) يجب لأنه فعل محرم بحكم الإحرام ، فوجبت فيه الكفارة كقتل الصيد (والثانى) لا يجب لأنه ليس بنام . ولا يئول إلى النماء فلا يضمن بالجزاء كالشجر اليابس والبيض المذر) .

(**الشرح**) أما حديث جابر فرواه أبو داود والترمذى والنسائى من رواية عمرو بن أبى عمرو ، والمدنى مولى المطلب بن عبد الله بن حنطب ، عن مولاه المطلب عن جابر ، وإسناده إلى عمرو بن أبى عمرو صحيح (وأما) عمرو بن أبى عمرو فقال النسائى : ليس هو بقوى ، وإن كان قد روى عنه مالك وكذا قال يحيى بن معين هو ضعيف ليس بقوى ، وليس بحجة ، وقد أشار الترمذى إلى تضعيف الحديث من وجه آخر فقال : لا يعرف للمطلب سماع من جابر فأما تضعيف عمرو بن أبى عمرو فغير ثابت ، لأن البخارى ومسلما رويا له فى صحيحيهما واحتجابه ، وهما القدوة فى هذا الباب ، وقد احتج به مالك وروى عنه وهو القدو ، وقد عرف من عادته أنه لا يروى فى كتابه إلا عن ثقة . وقال أحمد بن حنبل فيه : ليس به بأس ، وقال أبو زرعة : هو ثقة ، وقال أبو حاتم : لا بأس به ، وقال ابن عدى : لا بأس به لأن مالكا روى عنه ولا يروى مالك إلا عن صدوق ثقة .

(قلت :) وقد عرف أن الجرح لا يثبت إلا مفسرا ولم يفسره ابن معين ، والنسائى يثبت تضعيفه (وأما) إدراك المطلب لجابر ، فقال ابن أبى حاتم : وروى عن جابر ، قال : ويشبه أن يكون أدركه . هذا كلام

ابن أبى حاتم ، فحصل شك فى إدراكه ، ومذهب مسلم بن الحجاج الذى ادعى فى مقدمة صحيحه الإجماع فيه أنه لا يشترط فى اتصال الحديث اللقاء ، بل يكفى إمكانه ، والإمكان حاصل قطعا ، ومذهب على بن المدينى والبخارى والأكثرين اشتراط ثبوت اللقاء ، فعلى مذهب مسلم الحديث متصل ، وعلى مذهب الأكثرين يكون مرسلا لبعض كبار التابعين ، وقد سبق أن مرسل التابعى الكبير يحتج به عندنا إذا اعتضد بقول الصحابة ، أو قول أكثر العلماء أو غير ذلك مما سبق وقد اعتضد هذا الحديث فقال به من الصحابة رضى الله عنهم من سنذكره فى فرع مذاهب العلماء إن شاء الله تعالى ، والله أعلم .

(وأما) حديث عبد الله بن أبى قتادة الذى ذكره المصنف فرواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما عن عبد الله بن أبى قتادة عن أبيه ، وينكر على المصنف كونه جعله مرسلا ، فقال : عن عبد الله بن أبى قتادة قال : كان أبو قتادة ، فلم يذكر أنه سمعه من أبيه ، مع أن الحديث فى الصحيحين عن عبد الله بن أبى قتادة عن أبيه متصل فغيره المصنف (وقوله) فى حديث جابر : « ما لم تصيدوه أو يصاد لكم » هكذا الرواية فيه يصاد بالألف ، وهو جائز على لغة ، ومنه قوله تعالى : (إنه من يتقى ويصبر) على قراءة من قرأ بالياء ومنه قول الشاعر :

الم ياتيك والانباء تنمى (١)

وقد غير المصنف ألفاظا فى حديث أبى قتادة فلفظه فى البخارى ومسلم: « عن عبد الله بن أبى قتادة أن أباه حدثه قال : انطلقنا مع النبى صلى الله عليه وسلم عام الحديبية فأحرم أصحابه ولم أحرم ، فبصر أصحابنا بحمار وحش ، فجعل بعضهم يضحك إلى بعض ، فنظرت فرأيته ، فحملت عليه الفرس فطعنته فأثبته ، فاستعنتهم فلم يعينونى فأكلنا منه ، ثم لحقت

---

(١) من بيت لامرىء القيس وبقيته : بما لاقت لبون بنى زياد (ط) .

برسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت : يا رسول الله إنا صدنا حمار وحش ، وإن عندنا فاضلة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لأصحابه : كلوا ، وهم محرمون » وفى رواية « فرأيت أصحابى يتراءون شيئا فنظرت فإذا حمار وحش ، فوقع السوط ، فقالوا : لا نعينك عليه بشىء ، إنا محرمون ، فتناولته فأخذته ثم أتيت الحمار من وراء أكمة فعقرته ، فأتيت به أصحابى ، فقال بعضهم : كلوا ، وقال بعضهم : لا تأكلوا ، فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم وهو أمامنا فسألته ، فقال : كلوه حلال » وفى رواية : « هو حلال فكلوه » .

وفى رواية فى الصحيحين فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « هل منكم أحد أمره أن يحمل عليه أو أشار إليه ؟ » وفى رواية « أنه سأل أصحابه أن يناولوه سوطه فأبوا فسألهم رمحه فأبوا ، فأخذه ثم شد على الحمار فقتله فأكل منه بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وأبى بعضهم فأدركوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألوه عن ذلك فقال : إنما هى طعمة أطعمكموها الله عز وجل ، وفى رواية البخارى قال : « كنت جالسا مع رجال من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فى طريق مكة والقوم محرمون ، وأنا غير محرم ، فأبصروا حمارا وحشيا وأنا مشغول أخصف نعلى ، فلم يؤذنونى به وأحبوا لو أنى أبصرته ، فالتفت فأبصرته ، فقمت إلى الفرس فأسرجته ثم ركبت ونسيت السوط والرمح ، فقلت لهم : ناولونى السوط والرمح ، فقالوا : لا والله لا نعينك عليه بشىء ، فغضبت فنزلت فأخذتهما ثم ركبت ، فشددت على الحمار فعقرته ثم جئت به وقد مات ، فوقعوا عليه يأكلونه ، ثم إنهم شكوا فى أكلهم إياه وهم حرم ، فرحنا وخباب [1] العضد معى فأدركنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألناه

---

(١) الخباب شريحة اللحم فكأنه كان معه شريحة من الفخذ الأمامية . المطيعى .

عن ذلك فقال : هل معكم من شيء ، فناولته العضد فأكلها حتى تعرقها [1] وهو محرم » .

وفى رواية لمسلم فقال : « هل معكم شيء ؟ فناولته العضد فأكلها ثم تعرقها وهو محرم » وفى رواية لمسلم فقال : « هل معكم منه شيء ؟ فقالوا : معنا رجله فأخذها رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكلها » هـذه ألفاظ الحديث فى الصحيح . وإنما أخذ صلى الله عليه وسـلم ما أخذه وأكله تطييبا لقلوبهم فى إباحته ، ومبالغة فى إزالة الشبهة عنهم والشك فيـه ، لحصول الاختلاف فيه بينهم قبل ذلك ، والله أعلم .

(أما) قول المصنف : لأنه فعل محرم بحكم الإحرام فوجبت فيـه الكفارة فقال القلعى : احترز بفعل عن عقد النكاح (وبقوله :) محرم من الأفعال المبـاحة فى الإحرام (وبقوله :) فى الإحرام عن ذبح شـاة غيره (وقوله :) ليس بنام احتراز من قتل الصيد وقطع شجر الحرم (وقوله :) ولا يؤول إلى النماء احتراز من كسر بيض الصيد (وقوله :) البيض المذر هو ــ بالذال المعجمة ــ أى الفاسد ، والله أعلم .

اما حكم المسالة فقال الشافعى والأصحاب : يحرم على المحرم أكل صيد صاده هو ، أو أعان على اصطياده ، أو أعان على قتله بدلالة أو إعارة آلة ، سواء دل عليه دلالة ظاهرة أو خفية ، وسواء إعاره ما يستغنى عنـه القاتل أم لا ، وهذا لا خلاف فيه ، قال الشافعى والأصحاب : ويحرم عليه لحم ما صاده الحلال المحرم ، سواء علم به المحرم وأمره بذلك أم لا ، وهذا لا خلاف فيه أيضا (وأما) إذا صاد الحلال شيئا ولم يقصـد اصطياده للمحرم ، ولا كان من المحرم فيه إعانة ولا دلالة ، فيحل للمحرم أكله بلا خلاف ، ولا جزاء عليه فى ذلك بلا خلاف فإن أكل المحرم مما صاده الحلال

---

(٢) يقال : عرقت العظم وتعرقته واعرقته اذا اخذت اللحم منه نهشا باسنانك وعظم معروق اذا القى منه لحمه (ط) .

له أو بإعانته أو دلالته ففى وجوب الجزاء عليه قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (الأصح) الجديد لا جزاء (والقديم) وجوب الجزاء ، وهو القيمة بقدر ما أكل • هكذا قال الأكثرون تفريعا على القديم •

وقال المـاوردى : فى كيفية الضمان على القديم ثلاثة أوجه (أحدها) يضمن مثله لحما من لحوم النعم يتصدق به على مساكين الحرم (والثانى) يضمن مثله من النعم ، فيضمن بقدر ما أكل من مثله من النعم فإن أكل عشر لحمه لزمه عشر مثله (والثالث) يضمن قيمة ما أكل ، دراهم ، فإن شاء تصدق بها دراهم وإن شاء اشترى بها طعاما ، وتصدق به هذا نقـل المـاوردى وعلى مقتضى الثالث أنه إن شاء صام عن كل مد يوما • (أما) إذا أكل المحرم ما ذبحه بنفسه فقد ذكر المصنف بعد هذا وسائر الأصحاب أنه لا يلزمه بأكله بعد الذبح شىء آخر بلا خلاف عندنا ، كما لا يلزمه فى صيد الحرم بعد الذبح شىء آخر ، وإنما يلزمه فى الموضعين جزاء قتـله فقط ، هذا مذهبنا • وقال أبو حنيفة : يلزمه فى صيد الإحرام جزاء آخر ، ووافقنا فى صيد الحرم ، فلهذا قاس الأصحاب عليه وقاسوه أيضا على من ذبح شاة لآدمىّ ثم أكلها ، فانه تلزمه قيمة واحدة والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(فان ذبح المحرم صيدا حرم عليه أكله ، لأنه إذا حرم عليه ما صيد له أو دل عليه ، فلأن يحرم ما ذبحه أولى ، وهل يحرم على غيره ؟ فيه قولان (قال) فى الجـديد : يحرم ، لأن ما حرم على الذابح أكله حـرم على غيره كذبيحة المجوسى (وقال) فى القديم : لا يحرم لأن ما حل بذكاته غير الصيد حل بذكاته الصيد كالحلال ، فإن أكل ما ذبحه لم يضمن بالأكل لأن ما ضمنه بالقتل لم يضمنه بالأكل كشاة الغير) •

(الشرح) إذا ذبح المحرم صيدا حرم عليه بلا خلاف ، وفى تحريمـه على غيره القولان اللذان ذكرهما المصنف (الجديد) تحريمه وهو الأصح عند الجمهور • وقال القاضى أبو الطيب فى تعليقه : صحح كثيرون من

أصحابنا هذا القديم • وقال القاضى أيضا فى كتابه المجرد : وقال أصحابنا : القديم [1] هنا هذا كلامه ، والصحيح عند الجمهور هو الجديد ، ودليل الجميع فى الكتاب (وإن قلنا) بالجديد فأكله غير المحرم لم يلزمه الجزاء بلا خلاف ، لأنه لم يتلف صيدا فهو كمن أكل ميتة أخرى • صرح به الماوردى وغيره ، فعلى الجديد ذبيحة المحرم ميتة ، وعلى القديم ليست ميتة • هذا فى حق غيره ، ولا خلاف فى تحريمها عليه فى الإحرام •

فلو تحلل واللحم باق هل يجوز له ؟ (إن قلنا) يحرم على غيره فعليه أولى ، وإلا فطريقان حكاهما إمام الحرمين وغيره (أحدهما) القطع بتحريمه ، لأنا لو أبحناه له بعد التحلل جعل ذلك ذريعة إلى ادخاره ، قال إمام الحرمين : وبهذا الطريق قطع المراوزة (والطريق الثانى) فيه وجهان (أصحهما) تحريمه لما ذكرناه (والثانى) إباحته لأن المنع للإحرام وقد زال ، وبهذا الطريق قطع المتولى والبغوى وآخرون ، ونقله إمام الحرمين عن العراقيين إلا أنه قال : زيفوا وجه الإباحة والله أعلم • هذا حكم ذبيحة المحرم (فأما) إذا ذبح الحلال صيدا حرميا ففيه طريقان مشهوران وقد ذكرهما المصنف فى أواخر الباب الذى بعد هذا (أصحهما) أنه كذبيحة المحرم « فيحرم عليه بلا خلاف ، وفى تحريمه على غيره القولان (الأصح) تحريمه (والثانى) إباحته (والطريق الثانى) وصححه البندنيجى يحرم على غيره قولا واحدا ، كما يحرم عليه والفرق بينه وبين ذبيحة المحرم من وجهين (أحدهما) أن صيد الحرم محرم على جميع الناس (والثانى) أنه محرم فى جميع الأزمان بخلاف صيد الإحرام والله أعلم •

وإذا أكل ما ذبحه بنفسه فى الحرم أو الإحرام لا يلزمه بالأكل جزاء ، إنما يلزمه جزاء واحد بسبب الذبح • وقد سبقت المسألة قريبا واضحة والله

---

(١) هكذا بالنسخة التى بين أيدينا ولعل العبارة وقال اصحابنا القديم هنا لا يحرم هذا كلامه • المطيعى •

أعلم (أما) إذا كسر المحرم بيض صيد وقلاه فيحرم عليه بلا خلاف وفى تحريمه على غيره طريقان (أشهرهما) وهى التى اختارها المصنف فى الفصل الذى بعد هذا وكثيرون وبها قطع الشيخ أبو حامد ونقلها صاحب البحر عن الأصحاب مطلقا أنه على القولين كاللحم (الجديد) تحريمه (والقديم) إباحته (والطريق الثانية) القطع بإباحته واختارها القاضى أبو الطيب وصححها الماوردى والمتولى والرويانى فى البحر وغيرهم ، وقطع بها القاضى حسين فى تعليقه والبغوى وآخرون .

قال الماوردى : وجهل بعض المتأخرين فحكى فى تحريمه قولين . قال : وهذا جهل قبيح ، والصواب إباحته لأنه لا يحتاج إلى ذكاة وفرق هؤلاء بين اللحم والبيض ، بأن الحيوان لا يستباح إلا بذكاة ، والمحرم ليس من أهلها بخلاف البيض فإنه يباح بكل حال ويباح من غير قلى ، ولو كسره مجوسى أو قلاه حل بخلاف الحيوان قال المتولى : فعلى هذا ينزل البيض منزلة ذبيحة حلال [1] ، فمن حل له أكل صيد ذبحه له حلال حل له هذا البيض . قال المتولى : ولو حلب لبن صيد أو قتل جرادة فهو ككسره البيض لأن الجرادة تحل بالموت ، ولهذا لو قتلها مجوسى حلت ، وقطع الماوردى وغيره بأن الجراد إذا قتله محرم حل للحلال .

قال المتولى : ولو أخذ إنسان بيض صيد الحرم فكسره أو قلاه فطريقان (أحدهما) أنه كلحم صيد الحرم (وأصحهما) أنا إن قلنا : صيد الحرم ليس بميتة فالبيض حلال ، وإن قلنا : ميتة ففى البيض وجهان (أحدهما) لا يحل ، لأنا جعلنا صيد الحرم كحيوان لا يحل لكونه محرما على العموم ، وبيض ما لا يؤكل لا يحل (والثانى) يحل ، لأن أخذ البيض وقليه ليس سبب الإباحة بخلاف ذبح الصيد . قال : وحكم ابن صيد الحرم وحكم جراده حكم البيض فيما ذكرنا وقطع الماوردى بأن بيض صيد

---

(١) مضاف ومضاف اليه اى ذبيحة انسان غير محرم (ط) .

الحرم حرام على كاسره ، وعلى جميع الناس قولا واحدا ، لأن حرمة الحرم لم تزل عنه بكسره .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويحرم عليه ان يشترى الصيد او يتهبه ، لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما « ان الصعب بن جثامة أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم حمار وحش فرده عليه ، فلما رأى ما فى وجهه قال : « إنا لم نرده عليك إلا انا حرم » ولأنه سبب يتملك به الصيد فلم يملك به مع الإحرام كالاصطياد . وإن مات من يرثه وله صيد ففيه وجهان (احدهما) لا يرثه ، لأنه سبب للملك فلا يملك به الصيد ، كالبيع والهبة (والثانى) انه يرثه لأنه يدخل فى ملكه بغير قصده ويملك به الصبى والمجنون فجاز أن يملك به المحرم الصيد . وإن كان فى ملكه صيد فاحرم ففيه قولان (أحدهما) لا يزول ملكه عنه ، لأنه ملك فلا يزول بالإحرام كملك البضع (والثانى) يزول ملكه عنه ، لأنه معنى لا يراد للبقاء يحرم [على المحرم] ابتداؤه فحرمت استدامته ، كلبس المخيط .

(فان قلنا :) لا يزول ملكه جاز له بيعه وهبته ، ولا يجوز له قتله ، فإن قتله وجب عليه الجزاء ، لأن الجزاء كفارة تجب لله تعالى ، فجاز أن تجب على مالكه ككفارة القتل (وإن قلنا :) يزول ملكه وجب عليه إرساله ، فإن لم يرسله حتى مات ضمنه بالجزاء ، وإن لم يرسله حتى تحلل ففيه وجهان (احدهما) يعود إلى ملكه ويسقط عنه فرض الإرسال ، لأن علة زوال الملك هو الإحرام ، وقد زال فعاد الملك كالعصير إذا صار خمرا ثم صار خلا (والثانى) انه لا يعود إلى ملكه ويلزمه إرساله ، لأن يده متعدية فوجب أن يزيلها) .

(الشرح) حديث ابن عباس رواه البخارى ومسلم من طرق (منها) ما ذكره المصنف بلفظه ، وفى رواية لمسلم : « أن الصعب بن جثامة أهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم حمار وحش » وفى رواية له « من لحم حمار وحش » وفى رواية « رجل حمار وحش » وفى رواية : « عجز حمار وحش يقطر دما » وفى رواية : « شق حمار وحش » وفى رواية : « عضو من لحم صيد » هذه الروايات كلها فى صحيح مسلم ، وترجم البخارى :

باب إذا أهدى للمحرم حمارا وحشيا حيا لم يقبل • ثم رواه بإسناده وقال فى روايته : حمارا وحشيا فأشار البخارى إلى أن هذا الحمار كان حيا • وحكى هذا أيضا عن مالك وغيره ، وهو الظاهر من استدلال المصنف وغيره من أصحابنا • وهذا تأويل باطل مردود بهذه الروايات الصحيحة الصريحة التى ذكرها مسلم •

(فالصواب) أنه إنما أهدى بعض لحم صيد لأكله ، ويكون قوله : حمارا وحشيا وحمار وحش مجازا أى بعض حمار ، ويكون رد النبى صلى الله عليه وسلم له عليه لأنه علم منه أو من حاله أنه اصطاده للنبى صلى الله عليه وسلم ولو لم يقصد الاصطياد له لقبله منه ، فان لحم الصيد الذى صاده الحلال إنما يحرم على المحرم إذا صيد له أو أعان عليه كما سبق بيانه قريبا (فإن قيل :) فإنما علل النبى صلى الله عليه وسلم رده عليه بأنهم حرم (قلنا :) لا تمنع هذه العبارة كونه صيدٌ له ، لأنه إنما يحرم الصيد على الإنسان إذا صيد له بشرط كونه محرما ، فبين الشرط الذى يحرم به ، وسأبسط الكلام فى إيضاح هذا الحديث ، وبيان طرقه وما يوافقه ، وكلام العلماء عليه فى فرع مذاهب العلماء فى المسألة الثالثة منه إن شاء الله تعالى ، والله أعلم •

(وأما) قوله : الصعب بن جثامة فالصعب ــ بفتح الصاد وإسكان العين وجثامة ــ بجيم مفتوحة ثم ثاء مثلثة مشددة ــ (وقوله) صلى الله عليه وسلم : « لم نرده عليك » هو ــ برفع الدال ــ على الصواب المعروف لأهل العربية ، وغلب على ألسنة المحدثين والفقهاء فتحها وهو ضعيف ، وقد أوضحته فى التهذيب وشرح مسلم (وقوله :) لأنه سبب يتملك به الصيد • إنما قال : يتملك ، ولم يقل يملك ليحترز عن الإرث ، فانه يملك به على أحد الوجهين لأنه سبب يملك به الصيد • ولا يقال فى الإرث : يتملك إنما يقال لأنه ملك قهرى (قوله :) لأنه معنى لا يراد للبقاء يحرم ابتداؤه فحرمت استدامته كلبس المخيط احترز بقوله : لا يراد للبقاء من

النكاح ، وبقوله : يحرم ابتداؤه من لبس ما سوى المخيط ، وهذه العلة منتقضة بالطيب ، فإنه لا يحرم استدامته ، والله أعلم .

أما الاحكام ففيها مسائل (إحداها) يحرم على المحرم شراء الصيد وقبول هبته وهديته والوصية له به ، فإن اشتراه أو قبل الهبة أو الهدية أو الوصية فهل يملكه ؟ فيه طريقان (أحدهما) وبه قطع المصنف وسائر العراقيين لا يملكه لما ذكره المصنف (والثانى) طريقة القفال ومعظم الخراسانيين أنه يبنى على أنه إذا كان فى ملكه صيد فأحرم (فان قلنا :) يزول ملكه عنه لم يملك الصيد بالشراء والهبة والهدية والوصية ، وإلا فقولان كشراء الكافر عبدا مسلما (أصحهما) لا يملك .

قال أصحابنا : (فان قلنا) بالمذهب : إنه لا يملك فليس له القبض فان قبض قال الشافعى رحمه الله : لزمه إرساله واختلف أصحابنا فى مراده بقوله : لزمه إرساله ، على وجهين مشهورين ، فمن قال : إنه يملكه تعلق بهذه اللفظة من كلام الشافعى ، وقال : لولا أنه ملكه ما أمره بارساله ، ومن قال : لا يملكه اختلفوا فى المراد فقال الشيخ أبو حامد والمحاملى وطائفة . المراد بارساله رده إلى صاحبه ، وليس المراد إرساله فى البرية ، قالوا : لأنه لم يملكه ، فلا يجوز له تضييعه ، ولم يزل ملك البائع والواهب عنه فلا يجوز تفويته عليه . وقال صاحب الشامل وآخرون : يلزمه إرساله فى البرية . ويحمل كلام الشافعى على ظاهره ، فيجب إرساله بحيث يتوحش ويصير ممتنعا فى البرية ويدفع إلى مالكه القيمة .

قالوا : ويجوز تفويت حق المالك من عين وإن كان باقيا على ملكه ، لأنه هو المتسبب فى حصوله فى يد المحرم حتى وجب إرساله فانتقل حقه إلى البدل جمعا بين الحقين . قال المتولى : ويصير المحرم كمن اضطر إلى أكل طعام غيره فيأكله ويغرم بدله ، ويكون الاضطرار عذرا فى إتلاف مال

الغير بغير إذنه فكذا هنا . هذا مختصر كلام الأصحاب فى تفسير قول الشافعى : (لزمه إرساله) والله أعلم .

قال أصحابنا : فإن هلك فى يد المحرم قبل إرساله ورده إلى مالكه لزمه الجزاء لحق الله تعالى يدفع إلى المساكين ، ويلزمه لمالكه قيمته إن كان قبضه بالشراء ، لأن المقبوض بالشراء الفاسد مضمون ، وفى وقت اعتبار القيمة الخلاف المعروف فيمن تلف عنده المقبوض بشراء فاسد ، وإن كان قبضه بالهبة ونحوها لزمه الجزاء لحق الله تعالى ، وهل يلزمه القيمة لمالكه الواهب ؟ فيه وجهان مشهوران فى كل ما قبض بهبة فاسدة هل يكون مضمونا ، أم لا ؟ (أصحهما) لا يكون مضمونا ، لأن حكم العقود الفاسدة حكم الصحيحة فى الضمان ، فما ضمن صحيحه ضمن فاسده وما لا يضمن صحيحه لا يضمن فاسده . وهذه قاعدة مشهورة سنوضحها فى كتاب الرهن والشركة والهبة إن شاء الله تعالى .

ومما ذكر الوجهين فيها هنا الماوردى وغيره ، وقطع القاضى أبو الطيب والمحاملى وأبو على البندنيجى فى كتابه الجامع والقاضى حسين وابن الصباغ وصاحب البيان وآخرون هنا بالأصح ، وهو أنه لا ضمان وأشار جماعة من الخراسانيين إلى القطع بالضمان وقد اغتر الرافعى بهذا فوافق إشارتهم فقطع هنا بالضمان مع أنه ذكر الخلاف فى كتاب الهبة ، وأن الأصح أنه لا ضمان ، فكأنه لم يتذكره فى هذا الموطن . فالحاصل أن الصحيح أنه لا ضمان . هذا كله إذا تلف فى يد المحرم (أما) إذا أتلفه فقد صرح القاضى أبو الطيب فى تعليقه وصاحب الشامل وغيرهما بأنه كما لو تلف فى جميع ما ذكرناه (أما) إذا رده إلى مالكه فتسقط عنه القيمة التى هى حق الآدمى سواء كان قبضه بالشراء أو الهبة ونحوها ، ولكن لا يسقط عنه الجزاء لحق الله تعالى إلا بارساله .

وإن تلف فى يد مالكه بعد ذلك لزم المحرم الجزاء ، وإن أرسله

مالكه سقط عن المحرم الجزاء هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور ، وقطع البنديجى بأنه إذا رد ما قبضه بالبيع إلى بائعه زال عنــه الضمان ، ولو قبضه بالهبة فرده إلى واهبه لم يزل عنه الضمان ، وفرق بأن المتهب كان يمكنه إرساله ولا يكون ضامنا لواهبــه بخلاف المشترى ، وهذا الحكم والفرق ضعيفان ، قال الغزالى : فان صححنا الشراء فبــاعه المحرم حرم البيع ، ولكن ينعقد ويجب على المشترى إرساله فاذا أرسله فهل يكون من ضمان البائع ؟ فيه الخلاف فيمن باع عبدا مرتدا فقتل فى يد المشترى •

هذا كلام الغزالى ، وكأنه أراد ما ذكره شــيخه إمام الحرمين ، فإن إمام الحرمين قال : قال الأئمة : إذا باع المحرم صيدا أمرناه بإطلاقه (١) ووجب على المشترى إرساله • قال : فان استبعد الفقيه ذلك فهو كتصحيحنا من المشترى شراءه مع أمرنا إياه بإرساله ، ثم إذا أرسله المشترى بعد قبضه اتصل هذا بالتفريع فيمن اشتراه مرتدا فقتل فى يده بالردة فمن ضمان من هو ؟ وفيه خلاف قال : ولعل الوجه القطع هنا بإرساله من ضمان البائع وجها واحدا ، لأنا قد نقول : المرتد قد يقتل لردة حالكة ، والخطرات تتجدد ، والسبب الذى علق به وجوب الإرسال دائم لا تجدد فيه • قال : ثم قال الأصحاب : لو تلف الصيد فى يد المشترى أو فى يد من اشترى منه ، وهكذا كل شىء كيف تناسخت الأيدى ؟ فالضمان على المحرم لأنه المتسبب إلى إثبات هذه الأيدى ، وللسبب فى المضمونات حكم المباشرة هذا آخر كلام إمام الحرمين ، ومراده بالضمان المذكور فى آخر كلامه ضمان الجزاء والله أعلم •

(المسألة الثانية) إذا مات للمحرم قريب يملك صيدا فهل يرثه ؟ فيه طريقان (أحدهما) وبه قطع المصنف وسائر العراقيين وجهان (أصحهما) يرثه (والثانى) لا ، ودليلهما فى الكتاب (والطريق الثانى) وبه قطع القفال

---

(١) لعل واو العطف هنا زائدة لتكون وجب جواب اذا الشرطية والا فاين جواب اذا (ط) ،

والشيخ أبو محمد الجوينى ، وأبو بكر الصيدلانى ، وآخرون من أئمة أصحابنا الخراسانيين : يرثه وجها واحدا لأنه ملك قهرى • قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه ، وإنما يتصور القول بتوريثه على قولنا إن الإحرام لا يزيل الملك عن الصيد (فأما) إذا قلنا بالقول الآخر : إنه يزيله فلا يدخل فى ملكه بالإرث ، هذا كلام القاضى وذكر إمام الحرمين عكسه فقال : قال العراقيون إذا قلنا: الإحرام يقطع دوام الملك ففى الإرث وجهان (أحدهما) لا يفيد الملك لأنه مشبه باستمرار الملك على الدوام ، فإذا كان الإحرام ينافى دوام الملك فكذلك ينافى الملك المتجدد المشبه بالدوام (والثانى) يحصل الملك بالإرث ويزيله ، فإنا نضطر إلى الجرى على قياس التوريث فلنجر ذلك الحكم ثم نحكم بعده بالزوال •

هذا كلام إمام الحرمين ، وهو مخالف لما ذكره القاضى أبو الطيب ولم يتعرض جمهور الأصحاب لما قاله وهذا النقل الذى أضافه الإمام إلى العراقيين غريب فى كتبهم (وأما) المتولى فقال : إن قلنا : يزول ملكه فى الصيد لم يرثه وإلا فيرثه • قال الرافعى : فإن قلنا : يرث قال إمام الحرمين والغزالى يزول ملكه عقب ثبوته بناء على إن الملك يزول عن الصيد بالإحرام ، قال : وفى التهذيب وغيره خلافه ، لأنهم قالوا : إذا ورثه لزمه إرساله ، فإن باعه صح بيعه ، ولا يسقط عنه ضمان الجزاء حتى لو مات فى يد المشترى وجب الجزاء على البائع ، وإنما يسقط عنه إذا أرسله المشترى ، هذا كلام الرافعى ، وهذا الذى أضافه إلى التهذيب وغيره هو الصحيح المشهور الذى قطع به المحاملى وآخرون •

قال المحاملى فى المجموع : إذا قلنا : إنه يملكه بالإرث كان ملكا له يملك التصرف فيه كيف شاء إلا القتل والإتلاف والله أعلم (وأما) إذا قلنا لا يرث ففى حكمه وجهان (أحدهما) وبه قطع المتولى يكون ملك الصيد لباقى الورثة ، ويكون إحرامه بالنسبة إلى الصيد مانعا من موانع الإرث (والوجه الثانى) وهو الصحيح بل الصواب المشهور الذى قطع به الجمهور

أنه يكون باقيا على ملك المشترى الميت حتى يتحلل المحرم من إحرامه ، فإن تحلل دخل فى ملكه • وممن صرح بهذا الشيخ أبو حامد فى تعليقه والدارمى وأبو على البندنيجى فى كتابه الجامع والمحاملى فى كتابيه المجموع والتجريد ، والقاضى أبو الطيب فى المجرد ، وصاحب الحاوى والقاضى حسين فى تعليقه وأبو القاسم الكرخى شيخ المصنف وصاحب العدة والبيان وغيرهم • قال الدارمى : فإن مات الوارث قبل تحلله قام وارثه مقامه والله أعلم •

(المسألة الثالثة) إذا كان فى ملكه صيد فأحرم ففى زوال ملكه عنه قولان مشهوران ، ذكرهما المصنف بدليلهما نص الشافعى عليهما فى الأم ، ومنهم من يقول : إنما نص فى الإملاء على أنه لا يزول : ممن حكى هذا الشيخ أبو حامد والماوردى (والأصح) من القولين أنه يزول ممن صححه القاضى أبو الطيب فى تعليقه وفى المجرد والعبدرى والرافعى وغيرهم ، وخالفهم الجرجانى فقال فى كتابه التحرير : الأصح لا يزول ملكه ، والمشهور تصحيح زوال ملكه قال الرافعى : هل يلزمه إرساله ؟ فيه قولان (الأظهر) يلزمه إرساله (وقيل) : لا يلزمه إرساله قولا واحدا ، بل يستحب •

قال أصحابنا : فإن لم نوجب الإرسال فهو باق على ملكه له بيعه وهبته، لكن لا يجوز له قتله ، فإن قتله لزمه الجزاء كما لو قتل عبده يلزمه الكفارة ، ولو أرسله غيره أو قتله لزمه قيمته للمالك ولا شىء على المالك • وإن أوجبنا إرساله فهل يزول ملكه عنه ؟ فيه قولان (أصحهما) يزول ، فعلى هذا لو أرسله غيره أو قتله فلا شىء عليه ، ولو أرسله المحرم فأخذه غيره ملكه لأنه صار مباحا كما كان قبل اصطياده أولا • ولو لم يرسله حتى تحلل فهل يلزمه إرساله ؟ فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) يلزمه وهو المنصوص واتفقوا على تصحيحه (والثانى) لايلزمه ، وهو قول أبى إسحق المروزى وحكى إمام الحرمين على هذا القول وجهين

فى أنه يزول ملكه بنفس الإحرام أم الإحرام يوجب عليه الارسال فإذا أرسل زال حينئذ (والأول) منهما أصح وهو مقتضى كلام جمهور الأصحاب وصرح به جماعة منهم •

(وإن قلنا :) لا يزول ملكه فليس لغيره أخذه ، فلو أخذه لم يملكه ، ولو قتله ضمنه • وعلى القولين لو مات فى يده بعد إمكان الإرسال لزمه الجزاء لأنهما فرعان على وجوب الإرسال ، وهو مقصر بالإمساك ، ولو مات الصيد قبل إمكان الإرسال وجب الجزاء على أصح الوجهين ، ولا يجب فى الثانى ، وبه قطع الشيخ أبو حامد فى تعليقه والبندنيجى وصاحب البيان ، وممن صحح الأول إمام الحرمين والرافعى • وإذا لم يرسله حتى حل من إحرامه وقلنا بالصحيح : المنصوص أنه يلزمه الإرسال بعد التحلل فقتله فوجهان ، حكاهما الشيخ أبو حامد والأصحاب (أحدهما) لا ضمان لأنه قتله وهو حلال (وأصحهما) وجوب الجزاء لأنه ضمنه باليد فى الإحرام فلا يزول الضمان إلا بالإرسال ، واتفق الأصحاب على أنه لا يجب تقديم الإرسال على الاحرام وممن نقل الاتفاق عليه إمام الحرمين ، والله أعلم •

(**فرع**) قال الأصحاب : متى أمر بارسال الصيد فأرسله زال عنه الضمان ، وصار الصيد مباحا ، فمن أخذه من الناس بعد ذلك وهو حلال ملكه ، وكذا لو أخذه المحرم بعد تحلله ملكه ، كغيره من الناس ، وكغيره من الصيود •

(**فرع**) لو اشترى صيدا فوجده معيبا وقد أحرم البائع ، فان قلنا للمحرم : أن يملك الصيد بالإرث رده عليه وإلا فوجهان مشهوران ، ذكرهما ابن الصباغ والمتولى وصاحب البيان وآخرون (أحدهما) لا يرد ، لأن المحرم لا يدخل الصيد فى ملكه (والثانى) يرد ، لأن منع الرد إضرار بالمشترى • قال المتولى : (فان قلنا :) لا يرد فحكمه حكم من اشترى شيئا فرهنه ، ثم علم به عيبا وهو مرهون • وقال صاحب البيان إذا قلنا :

لا رد فماذا يصنع ؟ فيه وجهان ، قال القاضى أبو الطيب : يرد عليه البائع الثمن ، ويوقف الصيد حتى يتحلل فيرده عليه ، لأن المتعذر هو رد الصيد دون رد الثمن ، وقال ابن الصباغ يكون المشترى بالخيار بين أن يوقف حتى يتحلل البائع ، ويرد عليه وبين أن يرجع بالأرش لتعذر الرد فى الحال ، لأنه لو ملك المشترى لزال ملكه عن الصيد إلى البائع ولوجب رده عليه لئلا يجتمع العوضان للمشترى ، (قلت :) هذا الذى حكاه عن القاضى أبى الطيب إنما هو احتمال ذكره فى تعليقه ، ولم يجزم به ، والصحيح ما ذكره ابن الصباغ ، والله أعلم •

(فرع) لو اشترى الحلال صيدا ثم أفلس بالثمن والبائع محرم ، فهل له الرجوع فى الصيد ؟ فيه طريقان (أصحهما) وبه قطع الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والبندنيجى والماوردى والمحاملى وابن الصباغ وسائر العراقيين والقاضى حسين وغيره من الخراسانيين : ليس له ذلك ، وبهذا قطع المصنف فى كتاب التفليس ، ونقله المحاملى هنا فى المجموع عن أصحابنا مطلقا ونقل القاضى أبو الطيب فى تعليقه وصاحب العدة اتفاق الأصحاب عليه (والطريق الثانى) فيه وجهان حكاه المتولى وآخرون كالرد بالعيب ، ووجه الجواز رفع الضرر عن البائع ، والمذهب الأول ، لأن هنا يملك الصيد بالاختيار ، فلم يجزىء مع الإحرام كالمشترى بخلاف الإرث فإنه مجزىء ، وبخلاف الرد بالعيب على وجه ، فإنه بغير اختياره فإذا قلنا : لا يرجع ، قال الماوردى وغيره : له الرجوع بعد التحلل من إحرامه •

(فرع) لو استعار المحرم صيدا صار مضمونا عليه بالجزاء لله تعالى ، والقيمة للمعير ، وليس له التعرض له ، فإن تلف فى يده لزمه الجزاء والقيمة ، فإن أرسله عصى ولزمه القيمة للمالك وسقط عنه الجزاء ، وإن رده إلى المالك برىء من حق المالك ولا يسقط عنه الجزاء ما لم يرسله المالك • هكذا ذكر هذا الفرع أصحابنا فى الطريقتين ، واتفقوا على

تحريم إعارة الصيد للمحرم وقد ذكر المصنف تحريم الإعارة فى أول كتاب العارية (وأما) إذا أودع الصيد عند المحرم فوجهان (أصحهما) وبه قطع القاضى حسين والبغوى والرافعى هنا أنه يكون مضمونا عليه بالجزاء ؛ كما لو استعاره ، لأنه ممنوع من وضع اليد عليه فصار كما لو استودع مالا مغصوبا •

فعلى هذا إن تلف فى يده لزمه الجزاء ولا تلزمه القيمة للمالك إلا أن يفرط ، لأن الوديعة لا تضمن إلا بالتفريط ، وقال القاضى حسين فى تعليقه : يضمنه ، وهذا ضعيف • وإن أرسله عصى ولزمه القيمة للمالك ، وإن رده إليه لم يسقط عنه الجزاء ما لم يرسله المالك (والثانى) لا جزاء عليه وإن تلف فى يده ، وبه قطع الشيخ أبو حامد ، وحكاه عنه صاحب البيان فى أول كتاب العارية ، لأنه لم يمسكه لنفسه • وهذه العلة تنتقض بالمغصوب إذا أودع عنده والله أعلم • قال الماوردى هنا : فأما إذا استعار الحلال صيدا من محرم فتلف فى يد المستعير ، فإن قلنا : يزول ملك المحرم عن الصيد بالإحرام وجب الجزاء على المحرم المعير ، لأنه كان مضمونا عليه باليد ولا شىء على المستعير ، لا جزاء ولا قيمة (أما) الجزاء فلأنه حلال (وأما) القيمة فلأن المعير لا يملكه ، وإن قلنا : لا يزول ملك المحرم فلا جزاء على المحرم ، لأنه على هذا القول لا يضمنه إلا بالجناية • وتجب القيمة على المستعير للمالك لأنها عارية مملوكة ، فوجب ضمانها بالتلف والله أعلم •

(**فرع**) قال أصحابنا : حيث صار الصيد مضمونا على المحرم بالجزاء ــ فإن تلف فى يده ــ لزمه الجزاء ، فإن قتله حلال فى يده فالجزاء على المحرم ، وإن قتله محرم آخر فوجهان حكاهما الشيخ أبو حامد والماوردى والبغوى وآخرون (أحدهما) الجزاء عليهما نصفين ، كما لو اشتركا فى قتل صيد (وأصحهما) يجب على القاتل ، ويكون الذى كان فى يده طريقا فى الضمان •

(**فـرع**) قال إمام الحرمين : لو كان بين رجلين صيد مملوك لهما فأحرم أحدهما ، وقلنا : يلزم المحرم إرسال الصيد الذى كان فى ملكه قبل الإحرام ، فالإرسال هنا غير ممكن ، فأقصى ما يمكن أن يرفع يد نفسه عنه ، قال : ولم يوجب الأصحاب عليه السعى فى تحصيل الملك فى نصيب شريكه ليطلقه ، ولكن ترددوا فى أنه لو تلف هل يلزمه ضمان حصته ؟ من جهة أنه لم يتأت منه إطلاقه على ما ينبغى والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن كان الصيد غير مأكول نظرت ، فإن كان متولدا بين ما يؤكل وبين ما لا يؤكل كالسمع المتولد بين الذئب والضبع ، والحمار المتولد بين حمار الوحش وحمار الأهل فحكمه حكم ما يؤكل فى تحريم صيده ووجوب الجزاء ، لأنه اجتمع فيه جهة التحليل والتحريم ، فغلب التحريم كما غلبت جهة التحريم فى أكله وإن كان حيوانا لا يؤكل ، ولا هو متولد مما يؤكل ، فالحلال والحرام فيه واحد ، لقوله تعالى : (وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما) فحرم من الصيد ما يحرم بالإحرام ، وهذا لا يكون إلا فيما يؤكل ، وهل يكره قتله أو لا يكره ؟ ينظر فيه ، فإن كان مما يضر ولا ينفع كالذئب والأسد والحية والعقرب والفارة والحداة والغراب والكلب العقور والبق والبرغوث والقمل والقرقش والزنبور فالمستحب أن يقتله ، لأنه يدفع ضرره عن نفسه وعن غيره ، وإن كان مما ينتفع به ويستضر به كالفهد والبازى فلا يستحب قتله لما فيه من المنفعة ، ولا يكره لما فيه من المضرة ، وإن كان مما لا يضر ولا ينفع كالخنافس والجعلان وبنات وردان فإن يكره قتله ولا يحرم) .

(**الشرح**) السمع ــ بكسر السين ــ والضبع اسم للأنثى (وأما) الذكر فيقال له ضبعان ــ بكسر الضاد وإسكان الباء ــ والفأرة مهموزة ، ويجوز تخفيفها بترك الهمزة ، والحدأة ــ بكسر الحاء ــ وبعد الدال همزة وجمعها حدأ كعنبة وعنب ، والبرغوث ــ بضم الباء ــ والقرقش ــ بقافين مكسورتين ــ قال الجوهرى : هو البعوض الصغار ، قال : ويقال : الجرجس ــ بجيمين مكسورتين ــ وقيل : إنه نوع من البق (وأما) البازى ففيه ثلاث لغات ــ تخفيف الياء وتشديدها ــ والثالثة باز بغير ياء ،

أفصحهن البازى بالياء المخففة ، ولغة التشديد غريبة ، وممن حكاها ابن مكى وأنكرها الأكثرون ، وقد أوضحت ذلك مع ما يتعلق به من جمع الكلمة • وتصريفها فى تهذيب اللغات •[1]

اما الأحكام فنمهد قبلها بحديث عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « خمس من الدواب كلهن فاسق ، يقتلن فى الحرم ، الغراب والحدأة والعقرب والفأرة والكلب العقور » رواه البخارى ومسلم ، وفى رواية لهما : « فيقتلن فى الحل والحرام » وعن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « خمس من الدواب ليس على المحرم فى قتلهن جناح ، الغراب والحدأة والعقرب والفأرة والكلب العقور » رواه البخارى ومسلم ، وفى رواية لمسلم : « فى الحرم والإحرام » وفى رواية لمسلم : « خمس من قتلهن وهو محرم فلا جناح عليه » وفى رواية عن زيد ابن جبير قال : « سأل رجل ابن عمر ما يقتل الرجل من الدواب وهو محرم ؟ قال : حدثنى إحدى نسوة النبى صلى الله عليه وسلم أنه كان يأمر بقتل الكلب العقور والفأر والعقرب والغراب والحية » قال : وفى الصلاة أيضا ، والله أعلم •

وعن أبى سعيد الخدرى أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عما يقتل المحرم قال : « الحية والعقرب والفويسقة ، ويرمى الغراب ولا يقتله ، والكلب العقور ، والحدأة والسبع العادى » رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه والبيهقى وغيرهم ، وهو من رواية يزيد بن أبى زياد وهو ضعيف جدا وقد قال الترمذى : إنه حديث حسن فإن صح حمل قوله : ويرمى الغراب ولا يقتله على أنه لا يتأكد ندب قتله كتأكده فى الحية والفأرة والكلب العقور والله أعلم • وعن عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى

---

(١) قال رضى الله عنه : قال ابو حاتم السجستانى فى كتابه (المذكر والمؤنث) البازى مذكر لا اختلاف فيه يقال : البازى قال فى التثنية بازيان والجمع بزاة يقال البزاة والشواهين ا هـ التهذيب الجزء الأول من القسم الثانى •

الله عليه وسلم قال : « الوزغ فويسق ـ ولم أسمعه أمر بقتله » رواه البخارى ومسلم ، وعن أم شريك رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أمر بقتل الأوزاغ » رواه البخارى ومسلم ، وعن سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه قال : « أمر النبى صلى الله عليه وسلم بقتل الوزغ وسماه فويسقا » رواه مسلم وعن طارق بن شهاب « أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أمر المحرم بقتل الزنبور » رواه الشافعى والبيهقى باسناد صحيح • وعن ربيعة بن عبد الرحمن بن الجبير أنه رأى عمر بن الخطاب رضى الله عنه يقرد بعيرا له فى طين بالسقيا وهو محرم » رواه مالك فى الموطأ والشافعى والبيهقى باسناد صحيح ، والله أعلم •

قال أصحابنا : ما ليس مأكولا من الدواب والطيور ضربان (أحدهما) ما ليس فى أصله مأكولا (والثانى) ما أحد أصليه مأكولا ، فالأول لا يحرم التعرض له بالإحرام ، فيجوز للمحرم قتله ولا جزاء عليه ، وكذلك يجوز قتله للحلال ، والمحرم فى الحرم ولا جزاء عليه ، للأحاديث السابقة قال أصحابنا : وهذا الضرب ثلاثة أقسام (أحدها) ما يستحب قتله للمحرم وغيره وهى المؤذيات كالحية والفأرة والعقرب والخنزير والكلب العقور والغراب والحدأة والذئب والأسد والنمر والدب والنسر والعقاب والبرغوث والبق والزنبور والقراد واللكة والقرقش وأشباهها •

(القسم الثانى) ما فيه نفع ومضرة ، كالفهد والعقاب والبازى والصقر ونحوها ، فلا يستحب قتلها ولا يكره لما ذكره المصنف ، قال القاضى : نفع هذا الضرب أنه يعلم للاصطياد ، وضرره أنه يعدو على الناس والبهائم •

(الثالث) ما لا يظهر فيه نفع ولا ضر كالخنافس والدود والجعلان والسرطان والبغاثة والرخمة والعضاء واللحكاء والذباب وأشباهها ، فيكره قتلها ولا يحرم ، هكذا قطع به المصنف والجمهور • وحكى إمام الحرمين

وجها شاذا أنه يحرم قتل الطيور دون الحشرات ، ودليل الكراهة أنه عبث بلا حاجة ، وقد ثبت فى صحيح مسلم عن شداد بن أوس رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إن الله كتب الإحسان على كل شىء فإذا قتلتم فأحسنوا » إلى آخره . وليس من الإحسان قتلها عبثا . وروى البيهقى عن قطبة بن مالك الصحابى رضى الله عنه قال : « كان يكره أن يقتل الرجل ما لا يضره » قال أصحابنا : ولا يجوز قتل النحل والنمل والخطاف والضفدع ، وفى وجوب الجزاء بقتل الهدهد والصرد خلاف مبنى على الخلاف فى جواز أكلهما إن جاز وجب إلا فلا .

واستدل البيهقى وغيره فى المسألة بحديث ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن قتل أربع من الدواب النملة والنحلة والهدهد والصرد » رواه أبو داود باسناد صحيح على شرط البخارى ومسلم ، وعن أبى هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أن نملة قرصت نبيا من الأنبياء صلوات الله وسلامه عليهم فأمر بقرية النمل فأحرقت ، فأوحى الله تعالى إليه أفى أن قرصتك نملة أهلكت أمة من الأمم تسبح [1] » رواه البخارى ومسلم والله أعلم .

(وأما) الكلب الذى ليس بعقور ، فان كان فيه منفعة مباحة فقتله حرام بلا خلاف ، وإن لم يكن فيه منفعة مباحة فالأصح أنه يحرم قتله ، وقيل : يكره والأمر بقتل الكلاب منسوخ ، وقد سبقت المسألة مستوفاة فى باب إزالة النجاسة وسنعيدها واضحة إن شاء الله تعالى حيث ذكر المصنف مادتها فى باب ما يجوز بيعه وما لا يجوز (أما) القمل فقتله مستحب فى غير الإحرام بلا شك ، لأنه فى معنى المنصوص عليه فى الأحاديث السابقة

---

(١) وعلى منهج الامام النووى فى أنه يكتفى بذكر الصحيحين اذا كان الحديث فيهما ولا يذكر غيرهما مع وروده والا فهذا الحديث اخرجه أبو داود فى الادب والنسائى فى الصيد ولم يرد ذكر البخارى ومسلم فى الفهرس الذى صنعه المستشرقون فنسنك ورفاقه فكم فى ذلك الفهرست من اخطاء .

(وأما) فى حال الإحرام فان ظهر على ثيـاب المحرم أو بدنه فلا يكره له تنحيته ولا يحرم عليه قتله ، فان قتله فلا شيء فيه لأنه ليس مأكولا ، قال الشافعى والأصحاب : ويكره أن يفلى رأسه ولحيته فان فعل وأخرج منها قملة وقتلها قال الشافعى : تصدق ولو بلقمة ، قال جمهور الأصحاب : هذا التصدق مستحب •

وحكى القاضى حسين فى تعليقه وإمام الحرمين وآخرون وجها شاذا ضعيفا أنه واجب لمـا فيـه من إزالة الأذى عن الرأس • قال القـاضى حسين : ولو جعل الزيت فى رأسه فمات القمل والصئبان ففى وجوب الجزاء هذان الوجهان • هذا إذا جعله فى شعر رأسه أو لحيته بعد الإحرام ، قال الشافعى والأصحاب : قالوا جميعا : فإن جعله قبل الإحرام فلا فدية قطعا لا واجبة ولا مستحبة قال الشافعى: وللصئبان حكم القمل وهو بيض القمل، لكن فديته أقل من فدية القمل لكونه أصغر منه ، قال أصحابنا : وحقيقة الفدية ليست للقمل بل للترفه بإزالة الأذى عن الرأس فأشبه حلق شـعر الرأس (الضرب الثانى) ما فى أصله مأكول كالمتولد بين ذئب وضبع ، أو حمار وحش وإنس ، فيحرم التعرض له ويجب الجزاء لمـا ذكره المصنف ، ويلحق بهذا الضرب ما تولد من صـيد وحيوان أهلى كمتولد بين ضبع وشاه ودجاجة ويعفور ونحو ذلك ، فيحرم على المحرم التعرض له ويضمنه بالجزاء لمـا ذكرناه فى المتولد بين مأكول وغيره ، وهـذا كله لا خلاف فيه ، والله أعلم •

(فـرع) قال الشافعى : فإن أتلف حيوانا وشك هل هو مأكول أم لا ؟ أوشك هل خالطه وحشى مأكول أم لا ؟ لم يجب الجزاء لأن الأصـل براءته ، ولكن يستحب احتياطا ، واتفق الأصحاب على هذا وكذلك البيض كالحيوان عند الشك ، والله أعلم •

(وما حرم على المحرم من الصيد حرم عليه بيضه ، وإذا كسره وجب عليه الجزاء وقال المزنى رحمه الله لا جزاء عليه لأنه لا روح فيه . والدليل عليه ما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : فى « بيض النعامة يصيبه المحرم ثمنه » ولأنه خارج من الصيد يخلق منه مثله فضمن بالجزاء كالفرخ فإن كسر بيضا لم يحل له اكله ، وهل يحل لغيره ؟ فيه قولان كالصيد . وقال شيخنا القاضى أبو الطيب رحمه الله : فى تحريمه على غيره نظر لأنه لا روح فيه فلا يحتاج إلى ذكاة ، وإن كسر بيضا مذرا لم يضمنه من غير النعامة ، لأنه لا قيمة له ، ويضمنه من النعامة لأن لقشر بيض النعامة قيمة) .

(الشرح) أما حديث أبى هريرة فرواه ابن ماجه والدارقطنى والبيهقى من رواية أبى المهزم يزيد بن أبى سفيان عن أبى هريرة ، وأبو المهزم هذا ضعيف باتفاق المحدثين ، وبالغوا فى تضعيفه حتى قال شعبة : ولو أعطوه فلسا لحدثهم سبعين حديثا . وذكر البيهقى فى الباب أحاديث كثيرة وآثارا ، وقوله : لأنه خارج من الصيد ، احتراز من بيض الدجاج ، وقوله : يخلق منه مثله احتراز من البيض المذر .

(أما الأحكام) فقال الشافعى والأصحاب : كل صيد حرم على المحرم حرم عليه بيضه ، وإذا كسره لزمه قيمته ، هذا مذهبنا وبه قال العلماء كافة إلا المزنى وداود فقالا : هو حلال ولا جزاء فيه ، واتفق أصحابنا على أن البيض المذر لا يحرم ، ولا جزاء فى إتلافه إلا أن يكون بيض نعامة ، فعليه قيمته لأن قشرها ينتفع به متقوم ، هذا هو المذهب ، وبه قطع المصنف والأصحاب فى جميع الطرق إلا إمام الحرمين فإنه قال : لو كسر بيضة للنعامة مذرة فلا شيء عليه قال : وإن قدرت قيمته فهى للقشر وليس هو مضمونا كما لا يضمن الريش المنفصل من الطائر هذا كلامه وهو شاذ ضعيف أو غلط والله أعلم .

قال أصحابنا : ولو نفر صيدا عن بيضته التى حضنها ففسدت لزمه

قيمتها ، لأنها تلفت بسببه ، ولو أخذ بيض دجاجة فأحضنه صيدا فلم يقعد الصيد على بيض نفسه ففسد ، أو قعد على بيضه وبيض الدجاجة ففسد بيضه ، وجب عليه ضمانه ، لأن الظاهر أن فساده بسبب ضم بيض الدجاجة إليه وامتناعه من القعود عليه بسببه • ولو أخذ بيض صيد وأحضنه دجاجة فهو فى ضمانه حتى يخرج الفرخ ويسعى ويستقل ، فان خرج ومات قبل الامتناع لزمه مثله من النعم إلا فقيمته • وإن تلف البيض تحت الدجاجة لزمه قيمته ، ولو كسر بيضة صيد فيها فرخ له روح فطار وسلم فلا شىء عليه ، وإن مات فعليه مثله من النعم ، ولو نزا ديك على يعفورة أو يعفور على دجاجة فباضت ، فالبيض حرام على المحرم كما سبق فى المتولد من الدجاجة واليعفور إذا صار فرخا ، فان أتلفه لزمه قيمته •

قال أصحابنا : وبيض الجراد حرام مضمون بالجزاء لأنه صيد (وأما) بيض السمك فمباح للمحرم كالسمك ولا جزاء فيهما • قال الماوردى : ولو رأى المحرم على فراشه بيض السمك فأزاله عنه ففسد ، فقد علق الشافعى القول فيه قال : فخرجه أصحابنا على قولين (أحدهما) عليه ضمانه ، لأنه فسد بفعله (والثانى) لا ضمان عليه ، والله أعلم •

(**فرع**) إذا كسر المحرم بيض صيد أو قلاه حرم عليه أكله بلا خلاف • وفى تحريمه على الحلال طريقان (أحدهما) فيه قولان كلحم الصيد (والطريق الثانى) لا يحرم على الحلال قولا واحدا ، وهذا الطريق أصح ، وقد سبق بيان الطريقين والقائلين بهما ، وبيان الترجيح وما يتفرع عليهما ، وبيض صيد الحرم ولبنه وبيض الجراد أوضحناه قريبا فى مسألة لحم صيد ذبحه المحرم ، والله أعلم •

(**فرع**) إذا حلب المحرم لبن صيد ضمنه • هذا هو المذهب وبه قطع أبو العلاء البندنيجى فى كتابه الجامع وصاحب الشامل وصاحب البيان والجمهور وقال الرويانى • لا يضمنه • وقال أبو حنيفة إن نقص

الصيد بذلك ضمنه وإلا فلا ، ودليل المذهب القياس على البيض والريش ، هكذا استدلال صاحب الشامل وغيره •

(فـرع) يجب فى شعر الصيد القيمة بلا خلاف ، صرح به القاضى حسين والأصحاب ، قال القاضى : والفرق بينه وبين أوراق أشجار الحرم فانه لا يضمن أن جز الشعر يضر الحيوان وبقاءه ينفعه بخلاف الورق •

(فـرع) إذ رمى الحصاة السابعة ثم رمى صيدا قبل وقوع الحصاة فى الجمرة ، قال الدارمى : قال ابن المرزبان : يلزمه الجزاء ، لأنه رماه قبل التحلل ، فإنه لا يحصـل التحلل إلا بوقوع الحصـاة فى الجمرة ، قال الدارمى : وعندى أنه لا فائدة فى هذه المسألة ، لأن موضع الرمى متوسط فى الحرم لا يمكن أحدا أن يرمى منه إلى صـيد فى الحل ، فسواء رمى الصيد قبل رمى الحصاة أو بعده ، يلزمه الجزاء ، لأنه رمى صـيدا فى الحرم • هذا كلام الدارمى وهذا عجب منه ، والصواب قول ابن المرزبان ، والصورة مقصورة فيما إذا رمى إلى صيد مملوك فانه يلزمه الجزاء ويلزمه القيمة للمالك ، ولو كان رميه لهذا الصيد بعد وقوع الحصاة فى الجمرة لم يلزمه الجزاء ، لأنه صيد مملوك ، والحـلال إذا قتل فى الحرم صيدا مملوكا لم يلزمه الجزاء بلا خلاف عندنا ، وستأتى المسألة مبسوطة إن شاء الله تعالى فى أواخر باب محظورات الإحرام •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى مسائل تتعلق بالصيد فى حق المحرم (إحداها) إذا قتل المحرم الصيد عمدا أو خطأ أو ناسـيا لإحرامه لزمه الجزاء عندنا وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد والجمهور • قال العبدرى : هو قول الفقهاء كافة • وقال مجاهد : إن قتله خطأ أو ناسيا لإحرامه لزمه الجزاء ، وإن قتله عمدا ذاكرا لإحرامه فلا جزاء قال ابن المنذر : أجمـع العلماء على أن المحرم إذا قتل الصيد عمدا ذاكرا لإحرامه فعليه الجزاء إلا مجاهدا فقال : إن تعمده ذاكرا فلا جزاء ، وإن نسى وأخطأ فعليه الجزاء •

قال ابن المنذر : ولا نعلم أحدا وافق مجاهدا على هذا القول وهو خلاف الآية الكريمة ، قال : واختلفوا فيمن قتله خطأ فقال ابن عباس وطاوس وسعيد بن جبير وأبو ثور : لا شيء عليه قال ابن المنذر : وبه أقول . قال : وقال الحسن وعطاء والنخعي ومالك والثوري والشافعي وأحمد وإسحق وأصحاب الرأي : عليه الجزاء واحتج مجاهد بقوله تعالى : (ومن قتله منكم متعمدا) قال : والمراد متعمدا لقتله ناسيا لاحرامه بدليل قوله تعالى في آخر الآية : (ومن عاد فينتقم الله منه) فعلق الانتقام بالعود ، فدل على أنه لا يأثم بالأول ولو كان عامدا ذاكرا لإحرامه لأثم . واحتج عليه أصحابنا بقوله تعالى : (ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم) فأوجب الجزاء على العامد ، ولم يفرق بين عامد القتل ذاكرا للإحرام وعامد القتل ناسي الإحرام فكانت الآية متناولة عموم الأحوال ، ولأن الكفارة تتغلظ بحسب الإثم ، فاذا وجبت في الخطأ فالعمد أولى .

(والجواب) عن الآية أن المفسرين قالوا : معنى قوله تعالى : (ومن عاد) أي عاد إلى قتل الصيد بعد نزول الآية : لأن ما قبل نزولها معفو عنه قال أصحابنا ولأنا نحمل الآية على الأمرين ، ونوجب الجزاء في العمد والخطأ . واحتج القائلون بأن العامد يضمن دون المخطىء والناسي بقوله تعالى : (ومن قتله منكم متعمدا فجزاء) فعلقه بالعمد وبحديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » وهو حديث سبق بيانه مرات ، ولأنه محظور في الإحرام ، فوجب في العمد دون النسيان والخطأ كالطيب واللباس .

واحتج أصحابنا بقوله تعالى : (ومن قتله منكم متعمدا فجزاء) فاحتمل أن يكون المراد متعمدا لقتله ، ناسيا لإحرامه ، واحتمل أن يكون متعمدا لقتله ذاكرا لإحرامه فوجب حمله على الأمرين ، لأن ظواهر العموم يتناولهما ، وبما روى مالك في الموطأ عن محمد بن سيرين « أن رجلا جاء

إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال : إنى أجريت أنا وصاحبى فرسين لنا نستبق إلى ثغرة فأصبنا ظبيا ونحن محرمان فقال عمر لرجل إلى جنبه : تعال حتى أحكم أنا وأنت ، فحكم عليه بعنز » وذكر باقى الحديث والرجل الذى دعاه عمر هو عبد الرحمن بن عوف وهذا الأمر وإن كان مرسلا فقد قال به بعض الصحابة وأكثر الفقهاء كما سبق • واحتج أصحابنا أيضا بالقياس على قتل الآدمى فإن الكفارة تجب فى قتله عمدا وخطأ •

(والجواب) عن الآية أن أصحابنا قالوا : ذكر الله تعالى فيها التعمد تنبيها على وجوب الكفارة بقتل الآدمى عمدا ، ولما ذكر سبحانه وتعالى الكفارة فى قتل الآدمى خطأ فقال تعالى (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة) نبه بذلك على وجوبها بقتل الصيد الخطأ ففى كل واحدة من الآيتين تنبيه على حكم ما لم يذكر فى الأخرى (وأما) الجواب عن الحديث فهو حمله هنا على رفع الإثم لأن هذا من باب الغرامات ويستوى فيها العامد والناسى وإنما يفترقان فيها فى الإثم (والجواب) عن قياسهم على الطيب واللباس أنه استمتاع فافترق عمده وسهوه • وقتل الصيد إتلاف فاستوى عمده وسهوه فى الغرامة كاتلاف مال الآدمى ، والله أعلم •

(المسألة الثانية) إذا قتل المحرم صيدا ولزمه جزاؤه ثم قتل صيدا آخر لزمه للثانى جزاء آخر ، هذا مذهبنا ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وإسحق وابن المنذر وجمهور العلماء • قال العبدرى : هو قول الفقهاء كافة إلا من سنذكره • وقال ابن المنذر : قال ابن عباس وشريح والحسن وسعيد ابن جبير ومجاهد والنخعى وقتادة : يجب الجزاء بالصيد الأول دون ما بعده وحكاه أصحابنا عن داود قال الماوردى قال داود : لو قتل مائة صيد إنما يلزمه الجزاء بالأول فقط • وعن أحمد روايتان كالمذهبين • واحتج هؤلاء بقوله تعالى : (ومن قتله منكم متعمدا فجزاء) فعلق وجوب الجزاء على لفظ (من) قالوا وما علق على لفظ من لا يقتضى تكرارا كما لو قال : من دخل الدار فله درهم ، أو من دخلت الدار فهى طالق ، فإذا

تكرر دخوله لم يستحق إلا درهما بالدخول الأول • وإذا تكرر دخولها لا يقع إلا طلقـه بالدخول الأول قالوا : ولأن الله تعالى قال : (ومن عاد فينتقم الله منه) ولم يرتب على العود غير الانتقام •

واحتج أصحابنا بقوله تعالى :(لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ، ومن قتله منكم متعمدا فجزاء) قال المـاوردى • وفى هذه الآية لنـا دلالتان (إحداهما) أن لفظ الصيد إشارة إلى الجنس لأن الألف واللام يدخلان للجنس أو العهد وليس فى معهود فتعين الجنس وأن الجنس يتناول الجملة والأفراد فقوله تعالى « ومن قتله منكم » يعود إلى جملة الجنس وآحاده « والدلالة الثانية » أن الله تعالى قال « ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم » وحقيقة المماثلة أن يفـدى الواحد بواحد ، والاثنين باثنين ، والمـائة بمائة ، ولا يكون الواحد من النعم مثلا لجماعة صيود ، ولأنها نفس تضمن بالكفارة فتكررت بتكرر القتل كقتل الآدميين ، ولأنها غرامة متلف فتكررت بتكرر الإتلاف كإتلاف أموال الآدمى • قال القاضى أبو الطيب : ولأنا أجمعنا على أنه لو قتل صيدين دفعة واحدة لزمه جزاءان فاذا تكرر بقتلهما معـا وجب تكرره بقتلهما مرتبـا كالعيدين وسـائر الأموال •

(والجواب) عن استدلالهم بأن لفظ « من » لا يقتضى تكرارا ، قال أصحابنا إنما يصح هذا إذا كان الفعل الثانى واقعا فى محل الأول (فأما) إذا وقع الثانى فى غير محل الأول ، فان تكراره يوجب تكرار الحكم ، كقوله : من دخل دارى فله درهم ، فاذا دخل دارا له ثم دارا له استحق درهمين ، فكذلك الصيد لمـا كان الثانى غير الأول وجب أن يتعلق به ما تعلق بالأول (والجواب) عن استدلالهم بقوله تعالى : « ومن عاد » أن المراد ومن عاد فى الإسلام فقتل صيدا لأن قوله تعالى : « عفا الله عمـا سلف » أى قبل نزول الآية والله أعلم •

(المسألة الثالثة) ما صاده المحرم أو صاده له حلال بأمره أو بغير أمره أو كان من المحرم فيه إشارة أو دلالة أو إعانة باعارة آلة أو غيرها ، فلحمه حرام على هذا المحرم ، فان صاده حلال لنفسه ولم يقصد المحرم ، ثم أهدى منه للمحرم أو باعه أو وهبه ، فهو حلال للمحرم أيضا هذا مذهبنا وبه قال مالك وأحمد وداود وقال أبو حنيفة : لا يحرم عليه ما صيد له بغير إعانة منه ، وحكى ابن المنذر فى المسألة ثلاثة مذاهب ، وقال : كان عمر بن الخطاب وأبو هريرة ومجاهد وسعيد بن جبير يقولون : للمحرم كل ما صاده الحلال قال وروى ذلك عن الزبير بن العوام وبه قال أصحاب الرأى • قال : وقال عطاء ومالك والشافعى وأحمد وإسحق وأبو ثور : يأكله إلا ما صيد من أجله قال وروى بمعناه عن عثمان بن عفان • قال : ثم اختلف مالك والشافعى فيمن أكل ما صيد له فقال مالك : عليه الجزاء •

وقال الشافعى : لا جزاء عليه ، قال : وفيه مذهب ثالث أنه يحرم مطلقا فكان على بن أبى طالب وابن عمر لا يريان للمحرم أكل الصيد وكره ذلك طاوس وجابر بن زيد والثورى • قال : وروينا عن ابن عباس وعطاء قولا رابعا قالا : ما ذبح وأنت محرم فهو حرام عليك واحتج من حرمه مطلقا بقوله تعالى : « وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما » قالوا : والمراد بالصيد المصيد وبحديث الصعب بن جثامة السابق « أنه أهدى للنبى صلى الله عليه وسلم حمارا وحشيا فرده عليه ، وقال : إنا لم نرده عليك إلا أنا حرم » رواه البخارى ومسلم وسبق بيانه وبيان طرقه وأنه ثبت فى صحيح مسلم من طرق أنه أهدى لحم حمار •

واحتج أصحابنا عليهم بحديث أبى قتادة السابق أنه « لما صاد الحمار الوحشى وسأل النبى صلى الله عليه وسلم عنه فقال صلى الله عليه وسلم للمحرمين : كلوا ، وأكل النبى صلى الله عليه وسلم منه وهو محرم » كما سبق بيانه رواه البخارى ومسلم وبحديث جابر أن النبى صلى الله عليه

وسلم قال : « صيد البر لكم حلال ما لم تصيدوه أو يصاد لكم » رواه أبو داود والترمذى والنسائى وسبق بيانه وفى رواية فى حديث أبى قتادة أنه قال حين اصطاد الحمار الوحشى : « فذكرت شأنه لرسول الله صلى الله عليه وسلم وذكرت أنى لم أكن أحرمت وإنما اصطدته لك ، فأمر النبى صلى الله عليه وسلم أصحابه فأكلوا ولم يأكل حتى أخبرته أنى اصطدته له » رواه الدارقطنى والبيهقى باسناد صحيح • قال الدارقطنى : قال أبو بكر النيسابورى (قوله) إنما اصطدته لك (وقوله) لم يأكل منه لا أعلم أحدا ذكره فى هذا الحديث غير معمر ، قال البيهقى : هذه الزيادة غريبة والذى فى الصحيحين أن النبى صلى الله عليه وسلم أكل منـــه ، قال : وإن كان الإسنادان صحيحين • هذا كلام البيهقى (قلت) ويحتمل أنه جرى لأبى قتادة فى تلك السفرة قضيتان للجمع بين الروايتين والله أعلم •

قال أصحابنا : يجب الجمع بين هذه الأحاديث ، فحديث جابر هذا صريح فى الفرق وهو ظاهر فى الدلالة للشافعى وموافقيه ورد لمـــا قاله أهل المذهبين الآخرين ، ويحمل حديث أبى قتادة على أنه لم يقصدهم باصطياده ، وحديث الصعب على أنه قصدهم باصطياده ويحمل قوله تعالى : (وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما) على الاصطياد ، وعلى لحم ما صيد للمحرم للأحاديث المبينة للمراد من الآية (فإن قيل) فقد علل النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث الصعب حين رده بأنه محرم ، ولم يقل لأنك صدته لنـــا (فالجواب) أنه ليس فى هذه العبارة ما يمنع أنه صاده له صلى الله عليـــه وسلم لأنه إنما يحرم الصيد على الإنسان إذا صيد له بشرط أنه محرم فبين الشرط الذى يحرم به • ودليلنا على أبى حنيفة وموافقيه حديث أبى قتادة وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « هل منكم أحد أمره أن يحمل عليه أو أشار إليه » رواه البخارى ومسلم ، وسبق بيانه فى الفصل السابق فى أكل المحرم لحم ما صيد له ، وحديث الصعب بن جثامة •

(وأما) حديث عبد الرحمن بن عثمان التيمى قال : « كنا مع طلحة

ابن عبيد الله ونحن حرم فأهدى له طير وطلحة راقد ، فمنا من أكل ومنا من تورع فلما استيقظ طلحة وافق من أكله وقال : أكلناه مع رسول الله صلى الله عليه وسلم » رواه مسلم وعن عمير بن سلمة الضمرى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج يريد مكة وهو محرم ، فمر بالعرج فإذا هو بحمار عقير فلم يلبث أن جاء رجل من بهز [1] فقال لرسول الله : هذه رميتى فشأنكم بها فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بكر فقسمه بين الرفاق » رواه مالك وأحمد والنسائى والبيهقى وإسناده صحيح ، وما رواه البيهقى باسناده عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال (إنما نهيت أن يصاد وأن ابن عمر سئل عن لحم الصيد يهديه الحلال للمحرم فقال : كان عمر يأكله) وفى موطأ مالك بإسناده الصحيح عن أبى هريرة أنه مر به قوم محرمون فاستفتوه فى لحم صيد وجده ناس محلون أيأكلونه فأفتاهم بأكله ، قال : ثم قدمت على عمر بن الخطاب فسألته عن ذلك فقال : بم أفتيتهم ؟ قلت أفتيهم بأكله قال عمر : لو أفتيتهم بغير ذلك لأوجعتك » وباسناده الصحيح فى الموطأ أن الزبير بن العوام « كان يتزود لحم الظباء [2] فى الإحرام » فهذا كله محمول على ما لم يصد للمحرم ، ولابد من هذا التأويل للجمع بين الأدلة السابقة وهذا والله أعلم .

وقد روى مالك والشافعى والبيهقى بأسانيدهم الصحيحة عن عبد الله ابن عامر بن ربيعة قال : « رأيت عثمان بن عفان رضى الله عنه بالعرج فى يوم صائف وهو محرم ، وقد غطى وجهه بقطيفة أرجوان ثم أتى بلحم صيد ، فقال لأصحابه : كلوا ، قالوا : ألا تأكل أنت ؟ قال : إنى لست كهيئتكم إنما صيد من أجلى ، والله أعلم .

---

(١) ذكر الباجى ان البهزى المبهم فى هذه الروايات هو زيد بن كعب السلمى . حكاه السيوطى فى شرح الموطأ . (المطيعى) .

(٢) رواية الموطأ : كان يتزود صفيف الظباء قال مالك : والصفيف القديد (المطيعى) .

(فـرع) فى بيان أمر مهم وهو حديث الصعب بن جثامة • قد ثبت فى الصحيحين « أنه أهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم حمارا وحشيا وهو محرم فرده عليه ، وقال : إنا لم نرده عليك إلا أنا حرم » • وذكرنا قبل هذا حيث ذكره المصنف بيان ألفاظ روايات كثيرة جاءت فى صحيح مسلم أنه « أهدى لحم حمار » أو « شق حمار » وذكرنا هناك أنه يتأول قوله حمارا أى بعض لحم حمار ، أو شق حمار ، أو عجز حمار يقطر دما ، ونحو ذلك من الألفاظ المصرحة بأنه اهدى لحم حمار ، وذكرنا هناك أن البخارى والمصنف وسائر أصحابنا احتجـوا به فى هدية الصيد الحى ، وجعلوه حمارا حيا •

وكذا ترجم له البيهقى فقال : باب لا يقبل المحرم ما يهـدى له من الصيد حيا ثم ذكره فى الباب عن مالك عن الزهرى عن عبد الله بن عبد الله عن ابن عباس عن الصعب بن جثامة « أنه أهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم حمارا وحشيا » • وكذا رواه شعيب عن الزهرى حمـار وحش ، وكذلك رواه الليث وصالح بن كيسان ومعمر بن راشـد وابن أبى ذئب ومحمد بن إسحق ومحمد بن عمر بن علقمة وغيرهم ، عن الزهرى حمارا وحشيا قال البيهقى : وخالفهم سفيان بن عيينة عن الزهرى بإسناده فقال : لحم حمار وحش ، وكذلك رواه عبد الرحيم بن منيب عن سفيان قال : رواه الحميدى عن سفيان على الصحة ، كما رواه سائر الناس عن الزهرى ، ثم ذكر بإسناده وقال ، حمار وحش ، ثم روى البيهقى بإسناده عن الحميدى قال : كان سفيان يقول فى لحم حمار وحش ، وربما قال سفيان يقطر دما ، وربما لم يقل ، قال : وكان سفيان فيما خلا وربما قال حمار وحش ثم صار إلى لحم حتى مات ، رواه البيهقى من رواية أبى معاوية عن الأعمش عن حبيب بن أبى ثابت عن سعيد بن جبير عن ابن عباس قال : « أهدى الصعب ابن جثامة إلى النبى صلى الله عليه وسلم حمار وحش فرده عليه ، وقال :

لولا أنا محرمون لقبلناه منك » رواه مسلم عن أبى بكر بن أبى شيبة وأبى كريب كلاهما عن أبى معاوية بإسناده •

قال البيهقى : هكذا رواه الأعمش عن حبيب ، وخالفه شعبة فرواه عن حبيب عن سعيد بن جبير عن ابن عباس قال : « أهدى للنبى صلى الله عليه وسلم شق حمار وحش وهو محرم فرده » رواه مسلم عن عبيد الله ابن معاذ عن أبيه عن شعبة قال : وخالفه أبو داود الطيالسى فرواه عن شعبة عن حبيب ، كما رواه الأعمش عن حبيب عن سعيد عن ابن عباس « أن الصعب بن جثامة أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم حمار وحش وهو محرم فرده » ثم رواه البيهقى عن أبى داود الطيالسى أيضا عن شعبة ابن الحكم عن سعيد عن ابن عباس « أن الصعب بن جثامة أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو محرم عجز حمار فرده رسول الله صلى الله عليه وسلم يقطر دما » رواه مسلم ، قال البيهقى : ولعل هذا هو الصحيح حديث شعبة عن الحكم عجز حمار ، وحديثه عن حبيب حمار وحش كما رواه أبو داود ، فقد رواه العباس بن الفضل عن أبى الوليد ، سليمان بن حرب قالا : حدثنا شعبة عن الحكم وحبيب بن أبى ثابت عن سعيد بن جبير عن ابن عباس « أن الصعب بن جثامة أهدى إلى النبى صلى الله عليه وسلم قال أحدهما : عجز حمار وقال الآخر حمار وحش فرده » •

ثم رواه البيهقى عن العباس بن الفضل باسناده كذلك قال البيهقى : وإذا كانت الرواية هكذا وافقت رواية شعبة عن حبيب رواية الأعمش عن حبيب ووافقت رواية شعبة عن الحكم رواية منصور عن الحكم ، فيكون الحكم منفردا بذكر اللحم أو ما فى معناه • ثم روى البيهقى باسناده عن المعتمر بن سليمان عن منصور بن المعتمر عن الحكم عن سعيد عن ابن عباس قال : « أهدى الصعب بن جثامة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم رجل حمار وحش فرده » رواه مسلم عن يحيى عن المعتمر ورواه[1] البيهقى عن

(١) لعله وروى البيهقى عن الشافعى فليحرر •

الشافعى قال : فإن كان الصعب بن جثامة أهدى إلى النبى صلى الله عليه وسلم الحمار حيا فليس لمحرم ذبح حمار وحش حى ، وإن كان أهدى له لحما فقد يحتمل أنه علم أنه صيد له فرده عليه ، وإيضاحه فى حديث جابر ابن عبد الله يعنى : « صيد البر حلال ما لم تصيدوه أو يصاد لكم » قال الشافعى : وحديث مالك أن الصعب أهدى النبى صلى الله عليه وسلم حمارا أثبت من حديث من حدث أنه أهدى لحم حمار •

قال البيهقى : وقد روى فى حديث الصعب أنه أكل منـــه ، ثم رواه البيهقى باسناده عن عمرو بن أمية الضمرى « أن الصعب بن جثامة أهدى للنبى صلى الله عليه وسلم عجز حمار وهو بالجحفة فأكل منه وأكل القوم » قال البيهقى هذا إسناد صحيح ، قال : فإن كان محفوظا فكأنه رد الحمار وقبل اللحم • ثم روى البيهقى عن طاوس قال : « قدم زيد بن أرقم فقال له عبد الله بن عباس : تتذكر كيف أخبرتنى عن لحم صيد أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو حرام ؟ فقال : أهدى له عضو من لحم صيد فرده ، فقال : إنا لا نأكله إنا حرم » رواه مسلم فى صـــحيحه • ثم روى البيهقى « أن عبد الله بن الحرث صنع لعثمان بن عفان طعاما وصنع فيه من الحجل واليعافير ولحوم الوحش فبعث إلى على بن أبى طالب فجاءه فقالوا له : كل فقال أطعموه قوما حلالا فإنا حرم ، ثم قال على : أنشد الله من كان ههنا من أشجع أتعلمون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أهدى إليه رجل حمار وحش وهو محرم فأبى أن يأكله ؟ قالوا : نعم » قال البيهقى • وتأويل هذين الحديثين ما ذكره الشافعى فى تأويل حديث من روى فى قصة الصعب ابن جثامة لحم حمار •

قال البيهقى : وأما على وابن عباس فقـــالا يحرم على المحرم أكله مطلقا • وخالفهما عمر وعثمان وطلحة والزبير وغيرهم • ومنعهم حديث أبى قتادة وجابر ثم روى باسناده عن عبد الله بن شماس قال : « سألت عائشة عن لحم الصيد يهديه الحلال للمحرم فقالت : اختلف فيه أصحاب رسول

الله صلى الله عليه وسلم فكرهه بعضهم ولم ير بعضهم به بأسا ، ولا بأس به » والله أعلم •

(المسألة الرابعة) إذا ذبح المحرم صيدا فى الحل لم يحل له أكله بالإجماع ، وفى تحريمه على غيره عندنا قولان سبقا (الأصح) التحريم ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد ويكون ميتة وحكى ابن المنذر هذا عن الحسن البصرى والقاسم وسالم بن عبد الله ومالك والأوزاعى وأحمد وإسحق وأصحاب الرأى قال : وقال الحكم وسفيان الثورى وأبو ثور : لا بأس بأكله ، وقال الحسن البصرى فى رواية عنه وعمرو بن دينار وأيوب السختيانى : يأكله الحلال • قال ابن المنذر : وهو مذكى كذبيحة السارق ، وسبق دليل المذهبين فى الكتاب •

(المسألة الخامسة) إذا ذبح المحرم صيدا وأكل منه لزمه الجزاء بالذبح ، ولا يلزمه بالأكل شىء فيه ، هذا مذهبنا ، وبه قال أحمد وأبو يوسف ومحمد وابن المنذر ، وقال عطاء : عليه جزاءان ، وقال أبو حنيفة : عليه الجزاء بالذبح وعليه قيمة ما أكل • ووافقنا فى صيد الحرم أنه إذا قتله المحرم وأكله لا يلزمه إلا جزاء واحد • دليلنا القياس على صيد الحرم ، ولأنه أكل ميتة فأشبه سائر الميتات •

(السادسة) إذا دل المحرم حلالا على صيد فى الحرم فقتله أثم الدال ولا جزاء على واحد منهما ، ولو دل محرم محرما فقتله فالجزاء على القاتل دون الدال ، هذا مذهبنا ، وبه قال مالك وأبو ثور وداود • وقال الشعبى والحرب [1] العكلى وأبو حنيفة : إذا دل محرم محرما فقتله فعلى كل منهما جزاء ، قال ابن المنذر : وقال سعيد بن جبير : على كل واحد من القاتل والآمر والدال والمشترى جزاء ، قال : وروى عن على وابن عباس قالا : « إذا دل المحرم حلالا فقتله لزم المحرم الجزاء » وبه قال عطاء وبكر بن

(1) كذا بالأصل والصحيح انه الحارث بن يزيد العكلى كوفى ثقة (المطيعى) •

عبد الله وأحمد وإسحق وأصحاب الرأى • قال : وعندى لا شىء عليه • دليلنا أن الله تعالى قال : (ومن قتله منكم متعمدا فجزاء) فأوجب الجزاء على القاتل فلا يجب على غيره ، ولا يلحق به غيره ، لأنه ليس فى معناه •

(السابعة) إذا قتل صيدا مملوكا فعليه الجزاء لله تعالى ، وقيمته للمالك ، هذا مذهبنا ، قال العبدرى : وبه قال أبو حنيفة وأحمد وأكثر أصحاب داود ، وقال : وهو مذهب مالك ليس له قول غيره قال : وحكى عنه خلاف هذا وهو غلط ، وقال المزنى : عليه القيمة لمالكه ولا جزاء ، وبه قال بعض أصحاب داود لأنه مملوك فأشبه الأنعام • دليلنا عموم قول الله تعالى : (ومن قتله منكم متعمدا فجزاء) ولأنه تعلق به حقان ، حق لله تعالى وحق للآدمى ، فوجب بدله كما لو أكره امرأة على الزنا لزمه الحد والمهر ، وكما لو وطىء زوجة أبيه بشبهة لزمه مهران مهر لها ومهر لأبيه ، لأنه أفسد نكاحه وفوت عليه البضع ، ويخالف الأنعام لأنها ليست صيدا ، وإنما ورد الشرع بالجزاء فى الصيد والله أعلم •

(الثامنة) إذا قتل القارن صيدا لزمه جزاء واحد ، كما لو تطيب أو لبس ، تلزمه فدية واحدة ، هذا مذهبنا ، وبه قال مالك وأبو ثور وابن المنذر وأحمد فى أصح الروايتين عنه • وقال أبو حنيفة : عليه جزاءان ، لأنه أدخل النقص على الحج والعمرة بقتل الصيد ، فوجب جزاءان كما لو قتل المفرد فى حجه وفى عمرته ، دليلنا أن المقتول واحد ، فوجب جزاء واحد ، كما لو قتل المحرم صيدا فى الحرم ، فانه وافقنا أنه يجب عليه جزاء واحد مع أنه اجتمع فيه حرمتان (وأما) ما قاس عليه فالمقتول هناك اثنان •

(التاسعة) يجب الجزاء على المحرم بإتلاف الجراد عندنا ، وبه قال عمر وعثمان وابن عباس وعطاء ، قال العبدرى : وهو قول أهل العلم كافة إلا أبا سعيد الاصطخرى فقال : لا جزاء فيه ، وحكاه ابن المنذر عن كعب الأحبار وعروة بن الزبير قالوا : هو من صيد البحر فلا جزاء فيه ، واحتج لهم بحديث أبى المهزم عن أبى هريرة قال : « أصبنا سربا من جراد فكان

رجل يضرب بسوطه وهو محرم ، فقيل له إن هذا لا يصلح ، فذكر ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فقال : إنما هو من صيد البحر » رواه أبو داود والترمذى وغيرهما • واتفقوا على تضعيفه لضعف أبى المهزم وهو ــ بضم الميم وكسر الزاى وفتح الهاء ــ بينهما ، واسمه يزيد بن سفيان متفق على ضعفه وسبق بيانه قريبا عند ذكر البيض • وفى رواية لأبى داود عن ميمون ابن جابان عن أبى رافع عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الجراد من صيد البحر » قال أبو داود : وأبو المهزم ضعيف ، والروايتان جميعا وهم •

قال البيهقى وغيره : ميمون بن جابان غير معروف [1] واحتج الشافعى والأصحاب والبيهقى بما رواه الشافعى باسناده الصحيح أو الحسن ، والبيهقى عن عبد الله بن أبى عمار أنه قال : « أقبلت مع معاذ بن جبل وكعب الأحبار فى أناس محرمين من بيت المقدس بعمرة حتى إذا كنا ببعض الطريق ، وكعب على نار يصطلى ، فمرت به رجل من جراد ، فأخذ جرادتين قتلهما ونسى إحرامه ثم ذكر إحرامه فألقاهما ، فلما قدمنا المدينة دخل القوم على عمر ودخلت معهم ، فقص كعب قصة الجرادتين على عمر رضى الله عنه قال : ما جعلت على نفسك يا كعب ؟ قال درهمين ، قال : بخ درهمان خير من مائة جرادة اجعل ما جعلت فى نفسك » وباسناد الشافعى والبيهقى الصحيح عن القاسم بن محمد قال « كنت جالسا عند ابن عباس فسأله رجل عن جرادة قتلها وهو محرم ، فقال ابن عباس : فيها قبضة من طعام ، ولتأخذن بقبضة من جرادات ولكن ولو » •

قال الشافعى قوله : ولتأخذن بقبضة جرادات أى إنما فيها القيمة ، وقوله : ولو ، يقول تحتاط فتخرج أكثر مما عليك بعد أن أعلمتك أنه أكثر مما عليك •

---

(١) ميمون بن جابان بالجيم البصرى ابو الحكم وثقه حماد بن سلمة وحماد بن زيد •

وباسنادهما الصحيح عن عطاء قال : « سئل ابن عباس عن صيد الجراد فى الحرم فقال : لا ، نهى عنه ، قال فإما [1] قلت له وإما رجل من القوم : فان قومك يأخذونه وهم مختبئون فى المسجد ، فقال : لا يعلمون ، وفى رواية منحنون » قال الشافعى : هذا أصوب كذا رواه الحفاظ منحنون ــ بنونين بينهما الحاء المهملة ــ (والجواب) عن حديث أبى هريرة فى الجراد أنه من صيد البحر أنه حديث ضعيف كما سبق ، ودعوى أنه بحرى لا تقبل بغير دليل ، وقد دلت الأحاديث الصحيحة والإجماع أنه ماكول ، فوجب جزاؤه كغيره والله أعلم .

(العاشرة) كل طائر وصيد حرم على المحرم يحرم عليه بيضه ، فإن أتلفه ضمنه بقيمته . هذا مذهبنا وبه قال أحمد وآخرون ممن سنذكره إن شاء الله تعالى وقال المزنى وبعض أصحاب داود : لا جزاء فى البيض ، وقال مالك : يضمنه بعشر ثمن أصله ، قال ابن المنذر : اختلفوا فى بيض الحمام فقال على وعطاء فى كل بيضتين درهم ، وقال الزهرى والشافعى وأصحاب الرأى وأبو ثور : فيه قيمته ، وقال مالك : يجب فيه عشر ما يجب فى أمه ، قال : واختلفوا فى بيض النعام فقال عمر بن الخطاب وابن مسعود وابن عباس والشعبى والنخعى والزهرى والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى : يجب فيه القيمة ، وقال أبو عبيدة وأبو موسى الأشعرى : يجب فيه صيام يوم أو إطعام مسكين ، وقال الحسن : فيه جنين من الإبل ، وقال مالك : فيه عشر ثمن البدنة كما فى جنين الحرة غرة عبد أو أمة ، قيمته عشر دية الأم . قال : وروينا عن عطاء فيه خمسة أقوال (أحدها) كقول الحسن (والثانى) فيها كبش (والثالث) درهم [2] دليلنا أنه جزء من الصيد لا مثل

---

(١) القائل هنا عطاء يتردد خاطرة بين ان يكون هو القائل واما رجل من القوم ومقول القول : ان قومك يأخذونه الخ . (المطيعى) .

(١) كذا بالاصل وانظر اين الرابع والخامس ؟ فنقول لعلهما هكذا (الرابع) فيه صيام يوم (والخامس) فيه اطعام مسكين وهو قول أبى عبيدة وابى موسى الاشعرى . (المطيعى)

له من النعم ، فوجبت قيمته كسائر المتلفات التى لا مثل لها وذكر البيهقى فيه بابا فيه أحاديث وآثار ، وليس فيهـا ثابت عن النبى صلى الله عليـه وسلم •

(الحادية عشرة) إذا أحرم وفى ملكه صيد فقـد ذكرنا أن الأصح عندنا أنه يلزمه إرساله ويزول ملكه عنه • وقال العبدرى : وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد : لا يزول ملكه ، ولكن يجب إزالة يده الظاهرة عنه ، فلا يكون ممسكا له فى يده ، ويجوز أن يتركه فى بيته وقفصه وقال ابن الزبير : قال مجاهد وعبد الله بن الحرث ومالك وأحمد وأصحاب الرأى : ليس عليه إرسال ما كان فى منزله ، قال : وقال مالك والأوزاعى وأحمـد وأصحاب الرأى : إن كان فى يده صيد لزمه إرساله وقال أبو ثور • ليس عليه إرسال ما فى يده ، قال ابن المنذر وهذا صحيح •

(الثانية عشرة) قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن صيد البحر مباح للمحرم اصطياده وأكله وبيعـه وشراؤه ، قال : واختلفوا فى قوله تعالى : (وطعامه متاعا لكم وللسيارة) فقال ابن عبـاس وابن عمر : هو ما لفظه البحر وقال ابن المسيب : صيده ما اصطدت وطعـامه ما تزودت مملوحا (قلت :) وأما طير المـاء فقال الأوزاعى والشـافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى وعوام أهل العلم : هو من صيد البر ، فاذا قتله المحرم لزمه الجزاء والله أعلم •

(الثالثة عشرة) قال العبدرى : الحيـوان ضربان أهلى ووحشى ، فالأهلى يجوز للمحرم قتله إجماعا ، والوحشى يحرم عليه إتلافه إن كان مأكولا أو متولدا من مأكول وغيره ، وإن كان مما لا يؤكل وليس متولدا من مأكول وغيره فلا ، هذا مذهبنا وبه قال أحمد وداود ، وقال أبو حنيفة : عليه الجزاء إلا فى الذئب وقال ابن المنـذر ، ثبت أن النبى صلى الله عليـه

وسلم قال « خمس لا جناح على من قتلهن فى الإحرام الغراب والفأرة والعقرب والكلب العقور والحدأة » قال : فأخذ بظاهر هذا الحديث الثورى والشافعى وأحمد وإسحق غير أن أحمد لم يذكر الفأرة • قال : وكان مالك يقول : الكلب العقور ما عقر الناس وعدا عليهم كالأسد والنمر والفهد والذئب ، قال : فأما ما لا يعدو من السباع ففيه الفدية ، قال : وقال أصحاب الرأى : إن ابتدأه السبع فلا شىء عليه ، وإن ابتدأ المحرم السبع فعليه قيمته إلا أن يكون قيمته أكثر من الدم فعليه دم ، إلا الكلب والذئب فلا شىء عليه وإن ابتدأهما ، قال : وأجمعوا على أنه لا شىء عليه فى قتل الحية ، قال : وأباح أكثرهم قتل الغراب فى الإحرام ، منهم أبو عمر [1] ومالك والشافعى وأحمد وإسحق وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وقال بعض أصحاب الحديث • إنما يباح الغراب الأبقع دون سائر الغربان •

(وأما) الفأرة فأباح الجمهور قتلها ولا جزاء فيها ولا خلاف فيها بين العلماء إلا ما حكاه ابن المنذر عن النخعى أنه منع المحرم من قتلها ، قال : وهذا لا معنى فيه لأنه خلاف السنة وقول العلماء • قال ابن المنذر : وأجمعوا على أن السبع إذا بدر المحرم فقتله فلا شىء عليه ، قال واختلفوا فيمن بدأ السبع فقال مجاهد والنخعى والشعبى والثورى وأحمد وإسحق : لا يقتله ، وقال عطاء وعمرو بن دينار والشافعى وأبو ثور لا بأس بقتله فى الإحرام عدا عليه أم لم يعد ، قال ابن المنذر : وبه أقول • قال ابن المنذر : قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى لا شىء على المحرم فى قتل البعوض والبراغيث والبق ، وكذا قال عطاء فى البعوض والذباب •

وقال مالك فى الذباب والذر والقمل إذا قتلهن : أرى أن يتصدق بشىء من الطعام ، وكان الشافعى يكره قتل النملة ، ولا يرى على المحرم

---

(١) كذا بالأصل ولعله ابن عمر • (المطيعى) •

فى قتلها شيئا ، قال فأما الزنبور فقد ثبت عن عمر بن الخطاب أنه كان يأمر بقتله ، وقال عطاء وأحمد : لا جزاء فيه ، وقال مالك : يطعم شيئا قال ابن المنذر • وأما القملة إذا قتلها المحرم فقال ابن عمر : يتصدق بحفنة من طعام ، وفى رواية عنه أنه قال : « أهون مقتول • أى لا شىء فيها » • وقال عطاء : قبضة من طعام ، ومثله عن قتادة • وقال مالك • حفنة من طعام • وقال أحمد يطعم شيئا • وقال إسحق : تمرة فما فوقها ، وقال أصحاب الرأى : ما تصدق به فهو خير منها • وقال الثورى : يقتلها ويكفر إذا كره وقال [1] طاوس وعطاء وسعيد بن جبير وأبو ثور يقولون لا شىء فيها ، وقال الشافعى : إن قتلها من رأسه افتدى بلقمة وإن كانت ظاهرة فى جسده فقتلها فلا فدية • قال ابن المنذر : لا شىء فيها وليس لمن أوجب فيها شيئا حجة •

(فرع) قد ذكرنا أن مذهبنا استحباب قتل التراد فى الإحرام وغيره قال العبدرى : يجوز عندنا للمحرم أن يقرد بعيره ، وبه قال عمر وابن عباس وأكثر الفقهاء • وقال مالك : لا يقرده ، قال ابن المنذر وممن أباح تقريد بعيره عمر وابن عباس وجابر بن زيد وعطاء والشافعى وأحمد وإسحق وأصحاب الرأى ، وكرهه ابن عمر ومالك وروى عن سعيد بن المسيب أنه قال فى المحرم يقتل قرادا يتصدق بتمرة أو تمرتين قال ابن المنذر : وبالأول أقول • ودليلنا فى جميع هذه المسائل الأحاديث السابقة قريبا حيث ذكرها المصنف قبل ما لا يؤكل ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن احتاج المحرم إلى اللبس لحر أو برد أو احتاج إلى الطيب لمرض أو إلى حلق الراس للأذى أو شد راسه بعصابة لجراحة عليه أو إلى ذبح الصيد للمجاعة لم يحرم عليه وتجب عليه الكفارة لقوله تعالى : (فمن كان

---

(١) لعل الصواب : وكان طاوس وعطاء الخ العبارة فليتأمل • (المطيعى) •

منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك) ولحديث كعب بن عجرة . فثبت الحلق بالنص ، وقسنا عليه ما سواه ، لأنه في معناه وإن نبت في عينه شعرة فقلعها أو نزل شعر الرأس على عينه [فغطاها] فقطع ما غطى العين أو انكسر شيء من ظفره فقطع ما انكسر منه ، أو صال عليه صيد فقتله دفعا عن نفسه جاز ولا كفارة عليه ، لأن الذى تعلق به المنع الجاه إلى إتلافه ويخالف إذا آذاه القمل في رأسه فحلق الشعر ، لأن الأذى لم يكن من جهة الشعر الذى تعلق به المنع ، وإنما كان من غيره . وإن افترش الجراد في طريقه فقتله ففيه قولان (أحدهما) يجب عليه الجزاء ، لأنه قتله لمنفعة نفسه فأشبه إذا قتله للمجاعة (والثاني) لا يجب لأن الجراد الجاه إلى قتله فأشبه إذا صال عليه الصيد فقتله للدفع . وإن باض صيد على فراشه فنقله ولم يحضنه الصيد ، فقد حكى الشافعي رحمه الله عن عطاء رحمه الله أنه لا يلزمه ضمانه ، لأنه مضطر إلى ذلك قال : ويحتمل عندى أن يضمن لأنه أتلفه باختياره فحصل فيه قولان كالجراد . وإن كشط من (1) يده جلدا وعليه شعر أو قطع كفه وفيه أظفار لم تلزمه فدية ، لأنه تابع لمحله فسقط حكمه تبعا لمحله كالأطراف مع النفس في قتل الآدمى) .

(الشرح) قوله تعالى : (فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففديه) فيه محذوف دل عليه سياق الكلام وتقديره (فحلقه) فعليه فدية والمجاعة ــ بفتح الميم ــ شدة الجوع وحديث كعب بن عجرة رواه البخارى ومسلم وسبق بيانه (قوله) : افترش الجراد هو برفع الجراد وهو فاعل افترش ، قال أهل اللغة : افترش الشيء إذا انبسط ، قالوا : ومنه قولهم : أكمة مفترشة أى دكاء وإنما ذكرت أنه مرفوع وأوضحته لأنى رأيت بعض الكبار يغلط فيه (قوله :) ولم يحضنه هو ــ بفتح الياء وضم الضاد ــ قال أهل اللغة : يقال حضن الطائر بيضه يحضنه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه (قوله :) أو قطع كفه وفيه إظفار هكذا في النسخ وفيه : وكان ينبغى أن يقول : وفيها ، لأن الكف مؤنثة (ويجاب) عنه بأنه حمل الكلام على المعنى ، فعاد الضمير إلى معنى الكف ، وهو العضو .

---

(1) ما بين المعقوفين ليست في ش و ق وفي بعض نسخ المهذب (وان كشط من بدنه جلدا) (ط) .

(أما الأحكام) ففيها مسائل (إحداها) إذا احتاج المحرم إلى اللبس لحر أو برد أو قتال صائل من آدمى وغيره أو إلى الطيب لمرض أو إلى حلق الشعر من رأسه أو غيره لأذى فى رأسه من قمل أو وسخ أو حاجة أخرى فيه أو فى غيره من البدن ، أو إلى شد عصابة على رأسه لجراحة أو وجع ونحوه أو إلى ذبح صيد للمجاعة أو إلى قطع ظفر للأذى أو ما فى معنى هذا كله جاز له فعله وعليه الفدية لما ذكره المصنف ، وهذا لا خلاف فيه عندنا .

(الثانية) إذا نبت فى عينه شعرة أو شعرات داخل الجفن وتأذى بها جاز قلعها بلا خلاف ، هذا هو المذهب ، وبه قطع المصنف والجمهور وحكاه إمام الحرمين فى النهاية عن الأئمة ، ثم قال : وحكى الشيخ أبو على فى شرح التلخيص فيه طريقين (أصحهما) هذا (والثانى) تخريج وجوب الفدية على وجهين بناء على القولين فى الجراد إذا افترش فى الطريق ، قال الإمام : وهذا وإن كان قريبا فى المعنى فهو بعيد فى النقل وذكر الجرجانى فى كتابيه التحرير والمعاياة فى المسألة قولين (أصحهما) لا ضمان (والثانى) يضمن والمذهب لا ضمان قطعا . ولو طال شعر حاجبه أو رأسه فغطى عينه فله قطع المغطى بلا خلاف ، ولا فدية على المذهب ، وفيه الطريقان اللذان ذكرهما الإمام وسلك القاضى حسين فى تعليقه طريقة عجيبة ، فقطع بأنه إذا ثبت الشعر فى عينه لزمه الفدية بقلعة . قال : ولو انعطف هدبه إلى عينه فآذاه فنتفه أو قطعه فلا فدية وفرق بأن هذا كالصائل بخلاف شعر العين ، لأنه فى موضعه والمذهب أنه لا فدية فى الجميع كما سبق .

ولو انكسر بعض ظفر فتأذى به قطع المنكسر وحده جاز ولا فدية على المذهب ، وحكى الإمام عن الشيخ أبى على أنه حكى فيه الطريقين كشعر العين (أما) إذا قطع المكسور وشيئا من الصحيح فعليه ضمانه بما يضمن به الظفر بكماله ، نص عليه الشافعى والأصحاب وكذا كل من أخذ

بعض ظفر أو بعض شعر فهو كالظفر الكامل والشعرة الكاملة وفيه وجه ضعيف إن أخذ أعلا الظفر ــ ولكنه دون المعتاد ــ وجب ما يجب فى جميع الظفر ، كما لو قطع بعض الشعرة الواحدة ، وإن أخذ من جانب دون جانب وجب بقسطه • والمذهب الأول ، وستأتى المسألة مبسوطة حيث ذكرها المصنف فى أول الباب الآتى إن شاء الله تعالى •

(الثالثة) لو صال عليه صيد وهو محرم أو فى الحرم ولم يمكن دفعه إلا بقتله فقتله للدفع فلا جزاء عليه بلا خلاف عندنا • ولو ركب إنسان صيدا وصال على المحرم أو الحلال فى الحرم ولم يمكنه دفعه إلا بقتله فقتله للدفع فطريقان (المذهب) وجوب الجزاء ، وبه قطع المتولى والبغوى وصاحب العدة والأكثرون ، لأن الأذى ليس من الصيد (والطريق الثانى) حكاه القفال وإمام الحرمين والرافعى وغيرهم فيه وجهان (أحدهما) يجب الضمان على الراكب ولا يطالب به المحرم (والثانى) يطالب المحرم ، ويرجع به على الراكب ، وجعل إمام الحرمين الخلاف قولين ، قال : وكذا نقل القفال القولين أيضا فيمن ركب دابة معضوبة وقصد إنسانا فقتل المقصود الدابة فى ضرورة الدفع (أحدهما) الغرامة على الراكب ولا مطالبة على الدافع (والثانى) يطالب كل واحد منهما ، والقرار على الراكب لأنه غاصب •

(الرابعة) إذا انبسط الجراد فى طريقه وعم المسالك فلم يجد عنه معدلا ، ولم يمكنه المشى إلا عليه فقتله فى مروره ففيه طريقان (أصحهما) وهو المشهور ، وبه قطع المصنف والجمهور فى وجوب ضمانه قولان ، وحكاهما جماعة وجهين ذكر المصنف دليلهما (والثانى) القطع بأن لا ضمان حكاه الرافعى (والأصح) من القولين عند الأكثرين : لا ضمان ، وممن صححه الجرجانى فى التحرير والفارقى فى الفوائد والرافعى وغيرهم ، وقطع به المحاملى فى المقنع ، وصحح الشيخ أبو حامد إيجاب الضمان ،

والمذهب الأول • قال البندنيجى وغيره : وسواء فى جريان هذا الخلاف جراد الحرم والإحرام ، والله أعلم •

(الخامسة) إذا باض صيد على فراشه فنقله عنه فلم يحضنه الصيد حتى فسد أو تقلب عليه فى نومه فقتله ولم يعلم به ففى وجوب الجزاء فيه القولان ، كالجراد المفترش ، هكذا قاله المصنف والأصحاب ، قال البندنيجى وغيره : ولو وضع الصيد الفرخ على فراش المحرم فنقله فتلف أو تقلب عليه جاهلا فتلف ، ففيه القولان •

(السادسة) إذا قطع المحرم يده وعليها شعر ، أو كشط جلدة منها عليها شعر ، أو قطع يده وعليها أظفار ، لم يلزمه فدية بلا خلاف ، لما ذكره المصنف ، وممن نقل اتفاق الأصحاب على المسألة إمام الحرمين ، قال هو وغيره : وكذا لو كشط جلدة الرأس التى عليها شعر فلا فدية بالاتفاق ، ونقل أبو على البندنيجى هذا عن نص الشافعى ، وجزم به ، قال الشافعى : ولو افتدى كان أحب إلى •

(فرع) ذكرنا أن مذهبنا أن المحرم إذا قتل صيدا صال عليه فلا ضمان عليه وقال أبو حنيفة : يلزمه الضمان •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن لبس او تطيب أو دهن راسه او لحيته جاهلا بالتحريم او ناسيا للإحرام لم يلزمه الفدية ، لما روى يعلى بن أمية رضى الله عنه قال : « أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم رجل بالجعرانة ، وعليه جبه ، وهو مصفر راسه ولحيته فقال : يا رسول الله أحرمت بعمرة وانا كما ترى ، فقال : اغسل عنك الصفرة وانزع عنك الجبة ، وما كنت صانعا فى حجك فاصنع فى عمرتك » ولم يامره بالفدية فدل على ان الجاهل لا فدية عليه ، وإذا ثبت هذا فى الجاهل ثبت فى الناسى ، لان الناسى يفعل وهو يجهل تحريمه عليه ، فإن ذكر ما فعله ناسيا او علم ما فعله جاهلا نزع اللباس وازال الطيب ، لحديث يعلى بن امية ، فإن لم يقدر على إزالة الطيب لم تلزمه الفدية ، لانه

مضطر إلى تركه فلم تلزمه فدية ، كما لو اكره على التطيب ، وإن قدر على إزالته واستدام لزمته الفدية لانه تطيب من غير عذر ، فاشبه إذا ابتدأ به وهو عالم بالتحريم .

وإن مس طيبا وهو يظن أنه يابس فكان رطبا ، ففيه قولان (احدهما) تلزمه الفدية ، لانه قصد مس الطيب (والثانى) لا تلزمه لأنه جهل تحريمه ، فاشبه إذا جهل تحريم الطيب فى الإحرام . وإن حلق الشعر أو قلم الظفر ناسيا أو جاهلا بالتحريم فالمنصوص انه تجب عليه الفدية ، لأنه إتلاف ، فاستوى فى ضمانه العمد والسهو « كإتلاف مال الآدمى » وفيه قول آخر مخرج انه لا تجب . لانه ترفه وزينة ، فاختلف فى فديته السهو والعمد كالطيب . وإن قتل صيدا ناسيا أو جاهلا بالتحريم وجب عليه الجزاء ، لأن ضمانه ضمان المال فاستوى فيه السهو والعمد ، والعلم والجهل ، كضمان مال الآدميين ، وإن احرم ثم جن وقتل صيدا ففيه قولان (احدهما) يجب عليه الجزاء لما ذكرناه (والثانى) لا يجب لأن المنع من قتل الصيد تعبد ، والمجنون ليس من أهل التعبد فلا يلزمه ضمان . ومن أصحابنا من نقل هذين القولين إلى الناسى ، وليس بشىء . وإن جامع ناسيا أو جاهلا بالتحريم ففيه قولان (قال) فى الجديد : لا يفسد حجه ، ولا يلزمه شىء ، لأنه عبادة تجب بإفسادها الكفارة ، فاختلف فى الوطء فيها العمد والسهو كالصوم (وقال) فى القديم : يفسد حجه وتلزمه الكفارة ، لانه معنى يتعلق به قضاء الحج ، فاستوى فيه العمد والسهو كالفوات) .

(**الشرح**) حديث يعلى صحيح رواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما وسبق بيان الجعرانة فى باب المواقيت . قوله : (وفيه قول مخرج) أى مخرج من الطيب ، قوله : (لأنه ترفه وزينة) احتراز من إتلاف مال الآدمى ، ومن إتلاف الصيد ، قوله : (لأنه عبادة يجب بإفسادها الكفارة) احتراز من الصلاة والطهارة . قوله : (يتعلق به قضاء الحج احتراز من الطيب واللباس . قوله : (لأن ضمانه ضمان المال) يعنى أنه يضمن بالمثل أو القيمة وفيه احتراز من قتل الآدمى .

(اما الأحكام) ففيها مسائل (إحداها) إذا تطيب أو لبس أو دهن رأسه أو لحيته جاهلا بتحريم ذلك ، أو ناسيا الإحرام فلا فدية عليه ، نص عليه

الشافعى ، واتفق عليه الأصحاب إلا المزنى فأوجبها • دليل المذهب ما ذكره المصنف ، فإن ذكر ما فعله ناسيا أو علم ما فعله جاهلا ، لزمه المبادرة بإزالة الطيب واللباس ، وله نزع الثوب من قبل رأسه ، ولا يكلف شقه • هذا مذهبنا ومذهب الجمهور ، وخالف فيه بعض السلف ، قال أصحابنا : فإن شرع فى الإزالة وطال زمانها من غير تفريط فلا فدية عليه لأنه معذور ، وإن أخر الإزالة مع إمكانها لزمه الفدية ، سواء طال الزمان أم لا ، لأنه متطيب فى ذلك الزمان بلا عذر ، وإن تعذرت عليه إزالة الطيب أو اللباس بأن كان أقطع أو بيده علة أو غير ذلك ، أو عجز عما يزيل به الطيب فلا فدية ما دام العجز ، لما ذكره المصنف ، ومتى تمكن ولو بأجرة المثل ، لزمه المبادرة بالإزالة •

قال أصحابنا : ولو علم تحريم الطيب وجهل وجوب الفدية ، وجبت الفدية لأنه مقصر ، وهو كمن زنى أو شرب أو سرق عالما تحريم ذلك ، جاهلا وجوب الحد ، فيجب الحد بالاتفاق ، وكذا لو علم تحريم القتل وجهل وجوب القصاص وجب القصاص ، ولو علم تحريم الطيب وجهل كون الممسوس طيبا فلا فدية على المذهب ، وقيل فى وجوبها وجهان ، حكاهما إمام الحرمين وغيره (والصحيح) الأول وبه قطع الجمهور •

قال المتولى : ولو علم تحريم الطيب ولكنه اعتقد فى بعض أنواع الطيب أنه ليس بحرام ، فالصحيح وجوب الفدية لتقصيره (أما) إذا مس طيبا يظنه يابسا فكان رطبا ، ففى وجوب الفدية قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (الجديد)لا فدية (والقديم) وجوبها وسبق بيانهما واختلاف الأصحاب فى الأصح منهما فى فصل تحريم استعمال الطيب (أما) إذا أكره على التطيب فلا فدية بالاتفاق صرح به المصنف فى قياسه المذكور ، واتفق الأصحاب عليه •

(المسألة الثانية) إذا حلق الشعر أو قلم الظفر ناسيا لإحرامه أو جاهلا تحريمه فوجهان (الصحيح) المنصوص وجوب الفدية (والثانى) مخرج أنه لا فدية ، وذكر المصنف دليلهما وهو مخرج من الطيب واللباس • وقال كثيرون مخرج من المغمى عليه إذا حلق ، فإن الشافعى نص فى المغمى عليه إذا حلق أو قلم فى حال الإحرام على قولين ، وكذلك إذا قتل المغمى عليه الصيد نص فيه على قولين • قال أصحابنا : والمغمى عليه والمجنون والصبى الذى لا يميز إذا أزالوا فى إحرامهم شعرا أو ظفرا ، هل تجب الفدية ؟ فيه قولان (الأصح) لا فدية بخلاف العاقل الناسى والجاهل فإن المذهب وجوب الفدية ، فإنه ينسب إلى تقصير بخلاف المجنون والمغمى عليه •

(الثالثة) إذا قتل الصيد ناسيا لإحرامه أو جاهلا تحريمه ففيه طريقان مشهوران ، ذكرهما المصنف بدليلهما (أحدهما) القطع بوجوب الفدية ، وهو الأصح عند المصنف وآخرين (والثانى) هل الخلاف فى الحلق والقلم ، وعلى الجملة المذهب وجوب الفدية (وأما) المجنون والمغمى عليه والصبى الذى لا يميز فقد ذكرنا حكم قتلهم الصيد فى المسألة التى قبل هذه ، وذكرناه أيضا قبل هذا فى أوائل فصل تحريم الصيد •

(الرابعة) إذا جامع المحرم قبل التحلل من العمرة أو قبل التحلل الأول من الحج ناسيا لإحرامه أو جاهلا تحريمه ، ففيه قولان مشهوران ، ذكرهما المصنف بدليلهما (الأصح) الجديد لا يفسد نسكه ولا كفارة (والقديم) فساده ووجوب الكفارة ولو رمى جمرة العقبة فى الليل وهو يعتقد أنه بعد نصف الليل وحلق ، ثم جامع ، ثم بان أنه رمى قبل نصف الليل وأن التحلل لم يحصل فطريقان حكاهما الدارمى (أصحهما) كالناسى فيكون فيه القولان (والثانى) يفسد حجه قولا واحدا لتقصيره • ولو أكرهت المحرمة على الوطء ففيه وجهان بناء على القولين فى الناسى ولو

أكره الرجل ففيه طريقان بناء على الخلاف فى تصـور إكراهه على الوطء فى الزنا وغيره (أحدهما) أن إكراهه لا يتصور ، فيكون مختارا فيفسد نسكه وتلزمه الكفارة (والثانى) أنه متصور فيكون فيه وجهان بناء على الناسى كما قلنا فى المرأة (والأصح) لا يفسد ، لأن الأصح تصور إكراهه • ولو أحرم عاقلا ثم جن أو أغمى عليـه فجامع فى جنونه أو إغمائه ففيـه القولان كالناسى والله أعلم •

(فـرع) قال إمام الحرمين والبغوى وآخرون فى ضابط هـذه المسائل : إذا فعل المحرم محظورا من محظورات الإحرام ناسيا أو جاهلا ، فإن كان إتلافا كقتل الصيد والحلق والقلم ، فالمذهب وجوب الفـدية ، وفيه خلاف ضعيف سبق بيانه ، وإن كان استمتاعا محضا كالطيب واللباس ودهن الرأس واللحية والقبلة واللمس وسائر المباشرات بالشهوة ما عدا الجماع فلا فدية ، وإن كان جماعا فلا فدية فى الأصح ، والله أعلم •

(فـرع) قد ذكرنا أن مذهبنا أنه إذا لبس أو تطيب ناسيا لإحرامه أو جاهلا تحريمه فلا فدية ، وبه قال عطاء والثورى وإسحاق وداود • وقال مالك وأبو حنيفة والمزنى وأحمد فى أصح الروايتين عنه : عليه الفـدية وقاسوه على قتل الصيد ، ودليلنا ما ذكره المصنف ، والفرق أن قتل الصيد إتلاف (وأما) إذا وطىء ناسيا أو جاهلا ، فقد ذكرنا أن الأصح عندنا أنه لا يفسد نسكه ولا كفارة • وقال مالك وأبو حنيفة : يفسد ويلزمه القضاء والكفارة ووافقنا داود فى النـاسى والمـكره ، وقد ذكر المصنف دليل المذهبين •

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(وإن حلق رجل راسه فإن كان بإذنه وجبت عليـه الفدية لانه ازال شعره بسبب لا عذر له فيه فاشبه إذا حلقه بنفسه ، وإن حلقه وهو نائم أو مكره وجبت الفدية ، وعلى من تجب ؟ فيه قولان (احدهما) تجب على الحالق لانه امانة عنده ، فإذا اتلفه غيره وجب الضمان على من اتلفه كالوديعة

إذا أتلفها غاصب (والثانى) تجب على المحلوق لأنه هو الذى ترفه بالحلق فكانت الفدية عليه (فإن قلنا) تجب الفدية على الحالق فللمحلوق مطالبته بإخراجها ، لأنها تجب بسببه ، فإن مات الحالق أو أعسر بالفدية لم تجب على المحلوق الفدية (وإن قلنا :) تجب على المحلوق أخذها من الحالق إخراجها وإن افتدى المحلوق نظرت ـ فان افتدى بالمال ـ رجع بأقل الأمرين من الشاة ، أو ثلاثة آصع ، وإن أداها بالصوم لم يرجع عليه ، لأنه لا يمكن الرجوع به : ومن أصحابنا من قال : يرجع بثلاثة أمداد ، لأن صوم كل يوم مقدر بمد وإن حلق رأسه وهو ساكت ففيه طريقان (أحدهما) أنه كالنائم والمكره ، لأن السكوت لا يجرى مجرى الإذن ، والدليل عليه أنه لو أتلف رجل ماله فسكت لم يكن سكوته إذنا فى إتلافه (والثانى) أنه بمنزلة ما لو أذن فيه لأنه يلزمه حفظه والمنع من حلقه ، فإذا لم يفعل جعل سكوته كالإذن فيه كالمودع إذا سكت عن إتلاف الوديعة) .

(الشرح) قوله (أقل الأمرين من الشاة أو ثلاثة آصع) هكذا استعمل المصنف والأصحاب هذه العبارة ، والأجود حذف الألف ، فيقال : أقل الأمرين من الشاة وثلاثة آصع ، وهذا ظاهر لمن تأمل ، وقد أوضحته فى تهذيب اللغات وفى ألفاظ التنبيه وقوله : يجرى مجرى هو ـ بفتح الميم ـ وقوله : سكت عن إتلاف الوديعة ، يقال : سكت عنه وعليه .

(أما الأحكام) فقال أصحابنا : للحالق والمحلوق أربعة أحوال (أحدها) أن يكونا حلالين فلا شيء عليهما (الثانى) أن يكون الحالق محرما والمحلوق حلالا فلا منع منه ، ولا شيء عليهما (الثالث) أن يكونا محرمين (الرابع) أن يكون المحلوق محرما دون الحالق ، وفى هذين الحالين يأثم الحالق ثم إن كان الحلق بإذن المحلوق أثم أيضا ، ووجبت الفدية على المحلوق ولا شيء على الحالق بلا خلاف عندنا ، وقال أبو حنيفة : إن كان الحالق محرما فعليه صدقة دليلنا أنه آلة للمحلوق فوجبت إضافة الحلق إلى المحلوق دونه أما إذا حلق الحلال أو المحرم شعر محرم بغير إذنه فإن كان نائما أو مكرها أو مجنونا أو مغمى عليه فطريقان حكاهما الشيخ أبو حامد والماوردى والمحاملى والقاضى أبو الطيب والشاشى وآخرون (أحدهما)

طريقة أبى العباس بن سريج (الثانى) أبى إسحق المروزى أن فى المسألة قولين (أحدهما) أن الفدية على الحالق نص عليه الشافعى فى القديم والإملاء (والثانى) يجب على المحلوق ثم يرجع بها على الحالق ، نص عليه فى البويطى فى مختصر الحج الأوسط وقاله ابن الصباغ وغيره فى المختصر الكبير •

(والطريق الثانى) طريقة أبى على ابن أبى هريرة أن المسألة على قول واحد وهو أن الفدية تجب على الحالق ابتداء قولا واحدا ، فما دام موسرا حاضرا فلا شىء على المحلوق قولا واحدا وإنما القولان إذا غاب الحالق أو أعسر ، فهل يلزم المحلوق إخراج الفدية ؟ ثم يرجع بها بعد ذلك على الحالق إذا حضر وأيسر ؟ فيه القولان ، واختلف الأصحاب فى الراجح من هذين الطريقين ، فقال الماوردى فى الحاوى : الصحيح طريقة أبى على ابن أبى هريرة قال : وبها قال أكثر أصحابنا • هذا كلام الماوردى ، وخالفه الجمهور ، فصححوا طريقة ابن سريج وأبى إسحق ممن صححها القاضى أبو الطيب فى تعليقه والمحاملى فى كتابيه المجموع والتجريد وصاحب البيان وآخرون ، ونقلها صاحب البيان عن عامة أصحابنا •

قال الشيخ أبو حامد وأبو على البندنيجى والمحاملى والقاضى أبو الطيب وابن الصباغ والقاضى حسين والبغوى والشاشى وسائر الأصحاب : هذا الخلاف مبنى على أن الشعر على رأس المحرم هل هو عنده بمنزلة الوديعة ؟ أم بمنزلة العارية ؟ وفيه قولان للشافعى (فإن) قلنا : عارية وجبت الفدية على المحلوق ، ثم يرجع بها على الحالق ، كما لو تلفت العارية فى يده (وإن قلنا :) وديعة وجبت على الحالق ولا شىء على المحلوق ، كما لو تلفت الوديعة عنده بلا تفريط • ونقل القاضى أبو الطيب فى تعليقه عن الأصحاب أنهم قالوا : فيه قولان ، قال : وقيل وجهان (أحدهما) أنه عارية (والثانى) وديعة وممن نقل الخلاف فى أن الخلاف

قولان أو وجهان صاحب الشامل والشاشي قال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والشاملي وغيرهم : (الأصح) أنه كالوديعة ، قال القاضي : لأن القصد بالعارية انتفاع المستعير بها والمحـرم لا ينتفع يكون الشعر على رأسه ، وإنما منفعته في إزالته لأنه لو تمعط بالمرض لم يضمنه بلا خلاف ، فدل على أنه كالوديعة ، ولو كان كالعارية لضمنه كالعـارية التالفة بآفة سماوية .

قال القاضي : (فإن قيل :) إنمـا لم يضمن إذا تمعط بالمرض ، لأن صاحب العارية هو الذي أتلفه وهو الله تعالى (فالجواب) أنه يلزم مثل ذلك إذا حلقه بنفسه ، لأن الله تعالى هو الفاعل الحقيقي في الحلق ولا محدث للأفعال سواه قال : ويمكن أن يفرق بأن الحلق اكتسبه العبـد فضمنه ، والتمعط بالمرض ليس بكسب فلم يضمنه . هذا كلام القاضي أبي الطيب ونقل ابن الصباغ في الشامل أن القاضي أبا الطيب قال : ذكر الخلاف في ذلك خطأ والصواب أنه وديعة وهذا يخالف قول القاضي في تعليقه ، فإنه ذكر الخلاف ولم يقل إنه خطأ والله أعلم . واتفق الأصحاب في أن الأصح من القولين أن الفدية تجب على الحالق ، ولا يطالب المحلوق أبدا ، وممن صرح بتصحيحه أبو إسحق المروزي في شرحه والقاضي أبو الطيب في كتابيه التعليق والمجرد والمحاملي في المجموع وصاحب الحاوي والجرجاني في التحرير والبغوي والشاشي وصاحب البيان والفارق والرافعي وآخرون ، لأن المحلوق معذور ولا تقصير من جهته بخلاف الناسي (وأما قول القائل الآخر) ، إنه ترفه بالحلق ، فقالوا : هذا ينتقض بمن عنده شراب وديعـة فجاء إنسان فأوجره في حلق المودع بغير اختياره فإن الضمان يجب على المؤجر دون المودع وإن كان قد حصل في جوفه لأنه لا صنع له فيـه ، والله أعلم .

قال أصحابنا : (فإن قلنا :) الفدية على الحالق فامتنع من أدائها مع

قدرته فللمحلوق مطالبته بإخراجها هكذا قطع به المصنف وجماهير الأصحاب ، ونقل إمام الحرمين اتفاق الأصحاب عليه ، قال : وهو مشكل فى المعنى ، وإنما التعويل على النقل وحكى ابن الصباغ هذا عن الأصحاب ثم استشكله وأنكره على الأصحاب كما استشكله إمام الحرمين ونقل المتولى عن الأصحاب كلهم أنهم قالوا : للمحلوق مطالبة الحالق بإخراج الفدية ، وله مطالبة الإمام بالاستيفاء ، ثم قال : والصحيح أنه ليس له مطالبته ، لأن الحق ليس له وليس عليه فى ترك الإخراج ضرر ، لأن الحالق هو المأمور بالإخراج بخلاف السرقة لأن فى القطع غرضا وهو الزجر لصيانة ملكه • هذا كلام المتولى ، وذكر الرافعى فى المسألة وجهين (الصحيح) وهو قول الأكثرين له مطالبته (والثانى) لا ، واحتج الأصحاب للمشهور بما احتج به المصنف ، قال الفارقى : ولأن حج المحلوق يتم بإخراج الفدية فكان له المطالبة بإخراجها والله أعلم •

قال المصنف والأصحاب : وإذا قلنا : يجب على الحالق فمات أو أعسر فلا شىء على المحلوق ولو أخرج المحلوق الفدية إن كان بإذن الحالق جاز بلا خلاف ، كما لو أدى زكاته وكفارته بإذنه ، وإن كان بغير إذنه فوجهان حكاهما الرافعى (الأصح) لا يجزىء كما لو أخرجها أجنبى بغير إذنه ، فإنه لا يجزىء وجها واحدا وبهذا الوجه قطع الدارمى وأبو على البندنيجى والمتولى وغيرهم ، والفرق بين هذا وبين قضاء الدين عن الإنسان فإنه يجوز بغير إذنه بلا خلاف لأن الفدية شبيهة بالكفارة ، ولأنها قربة وجبت بسبب العبادة والله أعلم •

(أما) إذا قلنا تجب الفدية على المحلوق فقال المصنف وجمهور الأصحاب : إن كان الحالق حاضرا وهو موسر فللمحلوق أن يأخذها من الحالق ويخرجها لأنه لا معنى لإلزام المحلوق بإخراجها ثم الرجوع على الحالق مع إمكان الأخذ من الحالق هكذا قطع به المصنف وسائر العراقيين

وجماعة من غيرهم وقال المتولى والبغوى والرافعى : هل له أن يأخذ من الحالق قبل الإخراج ؟ فيه وجهان (أصحهما) عندهم ليس له ذلك والله أعلم •

وقال أصحابنا : فإن أراد إخراجها والحالة هذه كان عليه أن يفدى بالهدى أو الإطعام دون الصيام هكذا قاله الشيخ أبو حامد والأصحاب لأنه متحمل لهذه الفدية عن غيره والصوم لا يصح فيه التحمل • وإن غاب الحالق أو أعسر لزم المحلوق أن يفدى ليخلص نفسه من الفرض ، قال الأصحاب : وله هنا أن يفدى بالهدى والأطعام والصوم ، أطلق البغوى وغيره أن له أن يفدى بالإطعام والهدى والصيام ، ولم يفرقوا بين وجود الحالق وعدمه ، وقطع الماوردى بأنه لا يجوز الصيام مطلقا لأنه متحمل • وإذا فدى المحلوق على هذا القول نظرت فإن فدى بالطعام أو الهدى رجع بأقلهما قيمة لأنه متبرع بالزيادة ، لأنه مخير بينهما فعدوله إلى أكثرهما تبرع فلا يرجع به ، ويرجع بالأقل هكذا قطع به المصنف والجماهير •

وذكر الماوردى فى المسألة وجهين (أحدهما) هذا (والثانى) أنه إذا فدى بأكثرهما لا يرجع على الحالق بشىء لأنه غارم عن غيره ، فلزمه أن يسقط الغرم بأقل ما يقدر عليه ، فإذا عدل إلى الأكثر كان متطوعا بذلك غير مأذون له فيه ، والمذهب الأول ، وإن فدى بالصيام ففيه أربعة أوجه (أصحها) عند المصنف والأصحاب وبه قطع جماعة : لا يرجع بشىء لما ذكره المصنف (والثانى) يرجع لكل يوم بمد لما ذكره المصنف (والثالث) يرجع لكل يوم بصاع ، ذكره المتولى لأن الشرع عادل بين صوم ثلاثة أيام وثلاثة آصع (والرابع) حكاه الدارمى والقاضى أبو الطيب فى تعليقه عن ابن القطان وحكاه الرافعى يرجع بما يرجع به لوفدى بالهدى أو الإطعام •

ولو أراد الحالق على هذا القول أن يفدى ، قال أصحابنا : إن كان

بالصوم لم يجز وإن كان بالهدى أو الإطعام ــ فإن كان بإذن المحلوق ــ جاز وإلا (فوجهان) حكاهما المتولى والبغوى وغيرهما (أصحهما) لا يجوز ، وبه قطع القاضى حسين والرافعى ، قال القاضى حسين : والفرق بين هذا وبين من أكره إنسانا على إتلاف مال ، وقلنا : إن المكره المأمور يضمن ثم يرجع به على الآمر فأداه الآمر بغير إذن المأمور ، يبرأ المأمور ، لأن الفدية فيها معنى القربة ، فلابد من قصدها ممن لاقاه الوجوب ، والله أعلم .

(**فرع**) إذا حلق إنسان رأس المحرم وهو مستيقظ عاقل غير مكره ، لكنه ساكت فطريقان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) أنه كما لو حلق بإذنه فتكون الفدية على المحلوق قولا واحدا ولا مطالبة على الحالق بشىء لأن الشعر عنده وديعة أو عارية وعلى التقديرين إذا أتلفت العارية أو الوديعة وهو ساكت متمكن من المنع يكون ضامنا فى الطريق الثانى ، كما أنه لو حلق نائما أو مكرها فيكون على الخلاف .

(**فرع**) لو أمر حلال حلالا بحلق رأس محرم نائم فالفدية على الآمر إن لم يعرف الحالق الحال ، فإن عرفه فوجهان (الأصح) أنها عليه ، قال الدارمى ولو أكره إنسا محرما على حلق رأس نفسه ففيه القولان ، كما لو حلقه مكرها ولو أكره رجلا على حلق المحرم فالفدية على الآمر .

(**فرع**) إذا سقط شعر المحرم بمرض أو غيره من الآفات من غير صنع آدمى فلا فدية بلا خلاف ولو طارت إليه نار فأحرقته ، فقد قال المتولى والرويانى فى البحر : إن لم يمكنه إطفاؤها فلا فدية بلا خلاف ، كما لو سقط بالمرض ، وإن أمكنه فهو كمن حلق رأسه وهو ساكت ، ففيه الطريقان السابقان وأطلق الدارمى والماوردى وآخرون من العراقيين أنه لو أحرق بالنار لا فدية ، وقال القاضى حسين فى تعليقه : قال العراقيون : لا فدية ، واختار القاضى أنه إن قلنا : إن الشعر كالعارية ضمنه ، وإن قلنا

وديعة فلا ، والصواب ما قدمنـــاه عن المتولى والرويانى • ويتعين حمل كلام العراقيين على من لم يمكنه الإطفاء ، وكلامهم يقتضيه ، فإنهم جعلوه حجة لسقوط الفدية عن المحلوق النائم والمكره ، وبه يحصل الاحتجاج •

(فـــرع) قد ذكرنا أن الحلال إذا حلق رأس المحرم مكرها وجبت الفدية على الحالق فى الأصح ، وفى الثانى تجب على المحلوق ، ويرجع بها على الحالق • قال إمام الحرمين : لم تختلف الأئمة فى إيجاب الفدية ، قال : وأقرب مسلك فيه أن الشعر فى حق الحلال كصيد الحرم وشجره •

(فـــرع) فى مذاهب العلماء لو حلق محرم رأس حلال جاز ولا فدية ، وبه قال مالك وأحمد وداود ، وقال أبو حنيفة لا يجوز ، فإن فعل فعلى الحالق صدقة كما لو حلق رأس محرم • دليلنا أنه حلق شعرا لا حرمة له بخلاف شعر المحرم ، ولو حلق حلال شعر محرم نائم أو مكره فقد ذكرنا أن الأصح عندنا وجوب الفدية على الحالق ، وبه قال مالك وأحمد وأبو ثور وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة : تجب على المحلوق ولا يرجع بها على الحالق ، وقال عطاء : من أخذ من شارب المحرم فعليهما الفدية •

قال المصنف رحمه الله تعـــالى

(ويكره للمحرم أن يحك شعره بأظفاره حتى لا ينتثر شـــعره ، فإن انتثر منه شعره لزمته الفدية ويكره أن يفلى رأسه ولحيته ، فان فلى وقتل قملة استحب له أن يفديها ، قال الشافعى رحمه الله : وأى شىء فداها به فهو خير منها ، فان ظهر القمل على بدنه أو ثيابه لم يكره أن ينحيـــه لأنه ألجأه • ويكره ان يكتحل بما لا طيب فيه ، لأنه زينة ، والحاج أشعث أغبر ، فان احتاج إليه لم يكره ، لأنه إذا لم يكره ما يحرم من الحلق والطيب للحاجة ، فلأن لا يكره ما يحرم أولى • ويجوز أن يدخل الحمام ويغتسل بالمـــاء ، لمـــا روى أبو أيوب رضى الله عنه قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وســـلم يغتسل وهو محرم » ويجوز أن يغسل شعره بالمـــاء والسدر لمـــا روى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « فى المحرم الذى خر من بعيره : اغسلوه بماء وسدر » ويجوز أن يحتجم ما لم يقطع شعرا لمـــا

روى ابن عباس رضى الله عنهما « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجم وهو محرم » ويجوز أن يفتصد أيضا كما يجوز أن يحتجم ، ويجوز أن يستظل سائرا ونازلا ، لما روى جابر رضى الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم امر بقبة من شعر أن تضرب له بنمرة » وإذا ثبت جواز ذلك بالحر نازلا وجب أن يجوز سائرا قياسا عليه ، ويكره أن يلبس الثياب المصبغة لما روى أن عمر رضى الله عنه رأى على طلحة ثوبين مصبوغين وهو حرام ، فقال : أيها الرهط انتم أئمة يقتدى بكم ، ولو ان جاهلا رأى عليك ثوبيك لقال : قد كان طلحة يلبس الثياب المصبغة ، وهو محرم ، فلا يلبس أحدكم من هذه الثياب المصبغة فى الإحرام شيئا » .

ويكره ان يحمل بازا او كلبا معلما لأنه ينفر به الصيد ، وربما انفلت فقتل صيدا ، وينبغى ان ينزه إحرامه من الخصومة والشتم والكلام القبيح ، لقوله تعالى : (فمن فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال فى الحج) قال ابن عباس : الفسوق المنابذة بالألقاب ، وتقول لأخيك : يا ظالم يا فاسق ، والجدال ان تمارى صاحبك حتى تغضبه ، وروى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من حج فلم يرفث ولم يفسق رجع كهيئته يوم ولدته امه » وبالله التوفيق) .

(**الشرح**) حديث أبى أيوب رواه البخارى ومسلم ولفظ روايتهما قال أبو أيوب : « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يغتسل وهو محرم » وحديث ابن عباس فى المحرم الذى خر من بعيره وحديثه فى الحجامة رواهما البخارى ومسلم (وأما) حديث جابر فى القبة فرواه مسلم وأبوداود فى جملة حديث جابر الطويل ، الذى استوعب فيه صفة حجة النبى صلى الله عليه وسلم ولفظه كما ذكره المصنف وعن أم الحصين الصحابية رضى الله عنها قالت : « حججت مع النبى صلى الله عليه وسلم حجة الوداع ، فرأيت أسامة وبلالا وأحدهما آخذ بخطام ناقة النبى صلى الله عليه وسلم والآخر رافع ثوبه يستره من الحر حتى رمى جمرة العقبة » رواه مسلم فى صحيحه . (وأما) حديث عمر وقوله لطلحة فى الثوب المصبوغ فصحيح رواه مالك فى الموطأ باسناد على شرط البخارى ومسلم

(وأما) حديث أبى هريرة فرواه البخارى ومسلم (وأما) تفسير قوله تعالى : (فمن فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال فى الحج) فسبق بيانه فى الباب الأول من كتاب الحج فى وقت الإحرام بالحج قوله : يكره أن يفلى رأسه هو ـ بفتح الياء وإسكان الفاء وتخفيف اللام ـ

(اما الاحكام) ففى الفصل مسائل (إحداها) يكره حك الشعر فى الإحرام بالأظفار لئلا ينتف شعرا ، ولا يكره ببطون الأنامل ، وقد أشار المصنف إلى هذا بقوله : يكره أن يحك شعره بأظفاره فأشار إلى أنه لا يكره بأنامله ويكره مشط رأسه ولحيته ، لأنه أقرب إلى نتف الشعر ، فإن حك أو مشط فنتف بذلك شعرة أو شعرات لزمه فدية فإن سقط شعر وشك هل نتفه بفعله ؟ أم كان يغتسل [1] بنفسه ؟ فوجهان وقيل : قولان ، وممن حكاهما قولين الشيخ أبو محمد الجوينى وإمام الحرمين عن حكايته (أصحهما) وبه قطع جماعة منهم البندنيجى وصاحب البيان : لا فدية ، لأنه محتمل الأمرين والأصل براءته فلا تلزمه الفدية بالشك (والثانى) تلزمه إحالة على السبب الظاهر ، قال الإمام : وهو نظير من ضرب بدن امرأة فأجهضت جنينا يجب الضمان ، وإن كان يحتمل الإجهاض بسبب آخر ، هذا كله فى حك الشعر (وأما) حك الجسد فلا كراهة فيه بلا خلاف ، وفى الموطأ عن عائشة « أنها سئلت أيحك المحرم جسده ؟ قالت : نعم فليحكه وليشدد » .

قال أصحابنا : ولا يكره للمحرم دلك البدن وإزالة الوسخ عنه ، وقال مالك ، لا يفعله ، فان فعله فعليه صدقة . دليلنا أنه لم يثبت فى ذلك نهى شرعى ، فلا يمنع فهذا هو المعتمد فى الدلالة (وأما) ما يحتج به أصحابنا من رواية الشافعى والبيهقى باسنادهما عن ابن عباس « أنه دخل حماما

---

(١) انتسل الشعر والصوف نسولا : سقط (ط) .

وهو بالجحفة وهو محرم وقال : ما يعبأ الله بأوساخنا شيئا » فهذا ضعيف ، لأنه من رواية ابن أبى يحيى وهو ضعيف عند المحدثين •

(المسألة الثانية) يكره أن يفلى رأسه ولحيته ، فإن فلى وقتل قملة تصدق ولو بلقمة ، نص عليه الشافعى وفى نص آخر قال : أى شىء فداها به فهو خير منها كما حكاه عنه المصنف وهو بمعنى الأول وهذا التصدق مستحب وليس بواجب هكذا قطع به المصنف وجماهير الأصحاب لأنها ليست مأكولة فأشبهت قتل الحشرات والسباع التى لا تؤكل ، وفيه وجه أن التصدق واجب لأنه يتضمن إزالة الأذى عن الرأس ، وقد سبق بيانه فى فصل قتل ما لا يؤكل من السباع والحشرات ، حكاه القاضى حسين وإمام الحرمين وآخرون قال المصنف والأصحاب : ولو ظهر القمل فى بدنه وثيابه فله إزالته ولا فدية بلا خلاف لا واجبة ولا مستحبة ، بخلاف قمل الرأس لأنه يتضمن إزالة الأذى من الرأس وقد ورد فيه النص والله أعلم وسبق هناك أن الصئبان لها حكم القمل والله أعلم •

(الثالثة) يحرم الاكتحال بكحل فيه طيب كما سبق فى فصل الطيب ، فإن احتاج إليه لدواء جاز وعليه الفدية (وأما) الاكتحال بما لا طيب فيه فقد سبق فى آخر فصل تحريم الطيب أنه لا يحرم ؟ وللشافعى فى كراهته نصان فقيل قولان ، وقيل على حالين وهو الأصح ، فان كان فيه زينة كالإثمد ونحوه كره إلا لحاجة كرمد ونحوه ، وإن لم يكن فيه زينة كالتوتيا لم يكره ، وبهذا التفصيل قطع الشيخ أبو حامد والماوردى والقاضى أبو الطيب والجمهور ، وعليه يحمل كلام المصنف ، قال أبو على البندنيجى : إن كان مما لا يحسن العين كالتوتيا فلا كراهة وإن كان يحسنها كالإثمد فقد نقل المزنى أنه لا بأس به ، ونص فى الإملاء أنه يكره وهو ظاهر نصه فى الأم ، قال : فان صح نقل المزنى فالمسألة على قولين ، وإلا فالمعروف فى كتبه أنه مكروه فالمذهب التفصيل •

قال أبو الطيب وآخرون : ويكره للمحرمة الاكتحال بالإثمد أشد من كراهته للرجال ، لأن ما يحصل من الزينة أكثر من الرجل ، فان اكتحل به رجل أو امرأة فلا فدية بلا خلاف ، وقد ثبت فى صحيح مسلم عن عثمان ابن عفان رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى المحرم : « يعني يشتكى عينيه قال : يضمدها بالصبر » وروى البيهقى عن شميسة قالت « اشتكت عينى وأنا محرمة فسألت عائشة أم المؤمنين رضى الله عنها عن الكحل ، فقالت : اكتحلى بأى كحل شئت غير الإثمد ، أو قالت : غير كل كحل أسود ، أما أنه ليس بحرام ولكنه زينة ، ونحن نكرهه ، وقالت إن شئت كحلتك بصبر فأبيت » .

(فرع) اتفق العلماء على جواز تضميد العين وغيرها للمحرم بالصبر ونحوه مما ليس بطيب ولا فدية فى ذلك . وأجمعوا على أنه إذا احتاج إلى ما فيه طيب جاز فعله . وعليه الفدية ، وأجمعوا على أن له أن يكتحل بما لا طيب فيه إذا احتاج إليه ولا فدية ، وأما الاكتحال للزينة فمكروه عندنا على الصحيح كما سبق ، وبه قال جماعة من العلماء . قال ابن المنذر : ثبت أن ابن عمر قال : يكتحل المحرم بكل كحل لا طيب فيه ، قال : ورخص فى الكحل له الثورى وأحمد وإسحق وأصحاب الرأى غير أن إسحق وأحمد قالا : لا يعجبنا ذلك للزينة ، وكرهه مجاهد ، وكره الإثمد للمحرم الثورى وأحمد وإسحق ، قال ابن المنذر : لا يكره .

(المسألة الرابعة) قال الشافعى والأصحاب : للمحرم أن يغتسل فى الحمام وغيره ، وينغمس فى الماء لما ذكره المصنف ، وله إزالة الوسخ عن نفسه ، ولا كراهة فى ذلك على المذهب ، وبه قطع الجمهور « قال الرافعى : وقيل : يكره على القديم ، وله غسل رأسه بالسدر والخطمى ، لكن يستحب أن لا يفعل خوفا من انتتاف الشعر ، ولأنه ترفه ونوع زينة ولم يذكر الجمهور كراهته بل اقتصروا على أنه خلاف الأولى وصرح

البندنيجى بكراهته ، قال الرافعى : وذكر الحناطى كراهته عن القديم • قال أصحابنا : وإذا غسله فينبغى أن يرفق لئلا ينتف شعره • هذا تفصيل مذهبنا ، قال الماوردى : أما اغتسال المحرم بالماء والانغماس فيه فجائز ، لا يعرف بين العلماء خلاف فيه ، لحديث أبى أيوب السابق (فأما) دخول الحمام وإزالة الوسخ عن نفسه فجائز أيضا عندنا• وبه قال الجمهور• وقال مالك : تجب الفدية بازالة الوسخ وقال أبو حنيفة : إن غسل رأسه بخطمى لزمته الفدية • دليلنا حديث ابن عباس فى المحرم الذى خر عن بعيره ، قال ابن المنذر : وكره جابر بن عبد الله ومالك غسل المحرم رأسه بالخطمى • قال مالك : وعليه الفدية ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال أبو [1] يعقوب ومحمد : عليه صدقه ، قال ابن المنذر : هو مباح لحديث ابن عباس •

(الخامسة) قال الشافعى والأصحاب : للمحرم أن يحتجم ويفتصد ويقطع العرق ما لم يقطع شعرا ولا فدية عليه هذا مذهبنا لا خلاف فيه عندنا ، وبه قال جمهور العلماء منهم مسروق وعطاء وعبيد بن عمير والثورى وأحمد وإسحق وابن المنذر ، وقال ابن عمر ومالك : ليس له الحجامة إلا من ضرورة وقال الحسن البصرى : إن فعله [2] دليلنا حديث ابن عباس الذى ذكره المصنف • قال أصحابنا : فان احتاج إلى الحجامة ونحوها ولم يمكن إلا بقطع شعر قطعه لزمه الفدية •

(السادسة) قال الشافعى والأصحاب : له أن يستظل سائرا ونازلا للحديث الذى ذكره المصنف ، ولحديث أم الحصين الذى ذكرناه معه • هذا مذهبنا لا خلاف فيه عندنا ، ونقله ابن المنذر عن ربيعة والثورى وابن عيينة قال : وروى ذلك عن عثمان بن عفان وعطاء والأسود بن يزيد ، قال :

---

(١) لعله ابو يوسف •

(٢) هكذا بالأصل والسقط هو (فعليه الفدية) • المطيعى •

وكره ذلك مالك وأحمد . وقال عبد الرحمن بن مهدى : لا أستظل ، قال : وروينا عن ابن عمر قال : أضح لمن أحرمت له » قال ابن المنذر : ولا بأس به عندى لأنى لا أعلم خبرا ثابتا يمنع منه ، وماكان للحلال فعله كان للمحرم فعله إلا ما نهى عنه المحرم . قال : كل ما نهى عنه المحرم يستوى فيه الراكب ومن على الأرض ، كالطيب واللباس السابقين فى حديث ضرب القبة بنمرة ، وحديث أم الحصين . هذا كلام ابن المنذر ، ونقل أصحابنا عن مالك وأحمد أنهما قالا : يجوز الاستظلال للنازل ، ولا يجوز للسائر ، فان استظل لزمه الفدية وعن أحمد رواية أنه لا فدية . قال العبدرى ووافقنا : إنه لو كان زمن استظلاله يسيرا فلا فدية ، وكذا لو استظل بيده ونحوها ، دليلنا الحديثان السابقان (وأما) ما رواه البيهقى وغيره بالإسناد الصحيح عن نافع قال : « أبصر ابن عمر رجلا على بعيره وهو محرم قد استظل بينه وبين الشمس فقال له : أضح لمن أحرمت له » فمحمول على الاستحباب (وقوله) أضح أى ابرز إلى الشمس (وأما) حديث جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ما من محرم يضحى للشمس حتى تغرب إلا غربت بذنوبه ، حتى يعود كما ولدته أمه » فرواه البيهقى وقال : هو إسناد ضعيف ولو صح لم يكن فيه دليل للمنع من الاستظلال ، ولا كراهة فيه ، ولا فيه فرق بين سائر ونازل . قال أبو على البندنيجى وغيره من أصحابنا : الاستظلال وإن كان جائزا فالبروز للشمس أفضل منه للرجل ، ما لم يخف ضررا والستر للمرأة أفضل .

(السابعة) قال المصنف والأصحاب : يكره للمحرم لبس الثياب المصبغة كراهة تنزيه . فإن لبسها فلا فدية سواء فى هذا المصبوغ بالنيل والمغرة وغيرهما مما ليس بطيب .

(الثامنة) يكره للمحرم أن يستصحب معه بازيا أو كلبا معلما أو غيرهما من جوارح السباع والطير لما ذكره المصنف ، وهذا متفق عليه

نص عليه الشافعى وتابعه الأصحاب ، وسبقت المسألة بفروعها فى فصل الصيد .

(التاسعة) قال المصنف والأصحاب : ينبغى أن ينزه إحرامه من الشتم والكلام القبيح والخصومة والمراء والجدال ، ومخاطبة النساء بما يتعلق بالجماع والقبلة ونحوها من أنواع الاستمتاع ، وكذا ذكره بحضرة المرأة . ويستحب أن يكون كلامه وكلام الحلال بذكر الله تعالى ، وما فى معناه من الكلام المندوب ، كتعليم وتعلم وغير ذلك ، لحديثى[أبى شريح[1] الخزاعى]وأبى هريرة رضى الله عنهما قالا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيرا أو ليصمت »

ولا بأس عليهما بالكلام المباح من شعر وغيره لحديث أبى بن كعب رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إن من الشعر لحكمة » رواه البخارى ، وعن هشام بن عروة عن أبيه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الشعر كلام حسنه كحسن الكلام ، وقبيحه كقبيحه » رواه الشافعى والبيهقى هكذا مرسلا عن عروة وروى البيهقى « أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه غنى وهو محرم » والله أعلم .

(العاشرة) قال أصحابنا : لا بأس بنظر المحرم فى المرآة : ولا كراهة فى ذلك سواء كان رجلا أو امرأة هذا هو الصحيح المشهور فى المذهب وبه قطع القاضى أبو الطيب والماوردى وآخرون ، وقال أبو على البندنيجى فى كتابه الجامع : لا بأس بنظر المحرم والمحرمة إلى وجهه فى المرآة قال : وقال الشافعى فى سنن حرملة : يكره لهما ذلك هذا كلام البندنيجى . وقال صاحب العدة : قال الشافعى فى الأم لا بأس به ، وقال فى سنن حرملة : يكره ذلك لأنه زينة . وقال صاحب البيان : قال صاحب المعتمد لا يكره

---

(1) فى ش و ق (أبى سريح عن الخزاعى) وهو خطأ واضح . وأبو شريح الخزاعى اسمه خويلد بن عمرو أسلم عام الفتح له عشرون حديثا اتفق الشيخان على حديثين مات سنة ٦٨

قال : ونقل صاحب الفروع عن الشافعى أنه نص فى الإملاء أنه يكره فحصل للشافعى فى المسألة قولان (الأصح) لا يكره ، وبه قطع الأكثرون ، ونقل ابن المنذر عدم الكراهة عن ابن عباس وأبى هريرة وطاوس والشافعى وأحمد وإسحق. قال : وبه أقول ، وكره ذلك عطاء الخراسانى ، وقال مالك. لا يفعل ذلك إلا عن ضرورة . قال : وعن عطاء فى المسألة قولان (أحدهما) يكره (والثانى) لا بأس به واحتج البيهقى بحديث نافع « أن ابن عمر نظر فى المرآة » رواه الشافعى والبيهقى بإسناد صحيح على شرط البخارى ومسلم ، وعن ابن عباس أنه كره أن ينظر المحرم فى المرآة إلا من وجع ، قال البيهقى : وعطاء الخراسانى [1] ضعيف لقوله والرواية الأولى أصح .

(الحادية عشر) أشار المصنف فى كلامه فى هذا الفصل وغيره إلى أنه يستحب كون الحاج أشعث ، وكذا صرح به الأصحاب . ودليله قوله تعالى : (ثم ليقضوا تفثهم) وعن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن الله تعالى يباهى بأهل عرفات أهل السماء فيقول لهم : انظروا إلى عبادى جاءونى شعثا غبرا » رواه البيهقى بإسناد صحيح .

(فرع) قال الشافعى فى هذا الباب من المختصر : المرأة كالرجل فى ذلك إلا ما أمرت به من الستر ، فأستر لها أن تخفض صوتها بالتلبية ، ولها

---

(١) كذا فى ش و ق وفى العبارة نظر ، لان المجال هنا هو فى سوق قولين لعطاء الفقيه وليس فى تقدير عطاء الراوية ، ولعل الضعف انما يلحق قوله الاول بالكراهة ، ويكون قوله الثانى موافقا للاصح من قولى الشافعى . وعطاء هذا هو ابن ابى مسلم الخراسانى قائد جيوش العباسية ومؤسس دولتهم ، وهو من كبار العلماء ، وهو من اهل سمرقند ، وقيل من اهل بلخ ، وولاؤه للمهلب بن ابى صفرة ، ورحل وطوف وسكن الشام ، ورواياته عن ابن عباس وابن عمر فمرسلة وهو كثير الارسال وممن روى عنهم انس وسعيد بن المسيب وعكرمة وعروة وعنه ابنه عثمان والأوزاعى ومعمر وشعبه وسفيان ويحيى بن حمزة واسماعيل بن عياش قال يحيى بن معين : عطاء قالوا ابن أبى مسلم وقالوا ابن أبى ميسرة وقال مالك عطاء ابن عبد الله ا هـ . وقال البخارى عطاء بن عبد الله هو ابن أبى مسلم سألت عبد الله بن عثمان عن عطاء فقال : نحن من اهل بلخ أ هـ . وقد فرق مسلم والنسائى بينهما فجعلاهما اثنين وقال ابن عساكر : وهما هما واحد أ هـ . من الميزان ملخصا (ط) .

أن تلبس القميص والقباء ، إلى آخر كلامه ، وشرح الأصحاب هذا الكلام فأحسنهم شرحا صاحب الحلوى قال : (أما) أركان الحج والعمرة فلا يختلف الرجل والمرأة فى شيء منها ، وإنما يختلفان فى هيئات الإحرام ، فهى تخالفه فى خمسة أشياء (أحدها) أنها مأمورة بلبس المخيط كالقميص والقباء والسراويل والخفين ، وما هو أستر لها ، لأن عليها ستر جميع بدنها غير وجهها وكفيها ، والرجل منهى عن المخيط وتلزمه به الفدية (الثانى) أنها مأمورة بخفض صوتها بالتلبية ، والرجل مأمور برفعه لأن صوتها يفتن (الثالث) أن إحرامها فى وجهها فلا تغطيه ، فإن سترته لزمها الفدية ، وللرجل ستره ولا فدية عليه (الرابع) ليس للرجل لبس القفازين بلا خلاف وفى المرأة قولان مشهوران (الخامس) يستحب لها أن تختضب لإحرامها بحناء ، وللرجل منهى عن ذلك .

(قلت :) وتخالفه فى شيء سادس من هيئات الإحرام ، وهو أن كراهة الاكتحال فى حقها أشد من الرجل ، وقد سبق بيانه قريبا ، و فى سابع وهو أنه يستحب لها مس وجهها عند إرادة الإحرام بشيء من الحناء لتستتر بشرته عن الأعين ، وقد سبق بيان هذا واضحا فى أوائل هذا الباب قال الأصحاب : وفى أشياء من هيئات الطواف (أحدها والثانى) الرمل والاضطباع يشرعان للرجل دونها ، قال الماوردى : هى منهية عنهما ، بل تمشى على هينتها ، وتستر جميع بدنها غير الوجهين والكفين (الثالث) يستحب لها أن تطوف ليلا لأنه أستر لها ، والرجل يطوف ليلا ونهارا ، قال الماوردى وغيره : ويستحب لها أن لا تدنو من الكعبة فى الطواف إن كان هناك رجال [1] وإنما تطوف فى حاشية الناس ، والرجل بخلافها ، قال السرخسى وهكذا يستحب لها فى الطريق أن لا تخالط الناس وتسير على

---

(١) من الصور التى شاهدناها النسوة الافريقيات التكروريات وهن حاسرات الأذرع والصدور يزاحمن الرجال ويدافعنهم ليصلن الى استلام الحجر الاسود فأين حاشية الناس من هذا الالتصاق الذى تتعمده احداهن فى طوافها وشقها الزحام بلا مبالاة ولا خجل (ط) .

حاشيتهم تحرزا عنهم • قال أصحابنا : وتخالفه فى أشياء من هيئات السعى (أحدها) أنها تمشى جميع المسافة بين الصفا والمروة ، لا تسعى فى شىء منها بخلاف الرجل (والثانى) ذكره المـاوردى أنها تمنع من السعى راكبة ، والرجل لا يمنع منه (والثالث) ذكره المـاوردى أيضا أنهـا تمتنع من صعود الصفا والمروة والرجل يؤمر به •

قال المـاوردى : وتخالفه فى ثلاثة أشياء من هيئات الوقوف بعرفات (أحدها) يستحب لها أن تقف نازلة لا راكبة ، لأنه أصون لها وأستر ، والرجل يستحب أن يكون راكبا على الأصح (والثانى) يستحب لها أن تكون جالسة والرجل قائما (والثالث) أنه يستحب لها أن تكون فى حاشية الموقف وأطراف عرفات ، والرجل يستحب كونه عند الصخرات السـود بوسط عرفات • قال المـاوردى : وتخالفه فى ثلاثة أشياء من هيئات باقى المناسك (أحدها) يستحب للرجل رفع يده فى رمى الجمار ، ولا يستحب للمرأة (والثانى) يستحب له أن يذبح نسكه ، ولا يستحب ذلك للمرأة (والثالث) الحلق فى حق الرجل أفضل من التقصير ، وتقصيرها هى أفضل من حلقها ، بل حلقها مكروه ، قال : وما سوى المذكور فالمرأة والرجل فيه سواء والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب ما يجب فى محظورات الاحرام

من كفارة وغيرها

(إذا حلق المحرم رأسه فكفارته أن يذبح شاة أو يطعم ستة مساكين ثلاثة آصع ، لكل مسكين نصف صاع أو يصوم ثلاثة أيام ، وهو مخير بين الثلاثة لقوله تعالى : (فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك) ولحديث كعب بن عجرة . وإن حلق ثلاث شعرات كانت كفارته ما ذكرناه فى حلق الرأس ، لأنه يقع عليه اسم الجمع المطلق ، فصار كمن حلق جميع رأسه ، وإن حلق شعر رأسه وشعر بدنه لزمه ما ذكرناه وقال أبو القاسم الأنماطى : يلزمه فديتان لأن شعر الرأس مخالف لشعر البدن ألا ترى أنه يتعلق النسك بحلق الرأس ولا يتعلق بشعر البدن ؟ والمذهب الأول ، لأنهما وإن اختلفا فى النسك إلا أن الجميع جنس واحد فاجزاه لهما فدية واحدة ، كما لو غطى رأسه ولبس القميص والسراويل ، وإن حلق شعرة أو شعرتين ففيه ثلاثة أقوال (أحدها) يجب لكل شعرة ثلث دم لأنه إذا وجب فى ثلاث شعرات دم وجب فى كل شعرة ثلثه (والثانى) يجب لكل شعرة درهم ، لأن إخراج ثلث دم يشق ، فعدل إلى قيمته ، وكانت قيمة الشاة ثلاثة دراهم فوجب ثلثه (والثالث) مد لأن الله تعالى عدل فى جزاء الصيد من الحيوان إلى الطعام فيجب أن يكون هنا مثله ، وأقل ما يجب من الطعام مد فوجب ذلك . وإن قلم أظفاره أو ثلاثة أظفار وجب عليه ما يجب فى الحلق ، وإن قلم ظفرا أو ظفرين وجب فيهما ما يجب فى الشعرة والشعرتين لأنه فى معناهما .

(الشرح) قال أصحابنا : دم الحلق والقلم دم تخيير وتقدير ومعنى التخيير أنه يجوز العدول إلى غيره مع القدرة عليه . ومعنى التقدير أن الشرع جعل البدل المعدول إليه مقدرا بقدر لا يزيد عليه ولا ينقص منه ، فإذا حلق رأسه أو قلم أظفاره لزمه الفدية ، وهى ذبح شاة أو إطعام ثلاثة آصع لستة مساكين كل مسكين نصف صاع ، أو صوم ثلاثة أيام وهو مخير بين الثلاثة للآية وحديث كعب بن عجرة . وإذا تصدق بالآصع وجب أن يعطى كل مسكين نصف صاع . هذا هو الصحيح وبه قطع

المصنف والأصحاب ، :وحكى الرافعى وجها عن حكاية صاحب العدة أنه لا يقدر نصيب كل مسكين ، بل تجوز المفاضلة وهذا شاذ ضعيف والمذهب ما سبق• ولو حلق ثلاث شعرات فهو كحلق كل رأسه • فيتخير بين الأمور الثلاثة ، وهذا لا خلاف فيه عندنا ، وهكذا الحكم لو قلم ثلاثة أظفار سواء كانت من أظفار اليد أو الرجل أو منهما • هذا إذا أزالها دفعة واحدة فى مكان ، فإن فرق زمانا أو مكانا فسيأتى حكمه قريبا إن شاء الله تعالى فيما إذا حلق أو قلم أو تطيب مرة بعد أخرى •

(أما) إذا حلق شعرة واحدة أو شعرتين ففيه أربعة أقوال ذكر المصنف الثلاثة الأول منها بدلائلها (أصحها) وهو نصه فى أكثر كتبه • يجب فى شعرة مد وفى شعرتين مدان (والثانى) يجب فى شعرة درهم ، وفى شعرتين درهمان (والثالث) فى شعرة ثلث دم • وفى شعرتين ثلثاه (والرابع) فى الشعرة الواحدة دم كامل ، حكاه إمام الحرمين عن حكاية صاحب التقريب • قال الإمام : وهذا القول ، وإن كان ينقدح توجيهه فلست أعده من المذهب ، وهذا الذى ذكره من أن الأصح أن فى شعرة مدا ، وفى شعرتين مدين هو الصحيح عند الجمهور ممن صرح بتصحيحه صاحب الحاوى ، والقاضى أبو الطيب فى تعليقه ، والقاضى حسين فى تعليقه والعبدرى والبغوى وصاحب الانتصار والرافعى وآخرون وهو نص الشافعى فى مختصر المزنى وفى الأم والإملاء •

قال صاحب الحاوى : هذا القول هو الصحيح الذى نص عليه فى المختصر وفى أكثر كتبه ، قال : وعليه يعول أصحابنا ، والقول الذى يقول : يجب فى الشعرة ثلث دم ، وفى الشعرتين ثلثان هو رواية أبى بكر الحميدى شيخ البخارى ، وصاحب الشافعى عن الشافعى ، شذ الجرجانى فى التحرير فصححه والمشهور تصحيح المد كما سبق • واتفق أصحابنا على أن الظفر كالشعرة ، والظفرين كالشعرتين ، ففيه الأقوال الأربعة (الأصح) فى الظفر

مد ، وفى الظفـرين مدان (أما) إذا حلق شعر رأسـه وبدنه فوجهـان مشهوران ، ذكرهما المصنف بدليلهما (الصحيح) وبه قال جمهور أصحابنا المتقدمين : تجب فدية واحدة (والثانى) وهو قول الأنمـاطى فديتان ، قال أصحابنا وهو غلط •

(فـرع) قال أصحابنا : تجب الفدية بإزالة ثلاث شعرات متواليات ، سواء شعر الرأس والبدن ، وسواء النتف والإحراق والحلق والتقصـير والإزالة بالنورة وغيرها ، فتقصير الشعر فى وجوب الفدية كحلقة من أصله هذا هو المذهب ، وبه قطع الأصحاب فى الطريقين إلا المـاوردى فقال : لو قطع نصف الشعرة من رأسه أو جسـده فوجهان (أحدهمـا) يلزمه ما يلزمه فى الشعرة الواحدة إذا قلعها من أصلها ، وفيه الأقوال الأربعـة (الأصح) مد لأن التقصير كالحلق من أصله فى حصول التحلل ، فكذا فى الفـدية (والوجه الثـانى) قال : وهو الأصح يجب بقسط ما أخذ من الشعرة ، فيكون نصف مد على أصح الأقوال الأربعة ، وحاصله نصف ما فى الشعرة • والصحيح ما قدمناه عن الأصحاب والله أعلم •

ولو قلم من ظفره دون المعتاد ولكن استوعب جميع أعلاه فهو كقطع بعض شعرة ، فيجب فيه ما يجب فى الشعرة بكمالها على المذهب ، وفيـه وجه المـاوردى ولو أخذ من بعض جوانب الظفر ولم يستوعب جوانبـه (فإن قلنا) فى الظفر الواحد دم أو درهم وجب هنا بقسطه • وإن قلنا : مد وجب هنا أيضا مد ، ولم يبعض ، هكذا ذكره المتولى وغيره ، ونقـله المتولى عن الأصحاب مطلقا قال : قالوا : وإنما أوجبنا المد فى بعضه لأنه لا يتبعض ، والفدية فى الحج مبنية على التغليب •

(فـرع) هـذه الأقوال الثـلاثة التى ذكرها المصنف فى الشعرة والشعرتين والظفر والظفرين تجرى أيضا فى ترك حصاة من الجمرات ، وفى ترك مبيت ليلة من ليالى منى ، وقد ذكرها المصنف فى مواضعها ، قال

إمام الحرمين : القول بدرهم فى الشعرة لا أرى له وجهـا إلا تحسـين الاعتقاد فى عطاء فانه قاله ، ولا يقوله إلا عن ثبت . هذا كلام الإمام . وقد ذكر القاضى حسين أن من أصحابنا من قال : إن هذا القول ليس مذهبـا للشافعى وإنما هو مذهب عطاء قال القاضى : والأصح أنه قول للشـافعى (وأما) احتجاج المصنف وغيره لهذا القول بأن الشاة كانت تساوى ثلاثة دراهم ، فإنما هو مجرد دعوى لا أصل لها ، فإن أرادوا أنها كانت فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم تساوى ثلاثة دراهم فهو مردود لأن النبى صلى الله عليه وسلم عادل بينها وبين عشرة دراهم فى الزكاة ، فجعل الجبران شاتين أو عشرين درهما ، وإن أراد أنها كانت تساوى ثلاثة دراهم فى زمن آخر لم يكن فيه حجة ولا يلزم اعتماد هذا فى جميع الأزمان وأنكر صاحب التتمة على الأصحاب قولهم : ان الشاة كانت تساوى ثلاثة دراهم فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقال : هذا باطل لأوجه :

(أحدها) أن الموضع الذى يصار فيـه إلى التقويم فى فدية الحج لا تخرج الدراهم ، بل يصرف الطعام ، وهو جزاء الصيد ، فكان ينبغى أن يصرف فى الطعام .

(والثانى) أن الاعتبار فى القيمة بالوقت لا بما كان فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كمـا فى جزاء الصيد ، فإنه يقوم ما لا مثل له من النعم بقيمة الوقت ، فكان ينبغى أن يجب ثلث قيمة شاة .

(الثالث) أن الشرع خير بين الشـاة والطعام ، والطعـام يحتمل التبعيض كما ذكرنا . قال صاحب التتمة : وأما توجيه القول بأن فى الشعرة مدا بأن الشرع عدل الحيوان بالطعام فى جزاء الصيد وغيره ، وأقل ما يجب فى الشرع للفقير فى الكفارات مد ، والشعرة الواحدة هى النهاية فى القلة ، فأوجبنا فى مقابلتهـا أقل ما يوجب فدية فى الشرع ، فهذا التوجيه فيـه ضعف ، لأنه إذا لم يكن بد من الرجوع إلى الطعام فقد قابل الشرع الشاة

فى فدية الحلق بثلاثة آصع ، والآصع مما يحتمل التقسيط ، فكان ينبغى أن يجب فى مقابلة الشعرة صـاع ، قال : ومن قال يجب فى الشعرة ثلث درهم فهو أقرب إلى القياس • قال : وعلى مقتضى هـذا ينبغى أن يتخير بين ثلث شاة وبين أن يتصدق بصاع وبين أن يصوم يوما ، كما يتخير فى ثلاث شعرات بين شاة وصوم ثلاثة أيام وإطعام ثلاثة آصع ، قال : ولكن هـذا القول فيه إشكال من جهة المذهب ، لأنه ينتقض فيما لو جرح ظبية فنقص عشر قيمتها أن عليه عشر ثمن شاة وما أوجبه عشر شـاة ، قال : فالقياس يلزمه صاع أو صوم يوم • **هذا كلام صاحب التتمة ، وقال إمام** الحرمين فى توجيه إيجاب مد فى الشعرة : هذا القول مشهور معتضد بآثار السلف ، وهو مرجوع إليه فى مواضع من الشريعة فان اليوم الواحد من صوم رمضان يقابل بمد كما سبق فى بابه ، والله أعلم •

(فـرع) فى مذاهب العلماء • قد ذكرنا أن مذهبنـا أنه إذا حلق ثلاث شعرات فصاعدا لزمته الفدية بكمالها • وقال أبو حنيفة : إن حلق ربع رأسه لزمه الدم ، وإن حلق دونه فلا شىء ، وفى رواية فعليه صدقة ، والصدقة عنده صاع من أى طعام شاء إلا البر ، فيكفيه منه نصف صاع • وقال أبو يوسف : إن حلق النصف وجب عليه الدم ، وقال مالك : إن حلق من رأسه ما أماط به عنه الأذى وجب الدم من غير اعتبار ثلاث شعرات • وعن أحمد روايتان (إحداهما) كقولنا (والثانية) يجب بأربع شعرات • واحتج مالك بأن ثلاث شعرات لا يحصل بها إماطة الأذى • واحتج أبوحنيفة بأن الربع يقوم مقام الجميع كما يقول : رأيت زيدا وإنما رأى بعضه • واحتج أصحابنا بقوله تعالى : (ولا تحلقوا رءوسكم) أى شعر رءوسكم ، والشعر اسم جنس ، أقل ما يقع على ثلاث •

(والجواب) عن دليل مالك أن إماطة الأذى ليست شرطا لوجوب الفدية (والجواب) عن قول أبى حنيفة أنها دعوى ليست مقبولة (أما)

إذا حلق شعرة أو شعرتين فعليه الضمان ، هذا مذهبنا ، قال العبدرى : وبه قال أكثر الفقهاء ، وقال مجاهد : لا شيء فى شعرة وشعرتين ، وبه قال داود ، وهو إحدى الراويتين عن عطاء ، وقال أحمد : فى الشعرة والشعرتين يجب قبضة من طعام ، وذكرنا قوله فى ثلاث شعرات ، وقال داود : للمحرم أن يأتى فى إحرامه كل ما يجوز للحلال فعله ، إلا ما نص على تحريمه ، فله الاغتسال ودهن لحيته وجسده إذا لم يكن الدهن مطيبا ، وله قلم أظفاره ، وحلق عانته ونتف إبطه إلا أن يعزم على الأضحية فلا يأخذ من أظفاره ، ولا من شعره فى العشر حتى يضحى قال : وللمرأة الاختضاب وللرجل المحرم شم الريحان وأكل ما فيه زعفران ، فإن فعل ما نهى عنه من لباس وطيب لم تجب الفدية عليه عند فعله ، لعدم الدليل على إيجاب ذلك ، هكذا حكاه عنه العبدرى .

(أما) إذا حلق المحرم شعر بدنه فقد ذكرنا أن مذهبنا وجوب الفدية كحلق شعر الرأس ، وعن مالك روايتان (إحداهما) عليه الفدية (والثانية) لا فدية ، وبه قال داود ، ولا تجب الفدية إلا بشعر رأسه ، دليلنا أنه محرم ترفه بأخذه شعرة من غير إلجاء ، فلزمه الفداء كشعر رأسه ، وفيه احتراز من شعر نبت فى العين .

(**فرع**) قد ذكرنا أن مذهبنا أن فدية الحلق على التخيير بين شاة وصوم ثلاثة أيام وإطعام ثلاثة آصع لستة مساكين كل مسكين نصف صاع . وسواء حلقه لأذى أو غيره وقال أبو حنيفة : إن حلقه لعذر فهو مخير كما قلنا وإن حلقه لغير عذر تعينت الفدية بالدم ، دليلنا أن كل كفارة لا يثبت فيها التخيير إذا كان سببها مباحا ثبت ، وإن كان حراما ككفارة اليمين والقتل وجزاء الصيد واحتجوا بقوله تعالى : (أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك) فأثبت التخيير عند العذر من الأذى ، فدل على أنه لا تخيير مع عدمه (وأجاب) أصحابنا بأن هذا تمسك بدليل

الخطاب ، وهم لا يقولون به ، ونحن نقول به ، إلا أن السببية مقدمة عليه (أما) الأظفار فلها حكم الشعر فى كل ما ذكرنا فيحرم على المحرم إزالتها وتجب الفدية بها وثلاثة أظفار كثلاث شعرات ، وظفر كشعرة وبه قال أحمد •

وقال أبو حنيفة : إن قلم أظفار يد أو رجل بكمالها لزمه الفدية الكاملة ، وإن قلم من كل يد أو رجل أربعة أظفار فما دونها لزمته صدقة • وقال محمد بن الحسن : إن قلم خمسة أظفار لزمه الدم ، سواء من يد أو يدين • وقال مالك : حكم الأظفار حكم الشعر ، يتعلق الدم بما يميط الأذى وقال داود : يجوز للمحرم إزالة الأظفار كلها ولا فدية عليه ، وقد سبق بيان مذهبه قريبا دليلنا أنه كالشعر فى الترفه ، فكان له حكمه والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن تطيب او لبس المخيط فى شىء من بدنه او غطى راسه أو شيئا منه او دهن رأسه أو لحيته وجب عليه ما يجب فى حلق الشعر لأنه ترفه وزينة فهو كالحلق وإن تطيب ولبس وجبت لكل واحد منهما كفارة • لانهما جنسان مختلفان وإن لبس [1] ومس طيبا وجب كفارة واحدة ، لأن الطيب تابع للثوب فدخل فى ضمانه ، وإن لبس ، ثم لبس أو تطيب ثم تطيب ، فى أوقات متفرقة ، ففيه قولان (احدهما) تداخل لأنها جنس واحد ، فاشبه إذا كانت فى وقت واحد (والثانى) لا تتداخل لأنها فى أوقات مختلفة فكان لكل وقت من ذلك حكم نفسه وإن حلق ثلاث شعرات فى ثلاثة أوقات فهى على القولين ، إن قلنا : تتداخل لزمه دم وإن قلنا لا تتداخل وجب لكل شعرة مد وإن حلق تسع شعرات فى ثلاثة اوقات فعلى القولين إن قلنا : لا تتداخل لزمه ثلاثة دماء ، وإن قلنا : تتداخل لزمه دم واحد) •

(الشرح) فيه مسائل (إحداها) إذا تطيب فى بدنه أو ثوبه أو لبس المخيط فى بدنه ، أو غطى رأسه أو شيئا منه ، أو دهن رأسه أو لحيته ، أو باشر فيما دون الفرج بشهوة ، لزمه الفدية بلا خلاف عندنا ، سواء طيب

---

(١) فى بعض نسخ المهذب (وان لبس ثوبا مطيبا وجبت كفارة واحدة) (ط) •

عضوا كاملا أو بعضه ، وسواء استدام اللبس يوما أو ساعة أو لحظة ، وسواء ستر الرأس ساعة أو لحظة ، فتجب الفدية فى كل ذلك بلا خلاف عندنا ، وفى هذه الفدية ثلاث طرق (أصحها) وبه قطع المصنف والأكثرون أنها كفدية الحلق فيتخير بين شاة وصوم ثلاثة أيام وإطعام ثلاثة آصع كما سبق (والثانى) ذكره أبو على الطبرى فى الإيضاح وآخرون من العراقيين ، فيه قولان (أحدهما) أنه كالمتمتع فيلزمه الهدى ، فإن لم يجده لزمه صوم عشرة أيام كما سبق (والثانى) يلزمه الهدى ، فإن لم يجده قومه دراهم والدراهم طعاما ثم يصوم عن كل مد يوما (والطريق الثالث) فيه أربعة أوجه (أصحها) أنه كالحلق لاشتراكهما فى الترفه (والثانى) أنه مخير بين شاة وبين تقويمها ، ويخرج قيمتها طعاما أو يصـــوم عن كل مد يوما (والثالث) تجب شاة فإن عجز عنها لزمه الطعام بقيمتها (والرابع) كالمتمتع كما سبق .

(المسألة الثانية) إذا تطيب ولبس فى مجلس قبل أن يكفر عن الأول منهما أو فعلهما معا ، ففيه ثلاثة أوجه مشهورة فى كتب العراقيين وغيرهم (أصحها) باتفاق الأصحاب تجب فديتان لمـــا ذكره المصنف ، قال القاضى أبو الطيب : هذا قول أكثر أصحابنا ، قال المـــاوردى : هو مذهب الشافعى ومنصوصه (والثانى) تجب فدية واحدة ، وهو قول أبى على ابن أبى هريرة لأنهما استمتاع فتداخلا كما لو لبس قميصا وعمامة (والثالث) وهو قول أبى سعيد الإصطخرى إن اتحد سببهما بأن أصابته شجة واحتاج فى مداواتها إلى طيب وســـترها لزمه فدية واحدة ، وإن لم يتحـــد السبب ففديتان ، والمذهب الأول . قال أصحابنا وما قال أبو على وأبو سعيد غلط ، ومنتقض بالحلق والقلم .

(الثالثة) إذا لبس ثوبا مطيبا أو طلى رأسه بطيب ثخين بحيث يغطى بعضه بعضا فطريقان (المذهب) وجوب فدية واحدة وبه قطـــع المصنف

والجمهور ونص عليه الشافعى (والثانى) نقله صاحب البيان (إن قلنا) بقول ابن أبى هريرة السابق فى المسألة الثانية أن الطيب واللباس جنس لزمه فدية (وإن قلنا) بالمذهب إنهما جنسان فوجهان (أصحهما) فدية لأنه تابع (والثانى) فديتان •

(الرابعة) إذا لبس ثم لبس ، أو تطيب ثم تطيب ، أو قبل امرأة ثم قبلها فإن كان فى مجلس واحد ولم يكفر عن الأول بأن لبس قميصا ثم سراويل ثم عمامة أو كرر واحدا منها فى المجلس مرات أو تطيب بمسك ثم زعفران ثم كافور أو كرر إحداها فى المجلس مرات ، أو قبل امرأة ثم أخرى ثم أخرى ، أو كرر قبلة امرأة واحدة ، وفعل هذا كله فى مجلس قبل أن يكفر ، لزمه كفارة واحدة ، سواء طال زمنه فى معالجة لبس القميص والسراويل ، ولف العمامة واستعمال الطيب • ومحاولة المرأة فى القبلة ، ونحو ذلك أو قصر فيكفر كفارة واحدة مطلقا بشرط أن يكون الفعل متواليا لأنه كالفعل الواحد (أما) إذا كفر عن الأول قبل فعل الثانى فيلزمه للثانى كفارة أخرى بلا خوف ، لأن الأول استقر حكمه بالتكفير ، كما لو زنى فحد ثم زنى فانه يحد ثانيا ، وإن فعل ذلك فى مجالس أو فى مجلسين وتخلل زمان طويل من غير توالى الأفعال نظرت ــ فان فعل الثانى بعد التكفير عن الأول ــ لزمه الثانى كفارة أخرى بلا خلاف ، لأن الأول استقر حكمه بالتكفير ، وإن فعل الثانى قبل التكفير عن الأول فان كان السبب واحدا بأن لبس فى المرتين أو المرات للبرد أو للحر أو تطيب لمرض واحد مرات ، فقولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (الأصح) الجديد : لا تتداخل فيجب لكل مرة فدية (والقديم) تتداخل ويكفى فدية عن الجميع ، ولو كان مائة مرة •

وإن تكرر الفعل بسببين أو أسباب مختلفة ، بأن لبس بكرة للبرد ، وعشية للحر ، ونحو ذلك فطريقان حكاهما الشيخ أبو حامد والأصحاب

(أحدهما) تجب فديتان قطعا ، ويجعل اختلاف السبب كاختلاف الجنس (والثانى) وهو المذهب وبه قطع كثيرون ، فيه قولان ، كما لو اتحد السبب ، لأن الشافعى رحمه الله لم يعتبر اختلاف السبب وإنما اعتبر اختلاف الجنس • قال أصحابنا الخراسانيون ومن تابعهم : حيث قلنا : يكفيه للجميع فدية واحدة فارتكب محظورا أو أخرج الفدية ونوى باخراجها التكفير عما فعله وما سيفعله من جنسه ، ففيه خلاف مبنى على جواز تقديم التكفير على الحنث المحظور ، إن متعناه فلا أثر لهذه البتة ، فيقع التكفير عن الأول فقط ويجب التكفير ثانيا عن الثانى وإن جوزناه فوجهان (أحدهما) أن الفدية كالكفارة فى جواز التقديم فلا يلزمه للثانى شىء (والثانى) لا يجزئه عن الثانى مطلقا ، لأنه لم يوجد سبب الثانى ولا شىء منه بخلاف كفارة اليمين وهى أحد السببين •

(الخامسة) إذا حلق شعر رأسه كله ــ فان كان فى وقت واحد ــ لزمه فدية واحدة ، وإن طال الزمان فى فعله كما قلنا فى اللبس ، وكما لو حلف لا يأكل فى اليوم إلا مرة واحدة ، فوضع الطعام وجعل يأكل لقمة لقمة من بكرة إلى العصر ، فانه لا يحنث •

وإن كان ذلك فى أمكنة أو فى مكان واحد فى أوقات متفرقة فطريقان (أصحهما) وبه قطع الشيخ أبو حامد وآخرون : تتعدد الفدية ، فيفرد كل مرة بحكم ، فان كانت كل مرة ثلاث شعرات فصاعدا وجب لكل مرة فدية ، وهى شاة ، أو صوم ثلاثة أيام ، أو إطعام ثلاثة آصع ستة مساكين ، وإن كانت شعرة أو شعرتين ففيها الأقوال السابقة (الأصح) فى كل شعرة مد (والثانى) درهم (والثالث) ثلث دم (والرابع) دم كامل (والطريق الثانى) وبه قطع المصنف وشيخه أبو الطيب ومن وافقهما أنه على القولين السابقين فى المسألة الرابعة ، فيمن كرر لبسا أو تطيبا (إن قلنا) بالقول

القديم وهو التداخل لزمه دم ويصير كأنه فعل الجميع فى مجلس متواليا (وإن قلنا :) لا تداخل لزمه ثلاثة دماء •

(أما) إذا حلق ثلاث شعرات فى ثلاثة أمكنة ، أو ثلاثة أزمنة متفرقة ، ففيه الطريقان (أصحهما) طريق أبى حامد وموافقيه أنه يفرد كل شعرة بحكمها ، وفيها الأقوال السابقة (أصحها) فى كل شعرة مد فيجب ثلاثة أمداد (والثانى) درهم ، فيجب ثلاثة دراهم (والثالث) ثلث دم ، فيجب دم كامل ، وعلى القول الرابع الذى حكاه صاحب التقريب أنه يجب فى الشعرة دم كامل : يجب هنا ثلاثة دماء (والطريق الثانى) طريق المصنف وشيخه (إن قلنا) بالتداخل وجب دم ، وإلا ففيه الأقوال الأربعة ، واقتصر المصنف منها على الأصح ، وهو وجوب ثلاثة أمداد ، ولابد من جريان باقى الأحوال ، وقد صرح به الأصحاب والله أعلم •

(أما) إذا أخذ ثلاث شعرات فى وقت واحد من ثلاثة مواضع من بدنه فطريقان (الصحيح) الذى قطع به الأصحاب فى معظم الطرق أنه كما لو أخذها من موضع واحد فيلزمه دم ، وهو مخير بين شاة وصوم ثلاثة أيام ، وثلاثة آصع (والطريق الثانى) فيه وجهان (أحدهما) هذا (والثانى) أنه كما لو أزالها فى ثلاثة أوقات ، فيكون على الخلاف السابق ، وهذا الطريق حكاه النورانى فى الإبانة ، ونقله عنه إمام الحرمين وصاحب العمدة وصاحب البيان ، واتفقوا على تضعيف الوجه الثانى ، والله أعلم • قال أصحابنا : وأخذ الأظفار فى مجالس كأخذ الشعرات فى مجلس ، فيجىء فيه ما سبق ، والله أعلم •

(فرع) فيما إذا فعل المحرم محظورين فأكثر ، هل تتداخل الفدية ؟ وقد ذكرنا الآن معظمه فنعيده مع ما بقى مختصرا ، فينضبط إن شاء الله تعالى • قال أصحابنا : المحظورات تنقسم إلى استهلاك كالحلق والقلم والصيد ، وإلى استمتاع وترفه ، كالطيب واللباس ومقدمات الجماع ، فاذا

فعل محظورين فله ثلاثة أحوال (أحدها) أن يكون أحدهما استهلاكا ، والآخر استمتاعا ، فينظر إن لم يستند إلى سبب واحد كالحلق ولبس القميص تعددت الفدية ، كالحدود المختلفة ، وإن استند إلى سبب كمن أصاب رأسه شجة واحتاج إلى حلق جوانبها وسترها بضماد ، وفيه طيب ففى تعدد الفدية وجهان سبقا (الصحيح) التعدد .

(الحال الثانى) أن يكون استهلاكا ، وهذه ثلاثة أضرب (أحدها) أن يكون مما يقابل بمثله وهو الصيود ، فتعدد الفدية بلا خلاف عندنا ، سواء فدى عن الأول أم لا ، وسواء اتحد الزمان والمكان أم اختلف ، كضمان المتلفات (الضرب الثانى) أن يكون أحدهما مما يقابل بمثله دون الآخر ، كالصيد والحلق ، فتتعدد بلا خلاف (الضرب الثالث) أن لا يقابل واحد منهما ، فينظر إن اختلف نوعهما كحلق وقلم ، أو طيب ولباس أو حلق ، تعددت الفدية ، سواء فرق أو والى ، فى مكان أو مكانين ، بفعلين أو بفعل واحد ، إلا إذا لبس ثوبا مطيبا ، فقد سبق فيه وجهان (الصحيح) المنصوص فدية واحدة (والثانى) فديتان وإن اتحد النوع بأن حلق فقط ، فقد سبق تفصيله قريبا .

(الحال الثالث) أن يكون استمتاعا ، فإن اتحد النوع بأن تطيب بأنواع من الطيب ، أو لبس أنواعا من الثياب ، كعمامة وقميص وسراويل وخف ، أو نوعا واحدا مرات ، فإن فعل ذلك متواليا من غير تخلل تكفير كفاه فدية واحدة ، وإن تخلله تكفير وجبت الفدية للثانى أيضا ، وإن فعل ذلك فى مكانين أو فى مكان وتخلل زمان ، فإن تخلل التكفير وجب للثانى فدية ، وإلا فقولان (الأصح) الجديد تتعدد الفدية (والقديم) تتداخل ، وإن اختلف النوع بأن لبس وتطيب فثلاثة أوجه سبق بيانها قريبا (الأصح) التعدد (والثانى) لا (والثالث) إن اختلف السبب تعدد ، وإن اتحد فلا . هذا كله فى غير الجماع ، فإن تكرر الجماع ففيه خلاف سنوضحه قريبا إن شاء الله تعالى .

واتفق أصحابنا على أن الكفارة لتعدد جهة التحريم إذا اتحد الفعل كما سبق بيانه فى محرم قتل صيدا حرميا وأكله ، فهذه ثلاثة أسباب للتحريم ، وهى الحرم والإحرام والأكل ، وإنما يلزمه جزاء واحد ، ولو باشر امرأته مباشرة توجب شاة لو انفردت ثم جامعها ، فثلاثة أوجه (أصحها) تكفيه البدنة عنهما ، كما لو كانت أجنبية فإنه يكفيه الحد ، ولايعزر للمباشرة (والثانى) تجب بدنة وشاة ، ولا يدخل أحدهما فى الآخر لاختلافهما واختلاف واجبهما (والثالث) إن قصد بالمباشرة الشروع فى الجماع فبدنة وإلا فشاة وبدنة (والرابع) إن طال الفصل فشاة وبدنة وإلا فبدنة ، والله أعلم •

(**فرع**) فى مذاهب العلماء • قد ذكرنا أن مذهبنا أن المحرم إذا لبس مخيطا أو تطيب لزمته الفدية • سواء لبس يوما أو لحظة ، وسواء طيب عضوا كاملا أو بعضه ، وبه قال أحمد • ووافقنا أيضا مالك إلا أنه يشترط الانتفاع باللبس ، قال حتى لو خلعه فى الحال ولم ينتفع بلبسه فلا فدية وقال أبو حنيفة : إن لبس يوما كاملا أو ليلة كاملة لزمه فدية كاملة ، وإن لبس دون ذلك لزمه صدقة ، قال : وإن غطى ربع رأسه لزمه فدية كاملة ، وإن لبس دون ذلك لزمه صدقة ، قال : وإن طيب عضوا كاملا لزمه الفدية ، وإن طيب بعضه لزمه صدقة ، والصدقة عنده إطعام مسكين صاعا من أى طعام إلا البر ، فيكفيه منه نصف صاع ، وإن كان زبيبا فعنه روايتان (أحدهما) صاع (والثانية) نصف صاع • وعن أبى يوسف روايتان (إحداهما) كقول أبى حنيفة (والثانية) أن الاعتبار بلبس أكثر اليوم وأكثر الليلة ، وعن محمد بن الحسن نحوه ، والله أعلم • قال أبوحنيفة وأبويوسف : ولو حلق رأسه فى مجلس لزمه فدية ، وإن حلقه فى مجالس لزمه لكل مرة فدية سواء فدى عن الأول أم لا ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن وطىء فى العمرة أو فى الحج قبل التحلل الأول فقد فسد نسكه

ويجب عليه أن يمضى فى فاسده ثم يقضى لما روى عن عمر وعلى وابن عمر وابن عباس وعبد الله بن عمرو بن العاص وأبى هريرة رضى الله عنهم « أنهم أوجبوا ذلك » وهل يجب القضاء على الفور ؟ أم لا ؟ فيه وجهان (احدهما) انه على الفور وهو ظاهر النص لما روى عن عمر وعلى وابن عمر وابن عباس وعبد الله بن عمرو بن العاص وأبى هريرة أنهم قالوا « يقضى من قابل » (والثانى) انه على التراخى لأن الأداء على التراخى فكذلك القضاء وهذا لا يصح لأن القضاء بدل عما افسده [من الأداء] ، والأداء وجب على الفور فوجب أن يكون القضاء مثله ويجب الإحرام فى القضاء من حيث أحرم فى الأداء ، لأنه قد تعين ذلك بالدخول فيه ، فإذا افسده وجب قضاؤه كحج التطوع ، فإن سلك طريقا آخر لزمه أن يحرم من مقدار مسافة الإحرام فى الأداء ، وإن كان قارنا فقضاه بالإفراد جاز ، لأن الإفراد افضل من القران . ولا يسقط عنه دم القران ، لأن ذلك دم وجب عليه فلا يسقط عنه بالإفساد كدم الطيب .

وفى نفقة المرأة فى القضاء وجهان (احدهما) فى مالها كنفقة الأداء (والثانى) تجب على الزوج ، لأنها غرامة تتعلق بالوطء ، فكانت على الزوج كالكفارة ، وفى ثمن الماء الذى تغتسل به وجهان (احدهما) يجب على الزوج لما ذكرناه (والثانى) يجب عليها لأن الغسل يجب للصلاة ، فكان ثمن الماء عليها ، وهل يجب عليهما أن يفترقا فى موضع الوطء ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجب ، لما روى عن عمر وعلى وابن عباس رضى الله عنهم أنهم قالوا : « يفترقان » ولأن اجتماعهما فى ذلك المكان يدعو إلى الوطء فمنع منه (والثانى) لا يجب وهو ظاهر النص كما لا يجب فى سائر الطرق ، ويجب عليه بدنة ، لما روى عن على رضى الله عنه أنه قال : « على كل واحد منهما بدنة . فإن لم يجد فعليه بقرة ، لأن البقرة كالبدنة لأنها تجزىء فى الأضحية عن سبعة فإن لم يجد لزمه سبع من الغنم فإن لم يجد قوم البدنة دراهم والدراهم طعاما وتصدق به فإن لم يجد الطعام صام عن كل مد يوما » وقال أبو إسحق : فيه قول آخر انه يتخير بين هذه الأشياء الثلاثة قياسا على فدية الأذى) .

(الشرح) الوجه أن أقدم الآثار الواردة فى الفصل عن يزيد بن نعيم الأسلمى التابعى أن رجلا من جذام جامع امرأته وهما محرمان فسأل الرجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهما : « اقضيا نسككما وأهديا

هديا ثم ارجعا حتى إذا جئتما المكان الذى أصبتما فيه ما أصبتما فتفرقا ولا يرى واحد منكما صاحبه وعليكما حجة أخرى ، فتقبلان حتى إذا كنتما بالمكان الذى أصبتما فيه ما أصبتما فأحرما وأتما نسككما وأهديا » رواه البيهقى ، وقال : هذا منقطع وفى الموطأ قال مالك : « إنه بلغنى أن عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب وأبا هريرة رضى الله عنهم سئلوا عن رجل أصاب أهله وهو محرم بالحج فقالوا ينفذان لوجههما حتى يقضيا حجهما ثم عليهما الحج من قابل والهدى ، وقال على : فإذا أهلا بالحج من قابل تفرقا حتى يقضيا حجهما » وهذا أيضا منقطع وعن عطاء أن عمر بن الخطاب قال فى محرم أصاب امرأته يعنى وهى محرمة فقال : « يقضيان حجهما وعليهما الحج من قابل » رواه البيهقى وهو أيضا منقطع ، فإن عطاء لم يدرك عمر ، وإنما ولد عطاء فى آخر خلافة عثمان .

وعن ابن عباس « أنه سئل عن رجل وقع على أهله وهى بمنى قبل أن يفيض ، فأمره أن ينحر بدنه » رواه مالك فى الموطأ بإسناد صحيح ، وعن ابن عباس أيضا فى رجل وقع على امرأته وهو محرم قال اقضيا نسككما وارجعا إلى بلدكما ، فإذا كان عام قابل فاخرجا حاجين ، فإذا أحرمتما فتفرقا ولا تلتقيا حتى تقضيا نسككما وأهديا هديا » رواه البيهقى بإسناد صحيح ، وفى رواية . « ثم أهلا من حيث أهللتما أول مرة » وعن عمرو بن شعيب عن أبيه أن رجلا أتى عبد الله بن عمرو وأنا معه يسأله عن محرم وقع بامرأته فأشار إلى عبد الله بن عمر فقال : اذهب إلى ذلك فسله ، قال شعيب : فلم يعزم الرجل فذهبت معه فسأل ابن عمر فقال : بطل حجك ، فقال الرجل : فما أصنع؟ قال : اخرج مع الناس واصنع ما يصنعون، فإذا أدركت قابل فحج وأهد ، فرجع إلى عبد الله بن عمرو وأنا معه فأخبره فقال : اذهب إلى ابن عباس فسله قال شعيب : فذهبت معه إلى ابن عباس فسأله فقال له كما قال ابن عمر ، فرجع إلى عبد الله بن عمرو وأنا معه فأخبره بما قال ابن عباس ، ثم قال : ما تقول أنت ؟ فقال : قولى مثل ما قالا »

رواه البيهقى بإسناد صحيح • ثم قال البيهقى هذا إسناد صحيح ، قال : وفيه دليل على صحة سماع شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص من جده عبد الله بن عمرو •

وعن عكرمة « أن رجلا قال لابن عباس : أصبت أهلى ، فقال ابن عباس : أما حجكما هذا فقد بطل فحجا عاما قابلا ، ثم أهلا من حيث أهللتما ، وحيث وقعت عليها ففارقها فلا تراك ولا تراها حتى ترميا الجمرة وأهد ناقة ولتهد ناقة » رواه البيهقى • وعن ابن عباس : إذا جامع فعلى كل واحد منهما بدنة » رواه ابن خزيمة والبيهقى بإسناد صحيح ، وعنه : « يجزىء عنهما جزور » رواه ابن خزيمة والبيهقى بإسناد صحيح وعنه قال : « إن كانت أعانتك فعلى كل واحد منكما بدنة حسناء جملاء ، وإن كانت لم تعنك فعليك ناقة حسناء جملاء » رواه ابن خزيمة باسناد صحيح •

(وأما) ألفاظ الفصل فقوله : غرامة تتعلق بالوطء ، احتراز من نفقتها فى حجة الأداء ، والمراد بقوله : إن نفقة الأداء فى مال المرأة الزائد على نفقة الحضر هذا إذا سافرت معه كما سنوضحه قريبا إن شاء الله تعالى •

أما الأحكام فقال الشافعى والأصحاب رحمهم الله : إذا وطىء المحرم بالحج فى الفرج عامدا عالما بتحريمه ، وبالإحرام قبل التحلل الأول فسد حجه ، سواء كان قبل الوقوف بعرفات أو بعده وتفسد العمرة أيضا بالجماع قبل التحلل منها وليس لها إلا تحلل واحد بخلاف الحج فإن له تحللين كما هو مقرر فى باب صفة الحج (فإن قلنا :) الحلق نسك فهو مما يقف التحلل عليه وإلا فلا • قال الشافعى والأصحاب : ويلزم من أفسد حجا أو عمرة أن يمضى فى فاسدهما وهو أن يتم ما كان يعمله لولا الإفساد • ونقل أصحابنا اتفاق العلماء على هذا ، وأنه لم يخالف فيه إلا داود الظاهرى فإنه قال : يخرج منه بالإفساد •

واستدل أصحابنا بقوله تعالى : (وأتموا الحج والعمرة لله) ولم يفرق بين صحيح وفاسد ، وبالآثار السابقة قال أصحابنا ، وهـذا الذى ذكرناه من وجوب المضى فى فاسد الحج والعمرة وأنه لا يخرج منهما بالإفساد مختص بهما دون سائر العبادات (وأما) باقى العبادات فيخرج منها بالإفساد ولا يبقى لها حرمة بعده إلا الصوم فإنه يخرج منه بالفساد لكنه يبقى له حرمة فيجب إمساك بقية النهار لحرمة الزمان وقد سبق بيان هذه القاعدة فى أوائل كتاب الصوم فى مسألة صوم الشك إذا ثبت فى أثناء النهار كونه من رمضان •

(فـرع) يجب على مفسد الحج بدنة بلا خلاف ، وفى مفسد العمرة طريقان (أصحهما) وبه قطع المصنف والجمهور يجب عليه بدنه كمفسد الحج (والثانى) فيه وجهان (أصـحهما) بدنة (والثانى) شـاة ممن حكاه الرافعى •

(فـرع) يجب على مفسد الحج أو العمرة القضاء بلا خلاف ، سواء كان الحج أو العمرة فرضا أو نفلا لأن النفل منهما يصير فرضا بالشروع فيه ، بخلاف باقى العبادات ، ويقع القضاء عن المفسد ، فإن كان فرضـا وقع عنه ، وإن كان نفلا فعنه ، ولو أحرم بالقضاء فأفسده بالجماع لزمه الكفارة ، ولزمه قضاء واحد حتى لو أحرم بالقضاء مائة مرة ففسد كل مرة منهن ، يلزمه قضاء واحد ويقع عن الأول قال أصحابنا : ويتصـور القضاء فى عام الإفساد ، بأن يحصر بعد الإفساد ويتعذر عليـه المضى فى الفاسد فيتحلل ثم يزول الحصر والوقت باق فيحرم بالقضاء ويفعله ويجزئه فى سنته ، قالوا : ولا يتصور القضاء فى سنة الإفساد إلا فى هذه الصورة (أما) وقت وجوب القضاء ففيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) عند المصنف والأصحاب : يجب على الفور وهو ظاهر النص (والثانى) على التراخى (فإن قلنا) على الفور ، وجب فى السنة المستقبلة ،

ولا يجوز تأخيره عنها ، فإن أخره عنها بلا عذر أثم ولم يسقط عنه القضاء بل تجب المبادرة فى السنة التى تليها ، وهكذا أبدا .

قال أصحابنا : فإن أحصر بعد الإفساد وتحلل قبل فوات الوقوف وأمكنه الإحرام بالقضاء ، وإدراك الحج فى سنته ، لزمه ذلك إذا قلنا : إن القضاء على الفور ، لأنه أقرب من السنة المستقبلة قال أصحابنا يجب عليه فى القضاء أن يحرم من أبعد الموضعين ، وهما الميقات الشرعى . والموضع الذى أحرم منه فى الأداء هذه عبارة الأصحاب وشرحوها فقالوا : إن كان أحرم فى الأداء من الميقات الشرعى أحرم منه فى القضاء ، وإن كان أحرم قبل الميقات من دويرة أهله أو غيرها لزمه أن يحرم فى هذا القضاء من ذلك الموضع ، فان جاوزه غير محرم لزمه الدم كما يلزمه بمجاوزة الميقات الشرعى ، وإن كان أحرم فى الأداء بعد مجاوزة الميقات الشرعى نظر — إن جاوزه مسيئا — لزمه فى القضاء الإحرام من الميقات الشرعى ، وليس له أن يسىء ثانيا ، وهذا مما يدخل فى قول الأصحاب : يحرم فى القضاء من أبعد الموضعين ، وإن جاوزه غير مسىء بأن لم يرد النسك ، ثم بدا له بعد مجاوزته فأحرم ثم أفسده ، فوجهان (أصحهما) وبه قطع البغوى وغيره : يلزمه أن يحرم فى القضاء من الميقات الشرعى (والثانى) له أن يحرم من ذلك الموضع ، ليسلك بالقضاء مسلك الأداء ولهذا لو اعتمر من الميقات ثم أحرم بالحج من مكة وأفسده كفاه فى القضاء أن يحرم بالحج من نفس مكة بلا خلاف ، وكذا لو أفرد الحج ثم أحرم بالعمرة من أدنى الحل ، ثم أفسدها ، كفاه أن يحرم فى قضائها من أدنى الحل بلا خلاف .

قال الرافعى وغيره والوجهان فيمن لم يرجع فى الأداء إلى الميقات ، أما من كان رجع ثم عاد فيلزمه فى القضاء الإحرام من الميقات ، وجها واحدا والله أعلم واتفق أصحابنا على أنه لا يلزم فى القضاء الطريق الذى سلكه فى الأداء ، بل سلوك طريق آخر ، ولكن بشرط أن يحرم من قدر مسافة الإحرام فى الأداء . واتفق أصحابنا على أنه لا يجب أن يحرم فى القضاء فى

الزمن الذى أحرم منه فى الأداء ، بل له التأخير عنه بخلاف المكان الذى أحرم منه فى الأداء ، وممن صرح بالمسألة القاضى حسين والبغوى والرافعى ، وفرقوا بأن اعتناء الشرع بالميقات المكانى أكمل ، ولهذا يتعين مكان الإحرام بالنذر ولا يتعين زمانه بالنذر حتى لو نذر الإحرام فى شوال له تأخيره ، هكذا ذكر هذا الاستشهاد القاضى حسين والرافعى وغيرهما ، قال القاضى : هو استشهاد مشكل ، لأن طول الإحرام عبادة ، وما كان عبادة لزمه بالنذر ، قال : وأصل هذه المسألة أنه لو نذر الصوم فى أيام طوال ، له أن يصوم فى قصار ، ولو نذر أن يصوم أطول أيام السنة لزمه ، لأنه متعين • وكذا قال الرافعى ، وأظن هذا الاستشهاد لا يخلو من نزاع والله أعلم •

(فرع) قال المتولى : لو أرادت المرأة القضاء على الفور ، هل للزوج منعها أم لا ؟ (إن قلنا) القضاء على التراخى فله منعها ، وإلا فلا وقال البغوى : هل يلزمه أن يأذن لها فى القضاء ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه كما لا يلزمه فى الابتداء (والثانى) يلزمه لأنه هو الذى ألزمها القضاء •

(فرع) ذكر القفال وآخرون من الخراسانيين هنا أن الوجهين اللذين ذكرناهما فى كون القضاء يجب على الفور أم على التراخى جاريان فى كل كفارة وجبت بعدوان (وأما) الكفارة بلا عدوان فعلى التراخى ، وذكروا قضاء الصوم والصلاة ، وقد سبق بيان هذا كله فى موضعين من هذا الشرح فى آخر باب مواقيت الصلاة وفى آخر كتاب الصوم •

(فرع) اتفق أصحابنا على أن من أفسد حجا مفردا أو عمرة مفردة فله أن يقضيه مع النسك الآخر قارنا ، وله أن يقضيه متمتعا ، واتفقوا على أن للقارن والمتمتع أن يقضيا على سبيل الإفراد ، ولا يسقط دم القران بالقضاء على سبيل الإفراد ، قال الشافعى والأصحاب : إذا أفسد القارن

لزمه البدنة للافساد ، ويلزمه شاة للقران ، وإذا قضاه قارنا لزمه شاة أخرى للقران الثانى ، وإن قضاه مفردا لزمه أيضا شاة أخرى ، لأن الذى وجب عليه أن يقضى قارنا ، فلما أفرد كان متبرعا بالإفراد فلا يسقط عنه الدم ، هكذا نقله القاضى أبو الطيب فى تعليقه عن الشافعى ، واتفق الأصحاب فى الطريقتين على أن القارن إذا أفسده وقضاه مفردا يلزمه مع البدنة شاتان ، شاة فى السنة الأولى للقران الفاسد ، وشاة فى السنة الثانية لأن واجبه القران ، وفيه شاة ، فاذا عدل إلى الإفراد لم تسقط عنه الشاة ، وكل الأصحاب مصرحون بهذا ، منهم الشيخ أبو حامد فى تعليقه ، والقاضى أبو الطيب فى كتابيه التعليق والمجرد ، والمحاملى فى كتابيه ، والماوردى فى الحاوى ، وابن الصباغ والمتولى ، وصاحب البيان ، وآخرون ولا خلاف فيه .

قال الشيخ أبو حامد فى تعليقه والماوردى والمحاملى والقاضى أبو الطيب فى المجرد : قال الشافعى : وإذا قضى القارن نسكيه مفردا لم يكن له ذلك قالوا : ومراده لم يكن له إسقاط الدم عنه بالإفراد ، بل عليه دم القران للقضاء ، وإن قضاه مفردا لم يرد أن فرض الحج والعمرة الواجبين بالقران الفاسد لا يسقطان عنه إفرادهما ، وإنما أراد أن الدم لا يسقط ، هكذا ذكر التأويل هؤلاء ونقله الماوردى والقاضى أبو الطيب فى المجرد عن أصحابنا كلهم ، ولا خلاف فيه ، وإنما بسطت هذا الكلام بعض البسط لأن عبارة المصنف غير موضحة لمقصود المسألة ، بل موهمة خلاف الصواب ، والوهم حاصل من تعليله فى قوله : لا يسقط دم القران لأنه واجب عليه فلا يسقط بالإفساد ، كدم الطيب ، وهذا التعليل يوهم أنه يلزمه دم بسبب إفساد القران وأنه لا يلزمه فى القضاء مفردا دم آخر ، وليس الحكم كذلك ، بل يلزمه فى القضاء مفردا دم آخر بلا خلاف ، كما حكيناه عن الأصحاب ، ودليله ما ذكرناه .

ويجاب عن كلام المصنف أنه ذكر أن الدم الواجب بالقران فى سنة

الإفساد لا يسقط ، ولم يقل : إنه لا يجب فى القضاء مفردا دم آخر ، بل سكت عن إثباته ونفيه ، فيكون ساكتا عن مسألة ، وليس ذلك غلطا إنما هو فوات فضيلة وفائدة (واعلم) أن صاحب الإبانة حكى وجها أنه لا يلزم القارن شاة فى سنة الإفساد ، لأن نسكه لم يصح قرانا ، فلم يلزمه الدم ، وتابعه على حكايته عنه صاحب البيان وغيره ، وهذا الوجه غلط ، إنما أذكره للتنبيه على بطلانه لئلا يغتر به ، فإنه خطأ من حيث المذهب ، ومن حيث الدليل (أما) المذهب ، فالأصحاب مطبقون على خلافه (وأما) الدليل فلأنه يجب عليه المضى فى فاسده ويبقى له حكم الصحيح ، ومن أحكام الصحيح وجوب الدم والله أعلم •

قال أصحابنا : وإذا جامع القارن ــ فإن كان قبل التحليل الأول ــ فسد حجه وعمرته بلا خلاف ، ولزمته بدنة واحدة بسبب الإفساد لاتحاد الإحرام ، ويلزمه مع ذلك شاة للقران وفيه الوجه الضعيف المحكى عن صاحب الإنابة • وإن جامع بعد التحلل الأول وقبل الثانى لم يفسد حجه بلا خلاف ، ولا تفسد عمرته أيضا على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وفيه وجه حكاه البغوى وغيره عن أبى بكر الأودنى من متقدمى أصحابنا أنه تفسد عمرته ، لأنه لم يأت بشىء من أعمالها ، قال البغوى وغيره ممن حكى هذا الوجه : هذا غلط ، لأن العمرة فى القران تتبع الحج ، فإذا لم يفسد الحج لم تفسد العمرة ، قالوا : ولهذا يحل للقارن معظم محظورات الإحرام بعد التحلل الأول ، وإن لم يأت بأعمال العمرة ، ولأنه لو فاته الوقوف بعرفات فاته الحج ، وكذا العمرة على الصحيح كما سنذكره قريبا إن شاء الله تعالى • فإن كان وقت العمرة موسعا ، ولأنه لو قدم القارن مكة وطاف وسعى ثم جامع ، بطل حجه وعمرته وإن كان قد فرغ من أعمال العمرة ، الله أعلم •

(فرع) قال أصحابنا : إذا فات القارن الحج لفوات الوقوف ، فهل يحكم بفوات عمرته ؟ فيه قولان (أصحهما) نعم ، تبعا للحج ، كما

تفسد بفساده (والثانى) لا ، لأنهـا لا تفوت ، وأنه يتحلل بعملها ، فإن قلنا بفواتها فعليه دم واحد للفوات ، ولا يسقط دم القران ، فإذا قضاهما فالحكم كما ذكرناه فى قضائهما عند الإفساد ، فإن قرن فى القضاء أو تمتع فعليه دم ثالث ، وإن أفرد فكذلك على المذهب ، وفيه الخلاف السابق عن الإبانة ومتابعيه •

(فـرع) إذا كانت المرأة الموطوءة محرمة أيضا نظر ــ إن جامعها نائمة أو مكرهة ــ فهل يفسد حجها وعمرتها ؟ فيه طريقان (أصحهما) على القولين فى وطء الناسى هل يفسد الحج ؟ (أصحهما) لا يفسد وبهـذا الطريق قطع ابن المرزبانى ، والقاضى أبو الطيب فى كتابه المجرد (والثانى) وهو قول أبى على ابن أبى هريرة أنه لا يفسد وجها واحدا ، وعلى هـذا فالفرق أن المكرهة لا فعل لها بخلاف النـاسى ، وممن حكى الطريقين الدارمى ، وإن كانت طائعة عالمة فسد نسكها كالرجل ولزمها المضى فى فاسده والقضاء (وأما) البدنة فهل تجب عليها أم لا ؟ فيـه طريقان مشهوران (أحدهما) حكاه الخراسانيون وجماعة من العراقيين يجب عليهـا بدنة فى مالها قولا واحدا كما يجب على الرجل بدنة (والطريق الثانى) أن فيه الأقوال الثلاثة السابقة فى جماع الصائم الصائمة (أحدها) تجب على كل واحد منهما بدنة (والثانى) تجب عليه بدنة عنه وعنها (والثالث) تجب عليه بدنة عن نفسه فقط ولا شىء عليها ، وهذا الطريق أشهر ، وبه قطع أكثر العراقيين •

ومن قال بالأول فرق بأن الصائمة تفطر بكل واصـل إلى باطنها ، ولا يفطر الرجل إلا بالجماع ، ولو أدخل الرجل أصبعه فى فرجها لم يبطل صومه وبطل صومها ، وأما الحج فلا يبطل حجها إلا بالجماع ، فلو أدخلت أصبعها أو نحوها لم يبطل حجها فهى فى الحج كالرجل لا فرق بينهما فى الجماع بخلاف الصوم فإن بطـلان صومها لا يتعين لكونه جماعا ، بل

لدخول الداخل ، فلا تلزمها الكفارة وانفرد الدارمى بطريقة أخرى سبق له مثلها فى الوطء فى نهار رمضان فقال : فى الكفارة أربعة أقوال ككفارة الصيام (أحدها) يلزمه بدنة عنه فقط (والثانى) بدنة عنه وعنها (والثالث) يلزمه بدنتان بدنة عنه وبدنة عنها (والرابع) يلزمه بدنة ، ويلزمها فى مالها بدنة أخرى • وذكر الماوردى فى الحاوى الأقوال الأربعة •

(فرع) أما نفقة الزوجة فى قضاء الحج ، فإن كانت معه فى القضاء لزمه قدر نفقة الحضر بلا خلاف وفى الزائد وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) يلزم الزوج (والثانى) يجب فى مالها ومأخذ الخلاف أن الشافعى رحمه الله قال : يحج بامرأته واختلفوا فى مراده فقيل : أراد وجوب ذلك عليه وهذا هو ظاهر كلامه وهو الأصح عند الأصحاب وقيل : إنه يأذن لها فى الحج ومنهم من قال : أراد أنه يستحب له ذلك قال القاضى حسين : والزاد والراحلة من النفقة الزائدة ففيها الوجهان قال القاضى حسين والبغوى : ولوزمنت الزوجة وصارت معضوبة هل يلزم الزوج أن يستأجر من ماله من يحج عنها قضاء ؟ فيه الوجهان فى النفقة الزائدة والله أعلم •

(وأما) قول المصنف : أحد الوجهين تجب النفقة فى مالها كنفقة الأداء ، فمراده إذا سافرت وحدها للحج بغير إذن الزوج أو بإذنه فإنها إذا سافرت بغير إذنه فلا نفقة لها بلا خلاف وإذا سافرت باذنه ففى وجوب نفقتها عليه قولان مشهوران ذكرهما المصنف والأصحاب فى كتاب النفقات (الأصح) لا تجب عليه ، فقاس المصنف على الأصح (وأما) إذا سافرت فى الأداء معه فيجب نفقتها عليه بلا خلاف ولأنها فى قبضته ، وقد ذكره المصنف والأصحاب فى كتاب النفقات ، ولم يوضح المصنف المسألة هنا وحكمها ما ذكرناه والله أعلم قال المصنف : وفى ثمن الماء الذى تغتسل به وجهان هذان الوجهان مشهوران ، وقد سبق بيانهما فى آخر باب صفة

الغسل ، وذكرنا هنـاك حكم ماء غسلها من الوطء والنفـاس والحيض والاحتلام وماء وضوئها من لمسة أو غيره ، وماء طهارة المملوك وأوضحناه كله ولله الحمد • قال المـاوردى : فان كانت الموطوءة أجنبية وطئها بشبهه أو زنا فمؤنتها فى مالها بلا خلاف ، وإن كانت أمة للواطىء فعليه مؤنتها فى القضاء بلا خلاف والله أعلم •

(فـرع) إذا خرج الرجل وزوجتـه المفسـدين ليقضيا الحج أو العمرة ، واصطحبا فى طريقهما استحب لهما أن يفترقا من حين الإحرام ، فاذا وصلا إلى الموضع الذى جامعها فيه فهل يجب فيه المفارقة ؟ فيه خلاف حكاه المصنف والجمهور وجهين ، واتفقوا على أن الأصح أنه مستحب ليس بواجب (والثانى) أنه واجب ، وقال القاضى أبو حامد فى جامعـه والدارمى والقاضيان أبو الطيب وحسين فى تعليقهما ، والمتولى والبغوى وغيرهم : هذا الخلاف قولان (الجديد) أنه مستحب (والقديم) واجب (فان قلنا) يجب فتركاه أثما وصح حجهما ، ولا دم عليهما ، وإذا تفرقا لم يجتمعا إلا بعد التحلل ، سواء قلنا التفرق واجب أو مستحب صرح به القاضى أبو الطيب فى تعليقه والدارمى وغيرهما ، قال المـاوردى : ويَعتزِلان فى السير والمنزل ، والله أعلم •

(فـرع) قال أصحابنا : المفسد لحجه وعمرته إذا مضى فى فاسده ، وارتكب محظورا بعد الإفساد أثم ولزمه الكفارة ، فاذا تطيب أو لبس أو قتل صيدا أو فعل غير ذلك من المحظورات ، لزمه الفدية ولا يستثنى من هذا إلا الجماع مرة ثانية ، ففيه الخلاف الذى سنذكره قريبا إن شاء الله ، ولا خلاف فيما ذكرناه إلا ما انفرد به المتولى ، فانه حكى قولا شاذا ضعيفا أنه لا يلزمه شىء بارتكاب المحظورات كما لو وطىء فى نهـار رمضان ثم وطىء ثانيا ، لا شىء عليه مع وجوب الإمساك ، وهـذا القول باطل والله أعـلم •

(فـرع) هذا الذى ذكرناه كله فى جماع العامد العالم بتحريمه المختار له العاقل (أما) الناسى والجاهل والمكره والمجنون والمغمى عليه ، فقد سبق بيان حكمهم فى الباب الذى قبل هذا ، والله أعلم •

(فـرع) إذا أحرم مجامعا ففيه ثلاثة أوجه ، حكاها البغوى والمتولى وغيرهما (أصحهما) لا ينعقد إحرامه ، كما لا تنعقد الصلاة مع الحدث (والثانى) ينعقد صحيحا فان نزع فى الحال فذاك وإلا فسد نسكه ، وعليه المضى فى فاسده والقضاء والبدنة ، واحتجوا له بالقياس على الصوم فيما إذا طلع الفجر وهو مجامع ، إن نزع فى الحال ، صح صومه وإلا فسد (والثالث) ينعقد فاسدا وعليه القضاء والمضى فى فاسده ، سواء نزع أو مكث (وأما) الكفارة فان نزع فى الحال لم يجب شىء وإن مكث وجبت وفى الواجب القولان فى نظائره (أحدهما) بدنة (والثانى) شاة واستدل البغوى لهذا الوجه الثالث بأن الحج لا يبطل ولا يخرج منه بمنافيه وهو الجماع فلا يمتنع انعقاده معه بخلاف الصلاة والله أعلم •

(فـرع) إذا ارتد فى أثناء حجته أو عمرته فوجهان مشهوران ، وقد ذكرهما المصنف فى آخر باب الفوات والإحصار (أصحهما) يفسد كالصوم والصلاة صححه الأصحاب ونقله إمام الحرمين عن الأكثرين ، وهذا هو الأصح عند الشيخ أبى حامد (والثانى) لا يفسد كما لا يفسد بالجنون ، فعلى هذا لا يعتد بالمفعول فى حال الردة ، لكن إذا أسلم بنى على ما فعله قبل الردة إن كان وقف بعرفات إن كان وقت الوقوف باقيا فان لم يكن وقف وأسلم بعد فوات وقته لزمه أن يتحلل بعمل عمرة وعليه القضاء كسائر أنواع الفوات وسواء طال زمن الردة أم قصر فالوجهان جاريان (إن قلنا) بالفساد فوجهان حكاهما إمام الحرمين وغيره (أصحهما) وبه قطع المصنف والأكثرون يبطل النسك من أصله فلا يمضى فيه لا فى الردة ولا بعد الإسلام (والثانى) أنه كالإفساد بالجماع فيمضى فى فاسده إن

أسلم ، لكن لا كفارة عليه ، وحكى الدارمى فى آخر باب الإحصار وجها عن حكاية ابن القطان أنه يبطل حجه وعليه بدنة ، وهـذا شاذ ضعيف ، والله أعلم .

(فـرع) قد ذكرنا أنه يجب على من أفسد حجه أو عمرته بالجماع دم واختلف الأصحاب فيه هل هو دم تخيير أم لا ؟ ففيه طرق (أصحها) عند المصنف وسائر الأصحاب ، وهو المنصوص فى المختصر وغيره ، قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه : هو نص الشافعى فى عامة كتبه أنه دم ترتيب وتعديل ، فيجب بدنة فإن عجز عنها فبقرة ، وإن عجز فسبع شياه ، فإن عجز قوم البدنة دراهم بسعر مكة حال الوجوب ، ثم الدراهم بطعـام وتصدق به ، فإن عجز عنه صام عن كل مد يوما .

(والطريق الثانى) طريق أبى العباس بن سريج أن فى المسألة قولين ، حكاه عنه القاضى حسين وغيره (أصحهما) كالطريق الأول (والثانى) أنه مخير بين هذه الأشياء الخمسة ، وهى البدنة والبقرة والشاة والإطعام والصيام ، فأيها شاء فعله وأجزأه مع القدرة على الثانى .

(والطريق الثالث) حكاه المصنف والأصحاب عن أبى إسحق المروزى أن فى المسألة قولين (أصحهما) الطريق الأول (والثانى) أنه مخير بين الثلاثة الأولى وهى البدنة والبقرة والشاة فلا يجزى الإطعام والصيام مع القدرة على واحد من الثلاثة ، فإن عجز عن الثلاثة قوم أيها شاء وتصدق بقيمته طعاما ، فإن عجز عنه صام عن كل مد يوما .

(والطريق الرابع) أنه يجب بدنة فإن عجز فبقرة فإن عجز فسبع شياه فإن عجز قوم البدنة وصام ، فان عجز عن الصيام أطعم فيقدم الصيام على الإطعام ككفارة الظهار ونحوها . وقيل : لا مدخل للإطعام والصيام هنا بل إذا عجز عن الغنم ثبت الهدى فى ذمته إلى أن يجد تخريجا من أحد القولين فى دم الإحصار والله أعلم .

وحيث قلنا بالصيام فان كسر مد صام عن بعض المد يوما كاملا بلا خلاف كما فى نظائره من اليمين وغيرها • وممن صرح به المـاوردى ، وحيث قلنا بالإطعام قال صاحب البحر : أقل ما يجزىء أن يدفع الواجب إلى ثلاثة من مساكين الحرم إن أمكنه ثلاثة فإن دفع إلى اثنين مع القدرة على ثالث ضمن ، وفى قدر الضمان وجهان أحدهما الثلث (وأصحهما) ما يقع عليه الاسم ، وهما كالخلاف فيمن دفع نصيب صنف من أهل الزكاة إلى اثنين ، فان فرق على مساكين فهل يتعين لكل مسكين مد أم لا ؟ فيه وجهان حكاهما المـاوردى والرويانى وغيرهما (أصحهما) لا يتعين ، بل يجوز أن يعطى المسكين أقل من مد وأكثر من مد ، كما لو ذبح الدم وفرق اللحم ، فإنه لا يتقدر بشىء ، ويجزى أن يدفع إلى المسكين القليل والكثير (الثانى) يتقدر بمد كالكفارة ، فإن أعطاه أكثر لم تحسب الزيادة ، وإن أعطاه أقل من مد لم يحسب شىء منه إلا أن يعطيه تمام المد ، والله أعلم • وحيث قلنا بالبدنة أو البقرة أو الشاة ، فالمراد ما يجزى فى الأضحية بلا خلاف ، وسيأتى إيضاحه فى آخر هذا الباب إن شـاء الله تعالى • والله أعلم •

(فـرع) لو وطىء المحرم زوجات له فهو كوطء الواحدة فيفسد حجه وحجهن ، وعليه وعليهن المضى فى فاسده والقضاء ، قال الدارمى : وحكم نفقتهن وغيرها كما مضى •

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(وإن كان المحرم صبيا فوطىء عامدا بنيت على القولين : فإن قلنا : إن عمده خطأ فهو كالناسى ، وقد بيناه • وإن قلنا : عمده عمد فسد نسكه ، ووجبت الكفارة ، وعلى من تجب ؟ فيه قولان (احدهما) فى ماله (والثانى) على الولى ، وقد بيناه فى اول الحج ، وهل يجب عليه القضاء ؟ فيه قولان (احدهما) لا يجب لانها عبادة تتعلق بالبدن ، فلا تجب على الصبى كالصوم والصلاة (والثانى) يجب لأن من فسد الحج بوطئـه وجب عليه القضـاء كالبالغ ، فإن قلنا : يجب فهل يصح منه فى حال الصغر ؟ فيه قولان (أحدهما)

لا يصح ، لأنه حج واجب ، فلا يصح من الصبى كحجة الإسلام (والثانى) يصح لأنه يصح منه اداؤه فصح منه قضاؤه كالبالغ ؟ وإن وطىء العبد فى إحرامه عامدا فسد حجه ، ويجب عليه القضاء .

ومن أصحابنا من قال : لا يلزمه لأنه ليس من اهل فرض الحج ، وهذا خطأ لأنه يلزمه الحج بالنذر فلزمه القضاء بالإفساد كالحر ، وهل يصح منه القضاء فى حال الرق ؟ على القولين على ما ذكرناه فى الصبى . فإن قلنا : إنه يصح منه القضاء ، فهل للسيد منعه منه ؟ يبنى على الوجهين فى أن القضاء على الفور ام لا ؟ فإن قلنا : إن القضاء على التراخى فله منعه لأن حق السيد على الفور ، فقدم على الحج ، وإن قلنا : إنه على الفور ففيه وجهان (أحدهما) انه لا يملك منعه ، لأنه موجب ما اذن فيه ، وهو الحج ، فصار كما لو أذن فيه (والثانى) انه يملك منعه لأن المـاذون فيه حجة صحيحة ، فإن أعتق بعد التحلل من الفاسد وقبل القضاء لم يجز ان يقضى حتى يحج حجة الإسلام ثم يقضى ، وإن اعتق قبل التحلل من الفاسد نظرت ـ فإن كان بعد الوقوف ـ مضى فى فاسده ثم يحج حجة الإسلام فى السنة الثانية ، ثم يحج عن القضاء فى السنة الثالثة ، وإن اعتق قبل الوقوف مضى فى فاسده ثم يقضى ، ويجزئه ذلك عن القضاء وعن حجة الإسلام ، لأنه لو لم يفسد لكان اداؤه يجزئه عن حجة الإسلام فاذا فسد وجب أن يجزئه قضاؤه عن حجة الإسلام) .

(الشرح) هذا الفصل تقدم بيان جميعه مع فروع كثيرة متعلقة به فى أوائل الباب الأول من كتاب الحج وأوضحناه هناك وقول المصنف : بنيت ـ يعنى المسألة ـ وقوله : فى الصبى إذا أفسد حجه بالجماع هل يجب القضاء ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يجب ، لأنه عبادة تتعلق بالبدن فلا يجب على الصبى كالصوم احترز به عن الزكاة والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(وإن وطىء وهو قارن وجب مع البدنة دم القـران ، لأنه دم وجب بغير الوطء فلا يسقط بالوطء ، كدم الطيب ، وإن وطىء ثم وطىء ولم يكفر عن الأول ففيه قولان ، قال فى القديم : يجب عليه بدنة واحدة كما لو زنى ثم زنى كفاه لهمـا حد واحد ، وقال فى الجديد : يجب عليه للثانى كفـارة اخرى ، وفى الكفارة الثانية قولان (أحدهما) شـاة لأنها مباشرة لا توجب

الفساد ، فوجبت فيها شاة كالقبلة بشهوة (والثانى) يلزمه بدنة لأنه وطىء فى إحرام منعقد فاشبه الوطء فى إحرام صحيح ، وإن وطىء بعد التحلل الأول لم يفسد حجه لأنه قد زال الإحرام فلا يلحقه فساد ، وعليه كفارة ، وفى كفارته قولان (احدهما) أنها بدنة لأنه وطىء فى حال يحرم فيه الوطء ، فاشبه ما قبل التحلل (والثانى) أنها شاة لأنها مباشرة لا توجب الفساد ، فكانت كفارتها شاة ، كالمباشرة فيما دون الفرج ، وإن جامع فى قضاء الحج لزمته بدنة ، ولا يلزمه إلا قضاء حجة واحدة ، لأن المقضى واحد فلا يلزمه اكثر منه) .

(الشرح) فيه ثلاث مسائل (إحداها) إذا فسد حجه بالجماع ثم جامع ثانيا ففيه خلاف ذكر المصنف بعضه ، وباقيه مشهور ، وحاصله خمسة أقوال (أصحها) تجب بالأول بدنة وبالثانى شاة (والثانى) يجب لكل واحد بدنة (والثالث) يكفى بدنة عنهما جميعا (والرابع) إن كفر عن الأول قبل الجماع الثانى وجبت الكفارة للثانى ، وهى شاة فى الأصح وبدنة فى الآخر ، وإن لم يكن كفر عن الأول كفته بدنة عنهما (والخامس) إن طال الزمان بين الجماعين أو اختلف المجلس وجبت كفارة أخرى للثانى ، وفيها القولان ، وإلا فكفارة واحدة . ولو وطىء مرة ثالثة ورابعة وأكثر ففيه هذه الأقوال (الأظهر) يجب للأول بدنة ، ولكل مرة بعده شاة (والثانى) يجب لكل مرة بدنة وباقى الأقوال ظاهرة ، ودليل الجميع يفهم مما ذكره المصنف ، قال إمام الحرمين : هذا الخلاف إذا كان قد قضى فى كل جماع وطره ، قال : فأما لو كان ينزع ويعود ، والأفعال متواصلة ، وحصل قضاء الوطر آخرا فالجميع جماع واحد بلا خلاف .

(المسألة الثانية) إذا وطىء بعد التحلل الأول وقبل التحلل الثانى فهذا الوطء حرام بلا خلاف ، كما سيأتى بيانه فى صفة الحج إن شاء الله تعالى ، وهل يفسد حجه ؟ فيه ثلاث طرق (أصحها) وبه قطع المصنف والجمهور من العراقيين وغيرهم لا يفسد ، لما ذكره المصنف (والثانى) فى فساده وجهان (أصحهما) يفسد (والثانى) لا يفسد حكاه إمام الحرمين

وآخرون (والثالث) حكاه الدارمي والرافعي وغيرهما فيه قولان (الجديد) لا يفسد (والقديم) أنه يفسد ما بقي من حجه دون ما مضى فلا يمضي في فاسده ، بل يخرج إلى أدنى الحل ويجدد منه إحراما ، ويأتي بعمل عمرة وهو مذهب مالك ، لأن الباقي من حجه طواف وسعي وحلق ، وذلك هو عمل العمرة ، وهذا ضعيف لأن العبادة الواحدة المرتبطة لا يوصف بعضها بالبطلان دون بعض • فإذا قلنا بالمذهب : إنه لا يفسد فقولان (أصحهما) عند الجمهور يلزمه شاة ، وبه قطع المحاملي في المقنع (والثاني) يلزمه بدنة ، وصححه البغوي وأشار المحاملي في المجموع والتجريد إلى ترجيحه ، وحكى الرافعي وجها أنه لا شيء عليه وهو شاذ ضعيف • واعلم أن جمهور الأصحاب أطلقوا القولين في المسألة كما ذكره المصنف ، وحكاهما الجرجاني في البحر وجهين ، وقال المحاملي في المجموع والتجريد : المنصوص يلزمه بدنة وفيه قول مخرج أنه شاة والمشهور قولان مطلقا كما سبق •

(فرع) قال المتولي : إذا وقف الحاج بعرفات ولم يرم ولا طاف ولا حلق ، وفات وقت الرمي ثم جامع فان قلنا : الحلق نسك فسد حجه ، لأنه لم يحصل التحلل الأول فعليه البدنة والمضي في فاسده والقضاء ، وإن قلنا : الحلق ليس نسكا فوجهان قال ابن سريج : يفسد حجه ، وقال غيره : لا يفسد وأصل الوجهين أن رمي جمرة العقبة إذا فات وجب فيه الدم ، وهل يتوقف التحلل على ذبح الدم ؟ فيه وجهان (أصحهما) يتوقف فان قلنا يتوقف فسد حجه لأنه لم يحصل التحلل الأول وإلا فلا • هذا كلام المتولي ، وذكر القاضي حسين نحوه •

(المسألة الثالثة) إذا جامع في قضاء الحج قبل التحلل الأول فسد القضاء ، ولزمه المضي في فاسده والبدنة بلا خلاف ويلزمه قضاء واحد عن الإحرام الأول ولو تكرر القضاء والإفساد مائة مرة لم يجب إلا قضاء واحد وتجب البدنة في كل مرة أفسدها •

(فـرع) لو رمى جمرة العقبة فى الليل معتقدا أنه بعد نصف الليل وحلق ثم جامع ، ثم بان أنه رمى قبل نصف الليـل ، فطريقان حكاهمـا الدارمى (وأصحهما) كما لو وطىء ناسيا فيكون فيه القولان (والثانى) يفسد قطعا لتقصيره ، وقد سبقت المسألة فى الباب المـاضى •

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(والوطء فى الدبر واللواط وإتيان البهيمة كالوطء فى القبل فى جميع ما ذكرناه لأن الجميع وطء والله أعلم) •

(الشرح) هـذا الذى قاله هو المذهب ، وبه قطـع الجمهور من العراقيين والخراسانيين ، وقيل : لا يفسد الحج بشىء من ذلك وحكى القاضى أبو الطيب فى كتابه المجرد وغيره من أصحابنا قولا أنه لا يجب فى جميع ذلك إلا شاة ، وظاهر عبارتهم أنه لا يفسد به الحج ولا العمرة على هذا القول قال القـاضى أبو الطيب فى تعليقه وآخرون : يفسـد الحج والعمرة بالوطء فى دبر الرجل أو المرأة ، وتجب البدنة وهو كالوطء فى قبلها قالوا : (وأما) البهيمة فإن قلنا : وطؤها يوجب الحد فكذلك وإن قلنا : يوجب التعزير فوجهان والصحيح ما قدمنـا عن الجمهور • والله أعلم •

(فـرع) لو لف على ذكره خرقة وأولجه فى امرأة فهل يفسد حجه ؟ فيه ثلاثة أوجه حكاها الصيمرى والمـاوردى والرويانى وصاحب البيان وغيرهم (أصحها) يفسد كما لو لم يلف خرقة ، لأنه يسمى جماعا (الثانى) لا ، لأنه إنما أولج فى خرقة (والثالث) اختاره أبو الفيـاض البصرى والصيمرى إن كانت الخرقة رقيقة لا تمنع الحرارة واللذة فسد حجه وإلا فلا ، وقد سبقت هذه الأوجه فى باب ما يوجب الغسل وسبق أنها جارية فى كل الأحكام والصحيح أنه جماع فى كل الأحكام والله أعلم •

(فــرع) قد سبق فى باب ما يوجب الغسل ، أن أحكام الوطء تتعلق بتغييب جميع الحشفة ولا يتعلق شيء من أحكام الوطء ببعض الحشفة وأنه إذا كان مقطوعها فإن بقى من الذكر دون قدر الحشفة فلا حكم لإيلاجه وإن كان قدرها تعلقت الأحكام بتغييبه كله وإن كان أكثر فوجهان (الأصح) يتعلق بقدرها (والثانى) لا تتعلق إلا بكل الباقى وسبق هناك أن استدخال المرأة ذكر بهيمة له حكم وطء الرجل لها ، وفى استدخال الذكر المقطــوع وجهان (الأصح) أنه كالوطء .

قال المصنف رحمه الله تعــالى

(وإن قبلها بشهوة أو باشرها فيما دون الفرج بشهوة لم يفسد حجه لأنها مباشرة لا يجب الحد بجنسها ، فلم تفسد الحج كالمباشرة بغير شهوة ، وتجب عليه فدية الأذى لأنه استمتاع لا يفسد الحج فكانت كفارته [ككفارة] فدية الأذى والطيب والاستمناء كالمباشرة فيما دون الفرج فى الكفارة ، لأنه بمنزلتها فى التحريم والتعزير ، فكان بمنزلتها فى الكفارة) .

(الشرح) قد سبق فى الإحرام أنه يحرم على المحرم المباشرة بشهوة كالقبلة والمفاخذة واللمس باليد بشهوة ونحو ذلك ، هــذا إذا كان قبل التحللين فإن كان بينهما ففى تحريم المباشرة فيما دون الفرج بشهوة خلاف مشهور فى باب صفة الحج ومتى ثبت التحريم فباشر عمدا عالمــا بالتحريم مختارا لم يفسد حجه سواء أنزل أم لا ، وهذا لا خلاف فيه عندنا ، ولا تلزمه البدنة بلا خلاف ، وتلزمه الفدية الصغرى وهى فدية الحلق وقــد سبق بيانها فى أول الباب (وأما) اللمس والقبلة ونحوهما بغير شــهوة فليس بحرام ؟ ولا فدية فيه بلا خلاف (وأما) قول إمام الحرمين والغزالى : كل مباشرة نقضت الوضوء فهى حرام على المحرم فغلط وسبق قلم يتأول على أن المراد كل ملامسة تنقض الوضوء فهى محرمة ، بشرط كونها بشهوة ، ومرادهما بهذه العبارة استيعاب صور اللمس اتفاقا واختلافا والله أعلم .

قال الصيمرى والماوردى وصاحب البيان : لو قدم المحرم من سفر ، أو قدمت امرأته من سفر فقبلها أو أراد أحدهما سفرا فودعها وقبلها ، فإن قصد تحية القادم والمسافر وإكرامه ، ولم يقصد شهوة فلا فدية ، وإن قصد الشهوة عصى ولزمته الفدية ، وإن لم يقصد شيئا فوجهان (أحدهما) لا فدية لأن ظاهر الحال يقتضى التحية (والثانى) تجب لأنها موضوعة للشهوة ، فلا تنصرف عنها إلا بنية ، هكذا قالوه ، وهذا الوجه ضعيف ، والصواب أن لا فدية ، لأنها لا تجب إلا بالشهوة ، ولم يقصد هنا شهوة ، ولا يشترط قصد غير الشهوة ، والله أعلم •

(فرع) إذا قبل المحرم امرأته بشهوة ولزمته الفدية ثم جامعها ، فلزمته البدنة ، فهل تسقط عنه الشاة وتندرج فى البدنة ؟ أم تجبان معا ؟ فيه وجهان حكاهما الماوردى وآخرون ، قال الماوردى : هما مبنيان على الوجهين فى المحدث إذا أجنب هل يندرج الحدث فى الجنابة ويكفيه الغسل أم لا ؟ إن أدرجناه هناك أدرجناه هنا وإلا فلا ، وقد سبقت هذه المسألة قريبا فى فصل من لبس ثم لبس ، أو تطيب ثم تطيب وذكرنا فيه أربعة أوجه (أصحها) تكفيه بدنة (والثانى) تجب بدنة وشاة (والثالث) إن قصد بالمباشرة الشروع فى الجماع فبدنة وإلا فبدنة وشاة (والرابع) إن قصر الزمان بينهما فبدنة ، وإلا فبدنة وشاة والله أعلم • ولو وطىء وطئا يوجب البدنة ثم باشر دون الفرج بشهوة ، قال الدارمى : إن كان كفر عن الجماع قبل المباشرة لزمه للمباشرة شاة ، وإلا ففى اندراجها فى البدنة وجهان والله أعلم •

(فرع) إذا استمنى بيده ونحوها فأنزل ، عصى بلا خلاف ، وفى لزوم الفدية وجهان حكاهما القاضى حسين والفورانى وإمام الحرمين والبغوى والمتولى وصاحب البيان وآخرون (أصحهما) عندهم وجوبها ، وبه قطع المصنف هنا وفى التنبيه والماوردى وغيرهما لما ذكره المصنف

(والثانى) لا فدية لأنه إنزال من غير مباشرة غيره ، فأشبه من نظر فأنزل فإنه لا فدية (فإن قلنا) بالفدية فهى فدية الحلق كما قلنا فى مباشرة المرأة بغير الجماع ولا يفسد حجه بالاستمناء بلا خلاف (وأما) إذا نظر إلى امرأة بشهوة وكرر النظر حتى أنزل فلا يفسد حجه ، ولا فدية بلا خلاف عندنا وقال عطاء والحسن البصرى ومالك : يفسد حجه ، وعليه القضاء وعن ابن عباس فى الفدية روايتان (إحداهما) تجب بدنة (والثانية) شاة وبه قال سعيد بن جبير وأحمد وإسحق . ودليلنا أنه إنزال من غير مباشرة فأشبه إذا فكر فأنزل من غير نظر .

(فرع) لو باشر غلاما حسنا بغير الوطء بشهوة فهو كمباشرة المرأة لأنها مباشرة محرمة فأشبهتها فوجبت الفدية وفيه وجه ضعيف حكاه البغوى أنه لا فدية ، وقد سبق بيانه فى باب الإحرام وأوضحنا هناك ضعف هذا الوجه .

(فرع) قال الماوردى : لو أولج المحرم ذكره فى قبل خنثى مشكل لم يفسد حجه سواء أنزل أم لا لأنه يحتمل أنه رجل ، فيكون قد أولج فى عضو زائد من رجل ، فلا يفسد بالشك لكن إن أنزل لزمه الغسل وشاة ، كمباشرة المرأة بدون الجماع ، وإن لم ينزل فلا غسل ولا شاة ، ولا شىء سوى التعزير والإثم .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى مسائل من مباشرة المحرم المرأة ونحوها (إحداها) إذا وطئها فى القبل عامدا عالما بتحريمه قبل الوقوف بعرفات ، فسد حجه بإجماع العلماء ، وفيما يجب عليه خلاف لهم ، فمذهبنا أن واجبه بدنة كما سبق وبه قال وأحمد وهو مذهب جماعات من الصحابة رضى الله عنهم ذكرنا بعضهم فى أول هذا الفصل وقال أبو حنيفة : عليه شاة لا بدنة وقال داود : هو مخير بين بدنة وبقرة وشاة .

(الثانية) إذا وطئها بعد الوقوف بعرفات قبل التحللين فسد حجه • وعليه المضى فى فاسده وبدنة والقضاء • هذا مذهبنا ، وبه قال مالك وأحمد ، وقال أبو حنيفة : لا يفسد ، ولكن عليه بدنة وعن مالك رواية أنه لا يفسد دليلنا أنه وطىء فى إحرام كامل فأشبه الوطء قبل الوقوف • احتجوا بالحديث : « الحج عرفة فمن أدرك عرفة فقد تم حجه » قال أصحابنا : هذا متروك الظاهر بالإجماع فيجب تأويله وهو محمول على أن معناه فقد أمن الفوات •

(الثالثة) إذا وطىء بعد التحلل الأول وقبل الثانى لم يفسد حجه عندنا ولكن عليه الفدية ووافقنا أبو حنيفة فى أنه لا يفسد ، وقال مالك : إذا وطىء بعد جمرة العقبة وقبل الطواف لزمه أعمال عمرة ولا يجزئه حجه لأن الباقى عليه أعمال عمرة وهى الطواف والسعى والحلق ، وقالا : فيلزمه الخروج إلى الحل ويحرم بعمرة ، ويلزمه الفدية ، وعن أحمد روايتان فى الفدية هل هى شاة أم بدنة ؟

(الرابعة) إذا وطىء فى الحج وطئا مفسدا لم يزل بذلك عقد الإحرام ، بل عليه المضى فى فاسده والقضاء ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد والجمهور وقال الماوردى والعبدرى : هو قول عامة الفقهاء • وقال داود : يزول الإحرام بالإفساد ويخرج منه بمجرد الافساد ، وحكاه الماوردى عن ربيعة أيضا قال وعن عطاء نحوه ، قال : واستدلوا بحديث عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » رواه مسلم قالوا : والفاسد ليس مما عليه أمره ، وقياسا على الصلاة والصوم • واستدل أصحابنا بإجماع الصحابة ، وقد قدمنا ذلك عن جماعة منهم فى أول هذا الفصل ، ولأنه سبب يجب به قضاء الحج فوجب أن لا يخرج به من الحج كالفوات • والجواب عن الحديث أن الذى ليس عليه أمر صاحب الشرع إنما هو الوطء ، وهو

مردود ، وأما الحج فعليه أمر صاحب الشرع (وأما) قياسهم على الصوم والصلاة فجوابه أنه يخرج منهما بالقول ، فكذا بالإفساد بخلاف الحج ولأن محظورات الصلاة والصوم تنافيهما بخلاف الحج .

(الرابعة)[1] إذا وطىء امرأته وهما محرمان فسد حجهما وقضيا وفرق بينهما فى الموضع الذى جامعها فيه فلا يجتمعان إلا بعد التحلل وهل التفريق واجب ؟ أم يستحب ؟ فيه قولان أو وجهان عندنا (أصحهما) مستحب . وقال مالك وأحمد : واجب ، وزاد مالك فقال : يفترقان من حيث يحرمان ، ولا ينتظر موضع الجماع . وقال عطاء وأبو حنيفة : لا يفرق بينهما ولا يفترقان ، وممن قال بالتفريق عمر بن الخطاب وعثمان وابن عباس وسعيد بن المسيب والثورى وإسحق وابن المنذر . واحتج أبو حنيفة بالقياس على الوطء فى نهار رمضان ، فإنهما إذا قضيا لا يفترقان . واحتج أصحابنا بأن ما قلناه قول الصحابة ولأنه لا يؤمن إذا اجتمعا أن يتذكرا ما جرى فيتوقا إليه فيفعلاه ، والجواب عن قياسه على الصوم أن زمنه قصير ، فإذا تاق أمكنه الجماع بالليل بخلاف الحج .

(الخامسة) إذا أحرم بالحج أو العمرة من موضع قبل الميقات ثم أفسده ، لزمه فى القضاء الإحرام من ذلك الموضع ، وبه قال ابن عباس وسعيد بن المسيب وأحمد وإسحق وابن المنذر . وحكى ابن المنذر عن النخعى أنه يحرم من المكان الذى جامع فيه ، وقال مالك وأبو حنيفة : إن كان حاجا كفاه الإحرام من الميقات . وإن كان معتمرا فمن أدنى الحل ، واحتجا بأن النبى صلى الله عليه وسلم قال لعائشة : « ارفضى عمرتك ثم أمرها أن تحرم من التنعيم بالعمرة » رواه البخارى ومسلم ، واحتج أصحابنا بأنها مسافة وجب قطعها فى أداء الحج فوجب فى القضاء كالميقات وأما حديث عائشة فإنها صارت قارنة فأدخلت الحج على العمرة ، ومعنى

---

(١) الرابعة هنا مكررة ولعلها الرابعة عشرة ويكون موضعها عقب الثالثة عشرة فتأمل .

ارفضى عمرتك أى دعى إتمام العمل فيها واقتصرى على أعمال الحج فإنها تكفيك عن حجك وعن عمرتك ولهذا قال صلى الله عليه وسلم لها فى صحيح مسلم وغيره : « طوافك وسعيك يجزئك لحجك وعمرتك » فهذا تصريح بأنها لم تبطلها من أصلها ، بل أعرضت عن أعمالها منفردة لدخولها فى أعمال الحج ، وقد بسطت هذا التأويل بأدلته الصحيحة الصريحة فى شرح صحيح مسلم رحمه الله والله أعلم .

(السادسة) قد ذكرنا أن مذهبنا أنه يلزم من أفسد حجه بدنة ، وبه قال ابن عباس وعطاء وطاوس ومجاهد ومالك والثورى وأبو ثور وإسحق ، إلا أن الثورى وإسحق قالا : إن لم يجد بدنة كفاه شاة . وعندنا وعند آخرين إن لم يجد بدنة فبقرة ، فان فقدها فسبع من الغنم ، فان فقدها أخرج بقيمة البدنة طعاما ، فان فقد صام عن كل مد يوما . وعن أحمد رواية أنه مخير بين هذه الخمسة ، وسبق بيان مذهب أبى حنيفة فى المسألة الأولى والثانية . دليلنا آثار الصحابة .

(السابعة) إذا وطىء القارن فسد حجه وعمرته ، ولزمه المضى فى فاسدهما وتلزمه بدنة للوطء ، وشاة بسبب القران ، فاذا قضى لزمه أيضا شاة أخرى ، سواء قضى قارنا أم مفردا لأنه توجه عليه القضاء قارنا ، فاذا قضى مفردا لا يسقط عنه دم القران ، قال العبدرى : وبهذا كله قال مالك وأحمد . وقال أبو حنيفة إن وطىء قبل طواف العمرة فسد حجه وعمرته ، ولزمه المضى فى فاسدهما ، والقضاء وعليه شاتان شاة لإفساد الحج وشاة لإفساد العمرة . ويسقط عنه دم القران ، فان وطىء بعد طواف العمرة فسد حجه ، وعليه قضاؤه وذبح شاة ولا تفسد عمرته فيلزمه بدنة بسببها ويسقط عنه دم القران ، قال ابن المنذر . وممن قال : يلزمه هدى واحد عطاء وابن جريج ومالك والشافعى وإسحق وأبو ثور وقال الحكم : يلزمه هديان .

(الثامنة) إذا أفسد المحرم والمحرمة حجهما بالوطء فقد ذكرنا الخلاف فى مذهبنا أنه هل يلزمهما بدنة ؟ أم بدنتان ؟ قال ابن المنذر : وأوجب ابن عباس وابن المسيب والضحاك والحكم وحماد والثورى وأبو ثور على كل واحد منهما هديا ، وقال النخعى ومالك : على كل واحد منهما بدنة ، وقال أصحاب الرأى : إن كان قبل عرفة فعلى كل واحد منهما شاة ، وعن أحمد روايتان (إحداهما) يجزئهما هدى (والثانية) على كل واحد منهما هدى ، وقال عطاء وإسحق لزمهما هدى واحد .

(التاسعة) إذا جامع مرارا فقد ذكرنا أن الأصح عندنا أنه يجب فى المرة الأولى بدنة ، وفى كل مرة بعدها شاة ، قال ابن المنذر : وقال عطاء ومالك وإسحق : عليه كفارة واحدة ، وقال أبو ثور : لكل وطء بدنة ، وقال أبو حنيفة إن كان فى مجلس واحد فدم ، وإلا فدمان وقال محمد : إن لم يكن كفر عن الأول كفاه لهما كفارة وإلا فعليه للثانى كفارة أخرى . دليلنا أن الثانى مباشرة محرمة مستقلة لم تفسد نسكا فوجبت فيها شاة كالمباشرة بغير الوطء .

(العاشرة) لو وطىء امرأة فى دبرها أو لاط برجل أو أتى بهيمة فقد ذكرنا أن الصحيح عندنا أنه يفسد حجه وعمرته بكل واحد من هذا ، وقال أبو حنيفة البهيمة لا تفسد ولا فدية ، وفى الدبر روايتان ، وقال داود : لا تفسد البهيمة واللواط .

(الحادية عشرة) لو وطئها فيما دون الفرج لم يفسد حجه عندنا ، وعليه شاة فى أصح القولين ، وبدنة فى الآخر ، سواء أنزل أم لا وكذا قال جمهور العلماء لا يفسد ممن قاله الثورى وأبو حنيفة وأبو ثور ، قال سعيد ابن جبير والثورى وأحمد وأبو ثور وعليه بدنة . وقال أبو حنيفة : دم ، وقال ابن المنذر عندى عليه شاة ، وقال عطاء والقاسم بن محمد والحسن ومالك وإسحق : إن أنزل فسد حجه ولزمه قضاؤه وعن أحمد فى فساده

روايتان ، وأما إذا قبلها بشهوة فهو عندنا كالوطء فيما دون الفرج فلا يفسد الحج ، وتجب شاة فى الأصح وبه قال ابن المسيب وعطاء وابن سيرين والزهرى وقتادة ومالك والثورى وأحمد وإسحق وأبو حنيفة وأبو ثور ، وقال ابن المنذر : روينا ذلك عن ابن عباس ، وروينا عنه أنه يفسد حجه ، وعن عطاء رواية أنه يستغفر الله تعالى ولا شيء عليه ، وعن سعيد بن جبير أربع روايات (إحداها) كقول ابن المسيب (والثانية) عليه بقرة (والثالثة) يفسد حجه (والرابعة) لا شيء عليه بل يستغفر الله تعالى •

(الثانية عشرة) لو ردد النظر إلى زوجته حتى أمنى لم يفسد حجه ، ولا فدية عليه ، وبه قال أبو حنيفة وأبو ثور ، وقال الحسن البصرى ومالك: يفسد حجه وعليه الهدى ، وقال عطاء : عليه الحج من قابل وعن ابن عباس روايتان (إحداهما) عليه بدنة (والثانية) دم وقال سعيد بن جبير وأحمد وإسحق : عليه دم •

(الثالثة عشرة) إذا وطىء المعتمر بعد الطواف وقبل السعى فسدت عمرته وعليه المضى فى فاسدها ، والقضاء والبدنة ، وبه قال أحمد وأبو ثور لكنهما قالا : عليه القضاء والهدى ، وقال عطاء : عليه شاة ولم يذكر القضاء ، وقال الثورى وإسحق : يريق دما وقد تمت عمرته ، وقال ابن عباس : العمرة والطواف ، واحتج إسحق بهذا ، وقال أبو حنيفة : إن جامع بعد أن طاف بالبيت أربعة أشواط لم تفسد عمرته ، وعليه دم : وإن كان طاف ثلاثة أشواط فسدت وعليه إتمامها والقضاء ودم ، قال ابن المنذر : وأجمعوا على أنه لو وطىء قبل الطواف فسدت عمرته ، أما إذا جامع بعد الطواف والسعى وقبل الحلق فقد ذكرنا أن مذهبنا فساد العمرة إن قلنا : الحلق نسك وهو الأصح ، قال ابن المنذر : ولا أحفظ هذا عن غير الشافعى ، وقال ابن عباس والثورى وأبو حنيفة : عليه دم ، وقال مالك : عليه الهدى ، وعن عطاء أنه يستغفر الله ولا شيء عليه ، قال ابن المنذر : قول ابن عباس أعلى •

(وإن قتل صيدا نظرت إن كان له مثل من النعم وجب عليه مثله من النعم والنعم هى الإبل والبقر والغنم ، والدليل عليه قوله عز وجل : (ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم) فيجب فى النعامة بدنة ، وفى حمار الوحش وبقرة الوحش بقرة ، وفى الضبع كبش ، وفى الغزال عنز وفى الأرنب عناق [1] وفى اليربوع جفره ، لمـا روى عن عثمان وعلى وابن عباس وزيد بن ثابت وابن الزبير ومعاوية رضى الله عنهم « انهم قضوا فى النعـامة ببدنة » وعن عمر رضى الله عنه أنه « جعل فى حمار الوحش بقرة » وحكم فى الضبع بكبش وفى الأرنب بعناق ، وفى اليربوع بجفرة » وعن عثمان رضى الله عنه انه حكم فى ام حبين بحلان وهو الحمل ، فما حكم فيه الصحابة لا يحتاج فيه إلى اجتهاد ، وما لم تحكم فيه الصحابة يرجع فى معرفة المماثلة بينـه وبين النعم إلى عدلين من أهل المعرفة ، لقوله تعالى : (يحكم به ذوا عدل منكم هديا) . وروى قبيصة بن جابر الأسدى قال : « اصبت ظبيا وانا محرم فاتيت عمر رضى الله عنه ومعى صاحب لى ، فذكرت ذلك له ، فاقبل على رجل إلى جانبه فشاوره ، فقال لى : اذبح شاة ، فلما انصرفنا قلت لصاحبى: إن امير المؤمنين لم يدر ما يقول ، فسمعنى عمر فاقبـل على ضربا بالدرة وقال اتقتل صيدا وانت محرم وتغمص الفتيا ـ اى تحتقرها ـ وتطعن فيها قال الله عز وجل فى كتابه : (يحـكم به ذوا عدل منكم) ها انذا عمر وهذا ابن عوف » .

(فصـل) المستحب أن يكونا فقيهين ، وهل يجوز أن يكون القاتل أحدهما فيه وجهان (أحدهمـا) لا يجوز كما لا يجوز أن يكون المتلف للمال أحد المقومين (والثانى) أنه يجوز ، وهو الصحيح ، لأنه يجب عليه لحق الله تعالى فجاز أن يجعل من يجب عليه أمينا فيه كرب المـال فى الزكاة ، ويجوز أن يفدى الصغير بالصغير ، والكبير بالـكبير ، فان فدى الذكر بالأنثى جاز لأنها أفضل ، وإن فدى الأعور من اليمين بالأعور من اليسار جاز ، لأن المقصود فيهما واحد [وإذا وجب عليه المثل فهو بالخيار بين أن يذبح المثل ويفرقه وبين أن يقومه بالدراهم والدراهم طعام ويتصدق

---

(١) العناق كسحاب من أولاد المعز (ط) .

به ، وبين أن يصوم عن كل مد يوما لقوله تعالى « هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما »[1] .

وإن جرح صيدا له مثل فنقص عشر قيمته فالمنصوص أنه يجب عليه عشر ثمن المثل ، وقال بعض أصحابنا : يجب عليه عشر المثل ، وتأول النص عليه إذا لم يجد عشر المثل ، لأن ما ضمن كله بالمثل ضمن بعضه بالمثل كالطعام ، والدليل على المنصوص أن إيجاب بعض المثل يشق فوجب العدول إلى القيمة كما عدل فى خمس من الإبل إلى الشاة حين شق إيجاب جزء من البعير ، وإن ضرب صيدا حاملا فأسقطت ولدا حيا ثم ماتا ضمن الأم بمثلها ، وضمن الولد بمثله ، وإن ضربها فأسقطت جنينا ميتا والأم حية ضمن ما بين قيمتها حاملا وحائلا ، ولا يضمن الجنين .

(فصل) وإن كان الصيد لا مثل له من النعم وجب عليه قيمته فى الموضع الذى أتلفه فيه ، لما روى أن مروان سأل ابن عباس رضى الله عنه عن الصيد بصيده المحرم ولا مثل له من النعم قال ابن عباس : ثمنه يهدى إلى مكة ، ولأنه تعذر إيجاب المثل فيه فضمن بالقيمة كمال الآدمى ، فاذا أراد أن يؤدى فهو بالخيار بين أن يشترى بثمنه طعاما ويفرقه ، وبين أن يقوم ثمنه طعاما ، ويصوم عن كل مد يوما ، وإن كان الصيد طائرا نظرت فان كان حماما وهو الذى يعب ويهدر كالذى يقتنيه الناس فى البيوت ، كالدبسى والقمرى والفاختة فانه يجب فيه شاة ، لأنه روى ذلك عن عمر وعثمان ونافع بن عبد الحرث وابن عباس رضى الله عنهم ، ولأن الحمام يشبه الغنم ، لأنه يعب ويهدر كالغنم فضمن به ، وإن كان أصغر من الحمام كالعصفور والبلبل والجراد ضمنه بالقيمة ، لأنه لا مثل له فضمن بالقيمة ، وإن كان أكبر من الحمام كالقطا واليعقوب والبط والأوز ففيه قولان (أحدهما) يجب فيه شاة ، لأنها إذا وجبت فى الحمام فلأن تجب

---

(1) ما بين المعقوفين ساقط ش و ق (ط) .

فى هذا وهو أكبر أولى (الثانى) أنه يجب فيها قيمتها لأنه لا مثل لها من النعم ، فضمن بالقيمة ، وإن كسر بيض صيد ضمنه بالقيمة ، وإن نتف ريش طائر ثم نبت ففيه وجهان (أحدهما) لا يضمن (والثانى) يضمن بناء على القولين فيمن قلع شيئا ثم نبت •

(**فصل**) وإن قتل صيدا بعد صيد وجب لكل واحد منهما جزاء ، لأنه ضمان متلف فيتكرر بتكرر الإتلاف ، وإن اشترك جماعة من المحرمين فى قتل صيد وجب عليهم جزاء واحد ، لأنه بدل متلف يتجزأ ، فاذا اشترك الجماعة فى إتلافه قسم البدل بينهم كقيم المتلفات ، وإذا اشترك حلال وحرام فى قتل صيد وجب على المحرم نصف الجزاء ، ولم يجب على الحلال شىء ، كما لو اشترك رجل وسبع فى قتل آدمى • وإن أمسك محرم صيدا فقتله حلال ضمنه المحرم بالجزاء ثم يرجع به على القاتل لأن القاتل أدخله فى الضمان فرجع عليه ، كما لو غصب مالا من رجل فأتلفه آخر فى يده •

(**فصل**) وإن جنى على صيد فأزال امتناعه نظرت ــ فان قتله غيره ــ ففيه طريقان ، قال أبو العباس : عليه ضمان ما نقص ، وعلى القاتل جزاؤه مجروحا إن كان محرما ، ولا شىء عليه إن كان حلالا ، وقال غيره : فيه قولان (أحدهما) عليه ضمان ما نقص لأنه جرح ولم يقتل ، فلا يلزمه جزاء كامل ، كما لو بقى ممتنعا ، ولأنا لو أوجبنا عليه جزاء كاملا وعلى القاتل إن كان محرما ــ جزاء كاملا ، سوينا بين القاتل والجارح ولأنه يؤدى إلى أن نوجب على الجارح أكثر مما يجب على القاتل ، لأنه يجب على الجارح جزاؤه صحيحا ، وعلى القاتل جزاؤه مجروحا ، وهذا خلاف الأصول (والقول الثانى) أنه يجب عليه جزاؤه كاملا لأنه جعله غير ممتنع فأشبه الهالك • فأما إذا كسره ثم أخذه وأطعمه وسقاه حتى برىء نظرت ــ فان عاد ممتنعا ــ ففيه وجهان ، كما قلنا فيمن نتف ريش طائر فعاد ونبت ، فان لم يعد ممتنعا فهو على القولين (أحدهما) يلزمه ضمان ما نقص (والثانى) يلزمه جزاء كامل •

(فصـــل) والمفرد والقارن فى كفارات الإحرام واحد ، لأن القارن كالمفرد فى الأفعال ، فكان كالمفرد فى الكفارات) • .

(الشرح) هذه الآثار مشهورة ، فالوجه أن أذكر الآثار الواردة فى المسألة (منها) الأثر المذكور عن قبيصة بن جابر الأسدى • رواه البيهقى بإسناد صحيح وعن أبى حريز ــ بالحاء وآخره زاى ــ قال : « أصبت ظبيا وأنا محرم فأتيت عمر فسألته فقال إيت رجلين من إخوانك فليحكما عليك ، فأتيت عبد الرحمن بن عوف وسعيدا فحكما تيسا أعفر » رواه البيهقى • وعن طارق قال : « خرجنا حجاجا فأوطأ رجل يقال له أربد ضبا ففزر ظهره ، فقدمنا على عمر فسأله أربد فقال عمر : احكم يا أربد فقال : أنت خير منى يا أمير المؤمنين وأعلم ، فقال عمر : إنما أمرتك أن تحكم فيه ولم آمرك أن تزكينى ، فقال : أربد أرى فيه جديا قد جمع المـاء والشجر ، فقال عمر بذلك فيه » رواه الشافعى والبيهقى بإسناد صحيح وعن على بن أبى طلحة عن ابن عباس قال : إن قتل نعامة فعليه بدنة من الإبل ، رواه البيهقى وهو منقطع لأن على بن أبى طلحة لم يدرك ابن عباس ، سقط بينهما مجـاهد أو غيره •

وعن ابن عباس : « وفى بقرة الوحش بقرة ، وفى الإبل بقرة » رواه الشـافعى والبيهقى بإسناد صـحيح • وعن عطـاء الخراسانى : أن عمر وعثمان وعليا وزيد بن ثابت وابن عباس ومعاوية رضى الله عنهم قالوا : فى النعامة يقتلهـا المحرم بدنة من الإبل » رواه الشـافعى والبيهقى • قال الشافعى : هذا غير ثابت عند أهل العلم بالحديث ، وهو قول الأكثرين ممن لقيت ، فبقولهم : فى النعامة بدنة ، وبالقياس قلنا : بالنعامة لا بهذا ، قال البيهقى : وجه ضعفه أنه مرسل ، فان عطاء الخراسانى ولد سنة خمسين ولم يدرك عمر ، ولا عثمان ، ولا عليا ، ولا زيدا ، وكان فى زمن معـاوية صبيا ولم يثبت له سماع من ابن عباس ، وإن كان يحتمل أنه سمع منه ،

فان ابن عباس توفى سنة ثمان وخمسين ، ثم إن عطاء الخراسانى مع انقطاع حديثه ممن تكلم فيه أهل العلم بالحديث •

وعن عبد الرحمن بن عبد الله بن أبى عمار عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الضبع فقال : « هى صيد ، وجعل فيها كبشا ، إذا صادها المحرم » رواه البيهقى قال : وهو حديث جيد يقوم به الحجة ثم قال البيهقى : قال الترمذى : سألت البخارى عنه فقال هو حديث صحيح • وعن عكرمة قال : « أنزل رسول الله صلى الله عليه وسلم الضبع صيدا وقضى فيها كبشا » رواه الشافعى والبيهقى قال الشافعى : هذا حديث لا يثبت مثله ، لو انفرد ، قال البيهقى : وانما قال ذلك لأنه مرسل قال وروى موصولا ، ثم رواه باسناد عن عمرو بن أبى عمرو عن عكرمة عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم وقد سبق بيان اختلاف المحدثين فى الاحتجاج بعمرو بن أبى عمرو هذا والله أعلم • وروى الشافعى عن مالك عن أبى الزبير عن جابر أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قضى فى الضبع بكبش وفى الغزال بعنز ، وفى الأرنب بعناق ، وفى اليربوع بجفرة ، هذا إسناد مبلج صحيح •

قال البيهقى : وروى مرفوعا عن جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم قالا : والصحيح أنه موقوف على عمر « وعن ابن عباس قال : فى الضبع كبش » رواه الشافعى والبيهقى باسناد صحيح أو حسن • قال البيهقى : وروى عن على رضى الله عنهم أجمعين ، وعن عمر أنه قضى فى الضبع بكبش ، وفى الظبى بشاة ، وفى الأرنب بعناق ، وفى اليربوع بجفرة • وروى الشافعى والبيهقى بإسنادهما الصحيح عن شريح ، قال : لو كان معى حكم حكمت فى الثعلب بجدى • قال البيهقى : وروى عن عطاء أن فى الثعلب سطاة وعن عثمان رضى الله عنه أنه قضى فى أم حبين بحلان من الغنم ، رواه الشافعى والبيهقى باسناد ضعيف فيه مطرف بن مازن قال يحيى بن معين • هو كذاب والله أعلم •

(أما) ألفاظ الفصل فالعناق ــ بفتح العين ــ وهى من أولاد المعز خاصة وهى التى[1] (وأما) الجفرة فهى التى بلغت أربعة أشهر ، وفصلت عن أمها (وأما) أم حبين [2] فمعروفة وهى ــ بضم الحاء المهملة وفتح الباء الموحدة المخففة ــ (وأما) الحلان [2] ــ فبضم الحاء المهملة وتشديد اللام ــ (وأما) الحمل ــ فبفتح الحاء والميم ــ وهــو الخروف • قال الأزهرى : هو الجدى ، ويقال له : حلام ــ بالميم ــ أيضا (قوله) تغمص الفتيا هو ــ بفتح التــاء وكسر الميم وبالصــاد المهمــلة ــ أى تحتقرها وتستصغرها ، ويقال : فتيا وفتوى (الأولى) ــ بضم الفاء ــ (والثانية) ــ بفتحها ــ (قوله :) يجب عليه لحق الله تعالى احتراز من التقويم •

(اما الأحكام) فقال الشافعى والأصحاب : الصيد ضربان مثلى وهو ماله مثل من النعم ، وهى الإبل والبقر والغنم ، وغير مثلى وهو ما لا يشبه شيئا من النعم ، فالمثلى جزءان على التخيير والتعديل ، فيخير القاتل بين أن يذبح مثله فى الحرم ويتصدق به على مساكين الحرم ، إما بأن يفرق لحمه عليهم ، وإما بأن يسلم جملته إليهم مذبوحا ويملكهم إياه ، ولا يجوز أن يدفعه إليهم حيــا ، وبين أن يقوم المثــل دراهم ، ثم لا يجوز تفرقة الدراهم ، بل إن شاء اشترى بها طعاما وتصدق به على مساكين الحرم ، وإن شاء صام عن كل مد يوما ، ويجوز الصيام فى الحرم وفى جميع البلاد ، وإن انكسر مد وجب صيام يوم ، وأما غير المثلى فيجب فيه قيمته ، ولا يجوز أن يتصدق بها دراهم ، بل يقوم بها طعاما ثم يتخير إن شاء أخرج الطعام ، وإن شاء صام عن كل مد يوما ، فان انكسر مد صام يوما ، فحصل من هذا أنه فى المثلى مخير بين ثلاثة أشياء الحيوان والطعام والصيام ، وفى

---

(١) بياض بالاصل وتحريره هكذا : وهى التى من حين تولد الى أن ترعى .

(٢) أم جبين هى على خلقة الحرباء عريضــة الصدر عظيمــة البطن على قدر الضفدع غبراء لها أربع قوائم .

(٣) واما الحلان فهو الجدى يوجد فى بطن امه . (المطيعى)

غيره بين الطعـام والصيام ، هـذا هو المذهب وهو المقطوع به فى كتب الشافعى والأصحاب •

وروى أبو ثور عن الشافعى قولا قديما أنها على الترتيب ، هكذا حكاه أبو على الطبرى فى الإفصاح ، ومن بعده من المصنفين ، قال القاضى أبو الطيب : أصحابنا كلهم لا يعرفون هذا عن الشافعى ، وهى رواية عن الشافعى شاذة ، وكذا نقل البندنيجى عن الأصحاب إنكار هذه الرواية ، وأنه نص فى القديم على التخيير لا غير قال أصحابنا : وإذا لم يكن مثليا فالمعتبر قيمته فى محل الإتلاف ووقته ، وإن كان مثليا فقيمته فى مكان يوم الانتقال إلى الإطعام ، لأن محل ذبحه مكة فاذا عدل عن ذبحه وجبت قيمته بمحل الذبح ، هذا هو المذهب فى الصورتين وقيل : فيهما قولان (أحدهما) الاعتبار بقيمة يوم الإتلاف (والثانى) بقيمة يوم العدول إلى الإطعـام وقيل : القولان فيما لا مثل له ، وأما ماله مثل فالمعتبر قيمـة المثل حال العدول إلى الإطعام قولا واحدا ، فهذه ثلاثة طرق (المذهب) منها الأول صححه الشيخ أبو حامد والأصحاب •

ومأخذ الخلاف أن الشافعى نص فى أكثر كتبه أنه يقوم يوم إخراج الطعام ، وقال فى موضع : يجب تقويمه يوم قتل الصيد ، فقال الأكثرون : ليست على قولين ، بل على حالين ، فقوله : يعتبر يوم الانتقال إلى الإطعام أراد إذا كان الصيد مثليا ، وقوله : يعتبر حين القتـل أراد إذا كان غير مثلى ، ومنهم من قال : بل هما قولان فيهمـا ، ومنهم من قال بالطريق الثالث ، قال الشيخ أبو حامد والأصحاب : الطريق الأول أصح ، وحيث اعتبرناه بمحل الإتلاف فلإمام الحرمين احتمـالان فى أنه يعتبر فى العدول إلى الطعام سعر الطعام فى ذلك المكان أم سعره بمكة (والثانى) منهمـا أصح •

(فـرع) فى بيان المثلى ، قال أصحابنا : ليس المثلى معتبرا على

التحقيق والتحديد ، بل المعتبر التقريب ، وليس معتبرا فى القيمة ، بل فى الصورة والخلقة ، والكلام فى الدواب ثم الطيور (أما) الدواب فما ورد فيه نص ، أو حكم فيه صحابيان أو عدلان من التابعين ، أو ممن بعدهم من النعم أنه مثل الصيد المقتول اتبع ذلك ولا حاجة إلى تحكيم جديد ، وقد حكم النبى صلى الله عليه وسلم فى الضبع بكبش ، وحكمت الصحابة رضى الله عنهم فى النعامة ببدنة ، وفى حمار الوحش وبقرته ببقرة ، وفى الغزال بعنز ، وفى الأرنب بعناق ، وفى اليروع بجفرة ، وعن عثمان رضى الله عنه أنه حكم فى أم حبين بحلان ، وعن عطاء ومجاهد أنهما حكما فى الوبر بشاة •

قال الشافعى رحمه الله : إن كانت العرب تأكله ففيه جفرة ، لأنه ليس أكبر بدنا منها ، وعن عمر وغيره فى الضب جدى ، وعن ابن عباس فى الإبل بقرة ، وهذا صحيح عنه سبق بيانه قريبا وعن عطاء فى الثعلب شاة وكذا قال الشافعى فى الثعلب شـاة وأما الوعل فقال صاحب البيـان : حكى ابن الصباغ أن فيه بقرة وبهذا جزم البندنيجى وغيره وقال الصيمرى : فيه تيس قال الشافعى فى الأم : فى الأروى عضب والعضب دون الجذع من البقر • أما العناق فهى الأنثى من المعز من حين تولد إلى حين ترعى ما لم تستكمل سنة وجمعها أعنق وعنوق وأما الجفرة فقال أهل اللغة : هى ما بلغت أربعة أشهر من أولاد المعز ، من حين تولد وفصلت عن أمهـا ، والذكر جفر ، سمى بذلك لأنه جفر جنباه أى عظما ، هذا معناهما فى اللغة : قال الرافعى : لكن يجب أن يكون المراد هنا بالجفرة ما دون العناق ، لأن الأرنب خير من اليربوع •

(وأما) أم حبين فدابة على صورة الحرباء عظيمة النظر ، وفى حل أكلها خلاف سنوضحه فى كتاب الأطعمة إن شاء الله تعالى (الأصح) أنها حلال ، وفيها الجزاء (والثانى) حرام فلا جزاء ، قال الرافعى : ويقع فى بعض كتب الأصحاب فى الظبى كبش ، وفى الغزال عنز ، وممن صرح به

البندنيجى ، وكذا قاله أبو القاسم الكرخى ، وزعم أن الظبى ذكر الغزلان ، والأنثى غزال ، قال إمام الحرمين : هـذا وهم بل الصحيح أن فى الظبى عنزا وهو شديد الشبه بها • فانه أجرد الشعر متقلص الذنب ، وأما الغزال فولد الظبى فيجب فيه ما يجب فى الصغار (قلت) هذا الذى قاله الإمام هو الصواب ، قال أهل اللغة : الغزال ولد الظبية إلى حين يقوى ويطلع قرناه ، ثم هى ظبية ، والذكر ظبى •

هذا بيان ما فيه حكم (أما) ما ليس فيه حكم عن السلف فيرجع فيه إلى قول عدلين فطنين ، قال الشافعى والأصحاب : ويستحب كونهما فقيهين لأنهما أعرف بالشبه المعتبر شرعا ، وهل يجوز أن يكون قاتل الصيد أحد الحكمين ؟ أو يكون قاتلاه هما الحكمين ؟ قال أصحابنا : ينظر إن كان القتل عدوانا فلا ، لأنه يفسق وإن كان خطأ أو مضطرا إليه جاز على الأصح المنصوص وفيه وجه أنه لا يجوز ، وقد ذكر المصنف دليلهما ولو حكم عدلان أن له مثلا ، وعدلان أن لا مثل فهو مثلى لأن معهمـا زيادة علم بمعرفة دقيق الشبه ، ولو حكم عدلان بمثل وعدلان بمثـل آخر ، فوجهان حكاهما المـاوردى والرويانى (أحدهما) يتخير فى الأخذ بأيهما شاء (والثانى) يأخذ بأغلظهما بناء على الخلاف فى اختـلاف المفتيين ، والأصح التخيير فى الموضعين والله أعلم •

(وأما) الطيور فحمام وغيره ، فالحمامة فيها شاة وغيرها ، إن كان أصغر منها جثة ، كالزرزور والصعوة والبلبل والقبرة والوطواط ، ففيه القيمة ، وإن كان أكبر من الحمام أو مثله فقولان (أصحهما) وهو الجديد وأحد قولى القديم : الواجب القيمة إذ لا مثل له (والثانى) شاة لأنهـا إذا وجبت فى الحمامة فالذى أكبر منها أولى ، ومن هذا النوع الكركى والبطة والأوزة والحبارى ونحوها ، والمراد بالحمام كل ما عب فى المـاء ، وهو أن يشربه جرعا ، وغير الحمام يشرب قطرة قطرة ، كذا نص الشافعى عليـه فى عيون المسـائل ، قال الشافعى : ولا حاجة فى وصف الحمام إلى

ذكر الهدير مع العب فانهما متلازمان ولهذا اقتصر الشافعى على العب ، قال أصحابنا : ويدخل فى اسم الحمام اليمـام اللواتى يألفن البيوت ، والقمرى والفاختة والدسى والقطاء ، والعرب تسمى كل مطوق حماما •

قال الشيخ أبو حامد فى التعليق : قال الشافعى : إنمـا أوجبنا فى الحمامة شاة اتباعا ، يعنى إجماع الصحابة على ذلك ، وإلا فالقياس إيجاب القيمة فيها ، ومن أصحابنا من قال : إنما أوجبت الشاة فيها لأنها تشبهها من وجه ، فإنها تعب كالغنم ، قال أبو حامد : وليس بشىء • بل المنصوص ما ذكرناه وهذا الذى ذكرناه من وجوب شاة فى الحمامة لا خلاف فيـه عندنا ، قال أصحابنا : سواء فيه حمام الحل وحمام الحرم ، وقال مالك : إن قتلها المحرم وهى فى الحل فعليه القيمة ، وإن أصيبت فى الحرم ففيهـا شاة ، وقال أبو حنيفة : فيها شاة مطلقا ، والله أعلم •

(فـرع) قال الشافعى والمصنف والأصحاب : يفدى الكبير من الصيد بكبير من مثله من النعم والصـغير بصغير ، والسمين بسمين ، والمهزول بمهزول ، والصحيح بصـحيح ، والمريض بمريض ، والمعيب بمعيب ، إذا اتحـد جنس العيب ، كأعور بأعور ، فان اختلف كالعور والجرب فلا ، وإن كان عور أحدهما فى اليمين والآخر فى اليسـار ففى إجزائه طريقان (أصحهما) وبه قطع المصنف وسائر العراقيين : يجوز ، لأن المقصود لا يختلف (والثانى) حكاه الخراسانيون فيه وجهان (أصحهما) هذا (والثانى) لا يجوز كمـا لو اختلف نوع العيب كالجرب والعور ، وسواء كان عور اليمنى فى الصيد أو فى المثل ، فالحكم واحد بلا خلاف ، وربما أوهم تخصيص المصنف خلاف هذا ، ولكن لا خلاف فيه ، وإنمـا ذكره كالمثال ، ولو قال فدى الأعور من عين بالأعور من أخرى لـكان أحسن ، قال أصحابنا : ولو قابل المريض بالصحيح أو المعيب بالسليم فهو أفضل •

ولو فدى الذكر بالأنثى ففيه طرق (أصحها) على قولين (أصحهما) الإجزاء (والثانى) المنع (والطريق الثانى) القطع بالإجزاء ، وبه قطع المصنف والشيخ أبو حامد (والثالث) إن أراد الذبح لم يجز وإن أراد التقويم جاز لأن قيمة الأنثى أكثر ولحم الذكر أطيب (والرابع) إن لم تلد الأنثى جاز وإلا فلا ، لأنها تضعف بالولادة (والخامس) حكاه صاحب البيان وغيره إن قتل ذكرا صغيرا أجزأه أنثى صغيرة ، وإن قتل كبيرا لم تجزئه كبيرة ، فان جوزنا الأنثى فهل هى أفضل منه ؟ فيه وجهان (أصحهما) لا للخروج من الخلاف (والثانى) نعم وهو ظاهر نص الشافعى وظاهر كلام المصنف وإن فدى الأنثى بالذكر فوجهان وقيل قولان ، قال أبو على البندنيجى : (المذهب) أنه يجزى ، قال الرافعى : وإذ تأملت ما ذكرناه من كلام الأصحاب وجدتهم طاردين الخلاف مع نقص اللحم ، وقال إمام الحرمين : الخلاف فيما إذا لم ينقص اللحم فى القيمة وفى الطيب ، فإن كان واحد من هذين النقصين لم يجز بلا خلاف ، هذا كلامه والله أعلم .

(فرع) (لو قتل نعامة فأراد أن يعدل عن البدنة إلى بقرة أو سبع من الغنم لم يجز على الصحيح المشهور) وبه قطع الأكثرون تصريحا وتعريضا وفيه وجه حكاه الرويانى فى البحر أنه يجوز ، لأنها كهى فى الإجزاء فى الأضحية وغيرها .

(فرع) قال الشافعى رحمه الله فى المختصر : وإن جرح ظبيا فنقص عشر قيمته فعليه عشر قيمة شاة ، قال المزنى تخريجا يلزمه عشر شاة ، قال جمهور الأصحاب الحكم ما قاله المزنى ، وإنما ذكر الشافعى القيمة لأنه قد لا يجد شريكا فى ذبح شاة فأرشده إلى ما هو أسهل ، لأن جزاء الصيد على التخيير ، فعلى هذا هو مخير إن شاء أخرج عشر المثل ، وإن شاء صرف قيمته فى طعام وتصدق به وإن شاء صام عن كل مد يوما . ومن الأصحاب من أخذ بظاهر النص وقال : الواجب عشر القيمة ، وجعل فى المسألة قولين المنصوص وتخريج المزنى فعلى هذا إذا قلنا بالمنصوص ففيه

أوجه (أصحها) تتعين الصدقة بالدراهم (والثانى) لا تجزئه الدراهم ، بل يتصدق بالطعام أو يصوم (والثالث) يتخير بين عشر المثل وبين إخراج الدراهم (والرابع) إن وجد شريكا فى الدم أخرجه ولم تجزئه الدراهم وإلا أجزأه (والخامس) وبه قطع الشيخ أبو حامد مخير بين أربعة أشياء إن شاء أخرج الدراهم وإن شاء اشترى به جزءا من مثل ذلك الصيد من النعم وإن شاء أخرج بها طعاما وإن شاء صام عن كل مد يوما ، هذا كله فى الصيد المثلى ، فأما غيره فالواجب ما نقص من قيمته قطعا ثم يتخير بين الصيام والطعام والله أعلم •

(فـرع) لو قتل صـيدا حاملا قابلناه بمثـله حاملا ، ولا نذبح الحامل ، بل يقوم المثل حاملا ويتصدق بقيمته طعاما أو يصوم ، هذا هو الصحيح المشهور وفيه وجه ضعيف غريب حكاه الرافعى أنه يجوز ذبح حائل نفيسة بقيمة حامل وسط ، ويجعل التفاوت كالتفـاوت بين الذكر والأنثى ولو ضرب بطن صيد حامل فألقت جنينا ميتـا نظر إن ماتت الأم أيضا فهو كقتل الحامل ، وإن عاشت الأم ضمن ما نقصت • ولا يضمن الجنين • هكذا قطع به المصنف والأصحاب بخلاف جنين الأمة فانه يضمن بعشر قيمة الأم لأن الحمل يزيد فى قيمة البهائم وينقص الآدميات فلا يمكن اعتبار التفاوت فى الآدميات • وإن ألقت جنينا حيا ثم ماتا ضمن كل واحد منهما بانفراده ، فيضمن كل واحد بمثله إن كان مثليا • وإن مات الولد المنفصل حيا من آثار الجناية ، وعاشت الأم ضمن الولد بانفراده بكمال أجزائه • وضمن نقص الأم وهو ما بين قيمتها حاملا وحائلا •

(فـرع) لو جرح صيدا فاندمل جرحه وصار الصيد زمنا ففيـه وجهان مشهوران وحكاهما المصنف قولين ، وكذا حكاهمـا أبو على البندنيجى فى الجـامع (أصحهما) يلزمه جزاء كامل كما لو أزمن عبـدا لزمه كل قيمته (والثانى) يلزمه أرش النقص وبه قال ابن سريج كما لو

جنى على شاة فأزمنها ، وصحح صاحب البيان هذا الثانى وهو تصحيح شاذ بل غلط ، والصواب أنه يلزمه جزاء كامل ، وممن نص على تصحيحه أبو على البندنيجى فى كتاب الجامع ، وإمام الحرمين والمصنف فى التنبيه ، والغزالى والرافعى وآخرون ، وقطع به جماعات من كبار الأصحاب ممن قطع به الشيخ أبو حامد فى تعليقه والمحاملى فى المجموع والماوردى فى الحاوى والقاضى وحسين فى تعليقه ، ونقله الشيخ أبو حامد عن أصحابنا مطلقا • ونقله إمام الحرمين عن معظم الأئمة ، قال : والوجه الثانى القائل بأرش ما نقص مزيف متروك والله أعلم •

(فإن قلنا :) يلزمه أرش النقص فهل يجب قسط من المثلى إن كان مثليا ؟ أو من قيمة المثل ؟ فيه الخلاف السابق قريبا فيما إذا جرحه فنقص عشر قيمته ، ولو أزمنه [1] فجاء محرم آخر فقتله بعد الاندمال أو قبله ، فعلى القاتل جزاؤه زمنا بلا خلاف ، ويبقى على الأول الجزاء الذى كان كما كان وهو كمال الجزاء أو أرش النقص هذا هو المذهب ، وفيه وجه آخر أنه إن أوجبنا هناك جزاء كاملا عاد بجناية الثانى إلى أرش النقص ، لأنه يبعد إيجاب جزاءين لمتلف واحد ، وهذا الوجه هو الأصح عند الشيخ أبى حامد فى تعليقه •

(أما) إذا أزمنه محرم ثم عاد هو فقتله ، فإن قتله قبل الاندمال لزمه جزاء واحد ، كما لو قطع يدى رجل ثم قتله فعليه دية فقط ، ولنا هناك وجه أنه يلزمه أرش الطرف مع دية النقص • قال إمام الحرمين وغيره : فيجىء ذلك الوجه هنا وإن قتله بعد الاندمال أفردت كل جناية بحكمها • ففى القتل جزاؤه زمنا وفى الإزمان الوجهان (الأصح) جزاء كامل إذا أوجبنا فى الإزمان جزاء كاملا ، وإن كان للصيد امتناعان كالنعامة

---

(1) أزمنه اى احدث به عاهة دائمة فينقص ذلك من جزائه اذا قتله آخر بعد اندماله او قبله (المطيعى) .

تمتنع بالعدو وبالجناح فأبطل أحد امتناعيه فوجهان ، حكاهما إمام الحرمين عن العراقيين ، وحكاهما غيره (أحدهما) يتعدد الجزاء لتعدد الامتناع (وأصحهما) لا ، لاتحاد الممتنع ، وعلى هذا فما الواجب ؟ قال إمام الحرمين : الغالب على الظن أنه يجب ما نقص لأن امتناع النعامة فى الحقيقة واحد إلا أنه يتعلق بالرجل والجناح فالزائل بعض الامتناع •

(فرع) لو جرح صيدا فغاب ثم وجده ميتا ، فإن علم أنه مات بجراحته أو وقع بسببه فى ماء أو من من جبل ونحو ذلك ، لزمه جزاء كامل ، وإن علم أنه مات بسبب آخر بأن قتله آخر ــ نظر إن لم يكن الأول صيده غير ممتنع ــ فعليه أرش ما نقص وإن كان الثانى صيره غير ممتنع ففيما على الأول الخلاف السابق فى أواخر الفرع قبله • وإن شك فلم يعلم بماذا مات فقولان : حكاهما القاضى حسين والبغوى والمتولى وغيرهم (أحدهما) يلزمه جزاء كامل ، لأن الغالب أنه مات من جرحه (وأصحهما) لا يجب إلا ضمان الجرح ، وبه قطع الماوردى لاحتمال موته بسبب آخر ، والأصل براءته • قال القاضى والمتولى : هذا الخلاف مبنى على القولين فى الحلال إذا جرح صيدا وغاب عنه فوجده ميتا ، هل يحل أكله أم لا ؟ (الأصح) لا يحل (فإن قلنا) يحل أكله فقد جعلناه قاتلا ، فيلزمه جزاء كامل ، وإلا فعليه أرش الجرح فقط •

(أما) إذا جرحه وغاب ولم يتبين حاله فلم يعلم أمات أم لا ؟ قال أصحابنا لا يلزمه جزاء كامل لأن الأصل براءته ، ولأن الأصل حياة الصيد ، وإنما يلزمه أرش الجراحة ، قالوا : والاحتياط إخراج جزاء كامل لاحتمال موته بسببه • هكذا قطع الأصحاب بالمسألة فى الطريقتين كما ذكرته ، ونقله القاضى أبو الطيب فى تعليقه عن الأصحاب • وحكى الشيخ أبو حامد فى تعليقه عن أبى إسحق المروزى أنه يلزمه جزاء كامل ، إذا كان قد صيره غير ممتنع ، لأن الأصل بقاؤه كذلك حتى يعلم سلامته • قال

أبو حامد : وهذه من غلطات أبى إسحق على مذهب الشافعى ، لأن الشافعى نص فى الإملاء على أنه يلزمه ما نقص • قال فى الإملاء : لأنه قد يعرض سبب الهلاك ولا يهلك ، وهذا صحيح لأن الأصل الحياة ما لم يعلم التلف •

(فرع) إذا جرحه ثم أخذه فداواه وأطعمه وسقاه حتى برأ وعاد ممتنعا كما كان ففى سقوط الضمان عنه وجهان، حكاهما المصنف والأصحاب (الأصح) لا يسقط الضمان (والثانى) يسقط بناء على القولين فيمن قلع سن كبير فنبتت هل يسقط عنه ديتها ؟ (فإن قلنا) لا يسقط فعليه ما كان واجبا وهو كمال الجزاء فى الأصح ، وأرش ما نقص فى الوجه الآخر ، وفى وجه ثالث جزم به البندنيجى أنه يجب ما بين قيمته صحيحا ومندملا ، والمذهب الأول ، وإذا قلنا : أرش ما نقص فهل يجب بقسطه من المثل ؟ أو من القيمة ؟ فيه الطرق السابقة ، فيمن جرح ظبيا فنقص عشر قيمته • هذا كله إذا لم يبق بعد برئه فيه نقص ، فان صار ممتنعا ولكن بقى فيه شين ونقص وجب ضمانه بلا خلاف (وأما) إذا داواه حتى برأ وبقى زمنا ففيه الوجهان السابقان فيمن أزمنه (أصحهما) يلزمه كمال الجزاء (والثانى) أرش نقصه •

ولو تتف ريش طير فهو كجرح الصيد فى كل ما سبق فإن نبت وبقى نقص ضمنه ، وإلا فوجهان كما سبق ، فإن وجب اعتبر نقصه حال الجرح ، كذا ذكره أصحابنا مع باقى فروع جرح الصيد والله أعلم •

(فرع) يجب فى بيض الصيد قيمته • وقال المزنى : لا يجب ، وسبقت المسألة فى الباب الماضى ، وسبق هناك الخلاف فى قيمة لبن الصيد ، وأن الأصح وجوبها ، وسبق أن الجراد مضمون بقيمته على المشهور ، وسبق قول شاذ أنه لا يحرم الجراد ولا ضمان فيه وليس بشىء ، قال الشافعى : ويجب فى الدبا قيمته والدبا صغار الجراد ، وقيمته أقل من

قيمة الجراد • قال أصحابنا : وما نقل عن الصحابة من تقدير الجزاء فى الجراد فهو محمول على أن ذلك قيمته فى ذلك الوقت • قال أصحابنا : فاذا وجبت القيمة فى البيض والجراد واللبن فهو مخير بين إخراج الطعام وبين أنه يصوم عن كل مد يوما ، فإن انكسر مد وجب صيام يوم كما سبق فى الصيد الذى لا مثل له •

(فرع) إذا قتل المحرم صيدا بعد صيد وجب لكل صيد جزاء ، وإن بلغ مائة صيد وأكثر ، سواء أخرج جزاء الأول أم لا ، وهذا لا خلاف فيه وفيه خلاف بيننا وبين أبى حنيفة وغيره ، وقد سبق بيانه ودليله فى الباب السابق ومما استدل به أصحابنا أنه بدل متلف فتكرر بتكرر الإتلاف كمال الآدمى بخلاف ما إذا كرر المحرم لبسا أو طيبا لأنه ليس بإتلاف • وإن اشترك جماعة من المحرمين فى قتل صيد لزمهم جزاء واحد • واستدل المصنف بأنه بدل متلف يتجزأ فاذا اشترك جماعة فى إتلافه قسم البدل بينهم كقسم المتلفات وكالدية وفى قوله : يتجزأ ، احتراز من القصاص فى النفس والطرف •

ولو اشترك محرم وحلال فى قتل صيد لزم المحرم نصف الجزاء ، ولا شىء على الحلال ، وكذا لو اشترك محرم ومحلون أو محل ومحرمون وجب على المحرم من الجزاء بقسطه على عدد الرءوس كبدل المتلفات • هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور ، ونص عليه الشافعى فى الأم ، وقطع المتولى بأنه يجب على المحرم جزاء كامل وهذا شاذ ضعيف •

ولو أمسك محرم صيدا فقتله حلال ضمنه المحرم بالجزاء لأنه تسبب إلى إتلافه ، وهل يرجع به على الحلال القاتل ؟ فيه وجهان (أحدهما) يرجع ، وبه قطع المصنف وشيخه القاضى أبو الطيب والبغوى • لأن القاتل أدخل المحرم فى الضمان ، فرجع عليه ، كما لو غصب مالا فأتلفه إنسان فى يده ، فان الغاصب يرجع على المتلف (وأصحهما) لا يرجع •

وبه قطع الشيخ أبو حامد فى تعليقه وأبو على البندنيجى فى كتابه الجامع ، وصححه صاحب الشامل وغيره ، لأنه أتلف صيدا يجوز له إتلافه ، فانه غير ممنوع منه لا لحق الله تعالى ، ولا لحق الآدمى ، فان الممسك لا يملكه ، وإذا جاز له إتلافه لم يجب عليه ضمانه بخلاف مسألة الغصب ، فإن المتلف للمغصوب متعد فضمن والله أعلم .

ولو أمسك محرم صيدا فقتله محرم آخر فثلاثة أوجه (أصحها) يجب الجزاء كله على القاتل ، لأنه وجد من الممسك سبب ، ومن القاتل مباشرة ، فوجب تقديم المباشرة كما فى قتل الآدمي وغيره (والثانى) يجب الجزاء بينهما نصفين لأنهما من أهل ضمانه ، وهذا ينتقض بضمان الآدمى ، وبهذا الوجه قطع المصنف فى التنبيه (والثالث) قاله القاضى أبو الطيب وصححه أبو المكارم ، يجب الضمان على كل واحد منهما ، فان أخرجه الممسك رجع به على القاتل ، وإن أخرجه القاتل لم يرجع به على الممسك ، كما لو غصب شيئا فأتلفه آخر فى يده ، وقال صاحب الشامل : هذا الوجه أقيس عندى ، لأن ما ذكره الأول ينتقض بمن غصب شيئا وأتلفه غيره فى يده ، وما ذكره الثانى فاسد ، لأن الضمان لا ينقسم على المباشرة والسبب الذى لا يلجىء فى شىء من الأصول ، والله أعلم .

(فرع) قال الماوردى وغيره لو جرح الحلال صيدا فى الحل ثم دخل الصيد الحرم فجرحه فيه فمات منهما لزمه نصف الجزاء ، لأنه مات من جرحين وجرح أحدهما مضمون دون الآخر .

(فرع) القارن والمفرد والمتمتع فى جزاء الصيد ، وفى جميع كفارات الإحرام سواء ، فاذا قتل القارن صيدا لزمه كفارة واحدة ، وإن ارتكب محظورا آخر لزمه فدية واحدة . بلا خلاف عندنا . وقال أبو حنيفة : يلزمه جزاءان ، وقد سبقت المسألة بدلائلها فى الباب السابق والله أعلم .

(فـرع) الصوم الواجب هنا يجوز متفرقا ومتتابعا ، نص عليـه الشافعى ونقله عن ابن المنذر ، ولا نعلم فيه خلافا لقوله تعالى : (أو عدل ذلك صياما) •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى مسائل من جزاء الصيد (إحداها) إذا قتل المحرم صيدا أو قتله الحلال فى الحرم ، فان كان له مثل من النعم وجب فيه الجزاء بالإجماع ، ومذهبنا أنه مخير بين ذبح المثل ، والإطعام بقيمته والصيام عن كل مد يوما • وبه قال مالك وأحمد فى أصح الروايتين عنه وداود ، إلا أن مالكا قال : يقوّم الصيد ولا يقوم المثل ، وقال أبو حنيفة لا يلزمه المثل من النعم • وإنما يلزمه قيمة الصيد ، وله صرف تلك القيمة فى المثل من النعم • وقال ابن المنذر : قال ابن عباس : إن وجد المثل ذبحه وتصدق به ، فإن فقده قومه دراهم ، والدراهم طعاما ، وصام ولا يطعم • قال : وإنمـا أريد بالطعـام الصيام ووافقـه الحسن البصرى والنخعى وأبو عياض وزفر • وقال الثورى : يلزمه المثل ، فإن فقده فالإطعام ، فإن فقده صام • دليلنا قوله تعالى : (ومن قتـله منكم متعمـدا فجزاء مثل ما قتل) إلى آخر الآية •

واحتج المخالفون بأن المتلف يجب مثله من جنسه أو قيمته ، وليست النعم واحدا منهما فلم يضمن به كالصيد الذى لا مثل له من النعم ، وكما لو أتلف الحلال صيدا مملوكا وكضمان المحرم للصيد المملوك لمـالكه • قال أصحابنا : هذا قياس منابذ لنص القرآن فلا يلتفت إليه ، ثم ما ذكروه منتقض للآدمى الحر ، فانه يضمن بالإبل ويضمن فى حق الله تعالى بمـا لا يضمن به فى حق الآدمى ، فانه يضمن للآدمى بقصاص أو إبل ، ويضمن لله تعالى بالكفارة ، وهى عتق ، وإلا فصيام ، وبهذا يحصل الجواب عن قياسهم • قال أصحابنا : والفرق بينه وبين صيد لا مثل له أنه لا يمكن فيه المثل فتعذر فوجب اعتبار القيمة بخلاف المثل •

(الثانية) إذا عدل عن مثل الصيد إلى الصيام ، فمذهبنا أنه يصوم عن كل مد يوما وبه قال عطاء ومالك • وحكى ابن المنذر عن ابن عباس والحسن البصرى والثورى وأبى حنيفة وأحمد وإسحق وأبى ثور أنه يصوم عن كل مدين يوما • قال ابن المنذر : وبه أقول • (قال :) وقال سعيد بن جبير الصوم فى جزاء الصيد ثلاثة أيام إلى عشرة ، وعن أبى عياض أن أكثر الصوم أحد وعشرون يوما ، قال : ومال أبو ثور إلى أن الجزاء فى هذا ككفارة الحلق دليلنا أن الله تعالى قال : (أو عدل ذلك صياما) وقد قابل سبحانه وتعالى صيام كل يوم بإطعام مسكين فى كفارة الظهار ، وقد ثبت بالأدلة المعروفة أن إطعام كل مسكين هناك مد ، فكذا هنا يكون كل يوم مقابل مد ، واحتجوا بحديث كعب بن عجرة ، فان النبى صلى الله عليه وسلم جعله مخيرا بين صوم ثلاثة أيام وإطعام ستة مساكين ، كل مسكين نصف صاع ، فدل على أن اليوم مقابل بأكثر من مد (والجواب) أن حديث كعب إنما ورد فى فدية الحلق ، ولا يلزم طرده فى كل فدية ، ولو طرد لكان ينبغى أن يقابل كل صاع بصوم يوم وهذا لا يقول به المخالفون ، ولا نحن ولا أحد ، والله أعلم •

(الثالثة) قال أصحابنا : مذهبنا أن ما حكمت الصحابة رضى الله عنهم فيه بمثل فهو مثله ، ولا يدخله بعدهم اجتهاد ولا حكم ، وبه قال عطاء وأحمد وإسحق وداود (وأما) أبو حنيفة فجرى على أصله السابق أن الواجب القيمة ، وقال مالك : يجب الحكم فى كل صيد ، وإن حكمت فيه الصحابة • دليلنا أن الله تعالى قال : (يحكم به ذوا عدل منكم) وقد حكما ، فلا يجب تكرار الحكم •

(الرابعة) الواجب فى الصغير من الصيد المثلى صغير مثله من النعم ، وبه قال ابن عمر وعطاء والثورى وأحمد وأبو ثور ، وقال مالك : يجب فيه كبير لقوله تعالى : (هديا بالغ الكعبة) والصغير لا يكون هديا وإنما

يجزىء من الهدى ما يجزىء فى الأضحية وبالقياس على قتل الآدمى ، فانه يقتل الكبير بالصغير • دليلنا قوله تعالى : (فجزاء مثل ما قتل من النعم) • مثل الصغير صغير ، ودليل آخر وهو ما قدمناه عن الصحابة رضى الله عنهم أنهم حكموا فى الأرنب بعناق ، وفى اليربوع بجفرة ، وفى أم حبين بحلان ، فدل على أن الصغير يجزىء • وأن الواجب يختلف باختلاف الصغير والكبير ، وقياسا على سائر المضمونات فانها تختلف مقادير الواجب فيها •

(والواجب) عن الآية التى احتج بها أنها مطلقة وهنا مقيدة بالمثل ، وعن قياسهم على قتل الآدمى أن تلك الكفارة لا تختلف باختلاف أنواع الآدميين من حر وعبد ومسلم وذمى ، لم تختلف فى قدرها بخلاف ما نحن فيه والله أعلم •

(وأما) الصيد المعيب فمذهبنا أنه يفديه بمعيب ، وعن مالك يفديه بصحيح ، ودليلنا ما سبق فى الصغير •

(الخامسة) إذا اشترك جماعة فى قتل صيد وهم محرمون ، لزمهم جزاء واحد عندنا ، وبه قال عمر وعبد الرحمن بن عوف وابن عمر وعطاء والزهرى وحماد وأحمد وإسحق وأبو ثور وداود ، وقال الحسن والشعبى والنخعى والثورى ومالك وأبو حنيفة : يجب على كل واحد جزاء كامل ، ككفارة قتل الآدمى ، دليلنا أن المقتول واحد فوجب ضمانه موزعا ، كقتل العبد وإتلاف سائر الأموال •

(السادسة) إذا قتل القارن صيدا لزمه جزاء واحد ، وإذا تطيب ولبس لزمه فدية واحدة • هذا مذهبنا وبه قال مالك وأحمد فى أظهر الروايتين عنه وابن المنذر وداود ، وقال أبو حنيفة : يلزمه جزاءان وكفارتان ، وسبقت المسألة مع دليلنا عليهم •

(السابعة) فى النعامة بدنة عنـدنا وعند العلمـاء كافة ، منهم عمر وعثمان وعلى وزيد بن ثابت وابن عباس ومعاوية وعطاء ومجاهد ومالك ، وآخرون إلا النخعى ، فحكى ابن المنذر عنه أن فى النعامة وشبهها ثمنها ، دليلنا الآية .

(الثامنة) مذهبنا أن الثعلب صيد يؤكل ويحرم على المحرم قتله ، فان قتله لزمه الجزاء ، وبه قال طاوس والحسن وقتادة ومالك ، وهو إحدى الروايتين عن عطاء ، وقال عمرو بن دينار والزهرى وابن المنذر . لا يحل أكله ولا يحرم على المحرم ، ولا فدية فيه ، وهو عندهم من السباع ، وقال أحمد أمره مشتبه .

(التاسعة) مذهبنا أن فى الضب جديا نص عليه الشافعى والأصحاب وحكاه ابن المنذر عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وعن جابر وعطاء أن فيه شاة وعن مجاهد حفنة من طعام ، وعن مالك قبضة من طعام ، فإن شاء أطعم وإن شاة صام ، وعن قتادة صاع من طعام وعن أبى حنيفة قيمته .

(العاشرة) مذهبنا أن فى الحمامة شاة ، سواء قتلها محرم أو قتلها حلال فى الحرم وبه قال عثمان بن عفان وابن عباس وابن عمر ونافع بن عبد الحارث وعطاء بن أبى رباح وعروة بن الزبير وقتادة وأحمد وإسحق وأبو ثور ، وقال مالك فى حمامة الحرم شاة ، وحمام الحل القيمة ، وعن ابن عباس فى حمامة الحل ثمنها وعن النخعى والزهرى وأبى حنيفة ثمنها ، وعن قتادة درهم . دليلنا ما روى الشافعى والبيهقى بالإسناد الصحيح عن عثمان ونافع بن الحارث وابن عباس أنهم أوجبوا فى الحمامة شاة .

(الحادية عشرة) العصفور فيه قيمتـه عندنا ، وبه قال أبو ثور ، وقال الأوزاعى : مد طعام وعن عطاء نصف درهم ، وفى رواية عنه ثمنهـا عدلان .

(الثانية عشرة) ما دون الحمام من العصافير ونحوها من الطيور تجب فيه قيمته عندنا ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد والجمهور ، وهو الصحيح فى مذهب داود ، وقال بعض أصحاب داود : لا شىء فيه لقوله تعالى : (فجزاء مثل ما قتل من النعم) فدل على أنه لا شىء فيما لا مثل له • واحتج أصحابنا بأن عمر وابن عباس وغيرهما أوجبوا الجزاء فى الجرادة ، فالعصفور أولى • وروى البيهقى باسناده عن ابن عباس قال : فى كل طير دون الحمام قيمته •

(الثالثة عشرة) كل صيد يحرم قتله تجب القيمة فى إتلاف بيضه ، سواء بيض الدواب والطيور ، ثم هو مخير بين الطعام والصيام ، وبه قال جماعة ، وقال مالك : يضمنه بعشر بدنة ، وقال المزنى وبعض أصحاب داود : لا جزاء فى البيض وسبقت •

(المسألة الرابعة عشرة) إذا قتل الصيد على وجه لا يفسق به فالأصح عندنا أنه يجوز أن يكون القاتل أحد الحكمين كما سبق ، وبه قال عمر ابن الخطاب رضى الله عنه ، كما سبق عنه فى قصة أربد ، وبه قال إسحق ابن راهوية وابن المنذر ، وقال النخعى ومالك : لا يجوز ، دليلنا فعل عمر مع عموم قول الله تعالى (يحكم به ذوا عدل) ولم يفرق بين القاتل وغيره •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويحرم صيد الحرم على الحلال والمحرم ، لما روى ابن عباس ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : إن الله تعالى حرم مكة ، لا يختلى خلاها ، ولا يعضد شجرها ، ولا ينفر صيدها ، فقال العباس : إلا الإذخر لصاغتنا ؟ فقال إلا الإذخر) وحكمه فى الجزاء حكم صيد الإحرام لأنه مثله فى التحريم • فكان مثله فى الجزاء ، فإن قتل محرم صيدا فى الحرم لزمه جزاء واحد ، لأن المقتول واحد ، فكان الجزاء واحدا كما لو قتله فى الحل • وإن اصطاد الحلال صيدا من الحل وأدخله إلى الحرم جاز له التصرف فيه بالإمساك والذبح

وغير ذلك مما كان يملكه به قبل أن يدخل إلى الحرم ، لأنه من صيد الحل ، فلم يمنع من التصرف فيه . وإن ذبح الحلال صيدا من صيود الحرم لم يحل له أكله ، وهل يحرم على غيره ؟ فيه طريقان (من) أصحابنا من قال : هو على قولين ، كالمحرم إذا ذبح صيدا (ومنهم) من قال : يحرم ههنا قولا واحدا ، لأن الصيد فى الحرم محرم على كل واحد فهو كالحيوان الذى لا يؤكل .

وإن رمى من الحل إلى صيد فى الحرم فأصابه لزمه الضمان ، لأن الصيد فى موضع أمنه ، وإن رمى من الحرم إلى صيد فى الحل فأصابه ضمنه ، لأن كونه فى الحرم يوجب تحريم الصيد عليه . وإن رمى من الحل إلى صيد فى الحل ومر السهم فى موضع من الحرم فأصابه ففيه وجهان (أحدهما) يضمنه ، لأن السهم مر من الحرم إلى الصيد (والثانى) لا يضمنه ، لأن الصيد فى الحل والرامى فى الحل ، وإن كان فى الحرم شجرة وأغصانها فى الحل فوقعت حمامة على غصن فى الحل فرماه من الحل فأصابه لم يضمنه ، لأن الحمام غير تابع للشجرة فهو كطير فى هواء الحل ، وإن رمى إلى صيد فى الحل فعدل السهم وأصاب صيدا فى الحرم فقتله لزمه الجزاء ، لأن العمد والخطأ فى ضمان الصيد سواء ، وإن أرسل كلبا فى الحل على صيد فى الحل فدخل الصيد الحرم فتبعه الكلب فقتله لم يلزمه الجزاء ، لأن للكلب اختيارا ودخل الحرم باختياره ، بخلاف السهم . قال فى الإملاء : إذا أمسك الحلال صيدا فى الحل ، وله فرخ فى الحرم فمات الصيد فى يده ومات الفرخ ، ضمن الفرخ لأنه مات فى الحرم بسبب من جهته ، ولا يضمن الأم لأنه صيد فى الحل مات فى يد الحلال) .

(الشرح) حديث ابن عباس رواه البخارى ومسلم من طرق ، والخلا بفتح الخاء المعجمة مقصور ، هو رطب الكلأ قال أهل اللغة : الحشيش هو اليابس من الكلأ ، والخلا هو الرطب منه ، ومعنى يعضد يقطع ، والإذخر ــ بكسر الهمزة والخاء المعجمة ــ نبت طيب الرائحة معروف .

اما الأحكام فصيد حرم مكة حرام على الحلال والحرام بالإجماع ، ودليله الحديث المذكور ونبه صلى الله عليه وسلم بالتنفير على الإتلاف وغيره ، قال أصحابنا : فيحرم فى صيد الحرم كل ما يحرم فى صيد الإحرام

من اصطياده وتملكه وإتلافه ، وإتلاف أجزائه وجرحه وتنفيره والتسبب إلى ذلك ويحرم بيضه ، وإتلاف ريشه وغير ذلك مما سبق ، ولا يختلفان فى شىء من ذلك • وحكم لبنه حكم لبن صيد الإحرام كما سبق ، فإن قتل حلال أو محرم صيدا فى الحرم أو أتلف جزءا منه أو تلف بسبب منه ضمنه ، وضابطه ما ذكره المصنف والأصحاب أنه كصيد الإحرام فى التحريم والجزاء ، وقدر الجزاء وصفته •

ولو قتل محرم صيدا فى الحرم لزمه جزاء واحد بلا خلاف عندنا لما ذكره المصنف • ولو أدخل حلال إلى الحرم صيدا مملوكا له كان له إمساكه وذبحه والتصرف فيه ، كيف شاء كالنعم وغيرها لما ذكره المصنف • وإن ذبح حلال صيدا حرميا حرم عليه أكله بلا خلاف ، وفى تحريمه على غيره طريقان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما ، وقد سبق بيانهما بفروعهما فى الباب السابق والمذهب تحريمه ، فيكون ميته نجسا كذبيحة المجوسى ، وكالحيوان الذى لا يؤكل • ولو رمى من الحر صيدا فى الحرم أو من الحرم صيدا فى الحل ، وأرسل كلبا فى الصورتين على الصيد فقتله لزمه الجزاء لما ذكره المصنف • ولو رمى حلال فى الحرم صيدا فأحرم قبل أن يصيبه ثم أصابه ، أو رمى محرم إليه فتحلل قبل أن يصيبه ثم أصابه ، لزمه الضمان على الأصح ، وسبق مثله فى صيد الحرم فى الباب السابق •

ولو رمى من الحل إلى صيد ، بعضه فى الحل وبعضه فى الحرم ففيه خمسة أوجه الثلاثة الأولى منها حكاها صاحب الحاوى والجرجانى فى المعاياة وغيرهما (أحدها) لا جزاء فيه ، لأنه لم يتمحض حرميا (والثانى) إن كان أكثره فى الحرم وجب الجزاء ، وإن كان أكثره فى الحل فلا ، اعتبارا بالغالب (والثالث) إن كان خارجا من الحرم إلى الحل ضمنه ، وإن كان عكسه فلا ، اعتبارا بما كان عليه (والرابع) وبه قطع القاضى حسين والبغوى والرافعى إن كان رأسه فى الحرم وقوائمه كلها فى الحل فلا جزاء

عليه وإن كان بعض قوائمه فى الحرم وجب الجزاء وإن كانت قائمة واحدة تغليبا للحرمة (والخامس) يجب فيه الجزاء بكل حال ، حتى لو كان رأسه فى الحرم وقوائمه كلها فى الحل ، وهو نائم أو مستيقظ وجب الجزاء ، وبهذا قطع أبو على البندنيجى وصاحب البيان تغليبا لحرمة الحرم ، والله أعلم •

(أما) إذا رمى من الحل صيدا فى الحل فمر السهم فى ذهابه فى طرف من الحرم ، ثم أصاب الصيد فى الحل ففى وجوب ضمانه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أحدهما) لا يضمن كما لو أرسل كلبا فى الحل على صيد فى الحل فتخير فى مروره فى طرف الحرم فإنه لا يضمن على المذهب ، وبه قطع الجمهور وفيه وجه أو قول حكاه صاحب الحاوى أنه يضمن وهو شاذ ضعيف (وأصحهما) يضمن ، لأنه تلف بفعل الكلب ، فإن للكلب اختيارا بخلاف السهم ، ولهذا قال المصنف والأصحاب كلهم : لو رمى صيدا فى الحل فعدل الصيد فدخل الحرم فأصابه السهم وجب الضمان ، وبمثله لو أرسل كلبا فأصابه لم يجب ، ثم فى مسألة إرسال الكلب وتخطيه طرف الحرم إنما لا يجب الضمان إذا كان للصيد مقر آخر فأما إذا تعين دخوله الحرم عند الهرب فيجب الضمان قطعا ، سواء كان المرسل عالما بالحال أو جاهلا ، ولكن يأثم العالم دون الجاهل ، قال صاحب الحاوى فيما إذا أرسل الكلب من الحل على صيد فى الحل فعدل الصيد إلى الحرم فتبعه الكلب فقتله ، قال الشافعى : لا جزاء عليه ، لأنه إنما أرسله على صيد فى الحل ، قال صاحب الحاوى : قال أصحابنا : أراد الشافعى إذا كان مرسله قد زجره عن اتباع الصيد فى الحرم ، فلم ينزجر ، فإن لم ينزجر فعليه الجزاء ، لأن الكلب المعلم إذا أرسل إلى صيد تبعه أين توجه هذا كلامه ، وهذا الذى شرطه من الزجر غريب لم يذكره الأصحاب •

(فرع) لو كانت شجرة ثابتة فى الحرم ، وأغصانها فى الحل ، فوقع

على الغصن طائر فقتله إنسان فى الحل ، فلا ضمان ولو قطع الغصن ضمن الغصن لأن الغصن جزء من الشجرة تابع لهـا والشجرة مضمونة فكذا غصنها وأما الطائر فليس جزءا من الشجرة ولا هو فى الحرم ، وإنما هو فى الحل فلا يجب ضمانه وعكسه لو كانت الشجرة نابتة فى الحل ، وغصنها فى الحرم ، فوقع عليه طائر فقتله ، لزمه ضمانه لأنه فى هواء الحرم ، ولو قطع الغصن لم يضمنه لأنه تابع لشجرة فى الحل ، وهذا الفرع لا خلاف فيه ، وعبارة المصنف تشير إلى التنبيه على الصورتين • قال الدارمى : ولو وقف الحلال على الغصن ورمى إلى صيد فى الحل فقتله فهو كما لو قتل الصيد الذى على الغصن ، فإن كان الغصن فى هواء الحرم ضمن ، وإلا فلا والله أعلم •

(فـرع) لو قتل إنسان صيدا مملوكا فى الحرم ، فإن كان القاتل محرما فقد سبق فى الباب المـاضى أن عليه الجزاء للمساكين ، وعليـه القيمة لمـالكه ، وإن كان حلالا فعليه القيمة لمـالكه ولا جزاء عليه ، لأنه ليس له حكم صيد الحرم ، ولهذا لو قتله صاحبه لم يلزمه الجزاء بخلاف صيد الإحرام وممن صرح بالمسألة المـاوردى •

(فـرع) لو أخذ حمامة فى الحل أو أتلفها فهلك فرخها فى الحرم ضمنه ، ولا يضمنها لمـا ذكر المصنف نص عليـه الشافعى واتفق عليـه الأصحاب ولو أخذ الحمامة من الحرم وقتلها فهلك فرخها فى الحل ضمن الحمامة والفرخ جميعا • لأنه أتلفه بسبب جرى منه فى الحرم كما لو رمى من الحرم إلى صـيد فى الحل قال أبو على البندنيجى : لو أخذ الصيد ففسد بيضه فى الحرم ضمنه كما يضمن الفرخ قال أصحابنا : ولو نفر صيدا حرميا عامدا أو غير عامد تعرض لضمانه فإن مات بسبب التنفير بصدمة أو أخذ سبع ونحوه ، لزمه الجزاء ، وكذا لو دخل الحل فقتله حلال لزم المنفر الجزاء ، ولا شىء على الحلال القاتل ، فإن أخـذه محرم فى الحل

وجب الجـزاء على الآخذ تقديمـا للمبـاشرة على السبب هكذا ذكره الأصحاب •

وقال الماوردى: إذا قتله الحلال فى الحل فلا جزاء عليه كما ذكرناه• قال: وأما المنفر له من الحرم فقال أصحابنا : إن كان حين نفره ألجأه إلى الحل ومنعه من الحرم فعليه الجزاء لأن الصيد ملجأ والتنفير سبب ، وإن لم يكن ألجأه إلى الخروج إلى الحل ، ولا منعه العود إلى الحرم ، فلا جزاء عليه ، لأنه غير ملجأ • والمباشرة أقوى من السبب ، هـذا كلام المـاوردى ، والمذهب ما قدمناه ، وهو أنه يجب على المنفر من الحرم ضمانه إذا قتـله حلال فى الحل ، ما لم يسكن نفاره ، ولا يزال فى ضمانه حتى يسـكن نفاره ، ويسكن فى موضع من الحل أو الحرم ، فإذا سكن فى مكان منهما زال عنه الضمان ، وقبل السكون هو فى ضمانه • هكذا صرح به القاضى حسين وإمام الحرمين والبغوى والمتولى والرافعى وآخرون ونقله إمام الحرمين عن الأصحاب فقال : لو نفر صيدا حرميا فقد تعرض للضمان ، فان استمر النفار حتى خرج من الحرم فسكن فى الحل ، وجب الضمان بلا خلاف ، قال : ثم قال الأئمة : يدوم التعرض للضمان حتى يزول نفاره ، قال الصيدلانى : حتى يعود إلى الحرم ، قال الإمام : وهذا أراه ذلة فليس عليه أن يسعى فى رده إلى الحرم ولا يتعرض لخروجه للضمان والله أعلم •

(فـرع) إذا خرج الصيد الحرمى إلى الحل حل للحلال اصطياده فى الحل ولا شىء عليه فى إتلافه ، لأنه صار صيد الحل كما أن صيد الحل إذا دخل الحرم حرم اصطياده لأنه صار صيد حرم ، وحكى البغوى عن مالك أنه لا يجوز أخذ صيد الحرم فى الحل ، كما لو قلع شجرة من حرم وغرسها فى الحل لا يحل قطعها ، قال : والفرق على مذهبنـا أن الصيد يتحول بنفسه ، فيكون له حكم المكان المتحول إليه بخـلاف الشجرة ، والله أعلم •

(فـرع) قال البغوى : إذا دخل شىء من الجوارح إلى الحرم ففلت فأتلف صيدا فلا ضمان على صاحبه لأنه لا فعل له ، وقد سبق نظير هـذا فى الحرم .

(فـرع) إذا حفر بئرا فى الحرم فهلك فيها صيد ، فقـد سبق فى الباب المـاضى أنه إن حفرها فى محل عدوان لزمه ضمانه وإن حفرها فى ملكه أو موات فالأصح الضمان أيضا ، وسبقت المسألة مبسوطة هناك . ولو نصب شبكة فى الحرم فهلك بها صيد ضمن ، قال البغوى : ولو أخرج يده من الحرم فنصبها فى الحل فتلف بها صيد لم يضمن ، ولو أدخل يده من الحل فنصبها فى الحرم ضمن والله أعلم .

(فـرع) لو كان الحلال جالسا فى الحرم فرأى صيدا فى الحل فعدا إليه فقتله فى الحل فلا ضمان بلا خلاف ، قال القاضى أبو الطيب وغيره : والفرق بينه وبين من رمى سهما من الحرم إلى صيد فى الحل فانه يضمن إن ابتدأ الاصطياد من حين الرمى لأن السهم ليس له اختيار وليس ابتداء الاصطياد من حين العدو بل من حين ضربه ، ولهذا شرع له التسمية عند ابتداء إرسال السهم ولا يشرع عند ابتداء العدو إلى ضربه بل عند ابتداء ضربه وإذا ثبت هذا علم أن مرسل السهم اصطاد فى الحرم ، بخلاف العادى قال أبو على البندنيجى فى كتابه الجامع : وهكذا لو عدا من الحل إلى صيد فى الحل فسلك الحرم ، ثم خرج إليه فقتله فلا شىء عليه بلا خلاف .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(وإن دخل كافر إلى الحرم فقتل فيه صيدا فقد قال بعض اصحابنا : يجب عليه الضمان ، لأنه ضمان يتعلق بالإتلاف ، فاستوى فيه المسـلم والكافر ، كضمان الأموال ، ويحتمل عندى انه لا ضـمان عليه ، لأنه غير ملتزم بحرمة الحرم فلا يضمن صيده) .

(الشرح) المشهور فى المذهب وجوب الجزاء عليـه ، وينكر على

المصنف قوله : قال بعض أصحابنا ، فأوهم انفراد بعض الأصحاب به ، مع أنه مشهور ، قطع به الأصحاب فى الطريقتين ، وهذا الاحتمال الذى قاله المصنف غريب انفرد به . وجعله صاحب البيان وجها ، فحكاه عن المصنف ، ورجحه الفارقى تلميـذ المصنف ، وليس كمـا قال ، بل المذهب وجوب الضمان ، وبه قطع الأصحاب فى الطريقتين ، ممن صرح به الشيخ أبو حامد فى تعليقه ، والقاضى أبو الطيب فى كتـابيه التعليق والمجرد ، وأبو على البندنيجى فى كتابه الجامع ، والدارمى والمحاملى فى كتابيه ، قال البندنيجى وسائر الأصحاب : ولا يفارق الكافر المسلم فى ضمان صيد الحرم وشجره ، وسائر نباته إلا فى شىء واحد ، وهو أنه لا يجوز له الجزاء بالصيام ، بل يتخير بين المثل والطعام .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(ويحرم قلع شجر الحرم ، ومن أصحابنا من قال : ما أنبته الآدميون يجوز قلعه ، والمذهب الأول ، لحديث ابن عبـاس رضى الله عنهما ، ولأن ما حرم لحرمة الحرم استوى فيه المباح والمملوك كالصيد ، ويجب فيـه الجزاء ، فإن كانت شجرة كبيرة ضمنها ببقرة ، وإن كانت صغيرة ضمنها بشاة ، لمـا روى ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : « فى الدوحة بقرة ، وفى الشجرة الجزلة شاة » فان قطع غصنا منها ضمن ما نقص ، فان نبت مكانه فهل يسقط عنه الضمان على القولين بناء على القولين فى السن إذا قلع ثم نبت . ويجوز أخذ الورق ولا يضمنه ، لأنه لا يضر بها وإن قلع شجرة من الحرم لزمه ردها إلى موضعها ، كما إذا أخذ صيدا منه لزمه تخليته ، فان أعادها إلى موضـعها فنبتت لم يلزمه شىء وإن لم تنبت وجب عليـه ضمانها .

ويحرم قطع حشيش الحرم لقوله صلى الله عليه وسلم : « ولا يختلى خلاها » ويضمنه ، لأنه ممنوع من قطعة لحرمة الحرم ، فضمنه كالشجر ، وإن قطع الحشيش فنبت مكانه لم يلزمه الضمان قولا واحدا ، لأن ذلك يستخلف فى العادة ، فهو كسن الصبى إذا قلعه فنبت مكانه مثله ، بخلاف الأغصان ، ويجوز قطع الإذخر لحديث ابن عباس رضى الله عنهمـا ، ولأن الحاجة تدعو إليه ، ويجوز رعى الحشيش لأن الحاجة تدعو إلى ذلك لجاز ،

كقطع الإذخر ، ويجوز قطع العوسج والشوك لأنه مؤذ فلم يمنع من إتلافه كالسبع والذئب) .

(**الشرح**) قوله : ولأن ما حرم لحرمة الحرم احتراز من الصيد فى الحل فى حق الحلال ، فانه لا يستوى فيه المبـاح والمملوك ، بل يحل له اصطياد المباح دون المملوك ، قال القلعى : وقياسه على الصيد فى هـذه العلة غير مسلم ، لأن الصيد المملوك يجوز ذبحه وتنبت اليد عليه فى الحرم دون المباح ، وإنما يستوى المباح والمملوك فى التحريم على المحرم خاصة ، والدوحة ــ بدال مفتوحة وحاء مهملتين بينهما واو ساكنة ــ وهى العظيمة وقوله :) ممنوع قطعه لحرمة الحرم احتراز من قطع شجر وَ جّ والنقيع وغيرهما ، وقال القلعى : احتراز من قطع يد نفسه ، وهذا صحيح ، لكن الأول أحسن (قوله :) يستخلف ، لو قال : يخلف كان أجود .

أما الأحكام فقال الشافعى والأصحاب : يحرم قطع نبات الحرم ، كما يحرم اصطياد صيده ، وهذا مجمع عليه ، لحديث ابن عبـاس ، وهو فى الصحيحين كما سبق ، وهل يتعلق بنباته الضمان ؟ فيه طريقان (أحدهما) وبه قطع المصنف والعراقيون وجماعة غيرهم يتعلق كالصيد (والثانى) حكاه الخراسانيون فيه قولان (أصحهما) هذا (والثانى) لا ضـمان فيه بأن الصيد نص فيه على الجزاء بخلاف النبات وهذا القول حكوه عن القديم والمذهب وجوب الضمان .

ثم النبات ضربان ، شجر وغيره (أما) الشجر فيحرم التعرض بالقلع والقطع لـكل شجر رطب حرمى غير مؤذ فاحترزنا بالرطب عن اليابس ، فلا يحرم قطعه ولا ضمان فيه بلا خلاف ، كما لو قد صيدا ميتا نصفين . هكذا قاسه البغوى والأصحاب ، واحترزنا بغير مؤذ عن العوسج وكل شجرة ذات شوك فلا يحرم ، ولا يتعلق بقطعه ضمان كالحيوان المؤذى . هذا هو المذهب وبه قطع المصنف والجمهور » وفى وجه حكاه القـاضى

حسين والمتولى واختاره المتولى أنه مضمون لإطلاق الحديث ويخالف الحيوان ، فانه يقصد للأذى وقد ثبت فى الصحيحين عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ولا يعضد شوكها » وهذا مما يقوى هذا الوجه ، وللقائلين بالمذهب أن يجيبوا عنه بأنه مخصوص بالقياس على الفواسق الخمس ونحوها من المؤذى والله أعلم .

واحترزنا بالحرمى عن أشجار الحل فلا يجوز أن يقلع شجرة من الحرم وينقلها إلى الحل ، محافظة على حرمتها ولو نقل فعليه ردها بخلاف ما لو نقل من بقعة من الحرم إلى بقعة أخرى منه لا يؤمر بالرد ، وسواء نقل أشجار الحرم أو أغصانها إلى الحل أو الحرم ، ينظر إن يبست لزمه الجزاء ، وإن نبتت فى الموضع المنقول إليه فلا جزاء عليه ، فلو قلعها قالع لزم القالع الجزاء إبقاء لحرمة الحرم ، ولو قلع شجرة أو غصنا من الحل وغرسها فى الحرم فنبتت لم يثبت لها حكم الحرم ، فلو قلعها هو أو غيره فلا شىء عليه بلا خلاف . اتفق أصحابنا على هذا فى الطريقين . ونقل إمام الحرمين عن الأصحاب أنهم نقلوا الاتفاق عليه بخلاف الصيد إذا دخل الحرم وهو على الإباحة فانه يحرم التعرض له ، ويجب الجزاء ، لأن الصيد ليس بأصل ثابت فاعتبر مكانه والشجر أصل ثابت فله حكم منبته ، حتى لو كان أصل الشجرة فى الحرم وأغصانها فى الحل حرم قطع أغصانها ووجب فيه الضمان ، ولو كان أصلها فى الحل وأغصانها فى الحرم فلا شىء فى قطع أغصانها ووجب فيه الضمان ، ولو كان أصلها فى الحل وأغصانها فى الحرم فلا شىء فى قطع أغصانها ، قال أبو على البندنيجى والمتولى والرويانى : ولو كان بعض أصل الشجرة فى الحل وبعضه فى الحرم فلجميعها حكم الحرم .

(فرع) إذا أخذ غصنا من شجرة حرمية ولم يخلف فعليه ضمان النقصان وسبيله سبيل ضمان جرح الصيد ، وإن أخلف فى تلك السنة

لكون الغصن لطيفا كسواك وغيره فلا ضمان • وإذا أوجبنا الضمان لعدم إخلافه فنبت الغصن ــ وكان المقطوع مثل الثابت ــ ففى سقوط الضمان القولان اللذان حكاهما المصنف (أصحهما) لا يسقط •

(فــرع) اتفق أصحابنا على جواز أخذ أوراق الأشجار ، لــكن يؤخذ بسهولة ، ولا يجوز خبطها بحيث يؤذى قشورها • قال أصحابنا : قال الشافعى فى القديم : يجوز أخذ الورق من شجر الحرم وقطع الأغصان الصغار للسواك وقال فى الاملاء : لا يجوز ذلك قال أصحابنا : ليست على قولين بل على حالين فالموضع الذى قال • يجوز أراد إذا لقط الورق بيده وكسر الأغصان الصغار بيده بحيث لا تتــأذى نفس الشجرة ، والموضع الذى قال لا يجوز أراد إذا خبط الشجرة حتى تساقط الورق وتكسرت الأغصان ، لأن ذلك يضر بالشجرة هكذا ذكر هذا التأويل للحصر والجمع بينهما الشيخ أبو حامد فى تعليقه وأبو على البندنيجى والمحاملى فى كتابيه المجموع والتجريد ، وآخرون ، ونقله صاحب البيان عن الأصحاب والله أعلم •

واتفق أصحابنا على جواز أخذ ثمار شجر الحرم ، وإن كانت أشجارا مباحة كالأراك ، ويقال لثمرة الأراك الــكباث ــ بكاف مفتوحة ثم باء موحدة مخففة ثم ألف ثم ثاء مثلثة ــ واتفقوا على أخذ عود الســواك ونحوه ، وسبق فى الباب المــاضى الفرق بين أخذ الأوراق وأخذ شــعر الصيد ، فإنه مضمون ، لأن أخذه يضر الحيوان فى الحر والبرد •

(فــرع) هل يعم التحريم والضمان ما ينبت من الأشجار بنفسه ؟ وما يستنبت أم يختص بما نبت بنفسه ؟ فيه طريقان حكاهما الشيخ أبوحامد وأبو على البندنيجى وآخرون (أصحهما) وأشهرهما على قولين ، وبهذا قطع المصنف والجمهور (وأصح) القولين عند المصنف وسائر العراقيين والجمهور من غيرهم التعميم (والثانى) التخصيص ، وبه قطع إمام الحرمين

والغزالى (والطريق الثانى) القطع بالتعميم وهو الذى اختـــاره الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب فى تعليقهما وآخرون ، قال أبو حامد : وشجر الحرم حرام سواء نبت بنفسه أو أنبته آدمى • قال : وحكم بعض أصحابنا عن الشافعى أنه قال : إنما يحرم ما نبت بنفسه دون ما أنبته آدمى • قال أبو حامد : وإنما أخذ هذا من قول الشافعى فى الإملاء : ولو قطع شجرة من شجر الحرم فعليه الجزاء إذا كان لا مالك له فمفهومه أنه إذا كان له مالك فلا جزاء •

قال أبو حامد : وهذا ليس بشىء لأنه إنما خص الشجر الذى لا مالك له فتبين أن الواجب فيه الجزاء فقط ، ولم يذكر ماله مالك لأن فيه الجزاء أو القيمة • هذا كلام أبى حامد ، وقطع المـــاسرجسى والدارمى والمـــاوردى بأن ما زرعه الآدمى من التمر كالعنب والنخل والتفـــاح والتين ونحوها فلا ضمان فيه ، ولا يحرم قطعه ، وأنكر القاضى أبو الطيب فى المجرد هذا عليهم ، وقال : هذا خلاف نص الشافعى ، وخلاف قول أكثر أصحابنا ، فإن التحريم والضمان عام فى الجميع ، وهكذا نقل أبو على البندنيجى عن نص الشافعى فى عامة كتبه أنه يجب الضمان فى شجر السفرجل والتفاح ، وسائر ما أنبته الأرض من الثمار فالحاصل أن المذهب التعميم ، فاذا قلنا ــ بالضعيف ــ وهو التخصيص ، زيد فى الضابط الذى قدمناه قيد آخر ، وهو كون الشجر مما ينبت بنفسه ، وعلى هذا القول يحرم الأراك والطرفا وغيرهما من أشجار البوادى ، دون التين والعنب والتفاح والصنوبر وسائر ما ينبته الآدمى ، سواء كان مثمرا كما ذكرنا أو غيره ، كالخلاف •

وأدرج إمام الحرمين فى هذا القسم العوسج • وأنكر الأصـــحاب ذلك عليـــه لأنه ذو شوك ، وقد سبق اتفاق الجمهور على أن ماله شوك لا يحرم ولا ضـــمان فيه • وعلى القول الضعيف ، وهو التخصيص ، لو نبت ما يستنبت أو عكسه فوجهان (الصحيح) الذى قطـــع به الجمهور

أن الاعتبار بالجنس ، فيجب الضمان فى الثانى دون الأول (والثانى) وهو قول أبى العباس بن القاص فى التلخيص أن الاعتبار بالقصد ، فينعكس الحكم (وإن قلنا) بالمذهب وهو التعميم ، فجميع الشجر حرام سواء ما نبت بنفسه وما أنبته آدمى ، والمثمر وغيره ، إلا العوسج وسائر شجر الشوك • وكذا ما قطع من الحل ، وغرس فى الحرم ، فإنه لا يحرم كما سبق والله أعلم • قال صاحب البيان : صورة مسألة الخلاف فيما أنبته الآدمى أن يأخذ غصنا من شجرة حرمية فيغرسه فى موضع من الحرم أما إذا أخذ شجرة أو غصنا من الحل فغرسه فى الحرم ثم قلعها هو أو غيره فلا شىء عليه بلا خلاف كما سبق •

(فرع) لو انتشرت أغصان شجرة حرمية ومنعت الناس الطريق ، أو آذتهم ، جاز قطع المؤذى منها • هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور ، وممن قطع به أبو الحسن بن المرزبان ، والقاضى أبو الطيب فى كتابه المجرد ، والرويانى وآخرون ، وحكاه الدارمى عن ابن المرزبان ثم قال : ويحتمل عندى الضمان •

(فرع) قال الشافعى والأصحاب حيث وجب ضمان الشجر ، فإن كانت شجرة كبيرة ضمنها ببقرة ، وإن شاء ببدنة ، وما دونها بشاة • قال إمام الحرمين وغيره : والمضمونة بشاة ما كانت قريبة من سبع الكبيرة ، فان صغرت جدا فالواجب القيمة • قال أصحابنا : ثم البقرة والشاة والقيمة على التعديل والتخيير كالصيد ، فان شاء أخرج البقرة فذبحها وفرق لحمها ، وإن شاء قومها دراهم وأخرج بقيمتها طعاما ، وإن شاء صام عن كل مد يوما إلا أن يكون المتلف كافرا فانه لا يدخل ذلك صيامه كما سبق والله أعلم • قال الشيخ أبو حامد : الدوحة هى الشجرة الكبيرة ذات الأغصان ، والجزلة التى لا أغصان لها ، وأطلق أكثر الأصحاب أن الجزلة هى الصغيرة •

(الضرب الثانى) من نبات الحرم غير الشجر ، وهو نوعان (أحدهما)

ما زرعه الآدمى كالحنطة والشعير والذرة والقطفرة والبقول والخضراوات فيجوز لمالكه قطعه ولا جزاء عليه ، وإن قطعه غيره فعليه قيمته لمالكه ، ولا شيء عليه للمساكين ، وهذا لا خلاف فيه ، صرح به الماوردى وابن الصباغ وصاحب البيان وآخرون (النوع الثانى) ما لم ينبته الآدمى وهو أربعة أصناف (الأول) الإذخر ، وهو مباح ، فيجوز قلعه وقطعه بلا خلاف لحديث ابن عباس ، ولعموم الحاجة إليه (والثانى) الشوك فيجوز قطعه وقلعه كما سبق فى العوسج وشجر الشوك ، وممن صرح به هنا الماوردى (الثالث) ما كان دواء كالسنا ونحوه ، وفيه طريقان .

(أحدهما) القطع بجوازه لأنه مما يحتاج إليه ، فألحق بالإذخر ، وقد أباح النبى صلى الله عليه وسلم الإذخر للحاجة وهذا فى معناه . وممن جزم بهذا الطريق الماوردى .

(والطريق الثانى) فيه وجهان (أصحهما) الجواز (والثانى) المنع . وممن حكى هذا الطريق الشيخ أبو على السنجى فى شرح التلخيص ، وإمام الحرمين والبغوى وآخرون ، لكن خص هؤلاء الخلاف بما إذا احتاج إلى ذلك للدواء ، ولم يخصه الماوردى بل عممه وجعله مباحا مطلقا كالإذخر (الرابع) الكلأ ، فيحرم قطعه وقلعه إن كان رطبا ، فإن قلعه لزمته القيمة وهو مخير بين إخراجها طعاما والصيام كما سبق فى الشجر والصيد . هذا إذا لم يخلف المقلوع فان أخلف فلا ضمان على الصحيح ، وبه قطع المصنف والجمهور ، لأن الغالب هنا الإخلاف ، فهو كسن الصبى ، فإنها إذا قلعت فنبتت فلا ضمان قولا واحدا هكذا ذكر الأصحاب فى الطريقتين الحكم والدليل . وشذ عنهم القاضى أبو الطيب فقال فى تعليقه : إذا قطع الحشيش ثم نبت ضمنه قولا واحدا ، ولا يكون على القولين فى الغصن إذا عاد ، قال : والفرق أن الحشيش يخلف فى العادة ، فلو أسقطنا الضمان عن قاطعه بعوده أدى ذلك إلى الإغراء بقطعه بخلاف الغصن ، فانه قد

يعود وقد لا يعود ، هذا كلام القاضى فى تعليقه ، وجزم هو فى كتابه المجرد بسقوط الضمان إذا نبت الحشيش كما قاله الأصحاب وهو المذهب • هذا إذا عاد كما كان فإن عاد ناقصا ضمن ما نقص بلا خلاف والله أعلم •

هذا كله فى غير اليابس (أما) اليابس فقال البغوى : إن كان قطعه فلا شىء عليه ، كما سبق فى الشجر اليابس ، وإن قلعه لزمه الضمان ، لأنه لو لم يقلعه لنبت ثانيا ، هذا لفظ البغوى وتابعه عليه الرافعى • وقال الماوردى : إذا جف الحشيش ومات جاز قلعه وأخذه ، وهذا لا يخالف قول البغوى ، فيكون قول البغوى : إن القلع يوجب الضمان فيما إذا كان اليابس لم يمت ، بل هو مما ينبت لولا القلع ولم يفسد أصله ، وقول الماوردى : إنما هو فيما مات ، ولا يرجى نباته لو بقى ، والله أعلم • واتفق أصحابنا على جواز تسريح البهائم فى كلأ الحرم لترعى ، واستدلوا بحديث ابن عباس قال : « أقبلت راكبا على أتان فوجدت النبى صلى الله عليه وسلم يصلى بالناس بمنى إلى غير جدار ، فدخلت فى الصف وأرسلت الأتان يرتع » رواه البخارى ومسلم ، ومنى من الحرم •

ولو أخذ الكلأ لعلف البهائم ففى جوازه وجهان ، حكاهما الشيخ أبو على السنجى فى شرح التلخيص • وإمام الحرمين والبغوى والرافعى وآخرون (أحدهما) التحريم ووجوب الضمان ، لعموم قوله صلى الله عليه وسلم : « ولا يختلى خلاها » (والثانى) الجواز ولا ضمان قال الرافعى : وهو الأصح كما لو أرسل دابته ترعى ، ولأن تحريم الاحتشاش إنما كان لتوفير الكلأ للبهائم والصيود وقال الإمام : وهذا القائل يقول : إنما يحرم الاختلا والاحتشاش للبيع وغيره من الأغراض ، سوى العلف ، والله أعلم •

(فرع) قال أهل اللغة : العشب والخلا مقصور اسم للرطب ، والحشيش اسم لليابس • وقد ذكر ابن مكى وغيره فى لحن العوام إطلاقهم

الحشيش على الرطب ، قالوا : والصواب اختصاص الحشيش باليابس ، قالوا : والكلأ مهموز يقع على الرطب واليابس وهذا يصح على المجاز ، فسمى الرطب حشيشا باسم ما يئول إليه لكونه أقرب إلى افهام أهل العرف ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز إخراج تراب الحرم واحجاره ، لما روى عن ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهما انهما كانا يكرهان ان يخرج من تراب الحرم إلى الحل ، او يدخل من تراب الحل إلى الحرم . وروى عبد الأعلى بن عبد الله ابن عامر قال : « قدمت مع امى او مع جدتى مكة فاتينا صفية بنت شيبة ، فارسلت إلى الصفا فقطعت حجرا من جنابه فخرجنا به ، فنزلنا اول منزل ، فذكر من علتهم جميعا ، فقالت امى او جدتى : ما ارانا اتينا إلا انا اخرجنا هذه القطعة من الحرم ، قال : وكنت انا امثلهم ، فقالت لى : انطلق بهذه القطعة إلى صفية فردها ،وقل لها : إن الله عز وجل وضع فى حرمه شيئا لا ينبغى أن يخرج منه ، قال عبد الأعلى : فما هو إلا ان نحينا ذلك فكأنما انشطنا من عقال » ويجوز إخراج ماء زمزم ، لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم « استهدى راوية من ماء زمزم ، فبعث إليه براوية من ماء ، ولأن الماء يستخلف بخلاف التراب والأحجار) .

(الشرح) أما حديث ماء زمزم فروى البيهقى باسناده عن ابن عباس رضى الله عنه قال : « استهدى النبى صلى الله عليه وسلم سهيل بن عمرو من ماء زمزم » وباسناده عن جابر رضى الله عنه قال : « أرسلنى صلى الله عليه وسلم وهو بالمدينة قبل أن يفتح مكة إلى سهل بن عمرو أن أهد لنا من ماء زمزم ولا تترك ، فبعث إليه بمزادتين » وعن عروة بن الزبير أن عائشة رضى الله عنها « كانت تحمل ماء زمزم ، وتخبر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يفعله » رواه الترمذى وقال : حديث حسن الاسناد ورواه البيهقى هكذا ثم قال : وفى رواية : « حمله رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الأداوى والقرب ، وكان يصب على المرضى ويسقيهم » .

(وأما) تراب الحرم وأحجاره فروى الشافعى والبيهقى عن ابن عباس وابن عمر أنهما كرها أن يخرج من تراب الحرم وحجارته إلى الحل شىء (وأما) حديث عبد الأعلى الذى ذكره المصنف فرواه الشافعى والبيهقى بلفظ يخالف رواية المصنف ، فلفظهما عن عبد الأعلى قال : « قدمت مع أمى ، أو قال جدتى فأتتها صفية بنت شيبة فأكرمتها ، وفعلت بها قالت صفية : ما أدرى ما أكافئها به فأرسلت إليها بقطعة من الركن فخرجنا بها ، فنزلنا أول منزل ، فذكرنا من مرضهم وعلتهم جميعا قال فقالت أمى أو جدتى ما أرانا أتينا إلا أنا أخرجنا هذه القطعة من الحرم ، فقالت لى وكنت أمثلهم انطلق بهذه القطعة إلى صفية فردها ، وقل لها : إن الله تعالى قد وضع فى حرمه شيئا فلا ينبغى أن يخرج منه قال عبد الأعلى : فقالوا لى : فما هو إلا أن نجينا بدخولك الحرم ، فكأنما أنشطنا من عقل » هذا لفظ رواية الشافعى والبيهقى وغيرهما .

وذكر أبو الوليد الأزرقى فى كتاب مكة فى مضل الحجر الأسود أنها أعطتهم قطعة من الحجر الأسود ، كانت عندها أصابتها حين اقتلع الحجر فى زمن ابن الزبير ، حين حاصر الحجاج ، وهذا معنى رواية الشافعى قطعة من الركن أى الركن الأسود ، والمراد الحجر الأسود والله أعلم وعبد الأعلى هذا تابعى قريشى (وأما) صفية هذه فى صحابية قريشية عبدرية وهى صفية بنت شيبه الصحابى ، حاجب الكعبة ، وهو شيبة بن عثمان بن طلحة ابن أبى طلحة . واسم طلحة هذا عبد الله بن عثمان بن عبد الدار بن قصى ، قالت صفية : « رأيت النبى صلى الله عليه وسلم يستلم الركن بمحجن » رواه أبو داود ، ولها فى الصحيحين خمسة أحاديث عن عائشة .

اما الاحكام ففيه مسائل (إحداها) اتفقت نصوص الشافعى والأصحاب على جواز نقل ماء زمزم إلى جميع البلاد ، واستحباب أخذه للتبرك ، ودليله ما ذكره المصنف مع ما ذكرته (الثانية) اتفقوا على أن الأولى أن

لا يدخل تراب الحل وأحجاره الحرم ، لئلا يحدث لها حرمة لم تكن ، ولا يقال : إنه مكروه ، لأنه لم يرد فيه نهى صحيح صريح ، وأما قول صاحب البيـــان : قال الشيخ أبو إسحق : لا يجوز إدخال شيء من تراب الحل وأحجاره إلى الحرم فغلط منه ، ولم يذكر الشيخ أبو إسحق هذا الذى ادعاه (الثالثة) قال المصنف لا يجوز إخراج تراب الحرم وأحجـــاره إلى الحل ، هذه عبارة المصنف ، وكذا قال المحاملى فى كتابيه المجموع والتجريد: لا يجوز إخراجهما ، وتابعهما صاحب البيان فى هذه العبارة ، وقال صاحب الحاوى : يمنع من إخراجهما ، وقال الدارمى : لا يخرجهما ، وقال كثيرون ، أو الأكثرون من أصحابنا : يكره إخراجهما ، فأطلقوا لفظ الكراهية • ممن قال يكره : الشيخ أبو حامد فى تعليقه ، وأبو على البندنيجى ، والقاضى حسين والبغوى والمتولى وصاحب العدة والرافعى وآخرون •

وقال القاضى أبو الطيب فى كتابه المجرد : قال الشافعى فى الجامع الكبير ولا أجيز فى أن يخرج من حجارة الحرم وترابه شيئا إلى الحل ، لأن له حرمة قال : وقال فى القديم : ثم أكره إخراجهما ، قال الشـــافعى : ورخص بعض النـــاس فى ذلك ، واحتج بشراء البـــرام من مـــكة ، قال الشافعى : هذا غلط فإن البرام ليست من حجـــارة الحرم ، بل تحمل من مسيرة يومين أو ثلاثة من الحرم • هذا نقل القاضى • وهكذا نقل الأصحاب عن الشافعى نحو هذا فحصل خلاف للأصحاب فى أن إخراجهما مكروه أو حرام ، قال المحـــاملى وغيره : فإن أخرجه فلا ضـــمان ، قال المـــاوردى وغيره : وإذا أخرجه فعليه رده إلى الحرم قال الشيخ أبو حامد فى موضع آخر ، وهو آخر الحج من تعليقه : ذكر الشافعى هذه المسألة فى الأمالى القديمة ، وعللها بأن الحرم بقعة تخالف سائر البقاع ، ولهـــا شرف على غيرها بدليل اختصاص التسكين بها ووجوب الجزاء فى صيدها فلا تفوت هذه الحرمة لترابها ، والله أعلم •

(فـرع) فى حكم سترة الكعبة ، قال صاحب التلخيص : لا يجوز بيع أستار الكعبة ، وكذا قال أبو الفضل بن عبدان من أصحابنا : لا يجوز قطع أستار الكعبة ، ولا قطع شيء من ذلك ، قال ولا يجوز نقله ولا بيعه وشراؤه ، خلاف ما يفعله العامة : يشترونها من بنى شيبة ، وربما وضعوه فى أوراق المصاحف ، قال : ومن حمل منه شيئا لزمه رده • وحكى الرافعى قول ابن عبدان وسكت عليه ولم يذكر غيره ، فكأنه ارتضاه ووافقه عليه ، وكذا قال أبو عبد الله الحليمى من أئمة أصحابنا : لا ينبغى أن يؤخذ منها شيء ، وحكى الشيخ أبو عمرو بن الصلاح قول الحليمى وابن عبدان ثم قال : الأمر فيها إلى الإمام يصرفها فى بعض مصارف بيت المـال بيعا وعطاء ، واحتج بما رواه الأزرقى صاحب كتاب مكة ، أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كان ينزع كسوة البيت كل سنة ، فيقسمها على الحاج ، وهذا الذى اختاره الشيخ أبو عمرو حسن متعين ، لئلا يؤدى إلى تلفها بطول الزمان • وقد روى الأزرقى عن عمر رضى الله عنه ما سبق ، وروى الأزرقى أيضا عن ابن عباس وعائشة رضى الله عنهما أنهما قالا : تباع كسوتها ويجعل ثمنها فى سبيل الله والمساكين وابن السبيل ، قال ابن عباس وعائشة وأم سلمة : لا بأس أن يلبس كسوتها من صارت إليه من حائض وجنب وغيرهما ، والله أعلم •

(فـرع) لا يجوز أخذ شيء من طيب الكعبة لا للتبرك ولا لغيره ، ومن أخذ شيئا منه لزمه رده إليها ، فان أراد التبرك أتى بطيب من عنـده فمسحها به ثم أخذه ، والله أعلم •

(فـرع) مهم فى بيـان حدود حرم مكة الذى يحرم فيـه الصيد والنبات ، ويمنع أخذ ترابه وأحجاره ، وبيان ما يتعلق به من الأحـكام وما يخالف فيه غيره من الأرض ، وفيه مسائل (إحداها) فى حدود الحرم ، وقد ذكرها المصنف فى أواخر كتاب الجزية مختصرة والله أعلم أن الحرم

هو مكة ، وما أحاط بها من جوانبها جعل الله تعالى لها حكمها فى الحرمة تشريفا لها ، ومعرفة حدود الحرم من أهم ما يعتنى به لكثرة ما يتعلق به من الأحكام وقد اجتهدت فى إيضاحه وتتبع كلام الأئمة فى اتقانه على أكمل وجوهه بحمد الله تعالى ، فحد الحرم من جهة المدينة دون التنعيم عند بيوت بنى نفار ، على ثلاثة أميال من مكة ، ومن طريق اليمن ، طرف اضاة لبن على سبعة أميال من مكة ، ومن طريق الطائف على عرفات من بطن نمرة على سبعة أميال ، ومن طريق العراق على ثنية جبل بالمقطع على سبعة أميال ومن طريق الجعرانة فى شعب آل عبد الله بن خالد على تسعة أميال ، ومن طريق جدة منقطع الأعشاش على عشرة أميال من مكة .

هكذا ذكر هذه الحدود أبو الوليد الأزرقى فى كتاب مكة ، وأبو الوليد هذا أحد أصحاب الشافعى الآخذين عنه ، الذين رووا عنه الحديث والفقه . وكذا ذكر هذه الحدود الماوردى صاحب الحاوى فى كتابه الأحكام السلطانية وكذا ذكرها المصنف وأصحابنا فى كتب المذهب ، إلا أن عبارة بعضهم أوضح من بعض ، لكن الأزرقى قال فى حده من طريق الطائف أحد عشرة ميلا ، والذي قاله الجمهور سبعة فقط ، بتقديم السين على الباء ، وفى هذه الحدود ألفاظ غريبة ينبغى ضبطها فقولهم : بيوت نفار هو ــ بكسر النون وبالفاء ــ وقولهم أضاة لبن ــ بفتح الهمزة وبالضاد المعجمة ــ على وزن القناة ، وهى مستنقع الماء (وأما) لبن ــ فبلام مكسورة ثم باء موحدة ساكنة ــ كذا ضبطها الإمام الحافظ أبو بكر الحازمى المتأخر فى كتابه المؤتلف والمختلف فى أسماء الأماكن (وقولهم :) الأعشاش هو ــ بفتح الهمزة وبشينين معجمتين ــ جمع عش (وقولهم :) فى جدة من جهة الجعرانة تسعة أميال هو بتقديم التاء على السين (وأما) الحدود الثلاثة الباقية فانها بتقديم السين .

(واعلم) أن الحرم عليه علامات منصوبة فى جميع جوانبه ذكر الأزرقى

وغيره بأسانيدهم أن إبراهيم الخليل عليه السلام علمها ، ونصب العلامات فيها وكان جبريل عليه السلام يريه مواضعها ، ثم أمر نبينا صلى الله عليه وسلم بتحديدها ثم عمر ثم عثمان ثم معاوية رضى الله عنهم ، وهى إلى الآن بينة ولله الحمد قال الأزرقى فى آخر كتاب مكة : أنصاب الحرم التى على رأس الثنية ما كان من وجوهها فى هذا الشق فهو حرم ، وما كان فى ظهرها فهو حل قال : وبعض الأعشاش فى الحل وبعضه فى الحرم .

(المسألة الثانية) حكى الماوردى خلافا للعلماء فى أن مكة مع حرمتها هل صارت حرما آمنا بقول إبراهيم عليه السلام ؟ أم كانت قبله كذلك ؟ فمنهم من قال : لم تزل حرما ، ومنهم من قال : كانت مكة حلالا قبل دعوة إبراهيم عليه السلام كسائر البلاد ، وإنما صارت حرما بدعوته ، كما صارت المدينة حرما بتحريم النبى صلى الله عليه وسلم بعد أن كانت حلالا واحتج هؤلاء بحديث أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى جملة حديث طويل : « اللهم إن إبراهيم حرم مكة فجعلها حراما ، وإنى حرمت المدينة حراما مأزميها أن لا يراق فيها دم ، ولا يحمل فيها سلاح لقتال ، ولا يخبط فيها شجرة إلا لعلف » رواه مسلم فى آخر كتاب الحج من صحيحه ، وفى رواية لمسلم عن أبى سعيد أيضا أنه سمع النبى صلى الله عليه وسلم يقول : « إنى حرمت ما بين لابتى المدينة كما حرم إبراهيم مكة » وعن جابر رضى الله عنه قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن إبراهيم حرم مكة ، وإنى حرمت المدينة ، ما بين لابتيها لا يعضد عضاهها ولا يصاد صيدها » رواه مسلم .

وعن أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اللهم إن إبراهيم حرم مكة وإنى أحرم المدينة ، وما بين لابتيها » رواه البخارى ومسلم هذا لفظ البخارى ، ولفظ مسلم ، وفى رواية للبخارى أن النبى صلى الله عليه وسلم لما أشرف على المدينة قال : « اللهم إنى أحرم ما بين جبليها ، مثل

ما حرم به إبراهيم مكة » . وعن رافع بن خديج قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن إبراهيم حرم مكة وإنى أحرم ما بين لابتيها ، يريد المدينة » رواه مسلم ، وعن عبد الله بن زيد بن عاصم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إن إبراهيم حرم مكة ودعا لأهلها ، وإنى حرمت المدينة كما حرم إبراهيم مكة ، وإنى دعوت فى صاعها ومدها بمثل ما دعا به إبراهيم لأهل مكة » رواه البخارى ومسلم .

واحتج القائلون بأن تحريمها لم يزل من حين خلق الله السموات والأرض بحديث ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال يوم فتح مكة : « هذا بلد حرمه الله تعالى يوم خلق السموات والأرض ، وهو حرام بحرمة الله إلى يوم القيامة » رواه البخارى ومسلم وعن أبى شريح الخزاعى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إن مكة حرمها الله ، ولم يحرمها الناس » رواه البخارى ومسلم ، ومن قال بهذا أجاب عن الأحاديث السابقة بأن إبراهيم عليه السلام أظهر تحريمها بعد أن كان خفيا مهجورا لا يعلم ، لا أنه ابتدأه ، ومن قال بالمذهب الأول أجاب عن حديث ابن عباس بأن المراد أن الله تعالى كتب فى اللوح المحفوظ أو غيره أن مكة سيحرمها إبراهيم ، أو أظهر ذلك للملائكة (والأصح) من القولين أنها ما زالت محرمة من حين خلق الله تعالى السموات والأرض والله أعلم .

(المسألة الثالثة) مذهبنا أنه يجوز بيع دور مكة وإجاراتها وسائر المعاملات عليها ، وكذا سائر الحرم كما يجوز فى غيرها ، وستأتى المسألة مبسوطة بدلائلها وفروعها ، حيث ذكرها الأصحاب فى آخر باب ما يجوز بيعه إن شاء الله تعالى .

(الرابعة) مذهبنا أن النبى صلى الله عليه وسلم فتح مكة صلحا لا عنوة ، لكن دخلها صلى الله عليه وسلم متأهبا للقتال خوفا من غدر أهلها

وستأتى المسألة بدلائلها وفروعها حيث ذكرها المصنف فى كتاب السير والغنائم إن شاء الله تعالى •

(الخامسة) مذهبنا جواز إقامة الحدود والقصاص فى الحرم ، سواء كان قتلا أو قطعا ، سواء كانت الجناية فى الحرم أو خارجه ، ثم لجأ إليه وستأتى المسألة بأدلتها وفروعها حيث ذكرها المصنف فى آخر باب استيفاء القصاص إن شاء الله تعالى •

(السادسة) فى الأحكام التى يخالف الحرم فيها غيره من البلاد ، وهى كثيرة ، نذكر منها أطرافا (أحدها) أنه ينبغى أن لا يدخله أحد إلا بإحرام ، وهل ذلك واجب أم مستحب ؟ فيه خلاف سبق (الأصح) مستحب (الثانى) يحرم صيده على جميع الناس حتى أهل الحرم والمحلين (الثالث) يحرم شجره وخلاه (الرابع) منع إخراج ترابه وأحجاره ، وهل هو منع كراهة أو تحريم فيه الخلاف السابق (الخامس) أنه يمنع كل كافر من دخوله مقيما كان أو مارا هذا مذهبنا ومذهب الجمهور ، وجوزه أبو حنيفة ما لم يستوطنه ، وستأتى المسألة بأدلتها وفروعها حيث ذكرها المصنف فى كتاب الجزية إن شاء الله تعالى (السادس) لا تحل لقطته لمتملك ، ولا تحل إلا لمنشد ، هذا هو المذهب ، وفيه وجه ضعيف (السابع) تغليظ الدية بالقتل فيه (الثامن) تحريم دفن المشرك فيه ويجب نبشه منه (التاسع) تخصيص ذبح دماء الجزاءات فى الحج والهدايا (العاشر) لا دم على المتمتع والقارن إذا كان من أهله (الحادى عشر) لا يكره صلاة النفل التى لا سبب لها فى وقت من الأوقات فى الحرم سواء فى مكة وسائر الحرم ، وفيما عدا مكة وجه شاذ سبق بيانه فى بابه •

(الثانى عشر) إذا نذر قصده لزمه الذهاب إليه بحج أو عمرة ، بخلاف غيره من المساجد فإنه لا يجب الذهاب إليه إذا نذره ، إلا مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسجد الأقصى على أحد القولين فيهما

(الثالث عشر) إذا نذر النحر وحده بمكة لزمه النحر بهـا ، وتفرقة اللحم على مساكين الحرم ، ولو نذر ذلك فى بلد آخر لم ينعقد نذره فى أصـح الوجهين (الرابع عشر) يحرم استقبال الكعبة واستدبارها بالبول والغائط فى الصحراء (الخامس عشر) تضعيف الأجر فى الصلوات بالمسجد الحرام ، وكذا سائر الطاعات (السادس عشر) يستحب لأهل مكة أن يصلوا العيد فى المسجد الحرام (وأما) غيرهم فهل الأفضل صلاتهم فى مسجدهم ؟ أم فى الصحراء ؟ فيه خلاف سبق فى باب صلاة العيد (السابع عشر) لا يجوز إحرام المقيم فى الحرم بالحج خارجه •

(المسألة السابعة) مكة عندنا أفضل الأرض ، وبه قال علمـاء مكة والكوفة وابن وهب وابن حبيب المـالكيان وجمهور العلماء قال العبدرى : هو قول أكثر الفقهاء ، وهو مذهب أحمد فى أصـح الروايتين عنه وقال مالك وجماعة : المدينة أفضـل وأجمعوا على أن مكة والمدينة أفضـل الأرض ، وإنما اختلفوا فى أيهما أفضل ، دليلنا حديث عبد الله بن عدى بن الحمراء رضى الله عنه أنه سمع النبى صلى الله عليه وسلم وهو واقف على راحلته بمكة يقول لمكة : « والله إنك لخير أرض الله وأحب أرض إلى الله ولولا أنى أخرجت منك ما خرجت » رواه الترمذى والنسائى وغيرهما ، ذكره الترمذى فى جامعه فى كتاب المناقب وقال : هذا حديث حسن صحيح وسنزيد المسألة بسطا وإيضاحا إن شاء الله تعالى حيث ذكرها المصنف فى كتاب النذر ، فيمن نذر الهدى إلى أفضل البلاد • وعن ابن الزبير : قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة فى مسجدى هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه من المساجد إلا المسجد الحرام وصلاة فى المسجد الحرام أفضل من مائة صلاة فى مسجدى » حديث حسن رواه أحمد فى مسنده ، والبيهقى بإسناد حسن • ونقل القاضى عياض فى آخر كتاب الحج من شرح صحيح مسلم إجماع المسلمين على أن موضع قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم أفضل الأرض ، وأن الخلاف فيما سواه •

(الثامنة) يكره حمل السلاح بمكة لغير حاجة • لحديث جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يحل أن يحمل السلاح بمكة » رواه مسلم •

(التاسعة) قال أصحابنا : من فروض الكفاية أن تحج الكعبة فى كل سنة فلا تعطل وليس لعدد المحصلين لهذا الغرض قدر متعين ، بل الغرض وجود حجها كل سنة من بعض المكلفين ، وستأتى المسألة مبسوطة فى أول كتاب السير حيث ذكر الشافعى والمزنى والأصحاب فروض الكفاية إن شاء الله تعالى •

(العاشرة) عن أبى ذر رضى الله عنه قال : « سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أول مسجد وضع فى الأرض قال : المسجد الحرام ، قلت : ثم أى ؟ قال : المسجد الأقصى قلت : كم بينهما ؟ قال أربعون عاما » رواه البخارى ومسلم •

(الحادية عشر) قال الماوردى فى الأحكام السلطانية فى خصائص الحرم : لا يحارب أهله فإن بغوا على أهل العدل فقد قال بعض الفقهاء : يحرم قتالهم بل يضيق عليهم حتى يرجعوا عن البغى ، ويدخلوا فى أحكام أهل العدل ، قال : وقال جمهور الفقهاء : يقاتلون على بغيهم إذا لم يمكن ردهم عن البغى إلا بالقتال ، لأن قتال البغاة من حقوق الله تعالى التى لا تجوز إضاعتها ، فحفظها فى الحرم أولى من إضاعتها • هذا كلام الماوردى ، وهذا الذى نقله عن أكثر الفقهاء هو الصواب ، وقد نص عليه الشافعى فى كتاب اختلاف الحديث من كتب الأم ونص عليه الشافعى فى آخر كتابه المسمى بسير الواقدى من كتب الأم • وقال القفال المروزى ، فى كتابه شرح التلخيص فى أول كتاب النكاح فى ذكر الخصائص : لا يجوز القتال بمكة ، قال : حتى لو تحصن جماعة من الكفار فيها لم يجز لنا قتالهم فيها ، وهذا الذى قاله القفال غلط نبهت عليه لئلا يغتر به •

(فإن قيل :) فقد ثبت عن أبى شريح الخزاعى رضى الله عنه أنه سمع النبى صلى الله عليه وسلم فى اليوم الذى بعد يوم فتح مكة يقول : « إن مكة حرّمها الله ولم يحرمها الناس ، ولا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسفك بها دما ، ولا يعضد بها شجرة ، فإن أحد ترخص لقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها فقولوا له : إن الله قد أذن لرسوله ، ولم يأذن لكم ، وإنما أذن لى فيها ساعة من نهار ثم عادت اليوم كحرمتها بالأمس ، وليبلغ الشاهد الغائب » رواه البخارى ومسلم • وفى الصحيحين أحاديث كثيرة بمعناه فى تحريم القتال بمكة ، وأنها لم يحل القتال بها إلا ساعة للنبى صلى الله عليه وسلم (فالجواب) أن معنى الحديث تحريم نصب القتال عليهم وقتالهم بما يعم كالمنجنيق وغيره ، إذا أمكن إصلاح الحال بدون ذلك ، بخلاف ما إذا تحصن كفار فى بلد تحصن كفار فى بلد آخر ، فإنه يجوز قتالهم على كل وجه وبكل شىء ، وقد نص الشافعى رضى الله عنه على هذا التأويل فى آخر كتابه المعروف بسير الواقدى من كتب الأم والله أعلم •

(الثانية عشرة) سدانة الكعبة وحجابتها هى ولايتها وخدمتها وفتحها وإغلاقها ونحو ذلك ، وهذا حق مستحق لبنى طلحة الحجبيين من بنى عبد الدار بن قصى ، اتفق العلماء على هذا ، وممن نقله عن العلماء القاضى عياض فى أواخر كتاب الحج من شرح صحيح مسلم ، وذكرته أنا هناك فى شرح صحيح مسلم ، وأوضحته بدليله ، قال العلماء فهى ولاية لهم عليها من رسول الله صلى الله عليه وسلم فتبقى دائمة أبدا ولهم ولذرياتهم ، لا تحل لأحد منازعتهم فيها ما داموا موجودين صالحين لذلك ، وقد ثبت فى الصحيح أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « كل مأثرة كانت فى الجاهلية فهى تحت قدمى إلا سقاية الحاج وسدانة البيت » •

(فرع) ذكر العلماء أن الكعبة الكريمة بنيت خمس مرات (إحداها)

بنتها الملائكة قبل آدم ، وحجها آدم فمن بعده من الأنبيـاء صلوات الله وسلامه عليهم (الثانية) بناها إبراهيم صلى الله عليه وسلم قال الله تعالى : (وإذ بوأنا لإبراهيم مكان البيت) [1] وقال تعـالى : (وإذ يرفع إبراهيم

---

(١) قال أهل التفسير : اعلم أن هذا هو النوع الرابع من الأمور التى حكاها الله تعالى من ابراهيم واسماعيل عليهما السلام وهو انهما عند بناء البيت ذكرا ثلاثة من الدعاء ثم ههنا مسائل :

(المسألة الأولى) قوله : واذ يرفع حكاية حال ماضيه ، والقواعد جمع قاعدة وهى الأساس والأصل لما فوقه وهى صفة غالبة ومعناها الثابتة او نقلت من هيئة الانخفاض الى هيئة الارتفاع وتطاولت بعد التقاصر ويجوز أن يكون المراد بها سافات البناء ، لأن كل ساف قاعدة للذى يبنى عليه ويوضع فوقه ، ومعنى رفع القواعد رفعها بالبناء لانه اذا وضع سافا فوق ساف فقد رفع السافات .

(المسألة الثانية) الأكثرون من أهل الأخبار على ان هذا البيت كان موجودا قبل ابراهيم عليه السلام على ما روينا من الأحاديث فيه ، واحتجوا بقوله واذ يرفع ابراهيم القواعد من البيت فان هذا صريح فى ن تلك القواعد كانت موجودة مهدمة الا أن ابراهيم عليه السلام رفعها وعمرها .

(المسألة الثالثة) اختلفوا فى انه هل كان شريكا له فى ذلك والتقدير : واذ يرفع ابراهيم واسماعيل القواعد من البيت والدليل عليه أنه تعالى عطف اسماعيل ، فلابد وأن يكون ذلك العطف فى فعل من الأفعال التى سلف ذكرها ولم يتقدم الا ذكر رفع القواعد فوجب أن يكون اسماعيل معطوفا على ابراهيم فى ذلك ، ثم ان اشراكهما فى ذلك يحتمل وجهين :

(أحدهما) أن يشتركا فى البناء ورفع الجدران (والثانى) أن يكون احدهما بانيا للبيت والآخر يرفع اليه الحجر والطين ويهيىء له الآلات والأدوات . وعلى الوجهين تصح اضافة الرفع اليهما ، وان كان الوجه الأول أدخل فى الحقيقة . ومن الناس من قال : أن اسماعيل فى ذلك الوقت كان طفلا صغيرا ، وروى معناه عن على رضى الله عنه ، وانه لما بنى البيت خرج وخلف اسماعيل وهاجرا فقالا : الى من تكلنا ؟ فقال ابراهيم : الى الله فعطش اسماعيل فلم ير شيئا من الماء فناداهما جبريل عليه السلام وفحص الأرض باصبعه فنبعت زمزم ، وهؤلاء جعلوا الوقف على قوله من البيت ثم ابتدأوا واسماعيل ربنا تقبل منا طاعتنا ببناء هذا البيت فعلى هذا التقدير يكون اسماعيل شريكا فى الدعاء لا فى البناء ، وهذا التأويل ضعيف لأن قوله تقبل منا ليس فيه ما يدل على أنه تعالى ماذا يقبل فوجب صرفه الى المذكور السابق وهو رفع البيت فاذا لم يكن ذلك من فعله كيف يدعو الله بأن يقبله منه ، فاذن هذا القول على خلاف ظاهر القرآن فوجب رده . =

القواعد من البيت) الآية (الثالثة) بنتها قريش فى الجاهلية ، وحضر النبى صلى الله عليه وسلم هذا البنـاء قبل النبوة ، ثبت ذلك فى الصحيحين ، وكان له صلى الله عليه وسلم حينئذ خمس وعشرون سنة ، وقيل : خمس وثلاثون (الرابعة) بناها ابن الزبير ثبت ذلك فى الصحيحين (الخامسة) بناها الحجاج بن يوسف فى خلافة عبـد الملك بن مروان ، ثبت ذلك فى الصحيح ، واستقر بناؤها الذى بناه الحجاج إلى الآن ، وقيل : إنها بنيت مرتين أخرتين قبل بناء قريش ، وقد أوضحته فى كتاب المناسك الكبير ،

(المسألة الرابعة) انما قال : واذ يرفع ابراهيم القواعد من البيت ولم يقل يرفع الله تعالى حكى عنهما بعد ذلك ثلاثة انواع من الدعاء (النوع الاول) فى قوله : تقبل منا انك انت السميع العليم وفيه مسائل « المسألة الاولى » اختلفوا فى قوله (تقبل منا) فقال المتكلمون : كل عمل يقبله الله تعالى فهو يثيب صاحبه ويرضاه منه والذى لا يثيبه عليه ولا يرضـاه منه فهو المردود فههنـا عبر عن احد المتـلازمن باسم الآخر ، فذكر لفظ القبول واراد به الثواب والرضا لان التقبل هو ان يقبل الرجل ما يهدى اليه ، فشبه الفعل من العبد بالعطية والرضا من الله تعالى بالقبول توسعا ، وقال العارفون : فرق بين القبول والتقبل ، فان التقبل عبارة عن ان يتكلف الانسـان فى قبوله وذلك انما يكون حيث يكون العمل ناقصا لا يستحق ان يقبل ، فهذا اعتراف منهما بالتقصير فى العمل ، واعتراف بالعجز والانكسار ، وايضا فلم يكن المقصود اعطاء الثواب عليه ، لان كون الفعل واقعا موقع القبول من المخدم الذ عند الخادم العاقل من اعطاء الثواب عليه « المسألة الثانية » انهم بعد ان اتو بتلك العبادة مخلصين تضرعوا الى الله تعالى فى قبولها وطلبوا الثواب عليها على ما قاله المتكلمون ، ولو كان ترتيب الثواب على الفعل المقرون بالاخلاص واجبا على الله تعالى لمـا كان فى هذا الدعاء والتضرع فائدة فانه يجرى مجرى ان الانسان يتضرع الى الله فيقول : يا الهى اجعل النار حارة والجمد باردا بل ذلك الدعاء احسن لانه لا استبعاد عند المتكلم فى صيرورة النار حال بقائها على صورتها فى الاشراق ، والاشتعال باردة والجمد حال بقائه على صورته فى الانجماد والبياض حارا ، ويستحيل عند المعتزلة ان لا يترتب الثواب على مثل هذا الفعل فوجب ان يكون الدعاء ههنا اقبح فلما لم يكن كذلك علمنا انه لا يجب للعبد على الله اصلا « المسألة الثالثة » انه انما عقب هذا الدعاء بقوله (انك انت السميع العليم) كانه يقول : تسمع دعاءنا وتضرعنا وتعلم ما فى قلبنا من الاخلاص وترك الالتفات الى احد سواك .

فان قيل : قوله : انك انت السميع العليم يفيد الحصر وليس الامر كذلك فان غيره قد يكون سميعا . قلنا : انه سبحانه لكماله فى هذه الصفة يكون كانه المختص بها دون غيره والله تعالى اعلم .

قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه فى باب دخول مكة فى آخر مسألة افتتاح الطواف بالاستلام : قال الشافعى : أحب أن تترك الكعبة على حالها فلا تهدم ، لأن هدمها يذهب حرمتها ، ويصير كالتلاعب بها ، فلا يريدون بتغييرها إلا هدمها فلذلك استحببنا تركها على ما هى عليه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويحرم صيد المدينة وقطع شجرها ، لما روى ابو هريرة رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إن ابراهيم حرم مكة ، وإنى حرمت المدينة مثل ما حرم إبراهيم مكة ، لا ينفر صيدها ، ولا يعضد شجرها ولا يختلى خلاها ولا تحل لقطتها إلا لمنشد » فإن قتل فيها صيدا ففيه قولان ، قال فى القديم : يسلب القاتل لما روى « ان سعد بن ابى وقاص رضى الله عنه اخذ سلب رجل قتل صيدا فى المدينة وقال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من وجدتموه يقتل صيدا فى حرم المدينة فاسلبوه » وقال فى الجديد : لا يسلب لأنه موضع يجوز دخوله من غير إحرام فلا يضمن صيده كوج فإن قلنا : يسلب دفع سلبه إلى مساكين المدينة كما يدفع جزاء صيد مكة إلى مساكين مكة وقال شيخنا ابو الطيب رحمه الله : يكون سلبه لمن اخذه لأن سعد بن أبى وقاص اخذ سلب القاتل وقال : طعمة اطعمنيها رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(فصل) ويحرم صيد وج وهو واد بالطائف لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل صيد وج فان قتل فيه صيدا لم يضمنه بالجزاء لأن الجزاء وجب بالشرع والشرع لم يرد إلا فى الإحرام والحرم ، ووج لا يبلغ الحرم من الحرمة فلم يلحق به فى الجزاء) .

(الشرح) حديث أبى هريرة ليس بمعروف عن أبى هريرة ولكن فى الصحيح أحاديث عن غير أبى هريرة ويحصل بها مقصود المصنف فى الدلالة هنا (منها) عن عبد الله بن زيد بن عاصم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إن إبراهيم حرم مكة ودعا لأهلها وإنى حرمت المدينة كما حرم إبراهيم مكة » الحديث رواه البخارى ومسلم وعن أبى هريرة قال : « حرم

رسول الله صلى الله عليه وسلم ما بين لابتى المدينة » رواه البخارى ومسلم ، وعن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « اللهم إن إبراهيم حرم مكة فجعلها حراما ، وإنى حرمت المدينة حراما ما بين مأزميها أن لا يهراق فيها دم ولا يحمل فيها سلاح لقتال ، ولا تخبط فيها شجرة إلا لعلف » رواه مسلم ، وعن سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إنى أحرم ما بين لابتى المدينة أن تقطع عضاهها أو يقتل صيدها » رواه مسلم ، وعن جابر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن إبراهيم حرم مكة وإنى حرمت المدينة ما بين لابتيها ، لا يقطع عضاهها ولا يصاد صيدها » رواه مسلم ، وعن أنس رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « المدينة حرام من كذا إلى كذا ، لا يقطع شجرها ، ولا يحدث فيها ، من أحدث حدثا فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين » رواه البخارى .

وعن على رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال فى المدينة : « لا يختلى خلاها ولا ينفر صيدها ، ولا يلتقط لقطتها إلا لمن أشاد بها ، ولا يصلح لرجل أن يحمل فيها السلاح لقتال ، ولا يصلح أن يقطع منها شجر إلا أن يعلف رجل بعيره » رواه أبو داود باسناد صحيح ، وفى المسألة أحاديث كثيرة بمعنى ما سبق والله أعلم .

وأما حديث سعد بن أبى وقاص المذكور فى الكتاب فرواه مسلم فى صحيحه عن عامر بن سعد بن أبى وقاص أن سعدا وجد عبدا يقطع شجرا ويخبطه فسلبه ، فلما رجع سعد جاء أهل العبد فكلموه أن يرد عليهم غلامهم أو ما أخذ من غلامهم ، فقال : معاذ الله أن أرد شيئا فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى أن يرد عليهم » رواه مسلم « وعن سليمان بن أبى عبد الله قال : رأيت سعد بن أبى وقاص أخذ رجلا يصيد فى حرم المدينة الذى حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم فسلبه ثيابه ، فجاء مواليه

فكلموه فيه ، فقال : « إن رسول الله صلى الله عليه وسلم حرم هذا الحرم ، وقال من وجد أحدا فيه فليسلبه فلا أرد عليكم طعمة أطعمنيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولكن إن شئتم دفعت إليكم ثمنه » رواه أبو داود باسناد كلهم ثقات حفاظ إلا سليمان بن أبى عبد الله هذا ، فقال أبو حاتم : ليس هو بالمشهور ، ولكن يعتبر بحديثه ، ولم يضعفه أبو داود ، وهذا الذى رواه بمعنى ما رواه مسلم ، فيقتضى مجموع هذا أن هذه الرواية صحيحة أو حسنة ، وفى رواية للبيهقى « أن سعدا كان يخرج من المدينة فيجد الحاطب معه شجر رطب قد عضده من بعض شجر المدينة فيأخذ سلبه ، فيكلم فيه فيقول : لا أدع غنيمة غنمنيها رسول الله صلى الله عليه وسلم وإنى لمن أكنز الناس مالا » والله أعلم .

(وأما) حديث صيد وج فرواه البيهقى باسناده عن الزبير بن العوام رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ألا إن صيد وج وعضاهه يعنى شجره حرام محرم » وذلك قبل نزوله الطائف وحصاره ثقيفا ، لكن إسناده ضعيف قال البخارى فى تاريخه : لا يصح ، ووج ــ بواو مفتوحة ثم جيم مشددة ــ (وأما) قول المصنف : إنه واد بالطائف فكذا قاله غيره من أصحابنا الفقهاء (وأما) أهل اللغة فيقولون : هو بلدة الطائف ، وقال الحازمى فى كتابه المؤتلف والمختلف فى الأماكن : وج اسم لحصون الطائف ، وقيل لواحد منها ، وربما اشتبه وج هذا بوح ــ بالحاء المهملة قال الحازمى : هى ناحية بنعمان والله أعلم .

(أما الأحكام) ففيها مسائل (إحداها) يحرم التعرض لصيد حرم المدينة وشجره ، هذا هو المذهب ، وعليه نص الشافعى ، وأطبق عليه جماهير أصحابنا وحكى المتولى والرافعى قولا شاذا أنه مكروه ليس بحرام ، قال المتولى : وأخذ هذا القول من قول الشافعى ، ولا يحرم قتل صيد إلا صيد الحرم ، وأكره قتل صيد المدينة ، وهذا النقل شاذ ضعيف ، بل باطل منابذ

للأحاديث الصحيحة السابقة (وأما) نص الشافعى فقال القاضى أبو الطيب : هذه الكراهة التى ذكرها الشافعى كراهة تحريم باتفاق أصحابنا ، ثم استدل ببعض ما قدمناه من الأحاديث الصحيحة السابقة ، فالصواب الجزم بالتحريم ، وعلى هذا فإذا ارتكب هذا الحرام هل يضمن ؟ فيه قولان مشهوران (الجديد) لا يضمن (والقديم) يضمن ودليلهما فى الكتاب ، وأجابوا للجديد عن حديث سعد فى سلب الصائد بجوابين ضعيفين (أحدهما) جواب الشيخ أبى حامد فى تعليقه أنه محمول على التغليظ (والثانى) جواب القاضى أبى الطيب فى تعليقه وجماعة بأنه يحمل على أنه كان هذا حين كانت العقوبة بالأموال ثم نسخ ، وهذان الجوابان ضعيفان بل باطلان • والمختار ترجيح القديم ، ووجوب الجزاء فيه ، وهو سلب القاتل لأن الأحاديث فيه صحيحة بلا معارض والله أعلم •

قال أصحابنا : وإذا قلنا : يضمن فوجهان حكاهما الفورانى والبغوى وصاحب البيان والرافعى (أحدهما) يضمن كضمان حرم مكة على ما سبق (والثانى) وهو الصحيح ، وبه قطع الجمهور فى الطريقتين أنه سلب الصائد وقاطع الشجر أو الكلأ ، وعلى هذا فى المراد بالسلب طريقان (أصحهما) وبه قطع الجمهور أنه كسلب القتيل من الكفار ممن قطع به الشيخ أبو حامد فى تعليقه وأبو على البندنيجى فى جامعه والدارمى والماوردى والمحاملى فى كتابيه المجموع والتجريد والقاضى أبو الطيب فى كتابيه التعليق والمجرد والقاضى حسين والجرجانى وابن الصباغ والمصنف والشاشى والبغوى وخلائق لا ينحصرون ، ودليله الحديث (والطريق الثانى) حكاه الرافعى فيه وجهان (أصحهما) هذا (والثانى) أن سلبه ثيابه فقط ، وبه قطع إمام الحرمين والغزالى ، وقد أشار المتولى إلى هذا •

وفى مصرف سلبه ثلاثة أوجه (أصحها) أنه للسالب كالقتيل ، ودليله

الحديث ، فان سعدا أخذ السلب لنفسه ، وممن صحح هذا الوجه الدارمى والمحاملى فى المجموع ، والقاضى أبو الطيب كما حكاه المصنف (والثانى) أنه لفقراء المدينة وهذا الوجه حكاه القاضى أبو الطيب فى كتابه المجرد وغيرهم ، وقطع به المحاملى فى التجريد ، واختاره القاضى أبو الطيب فى تعليقه عن الأصحاب ، وأشار هو والمصنف إلى ترجيحه ، ولم يوافقا على هذا الترجيح وليس هو ترجيحا راجحا (والثالث) أنه لبيت المال ، حكاه إمام الحرمين والغزالى وغيرهما ، وينكر على المصنف عبارته المذكورة فإنه أوهم أن المشهور فى المذهب تفريعا على القديم أن السلب للمساكين وأن القاضى أبا الطيب انفرد باختيار كونه للسالب ، وليس الحكم كذلك ، بل الخلاف مشهور جدا للمتقدمين والمتأخرين ، فمن حكى الأوجه الثلاثة إمام الحرمين وآخرون ، وممن حكى الوجهين الأولين ، وهما كونه للسالب أو للفقراء الشيخ أبو حامد فى تعليقه ، والدارمى وأبو على البندنيجى والماوردى والمحاملى فى المجموع ، والقاضى حسين وخلائق نحوهم وكل هؤلاء أقدم من المصنف وحكاهما من معاصرى المصنف ونحوهم ابن الصباغ والجرجانى والمتولى والبغوى وآخرون لكن الجرجانى حكاهما فى كتابه التحرير قولين ، والله أعلم .

فإذا قلنا بالمذهب إن السلب كسلب القتيل ، قال أصحابنا : فهو مثله فى كل شىء ، فكل شىء اتفقوا عليه هناك اتفقوا عليه هنا ، وكل شىء قالوا هناك : لا يدخل كالمتاع الذى فى منزله لا يدخل هنا أيضا ، وكل شىء اختلفوا فيه هناك كالطوق والمنطقة ففيه هنا ذاك الخلاف . هكذا صرح به الشيخ أبو حامد وأبو على البندنيجى والماوردى وآخرون ، فإذا قلنا بالمذهب إن السلب كسلب القتيل وأنه للسالب ، فقال الشيخ أبو حامد : يأخذ جميع ما معه من ثياب وفرش ونحو ذلك ، ويعطيه إزارا يستر به عورته ، فإذا قدر على ما يستر به عورته أخذ منه الإزار ، وقال الدارمى : لو كان عليه سراويل يأخذه السالب ويستر المسلوب نفسه ، فأشار إلى

أنه لا يخلى له ساترا ، وقطع المـاوردى بأنه يترك له ما يستر عورته وحكى الرويانى وجهين فى أنه هل يترك له ساتر العورة ؟ واختار أنه يترك ، قال : وهو قول المـاوردى ، وهذا هو الأصح والله أعلم .

ولو كان على الصائد والمحتطب ثياب مغصوبة لم يسلب بلا خلاف . صرح به الدارمى والقاضى أبو الطيب فى المجرد ، وهو ظاهر كما لو كان مع الحربى المقتول مال أخذه من مسلم ، فانه لا يستحقه السـالب والله أعلم . قال الرافعى : واعلم أن ظاهر الحديث وكلام الأصحاب أنه يسلب إذا اصطاد ، ولا يشترط الإتلاف ، وقال إمام الحرمين : لا أدرى أيسلب إذا أرسل الصيد أم لا يسلب حتى يتلفه ؟ قال : وكلاهما محتمل ، قال : وليس عندنا فيه ثبت من توقيف ولا قياس قاله الإمام ، ولا فرق فى هذا المذكور بين صيد وصيد ، ولا شجرة وشـجرة ، وكان السلب فى معنى المعاقبة للمتعاطى ، والله أعلم .

(المسألة الثانية) قال الشافعى فى الإملاء : أكره صيد وج وللأصحاب فيه طريقان (أصحهما) عندهم القطع بتحريمه ، وبهذا قطع الشيخ أبو حامد والمـاوردى والقاضى أبو الطيب والمحاملى والمصنف والبغوى والمتولى والجمهور من أصحابنا فى الطريقتين . قالوا : ومراد الشـافعى بالكراهة كراهة تحريم (الطريق الثانى) حكاه الشيخ أبو على السنجى وإمام الحرمين والغزالى ومن تابعهم فيه وجهان (أصحهما) يحرم (والثـانى) يكره ، ويجرى الخلاف فى شجره وخلاه ، صرح به الأصـحاب ونقل أبو على البندنيجى عن نصه فى الإملاء أن الشجر كالصيد (فإذا قلنا) بالمذهب وهو تحريمه فاصطاد فيه أو احتطب أو احتش فطريقان (أصـحهما) وبه قطع صاحب التلخيص وجماهير الأصحاب فى الطريقتين أنه يأثم ولا ضمان ، ونقل القاضى أبو الطيب فى تعليقه اتفاق الأصحاب على هذا ، لأن الأصل أن لا ضمان إلا فيما ورد فيه الشرع ، ولم يرد فى هـذا شىء (والطريق

الثانى) حكاه إمام الحرمين والبغوى وغيرهما فيه خلاف (الصحيح) لا ضمان (والثانى) أنه كصيد المدينة وشجرها وخلاها ، والله أعلم •

(الثالثة) النقيع بالنون على المشهور ، وقيل بالباء ، وهو الحمى الذى حماه رسول الله صلى الله عليه وسلم لأهل الصدقة ونحوها ليس هو بحرم ، ولا يحرم صيده باتفاق الأصحاب (وأما) خلاه فحرام باتفاقهم صرح به أبو على السنجى وإمام الحرمين والغزالى والبغوى والمتولى وآخرون (وأما) شجره ففيه طريقان قطع المتولى والبغوى بتحريمه ، وقال أبو على والإمام الغزالى : فى تحريمه وجهان لتردد الصيد والخلا ، فإن أخذ منه شجرا أو كلأ ففى وجوب ضمانه وجهان ، حكاهما أبو على والإمام والبغوى وغيرهم (أحدهما) لا كصيده (وأصحهما) وجوب الضمان كحرم مكة • صححه إمام الحرمين والرافعى فعلى هذا تجب القيمة بلا خلاف ولا يسلب القاتل • قال البغوى والرافعى : تصرف القيمة فى مصرف نعم الزكاة والجزية ، هذا كلامهما وينبغى أن يكون مصرفه بيت المال والله أعلم • واستدلوا لهذه المسألة بحديث جابر رضى الله عنه قال : (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يخبط ولا يعضد حمى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكن يهش هشا رفيقا) رواه أبو داود باسناد غير قوى ، لكنه لم يضعفه وروى البيهقى باسناده أن عمر بن الخطاب قال لرجل : « إنى أستعملك على الحمى فمن رأيت يعضد شجرا أو يخبط فخذ فأسه وحبله ، قال آخذ رداءه ؟ قال : لا » والله أعلم •

(فرع) فى بيان الأحاديث الواردة فى بيان حرم المدينة (منها) عن على رضى الله عنه قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : المدينة حرام ما بين عير إلى ثور » رواه البخارى ومسلم هكذا ، وفى رواية للبخارى ما بين عائر إلى كذا • قال أبو عبيد وغيره من العلماء : عير • ويقال له : عائر جبل معروف بالمدينة ، قالوا : وأما ثور فلا يعرف أهل المدينة بها

جبلا يقال له : ثور ، وإنما ثور جبل بمكة قالوا : فنرى أن أصل الحديث ما بين عير إلى أحد ، ولكنه غيره غلط الرواة فيه ، واستمرت الرواية • وقال أبو بكر الحازمى فى كتابه المؤتلف فى الأماكن : الرواية الصحيحة ما بين عير إلى أحد ، قال : وقيل : إلى ثور قال : وليس له معنى • هذا كلامهم فى هذا الحديث ، ولا يبعد أن الجبل كان يسمى ثورا ثم هجر ذلك الاسم •

وعن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ما بين لابتيها حرام » رواه البخارى ومسلم ، وفى رواية لمسلم « حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم ما بين لابتى المدينة » واللابتان الحرتان ، تثنية لابة ، وهى الأرض الملبسة حجارة سوداء ، والمدينة بين لابتين فى شرقها وغربها ، وعن أبى سعيد الخدرى أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : إنى حرمت ما بين لابتى المدينة كما حرم إبراهيم مكة » رواه مسلم • وعن أبى سعيد أيضا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « اللهم إن إبراهيم حرم مكة فجعلها حرما ، وإنى حرمت المدينة حراما ما بين مأزميها أن لا يهراق فيها دم ، ولا يحمل فيها سلاح لقتال ، ولا يخبط فيها شجر إلا لعلف » رواه مسلم •

وعن جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إن إبراهيم حرم مكة ، وإنى حرمت المدينة ما بين لابتيها لا يقطع عضاهها ، ولا يصاد صيدها » رواه مسلم • وعن أنس قال : أشرف النبى صلى الله عليه وسلم على المدينة فقال : « اللهم إنى أحرم ما بين جبليها ، مثل ما حرم إبراهيم مكة » رواه البخارى ومسلم ذكره البخارى فى كتاب الدعوات فى باب التعوذ من غلبات الرجال ، وفيها أحاديث أخر سبقت • وعن عدى بن زيد الخزاعى الصحابى قال : « حمى رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ناحية من المدينة بريدا بريدا لا تخبط شجرة ولا تعضد إلا ما يساق به الجمل »

رواه أبو داود بإسناد غير قوى ، فالحاصل أن حرم المدينة ما بين جبليها طولا ، وما بين لابتيها عرضا والله أعلم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى مسائل تتعلق بصيد الحرم ونباته (إحداها) أجمعت الأمة على تحريم صيد الحرم على الحلال ، فإن قتله فعليه الجزاء ، هذا مذهبنا ، وبه قال العلماء كافة ، وقال داود : لا جزاء عليه لقوله تعالى : (لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم) فقيده بالمحرمين • دليلنا ما سبق عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه حين تلف بسببه الطائر فى دار الندوة ، وما سبق عن ابن عباس فى الجراد ، وغير ذلك من الآثار ، وقياسا على صيد الإحرام وداود — وإن لم يقل بالقياس — فيستدل على إثبات القياس •

(الثانية) حكم جزاء الحرم كجزاء الإحرام ، فيتخير بين المثل والإطعام والصيام ، هذا مذهبنا ، وبه قال الأكثرون ، منهم مالك وأحمد ، وقال أبو حنيفة لا مدخل للصيام فيه ، قال : لأنه يضمنه ضمان الأموال ، بدليل أنه يضمنه لمعنى فى غيره وهو الحرم ، فأشبه مال الآدمى • دليلنا القياس على صيد الإحرام • ولو سلك به مسلك مال الآدمى لم يدخله المثل والإطعام ، وليعتبر نقد البلد ، ولأن هذا المعنى موجود فى صيد الإحرام وينتقض ما قالوه أيضا بكفارة القتل •

(الثالثة) إذا صاد الحلال فى الحل وأدخله الحرم فله التصرف فيه بالبيع والذبح والأكل وغيرها ، ولا جزاء عليه ، وبه قال مالك وداود • وقال أبو حنيفة وأحمد : لا يجوز ذبحه ، بل يجب إرساله • قالا : فإن أدخله مذبوحا جاز أكله وقاسوه على المحرم • واستدل أصحابنا بحديث أنس أنه كان له أخ صغير يقال له : أبو عمير ، وكان له نغر يلقب به ، فمات النغر ، فكان النبى صلى الله عليه وسلم يقول : « يا أبا عمير ما فعل النغير » رواه البخارى ومسلم وموضع الدلالة أن النغر من جملة الصيد ، وكان

مع أبى عمير فى حرم المدينة ، ولم ينكره النبى صلى الله عليه وسلم ، وأيضا فإن الذى عنى الشرع منه صيد الحرم ، وهذا ليس بصيد حرم ، وقياسا على من أدخل شجرة من الحل أو حشيشا والله أعلم .

(الرابعة) شجر الحرم عندنا حرام مضمون ، سوى ما أنبته الآدمى ، وما نبت بنفسه على المذهب . وبه قال أحمد . وقال بعض أصحابنا : لا يحرم ما أنبته الآدمى كما سبق . وقال أبو حنيفة : إن أنبته آدمى أو كان من جنس ما ينبته لم يحرم ، وإن كان مما لا ينبته آدمى ونبت بنفسه حرم . وقال مالك وأبو ثور وداود هو حرام ، لكن لا ضمان فيه . احتج لهم بالقياس على الزرع واحتج أصحابنا بعموم النهى ، وفرقوا بأن الزرع تدعو إليه الحاجة .

(الخامسة) يجوز رعى حشيش الحرم وخلاه عندنا ، وقال أبو حنيفة وأحمد : لا يجوز . ودليلنا حديث ابن عباس السابق حيث أرسل الأتان يرتع فى منى ، ومنى من الحرم .

(السادسة) إذا أتلف شجرة فى الحرم ضمن الكبيرة ببقرة ، والصغيرة بشاة ، وبه قال أحمد . وقال أبو حنيفة : يضمنها بالقيمة . ودليلنا أثر ابن الزبير وابن عباس .

(السابعة) إذا أرسل كلبا من الحل على صيد فى الحرم ، أو من الحرم على صيد فى الحل لزمه الجزاء . وقال أبو ثور : لا يلزمه .

(الثامنة) صيد حرم المدينة حرام عندنا ، وبه قال مالك وأحمد والعلماء كافة إلا أبا حنيفة فقال : ليس بحرام دلينا الأحاديث السابقة . وإذا أتلف صيد المدينة فلا ضمان على الأشهر فى مذهبنا ، وقال فى القديم : يسلب القاتل وبه قال أحمد وهو المختار كما سبق ، وبه قال سعد بن أبى

وقاص وجماعة من الصحابة ، وقال جمهور العلماء : لا ضمان فيه لا سلب ولا غيره •

(التاسعة) صيد وج حرام عندنا • قال العبدرى : وقال العلماء كافة لا يحرم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(إذا وجب على المحرم دم لاجل الإحرام كدم التمتع والقران ، ودم الطيب ، وجزاء الصيد ، (وجب) عليه صرفه لمساكين الحرم لقوله تعالى : (هديا بالغ الكعبة) فإن ذبحه فى الحل وادخله الحرم نظرت فإن تغير وأنتن لم يجزئه لأن المستحق لحم كامل غير متغير فلا يجزئه المنتن المتغير وإن ، لم يتغير ففيه وجهان (أحدهما) لايجزئه لأن الذبح احد مقصودى الهدى فاختص بالحرم كالتفرقة (والثانى) يجزئه لأن المقصود هو اللحم ، وقد اوصل ذلك إليهم ، وإن وجب عليه طعام لزمه صرفه إلى مساكين الحرم ، قياسا على الهدى ، وإن وجب عليه صوم جاز ان يصوم فى كل مكان ، لانه لا منفعة لاهل الحرم فى الصيام ، وإن وجب عليه هدى واحصر عن الحرم جاز له ان يذبح ويفرق حيث احصر ، لما روى ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم « خرج معتمرا فحالت كفار قريش بينه وبين البيت فنحر هديه وحلق راسه بالحديبية ، وبين الحديبية وبين الحرم ثلاثة اميال » ولانه إذا جاز ان يتحلل فى غير موضع التحلل لاجل الإحصار جاز ان ينحر الهدى فى غير موضع النحر) •

(الشرح) حديث ابن عمر رواه البخارى ومسلم ، وسبق أن الحديبية تقال ــ بالتخفيف والتشديد ــ والتخفيف أجود ، والمنتن ــ بضم الميم وكسرها ــ والهدى بإسكان الدال مع تخفيف الياء وبكسرها مع تشديد الياء لغتان الأولى أفصح •

اما الاحكام فقال الأصحاب : الدماء الواجبة فى الحج لها زمان ومكان (أما) الزمان فالدماء الواجبة فى الإحرام لفعل محظور أو ترك مأمور ، لا تختص بزمان ، بل تجوز فى يوم النحر وغيره ، وإنما تختص

بيوم النحر والتشريق الضحايا • ثم ما سوى دم الفوات يراق فى النسك الذى هو فيه (وأما) دم الفوات فيجوز تأخيره إلى سنة القضاء ، وهل يجوز إراقته فى سنة الفوات ؟ فيه وجهان ، وقيل : قولان (أصحهما) لا ، بل يجب تأخيره إلى سنة القضاء ، وقد ذكرهما المصنف بدليلهما فى باب الفوات (فإن قلنا) يجوز فوقت الوجوب سنة الفوات (وإن قلنا) بالأصح ففى وقت الوجوب وجهان (أصحهما) وقته إذا أحرم بالقضاء ، كما يجب دم التمتع بالإحرام بالحج ، ولهذا لو ذبح قبل تحلله من الفائت لم يجز على أصح الوجهين ، كما لو ذبح المتمتع قبل فراغ العمرة •

هذا أذا كفر بالذبح فاذا كفر بالصوم (فإن قلنا) وقت الوجوب أن يحرم بالقضاء لم يقدم صوم الثلاثة على القضاء ، ويصوم السبعة إذا رجع (وإن قلنا) يجب بالفوات ففى جواز صوم ثلاثة فى حجة الفوات وجهان ، ووجه المنع أنه إحرام ناقص والله أعلم •

(وأما) المكان فالدماء الواجبة على المحرم ضربان واجب على المحصر بالإحصار ، أو بفعل محظور ، وسيأتى بيانه قريبا فى فصل الدماء إن شاء الله تعالى (والضرب الثانى) واجب على غير المحصر ، فيختص بالحرم ، ويجب تفريقه على مساكين الحرم ، سواء الغرباء الطارئون والمستوطنون ، لكن الصرف إلى المستوطنين أفضل ، وله أن يخص به أحد الصنفين ، نص عليه الشافعى ، واتفقوا عليه وفى اختصاص ذبحه بالحرم خلاف حكاه المصنف وآخرون وجهين ، وحكاه آخرون قولين (أصحهما) يختص ، فلو ذبحه فى طرف الحل ونقله فى الحال طريا إلى الحرم لم يجزئه (والثانى) لا يختص ، فيجوز ذبحه خارج الحرم بشرط أن ينقله ويفرقه فى الحرم قبل تغيير اللحم ، وسواء فى هذا كله دم التمتع والقران وسائر ما يجب بسبب فى الحل أو الحرم ، أو بسبب مباح كالحلق للأذى • أو بسبب محرم ، وهذا هو الصحيح •

وفى القديم قول : إن ما أنشىء سببه فى الحل يجوز ذبحه وتفرقته فى الحل قياسا على دم الإحصار • وممن حكى هذا القول [1] وفى وجه ضعيف أن ما وجب بسبب مباح لا يختص ذبحه وتفرقته بالحرم ، وفيه وجه أنه لو حلق قبل وصوله الحرم وذبح وفرق حيث حلق جاز ، وكل هذا شاذ ضعيف والمذهب ما سبق • قال الشافعى والأصحاب : ويجوز الذبح فى جميع بقاع الحرم قريبها وبعيدها ، لكن الأفضل فى حق الحاج الذبح بمنى ، وفى حق المعتمر المروة ، لأنهما محل تحللهما • وكذا حكم ما يسوقانه من الهدى •

(فـرع) قال القاضى حسين فى الفتاوى : لو لم يجـد فى الحرم مسكينا لم يجز نقل الدم إلى موضع آخر سواء جوزنا نقل الزكاة أم لا ، لأنه وجب لمساكين الحرم ، كمن نذر الصدقة على مساكين بلد فلم يجد فيه مساكين ، يصبر حتى يجدهم ، ولا يجوز نقله بخلاف الزكاة على أحد القولين ، لأنه ليس فيها نص صريح بتخصيص البلد بها بخلاف الهدى •

(فـرع) إذا كان الواجب الإطعام بدلا عن الذبح ، وجب صرفه على مساكين الحرم ، سواء المستوطنون والطارئون كما قلنا فى لحم المذبوح (أما) إذا كان الواجب الصوم فيجوز أن يصوم حيث شاء من أقطار الأرض لمـا ذكره المصنف •

(فـرع) قال الماوردى والرويانى: أقل مايجزىء أن يدفع الواجب من اللحم إلى ثلاثة من مساكين الحرم إن قدر ، فإن دفع إلى اثنين مع قدرته على ثالث ضمن وفى قدر الضمان وجهان (أحدهما) الثلث (وأصحهما) أقل ما يقع عليه الاسم كالقولين فى الزكاة (وأما) إذا فرق الطعام فوجهان (أحدهما) يتقدر لكل مسكين مد كالكفارة فلا يزاد ولا ينقص ، فإن زاد لم يحسب ، وإن نقص لم يجزئه حتى يتمه مدا (وأصحهما) لا يتقدر ، بل تجوز الزيادة على مد والنقص عنه •

---

(١) بياض بالاصل فحرر •

(فـرع) لو ذبح الهدى فى الحرم فسرق منه قبل التفرقة لم يجزئه عمـا فى ذمته ، ويلزمه إعادة الذبح ، وله شراء اللحم والتصدق به بدل الذبح ، لأن الذبح قد وجد ، وفى وجه ضعيف يكفيه التصدق بالقيمـة حكاه الرافعى •

(فـرع) قال الرويانى وغيره : تلزمه النية عند التفرقة كسـائر العبادات •

(فـرع) قال أصحابنا : الدماء الواجبة فى المناسك سـواء تعلقت بترك واجب أو ارتكاب منهى حيث أطلقناها أردنا بها شاة ، فإن كان الواجب غيرها كالبدنة فى الجماع نصصنا عليها ، ولا يجزىء فيها جميعا إلا ما يجزىء فى الأضحية إلا فى جزاء الصيد ، فيجب المثل فى الصغير صغير ، وفى الكبير كبير ، وفى المعيب والمكسور مثله كما سبق • قال أصحابنا : وكل من لزمه شاة جاز له ذبح بقرة أو بدنة مكانها ، لأنها أكمل ، كما يجزىء فى الأضحية إلا فى جزاء الصيد فلا يجزىء حيوان عن المثل • قال أصحابنا : وإذا ذبح بدنة أو بقرة مكان الشاة فهل الجميع فرض حتى لا يجوز أكل شىء منها ؟ أم الفرض سبعها فقط حتى يجوز أكل الباقى ؟ فيه وجهان (الأصح) سبعها صححه الرويانى وغيره ، وسبقت نظـائر المسألة فى باب صـفة الوضوء ومواضع أخرى • ولو ذبح بدنة ونوى التصدق بسبعها عن الشاة الواجبة عليه وأكل الباقى جاز ، وله نحر البدنة عن سبع شياه لزمته • ولو اشترك جماعة فى ذبح بدنة أو بقرة أراد بعضهم الهدى ، وبعضهم الأضـحية ، وبعضهم اللحم ، جاز ، ولا يجوز اشتراك اثنين فى شـاتين لأن الانفراد ممكن •

(فـرع) فى كيفية وجوب الدماء وإبدالها ، وقد سبقت مقاصـده مفرقة فأحببت جمعها ملخصا كما فعله الأصـحاب ، وقد لخصها الرافعى متقنة فاقتصر على نقله ، قال : فى ذلك نظران (أحدهما) النظر فى أن أى

دم يجب مرتبا ، وأى دم يجب على التخيير ، وهاتان الصفتان متقابلتان فمعنى الترتيب أنه يجب الدم ، ولا يجوز العدول إلى غيره إلا إذا عجز عنه ، ومعنى التخيير أنه يجوز العدول إلى غيره مع القدرة عليه .

(النظر الثانى) فى أنه أى دم يجب على سبيل التقدير ، وأى دم يجب على سبيل التعديل وهاتان الصفتان متقابلتان ، فمعنى التقدير أن الشرع قدر البدل المعدول إليه ترتيبا أو تخييرا ، أى مقدرا لا يزيد ولا ينقص ، ومعنى التعديل أنه أمر فيه بالتقويم والعدول إلى غيره بحسب القيمة ، وكل دم بحسب الصفات المذكورة لا يخلو من أحد أربعة أوجه (أحدها) التقدير والترتيب (والثانى) الترتيب والتعديل (والثالث) التخيير والتقدير (والرابع) التخيير والتعديل وتفصيلهما بثمانية أنواع (أحدها) دم التمتع ، وهو دم ترتيب وتقدير كما ورد به نص القرآن العزيز ، وقد سبق بيانه ، ودم القران فى معناه وفى دم الفوات طريقان (أصحهما) وبه قطع الجمهور أنه كدم التمتع فى الترتيب والتقدير وسائر الأحكام ، والثانى على قولين (أحدهما) هذا (والثانى) أنه كدم الجماع فى الأحكام إلا أن هذا شاة والجماع بدنة لاشتراك الصورتين فى وجوب القضاء .

(والثانى) جزاء الصيد ، وهو دم ترتيب وتعديل ، ويختلف بكون الصيد مثليا أو غيره ، وسبق إيضاحه ، وجزاء شجر الحرم وحشيشه كجزاء الصيد وقد سبق حكاية قول عن رواية أبى ثور أن دم الصيد على الترتيب ، وهو شاذ (الثالث) دم الحلق والقلم ، وهو دم تخيير وتقدير ، فإذا حلق جميع شعره أو ثلاث شعرات تخير بين دم وثلاثة آصع لستة مساكين ، وصوم ثلاثة أيام وسبق بيانه .

(الرابع) الدم الواجب فى ترك المأمورات كالإحرام من الميقات ، والرمى والمبيت بعرفة ليلة النحر ، وبمنى ليالى التشريق والدفع من عرفة قبل الغروب وطواف الوداع ، وفى هذا الدم أربعة أوجه (أصحها) وبه

قطع العراقيون وكثيرون من غيرهم أنه كدم التمتع فى الترتيب والتقدير ، فإن عجز عن الدم صام ثلاثة أيام فى الحج وسبعة إذا رجع (والثانى) أنه دم ترتيب وتعديل لأن التعديل هو القيـاس ، وإنما يصـار إلى الترتيب بتوقيف • فعلى هذا يلزمه شاة ، فإن عجز قومها دراهم ، واشترى بهـا طعاما وتصدق به ، فإن عجز صام عن كل مد يوما ، وإذا ترك حصاة ففيه أقوال مشهورة (أصحها) يجب مد (والثانى) درهم (والثالث) ثلث شاة ، فإن عجز فالطعام ثم الصوم على ما يقتضيه التعديل بالقيمة (والرابع) أنه دم ترتيب ، فإن عجز لزمه صوم الحلق (والخامس) أنه دم تخيير وتعديل كجزاء الصيد ، وهذان الوجهان شاذان ضعيفان (الخامس) دم الاستمتاع كالتطيب والأدهان واللبس ومقدمات الجماع ، وفيه أربعة أوجه (أصحها) أنه دم تخيير وتقدير كالحلق ، لاشتراكهما فى الترفه (والثانى) دم تخيير وتعديل كالصيد (والثالث) دم ترتيب وتعديل (والرابع) دم ترتيب وتقدير كالتمتع •

(السادس) دم الجماع ، وفيه طرق للأصحاب ، واختلاف منتشر المذهب منه أنه ترتيب وتعديل فيجب بدنة ، فإن عجز عنها فبقرة ، فإن عجز فسبع شياه فان عجز قوم البدنة بدراهم ، والدراهم بطعام ثم تصدق به ، فان عجز صام عن كل مد يوما (وقيل) : إذا عجز عن الغنم قوم البـدنة وصام فان عجز أطعم فيقدم الصيام على الإطعام ، ككفارة الظهار ونحوها ، وقيل : لا مدخل للإطعام والصيام هنا ، بل إذا عجز عن الغنم ثبت الفـداء فى ذمته إلى أن يجد تخريجا من أحد القولين فى دم الإحصار ، ولنا قول ، وقيل : وجه • أنه يتخير بين البدنة والبقرة والغنم ، فان عجز عنها فالإطعام ، ثم الصوم ، وقيل : يتخير بين البدنة والبقرة والشياه والإطعام والصيام (السابع) دم الجماع الثانى أو الجماع بين التحللين ، وقد سبق خلاف فى أن واجبهما بدنة أم شاة ؟ (فان قلنا) بدنة فهى فى الكيفية كالجماع الأول قبل التحللين كما سبق (وإن قلنا) شاة فكمقدمات الجماع •

(الثامن) دم الإحصار فمن تحلل بالإحصار فعليه شاة ولا عدول عنها إن وجدها ، فان عدمها فهل له بدل ؟ فيه قولان مشهوران (أحدهما) نعم كسائر الدماء (والثانى) لا ، إذا لم يذكر فى القرآن بدله بخلاف غيره (فان قلنا) بالبدل ، ففيه أقوال (أحدها) بدله الإطعام بالتعديل ، فان عجز صام عن كل مد يوما (وقيل) يتخير على هذا بين صوم الحلق وإطعامه (والقول الثانى) بدله الإطعام فقط ، وفيه وجهان (أحدهما) ثلاثة آصع كالحلق (والثانى) يطعم ما يقتضيه التعديل (والقول الثالث) بدله الصوم فقط ، وفيه ثلاثة أقوال (أحدها) عشرة أيام (الثانى) ثلاثة (والثالث) بالتعديل عن كل مد يوما ، ولا مدخل للطعام على هذا القول غير أنه يعتبر به قدر الصيام (المذهب) على الجملة الترتيب والتعديل هذا آخر كلام الرافعى والله أعلم •

تم الجزء السابع ويليه الجزء الثامن بإذن الله تعالى وأوله باب صفة الحج •

استدراك من المحقق لابد منه

فى حكم التلبيـــة

قال الحافظ ابن حجر فى الفتح : لم يتعرض المصنف ـ يعنى البخارى رضى الله عنه ـ لحكم التلبية وفيهـا مذاهب اربعـة يمكن توصيلها إلى عشرة :

(الأول) أنها سنة من السنن لا يجب بتركهـا شىء ، وهو قول الشافعى وأحمد .

(ثانيها) واجبة ويجب بتركها دم حكاه المـاوردى عن ابن ابى هريرة من الشافعية وقال : إنه وجد للشافعى نصا يدل عليه وحكاه ابن قدامة عن بعض المـالكية والخطابى عن مالك وأبى حنيفة . وأغرب النووى فحكى عن مالك انها سنة ويجب بتركها دم ، ولا يعرف ذلك عندهم إلا أن ابن الجلاب قال : التلبية فى الحج مسنونة غير مفروضة ، وقال ابن التين : يريد أنها ليست من أركان الحج ، وإلا فهى واجبة ولذلك يجب بتركها الدم ولو لم تكن واجبة لم يجب ، وحكى ابن العربى انه يجب عندهم بترك تكرارها دم وهذا أصل زائد على قدر الوجوب .

(ثالثها) واجبة لكن يقوم مقامها فعل يتعلق بالحج كالتوجه على الطريق ، وبهذا صدر (بفتح الصاد وتشديد الدال) ابن شاش من المـالكية كلامه فى (الجواهر) له وحكى صاحب الهداية من الحنفية مثله ، لكن زاد القول الذى يقوم مقام التلبية من الذكر كما فى مذهبهم من أنه لا يجب لفظ معين ، وقال ابن المنذر : قال أصحاب الرأى : إن كبر أو هلل أو سبح ينوى بذلك الإحرام فهو محرم .

(رابعها) أنها ركن فى الإحرام لا ينعقد بدونها ، حكاه ابن عبد البر عن الثورى وأبى حنيفة وابن حبيب من المـالكية والزبيرى من الشافعية وأهل الظاهر قالوا : هى نظير تكبيرة الإحرام للصلاة ، ويقويه ما تقدم من بحث ابن عبد السلام عن الشافعية وأهل الظاهر قالوا : هى نظير تكبيرة الإحرام للصلاة ، ويقويه ما تقدم من بحث ابن عبد السلام عن حقيقة الإحرام ، وهو قول عطاء اخرجه سعيد بن منصور باسـناد صحيح عنه قال : ((التلبية فرض الحج)) وحكاه ابن المنذر عن ابن عمر وطاوس وعكرمة وحكى النووى عن داود أنه لابد من رفع الصوت بها ، وهذا قدر زائد على أصل كونها ركنا . أ هـ .

جـ ٣ ص ٤٨٠ حديث ١٥٥٠ ط السلفية .

بسم الله الرحمن الرحيم

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب صفة الحج والعمرة [1]

(وإذا اراد دخول مكة وهو محرم بالحج اغتسل بذى طوى ، لما روى ابن عمر رضى الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما جاء وادى طوى بات حتى صلى الصبح فاغتسل ثم دخل من ثنية كداء ، ويدخل من ثنية كداء من اعلى مكة ويخرج من السفلى ، لما روى ابن عمر رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يدخل مكة من الثنية العليا ويخرج من الثنية السفلى) .

(الشرح) حديث ابن عمر الثانى رواه البخارى ومسلم بلفظه ، ورويناه أيضا بلفظه من رواية عائشة أيضا (وأما) حديثه الأول فرواه البخارى ومسلم أيضا بمعناه ولفظهما عن نافع قال وكان ابن عمر إذا دخل أدنى الحرم أمسك عن التلبية ثم يبيت بذى طوى ثم يصلى به الصبح ويغتسل ، ويحدث أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك (وأما) طوى — فبفتح الطاء وضمها وكسرها ثلاث لغات الفتح أجود [2] .

وممن حكى اللغات الثلاث صاحب المطالع وجماعات قالوا : والفتح أفصح وأشهر . واقتصر الحازمى فى المؤتلف على ضمه ، واقتصر آخرون

---

(١) فى النسخة المطبوعة من المهذب بحذف العمرة فى الترجمة (ط) .

(٢) ينازع الشيخ فى هذا فان القرآن الكريم استعمل الضم فى قوله تعالى « انك بالوادى المقدس طوى » وعندنا انه اذا كان هناك صوابان استعمل القرآن أحدهما كان الصواب الآخر خطأ وكلام صاحب المطالع أنيس من حيث اللغة لأن الفتح يلزمه المد والضم يلزمه القصر كحلواء بفتح الحاء وحلوى بضمها مع القصر والله تعالى أعلم (ط) .

على الفتح ، وهو منون مصروف مقصور لا يجوز مده • قال صاحب المطالع : ووقع فى لباب المستملى ذو الطواء ممدود ، وهو واد بباب مكة •

(وأما) الثنية فهى الطريق بين جبلين (وأما) كداء العليا فبفتح الكاف وبالمد مصروف (وأما) السفلى فيقال لها ثنية كداى ــ بالضم ــ مقصور •

وأما مكة فلها أسماء كثيرة ، وقد قالوا كثرة الأسماء تدل على شرف المسمى لهذا كثرت أسماء رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى قال بعضهم لله تعالى ألف اسم ، وللنبى صلى الله عليه وسلم ألف اسم وقد أشرت إلى هذا فى أول تهذيب الأسماء واللغات فى أولا ترجمة النبى صلى الله عليه وسلم فما حضرنى من أسماء مكة ستة عشر اسما : أحدها مكة ، والثانى : بكة ، والثالث : أم القرى ، والرابع : البلد الأمين ، والخامس رحم ــ بضم الراء وإسكان الحاء المهملة ــ لأن الناس يتراحمون فيها ويتوادعون • السادس صلاح ، بكسر الحاء ــ مبنى على الكسر كقطاع ونظائرها سميت به لأمنها • السابع : الباسة ــ بالباء الموحدة والسين المهملة ــ لأنها تبس من ألحد فيها أى تحطمه • ومنه قوله تعالى ([1] وبست الجبال) الثامن : الناسة بالنون • التاسع : النساسة (قيل) لأنها تنس الملحد ، أى تطرده ، وقيل لقلة مائها ، والنس اليبس • العاشر : الحاطمة ، لحطمها الملحدين فيها • الحادى عشر : الرأس كرأس الإنسان • الثانى عشر : كوثى ــ بضم الكاف وفتح المثلثة ــ باسم موضع بها • الثالث عشر : العرش الرابع عشر: القادس • الخامس عشر : المقدسة من التقديس • السادس عشر : البلدة •

وأما مكة وبكة فقيل : هما اسمان للبلدة ، وقيل : مكة الحرم كله ، ومكة المسجد خاصة ، وهى محكى عن الزهرى وزيد بن أسلم ، وقيل : مكة اسم للبلد ، وبكة اسم البيت ، وهو قول إبراهيم النخعى وغيره •

---

(١) الآية ٤ من سورة الواقعة .

وقيل : مكة البلد وبكة البيت وموضع الطواف ، سميت بكة لازدحام الناس فيها ، يبك بعضهم بعضا ، أى يدفعه فى زحمة الطواف ، وقيل لأنها تبك أعناق الجبابرة أى تدقها ، والبك الدق • وسميت مكة لقلة مائها من قولهم : امتك الفصيل ضرع أمه إذا امتصه • وقيل : لأنها تمك الذنوب أى تذهب بها • والله أعلم •

وأما مدينة النبى صلى الله عليه وسلم فلها أسماء : المدينة وطيبة وطابة والدار قال الله تعالى (ما كان لأهل المدينة [1]) و (يقولون لئن رجعنا إلى المدينة [2]) وفى صحيح مسلم عن جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إن الله تعالى سمى المدينة طابة » قال العلماء : سميت طابة وطيبة من الطيب وهو الطاهر لخلوصها من الشرك وطهارتها • وقيل من طيب العيش • وقيل من الطيب وهو الرائحة الحسنة • وسميت الدار لأمنها وللاستقرار بها • والله أعلم •

(اما الأحكام) ففيها مسائل :

(إحداها) يستحب الغسل لدخول المحرم مكة • لما ذكره المصنف • وقد سبق بيان أغسال الحج فى أول باب الإحرام ، وذكرنا هناك أنه إن عجز عن الغسل تيمم • وذكرنا فيه فروعا كثيرة • ويستحب هذا الغسل بذى طوى إن كانت فى طريقه وإلا اغتسل فى غير طريقها ، كنحو مسافتها وينوى به غسل دخول مكة ، وهو مستحب لكل محرم حتى الحائض والنفساء والصبى ، كما سبق بيانه فى باب الإحرام •

قال الماوردى : ولو خرج إنسان من مكة فأحرم بالعمرة من الحل واغتسل للاحرام ثم أراد دخول مكة ، فان كان أحرم من موضع بعيد عن

---

(١) من الآية ١٢٠ من سورة التوبة •

(٢) من الآية ٨ من سورة المنافقين •

مكة ، كالجعرانة والحديبية استحب أن يغتسل أيضا لدخول مكة ، وإن أحرم من موضع قريب من مكة كالتنعيم أو من أدنى الحل لم يغتسل لدخول مكة ، لأن المراد من هذا الغسل النظافة وإزالة الوسخ عند دخوله ، وهو حاصل بغسله السابق .

وهذا الغسل مستحب لكل داخل محرم ، سواء كان محرما بحج أو عمرة أو قران بلا خلاف ، وينكر على المصنف قوله وهو محرم بالحج ، فأوهم اختصاصه به (والصواب) حذف لفظة الحج كما حذفها فى التنبيه والأصحاب .

(الثانية) يستحب للمحرم بالحج أن يدخل مكة قبل الوقوف بعرفات هكذا فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه وسائر السلف والخلف . وأما ما يفعله حجيج العراق من قدومهم إلى عرفات قبل دخول مكة فخطأ منهم وجهالة . وفيه ارتكاب بدعة وتفويت سنن (منها) دخول مكة أولا (ومنها) تفويت طواف القدوم وتفويت تعجيل السعى وزيارة الكعبة ، وكثرة الصلاة بالمسجد الحرام وحضور خطبة الإمام فى اليوم السابع بمكة ، والمبيت بمنى ليلة عرفة والصلاة بها والنزول بنمرة ، وحضور تلك المشاهد ، وغير ذلك مما سنذكره فى موضعه إن شاء الله تعالى .

(الثالثة) يستحب إذا وصل الحرم أن يستحضر فى قلبه ما أمكنه من الخشوع والخضوع بظاهره وباطنه ، ويتذكر جلالة الحرم ومزيته على غيره . قال جماعة من أصحابنا : يستحب أن يقول : اللهم إن هذا حرمك وأمنك فحرمنى على النار ، وآمنى من عذابك يوم تبعث عبادك ، واجعلنى من أوليائك وأهل طاعتك .

(الرابعة) قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله تعالى : يستحب له

دخول مكة من ثنية كداء التى بأعلى مكة ، وهى بفتح الكاف ، والمد كما سبق ومنها يتجرد إلى مقابر مكة ، وإذا خرج راجعا إلى بلده خرج من ثنية كدى ـ بضم الكاف ـ وبالقصر ، وهى بأسفل مكة قرب جبل قعيقان وإلى صوب ذى طوى • قال بعض أصحابنا : إن الخروج إلى عرفات يستحب أيضا أن يكون من هذه السفلى •

واعلم أن المذهب الصحيح المختار الذى عليه المحققون من أصحابنا أن الدخول من الثنية العليا مستحب لكل محرم داخل مكة ، سواء كانت فى صوب طريقه أم لم تكن ، ويعتدل إليها من لم تكن فى طريقه •

وقال الصيدلانى والقاضى حسين والفورانى وإمام الحرمين والبغوى والمتولى : إنما يستحب الدخول منها لمن كانت فى طريقه ، وأما من لم تكن فى طريقه فقالوا : لا يستحب له العدول إليها • قالوا : وإنما دخل النبى صلى الله عليه وسلم اتفاقا لكونها كانت فى طريقه • هذا كلام الصيدلانى وموافقيه ، واختاره إمام الحرمين ونقله الرافعى عن جمهور الأصحاب •

وقال الشيخ أبو محمد الجوينى : ليست العليا على طريق المدينة ، بل عدل إليها النبى صلى الله عليه وسلم متعمدا لها ، قال : فيستحب الدخول منها لكل أحد ، قال : ووافق إمام الحرمين الجمهور فى الحكم ، ووافق أبا محمد فى أن موضع الثنية كما ذكره وهذا الذى قاله أبو محمد من كون الثنية ليست على نهج الطريق ، بل عدل إليها هو الصواب الذى يقضى به الحس والعيان ، فالصحيح استحباب الدخول من الثنية العليا لكل محرم قصد مكة ، سواء كانت فى صوب طريقه أم لا ، وهو ظاهر نص الشافعى فى المختصر ومقتضى إطلاقه فانه قال : ويدخل المحرم من ثنية كداء ونقله صاحب البيان عن عامة الأصحاب •

(فرع) قال أصحابنا : له دخول مكة راكبا وماشيا ، وأيهما

أفضل ؟ فيه وجهان حكاهما الرافعى (أصحهما) ماشيا أفضل ، وبه قطع الماوردى لأنه أشبه بالتواضع والأدب وليس فيه مشقة ولا فوات مهم ، بخلاف الركوب فى الطريق فانه أفضل [1] على المذهب كما سبق بيانه فى الباب الأول من كتاب الحج لما ذكرناه هناك ، ولأن الراكب فى الدخول متعرض لأن يؤذى الناس بدابته فى الزحمة ، والله تعالى أعلم .

وإذا دخل ماشيا فالأفضل كونه حافيا لو لم يلحقه مشقة ، ولا خاف نجاسة رجله ، والله أعلم .

(فرع) قال أصحابنا : له دخول مكة ليلا ونهارا ولا كراهة فى واحد منهما فقد ثبتت الأحاديث فيها كما سأذكره قريبا إن شاء الله تعالى ، وفى الفضيلة وجهان (أصحهما) دخولها نهارا أفضل ، حكاه ابن الصباغ وغيره عن أبى إسحاق المروزى ، ورجحه البغوى وصاحب العدة وغيرهما ، وقال القاضى أبو الطيب والماوردى وابن الصباغ والعبدرى : هما سواء فى الفضيلة لا ترجيح لأحدهما على الآخر ، واحتج هؤلاء بأنه قد صح الأمران من فعل النبى صلى الله عليه وسلم ولم يرد عنه صلى الله عليه وسلم ترجيح لأحدهما ولا نهى فكانا سواء ، واحتج من رجح النهار بأنه الذى اختاره النبى صلى الله عليه وسلم فى حجته وحجة الوداع وقال فى آخرها « لتأخذوا عنى مناسككم » فهذا ترجيح ظاهر للنهار ، ولأنه أعون للداخل وأرفق به وأقرب إلى مراعاته للوظائف المشروعة له على أكمل وجوهها وأسلم له من التأذى والإيذاء والله أعلم .

وأما الحديثان الواردان فى المسألة (فأحدهما) حديث ابن عمر رضى الله عنهما قال « بات النبى صلى الله عليه وسلم بذى طوى حتى أصبح ، ثم دخل مكة ، وكان ابن عمر يفعله ، رواه البخارى ومسلم ، وفى رواية

---

(١) المقصود بالركوب فى الطريق هو السفر الى مكة من موطنه فالركوب أفضل على المذهب واما عند الدخول الى مكة فالمشى أفضل (ط) .

لمسلم عن نافع « أن ابن عمر كان لا يقدم مكة إلا بات بذى طوى حتى يصبح ويغتسل ثم يدخل مكة نهارا ، ويذكر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه فعله » وفى رواية لمسلم أيضا عن ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ينزل بذى طوى ويبيت فيه حتى يصلى الصبح حين يقدم مكة » .

وأما الحديث الآخر فعن محرش الكعبى الصحابى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « خرج من الجعرانة ليلا معتمرا فدخل ليلا فقضى عمرته ثم خرج من ليلته فأصبح بالجعرانة كبائت » رواه أبو داود والترمذى والنسائى وإسناده جيد ، قال الترمذى هو حديث حسن ، قال : ولا يعرف لمحرش عن النبى صلى الله عليه وسلم غير هذا الحديث وثبت فى ضبط محرش ثلاثة أقوال حكاها أبو عمر بن عبد البر فى الاستيعاب (أصحها) وأشهرها وهو الذى جزم به أبو نصر بن ماكولا . محرش ـ بضم الميم وفتح الحاء المهملة وكسر الراء المشددة ـ (والثانى) محرش بكسر الميم وإسكان الحاء المهملة وفتح الراء (والثالث) محرش بكسر الميم وإسكان الحاء المعجمة ، وهو قول على بن المدينى وادعى أنه الصواب والله تعالى أعلم .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى هذه المسألة فمن استحب دخولها نهارا ابن عمر وعطاء والنخعى وإسحاق بن راهويه وابن المنذر . وممن استحبه ليلا عائشة وسعيد بن جبير وعمر بن عبد العزيز . وممن قال هما سواء : طاوس والثورى .

(فرع) ينبغى أن يتحفظ فى دخوله من إيذاء الناس فى الزحمة ، ويتلطف بمن يزاحمه ويلحظ بقلبه جلالة البقعة التى هو فيها ، والكعبة التى هو متوجه إليها ويمهد عذر من زاحمه .

(فرع) قال الماوردى وغيره : يستحب دخول مكة بخشوع

قلبه وخضوع جوارحه داعيا متضرعا • قال الماوردى : ويكون من دعائه ما رواه جعفر بن محمد عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يقول عند دخوله « اللهم البلد بلدك والبيت بيتك ، جئت أطلب رحمتك وأؤم طاعتك ، متبعا لأمرك راضيا بقدرك مبلغا لأمرك ، أسألك مسألة المضطر إليك المشفق من عذابك أن تستقبلنى وأن تتجاوز عنى برحمتك وأن تدخلنى جنتك [1] » •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإذا راى البيت دعا لما روى ابو امامه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « تفتح أبواب السماء وتستجاب دعوة المسلم عند رؤية الكعبة » ويستحب ان يرفع اليد فى الدعاء لما روى ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ترفع الأيدى فى الدعاء لاستقبال البيت » ويستحب ان يقول : اللهم زد هذا البيت تشريفا وتكريما وتعظيما ومهابة ، وزد من شرفه وكرمه ممن حجه او اعتمره ، تشريفا وتكريما وتعظيما وبرا ، لما روى ابن جريج ان النبى صلى الله عليه وسلم « كان إذا راى البيت رفع يديه وقال ذلك » ويضيف إليه : اللهم انت السلام ومنك السلام فحينا ربنا بالسلام ، لما روى أنعمر كان إذا نظر إلى البيت قال ذلك) •

(الشرح) أما حديث أبى أمامة فغريب ليس بثابت • وأما حديث ابن عمر فرواه الإمام سعيد بن منصور والبيهقى وغيرهما ، وهو ضعيف باتفاقهم ، لأنه من رواية عبد الله بن عبد الرحمن بن أبى ليلى الإمام المشهور ، وهو ضعيف [2] عند المحدثين • وأما حديث ابن جريج فكذا

---

(١) هذا الحديث أخرجه الطبرانى فى الكبير .

(٢) هكذا فى جميع النسخ وليس لعبد الله هذا ذكر فى كتب الرجال وانما الذى عرفناه من ولد عبد الرحمن هو محمد بن عبد الرحمن بن أبى ليلى الانصارى أبو عبد الرحمن الكوفى الفقيه قاضى الكوفة ، روى عن أخيه عيسى وابن أخيه عبد الله بن عيسى ونافع مولى بن محمد قال فيه أحمد : كان يحيى بن سعيد القطان يضعفه وعن عبد الله بن أحمد عن أبيه : كان سيىء الحفظ مضطرب الحديث ، كان فقه ابن أبى ليلى أحب الينا من حديثه ، وقال مرة : =

رواه الشافعي والبيهقي عن ابن جريج عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو مرسل معضل • وأما الأثر المذكور عن عمر رضى الله عنه فرواه البيهقي وليس إسناده بقوى •

اما الاحكام فاعلم أن بناء البيت زاده الله فضلا وشرفا رفيع ، يرى قبل دخول المسجد في مكان يقال له رأس الردم إذا دخل من أعلى مكة ، وهناك يقف ويدعو قال الشافعي والأصحاب : إذا رأى البيت استحب أن يرفع يديه ويقول ما ذكره المصنف من الذكر والدعاء ، ويدعو مع ذلك بما أحب من مهمات الدين والدنيا والآخرة ، وأهمها سؤال المغفرة ، وهذا الذي ذكرته من استحباب رفع اليدين هو المذهب ، وبه صرح المصنف والقاضي أبو حامد في جامعه ، والشيخ أبو حامد في تعليقه ، وأبو على البندنيجي في جامعه ، والدارمي في الاستذكار ، والماوردي في الحاوي ، والقاضي أبو الطيب في المجرد ، والمحاملي في كتابيه ، والقاضي حسين والمتولي والبغوي وصاحب العدة وآخرون ، قال القاضي أبو الطيب في المجرد : نص عليه الشافعي في الجامع الكبير •

وقال صاحب الشامل : يستحب أن يرفع يديه مع هذا الدعاء ، ثم قال : قال الشافعي في الإملاء : لا أكرهه ولا أستحبه ، ولكن إن رفع كان حسنا • هذا نصه وليس في المسألة خلاف على الحقيقة ، لأن هذا النص محمول على وفق النص الذي نقله أبو الطيب وجزم به الأصحاب • وقد قدمت في آخر باب صفة الصلاة فصلا في الأحاديث الصحيحة الثابتة عن النبي صلى الله عليه وسلم في رفع اليدين في الدعاء في مواطن كثيرة • والله أعلم •

ابن ابى ليلى ضعيف وفى عطاء اكثر خطأ وقال ابو داود الطيالسى عن شعبة : ما رايت احدا ابسوا حفظا من ابن ابى ليلى وقال ابو حاتم عن احمد بن يونس ذكر زائدة فقال : كان افقه اهل الدنيا وقال العجلى : كان فقيها صاحب سنة صدوق جائز الحديث وكان عالما بالقرآن وكان من أحب الناس وكان جميلا نبيلا وأول من استقضاه على الكوفة يوسف بن عمر الثقفى . (ط) .

(فـرع) هذا الذي ذكره المصنف هكذا جاء في الحديث ، وكذا ذكره الشافعي في الأم ، وكذا ذكره الأصحاب في جميع طرقهم ، ونقله المزني في المختصر فغيره فقال : « وزد من شرفه وعظمه ممن حجه أو اعتمره تشريفا وتعظيما وتكريما ومهابة [1] » وقد كرر المهابة في الموضعين . قال أصحابنا في الطريقين : هذا غلط من المزني ، وإنما يقال في الثاني : وبرا ، لأن المهابة تليق بالبيت والبر يليق بالانسان . وهكذا هو في الحديث وفي نص الشافعي في الأم ، وممن نقل اتفاق الأصحاب على تغليط المزني صاحب البيان . وكذا هو مصرح به في كتب الأصحاب . ووقع في الوجيز ذكر المهابة والبر جميعا في الأول ، وذكر البر وحده ثانيا ، وهذا أيضا مردود ، والانكار في ذكره البر في الأول والله أعلم . قال القاضي أبو الطيب في كتابه المجرد : التكبير عند رؤية الكعبة لا يعرف للشافعي أصلا ، قال ومن أصحابنا من قال : إذا رآها كبر . قال القاضي : هذا ليس بشيء .

(فـرع) قال القاضي أبو الطيب في كتابه المجرد قوله : « اللهم أنت السلام » المراد به أن السلام من أسماء الله تعالى ، قال وقوله « ومنك السلام » أي السلامة من الآفات ، وقوله « حينا ربنا بالسلام » أي اجعل تحيتنا في وفودنا عليك السلامة من الآفات .

(فـرع) في مذاهب العلماء في رفع اليدين عند رؤية الكعبة .

قد ذكرنا أن مذهبنا استحبابه ، وبه قال جمهور العلماء ، حكاه ابن المنذر عن ابن عمر وابن عباس وسفيان الثوري وابن المبارك وأحمد وإسحاق ، قال : وبه أقول . وقال مالك : لا يرفع ، وقد يحتج له بحديث المهاجر المكي قال : « سئل جابر بن عبد الله عن الرجل الذي يرى البيت يرفع يديه فقال : ما كنت أرى أحدا يفعل هذا إلا اليهود ، قد حججنا مع

---

(١) في ش و ق (وزد من شرفه وعظمته) (ط) .

رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يكن يفعله » رواه أبو داود والنسائى باسناد حسن ، ورواه الترمذى عن المهاجر المكى أيضا قال « سئل جابر ابن عبد الله أيرفع الرجل يديه إذا رأى البيت ؟ فقال : حججنا مع النبى صلى الله عليه وسلم فكنا نفعله » هذا لفظ رواية الترمذى وإسناده حسن قال أصحابنا : رواية المثبت للرفع أولى ، لأن معه زيادة علم .

قال البيهقى: رواية غير جابر فى إثبات الرفع أشهر عند أهل العلم من رواية المهاجر المكى . قال : والقول فى مثل هذا قول من رأى وأثبت . والله أعلم .

(فـرع) اتفق أصحابنا على أنه يستحب للمحرم أن يدخل المسجد الحرام من باب بنى شيبة ، صرحوا بأنه لا فرق بين أن يكون فى صوب طريقه أم لا ، فيستحب أن يعدل إليه من لم يكن على طريقـه ، وهـذا لا خلاف فيه . قال الخراسانيون : والفرق بينه وبين الثنية العليـا على اختيار الخراسانيين حيث قالوا : لا يستحب العدول إليها كما سبق أنه لا مشقة فى العدول إلى باب بنى شيبة بخلاف الثنية . قال القاضى حسين وغيره : ولأن النبى صلى الله عليه وسلم « عدل إلى باب بنى شيبة ولم يكن على طريقه » .

واحتج البيهقى للدخول من باب بنى شيبة بما رواه باسناده الصحيح عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم ، لمـا قدم فى عهد قريش دخل مكة من هذا الباب الأعظم ، وقد جلست قريش مما يلى الحجر » ثم قال البيهقى : وروى عن ابن عمر مرفوعا فى دخوله من باب بنى شيبة ، وخروجه من باب الحناطين . قال : وإسناده عنه قوى . قال : وروينا عن ابن جريج عن عطاء قال « يدخل المحرم من حيث شاء ودخل النبى صلى الله عليه وسلم من باب بنى شيبة ، وخرج من باب بنى مخزوم إلى الصفا » قال البيهقى : هذا مرسل جيد ، والله أعلم .

(فـرع) يستحب أن يقدم فى دخوله المسجد رجله اليمنى ، وفى خروجه اليسرى ، ويقول الأذكار المشروعة عند دخول المساجد والخروج منها ، وقد سبق بيانهـا فى آخر باب ما يوجب الغسـل • وينبغى له أن يستحضر عند رؤية الكعبة ما أمكنه من الخشوع والتذلل والخضـوع والمهابة والإجلال ، فهذه عادة الصالحين وعباد الله العارفين ، لأن رؤية البيت تشـوق إلى رب البيت • وقد حكوا أن امرأة دخلت مكة فجعلت تقول : أين بيت ربى ؟ فقيل الآن ترينه ، فلما لاح البيت قيل لها : هذا بيت ربك : فاشتدت نحوه فألصقت جبينها بحائط البيت فما رفعت إلا ميتـة وأن الشبلى رضى الله عنه غشى عليه عند رؤية الكعبة ثم أفاق فأنشد :

هذه دارهم وأنت محب ... يا بقاء الدموع فى الآماق

قال المصنف رحمـه الله تعـالى

(ويبتدىء بطواف القدوم ، لمـا روت عائشة رضى الله عنهـا « ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اول شىء بدا به حين قدم مكة انه توضا ثم طاف بالبيت » فان خاف فوت مكتوبة او سنة مؤكدة اتى بها قبل الطواف ، لانها تفوت والطواف لا يفوت ، وهذا الطواف سنة لأنه تحية فلم يجب كتحية المسجد) •

(الشرح) حديث عائشة رواه البخارى ومسلم • قال أصحابنا : فاذا فرغ من أول دخوله مكة أن لا يعرج على استئجار منزل وحط قمـاش وتغيير ثيابه ولا شىء آخر غير الطواف ، بل يقف بعض الرفقة عند متاعهم ورواحلهم حتى يطوفوا ثم يرجعوا إلى رواحلهم ومتاعهم واستئجار المنزل • قال أصحابنا : فاذا فرغ من الدعاء عند رأس الردم قصد المسجد فدخله من باب بنى شيبة كما ذكرنا ، فأول شىء يفعله طواف القدوم • واستثنى الشافعى والأصحاب من هذا المرأة الجميلة والشريفة التى لا تبرز للرجال ، قالوا فيستحب لها تأخير الطواف ودخول المسجد إلى الليل ، لأنه أستر لها وأسلم لها ولغيرها من الفتنة ، والله أعلم •

قال الشافعي والأصحاب : فاذا دخل المسجد لا يشتغل بصلاة تحية المسجد ولا غيرها ، بل يبدأ بالطواف للحديث المذكور ، فيقصد الحجر الأسود ويبدأ بطواف القدوم ، وهو تحية المسجد الحرام • قال أصحابنا : والابتداء بالطواف مستحب لكل داخل ، سواء كان محرما أو غيره إلا إذا خاف فوت الصلاة المكتوبة أو سنة راتبة أو مؤكدة أو فوت الجماعة فى المكتوبة ، وإن كان وقتها واسعا أو كان عليه فائته مكتوبة ، فانه يقدم كل هذا على الطواف ثم يطوف ، ولو دخل وقد منع الناس من الطواف صلى تحية المسجد •

واعلم أن العمرة ليس فيها طواف قدوم وإنما فيها طواف واحد ، يقال له : طواف الفرض وطواف الركن •

وأما الحج ففيه ثلاثة أطوفة : طواف القدوم ، وطواف الافاضة ، وطواف الوداع ــ ويشرع له وللعمرة طواف رابع وهو المتطوع به غير ما ذكرناه فانه يستحب له الاكثار من الطواف ، فأما طواف القدوم فله خمسة أسماء : طواف القدوم ــ والقادم والورود والوارد ــ وطواف التحية ، وأما طواف الافاضة فله أيضا خمسة أسماء طواف الافاضة وطواف الزيارة وطواف الفرض وطواف الركن وطواف الصدر بفتح الصاد والدال ، وأما طواف الوداع فيقال له أيضا طواف الصدر • ومحل طواف القدوم أول قدومه ، ومحل طواف الافاضة بعد الوقوف بعرفات ونصف ليلة النحر ، ومحل طواف الوداع عند إرادة السفر من مكة بعد قضاء مناسكه كلها •

واعلم أن طواف الافاضة ركن لا يصح الحج إلا به ، وطواف الوداع فيه قولان (أصحهما) أنه واجب (والثانى) سنة ، فان تركه أراق دما ، إن قلنا : هو واجب فالدم واجب ، وإن قلنا سنة فالدم سنة • وأما طواف القدوم فسنة ليس بواجب ، فلو تركه فحجه صحيح ولا شىء عليه ، لكنه

فاتته الفضيلة . هذا هو المذهب ونص عليه الشافعي وقطع به جماهير العراقيين والخراسانيين . وذكر جماعة من الخراسانيين وغيرهم فى وجوبه وجها ضعيفا شاذا وأنه إذا تركه لزمه دم ممن قاله وحكاه صاحب التقريب والدارمى والقاضى أبو الطيب فى آخر صفة الحج من تعليقه ، وأبو على السنجى ــ بالسين المهملة ــ وإمام الحرمين وصاحب البيان وآخرون .

(فـرع) قد ذكرنا أنه يؤمر أن يأتى بطواف القدوم أول قدومه ، فلو أخره ففى فواته وجهان ، حكاهما إمام الحرمين ، لأنه يشبه تحية المسجد .

(فـرع) اعلم أن طواف القدوم إنما يتصور فى حق مفرد الحج ، وفى حق القارن إذا كانا قد أحرما من غير مكة ودخلاها قبل الوقوف بعرفات ، فأما المكى فلا يتصور فى حقه طواف القدوم ، إذ لا قدوم له . وأما المحرم بالعمرة فلا يتصور فى حقه طواف قدوم ، بل إذا طاف للعمرة أجزأه عنهما ، ويتضمن القدوم كما تجزىء الصلاة المفروضة عن الفرض وتحية المسجد . قال أصحابنا : حتى لو طاف المعتمر بنية طواف القدوم وقع عن طواف العمرة ، كما لو كان عليه حجة الإسلام فأحرم بحجة تطوع فانها تقع عن حجة الاسلام .

وأما من أحرم بالحج مفردا أو قارنا ولم يدخل مكة إلا بعد الوقوف فليس فى حقه طواف قدوم ، بل الطواف الذى يفعله بعد الوقوف طواف الإفاضة ، فلو نوى به طواف القدوم وقع عن طواف الإفاضة إن كان دخل وقته وهو نصف ليلة النحر ، كما قلنا فى المعتمر إذا نوى طواف القدوم ، والله أعلم قال أصحابنا : ويسن طواف القدوم لكل قادم إلى مكة ، سواء كان حاجا أو تاجرا أو زائرا أو غيرهم ممن دخل محرما بعمرة أو بحج بعد الوقوف كما سبق .

(فـرع) فى صفة الطواف الكاملة .

(فـرع) فى صفة الطواف الكاملة

وإذا دخل المسجد فليقصد الحجر الأسود وهو فى الركن الذى يلى باب البيت من جانب المشرق ، ويسمى الركن الأسود ، ويقال له وللركن اليمانى : الركنان اليمانيان ، وارتفاع الحجر الأسـود من الأرض ثلاث أذرع إلا سبع أصابع ، ويستحب أن يستقبل الحجر الأسود بوجهه ويدنو منه ، بشرط أن لا يؤذى أحدا بالمزاحمة فيستلمه ، ثم يقبله من غير صوت يظهر فى القبلة ويسجد عليه ، ويكرر التقبيل والسجود عليه ثلاثا ثم يبتدىء الطواف ويقطع التلبية فى الطواف كما سبق بيانه فى مسائل التلبية ، ويضطبع مع دخوله فى الطواف ، فان اضطبع قبله بقليل فلا بأس ، والاضطباع أن يجعل وسط ردائه تحت منكبه الأيمن عند إبطه ويطرح طرفيه على منكبه الأيسر ويكون منكبه الأيمن مكشوفا •

وصفة الطواف أن يحاذى جميعه جميع الحجر الأسود فيمر بجميع بدنه على جميع الحجر ، وذلك بأن يستقبل البيت ويقف على جانب الحجر الذى إلى جهة الركن اليمانى ، بحيث يصير جميع الحجر عن يمينه ، ويصير منكبه الأيمن عند طرف الحجر ثم ينوي الطواف لله تعالى ثم يمشى مستقبل الحجر مارا إلى جهة يمينه حتى يجاور الحجر ، فاذا جاوزه انفتل وجعـل يساره إلى البيت ويمينه إلى خارج ، ولو فعل هذا من الأول وترك استقبال الحجر جاز لكنه فاتته الفضيلة ، ثم يمشى هكذا تلقاء وجهه طائفا حول البيت كله ، فيمر على الملتزم ، وهو ما بين الركن الذى فيه الحجر الأسود والباب ، سمى بذلك لأن الناس يلزمونه عند الدعاء • ثم يمر إلى الركن الثانى بعد الأسود ، ثم يمر وراء الحجر ، بكسر الحاء وإسكان الجيم — وهو فى صوب الشام والمغرب فيمشى حوله حتى ينتهى إلى الركن الثالث ، ويقال لهذا الركن مع الذى قبله الركنان الشاميان • وربما قيل : المغربيان ، ثم يدور حول الكعبة حتى ينتهى إلى الركن الرابع ، المسمى بالركن اليمانى ثم يمر منه إلى الحجر الأسود فيصل إلى الموضع الذى بدأ منه فيكمل له

حينئذ طوفة واحدة ، ثم يطوف كذلك ثانية وثالثة حتى يكمل سبع طوفات ، فكل مرة من الحجر الأسود إليه طوفة ، والسبع طواف كامل .

هذه صفة الطواف التى إذا اقتصر عليهـا صح طوافه ، وبقيت من صفاته المكملة أفعال وأقوال نذكرها بعد هذا إن شاء الله تعـالى ، حيث ذكرها المصنف (واعلم) أن الطواف يشتمل على شروط وواجبات لا يصح بدونها ، وعلى سنن يصح بدونها (فأما) الشروط الواجبات فثمانية مختلف فى بعضها .

(أحدها) الطهارة عن الحدث وعن النجس فى الثوب والبدن والمكان الذى يطؤه فى مشيها .

(الثانى) كون الطواف داخل المسجد .

(الثالث) إكمال سبع طوفات .

(الرابع) الترتيب ، وهو أن يبدأ من الحجر الأسود وأن يمر على يساره .

(الخامس) أن يكون جميع بدنه خارجا عن جميع البيت ، فهـذه الخمسة واجبة بلا خلاف .

(السادس والسابع والثامن) نية الطواف وصلاته وموالاته ، وفى الثلاثة خلاف (الأصح) أنها سنة (والثانى) واجبة .

وأما السنن فثمانية أيضا (أحدها) أن يكون ماشيا (والثـانى) الاضطباع (الثالث) الرمل (الرابع) استلام الحجر الأسود وتقبيـله ووضع الجبهة عليه (الخامس) المستحبة فى الطواف وسنذكرها إن شاء الله تعالى (السادس) الموالاة بين الطوفات (السابع) صلاة الطواف (الثامن) أن يكون فى طوافه خاشعا خاضـعا متذللا ، حاضر القلب ملازم الأدب بظاهره وباطنه ، وفى حركته ونظره وهيئته ، فهذا خلاصة القول فى الطواف

وبيان صفته وواجباته ومندوباته ، وسنوضحها إن شاء الله تعالى على ترتيب المصنف ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن شرط الطواف الطهارة لقوله صلى الله عليه وسلم « الطواف بالبيت صلاة إلا أن الله تعالى اباح فيه الكلام » ومن شرطه ستر العورة ، لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم « بعث ابا بكر رضى الله عنه إلى مكة فنادى الا لا يطوفن بالبيت مشرك ولا عريان » وهل يفتقر إلى النية ؟ فيه وجهان .

(احدهما) يفتقر إلى النية لانها عبادة تفتقر إلى البيت فافتقرت إلى النية كركعتى المقام .

(والثانى) لا يفتقر ، لأن نية الحج تأتى على ذلك كما تأتى على الوقوف) .

(الشرح) أما الحديث الأول فمروى من رواية ابن عباس مرفوعا باسناد ضعيف (والصحيح) أنه موقوف على ابن عباس ، كذا ذكره البيهقى وغيره من الحفاظ ، ويغنى عنه ما سنذكره من الأحاديث الصحيحة فى فرع مذاهب العلماء إن شاء الله تعالى .

وأما حديث « بعث أبى بكر رضى الله عنه » فهو فى صحيحى البخارى ومسلم ، لكن غير المصنف لفظه ، وانما لفظ روايتهما عن أبى هريرة « أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه بعثه فى الحجة التى أمره عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل حجة الوداع فى رهط يؤذن فى الناس يوم النحر ، أن لا يحج بعد العام مشرك ، ولا يطوف بالبيت عريان » هذا لفظ رواية البخارى ومسلم ، وينكر على المصنف قوله فى هذا الحديث روى ، فأتى به بصيغة تمريض مع أنه فى الصحيحين ، وقال فى الحديث الأول لقوله صلى الله عليه وسلم . فأتى به بصيغة الجزم ، مع أنه حديث ضعيف (والصواب) العكس فيهما .

وقوله « عبادة تفتقر إلى البيت » احتراز من الوقوف والسعى والرمى والحلق وأما قوله « فافتقرت إلى النية كركعتى المقام » فيوهم أن ركعتى الطواف تختصان بالمقام وتفتقران إلى فعلهما عند البيت ، ولا خلاف أنهما تصحان فى غير مكة بين أقطار الأرض كما سنوضحه قريبا فى موضعه إن شاء الله تعالى ، ولكن مراد المصنف بافتقارهما إلى البيت أنه لا تصح صلاتهما إلا إلى البيت حيث كان المصلى •

(**أما الأحكام**) ففى الفصل ثلاث مسائل :

(إحداها) يشترط لصحة الطواف الطهارة من الحدث ، والنجس ، فى الثوب والبدن والمكان الذى يطؤه فى طوافه ، فان كان محدثا أو مباشرا لنجاسة غير معفو عنها لم يصح طوافه • قال الرافعى : والمراد للأئمة تشبيه مكان الطواف بالطريق فى حق المتنفل • وهو تشبيه لا بأس به • هـذا كلامه •

(قلت) والذى أطلقه الأصحاب أنه لو لاقى النجاسة ببدنه أو ثوبه ، أو مشى عليها عمدا أو سهوا لم يصح طوافه • ومما عمت به البلوى غلبة النجاسة فى موضع الطواف من جهة الطير وغيره ، وقد اختار جمـاعة من أصحابنا المتأخرين المحققين المطلعين العفو عنها • وينبغى أن يقال : يعفى عما يشق الاحتراز عنه من ذلك ، كما عفى عن دم القمل والبراغيث والبق وونيم الذباب ، وهو روثه ، وكما عفى عن أثر استنجاء بالأحجار ، وكما عفى عن القليل من طين الشوارع الذى تيقنا نجاسته ، وكمـا عفى عن النجاسة التى لا يدركها الطرف فى المـاء والثوب على الأصح ونظـائر ما ذكرته كثيرة مشهورة ، وقد سبق بيانها واضحة فى مواضعها •

وقد سئل الشيخ أبو زيد المروزى عن مسألة من نحو هذا فقـال بالعفو ، ثم قال : الأمر إذا ضاق اتسع ، كأنه يستمد من قول الله تعالى [1]

(١) من الآية ٧٨ من سورة الحج •

(وما جعل عليكم فى الدين من حرج) ولأن محل الطواف فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضى الله عنهم ومن بعدهم من سلف الأمة وخلفها لم يزل على هذا الحال ، ولم يمتنع أحد من المطاف لذلك ، ولا ألزم النبى صلى الله عليه وسلم ولا أحد بعده ممن يقتدى به بتطهير الطواف عن ذلك ولا ألزموا إعادة الطواف بسبب ذلك • والله تعالى أعلم •

ومما تعم به البلوى فى الطواف ملامسة النساء للزحمة ، فينبغى للرجل أن لا يزاحمهن وينبغى لهن أن لا يزاحمن ، بل يطفن من وراء الرجال ، فان حصل لمس ، فقد سبق تفصيله فى بابه ، والله أعلم •

(المسألة الثانية) ستر العورة شرط لصحة الطواف ، وقد سبق بيان عورة الرجل والمرأة فى بابه ، فمتى انكشف جزء من عورة أحدهما بتفريطه بطل ما يأتى بعد ذلك من الطواف • وأما ما سبق منه فحكمه فى البناء حكم من أحدث فى أثنـــاء طوافه ، وسنوضحه فى آخر أحكام الطواف ، حيث ذكره المصنف إن شاء الله تعالى ، والمذهب أنه يبنى وإن انكشف بلا تفريط وستر فى الحال لم يبطل طوافه كما لا تبطل صلاته •

(المسألة الثالثة فى نية الطواف) قال أصحابنا : إن كان الطواف فى غير حج ولا عمرة لم يصح بغير نية بلا خلاف ، كسائر العبادات من الصلاة والصوم ونحوهما ، وإن كان فى حج أو عمرة فينبغى أن ينوى الطواف ، فان طاف بلا نية فوجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) صحته ، وبه قطع جماعة منهم إمام الحرمين (والثانى) بطلانه ، فان قلنا بالصحة فهل يشترط أن لا يصرفه إلى غرض آخر من طلب غريم ونحوه ؟ فيه وجهان مشهوران فى كتب الخراسانيين (أصحهما) يشترط • قال إمام الحرمين : وربما كان شيخى يقطع به ، وبهذا قطع الدارمى ، فان صرفه لم يصح طوافه ولا يعد طائفا •

(والثانى) لا يشترط ، ولو صرفه صح طوافه ، كما لو كان عليه

حجة الإسلام فنوى غيرها ، فانه يقطع عنها ، فحصل فى المسألة ثلاثة أوجه (أحدها) لا يصح طوافه لا بنية (والثانى) يصح بلا نية ولا يضر صرفه إلى غيره (وأصحها) يصح بلا نية ، بشرط أن لا يصرفه إلى غيره .

ولو نام فى الطواف أو بعضه على هيئة لا تنقض الوضوء . قال إمام الحرمين : هذا يقرب من صرف النيـــة إلى طلب الغريم ، قال ونحوه أن يقطع بصحة الطواف لأنه لم يصرف الطواف إلى غير النسك ، فلا يضر كونه غير ذاكر . هذا كلام إمام الحرمين . ذكره فى مسائل الوقوف بعرفات (والأصح) صحة طوافه فى هذه الصورة ، والله أعلم . ولو كان المحرم بالحج معتقدا أنه محرم بعمرة ، أجزأه عن الحج كما لو طاف عن غيره وعليه طواف عن نفسه ، ذكره الرويانى وغيره .

(فـــرع) قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه فى أعمال يوم النحر فى مسائل طواف الإضافة : أفعال الحج كالوقوف بعرفات وبمزدلفة والطواف والسعى والرمى ، هل يفتقر كل فعل منها إلى نية ؟ فيه ثلاثة أوجه .

(أحدها) لا يفتقر شىء منها إلى نية ، لأن نية الحج تشملها كلها ، كما أن نية الصلاة تشمل جميع أفعالها ، ولا يحتاج إلى النية فى ركوع ولا غيره ، ولأنه لو وقف بعرفة ناسيا أجزأه بالاجماع .

(والوجه الثانى) وهو قول أبى إسحاق المروزى لا يفتقر شىء منها إلى النية إلاالطواف لأنه صلاة ، والصلاة تفتقر إلى نية .

(والثالث) وهو قول أبى على ابن أبى هريرة ، ما كان منها مختصا بفعل كالطواف والسعى والرمى افتقر ، ومالا يختص وإنما هو لبث مجرد ، كالوقوف بعرفات وبمزدلفة والمبيت لا يفتقر ، هذا كلام القاضى (والصحيح) من هذه الأوجه هو الأول ، ولم يذكر الجمهور غيره ، إلا الوجه الضعيف فى إيجاب نية الطواف ، والصحيح أيضا عنده ذكر الخلاف فيها أنها لا تجب كما سبق . والله تعالى أعلم .

(فـرع) قد ذكرنا أنه لا يصح الطواف إلا بطهارة ، سواء فيه جميع أنواع الطواف ، هكذا جزم به الشافعى والأصحاب فى جميع الطرق ، ولا خلاف فيه إلا وجها ضعيفا باطلا حكاه إمام الحرمين وغيره عن أبى يعقوب الأبيوردى من أصحابنا أنه يصح طواف الوداع بلا طهارة ، وتجبر الطهارة بالدم ، قال الإمام : هذا غلط ، لأن الدم إنما وجب جبرا للطواف لا للطهارة •

(فـرع) (فى مذاهب العلماء فى الطهارة فى الطواف) •

قد ذكرنا أن مذهبنا اشتراط الطهارة عن الحدث ، والنجس ، وبه قال مالك ، وحكاه المـاوردى عن جمهور العلماء • وحكاه ابن المنذر فى طهارة الحدث عن عامة العلماء ، وانفرد أبو حنيفة فقال : الطهـارة من الحدث والنجس ليست بشرط للطواف ، فلو طاف وعليه نجاسة أو محدثا أو جنبا صح طوافه ، واختلف أصحابه فى كون الطهارة واجبة مع اتفاقهم على أنها ليست بشرط ، فمن أوجبها منهم قال : إن طاف محدثا لزمه شاة ، وإن طاف جنبا لزمه بدنة • قالوا : ويعيده ما دام بمكة •

وعن أحمد روايتان (إحداهما) كمذهبنا (والثانية) إن أقام بمكة أعاده وإن رجع إلى بلده جبره بدم • وقال داود : الطهارة للطواف واجبة ، فان طاف محدثا أجزأه إلا الحائض • وقال المنصورى من أصحاب داود : الطهارة شرط كمذهبنا واحتج أبو حنيفة وموافقوه بعموم قوله تعـالى (وليطوفوا بالبيت) وهذ يتناول الطواف بلا طهارة قياسا على الوقوف وسائر أركان الحج •

واحتج أصحابنا بحديث عائشة « أن النبى صلى الله عليه وسلم أول شىء بدأ به حين قدم مكة أن توضأ ثم طاف بالبيت » رواه البخارى ومسلم ، وثبت فى صحيح مسلم من رواية جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى آخر حجته « لتأخذوا عنى مناسككم » •

قال أصحابنا : ففى الحديث دليلان (أحدهما) أن طوافه صلى الله عليه وسلم بيان للطواف المجمل فى القرآن (والثانى) قوله صلى الله عليه وسلم « لتأخذوا عنى مناسككم » يقتضى وجوب كل ما فعله ، إلا ما قام دليل على عدم وجوبه • وعن عائشة أيضا أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لها حين حاضت وهى محرمة « اصنعى ما يصنع الحاج غير ألا تطوفى بالبيت حتى تغتسلى » رواه البخارى ومسلم بهذا اللفظ ، وفيه تصريح باشتراط الطهارة ، لأنه صلى الله عليه وسلم نهاها عن الطواف حتى تغتسل ، والنهى يقتضى الفساد فى العبادات •

(فان قيل) إنما نهاها لأن الحائض لا تدخل المسجد (قلنا) هذا فاسد لأنه صلى الله عليه وسلم قال « حتى تغتسلى » ولم يقل حتى ينقطع دمك • وبحديث ابن عباس السابق « الطواف بالبيت صلاة » وقد سبق أن الصحيح أنه موقوف على ابن عباس ، وتحصل منه الدلالة أيضا لأنه قول صحابى اشتهر ، ولم يخالفه أحد من الصحابة ، فكان حجة كما سبق بيانه فى مقدمة هذا الشرح ، وقول الصحابى حجة أيضا عند أبى حنيفة •

وأجاب أصحابنا عن عموم الآية التى احتج بها أبو حنيفة بجوابين (أحدهما) أنها عامة فيجب تخصيصها بما ذكرناه (والثانى) أن الطواف بغير طهارة مكروه عند أبى حنيفة ، ولا يجوز حمل الآية على طواف مكروه ، لأن الله تعالى لا يأمر بالمكروه (والجواب) عن قياسهم على الوقوف وغيره أن الطهارة ليست واجبة فى غير الطواف من أركان الحج فلم تكن شرطا ، بخلاف الطواف فانهم سلموا وجوبها فيه على الراجح عندهم ، والله أعلم •

(فرع) فى مذاهبهم فى النية فى طواف الحج أو العمرة •

قد ذكرنا أن الأصح عندنا أنها لا تشترط ، وبه قال الثورى.

وأبو حنيفة • وقال أحمد وإسحاق وأبو ثور وابن القاسم المالكى وابن المنذر : لا يصح إلا بالنية ودليل المذهبين فى الكتاب •

(فرع) ستر العورة شرط لصحة الطواف عندنا وعند مالك وأحمد والجمهور وقال أبو حنيفة : ليس بشرط • دليلنا الحديث الذى ذكره المصنف « لا يطوف بالمبيت عريان » وهو فى الصحيحين كما سبق • وعن ابن عباس قال « كانت المرأة تطوف بالبيت وهى عريانة وتقول : اليوم يبدو كله أو بعضه ، فما بدا منه فلا أحله » فنزلت (يا بنى آدم خذوا زينتكم عند كل مسجد [1]) رواه مسلم •

(فرع) فى مذاهبهم فى حكم طواف القدوم •

قد ذكرنا أنه سنة عندنا ، لو تركه لم يأثم ولم يلزمه دم ، وبه قال أبو حنيفة وابن المنذر ، وقال أبو ثور عليه دم • وعن مالك رواية كمذهبنا ، ورواية أنه إن كان مضايقا للوقوف فلا دم فى تركه وإلا فعليه دم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والسنة أن يضطبع فيجعل وسط ردائه تحت منكبه الأيمن ، ويطرح طرفيه على منكبه الأيسر ، ويكشف الأيمن • لما روى ابن عباس رضى الله عنهما « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه اعتمروا فأمرهم النبى صلى الله عليه وسلم فاضطبعوا فجعلوا أرديتهم تحت آباطهم ، وقذفوها على عواتقهم ») •

(الشرح) حديث ابن عباس هذا صحيح رواه أبو داود باسناد صحيح ، ولفظه عن ابن عباس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه اعتمروا من الجعرانة ، فرملوا بالبيت ، فجعلو أرديتهم تحت آباطهم ثم قذفوها على عواتقهم اليسرى » ورواه البيهقى باسناد صحيح

---

(١) من الآية ٣١ من سورة الأعراف •

قال : عن ابن عباس قال « اضطبع النبى صلى الله عليه وسلم هو وأصحابه ، ورملوا ثلاثة أشواط ، ومشوا أربعا » وعن يعلى بن أمية رضى الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف بالبيت مضطبعا ببرد » رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه بأسانيد صحيحة ، قال الترمذى : هو حديث حسن صحيح • وفى رواية البيهقى « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يطوف بالبيت مضطبعا » إسناده صحيح •

وعن أسلم مولى عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : سمعت عمر يقول « فيم الرملان الآن والكشف عن المناكب ؟ وقد وطد الله الإسلام ونفى الكفر وأهله ومع ذلك لا نترك شيئا كنا نصنعه مع رسول الله صلى الله عليه وسلم » رواه البيهقى باسناد صحيح قال أهل اللغة : الاضطباع مشتق من الضبع ، بفتح الضاد وإسكان الباء ، وهو العضد ، وقيل النصف الأعلى من العضد ، وقيل منتصف العضد ، وقيل هو الإبط • قال الأزهرى: ويقال للاضطباع أيضا التوشح والتأبط وقوله « وسط ردائه » هو ــ بفتح السين ــ ويجوز إسكانها ، وسبق بيان هذا فى باب موقف الإمام •

واتفقت نصوص الشافعى والأصحاب على استحباب الاضطباع فى الطواف واتفقوا على أنه لا يسن فى غير طواف الحج والعمرة ، وأنه يسن فى طواف العمرة وفى طواف واحد فى الحج ، وهو طواف القدوم أو الإفاضة، ولا يسن إلا فى أحدهما ، وحاصله أنه يسن فى طواف يسن فيه الرمل ، ولا يسن فيما لا يسن فيه الرمل ، وهذا لا خلاف فيه ، وسيأتى قريبا إن شاء الله تعالى بيان الطواف الذى يسن فيه الرمل • ومختصره أن الأصح من القولين أنه إنما يسن الرمل والاضطباع فى طواف يعقبه سعى ، وهو إما القدوم وإما الافاضة ولا يتصوران فى طواف الوداع •

(والثانى) أنهما يسنان فى طواف القدوم مطلقا ، سواء سعى بعده أم لا قال أصحابنا : لكن يفترق الرمل والاضطباع فى شىء واحد وهو أن

الاضطباع مسنون فى جميع الطوفات السبع ، وأما الرمل إنما يسن فى الثلاث الأول ويمشى فى الأربع الأواخر •

قل أصحابنا : ويسن الاضطباع أيضا فى السعى ، هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور ، وفيه وجه شاذ أنه لا يسن فيه ، ممن حكاه الرافعى • وهل يسن الاضطباع فى ركعتى الطواف ؟ فيه وجهان (الأصح) لا يسن ، لأن صورة الاضطباع مكروهة فى الصلاة ، فان قلنا لا يسن فى الصلاة طاف مضطبعا ، فاذا فرغ من الطواف أزال الاضطباع وصلى ثم اضطبع فسعى • وإن قلنا إنه يضطبع فى الصلاة اضطبع فى أول الطواف ، ثم أدامه فى الطواف ثم فى الصلاة ، ثم فى السعى ، ولا يزيله حتى يفرغ من السعى •

واعلم أن هذين الوجهين فى استحباب الاضطباع فى ركعتى الطواف مشهوران فى كتب الخراسانيين ، وقطع جمهور العراقيين بعدم الاستحباب • واتفق الخراسانيون على أنه الأصح قال القاضى حسين وإمام الحرمين وغيرهما : سبب الخلاف أن الشافعى قال : ويديم الاضطباع حتى يكمل سعيه ، فقال بعضهم سعيه ــ بياء مثناة ــ بعد العين ، وقال بعضهم سبعة ــ بباء موحدة ــ قبل العين إلى الطوفات السبع • ثم المذهب الصحيح المشهور الذى قطع به الجمهور أنه يضطبع فى جميع مسافة السعى بين الصفا والمروة • ومن أول السعى إلى آخره • وحكى الدارمى وجها عن ابن القطان أنه إنما يضطبع فى موضع سعيه دون موضع مشيه • وهذا شاذ مردود ، والله أعلم •

(**فرع**) الاضطباع مسنون للرجل ولا يشرع للمرأة بلا خلاف ، لما ذكره المصنف ، ولا يشرع أيضا للخنثى • وفى الصبى طريقان (أصحهما) وبه قطع الجمهور : يسن له فيفعله بنفسه ، وإلا فيفعله به وليه كسائر أعمال الحج (والثانى) فيه وجهان (أصحهما) هذا (والثانى) لا يشرع

له قاله أبو على ابن أبى هريرة • وممن حكى هذا الطريق القاضى أبو الطيب فى تعليقه والدارمى والرافعى وغيرهم ، قال القاضى أبو الطيب والدارمى : قال أبو على ابن أبى هريرة : لا يضطبع الصبى لأنه ليس من أهل الجلد •

(فــرع) قال المــاوردى وغيره من الأصحاب : ولو ترك الاضطباع فى بعض الطواف أتى به فيما بقى ، ولو تركه فى الطواف أتى به فى السعى •

(فــرع) قد ذكرنا أن مذهبنا استحباب الاضطباع • وقال مالك لا يشرع الاضطباع لزوال سببه ، قال أصحابنا : هذا منتقض بالرمل بما قدمناه عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه •

قال المصنف رحمــه الله تعــالى

(ويطوف سبعا ، لمــا روى جابر قال « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم [حين] قدم مكة فطاف بالبيت سبعا ثم صلى » فان ترك بعض السبعة لم يجزه لأن النبى صلى الله عليه وسلم « طاف سبعا وقال : خذوا عنى مناسككم ») •

(الشرح) حديث جابر رواه مسلم بمعناه ، قال « خرجنا مع النبى صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع حتى إذا أتينا البيت معه استلم الركن فرمل ثلاثا ، ومشى أربعا ، ثم نفر إلى مقام إبراهيم فقرأ (واتخذوا من مقام إبراهيم مصلى) وثبت عن ابن عمر قال « قدم رسول الله صلى الله عليــه وسلم فطاف بالبيت سبعا ، وصلى خلف المقــام ركعتين ، ثم خرج إلى الصفا » رواه البخارى ومسلم •

وأما حديث « خذوا عنى مناسككم » فرواه جابر قال : رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يرمى على راحلته يوم النحر ويقول : لتأخذوا عنى مناسككم ، فانى لا أدرى لعلى لا أحج بعد حجتى هذه » رواه مسلم فى صحيحه بهذا اللفظ فى أبواب رمى الجمار ، ورواه البيهقى فى سننه فى باب الإسراع فى وادى محسر ، باسناد صحيح على شرط البخارى ومسلم

من رواية جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « خذوا عنى مناسككم لعلى لا أراكم بعد عامى هذا » والله أعلم .

أما حكم المسألة فشرط الطواف أن يكون سبع طوفات ، كل مرة من الحجر الأسود إلى الحجر الأسود ، ولو بقيت خطوة من السبع لم يحسب طوافه ، سواء كان باقيا فى مكة أو انصرف عنها وصار فى وطنه ، ولا ينجبر شىء منه بالدم ، ولا بغيره بلا خلاف عندنا ، ولو شك فى عدد الطواف أو السعى لزمه الأخذ بالأقل ، ولو غلب على ظنه الأكثر لزمه الأخذ بالأقل المتيقن كما سبق فى الصلاة ولو أخبره عدل أو عدلان بأنه إنما طاف أو سعى ستا وكان يعتقد أنه أكمل السبع لم يلزمه العمل بقولهما ، لكن يستحب . هذا كله إذا كان الشك وهو فى الطواف ، أما إذا شك بعد فراغه فلا شىء عليه ، ويحتمل أن يجىء فيه القول الضعيف فى نظيره من الصلاة ، وهل يشترط موالاة الطوفات السبع ؟ فيه خلاف سنذكره مبسوطا إن شاء الله تعالى فى أواخر أحكام الطواف حيث ذكره المصنف ، والأصح أنها لا تشترط .

(فرع) قد ذكرنا أنه لو بقى شىء من الطوفات السبع لم يصح طوافه ، سواء قلت البقية أم كثرت ، وسواء كان بمكة أم فى وطنه ، ولا يجبر بالدم . هذا مذهبنا ، وبه قال جمهور العلماء . وهذا مذهب عطاء ومالك وأحمد وإسحاق وابن المنذر . وقال أبو حنيفة : إن كان بمكة لزم الإتمام فى طواف الافاضة . وإن كان قد انصرف منها وقد طاف ثلاث طوفات لزمه الرجوع للإتمام ، وإن كان قد طاف أربعا لم يلزمه العود بل أجزأه طوافه وعليه دم . دليلنا أن النبى صلى الله عليه وسلم بين الطواف المأمور به سبعا ، فلا يجوز النقص منه كالصلاة .

(فرع) (فى مذاهبهم فى الشاك فى الطواف) .

قال ابن المنذر : أجمع العلماء على أن من شك فى عدد طوافه بنى على

اليقين قال ولو اختلف الطائفان فى عدد الطواف ، قال عطاء بن أبى رباح والفضيل بن عياض : يأخذ بقول صاحبه الذى لا يشك • وقال مالك : أرجو أن يكون فيه سعة • قال الشافعى : فمذهبه أنه لا يجزئه إلا علم نفسه لا يقبل قول غيره • قال ابن المنذر وبه أقول ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجزئه حتى يطوف حول جميع البيت ، فان طاف على جدار الحجر لم يجزه لأن الحجر من البيت ، والدليل على ما روت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الحجر من البيت » وإن طاف على شاذروان [الكعبة [1]] لم يجزه ، لأن ذلك كله من البيت) •

(الشرح) عن عائشة رضى الله عنها قالت : « سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجدار أمن البيت هو ؟ قال : نعم • قلت فما لهم لم يدخلوه فى البيت ؟ قال : إن قومك قصرت بهم النفقة • قلت : فما شأن بابه مرتفعا ؟ قال : فعل ذلك قومك ليدخلوا من شاءوا ويمنعوا من شاءوا ، ولولا أن قومك حديثوا عهدهم بالجاهلية فأخاف أن تنكر قلوبهم أن أدخل الجدر فى البيت وأن ألصق بابه بالأرض » رواه البخارى ومسلم ، والجدر بفتح الجيم وإسكان الدال المهملة هو الحجر وفى رواية لمسلم أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « آها يا عائشة لولا أن قومك حديثوا عهد بجاهلية لأمرت بالبيت فهدم ، فأدخل فيه ما أخرج منه ، وألزقته بالأرض وجعلت له بابين • بابا شرقيا ، وبابا غربيا فبلغت به أساس إبراهيم » •

وفى رواية لمسلم عن عائشة قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لولا أن قومك حديثوا عهد بجاهلية ، أو قال بكفر ، لأنفقت كنز الكعبة فى سبيل الله تعالى ، ولجعلت بابها بالأرض ولأدخلت فيها من الحجر » •

---

(١) فى ش و ق (البيت) وفى نسخة ابن بطال الركبى (الكعبة) (ط) •

وفى رواية لمسلم أيضا « يا عائشة لولا أن قومك حديثوا عهد بشرك لنقضت الكعبة فألزقتها بالأرض ، وجعلت لها بابين بابا شرقيا وبابا غربيا ، ورددت فيها ستة أذرع من الحجر ، فان قريشا اقتصرتها حين بنت الكعبة » وفى رواية له خمس أذرع ، وفى رواية له قالت عائشة : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن قومك استقصروا من بنيان البيت ، ولولا حداثة عهدهم بالشرك أعدت ما تركوا منه ، فان بدا لقومك من بعدى أن يبنوه فهلمى لأريك ما تركوا منه ، فأراها قريبا من سبع أذرع » هذه روايات الحديث فى الحجر ، وهو بكسر الحاء وإسكان الجيم ، وهو محوط مدور على نصف دائرة ، وهو خارج عن جدار البيت فى صوب الشام ، تركته قريش حين بنت البيت فأخرجته عن بناء إبراهيم صلى الله عليه وسلم كما سبق فى هذه الأحاديث ، وحوط عليه جدار قصير ، وقد وصفه الإمام أبو الوليد الأزرقى فى تاريخ مكة فأحسن وأجاد ، فقال هو ما بين الركن الشامى والغربى ، وأرضه مفروشة برخام ، وهو مستو بالشاذروان ، قال وعرض الحجر من جدار الكعبة الذ ىتحت الميزاب إلى جدار الحجر سبع عشرة ذراعا وثمان أصابع ، وللحجر بابان ملتصقان بركنى الكعبة الشاميين •

قال الأزرقى : بين هذين البابين عشرون ذراعا وعرضه اثنان وعشرون ذراعا وذرع جداره من داخله فى السماء ذراع وأربع عشرة أصبعا ، وذرع جداره الغربى فى السماء ذراع وعشرون أصبعا ، وذرع جدار الحجر من خارج ، ما يلى الركن الشامى ذراع وست عشرة أصبعا ، وطوله من وسطه فى السماء ذراع وثلاثون أصبعا ، وعرض الجدار ذراعان إلا أصبعين ، وذرع تدوير الحجر من داخله ثمان وثلاثون ذراعا ، وذرع تدويره من خارجه أربعون ذراعا وست أصابع ، وذرع طوفة واحدة حول الكعبة والحجر مائة ذراع وثلاث وعشرون ذراعا واثنتا عشرة اصبعا • هذا آخر كلام الأزرقى •

وأما الشاذروان فبشين معجمة وذال معجمة مفتوحة ثم راء ساكنة ، وهو القدر الذى تركوه من عرض الأساس خارجا عن عرض الجدار مرتفعا عن وجـه الأرض قدر ثلثى ذراع • قال الأزرقى : طوله فى السماء ست عشرة أصبعا وعشر ذراع • قال والذراع أربعة وعشرون أصـبعا • قال أصحابنا : وهذا الشـاذوران جزء من البيت ، نقضته قريش من أصـل الجدار حين بنوا البيت • وهو ظاهر فى جوانب البيت لكن لا يظهر عند الحجر الأسود ، وقد أحدث فى هذه الأزمان عنده شاذروان • هذا بيان حقيقتى الحجر والشاذروان • والله أعلم •

(أما الأحكام) فقال أصـحابنا : يشترط كون الطـائف خارجا عن الشاذروان ، فان طاف ماشيا عليه ولو فى خطوة لم تصح طوفته تلك ، لأنه طاف فى البيت لا بالبيت • ولو طاف خارج الشاذروان ، وكان يضع إحدى رجليه أحيانا على الشاذروان ويثب بالأخرى لم يصح طوافه بالاتفاق ولو طاف خارج الشاذروان وكان يمس الجدار بيده فى موازاة الشاذروان أو غيره من أجزاء البيت ففى صحة طوافه وجهان حكاهمـا إمام الحرمين وآخرون (أصـحهما) لا يصح ، صححه الإمام والأصـحاب وقطع به الأكثرون ، ونقـله إمام الحرمين عن أكثر الأصـحاب • وقال الرافعى (الصحيح) باتفاق فرق الأصحاب أنه لا يصح لأنه طاف وبعضه فى البيت (والثانى) يصح ، واستبعده الإمام وغيره ، واستدلوا له بأن الاعتبار بجملة البدن ولا نظر إلى عضو منه ، ولأنه يسمى طائفا بالبيت •

وينبغى أن يتفطن لدقيقة ، وهى أن من قبل الحجر الأسود فرأسـه فى حال التقبيل فى جزء من البيت ، فيلزمه أن يقر قدميه فى موضعهما حتى يفرغ من التقبيل ويعتدل قائما ، لأنه لو زلت قدماه عن موضعهما إلى جهة الباب قليلا ولو قدر شبر أو أقل ، ثم لمـا فرغ من التقبيل اعتدل عليهما فى الموضع الذى زلتا إليه ومضى من هناك فى طوافه لكان قد قطع جزءا من مطافه ويده فى هواء الشاذروان فتبطل طوفته تلك • قال أصحابنا :

ومتى فعل فى مروره ما يقتضى بطلان طوفته فانما يبطل ما يأتى به بعد ذلك من تلك الطوفة لا ما مضى ، فينبغى له أن يرجع إلى ذلك الموضع ويطوف خارجا عن البيت وتحسب طوفته حينئذ والله أعلم • قال أصحابنا : وينبغى له أن يطوف خارج الحجر • وهكذا نص عليه الشافعى فى كتبه •

قال الشافعى فى المختصر : وإن طاف فسلك الحجر أو على جدار الحجر أو على شاذروان الكعبة لم يعتد به • هذا نصه • واتفق الأصحاب على أنه لو دخل أحد بابى الحجر وخرج من الآخر لم يحسب له ذلك ولا مابعده حتى ينتهى إلى الباب الذى دخل منه فى طوفته الأخرى • واختلف أصحابنا فى حكم الحجر على وجهين (أحدهما) أنه كله من البيت فيشترط الطواف خارجه كله (والثانى) أن بعضه من البيت وما زاد ليس من البيت • وفى هذا البعض ثلاثة أوجه (أحدها) وهو الأشهر عند المفرعين على هذا الوجه ست أذرع ، وبهذا قطع إمام الحرمين وآخرون (والثانى) سبع أذرع ، وبه قطع أبو على البندنيجى والبغوى وغيرهما (والثالث) ست أذرع أو سبع [1] ، وبه جزم المتولى وحكاه غيره •

---

(١) قال فى الفتح : كتب الحجاج الى عبد الملك : (ان ابن الزبير قد وضعه على أسس نظر العدول من أهل مكة اليه) فكتب اليه عبد الملك (انا لسنا من تلطيخ ابن الزبير فى شىء ، اما ما زادفى طوله فأقره وأما ما زاد فيه من الحجر فرده الى بنائه ، وسد بابه الذى فتحه) . فنقضه واعاده الى بنائه وقال أبو أويس : ان عبد الملك ندم على اذنه للحجاج فى هدمها ولعن الحجاج وقال : وددنا أنا أبا خبيب ـ كنية ابن الزبير ـ وما تولى من ذلك .

ومن طريق أبى قزعة قال : (بينما عبد الملك يطوف بالبيت اذ قال : قاتل الله ابن الزبير حيث يكذب على أم المؤمنين ـ فذكر الحديث . فقال له الحارث : لا تقل هذا يا امير المؤمنين فأنا سمعت أم المؤمنين تحدث بهذا فقال : (لو كنت سمعته قبل أن أهدمه لتركته على بناء ابن الزبير) .

قلت : والخلاصة من هذا : ان قريشا قصروا عن بناء ابراهيم وأن ابن الزبير أعاده على بناء ابراهيم وان الحجاج اعاده على بناء قريش ، ولما ثبت رواية صريحة قط أن جميع الحجر من بناء ابراهيم فى البيت .

قال المحب الطبرى فى شرح التنبيه له : والاصح أن القدر الذى فى الحجر من البيت قدر =

قال الرافعي : مقتضى كلام كثيرين من الأصحاب أن الحجر كله من البيت . قال : وهو ظاهر نصه فى المختصر ، قال لكن الصحيح أنه ليس كذلك ، بل الذى من البيت قدر ست أذرع يتصل بالبيت (وقيل) ست

=

سبعة أذرع ، والرواية التى جاء فيها : ان الحجر من البيت مطلقة فيحمل المطلق على المقيد ، فان اطلاق اسم الكل على البعض سائغ مجازا ، وانما قال النووى ذلك نصرة لما رجحه من أن جميع الحجر من البيت . وهذا متعقب فان ايجاب الطواف من ورائه أن يكون كله من البيت ، فقد نص الشافعى أيضا كما ذكره البيهقى فى (المعرفة) أن الذى فى الحجر من البيت نحو ستة أذرع . فعلى هذا فلعله رأى ايجاب الطواف من وراء الحجر احتياطا ، وأما العمل فلا حجة فيه على الايجاب ، فلعل النبى صلى الله عليه وسلم ومن بعده فعلوه استحبابا للراحة من تسور الحجر لا سيما والرجال والنساء يطوفون جميعا فلا يؤمن من المرأة التكشف ، نعم فى الحكم بفساد طواف من دخل الحجر وخلى بينه وبين البيت سبعة أذرع نظر ، وقد قال بصحته جماعة من أصحابنا كامام الحرمين ومن المالكية كأبى الحسن اللخمى . وذكر الأزرقى أن غرض ما بين الميزاب ومنتهى الحجر سبعة عشر ذراعا وثلث ذراع منها عرض جدار الحجر ذراعان وثلث ، وفى بطن الحجر خمسة عشر ذراعا ، فعلى هذا فنصف الحجر ليس من البيت فلا يفسد طواف من طاف دونه والله أعلم .

وأما قول المهلب : ان الفضاء لا يسمى بيتا وانما البيت البنيان ، لأن شخصا لو حلف لا يدخل بيتا فانهدم ذلك البيت فلا يحنث بدخوله ، فليس بواضح ، فان المشروع من الطواف ما شرع للخليل بالاتفاق . فعلينا ان نطوف حيث طاف ، ولا يسقط ذلك بانهدام حرم البيت ، لأن العبادات لا يسقط المقدور عليه منها بفوات المعجوز عنه .

تتميم للفائدة

ترميمات الكعبة بعد ما فعله الحجاج

عن ابن جريج أن أول من فرشها بالرخام الوليد بن عبد الملك .

سنة هجرية

٢٧٠ وقع ترميم فى جدارها الشامى .

٥٤٠ وقع ترميم فى جدارها الشامى .

٦١٩ وقع ترميم فى جدارها الشامى .

٦٨٠ وقع ترميم فى جدارها الشامى .

٨١٤ وقع ترميم فى جدارها الشامى .

٨٢٢ اهتم الملك المؤيد ودعا الحافظ ابن حجر له ان يسهل الله له ذلك اى بأمر الميزاب قال : وقد حججت فى سنة ٨٢٤ وتأملت المكان الذى قيل عنه فلم اجده فى تلك الشفاعة .

=

أو سبع • قال ونص المختصر محمول على هذا • قال فلو لم يدخل من باب الحجر بل اقتحم جداره وخلف بينه وبين البيت القدر الذى هو من البيت وقطع مسافة الحجر على السمت صح طوافه هذا كلام الرافعى •

وهذا الذى صححه الرافعى ، جزم به أبو على البندنيجى ، وإمام الحرمين والبغوى والمتولى وجماهير الخراسانيين وصاحب البيان ، ونقله صاحب البيان عن الشيخ أبى حامد ، وليس هو فى تعليق أبى حامد هكذا ، بل الذى فى تعليقه أنه لو طاف فى شىء من الحجر لم يصح طوافه ، ولم يذكر فى تعليقه غيره ، فحصل خلاف فى أنه هل يشترط الطواف خارج الحجر أم يجوز داخله فوق الأذرع المذكورة ؟ والصحيح الذى قطع به المصنف وأكثر الأصحاب ، وهو نص الشافعى فى المختصر اشتراط الطواف خارج جميع الحجر وخارج جداره ، وهو صريح فى النص الذى قدمته عن المختصر ، ودليله أن النبى صلى الله عليه وسلم طاف خارج الحجر • وهكذا الخلفاء الراشدون وغيرهم من الصحابة فمن بعدهم • وهذا يقتضى وجوب الطواف خارج الحجر ، سواء كان كله من البيت أم بعضه ، لأنه

=

٨٢٥ رمم ما تشعث من الحرم فى أثناء هذه السنة .

٨٢٧ نقض سقفها على يدى بعض الجند فجدد لها سقفها ورخم السطح .

٨٤٣ صار المطر اذا نزل ينزل الى داخل الكعبة أشد مما كان أولا فأداه رأيه الفاسد الى نقض السقف (بعض الجند) مرة أخرى وسد ما كان فى السطح من الطاقات التى كان يدخل منها الضوء الى الكعبة ولزم من ذلك امتهان الكعبة ، بل كان العمال يصعدون فيها بغير أدب فغار بعض المجاورين فكتب الى القاهرة يشكو ذلك فبلغ السلطان الظاهر فأنكر أن يكون أمر بذلك وجهز بعض الجند للكشف عن ذلك فتعصب للأول بعض من جاور واجتمع الباقون رغبة ورهبة وكتبوا محضرا بأنه ما فعل شيئا الا عن ملا منهم وأن كل ما فعله مصلحة فسكن غضب السلطان وغطى عنه الأمر .

(عن ابن عباس بن أبى ربيعة المخزومى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم (ان هذه الأمة لا تزال بخير ما عظموا هذه الحرمة ــ يعنى الكعبة ــ حق تعظيمها فاذا ضيعوا ذلك هلكوا) أخرجه أحمد وابن ماجه وعمر بن شبة .

وإن كان بعضه من البيت ، فالمعتمد فى باب الحج الاقتداء بفعل النبى صلى الله عليه وسلم فوجب الطواف بجميعه • وفى صحيحه فى كتاب أيام الجاهلية عن ابن عباس أنه قال « يا أيها الناس اسمعوا منى ما أقول لكم ، وأسمعونى ما تقولون ، ولا تذهبوا فتقولوا قال ابن عباس : من طاف بالبيت فليطف من وراء الحجر » •

أما حديث عائشة فقال الشيخ الإمام أبو عمرو ابن الصلاح : الروايات قد اضطربت فيه فروى الحجر من البيت • وروى ست أذرع • وروى ست أو نحوها وروى خمس أذرع ، وروى قريبا من سبع أذرع • قال : وإذا اضطربت تعين الأخذ بأكثرها ليسقط الفرض بيقين ، والله أعلم •

وممن قطع بما ذكرته من اشتراط الطواف خارج الحجر الشيخ أبو حامد والماوردى والدارمى والقاضى أبو الطيب والمحاملى وصاحب الشامل والمصنف وآخرون • والله أعلم •

(فرع) قد ذكرنا أن مذهبنا أنه لو طاف على شاذروان الكعبة أو سلك فى الحجر أو على جدار الحجر لم يصح طوافه ، وبه قال مالك وأحمد وداود ، كذا حكاه العبدرى عنهم • قال ابن المنذر • كان ابن عباس يقول « الحجر من البيت » قال واختلفوا فيمن سلك الحجر فى طوافه ، فقال عطاء ومالك والشافعى وأحمد وأبو ثور : لا يصح ما أتى به فى الحجر فيعيد ذلك • وقال الحسن البصرى : يعيد طوافه كله ، وإن كان قد تحلل لزمه دم • وقال أبو حنيفة : إن كان بمكة لزمه قضاء المتروك فقط ، وإن رجع إلى بلده لزمه دم • قال ابن المنذر : بقول عطاء أقول •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والأفضل أن يطوف راجلا لأنه إذا طاف راكبا زاحم الناس وآذاهم ، وإن كان به مرض يشق معه الطواف راجلا لم يكره الطواف راكبا ، لما

روت أم سلمة [رضى الله عنها] أنها قدمت مريضة ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم طوفى وراء الناس وأنت راكبة » وإن كان راكبا من غير عذر جاز ، لما روى جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم طاف راكبا ليراه الناس ويسألوه) .

(الشرح) حديث أم سلمة رواه البخارى ومسلم ، وحديث جابر رواه مسلم ، وثبت طواف النبى صلى الله عليه وسلم فى الصحيحين أيضا من رواية ابن عباس وثبت أيضا من رواية غير هؤلاء . ولفظ حديث ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم « طاف فى حجة الوداع على بعير يستلم الركن بمحجن » رواه البخارى ومسلم . وفى حديث « طاف رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع على راحلته يستلم الركن بمحجنة لأن يراه الناس ، وليشرف فيسألوه ، فان الناس غشوة » رواه مسلم . وعن عائشة قالت « طاف النبى صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع حول الكعبة على بعير ، يستلم الركن كراهة أن يضرب عنه الناس » رواه مسلم .

(أما الأحكام) فقال أصحابنا : الأفضل أن يطوف ماشيا ولا يركب إلا لعذر مرض أو نحوه ، أو كان ممن يحتاج النـاس إلى ظهوره ليستفتى ويقتدى بفعله . فان طاف راكبا بلا عذر جاز بلا كراهة لكنه خالف الأولى . كذا قاله جمهور أصحابنا ، وكذا نقله الرافعى عن الأصحاب .

وقال إمام الحرمين : فى القلب من إدخال البهيمة التى لا يؤمن تلويثها المسجد شىء ، فان أمكن الاستيثاق فذلك ، وإلا فادخالها المسجد مكروه . هذا كلام الرافعى ، وجزم جماعة من أصحابنا بكراهة الطواف راكبا من غير عذر ، منهم البندنيجى والمـاوردى فى الحاوى والقاضى أبو الطيب والعبـدرى والمشهور الأول قال البندنيجى وغيره : والمرأة والرجل فى الركوب سواء فيما ذكرناه . قال المـاوردى : وحكم طواف المحمول على أكتاف الرجال كالراكب فيما ذكرناه ، قال : وإذا كان معـذورا فطوافه

محمولا أولى منه راكبا صيانة للمسجد من الدابة ، قال وركوب الإبل أيسر من ركوب البغال والحمير .

(فـرع) قد ذكرنا مذهبنا فى طواف الراكب ، ونقل الماوردى إجماع العلماء على أن طواف الماشى أولى من طواف الراكب ، فلو طاف راكبا لعذر أو غيره صح طوافه ولا دم عليه عندنا فى الحالين . وهذا هو الصحيح من مذهب أحمد . وبه قال داود وابن المنذر . وقال مالك وأبو حنيفة : إن طاف راكبا لعذر أجزأه ولا شيء عليه ، وإن طاف راكبا لغير عذر فعليه دم . قال أبو حنيفة : وإن كان بمكة أعاد الطواف واحتجا بأنها عبادة تتعلق بالبيت فلا يجزىء فعلها على الراحلة كالصلاة . واحتج أصحابنا بالأحاديث السابقة قالوا « إنما طاف النبى صلى الله عليه وسلم راكبا لشكوى عرضت له » كذا رواه أبو داود فى سننه باسناده عن ابن عباس .

(والجواب) أن الأحاديث الصحيحة الثابتة من رواية جابر وعائشة مصرحة بأن طوافه صلى الله عليه وسلم راكبا لم يكن لمرض ، بل كان ليراه الناس ويسألوه ولا يزاحموا عليه كما سبق ذكره . وأما حديث ابن عباس هذا فضعيف لأنه من رواية يزيد بن أبى زياد ، وهو ضعيف . قال البيهقى : وهذه الرواية تفرد بها يزيد هذا (أما) قياسهم على الصلاة ففاسد ، لأن الصلاة لا تصح راكبا إذا كانت فريضة ، وقد سلموا صحة الطواف ، ولكن ادعوا وجوب الدم ، ولا دليل لهم فى ذلك . والله أعلم .

(فـرع) لو طاف زحفا مع قدرته على المشى فطوافه صحيح لكن يكره ، وممن صرح بصحته القاضى أبو الطيب فى تعليقه فى أثناء دلائل مسألة طواف الراكب فقال : طوافه زحفا كطوافه ماشيا منتصبا ، لا فرق بينهما .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن حمل محرم محرما وطاف به ونويا لم يجز عنهما جميعا لانه طواف واحد فلا يسقط به طوافان ، ولمن يكون الطواف ؟ فيه قولان (أحدهما) للمحمول ، لأن الحامل كالراحلة (والثانى) أنه للحامل لأن المحمول لم يوجد منه فعل وإنما الفعل للحامل فكان الطواف له) .

(الشرح) هذان القولان مشهوران فى كتب العراقيين وذكرهما بعض الخراسانيين ، قال القاضى أبو الطيب فى كتابه التعليق : نص الشافعى فى الإملاء أن الطواف للحامل ، ونص فى مختصر الحج أنه للمحمول (والأصح) أنه للحامل ممن صححه القاضى أبو الطيب فى كتابيه وصاحب الشامل والجرجانى فى التجريد وصاحب العدة والعبدرى وآخرون ، وفى المسألة قول ثالث أنه يقع الطواف عنهما ، هكذا حكاه صاحب العدة وغيره قولا ، وحكاه المتولى [1] .

وغيرهما وجها ، قال صاحب العدة : رأيت للشافعى قولا أنه يقع الطواف عنهما قال : رأيت فى مختصر لبعض أصحاب المزنى سماه كتاب المسافر ، وهذا القول مذهب أبى حنيفة ، واحتجوا له بأنه وجد الطواف منهما مع نيتهما فوقع عن كل منهما كما لو وقفا بعرفات كذلك .

وأجاب الأصحاب عن هذا بأن الوقوف لا يشترط فيه فعل ، إنما يشترط السكون فيها ، فأجزأهما بخلاف الطواف ، فحصل فى المسألة ثلاثة أقوال (أصحها) وقوع الطواف عن الحامل فقط (والثانى) عن المحمول فقط (والثالث) عنهما ، هذا كله إذا نوى الحامل والمحمول الطواف ، فأما إذا نوى المحمول دون الحامل ولم يكن الحامل محرما فيقع عن المحمول بلا خلاف ، وسلك إمام الحرمين والبغوى وغيرهما من

---

(١) بياض بالأصل فحرر ولعله القاضى حسين فقد عده فى تعليقته وقول المتولى فى تتمة الابانة يطابق قول القاضى حسين وكلاهما من اصحابنا الخراسانيين (ط) .

الخراسانيين طريقة أخرى اختصرها الرافعى وجمع متفرقها فقال : لو حمل رجل محرما من صبى أو مريض أو غيرهما وطاف به ، فان كان الحامل حلالا أو محرما قد طاف عن نفسه حسب الطواف للمحمول بشرطه ، وإن كان محرما ولم يطف عن نفسه نظر إن قصد الطواف عن المحمول فثلاثة أوجه :

(أحدها) يقع للمحمول فقط تخريجا على قولنا : يشترط أن لا يصرف إلى غرض آخر ، وهو الأصح .

(والثانى) يقع عن الحامل فقط تخريجا على قولنا : لا يشترط ذلك ، فان الطواف حينئذ يكون محسوبا له فلا ينصرف عنه ، بخلاف ما إذا حمل محرمين وطاف بهما وهو حلال أو محرم قد طاف عن نفسه ، فانه يجزئهما جميعا لأن الطواف غير محسوب للحامل ، فيكون المحمولان كراكبى دابة .

(والثالث) يقع عنهما جميعا .

وإن قصد الطواف عن نفسه وقع عنه ، ولا يحسب عن المحمول . قاله إمام الحرمين . ونقل اتفاق الأصحاب عليه ، قال وكذا لو قصد الطواف لنفسه وللمحمول وحكى البغوى وجهين فى حصوله للحمل مع الحامل . ولو لم يقصد شيئا من الأقسام فهو كما لو قصد نفسه أو كليهما ، قال أصحابنا : وسواء فى الصبى المحمول حمله وليه الذى أحرم عنه أو غيره .

قال المصنف رحمه الله تعالى

ويبتدىء الطواف من الحجر الأسود ، والمستحب أن يستقبل الحجر الأسود ، لما روى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم « استقبله ووضع شفتيه عليه » فان لم يستقبله جاز لأنه جزء من البيت ،

فلا يجب استقباله كسائر اجزاء البيت ، ويحاذيه ببدنه لا يجزئه غيره ، وهل تجزئه المحاذاة ببعض البدن ؟ فيه قولان : قال فى القديم : تجزئه محاذاته ببعضه ، لأنه لما جاز محاذاة بعض الحجر جازت محاذاته ببعض البدن . وقال فى الجديد : يجب أن يحاذيه بجميع البدن ، لأن ما وجب فيه محاذاة البيت وجبت محاذاته بجميع البدن كالاستقبال فى الصلاة . ويستحب أن يستلم الحجر لما روى ابن عمر رضى الله عنهما قال « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قدم مكة يستلم الركن الأسود أول ما يطوف » ويستحب أن يستفتح الاستلام بالتكبير ، لما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يطوف على راحلته كلما أتى على الركن أشار بشىء فى يده وكبر وقبله » ويستحب أن يقبله لما روى ابن عمر « أن عمر رضى الله عنه قبل الحجر ثم قال : والله لقد علمت أنك حجر ولولا أنى رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبلك ما قبلتك » فان لم يمكنه أن يستلم أو يقبل من الزحام أشار إليه بيده ، لما روى أبو مالك سعد بن طارق عن أبيه قال « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يطوف حول البيت فاذا ازدحم الناس على الطواف استلمه رسول الله صلى الله عليه وسلم بمحجن فى يده » ولا يشير إلى القبلة بالفم ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يفعل ذلك . ويستحب أن يقول عند الاستلام وابتداء الطواف : بسم الله والله أكبر ، اللهم إيمانا بك ، وتصديقا بكتابك ، ووفاء بعهدك ، واتباعا لسنة نبيك صلى الله عليه وسلم لما روى جابر « أن النبى صلى الله عليه وسلم استلم الركن الذى فيه الحجر وكبر ثم قال : اللهم وفاء بعهدك وتصديقا بكتابك » وعن على كرم الله وجهه أنه كان يقول إذا استلم الركن « اللهم إيمانا بك . وتصديقا بكتابك ، ووفاء بعهدك ، واتباعا لسنة نبيك محمد صلى الله عليه وسلم » وعن ابن عمر رضى الله عنهما مثله . ثم يطوف فيجعل البيت على يساره ويطوف على يمينه ، لما روى جابر « أن النبى صلى الله عليه وسلم لما أخذ فى الطواف أخذ عن يمينه » فان طاف عن يساره لم يجزه ، لأنه صلى الله عليه وسلم « طاف على يمينه وقال : خذوا عنى مناسككم » ولأنه عبادة تتعلق بالبيت فاستحق فيها الترتيب كالصلاة) .

(**الشرح**) أما حديث ابن عمر قال « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قدم مكة يستلم الركن الأسود ، أول ما يطوف يخب ثلاثة أطواف من السبع ، فرواه البخارى ومسلم بهذا اللفظ ، وروى البخارى ومسلم استلام النبى صلى الله عليه وسلم الحجر فى طوافه عن جماعة من

الصحابة مع ابن عمر . وأما حديث ابن عباس فرواه البخارى فى صحيحه ، ولفظه عن ابن عباس قال « طاف النبى صلى الله عليه وسلم على بعير كلما أتى الركن أشار إليه بشىء عنده وكبر » .

وأما حديث ابن عمر « أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قبل الحجر وقال : لولا أنى رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم قبلك ما قبلتك » فرواه البخارى ومسلم ، وهذا لفظ البخارى ، وفى رواية لمسلم عن ابن عمر قال « قبل عمر بن الخطاب رضى الله عنه الحجر ثم قال : أما والله لقد علمت أنك حجر ، ولولا أنى رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبلك ما قبلتك » وفى رواية لمسلم عن عبد الله بن سرجس الصحابى قال « رأيت الأصلع يعنى عمر بن الخطاب رضى الله عنه يقبل الحجر ويقول : والله إنى لأقبلك وإنى لأعلم أنك حجر وأنك لا تضر ولا تنفع ، ولولا أنى رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم قبلك ما قبلتك » .

وفى رواية للبخارى ومسلم عن عابس ــ بالباء الموحدة ــ ابن ربيعة التابعى قال : « رأيت عمر يقبل الحجر ويقول : إنى لأقبلك وإنى لأعلم أنك حجر ، ولولا أنى رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبلك لم أقبلك » وفى رواية لمسلم عن سويد بن غفلة ــ بفتح الغين المعجمة والفاء ــ قال « رأيت عمر قبل الحجر والتزمه وقال : رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بك حفيا » وإنما قال عمر رضى الله عنه : إنك حجر وإنك لا تضر ولا تنفع ليسمع الناس هذا الكلام ويشيع بينهم ، وقد كان عهد كثير منهم قريبا بعبادة الأحجار وتعظيمها واعتقاد ضرها ونفعها ، فخاف أن يغتر بعضهم بذلك فقال ما قال ، والله أعلم .

وأما حديث سعد بن طارق عن أبيه فغريب [1] ، فيغنى فى الدلالة لما ذكره المصنف حديث ابن عباس الذى سبق الآن من رواية البخارى . وأما

---

(١) فانه أبو مالك سعد بن طارق بن أشيم باسكان الشين المعجمة الأشجعى التابعى =

حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « لما قدم مكة أتى الحجر فاستلمه ، ثم مشى على يمينه ، فرمل ثلاثا ومشى أربعا » فرواه مسلم بهذا اللفظ • وأما حديث « خذوا عنى مناسككم » فرواه مسلم من رواية جابر ، وسبق بيانه قريبا فى مسألة الطواف سبعا • والله أعلم •

وأما الأثر المذكور عن على رضى الله عنه فرواه البيهقى باسناد ضعيف من رواية الحارث الأعور ، وكان كذابا ، وأما استحباب : باسم الله والله أكبر فاستدل له البيهقى بما رواه الإمام أحمد والبيهقى بالاسناد الصحيح عن نافع قال « كان ابن عمر يدخل مكة ضحى فيأتى البيت فيستلم الحجر ويقول : باسم الله والله أكبر » والله تعالى أعلم • (وأما ألفاظ الفصل) ففيه الاستلام ، بكسر التاء ، قال الهروى : قال الأزهرى : هو افتعال من السلام وهو التحية ، كما يقال : اقترأت السلام ، قال : ولذلك يسمى أهل اليمن الركن الأسود ، المحيا : معناه أن الناس يحيونه • قال الهروى : وقال ابن قتيبة : هو افتعال من السلام ــ بكسر السين ــ وهى الحجارة واحدتها سلمة بكسر اللام • تقول استلمت الحجر إذا لمسته كما تقول : اكتحلت من الكحل ، هذا كلام الهروى • وقال الجوهرى : استلم الحجر بالقبلة أو باليد ، قال ولا يهمز لأنه مأخوذ من السلام وهى الحجارة ، قال : وهمزه بعضهم • وقال صاحب المحكم : استلم الحجر واستلامه بالهمز أى قبله أو اعتنقه قال : وليس أصله الهمز •

وأما قول الغزالى فى الوسيط : الاستلام هو أن يقبل الحجر فى أول الطواف وفى آخره ، بل فى كل نوبة ، فان عجز بالزحمة مسه باليد ، فقد

=

الكوفى سمع أباه وهو صحابى وأنسا وعبد الله بن أبى أوفى رضى الله عنهم وسمع جماعات من التابعين . روى عنه الثورى وشعبة وابو عوانة وعبد الواحد بن زياد ويزيد بن هارون وآخرون واتفقوا على توثيقه ، روى له مسلم فى صحيحه حديثين .

أنكروه عليه ، وغلطوه فى تفسيره الاستلام بالتقبيل ، لأن الاستلام هو اللمس باليد والتقبيل سنة أخرى مستحبة ، وقد يتأول كلام الغزالى ويسمتر تصحيحه ، مما نقله عن الجوهرى وصاحب المحكم •

قوله « استلمه بمحجن » هو بميم مكسورة ثم حاء مهملة ساكنة ثم جيم مفتوحة ثم نون وهى عصا معقفة الرأس كالصولجان وجمعه محاجن قوله « إيمانا بك » أى أفعل هذا للإيمان بك • قوله « على يساره » بفتح الياء وكسرها لغتان مشهورتان (أفصحهما) عند الجمهور الفتح ، وعكسه ابن دريد • قوله « عبادة تتعلق بالبيت فاستحق فيها الترتيب » احتراز من تفرقة الزكاة وقضاء الصوم •

(اما الأحكام) ففى الفصل مسائل (إحداها) يجب ابتداء الطواف من الحجر الأسود للأحاديث الصحيحة ، فان ابتدأ من غيره لم يعتد بما فعله ، حتى يصل الحجر الأسود ، فاذا وصله كان ذلك أول طوافه • وهذا لا خلاف فيه عندنا (الثانية) يستحب أن يستقبل الحجر الأسود فى أول طوافه بوجهه ويدنو منه ، بشرط أن لا يؤذى أحدا ، وإذا أراد هذا الاستقبال فطريقه أن يقف على جانب الحجر الأسود من جهة الركن اليمانى بحيث يصير جميع الحجر عن يمينه ، ويصير منكبه الأيمن عند طرف الحجر ، ثم ينوى الطواف ، ثم يمشى مستقبل الحجر الأسود مارا إلى جهة يمينه حتى يجاوز الحجر فاذا جاوزه ترك الاستقبال وانفتل وجعل يساره إلى البيت ويمينه إلى خارج ، ولو فعل هذا من أول أمره وترك الاستقبال جاز لما ذكره المصنف •

(الثالثة) ينبغى له أن يحاذى بجميع بدنه جميع الحجر الأسود ، فطريقه ما سبق بيانه الآن فى المسألة الثانية ، وهو أن يقف قبل الحجر الأسود من جهة الركن اليمانى ، ثم يمر تلقاء وجهه طائفا حول البيت ، فيمر جميعه بجميع الحجر ولا يقدم جزءا من بدنه على جزء من الحجر ،

فلو حاذاه ببعض بدنه وكان بعضه مجاوزا إلى جهة باب الكعبة ، ففى صحته قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما وكذا ذكرهما الأصحاب قولين إلا إمام الحرمين والغزالى فحكوهما وجهين • والصواب قولان (الجديد) لا يجزئه ، وهو الأصح (والقديم) يجزئه ، ولو حاذى بجميع البدن بعض الحجر ــ إن أمكن ذلك ــ صح طوافه بلا خلاف • صرح به جميع أصحابنا العراقيين ومن تابعهم من الخراسانيين ، قالوا كما يجزئه أن يستقبل فى الصلاة بجميع بدنه بعض الكعبة ، وهذا معنى قول المصنف لأنه لما جاز محاذاة بعض الحجر جازت محاذاته ببعض البدن ، أى لما جازت محاذاة بعض الحجر بجميع البدن بلا خلاف ينبغى أن يجوز محاذاة كل الحجر ببعض البدن وذكر صاحب العدة وغيره فى المسألتين قولين (والمذهب) ما سبق والله أعلم • (الرابعة) ينبغى له فى طوافه أن يجعل البيت على يساره ، ويمينه إلى خارج ، ويدور حول الكعبة كذلك ، فلو خالف فجعل البيت عن يمينه ، ومر من الحجر الأسود إلي الركن اليمانى لم يصح طوافه بلا خلاف عندنا ، ولو لم يجعل البيت على يمينه ولا يساره ، بل استقبله بوجهه معترضا وطاف كذلك ، أو جعل البيت على يمينه ومشى قهقرى إلى جهة الباب ، ففى صحة طوافه وجهان حكاهما الرافعى ، قال الرافعى (أصحهما) لا يصح ، قال : وهو الموافق لعبارة الأكثرين ، وجزم البغوى والمتولى فى صورة من جعل البيت عن يمينه ومشى قهقرى بأنه يصح ، لكن يكره (والأصح) البطلان كما سبق •

قال الرافعى : وكان القياس جريان هذا الخلاف فيما لو مر معترضا مستدبرا هذا كلامه (والصواب) فى هذه الصورة القطع بأنه لا يصح ، فانه منابذ لما ورد الشرع به ، والله أعلم •

(الخامسة) يستحب استلام الحجر بيده فى أول الطواف وتقبيل الحجر ، ودليلهما فى الكتاب • قال الشافعى والأصحاب : ويستحب السجود عليه أيضا مع الاستلام والتقبيل بأن يضع الجبهة عليه • قال أصحابنا :

ويستحب أن يكرر السجود عليه ثلاثا ، فان عجز عن الثلاث فعل الممكن . وممن صرح بذلك البندنيجى وصاحب العدة والبيان . واحتج له البيهقى بما رواه باسناده عن ابن عباس « أنه قبله وسجد عليه وقال : رأيت عمر ابن الخطاب رضى الله عنه قبله وسجد عليه ثم قال : رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فعل هكذا ففعلت » .

وروى الشافعى والبيهقى باسنادهما الصحيح عن أبى جعفر قال « رأيت ابن عباس جاء يوم التروية ملبدا رأسه فقبل الركن ثم سجد عليه ، ثم قبله ثم سجد عليه ثلاث مرات » وروى البيهقى عن ابن عباس قال « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسجد على الحجر » قال المصنف والأصحاب : ويستحب أن لا يشير إلى القبلة بالفم إذا تعذرت ، ويستحب أن يخفف القبلة بحيث لا يظهر لها صوت .

(فرع) إذا منعته الزحمة ونحوها من التقبيل والسجود عليه ، وأمكنه الاستلام استلم ، فان لم يمكنه أشار باليد إلى الاستلام ، ولا يشير بالفم إلى التقبيل لما ذكره المصنف ، ثم يقبل اليد بعد الاستلام إذا اقتصر عليه لزحمة ونحوها ، هكذا قطع به الأصحاب . وذكر إمام الحرمين أنه يتخير بين أن يستلم ثم يقبل اليد ، وبين أن يقبل اليد ثم يستلم بها ، والمذهب القطع باستحباب تقديم الاستلام ثم يقبلها ، فان لم يتمكن من الاستلام باليد استحب أن يستلم بعصا ونحوها ، للأحاديث السابقة ، اتفق عليه أصحابنا ، فان لم يتمكن من ذلك أشار بيده ، أو بشىء فى يده إلى الاستلام ثم قبل ما أشار به .

ومما يستدل به لما ذكرته فى هذا الفرع مع ما سبق من الأدلة قوله صلى الله عليه وسلم « وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » رواه البخارى ومسلم من رواية أبى هريرة ، وعن نافع قال « رأيت ابن عمر يستلم الحجر بيده ثم قبل يده وقال : ما تركته منذ رأيت رسول الله صلى

الله عليه وسلم يفعله » رواه مسلم فى صحيحه ، وهذا محمول على تعذر تقبيل الحجر ، وقد سبقت الأحاديث فى استلام النبى صلى الله عليه وسلم الحجر بالمحجن •

(فـرع) قال أصحابنا : لا يستحب للنساء تقبيل الحجر ولا استلامه إلا عند خلو المطـاف فى الليـل أو غيره لمـا فيـه من ضررهن وضرر الرجال بهن •

(فـرع) للكعبة الكريمة أربعة أركان : الركن الأسود ، ثم الركنان الشاميان ثم الركن اليمانى ، ويقال للأسود واليمانى : اليمانيان ــ بتخفيف الياء ــ ويجوز تشديدها على لغة قليلة ، فالأسود واليمانى مبنيان على قواعد إبراهيم صلى الله عليه وسلم والشاميان ليسـا على قواعده ، بل مغيران ، لأن الحجر يليهما ، وكله أو بعضه من البيت كما سبق وللركن الأسود فضيلتان : كون الحجر الأسود فيه ، وكونه على قواعد إبراهيم صلى الله عليه وسلم وللركن اليمانى فضيلة واحدة ، وهى كونه على قواعد إبراهيم صلى الله عليه وسلم وليس للشـاميين شىء من الفضيلتين ، فاذا عرفت هذا فالسنة فى الحجر الأسود استلامه وتقبيله ، والسنة فى الركن اليمانى استلامه ولا يقبل ، والسنة لا يقبل الشاميان ولا يستلمان ، فخص الأسود بالتقبيل مع الاستلام ، لأن فيه فضيلتين ، واليمانى بالاستلام لأن فيه فضيلة واحدة ، وانتفت الفضيلتان فى الشاميين •

واستدل أصحابنا لمـا ذكرته بحديث ابن عمر قال « ما تركت استلام هذين الركنين اليمانى والحجر الأسود منذ رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يستلمهما فى شدة ولا رخاء » رواه البخارى ومسلم •

وعن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « كان لا يستلم إلا الحجر والركن اليمانى » رواه البخارى ومسلم وهذا لفظ مسلم ، ولفظ

البخارى قال « لم أر رسول الله صلى الله عليه وسلم يستلم من البيت إلا الركنين اليمانيين » رواه مسلم • وعن ابن عمر أنه حين بلغه حديث عائشة السابق « لولا أن قومك حديثوا عهد بكفر » الحديث ، قال ابن عمر : لئن كانت عائشة سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أرسول الله صلى الله عليه وسلم ترك استلام الركنين اللذين يليان الحجر إلا أن البيت لم يتم على قواعد إبراهيم » رواه البخارى ومسلم وأما حديث أبى الشعثاء قال كان معاوية يستلم الأركان ، فقال له ابن عباس : إنه لا يستلم هـذا الركنان فقال : ليس شىء من البيت مهجورا ، وكان ابن الزبير يستلمهن كلهن » رواه البخارى فى صحيحه ، فهذا مذهب معاوية وابن الزبير لم يرواه عن النبى صلى الله عليه وسلم ، بل أخذاه باجتهادهما ، وهو مخالف للأحاديث الصحيحة • وقد خالفهما فيه ابن عمر وابن عبـاس وجمهور الصحابة ، فالصواب أنه لا يسن استلام الركنين الشاميين وأما قول معاوية « ليس شىء من البيت مهجورا » فقد أجاب عنه الشافعى فقال : لم يدع أحد أن عدم استلامهما هجر للبيت ، لكنه استلم ما استلم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمسك ما أمسك عنه •

(فـرع) قد ذكرنا أنه يستحب استلام اليمانى دون تقبيله ، قـال الشافعى والأصحاب : فاذا استلمه استحب أن يقبل يده بعد استلامه • وقال إمام الحرمين والمتولى : إن شاء قبلها قبل الاستلام ، وإن شاء بعده ، ولا فضيلة فى تقديم الاستلام • وذكر الفورانى وجهين ، وحكاهما أيضا عن صاحب البيان (أحدهما) يقبل يده ويستلمه كأنه ينقل القبـلة إليه (والثانى) يستلمه ثم يقبل يده كأنه ينقل بركته إلى نفسه (والمذهب) استحباب تقديم الاستلام • وجاء فى هذه المسألة حديثان ضعيفان (أحدهما) يوافق المذهب والآخر يخالفه ، فالموافق عن جابر « أن النبى صلى الله عليه وسلم استلم الحجر فقبله ، واستلم الركن اليمانى فقبل يده » رواه البيهقى وضعفه • والمخالف عن عبد الله بن مسلم بن هرمز عن مجاهد عن ابن عباس

قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا استلم الركن اليمانى قبله ووضع خده الأيمن عليه » رواه البيهقى وقال : هذا حديث لا يثبت مثله . قال : تفرد به عبد الله بن مسلم بن هرمز وهو ضعيف ، قال : والأخبار عن ابن عباس فى تقبيل الحجر الأسود والسجود عليه [1] قال إلا أن يكون أراد بالركن اليمانى الحجر الأسود فانه أيضا يسمى بذلك فيكون موافقا لغيره ، والله أعلم .

(فـرع) قال القاضى أبو الطيب : يستحب أن يجمع فى الاستلام والتقبيل بين الحجر الأسود والركن الذى هو فيه وظاهر كلام جمهور الأصحاب أنه يقتصر على الحجر .

(فـرع) قال الشافعى والمصنف والأصحاب : يستحب استلام الحجر الأسود وتقبيله ، واستلام الركن اليمانى وتقبيل اليد بعده ، عند محاذاتهما فى كل طوفة من السبع ، وهو فى الأوتار آكد لأنها أفضل .

(فـرع) قال الشافعى والمصنف والأصحاب : يستحب أن يقول عند استلام الحجر الأسود أولا ، وعند ابتدائه بالمشى فى الطواف أيضا : باسم الله والله أكبر اللهم إيمانا بك وتصديقا بكتابك ، ووفاء بعهدك واتباعا لسنة نبيك صلى الله عليه وسلم ويأتى بهذا الذكر أيضا عند محاذاة الحجر الأسود فى كل طوفة ، وهو فى الأول آكد . قال الشافعى : ويقول الله أكبر ولا إله إلا الله ، قال وما ذكر الله تعالى به وصلى الله عليه وسلم [2] فحسن .

(فـرع) فى فضيلة الحجر الأسود

عن ابن عباس رضى الله عنهما قال « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : نزل الحجر الأسود من الجنة ، وهو أشد بياضا من اللبن ، فسودته

---

(١) بياض بالاصل ويمكن أن يكون السقط : ثابتة صحيحة . المطيعى .

(٢) كذا بالاصل ولعل النص : وما صلى على النبى صلى الله عليه وسلم به فحسن .

خطايا بنى آدم » رواه الترمذى وقال هذا حديث حسن صحيح • وعن عبد الله بن عمرو بن العاص قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الركن والمقام ياقوتتان من يواقيت الجنة طمس الله نورهما ، ولولا ذلك لأضاءا ما بين المشرق والمغرب » رواه الترمذى وغيره ، ورواه البيهقى باسناد صحيح على شرط مسلم • وفى رواية « الركن والمقام من ياقوت الجنة ، ولولا ما مسهما من خطايا بنى آدم لأضاءا ما بين المشرق والمغرب ، وما مسهما من ذى عاهة ولا سقيم إلا شفى » وإسنادها صحيح ، وفى رواية « لولا ما مسه من أنجاس الجاهلية ما مسه ذو عاهة إلا شفى ، وما على الأرض شىء من الجنة غيره » إسنادها صحيح •

وعن ابن عباس قال « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليبعثن الله الحجر يوم القيامة له عينان يبصر بهما ولسان ينطق به ، يشهد على من استلمه بحق » رواه البيهقى باسناد صحيح على شرط مسلم • قال هكذا رواه جماعة ، ورواه بعضهم « لمن استلمه بحق » وعن عائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « استمتعوا من هذا الحجر الأسود قبل أن يرفع فانه خرج من الجنة ، وإنه لا ينبغى لشىء يخرج من الجنة إلا رجع إليها قبل يوم القيامة » رواه أبو القاسم الطبرانى •

(فرع) قد ذكرنا فى آخر باب محظورات الإحرام أن الكعبة الكريمة بنيت خمس مرات ، وقيل سبعا ، وفصلناهن ، وذكرنا أن الشافعى رضى الله عنه قال : أحب أن لا تهدم الكعبة وتبنى لئلا تذهب حرمتها ، وذكرنا هناك جملا من الأحكام المتعلقة بالحرم ، وبالله التوفيق •

(فرع) قال الدارمى : لو محى الحجر الأسود والعياذ بالله من موضعه استلم الركن الذى كان فيه وقبله وسجد عليه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

والمستحب ان يدنو من البيت لأنه هو المقصود فكان القرب منه افضل. فاذا بلغ الركن اليمانى فالمستحب أن يستلمه ، لما روى ابن عمر ان النبى صلى الله عليه وسلم « كان يستلم الركن اليمانى والأسود ولا يستلم الآخرين » ولأنه ركن بنى على قواعد إبراهيم عليه السلام فيسن فيه الاستلام كالركن الأسود . ويستحب ان يستلم الركنين فى كل طوفة لما روى ابن عمر « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يستلم الركنين فى كل طوفة » ويستحب كلما حاذى الحجر الأسود ان يكبر ويقبله ، لأنه مشروع فى محل فتكرر بتكرره كالاستلام . ويستحب إذا استلم ان يقبل يده ، لما روى نافع قال « رايت ابن عمر استلم الحجر بيده وقبل يده وقال : ما تركته منذ رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعله » ويستحب أن يدعو بين الركن اليمانى والركن الأسود ، لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال « عند الركن اليمانى ملك قائم يقول آمين آمين . فاذ مررتم به فقولوا : ربنا آتنا فى الدنيا حسنة وفى الآخرة حسنة . وقنا عذاب النار ») .

(الشرح) جميع الأحكام التى فى هذه القطعة سبق بيانها واضحة فى القطعة التى قبلها ، إلا مسألة الدنو من البيت ، وسأذكرها إن شاء الله تعالى مبسوطة مع مسألة الدعاء بين الركنين ، وسبق بيان حديثى ابن عمر الأول والثالث . وأما الثانى فحديث صحيح رواه أبو داود باسناد على شرط البخارى ، ورواه النسائى باسناد على شرط البخارى ومسلم جميعا ، ولفظهما عن ابن عمر قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يدع أن يستلم الركن اليمانى والحجر فى كل طوفة . قال نافع وكان ابن عمر يفعله » .

وأما الأثر المذكور عن ابن عباس فغريب ، لكن يغنى عنه أجود منه وهو حديث عبد الله بن السائب رضى الله عنه قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول بين الركنين : ربنا آتنا فى الدنيا حسنة وفى الآخرة حسنة وقنا عذاب النار[1] » رواه أبو داود والنسائى باسناد فيه رجلان

---

(١) الآية ٢٠١ من سورة البقرة .

لم يتكلم العلماء فيهما بجرح ولا تعديل ، ولم يضعفه أبو داود ، فيقتضى أنه حديث حسن عنده كما سبق بيانه مرات وقول المصنف «الركن اليمانى» هو بتخفيف الياء ، وكذا الركنان اليمانيان ــ بتخفيف الياء ــ قال الجمهور: لا يجوز تشديدها لأنها نسبة إلى اليمن ، فجعلت الألف عوضا من إحدى ياءى النسب ، فلا يجوز الجمع بين العوض والمعوض • وحكى سيبويه والجوهرى وغيرهما تشديدها فى لغة قليلة ، وتكون الألف زائدة ، كما زيدت الألف والنون فى رقبانى منسوب إلى الرقبة ونظائره • قوله « ولأنه ركن بنى على قواعد إبراهيم » احتراز من الركنين الشاميين •

وأما قول المصنف يستحب إذا استلم أن يقبل يده فكلام ناقص ، لأن المستحب أن يستلم ويقبل ، فاذا قبله لا يستحب أن يقبل اليد بعد ذلك ، فان تعذر التقبيل استلم ثم قبل يده كما سبق بيانه ، هكذا قاله الأصحاب وهو مراد المصنف ، لكن عبارته ناقصة •

(أما الأحكام) فقد ذكرنا أنها سبقت واضحة إلا مسألتى الدنو من البيت ، والدعاء بين الركنين (فأما) الدعاء بين الركنين ، وهما الأسود واليمانى ، فاتفق الشافعى والأصحاب على استحبابه وبأى شىء حصل الاستحباب ، وأفضله ربنا آتنا فى الدنيا حسنة وفى الآخرة حسنة وقنا عذاب النار ، للحديث السابق ، ولحديث أنس « أن هذا كان أكثر دعاء النبى صلى الله عليه وسلم » رواه البخارى ومسلم • وأما الدنو من البيت فمتفق على استحبابه أيضا لما ذكره المصنف •

وقال القاضى أبو الطيب فى تعليقه : الدنو مستحب لثلاثة معان (أحدها) أن البيت أشرف البقاع ، فالدنو منه أفضل (والثانى) أنه أيسر فى استلام الركنين وتقبيل الحجر (والثالث) أن القرب من البيت فى الصلاة أفضل من البعد • فكذا فى الطواف •

قال أصحابنا : وهذا بشرط أن لا يؤذى ولا يتأذى بالزحمة ، فان تأذى أو آذى بالقرب للزحمة فالبعد إلى حيث يزول التأذى والأذى أولى ، هكذا أطلقوه • وقال البندنيجى : قال الشافعى فى الأم : أحب الاستلام ما لم يؤذ غيره بالزحام ، أو يؤذه غيره ، إلا فى ابتداء الطواف فاستحب له الاستلام ، وإن كان فى الزحام أو فى آخر الطواف •

قال أصحابنا : والقرب مستحب ، ولا ينظر إلى كثرة الخطأ فى البعد ، لأن المقصود إكرام البيت • قال أصحابنا : وهذا الذى ذكرناه من استحباب القرب هو فى حق الرجل ، أما المرأة فيستحب لها أن لا تدنو فى حال طواف الرجال ، بل تكون فى حاشية المطاف بحيث لا تخالط الرجال ، ويستحب لها أن تطوف فى الليل فانه أصون لها ولغيرها من الملامسة والفتنة ، فان كان المطاف خاليا من الرجال استحب لها القرب كالرجل •

قال أصحابنا : فان تعذر على الرجل القرب من الكعبة مع الرمل للزحمة ، فان رجا فرجة استحب أن ينتظرها ليرمل ، إن لم يؤذ بوقوفه أحدا ، وإن لم يرجها فالمحافظة على الرمل مع البعد عن البيت أفضل من القرب بلا رمل • هكذا قاله أصحابنا واتفقوا عليه ، قالوا : لأن الرمل شعار مستقل ، ولأن الرمل فضيلة تتعلق بنفس العبادة ، والقرب فضيلة تتعلق بموضوع العبادة • قالوا : والمتعلق بنفس العبادة أفضل وأولى بالمحافظة • قالوا : ولهذا كانت الصلاة بالجماعة فى البيت أفضل من الانفراد فى المسجد • والله أعلم •

(فرع) قد ذكرنا أنه يستحب القرب من الكعبة بلا خلاف • واتفقت نصوص الشافعى والأصحاب على أنه يجوز التباعد ما دام فى المسجد ، وأجمع المسلمون على هذا ، وأجمعوا على أنه لو طاف خارج المسجد لم يصح • قال أصحابنا شرط الطواف وقوعه فى المسجد الحرام ، ولا بأس بالحائل فيه بين الطائف والبيت كالسقاية والسوارى وغيرها •

قالوا ويجوز الطواف فى أخريات المسجد وأروقته وعند باب المسجد من داخله • قالوا : ويجوز على سطوح المسجد إذا كان البيت أرفع بناء من المسجد كما هو اليوم •

قال الرافعى : فان جعل سقف المسجد أعلى من سطح الكعبة ، فقد ذكر صاحب العدة أنه لا يجوز الطواف على سطح المسجد ، وأنكره عليه الرافعى وقال : لو صح قوله لزم منه أن يقال : لو انهدمت الكعبة والعياذ بالله لم يصح الطواف حول عرصتها ، وهو بعيد ، وهذا الذى قاله الرافعى هو الصواب ، وقد جزم القاضى حسين فى تعليقه بأنه لو طاف على سطح المسجد صح ، وإن ارتفع عن محاذاة الكعبة قال : كما يجوز أن يصلى على أبى قبيس مع ارتفاعه على الكعبة • والله أعلم •

واتفق أصحابنا على أنه لو وسع المسجد اتسع المطاف وصح الطواف فى جميعه وهو اليوم أوسع مما كان فى زمان النبى صلى الله عليه وسلم بزيادات كثيرة زيدت فيه ، فأول من زاده عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، اشترى دورا فزادها فيه ، واتخذ للمسجد جدارا قصيرا دون القامة ، وكان عمر أول من اتخذ له الجدار ، ثم وسعه عثمان واتخذ له الأروقة ، وهو أول من اتخذها ، ثم وسعه عبد الله بن الزبير فى خلافته ، ثم وسعه الوليد ابن عبد الملك ، ثم المنصور ، ثم المهدى ، وعليه استقر بناؤه إلى وقتنا هذا ، وقد أوضحت هذا مع نفائس تتعلق بالمسجد الحرام والكعبة فى كتاب المناسك ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والسنة أن يرمل فى الثلاثة الأولى ويمشى فى الأربعة ، لما روى ابن عمر قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا طاف بالبيت الطواف الأول خب ثلاثا ومشى أربعا ، فان كان راكبا حرك دابته فى موضع الرمل ، وإن كان محمولا رمل به الحامل » ويستحب أن يقول فى رمله : اللهم اجعله حجا مبرورا وذنبا مغفورا وسعيا مشكورا • ويدعو بما أحب من أمر الدين

والدنيا ، قال فى الأم ويستحب أن يقرأ القرآن لأنه موضع ذكر . والقرآن من أعظم الذكر ، فان ترك الرمل فى الثلاث لم يقض فى الأربعة ، لأنه هيئة فى محل فلا يقضى فى غيره كالجهر بالقراءة فى الأوليين ، ولأن السنة فى الأربع المشى ، فاذا قضى الرمل فى الأربعة اخل بالسنة فى جميع الطواف وإذا اضطبع ورمل فى طواف القدوم ، نظرت فان سعى بعده لم يعد الرمل والاضطباع فى طواف الزيارة ، لحديث ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم كان إذا طاف الطواف الأول خب ثلاثا ومشى أربعا » فدل على أنه لم يعد فى غيره ، وإن لم يسع بعده وأخر السعى إلى ما بعد طواف الزيارة اضطبع ورمل فى طواف الزيارة ، لأنه يحتاج إلى الاضطباع للسعى ، فكره ان يفعل ذلك فى السعى ولا يفعله فى الطواف ، وإن طاف للقدوم وسعى بعده ونسى الرمل والاضطباع فى الطواف فهل يقضيه فى طواف الزيارة ؟ فيه وجهان .

(احدهما) أنه يقضى لأنه إن لم يقض فاتته سنة الرمل والاضطباع ، ومن أصحابنا من قال لا يقضى ، وهو المذهب ، لأنه لو جاز أن يقضى الرمل لقضاه فى الأشواط الأربعة . فان ترك الرمل والاضطباع والاستلام والتقبيل والدعاء فى الطواف جاز ولا يلزمه شىء ، لأن الرمل والاضطباع هيئة فلم يتعلق بتركها جبران كالجهر والإسرار فى القراءة ، والتورك والافتراش فى التشهد ، والاستلام والتقبيل والدعاء كمال ، فلا يتعلق به جبران كالتسبيح فى الركوع والسجود ، ولا ترمل المرأة ولا تضطبع لأن فى الرمل تبين أعضاؤها ، وفى الاضطباع ينكشف ما هو عورة منها) .

(الشرح) حديث ابن عمر رواه البخارى ومسلم بلفظه هنا ، ومعنى خب رمل ، والرمل — بفتح الراء والميم — وهو سرعة المشى مع تقارب الخطا وهو الخبب ، يقال رمل يرمل — بضم الميم — رملا ورملانا ، قوله « حجا مبرورا » هو الذى لا يخالطه إثم . وقيل هو المقبول ، وسبق ذكره أول كتاب الحج . والقول الأول قول شمر وآخرين مشتق من البر ، وهو الطاعة ، والقول الثانى قول الأزهرى وغيره وأصله من البر ، وهو اسم جامع للخير ، ومنه بررت فلانا أى وصلته وكل عمل صالح بر ، ويقال بر الله حجه وأبره . قوله « وذنبا مغفورا » قال العلماء : تقديره اجعل

ذنبى ذنبا مغفورا ، وسعيا مشكورا ، قال الأزهرى : معناه اجعله عملا متقبلا يذكر لصاحبه ثوابه ، فهذا معنى المشكور عند الأزهرى وقال غيره : أى عملا يشكر صاحبه • قال الأزهرى : ومساعى الرجل أعماله ، واحدتها مسعاة ، قوله « والقرآن من أعظم الذكر » وهكذا هو فى النسخ والأجود حذف (من) فيقال أعظم الذكر • قوله « لأنه هيئة » احتراز ممن ترك ركعة أو سجدة من صلاته • قوله الأشواط الأربعة خلاف طريقة الشافعى والأصحاب ، فانهم كرهوا تسميته أشواطا ، كما سأوضحه إن شاء الله تعالى •

(اما الأحكام) فاتفق الشافعى والأصحاب على استحباب الرَّمَل فى الطوفات الثلاث للحديث السابق مع أحاديث كثيرة فى الصحيح مثله ، قالوا : والرمل هو إسراع المشى مع تقارب الخطى ، قالوا : ولا يثب ولا يعدو عدوا ، قالوا : والرمل هو الخبب للحديث الصحيح السابق عن ابن عمر « خب ثلاثا » قال الرافعى : وغلط الأئمة من قال دون الخَبَب • وقال إمام الحرمين : قال بعض أصحابنا : الرمل فوق سجية المشى ودون العدو ، قال : وقال الشيخ أبو بكر ــ يعنى الصيدلانى ــ هو سرعة فى المشى دون الخبب ، قال الإمام وهذا عندى زلل ، فان الرمل فى فعل الناس كافة كأنه ضرب من الخبب ، يشير إلى قفزان ، والله أعلم •

قال أصحابنا : ويسن الرمل فى الطوفات الثلاث الأولى ، ويسن المشى على الهينة فى الآخرة ، فلو فاته فى الثلاث لم يقضه فى الأربع لما ذكره المصنف ، وهذا لا خلاف فيه ، وهو نظير من قطعت مسبحته اليمنى لا يشير فى التشهد باليسرى ، وسبق إيضاحه مع نظائره ، وهل يستوعب البيت بالرمل ؟ فيه طريقان (الصحيح) المشهور ، وبه قطع الجمهور : يستوعبه فيرمل من الحجر الأسود إلى الحجر الأسود ولا يقف إلا فى حال الاستلام والتقبيل والسجود على الحجر (والثانى) حكاه إمام الحرمين

وغيره ، فيه قولان ، وذكرهما الغزالى وجهين (أصحهما) هذا (والثانى) لا يرمل بين الركنين اليمانيين بل يمشى ، وجاء الأمران فى صحيح مسلم فثبت الثانى من رواية ابن عباس قال « قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه مكة ، وقد وهنتهم حمى يثرب • قال المشركون : إنه يقدم عليكم غدا قوم قد وهنتهم الحمى ، فلقوا منها شدة ، فجلسوا مما يلى الحجر • وأمرهم النبى صلى الله عليه وسلم أن يرملوا ثلاثة أشواط ويمشوا ما بين الركنين • ليرى المشركون جلدهم ، فقال المشركون : هؤلاء الذين زعمتهم أن الحمى قد وهنتهم هؤلاء أجلد من كذا وكذا » •

قال ابن عباس : ولم يمنعه من أن يأمرهم أن يرملوا الأشواط كلها إلا الإبقاء عليهم ، وفى رواية له « هؤلاء أجلد منا » •

وعن ابن عمر قال « رمل رسول الله صلى الله عليه وسلم من الحجر إلى الحجر ثلاثا ومشى أربعا » رواه مسلم • وعن جابر قال « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم رمل من الحجر الأسود حتى انتهى إليه ثلاثة أطواف رواه مسلم • وعن جابر أيضا « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رمل الثلاثة أطواف من الحجر إلى الحجر» رواه مسلم • وهكذا الرواية الثلاثة أطواف ، وهو جائز وإن كان أكثر أهل العربية يبطلونه ، وقد جاءت له نظائر فى الصحيح ، فهاتان الروايتان صحيحتان فى استيعاب الرمل بالبيت وعدم استيعابه فيتعين الجمع بينهما ، وطريق الجمع أن حديث ابن عباس كان فى عمرة القضاء سنة سبع من الهجرة قبل فتح مكة وكان أهلها مشركين حينئذ • وحديث ابن عمر وجابر كان فى حجة الوداع سنة عشر ، فيكون متأخرا ، فيتعين الأخذ به ، والله أعلم •

(فرع) فى بيان الطواف الذى يشرع به الرمل • وقد اضطربت طرق الأصحاب فيه ، ولخصها الرافعى متقنة فقال : لا خلاف أن الرمل لا يسن فى كل طواف ، بل إنما يسن فى طواف واحد ، وفى ذلك الطواف قولان مشهوران (أصحهما) عند الأكثرين أنه يسن فى طواف يستعقب

السعى (والثانى) يسن فى طواف القدوم مطلقا ، فعلى القولين لا رمل فى طواف الوداع بلا خلاف • ويرمل من قدم مكة معتمـرا على القولين ، لوقوع طوافه مجزئا عن القدوم مع استعقابه السعى ، ويرمل أيضا الحاج الأفقى إذا لم يدخل مكة إلا بعد الوقوف • أما من دخل مكة محرما بالحج قبل الوقوف وأراد طواف الوقوف فهل يرمل ؟ ينظر إن كان لا يسعى عقبة ففيه القولان (الأول) الأصح لا يرمل (والثانى) يرمل وعلى الأول إنما يرمل فى طواف الإفاضة لاستعقابه السعى ، فأما إن كان يسعى عقب طواف القدوم فيرمل فيه بلا خلاف ، وإذا رمل فيه وسعى بعده لا يرمل فى طواف الإفاضة بلا خلاف ، إن لم يرد السعى بعده ، وإن أراد إعادة السعى بعده لم يرمل بعده أيضا على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وحكى البغوى فيه قولين والأول أشهر (أصحهما) عند المصنف والبغوى والرافعى وآخرين لا يرمل (والثـانى) يرمل ، وبه قطع الشيخ أبو حامد ، ودليلهمـا فى الكتاب •

ولو طاف للقدوم ونوى أن لا يسعى بعده ثم بدا له وسعى ــ ولم يكن رمل فى طواف القدوم ــ فهل يرمل فى طواف الافاضة ؟ فيه الوجهان ، ذكرهما القاضى أبو الطيب فى تعليقه ، ولو طاف للقدوم فرمل فيـه ولم يسع ، قال جمهور الأصحاب : يرمل فى طواف الإفاضة لبقاء السعى ، قال الرافعى : الظاهر أنهم فرعوه على القول الأول وهو الذى يعتبر استعقاب السعى ، وإلا فالقول الثانى لا يعتبر استعقاب السعى فيقتضى أن يرمل فى الإفاضة •

وأما المكى المنشىء حجة من مكة فهل يرمل فى طواف الإفاضة ؟ (فان قلنا) بالقول الثانى لم يرمل إذ لا قدوم فى حقه (وإن قلنا) بالأول رمل لاستعقابه السعى ، وهذا هو المذهب •

وأما الطواف الذى هو غير طوافى القدوم والإفاضة فلا يسن فيـه

الرمل بلا خلاف ، سواء كان الطائف حاجا أو معتمرا ، متبرعا بطواف آخر أو غير محرم لأنه ليس بطواف قدوم ولا يستعقب سعيا ، وإنما يرمل فى قدوم أو ما يستعقب سعيا كما سبق ، والله أعلم •

قال أصحابنا : والاضطباع ملازم للرمل ، فحيث استحببنا الرمل بلا خلاف فكذا الاضطباع ، وحيث لم نستحبه بلا خلاف ، فكذا الاضطباع ، وحيث جرى خلاف جرى فى الرمل والاضطباع جميعا ، وهذا لا خلاف فيه ، وسبق بيانه فى فصل الاضطباع ، والله أعلم •

(**فرع**) قد سبق أن القرب من البيت مستحب للطائف ، وأنه لو تعذر الرمل مع القرب للزحمة ، فان رجا فرجة ولا يتأذى أحد بوقوفه ولا يضيق على الناس ، وقف ليرمل ، وإلا فالمحافظة على الرمل مع البعد أولى ، فلو كان فى حاشية المطاف نساء ولم يأمن ملامستهن لو تباعد فالقرب بلا رمل أولى من البعد مع الرمل ، حذرا من انتقاض الوضوء • وكذا لو كان بالقرب أيضا نساء وتعذر الرمل فى جميع المطاف لخوف الملامسة فترك الرمل فى هذه الحال أفضل • قال أصحابنا : ومتى تعذر الرمل استحب أن يتحرك فى مشيه ، ويرى من نفسه أنه لو أمكنه الرمل لرمل ، نص عليه الشافعى ، واتفق عليه الأصحاب • قال إمام الحرمين : هو كما قلنا : يستحب لمن لا شعر على رأسه إمرار الموصى عليه •

(**فرع**) لو طاف راكبا أو محمولا فهل يستحب أن يحرك الدابة ليسرع كإسراع الرامل ويسرع به الحامل أم لا ؟ فيه أربع طرق (أصحها) وبه قطع البغوى وآخرون فيهما قولان • ومنهم من حكاهما وجهين (أصحهما) وهو الجديد يستحب ، لأنه كحركة الراكب والمحمول (والثانى) وهو القديم لا يستحب ، لأن الرمل مستحب للطائف لإظهار الجلد والقوة ، وهذا المعنى مقصود هنا ، ولأن الدابة والحامل قد يؤذيان الطائفين بالحركة •

(والطريق الثانى) وبه قطع الشيخ أبو حامد فى تعليقه وأبو على البندنيجى فى الجامع ، والقاضى أبو الطيب وآخرون : إن طاف راكبا حرك دابته قولا واحدا وإن حمل فقولان (الجديد) يرمل به الحامل وهو الأصح (والقديم) لا يرمل .

(والطريق الثالث) إن كان المحمول صبيا رمل حامله قطعا ، وإلا فالقولان .

(والطريق الرابع) يرمل به الحامل ويحرك الدابة قولا واحدا ، وبه قطع المصنف والدارمى وغيرهما ، والله أعلم .

(فرع) يستحب أن يدعو فى رمله بما أحب من أمر الدين والدنيا والآخرة وآكده « اللهم اجعله حجا مبرورا وذنبا مغفورا وسعيا مشكورا » نص على هذه الكلمات الشافعى ، واتفق الأصحاب عليها . ويستحب أن يدعو أيضا فى الأربعة الأخيرة التى يمشيها ، وأفضل دعائه . اللهم اغفر وارحم واعف عما تعلم وأنت الأعز الأكرم ، اللهم آتنا فى الدنيا حسنة وفى الآخرة حسنة وقنا عذاب النار » نص عليه الشافعى واتفق عليه الأصحاب ، وذكره المصنف فى التنبيه ، وعجب كيف أهمله هنا ؟ والله أعلم .

(فرع) قال الشافعى والأصحاب : يستحب قراءة القرآن فى الطواف ، لما ذكره المصنف ، ونقل الرافعى أن قراءة القرآن أفضل من الدعاء غير المأثور فى الطواف ، قال وأما المأثور فيه فهو أفضل منها على الصحيح ، وفى وجه أنها أفضل منه . وأما فى غير الطواف فقراءة القرآن أفضل من الذكر إلا الذكر المأثور فى مواضعه وأوقاته ، فان فعل المنصوص عليه حينئذ أفضل ، ولهذا أمر بالذكر فى الركوع والسجود ونهى عن القراءة فيهما . وقد نقل الشيخ أبو حامد فى تعليقه فى هذا الموضع أن الشافعى نص أن قراءة القرآن أفضل الذكر .

ومما يستدل به لتفضيل قراءة القرآن حديث أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « يقول الرب سبحانه وتعالى : من شغله ذكرى عن مسألتى أعطيته أفضل ما أعطى السائلين ، وفضل كلام الله سبحانه وتعالى على سائر الكلام كفضل الله على خلقه » رواه الترمذى وقال : حديث حسن ، والأحاديث فى ترجيح القراءة على الذكر كثيرة .

(فان قيل) فقد ثبت عن أبى ذر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ألا أخبرك بأحب الكلام إلى الله تعالى ؟ إن أحب الكلام إلى الله سبحان الله وبحمده » رواه مسلم .

وفى رواية لمسلم أيضا عن أبى ذر قال « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أى الكلام أفضل ؟ قال : ما اصطفى الله لملائكته أو لعباده [أفضل من] سبحان الله وبحمده » وعن سمرة بن جندب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أحب الكلام إلى الله تعالى أربع : سبحان الله والحمد لله ولا إله إلا الله والله أكبر ، لا يضرك بأيهن بدأت » رواه مسلم .

والجواب أن المراد أن هذا أحب كلام الآدميين وأفضله ، لا أنه أفضل من كلام الله ، والله أعلم .

(فرع) قال المتولى : تكره المبالغة فى الاسراع فى الرمل ، بل يرمل على العادة ، لحديث جابر السابق عن صحيح مسلم أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لتأخذوا عنى مناسككم » .

(فرع) لو ترك الاضطباع والرمل والاستلام والتقبيل والدعاء فى الطواف فطوافه صحيح ولا إثم عليه ، ولا دم عليه ، لكن فاتته الفضيلة. قال الشافعى والأصحاب : وهو مسىء ، يعنون إساءة لا إثم فيها ، ودليل المسألة ما ذكره المصنف .

(فــرع) اتفقت نصوص الشافعي والأصحاب على أن المرأة لا ترمل ولا تضــطبع لمــا ذكره المصنف • قال الدارمي وأبو على البنــدنيجي وغيرهما : ولو ركبت دابة أو حملت فى الطواف لمرض ونحوه لم تضطبع ولا يرمل حاملها • قال البندنيجي : ســواء فى هذا الصغيرة والــكبيرة والصحيحة والمريضة • قال القاضي أبو الفتوح وصاحب البيان : والخنثى فى هذا كالمرأة والله أعلم • واستدل الشــافعي ثم البيهقي بمــا رويناه فى الصحيح عن ابن عمر أنه قال « ليس على النساء سعى [1] بالبيت ولا بين الصفا والمروة » •

قال المصنف رحمــه الله تعــالى

(ويجوز الكلام فى الطواف لقوله صلى الله عليه وسلم « الطواف بالبيت صــلاة إلا ان الله تعالى أباح فيه الــكلام » والأفضل ان لا يتكلم ، لمــا روى أبو هريرة أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « من طاف بالبيت سبعا لم يتكلم فيه إلا بسبحان الله والحمد لله ولا إله إلا الله والله أكبر ولا حول ولا قوة إلا بالله كتب الله له عشر حسنات ، ومحا عنه عشر سيئات ، ورفع له عشر درجات » •

(الشرح) حديث « الطواف بالبيت صلاة » سبق بيــانه فى أوائل أحكام الطواف ، وذكرنا أن الصحيح أنه موقوف على ابن عباس لا مرفوع • وأما حديث أبى هريرة فغريب لا أعلم من رواه • وذكر الشافعي والبيهقي باسنادهما الصحيح عن ابن عمر قال « أقلوا الكلام فى الطواف إنما أنتم فى صلاة » وباسنادهما الصحيح عن عطــاء قال « طفت خلف ابن عمرو وابن عباس فما سمعت واحدا منهما متكلما حتى فرغ من طوافه » •

(أما الأحكام) فقال الشافعي والأصحاب : يجوز الكلام فى الطواف ولا يبطل به ولا يكره ، لكن الأولى تركه إلا أن يكون كلاما فى خير ،

---

(١) المقصود أن النساء ليس عليهن سعى ولكن عن المشى بغير رمل ولا هرولة وانما هو السير هوينا (ط) •

كأمر بمعروف أو نهى عن منكر أو تعليم جاهل أو جواب فتوى ونحو ذلك ، وقد ثبت عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم مر وهو يطوف بالكعبة بانسان ربط يده إلى إنسان بسير أو بخيط أو شىء غير ذلك ، فقطعه النبى صلى الله عليه وسلم بيده ثم قال : قد بيده » رواه البخارى ومسلم • وهذا القطع محمول على أنه لم يكره إزالة هذا المنكر إلا بقطعه ، أو أنه أدل على صاحبه فتصرف فيه • قال أصحابنا وغيرهم : ينبغى له أن يكون فى طوافه خاشعا متخشعا حاضر القلب ملازم الأدب بظاهره وباطنه وفى هيئته وحركته ونظره ، فان الطواف صلاة فيتأدب بآدابها ويستشعر بقلبه عظمة من يطوف ببيته •

ويكره له الأكل والشرب فى الطواف ، وكراهة الشرب أخف ، ولا يبطل الطواف بواحد منهما ولا بهما جميعا • قال الشافعى : لا بأس بشرب الماء فى الطواف ولا أكرهه ، بمعنى المأثم ، لكنى أحب تركه لأن تركه أحسن فى الأدب • وممن نص على كراهة الأكل والشرب وأن الشرب أخف صاحب الحاوى ، قال الشافعى فى الإملاء : روى عن ابن عباس أنه شرب وهو يطوف • قال وروى من وجه لا يثبت « أن النبى صلى الله عليه وسلم شرب وهو يطوف » قال البيهقى : لعله أراد حديث ابن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم شرب ماء فى الطواف » وهو حديث غريب بهذا اللفظ ، والله أعلم •

(**فرع**) يكره للطائف وضع يده على فيه ، كما يكره ذلك فى الصلاة إلا أن يحتاج إليه أو يتثاءب ، فان السنة وضع اليد على الفم عند التثاؤب ، لحديث أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا تثاءب أحدكم فليمسك بيده على فيه ، فان الشيطان يدخله » رواه مسلم •

(**فرع**) يكره أن يشبك أصابعه أو يفرقع بها ، كما يكره ذلك

فى الصلاة ، ويكره أن يطوف وهو يدافع البول أو الغائط أو الريح ، أو وهو شديد التوقان إلى الأكل ، وما فى معنى ذلك ، كما تكره الصلاة فى هذه الأحوال .

(**فـرع**) يلزمه أن يصون نظره عمن لا يحل النظر إليه ، من امرأة أو أمرد حسن الصورة ، فانه يحرم النظر إلى الأمرد والحسن بكل حال إلا لحاجة شرعية كما جزم به المصنف فى كتاب النكاح ، وسنوضحه هناك إن شاء الله تعالى ، لا سيما فى هذا الموطن الشريف ، ويصون نظره وقلبه عن احتقار من يراه من الضعفاء وغيرهم ، كمن فى بدنه نقص ، وكمن جهل شيئا من المناسك أو غلط فيه ، وينبغى أن يعلم الصواب برفق . وقد جاءت أشياء كثيرة فى تعجيل عقوبة كثير ممن أساء الأدب فى الطواف كمن نظر امرأة ونحوها . وذكر الأزرقى من ذلك جملا فى تاريخ مكة ، وهذا الأمر مما يتأكد الاعتناء به لأنه فى أشرف الأرض والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن اقيمت الصلاة وهو فى الطواف أو عرضت له حاجة لابد منها قطع الطواف ، فان فرغ بنى ، لما روى أن ابن عمر رضى الله عنهما ((كان يطوف بالبيت ، فلما اقيمت الصلاة صلى مع الإمام ثم بنى على طوافه)) وإن أحدث وهو فى الطواف توضأ وبنى لأنه لا يجوز إفراد بعضه عن بعض ، فاذا بطل ما صادفه الحدث منه لم يبطل الباقى فجاز له البناء عليه) .

(**الشرح**) قال أصحابنا : ينبغى للطائف أن يوالى طوافه ، فلا يفرق بين الطوفات السبع ، وفى هذه الموالاة قولان (الصحيح) الجديد أنها سنة ، فلو فرق تفريقا كثيرا بغير عذر لا يبطل طوافه ، بل يبنى على ما مضى منه ، وإن طال الزمان بينهما ، وبهذا قطع كثيرون من العراقيين (والثانى) أنها واجبة فيبطل الطواف بالتفريق الكثير بلا عذر ، فعلى هذا إن فرق يسيرا لم يضر .وإن فرق كثيرا لعذر ففيه طريقان كما سبق فى الوضوء

(والمذهب) جواز التفريق مطلقا قال إمام الحرمين : التفريق الكثير هو ما يغلب على الظن تركه الطواف •

ولو أقيمت الصلاة المكتوبة وهو فى أثناء الطواف ، إن كان طواف نفل استحب قطعة ليصليها ثم يبنى عليه ، وإن كان طوافا مفروضا كره قطعه لها • قال المصنف والأصحاب : إذا أقيمت الصلاة المكتوبة أو عرضت له حاجة لابد منها وهو فى أثناء الطواف قطعه ، فاذا فرغ بنى إن لم يطل الفصل ، وكذا إن طال وهو المذهب ، وفيه الخلاف السابق •

قال البغوى وآخرون : إذا كان الطواف فرضا كره قطعه لصلاة الجنازة ولسنة الضحى والوتر وغيرها من الرواتب ، لأن الطواف فرض عين ولا يقطع لنفل ولا لفرض كفاية ، قالوا وكذا حكم السعى ، وقد نص الشافعى رحمه الله فى الأم على هذا كله ، ونقله القاضى أبو الطيب فى تعليقه عن الأم فقال : قال فى الأم : إن كان فى طواف الإفاضة فأقيمت الصلاة أحببت أن يصلى مع الناس ثم يعود إلى طوافه ويبنى عليه ، وإن خشى فوات الوتر أو سنة الضحى أو حضرت جنازة فلا أحب ترك الطواف لشىء من ذلك لئلا يقطع فرضا لنفل أو فرض كفاية • والله أعلم •

وأما إذا أحدث فى طوافه ــ فان كان عمدا ــ فطريقان (أحدهما) وهو المشهور فى كتب الخراسانيين ، وذكره جماعة من العراقيين ، فيه قولان (أصحهما) وهو الجديد : لا يبطل ما مضى من طوافه ، فيتوضأ ويبنى عليه (والثانى) وهو القديم يبطل فيجب الاستئناف •

(والطريق الثانى) وبه قطع الشيخ أبو حامد وأبو على البندنيجى والماوردى والقاضى أبو الطيب فى تعليقه وابن الصباغ وآخرون من العراقيين إن قرب الفصل بى قولا واحدا ، وإن طال فقولان (الأصح) الجديد يبنى « والقديم » يجب الاستئناف • واحتج الماوردى فى البناء على قرب باجماع المسلمين على أن القعود اليسير فى أثناء الطواف

للاستراحة لا يضر . وهذا الاستدلال ضعيف ، لأن المحدث عمدا مقصر ، ومع منافاة [1] الحدث فحشه . هذا كله فى الحدث عمدا ، قال الماوردى وغيره : وحكم الحدث سهوا كالعمد .

وأما سبق الحدث فان قلنا يبنى العامد فهذا أولى ، وإلا فقولان كسبق الحدث فى الصلاة (أحدهما) يبنى (والثانى) يستأنف وقال الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وغيرهما : إن قلنا سبق الحدث لا يبطل الصلاة فالطواف أولى أن لا يبطل . وإن قلنا يبطلها : فهو كالحدث فى الطواف عمدا . وذكر إمام الحرمين نحو هذا فقال : إذا سبقه الحدث فى الطواف .

قال الأصحاب : إن قلنا : سبق الحدث لا يبطل الصلاة فالطواف أولى ، وإن قلنا يبطلها ففى إبطاله الطواف قولان . قال والفرق أن الصلاة فى حكم خصلة واحدة بخلاف الطواف ، ولهذا لا يبطل بالكلام عمدا وكثرة الأفعال . وقطع البغوى بأن من سبقه الحدث يبنى على طوافه . وقال الدارمى : إن أحدث الطائف فتوضأ وعاد قريبا بنى ، نص عليه . وقال ابن القطان والقيصرى : فيه قولان كالصلاة ، قال : فعلى هذا يفرق بين العمد والسبق كالصلاة . قال ومنهم من قال قولا واحدا كما نص عليه . فهذه طرق الأصحاب وهى متقاربة ومتفقة على أن المذهب جواز البناء مطلقا فى العمد والسهو وقرب الزمان وطوله . قال الشافعى والأصحاب : وحيث لا نوجب الاستئناف فى جميع هذه الصور فنستحبه . والله تعالى أعلم .

(**فرع**) حيث قطع الطواف فى أثنائه بحدث أو غيره ، وقلنا يبنى على الماضى فظاهر عبارة جمهور الأصحاب أنه يبنى من الموضع الذى كان وصل إليه . وقال الماوردى فى الحاوى : إن كان خروجه من الطواف

---

(١) يعنى الشيخ بأن الطواف مناف للحدث إفضلا عن فحشه [ط] .

عند إكمال طوفة بوصوله إلى الحجر الأسود عاد فابتدأ الطوفة التى تليها من الحجر الأسود ، وإن كان خروجه فى أثناء طوفة قبل وصوله إلى الحجر الأسود فوجهان (أحدهما) يستأنف هذه الطوفة من أولها ، لأن لكل طوفة حكم نفسها (وأصحهما) يبنى على ما مضى منها ويبتدىء من الموضع الذى كان وصله . وحكى هذين الوجهين أيضا الدارمى وصحح البناء ، كما صححه الماوردى ، وهو مقتضى كلام الجمهور كما ذكرناه أولا ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإذا فرغ من الطواف صلى ركعتى الطواف ، وهل يجب ذلك [ام لا] ؟ فيه قولان (احدهما) انها واجبة لقوله عز وجل (واتخذوا من مقام إبراهيم مصلى) والامر يقتضى الوجوب (والثانى) لا يجب ، لانها صلاة زائدة على الصلوات الخمس فلم تجب بالشرع على الأعيان كسائر النوافل . والمستحب ان يصليهما عند المقام ، لما روى جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم (طاف بالبيت سبعا وصلى خلف المقام ركعتين) فان صلاهما فى مكان آخر جاز لما روى ان عمر رضى الله عنه ((طاف بعد الصبح ، ولم ير ان الشمس قد طلعت فركب ، فلما اتى ذا طوى اناخ راحلته وصلى ركعتين ، وكان ابن عمر رضى الله عنهما ((يطوف بالبيت ويصلى ركعتين فى البيت)) .

والمستحب ان يقرأ فى الأولى بعد الفاتحة ((قل يا ايها الكافرون[1])) وفى الثانية ((قل هو الله احد)) [2] لما روى جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم ((قرا فى ركعتى الطواف قل هو الله احد . وقل يا ايها الكافرون)) ثم يعود إلى الركن فيستلمه ويخرج من باب الصفا لما روى جابر بن عبد الله ((أن النبى صلى الله عليه وسلم طاف سبعا وصلى ركعتين ثم رجع إلى الحجر فاستلمه ، ثم خرج من باب الصفا))) .

(الشرح) أحاديث جابر الثلاثة رواها مسلم فى صحيحه بمعناه ، وهى

---

(١) الآية الاولى من سورة الكافرون .

(٢) الآية الاولى من سورة الصمد .

كلها بعض من حديثه الطويل فى صفة حج النبى صلى الله عليه وسلم وهذا لفظه عن جعفر بن محمد عن أبيه قال « دخلنا على جابر فقال جابر : خرجنا مع النبى صلى الله عليه وسلم حتى أتينا البيت معه استلم الركن فرمل ثلاثا ومشى أربعا ثم نفر إلى مقام إبراهيم فقرأ (واتخذوا من مقـام إبراهيم مصلى[1]) فجعل المقام بينه وبين البيت فكان أبى يقول ، ولا أعلمه ذكره إلا عن النبى صلى الله عليه وسلم : كان يقرأ فى الركعتين قل هو الله أحد . وقل يا أيها الكافرون ثم رجع إلى الركن فاستلمه ثم خرج من الباب إلى الصفا » هذا لفظ رواية مسلم .

وفى رواية للبيهقى عن جعفر بن محمد عن أبيـه أنه سمع جابر بن عبد الله يحدث عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « فلما طاف النبى صلى الله عليه وسلم ذهب إلى المقام وقال (واتخذوا من مقام إبراهيم مصلى) فصلى ركعتين » وإسناد هذه الرواية على شرط مسلم .

وقد ثبت أيضا فى صحيحى البخارى ومسلم عن ابن عمر قال « قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم فطاف بالبيت سبعا ثم صلى خلف المقـام ركعتين وطاف بين الصفا والمروة » وفى رواية « ثم خرج إلى الصفا » وفى رواية للبيهقى عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جابر (أن النبى صلى الله عليه وسلم طاف بالبيت فرمل من الحجر الأسود ثلاثا ثم صلى ركعتين قرأ فيهما : قل يا أيها الكافرون . وقل هو الله أحد) قال البيهقى : كذا وجدته ، وإسناد هذه الرواية صحيح على شرط مسلم .

وأما حديث عمر رضى الله عنه وصلاته بذى طوى فصحيح ، رواه مالك فى الموطأ باسناد على شرط البخارى ومسلم ، بلفظه الذى فى المهذب ، وذكر البخارى فى صحيحه عن عمر رضى الله عنه تعليقا أنه صلى ركعتى الطواف خارج الحرم فقال فصلى عمر خارجا من الحرم .

---

(١) الآية ١٢٥ من سورة البقرة .

واستدل البخارى أيضا فى المسألة بما رواه فى صحيحه باسناده عن أم سلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها حين أراد الخروج من مكة إلى المدينة « إذا أقيمت صلاة الصبح فطوفى على بعيرك والناس يصلون ، ففعلت ذلك ، فلم تصل حتى خرجت » والله أعلم .

وأما ألفاظ الفصل فقوله تعالى (واتخذوا من مقام إبراهيم مصلى) قرىء فى السبع بوجهين ــ فتح الخاء وكسرها ــ على الخبر وعلى الأمر (فان قيل) كيف يصح استدلال المصنف بهذه الآية ؟ مع أن الذى فيها إنما هو الأمر بالصلاة ولا يلزم أن تكون صلاة الطواف (فالجواب) أن غير صلاة الطواف لا يجب عند المقام بالإجماع فتعينت هى (فان قيل) فأنتم لا تشترطون وقوعها خلف المقام ، بل تجوز فى جميع الأرض (قلنا) معنى الآية الأمر بصلاة هناك ، وقامت الدلائل السابقة على أنها يجوز فعلها فى غير المقام[1] والله أعلم .

---

(١) قال الفخر الرازى فى مفاتيح الغيب عند قوله تعالى : (واتخذوا من مقام ابراهيم مصلى) : فيه مسائل (الأولى) قرأ ابن كثير وأبو عمرو وحمزة وعاصم والكسائى (واتخذوا) بكسر الخاء على صيغة الأمر ، وقرأ نافع وابن عامر بفتح الخاء على صيغة الخبر (اما القراءة الأولى) فقوله : واتخذوا عطف على ماذا ؟ وفيه أقوال (الأول) انه عطف على قوله : (اذكروا نعمتى التى أنعمت عليكم وانى فضلتكم على العالمين ، واتخذوا من مقام ابراهيم مصلى) (الثانى) انه عطف على قوله : (انى جاعلك للناس اماما) والمعنى انه لما ابتلاه بكلمات واتمهن قال له : جزاء لما فعلته من ذلك : انى جاعلك للناس اماما وقال : واتخذوا من مقام ابراهيم مصلى . ويجوز ان يكون أمر بهذا ولده الا انه تعالى أضمر قوله وقال : ونظيره قوله تعالى (وظنوا أنه واقع بهم ، خذوا ما آتيناكم بقوة (الثالث) أن هذا أمر من الله تعالى لأمة محمد صلى الله عليه وآله وسلم ان يتخذوا من مقام ابراهيم مصلى ، وهو كلام اعترض فى خلال ذكر قصة ابراهيم عليه السلام وكأن وجهه : (واذ جعلنا البيت مثابة للناس وامنا واتخذوا من مقام ابراهيم مصلى) والتقدير انا لما شرفناه ووصفناه بكونه مثابة للناس وامنا فاتخذوه انتم قبلة لانفسكم والواو والفاء قد يذكر كل واحد منهما فى هذا الموضع وان كانت الفاء اوضح أما من قرأ واتخذوا بالفتح فهو اخبار عن ولد ابراهيم أنهم اتخذوا من مقامه مصلى فيكون هذا عطفا على جعلنا البيت واتخذوه مصلى ، ويجوز أن يكون عطفا على : واذ جعلنا البيت واذ اتخذوه مصلى (المسألة الثانية) ذكروا أقوالا فى أن مقام ابراهيم عليه السلام أى شىء هو ؟

=

. . . . . .

=

« القول الأول » أنه موضع الحجر الذى قام عليه ابراهيم عليه السلام ثم هؤلاء ذكروا وجهين :

(أحدهما) انه هو الحجر الذى كانت زوجة اسماعيل وضعته تحت قدم ابراهيم عليه السلام حين غسلت راسه فوضع ابراهيم عليه السلام رجله عليه وهو راكب فغسلت أحد شقى راسه ثم رفعته من تحته وقد غاصت رجله فى الحجر فوضعته تحت الرجل الاخرى فغاصت رجله أيضا فيه فجعله الله تعالى من معجزاته ، وهذا قول قتادة والحسن والربيع بن انس .

(وثانيهما) ما روى عن سعيد بن جبير عن ابن عباس أن ابراهيم عليه السلام كان يبنى البيت واسماعيل يناوله الحجارة ويقولان : (ربنا تقبل منا انك أنت السميع العليم) فلما ارتفع البنيان وضعف ابراهيم عليه الصلاة والسلام عن وضع الحجارة قام على حجر وهو مقام ابراهيم عليه السلام .

« القول الثانى » ان مقام ابراهيم الحرم كله ، وهو قول مجاهد .

« الثالث » انه عرفة والمزدلفة والجمار . وهو قول عطاء .

« الرابع » الحج كله مقام ابراهيم وهو قول ابن عباس واتفق المحققون على ان القول الأول أولى ، ويدل عليه وجوه :

(الأول) ما روى جابر أنه عليه السلام لما فرغ من الطواف أتى المقام وتلا قوله تعالى واتخذوا من مقام ابراهيم مصلى) فقراءة هذه اللفظة عند ذلك الموضع تدل على أن المراد من هذه اللفظة هو ذلك الموضع ظاهرا .

(وثانيها) أن هذا الاسم فى العرف مختص بذلك الموضع ، والدليل عليه أن سائلا لو سأل المكى بمكة عن مقام ابراهيم لم يجبه ولم يفهم منه الا هذا الموضع .

(وثالثها) ما روى انه عليه السلام مر بالمقام ومعه عمر فقال : يا رسول الله اليس هذا مقام أبينا ابراهيم ؟ قال : بلى قال : أفلا تتخذه مصلى ؟ قال : لم اومر بذلك فلم تغب الشمس من يومهم حتى نزلت الآية .

(ورابعها) أن الحجر صار تحت قدميه فى رطوبة الطين حتى غاصت فيه رجلا ابراهيم عليه السلام وذلك من أظهر الدلائل على وحدانية الله تعالى ومعجزة ابراهيم عليه السلام ، فكان اختصاصه بابراهيم أولى من اختصاص غيره به فكان اطلاق هذا الاسم عليه أولى .

(وخامسها) أنه تعالى قال : (واتخذوا من مقام ابراهيم مصلى) وليس للصلاة تعلق بالحرم ولا بسائر المواضع الا بهذا الموضع فوجب أن يكون مقام ابراهيم هو هذا الموضع .

(وسادسها) ان مقام ابراهيم هو موضع قيامه وثبت بالاخبار أنه قام على هذا الحجر عند المغتسل ، ولم يثبت قيامه على غيره فحمل هذا اللفظ أعنى مقام ابراهيم عليه السلام

=

وقــوله « فلم تجب بالشرع » احتراز من النــذر • وقوله « على الأعيان » احتراز من صلاة الجنازة فانها فرض كفاية وينكر على المصنف قوله : روى عن عمر بصيغة تمريض ، مع أنه حديث صحيح كما سبق ، وقد سبق التنبيه على أمثال هذا مرات • وفى فعل عمر هذا دليل على أنه يرى كراهة ركعتى الطواف فى أوقات النهى • ومذهبنا أنه لا كراهة فيها ، وقد سبقت المسألة فى بابها ، وسأعيد بعضها هنا إن شاء الله تعالى فى مسائل مذاهب العلماء • وقوله « ثم يعود إلى الركن فيستلمه » المراد به الركن الأسود ، وهو الذى فيه الحجر الأسود •

(اما الأحكام) فأجمع المسلمون على أنه ينبغى لمن طاف أن يصلى بعده

=

على الحجر الذى يكون أولى . قال القفال : ومن فسر مقام ابراهيم بالحجر خرج عن قوله : واتخذوا من مقام ابراهيم مصلى على مجاز قول الرجل : اتخذت من فلان صديقا وقد أعطانى الله من فلان اخا صالحا ووهب الله لى منك وليا مشفقا ، وانمـا تدخل من البيان المتخـذ الموصوف وتميزه فى ذلك المعنى من غيره والله أعلم .

(المسألة الثالثة) ذكروا فى المراد بقوله (مصلى) وجوها :

(أحدها) المصلى المدعى فجعله من الصلاة التى هى الدعاء قال تعالى (يا أيها الذين آمنوا صلوا عليه) وهو قول مجاهد ، وانما ذهب الى هذا التأويل ليتم له قوله : ان كل الحرم مقام أبراهيم .

(وثانيها) قال الحسن : أراد به قبلة .

(وثالثها) قال قتادة والسدى : أمروا أن يصلوا عنده قال أهل التحقيق : وهذا القول أولى لأن لفظ الصلاة اذا أطلق يعقل منه الصلاة المفعولة بركوع وسجود . الا ترى أن مصلى المصر وهو الموضع الذى يصلى فيه صلاة العيد . وقال عليه السلام لأسامة بن زيد : المصلى امامك . يعنى به موضع الصلاة المفعولة . وقد دل عليه أيضا فعل النبى صلى الله عليه وسلم للصلاة عنده بعد تلاوة الآية ، ولأن حملها على الصلاة المعهودة أولى لأنها جامعة لسائر المعانى التى فسروا الآية بها ، وههنا بحث فقهى ، وهو أن ركعتى الطواف فرض أم سنة ؟ ينظر ان كان الطواف فرضا فللشافعى رضى الله عنه فيه قولان :

(أحدهما) فرض لقوله تعالى (واتخذوا من مقام ابراهيم مصلى) والأمر للوجوب .

(والثانى) سنة لقوله عليه السلام للأعرابى حين قال : هل على غيرها ؟ قال : لا ، الا ان تطوع . وان كان الطواف نفلا مثل طواف القدوم فركعتاه سنة والرواية عن أبى حنيفة مختلفة أيضا فى هذه المسألة والله أعلم .

ركعتين عند المقام ، لما سبق من الأدلة ، وهل هما واجبتان أم سنتان ؟ فيه قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أحدهما) باتفاق الأصحاب سنة .

(والثانى) واجبتان . ثم الجمهور أطلقوا القولين ولم يذكروا أين نص الشافعى عليهما ، مع اتفاقهم على أن الأصح كونهما سنة .

وقال أبو على البندنيجى فى جامعه : نص فى الجديد أنهما سنة . قال : وظاهر كلامه فى القديم أنهما واجبتان .

وشذ الماوردى عن الأصحاب فقال : علق الشافعى القول فى هاتين الركعتين فخرجهما أصحابنا على وجهين (أحدهما) واجبتان (والثانى) سنتان ، وكذا حكاهما الدارمى وجهين . والصواب أنهما قولان منصوصان . هذا إذا كان الطواف فرضا ، فان كان نفلا كطواف القدوم وغيره ، فطريقان مشهوران فى كتب الخراسانيين حكاهما القاضى حسين وإمام الحرمين والبغوى والمتولى وآخرون منهم ، وصاحب البيان وغيره من العراقيين (أصحهما) عند القاضى والإمام وغيرهما من الخراسانيين القطع بأنهما سنة (والثانى) أن فيهما القولين ، وهذا ظاهر كلام جمهور العراقيين ، وصححه صاحب البيان ونقله القاضى حسين وإمام الحرمين وغيرهما عن ابن الحداد وغلطوه فيه .

قال إمام الحرمين : إذا كان الطواف نفلا فالأصح أنه لا يجب بعده الركعتان قال : ونقل الأصحاب عن ابن الحداد أنه أوجبهما ، قال : وهذا بعيد رده أئمة المذهب قال الإمام : ثم ما أراه يصير إلى إيجابهما على التحقيق ، ولكنه رآهما جزءا من الطواف ، وأنه لا يعتد به دونهما ، قال : وقد قال فى توجيه قوله : لا يمتنع أن يشترط فى النفل ما يشترط فى الفرض كالطهارة وغيرها . قال الإمام : وقد يتحقق من معانى كلام الأصحاب

خلاف فى أن ركعتى الطواف معـدودتان من الطواف ؟ أم لهمـا حكم الانفصال عنه ؟ هذا كلام الإمام • وقال البغوى فى توجيه قول ابن الحداد : يجوز أن يكون الشىء غير واجب ، ويقتضى واجبا كالنكاح غير واجب ، ويقتضى وجوب النفقة والمهر •

(فـرع) قال الرافعى : ركعتا الطواف وإن أوجبناهما فليستا بشرط فى صحته ولا ركنا منه ، بل يصح الطواف بدونهما ، قال وفى تعليل جماعة من الأصحاب ما يقتضى اشتراطهما هذا كلام الرافعى ، وممن صرح بأنهما شرط فيه صاحب البيان ، والصحيح أن القولين فى وجوبهما يجريان ، سواء كان الطواف سنة أم واجبا ، بمعنى أنه لا يصح الطواف حتى يأتى بالركعتين • هذا كلامه ، هو غلط منه ، والصواب أنهما ليستا بشرط ولا ركنا للطواف ، بل يصح بدونهما •

قال إمام الحرمين : ومما يتعين التنبيه له أنا وإن فرعنا على وجوب الركعتين وحكمنا بأنهما معدودتان من الطواف فلا ينتهى الأمر إلى تنزيلهما منزلة شوط من أشواط الطواف لأن تقدير هذا يتضمن الحكم بكونهما ركنا من أركان الطواف الواقع ركنا ، ولم يصل إلى هذا أحد • قال : وبهذا يبعد عدهما من الطواف • هذا كلام الإمام ، والله أعلم •

(فـرع) قال أصحابنا : إذا قلنا : ركعتا الطواف واجبتان لم تسقط بفعل فريضة ولا غيرها ، كما لا تسقط صلاة الظهر بفعل العصر • وإذا قلنا هما سنة فصلى فريضة بعد الطواف أجزأه عنهما كتحية المسجد • هكذا نص عليه الشافعى فى القديم وحكاه عن ابن عمر ، ولم يذكر خلافه ، وصرح به جماهير الأصحاب منهم الصيدلانى والقاضى حسين البغوى وصاحبا العدة والبيان والرافعى وآخرون • وحكاه إمام الحرمين عن الصيدلانى : ثم قال : وهذا مما انفرد به ، قال : والأصحاب على مخالفته لأن الطواف يقتضى صلاة مخصوصة بخلاف تحية المسـجد ، فان حق المسـجد أن

لا يجلس فيه حتى يصلى ركعتين • هذا كلام الإمام وهو شاذ ، والمذهب ما نص عليه ونقله الأصحاب ، وعجب دعوى إمام الحرمين ما ادعاه • والله أعلم •

(فرع) إذا قلنا صلاة الطواف سنة جاز فعلها قاعدا مع القدرة على القيام كسائر النوافل ، وإن قلنا واجبة فهل يجوز فعلها قاعدا مع القدرة على القيام ؟ فيه وجهان حكاهما الصيمرى وصاحبه الماوردى فى الحاوى وصاحب البيان (أصحهما) لا يجوز كسائر الواجبات (والثانى) يجوز كما يجوز الطواف راكبا ومحمولا مع القدرة على المشى ، والصلاة تابعة للطواف •

(فرع) يستحب أن يقرأ فى هاتين الركعتين بعد الفاتحة فى الأولى « قل يا أيها الكافرون • وفى الثانية قل هو الله أحد » ويجهر فيهما بالقراءة ليلا ويسر نهارا ، كصلاة الكسوف وغيرها •

(فرع) يستحب أن يصليهما خلف المقام ، فان لم يفعل ففى الحجر تحت الميزاب ، وإلا ففى المسجد ، وإلا ففى الحرم ، فان صلاهما خارج الحرم فى وطنه أو غيره من أقطار الأرض صحت وأجزأته ، لما ذكره المصنف مع ما أضفته إليه • وذكر القاضى حسين فى تعليقه أنه إذا لم يصلهما حتى رجع إلى وطنه ، فان قلنا هما واجبتان صلاهما ، وإن قلنا سنة فهل يصليهما ؟ فيه الخلاف فى قضاء النوافل إذا فاتت ، وهذا الذى قاله شاذ وغلط ، بل الذى نص عليه الشافعى وأطبق عليه الأصحاب الجزم بأنه يصليهما حيث كان ومتى كان ، والله أعلم •

(فرع) قد ذكرنا أنه يجوز فعل هذه الصلاة فى وطنه وغيره من الأرض ، قال أصحابنا : ولا تفوت هذه الصلاة ما دام حيا • قال أصحابنا ولا يجبر تأخيرها بدم • وكذا لو مات لا يجبر تركها بدم • هكذا قاله

الجمهور تصريحا وإشارة • وقال القاضي حسين فى تعليقه • قال الشافعى : فان لم يصلهما حتى رجع إلى وطنه صلاهما وأراق دما • قال وإراقة الدم مستحبة لا واجبة • قال : ومن أصحابنا من قال : إن استحباب الإراقة على قولنا : تجب الصلاة ، لا على قولنا سنة ، قال القاضي : وهذا ليس بصحيح ، بل الأصح أن إراقة الدم مستحبة على القولين • هذا كلامه وقال المتولى : لو ترك هذه الصلاة حتى رجع إلى وطنه • حكى عن الشافعى أنه يستحب أن يريق دما • قال وهذا على قولنا : إنهما واجبتان قال : وإنما استحب ذلك للتأخير •

وقال صاحبا العدة والبيان : قال الشافعى : إذا لم يصلهما حتى رجع إلى وطنه صلاهما وأراق دما • قالا : قال أصحابنا : الدم مستحب لا واجب والله أعلم • وقال إمام الحرمين : صرح الأصحاب بأن هذه الصلاة لو فعلت بعد الرجوع إلى الوطن وتخلل مدة وقعت الموقع ولا تنتهى إلى القضاء والفوات • قال : ولم تتعرض الأئمة لجبران ركعتى الطواف مع الاختلاف فى وجوبهما ، والسبب فيه أنهما لا تفوتان ، والجبران إنما يجب عند الفوات ، فان قدر فواتهما بالموت لم يمتنع وجوب جبرهما بالدم ، قياسا على سائر المجبورات • هذا كلام الإمام ، والمذهب ما سبق ، والله أعلم •

(**فرع**) إذا لم يصل الركعتين حتى رجع إلى وطنه وقلنا : هما واجبتان ، فهل يحصل التحلل من الإحرام قبل فعلهما ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يحصل ويبقى محرما حتى يأتى بهما لأنهما كالجزء من الطواف ، ولو بقى شيء من الطواف لم يحصل التحلل حتى يأتى به ، وبهذا الوجه قطع الدارمى فى كتابه الاستذكار ، وحكاه القاضى أبو الطيب فى تعليقه عن حكاية ابن المرزبان ذلك عن بعض أصحابنا (والوجه الثانى) أنه يحصل التحلل من غير صلاة ، ولا تعلق للصلاة بالتحلل ، بل هى عبادة منفردة ، وهذا الثانى هو الصحيح بل الصواب ، صححه القاضى أبو الطيب وقطع به سائر

الأصحاب ، والأول غلط صريح ، وإنما أذكره لأبين بطلانه لئلا يغتر به ، والله أعلم .

(فـرع) اتفق الأصحاب على صحة السعى قبل صلاة ركعتى الطواف ووافق عليه الدارمى ووافقه على الوجه الضعيف المذكور فى الفرع قبله ، وممن صرح بالمسألة القاضى أبو حامد المروزى والقاضى أبو الطيب فى تعليقه والدارمى وآخرون .

(فـرع) إذا أراد أن يطوف فى الحال طوافين أو أكثر استحب أن يصلى عقب كل طواف ركعتين ، فان طاف طوافين أو أكثر بلا صلاة ثم صلى لكل طواف ركعتين جاز ، لكن ترك الأفضل ، صرح به جماعات من أصحابنا ، منهم الصيمرى والشيخ أبو نصر البندنيجى وصاحبا العدة والبيان وغيرهم ، قال أصحابنا : ولا يكره ذلك . ورووه عن عائشة والمسور بن مخرمة .

قال صاحب البيان : قال الصيمرى : لو طاف أسابيع متصلة ثم ركع ركعتين جاز ، قال صاحب البيان : فيحتمل أنه أراد إذا قلنا : هما سنة ، وهذا الاحتمال الذى قاله متعين ، فانا إذا قلنا هما واجبتان لم يتداخلا ، ولابد من ركعتين لكل طواف ، والله أعلم .

(فـرع) قال أصحابنا : تمتاز هذه الصلاة عن غيرها من الصلوات بشىء ، وهى أنها تدخلها النيابة ، فان الأجير فى الحج يصليها وتقع عن المستأجر على أصح الوجهين وأشهرهما (والثانى) أنها تقع عن الأجير ، والمذهب الأول لأنها من جملة أعمال الحج ، قال إمام الحرمين : وليس فى الشرع صلاة تدخلها النيابة غير هذه ، هذا كلام الإمام ، ويلتحق بالأجير ولى الصبى كما سنذكره فى الفرع المتصل بهذا إن شاء الله تعالى .

(فـرع) قال أصحابنا : إذا كان الصبى محرما ، فان كان مميزا

طاف بنفسه وصلى ركعتيه ، وإن كان غير مميز طاف به وليه وصلى الولى ركعتى الطواف بلا خلاف نص عليه الشافعى والأصحاب ، وسبق إيضاحه فى أول كتاب الحج فى مسائل حج الصبى ، وهل تقع صلاة الولى هذه عن نفسه أم عن الصبى ؟ فيه وجهان حكاهما صاحب البيان وغيره (أحدهما) عن الولى لأنه لا مدخل للنيابة فى الصلاة (وأصحهما) عن الصبى ، وهو قول ابن القاص تبعا للطواف ، والله أعلم •

(فـرع) يستحب أن يدعو عقب صلاته هذه خلف المقام مما أحب من أمر الآخرة والدنيا ، قال صاحب الحاوى : يستحب أن يدعو بما روى عن جابر « أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى خلف المقام ركعتين ، ثم قال : اللهم هذا بلدك الحرام والمسجد الحرام وبيتك الحرام ، وأنا عبدك ابن عبدك ابن أمتك ، أتيتك بذنوب كثيرة وخطايا جمة وأعمال سيئة ، وهذا مقام العائذ بك من النار فاغفر لى إنك أنت الغفور الرحيم ، اللهم إنك دعوت عبادك إلى بيتك الحرام ، وقد جئت طالبا رحمتك مبتغيا مرضاتك ، وأنت مننت على بذلك ، فاغفر لى وارحمنى إنك على كل شىء قدير » •

(فـرع) وإذا فرغ من الصلاة استحب أن يعود إلى الحجر الأسود فيستلمه ثم يخرج من باب الصفا للسعى • وسنعيد المسألة واضحة إن شاء الله تعالى فى أول فصل السعى والله أعلم •

(فـرع) فى مسائل تتعلق بالطواف •

(إحداها) قال الشافعى فى الأم والشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وسائر الأصحاب : متى كان عليه طواف الافاضة فنوى غيره عن نفسه أو عن غيره تطوعا أو وداعا أو قدر ما وقع عن طواف الافاضة كما لو أحرم بتطوع الحج أو العمرة وعليه فرضهما فانه ينعقد الفرض ولو نذر أن يطوف فطاف عن غيره ، قال الرويانى فى البحر : إن كان زمان النذر معينا لم يجز

أن يطوف فيه عن غيره ، وإن كان غير معين أو معين وطاف فى غيره قبل أن يطوف للنذر • فهل يصح أن يطوف عن غيره والنذر فى ذمته ؟ فيه وجهان (أصحهما) لا يجوز كطواف الإفاضة • والله أعلم •

(الثانية) قال الشافعى رحمه الله فى الأم ، وفى الاملاء وجميع الأصحاب : لو طاف المحرم وهو لابس المخيط ونحوه صح طوافه وعليه الفدية ، لأن تحريم اللبس لا يختص بالطواف فلا يمنع صحته • قال القاضى أبو الطيب : هو كالصلاة فى ثوب حرير يأثم وتصح •

(الثالثة) قال الشافعى فى الأم والأصحاب : يكره أن يسمى الطواف شوطا وكرهه مجاهد أيضا • قال الشيخ أبو حامد والماوردى وغيرهما : قال الشافعى : كره مجاهد أن يقال شوط أو دور ، ولكن يقول طواف وطوافان ، قال الشافعى : وأكره ما كره مجاهد ، لأن الله تعالى سماه طوافا فقال تعالى (وليطوفوا بالبيت العتيق) •

وقد ثبت فى صحيحى البخارى ومسلم عن ابن عباس رضى الله عنهما قال « أمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرملوا ثلاثة أشواط ، ولم يمنعه أن يأمرهم أن يرملوا الأشواط كلها إلا الإبقاء عليهم » وهذا الذى استعمله ابن عباس مقدم على قول مجاهد : ثم إن الكراهة إنما ثبتت بنهى الشرع ، ولم يثبت فى تسميته شوطا نهى فالمختار أنه لا يكره ، والله أعلم •

(الرابعة) اختلف العلماء فى التطوع فى المسجد بالصلاة والطواف أيهما أفضل ؟ فقال صاحب الحاوى : الطواف أفضل ، وظاهر إطلاق المصنف فى قوله فى باب صلاة التطوع « أفضل عبادات البدن الصلاة » أن الصلاة أفضل • وقال ابن عباس وعطاء وسعيد بن جبير ومجاهد : الصلاة لأهل مكة أفضل ، والطواف للغرباء أفضل ، والله أعلم •

(الخامسة) قال أبو داود فى سننه ، حدثنا مسدد قال : حدثنا عيسى

ابن يونس قال : حدثنا عبيد الله بن أبى زياد عن القاسم عن عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إنما جعل الطواف بالبيت وبين الصفا والمروة ورمى الجمار لإقامة ذكر الله » هذا الاسناد كله صحيح إلا عبيد الله فضعفه أكثرهم ضعفا يسيرا ، ولم يضعف أبو داود هذا الحديث ، فهو حسن عنده كما سبق • وروى الترمذى هذا الحديث من رواية عبيد الله هذا وقال : هو حديث حسن ، وفى بعض النسخ حسن صحيح ، فلعله اعتضد برواية أخرى بحديث اتصف بذلك ، والله تعالى أعلم •

(السادسة) عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من طاف بالبيت خمسين مرة خرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه » رواه الترمذى وقال هو غريب ، قال وسألت البخارى عنه فقال إنما يروى عن ابن عباس موقوفا عليه •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى مسائل تتعلق بالطواف •

قال العبدرى : أجمعوا على أن الطواف فى الأوقات المنهى عن الصلاة فيها جائز • وأما صلاة الطواف فمذهبنا جوازها فى جميع الأوقات بلا كراهة ، وحكاه ابن المنذر عن ابن عمر وابن عباس والحسن والحسين ابنى على وابن الزبير وطاوس وعطاء والقاسم بن محمد ، وعروة ومجاهد وأحمد وإسحاق وأبى ثور • وكرههما مالك ، ذكره فى الموطأ ، وذكر باسناده الصحيح « أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه طاف بعد الصبح فنظر الشمس فلم يرها طلعت ، فركب حتى أناخ بذى طوى فصلى » •

(فرع) أجمع المسلمون على استحباب استلام الحجر الأسود ، ويستحب عندنا مع ذلك تقبيله والسجود عليه بوضع الجبهة كما سبق بيانه ، فان عجز عن تقبيله قبل اليد بعده ، وممن قال بتقبيل اليد ابن عمر وابن عباس وجابر بن عبد الله وأبو هريرة وأبو سعيد الخدرى وسعيد بن جبير وعطاء وعروة وأيوب السختيانى والثورى وأحمد وإسحاق ، حكاه

عنهم ابن المنذر قال : وقال القاسم : ابن محمد ومالك يضع يده على فيه من غير تقبيل • قال ابن المنذر وبالأول أقول ، لأن أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فعلوه ، وتبعهم جملة الناس عليه • وروينا ه أيضا عن النبى صلى الله عليه وسلم •

وأما السجود على الحجر الأسود فحكاه ابن المنذر عن عمر بن الخطاب وابن عباس وطاوس والشافعى وأحمد • قال ابن المنذر وبه أقول ، قال وقد روينا فيه عن النبى صلى الله عليه وسلم • وقال مالك هو بدعة • واعترض القاضى عياض المالكى بشذوذ مالك عن الجمهور فى المسألتين ، فقال : جمهور العلماء على أنه يستحب تقبيل اليد إلا مالكا فى أحد قوليه والقاسم بن محمد فقالا : لا يقبلها • قال وقال جميعهم : يسجد عليه إلا مالكا وحده فقال : بدعة •

(**فرع**) أما الركن اليمانى فمذهبنا أنه يستحب استلامه ولا يقبله ، بل يقبل اليد بعد استلامه • وروى هذا عن جابر وأبى سعيد الخدرى وأبى هريرة • وقال أبو حنيفة : لا يستلمه • وقال مالك وأحمد يستلمه ولا يقبل اليد بعده ، بل يضعها على فيه ، وعن مالك رواية أنه يقبل يده بعده • قال العبدرى : وروى عن أحمد أنه يقبله •

(**فرع**) أما الركنان الشاميان ، وهما اللذان يليان الحجر ، فلا يقبلان ولا يستلمان عندنا ، وبه قال جمهور العلماء ، وهو مذهب مالك وأبى حنيفة وأحمد •قال القاضى عياض : هو إجماع **أئمة** الأمصار والفقهاء ، قال : وإنما كان فيه خلاف لبعض الصحابة والتابعين ، وانقرض الخلاف وأجمعوا على أنهما لا يستلمان ، وممن كان يقول باستلامهما الحسن والحسين أبناء على وابن الزبير وجابر بن عبد الله وأنس بن مالك وعروة بن الزبير وأبو الشعثاء ، ودليلنا ما سبق والله أعلم •

(فرع) الاضطباع مستحب عندنا وأنكره مالك ، وقد سبق دليلنا .

(فرع) قد ذكرنا أن مذهبنا اشتراط الطهارة عن الحدث والنجس وستر العورة لصحة الطواف ، وذكرنا خلاف أبى حنيفة وداود فيه .

(فرع) ذكرنا أن الصحيح عندنا أن الرمل فى الطوفات الثلاث يستحب فى جميع المطاف من الحجر الأسود إليه ، وبه قال جمهور العلماء ، وحكاه ابن المنذر عن عبد الله وعروة بن الزبير والنخعى ومالك والثورى وأبى حنيفة وأحمد وإسحاق وأبى يوسف ومحمد وأبى ثور ــ قال وبه أقول ــ وقال طاوس وعطاء ومجاهد وسالم بن عبد الله والقاسم بن محمد والحسن البصرى وسعيد بن جبير : لا يرمل بين الركنين اليمانيين ، وسبق دليل المذهبين .

(فرع) مذهبنا أن الرمل مستحب فى الطوفات الثلاث الأولى من السبع ، وبه قال ابن عمر والجمهور ، وحكى القاضى أبو الطيب عن ابن الزبير أنه كان يرمل فى السبع كلها . وقال ابن عباس : لا يرمل فى شىء من الطواف . وثبت عنه فى الصحيحين أنه قال « إنما فعله النبى صلى الله عليه وسلم ليرى المشركين قوته » دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « لتأخذوا عنى مناسككم » رواه مسلم ، وسبق بيانه ، وثبت عن الصحابة رضى الله عنهم الرمل بعده صلى الله عليه وسلم وفى صحيح البخارى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال « ما لنا والرمل إنما كنا راءينا به المشركين وقد أهلكهم الله ، ثم قال : شىء صنعه النبى صلى الله عليه وسلم فلا نحب أن نتركه » .

(فرع) مذهبنا أنه لو ترك الرمل فاتته الفضيلة ولا شىء عليه ، وحكاه ابن المنذر عن ابن عباس وعطاء وأيوب السختيانى وابن جريج والأوزاعى وأحمد وإسحاق وأبى ثور وأبى حنيفة وأصحابه ، قال ابن

المنذر : وبه أقول ، وقال الحسن البصرى والثورى وعبد الملك الماجشون المالكى : عليه دم » وكان مالك يقول « عليه دم » ثم رجع عنه : وحكى القاضى أبو الطيب عن ابن المرزبان أنه حكى عن بعض الناس أنه قال « من ترك الرمل أو الاضطباع أو الاستلام لزمه دم » لحديث « من ترك نسكا فعليه دم » .

(فرع) قال ابن المنذر أجمع العلماء على أن المرأة لا ترمل ولا تسعى بل تمشى .

(فرع) ذكرنا أن مذهبنا استحباب قراءة القرآن فى الطواف ، وبه قال جمهور العلماء ، قال العبدرى : هو قول أكثر الفقهاء ، وحكاه ابن المنذر عن عطاء ومجاهد والثورى وابن المبارك وأبى حنيفة وأبى ثور ، قال : وبه أقول ، وكره عروة بن الزبير والحسن البصرى ومالك القراءة فى الطواف . وعن أحمد روايتان كالمذهبين .

(فرع) ذكرنا أن مذهبنا أن الطواف ماشيا أفضل ، فان طاف راكبا بلا عذر فلا دم عليه ، وذكرنا المذاهب فيه فيما سبق .

(فرع) الترتيب عندنا شرط لصحة الطواف بأن يجعل البيت عن يساره ، ويطوف على يمينه تلقاء وجهه فان عكسه لم يصح ، وبه قال مالك وأحمد وأبو ثور وداود وجمهور العلماء ، وقال أبو حنيفة يعيده إن كان بمكة ، فان رجع إلى وطنه ولم يعده لزمه دم وأجزأه طوافه ، دليلنا الأحاديث السابقة .

(فرع) لو طاف فى الحجر لم يصح عندنا ، وبه قال جمهور العلماء (منهم) عطاء والحسن البصرى ومالك وأحمد وأبو ثور وابن المنذر . ونقله القاضى عن العلماء كافة سوى أبى حنيفة ، وقال أبو حنيفة : إن كان بمكة أعاده ، وإن رجع إلى وطنه بلا إعادة أراق دما وأجزأه طوافه .

(فــرع) إذا أقيمت الصلاة المكتوبة وهو فى أثناء الطواف فقطعه ليصليها فصلاها جاز له البناء على ما مضى منه ، كما سبق بيانه • قال ابن المنذر : وبه قال أكثر العلماء (منهم) ابن عمر وطاوس وعطاء ومجــاهد والنخعى ومالك وأحمد وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى • قال ولا أعلم أحدا خالف ذلك إلا الحسن البصرى فقال : يستأنف •

(فــرع) إذا حضرت جنازة وهو فى أثناء الطواف فمذهبنا أن إتمام الطواف أولى ، وبه قال عطاء وعمرو بن دينار ومالك وابن المنذر • وقال الحسن بن صالح وأبو حنيفة : يخرج لها • وقال أبو ثور : لا يخرج ، فان خرج استأنف •

(فــرع) قال ابن المنذر : أجمعوا على أنه يطاف بالصبى ويجزئه ، قال وأجمعوا على أنه يطاف بالمريض ويجزئه إلا عطاء فعنه قولان (أحدهما) هذا (والثانى) يستأجر من يطوف عنه •

(فــرع) ذكرنا أن مذهبنا أن الشرب فى الطواف مكروه أو خلاف الأولى فان خالف وشرب لم يبطل طوافه ، وقال ابن المنذر : رخص فيــه طاوس وعطاء وأحمد وإســحاق ، وبه أقول ، قال : ولا أعلم أن أحدا منعــه •

(فــرع) لو طافت المرأة منتقبــة وهى غير محرمة فمقتضى مذهبنا كراهته ، كما يكره صلاتها منتقبة • وحكى ابن المنذر عن عائشة أنهــا كانت تطوف منتقبة ، وبه قال الثورى وأحمد وإسحاق وابن المنــذر ، وكرهه طاوس وجابر بن زيد •

(فــرع) لو حمل محرم محرما وطــاف به ونوى كل واحد منهما الطواف بنفسه فقد ذكرنا أن فى المسألة ثلاثة أقوال عندنا (أصحها) يقع الطواف للحامل (والثانى) للمحمول (والثالث) لهما ، وممن قال لهمــا

أبو حنيفة وابن المنذر ، وقال مالك للحامل ، وعن أحمد روايتان رواية للحامل ورواية لهما .

(فـرع) لو بقي شيء من الطواف المفروض ولو طوفة أو بعضها ، لم يصح حتى يتمه ولا يتحلل حتى يأتي به . هذا مذهبنا وبه قال جمهور العلماء ، وسبق خلاف أبي حنيفة وغيره فيه .

(فـرع) مذهبنا أنه يكفي للقارن لحجه وعمرته طواف واحد عن الإفاضة وسعي واحد ، وبه قال أكثر العلماء (منهم) ابن عمر وجابر بن عبد الله وعائشة وطاوس وعطاء والحسن البصري ومجاهد ومالك والماجشون وأحمد وإسحاق وابن المنذر وداود . وقال الشعبي والنخعي وجابر بن زيد وعبد الرحمن بن الأسود وسفيان الثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة : يلزمه طوافان وسعيان . وحكى هذا عن علي وابن مسعود . قال ابن المنذر : لا يصح هذا عن علي رضي الله عنه وأقرب ما احتج به لأبي حنيفة ما جاء عن علي رضي الله عنه في ذلك ، وهو ضعيف لا يحتج به ، كما سنذكره إن شاء الله تعالى .

واحتج الشافعي والأصحاب بحديث عائشة رضي الله عنها قالت « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع فأهللنا بعمرة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من كان معه هدي فليهل بالحج مع العمرة ، ثم لا يحل حتى يحل منهما جميعا ، قالت : فطاف الذين كانوا أهلوا بالعمرة بالبيت وبين الصفا والمروة ثم حلوا ثم طافوا أطوافا أخر بعدما رجعوا من منى بحجهم . وأما الذين كانوا جمعوا بين الحج والعمرة فانما طافوا طوافا واحدا » رواه البخاري ومسلم ، وعن جابر رضي الله عنه قال « لم يطف النبي صلى الله عليه وسلم ولا أصحابه بين الصفا والمروة إلا طوافا واحدا طوافه الأول » رواه مسلم . وهذا محمول على من كان منهم قارنا .

وعن ابن عمر رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أحرم بالحج والعمرة أجزأه طواف واحد وسعى واحد منهما حتى يحل منهما جميعا » رواه الترمذى وقال حديث حسن ، قال : وقد رواه جماعة موقوفا على ابن عمر قال : والموقوف أصح ، هذا كلام الترمذى ، ورواه البيهقى باسناد صحيح مرفوعا • وأما المروى عن على رضى الله عنه فى طوافين وسعيين فضعيف باتفاق الحفاظ ، كما سبق عن حكاية ابن المنذر •

قال الشافعى : احتج بعض الناس فى طوافين وسعيين برواية ضعيفة عن على وروى البيهقى هذا الذى أشار إليه الشافعى باسناده عن مالك بن الحارث عن أبى نصر قال « لقيت عليا رضى الله عنه وقد أهللت بالحج ، وأهل هو بالحج والعمرة ، فقلت : هل أستطيع أن أفعل كما فعلت ؟ قال ذلك لو كنت بدأت بالعمرة ، قلت : كيف أفعل لو أردت ذلك ، قال : تهل بهما جميعا ثم تطوف لهما طوافين وتسعى لهما سعيين » •

قال البيهقى : أبو نصر هذا مجهول ، قال وقد روى باسناد ضعيف عن على مرفوعا وموقوفا قال وقد ذكرته فى الخلافيات ، قال : ومداره على [الحسن بن[1] عمارة] وحفص بن أبى داود وعيسى بن عبد الله وحماد بن عبد الرحمن ، وكلهم ضعفاء لا يحتج بروايتهم •

(فرع) قد ذكرنا أنه إذا كان عليه طواف فرض ، فنوى بطوافه غيره انصرف إلى الفرض نص عليه الشافعى واتفق عليه الأصحاب ، هذا مذهبنا ، وقال أحمد : لا يقع عن فرضه إلا بتعيين النية قياسا على الصلاة ، وقياس أصحابنا على الإحرام بالحج ، وعلى الوقوف وغيره •

(فرع) ركعتا الطواف سنة على الأصح عندنا ، وبه قال مالك وأحمد وداود وقال أبو حنيفة : واجبتان •

---

(١) فى ش و ق الحارث عمارة وصوابه الحسن بن عمارة (ط) •

(فـرع) قال ابن المنذر : أجمع العلماء على أن ركعتى الطـواف تصحان حيث صلاهما إلا مالكا فانه كره فعلهما فى الحجر ، وقال الجمهور : يجوز فعلها فى الحجر كغيره ، وقال مالك إذا صلاهما فى الحجر أعاد الطواف والسعى إن كان بمكة ، فان لم يصلهما حتى رجع إلى بلاده أراق دما ولا إعادة عليه ، قال ابن المنذر : لا حجة لمـالك على هذا لأنه إن كانت صلاته فى الحجر صحيحة فلا إعادة ، سواء كان بمكة أو غيرها ، وإن كانت باطلة فينبغى أن يجب إعادتها وإن رجع إلى[1] فأما وجوب الدم فلا أعلمه يجب فى شىء من أبواب الصلاة ، هذا كلام ابن المنذر ونقل أصحابنا عن سفيان الثورى أن هذه الصلاة لا تصح إلا خلف المقام ، ونقل ابن المنذر عن سفيان الثورى أنه يصليها حيث شاء من الحرم .

(فـرع) قد ذكرنا أن الأصح عندنا أن ركعتى الطواف سنة . وفى قول واجبة ، فان صلى فريضة عقب الطواف أجزأته عن صلاة الطواف إن قلنا هى سنة وإلا فلا ، وممن قال يجزئه عطاء وجابر بن زيد والحسن البصرى وسعيد بن جبير وعبد الرحمن بن الأسود وإسحاق قال ابن المنذر : ورويناه عن ابن عباس قال : ولا أظنه يثبت عنه . وقال أحمد : أرجو أن يجزئه ، وقال الزهرى ومالك وأبو حنيفة وأبو ثور وابن المنذر : لا يجزئه .

(فـرع) قد ذكرنا أن الولى يصلى صلاة الطواف عن الصبى الذى لا يميز ، وقال ابن عمر ومالك لا يصلى عنه .

(فـرع) فيمن طاف أطوفة ولم يصل لها ، ثم صلى لـكل طواف ركعتين ، قد ذكرنا أن مذهبنا أنه جائز بلا كراهة ولكن الأفضل أن يصلى عقب كل طواف ، وحكاه ابن المنذر عن المسور وعائشة وطاوس وعطـاء وسعيد بن جبير وأحمد وإسحاق وأبى يوسف ، قال وكره ذلك ابن عمر

---

(١) بياض بالأصل ، والسقط « بلاده » المطيعى .

والحسن والزهرى ومالك وأبو حنيفة وأبو ثور ومحمد بن الحسن ، ووافقهم ابن المنذر ، ونقله القاضى عياض عن جماهير العلماء .

دليلنا أن الكراهة لا تثبت إلا بنهى الشارع ولم يثبت فى هذا نهى ، فهذا هو المعتمد فى الدليل (وأما) الحديث الذى رواه البيهقى باسناده عن أبى هريرة قال « طاف النبى صلى الله عليه وسلم ثلاثة أسباع جميعا ثم أتى المقام فصلى خلفه ست ركعات ، يسلم من كل ركعتين يمينا وشمالا ، قال أبو هريرة : أراد أن يعلمنا ، فهذا الحديث إسناده ضعيف لا يصح الاحتجاج به ، وعن عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم نحوه ، فهو ضعيف أيضا ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ثم يسعى وهو ركن من أركان الحج ، لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم قال « ايها الناس اسعوا فان السعى قد كتب عليكم » فلا يصح السعى إلا بعد طواف ، فان سعى ثم طاف لم يعتد بالسعى ، لما روى ابن عمر قال « لما قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف بالبيت سبعا وصلى خلف المقام ركعتين ثم طاف بين الصفا والمروة سبعا ، قال الله تعالى (لقد كان لكم فى رسول الله اسوة حسنة) فنحن نصنع ما صنع رسول الله صلى الله عليه وسلم » والسعى أن يمر سبع مرات بين الصفا والمروة لما روى جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « نبدأ بالذى بدأ الله به ، وبدأ بالصفا حتى فرغ من آخر سعيه على المروة فان مر من الصفا إلى المروة حسب ذلك مرة ، وإذا رجع من المروة إلى الصفا حسب ذلك مرة اخرى ، وقال أبو بكر الصيرفى : لا يحسب رجوعه من المروة إلى الصفا مرة ، وهذا خطأ لأنه استوفى ما بينهما بالسعى فحسب مرة ، كما لو بدأ من الصفا وجاء إلى المروة . فان بدأ بالمروة وسعى إلى الصفا لم يجزه ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ابدأوا بما بدأ الله به » ويرقى على الصفا حتى يرى البيت فيستقبله ويقول : الله اكبر الله اكبر الله اكبر ، لا إله إلا الله ، وحده لا شريك له . له الملك وله الحمد ، يحيى ويميت وهو على كل شىء قدير ، لا إله إلا الله وحده ، أنجز وعده ، ونصر عبده ، وهزم الأحزاب وحده ، لا إله إلا الله مخلصين له الدين ولو كره الكافرون ، لما روى جابر

قال « خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى الصفا فبدأ بالصفا فرقى عليه حتى إذا رأى البيت توجه إليه وكبر ثم قال : لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، له الملك وله الحمد ، يحيى ويميت وهو على كل شيء قدير ، لا إله إلا الله وحده ، أنجز وعده ونصر عبده وهزم الأحزاب وحده ، ثم دعا ثم قال مثل هذا ثلاثا ثم نزل » .

ثم يدعو لنفسه بما احب من امر الدين والدنيا ، لما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه كان يدعو بعد التهليل والتكبير لنفسه ، فاذا فرغ من الدعاء نزل من الصفا ويمشى حتى يكون بينه وبين الميل الأخضر المعلق بفناء المسجد نحو من ستة اذرع ، فيسعى سعيا شديدا حتى يحاذى الميلين الأخضرين اللذين بفناء المسجد وحذاء دار العباس ثم يمشى حتى يصعد المروة ، لما روى جابر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا نزل من الصفا مشى حتى إذا انصبت قدماه فى بطن الوادى سعى حتى يخرج منه فاذا صعد مشى حتى يأتى المروة والمستحب ان يقول بين الصفا والمروة : رب اغفر وارحم وتجاوز عما تعلم إنك أنت الأعز الأكرم ، لما روت صفية بنت شيبة عن امرأة من بنى نوفل أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ذلك فان ترك السعى ومشى فى الجميع جاز ، لما روى ان ابن عمر رضى الله عنه « كان يمشى بين الصفا والمروة وقال : إن امشى فقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمشى وانا شيخ كبير » وإن سعى راكبا جاز ، لما روى جابر قال « طاف النبى صلى الله عليه وسلم فى طواف حجة الوداع على راحلته بالبيت وبين الصفا والمروة ليراه الناس ، ويسالوه » .

والمستحب إذا صعد المروة أن يفعل مثل ما فعل على الصفا ، لما روى جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم فعل على المروة مثل ما فعل على الصفا » قال فى الأم : فان سعى بين الصفا والمروة ولم يرق عليهما أجزاه . وقال أبو حفص ابن الوكيل : لا يجزئه حتى يرقى عليهما ، ليتيقن أنه استوفى السعى بينهما . وهذا لا يصح لأن المستحق هو السعى بينهما وقد فعل ذلك ، وإن كانت امرأة ذات جمال فالمستحب أن تطوف وتسعى ليلا ، فان فعلت ذلك نهارا مشت فى موضع السعى وإن أقيمت الصلاة أو عرض عارض قطع السعى فاذا فرغ بنى ، لما روى أن ابن عمر رضى الله عنهما « كان يطوف بين الصفا والمروة » فأعجله البول فتنحى ، ودعا بماء فتوضأ ثم قام فأتم على ما مضى » .

(الشرح) أما حديث « يا أيها الناس اسعوا ، فان الله كتب عليكم السعى » فرواه الشافعى وأحمد فى مسنده والدارقطنى والبيهقى من رواية حبيبة بنت تجراء ــ بتاء مثناة فوق مفتوحة ثم جيم ساكنة ثم راء ــ وحبيبة بفتح الحاء وتخفيف الباء ــ هذا هو المشور ، ويقال حبيبة ــ بضم الحاء وتشديد الياء ــ وحديثها هذا ليس بقوى • فى إسناده ضعف • قال ابن عبد البر فى الاستيعاب : فيه اضطراب • وأما حديث ابن عمر الأول فرواه البخارى ومسلم إلى قوله : أسوة حسنة • وأما حديث جابر الأول فرواه مسلم فى جملة حديث جابر الطويل • وأما حديث « ابدأوا بما بدأ الله به » فرواه مسلم من رواية جابر لكن لفظه « أبدأ » على الخبر والذى فى نسخ المهذب « ابدأوا » بواو الجمع على الأمر ، وفى رواية النسائى « فابدأوا » بلفظ الأمر وإسنادها صحيح على شرط مسلم • وأما حديث جابر الثانى فرواه مسلم لكن فى لفظه مخالفة ، وهذا لفظ مسلم قال « فبدأ بالصفا فرقى عليه حتى رأى البيت فاستقبل القبلة فوحد الله تعالى وكبره ، وقال لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، له الملك وله الحمد ، يحيى ويميت وهو على كل شىء قدير ، لا إله إلا الله وحده ، أنجز وعده ، ونصر عبده وهزم الأحزاب وحده ، ثم دعا بين ذلك ، قال مثل هذا ثلاث مرات ، ثم نزل إلى المروة » هذا لفظ رواية مسلم ، وفى روايتين للنسائى باسنادين على شرط مسلم قال « لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، له الملك وله الحمد ، يحيى ويميت وهو على كل شىء قدير » زاد : يحيى ويميت كما وقع فى المهذب •

وأما دعاء ابن عمر المذكور بعد التكبير والتهليل لنفسه فصحيح ، رواه مالك فى الموطأ عن نافع عن ابن عمر •

وأما حديث جابر فى المشى والسعى فصحيح رواه مسلم بمعناه ، وهذا لفظه قال « ثم نزل إلى المروة حتى انصبت قدماه فى بطن الوادى ، حتى إذا صعد مشى حتى أتى المروة ففعل على المروة كل فعل على الصفا » هذا

لفظ مسلم ، وفى رواية أبى داود « ثم نزل إلى المروة حتى إذا انصبت قدماه رمل فى بطن الوادى حتى إذا صعد مشى حتى أتى المروة » .

وفى رواية النسائى ثم نزل حتى إذا تصوبت قدماه فى بطن المسيل فسعى حتى صعدت قدماه ثم مشى حتى أتى المروة فصعد عليها ثم بدا له البيت » وأما حديث « رب اغفر وارحم وأنت الأعز الأكرم » فرواه البيهقى موقوفا على ابن مسعود وابن عمر من قولهما .

وأما حديث ابن عمر « أنه كان يمشى بين الصفا والمروة » إلى آخره فرواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه والبيهقى وغيرهم بلفظه هذا المذكور فى المهذب ، قال الترمذى هو حديث حسن صحيح ، وفيما قاله نظر ، لأن جميع طرقه تدور على عطاء بن السائب عن كثير بن جمهان ــ بضم الجيم ــ عن ابن عمر وفى هذا نظر ، لأن عطاء اختلط فى آخر عمره وتركوا الاحتجاج بروايات من سمع منه آخرا ، والراوى عنه فى الترمذى ممن سمع منه آخرا ولكن رواه النسائى من رواية سفيان الثورى عن عطاء ، وسفيان ممن سمع منه قديما ، وكثير بن جمهان مستور . وقد رواه أبو داود ولم يضعفه فهو أيضا حسن عنده .

وأما حديث جابر « أن النبى صلى الله عليه وسلم طاف فى حجة الوداع على راحلته بالبيت وبالصفا والمروة ليراه الناس وليشرف وليسألوه » فرواه مسلم بهذا اللفظ وأما حديث جابر « أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى المروة ففعل على المروة كما فعل على الصفا » فرواه مسلم بهذا اللفظ . وأما ألفاظ الفصل فقوله : وهزم الأحزاب وحده ، أى الطوائف التى تحزبت على رسول الله صلى الله عليه وسلم وحصروا المدينة .

وقوله « وحده » معناه هزمهم بغير قتال منكم ، بل أرسل عليهم ريحا وجنودا لم تروها . قوله « فبدأ بالصفا » فرقى عليه ، هو ــ بكسر

القاف ، يقال رقى يرقى كعلم يعلم ، قال الله تعالى (أو ترقى فى السماء) وقوله « الميل الأخضر » هو العمود قوله « معلق بفناء المسجد » ــ بكسر الفاء والمد ــ والمراد ركن المسجد ، وعبارة الشافعى • المعلق فى ركن المسجد ومعناه المبنى فيه • والمراد بالمسجد المسجد الحرام قوله « وحذاء دار العباس » هكذا ذكره المصنف هنا • وفى التنبيه • وكذا ذكره كثير من الأصحاب وهو غلط فى اللفظ ، وصوابه حذف لفظة حذاء ، بل يقال المعلقين بفناء المسجد ودار العباس ، وكذا ذكره الشافعى فى مختصر المزنى والدارمى والماوردى والقاضى حسين وأبو على والمسعودى وصاحب العدة وآخرون بحذف لفظة حذاء ، وهو الصواب ، لأنه فى نفس حائط دار العباس •

وقال صاحب التتمة : وجدار دار العباس ــ بجيم وبراء بعد الألف ــ وهذا حسن ، والمراد بالجدار الحائط ، والعباس صاحب هذه الدار ، وهو أبو الفضل العباس بن عبد المطلب عم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى عنه وأما صفية بنت شيبة فصحابية على المشهور • وقيل تابعية ، وسبق ذكرها فى آخر باب محظورات الإحرام •

(أما الأحكام) فقال الشافعى والأصحاب : إذا فرغ من ركعتى الطواف فالسنة أن يرجع إلى الحجر الأسود فيستلمه ، ثم يخرج من باب الصفا إلى المسعى ، ثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم كما ذكره المصنف ، وبيناه فى آخر فصل الطواف • وقال الماوردى فى الحاوى : إذا استلم الحجر استحب أن يأتى الملتزم ويدعو فيه ويدخل الحجر ويدعو تحت الميزاب • وذكر الغزالى فى الإحياء أنه يأتى الملتزم إذا فرغ من الطواف قبل ركعتيه ثم يصليهما •

وقال ابن جرير الطبرى : يطوف ثم يصلى ركعتيه ثم يأتى الملتزم ثم يعود إلى الحجر الأسود فيستلمه ثم يخرج إلى الصفا ، وكل هذا شاذ

مردود على قائله لمخالفته الأحاديث الصحيحة ، بل الصواب الذى تظاهرت به الأحاديث الصحيحة ثم نصوص الشافعى وجماهير الأصحاب وجماهير العلماء من غير أصحابنا أنه لا يشتغل عقب صلاة الطواف بشىء ، إلا استلام الحجر الأسود ، ثم الخروج إلى الصفا والله تعالى أعلم •

ثم إذا أراد الخروج للسعى فالسنة أن يخرج من باب الصفا ، فيأتى سفح جبل الصفا فيرقى عليه قدر قامة حتى يرى البيت وهو يتراءى له من باب المسجد باب الصفا • لا من فوق جدار المسجد ، بخلاف المروة ، فاذا صعده استقبل الكعبة وهلل وكبر فيقول : الله أكبر ، الله أكبر ، الله أكبر ولله الحمد ، الله أكبر على ما هدانا ، والحمد لله على ما أولانا ، لا إله إلا الله وحده لا شريك له • له الملك وله الحمد ، يحيى ويميت ، بيده الخير ، وهو على كل شىء قدير ، لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، أنجز وعده ، ونصر عبده وهزم الأحزاب وحده لا إله إلا الله ولا نعبد إلا إياه ، مخلصين له الدين ولو كره الكافرون ، ثم يدعو بما أحب من أمر الدين والدنيا والآخرة لنفسه ولمن شاء •

واستحبوا أن يقول : اللهم إنك قلت (ادعونى أستجب لكم) وإنك لا تخلف الميعاد ، وإنى أسألك كما هديتنى إلى الاسلام أن لا تنزعه منى حتى تتوفانى وأنا مسلم ، لما روى مالك فى الموطأ عن نافع أنه سمع ابن عمر يقول هذا على الصفا وهذا إسناد صحيح على شرط البخارى ومسلم •

وروى البيهقى عن نافع عن ابن عمر أنه كان يقول على الصفا « اللهم اعصمنا بدينك وطواعيتك وطواعية رسولك ، وجنبنا حدودك ، اللهم اجعلنا نحبك ، ونحب ملائكتك وأنبياءك ورسلك ، ونحب عبادك الصالحين ، اللهم حببنا إليك وإلى ملائكتك وإلى أنبيائك ورسلك وإلى عبادك الصالحين ، اللهم يسرنا لليسرى وجنبنا العسرى ، واغفر لنا فى

الآخرة والأولى واجعلنا من أئمة المتقين » وباسناده عن نافع أن ابن عمر كان يقول عند الصفا « اللهم أحينى على سنة نبيك صلى الله عليه وسلم وتوفنى على ملته وأعذنى من مضلات الفتن » قال أصحابنا : ولا يلبى على الصفا . هذا هو المذهب ، وفيه وجه أنه يلبى إن كان حاجا وهو فى طواف القدوم ، وبه جزم الماوردى والقاضى حسين وأبو على البندنيجى والمتولى وصاحب العدة .

قال أصحابنا : ثم يعيد هذا الذكر والدعاء ثانيا ويعيد الذكر ثالثا ، وهل يعيد الدعاء ثالثا ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يعيده ، وبه قطع أبو على البندنيجى والقاضى حسين وصاحب العدة والرافعى وآخرون (وأصحهما) يعيده ، وبه قطع الماوردى والمصنف فى التنبيه والرويانى فى البحر وآخرون ، وهذا هو الصواب لحديث جابر الذى ذكرنا قريبا عن صحيح مسلم وغيره ، وهو صريح فى الدعاء ثلاثا ، فاذا فرغ من الذكر والدعاء نزل من الصفا متوجها إلى المروة فيمشى على سجية مشيه المعتاد ، حتى يبقى بينه وبين الميل الأخضر المعلق بركن المسجد على يساره قدر ست أذرع ثم يسعى سعيا شديدا حتى يتوسط بين الميلين الأخضرين اللذين أحدهما فى ركن المسجد والآخر متصل بدار العباس رضى الله عنه ، ثم يترك شدة السعى ويمشى على عادته حتى يأتى المروة فيصعد عليها حتى يظهر له البيت إن ظهر ، فيأتى بالذكر والدعاء الذى قاله على الصفا ، فهذه مرة من سعيه ثم يعود من المروة إلى الصفا ، فيمشى فى موضع مشيه ويسعى فى موضع سعيه ، فاذا وصل إلى الصفا صعده وفعل من الذكر والدعاء ما فعله أولا . وهذ مرة ثانية من سعيه ، ثم يعود إلى المروة كما فعل أولا ثم يعود إلى الصفا ، وهكذا حتى يكمل سبع مرات يبدأ بالصفا ويختم بالمروة .

ويستحب أن يدعو بين الصفا والمروة فى مشيه وسعيه . ويستحب قراءة القرآن فيه ، فهذه صفة السعى .

(فـرع) في بيان واجبات السعي وشروطه وسننه وآدابه •

أما الواجبات فأربعة (أحدها) أن يقطع جميع المسافة بين الصـفا والمروة ، فلو بقي منها بعض خطوة لم يصح سعيه ، حتى لو كان راكبـا اشترط أن يسير دابته حتى تضع حافرها على الجبل أو إليه ، حتى لا يبقى من المسافة شيء ، ويجب على المـاشي أن يلصق في الابتداء والانتهاء رجله بالجبل ، بحيث لا يبقى بينهما فرجة ، فيلزمه أن يلصق العقب بأصل ما يذهب منه ، ويلصق رءوس أصابع رجليه بما يذهب إليه • هذا كله إذا لم يصعد على الصفا وعلى المروة ، فان صعد فهو الأكمل وقد زاد خيرا • وهكذا فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم كما ذكرناه في الأحاديث الصحيحة السابقة • وهكذا عملت الصحابة فمن بعدهم ، وليس هذا الصعود شرطا واجبا بل هو سنة متأكدة ، ولكن بعض الدرج مستحدث فليحـذر من أن يخلفها وراءه ، فلا يصح سعيه حينئذ ، وينبغي أن يصعد في الدرج حتى يستيقن •

هذا هو المذهب • ولنا وجه أنه يجب الصعود على الصفا والمروة قدرا يسيرا ولا يصح سعيه إلا بذلك ليستيقن قطع جميع المسافة كما يلزمه غسل جزء من الرأس في غسل الوجه ليستيقن إكمال الوجه ، حكاه المصنف والأصحاب عن أبي حفص ابن الوكيل من أصحابنا ، واتفقوا على تضعيفه • والصواب أنه لا يجب الصعود ، وهو نص الشافعي ، وبه قطع الأصحاب للحديث الصحيح السابق أن النبي صلى الله عليـه وسلم سعى راكبا » ومعلوم أن الراكب لا يصعد •

قال أصحابنا : وأما استيقان قطع جميع المسافة فيحصل بما ذكرناه من إلصاق العقب والأصابع ، وهذا الذي ذكرناه عن ابن الوكيل أن مذهبه أنه يشترط صعود الصفا والمروة بشيء قليل هو المشهور عنه ، الذي نقله عنه الجمهور • ونقل البغوي وغيره عنه أنه يشترط صعودهما قدر قامة رجل ، والصحيح عنه الأول • (والواجب الثاني) الترتيب ، وهو أن يبدأ

من الصفا ، فان بدأ بالمروة لم يحسب مروره منها إلى الصفا ، فاذا عاد من الصفا كان هذا أول سعيه ، ويشترط أيضا فى المرة الثانية أن يكون ابتداؤها من المروة ، وفى الثالثة من الصفا ، والرابعة من المروة ، والخامسة من الصفا ، والسادسة من المروة ، والسابعة من الصفا ويختم بالمروة ، فلو أنه لما أراد العودة من المروة إلى الصفا للمرة الثانية عدل عن موضع السعى وجعل طريقه فى المسجد أو غيره ، وابتدأ المرة الثانية من الصفا أيضا لم يحسب له تلك المرة على المذهب ، وبه قطع ابن القطان وابن المرزبان والدارمى والماوردى والقاضى أبو الطيب والجمهور • وحكى الرويانى وغيره وجها شاذا أنها تحسب والصواب الأول ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم سعى هكذا وقال : « لتأخذوا عنى مناسككم » •

قال الماوردى : ولو نكس السعى فبدأ أولا بالمروة ، وختم السابعة بالصفا لم تجزه المرة الأولى التى بدأها من المروة ، وتصير الثانية التى بدأها من الصفا أولى ، ويحسب ما بعدها فيحصل له ست مرات ويبقى عليه سابعة فيبدؤها من الصفا فاذا وصل المروة تم سعيه •

قال الماوردى : وكذا الحكم فيما لو نسى بعض السبع ، فان نسى السابعة أتى بها يبدؤها من الصفا ، ولو نسى السادسة وسعى السابعة حسبت له الخمس الأول ولا تحسب السادسة والسابعة ، لأن الترتيب شرط ، فلا تصح السابعة حتى يأتى بالسادسة ، فيلزمه سادسة يبدؤها من المروة ، ثم سابعة يبدؤها من الصفا ، فيتم سعيه بوصوله المروة ، وقال : لو نسى الخامس لم يعتد بالسادس وجعل السابع خامسا ثم أتى بالسادس ثم السابع •

قال : وكذا الحكم لو ترك شيئا من المسعى لم يستوفه فى سعيه ، فلو ترك ذراعا من المرة السابعة فله ثلاثة أحوال (أحدها) أن يتركه من آخر السابعة ، فيعود ويأتى بالذراع ويجزئه ، فان رجع إلى بلده قبل

الإتيان به كان على إحرامه (الثانى) أن يتركه من أول السابعة فيلزمه أن يأتى بالسابعة بكمالها من أولهـا إلى آخرها ، كمن ترك الآية الأولى من الفاتحة يلزمه استئناف الفاتحة بكمالها • (الثالث) أن يتركه من وسط السابعة فيحسب ما مضى منها ويلزمه أن يأتى بما تركه وما بعده إلى آخر السابعة •

ولو ترك ذراعا من السادسة لم تحسب السابعة ، لأنها لا تحسب حتى تصح السادسة • وأما السادسة فحكمها كما ذكرناه فى السابعة إذا ترك منها ذراعا ، ويجىء فيها الأحوال الثلاثة والله أعلم •

(الواجب الثالث) إكمال سبع مرات يحسب الذهاب من الصفا إلى المروة مرة ، والرجوع من المروة إلى الصفا مرة ثانية ، والعود إلى المروة ثالثة ، والعود إلى الصفا رابعة ، وإلى المروة خامسة وإلى الصفا سادسة ، ومنه إلى المروة سـابعة ، فيبدأ بالصفا ويختم بالمروة ، هـذا هو المذهب الصحيح المشهور الذى نص عليه الشافعى وقطع به جمـاهير الأصحاب المتقدمين والمتأخرين وجماهير العلماء • وعليه عمل الناس ، وبه تظاهرت الأحاديث الصحيحة •

وقال جمـاعة من أصحابنا : يحسب الذهاب من الصفا إلى المروة ، والعود منها إلى الصفا مرة واحدة ، فتكون المرة من الصفا إلى الصفا ، كما أن الطواف تكون المرة من الحجر الأسود إلى الحجر الأسود ، وكما أن فى مسح الرأس يحسب الذهاب من مقدمه إلى مؤخره والرجوع مرة واحدة • وممن قال هذا من أصحابنا أبو عبد الرحمن ابن بنت الشافعى وأبو على بن خيران ، وأبو سـعيد الاصطخرى وأبو حفص ابن الوكيل وأبو بكر الصيرفى • وقال به أيضا محمد بن جرير الطبرى وهـذا غلط ظـاهر •

دليلنا الأحاديث الصحيحة ، منها حديث جابر فى صحيح مسلم أن النبى صلى الله عليه وسلم « سعى سبعا ، بدأ بالصفا وفرغ على المروة » والفرق بينه وبين الطواف الذى قاسوا عليه أن الطواف لا يحصل فيه قطع المسافة كلها إلى بالمرور من الحجر الأسود إلى الحجر الأسود ، وأما هنا فيحصل قطع المسافة كلها بالمرور إلى المروة ، وإذا رجع إلى الصفا حصل قطعها مرة أخرى ، فحسب ذلك مرتين •

واعلم أنهم اختلفوا فى حكاية قول الصيرفى ، فحكى الشيخ أبو حامد والماوردى والجمهور عنه أنه يقول : يحسب الذهاب من الصفا إلى المروة والعودة إلى الصفا ، كلاهما مرة واحدة ولا يحسب أحدهما مرة • وحكى القاضى أبو الطيب فى تعليقه أنه قال : إذا وصل المروة فى المرة الأولى حصل له مرة من السبع ، قال : وعوده إلى الصفا ليس بشىء فلا يحسب له ، وإنما هو توصل إلى السعى ، قال : حتى لو عاد مارا فى المسجد لا بين الصفا والمروة جاز ، وحسب كل مرة من الصفا إلى المروة ، والمشهور عنه ما قدمناه عن الشيخ أبى حامد والجمهور ، والروايتان عنه باطلتان ، والصواب فى حكم المسألة ما قدمناه عن الجمهور أن الذهاب مرة والعود أخرى ، والله تعالى أعلم •

قال أصحابنا : لو سعى أو طاف وشك فى العدد قبل الفراغ لزمه الأخذ بالأقل ، فلو اعتقد إتمام سعيه فأخبره عدل أو عدلان ببقاء شىء ، قال الشافعى والأصحاب : لا يلزمه الإتيان به لكن يستحب والله أعلم •

(الواجب الرابع) قال أصحابنا : يشترط كون السعى بعد طواف صحيح سواء كان بعد طواف القدوم أو طواف الزيارة ، ولا يتصور وقوعه بعد طواف الوداع ، لأن طواف الوداع هو الواقع بعد فراغ المناسك ، فاذا بقى السعى لم يكن المفعول طواف الوداع • واستدل الماوردى لاشتراط كون السعى بعد طواف صحيح بالأحاديث الصحيحة أن النبى

صلى الله عليه وسلم « سعى بعد الطواف وقال صلى الله عليه وسلم لتأخذوا عنى مناسككم » وإجماع المسلمين • ونقل الماوردى وغيره الإجماع فى اشتراط ذلك وشذ إمام الحرمين فقال فى كتابه الأساليب : قال بعض أئمتنا : لو قدم السعى على الطواف اعتد بالسعى ، وهذا النقل غلط ظاهر مردود بالأحاديث الصحيحة وبالإجماع الذى قدمناه عن نقل الماوردى ، والله أعلم •

(فرع) قال صاحب البيان : قال الشيخ أبو نصر : يجوز لمن أحرم بالحج من مكة إذا طاف للوداع لخروجه إلى منى أن يقدم السعى بعد هذا الطواف ، قال وبمذهبنا هذا قال ابن عمر وابن الزبير والقاسم بن محمد • وقال مالك وأحمد وإسحاق : لا يجوز ذلك له ، وإنما يجوز للقادم • دليلنا أنه إذا جاز ذلك لمن أحرم من خارج مكة جاز للمحرم منها • هذا نقل صاحب البيان ، ولم أر لغيره ما يوافقه ، وظاهر كلام الأصحاب أنه لا يجوز السعى إلا بعد طواف القدوم أو الإفاضة كما سبق ، والله أعلم •

(فرع) قال أصحابنا : ولو سعى ثم تيقن أنه ترك شيئا من الطواف لم يصح سعيه ، فيلزمه أن يأتى ببقية الطواف إن قلنا يجوز تفريقه وهو المذهب وإلا فيستأنف ، فاذا أتى ببقيته أو استأنفه أعاد السعى ، والله أعلم •

(فرع) الموالاة بين مراتب السعى سنة على المذهب ، فلو تخلل فصل يسير أو طويل بينهن لم يضر ، وإن كان شهرا أو سنة أو أكثر ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور • وقال الماوردى : إن فرق يسيرا جاز ، وإن فرق كثيرا ، فان جوزنا التفريق الكثير بين مرات الطواف وهو الأصح ، فههنا أولى ، وإلا ففى السعى وجهان (أحدهما) وهو قول أصحابنا البصريين : لا يجوز (والثانى) وهو قول أصحابنا البغداديين : يجوز ، لأن السعى أخف من الطواف ، ولهذا يجوز مع الحدث وكشف

العورة ، هذا نقل المـاوردى • وقال أبو على البندنيجى إن فرق يسيرا لم يضر وجاز البناء ، وكذا إن فرق كثيرا لعذر ، كالخروج للصلاة المكتوبة والطهارة وغيرهما ، وإن فرق كثيرا بلا عذر فقولان • قال فى الأم : يبنى ، وفى القديم يستأنف ، والله أعلم •

وأما الموالاة بين الطواف والسعى فسنة ، فلو فرق بينهما تفريقـا قليلا أو كثيرا جاز وصح سعيه ما لم يتخلل بينهمـا الوقوف ، فان تخلل الوقوف لم يجز أن يسعى بعده قبل طواف الإفاضة ، بل يتعين حينئـذ السعى بعد طواف الافاضة بالاتفاق صرح به القفال وأبو على البندنيجى والبغوى والمتولى وصاحب العدة وآخرون ولا نعلم فيـه خلافا إلا أن الغزالى قال فى الوسيط فيه تردد ولم يذكر شيخه التردد ، بل حكى قول البندنيجى وسكت عليـه • واحتج له المتـولى بأنه دخل وقت الطواف المفروض فلم يجز أن يسعى سعيا تابعا لطواف نفل مع إمكان طواف فرض ، وهذا الذى ذكرناه من الموالاة بين الطواف والسعى سنة ، وأنه لو تخلل زمان طويل كسنة وسنتين وأكثر جاز أن يسعى ويصح سـعيه ويكون مضموما إلى السعى الأول ، وهو المذهب وبه قطع جماهير الأصحاب فى طريقتى العراق وخراسان ، وكلهم يمثلون بما لو أخره سنتين جاز ، وممن صرح بذلك وقطع به الشيخ أبو حامد والقفال ، والقاضيان أبو الطيب وحسين فى تعليقهما وأبو على السنجى والمحـاملى والفورانى والبغوى وصاحب العدة والبيان وخلائق لا يحصون •

وقال المـاوردى : هل تشترط الموالاة بين الطواف والسعى ؟ فيـه وجهان (أحدهما) وهو قول أصحابنا البغداديين لا تشترط الموالاة ، بل يجوز تأخيره يوما وشهرا وأكثر لأنهما ركنان فلا تشترط الموالاة بينهما كالوقوف وطواف الافاضة (والثانى) تشترط الموالاة بينهما ، فان فرق كثيرا لم يصح السعى ، وهو قول أصحابنا البصريين ، لأن السعى لمـا افتقر إلى تقدم الطواف ليمتاز عما لغير الله تعالى افتقر إلى الموالاة بينه وبينـه

ليقع الميز به ، ولا يحصل الميز إذ أخره • هـذا نقل المـاوردى • وقال المتولى : فى اشتراط الموالاة بين الطواف والسعى قولان مبنيـان على القولين فى الموالاة فى الوضوء • قال ووجه الشبه أنهما ركنان فى عبادة ، وأمكن الموالاة بينهما فصار كاليد مع الوجه فى الوضـوء ، والصواب ما قدمناه عن الجمهور قياسا على تأخير طواف الإفاضة عن الوقوف ، فانه يجوز تأخيره سنين كثيرة ، ولا آخر له ما دام حيا بلا خلاف ، والله أعلم •

(فـرع) فى سنن السعى •

وهى جميع ما سبق فى كيفية السعى سوى الواجبات المذكورة ، وهى سنن كثيرة (إحداها) يستحب أن يكون عقب الطواف وأن يواليه ، فان أخره عن الطواف أو فرق بين مراته جاز على المذهب ما لم يتخلل بينهما الوقوف كما سبق ، وفيه خلاف ضعيف سبق الآن •

(الثانية) يستحب أن يسعى على طهارة من الحدث والنجس ساترا عورته ، فلو سعى محدثا أو جنبا أو حائضا أو نفساء أو عليه نجاسة أو مكشوف العورة ، جاز وصح سعيه بلا خلاف ، لحديث عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال وقد حاضت : (اصنعى ما يصنع الحاج غير أن لا تطوفى بالبيت) رواه البخـارى ومسلم وسبق بيـانه مرات •

(الثالثة) الأفضل أن يتحرى زمان الخـلوة لسعيه وطوافه ، وإذا كثرت الزحمة فينبغى أن يتحفظ من أيدى الناس وترك هيئة من هيئـات السعى أهون من إيذاء مسلم ومن تعريض نفسه للأذى ، وإذا عجز عن السعى فى موضعه للزحمة تشبه فى حركته بالساعى كما قلنا فى الرمل • قال الشافعى فى الأم والأصحاب : يستحب للمرأة أن تسعى فى الليل لأنه أستر وأسلم لها ولغيرها من الفتنة ، فان طافت نهارا جاز وتسدل على وجههـا ما يستره من غير مماسته البشرة •

(الرابعة) الأفضل أن لا يركب فى سعيه إلا لعذر كما سبق فى الطواف ، لأنه أشبه بالتواضع • لكن سبق هناك خلاف فى تسمية الطواف راكبا مكروها ، واتفقوا على أن السعى راكبا ليس بمكروه ، لكنه خلاف الأفضل لأن سبب الكراهة هناك عند من أثبتها خوف تنجس المسجد بالدابة ، وصيانته من امتهانه بها • وهذا المعنى منتصف فى السعى • وهذا معنى قول صاحب الحاوى الركوب فى السعى أخف من الركوب فى الطواف •

ولو سعى به غيره محمولا جاز لكن الأولى سعيه بنفسه إن لم يكن صبيا صغيرا أو له عذر كمرض ونحوه •

(الخامسة) أن يكون الخروج إلى السعى من باب الصفا (السادسة) أن يرقى على الصفا وعلى المروة قدر قامة فى كل واحد منهما (السابعة) الذكر والدعاء على الصفا والمروة كما سبق بيانه • ويستحب أن يقول فى مروره بينهما رب اغفر وارحم وتجاوز عما تعلم وأنت الأعز الأكرم ، اللهم آتنا فى الدنيا حسنة ، وفى الآخرة حسنة وقنا عذاب النار ، وأن يقرأ القرآن وسبق بيان أدلة كل هذا •

(الثامنة) يستحب أن يكون سعيه فى موضع السعى الذى سبق بيانه سعيا شديدا فوق الرمل • والسعى مستحب فى كل مرة من السبع ، بخلاف الرمل فانه مختص بالثلاث الأول ، كما أن السعى الشديد فى موضعه سنة ، فكذلك المشى على عادته فى باقى المسافة سنة ، ولو سعى فى جميع المسافة أو مشى فيها صح وفاته الفضيلة ، والله أعلم •

(فرع) أما المرأة ففيها وجهان (الصحيح) المشهور ، وبه قطع الجمهور أنها لا تسعى فى موضع السعى ، بل تمشى جميع المسافة ، سواء كانت نهارا أو ليلا فى الخلوة لأنها عورة ، وأمرها مبنى على الستر ، ولهذا

لا ترمل فى الطواف (والثانى) أنها إن سعت فى الليل حال خلو المسعى استحب لها السعى فى موضع السعى كالرجل ، والله أعلم .

(فرع) قال الشيخ أبو محمد الجوينى : رأيت الناس إذا فرغوا من السعى صلوا ركعتين على المروة ، قال : وذلك حسن وزيادة طاعة ، ولكن لم يثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . هذا كلام أبى محمد ، وقال أبو عمر وابن الصلاح : ينبغى أن يكره ذلك لأنه ابتداء شعار ، وقد قال الشافعى رحمه الله ليس فى السعى صلاة . وهذا الذى قاله أبو عمرو أظهر ، والله أعلم .

(فرع) قال الشافعى والأصحاب : لا يجوز السعى فى غير موضع السعى ، فلو مر وراء موضع السعى فى زقاق العطارين أو غيره لم يصح سعيه ، لأن السعى مختص بمكان فلا يجوز فعله فى غيره كالطواف . قال أبو على البندنيجى فى كتابه الجامع : موضع السعى بطن الوادى . قال الشافعى فى القديم : فان التوى شيئا يسيرا أجزأه . وإن عدل حتى يفارق الوادى المؤدى إلى زقاق العطارين لم يجز وكذا قال الدارمى : إن التوى فى السعى يسيرا جاز ، وإن دخل المسجد أو زقاق العطارين فلا ، والله أعلم .

(فرع) قال الدارمى : يكره أن يقف فى سعيه لحديث [1] ونحوه ، فان فعله أجزأه .

(فرع) قد سبق فى فصل الطواف أنه يسن الاضطباع فى جميع المسعى ، وذكرنا وجها شاذا عن حكاية الدارمى عن ابن القطان أنه إنما

---

(1) كذا بالأصل ولعل الحديث المراد هنا حديث جابر فى وصف سعى الرسول صلى الله عليه وسلم الذى رواه مسلم ، وحديث ابن عمرو ووردا فى قول المصنف بمعناهما ، كما أشار اليه الشارح فى مطلع هذا الفصل . ويحتمل أن يكون قصد الشارح بكره الوقوف لحديث اى لكلام مع أحد أو غيره وبذلك لا يكون ثم سقط كما توهم الشيوخ (المطيعى) .

يضطبع فى موضع السعى الشديد دون موضع المشى • وهذا غلط ، والله أعلم •

(فرع) السعى ركن من أركان الحج لا يتم الحج إلا به ، ولا يجبر بدم ولا يفوت ما دام صاحبه حيا ، فلو بقى منه مرة من السعى أو خطوة لم يصح حجه ، ولم يتحلل من إحرامه حتى يأتى بما بقى ، ولا يحل له النساء وإن طال ذلك سنين ، ولا خلاف فى هذا عندنا إلا ما شذ به الدارمى فقال : قال أبو حنيفة : إن ترك السعى عمدا أو سهوا لزمه فى كل شوط إطعام مسكين نصف صاع إلى أربعة أشواط ففيها الدم • قال وحكى ابن القطان عن أبى على قولا آخر كمذهب أبى حنيفة وهذا القول شاذ وغلط ، والله أعلم •

(فرع) قال الشافعى والأصحاب : إذا أتى بالسعى بعد طواف القدوم وقع ركنا ولا يعاد بعد طواف الإفاضة ، فان أعاده كان خلاف الأولى • وقال الشيخ أبو محمد الجوينى وولده إمام الحرمين وغيرهما : يكره إعادته لأنه بدعة ، ودليل المسألة حديث جابر « أن النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه لم يطوفوا بين الصفا والمروة إلا طوافا واحدا طوافه الأول » رواه مسلم ، يعنى بالطواف السعى لقوله تعالى (فلا جناح عليه أن يطوف بهما) •

(فرع) ذكرنا أن مذهبنا أنه لو سعى راكبا جاز ، ولا يقال مكروه ، لكنه خلاف الأولى ولا دم عليه ، وبه قال أنس بن مالك وعطاء ومجاهد • قال ابن المنذر : وكره الركوب عائشة وعروة وأحمد وإسحاق ، وقال أبو ثور : لا يجزئه ويلزمه الإعادة • وقال مجاهد لا يركب إلا لضرورة • وقال أبو حنيفة : إن كان بمكة أعاده ولا دم ، وإن رجع إلى وطنه بلا إعادة لزمه دم • دليلنا الحديث الصحيح السابق أن النبى صلى الله عليه وسلم « سعى راكبا » •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى حكم السعى .

مذهبنا أنه ركن من أركان الحج والعمرة لا يتم واحد منهما إلا به ، ولا يجبر بدم ، ولو بقى منه خطوة لم يتم حجه ولم يتحلل من إحرامه . وبه قالت عائشة ومالك وإسحاق وأبو ثور وداود وأحمد فى رواية . وقال أبو حنيفة : هو واجب ليس بركن بل ينوب عنه . وقال أحمد فى رواية : ليس هو بركن ولا دم فى تركه ، والأصح عنه أنه واجب ليس بركن فيجبر بالدم . وقال ابن مسعود وأبى بن كعب وابن عباس وابن الزبير وأنس وابن سيرين : هو تطـوع ليس بركن ولا واجب ولا دم فى تركه وحكى ابن المنذر عن الحسن وقتادة والثورى أنه يجب فيه الدم ، وعن طاوس أنه قال : من ترك من السعى أربعة أشواط لزمه دم ، وإن ترك دونها لزمه لكل شوط نصف صاع وليس هو بركن ، وهو مذهب أبى حنيفة ، وعن عطاء رواية أنه تطوع لا شىء فى تركه ، ورواية فيه الدم .

قال ابن المنذر : إن ثبت حديث بنت أبى تجراه الذى قدمناه أنهـا سمعت النبى يقول « اسعوا فان الله كتب عليكم السعى » فهو ركن . قال الشافعى : وإلا فهو تطوع قال : وحديثها رواه عبـد الله بن المؤمل وقد تكلموا فيه . واحتج القائلون بأنه تطوع بقوله تعالى (إن الصفا والمروة من شعائر الله فمن حج البيت أو اعتمر فلا جناح عليه أن يطوف بهما) وفى الشواذ قراءة ابن مسعود (فلا جناح عليه أن لا يطوف بهما) ورفع الجناح فى الطواف بهما يدل على أنه مباح لا واجب .

واحتج أصحابنا بحديث صفية بنت شيبة من بنى عبد الدار أنهن سمعن من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد استقبل الناس فى المسعى وقال « يا أيها الناس اسعوا فان السعى قد كتب عليكم » رواه الدارقطنى والبيهقى باسناد حسن ، والجواب عن الآية ما أجابت عائشة رضى الله عنها لمـا سألها عروة بن الزبير عن هذا فقالت « إنما نزلت الآية هكذا ، لأن

الأنصار كانوا يتحرجون من الطواف بين الصفا والمروة ، أى يخافون الحرج فيه ، فسألوا النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك فأنزل الله تعالى الآية » رواه البخارى ومسلم •

(فرع) لو سعى قبل الطواف لم يصح سعيه عندنا ، وبه قال جمهور العلماء ، وقدمنا عن الماوردى أنه نقل الإجماع فيه ، وهو مذهب مالك وأبى حنيفة وأحمد • وحكى ابن المنذر عن عطاء وبعض أهل الحديث أنه يصح ، حكاه أصحابنا عن عطاء وداود • دليلنا أن النبى صلى الله عليه وسلم « سعى بعد الطواف ، وقال صلى الله عليه وسلم : لتأخذوا عنى مناسككم » •

وأما حديث ابن شريك الصحابى رضى الله عنه قال « خرجت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حاجا فكان الناس يأتونه ، فمن قائل : يا رسول الله سعيت قبل أن أطوف ، أو أخرت شيئا ، أو قدمت شيئا ، فكان يقول : لا حرج إلا على رجل اقترض عرض رجل مسلم وهو ظالم ، فذلك الذى هلك وخرج » فرواه أبو داود باسناد صحيح كل رجاله رجال الصحيحين إلا أسامة بن شريك الصحابى وهذا الحديث محمول على ما حمله الخطابى وغيره ، وهو أن قوله : سعيت قبل أن أطوف ، أى سعيت بعد طواف القدوم وقبل طواف الإفاضة ، والله أعلم •

(فرع) مذهبنا أن الترتيب فى السعى شرط ، فيبدأ بالصفا ، فلو بدأ بالمروة لم يعتد به ، وبهذا قال الحسن البصرى والأوزاعى • قال مالك وأحمد وداود وجمهور العلماء وحكاه ابن المنذر عن أبى حنيفة أيضا ، والمشهور عن أبى حنيفة : أنه ليس بشرط فيصح الابتداء بالمروة • وعن عطاء روايتان (إحداهما) كمذهبنا (والثانية) يجزى الجاهل • دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « ابدأوا بما بدأ الله به » وهو حديث صحيح كما سبق ، والله أعلم •

(فـرع) لو أقيمت الصلاة المكتوبة وهو فى أثنـاء السعى قطعه وصلاها ثم بنى عليه ، هذا مذهبنا وبه قال جمهور العلماء ، منهم ابن عمر وابنه سالم وعطاء وأبو حنيفة وأبو ثور ، قال ابن المنذر : هو قول أكثر العلماء ، وقال مالك : لا يقطعه للصلاة إلا أن يضيق وقتها .

(فـرع) مذهبنا ومذهب الجمهور أن السعى يصح من المحـدث والجنب والحائض ، وعن الحسن أنه إن كان قبل التحلل أعاد السعى ، وإن كان بعده فلا شىء عليه ، دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم لعائشة رضى الله عنها وقد حاضت « اصنعى ما يصنع الحاج غير أن لا تطوفى بالبيت » رواه البخارى ومسلم .

قال المصنف رحمـه الله تعـالى

(ويخطب الإمام اليوم السابع من ذى الحجة بعد الظهر بمكة ، ويامر الناس بالغدو من الغـد إلى منى ، وهى إحدى الخطب الأربع المسنونة فى الحج ، والدليل عليه ما روى ابن عمر قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا كان التروية بيوم خطب الناس واخبرهم بمناسكهم » ويخرج إلى منى فى اليوم الثامن ويصلى بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء ، ويبيت بها إلى أن يصلى الصبح ، لمـا روى ابن عباس رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسـلم صلى يوم التروية بمنى الظهر والعصر والمغرب والعشـاء والغداة » فاذا طلعت الشمس سار إلى الموقف ، لمـا روى جابر رضى الله عنه قال « ثم مكث قليلا حتى طلعت الشمس ثم ركب فامر بقبة من شعر أن تضرب له بنمرة فنزل بها » فاذا زالت الشمس خطب الإمام وهى الخطبة الثانيـة من الخطب الأربع ، فيخطب خطبـة خفيفة ويجلس ثم يقوم إلى الثانية ، ويبتدىء المؤذن بالأذان حتى يكون فراغ الإمام مع فراغ المؤذن ، لمـا روى أن سالم بن عبد الله قال للحجاج « إن كنت تريد أن تصيب السنة فاقصر الخطبة وعجل الوقوف ، فقال ابن عمر رضى الله عنهما : صدق » ثم يصلى الظهر والعصر اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم) .

(الشرح) أما حديث ابن عمر الأول فى الخطبة قبل يوم التروية بيوم فرواه البيهقى بلفظه المذكور فى المهـذب وإسناده جيـد . وأما حديث

ابن عباس فصحيح رواه أبوداود باسناد صحيح على شرط مسلم بمعناه وهذا لفظه : عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الظهر يوم التروية والفجر يوم عرفة بمنى » ورواه مسلم فى صحيحه من رواية جابر قال « فلما كان يوم التروية توجهوا إلى منى وأهلوا بالحج وركب النبى صلى الله عليه وسلم فصلى بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر ، ثم مكث قليلا حتى طلعت الشمس وأمر بقبة من شعر تضرب له بنمرة » وروى البخارى ومسلم من رواية أنس « أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى الظهر يوم التروية بمنى » وفى رواية للبخارى «الظهر والعصر» وأما حديث جابر وقوله « ثم مكث قليلا » فرواه مسلم كما ذكرنا الآن عنه .

وأما حديث سالم فرواه البخارى فى صحيحه بلفظه هنا . وأما حديث الجمع بين الظهر والعصر يوم عرفة ، وهو الذى أشار إليه المصنف بقوله : اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم فرواه البخارى من رواية ابن عمر ، ورواه مسلم من رواية جابر فى حديثه الطويل والله أعلم .

وقوله « يوم التروية » هو بفتح التاء المثناة ، وهو اليوم الثامن من ذى الحجة سمى بذلك لأنهم كانوا يتروون بحمل الماء معهم من مكة إلى عرفات ، وسبق بيانه مرات ، ويسمى يوم التروية يوم النفلة أيضا ، لأن الناس ينتقلون فيه من مكة إلى منى . وأما « نمرة » فبفتح النون وكسر الميم ، ويجوز إسكان الميم مع فتح النون وكسرها ، فتصير ثلاثة أوجه كما سبق مرات فى نظائرها ، ونمرة موضع معروف بقرب عرفات خارج الحرم بين طرف الحرم وطرف عرفات ، والله أعلم .

(أما الأحكام) ففيها مسائل (إحداها) قال أصحابنا : إذا فرغ المحرم من السعى بين الصفا والمروة ، فان كان معتمرا متمتعا أو غير متمتع ، فليحلق رأسه أو يقصره ، فاذا فعل صار حلالا تحل له النساء وكل شىء

كان حرم عليه بالاحرام ، سواء كان متمتعا أو معتمرا غير متمتع ، سواء ساق هديا أم لا ، ولا خلاف فى هذا كله عندنا ، وقد قدمت مذاهب العلماء فى ذلك فى الباب الأول من كتاب الحج فان كان المعتمر متمتعا أقام بمكة حلالا يفعل ما أراد من الجماع وغيره ، فان أراد أن يعتمر تطوعا كان له ذلك ، بل يستحب له ذلك .

ويستحب له الإكثار من الاعتمار ، وقد سبقت المسألة بدلائلها ، ومذاهب العلماء فيها فى الباب الأول من كتاب الحج . فاذا كان يوم التروية أحرم من مكة بالحج ، وكذا من أراد الحج من أهل مكة يحرم به يوم التروية ، سواء كان من المستوطنين بها أم الغرباء ، وقد سبق بيان هذا واضحا فى باب مواقيت الحج . وإن كان الذى فرغ من السعى حاجا مفردا أو قارنا ، فان وقع سعيه بعد طواف الافاضة فقد فرغ من أركان الحج كلها ، وإنما بقى عليه المبيت بمنى ورمى أيام التشريق .

وإن وقع سعيه بعد طواف القدوم فليمكث بمكة إلى وقت خروجهم إلى منى فاذا كان اليوم السابع من ذى الحجة خطب الإمام بعد صلاة الظهر عند الكعبة خطبة فردة ، وهى أول الخطب الأربع المشروعة فى الحج ، ويأمر الناس فى هذه الخطبة بأن يتأهبوا إلى الذهاب إلى منى فى الغد ، وهو اليوم الثامن من ذى الحجة المسمى يوم التروية ، ويعلمهم المناسك التى بين أيديهم إلى الخطبة الثانية المشروعة يوم عرفة بنمرة ، فيذكر أن السنة أن يخرجوا غدا قبل الزوال أو بعده ، كما سنوضحه قريبا إن شاء الله تعالى إلى منى ، وأن يصلوا بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء ، ويبيتوا بها ويصلوا بها الصبح ويمكثوا حتى تطلع الشمس على ثبير ، ثم يسيروا إلى نمرة ويغتسلوا للوقوف ولا يصوموا ولا يدخلوا عرفات قبل صلاتى الظهر والعصر جمعا ، وأن يحضروا الصلاتين والخطبتين مع الإمام ويذكر لهم غير ذلك مما يحتاجون إليه ويأمر المتمتعين أن يطوفوا قبل الخروج ، وهذا الطواف مستحب لهم ليس بواجب .

قال المـاوردى والقاضى أبو الطيب وابن الصباغ والأصحاب : فلو كان اليوم السابع يوم جمعة خطب للجمعة وصلاها ، ثم خطب هذه الخطبة لأن السنة فى هذه الخطبة التأخير عن الصلاة • وشرط خطبة الجمعة تقدمها على الصلاة • فلا تدخل إحداها فى الأخرى والله أعلم •

قال المـاوردى : إن كان الإمام الذى خطب هذه الخطبة يوم السابع محرما افتتح الخطبة بالتلبية ، وإن كان حلالا افتتحها بالتكبير • قال : وإن كان الإمام مقيما بمكة استحب أن يحرم ويصعد المنبر محرما ثم يخطب • وهذا الذى ذكره من إحرام الامام غريب محتمل •

(فـرع) الخطب المشروعة فى الحج أربعة (إحداهن) يوم السابع من ذى الحجة بمكة عند الكعبة ، وقد ذكرناها قريبا واضحة (الثانية) يوم عرفة بقرب عرفات (الثالثة) بمنى (الرابعة) يوم النفر الأول بمنى أيضا ، وهو الثانى من أيام التشريق قال أصحابنا : ويذكر لهم فى كل واحدة من هذه الخطب ما بين أيديهم من المناسك وأحكامها ، وما يتعلق بها إلى الخطبة الأخرى • قال الشافعى : وإن كان الذى يخطب فقيها قال : هل من سائل ؟ قال أصحابنا : وكل هذه الخطب الأربع أفراد وبعد صلاة الظهر إلا التى بعرفات ، فانهما خطبتان وقبل صلاة الظهر وبعد الزوال ، وسيأتى إيضاحهن فى موضعهن إن شاء الله تعالى •

(فـرع) أيام المناسك سبعة (أولها) بعد الزوال السابع من ذى الحجة ، وآخرها بعد الزوال الثالث عشر منـه وهو آخر أيام التشريق ، فالسابع لا يعرف له اسم مخصوص ، والثامن يسمى يوم التروية كمـا سبق ، والتاسع يوم عرفة ، والعاشر يوم النحر ، والحادى عشر يوم القمر ــ بفتح القاف وتشديد الراء ــ سمى بذلك لأنهم يقرون فيـه بمنى أو يقيمون مطمئنين ، والثانى عشر يوم النفر الأول ، والثالث عشر يوم النفر الثانى وأما قول الصيمرى والمـاوردى وصاحب البيان : إن الناس اختلفوا

فى تسمية الثامن يوم التروية ، فقيل لأنهم يتروون المـاء كما قدمناه ، وقيل لأن آدم رأى فيه حواء ، وقيل لأن جبريل أرى فيه إبراهيم المناسك فكلام فاسد ونقل عجيب ، والصواب ما قدمناه .

(فـرع) السنة للخليفة إذا لم يحضر الحج بنفسه أن ينصب أميرا على الحجيج يقيم لهم المناسك ويطيعونه فيما ينوبهم . وسيأتى فى آخر هذا الباب إن شاء الله تعالى فصل حسن فى صفات هـذا الأمر وشروطه وأحكامه وما يتعلق بولايته ، ودليل ما ذكرناه الأحاديث الصحيحة ، فقد فتحت مكة سنة ثمان من الهجرة فى رمضان « فولى رسول الله صلى الله عليه وسلم عتاب بن أسيد مكة ، وأقام المناسك للناس تلك السنة ، ثم أمر النبى صلى الله عليه وسلم فى السنة التاسعة أبا بكر الصديق رضى الله عنه على الحج ، فحج بالناس وحج رسول الله صلى الله عليه وسلم فى السنة العاشرة حجة الوداع ، ثم استمر الخلفاء الراشدون على الحج بالناس » . وإذا لم يحضروا استنابوا أميرا ، وولى عمر بن الخطاب رضى الله عنه الخلافة عشر سنين حجهن كلهن ، وقيل حج تسع سنين منها ، والله أعلم .

(المسألة الثانية) السنة أن يخرج الامام أو نائبه والحجيج إلى منى فى اليوم الثامن من ذى الحجة . قال الشافعى والأصحاب: ويكون خروجهم بعد صلاة الصبح بمكة بحيث يصلون الظهر فى أول وقتها بمنى . هذا هو الصحيح المشهور من نصوص الشافعى والأصحاب . وفيه قول ضعيف أنهم يصلون الظهر بمكة ثم يخرجون . وقال الشيخ أبو حامد فى تعليقه : قال الشافعى : يأمرهم بالغدو إلى منى وقال الشـافعى فى موضع آخر : يأمرهم بالرواح . قال أبو حنيفة : وكل هذا قريب إلا أنهم يصلون الظهر بمنى ، وذكر صاحب البيان هذين النصين للشافعى ثم قال : وليست على قولين ، بل هم مخيرون بين أن يغدوا بكرة وبين أن يروحوا بعد الزوال ، قال : وهذا الثانى أولى . هذا كلامه وليس كما قال .

وقال صاحب الحاوى : إذا زالت الشمس فى اليوم الثامن خرج إلى منى ولم يصل الظهر بمكة وإن خرج قبل الزوال جاز ، فحصل خلاف فى وقت استحباب الخروج (المذهب) أنه بعد الصبح • قال أصحابنا : فان كان يوم جمعة خرجوا قبل طلوع الفجر ، لأن السفر يوم الجمعة بعد الفجر وقبل الزوال إلى حيث لا تصلى الجمعة حرام فى أصح القولين ومكروه فى الآخر ، فينبغى الاحتراز منه بالخروج قبل الفجر ، لأنهم لا يصلون الجمعة بمنى ولا بعرفات » لأن من شروط الجمعة دار الإقامة •

قال الشافعى والأصحاب : فان بنى بها قرية واستوطنها أربعون من أهل الكمال أقاموا الجمعة وصلاها معهم الحجيج • قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه : وإذا كان يوم جمعة استخلف الإمام من يصلى الجمعة بالناس بمكة ، وسار هو إلى منى فصلى بها الظهر • هذا كلام القاضى • وقال المتولى : ولو تركوا الخروج أول النهار ، وصلوا الجمعة فى وقتها بمكة كان أولى لأنها فرض والخروج إلى منى مستحب ، وهذا خلاف ما قال القاضى أبو الطيب ، وخلاف مقتضى كلام الجمهور ، والله أعلم •

(فرع) قال الشافعى والأصحاب : يستحب لمن أحرم من مكة وأراد الخروج إلى عرفات أن يطوف بالبيت ويصلى ركعتين ثم يخرج ، نص عليه الشافعى فى البويطى ، واتفق الأصحاب عليه ، ونقله الشيخ أبو حامد عن نصه فى البويطى ثم قال : وهذا يتصور فى صورتين ، وهما المتمتع والمكى إذا أحرما بالحج من مكة (الثالثة) إذا خرجوا يوم التروية إلى منى فالسنة أن يصلوا بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء والصبح كما ذكرناه من الأحاديث الصحيحة وهذا لا خلاف فيه والسنة أن يبيتوا بمنى ليلة التاسع ، وهذا المبيت سنة ليس بركن ولا واجب فلو تركه فلا شىء عليه لكن فاتته الفضيلة • وهذا الذى ذكرناه من كونه سنة لا خلاف فيه • وأما قول القاضى أبى الطيب فى تعليقه وصاحب الشامل وإمام الحرمين

والغزالى والمتولى إنه ليس بنسك فمرادهم ليس بواجب ولم يريدوا أنه لا فضيلة فيه والله تعالى أعلم •

(الرابعة) قال الشافعى والأصحاب : فاذا بات بمنى ليلة التاسع وصلى بها الصبح فالسنة أن يمكث بها حتى تطلع الشمس على ثبير ــ بفتح الثاء المثلثة وكسر الباء الموحدة ــ و هو جبل معروف هناك ، فاذا طلعت عليه سار متوجها إلى عرفات • قال بعض العلماء يستحب أن يقول فى مسيره هذا (اللهم إليك توجهت ولوجهك الكريم أردت ، فاجعل ذنبى مغفورا ، وحجى مبرورا ، وارحمنى ولا تخيبنى ، إنك على ذلك وعلى كل شىء قدير) ويستحب أن يكثر من التلبية • قال الماوردى فى كتابه الحاوى • قال الشافعى : واختار أن يسلك الطريق التى سلكها رسول الله صلى الله عليه وسلم فى غدوه إلى عرفات ، وهى من مزدلفة فى أصل المأزمين على يمين الذاهب إلى عرفات ، يقال له طريق ضب • هذا كلام الماوردى فى الحاوى • وقال فى كتابه الأحكام السلطانية : يستحب أن يسير على طريق ضب ويعود على طريق المأزمين اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم وليكون عائدا فى طريق غير التى ذهب فيها كالعيد • وذكر الأرزقى نحو هذا • قال الأرزقى : وطريق ضب طريق مختصر من المزدلفة إلى عرفة وهو فى أصل المأزمين عن يمينك وأنت ذاهب إلى عرفة • وأما قول القاضى حسين فى تعليقه : يستحب أن يسلك فى ذهابه من منى إلى عرفات طريق المأزمين لأنه طريق الأئمة فهو متأول على ما ذكره الماوردى والأرزقى والله أعلم •

قال أصحابنا : [1] ويسيرون ملبين ذاكرين الله لحديث محمد بن

---

(١) قال الحافظ ابن حجر فى الفتح عند (باب التلبية) : لم يتعرض المصنف ــ يعنى البخارى ــ لحكم التلبية وفيها مذاهب أربعة يمكن توصيلها الى عشرة : الاول : انها سنة من السنن لا يجب بتركها شىء وهو قول الشافعى وأحمد . ثانيها : واجبة يجب بتركها دم حكاه الماوردى عن ابن أبى هريرة من الشافعية وقال : انه وجد للشافعى نصا يدل عليه وحكاه =

أبى بكر الثقفى أنه « سأل أنس بن مالك وهما غاديان من منى إلى عرفة : كيف كنتم تصنعون فى هذا اليوم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : كان يهل المهل منا فلا ينكر عليه ويكبر المكبر منا فلا ينكر عليه » رواه البخارى ومسلم ، وفى رواية للبخارى وذكرها فى صلاة العيد « كان يلبى الملبى لا ينكر عليه ويكبر المكبر لا ينكر عليه » وهو بمعنى الرواية الأولى • وعن ابن عمر قال « غدونا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم من منى إلى عرفات منا الملبى ومنا المكبر » رواه مسلم •

(الخامسة) قال أصحابنا : يستحب إذا وصلوا نمرة أن تضرب بها قبة الإمام ومن كان له قبة ضربها اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال الماوردى : ويستحب أن ينزل بنمرة حيث نزل رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو منزل الخلفاء اليوم ، وهو إلى الصخرة الساقطة بأصل الجبل على يمين الذاهب إلى عرفات ، وكذا روى الأرزقى فى هذا التقييد عن عطاء ، قال الأرزقى وغيره : نمرة عند الجبل الذى عليه أنصاف الحرم عن يمينك إذا خرجت من مأزمى عرفات تريد الموقف • قال أصحابنا :

ابن قدامة عن بعض المالكية والخطابى عن مالك وابى حنيفة ، واعزب النووى فحكى عن مالك انها سنة ويجب بتركها دم ـ يعنى بذلك ما مضى فى الجزء السابع ـ ولا يعرف ذلك عندهم الا ان الجلاب قال : التلبية فى الحج مسنونة غير مفروضة ، وقال ابن التين : يريد انها ليست من أركان الحج والا فهى واجبة ولذلك يجب بتركها الدم ولو لم تكن واجبة لم يجب . وحكى ابن العربى أنه يجب عندهم بترك تكرارها دم وهذا قدر زائد على أصل الوجوب . ثالثها : واجبة لكن يقوم مقامها فعل يتعلق بالحج كالتوجه على الطريق وبهذا صدر ابن شاس من المالكية كلامه فى الجواهر له وحكى صاحب الهداية من الحنفية مثله لكن زاد القول الذى يقوم مقام التلبية من الذكر كما فى مذهبهم من انه لا يجب لفظ معين . وقال ابن المنذر : قال اصحاب الرأى : ان كبر او هلل او سبح ينوى بذلك الاحرام فهو محرم . رابعها : أنها ركن فى الاحرام لا ينعقد بدونها حكاه ابن عبد البر عن الثورى وابى حنيفة وابن حبيب من المالكية والزبيرى من الشافعية واهل الظاهر . قالوا : هى نظير تكبيرة الاحرام للصلاة ويقويه ما تقدم من بحث ابن عبد السلام عن حقيقة الاحرام وهو قول عطاء أخرجه سعيد بن منصور باسناد صحيح عنه قال : التلبية فرض الحج وحكاه ابن المنذر عن ابن عمر وطاوس وعكرمة وحكى النووى عن داود أنه لابد من رفع الصوت بها ، وهذا قدر زائد على كونها ركنا . ا هـ الفتح جـ ٣ ص ٤١١

ولا يدخل عرفات إلا فى وقت الوقوف بعد الزوال وبعد صلاة الظهر والعصر مجموعتين ، كما سنوضحه إن شاء الله تعالى .

وأما ما يفعله معظم الناس فى هذه الأزمان من دخولهم أرض عرفات قبل وقت الوقوف فخطأ وبدعة ومنابذة للسنة . والصواب أن يمكثوا بنمرة حتى تزول الشمس ويغتسلوا بها للوقوف ، فاذا زالت الشمس ذهب الإمام والناس إلى المسجد المسمى مسجد إبراهيم صلى الله عليه وسلم ويخطب الإمام فيه قبل صلاة الظهر خطبتين كما قدمنا بيانه ، يبين لهم فى الأولى منهما كيفية الوقوف وشرطه وآدابه ، ومتى الدفع من عرفات إلى مزدلفة ؟ وغير ذلك من المناسك التى بين أيديهم إلى الخطبة التى تكون بمنى يوم النحر بعد الزوال ، وهذه المناسك التى يذكرها فى خطبة عرفة هى معظم المناسك ، ويحرضهم فيها على إكثار الدعاء والتهليل وغيرهما من الأذكار والتلبية فى الموقف ، ويخفف هذه الخطبة ، لكن لا يبلغ تخفيفها تخفيف الثانية .

قال الماوردى : قال الشافعى : وأقل ما عليه فى ذلك أن يعلمهم ما يلزمهم من هذه الخطبة إلى الخطبة الآتية ، قال : فان كان فقيها قال : هل من سائل ؟ وإن لم يكن فقيها لم يتعرض للسؤال . قال أصحابنا : فاذا فرغ من هذه الخطبة جلس للاستراحة قدر قراءة سورة الإخلاص ، ثم يقوم إلى الخطبة الثانية ويخففها جدا ، ويأخذ المؤذن فى الأذان مع شروع الإمام فى هذه الخطبة الثانية ، بحيث يفرغ منها مع فراغ المؤذن من الأذان . هذا هو المشهور ، وحكاه ابن المنذر عن الشافعى ، وبه قطع الماوردى والقاضى أبو الطيب وأبو على البندنيجى والمحاملى والمصنف فى التنبيه والبغوى . وقال الفورانى والمتولى وطائفة قليلة : يفرغ مع فراغه من الإقامة .

قال الماوردى وغيره : ويستحب أن يخطب على منبر إن وجد ،

وإلا فعلى مرتفع من الأرض أو على بعير ، واستدلوا له بحديث جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم « ضربت له القبة بنمرة فنزل بها حتى إذا زاغت الشمس أمر بالقصوى فرحلت له ، فأتى بطن الوادى فخطب الناس » رواه مسلم • قوله « فرحلت » بتخفيف الحاء ، أى جعل الرحل عليها •

(السادسة) قال الشافعى والأصحاب : السنة إذا فرغ من الخطبتين أن ينزل فيصلى بالناس الظهر ثم العصر جامعا بينهما ، وقد سبق بيان صفة الجمع وشروطه فى باب صلاة المسافرين ، ودليل استحباب الجمع ما قدمته قريبا فى أول هذا الفصل من الأحاديث الصحيحة ، ويكون هـذا الجمع باذان للأولى ، وإقامتين لكل صلاة إقامة ، كما قررناه فى باب الأذان إذا جمع فى وقت الأولى •

قال الشافعى والأصحاب : ويسر القراءة • وهـذا لا خلاف فيـه عندنا ، وقال أبو حنيفة : يجهر كالجمعة •

دليلنا أنه لم ينقل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الجهر ، فظاهر الحال الأسرار ، وهل هذا الجمع بسبب النسك أم بسبب السفر ؟ فيـه وجهان مشهوران فى كتب الخراسانيين (أحدهما) بسبب النسك ، فيجوز الجمع لكل أحد هناك ، سواء كان من أهل مكة أو عرفات أو المزدلفة أو غيرهم أو مسافرا ، وبهـذا قطع الصيمرى والمـاوردى فى الحـاوى • (والوجه الثانى) أنه بسبب السفر ، فعلى هذا من كان سفره طويلا جمع ، ومن كان قصيرا كالمكى وغيره ممن هو دون مرحلتين ، ففى جواز الجمع له القولان المشهوران فى الجمع فى السفر القصير (الأصح) الجديد لا يجوز (والقديم) جوازه وبهذا الوجه قطع الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وابن الصباغ وآخرون • واحتج من قال بالجواز بأن النبى صلى الله عليه وسلم « جمع بين الظهر والعصر بنمرة وبين المغرب والعشـاء بالمزدلفة ، ومعه حينئـذ أهل مكة وغيرهم » وأجاب القاضى أبو الطيب وغيره بأن

الأصح أنه لم يثبت أن أهل مكة ومن فى معناهم جمعوا : والله أعلم •

وأما القصر فلا يجوز إلا لمن كان سفره طويلا ، وهو مرحلتان ، وهذا لا خلاف فيه عندنا • قال أصحابنا : فاذا كان الإمام مسافرا استحب له القصر بالناس ، فاذا سلم قال : يا أهل مكة ومن سفره قصير أتموا فانا قوم سفر ، وقد تظاهرت الأحاديث الصحيحة بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قصر الظهر والعصر فى هذا الموضع ، والله أعلم •

قال أصحابنا : فيجوز للإمام المسافر أن يقصر الصلاتين ويجمعهما فى وقت الظهر كما ذكرنا ، ويجوز أن يقصرهما ويجمعهما فى وقت العصر ، ويجوز أن يقصرهما ولا يجمعهما ، بل يصلى كل واحدة فى وقتها ، ويجوز أن يجمعهما ولا يقصرهما بل يتمهما ، ويجوز أن يتم إحداهما ويقصر الأخرى • هذا كله جائز بلا خلاف عندنا كسائر صلوات السفر ، لكن الأفضل والسنة جمعهما فى أول وقت الظهر مقصورتين والله أعلم • قال الشافعى والأصحاب: فلو فات إنسانا من الحجيج الصلاة مع الإمام جاز له الجمع والقصر فى صلاته وحده ، إن كان مسافرا كسائر صلوات السفر ، وسنذكر فيه مذهب أبى حنيفة إن شاء الله تعالى قال أصحابنا : فان كان مكيا ونحوه ممن سفره دون مسافة القصر ، فلا يجوز له القصر ولا الجمع إلا إذا قلنا بالضعيف إنه يجوز الجمع فى السفر القصير • قال أصحابنا : ولو جمع بعض الناس قبل الإمام منفردا أو فى جماعة أخرى ، أو صلى إحدى الصلاتين مع الإمام والأخرى منفردا جمعا وقصرا جاز بشرطه ، وكذلك القول فى الجمع بين المغرب والعشاء بمزدلفة ، ولكن السنة صلاتهما مع الإمام والله أعلم وإذا كان الإمام مسافرا وصلى بهم قصرا وجمعا لزمه نية القصر والجمع ، كما سبق فى باب صلاة المسافر •

وأما المأمومون فيلزمهم نية القصر بلا خلاف عندنا ، وهل يلزمهم نية الجمع ؟ فيه وجهان حكاهما صاحب الحاوى (أصحهما) يلزمهم نية

الجمع ، كما يلزمهم نية الجمع فى غير عرفات • فعلى هذا يوصى بعضهم بعضا بذلك ، ويعلم عالمهم بذلك جاهلهم (والثانى) لا يلزمهم لأن الموضع موضع [1] وللمشقة فى إعلام جميعهم ، ولأن رسول الله صلى الله عليه وسلم جمع هناك من غير أن ينادى بالجمع ، ولا أخبرهم بأن نيته واجبة ، وقد كان فيهم من هو قريب العهد بالإسلام ومن لا يعلم وجوب هذه النيـــة • ومن قال بالأول قال : هذا كله ينتقض بنية القصر ، فقد اتفقنا على وجوبها مع وجود هذه الأمور فيها ، والله أعلم •

(فـــرع) قال الشافعى والأصحاب : إذا دخل الحجاج مكة ونووا أن يقيموا بها أربعا ، لزمهم إتمام الصلاة ، فاذا خرجوا يوم التروية إلى منى ، ونووا الذهاب إلى أوطانهم عند فراغ مناسكهم ، كان لهم القصر من حين خرجوا لأنهم أنشأوا سفرا تقصر فيه الصلاة •

(فـــرع) ويسن له فعل السنن الراتبة للظهر والعصر ، كما يسن لغيره من الجامعين القاصرين ، وقد سبق بيان هذا فى صلاة المسافر وفى صـــلاة التطوع ، فيصلى أولا سنة الظهر التى قبلها ، ثم يصلى الظهر ، ثم العصر ، ثم سنة الظهر التى بعدها ثم سنة العصر • قال الشافعى والأصحاب : ولا يتنفلون بعد الصلاتين بغير السنن الراتبة ، بل يبادرون بتعجيل الوقوف • وحكى ابن كج والرافعى وجها أنه لا بأس بتنفل المـــأموم بعد الصلاتين بغير السنن الرواتب ، بخلاف الإمام فانه لا يتنفل بغير الرواتب قطعا لأنه متبرع ، والمذهب الأول •

(فـــرع) قال الشافعى والأصحاب : لو وافق يوم عرفة يوم الجمعة لم يصـــلوا الجمعة هنـــاك ، لأن من شرطهـــا دار الإقامة ، وأن يصليها مستوطنون ، وقد سبق أن الشافعى والأصحاب قالوا : لو بنى بهـــا قرية

---

(١) كذا بالأصل ولعله : موضع سفر وارتحال (ط) المطيعى

واستوطنها أربعون كاملون صليت بها الجمعة ولم يصل النبى صلى الله عليه وسلم الجمعـــة بعرفات مع أنه ثبت فى الصحيحين من رواية عمر بن الخطاب رضى الله عنه أن يوم عرفة الذى وقف فيه النبى صلى الله عليـــه وسلم كان يوم جمعة • والله أعلم •

(فـــرع) فى مذاهب العلماء فى مسائل تتعلق بالفصل •

(إحداها) ذكرنا أن مذهبنا أنه يستحب فى الحج أربع خطب ، وهى يوم السابع بمكة من ذى الحجة ، ويوم عرفة بمسجد إبراهيم ، ويوم النحر بمنى ، ويوم النفر الأول بمنى أيضا ، وبه قال داود• وقال مالك وأبو حنيفة: خطب الحج ثلاث • يوم السابع والتاسع ، ويوم النفر الثانى ، قالا ولا خطبة فى يوم النحر • وقال أحمد « ليس فى السابع خطبة » وقال زفر خطب الحج ثلاث ، يوم الثامن ، ويوم عرفة ، ويوم النحر • ولقد ذكرنا دليلنـــا فى خطبة السابع ، وخطبة يوم عرفة •

وأما خطبة يوم النحر ففيها أحاديث صحيحة (منها) حديث عبد الله ابن عمرو بن العاص « أن النبى صلى الله عليه وسلم بينما هو يخطب يوم النحر فقام إليه رجل فقال : كنت أحسب يا رسول الله كذا وكذا قبل كذا وكذا • ثم جاء آخر فقال يا رسول الله كنت أحسب أن كذا وكذا قبل كذا لهؤلاء الثلاث ، قال افعل ولا حرج » رواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما ، يعنى بالثلاث الرمى يوم النحر والحلق ونحر الهدى • وعن أبى بكرة قال « خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم النحر فقال : أى يوم هذا ؟ وذكر الحديث فى خطبته صلى الله عليه وسلم يوم النحر بمنى • وبيـــانه تحريم الدماء والأعراض والأموال » رواه البخارى ومسلم •

وعن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب الناس يوم النحر فقال « يا أيها الناس أى يوم هذا ؟ قالوا يوم حرام ، قال فأى بلد

هذا ؟ قالوا بلد حرام ؟ قال فأى شهر هذا ؟ قالوا شـهر حرام ، قال فان دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام ، كحرمة يومكم هذا فى بلدكم هذا فى شهركم هذا ، فأعادها مرارا ثم رفع رأسه فقال : اللهم قد بلغت ، اللهم قد بلغت • وذكر تمام الحديث » رواه البخارى • وعن ابن عمر قال : قال النبى صلى الله عليه وسلم بمنى « أتدرون أى يوم هـذا ؟ قالوا الله ورسوله أعلم ، قال فان هذا يوم حرام ، وذكر الحديث » رواه البخارى • وعن أم الحصين قالت « حججت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حجة الوداع فرأيته حين رمى جمرة العقبة وانصرف وهو على راحلته ومعـه بلال وأسامة أحدهما يقود به راحلته ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قولا كثيرا ثم سمعته يقول « إن أمر عليكم عبد مجدع يقودكم بكتاب الله فاسمعوا له وأطيعوا » رواه مسلم •

وعن الهرماس بن زياد الصحابى ابن الصحابى قال « رأيت النبى صلى الله عليه وسلم يخطب على ناقته العضباء يوم الأضحى بمنى » رواه أبو داود باسناد صحيح على شرط مسلم ، ورواه النسائى والبيهقى أيضا باسناد آخر صحيح ، ولفظه (رأيت النبى صلى الله عليه وسلم وأنا صبى أردفنى أبى ، يخطب الناس بمنى يوم الأضحى على راحلته) وعن أبى أمامة قال (سمعت خطبة رسول الله صلى الله عليه وسلم بمنى يوم النحر) رواه أبو داود باسناد حسن ورواه الترمذى لكن لفظه (سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يخطب فى حجة الوداع) وقال حديث حسن صحيح • وعن رافع ابن عمرو المزنى رضى الله عنه قال (رأيت النبى صلى الله عليه وسلم يخطب الناس بمنى حين ارتفع الضحى على بغلة شهباء ، وعلى رضى الله عنه يعبر عنه ، والناس بين قائم وقاعد) رواه أبو داود باسناد حسن النسائى باسناد صحيح ، وفى المسألة أحاديث كثيرة غير ما ذكرته ، والله أعلم •

وأما خطبة اليوم الثانى من أيام التشريق ففيها حديث عبد الله بن أبى

نجيح عن أبيه عن رجلين من بنى بكر قالا (رأينا رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب أيام التشريق ونحن عند راحلته ، وهى خطبة رسول الله صلى الله عليه وسلم التى خطب بمنى) رواه أبو داود باسناد صحيح • وعن سراء بنت نبهان الصحابية رضى الله عنها ، وهى بضم السين المهملة وتشديد الراء ، وبالإماله قالت (خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الرءوس فقال : أى يوم هذا ؟ قلنا الله ورسوله أعلم ، قال : أليس أوسط أيام التشريق) رواه أبو داود باسناد حسن ولم يضعفه •

وعن ابن عمر قال : أنزلت هذه السورة (إذا جاء نصر الله والفتح) على رسول الله صلى الله عليه وسلم فى وسط أيام التشريق وعرف أنه الوداع ، فأمر براحلته القصوى فرحلت له فركب فوقف بالعقبة واجتمع الناس ، فقال يا أيها الناس ، فذكر الحديث فى خطبته) رواه البيهقى باسناد ضعيف والله أعلم ، ولم ينقل فى الخطبة فى اليوم الثالث من أيام التشريق شىء ، والله أعلم •

(الشرح) مذهبنا أن فى خطبة عرفات يخطب الخطبة الأولى قبل الأذان ثم يشرع الإمام فى الخطبة الثانيه مع شروع المؤذن فى الأذان كما سبق ، قال أبو حنيفة : يؤذن قبل الخطبة كالجمعة ، واحتج أصحابنا بحديث جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم خطب يوم عرفة وقال (إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم إلى آخر خطبتيه ، قال ثم أذن ثم أقام فصلى الظهر ، ثم أقام فصلى العصر ، ولم يصل بينهما شيئا ، ثم ركب رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى أتى الموقف) رواه مسلم بهذه الحروف •

وفى رواية للشافعى والبيهقى عن إبراهيم بن محمد بن يحيى عن جعفر ابن محمد عن أبيه عن جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم (أنه راح إلى الموقف فخطب الناس الخطبة الأولى ثم أذن بلال ، ثم أخذ النبى صلى الله عليه وسلم فى الخطبة الثانية • ففرغ من الخطبة الثانية وبلال من الأذان ،

ثم أقام بلال فصلى الظهر ، ثم أقام فصلى العصر) قال البيهقى : تفرد بهذا إبراهيم بن محمد بن أبى يحيى (قلت) وهو ضعيف لا يحتج به ، إنما ذكرته لأبين حال حديثه هذا ، والمعتمد رواية مسلم • والله تعالى أعلم •

(فرع) مذهبنا ومذهب الجمهور أنه إذا كان الإمام مسافرا فصلى بهم الظهر والعصر يوم عرفة قاصرا قصر خلفه المسافرون سفرا طويلا ولزم المقيمين الإتمام وقال مالك : يجوز للجميع القصر ، واحتج بما نقلوه عن ابن عمر أنه دخل مكة فأتم الصلاة ثم قصر لما خرج إلى منى ، دليلنا ما سبق فى اشتراط مسافة القصر مطلقا ، وأما ابن عمر فكان مسافرا له القصر ، فقصر فى موضع وأتم فى موضع ، وذلك جائز •

واحتج مالك فى الموطأ بما رواه باسناده الصحيح (أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه لما قدم مكة صلى بهم ركعتين ثم انصرف ، فقال يا أهل مكة أتموا صلاتكم فانا قوم سفر ، ثم صلى عمر ركعتين بمنى ، ولم يبلغنى أنه قال لهم شيئا) هذا ما ذكره فى الموطأ ، وهو دليل لنا لا له ، لأنه يحتمل أنه قاله أيضا فى منى ، ولم يبلغ مالكا ويحتمل أنه تركه اكتفاء بقوله فى مكة ، إذ لا فرق بينهما فى حق أهل مكة •

(فرع) مذهبنا أنه يؤذن للظهر ولا يؤذن للعصر إذا جمعهما فى وقت الظهر عند عرفات ، وبه قال أبو حنيفة وأبو ثور وابن المنذر ، ونقل الطحاوى الإجماع على هذا لكن قال مالك : يؤذن لكل منهما ويقيم ، وقال أحمد وإسحاق يقيم لكل منهما ولا يؤذن لواحدة منهما • دليلنا حديث جابر السابق قريبا والله أعلم •

(فرع) أجمعت الأمة على أن للحاج أن يجمع بين الظهر والعصر إذا صلى مع الإمام ، فلو فات بعضهم الصلاة مع الإمام جاز له أن يصليهما منفردا جامعا بينهما عندنا ، وبه قال أحمد وجمهور العلماء ، وقال أبو

حنيفة : لا يجوز ، ووافقنا على أن الإمام لو حضر ولم يحضر معه للصلاة أحد جاز له الجمع ، وعلى أن المـأموم لو فاته الصلاتان بالمزدلفة مع الإمام جاز له أن يصليهما منفردا جامعا ، فاحتج أصحابنا عليه بما وافق عليه ، والله أعلم .

(فـرع) قد ذكرنا أن مذهبنا أنه يسن الاسرار بالقراءة فى صلاتى الظهر والعصر بعرفات ، ونقل ابن المنذر إجماع العلماء عليه ، قال : وممن حفظ ذلك عنه طاوس ومجاهد والزهرى ومالك والشافعى وأحمد وإسحاق وأبو ثور وأبو حنيفة هذا كلام ابن المنذر . ونقل أصحابنا عن أبى حنيفة الجهر كالجمعة ، وقد سبق دليلنا .

(فـرع) قد ذكرنا أن مذهبنا أن السنة أن يصلى الظهر يوم التروية بمنى ، وبه قال جمهور العلماء ، منهم الثورى ومالك وأبو حنيفة وأحمـد وإسحاق وأبو ثور قال ابن المنذر : وقال ابن عباس : إذا زاغت الشمس فليخرج إلى منى ، قال وصلى ابن الزبير الظهر بمكة يوم التروية وتأخرت عائشة يوم التروية حتى ذهب ثلث الليل ، قال : وأجمعوا على أن من ترك المبيت بمنى ليلة عرفة لا شيء عليه ، قال : وأجمعوا على أنه ينزل من منى حيث شاء ، والله أعلم .

قال المصنف رحمـه الله تعـالى

(ثم يروح إلى عرفـة ويقف ، والوقوف ركن من أركان الحج ، لمـا روى عبد الرحمن الديلى أن رسول الله صلى الله عليه وسـلم قال « الحج عرفات ، فمن أدرك عرفة قبل أن يطلع الفجر فقد أدرك الحج » والمستحب أن يغتسل ، لمـا روى نافع أن ابن عمر رضى الله عنهما « كان يغتسل إذا راح إلى عرفة » ولأنه قربة يجتمع لها الخلق فى موضع واحد فشرع لهـا الغسل كصلاة الجمعة والعيد ، ويصح الوقوف فى جميع عرفة ، لمـا روى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « عرفة ، كلها موقف » والأفضل أن يقف عند الصخرات لأن رسول الله صلى الله عليـه وسلم « وقف عند الصخرات وجعل بطن ناقته إلى الصخرات » ويستحب

أن يستقبل القبلة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم استقبل القبلة ، ولأنه إذا لم يكن بد من جهة فجهة القبلة أولى ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « خير المجالس ما استقبل به القبلة » ويستحب الإكثار من الدعاء ، وأفضله لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، لما روى طلحة بن عبد الله أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أفضل الدعاء يوم عرفة ، وأفضل ما قلته أنا والنبيون من قبلى : لا إله إلا الله وحده لا شريك له » .

ويستحب أن يرفع يديه ، لما روى ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ترفع الأيدى عند الموقفين ، يعنى عرفة والمشعر الحرام » وهل الأفضل أن يكون راكبا أم لا ؟ فيه قولان ، قال فى الأم : النازل والراكب سواء . وقال فى القديم والإملاء : الوقوف راكبا أفضل ، وهو الصحيح ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم « وقف راكبا » ولأن الراكب أقوى على الدعاء ، فكان الركوب أولى ، ولهذا كان الإفطار بعرفة أفضل ، لأن المفطر أقوى على الوقوف والدعاء .

وأول وقته إذا زالت الشمس لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم « وقف بعد الزوال » وقد قال صلى الله عليه وسلم « خذوا عنى مناسككم » وآخر وقته إلى أن يطلع الفجر الثانى لحديث عبد الرحمن الديلى ، فان حصل بعرفة فى وقت الوقوف قائما أو قاعدا أو مجتازا فقد أدرك الحج ، لقوله صلى الله عليه وسلم « من صلى هذه الصلاة معنا وقد قام قبل ذلك ليلا أو نهارا ، فقد تم حجه وقضى تفثه » وإن وقف وهو مغمى عليه لم يدرك الحج ، وإن وقف وهو نائم فقد أدرك الحج لأن المغمى عليه ليس من أهل العبادات والنائم من أهل العبادات ، ولهذا لو أغمى عليه فى جميع نهار الصوم لم يصح صومه ، وإن نام فى جميع النهار صح صومه ، وإن وقف وهو لا يعلم أنه عرفة فقد أدرك لأنه وقف بها وهو مكلف ، فأشبه إذا علم أنها عرفة .

والسنة أن يقف بعد الزوال إلى أن تغرب الشمس ، لما روى على كرم الله وجهه قال « وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم بعرفة ثم أفاض حين غابت الشمس » فان دفع منها قبل الغروب ـ نظرت فان رجع إليها قبل طلوع الفجر ـ لم يلزمه شىء لأنه جمع فى الوقوف بين الليل والنهار ، فأشبه إذا قام بها إلى أن غربت الشمس وإن لم يرجع قبل طلوع الفجر أراق دما . وهل يجب ذلك أو يستحب ؟ فيه قولان (أحدهما) يجب ، لما روى

ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من ترك نسكا فعليه دم ، ولانه نسك يختص بمكان فجاز ان يجب بتركه الدم كالإحرام من الميقات (والثانى) انه يستحب لأنه وقف فى احد زمانى الوقوف فلا يلزمه دم للزمان الآخر ، كما لو وقف فى الليل دون النهار) .

(الشرح) حديث عبد الرحمن الديلى صحيح رواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وآخرون بأسانيد صحيحة ، وهـذا لفظ الترمذى « عن عبد الرحمن بن يعمر أن ناسا من أهل نجد أتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بعرفة فسألوه ، فأمر مناديا ينادى : الحج عرفة ، من جاء ليلة جمع قبل طلوع الفجر فقد أدرك الحج » وفى رواية أبى داود « فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا فنادى : الحج الحج يوم عرفة . من جاء ليلة حج فيتم حجه » . وفى رواية البيهقى « عن عبد الرحمن بن يعمر الديلى قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : الحج عرفات ، الحج عرفات ، فمن أدرك ليلة جمع قبل أن يطلع الفجر فقد أدرك » وإسناد هذه الرواية صحيح وهو من رواية سفيان بن عيينة ، قلت عن سـفيان الثورى قال ابن عيينة : ليس عندكم بالكوفة حديث أشرف ولا أحسن من هذا .

وأما حديث ابن عباس فرواه البيهقى بغير هذا اللفظ مرفوعا وموقوفا عليه ، لكن يغنى عنه حديث جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « وقفت ههنا وعرفة كلها موقف » رواه مسلم . وأما قوله إن النبى صلى الله عليه وسلم جعل بطن ناقته إلى الصخرات ، فرواه بهذا اللفظ من رواية جابر . أما قوله إن النبى صلى الله عليه وسلم استقبل القبلة ، فرواه مسـلم من رواية جابر أيضا . وأما حديث « خير المجالس ما استقبل به القبلة » [1] .

وأما حديث « أفضل الدعاء يوم عرفة » فرواه مالك فى الموطأ باسناده

---

(١) بياض بالأصل . رواه أحمد والحاكم ورواه البخارى فى الأدب المفرد بلفظ « خير المجالس أوسعها » .

عن طلحة بن عبيد الله بن كريز ــ بفتح الكاف وآخره زاى ــ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أفضل الدعاء دعاء يوم عرفة ، وأفضل ما قلت أنا والنبيون من قبلى لا إله إلا الله وحده لا شريك له » هكذا رواه مالك فى الموطأ وهو آخر حديث فى كتاب الحج من الموطأ وهو مرسل ، لأن طلحة هــذا تابعى خزاعى كوفى ، وكان ينبغى للمصنف أن يقول : لمــا روى طلحة بن عبيد الله بن كريز ، لئلا يتوهم أنه طلحة بن عبيد الله أحد العشرة المشهود لهم بالجنة رضى الله عنهم •

قال البيهقى : وقد روى عن مالك باسناد آخر موصولا قال : ووصله ضعيف ورواه الترمذى أطول من هذا عن عمرو بن شعيب عن أبيــه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « خير الدعاء دعاء يوم عرفة ، وخير ما قلت أنا والنبيون من قبلى : لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، له الملك وله الحمد وهو على كل شىء قدير » فضعفه الترمذى فى إسناده ، ورواه البيهقى من رواية على بن أبى طالب رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أكثر دعائى ودعاء الأنبياء قبلى : لا إله إلا الله وحــده لا شريك له ، له الملك وله الحمد وهو على كل شىء قدير ، اللهم اجعــل فى قلبى نورا » إلى آخر الحديث ، وضعفه البيهقى [1] من وجهين ــ لأنه من رواية موسى بن عبيدة الربذى عن أخيه عبد الله بن عبيدة عن على قال : تفرد به موسى وهو ضعيف ، وأخوه لم يدرك عليا •

وأما حديث أن النبى صلى الله عليه وسلم « وقف راكبا » فصحيح رواه البخارى ومسلم من رواية أم الفضل بنت الحارث امرأة العبــاس ، ورواه مسلم من رواية جابر أيضا : وأما حديث وقوف النبى صلى الله عليه وسلم بعد الزوال فرواه مسلم من رواية جابر ، ورواه البخارى من رواية ابن عمر • وأما حديث « لتأخذوا عنى مناسككم » فرواه مسلم من رواية

---

(١) الوجه الأول هو تفرد موسى والثانى أن أخاه لم يدرك عليا (ط) .

جابر ، وسبق بيانه مرات فى هذا الباب ، وأن البيهقى رواه باسناد صحيح على شرط البخارى ومسلم ولفظه « خذوا عنى مناسككم » كرواية المصنف •

وأما الحديث الآخر (من صلى هذه الصلاة معنا) فصحيح ، وهو من رواية عروة بن مضرس بن أوس الطائى الصحابى قال (أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمزدلفة حين خرج للصلاة فقلت : يا رسول الله إنى جئت من جبل طيء أكللت راحلتى وأتعبت نفسى ، والله ما تركت من جبل إلا وقفت عليه ، فهل لى من حج ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من شهد صلاتنا هذه فوقف معنا حتى ندفع • وقد وقف بعرفة قبل ذلك ليلا أو نهارا فقد تم حجه وقضى تفثه » رواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وغيرهم بأسانيد صحيحة • قال الترمذى : هو حديث حسن صحيح •

وأما حديث على رضى الله عنه فصحيح رواه الترمذى بلفظه هنا ، وهو بعض حديث طويل • قال وهو حديث حسن صحيح سنذكره بطوله إن شاء الله تعالى فى فصل الدفع من عرفات إلى المزدلفة • وفى معناه حديث جابر (أن النبى صلى الله عليه وسلم نزل بنمرة حتى إذا زاغت الشمس أمر بالقصوى فرحلت له فأتى بطن الوادى ، فخطب الناس ثم أذن ثم أقام فصلى الظهر ثم أقام فصلى العصر ، ثم ركب حتى أتى الموقف فلم يزل واقفا حتى غربت الشمس ، وذهبت الصفرة قليلا حتى غاب القرص) رواه مسلم •

وأما حديث (من ترك نسكا فعليه دم) فرواه مالك والبيهقى وغيرهما بأسانيد صحيحة عن ابن عباس موقوفا عليه لا مرفوعا ، ولفظه عن مالك عن أيوب عن سعيد بن جبير أن ابن عباس قال « من نسى من نسكه شيئا أو تركه فليهرق دما » قال مالك : لا أدرى قال ترك أم نسى ؟ قال البيهقى : وكذا رواه الثورى عن أيوب « من ترك شيئا فليهرق له دما » قال البيهقى :

فكأنه قالهما ، يعنى البيهقى أن (أو) ليست للشك كما أشار إليه مالك ، بل للتقسيم ،و المراد به يريق دما » سواء ترك عمدا أو سهوا ، والله أعلم •

(اما الفاظ الفصل) ففيه عبد الرحمن الديلى الصحابى ــ بكسر الدال وإسكان الياء المثناة تحت ــ وهو من ساكنى الكوفة وأبو يعمر ــ بفتح الميم وضمها ــ وقوله ولأنه قربة يجتمع لها الخلق فى موضع واحد احتراز من التلبية والأذكار ولكنه ينتقض بالمبيت بمنى ليلة التاسع • وقوله لقوله صلى الله عليه وسلم (من صلى هذه الصلاة معنا ، وقد قام قبل ذلك) هكذا هو فى نسخ المهذب ، وقد قام ، وقد وقف ، كما سبق فى الحديث • قوله (قضى تفثه) هو ما يفعله المحرم عند تحلله من إزالة الشعث والوسخ والحلق وقلم الأظفار ونحوها • قوله (ولهذا لو أغمى عليه جميع النهار لم يصح صومه ، ولو نام جميعه صح) هذا هو المذهب فيهما ، وفيهما ما سبق قوله ولأنه نسك يختص بمكان احتراز من التلبية والأذكار ونحوها والله أعلم •

(أما الأحكام) ففيها مسائل (إحداها) إذا فرغوا من صلاتى الظهر والعصر ، فالسنة أن يسيروا فى الحال إلى الموقف ويعجلوا المسير ، وهذا التعجيل مستحب بالاجماع ، لحديث سالم بن عبد الله بن عمر قال (كتب عبد الملك بن مروان إلى الحجاج أن يأتم بعبد الله بن عمر فى الحج ، فلما كان يوم عرفة جاء ابن عمر ، وأنا معه حين زاغت الشمس فصاح عند فسطاطه : أين هذا ؟ فخرج إليه فقال ابن عمر : الرواح ، فقال الآن ؟ قال : نعم • فسار بينى وبين أبى ، فقلت له : إن كنت تريد أن تصيب السنة اليوم فأقصر الخطبة وعجل الوقوف ، فقال ابن عمر صدق » رواه البخارى • وفى صحيح مسلم عن جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم (صلى الظهر والعصر ثم أتى الموقف) •

(الثانية) وقت الوقوف ما بين زوال الشمس يوم عرفة وطلوع

الفجر الثانى يوم النحر ، هذا هو المذهب ، ونص عليه الشافعى ، وقطع به جمهور الأصحاب وحكى جماعة من الخراسانيين وجهـا أنه لا يصح الوقوف فى ليلة النحر ، وحكى الفورانى قولا مثل هذا ، وفيه ما بين زوال الشمس وغروبها •

وحكى الدارمى والرافعى وجها آخر أنه يشترط كون الوقوف بعد الزوال وبعد مضى إمكان صلاة الظهر ، وهذان الوجهان شاذان ضعيفان والصواب ما سبق عن الجمهور ، ودليله الأحاديث الصحيحة السابقة •

قال الشافعى والأصحاب : فمن حصل بعرفات فى لحظة لطيفة من هذا الوقت وهو من أهل الوقوف صح وقوفه ، وأدرك بذلك الحج ، ومن فاته هذا الزمان فقد فاته الحج ، والأفضل أن يقف من حين يفرغ من صلاتى الظهر والعصر المجموعتين إلى أن تغرب الشمس ، ثم يدفع عقب الغروب إلى مزدلفة فلو وقف بعد الزوال ثم أفاض قبل الغروب فحجه صحيح بلا خلاف كما ذكرنا •

ثم إن عاد إلى عرفات وبقى بها حتى غربت الشمس فلا دم ، وإن لم يعد حتى طلع الفجر أراق دما ، وهل هذا الدم واجب ؟ أم مستحب ؟ فيه ثلاثة طرق (أصحها) وبه قطع المصنف والجمهور فيه قولان ذكر المصنف دليلهما (أصحهما) باتفاقهم سنة وهو نصه فى الاملاء (والثانى) واجب وهو نصه فى الأم والقديم (والطريق الثانى) القطع بأنه مستحب (والثالث) إن أفاض مع الإمام فمعذور فيكون الدم مستحبا قطعا ، وإلا فعلى القولين (فان قلنا) يجب فعاد فى الليل إلى عرفات ففى سقوط الدم عنه طريقان (أصحهما) وبه قطع المصنف والعراقيون وطائفة من غيرهم يسقط لما ذكره المصنف •

(والثانى) حكاه الخراسانيون فيه وجهان (أصحهما) هذا (والثانى) لا يسقط أما من لم يحضر عرفات إلا فى ليلة النحر فحصل فيها قبل الفجر ،

وقيل بالمذهب إنه يصح وقوفه فلا دم عليه بلا خلاف ، وإنما الخلاف فيمن وقف نهارا ثم انصرف قبل الغروب ، لأنه مقصر بالإعراض ، وقطع الوقوف والله أعلم •

(الثالثة) الوقوف بعرفات ركن من أركان الحج وهو أشهر أركان الحج للأحاديث الصحيحة السابقة « الحج عرفة » وأجمع المسلمون على كونه ركنا •

قال الشافعي والأصحاب : والمعتبر فيه الحضور فى جزء من عرفات ، ولو فى لحظة لطيفة ، بشرط كونه أهلا للعبادة ، سواء حضرها عمدا أو وقف مع الغفلة والبيع والشراء والتحدث واللهو ، أو فى حالة النوم ، أو اجتاز فيها فى وقت الوقوف وهو لا يعلم أنها عرفات ، ولم يمكث أصلا بل مر مسرعا فى طرق من أطرافها أو كان نائما على بعير فانتهى البعير إلى عرفات ، فمر بها البعير ولم يستيقظ راكبه حتى فارقها أو اجتازها فى طلب غريم هارب بين يديه ، أو بهيمة شاردة أو غير ذلك مما هو فى معناه فيصح وقوفه فى جميع هذه الصور ونحوها ، هذا هو المذهب ، ونص عليه الشافعي وقطع به الجمهور • وفى بعض هذه الصور وجه شاذ ضعيف سنذكره إن شاء الله تعالى (فمنها) وجه أنه لا يكفى المرور المجرد بل يشترط لبث يسير حكاه ابن القطان والدارمى والرافعى ، قال الدارمى : والمنصوص أنه يصح ولا يشترط اللبث •

(ومنها) وجه أنه إذا مر بها ولا يعلم أنها عرفات لا يجزئه ، حكاه ابن القطان والقاضى أبو الطيب والدارمى والمتولى وصاحب البيان وغيرهم عن أبى حفص بن الوكيل من أصحابنا ، وهذا شاذ ضعيف •

(ومنها) وجه أنه لا يصح وقوف النائم حكاه ابن القطان والدارمى والرافعى وهو شاذ ضعيف والمشهور الصحة ، قال المتولى : هذا الخلاف

فى مسألة النائم ومسألة الجاهل بكونها عرفات مبنى على أنه يشترط فى كل ركن من أركان الحج النية أم لا ؟ وفيه وجهان أصحهما لا يشترط كأركان الصلاة والطهارة (والثانى) يشترط لكل ركن نية لأن أركانه ينفصل بعضها عن بعض ، فيكون كل ركن كعبادة منفردة فان شرطناها لم يصح مع النوم ولا مع الجهل بالمكان وإلا فيصح والمذهب ما سبق •

(أما) إذا حضر فى طلب غريم أو دابة بين يديه فقد ذكرنا أنه يجزئه • هكذا قطع الأصحاب ، قال إمام الحرمين : قال الأصحاب : يجزئه قال : وظاهر النص يشير إليه قال : ولم يذكروا فيه الخلاف السابق فيمن صرف الطواف إلى طلب غريم ونحوه ، قال ولعل الفرق أن الطواف قد يقع قربة مستقلة بخلاف الوقوف قال : ولا يمتنع طرد الخلاف •

(أما) إذا وقف وهو مغمى عليه ففى صحة وقوفه وجهان ، حكاهما ابن المرزبان والقاضى أبو الطيب فى تعليقه والدارمى والبغوى والمتولى وصاحب البيان وآخرون (أصحهما) وبه قطع المصنف والأكثرون لا يصح ، ممن قطع به الشيخ أبو حامد والمصنف هنا وفى التنبيه والرافعى فى المجرد وآخرون وصححه ابن الصباغ والمتولى •

قال صاحب البيان : هو المشهور (والثانى) يصح ورجحه البغوى والرافعى فى الشرح ، ولو وقف وهو مجنون فطريقان (المذهب) القطع بأنه لا يصح (والثانى) فيه الوجهان كالمغمى عليه ، وممن ذكر الخلاف فيه ابن القطان وصاحب الشامل وصاحب البيان والرافعى •

ولو وقف وهو سكران ، قال ابن المرزبان والقاضى أبو الطيب والدارمى : فيه الوجهان كالمغمى عليه ، وقال صاحب البيان إن كان سكره بغير معصية ففيه الوجهان كالمغمى عليه ، وإن كان بمعصية فوجهان حكاهما الصيمرى (أصحهما) لا يجزئه تغليظا عليه (والثانى) يجزئه لأنه كالصاحى فى الأحكام والله أعلم •

وإذا قلنا فى المغمى عليه لا يصح وقوفه ، قال المتولى لا يجزئه عن حج الفرض لكن يقع تفلا كحج الصبى الذى لا يميز ، وحكاه أيضا الرافعى عنه وسكت عليه فكأنه ارتضاه والله أعلم •

واتفق أصحابنا على أن الجنون لو تخلل بين الاحرام والوقوف أو بينه وبين الطواف أو بين الطواف والوقوف ، وكان عاقلا فى حال فعل الأركان لا يضر • بل يصح حجه ويقع عن حجة الاسلام • وممن صرح بالمسألة المتولى والله أعلم •

(الرابعة) يصح الوقوف فى أى جزء كان من أرض عرفات باجماع العلماء لحديث جابر السابق أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « عرفة كلها موقف » قال الشافعى والأصحاب وغيرهم من العلماء : وأفضلها موقف رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو عند الصخرات الكبار المفترشة فى أسفل جبل الرحمة • وهو الجبل الذى بوسط أرض عرفات ويقال له إلال بكسر الهمزة على وزن هلال • وذكر الجوهرى فى صحاحه أنه بفتح الهمزة والمشهور كسرها •

وأما حد عرفات فقال الشافعى رحمه الله : هى ما جاوز وادى عرنة • بعين مضمومة ثم راء مفتوحة ثم نون • إلى الجبال القابلة مما يلى بساتين ابن عامر • هذا نص الشافعى وتابعه عليه الأصحاب • ونقل الأزرقى عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : حد عرفات من الجبل المشرف على بطن عرنة إلى جبال عرفات إلى وصيق • بفتح الواو وكسر الصاد المهملة وآخره قاف إلى ملتقى وصيق ووادى عرنة •

قال بعض أصحابنا : لعرفات أربعة حدود (أحدها) ينتهى إلى جادة طريق المشرق (والثانى) إلى حافات الجبل الذى وراء أرض عرفات (والثالث) إلى البساتين التى تلى قرية عرفات • وهذه القرية على يسار

مستقبل الكعبة • إذا وقف بأرض عرفات (والرابع) ينتهى إلى وادى عرنة قال امام الحرمين ويطيف بمنعرجات عرفات جبال وجوهها المقبلة من عرفات • واعلم أنه ليس من عرفات وادى عرنة ولا نمرة ولا المسجد المسمى مسجد إبراهيم ، ويقال له أيضا مسجد عرنة ، بل هذه المواضع خارجة عن عرفات على طرفها الغربى مما يلى مزدلفة ومنى ومكة • هذا الذى ذكرته من كون وادى عرنة ليس من عرفات لا خلاف فيه ، نص عليه الشافعى ، واتفق عليه الأصحاب •

وأما نمرة فليست أيضا من عرفات بل بقربها ، هذا هو الصواب الذى نص عليه الشافعى فى مختصر الحج الأوسط وفى غيره ، وصرح به أبو على البندنيجى والأصحاب ونقله الرافعى عن الأكثرين • قال وقال صاحب الشامل وطائفة هى من عرفات • وهذا الذى نقله غريب ليس بمعروف ولا هو فى الشامل ولا هو صحيح ، بل إنكار للحس ، ولما تطابقت عليه كتب العلماء •

وأما مسجد إبراهيم فقد نص الشافعى على أنه ليس من عرفات ، وأن من وقف به لم يصح وقوفه • هذا نصه ، وبه قطع الماوردى والمتولى وصاحب البيان وجمهور العراقيين • وقال جماعة من الخراسانيين منهم الشيخ أبو محمد الجوينى والقاضى حسين فى تعليقه ، وإمام الحرمين والرافعى : مقدم هذا المسجد من طرف وادى عرنة لا فى عرفات وآخره فى عرفات ، قالوا فمن وقف فى مقدمه لم يصح وقوفه ، ومن وقف فى آخره صح وقوفه ، قالوا : ويتميز ذلك بصخرات كبار فرشت هناك • قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح وجه الجمع بين كلامهم ونص الشافعى أن يكون زيد فى المسجد بعد الشافعى هذا القدر الذى ذكره والله أعلم •

(قلت) قال الأزرقى فى هذا المسجد ذرع سعته من مقدمه إلى مؤخره مائة ذراع وثلاث وستون ذراعا ، قال ومن جانبه الأيمن إلى جانبه الأيسر

من عرفة والطريق مائتا ذراع وثلاث عشرة ذراعا ، قال : وله مائة شرفة وثلاث شرفات ، وله عشرة أبواب ، قال : ومن حد الحرم إلى مسجد عرنة ألف ذراع وستمائة وخمس أذرع • قال : ومن مسجد عرفات[1] هذا إلى موقف النبى صلى الله عليه وسلم ميل والله تعالى أعلم •

واعلم أن عرنة ونمرة بين عرفات والحرم ليستا من واحد منهما (وأما) جبل الرحمة ففى وسط عرفات • فاذا علمت عرفات بحدودها فقال الماوردى : قال الشافعى حيث وقف الناس من عرفات فى جوانبها ونواحيها وجبالها وسهلها وبطاحها وأوديتها وسوقها المعروفة بذى المجاز أجزأه ، قال : فأما إن وقف بغير عرفات من ورائها أو دونها عامدا أو ناسيا أو جاهلا بها فلا يجزئه ، وقال مالك : يجزئه وعليه دم ، والله أعلم •

(فرع) واجب الوقوف وشرطه شيئان (أحدهما) كونه فى أرض عرفات وفى وقت الوقوف الذى سبق بيانه (والثانى) كون الواقف أهلا للعبادة • وأما سننه وآدابه فكثيرة (أحدها) أن يغتسل بنمرة بنية الغسل للوقوف ، فان عجز عن الغسل تيمم (الثانى) أن لا يدخل أرض عرفات إلا بعد صلاتى الظهر والعصر (الثالث) الخطبتان والجمع بين الصلاتين (الرابع) تعجيل الوقوف عقب الصلاتين وقد سبق هذا كله مبسوطا بأدلته (الخامس) أن يكون مفطرا سواء أطاق الصوم أم لا ، وسواء ضعف به أم لا ، لأن الفطر أعون له على الدعاء ، وقد سبقت المسألة مبسوطة فى باب صوم التطوع • وثبت فى الصحيحين أن النبى صلى الله عليه وسلم وقف مفطرا (السادس) أن يكون متطهرا لأنه أكمل فلو وقف وهو محدث أو جنب أو حائض أو نفساء أو عليه نجاسة أو مكشوف العورة صح وقوفه لقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة رضى الله عنها حين حاضت « اصنعى ما يصنع الحاج غير أن لا تطوفى بالبيت » •

---

(١) كذا فى ش و ق ولعله : مسجد عرنة •

قال أصحابنا : ولا تشترط الطهارة فى شىء من أعمال الحج والعمرة إلا الطواف وركعتيه (السابع) السنة أن يقف مستقبل الكعبة (الثامن) أن يطوف حاضر القلب فارغا من الأمور الشاغلة عن الدعاء ، وينبغى أن يقدم قضاء أشغاله قبل الزوال ويتفرغ بظاهره وباطنه عن جميع العلائق وينبغى أن يتجنب فى موقفه طرق القوافل وغيرهم ، لئلا ينزعج بهم ويتهوش عليه حاله ويذهب خشوعه • (التاسع) قال أصحابنا : إن كان يشق عليه الوقوف ماشيا أو كان يضعف به عن الدعاء أو كان ممن يقتدى به ويحتاج الناس إلى ظهوره ليستفتى ويقتدى به ، فالأفضل له وقوفه راكبا ، فقد ثبت فى الصحيحين أن النبى صلى الله عليه وسلم « وقف راكبا » كما سبق بيانه والركوب أفضل من تركه والحالة هذه •

وأما إذا كان لا يضعف بالوقوف ماشيا ولا يشق عليه ولا هو ممن يحتاج إلى ظهوره ، ففى الأفضل فى حقه أقوال للشافعى (أصحها) عند الأصحاب : راكبا أفضل للاقتداء بالنبى صلى الله عليه وسلم ولأنه أعوز له على الدعاء ، وهو المهم فى هذا الموضع • وهذا القول هو المنصوص فى القديم والإملاء كما ذكره المصنف والأصحاب ، وبه قطع المحاملى والماوردى وآخرون وصححه الباقون (والثانى) ترك الركوب أفضل لأنه أشبه بالتواضع والخضوع (والثالث) هما سواء ، وهو نصه فى الأم لتعادل الفضيلتين فيها • والله أعلم • (العاشر) أن يحرص على الوقوف بموقف رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو عند الصخرات كما سبق بيانه •

قال أصحابنا : وإن كان راكبا جعل نظر راحلته إلى الصخرات لحديث جابر السابق فى صحيح مسلم • وإن كان راجلا وقف على الصخرات أو عندها بحسب الإمكان بحيث لا يؤذى ولا يتأذى ، قال أصحابنا : فان

تعذر عليه الوصول إليه للزحمة تقرب منـه بحسب الإمكان فهـذا هو الصواب •

وأما ما اشتهر عند العوام من الاعتناء بالوقوف على جبل الرحمة الذى هو بوسط عرفات كما سبق بيانه ، وترجيحهم له على غيره من أرض عرفات حتى ربما توهم من جهلتهم أنه لا يصح الوقوف إلا فيه ، فخطأ ظـاهر ومخالف للسنة ، ولم يذكر أحد ممن يعتمد فى صعود هذا الجبل فضيلة يختص بها ، بل له حكم سائر أرض عرفات غير موقف رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أبو جعفر محمد بن جرير الطبرى فانه قال : يستحب الوقوف عليه ، وكذا قال المـاوردى فى الحاوى يستحب قصد هذا الجبل الذى يقال له جبل الدعاء ، قال : وهو موقف الأنبياء صلوات الله وسلامه عليهم ، وذكر البندنيجى نحوه • وهذا الذى قالوه لا أصل له ولم يرد فيه حديث صحيح ولا ضعيف فالصواب الاعتناء بموقف رسول الله صلى الله عليـه وسلم ، هو الذى خصه العلماء بالذكر وحثوا عليه وفضلوه ، وحديثـه فى صحيح مسلم وغيره كما سبق • هكذا نص عليـه الشـافعى وجميع أصحابنا وغيرهم من العلماء • وقد قال إمام الحرمين فى وسط عرفات جبل يسمى جبل الرحمة لا نسك فى صعوده وإن كان يعتـاده الناس ، والله أعلم •

(الحادى عشر) السـنة أن يكثر من الدعاء والتهليـل والتلبيـة والاستغفار والتضرع وقراءة القرآن ، فهذه وظيفة هذا اليوم ولا يقصر فى ذلك ، وهو معظم الحج ومطلوبه ، وقد سبق فى الحديث الصـحيح أن النبى صلى الله عليه وسلم قال (الحج عرفة) فينبغى أن لا يقصر فى الاهتمام بذلك واستفراغ الوسع فيه • ويكثر من هذا الذكر والدعاء قائما وقاعدا ويرفع يديه فى الدعاء ولا يجاوز بهمـا رأسه • ولا يتكلف السجع فى الدعاء ، ولا بأس بالدعاء المسجوع إذا كان محفوظا أو قاله بلا تكلف ولا

فكر فيه • بل جرى على لسانه ولم يقصد تكلف ترتيبه وإعرابه وغير ذلك مما يشغل قلبه •

ويستحب أن يخفض صوته بالدعاء ويكره الإفراط فى رفع الصوت لحديث أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه قال « كنا مع النبى صلى الله عليه وسلم فكنا إذا أشرفنا على واد هللنا وكبرنا ، رفعت أصواتنا ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : يا أيها الناس اربعوا على أنفسكم ، فانكم لا تدعون أصم ولا غائبا ، إنه معكم إنه سميع قريب » رواه البخارى ومسلم • اربعوا ــ بفتح الباء الموحدة ــ أى ارفقوا بأنفسكم ويستحب أن يكثر التضرع والخشوع ، والتذلل والخضوع وإظهار الضعف والافتقار، ويلح فى الدعاء ولا يستبطىء الإجابة ، بل يكون قوى الرجاء للإجابة • لحديث أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « يستجاب لأحدكم ما لم يعجل فيقول قد دعوت ولم يستجب لى » رواه البخارى ومسلم •

وعن عبادة بن الصامت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ما على الأرض مسلم يدعو الله تعالى بدعوة إلا آتاه الله إياها أو صرف من السوء مثلها ما لم يدع بإثم أو قطيعة رحم • فقال رجل من القوم : إذن نكثر • قال : الله أكثر » رواه الترمذى وقال حديث حسن صحيح • ورواه الحاكم فى المستدرك من رواية أبى سعيد وزاد فيه « أو يدخر له من الأجر مثلها » ويستحب أن يكرر كل دعاء ثلاثا • ويفتتح دعاءه بالتحميد والتمجيد لله تعالى والتسبيح • والصلاة والسلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم ويختمه بمثل ذلك • وليكن متطهرا متباعدا عن الحرام والشبهة فى طعامه وشرابه ولباسه ومركوبه وغير ذلك مما معه ، فان هذه آداب لجميع الدعوات • وليختم دعاءه بآمين • وليكثر من التسبيح والتهليل والتكبير ونحوها من الأذكار • وأفضله ما قدمناه من رواية الترمذى وغيره عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال :

« أفضل الدعاء يوم عرفة • وأفضل ما قلته أنا والنبيون من قبلى لا إله إلا الله وحده لا شريك له • له الملك وله الحمد • وهو على كل شىء قدير » •

وفى كتاب الترمذى عن على رضى الله عنه قال : « أكثر ما دعا النبى صلى الله عليه وسلم يوم عرفة فى الموقف اللهم لك الحمد كالذى نقول وخير مما نقول • اللهم لك صلاتى ونسكى ومحياى ومماتى • وإليك مآبى ، لك رب قرآنى • اللهم إنى أعوذ بك من عذاب القبر ووسوسة الصدر وشتات الأمر • اللهم إنى أعوذ بك من شر ما تجىء به الريح » وإسناد هذين الحديثين ضعيف • لكن معناهما صحيح ، وأحاديث الفضائل يعمل فيها بالأضعف كما سبق مرات • ويكثر من التلبية رافعا بها صوته من الصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم •

وينبغى أن يأتى بهذه الأذكار كلها • فتارة يهلل وتارة يكبر وتارة يسبح وتارة يقرأ القرآن • وتارة يصلى على النبى صلى الله عليه وسلم وتارة يدعو وتارة يستغفر ويدعو مفردا • وفى جماعة وليدع لنفسه ولوالديه ومشايخه وأقاربه وأصحابه وأصدقائه وأحبائه وسائر من أحسن إليه وسائر المسلمين ، وليحذر كل الحذر من التقصير فى شىء من هذا • فان هذا اليوم لا يمكن تداركه بخلاف غيره •

وينبغى أن يكرر الاستغفار والتلفظ بالتوبة من جميع المخالفات • مع الندم بالقلب • وأن يكثر البكاء مع الذكر والدعاء • فهناك تسكب العبرات • وتستقال العثرات وترتجى الطلبات • وإنه لمجمع عظيم وموقف جسيم • يجتمع فيه خيار عباد الله الصالحين وأوليائه المخلصين والخواص من المقربين • وهو أعظم مجامع الدنيا • وقد قيل إذا وافق يوم عرفة يوم جمعة غفر لكل أهل الموقف •

وثبت فى صحيح مسلم عن عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى

الله عليه وسلم قال : « ما من يوم أكثر أن يعتق الله فيه عبدا من النار من يوم عرفة . وإنه ليدنو ثم يباهى بهم الملائكة . فيقول ما أراد هؤلاء ؟ » وروينا عن طلحة بن عبيد الله أحد العشرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما رؤى الشيطان أصغر ولا أحقر ولا أدبر ولا أغيظ منه فى يوم عرفة . وما ذاك إلا أن الرحمة تنزل فيه فيتجاوز عن الذنوب العظام » وعن سالم بن عبد الله بن عمر رضى الله عنهم « أنه رأى سائلا يسأل الناس يوم عرفة . فقال : يا عاجز . فى هذا اليوم يسأل غير الله تعالى ؟! » .

وعن الفضيل بن عياض رحمه الله أنه نظر إلى بكاء الناس بعرفة فقال « أرأيتم لو أن هؤلاء صاروا إلى رجل فسألوه دانقا ؟ أكان يردهم ؟ قيل : لا . قال : والله للمغفرة عند الله أهون من إجابة رجل لهم بدانق » وبالله التوفيق .

(فرع) ومن الأدعية المختارة : اللهم آتنا فى الدنيا حسنة . وفى الآخرة حسنة وقنا عذاب النار . اللهم إنى ظلمت نفسى ظلما كثيرا كبيرا . وإنه لا يغفر الذنوب إلا أنت . فاغفر لى مغفرة من عندك . وارحمنى رحمة أسعد بها فى الدارين وتب على توبة نصوحا لا أنكثها أبدا وألزمنى سبيل الاستقامة لا أزيغ عنها أبدا . اللهم انقلنى من ذل المعصية إلى عز الطاعة . واكفنى بحلالك عن حرامك . وأغننى بفضلك عمن سواك . ونور قلبى وقبرى . واغفر لى من الشر كله . واجمع لى الخير . اللهم إنى أسألك الهدى والتقى والعفاف والغنى . اللهم يسرنى لليسرى وجنبنى العسرى ، وارزقنى طاعتك ما أبقيتنى ، أستودعك منى ومن أحبابى والمسلمين أدياننا وأماناتنا وخواتيم أعمالنا ، وأقوالنا وأبداننا ، وجميع ما أنعمت به علينا ، وبالله التوفيق .

(فرع) ليحذر كل الحذر من المخاصمة والمشاتمة والمنافرة والكلام

القبيح ، بل ينبغى أن يحترز من الكلام المباح ما أمكنه ، فانه تضييع للوقت المهم فيما لا يعنى مع أنه يخاف انجراره إلى حرام من غيبة ونحوها ، وينبغى أن يحترز غاية الاحتراز عن احتقار من يراه رث الهيئة أو مقصرا فى شىء ، ويحترز من انتهار السائل ونحوه ، فان خاطب ضعيفا تلطف فى مخاطبته ، فان رأى منكرا محققا لزمه إنكاره ، ويتلطف فى ذلك •

(فـرع) ليستكثر من أعمال الخير فى يوم عرفة وسائر أيام عشر ذى الحجة وقد ثبت فى صحيح البخارى عن ابن عباس رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم قال «ما العمل فى أيام أفضل منه فى هذه ، يعنى أيام العشر ، قالوا : ولا الجهاد ؟ قال ولا الجهاد ، إلا رجل خرج يخاطر بنفسه وما له فلم يرجع بشىء » والله تعالى أعلم •

(فـرع) الأفضل للواقف أن لا يستظل ، بل يبرز للشمس إلا للعذر بأن يتضرر أو ينقص دعاؤه أو اجتهاده فى الأذكار • ولم ينقل أن النبى صلى الله عليه وسلم استظل بعرفات مع ثبوت الحديث فى صحيح مسلم وغيره عن أم الحصين أن النبى صلى الله عليه وسلم « ظلل عليه بثوب وهو يرمى الجمرة » وقد قدمنا بيان مذهبنا غير ما فى استظلال المحرم بغير عرفات فى باب الإحرام • والله أعلم •

(فـرع) فى التعريف بغير عرفات ، وهو الاجتمـاع المعروف فى البلدان بعد العصر يوم عرفة ، وفيه خلاف للسلف رويناه فى سنن البيهقى عن أبى عوانة قال : « رأيت الحسن البصرى يوم عرفة بعد العصر جلس فدعا وذكر الله عز وجل فاجتمع الناس » وفى رواية « رأيت الحسن خرج يوم عرفة من المقصورة بعد العصر فعرف • وعن شعبة قال « سألت الحكم وحمادا عن اجتماع الناس يوم عرفة فى المساجد فقالا : هو محدث » وعن منصور عن إبراهيم النخعى هو محدث وعن قتادة عن الحسن قال : قال أول من صنع ذلك ابن عباس ، هذا ما ذكره البيهقى • وقال الأثرم : سألت

أحمد بن حنبل عنه فقال : أرجو أنه لا بأس به ، قد فعله غير واحد ، الحسن وبكر وثابت ومحمد بن واسع كانوا يشهدون المسجد يوم عرفة ، وكرهه جماعات منهم نافع مولى ابن عمر وإبراهيم النخعى والحكم وحماد ومالك ابن أنس وغيرهم ، وصنف الإمام أبو بكر الطرطوشى المالكى الزاهد كتابا فى البدع المنكرة ، جعل منها هذا التعريف ، وبالغ فى إنكاره ، ونقل أقوال العلماء فيه ، ولا شك أن من جعله بدعة لا يلحقه بفاحشات البدع ، بل يخفف أمرها والله أعلم •

(فـرع) من البدع القبيحة ما اعتاده بعض العوام فى هذه الأزمان من إيقاد الشمع بجبل عرفة ليلة التاسع أو غيرها ، ويستصحبون الشمع من بلدانهم لذلك ويعتنون به ، وهذه ضلالة فاحشة جمعوا فيها أنواعا من القبائح (منها) إضاعة المال فى غير وجهه (ومنها) إظهار شعار المجوس فى الاعتناء بالنار (ومنها) اختلاط النساء بالرجال ، والشموع بينهم ، ووجوههم بارزة (ومنها) تقديم دخول عرفات على وقتها المشروع ، ويجب على ولى الأمر ــ وفقه الله ــ وكل مكلف تمكن من إزالة هذه البدع إنكارها ، والله المستعان •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى مسائل تتعلق بالوقوف

(إحداها) قال ابن المنذر : أجمع العلماء على أنه يصح وقوف غير الطاهر من الرجال والنساء كالجنب والحائض وغيرهما ، واختلفوا فى صوم يوم عرفة بعرفة وقد ذكرنا المذاهب فيه فى باب صوم التطوع •

(الثانية) ذكرنا أن الأصح عندنا أنه لا يصح وقوف المغمى عليه ، وحكاه ابن المنذر عن الشافعى وأحمد وإسحاق وأبى ثور قال : وبه أقول ، وقال مالك وأبو حنيفة يصح •

(الثالثة) لو وقف بعرفات ، وهو لا يعلم أنها عرفات فقد ذكرنا أن

مذهبنا صحة وقوفه ، وبه قال مالك وأبو حنيفة ، وحكى ابن المنذر عن بعض العلماء أنه لا يجزئه .

(الرابعة) إذا وقف فى النهار ودفع قبل غروب الشمس ، ولم يعد فى نهاره إلى عرفات ، هل يلزمه الدم ؟ فيه قولان سبقا (الأصح) أنه لا يلزمه ، وقال أبو حنيفة وأحمد يلزمه ، فان قلنا يلزمه فعاد فى الليل سقط عندنا وعند مالك وقال أبو حنيفة وأبو ثور : لا يسقط ، وإذا دفع بالنهار ولم يعد ، أجزأه وقوفه وحجه صحيح ، سواء أوجبنا الدم أم لا ، وبه قال عطاء والثورى وأبو حنيفة وأبو ثور ، وهو الصحيح من مذهب أحمد ، قال ابن المنذر : وبه قال جميع العلماء إلا مالكا . وقال مالك : المعتمد فى الوقوف بعرفة هو الليل ، فان لم يدرك شيئا من الليل فقد فاته الحج ، وهو رواية عن أحمد . واحتج مالك بأن النبى صلى الله عليه وسلم « وقف حتى غربت الشمس ، وقال : لتأخذوا عنى مناسككم » .

واحتج أصحابنا بحديث عروة بن مضرس السابق أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من شهد صلاتنا هذه ــ يعنى الصبح ــ وقد وقف بعرفة قبل ذلك ليلا أو نهارا فقد تم حجه » وهو حديث صحيح (والجواب) عن حديثهم أنه محمول على الاستحباب أو أن الجمع بين الليل والنهار يجب لكن يجبر بدم ، ولابد من الجمع بين الحديثين ، وهذا الذى ذكرناه طريق الجمع والله أعلم .

(الخامسة) وقت الوقوف بين زوال الشمس يوم عرفة وطلوع الفجر ليلة النحر ، وهو مذهب مالك وأبى حنيفة والجمهور . وقال القاضى أبو الطيب والعبدرى : هو قول العلماء كافة إلا أحمد ، فانه قال : وقته ما بين طلوع الفجر يوم عرفة ، وطلوعه يوم النحر ، واحتج بحديث عروة السابق قريبا فى المسألة الرابعة . واحتج أصحابنا بأن النبى صلى الله عليه وسلم وقف بعد الزوال وكذلك الخلفاء الراشدون فمن بعدهم إلى اليوم ،

وما نقل أن أحدا وقف قبل الزوال • قالوا : وحديث عروة محمول على ما بعد الزوال •

(السادسة) لو وقف ببطن عرنة لم يصح وقوفه عنـدنا ، وبه قال جماهير العلماء وحكى ابن المنذر وأصحابنا عن مالك أنه يصح ويلزمه دم • وقال العبدرى : هذا الذى حكاه أصحابنا من مالك لم أره له ، بل مذهبه فى هذه المسألة كمذهب الفقهاء أنه لا يجزئه ، قال : وقد نص أصحابه أنه لا يجوز أن يقف بعرنة •

واحتج أصحابنا بالحديث المشهور عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « عرفة كلها موقف وارتفعوا عن عرنة » وهو حديث ضـعيف رواه ابن ماجه من رواية جابر بن عبد الله عن النبى صلى الله عليه وسلم باسناد ضعيف جدا لأن فيه القاسم بن عبد الله بن عمر بن حفص بن عاصم بن عمر ابن الخطاب • وأجمعوا على تضعيف القاسم هذا • قال أحمد بن حنبل : هو كذاب كان يضع الحديث ، فترك الناس حديثه • وقال يحيى بن معين : هو ضعيف ليس بشىء • وقال أبو حاتم هو متروك • وقال أبو زرعة هو ضعيف لا يساوى شيئا متروك الحديث ، منكر الحديث ، ورواه البيهقى من رواية محمد بن المنكدر عن النبى صلى الله عليه وسلم باسناد صحيح لكنه مرسل • ورواه باسناد صحيح موقوفا على ابن عباس وباسناد ضعيف مرفوعا ورواه الحاكم فى المستدرك مرفوعا بالإسناد الذى ذكره البيهقى وقال هو صحيح على شرط مسلم [1] ، وليس كما قال ، فليس هو على شرط مسلم ولا إسناده صحيح لأنه من رواية محمد بن كثير ، ولم يرو له مسلم ، وقد ضعفه جمهور الأئمة • والله تعالى أعلم •

---

(١) قال الحاكم اخبرنا ابو العباس محمد بن احمد المحبوبى بمرو ثنا احمد بن محمد بن سيار ثنا محمد بن كثير ثنا سفيان بن عيينة عن زياد بن سعد عن ابى الزبير عن أبى معبد عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ارفعوا عن بطن عرنة وارفعوا عن بطن محسر ــ ثم قال ــ هذا باسناد صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه وشاهده على شرط الشيخين صحيح الا أن فيه تنصيرا فى سنده . وساق الشاهد الموقوف على ابن عباس (ط) .

(قلت) فتحصل الدلالة على مالك بثلاثة أشياء (أحدها) الرواية المرسلة ، فان المرسل عنده حجة (والثانى) الموقوف على ابن عباس وهو حجة عنده (والثالث) أن الذى قلنا به من تحديد عرفات مجمع عليه ، والذى يدعيه من دخول عرنة فى الحد لا يقبل إلا بدليل ، وليس لهم دليل صحيح ولا ضعيف فى ذلك ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإذا غربت الشمس دفع إلى المزدلفة ، لحديث على كرم الله وجهه ، ويمشى وعليه السكينة لما روى الفضل بن عباس رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم قال للناس عشية عرفة وغداة جمع حين دفعوا : « عليكم بالسكينة » فاذا وجد فرجة أسرع لما روى أسامة رضى الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسير العنق » فاذا وجد فجوة نص ، ويجمع بين المغرب والعشاء بالمزدلفة على ما بيناه فى كتاب الصلاة ، فان صلى كل واحدة منهما فى وقتها جاز ، لأن الجمع رخصة لأجل السفر فجاز له تركه . ويثبت بها إلى أن يطلع الفجر الثانى ، لما روى جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم « أتى المزدلفة فصلى بها المغرب والعشاء ، واضطجع حتى إذا طلع الفجر صلى الفجر » وفى اى موضع من المزدلفة بات أجزأه ، لما روى ابن عباس رضى الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « المزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن محسر » وهل يجب المبيت بمزدلفة أم لا ؟ فيه قولان (أحدهما) يجب لأنه نسك مقصود فى موضع فكان واجبا كالرمى (والثانى) انه سنة لأنه مبيت فكان سنة كالمبيت بمنى ليلة عرفة ، فان قلنا إنه يجب وجب بتركه الدم وإن قلنا إنه سنة لم يجب بتركه الدم .

ويستحب أن يؤخذ منها حصى جمرة العقبة لما روى الفضل بن العباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال غداة يوم النحر القط لى حصى ، فلقطت له حصيات مثل حصى الخذف » ولأن السنة إذا أتى منى لا يعرج على غير الرمى ، فاستحب أن يأخذ الحصى حتى لا يشتغل عن الرمى ، وإن أخذ الحصى من غيرها جاز لأن الاسم يقع عليه .

ويصلى الصبح بالمزدلفة فى أول الوقت وتقديمها أفضل ، لما روى

عبد الله قال « ما رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى صلاة إلا لميقاتها إلا المغرب والعشاء بجمع ، وصلاة الفجر يومئذ قبل ميقاتها » ولأنه يستحب الدعاء بعدها فاستحب تقديمها ليكثر الدعاء . فاذا صلى وقف على قزح وهو المشعر الحرام ويستقبل القبلة ويدعو الله تعالى ، لما روى جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم ركب القصواء حتى رقى على المشعر الحرام واستقبل القبلة فدعا الله عز وجل وكبر وهلل ووحد ولم يزل واقفا حتى أسفر جدا ثم دفع قبل أن تطلع الشمس » .

والمستحب ان يدفع قبل طلوع الشمس لحديث جابر ، فان أخر الدفع حتى طلعت الشمس كره لما روى المسور بن مخرمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « كانوا يدفعون من المشعر الحرام بعد أن تطلع الشمس على رءوس الجبال كأنها عمائم الرجال فى وجوههم ، وإنا ندفع قبل أن تطلع الشمس ليخالف هدينا هدى أهل الأوثان والشرك » فان قدم الدفع بعد نصف الليل وقبل طلوع الفجر جاز لما روت عائشة رضى الله عنها « أن سودة رضى الله عنها كانت امرأة ثبطة ، فاستأذنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى تعجيل الإفاضة ليلا فى ليلة المزدلفة فاذن لها » والمستحب إذا دفع من المزدلفة أن يمشى وعليه السكينة ، لما ذكرناه من حديث الفضل بن عباس ، وإذا وجد فرجة أسرع كما يفعل فى الدفع من عرفة . والمستحب إذا بلغ وادى محسر ان يسرع إذا كان ماشيا او يحرك دابته إذا كان راكبا بقدر رمية حجر ، لما روى جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم حرك قليلا فى وادى محسر) .

(الشرح) أما حديث على رضى الله عنه فسبق فى فصل الوقوف بعرفات أنه حديث صحيح . ومما فى معناه حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « لم يزل واقفا حتى غربت الشمس وذهبت الصفرة قليلا حتى غاب القرص » رواه مسلم . وحديث الفضل بن العباس رواه مسلم ، وحديث أسامة رواه البخارى ومسلم . وحديث جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم « أتى المزدلفة » إلى آخره رواه مسلم بلفظه وثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم جمع بالمزدلفة تلك الليلة بين المغرب والعشاء من رواية جماعات من الصحابة ، منهم ابن مسعود وابن عمر وابن عباس وأبو أيوب

الأنصارى وأسامة بن زيد وجابر ، وكل رواياتهم فى صحيح البخارى ومسلم إلا جابرا ففى مسلم خاصة •

وأما حديث ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « المزدلفة كلها موقف ، وارتفعوا عن بطن محسر » فرواه البيهقى باسناد فيه ضعف ، وقد ذكرناه قريبا فى المسألة السادسة فى مذاهب العلماء قبل هذا الفصل ، ويغنى عنه حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « نحرت ههنا ومنى كلها منحر ، فانحروا فى رحالكم ، ووقف ههنا وعرفة كلها موقف ، ووقفت ههنا وجمع كلهـا موقف » رواه مسـلم • وجمع هى المزدلفة وسنوضحه إن شاء الله تعالى •

وأما حديث الفضل بن عباس فى لقط الحصيات فصـحيح ، رواه البيهقى باسناد حسن أو صحيح ، وهو على شرط مسلم من رواية عبد الله ابن عباس عن أخيه الفضل بن عباس • ورواه النسائى وابن ماجه باسنادين صحيحين ، إسناد النسائى على شرط مسلم ، لكنهما روياه من رواية ابن عباس مطلقا ، وظاهر روايتهما أنه عبد الله بن عباس لا الفضل ، وكذا ذكره الحافظ أبو القاسم بن عساكر فى الأطراف فى مسند عبد الله بن عباس ، ولم يذكره فى مسند الفضل ، والجميع صحيح كما ذكرناه فيكون ابن عباس وصله فى رواية البيهقى ، وأرسله فى روايتى النسائى وابن ماجه ، وهو مرسل صحابى وهو حجـة لو لم يعرف المرسل عنـه ، فاذا عرف فأولى بالاحتجاج والاعتماد ، وقد عرف هنا أنه عن الفضل بن عباس فالحاصل أن الحديث صحيح من رواية الفضل بن عباس والله أعلم •

وأما حديث عبد الله هو ابن مسعود « ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى صلاة إلا لميقاتها » إلى آخره ، فرواه البخارى ومسلم • وقوله « فى الصبح قبل ميقاتها » أى قبل ميقاتها المعتاد فى باقى الأيام ، وكانت هذه الصلاة عقب طلوع الفجر •

وأما حديث جابر فى الوقوف بالمشعر الحرام فرواه مسلم بلفظه الواقع هنا ، وهو بعض من حديث جابر الطويل • وأما حديث المسور بن مخرمة فرواه البيهقى بمعناه باسناد جيد • وأما حديث عائشة فى قصة سودة فرواه البخارى ومسلم • وأما حديث جابر الذى بعده فى وادى محسر فرواه مسلم ، والله أعلم •

(وأما لغات الفصل والفاظه) فالمزدلفة بكسر اللام • قال الأزهرى : سميت بذلك من التزلف والازدلاف ، وهو التقرب ، لأن الحجاج إذا أفاضوا من عرفات ازدلفوا إليها أى مضوا إليها وتقربوا منها •

وقيل سميت بذلك لمجىء الناس إليها فى زلف من الليل أى ساعات ، وسميت المزدلفة جمعا ــ بفتح الجيم وإسكان الميم ــ سميت بذلك لاجتماع الناس بها • واعلم أن المزدلفة كلها من الحرم • قال الأزرقى فى تاريخ مكة والبندنيجى والماوردى صاحب الحاوى فى كتابه الأحكام السلطانية وغيرهما من أصحابنا وغيرهم : حد المزدلفة ما بين وادى محسر ومأزمى عرفة ، وليس الحدان منها ، ويدخل فى المزدلفة جميع تلك الشعاب القوابل والظواهر ، والجبال الداخلة فى الحد المذكور •

وأما وادى محسر فبضم الميم وفتح الحاء المهملة وكسر السين المهملة المشددة وبالراء ، سمى بذلك لأن قيل أصحاب الفيل حسر فيه ، أى أعيى وكل عن السير ومنه قوله تعالى (ينقلب إليك البصر خاسئا وهو حسير) ووادى محسر موضع فاصل بين منى ومزدلفة ، وليس من واحدة منهما • قال الأزرقى : وادى محسر خمسمائة ذراع وخمس وأربعون ذراعا [1] •

وأما منى فبكسر الميم ، ويجوز فيها الصرف وعدمه والتذكير والتأنيث ، والأجود الصرف • وجزم ابن قتيبة فى آداب الكتاب بأنها

---

(١) يبلغ الذراع واحدا وخمسين سنتيمترا تقريبا ، أى أنه نحو مائتين وسبعين مترا وسبعة أمتار . وقد ذكر أن الذراع يبلغ طوله ما بين الخمسين والسبعين سنتيمترا . وعلى هذا فيكون حوالى ستين سنتيمترا فى المتوسط ، أى نحو ثلاثمائة وعشرين مترا وسبعة أمتار تقريبا .

لا تصرف ، وجزم الجوهرى فى الصحاح بأن منى مذكر مصروف • وقال العلماء : سميت منى لمـا يمن فيها من الدماء ، أى يراق ويصب • هذا هو الصواب الذى جزم به الجمهور من أهل اللغة والتواريخ وغيرهم ونقل الأزرقى وغيره أنها سميت بذلك لأن آدم لمـا أراد مفارقة جبريل صلى الله عليه وسلم قال له : تمن ، قال : أتمنى الجنة • وقيل سميت بذلك من قولهم : منى الله الشىء أى قدره • فسميت منى ، لمـا جعل الله تعالى من الشعائر فيها • قال الجوهرى : قال يونس : يقال امتنى القوم إذا أتوا منى ، وقال ابن الأعرابى يقال أمنى القوم أتوا منى •

واعلم أن منى من الحرم وهى شعب ممدود بين جبلين (أحدهما) ثبير (والآخر) الصانع ، قال الأزرقى وأصحابنا فى كتب المذهب : حد منى ما بين جمرة العقبة ووادى محسر ، وليست الجمرة ولا وادى محسر من منى • قال البندنيجى والأصحاب : ما أقبل على منى من الجبال فهو منها ، وما أدبر فليس منها • قال الأزرقى وغيره : ذرع ما بين جمرة العقبة ومحسر سبعة آلاف ذراع [1] ومائتا ذراع ، قال الأزرقى : وعرض منى من مؤخر المسجد الذى يلى الجبال إلى الجبل بحذائه ألف ذراع وثلاثمائة ذراع [2] ، ومن جمرة العقبة إلى الجمرة الوسطى أربعمائة ذراع وسبع وثمانون ذراعا ونصف ذراع ، ومن الجمرة الوسطى إلى الجمرة التى تلى مسجد الخيف ثلاثمائة ذراع وخمسة أذرع ، ومن الجمرة التى تلى مسجد الخيف إلى أوسط أبواب المسجد ألف ذراع وثلاثمائة ذراع وإحدى وعشرون ذراعا ، والله أعلم •

واعلم أن بين مكة ومنى مسافة فرسخ ، هو ثلاثة أميال [3] • ومن منى

---

(١) أى نحو ثلاثة كيلو ونصف الكيلو أو يزيد قليلا .

(٢) وذلك نحو ستمائة وستين مترا .

(٣) الميل ثلاثة كيلو فتكون المسافة من مكة الى منى نحو تسعة كيلومترات .

إلى مزدلفة فرسخ ، ومن مزدلفة إلى عرفات فرسخ ، وقال إمام الحرمين والرافعى : بين مكة ومنى فرسخان ، والصواب فرسخ فقط • كذا قاله الأزرقى والمحققون فى هذا الفن • والله أعلم •

وأما المشعر الحرم فبفتح الميم • هذا هو الصحيح المشهور • وبه جاء القرآن وهو المعروف فى رواية الحديث • قال صاحب المطالع : ويجوز كسر الميم لكن لم يرد إلا بالفتح • وحكى الجوهرى الكسر • ومعنى الحرام المحرم أى الذى يحرم فيه الصيد وغيره • فانه من الحرم • ويجوز أن يكون معناه ذا الحرمة • واختلف العلماء فى المشعر الحرام • هل هو المزدلفة كلها أم بعضها • وهو قزح خاصة • وسنوضح الخلاف فيه قريبا إن شاء الله تعالى • قال العلماء : سمى مشعرا لما فيه من الشعائر ، وهى معانم الدين وطاعة الله تعالى • قوله (فاذا وجد فرجة) وهى بضم الفاء وفتحها • ويقال فرج بلا هاء ثلاث لغات سبق بيانها فى موقف الإمام والمأموم • وقوله « يسير العنق » بفتح النون وهو ضرب معروف من السير فيه إسراع يسير ، والنص بفتح النون وتشديد الصاد المهملة ، أكثر من العنق •

قوله (لأنه نسك مقصود فى موضعه فكان واجبا كالرمى) احترز عن الرمل والاضطباع فانهما تابعان للطواف ، وكذا صلاة الطواف وتقبيل الحجر ونحوه ولكنه ينتقض بالمبيت بمنى ليلة التاسع ، وبطواف القدوم ، وبالخطب والتلبية قوله صلى الله عليه وسلم « القط لى حصى » هو بضم القاف قوله « ويصلى الصبح فى أول الوقت ويقدمها أفضل تقديم » أى أكثر ما يمكنه من التقديم ، وهو أن يصليها أول طلوع الفجر ، قوله « وقف على قزح » هو بضم القاف وفتح الزاى وهو جبل معروف بالمزدلفة قوله : أن النبى صلى الله عليه وسلم ركب القصواء ، هى بفتح القاف وإسكان الصاد وبالمد ، قال أهل اللغة : يقال شاة قصواء وناقة قصواء إذا قطع من أذنها شىء لا يجاوز الربع ، فان جاوز فهى غضباء ، قال العلماء :

ولم تكن ناقة النبى صلى الله عليه وسلم مقطوعا من أذنها شيء ، قال صاحب المطالع : قال الدارودى إنما قيل لها القصواء لأنها كانت لا تكاد تسبق ، قال الجوهرى يقال شاة قصواء وناقة قصواء ، ولا يقال جمل أقصى ، وإنما يقال مقصو ومقصى ، كما يقال امرأة حسناء ، ولا يقال رجل أحسن ، وكان يقال لهذه الناقة : القصواء والقصى والجدعا قال العلماء : هى اسم لناقة واحدة وقيل : هن ثلاث والله أعلم •

قوله « رقى على المشعر » هو بكسر القاف ، وسبق بيانه قريبا • قوله « حتى أسفر جدا » هو بكسر الجيم ، وهو منصوب بفعل محذوف أى جيد ، ومعناه إسفارا ظاهرا • قوله « امرأة ثبطة » هى بثاء مثلثة مفتوحة ثم باء موحدة ساكنة أى ثقيلة البدن جسيمة ، والله أعلم •

(اما الأحكام) ففيها مسائل (إحداها) وهى مقدمة لما بعدها فى بيان حديث على رضى الله عنه الذى سبق الوعد به ، وهو ما رواه عبد الله بن أبى رافع عن على بن أبى طالب رضى الله عنه قال « وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم بعرفة فقال : هذه عرفة ، وهو الموقف ، وعرفة كلها موقف ، ثم أفاض حين غربت الشمس وأردف أسامة بن زيد وجعل يشير بيده على هينته والناس يضربون يمينا وشمالا لا يلتفت إليهم ويقول : أيها الناس عليكم السكينة ، ثم أتى جمعا فصلى بهم الصلاتين جميعا ، فلما أصبح أتى قزح ووقف عليه وقال : هذا قزح وهو الموقف ، وجمع كلها موقف ، ثم أفاض حتى انتهى إلى وادى محسر فقرع ناقته فخبت حتى جاز الوادى فوقف وأردف الفضل ثم أتى الجمرة فرماها ، ثم أتى المنحر فقال : هذا المنحر ومنى كلها منحر ، واستفتته جارية شابة من خثعم فقالت : إن أبى شيخ كبير وقد أدركته فريضة الله فى الحج أفيجزى أن أحج عنه ، قال : حجى عن أبيك ، ولوى عنق الفضل ، فقال العباس : يا رسول الله لم لويت عنق ابن عمك ؟ قال رأيت شابا وشابة فلم آمن الشيطان عليهما • وأتاه

رجل فقال : يا رسول الله إنى أفضت قبل أن أحلق أو أقصر ، قال احلق ولا حرج • قال : وجاء آخر فقال : يا رسول الله ذبحت قبل أن أرمى ، قال ارم ولا حرج ، قال ثم أتى البيت فطاف به ثم أتى زمزم فقال : يا بنى عبد المطلب لولا أن يغلبكم عليه الناس لنزعت » رواه الترمذى بهذا اللفظ وقال هو حديث حسن صحيح • ورواه أبوداود مختصرا وفى روايته « والناس يضربون يمينا وشمالا لا يلتفت إليهم » •

(الثانية) السنة للإمام إذا غربت الشمس وتحقق غروبها أن يفيض من عرفات ، ويفيض الناس معه ، وأن يؤخر صلاة المغرب بنية الجمع إلى العشاء ، ويكثر كل واحد منهم من ذكر الله تعالى والتلبية لقوله تعالى (فإذا أفضتم من عرفات فاذكروا الله كذكركم آباءكم أو أشد ذكرا) •

(الثالثة) السنة أن يسلك فى ذهابه إلى المزدلفة على طريق المأزمين ، وهو بين العلمين اللذين هما حد الحرم من تلك الناحية ، والمأزم بهمزة بعد الميم وكسر الزاى هو الطريق بين الجبلين ، وقد نص الشافعى فى المختصر والمصنف فى التنبيه وجميع الأصحاب على أنه يسن الذهاب إلى المزدلفة على طريق المأزمين ، لا على طريق ضب • وعجب إهمال المصنف هذه المسألة هنا مع شهرتها • وذكره لها فى التنبيه مع الحاجة إليها • وقد ثبت معناه فى الصحيحين من رواية أسامة بن زيد رضى الله عنهما •

(الرابعة) السنة أن يسير إلى المزدلفة وعليه السكينة والوقار على عادة سيره ، سواء كان راكبا أو ماشيا ، ويحترز عن إيذاء الناس فى المزاحمة ، فان وجد فرجة فالسنة الاسراع فيها لما ذكره المصنف ، ولا بأس بأن يتقدم الناس على الإمام أو يتأخروا عنه ، لكن من أراد الصلاة مع الإمام فينبغى أن يكون قريبا منه •

(الخامسة) السنة أن يؤخروا صلاة المغرب ويجمعوا بينها وبين

العشاء فى المزدلفة فى وقت العشاء • هكذا أطلق استحباب تأخير المغرب والعشاء إلى المزدلفة جمهور الأصحاب لما ذكره المصنف ، وقالت طائفة من أصحابنا : يؤخرهما إلى المزدلفة ما لم يخش فوت وقت الاختيار للعشاء ، وهو ثلث الليل فى أصح القولين ونصفه فى الآخر ، فان خافه لم يؤخر بل يجمع بالناس فى الطريق وممن قال بهذا التفصيل الدارمى وأبوعلى البندنيجى فى كتابه الجامع والقاضى أبوالطيب فى كتابيه التعليق والمجرد وصاحبا الشامل والعدة وصاحب البيان وآخرون ، ونقله أبو الطيب فى تعليقه عن نص الشافعى ، ونقله صاحبا الشامل والبيان عن نصه فى الإملاء ، ولعل إطلاق الأكثرين محمول على ما لم يخش فوت وقت الاختيار ليتفق قولهم مع نص الشافعى ، وهذه الطائفة الكثيرة الكبيرة والله تعالى أعلم •

قال الشافعى والأصحاب : السنة إذا وصلوا مزدلفة أن يصلوا قبل حط رحالهم وينيخ كل إنسان جمله ويعقله ثم يصلون ، لحديث أسامة ابن زيد رضى الله عنهما « أن النبى صلى الله عليه وسلم لما جاء المزدلفة توضأ ثم أقيمت الصلاة فصلى المغرب ثم أناخ كل إنسان بعيره فى منزله ، ثم أقيمت العشاء فصلاها ولم يصل بينهما شيئا » رواه البخارى ومسلم • وفى رواية لمسلم « أن النبى صلى الله عليه وسلم ركب حتى جئنا المزدلفة فأقام المغرب ثم أناخ الناس فى منازلهم ولم يحلوا حتى أقام العشاء الآخرة فصلى ثم حلوا » •

قال الشافعى : ولو ترك الجمع بينهما وصلى كل واحدة فى وقتها أو جمع بينهما فى وقت المغرب أو جمع وحده لا مع الإمام أو صلى إحداهما مع الإمام والأخرى وحده جامعا بينهما ، أو صلاهما فى عرفات أو فى الطريق قبل المزدلفة جاز وفاتته الفضيلة • وإن جمع فى المزدلفة فى وقت العشاء أقام لكل واحدة منهما ولا يؤذن للثانية • وفى الأذان للأولى الأقوال الثلاثة

فيمن جمع فى سائر الأسفار فى وقت الثانية والأصح أن يؤذن ، وقد سبقت المسألة واضحة فى باب الأذان •

واعلم أن هذا الجمع ثابت بالأحاديث الصحيحة وإجماع المسلمين ، وأحاديثه مشهورة فى الصحيحين ، فمن روى فى صحيحى البخارى ومسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « جمع بالمزدلفة تلك الليلة بين المغرب والعشاء » عبد الله بن مسعود وأبو أيوب الأنصارى وابن عمر وأسامة بن زيد • ورواه مسلم أيضا من رواية جابر فى حديثه الطويل والترمذى من رواية على وهو صحيح كما سبق والله أعلم •

(السادسة) إذا وصلوا مزدلفة وحلوا باتوا بها ، وهذا المبيت نسك بالإجماع ، لكن هو واجب أو سنة • فيه قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) واجب (والثانى) سنة ؟ وحكى الرافعى فيه ثلاثة طرق (أصحها) قولان كما ذكرنا (والثانى) القطع بالايجاب (والثالث) بالاستحباب ، فان تركه أراق دما ، فان قلنا المبيت واجب فالدم لتركه واجب وإلا فسنة ، وعلى القولين ليس بركن ، فلو تركه صح حجه • هذا هو الصحيح المشهور الذى نص عليه الشافعى وقطع به جمهور الأصحاب وجماهير العلماء • وقال إمامان من أصحابنا : هو ركن لا يصح الحج إلا به كالوقوف بعرفات ، قاله أبو عبد الرحمن ابن بنت الشافعى وأبوبكر محمد بن إسحاق بن خزيمة ، فأما ابن بنت الشافعى فهو مشهور عنه ، حكاه عنه القاضى أبو الطيب فى تعليقه ، والماوردى وغيرهما ، وحكاه الرافعى عنه وعن ابن خزيمة ، وأشار ابن المنذر إلى ترجيحه والمذهب أنه ليس بركن ، وأنه واجب فيجب الدم بتركه ثم الصحيح المنصوص فى الأم أن هذا المبيت يحصل بالحضور فى مزدلفة فى ساعة من النصف الثانى من الليل ، وبهذا قطع جمهور العراقيين وأكثر الخراسانيين ، وفى قول ضعيف

يحصل أيضا بساعة فى النصف الثانى أو ساعة قبل طلوع الشمس حكاه أبو على البندنيجى عن نصه فى القديم والإملاء •

وحكى إمام الحرمين عن نقل شيخه أبى محمد وصاحب التقريب فى قدر الواجب من المبيت قولين (أظهرهما) معظم الليل (والثانى) الحضور حال طلوع الفجر • وهذا النقل غريب وضعيف ، وقطع صاحب الحاوى بأنه لو دفع من عرفات ولم يحصل بمزدلفة إلا بعد نصف الليل لزمه دم ، قال لأنه لم يحضر فيها إلا أقل الليل ، وهـذا الحكم والدليل ضعيفان ، والمذهب ما سبق • واتفق أصحابنا ونصوص الشافعى على أنه لو دفع من مزدلفة بعد نصف الليل أجزأه ، وحصل المبيت ، ولا دم عليه بلا خلاف ، وهذا مما يرد نقل إمام الحرمين ، فانهم لا يصلون بمزدلفة غالبا إلا قريب ربع الليل أو نحوه ، فاذا دفع عقب نصف الليل لم يكن قد حضر معظـم الليل بمزدلفة وقد اتفقوا على أنه يجزئه ، قال أصحابنا : وسواء كان الدفع بعد نصف الليل لعذر أم لغيره فانه يجزئه المبيت ، واتفقوا على أنه لو دفع قبل نصف الليل بيسير ولم يعد إلى المزدلفة ، فقد ترك المبيت ، فلو دفع قبل نصف الليل وعاد إليها قبل طلوع الفجر أجزأه المبيت ولا شىء عليه بلا خلاف ، والله أعلم •

وهذا الذى ذكرناه من وجوب الدم بترك المبيت من أصله إذا قلنا المبيت واجب هو فيمن تركه بلا عذر • أما من انتهى إلى عرفات ليـلة النحر ، واشـتغل بالوقوف عن المبيت بالمزدلفة فلا شىء عليـه باتفـاق الأصحاب • وممن نقل الاتفاق عليه إمام الحرمين • ولو أفاض من عرفات إلى مكة وطاف الإفاضة بعد نصف ليلة النحر ففاته المبيت بالمزدلفة بسبب الطواف : قال صاحب التقريب والقفال : لا شىء عليه لأنه اشتغل بركن فأشبه المشتغل بالوقوف • وحكى إمام الحرمين هذا ثم قال : وهذا محتمل عندى لأن المنتهى إلى عرفات فى الليل مضطر إلى التخلف عن المبيت • وأما الطواف فيمكن تأخيره فانه لا يفوت • والله أعلم •

(فـرع) يحصل هذا المبيت بالحضور فى أية بقعة كانت من مزدلفة • والعمدة فى دليله أنه يصدق عليه اسم مزدلفة • وأما الحديث الذى احتج به المصنف فلا دلالة فيه لما ذكره • لأنه إنما ورد فى الوقوف بالمشعر الحرام بعد الصبح لا فى المبيت • وقد سبق بيانه • وعجب كيف استدل به المصنف • وقد سبق تحديد المزدلفة فى أول الفصل •

(فـرع) قال الشافعى والأصحاب : ويستحب أن يبقى بالمزدلفة حتى يطلع الفجر للأحاديث الصحيحة المشهورة فى الصحيح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « بات بها حتى طلع الفجر » •

(السابعة) يستحب أن يغتسل بالمزدلفة بعد نصف الليل للوقوف بالمشعر الحرام وللعيد ، ولما فيها من الاجتماع ، فان عجز عن الماء تيمم كما سبق • وهذه الليلة ليلة عظيمة جامعة لأنواع من الفضل (منها) شرف الزمان والمكان • فان المزدلفة من الحرم كما سبق ، وانضم إلى هذا جلالة أهل المجمع الحاضرين بها وهم وفد الله تعالى ومن لا يشقى بهم جليسهم ، فينبغى أن يعنى الحاضر هناك باحيائها بالعبادة من صلاة أو تلاوة وذكر ودعاء وتضرع ، ويتأهب بعد نصف الليل للاغتسال أو الوضوء ، ويحصل حصاة الجمار وتهيئة متاعه •

(الثامنة) قال الشافعى والأصحاب : يستحب أن يأخذ من المزدلفة سبع حصيات لرمى جمرة العقبة يوم النحر ، والاحتياط أن يزيد فربما سقط منها شىء ، وهل يستحب أن يأخذ مع ذلك لرمى أيام التشريق ؟ فيه وجهان (أحدهما) يستحب وهو ظاهر نص الشافعى فى المختصر ، وبه قطع ابن القاص فى المفتاح والقاضى حسين فى تعليقه والبغوى • فعلى هذا يأخذ سبعين حصاة ، سبعا لجمرة العقبة يوم النحر ، وثلاثا وستين لأيام التشريق (والثانى) وهو المشهور لا يأخذ إلا سبع حصيات لجمرة العقبة ، وبهذا قطع المصنف والشيخ أبو حامد والصيمرى والماوردى والقاضى

أبو الطيب فى كتابيه التعليق والمجرد والمحاملى فى كتبه الثلاثة : المجموع والتجريد والمقنع وصاحبا الشامل والبيان والجمهور ، وهو المنصوص فى الأم ، ونقله الشيخ أبو حامد وغيره عن نصه فى الأم . وكذا نقله الرافعى عن الجمهور . قال ونقلوه عن نصه . قال : وجعلوه بيانا لما أطلقه فى المختصر . قال وجمع ما بين الكلامين بعضهم فقال : يستحب الأخذ للجميع ، لكن ليوم النحر أشد استحبابا هذا كلامه . وهذا الوجه القائل بالجمع بين الكلامين غريب ضعيف مخالف لنصه فى الأم ولصريح كلام الأصحاب . وقد صرح الصيمرى والماوردى بأنه لا يأخذ زيادة على سبع حصيات والله أعلم .

(فرع) قال جمهور الأصحاب : يأخذون الحصى من المزدلفة فى الليل لئلا يشتغلوا بالنهار بتحصيله . وخالفهم البغوى فقال : يأخذونه بعد صلاة الصبح . والمذهب الأول .

(فرع) قال الشافعى والأصحاب : يستحب أن يكون أخذ الحصى من المزدلفة قال الماوردى قال قوم يأخذها من المأزمين والصواب الأول قال الشافعى والأصحاب : ومن أى موضع أخذها أجزأه . لكن يكره من أربعة مواضع . المسجد والحل والموضع النجس ومن الجمار التى رماها هو وغيره . لأنه روى عن ابن عباس موقوفا ، وعن أبى سعيد الخدرى موقوفا ومرفوعا ، وعن ابن عمر مرفوعا « أن ما تقبل منها رفع وما لم يقبل ترك . ولولا ذلك لسد ما بين الجبلين » قال البيهقى : المرفوعان ضعيفان . وكره بعض أصحابنا أخذها من جميع منى لانتشار ما رمى فيها ولم يتقبل . قال الشافعى والأصحاب : ولو رمى بكل ما كرهناه أجزأه . ولنا وجه ضعيف شاذ أنه إذا رمى حصاة ثم أخذها ورماها هو فى تلك الجمرة فى ذلك اليوم لا يجزئه . ووافق هذا القائل على أنه لو اختلف الشخص أو الزمان

أو المكان أجزأه الرمى بالمرمى بلا خلاف • وهذا الوجه ضعيف جدا لأنه يسمى رميا • والله أعلم •

(فـرع) اتفق أصحابنا على أنه يستحب أن لا يكسر الحصى بل يلتقطه • ونص عليه الشافعى لأن النبى صلى الله عليه وسلم « أمر بالتقاط الحصيات له » وقد سبق بيان هذا الحديث • وقد ورد نهى فى الكسر ههنا • ولأنه قد يفضى إلى الأذى •

(فـرع) قال الشافعى : ولا أكره غسل حصى الجمار ، بل لم أزل أعمله وأحبه • هذا نصه ، قال أصحابنا : غسله مستحب ، حتى قال البغوى يستحب غسله وإن كان طاهرا •

(فـرع) قال الشافعى والأصحاب : السنة أن يكون الحصى صغارا بقدر حصى الخذف لا أكبر ولا أصغر ، ويكره بأكبر منه وسنوضحه إن شاء الله تعالى حيث ذكره المصنف فى الفصل الذى بعد هذا •

(فـرع) قال الشافعى والأصحاب : السنة تقديم الضعفاء من النساء وغيرهن من مزدلفة قبل طلوع الفجر بعد نصف الليل إلى منى ليرموا جمرة العقبة قبل زحمة الناس لحديث عائشة قالت « استأذنت سودة رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة المزدلفة تدفع قبله وقبل خطمة الناس ، وكانت امرأة ثبطه فأذن لها » رواه البخارى ومسلم ، وسبق بيانه • وعن ابن عباس قال : أنا ممن قدم النبى صلى الله عليه وسلم ليلة المزدلفة فى ضعفة أهله » رواه البخارى ومسلم • وعن ابن عمر أنه كان يقدم ضعفة أهله فيقفون عند المشعر الحرام بالمزدلفة بليل ، فيذكرون الله ما بدا لهم ثم يرجعون قبل أن يقف الإمام وقبل أن يدفع ، فمنهم من يقوم منى لصلاة الفجر ، ومنهم من يقدم بعد ذلك ، فاذا قدموا رموا الجمرة ، وكان ابن عمر يقول « أرخص فى أولئك رسول الله صلى الله عليه وسلم » رواه البخارى ومسلم •

وعن عبد الله مولى أسماء « أنها نزلت ليلة جمع عند المزدلفة ، فقامت تصلى فصلت ساعة ثم قالت : يا بنى هل غاب القمر ؟ قلت : لا ، فصلت ساعة ثم قالت يابنى هل غاب القمر ؟ قلت ، نعم . قالت : فارتحلوا ، فارتحلنا فمضينا حتى رمت الجمرة ثم رجعت فصلت الصبح فى منزلها ، فقلت لها : ما أرانا إلا قد غلسنا قالت يابنى إن رسول الله صلى الله عليه وسلم أذن للظعن » رواه البخارى ومسلم .

وعن أم حبيبة « أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث بها من جمع بليل » رواه مسلم ، وفى المسألة أحاديث صحيحة سوى ما ذكرته والله أعلم . هذا حكم الضعفة فأما غيرهم فيمكثون بمزدلفة حتى يصلوا الصبح بها كما سبق بيانه والله أعلم .

(التاسعة) قال الشافعى والأصحاب : السنة إذا طلع الفجر أن يبادر الإمام والناس بصلاة الصبح فى أول وقتها ، قالوا : والمبالغة فى التبكير بها فى هذا اليوم آكد من باقى الأيام ، اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم للحديث الذى ذكره المصنف ، وليتسع الوقت لوظائف هذا اليوم من المناسك ، فانها كثيرة فى هذا اليوم ، فليس فى أيام الحج أكثر عملا منه والله أعلم .

(العاشرة) السنة أن يرتحلوا بعد صلاة الصبح من موضع مبيتهم متوجهين إلى المشعر الحرام ، وهو قزح ــ بضم القاف وفتح الزاى وبالحاء المهملة ــ وبالمزدلفة ، وهو آخر المزدلفة ، وهو جبل صغير ، فاذا وصله صعده إن أمكنه وإلا وقف عنده وتحته . ويقف مستقبل الكعبة فيدعو ويحمد الله تعالى ويكبره ويهلله ويوحده ، ويكثر من التلبية . استحب أصحابنا أن يقول : اللهم كما وقفتنا فيه وأريتنا إياه فوفقنا لذكرك كما هديتنا . واغفر لنا وارحمنا كما وعدتنا بقولك . وقولك الحق (فاذا أفضتم من عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام . واذكروه كما هداكم . وإن

كنتم من قبله لمن الضالين • ثم أفيضوا من حيث أفاض الناس • واستغفروا الله إن الله غفور رحيم) ويكثر من قوله : اللهم آتنا فى الدنيا حسنة • وفى الآخرة حسنة وقنا عذاب النار • ويدعو بما أحب ويختار الدعوات الجامعة والأمور المهمة ، ويكرر دعواته ، ودليل المسألة مذكور فى الكتاب •

وقد استبدل الناس بالوقوف على قزح الوقوف على بناء مستحدث فى وسط المزدلفة وفى حصول أصل هذه السنة بالوقوف فى ذلك المستحدث وغيره من مزدلفة مما سوى قزح وجهان •

(أحدهما) لا يحصل ؛ لأن النبى صلى الله عليه وسلم وقف على قزح وقد قال صلى الله عليه وسلم « لتأخذوا عنى مناسككم » •

(والثانى) وهو الصحيح بل الصواب أنها تحصل ، وبه جزم القاضى أبو الطيب فى كتابه المجرد والرافعى وغيره ، لحديث جابر رضى الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : نحرت ههنا ومنى كلها منحر فانحروا فى رحالكم ، ووقفت ههنا وعرفة كلها موقف ، ووقفت ههنا وجمع كلها موقف » رواه مسلم وجمع هى المزدلفة ، والمراد وقفت على قزح وجميع المزدلفة موقف • لكن أفضلها قزح كما أن عرفات كلها موقف وأفضلها موقف رسول الله صلى الله عليه وسلم عند الصخرات والله أعلم •

قال الشافعى والأصحاب : والسنة أن يبقوا واقفين على قزح للذكر والدعاء إلى أن يسفر الصبح إسفارا جدا ، لحديث جابر السابق الذى ذكره المصنف ثم بعد الإسفار يدفعون إلى منى • قال الشافعى والأصحاب : ولو تركوا هذا الوقوف من أصله فاتهم الفضيلة ولا إثم عليهم • ولا دم كسائر الهيئات والسنن والله أعلم قال القاضى حسين فى تعليقه : ويكفى من أصل هذا الوقوف بقزح المذكور كما قلنا فى الموقف بعرفات والله أعلم •

(الحادية عشرة) إذا أسفر الفجر فالسنة أن يدفع من المشعر الحرام

متوجها إلى منى ويكون ذلك قبل طلوع الشمس . فان دفع بعد طلوع الشمس فهو مكروه كراهة تنزيه ، كذا جزم به المصنف وشيخه أبو الطيب فى كتابه المجرد وآخرون وقال الماوردى : هو خلاف السنة ولم يقل : إنه مكروه ، وكذا مقتضى عبارة آخرين والله أعلم .

قال أصحابنا : ويدفع إلى منى وعليه السكينة والوقار . قال المصنف وشيخه القاضى أبو الطيب وغيرهما : فاذا وجد فرجة أسرع كما سبق فى الدفع من عرفات . ويكون شعاره فى دفعه التلبية والذكر . وليتجنب الإيذاء فى المزاحمة . فاذا بلغ وادى محسر استحب للراكب تحريك دابته قدر رمية حجر . ويستحب للماشى الإسراع قدر رمية حجر أيضا حتى يقطعا عرض الوادى وقد سبق ضبط وادى محسر وتحديده . قال أصحابنا وغيرهم : وليس وادى محسر من مزدلفة ولا من منى بل هو مسيل ما بينهما ، وهذا الذى ذكرنا من استحباب الاسراع فى وادى محسر متفق عليه ، ولا خلاف فيه إلا وجها شاذا ضعيفا حكاه الرافعى أنه لا يستحب الإسراع للماشى وليس بشىء ودليل المسألة مذكور فى الكتاب .

قال أصحابنا : واستحب الاسراع فيه للاقتداء بالنبى صلى الله عليه وسلم ولأن وادى محسر كان موقف النصارى فاستحبت مخالفتهم واستدلوا بما رواه البيهقى باسناده عن المسور ابن مخرمة أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كان يوضع ويقول :

إليك تعدو قلقا وضينها مخالفا دين النصارى دينها

قال البيهقى : يعنى الإيضاع فى وادى محسر ، ومعنى هذا البيت أن ناقتى تعدو إليك يارب مسرعة فى طاعتك قلقا وضينها ، وهو الحبل الذى كالحزام ، وإنما صار قلقا من كثرة السير والإقبال التام والإجهاد البالغ فى طاعتك ، والمراد صاحب الناقة . وقوله « مخالف دين النصارى دينها » بنصب دين النصارى ورفع دينها ، أى إنى لا أفعل فعل النصارى ولا أعتقد

اعتقادهم . قال القاضي حسين في تعليقه : يستحب للمار بوادي محسر أن يقول هذا الذي قاله عمر رضي الله عنه ، والله تعالى أعلم .

وأما تقييد المصنف والأصحاب مسافة استحباب الإسراع في وادي محسر بقدر رمية حجر ، فيستدل له بما ثبت في موطأ مالك عن نافع أن ابن عمر « كان يحرك راحلته في بطن محسر قدر رمية بحجر » وقد سبق في حديث علي رضي الله عنه في المسألة الأولى من هذه المسائل أن النبي صلى الله عليه وسلم « لما انتهى إلى وادي محسر قرع راحلته فخبت حتى جاوز الوادي » والله أعلم .

(فرع) ثم يخرج من وادي محسر سائرا إلى منى . قال أصحابنا : ويستحب أن يسلك الطريق الوسطى التي تخرج إلى العقبة لحديث جابر « أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بطن محسر فحرك قليلا ، ثم سلك الطريق التي تخرج إلى الجمرة الكبرى » رواه مسلم .

(فرع) قد ذكرنا أن الإسراع في وادي محسر سنة ، وقد تظاهرت الأحاديث على ذلك ، وقد جاء في بعض الأحاديث ما يقتضي خلافها ، فمن الأحاديث المثبتة للإسراع حديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم « دفع من المشعر حتى أتى بطن محسر فحرك قليلا » رواه مسلم . وفي رواية للبيهقي باسناد على شرط البخاري ومسلم « أن النبي صلى الله عليه وسلم أوضع في وادي محسر » .

وعن علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم « أفاض من قزح حتى انتهى إلى وادي محسر ، فقرع ناقته فخبت حتى جاوز الوادي » رواه الترمذي وقال : حديث حسن صحيح ، وعن الفضل بن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم « دفع من المشعر الحرام حتى إذا بلغ محسرا أوضع شيئا » رواه البيهقي . وعن المسور بن مخرمة أن عمر بن الخطاب رضي

الله عنه « كان يوضع ، قال وكان ابن الزبير يوضع أشد الإيضاع أخذه عن عمر » رواه البيهقى وقال : يعنى الإيضاع فى وادى محسر • وروى مالك فى الموطـأ عن نافع « أن ابن عمر كان يحرك راحلته فى بطن محسر قدر رمية بحجر » وهذا صحيح عن ابن عمر ، رواه البيهقى أيضا عن عائشة ثم قال : ورويناه عن ابن مسعود وحسين بن على رضى الله عنهم •

وأما الأحاديث المعارضة فمنها عن ابن عباس قال « إنمـا كان بدو الإيضاع من أهل البادية كانوا يقفون حافتى النـاس قد علقوا القعـاب والعصى ، فاذا أفاضوا يقعقعون فأنفرت بالناس ، فلقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وإن ذفرى [1] ناقته ليمس [2] حاركها وهو يقول : يا أيها الناس عليكم بالسكينة » رواه البيهقى ورواه الحاكم فى المستدرك وقال هو حديث صحيح على شرط [البخارى [3] ولم يخرجاه] •

وعن أسامة أن النبى صلى الله عليه وسـلم « أردفه حين أفاض من عرفة فأفاض بالسكينة وقال : يا أيها الناس عليكم بالسكينة ، وقال : ليس البر بايجاف الخيل والإبل فما رأيت ناقته رافعة يدها حتى أتى منى » رواه الحاكم وقال حديث صحيح على شرط البخارى ومسلم ، فهذان الحديثان ظاهرهما مخالفة ما سبق ، والجواب عنهما من وجهين (أحدهما) أنه ليس فيهما تصريح بترك الاسراع فى وادى محسر فلا يعارضان الصريح باثبـات الاسراع (والثانى) أنه لو صرح فيهما بترك الإسراع كانت رواية الإسراع أولى لوجهين •

(أحدهما) أنها إثبات وهو مقدم على النفى (والثانى) أنهـا أكثر رواة وأصح أسانيد وأشهر فهى أولى ، والله أعلم •

---

(١) رواية المستدرك (وان ذفرى ظفرى ناقته) •

(٢) فى المستدرك ليمس الأرض حاركها (ط) •

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من ش و ق (ط) •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى الجمع بين المغرب والعشاء بالمزدلفة

أجمع العلماء على جواز الجمع بينهمـا بمزدلفة فى وقت العشـاء للمسافر ، فلو جمع بينهما فى وقت المغرب أو فى غير المزدلفة جاز ــ هذا مذهبنا ــ وبه قال عطاء وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد وسعيد بن جبير ومالك وأحمد وإسحاق وأبو يوسف وأبو ثور وابن المنذر .

وقال سفيان الثورى وأبو حنيفة ومحمد وداود وبعض أصـحاب مالك : لا يجوز أن يصليهما قبل المزدلفة ولا قبل وقت العشاء ، والخلاف مبنى على أن جمعهم بالنسك أم بالسفر ؟ فعندنا بالسفر ، وعند أبى حنيفة بالنسك .

(فـرع) فى مذاهبهم فى الأذان إذا جمع بين المغرب والعشـاء فى المزدلفة .

قد ذكرنا أن الأصح فى مذهبنا أنه يؤذن للأولى ويقيم لكل واحدة ، وبه قال أحمد فى رواية ، وأبو ثور وعبد الملك بن المـاجشون المـالكى والطحاوى الحنفى وقال مالك : يصليهما بأذانين وإقامتين ، وهو مذهب ابن مسعود . قال ابن المنذر وروى هذا عن عمر ، وقال عبد الله بن عمر وابنه سالم والقاسم بن محمد وإسحاق وأحمد فى رواية يصليهما باقامتين وقال ابن عمر فى رواية صحيحة عنه وسفيان الثورى: يصليهما باقامة واحدة، والله أعلم .

دليلنا حديث جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم « جمع بينهما بأذان وإقامتين » رواه مسلم ، وسبقت المسألة بأدلتها مستوفاة فى باب الأذان .

(فـرع) فى مذاهبهم فى المبيت بمزدلفة ليلة النحر .

قد ذكرنا أن المشهور من مذهبنـا أنه ليس بركن ، فلو تركه صـح

حجه • قال القاضى أبو الطيب وأصحابنا : وبهذا قال جماهير العلماء من السلف والخلف ، وقال خمسة من أئمة التابعين : هو ركن لا يصح الحج إلا به كالوقوف بعرفات ، هذا قول علقمة والأسود والشعبى والنخعى والحسن البصرى ، وبه قال من أصحابنا ابن بنت الشافعى وأبو بكر ابن خزيمة • واحتج لهم بقوله تعالى (فاذكروا الله عند المشعر الحرام) وبالحديث المروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « من فاته المبيت بالمزدلفة فقد فاته الحج » •

واحتج أصحابنا بحديث عروة بن مضرس السابق فى فضل الوقوف بعرفات وهو حديث صحيح كما سبق ، وأجابوا عن الآية بأن المأمور به فيها إنما هو الذكر وليس هو بركن بالاجماع • وأما الحديث فالجواب عنه من وجهين (أحدهما) أنه ليس بثابت ولا معروف (والثانى) أنه لو صح لحمل على فوات كمال الحج لا فوات أصله •

(فرع) قد ذكرنا أن السنة عندنا أن يبقى بمزدلفة حتى يطلع الفجر إلا الضعفة ، فيستحب لهم الدفع قبل الفجر ، فان دفع غير الضعفة قبل الفجر بعد نصف الليل جاز ولا دم • هذا مذهبنا وبه قال مالك وأحمد • وقال أبو حنيفة : لا يجوز الدفع قبل طلوع الفجر فان دفع قبل الفجر لزمه دم واحتج أصحابنا عليه بالأحاديث الصحيحة السابقة فى دفع النساء والضعفة (فان قيل) إنما أرخص فى الدفع قبل الفجر للضعفة (قلنا) لو كان حراما لما اختلف بالضعفة وغيرهم •

(فرع) قد ذكرنا أن مذهبنا أنه يستحب أن يقف بعد صلاة الصبح على قزح ولا يزال واقفا به يدعو ويذكر حتى يسفر الصبح جدا ، وبه قال ابن مسعود وابن عمر وأبو حنيفة وجماهير العلماء • قال ابن المنذر : وهو قول عامة العلماء غير مالك ، فانه كان يرى أن يدفع منه قبل الإسفار • دليلنا حديث جابر السابق الذى ذكره المصنف ، وهو صحيح •

(فـرع) قد ذكرنا أن مذهبنا استحباب الاسراع فى وادى محسر ، وذكرنا الأحاديث الصحيحة فيه ، وقد نقله ابن المنذر عن ابن مسعود وابن عمر وابن عباس وابن الزبير ، قال : وتبعهم عليه أهل العلم ، وقد قدمنا عن ابن عباس خلاف هذا ، والله أعلم .

(فـرع) المشعر الحرام المذكور فى القرآن الذى يؤمر بالوقوف عليه هو قزح ، جبل معروف بالمزدلفة . هذا مذهبنا . وقال جمهور المفسرين وأصحاب الحديث والسير : المشعر الحرام جميع المزدلفة ، ومما يستدل به لأصحابنا ما ثبت فى صحيح البخارى فى باب من قدم ضعفة أهله بليل عن سالم بن عبد الله قال « كان عبد الله بن عمر يقدم ضعفة أهله ، فيقفون عند المشعر الحرام بالمزدلفة ، فيذكرون الله » .

(فـرع) قد ذكرنا أن مذهبنا أنه يستحب غسل حصى الجمار ، ويستحب التقاطها ، ويستحب أن لا يكسرها ، قال الماوردى : واختار قوم كسرها واختار قوم أن لا تغسل بل كرهوا غسلها ، قال ابن المنذر : لا يعلم فى شىء من الأحاديث أن النبى صلى الله عليه وسلم غسلها وأمر بغسلها ، قال : ولا معنى لغسلها ، قال : وكان عطاء والثورى ومالك وكثير من أهل العلم لا يرون غسلها ، قال : وروينا عن طاوس أنه كان يغسلها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإذا أتى منى بدأ برمى جمرة العقبة ، وهو من واجبات الحج ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم رمى وقال « خذوا عنى مناسككم » والمستحب أن لا يرمى إلا بعد طلوع الشمس ، لما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم « بعث بضعفة اهله فأمرهم أن لا يرموا الجمرة حتى تطلع الشمس » وإن رمى بعد نصف الليل وقبل طلوع الفجر أجزأه ، لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم « أرسل أم سلمة رضى الله عنها يوم النحر فرمت قبل الفجر ثم افاضت ،

وكان ذلك اليوم الذى يكون رسول الله صلى الله عليه وسلم عندها» والمستحب أن يرمى من بطن الوادى ، وأن يكون راكبا وأن يكبر مع كل حصاة لما روت أم سلمة رضى الله عنها قالت « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يرمى الجمرة من بطن الوادى وهو راكب وهو يكبر مع كل حصاة » والمستحب أن يرفع يده حتى يرى بياض إبطه ، لأن ذلك أعون على الرمى ويقطع التلبية مع أول حصاة ، لما روى الفضل بن العباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم جعل يلبى حتى رمى جمرة العقبة » ولأن التلبية للإحرام ، فاذا رمى فقد شرع فى التحلل فلا معنى للتلبية ، ولا يجوز الرمى إلا بالحجر ، فان رمى بغيره من مدر أو خزف لم يجزه لأنه لا يقع عليه اسم الحجر .

والمستحب أن يرمى بمثل حصى الخذف ، وهو بقدر الباقلا ، لما روى الفضل بن العباس أن النبى صلى الله عليه وسلم « قال عشية عرفة وغداة جمع للناس حين دفعوا : عليكم بمثل حصى الخذف » فان رمى بحجر كبير أجزاه لأنه يقع عليه اسم الحجر ، ولا يرمى بحجر قد رمى به ، لأن ما قبل منها يرفع ومالا يقبل منها يترك والدليل عليه ما روى أبو سعيد قال « قلنا يا رسول الله إن هذه الجمار ترمى كل عام فنحسب أنها تنقص . قال : أما إنه ما يقبل منها يرفع ، ولولا ذلك لرأيتها مثل الجبال » فان رمى بما رمى به أجزاه لأنه يقع عليه الاسم ، ويجب أن يرمى فان أخذ الحصاة وتركها فى المرمى لم يجزه لأنه لم يرم ، ويجب أن يرميها واحدة واحدة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم « رمى واحدة واحدة وقال : خذوا عنى مناسككم » ويجب أن يقصد بالرمى إلى المرمى ، فان رمى حصاة فى الهواء فوقعت فى المرمى لم يجزه لأنه لم يقصد الرمى إلى المرمى ، وإن رمى حصاة فوقعت على أخرى ووقعت الثانية فى المرمى لم يجزه لأنه لم يقصد رمى الثانية . وإن رمى حصاة فوقعت على محمل أو أرض فازدلفت ووقعت على المرمى أجزأه ، لأنه حصل فى المرمى بفعله ، وإن رمى فوق المرمى فتدحرج لتصويب المكان الذى أصابه فوقع فى المرمى ففيه وجهان (أحدهما) أنه يجزئه ، لأنه لم يوجد فى حصوله فى المرمى فعل غيره (والثانى) لا يجزئه ، لأنه لم يقع فى المرمى بفعله ، وإنما أعان عليه تصويب المكان ، فصار كما لو وقع فى ثوب رجل فنفضه حتى وقع فى المرمى) .

(**الشرح**) أما حديث ابن عباس فصحيح ، رواه بلفظه أبو داود والترمذى والنسائى وغيرهم بأسانيد صحيحة ، قال الترمذى : حديث حسن صحيح .

(وأما) حديث عائشة فى إرسال أم سلمة فصحيح ، رواه أبو داود بلفظه باسناد صحيح على شرط مسلم (وأما) قوله : لما روت أم سلمة قالت « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يرمى جمرة العقبة من بطن الوادى » إلى آخره ، فرواه أبوداود وابن ماجه والبيهقى وغيرهم بأسانيدهم عن سليمان بن عمرو بن الأحوص عن أمه قالت « رأيت النبى صلى الله عليه وسلم يرمى الجمرة من بطن الوادى وهو راكب يكبر مع كل حصاة » هكذا رواه أبو داود وابن ماجه والبيهقى وجميع أصحاب كتب الحديث عن سليمان بن عمرو عن أمه ، ويقال لها أم جندب الأزدية ، ووقع فى نسخ المهذب أم سلمة ، وفى بعضها أم سليم وكلاهما غير صحيح وتصحيف ظاهر .

(والصواب) أم سليمان ــ بالنون ــ أو أم جندب ، وهذا لا خلاف فيه ، وقد أوضحته بأكثر من هذا فى تهذيب الأسماء واللغات[1] . وإسناد حديثها هذا ضعيف ، لأن مداره على يزيد بن أبى زياد وهو ضعيف ، لكن يغنى عنه حديث جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم « أتى الجمرة يعنى يوم النحر ، فرماها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة منها مثل حصى الخذف ، وهى من بطن الوادى ثم انصرف » رواه مسلم بهذا اللفظ ، والله أعلم .

---

(١) قال النووى فى الأسماء واللغات (قوله فى المهذب فى رمى جمرة العقبة لما روت أم سليم قالت : رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يرمى الجمرة من بطن الوادى . هكذا وقع فى النسخ أم سليم آخره ميم وهو خطأ بلا شك فيه وصوابه أم سليمان بعد الميم ألف ثم نون وهذا متفق عليه عند أهل الحديث والأسماء والتواريخ والأنساب ، وحديثها هذا فى سنن أبى داود وابن ماجه والبيهقى وغيرهم وجميع كتب الحديث يقولون : عن سليمان بن عمرو الاحوص عن =

(وأما) الحديث الأول عن الفضل بن عباس فرواه البخارى ومسلم (وأما) الحديث الثانى عن الفضل أن النبى صلى الله عليه وسلم قال للناس عشية عرفة وغداة جمع حين دفعوا « عليكم بمثل حصى الخذف » • فرواه مسلم ، وفى رواية مسلم « عليكم بحصى الحذف » وفى المهذب : « بمثل حصى الخذف » • (وأما) حديث أبى سعيد فى رفع الجمار • فرواه الدارقطنى والبيهقى باسناد ضعيف من رواية يزيد بن سنان الرهاوى وهو ضعيف عند أهل الحديث ظاهر الضعف ، قال البيهقى : وروى من وجه آخر ضعيف أيضا عن ابن عمر موقوفا وإنما هو مشهور عن ابن عباس موقوفا عليه • (وأما) حديث أن النبى صلى الله عليه وسلم « رمى واحدة واحدة » فصحيح ثبت فى صحيح مسلم فى حديث جابر الذى ذكرته قبل حديث الفضل ، وقوله فيه « يكبر مع كل حصاة » صريح بأنه رمى واحدة واحدة • (وأما) حديث « خذوا عنى مناسككم » فصحيح رواه مسلم وأبو داود والبيهقى وغيرهم من رواية جابر ، وقد سبق إيضاحه فى مواضع كثيرة من هذا الباب أولها فضل الطواف ، والله أعلم •

(وأما لغات الفصل وألفاظه) فمنها منى ، وسبق بيان ضبطها واشتقاقها فى فصل المزدلفة ، وسبق هناك ذكر حدها (قوله) بضعفة أهله هو ــ بفتح الضاد والعين ــ جمع ضعيف ، والمراد النساء والصبيان ونحوهم (قوله) يرى بياض إبطه هو ــ بضم أول يرى والإبط ــ ساكنة الباء ويؤنث ويذكر لغتان والتذكير أفصح ــ وفى الباقلا لغتان سبقتا المد والقصر ، والمحمل ــ بفتح الميم الأولى وكسر الثانية (وقوله) التصويت المكان أى لكونه فى حدور ونزول •

(أما الأحكام) ففى الفصل مسائل :

=

أمه قالت : رأيت النبى صلى الله عليه وسلم يرمى الجمرة الى آخره وهى ام جندب الازدية صحابية معروفة . ا هـ .

(إحداها) قد ذكرنا أنه إذا خرج من وادى محسر يسلك إلى منى الطريق الوسطى وشعاره الذكر والتلبية وعليه السكينة والوقار ، فاذا وجد فرجة أسرع فاذا وصل منى بدأ بجمرة العقبة ، وتسمى الجمرة الكبرى ، ولا يعرج على شيء قبلها ، وهى تحية منى ، فلا يبدأ قبلها بشيء ، بل يرميها قبل نزوله ، وحط رحله وهى على يمين مستقبل الكعبة إذا وقف فى الجادة ، والمرمى مرتفع قليل فى سفح الجبل •

واعلم أن الأعمال المشروعة للحاج يوم النحر بعد وصوله منى أربعة ، وهى رمى جمرة العقبة ، ثم ذبح الهدى ، ثم الحلق ، ثم طواف الإفاضة ، وترتيب هذه الأربعة هكذا سنة ، وليس بواجب ، فلو طاف قبل أن يرمى أو ذبح فى وقت الذبح قبل أن يرمى جاز ، ولا فدية عليه ، لكن فاته الأفضل ، ولو حلق قبل الرمى والطواف ، فان قلنا : الرمى استباحة محظور لزمه الفدية على المذهب ، وإن قلنا : إنه نسك لم يلزمه الدم على الصحيح ، وفيه وجه شاذ أنه يلزمه ، حكاه الدارمى والرافعى ، وسأعيد المسألة واضحة إن شاء الله تعالى فى فصل الحلق ، والله أعلم •

والسنة أن يرمى بعد ارتفاع الشمس قدر رمح كما سنذكره ، ثم يذبح ثم يحلق ثم يذهب إلى مكة لطواف الإفاضة ، فيقع الطواف ضحوة ، ويدخل وقت الرمى والطواف بنصف ليلة النحر ، بشرط تقدم الوقوف بعرفات ، وقال ابن المنذر : لا يجزىء الرمى قبل طلوع الفجر بحال ، والمذهب الأول •

قال أصحابنا : ويدخل أيضا وقت الحلق بنصف الليلة ، إن قلنا : نسك ولا آخر لوقت الطواف والحلق بل يمتد وقتهما ما دام حيا • وإن مضى سنون متطاولة وكذلك السعى • ففى آخر وقته وجهان سنذكرهما قريبا إن شاء الله تعالى •

(المسألة الثانية) رمى جمرة العقبة واجب بلا خلاف ، لما ذكره

المصنف ، وليس هو بركن • فلو تركه حتى فات وقته صح حجه ولزمه الدم ، وأما وقت الرمى فقال الشافعى والأصحاب : السنة أن يصلوا منى بعد طلوع الشمس • ويرموا بعد ارتفاعها قدر رمح • فان قدموا الرمى على هذا جاز بشرط أن يكون بعد نصف ليلة النحر وبعد الوقوف • ولو أخروه عنه جاز • ويكون أداء إلى آخر نهار يوم النحر بلا خلاف • وهل يمتد إلى طلوع فجر تلك الليلة ؟ فيه وجهان مشهوران ، وممن حكاهما صاحب التقريب والشيخ أبو محمد الجوينى وولده إمام الحرمين وآخرون (أصحهما) لا يمتد (والثانى) يمتد •

(الثالثة) الصحيح المختار فى كيفية وقوفه لرمى جمرة العقبة أن يقف تحتها فى بطن الوادى ، فيجعل مكة عن يساره ومنى عن يمينه ويستقبل العقبة ثم يرمى وبهذا جزم الدارمى ، وفيه وجه آخر أنه يقف مستقبل الجمرة مستدبر الكعبة ومكة ، وبهذا جزم الشيخ أبو حامد فى تعليقه ، والبندنيجى وصاحب البيان والرافعى وآخرون وفيه وجه ثالث أنه يقف مستقبل الكعبة وتكون الجمرة عن يمينه ، والمذهب الأول ، لحديث عبد الرحمن بن يزيد أن عبد الله بن مسعود « انتهى إلى الجمرة الكبرى فجعل البيت عن يساره ومنى عن يمينه ورمى بسبع حصيات ثم قال : هذا مقام الذى أنزلت عليه سورة البقرة » رواه البخارى ومسلم ، و فى رواية للبخارى قال عبد الرحمن بن يزيد « رمى عبد الله فى بطن الوادى فقلت يا أبا عبد الرحمن إن ناسا يرمونها من فوقها فقال : والذى لا إله غيره هذا مقام الذى أنزلت عليه سورة البقرة » وفى رواية للبخارى عن عبد الرحمن أنه كان مع ابن مسعود حين رمى جمرة العقبة ، فاستبطن الوادى حتى إذا حاذى الشجرة اعترضها فرماها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ثم قال : من ههنا ــ والذى لا إله غيره ــ قام الذى أنزلت عليه سورة البقرة » قلت إنما خص سورة البقرة بالذكر لأن معظم المناسك فيها • والله تعالى أعلم •

(الرابعة) السنة أن يرمى جمرة العقبة يوم النحر راكبا ، إن كان قدم منى راكبا ، للحديث الصحيح السابق .

(الخامسة) السنة أن يكبر مع كل حصاة للحديث السابق ويقطع التلبية عند أول حصاة ، لما ذكره المصنف . وقال القفال : إذا رحلوا من مزدلفة خلطوا التلبية بالتكبير فى مسيرهم ، فاذا افتتحوا الرمى محضوا التكبير قال إمام الحرمين : ولم أر هذا لغير القفال . قال بعض أصحابنا : يستحب فى هذا التكبير مع الرمى أن يقول : الله أكبر الله أكبر الله أكبر كبيرا ، والحمد لله كثيرا ، وسبحان الله بكرة وأصيلا ، لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، مخلصين له الدين ولو كره الكافرون ، لا إله إلا الله وحده ، صدق وعده ونصر عبده ، وهزم الأحزاب وحده لا إله إلا الله والله أكبر . وهذا الذى ذكره هذا القائل غريب فى كتب الحديث والفقه ، وإنما فى الأحاديث الصحيحة وكتب الفقه ، يكبر مع كل حصاة ، وهذا مقتضاه مطلق التكبير . والذى ذكره هذا القائل طويل لا يحسن التفريق بين الحصيات به .

وقال الماوردى : قال الشافعى : يكبر مع كل حصاة فيقول : الله أكبر ، الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله والله أكبر ، الله أكبر ولله الحمد ، والله أعلم .

قال أصحابنا : ولو قدم الحلق والطواف على الرمى قطع التلبية بشروعه فى أول الطواف ، وكذا فى أول الحلق إذا بدأ به ، وقلنا : هو نسك ، لأنهما من أسباب التحلل . قال أصحابنا : وكذا المعتمر يقطع التلبية بشروعه فى الطواف ، لأنه من أسباب تحللها . والله أعلم .

(السادسة) يستحب أن يرفع يده فى الرمى حتى يرى بياض إبطه ، ويسن أن يكون الرمى بيده اليمنى ، فلو رمى باليسرى أجزأه لحصول

الرمى ، ودليل استحباب اليمنى ما قدمناه من الأحاديث وغيرها فى باب صفة الوضوء فى استحباب التيمن فى الطهور والتنعل واللباس ونحوها • والله أعلم •

(السابعة) شرط المرمى به أن يكون حجرا • قال الشافعى والأصحاب: فيجوز الرمى بالمرمر والبرام والكذان[1] والرخام والصوان • نص عليه فى الأم وسائر أنواع الحجر • ويجزىء حجر النورة قبل أن يطبخ ويصير نورة • وأما حجر الحديد فالمذهب القطع بإجزائه لأنه حجر فى الحال إلا أن فيه حديدا كامنا يستخرج بالعلاج • وتردد فيه الشيخ أبو محمد الجوينى •

وفيما يتخذ منه الفصوص كالفيروزج والياقوت والعقيق والزمرد والزبرجد والبللور ونحوها وجهان (أصحهما) الإجزاء لأنها أحجار • وبهذا قطع البندنيجى والقاضى حسين والمتولى والبغوى • وأما ما ليس بحجر كالماء والنورة والزرنيخ والإثمد والمدر والجص والآجر والخزف والجواهر المنطبعة كالذهب والفضة والرصاص والنحاس والحديد ونحوها ، فلا يجزىء الرمى بشىء من هذا بلا خلاف ، والله أعلم •

(الثامنة) السنة أن يرمى بحصى مثل حصى الخذف • وهذا لا خلاف فيه • ودليله ما ذكره المصنف مع أحاديث كثيرة صحيحة أن النبى صلى الله عليه وسلم « رمى بمثل حصى الخذف ، وأمر أن يرمى بمثل حصى الخذف » قال أصحابنا : وحصاة الخذف دون الأصبع طولا وعرضا ، وفى قدر حبة الباقلا • وقيل كقدر النواة • قال صاحب الشامل : قال الشافعى : حصاة الخذف أصغر من الأنملة طولا وعرضا • قال : منهم من قال كقدر النواة • ومنهم من قال كالباقلا ، قال صاحب الشامل : وهذه المقادير متقاربة •

---

(١) الكذان ككتان حجارة رخوة كالمدر ، واكذ القوم صاروا فيها (ط) •

قال أصحابنا : فان رمى بأصغر من ذلك أو أكبر كره كراهة تنزيه وأجزأه باتفاق الأصحاب ، لوجود الرمى بحجر • واستدل الأصحاب لكراهة أكبر من حصى الخذف بحديث ابن عباس قال : قال لى النبى صلى الله عليه وسلم غداة العقبة وهو على راحلته « هات القط لى » فلقطت له حصيات من حصى الخذف ، فلما وضعتهن فى يده قال : بأمثال هؤلاء وإياكم والغلو فى الدين ، فانما أهلك من كان قبلكم الغلو فى الدين » رواه النسائى باسناد صحيح على شرط مسلم •

(فرع) فى كيفية الرمى وجهان (أحدهما) يستحب أن يكون كصفة رمى الحاذف فيضع الحصاة على بطن إبهامه ويرميها برأس السبابة ، وبهذا الوجه قطع البغوى والمتولى والرافعى (والثانى) وهو الصحيح وبه قطع الجمهور أنه يرميه على غير صفة الحذف • وقد ثبت فى الصحيح عن عبد الله بن معقل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم (نهى عن الخذف وقال : إنه لا يقتل الصيد ولا ينكأ العدو ، وإنه يفقأ العين ويكسر السن) رواه البخارى ومسلم • وهذا الحديث عام يتناول الحذف فى رمى الجمار وغيره • فلا يجوز تخصيصه إلا بدليل ولم يصح فيما قاله صاحب الوجه الأول شىء • ولأن النبى صلى الله عليه وسلم نبه على العلة فى كراهة الحذف وهو أنه لا يأمن أن يفقأ العين أو يكسر السن • وهذه العلة موجودة فى رمى الجمار والله أعلم •

(التاسعة) يجوز الرمى بكل أنواع الحجر ، لكن يكره بأربعة أنواع (أحدها) الحجر المأخوذ من الحلى (والثانى) المأخوذ من مسجد فى الحرم (والثالث) الحجر النجس (الرابع) الحجر الذى رمى به هو أو غيره مرة أخرى فهذه الأنواع الأربعة مكروهة كراهة تنزيه ، فان رمى بها أجزأه ، نص عليه الشافعى واتفق عليه الأصحاب إلا وجها شاذا ضعيفا حكاه الخراسانيون فيما إذا اتحد الزمان والمكان والشخص ، فاذا

رمى بحصاة فى جمرة ثم أخذها فى الحـال ، ورمى بهـا فى تلك الجمرة لا يجزئه .

ووافق صاحب هـذا الوجه على أنه لو اختلف الزمـان بأن رمى بالحصاة الواحدة فى جمرة واحدة لكن فى يومين ، أو اختلف المكان بأن رمى الشخص الواحد فى يوم واحد بالحصاة الواحدة لكن فى جمرتين ، أو اختلف الشخص بأن رمى بالحصاة فأخذها آخر فرماها فى الحـال فى تلك الجمرة أجزأه ، والمذهب الإجزاء مطلقا . وعلى أنه يتصور أن يرمى جميع الحجاج بحصاة واحدة جميـع الرمى المشروع لهم إن اتسع لهم الوقت ، وقاسه أصحابنا على ما لو دفع مد طعـام فى كفارة إلى فقير ثم اشتراه ثم دفعه إلى آخر ، ثم فعل ذلك ثالثا ورابعا وأكثر حتى بلغ قدر الكفارة فانه يجزئه بلا خلاف ، لكن يكره له شراء ما أخرجه فى كفـارة أو زكاة أو صدقة ، كما يكره الرمى بما رمى به .

وحكى القاضى أبو الطيب وصاحب الشامل وغيرهما عن المزنى أنه قال : لا يجوز أن يرمى ما رمى به هو ، ويجوز بما رمى به غيره وغلطوه فيه ، والله أعلم .

(فان قيل) لم جوزتم الرمى بحجر قد رمى به ؟ ولم تجوزوا الوضوء بما توضىء به (قلنا) قال القاضى أبو الطيب وغيره : الفرق أن الوضوء بالمـاء إتلاف له فأشبه العتق فلا يعتق العبد عن الكفارة بخلاف الرمى ، ونظير الحصاة الثوب فى ستر العـورة ، فانه يجوز أن يصلى فى الثوب الواحد صلوات . والله أعلم .

(العاشرة) يشترط فى الرمى أن يفعله على وجه يسمى رميا ، لأنه مأمور بالرمى ، فاشترط فيه ما يقع عليه اسم الرمى ، فلو وضع الحجر فى المرمى لم يعتد به ، هذا هو المذهب ، وبه قطع المصنف والجمهور ، وفيه

وجه شاذ ضعيف أنه يعتد به ، حكاه الدارمى وصاحب التقريب وإمام الحرمين والرافعى وغيرهم ، وهو قريب الشبه من الخلاف السابق فى مسح الرأس ، هل يكفى فيه وضع اليد عليه بلا مر ؟ وكذا فى المضمضة لو وضع الماء فى فيه ولم يدره ؟ والأصح الإجزاء فى الرأس والمضمضة ، والصحيح هنا عدم الإجزاء ، والفرق من وجهين (أحدهما) أن مبنى الحج على التعبد بخلافهما (والثانى) أن فى مسألة وضع الحجر لم يأت بشىء من أجزاء الرمى بخلاف مسألة الوضوء .

قال أصحابنا : ويشترط قصد المرمى ، فلو رمى فى الهواء فوقع الحجر فى المرمى لم يجزه بلا خلاف لما ذكره المصنف ، قال أصحابنا : ولا يشترط بقاء الحجر فى المرمى ، فلو رماه فوقع فى المرمى ثم تدحرج منه وخرج عنه أجزأه لأنه وجد الرمى إلى المرمى وحصوله فيه . ولو انصدمت الحصاة المرمية بالأرض خارج الجمرة أو بمحمل فى الطريق أو عنق بعير أو ثوب إنسان ثم ارتدت فوقعت فى المرمى أجزأته بلا خلاف لما ذكره المصنف من حصولها فى المرمى بفعله من غير معاونة ، فلو حرك صاحب المحمل محمله أو صاحب الثوب ثوبه فنفضها ، أو تحرك البعير فدفعها فوقعت فى المرمى لم يعتد بها بلا خلاف لأنها لم تحصل فى المرمى بمجرد فعله . ولو تحرك البعير فوقعت فى المرمى ولم يدفعها فوجهان حكاهما البندنيجى (أصحهما) لا يجزئه ، وهو مقتضى كلام الأصحاب .

ولو وقعت على المحمل أو على عنق البعير ثم تدحرجت إلى المرمى فوجهان (أصحهما) لا يجزئه لاحتمال تأثرها به ، ولو وقعت فى غير المرمى من الأرض المرتفعة ثم تدحرجت إلى المرمى أو ردتها الريح فوجهان (أصحهما) يجزئه لحصوله فى المرمى لا بفعل غيره وممن صححه المحاملى فى المجموع والبغوى والرافعى وغيرهم قال أصحابنا : ولا يشترط وقوف الرامى خارج المرمى بل لو وقف فى طرفه ورمى إلى طرفه الآخر أو وسطه أجزأه لوجود

الرمى فى المرمى والله أعلم • ولو رمى حصاة فوقعت على حصـاة خارج المرمى فوقعت هذه الحصاة فى المرمى ولم تقع المرمى بها لم تجزه بلا خلاف ، لمـا ذكره المصنف ، والله أعلم •

(فـرع) لو رمى حصاة إلى المرمى وشك هل وقعت فيـه أم لا ؟ فقولان مشهوران فى الطريقتين ، حكاهمـا الشيخ أبو حامد والدارمى وأبو على البندنيجى والقـاضى أبو الطيب والمـاوردى والمحاملى وابن الصباغ وصاحب البيان وآخرون من العراقيين ، والقاضى حسين والمتولى وآخرون من الخراسانيين ، قالوا كلهم : همـا جديد وقديم (الجديد) الصحيح لا يجزئه ، لأن الأصل عدم الوقوع فيه ، والأصل أيضا بقاء الرمى عليه (والقديم) يجزئه لأن الظاهر وقوعه فى المرمى قاله القاضى أبو الطيب فى تعليقه والمحاملى فى المجموع والقاضى حسين فى تعليقه • قال أصحابنا : هذا القول المنقول عن القديم ليس مذهبا للشافعى ، بل حكاه عن غيره • والله أعلم •

(فـرع) قال أصـحابنا : لا يجزئه الرمى عن القوس ولا الدفع بالرجل ، لأنه لا ينطلق عليه اسم الرمى • قال البندنيجى : ولو رمى حصاة إلى فوق فوقعت فى المرمى لم يجزه ، والله أعلم •

(فـرع) قال الشافعى رحمه الله : الجمرة مجتمع الحصى لا ما سال من الحصى ، فمن أصاب مجتمع الحصى بالرمى أجزأه ، ومن أصاب سائل الحصى الذى ليس بمجتمعه لم يجزه ، والمراد مجتمع الحصى فى موضعه المعروف ، وهو الذى كان فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم فلو حول والعياذ بالله ورمى الناس فى غيره واجتمع الحصى فيه لم يجزه ، ولو نحى الحصى من موضـعه الشرعى ورمى إلى نفس الأرض أجزأه لأنه رمى فى موضع الرمى ، هذا الذى ذكرته هو المشهور ، وهو الصـواب • وقال القاضى أبو الطيب فى تعليقه إذا رمى حصاة فوقعت فى مسيل المـاء فيـه

قولان • قال فى الأم : لا يجزئه ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم رمى إلى المرمى مع قوله صلى الله عليه وسلم « خذوا عنى مناسككم » (والقول الثانى) يجزئه لأن مسيل المـاء متصل بالمرمى ليس بينهما حائل فهو كجزء منه ، هذا نقل القاضى وهو غريب ضعيف • والله أعلم •

(الحادية عشرة) قال الشافعى والأصحاب يشترط أن يرمى الحصيات فى دفعات لمـا ذكره المصنف ، فلو رمى حصاتين أو سبعا دفعة فان وقعن فى المرمى فى حالة واحدة حسبت حصاة واحدة بلا خلاف ، وأن ترتبن فى الوقوع فالمذهب أن المحسوب حصاة واحدة أيضا • وهذا نص الشافعى وبه قطع العراقيون وجماهير الخراسانيين ، لأنها رمية واحدة • وحكى إمام الحرمين ومن تابعه وجها شاذا ضعيفا أنه يحسب بعـدد الحصيات المترتبات فى الوقوع • قال الإمام : هذا ليس بشىء • ولو رمى حصاتين أحدهما بيده اليمنى والأخرى باليسرى دفعة واحدة لم يحسب إلا واحدة بالاتفاق ، ذكره الدارمى • ولو رمى حصاة ثم أتبعها أخرى فان وقعت الأولى فى المرمى قبل الثانية فهما حصاتان بلا خلاف ، وإن وقعتا معـا أو الثانية قبل الأولى فوجهان مشهوران حكاهما الدارمى والقاضى حسين والفورانى وإمام الحرمين والبغوى والمتولى وغيرهم ، واتفقوا على أن أصحهما أنه يحسب حصاتان اعتبارا بالرمى (والثانى) حصاة اعتبارا بالوقوع • قال إمام الحرمين : الصواب أنهما حصاتان وما سواه خبط • قال الدارمى : القائل حصاتان أبو حامد يعنى المروزى ، والقائل حصاة[1] والله أعلم •

(فـرع) الموالاة بين الحصيات والموالاة بين جمارات أيام التشريق هل يشترط فيها الخلاف السابق فى الطواف ؟ الصحيح لا يشترط لـكن يستحب (والثانى) يشترط ، هذا إذا فرق طويلا • فأما التفريق اليسير فلا يضر بلا خلاف ، وممن ذكر المسألة المتولى والرافعى •

---

(١) بياض بالأصل ولعل السقط (الشافعى فى القديم) .

(فـرع) قد ذكرنا أنه إذا رمى سبع حصيات دفعة واحدة حسبت حصاة واحدة ولو وجب الحد على إنسان فجلد بمائة مشدودة دفعة واحدة حسبت مائة قال أصحابنا : الفرق من وجهين (أحدهما) أن الحدود مبنية على التخفيف (والثانى) أن المقصود منها الإيقاع وقد حصل • وأما الرمى فتعبد فاتبع فيه التوقيف والله أعلم •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى رمى جمرة العقبة

قد ذكرنا أنه واجب ليس بركن ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد وداود • قال العبدرى : وقال عبد الملك بن الماجشون من أصحاب مالك « هو ركن » دليلنا القياس على رمى أيام التشريق •

(فـرع) مذهبنا جواز رمى جمرة العقبة بعد نصف ليلة النحر ، والأفضل فعله بعد ارتفاع الشمس ، وبه قال عطاء وأحمد وهو مذهب أسماء بنت أبى بكر وابن أبى مليكة وعكرمة بن خالد •

وقال مالك وأبو حنيفة وإسحاق : لا يجوز إلا بعد طلوع الشمس واحتج لهم بحديث ابن عباس السابق أن النبى صلى الله عليه وسلم « أمرهم أن لا يرموا إلا بعد طلوع الشمس » وهو حديث صحيح كما سبق • واحتج أصحابنا بحديث أم سلمة وغيره من الأحاديث الصحيحة السابقة فى مسألة تعجيل دفع الضعفة من مزدلفة إلى منى (وأما) حديث ابن عباس فمحمول على الأفضل جمعا بين الأحاديث • قال ابن المنذر : أجمعوا على أن من رمى جمرة العقبة يوم النحر بعد طلوع الشمس أجزأه •

(فـرع) فى مذاهبهم فى وقت قطع التلبية يوم النحر •

قد ذكرنا أنه يقطعها عند أول شروعه فى رمى جمرة العقبة ، وبه قال الثورى وأبو حنيفة وأبو ثور وجماهير العلماء من الصحابة والتابعين ومن

بعدهم ، وقال أحمد وإسحاق وطـائفة : يلبى حتى يفرغ من رمى جمرة العقبة ، وأشار ابن المنذر إلى اختياره ، وقال مالك : يقطعها قبل الوقوف بعرفات ، وحكاه عن على وابن عمر وعائشـة ، وقال الحسن البصرى : يقطعها عقب صلاة الصبح يوم عرفة ، دليلنا ما ذكره المصنف .

(فـرع) قد ذكرنا أن مذهبنا أنه يستحب أخذ حصاة الجمار من مزدلفة ، وحكاه ابن المنذر عن ابن عمر وسعيد بن جبير ومجاهد وإسحاق قال : قال عطاء ومالك وأحمد : يأخذ من حيث شاء ، قال ابن المنذر : ولا أعلم خلافا بينهم أنه من حيث أخذ أجزأه ، لكن أحب لقطه وأكره كسره . لأنه قد يؤدى [1] .

(فـرع) قد ذكرنا أن مذهبنا استحباب كون الحصى قدر حصى الخذف ، وبه قال جمهور العلمـاء من السلف والخلف ، منهم ابن عمر وجابر وابن عباس وابن الزبير وطاوس وعطاء وسعيد بن جبير وأبو حنيفة وأبو ثور ، قال ابن المنذر ولا معنى لقول مالك (أعجب [2] من ذلك أكبر إلى) لأن النبى صلى الله عليه وسلم سن الرمى بمثل حصى الخذف فاتباع السنة أولى .

(فـرع) قال ابن المنذر : أجمعوا على أنه لا يرمى يوم النحر إلا جمرة العقبة .

(فـرع) مذهبنا أنه يستحب رمى جمرة العقبة يوم النحر راكبا ، إن كان دخل منى راكبا ، ويرمى فى أيام التشريق ماشيا إلا يوم النفر فراكبا ، وبه قال مالك ، قال ابن المنذر : وكان ابن عمر وابن الزبير وسالم يرمون

---

(١) بياض بالأصل : ولعل السقط لانه قد يؤدى الى احتسابها واحدة ، والله اعلم ؟ المطيعى

(٢) كذا بالأصل ولعل فيها قلبا صوابه (واكبر من ذلك اعجب الى) ؟ المطيعى

مشاة ، واستحبه أحمد وإسحاق ، وكره جابر الركوب إلى شيء من الجمار إلا لضرورة ، قال : وأجمعوا على أن الرمى يجزئه على أى حال رماه إذا وقع فى المرمى ، دليلنا الأحاديث الصحيحة السابقة أن النبى صلى الله عليه وسلم « رمى جمرة العقبة يوم النحر راكبا » والله أعلم •

(فـرع) ذكرنا أن مذهبنا الصحيح أن الأفضل فى موقف الرامى جمرة العقبة أن يقف فى بطن الوادى ، وتكون منى عن يمينه ، ومكة عن يساره ، وبهذا قال جمهور العلماء منهم ابن مسعود وجابر والقاسم بن محمد وسالم وعطاء ونافع والثورى ومالك وأحمـد ، قال ابن المنذر : وروينا أن عمر رضى الله عنه خاف الزحام فرماها من فوقها •

(فـرع) قد ذكرنا أن مذهبنا أنه لو رمى بما رمى به هو أو غيره جاز مع الكراهة ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وداود ، قال المزنى : يجوز بما رمى به غيره ولا يجوز بما رمى هو به ، قال ابن المنذر : وكره ذلك عطاء والأسود بن يزيد وسعيد بن أبى عروبة والشافعى وأحمد ، قال : ورخص فيه الشعبى ، وقال اسحاق يجزئه ، قال ابن المنذر : يكره ويجزئه ، قال : إذ لا أعلم أحدا أوجب على من فعل ذلك إعادة •

(فـرع) ذكرنا أن مذهبنا أنه لو رمى سبع حصيات رمية واحدة حسب له حصاة واحدة فقط ، وبه قال مالك وأحمد ، وقال أبو حنيفة : إن وقعن فى المرمى متعاقبات أجزأه وإلا فلا ، وحكى ابن المنذر عن عطاء أنه يجزئه ويكبر لكل حصاة تكبيرة ، قال الحسن : إن كان جاهلا أجزأه •

(فـرع) ذكرنا أن مذهبنا أنه يجوز الرمى بكل ما يسمى حجرا ، ولا يجوز بما لا يسمى حجرا ، كالرصاص والحديد والذهب والفضـة والزرنيخ والكحل ونحوها ، وبه قال مالك وأحمد وداود ، وقال أبوحنيفة يجوز بكل ما كان من جنس الأرض كالكحل والزرنيخ والمدر ولا يجوز

بما ليس من جنسها ، واحتج بالأحاديث المطلقة فى الرمى ، دليلنا حديث الفضل بن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : فى غداة جمع يعنى يوم النحر « عليكم بحصى الخذف الذى يرمى به الجمرة » رواه مسلم فأمر صلى الله عليه وسلم بالحصى ، فلا يجوز العدول عنه ، والأحاديث المطلقة محمولة على هذا المعنى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإذا فرغ من الرمى يذبح هديه إن كان معه ، لما روى جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم « رمى سبع حصيات من بطن الوادى ثم انصرف إلى المنحر فنحر » ويجوز النحر فى جميع منى ، لما روى جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم « قال منى كلها منحر » .

(الشرح) حديثا جابر رواهما مسلم ، قال أصحابنا فاذا فرغ من الرمى انصرف فنزل فى موضع من منى ، وحيث نزل منها جاز ، لكن أفضلها منزل رسول الله صلى الله عليه وسلم وما قاربه ، وذكر الأزرقى أن منزل رسول الله صلى الله عليه وسلم بمنى عن يسار مصلى الإمام ، فاذا نزل ذبح ونحر الهدى إن كان معه هدى . واعلم أن سوق الهدى لمن قصد مكة حاجا أو معتمرا سنة مؤكدة ، وقد أعرض الناس أو أكثرهم عنها فى هذه الأزمان ، والأفضل أن يكون هديه معه من الميقات مشعرا مقلدا ، ولا يجب الهدى إلا بالنذر ، والأفضل سوق الهدى من بلده ، فان لم يكن فمن طريقه ، وإلا فمن الميقات أو ما بعده ، وإلا فمن منى .

ويستحب للرجل أن يتولى ذبح هديه وأضحيته بنفسه ، وينوى عند ذبحها ، فان كان منذورا نوى الذبح عن هديه أو أضحيته المنذورة ، وإن كان تطوعا نوى التقرب به ، ولو استناب فى ذبحه جاز ويستحب أن يخص عند الذبح ، ويستحب أن يكون النائب ذكرا مسلما ، فان استناب امرأة

---

(١) فى بعض النسخ (ذبح هديا) (ط)

أو كتابيا جاز لأنهما من أهل العبادة • والمرأة الحائض والنفساء أولى من الكتابى • وينوى صاحب الهدى والأضحية عند الدفع إلى الوكيل أو عند ذبحه • فان فوض النية إلى الوكيل جاز إن كان مسلما • فان كان كافرا لم يصح لأنه ليس من أهل النية فى العبادات • بل ينوى صاحبها عند دفعها إليه أو عند ذبحه • وأما صفة الذبح وآدابه وتقليد الهدى وإشعاره وغير ذلك من أحكامه فسنوضحها فى باب الهدى إن شاء الله تعالى •

وأما وقت ذبح الهدى ففيه وجهان مشهوران (أصحهما) وبه قطع العراقيون وجماعات من غيرهم أنه كوقت الأضحية يختص بيوم العيد وأيام التشريق ويدخل بعد طلوع شمس يوم النحر ومضى قدر صلاة العيد والخطبتين ويخرج بخروج أيام التشريق ، فان خرجت ولم يذبحه فان كان نذرا لزمه ذبحه ويكون قضاء ، وإن كان تطوعا فقد فات الهدى فى هذه السنة ، فان ذبحه قال الشافعى والأصحاب كان شاة لحم لا هديا •

(والوجه الثانى) حكاه الخراسانيون أنه لا يختص بزمان بل يجوز قبل يوم النحر وفيه وبعد أيام التشريق ، كدماء الجبرانات ، والمذهب الأول •

واتفقت نصوص الشافعى والأصحاب على أن ذبح الهدى يختص بالحرم ، ولا يجوز فى غيره ، واتفقوا على أنه يجوز فى أى موضع شاء من الحرم ، ولا يختص بمنى • قال الشافعى رحمه الله : الحرم كله منحر حيث نحر منه أجزأه فى الحج والعمرة ، لكن السنة فى الحج أن ينحر بمنى لأنها موضع تحلله ، وفى العمرة بمكة وأفضلها عند المروة لأنها موضع تحلله ، والله أعلم •

وأما قول المصنف « يجوز النحر فى جميع منى ، فعبارة ناقصة لأنه يوهم الاختصاص بمنى دون سائر الحرم ، وهذا الإيهام غلط ، وكان

ينبغي أن يقول : يجوز في كل الحرم وأفضله منى . وأفضلها موضع نحر النبي صلى الله عليه وسلم وما قاربه . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ثم يحلق لما روى أنس قال « لما رمى رسول الله صلى الله عليه وسلم الجمرة وفرغ من نسكه ناول الحالق شقه الأيمن فحلقه . ثم أعطاه شقه الأيسر فحلقه » فان لم يحلق وقصر جاز ، لما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم « أمر أصحابه أن يحلقوا أو يقصروا » والحلق أفضل لما روى ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « رحم الله المحلقين ، قالوا : يا رسول الله والمقصرين ؟ قال : رحم الله المحلقين ، قالوا : يا رسول الله والمقصرين ؟ قال : رحم الله المحلقين . قالوا : يا رسول الله والمقصرين . قال في الرابعة : والمقصرين » وأقل ما يحلق ثلاث شعرات . لأنه يقع عليه اسم الجمع المطلق فأشبه الجمع . والأفضل أن يحلق الجميع لحديث أنس . وإن كان أصلع فالمستحب أن يمر الموسى على رأسه . لما روى ابن عمر رضي الله عنه أنه « قال في الأصلع : يمر الموسى على رأسه » ولا يجب ذلك لأنه قربة تتعلق بمحل فسقطت بفواته كغسل اليد إذا قطعت .

وإن كانت امرأة قصرت ولم تحلق لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ليس على النساء حلق إنما على النساء تقصير » ولأن الحلق في النساء مثلة فلم يفعل . وهل الحلاق نسك أو استباحة محظور ؟ فيه قولان (أحدهما) أنه ليس بنسك لأنه محرم في الإحرام فلم يكن نسكا كالطيب . (والثاني) أنه نسك وهو الصحيح لقوله صلى الله عليه وسلم « رحم الله المحلقين » فان حلق قبل الذبح جاز . لما روى عبد الله بن عمر قال « وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع بمنى فجاءه رجل فقال : يا رسول الله لم أشعر فحلقت رأسي قبل أن أذبح فقال : اذبح ولا حرج . فجاءه آخر فقال : يا رسول الله لم أشعر فنحرت قبل أن أرمي قال : ارم ولا حرج . فما سئل عن شيء قدم أو أخر إلا قال : افعل ولا حرج » فان حلق قبل الرمي (فان قلنا) إن الحلق نسك جاز . لما روى ابن عباس قال : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل حلق قبل أن يذبح أو قبل أن يرمي فكان يقول : « لا حرج ، لا حرج » (وإن قلنا) إنه استباحة محظور لم يجز لأنه فعل محظور فلم يجز قبل الرمي من غير عذر كالطيب) .

(الشرح) أما حديث أنس رضى الله عنه فرواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما من طرق (منها) عن أنس قال « لما رمى رسول الله صلى الله عليه وسلم الجمرة ونحر نسكه وحلق ناول الحالق شقه الأيمن فحلقه . ثم دعا أبا طلحة الأنصارى فأعطاه إياه . ثم ناوله الشق الأيسر فقال : احلق فحلقه . فأعطى أبا طلحة فقال اقسمه بين الناس » هذا لفظ إحدى روايات مسلم والباقى بمعناها وقوله فى الرواية التى ذكرها المصنف وفرغ من نسكه ــ يعنى من ذبح هديه ــ كما قال فى رواية مسلم ونحر نسكه .

وأما حديث جابر فرواه البخارى ومسلم بغير هذا اللفظ . ولفظهما عن جابر أنه حج مع النبى صلى الله عليه وسلم وقد أهلوا بالحج مفردا فقال لهم « أحلوا من إحرامكم بطواف البيت وبين الصفا والمروة وقصروا » هذا لفظهما . وقد روى التقصير جماعات من الصحابة فى الصحيحين (منها) عن ابن عمر قال « حلق النبى صلى الله عليه وسلم وحلق طائفة من أصحابه وقصر بعضهم » رواه البخارى ومسلم وعن معاوية قال : قصرت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بمشقص على المروة » رواه البخارى ومسلم . وفى رواية قال « قصرت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى عمرته على المروة بمشقص » .

وأما حديث ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اللهم ارحم المحلقين » إلى آخره فرواه البخارى ومسلم . وأما الأثر عن ابن عمر فى إمرار الموسى فرواه الدارقطنى والبيهقى باسناد ضعيف فيه يحيى بن عمر الجادى ــ بالجيم وتشديد الياء ــ وهو ضعيف . وأما حديث ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ليس على النساء حلق إنما على النساء التقصير » فرواه أبو داود باسناد حسن . وأما حديث عبد الله بن عمرو بن العاص فرواه البخارى .

وأما حديث ابن عباس الذى بعده فرواه البخارى ومسلم بنحو معناه

وهذا لفظهما عن ابن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال له فى الذبح والحلق والرمى والتقديم والتأخير فقال : لا حرج » ورواه البخارى ومسلم أيضا من رواية عبد الله بن عمرو بن العاص أنه « شهد النبى صلى الله عليه وسلم يوم النحر فى حجة الوداع وهم يسألونه ، فقال رجل : لم أشعر فحلقت قبل أن أذبح ، فقال اذبح ولا حرج ، فجاء آخر فقال لم أشعر فنحرت قبل أن أرمى ، فقال : ارم ولا حرج • فما سئل يومئذ عن شىء قدم ولا أخر إلا قال افعل ولا حرج » وفى رواية لمسلم عن عبد الله بن عمرو ابن العاص قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم وأتاه رجل يوم النحر وهو واقف عند الجمرة فقال : يا رسول الله إنى حلقت قبل أن أرمى• فقال : ارم ولا حرج • وأتاه رجل آخر فقال : إنى ذبحت قبل أن أرمى • قال : ارم ولا حرج • قال فما رأيته سئل يومئذ عن شىء إلا قال : افعلوا ولا حرج » هذا لفظ هذه الرواية لمسلم • وهى صريحة فيما استدل له المصنف • وفيها التصريح بجواز تقديم طواف الإفاضة على الرمى • والله أعلم •

وأما ألفاظ الفصل : فقوله « وفرغ من نسكه » أى من ذبح هديه • وقد سبق بيانه فى رواية مسلم • وقوله « ناول الحالق » هذا الذى حلق رسول الله صلى الله عليه وسلم معمر بن عبد الله العدوى • هذا هو الصحيح المشهور • وفى صحيح البخارى قال « زعموا أنه معمر بن عبد الله » وذكر ابن الأثير فى مختصر الأنساب فى ترجمة الكليبى ــ بضم الكاف ــ خراش ابن أمية الكليبى • والله أعلم •

قوله « يمر الموسى » قال أهل اللغة : الموسى يذكر ويؤنث • قال ابن قتيبة : قال الكسائى :هو فعلى ، وقال غيره : مفعل من أوسيت رأسه أى حلقته • قال الجوهرى : الكسائى والفراء يقولان : هى فعلى مؤنثة ، وعبد الله بن سعيد الأموى يقول مفعل مذكر • قال أبو عبد الله لم نسمع

تذكيره إلا من الأموى قوله « لأنه قربة تتعلق بمحـل فسقطت بفواته » احتراز من الصلاة والصوم ، فان كلا منهما قربة تتعلق بزمان لا بمحل ولا تسقط بالفوات • وقوله « الحلاق » هو بكسر الحاء بمعنى الحلق ، والله أعلم •

(أما الأحكام) ففيها مسائل :

(إحداها) إذا فرغ الحاج من الرمى والذبح فليحلق رأسه وليقصر ، والحلق والتقصير ثابتان بالكتاب والسنة والإجماع • وكل واحد منهما يجزىء بالإجماع • والحلق فى حق الرجل أفضل لظاهر القرآن فى قوله تعالى (محلقين رؤوسكم ومقصرين) والعرب تبدأ بالأهم والأفضـل ، ولحديث ابن عمر المذكور «اللهم ارحم المحلقين قال فى الرابعة : والمقصرين» ولأن النبى صلى الله عليه وسلم « حلق فى حجته » والإجماع على أن الحلق أفضل ، والأفضل أن يحلق جميع الرأس إن أراد الحلق أو يقصر من جميعه إن أراد التقصير لمـا ذكره المصنف وأقل ما يجزىء ثلاث شعرات حلقا أو تقصيرا من شعر الرأس فتجزىء الثلاث بلا خلاف عندنا ولا يجزىء أقل منها ، هكذا نص عليه الشافعى والأصحاب فى جميع الطرق • وحكى إمام الحرمين ومن تابعه وجها أنه تجزىء شعرة واحدة وهو غلط ، قال إمـام الحرمين : قد ذكرنا وجها بعيدا فى الشعرة الواحدة أنه إذا أزالها المحرم فى غير وقتها لزمه فدية كاملة كحلق الرأس ، قال : وذلك الوجه عائد هنا فتجزىء الشعرة ولكنه مزيف غير معـدود من المذهب والله أعلم • قال أصحابنا : وليس لأقل المجزىء من التقصير حد ، بل يجزىء منه أقل جزء منه لأنه يسمى تقصيرا ، ويستحب أن لا ينقص على قدر أنملة والله أعلم •

(الثانية) إذا لم يكن على رأسه شعر بأن كان أصلع أو محلوقا فلا شىء عليه فلا يلزمه فدية ولا إمرار الموسى ولا غير ذلك لمـا ذكره المصنف ، ولو نبت شعره بعد ذلك لم يلزمه حلق ولا تقصير بلا خلاف ، لأنه حالة

التكليف لم يلزمه ، قال الشافعي والأصحاب : ويستحب لمن لا شعر على رأسه إمرار الموسى عليه ، ولا يلزمه ذلك بلا خلاف عندنا •

قال الشافعي : ولو أخذ من شاربه أو من شعر لحيته شيئا كان أحب إلى • ليكون قد وضع من شعره شيئا لله تعالى • هكذا ذكر الشافعي هذا النص ونقله الأصحاب واتفقوا عليه • وحكاه إمام الحرمين عن نص الشافعي ثم قال : ولست أرى ذلك وجها إلا أن يكون أسنده إلى أثر • وقال المتولي: يستحب أن يأخذ من الشعور التي يؤمر بازالتها للفطرة كالشارب والإبط والعانة لئلا يخلو نسكه عن حلق • وقد روى مالك والشافعي والبيهقي بالاسناد الصحيح عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كان إذا حلق في حج أو عمرة أخذ من لحيته وشاربه والله أعلم •

ولو كان على رأسه شعر وبرأسه علة لا يمكنه بسببها التعرض للشعر لزمه الصبر إلى الإمكان • ولا يفتدي ولا يسقط عنه الحلق بلا خلاف • بخلاف من لا شعر على رأسه فانه لا يؤمر بحلقه بعد نباته بلا خلاف كما سبق • قال إمام الحرمين وغيره : والفرق أن النسك هو حلق شعر يشتمل الإحرام عليه والله أعلم •

هذا كله فيمن لم يكن على رأسه شعر أصلا • فأما من كان على رأسه ثلاث شعرات أو شعرتان أو شعرة واحدة فيلزمه إزالتها بلا خلاف • صرح به صاحب البيان وغيره لقوله صلى الله عليه وسلم « إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » ولو كان عليه زغب يسير لزمه أن يزيل منه ثلاث شعرات • صرح به صاحب البيان وآخرون • والله أعلم •

(الثالثة) اتفقت نصوص الشافعي والأصحاب على أن الحلق هنا لا يحصل إلا بشعر الرأس • فلا يحصل بشعر اللحية وغيرها من شعور البدن • ولا بشعر العذار وفي الشعر النابت في موضع التحذيف وشعر

الصدغ خلاف سبق فى باب صفة الوضوء • هل من الوجه أو من الرأس ؟ (إن قلنا) من الرأس أجزأه حلقه وإلا فلا • قال الشافعى والأصحاب وإذا قصر ثلاث شعرات فأكثر جاز تقصيره مما يحاذى الرأس • ومما نزل عنه ، ومما استرسل عنه • هذا هو المذهب •

وحكى الدارمى والماوردى وصاحب الشامل والمتولى وآخرون وجها شاذا أنه لا يجزىء المسترسل كما لا يجزىء المسح على المسترسل عن حده • قالوا : وهذا الوجه غلط لأن الواجب فى المسح مسح الرأس وهذا خارج عنه فلا يجزىء والواجب فى الحلق حلق شعر الرأس أو تقصيره • وهذا من شعر الرأس •

(الرابعة) قال أصحابنا : المراد بالحلق والتقصير إزالة الشعر فيقوم مقامه النتف والإحراق والأخذ بالنورة أو بالمقص والقطع بالأسنان وغيرها • ويحصل الحلق بكل واحدة مما ذكرناه بلا خلاف • وقد نص عليه الشافعى رحمه الله •

(الخامسة) الأفضل أن يحلق أو يقصر الجميع دفعة واحدة • فلو حلق أو قصر ثلاث شعرات فى ثلاثة أوقات أجزأه وفاتته الفضيلة هذا هو المذهب • قال إمام الحرمين : لو حلق ثلاث شعرات فى دفعات فهو مقيس بحلقها المحظور فان كملنا الفدية مع التفريق حكمنا بكمال النسك • وإلا فلا • قال : ولو أخذ شيئا من شعرة واحدة • ثم عاد وأخذ منها • ثم عاد ثالثة وأخذ منها • فان كان الزمان متواصلا لم يكمل الفدية • ولم يحصل النسك • وإن طال الزمان ففى المسألتين خلاف • هذا كلام إمام الحرمين • واختصر الرافعى فقال : لو أخذ ثلاث شعرات فى دفعات أو أخذ من شعرة واحدة فى ثلاثة أوقات • فان كملنا الفدية به لو كان محظورا حصل النسك ، وإلا فلا •

(السادسة) قال أصحابنا : يستحب أن يبدأ بحلق شق رأسه الأيمن من أوله إلى آخره ثم الأيسر • وأن يستقبل المحلوق القبلة • وأن يدفن شعره ويبلغ بالحلق إلى العظمين اللذين عند منتهى الصدغين وهذه الآداب ليست مختصة بالمحرم • بل كل حالق يستحب له هذا ودليل الشق الأيمن حديث أنس المذكور فى كتاب [1] قال صاحب الحاوى : فى الحلق أربع سنن • أن يستقبل القبلة ، وأن يبدأ بشقه الأيمن ، وأن يكبر عند فراغه ، وأن يدفن شعره • قال : قال الشافعى : ويبلغ بالحلق إلى العظمين لأنهما منتهى نبات شعر الرأس ، ليكون مستوعبا لجميع رأسه هذا كلامه وهو حسن إلا التكبير عند فراغه فانه غريب • وقد استحب التكبير أيضا للمحلوق البندنيجى ونقله صاحب البحر عن أصحابنا •

(السابعة) أجمع العلماء على أنه لا تؤمر المرأة بالحلق • بل وظيفتها التقصير من شعر رأسها • قال الشيخ أبو حامد والدارمى والماوردى وغيرهم : يكر لها الحلق • وقال القاضى أبو الطيب والقاضى حسين فى تعليقهما : لا يجوز لها الحلق ولعلهما أرادا أنه مكروه ، وقد يستدل للكراهة بحديث على رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهى أن تحلق المرأة رأسها » رواه الترمذى وقال فيه اضطراب ، ولا دلالة فى هذا الحديث لضعفه لكن يستدل بعموم قوله صلى الله عليه وسلم « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » رواه مسلم ، وبالحديث الصحيح السابق مرات فى نهى النساء من التشبه بالرجال •

قال الشافعى والأصحاب : ويستحب للمرأة أن تقصر بقدر أنملة من جميع جوانب رأسها ، وقال الماوردى : ولا تقطع من ذوائبها ، لأن ذلك يشينها ، لكن ترفع الذوائب وتأخذ من الموضع الذى تحته ، قال أصحابنا :

---

(١) كذا بالأصل ولعله المذكور فى أول الكتاب أو بالأحرى فى أول هذا الفصل أو هذا الباب . المطيعى

فلو حلقت أجزأها قال المـاوردى : وتكون مسيئة ، قال القاضى أبو الفتوح فى كتاب الخنثى وظيفة الخنثى التقصير دون الحلق ، قال : والتقصـير أفضل كالمرأة والله أعلم •

(الثامنة) هل الحلق نسك ؟ فيه قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) باتفاق الأصحاب أنه نسك يثاب عليه ، ويتعلق به التحلل لمـا ذكره المصنف (والثانى) أنه استباحة محظور ، وليس بنسك وإنما هو شىء أبيح له بعد أن كان حراما كالطيب واللباس ، وعلى هـذا لا ثواب فيه ، ولا تعلق له بالتحلل ، قالوا : وعلى هذا القول الجواب عن حديث « اللهم ارحم المحلقين » إنمـا دعا لهم لتنظفهم وإزالتهم التفث ، والمذهب أنه نسك يثاب عليه ويتحلل به التحلل الأول فعلى هذا هو ركن من أركان الحج والعمرة « لا يصح الحج ولا العمرة إلا به ، ولا يجبر بدم ولا غيره ، ولا يفوت وقته ما دام حيا ، لكن أفضل أوقاته ضحوة النهـار يوم الأضحى ، ولا يختص بمكان ، لكل الأفضل أن يفعـله الحاج بمنى والمعتمر بالمروة ، فلو فعله فى بلد آخر إما وطنه وإما غيره جاز بلا خلاف ، ولا يزال حكم الإحرام جاريا عليه حتى يحلق ، وكل هـذا لا خلاف فيه على قولنا : الحلق نسك ، إلا أن المصنف جعل الحلق واجبا على قولنـا : إنه نسك ولم يجعله ركنا ، هكذا ذكره فى آخر هذا الباب ، وكذا ذكره فى التنبيه ، وليس كما قال ، بل الصواب أنه ركن على قولنا إنه نسك •

قال إمام الحرمين : إذا حكمنا بأن الحلق نسك فهو ركن ، وليس كالرمى والمبيت ، ثم قال فاعلم ذلك فانه متفق عليه ، قال : والدليل على أنه لا تقوم الفدية مقامه أنه لو فرض فى الرأس علة تمنع من الحلق وجب الصبر إلى إمكان الحلق ولا تقوم الفدية مقامه ، هذا كلام إمام الحرمين •

(فـرع) قال أصحابنا : هذا الذى سبق من أحكام الحلق هو كله فيمن لم يلتزم حلقـه ، أما من نذر الحلق فى وقته فيلزمه حلقه كله ، ولا

يجزئه التقصير ولا حلق بعض الرأس ولا النتف والاحراق ، ولا استئصال بالمقصين ، ولا أخذه بالنورة ، لأن هذا كله لا يسمى حلقا .

وذكر إمام الحرمين فى استئصال الشعر بالمقصين وإمرار الموسى من غير استئصال احتمالا ، والمذهب الأول ، لأنه لا يسمى حلقا . قال الإمام : ولا يشترط الامعان فى الاستئصال بل يكفى مايسمى حلقا قال : ويقرب الرجوع إلى اعتبار رؤية الشعر، هذا كله فيما إذا صرح بنذر الحلق، فلو لبد المحرم رأسه فهذا فى العادة لا يفعله إلا من أراد حلقه يوم النحر للنسك . فهل ينزل هذا منزلة نذر الحلق ؟ فيه قولان مشهوران فى الطريقتين ، ذكرهما الماوردى والفورانى وإمام الحرمين والمتولى وغيرهم من الأصحاب هنا . وذكرهما الأصحاب فى كتاب النذر (أصحهما) باتفاقهم وهو الجديد لا يلزمه حلقه لكن يستحب وله الاقتصار على التقصير (والقديم) أنه يلزمه الحلق كما لو نذره . ونظير المسألة من قلد الهدى هل يصير منذورا ؟ فيه قولان ذكرهما المصنف والأصحاب فى كتاب النذر (أصحهما) باتفاقهم وهو الجديد لا يصير (والثانى) يصير والله أعلم .

واعلم أن ما ذكرناه من وجوب الحلق على من نذره متفق عليه . سواء قلنا الحلق نسك أو استباحة محظور . هكذا قطع به الجمهور . وحكى الرافعى وجها أنا إذا قلنا ليس هو بنسك لا يلزم بالنذر . لأنه ليس بقربة والله أعلم .

(التاسعة) قد سبق أن الأفعال المشروعة يوم النحر بعد وصوله منى أربعة وهى جمرة العقبة ثم الذبح ثم الحلق ثم طواف الإفاضة . والسنة ترتيبها هكذا . فان خالف ترتيبها نظر إن قدم الطواف على الجميع ، أو قدم الذبح على الجميع بعد دخول وقته ، أو قدم الحلق على الذبح ، جاز بلا خلاف للأحاديث الصحيحة السابقة « أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن ذلك كله فقال لا حرج » وإن طاف ثم حلق ثم رمى جاز بلا خلاف لما

ذكرناه • وإن قدم الحلق على الرمى والطواف (فان قلنا) إن الحلق نسك جاز ولا دم عليه • كما لو قدم الطواف (وإن قلنا) ليس بنسك لم يجز ويلزمه به الدم • كما لو حلق قبل نصف ليلة النحر • هذا هو المذهب فى الطريقتين ، وبه قطع المصنف وجماهير الأصحاب • وحكى الدارمى والرافعى وغيرهما وجها أنه يلزمه الدم ، وإن قلنا هو نسك ، وهذا شاذ باطل وحكى صاحب الحاوى والدارمى على قولنا : إن الحلق استباحة محظور وجهين (أحدهما) قال وهو قول البغداديين من أصحابنا عليه الدم لما ذكرنا (والثانى) وهو قول أصحابنا البصريين : لا دم عليه ، لحديث عبد الله بن عمرو بن العاص السابق عن صحيح مسلم أن النبى صلى الله عليه وسلم « سئل عمن حلق قبل أن يرمى فقال لا حرج » فحصل ثلاثة أوجه فيمن حلق قبل الرمى والطواف (أحدها) لا دم (والثانى) يجب (وأصحها) وهو المذهب المشهور إن قلنا الحلق ليس بنسك وجب الدم وإلا فلا ، والله أعلم • ويدخل وقت رمى جمرة العقبة وطواف الافاضة بنصف ليلة النحر بشرط تقدم الوقوف بعرفات ، والحلق إن قلنا نسك فكالرمى والطواف ، وإلا فلا يدخل وقته إلا بفعل الرمى أو الطواف ، والله أعلم •

(فرع) وقت الحلق فى حق المعتمر إذا فرغ من السعى ، فلو جامع بعد السعى وقبل الحلق ، فان قلنا الحلق نسك فسدت عمرته لوقوع جماعه قبل التحلل (وإن قلنا) ليس بنسك لم تفسد ، والله أعلم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى الحلق ، هل هو نسك ؟ ذكرنا أن الصحيح فى مذهبنا أنه نسك ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد وجمهور العلماء • وظاهر كلام ابن المنذر والأصحاب أنه لم يقل بأنه ليس بنسك أحد غير الشافعى فى أحد قوليه ولكن حكاه القاضى عياض عن عطاء وأبى ثور وأبى يوسف أيضا •

(فـرع) أجمعوا على أن الحلق أفضل من التقصير • وأن التقصير يجزىء إلا ما حكاه ابن المنذر عن الحسن البصرى أنه كان يقول : يلزمه الحلق فى أول حجة ولا يجزئه التقصير • وهذا إن صح عنه باطل مردود بالنصوص واجماع من قبله •

(فـرع) لو أخر الحلق إلى بعد أيام التشريق حلق ولا دم عليه • سواء طال زمنه أم لا • وسواء رجع إلى بلده أم لا • هذا مذهبنا وبه قال عطاء وأبو ثور وأبو يوسف وأحمد وابن المنذر وغيرهم • وقال أبو حنيفة إذا خرجت أيام التشريق لزمه الحلق ودم • وقال سفيان الثورى وإسحاق ومحمد : عليه الحلق ودم دليلنا : الأصل لا دم •

(فـرع) قال ابن المنذر : أجمعوا أن لا حلق على النساء ، إنما عليهن التقصير قالوا : ويكره لهن الحلق لأنه بدعة فى حقهن ، وفيه مثلة • واختلفوا فى قدر ما تقصره ، فقال ابن عمر والشافعى وأحمد وإسحاق وأبو ثور : تقصر من كل قرن مثل الأنملة • وقال قتادة : تقصر الثلث أو الربع ، وقالت حفصة بنت سيرين : إن كانت عجوزا من القواعد أخذت نحو الربع ، وإن كانت شابة فلتقلل • وقال مالك : تأخذ من جميع قرونها أقل جزء ، ولا يجوز من بعض القرون • دليلنا فى إجزاء ثلاث شعرات أنهن مأمورات بالتقصير • وهذا يسمى تقصيرا •

(فـرع) من لا شعر على رأسه لا حلق عليه ولا فدية ، ويستحب إمرار الموسى على رأسه ولا يجب ، ونقل ابن المنذر إجماع العلماء على أن الأصلع يمر الموسى على رأسه •

وحكى أصحابنا عن أبى بكر [1] ابن أبى داود أنه قال : لا يستحب

---

(١) أثبتنا الألف على ما ذهب اليه النووى رحمه الله من ان ابن اذا وقعت بين كنيتين يلزم ثبوت الألف كما لو وقعت ايضا بين ذكر وانثى كاسماعيل ابن علية وعبد الله ابن بحينه وعيسى ابن مريم ومحمد ابن الحنفية .

إمراره ، وهو محجوج باجماع من قبله • وقال أبو حنيفة : هذا الإمرار واجب ، ووافقنا مالك وأحمد أنه مستحب • واحتج لأبى حنيفة بحديث عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « المحرم إذا لم يكن على رأسه شعر يمر الموسى على رأسه » قالوا ولأنه حكم تعلق بالرأس ، فاذا فقد الشعر انتقل الوجوب إلى نفس الرأس كالمسح فى الوضوء ، ولأنهـا عبادة تجب الكفارة بافسادها فوجب التشبيه فى أفعالها ، كالصوم فيما إذا قامت بينة فى أثناء يوم الشك برؤية الهلال •

واحتج أصـحابنا بأنه فرض تعلق بجزء من الآدمى فسقط بفوات الجزء ، كغسل اليد فى الوضوء فانه يسقط بقطعها • فان قيل الفرض هناك متعلق باليد ، وقد سقطت ، وهنا متعلق بالرأس وهو باق (قلنا) بل الفرض متعلق بالشعر فقط ولهذا لو كان على بعض رأسه شعر دون بعض لزمه الحلق فى الشعر ولا يكفيه الاقتصار على إمرار الموسى على ما لا شعر عليه ، ولو تعلق الفرض عليه لأجزأه •

والجواب عن حديث ابن عمر أنه ضـعيف ظـاهر الضعف ، قال الدارقطنى وغيره : لا يصح رفعه إلى النبى صلى الله عليه وسلم وإنما هو مروى موقوفا على ابن عمر (قلت) وهو موقوف ضعيف أيضا كما سبق بيانه ، ولو صح لحمل على الندب ، والجواب عن قياسهم على المسح فى الوضوء من وجهين (أحدهما) أن الفرض هناك تعلق بالرأس • قال الله تعالى (وامسحوا برءوسكم) وهنا تعلق بالشعر بدليل ما قدمناه قريبا • (والثانى) أنه إذا مسح بشعر الرأس سمى ماسحا فلزمه ، وإذا أمر الموسى لا يسمى حالقا •

وأما الجواب عن قياسهم على الصوم فهو أنه مأمور بامساك جميع النهار فبقيته بعض ما تناوله الأمر ، وهنا إنما هو مأمور بازالة الشعر ، ولم يبق شىء منه • والله تعالى أعلم •

(فـرع) قد ذكرنا أن الواجب من الحلق أو التقصير عندنا ثلاث شعرات وبه قال أبو ثور • وقال مالك وأحمد : يجب أكثر الرأس • وقال أبو حنيفة يجب ربعه ، وقال أبو يوسف : نصفه • احتجوا بأن النبى صلى الله عليه وسلم حلق جميع رأسه • وقال صلى الله عليه وسلم « لتأخذوا عنى مناسككم » وهو حديث صحيح كمـا سبق مرات • قالوا : ولأنه لا يسمى حالقا بدون أكثره •

واحتج أصحابنا بقوله تعالى (محلقين رءوسكم) والمراد شـعور رءوسكم ، والشعر أقله ثلاث شعرات ، ولأنه يسمى حالقا ، يقـال حلق رأسه وربعه وثلاث شعرات منه فجاز الاقتصار على ما يسمى حلق شعر ، وأما حلق النبى صلى الله عليه وسلم جميع رأسه فقد أجمعنـا على أنه للاستحباب ، وأنه لا يجب الاستيعاب ، وأما قولهم : لا يسمى حلقا بدون أكثره فباطل ، لأنه إنكار للحس واللغة والعرف والله أعلم •

(فـرع) مذهبنا أنه يستحب فى الحلق أن يبدأ بالشق الأيمن من رأس المحلوق وإن كان على يسار الحالق • وقال أبو حنيفة : يبدأ بالشق الأيسر ليكون على يمين الحالق ، وهذا منابذ لحديث أنس الذى ذكره المصنف وبيناه •

(فـرع) ذكرنا أن مذهبنا أنه لو قدم الحلق على الذبح جاز ولا دم عليه ولو قدم الحلق على الرمى فالأصح أيضا أنه يجوز ولا دم عليه ، وقال أبو حنيفة : إذا قدم الحلق على الذبح لزمه دم إن كان قارنا أو متمتعا ولا شىء على المفرد ، وقال مالك إذا قدمه على الذبح فلا دم عليه ، وإن قدمه على الرمى لزمه الدم •

وقال أحمد : إن قدمه على الذبح أو الرمى جاهلا أو ناسيا فلا دم ، وإن تعمد ففى وجوب الدم روايتان عنه ، وعن مالك روايتان فيمن قدم

طواف الإفاضة على الرمى (إحداهما) يجزئه الطواف ، وعليه دم (والثانية) لا يجزئه ، وقال سعيد بن جبير والحسن البصرى والنخعى وقتادة ورواية ضعيفة عن ابن عباس عليه الدم متى قدم شيئا على شىء من هذه ، دليلنا الأحاديث الصحيحة السابقة (لا حرج) ولم يفرق النبى صلى الله عليه وسلم بين عالم وجاهل (فان قالوا) المراد لا إثم لكونه ناسيا (قلنا) ظاهره لا شىء عليه مطلقا ، وأجمعوا على أنه لو نحر قبل الرمى لا شىء عليه والله أعلم •

(فـرع) ذكرنا أن الصحيح فى مذهبنا أن من لبد رأسه ولم ينذر حلقه لا يلزمه حلقه ، بل يجزئه التقصير كما لو لم يلبد ، وبه قال ابن عباس وأبو حنيفة • وأوجب الحلق عمر بن الخطاب وابنه والثورى ومالك وأحمد وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر ، ونقله القاضى عياض عن جمهور العلماء •

(فـرع) قال ابن المنذر : ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما حلق رأسه قلم أظفاره ، قال : وكان ابن عمر يأخذ من لحيته وشاربه وأظفاره إذا رمى الجمرة ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والسنة ان يخطب الإمام يوم النحر بمنى ، وهى إحدى الخطب الأربع ، يعلم الناس الرمى والإفاضة وغيرهما من المناسك لما روى ابن عمر قال « خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم النحر بعد رمية الجمرة ، فكان فى خطبته : إن هذا يوم الحج الأكبر » ولأن فى هذا اليوم وما بعده مناسك يحتاج إلى العلم بها فسن فيها الخطبة لذلك) •

(الشرح) حديث ابن عمر رواه البخارى بمعناه ، وقد سبق بيانه مع أحاديث كثيرة صحيحة فى إثبات خطبة يوم النحر ، ذكرناها عند ذكر خطبة اليوم السابع ، وذكرنا هناك أدلة الخطب الأربع مبسوطة وفروعها

ومذاهب العلماء فيها ، وهذا الذى قاله المصنف فى هذا الفصل متفق عليه .

ولم يبين متى تكون هذه الخطبة من يوم النحر ؟ وقد سبق أنها تكون بعد صلاة الظهر ، هكذا قاله الشافعى والأصحاب ، واتفقوا عليه ، وهو مشكل لأن المعتمد فى هذه الخطبة الأحاديث الواردة فيها ، والأحاديث مصرحة بأن هذه الخطبة كانت ضحوة يوم النحر لا بعد الظهر (وجوابه) [1] قال أصحابنا ويستحب لكل أحد من الحجاج حضور هذ الخطبة ، ويستحب لهم وللامام الاغتسال لها ، والتطيب إن كان قد تحلل التحللين أو الأول منهما ، والله أعلم . وهذه الخطبة تكون بمنى هكذا نص عليه الشافعى والمصنف والأصحاب فى جميع الطرق ، وحكى الرافعي وجها شاذا أن هذه الخطبة تكون بمكة ، وهذا فاسد مخالف للنقل والدليل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ثم يفيض إلى مكة ويطوف طواف الإفاضة ويسمى طواف الزيارة ، لما روى جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « رمى الجمرة ثم ركب وأفاض إلى البيت » وهذا الطواف ركن من اركان الحج لا يتم الحج إلا به ، والأصل فيه قوله عز وجل (وليطوفوا بالبيت العتيق) وروت عائشة ان صفية رضى الله عنهما حاضت فقال النبى صلى الله عليه وسلم « أحابستنا هى ؟ قلت : يا رسول الله إنها قد افاضت ، قال : فلا إذا » فدل على أنه لابد من فعله ، وأول وقته إذا انتصفت ليلة النحر ، لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم « أرسل أم سلمة (رض) يوم النحر فرمت قبل الفجر ثم افاضت » والمستحب أن يطوف يوم النحر لأن النبى صلى الله عليه وسلم « طاف يوم النحر » فان اخره إلى ما بعده وطاف جاز ، لأنه أتى به بعد دخول الوقت) .

(الشرح) حديث جابر رواه مسلم ، وحديث عائشة الأول فى قصة

---

(١) كذا بالأصل فحرر قلت : ولعل المقصود بالضحوة على ما فسره الشافعى والأصحاب أول الهاجرة أى حين الزوال على الفور والله أعلم (ط) .

صفية رواه البخارى ومسلم (وأما) حديثها الآخر فى قصة أم سلمة [٢] (وأما) قوله : إن النبى صلى الله عليه وسلم « طاف يوم النحر » فصحيح رواه مسلم من رواية ابن عمر ، ومن رواية جابر والله أعلم •

(اما احكام الفصل) فالسنة إذا رمى وذبح وحلق أن يفيض إلى مكة ويطوف بالبيت طواف الإفاضة ، وقد سبق فى أوائل الباب أن له خمسة أسماء وقد سبقت كيفية الطواف ، وسبق بيان التفصيل والخلاف فى أنه يرمل ويضطبع فى هذا الطواف أم لا ؟ وهذا الطواف ركن من أركان الحج لا يصح الحج إلا به باجماع الأمة ، قال الأصحاب : ويدخل وقت هذا الطواف من نصف ليلة النحر ، ويبقى إلى آخر العمر ، ولا يزال محرما حتى يأتى به ، والأفضل طوافه يوم النحر وأن يكون قبل الزوال فى الضحاء بعد فراغه من الأعمال الثلاثة وهى الرمح والذبح والحلق •

قال أصحابنا : ويستحب أن يعود إلى منى قبل صلاة الظهر فيصلى الظهر بمنى قال أصحابنا : ويكره تأخير الطواف عن يوم النحر وتأخيره عن أيام التشريق أشد كراهة ، وخروجه من مكة بلا طواف أشد كراهة ، ومن لم يطف لا يحل له النساء وإن مضت عليه سنون • قال أصحابنا : ولو طاف للوداع ، ولم يكن طاف الإفاضة وقع عن طواف الإفاضة وأجزأه ، وقد سبقت المسألة واضحة فى فصل طواف القدوم ، قال أصحابنا : فاذا طاف فان لم يكن سعى بعد طواف القدوم لزمه السعى بعد طواف الإفاضة ، ولا يزال محرما حتى يسعى ، ولا يحصل التحلل الثانى بدونه وإن كان سعى بعد طواف القدوم لم يعده بل تكره إعادته كما سبق فى فصل السعى ، والله تعالى أعلم •

(فرع) قد ذكرنا أنه لا آخر لوقت طواف الإفاضة ، بل يصح

---

(٢) بياض بالاصل فحرر ، قلت : فقد رواه الدارمى والنسائى .

ما دام حيا لكن يكره تأخيره عن يوم النحر ، فاذا أخره عن أيام التشريق ، قال المتولى : يكون قضاء ، قال الرافعى : ومقتضى كلام الأصحاب أنه لا يكون قضاء ، بل يقع أداء لأنهم قالوا : ليس هو بمؤقت ، وهذا كما قاله الرافعى .

(فرع) قد ذكرنا أنه يدخل وقت طواف الإفاضة بنصف ليلة النحر ، وهذا لا خلاف فيه عندنا ، قال القاضيان أبو الطيب وحسين فى تعليقهما وصاحب البيان وغيرهم : ليس للشافعى فى ذلك نص إلا أن أصحابنا ألحقوه بالرمى فى ابتداء وقته (وأما) وقت الفضيلة لطواف الإفاضة فقد ذكرنا أنه ضحوة يوم النحر ، وهذا هو الصحيح المشهور الذى تظاهرت به الأحاديث الصحيحة ، وقطع به جمهور الأصحاب ، وقال القاضى أبو الطيب فى تعليقه : فى الوقت المستحب وجهان لأصحابنا (أحدهما) ما بين طلوع الشمس يوم النحر وزوالها ، لحديث ابن عمر وجابر اللذين سنذكرهما إن شاء الله تعالى فى الفرع بعده (والثانى) ما بين طلوعها وغروبها .

(فرع) قال الشافعى والماوردى والأصحاب : إذا فرغ من طوافه استحب أن يشرب من سقاية العباس ، لحديث جابر « أن النبى صلى الله عليه وسلم جاء بعد الإفاضة إليهم وهم يسقون على زمزم فناولوه دلوا فشرب منه » رواه مسلم .

(فرع) قد ذكرنا أن الأفضل أن يطوف الإفاضة قبل الزوال ، ويرجع إلى منى فيصلى بها الظهر ، هذا هو المذهب الصحيح وبه قطع الجمهور ، ونقله الرويانى فى البحر عن نص الشافعى فى الاملاء .

وذكر القاضى أبو الطيب فى تعليقه فيه وجهين (أحدهما) هذا (والثانى) الأفضل أن يمكث بمنى حتى يصلى بها الظهر مع الإمام ، ويشهد

الخطبة ثم يفيض إلى مكة فيطوف ، واستدل هذا القائل بحديث عائشة الذى سنذكره إن شاء الله تعالى ، واختار القاضى أبو الطيب بعد حكايته هذين الوجهين وجها ثالثا أنه إن كان فى الصيف عجل الإفاضة لاتساع النهار ، وإن كان شتاء أخرها إلى ما بعد الزوال لضيقه ، هذا كلامه ، والصواب الأول .

وقد صح فى هذه المسألة أحاديث متعارضة يشكل على كثير من الناس الجمع بينها حتى إن ابن حزم الظاهرى صنف كتابا فى حجة النبى صلى الله عليه وسلم وأتى فيه بنفائس واستقصى وجمع بين طرق الأحاديث فى جميع الحج ، ثم قال : ولم يبق شىء لم يبن لى وجهه إلا الجمع بين هذه الأحاديث ، ولم يذكر شيئا فى الجمع بينها وأنا أذكر طرقها ثم أجمع بينها أن شاء الله تعالى (فمنها) حديث جابر الطويل « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أفاض يوم النحر إلى البيت فصلى بمكة الظهر » رواه مسلم .

وعن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أفاض يوم النحر ثم رجع فصلى الظهر بمنى . قال نافع : وكان ابن عمر يفيض يوم النحر ثم يرجع فيصلى الظهر بمنى » رواه مسلم . وعن عبد الرحمن ابن مهدى قال « حدثنا سفيان ــ يعنى الثورى ــ عن ابن الزبير عن عائشة عن ابن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم أخر الطواف يوم النحر إلى الليل » رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن . وذكر البخارى فى صحيحه تعليقا بصيغة جزم فقال : وقال أبو الزبير عن عائشة وابن عباس « أخر النبى صلى الله عليه وسلم الطواف إلى الليل » .

قال البيهقى : وقد سمع أبو الزبير من ابن عباس وفى سماعه من عائشة نظر . قاله البخارى قال البيهقى : وقد روينا عن أبى سلمة عن عائشة أنها قالت وحججنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فأفضنا يوم النحر » قال وروى محمد بن إسحاق بن يسار عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه

عن عائشة قالت « أفاض رسول الله صلى الله عليه وسلم فى آخر يوم حين صلى الظهر ثم رجع إلى منى » ورواه عمر بن قيس عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة « أن النبى صلى الله عليه وسلم أذن لأصحابه فزاروا البيت ظهيرة وزار رسول الله صلى الله عليه وسلم مع نسائه ليلا » وإلى هذا ذهب عروة بن الزبير أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « طاف على ناقته ليلا » قال البيهقى وأصح هذه الروايات حديث ابن عمر وحديث جابر وحديث أم سلمة عن عائشة • هذا كلام البيهقى •

(قلت) فالظاهر أنه صلى الله عليه وسلم أفاض قبل الزوال وطاف وصلى بمكة فى أول وقتها ثم رجع إلى منى فصلى بها الظهر مرة أخرى إماما لأصحابه كما صلى بهم فى بطن نخل مرتين ، مرة بطائفة ومرة بطائفة أخرى ، فروى جابر صلاته بمكة وابن عمر بمنى ، وهما صادقان ، وحديث أم سلمة عن عائشة محمول على هذا • وأما حديث أبى الزبير وغيره فجوابه من وجهين (أحدهما) أن روايات جابر وابن عمر وأم سلمة عن عائشة أصح وأشهر وأكثر رواة ، فوجب تقديمها ولهذا رواها مسلم فى صحيحه دون حديث أبى الزبير وغيره •

(والثانى) أنه يتأول قوله أخر طواف يوم النحر إلى الليل ، أى طواف نسائه ، ولابد من التأويل للجمع بين الأحاديث (فإن قيل) هذا التأويل يرده رواية القاسم عن عائشة فى قوله « وزار رسول الله صلى الله عليه وسلم مع نسائه ليلا » فجوابه لعله عاد للزيارة لا لطواف الإفاضة ، فزار مع نسائه ثم عاد إلى منى فبات بها ، والله أعلم •

(فرع) قد ذكرنا لطواف الإفاضة خمسة أسماء (منها) طواف الزيارة ولا كراهة فى تسميته طواف الزيارة • هذا مذهبنا ، وبه قال أهل العراق • وقال مالك : يكره • دليلنا حديث عائشة فى صحيح مسلم وغيره « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أراد من امرأته صفية مثل ما يريد

الرجل ، فقالوا إنها حائض ، فقال إنها لحابستنا قالوا : يا رسول الله إنها قد زارت يوم النحـر ، قال : فلتنفر معكن » ومعناه قد طـافت طواف الزيارة •

وعن ابن عباس وعائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم أخر طواف الزيارة إلى الليـل » رواه الترمذى وقال حديث حسن صـحيح ودلالته ظاهرة ، ودلالة الأول أنه لم ينكره النبى صلى الله عليه وسلم ولأن الأصل عدم الكراهة حتى يثبت دليلها الشرعى •

(فـرع) اختلف العلماء فى يوم الحج الأكبر متى هو ؟ فقيل يوم عرفة ، والصحيح الذى قاله الشافعى وأصحابنا وجماهير العلماء وتظاهرت عليه الأحاديث الصحيحة أنه يوم النحر ، وإنما قيل الحج الأكبر للاحتراز من الحج الأصغر وهو العمرة • هكذا أثبت فى الحديث الصحيح • ومما يستدل به حديث حميـد بن عبـد الرحمن بن عوف عن أبى هريرة قال « بعثنى أبو بكر فى تلك الحجة ــ يعنى حجة أبى بكر الصديق رضى الله عنه سنة تسع من الهجرة ــ فى مؤذنين بعثهم يوم النحر يؤذنون بمنى أن لا يحج بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان ، ثم أردف النبى صلى الله عليه وسلم بعلى بن أبى طالب رضى الله عنه فأمره أن يؤذن ليراه • قال أبو هريرة : فأذن معنا على فى أهل منى يوم النحر ليراه ، وأن لا يحج بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان ، وكان حميد يقول : النحر يوم الحج الأكبر من أجل قول أبى هريرة » رواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما ، ومعنى قول حميد إن الله أمر بهذا الأذان يوم الحج الأكبر فأذنوا به يوم النحر ، فدل على أنهم علموا أنه يوم الحج الأكبر المـأمور بالأذان فيـه فى قوله تعالى (وأذان من الله ورسوله إلى الناس يوم الحج الأكبر » الآية ولأن معظم المناسك تفعل فيه ومن قال يوم عرفة احتج بالحديث السابق « الحج عرفة » ولكن حديث أبى هريرة يرده • ونقل القاضى عياض أن

مذهب مالك أنه يوم النحر ، وأن مذهب الشافعى أنه يوم عرفة • وليس كما قال ، بل مذهب الشافعى وأصحابه أنه يوم النحر ، كما سبق ، والله أعلم •

(فرع) ذكرنا أن مذهبنا أن طواف الإفاضة لا آخر لوقته ، بل يبقى ما دام حيا ولا يلزمه بتأخيره دم ، قال ابن المنذر : ولا أعلم خلافا بينهم فى أن من أخره وفعله فى أيام التشريق أجزأه ولا دم ، فإن أخره عن أيام التشريق فقد قال جمهور العلماء كمذهبنا : لا دم • ممن قاله عطاء وعمرو بن دينار وابن عيينة وأبو ثور وأبو يوسف ومحمد وابن المنذر ، وهو رواية عن مالك •

وقال أبو حنيفة : إن رجع إلى وطنه قبل الطواف لزمه العود للطواف ، فيطوف وعليه دم للتأخير ، وهو الرواية المشهورة عن مالك ، دليلنا أن الأصل عدم الدم حتى يرد الشرع به ، والله أعلم ، وقد قدمنا فى فصل طواف القدوم أنه لو طاف الإفاضة وترك من الطوافات السبع واحدة أو بعضها لا يصح طوافه ، حتى يكمل السبع بلا خلاف عندنا ، وبه قال جمهور العلماء ، وسبق فيه بيان مذهب أبى حنيفة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإذا رمى وحلق وطاف حصل له التحلل الأول والثانى ، وبأى شىء حصل له التحلل ؟ إن قلنا : إن الحلق نسك حصل له [التحلل] الأول باثنين من ثلاثة وهى الرمى والحلق والطواف ، وحصل له [التحلل] الثانى بالثالث . وإن قلنا : إن الحلق ليس بنسك حصل له التحلل الأول بواحد من اثنين – الرمى والطواف – وحصل له التحلل الثانى بالثانى . وقال أبوسعيد الإصطخرى : إذا دخل وقت الرمى حصل له التحلل الأول وإن لم يرم ، كما إذا فات وقت الرمى حصل له التحلل الأول وإن لم يرم ، والمذهب الأول لما روت عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إذا رميتم وحلقتم فقد حل لكم الطيب واللباس وكل شىء إلا النساء » فعلق التحلل بفعل الرمى ، ولأن ما تعلق به التحلل لم يتعلق بدخول وقته كالطواف ، ويخالف إذا فات الوقت ،

فان بفوات الوقت يسقط فرض الرمى كما يسقط بفعله ، وبدخول الوقت لا يسقط الفرض فلم يحصل به التحلل .

وفيما يحل بالتحلل الأول والثانى قولان (احدهما) وهو الصحيح [انه] يحل بالأول جميع المحظورات إلا الوطء : وبالثانى يحل الوطء لحديث عائشة رضى الله عنها [والقول الثانى انه] يحل بالأول كل شىء إلا الطيب والنكاح والاستمتاع بالنساء وقتل الصيد لما روى مكحول عن عمر (رض) لانه قال «إذا رميتم الجمرة فقد حل لكم كل شىء إلا النساء والطيب والصيد» والصحيح هو الأول ، لأن حديث عمر مرسل ، ولأن السنة مقدمة عليه . هذا إذا كان قد سعى عقيب طواف القدوم ، فاما إذا لم يسع وقف التحلل على الطواف والسعى ، لأن السعى ركن كالطواف) .

(الشرح) أما حديث عائشة رضى الله عنهـا فرواه أبو داود بإسناد ضعيف جدا من رواية الحجاج بن أرطأة وقال : هو حديث ضعيف . وقد روى النسائى بإسناده عن الحسن بن عبد الله القرنى عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (إذا رميتم الجمرة فقد حل لكم كل شىء إلا النساء) هكذا رواه النسائى وابن ماجه مرفوعا وإسناده جيد إلا أن يحيى بن معين وغيره قالوا : يقال إن الحسن القرنى لم يسمع ابن عباس ، ورواه البيهقى موقوفا على ابن عباس . والله تعالى أعلم .

وأما الأثر المذكور عن عمر رضى الله عنه فهو مرسل كما قال المصنف ؛ لأن مكحولا لم يدرك عمر ، فحديثه عنه منقطع ومرسل ، والله أعلم .

(أما أحكام الفصل) فقال الشافعى والأصحاب رحمهم الله : للحج تحللان أول وثان يتعلقان برمى جمرة العقبة والحلق وطواف الإفاضة ، هـذا إن قلنا الحلق نسك ، وإلا فيتعلقان بالرمى والطواف . وأما النحر فلا مدخل له فى التحلل (فإن قلنـا) الحلق نسك حصـل التحلل الأول باثنين من الثلاثة ، فأى اثنين منها أتى بهما حصل التحلل الأول ، سواء كانا رميـا وحلقا ، أو رميا وطوافا ، أو طوافا وحلقا ، ويحصل التحلل الثانى بالعمل الباقى من الثلاثة .

(وإن قلنا) الحلق ليس بنسك لم يتعلق به التحلل بل يحصل التحللان بالرمى والطواف أيهما فعله حصل به التحلل الأول ، ويحصل الثانى بالثانى • ولو لم يرم جمرة العقبة حتى خرجت أيام التشريق فقد فات الرمى ولزمه بفواته الدم ويصير كأنه رمى بالنسبة إلى حصول التحلل به وهل يتوقف تحلله على الإتيان ببدل الرمى ؟ فيه ثلاثة أوجه حكاها إمام الحرمين وغيره (وأصحها) نعم لأنه قائم مقامه (والثانى) لا إذ لا رمى (والثالث) إن افتدى بالدم توقف ، وإن افتدى بالصوم فلا لطول زمنه • وأما إذا لم يرم ولم تخرج أيام التشريق فلا يجعل دخول وقت الرمى كالرمى فى حصول التحلل • هذا هو المذهب ، وبه قطع جماهير الأصحاب ، وفيه وجه للأصطخرى حكاه المصنف والأصحاب أن دخول وقت الرمى فى حصول التحلل ، وقد ذكر المصنف دليله مع دليل المذهب • وحكى الرافعى وجها شاذا ضعيفا للداركى أنه إن قلنا الحلق نسك حصل التحللان جميعا بالحلق مع الطواف من غير رمى ، أو بالطواف والرمى ، ولا يحصل بالرمى والحلق إلا أحد التحللين •

وحكى الرافعى وجها شاذا ضعيفا أنه يحصل التحلل الأول بالرمى فقط أو الطواف فقط ، وإن قلنا الحلق نسك • وحكى إمام الحرمين عن حكاية صاحب التقريب وجها أنا إذا لم نجعل الحلق نسكا حصل التحلل الأول بمجرد طلوع الفجر يوم النحر لوجود اسم اليوم • وهذه الأوجه كلها شاذة ضعيفة والمذهب ما قدمنا أولا • والحاصل أن المذهب الذى يفتى به أن التحلل يحصل باثنين من الثلاثة والثانى بالثالث ، والله أعلم •

قال أصحابنا : ولابد من السعى مع الطواف إن لم يكن سعى بعد طواف القدوم • قال إمام الحرمين والأصحاب : فيعد الطواف والسعى سببا واحدا من أسباب التحلل ، فلو لم يرم ولكن طاف وحلق ولم يسع لم يحصل التحلل الأول لأن السعى كالجزء فكأنه ترك بعض المرات من الطواف ، وهذا لا خلاف فيه والله تعالى أعلم •

وأما العمرة فليس لها إلا تحلل واحـد بلا خلاف ، وهو بالطواف والسعى ويضم إليهما الحلق إن قلنا هو نسك ، وإلا فلا •

قال أصحابنا : وإنما كان فى العمرة تحلل ، وفى الحج تحللان ، لأن الحج يطول زمنه وتكثر أعماله ، بخلاف العمرة فأبيح بعض محرماته فى وقت وبعضها فى وقت • والله أعلم • قال أصحابنا • ويحل بالتحلل الأول فى الحج اللبس والقلم وستر الرأس والحلق إن لم نجعله نسكا بلا خلاف ، ولا يحل الجماع إلا بالتحللين بلا خلاف ، والمستحب أن لا يطأ حتى يرمى أيام التشريق • وفى عقد النكاح والمباشرة فيما دون الفرج بشهوة كالقبلة والملامسة قولان مشهوران •

قال القاضى أبو الطيب : نص عليهما الشافعى فى الجديد (أصحهما) عند أكثر الأصحاب لا يحـل إلا بالتحللين (وأصحهما) عنـد المصنف والرويانى يحل بالأول وقال المـاوردى لا يحل بالأول المباشرة ، ويحل الصيد والنكاح والطيب فى أصح القولين ، قال : وهو الجديد ، ويحل الصيد بالأول على الأصح من القولين باتفاقهم (وأما) الطيب فالمذهب القطع بحله بالتحلل الأول ، بل قال أصـحابنا هو مستحب بين التحللين للحديث الذى سنذكره إن شـاء الله تعالى ، وبهذا الطريق قطع المصنف والجمهور وذكر القـاضى أبو الطيب فى تعليقه والبندنيجى والمـاوردى والرويانى وإمام الحرمين وآخرون فيه طريقين (أصحهما) حله (والثانى) على قولين كالصيد وعقد النكاح • وهذا باطل منابذ للسنة ، فقد ثبت عن عائشة رضى الله عنها قالت « طيبت رسول الله صلى الله عليه وسلم لحرمه حين أحرم ، ولحله قبل أن يطوف بالبيت » رواه البخارى ومسلم •

(فـرع) فى بيان حديث مشكل مخالف لمـا ذكرناه • وهو ما رواه أبو داود فى سننه قال : حدثنـا أحمد بن حنبـل ويحيى بن معين قالا : حدثنا ابن أبى عدى عن محمد بن إسحاق قال : حدثنا أبو عبيدة بن عبد الله

ابن زمعة عن أبيه ، وعن أمه زينب بنت أبى سلمة عن أم سلمة قالت « كانت ليلتى التى يصير إلى فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم النحر فصار إلى فدخل على وهب بن زمعة ومعه رجل متقمصين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لوهب ; أفضت أبا عبد الله ؟ قال : لا والله يا رسول الله ، قال : انزع عنك القميص ، فنزعه من رأسه ، ونزع صاحبه قميصه من رأسه ، ثم قال : ولم يا رسول الله ؟ قال : إن هذا يوم رخص فيه لكم إذا أنتم رميتم الجمرة أن تحلوا يعنى من كل ما حرمتم منه إلا النساء ، فإذا أمسيتم قبل أن تطوفوا هذا البيت صرتم حرما كمبيتكم قبل أن ترموا الجمرة حتى تطوفوا به » هذا لفظه ، وهذا الإسناد صحيح ، والجمهور على الاحتجاج بمحمد بن إسحاق إذا قال : حدثنا ، وإنما عابوا عليه التدليس ، والمدلس إذا قال : حدثنا احتج به ، وإذا ثبت أن الحديث صحيح فقد قال البيهقى : لا أعلم أحدا من الفقهاء قال به ، هذا كلام البيهقى (قلت) فيكون الحديث منسوخا ، دل الاجماع على نسخه ، فإن الإجماع لا ينسخ ولا ينسخ ، لكن يدل على ناسخ والله تعالى أعلم •

(فرع) ذكرنا أن فى الحج تحللين ، هكذا قاله الأصحاب فى جميع الطرق ، قال : القاضى أبو الطيب فى تعليقه : قال الشيخ أبو حامد : ليس فيه إلا تحلل واحد قال • وقولنا تحللان مجاز ، بل إذا رمى جمرة العقبة زال إحرامه ، وبقى حكمه ، فلا يجوز حتى يحلق ويطوف ، كما أن الحائض إذا انقطع دمها زال الحيض وبقى حكمه وهو تحريم وطئها حتى تغتسل ، قال أبو الطيب : هذا غلط لأن الطواف أحد أركان الحج ، فكيف يزول الإحرام وبعض الأركان باق والله أعلم •

(فرع) قال أصحابنا : إذا تحلل التحللين صار حلالا فى كل شىء ، ويجب عليه الإتيان بما بقى من الحج وهو الرمى فى أيام التشريق والمبيت لياليها بمنى مع أنه غير محرم كما يسلم التسليمة الثانية وإن كان قد خرج من الصلاة بالأولى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

وإذا فرغ من الطواف رجع إلى منى ، وأقام بها أيام التشريق يرمى فى كل يوم الجمرات الثلاث ، كل جمرة بسبع حصيات ، فيرمى الجمرة الأولى وهى التى تلى مسجد الخيف ، ويقف قدر سورة البقرة يدعو الله عز وجل ، ثم يرمى الجمرة الوسطى ويقف ويدعو الله تعالى كما ذكرنا ، ثم يرمى الجمرة الثالثة وهى جمرة العقبة ولا يقف عندها ، لما روت عائشة رضى الله عنها « أن النبى صلى الله عليه وسلم أقام بمكة حتى صلى الظهر ، ثم رجع إلى منى فأقام بها أيام التشريق الثلاث يرمى الجمار فرمى الجمرة الأولى إذا زالت الشمس بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ، ثم يقف فيدعو الله تعالى ثم يأتى الجمرة الثانية فيقول مثل ذلك ، ثم يأتى جمرة العقبة فيرميها ، ولا يقف عندها » .

ولا يجوز أن يرمى الجمار فى هذه الأيام الثلاثة إلا مرتبا يبدا بالأولى ثم بالوسطى ثم بجمرة العقبة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم رمى هكذا ، وقال « خذوا عنى مناسككم فان نسى حصاة ولم يعلم من أى الجمار تركها جعلها من الجمرة الأولى ، ليسقط الفرض بيقين ، ولا يجوز الرمى فى هذه الأيام الثلاثة إلا بعد الزوال ، لأن عائشة رضى الله عنها قالت « أقام رسول الله صلى الله عليه وسلم أيام التشريق الثلاثة يرمى الجمار الثلاث حين تزول الشمس » فان ترك الرمى فى اليوم الثالث سقط الرمى ، لأنه فات أيام الرمى ، ويجب عليه دم لقوله صلى الله عليه وسلم « من ترك نسكا فعليه دم » .

فان ترك الرمى فى اليوم الأول إلى اليوم الثانى أو ترك الرمى فى اليوم الثانى إلى الثالث فالمشهور من المذهب أن الأيام الثلاثة كاليوم الواحد ، فما ترك فى الأول يرميه فى اليوم الثانى ، وما تركه فى اليوم الثانى يرميه فى اليوم الثالث والدليل عليه أنه يجوز لرعاة الإبل أن يؤخروا رمى إلى يوم بعده ، فلو لم يكن اليوم الثانى وقتا لرمى اليوم الأول لما جاز الرمى فيه ، وقال فى الإملاء رمى كل يوم مؤقت بيومه ، والدليل عليه أنه رمى مشروع فى يوم ، ففات بفواته كرمى اليوم الثالث ، فان تدارك عليه رمى يومين أو ثلاثة أيام .

(فان قلنا) بالمشهور بدأ ورمى عن اليوم الأول ثم عن اليوم الثانى ثم عن اليوم الثالث ، فان نوى بالرمى الأول عن اليوم الثانى ففيه وجهان

(احدهما) انه لا يجزئه ، لانه ترك الترتيب (والثانى) انه يجزئه عن الأول لأن الرمى مستحق عن اليوم الأول ، فانصرف إليه كما لو طاف بنية الوداع ، وعليه طواف الفرض (فان قلنا) بقوله فى الإملاء : إن رمى كل يوم مؤقت بيومه وفات اليوم ولم يرم ففيه ثلاثة اقوال ، (احدها) أن الرمى يسقط ، وينتقل إلى الدم كاليوم الاخير (والثانى) انه يرمى ويريق دما للتأخير ، كما لو اخر قضاء رمضان حتى ادركه رمضان آخر ، فانه يصوم ويفدى (والثالث) انه يرمى ولا شىء عليه ، كما لو ترك الوقوف بالنهار فانه يقف بالليل ولا دم عليه ، فعلى هذا إذا رمى عن اليوم الثانى قبل اليوم الأول جاز ، لانه قضاء فلا يجب فيه الترتيب كالصلاة الفائتة .

(فاما) إذا نسى رمى يوم النحر ففيه طريقان (من) أصحابنا من قال : هو كرمى أيام التشريق ، فيرمى رمى يوم النحر فى أيام التشريق . وتكون أيام التشريق وقتا له ، وعلى قوله فى الإملاء يكون على الأقوال الثلاثة ، ومن اصحابنا من قال : يسقط رمى يوم النحر قولا واحدا ، لانه لما خالف رمى أيام التشريق فى المقدار والمحل خالفه فى الوقت .

ومن ترك رمى الجمار الثلاث فى يوم لزمه دم لقوله صلى الله عليه وسلم « من ترك نسكا فعليه دم » فان ترك ثلاث حصيات فعليه دم لانه يقع اسم الجمع المطلق عليه فصار كما لو ترك الجميع وإن ترك حصاة ففيه ثلاثة أقوال (أحدها) يجب عليه ثلث دم (والثانى) مد (والثالث) درهم ، وإن ترك حصاتين لزمه فى أحد الاقوال ثلثا دم ، وفى الثانى مدان ، وفى الثالث درهمان .

وإن ترك الرمى فى أيام التشريق وقلنا بالقول المشهور : إن الأيام الثلاثة كاليوم الواحد لزمه دم كاليوم الواحد (فان قلنا) بقوله فى الإملاء إن رمى كل يوم مؤقت بيومه لزمه ثلاثة دماء ، وإن ترك رمى يوم النحر وأيام التشريق (فان قلنا) إن رمى يوم النحر كرمى أيام التشريق لزمه على القول المشهور دم واحد (وإن قلنا) إنه ينفرد عن رمى أيام التشريق (فان قلنا) إن رمى أيام التشريق كرمى اليوم الواحد لزمه دمان (وإن قلنا) إن رمى كل يوم مؤقت بيومه لزمه أربعة دماء) .

(الشرح) حديث عائشة رضى الله عنها رواه أبو داود والبيهقى ، ولكنه من رواية محمد بن إسحاق صاحب المغازى عن عبد الرحمن بن

القاسم عن أبيه عن عائشة بلفظه ، ولكن محمد بن إسحاق مدلس ، والمدلس إذا قال (عن) لا يحتج بروايته ، ويغنى عنه حديث سالم عن ابن عمر « أنه كان يرمى الجمرة الدنيا بسبع حصيات يكبر على أثر كل حصاة ثم يتقدم ثم يستهل فيقوم مستقبل القبلة فيقوم طويلا ، ويدعو ويرفع يديه ، ثم يرمى الوسط ، ثم يأخذ ذات الشمال فيستهل ، ويقوم مستقبل القبلة فيقوم طويلا ويدعو ، ويرفع يديه ويقوم طويلا ، ثم يرمى جمرة ذات العقبة من بطن الوادى ، ولا يقف عندها ، ثم ينصرف فيقول : هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعله » رواه البخارى فى صحيحه فى ثلاثة أبواب متوالية ، ورواه مالك والبيهقى وغيرهما وفى روايتهم « فيقف عند الجمرتين الأوليين طويلا يكبر الله تعالى ويسبحه ، ويحمده ويدعو الله تعالى » .

(وأما) حديث أن النبى صلى الله عليه وسلم « رمى الجمار مرتبا » فهو صحيح مشهور من رواية ابن عمر التى ذكرتها الآن ، ومن غيرها ، وأما حديث « خذوا عنى مناسككم » فصحيح رواه مسلم من رواية جابر ، وسبق بيانه فى هذا الباب مرات ، وأما حديث عائشة « أن النبى صلى الله عليه وسلم أقام أيام التشريق يرمى الجمار إذا زالت الشمس » فرواه أبو داود باسناده الذى فيه محمد بن إسحاق وقد بينته الآن ، ويغنى عنه حديث جابر « أن النبى صلى الله عليه وسلم رمى الجمرة أول يوم ضحى ، ثم لم يرم بعد ذلك حتى زالت الشمس » رواه مسلم . وعن ابن عمر قال « كنا نتحين ، فإذا زالت الشمس رمينا » رواه البخارى . وأما حديث « من ترك نسكا فعليه دم » فسبق بيانه .

(وأما ألفاظ الفصل) فقوله : مسجد الخيف هو ــ بفتح الخاء المعجمة وإسكان المثناة تحت ــ قال أهل اللغة : الخيف ما انحدر عن غلظ الجبل وارتفع عن مسيل الماء ، وبه يسمى مسجد الخيف ، وهو مسجد

عظيم واسع جدا فيه عشرون بابا • وذكر الأزرقى جملا تتعلق به (قوله) رمى مشروع فى يوم احتراز من رجم الزانى •

(أما الأحكام) ففيها مسائل (إحداها) قال الشافعى والأصحاب : إذا فرغ الحاج من طواف الإفاضة والسعى إن كان لم يسع بعد طواف القدوم ، فالسنة أن يرجع إلى منى عقب فراغه ، فإذا رجع صلى بها الظهر وحضر الخطبة ثم يقيم فى منى لرمى أيام التشريق ومبيت لياليها ، وقد سبق أن اليوم الأول من أيام التشريق يسمى يوم القر ــ بفتح القاف وتشديد الراء ــ لأنهم قارون بمنى ، واليوم الثانى يسمى النفر الأول ، واليوم الثالث يوم النفر الثانى •

ومجموع حصى الرمى سبعون حصاة ، سبع منها لجمرة العقبة يوم النحر والباقى لرمى أيام التشريق ، فيرمى كل يوم الجمرات الثلاث ، كل جمرة سبع حصيات كما سبق وصفه فى رمى جمرة العقبة ، فيأخذ كل يوم إحدى وعشرين حصاة ، فيأتى الجمرة الأولى وهى التى تلى مسجد الخيف ، وهى أولهن من جهة عرفات ، وهى فى نفس الطريق الجادة ، فيأتيها من أسفل منها فيصعد إليها ويعلوها حتى يكون ما عن يساره أقل مما عن يمينه ، ويستقبل الكعبة ثم يرمى الجمرة بسبع حصيات واحدة واحدة ، يكبر عقب كل حصاة كما سبق فى رمى جمرة العقبة يوم النحر ، ثم يتقدم عنها ، وينحرف قليلا ويجعلها فى قفاه ، ويقف فى موضع لا يصيبه المتطاير من الحصى الذى يرمى ، فيستقبل القبلة ويحمد الله تعالى ويكبر ويهلل ويسبح ويدعو مع حضور القلب وخضوع الجوارح ، ويمكث كذلك قدر سورة البقرة ، ثم يأتى الجمرة الثانية وهى الوسطى ، ويصنع فيها كما صنع فى الأولى ، ويقف للدعاء كما وقف فى الأولى إلا أنه لا يتقدم عن يسارها بخلاف ما فعل فى الأولى ، لأنه لا يمكنه ذلك فيها ، بل يتركها عن يمينه ويقف فى بطن المسيل منقطعا عن أن يصيبه الحصى • ثم يأتى الجمرة

الثالثة وهى جمرة العقبة التى رماها يوم النحر فيرميها من بطن الوادى ولا يقف عندها للذكر والدعاء •

وهذه الكيفية هى المسنونة والواجب منها أصل الرمى بصفته السابقة فى رمى جمرة العقبة ، وهو أن يرمى بما يسمى حجرا ويسمى رميا •

وأما الدعاء والذكر وغيرهما مما زاد على أصل الرمى فمستحب لا شىء عليه فى تركه لكن فاتته الفضيلة • ويرمى فى اليوم الثانى من أيام التشريق كما رمى فى الأول ، ويرمى فى الثالث كذلك إن لم ينفر فى اليوم الثانى • والله أعلم •

ودليل استحباب الوقوف للدعاء والذكر عند الجمرتين الأوليين مذكور فى الكتاب (وأما) كونه قدر سورة البقرة ، فرواه البيهقى من فعل ابن عمر والله تعالى أعلم •

(والثانية) يستحب أن يغتسل كل يوم للرمى •

(الثالثة) لا يجوز الرمى فى هذه الأيام إلا بعد زوال الشمس ويبقى وقتها إلى غروبها ، وفيه وجه مشهور أنه يبقى إلى الفجر الثانى من تلك الليلة (والصحيح هذا) فيما سوى اليوم الآخر • وأما اليوم الآخر فيفوت رميه بغروب شمسه بلا خلاف • وكذا جميع الرمى يفوت بغروب شمس الثالث من التشريق لفوات زمن الرمى ، والله أعلم •

قال أصحابنا : ويستحب إذا زالت الشمس أن يقدم الرمى على صلاة الظهر ثم يرجع فيصلى الظهر ، نص عليه الشافعى رحمه الله • واتفق عليه أصحاب ، ويدل عليه حديث ابن عمر السابق قريبا •

(الرابعة) العدد شرط فى الرمى ، فيرمى فى كل يوم إحدى وعشرين

حصاة إلى كل جمرة سبع حصيات كما ذكرنا ، وتكون كل حصاة برمية مستقلة ، كما سبق فى جمرة العقبة •

(الخامسة) يشترط فى الترتيب بين الجمرات ، فيبدأ بالجمرة الأولى ثم الوسطى ثم جمرة العقبة ولا خلاف فى اشتراطه ، فلو ترك حصاة من الأولى أو جهل فلم يدر من أين تركها ؟ جعلها من الأولى ، فيلزمه أن يرمى إليها حصاة ثم يرمى الجمرتين الأخريين ليسقط الفرض بيقين •

(السادسة) ينبغى أن يوالى بين الحصيات فى الجمرة الواحدة وأن يوالى بين الجمرات ، وهذه الموالاة سنة ليست بشرط على المذهب ، وبه قطع الأكثرون وقيل شرط ، وقد سبق بيانه فى رمى جمرة العقبة •

(السابعة) إذا ترك شيئا من رمى يوم القر عمدا أو سهوا ، هل يتداركه فى اليوم الثانى أو الثالث ؟ أو ترك رمى اليوم الثانى أو رمى اليومين الأولين ، هل يتدارك فى الثالث منه ؟ قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (الصحيح) عند الأصحاب يتدارك (والثانى) نصه فى الإملاء لا يتدارك (فإن قلنا) لا يتدارك فى بقية الأيام فهل يتدارك فى الليلة الواقعة بعده من ليالى التشريق ؟ (إذا قلنا) بالأصح إن وقته لا يمتد فى تلك الليلة ، فيه وجهان حكاهما المتولى وآخرون (وإن قلنا) بالتدارك فتدارك فهل هو أداء أم قضاء ؟ فيه قولان (أصحهما) أداء كما فى حق أهل السقاية والرعاة •

(فإن قلنا) أداء فجملة أيام منى فى حكم الوقت الواحد ، فكل يوم للقدر المأمور به وقت اختيار ، كأوقات اختيار الصلوات ، ويجوز تقديم رمى يوم التدارك على الزوال • ونقل إمام الحرمين أن على هذا القول لا يمتنع تقديم رمى يوم إلى يوم • قال الرافعى : لكن يجوز أن يقال : إن وقته يتسع من جهة الآخر دون الأول ، ولا يجوز التقديم على كلام

الرافعي وهو كما قال ، فالصواب الجزم بمنع التقديم ، وبه قطع الجمهور تصريحا ومفهوما .

وإذا قلنا إنه قضاء فتوزيع الأقدار المعينة على الأيام مستحق ولا سبيل إلى تقديم رمى يوم إلى يوم ولا تقديمه على الزوال ، وهل يجوز بالليل ؟ فيه وجهان (أصحهما) الجواز لأن القضاء لا يتأقت (والثانى) لا يجوز لأن الرمى عبادة النهار كالصوم ، وهل يجب الترتيب بين الرمى المتروك ورمى يوم التدارك ؟ فيه قولان ، ومنهم من حكاهما وجهين (أصحهما) نعم كالترتيب فى المكان ، وهما مبنيان على أن التدارك قضاء أم أداء (إن قلنا) أداء وجب الترتيب وإلا فلا ، فإن لم نوجب الترتيب فهل يجب على أهل العذر كالرعاة وأهل السقاية ؟ فيه وجهان . قال المتولى : نظيره إن فاتته الظهر لا يلزمه الترتيب بينها وبين العصر ، ولو أخرها للجمع فوجهان ، ولو رمى إلى الجمرات كلها عن يوم قبل أن يرمى إليها عن أمسه أجزأه إن لم نوجب الترتيب ، فإن أوجبناه فوجهان (أصحهما) يجزئه ويقع عن القضاء (والثانى) لا يجزئه أصلا .

قال الإمام : ولو صرف الرمى إلى غير النسك بأن رمى إلى شخص أو دابة فى الجمرة ففى انصرافه عن النسك الخلاف المذكور فى صرف الطواف ، والأصح الانصراف ، فإن لم ينصرف وقع عن أمسه ولغا قصده ، وإن انصرف ــ فانلم ينصرف وقع عن أمسه ولغا قصده ، وإن انصرف ــ فان شرطنا الترتيب ــ لم يجزه أصلا ، وإن لم نشترط أجزأه عن يومه . ولو رمى إلى كل جمرة أربع عشرة حصاة سبعا عن يومه وسبعا عن أمسه جاز إن لم نشترط الترتيب ، وإن شرطناه لم يجز ، وهو نصه فى المختصر . هذا كله فى رمى اليوم الأول والثانى من أيام التشريق . أما إذا ترك رمى يوم النحر ففى تداركه فى أيام التشريق طريقان (أصحهما) أنه على القولين (والثانى) القطع بعدم التدارك للمغايرة بين الرميين قدرا

ووقتا وحكما • فان رمى يوم النحر يؤثر فى التحلل بخلاف أيام التشريق •

(فـرع) لو ترك رمى بعض الأيام وقلنا يتدارك فتدارك فلا دم على المذهب وبه قطع الجمهور ، وفيه قول ضعيف حكاه المصنف والأصحاب أنه يجب دم مع التدارك كمن أخر قضاء رمضان حتى دخل رمضان آخر ، فانه يقضيه ويفدى • ولو نفر يوم النحر أو يوم النفر قبل أن يرمى ثم عاد ورمى قبل الغروب أجزأه ولا دم ، ولو فرض ذلك يوم النفر الأول فكذا على الأصح ، وفيه وجه ضعيف أنه يلزمه الدم ، لأن النفر فى هذا اليوم جائز فى الجملة ، فاذا نفر فيـه خرج عن الحج فلا يسقط الدم بعوده ، وحيث قلنا : لا يتدارك أو قلنا به فلم يتدارك وجب الدم وكم قدره ؟ فيه صور • فان ترك رمى يوم النحر وأيام التشريق ــ والصورة فيمن توجه عليه رمى اليوم الثالث من التشريق ــ ففيما يلزمه ثلاثة أقوال •

(أحدها) دم (والثانى) دمان (والثالث) أربعة دماء ، ودليلها فى الكتاب وهذا الثالث أظهرها عند البغوى • قال الرافعى : لكن مقتضى كلام الجمهور ترجيح الأول • وحكى الدارمى عن حكاية ابن القطان وجها أنه يجب عشرة دماء يجعل كل جمرة مفردة ، وهذا شاذ باطل • ولو ترك يوم النحر أو رمْىَ يوم من التشريق وجب دم •

وإن ترك رمى بعض التشريق فطريقان (أحدهما) الجمرات الثلاث كالشعرات الثلاث فلا يكمل الدم فى بعضها ، بل إن ترك جمرة ففيه الأقوال الثلاثة المشهورة فيمن حلق شـعرة (أظهرها) مد (والثـانى) درهم (والثالث) ثلث دم • وإن ترك جمرتين فعلى هذا القياس • وعلى هـذا لو ترك حصاة من جمرة قال صاحب التقريب إن قلنا : فى الجمرة ثلث دم ففى الحصاة جزء من أحد وعشرين جزءا من دم (وإن قلنا) فى الجمرة مد أو درهم قال الرافعى : فيحتمل أن نوجب سبع مد أو سبع درهم ، ويحتمل أن لا نبعضهما •

(والطريق الثانى) تكميل الدم فى وظيفة الجمرة الواحدة ، كما يكمل فى جمرة النحر فى الحصاة والحصاتين الأقوال الثلاثة ، هذا فى الحصاة والحصاتين من آخر أيام التشريق •

فأما إذا تركها من الجمرة الآخرة يوم القر أو النفر الأول ولم ينفر (فإن قلنا) لا يجب الترتيب بين التدارك ورمى الوقت صح رميه • لكن ترك حصاة ففيه الخلاف [1] وإن أوجبنا الترتيب ففيه الخلاف السابق فى أن الرمى بنية اليوم هل يقع عن الماضى ؟ (إن قلنا) نعم تم المتروك بما أتى به فى اليوم الذى بعده ، لكن يكون تاركا للجمرة الأولى والثانية فى ذلك اليوم فعليه دم (وإن قلنا) لا ، كان تاركا رمى حصاة ووظيفة يوم ، فعليه دم إن لم نفرد كل يوم بدم ، وإن أفردنا فعليه لوظيفة اليوم دم ، وفيما يجب لترك الحصاة الخلاف ، وإن تركها من إحدى الجمرتين الأوليين من أى يوم كان فعليه دم ، لأن ما بعدها غير صحيح لوجوب الترتيب فى المكان هذا كله إذا ترك بعض يوم من التشريق ، فإن ترك بعض رمى النحر فقد ألحقه البغوى بما إذا ترك من الجمرة الآخرة من اليوم الآخر • وقال المتولى : يلزمه دم ولو ترك حصاة فقط لأنها من أسباب التحلل ، فاذا ترك شيئا منها لم يتحلل إلا ببدل كامل • وحكى إمام الحرمين وجها غريبا ضعيفا أن الدم يكمل فى حصاة واحدة مطلقا وحكاه الدارمى ، وهو شاذ متروك ، والله أعلم •

قال المتولى : لو ترك ثلاث حصيات من جملة الأيام لم يعلم موضعها أخذ بالأسوأ ، وهو أنه ترك حصاة من يوم النحر وحصاة من الجمرة الأولى يوم القر وحصاة من الجمرة الثانية يوم النفر الأول ، فإن لم يحسب

---

(١) كذا بالأصل ، والخلاف فى وجوب الترتيب او عدم الوجوب فى التدارك والوقت اذا قلنا بالغاء المرة . المطيعى

ما يرميه بنية وظيفة اليوم عن الفائت فالحاصل ست حصيات من رمى يوم النحر ، سواء شرطنا الترتيب بين التدارك ورمى الوقت أم لا ، وإن حسبناه فالحاصل رمى يوم النحر وأحد أيام التشريق لا غير ، سواء شرطنا الترتيب أم لا ، ودليله يعرف مما سبق من الأصول والله أعلم .

(فرع) قال أصحابنا : يستحب أن يكون رميه فى اليومين الأولين من التشريق ماشيا ، وأن يكون راكبا فى اليوم الآخر فيرمى بعد الزوال ، وقبل صلاة الظهر راكبا ، وينفر عقب الرمى ، كما أنه يرمى يوم النحر راكبا ثم ينزل ، هكذا قاله جماهير الأصحاب فى كل الطرق ، ونص عليه الشافعى فى الإملاء . وشذ المتولى عن الأصحاب فحكى عن نص الشافعى فى الإملاء ما ذكرناه ، ثم قال والصحيح أنه يرمى ماشيا فى أيام التشريق الثلاثة ، لحديث عبد الله بن عمر العمرى عن نافع عن ابن عمر « أنه كان يأتى الجمار فى الأيام الثلاثة بعد يوم النحر ماشيا ذاهبا وراجعا ، ويخبر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك » رواه أبو داود والبيهقى وغيرهما ، وهو حديث ضعيف ، لأن عبد الله العمرى ضعيف عند أهل الحديث ، وإنما الصحيح من هذا رواية ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان إذا رمى الجمار مشى إليه ذاهبا وراجعا » رواه الترمذى بإسناد على شرط البخارى ومسلم ، وقال : هذا حديث حسن صحيح والله أعلم .

(فرع) لا يفتقر الرمى إلى نية على المذهب ، وفيه وجه حكاه الدارمى والقاضى أبو الطيب وغيرهما ، وقد سبق فى فصل طواف القدوم عند ذكر نية الطواف ثلاثة أوجه فى النية فى جميع أعمال الحج والله أعلم .

(فرع) فى الحكمة فى الرمى ، قال العلماء : أصل العبادة الطاعة وكل عبادة فلها معنى قطعا لأن الشرع لا يأمر بالعبث ثم معنى العبادة قد

يفهمه المكلف وقد لا يفهمه فالحكمة فى الصلاة التواضع والخضوع وإظهار الافتقار إلى الله تعالى ، والحكمة فى الصوم كسر النفس وقمع الشهوات ، والحكمة فى الزكاة مواساة المحتاج ، وفى الحج إقبال العبد أشعث أغبر من مسافة بعيدة إلى بيت فضله الله ، كإقبال العبد إلى مولاه ذليلا ومن العبادات التى لا يفهم معناها السعى والرمى فكلف العبد بهما ليتم انقياده ، فإن هذا النوع لاحظ للنفس فيه ولا [1] للعقل به ، ولا يحمل عليه إلا مجرد امتثال الأمر وكمال الانقياد ، فهذه إشارة مختصرة تعرف بها الحكمة فى جميع العبادات [2] ، والله أعلم .

وقد سبق فى أواخر فصل طواف القدوم فى المسألة الخامسة حديث عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إنما جعل الطواف بالبيت ، وبين الصفا والمروة ، ورمى الجمار [3] ، لإقامة ذكر الله » وروينا

---

(١) بياض بالأصل فحرر ، قلت : ويحتمل أن يكون البياض (ولا اذعان للعقل به) والله اعلم . المطيعى

(٢) رأيت فى منى الكثرة الكاثرة من الامم جاءت من شتى الآفاق فى أعداد غير محصورة تقيم فى أماكن محدودة ثم تقبل على الرمى بعد الزوال وهنا يكون الزمن محدودا والناس من الكثرة والزحام بحيث لا يعدون ولا يحدون ، وقد رأيت بعضهم تنزلق قدمه وهو يرمى فيهوى تحت الأقدام حيث يلقى حتفه والمملكة العربية السعودية صانها الله وعلى رأسها الملك الشهم الغيور حامى حمى الحرمين الشريفين والذاب عن حياض الاسلام والمسلمين فيصل بن عبد العزيز قد أجرت حكومته توسعة كبيرة فى منى حيث فتقت من الجبال والصخور وعبدت من الشعاب والهضاب ما يعجز الجن عن مثله ومع ذلك فمكان الرمى محدود ووقت الرمى بعد الزوال وقد جاء فى وجه للرافعى من أصحابنا نقله ابن حجر فى التحفة وسعيد باعشن فى كتاب بشرى الكريم أن الرمى يجوز قبل الزوال اذا لجأت اليه الضرورة وهو وجه شاذ ضعيف بلا شك ويزول عنه شذوذه وضعفه اذا كان فيه وقاية للمسلمين من العطب وتمكين لهم من أداء مناسكهم اذ التوسع فى الزمان والمكان لا محيص عنهما اذ لم يرد نهى عنه صحيح صريح والله تعالى أعلم بالصواب (ط) .

(٣) مر قول النووى فى تضعيف الحديث فى الطواف وقد دفع هذا التضعيف الشيخ محمد الأمين الجكنى الشنقيطى فى تفسيره اضواء البيان بقوله فى الجزء الخامس ص ٣١٦ : عبد الله ابن ابى زياد المذكور هو القداح ابو الحصين المكى وقد وثقه جماعة وضعفه آخرون ، وحديثه =

فى سنن البيهقى وغيره مرفوعا وموقوفا على ابن عباس رضى الله عنهما « أن إبراهيم الخليل صلى الله عليه وسلم لما أتى المناسك عرض له الشيطان عند جمرة العقبة فرماه بسبع حصيات حتى ساخ فى الأرض ، ثم عرض له عند الجمرة الثانية فرماه بسبع حصيات حتى ساخ فى الأرض ثم عرض له فى الثالثة فرماه بسبع حصيات حتى ساخ فى الأرض ، قال ابن عباس : الشيطان ترجمون ومكة بينكم تبتغون » .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن عجز عن الرمى بنفسه لمرض مايوس او غير مايوس ، جاز ان يستنيب من يرمى عنه ، لان وقته مضيق ، وربما مات قبل أن يرمى بخلاف الحج فانه على التراخى ، ولا يجوز لغير المايوس ان يستنيب لانه قد يبرأ فيؤديه بنفسه ، والافضل ان يضع كل حصاة فى يد النائب ويكبر ، ويرمى النائب ، فان رمى عنه النائب ثم برىء من المرض فالمستحب أن يعيد بنفسه ، وإن اغمى عليه فرمى عنه غيره فان كان بغير إذنه لم يجزه ، وإن كان [قد] اذن له فيه قبل أن يغمى عليه جاز) .

(الشرح) فيه مسألتان (إحداهما) قال الشافعى والأصحاب رحمهم

معناه صحيح بلاشك ويشهد لصحة معناه قوله تعالى (واذكروا الله فى أيام معدودات) لانه يدخل فى الذكر المأمور به رمى الجمار بدليل قوله بعده (فمن تعجل فى يومين فلا اثم عليه) الآية . وذلك يدل على أن الرمى شرع لاقامة ذكر الله كما هو واضح ولكن هذه الحكمة اجمالية وقد روى البيهقى رحمه الله فى سننه عن ابن عباس مرفوعا قال : « لما أتى ابراهيم خليل الله عليه السلام المناسك عرض له الشيطان عند جمرة العقبة فرماه بسبع حصيات حتى ساخ فى الارض ثم عرض له عند الجمرة الثانية فرماه بسبع حصيات حتى ساخ فى الارض . قال ابن عباس رضى الله تعالى عنهما : (الشيطان ترجمون وملة أبيكم تتبعون) ا هـ من السنن الكبرى للبيهقى وقد روى هذا الحديث الحاكم فى المستدرك مرفوعا ثم قال : هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ، وعلى هذا الذى ذكره البيهقى فذكر الله الذى شرع الرمى لاقامته هو الاقتداء بابراهيم فى عداوة الشيطان ورميه وعدم الانقياد اليه والله يقول (قد كانت لكم أسوة حسنة فى ابراهيم) الآية . فكأن الرمى رمز واشارة الى عداوة الشيطان التى أمرنا الله بها فى قوله (ان الشيطان لكم عدو فاتخذوه عدوا) وقوله متكرا على من والاه (أفتتخذونه وذريته أولياء من دونى فهم لكم عدو) الآية ومعلوم أن الرجم بالحجارة من أكبر مظاهر العداوة .

وهنا نقل الجكنى الفرع السابق فى الحكمة فى الرمى الذى ذكره النووى رضى الله عنه

الله : العاجز عن الرمى بنفسه لمرض أو حبس ونحوهما يستنيب من يرمى عنه لما ذكره المصنف ، وسواء كان المرض مرجو الزوال أو غيره لما ذكره المصنف ، وسواء استناب بأجرة أو بغيرها ، وسواء استناب رجلا أو امرأة • قال الشافعى والأصحاب • ويستحب أن يناول النائب الحصى إن قدر ، ويكبر العاجز ، ويرمى النائب ، ولو ترك المناولة مع قدرته صحت الاستنابة وأجزأه رمى النائب لوجود العجز عن الرمى قال أصحابنا فى الطريقتين : ويجوز للمحبوس الممنوع من الرمى الاستنابة فيه سواء كان محبوسا • بحق أو بغيره ، وهذا متفق عليه ، وعللوه بأنه عاجز • ثم إن جمهور الأصحاب فى طريقتى العراق وخراسان أطلقوا جواز الاستنابة للمريض سواء كان مأيوسا من برئه أم لا ، وقال إمام الحرمين والرافعى وغيره من متابعى الإمام : إنما تجوز النيابة لعاجز بعلة لا يرجى زوالها قبل خروج وقت الرمى • قالوا : ولا يضر رجاء الزوال بعد فوات الوقت • وهذا الذى قاله الإمام ومتابعوه متعين ، وإطلاق الأصحاب محمول عليه • ولا يمنع من هذا قولهم فلو زال العجز فى أيام الرمى لزمه رمى ما بقى ، لأنه قد لا يرجى زواله فى أيام الرمى ثم يزول نادرا ، والله أعلم •

(المسألة الثانية) لو أغمى على المحرم قبل الرمى ولم يكن أذن فى الرمى عنه لم يصح الرمى عنه فى إغمائه بلا خلاف ، وإن كان أذن فيه جاز الرمى عنه • هذا هو المذهب ، وبه قطع الجماهير فى الطريقتين • ونقل الرافعى فيه وجها شاذا ضعيفا أنه لا يجوز • وحكى إمام الحرمين الجواز عن العراقيين فقال : قال العراقيون : لو استناب العاجز عن الرمى وصححنا الاستنابة فأغمى على المستنيب دامت النيابة وإن كان مقتضى الإغماء الطارىء على إذن انقطاع إذنه إذا كان أصل الإذن جائزا للوكالة ، ولكن الغرض هنا إقامة النائب مقام العاجز ، قال : وما ذكروه محتمل جدا ولا يمتنع خلافه •

قال : وقد قالوا : لو استناب المغضوب فى حياته من يحج عنه ثم

مات المعضوب لم تنقطع الاستنابة . هكذا ذكروه فى الإذن المجرد ، وهو بعيد ، ولكن لو فرض فى الإجارة فالاجارة تبقى ولا تنقطع ، لأن الاستئجار عن الميت بعد موته ممكن فلا منافاة . وقد استحق منفعة الأجير ، قال : والذى ذكروه فى الإذن جائز وهو محتمل فى الإغماء بعيد فى الموت . هذا كلام الامام .

ثم إن الأصحاب فى الطريقتين أطلقوا أنه إذا استناب قبل الإغماء جاز رمى النائب عنه فى الإغماء . كما ذكرنا . وقال الماوردى : إن كان حين أذن مطيقا للرمى لم يصح الرمى عنه فى الإغماء لأن المطيق لا تصح النيابة عنه فلم يصح إذنه ، وإن كان حين الإذن عاجزا بأن كان مريضا فأذن ثم أغمى عليه صحت النيابة ، وصح رمى النائب . هذا كلام الماوردى ، ونقله الرويانى فى البحر عن الأصحاب ، وأشار إليه أبو على البندنيجى وآخرون . وفى كلام امام الحرمين الذى حكيته عنه الآن موافقته ، فليحمل إطلاق الأصحاب على من استناب فى حال العجز ثم أغمى عليه . والله أعلم .

واتفق الأصحاب على أنه لو أذن فى حال إغمائه لم يصح إذنه ، وإن رمى عنه بذلك الإذن لم يصح ، لأن إذنه لم يصح ، لأن إذنه ساقط فى كل شىء والله أعلم .

والمجنون كالمغمى عليه فى كل هذا ، صرح به المتولى وغيره .

(فرع) استدل أصحابنا على جواز الاستنابة فى الرمى بالقياس على الاستنابة فى أصل الحج . قالوا : والرمى أولى بالجواز .

(فرع) قال أصحابنا : وينبغى أن يستنيب العاجز حلالا أو من قد رمى عن نفسه ، فإن استناب من لم يرم عن نفسه ، فينبغى أن يرمى النائب

عن نفسه ، ثم عن المستنيب فيجزئهما الرميان بلا خلاف ، فلو اقتصر على رمى واحد وقع عن الرامى لا عن المستنيب • هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور • وقال الماوردى والرويانى : إذا رمى النائب عن المستنيب ثم عن نفسه رميا آخر أجزأه الرمى عن نفسه ، وفى الرمى المحسوب عن نفسه وجهان (أحدهما) أنه الرمى الثانى ، لأنه الذى قصده عن نفسه (والثانى) الأول ، لأن من علمه نسك إذا فعله عن غيره وقع عن نفسه كأصل الحج والطواف • قالا : وفى رميه عن المستنيب وجهان •

(أحدهما) لا يجزئه عنه ، لأنا إن جعلنا الرمى الأول عن النائب فلم يقصد بالثانى ، وإن جعلنا الثانى عن النائب فقد رمى عن غيره قبل الرمى عن نفسه فلا يصح •

(والوجه الثانى) أنه يجزىء الرمى عن المريض ، لأن المريض أخف من أصل الحج وأركانه ، فجاز فعله عن غيره مع بقائه على نفسه •

(**فرع**) إذا رمى النائب ثم زال عذر المستنيب وأيام الرمى باقية فطريقان (أصحهما) وهو المنصوص وبه قطع المصنف والجمهور لا يلزمه إعاة الرمى بنفسه لكن يستحب له ، وإنما لم يلزمه لأن رمى النائب وقع عنه فسقط به الفرض •

(والطريق الثانى) فيه قولان (أحدهما) يلزمه إعادة الرمية بنفسه ولا يجزئه فعل النائب (والثانى) لا يلزمه • قالوا : وهما كالقولين فى المعضوب إذا أحج عنه ثم برأ • وممن حكى هذا الطريق وجزم به الفورانى والبغوى ووالده وصاحب البحر وحكاه أيضا طائفة وضعفته • ثم إن الخلاف فى الرمى الذى فعله النائب قبل زوال العذر • أما الرمى الذى يدركه المستنيب بعد زوال عذره فيلزمه فعله بلا خلاف صرح به الماوردى والأصحاب ، والله أعلم •

« ويبيت بمنى ليال الرمى « لأن النبى صلى الله عليه وسلم فعل ذلك » وهل يجب ذلك أو يستحب ؟ فيه قولان (أحدهما) أنه مستحب لأنه مبيت فلم يجب كالمبيت ليلة عرفة (والثانى) أنه يجب « لأن النبى صلى الله عليه وسلم رخص للعباس فى ترك المبيت لأجل السقاية » فدل على أنه لا يجوز لغيره تركه . فان قلنا إنه يستحب لم يجب بتركه دم . وإن قلنا : يجب وجب بتركه الدم ، فعلى هذا إذا ترك المبيت فى الليالى الثلاث وجب دم ، وإن ترك ليلة ففيه ثلاثة أقوال على ما ذكرناه فى الحصاة ، ويجوز لرعاة الإبل وأهل سقاية العباس رضى الله عنه أن يدعوا المبيت ليالى منى ويرموا يوما ويدعوا يوما ثم يرموا ما فاتهم (والدليل عليه) ما روى ابن عمر « أن النبى صلى الله عليه وسلم أرخص للعباس أن يبيت بمكة ليالى منى من أجل سقايته » وروى عاصم بن عدى « أن النبى صلى الله عليه وسلم رخص لرعاء الإبل فى ترك البيتوتة يرمون يوم النحر ، ثم يرمون يوم النفر » فان أقام الرعاة إلى أن تغرب الشمس لم يجز لهم ترك المبيت . وإن أقام أهل السقاية إلى أن تغرب الشمس جاز لهم ترك المبيت ، لأن حاجة أهل السقاية بالليل موجودة ، وحاجة الرعاة لا توجد بالليل ، لأن الرعى لا يكون بالليل ، ومن ابق له عبد ومضى فى طلبه أو خاف أمرا يفوته ، ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يجوز له ما يجوز للرعاة وأهل سقاية العباس « لأن النبى صلى الله عليه وسلم رخص للرعى وأهل السقاية » (والثانى) أنه يجوز لأنه صاحب عذر . فأشبه الرعاة وأهل السقاية) .

(**الشرح**) أما حديث مبيت النبى صلى الله عليه وسلم بمنى ليالى التشريق فصحيح مشهور . وأما حديث ابن عمر فصحيح رواه البخارى ومسلم عن ابن عمر أن العباس بن عبد المطلب « استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيت بمكة ليالى منى من أجل سقايته فأذن له » وفى رواية فى الصحيحين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « رخص للعباس ابن عبد المطلب أن يبيت بمكة ليالى منى من أجل سقايته » . وأما حديث عاصم بن عدى فرواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وغيرهم بأسانيد صحيحة قال الترمذى : هو حديث حسن صحيح .

(وأما ألفاظ الفصل) فالسقاية ــ بكسر السين ــ وهى موضع فى المسجد الحرام يستقى فيه الماء ويجعل فى حياض ويسبل للشاربين ، وكانت السقاية فى يد قصى بن كلاب ثم ورثها منه ابنه عبد مناف ، ثم منه ابنه هاشم ، ثم منه ابنه عبد المطلب ، ثم منه العباس رضى الله عنه ، ثم منه عبد الله ، ثم منه ابنه على ، ثم واحد بعد واحد ، وقد بسطت بيانها شافيا فى تهذيب اللغات .

قوله (رعاء الإبل) هو بكسر الراء وبالمد ، جمع راع كصاحب وصحاب ، ويجوز رعاة ــ بضم الراء وهاء بعد الألف ــ بغير مد ، كقاض وقضاة . قوله « ومن أبق له عبد » يجوز فيه فتح الباء وكسرها ، لغتان كضرب وشرب ، والأول أفصح وبها جاء القرآن . قال الله تعالى (إذ أبق) ويجوز لعبد آبق بمد الألف وكسر الباء .

(أما الأحكام) ففيها مسائل مختصرها أنه ينبغى أن يبيت بمنى ليالى أيام التشريق وهل المبيت بها واجب أم سنة ؟ فيه طريقان (أصحهما وأشهرهما) وبه قطع المصنف والجمهور فيه قولان (أصحهما) واجب (والثانى) سنة ، ودليلهما فى الكتاب (والطريق الثانى) سنة قولا واحدا . حكاه الرافعى ، فإن ترك المبيت جبره بدم بلا خلاف .

(فإن قلنا) المبيت واجب كان الدم واجبا ، وإن قلنا سنة فسنة . ويؤمر بالمبيت فى الليالى الثلاث ، إلا أنه إذا نفر النفر الأول سقط مبيت الليلة الثالثة . والأكمل أن يبيت بها كل الليل . وفى قدر الواجب قولان حكاهما صاحب التقريب والشيخ أبو محمد الجوينى وإمام الحرمين ومتابعوه (أصحهما) معظم الليل (والثانى) المعتبر أن يكون حاضرا بها عند طلوع الفجر الثانى .

وأما قدر المبيت بالمزدلفة وحكمه فسبق بيانه ، فإن ترك مبيت ليلة

المزدلفة وحدها جبرها بدم كامل ، وإن ترك ليالى التشريق الثلاث لزمه دم فقط ، هـذا هو المذهب ، وبه قطع المصنف والجماهير • وحكى إمام الحرمين وغيره عن صاحب التقريب أنه حكى قولا غريبا أنه يجب فى كل ليلة دم ، وليس بشىء ، وإن ترك إحدى الليالى الثلاث فثلاثة أقوال مشهورة ذكرها المصنف والأصحاب كالأقوال فى ترك حصاة ، وفى حلق شعرة (أصحهما) فى الليلة مد (والثانى) درهم (والثالث) ثلث دم •

وإن ترك ليلتين فعلى الأصح يجب مدان وعلى الثانى درهمان وعلى الثالث ثلثا دم • ولو ترك ليلة المزدلفة وليالى التشريق كلها فقولان (أصحهما) يجب دمان دم لليلة المزدلفة ودم لليالى منى (والثانى) يجب دم واحد لليالى الأربع ، هذا من كان بمنى وقت غروب الشمس ، فإن لم يكن حينئذ ولم يبت وقلنا : تفرد ليلة المزدلفة بالدم فوجهان لأنه لم يترك إلا ليلتين (أحدهما) يلزمه مدان أو درهمان أو ثلثا دم على حسب الأقوال الثلاثة •

(والوجه الثانى) يلزمه دم كامل لتركه جنس المبيت بمنى ، وهذا هو الأصح وبه قطع جماعات ، وهذان الوجهان جاريان فيما لو ترك ليلة المزدلفة وليلتين من الثلاث ، والله أعلم •

هذا كله فيمن لا عذر له فى ترك المبيت ، أما من ترك مبيت مزدلفة أو منى لعذر فلا دم ، وهم أصناف (أحدها) رعاء الإبل وأهل سقاية العباس فلهم إذا رموا جمرة العقبة يوم النحر أن ينفروا ويدعوا المبيت بمنى ليالى التشريق ، وللصنفين جميعا أن يدعوا رمى يوم القر وهو الأول من التشريق ، ويقضوه فى اليوم الذى يليه قبل رمى ذلك اليوم ، وليس لهم ترك يومين متواليين ، فإن تركوا رمى اليوم الثانى من أيام التشريق بأن نفروا اليوم الأول بعد الرمى عادوا فى اليوم الثالث ، وإن تركوا رمى الأول بأن نفروا يوم النحر بعد رمى جمرة العقبة عادوا فى الثانى ، ثم لهم

أن ينفروا مع الناس • هذا هو الصحيح المشهور ، وفيه وجه أنه ليس لهم ذلك ، حكاه الرافعي • وإذا غربت الشمس والرعاء بمنى لزمهم المبيت تلك الليلة ورمى الغد ، ويجوز لأهل السقاية أن ينفروا بعد الغروب على الصحيح ، لأن عملهم بالليل بخلاف الرعى ، وفيه وجه أنه لا يجوز لهم ذلك ، حكاه الرافعي ، وهذا الوجه غلط مخالف لنص الشافعي والجمهور ، بل للحديث الصحيح السابق •

وقال أصحابنا : ورخصة السقاية لا تختص بالعباسية • هذا هو المذهب والمنصوص ، وبه قطع الجمهور ، وفيه وجه أنه يختص بهم ، حكاه البندنيجي وآخرون • وفى وجه ثالث يختص ببنى هاشم ، حكاه الشيخ أبو حامد والروياني قال أصحابنا : ولو أحدثت سقاية للحجاج جاز للمقيم بشأنها ترك المبيت ، ذكره البغوى ، قال ابن كج وغيره : ليس له • وذكر الدارمى والبندنيجي وجهين حكاهما الروياني ، ثم قال : والمنصوص في كتاب الأوسط أنه ليس له ، والصحيح ما ذكره البغوى ، والله أعلم •

ومن المعذورين من انتهى إلى عرفة ليلة النحر واشتغل بالوقوف عن مبيت المزدلفة فلا شيء عليه ، وإنما يؤمر بالمبيت المتفرغون ، ذكره إمام الحرمين وغيره ، ولو أفاض من عرفة إلى مكة فطاف للإفاضة بعد نصف الليل ففاته المبيت قال القفال : لا شيء عليه لاشتغاله بالطواف ، قال الإمام : وفيه احتمال • ومن المعذورين من له مال يخاف ضياعه لو اشتغل بالمبيت أو يخاف على نفسه ، أو كان به مرض يشق معه المبيت ، أو له مريض يحتاج إلى تعهده ، أو يطلب آبقا أو يشتغل بأمر آخر يخاف فوته ، ففى هؤلاء وجهان (الصحيح) المنصوص يجوز لهم ترك المبيت ولا شيء عليهم بسببه ، ولهم النفر بعد الغروب ، والله أعلم •

(فرع) لو ترك المبيت ناسيا كان كتركه عامدا ، صرح به الدارمى وغيره •

(فـرع) ذكر الروياني وغيره أنه لا يرخص للرعـاء في ترك رمي جمرة العقبة يوم النحر ولا في تأخير طواف الإفاضة عن يوم النحر ، فإن أخروه عنه كان مكروها كما لو أخره غيرهم لأن الرخصة إنما وردت لهم في غير هذا .

(فـرع) قال الروياني : من لا عذر له إذا لم يبت ليلتي اليومين الأولين من التشريق ورمى في اليوم الثاني وأراد النفر مع الناس في النفر الأول ، قال أصحابنا : ليس له ذلك لأنه لا عذر له ، وإنما جوز ذلك للرعاء وأهل السقاية للعذر وجوز لعامة الناس أن ينفروا لأنهم أتوا بمعظم الرمي والمبيت ، ومن لا عذر له لم يأت بالمعظم فلم يجز له النفر .

قال المصنف رحمـه الله تعـالى

(والسنة أن يخطب الإمام يوم النفر الأول ، وهو اليوم الأوسط من أيام التشريق ، وهي إحدى الخطب الأربع ، ويودع الحاج ويعلمهم جواز النفر « لأن النبي ﷺ خطب [1] أوسط أيام التشريق » ولأنه يحتاج فيه إلى بيان من يجوز له النفر ومن لا يجوز ، ومن أراد أن ينفر مع النفر الأول فنفر في اليوم الثاني من أيام التشريق قبل غروب الشمس سقط عنه الرمي في اليوم الثالث ، ومن لم ينفر حتى غربت الشمس لزمه أن يقيم حتى يرمي في اليوم الثالث لقوله عز وجل « فمن تعجل في يومين فلا إثم عليه ، ومن تأخر فلا إثم عليه » فإن نفر قبل الغروب ثم عاد زائرا أو ليأخذ شيئا نسيه لم يلزمه المبيت لأنه حصلت له الرخصة بالنفر ، فإن بات لم يلزمه أن يرمي ، لأنه لم يلزمه المبيت ، فلا يلزمه الرمي) .

(الشرح) حديث الخطبة أوسط أيام التشريق سبق بيانه في فصـل خطبة اليوم السابع من ذي الحجة ، وذكرنا هنـاك الأحاديث الواردة في خطب الحج الأربع ووقتها وصفتها ومذاهب العلماء فيها ، وهذه الخطبة مستحبة عندنا ووقتها بعد صلاة الظهر في اليوم الثاني من أيام التشريق كما سبق . قال المـاوردي : فإن أراد الإمام أن ينفر النفر الأول وعجل الخطبة

(1) هذا الخبر لا يوجد في نسخ المهذب المطبوعة (ط) .

قبل الزوال لينفر بعد الزوال جاز قال : وتسمى هذه خطبة الوداع ، ويستحب لكل الحجاج حضورها والاغتسال لها ويودع الإمام الحجاج ويعلمهم جواز النفر وما بعده من طواف الوداع وغيره ، ويحثهم على طاعة الله تعالى وعلى أن يختموا حجهم بالاستقامة والثبات على طاعة الله تعالى ، وأن يكونوا بعد الحج خيرا من قبله • وأن لا ينسوا ما عاهدوا الله عليه من خير • والله أعلم •

قال الشافعى والأصحاب • يجوز النفر فى اليوم الثانى من التشريق ويجوز فى الثالث ، وهذا مجمع عليه لقوله تعالى « فمن تعجل فى يومين فلا إثم عليه ، ومن تأخر فلا إثم عليه ، قالوا : والتأخر إلى اليوم الثالث أفضل للأحاديث الصحيحة « أن رسول الله ﷺ نفر فى اليوم الثالث » قال الماوردى وغيره : والتأخر للإمام أكد منه لغيره لأنه يقتدى به ، ولأنه يقيم الناس أو أكثرهم بإقامته ، فإن تعجل جاز ولا فدية عليه كغيره من الناس ، والله أعلم •

ثم من أراد النفر الأول نفر قبل غروب الشمس ، فإذا نفر قبل غروبها سقط عنه مبيت ليلة اليوم الثالث من أيام التشريق ، ورمى اليوم الثالث بلا خلاف ، ولا دم عليه فى ذلك بلا خلاف • قال أصحابنا : ولا يرمى فى اليوم الثانى عن الثالث ، بل إن بقى معه شىء من الحصى طرحه فى الأرض ، وإن شاء أعطاه لمن لم يرم ، وأما ما يفعله الناس من دفنها فقال أصحابنا : لا أصل له ولا يعرف فيه أثر • والله أعلم •

قال الشافعى والأصحاب : ولو لم ينفر حتى غربت الشمس وهو بعد فى منى لزمه المبيت بها تلك الليلة ورمى يومها • ولو رحل فغربت الشمس وهو سائر فى منى قبل انفصاله منها فله الاستمرار فى السير ولا يلزمه المبيت ولا الرمى • هذا هو المذهب وبه قطع الجماهير ، وفيه وجه أنه يلزمه المبيت والرمى فى الغد ، وبه قطع صاحب الحاوى • ولو غربت وهو فى

شغل الارتحال ففى جواز النفر وجهان مشهوران حكاهما القاضى أبو الطيب فى كتابه المجرد وصاحب الشامل والروياتى وآخرون (أحدهما) يلزمه الرمى والمبيت (وأصحهما) عند الرافعى وغيره ، وبه قطع القاضى أبو الطيب فى تعليقه لا يلزمه الرمى ولا المبيت ، لأن فى تكليفه حل الرحل والمتاع مشقة عليه • ولو نفر قبل الغروب فعاد لشغل أو زيارة ونحوها قبل الغروب أم بعده فوجهان (الصحيح) وبه قطع المصنف والجمهور وهو المنصوص لا يلزمه المبيت فإن بات لم يلزمه الرمى فى الغد ، نص عليه الشافعى والأصحاب لما ذكره المصنف (والثانى) يلزمه المبيت والرمى • حكاه الرويانى وآخرون من الخراسانيين •

(فرع) لو نفر من منى متعجلا فى اليوم الثانى وفارقها قبل غروب الشمس ثم تيقن أنه رمى يوما وبعضه • قال الماوردى له ثلاثة أحوال •

(أحدها) أن يذكر ذلك قبيل غروب الشمس ويدرك الرمى قبل الغروب فيلزمه العود إلى منى ورمى ما تركه ثم ينفر منها إن لم تغرب الشمس وهو بها ، فان غربت وهو بها لزمه المبيت بها والرمى من الغد •

(والحال الثانى) أن يذكره بعد غروب شمس اليوم الثالث فليس عليه العود إلى منى لفوات وقت الرمى ، وقد استقر الدم فى ذمته •

(الحال الثالث) أن يذكره فى اليوم الثالث قبل غروب الشمس منه (وإن قلنا) لكل يوم حكم نفسه لم يعد للرمى لفوات وقته ، وقد استقر عليه الدم (وإن قلنا) أيام التشريق كالشىء الواحد لزمه العود للرمى • فإن تركه لزمه الدم ، هذا نقل الماوردى •

وجمع إمام الحرمين هذه المسألة وفصلها أحسن تفصيل فقال : لو نفر يوم النفر الأول ولم يرم » فإن لم يعد استقرت الفدية عليه فى الرمى

الذى تركه فى النفر الأول وإن عاد نظر ، إن عاد بعد غروب الشمس فقد فات الرمى ولا استدراك وانقضى أثره من منى ولا حكم لمبيته • وإن رمى فى النفر الثانى لم يعتد برميه لأنه بنفره أقلع عن منى والمناسك فاستقرت الفدية عليه كما لو انقضت أيام التشريق ، وإن عاد قبل غروب الشمس ، فأجمع الطرق فى ذلك ما ذكره صاحب التقريب إذ قال حاصل الخلاف فيه أربعة أقوال (أحدها) أنه إذا نفر فقد انقطع الرمى ولا ينفعه العود (والثانى) يجب عليه العود ويرمى ما عليه ما لم تغرب الشمس ، فان غربت تعين الدم (والثالث) له الخيار إن شاء رجع ورمى وسقط عنه الفرض وإن شاء أن لا يرجع ويريق دما جاز ، قال : وهذه الأقوال الثلاثة تجرى فى النفر الأول والثانى • (والرابع) حكاه عن تخريج ابن سريج أنه إن خرج فى النفر الأول ثم عاد قبل الغروب ورمى لم يقع رميه موقعه •

وإن خرج فى النفر الثانى ولم يرم ، ثم عاد ورمى قبل الغروب وقع الرمى موقعه ، والفرق أن الخروج فى النفر الثانى لا حكم له ، لأنه منتهى الوقت نفر أم لم ينفر ، فكان خروجه سواء ، وللخروج فى النفر الأول حكم ، لأنه لو لم يخرج فيه بقى إلى النفر الثانى فأثر خروجه فى قطع العلائق منه ، فاذا انقطعت العلائق لم يعد قال : ولا خلاف أن من خرج فى اليوم الأول من التشريق ثم عاد قبل الغروب رمى ، إذ لا حكم للنفر فى اليوم الأول ، وإن عاد بعد الغروب فهذا رجل فاته الرمى ، وفيه الكلام السابق فى التدارك قال : وبالجملة لا أثر للخروج فى اليوم الأول من التشريق •

(وأما) يوم النحر فالأمر فيه أظهر ، ولا أثر للخروج فيه ، كما لا أثر له فى الخروج فى أول التشريق ، وإنما يؤثر الخروج فى النفرين كما سبق تفصيله ، قال : ثم إذا قلنا من خرج فى النفر الأول بلا رمى وعاد قبل الغروب يرمى ، فاذا رمى وغربت الشمس تقيد ولزمه الرمى والمبيت من

الغد (وإن قلنا) لا يرمى إذا عاد قبل الغروب لم يلزمه المبيت ، ولو بات لم يكن لمبيته حكم ، لأنا على هـذا الوجه حكمنا بانقطـاع علائق منى لخروجه ، ثم لم نحكم بعودها لمـا عاد .

قال : لو خرج فى النفر الأول قبل زوال الشمس ثم عاد وزالت عليه الشمس وهو بمنى ، فالوجه القطع بأن خروجه لا حكم له ، لأنه لم يخرج فى وقت الرمى وإمكانه ، ولو خرج فى الوقت الذى ذكرناه ولم يعد حتى غربت الشمس فقد انقطعت العلائق ، وإن كان خروجه قبل دخول وقت الرمى ، لأن استدامة الخروج إلى غروب الشمس حلت محل إنشاء الخروج بعد زوال الشمس ، ولو خرج قبل الزوال وعاد قبـل الغروب فظـاهر المذهب أنه يرمى ويعتد برميه ، بخلاف ما لو خرج بعـد الزوال ، ومن أصحابنا من ينزل هذه الصورة منزلة صورة الأقوال . فانه لو خرج قبل الزوال ولم يعد حتى غابت الشمس كان كخروجه بعد الزوال ولم يعـد حتى غربت الشمس ، فاذا تشابها فى ذلك فليتشابها فى العود قبيل الغروب والله أعلم ، هذا آخر كلام إمام الحرمين .

(**فـرع**) قال أصحابنا : إذا نفر منى النفر الأول والثانى انصرف من جمرة العقبة راكبا كما هو ، وهو يكبر ويهلل ولا يصلى الظهر بمنى ، بل يصليها بالمنزل وهو المحصب أو غيره ، ولو صـلاها بمنى جاز ، لكن السنة ما ذكرناه لحديث أنس الذى سنذكره قريبا فى الفصـل الآتى إن شاء الله تعالى ، قال أصحابنا : وليس على الحاج بعـد نفره من منى على الوجه المذكور إلا طواف الوداع .

قال المصنف رحمـه الله تعـالى

(ويستحب إذا خرج من منى أن ينزل بالمحصب لمـا روى أنس رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم (صلى الظهر والعصر والمغرب والعشاء ورقد رقدة بالمحصب ، ثم ركب إلى البيت فطاف للوداع به) فان

ترك النزول بالمحصب لم يؤثر ذلك فى نسكه ، لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما قال (المحصب ليس بشيء إنما هو منزل نزله رسول الله صلى الله عليه وسلم) وقالت عائشة رضى الله عنها (نزول المحصب ليس من النسك إنما « هو منزل نزله رسول[1] الله صلى الله عليه وسلم ») .

(الشرح) حديث أنس رواه البخارى ، وحديث ابن عباس وحديث عائشة رواهما البخارى ومسلم ، وفى حديث عائشة زيادة فى الصحيحين قالت « نزل رسول الله ﷺ ليكون أسمح لخروجه » وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : «قال لنا رسول الله ﷺ ونحن بمنى : نحن نازلون غدا بخيف بنى كنانة ، حيث تقاسموا على الكفر ، وذلك أن قريشا وبنى كنانة تحالفت على بنى هاشم وبنى المطلب أن لا يناكحوهم ولا يبايعوهم حتى يسلموا إليهم رسول الله ﷺ ــ يعنى بذلك المحصب » رواه البخارى ومسلم، وعن أبى رافع مولى رسول الله ﷺ قال « لم يأمرنى رسول الله ﷺ أن أنزل الأبطح حين خرج من منى ، ولكنى جئت فضربت القبة فجاء فنزل » رواه مسلم ، وعن نافع « أن ابن عمر كان يرى التحصيب سنة وكان يصلى الظهر يوم النفر بالمحصبة ، قال نافع : قد حصب رسول الله ﷺ والخلفاء بعده » رواه مسلم ، والمحصب ــ بميم مضمومة ثم حاء مفتوحة ثم صاد مفتوحة مهملتين ثم باء موحدة ــ وهو اسم لمكان متسع بين مكة ومنى ، قال صاحب المطالع وغيره : وهو إلى منى أقرب ، وهو اسم لما بين الجبلين إلى المقبرة ، ويقال له : الأبطح والبطحاء ، وخيف بنى كنانة ، والله أعلم .

(أما الأحكام) فقال أصحابنا : إذا فرغ الحاج من الرمى ونفر من منى استحب له أن يأتى المحصب ، وينزل به ويصلى به الظهر والعصر والمغرب والعشاء ، ويبيت به ليلة الرابع عشر ، ولو ترك النزول به فلا شيء عليه ،

---

(١) كل ما بين المعقوفين يكون ساقطا من ش و ق (ط) .

ولا يؤثر فى نسكه لأنه سنة مستقلة ليست من مناسك الحج وهذا معنى ما ذكرناه من حديث ابن عباس وعائشة ، والله أعلم • قال القاضى عياض : النزول بالمحصب مستحب عند جميع العلماء • قال : وهو عند الحجازيين أوكد منه عند الكوفيين • قال : وأجمعوا على أنه ليس بواجب ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(إذا فرغ من الحج وأراد المقام بمكة لم يكلف طواف الوداع ، فان أراد الخروج طاف للوداع وصلى ركعتى الطواف للوداع وهل يجب طواف الوداع أم لا ؟ فيه قولان (أحدهما) أنه يجب ، لما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا ينفرن أحد حتى يكون آخر عهده بالبيت » • (والثانى) لا يجب لأنه لو وجب لم يجز للحائض تركه ، فان قلنا إنه واجب وجب بتركه الدم لقوله صلى الله عليه وسلم « من ترك نسكا فعليه دم » وإن قلنا : لا يجب لم يجب بتركه دم ، لأنه سنة ، فلا يجب بتركه دم كسائر سنن الحج ، وإن طاف للوداع ثم أقام لم يعتد [بعد] بطوافه عن الوداع ، لأنه لا توديع مع المقام ، فاذا أراد أن يخرج أعاد طواف الوداع ، وإن طاف ثم صلى فى طريقه أو اشترى زادا لم يعد الطواف ، لأنه لا يصير بذلك مقيما ، وإن نسى الطواف وخرج ثم ذكره (فان قلنا) إنه واجب نظرت ـ فان كان من مكة على مسافة تقصر فيها الصلاة ـ استقر عليه الدم ، فان عاد وطاف لم يسقط الدم ، لأن الطواف الثانى للخروج الثانى فلا يجزئه عن الخروج الأول ، فان ذكر وهو على مسافة لا تقصر فيها الصلاة فعاد وطاف سقط عنه الدم ، لأنه فى حكم المقيم ، ويجوز للحائض أن تنفر بلا وداع ، لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال « أمر الناس أن يكون آخر عهدهم بالبيت إلا أنه قد خفف عن المرأة الحائض » فان نفرت الحائض ثم طهرت فان كانت فى بنيان مكة عادت وطافت وإن خرجت من البنيان لم يلزمها الطواف) •

(الشرح) حديث ابن عباس الأول « لا ينفرن أحد حتى يكون آخر عهده بالمبيت » رواه مسلم • وحديثه الآخر « أمر الناس » إلى آخره رواه البخارى ومسلم • وحديث « من ترك نسكا فعليه دم » سبق بيانه

فى هذا الباب مرات • وعن عائشة رضى الله عنها قالت « لما أراد النبى ﷺ أن ينفر إذا صفية على باب خبائها كئيبة حزينة فقال : عقرنى حلقى إنك لحابستنا ، ثم قال لها : أكنت أفضت يوم النحر ؟ قالت : نعم ، قال فانفرى » رواه البخارى ومسلم والوداع بفتح الواو • وتنفر بكسر الفاء •

(أما الأحكام) ففيها مسائل (إحداها) قال أصحابنا : من فرغ من مناسكه وأراد المقام بمكة ليس عليه طواف الوداع ، وهذا لا خلاف فيه ، سواء كان من أهلها أو غريبا ، وإن أراد الخروج من مكة إلى وطنه أو غيره طاف للوداع ولا رمل فى هذا الطواف ولا اضطباع كما سبق ، وإذا طاف صلى ركعتى الطواف ، وفى هذا الطواف قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) أنه واجب (والثانى) سنة • وحكى طريق آخر أنه سنة قولا واحدا حكاه الرافعى وهو ضعيف غريب • والمذهب أنه واجب •

قال القاضى أبو الطيب والبندنيجى وغيرهما : هذا نصه فى الأم والقديم ، والاستحباب هو نصه فى الإملاء ، فان تركه أراق دما (فان قلنا) هو واجب فالدم واجب (وإن قلنا) سنة فالدم سنة ، ولو أراد الحاج الرجوع إلى بلده من منى لزمه دخول مكة لطواف الوداع إن قلنا هو واجب والله أعلم •

(الثانية) إذا خرج بلا وداع وقلنا : يجب طواف الوداع عصى ولزمه العود للطواف ما لم يبلغ مسافة القصر من مكة ، فان بلغها لم يجب العود بعد ذلك ومتى لم يعد لزمه الدم ، فان عاد قبل بلوغه مسافة القصر سقط عنه الدم ، وإن عاد بعد بلوغها فطريقان (أصحهما) وبه قطع الجمهور : لا يسقط •

(والثانى) حكاه الخراسانيون وجهان (أصحهما) لا يسقط

(والثانى) يسقط (الثالثة) ليس على الحائض ولا على النفساء طواف وداع ولا دم عليها لتركه ، لأنها ليست مخاطبة به للحديث السابق ، لكن يستحب لها أن تقف على باب المسجد الحرام وتدعو مما سنذكره إن شاء الله تعالى •

ولو طهرت الحائض والنفساء فان كان قبل مفارقة بناء مكة لزمها طواف الوداع لزوال عذرها ، وإن كان بعد مسافة القصر لم يلزمها العود بلا خلاف • وإن كان بعد مفارقة مكة وقبل مسافة القصر ، فقد نص الشافعى أنه لا يلزمها ، ونص أن المقصر بترك الطواف يلزمه العود • وللاصحاب طريقان (المذهب) الفرق كما نص عليه ، وبه قطع المصنف والجمهور ، لأنه مقصر بخلاف الحائض •

(والطريق الثانى) حكاه الخراسانيون فيهما قولان (أحدهما) يلزمها (والثانى) لا يلزمهما (فإن قلنا) لا يجب العود فهل الاعتبار فى المسافة بنفس مكة أم بالحرم ؟ فيه طريقان (المذهب) وبه قطع المصنف والجمهور بنفس مكة (والثانى) حكاه جماعة من الخراسانيين فيه وجهان (أصحهما) • هذا (والثانى) الحرم وأما المستحاضة إذا نفرت فى يوم حيضها فلا وداع عليها ، وإن نفرت فى يوم طهرها لزمها طواف الوداع ، قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه والدارمى : إذا رأت المرأة الدم فتركت طواف الوداع وانصرفت ، ثم اتصل الدم وجاوز خمسة عشر ، فهى مستحاضة فينظر هل هى مميزة أم معتادة أم مبتدأة ؟ وأى مرد ردت إليه إن كان تركها الطواف فى حال حيضها فلا شىء عليها ، وإن كان فى حال طهرها لزمها الدم • والله تعالى أعلم •

(الرابعة) ينبغى أن يقع طواف الوداع بعد جميع الأشغال ويعقبه الخروج بلا مكث ، فان مكث نظر إن كان لغير عذر أو لشغل غير أسباب الخروج كشراء متاع أو قضاء دين أو زيارة صديق أو عيادة مريض لزمه

إعادة الطواف ، وإن اشتغل بأسباب الخروج كشراء الزاد وشد الرحل ونحوهما فهل يحتاج إلى إعادته ؟ فيه طريقان قطع الجمهور بأنه لا يحتاج • وذكر إمام الحرمين فيه وجهين •

ولو أقيمت الصلاة فصلاها معهم لم يعد الطواف ، نص عليه الشافعى فى الإملاء واتفق عليه الأصحاب • والله أعلم •

(الخامسة) حكم طواف الوداع حكم سائر أنواع الطواف فى الأركان والشروط• وفيه وجه لأبى يعقوب الأبيوردى أنه يصح بلا طهارة ، وتجبر الطهارة بالدم ، وقد سبق بيان الوجه فى فصل طواف القدوم ، وهو غلط ظاهر والله تعالى أعلم •

(السادسة) هل طواف الوداع من جملة المناسك أم عبادة مستقلة ؟ فيه خلاف • قال إمام الحرمين والغزالى : هو من المناسك ، وليس على الحاج والمعتمر طواف وداع إذا خرج من مكة لخروجه • وقال البغوى والمتولى وغيرهما : ليس طواف الوداع من المناسك ، بل هو عبادة مستقلة يؤمر بها كل من أراد مفارقة مكة إلى مسافة القصر ، سواء كان مكيا أو أفقيا • وهذا الثانى أصح عند الرافعى وغيره من المحققين تعظيما للحرم وتشبيها لاقتضاء خروجه الوداع باقتضاء دخوله الإحرام • قال الرافعى : ولأن الأصحاب اتفقوا على أن المكى إذا حج ونوى على أن يقيم بوطنه لا يؤمر بطواف الوداع • وكذا الأفقى إذا حج وأراد الإقامة بمكة لا وداع عليه ، ولو كان من جملة المناسك لعم الحجيج • هذا كلام الرافعى ومما يستدل به من السنة لكونه ليس من المناسك ما ثبت فى صحيح مسلم وغيره أن رسول الله ﷺ قال « يقيم المهاجر بمكة بعد قضاء نسكه ثلاثا » وجه الدلالة أن طواف الوداع يكون عند الرجوع • وسماه قبله قاضيا للمناسك وحقيقته أن يكون قضاها كلها •

(فـرع) ذكرنا فى هذه المسألة السادسة عن البغـوى أن طواف الوداع يتوجه على كل من أراد مفارقة مكة إلى مسافة القصر • قال : ولو أراد دون مسافة القصر لا وداع عليه ، والصحيح المشهور أنه يتوجه على من أراد مسافة القصر ودونها سواء كانت مسافة بعيدة أم قريبة ، لعموم الأحاديث • وممن صرح بهذا صاحب البيان وغيره •

(فـرع) قد ذكرنا أنه لا يجـوز أن ينفر من منى ويترك طواف الوداع إذا قلنا بوجوبه ، فلو طاف يوم النحر للإفاضة وطاف بعده للوداع ثم أتى منى ثم أراد النفر منها فى وقت النفر إلى وطنه • واقتصر على طواف الوداع السابق ، فهل يجزئه ؟ قال صـاحب البيان : اختلف أصـحابنا المتأخرون فيه ، فقال الشريف العثمانى : يجزئه لأن طواف الوداع يراد لمفارقته البيت ، وهذا قد أرادها • ومنهم من قال : لا يجزئه ، وهو ظاهر كلام الشافعى وظاهر الحديث ، لأن الشافعى قال : وليس على الحاج بعد فراغه من الرمى أيام منى إلا وداع البيت فيودع وينصرف إلى أهله • هذا كلام صاحب البيان ، وهـذا الثـانى هو الصحيح ، وهو مقتضى كلام الأصحاب • والله أعلم •

(فـرع) قال صاحب البيان : قال الشيخ أبو نصر فى المعتمد : ليس على المقيم بمكة الخارج إلى التنعيم وداع ولا دم عليـه فى تركه عندنا • وقال سفيان الثورى : يلزم الدم • دليلنا أن النبى ﷺ « أمر عبد الرحمن ابن أبى بكر أن يعمر عائشة من التنعيم ، ولم يأمرها عند ذهابها إلى التنعيم بوداع » والله أعلم •

(فـرع) إذا طاف للوداع وخرج من الحرم ثم أراد أن يعود إليه وقلنا : دخول الحرم يوجب الإحرام • قال الدارمى : يلزم الإحرام لأنه دخول جديد قال : ولو رجع لطواف الوداع من دون مسـافة القصر لم يلزمه الإحرام والله أعلم •

(فـرع) إن قلنـا طواف الوداع واجب فترك طوفة من السـبع ورجع إلى بلده لم يحصل الوداع ، فيلزمه الدم بكماله • وقال الدارمى : يكون كتارك كل الطواف إلا فى الدم ، فإنه على الأقوال إلا ثلاث فدم ، يعنى أنه إذا ترك طوفة ففيها الأقوال (أحدها) يلزمه ثلث دم (والثانى) درهم (وأصحها) مد • وفى طوفتين الأقوال أيضا • وفى ثلاث طوفات دم كامل • هذا كلام الدارمى وهو ضعيف أو غلط (والصواب) أنه لم يحصل طواف الوداع ، والله أعلم •

(فـرع) إذا حاضت المرأة قبل طواف الإفاضة وأراد الحجاج النفر بعد قضاء مناسكهم فالأولى للمرأة أن تقيم حتى تطهر فتطوف ، إلا أن يكون عليها ضرر ظاهر فى هذا ، فإن أرادت النفر مع الناس قبل طواف الإفاضة جاز وتبقى محرمة حتى تعود إلى مكة فتطوف متى ما كان ، ولو طال سنين ، وقد سبق فى مواضع من هذا الباب بيان هذا •

وأما قول المـاوردى فى الحاوى : ليس لها أن تنفر حتى تطوف بعد أن تطهر فشاذ ضعيف جدا ، والظاهر أنه أراد أنه مكروه نفرها قبل طواف الإفاضة ، وقد سبق أنه يكره تأخيره ولا يكون مراده التحريم • ويصح أن يقال إن المكروه ليس بجائز ، ويفسر الجائز بمستوى الطرفين ، والله أعلم •

(فـرع) قال أصحابنا : إذا حاضت الحاجة قبل طواف الإفاضة • ونفر الحجاج بعد قضاء مناسكهم وقبل طهرها ، وأرادت أن تقيم إلى أن تطهر ، وكانت مستأجرة جملا ، لم يلزم الجمال انتظارها ، بل له النفر بجمله مع الناس ، ولها أن تركب فى موضعها مثلها ، هذا مذهبنا لا خلاف فيـه بين أصحابنا • وممن صرح به المـاوردى والشيخ أبو نصر وصـاحب البيان وآخرون ، وحكى أصحابنا عن مالك أنه يلزم أن ينتظرها أكثر مدة الحيض وزيادة ثلاثة أيام •

واستدل أصحابنا بقوله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » وهو حديث حسن من رواية أبى سعيد الخدرى ، وبالقيـاس على ما لو مرضت فإنه لا يلزمه انتظارها بالإجماع والله أعلم •

قال القاضى عياض المـالكى : موضع الخلاف بين الشافعى ومالك فى هذه المسألة إذا كان الطريق آمنا ومعها محرم لها ، فان لم يكن آمنا أو لم يكن محرم لم ينتظرها بالاتفاق ، لأنه لا يمكنه السير بها وحده • قال ولا يحبس لها الرفقة إلا أن يكون كاليوم واليومين ، والله أعلم •

قال المصنف رحمـه الله تعـالى

(فاذا فرغ من طواف الوداع فالمستحب ان يقف فى الملتزم ، وهو ما بين الركن والباب ، فيدعو ويقول « اللهم إن البيت بيتك والعبد عبدك وابن عبدك وابن أمتك ، حملتنى على ما سخرت لى من خلقك ، حتى سيرتنى فى بلادك وبلغتنى بنعمتك حتى أعنتنى على قضاء مناسكك ، فان كنت رضيت عنى فازدد عنى رضى ، وإلا فمن الآن قبل ان تنأى عن بيتك دارى ، هذا أوان انصرافى إن أذنت لى غير مستبدل بك ولا ببيتك ، ولا راغب عنـك ولا عن بيتك ، اللهم أصحبنى العافية فى بدنى ، والعصمة فى دينى وأحسن منقلبى ، وارزقنى طاعتك ما أبقيتنى) فانه قد روى ذلك عن بعض السلف ، ولأنه دعاء يليق بالحال ثم يصلى على النبى صلى الله عليه وسلم) •

(الشرح) هـذا الدعاء ذكره الشافعى رحمـه الله فى الاملاء وفى مختصر الحج واتفق الأصحاب على اسـتحبابه • وقوله الملتزم هو بضم الميم وفتح الزاى ، سمى بذلك لأنهم يلزمونه للدعاء ، ويقـال له المدعى والمتعوذ ــ بفتح الواو ــ وهو ما بين الركن الذى فيه الحجر الأسود وباب الكعبة ، وهو من المواضع التى يستجاب فيها الدعاء هناك ، وسـأفردها بفرع مستقل إن شاء الله تعالى قريبا ، وقوله « وإلا فمن الآن » يجوز فيه ثلاثة أوجه ، أجودها ضم الميم وتشـديد النون (والثـانى) كسر الميم وتخفيف النون وفتحها (والثالث) كذلك لكن النون مكسورة ، قال أهل

العربية : إذا جاء بعد من الجارة اسم موصول ، فإن كان فيه ألف ولام كان الأجود فيه فتح النون ، ويجوز كسرها ، وإن لم يكن كان الأجود كسرها ، ويجوز الفتح (مثال الأول) من الله ، من الرجل ، من الناس (مثال الثانى) من ابنك من اسمك من اثنين • وأما الآن فهو الوقت الحاضر ، هذا حقيقته وأصله ، وقد يقع على القريب الماضى والمستقبل ، تنزيلا له منزلة الحاضر ، ومنه قوله تعالى (فالآن باشروهن) تقديره فالآن أبحنا لكم مباشرتهن ، فعلى هذا هو على حقيقته (قبل أن تنآى) أى تبعد• وقوله « هذا أوان انصرافى » قال أهل اللغة : الأوان الحين والوقت وجمعه آونة كزمان وأزمنة •

قال أصحابنا : إذا فرغ من طواف صلى ركعتين الطواف خلف المقام • قال الشافعى والأصحاب : ثم يستحب أن يأتى الملتزم فيلتزمه ويقول هذا الدعاء المذكور فى الكتاب ، قال الشافعى والأصحاب : وما زاد على هذا الدعاء فحسن قال الأصحاب : وقد زيد فيه (واجمع لى خير الدنيا والآخرة إنك قادر على ذلك) وقد ذكر المصنف هذه الزيادة فى التنبيه • وذكر الماوردى هذا الدعاء ، وزاد فيه ونقص منه •

وذكره القاضى أبو الطيب فى تعليقه ، وزاد فيه كثيرا ونقص منه والمشهور ما ذكرناه ، وبأى شىء دعا حصل المستحب ويأتى بآداب الدعاء السابقة فى فصل الوقوف بعرفات ، من الحمد لله تعالى والثناء عليه والصلاة على النبى ﷺ ورفع اليدين وغير ذلك • قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه : قال الشافعى فى مختصر كتاب الحج : إذا طاف للوداع استحب أن يأتى الملتزم فيلصق بطنه وصدره بحائط البيت ويبسط يديه على الجدار ، فيجعل اليمنى مما يلى الباب ، واليسرى مما يلى الحجر الأسود ، ويدعو بما أحب من أمر الدنيا والآخرة والله أعلم •

قال أصحابنا : فإن كانت حائضا استحب أن تأتى بهذا الدعاء على

باب المسجد وتمضى والله أعلم • ومما جاء فى الملتزم والتزام البيت حديث المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه قال « كنت مع عبد الله بن عمرو ــ يعنى ابن العاص ــ فلما جئنا دبر الكعبة ، قلت : ألا تتعوذ ؟ قال نعوذ بالله من النار ، ثم مضى حتى استلم الحجر ، وأقام بين الركن والباب، فرفع صدره ووجهه وذراعيه وكفيه هكذا وبسطهما بسطا ثم قال : هكذا رأيت رسول الله ﷺ يفعله » رواه أبو داود وابن ماجه والبيهقى ، وهذا الإسناد ضعيف ، لأن المثنى بن الصباح ضعيف ، وعن يزيد بن أبى زياد عن مجاهد عن عبد الرحمن بن صفوان قال « لما فتح رسول الله ﷺ مكة قلت : لألبسن ثيابى فلأنظرن كيف يصنع رسول الله ﷺ ؟ فانطلقت فرأيت النبى ﷺ قد خرج من الكعبة هو وأصحابه ، قد استلموا البيت من الباب إلى الحطيم وقد وضعوا خدودهم على البيت ، ورسول الله ﷺ وسطهم » رواه أبو داود ، وهذا الإسناد ضعيف لأن يزيد ضعيف •

وعن ابن عباس « أنه كان يلتزم ما بين الركن والباب ، وكان يقول ما بين الركن والباب يدعى الملتزم ، لا يلزم ما بينهما أحد يسأل الله عز وجل شيئا إلا أعطاه إياه » رواه البيهقى موقوفا على ابن عباس باسناد ضعيف والله أعلم • وقد سبق مرات أن العلماء متفقون على التسامح فى الأحاديث الضعيفة فى فضائل الأعمال ونحوها ، مما ليس من الأحكام ، والله أعلم •

(فرع) ذكر الحسن البصرى رحمه الله فى رسالته المشهورة إلى أهل مكة أن الدعاء يستجاب فى خمسة عشر موضعا ــ فى الطواف ــ وعند الملتزم ــ وتحت الميزاب ــ وفى البيت ــ وعند زمزم ــ وعلى الصفا والمروة ــ وفى المسعى ــ وخلف المقام ــ وفى عرفات ــ وفى منى ــ وعند الجمرات الثلاث •

(وإن كان محرما بالعمرة وحدها وأراد دخول مكة فعل ما ذكرناه فى الدخول للحج . فاذا دخل مكة طاف وسعى وحلق ، وذلك جميع أفعال العمرة والدليل عليه ما روت عائشة رضى الله عنها قالت « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فمنا من أهل بالحج ، ومنا من أهل بالعمرة ، ومنا من اهل بالحج والعمرة ، واهل رسول الله ﷺ بالحج ، فاما من اهل بالعمرة فاحلوا حين طافوا بالبيت وبين الصفا والمروة ، واما من اهل بالحج والعمرة فلم يحلوا إلى يوم النحر » وإن كان قارنا بين الحج والعمرة فعل ما يفعله المفرد بالحج ، فيقتصر على طواف واحد وسعى واحد ، والدليل عليه ما روى ان النبى ﷺ قال : « من جمع بين الحج والعمرة كفاه لهما طواف واحد وسعى واحد ، ولانه يدخل فيهما بتلبية واحدة ، ويخرج منهما بحلاق واحد . فوجب أن يطوف لهما طوافا واحدا ، ويسعى لهما سعيا واحدا كالمفرد بالحج) .

(الشرح) حديث عائشة رواه البخارى ومسلم (وأما) حديث « من جمع بين الحج والعمرة كفاه لهما طواف واحد وسعى واحد » فصحيح رواه الترمذى والبيهقى ، وسبق بيانه ، وبيان حديث عائشة الأول ، وغيرهما مما فى معناهما فى فرع من فروع مذاهب العلماء ، عقب مسائل طواف القدوم ، وذكرنا هناك مذاهب العلماء فى هذه المسألة وأدلتها والجواب عنها (وقول المصنف) لأنه يدخل فيهما بتلبية واحدة إلى آخره فهو إلزام لأبى حنيفة بما يوافق عليه فانه أوجب على القارن طوافين وسعيين ، ووافق على أنه يكفيه إحرام واحد وحلق واحد .

(اما الأحكام) ففى الفصل مسألتان (إحداهما) القارن يفعل ما يفعله المفرد للحج ، فيقتصر على ما يقتصر عليه المفرد ، ولا يزيد عليه شيئا أصلا ، فيكفيه للإفاضة طواف واحد ، ويكفيه (سعى واحد) إما بعد طواف القدوم وإما بعد الإفاضة ، وهذا لا خلاف عندنا فيه ، وبه قال أكثر العلماء كما قدمته فى الموضع الذى ذكرته . قال أصحابنا : ويستحب أن يطوف القارن للإفاضة طوافين ويسعى سعيين ، ليخرج من خلاف العلماء .

(الثانية) إذا كان محـرما بالعمرة وحدها وأراد دخول مكة فعل ما ذكره فى الدخول للحج من الآداب ، فاذا دخل طاف وسعى وحلق وقد تمت عمرته ، هذا إذا قلنا بالمذهب إن الحلق نسك (فإن قلنا) ليس هو نسكا كفاه الطواف والسعى وقد حل ، قال الشافعى والأصحاب : صفة الاحرام بالعمرة صـفة الاحرام بالحج ، فى استحباب الغسـل للإحرام ولدخول مكة والتطيب والتنظف عند إرادة الاحرام وما يلبسه وما يحرم عليه من اللباس والطيب والصيد وإزالة الشعر والظفر والوطء والمباشرة بشهوة ، ودهن الرأس واللحية وغير ذلك مما سبق ، فإن كان فى غير مكة أحرم من ميقات بلده حين يبتدىء السير ، كما سبق فى الحج ، وإن كان فى مكة وأراد العمرة استحب له أن يطـوف بالبيت ويصلى الركعتين ، ويستلم الحجر الأسود ، ثم يخرج من الحرم إلى الحل فيغتسل هنـاك للإحرام • ويلبس ثوبين للإحرام ، ويصلى ركعتيه ، ويحرم بالعمرة إذا سار على أصح القولين •

وفى القول الآخر يحرم عقب الصلاة ويلبى ، ويستمر فى السـير ملبيا ، وكل هذ الأمور كما سبق فى الحج ، ولا يزال يلبى حتى يبدأ فى الطواف فيقطع التلبية بأول شروعه فيه ، ويرمل فى الطوفات الثلاث الأول من السبع ويمشى فى الأربع كما سبق فى طواف القـدوم ، فاذا فرغ من الطواف صلى ركعتيه خلف المقام ، ثم عاد إلى الحجر الأسود فاستلمه ، ثم يخرج من باب الصفا فيسعى بين الصفا والمروة كما وصفناه فى الحج ، وشروط سعيه وآدابه هناك كما سبق فى الحج ، فاذا تم سعيه حلق أو قصر عند المروة ، فاذا فعل هذا تمت عمرته وحل منها حلا واحدا ، وقد سبق أنه ليس لها إلا تحلل واحد ، وهذا لا خلاف فيه •

قال الشافعى والأصحاب : فان كان معه هدى استحب ذبحه بعـد السعى وقبل الحلق ، وحيث نحر من مكة أو سائر الحرم أجزأه ، لكن

الأفضل عند المروة ، لأنها موضع تحلله ، كما يستحب للحاج الذبح بمنى لأنها موضع تحلله والله أعلم • ولو جامع المحرم بالعمرة قبل التحلل فسدت عمرته حتى لو طاف وسعى وحلق شعرتين فجامع قبل إزالة الشعرة الثالثة فسدت عمرته إن قلنا الحلق نسك ، وحكم فسادها كفساد الحج فيجب المضى فى فاسدها ويجب القضاء والبدنة والله أعلم •

ولو أحرم بالعمرة من نفس مكة صح إحرامه وكان مسيئا ويلزمه الخروج إلى أدنى الحل ، فإن لم يخرج بل طـاف وسعى وحلق فقولان (أصحهما) يجزئه وعليه دم ، وقد سبقت المسألة مستقصاة بفروعها حيث ذكرها المصنف فى آخر باب المواقيت ، والله أعلم •

قال المصنف رحمـه الله تعـالى

(اركان الحج أربعة : الإحرام والوقوف بعرفة ، وطواف الإفاضة ، والسعى بين الصفا والمروة • وواجباته الإحرام من الميقات والرمى ، وفى الوقوف بعرفة إلى أن تغرب الشمس ، والمبيت بالمزدلفة ، والمبيت بمنى فى ليالى الرمى ، وفى طواف الوداع قولان (أحدهما) إنه واجب (والثانى) ليس بواجب وسننه : الغسل ، وطواف القدوم ، والرمل ، والاضطباع فى الطواف والسعى ، واستلام الركن وتقبيله ، والسعى فى موضع السعى ، والمشى فى موضع المشى ، والخطب ، والأذكار ، والأدعية • وأفعال العمرة كلها أركان إلا الحلق • فمن ترك ركنا لم يتم نسكه ، ولا يتحلل حتى يأتى به • ومن ترك واجبا لزمه الدم • ومن ترك سنة لم يلزمه شىء) •

(الشرح) قال أصحابنا : أعمال الحج ثلاثة أقسـام ــ أركان ــ وواجبات وسنن ــ أمـا الأركان فخمسة : الإحرام والوقوف وطواف الإفاضة والسعى والحلق ، إذا قلنا بالأصح إن الحلق نسك ، وإن قلنا : ليس بنسك فأركانه الأربعة الأولى • وأما الواجبات فاثنان متفق عليهما ، وأربعة مختلف فيها • أما الاثنان فإنشاء الاحرام من الميقـات والرمى ، فهذان واجبان بلا خلاف • وأما الأربعة (فأحدها) الجمع بين الليل والنهار فى الوقوف بعرفة ، لمن أمكنه ذلك كما سبق (الثـانى) المبيت بالمزدلفة

(الثالث) المبيت ليالى منى (الرابع) طواف الوداع ، وفى هذه الأربعة قولان (أحدهما) الوجوب (والثانى) الاستحباب ، والأصح وجوب الثلاثة الآخرة دون الجمع •

وأما السنن فجميع ما سبق مما يؤمر به الحاج سوى الأركان والواجبات ، وذلك كطواف القدوم والأذكار والأدعية واستلام الحجر وتقبيله والسجود عليه والرمل والاضطباع وسائر ما ندب إليه من الهيئات السابقة فى الطواف ، وفى السعى والخطب وغير ذلك ، وقد سبقت كلها واضحة •

(وأما أحكام هذه الأقسام) فالأركان لا يتم الحج ويجزىء حتى يأتى بجميعها ، ولا يحل من إحرامه مهما بقى منها شىء حتى لو أتى بالأركان كلها إلا أنه ترك طوفة من السبع أو مرة من السعى لم يصح حجه ولم يحصل التحلل الثانى • وكذا لو حلق شعرتين لم يتم ولا يحل حتى يحلق شعرة ثالثة ، ولا يجبر شىء من الأركان بدم ولا غيره بل لابد من فعله • وثلاثة منها وهى الطواف والسعى والحلق لا آخر لوقتها ، بل لا تفوت ما دام حيا ، ولا يختص الحلق بمنى والحرم ، بل يجوز فى الوطن وغيره كما سبق •

واعلم أن الترتيب شرط فى هذه الأركان ، فيشترط تقدم الإحرام على جميعها ويشترط تقدم الوقوف على طواف الإفاضة ، ويشترط كون السعى بعد طواف صحيح ، ولا يشترط تقدم الوقوف على السعى بل يصح سعيه بعد طواف القدوم وهو أفضل كما سبق ، ولا ترتيب بين الطواف والحلق ، وهذا كله سبق بيانه ، وإنما نبهت عليه ملخصا ، والله أعلم •

وأما الواجبات فمن ترك منها شيئا لزمه الدم ، ويصح الحج بدونه ،

وسواء تركها كلهـا أو بعضها عمدا أو سـهوا لكن العامد يأثم (وأما) السنن فمن تركها كلها لا شيء عليه ، لا إثم ولا دم ولا غيره ، لكن فاته الكمال والفضيلة وعظيم ثوابها ، والله أعلم .

وأما العمرة فأركانها الإحرام والطواف والسعي والحلق ـ إن جعلناه نسكا ـ والله أعلم .

(واعلم) أن المصنف جعل الحلق من الواجبـات فى التنبيه ، ولم يذكره هنا فى الواجبـات ولا فى أركان الحج (والصواب) أنه ركن إذا جعلناه نسكا ، هكذا صرح به .

قال المصنف رحمـه الله تعـالى

(ويستحب دخول البيت لمـا روى ابن عباس رضى الله عنهما قال : قال رسـول الله ﷺ « من دخل البيت دخل فى حسنة وخرج من سـيئة مغفورا له » ويستحب ان يصلى فيه ، لمـا روى ابن عمر رضى الله عنه قال « سمعت رسول الله ﷺ يقول : صلاة فى مسجدى هذا تعدل الف صلاة فى غيره من المساجد إلا المسجد الحرام ، فانه افضل بمائة صلاة » ويستحب ان يشرب من ماء زمزم ، لمـا روى ان النبى ﷺ قال « ماء زمزم لمـا شرب له » ويستحب إذا خرج من مكة ان يخرج من اسفلها ، لمـا روت عائشة رضى الله عنها « ان النبى ﷺ لمـا جاء إلى مكة دخلها من اعلاها ، وخرج من اسفلها » قال ابو عبد الله الزبيرى : ويخرج وبصره إلى البيت حتى يكون آخر عهده بالبيت ») .

(الشرح) حديث ابن عباس رواه البيهقى وقال : تفرد به عبد الله بن المؤمل وهو ضعيف . وأما حديث ابن عمر بلفظه المذكور فغريب ، ويغنى عنه أحاديث كثيرة (منها) حديث أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال « صلاة فى مسجدى هذا أفضل من ألف صلاة فى غيره من المساجد إلا المسجد الحرام » رواه البخارى ومسلم ، ورواه مسلم أيضـا مرفوعا من رواية ابن عمر ومن رواية ميمونة كلهم بهذا اللفظ .

وعن عبد الله بن الزبير رضى الله عنهما قال « قال رسول الله ﷺ صلاة فى مسجدى هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام ، وصلاة فى المسجد الحرام أفضل من مائة صلاة فى مسجدى » رواه أحمد فى مسنده والبيهقى باسناد حسن • وعن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « صلاة فى مسجدى هذا تعدل ألف صلاة فيما سواه من المساجد إلا المسجد الحرام فهو أفضل » رواه البيهقى ، والله أعلم •

وأما حديث « ماء زمزم لما شرب له » [1] فرواه البيهقى بإسناد ضعيف من رواية جابر • قال تفرد به عبد الله بن المؤمل ، وهو ضعيف ، ويغنى عنه ما سنذكره قريبا إن شاء الله تعالى • وأما حديث عائشة فرواه البخارى ومسلم ، وسبق بيانه فى أول هذا الباب والله تعالى أعلم •

وأما زمزم فبئر معروفة فى المسجد الحرام ، بينها وبين الكعبة ثمان وثلاثون ذراعا • قيل سميت زمزم لكثرة مائها ، يقال ماء زمزم وزمزوم وزمازم إذا كان كثيرا • وقيل لضم هاجر رضى الله عنها لمائها حين انفجرت وزمها إياه • وقيل لزمزمة جبريل ﷺ وكلامه ، وقيل إنها غير مشتقة ، ولها أسماء أخر (منها) برة وهزمة جبريل ، والهزمة الغمزة بالعقب فى الأرض (ومنها) المضنونة ، وتكتم [2] وشباعة وغير ذلك ، وقد ذكرت فى تهذيب اللغات نفائس أخرى تتعلق بزمزم والله أعلم •

---

(١) رواه ابن ماجه بسند جيد وكذا ابن ابى شيبة عن جابر بن عبد الله واخرجه الدارقطنى عن ابن عباس بزيادة (ان شربته لتشفى شفاك الله ، وان شربته لتشبعك الله وان شربته لقطع ظمئك قطعه الله هى هزمة جبريل وسقيا اسماعيل) والحديث مع كونه حسنا فان الواقع يؤيده ، وقد جربنا صدق هذه الأحاديث فتحقق لنا كثير من النعم التى سألنا الله عند شربها .

(٢) تكتم بالبناء للمجهول ، قال فى القاموس : على ما لم يسم فاعله اسم لزمزم والشباعة كقدامة (المطيعى) .

(اما الاحكام) ففيها مسائل (إحداها) يستحب دخول الكعبة والصلاة فيها ، وأقل ما ينبغى أن يصلى ركعتين ، واستدل المصنف وغيره بحديث ابن عباس المذكور ، وهو ضعيف كما سبق ، ويغنى عنه أحاديث كثيرة فى الصحيح منها حديث ابن عمر قال « دخل رسول الله ﷺ البيت هو وأسامة ابن زيد وبلال وعثمان بن طلحة فأغلقوا عليهم ، فلما فتحوا كنت أول من ولج ، فلقيت بلالا فسألته : هل صلى فيه رسول الله ﷺ ؟ قال نعم ، بين العمودين اليمانيين » رواه البخارى ومسلم ، وفى رواية « إن ذلك كان يوم فتح مكة » وعن نافع عن ابن عمر « أنه سأل بلالا أين صلى رسول يوم فتح مكة » وعن نافع عن ابن عمر « أنه سأل بلالا أين صلى رسول الله ﷺ يعنى فى الكعبة ؟ ــ فأراه بلال حيث صلى ولم يسأله[1] ، قال : وكان ابن عمر إذا دخل البيت مشى قبل وجهه وجعل الباب قبل ظهره ثم مشى حتى يكون بينه وبين الجدار قريب من ثلاثة أذرع ، ثم صلى يتوخى المكان الذى أخبره بلال أن رسول الله ﷺ صلى فيه » رواه البخارى •

وعن ابن عباس قال « أخبرنى أسامة بن زيد رضى الله عنهم أن النبى ﷺ لمـا دخل البيت دعا فى نواحيه كلها ولم يصل فيه » قال العلماء : الأخذ برواية بلال فى إثبات الصلاة أولى لأنه مثبت فقدم على النافى ، ولأنه شاهد بعينه ما لم يشاهده أسامة ، وسببه أن بلالا كان قريبا من النبى ﷺ حين صلى، راقبه فى ذلك فرآه يصلى ، وكان أسامة متباعدا مشتغلا بالدعاء والباب مغلق فلم ير الصلاة فوجب الأخذ برواية بلال ، لأن معه زيادة علم • وعن

---

(٢) قال البخـارى رضى الله عنه فى باب الأبواب والغلق للكعبة والمسـاجد : حدثنـا أبو النعمان وقتيبة قالا حدثنا حماد عن أيوب من نافع عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليـه وآله وسلم قدم مكة فدعا عثمان بن طلحة ففتح الباب فدخل النبى صلى الله عليه وآله وسلم وبلال وأسامة بن زيد وعثمان بن طلحة ثم أغلق الباب فلبث فيه ساعة ثم خرجوا قال ابن عمر فبدرت بلالا فقال : صلى فيه فقلت : فى أى ؟ قال : بين الاسطوانتين قال ابن عمر : فذهب على أن أسامه كم صلى ؟ أ . هـ .

سالم بن عبد الله « أن عائشة رضى الله عنها كانت تقول : عجبا للمرء المسلم إذا دخل الكعبة كيف يرفع بصره قبل السقف ؟ يدع ذلك إجلالا لله تعالى وإعظاما ، دخل رسول الله ﷺ الكعبة ما خلف بصره موضع سجوده حتى خرج منها » رواه البيهقى .

وأما حديث اسماعيل بن أبى خالد قال « قلت لعبد الله بن أبى أوفى : أدخل النبى ﷺ البيت فى عمرته ؟ قال لا » رواه البخارى ومسلم . وعن عائشة قالت « خرج رسول الله ﷺ من عندى وهو قرير العين طيب النفس ، ثم رجع إلى وهو حزين ، فقلت : يا رسول الله خرجت من عندى وأنت كذا وكذا . قال : إنى دخلت الكعبة ووددت أنى لم أكن فعلته ، إنى أخاف أن أكون قد أتعبت أمتى بعدى » رواه البيهقى قال البيهقى : هذا كان فى حجته ﷺ ، وحديث ابن أبى أوفى فى عمرته فلا معارضة بينهما ، والله أعلم .

(فرع) ينبغى لداخل الكعبة أن يكون متواضعا خاشعا خاضعا ، لما ذكرناه من حديث عائشة ، ولأنه أشرف الأرض ومحل الرحمة والأمان، ويدخل حافيا ويصلى فى الموضع الذى ذكره ابن عمر فى حديثه السابق ، وهو مقابل باب الكعبة على ثلاث أذرع من الجدار المقابل للباب .

(فرع) قد سبق فى باب استقبال القبلة أن مذهبنا جواز صلاة الفرض والنفل فى الكعبة ، وأن النفل فيها أفضل من خارجها ، وكذا الفرض الذى لا يرجى له جماعة .

(فرع) يستحب الإكثار من دخول الحجر والصلاة فيه والدعاء ، لأنه من البيت أو بعضه ، وقد سبق أن الدعاء يستجاب فيه .

(فرع) إذا دخل الكعبة فليحذر كل الحذر من الاغترار بما

أحدثه بعض أهل الضلالة فى الكعبة المكرمة ، قال الشيخ الإمام أبو عمرو ابن الصلاح رحمه الله ابتدع من قريب بعض الفجرة المختالين فى الكعبة المكرمة أمرين باطلين عظم ضررهما على العامة (أحدهما) ما يذكرونه من العروة الوثقى ، عمدوا إلى موضع عال من جدار البيت المقابل لباب البيت فسموه بالعروة الوثقى ، وأوقعوا فى نفوس العامة أن من ناله فقد استمسك بالعروة الوثقى ، فأحوجوهم إلى مقاساة عناء وشدة فى الوصول إليها ، ويركب بعضهم بعضا ، وربما صعدت المرأة على ظهر الرجل ، ولامست الرجال ولامسوها ، فلحقهم بذلك أنواع من الضرر دينا ودنيا (الثانى) مسمار فى وسط الكعبة سموه سرة الدنيا ، وحملوا العامة على أن يكشف أحدهم سرته وينبطح بها على ذلك المسمار ، ليكون واضعا سرته على سرة الدنيا ، قاتل الله واضع ذلك ومخترعه . هذا كلام أبى عمرو ، وهذا الذى قاله كما قال فهما أمران باطلان أحدثوهما لأغراض فاسدة وللتوصل إلى سحت يأخذونه من العامة ، والله أعلم .

(فرع) هذا الذى ذكرنا من استحباب دخول البيت هو فيما إذا لم يتضرر هو ، ولا يتضرر به أحد . فان تأذى أو آذى لم يدخل ، وهذا مما يغلط فيه كثير من الناس فيتزاحمون زحمة شديدة بحيث يؤذى بعضهم بعضا ، وربما انكشفت عورة بعضهم أو كثير منهم ، وربما زاحم المرأة وهى مكشوفة الوجه ولامسها ، وهذا كله خطأ تفعله الجهلة ويغتر بعضهم ببعض ، وكيف يحاول العاقل سنة بارتكاب محرم من الأذى وغيره والله أعلم .

(فرع) للمجالس فى المسجد الحرام استقبال الكعبة والنظر إليها والقرب منها وينظر إليها إيمانا واحتسابا ، وقد جاءت آثار كثيرة فى النظر إليها .

(فرع) ينبغى للحاج والمعتمر أن يغتنم مدة إقامته بمكة ، ويكثر

الاعتمار والطواف والصلاة فى المسجد الحرام ، وسبق بيـان الخلاف فى الطواف والصلاة أيهما أفضل ؟ فى مسائل طواف القدوم • ويستحب أن يزور المواضع المشهورة بالفضل فى مكة ، وهى ثمانية عشر (منها) بيت المولد ، وبيت خديجة ، ومسجد دار الأرقم ، والغار الذى فى ثور والغار الذى فى حراء ، وقد أوضحتها فى كتاب المناسك والله أعلم •

(المسألة الثانية) قال الشافعى والأصـحاب وغيرهم : يستحب أن يشرب من ماء زمزم ، وأن يكثر منه ، وأن يتضلع منـه ـ أى يتملى ـ ويستحب أن يشربه لمطلوباته من أمور الآخرة والدنيا ، فاذا أراد أن يشربه للمغفرة أو الشفاء من مرض ونحوه استقبل القبلة ثم ذكر اسم الله تعالى ، ثم قال (اللهم إنه بلغنى أن رسولك ﷺ قال : « ماء زمزم لمـا شرب له » اللهم إنى أشربه لتغفر لى ، اللهم فاغفر لى أو اللهم إنى أشربه مستشفيا به [من] مرض ، اللهم فاشفنى) ونحو هـذا ، ويستحب أن يتنفس ثلاثا كما فى كل شرب ، فاذا فرغ حمد الله تعـالى وقد جاء فى هـذه المسائل أحاديث كثيرة •

(منها) حديث جابر قال « ثم ركب رسول الله ﷺ فأفاض إلى البيت فصلى بمكة الظهر • فأتى بنى عبد المطلب يستقون على زمزم فقال انزعوا بنى عبد المطلب فلولا أن يغلبكم الناس على سـقايتكم لنزعت معكم ، فناولوه دولوا فشرب منه » رواه مسلم •

وعن أبى ذر رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال فى ماء زمزم « إنهـا مباركة إنها طعام طعم وشفاء سقم » رواه مسلم ، وعن ابن عباس أن النبى ﷺ « أتى زمزم فشرب ، وهم يسقون من زمزم فقال : أحسنتم وأجملتم كذا فاصنعوا » وفى رواية « إنكم على عمل صـالح » رواه البخـارى ومسلم •

وعن جابر أن النبى ﷺ قال « ماء زمزم لما شرب له » وقد سبق بيانه • وعن عثمان بن الأسود قال « حدثنى جليس لابن عباس قال : قال لى ابن عباس : من أين جئت ؟ قلت : شربت من زمزم قال : شربت كما ينبغى ؟ قلت : كيف أشرب ؟ قال : إذا شربت فاستقبل القبلة ، ثم اذكر الله تعالى ، ثم تنفس ثلاثا وتضلع منها ، فاذا فرغت فاحمد الله ، فان النبى ﷺ قال : آية ما بيننا وبين المنافقين أنهم لا يتضلعون من زمزم » وفى رواية عن عثمان بن أبى الأسود عن أبى مليكة قال (جاء رجل إلى ابن عباس فقال له : من أين جئت ؟ قال شربت من زمزم) فذكره بنحوه » رواهما البيهقى والله أعلم •

(**فرع**) قال أصحابنا : يستحب أن يشرب من نبيذ سقاية العباس ــ إن كان هناك نبيذ ــ قالوا : والنبيذ الذى يجوز شربه ما لم يسكر (واحتجوا) للمسألة بحديث ابن عباس « أن النبى ﷺ أتاهم ــ يعنى بعد فراغه من طواف الإفاضة إلى زمزم ــ فاستسقى قال : فأتيناه بإناء من نبيذ فشرب وسقى فضله أسامة » •

(الثالثة) السنة إذا أراد الخروج من مكة إلى وطنه أن يخرج من أسفلها من ثنية كدى ــ بضم الكاف والقصر ــ وقد سبقت المسألة واضحة فى أول الباب ، وعجب كيف ذكرها المصنف فى موضعين من الباب •

(الرابعة) قال المصنف عن الزبير « يستحب أن يخرج وبصره إلى البيت حتى يكون آخر عهده بالبيت » وبهذا قطع جماعة آخرون • وقال القاضى أبو الطيب فى تعليقه وآخرون: يلتفت إليه فى حال انصرافه كالمتحزن عليه • وقال جماعة من أصحابنا : يخرج ماشيا تلقاء وجهه ، ويولى الكعبة ظهره ، ولا يمشى قهقرى أى كما يفعله كثير من الناس ، قالوا : بل المشى قهقرى مكروه ، لأنه بدعة ليس فيه سنة مروية • ولا أثر لبعض

الصحابة • فهو محدث لا أصل له فلا يفعل • وقد جاء عن ابن عباس ومجاهد كراهة قيام الرجل على باب المسجد ناظرا إلى الكعبة إذا أراد الانصراف إلى وطنه بل يكون آخر عهده الدعاء فى الملتزم ، وهذا الوجه الثالث هو الصواب وممن قطع به من أئمة أصحابنا أبو عبد الله الحليمى والماوردى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب زيارة قبر رسول الله ﷺ لما روى ابن عمر[1] رضى الله عنهما ان النبى ﷺ قال : « من زار قبرى وجبت له شفاعتى » ويستحب أن يصلى فى مسجد رسول الله ﷺ لقوله ﷺ « صلاة فى مسجدى هذا تعدل الف صلاة فيما سواه من المساجد ») •

(الشرح) أما حديث « صلاة فى مسجدى » فسبق بيانه قريبا ، وأنه فى الصحيحين من رواية جماعة ، وينكر على المصنف لكونه حذف منه الاستثناء ، وهو قوله ﷺ « إلا المسجد الحرام » كما سبق بيانه • وأما حديث ابن عمر فرواه البراء والدارقطنى والبيهقى بإسنادين ضعيفين[2] •

---

(١) فى بعض النسخ ابن عباس وكان كذلك فى ش و ق ولكن الشارح يعتمد ابن عمر كما ترى • (ط) •

(٢) قلت : واخرجه البيهقى فى الشعب (اخبرنا ابو سعيد الماليني انبانا ابو احمد بن عدى الحافظ حدثنا محمد بن موسى الحلوانى حدثنا محمد بن اسماعيل بن سمرة حدثنا موسى بن هلال عن عبد الله العمرى عن نافع عن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من زار قبرى وجبت له شفاعتى) وهذا الاسناد نعته البيهقى بالنكارة . واذا كانت النكارة قد جاءته من قبل عبد الله العمرى فقد جاء من طرق أخرى عن عبد الله بالتصغير وله متابعات كثيرة ذكرها الحافظ على بن عبد الكافى السبكى صاحب التكملة الأولى لهذا الكتاب وهى القدر الذى طبعناه فى جزءيه المباركين العاشر والحادى عشر .

وللانصاف نذكر فى موضوع الزيارة هذا ما ورد فيه من الأخبار بأسانيدها والكلام على من كان فيه جرح وعلى من كان معدلا . وينبغى أن تعلم ـ وفقنى الله واياك للرشاد ان عبد الله العمرى المذكور فى الاسناد السابق له أخ ثقة هو عبد الله بالتصغير قال الدولابى فى الكنى فى ترجمة عبد الله العمرى : حدثنا على بن معبد بن نوح ثنا موسى بن هلال ثنا عبد الله بن عمر أبو عبد الرحمن أخو عبيد الله عن نافع عن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه =

مما جاء فى زيارة قبر رسول الله ﷺ ومسجده والسلام عليه وعلى صاحبيه أبى بكر وعمر رضى الله عنهما حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال « لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد المسجد الحرام والمسجد الأقصى ومسجدى هذا » رواه البخارى ومسلم ، وعنه قال : قال رسول الله ﷺ « ما من أحد يسلم على إلا رد الله على روحى حتى أرد عليه السلام » رواه أبو داود بإسناد صحيح • وعنه قال : قال رسول الله ﷺ « ما بين قبرى ومنبرى روضة من رياض الجنة ، ومنبرى على حوضى » رواه البخارى ومسلم ورويناه أيضا من رواية عبد الله بن زيد الأنصارى •

وعن يزيد بن أبى عبيد قال « كان سلمة بن الأكوع يتحرى الصلاة عند الأسطوانة التى عند المصحف ، قلت : يا أبا مسلم أراك تتحرى الصلاة

=

وسلم (من زار قبرى وجبت له شفاعتى قال : وما بين قبرى ومنبرى ترعة من ترع الجنة) وقال الدارقطنى أبو الحسن على بن عمر بن احمد بن مهدى الحافظ فى عدة نسخ معتمدة من سننه : حدثنا القاضى المحاملى ثنا عبيد بن محمد الوراق ثنا موسى بن هلال العبدى عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم (من زار قبرى وجبت له شفاعتى) هكذا هو فى عدة نسخ معتمدة من سنن الدارقطنى عبيد الله مصغرا وكان الضعف من قبل عبد الله ومن هذه نسخة كتبها عنه احمد ابن محمد بن الحارث الأصفهانى قال الشيخ تقى الدين وعليها طباق كثيرة على ابن عبد الرحمن فمن بعده الى شيخنا قال : ورواه الدارقطنى كذلك فى غير السنن واتفقت روايته على ذلك فى السنن وفى غيره من طريق ابن عبد الرحيم كما ذكرناه ثم ذكره باسناد آخر الى الدارقطنى وقال : هكذا أورده اليمن ابن أبى الحسن بن الحسن فى كتاب (اتحاف الزائر واطراق المقيم للسائر) فى زيارة سيدنا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وهو عندى عليه خط مصنفه وقراءة أبى عمر وعثمان بن محمد التوزى لجميعه عليه وكذلك أورده الحافظ أبو الحسين القرشى فى كتاب الدلائل المبينة فى فضائل المدينة . ورواه عن الدارقطنى أبو النعمان تراب بن عمر بن عبيد حدثنا أبو الحسن على بن عمر الدارقطنى ثنا أبو عبد الله الحسين بن اسماعيل قال حدثنا عبيد بن محمد الوراق ثنا موسى بن هلال العبدى عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله وآله وسلم (من زار قبرى وجبت له شفاعتى) فاذا كانت طريق عبد الله هى الضعيفة فطريق عبيد الله قد زال عنها هذا الوهاء ولعل نافعا سمعه من الأخوين فرواه مرة عن الكبير ومرة عن الصغير الثقة والله يهدينا الى أرشد أمورنا ولا يصرفنا هذا الراوى ولا ذاك عن حب نبينا الذى يجرى حبه فى دمائنا ويملأ علينا أقطار نفوسنا جعلنا الله من حزبه وحشرنا تحت رايته (ط) .

عند هذه الأسطوانة قال « رأيت النبى ﷺ يتحرى الصلاة عندها » رواه البخارى ومسلم • وعن نافع « أن ابن عمر كان إذا قدم من سفر دخل المسجد ثم أتى القبر فقال : السلام عليك يا رسول الله ، السلام عليك يا أبا بكر ، السلام عليك يا أبتاه » رواه البيهقى والله أعلم •

واعلم أن زيارة قبر رسول الله ﷺ من أهم القربات وأنجح المساعى ، فإذا انصرف الحجاج والمعتمرون من مكة استحب لهم استحبابا متأكدا أن يتوجهوا إلى المدينة لزيارته ﷺ وينوى الزائر من الزيارة التقرب وشد الرحل إليه والصلاة فيه ، وإذا توجه فليكثر من الصلاة والتسليم عليه ﷺ فى طريقه ، فإذا وقع بصره على أشجار المدينة وحرمها وما يعرف بها زاد من الصلاة والتسليم عليه ﷺ وسأل الله تعالى أن ينفعه بهذه الزيارة وأن يقبلها منه » ويستحب أن يغتسل قبل دخوله ويلبس أنظف ثيابه ، ويستحضر فى قلبه شرف المدينة ، وأنها أفضل الأرض بعد مكة عند بعض العلماء ، وعند بعضهم أفضلها مطلقا ، وأن الذى شرفت به ﷺ خير الخلائق •

وليكن من أول قدومه إلى أن يرجع مستشعرا لتعظيمه ممتلىء القلب من هيبته كأنه يراه ، فاذا وصل باب مسجده ﷺ فليقل الذكر المستحب فى دخول كل مسجد وسبق بيانه فى آخر باب ما يوجب الغسل ، ويقدم رجله اليمنى فى الدخول واليسرى فى الخروج كما فى سائر المساجد ، فإذا دخل قصد الروضة الكريمة ، وهى ما بين القبر والمنبر فيصلى تحية المسجد بجنب المنبر •

وفى إحياء علوم الدين أنه يستحب أن يجعل عمود المنبر حذاء منكبه الأيمن ويستقبل السارية التى إلى جانبها الصندوق ، وتكون الدائرة فى

قبلة المسجد بين عينيه ، فذلك موقف رسول الله ﷺ وقد وسع المسجد بعـــده .

وفى كتاب المدينة أن ذرع ما بين المنبر ومقام النبى ﷺ الذى كان يصلى فيه حتى توفى أربعة عشرة ذراعا وشـــبرا ، وأن ذرع ما بين القبر والمنبر ثلاث وخمسون ذراعا وشبرا فاذا صلى التحية فى الروضة أو غيرها من المسجد شكر الله تعالى على هذه النعمة وسأله إتمام ما قصده وقبول زيارته .

ثم يأتى القبر الكريم فيستدبر القبلة ويستقبل جدار القبر ويبعد من رأس القبر نحو أربع أذرع ، ويجعل القنديل الذى فى القبلة عند القبر على رأسه ويقف ناظرا إلى أسفل ما يستقبله من جدار القبر غاض الطرف فى مقام الهيبة والإجلال فارغ القلب من علائق الدنيا ، مستحضرا فى قلبـــه جلالة موقفه ومنزلة من هو بحضرته ، ثم يسلم ولا يرفع صوته ، بل يقصد فيقول : السلام عليك يا رسول الله السلام عليك يا نبى الله ، الســـلام عليك يا خيرة الله ، السلام عليك يا حبيب الله السلام عليك يا سيد المرسلين وخاتم النبيين . السلام عليك يا خير الخلائق أجمعين . السلام عليك وعلى آلك وأهل بيتك وأزواجك وأصحابك أجمعين ، السلام عليك وعلى سائر النبيين وجميع عباد الله الصـــالحين ، جزاك الله يا رسول الله عنا أفضـــل ما جزى نبيا ورسولا عن أمته ، وصلى عليك كلما ذكرك ذاكر وغفل عن ذكرك غافل ، أفضل وأكمل ما صلى على أحد من الخلق أجمعين ، أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أنك عبده ورسوله ، وخيرته من خلقه وأشهد أنك بلغت الرسالة وأديت الأمانة ونصحت الأمة وجاهدت فى الله حق جهاده ، اللهم آته الوسيلة والفضيلة ، وابعثه مقاما محمودا الذى وعدته ، وآته نهاية ما ينبغى أن يسأله السائلون . اللهم صل على محمد عبدك ورسولك النبي الأمى وعلى آل محمد وأزواجه وذريته ، كما صليت

على إبراهيم وعلى آل إبراهيم وبارك على محمد وعلى آل محمد ، كما باركت على إبراهيم وعلى آل إبراهيم فى العالمين إنك حميد مجيد .

ومن طال عليه هذا كله اقتصر على بعضه ، وأقله السلام عليك يا رسول الله ﷺ وجاء عن ابن عمر وغيره من السلف الاقتصار جدا ، فعن ابن عمر ما ذكرناه عنه قريبا ، وعن مالك يقول :السلام عليك أيها النبى ورحمة الله وبركاته . وإن كان قد أوصى بالسلام عليه ﷺ قال : السلام عليك يا رسول الله من فلان ابن فلان ، وفلان ابن فلان يسلم عليك يا رسول الله أو نحو هذه العبارة ، ثم يتأخر إلى صوب يمينه قدر ذراع للسلام على أبى بكر رضى الله عنه ، لأن رأسه عند منكب رسول الله ﷺ فيقول : السلام عليك يا أبا بكر صفى رسول الله ﷺ وثانيه فى الغار ، جزاك الله عن أمة رسول الله ﷺ خيرا .

ثم يتأخر إلى صوب يمينه قدر ذراع للسلام على عمر رضى الله عنه ، ويقول السلام عليك يا عمر الذى أعز الله به الإسلام ، جزاك الله عن أمة نبيه ﷺ خيرا . ثم يرجع إلى موقفه الأول قبالة وجه رسول الله ﷺ ويتوسل به فى حق نفسه ، ويستشفع به إلى ربه سبحانه وتعالى ومن أحسن ما يقول ما حكاه الماوردى والقاضى أبو الطيب وسائر أصحابنا عن العتبى مستحسنين له قال :

« كنت جالسا عند قبر رسول الله ﷺ فجاء أعرابى فقال : السلام عليك يا رسول الله سمعت الله يقول (ولو أنهم إذ ظلموا أنفسهم جاءوك فاستغفروا الله واستغفر لهم الرسول لوجودوا الله توابا رحيما) وقد جئتك مستغفرا من ذنبى مستشفعا بك إلى ربى ثم أنشأ يقول :

يا خير من دفنت بالقاع أعظمه ... فطاب من طيبهن القاع والأكم
نفسى الفداء لقبر أنت ساكنه ... فيه العفاف وفيه الجود والكرم

ثم انصرف فحملتنى عيناى فرأيت النبى ﷺ فى النوم فقال : « يا عتبى الحق الأعرابى فبشره بأن الله تعالى قد غفر له » .

ثم يتقدم إلى رأس القبر فيقف بين الأسطوانة ويستقبل القبلة ويحمد الله تعالى ويمجده ويدعو لنفسه بما شاء ولوالديه ، ومن شاء من أقاربه ومشايخه وإخوانه وسائر المسلمين ، ثم يرجع إلى الروضة فيكثر فيها من الدعاء والصلاة ويقف عند المنبر ويدعو .

(**فرع**) لا يجوز أن يطاف بقبره ﷺ [1] ويكره إلصاق الظهر والبطن بجدار القبر ، قاله أبو عبيد الله الحليمى وغيره ، قالوا : ويكره مسحه باليد وتقبيله ، بل الأدب أن يبعد منه كما يبعد منه لو حضره فى حياته ﷺ . هذا هو الصواب الذى قاله العلماء وأطبقوا عليه ، ولا يغتر بمخالفة كثيرين من العوام وفعلهم ذلك ، فان الاقتداء والعمل إنما يكون بالأحاديث الصحيحة وأقوال العلماء ، ولا يلتفت إلى محدثات العوام وغيرهم وجهالاتهم .

وقد ثبت فى الصحيحين عن عائشة رضى الله عنها أن رسول الله ﷺ قال : « من أحدث فى ديننا ما ليس منه فهو رد » وفى رواية لمسلم « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « لا تجعلوا قبرى عيدا وصلوا على ، فإن صلاتكم تبلغنى حيثما كنتم » رواه أبو داود باسناد صحيح . وقال الفضيل بن عياض رحمه الله ما معناه : اتبع طرق الهدى ولا يضرك قلة السالكين وإياك وطرق الضلالة ، ولا تغتر بكثرة الهالكين . ومن خطر بباله أن المسح باليد

---

(1) كان من تمام نعمة الله على المسلمين ان قيض للحرمين الشريفين آل سعود البواسل فمنعوا القبر الشريف كثيرا مما منعه ائمة المسلمين من التمسح والالتصاق به واستلامه وتقبيله وغير ذلك من المخالفات .

ونحوه أبلغ فى البركة ، فهو من جهالته وغفلته ، لأن البركة إنما هى فيما وافق الشرع وكيف يبتغى الفضل فى مخالفة الصواب •

(فـرع) ينبغى له مدة إقامته بالمدينة أن يصلى الصلوات كلها فى مسجد رسول الله ﷺ وينبغى له أن ينوى الاعتكاف فيه كما فى سائر المساجد •

(فـرع) يستحب أن يخرج كل يوم إلى البقيع خصوصا يوم الجمعة ، ويكون ذلك بعد السلام على رسول الله ﷺ فاذا وصله دعا بما سبق فى كتاب الجنائز فى زيارة القبور ، ومنه : السلام عليكم دار قوم مؤمنين وإنا إن شاء الله بكم لا حقون • اللهم اغفر لأهل الغرقد • اللهم اغفر لنا ولهم • ويزور القبور الطاهرة فى البقيع كقبر إبراهيم ابن رسول الله ﷺ وعثمان والعباس والحسن بن على وعلى بن الحسين ومحمد بن على وجعفر بن محمد وغيرهم رضى الله عنهم • ويختم بقبر صفية عمة رسول الله ﷺ ورضى عنها •

(فـرع) ويستحب أن يزور قبور الشهداء بأحد ، وأفضله يوم الخميس ، ويبدأ بالحمزة رضى الله عنه • وقد ثبت عن عقبة بن عامر رضى الله عنه أن النبى ﷺ « خرج فى آخر حياته فصلى على أهل أحد صلاته على الميت ، ثم انصرف إلى المنبر فقال : إنى فرط لكم وأنا شهيد عليكم » وفى رواية « صلى عليهم بعد ثمان سنين كالوداع للأحياء والأموات ، فكانت آخر نظرة نظرتها إلى رسول الله ﷺ على المنبر » رواه البخارى ومسلم • والمراد بالصلاة عليهم الدعاء لهم • وقوله « صلاته على الميت » أى دعا بدعاء صلاة الميت ، وقد سبق بيان هذا الحديث وتأويله فى كتاب الجنائز •

(فـرع) يستحب استحبابا متأكدا أن تأتى مسجد قباء وهو فى

يوم السبت آكد ناويا التقرب بزيارته والصلاة فيه ، لحديث ابن عمر قال « كان رسول الله ﷺ يأتى مسجد قباء راكبا وماشيا فيصلى فيه ركعتين » وفى رواية « أنه صلى ﷺ فيه ركعتين » رواه البخارى ومسلم • وعن أسيد بن الحضير أن رسول الله ﷺ قال « صلاة فى مسجد قباء كعمرة » رواه الترمذى وغيره • قال الترمذى : هو حديث حسن صحيح • ويستحب أن يأتى بئر أريس التى روى أن رسول الله ﷺ تفل فيها وهو عند مسجد قباء » فيشرب منها ويتوضأ •

(فرع) يستحب أن يزور المشاهد التى بالمدينة وهى ثلاثون موضعا يعرفها أهل المدينة فيقصد ما قدر عليه منها ، وكذلك يأتى الآبار التى كان رسول الله ﷺ يتوضأ منها أو يغتسل وهى سبع آبار فيتوضأ منها ويشرب •

(فرع) من جهالات العامة وبدعهم تقربهم بأكل التمر الصيحانى فى الروضة الكريمة ، وقطعهم شعورهم ورميها فى القنديل الكبير [1] ، وهذا من المنكرات المستشنعة والبدع المستقبحة •

(فرع) ينبغى له فى مدة مقامه بالمدينة أن يلاحظ بقلبه جلالتها ، وأنها البلدة التى اختارها الله تعالى لهجرة نبيه ﷺ واستيطانه ومدفنه وتنزيل الوحى ، ويستحضر تردده فيها ومشيه فى بقاعها وتردد جبريل ﷺ فيها بالوحى الكريم ، وغير ذلك من فضائلها •

(فرع) يستحب أن يصوم بالمدينة ما أمكنه وأن يتصدق على جيران رسول الله ﷺ وهم المقيمون بالمدينة من أهلها ، والغرباء بما أمكنه ،

---

(١) أين هم الآن فى عصر الكهرباء فلا قناديل ولا نيران ولا نورا مكدرا باللهب والدخان وانما نور صاف مهذب يحيل الليل نهارا بلمسة أصبع .

ويخص أقاربه ﷺ بمزيد ، لحديث زيد بن أرقم رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال « أذكركم الله فى أهل بيتى ، أذكركم الله فى أهـل بيتى » رواه مسلم • وعن ابن عمر عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه موقوفا عليه قال « ارقبوا محمدا ﷺ فى أهل بيته » رواه البخارى [1] •

(فـرع) عن خارجة بن زيد بن ثابت أحد فقهاء المدينة السبعة قال « بنى رسول الله ﷺ مسجده سبعين ذراعا فى ستين ذراعا أو يزيد » قال أهل السير جعل عثمان بن عفان رضى الله عنه طول المسجد مائة وستين ذراعا، وعرضه مائة وخمسين ذراعا ، وجعل أبوابه ستة كما كانت فى زمان عمر رضى الله عنه ، ثم زاد فيه الوليد بن عبد الملك فجعـل طوله مائة ذراع وعرضه فى مقدمه مائتين ، وفى مؤخره مائة وثمانين ، ثم زاد فيه المهدى مائة ذراع من جهة الشام فقط دون الجهات الثلاث •

فإذا عرفت حال المسجد فينبغى أن تعتنى بالمحافظة على الصلاة فى الموضع الذى كان فى زمان النبى ﷺ فإن الحديث السابق « صـلاة فى مسجدى هـذا أفضل من ألف صلاة » إنما يتناول ما كان فى زمانه ﷺ لكن إن صلى فى جماعة فالتقدم إلى الصف الأول ثم ما يليه أفضل فليتفطن لهذا • والله أعلم •

(فـرع) ليس له أن يستصحب شيئا من الأكر المعمولة من تراب حرم المدينة يخرجه إلى وطنه الذى هو خارج حرم المدينة ، وكذا حـكم الكيزان والأباريق المعمولة من حرم المدينة ــ كما سبق فى حرم مكة ــ وكذا حكم الأحجار والتراب •

(فـرع) إذا أراد السفر من المدينة والرجوع إلى وطنـه أو غيره

---

(١) رواه البخارى فى آخر باب مناقب قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم .

استحب له أن يودع المسجد بركعتين ويدعو بما أحب ، ويأتى القبر ويعيد السلام والدعاء المذكورين فى ابتداء الزيارة ، ويقول : اللهم لا تجعل هذا آخر العهد بحرم رسولك ، وسهل لى العود إلى الحرمين سبيلا سهلة ، والعفو والعافية فى الآخرة والدنيا ، وردنا إليه سالمين غانمين وينصرف تلقاء وجهه لا قهقرى إلى خلف .

(فرع) مما شاع عند العامة فى الشام فى هذه الأزمان المتأخرة ما يزعمه بعضهم أن رسول الله ﷺ قال « من زارنى وزار أبى إبراهيم فى عام واحد ضمنت له الجنة » وهذا باطل ليس هو مرويا عن النبى ﷺ ولا يعرف فى كتاب صحيح ولا ضعيف ، بل وضعه بعض الفجرة ، وزيارة الخليل ﷺ فضيلة لا تنكر وإنما المنكر ما رووه واعتقدوه ولا تعلق لزيارة الخليل [1] عليه السلام بالحج ، بل هى قربة مستقلة . والله أعلم .

ومثل هذا قول بعضهم : إذا حج وقدس حجتين فيذهب فيزور بيت المقدس ويروى ذلك من تمام الحج وهذا باطل أيضا ، وزيارة بيت المقدس فضيلة وسنة لا شك فيها لكنها غير متعلقة بالحج ، والله أعلم .

(فرع) أجمع العلماء على استحباب زيارة المسجد الأقصى والصلاة فيه وعلى فضله ، قال الله تعالى (سبحان الذى أسرى بعبده ليلا من المسجد الحرام إلى المسجد الأقصى الذى باركنا حوله) وثبت فى الصحيحين من رواية أبى سعيد الخدرى ومن رواية أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال « لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد المسجد الحرام والمسجد الأقصى ومسجدى هذا » وعن ابن عمرو بن العاص عن رسول الله ﷺ « أن سليمان

---

(١) قد امتحن شيخ الاسلام ابو العباس تقى الدين احمد بن عبد الحليم بن تيمية لانه صنف كتابا اسماه (شد الرحيل الى قبر الخليل) فسجن بسببه هو وتلميذه ابن قيم الجوزية وقد مات فى السجن رحمه الله .

ابن داود صلى الله عليهما وسلم لما بنى بيت المقدس سأل الله عز وجل خلالا ثلاثا ، سأل الله تعالى حكما يصادف حكمه فأوتيه ، وسأل الله تعالى ملكا لا ينبغى لأحد من بعده فأوتيه ، وسأل الله عز وجل حين فرغ من بناء المسجد ألا يأتيه أحد لا ينهزه إلا الصلاة فيه أن يخرجه من خطيئته كيوم ولدته أمه » رواه النسائى بإسناد صحيح ، ورواه ابن ماجه وزاد « فقال النبى ﷺ أما اثنتين فقد أعطيهما وأرجو أن يكون قد أعطى الثالثة » .

وعن ميمونة بنت سعد ويقال : بنت سعيد مولاة النبى ﷺ قالت « يا نبى الله أفتنا فى بيت المقدس ، قال المنشر والمحشر إيتوه فصلوا فيه فإن صلاة فيه كألف صلاة ، قالت : أرأيت من لم يطق أن يتحمل إليه لو يأتيه ؟ قال : فليهد إليه زيتا يسرج فيه ، فإنه من أهدى له كان كمن صلى فيه » رواه أحمد بن حنبل فى مسنده بهذا اللفظ ، ورواه به أيضا ابن ماجه بإسناد لا بأس به ، ورواه أبو داود مختصرا قالت « قلت : يا رسول الله أفتنا فى بيت المقدس فقال : إيتوه فصلوا فيه وكانت البلاد إذ ذاك حربا ، فان لم تأتوه وتصلوا فيه فابعثوا بزيت يسرج فى قناديله » هذا لفظ رواية أبى داود وذكره فى كتاب الصلاة باسناد حسن .

(فرع) اختلف العلماء فى المجاورة بمكة والمدينة ، فقال أبو حنيفة وطائفة : تكره المجاورة بمكة ، وقال أحمد وآخرون : تستحب ، وسبب الكراهة عند من كره خوف الملك وقلة الحرمة للأنس وخوف ملابسة الذنوب ، فان الذنب فيها أقبح منه فى غيرها ، كما أن الحسنة فيها أعظم منها فى غيرها ، ودليل من استحبها أنه يتيسر فيها من الطاعات ما لا يحصل فى غيرها من الطواف وتضعيف الصلوات والحسنات وغير ذلك ، والمختار أن المجاورة مستحبة بمكة والمدينة إلا أن يغلب على ظنه الوقوع فى الأمور المذمومة أو بعضها ، وقد جاور بهما خلائق لا يحصون من سلف الأمة وخلفها ممن يقتدى به .

وينبغى للمجاور أن يذكر نفسه بما جاء عن عمر رضى الله عنه أنه قال « لخطيئة أصيبها بمكة أعز على من سبعين خطيئة بغيرها » وقد ثبت فى صحيح مسلم عن ابن عمر وأبى هريرة رضى الله عنهم أن النبى ﷺ قال : « من صبر على لأواء المدينة وشدتها كنت له شهيدا أو شفيعا يوم القيامة » .

(فصل) مما تدعو إليه الحاجة صفة الإمام الذى يقيم للناس المناسك ، ويخطب بهم وقد ذكر الإمام أقضى القضاة أبو الحسن الماوردى صاحب الحاوى فى كتابه الأحكام السلطانية بابا فى الولاية على الحجيج ، أذكر إن شاء الله تعالى مقاصده قال : ولاية الحاج ضربان .

(أحدهما) يكون على تسيير الحجيج (والثانى) على إقامة الحج ، فأما الأول فهو ولاية سياسة وتدبير وشرط المتولى أن يكون مطاعا ذا رأى وشجاعة وهداية ويلزمه فى هذه الولاية عشرة أشياء :

(أحدها) جمع الناس فى مسيرهم ونزولهم حتى لا يتفرقوا ، فيخاف عليهم .

(الثانى) ترتيبهم فى السير والنزول وإعطاء كل واحد منهم مقادا حتى يعرف كل فريق مقاده إذا سار ، وإذا نزل ، ولا يتنازعوا ولا يضلوا عنه .

(الثالث) يرفق بهم فى السير ويسير بسير أضعفهم .

(الرابع) يسلك بهم أوضح الطرق وأخصبها .

(الخامس) يرتاد لهم المياه ويوفر المياه إذا قلت .

(السادس) يحرسهم إذا نزلوا ويحوطهم إذا رحلوا حتى لا يتخطفهم متلصص .

(السابع) يكف عنهم من يصدهم عن المسير بقتال إن قدر عليه أو

ببذل مال إن أجاب الحجيج إليه ولا يحل له إجبار أحد على بذل الخفارة إن امتنع ، لأن بذل المـال للخفارة لا يجب •

(الثامن) يصلح ما بين المتنازعين ولا يتعرض للحكم إلا أن يكون قد فوض إليه الحكم وهو قائم بشروط فيحكم بينهم ، فإن دخلوا بلدا جاز له ولحاكم البلد الحكم بينهم ، ولو تنازع واحد من الحجيج وواحد من البلد لم يحكم بينهم إلا حاكم البلد •

(التاسع) يؤدب خائنهم ولا يجاوز التعزير إلا أن يؤذن له فى الحد فيستوفيه إذا كان من أهل الاجتهاد فيه ، فإن دخل بلدا فيه متولّى لإقامة الحدود على أهله فإن كان الذى من الحجيج أتى بالخيانة قبل دخول البلد فوالى الحج أولى باقامة الحد عليه ، وإن كان بعد دخوله البـلد فوالى البلد أولى به •

(العاشر) يراعى اتساع الوقت حتى يؤمن الفـوات ، ولا يلحقهم ضيق من الحث على السير ، فإذا وصلوا الميقـات أمهلهم للإحرام وإقامة سننه ، فإن كان الوقت واسعا دخل بهم مكة وخرج مع أهلها إلى منى ثم عرفات ، وإن كان ضيقا عدل إلى عرفات مخافة الفوات ، فإذا وصلوا مكة ، فمن لم يعزم على العود زالت ولاية والى الحجيج عنه ، ومن كان على عزم العود فهو تحت ولايته ملتزم أحكام طاعته فإذا قضى الناس حجهم أمهلهم الأيام التى جرت العادة بها لإنجاز حوائجهم ولا يعجل عليهم فى الخروج ، فإذا رجعوا سار بهم إلى مدينة رسول الله ﷺ لزيارة قبره ﷺ [1] وذلك

---

(١) لابن تيمية وأصحابه رأى فى القبر وزيارة المسجد وهو فرق يتحرى به إبن تيميـة الا يكون شد الرحال لعين القبر وانما للمسجد واذا بلغه استحب له زيارة قبره صلى الله عليه وسلم بصورة حكاها صاحب الصارم المنكى ابن عبد الهادى الحنبلى لا تخرج عما أورده امامنا النووى رضى الله عنه وقد رد الامام الحافظ على بن عبد الهادى السبكى صاحب التكملة الأولى لهذا الكتاب على ابن تيمية اعتباره زيارة القبر مع السفر اليه معصية لا تقصر فيـه =

وإن لم يكن من فروض الحج ، فهو من مندوبات الشرع المستحبة ، وعادات الحجيج المستحسنة ، ثم يكون فى عوده بهم ملتزما من الحقوق لهم ما كان ملتزما فى ذهابه حتى يصل البلد الذى سار بهم منه وتنقطع ولايته بالعود إليه .

(الضرب الثانى) أن تكون الولاية على إقامة الحج فهو بمنزلة الإمام وإقامة الصلوات ، فمن شروط هذه الولاية مع الشروط المعتبرة فى أئمة الصلوات أن يكون عالما بمناسك الحج وأحكامه ومواقيته وأيامه ، وتكون مدة ولايته سبعة أيام أولها من صلاة الظهر اليوم السابع من ذى الحجة وآخرها الثالث من أيام التشريق ، وهو فيما قبلها وبعدها من الرعية ، ثم إن كان مطلق الولاية على الحج فله إقامته كل سنة ما لم يعزل عنه ، وإن عقدت ولايته سنة لم يتجاوزها إلا بولاية والذى يختص بولايته ويكون نظره عليه مقصورا خمسة أحكام متفق عليها ، وسادس مختلف فيه .

(أحدها) إعلام الناس بوقت إحرامهم ، والخروج إلى مشاعرهم ليكونوا معه مقتدين بأفعاله . (والثانى) ترتيبه المناسك على ما استقر الشرع عليه فلا يقدم مؤخرا ، ولا يؤخر مقدما ، سواء كان التقديم مستحبا أو واجبا ، لأنه متبوع .

(الثالث) تقدير المواقيت بمقامه فيها ومسيره عنها ، كما تتقدر صلاة المأموم بصلاة الإمام (الرابع) اتباعه فى الأذكار المشروعة والتأمين على

=

الصلاة وذلك بكتابه شفاء السقام فى زيارة خير الانام ، والرسول صلى الله عليه وسلم قال : (لا تشد الرحال الا الى ثلاثة مساجد : المسجد الحرام ، ومسجدى هذا والمسجد الاقصى) فقوله صلى الله عليه وسلم (ومسجدى) باضافة المسجد الى ذاته الشريفة تفيد استمداد شرفه من هذه النسبة والا لقال : وهذا المسجد ، ولا شك انه لا يشد الرحال الى الحجارة والطين والحصير والسجاد والله أعلم .

دعائه (الخامس) إقامتهم الصلوات التى شرعت خطب الحج فيها وجمعهم لهـا ، وهى أربع خطب سبق بيانهن ، أولاهن بعد صلاة الظهر يوم السابع من ذى الحجة ، وهى أول شروعه فى مناسكه بعد الإحرام ، يفتتحها بالتلبية إن كان محرما ، وبالتكبير إن كان حلالا ، وليس له أن ينفر النفر الأول ، بل يقيم بمنى ليلة الثالث من أيام التشريق ، وينفر النفر الثانى من غده بعد رميه لأنه متبوع فلم ينفر إلا بعد إكمال المناسك ، فاذا نفر النفر الثـانى انقضت ولايته •

وأما الحكم السادس المختلف فيه فثلاثة أشياء •

(أحدها) إذا فعل بعض الحجيج ما يقتضى تعزيرا أو حدا فان كان لا يتعلق بالحج لم يكن له تعزيره ولا حده ، وإن كان له تعلق بالحج فله تعزيزه ، وهل له حده ؟ فيه وجهان •

(والثانى) لا يجوز أن يحكم بين الحجيج فيما يتنازعون فيه ممـا لا يتعلق بالحج وفى المتعلق بالحج كالزوجين إذا تنازعا فى إيجاب الكفارة بالوطء ومؤنة المرأة فى القضاء وجهان •

(الثالث) أن يفعل بعضهم ما يقتضى فدية فله أن يعرفه وجوبهـا ويأمره بإخراجها ، وهل له إلزامه ؟ فيه الوجهان •

واعلم أنه ليس لأمير الحج أن ينكر عليهم ما يسوغ فعـله إلا أن يخاف اقتداء الناس بفاعله وليس له حمل الناس على مذهبه ، ولو أقـام المناسك وهو حلال كره ذلك وصح الحج ، ولو قصد الناس التقدم على الأمير أو التأخر كره ذلك ، ولم يحرم ، هذا آخر كلام المـاوردى رحمه الله ، والله أعلم •

(فـرع) ذكر المـاوردى والبيهقى والقاضى أبو الطيب وغيرهم من

أصحابنا فى هذا الموضع نبذة صالحة من آداب السفر والمسافر وما يتعلق بمسيره وغير ذلك وقد قدمت فى هذا الشرح فى آخر باب صلاة المسافر بابا حسنا فى ذلك والله تعالى أعلم •

(فرع) يجوز أن يقال لمن حج : حاج بعد تحلله ولو بعد سنين ، وبعد وفاته أيضا ، ولا كراهة فى ذلك • وأما ما رواه البيهقى عن القاسم بن عبد الرحمن عن ابن مسعود قال : « لا يقولن أحدكم إنى صرورة ، فإن المسلم ليس بصرورة • ولا يقولن أحدكم إنى حاج فإن الحاج هو المحرم » فهو موقوف منقطع والله أعلم •

والمسألة تتخرج على أن بقاء وجه الاشتقاق شرط لصدق المشتق منه أو لا ؟ وفيه خلاف مشهور للأصوليين ، الأصح أنه شرط ، وهو مذهب أصحابنا ، فلا يقال لمن ضرب بعد انقضاء الضرب ضارب ، ولا لمن حج بعد انقضائه حاج إلا مجازا • ومنهم من يقال له : ضارب وحاج حقيقة • وهذا الخلاف فى أنه حقيقة أم مجاز كما ذكرنا • وأما جواز الاطلاق فلا خلاف فيه ، والله أعلم •

(فرع) قال الشيخ أبو حامد [1] فى آخر ربع العبادات من تعليقه والبندنيجى وصاحب العدة : يكره أن تسمى حجة النبى ﷺ حجة الوداع ، وهذا الذى قالوه غلط ظاهر وخطأ فاحش ، ولولا خوف اغترار بعض الأغبياء به لم أستجز حكايته فإنه واضح البطلان ومنابذ للأحاديث الصحيحة فى تسميتها حجة الوداع ، ومنابذ لإجماع المسلمين ، ولا يمكن إحصاء الأحاديث المشتملة على تسميتها حجة الوداع •

وقد ثبت فى الصحيحين عن ابن عمر رضى الله عنهما قال « كنا نتحدث

---

(١) والشيخ ابو حامد هو الاسفراينى وليس الغزالى وقد قسم الغزالى الأحياء ارباعا (ط) •

عن حجة الوداع والنبى ﷺ بين أظهرنا ، ولا ندرى ما حجة الوداع ، حتى حمد الله رسول الله ﷺ وأثنى عليه ، ثم ذكر تمام الحديث فى خطبة النبى ﷺ يوم النحر فى حجة الوداع بمنى » والله أعلم .

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى مسائل سبقت .

(منها) أن مذهبنا جواز رمى الجمار بجميع أنواع الحجـارة من الرخام والبرام وغير ذلك مما يسمى حجرا ، ولا يجوز بما لا يقع عليه اسم الحجر كالكحل والذهب والفضة وغير ذلك مما أوضحناه فى موضـعه ، وبهذا قال مالك وأحمد وداود . وقال أبو حنيفـة يجوز بكل ما هو من جنس الأرض كالكحل والزرنيخ والمدر ، ولا يجوز بما ليس من جنسها ، واحتج بأن النبى ﷺ قال « إذا رميتم وحلقتم فقد حل لكم كل شىء إلا النساء » وقد سبق بيان هذا الحديث قال : فأطلق الرمى . قال أصحابنا : ثبت أن النبى ﷺ رمى الحجر . وقال ﷺ « لتأخذوا عنى مناسككم » والرمى المطلق فى قوله (ارموا) محمول على الرمى المعروف .

(فـرع) إذا رمى حصـاة فوقعت على محل فتدحرجت بنفسـها فوقعت فى المرمى أجزأه بالإجماع ، نقله العبدرى ، وإن وقعت على ثوب فنفضها صاحبه فوقعت فى المرمى لم يجزه عندنا ، وبه قال داود ، وعن أحمد يجزئه .

(فـرع) ذكرنا أن مذهبنا أن أول وقت طواف الإفاضة من نصف ليلة النحر . وآخره آخر عمر الإنسان ، وإن بقى خمسين سنة أو أكثر ، ولا دم عليه فى تأخيره ، وبه قال أحمد ، وقال أبو حنيفة : أوله طلوع فجر يوم النحر وآخره اليوم الثانى من أيام التشريق ، فإن أخره عنه لزمه دم . دليلنا قوله تعالى (وليطوفوا بالبيت) وهذا قد طاف .

(فـرع) لا يجوز رمى جمرة التشريق إلا بعد زوال الشمس ، وبه

قال ابن عمر والحسن وعطاء ومالك والثورى وأبو يوسف ومحمد وأحمد وداود وابن المنذر وعن أبى حنيفة روايتان (أشهرهما) وبه قال إسحاق : يجوز فى اليوم الثالث قبل الزوال ، ولا يجوز فى اليومين الأولين (الثانية) يجوز فى الجميع • وسبق دليلنا حيث ذكر المصنف المسألة[1] •

(فـرع) ترتيب الجمـرات فى أيام التشريق شرط ، فيشترط رمى الأولى ، ثم الوسطى ، ثم جمرة العقبة ،وبه قال مالك وأحمد وداود • وقال أبو حنيفة : هو مستحب ، قال فان نكسه[2] استحب إعادته ، فان لم يفعل أجزأه ولا دم وحكى ابن المنذر عن عطاء والحسن وأبى حنيفة وغيرهم أنه لا يجب الترتيب مطلقا •

(فـرع) يشترط عندنا تفريق الحصيات ، فيفرد كل حصاة برمية ، فان جمع السبع برمية واحدة حسبت واحـدة ، وبه قال مالك وأحمد • وقال داود[3] : يحسب سبعا ، وقال أبو حنيفة : إن وقعن متفرقات حسبن سبعا ، وإلا فواحدة •

(فـرع) إذا ترك ثلاث حصيات من جمرة لزمه دم ، وبه قال مالك وأحمد • وقال أبو حنيفة : لا يجب الدم إلا بترك أكثر جمرة العقبة يوم النحر ، أو بترك أكثر الجمار الثلاث فى أيام التشرق •

(فـرع) أجمعوا على الرمى عن الصبى الذى لا يقدر على الرمى لصغره • وأما العاجز عن الرمى لمرض وهو بالغ فمذهبنا أنه يرمى عنـه كالصبى وبه قال الحسن ومالك وأحمد وإسحاق ، وقال النخعى : يوضع الحصى فى كفه ثم يؤخذ ويرمى فى المرمى •

---

(١) فى شرح مسائل التعليم للشيخ سعيد باعشن على المقدمة الحضرمية ج ٢ ص ١٠٧ . ان الرافعى يرى جواز الرمى قبل الزوال (ط) .

(٢) نكسة أى عكسة .

(٣) كان فى ش و ق والوحيد ، ابو داود .

(فـرع) أجمعوا أنه يقف عند الجمرتين الأوليين للدعاء كما سبق بيانه قريبا ، واختلفوا فيمن ترك هذا الوقوف للدعاء ، فمذهبنا لا شيء عليه وبه قال أبو حنيفة وأحمد وإسحاق وأبو ثور والجمهور • وقال الثورى : يطعم شيئا ، فان أراق دما كان أفضل ومذهبنا أنه يستحب رفع يديه فى هذا الدعاء كما يستحب فى غيره ، وبه قال ابن عمر وابن عباس ومجاهد وأبو ثور وابن المنذر والجمهور ، قال ابن المنذر : لا أعلم أحدا أنكر ذلك غير مالك • قال ابن المنذر : واتباع السنة أولى وذكر الحديث الصحيح فيه ، وقد سبق فى موضعه وعن مالك فى استحبابه روايتان •

(فـرع) فى مذاهبهم فيمن ترك حصاة أو حصاتين •

قد ذكرنا أن الأصح فى مذهبنا أن فى حصاة مدا ، وفى حصاتين مدين ، وفى ثلاث دما ، وبه قال أبو ثور ، قال ابن المنذر : وقال أحمد وإسحاق : لا شيء عليه فى حصاة ، وقال مجاهد لا شيء عليه فى حصاة ولا حصاتين ، وقال عطاء : من رمى ستا يطعم تمرة أو لقمة •

وقال الحكم وحماد والأوزاعى ومالك والماجشون : عليه دم فى الحصاة الواحدة وقال عطاء فيمن ترك حصاة : إن كان موسرا أراق دما ، وإلا فليصم [1] ثلاثة أيام •

(فـرع) يجوز له التعجيل فى النفر من منى فى اليوم الثانى ما لم تغرب الشمس ولا يجوز بعد الغروب ، وبه قال مالك • وقال أبو حنيفة : له التعجيل ما لم يطلع فجر اليوم الثالث • دليلنا قوله تعالى (فمن تعجل فى يومين فلا إثم عليه) واليوم اسم للنهار دون الليل ، وقال ابن المنذر :

---

(1) يلحظ ان هنا روايتين من عطاء متناقضتين وعطاء اذا أطلق كان ابن أبى رباح وأما العطاؤن فهم عدة منهم عطاء بن يسار وعطاء بن السائب وعطاء بن يزيد . اكتب هذا وأنا مهاجر الى الله فى فندق عرفات بالخرطوم وليس لى مراجع واستغفره تعالى من التقصير .

ثبت أن عمر رضى الله عنه قال : « من أدركه المساء فى اليوم الثانى بمنى فليقم إلى الغد حتى ينفر مع الناس » قال : وبه قال ابن عمر وأبو الشعثاء وعطاء وطاوس وأبان بن عثمان والنخعي ومالك وأهل المدينة والثورى وأهل العراق والشافعى وأصحابه وأحمد وإسحاق ، وبه أقول • قال : روينا عن الحسن والنخعى قالا : « من أدركه العصر وهو بمنى فى اليوم الثانى لم ينفر حتى الغد » قال : ولعلهما قالا ذلك استحبابا والله أعلم • هذا كلام ابن المنذر •

وقد ثبت فى الموطأ وغيره عن ابن عمر أنه كان يقول « من غربت عليه الشمس وهو بمنى من أوسط أيام التشريق فلا ينفرن حتى يرمى الجمار من الغد ، وهو ثابت عن عمر كما حكاه ابن المنذر • وروى مرفوعا من رواية ابن عمر ، قال البيهقى : ورفعه ضعيف • وأما الأثر المذكور عن طلحة عن ابن أبى مليكة عن ابن عباس قال : « إذا انسلخ النهار من يوم النفر الآخر فقد حل الرمى والصدر » فقال البيهقى وغيره : هو ضعيف لأن طلحة بن عمر المكى هذا الراوى ضعيف •

(فرع) يجوز لأهل مكة النفر الأول كما يجوز لغيرهم ، هذا مذهبنا ، وبه قال أكثر العلماء ، منهم عطاء وابن المنذر• وعن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه منعهم ذلك ، وقال مالك إن كان لهم عذر جاز ، وإلا فلا ، دليلنا عموم قوله تعالى (فمن تعجل فى يومين فلا إثم عليه) •

(فرع) ذكرنا أن الأصح فى مذهبنا أن طواف الوداع واجب يجب بتركه دم ، وبه قال الحسن البصرى والحكم وحماد والثورى وأبو حنيفة وأحمد وإسحاق وأبو ثور ، وقال مالك وداود وابن المنذر : هو سنة لا شىء فى تركه ، وعن مجاهد روايتان كالمذهبين ، دليلنا الأحاديث التى ذكرها المصنف وذكرناها •

(فـرع) مذهبنا أنه ليس على الحـائض طواف الوداع ، قال ابن المنذر : وبهذا قال عوام أهل العلم ، منهم مالك والأوزاعى والثورى وأحمد وإسحاق وأبو ثور وأبو حنيفة وغيرهم ، قال وروينـا عن عمر وابن عمر وزيد بن ثابت رضى الله عنه أنهم أمروا بيقائها لطواف الوداع ، قال وروينا عن ابن عمر وزيد الرجوع عن ذلك ، قال : وتركنـا قول عمر للأحاديث الصحيحة السابقة فى قصة صفية •

(فـرع) مذهبنا أنه إذا ترك طواف الوداع وقلنا بوجوبه لزمه أن يرجع إليه إن كان قريبـا ، وهو دون مرحلتين ، وإلا فلا يجب الرجوع ويلزمه الدم ، وقال الثورى إن خرج من الحرم لزمه دم وإلا فلا •

(فـرع) إذا طاف للوداع فشرط الاعتداد به أن لا يقيم بعده ، فان أقام لشغل ونحوه لم يحسب عن الطواف ، وإن أقيمت الصلاة بعد طوافه فصلاها معهم لم يضره [1] يسير لعذر ظاهر مأمور به ، ووافقنا مالك وأحمد وداود ، وقال أبو حنيفة : إذا طاف للوداع بعد أن دخل وقت النفر لم يضره الإقامة بعده ، ولو بلغت شهرا وأكثر وطوافه ماض على صحته ، دليلنـا الحديث السابق « فليكن آخر عهده بالبيت » •

(فـرع) إذا حاضت ولم تكن طافت للإفاضة ، فقد ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يلزم من أكراها الإقامة لها ، بل لها أن تجعل مكانها من شاءت ، وبه قال ابن المنذر • وقال مالك : يلزم من أكراها الإقامة أكثر مدة الحيض ، وزيادة ثلاثة أيام ، والله تعالى أعلم •

---

(١) كذا بالأصل وفيه سقط لعله « لأنه تأخير » .

باب الفوات والاحصـــار

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(ومن أحرم بالحج ولم يقف بعرفة حتى طلع الفجر من يوم النحر فقد فاته الحج . وعليه أن يتحلل بعمل عمرة ، وهي الطواف والسعي والحلق ، ويسقط عنه المبيت والرمى . وقال المزنى : لا يسقط المبيت والرمى ، كما لا يسقط الطواف والسعى . وهذا خطأ لمـا روى الأسود(١) عن عمر رضى الله عنه انه قال لمن فاته الحج ((تحلل بعمل عمرة وعليك الحج من قابل وهدى)) ولأن المبيت والرمى من توابع الوقوف ، ولهذا لا يجب على المعتمر حين لم يجب عليه الوقوف ، وقد سقط الوقوف ههنا فسقطت توابعه بخـلاف الطواف والسعى فانهما غير تابعين للوقوف فبقى فرضهما ، ويجب عليه القضاء لحديث عمر رضى الله عنـه ، ولأن الوقوف معظم الحج ، والدليل عليه قوله ﷺ ((الحج عرفة)) وقد فاته ذلك فوجب قضاؤه . وهل يجب القضاء على الفور ام لا ؟ فيه وجهان كما ذكرناه فيمن افسد الحج ، ويجب عليه هدى ، لقول عمر رضى الله عنه ، ولأنه تحلل من الإحرام قبل الإتمام فلزمه الهدى كالمحصر ، ومتى يجب الهدى ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجب مع القضاء لقول عمر رضى الله عنه ، ولأنه كالمتمتع ، ودم التمتع لا يجب إلا إذا أحرم بالحج (والثانى) يجب فى عامه كدم الإحصار) .

(الشرح) أما الأثر المذكور أولا عن عمر رضى الله عنه فصحيح رواه الشافعى والبيهقى وغيرهما بأسانيد صحيحة . وأما حديث « الحج عرفة » فسبق بيانه فى فصل الوقت بعرفات .

(أما الأحكام) فاذا أحرم بالحج فلم يقف بعرفة حتى طلع الفجر من يوم النحر فقد فاته الحج بالاجماع ويلزمه أن يتحلل بأعمال عمرة ، وهى الطواف والسعى والحلق فأما الطواف فلابد منه بلا خلاف . وأما السعى فان كان سعى عقب طواف القدوم كفاه ذلك ولا يسعى بعد الفوات . وقد

---

(١) الأسود بن يزيد التابعى مذكور فى المهذب هنا وفى ميراث الاخوات . وقد اتينا على ترجمته هناك فى كتاب الفرائض (ط) .

أهمل المصنف بيان هذا ، ولابد من التنبيه عليه كما قاله الأصحاب ، وإن لم يكن سعى وجب السعى بعد الطواف هذا هو المذهب ، وبه قطع المصنف والعراقيون •

وقال الخراسانيون : للشافعى نصان (أحدهما) نصه فى المختصر أنه يطوف ويسعى ويحلق (والثانى) نصه فى الإملاء أنه يطوف ويحلق ، قال القاضى حسين نص عليه فى الإملاء وحرملة ، ونقله القفال وصاحب البحر عن نصه فى القديم قال الخراسانيون : للأصحاب فى هذين النصين طريقان (أصحهما) باتفاقهم أنه يجب السعى لحديث عمر رضى الله عنه ، ولأن السعى ملازم للطواف فى النسك (والثانى) لا يجب لأنه ليس من أسباب التحلل ، والطريق الثانى : يجب قولا واحدا •

واختلفوا على هذا فى تأويل نص الشافعى فى الإملاء وحرملة والقديم فذكر القاضى حسين والبغوى والرويانى والأكثرون أنه محمول على من كان سعى بعد طواف القدوم ، وذكر إمام الحرمين تأويلا آخر أنه اقتصر على الطواف فى اللفظ ومراده الطواف مع السعى ، وإنما حذفه اختصارا للعلم به ، قال : وهذا معتاد فى الكلام والله أعلم •

وأما الحلق : فإن قلنا : هو نسك وجب وإلا فلا والحاصل مما ذكرناه أنه يجب الطواف قطعا ، وفى السعى طريقان (المذهب) وجوبه (والثانى) على قولين وفى الحلق قولان (أصحهما) وجوبه (والثانى) لا ، وإن اقتصرت على الراجح (قلت) يجب الطواف والسعى والحلق ، وأما المبيت والرمى ، فان فات وقتهما لم يجبا ، وإن بقى فوجهان (الصحيح) المنصوص ، وبه قطع جمهور أصحابنا لا يجبان (والثانى) يجبان • قاله المزنى والاصطخرى ، ودليل الجميع فى الكتاب والله تعالى أعلم •

قال أصحابنا : وإذا تحلل بأعمال العمرة لا ينقلب حجه عمرة ؛ ولا

تجزئه عن عمرة الإسلام ، ولا تحسب عمرة أخرى ، هـذا هو المذهب والمنصوص ، وبه قطع الأصحاب ، وحكى إمام الحرمين عن الشيخ أبى على السنجى أنه حكى فى شرح التلخيص وجها أنه ينقلب عمرة مجزئة ، وهذا شاذ ضعيف جدا ، وعلى هـذا الشاذ لابد من الطواف والسعى ، وكذا الحلق إذا جعلناه نسكا والله أعلم .

قال الشافعى والأصحاب : ومن فاته الحج وتحلل يلزمه القضاء ، هكذا أطلقوه . ودليله ما ذكره المصنف ، وعبر بعض الخراسانيين عبارة أخرى توافق هذه فى الحكم فقالوا : إن كان تحلله من حجة واجبة بقيت فى ذمته كما كانت ، وإن كان من حجـة تطوع لزمه قضـاؤها كما لو أفسدها .

وفى وجوب القضاء على الفور ــ وهو فى السنة الآتية ــ وجهـان كما سبق فى الإفساد (أصحهما) يجب على الفور ، لحديث عمر رضى الله عنه . وممن صرح بتصحيحه المـاوردى والرويانى والرافعى ، ولا يلزمه قضاء عمرة مع قضاء الحج عندنا بلا خلاف ، ويجب عليه دم للفوات وهو شاذ . وهل يجب فى سنة الفوات أم فى سنة القضاء ؟ فيه خلاف ، منهم من يحكيه قولين ، ومنهم من يحكيه وجهين كما حكاه المصنف (أصحهما) يجب تأخيره إلى سنة القضاء وهو نصه فى الاملاء والقديم (والثـانى) يجب فى سنة الفوات ، وله تأخيره إلى سنة القضاء ، فعلى الأول فى وقت وجوبه وجهان حكاهما البندنيجى وغيره .

(أحدهما) يجب فى سنة الفوات ، وإن وجب تأخيره كما يجب فيها القضاء (وأصحهما) أن الوجوب فى سنة القضاء ، لأنه لو وجب فى سنة الفوات لجاز إخراجه فيها فانه ممكن بخلاف القضاء ، فانه لا يمكن فيها . وقد سبق فى آخر باب ما يجب بمحظورات الإحرام بيان هـذا الخلاف وما يتفرع عليه . وبيان بدل هذا الدم إذا عجز عنه والله أعلم .

ثم إنه إنما يلزم دم واحد كما ذكرنا • هذا هو المذهب المنصوص • وبه قطع الأصحاب فى الطريقين • وحكى صاحب التقـريب وإمام الحرمين ومتابعوه قولا آخر غريبا ضعيفا : أنه يلزمه دمان (أحدهما) فى مقـابلة الفوات (والثانى) لأنه فى قضاء يشبه التمتع لكونه تحلل بين النسكين والله أعلم •

(فـرع) قال أصحابنا : لا فرق فى الفوات بين المعذور وغيره فيما ذكرناه • لكن يفترقان فى الإثم • فلا يأثم المعـذور • ويأثم غيره • كذا صرح بإثمه القاضى أبو الطيب وغيره ، والله أعلم •

(فـرع) قال أصحابنا : المكى وغير المكى سـواء فى الفوات • وترتب الأحكام ووجوب الدم بخلاف التمتع • فان المـكى لا دم عليه فيه ، لأن الفوات يحصل من المكى كحصوله من غيره (وأما) دم التمتع فانمـا يجب لترك الميقـات والمكى لا يترك الميقـات لأن ميقاته موضعه والله أعلم •

(فـرع) إذا أحرم بالعمرة فى أشهر الحج وفرغ منها ثم أحرم بالحج ففاته لزمه قضاء الحج دون العمـرة • لأن الذى فاته الحج دون العمرة يلزمه دمان دم الفوات ودم التمتع •

(فـرع) هذا الذى سبق كله فيمن أحرم بالحج وحده وفاته • فأما من أحرم بالعمرة فلا يتصور فواتها • لأن جميع الزمان وقت لها (وأما) من أحرم بالحج والعمرة قارنا ففاته الوقوف ، فان العمرة تفوت بفوات الحج لأنها مندرجة فيه وتابعة له • ولأنه إحرام واحد فلا يتبعض حكمه • هذا هو المذهب ، وبه قطع جمهور العراقيين وجماعات من الخراسانيين •

وحكى المـاوردى فى الحاوى والدارمى والقفال والقاضى حسين

والفورانى والبغوى والمتولى والرويانى وآخرون من الخراسانيين فى العمرة قولين (أصحهما) وجوب قضائها لما ذكرناه (والثانى) لا يستحب بل إذا تحلل بالطواف والسعى والحلق حصلت العمرة • لأنها لا تفوت بخلاف الحج •

قال القاضى حسين : هذان القولان مبنيان على أن النسك الواحد هل يتبعض حكمه إذا جمع بينهما بأن استأجر من يحج ويعتمر • وكان المستأجر قد أدى عن نفسه أحد النسكين فأحرم الأجير بهما وفرغ منهما ؟ وفيه قولان (أحدهما) لا يتبعض • فيكونان عن المستأجر • فعلى هذا تفوته العمرة بفوات الحج (والثانى) يتبعض • فيقع أحدهما عنه • فعلى هذا لا تفوت العمرة • وقال المتولى : أصل القولين أن العمرة هل يسقط اعتبارها فى القران ؟ أم يقع العمل عنهما جميعا وفيه خلاف سبق بيانه (فان قلنا) يسقط اعتبارها فاتت بفوات الحج (وإن قلنا) لا يسقط اعتبارها ، بل تقع الأعمال عنهما حسبت عمرته والله أعلم •

قال أصحابنا : وعليه القضاء قارنا ، ويلزمه ثلاثة دماء : دم للفوات ، ودم للقران الفائت ، ودم ثالث للقران الذى أتى به فى القضاء • فان قضاهما مفردا أجزأه عن النسكين • ولا يسقط عنه الدم الثالث الواجب بسبب الفوات فى القضاء لأنه توجه عليه القران ودمه ، فاذا تبرع بالإفراد لا يسقط الدم الواجب • وقد قال الشافعى رحمه الله : فان قضاه مفردا لم يكن له • قال الشيخ أبو حامد والأصحاب : مراده أنه لا يسقط الدم الثالث • لأنه بالفوات لزمه القضاء قارنا مع دم • فاذا قضى الحج والعمرة مفردا أجزأه • لأنه أكمل من القران ، ولا يسقط الدم لما ذكرناه •

قال الرويانى : قال ابن المرزبان : وقد نص الشافعى على هذا فى الإملاء • وشذ الدارمى فحكى وجها غريبا أنه إذا قضاه مفردا سقط الدم الثالث • وهذا ضعيف جدا ، والصواب ما سبق • قال الرويانى : ولو قضاه

مفردا فأتى بالعمرة بعد الحج ، قال الشافعى فى الإملاء : يحرم بالعمرة من الميقات • لأنه كان أحرم بها من الميقات فى سنة الفوات • قال : فان أحرم بها من أدنى الحل لم يلزمه أكثر من الدماء الثلاثة • لأنه وإن ترك الإحرام من الميقات فالدم الواجب بسبب الميقات ، ودم القران بسبب الميقات ، فتداخلا : قال : وإن قضاه متمتعا أجزأه إلا أنه يحرم بالحج من الميقات ، فان أحرم به من جوف مكة وجب دم التمتع ، ودخل فيه دم القران لأنه بمعناه • فالحاصل أنه يلزمه ثلاثة دماء • سواء قضى مفردا أو متمتعا أو قارنا ، والله أعلم •

(**فـرع**) قال القفال والرويانى وغيرهما : كما أن العمرة تابعة للحج للفوات فى حق القارن ، فهى أيضا تابعة له فى الإدراك فى حق القارن حتى لو رمى القارن وحلق ، ثم جامع لم تفسد عمرته كما لا يفسد حجه ، وإن لم يكن أتى بأعمال العمرة وهذا الذى ذكروه هو المذهب ، وفى المسألة وجه ضعيف جدا غريب ، سبق بيانه فى باب محظورات الإحرام فى مسائل الجماع أنه يفسد عمرته والله أعلم •

(**فـرع**) قد ذكرنا أن من فاته الحج تحلل بطواف وسعى وحلق قال الماوردى وغيره : فان كان معه هدى ذبحه قبل الحلق كما يفعل من لم يفته •

(**فـرع**) قال الشيخ أبو حامد والدارمى والماوردى وغيرهم : لو أراد صاحب الفوات استدامة إحرامه إلى السنة الآتية لم يجز ، لأنه يصير محرما بالحج فى غير أشهره والبقاء على الإحرام كابتدائه ، ونقل أبو حامد هذا عن نص الشافعى قال : وهو إجماع الصحابة •

(**فـرع**) قال القاضى أبو الطيب فى كتابه المجرد والرويانى : قال ابن المرزبان : صاحب الفوات له حكم من تحلل التحلل الأول ، لأنه لما

فاته الوقوف سقط عنه الرمى فصار كمن رمى فان وطىء لم يفسد إحرامه ، وإن تطيب أو لبس لم يلزمه الفدية ، قال القاضى والرويانى : وهذا على قولنا الحلق ليس بنسك (فان قلنا)[1] احتاج إلى الحلق أو الطواف حتى يحصل التحلل الأول • وقد صرح الدارمى بما قاله القاضى والرويانى •

(فـرع) لو أفسد حجه بالجماع ثم فاته ، قال الأصحاب : عليـه دمان • دم للإفساد وهو بدنه ، ودم للفوات وهو شاة •

(فـرع) فى مذاهب العلماء •

قد ذكرنا أن مذهبنا أن من فاته الحج لزمه التحلل بعمل عمرة وعليه القضاء ودم ، وهو شاة ، ولا ينقلب إحرامه عمرة ، وهو مذهب عمر وابن عمر وزيد بن ثابت وابن عباس ومالك وأبى حنيفة ، إلا أن أبا حنيفـة ومحمدا قالا : لا دم عليه ، ووافقا فى الباقى • وقال أبو يوسف وأحمـد فى أصح الروايتين : ينقلب عمرة مجزئة عن عمرة سبق وجوبها ، ولا دم • وقال المزنى كقولنا ، وزاد وجوب المبيت والرمى كما سبق عنه •

دليلنا ما روى البيهقى باسناده الصحيح عن ابن عمر أنه قال : « من لم يدرك عرفة حتى طلع الفجر فقـد فاته الحج ، فليأت البيت فليطف به سبعا ، وليطوف بين الصفا والمروة سبعا ثم ليحلق أو يقصر إن شاء ، وإن كان معه هدى فلينحره قبل أن يحلق ، فاذا فرغ من طوافه وسعيه فليحلق أو يقصر ثم ليرجع إلى أهله ، فان أدركه الحج من قابل فليحج إن استطاع وليهد فى حجه ، فان لم يجد هديا فليصم ثلاثة أيام فى الحج وسبعة إذا رجع إلى أهله •

وروى مالك فى الموطأ والشـافعى والبيهقى وغيرهم بأسـانيدهم

---

(١) بياض ولعله « ان الحلق نسك » كما يفهم من سياق الكلام (ط) .

الصحيحة عن سليمان بن يسار « أن أبا أيوب الأنصارى خرج حاجا حتى إذا كان بالنازية من طريق مكة ضلت راحلته ، فقدم على عمر بن الخطاب رضى الله عنه يوم النحر فذكر ذلك له ، فقال له عمر : اصنع كما يصنع المعتمر ثم قد حللت ، فاذا أدركت الحج قابلا فاحجج وأهدما استيسر من الهدى » .

وروى مالك أيضا فى الموطأ باسناده عن سليمان بن يسار أن هبار بن الأسود جاء يوم النحر وعمر بن الخطاب ينحر هديه ، فقال يا أمير المؤمنين أخطأنا العدة كنا نظن أن هذا اليوم يوم عرفة ، فقال له عمر : اذهب إلى مكة فطف بالبيت أنت ومن معك ، واسعوا بين الصفا والمروة ، وانحروا هديا إن كان معكم ، ثم احلقوا أو قصروا ثم ارجعوا فاذا كان عام قابل فحجوا واهدوا ، فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام فى الحج وسبعة إذا رجع » .

وعن الأسود قال « سألت عمر عن رجل فاته الحج قال : يهل بعمرة وعليه الحج من قابل . ثم سألت فى العام المقبل زيد بن ثابت عنه قال : يهل بعمرة وعليه الحج من قابل » رواه البيهقى باسناد صحيح ، ورواه هكذا من طرق . قال البيهقى : وروى عن إدريس الأودى عنه قال : ويهريق دما . قال البيهقى روايات الأسود عن عمر متصلات ، ورواية سليمان بن يسار عنه منقطعة . قال الشافعى : الرواية المتصلة عن عمر فيها زيادة ، والذى يزيد فى الحديث أولى بالحفظ ممن لم يزد . وقد رويناه عن ابن عمر كما سبق متصلا ، ورواية إدريس الأودى إن صحت تشهد لرواية سليمان بن يسار بالصحة . وروى إبراهيم بن طهمان عن موسى بن عقبة عن نافع [1] عن سليمان بن يسار عن هبار بن الأسود أنه حدثه أنه فاته الحج ، فذكره موصولا . هذا آخر كلام البيهقى ، والله أعلم .

---

(١) قلت وفى النفس شىء من رواية موسى عن نافع . (المطيعى)

(وإن اخطأ الناس الوقوف فوقفوا فى اليوم الثامن أو العاشر لم يجب عليهم القضاء ، لأن الخطأ فى ذلك إنما يكون بأن يشهد اثنان برؤية الهلال قبل الشهر بيوم ، فوقفوا فى الثـامن بشهادتهما ثم بان كذبهمـا ، او يغم الهلال فوقفوا فى اليوم العاشر ، ومثل هذا لا يؤمن فى القضاء فسقط) .

(**الشرح**) قال أصحابنا : إذا غلطوا فى الوقوف نظر إن غلطوا فى المكان ، فوقفوا فى غير أرض عرفات ، يظنونها عرفات لم يجزهم بلا خلاف لتفريطهم ، وإن غلطوا فى الزمان بيومين بأن وقفوا فى السابع أو الحادى عشر لم يجزهم بلا خلاف لتفريطهم ، وإن غلطوا بيوم واحد ، فوقفوا فى اليوم العاشر من ذى الحجة أجزأهم وتم حجهم ولا قضاء . هذا إذا كان الحجيج على العادة ، فان قلوا أو جاءت طائفة يسيرة فظنت أنه يوم عرفة وأن الناس قد أفاضوا فوجهـان مشهوران حكاهمـا المتولى والبغوى وآخرون (أصحهما) لا يجزئهم ، وبه قطع المصنف فى التنبيه وآخرون ، لأنهم مفـرطون ، ولأنه نادر يؤمن مثله فى القضـاء (والثانى) يجزئهم كالجمع الكثير .

قال أصحابنا : وحيث قلنا : يجزئهم فلا فرق بين أن يتبين الحـال بعد اليوم العاشر أو فى أثناء الوقوف . ولو بان الحال فى اليوم العـاشر قبل زوال الشمس فوقفوا عالمين بالحـال . قال البغـوى : المذهب أنه لا يحسب وقوفهم ، لأنهم وقفوا متيقنين الخطأ بخلاف ما لو علموا فى حال الوقوف فانه يجزئهم لأن وقوفهم قبل العلم وقع مجزئا . هذا كلام البغوى، وأنكر عليه الرافعى وقال : هذا غير مسلم له ، لأن عامة الأصحاب قالوا : لو قامت بينة برؤية الهلال ليلة العاشر وهم بمكة بحيث لا يمكنهم الوقوف فى الليل وقفوا من الغد وحسب لهم الوقوف ، كما لو قامت البينة بعـد الغروب يوم الثلاثين من رمضان برؤية الهلال ليلة الثلاثين ، فان الشافعى نص أنهم يصلون من الغد العيد ، فاذا لم يحكم بالفوات لقيام البينة ليلة

العاشر لزمه مثله يوم العاشر ــ هذا كلام الرافعى ، وهذا الذى قاله هو الصحيح خلاف ما قاله البغوى والله أعلم •

قال أصحابنا : لو شهد واحد أو جماعة برؤية هلال ذى الحجة فردت شهادتهم لزم الشهود الوقوف فى اليوم التاسع عندهم والناس يقفون بعده ، فلو اقتصروا على الوقوف مع الناس فى اليوم الذى بعده لم يصح وقوف الشهود بلا خلاف عندنا • وحكى أصحابنا عن محمد بن الحسن أنه قال : يلزمهم الوقوف مع الناس ، أى وإن كانوا يعتقدونه العاشر • قال : ولا يجزئهم التاسع عندهم • دليلنا أنهم يعتقدون هذا اليوم الذى يقف الناس فيه العاشر فلم يجز وقوفهم فيه ، كما لو قبلت شهادتهم • هذا كله إذا غلطوا فوقفوا فى العاشر • أما إذا غلط الحجيج فوقفوا فى الثامن بأن شهد بالرؤية فساق أو كفار أو عبيد ولم يعلم حالهم ثم علم ، فان بان الحال قبل فوات وقت الوقوف لزمهم الوقوف فيه لتمكنهم منه ، وإن بان بعده فوجهان مشهوران فى طريقتى العراقيين والخراسانيين (أحدهما) يجزئهم كالعاشر وبهذا قطع المصنف والعبدرى ، ونقله صاحب البيان عن أكثر الأصحاب (وأصحهما) لا يجزئهم لأنه نادر ، وبهذا قطع ابن الصباغ والرويانى وكثيرون • وصححه البغوى والمتولى والرافعى وآخرون فهو الصحيح المختار ، والخلاف هنا كالخلاف فيمن اجتهد فصلى أو صام فبان قبل الوقت ، والصحيح هناك أيضا أنه لا يجزئه • والله أعلم •

(**فرع**) قال الرويانى : قال والدى رحمه الله : إذا أحرم الناس بالحج فى أشهر الحج بالاجتهاد فبان الخطأ فى الاجتهاد خطأ عاما ففى انعقاد الإحرام بالحج وجهان (أحدهما) ينعقد كما لو وقفوا فى اليوم العاشر غلطا ، ووجه الشبه أن كل واحد منهما ركن يفوت الحج بفواته (والثانى) لا ينعقد حجا وينعقد عمرة ، والفرق أنا لو أبطلنا الوقوف فى

العاشر أبطلناه من أصـــله ، وفيـــه إضرار • وأما هنا فينعقـــد عمرة ، والله أعلم •

(فـــرع) فى مذاهب العلماء فى الغلط فى الوقوف •

اتفقوا على أنهم إذا غلطوا فوقفوا فى العـــاشر وهم جمع كثير على العادم أجزأهم ، وإن وقفوا فى الثامن فالأصح عندنا لا يجزئهم ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ، والأصح من مذهب مالك وأحمد أنه لا يجزئهم •

قال المصنف رحمـــه الله تعـــالى

(ومن أحرم فأحصره العدو ـــ نظرت فإن كان العدو من المسلمين ـــ فالأولى ان يتحلل ولا يقاتله ، لأن التحلل اولى من قتال المسلمين ، وإن كان من المشركين لم يجب عليه القتال ، لأن قتال الكفار لا يجب إلا إذا بـــدأوا بالحرب ، فإن كان فى المسلمين ضعف وفى العدو قوة فالأولى الا يقاتلهم ، لأنه ربما انهزم المسلمون فيلحقهم وهن ، وإن كان فى المسلمين قوة وفى المشركين ضعف فالأفضل أن يقاتلهم ليجمع بين نصرة الإسلام وإتمام الحج ، فان طلبوا مالا لم يجب إعطاء المال لأن ذلك ظلم ولا يجب الحج مع احتمال الظلم ، فإن كانوا مشركين كره أن يدفع إليهم لأن فى ذلك صغارا على الإسلام فلا يجب احتماله من غير ضرورة ، وإن كانوا مسلمين لم يكره) •

(**الشرح**) قال أهل اللغة : يقال أحصره المرض وحصره العدو ، وقيل حصر وأحصر فيهما والأول أشهر • وأصل الحصر المنع [1] • قال الشافعى

---

(1) قال الفخر الرازى الشـــافعى ابن خطيب الرى : قال ابن يحيى : أصـــل الحصر والاحصار الحبس ومنه يقال للذى لا يبوح بسره : حصر ـ لانه حبس نفســـه عن البوح ولحصر احتباس الغائط والحصر الملك لانه كالمحصور بين حجابه وفى شعر لبيد :

جن لدى باب الحصير قيـــام

والحصير معروف وسمى لانضمام بعض أجزائه الى بعض تشبيها باحتباس الشىء مع غيره . اذا عرفت هذا فنقول : اتفقوا على أن لفظ الحصر مخصوص بمنع العدو اذا منعه عن مراده وضيق عليه أما الاحصار فقد اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال :

(الأول) وهو اختيار أبى عبيدة وابن السكيت والزجاج وابن قتيبة وأكثر اهل اللغـــة =

=

انه مختص بالمرض قال ابن السكيت : يقال احصره المرض اذا منعه من السفر ، وقال ثعلب فى فصيح الكلام احصر بالمرض وحصر بالعدو .

(الثانى) ان لفظ الاحصار يفيد الحبس والمنع سواء كان بسبب العدو او بسبب المرض وهو قول الفراء .

(الثالث) انه مختص بالمنع ، والحاصل من جهة العدو وهو قول الشافعى رضى الله عنه وهو المروى عن ابن عباس ، وابن عمر فانهما قالا : لا حصر الا حصر العدو ، واكثر اهل اللغة يردون هذا القول على الشافعى رضى الله عنه وفائدة هذا البحث تظهر فى مسئلة فقهية وهى انهم اتفقوا على ان حكم الاحصار عند حبس العدو ثابت ، وهل يثبت بسبب المرض وسائر الموانع ؟ قال ابو حنيفة رضى الله عنه : يثبت وقال الشافعى لا يثبت . وحجة ابى حنيفة ظاهرة وعلى مذهب اهل اللغة وذلك لان اهل اللغة رجلان (أحدهما) قال : الاحصار مختص بالحبس الحاصل بسبب المرض فقط وعلى هذا المذهب تكون هذه الآية نصا صريحا فى ان احصار المرض يفيد هذا الحكم (والثانى) الذين قالوا : الاحصار اسم لمطلق الحبس سواء كان حاصلا بسبب المرض أو بسبب العدو وعلى هذا القول حجة ابى حنيفة تكون ظاهرة أيضا لان الله تعالى علق الحكم على مسمى الاحصار ، فوجب ان يكون الحكم ثابتا عند حصول الاحصار ، سواء حصل بالعدو او بالمرض وأما على القول الثالث هو ان الاحصار اسم للمنع الحاصل بالعدو فهذا القول باطل باتفاق أهل اللغة وبتقدير ثبوته فنحن نقيس المرض على العدو بجامع دفع الحرج ، وهذا قياس جلى ظاهر ، فهذا تقرير قول ابى حنيفة رضى الله عنه وهو ظاهر قوى .

وأما تقرير مذهب الشافعى رضى الله عنه فهو انا ندعى ان المراد بالاحصار فى هذه الآية منع العدو فقط والروايات المنقولة عن اهل اللغة معارضة بالروايات المنقولة عن ابن عباس وابن عمر ولا شك أن قولهما أولى لتقدمهما على هؤلاء الأدنى فى معرفة اللغة وفى معرفة تفسير القرآن ثم انا بعد ذلك نؤكد هذا القول بوجوه من الدلائل .

الحجج المؤيدة لقول الشافعى رضى الله عنه

(الحجة الأولى) أن الاحصار افعال من الحصر والافعال تارة تجىء بمعنى التعدية نحو ذهب زيد واذهبته انا ويجىء بمعنى صار ذا كذا نحو اعد البعير اذا صار ذا غدة واجرب الرجل اذا صار ذا ابل جربى ، ويجىء بمعنى وجدته بصفة كذا نحو أحمدت الرجل أى وجدته محمودا ، والاحصار لا يمكن أن يكون للتعدية فوجب بما حمله على الصيرورة او على الوجدان ، والمعنى انهم صاروا محصورين او وجدوا محصورين ، ثم ان اللغة اتفقوا على أن المحصور هو الممنوع بالعدو لا بالمرض فوجب أن يكون معنى الاحصار هو أنهم صاروا ممنوعين بالعدو أو وجدوا محصورين بالعدو وذلك يؤكد مذهبنا .

(الحجة الثانية) أن الحصر عبارة عن المنع وانما يقال للانسان انه ممنوع من فعله ومحبوس عن مراده اذا كان قادرا عن ذلك الفعل متمكنا منه ثم انه منعه مانع عنه ، والقدرة عبارة عن الكيفية الحاصلة بسبب اعتدال المزاج وسلامة الأعضاء وذلك مفقود فى حق المريض فهو غير قادر البتة على الفعل فيستحيل الحكم عليه بأنه ممنوع لان احالة الحكم على المانع

=

فلهم التحلل ، سواء كان الوقت واسعا أم لا ، وسواء كان العدو مسلمين

=

تستدعى حصول المقتضى اما اذا كان ممنوعا بالعدو فهنا القدرة على الفعل حاصلة الا أنه تعذر الفعل لاجل مدافعة العدو فى المرض .

(الحجة الثالثة) أن معنى قوله : احصرتم أى حبستم ومنعتم والحبس لابد له من حابس والمنع لابد له من مانع ويمتنع وصف المرض بكونه حابسا ومانعا لأن الحبس والمنع فعل واضافة الفعل الى المرض محال عقلا ، لأن المرض عرض لا يبقى زمانين فكيف يكون فاعلا وحابسا ومانعا اما وصف العدو بأنه حابس ومانع فوصف حقيقى وحمل الكلام على حقيقته أولى من حمله على مجازه .

(الحجة الرابعة) أن الاحصار مشتق من الحصر ولفظ الحصر لا اشعار فيه بالمرض فلفظ الاحصار وجب أن يكون خاليا عن الاشعار بالمرض قياسا على جميع الالفاظ المشتقة .

(الحجة الخامسة) أنه تعالى قال بعد هذه الآية : (فمن كان منكم مريضا أو به اذى من رأسه) فعطف عليه المريض ، فلو كان المحصر هو المريض أو من يكون المريض داخلا فيه لكان هذا عطفا للشيء على نفسه . فان قيل : أنه خص هذا المرض بالذكر لأن له حكما خاصا وهو حلق الرأس فصار تقدير الغرض الا أنه مع ذلك يلزم عطف الشيء على نفسه . اما اذا لم يكن المحصر مفسرا بالمريض لم يلزم عطف الشيء على نفسه فكان حمل المحصر على غير المريض يوجب خلو الكلام عن هذا الاستدلال فكان ذلك أولى .

(الحجة السادسة) قال تعالى فى آخر الآية (فاذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج ولفظ الأمن انما يستعمل فى الخوف من العدو لا فى المرض فانه يقال فى المرض شفى وعفى ولا يقال : أمن . فان قيل : لا يسلم أن لفظ الأمن لا يستعمل الا فى الخوف فانه يقال : أمن المريض من الهلاك وأيضا خصوص آخر الآية لا يقدم فى عموم أولها . قلنا : لفظ الأمن اذا كان مطلقا غير مقيد فانه لا يفيد الا الأمن من العدو ، وقوله خصوص آخر الآية لا يمنع من عموم أولها . قلنا : بل يوجب لأن قوله فاذا أمنتم ليس فيه بيان أنه حصل الأمن فماذا ؟ فلابد وأن يكون المراد حصول الأمن من شيء تقدم ذكره ، والذى تقدم ذكره هو الاحصار فصار التقدير : فاذا أمنتم من ذلك الاحصار ، ولما ثبت أن لفظ الأمن لا يطلق الا فى حق العدو وجب أن يكون المراد من هذا الاحصار منع العدو ، فثبت بهذه الدلائل أن الاحصار المذكور فى الآية هو منع العدو فقط أما قول من قال : انه منع المرض صاحبه خاصة فهو باطل بهذه الدلائل ، وفيه دليل آخر وهو أن المفسرين أجمعوا على ان سبب نزول هذه الآية ان الكفار احصروا النبى صلى الله عليه وآله وسلم بالحديبية والناس وان اختلفوا فى ان الآية النازلة فى سبب هل تتناول غير ذلك السبب الا أنهم اتفقوا على أنه لا يجوز أن ذلك السبب خارجا عنه فلو كان الاحصار اسما لمنع المرض لكان سبب نزول الآية خارجا عنها وذلك باطل بالاجماع ، فثبت بما ذكرنا أن الاحصار فى هذه الآية عبارة عن منع العدو واذا ثبت هذا فنقول لا يمكن قياس منع المرض عليه وبيانه من وجهين (الأول) ان كلمة ان شرط عند أهل اللغة وحكم الشرط انتفاء المشروط عند انتفائه ظاهرا فهذا يقتضى أن لا يثبت الحكم الا فى الاحصار الذى دلت الآية عليه ، فلو اثبتنا هذا الحكم فى غيره قياسا كان ذلك نسخا للنص بالقياس وهو غير جائز (الوجه الثانى) أن الاحرام شرع لازم لا يحتمل النسخ قصدا الا ترى انه اذا جامع امرأته حتى فسد حجه لم يخرج من احرامه ، وكذلك لو فاته الحج حتى لزمه القضاء والمرض

=

أو كفارا ، لكن إن كان الوقت واسعا فالأفضل تأخير التحلل فلعله يزول المنع ويتم الحج ، وإن كان الوقت ضيقا فالأفضل تعجيل التحلل خوفا من فوات الحج .

ويجوز للمحرم بالعمرة التحلل عند الإحصار بلا خلاف ، ودليل التحلل وإحصار العدو نص القرآن والأحاديث الصحيحة المشهورة فى تحلل النبى ﷺ وأصحابه عام الحديبية وكانوا محرمين بعمرة وإجماع المسلمين على ذلك . وأما إذا منعوا وطلب منهم مال ولم يمكنهم المضى إلا ببذل مال فلهم التحلل ولا يلزمهم بذله بلا خلاف ، سواء قل المطلوب أم كثر ، فان كان الطالب كفارا قال الشافعى والأصحاب : كره ذلك ولا يحرم ، قال الشافعى : كما لا تحرم الهبة للكفار ، وإن كانوا مسلمين لم يكره لما ذكره المصنف .

وأما إذا احتاج الحجيج إلى قتال العدو ليسيروا فينظر — إن كان المانعون مسلمين — جاز لهم التحلل ، وهو أولى من قتالهم لتعظيم دماء المسلمين ، فان قاتلوه جاز لأنهم صائلون ، وقد تظاهرت الأحاديث الصحيحة أن رسول الله ﷺ قال « من قتل دون ماله فهو شهيد » وفى حديث صحيح « ومن قتل دون دينه فهو شهيد » .

وإن كان العدو كفارا فوجهان (أحدهما) وهو مشهور فى كتب الخراسانيين أنه إن كان العدو أكثر من مثلى عدد المسلمين لم يجب قتالهم ، وإلا وجب . قال إمام الحرمين : هذا الإطلاق ليس بمرض ، بل شرطه

=

ليس كالعدو ولان المريض لا يستفيد بتحلله ورجوعه أمنا من مرضه أما المحصر بالعدو فانه خائف من القتل ان أقام فاذا رجع فقد تخلص من خوف القتل فهذا ما عندى فى هذه المسألة على ما يليق بالتفسير . هكذا أفاده فى مفاتيح الغيب (ط) .

وجدانهم السلاح وأهبة القتال • قال : فان وجدوا ذلك فلا سبيل إلى التحلل •

(والوجه الثانى) وهو الصحيح ، وبه قطع المصنف وسائر العراقيون وآخرون من غيرهم ، ونقله الرافعى عن أكثر الأصحاب أنه لا يجب القتال ، سواء كان عدد الكفار مثلى المسلمين أو أقل ، لكن إن كان بالمسلمين قوة فالأفضل أن لا يتحللوا بل يقاتلوهم ليجمعوا بين الجهاد ونصرة الإسلام والحج ، وإلا فالأفضل التحلل لما ذكره المصنف •

قال أصحابنا : وحيث قاتلوا المسلمين أو الكفار فلهم لبس الدروع والمغافر وعليهم الفدية ، كمن لبس لحر أو برد • وهذا الذى ذكرناه من جواز التحلل بلا خلاف هو فيما إذا منعوا المضى دون الرجوع ، فأما إذا أحاط بهم العدو من الجوانب كلها فوجهان مشوران ، حكاهما البندنيجى والماوردى وإمام الحرمين والبغوى والمتولى وغيرهم • وقيل هما قولان (أصحهما) جواز التحلل لعموم قوله تعالى « فان أحصرتم » (والثانى) لا ، إذ لا يحصل به أمن ، والله أعلم •

(**فرع**) هذا الذى ذكرناه هو فيما إذا صدوهم ولم يجدوا طريقا آخر ، فأما إن وجدوا طريقا غيره لا ضرر فى سلوكها ــ فان كانت مثل طريقهم التى صدوا عنها ــ لم يكن لهم التحلل لأنهم قادرون على الوصول ، فان كان أطول من طريقهم قال صاحب الفروع والرويانى وصاحب البيان وغيرهم : إن لم يكن معهم نفقة تكفيهم لذلك الطريق فلهم التحلل ، وإن كان معهم نفقة تكفيهم لطريقهم الآخر لم يجز لهم التحلل ولزمهم سلوك الطريق الآخر ، سواء علموا أنهم بسلوك هذا الطريق يفوتهم الحج أم لا ، لأن سبب التحلل هو الحصر لا خوف الفوات ، ولهذا لو أحرم بالحج يوم عرفة وهو بالشام لم يجز له التحلل بسبب الفوات • قال أصحابنا : حتى لو أحصر بالشام فى ذى الحجة ووجد طريقا آخر كما ذكرنا لزمه السير

فيه ووصول الكعبة والتحلل بعمل عمرة • قال أصحابنا : فاذا سلك هذا الطريق كما أمرناه ففاته الحج بطول الطريق الثانى أو خشونته أو غيرهما مما يحصل الفوات بسببه فقولان مشهوران ، ذكرهما المصنف فى الفصل الآتى والأصحاب (أصحهما) لا يلزمه القضاء بل يتحلل تحلل المحصر لأنه محصر ، ولعدم تقصيره •

(والثانى) يلزمه القضاء كما لو سلكه ابتداء ففاته بضلال فى الطريق ونحوه ولو استوى الطريقان من كل وجه وجب القضاء بلا خلاف ، لأنه فوات محض ولو أحصر ولم يجد طريقا آخر إلا فى البحر ، قال أصحابنا : ينبنى على وجوب ركوب البحر للحج ، وقد سبق بيان الخلاف فيه وتفصيله فى أوائل كتاب الحج فحيث قلنا : يجب ركوبه يكون كقدرته على طريق أمن فى البر وإلا فلا والله أعلم ولو أحصر فصابر الاحرام متوقعا زواله ففاته الحج ، والإحصار دائم ، تحلل بأعمال العمرة ، وفى القضاء طريقان (أصحهما) طرد القولين فيمن فاته بطول الطريق الثانى (والطريق الثانى) القطع بوجوب القضاء لأنه تسبب بالمصابرة فى الفوات ، والله أعلم •

(**فرع**) قال أصحابنا : إذا لم يتحلل بالإحصار حتى فاته الحج، فحيث قلنا : لا قضاء عليه ، يتحلل وعليه دم الاحصار دون دم الفوات ، وحيث أوجبنا القضاء فان كان قد زال العدو وأمكنه وصول الكعبة لزمه قصدها ، والتحلل بعمل عمرة وعليه دم الفوات دون دم الإحصار ، وإن كان العدو باقيا فله التحلل وعليه دمان ، دم الفوات ودم الإحصار ، والله أعلم •

(**فرع**) قال أصحابنا : إذا تحلل الحاج فان لم يزل الاحصار فله الرجوع إلى وطنه ، وإن انصرف العدو ــ فان كان الوقت واسعا بحيث يمكنه تجديد الإحرام وإدراك الحج ، فان كان حجه تطوعا فلا شىء عليه ، وإن كان حجه تقدم وجوبها بقى وجوبها كما كان ، والأولى أن يجدد الإحرام بها فى هذه السنة وله التأخير وإن كانت حجة وجبت فى هذه السنة

بأن استطاع فى هذه السنة دون ما قبلها فقد استقر الوجوب فى ذمته لتمكنه ، والأولى أن يحرم بها فى هذه السنة وله التأخير لأن الحج عندنا على التراخى ، وإن كان الوقت ضيقا بحيث لا يمكنه إدراك الحج سقط عنه الوجوب فى هذه السنة ، فان استطاع بعده لزمه ، وإلا فلا ، إلا أن يكون سبق وجوبها قبل هذه السنة واستقرت ، والله أعلم .

(فرع) قال أصحابنا : إذا قال العدو الصادون بعد صدهم : قد آمناكم ، وخلينا لكم الطريق ، فان وثقوا بقولهم فأمنوا غدرهم لم يجز التحلل لمن لم يكن تحلل ، لأنه لا صد ، وإن خافوا غدرهم فلهم التحلل .

(فرع) اعترض أبو سعيد ابن أبى عصرون على المصنف فى قوله لأن قتال الكفار لا يجب إلا إذا بدأوا بالحرب ، وقال : هذا سهو منه ، بل قتال الكفار لا يتوقف على الابتداء ، وهذا الاعتراض غلط من قائله ، بل الذى قاله المصنف هو عبارة الأصحاب فى الطريقتين ، لكن زاد القاضى أبو الطيب والجمهور فيها لفظة فقالوا : لأن قتال الكفار لا يجب إلا إذا بدأوا به أو استنفر الإمام أو الثغور الناس لقتالهم ، فهذه عبارة الأصحاب ، ومرادهم لا يجب على آحاد الرعية والطائفة منهم ، وأما الإمام فيلزمه الغزو بالناس بنفسه أو بسراياه كل سنة مرة إلا أن تدعو حاجة إلى تأخيره ، كما هو مقرر فى كتاب السير والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن احصره العدو عن الوقوف او الطواف او السعى فإن كان له طريق آخر يمكنه الوصول منه إلى مكة لم يجز له التحلل قرب او بعد ، لانه قادر على اداء النسك ، فلا يجوز له التحلل ، بل يمضى ويتمم النسك ، وإن سلك الطريق الآخر ففاته الحج تحلل بعمل عمرة ، وفى القضاء قولان :

(احدهما) يجب عليه . لانه فاته الحج فأشبه إذا أخطأ الطريق او اخطأ العدد .

(والثانى) لا يجب عليه لأنه تحلل من غير تفريط فلم يلزمه القضاء ، كما لو تحلل بالإحصار ، فإن احصر ولم يكن له طريق آخر جاز له أن يتحلل لقوله عز وجل (فإن أحصرتم فما استيسر من الهدى) [1] ولأن النبى ﷺ احصره المشركون فى الحديبية فتحلل ، ولانا لو الزمناه البقاء على الإحرام ربما طال الحصر سنين فتلحقه المشقة العظيمة فى البقاء على الإحرام . وقد قال الله عز وجل ((وما جعل عليكم فى الدين من حرج)) [2] . فإن كان الوقت واسعا فالأفضل أن لا يتحلل ، لانه ربما زال الحصر واتم النسك . وإن كان الوقت ضيقا فالأفضل ان يتحلل حتى لا يفوته الحج ، فإن اختار التحلل ــ نظرت فإن كان واجدا للهدى ــ لم يجز له أن يتحلل حتى يهدى ، لقوله تعالى (فإن احصرتم فما استيسر من الهدى) [3] فإن كان فى الحرم ذبح الهدى فيــه ، وإن كان فى غير الحرم ولم يقدر على الوصول إلى الحرم ذبح الهدى حيث احصر ، لأن النبى ﷺ نحر هديه بالحديبية ، وهى خارج الحرم ، وإن قدر على الوصول إلى الحرم ففيه وجهان . (أحدهما) يجوز له أن يذبح فى موضعه، لانه موضع تحلله فجاز فيه الذبح كما لو احصر فى الحرم . (والثانى) لا يجوز أن يذبح إلا فى الحرم لانه قادر على الذبح فى الحرم فلا يجوز ان يذبح فى غيره كما لو أحصر فيه ، ويجب أن ينوى بالهدى التحلل لأن الهدى قد يكون للتحليل وقد يكون لغيره ، فوجب أن ينوى ليميز بينهما ثم يحلق لما روى ابن عمر رضى الله عنهما ((أن رسول الله ﷺ خرج معتمرا فحالت كفار قريش بينه وبين البيت فنحر هديه وحلق راسه بالحديبية)) (فإن قلنا) إن الحلق نسك حصل له التحلل بالهدى والنية والحلق (وإن قلنا) إنه ليس بنسك حصل له التحلل بالنية والهدى ، وإن كان عادما للهدى ففيه قولان .

(أحدهما) لا بدل للهدى ، لقوله عز وجل ((فإن أحصرتم فما استيسر من الهدى)) فذكر الهدى ولم يذكر له بدلا ، ولو كان له بدل لذكره كما ذكره فى جزاء الصيد .

(والقول الثانى) له بدل لأنه دم يتعلق وجوبه بإحرام ، فكان له بدل كدم التمتع (فإن قلنا) لا بدل للهدى فهل يتحلل ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يتحلل حتى يجد الهدى ، لأن الهدى شرط فى التحلل ، فلا يجوز التحلل قبله (والثانى)

---

(١) من الآية ١٩٦ من سورة البقرة .

(٢) من الآية ٧٨ من سورة الحج .

(٣) من الآية ١٩٦ من سورة البقرة .

انه يتحلل لأنا لو ألزمناه البقاء على الإحرام إلى أن يجد الهدى أدى ذلك إلى المشقة . (فإن قلنا) له بدل ففى بدله ثلاثة أقوال (أحدها) الإطعام (والثانى) الصيام (والثالث) انه مخير بين الصيام والإطعام (وإن قلنا) إن بدله الإطعام ففى الإطعام وجهان (أحدهما) إطعام التعديل ، كالإطعام فى جزاء الصيد ، لأنه أقرب إلى الهدى ولأنه يستوفى فيه قيمة الهدى (والثانى) إطعام فدية الأذى ، لأنه وجب للترفه فهو كفدية الأذى (وإن قلنا) إن بدله الصوم ففى الصوم ثلاثة أوجه (أحدها) صوم التمتع لأنه وجب للتحلل كما وجب صوم التمتع للتحلل بين الحج والعمرة فى أشهر الحج (والثانى) صوم التعديل لأن ذلك أقرب إلى الهدى ، لأنه يستوفى قيمة الهدى ثم يصوم عن كل مد يوما (والثالث) صوم فدية الأذى ، لأنه وجب للترفه فهو كصوم فدية الأذى .

فإن قلنا : إنه مخير فهو بالخيار بين صوم فدية الأذى وبين إطعامها ، لأنا بينا أنه فى معنى فدية الأذى ، فإن أوجبنا عليه الإطعام وهو واجد أطعم وتحلل ، وإن كان عادما له فهل يتحلل أم لا يتحلل حتى يجد الطعام ؟ على القولين كما قلنا فى الهدى . وإن أوجبنا الصيام فهل يتحلل قبل أن يصوم ؟ فيه وجهان (أحدهما) يتحلل كما لا يتحلل بالهدى حتى يهدى (والثانى) يتحلل لأنا لو ألزمناه البقاء على الإحرام إلى أن يفرغ من الصيام أدى إلى المشقة لأن الصوم يطول ، فإذا تحلل — نظرت فإن كان فى حج تقدم وجوبه — بقى الوجوب فى ذمته ، وإن كان فى تطوع لم يجب القضاء لأنه تطوع أبيح له الخروج منه ، فإذا خرج لم يلزمه القضاء كصوم التطوع .

وإن كان الحصر خاصا بأن منعه غريمه ففيه قولان (أحدهما) لا يلزمه القضاء كما لا يلزمه فى الحصر العام (والثانى) يلزمه لأنه تحلل قبل الإتمام بسبب يختص به فلزمه القضاء كما لو ضل الطريق ففاته الحج ، وإن أحصر فلم يتحلل حتى فاته الوقوف — نظرت فإن زال العذر وقدر على الوصول — تحلل بعمل عمرة ولزمه القضاء وهدى للفوات ، وإن فاته — والعذر لم يزل — تحلل ولزمه القضاء ، وهدى للفوات ، وهدى للاحصار ، فإن أفسد الحج ثم أحصر تحلل ، لأنه إذا تحلل من الحج الصحيح فلأن يتحلل من الفاسد أولى ، فإن لم يتحلل حتى فاته الوقوف لزمه ثلاثة دماء ، دم الفساد ودم الفوات ودم الإحصار ، ويلزمه قضاء واحد لأن الحج واحد) .

(الشرح) حديث تحلل النبى ﷺ بالحديبية حين صده المشركون

ثابت فى الصحيحين ، وكذا حديث نحره هديه بالحديبية ، وحديث ابن عمر كلها ثابتة فى الصحيحين من روايات جماعة من الصحابة رضى الله عنهم وكانت قصة الحديبية فى ذى القعدة سنة ست من الهجرة ، وسبق بيان الحديبية فى باب المواقيت ، وأنها تقال بتخفيف الياء وتشديدها والتخفيف أفصح • وقول المصنف لأنه دم تعلق وجوبه بالإحرام فيه احتراز من الأضحية والعقيقة وقوله « تطوع أبيح الخروج منه » احتراز من حج التطوع إذا تحلل منه بالفوات فانه يجب قضاؤه • وقوله « بسبب يختص به » احتراز من الحصر العام • وقوله فى أول الفصل ، فأشبه إذا أخطأ الطريق أو أخطأ العدد ، وهو وحده أو فى طائفة يسيرة • فأما الجمع الكثير فلا يلزمهم القضاء بالخطأ كما سبق بيانه قريبا •

(أما الأحكام) فقال الشافعى والأصحاب رحمهم الله : لا فرق فى جواز التحلل بالإحصار بين أن يكون قبل الوقوف أو بعده ، ولا بين الإحصار عن البيت فقط أو الموقف فقط أو عنهما أو عن المسعى ، فيجوز التحلل فى جميع ذلك بلا خلاف • فان لم يكن له طريق آخر يمكنه سلوكه ، فان كان ففيه تفصيل سبق بيانه قبل هذا الفصل واضحا ، وذكرنا هناك أيضا أن تعجيل التحلل أفضل أم تأخيره على نحو ما ذكره المصنف •

قال أصحابنا : وإذا كان حصره قبل الوقوف وأقام على إحرامه حتى فاته الحج فان أمكنه التحلل بطواف وسعى مع الحلق إذا جعلناه نسكا لزمه وعليه القضاء ودم الفوات ، وإن لم يزل الحصر تحلل بالهدى وعليه مع القضاء هديان ، هدى للفوات وهدى للتحلل بالاحصار ، وقد سبقت هذه المسألة قريبا •

وإن كان الاحصار بعد الوقوف فان تحلل فذاك ، وهل له البناء على ما مضى إذا زال الاحصار بعد ذلك ؟ فيه القولان السابقان (الجديد)

الأصح لا يجوز (والقديم) الجواز ، وعلى هذا يحرم إحراما ناقصا ويأتى ببقية الأعمال ، وعلى هذا لو بنى مع الإمكان وجب القضاء على المذهب • وقيل فيه وجهان ، وإن لم يتحلل حتى فاته الرمى والمبيت فهو فيما يرجع إلى وجوب الدم لفواتهما كغير المحصر ، وبماذا يتحلل ؟ يبنى على أن الحلق نسك أم لا ، وعلى فوات زمان الرمى كالرمى أم لا ؟ فيهما خلاف سبق •

(فان قلنا) فوات زمان الرمى كالرمى وقلنا : الحلق نسك حلق وحصل التحلل الأول (وإن قلنا) ليس بنسك حصل التحلل الأول بمضى زمان الرمى • وعلى التقديرين فالطواف باق عليه ، فمتى أمكنه طاف فيتم حجه ، ولابد من السعى إن لم يكن سعى • ثم إذا تحلل بالإحصار الواقع بعد الوقوف (فالمذهب) أنه لا قضاء عليه ، وبه قطع العراقيون وآخرون من غيرهم ، لكن لا تجزئه حجته ، لأنه لم يكملها • وحكى صاحب التقريب وإمام الحرمين ومتابعوهما من الخراسانيين فى وجوب القضاء قولين ، وطردوهما فى كل صورة أتى فيها بعد الإحرام بنسك لتأكدها الإحرام بذلك النسك •

ولو صد عن عرفات ولم يصد عن مكة ، قال البندنيجى والرويانى : نص عليها فى الأم لزمه دخول مكة ويتحلل بعمل عمرة ، وفى وجوب القضاء قولان مشهوران حكاهما الشيخ أبو حامد والأصحاب (أصحهما) لا قضاء لأنه محصر (والثانى) يجب القضاء لأنه أخل بالوقوف وحده فأشبه الفوات ، وهذا القائل بفوات المحصر هو المصدود عن الكعبة ، والله أعلم •

(**فرع**) من تحلل بالاحصار لزمه دم وهو شاة ، وسبق بيانها فى آخر باب ما يجب بمحظورات الاحرام ، ولا يجوز العدول عن الشاة إلى صوم ولا إطعام مع وجودها ، ولا يحصل التحلل قبل ذبحها إذا وجدها ،

فان كان المحصر فى الحرم وجب ذبحها فيه وتفرقتها هناك ، وإن كان فى غير الحرم ولم يمكنه إيصال الهدى وهو الشاة إلى الحرم جاز ذبحه وتفرقته حيث أحصر ويتحلل ، وهكذا الحكم فيما لزمه من دماء المحظورات قبل الإحصار . وكذا ما معه من هدى فكله يذبحه فى موضع إحصاره ويفرقه على المساكين هناك ، وإن أمكنه إيصاله إلى الحرم وذبحه فيه ، فالأولى أن يوصله أو يبعثه إليه ، فان ذبحه فى موضع احصاره ففى إجزائه وجهان ذكرهما المصنف بدليلهما ، وهما مشهوران (أصحهما) جوازه .

قال الدارمى وغيره : ولو أحصر فى موضع غير الحرم فذبح الهدى فى موضع آخر غير الحرم لم يجزه ، لأن موضع الإحصار صار فى حقه كنفس الحرم ، هذا كله إذا وجد الهدى بثمن مثله ومعه ثمنه فاضلا عما يحتاج إليه ، فان لم يجده أو وجده مع من لا يبيعه ، أو يبيعه بأكثر من ثمن مثله فى ذلك الموضع وذلك الحال أو بثمن مثله وهو غير واجد للثمن أو واجد وهو محتاج إليه لمؤنة سفره فهل له بدل أم لا ؟ فيه قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) له بدل ، وفى بدله ثلاثة أقوال (أصحها) الإطعام ، نص عليه الشافعى فى كتاب الأوسط (والثانى) الصيام نص عليه فى مختصر الحج (والثالث) مخير بينها ، قال الشيخ أبو حامد والرويانى وغيرهما : هذا الثالث مخرج من فدية الأذى .

(فان قلنا) الاطعام ففيه وجهان (أصحهما) إطعام بالتعديل ، وتقوم الشاة دراهم ويخرج بقيمتها طعاما ، فان عجز صام عن كل مد يوما (الثانى) إطعام فدية الأذى ، وهو ثلاثة آصع لستة مساكين كما سبق ، ويجىء فى كيفية تفرقتها الخلاف السابق فى موضعه (الأصح) لكل مسكين نصف صاع ، وقيل : يجوز المفاضلة (وإن قلنا) هو مخير بين صوم فدية الأذى وإطعامها ، وصومها ثلاثة أيام وإطعام ثلاثة آصع . ودليل الجمع فى الكتاب .

(وإن قلنا) بدله الصوم ففيه ثلاثة أقوال مشهورة ذكرها المصنف بدلائلها (أحدها) عشرة أيام كالمتمتع (والثانى) ثلاثة (والثالث) بالتعديل عن كل مد يوما ، ولا مدخل للطعام على هذا القول ، لكن يعتبر به قدر الصيام ، وحيث انكسر بعض مد وجب بسببه صوم يوم كامل ، وقد سبق نظيره فى باب محظورات الاحرام • قال الرويانى والرافعى : الأصح على الجملة أن بدله الإطعام بالتعديل • فان عجز صام عن كل مد يوما ، والله أعلم •

قال المصنف والأصحاب : أما وقت التحلل فينظر إن كان واجدا للهدى ذبحه ونوى التحلل عند ذبحه ، وهذه النية شرط باتفاق الأصحاب إنما كره المصنف ثم يحلق ، وهو شرط للتحلل إن قلنا إن الحلق نسك ، وإلا فلا حاجة إليه ، فان قلنا بالأصح إن الحلق نسك حصل له التحلل بثلاثة أشياء : الذبح والنية والحلق ، وإلا فالذبح والنية ، وهذا كله لا خلاف فيه إلا ما انفرد به الرويانى فقال ما ذكرناه ثم قال : وقال بعض أصحابنا بخراسان : فى وقت تحلل واجد الهدى قولان (أحدهما) هذا (والثانى) يجوز أن يتحلل ثم يذبح • وهذا غلط • وأما إذا فقد الهدى (فان قلنا) لا بدل له ، فهل يتحلل فى الحال بالنية والحلق إذا جعلناه نسكا ؟ فيه قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) إذا تحلل فى الحال ، فعلى هذا يشترط النية قطعا ، وكذا الحلق إن جعلناه نسكا (والثانى) لا يتحلل إلا بذبحه مع النية والحلق •

(و إن قلنا) للهدى بدل ، فان قلنا هو الاطعام توقف التحلل عليه ، وعلى النية والحلق إن وجد الإطعام ، فان فقده فهل يتحلل فى الحال ؟ قال المصنف والأصحاب : فيه قولان كما إذا قلنا لا بدل (الأصح) يتحلل فى الحال (والثانى) لا ، حتى يطعم (وإن قلنا) بدله الصوم أو مخير واختار

الصوم ، فهل يتحلل فى الحال أم لا يتحلل حتى يفرغ من الصوم ؟ فيه خلاف مشهور حكاه المصنف هنا والأكثرون وجهين • وحكاه فى التنبيه قولين (أصحهما) يتحلل فى الحال ، فعلى هذا يحتاج إلى النية بلا خلاف ، وكذا الحلق إن قلنا هو نسك وإلا فالنية وحدها ، والله تعالى أعلم •

(**فـرع**) قال المصنف والأصحاب : الحصر ضربان عام وخاص ، فالعام سبق حكمه ، والخاص هو الذى يقع لواحد أو شرذمة من الرفقة ، فينظر إن لم يكن المحصور معذورا فيه ، كمن حبس فى دين يمكنه أداؤه فليس له التحلل ، بل عليه أداء الدين والمضى فى الحج ، فان تحلل لم يصح تحلله ولا يخرج من الحج بذلك بلا خلاف ، فان فاته الحج وهو فى الحبس كان كغيره ممن فاته الحج بلا إحصار فيلزمه قصد مكة والتحلل بأفعال عمرة ، وهو الطواف والسعى والحلق كما سبق ، وإن كان معذورا كمن حبسه السلطان ظلما أو بدين لا يمكنه أداؤه فطريقان المذهب وبه قطع العراقيون يجوز له التحلل لأنه معذور (والثانى) حكاه الخراسانيون فيه قولان أصحهما جواز التحلل (والثانى) لا ، لأنه قادر والصواب الجواز والله أعلم •

(**فـرع**) إذا تحلل المحصر قال الشافعى والمصنف والأصحاب : إن كان نسكه تطوعا فلا قضاء ، وإن لم يكن تطوعا نظر إن كان واجبا مستقرا كالقضاء والنذر وحجة الإسلام التى استقر وجوبها قبل هذه السنة بقى الوجوب فى ذمته كما كان وانما أفاده الاحصار جواز الخروج منها ، وإن كان واجبا غير مستقر ، وهى حجة الاسلام فى السنة الأولى من سنى الإمكان سقطت الاستطاعة فلا حج عليه إلا أن تجتمع فيه شروط الاستطاعة بعد ذلك ، فلو تحلل بالاحصار ثم زال الاحصار والوقت واسع وأمكنه الحج من سنته استقر الوجوب عليه لوجود الاستطاعة لكن له أن يؤخر

الحج عن هذه السنة . لأن الحج على التراخي . وقد سبقت المسألة قريبا والله أعلم .

وهذا الذي ذكرناه في حج التطوع أنه لا يجب قضاؤه ، وهو في الحصر العام والخاص جميعا وفي الخاص قول مشهور حكاه المصنف والأصحاب ، وبعضهم يحكيه وجها أنه يجب فيه القضاء لندوره وهذا ضعيف ودليله ممنوع والله تعالى أعلم .

قال الروياني : هذا الخلاف مبني على أنه لو حبس واحد منهم فهل يستقر عليه ؟ فيه قولان (أصحهما) لا يستقر .

(فرع) ذكرنا أن من تحلل بالاحصار لزمه الدم ، وهذا متفق عليه عندنا إن لم يكن سبق منه شرط ، فان كان شرط عند إحرامه أنه يتحلل إذا أحصر ففي تأثير هذا الشرط في إسقاط الدم طريقان (أصحهما) وبه قطع الأكثرون لا أثر له فيجب الدم ، لأن التحلل بالإحصار جائز بلا شرط ، فشرطه لغو .

(والطريق الآخر) فيه وجهان كما سنذكره إن شاء الله تعالى فيمن شرط التحلل بالمرض (أصحهما) يلزمه الدم (والثاني) لا . والله أعلم .

(فرع) قال المصنف والأصحاب : يجوز التحلل من الاحرام الفاسد كما يجوز من الصحيح وأولى ، فاذا جامع المحرم بالحج جماعا مفسدا ثم أحصر تحلل ويلزمه دم للإفساد ودم للإحصار ، ويلزمه القضاء بسبب الإفساد ، فلو لم يتحلل حتى فاته الوقوف ولم يمكنه لقاء الكعبة تحلل في موضعه تحلل المحصر ، ويلزمه ثلاثة دماء : دم للإفساد ، ودم للفوات ،

ودم للإحصار ، فدم الإفساد بدنة والآخران شاتان ويلزمه قضاء واحد لما ذكره المصنف ، والله أعلم .

(فرع) قال الروياني وغيره : لو أحصر بعد الوقوف بعرفات ومنع ما سوى الطواف والسعي ومكن منهما لم يجز له التحلل بالإحصار لأنه متمكن من التحلل بالطواف والحلق ، وفوات الرمي بمنزلة الرمي ، ويجبر الرمي بدم وتقع حجته مجزئة عن حجة الإسلام .

(فرع) لو أفسد حجه بالجماع ثم أحصر فتحلل ثم زال الحصر والوقت واسع فأمكنه الحج من سنته لزمه أن يقضي الفاسد من سنته بناء على المذهب أن القضاء على الفور .

قال القاضي أبو الطيب والروياني : ولا يمكن قضاء الحج في سنة الإفساد إلا في هذه المسألة .

(فرع) لو أحصر في الحج أو العمرة فلم يتحلل وجامع لزمته البدنة والقضاء بخلاف ما لو جامع الصائم المسافر في نهار رمضان فانه لا كفارة عليه إن قصد الترخص بالجماع . وكذا إن لم يقصده على الأصح كما سبق في بابه . قال الروياني : والفرق بينهما إن الجماع في الصوم يحصل به الخروج من الصوم بخلاف الحج .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن أحرم فأحصره غريمه وحبسه ولم يجد ما يقضي دينه فله أن يتحلل لأنه يشق البقاء على الإحرام كما يشق بحبس العدو ، وإن أحرم وأحصره المرض لم يجز له أن يتحلل لأنه لا يتخلص بالتحلل من الأذى الذي هو فيه [فلا يتحلل] فهو كمن ضل الطريق) .

(الشرح) في الفصل مسألتان (إحداهما) قد سبق قريبا أن الحصر

نوعان ، عام وخاص ، وسبق بيان النوعين (الثانية) فى الإحصار بالمرض وقد ثبت فيه أحاديث كثيرة فينبغى تقديمها وقد ذكر المصنف المسألة بعد هذا مبسوطة فى فصل مستقل •

فأما الأحاديث فمنها حديث عائشة رضى الله عنها قالت « دخل النبى ﷺ على ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب ، فقالت : يا رسول الله إنى أريد الحج وإنى شاكية ، فقال النبى ﷺ حجى واشترطى أن تحل حيث حبستنى ، وكانت تحت المقداد » رواه البخارى [(١)] ومسلم وعن ابن عباس رضى الله عنهما أن ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب أتت النبى ﷺ فقالت « إنى امرأة ثقيلة وإنى أريد الحج فما تأمرنى ؟ قال أهلى بالحج واشترطى أن تحلى حيث تحبسنى ، قال : فأدركت [(٢)] » رواه مسلم •

وعن ابن عباس أيضا أن ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب أتت النبى ﷺ فقالت : يا رسول الله إنى أريد أن أحج فاشترط ، قال : نعم ، قالت فكيف أقول ؟ قال قولى : لبيك اللهم لبيك محلى من الأرض حيث تحبسنى » رواه الإمام أحمد وأبو داود والترمذى والنسائى بأسانيد صحيحة ، قال الترمذى : حسن صحيح ، ورواه البيهقى أيضا من رواية جابر وأنس •

---

(١) ورد فى الجامع الكبير للحافظ السيوطى بصيغة (حجى واشترطى وقولى : اللهم محلى حيث حبستنى) فذكروا به البخارى ومسلم والنسائى وابن حبان عن عائشة ومسلم وابو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وابن حبان عن ابن عباس والبيهقى وابن ماجه عن ضباعة وابن ماجه عن أبى بكر بن عبد الله بن الزبير عن جده والطبرانى عن ابن عمر .

(٢) كذا بالأصل فحرر (ش) قلت : كذا ورد فى ش و ق بهذا التعليق وليس الحديث ناقصا وانما هكذا هو بتمامه وقد كان المشايخ سامحهم الله لا يجشمون انفسهم الرجوع الى المراجع والمكان مثل صحيح مسلم وقد ورد فى (باب جواز اشتراط المحرم التحلل بعذر المرض ونحوه) هذا الحديث من طريق أبى كريب ومن طريق لعبد بن حميد ومن طريق محمد بن بشار ومن طريق هرون بن عبد الله ومن طريق اسحق بن ابراهيم وأبى أيوب والغيلانى ولفظ الشارح الذى أورده هو رواية اسحق بن ابراهيم وكان فى العبارة خلط بين رواية اسحق بن ابراهيم وفيها (حيث تحبسنى) ورواية غيره (حيث حبستنى) مع انبقية الحديث بلفظ اسحق فرجعناه الى اصله (ط) . (المطيعى)

وعن سويد بن غفلة ــ بفتح الغين المعجمة والفاء ــ قال « قال لى عمر بن الخطاب : يا أبا أمية حج واشترط ، فان لك ما اشترطت ولله عليك ما اشترطت » رواه الشافعى والبيهقى باسناد صحيح ، وعن ابن مسعود قال « حج واشترط ، وقل : اللهم الحج أردت ، ولك عمدت ، فان تيسر وإلا فعمرة » رواه البيهقى باسناد حسن • وعن عائشة أنها قالت لعروة « هل تستثنى إذا حججت ، فقال : ماذا أقول ؟ قالت : قل : اللهم الحج أردت وله عمدت ، فان يسرته فهو الحج ، وإن حبسنى حابس فهو عمرة » رواه الشافعى والبيهقى باسناد صحيح على شرط البخارى ومسلم •

(وأما) حديث سالم عن ابن عمر « أنه كان ينكر الاشتراط فى الحج ويقول أليس حسبكم سنة رسول الله ﷺ » رواه البخاري ومسلم ، فقال البيهقى : عندى أن ابن عمر لو بلغه حديث ضباعة فى الاشتراط لم ينكره ، كما لم ينكره أبوه ، وحاصله أن السنة مقدمة عليه •

(وأما) قول ابن عباس « لا حصر إلا حصر العدو » فرواه الشافعى والبيهقى باسناد صحيح على شرط البخارى ومسلم ، وهو محمول على من لم يشترط ، وأما ما رواه مالك فى الموطأ والشافعى والبيهقى بالأسانيد الصحيحة على شرط البخارى ومسلم عن ابن عمر أنه قال « من حبس دون البيت بمرض فانه لا يحل حتى يطوف بالبيت وبين الصفا والمروة » يحتمل أنه أراد إذا لم يشترط (والأظهر) أنه أراد مطلقا ، ويؤيده ما قدمناه عن ابن عمر قريبا ، والسنة مقدمة على قوله •

(وأما) حديث عكرمة قال « سمعت الحجاج بن عمرو الأنصارى الصحابى رضى الله عنه أنه سمع رسول الله ﷺ يقول « من كسر أو عرج فقد حل وعليه الحج من قابل ، قال عكرمة : فسألت ابن عباس وأبا هريرة عن ذلك فقال : صدق » رواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه

والبيهقى وغيرهم بأسانيد صحيحة ، فقال البيهقى حمله بعض أهل العلم على أنه يحل بعد فواته بما يحل به من يفوته الحج بغير مرض ، وهذا التأويل الذى حكاه البيهقى محتمل ولكن المشهور فى كتب أصحابنا حمله على ما إذا شرط التحلل به والله أعلم .

اما حكم المسألة فقال أصحابنا إذا مرض المحرم ، ولم يكن شرط التحلل ، فليس له التحلل بلا خلاف ، لما ذكره المصنف مع ما ذكرناه من الآثار ، قالوا : بل يصبر حتى يبرأ ، فان كان محرما بعمرة أتمها ، وإن كان بحج وفاته تحلل بعمل عمرة ، وعليه القضاء . وأما إذا شرط فى إحرامه أنه إن مرض تحلل ، فقد نص الشافعى فى القديم على صحة الشرط ، لحديث ضباعة ، ونص فى كتاب المناسك من الجديد على أنه لا يتحلل ، وروى الشافعى حديث ضباعة مرسلا فقال « عن عروة بن الزبير أن رسول الله ﷺ قال لضباعة » الحديث قال الشافعى : لو ثبت حديث عروة لم أعده إلى غيره ، لأنه لا يحل عندى خلاف ما ثبت عن النبى ﷺ قال البيهقى : وثبت هذا الحديث من أوجه عن النبى ﷺ ثم روى الأحاديث الصحيحة السابقة فيه هذه نصوص الشافعى .

(وأما) الأصحاب فلهم فى المسألة طريقان حكاهما المصنف والأصحاب (أشهرهما) وبه قال الأكثرون : يصح الاشتراط فى قوله القديم ، وفى الجديد قولان (أصحهما) الصحة (والثانى) المنع . (والطريق الثانى) قاله الشيخ أبو حامد وآخرون : يصح الاشتراط قولا واحدا لصحة الحديث فيه ، قالوا : وإنما توقف الشافعى لعدم وقوفه على صحة الحديث ، وقد صرح الشافعى بهذا الطريق فى نصه الذى حكيته الآن عنه ، وهو قوله (لو صح حديث عروة لم أعده) فالصواب الجزم بصحة الاشتراط للأحاديث .

وأجاب إمام الحرمين عن الحديث بأنه محمول على أن المراد حيث حبستني بالموت ، معناه حيث أدركتني الوفاة أقطع إحرامى ، وهذا تأويل باطل ظاهر الفساد وعجب من جلالة إمام الحرمين كيف قال هذا ؟، وكيف حكمه على أمرها باشتراط كون الموت قاطع الإحرام ؟! والله أعلم •

قال أصحابنا : ولو شرط التحلل لغرض آخر كضلال الطريق ، وفراغ النفقة والخطأ فى العدد ونحو ذلك فله حكم اشتراط التحلل بالمرض • فيصح على المذهب هكذا قطع به أصحابنا العراقيون والبغوى وجمهور الخراسانيين • وذكر إمام الحرمين هذا عن العراقيين قال : قالوا : بأن كل مهم يحل محل المرض الثقيل يجرى فيه الخلاف المذكور فى المرض قال : وكان شيخى يقطع بأن الشرط لاغ ، وأنه لا يجوز التحلل على القول إلا بالمرض للحديث ، والله تعالى أعلم •

قال أصحابنا : وحيث صححنا الشرط فتحلل فان كان شرط التحلل بالهدى يلزمه الهدى ، وإن كان شرط التحلل بلا هدى لم يلزمه الهدى ، وإن أطلق فهل يلزمه الهدى ؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد والماوردى والقاضى أبو الطيب والأصحاب (أحدهما) يلزمه كالمحصر ، وبهذا قطع المصنف والبغوى (وأصحهما) لا يلزمه لظاهر حديث ضباعة ، قال الماوردى والأصحاب وهذا هو المنصوص وصححوه ، وقطع به الدارمى وغيره ، وينكر على المصنف والبغوى جزمهما بوجود الشرط ، وأنه لا يلزمه بعد ذلك شىء من أفعال النسك • (وأما) المحصر فقد ترك الأفعال التى كان يقتضيها إحرامه والله أعلم •

ولو شرط أن يقلب حجه عمرة عند المرض ، نص الشافعى على صحته ، وقطع به الدارمى والبندنيجى والرويانى وآخرون • ونقل الرافعى عن الأصحاب أنه أولى بالصحة من شرط المرض • فيقتضى إثبات خلاف ضعيف

فيه • والمذهب القطع بالصحة كما نص عليه • ويؤيده ما قدمته عن ابن مسعود وعائشة رضى الله عنهما قال الرويانى : ولو قال : إن مرضت وفاتنى الحج كان عمرة ، كان على ما شرط •

قال أصحابنا : فاذا وجد المرض هل يصير حلالا بمجرد وجوده ؟ أم يشترط إنشاؤه كالمحصر ؟ ينظر إن قال : إن مرضت تحللت من إحرامى • فلا يخرج من الإحرام إذا وجد المرض لا بالتحلل ، وهو أن ينوى الخروج ويحلق إن جعلناه نسكا ويذبح إن أوجبناه على ما سبق من التفصيل والخلاف • وممن صرح بالمسألة الشيخ أبو حامد فى تعليقه والبندنيجى والرويانى وآخرون • قالوا : وكذا لو قال : محلى من الأرض حيث حبستنى ، لا يتحلل عند الحبس إلا بالنية مع ما ذكرناه ، فلو قال : إن مرضت فأنا حلال ، أو قال إن حبسنى مرض فأنا حلال فوجهان مشهوران حكاهما الشيخ أبو حامد والبندنيجى والقاضى أبو الطيب والمصنف وإمام الحرمين والبغوى والمتولى والرويانى وآخرون (أصحهما) يصير حلالا بنفس المرض ، وهو المنصوص ، ونقلوه عن المصنف وصححوه لقوله ﷺ (من كسر أو عرج فقد حل) وهو حديث صحيح كما سبق •

قال الشيخ أبو حامد والأصحاب : لا يمكن حمل الحديث إلا على هذا ، وفيه تأويل البيهقى الذى قدمناه •

(والوجه الثانى) لابد من التحلل • قال الرويانى والأصحاب : فإن قلنا بالوجه الأول لم يلزمه الدم بلا خلاف ، وإن قلنا بالثانى فهل يلزمه الدم ؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد والأصحاب (الأصح) لا يلزمه فيلزمه النية فقط ، ونقل الماوردى وغيره هذا عن نص الشافعى ، وغلط الرويانى وغيره القائل بوجوب الدم • قال البغوى : وكذا الحلق إن جعلناه نسكا • وقطع البغوى بوجوب الدم على هذا الوجه ، والمذهب الأول والله أعلم •

أما إذا شرط التحلل بلا عذر بأن قال فى إحرامه متى شئت خرجت منه ، أو إن ندمت أو كسلت ونحو ذلك فلا يجوز له التحلل بلا خلاف ، صرح به المصنف والشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والماوردى والدارمى والرويانى والبغوى وخلائق • ونقل الرويانى الاتفاق عليه ، والله أعلم •

(فرع) إذا صححنا اشتراط التحلل بالمرض ونحوه ، فانما ينفع الشرط ويجوز التحلل به إذا كان مقترنا باحرامه ، فإن تقدمه أو تأخر عنه لم ينعقد الشرط بلا خلاف • وصرح به الماوردى وغيره •

(فرع) إذا فرض التحلل بالمرض ونحوه فقد ذكرنا خلافا فى صحة الشرط قال أصحابنا : ينعقد الحج بلا خلاف ، سواء صححنا الشرط أم لا •

(فرع) مما استدل به أصحابنا لجواز اشتراط التحلل بالمرض وصحة الشرط أنه لو نذر صوم يوم أو أيام بشرط أن يخرج منه بعذر صح الشرط وجاز الخروج منه بذلك العذر بلا خلاف • قال الرويانى : يجوز الخروج منه بالإجماع •

(فرع) ذكرنا أن إمام الحرمين تأول حديث ضباعة أنه يحمل على أن (محلى حيث حبستنى بالموت) وذكرنا أن هذا التأويل خطأ فاحش ، وتأوله الرويانى على أنه مخصوص بضباعة ، وهذا تأويل باطل أيضا ومخالف لنص الشافعى ، فان الشافعى إنما قال : لو صح الحديث لم أعده ، ولم يتأوله ولم يخصه •

(فرع) قال أصحابنا : التحلل بالمرض ونحوه إذا ما صححناه له حكم التحلل بالإحصار ، فان كان الحج تطوعا لم يجب قضاؤه ، وإن كان واجبا فحكمه ما سبق •

(**فـرع**) قال إمام الحرمين والغزالى فى الوسيط : قال النبى ﷺ لضباعة الأسلمية « اشترطى أن محلى حيث حبستنى » وهذا غلط فاحش ، فليس ضـباعة أسلمية بل هى هاشمية ، وهى بنت عم رسـول الله ﷺ وهى ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف ، وهـذا لا خلاف فيه وقد سبق بيانها عن روايات البخارى ومسلم وغيرهما ، وإنما نبهت عليه لئلا يغتر به ، والله أعلم •

قال المصنف رحمـه الله تعـالى

(وإن أحرم العبد بغير إذن المولى جاز للمولى أن يحلله لأن منفعته مستحقة له فلا يملك إبطالها عليه بغير رضاه ، فإن ملكه السيد مالا وقلنا : إنه يملك تحلل بالهدى وإن لم نملكه أو ملكه ــ وقلنا إنه لا يملك ــ فهو كالحر المعسر ، وهل يتحلل قبل الهدى أو الصوم ؟ على ما ذكرناه من القولين فى الحر ومن أصحابنا من قال : يجوز للعبد أن يتحلل قبل الهدى والصوم قولا واحدا لأن على المولى ضررا فى بقائه على الإحرام ، لأنه ربما يحتاج أن يستخدمه فى قتل صيد أو إصلاح طيب وإن أحرم بإذن المولى لم يجز أن يحلله ، لأنه لازم عقده بإذن المولى فلم يملك إخراجه منه كالنكاح •

وإن أحرم المكاتب بغير إذن المولى ففيه طريقان (أحدهما) انه على قولين بناء على القولين فى سفره للتجارة • ومن أصحابنا من قال : له أن يمنعه قولا واحدا • لأن فى سفر الحج ضررا على المولى من [1] غير منفعة ، وسفر التجارة فيه منفعة للمولى) •

(**الشرح**) قوله (لأنه عقد) احتراز مما لو رآه يحتطب أو يحتش فمنعه إتمامه وقوله (لازم) احتراز من الجعالة إذا شرع العبد فيهـا • وقوله (عقد بإذن) احتراز من غير المـأذون •

(**أما الأحكام**) فقد سبق بيان شرح جميع ما ذكره المصنف مع جمل من

---

(١) فى ش و ق (عن غير منفعة) (ط) •

الفوائد والفروع والمستكثرات فى أول كتاب الحج عند ذكر المصنف أن العبد لا يلزمه الحج ويصح منه ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن أحرمت المرأة بغير إذن الزوج فإن كان فى تطوع جاز له أن يحللها ، لأن حق الزوج واجب فلا يجوز إبطاله عليه بتطوع ، وإن كان فى حجة الإسلام ففيه قولان (أحدهما) أن له أن يحللها لأن حقه على الفور والحج على التراخى، فقدم حقه (والثانى) أنه لا يملك لأنه فرض فلا يملك تحليلها منه كالصوم والصلاة) .

(الشرح) قوله (لأنه فرض فلا يملك تحليلها منه) ينتقض بصوم الكفارة والنذر فى الذمة والقضاء الذى لم ينتقض ، فإن له منعها من كل ذلك فى الأصح وكان ينبغى أن يقول : فرض بأصل الشرع والله أعلم .

(اما الأحكام) فقال أصحابنا : ينبغى للمرأة أن لا تحرم بغير إذن زوجها ، ويستحب له أن يحج بها ، واحتجوا فيه بحديث ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله ﷺ خطب فقال « لا يخلون رجل بامرأة ، ولا تسافر امرأة إلا مع محرم ، فقام رجل فقال : يا رسول الله إن امرأتى خرجت حاجة وإنى كتبت فى غزوة كذا . قال : فانطلق فاحجج مع امرأتك » رواه البخارى ومسلم . فان أرادت حج إسلام أو تطوع فأذن الزوج وأحرمت به لزمه تمكينها من إتمامه بلا خلاف ، سواء كان فرضا أو نفلا كما سبق فيما لو أذن لعبده فى الإحرام فأحرم وكما لا يجوز له تحليلها لا يجوز لها التحلل ، فان تحللت لم يصح تحللها ولم تخرج من الحج ، كما لو نوى غيرها الخروج من الحج بلا إحصار فانه لا يخرج منه بلا خلاف وإن أرادت حج الإسلام فمنعها الزوج فهل له المنع ؟ فيه قولان مشهوران ، وعجب كيف أهملهما المصنف !! قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه : المنصوص فى باب الحج المرأة والعبد من المناسك الكبير أن للزوج منعها ، ونص الشافعى

فى باب خروج النساء إلى المساجد من اختلاف الحديث على أنه ليس له منعهـا •

وقال البندنيجى : نص الشافعى فى عامة كتبه أن له منعها ، واتفقوا على أن الصحيح من هذين القولين أن له منعها ، وبه قطع الشيخ أبو حامد والمحاملى وآخرون ، قال القاضى أبو الطيب فى كتابه المجرد والروياتى وغيرهما : هذا القول هو الصحيح المشهور ، واحتجوا له بحديث ابن عمر أن النبى ﷺ قال « ليس لها أن تنطلق إلى الحج إلا باذن زوجها » رواه الدارقطنى والبيهقى • ولأن حق الزوج على الفور والحج على التراخى ، فقدم ما كان على الفور ، كما تقدم العدة على الحج بلا خلاف •

(والقول الثانى) ليس له منعها لعموم قوله ﷺ « لا تمنعوا إماء الله مساجد الله » رواه البخارى ومسلم من رواية ابن عمر ، وقياسا على الصوم والصلاة • وأجاب الأولون عن الحديث بأنه محمول على أنه تنزيه أو على غير المتزوجات ، لأن غير المتزوجات لم يتعلق بهن حق على الفور ، وذلك كالبنت والأخت ونحوهما ، وأن المراد لا تمنعوهن مساجد الله للصلوات ، وهذا هو ظاهر سياق الحديث ، والله أعلم •

قال أصحابنا : والفرق بين الحج والصوم والصلاة أن مدته طويلة بخلافهما ، والله تعالى أعلم •

فان أحرمت بحج الإسلام بغير إذنه قال أصحابنا : إن قلنا : ليس له منعها من الابتداء فليس له تحليلها (وإن قلنا) له منعها فهل له تحليلها ؟ فيه قولان مشهوران وهما اللذان ذكرهما المصنف هنا وفى التنبيه ، قال القاضى أبو الطيب والروياني وغيرهما : نص عليهما الشافعى فى باب حج المرأة والعبد ، قال أصحابنا (أصحهما) أن له تحليلها ، وهو نصه فى مختصر المزنى ومما صرح بتصحيحه الجرجانى فى التحرير والغزالى فى الخلاصـة

والرويانى فى الحلية وأبو على الفارقى فى فوائد المهذب والرافعى فى كتابيه وغيرهم • وشذ عنهم المحاملى فى المقنع ، فجزم بأنه ليس له تحليلها لأنه يضيق بالشروع (والمذهب) أن له تحليلها ، كما صححه الجمهور ، لأن حق الزوج سابق والله أعلم •

قال الدارمى والجرجانى فى التحرير : وحجة النذر كالإسلام ، فاذا أحرمت بها بغير إذنه فله تحليلها فى أصح القولين ، وينبغى أن يكون القضاء كذلك والله أعلم •

أما إذا أحرمت بحجة تطوع فله منعها منه بلا خلاف ، فان أحرمت به فهل له تحليلها منه ؟ فيه طريقان مشهوران حكاهما القاضى أبو حامد المروذى والشيخ أبو حامد الإسفراينى والدارمى والقاضى أبو الطيب فى كتابيه المجموع والتجريد والماوردى والقاضى أبو على البندنيجى والقاضى حسين والفورانى وإمام الحرمين والغزالى وابن الصباغ والمتولى والبغوى وصاحب العدة والرويانى الشاشى وخلائق آخرون (أصحهما) باتفاقهم له تحليلها (والثانى) لا ، لأنها لما أحرمت بها صارت كحجة الإسلام ، لأن حجة التطوع تلزم بالشروع والله أعلم •

(**فرع**) قال أصحابنا : حيث أبحنا له تحليلها لا يجوز لها أن تتحلل حتى يأمرها ، فاذا أمرها تحللت كما يتحلل المحصر سواء ، فتذبح الهدى وتنوى عنده الخروج من الحج ، وتقصر رأسها أو ثلاث شعرات إذا قلنا الحلق نسك ، فان كانت واجدة للهدى فلابد مما ذكرناه ، وإن كانت عادمة له فهى كالحر المحصر ، إذا عدم الهدى ، وقد سبق إيضاحه ، واتفق أصحابنا على أن تحللها لا يحصل إلا مما يحصل به تحلل المحصر ، وأنها لو تطيبت أو جومعت أو قتلت صيدا أو فعلت غير ذلك من محظورات الإحرام أو فعل الزوج ذلك بها لا تصير متحللة بل يلزمه الفدية فيما ارتكبته ، والله أعلم • قال أصحابنا : ومتى أمرها بالتحلل حيث جوزناه

له لزمها المبادرة به وإن امتنعت منه مع تمكنها جاز للزوج وطؤها وسائر الاستمتاعات بها ولا إثم عليه وعليها هى الإثم لتقصيرها وكذلك الأمة إذا امتنعت من التحلل فللسيد وطؤها ولا إثم عليه وعليها هى الإثم •

وحكى إمام الحرمين هذا عن الصيدلانى ثم قال الإمام : وهذا فيه نظر ، لأن المحرمة حرام لحق الله تعالى ، كما أن المرتدة حرام لحق الله تعالى ، فيحتمل تحريمها على الزوج والسيد • هذا كلام الإمام والمذهب القطع بالجواز كما قاله الصيدلانى وغيره ، وبه جزم الغزالى وغيره ، والله أعلم •

(فرع) ليس للأمة المزوجة الإحرام إلا بإذن السيد والزوج جميعا بلا خلاف لأن لكل واحد منهما حقا ، فان أذن أحدهما فللآخر المنع بلا خلاف ، فان أحرمت بغير إذنهما ، قال الدارمى : إن اتفقا على تحليلها فلهما ذلك ، وإن اتفقا على بقائها وذهابها فى الحج جاز ، وإن أراد السيد تحليلها فله ذلك ، وإن أراده الزوج ، قال ابن القطان : نص الشافعى أن له ذلك ، قال ابن القطان : فيحتمل هذا ويحتمل أن يقال : لا يحللها ، لأن للسيد المسافرة بها ، نقله الدارمى • ونقل الرويانى عن القفال أن المذهب أن للزوج تحليلها ، كما هو للسيد ، وأن من الأصحاب من قال بالنسبة إلى الزوج كالزوجة الحرة إذا أحرمت بتطوع ، هل له تحليلها ؟ فيه طريقان ، والمذهب الأول •

(فرع) قال الدارمى : إذا أحرمت فى العدة فان كانت رجعية فلم يراجعها ، فليس له تحليلها ، وله منعها من الخروج ، فان قضت العدة ولم يراجعها مضت فى الحج ، فان أدركته فذلك ، وإن فاتها فلها حكم الفوات وإن راجعها فهل له تحليلها ؟ فيه القولان السابقان ، وإن كانت مطلقة بائنا فليس له تحليلها بلا خلاف ، وله منعها ، فان أدركت الحج بعد انقضاء العدة وإلا فهى كذات الفوات ، ولو أحرمت ثم طلقها فوجبت العدة

أقامت على إحرامها ، ولم يجز لها التحلل ، فان انقضت عدتها فأدركت الحج فذاك ، وإن فاتها ــ قال ابن المرزبان : إن كانت هى سبب وجوب العدة بخيار ونحوه فهى المفوتة وإن طرأت بغير اختيارها ففى القضاء وجهان بناء على القولين فى المحصر إذا سلك طريقا ففاته ، هذا كلام الدارمى •

وكذا قال الرويانى والرافعى وغيرهما إن المعتدة الرجعية إذا أحرمت فللزوج منعها من الذهاب فى الحج ، وليس له تحليلها ولكن له رجعتها ، فاذا رجع هل له تحليلها ؟ فيه القولان ، وجزم الرافعى بأنه يحللها بعد المراجعة ، وهو تفريع على الأصح وإلا فالقولان لابد منهما كما ذكره الدارمى والرويانى وغيرهما • ونقل الرويانى فيما إذا حرمت بحج تطوع ثم طلقت ثم اعتدت ففاتها قولين (أحدهما) يجب القضاء كالخطأ فى العدد (والثانى) لا ، لعدم تقصيرها ، وهذا موافق لما ذكره ابن المرزبان والله أعلم •

وقال الماوردى : إذا أحرمت ثم وجبت العدة بوفاة زوج أو طلاقه لزمها المضى فى الإحرام وأعمال النسك ، ولا تكون العدة مانعة لأن الإحرام سابق ، قال : فان منعها حاكم من إتمام الحج بسبب العدة صارت كالمحصر ، فتتحلل وعليها دم الإحصار •

(**فرع**) لو أذن لزوجته فى الإحرام ثم رجع عن الإذن أو اختلفا فادعت الاذن وأنكره ، ففيه التفصيل الذى قدمته فى أول كتاب الحج فى مثل ذلك بين العبد والسيد ، كذا قاله الدارمى والله أعلم •

(**فرع**) إذا أرادت الحج ، قال الماوردى والمحاملى وغيرهما من الأصحاب : إن كان الحج فرضا جاز لها الخروج مع زوج أو محرم أو نسوة ثقات ، ويجوز مع امرأة ثقة قال الماوردى ومن الأصحاب من قال :

إذا كان الطريق أمنا لا يخاف خلوة الرجال بها جاز خروجها بغير محرم ، وبغير امرأة ثقة ، قال : هذا خلاف نص الشافعي قالوا : فان كان الحج تطوعا لم يجز أن تخرج إلا مع محرم ، وكذا السفر المباح كسفر الزيارة والتجارة لا يجوز خروجها فى شيء من ذلك إلا مع محرم أو زوج • قال الماوردى : ومن أصحابنا من جوز خروجها مع نساء ثقات ، كسفرها للحج الواجب ، قال : وهذا خلاف نص الشافعى • وكذا قال الشيخ أبو حامد فى تعليقه لا يجوز لها الخروج فى حج التطوع إلا مع محرم ، نص عليه الشافعى فى كتاب العدد من الأم ، فقال : لا يجوز الخروج فى حج التطوع إلا مع محرم •

قال أبو حامد : ومن أصحابنا من قال : لها الخروج بغير محرم فى أى سفر كان واجبا كان أو غيره ، وهكذا ذكر المسألة البندنيجى وآخرون وحاصله أنه يجوز للخروج للحج الواجب مع زوج أو محرم أو امرأة ثقة ، ولا يجوز من غير هؤلاء ، وإن كان الطريق أمنا ، وفيه وجه ضعيف أنه يجوز إن كان أمنا • وأما حج التطوع وسفر الزيارة والتجارة وكل سفر ليس بواجب فلا يجوز على المذهب الصحيح المنصوص إلا مع زوج أو محرم ، وقيل : يجوز مع نسوة أو امرأة ثقة كالحج الواجب ، وقد سبقت هذه المسألة مختصرة فى أول كتاب الحج فى ذكر استطاعة المرأة والله أعلم •

(فرع) قد ذكرنا تفصيل مذهبنا فى حج المرأة • وذكرنا أن الصحيح أنه يجوز لها فى سفر حج الفرض أن تخرج مع نسوة ثقات • أو امرأة ثقة ، ولا يشترط المحرم ولا يجوز فى التطوع وسفر التجارة والزيارة ونحوهما إلا بمحرم • وقال بعض أصحابنا : يجوز بغير نساء ولا امرأة إذا كان الطريق أمنا • وبهذا قال الحسن البصرى وداود ، وقال مالك : لا يجوز بامرأة ثقة • وإنما يجوز بمحرم أو نسوة ثقات • وقال أبو حنيفة

وأحمد : لا يجوز إلا مع زوج أو محرم ، قال الشيخ أبو حامد : والمسافة التى يشترط أبو حنيفة فيهـا المحرم ثلاثة أيام فان كان أقل لم يشترط • واحتج لهم بحديث ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « لا تسافر امرأة ثلاثا إلا معها ذو محرم » رواه البخارى ومسلم • وفى رواية لمسلم « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تسـافر مسيرة ثلاث ليال إلا ومعهـا ذو محرم » •

وعن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ « لا تسـافر امرأة إلا مع محرم • فقال : يا رسول الله إنى أريد أن أخرج فى جيش كذا وكذا وامرأتى تريد الحج قال : اخرج معها » رواه البخارى ومسلم • وعن أبى سعيد أن النبى ﷺ قال : « لا تسافر المرأة يومين إلا ومعها زوجهـا أو ذو محرم » رواه البخارى ومسلم • وعن أبى هريرة عن النبى ﷺ قال « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسـافر مسيرة يوم وليلة ليس معها حرمة » رواه البخارى ومسلم • وفى رواية لمسلم « مسـيرة يوم » وفى رواية له « ليلة » وفى رواية صحيحة فى سنن أبى داود « مسيرة بريد » وقياسا على حج التطوع وسفر التجارة والزيارة ونحوهما •

واحتج أصحابنا بحديث عدى بن حاتم قال « بينما أنا عند النبى ﷺ إذ أتى رجل فشكا إليه الفاقة ، ثم أتاه آخر فشكا قطع السبيل ، فقال : يا عدى هل رأيت الحيرة ؟ قلت : لم أرها وقد أنبئت عنها ، قال : فان طال بك حياة لترين الظعينة ترتحل من الحيرة حتى تطوف بالكعبة ، لا تخاف إلا الله ، قال عدى : فرأيت الظعينة ترتحل من الحيرة حتى تطوف بالكعبة لا تخاف إلا الله » رواه البخارى ، وسبق ذكره فى استطاعة المرأة (فإن قيل) لا يلزم من حديث عدى جواز سفرها بغير محرم ، لأن النبى ﷺ

أخبر بأن هـذا سيقع ووقع ولا يلزم من ذلك جوازه ، كمـا أخبر ﷺ بأنه سيكون دجالون كذابون ، ولا يلزم من ذلك جوازه • قال أصحابنا : فجوابه أن هذا الحديث خرج فى سياق ذم الحوادث •

(وأما) حديث عدى فخرج فى سياق المدح والفضيلة واستعلاء الإسلام ورفع مناره ، فلا يمكن حمله على ما لا يجوز • قال الشيخ أبو حامد (فان قيل) هذا الخبر متروك الظاهر بالإجماع لأن فيه أنها تخرج بغير جوار ولا خلاف أنها لا تخرج بغير جوار ، ولو امرأة واحدة (فالجواب) أن بعض أصحابنا جوز خروجهـا وحدها بغير امرأة كمـا سبق ، وعلى مذهب الشافعى ومنصوصه يشترط المرأة ولا يلزم من ذلك ترك الظـاهر لأن حقيقته أن لا يكون معها جوار أصلا ــ والجوار الملاصق والقريب ــ ونحن لا نشترط فى المرأة التى تخرج معها كونها ملازمة لها ، فان مشت قدام القافلة أو بعدها بعيدة عن المرأة جاز ، فحصل من هذا أنا نقول بظاهر الحديث ، هذا كلام أبى حامد • قال أصحابنا : ولأنه سفر واجب فـلم يشترط فيه المحرم كالهجرة • قال أصحابنا : وقياسـا على ما إذا كانت المسافة مرحلتين ، فان الحنفية وافقونا على أنه لا يشترط المحرم (فان قالوا) إنما جاز فى المرحلتين لأنه ليس بسفر (قلنا) هذا مخالف للأحاديث الصحيحة السابقة •

(وأما) الجواب عن الأحاديث التى احتجوا بها فمن أوجه (أحدها) جواب الشيخ أبى حامد وآخرين أنها عامة فنخصها بما ذكرناه (والثانى) أنه محمول على سفر التجارة والزيارة وحج التطوع وسائر الأسفار غير سفر الحج الواجب (الثالث) ذكره القاضى أبو الطيب أنه محمول على ما إذا لم يكن الطريق أمنا (والجواب) عن قياسهم على حج التطوع وسفر التجارة وأنه ليس بواجب بخلاف حج الفرض والله أعلم •

(وإن أحرم الولد بغير إذن الأبوين — فإن كان فى حج فرض — لم يكن لهما تحليله ، لأنه فرض ، فلم يجز إخراجه منه كالصوم والصلاة ، وإن كان فى حج تطوع ففيه قولان (أحدهما) يجوز لهما تحليله . لأن النبى ﷺ قال لمن أراد أن يجاهد وله أبوان : (ففيهما فجاهد) فمنع الجهاد لحقهما وهو فرض ، فدل على أن المنع من التطوع لحقهما أولى (والثانى) لا يجوز ، لأنه قربة لا مخالفة عليه فيها ، فلا يجوز لهما تحليله منها كالصوم) .

(الشرح) هذا الحديث رواه البخارى ومسلم من رواية عبد الله بن عمرو بن العاص بلفظه (وقوله) لأنه قربة لا مخالفة عليه فيها احتراز من الجهاد .

(أما الأحكام) فقال أصحابنا : من كان له أبوان أو أحدهما استحب أن لا يحرم إلا باذنهما أو إذن الحى منهما ، فان أذنا له فى حج فرض أو تطوع فأحرم لم يكن لهما تحليله ولا منعه بلا خلاف ، كما سبق فى العبد والزوجة ، وإن منعاه الإحرام أو منعه أحدهما فان كان فى حج تطوع فلهما المنع على المذهب ، وبه قطع الجماهير فى الطريقتين ، وحكى الرافعى وجها شاذا أنه ليس لهما منعه منه . وهذا ليس بشىء فان أحرم بالتطوع فهل لهما تحليله ؟ فيه قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) لهما ، ولكل واحد منهما تحليله . وأشار إليه الشافعى فى الإملاء وممن نص على تصحيحه القاضى حسين فى تعليقه والجرجانى فى التحرير وغيرهما (والثانى) ليس لهما تحليله ، نص عليه فى الأم وصححه الفارقى والصحيح الأول .

أما إذا أراد حج فرض الإسلام أو قضاء نذر ، فليس لهما منعه ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الجماهير فى الطريقتين . وحكى صاحب العدة والرويانى والرافعى فيه وجها شاذا أن لهما منعه من الفرض كالتطوع وليس بشىء ، فان أحرم به فليس لهما تحليله منه على المذهب ، وبه قطع الجمهور .

وحكى القاضى حسين والرويانى والرافعى وغيرهم فيه طريقا آخر أنه على قولين كالزوجة وليس بشىء ، والله أعلم •

وإذا أحرم بالتطوع وأراد الأبوان تحليله كان لهما ذلك على الأصح كما ذكرنا فلو أراده أحدهما فهو كما لو أراده • هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وقال الماوردى : إن أراد الأب تحليله فله ذلك على قولنا لهما تحليله • وإن أرادته الأم فلا ، وحكاه الرويانى عن الماوردى ثم قال : وهذا مشكل ، وهو كما قال الرويانى فالصحيح أن الأم كالأب فى هذا ، والله أعلم •

(فرع) قال أصحابنا ، حيث جوزنا لهما تحليله فهو كتحليل الزوجة فيؤمر الولد بأن يتحلل بما يتحلل به المحصر من النية والذبح والحلق ، وقد سبق بيانه واضحا •

(فرع) تحليل الولد من العمرة ومنعه منها كالحج فى كل ما ذكرناه باتفاق الأصحاب •

(فرع) إذا أراد الولد السفر لطلب العلم فقد جزم المصنف فى أول كتاب السير بأنه يجوز بغير إذن الأبوين ، قال : وكذلك سفر التجارة لأن الغالب فيها السلامة • وبسط البغوى المسألة هنا فقال : إن أراد الولد الخروج لطلب العلم بغير إذن الأبوين ــ نظر إن كان هناك من يتعلم منه ــ لم يجز ولهما منعه ، وإن لم يكن نظر ، فان أراد تعلم ما هو فرض عين لم يكن لهما منعه •

وفى فرض الكفاية وجهان (أصحهما) لا يجوز لهما منعه لأنه فرض عليه ما لم يبلغ واحد هناك درجة الفتوى ، حتى لو كبر المفتى وشاخ جاز لشاب أن يخرج لطلب العلم إن لم يمكنه التعلم من الشيخ • قال : ولو

خرج واحد للتعلم هل لآخر أن يخرج بغير إذن الأبوين ؟ فيه وجهان : (أحدهما) لا ، لأنه قام به غيره كالجهاد (والثانى) نعم ، لأن قصد إقامة الدين لا خوف فيه ، هذا كلام البغوى .

(فـرع) قال أصحابنا : من عليه دين حال وهو موسر ، يجـوز لمستحق الدين منعه من الخروج إلى الحج وحبسه ، ما لم يؤد الدين ، فان كان أحرم فليس له التحلل كما سبق ، بل عليه قضـاء الدين والمضى فى الحج . وإن كان معسرا فلا مطالبة ولا منع ، وإن كان مؤجلا فلا منع ولا مطالبة ، لـكن يستحب أن لا يخرج حتى يوكل من يقضي الدين عنـد حلوله .

(فـرع) حيث جوزنا تحليل الزوجة والولد فتحللا ، فلهما حكم المتحلل بحصر خاص ، فان كان حج تطوع لم يجب قضاؤه على أصـح القولين ، وإن كان فرضا ففيه التفصيل السابق فى حكم الحاج المحصر .

(فـرع) قال إمام الحرمين وغيره : قول الأصحاب للسيد تحليل العبد ، وللزوج تحليل الزوجة وللوالد تحليل الولد . هذا كله مجاز ، ولا يصح التحليل من هؤلاء المذكورين ، بل معناه أنهم يأمرون العبـد والزوجة والولد بالتحلل ، فيتحلل المـأمور بالنية مع الذبح والحلق على تفصيله السابق ، وهذا واضح لا شك فيه والله أعلم .

قال المصنف رحمـه الله تعـالى

(إذا أحرم وشرط التحلل لفرض صحيح مثل أن يشترط انه إذا مرض تحلل ، او إذا ضاعت نفقته تحلل . ففيه طريقان (أحدهما) انه على قولين (أحدهما) لا يثبت الشرط ، لأنه عبادة لا يجوز الخروج منها بغير عذر ، فلم يجز الخروج منها بالشرط كالصلاة المفروضة (والثانى) انه يثبت الشرط ، لما روى ابن عباس ((أن ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب قالت : يا رسول الله إنى امرأة ثقيلة . وإنى أريد الحج ، فكيف تأمرنى أن اهل قال أهلى واشترطى

ان محلى حيث حبستنى » فدل على جواز الشرط (ومنهم) من قال : يصح الشرط قولا واحدا لأنه علق احد القولين على صحة حديث ضباعة [وقد صح حديث ضباعة][1] فعلى هذا إذا شرط أنه إذا مرض تحلل لم يتحلل إلا بالهدى. وإن شرط أنه إذا مرض صار حلالا فمرض ، صار حلالا . ومن أصحابنا من قال : لا يتحلل إلا بالهدى ، لأن مطلق كلام الآمى يحمل على ما تقرر فى الشرع، والذى تقرر فى الشرع أنه لا يتحلل إلا بالهدى ، فأما شرط أنه يخرج منه إذا شاء او يجامع فيه إذا شاء ، فلا يجوز له ، لأنه خروج من غير عذر ، فلم يصح شرطه) .

(الشرح) حديث ضباعة رواه البخارى ومسلم وتقدمت طرقه ، وبيان ما يتعلق به مع بيان الأحاديث والآثار الواردة فى المسألة مع بيان الفصل جميعا وبسطناها واضحة فى فصل إحصار الغريم والمريض ، ويحصل مما قررناه هناك ، أن قول المصنف لم يتحلل إلا بالهدى اختيار منه للضعيف من القولين (الأصح) أنه لا دم ، هذا إذا أطلق أنه يتحلل ، أما إذا قال : أتحلل بالهدى لزمه بلا خلاف وإن قال : أتحلل بلا هدى ، فلا يلزمه بلا خلاف كما سبق إيضاحه هناك .

(وقوله) لأنه عبادة لا يجوز الخروج منهـا بغير عذر احتراز من صلاة التطوع وصومه (وقوله) كالصلاة المفروضة تصريح منه بما هو مذهب الشافعى وجميع أصحابه أنه لا يجوز لمن دخل فى صلاة مفروضة مؤداة فى أول وقتها أو مقتضية أو صوم واجب بقضاء أو نذر أو كفـارة الخروج بلا عذر ، وإن كان الوقت واسعا وقد سبقت المسألة واضحة فى باب التيمم ، وفى آخر باب مواقيت الصـلاة وآخر كتاب الصيام . والله أعلم .

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من ش و ق (ط) .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(إذا أحرم ثم ارتد ففيه وجهان (أحدهما) يبطل إحرامه ، لأنه إذا بطل الإسلام الذى هو أصل فلأن يبطل الإحرام الذى هو فرع أولى (والثانى) لا يبطل كما لا يبطل بالجنون والموت ، فعلى هذا إذا رجع إلى الإسلام بنى عليه) .

(الشرح) قوله : (فلأن يبطل الإحرام) وهو فرع ينتقض بالوضوء فانه فرع ولا يبطل بالردة على المذهب كما سبق بيانه فى باب ما ينقض الوضوء ، وهذان الوجهان اللذان ذكرهما المصنف (أصحهما) عند الأكثرين يبطل . وفى المسألة وجهان آخران ، وقد سبق ذكر الأوجه الأربعة مع فروعها فى باب ما يجب بمحظورات الإحرام فى مسائل إفساد الحج بالجماع والله أعلم .

(فصل) فى مسائل من مذاهب العلماء فى الاحصار .

(منها) المحرم بالحج له التحلل إذا أحصره عدو بالإجماع ، ويلزمه دم وهو شاة ، هذا مذهبنا ، ومذهب أبى حنيفة وأحمد والجمهور . وعن مالك لا دم عليه دليلنا قوله تعالى « فإن أحصرتم فما استيسر من الهدى » وتقرير الآية الكريمة « فإن أحصرتم » فلكم التحلل ، وعليكم « ما استيسر من الهدى » .

(فرع) إذا أحرم بالعمرة فأحصر فله التحلل عندنا وعند الجمهور ، ومنعه مالك لأنها تفوت ، دليلنا قوله تعالى « فإن أحصرتم » ونزلت عام الحديبية حين كان النبيﷺ وأصحابه أحرموا بالعمرة ، فتحللوا وذبحوا الهدايا ، وحديث هذه القصة فى الصحيح مشهورة .

(فرع) يجوز عندنا التحلل بالإحصار قبل الوقوف وبعده ، سواء أحصر عن الكعبة فقط أو عن عرفات فقط أو عنهما . وقال أبو حنيفة : لا يتحلل بالإحصار بعد الوقوف ، فان أحصر بعد الوقوف عن الكعبة وعرفات تحلل ، وإن أحصر عن أحدهما لم يجز له التحلل ، دليلنا قوله تعالى « فإن أحصرتم » الآية ولم يفرق .

(فـرع) ذبح هدى الإحصار حيث أحصر ، سواء كان فى الحرم أو غيره وقال أبو حنيفة : لا يجوز ذبحه إلا فى الحرم ، قال : ويجوز قبل النحر . وقال أبو يوسف ومحمد لا يجوز قبل يوم النحر ، دليلنا الأحاديث الصحيحة أن النبيﷺ « نحر هديه هو وأصحابه بالحديبية وهى خارج الحرم » .

(فـرع) إذا تحلل بالإحصار ، فان كان حجه فرضا بقى كما كان قبل هذه السنة ، وهـذا مجمع عليه ، وإن كان تطوعا لم يجب قضـاؤه عندنا ، وبه قال مالك وأحمد وداود ، وقال أبو حنيفة ومجاهد والشعبى وعكرمة والنخعى : يلزمه قضاء التطوع أيضا .

(فـرع) قد ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يجوز التحلل بالمرض وغيره [1] سواء العذر من غير شرط ، وبه قال ابن عمر وابن عباس ومالك وأحمـد وإسحاق .

وقال عطاء والنخعى والثورى وأبو حنيفة وأبو ثور وداود : يجوز التحلل بالمرض وكل عذر حدث ، وسبق دليل المسألة .

(فـرع) يجوز للمكى التحلل إذا أحصر عن عرفات ، هذا مذهبنا ، وبه قال أبو ثور وابن المنذر . وقال محمد بن الحسن وغيره [2] .

(فـرع) ذكرنا أن الأصح عندنا أنه له منع زوجتـه من حجـة الإسلام . قال مالك وأبو حنيفـة وداود : ليس له ذلك . وأما اشتراط المحرم مع المرأة فى السفر فقد سبق قريبا بيانه ، ومذاهب العلماء فيـه ، والله أعلم .

---

(١) كذا فى ش و ق ولعل العبارة حدث فيهـا تحريف وكانت (لا يجوز التحلل سواء للعذر بالمرض وغيره من غير شرط) فليحرر (ط) .

(٢) بياض بالأصل والسقط « لا يجوز التحلل للمكى اذا أحصر عن عرفات » . (المطيعى)

باب الهـدى

قال المصنف رحمـه الله تعـالى

(يستحب لمن قصد مكة حاجا أو معتمرا أن يهدى إليها من بهيمة الأنعام وينحره ويفرقه ، لمـا روى أن رسول الله ﷺ ((اهدى مائة بدنة)) ويستحب أن يكون ما يهديه سمينا حسنا لقوله تعالى (ومن يعظم شعائر الله) قال ابن عباس فى تفسيرها : الاستسمان والاستحسان والاستعظام ، فإن نذر وجب عليه لأنه قربة فلزمت بالنذر) .

(الشرح) حديث « أهدى النبيﷺ مائة بدنة » صحيح رواه البخارى ومسلم والتصريح بالمـائة فى رواية البخارى « وشعائر الله » معالم دينه ، واحدتها شعيرة ، وأصل الشعائر والأشـعار ، والشعار الأعلام . وقوله « قربة » بإسكان الراء وضمها ــ لغتان مشهورتان ، قرىء بهما فى السبع الأكثرون بالإسكان وورش بالضم . والهدى بإسكان الدال مع تخفيف الياء ، وبكسر الدال مع تشديد الياء ــ لغتان مشهورتان حكاهما الأزهرى وغيره . قال الأزهرى : الأصل التشديد والواحدة هدْية وهدَّية ، ويقال فيه أهديت الهدى .

قال العلماء : والهدى ما يهدى إلى الحرم من حيوان وغيره ، والمراد هنا ما يجزىء فى الأضحية من الإبل والبقر والغنم خاصة ، لهذا قيـده المصنف بقوله أن يهدى إليها من بهيمة الأنعام فخصه ببهيمة الأنعام لكونه يطلق على كل ما يهدى والأنعام هى الإبل والبقر والغنم ، والله أعلم .

(اما الأحكام) فاتفقوا على أنه يستحب لمن قصد مكة بحج أو عمرة أن يهدى هديا من الأنعام وينحره هناك ، ويفرقه على المساكين الموجودين فى الحرم . ويستحب أن يكون ما يهديه سمينا حسنا كاملا نفيسا ، لمـا ذكره المصنف ، ولا يجب الهدى إلا بالنذر ، والله أعلم .

(**فـرع**) يستحب أن يكون الهدى معـه من بلده ، فإن لم يفعل فشراؤه من الطريق أفضل من شرائه من مكة ، ثم من مكة ، ثم عرفات ، فإن لم يسقه أصلا بل اشتراه من منى جاز وحصل أصل الهدى • هـذا مذهبنا وبه قال ابن عباس وأبو حنيفة وأبو ثور والجمهور • وقال ابن عمر وسعيد بن جبير : لا هدى إلا ما أحضر عرفات •

قال المصنف رحمـه الله تعـالى

(فان كان من الإبل والبقر فالمستحب ان يشعرها فى صفحة سنامها الأيمن ويقلدها نعلين ، لمـا روى ابن عباس أن النبى ﷺ « صلى الظهر فى ذى الحليفة ثم أتى ببدنة فاشعرها فى صفحة سنامها الأيمن ، ثم سلت الدم عنها ثم قلدها نعلين » ولأنه ربما اختلط بغيره ، فإذا اشعر وقلد تميز ، وربما ند فيعرف بالإشعار والتقلد فيرد • وإن كان غنما قلده ، لمـا روت عائشة رضى الله ان النبى ﷺ « اهدى مرة غنما مقلدة ، وتقلد الغنم خرب القرب » لأن الغنم يثقل عليها حمل النعال ولا يشعرها ، لأن الإشعار لا يظهر فى الغنم لكثرة شعرها وصوفها) •

(**الشرح**) حديث ابن عباس رضى الله عنهمـا رواه مسلم بلفظه ، وحديث عائشة رواه مسلم بلفظه والبخارى بمعناه • وقوله « يشعرها » بضم الياء ، وأصل الإشعار الإعلام • وقوله « صفحة سنامها الأيمن » كان ينبغى أن يقول اليمنى ، لأن الصفحة مؤنثة ، وهذا وصف لها ، ولكن قد ثبت فى صحيح مسلم فى حديث ابن عباس « هذا صفحة سنامها الأيمن » فيتعين تأويله ، وهو أن يكون المراد بالصفحة الجانب • وخرب القرب ــ بضم الخاء المعجمة وفتح الراء ، وهى عراها واحدتهـا خربة كركبة وركب • وقوله « ند » هو بفتح النون وتشديد الدال ــ أى هرب •

(**اما الأحكام**) فاتفق الشافعى والأصحاب على أنه يسن لمن أهدى شيئا من الإبل والبقر أن يشعره ويقلده ، فيجمع بين الإشعار والتقليد ، وأنه إذا أهدى غنما قلدها ولا يشعرها •

قال أصحابنا : ويستحب كون الإشعار والتقليد فى الجميع والهدى مستقبل القبلة ، وصح ذلك عن ابن عمر رضى الله عنهما ، وهذا كله لا خلاف فيه وأما قول المصنف فى التنبيه : ويقلد البقر والغنم ولا يشعرها ، فجعل البقر كالغنم فغلط للذهول لا أنه تعمده ، وأنه وجه فى المذهب وقد نبهت عليه فى التحرير فى صحيح التنبيه والله أعلم •

ولا فرق فيما ذكرناه بين هدى التطوع والمنذور قال المصنف والأصحاب : المراد بالإشعار هنا أن يضرب صفحة سنامها اليمنى بحديدة ، وهى باردة مستقبلة القبلة فيدميها ثم يلطخها بالدم ، لما ذكره المصنف ، قالوا وتقليد الإبل والبقر يكون بنعلين من هذه النعال التى تلبس فى الرجلين فى الإحرام ، ويستحب أن يكون له قيمة ويتصدق بها بعد ذبح الهدى ، وتقليد الغنم بخرب القرب ، وهى عراها وآذانها ، والخيوط المفتولة ونحوها ، قالوا : ولا يقلدها النعل ولا يشعرها لما ذكره المصنف ، ولو ترك التقليد والإشعار فلا شىء عليه لكن فاته الفضيلة •

ويجوز فى الإبل والبقر تقديم الاشعار على التقليد وعكسه • وفى الأفضل وجهان (أحدهما) وهو نص الشافعى تقديم التقليد أفضل (والثانى) تقديم الإشعار أفضل • حكاه صاحب الحاوى عن أصحابنا كلهم ولم يذكر فيه خلافا ، وصح هذا عن النبى ﷺ وصح الأول عن ابن عمر من فعله • رواه مالك فى الموطأ والبيهقى •

(فرع) قد ذكرنا أنه يستحب كون الشعار فى صفحة السنام اليمنى • نص عليه الشافعى واتفق عليه الأصحاب • فلو أهدى بعيرين مقرونين فى حبل قال أبو على البندنيجى فى كتابه الجامع ، والرويانى فى البحر : يشعر أحدهما فى الصفحة اليمنى والآخر فى اليسرى ليشاهد ، والله أعلم •

(فـرع) قال المـاوردى : قال الشافعى : فإن لم يكن للبقرة والبدنة سنام أشعر موضع سنامها •

(فـرع) قد ذكرنا أن مذهبنا استحباب الإشعار والتقليد فى الإبل والبقر ، وبه قال جماهير العلماء من السلف والخلف ، وهو مذهب مالك وأحمد وأبى يوسف ومحمد وداود • قال الخطابى : قال جميع العلماء : الإشعار سنة • ولم ينكره أحد غير أبى حنيفة ، وقال أبو حنيفة : الإشعار بدعة ، ونقل العبدرى عنه أنه قال : هو حرام لأنه تعذيب للحيوان ومثلة ، وقد نهى الشرع عنهما •

واحتج أصحابنا بحديث عائشة رضى الله عنها قالت « فتلت قلائد بدن رسول الله ﷺ بيدى ثم أشعرها وقلدها ، ثم بعث بها إلى البيت وأقام بالمدينة فما حرم عليه شىء كان له حلالا » رواه البخارى ومسلم • وعن المسور بن مخرمة ومروان بن الحكم قالا : « خرج النبى ﷺ زمن الحديبية من المدينة مع عشرة مائة من أصحابه حتى إذا كان بذى الحليفة قلد النبى ﷺ الهدى وأشعره وأحرم بعمرة » رواه البخارى •

وعن ابن عباس قال « صلى رسول الله ﷺ بذى الحليفة ثم دعا بناقته فأشعرها فى صفحة سنامها الأيمن ، وسلت الدم وقلدها نعلين ، ثم ركب راحلته فلمـا استوت به على البيداء أهل بالحج » رواه مسـلم ورواه أبو داود باسـناد صحيح وقال : « ثم سـلت الدم بيديه » وفى رواية بأصبعيه • وعن نافع « أن ابن عمر كان إذا أهدى هديا من المدينة قلده وأشعره بذى الحليفة ، يقلده قبل أن يشعره ، وذلك فى مكان واحد وهو موجه للقبلة يقلده نعلين ويشعره من الشق الأيسر ثم يسـاق معه حتى يوقف به مع الناس بعرفة ، ثم يدفع به معهم إذا دفعوا فاذا قدم فى غداة نحره » رواه مالك فى الموطأ عن نافع فهو صحيح بالإجماع •

وعن مالك عن نافع أن ابن عمر « كان يشعر بدنه من الشق الأيسر إلا أن يكون صعابا مقرنة ، فاذا لم يستطع أن يدخل منها أشعر من الشق الأيمن ، وإذا أراد أن يشعرها وجهها إلى القبلة ، وإذا أشعرها قال : باسم الله والله أكبر وأنه كان يشعرها بيده وينحرها بيده قياما » وروى مالك والبيهقى وغيرهما بالاسناد الصحيح عن ابن عمر أنه قال « الهدى ما قلد وأشعر ووقف به بعرفة » وروى البيهقى باسناده الصحيح عن عائشة « لا هدى لا ما قلد ووقف به بعرفة » وباسناده الصحيح عنها قالت « إنما تشعر البدنة ليعلم أنها بدنة » وأما الجواب عن احتجاجهم بالنهى عن المثلة وعن تعذيب الحيوان فهو أن ذلك عام » وأحاديث الإشعار خاصة فقدمت • وأجاب الشيخ أبو حامد بجواب آخر ، وهو أن النهى عن المثلة كان عام غزوة أحد سنة ثلاث من الهجرة والإشعار كان عام الحديبية سنة ست ، وعام حجة الوداع سنة عشر فكان ناسخا ، والمختار هو الجواب الأول ، لأن النسخ لا يصار إليه مع إمكان الجمع والتأويل ، ولأن النهى عن المثلة باق • والله أعلم •

(فـرع) قد ذكرنا أن مذهبنا استحباب الإشعار فى صفحة السنام اليمنى ، وبه قال أحمـد وداود • وقال ابن عمر ومالك وأبو يوسف : يشعرها فى الصفحة اليسرى دليلنا حديث ابن عبـاس السابق فى الفرع قبـله •

(فـرع) ذكرنا أن مذهبنا إشعار البقر مطلقا ، فان كان لها سنام أشعرت فيه وإلا ففى موضعه ، وقال مالك : إن كان لهـا سنام أشعرت فيه ، وإلا فلا إشعار •

(فـرع) مذهبنا تقليد الغنم للأحاديث السابقة • وقال أبو حنيفة ومالك : «لا يستحب » •

(فـرع) يستحب فتل قلائد الهدى لحديث عائشة قالت « فتلت قلائد بدن رسول الله ﷺ بيدى ثم أشعرها وقلدها ثم بعث بها إلى البيت وأقام بالمدينة فما حرم عليه شيء كان له حلالا » رواه البخارى ومسلم ، وفى رواية « كنت أفتل القلائد للنبى ﷺ فيقلد الغنم ، ويقيم فى أهله حلالا » رواه البخارى ومسلم .

(فـرع) إذا قلد الهدى وأشعره لم يصر هديا واجبا على المذهب الصحيح المشهور الجديد بل يبقى سنة ، كما قبل التقليد والإشعار ، وفيه قول شاذ أنه يصير واجبا كما لو نذره باللفظ ، وسيأتى إيضاح المسألة حيث ذكرها المصنف فى أول كتاب النذر .

(فـرع) إذا قلد هديه وأشعره لا يصير محرما بذلك ، وإنما يصير محرما بنية الإحرام ، وهذا مذهبنا ومذهب العلماء كافة . ونقل الشيخ أبو حامد عن ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم أنهما قالا : يصير محرما بمجرد تقليد الهدى . وهـذا النقل الذى ذكره أبو حامد وتابعه عليه الأصحاب فيه تساهل ، وإنما مذهب ابن عباس أنه إذا قلد هديه حرم عليه ما يحرم على المحرم حتى ينحر هديه ، وكذا مذهب ابن عمر إن صح عنه فى هذه المسألة شيء ، ودليل ما ذكرته حديث عمرة بنت عبد الرحمن « أن زياد بن أبى سفيان كتب إلى عائشة أن عبد الله بن عباس قال : من أهدى هديا حرم عليه ما يحرم على الحاج حتى ينحر هديه ، قالت عمرة : قالت عائشة : ليس كما قال ابن عباس ، أنا فتلت قلائد هدى رسول الله ﷺ بيدى ثم قلدها رسول الله ﷺ بيده ، ثم بعث بهـا مع أبى فلم يحرم على رسول الله ﷺ شيء أحله الله له حتى نحر الهدى » رواه البخارى ومسلم .

وفى رواية مسلم « أن ابن زياد كتب إلى عائشة » وفى رواية لمسلم « أنا فتلت تلك القلائد من عهن كان عندنا فأصبح فينا رسول الله حلالا

يأتى ما يأتى الحلال من أهله أو يأتى ما يأتى الرجل من أهله » وفى رواية لمسلم عن عروة وعمرة أن عائشة قالت : « كان رسول الله ﷺ يهدى من المدينة فأفتل قلائد هديه ثم لا شىء مما يتجنب المحرم » وعن الأسود عن عائشة مثله ، والله أعلم •

(فـرع) السنة أن يقلد هديه ويشعره عند إحرامه ، سواء أحرم من الميقات أو قبله للأحاديث السابقة ، والله أعلم •

(فـرع) يستحب لمن لم يرد الذهاب إلى الحـج أن يبعث هديا للأحاديث الصحيحة السابقة • ويستحب أن يقلده ويشعره من بلده بخلاف من يخرج بهديه فإنه إنما يشعره ويقلده حين يحرم من الميقات أو غيره كما ذكرنا فى الفرع قبله ، ودليل الجميع الأحاديث السابقة ، والله أعلم •

(فـرع) قال الشافعى رضى الله عنه : ويجزىء فى الهدى الذكر والأنثى ، لأن المقصود اللحم ، والذكر أجود لحما وأكثر ، ويخالف الزكاة حيث لا يجزىء الذكر ، لأن المقصود تسليم الحيوان فى الزكاة حيا لينتفع المساكين بدره ونسله وصوفه وغير ذلك « قال الشافعى : والأنثى أحب إلى من الذكر لأنها أزكى لحما والضأن أفضل من المعز ، والفحل أفضل من الخصى • قال أصحابنا لم يرد الفحل الذى يضرب لأن الضراب يهزله ويضعفه ، وإنما أراد الفحل الذى لا يضرب •

(فـرع) ثبت عن على رضى الله عنه قال « أمرنى رسول الله ﷺ أن أقوم على بدنه أتصدق بلحمها وجلودها وأجلتها • وأن لا أعطى الجزار منها وقال : نحن نعطيه من عندنا » رواه البخارى ومسلم •

وفى رواية للبخارى قال : أهدى النبى ﷺ مائة بدنة ، فأمرنى بلحومها فقسمتها ، ثم أمرنى بجلالها فقسمتها ، ثم أمرنى بجلودها فقسمتها ، واتفق

الشافعي والأصحاب وغيرهم من العلماء على استحباب تجليل الهدى والصدقة بذلك الجل ، ونقل القاضي عياض عن العلماء أن التجليل يكون بعد الإشعار ، لئلا يتلطخ بالدم ، وتكون نفاسة الجلال بحسب حال المهدى ، وكان بعض السلف يجلل بالوشي • وبعضهم بالحبرة ، وبعضهم باللادن والأرز ، وكان ابن عمر يجلل بالأنماط ، ويستحب أن يشق على الأسنمة إن كانت قيمتها قليلة لئلا يسقط ، وليظهر الإشعار وإن كانت نفيسه لم يشق والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فإن كان تطوعا فهو باق على ملكه وتصرفه إلى أن ينحر ، وإن كان نذرا زال ملكه عنه وصار للمساكين ، فلا يجوز له بيعه ولا إبداله بغيره ، لما روى ابن عمر رضى الله عنهما أن عمر رضى الله عنه أتى النبى ﷺ فقال « يارسول الله اهديت نجيبة واعطيت بها ثلاثمائة دينار أفابيعها وابتاع بثمنها بدنا وانحرها : قال : لا ، ولكن انحرها إياها » فإن كان مما يركب جاز له أن يركبه بالمعروف إذا احتاج ، لقوله تعالى « ولكم فيها منافع إلى اجل مسمى » [1] وسئل جابر رضى الله عنه عن ركوب الهدى فقال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : اركبا بالمعروف إذا الجئت إليها ، فإن نقصت بالركوب ضمن النقصان ، وإن نتجت تبعها الولد وينحره معها سواء حدث بعد النذر أو قبله ، لما روى ان عليا رضى الله عنه « رأى رجلا يسوق بدنة ومعها ولدها فقال : لا تشرب من لبنها إلا ما فضل عن ولدها ، فإذا كان يوم النحر فانبحها وولدها » ولأنه معنى يزيل الملك فاستتبع الولد كالبيع أو العتق ، فإن لم يمكنه أن يمشى حمله على ظهر الأم لما روى ان ابن عمر كان يحمل ولد البدنة إلى ان يضحى عليها ولا يشرب لبنها إلا مالا يحتاج إليه الولد ، ولقول على كرم الله وجهه • ولأن اللبن غذاء الولد ، والولد كالأم • فإذا لم يجز أن يمنع الأم علفها لم يجز ان يمنع الولد غذاءه ، وإن فضل عن الولد شيء فله ان يشربه لقوله عز وجل « ولكم فيها منافع إلى أجل مسمى » ولقول على رضى الله عنه • والأولى أن يتصدق به •

وإن كان لها صوف ــ نظرت فإن كان فى تركه صلاح بان يكون فى الشتاء، وتحتاج إليه للدفء ــ لم يجزه ، لأنه ينتفع به الحيوان فى دفع البرد عنه ،

---

(1) من الآية ٣٣ من سورة الحج •

وينتفع به المساكين عند الذبح ، وإن كان الصلاح فى جزه أن يكون فى وقت الصيف وقد بقى إلى وقت النحر مدة طويلة جزه لأنه يترفه به الهدى ويستمر فتنتفع به المساكين فإن أحصر نحره حيث أحصر كما قلنا فى هدى المحصر ، وإن تلف من غير تفريط لم يضمنه لأنه أمانة عنده ، فإذا هلكت من غير تفريط لم تضمن كالوديعة . وإن أصابه عيب نبحه وأجزاه ، لأن ابن الزبير أتى فى هداياه بناقة عوراء فقال « إن كان أصابها بعد ما اشتريتموها فامضوها : وإن كان أصابها قبل أن تشتروها فابدلوها » ولأنه لو هلك جميعه لم يضمنه ، فإذا نقص بعضه لم يضمنه كالوديعة) .

(الشرح) حديث ابن عمر فى قصة نجيبة بنت عمر رواه أبو داود وغيره باسناد صحيح ، إلا أنه من رواية جهم بن الجارود عن سالم بن عبدالله ابن عمر قال البخارى : لا يعرف له سماع مرسل . ووقع فى المهذب نجيبة والذى قاله المحدثون ووقع فى رواياتهم نجيبا بغيرها .

(وأما) حديث جابر فرواه مسلم ولفظه « سمعت جابر بن عبد الله يسأل عن ركوب الهدى فقال سمعت رسول الله ﷺ يقول اركبها بالمعروف إذا ألجئت إليها حتى تجد ظهرا » وعن أنس رضى الله عنه قال « مر رسول الله ﷺ برجل يسوق بدنة فقال : اركبها فقال : إنها بدنة قال : اركبها مرتين أو ثلاثا » رواه البخارى ومسلم . وفى الصحيحين عن أبى هريرة عن النبى ﷺ مثله (وأما) حديث على رضى الله عنه فرواه البيهقى .

(وأما) الأثر عن ابن عمر فى حمل ولد البدنة فصحيح ، رواه مالك فى الموطأ باسناده الصحيح ، وهو مالك عن نافع أن ابن عمر كان يقول « إذا أنتجت البدنة فليحمل ولدها حتى ينحر معها فان لم يجد له محلا فليحمل على أمه حتى ينحر معها » . (وأما) الأثر عن ابن الزبير فصحيح رواه البيهقى باسناد صحيح .

(**وأما ألفاظ الفصل**) فقوله (لأنه معنى يزيل الملك فاستتبع الولد) احتراز من التدبير ، فان ولد المدبرة من نكاح أو زنا لا يتبعها فى التدبير على أصح القولين • وقوله (يحتاج للدفأ) هكذا هو فى نسخ المهذب للدفأ وهو ــ بفتح الدال والفاء وبعدها همزة ــ على وزن الظمأ ، قال الجوهرى : الدفء السخونة يقول فيه : دفىء دفا مثل ظمىء ظما • والاسم الدفء بالكسر وهو الشىء الذى يدفئك • والجمع الدفاء ، والله تعالى أعلم •

(**أما الأحكام**) ففيها مسائل (إحداها) إذا كان الهدى تطوعا فهو باق على ملكه وتصرفه فله ذبحه وأكله وبيعه وسائر التصرفات لأن ملكه ثابت ولم ينذره وإنما وجد منه مجرد نية ذبحه • وهذا لا يزيل الملك كما لو نوى أن يتصدق بماله أو يعتق عبده أو يطلق امرأته أو يقف داره ، وقد سبق قريبا حكاية قول شاذ أنه إذا قلد الهدى صار كالمنذور ، والصواب الأول •

(أما) إذا نذر هدى هذا الحيوان فانه يزول ملكه بنفس النذر ، وصار الحيوان للمساكين فلا يجوز للناذر التصرف فيه ببيع ولا هبة ولا وصية ولا رهن ولا غيرها من التصرفات التى تزيل الملك أو تؤول إلى زواله كالوصية والهبة والرهن ولا يجوز أيضا إبداله بمثله ولا بخير منه • هذا هو المشهور وهو الذى تظاهرت عليه نصوص الشافعى ، وقطع به الأصحاب فى جميع الطرق •

وحكى الرافعى وجها أنه لا يزول ملكه حتى يذبحه ويتصدق باللحم ، كما لو قال : لله على إعتاق هذا العبد ، فانه لا يزول ملكه عنه إلا باعتاقه ، وهذا الوجه غلط والصواب ما سبق • وفرق الأصحاب بين الهدى والإعتاق بأن الملك ينتقل فى الهدى إلى المساكين ، فانتقل بنفس النذر كالوقف • وأما الملك فى العبد فلا ينتقل إلى العبد ولا إلى غيره ، بل ينفك عن الملك •

قال أصحابنا ولو نذر أضحية معينة فحكمها حكم الهدى فيما ذكرناه ، وفيها الوجه الذى حكاه الرافعى .

قال أصحابنا : ولو نذر إعتاق عبد معين لم يجز له بيعه وإبداله ، وإن كان لم يزل الملك فيه بنفس النذر لأنه ثبت بالنذر لهذا العبد حق فلا يجوز إبطاله عليه قال أصحابنا : فان خالف فباع الهدى أو الأضحية المعينين لزمه استرداده إن كانت عينه باقية ويلزمه رد الثمن ، فان تلف الهدى عند المشترى أو أتلفه لزمه قيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف ، ويشترى الناذر بتلك القيمة مثل التالف جنسا ونوعا وسنا ، فان لم يجد بالقيمة المثل لغلاء حدث لزمه أن يضم من ماله إليها تمام الثمن ، وهذا معنى قول الأصحاب : يضمن ما باعه بأكثر الأمرين من قيمته ومثله .

وإن كانت القيمة أكثر من ثمن المثل لرخص حدث لزمه أن يشترى ، وفيما يفعل بالزيادة خلاف سنذكره مع تمام فروع المسألة فى باب الأضحية ، حيث ذكره المصنف إن شاء الله تعالى . ثم إن اشترى المثل بعين القيمة صار المشترى ضحية بنفس الشراء ، وإن اشتراه فى الذمة ونوى عند الشراء أنها ضحية فكذلك وإلا فليجعله بعد الشراء ضحية ، والله أعلم .

(فرع) لا يجوز إجارة الهدى والأضحية المنذورين لأنها بيع للمنافع ، وقد نقل القاضى عياض إجماع المسلمين على هذا . ويجوز إعارتها لأنها إرفاق كما يجوز الارتفاق بها ، فلو خالف وأجرها فركبها المستأجر فتلفت ضمن المؤجر قيمتها والمستأجر الأجرة ، وفى قدرها وجهان (أصحهما) أجرة المثل (والثانى) الأكثر من أجرة المثل والمسمى . ثم فى مصرفها وجهان (أحدهما) الفقراء فقط (وأصحهما) مصرف الضحايا ، والله أعلم .

(المسألة الثانية) يجوز ركوب الهدى والأضحية المنذورين ويجوز

إركابها بالعارية كما سبق ، ويجوز الحمل عليهما ولا يجوز إجارتها لذلك ، ويشترط فى الركوب والإركاب والحمل أن يكون مطيقا لذلك لا يتضرر به ، ولا يجوز الركوب والحمل عليه إلا لحاجة للحديث السابق • وممن صرح به الشيخ أبو حامد والبندنيجى والمتولى وصاحب البيان وآخرون وهو ظاهر نص الشافعى ، فانه قال : يركب الهدى إذا اضطر إليه • قال الماوردى ويجوز بلا ضرورة ما لم يهزلها • وأما الشيخ أبو حامد فقال : لا يجوز أن يركب الهدى • قال الشافعى : فان اضطر إلى ركوبه ركبه ركوبا غير فادح • وقال البندنيجى : لا يجوز ركوبه إلا لضرورة وقال الرويانى : قال الشافعى : الأوسط ليس له ركوبه إلا من ضرورة ، وله حمل المضطر والمعيى[1] قال : وقال القفال : هل يجوز الركوب ؟ فيه وجهان (أصحهما) له الركوب بحيث لا يضر الهدى ، سواء كان ضرورة أم لا ، قال الرويانى : هذا خلاف النص والله أعلم • واتفق أصحابنا مع نصوص الشافعى على أنه إذا ركبها حيث أذنا له فنقصت بركوبه ضمن النقصان ، والله أعلم •

(الثالثة) إذا ولد الهدى أو الأضحية المتطوعة بهما فالولد ملك له كالأم ، فيتصرف فيه بما شاء من بيع وغيره كالأم • ولو ولدت التى عينها ابتداء بالنذر هديا أو أضحية تبعها ولدها بلا خلاف ، وسواء كانت حاملا عند النذر أو حدث الحمل بعده لما ذكره المصنف ، فان ماتت الأم بقى حكم الولد كما كان ، ويجب ذبحه فى وقت ذبح الأم ، ولا يرتفع حكم الهدى فيه بموت أمه ، كما لا يرفع حكم ولد أم الولد بموتها • ولو عينها بالنذر عما كان التزمه فى ذمته فثلاثة أوجه (الصحيح) أن حكم ولدها حكمها كولد المعينة بالنذر ابتداء (والثانى) لا يتبعها ، بل هو ملك المضحى والمهدى ، لأن ملك الفقراء ليس بمستقر فى هذه ، فانها لو غابت عادت

---

(١) اسم فاعل من اعيا الماشي اى كل وهو هنا فعل لازم ، ويأتى متعديا فى نحو أعياه السير . (المطيعى)

إلى ملكه (والثالث) يتبعها ما دامت حية ، فان ماتت لم يبق حكم الهدى ولا الأضحية فيه والمذهب الأول • قالوا : ويجرى هذا الخلاف فى ولد الأمة المبيعة إذا ماتت فى يد البائع ، والله أعلم •

قال المصنف والأصحاب : وإذا لم يطق ولد الهدى المشى حمل على أمه أو غيرها حتى يبلغ الحرم لما ذكره المصنف ، والله أعلم • وإذا ذبح الأم والولد فى أضحية التطوع ففى تفرقة لحمهما ثلاثة أوجه (أحدها) لكل واحد أضحية مستقلة ، فيتصدق من كل واحدة بشىء لأنهما ضحيتان (والثانى) يكفى التصدق من إحداهما لأنه بعضها (والثالث) لابد من التصدق من الأم لأنها الأصل • وهذا هو الأصح عند الغزالى ، وصحح الرويانى الأول وهو المختار • ويشترك الوجهان الأخيران فى جواز أكل جميع الولد أما إذا ذبحها فوجد فى بطنها جنينا فقال الرافعى : يحتمل أن يكون فيه الخلاف ويحتمل القطع بأنه بعضها ، هذا كلام الرافعى ، والمختار أنه يبنى على القولين المعروفين أن الحمل له حكم وقسط من الثمن أم لا ؟ إن قلنا : لا ، فهو بعض كبدها وإلا فالظاهر طرد الخلاف ، ويحتمل القطع بأنه بعض منها (والأصح) على الجملة أنه لا يجوز أكل جميعه هنا ، والله أعلم •

(الرابعة) إذا كان لبن الهدى أو الأضحية المنذورين قدر كفاية الولد لا يجوز حلب شىء منه ، فان حلب فنقص الولد بسببه لزمه [1] وإن فضل عن رى الولد حلب الفاضل • ثم قال المصنف والجمهور : له شربه ، لأنه يشق نقله ولأنه يستخلفه بخلاف الولد ، وفيه وجه ضعيف أنه لا يجوز شربه ، بل يجب التصدق به • وممن حكى هذا الوجه القفال وصاحبه الفورانى والرويانى وصاحب البيان وغيرهم • وقال المتولى : إن لم نجوز أكل لحم الهدى لم يجز شرب لبنه ، بل يجب نقله إلى مكة إن

---

(١) بياض بالاصل ولعل العبارة « لزمه ضمان النقصان » . (المطيعى)

أمكن ، أو تجفيفه ونقله جافا ، فان تعذر تصدق به على الفقراء فى موضع الحلب ، وإن جوزنا أكل لحمه جاز شربه ، فهذه ثلاث طرق (المذهب) منها القطع بجواز شرب الفاضل عن حاجة الولد ، نص عليه الشافعى فى كتابه الأوسط وفى غيره ، قال الشافعى والأصحاب : ولو تصدق لكان أفضل . قال الشافعى والأصحاب : وحيث جاز شربه جاز أن يسقيه لغيره بلا عوض ولا يجوز بلا خلاف . قال الشافعى والأصحاب : ولو مات الولد كان حكم لبنه حكم الزائد على حاجة الولد كما ذكرنا ، والله أعلم .

(الخامسة) قال أصحابنا : إن كان فى بقاء صوف الهدى المنذور مصلحة لدفع ضرر حر أو برد أو نحوهما ، أو كان وقت ذبحه قريبا ولم يضره بقاؤه لم يجزه جزه وإن كان فى جزه مصلحة بأن يكون فى وقت الذبح بعد جزه وله الانتفاع به ، والأفضل أن يتصدق به ، هكذا قاله المصنف والجمهور ، وقال المتولى : يستصحب الصوف إلى الحرم ويتصدق به هناك على المساكين كالولد ، وقطع الدارمى بأن لا يجز الصوف مطلقا والمذهب الأول ، والله أعلم .[1]

(السادسة) إذا أحصر ومعه الهدى المنذور أو المتطوع به فيحل نحر الهدى هناك ، كما ينحر هدى الإحصار هناك .

(السابعة) إن تلف الهدى المنذور أو الأضحية المنذورة قبل المحل بتفريط لزمه ضمانه ، وإن تلف بلا تفريط لم يلزمه ضمانه ، وإن تعب ذبحه وأجزأه ، ودليل الجميع فى الكتاب ، ولا خلاف فى شىء من هذا إلا وجها شاذا حكاه البندنيجى وصاحب البيان وغيره عن أبى جعفر الاسترابادى من أصحابنا أنه يجب إبدال المعيب ، وهذا فاسد لأنه لم يلتزم فى ذمته شيئا وإنما التزم هذا ، فاذا تعيب من غير تفريط لم يلزمه شىء كما لو تلف ، والله أعلم .

---

(١) لعله يريد (فى وقت يسهل الذبح بعد جزه) (ط) .

(فـرع) ذكرنا أن مذهبنا أنه إذا نذر هديا معينا زال ملكه عنه ولم يجز له بيعه وقال أبو حنيفة : لا يزول ملكه عنه ، بل يجوز له التصرف فيه بالبيع والهبة وغيرهما ، لكن إذا باعه لزمه أن يشترى بثمنه مثله هديا • دليلنا ما سبق •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى ركوب الهدى المنذور •

ذكرنا أن مذهبنا جوازه للمحتاج دون غيره على ظاهر النص ، وبه قال ابن المنذر ، وهو رواية عن مالك • وقال عروة بن الزبير ومالك وأحمد وإسحاق : له ركوبه من غير حاجة بحيث لا يضره ، وبه قال أهل الظاهر • وقال أبو حنيفة : لا يركبه إلا إن لم يجد منه بدا وحكى القاضى عن بعض العلماء أنه أوجب ركوبها لمطلق الأمر ولمخالفة ماكانت الجاهلية عليه من إهمال السائبة والبحيرة والوصيلة والحام • دليلنا على الأولين الأحاديث السابقة ، وعلى الموجبين أنه ﷺ « أهدى الهدايا ولم يركبها » •

(فـرع) ذكرنا أن مذهبنا أنه إذا نذر هديا معينا سليما ثم تعيب لا يلزمه إبداله ، وبه قال عبد الله بن الزبير وعطاء والحسن والنخعى والزهرى والثورى ومالك وإسحاق وقال أبو حنيفة : يلزمه إبداله ، وبه قال الاستراباذى من أصحابنا كما سبق •

(فـرع) ذكرنا أن المشهور من مذهبنا جواز شرب ما فضل من لبن الهدى عن الولد ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز بل ينضح ضرعها بالماء ليخف اللبن • دليلنا ما سبق •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن عطب وخاف ان يهلك نحره وغمس نعله فى دمه وضرب به صفحته لما روى أبو قبيصة أن رسول الله ﷺ « كان يبعث بالهدى ثم يقول : إن عطب منها شىء فخشيت عليه موتا فانحرها اغمس نعلها فى دمها ثم اضرب صفحتها

ولا تطعمها أنت ولا أحد من رفقتك » ولأنه هدى معكوف عن الحرم فوجب نحره مكانه كهدى المحصر ، وهل يجوز أن يفرقه على فقراء الرفقة ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لحديث أبى قبيصة ، ولأن فقراء الرفقة يتهمون فى سبب عطبها فلم يطعموا منها (والثانى) يجوز لأنهم من أهل الصدقة ، فجاز أن يطعموا كسائر الفقراء ، فإن أخر ذبحه حتى مات ضمنه لأنه مفرط فى تركه فضمنه كالمودع إذا رأى من يسرق الوديعة فسكت عنه حتى سرقها .

وإن أتلفها لزمه الضمان لأنه أتلف مال المساكين فلزمه ضمانه ، ويضمنه بأكثر الأمرين من قيمته أو هدى مثله ، لأنه لزمه الإراقة والتفرقة وقد فوت الجميع فلزمه ضمانهما ، كما لو أتلف شيئين . فإن كانت القيمة مثل ثمن مثله اشترى مثله وأهداه ، وإن كانت أقل لزمه أن يشترى مثله ويهديه ، وإن كانت أكثر من ذلك نظرت فإن كان يمكنه أن يشترى به هديين ــ اشتراهما ، وإن لم يمكنه اشترى هديا ، وفيما يفضل ثلاثة أوجه (أحدها) يشترى به جزءا من حيوان ، ويذبح لأن إراقة الدم مستحقة ، فإذا أمكن لم يترك (والثانى) أنه يشترى به اللحم لأن اللحم والإراقة مقصودان والإراقة تشق فسقطت ، والتفرقة لا تشق فلم تسقط (والثالث) أن يتصدق بالفاضل ، لأنه إذا سقطت الإراقة كان اللحم والقيمة واحدا .

وإن أتلفها أجنبى وجبت عليه القيمة ، فإن كانت القيمة مثل ثمن مثلها اشترى بها مثلها ، وإن كانت أكثر ولم تبلغ ثمن مثلين اشترى المثل ، وفى الفاضل الأوجه الثلاثة ، وإن كانت أقل من ثمن المثل ففيه الأوجه الثلاثة ، وإن كان الهدى الذى نذره اشتراه ووجد به عيبا بعد النذر لم يجز له الرد بالعيب ، لأنه قد أيس من الرد لحق الله عز وجل ويرجع بالأرش ويكون الأرش للمساكين لأنه بدل عن الجزء الفائت الذى التزمه بالنذر ، فإن لم يمكنه أن يشترى به هديا ففيه الأوجه الثلاثة) .

(الشرح) حديث أبى قبيصة رواه مسلم فى صحيحه ، واسم أبى قبيصة دؤيب بن حلحلة الخزاعى والد قبيصة بن ذؤيب الفقيه المشهور التابعى ، ولفظ الحديث فى صحيح مسلم « عن ابن عباس أن ذؤيبا أبا قبيصة حدثه أن رسول الله ﷺ كان يبعث معه بالبدن ثم يقول : إن عطب منها شىء فخشيت عليه موتا فانحرها ثم اغمس نعلها فى دمها ثم اضرب به صفحتها

ولا تطعمها أنت ولا أحـد من أهل رفقتك » وعن ناجيـة الأسلمى أن رسول الله ﷺ « بعث معه بهدى فقال : إن عطب فانحره ، ثم اصبغ نعله فى دمه ، ثم خل بينه وبين الناس » رواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه . قال الترمذى : حديث حسن صحيح .

وأما ألفاظ الفصل فقـوله : خاف أن يهلك ـ هو بكسر اللام ـ وقوله (غمس نعله) يعنى النعل المعلقة فى عنقه ، كما سبق أنه يسن أن يقلدها نعلين . قوله ﷺ (ولا تطعمها) هو بفتح التاء والعين ، أى لا تأكلها ، والرفقـة بضم الراء وكسرها قوله (هدى معكوف عن الحـرم) أى محبوس . وقوله (بأكثر الأمرين من قيمته وهدى) هكذا وقع فى بعض النسخ هنا ، وهدى بالواو ، ووقع بعضها أو ، وهذا هو الذى ينكر فى كتب الفقه مثله ، ولكن الصواب هو الأول ، والله أعلم .

(أما الأحكام) ففيها مسائل :

(إحداها) إذا عطب الهدى فى الطريق وخاف هلاكه ، قال أصحابنا : إن كان تطوعا فله أن يفعل به ما شاء من بيع وذبح وأكل وإطعام وتركه وغير ذلك لأنه ملكه ، ولا شىء عليه فى كل ذلك ، وإن كان منذورا لزمه ذبحه ، فان تركه حتى هلك لزمه ضمانه ، كما لو فرط فى حفظ الوديعة حتى تلفت . وإذا ذبحه غمس النعل التى قلده إياها فى دمه وضرب بهـا صفحة سنامه وتركه موضعه ليعلم من مر به أنه هدى فيأكله . قال أصحابنا : ولا يجوز للهدى ولا لسائق هذا الهدى وقائده الأكل منه بلا خلاف للحديث ، ولا يجوز للأغنياء الأكل منه بلا خلاف ، لأن الهدى مستحق للفقراء فلا حق للأغنياء فيه ، ويجوز للفقراء من غير رفقة صـاحب الهدى الأكل منـه بالإجماع لحديث ناجية السابق .

وهل يجوز للفقراء من رفقة صاحب الهدى الأكل منه ؟ فيه وجهان

مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) لا يجوز ، وهو المنصوص الشافعي وصححه الأصحاب للحديث • ومن جوزه حمل الحديث على أن النبي ﷺ علم أن رفقة ذلك المخاطب لا فقير فيهم • وهذا تأويل ضعيف • وفى المراد بالرفقة وجهان حكاهما الروياني فى البحر (أحدهما) وهو الذى استحسنه الروياني أن المراد الرفقة الذين يخالطونه فى الأكل وغيره دون القافلة (وأصحهما) وهو الذى يقتضيه ظاهر الأحاديث ، وظاهر نص الشافعي وكلام الأصحاب أن المراد جميع القافلة ، لأن السبب الذى منعت به الرفقة هو خوف تعطيلهم إياه • وهذا موجود فى جميع القافلة (فان قيل) إذا لم يجز لأهل القافلة أكلها وترك فى البرية كان طعمة للسباع وهذا إضاعة مال قلنا) ليس فيه إضاعة ، بل العادة الغالبة أن سكان البوادى يتبعون منازل الحجيج لالتقاط ساقطة ونحوه ، وقد تأتى قافلة فى إثر قافلة والله تعالى أعلم •

وإذا ذبح الهدى الواجب وغمس نعله فى دمه وضرب به صفحته وتركه فهل يتوقف إباحة أكله على قوله : أبحته لمن يأكل منه ؟ فيه قولان (أصحهما) لا يتوقف بل يكفى ذبحه وتخليته ، لأنه بالنذر زال ملكه وصار للفقراء • أما إذا عطب هدى التطوع فذبحه فقال صاحب الشامل والأصحاب : لا يصير مباحا للفقراء بمجرد ذلك ، ولا يصير مباحا لهم إلا بلفظ بأن يقول أبحته للفقراء أو المساكين أو جعلته لهم أو سبلته لهم ونحو ذلك ، قالوا : ولا خلاف فى هذا ، قالوا : فاذا قال هذا اللفظ جاز لمن سمعه الأكل منه بلا خلاف ، وهل يجوز لغيره ؟ قولان ، قال فى الإملاء : حتى يعلم الإذن ، وقال فى الأم والقديم : يحل ، وهو الأصح لأن الظاهر أنه أباحه ، وقياسا على ما إذا رأى ماء فى الطريق موضوعا وعليه أمارة الإباحة ، فان له شربه باتفاقهم ، والله أعلم •

(فرع) قد ذكرنا أنه إذا عطب الهدى المنذور فلم يذبحه حتى هلك

ضمنه ، وإن أكله ضمنه ، قال الروياني : قال أبو على الطبرى فى الإفصاح : قال الشافعى : يوصل بدله إلى مساكين الحرم ، قال أبو على : وعندى القياس أنه يجعله لمساكين موضعه ، قال الروياني : هذا غلط لأنه يمكن إيصال ثمنه إلى مساكين الحرم بخلاف الذبيحة ، وكما يجب إيصال الولد إليهم دون اللبن .

(المسألة الثانية) إذا أتلف المهدى الهدى لزمه ضمانه بأكثر الأمرين من قيمته ومثله كما لو باع الأضحية المعينة وتلفت عند المشترى . هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور . وفيه وجه ضعيف مشهور أنه يلزمه قيمته يوم الإتلاف ، كما سنذكره إن شاء الله تعالى فيما إذا أتلفه أجنبى ، وبهذا الوجه قال مالك وأبو حنيفة . ودليل المذهب ما ذكره المصنف . فعلى المذهب إن كانت القيمة مثل ثمن مثله ، بأن لم يتغير السعر لزمه شراء مثله ، وإن كانت القيمة أقل لزمه شراء مثله ، وإن كانت أكثر بأن رخص السعر فان أمكن أن يشترى بها هديين لزمه ذلك أو هديا واحدا نفيسا ، فان لم يمكنه فاشترى واحدا وفضلت فضلة ــ نظر إن أمكنه أن يشترى بهذه الفضلة شقصا من هدى مثلها ففيه خمسة أوجه (أصحها) يلزمه شراؤه وذبحه مع الشريك ولا يجوز إخراج القيمة دراهم يتصدق بها ، هكذا قاله الجمهور وقال إمام الحرمين : على هذا الوجه يصرفها مصرف الضحايا حتى لو أراد أن يتخذ منها خاتما يقتنيه ولا يبيعه جاز له ذلك .

قال الرافعى : وهذا وجه من قول الجمهور . وقال : ويشبه أن لا يكون فيه خلاف محقق ، بل المراد أنه لا يجب شقص ويجوز إخراج الدراهم ، وقد يتساهل فى ذكر المصرف فى مثل هذا . وهذا الذى قاله الإمام تفريع على جواز الأكل من الهدى الواجب[1] .

---

(١) هكذا بالأصل وانظر اين الوجه الثانى ! ولعل الوجه الثانى جواز اخراج القيمة ويتصدق بها . (المطيعى)

(والوجه الثالث) يجب أن يشترى بها لحما ويتصدق به (والرابع) أن له صرفها فى جزء من غير المثل ، لأن الزيادة على المثل كابتـداء هدى (والخامس) أنه يهلك هذه الفضلة ، حكاه الرافعى • هذا كله إذا أمكن شراء شقص بهـذه الفضلة ، فان لم يمكن ففيه الأربعة ويسقط الأول (أصحها) الثانى ، وهو جواز إخراج القيمة دراهم ويتصدق بها ، ويحكى كلام إمام الحرمين ، والله أعلم •

أما إذا أتلفه أجنبى فلا يلزمه إلا القيمة بلا خلاف والفرق بينه وبين المهدى حيث قلنـا : إن المذهب أنه يلزمه أكثر الأمرين أن المهدى التزم الإراقة ، قال أصحابنا : فيأخذ المهدى القيمة من الأجنبى فيشترى بهـا مثل الهدى المتلف ، فان حصل مثله من غير زيادة ولا نقص ذبحه ، وإن زادت القيمة فان بلغت الزيادة مثلين لزمه شراؤهما ، وإن لم تبلغ مثلين اشترى مثلا • وفى الزيادة الأوجه السابقة فيما إذا أتلفها المهدى • أما إذا لم تف القيمة بمثله لغلاء حدث ، فيشترى دونه • قال أصحابنا والفرق بين هذا وبين ما إذا نذر إعتاق عبد بعينه فقتل ذلك العبد ، فان القيمة تكون ملكا للنادر يتصرف فيها بما شاء ، ولا يلزمه أن يشترى بها عبدا يعتقه ، لأن ملكه لم يزل عن العبد ، والذى يستحق العتق هو العبد وقد مات • ومستحقو الهدى باقون •

وإن لم يجد بالقيمة ما يصلح هديا فوجهان (أحدهما) وهو الذى ذكره المـاوردى أنه يلزم المهدى أن يضم إلى القيمة من ماله ما يحصل به هدى لأنه التزمه قال الرافعى : ومن قال بهذا يمكن أن يطرده فى التلف (والوجه الثانى) وهو الصحيح وبه قطع الجمهور أنه لا يلزمه ضم شىء من ماله لعدم تقصيره ، فعلى هذا إن أمكن أن يشترى شقص هدى فثلاثة أوجه (أصحها) يلزمه شراؤه وذبحه مع شريكه ولا يجوز إخراج القيمـة (والوجه الثانى والثالث) كما سبقا فى إتلاف المهدى • وإن لم يمكن أن

يشترى به شقص هدى ففيه الوجه الثانى والثالث • وقد رتب الماوردى هذه الصور ترتيبا حسنا فقال : إن كان المتلف ثنية ضأن مثلا ولم يمكن أن يشترى بالقيمة مثلها وأمكن أن يشترى بها جذعة ضأن وثنية معز ، تعين الضأن رعاية للنوع ، وإن أمكن ثنية معز دون جذعة ضأن تعين الأول ، لأن الثانى لا يصلح هديا ، وإن أمكن دون جذعة ضأن ودون ثنية معز وأمكن شراء سهم فى شاة تعين الأول ، لأن كلا منهما لا يصلح للهدى فترجح الأول ، لأن فيه إراقة دم كامل ، وإن أمكن شراء سهم وشراء لحم تعين الأول لأن فيه شركة فى إراقة دم ، وإن لم يمكن إلا شراء اللحم وتفرقة الدراهم تعين الأول ، لأنه مقصود الهدى ، والله أعلم •

(الثالثة) إذا اشترى هديا ثم نذر إهداءه ثم وجد به عيبا لم يجز له رده بالعيب لأنه تعلق به حق لله تعالى فلا يجوز إبطاله ، كما لو عتق المبيع أو وقفه ثم وجد به عيبا فانه لا يجوز رده ويجب الأرش هنا كما يجب فيما إذا أعتق أو وقف ، وفى هذا الأرش وجهان (أحدهما) وبه قطع المصنف والأكثرون يجب صرفه إلى المساكين لما ذكره المصنف ، فعلى هذا إن أمكنه شراء هدى لزمه وإلا ففيما يفعل به الأوجه السابقة فى المسألة قبلها فيما إذا أتلفه وفضل عن مثله شىء •

(والوجه الثانى) يكون الأرش للمشترى النادر لأن الأرش إنما وجب له ، لأن عقد البيع اقتضى سلامته وذلك حق للمشترى ، وإنما تعلق به حق الفقراء وهو ناقص ، ولأن العيب قد يكون مؤثرا فى اللحم الذى هو المقصود • قال الرافعى : وبالوجه الأول قال الأكثرون ، لكن الثانى أقوى ، قال ونسبه إلى المراوزة ولا يصح غيره • قال : وإليه ذهب ابن الصباغ والغزالى والرويانى ، هذا كلام الرافعى • وقد نقل ابن الصباغ هذا الثانى عن أصحابنا مطلقا ولم يحك فيه خلافا فهو الصحيح ، والله أعلم •

(فــرع) إذا قال : جعلت هذه الشاة أو البدنة ضحية أو نذر أن يضحى بشاة أو بدنة عينها فماتت قبل يوم النحر أو سرقت قبل تمكنه من ذبحها يوم النحر فلا شيء عليه ، وكذا الهدى المعين إذا تلف قبــل بلوغ المنسك أو بعــده ، وقبل التمكن من ذبحه فلا شيء عليــه لأنه أمانة لم يفرط فيها •

قال المصنف رحمــه الله تعــالى

(وإن نبحه أجنبى بغير إذنه اجزاه عن النذر ، لأن نبحه لا يحتاج إلى قصده ، فإذا فعله بغير إذنه وقع الموقع ، كرد الوديعة وإزالة النجاسة ، ويجب على الذابح ضمان ما بين قيمته حيا ومذبوحا لأنه لو اتلفه ضمنه فإذا نبحه ضمن نقصانه كشاة اللحم ، وفيما يؤخذ منه الأوجه الثلاثة) •

(الشرح) قال أصحابنا : إذا نذر هديا معينا فذبحه غيره باذنه وقع موقعه ولا شيء على الذابح ، وإن ذبحه إنسان بغير إذنه وقع الموقع أيضا وأجزأ الناذر لمــا ذكره المصنف ، ويلزم الذابح أرش نقصه ، وهو ما بين قيمته حيا ومذبوحا لمــا ذكره المصنف ، هذا هو المذهب وبه قطع المصنف والجمهور •

وحكى الخراسانيون قولا أنه لا يلزم الأجنبى أرش ، لأنه لم يفوت مقصودا بل خفف مؤنة الذبح • وحكوا قولا قديما أن لصاحب الهدى أن يجعله عن الذابح ويفرق القيمة بكمالها بناء على وقف العقود ، وهذان القولان شاذان ضعيفان ، فهذا مختصر ما يتعلق بشرح كلام المصنف •

وقد فرع أصحابنا فى المسألة تفريعا كثيرا ، وقد لخصه الرافعى وأنا أختصر مقصوده هنا إن شاء الله تعالى • قال : إذا ذبح أجنبى أضحية معينة ابتداء فى وقت التضحية أو هديا معينا بعد بلوغ النسك فقولان (الصحيح) المشهور أنه يقع الموقع ، فيأخذ صاحب الأضحية لحمهــا فيفرقه ، لأنه

مستحق الصرف إلى هذه الجهة ، فلا يشترط فعل صاحبه كرد الوديعة (والثانى) وهو قول قديم أن لصاحب الهدى والأضحية أن يجعله عن الذابح ويغرمه القيمة بكمالها ، بناء على وقف العقود ، وهذا القول ضعيف ، والمذهب الأول •

فعلى المذهب هل يلزم الذابح أرش ما نقص بالذبح ، فيه طريقان (أحدهما) فيه قولان ، وقيل : وجهان (أحدهما) لا • لأنه لم يفوت مقصودا ، بل خفف مؤنة الذبح (وأصحهما) وهو المنصوص ، وهو الطريق الثانى ، وبه قطع الجمهور نعم ، لأن إراقة الدم مقصودة ، وقد فوتها فصار كما لو شد قوائم شاة ليذبحها ، فجاء آخر فذبحها بغير إذنه ، فانه يلزمه أرش النقص • وقال الماوردى : عندى أنه إن ذبحه وفى الوقت سعة لزمه الأرش ، وإن ضاق الوقت فلم يبق إلا ما يسع ذبحها فذبحها فلا أرش لتعين الوقت •

وإذا أوجبنا الأرش ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه للمهدى لأنه ليس من نفس الهدى ولا حق للمساكين فى غيره (والثانى) أنه للمساكين ، لأنه بدل نقصه ، ليس للمهدى إلا الأكل (والثالث) وهو الصحيح وبه قطع الجمهور أنه يسلك به مسلك الهدى والأضحية ، فعلى هذا يشترى به شاة ، فان تعذرت عاد الخلاف السابق قبل هذا الفصل فى أنه يشترى به جزءا من هدى وأضحية أو لحم ، أو يفرق بنفسه دراهم •

هذا كله إذا ذبح الأجنبى واللحم باق ، فان أكله أو فرقه فى مصارف الهدى وتعذر استرداده فهو كالإتلاف بغير ذبح وقد سبق بيانه قريبا لأن تعيين المصروف إليه إلى المهدى والمضحى ، فعلى هذا يلزم الذابح الضمان ويأخذ المهدى منه القيمة ويشترى بها هديا ويذبحه ، هذا هو المذهب ، وفى وجه ضعيف تقع التفرقة عن المهدى كالذبح • والصحيح الأول •

وفى قدر الضمان الواجب قولان (الصحيح المشهور) واختيار الجمهور يضمن قيمته عند الذبح ، كما لو أتلفه بلا ذبح (والثانى) يضمن أكثر الأمرين من قيمتها وقيمة اللحم لأنه فرق اللحم متعديا ، وفيه وجه ضعيف جدا أنه يلزمه أرش الذبح وقيمة اللحم وقد يزيد الأرش مع قيمة اللحم على قيمة الشاة وقد ينقص وقد يتساويان قال أصحابنا : ولا اختصاص لهذا الخلاف بصورة الهدى والأضحية ، بل يطرد فى كل من ذبح شاة غيره ثم أتلف لحمها • هذا كله تفريع على أن الشاة التى ذبحها الأجنبى تقع هديا وأضحية ، فان قلنا لا تقع فليس على الذابح إلا أرش النقص ، وفى حكم اللحم وجهان •

(أحدهما) أنه مستحق لجهة الأضحية والهدى (والثانى) يكون ملكا له ، ولو التزم هديا أو أضحية بالنذر ، ثم عين شاة عما فى ذمته فذبحها أجنبى يوم النحر أو فى الحرم ، فالقول فى وقوعها عن الناذر ، وفى أخذه اللحم وتصدقه به وفى غرامة الذابح أرش ما نقص بالذبح على ما ذكرناه إذا كانت معينة فى الابتداء ، فان كان اللحم تالفا ، قال البغوى يأخذ القيمة ويملكها ويبقى الأصل فى ذمته • قال الرافعى : وفى هذا اللفظ ما يبين أن قولنا فى صورة الإتلاف بأخذ القيمة ويشترى بها مثل الأول نريد به أن يشترى بقدرها ، وأن نفس المأخوذ ملكه فله إمساكه •

(فرع) إذا جعل شاته أضحية أو نذر الضحية بشاة معينة ، ثم ذبحها قبل يوم النحر لزمه التصدق بلحمها ، ولا يجوز له أكل شىء منه ، ويلزمه ذبح مثلها يوم النحر بدلا عنها ، وكذا لو ذبح الهدى المعين قبل بلوغ المنسك لزمه التصدق بلحمه ولزمه البدل فى وقته ، ولو باع الهدى أو الأضحية المعينين فذبحه المشترى واللحم باق أخذه البائع وتصدق به وعلى المشترى أرش ما نقص بالذبح ، ويضم البائع إليه ما يشترى به

البدل ، وفى وجه ضعيف أنه لا يغرم المشترى شيئا لأن البائع سلطه والمذهب الأول .

ولو ذبح أجنبى الأضحية المعينة قبل يوم النحر لزمه ما نقص من القيمة بسبب الذبح ، قال الرافعى : ويشبه أن يجىء فيه الخلاف فى أن اللحم يصرف إلى مصارف الضحايا ؟ أم ينفك عن حكم الأضحية ويعود ملكا كما سبق ؟ فيما إذا ذبح الأجنبى يوم النحر وقلنا : لا يقع أضحية ثم ما حصل من الأرش ومن اللحم إن عاد ملكا له فيشترى به أضحية يذبحها يوم النحر ، ولو نذر أضحية ثم عين شاة عما فى ذمته فذبحها أجنبى قبل يوم النحر أخذ اللحم ونقصان اللحم بالذبح وملك الجميع ، وبقى الأصل فى ذمة الناذر ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن كان فى ذمته هدى فعينه بالنذر فى هدى تعين ، لأن ما وجب به معينا جاز أن يتعين به ما فى الذمة كالبيع ، ويزول ملكه عنه فلا يملك بيعه ولا إبداله كما قلنا فيما أوجبه بالنذر ، فإن هلك بتفريط أو بغير تفريط رجع الواجب إلى ما فى الذمة ، كما لو كان عليه دين فباع به عينا ثم هلكت العين قبل التسليم ، فإن الدين يرجع إلى الذمة ، وإن حدث به عيب يمنع الإجزاء لم يجزه عما فى الذمة . لأن الذى فى الذمة سليم فلم يجزه عنه معيب ، وإن عطب فنحره عاد الواجب إلى ما فى الذمة ، وهل يعود ما نحره إلى ملكه ؟ فيه وجهان : (احدهما) يعود إلى ملكه لأنه إنما نحره ليكون عما فى ذمته ، فإذا لم يقع عما فى ذمته عاد إلى ملكه (والثانى) انه لا يعود . لأنه صار للمساكين ، فلا يعود إليه (فإن قلنا) إنه يعود إلى ملكه جاز له ان ياكله ويطعم من شاء ، ثم ينظر فيه ، فإن كان الذى فى ذمته مثل الذى عاد إلى ملكه نحر مثله فى الحرم ، وإن كان اعلى مما فى ذمته ففيه وجهان (احدهما) يهدى مثل ما نحر ، لأنه قد تعين عليهفصار ما فى ذمته زائدا فلزمه نحر مثله (والثانى) أنه يهدى مثل الذى كان فى ذمته ، لأن الزيادة فيما عينه وقد هلك من غير تفريط فسقط ، وإن نتجت فهل يتبعها ولدها أم لا ؟ فيه وجهان (احدهما) انه يتبعها وهو الصحيح لأنه تعين بالنذر فصار كما لو وجب فى النذر (والثانى) لا يتبعها ، لأنه غير

مستقر ، لانه يجوز أن يرجع إلى ملكه بعيب يحدث به ، بخلاف ما وجب بنذره لأن ذلك لا يجوز أن يعود إلى ملكه بنذره والله تعالى أعلم) .

(الشرح) قال أصحابنا : إذا لزم ذمته أضحية بالنذر أو هدى بالنذر أو دم تمتع أو قران ، أو لبس أو غير ذلك مما يوجب شاة فى ذمته . فقال : لله على أن أذبح هذه الشاة عما فى ذمتى لزمه ذبحها بعينها لما ذكره المصنف ، ويزول ملكه عنها فلا يجوز له بيعها ولا إبدالها ، هذا هو المذهب ، وبه قطع المصنف والجمهور وحكى الخراسانيون وجها أنها لا تتعين ، ووجها أنه لا يزول ملكه ، والصحيح المشهور الأول . فعلى هذا إن هلكت قبل وصولها الحرم بتفريط أو غير تفريط أو حدث بها عيب يمنع الإجزاء رجع الواجب إلى ذمته ، ولزمه ذبح شاة صحيحة .

هذا هو المذهب وبه قطع المصنف والجمهور ، وفيه وجه حكاه إمام الحرمين وغيره أنها إذا تلفت لا يلزمه إبدالها لأنها متعينة فهى كما لو قال : جعلت هذه أضحية ، وحكى الخراسانيون وجها شاذا أنها إذا عابت يجزئه ذبحها ، كما لو نذر ابتداء شاة فحدث بها عيب ، والصحيح الأول .

فعلى هذا هل تنفك تلك المعيبة عن الاستحقاق ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا بل يلزمه ذبحها والتصدق بها وذبح صحيحة ، لأنه التزمها بالتعيين (وأصحهما) وهو المنصوص تنفك ، فيجوز له تملكها وبيعها وسائر التصرف ، لأنه لم يلتزم التصدق بها ابتداء ، بل عينها عما عليه ، وإنما يتأدى عنه بشرط السلامة ، ولو عين عن نذره شاة فهلكت بعد وصولها الحرم ، أو تعيبت ففى إجزائها وجهان : (أحدهما) وهو قول ابن الحداد تجزئه فيذبحها ويفرقها ، ولا يلزمه إبدالها لأنها بلغت محلها (وأصحهما) لا تجزئه هذه ، ويلزمه صحيحة واختاره القاضى أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما ، لأنها تلفت أو تعيبت قبل وصولها إلى المساكين ، فأشبه ما قبل وصولها الحرم (فان قلنا) لا تجزئه المعيبة لزمه سليمة ،

وهل تعود المعيبة إلى ملكه ، فيه الوجهان السابقان (الأصح) تعود فيملكها ويتصرف فيها بالبيع والأكل وغيرهما .

ولو عطب هذا الهدى المتعين قبل وصوله الحرم فنحره رجع الواجب إلى ذمته ، وهل يملك المنحور ؟ فيه الوجهان (الأصح) يملكه (والثانى) لا . فعلى هذا يتصدق به مع ذبح صحيح عما فى ذمته ، ولو ضل هذا الهدى المعين لزمه إخراج ما كان فى ذمته ، وكأنه لم يعينه لأنه لم يصل المساكين ، هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور. وذكر إمام الحرمين وصاحب الشامل وغيرهما فى وجوب إخراج بدله وجهين (أصحهما) هذا (والثانى) لا يلزمه لعدم تقصيره ، فان ذبح واحدة عما عليه ثم وجد الضالة فهل يلزمه ذبحها ؟ فيه وجهان ، وقيل قولان (أصحهما) عند البغوى لا يلزمه ، بل يتملكها كما سبق فيما لو تعيبت (والثانى) يلزمه ، وبه قطع صاحب الشامل لإزالة ملكه بالتعيين ولم تخرج عن صفة الإجزاء بخلاف التعيب ، فلو عين عن الضال واحدة ثم وجد الضال هل يذبح البدل ؟ فيه أربعة أوجه (أحدها) يلزمه ذبحهما معا (والثانى) يلزمه ذبح البدل فقط (والثالث) يلزمه ذبح الأول فقط (والرابع) يتخير فيهما ، والأصح من هذه الأوجه الثالث والله أعلم .

وهذا كله إذا كان الذى عينه مثل الذى فى ذمته ، فان كان الذى عينه دون الذى فى ذمته بأن عين شاة معيبة ، قال ابن الحداد والأصحاب : يلزمه ذبح ما عينه ولا يجزئه عما فى ذمته ، كما إذا كان عليه كفارة فأعتق عنها عبدا معيبا ، فانه يعتق ولا يجزئه عن الكفارة ، وإن عين أعلى مما فى ذمته بأن كان عليه شاة فعين عنها بدنة أو بقرة ، لزمه نحوها فان هلكت قبل وصولها فوجهان مشهوران حكاهما المصنف والأصحاب (أحدهما) يلزمه مثل التى كان عينها (وأصحهما) لا يلزمه إلا مثل التى كانت فى ذمته ، كما لو نذر معيبة ابتداء فهلكت بغير تفريط . هذه طريقة الجمهور.

وقال الشيخ أبو حامد فى التعليق والبندنيجى إن فرط لزمه مثل الذى عين • وإلا ففيه الوجهان والله أعلم •

أما إذا ولدت التى عينها عن نذره فهل يتبعها ولدها ؟ فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (الصحيح) أنه يتبعها (والثانى) لا يتبعها ، فعلى هذا يكون الولد ملكا للمهدى • وإذا قلنا بالأول فهلكت الأم أو أصابها عيب ، وقلنا : تعود هى إلى ملك المهدى ففى الولد وجهان ، حكاهما صاحب الشامل وآخرون (أصحهما) أنه يكون ملكا للفقراء ، كما لو ولدت الأمة المبيعة فى يد البائع ثم هلكت ، فان الولد يكون للمشترى (والثانى) إلى ملك المهدى تبعا لأمه والله تعالى أعلم •

(فرع) فى ضلال الهدى والأضحية •

وفيه مسائل (إحداها) إذا ضل هديه أو أضحيته المتطوع بهما لم يلزمه شىء لكن يستحب ذبحه إذا وجده ، والتصدق به ، فان ذبحها بعد أيام التشريق كانت شاة لحم يتصدق بها (الثانية) الهدى المعين بالنذر أولا إذا ضل بغير تقصيره لم يلزمه ضمانه ، فان وجده لزمه ذبحه ، والأضحية إن وجدها فى وقت الأضحية لزمه ذبحها ، وإن وجدها بعد الوقت فله ذبحها فى الحال قضاء ولا يلزمه الصبر إلى قابل ، وإذا ذبحها صرف لحمها مصارف الضحايا • هذا هو المذهب • وفيه وجه لأبى على ابن أبى هريرة أنه يصرفها إلى المساكين فقط ، ولا يأكل ، ولا يدخر وهو شاذ ضعيف • (الثالثة) متى كان الضلال بغير تفريط لم يلزمه الطلب إن كان فيه مؤنة ، فان لم يكن لزمه ، وإن كان بتقصيره لزمه الطلب ، فان لم يعد لزمه الضمان ، فان علم أنه لا يجدها فى أيام التشريق لزمه ذبح بدلها فى أيام التشريق •

قال أصحابنا : وتأخير الذبح إلى مضى أيام التشريق بلا عذر تقصير

يوجب الضمان ، وإن مضى بعض أيام التشريق ثم ضلت فهل هو تقصير ؟ فيه وجهان (أصحهما) ليس بتقصير ، كمن مات فى أثناء وقت الصلاة الموسع لا يأثم على الأصح (الرابعة) إذا عين هديا أو أضحية عما فى ذمته فضلت المعينة ، ففيه خلاف وتفريع سبق قريبا قبل هذا الفرع • والله أعلم •

(فرع) لو عين شاة عن هدى أو أضحية فى ذمته وقلنا : يتعين فضحى بأخرى عما فى ذمته • قال إمام الحرمين : يُخَرَّج على الخلاف فى المعينة لو تلف هل تبرأ ذمته ؟ (إن قلنا) نعم لم تقع الثانية عما عليه ، كما لو قال : جعلت هذه أضحية ثم ذبح بدلها (وإن قلنا) لا ، وهو الأصح ففى وقوع الثانية عما عليه تردد (فان قلنا) تقع عنه فهل تسقط الأولى عن الاستحقاق ؟ فيه الخلاف السابق •

(فرع) لو عين من عليه كفارة عبدا عنها ففى تعينه وجهان (أصحهما) وبه قطع الشيخ أبو حامد أنه يتعين ، فعلى هذ لو عاب هذا المعين لزمه إعتاق سليم ، لو مات بقيت ذمته مشغولة بالكفارة ، وإن أعتق عبدا آخر عن كفارته مع تمكنه من إعتاق المعين فوجهان (الصحيح) إجزاؤه وبراءة ذمته به ، والله أعلم •

(فرع) فى وقت ذبح الهدى طريقان (أصحهما) وبه قطع العراقيون وغيرهم أنه يختص بيوم النحر وأيام التشريق (والثانى) فيه وجهان (أصحهما) هذا (والثانى) لا يختص بزمان كدماء الجبران ، فعلى الصحيح لو أخر الذبح حتى مضت هذه الأيام ، فان كان الهدى واجبا لزمه ذبحه ويكون قضاء ، وإن كان تطوعا فقد فات الهدى ، قال الشافعى والأصحاب : فان ذبحه كان شاة لحم لا نسكا ، والله أعلم • واعلم أن الرافعى ذكر مسألة وقت ذبح الهدى فى موضعين من كتابه ، فذكرها فى

باب الهدى على الصـواب ، فقال : الصحيح الذى قطـع به العراقيون وغيرهم اختصاصه بيوم النحر وأيام التشريق ، وفيه وجه أنه لا يختص ، وذكرها فى باب صفة الحج وجزم بأنه لا يختص (والصواب) ما ذكرناه من الاختصاص ، وإنما نبهت عليه لئلا يغتر بكلامه ، وقد نبهت عليه فى الروضة ، والله أعلم .

(**فـرع**) قال أصحابنا : إذا كان مع المعتمر هدى ، فان كان تطوعا بأن لم يكن متمتعا ، أو متمتعا لا دم عليه لفقد شرط من شروط وجوب الدم فالمستحب أن يذبح هديه عند المروة لأنه موضع تحلله . وحيث ذبحه من مكة وسائر الحرم جاز . قال أصحابنا : والمستحب أن يذبحه بعـد السعى وقبل الحلق ، كمـا أنه يستحب فى الحج أن يذبح قبل الحلق . وسواء قلنا : الحلق نسك أم لا .

(أما) إذا كان الهدى للتمتع أو القران فوقت استحباب ذبحه يوم النحر ، ووقت جوازه بعد الفراغ من العمرة ، وبعد الاحرام بالحج ، وهل يجوز بعد فراغ العمرة وقبل الإحرام بالحج ؟ فيه خلاف سبق بيانه واضحا فى الباب الأول من كتاب الحج .

(**فـرع**) قال البندنيجى وغيره : يستحب لمن معـه هـديان أو أضحيتان واجب وتطوع أن يبدأ بنحر الواجب ، والله أعلم .

(**فـرع**) إذا ذبح الهدى والأضحية فلم يفرق لحمـه حتى تغير وأنتن ، قال البندنيجى : قال الشافعى فى مختصر الحج : أعاد ، وقال فى القديم : عليه قيمته ، قال : وهذا مراده بالفصل الأول لأنه إتلاف لحم .

(**فـرع**) فى بيان الأيام المعلومات والمعدودات ذكرها الشـافعى والمزنى فى المختصر وسائر الأصحاب فى هذا الموضع ، وهو آخر كتاب

الحج ، قال صاحب البيان : اتفق العلماء على أن الأيام المعدودات هى أيام التشريق ، وهى ثلاثة بعد يوم النحر (وأما) الأيام المعلومات فمذهبنا أنها العشر الأوائل من ذى الحجة إلى آخر يوم النحر ، وقال مالك : هى ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده ، فالحادى عشر والثانى عشر عنده من المعلومات والمعدودات • وقال أبو حنيفة : المعلومات ثلاثة أيام يوم عرفة والنحر والحادى عشر ، وقال على بن أبى طالب رضى الله عنه : المعلومات الأربعة يوم عرفة والنحر ويومان بعده •

وفائدة الخلاف أن عندنا يجوز ذبح الهدايا والضحايا فى أيام التشريق كلها ، وعند مالك لا يجوز فى اليوم الثالث ، هذا كلام صاحب البيان ، وقال العبدرى : فائدة وصفه بأنه معلوم جواز النحر فيه ، وفائدة وصفه بأنه معدود انقطاع الرمى فيه ، قال : وبمذهبنا قال أحمد وداود • وقال الإمام أبو إسحاق الثعلبى فى تفسيره : قال أكثر المفسرين : الأيام المعلومات هى عشر ذى الحجة ، قال : وإنما قيل لها معلومات للحرص على علمها من أجل أن وقت الحج فى آخرها ، قال : وقال مقاتل : المعلومات أيام التشريق وقال محمد بن كعب : المعلومات والمعدودات واحد • (قلت) وكذا نقل القاضى أبو الطيب والعبدرى وخلائق إجماع العلماء على أن المعدودات هى أيام التشريق • (وأما) ما نقله صاحب البيان عن ابن عباس فخلاف المشهور عنه ، فالصحيح المعروف عن ابن عباس أن المعلومات أيام العشر كمذهبنا ، وهو مما احتج به أصحابنا كما سأذكره قريبا إن شاء الله تعالى •

واحتج لأبى حنيفة ومالك بأن الله تعالى قال « ليشهدوا منافع لهم ويذكروا اسم الله فى أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الأنعام[1] » وأراد بذكر اسم الله فى الأيام المعلومات تسمية الله تعالى على الذبح ،

---

(1) الآية ٢٨ من سورة الحج •

فينبغى أن يكون ذكر اسم الله تعالى فى جميع المعلومات • وعلى قول الشافعى لا يكون ذلك إلا فى يوم واحد منها وهو يوم النحر •

واحتج أصحابنا بما رواه سعيد بن جبير عن ابن عباس قال « الأيام المعلومات أيام العشر ، والمعدودات أيام التشريق » رواه البيهقى باسناد صحيح ، واستدلوا أيضا بما استدل به المزنى فى مختصره ، وهو أن اختلاف الأسماء يدل عن اختلاف المسميات ، فلما خولف بين المعلومات والمعدودات فى الاسم دل على اختلافهما ، وعلى ما يقول المخالفون يتداخلان فى بعض الأيام • (والجواب) عن الآية من وجهين (أحدهما) جواب المزنى أنه لا يلزم من سياق الآية وجود الذبح فى الأيام المعلومات ، بل يكفى وجودها فى آخرها وهو يوم النحر ، قال المزنى والأصحاب : ونظيره قوله تعالى « وجعل القمر فيهن نورا »[1] وليس هو نورا فى جميعها ، بل هو فى بعضها « الثانى » أن المراد بالذكر فى الآية الذكر على الهدايا ، ونحن نستحب لمن رأى هديا أو شيئا من بهيمة الأنعام فى العشر أن يكبر والله أعلم •

---

(١) الآية ١٦ من سورة نوح •

باب الأضحية

قال الجوهرى : قال الأصمعى : فى الأضحية أربع لغـات أضحية ـ بضم الهمزة ـ وإضحية بكسرها ـ وجمعها أضاحى ـ بتشديد الياء وتخفيفها ، والثالث ضحية وجمعها ضحايا (والرابع) أضـحاة وجمعها أضحى كأرطاة وأرطى ، وبها سمى يوم الأضحى ، ويقال : ضحى يضحى تضحية فهو مضح ، وقيل سميت بذلك لفعلها فى الضحى • وفى الأضحى لغتان التذكير لغة قيس والتأنيث لغة تميم •

قال المصنف رحمـه الله تعـالى

(الأضحية سنة ، لما روى أنس رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ « كان يضحى بكبشين ، قال أنس : وأنا أضحى بهما ، وليست بواجبة ، لما روى أن أبا بكر وعمر رضى الله عنهما كانا لا يضحيان مخافة أن يرى ذلك واجبا) •

(الشرح) حديث أنس رواه البخارى بلفظه ، ورواه مسلم أيضـا ولفظه عن أنس قال (ضحى النبى ﷺ بكبشين أملحين أقرنين ذبحهما بيده ، وسمى وكبر ووضـع رجله على صفحاتهما) ولم يذكر قول أنس (وأنا أضحى بكبشين) وذكره البخارى ، وأما الأثر المذكور عن أبى بكر وعمر رضى الله عنهما فرواه البيهقى وغيره باسناد حسن •

(أما الأحكام) فقال الشافعى والأصحاب : التضحية سنة مؤكدة ، وشعار ظاهر ينبغى للقادر عليها المحافظة عليها ، ولا تجب بأصل الشرع ، لمـا ذكره المصنف ، ولأن الأصل عدم الوجوب ، فان نذرها لزمته كسائر الطاعات ، ولو اشترى بدنة أو شاة تصلح للتضحية بنية التضحية أو الهدى لم تصر بمجرد الشراء ضحية ولا هديا ، هذا هو الصواب الذى قطع به الأصحاب فى كل الطرق • وفى تتمة التتمة وجه أنها تصير ، قال الرافعى :

هذا الوجه حصل عن غفلة ، وإنما هذا الوجه فيما إذا نوى فى دوام الملك كما سنذكره إن شاء الله تعالى •

قال الرويانى : لو قال : إن اشتريت شاة فلله على أن أجعلها ضحية فهو نذر مضمون فى الذمة ، فاذا اشترى شاة فعليه أن يجعلها ضحية ، ولا تصير بمجرد الشراء ضحية ، فلو عين فقال : إن اشتريت هذ الشاة فلله على أن أجعلها ضحية فوجهان (أحدهما) لا يلزمه جعلها ضحية تغليبا لحكم التعيين ، فانه التزمها قبل الملك ، والالتزام قبل الملك لغو ، كما لو علق طلاقا أو عتقا (والثانى) يلزمه تغليبا للنذر والأول أقيس •

(فرع) قال الشافعى رحمه الله فى كتاب الضحايا من البويطى : الأضحية سنة على كل من وجد السبيل من المسلمين من أهل المدائن والقرى وأهل السفر والحضر ، والحج بمنى وغيرهم من كان معه هدى ومن لم يكن معه هدى • هذا نصه بحروفه نقلته من نفس البويطى • وهذا هو الصواب أن التضحية سنة للحاج بمنى كما هو سنة فى حق غيره • وأما قول العبدرى : الأضحية سنة مؤكدة على كل من قدر عليها من المسلمين من أهل الأمصار والقرى والمسافرين إلا الحاج بمنى ، فانه لا أضحية فى حقه ، لأن ما ينحر بمنى يكون هديا لا أضحية كما لا يخاطب بصلاة العيد بمنى من أجل حجه ، فهذا الذى استثناه العبدرى شاذ باطل مردود مخالف لنص الشافعى الذى ذكرناه ، بل مخالف لظاهر الأحاديث ، وقد صرح القاضى أبو حامد فى جامعه وغيره من أصحابنا بأن أهل منى كغيرهم فى الأضحية كما نص عليه الشافعى ، وثبت فى صحيح البخارى ومسلم أن النبى ﷺ (ضحى فى منى عن نسائه بالبقر) والله أعلم •

(فرع) قال أصحابنا : التضحية سنة على الكفاية فى حق أهل البيت الواحد فاذا ضحى أحدهم حصل سنة التضحية فى حقهم • قال

الرافعى : الشاة الواحدة لا يضحى بها إلا عن واحد ، لكن إذا ضحى بها واحد من أهل بيت تأتى الشعار والسنة لجميعهم ، قال وعلى هذا حمل ما روى أن النبى ﷺ (ضحى بكبشين قال : اللهم تقبل من محمد وآل محمد) قال وكما أن الفرض ينقسم إلى فرض عين وفرض كفاية ، ذكر الأصحاب أن الضحية كذلك ، وأن التضحية مسنونة لكل أهل بيت . هذا كلام الرافعى .

وقد حمل جماعة الحديث المذكور على الإشراك فى الثواب ، وممن ذكر هذا صاحب العدة والشيخ ابراهيم المروروذى ، ومما يشبه قول الأصحاب أن الأضحية سنة على الكفاية . قولهم الابتداء بالسلام سنة على الكفاية . وكذا تشميت العاطس ، وقد سبق بيان الجميع فى أحكام السلام عقب باب هيئة الجمعة والله أعلم ومما يستدل به لكون التضحية سنة على الكفاية الحديث الصحيح فى الموطأ . قال مالك عن عمارة بن عبد الله بن الصياد أن عطاء بن يسار أخبره أن أبا أيوب الأنصارى أخبره قال : (كنا نضحى بالشاة الواحدة يذبحها الرجل عنه ، وعن أهل بيته ، ثم تباهى الناس بعد فصارت مباهاة) هذا حديث صحيح ، والصحيح أن هذه الصيغة تقتضى أنه حديث مرفوع ، وقد سبق إيضاحها فى مقدمة هذا الشرح . وقد اتفقوا على توثيق هؤلاء الرواة ، وعبد الله والد عمارة هذا ، قالوا هو ابن الصياد الذى قيل إنه الدجال .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى الأضحية .

ذكرنا أن مذهبنا أنها سنة مؤكدة فى حق الموسر ولا تجب عليه ، وبهذا قال أكثر العلماء ، وممن قال به أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب وبلال وأبو مسعود البدرى وسعيد بن المسيب وعطاء وعلقمة والأسود ومالك وأحمد وأبو يوسف وإسحاق وأبو ثور والمزنى وداود وابن المنذر .

وقال ربيعة والليث بن سعد وأبو حنيفة والأوزاعى : واجبة على الموسر إلا الحاج بمنى • وقال محمد بن الحسن : هى واجبة على المقيم بالأمصار ، والمشهور عن أبى حنيفة أنه إنما يوجبها على مقيم يملك نصابا •

واحتج لمن أوجبها « بأن النبىﷺ ضحى » وقال الله تعالى (لقد كان لكم فى رسول الله أسوة حسنة)[1] وبحديث أبى رملة بن مخنف ــ بكسر الميم وإسكان الخاء وفتح النون ــ قال : قال رسول اللهﷺ ونحن وقوف معه بعرفات « يا أيها الناس إن على كل أهل بيت فى كل عام أضحية وعتيرة أتدرون ما العتيرة ؟ هــذه التى يقول النــاس الرجبية » رواه أبو داود والترمذى والنسائى وغيرهم ، قال الترمذى حديث حسن ، قال الخطابى : هذا الحديث ضعيف المخرج لأن أبا رملة مجهول • وعن جندب بن عبد الله ابن سفيان رضى الله عنه قال « صلى النبىﷺ يوم النحر ثم خطب ثم ذبح وقال : من ذبح قبل أن يصــلى فليذبح أخرى مكانهــا باسم الله » رواه البخارى ومسلم ، وموضع الدلالة أنه أمر والأمر للوجوب •

وعن أبى هريرة قال : قال رسول اللهﷺ « من وجد سعة لأن يضحى فلم يضح فلا يحضر مصــلانا » رواه البيهقى وغيره وهو ضعيف » قال البيهقى عن الترمذى الصحيح أنه موقوف على أبى هريرة • وعن ابن عباس قال : قال رسول اللهﷺ « ما أنفقت الورق فى شىء أفضل من نحيرة فى يوم عيد » رواه البيهقى وقال : تفرد به محمد بن ربيعة عن إبراهيم بن يزيد الخوزى[2] وليسا بقويين• وعن عائذ الله المجاشعى عن أبى داود نفيع[3] عن

---

(١) الآية ٢١ من سورة الأحزاب .

(٢) ابراهيم بن يزيد الخوزى مولى عمر بن عبد العزيز قال أحمد : متروك (ط) .

(٣) هو أبو داود نفيع بن الحرث الهمدانى الكوفى الأعمى القاضى قال ابن معين : نفيع يضع الحديث (ط) .

زيد بن أرقم أنهم قالوا لرسول الله ﷺ « ما هذه الأضاحى ؟ قال سنة أبيكم إبراهيم ﷺ قالوا : ما لنا فيها من الأجر ؟ قال : بكل قطرة حسنة » رواه ابن ماجه والبيهقى • قال البيهقى : قال البخارى : عائذ الله المجاشعى عن أبى داود لا يصح حديثه ، وأبو داود هذا أيضا ضعيف •

وعن على بن أبى طالب رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « نسخ الأضحى كل ذبح ، وصوم رمضان كل صوم ، والغسل من الجنابة كل غسل والزكاة كل صدقة » رواه الدارقطنى والبيهقى قالا : وهو ضعيف واتفق الحفاظ على ضعفه • وعن عائشة قالت « قلت : يا رسول الله أستدين وأضحى ؟ قال : نعم فانه دين مقضى » رواه الدارقطنى والبيهقى وضعفاه ، قالا : وهو مرسل • واحتج الشافعى والأصحاب بحديث أم سلمة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله ﷺ « إذا دخلت العشر وأراد أحدكم أن يضحى فلا يمس من شعره شيئا » وفى رواية « إذا دخل العشر وعند أحدكم أضحية فلا يأخذن شعرا ولا يقلمن ظفرا » وفى رواية « إذا رأيتم هلال ذى الحجة وأراد أحدكم أن يضحى فليمسك من شعره وأظفاره » رواه مسلم بكل هذه الألفاظ « قال الشافعى : هذا دليل أن التضحية ليست بواجبة « وأراد » فجعله مفوضا إلى إرادته ولو كانت واجبة لقال : ﷺ لقوله فلا يمس من شعره حتى يضحى •

واستدل أصحابنا أيضا بحديث ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال « ثلاث هن على فرائض ، وهن لكم تطوع ، النحر والوتر وركعتا الضحى » رواه البيهقى باسناد ضعيف ، ورواه البيهقى أيضا فى كتابه الخلافيات ، وصرح بضعفه • وصح عن أبى بكر وعمر رضى الله عنهما « أنهما كانا لا يضحيان مخافة أن يعتقد الناس وجوبها » وقد سبق بيانه ، ورواه البيهقى بأسانيد أيضا عن ابن عباس وأبى مسعود البدرى •

قال أصحابنا : ولأن التضحية لو كانت واجبة لم تسقط بفوات إلى غير بدل كالجمعة وسائر الواجبات ، ووافقنا الحنفية على أنها إذا فاتت لا يجب قضاؤها • وأما الجواب عن دلائلهم فما كان منها ضعيفا لا حجة فيه ، وما كان صحيحا فمحمول على الاستحباب ، جمعا بين الأدلة ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويدخل وقتها إذا مضى بعد دخول وقت صلاة الأضحى قدر ركعتين وخطبتين ، فإن ذبح قبل ذلك لم يجزه ، لما روى البراء رضى الله عنه قال (خطب رسول الله ﷺ يوم النحر بعد الصلاة فقال : من صلى صلاتنا هذه ونسك نسكنا فقد أصاب سنتنا ، ومن نسك قبل صلاتنا فتلك شاة لحم فليذبح مكانها » واختلف أصحابنا فى مقدار الصلاة ، فمنهم من اعتبر قدر صلاة رسول الله ﷺ وهى ركعتان يقرأ فيهما (ق واقتربت) وقدر خطبتيه ، ومنهم من اعتبر قدر ركعتين خفيفتين وخطبتين خفيفتين ، ويبقى وقتها إلى آخر أيام التشريق ، لما روى جبير بن مطعم قال : قال رسول الله ﷺ « كل أيام التشريق ذبح » فان لم يضح حتى مضت أيام التشريق — نظرت فإن كان ما يضحى به تطوعا — لم يضح لأنه ليس وقت لسنة الأضحية ، وإن كان نذرا لزمه أن يضحى لأنه قد وجب عليه فلم يسقط بفوات الوقت) •

(الشرح) حديث البراء رواه البخارى ومسلم إلا قوله « فليذبح مكانها » وأما حديث جبير بن مطعم فرواه البيهقى من طرق ، قال : وهو مرسل ، لأنه من رواية سليمان بن موسى الأسدى فقيه أهل الشام عن جبير ، ولم يدركه ، ورواه من طرق ضعيفة متصلا •

(اما الأحكام) فقال أصحابنا : يدخل وقت التضحية إذا طلعت الشمس يوم النحر ، ومضى بعد طلوعها قدر ركعتين وخطبتين خفيفتين • هذا هو المذهب ، وفيه وجه آخر ذكره المصنف والأصحاب أنه يعتبر بعد طلوع الشمس قدر صلاة رسول الله ﷺ وخطبتيه « وقرأ ﷺ بعد الفاتحة (ق) وفى الثانية اقتربت ، وخطب خطبة متوسطة » •

وفيــه وجه ثالث ذكره الخراســانيون ، وبه قال المراوزة منهم أن الوجهين السابقين إنما هما فى طول الصلاة ، وأما الخطبة فمخففة وجهــا واحدا لأن السنة تخفيفها • قال إمام الحرمين : وما أرى من يعتبر ركعتين خفيفتين يكتفى بأقل ما يجزىء • وظاهر كلام صاحب الشــامل وغيره خلافه ، وأنه يكتفى بأقل ما يجزىء وفيــه وجه رابع حكاه الرافعى أنه يكفى مضى ما يسع ركعتين بعد خروج وقت الكراهة ولا يعتبر الخطبتان ، والله أعلم •

وأما آخر وقتها فاتفقت نصوص الشافعى والأصحاب على أنه يخرج وقتها بغروب شمس اليوم الثالث من أيام التشريق ، واتفقوا على أنه يجوز ذبحها فى هذا الزمان ليلا ونهارا ، لكن يكره عندنا الذبح ليــلا فى غير الأضحية ، وفى الأضحية أشد كراهة • واحتج البيهقى والأصحاب للكراهة بما رواه البيهقى باسناده عن على بن الحسين رضى الله عنهما أنه قال لقيم له جذ نخله بالليل « ألم تعلم أن رسول الله ﷺ نهى عن جذاذ الليل وصرام الليل ، أو قال حصاد الليل » هذا مرســل • وعن الحسن البصرى قال « نهى عن جذاذ الليل وحصاد الليل والأضحى بالليل ، قال : وإنما كان ذلك من شدة حال الناس فنهى عنه ، ثم رخص فيه » هذا أيضا مرسل أو موقوف ، والله أعلم •

قال أصحابنا : فان ضحى قبل الوقت لم تصح التضحية بلا خلاف ، بل تكون شاة لحم ، فأما إذا لم يضح حتى فات الوقت ــ فان كان تطوعا ــ لم يضح ، بل قد فاتت التضحية هذه السنة ، فان ضحى فى السنة الثانية فى الوقت وقع عن السنة الثانية لا عن الأولى ، وإن كان منذور ألزمه أن يضحى لمــا ذكره المصنف ، والله أعلم •

ولو قال : جعلت هذه الشاة ضحية فوقتها وقت المتطوع بها ولا يحل تأخيرها فان أخرها أثم ولزمه ذبحها كما ســبق • ولو قال : لله على أن

أضحى بشاة قبل تتوقت كذلك ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا لأنها فى الذمة كدماء الجبران (وأصحهما) نعم لأنه التزم ضحية فى الذمة والضحية مؤقتة • قال الرافعى : وهذا الوجه يوافق نقل الرويانى عن الأصحاب أنه لا يجوز التضحية بعد أيام التشريق إلا فى صورة واحدة ، وهى إذا أوجبها فى أيام التشريق أو قبلها ولم يذبحها حتى فات ، فانه يذبحها قضاء (فإن قلنا) لا تتوقف فالتزم بالنذر ضحية ثم عين واحدة عن نذره وقلنا : إنها تتعين فهل تتوقت التضحية بها ؟ فيه وجهان (أصحهما) لا ، والله أعلم •

(فـرع) قال الدارمى : لو وقفوا بعرفات فى اليوم العاشر غلطا حسبت أيام التشريق على الحقيقة لا على حساب وقوفهم ، وإن وقفوا فى الثامن وذبح يوم التاسع ثم بان ذلك لم يجب إعادة التضحية ، لأن الواجب يجوز تقديمه على يوم النحر ، والتطوع تبع للحج ، فان علم ذلك قبل انقضاء التشريق فأعاده كان حسنا •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى وقت الأضحية •

مذهبنا أنه يدخل وقتها إذا طلعت الشمس يوم النحر ثم مضى قدر صلاة العيد وخطبتين كما سبق ، فاذا ذبح بعد هذا الوقت أجزأه ، سواء صلى الإمام أم لا ، وسواء صلى المضحى أم لا ، وسواء كان من أهل الأمصار أو من أهل القرى أو البوادى أو المسافرين ، وسواء ذبح الإمام ضحيته أم لا • هذا مذهبنا وبه قال داود وابن المنذر وغيرهما • وقال عطاء وأبو حنيفة : يدخل وقتها فى حق أهل الأمصار إذا صلى الإمام وخطب ، فمن ذبح قبل ذلك لم يجزه ، قال : وأما أهل القرى والبوادى فوقتها فى حقهم إذا طلع الفجر الثانى • وقال مالك : لا يجوز ذبحها إلا بعد صلاة الإمام وخطبتيه وذبحه • وقال أحمد : لا يجوز قبل صلاة الإمام ويجوز بعدها قبل ذبح الإمام ، وسواء عنده أهل القرى والأمصار ، ونحوه عن الحسن البصرى والأوزاعى وإسحاق بن راهويه • وقال الثورى : يجوز

ذبحها بعد صلاة الإمام قبل خطبته ، وفى حال خطبته • قال ابن المنذر : وأجمعوا على أنها لا يصح ذبحها قبل طلوع الفجر يوم النحر •

واحتج القائلون باشتراط صلاة الإمام بحديث البراء بن عازب رضى الله عنهما قال « خطبنا رسول الله ﷺ فى يوم نحر فقال : إن أول ما نبدأ به فى يومنا هذا أن نصلى ثم نرجع فننحر ، فمن فعل ذلك فقد أصاب سنتنا ، ومن ذبح قبل أن نصلى فانما هو لحم عجله لأهل بيته ، ليس من النسك فى شىء » رواه البخارى ومسلم • وفى روايات « قبل الصلاة » وفى رواية لمسلم أن النبى ﷺ قال « لا يذبحن أحـد قبل أن يصلى » وعن أنس أن رسول الله ﷺ « خطب فأمر من كان ذبح قبل الصلاة أن يعد ذبحا » رواه البخارى ومسلم • وعن جندب بن عبد الله بن شقيق قال « شهدت الأضحى مع رسول الله ﷺ فقام رجل فقال إن ناسا ذبحوا قبل الصلاة ، فقال : من ذبح منكم قبل الصلاة فليعد ذبيحته » رواه مسلم •

واحتج أصحابنا بهذه الأحاديث المذكورة ، قالوا : والمراد بها التقدير بالزمان لا بفعل الصلاة ، لأن التقـدير بالزمان أشبه بمواقيت الصـلاة وغيرها ، ولأنه أضبط للناس فى الأمصار والقرى والبوادى قال أصحابنا : وهذا هو المراد بالأحاديث ، وقال النبى ﷺ يصلى صلاة عيد الأضحى عقب طلوع الشمس • والله أعلم •

(**فـرع**) أيام نحر الأضحية يوم النحر وأيام التشريق الثلاثة ، هذا مذهبنا وبه قال على بن أبى طالب وجبير بن مطعم وابن عباس وعطـاء والحسن البصرى وعمر بن عبد العزيز وسليمان بن موسى الأسدى فقيه أهل الشام ومكحول وداود الظاهرى • وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد : يختص بيوم النحر ويومين بعده ، وروى هذا عن عمر بن الخطاب وعلى وابن عمر وأنس رضى الله عنهم وقال سعيد بن جبير : يجوز لأهل الأمصار

يوم النحر خاصة ، ولأهل السواد فى أيام التشريق • وقال محمد بن سيرين : لا تجوز التضحية إلا فى يوم النحر خاصة • واحتج لمالك وموافقيه بأن التقدير لا يثبت إلا بنص أو اتفاق ، ولم يقع الاتفاق إلا على يومين بعد النحر •

واحتج أصحابنا بحديث جبير بن مطعم ، وقد سبق أن الأصح أنه موقوف • وأما الحديث الذى رواه البيهقى عن أبى هريرة عن النبى ﷺ « أيام التشريق كلها ذبح » فضعيف مداره على معاوية بن يحيى الصدفى • وأما الجواب عن قولهم : إن الاتفاق وقع على يومين فليس كما قالوا ، بل قد حكينا عن جماعة اختصاصه بيوم • وقد روى أبو داود فى المراسيل والبيهقى عن أبى سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار التابعين أنه بلغهما أن رسول الله ﷺ قال « الضحايا إلى آخر الشهر لمن أراد أن يستأنى ذلك » وفى رواية « إلى هلال المحرم » وروى البيهقى باسناده عن أبى أمامه بن سهل بن حنيف أنه قال « كان المسلمون يشترى أحدهم الأضحية فيسمنها فيذبحها بعد الأضحى آخر ذى الحجة » قال البيهقى : الأول مرسل لا يحتج به ، والثانى حكاية عمن لم يسم ، قال : وقد قال أبو إسحاق المروزى فى الشرح : روى فى بعض الأخبار « الأضحية إلى رأس المحرم » فإن صح ذلك فالأمر يتسع فيه إلى غرة المحرم ، وإن لم يصح فالخبر الصحيح « أيام منى أيام نحر » وعلى هذا بنى الشافعى • هذا كلام المروزى • قال البيهقى : فى كليهما نظر هذا لإرساله ، وحديث جبير بن مطعم لاختلاف الرواة فيه كما سبق ، قال : وحديث جبير أولى أن يقال به ، والله أعلم •

(**فرع**) مذهبنا جواز الذبح ليلا ونهارا فى هذه الأيام جائز لكن يكره ليلا وبه قال أبو حنيفة وإسحاق وأبو ثور والجمهور ، وهو الأصح

عن أحمد • وقال مالك لا يجزئه الذبح ليلا ، بل يكون شاة لحم ، وهى رواية عن أحمد ، والله أعلم •

(فـرع) إذا فاتت أيام التضحية ولم يضح التضحية المنذورة لزمه ذبحها قضاء هذا مذهبنا وبه قال مالك وأحمد • وقال أبو حنيفة : لا تقضى بل تفوت وتسقط •

قال المصنف رحمـه الله تعـالى

(ومن دخلت عليه عشر ذى الحجة وأراد ان يضحى فالمستحب أن لا يحلق شعره ولا يقلم أظفاره حتى يضحى ، لما روت أم سلمة ان النبى ﷺ « من كان عنده ذبح يريد أن يذبحه فرأى هلال ذى الحجة فلا يمس من شعره ولا من اظفاره حتى يضحى » ولا يجب عليه ذلك لأنه ليس بمحرم فلا يحرم عليه حلق الشعر وتقليم الأظفار) •

(الشرح) حديث أم سلمة رضى الله عنها رواه مسلم ، وسبق بيان طرقه • وقوله « ذبح » بكسر الذال أى ذبيحة • وقوله « يقـلم ظفره » يجوز أن يقرأ بفتح الياء وإسكان القاف وضم اللام ــ ويجوز بضم الياء وفتح القاف وتشديد اللام المكسورة والأول أجود ، ولكن ظاهر كلام المصنف إرادته الثانى ، ولهذا قال : وتقليم الأظفار •

(اما الأحكام) فقال أصحابنا : من أراد التضحية فدخل عليه عشر ذى الحجة كره أن يقلم شيئا من أظفاره وأن يحلق شيئا من شعر رأسه ووجهه أو بدنه حتى يضحى ، لحديث أم سلمة • هـذا هو المذهب أنه مكروه كراهة تنزيه ، وفيه وجه أنه حرام ، حكاه أبو الحسن العبادى فى كتابه الرقم ، وحكاه الرافعى عنه لظاهر الحديث • وأمـا قول المصنف والشيخ أبى حامد والدارمى والعبدرى ومن وافقهم أن المستحب تركه ، ولم يقولوا : إنه مكروه فشاذ ضعيف مخالف لنص هذا الحديث •

وحكى الرافعى وجها ضعيفا شاذا أن الحلق والقلم لا يكرهان إلا إذا دخل العشر واشترط أضحية أو عين شاة أو غيرها من مواشيه للتضحية • وحكى قولا أنه لا يكره القلم ، وهذه الأوجه كلها شاذة ضعيفة (والصحيح) كراهة الحلق والقلم من حين تدخل العشر ، فالحاصل فى المسألة أوجه (الصحيح) كراهة الحلق والقلم من أول العشر كراهة تنزيه (والثانى) كراهة تحريم (والثالث) المكروه الحلق دون القلم (والرابع) لا كراهة إنما هو خلاف الأولى (الخامس) لا يكره إلا لمن دخل عليه العشر وعين أضحية والمذهب الأول •

والمراد بالنهى عن الحلق والقلم المنع من إزالة الظفر بقلم أو كسر أو غيره ، والمنع من إزالة الشعر بحلق أو تقصير أو نتف أو إحراق أو بنورة وغير ذلك وسواء شعر العانة والإبط والشارب ، وغير ذلك وقال إبراهيم المروروذى فى كتابه التعليق : وحكم سائر أجزاء البدن حكم الشعر والظفر ، ودليله حديث أم سلمة أن النبى ﷺ قال « إذا دخلت العشر وأراد أحدكم أن يضحى فلا يمس من شعره وبشرته شيئا » رواه مسلم ، والله تعالى أعلم •

قال أصحابنا : الحكمة فى النهى أن يبقى كامل الأجزاء ليعتق من النار ، وقيل التشبه بالمحرم ، قال أصحابنا : وهذا غلط لأنه لا يعتزل النساء ولا يترك الطيب واللباس وغير ذلك مما يتركه المحرم ، والله أعلم •

(**فرع**) مذهبنا أن إزالة الشعر والظفر فى العشر لمن أراد التضحية مكروه كراهة تنزيه حتى يضحى ، وقال مالك وأبو حنيفة لا يكره ، وقال سعيد بن المسيب وربيعة وأحمد وإسحاق وداود : يحرم ، وعن مالك أنه يكره ، وحكى عنه الدارمى : يحرم فى التطوع ولا يحرم فى الواجب • واحتج القائلون بالتحريم بحديث أم سلمة واحتج الشافعى والأصحاب

عليهم بحديث عائشة أنها قالت « كنت أفتل قلائد هدى رسول الله ﷺ ثم يقلده ويبعث به ، ولا يحرم عليه شيء أحله الله له حتى ينحر هديه » رواه البخاري ومسلم ، قال الشافعي : البعث بالهدى أكثر من إرادة التضحية ، فدل على أنه لا يحرم ذلك والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجزىء فى الأضحية إلا الأنعام ، وهى الإبل والبقر والغنم ، لقول الله تعالى (ليذكروا اسم الله على ما رزقهم من بهيمة الأنعام)(١) ولا يجزىء فيها إلا الجذعة من الضأن والثنية من المعز والإبل والبقر ، لما روى جابر أن رسول الله ﷺ قال « لا تذبحوا إلا مسنة إلا أن تعسر عليكم فاذبحوا جذعة من الضأن » وعن على رضى الله عنه قال « لا يجوز فى الضحايا إلا الثنى من المعز والجذعة من الضأن » وعن ابن عباس انه قال : « لا تضحوا بالجذع من المعز والإبل والبقر » ويجوز فيها الذكر والأنثى ، لما روت أم كرز عن النبى ﷺ انه قال « عن الغلام شاتان ، وعن الجارية شاة ، لا يضركم ذكرانا كن أو إناثا » وإذا جاز ذلك فى العقيقة بهذا الخبر دل على جوازه فى الأضحية ، ولأن لحم الذكر اطيب ولحم الأنثى أرطب) .

(الشرح) حديث جابر رواه مسلم فى صحيحه بحروفة ، قال أهل اللغة المسن الثنى من كل الأنعام فما فوقه (وأما) حديث أم كرز فرواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وغيرهم ، وهو حديث حسن ، وهذا المذكور فى المهذب لفظ رواية النسائى .

(اما الاحكام) فشرط المجزىء فى الأضحية أن يكون من الأنعام وهى الإبل والبقر والغنم ، سواء فى ذلك جميع أنواع الإبل من البخاتى والعراب، وجميع أنواع البقر من الجواميس والعراب والدربانية ، وجميع أنواع الغنم من الضأن والمعز وأنواعهما ، ولا يجزىء غير الأنعام من بقر الوحش

---

(١) من الآية ٢٨ من سورة الحج .

وحميره ، والضبا وغيرها بلا خلاف ، وسـواء الذكر والأنثى من جميع ذلك ، ولا خلاف فى شيء من هذا عندنا ، ولا يجزىء من الضأن إلا الجذع والجذعة فصاعدا ، ولا من الإبل والبقر والمعز إلا الثنى أو الثنية فصاعدا • هكذا نص عليه الشافعى وقطع به الأصحاب ، وحكى الرافعى وجهـا أنه يجزىء الجذع من المعز وهو شاذ ضعيف بل غلط ، ففى الصحيحين عن البراء بن عازب أن النبىﷺ قال لأبى بردة بن نيار خال البراء بن عازب « تجزئك يعنى الجذعة من المعز ، ولا تجزىء أحدا بعدك » والله أعلم •

ثم الجذع ما استكمل سنة على أصـح الأوجه ، والوجه الثـانى ما استكمل ستة أشهر ، والثالث ثمانية أشهر ، والرابع إن كان متولدا بين شابين فستة أشهر وإلا فثمانية • وقد سبق بيان هذه الأوجه فى كتـاب الزكاة • وهنـاك ذكر المصنف سن الجذع والثنى ، فلهذا أهمله هنـا ، وذكره فى التنبيه فى البابين لكنه خالف ما صححه الجمهور •

قال أبو الحسن العبادى وغيره : فاذا قلنا بالمذهب : إن الجذع ماله سنة كاملة فلو أجذع قبل تمام السنة أى سقطت سنه أجزأ فى الأضحية ، كما لو تمت السنة قبل أن يذبح ويكون ذلك كالبلوغ بالسن أو الاحتلام ، فانه يكفى فيه أسبقهما • وهكذا صرح البغوى به فقال : الجذع مااستكملت سنة أو أجذعت قبلها •

وأما الثنى من الإبل فما استكملت خمس سنين ودخل فى السادسة ، وروى حرملة عن الشافعى أنه الذى استكمل ست سنين ودخل فى السابعة • قال الرويانى : وليس هذا قولا آخر للشافعى وإن توهمه بعض أصحابنا ولكنه إخبار عن نهاية سن الثنى وما ذكره الجمهور هو بيان لابتداء سنة ، والله أعلم •

وأما الثنى من البقر فهو ما استكمل سنتين ودخل فى الثالثة ، وروى

حرملة عن الشافعى أنه ما استكمل ثلاث سنين ودخل فى الرابعة والمشهور من نصوص الشافعى الأول ، وبه قطع الأصحاب وغيرهم من أهل اللغة وغيرهم ، وأما الشىء من المعز ففيه وجهان سبقا فى كتاب الزكاة (أصحهما) ما استكمل سنتين (والثانى) ما استكمل سنة •

(فــرع) لا تجزىء بالمتولد من الظباء والغنم ، لأنه ليس من الأنعام •

(فــرع) فى مذاهب العلماء فى سن الأضحية • نقل جماعة إجماع العلماء عن التضحية لا تصح إلا بالإبل أو البقر أو الغنم • فلا يجزىء شىء من الحيوان غير ذلك ، وحكى ابن المنذر عن الحسن بن صالح أنه يجوز أن يضحى ببقر الوحش عن سبعة ، وبالضبا عن واحد • وبه قال داود فى بقرة الوحش ، وأجمعت الأمة على أنه لا يجزىء من الإبل والبقر والمعز إلا الثنى ، ولا من الضأن إلا الجذع ، وأنه يجزىء هذه المذكورات إلا ما حكاه العبدرى وجماعة من أصحابنا عن الزهرى أنه قال : لا يجزىء الجذع من الضأن • وعن الأوزاعى أنه يجزىء الجــذع من الإبل والبقر والمعز والضأن ، وحكى صاحب البيان عن ابن عمر كالزهرى ، وعن عطاء كالأوزاعى ، هكذا نقل هؤلاء • ونقل القاضى عياض الإجماع أنه يجزىء الجذع من الضأن ، وأنه لا يجزىء جذع المعز •

دليلنــا على الأوزاعى حديث البراء بن عازب السابق قريبــا عن الصحيحين واحتج له بحديث عقبة بن عامر أن النبىﷺ « أعطاه غنمــا يقسمها على صحابته ضحايا ، فبقى عتود فذكره النبىﷺ فقال : ضح أنت بهــا » رواه البخارى ومسلم ، قال أبو عبيد وغيره من أهل اللغة : العتود من أولاد المعز ، وهو ما رعى وقوى ، قال الجوهرى وغيره : وهو ما بلغ سنة وجمعه أعته وعدان ــ بادغام التاء فى الدال ــ قال كانت هذه رخصة لعقبة بن عامر قال : وقد روينا ذلك من رواية الليث بن سعد ، ثم ذكره

باسناده الصحيح عن عقبة قال « أعطانى رسول الله ﷺ غنما أقسمها ضحايا بين أصحابى فبقى عتود منها فقال ضح بها أنت ولا رخصة لأحد فيها بعدك » .

قال البيهقى : وإذا كانت هذه الزيادة محفوظة كان هذا رخصة له كما رخص لأبى بردة بن نيار قال : وعلى هذا يحمل ما رويناه عن زيد بن خالد فذكره باسناده عن زيد قال « قسم رسول الله ﷺ فى أصحابه غنما فأعطانى عتودا جذعا ، فقال : ضح به فقلت : إنه جذع من الممز أضحى به ؟ قال : نعم فضحيت به ، هذا كلام البيهقى ، وهذا الحديث الآخر رواه أبو داود باسناد حسن وليس فى رواية أبى داود المعز ، ولكنه معلوم من قوله : عتود ، وهذا التأويل الذى ذكره البيهقى متعين ، واحتج أصحابنا فى إجزاء جذع الضأن بحديث جابر المذكور فى الكتاب ، وهو صحيح كما سبق » وقد جاءت أحاديث كثيرة بمعناه ، ذكرها البيهقى وغيره والله أعلم .

(فرع) إن قيل : ظاهر حديث جابر المذكور فى الكتاب أن الجذعة من الضأن لا تجزىء إلا إذا عجز عن المسنة (قلنا) هذا مما يجب تأويله « لأن الأمة مجمعة على خلاف ظاهره كما سبق ، فانهم كلهم جوزوا جذع الضأن إلا ما سبق عن ابن عمر والزهرى وأنه لا يجزىء ، سواء قدر على مسنة أم لا ، فيحمل هذا الحديث على الأفضل والأكمل ، ويكون تقديره : مستحب لكم أن لا تذبحوا إلا مسنة ، فان عجزتم فجذعة ضأن ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والبدنة أفضل من البقر لأنها أعظم ، والبقرة أفضل من الشاة لأنها بسبع من الغنم ، والشاة أفضل من مشاركة سبعة فى بدنة أو بقرة لأنه ينفرد باراقة الدم والضأن أفضل من المعز ، لما روى عبادة بن الصامت ان رسول الله ﷺ قال « خير الأضحية الكبش الأقرن » وقالت أم سلمة « لأن أضحى بالجذع

من الضأن أحب إلى من أن أضحى بالمسنة من المعز « ولأن لحم الضأن أطيب ، والسمينة أفضـــل من غير السمينة ، لما روى عن ابن عباس فى قوله تعالى (ومن يعظم شعائر الله)(١) قال : « تعظيمها استسمانها واستحسانها » . وخطب على كرم الله وجهه قال : « ثنيا فصاعدا واستســمن . فان أكلت أكلت طيبا ، وان أطعمت أطعمت طيبا ، والبيضاء أفضل من الغبراء والسوداء، لأن النبى ﷺ ضحى بكبشين أملحين والأملح الأبيض » وقال أبو هريرة : « دم البيضاء فى الأضحية أفضل من دم سوداوين وقال ابن عباس : تعظيمها استحسانها ، والبيض أحسن ») .

(الشرح) حديث عبادة رواه البيهقى هنا وفى كتاب الجنائز ، وهو بعض حديث ، ورواه أيضا من رواية أبى أمامة باسناد ضعيف (وأما) حديث أن النبى ﷺ « ضحى بكبشين أملحين » فرواه البخارى ومســلم من رواية أنس ، وأما قول أبى هريرة فرواه البيهقى موقوفا على أبى هريرة كما ذكره المصنف قال : وروى مرفوعا ، قال البخارى : لا يصح رفعه .

(أما الأحكام) ففيها مسائل :

(إحداها) البدنة أفضل من البقرة والبقرة أفضل من الشاة والضأن أفضل من المعز ، وجذعة الضأن أفضل من ثنية المعز ، لمــا ذكره المصنف ، وهذا كله متفق عليه عندنا .

(الثانية) التضحية بشاة أفضل من المشاركة بسبع بدنة أو بسبع بقرة بالاتفاق لمــا ذكره المصنف ، وسبع من الغنم أفضل من بدنة أو بقرة على أصح الوجهين لكثرة إراقة الدم (والثانى) أن البدنة أو البقرة أفضل لكثرة اللحم .

(الثالثة) يستحب التضحية بالأسمن الأكمل ، قال البغوى وغيره :

---

(١) من الآية ٣٢ من سورة الحج .

حتى إن التضحية بشاة سمينة أفضل من شاتين دونها ، قالوا : وقد قال الشافعى رحمه الله : استكثار القيمة فى الأضحية أفضل من استكثار العدد ، وفى العتق عكسه فاذا كان معه ألف وأراد العتق بها فعبدان خسيسان أفضل من عبد نفيس ، لأن المقصود هنا اللحم ، والسمين أكثر وأطيب ، والمقصود فى العتق التخليص من الرق ، وتخليص عدد أولى من واحد .

قال أصحابنا : كثرة اللحم أفضل من كثرة الشحم إلا أن يكون لحما رديئا . وأجمع العلماء على استحباب السمين فى الأضحية ، واختلفوا فى استحباب تسمينها فمذهبنا ومذهب الجمهور استحبابه . وقال بعض المالكية : يكره لئلا يتشبه باليهود وهذا قول باطل . وقد ثبت فى صحيح البخارى عن أبى أمامة الصحابى رضى الله عنه قال « كنا نسمن الأضحية ، وكان المسلمون يسمنون » .

(الرابعة) أفضلها البيضاء ثم الصفراء ثم الغبراء ، وهى التى لا يصفو بياضها ثم البلقاء ، وهى التى بعضها أبيض وبعضها أسود ، ثم السوداء .

(فرع) يصح التضحية بالذكر وبالأنثى بالإجماع ، وفى الأفضل منهما خلاف (الصحيح) الذى نص عليه الشافعى فى البويطى وبه قطع كثيرون أن الذكر أفضل من الأنثى ، وللشافعى نص آخر أن الأنثى أفضل ، فمن الأصحاب من قال : ليس مراده تفضيل الأنثى فى التضحية ، وإنما أراد تفضيلها فى جزاء الصيد إذا أراد تقويمها لإخراج الطعام ، قال الأنثى أكثر . ومنهم من قال : المراد الأنثى التى لم تلد أفضل من الذكر الذى كثر نزوانه ــ بفتح النون الأولى وإسكان الزاى وفتح الواو وضم النون الثانية ــ فان كان هناك ذكر لم ينز وأنثى لم تلد فهو أفضل منها ، والله أعلم .

(فرع) تجزىء الشاة عن واحد ولا تجزىء عن أكثر من واحد ، لكن إذا ضحى بها واحد من أهل البيت تأدى الشعار فى حق جميعهم ،

وتكون التضحية فى حقهم سنه كفاية ، وقد سبقت المسألة فى أول الباب وتجزىء البدنة عن سبعة وكذا البقرة ، سواء كانوا أهل بيت أو بيوت ، وسواء كانوا متقربين بقربة متفقة أو مختلفة ، واجبة أو مستحبة ، أم كان بعضهم يريد اللحم ، ويجوز أن يقصد بعضهم التضحية وبعضهم الهدى ، ويجوز أن ينحر الواحد بدنة أو بقرة عن سبع شياه لزمته بأسباب مختلفة ، كتمتع وقران وفوات ومباشرة ومحظورات فى الإحرام ونذر التصدق بشاة مذبوحة ، والتضحية بشاة .

وأما جزاء الصيد فتراعى فيه المماثلة ومشابهة الصورة ، فلا تجزىء البدنة عن سبع من الظباء . ولو وجب شاتان على رجلين فى قتل صيدين لم يجز أن يذبحا عنهما بدنة ، ويجوز أن يذبح الواحد بدنة أو بقرة ليكون سبعها عن شاة لزمته ، ويأكل الباقى كما يجوز مشاركة ستة . ولو جعل جميع البدنة أو البقرة مكان الشاة فهل يكون الجميع واجبا حتى لا يجوز أكل شىء منه ؟ أم الواجب السبع فقط حتى يجوز الأكل من الباقى ؟ فيه وجهان مشهوران ونظيره الخلاف فى مسح كل الرأس وتطويل القيام والركوع والسجود ، وإخراج بعير عن خمسة أبعرة فى الزكاة ، وقد سبق بيان هذه المسائل فى باب صفة الوضوء وفى الصلاة والزكاة .

قال البندنيجى : إذا قلنا الواجب السبع جاز أكل جميع الباقى . هذا كلامه . وكان يحتمل أن يجب التصدق بجزء من الباقى إذا قلنا بالمذهب إنه يجب التصدق بجزء من أضحية التطوع ، والله أعلم .

ولو اشترك رجلان فى شاتين للتضحية لم يجزئهما فى أصح الوجهين ، ولا يجزىء بعض شاة بلا خلاف بكل حال ، والله أعلم .

(فرع) فى مذاهب العلماء .

مذهبنا أن أفضل التضحية بالبدنة ثم البقرة ثم الضأن ثم المعز ، وبه

قال أبو حنيفة وأحمد وداود . وقال مالك : أفضلهـا الغنم ثم البقر ثم الإبل ، قال والضأن أفضـل من المعز ، وإناثها أفضـل من فحول المعز ، وفحول الضأن خير من إناث المعـز وإناث المعز خير من الإبل والبقر . واحتج بحديث أنس السابق أن النبيﷺ « ضحى بكبشين » وهو صحيح سبق بيانه ، قالوا : وهو لا يدع الأفضل ، وقال بعض أصحاب مالك : الإبل أفضل من البقر .

واحتج أصحابنا بحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال « من اغتسل يوم الجمعة غسل الجنابة ثم راح فكأنما قرب بدنة ، ومن راح فى الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة ، ومن راح فى الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشا أقرن » رواه البخارى ومسلم ، وفيه دلالة لنا على مالك فيما خالف فيه . ولأن مالكا وافقنا فى الهدى أن البدنة فيه أفضل من البقرة ، فقس عليه .

(والجواب) عن حديث أنس أنه لبيان الجـواز أو لأنه لم يتيسر حينئذ بدنة ولا بقرة . والله أعلم .

(فـرع) يجوز أن يشترك سبعة فى بدنة أو بقرة للتضحية ، سواء كانوا كلهم أهل بيت واحد أو متفرقين ، أو بعضهم يريد اللحم فيجزىء عن المتقرب ، وسواء كان أضحية منذورة أو تطوعا ، هذا مذهبنا وبه قال أحمد وداود وجماهير العلماء ، إلا أن داود جوزه فى التطوع دون الواجب. وبه قال بعض أصحاب مالك . وقال أبو حنيفة : إن كانوا كلهم متفرقين جاز ، وقال مالك : لا يجوز الاشتراك مطلقا كمـا لا يجوز فى الشـاة الواحدة .

واحتج أصحابنا بحديث جابر قال « نحرنا مع رسول اللهﷺ البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة » رواه مسلم . وعنه قال « خرجنا مع رسول الله

ﷺ مهلين بالحج ، فأمرنا رسول الله ﷺ أن نشترك فى الإبل والبقر كل سبعة منا فى بدنة » رواه مسلم • قال البيهقى : وروينا عن على وحذيفة وأبى مسعود الأنصارى وعائشة رضى الله عنهم أنهم قالوا « البقرة عن سبعة » وأما قياسه على الشاة فعجب ، لأن الشاة إنما تجزىء عن واحد ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجزىء ما فيه عيب ينقص اللحم ، كالعوراء والعمياء (والجرباء) والعرجاء التى تعجز عن المشى فى المرعى ، لما روى البراء بن عازب أن النبى ﷺ قال « لا يجزىء فى الأضاحى العوراء البين عورها والمريضة البين مرضها ، والعرجاء البين ضلعها والكسيرة التى لا تنقى » فنص على هذه الأربعة لأنها تنقص اللحم فدل على أن كل ما ينقص اللحم لا يجوز • ويكره أن يضحى بالجلحاء ، وهى التى لم يخلق لها قرن ، وبالقصماء وهى التى انكسر غلاف قرنها ، وبالعضباء وهى التى انكسر قرنها ، وبالشرقاء وهى التى انثقبت من الكى أذنها ، وبالخرقاء وهى التى تشق اذنها بالطول ، لأن ذلك كله يشينها• وقد روينا عن ابن عباس أن تعظيمها استحسانها ، فان ضحى بما ذكرناه اجزاه لأن ما بها لا ينقص من لحمها ، فان نذر أن يضحى بحيوان فيه عيب يمنع الإجزاء كالجرب وجب عليه ذبحه ولا يجزئه عن الأضحية ، فان زال العيب قبل أن يذبح لم يجزه عن الأضحية لأنه أزال الملك فيها بالنذر ، وهى لا تجزىء فلم يتغير الحكم بما يحدث فيها كما لو أعتق بالكفارة عبدا أعمى ثم صار بعد العتق بصيرا) •

(الشرح) حديث البراء رضى الله عنه صحيح رواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وغيرهم بأسانيد حسنة ، قال أحمد بن حنبل : ما أحسنه من حديث • وقال الترمذى حديث حسن صحيح • وقوله (عيب ينقص اللحم) بفتح الياء وإسكان النون وضم القاف • وقوله ﷺ « البين ضلعها » هو بفتح الضاد المعجمة واللام ، وهو العرج وقوله (التى لا تنقى) بضم التاء وإسكان النون وكسر القاف ، أى التى لا نقى لها ، بكسر النون وإسكان القاف وهو المخ • وقوله (هذه الأربعة) يعنى

الأمراض وقوله (نقص اللحم) بتخفيف القـاف والجلحـاء بالمد وكذا العصماء ، وهى بفتح العين والصاد المهملتين ، وكذلك العضباء بفتح العين وإسكان الضـاد المعجمـة • والشرقاء والخرقاء بالمد أيضـا • وقوله « يشينها » بفتح أوله • وهـذا التفسير الذى ذكره المصنف فى الشرقاء والخرقاء مما أنكر عليه وغلطوه فيه ، بل الصواب المعروف فى الشرقاء أنها المشقوقة الأذن ، والخرقاء التى فى أذنها ثقب مستدير ، والله أعلم •

(اما الاحكام) ففيه مسائل (إحداها) لا تجزىء التضحية بما فيه عيب ينقص اللحم كالمريضة ، فان كان مرضها يسيرا لم يمنع الإجزاء ، وإن كان بينا يظهر بسببه الهزال وفساد اللحم لم يجزه ، هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور • وحكى ابن كج قولا شاذا أن المرض لا يمنع بحال ، وأن المرض المذكور فى الحديث المراد به الجرب • وحكى وجه أن المرض يمنع الإجزاء ، وإن كان يسيرا ، وحكاه فى الحاوى قولا قديما • وحكى وجه فى الهيـام ــ بضم الهـاء وتخفيف اليـاء ــ خاصة أنه يمنع الإجزاء ، وهو من أمراض المـاشية ، وهو أن يشتد عطشها فلا تروى من المـاء قال أهـل اللغـة : هو داء يأخـذها فتهيم فى الأرض لا ترعى ، وناقة هيماء بفتح الهاء والمد ، والله أعلم •

(الثانية) الجرب يمنع الإجزاء كثيرة وقليلة ، كذا قاله الجمهور ، ونص عليه فى الجديد لأنه يفسد اللحم والودك ، وفيه وجه شاذ أنه لا يمنع إلا إذا كثر كالمرض ، واختاره إمام الحرمين والغزالى والمذهب الأول • وسواء فى المرض والجرب ما يرجى زواله وما لا يرجى •

(الثالثة) العرجاء إن اشتد عرجها بحيث تسقها المـاشية إلى الكلأ الطيب ، وتتخلف عن القطيع لم تجزىء ، وإن كان يسيرا لا يخلفهـا عن المـاشية لم يضر • فلو انكسر بعض قوائمها فكانت تزحف بثـلاث لم

تجزىء • ولو أضجعها ليضحى بها وهى سليمة فاضطربت وانكسرت رجلها أو عرجت تحت السكين لم تجزه على أصح الوجهين لأنها عرجاء عند الذبح • فأشبه ما لو انكسرت رجل شاة فبادر إلى التضحية بها فانها لا تجزىء •

(الرابعة) لا تجزىء العمياء ولا العوراء التى ذهبت حدقتها وكذا إن بقيت حدقتها فى أصح الوجهين لفوات المقصود وهو كمال النظر • وتجزىء العشواء على أصح الوجهين ، وهى التى تبصر بالنهار دون الليل لأنها تبصر وقت الرعى • فأما العمش وضعف بصر العينين جميعا قطع الجمهور بأنه لا يمنع • وقال الرويانى إن غطى الناظر بياض أذهب أكثره منع وإن أذهب أقله لم يمنع على أصح الوجهين •

(الخامسة) العجفاء التى ذهب مخها من شدة هزالها لا تجزىء بلا خلاف وإن كان بها بعض الهزال ولم يذهب مخها أجزأت • كذا أطلقه الأكثرون •

وقال الماوردى : إن كانت خلقيا فالحكم كذلك • وإن كان لمرض منع الإجزاء لأنه ذاهب بجزء منها • وقال إمام الحرمين : كما لا يعتبر السمن البالغ للإجزاء لا يعتبر العجف البالغ للمنع • قال : وأقرب معتبر أن يقال إن كان لا يرغب فى لحمها الطبقة العالية من طلبة اللحم فى حالة الرخاء منعت •

(السادسة) ورد النهى عن الثولاء وهى المجنونة التى تستدير فى الرعى ولا ترعى إلا قليلا فتهزل فلا تجزىء بالاتفاق •

(السابعة) يجزىء الفحل وإن كثر نزوانه والأنثى وإن كثرت ولادتها ولم يطب لحمها إلا إذا انتهيا إلى العجف البين •

(الثامنة) لا تجزىء مقطوعة الأذن ، فان قطع بعضها نظر ، فان لم يبن منها شيء بل شق طرفها وبقى متدليا لم يمنع على الأصح من الوجهين ، وقال القفال : يمنع ، وحكاه الدارمى عن ابن القطان • وإن أبين فان كان كثيرا بالاضافة إلى الأذن منع بلا خلاف ، وإن كان يسيرا منع أيضا على أصح الوجهين لفوات جزء مأكول • قال إمام الحرمين : وأقرب ضبط بين الكثير واليسير أنه إن لاح النقص من البعد فكثير ، وإلا فقليل •

(التاسعة) لا يمنع الـكى فى الأذن وغيرها على المذهب وبه قطع الجمهور • وقيل فى منعه وجهان لتصلب الموضع • وتجزىء صغيرة الأذن ولا تجزىء التى لم يخلق لها أذن على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وفيه وجه ضعيف أنها تجزىء حكاه الدارمى وغيره •

(العاشرة) لا تجزىء التى أخـذ الذئب مقدارا بينـا من فخذها بالاضافة إليه ولا يمنع قطع الفلقة اليسيرة من عضـو كبير • ولو قطع الذئب أو غيره أليتها أو ضرعها لم تجزىء على المذهب ، وبه قطع الجمهور• وقيل : فيه وجهان ، وتجزىء المخلوقة بلا ضرع أو بلا ألية على أصـح الوجهين ، كما يجزىء الذكر من المعز بخلاف التى لم يخلق لها أذن لأن الأذن عضو لازم غالبا ، والذنب كالألية ، وقطع بعض الألية أو الضرع كقطع كله ، ولا تجزىء مقطوعة بعض اللسان •

(الحادية عشرة) يجزىء الموجوء والخصى ، كذا قطع به الأصحاب وهو الصواب • وشذ ابن كج فحكى فى الخصى قولين ، وجعل المنع هو قول الجديد وهذا ضعيف منابذ للحديث الصحيح (فان قيل) فقد فات منه الخصيتان ، وهما مأكولتان (قلنا) ليستا مأكولتين فى العادة بخلاف الأذن ، ولأن ذلك ينجبر بالسمن الذى يتجدد فيه بالإخصاء ، فانه إنمـا جاء فى الحديث أنه ضحى بموجوءين وهمـا المرضوضان ولا يلزم منه

جواز الخصى الذى ذهبت خصياه فانهما بالرض صارتا كالمعدومتين وتعذر أكلهما •

(الثانية عشرة) تجزىء التى لا قرن لها ومكسورة القرن سواء دمى قرنها أم لا • قال القفال : إلا أن يؤثر ألم الانكسار فى اللحم فيكون كالجرب وغيره • وذات القرن أفضل للحديث الصحيح « أن رسول الله ﷺ ضحى بكبشين أقرنين » ولقول ابن عباس : « تعظيمها استحسانها » •

(الثالثة عشرة) تجزىء ذاهبه بعض الأسنان • فان انكسرت جميع أسنانها أو تناثرت فقد أطلق البغوى وآخرون أنها لا تجزىء • وقال إمام الحرمين : قال المحققون : تجزىء ، قيل : لا تجزىء وقال بعضهم إن كان ذلك لمرض أو كان يؤثر فى الاعتلاف وينقص اللحم منع وإلا فلا ، قال الرافعى : وهذا حسن ، ولكنه يؤثر بلا شك ، فرجع الكلام إلى المنع المطلق ، هذا كلام الرافعى ، والصحيح المنع مطلقا ، وفى الحديث : نهى عن المشيعة ، قال صاحب البيان : هى المتأخرة عن الغنم ، فان كان ذلك لهزال أو علة منع ، لأنها عجفاء ، وإن كان عادة وكسلا لم يمنع ، والله أعلم •

(الرابعة عشرة) قال أصحابنا : العيوب ضربان ، ضرب يمنع الإجزاء وضرب لا يمنعه ، لكن يكره (فأما) الذى يمنعه فسبق بيانه وتفصيله ، والمتفق عليه منه والمختلف فيه (وأما) الذى لا يمنعه ، بل يكره فمنه مكسورة القرن وذاهبته • ويقال التى لم يخلق لها قرن : جلحاء • والتى انكسر ظاهر قرنها عصماء والعضباء هى مكسورة ظاهر القرن وباطنه ، هذا مذهبنا ، وقال النخعى : لا تجوز الجلحاء ، وقال مالك : إن دمى قرن العضباء لم تجزىء وإلا فتجزىء دليلنا أنه لا يؤثر فى اللحم (ومنه) المقابلة والمدابرة يكرهان ويجزئان ، وهما ــ بفتح الباء فيهما ــ قال جمهور العلماء من أهل اللغة وغريب الحديث والفقهاء : المقابلة التى قطع من

مقدم أذنها فلقة وتدلت فى مقابلة الأذن ولم ينفصل ، والمدابرة التى قطع من مؤخر أذنها فلقة وتدلت منه ، ولم تنفصل ، والفلقة الأول تسمى الإقبالة والأخرى تسمى الإدبارة .

وقال أبو عبيد معمر بن المثنى فى كتابه غريب الحديث : المقابلة الموسومة بالنار فى باطن أذنها ، والمدابرة فى ظاهر أذنها والمشهور الأول ، ودليل المسألة حديث على رضى الله عنه قال «أمرنا رسول الله ﷺ أن نستشرف العين والأذن ، ولا نضحى بعوراء ، ولا مقابلة ، ولا مدابرة ولا شرقاء ، ولا خرقاء » رواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وغيرهم ، قال الترمذى : حديث حسن صحيح ، وسبق تفسير الخرقاء والشرقاء فى أول كلام المصنف ومعنى نستشرف العين أى نشرف عليها ونتأملها ، وقد قدمنا أن هذه العيوب كلها لا تمنع الإجزاء ، ونقله صاحب البيان عن أصحابنا العراقيين ثم قال : وقال المسعودى يعنى صاحب الإبانة[1] فى إجزائها وجهان والله أعلم .

---

(١) قال الشيخ ابو عمرو بن الصلاح : كل ما يوجد فى كتاب البيان للعمرانى منسوبا الى المسعودى فانه غير صحيح النسبة اليه ، وانما المراد به صاحب الابانة ابو القاسم الفورانى قال : وذلك أن الابانة وقعت فى اليمن منسوبة الى المسعودى على جهة الغلط لتباعد الديار . وقال التاج السبكى : وقال أبو عبد الله الطبرى صاحب العدة فى أولها بعد ان ذكر ما ذكره ابن الصلاح : ان الابانة تنسب فى بعض بلاد خراسان الى الصفار بتشديد وفتح الصاد والفاء وفى بعضها الى الشاشى وما ذكره ابن الصلاح من أن كل ما يوجد عن المسعودى فى البيان فهو عن الابانة ، مشكل بمواضع : منها أن صاحب البيان نقل فيه أن المسعودى قال : اذا اشترى ما لا شفعة فيه أصلا لا بالاصالة ، ولا بالتبعية كالسيف وما فيه شفعة انه لا تثبت الشفعة فى الشقص لتفرق الصفقة فى الشقص على المشترى . وقد كشفت الابانة عن ذلك فيها ومنها نقل فى البيان عن المسعودى انه اذا ابتاع بثمن مؤجل فله أن يبيع ولا يخبر بالأجل ، وهذا يوافقه قول سليم فى المجرد : انه يكره له أن يبيعه ولا يذكر الأجل وقد صرح الرويانى فى البحر بحكايته وجها عن الخراسانيين الا انى كشفت الابانة للفورانى فلم أر ذلك فيها ومنها قال فى البيان قال المسعودى فى الأب هل يزوج ابنه الصغير ؟ وجهان الأصح لا ، لانه لا حاجة له اليه ، وهذا لم يوجد فى الابانة . وقد وقع فى الروضة أن الفورانى حكى وجها وصححه أن الأب لا يملك تزويج ابنه الصغير قال : وهو غلط قال ابن الرفعة فى المطلب : لم أر هذا الوجه فى الابانة هنا ثم قال ابن السبكى : ما اظن النووى أتى الا من قبل ابن الصلاح فانه لما استقر فى نفسه ما ذكره من أن ما ينسب فى البيان الى المسعودى فهو الى الفورانى ووجد هذا منسوبا الى المسعودى نسبه الى الفورانى وهذا ما كان ليس قد ذكرنا مع نظائر له فى الكتاب الذى لقبناه (خادم الرافعى) .

(الخامسة عشرة) إذا نذر التضحية بحيوان معين فيه عيب يمنع الإجزاء لزمه ، أو قال : جعلت هذه أضحية لزمه ذبحها لالتزامه ويثاب على ذلك • وإن كان لا يقع أضحية كمن أعتق عن كفارة معيبا يعتق ويثاب عليه وإن كان لا يجزىء عن الكفارة • قال : قال أصحابنا : ويكون ذبحها قربة وتفرقة لحمها صدقة ، ولا نجزىء عن الهدايا والضحايا المشروعة ، لأن السلامة شرط لها ، وهل يختص ذبحها بيوم النحر ، وتجرى مجرى الأضحية فى المصرف ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا ، لأنها ليست أضحية بل شاة لحم يجب التصدق به ، فتصير كمن نذر التصدق بلحم (وأصحهما) نعم ، لأنه التزمها باسم الأضحية ، ولا محمل لكلامه إلا هذا • فعلى هذا • لو ذبحها قبل يوم النحر تصدق بلحمها • ولا يأكل منه شيئا وعليه قيمتها يتصدق بها ولا يشترى أخرى لأن المعيب لا يثبت فى الذمة • ذكره البغوى وغيره والله أعلم •

قال أصحابنا : ولو أشار إلى ظبية وقال : جعلت هذه أضحية فهو لغو لا يلزم به شيء بلا خلاف • لأنها ليست من جنس الضحايا ، ولو أشار إلى فصيل أو سخلة وقال : جعلت هذه أضحية فهل هو كالظبية ؟ أم كالمعيب فيه وجهان (أصحهما) كالمعيب • لأنها من جنس الحيوان الصالح للأضحية (أما) إذا أوجبه معيبا ثم زال العيب فهل يجزىء ذبحه عن الأضحية ؟ فيه وجهان (أصحهما) وبه قطع المصنف وآخرون : لا لما ذكره المصنف (والثانى) يجزىء لكماله وقت الذبح وحكى بعض الأصحاب هذا قولا قديما والله أعلم •

(فرع) العيوب ستة أقسام : عيب الأضحية والهدى والعقيقة وعيب المبيع والمستأجرة وأحد الزوجين ورقبة الكفارة والغرة الواجبة فى الجنين وحدودها مختلفة فعيب الأضحية المانع من إجزائها ما نقص اللحم • وعيب المبيع ما نقص القيمة أو العين كالخصاء • وعيب الإجارة

ما يؤثر فى المنفعة تأثيرا يظهر به تفاوت الأجرة لا ما يظهر به تفاوت الرقبة ، لأن العقد على المنفعة دون الرقبة ، وعيب النكاح ما نفر صورة التواق ، وهو سبعة أشياء الجنون والجذام والبرص والجب والتعنين والقرن [1] والرتق ، وعيب الكفارة ما أضر بالعمل إضرارا بينا ، وعيب الغرة كعيب المبيع ، فهذا تقريب ضبطها ، وهى مذكورة مبسوطة فى مواضعها من هذه الكتب ، والله أعلم .

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى عيوب الأضحية .

أجمعوا على أن العميـاء لا تجزىء ، وكذا العوراء البين عورها ، والعرجاء البين عرجها ، والمريضة البين مرضها ، والعجفاء ، واختلفوا فى ذاهبة القرن ومكسورته ، فمذهبنا أنهـا تجزىء ، قال مالك : إن كانت مكسورة القرن وهو يدمى لم تجزه وإلا فتجزئه ، وقال أحمد : إن ذهب أكثر من نصف قرنها لم تجزه سواء دميت أم لا . وإن كان دون النصف أجزأه ، وأما مقطوعة الأذن فمذهبنا أنها لا تجزىء ، سواء قطع [الأذن] كلهـا أو بعضها ، وبه قال مالك وداود ، وقال أحمـد إن قطع أكثر من النصف لم تجزه ، وإلا فتجزئه . وقال أبو حنيفة إن قطع أكثر من الثلث لم تجزه ، وقال أبو يوسف ومحمد : إن بقى أكثر من نصف أذنها أجزأت (وأما) مقطوعة بعض الألية فلا تجزىء عندنا ، وبه قال مالك وأحمد ، وقال أبو حنيفة فى رواية إن بقى الثلث أجزأت ، وفى رواية إن بقى أكثرها أجزأت وقال داود : تجزىء بكل حال (وأما) إذا أضـجعها ليذبحهـا فعالجها فأعورت حال الذبح فلا تجزىء ، وقال أبو حنيفة وأحمد : تجزىء والله أعلم .

---

(١) العيوب المنفردة فى النكاح منها ما هو خاص بالنساء دون الرجال ومنها ما هو خاص بالرجال دون النساء ومنها ما هو مشترك بينهما فالجنون والجذام والبرص مشترك والجب والتعنين خاص بالرجال والقرن هو العفـلة وهو لحمة تكون فى فم الفرج والرتقـاء الضيقة لدرجة الانسداد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والمستحب أن يضحى بنفسه لحديث أنس أن النبى ﷺ « ضحى بكبشين [املحين] ووضع رجله على صفاحهما ، وسمى وكبر » ويجوز أن يستنيب غيره ، لما روى جابر أن النبى ﷺ (نحر ثلاثا وستين بدنة ثم أعطى عليا فنحر ما غبر منها) والمستحب أن لا يستنيب إلا مسلما لأنه قربة ، فكان الأفضل أن لا يتولاها كافر ، ولأنه يخرج بذلك من الخلاف لأن عند مالك [رحمه الله] لا يجزئه ذبحه فان استناب يهوديا أو نصرانيا جاز لأنه من أهل الذكاة ، ويستحب أن يكون عالما لأنه أعرف بسنة الذبح . والمستحب إذا استناب غيره أن يشهد الذبح لما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال لفاطمة رضى الله عنها « قومى إلى اضحيتك فاشهديها فانه بأول قطرة من دمها يغفر لك ما سلف من ذنبك ») .

(**الشرح**) حديث أنس رواه البخارى بلفظه ، وحديث جابر رواه مسلم بلفظه وهو من جملة حديث جابر الطويل فى صفة حجة النبى ﷺ وأما حديث أبى سعيد فرواه البيهقى من رواية أبى سعيد ومن رواية على . وقوله (ما غبر) أى ما بقى ، وهو بفتح الغين المعجمة والباء الموحدة .

(**اما الأحكام**) فقال الشافعى والأصحاب : يستحب أن يذبح هديه وأضحيته بنفسه . قال الماوردى : إلا المرأة فيستحب لها أن توكل فى ذبح هديها وأضحيتها رجلا . قال الشافعى والأصحاب : ويجوز للرجل والمرأة أن يوكلا فى ذبحهما من تحل ذكاته ، والأفضل أن يوكل مسلما فقيها بباب الصيد والذبائح والضحايا وما يتعلق بذلك لأنه أعرف بشروطه وسننه ، ولا يجوز أن يوكل وثنيا ولا مجوسيا ولا مرتدا ، ويجوز أن يوكل كتابيا وامرأة وصبيا ، لكن قال أصحابنا : يكره توكيل الصبى ، وفى كراهة توكيل المرأة الحائض وجهان (أصحهما) لا يكره ، لأنه لم يصح فيه نهى والحائض أولى من الصبى ، والصبى أولى من الكافر الكتابى ويستحب إذا وكل أن يحضر ذبحها ، ودليل الجميع فى الكتاب ،

قال البندنيجى وغيره : ويستحب أن يتولى تفرقة اللحم بنفسه ، ويجوز التوكيل فيها • والله أعلم •

(فـرع) قال أصحابنا : والنية شرط لصحة التضحية ، وهل يجوز تقديمها على حالة الذبح أم يشترط قرنها به ؟ فيه وجهان (أصحهما) جواز التقديم كما فى الصوم والزكاة على الأصح (والثانى) يشترط قرنها كنية الصلاة والوضوء • ولو قال : جعلت هذه الشاة ضحية ، فهل يكفيه التعيين والقصد عن نية التضحية والذبح ؟ فيه وجهان (أصحهما) عند الأكثرين لا يكفيه لأن التضحية قربة فى نفسها فوجبت فيها النية • ورجح إمام الحرمين والغزالى الاكتفاء لتضمنه النية وبهذا قطع الشيخ أبو حامد • قال حتى لو ذبحها يعتقدها شاة لحم أو ذبحها لص وقعت الموقع ، والمذهب الأول • ولو التزم ضحية فى ذمته ثم عين شاة عما فى ذمته بنى على الخلاف السابق فى باب الهدى أن المعينة هل تتعين عن المطلقة فى الذمة ؟ وفيه وجهان (الصحيح) وبه قطع الأكثرون تتعين (فان قلنا) لا تتعين اشترطت النية عند الذبح ، وإلا فعلى الوجهين • ولو وكله ونوى عند ذبح الوكيل كفى ذلك ولا حاجة إلى نية الوكيل ، بل لو لم يعلم الوكيل أنه مضح لم يضر • وإن نوى عند دفعها إلى الوكيل فقط فعلى الوجهين فى تقديم النية • ويجوز تفويض النية إلى الوكيل إن كان مسلما ، فان كان كتابيا فلا •

(فـرع) لا يصح تضحية عبد ولا مستولدة ولا مدبر عن أنفسهم ، إن قلنا بالمذهب الصحيح الجديد إنهم لا يملكون بالتمليك ، فان أذن لهم السيد وقعت التضحية عن السيد (وإن قلنا) يملكون لم يصح تضحيتهم بغير إذن ، لأن له حق الانتزاع ، فان أذن وقعت عنهم ، كما لو أذن لهم فى التصدق ، وليس له الرجوع بعد الذبح ولا بعد جعلها ضحية • وأما المكاتب فلا تصح تضحيته بغير إذن سيده ، فان أذن فعلى القولين فى

تبرعه باذنه (أصحهما) الصحة • وأما من بعضه رقيق فله التضحية بما ملكه بحريته فلا يحتاج إلى أذن ، والله أعلم •

(فرع) لو ضحى عن غيره بغير إذنه لم يقع عنه • وأما التضحية عن الميت فقد أطلق أبو الحسن العبادى جوازها ، لأنها ضرب من الصدقة ، والصدقة تصح عن الميت وتنفعه وتصل إليه بالاجماع • وقال صاحب العدة والبغوى : لا تصح التضحية عن الميت إلا أن يوصى بها ، وبه قطع الرافعى فى المجرد ، والله تعالى أعلم •

قال أصحابنا : وإذا ضحى عن غيره بغير إذنه ، فان كانت الشاة معينة بالنذر وقعت عن المضحى وإلا فلا ، كذا قاله صاحب العدة وآخرون، وأطلق الشيخ إبراهيم المروروذى أنها تقع المضحى ، قال هو وصاحب العدة وآخرون : ولو ذبح عن نفسه واشترط غيره فى ثوابها جاز ، قالوا : وعليه يحمل الحديث المشهور عن عائشة (أن النبى ﷺ ذبح كبشا وقال : بسم الله اللهم تقبل من محمد وآل محمد ، ومن أمة محمد ، ثم ضحى به) رواه مسلم ، الله أعلم •

واحتج العبادى وغيره فى التضحية عن الميت بحديث على بن أبى طالب رضى الله عنه أنه كان (يضحى بكبشين عن النبى ﷺ وبكبشين عن نفسه ، وقال : إن رسول الله ﷺ أمرنى أن أضحى عنه أبدا فأنا أضحى عنه أبدا) رواه أبو داود والترمذى والبيهقى • قال البيهقى : إن ثبت هذا كان فيه دلالة على صحة التضحية عن الميت ، والله أعلم •

(فرع) أجمعوا على أنه يجوز أن يستنيب فى ذبح أضحيته مسلما • وأما الكتابى فمذهبنا ومذهب جماهير العلماء صحة استنابته ، وتقع ذبيحته ضحية عن الموكل مع أنه مكروه كراهة تنزيه • وقال مالك لا تصح وتكون شاة لحم • دليلنا أنه من أهل الزكاة كالمسلم •

(والمستحب أن يوجه الذبيحة إلى القبلة لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبى ﷺ قال (ضحوا وطيبوا أنفسكم فانه ما من مسلم يستقبل بذبيحته القبلة إلا كان دمها وفرثها وصوفها حسنات فى ميزانه يوم القيامة) ولأنه قربة لابد فيها من جهة ، فكانت جهة القبلة أولى . ويستحب أن يسمى الله تعالى لحديث أنس أن النبى ﷺ (سمى وكبر) ويستحب أن يقوم (اللهم تقبل منى) لما روى عن ابن عباس أنه قال (ليجعل أحدكم ذبيحته بينه وبين القبلة . ثم يقول : من الله وإلى الله والله أكبر ، اللهم منك ولك ، اللهم تقبل) وعن ابن عمر [رضى الله عنهما] أنه كان إذا ضحى قال (من الله والله أكبر ، واللهم منك ولك ، اللهم تقبل منى)) .

(الشرح) حديث أنس رواه البخارى ومسلم ، ولفظ مسلم أن النبى ﷺ قال (باسم الله والله أكبر) ولفظ البخارى (سمى وكبر) وأما حديث عائشة فذكر البيهقى وقال إسناده ضعيف . وأما الأثر عن ابن عباس فرواه البخارى بمعناه ، ويغنى عنه حديث عائشة المذكور فى الفرع قبل هذا ، وهو فى صحيح مسلم ودلالته ظاهرة ، ويا ليت المصنف احتج به .

(أما الأحكام) فمقصود الفصل بيان آداب الذبح وسننه ، سواء فى ذلك الهدى والأضحية وغيرهما ، وفيه مسائل (إحداها) يستحب تحديد السكين وإراحة الذبيحة ، وقد ذكره المصنف فى باب الصيد والذبائح بدليله ، وهناك نشرحه إن شاء الله تعالى .

(الثانية) يستحب إمرار السكين بقوة وتحامل ذهابا وعودا ، ليكون أرجى وأسهل .

(الثالثة) استقبال الذابح القبلة وتوجيه الذبيحة إليها ، وهذا مستحب فى كل ذبيحة ، لكنه فى الهدى والأضحية أشد استحبابا لأن الاستقبال فى العبادات مستحب وفى بعضها واجب ، وفى كيفية توجيهها ثلاثة أوجه حكاها الرافعى (أصحها) يوجه مذبحها إلى القبلة ، ولا يوجه

وجهها ليمكنه هو أيضا الاستقبال (والثانى) يوجهها بجميع بدنها (والثالث) يوجه قوائمها • ويستحب أن ينحر البعير قائما على ثلاث قوائم معقول الركبة وإلا فباركا ويستحب أن يضجع البقر والشاة على جنبها الأيسر ، هكذا صرح به البغوى والأصحاب ، قالوا ويترك رجلها اليمنى ويشد قوائمها الثلاث •

(الرابعة) التسمية مستحبة عند الذبح والرمى إلى الصيد وإرسال الكلب ونحوه فلو تركها عمدا أو سهوا حلت الذبيحة ، لكن تركها عمدا مكروه على المذهب الصحيح كراهة تنزيه لا تحريم ، وفى تعليق الشيخ أبى حامد أنه يأثم به ، والمشهور الأول ، وهل يتأدى الاستحباب بالتسمية عند عض الكلب وإصابة السهم ؟ فيه وجهان (أصحهما) نعم ، وهذا الخلاف فى كمال الاستحباب •

فأما إذا ترك التسمية عند الإرسال فيستحب تداركها عند الإصابة بلا خلاف كما لو ترك التسمية فى أول الوضوء والأكل ، يستحب التسمية فى أثنائهما • قال أصحابنا : ولا يجوز أن يقول الذابح : باسم محمد ، ولا باسم الله واسم محمد ، بل من حق الله تعالى أن يجعل الذبح باسمه واليمين باسمه ، والسجود له لا يشاركه فى ذلك مخلوق • وذكر الغزالى فى الوسيط أنه لا يجوز أن يقول : باسم الله ومحمدٍ رسول الله لأنه تشريك ، قال : ولو قال باسم الله ومحمدٌ[1] رسول الله فلا بأس •

قال الرافعى : ويناسب هذه المسائل ما حكى فى الشامل وغيره عن نص الشافعى رحمه الله : أنه لو كان لأهل الكتاب ذبيحة يذبحونها باسم غير الله تعالى كالمسيح لم تحل • وفى كتاب القاضى ابن كج أن اليهودى

---

(١) الأولى المقول بعدم جوازها جعل محمد معطوف على اسم الجلالة مجرور والاخرى جعل محمد مرفوع على الابتداء ، فتكون محمد رسول الله جملة خبرية منفصلة عن التسمية ، هذا هو مراد الغزالى . (ط)

لو ذبح لموسى أو النصرانى لعيسى صلى الله عليهما وسلم أو للصليب حرمت ذبيحته ، وأن المسلم لو ذبح للكعبة أو ذبح لرسول الله ﷺ فيقوى أن يقال : يحرم لأنه ذبح لغير الله تعالى قال وخرج أبو الحسين بن القطان وجها آخر أنها تحل لأن المسلم يذبح لله تعالى ولا يعتقد فى رسول الله ﷺ ما يعتقده النصرانى فى عيسى . قالوا : وإذا ذبح للصنم لم تؤكل ذبيحته ، سواء كان الذابح مسلما أو نصرانيا ، وفى تعليق الشيخ إبراهيم المروروذى أن ما يذبح عند استقبال السلطان تقربا إليه أفتى أهل نجران بتحريمه ، لأنه مما أهل به لغير الله تعالى .

قال الرافعى : واعلم أن الذبح للمعبود وباسمه نازل منزلة السجود ، وكل واحد منهما من أنواع التعظيم والعبادة المخصوصة بالله تعالى ، الذى هو المستحق للعبادة فمن ذبح لغيره من حيوان أو جماد كالصنم على وجه التعظيم والعبادة لم تحل ذبيحته وكان فعله كفرا كمن يسجد لغير الله تعالى سجدة عبادة ، فكذا لو ذبح له أو لغيره على هذا الوجه ، فأما إذا ذبح لغيره لا على هذا الوجه بأن ضحى أو ذبح للكعبة تعظيما لها لكونها بيت الله أو لرسول الله ﷺ لكونه رسول الله ، فهو لا يجوز أن يمنع حل الذبيحة ، وإلى هذا المعنى يرجع قول القائل أهديت للحرم أو الكعبة ، ومن هذا القبيل الذبح عند استقبال السلطان ، لأنه استبشار بقدومه نازل منزلة ذبح العقيقة لولادة المولود . ومثل هذا لا يوجب الكفر ، وكذا السجود للغير تذللا وخضوعا لا يوجب الكفر ، وإن كان ممنوعا .

وعلى هذا فاذا قال الذابح : باسم الله واسم محمد ، وأراد أذبح باسم الله وأتبرك باسم محمد ، فينبغى أن لا يحرم ، وقول من قال : لا يجوز ذلك يمكن حمله على أن اللفظة مكروهة لأن المكروه يصح نفى الجواز والإباحة المطلقة عنه . قال : ووقعت منازعة بين جماعة ممن لقيناهم من فقهاء قزوين فى أن من ذبح باسم الله واسم رسوله هل تحرم ذبيحته

وهل يكفر بذلك ؟ وأفضت تلك المنازعة إلى فتنة ، قال : والصواب ما بيناه. هذا كلام الرافعي ، وقد أتقن رحمه الله هذا الفصل ، ومما يؤيد ما قاله واختاره ما ذكره إبراهيم المروروذي في تعليقه ، قال : حكى صاحب التقريب عن الشافعي رحمه الله أن النصراني إذا سمى غير الله تعالى كالمسيح لم تحل ذبيحته ، قال صاحب التقريب : معناه أن يذبحها له ، فأما إن ذكر المسيح على معنى الصلاة على رسول الله ﷺ فجائز ، قال وقال الحليمي : تحل مطلقا وإن سمى المسيح [1] ، والله أعلم .

(فرع) قال ابن كج : من ذبح شاة وقال أذبح لرضاء فلان حلت الذبيحة ، لأنه يتقرب إليه بذلك بخلاف من ذبح للصنم وذكر الروياني أن من ذبح للجن وقصد به التقرب إلى الله تعالى ليصرف شرهم عنه فهو حلال ، وإن قصد الذبح لهم فحرام .

(فرع) يستحب مع التسمية على الذبيحة أن يصلى على رسول الله ﷺ عند الذبح ، نص عليه الشافعي في الأم ، وبه قطع المصنف في التنبيه وجماهير الأصحاب . وفيه وجه لابن أبي هريرة أنه لا يستحب ولا يكره . وعجب أن المصنف هنا كيف أهمل ذكر هذه المسألة مع شهرتها وذكره إياها في التنبيه ، والله أعلم . هذا مذهبنا . ونقل القاضي عياض عن مالك وسائر العلماء كراهتها ، قالوا : ولا يذكر عند الذبح إلا الله وحده .

---

(١) وهذا هو الوجه عندنا لأن الله تعالى قال (ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق) وقال تعالى (اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم) وقال في أهل الكتاب (لقد كفر الذين قالوا ان الله هو المسيح ابن مريم) وقال (لقد كفر الذين قالوا ان الله ثالث ثلاثة وما من اله الا اله واحد) فيؤخذ من مجموع هذه الآيات ان الله حرم ما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق الا ما كان من أهل الكتاب رغم شركهم وتثليثهم فقد استثنى ذبائحهم رغم أنهم يؤمنون بأن المسيح هو الله فانما يسمى الله الذي يعتقده ويؤمن به وهو المسيح ابن مريم وقد علم الله منهم هذا ومع ذلك أحل ذبائحهم فيكون معنى الآيات مجتمعة مقيدا لما ذهب اليه الحليمي وهو ما نفتي به ان شاء الله . (ط)

(فـرع) يستحب أن يقول عند التضحية مع التسمية : اللهم منك وإليك تقبل منى • وحكى المـاوردى وجها أنه لا يستحب ، وهذا شاذ ضعيف والمذهب ما سبق •

ولو قال : تقبل منى كما تقبلت من إبراهيم خليلك ومحمد عبـدك ورسولك صلى الله عليهما وسلم لم يكره ، ولم يستحب ، كذا نقله الرويانى فى البحر عن الأصحاب ، واتفق أصحابنا على استحباب التكبير مع التسمية فيقول : بسم الله والله أكبر لحديث أنس المذكور ، وهو صحيح كما سبق • قال المـاوردى : يختـار فى الأضحية أن يكبر الله تعـالى قبل التسمية وبعدها ثلاثا فيقول : الله أكبر الله أكبر الله أكبر • والله أعلم •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى التسمية على ذبح الأضحية وغيرها من الذبائح وعلى إرسال الكلب والسهم وغيرهما إلى الصيد • مذهبنا أنها سنة فى جميع ذلك • فان تركها سهوا أو عمدا حلت الذبيحة ولا إثم عليه ، قال العبدرى : وروى هذا عن ابن عبـاس وأبى هريرة وعطـاء ، وقال أبو حنيفة : التسمية شرط للإباحة مع الذكر دون النسيان ، وهذا مذهب جماهير العلماء •

وعن أصحاب مالك قولان (أصحهما) كمذهب أبى حنيفة (والثانى) كمذهبنا وعن أحمد ثلاث روايات (الصحيحة) عندهم والمشهورة عنه أن التسمية شرط للإباحة ، فان تركها عمـدا أو سهوا فى صيد فهو ميتـة (والثانية) كمذهب أبى حنيفة (والثالثة) إن تركها على إرسـال السهم ناسيا أكل وإن تركها على الكلب والفهد لم يؤكل ، قال : وإن تركهـا فى ذبيحة سهوا حلت ، وإن تركها عمدا فعنه روايتان وقال ابن سيرين وأبو ثور وداود : لا تحل سواء تركها عمدا أو سهوا • هذا نقل العبدرى •

وقال ابن المنذر عن الشعبى ونافع كمذهب ابن سيرين ، قال : وممن

أباح أكل ما تركت التسمية عليه ابن عباس وأبو هريرة وسعيد بن المسيب وطاوس وعطاء والحسن البصرى والنخعى وعبد الرحمن بن أبى ليلى وجعفر بن محمد والحكم وربيعة ومالك والثورى وأحمد وإسحاق وأبو حنيفة ، واحتج لمن شرط التسمية بقوله تعالى (ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق)[1] .

وعن أنس أن النبى ﷺ قال « إذا أرسلت كلبك المعلم فاذكر اسم الله ، وكل ما أمسك عليك » وفى رواية « فان خالطها كلاب من غيرها فلا تأكل ، فانما سميت على كلبك ولم تسم على غيره » وفى رواية « إذا أرسلت كلبك فاذكر اسم الله » وفى رواية « إذا رميت سهمك فاذكر الله » رواه البخارى ومسلم بهذه الروايات .

وعن أبى ثعلبة الخشنى رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال له « وما صدت بقوسك فذكرت اسم الله عليه فكل ، وما صدت بكلبك المعلم فذكرت اسم الله تعالى عليه فكل » وفى رواية « فما صدت بقوسك فاذكر اسم الله ثم كل ، وما صدت بكلبك المعلم فاذكر اسم الله ثم كل » .

واحتج أصحابنا بقول الله تعالى (حرمت عليكم الميتة والدم[2]) إلى قوله تعالى (إلا ماذكيتم) فأباح المذكى ، ولم يذكر التسمية ، فان قيل لا يكون مذكى إلا بالتسمية (قلنا) الذكاة فى اللغة الشق والفتح وقد وجدا ، وأيضا قوله تعالى (وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم)[3] فأباح ذبائحهم ولم يشترط التسمية ، وبحديث عائشة رضى الله عنها أنهم قالوا « يا رسول الله إن قومنا حديثو عهد بالجاهلية يأتون بلحمان لا ندرى

---

(١) من الآية ١٢١ من سورة الأنعام .

(٢) من الآية ٣ من سورة المائدة .

(٣) من الآية ٥ من سورة المائدة .

أذكروا اسم الله عليه أم لم يذكروا فنأكل منها ؟ فقال رسول الله ﷺ سموا وكلوا » حديث صحيح رواه البخاري في صحيحه ، ورواه أبو داود والنسائي وابن ماجه بأسانيد صحيحة كلها ، فاسناد النسائي وابن ماجه على شرط البخاري ومسلم ، وإسناد أبي داود على شرط البخاري •

قال أصحابنا : وقوله ﷺ « سموا وكلوا » هذه التسمية المستحبة عند أكل كل طعام وشرب كل شراب ، فهذا الحديث هو المعتمد في المسألة ، وأحاديث أبي هريرة قال « جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال : يا رسول الله أرأيت الرجل يذبح وينسى أن يسمي ؟ فقال النبي ﷺ اسم الله على كل مسلم » فهذا حديث منكر مجمع على ضعفه ذكره البيهقي وبين أنه منكر ولا يحتج به ، وهذا حديث الصلت عن النبي ﷺ قال « ذبيحة المسلم حلال ذكر اسم الله أو لم يذكر » فهذا حديث مرسل ذكره أبو داود في المراسيل والبيهقي •

وأجاب أصحابنا عن الآية التي احتج بها الأولون أن المراد ما ذبح للأصنام كما قال تعالى في الآية الأخرى (وما ذبح على النصب وما أهل به لغير الله)[1] ولهذا قال تعالى (ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه[2] ، وإنه لفسق) وقد أجمعت الأمة على أن من أكل متروك التسمية ليس بفاسق ، فوجب حملها على ما ذكرناه ، ويجمع بينها وبين الآيات السابقات مع حديث عائشة • (وأجاب) بعض أصحابنا بجواب آخر وهو حمل النهي على كراهة التنزيه جمعا بين الأدلة (والجواب) عن حديثي علي وأبي ثعلبة أن ذكر التسمية للندب (وجواب) آخر عن قوله ﷺ « فانما سميت على كلبك » أن المراد بالتسمية الإرسال والله أعلم •

---

(١) من الآية ٣ من سورة المائدة .

(٢) من الآية ١٢١ من سورة الأنعام .

(فـرع) فى مذاهبهم فى مسائل مما سبق .

يستحب عندنا أن يقول فى ذبح الأضحية (اللهم منك ولك فتقبل منى) وبه قال ابن عباس وكرهه ابن سيرين ومالك وأبو حنيفة . دليلنا حديث عائشة السابق وأما الصلاة على النبى ﷺ عند الذبح فمستحبة عندنا . وكرهها الليث بن سعد وابن المنذر .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإذا نحر الهدى أو الأضحية نظرت فان كان تطوعا فالمستحب أن يأكل منه ، لما روى جابر أن النبى ﷺ « نحر ثلاثا وستين بدنة ثم أعطى عليا رضى الله عنه فنحر ما غبر » « وأشركه فى هديه ، وأمر من كل بدنة ببضعة فجعلها فى قدر فطبخت فأكل من لحمها وشرب من مرقها » ولا يجب ذلك لقوله عز وجل « والبدن جعلناها لكم من شعائر الله »(١) فجعلها لنا ، وما هو للانسان فهو مخير بين أكله وبين تركه ، وفى القدر الذى يستحب أكله قولان ، قال فى القديم: يأكل النصف ويتصدق بالنصف لقوله عز وجل « فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير »(٢) فجعلها بين اثنين ، فدل على أنها بينهما نصفين . وقال فى الجديد : يأكل الثلث ويهدى الثلث ويتصدق بالثلث لقوله عز وجل « فكلوا منها وأطعموا القانع والمعتر »(٣) قال الحسن : القانع الذى يسألك ، والمعتر الذى يتعرض لك ولا يسألك وقال مجاهد : « القانع الجالس فى بيته والمعتر الذى يسألك » فجعلها بين ثلاثة فدل على أنها بينهم أثلاثا .

(وأما) القدر الذى يجوز أن يؤكل ففيه وجهان ، قال أبو العباس بن سريج وأبوالعباس بن القاص يجوز أن يأكل الجميع ، لأنها ذبيحة يجوز أن يأكل منها فجاز أن يأكل جميعها كسائر الذبائح ، وقال عامة أصحابنا : يجب أن يبقى منها قدر ما يقع عليه اسم الصدقه ، لأن القصد منها القربة ، فاذا أكل الجميع لم تحصل القربة له ، فان اكل الجميع لم يضمن على قول أبى العباس

---

(٣) من الآية ٣٦ من سورة الحج .

(٤) من الآية ٢٨ من سورة الحج .

(٥) من الآية ٣٦ من سورة الحج .

وابن القاص ، ويضمن على قول سائر أصحابنا ، وفى القدر الذى يضمن وجهان (أحدهما) يضمن أقل ما يجزىء فى الصدقة (والثانى) يضمن القدر المستحب وهو الثلث فى أحد القولين والنصف فى الآخر بناء على القولين فيمن فرق سهم الفقراء على اثنين .

وإن كان نذرا نظرت فان كان قد عينه عما فى ذمته لم يجز ان ياكل منه لانه بدل عن واجب فلم يجز أن ياكل منه كالدم الذى يجب بترك الإحرام من الميقات ، وإن كان نذر مجازاة كالنذر لشفاء المريض وقدوم الغائب لم يجز أن ياكل منه لانه جزاء ، فلم يجز أن ياكل منه كجزاء الصيد ، فان أكل شيئا منه ضمنه . وفى ضمانه ثلاثة اوجه (احدها) يلزمه قيمة ما أكل ، كما لو أكل منه اجنبى (والثانى) يلزمه مثله من اللحم لانه لو أكل جميعه ضمنه بمثله ، فاذا أكل بعضه ضمنه بمثله (والثالث) يلزمه أن يشترى جزءا من حيوان مثله ، ويشارك فى ذبحه ، وإن كان نذرا مطلقا ففيه ثلاثة أوجه (احدها) انه لا يجوز أن ياكل منه لانه إراقة دم واجب فلا يجوز ان ياكل منه كدم الطيب واللباس (والثانى) يجوز لأن مطلق النذر يحمل على ما تقرر فى الشرع ، والهدى والأضحية المعهودة فى الشرع يجوز الأكل منها ، فحمل النذر عليه (والثالث) انه إن كان أضحية جاز أن ياكل منها ، لأن الأضحية المعهودة فى الشرع يجوز الأكل منها ، وإن كان هديا لم يجز أن ياكل منه ، لأن أكثر الهدايا فى الشرع الأكل منها فحمل النذر عليها) .

(الشرح) حديث جابر رواه مسلم فى صحيحه بحروفه ، والبضعة ــ بفتح الباء لا غير ــ وهى القطعة من اللحم . وقوله « ما غبر » أى ما بقى . وقوله (وأشركه فى هديه) أى فى ثوابه ، وإنما أخذ بضعة من كل بدنة وشرب من مرقها ، ليكون قد تناول من كل واحدة شيئا . وقوله (لأنه ذبيحة يجوز أن يأكل منها) احتراز من جزاء الصيد والمنذورة .

(اما الأحكام) فللأضحية والهدى حالان (أحدهما) أن يكون تطوعا فيستحب الأكل منهما ولا يجب ، بل يجوز التصدق بالجميع . هذا هو المذهب وبه قطع جماهير الأصحاب وهو مذهب عامة العلماء ، وحكى الماوردى عن أبى الطيب بن سلمة وجها أنه لا يجوز التصدق بالجميع ،

بل يجب أكل شيء لظاهر قوله تعالى (فكلوا منها وأطعموا) والصحيح الأول • قال أصحابنا : والأفضل أن يتصدق بأدنى جزء كفاه بلا خلاف ، لأن اسم الإطعام والتصدق يقع عليه •

وفى القدر الذى يستحب أن لا ينقص التصدق عنه قولان (القديم) يأكل النصف ويتصدق بالنصف (والأصح) الجديد • قال الرافعى : واختلفوا فى التعبير عن الجديد ، فنقل جماعة عنه أنه يأكل الثلث ويتصدق بالثلثين ونقل المصنف وآخرون عنه أنه يأكل الثلث ويتصدق بالثلث على المساكين ويهدى الثلث إلى الأغنياء أو غيرهم ، وممن حكى هذا الشيخ أبو حامد ، ثم قال أبو حامد : ولو تصدق بالثلثين كان أفضل قال الرافعى: ويشبه أن لا يكون اختلاف فى الحقيقة ، بل من اقتصر على التصدق بالثلثين ذكر الأفضل أو توسع فعد الهدية صدقة ، قال : والمفهوم من كتاب الأصحاب أن الهدية لا تغنى عن التصدق بشيء إذا أوجبناه ، وإنما لا تستحب من القدر الذى يستحب التصدق به •

واتفق أصحابنا على أنه يجوز أن يصرف القدر الذى لابد من التصدق به إلى مسكين واحد بخلاف سهم الصنف الواحد من الزكاة فانه لا يجوز صرفه إلى أقل من ثلاثة ، والفرق أنه يجوز هنا الاقتصار على جزء يسير بحيث لا يمكن صرفه إلى أكثر من واحد •

قال أصحابنا : وليس له أن يتلف من لحم المتطوع بها شيئا ، بل يأكل ويطعم ولا يجوز تمليك الأغنياء منها شيئا ، وإنما يجوز إطعامهم والهدية إليهم ، ويجوز تمليك الفقراء منها ليتصرفوا فيه بالبيع وغيره ، فلو أصلح الطعام ودعا إليه الفقراء قال إمام الحرمين : الذى ينقدح عندى أنا إذا أوجبنا التصدق بشيء أنه لابد من التمليك كما فى الكفارة ، وكذا صرح به الرويانى فقال : لا يجوز أن يدعو الفقراء ليأكلوه مطبوخا لأن

حفهم فى تملكه ، قال : وإن دفع مطبوخا لم يجزه بل يفرقه نيئا لأن المطبوخ كالخبز فى الفطرة ، والله أعلم .

وهل يشترط التصدق منها بشىء أم يجوز أكلها جميعا ، فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أحدهما) يجوز أكل الجميع ، قاله ابن سريج وابن القاص والإصطخرى وابن الوكيل ، وحكاه ابن القاص عن نص الشافعى ، قالوا : وإذا أكل الجميع ففائدة الأضحية حصول الثواب باراقة الدم بنية القربة (والقول الثانى) وهو قول جمهور أصحابنا المتقدمين ، وهو الأصح عند جماهير المصنفين ، ومنهم المصنف فى التنبيه يجب التصدق بشىء يطلق عليه الاسم ، لأن المقصود إرفاق المساكين ، فعلى هذا إن أكل الجميع لزمه الضمان ، وفى قدر الضمان خلاف (المذهب) منه أن يضمن ما ينطلق عليه الاسم (وفى قول) وبعضهم يحكيه وجها أنه يضمن القدر الذى يستحب أن لا ينقص فى التصدق عنه ، وهو النصف والثلث فيه القولان السابقان ، ودليل الجميع فى الكتاب .

قال المصنف وغيره : وهذا الخلاف مبنى على القولين فيمن دفع سهم صنف من أصناف الزكاة إلى اثنين مع وجود الثالث . وحكى ابن كج والماوردى والدارمى وجها شاذا أنه يضمن الجميع بأكثر الأمرين من قيمتها ومثلها ، لأنه عدل عن حكم الأضحية بأكله الجميع ، فكأنه أتلفها ، وهذا الوجه حكى عن أبى اسحق المروزى وأبى على ابن أبى هريرة ، وحكاه الدارمى عن ابن القطان . وعلى هذا يذبح البدل فى وقت التضحية ، فإن أخره عن أيام التشريق ففى إجزائه وجهان (أصحهما) يجزئه ، وفى جواز الأكل من البدل وجهان . وهذا الوجه المحكى عن ابن كج والماوردى وما تفرع عليه شاذ ضعيف ، والمعروف ما سبق من الخلاف . ثم ما ضمنه على الخلاف السابق لا يتصدق به دراهم ، بل فيما يلزمه وجهان (أحدهما)

صرفه إلى شقص أضحية (والثانى) وهو الأصح يكفى أن يشترى به لحما ويتصدق به • هذا هو المشهور •

وحكى صاحب البيان وجها ثالثا أنه يتصدق به دراهم ، وادعى أنه الأصح المنصوص ، وعلى الوجهين الأولين يجوز تأخير الذبح والتفرقة عن أيام التشريق لأن الشقص واللحم ليس بأضحية ولا يشترط فيه وقتها ، ولا يجوز أن يأكل منه ، والله تعالى أعلم •

(الحال الثانى) أن يكون الهدى أو الأضحية منذورا ، قال الأصحاب: كل هدى وجب ابتداء من غير التزام كدم التمتع والقران وجبرانات الحج لا يجوز الأكل منه بلا خلاف ، فلو أكل منه غرم ولا يجب إراقة الدم ثانيا ، وفيما يغرمه أوجه (أصحها) وهو نصه فى القديم يغرم قيمة اللحم ، كما لو أتلفه غيره •

(والثانى) يلزمه مثل ذلك اللحم فيتصدق به (والثالث) يلزمه شقص من حيوان مثله ، ويشارك فى ذبيحة ، لأن ما أكله بطل حكم إراقة الدم فيه فصار كما لو ذبحه وأكل الجميع فانه يلزمه دم آخر • وأما الملتزم بالنذر من الهدايا ، فان عينه بالنذر عما فى ذمته من دم حلق أو تطيب ولباس وغير ذلك لم يجز له الأكل منه ، كما لو ذبح شاة بهذه النية بغير نذر وكالزكاة ، وإن نذر نذر مجازاة ، كتعليقه التزام الهدى أو الأضحية بشفاء المريض ونحوه لم يجز الأكل منه أيضا كجزاء الصيد ، ومقتضى كلام الأصحاب أنه لا فرق بين كون الملتزم معينا أو مرسلا فى الذمة ثم يذبح عنه ، فان أطلق الالتزام فلم يعلقه بشىء وقلنا بالمذهب أنه يصح نذره ويلزمه الوفاء ــ نظر فان كان الملتزم معينا بأن قال لله على أن أضحى بهذه أو أهدى هذه ــ ففى جواز الأكل منها قولان ووجه أو ثلاثة أوجه (أصحها) لا يجوز الأكل من الهدى ولا الأضحية (والثانى) يجوز (والثالث) يجوز من الأضحية دون الهدى وأدلة الثلاثة فى الكتاب • ومن هذا القبيل ما إذا

قال جعلت هذه الشاة ضحية من غير تقدم التزام • أما إذا التزم فى الذمة ثم عين شاة عما عليه فان لم نجوز الأكل من المعينة ابتداء فههنا أولى • وإلا فقولان أو وجهان (الأصح) لا يجوز •

قال الرافعى هكذا فصل حكم الأكل من الملتزم كثيرون من المعتبرين وهو المذهب وأطلق جماعة فى جواز الأكل وجهين ، ولم يفرقوا بين نذر المجازاة وغيره ولا بين الملتزم المعين والمرسل بالمنع • قال أبو إسحاق : قال المحاملى وغيره : وهو المذهب • واختار القفال والإمام الجواز • قال الرافعى : ويشبه أن يتوسط فيرجح فى المعين الجواز وفى المرسل المنع سواء عين عينه ثم ذبح أو ذبح بلا تعيين لأنه عن دين فى الذمة فأشبه الجبرانات • وبهذا قال الماوردى • وهو مقتضى سياق الشيخ أبى على • وحيث منعنا الأكل فى المنذورة فأكل فعليه الغرم • وفيما يغرمه الأوجه الثلاثة السابقة فى الجبرانات • وحيث جوزنا الأكل ففى قدر ما يأكله القولان فى أضحية التطوع • كذا قاله البغوى •

قال الرافعى : ولك أن تقول ذلك الخلاف فى قدر المستحب أكله • ولا يبعد أن يقال لا يستحب الأكل ، وأقل ما فى تركه الخروج من الخلاف ، والله أعلم •

(فرع) يجوز أن يدخر من لحم الأضحية ، وكان ادخارها فوق ثلاثة أيام منهيا عنه ثم أذن رسول الله ﷺ فيه ، وذلك ثابت فى الأحاديث الصحيحة المشهورة • قال جمهور أصحابنا : كان النهى نهى تحريم • وقال أبو على الطبرى : يحتمل التنزيه • وذكر الأصحاب على التحريم وجهين فى أن النهى كان عاما ثم نسخ أم كان مخصوصا بحالة الضيق الواقع تلك السنة ، فلما زالت انتهى التحريم ؟ وجهين على الثانى فى أنه لو حدث مثل ذلك فى زماننا هل يحكم به ؟ والصواب المعروف أنه لا يحرم الادخار اليوم

بحـــال ، وإذا أراد الادخار فالمستحب أن يكون من نصيب الأكل لا من نصيب الصدقة والهدية •

وأما قول الغزالى فى الوجيز : يتصدق بالثلث ويأكل الثلث ويدخر الثلث ، فغلط ظاهر من حيث النقل والمعنى ، قال الرافعى : هذا غلط لا يكاد يوجد فى كتاب متقدم ولا متأخر ، والصواب المعروف ما قدمناه ، وقد قال الشافعى فى المبسوط : أحب أن لا يتجاوز بالأكل والادخار الثلث ، وأن يهدى الثلث ويتصدق بالثلث ، هذا نصه بحروفه ، وقد نقله أيضا القاضى أبو حامد فى جامعه ولم يذكر غيره ، وهذا تصريح بالصواب ورد لقول الغزالى ، والله أعلم •

(فـــرع) فى مذاهب العلماء فى الأكل من الضحية والهدى الواجبين

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يجوز الأكل منهما ، سواء كان جبرانا أو منذورا وكذا قال الأوزاعى وداود الظاهرى : لا يجوز الأكل من الواجب ، وقال أبو حنيفة : يجوز الأكل من دم القران والتمتع ، وبناه على مذهبه فى أن دم القران والتمتع دم نسك لا جبران • وكذا قال أحمد لا يأكل من شىء من الهدايا إلا من دم التمتع والقران ودم التطوع • وقال مالك : يأكل من الهدايا كلها إلا جزاء الصيد ونسك الأذى والمنذور وهدى التطوع إذا عطب قبل محله • وحكى ابن المنذر عن الحسن البصرى أنه لا بأس أن يأكل من جزاء الصيد وغيره • والله أعلم •

(فـــرع) الأكل من أضحية التطوع وهديه سنة ليس بواجب • هذا مذهبنا ومذهب مالك وأبى حنيفة والجمهور ، وأوجبه بعض السلف ، وهو وجه لنا سبق وممن استحب أن يأكل ثلثا ويتصدق ثلثا ويهدى ثلثا ابن مسعود وعطاء وأحمد وإسحاق •

(فـرع) قال ابن المرزبان : من أكل بعض الأضحية وتصدق ببعضها هل يثاب على جميعها أم على ما تصدق به فقط ؟ فيه وجهان كالوجهين فيمن نوى صوم التطوع ضحوة هل يثاب من أول النهار ؟ أم من وقت النيـة فقط ؟ قال الرافعى : ينبغى أن يقال : له ثواب التضحية بالجميع وثواب التصدق بالبعض ، وهذا الذى قاله الرافعى هو الصواب الذى تشهد به الأحاديث والقواعد ، وممن جزم به تصريحـا الشيخ الصـالح إبراهيم المروروذى والله أعلم .

قال المصنف رحمـه الله تعـالى

(ولا يجوز بيع شىء من الهدى والأضحية نذرا كان أو تطوعا ، لما روى عن على رضى الله عنه قال ((أمرنى رسول الله ﷺ ان أقوم على بدنة فاقسم جلالها وجلودها ، وامرنى ان لا أعطى الجازر منها شيئا ، وقال : نحن نعطيه من عندنا)) ولو جاز أخذ العوض منه لجاز أن يعطى الجازر (منها) فى اجرته ، ولأنه إنما أخرج ذلك قربة فلا يجوز أن يرجع إليه إلا ما رخص فيه وهو الأكل).

(**الشرح**) حديث على رضى الله عنه رواه البخارى ومسلم بلفظه ، وجلالها ــ بكسر الجيم ــ جمع جل . واتفقت نصوص الشافعى والأصحاب على أنه لا يجوز بيع شىء من الهدى والأضـحية نذرا كان أو تطوعا ، سواء فى ذلك اللحم والشحم والجلد والقرن والصوف وغيره ، ولا يجوز جعل الجلد وغيره أجرة للجزار ، بل يتصدق به المضحى والمهدى أو يتخذ منه ما ينتفع بعينه كسقاء أو دلو أو خف وغير ذلك . وحكى إمام الحرمين أن صاحب التقريب حكى قولا غريبا أنه يجوز بيع الجلد والتصدق بثمنه ويصرف مصرف الأضحية ، فيجب التشريك فيـه كالانتفـاع باللحم . والصحيح المشهور الذى تظاهرت عليه نصوص الشافعى وقطع به الجمهور أنه لا يجوز هذا البيع ، كما لا يجوز بيعه لأخذ ثمنه لنفسه وكما لا يجوز بيع اللحم والشحم . قال أصحابنا : ولا فرق فى بطلان البيع بين بيعه بشىء

ينتفع به فى البيت وغيره والله أعلم ، ويستحب أن يتصدق بجلالها ونعالها التى قلدتها ، ولا يلزمه ذلك ، صرح به البندنيجي وغيره ، والله أعلم .

(**فـرع**) قال أصحابنا : لا يكفى التصدق بالجلد إذا قلنا بالمذهب إنه يجب التصدق بشىء من اللحم ، لأن المقصود هو اللحم ، قالوا : والقرن كالجلد .

(**فـرع**) ذكرنا أن مذهبنا أنه ألا يجوز بيع جلد الأضحية ولا غيره من أجزائها لا بما ينتفع به فى البيت ولا بغيره ، وبه قال عطاء والنخعى ومالك وأحمد وإسحاق هكذا حكاه عنهم ابن المنذر ، ثم حكى عن ابن عمر وأحمد وإسحاق أنه لا بأس أن يبيع جلد هديه ويتصدق بثمنه ، قال : ورخص فى بيعه أبو ثور ، وقال النخعى والأوزاعى : لا بأس أن يشترى به الغربال والمنخل والفأس والميزان ونحوها ، قال : وكان الحسن وعبد الله ابن عمير لا يريان بأسا أن يعطى الجزار جلدها ، وهذا غلط منابذ للسنة ، وحكى أصحابنا عن أبى حنيفة أنه يجوز بيع الأضحية قبل ذبحها وبيع ما شاء منها بعد ذبحها ويتصدق بثمنه ، قالوا : وإن باع جلدها بآلة البيت جاز الانتفاع بها ، دليلنا حديث على رضى الله عنه ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز أن ينتفع بجلدها فيصنع منه النعال والخفاف والفراء ، لما روت عائشة رضى الله عنها قالت « دف ناس من أهل البادية حضرة الأضحى فى زمان رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ ادخروا الثلث وتصدقوا بما بقى ، فلما كان بعد ذلك قيل لرسول الله ﷺ : يا رسول الله لقد كان الناس ينتفعون من ضحاياهم ويحملون منها الودك ويتخذون منها الأسقية فقال رسول الله ﷺ : وما ذاك ؟ قالوا : يا رسول الله نهيت عن إمساك لحوم الأضاحى بعد ثلاث ، فقال رسول الله ﷺ : إنما نهيتكم من أجل الدافة فكلوا وتصدقوا وادخروا » فدل على أنه يجوز اتخاذ الأسقية منها) .

(**الشرح**) حديث عائشة رواه مسلم بحروفه ، والفراء معروفة ، وهى

بالمد جمع فرو ، ويقال : فروة بالهاء لغتان الفصيح بلا هاء (وقوله) دف بالفاء أى جاء قال أهل اللغة : الدافة قوم يسيرون جماعة سيرا ليس بالشديد ، يقال : هم يدفون دفيفا (والبادية) والبدو بمعنى ، وهو مأخوذ من البدو ، وهو الظهور (قولها) حضرة هو ــ بنصب التاء ــ أى فى وقت حضور الأضحى ، ويجوز فتح الحاء وكسرها وضمها ثلاث لغات ، ويجوز ــ بفتح الحاء وحذف الهاء (قوله) ويجملون الودك هو بالجيم ويجوز فتح الياء وضمها والفتح أفصح ــ قال أهل اللغة يقال : جملت اللحم أجمله بضم الميم جملا ، وأجملته واجتملته إذا أذبته ، والأول أفصح وأشهر .

(**أما حكم المسالة**) فقال الشافعى والأصحاب : يجوز أن ينتفع بجلد الأضحية بجميع وجوه الانتفاع بعينه فيتخذ منه خفا أو نعلا أو دلوا أو فروا أو سقاء أو غربالا أو نحو ذلك ، وله أن يعيره ، وليس له أن يؤجره (واعلم) أن هذا الذى ذكرناه من جواز الانتفاع بالجلد هو فى جلد أضحية ، يجوز الأكل من لحمها وهى الأضحية والهدى المتطوع بهما ، وكذا الواجب إذا جوزنا الأكل منه ، وإذا لم نجوزه وجب التصدق به كاللحم ، وممن نبه عليه الشيخ أبو حامد فى تعليقه وصاحب البيان وغيرهما .

(**فرع**) قال الشيخ أبو حامد والبندنيجى والأصحاب : إذا أعطى المضحى الجازر شيئا من لحم الأضحية أو جلدها ، فان أعطاه لجزارته لم يجز ، وإن أعطاه أجرته ثم أعطاه اللحم لكونه فقيرا جاز ، كما يدفع إلى غيره من الفقراء ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز ان يشترك السبعة فى بدنة وفى بقرة ، لما روى جابر رضى الله عنه قال « نحرنا مع رسول الله ﷺ بالحديبية البدنة عن سبعة ، والبقرة عن

سبعة)) فان اشترك جماعة فى بدنة أو بقرة ، وبعضهم يريد اللحم ، وبعضهم يريد القربة جاز ، لأن كل سبع منها قائم مقام شاة ، فان ارادوا القسمة (وقلنا) إن القسمة إفراز النصيبين قسم بينهم (وإن قلنا) إن القسمة بيع لم تجز القسمة فيملك من اراد القسمة نصيبه لثلاثة من الفقراء ، فيصيرون شركاء لمن يريد اللحم ، ثم إن شاءوا باعوا نصيبهم ممن يريد اللحم ، وإن شاءوا باعوا من اجنبى وقسموا الثمن . وقال ابو العباس ابن القاص : تجوز القسمة قولا واحدا . لانه موضع ضرورة . لأن بيعه لا يمكن وهذا خطأ لانا بينا انه يمكن البيع فلا ضرورة لهم إلى القسمة) .

(**الشرح**) حديث جابر رضى الله عنه رواه مسلم فى صحيحه ، وقد سبق بيانه فى أول هذا الباب ، وذكرنا هناك أن البدنة تجزىء عن سبعة ، وكذلك البقرة سواء كانوا مضحين وبعضهم مضحيا وبعضهم يريد اللحم ، وسواء كانوا أهل بيت أو أبيات ، وسواء كانت أضحية تطوع أو منذورة . وذكرنا هناك مذاهب العلماء والدليل عليهم .

قال أصحابنا : وإذا اشترك جماعة فى بدنة أو بقرة أرادوا القسمة فطريقان (أحدهما) القطع بجواز القسمة للضرورة وهذا قول ابن القاص صاحب التلخيص (والثانى) وهو المذهب وبه قال جماهير الأصحاب إنه يبنى على القسمة بيع أو فرز النصيبين وفيها قولان مشهوران (الأصح) فى قسمة الأجزاء كاللحم وغيره أنها فرز النصيبين (والثانى) أنها بيع (فان قلنا) إفراز جازت (وإن قلنا) بيع . فبيع اللحم الرطب بمثله لا يجوز . فالطريق أن يدفع المتقربون نصيبهم إلى الفقراء مشاعا ثم يشتريها منهم من أراد اللحم ، ولهم بيع نصيبهم بعد قبضه سواء باعوه للشريك المريد اللحم أو لغيره أو يبيع مريد اللحم نصيبه للفقراء بدراهم أو غيرها . وإن شاءوا جعلوا اللحم أجزاء باسم كل واحد جزء فاذ كانوا سبعة قسم سبعة أجزاء فيأخذ كل واحد جزءا إلى يده ثم يشترى كل واحد من كل واحد من أصحابه سبع ذلك الجزء الذى فى يده بدرهم مثلا . ويبيع لكل

واحد من أصحابه سبع الذى فى يده درهم • ثم يتقاصـــون فى الدرهم والله أعلم •

قال المصنف رحمـــه الله تعـــالى

(إذا نذر أضحية بعينها فالحكم فيها كالحكم فى الهدى المنذور فى ركوبها وولدها ولبنها وجز صوفها وتلفها واتلافها ، وذبحها ونقصانها بالعيب ، وقد بينا ذلك فى باب الهدى فاغنى عن الاعادة وبالله التوفيق) •

(الشرح) هذا كما قاله ، والله أعلم •

(فـــرع) فى مسائل تتعلق بالباب •

(إحداها) فى تعيين الأضحية وغيرها ، وقد جمعها الرافعى ملخصة فأحسن جمعها فقال : قد قدمنا أن النية شرط فى التضحية ، وأن الشـــاة إذا جعلها ضحية هل يكفيه ذلك عن تجديد النية عند الذبح ؟ فيه وجهان (الأصح) لا يكفيه ، فان قلنا : يكفيه استحب التجديد ، ومتى كان فى ملكه بدنة أو شاة فقال : جعلت هذه ضحية أو هـــذه ضحية أو على أن أضحى بها ، صارت ضحية معينة • وكذا لو قال : جعلت هذه هديا أو هذا هدى ، أو على أن أهدى هذا صار هديا ، وشرط بعض الأصحاب أن يقول مع ذلك : لله تعالى ، والمذهب أنه ليس بشرط ، وقد صرح الأصحاب بزوال الملك عن الهدى والأضحية المعينين ، كما سيأتى تفريعه إن شاء تعالى • وكذا لو نذر أن يتصـــدق بمال بعينه زال ملكه عنه ، بخلاف ما لو نذر إعتاق عبد بعينه لا يزول ملكه عنه ما لم يعتقه • لأن الملك فى الهـــدى والأضحية والمـــال المعين ينتقل إلى المساكين وفى العقد لا ينتقل الملك إليه بل ينفك عن الملك بالكلية •

أما إذا نوى جعل هذه الشاة هديا أو أضحية ولم يتلفظ بشىء فقولان

(الصحيح) الجديد أنها لا تصير ضحية • قال فى القديم : تصير ، واختاره ابن سريج والإصطخرى ، وعلى هـذا فيما يصير به هديا وأضحية أوجه (أحدها) بمجرد النية كما يدخل فى الصوم بالنية ، وبهذا قال ابن سريج (والثانى) بالنية والتقليد أو الإشعار لتنضم الدلالة الظاهرة إلى النية • قاله الإصطخرى (والثالث) بالنية والذبح ، لأنه المقصود كالقبض بالنية (والرابع) بالنية والسوق إلى المذبح• ولو لزمه هدى أو ضحية بالنذر فقال: عينت هذه الشاة عن نذرى أو جعلتها عن نذرى أو قال : لله على أن أضحى بهـا عما فى ذمتى ، ففى تعينها وجهـان (أصحهما) التعين ، وبه قطع الأكثرون •

وحكى إمام الحرمين هذا الخلاف فى صور رتب بعضها على بعض فلنوردها بزوائد • فلو قال ابتداء : على التضحية بهذه الشاة لزمه التضحية قطعا وتتعين تلك الشاة على الصحيح • ولو قال : علىّ أن أعتق هذا العبد لزمه العتق • وفى تعين هذا العبد وجهان مرتبان على الخلاف فى مثل هذه الصورة من الأضـحية • والعبـد أولى بالتعين ، لأنه ذو حق فى العتق بخلاف الأضحية •

ولو كان نذر إعتاق عبد ثم عين عبدا عما التزمه ، فالخلاف مرتب على الخلاف فى مثله فى الأضحية • ولو قال : جعلت هذا العبد عتيقا لم يخف حكمه • ولو قال : جعلت هذا المـال أو هذه الدراهم صدقة تعينت على الأصح كشاة الأضحية (وعلى الثـانى) لا ، إذ لا فائدة فى تعيين الدراهم لتساويها بخلاف الشاة • ولو قال : عينت هذه الدراهم عما فى ذمتى من زكاة أو نذر لغى التعيين باتفـاق الأصحاب • كذا نقـله إمام الحرمين ، لأن التعيين فى الدراهم ضعيف ، وتعين ما فى الذمة ضعيف ،

فيجتمع سببا ضعف ، قال : وقد يفاد من تعيين الدراهم لديون الآدميين قال : ولا تخلو الصورة من احتمال ، والله أعلم .

(المسألة الثانية) فى جواز الصرف من الأضحية إلى المكاتب وجهان حكاهما الدارمى والرافعى (أحدهما) يجوز كالزكاة ، وهذا هو الصحيح ، ولا يجوز صرف شيء منها إلى عبد إلا أن يجعله رسولا به إلى سيده هدية ، ذكره الدارمى .

(الثالثة) قال الرويانى : قال أبو إسحاق : من نذر الأضحية فى عام فأخر عصى . ويلزمه القضاء كمن أخر الصلاة .

(الرابعة) من ضحى بعدد من الماشية استحب أن يفرقه على أيام الذبح ، فان كان شاتين ذبح شاة فى اليوم الأول وأخرى فى آخر الأيام ، وهذا الذى قاله ــ وإن كان أرفق بالمساكين ــ فهو ضعيف مخالف للسنة الصحيحة ، فقد ثبتت الأحاديث الصحيحة : « أن النبى ﷺ نحر مائة بدنة أهداها فى يوم واحد ــ وهو يوم النحر ــ فنحر بيده بضعا وستين ، وأمر عليا رضى الله عنه بنحر تمام المائة » فالسنة التعجيل والمسارعة إلى الخيرات والمبادأة بالصالحات إلا ما ثبت خلافه ، والله أعلم .

(الخامسة) محل التضحية موضع المضحى ، سواء كان بلده أو موضعه من السفر ، بخلاف الهدى ، فانه يختص بالحرم ، وفى نقل الأضحية وجهان حكاهما الرافعى وغيره تخريجا من نقل الزكاة .

(السادسة) الأفضل أن يضحى فى داره بمشهد أهله . هكذا قاله أصحابنا . وذكر الماوردى أنه يختار للإمام أن يضحى للمسلمين كافة من بيت المال ببدنة فى المصلى . فان لم تتيسر فشاة ، وأنه ينحرها بنفسه .

وإن ضحى من ماله ضحى حيث شاء • هذا كلامه • وقد ثبت فى صحيح البخارى عن ابن عمر قال « كان رسول الله ﷺ يذبح وينحر بالمصلى » •

(السابعة) مذهبنا أن الأضحية أفضل من صدقة التطوع ، للأحاديث الصحيحة المشهورة فى فضل الأضحية ، ولأنها مختلف فى وجوبها بخلاف صدقة التطوع ، ولأن التضحية شعار ظاهر • وممن قال بهذا من السلف ربيعة شيخ مالك وأبو الضحاك وأبو حنيفة • وقال بلال والشعبى ومالك وأبو ثور : الصدقة أفضل من الأضحية • حكاه عنهم ابن المنذر •

(الثامنة) مذهبنا أنه لا يجوز لولى اليتيم والسفيه أن يضحى عن الصبى والسفيه من مالهما لأنه مأمور بالاحتياط لمالهما ممنوع من التبرع به ، والأضحية تبرع • قال أبو حنيفة : يضحى من مال اليتيم والسفيه • وقال مالك : يضحى عنه إن كان له ثلاثون دينارا بشاة بنصف دينار ونحوه • دليلنا ما سبق • وأنكر ابن المنذر على أبى حنيفة فقال : يمنع إخراج الزكاة التى فرضها الله تعالى من مال اليتيم ويأمر باخراج الأضحية التى ليست بفرض • والله أعلم •

(التاسعة) قال ابن المنذر : أجمعت الأمة على جواز إطعام فقراء المسلمين من الأضحية ، واختلفوا فى إطعام فقراء أهل الذمة ، فرخص فيه الحسن البصرى وأبو حنيفة وأبو ثور ، وقال مالك : غيرهم أحب إلينا • وكره مالك أيضا إعطاء النصرانى جلد الأضحية أو شيئا من لحمها ، وكرهه الليث ، قال : فان طبخ لحمها فلا بأس بأكل الذمى مع المسلمين منه ، هذا كلام ابن المنذر ، ولم أر لأصحابنا كلاما فيه ، ومقتضى المذهب أنه يجوز إطعامهم من أضحية التطوع دون الواجبة والله تعالى أعلم •

(العاشرة) إذا اشترى شاة ونواها أضحية ملكها ولا تصير أضحية

بمجرد النية ، بل لا يلزمه ذبحها حتى ينذره بالقول • هذا مذهبنا وبه قال أحمد وداود • وقال أبو حنيفة ومالك : تصير أضحية ويلزمه التضحية بمجرد النية • دليلنا القياس على من اشترى عبدا بنية أن يعتقه • فانه لا يعتق بمجرد النية •

(الحادية عشرة) يستحب التضحية للمسافر كالحاضر • هذا مذهبنا وبه قال جماهير العلماء • وقال أبو حنيفة : لا أضحية على المسافر • وروى هذا عن على رضى الله عنه وعن النخعى وقال مالك وجماعة : لا تشرع للمسافر بمنى ومكة • دليلنا حديث عائشة أن النبى ﷺ « ضحى عن نسائه بمنى فى حجة الوداع » رواه البخارى ومسلم • وعن ثوبان قال : « ذبح رسول الله ﷺ ضحيته ، ثم قال : ياثوبان أصلح لحم هذه فلم أزل أطعمه منها حتى قدم المدينة » رواه مسلم •

باب العقيقــة

قال المصنف رحمــه الله تعــالى

(العقيقة سنة وهو ما يذبح عن المولود . لما روى بريدة ((أن النبى ﷺ عق عن الحسن والحسين عليهما السلام)) ولا يجب ذلك . لما روى عبد الرحمن ابن أبى سعيد عن أبيه أن النبى ﷺ ((سئل عن العقيقة فقال : لا أحب العقوق، ومن ولد له ولد فأحب أن ينسك له فليفعل)) فعلق على المحبة ، فدل على انها لا تجب . ولأنه إراقة دم من غير جناية ولا نذر . فلم يجب كالإضحية . والسنة ان يذبح عن الغلام شاتين ، وعن الجارية شاة . لما روت أم كرز قالت : ((سألت رسول الله ﷺ عن العقيقة ، فقال : للغلام شاتان مكافئتان وعن الجارية شاة)) ولأنه إنما شرع للسرور بالمولود ، والسرور بالغلام أكثر ، فكان الذبح عنه اكثر .

وإن ذبح عن كل واحد منهما شاة جاز ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه قال ((عق رسول الله ﷺ عن الحسن والحسين عليهما السلام كبشا كبشا)) ولا يجزىء فيه ما دون الجذعة من الضأن ودون الثنية من المعز ، ولا يجزىء فيه إلا السليم من العيوب ، لأنه إراقة دم بالشرع فاعتبر فيــه ما ذكرناه كالأضحية . والمستحب أن يسمى الله تعالى ويقول : اللهم لك وإليك عقيقة فلان ، لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبى ﷺ ((عق عن الحسن والحسين وقال : قولوا بسم الله اللهم لك وإليك عقيقة فلان)) والمستحب أن يفصل أعضاءها ولا يكسر عظمها ، لما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت ((السنة شاتان مكافئتان عن الغلام وعن الجارية شاة تطبخ جدولاً ولا يكسر عظم)) ويأكل ويطعم ويتصدق ، وذلك يوم السابع ، ولأنه أول ذبيحة فاستحب أن لا يكسر عظم ، تفاؤلا بسلامة أعضائه . ويستحب أن يطبخ من لحمها طبيخا حلوا تفاؤلا بحلاوة أخلاقه . ويستحب أن يأكل منها ويهدى ويتصدق لحديث عائشة ، ولأنه إراقة دم مســتحب فكان حكمها ما ذكرناه كالأضحية .

والسنة أن يكون ذلك فى اليوم السابع ، لما روت عائشة رضى الله عنها قالت ((عق رسول الله ﷺ عن الحسن والحسين عليهما السلام يوم السابع وسماهما وأمر أن يماط عن رءوسهما الأذى)) فان قدمه على اليوم السابع أو

آخره أجزأه لأنه فعل ذلك بعد وجود السبب . والمستحب أن يحلق شعره بعد الذبح لحديث عائشة ، ويكره أن يترك على بعض رأسه الشعر لما روى ابن عمر رضى الله عنهما قال « نهى رسول الله ﷺ عن القزع فى الرأس ، والمستحب أن يلطخ رأسه بالزعفران ، ويكره أن يلطخ بدم العقيقة ، لما روت عائشة رضى الله عنها قالت « كانوا فى الجاهلية يجعلون قطنة فى دم العقيقة ويجعلونها على رأس المولود فأمرهم النبى ﷺ أن يجعلوا مكان الدم خلوقا »).

(الشرح) حديث بريدة[1] رواه النسائى باسناد صحيح . وأما حديث « لا أحب العقوق » فرواه أبو داود والبيهقى من طريقين عن عمرو ابن شعيب عن أبيه ، قال الراوى : أراه عن جده عن النبى ﷺ ورواه البيهقى أيضا من رواية رجل من بنى ضمرة عن أبيه عن النبى ﷺ وهذان الإسنادان ضعيفان كما ترى ، وقال البيهقى: إذا ضم هذا إلى الأول قويا. وأما حديث أم كرز فصحيح رواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وقال الترمذى : هو حديث صحيح . هكذا قاله . وفى إسناده عبيد الله بن يزيد وقد ضعفه الأكثرون ، فلعله اعتضد عنده فصححه ، وقد صح هذا المتن من رواية عائشة رواه الترمذى وغيره ، قال الترمذى : حديث حسن صحيح .

وأما حديث ابن عباس « أن النبى ﷺ عق عن الحسن والحسين كبشا كبشا » فرواه أبو داود باسناد صحيح . وأما حديث عائشة أن النبى ﷺ « عق عن الحسن والحسين وقال : قولوا باسم الله والله أكبر ، اللهم لك ، هذه عقيقة فلان » فرواه البيهقى باسناد حسن وأما حديثها الآخر فى طبخها جُدُولاً فغريب . ورواه البيهقى من كلام عطاء بن رباح . وأما حديثها الآخر « عق عن الحسن والحسين يوم السابع ، وأمر أن يماط عن رأسيهما الأذى » فرواه البيهقى باسناد حسن وهو بعض من الحديث السابق قريبا

---

(١) ورواه ابن السكن من حديث عائشة وأخرجه عن بريدة أحمد فى مسنده أيضا (ط) .

عن رواية البيهقى باسناد حسن ، وهو حديث « باسم الله والله أكبر إلى آخره » وأما حديث ابن عمر فى النهى عن القزع فرواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما وأما حديث عائشة قالت « كانوا فى الجاهلية يجعلون قطنة » إلى آخره • فرواه البيهقى باسناد صحيح •

(وأما لغات الفصل والفاظه) فالعقيقة مشتقة من العق وهو القطع • قال الأزهرى فى التهذيب : قال أبو عبيد : قال الأصمعى وغيره : العقيقة أصلها الشعر الذى يكون على رأس الولد حين يولد ، وإنما سميت الشاة التى تذبح عنه فى ذلك الوقت عقيقة لأنه يحلق عنه ذلك الشعر عند الذبح • ولهذا قال فى الحديث « أميطوا عنه الأذى » ويعنى بالأذى ذلك الشعر الذى يحلق عنه • قال : وهذا من تسمية الشىء باسم ما كان معه أو من سببه • قال أبو عبيدة : وكذلك كل مولود من البهائم فان الشعر الذى يكون عليه حين يولد يسمى عقيقة وعقة وعقيق • قال الأزهرى : وأصل العق الشق وسمى الشعر المذكور عقيقة لأنه يحلق ويقطع • وقيل للذبيحة عقيقة لأنها تذبح أى يشق حلقومها ومريئها وودجاها كما قيل لها ذبيحة من الذبح وهو الشق •

قال صاحب المحكم : يقال منه : عق عن ولده يعق ــ بكسر العين وضمها ــ إذا حلق عقيقته وهى شعره ، أو ذبح عنه شاة • وأما حديث : « لا أحب العقوق » فقال : إن معناه كراهة الاسم ، وسماها نسيكة وهو معنى قوله فى تمام الحديث « فأحب أن ينسك » يقال ينسك ــ بضم السين وكسرها ــ (قوله) ولأنه إراقة دم من غير جناية : احتراز من جزاء الصيد وقتل الزانى المحصن • (قوله) لما روت أم كرز هى ــ بكاف مضمومة ثم راء ساكنة ثم زاى ــ وهى صحابية كعبية خزاعية مكية (قوله ﷺ) « شاتان مكافئتان » أى متساويتان وهو ــ بكسر الفاء وبهمزة بعدها ــ

هكذا صوابه عند أهل اللغة وممن صرح به الجوهرى فى صحاحه قال : ويقوله المحدثون مكافأتان يعنى بفتح الفاء والصحيح كسرها .

(وقوله) لأنه إراقة دم بالشرع احتراز ممن نذر وذبح دون سن الأضحية أو معينة ، فانه يصح ويلزمه (وقوله) تطبخ جدولا هو ــ بضم الجيم والدال المهملة ــ وهى الأعضاء واحدها جدل ــ بفتح الجيم وإسكان الدال (قوله) إراقة دم مستحبة احتراز من دم جزاء الصيد وجبرانات الحج والأضحية الواجبة « وإماطة الأذى » إزالته ، والمراد بالأذى الشعر الذى عليه ذلك الوقت ، لأنه شعر ضعيف « والخلوق » ــ بفتح الخاء ــ وهو طيب معروف مركب يتخذ من الزعفران وغيره من أنواع الطيب وتغلب عليه الحمرة والصفرة والله أعلم .

(أما الأحكام) ففيه مسائل (إحداها) العقيقة مستحبة وسنة متأكدة للأحاديث المذكورة (الثانية) السنة أن يعق عن الغلام شاتين ، وعن الجارية شاة ، فان عق عن الغلام شاة حصل أصل السنة ، لما ذكره المصنف ، ولو ولد له ولدان فذبح عنهما شاة لم تحصل العقيقة ، ولو ذبح بقرة أو بدنة عن سبعة أولاد أو اشترك فيها جماعة جاز ، سواء أرادوا كلهم العقيقة أو أراد بعضهم العقيقة وبعضهم اللحم كما سبق فى الأضحية (الثالثة) المجزىء فى العقيقة هو المجزىء فى الأضحية ، فلا تجزىء دون الجذعة من الضأن ، أو الثنية من المعز والإبل والبقر ، هذا هو الصحيح المشهور وبه قطع الجمهور ، فيه وجه حكاه الماوردى وغيره أنه يجزىء دون جذعة الضأن وثنية المعز ، والمذهب الأول .

قال المصنف والأصحاب : ويشترط سلامتها من العيوب التى يشترط سلامة الأضحية منها اتفاقا واختلافا ، ولا اختلاف فى اشتراط هذا ، إلا أن الرافعى قال : أشار صاحب العدة إلى وجه مسامح بالعيب هنا ، وأما الأفضل ففيه وجهان (أصحهما) البدنة ثم البقرة ثم جذعة الضأن ثم ثنية

المعز كما سبق فى الأضحية (والثانى) الغنم أفضل من الإبل والبقر ، للحديث السابق « عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة » ولم ينقل فى الإبل والبقر شىء والمذهب الأول •

(الرابعة) يستحب أن يسمى الله عند ذبح العقيقة ثم يقول « اللهم لك وإليك عقيقة فلان » ويشترط أن ينوى عند ذبحها أنها عقيقة كما قلنا فى الأضحية ، فان كان جعلها عقيقة قبل ذلك فهل يحتاج إلى تجديد النية عند الذبح ؟ فيه الخلاف السابق فى الأضحية والهدى » والأصح أنه يحتاج •

(الخامسة) يستحب أن تفصل أعضاؤها ولا يكسر شىء من عظامها ، لما ذكره المصنف ، فان كسر فهو خلاف الأولى ، وهل هو مكروه كراهة تنزيه فيه وجهان (أصحهما) لا ، لأنه لم يثبت فيه نهى مقصود [1] •

(السابعة) قال جمهور أصحابنا : يستحب أن لا يتصدق بلحمها نيا بل يطبخه وذكر الماوردى أنا إذا قلنا بالمذهب : إنه لا تجزىء دون الجذعة والثنية وجب التصدق بلحمها نيا • وكذا قال إمام الحرمين إن أوجبنا التصدق بمقدار من الأضحية والعقيقة وجب تمليكه نيا ، والمذهب الأول ، وهو أنه يستحب طبخه وفيما يطبخ به وجهان • (أحدهما) بحموضة ، ونقله البغوى عن نص الشافعى لحديث جابر أن النبى ﷺ قال « نعم الإدام الخل » رواه مسلم (وأصحهما) وأشهرهما ــ وبه قطع المصنف والجمهور ــ يطبخ بحلو تفاؤلا بحلاوة أخلاقه • وقد ثبت فى الصحيح أن النبى ﷺ « كان يحب الحلوى والعسل » وعلى هذا لو طبخ بحامض ففى كراهته وجهان حكاهما الرافعى والصحيح أنه لا يكره لأنه

---

(1) هكذا بالأصل وانظر اين المسألة السادسة ؟ قلت بعد استقصاء المسائل كلها لم يبق منها الا استحباب تسمية المولود فى اليوم السابع فتكون هى السادسة والله تعالى أعلم . (المطيعى)

ليس فيه نهى ، قال أصحابنا : والتصدق بلحمها ومرقهـا على المساكين بالبعث إليهم أفضل من الدعاء إليها ، ولو دعا إليها قوما جاز ، ولو فرق بعضها ودعا ناسا إلى بعضها جاز ، قال المصنف والأصحاب : ويستحب أن يأكل منها ويتصدق ويهدى كما قلنا فى الأضحية ، والله أعلم .

(فـرع) نقل الرافعى أنه يستحب أنه يعطى القابلة رجل العقيقة ، وفى سنن البيهقى عن على رضى الله عنه « أن رسول الله ﷺ أمر فاطمة فقال : زنى شـعر الحسين وتصدقى بوزنه فضة وأعطى القابلة رجل العقيقة » وروى موقوفا على على رضى الله عنه .

(الثامنة) السنة ذبح العقيقة يوم السابع من الولادة ، وهل يحسب يوم الولادة من السبعة ؟ فيه وجهان حكاهما الشاشى وآخرون (أصحهما) يحسب فيذبح فى السادس مما بعده (والثانى) لا يحسب فيذبح فى السابع مما بعده ، وهو المنصوص فى البويطى . ولكن المذهب الأول وهو ظاهر الأحاديث ، فان ولد فى الليل حسب اليوم الذى يلى تلك الليلة بلا خلاف . نص عليه فى البويطى مع أنه نص فيه أن لا يحسب اليوم الذى ولد فيه .

قال المصنف والأصحاب : فلو ذبحها بعد السابع أو قبله وبعـد الولادة أجزأه وإن ذبحها قبل الولادة لم تجزه بلا خلاف ، بل تكون شاة لحم . قال أصحابنا : ولا تفوت بتأخيرها عن السبعة . لكن يستحب أن لا يؤخر عن سن البلوغ . قال أبو عبد الله البوسنجى من أئمة أصحابنا : إن لم تذبح فى السابع ذبحت فى الرابع عشر ، وإلا ففى الحادى والعشرين ، ثم هكذا فى الأسابيع . وفيه وجه آخر أنه إذا تكررت السبعة ثلاث مرات فات وقت الاختيار . قال الرافعى : فان أخر حتى بلغ سقط حكمهـا فى حق غير المولود . وهو مخير فى العقيقة عن نفسه قال : واستحسن القفال والشاشى أن يفعلها ، للحديث المروى أن النبى ﷺ « عق عن نفسه بعـد النبوة » ونقلوا عن نصه فى البويطى أنه لا يفعله واستغربوه . هذا كلام

الرافعى وقد رأيت أنا نصه فى البويطى قال : ولا يعق عن كبير • هـذا لفظه بحروفه نقله من نسخة معتمدة عن البويطى • وليس هذا مخالفا لما سبق • لأن معناه « لا يعق عن البالغ غيره » وليس فيه نفى عقه عن نفسه •

(وأما) الحديث الذى ذكره فى عق النبى ﷺ عن نفسه فرواه البيهقى باسناده عن عبد الله بن محرر بالحاء المهملة والراء المكررة عن قتادة عن أنس أن النبى ﷺ « عق عن نفسه بعد النبوة » وهـذا حديث باطل قال البيهقى : هو حديث منكر ، وروى البيهقى باسناده عن عبد الرزاق قال : إنما تركوا عبد الله بن محرر بسبب هذا الحديث ، قال البيهقى : وقد روى هذا الحديث من وجه آخر عن قتادة ، ومن وجه آخر عن أنس وليس بشىء ، فهو حديث باطل وعبد الله بن محرر ضعيف متفق على ضعفه ، قال الحفاظ : هو متروك ، والله تعالى أعلم •

(فـرع) لو مات المولود بعد اليوم السابع وبعد التمكن من الذبح فوجهان حكاهما الرافعى (أصحهما) يستحب أن يعق عنه (والثانى) يسقط بالموت •

(فـرع) يستحب كون ذبح العقيقة فى صدر النهار ، كذا نص عليه الشافعى فى البويطى وتابعه الأصحاب •

(التاسعة) قال أصحابنا : إنما يعق عن المولود من تلزمه نفقته من مال العاق لا من مال المولود ، قال الدارمى والأصحاب : فان عق من مال المولود ضمن العاق قال أصحابنا : فان كان المنفق عاجزا عن العقيقة فأيسر فى الأيام السبعة استحب له العق وإن أيسر بعدها وبعد مدة النفاس سقط عنه ، وإن أيسر فى مدة النفاس فوجهان حكاهما الرافعى لبقاء أثر الولادة قال أصحابنا : وأما الحديث الصحيح فى عق النبى ﷺ عن الحسن والحسين

فقد يقال إنه مخالف لقول أصحابنا إن العقيقة فى مال من عليه النفقة لا فى مال المولود ، قال الأصحاب : وهو متأول على أنه ﷺ أمر أباهما بذلك أو أعطاه ما عق به ، أو أن أبويهما كانا عند ذلك معسرين فيكونان فى نفقة جدهما رسول الله ﷺ والله أعلم .

(العاشرة) قال أصحابنا : حكم العقيقة فى التصدق منها والأكل والهدية والادخار وقدر المأكول وامتناع البيع وتعين الشاة إذا عينت للعقيقة كما ذكرنا فى الأضحية سواء لا فرق بينهما . وحكى الرافعى وجها أنه إذا جوزنا العقيقة بما دون الجذعة لم يجب التصدق ، وجاز تخصيص الأغنياء بها ، والله أعلم .

(الحادية عشرة) قال أصحابنا : يكره أن يلطخ رأس المولود بدم العقيقة ولا بأس بلطخه بخلوق أو زعفران ، وفى استحباب الخلوق أو الزعفران وجهان حكاهما الرافعى (أشهرهما) وبه قطع المصنف وغيره : يستحب .

(الثانية عشرة) يستحب حلق رأس المولود يوم سابعه ، قال أصحابنا : ويستحب أن يتصدق بوزن شعره ذهبا ، فان لم يفعل ففضة ، سواء فيه الذكر والأنثى ، هكذا قاله أصحابنا ، واستدلوا بحديث رواه مالك والبيهقى وغيرهما مرسلا عن محمد بن على بن الحسين قال « وزنت فاطمة بنت رسول الله ﷺ شعر حسن وحسين وزينب وأم كلثوم فتصدقت بزنة ذلك فضة » ورواه البيهقى مرفوعا من رواية على رضى الله عنه « أن رسول الله ﷺ أمر فاطمة أن تتصدق بزنة شعر الحسين فضة » وفى إسناده ضعف ، وفى رواية أخرى ضعيفة « تصدقوا بزنته فضة فكان وزنه درهما أو بعض درهم » .

واعلم أن هذا الحديث روى من طرق كثيرة ذكرها البيهقى كلها

متفقة على التصدق بزنته فضة ليس فى شىء منها ذكر الذهب بخلاف ما قاله أصحابنا والله أعلم وهل يقدم الحلق على الذبح ؟ فيه وجهان (أصحهما) وبه قطع المصنف والبغوى والجرجانى وغيرهم يستحب كون الحلق بعد الذبح ، وفى الحديث إشارة إليه (والثانى) يستحب كونه قبل الذبح وبهذا قطع المحاملى فى المقنع ، ورجحه الرويانى ونقله عن نص الشافعى • والله أعلم •

(الثالثة عشرة) قال المصنف والأصحاب : يكره القزع وهو حلق بعض الرأس للحديث الصحيح الذى ذكره المصنف • وقد سبقت المسألة مستقصاة فى باب السواك ، وسبق هناك بيان حكم حلق كل الرأس وبيان ما يتعلق باللحية وخضاب الشعر وأشباه ذلك •

(**فرع**) فعل العقيقة أفضل من التصدق بثمنها عندنا • وبه قال أحمد وابن المنذر •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويستحب لمن ولد له ولد أن يسميه بعبد الله او عبد الرحمن ، لما روى ابن عمر أن النبى ﷺ قال « أحب الأسماء إلى الله عز وجل عبد الله وعبد الرحمن » ويكره أن يسمى نافعا ويسارا ونجيحا ورباحا وافلح وبركة • لما روى سمرة أن النبى ﷺ قال « لا تسمين غلامك أفلح ولا نجيحا ولا يسارا ولا رباحا ، فانك إذا قلت : أثَمَّ هو ؟ قالوا لا » ويكره أن يسمى باسم قبيح فان سمى باسم قبيح غيَّره لما روى ابن عمر « ان رسول الله ﷺ غير اسم عاصية وقال : أنت جميلة » •

ويستحب لمن ولد له ولد ان يؤذن فى أذنه ، لما روى ابو رافع « أن النبى ﷺ اذن فى أذن الحسن رضى الله عنه حين ولدته فاطمة بالصلاة » ويستحب أن يحنك المولود بالتمر ، لما روى أنس قال « ذهبت بعبد الله بن أبى طلحة إلى رسول الله ﷺ حين ولد قال : هل معك تمر ؟ قلت نعم ، فناولته تمرات فلاكهن ثم فغرفاه ثم مجه فيه ، فجعل يتلمظ ، فقال رسول الله ﷺ حب الأنصار التمر ،وسماه عبد الله ») •

(الشرح) حديث ابن عمر الأول « أحب الأسماء إلى الله عبد الله وعبد الرحمن » رواه مسلم فى صحيحه ، وحديث سمرة رواه مسلم أيضا ، وحديث ابن عمر الآخر رواه مسلم أيضا بلفظه ، وفى رواية له « إن ابنة لعمر كان يقال لها عاصية فسماها رسول الله ﷺ جميلة » وحديث أبى رافع صحيح ، رواه أبو داود والترمذى وغيرهما ، قال الترمذى : حديث حسن صحيح • وحديث أنس صحيح رواه مسلم بلفظه ، ورواه البخارى أيضا مختصرا عن أنس قال « ولد لأبى طلحة غلام فأتيت به النبى ﷺ فحنكه وسماه عبد الله » •

وأما ألفاظ الفصل : فيقال : سميته عبد الله وبعبد الله لغتان مشهورتان• وقوله « فلاكهن » أى مضغهن « وفغر فاه » أى فتحه • وهو بالفاء والغين المعجمة قوله « يتلمظ » هو أن يتتبع بلسانه بقية الطعام فى فمه ، ويخرج لسانه ويمسح به شفتيه • قوله ﷺ (حب الأنصار) روى بضم الحاء وكسرها ، فالكسر بمعنى المحبوب ، كالذبح بمعنى المذبوح ، والباء على هذا مرفوعة ، أى محبوب الأنصار التمر • وأما من ضم الحاء فهو مصدر • وتكون الباء على هذا منصوبة بفعل محذوف أى انظروا حب الأنصار التمر • وهذا هو المشهور فى الرواية • وروى بالرفع مع ضم الحاء ، أى حبهم التمر لازم • والله أعلم •

(أما الأحكام) ففيه مسائل :

(إحداها) قال أصحابنا وغيرهم : يستحب أن يسمى المولود فى اليوم السابع ، ويجوز قبله وبعده • وقد تظاهرت الأحاديث الصحيحة على ذلك • فمن ذلك حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ (أمر بتسمية المولود يوم سابعه ، ووضع الأذى عنه والعق) رواه الترمذى وقال : حديث حسن • وعن سمرة بن جندب رضى الله عنه أن رسول الله

ﷺ قال : (كل غلام رهين بعقيقة تذبح عنه يوم سابعه ويحلق ويسمى) رواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وغيرهم بالأسانيد الصحيحة. قال الترمذى : حديث حسن صحيح • وعن أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه قال (ولد لى غلام فأتيت به النبىﷺ فسماه إبراهيم وحنكه بتمرة ودعا له بالبركة) رواه البخارى ومسلم إلا قوله (ودعا له بالبركة) فانه للبخارى خاصة وعن أنس رضى الله عنه قال : قال رسول اللهﷺ (ولد لى الليلة غلام فسميته باسم إبراهيمﷺ) رواه مسلم • وعن أنس قال (ولد لأبى طلحة غلام فأتيت به النبىﷺ فحنكه وسماه عبد الله) رواه البخارى ومسلم ، والله أعلم •

(الثانية) قال أصحابنا : لو مات المولود قبل تسميته استحب تسميته • قال البغوى وغيره : يستحب تسمية السقط لحديث ورد فيه •

(الثالثة) يستحب تحسين الاسم وأفضل الأسماء عبد الله وعبد الرحمن للحديث الذى ذكره المصنف • وعن جابر أن النبىﷺ قال لرجل : (سم ابنك عبد الرحمن) رواه البخارى ومسلم •

وعن أنس (أن النبىﷺ سمى ابن أبى طلحة عبد الله) رواه البخارى ومسلم ، وسمىﷺ ابنه إبراهيم • وعن أبى وهب الجشمى الصحابى رضى الله عنه قال : قال رسول اللهﷺ (تسموا بأسماء الأنبياء ، وأحب الأسماء إلى الله عبد الله وعبد الرحمن ، وأصدقها حارث وهمام ، وأقبحها حرب ومرة) رواه أبو داود والنسائى وغيرهما • وعن أبى الدرداء قال : قال رسول اللهﷺ (إنكم تدعون يوم القيامة بأسمائكم وأسماء آبائكم فأحسنوا أسماءكم) رواه أبو داود باسناد جيد • وهو من رواية عبد الله ابن زيد بن إياس بن أبى زكريا عن أبى الدرداء ، والأشهر أنه سمع أبا الدرداء ، وقال البيهقى وطائفة : لم يسمعه فيكون مرسلا •

(فـرع) مذهبنا ومذهب الجمهور جواز التسمية بأسماء الأنبيـاء والملائكة صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين • ولم ينقل فيه خلاف إلا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه نهى عن التسمية بأسماء الأنبياء • وعن الحارث بن مسكين [1] أنه كره التسمية بأسماء الملائكة • وعن مالك كراهة التسمية بجبريل وياسين • دليلنا تسمية النبيﷺ ابنه إبراهيم ، وسـمى خلائق من أصحابه بأسماء الأنبياء فى حياته وبعـده ، مع الأحاديث التى ذكرناها ، ولم يثبت نهى فى ذلك عن النبيﷺ فلم يكره •

(الرابعة) تكره الأسماء القبيحة والأسماء التى يتطير بنفيهـا فى العادة ، لحديث سمرة الذى ذكره المصنف • وجاءت أحاديث كثيرة فى الصحيح بمعناه • فمن الأسماء القبيحة حرب ومرة وكلب وكليب وجرى وعاصية ومغرية ــ بالغين المعجمة وشيطان وشهاب وظالم وحمار وأشباهها • وكل هذه تسمى بها ناس • ومما يتطير بنفيه هذه الألفـاظ المذكورة فى حديث سمرة ، وهى بشار ورباح ونافع ونجاح وبركة وأفلح ومبـارك ونحوها • والله أعلم •

(فـرع) صح عن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبيﷺ قال : (إن أخنع اسم عند الله رجل تسمى ملك الأملاك) وفى رواية (أخنى) وفى رواية (أغيظ رجل عند الله يوم القيامة وأخبثه رجل كان تسمى ملك الأملاك • لا ملك إلا الله) رواه البخارى ومسلم إلا الرواية الآخرة فانها لمسلم • قال سفيان بن عيينة : (ملك الأملاك اسم شاهان شـاه) ثبت ذلك عنه فى الصحيح • قال العلماء : معنى أخنع وأخنى أذل وأرضخ وأرذل • قالوا : والتسمية بهذا الاسم حرام •

---

(١) أبو عمر الحارث بن مسكين قاضى مصر روى عن ابن عيينـة وابن القاسم وعنـه أبو داود والنسائى وقال : ثقة مأمون قال الخطيب : كان فقيهـا على مذهب مالك سـجنه المـأمون فى فتنه خلق القرآن وأطلقه المتوكل توفى سنة ٢٥٠

(الخامسة) السنة تغيير الاسم القبيح للحديث الصحيح الذى ذكر المصنف أن النبى ﷺ غير اسم عاصية وفى الصحيحين عن سهل بن سعد أن النبى ﷺ « حمل إليه أبو أسيد ابنا له فقال : ما اسمه ؟ قال فلان . قال : لا . ولكن اسمه المنذر » وفى الصحيحين عن أبى هريرة « أن زينب كان اسمها برة . فقيل تزكى نفسها . فسماها رسول الله ﷺ زينب » وفى صحيح مسلم عن زينب بنت أبى سلمة قالت : « سميت برة . فقال رسول الله ﷺ سموها زينب . قالت : ودخلت عليه زينب بنت جحش واسمها برة فسماها زينب » وفى صحيح مسلم أيضا عن ابن عباس قال « كانت جارية اسمها برة فحول رسول الله ﷺ اسمها جويرية . وكان يكره أن يقال خرج من عند برة » وفى صحيح البخارى عن سعيد بن المسيب بن حزن عن أبيه أن أباه حزنا « جاء إلى النبى ﷺ فقال : ما اسمك ؟ قال حزن . قال : أنت سهل قال : لا أغير اسما سمانيه أبى . قال ابن المسيب : فما زالت الحزونة فينا بعد » الحزونة غلظ الوجه وشىء من القساوة . وفى سنن أبى داود باسناد حسن « أن النبى ﷺ قال لرجل : ما اسمك ؟ قال : أصرم قال : بل أنت زرعه » وأنه قال لرجل يكنى أبا الحكم : « إن الله هو الحاكم فما لك من الولد ؟ قال سريح ومسلم وعبد الله . قال : فمن أكبرهم ؟ قال سريح . قال فأنت أبو سريح » قال أبو داود وغير النبى ﷺ اسم العاص وعزيز وعتلة ــ باسكان التاء وفتحها ــ وشيطان والحاكم وغراب وحباب وشهاب ، فسماه هاشما . وسمى حربا سليما ، وسمى المضطجع المبعث وأرضا يقال لها عفرة سماها خضرة ، وشعب الضلالة سماه شعب الهدى . وبنو الدنية سماهم بنى الرشد . وسمى بنى مغوية ببنى رشدة . والله تعالى أعلم .

(فرع) مما تعم به البلوى ووقع فى الفتاوى التسمية بست الناس أو ست العرب أو ست القضاة أو بست العلماء ما حكمه ؟

(والجواب) أنه مكروه كراهة شديدة ، وتستنبط كراهته مما سبق فى حديث « أخنع اسم عند الله » ومن حديث تغيير اسم برة إلى زينب ، ولأنه كذب . ثم اعلم أن هذه اللفظة باطلة عدها أهل اللغة فى لحن العوام ، لأنهم يريدون بست الناس سيدتهم، ولا يعرف أهل اللغة لفظة ست إلا فى العدد. والله أعلم

(السادسة) يجوز التكنى ويجوز التكنية . ويستحب تكنية أهل الفضل من الرجال والنساء . سواء كان له ولد أم لا ، وسواء كنى بولده أو بغيره وسواء كنى الرجل بأبى فلان أو أبى فلانة . وسواء كنيت المرأة بأم فلان أو أم فلانة . ويجوز التكنية بغير أسماء الآدميين ، كأبى هريرة وأبى المكارم وأبى الفضائل وأبى المحاسن وغير ذلك . ويجوز تكنية الصغير . وإذا كنى من له أولاد كنى بأكبرهم . ولا بأس بمخاطبة الكافر والفاسق والمبتدع بكنيته إذا لم يعرف بغيرها أو خيف من ذكره باسمه مفسدة . وإلا فينبغى أن لا يزيد على الاسم . وقد تظاهرت الأحاديث الصحيحة بما ذكرته . فأما أصل الكنية فهو أشهر من أن تذكر فيه أحاديث الآحاد .

وفى الصحيحين عن أنس أن النبىﷺ « كان يقول لأخ لأنس صغير : يا أبا عمير ما فعل النغير[1] » وفى سنن أبى داود باسناد صحيح عن عائشة أنها قالت (يا رسول الله كل صواحباتى لهن كنى . قال : فاكتنى بابنك عبد الله) قال الراوى : يعنى بابنها عبد الله بن الزبير . وهو ابن أختها أسماء بنت أبى بكر . وكانت عائشة تكنى أم عبد الله . فهذا هو الصواب المعروف أن عائشة لم يكن لها ولد . وإنما كنيت بابن أختها عبد الله ابن أسماء وروينا فى كتاب ابن السنى أنها «كنيت بسقط أسقطته من النبىﷺ » لكنه حديث ضعيف .

وأما تكنية الكافر فمن دلائلها قوله تعالى (تبت يدا أبى لهب)

---

(١) وكان لأبى عمير عصفور قد مات فأخذ النبى ﷺ يقول له ذلك حتى ضحك الغلام وذهب ما أهمه من موت نغيره . المطيعى

واسمه عبد العزى • قيل : إنما ذكر تكنيته لأنه معروف بها • وقيل : كراهة لاسمه حيث هو عبد العزى • وفى الصحيحين أن النبىﷺ قال لسعد بن عبادة « ألم تسمع إلى ما قال أبو حباب ، يريد عبد الله بن أبى ابن سلول المنافق » وفى الصحيح قولهﷺ « هـذا قبر أبى رغال » وكان أبو رغال كافرا ، فهذا كله فيما إذا وجد الشرط الذى قدمناه فى تكنية الكافر ، وإلا فلا يزاد على الاسم ، وفى الصحيحين أن رسـول اللهﷺ كتب إلى ملك الروم : « من محمد عبد الله ورسوله إلى هرقل عظيم الروم » •

(فـرع) ثبت فى الصحيحين من رواية جماعة من الصحابة منهم جابر وأبو هريرة أن رسول اللهﷺ قال « سموا باسمى ولا تكنوا بكنيتى » وصح عن على بن أبى طالب رضى الله عنه قال « قلت يا رسول الله : إن ولد لى من بعدك ولد أسـميه باسمك أو أكنيه بكنيتك ؟ قال : نعم » رواه أبو داود باسناد صحيح على شرط البخارى •

واختلف العلماء فى التكنية بأبى القاسم على ثلاثة مذاهب (أحدها) مذهب الشافعى أنه لا يحل لأحد أن يكنى بأبى القاسم ، سواء كان اسمه محمدا أم غيره ، لظـاهر الحديث المذكور • وممن نقل هـذا النص عن الشافعى من أصحابنا الأئمة الحفاظ الثقات الأثبات المحدثون الفقهـاء أبو بكر البيهقى فى باب العقيقة من سننه ، رواه عن الشافعى باسـناده الصحيح ، وأبو محمد البغوى فى كتابه التهذيب فى أول كتاب النكاح ، وأبو القاسم بن عساكر فى ترجمة النبىﷺ فى أول كتابه تاريخ دمشق وحمل الشافعى وأصحابه حديث على رضى الله عنه على الترخص له وتخصيصه من العموم وممن قال بقول الشافعى فى هذا أبو بكر بن المنذر •

(والمذهب الثانى) مذهب مالك أنه يجوز التكنى بأبى القاسم لمن اسمه محمد ولغيره ، ويجعل النهى خاصا بحياة النبىﷺ (والثالث) لا يجوز

لمن اسمه محمد ويجوز لغيره ، وقال الرافعي فى كتاب النكاح : يشبه أن يكون هذا الثالث أصح ، لأن الناس لم يزالوا يكتنون به فى جميع الأعصار من غير إنكار ، وهذا الذى قاله هذا الثالث فيه مخالفة ظاهرة للحديث وأما إطباق الناس على فعله مع أن فى المتكنين به والكانين الأئمة الأعلام وأهل الحل والعقد والذين يقتدى بهم فى أحكام الدين ففيه تقوية لمذهب مالك ويكونون فهموا من النهى الاختصاص بحياته ﷺ لما هو مشهور فى الصحيح من سبب النهى فى تكنى اليهود بأبى القاسم ، ومناداتهم يا أبا القاسم للإيذاء ، وهذا المعنى قد زال والله أعلم •

(فرع) الأدب أن لا يذكر الإنسان كنيته فى كتابه ولا فى غيره إلا أن لا يعرف بغيرها أو كانت أشهر ، وقد ثبت فى الصحيحين عن أم هانىء واسمها فاختة ، وقيل : فاطمة ، وقيل : هند ، قالت « أتيت النبى ﷺ فقال من هذه ؟ فقلت : أنا أم هانىء » وفى الصحيحين عن أبى ذر ، واسمه جندب قال : « جعلت أمشى خلف النبى ﷺ فى ظل القمر ، فالتفت فرآنى فقال : من هذا ؟ فقلت : أبو ذر » وفى صحيح مسلم عن أبى قتادة قال « قال لى النبى ﷺ : من هذا ؟ قلت أبو قتادة » وفى صحيح مسلم أيضا عن أبى هريرة قال « قلت : يا رسول الله ادع الله أن يهدى أم أبى هريرة » ونظائره كثيرة والله أعلم •

(فرع) لا بأس بالتكنى بأبى عيسى ، وفى سنن أبى داود باسناد جيد « أن المغيرة بن شعبة تكنى بأبى عيسى ، فقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه : أما يكفيك أن تكنى بأبى عبد الله ، فقال : كنانى رسول الله ﷺ » وأن عمر ضرب ابنا له تكنى بأبى عيسى ، دليلنا حديث المغيرة ، والأصل عدم النهى حتى يثبت ، ولا يتخيل من هذا كون عيسى ابن مريم ﷺ لا أب له ، لأن المكنى ليس أبا حقيقة ، والله أعلم •

(السابعة) قال الله تعالى (ولا تنابزوا بالألقاب) [1] واتفق العلماء على تحريم تلقيب الإنسان بما يكره ، سواء كان صفة كالأعمش والأعمى والأعرج والأحول والأصم والأبرص والأصفر والأحدب والأزرق والأفطس والأشتر والأثرم والأقطع والزمن والمقعد والأشل . أو كان صفة لأبيه أو لأمه أو غير ذلك مما يكرهه ، واتفقوا على جواز ذكره بذلك على جهة التعريف لمن لا يعرفه إلا بذلك ، ودلائل كل ما ذكرته مشهورة حذفتها لشهرتها [2] .

واتفقوا على استحباب اللقب الذى يحبه صاحبه فمن ذلك أبو بكر الصديق اسمه عبد الله بن عثمان ، ولقبه عتيق ، هذا هو الصحيح الذى عليه جماهير العلماء من المحدثين وأهل السير والتواريخ وغيرهم « وقيل » اسمه عتيق حكاه الحافظ أبو القاسم بن عساكر فى كتابه الأطراف والصواب الأول . واتفقوا على أنه لقب خير ، واختلفوا فى سبب تسميته عتيقا فروينا عن عائشة من أوجه [3] أن رسول الله ﷺ قال « أبو بكر عتيق الله من النار » فمن يومئذ سمى عتيقا ، وقال مصعب بن الزبير وغيره من أهل النسب : سمى عتيقا لأنه لم يكن فى نسبه شىء يعاب به ، وقيل غير ذلك ، ومن ذلك أبو تراب لقب على بن أبى طالب رضى الله عنه كنيته أبو الحسن ، ثبت فى الصحيح « أن رسول الله ﷺ وجده نائما فى المسجد وعليه التراب فقال : قم أبا تراب » فلزمه هذا اللقب الحسن ، روينا هذا فى الصحيحين

---

(١) من الآية ١١ من سورة الحجرات .

(٢) ذلك لأن هذه كلها شائعة وبخاصة بين مشاهير رواة الحديث فالأعمش سليمان بن مهران والأعمى عمرو بن أم مكتوم الصحابى حتى أن أمه كنيت به لأنه هو المكتوم باعتباره لا يرى فالأشياء عنه مكتومة وقد نزل فيه قرآن والأعرج عبد الرحمن بن هرمز شيخ أبى الزناد والأحول عاصم .

(٣) حديث عائشة رضى الله عنها (أبو بكر عتيق الله من النار) لم يروه سوى أبى نعيم فى المعرفة وفى اسناده اسحاق بن يحيى بن طلحة متروك ولعل الامام الحافظ أبا زكريا رضى الله عنه كانت له الى الحديث طرق أخرى ولكنه لم يروها لنا ولم يسجل لنا اسناده بما رواه من شيوخه .

عن سهل بن سعد قال سهل : « وكانت أحب أسماء على إليه ، وإن كان ليفرح أن يدعى بها » ومن ذلك ذو اليدين واسمه الخرباق ــ بكسر الخاء المعجمة وبالباء الموحدة وآخره قاف ــ كان فى يده طول ثبت فى الصحيح أن رسول الله ﷺ « كان يدعوه ذا اليدين » والله تعالى أعلم .

(الثامنة) اتفقوا على جواز ترخيم الاسم المنتقص إذا لم يتأذ بذلك صاحبه ثبت أن رسول الله ﷺ « رخم أسماء جماعة من الصحابة فقال لأبى هريرة : يا أبا هر ، ولعائشة : يا عائش ولأنجشة : يا أنجش » .

(التاسعة) يستحب للولد والتلميذ والغلام أن لا يسمى أباه ومعلمه وسيده باسمه ، روينا فى كتاب ابن السنى عن أبى هريرة عن النبى ﷺ[1] « رأى رجلا معه غلام ، فقال للغلام : من هذا ؟ قال : أبى قال : لا تمش أمامه ولا تستسب له ولا تجلس قبله ولا تدعه باسمه » ومعنى لا تستسب له أى لا تفعل فعلا تتعرض فيه لأن يسبك عليه أبوك زجرا وتأديبا ، وعن عبد الله بن زحر ــ بفتح الزاى وإسكان الحاء المهملة ــ قال : « يقال من العقوق أن تسمى أباك ، وأن تمشى أمامه » .

(العاشرة) إذا لم يعرف اسم من يناديه ناداه بعبارة لا يتأذى بها كيا أخى يا فقير يا فقيه يا صاحب الثوب الفلانى ، ونحو ذلك ، وفى سنن أبى داود أن النبى ﷺ قال لرجل يمشى بين القبور[2] « يا صاحب السبتتين ويحك ألق سبتتيك » وقد سبق بيان هذا الحديث فى كتاب الجنائز فى

---

(١) وأخرجه الطبرانى فى الأوسط عن عائشة ورواية ابن السنى هذه فى عمل اليوم والليلة (ط) .

(٢) ورواه أبو داود الطيالسى وأحمد فى مسنده والنسائى وابن ماجه والطحاوى فى معانى الآثار وأبو عوانة وابن حبان والجارودى والحاكم فى المستدرك والطبرانى فى الكبير عن بشير بن سهيل عن بشير بن الخصاصية والطبرانى وابن السنى فى عمل اليوم والليلة عن عصمة بن مالك (ط) .

زيارة القبور ، وفى كتاب ابن السنى أن النبى ﷺ « كان إذا لم يحفظ اسم الرجل قال : يا ابن عبد الله » .

(الحادية عشرة) يجوز للإنسان أن يخاطب من يتبعه من ولد وغلام ومتعلم ونحوهم باسم قبيح تأديبا وزجرا ورياضة ، ففى الصحيحين أن « أبا بكر الصديق رضى الله عنه قال لابنه عبد الرحمن : يا غنثر ، فجدع وسب » (قوله) غنثر ــ بغين معجمة مضمومة ثم نون ساكنة ثم ثاء مثلثة مفتوحة ومضمومة ، ومعناه البهيم . (قوله) جـدع ــ بالجيم والدال المهملة ــ أى دعا بقطع أنفه ونحوه .

(الثانية عشرة) السنة أن يؤذن فى أذن المولود عند ولادته ذكرا كان أو أنثى ويكون الأذان بلفظ أذان الصلاة ، لحديث أبى رافع الذى ذكره المصنف ، قال جماعة من أصحابنا : يستحب أن يؤذن فى أذنه اليمنى ويقيم الصلاة فى أذنه اليسرى . وقد روينا فى كتاب ابن السنى عن الحسين بن على رضى الله عنهما قال : « قال رسول الله ﷺ من ولد له مولود فأذن فى أذنه اليمنى وأقام فى أذنه اليسرى لم تضره أم الصبيان »[1] وأم الصبيان التابعة من الجن . ونقل أصحابنا مثل هذا الحديث عن فعل عمر بن عبد العزيز رحمه الله .

(الثالثة عشرة) السنة أن يحنك المولود عند ولادته بتمر بأن يمضغه إنسان ويدلك به حنك المولود ويفتح فاه حتى ينزل إلى جوفه شىء منه . قال أصحابنا فان لم يكن تمر فبشىء آخر حلو ، ودليل التحنيك وكونه بتمر الحديث الصحيح الذى ذكره المصنف . وفى سنن أبى داود باسناد صحيح عن عائشة قالت « كان رسول الله ﷺ يؤتى بالصبيان فيدعو لهم

---

(١) وأخرجه ايضا ابو يعلى وابن عساكر عن السيد الحسين رضى الله عنه وعن آله وفى اسنادها مروان بن سالم الغفارى قال السيوطى : متروك وقال الحافظ ابن حجر فى التقريب : مروان بن سالم الغفارى أبو عبد الله الجزرى متروك ورماه الساجى وغيره بالوضع .

ويحنكهم » وفى رواية « فيدعو لهم بالبركة » وفى الصحيحين عن أسماء بنت أبى بكر رضى الله عنهما قالت « حملت بعبد الله بن الزبير بمكة فأتيت المدينة فنزلت قباء فولدت بقباء ثم أتيت به النبى ﷺ فوضعه فى حجره ، ثم دعا بتمرة فمضغها ثم تفل فى فيه ، فكان أول شىء دخل جوفه ريق رسول الله ﷺ ثم حنكه بالتمر ثم دعا له وبرك عليه » وينبغى أن يكون المحنك من أهل الخير ، فان لم يكن رجل فامرأة صالحة .

(الرابعة عشرة) يستحب أن يهنأ الوالد بالولد ، قال أصحابنا : ويستحب أن يهنأ بما جاء عن الحسين رضى الله عنه « أنه علم إنسانا التهنئة فقال : قل بارك الله لك فى الموهوب لك ، وشكرت الواهب وبلغ أشده ورزقت بره » ويستحب أن يرد المهنأ على المهنىء فيقول : بارك الله لك وبارك عليك ، أو جزاك الله خيرا أو رزقك الله مثله ، أو أحسن الله ثوابك وجزاءك ، ونحو هذا .

(فرع) ثبت فى الصحيحين عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « لا فرع ولا عتيرة » قال أهل اللغة : الفرع بفتح الفاء والراء وبالعين المهملة ويقال له أيضا : الفرعة ــ بالهاء ــ أول نتاج البهيمة ، كانوا يذبحونه ولا يملكونه رجاء البركة فى الأم وكثرة نسلها . والعتيرة بفتح العين المهملة ذبيحة كانوا يذبحونها فى العشرة الأول من شهر رجب ، ويسمونها الرجبية أيضا هذا الذى ذكرته من تفسير العتيرة متفق عليه ، وأما الفرع فهذا الذى ذكرته فيه هو تفسير الشافعى وأصحابنا وغيرهم . وفى صحيح البخارى وسنن أبى داود أنه أول النتاج ، كانوا يذبحونه لطواغيتهم وعن نبيشة رضى الله عنه قال : « نادى رجل رسول الله ﷺ فقال : إنا كنا نعتر عتيرة فى الجاهلية فى رجب ، فما تأمرنا ؟ قال اذبحوا لله فى

أى شهر كان[1]، وبروا الله وأطعموا ، قال إنا كنا نفرع فرعا فى الجاهلية فما تأمرنا؟ قال فى كل سائمة فرع تغذوه ماشيتك حتى إذا استحمل» «أى ذبحته فتصدقت بلحمه » رواه أبو داود وغيره بأسانيد صحيحة • قال ابن المنذر هو حديث صحيح • قال أبو قلابة : أحد رواة هذا الحديث . « السائمة مائة » ورواه البيهقى باسناده الصحيح عن عائشة رضى الله عنهـا قالت « أمرنا رسول الله ﷺ بالفرعة من كل خمسين واحدة » وفى رواية « من كل خمسين شاة شاة » قال ابن المنذر حديث عائشة صحيح •

وفى سنن أبى داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه ، قال الراوى : أراه عن جده قال « سئل النبىﷺ عن الفرع ، قال : الفرع حق وإن تتركوه حتى يكون بكرا ابن ماخض وابن لبون ، فتعطيه أرملة أو تحمل عليه فى سبيل الله خير من أن تذبحـه فيلزق لحمه بوبره وتكفـأ إناءك وتوله ناقتك »[2] •

قال أبو عبيد فى تفسير هذا الحديث معناه الفرع ، لـكنهم كانوا يذبحونه حين يولد ولا شبع فيه ، ولذا قال : وتذبحه يلصق لحمه بوبره ، لأن فيه ذهاب ولدها ، وذلك يرفع لبنها ، ولهـذا قال خير من أن تكفأ إناءك ، يعنى إذا فعلت ذلك فكأنك كفأت إناءك وأرقته ، وأشار به إلى ذهاب اللبن ، وفيه أنه يفجعها بولدها ، ولهذا قال : وتوله ناقتك فأشار بتركه حتى يكون ابن مخـاض وهو ابن سنة ثم يذبح وقد طـاب لحمه واستمتع بلبن أمه ولا يشق عليها مفارقته لأنه استغنى عنهـا ، والله أعلم

---

(١) اخرجه غير ابى داود أحمد والنسائى وابن ماجه والحاكم فى المستدرك والطبرانى فى الكبير والبيهقى فى السنن (ط) •

(٢) لم يعزه السيوطى فى جمع الجوامع الى أبى داود مع رمزه له فى الجامع الصغير بالعزو ثم عزاه فى الكبير الى أحمد والنسائى والحاكم فى المستدرك والبيهقى فى السنن عن عمرو بن شعيب عن أبيـه عن جده ثم عزاه الى الشافعى والبيهقى عن رجل من بنى ضمرة عن أبيـه (ط) •

وروى البيهقى باسناده عن الحارث بن عمـرو قال [1] « أتيت النبى ﷺ بعرفات أو قال بمنى وسأله رجل عن العتيرة فقال : من شاء عتر ومن شاء لم يعتر ومن شاء فرع ومن شاء لم يفرع » .

وعن أبى رزين أنه قال « يا رسول الله إنا كنا نذبح فى الجاهلية ذبائح فى رجب فنأكل منها ونطعم ، فقال رسول الله ﷺ لا بأس بذلك» وعن مخنَّف ابن سليم الغامدى رضى الله عنه قال : « كنا وقوفا مع رسول الله ﷺ بعرفات فسمعته يقول : يا أيها الناس على كل بيت فى كل عام أضحية وعتيرة ، هل تدرى ما العتيرة ؟ هى التى تسمى الرجبية » وقد سبق بيان هذا الحديث فى أول باب الأضحية . هذا مختصر ما جاء من الأحاديث فى الفرع والعتيرة. قال الشافعى رحمه الله فيما رواه البيهقى باسناده الصحيح عن المزنى قال : سمعت الشافعى يقول فى الفرع : هو شىء كان أهل الجاهلية يطلبون به البركة فى أموالهم فكان أحدهم يذبح بكر ناقته أو شاته فلا يغذوه رجاء البركة فيما يأتى بعده ، فسألوا النبى ﷺ عنه فقال « فرعوا إن شئتم » وكانوا يسألونه عما كانوا يصنعون فى الجاهلية خوفا أن يكره فى الإسلام ، فأعلمهم أنه لا مكروه عليهم فيه ، وأمرهم اختيارا أن يغذوه ثم يحملوا عليـه فى سبيل الله . قال الشافعى : وقوله ﷺ « الفرع حق » معناه ليس باطلا ، وهو كلام عربى خـرج على جواب السـائل ، قال : وقوله ﷺ « لا فرع ولا عتيرة » [2] واجبة قال الشافعى : والحديث الآخر يدل على هذا المعنى ، فانه أباح له الذبح واختار له أن يعطيه أرملة أو يحمل عليها فى سبيل الله .

---

(١) حديث « من شاء فرع » أخرجه فى الجامع الكبير معزوا الى أحمد والبخارى فى الأدب وابى داود والنسائى وابن سعد والبغوى والبارودى وابن قانع والطبرانى فى الكبير والبيهقى والضياء المقدسى والحاكم فى المستدرك وبقية الحديث (وفى الغنم أضحيتها ، الا وان دماءكم واموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا فى بلدكم هذا) .

(٢) فى ش و ق والوحيدة الطبعة السابقة ادرجت واجبة فى متن الحديث ولكنها سبقت على سبيل البيان لمعنى لا فهى ليست للنهى وانما جاءت لنفى الوجوب فهى على هذا تفسيرية فتكون خارج علامة التنصيص (ط) .

قال الشافعي : والعتيرة هي الرجبية ، وهي ذبيحة كانت الجاهلية يتبررون بها في رجب ، فقال النبي ﷺ « لا عتيرة » أي لا عتيرة واجبة • قال : وقوله ﷺ « اذبحوا لله في أي وقت كان » أي اذبحوا إن شئتم واجعلوا الذبح لله في أي شهر كان ، لا أنها في رجب دون غيره من الشهر • هذا آخر كلام الشافعي رحمه الله •

وذكر ابن كج والدارمي وغيرهما الفرع والعتيرة لا يستحبان ، وهل يكرهان ؟ فيه وجهان (أحدهما) يكرهان للحديث الأول « لا فرع ولا عتيرة » (والثاني) لا يكرهان للأحاديث السابقة بالترخص فيهما ، وأجابوا عن حديث « لا فرع » بثلاثة أوجه (أحدها) جواب الشافعي السابق أن المراد نفي الوجوب (والثاني) أن المراد نفي ما كانوا يذبحونه لأصنامهم (والثالث) أن المراد أنهما ليستا كالأضحية في الاستحباب أو ثواب إراقة الدم ، فأما تفرقة اللحم على المساكين فبر وصدقة • وقد نص الشافعي في سنن حرملة أنها إن تيسرت كل شهر كان حسنا ، فالصحيح الذي نص عليه الشافعي واقتضته الأحاديث أنهما لا يكرهان بل يستحبان هذا مذهبنا • وادعى القاضي عياض أن الأمر بالفرع والعتيرة منسوخ عند جماهير العلماء ، والله أعلم •

(فرع) عن ابن عباس قال : «نهى رسول الله ﷺ عن معاقرة الأعراب» رواه أبو داود باسناد حسن • وعن أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال « لا عقر في الإسلام » رواه البيهقي باسناد صحيح[1] • قال الخطابي وغيره : معاقرة الأعراب أن يتبارى رجلان كل واحد منهما يفاخر صاحبه ، فيعقر كل واحد عددا من إبله ، فأيهما كان عقره أكثر كان غالبا ، فكره النبي ﷺ لحمها لأنها مما أهل به لغير الله • قال أهل الغريب « العقر هو أن يعقر

---

(١) واخرجه ابو داود عن أنس ايضا وافرد السيوطي في الصغير روايته عن ابي داود وعزاه اليهما في الكبير • (ط)

كل واحد منهما مفاخرة لصاحبه ، فهو نحو معاقرة الأعراب ، وعن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى ﷺ « نهى عن طعام المتبـــاريين أن يؤكل » رواه أبو داود[1] وقال : أكثر الرواة لم يذكروا ابن عباس ، بل جعلوه مرسلا •

(فـــرع) روى أبو عبيـــد فى كتـــابه غريب الحديث والبيهقى عن الزهرى عن النبى ﷺ « أنه نهى عن ذبائح الجن » قال : وذبائح الجن أن يشترى الرجل الدار أو يستخرج العين وما أشبه ذلك فيذبح لهـــا ذبيحة للطير • قال أبو عبيد : وهذا التفسير فى الحديث ، قال : ومعنـــاه أنهم يتطيرون فيخافون إن لم يذبحوا أن يصيبهم فيها شىء من الجن ، فأبطل النبى ﷺ ذلك ونهى عنه •

(فـــرع) عن أم كرز الكعبية رضى الله عنها قالت : سمعت رسول الله ﷺ يقول « أقروا الطير على مكناتها »[2] وفى رواية مكانتها ، بفتح الكاف ، رواه أبو داود وضعفه • وروى البيهقى باسناده عن يونس بن عبد الأعلى أن رجلا سأله عن معنى هذا الحديث ، فقال يونس : إن الله يحب الحق ، كان الشافعى صاحب هذا ، سمعته يقول فى تفسيره «كان الرجل فى الجاهلية إذا أراد الحاجة أتى [الطير] فى وكره فنفره فان أخذ ذات اليمين مضى لحاجته ؟ وإن أخذ ذات الشـــمال رجع ، فنهى النبى ﷺ عن ذلك • قال يونس : وكان الشافعى يسيح[3] وحده فى هذه والله تعالى أعلم • وذكر إمام الحرمين وغيره فى تفسير هذا الحديث وجهين أصحهما هذا الذى قاله الشافعى •

---

(١) ورواه ابن ماجه عن ابن عباس أيضا •

(٢) رواه أبو داود والحاكم فى المستدرك ومكناتها بكسر الكاف وبعدها نون مشددة مفتوحة • (ط)

(٣) هكذا فى الأصول كلها وصوابه (نسيج وحده) مضاف ومضاف اليه وأولها نون وبعد السين والياء جيم • (ط)

(والثانى) أن المراد به النهى عن الاصطياد ليلا • قالوا : وعلى هذا هو نهى تنزيه •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى العقيقة •

ذكرنا أن مذهبنا أن العقيقة مستحبة ، وبه قال مالك وأبو ثور وجمهور العلماء وهو الصحيح المشهور من مذهب أحمد • وقالت طـائفة : هى واجبة ، وهو قول بريدة بن الحصيب والحسن البصرى وأبى الزناد وداود الظاهرى ورواية عن أحمد • وقال أبو حنيفة : ليست بواجبة ولا سنة بل هى بدعة • قال الشافعى رحمه الله : أفرط فى العقيقة رجلان ، رجل قال إنها واجبة ، ورجل قال : إنهـا بدعة • دليلنـا على أبى حنيفة الأخبار الصحيحة السابقة• قال ابن المنذر : الدليل عليه الأخبار الثابتة عن رسول الله ﷺ وعن الصحابة والتابعين قالوا : وهو أمر معمول به بالحجاز قديمـا وحديثا • قال : وذكر مالك فى الموطـأ أنه الأمر الذى لا اختلاف فيـه عندهم ، قال : وقال يحيى الأنصارى التابعى : أدركت الناس وما يدعون العقيقة عن الغلام والجارية •

قال ابن المنذر : وممن كان يرى العقيقة ابن عمر وابن عباس وفاطمة بنت رسول الله ﷺ وعائشة وبريدة الأسلمى والقاسم بن محمد وعروة بن الزبير وعطاء والزهرى وأبو الزناد ومالك والشافعى وأحمـد وإسحاق وأبو ثور وآخرون من أهل العلم يكثر عددهم • قال : وانتشر عمل ذلك فى عامة بلدان المسلمين ، مبتغين فى ذلك ما سنه لهم رسول الله ﷺ قال : وإذا كان كذلك لم يضر السنة من خالفها وعدل عنها • هـذا آخر كلام ابن المنذر • والله أعلم •

(فــرع) فى مذاهبهم فى قدر العقيقة •

قد ذكرنا أن مذهبنا أن عن الغلام شاتين وعن الجارية شاة ، وبه قال جمهور العلماء منهم ابن عباس وعائشة وأحمد وإسحاق وأبو ثور ، قال ابن المنذر : وكان ابن عمر يعق عن الغلام والجارية شاة شـــاة ، وبه قال أبو جعفر ومالك ، وقال الحسن وقتادة : لا عقيقة عن الجارية ، دليلنـــا الأحاديث السابقة •

(فــرع) مذهبنا جواز العقيقة بما تجوز به الأضـــحية من الإبل والبقر والغنم وبه قال أنس بن مالك ومالك بن أنس ، وحكى ابن المنذر عن حفصة بنت عبد الرحمن بن أبى بكر الصديق رضى الله عنه لا يجزىء إلا الغنم •

(فــرع) ذكرنا أن مذهبنا أنه يستحب أن لا تكسر عظام العقيقة ، وبه قالت عائشة وعطاء وابن جريج ، قال ابن المنذر : ورخص فى كسرها الزهرى ومالك •

(فــرع) ذكرنا أن مذهبنا كراهة لطخ رأس المولود بدم العقيقة ، وبه قال الزهرى ومالك وأحمد وإسحاق وابن المنذر وداود ، وقال الحسن وقتادة : يستحب ذلك ثم يغسل لحديث سمرة أن النبىﷺ قال « الغـــلام مرتهن بعقيقة تذبح عنه يوم سابعه ويدمى » دليلنا حديث سمرة أن النبى ﷺ قال : « مع الغلام عقيقة فأهريقوا عنه دما ، وأميطوا عنه الأذى » حديث صحيح سبق بيانه • وحديث عائشة السابق فى الـــكتاب ، وأما حديث (ويدمى) فقال أبو داود فى سننه وغيره من العلماء : هذه اللفظة لا تصح ، بل هى تصحيف والصواب ويسمى [1] •

---

(١) قال ابو داود : ويسمى أصح ويدمى غلط من همام ورد الحافظ ابن حجر ما ذهب =

(فـرع) مذهبنا أن العقيقة لا تفوت بتأخيرها عن اليوم السابع ، وبه قال جمهور العلماء منهم عائشة وعطاء وإسحاق ، وقال مالك : تفوت .

(فـرع) لو مات المولود قبل السابع استحبت العقيقة عندنا ، وقال الحسن البصرى ومالك لا تستحب .

(فـرع) مذهبنا أنه لا يعق عن اليتيم من ماله ، وقال مالك : يعق عنه منه .

(فـرع) قد ذكرنا أن مذهب أصحابنا استحباب تسمية السقط ، وبه قال ابن سيرين وقتادة والأوزاعى ، وقال مالك : لا يسمى ما لم يستهل صارخا . والله أعلم، قال الشافعى رحمه الله [1] .

=

اليه ابو داود فقال : يدل على أنه ضبطها أن فى رواية بهز بن حكيم عنه ذكر الامرين التدمية والتسمية ، وفيه أنهم سألوا قتادة عن هيئة التدمية فذكرها لهم ، فكيف يكون تحريفا من التسمية ، وهو يضبط أنه سأل عن كيفية التدمية .

واعل بعضهم الحديث بأنه من رواية الحسن عن سمرة وهو مدلس ، لكن روى البخارى فى صحيحه من طريق الحسن أنه سمع حديث العقيقة عن سمرة كأنه عنى هذا (ط) .

(١) كذا بالأصل : وقد أثبتناها كما هى ويحتمل سقوطها من النسخ بفعل النساخ وقد يكون طروء شىء فى صحة الامام النووى والله أعلم (ط) .

بـاب النـــــذر

قال المصنف رحمـه الله تعـالى

(يصح النذر من كل مسلم بالغ عاقل ، فأما الكافر فلا يصح نذره ، ومن أصحابنا من قال : يصح نذره ، لما روى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال لرسول الله ﷺ « إنى نذرت أن أعتكف ليلة فى الجاهلية فقال ﷺ : أوف بنذرك » والمذهب الأول لأنه سبب وضع لإيجاب القربة فلم يصح من الكافر كالاحرام . وأما الصبى والمجنون فلا يصح نذرهما لقوله ﷺ « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق » ولأنه إيجاب حق بالقول فلم يصح من الصبى كضمان المال)

(الشرح) حديث عمر رضى الله عنه رواه البخارى ومسلم . وأما حديث « رفع القلم » فصحيح سبق بيانه فى أول كتاب الصـلاة ، وأول كتاب الصوم ، وينكر على المصنف قوله : (روى) فى حديث عمر مع أنه صحيح ، قوله : (سبب وضع لإيجاب القربة) احتراز من شراء الكافر طعاما للكفارة ، قوله : (ولأنه إيجاب حق بالقول) احترز بقوله : إيجـاب عن وصية الصبى وتدبيره وإذنه فى دخول الدار إذا صححنا كل ذلك ، وبقوله (بالقول) [احتراز] من غرامة الملتفات ، ويقال : نذر وينذر بكسر الذال وضمها ...

(أما الأحكام) فقال أصحابنا : يصح النذر من كل بالغ عاقل مختار ، نافذ التصرف فيما نذره ، ويرد على المصنف إهماله : المختار ونافذ التصرف ولا بد منهما ، فأما الصبى والمجنون والمغمى عليه ونحوه ممن اختل عقله ، فلا يصح نذره لمـا ذكره المصنف ، وأما السكران ففى صحة نذره خلاف مبنى على صحة تصرفه ، والصحيح صحته ، وموضع إيضاحه كتاب الطلاق ، وأما الكافر ففى نذره وجهان (الصحيح) أنه لا ينعقد (والثانى) ينعقد ،

ودليلهما فى الكتاب ، وإذا أسلم ــ إن قلنا نذره منعقد ، لزمه الوفاء به ، وإلا فلا يجب الوفاء به لكن يستحب ، وتأولوا حديث عمر على الاستحباب ، وأما المكره فلا يصح نذره للحديث الصحيح « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »[1] وقياسا على العتق وغيره •

وأما المحجور عليه بسفه فيصح منه نذر القرب البدنية ، أما المال فان التزم شيئا فى ذمته من غير تعيين لما فى يده ، صح نذره ، ويؤديه بعد فك الحجر عنه فان نذر مالا معينا مما يملكه ، قال المتولى وغيره : بنى على ما لو أعتق أو وهب هل نوقف صحة تصرفه ؟ أم يكون باطلا ؟ وفيه خلاف مشهور (الصحيح) بطلانه ، فيكون النذر باطلا ، وإن توقفنا فى النذر أيضا ، قال : ولو نذر عتق المرهون انعقد نذره إن نفذنا عتقه فى الحال أو عند أداء المال ، وإن ألغينا عتقه فهو كمن نذر عتق عبد لا يملكه ، وفى صحته تفصيل سنذكره إن شاء الله تعالى •

(فرع) يكره ابتداء النذر ، فان نذر وجب الوفاء به ، ودليل الكراهة حديث ابن عمر رضى الله عنهما قال « نهى رسول الله ﷺ عن النذر وقال : إنه لا يرد شيئا إنما يستخرج به من البخيل » رواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما بهذا اللفظ• وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ « لا تنذروا فان النذر لا يغنى من القدر شيئا ، وإنما يستخرج به من البخيل » رواه الترمذى والنسائى باسناد صحيح ، قال الترمذى : والعمل على هذا عند بعض أهل العلم من أصحاب النبى ﷺ وغيرهم كرهوا النذر ، قال ابن المبارك : الكراهة فى النذر فى الطاعة والمعصية ، قال : فان نذر طاعة ووفى به فله أجر الوفاء ، ويكره له النذر ، هذا كلام الترمذى •

---

(١) اخرجه الطبرانى فى الكبير من حديث ثوبان مولى رسول الله ﷺ (ط) •

(ولا يصح النذر إلا بالقول ، وهو أن يقول : لله على كذا ، فان قال : على كذا ولم يقل لله صح ، لأن التقرب لا يكون إلا لله تعالى ، فحمل الإطلاق عليه وقال فى القديم : إذا أشعر بدنة أو قلدها ونوى أنها هدى أو أضحية ، صار هديا أو أضحية ، لأن النبى ﷺ « أشعر بدنة وقلدها » ولم ينقل انه قال : إنها هدى ، فصارت هديا . وخرج أبو العباس وجها آخر انه يصير هديا وأضحية بمجرد النية ، ومن أصحابنا من قال : إذا ذبح ونوى صار هديا وأضحية ، والصحيح هو الأول لأنه إزالة ملك يصح بالقول ، فلم يصح بغير القول مع القدرة عليه ، كالوقف والعتق ، ولأنه لو كتب على دار أنها وقف أو على فرس أنه فى سبيل الله لم يصر وقفا فكذلك ها هنا) .

(الشرح) قوله : (إزالة ملك يصح بالقول) احتراز من تفرقة الزكاة والإطعام والكسوة فى الكفارة (وقوله) مع القدرة احتراز من الأخرس ، وهذا القياس الذى ذكره المصنف ينتقض بوقوع الطلاق بالكتب والنية . فانه إزالة ملك يصح بالقول ، ويصح بغير القول مع القدرة على أصح القولين ، فينبغى أن يزاد فى القيود فيقال : إزالة ملك عن مال . قال أصحابنا : يصح النذر بالقول من غير نية ، كما يصح الوقف والعتق باللفظ بلا نية ، وهل يصح بالنية من غير قول أو بالاشعار أو التقليد أو الذبح مع النية ؟ فيه الخلاف الذى ذكره المصنف (الصحيح) باتفاق الأصحاب أنه لا يصح إلا بالقول ، ولا تنفع النية وحدها ، وقد سبقت المسألة واضحة فى باب الهدى .

والأكمل فى صيغة النذر أن يقول مثلا : إن شفى الله مريضى فلله على كذا ، فلو قال : فعلىّ هذا ولم يقل لله ، فطريقان (المذهب) وبه قال المصنف والجمهور صحته ، لما ذكره المصنف (والثانى) فيه وجهان حكاهما الرافعى وغيره ، الصحيح منهما صحة نذره (والثانى) لا يصح إلا بالتصريح بذكر الله تعالى ، وهو قريب من الوجه الضعيف فى وجوب إضافة الوضوء والصلاة وسائر العبادات إلى الله .

(**فـرع**) لو قال : إن شفى الله مريضى فلله على كذا إن شاء الله ، أو إن شاء زيد فشفى ، لم يلزمه شيء ، وإن شاء زيد ، كما لو عقب الأيمان والطلاق والعقود بقوله : إن شاء الله ، فانه لا يلزمه شيء .

قال المصنف رحمـه الله تعـالى

(ويجب بالنذر جميع الطاعات المستحبة ، لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبى ﷺ قال « من نذر أن يطيع الله فليطعه ، ومن نـذر أن يعصى الله فلا يعصه » وأما المعاصى كالقتل والزنا ، وصوم يوم العيد ، وأيام الحيض ، والتصدق بما لا يملكه ، فلا يصح نذره ، لما روى عمران بن الحصين رضى الله عنه أن النبى قال « لانذر فى معصية الله ، ولا فيما لا يملكه ابن آدم » ولا يلزمه بنذرها كفارة ، وقال الربيع : إذا نذرت المرأة صوم أيام الحيض وجب عليها كفارة يمين ، ولعله خرج ذلك من قوله ﷺ « كفارة النذر كفارة يمين » والمذهب الأول ، والحديث متأول . (وأما) المباحات كالأكل والشرب فلا تلزم بالنذر ، لما[1] روى أن النبى ﷺ مر برجل قائم فى الشمس لا يستظل فسأل عنه فقيل: هذا أبو إسرائيل نذر أن يقف ولا يقعد ولا يستظل ولا يتكلم ، فقال مروه فليقعد وليستظل ، وليتكلم ، ويتم صومه ») .

(**الشرح**) أما حديث عائشة فرواه البخارى ، وحديث عِمْران بن الحصين رواه مسلم ، وحديث « كفارة النذر كفارة يمين » رواه مسلم فى صحيحه من رواية عقبة بن عامر (وأما) حديث أبى إسرائيل فصحيح ، رواه البخارى فى صحيحه من رواية ابن عباس ، ويقع فى بعض النسخ أبو إسرائيل وهو الصواب ، وفى بعضها ابن إسرائيل وهو غلط صريح ، وليس فى الصحابة أحد يكنى أبا إسرائيل غيره والله تعالى أعلم .

(**اما احكام الفصل**) فقال أصحابنا : الملتزم بالنذر ثلاثة أضرب ـ معصية ، وطاعة ، ومباح (الأول) المعصية كنذر شرب الخمر أو الزنا أو القتل أو الصلاة فى حال الحدث ، أو الصوم فى حال الحيض ، أو القراءة

---

(١) يؤخـذ على المصنف قوله (روى) بصيغة التمريض مع ان الحديث فى صحيح البخارى كما جاء فى الشرح (ط) .

فى حال الجنابة ، أو نذر ذبح نفسه أو ولده وشبه ذلك فلا ينعقد نذره ، فاذا لم يفعل المعصية المنذورة فقد أحسن ولا كفارة عليه • هذا هو المذهب وبه قطع المصنف والجمهور ، وفى القول الذى حكاه المصنف عن الربيع أنه يلزمه الكفارة ، واختـاره الحافظ الفقيـه أبو بكر البيهقى للحديث المذكور « كفارة النذر كفارة يمين » وحمل الجمهور هذا الحديث على نذر اللجـاج والغضب ، قالوا : ورواية الربيع من تخريجـه لا من كلام الشافعى ، قال الرافعى : وحكى بعضهم هذا الخلاف وجهين ، والله أعلم •

(الضرب الثانى) الطاعة وهى ثلاثة أنواع (الأول) الواجبات فلا يصح نذرها لأنها واجبة بايجاب الشرع فلا معنى لالتزامها ، وذلك كنذر الصلوات الخمس وصوم رمضان والزكاة ونحوها • وكذا لو نذر ترك المحرمات بأن نذر أن لا يشرب الخمر ولا يزنى ولا يغتاب لم يصح نذره ، سواء علقه على حصول نعمة أو اندفاع نقمة أو التزمه ابتداء ، وإذا خالف ما ذكره ففى لزوم الكفارة الخلاف السابق فى المعصية ، والمذهب أنهـا لا تجب • وادعى البغوى أن الأصح هنا وجوبها ، والصحيح الأول •

(النوع الثانى) نوافل العبادات المقصودة ، وهى المشروعة للتقرب بها وعلم من الشارع الاهتمام بتكليف العباد إيقاعها ، كالصوم والصلاة والصدقة والحج والاعتكاف والعتق ونحوها ، فهذه تلزم بالنذر بلا خلاف لمـا ذكره المصنف •

قال إمام الحرمين : وفروض الكفاية التى يحتاج فى أدائها إلى بذل مال أو مقاساة مشقة تلزم بالنذر ، وذلك كالجهـاد وتجهيز الموتى ، قال الرافعى : ويجىء مما سنذكره فى السنن الراتبة إن شاء الله تعالى وجه أنها لا تلزم ، وقال القفال : لا يلزم الجهاد بالنذر ، وأما الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وما ليس فيه بذل مال ولا مقاساة مشقة ، ففيه وجهان (أصحهما) لزومها بالنذر (والثانى) لا •

(فـرع) كما يلزم أصل العبادة بالنذر يلزم الوفاء بالصفة المستحبة فيها إذا اشترطت فى النذر ، كمن شرط فى الصلاة المنذورة إطالة القيام أو الركوع أو السجود ، أو شرط المشى فى الحجة المنذورة ، إذا قلنا المشى فى الحج أفضل من الركوب ، فلو أفردت الصفة بالنذر وكان الأصل واجبا شرعا كتطويل القراءة والركوع والسجود فى الفرائض ، أو أن يقرأ فى الصبح مثل سورة كذا ، أو أن يصلى الفرض فى جماعة ، وجهان (أصحهما) لزومها لأنها طاعة (والثانى) لا ، لئلا تغير مما وضعها الشرع عليه • ولو نذر فعل السنن الراتبة كالوتر وسنة الصبح وسنة الظهر فعلى الوجهين (الأصح) اللزوم • ولو نذر صوم رمضان فى السفر فوجهان (أحدهما) وبه قطع الغزالى فى الوجيز ، ونقله إبراهيم المروروذى عن عامة الأصحاب ، لا ينعقد نذره وله الفطر لأنه التزام يبطل رخصة الشرع • (والثانى) وهو اختيار القاضى حسين والبغوى ينعقد ويجب الوفاء به كسائر المستحبات • هكذا أطلقوه ، والظاهر أنهم أرادوا من لا يتضرر بالصوم فى السفر فانه له أفضل فيصح نذره ، أما من يتضرر به فالفطر له أفضل فلا ينعقد نذره ، لأنه ليس بقربة •

قال أصحابنا : ويجرى الوجهان فيمن نذر إتمام الصلاة فى السفر إذا قلنا الإتمام أفضل ، ويجريان فيمن نذر القيام فى النوافل أو استيعاب الرأس بالمسح أو التثليث فى الوضوء أو الغسل ، أو أن يسجد للتلاوة أو الشكر عند مقتضيهما • قال إمام الحرمين : وعلى مساق الوجه الأول لو نذر المريض القيام فى الصلاة وتكلف المشقة أو نذر صوما وشرط أن لا يفطر بالمرض لم يلزمه الوفاء ، لأن الواجب بالنذر لا يزيد على الواجب شرعا ، والمرض مرخص •

(النوع الثالث) القربات التى تشرع لكونها عبادات ، وإنما هى أعمال وأخلاق مستحسنة رغب الشرع فيها لعظم فائدتها ، وقد يبغى بها

وجه الله تعالى فينال الثواب فيها ، وذلك كعيادة المرضى وزيارة القادمين ، وإفشاء السلام بين المسلمين ، وتشميت العاطس ، وفى لزومهـا بالنذر وجهان (الصحيح) اللزوم لعموم حديث « من نذر أن يطيع الله فليطعه » (والثانى) لا ، لئلا تخرج عما وضعها الشرع عليه •

وفى لزوم تجديد الوضوء بالنـذر وجهان (الأصح) اللزوم لمـا ذكره المصنف قال المتولى : ولو نذر الاغتسال لكل صلاة لزمه الوفاء • قال الرافعى : الصواب أن يبنى على تجديد الغسـل هل يستحب ؟ قال المتولى : ولو نذر الوضوء انعقد نذره ولا يخرج عنه بالوضوء عن حدث بل بالتجـديد ، وكذا جزم بانعقاد نذره القـاضى حسين وغيره • وذكر البغوى فيه وجهين (أصحهما) هذا (والثانى) لا ينعقد نذره ، واتفقوا على أنه لا يخرج عنه إلا بالتجديد • ومرادهم تجديد الوضوء حيث يشرع تجديده وهو أن يكون قد صلى بالأول صلاة ما • هذا هو الأصح ، وفيه أوجه سبقت فى آخر باب صـفة الوضـوء • قال المتولى : ولو نذر أن يتوضأ لكل صلاة لزمه الوضوء لكل صلاة ، وإذا توضأ لهـا عن حدث لا يلزمه الوضوء لها ثانيا ، بل يكفى الوضوء الواحد عن واجبى الشرع والنذر • قال : ولو نذر التيمم لم ينعقد على الصحيح • قال : ولو نذر أن لا يهرب من ثلاثة فصاعدا من الكفار ، فان علم من نفسـه القدرة على مقاومتهم انعقد نذره ولزمه الوفاء وإلا فلا • وفى كلام إمام الحرمين أنه لا يلزم بالنذر الكفاف قط حتى لو نذر أن لا يفعل مكروها لا ينعقد نذره ، ولو نذر أن يحرم بالحج من شـوال أو من بلد كذا لزمه على أصـح الوجهين •

(الضرب الثالث) المباح وهو الذى يجوز فعله وتركه شرعا ، فلم يرد فيه ترغيب ولا ترهيب ، كالأكل والنوم والقيام والقعود ، فلو نذر فعله أو تركه لم ينعقد نذره ، قال أصحابنا : وقد يقصد بالأكل التقوى على

العبادة ، وبالنوم النشاط للتهجد وغيره ، فيحصل الثواب بهذه النية ، لكن الفعل غير موضوع لذلك ، وإنما حصل الثواب بالنية الصالحة • وهل يكون نذر المباح يمينا يوجب الكفارة عند المخالفة ؟ فيه الخلاف السابق فى نذر المعاصى والفرائض ، وقطع القاضى حسين بوجوب الكفارة فى المباح ، وذكر فى المعصية وجهين وعلق الكفارة باللفظ من غير حنث قال الرافعى : وهذا لا يتحقق ثبوته ، والصواب فى كيفية الخلاف ما قدمناه ، والصواب على الجملة أنه لا كفارة مطلقا لا عند المخالفة ولا غيرها فى نذر المعصية والفرض والمباح ، والله أعلم •

(فرع) لو نذر الجهاد فى جهة بعينها ففى تعينها أوجه مشهورة (أحدها) وهو قول ابن القاص صاحب التلخيص تتعين لاختلاف الجهات (والثانى) قاله أبو زيد : لا تتعين ، بل يجزئه أن يجاهد فى جهة أسهل وأقرب منها ، كما لو نذر الصلاة فى مسجد غير المساجد الثلاثة ، فان له أن يصلى فى غيره (والثالث) وهو الأصح ، وبه قال الشيخ أبو على السنجى لا تتعين ، لكن يجب أن تكون التى يجاهد فيها كالمعينة فى المسافة والمؤنة ، فيحصل مسافة الجهات كمسافة مواقيت الحج •

(فرع) قال أصحابنا : يشترط فى نذره القربة المالية كالصدقة والأضحية والإعتاق أن يلتزمها فى الذمة يضيف إلى معين يملكه فان المعين لغيره لا ينعقد نذره قطعا ، ولا كفارة عليه على المذهب ، وبه قطع الجمهور • وذكر المتولى فى لزومها وجهين ، وهو شاذ • قال المتولى : ولو قال : إن ملكت عبدا فلله على أن أعتقه انعقد نذره ، قال ولو قال : إن ملكت عبد فلان فلله على أن أعتقه انعقد نذره فى أصح الوجهين (والثانى) لا ينعقد ، والقولان فيما إذا قصد الشكر على حصول الملك ، فان قصد الامتناع من تملكه فهو نذر لجاج ، وسنوضحه إن شاء الله تعالى •

قال : لو قال : إن شفى الله مريضى وملكت عبدا فلله على أن أعتقه ، أو إن شفى الله مريضى فلله أن أعتق عبدا إن ملكته انعقد نذره ، قال ولو قال : إن شفى الله مريضى فكل عبد أملكه حر ، أو فعبد فلان حر إن ملكته ، لم ينعقد نذره قطعا لأنه لم يلتزم التقرب بقربة ، لكنه علق الحرية بعد حصول النعمة بشرط وليس هو مالكا فى حال التعليق فلغا تعليقه ، كما لو قال : إن ملكت عبدا أو عبد فلان فهو حر ، فانه لا يصح قطعا • قال ولو قال : إن شفى الله مريضى فعبدى حر إن دخل الدار ، انعقد نذره قطعا لأنه مالك ، وقد علقه بصفتين الشفاء والدخول ، قال ولو قال : إن شفى الله مريضى فلله على أن أشترى عبدا وأعتقه انعقد نذره قطعا ، والله أعلم •

(فرع) قال البغوى فى باب الاستسقاء : لو نذر الإمام أن يستسقى لزمه أن يخرج بالناس ويصلى بهم ، قال ولو نذر واحد من الناس لزمه أن يصلى منفردا وإن نذر أن يستسقى بالناس لم ينعقد لأنهم لا يطيعونه ، ولو نذر أن يخطب وهو من أهله لزمه ، وهل له أن يخطب قاعدا مع استطاعته القيام ؟ فيه الخلاف الذى سنذكره قريبا إن شاء الله تعالى فى أن النذر يسلك به مسلك واجب الشرع أو مسلك جائزه ؟ والله أعلم •

(فرع) سئل الغزالى رحمه الله فى فتاويه عما لو قال البائع للمشترى : إن خرج المبيع مستحقا فلله على أن أهبك مائة دينار ، هل يصح هذا النذر ؟ وإن حكم حاكم بصحته هل يلزمه ؟ فأجاب بأن المباحات لا تلزم بالنذر ، وهذا مباح ولا يؤثر فيه قضاء القاضى إلا إذا نقل مذهب معتبر فى لزوم ذلك النذر •

(فرع) نقل القاضى أبو القاسم بن كج وجهين فيمن قال : إن شفى الله مريضى فلله على أن أذبح عن ابنى، هل يلزمه الذبح عن ولده لكون الذبح عن الأولاد قربة ؟ ووجهين فيمن قال : إن شفى الله مريضى فلله على أن أعجل زكاة مالى هل يصح نذره ؟ ووجهين فيمن قال : إن شفى الله

مريضى فلله على أن أذبح ابنى ، فان لم يجز فشاة مكانه هل يلزمه ذبح شـاة ؟ ووجهين فيما إذا نذر النصرانى أن يصوم أو يصلى ثم أسلم هل يلزمه أن يصلى ويصوم صلاة شرعنا وصومه ؟ هذا نقل ابن كج والأصح صحة النذر فى الصورة الأولى ، وبطلانه فى الصور الثلاث الباقية ، والله تعالى أعلم •

(فـرع) لو نذر أن يكسو يتيما •

قال الرافعى : قال بعضهم : لا يخرج عن نذره باليتيم الذمى ، لأن مطلقه فى الشرع يقع للمسلم ، هذا نقل الرافعى ، وينبغى أن يكون فيه خلاف مبنى على أنه يسلك بالنذر مسلك واجب الشرع أو مسلك جائزه ، كما لو نذر إعتاق رقبـة إن قلنا مسـلك جائزه جاز صرفه إلى الذمى ، وإلا فلا •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فيمن نذر شرب الخمر أو الزنا أو نحو ذلك من المعاصى •

قد ذكرنا أن مذهبنا أن نذره باطل ، ولو خالفه فلا كفارة ، وبهـذا قال مالك وأبو حنيفة وداود • وقال أحمد : ينعقد ولا يجوز فعـله ، بل يجب كفارة يمين ، وقد ذكر المصنف دليل المذهبين • واحتج أحمد أيضا بحديث عن عائشة مرفوعا « لا نذر فى معصية ، وكفارته كفارة يمين » (١) ونحوه من رواية عمران بن الحصين رواهما البيهقى وغيره وضـعفهما واتفق الحفاظ على تضعيف هذا الحديث بهذا اللفظ ، فلا حجة فيه •

(فـرع) إذا نذر صوم يوم الفطر أو الأضحى أو التشريق ، وقلنا

---

(١) رواه أحمد وأصحاب السنن الاربعة عن عائشة والنسائى عن عمران بن الحصين ولم يخرجه السيوطى فى جمع الجوامع لشدة ضعفه والله أعلم ، وان كان قد أورده فى زوائد الجامع الصغير •

بالمذهب إنه لا يجوز صوم التشريق لم ينعقد نذره ولم يلزمه بهذا النذر شيء • هذا مذهبنا وبه قال مالك وأحمد وجماهير العلماء • وخالفهم أبو حنيفة فقال : ينعقد نذره ولا يصوم ذلك ، بل يصوم غيره • قال : فان صامه أجزأه وسقط عنه به فرض نذره • دليلنا الحديث الصحيح السابق « ومن نذر أن يعصيه فلا يعصه » •

(فرع) إذا نذر ذبح ابنه أو بنته أو نفسه أو أجنبى لم ينعقد نذره ولا شيء عليه • وبهذا قال داود وأحمد فى إحدى الروايتين عنه • وقال مالك : إذا نذر ذبح ابنه فى يمين أو على وجه القربة لزمه الهدى • وقال أبو حنيفة وأحمد فى أصح الروايتين عنه : ينعقد نذره ويلزمه ذبح شاة للمساكين قال أبو حنيفة : ولو نذر ذبح عبده لا يلزمه شيء • وقال أبو يوسف : لا يلزمه شيء فى المسألتين • دليلنا قوله ﷺ « لا نذر فى معصية » وهو حديث صحيح كما سبق بيانه ، وأما إيجاب الشاة فتحكم لا أصل له •

(فرع) إذا نذر مباحا كلبس وركوب لم ينعقد عندنا ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وداود والجمهور • وقال أحمد : ينعقد ويلزمه كفارة يمين • دليلنا أنه ليس بقربة والوفاء به لا يجب بالاجماع فلم ينعقد والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فإن نذر طاعة نظرت ــ فإن علق ذلك على إصابة خير او دفع سوء ، فأصاب الخير او دفع السوء عنه ، لزمه الوفاء بالنذر ، لما روى ابن عباس رضى الله عنهما « أن امرأة ركبت فى البحر فنذرت إن نجاها الله ان تصوم شهرا فماتت قبل أن تصوم ، فأتت أختها أو امها إلى النبى ﷺ فاخبرته فامرها النبى ﷺ أن تصوم عنها » فان لم يعلقه على شيء بأن قال : لله على أن أصوم او أصلى ففيه وجهان (أحدهما) أنه يلزمه ، وهو الأظهر ، لقوله ﷺ « من نذر أن يطيع الله فليطعه » (والثانى) لا يلزمه وهو قول أبى إسحاق وأبى بكر

الصيرفى لانه التزام من غير عوض فلم يلزمه بالقول ، كالوصية والهبة ، وإن نذر طاعة فى لجاج وغضب بأن قال : إن كلمت فلانا فعلى كذا فكلمه فهو بالخيار بين الوفاء بما نذر وبين كفارة يمين ، لما روى عقبة بن عامر أن رسول الله ﷺ قال « كفارة النذر كفارة يمين » ولأنه يشبه اليمين من حيث إنه قصد المنع، والتصديق يشبه النذر من حيث إنه التزم قربة فى ذمته فخير بين موجبهما ، ومن أصحابنا من قال : إن كانت القربة حجا أو عمرة لزمه الوفاء به ، لأن ذلك يلزمه بالدخول فيه ، بخلاف غيره ، والمذهب الأول ، لأن العتق أيضا يلزم إتمامه بالتقويم ثم لا يلزمه) .

(الشرح) حديث ابن عباس رواه أبو داود والنسائى باسنادين صحيحين على شرط البخارى ومسلم ، لكن وقع فى المهذب أمها أو أختها ، وفى كتب الحديث أختها أو بنتها . أما حديث « من نذر أن يطيع الله فليطعه » فصحيح سبق بيانه أول الكتاب وأما حديث عقبة فغريب بهذا اللفظ ، وقد رواه ابن ماجه فى سننه بلفظ آخر أن رسول الله ﷺ قال « من نذر نذرا ولم يسمه فكفارته كفارة يمين »[1] وإسناده ضعيف ، وقول المصنف : لأنه التزام من غير عوض احتراز من نذر المجازاة ، ومن العوض فى عقود المعاوضات (وقوله) فلم يلزمه بالقول احتراز من الإتلاف والغصب والله أعلم .

(اما الأحكام) فقال أصحابنا : النذر ضربان (أحدهما) نذر تبرر (والثانى) نذر لجاج وغضب (الأول) التبرر وهو نوعان (أحدهما) نذر المجازاة ، وهو أن يلتزم قربة فى مقابلة حدوث نعمة أو اندفاع بلية ، كقوله : إن شفى الله مريضى ، أو رزقنى ولدا ، أو نجانا من الغرق أو من العدو ، أو من الظالم ، أو أغاثنا عند القحط ، ونحو ذلك فلله على إعتاق

---

(١) لم يروه ابن ماجه وانما رواه أحمد فى مسنده ومسلم فى صحيحه وأبو داود والترمذى والنسائى عن عقبة بن عامر بلفظ (كفارة النذر اذا لم يسم كفارة يمين) وحسبنا ان يخرجه مسلم فى الصحيح فضلا عن ثلاثة من أصحاب السنن ، وعلى هذا يكون قد رواه خمسة من اصحاب كتب الأصول ولا يكون التعصب للمذهب مفضيا الى تضعيف حديث اذا لم يصح هو فماذا بعده يصح ؟؟ ورضى الله عن امامنا النووى وان كبا جواده .

أو صوم أو صلاة أو نحو ذلك ، فاذا حصل المعلق عليه لزمه الوفاء بما التزم ، وهذا لا خلاف فيه لعموم الحديث الصحيح السابق « من نذر أن يطيع الله فليطعه » (النوع الثانى) أن يلتزمه ابتداء من غير تعليق على شيء ، فيقول ابتداء : لله على أن أصلى أو أصوم أو أعتق أو أتصدق ، ففيه خلاف حكاه المصنف وغيره وجهين ، وحكاهما غيرهم قولين (أحدهما) لا يصح نذره ولا يلزمه به شيء (وأصحهما) عند الأصحاب يصح نذره ، لما ذكره المصنف ، والله أعلم •

(الضرب الثانى) نذر اللجاج والغضب ، وهو أن يمنع نفسه من فعل أو يحثها عليه بتعليق التزام قربة بالفعل أو بالترك ، ويقال فيه يمين اللجاج والغضب ، ويقال له أيضا يمين الغلق ، ويقال أيضا نذر الغلق ، بفتح الغين المعجمة واللام ، فاذا قال : إن كلمت فلانا أو إن دخلت الدار أو إن لم أخرج من البلد فلله على صوم شهر أو حج أو عتق أو صلاة ونحو ذلك ثم كلمه أو دخل أو لم يخرج ففيما يلزمه خمسة طرق جمعها الرافعى قال (أشهرها) على ثلاثة أقوال (أحدها)يلزمه الوفاء بما التزم (والثانى) يلزمه كفارة يمين (والثالث) يتخير بينهما • قال : وهذا الثالث هو الأظهر عند العراقيين ، قال : لكن الأظهر على ما ذكره البغوى والرويانى وابراهيم المروروذى والموفق بن طاهر وغيرهم وجوب الكفارة (والطريق الثانى) القطع بالتخيير (والثالث) ففى التخيير والاقتصار على القولين الأولين (والرابع) الاقتصار على قول التخيير وعلى وجوب الكفارة (والخامس) الاقتصار على التخيير ولزوم الوفاء بما التزم ونفى وجوب الكفارة •

« قلت » : والأصح التخيير بين ما التزم وكفارة اليمين ، كما رجحه المصنف وسائر العراقيين • قال الرافعى : فان قلنا بوجوب الكفارة فوفى بما التزم لم تسقط الكفارة على الأصح ، فان كان الملتزم من جنس ما

تتأدى به الكفارة فالزيادة على قدر الكفارة تقع تطوعا • وإن قلنا بالتخيير فلا فرق بين الحج والعمرة وسائر العبادات على المذهب ، وبه قال الجمهور ، وفيه قول مخرج وحكاه المصنف وغيره وجها أنه إن كان حجا أو عمرة لزمه الوفاء به ، لما ذكره المصنف ، والله أعلم •

(**فرع**) إذا التزم على وجه اللجاج إعتاق عبد بعينه فان قلنا واجبه الوفاء بما التزم لزمه إعتاقه كيف كان • وإن قلنا : عليه كفارة يمين ــ فان كان بحيث يجزىء فى الكفارة ــ فله أن يعتقه أو يعتق غيره ، أو يطعم أو يكسو ، وإن كان بحيث لا يجزىء واختار الإعتاق أعتق غيره • وإن قلنا : يتخير فان اختار الوفاء أعتق كيف كان • وإن اختار التكفير اعتبر فى إعتاقه صفات الإجزاء ، وإن التزم إعتاق عبيده فان أوجبنا الوفاء أعتقهم ، وإن أوجبنا الكفارة أعتق واحدا أو أطعم أو كسا ، وإن قال : إن فعلت كذا فعبدى حر ، وقع العتق بلا خلاف إذا فعله ، وإنما التفصيل السابق فيمن التزم العتق فى العبد التزاما •

(**فرع**) لو قال : إن فعلت كذا فعلى نذر أو فلله على نذر ، فنص الشافعى رحمه الله أنه يلزمه كفارة يمين ، وبه قطع البغوى وإبراهيم المروروذى ، قال القاضى حسين وغيره : هذا تفريع على قولنا : تجب الكفارة ، فأما إذا أوجبنا الوفاء بالملتزم فيلزمه قربة من القرب والتعيين إليه ، ويشترط أن يكون ما يعينه مما يصح التزامه بالنذر وعلى قول التخيير يتخير بين ما ذكرنا وبين الكفارة ، ولو قال : إن فعلت كذا فعلى كفارة يمين ، فعليه كفارة يمين على الأقوال كلها ، ولو قال : فعلى يمين أو فلله على يمين فوجهان (الصحيح) أنه لغو ، وبه قطع الأكثرون لأنه لم يأت بنذر ولا صيغة يمين ، وليست اليمين مما ثبت فى الذمة (والثانى) يلزمه كفارة يمين إذا فعله • حكاه إمام الحرمين وغيره ، قال الإمام : وعلى هذا فالوجه أن يجعل كناية ويرجع إلى نيته •

ولو قال : نذرت لله لأفعلن كذا ، فان نوى اليمين فهو يمين ، وإن أطلق فوجهان ، ولو عدد أجناس قرب فقال : إن دخلت فعلى حج وعتق وصدقة ــ فان أوجبنا الوفاء ــ لزمه ما التزمه ، وإن أوجبنا الكفارة لزمه كفارة واحدة على المذهب وبه قطع الجمهور • وحكى الإمام عن والده الشيخ أبى محمد احتمالا فى تعددها ، فلو قال ابتداء : على أن أدخل النار اليوم ، قال البغوى : المذهب أنه يمين ، وعليه كفارة إن لم يدخل ، وكذا لو قال لامرأته : إن دخلت الدار فلله على أن أطلقك فهو كقوله : إن دخلت الدار فوالله لأطلقنك حتى إذا مات أحدهما قبل التطليق لزمه كفارة يمين • ولو قال : إن دخلت الدار فلله على أن آكل الخبز فدخلها فوجهان (الصحيح) يلزمه كفارة يمين (والثانى) هو لغو فلا شىء عليه •

(فرع) لو قال ابتداء : مالى صدقة أو فى سبيل الله ففيه أوجه (أحدها) وهو الأصح عند الغزالى ، وبه قطع القاضى حسين أنه لغو ، لأنه لم يأت بصيغة التزام (والثانى) يلزمه التصدق به ، كما لو قال على أن أتصدق بمالى •

(والثالث) يصير ماله بهذا اللفظ صدقة كما لو قال : جعلت هذه الشاة أضحية وقال المتولى : إن كان المفهوم من هذا اللفظ فى عرفهم معنى النذر أو نواه فهو كما لو قال : لله على أن أتصدق بمالى أو أنفقه فى سبيل الله وإلا فلغو (أما) إذا قال : إن كلمت فلانا أو فعلت كذا فمالى صدقة ، فالمذهب والذى نص عليه الشافعى وقطع به الجمهور أنه بمنزلة قوله : فلله على أن أتصدق بمالى ، أو بجميع مالى ، وطريق الوفاء أن يتصدق بجميع أمواله ، وإذا قال : فى سبيل الله يتصدق بجميع أمواله على الغزاة ، وقال إمام الحرمين والغزالى : يخرج هذا على الأوجه الثلاثة فى الصورة الأولى قال الرافعى : والمعتمد ما نص عليه الشافعى وقاله الجمهور ، والله تعالى أعلم •

(فـرع) قال الرافعى : الصيغـة قد تتردد فتحتمل نذر التبرر ، وتحتمل اللجاج فيرجع فيها إلى قصـد الشخص وإرادته ، قال : وفرقوا بينهما بأنه فى نذر التبرر يرغب فى السبب وهو شفاء المريض مثلا بالتزام المسبب ، وهو القربة المسماة ، وفى نذر اللجاج يرغب عن السبب لكراهته الملتزم قال : وذكر الأصحاب فى ضبطه أن الفعل طاعة أو معصية أو مباح والالتزام فى كل واحدة منها تارة يعلق بالإثبات وتارة بالنفى (أما) الطاعة ففى طرف الإثبات يتصـور نذر التبرر وبأن يقول : إن صليت فلله على صوم يوم معناه إن وفقنى الله للصلاة صمت ، فاذا وفق لها لزمه الصوم ، ويتصور اللجاج بأن يقول له : صل فيقول لا أصلى وإن صليت فعلى صوم أو عتق ، فاذا صلى ففيما يلزمه الأقوال والطرق السابقة .

(وأما) فى طرف النفى فلا يتصور نذر التبرر ، لأنه لا بر فى ترك الطاعة ، ويتصور فى اللجاج بأن يمنع من الصلاة فيقول : إن لم أصل فلله على كذا ، فاذا لم يصل ففيما يلزمه الأقوال . (وأما) المعصية ففى طرف النفى يتصور نذر التبرر بأن يقول : إن لم أشرب الخمر فلله على كذا ، وقصد إن عصمنى الله من الشرب ، ويتصور نذر اللجـاج بأن يمنع من شربها فيقول : إن لم أشربها فلله على صوم أو صلاة ، وفى طرف الإثبات لا يتصور إلا اللجاج بأن يؤمر بالشرب فيقول : إن شربت فلله على كذا .

(وأما) المباح فيتصور فى طرفى النفى والإثبات فيه النوعان معـا فالتبرر فى الإثبات : إن أكلت كذا فلله على صوم ، يريد إن يسره الله لى ، واللجاج أن يؤمر بأكله فيقول : إن أكلت فلله على كذا ، والتبرر فى النفى إن لم آكل كذا فعلى صوم ، يريد إن أعاننى الله على كسر شهوتى فتركته واللجاج أن يمنع من أكله فيقول : إن لم آكله فيقول : إن لم آكله فلله على كذا . (أما) إذا قال : إن رأيت فلانا فعلى صوم أو غيره فان أراد :

إن رزقنى الله رؤيته فهو نذر تبرر ، وإن ذكره لكراهة رؤيته فنذر لجاج وحكى الغزالى وجها فى الوسيط فى منع التبرر فى المباح والمذهب ما سبق .

(فـرع) نص الشافعى رحمه الله فى نذر اللجاج أنه لو قال : إن فعلت كذا فلله على نذر حج إن شاء فلان ، فشاء فلان لم يلزم القائل شىء ، قال المتولى : هذا إذا غلبنا فى اللجاج معنى النذر (أما) إذا قلنا : هو يمين فهو كمن قال : والله لا أفعل كذا إن شاء زيد ، وسيأتى فى كتاب الأيمان [1] إن شاء الله تعالى أن من قال : والله لا أدخلها إن شاء فلان أن لا أدخلها فان شاء فلان انعقدت يمينه عند المشيئة وإلا فلا .

(فـرع) إذا قال : أيمان البيعة لازمة لى ، فقد ذكره الأصحاب فى هذا الموضع وذكره المصنف فى التنبيه وجماعات فى باب الأيمان ، قال أصحابنا : كانت فى زمن رسول الله ﷺ بالمصافحة للرجال ، فلما ولى الحجاج بن يوسف رتبها أيمانا تشتمل على ذكر اسم الله تعالى ، وعلى الطلاق والإعتاق والحج وصدقة المال ، قال أصحابنا فاذا قال : أيمان البيعة لازمة لى ، فان لم يرد الأيمان التى رتبها الحجاج لم يلزمه شىء ، وإن أرادها نظر ــ إن قال فطلاقها وعتاقها لازم لى ــ انعقدت يمينه بهما ، ولا حاجة إلى النية ، وإن لم يصرح بذكرهما لكن نواهما انعقدت يمينه أيضا بهما لأنهما ينعقدان بالكناية مع النية ، وإن نوى اليمين بالله تعالى أو لم ينو شيئا لم ينعقد يمينه ولا شىء عليه ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

« إذا نذر أن يتصدق بماله لزمه أن يتصدق بالجميع ، لقوله ﷺ « من نذر أن يطيع الله فليطعه » وإن نذر أن يعتق رقبة ففيه وجهان (أحدهما) يجزئه ما يقع عليه الاسم اعتبارا بلفظه (والثانى) لا يجزئه إلا ما يجزىء فى الكفارة ،

---

(١) شاءت ارادة الله أن يكون كتاب الأيمان من نصيبنا فى هذا السفر العظيم المبارك فاللهم اجعله قرة عينه فى برزخه واجعل لى به لسان صدق فى الآخرين واجعله حجة لى يوم الدين ولا تخزنى يوم يبعثون (ط) .

لأن الرقبة التى يجب عتقها بالشرع ما يجب بالكفارة فحمل النذر عليه وإن نذر أن يعتق رقبة بعينها لزمه أن يعتقها ، ولا يزول ملكه عنها حتى يعتقها ، فان اراد بيعها او إبدالها بغيرها لم يجز لأنه تعين للقربة فلا يملك بيعه كالوقف ، وإن تلف او أتلفه لم يلزمه بدله لأن الحق للعبد فسقط بموته ، وإن أتلفه أجنبى وجبت القيمة للمولى ولا يلزمه صرفها فى عبد آخر لما ذكرناه) .

(الشرح) الحديث المذكور صحيح سبق بيانه أول الكتاب ، ثم فى الفصل مسائل :

(إحداهـا) إذا نذر أن يتصـدق بمـاله لزمه الصـدقة بجميع ماله لمـا ذكره المصنف . وقال أحمد فى إحدى الروايتين عنه : يكفيه أن يتصدق بثلثه . دليلنا أن اسم المـال يقع على الجميع . أما إذا قال مالى صدقة فقد سبق بيانه مع ما يتعلق به قريبا . ولو قال : إن شفى الله مريضى فلله على أن أتصدق بشىء صح نذره ويجزئه التصدق بما شاء من قليل وكثير . ونقـل الرافعى أنه لو قال : لله على ألف ولم يعين شيئا باللفظ ولا بالنية لم يلزمه شىء .

(الثانية) إذا نذر إعتـاق رقبـة فوجهـان مشهوران ذكرهمـا المصنف بدليلهمـا (أصحهما) يجـزئه إعتـاق ما يسمى رقبـة ، وإن كانت معيبة وكافرة ، وهو ظاهر نص الشافعى ، فانه قال : أعتق رقبة أية رقبة كانت (والثانى) لا يجزئه إلا ما يجزىء فى الكفارة وهى المؤمنـة السليمة . وبنى أصحابنا هذا الخلاف على أصل مفهوم من معـانى كلام الشافعى رحمه الله ، وهو أن الناذر إذا التزم عبادة بالنـذر وأطلقها فلم يصفها فعلى أى شىء يحمل نذره ؟ وفيه قولان مفهومان من معانى كلام الشافعى (أحدهما) ينزل على أقل واجب من جنسه يجب بأصل الشرع ، لأن المنذور واجب فجعل كواجب الشرع ابتداء (والثانى) ينزل على أقل ما يصح من جنسه وقد يقولون : على أقل جائز الشرع ، لأن لفظ الناذر لا يقتضى زيادة عليه ، والأصل براءته . قال الرافعى : وهذا الثانى أصح

عند إمام الحرمين والغزالى ، قال : والأول هو الصحيح عند العراقيين والرويانى وغيرهم •

(قلت) : الصواب أن يقال : إن الصحيح يختلف باختلاف المسائل ، ففى بعضها يصححون القول الأول وفى بعضها الثانى ، وهذا ظاهر يعلم من استقراء كلام الأصحاب فى المسائل المخرجة على هذا الأصل فمن ذلك من نذر صوما ، الأصح وجوب تبييت النية ترجيحا للقول الأول ، وقطع به كثيرون ، ولو نذر صلاة لزمه ركعتان على الصحيح باتفاقهم ، ترجيحا للقول الأول أيضا ، وكذا لا يجوز الجمع بين صلاتين منذورتين بتيمم واحد على الصحيح باتفاقهم ترجيحا للقول الأول وغير ذلك من المسائل التى رجح فيها القول الأول ، ومما رجح فيه القول الثانى ما لو نذر إعتاق رقبة فان الأصح أنه يجزىء المعيبة والكافرة ترجيحا للقول الثانى فحصل أن الصحيح يختلف باختلاف الصور •

ويجوز أن يقال : مراد الجمهور بتصحيح القول الأول أنه الأصح مطلقا إلا فى مسألة الاعتكاف ، وإنما اختلف الأصح فى هذه المسألة وسائر المسائل لأن الإعتاق ليس له عرف مطرد أو غالب يحمل عليه بل وقوع عتق التطوع فى العادة أكثر من العتق الواجب ، فحمل العتق المطلق بالنذر على مسمى الرقبة • وأما الصوم فيصح فيه عموم قوله ﷺ « لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل » فخرج النفل بدليل ، وبقى النذر داخلا فى العموم ، وهكذا الأصل صح فيها قوله ﷺ « صلاة الليل والنهار مثنى مثنى » فخرج جواز التنفل بركعة بدليل ، وبقى النذر داخلا فى العموم ، وكذا يقال فى التيمم وغيره ، والله أعلم • فالحاصل أن الصحيح عند الجمهور أنه ينزل النذر فى صفاته على صفات واجب الشرع إلا فى الإعتاق ، وهذا الخلاف فى صفاته • وأما أصل فعله والوفاء به فواجب بلا خلاف • قال أصحابنا : ويبنى على القولين فى تنزيل النذر مسائل (منها) لو نذر أن يصلى وأطلق إن قلنا بالقول الأول وهو التنزيل على واجب الشرع لزمه ركعتان وهو

المنصوص وإلا فركعة (ومنها) جواز صلاته قاعدا مع القدرة على القيام فيها وجهان بناء عليها •

ولو نذر أن يصلى قاعدا جاز القعود قطعا ، كما لو صرح بنذر ركعة فانها تجزئه بلا خلاف ، فان صلى قائما فهو أفضل • ولو نذر أن يصلى قائما لزمه القيام قطعا ولو نذر أن يصلى ركعتين فصلى أربعا بتسليمة واحدة بتشهد أو تشهدين فطريقان (أصحهما) وبه قطع البغوى جوازه (والثانى) فيه وجهان ، وهو الذى ذكره المتولى • قال الرافعى : ويمكن بناؤه على الأصل ، فان نزلنا النذر على جائز الشرع أجزأه وإلا فلا ، كما لو صلى الصبح أربعا • وإن نذر أربع ركعات ، فان نزلنا على واجب الشرع أمرناه بتشهدين ، فان ترك الأول يسجد للسهو ، ولا يجوز أداؤها بتسليمتين ، وإن نزلنا على الجائز فهو بالخيار إن شاء أداها بتشهد ، وإن شاء أداها بتشهدين ، ويجوز بتسليمة وبتسليمتين ، وهو أفضل كما هو فى النوافل ، هكذا نقلوه (والأصح) أنه يجوز بتسليمتين على القولين ، والفرق بين هذه المسألة وباقى المسائل المخرجة على هذا الأصل ظاهر لأنه يسمى مصليا أربع ركعات كيف صلاها ، ولو نذر صلاتين لم تجزئه أربع ركعات بتسليمة واحدة ، ولو نذر أن يصلى ركعتين على الأرض مستقبل القبلة لم يجز فعلهما على الراحلة ، ولو نذر فعلهما على الراحلة فله فعلهما على الأرض مستقبلا ، وإن أطلق فعلى أيهما يحمل ؟ فيه خلاف مبنى على هذا الأصل ، والله أعلم •

أما إذا نذر أن يتصدق فانه لا يحمل على خمسة دراهم أو نصف دينار بلا خلاف بل يجزئه أن يتصدق بدانق ودونه مما يتمول ، لأن الصدقة الواجبة فى الزكاة غير منحصرة فى نصاب الذهب والفضة ، بل تكون فى صدقة الفطر وفى الخلطة ، ويتصور إيجاب دانق ودونه من الذهب والفضة أيضا فى الزكاة إذا تلف معظم النصاب بعد الحول وقبل التمكن ، وقلنا : التمكن شرط فى الضمان ، وهو الصحيح كما سبق فى بابه ، والله أعلم •

(ومنها) إذا نذر إعتاق رقبة ، فان نزلنا على واجب الشرع وجبت رقبة مؤمنة سليمة وهو الأصح عند الداركى ، وإلا أجزأه كافرة معيبة ، وهو الصحيح عند الأكثرين ، منهم المحاملى والمصنف فى التنبيه والشاشى وآخرون وهو الراجح فى الدليل كما سبق ، فلو قيد فقال : لله على إعتاق رقبة مؤمنة سليمة لم يجزه الكافرة ولا المعيبة بلا خلاف ، ولو قال كافرة أو معيبة أجزأته بلا خلاف ، فلو أعتق مؤمنة سليمة فقيل لا تجزئه لأنها غير ما التزمه (والصحيح) الذى عليه الجمهور أنها تجزئه لأنها أكمل ، وذكر الكفر والعيب ليس للتقرب ، بل لجواز الاقتصار على الناقص ، فصار كمن نذر التصدق بحنطة رديئة يجوز له التصدق بالجيدة • ولو قال : على أن أعتق هذا الكافر أو المعيب ، لم يجزه غيره لتعلق النذر بعينه •

أما إذا نذر أن يعتكف فليس من جنس الاعتكاف واجب بالشرع ، وقد سبق فى بابه وجهان فى أنه هل يشترط اللبث أم يكفى المرور فى المسجد مع النية ؟ والأول أصح ، فعلى هذا يشترط لبث ويخرج عن النذر بلبث ساعة ، ويستحب أن يمكث يوما ، وإن اكتفينا بالمرور فى أصل الاعتكاف فلإمام الحرمين احتمالان (أحدهمـا) يشترط لبث لأن لفظ الاعتكاف يشعر به (والثانى) لا ، حملا له على حقيقته شرعا ، والله أعلم •

(المسألة الثالثة) إذا نذر أن يعتق رقبة بعينها لزمه إعتاقها ، ولا يزول ملكه عنها بمجرد النذر ، فان أراد بيعها أو هبتها أو الوصية بها أو إبدالها بغيرها لم يجز وإن تلفت أو أتلفها لم يلزمه بدلها ، وإن أتلفها أجنبى لزمه القيمة للمولى ويتصرف فيها المولى بما شاء ولا يلزمه أن يشترى بها رقبة يعتقها ، ودليل جميع هذه الصور فى الكتاب ، وفيه الفرق بينه وبين الهدى والأضحية المنذورتين ، وقد سبقت المسألة بفروعها وإيضاح الفرق فى باب الهدى ، والله أعلم •

(وإن نذر هديا نظرت فان سماه كالثوب والعبد والدار لزمه ما سماه ، وإن أطلق الهدى ففيه قولان ، قال فى الإملاء والقديم : يهدى ما شاء ، لأن اسم الهدى يقع عليه ، ولهذا يقال : أهديت له دارا وأهدى لى ثوبا ، ولأن الجميع يسمى قربانا ولهذا قال ﷺ فى الجمعة « من راح فى الساعة الأولى فكأنما قرب بدنة ، ومن راح فى الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة ، ومن راح فى الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشا ، ومن راح فى الساعة الرابعة فكأنما قرب دجاجة ومن راح فى الساعة الخامسة فكأنما قرب بيضة » فاذا سمى قربانا وجب أن يسمى هديا ، وقال فى الجديد : لا يجزئه إلا الجذعة من الضأن والثنية من المعز والإبل والبقر ، لأن الهدى المعهود فى الشرع ما ذكرناه فحمل مطلق النذر عليه .

وإن نذر بدنة أو بقرة أو شاة ، فان قلنا بالقول الأول أجزاه من ذلك ما يقع عليه الاسم ، وإن قلنا بالقول الثانى لم يجزه إلا ما يجزىء فى الأضحية ، وإن نذر شاة فاهدى بدنة أجزاه ، لأن البدنة بسبع من الغنم ، وهل يجب الجميع ؟ فيه وجهان (أحدهما) ان الجميع واجب ، لأنه مخير بين الشاة والبدنة فأيهما فعل كان واجبا ، كما نقول فى العتق والإطعام فى كفارة اليمين (والثانى) أن الواجب هو السبع ، لأن كل سبع منها بشاة ، فكان الواجب هو السبع . وإن نذر بدنة وهو واجد البدنة ففيه وجهان (أحدهما) أنه مخير بين البدنة والبقرة والسبع من الغنم ، لأن كل واحد من الثلاثة قائم مقام الآخر (والثانى) أنه لا يجزئه غير البدنة لأنه عينها بالنذر ، وإن كان عادما للبدنة انتقل إلى البقرة ، فان لم يجد بقرة انتقل إلى سبع من الغنم . ومن أصحابنا من قال : لا يجزئه غير البدنة فان لم يجد ثبتت فى ذمته إلى أن يجد ، لأنه التزم ذلك بالنذر ، والمذهب الأول ، لأنه فرض له بدل فانتقل عند العجز إلى بدله كالوضوء .

وإن نذر الهدى للحرم لزمه فى الحرم ، وإن نذر لبلد آخر لزمه فى البلد الذى سماه ، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن امرأة أتت النبى ﷺ فقالت : يا رسول الله إنى نذرت أن أذبح بمكان كذا وكذا ، مكان كان يذبح فيه أهل الجاهلية ، قال : لصنم ؟ قالت : لا ؟ قال : لوثن ؟ قالت : لا قال : أوفى بنذرك » فان نذر لأفضل بلد لزمه بمكة لأنها أفضل البلاد ، والدليل عليه ما روى جابر رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ فى حجته « أى بلد أعظم حرمة ؟ قالوا : بلدنا هذا ، فقال النبى ﷺ إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم ،

كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا فى بلدكم هذا » ولأن مسجدها أفضل المساجد فدل على انها أفضل البلاد .

وإن أطلق النذر ففيه وجهان (أحدهما) يجوز حيث شاء ، لأن الاسم يقع عليه (والثانى) لا يجوز إلا فى الحرم ، لأن الهدى المعهود فى الشرع هو الهدى فى الحرم ، والدليل عليه قوله تعالى (هديا بالغ الكعبة) وقال تعالى (ثم محلها إلى البيت العتيق) فحمل مطلق النذر عليه ، فان كان قد نذر الهدى لرتاج الكعبة أو عمارة مسجد ، لزمه صرفه فيما نذر ، فان أطلق ففيه وجهـــان . (أحدهما) أن له أن يصرفه فيما شاء من وجوه القرب ، فى ذلك البلد الذى نذر الهدى فيه ، لأن الاسم يقع عليه (والثانى) أنه يفرقه على مساكين البلد الذى نذر ان يهدى إليه لأن الهدى المعهود فى الشرع ما يفرق على المساكين فحمل مطلق النذر عليه .

وإن كان ما نذره مما لا يمكن نقله كالدار ، باعه ونقل ثمنه إلى حيث نذر ، وإن نذر النحر فى الحرم ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه النحر دون التفرقة لأنه نذر أحد مقصودى الهدى ، فلم يلزمه الآخر ، كما لو نذر التفرقة (والثانى) يلزمه النحر والتفرقة ، وهو الصحيح ، لأن نحر الهدى فى الحرم فى عرف الشرع ما يتبعه التفرقة فحمل مطلق النذر عليه ، وإن نذر النحر فى بلد غير الحرم ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح ، لأن النحر فى غير الحرم ليس بقربة فلم يلزمه بالنذر (والثانى) يلزم النحر والتفرقة ، لأن النحر على وجه القربة لا يكون إلا للتفرقة فاذا نذر النحر تضمن التفرقة) .

(الشرح) حديث « من راح فى الساعة الأولى » رواه البخـــارى ومسلم من رواية أبى هريرة وسبق بيان طرقه وشرحه فى صلاة الجمعة ، وحديث عمرو بن شعيب غريب ، ولكن معناه مشهور من رواية ثابت [1] [ابن] الضحاك الأنصارى رضى الله عنـــه قال : « نذر رجل على عهـــد رسول الله ﷺ أن ينحر إبلا ببوانة فقال رسول الله ﷺ : هل كان فيها وثن من أوثان الجاهلية يعبد ؟ قالوا : لا ، قال : فهل كان فيها عيد من أعيادهم ؟

(١) ثابت بن الضحاك بن امية بن ثعلبة الخزرجى الأنصارى رديف رسول الله يوم الخندق ودليله الى حمراء الاسد يوم أحد وكان ممن بايع بيعة الشجرة ـ بيعة الرضوان ـ وهـو صغير (ط) .

قالوا : لا ، فقال رسول الله ﷺ : أوف بنذرك ، فانه لا وفاء لنذر فى معصية الله[1] ، ولا فيما لا يملك ابن آدم » رواه أبو داود باسناد صحيح على شرط البخارى ومسلم •

(وأما) حديث جابر بهذا اللفظ فغريب عنه ، ورواه البخارى بهذا اللفظ فى صحيحه فى أول كتاب الحدود فى باب ظهر المؤمن حمى من رواية ابن عمر رضى الله عنهما ويستدل معه أيضا بحديث عدى بن الحمراء رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ « وقف فى مكة وأشار إليها وقال : والله إنك لخير أرض الله وأحب أرض الله ولولا أنى أخرجت منك ما خرجت » رواه الترمذى وغيره ، قال الترمذى : هو حديث حسن صحيح ، وسبق بيانه وبيان ما يتعلق به وما يعارضه فى آخر باب ما يجب بمحظورات الإحرام ، والله أعلم •

(**أما ألفاظ الفصل**) **فقه**[2] لغتان مشهورتان (أشهرهما) وأفصحهما هدى ــ بإسكان الدال وتخفيف الياء ــ وبهذه جاء القرآن (والثانية) هدى ــ بكسر الدال وتشديد الياء ــ سمى هديا ، لأنه يهدى إلى الحرم ، فعلى الأولى هو فَعْل" بمعنى مفعول كالخلق بمعنى المخلوق ، وعلى الثانية فعيل بمعنى مفعول ، كقتيل وجريح بمعنى مقتول ومجروح • وأما حديث من راح فى الساعة الأولى فسبق شرحه فى باب الجمعة (وقوله) : وقال فى الجديد ، أى فى معظم كتبه الجديدة ، وإلا فالإملاء من الكتب الجديدة (وأما) الضأن والمعز والإبل والبقر فسبق بيان لغاتها فى كتاب الزكاة (قوله) : لأنه فرض له بدل ، احتراز من الصلاة ومن زكاة الفطر • وذكر

---

(١) حديث (لا وفاء لنذر فى معصية ولا فيما لا يملك ابن آدم) اخرجه احمد فى مسنده وعبد الرزاق فى مصنفه عن عمران بن حصين والطبرانى فى الكبير عن جابر موقوفا عليه وفى الطبرانى عن ابى ثعلبة الخشنى رضى الله عنه مرفوعا (لا وفاء لنذر فى معصية الله ولا فى قطيعة رحم ولا فيما لا تملك) واخرجه احمد عن جابر مرفوعا بلفظ (لا وفاء لنذر فى معصية الله) •

(٢) الضمير يعود على كلمة المصنف : وان نذر هديا • المطيعى

فى الجديد الصنم والوثن ، فقيل هما بمعنى ، والأصح أنهما متغايران ، فعلى هذا قيل : الصنم ما كان مصورا من حجر أو نحاس أو غيرهما ، والوثن ما كان غير مصور ، وقيل : الوثن ما كان له جثة من خشب أو حجر أو جوهر أو ذهب وفضة ونحو ذلك ، سواء كان مصورا أو غير مصور ، والصنم الصورة بلا جثة ، والله أعلم •

(قوله) رتاج الكعبة هو ــ بكسر الراء وتخفيف التاء المثناة فوق وبالجيم وأصله الباب ، وقد يراد به الكعبة نفسها ويقال فيه الرتج أيضا بفتح الراء والتاء والله أعلم •

(أما الأحكام) ففيها مسائل :

(إحداها) إذا نذر أن يهدى شيئا معينا من ثوب أو طعام أو دراهم أو عبيد أو دار أو شجر أو غير ذلك لزمه ما سماه ولا يجوز العدول عنه ولا إبداله ، فان كان نذر أن يهديه إلى مكان معين واحتاج إلى مؤنة لنقله لزمه تلك المؤنة من ماله لا من المنذور ، وإن كان مما لا يمكن نقله كالدار والشجر والأرض وحجر الرحى ونحوها ، لزمه بيعه ونقل ثمنه لقوله ﷺ « من نذر أن يطيع الله فليطعه » قال البغوى وغيره : ويتولى الناذر البيع والنقل بنفسه ، ولا يشترط إذن الحاكم ، ولا غيره ، ويتصدق بثمنه • قال أصحابنا : وإن كان ذلك المعين بالنذر من الحيوان كالعبد والبدنة والشاة وجب حمله إلى ذلك الموضع المعين ، فان لم يكن شرط موضعا معينا لزمه صرفه إلى مساكين الحرم ، وسواء المقيمون فيه والواردون إليه ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وفيه وجه حكاه الرافعى وغيره أن مساكين الحرم لا يتعينون بل يجوز صرفه فى غير الحرم ، والمشهور الأول ، فان كان المنذور بدنة أو شاة أو بقرة وجب التصدق بها بعد ذبحها ، ولا يجوز التصدق بها قبله ، لأن فى ذبحها قربة •

قال أصحابنا : ويجب الذبح فى الحرم ، فان ذبح فى غيره لم يجزه ، هذا هو المذهب ، وفيه وجه آخر مشهور أنه يجوز ذبحه خارج الحرم ، بشرط أن ينقل اللحم إلى الحرم قبل أن يتغير ، وقد سبق مثل هذا الخلاف فى آخر باب محظورات الإحرام ، وإن كان من غير الإبل والبقر والغنم فما يمكن نقله كالظبية والحمار والطائر والثوب ، وجب حمله إلى الحرم ، وعليه مؤنة نقله كما ذكرنا ، فان لم يكن له مال يبيع بعضه لنقل الباقى ، هكذا جزم به المصنف فى التنبيه وجمهور الأصحاب قال الرافعى : وأستحسن ما حكى عن القفال أنه قال : إن قال : أهدى هذا فالمؤنة عليه ، وإن قال : جعلته هديا فالمؤنة فيه يباع بعضه ، قال : ولكن مقتضى جعله هديا أن يوصل كله إلى الحرم فيلتزم مؤنته كما لو قال : أهدى .

ثم إذا بلغ الحرم فالصحيح أنه يجب صرفه إلى مساكين الحرم . لكن لو نوى صرفه إلى تطييب الكعبة أو جعل الثوب سترا لها أو قربة أخرى هناك صرفه إلى ما نوى ، وفيه وجه ضعيف أنه وإن أطلق فله صرفه إلى ما نوى ، ووجه ثالث أضعف منه أن الثوب الصالح للستر يحمل عليه عند الإطلاق ، قال إمام الحرمين : قياس المذهب والذى صرح به الأئمة أن ذلك المال المعين يمتنع بيعه وتفرقة ثمنه ، بل يتصدق بعينه وينزل تعيينه منزلة تعيين الأضحية والشاة فى الزكاة ، فيتصدق بالظبية والطائر وما فى معناهما حيا ، ولا يذبحه إذ لا قربة فى ذبحه ، فلو ذبحه فنقصت القيمة تصدق باللحم وغرم ما نقص ، هذا هو المذهب ، وحكى المتولى وجها ضعيفا أنه يذبح وطرد المتولى الخلاف فيما إذا أطلق ذكر الحيوان وقلنا : لا يشترط أن يهدى ما يجزىء فى الأضحية والله أعلم .

أما إذا نذر إهداء بعير معيب فهل يذبحه ؟ فيه وجهان (أحدهما) نعم نظرا إلى جنسه (وأصحهما) لا ، لأنه لا يصلح للتضحية كالظبية والله أعلم .

(المسألة الثانية) فى الصفات المعتبرة فى الحيوان المنذور إذا أطلق النذر ، قال أصحابنا : إذا قال : لله على أن أهدى بعيرا أو بقرة أو شاة فهل يشترط فيه السن المجزىء فى الأضحية والسلامة من العيوب ؟ فيه القولان اللذان ذكرهما المصنف بدليلهما ، وهما مبنيان على القاعدة السابقة أن النذر هل يحمل على أقل واجب الشرع من ذلك النوع ؟ أو أقل جائزة وما يتقرب به ؟ (أصحهما) على واجبه فيشترط سن الأضحية والسلامة • ولو قال : أضحى ببعير أو ببقرة ففيه مثل هذا الخلاف ، قال إمام الحرمين : وبالاتفاق لا يجزىء الفصيل لأنه لا يسمى بعيرا ولا العجل إذا ذكر البقرة ، ولا السخلة إذا ذكر الشاة •

ولو قال : أضحى ببدنة أو أهدى بدنة جرى الخلاف ، ورأى إمام الحرمين هذه الصورة أولى باشتراط السن والسلامة ، وهو كما رأى ، وإن أهدى ولم يسم شيئا ففيه القولان (إن نزلناه) على ما يتقرب به من جنسه خرج عن نذره بكل ما يتصدق به ، حتى الدجاجة أو البيضة أو غيرهما من كل ما يتمول لوقوع الاسم عليه ، وعلى هذا فالصحيح من الوجهين أنه لا يجب إيصاله مكة وصرفه إلى فقرائها بل يجوز التصدق به على غيرهم ، وهذا نصه فى الإملاء والقديم كما ذكره المصنف والأصحاب • (وإن نزلناه) على أقل واجب الشرع من جنسه ، وجب أقل ما يجزىء فى الأضحية وهذا هو المنصوص فى الجديد ، وهو الصحيح ، فعلى هذا يجب إيصاله مكة لأن محل الهدى الحرم ، وقد حملناه على مقتضى الهدى وفيه وجه ضعيف أنه لا يجب حمله إلا أن يصرح به والمذهب الأول • أما إذا قال : لله على أن أهدى الهدى بالألف واللام ، فيجب حمله على الهدى المعهود شرعا ، وهو ما يجزىء فى الأضحية ، وهذا لا خلاف فيه لأنه عرفه بالألف واللام ، فوجب صرفه إلى المعهود والله أعلم •

(الثالثة) إذا نذر ذبح حيوان ولم يتعرض لهدى ولا أضحية بأن

قال : لله على أن أذبح هذه البقرة ، أو أنحر هذه البدنة ، فان قال مع ذلك : وأتصدق بلحمها أو نواه ، لزمه الذبح والتصدق ، وإن لم يقله ولا نواه فوجهان (أحدهما) ينعقد نذره ويلزمه الذبح والتصدق (وأصحهما) لا ينعقد ، لأنه لم يلتزم التصدق ، وإنما التزم الذبح وحده ، وليس فيه قربة إذا لم يكن للصدقة ، ولو نذر أن يهدى بدنة أو بقرة أو شاة إلى مكة أو أن يتقرب بسوقها ويذبحها ويفرق لحمها على فقرائها لزمه الوفاء ، ولو لم يتعرض للذبح وتفرقة اللحم لزمه الذبح بها أيضا • وفى تفرقة اللحم وجهان :

(أحدهما) لا يجب تفرقته بها إلا أن ينوى • بل له التفرقة فى موضع آخر (وأصحهما) الوجوب • وبه قطع الأكثرون • ولو نذر الذبح فى موضع آخر خارج الحرم وتفريق اللحم فى الحرم على أهله ــ قال المتولى : الذبح خارج الحرم لا قربة فيه فيذبح حيث شاء ، ويلزمه تفرقة اللحم فى الحرم ، وكأنه نذر أن يهدى إلى مكة لحما • ولو نذر أن يذبح بمكة ويفرق اللحم على فقراء بلد آخر لزمه الوفاء بما التزم • ولو قال : لله على أن أنحر أو أذبح بمكة ولم يتعرض للفظ القربة والتضحية ولا التصدق ففى انعقاد نذره وجهان (أصحهما) ينعقد ، وبه قطع الجمهور ، وعلى هذا فى وجوب التصدق باللحم على فقرائها الوجهان السابقان • ولو نذر الذبح بأفضل بلد صح نذره ولزمه الوفاء ، وحكمه حكم من نذر الذبح بمكة لأنها أفضل البلاد عندنا وقد سبق إيضاح المسألة فى آخر باب محظورات الإحرام ، ولو نذر الذبح أو النحر ببلدة أخرى ولم يقل مع ذلك : وأتصدق على فقرائها ولا نواه ، فوجهان مشهوران حكاهما المصنف بدليلهما وحكاهما جماعة قولين أصحهما وهو نصه فى الأم لاينعقد نذره لأنه لم يلتزم إلا الذبح والذبح فى غير الحرم لا قربة فيه (والثانى) ينعقد ويلزمه الذبح وتفرقة اللحم على الفقراء (فان قلنا :) ينعقد ، أو تلفظ مع ذلك بالتصدق أو نواه ، فهل يتعين التصدق باللحم ؟ أم لا يجوز نقله إلى غيرهم ؟ فيه

طريقان (المذهب) أنهم يتعينون (والثانى) فيه وجهان مأخوذان من نقل الصدقة •

(فان قلنا :) لا يتعينون لم يجب الذبح بتلك البلدة بخلاف مكة فانها محل ذبح الهدايا (وإن قلنا) يتعينون فوجهان (أحدهما) لا يجب الذبح بها ، بل لو ذبح خارجها ونقل اللحم إليها طريا جاز ، وبه قطع البغوى وجماعة (والثانى) يتعين إراقة الدم فيها كمكة ، وبهذا قطع العراقيون ، وحكوه عن نصه فى الأم • أما إذا قال : لله على أن أضحى ببلدة كذا وأفرق اللحم على أهلها فينعقد نذره ويغنى ذكر التضحية عن ذكر التصدق ونيته ، وجعل إمام الحرمين وجوب التفرقة على أهلها ووجوب الذبح بها على الخلاف السابق ، قال : ولو اقتصر على قوله : أضحى بها فهل يتضمن ذلك تخصيص التفرقة عليهم ؟ فيه وجهان ، الصحيح الذى جرى عليه الأئمة وجوب الذبح والتفرقة بها • وفى فتاوى القفال أنه لو قال : إن شفى الله مريضى فلله على أن أتصدق بعشرة دراهم على فلان فشفاه الله تعالى ، لزمه التصدق عليه ، فان لم يقبل لم يلزمه شىء • وهل لفلان مطالبته بالتصدق بعد الشفاء ؟ قال : يحتمل أن يقال : نعم ، كما لو نذر إعتاق عبد معين إن شفى فشفى ، فان له المطالبة بالإعتاق ، وكما لو وجبت الزكاة والمستحقون فى البلد محصورون ، فان لهم المطالبة ، والله أعلم •

(الرابعة) إذا قال : لله على أن أضحى ببدنة أو أهدى بدنة ، قال إمام الحرمين : البدنة فى اللغة مختصة بالواحد من الإبل ، ثم الشرع قد يقيم مقامها بقرة أو سبعا من الغنم ، وقال الشيخ أبو حامد وجماعة : اسم البدنة على الإبل والبقر والغنم جميعا وهذا هو الصحيح ، وقد نقله الأزهرى وخلافه من أهل اللغة ، وصرحوا بأنه يطلق على الإبل والبقر

والغنم الذكر والأنثى • ولكن اشتهر فى اصطلاح الفقهاء اختصاص البدنة بالإبل • قال أصحابنا : فاذا نذر بدنة فله حالان :

(أحدهما) أن يطلق التزام البدنة فله إخراجها من الإبل ، وهل له العدول إلى بقرة أو سبع من الغنم ؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) لا (والثانى) نعم (والثالث) وهو الصحيح المنصوص أنه إن وجد الإبل لم يجز العدول وإلا جاز • وقد ذكر المصنف دليل الأوجه الثلاثة ، ويشترط فى البدنة والبقرة وكل شاة أن تكون مجزئة فى الأضحية •

(الحال الثانى) أن يقيد فيقول : لله على أن أضحى ببدنة من الإبل أو ينويها فلا يجزئه غير الإبل إذا وجدت بلا خلاف ، فان عدمت فوجهان مشهوران (أحدهما) يصبر إلى أن يجدها ولا يجزئه غيرها (والثانى) وهو الصحيح المنصوص أن البقرة تجزئه بالقيمة • فان كانت قيمة البقرة دون قيمة البدنة من الإبل لزمه إخراج الفاضل • هذا هو المذهب ، وفيه وجه آخر أنه لا تتعين القيمة كما فى حال الاطلاق والصحيح الأول •

واختلفوا فى كيفية إخراج الفاضل فذكر الرويانى فى كتابه الكافى أنه يشترى بقرة أخرى إن أمكن وإلا فهل يشترى به شقصا أو يتصدق على المساكين بدراهم ؟ فيه وجهان • وفى تعليق الشيخ أبى حامد أنه يتصدق به • وقال المتولى : يشارك إنسانا فى بدنة أو بقرة أو يشترى به شاة ، والله أعلم • وإذا عدل إلى الغنم فى هذه الحالة اعتبرت القيمة أيضا • ثم نقل الرويانى فى كتابه جامع الجوامع أنه إذا لم يجد الإبل فى حالة التقييد يتخير بين البقرة والسبع من الغنم ، لأن الاعتبار بالقيمة والذى ذكره ابن كج والمتولى وغيرهما أنه لا يعدل إلى الغنم مع القدرة على البقر لأنها أقرب • ولو وجد ثلاث شياه بقيمة البدنة فوجهان (أصحهما) لا تجزئه • بل عليه أن يتم السبع من ماله (والثانى) تجزئه لوفائهن بالقيمة • قاله أبو الحسين النسوى من أصحابنا المتقدمين فى زمن ابن خيران وأبى إسحاق المروزى •

(فـرع) لو نذر شاة فجعل بدلها بدنة جاز بلا خلاف • وهل يكون جميعها فرضا ؟ فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهمـا وسبق ذكرهما فى آخر باب صفة الوضوء ، وفى صفة الصلاة وفى الزكاة وفى الحج (أصحهما) يقع سبعها واجبا والباقى تطوعا (والثانى) يقع الجميع واجبا • (فان قلنا) كلها واجبة لم يجز الأكل منها إذا قلنا بالمذهب : إنه لا يجوز الأكل من الهدى والأضحية الواجبين (وإن قلنا) : الواجب السبع جاز الأكل من الزائد وقال الشـيخ أبو حامـد : يجـوز أكل الزائد كله • والله أعلم •

(فـرع) إذا نذر أن يهدى شاة بعينها لزمه ذبحها ، فان أراد أن يذبح عنها بدنة لم يجزئه لأن الشاة تعينت فلا يجوز غيرها كما لو نذر إعتاق عبد معين والله أعلم •

(فـرع) قال الشافعى فى الأم : لو قال : إذاً أهدى هذه الشاة نذرا لزمه أن يهديها إلا أن تكون نيته أنى سأحدث نذرا أو سأهديها فلا يلزمه • قال : فلو نذر أن يهدى هديا ونوى بهيمـة أو جديا أو رضيعا أجزأه • هكذا نص عليه • قال أصحابنا : والقولان السابقان فيما إذا أطلق نذر الهدى ولم ينو شيئا قال الشافعى ولو نذر أن يهدى شاة لا تجزىء فى الأضحية أجزأته • قال : ولو أهدى كاملة كان أفضل • والله أعلم •

(فـرع) يجزىء الذكر والأنثى والخصى والفحل فى جميع ذلك سواء كان الواجب من الإبل أو البقر أو الغنم بلا خلاف لوقوع الاسم عليـه •

(الخامسة) إذا نذر الإهداء لرتاج الكعبة لزم صرفه فى كسوتها • وإن قصد صرفه فى طيبها أو غير ذلك مما يصح نذره صرف إليه • وإن نذر الإهداء إلى بلد آخر ــ فان صرح بصرفه فى عمارة مسجد ذلك البلد

أو نواه أو صرح بصرفه فى قرية أخرى مثلها أو نواه ــ صرفه فى ذلك ، وإن أطلق فوجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أحدهما) يصرفه فيما شاء من وجوه القربات فى ذلك البلد (وأصحهما) يتعين صرفه إلى مساكين ذلك البلد المقيمين فيه والواردين ، وهما مبنيان على الوجهين السابقين أن النذر المطلق هل يحمل على المعهود أم على ما يقع عليه الاسم ؟ (إن قلنا) بالأصح وهو الحمل على المعهود تعين للمساكين وإلا فلا ، والله تعالى أعلم •

(**فرع**) قال أصحابنا : تطييب الكعبة وسترها من القربات ، سواء سترها بالحرير وغيره ، ولو نذر سترها أو تطييبها صح نذره بلا خلاف • أما إذا نذر هديا لرتاج الكعبة وطيبها فقال الشيخ إبراهيم المروروذى وغيره : ينقله ويسلمه إلى القيم ليصرفه فى الجهة المذكورة إلا أن يكون قد نوى ، أو نص فى نذره أن يتولى ذلك بنفسه فيلزمه • أما إذا نذر تطييب مسجد المدينة أو الأقصى أو غيرهما ففى انعقاد نذره تردد لإمام الحرمين ، ومال الإمام إلى تخصيص الانعقاد بالمسجد الحرام ، والمختار الصحة فى كل مسجد ، لأن تطييبها سنة مقصودة ، فلزمت بالنذر كسائر الطاعات •

(**فرع**) قد ذكرنا أن من نذر هديا مطلقا لزمه فى أصح القولين ما يجزئه فى الأضحية ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد • وقال داود : ما يقع عليه اسم هدى ، وهو قولنا الآخر ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن نذر صلاة لزمه ركعتان فى أظهر القولين ، لأن أقل صلاة واجبة فى الشرع ركعتان ، فحمل النذر عليه ، وتلزمه ركعة فى القول الآخر ، لأن الركعة صلاة فى الشرع وهى الوتر فلزمه ذلك ، وإن نذر الصلاة فى مسجد غير المساجد الثلاثة ، وهى المسجد الحرام ومسجد المدينة والمسجد الأقصى ، جاز له أن يصلى فى غيره ، لأن ما سوى المساجد الثلاثة فى الحرمة والفضيلة واحد ، فلم يتعين بالنذر ، وإن نذر الصلاة فى المسجد الحرام لزمه فعلها فيه ، لأنه يختص

بالنذر ، والصلاة فيه أفضل من الصلاة فى غيره ، والدليل عليه ما روى عبد الله ابن الزبير رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال « صلاة فى مسجدى هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه من المساجد إلا المسجد الحرام ، وصلاة فى المسجد الحرام أفضل من مائة صلاة فى مسجدى هذا » فلا يجوز أن يسقط ما نذره بالصلاة فى غيره . وإن نذر الصلاة فى مسجد المدينة أو المسجد الأقصى ففيه قولان :

(احدهما) يلزمه لأنه ورد الشرع فيه بشد الرحال إليه فأشبه المسجد الحرام (والثانى) لا يلزمه لأنه لا يجب قصده بالنسك فلا تتعين الصلاة فيه بالنذر كسائر المساجد . فان قلنا يلزمه فصلى فى المسجد الحرام أجزأه عن النذر، لأن الصلاة فى المسجد الحرام أفضل فسقط به فرض النذر ، وإن نذر أن يصلى فى المسجد الأقصى فصلى فى مسجد المدينة أجزأه ، لما روى جابر رضى الله عنه أن رجلا قال « يا رسول الله إنى نذرت إن فتح الله عليك مكة أن أصلى فى بيت المقدس ركعتين ، فقال : صل ههنا ، فأعاد عليه فقال : صل ههنا ثم أعاد عليه فقال : شأنك » ولأن الصلاة فيه أفضل من الصلاة فى بيت المقدس ، فسقط به فرض النذر) .

(الشرح) أما حديث عبد الله بن الزبير فرواه أحمد بن حنبل فى مسنده والبيهقى باسناد حسن ، وسبق بيانه فى أواخر باب صفة الحج فى مسألة استحباب دخول البيت . وأما حديث جابر فصحيح رواه أبو داود فى سننه بلفظه باسناد صحيح . وقوله ﷺ : « شأنك » هو منصوب أى ألزم شأنك ، فان شئت أن تفعله فافعله . وقوله : « وورد الشرع بشد الرحال إليه » احتراز من غير المساجد الثلاثة ، وفى بيت المقدس لغتان مشهورتان (إحداهما) فتح الميم وإسكان القاف وكسر الدال (والثانية) ضم الميم وفتح القاف والدال المشددة .

(أما الأحكام) فان نذر صلاة مطلقة ففيما يلزمه قولان مشهوران (أصحهما) ركعتان (والثانى) ركعة ، وذكر المصنف دليلهما ، وهما مبنيان على القاعدة السابقة أن النذر هل يسلك به فى صفاته مسلك واجب الشرع أو مسلك جائزه . أما إذا قال: لله على [أن] أمشى إلى بيت الله الحرام

أو آتيه أو أمشى إلى البيت الحرام لزمه إتيانه • هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور لقوله ﷺ « من نذر أن يطيع الله فليطعه » وهو صحيح سبق بيانه • وقيل فى لزومه قولان حكاهما الرافعى ، وليس بشىء • ولو قال : لله على أن أمشى إلى بيت الله أو آتيه ولم يقل الحرام ، ففيه خلاف منهم من حكاه وجهين ، ومنهم من حكاه قولين (أحدهما) يحمل على البيت الحرام وهو بيت مكة (وأصحهما) لا ينعقد نذره إلا أن ينوى البيت الحرام ، لأن جميع المساجد بيوت الله تعالى ، وقد ذكر المصنف المسألة فى آخر الباب ، وسنزيدها إيضاحا هناك إن شاء الله تعالى •

ولو قال : لله على أن أمشى إلى الحرم أو المسجد الحرام أو مكة أو ذكر بقعة من بقاع الحرم ، كالصفا والمروة ومسجد الخيف ومنى ومزدلفة ومقام إبراهيم وغيرها فهو كما لو قال إلى بيت الله الحرام ، حتى لو قال : آتى دار أبى جهل أو دار الخيزران كان الحكم كذلك باتفاق الأصحاب لشمول حرمة الحرم فى تنفير الصيد وغيره • ولو نذر أن يأتى عرفات فان أراد التزام الحج وعبر عنه بحضور عرفات أو نوى أن يأتيها محرما انعقد نذره بالحج ، فان لم ينو ذلك لم ينعقد نذره لأن عرفات من الحل فهى كبلد آخر • وفيه وجه لأبى على ابن أبى هريرة أنه لو نذر أن يأتى عرفات يوم عرفات لزمه أن يأتيها حاجا • وقيد المتولى هذا الوجه بما إذا قال ذلك يوم عرفات بعد الزوال •

وقال القاضى حسين : يكفى فى لزوم ذلك أن يحضر له حضورها يوم عرفة • وربما قال بهذا الجواب على الإطلاق • والمذهب ما قدمناه • وبه قطع جماهير الأصحاب • ولو قال : لله على أن آتى مر الظهران أو بقعة أخرى قريبة من الحرم لم يلزمه شىء بلا خلاف قال أصحابنا : وإذا التزم الإتيان إلى الكعبة فسواء التزمه بلفظ المشى والإتيان والانتقال

والذهاب والمضى والمصير والمسير ونحوها • ولو نذر أن يمس بثوبه حطيم الكعبة فهو كما لو نوى إتيانها والله أعلم •

أما إذا نذر أن يأتى مسجد رسول الله ﷺ أو المسجد الأقصى ففى لزوم إتيانها قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما • قال فى البويطى : يلزم ، وقال فى الإملاء : لا يلزم ويلغو النذر • وهذا هو الأصح عند أصحابنا العراقيين والرويانى وغيرهم • قال أصحابنا : فان قلنا بالمذهب : إنه يلزمه إتيان المسجد الحرام بالتزامه قال الصيدلانى وغيره : إن حملنا النذر على أقل واجب الشرع لزمه حج أو عمرة وهذا هو نص الشافعى رحمه الله فى المسألة • وهو المذهب •

(وإن قلنا) لا يحمل على أقل واجب الشرع بنى على أصل آخر ، وهو أن دخول مكة هل يوجب الاحرام بحج أو عمرة ؟ وفيه قولان سبقا (أصحهما) لا يوجب (فان قلنا) يوجبه فاذا أتاه لزمه حج أو عمرة (وإن قلنا) لا فهو كمسجد المدينة والأقصى ، ففيه القولان فى أنه هل يلزمه إتيانه ؟ وإذا لزم فتفريعه كتفريع المسجدين ، كما سنوضحه إن شاء الله تعالى •

أما إذا أوجبنا إتيان مسجد المدينة والأقصى فهل يلزمه مع الإتيان شىء آخر ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا ، إذ لم يلتزمه (وأصحهما) نعم لأن الإتيان المجرد ليس بقربة ، وإنما يقصد لغيره ، فعلى هذا فيما يلزمه أوجه (أحدها) يتعين أن يصلى فى المسجد الذى أتاه • قال إمام الحرمين : الذى أراه أنه لا يلزمه ركعتان بل تكفيه ركعة قولا واحدا ، وذكر ابن الصباغ والأكثرون أنه يصلى ركعتين • قال ابن القطان : وهل يكفى أن يصلى فريضة أم لابد من صلاة زائدة ؟ فيه وجهان (أصحهما) لا تكفى الفريضة بناء على وجهين فيمن نذر أن يعتكف شهر الصوم هل يكفى أن يعتكف فى رمضان ؟ (أصحهما) لا يكفيه (والوجه الثانى) من الأوجه أنه يتعين

أن يعتكف فيه ولو ساعة لأن الاعتكاف أخص القربات بالمسجد (والثالث) وهو الأصح يتخير بينهما ، وبه قطع البغوى وغيره • قال الشيخ أبو على السنجى : يكفى فى مسجد المدينة أن يزور قبر النبىﷺ وحكاه عنه إمام الحرمين ، وتوقف فيه من جهة أن الزيارة لا تتعلق بالمسجد وتعظيمه ، قال وقياسه أنه لو تصدق فى المسجد أو صام يوما كفاه ، قال : والظاهر الاكتفاء بالزيارة ، والله أعلم •

وإذا نزلنا المسجد الحرام منزلة المسجدين وأوجبنا ضم قربة إلى الإتيان ففى تلك القربة أوجه (أحدها) الصلاة (والثانى) الحج أو العمرة (والثالث) يتخير • قال إمام الحرمين : ولو قيل يكفى الطواف لم يبعد والله أعلم • قال أصحابنا ومتى قال : أمشى إلى بيت الله الحرام لم يكن له الركوب على أصح الوجهين ، بل يلزمه المشى كما سنذكره إن شاء الله تعالى فيما إذا قال : أحج ماشيا (والوجه الآخر) يمشى من الميقات ويجوز الركوب قبله • وذكر القاضى أبو الطيب وكثير من العراقيين أنه لا خلاف بين الأصحاب أنه يمشى من دويرة أهله ، لكن هل يحرم من دويرة أهله ، أم من الميقات ؟ فيه وجهان • قال أبو إسحاق : من دويرة أهله • وقال أبو على الطبرى من الميقات وهو الأصح • ولو قال : أمشى إلى مسجد المدينة أو الأقصى وأوجبنا الإتيان ففى وجوب المشى وجهان أصحهما الوجوب • ولو كان لفظ الناذر الإتيان أو الذهاب أو غيرهما مما يساوى المشى فله الركوب بلا خلاف • والله أعلم •

(أما) إذا نذر إتيان مسجد آخر سوى الثلاثة فلا ينعقد نذره بلا خلاف ، لأنه ليس فى قصدها قربة • وقد صح عن النبىﷺ قال « لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد : المسجد الحرام ، والأقصى ، ومسجدى » قال إمام الحرمين : كان شيخى يفتى بالمنع من شد الرحال إلى غير هذه الثلاثة لهذا الحديث قال : وربما كان يقول : محرم • قال الإمام : والظاهر

أنه ليس فيه تحريم ولا كراهة • وبه قال الشيخ أبو على ومقصود الحديث بيان القربة بقصد المساجد الثلاثة •

(واعلم) أنه سبق فى الاعتكاف أن من عين بنذره مسجد المدينة أو الأقصى للاعتكاف تعين على أصح القولين والفرق أن الاعتكاف عبادة فى نفسه • وهو مخصوص بالمسجد ، فاذا كان للمسجد فضل فكأنه التزم فضيلة فى العبادة الملتزمة والاتيان بخلافه ويوضحه أنه لا خلاف أنه لو نذر إتيان سائر المساجد لم يلزمه وفى مثله فى الاعتكاف خلاف والله أعلم •

(فـرع) إذا نذر الصلاة فى موضع معين لزمه الصلاة ، ثم إن عين المسجد الحرام تعين للصلاة الملتزمة وإن عين مسجد المدينة أو الأقصى فطريقان • قال الأكثرون : فى تعينه القولان فى لزوم الإتيان• وقطع المراوزة بالتعيين ، والتعيين هنا أرجح كالاعتكاف • وإن عين سائر المساجد والمواضع لم تتعين • وإن عين مسجد المدينة أو الأقصى للصلاة وقلنا بالتعين فصلى فى المسجد الحرام خرج عن نذره على الأصح بخلاف العكس وهل تقوم الصلاة فى أحدهما مقام الصلاة فى الآخر ؟ فيه ثلاثة أوجه : (أحدها) تقوم (والثانى) لا (والثالث) وهو الأصح وهو المنصوص فى البويطى : يقوم مسجد المدينة مقام المسجد الأقصى ، ولا يقوم الأقصى مقام مسجد المدينة ويؤيده الحديث السابق والله أعلم •

وذكر إمام الحرمين أنه لو قال : أصلى فى مسجد المدينة فصلى فى غيره ألف صلاة لم يخرج عن نذره ، كما لو نذر ألف صلاة لم يخرج عن نذره بصلاة واحدة فى مسجد المدينة ، قال : وكان شيخى يقول : لو نذر صلاة فى الكعبة فصلى فى أطراف المسجد خرج عن نذره ، لأن الجميع من المسجد الحرام والله أعلم •

(فـرع) سبق أن المذهب فى نذر المشى إلى بيت الله الحرام أنه

يجب قصده بحج أو عمرة ، فلو قال فى نذره : أمشى إلى بيت الله الحرام بلا حج ولا عمرة فوجهان (أصحهما) ينعقد نذره ويلغو قوله بلا حج ولا عمرة (والثانى) لا ينعقد • ثم إذا أتاه فان أوجبنا إحراما لدخول مكة لزمه حج أو عمرة (وإن قلنا) لا ، فعلى ما ذكرنا فى مسجد المدينة والأقصى ، والصحيح هنا لزومه ، وقد ذكر المصنف هذه المسألة فى آخر الباب وسنزيدها هناك إيضاحا إن شاء الله تعالى •

(فرع) لو قال : لله على أن أصلى الفرائض فى المسجد ، قال الغزالى : يلزمه إذا قلنا : صفات الفرائض تفرد بالالتزام •

(فرع) قال القاضى ابن كج : إذا نذر أن يزور قبر النبى ﷺ فعندى أنه يلزم الوفاء بذلك وجها واحدا ولو نذر أن يزور قبر غيره فوجهان •

(فرع) قال المتولى : لو قال : لله على أن أمشى إلى مكة ونوى بقلبه حاجا أو معتمرا انعقد النذر على ما نوى ، وإن نوى إلى بيت الله الحرام حصل ما نواه كأنه تلفظ به ، والله أعلم •

(فرع) ذكر المصنف فى أثناء كلامه ودليله هنا أن الصلاة فى المسجد الحرام أفضل منها فى غيره ، وهذا مبنى على أن مكة أفضل من المدينة ، وهو مذهبنا لا خلاف فيه عندنا • وبه قال جمهور العلماء ، وقال مالك وطائفة : المدينة أفضل وسبقت المسألة واضحة فى آخر باب ما يجب بمحظورات الإحرام ، وفى أواخر باب صفة الحج فى مسألة دخول الكعبة •

(واعلم) أنا حكينا هناك أن القاضى عياضا نقل الاجماع على أن موضع قبر النبى ﷺ أفضل الأرض ، وأن الخلاف إنما هو فيما سواه ، ولم أر لأصحابنا تعرضا لما نقله والله أعلم ، ثم إن مذهبنا أن تفضيل الصلاة

فى مسجدى مكة والمدينة لا يختص بصلاة الفرض ، بل يعم الفرض والنفل ، وقد صرح المصنف بمعنى هذا فى باب استقبال القبلة ، وبه قال طائفة من أصحاب مالك ، وقال الطحاوى : يختص بالفروض وهو إطلاق الأحاديث الصحيحة .

(فرع) فى مذاهب العلماء فيمن نذر صلاة مطلقة :

(الأصح) عندنا يلزمه ركعتان ، وبه قال مالك وأبو حنيفة ، ورواية عن أحمد ، وعنه رواية أخرى أنه يكفيه ركعة .

(فرع) لو نذر المشى إلى المسجد الحرام لزمه ذلك ، كما لو قال : إلى بيت الله الحرام ، هذا مذهبنا ، وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد وأحمد ، وقال أبو حنيفة : لا يلزمه شيء ، قال : وإنما يلزمه إذا قال : إلى بيت كداء أو إلى مكة أو إلى الكعبة استحسانا .

(فرع) إذا نذر أن يصلى فى المسجد الحرام فصلى فى غيره لم يجزه عندنا وبه قال مالك وأحمد وأبو يوسف وداود . وقال أبو حنيفة : يجزئه ، دليلنا أنه فضيلة فلزمه كالصوم والصلاة .

(فرع) إذا نذر المشى إلى مسجد المدينة أو الأقصى لم يلزمه ذلك فى أصح القولين عندنا ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال مالك وأحمد : يلزمه .

(فرع) إذا نذر المشى إلى مسجد غير المساجد الثلاثة ، وهى الحرام والمدينة والأقصى ، لم يلزمه ولا ينعقد نذره عندنا ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد وجماهير العلماء . لكن قال أحمد : يلزمه كفارة يمين ، وقال الليث بن سعد : يلزمه المشى إلى ذلك المسجد . وقال محمد بن مسلمة المالكى : إذا نذر قصد مسجد قباء لزمه للحديث المشهور فى الصحيحين « أن النبى ﷺ كان يأتى قباء كل سبت راكبا وماشيا » .

(فــرع) إذا نذر المشى إلى الصفا أو المروة أو منى ــ فمذهبنا أنه يلزمه الحج والعمرة • وبه قال أحمد وأشهب المــالكى • وقال أبو حنيفة وأصحابه وابن القاسم المــالكى : لا يلزمه ، دليلنا أنه موضع من الحرم فأشبه الكعبة •

(فــرع) إذا نذر صلاة فى مسجد المدينة أو الأقصى ، فهل يتعين ؟ فيه قولان عندنا ، سبق بيانهما ، وممن قال بالتعين مالك وأحمد • وقال أبو حنيفة : لا يتعين ، والله أعلم •

قال المصنف رحمــه الله تعــالى

(وإن نذر الصوم لزمه صوم يوم لأن أقل الصوم يوم ، وإن نذر صوم سنة بعينها لزمه صومها متتابعا ، كما يلزمه صوم رمضان متتابعا ، فاذا جاء رمضان صام عن رمضان ، لأنه مستحق بالشرع ، ولا يجوز أن يصوم فيه عن النذر ، ولا يلزمه قضاؤه عن النذر ، لأنه لم يدخل فى النذر ، ويفطر فى العيدين وأيام التشريق ، لأنه مستحق للفطر ، ولا يلزمه قضاؤه لأنه لم يتناولها النذر ، وإن كانت امرأة فحاضت فهل يلزمها القضاء ؟ فيه قولان •

(أحدهما) لا يلزمها ، لأنه مستحق للفطر ، فلا يلزمها قضاؤه كأيام العيد (والثانى) يلزمها لأن الزمان محل للصوم وإنما تفطر هى وحدها ، فان أفطر فيه لغير عذر ــ نظرت فان لم يشترط فيه التتابع ــ أتم ما بقى لأن التتابع فيه يجب لأجل الوقت ، فهو كالصائم فى رمضان إذا أفطر بغير عذر ، ويجب عليه قضاؤه كما يجب على الصائم فى رمضان ، وإن شرط التتابع لزمه أن يستأنف ، لأن التتابع لزمه بالشرط ، فبطل بالفطر كصوم الظهار •

وإن أفطر لمرض ــ وقد شرط التتابع ــ ففيه قولان (أحدهما) ينقطع التتابع ، لأنه أفطر باختياره (والثانى) لا ينقطع ، لأنه أفطر بعذر فأشبه الفطر بالحيض ، فان قلنا : لا ينقطع التتابع فهل يجب القضاء ؟ فيه وجهان بناء على القولين فى الحائض ، وقد بيناه ، وإن أفطر بالسفر ، فان قلنا : إنه ينقطع التتابع بالمرض ، فالسفر أولى • وإن قلنا : لا ينقطع بالمرض • ففى السفر وجهان (أحدهما) لا ينطقع لأنه أفطر بعذر فهو كالفطر بالمرض •

(والثانى) ينقطع ، لأن سببه باختياره بخلاف المرض . وإن نذر سنة غير معينة ـ فان لم يشترط التتابع ـ جاز متتابعا ومتفرقا لأن الاسم يتناول الجميع فان صام شهرا بالأهلة وهى ناقصة أجزأه ، لأن الشهور فى الشرع بالأهلة ، وإن صام سنة متتابعة لزمه قضاء رمضان وأيام العيد ، لأن الفرض فى الذمة فانتقل فيما لم يسلم منه إلى البدل ، كالمسلم فيه إذا رد بالعيب ، ويخالف السنة المعينة فان الفرض فيها يتعلق بمعين فلم ينتقل فيما لم يسلم إلى البدل كالسلعة المعينة إذا ردها بالعيب ، وأما إذا اشترط فيها التتابع فانه يلزمه صومها متتابعا على ما ذكرناه) .

(الشرح) قال أصحابنا رحمهم الله : إذا أطلق التزام الصوم فقال : لله على صوم أو أن أصوم لزمه صوم يوم ، قال الرافعى : ويجىء فيه وجه ضعيف أنه يكفيه إمساك بعض يوم ، بناء على أن النذر ينزل على أقل ما يصح من جنسه ، وأن إمساك بعض اليوم صوم ، وسنذكرهما إن شاء الله تعالى . فلو نذر صوم أيام وبينها فذاك ، وإن أطلق الأيام لزمه ثلاثة . ولو قال : أصوم دهرا أو حينا كفاه صوم يوم ، وهل يجب تبييت النية فى الصوم المنذور أم يكفى بنية قبل الزوال ؟ فيه طريقان ، قطع المصنف فى كتاب الصيام وكثيرون أو الأكثرون باشتراط التبييت ، وذكر آخرون فيه قولين أو وجهين بناء على القاعدة السابقة أنه هل يسلك بالنذر مسلك الواجب أم الجائز ؟ (إن قلنا) مسلك الواجب اشترط التبييت وإلا فلا ، والله أعلم .

وأما إذا لزمه صوم يوم بالنذر فيستحب المبادرة به ، ولا تجب المبادرة ، بل يخرج عن نذره بأى يوم صامه من الأيام التى تقبل الصوم غير رمضان . ولو نذر صوم يوم خميس ولم يعين صام أى خميس شاء ، فاذا مضى خميس ولم يصم مع التمكن استقر فى ذمته حتى لو مات قبل الصوم فدى عنه . ولو عين فى نذره يوما كأول خميس من الشهر ، أو خميس هذا الأسبوع تعين على المذهب ، وبه قطع الجمهور فلا يصح

الصوم قبله ، فان أخره عنه صام قضاء ، سواء أخره بعذر أم لا لكن إن أخره بغير عذر أثم ، وإن أخره بعذر سفر أو مرض لم يأثم .

وقال الصيدلاني وغيره : فى تعينه وجهان (الصحيح) تعينه (والثانى) لا ، كما لو عين مكانا ، فعلى هذا قالوا : يجوز الصوم قبله وبعده . قال أصحابنا : ولو عين يوما من أسبوع والتبس عليه فينبغى أن يصوم يوم الجمعة لأنه آخر الأسبوع . فان لم يكن هو المعين فى نفس الأمر أجزأه وكان قضاء ، ومما يدل على أن يوم الجمعة آخر الأسبوع ويوم السبت أوله ، حديث أبى هريرة رضى الله عنه قال : « أخذ [1] رسول الله ﷺ بيدى فقال : خلق الله التربة يوم السبت ، وخلق فيها الجبال يوم الأحد ، وخلق الشجر يوم الاثنين ، وخلق المكروه يوم الثلاثاء ، وخلق

---

(١) ادخل العلماء هذا الحديث تفسيرا لاول سورة الانعام قال البيهقى : وزعم اهل العلم بالحديث انه غير محفوظ لمخالفة ما عليه أهل التفسير واهل التواريخ وزعم بعضهم ان اسماعيل بن امية انما اخذه عن ابراهيم بن ابى يحيى عن ايوب بن خالد وابراهيم غير محتج به . وذكر محمد بن يحيى قال : سألت على بن المدينى عن حديث أبى هريرة « خلق الله التربة يوم السبت » فقال على : هذا حديث مدنى رواه هشام بن يوسف عن ابن جريج عن اسماعيل بن امية عن ايوب بن خالد عن أبى رافع مولى ام سلمة عن أبى هريرة قال : اخذ رسول الله ﷺ بيدى قال على: وشبك بيدى ابراهيم بن ابى يحيى فقال لى: شبك بيدى أيوب ابن خالد وقال لى : شبك بيدى عبد الله بن رافع وقال لى : شبك بيدى أبو هريرة وقال لى : شبك بيدى أبو القاسم رسول الله ﷺ فقال : خلق الله الارض يوم السبت فذكر الحديث بنحوه قال على بن المدينى : وما ارى اسماعيل بن امية اخذ هذا الأمر الا من ابراهيم بن أبى يحيى قال البيهقى : وقد تابعه على ذلك موسى بن عبيدة الربذى عن أيوب بن خالد الا أن موسى بن عبيدة ضعيف ولابن كثير كلام يتعاظمنى شأنه ويتكاثرنى خطبه سأورده هنا قال : هو من غرائب الصحيح وقد علله البخارى فى التاريخ برواية أبى هريرة له عن كعب الاحبار قال : وهو الاصح وانا ارد قول ابن كثير وأرفضه وقد قدم احد أعضاء مؤتمر السيرة الثالث فى الدوحة بحثا حول أصحية الحديث والرد على من أثار حوله هذه الشبهات وأثبت أنه لا تناقض بينه وبين الآية القرآنية فى خلق السموات والأرض وعدد أيامها « قل أئنكم لتكفرون بالذى خلق الأرض فى يومين وتجعلون له أندادا ذلك رب العالمين وقدر فيها أقواتها فى اربعة أيام سواء للسائلين ثم استوى الى السماء وهى دخان .. الخ » . ذلك هو الدكتور المرصفى رئيس لجنة الموسوعة بالكويت وقد وزع بحثه على أعضاء المؤتمر وقد استراحت نفسى حين عرض بحثه على (لجنة السنة مصدرا للتشريع) وكنت أحد أعضائها وكنت أتعقب جميع البحوث التى تعرض على اللجنة فلم يسلم بحث من نقدى له ونقضى له أحيانا الا هذا البحث فقد أعجبت به واثنيت عليه خيرا لحرصى على ألا تبتذل السنة .

النور يوم الأربعاء ، وبعث فيها الدواب يوم الخميس ، وخلق آدم بعد العصر من يوم الجمعة فى آخر الخلق ، فى آخر ساعة من النهار فيما بين العصر إلى الليل » رواه مسلم فى صحيحه ، قال أصحابنا : ولو نذر صوم يوم مطلق من أسبوع معين صام منه أى يوم شاء ، والله أعلم •

(فرع) اليوم المعين بالنذر لا يثبت له خواص رمضان ، سواء عيناه بالنذر أم جوزناه من الكفارة بالفطر بالجماع فيه ووجوب الامساك لو أفطر وعدم قبول صوم آخر من قضاء أو كفارة أو غيرهما ، بل لو صامه من قضاء أو كفارة صح بلا خلاف ، كذا قاله إمام الحرمين • وحكى البغوى وجها ضعيفا أنه لا ينعقد كأيام رمضان ، والله أعلم •

(فرع) الخلاف السابق فى أن اليوم المعين بالنذر هل يتعين ؟ يجرى مثله فى الصلاة إذا عين لها فى نذرها وقتا وفى الحج إذا عين فى نذره سنة ، وجزم البغوى بالتعين ، فقال : لو نذر صلاة فى وقت عينه غير أوقات النهى تعين ، فلا يجوز قبله ولا يجوز التأخير عنه بلا عذر ، وإذا لم يصل فيه وجب القضاء ، ولو نذر أن يصلى ضحوة صلى فى ضحوة أى يوم شاء • ولو صلى فى غير الضحوة لم يجزه • ولو عين ضحوة فلم يصل فيها قضى أى وقت شاء من ضحوة أو غيرها • ولو عين للصدقة وقتا قال الصيدلانى : يجوز تقديمها على وقتها بلا خلاف •

(فرع) إذا نذر صوم أيام بأن قال : لله على صوم عشرة أيام ، فالقول فى المبادرة مستحبة وليست واجبة ، وفى أنه إذا عينها هل تتعين ؟ على ما ذكرناه فى اليوم الواحد ، ويجرى الخلاف فى تعين الشهر والسنة المعينين فى النذر ، والصحيح التعين فى الجميع ، وحيث لا نذكره أو الأصحاب يكون اقتصارا على الصحيح ، ويجوز صوم هذه الأيام متفرقة ومتتابعة لحصول الوفاء بالمسمى • وإن عين النذر بالتتابع لزمه ، فلو أخل به فحكمه حكم صوم الشهرين المتتابعين • ولو قيد بالتفريق فوجهان

(أحدهما) لا يجب التفريق (وأصحهما) يجب ، وبه قطع ابن كج والبغوى وغيرهما ، لأن التفريق معتبر فى صوم التمتع ، فعلى هذا قالوا : لو صام عشرة أيام متتابعة حسبت له خمسة ، ويلغى بعد كل يوم يوم •

(فـرع) إذا نذر صوم شهر نظر إن عينه كرجب أو شعبان ، أو قال أصوم شهرا من الآن ، فالصـوم يقع متتابعـا لتعين أيام الشهر ، وليس التتابع مستحقا فى نفسه حتى لو أفطر يوما لا يلزمه الاستئناف ، ولو فاته الجميع لم يلزمه التتابع فى قضائه كرمضان ، فلو شرط التتابع فوجهـان (أحدهما) لا يلزمه ، لأن شرط التتابع مع تعيين الشهر لغو ، وبهذا قال القفال (وأصحهما) وبه قطع المصنف وسائر العراقيين : يلزمه ، حتى لو أفسد يوما لزمه الاستئناف ، وإذا فات لزمه قضاؤه متتابعا • ولو أطلق فقال : أصوم شهرا فله التفريق والتتابع ، فان فرق صام ثلاثين يوما ، وإن تابع وابتـدأ بعد مضى بعض الشهر الهلالى فكذلك ، وان ابتدأ فى أول الشهر وخرج ناقصا كفاه لأنه شهر ، والله أعلم •

(فـرع) إذا نذر صوم سنة فله حالان (أحدهما) أن يعين سنة متوالية بأن يقول : أصوم سنة كذا أو سنة من أول شهر كذا أو من الغد ، فصيامها يقع متتابعا لضرورة الوقت ويصوم رمضان عن فرضـه ويفطر العيدين ، وكذا التشريق إذا قلنا بالمذهب إنه يحرم صوم أيام التشريق ، ولا يجب قضاء رمضان والعيدين والتشريق لأنها غير داخلة فى النذر • ولو أفطرت المرأة فيها بحيض أو نفاس ففى وجوب القضاء قولان • وقيل وجهان (أصحهما) لا يجب كالعيد ، وبه قال الجمهور ، وصححه أبو على الطبرى وابن القطان والرويانى وغيرهم •

ولو أفطر بالمرض ففيه هذا الخلاف ، ورجح ابن كج وجوب القضاء لأنه لا يصح أن ينذر صوم أيام الحيض ويصح أن ينذر صوم أيام المرض • ولو أفطر بالسفر فطريقان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما)

يجب القضاء قطعا (والثانى) فيه القولان ، وبه قال ابن كج • ولو أفطر بعض الأيام بغير عذر أثم ولزمه القضاء بلا خلاف ، وسواء أفطر بعذر أم بغيره لا يلزمه الاستئناف ، وإذا فات صوم السنة لم يجب التتابع فى قضائه كرمضان، هذا كله إذا لم يتعرض للتتابع ، فاذا شرط التتابع مع تعيين السنة فعلى الوجهين السابقين فى الشهر (أصحهما) وجوب الوفاء به ، فعلى هذا إن أفطر بلا عذر وجب الاستئناف وإن أفطرت بالحيض لم يجب والإفطار بالمرض والسفر له حكم الشهرين المتتابعين ، فان قلنا لا يبطل التتابع ففى القضاء الخلاف السابق • ولو قال : لله على صوم هذه السنة تناول السنة الشرعية ، وهى من المحرم إلى المحرم ، فان كان مضى بعضها لم يلزمه إلا صوم الباقى ، فان كان رمضان باقيا لم يلزمه قضاؤه عن النذر ولا قضاء العيدين ، وفى التشريق والحيض والمرض ما ذكرناه فى جميع السنة •

(الحال الثانى) إذا نذر صوم سنة وأطلق ، فان لم يشترط التتابع صام ثلاثمائة وستين يوما أو اثنى عشر شهرا بالأهلة أيهما شاء فعله وأجزأه ، وكل شهر استوعبه بالصوم فناقصه كالكامل فيحسب شهرا ، وإن انكسر شهر أتمه ثلاثين يوما ، وشوال وذو الحجة منكسران بسبب العيد والتشريق ، ولا يلزمه التتابع هنا بلا خلاف ، فلو صام سنة متوالية قضى العيدين والتشريق ورمضان ، ولا بأس بصوم الشك عن النذر ، ويجب قضاء أيام الحيض • هذا الذى ذكرناه هو المذهب وبه قطع الجمهور • وحكى الرافعى وجها أنه يلزمه ثلاثمائة وستون يوما مطلقا ، ووجها أنه إذا صام من المحرم إلى المحرم ، أو من شهر آخر إلى مثله أجزأه ، لأنه يقال له صام سنة ، وعلى هذا لا يلزمه قضاء العيد والتشريق ورمضان ، والمشهور ما سبق ، هذا كله إذا لم يشرط التتابع ، أما إذا شرط التتابع فقال : لله على أن أصوم سنة متتابعة فيلزمه التتابع ويصوم رمضان عن فرضه ويفطر العيدين والتشريق وهل يلزمه قضاؤهما للنذر ؟ فيه

طريقان (أصحهما) وهو المذهب وبه قطع الجمهور وهو نص الشافعى : يلزمه القضاء على الاتصال بالمحسوب من السنة (والثانى) فيه وجهان (أصحهما) هذا (والثانى) لا يلزمه كالسنة المعينة • ثم إنه يحسب الشهر الهلالى وإن كان ناقصا •

وإذا أفطر بلا عذر وجب الاستئناف بلا خلاف • وإن أفطرت بالحيض لم يجب الاستئناف ، وفى المرض والسفر ما ذكرناه فى الشهرين المتتابعين • ثم فى قضاء أيام المرض والحيض الخلاف المذكور فى الحال الأول • وأما إذا نذر صوم شهر بعينه فحكم قضاء ما يفطره لمرض أو حيض على ما سبق فى السنة • ولو نذرت صوم يوم معين فحاضت ففى وجوب القضاء القولان ، وإن نذرت صوم يوم غير معين فشرعت فى يوم فحاضت لزمها قضاؤه بلا خلاف •

(**فرع**) لو نذر صوم ثلاثمائة وستين يوما لزمه صوم هذا العدد ولا يلزمه فيه التتابع • ولو قال متتابعة لزمه التتابع ويقضى لرمضان والعيدين والتشريق على الاتصال ، وحكى الرافعى وجها أن التتابع يلغو هنا ، وهو شاذ ضعيف والله أعلم •

(**فرع**) قال صاحب العدة والبيان : قال صاحب التلخيص : إذا نذر أن يصوم فى الحرم لا يجزئه فى غيره ، قالا : قال أصحابنا : هذا غلط فان الصوم لا يختص بالحرم ، بل يجوز حيث شاء ، لأن الصوم لا يختلف باختلاف الأمكنة ولهذا لا يختص الصوم الذى هو بدل الهدى بالحرم ، وإن كان مبدله الذى هو الهدى يختص بالحرم • وقال أبو زيد المروزى : ما قاله صاحب التلخيص يحتمل ، لأن الحرم يختص بأشياء ، والمذهب الأول واتفق صاحب التلخيص وأبو زيد وسائر الأصحاب على أنه إذا نذر الصوم فى موضع غير حرم مكة لا يتعين ، بل يصوم حيث شاء ، والله تعالى أعلم •

(فــرع) قال صاحبا العدة والبيان : إذا قال : لله على صوم هذه السنة لزمه صوم باقى سنة التاريخ ولا يلزمه غير ذلك ، لأن السنة تنصرف إلى المعهودة المشار إليها ، وهى سنة التاريخ فكأنه قال : باقى هذه السنة .

(فــرع) لو نذر صوم يوم الخميس مثلا لم يجز الصوم قبله ، هذا هو المشهور من مذهبنا كما سبق ، وبه قال مالك وأحمد وداود ، وقال أبو يوسف : يجزئه . دليلنــا أنه صوم متعلق بزمان ، فلا يجوز قبــله كرمضان .

(فــرع) إذا نذر صوم العيد أو التشريق لم ينعقد نذره ولم يلزمه صيام ذلك ولا شيء عليه أصلا . هذا مذهبنا وبه قال جماهير العلماء ، وقال أبو حنيفة : ينعقد نذره ولا يصوم ذلك اليوم ، بل يلزمه صوم يوم آخر ، فان صام العيد أجزأه وخرج عن واجب نذره . دليلنا قوله ﷺ « لا نذر فى معصية » وهو حديث صحيح سبق بيانه ، والله أعلم .

قال المصنف رحمــه الله تعــالى

(وإن نذر أن يصوم فى كل اثنين لم يلزمه قضاء اثانين رمضان لانه يعلم ان رمضان لا بد فيه من الأثانين فلا يدخل فى النذر فلم يجب قضاؤها ، وفيما يوافق منها أيام العيد قولان (أحدهما) لا يجب وهو قول المزنى قياسا على ما يوافق رمضان (والثانى) يجب لأنه نذر ما يجوز ان لا يوافق أيام العيد ، فاذا وافق لزمه القضاء . وإن لزمه صوم الأثانين بالنذر ثم لزمه صوم شهرين متتابعين فى كفارة بدأ بصوم الشهرين ثم يقضى صوم الأثانين لانه إذا بدأ بصوم الشهرين يمكنه بعد الفراغ من الشهرين أن يقضى صوم الأثانين ، وإذا بدأ بصوم الأثانين لم يمكنه أن يقضى صوم الشهرين فكان الجمع بينهما أولى ، فاذا فرغ من صوم الشهرين لزمه قضاء صوم الأثانين لأنه أمكنه صيامهما وإنما تركه لعارض فلزمه القضاء كما لو تركه لمرض . وإن وجب عليه صوم الشهرين ثم نذر صــوم الأثانين بدأ بصوم الشهرين ثم يقضى صوم الأثانين كما قلنا فيما تقدم . ومن اصحابنا من قال : لا يجب القضاء لأنه استحق صيامه عن الكفارة فلا يدخل فى النذر ، والمذهب انه يلزمه لأنه كان يمكنه صومه عن النذر فاذا صامه عن غيره لزمه القضاء) .

(الشرح) قوله : « أثانين رمضان » كذا فى النسخ والصواب أثانى بحذف النون قال أصحابنا : إذا نذر صوم يوم الاثنين دائما لزمه الوفاء به تفريعا على المذهب أن الوقت المعين فى نذر الصوم يتعين • وعلى ذلك الوجه الشاذ يصوم بدل الاثنين ــ أى يوم شاء ــ ولا تفريع عليه ، وإنما التفريع على المذهب كما سبق • ولو نذر صوم اليوم الذى يقدم فيه فلان أبدا فقدم يوم الاثنين ففى انعقاد نذر يوم القدوم بعينه القولان المشهوران، وسنشرحهما عقب هذا واضحا إن شاء الله تعالى (وأما) ما بعده من الأثانين فيلزمه بلا خلاف ، كما لو نذر صوم الأثانين • واتفق أصحابنا على أنه لا يجب قضاء الأثانين الواقعة فى رمضان ، لكن لو وقع فيه خمسة ففى وجوب قضاء الخامس وجهان ، وقيل : قولان (أصحهما) لا يجب (والثانى) يجب •

وكذا لو وقع يوم العيد يوم الاثنين ، فالأصح أنه لا قضاء أيضا ، وأيام التشريق كالعيد بناء على المذهب • وهو أنها لا تقبل الصوم ، ولو صدر هذا النذر عن امرأة وأفطرت بعض الأثانين بحيض أو نفاس فالمذهب أن القضاء على القولين كالعيد ، وبهذا قطع الجمهور ، وقيل يجب قضاؤه قطعا لأن واجبه شرعا يقضى ، وهو رمضان ، فكذا بالنذر والصحيح الأول ، ثم إن هذين الطريقين فيما إذا لم يكن لها عادة غالبة ، فان كانت فعدم القضاء فيما تقع عادتها أصح وأقوى وقطع به بعض الأصحاب ، وقيل خلافه ، لأن العادة قد تختلف ، ولو أفطر هذا الناذر بعض الأثانين بالمرض فطريقان ، أصحهما القطع بوجوب القضاء ، والثانى أنه على الخلاف السابق فيمن نذر صوم سنة معينة ، والله أعلم •

أما إذا لزمه صوم شهرين متتابعين عن كفارة ، فيجب تقديم صوم الكفارة على الأثانين ، سواء تقدم وجوب الكفارة أو تأخر ، لأنه يمكن قضاء الأثانين ولو عكس لم يتمكن من الكفارة لفوات التتابع ، ثم إن

لزمته الكفارة بعد الأثانين لزمه قضاء الأثانين الواقعة فى الشهرين ، لأنه أدخل على نفسه صوم الشهرين بعد النذر ، وإن لزمته الكفارة قبل الأثانين الواقعة فى الشهرين فوجهان ، وقيل : قولان •

(أصحهما) عند المصنف والبغوى والرافعى فى المحرر وطائفة : يجب القضاء ، وهو المنصوص فى رواية الربيع •

(والثانى) لا يجب ، وهو الأصح عند ابن كج والقاضى أبى الطيب والمحاملى وإمام الحرمين والغزالى وغيرهم ، وهو الأصح المختار ، والله أعلم •

ولو نذر صوم شهرين معينين ثم نذر صوم كل اثنين ، فانه يصوم الشهرين المعينين عن النذر الأول ، ولا يلزمه قضاء الأثانين ، لأن صومها مستحق بالنذر الأول ، وهذا لا خلاف فيه ، وإن نذر صوم كل اثنين ثم نذر صوم شهرين بأعيانهما ؟ فانه يصوم أيام الشهرين إلا الأثانين عن النذر الثانى ، وأما الأثانين فيصومها عن النذر الأول • ولا يلزمه قضاؤها على النذر الثانى لأنها مستحقة للصوم عن النذر الأول فلم يتناولها الثانى ، والله أعلم •

وأما إذا نذر أن يصوم شهرا متتابعا أو شهرين متتابعين ، أو أسبوعا متتابعا ثم نذر الأثانين ، فان لم يعين الشهر أو الشهرين فهو كما لو لزمته الكفارة ثم نذر الأثانين ، وإن عين فقد قال المتولى : يبنى على أنه لو عين وقتا للصوم هل يجوز فيه الصوم عن قضاء أو نذر آخر ؟ وقد سبق بيان الخلاف فيه ، فان جوزناه فهو كما لو لم يعين وإلا فحكم ذلك الشهر حكم رمضان ، وبهذا قطع البغوى ، وقال أيضا : إذا صادف نذران زمانا معينا فيحتمل أن يقال لا ينعقد النذر الثانى وطرد هذا الاحتمال فيما إذا قال : إذا قدم زيد لله على أن أصوم اليوم التالى لقدومه ، وإن قدم عمرو فلله على أن أصوم أول خميس بعد قدومه ، فقدما معا يوم الأربعاء ، ونقل

عن المذهب أنه يصوم عن أول نذر نذره ، ويقضى يوم النذر الثانى • وفى تعليق الشيخ أبى حامد وغيره أنه لو نذر أن يصوم أول خميس بعد شفاء مريضه ، ونذر أن يصوم اليوم الذى يقدم فيه فلان ، فشفى المريض ، وأصبح الناذر فى أول الخميس صائما فقدم فيه فلان وقع صومه عما نواه (وأما) النذر الآخر ــ فان قلنا لا ينعقد ــ فلا شىء عليه ، وإن قلنا : ينعقد قضى عنه يوما آخر ، والله أعلم •

(**فرع**) إذا نذر صوم الدهر انعقد نذره كما سبق فى باب صوم التطوع ، ويستثنى منه العيدان والتشريق وقضاء رمضان ، وكذا لو كان عليه كفارة حال النذر • ويلزمه صوم ما سوى ذلك من أيام الدهر ، ولو لزمه كفارة بعد النذر فالمذهب أنه يصوم عنها ويفدى عن النذر • وقال المتولى : يبنى على الأصل السابق أن النذر يسلك به مسلك واجب الشرع أم جائزه ؟ وإن قلنا بالأول لم يصم عن الكفارة ويصير كالعاجز عن جميع الخصال •

(وإن قلنا) بالثانى صام عن الكفارة ، ثم إن لزمته بسبب هو فيه مختار لزمه الفدية وإلا فلا ، ولو أفطر فى رمضان بعذر أو غيره لزمه قضاؤه ويقدم على النذر كما تقدم إلا إذا[1] ثم إن أفطر بعذر فلا فدية ، وإن تعدى لزمته •

قال إمام الحرمين: لو نوى فى بعض الأيام قضاء يوم كان أفطره متعديا فالوجه أنه يصح ، وأن الواجب غير ما فعل ، ثم يلزمه المد لما ترك من الأداء فى ذلك اليوم ، قال الرافعى : وينبغى أن يكون فى صحته الخلاف السابق فى أن الزمان المعين لصوم النذر هل يصح فيه غيره ؟ لأن أيام غيره متعينة للنذر • قال الإمام : وهل يجوز أن يصوم عن المفطر المتعدى فى

---

(١) بياض بالأصل : ولعل السقط (كفر عنه) •

حياته وليه ، تفريعا على أنه يصوم عن الميت وليه ؟ الظاهر جوازه لتعذر القضاء منه ، قال : وفيه احتمال من جهة أنه يطرأ عذر يجوز ترك الصوم له ، ويتصور تكلف القضاء منه ، قال الرافعي : وقد يستفاد من كلام الإمام أنه إذا سافر قضى ما أفطر فيه متعديا ، وسيأتي النظر إلى أنه هل يلزمه أن يسافر ليقضي ؟ والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن نذر أن يصوم اليوم الذى يقدم فيه فلان ففيه قولان (أحدهما) يصح نذره لأنه يمكنه أن يتحرى اليوم الذى يقدم فيه ، فينوى صيامه من الليل فاذا قدم صار ما صامه قبل القدوم تطوعا ، وما بعده فرضا ، وذلك يجوز ، كما لو دخل فى صوم تطوع ثم نذر إتمامه . (والثانى) لا يصح نذره ، لأنه لا يمكنه الوفاء بنذره ، لأنه إن قدم بالنهار فقد مضى جزء منه ، وهو فيه غير صائم ، وإن تحرى اليوم الذى يقدم فيه فنوى من الليل فقدم فى أثناء النهار ، كان ما قبل القدوم تطوعا ، وقد أوجب صوم جميعه بالنذر، فان قلنا : إنه يصح نذره فقدم ليلا لم يلزمه . لأن الشرط أن يقدم نهارا ، وذلك لم يوجد ، فان قدم نهارا وهو مفطر لزمه قضاؤه . وإن قدم نهارا وهو صائم عن تطوع لم يجزه عن النذر، لأنه لم ينو من أوله ، وعليه أن يقضيه وإن عرف أنه يقدم غدا فنوى الصوم من الليل عن النذر صح عن النذر ويكون أوله تطوعا والباقى فرضا ، فان اجتمع فى يوم نذران بان قال : إن قدم زيد لله على أن أصوم اليوم الذى يلى يوم مقدمه، وإن قدم عمرو فلله على أن أصوم أول خميس بعده ، فقدم زيد وعمرو يوم الأربعاء ، لزمه صوم يوم الخميس عن أول نذره ، ثم يقضى عن الآخر) .

(الشرح) قوله : وإن نذر اليوم الذى يقدم فيه هو ــ بفتح القاف والدال المشددة ــ يعنى عرفه . قال أصحابنا : لو نذر أن يصوم اليوم الذى يقدم فيه فلان ففى انعقاد نذره قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) عند أكثر الأصحاب انعقاده . (والثانى) لا ينعقد ، ولا شيء عليه مطلقا (فان قلنا) ينعقد نظر إن قدم ليلا فلا صوم على الناذر لأنه لم يوجد يوم قدوم . ولو عنى باليوم الوقت لم يلزمه أيضا ، لأن

الليل ليس يقابل الصوم ، قال أصحابنا : ويستحب الفداء أو يصوم يوما آخر ، وإن قدم نهارا فللناذر أربعة أحوال .

(أحدها) أن يكون مفطرا فيلزمه أن يصوم عن نذره يوما آخر ، وهل نقول : لزمه بالنذر الصوم عن أول اليوم أو من وقت القدوم ؟ فيه وجهان . وقيل قولان (أصحهما) من أول اليوم ، وبه قال ابن الحداد . وتظهر فائدة الخلاف فى صور (منها) لو نذر اعتكاف اليوم الذى يقدم فيه فلان ، فقدم نصف النهار ــ إن قلنا بالأصح ــ اعتكف باقى اليوم ، ولزمه قضاء ما مضى منه ، وقال الصيدلانى : وله أن يعتكف يوما مكانه (والصحيح) أنه يتعين ولا يجوز العدول إلى غيره بلا عذر . وإن قلنا بالوجه الآخر : كفاه اعتكاف باقى اليوم ، ولا يلزمه شىء آخر .

(ومنها) إذا قال لعبده : أنت حر اليوم الذى يقدم فيه فلان فباعه ضحوة ثم قدم فلان فى بقية يومه (فان قلنا) بالوجه الأول بان بطلان البيع وحرية العبد وبه قال ابن الحداد (وإن قلنا) بالثانى فالبيع صحيح ولا حرية ، هذا إذا كان قدوم زيد بعد تفرقهما من المجلس ولزوم العقد ، أما إذا قدم قبل انقضاء الخيار فيقع العتق بلا خلاف على الوجهين ، لأنه إذا وجدت الصفة المعلق عليها والخيار ثابت حصل العتق لأنه لم يخرج بعد عن سلطة البائع . ولو مات السيد ضحوة ثم قدم فلان لم يورث عنه العبد على الوجه الأول ويورث على الثانى ، ولو أعتقه عن كفارته ثم قدم لم يجزئه على الأول ، ويجزئه على الثانى . ومنها لو قال لزوجته : أنت طالق يوم يقوم فلان فماتت أو مات الزوج فى بعض الأيام ثم قدم فلان فى بقية ذلك (فان قلنا) بالأول بان أن الموت بعد الطلاق فلا توارث بينهما إن كان الطلاق بائنا (وإن قلنا) بالثانى لم يقع الطلاق ولو خالعها فى صدر النهار وقدم فلان فى آخره ، فعلى الأول تبين بطلان الخلع إن كان الطلاق بائنا ، وعلى الثانى يصح الخلع ولا يقع الطلاق المعلق ، والله أعلم .

(الحال الثانى) أن يقدم فلان والناذر صائم عن واجب من قضاء أو نذر فيتم ما هو فيه ، ويلزمه صوم يوم آخر لهذا النذر • واستحب الشافعى والأصحاب أن يعيد الصوم الواجب الذى هو فيه ، لأنه بان أنه كان يوما مستحق الصوم لكونه يوم قدوم فلان • قال البغوى : فى هذا دليل على أنه إذا نذر صوم يوم بعينه ثم صامه عن نذر آخر أو قضاء أنه ينعقد ويقضى نذر هذا اليوم •

(الحال الثالث) أن يقدم وهو صائم تطوعا أو غير صائم وهو ممسك ، وهو قبل زوال الشمس ، فيبنى على أنه يجب الصوم من أول النهار أم من وقت القدوم ؟ (إن قلنا) بالأول لزمه صوم يوم آخر ، ويستحب أن يمسك بقية هذا النهار (وإن قلنا) بالثانى ، قال المتولى يبنى على جواز نذر صوم بعض يوم إن جوزناه نوى إذا قدم وكفاه ذلك ، ويستحب أن يعيد يوما كاملا للخروج من الخلاف ، وإن لم نجوزه فلا شىء عليه ويستحب أن يقضيه • وقال البغوى : إن قلنا : يجب الصوم من وقت القدوم فهنا وجهان(أصحهما) يجب صوم يوم آخر (والثانى) يلزمه إتمام ما هو فيه ، ويكون أوله تطوعا وآخره فرضا ، كمن دخل فى صوم تطوع ثم نذر إتمامه فانه يلزمه الإتمام • هذا إذا كان صائما عن تطوع فان لم يكن صائما نوى وصام بقية النهار إن كان قبل الزوال • هذا كله إذا لم يعلم الناذر متى يقدم فلان •

فأما إذا تبين الناذر أن فلانا يقدم غدا فنوى الصوم من الليل ، ففى إجزائه عن نذره وجهان (أصحهما) يجزئه ، وبه قطع المصنف والجمهور ، لأنه بنى النية على أصل مظنون ، فأشبه من نوى صوم رمضان بشهادة عدل (والثانى) لا يجزئه وهو قول القفال وغيره لأنه لم يجزم بالنية ، فانه قد يعرض عارض يمنعه القدوم وخصص المتولى هذين الوجهين بما إذا قلنا يلزم الصوم من أول اليوم ، قال : فان قلنا باللزوم من وقت القدوم فقط لم يجز •

(الحال الرابع) أن يقدم فلان يوم العيد أو فى رمضان ، فهو كما لو قدم ليلا والله تعالى أعلم •

(فـرع) إذا قال : إن قدم فلان فلله على أن أصـوم أمس يوم قدومه ، ففى صحة نذره طريقان • قال الشيخ أبو حامد : لا يصح قولا واحدا ، وهو المذهب وقال صاحب الشامل : ينبغى أن يكون على القولين فيمن نذر صوم يوم قدومه •

(فـرع) إذا اجتمع فى يوم نذران فحكمه ما ذكره المصنف • هذا هو المذهب ، وقد سبق كلام البغوى وغيره فيه قريبا • والله أعلم •

(فـرع) لو نذر صوم العيد أو نذرت صوم أيام الحيض لم ينعقد للحديث الصحيح « لا نذر فى معصية » وقد سبقت المسألة • ولو نذر أيام التشريق لم ينعقد على المذهب تفريعا على أنه لا يصح صومها لغير المتمتع ، ففى انعقاد نذره وجهان كنذر الصلاة فى الأوقات المكروهة (والأصح) أنه لا ينعقد هذا النذر ولا صوم يوم الشك ولا الصلاة فى الأوقات المكروهة ، والله أعلم •

(فـرع) لو شرع فى صوم تطوع ثم نذر إتمامه ، فهل يلزمه إتمامه ؟ فيه وجهان حكاهما الخراسانيون (الصحيح) أنه يلزمه ، وبهـذا قطع المصنف فى قياسه فى مواضع من كتاب الصيام ، وقطع به أيضا الجمهور لأن صومه صحيح فصح التزامه بالنذر •

(والثانى) لا يصح لأنه نذر بعض يوم وبعض اليوم ليس بصوم ، قالوا : ويجرى الوجهان فيمن نذر أن يتم صوم كل يوم نوى فيه صوم التطوع • أما إذا أصبح ممسكا ولم ينو فهو متمكن من صوم التطوع ، فلو نذر أن يصوم هذا اليوم ففى انعقاد نذره ولزوم الوفاء به وجهان •

وقيل : قولان مشهوران فى كتب الخراسانيين، بناء على أن النذر يحمل على واجب الشرع أم على ما يصح ؟ قال إمام الحرمين : والذى أراه اللزوم • وقال صاحب البيان : المشهور عدم انعقاده لأنه ليس بصوم ، وهذا مقتضى البناء على القاعدة المذكورة •

قال الإمام : وقال الأصحاب : لو قال على أن أصلى ركعة واحدة لم يلزمه إلا ركعة ، ولو قال على أن أصلى كذا ركعة لزمه القيام عند القدرة إذا حملنا المنذور على واجب الشرع • قال : وتكلف الأصحاب فرقا بينهما ، قال : ولا فرق فيجب طرد الخلاف فيهما • وهذا الذى جعله الإمام احتمالا له ، قد نقله الأصحاب وقالوا : إذا نذر ركعات ففى لزوم القيام وجهان بناء على أنه يحمل النذر على واجب الشرع أم جائزه ؟ وقد سبقت المسألة فى أوائل الباب • وأما إذا آكل فى أول النهار ثم نذر صوم هذا اليوم ، فان قلنا : لا يلزمه إذا لم يآكل فهنا أولى ، وإلا فوجهان حكاهما المتولى وصاحبا العدة والبيان وغيرهم (أصحهما) لا ينعقد (والثانى) ينعقد ويلزمه إمساك بقية هذا بالنية بناء على الوجه الشاذ السابق فى كتاب الصيام أنه إذا آكل فى أول النهار ثم نوى صومه صح صومه ، لكن ذلك الوجه ضعيف أو باطل ، وما يفرع عليه أضعف منه ، والله أعلم •

أما إذا نذر ابتداء صوم ففى انعقاد نذره وجهان مشهوران (أصحهما) لا ينعقد (والثانى) ينعقد ، كما لو شرع فى تطوع ثم نذر إتمامه ، فاذا قلنا : ينعقد لزمه صوم يوم كامل • وذكر المتولى تفريعا على الانعقاد أنه لو أمسك بقية نهاره عن النذر أجزأه إن لم يكن آكل شيئا فى أوله ، فان آكل لم يجزه على الصحيح ، وفيه الوجه الشاذ الذى ذكرناه الآن • ولو نذر أن يصلى بعض ركعة ففى انعقاد نذره وجهان كالصوم (أصحهما) لا ينعقد (والثانى) ينعقد ، لأنه قد يؤمر بفعل ما دون ركعة ويثاب عليه ، وهو فيما إذا أدرك الامام بعد الركوع حتى إنه يدرك به فضيلة الجماعة

لو كان فى الركعة الآخرة • قال المتولى : فعلى هذا يلزمه أن يأتى بركعة كاملة إن أراد أن يأتى بالمنذور مفردا ، فان اقتدى بامام بعد الركوع فى الركعة الآخرة خرج عن نذره ، لأنه أتى بما التزمه وهو قربة فى نفسه • وقطع غيره بأنه يلزمه ركعة مطلقا تفريعا على هذا الوجه • وهذا أرجح ، والله أعلم •

ولو نذر ركوعا لزمه ركعة كاملة باتفاق المفرعين على انعقاد النذر • ولو نذر تشهدا قال المتولى يأتى بركعة يتشهد فى آخرها أو يقتدى بمن قعد للتشهد فى آخر صلاته ، أو يكبر ويسجد سجدة ويتشهد على طريقة من يقول : سجود التلاوة يقتضى التشهد فيخرج عن نذره • ولو نذر سجدة فردة فطريقان (أصحهما) وبه قطع الشيخ أبو محمد وغيره لا ينعقد بناء على الأصح أنها ليست قربة بلا سبب (والطريق الثانى) وبه قطع المتولى أن السجدة قربة بدليل سجدتى التلاوة والشكر ، فيكون فى انعقاد نذره الوجهان فى انعقاد نذر عيادة المريض وتشميت العاطس (فان قلنا) لا ينعقد فالحكم كما فى الركوع • وقال صاحب البيان : مقتضى المذهب انعقاد نذره والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن نذر أن يعتكف اليوم الذى يقدم فيه فلان صح نذره ، فان قدم ليلا لم يلزمه شىء لأن الشرط لم يوجد ، وإن قدم نهارا لزمه اعتكاف بقية النهار ، وفى قضاء ما فات وجهان (أحدهما) يلزمه ، وهو اختيار المزنى (والثانى) لا يلزمه وهو المذهب ، لأن ما مضى قبل القدوم لم يدخل فى النذر فلا يلزمه قضاؤه ، وإن قدم وهو محبوس أو مريض فالمنصوص أنه يلزمه القضاء لأنه فرض وجد شرطه فى حال المرض فثبت فى الذمة كصوم رمضان • وقال القاضى أبو حامد وأبو على الطبرى : لا يلزمه ، لأن مالا يقدر عليه لا يدخل فى النذر ، كما لو نذرت المرأة صوم يوم بعينه فحاضت فيه) •

(**الشرح**) قوله (لأنه فرض) احتراز من صوم يوم عرفة وعاشوراء ونحوهما ، وقوله (وجد شرطه) احتراز مما إذا لم يوجد شرطه لجنون ونحوه • وقوله « فى حال المرض » احتراز من المرأة إذا نذرت صوم يوم بعينه فحاضت فيه • وقوله : (لأن ما لا يقدر عليه لا يدخل النذر) احترز بقوله النذر عن صوم رمضان ، فانه واجب بالشرع قال الأصحاب : إذا نذر أن يعتكف يوم قدوم فلان صح نذره بلا خلاف لأن الاعتكاف يصح فى بعض اليوم بخلاف الصوم ، فان قدم ليلا لم يلزمه شىء لما ذكره المصنف ، وإن قدم نهارا لزمه بقية النهار قطعا ، ويلزمه قضاء الماضى على الصحيح من الوجهين لما ذكره المصنف •

وإن قدم وهو مريض أو محبوس ففى وجوب القضاء الوجهان اللذان ذكرهما المصنف بدليلهما (الصحيح) المنصوص وجوبه وقد فرق بينه وبين مسألة الحيض التى قاس عليها القائل الآخر بأن الحائض لا يصح صومها بخلاف اعتكاف المريض والمحبوس • (فان قلنا) بالمذهب لزمه قضاء ما بقى من اليوم بعد القدوم ، وفى قضاء ما مضى من اليوم الوجهان السابقان (المذهب) أنه لا يلزمه ، وصورة المسألة فى المحبوس إذا حبس بغير حق فان حبس بحق هو متمكن من أدائه لزمه القضاء وجها واحدا ، لأنه متمكن من الخروج والاعتكاف والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن نذر المشى إلى بيت الله الحرام لزمه [المشى] إليه بحج أو عمرة ، لأنه لا قربة فى المشى إليه إلا بنسك ، فحمل مطلق النذر عليه ، ومن اى موضع يلزمه المشى والإحرام ؟ فيه وجهان: قال ابو إسحاق. يلزمه أن يحرم ويمشى من دويرة أهله . لأن الأصل فى الإحرام ان يكون من دويرة أهله ، وإنما أجيز تأخيره إلى الميقات رخصة، فاذا أطلق النذر حمل على الأصل، وقال عامة أصحابنا : يلزمه الإحرام والمشى من الميقات ، لأن مطلق كلام الآدمى يحمل على المعهود فى الشرع والمعهود هو من الميقات ، فحمل النذر عليه ، فان كان معتمرا لزمه المشى إلى أن يفرغ ، وإن كان حاجا لزمه المشى إلى أن يتحلل التحلل الثانى لأن بالتحلل

الثانى يخرج من الإحرام ، فان فاته لزمه القضاء ماشيا لأن فرض النذر يسقط بالقضاء فلزمه المشى فيه كالأداء ، وهل يلزمه أن يمشى فى فائته ؟ فيه قولان (أحدهما) يلزمه ، لأنه لزمه بحكم النذر ، فلزمه المشى فيه ، كما لو لم يفته (والثانى) لا يلزمه لأن فرض النذر لا يسقط به) .

(الشرح) قال الشافعى والأصحاب : إذا نذر المشى إلى بيت الله الحرام لزمه المشى إليه بحج أو عمرة ، هذا هو الصواب الذى قطع به الأصحاب ، وسبق حكاية خلاف شاذ فيه فى فصل من نذر صلاة فى المسجد ، وهل يلزمه المشى، أم له الركوب؟ فيه قولان مشهوران فى كتب الخراسانيين (أصحهما) عندهم يلزمه ، وبه قطع المصنف وآخرون ، لأنه مقصود (والثانى) لا ، بل له الركوب قالوا : هما مبنيان على أن الحج راكبا أفضل أم ماشيا ، وفيه ثلاثة أقوال سبقت فى أول كتاب الحج بدليلها (أصحها) الركوب (والثانى) المشى (والثالث) هما سواء ، ولا فضيلة لأحدهما على الآخر ، وقال ابن سريج : هما سواء ما لم يحرم فاذا أحرم فالمشى أفضل ، وقال الغزالى فى الإحياء : من سهل عليه المشى فهو أفضل فى حقه ، ومن ضعف وساء خلقه لو مشى فالركوب أفضل .

(والمذهب) أن الركوب أفضل مطلقا ، قالوا : فان قلنا المشى أفضل لزمه بالنذر ، وإن قلنا : الركوب أفضل أو سوينا لم يلزمه المشى بالنذر ، والمذهب لزوم المشى ، ويتفرع عليه مسائل :

(إحداها) لو صرح بابتداء المشى من دويرة أهله إلى الفراغ ، لزمه المشى من حين يحرم ، وهل يلزمه قبل الإحرام ؟ فيه وجهان (أصحهما) يلزمه ، فلو أطلق الحج ماشيا ، فان قلنا لا يلزمه المشى من دويرة أهله مع التصريح فهنا أولى وإلا فثلاثة أوجه . (أحدها) يلزمه المشى من دويرة أهله ، وهو قول أبى إسحاق (والثانى) من الميقات (والثالث) وهو الأصح يلزمه من الميقات ، إلا أن يحرم قبله فيلزمه (وأما) الإحرام فالأصح أنه يلزمه من الميقات ، وهو قول جمهور أصحابنا كما حكاه المصنف

(والثانى) من دويرة أهله حكاه المصنف والأصحاب عن أبى اسحاق ، وجعل المصنف والمتولى وغيرهما المشى مبنيا على الإحرام إن قلنا يلزمه الإحرام من الميقات فكذا المشي وإن قلنا من دويرة أهله فكذا المشى ، هذا كله إذا قال : لله على أن أحج ماشيا فلو قال : أمشى حاجا فوجهان (الصحيح) أنه كقوله أحج ماشيا ، ومقتضى كل واحد منهما وجوب اقتران الحج والمشى (والثانى) أنه يقتضى أن يمشى من مخرجه إلى الحج •

(الثانية) فى نهاية المشى طريقان (أصحهما) يلزمه المشى حتى يتحلل التحللين إن كان محرما بالحج ، وبهذا الطريق قطع المصنف هنا والجمهور ، وهو المنصوص ، وله الركوب بعد التحللين ، وإن بقى عليه رمى أيام التشريق ، وهذا لا خلاف فيه (والطريق الثانى) فيه وجهان حكاهما إمام الحرمين والغزالى وغيرهما (أصحهما) هذا (والثانى) له الركوب بعد التحلل الأول (وأما) المحرم بالعمرة فيلزمه المشي حتى يفرغ منها بلا خلاف• قال الرافعى : والقياس أنه إذا كان يتردد فى خلال أعمال النسك لغرض تجارة وغيرها ، فله أن يركب ، قال : ولم يذكره الأصحاب ، فهذا ما ذكره الأصحاب فى هذه المسألة •

وأما قول المصنف فى التنبيه : ولا يجوز أن يترك المشى حتى يرمى فى الحج ، فمخالف لما ذكره هو هنا والأصحاب فى جميع الطرق ، وأقرب ما يتأول عليه كلامه أنه أراد بالرمى رمى جمرة العقبة يوم النحر ، وفرع على أن الحلق ليس بنسك وعلى الوجه الشاذ الذى ذكره إمام الحرمين والغزالى أنه يكفيه المشى حتى يتحلل التحلل الأول ، فعلى هذا الوجه إذا رمى جمرة العقبة وقلنا : الحلق ليس بنسك جاز الركوب لحصول التحلل الأول ، ولا يجوز أن يحمل كلامه على رمى أيام التشريق ، لأنه لا خلاف أنه يجوز الركوب بعد التحللين ، وقبل أيام التشريق والله تعالى أعلم •

(الثالثة) إذا فاته الحج لزمه قضاؤه ماشيا لما ذكره المصنف ، وهل

يلزمه المشى فى تمام الحجة الفائتة حتى يفرغ منها ؟ والتحلل بأعمال عمرة ؟ فيه قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) عند الجمهور لا يلزمه ، ولو أفسد الحج بعد شروعه فيه لزمه القضاء ماشيا ، وهل يلزمه المشى فى المضى فى فاسده ؟ فيه هذان القولان .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان نذر المشى فركب وهو قادر على المشى، لزمه دم، لما روى ابن عباس عن عقبة بن عامر ((أن أخته نذرت أن تمشى إلى البيت ، فأتى النبى ﷺ فسأله فقال : إن الله تعالى لغنى عن نذر أختك ، لتركب ولتهد بدنة)) ولأنه صار بالنذر نسكا واجبا ، فوجب بتركه الدم كالإحرام من الميقات ، فان لم يقدر على المشى فله أن يركب ، لأنه إذا جاز أن يترك القيام الواجب فى الصلاة للعجز جاز أن يترك المشى ، فان ركب فهل يلزمه دم ؟ فيه قولان (احدهما) لا يلزمه لأن حال العجز لم يدخل فى النذر (والثانى) يلزمه لأن ما وجب به الدم لم يسقط الدم فيه بالمرض كالتطيب واللباس) .

(الشرح) حديث ابن عباس عن عقبة رواه أبو داود باسناد صحيح عن ابن عباس « أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشى إلى البيت فأمرها النبى ﷺ أن تركب وتهدى هديا » هـذا لفظ أبى داود ، وفى رواية عن عبد الله بن مالك الجيشانى [1] عن عقبة بن عامر قال: « يا رسول الله إن أختى نذرت أن تمشى إلى البيت حافية غير مختمرة ، فقال النبى ﷺ : إن الله لا يصنع بشقاء أختك شيئا ، فلتركب ولتختمر ، ولتصم ثلاثة أيام » رواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وغيرهم ، قال الترمذى : حديث حسن ، وفيما قاله نظر ، فان فى إسناده ما يمنع حسنه ، وسنذكر قريبا إن شاء الله تعالى قول البخارى فيه . وعن كريب عن ابن عباس قال « جاء رجل إلى النبى ﷺ فقال : يا رسول الله إن أختى نذرت ـــ يعنى أن تحج

---

(١) من التابعين هاجر على عهد عمر (رض) توفى سنة ٧٧ ووثقه اكثرهم (ط) .

ماشية ــ فقال النبى ﷺ : إن الله لا يصنع بشقاء أختك شيئا ، فلتحج راكبة ولتكفر عن يمينها » رواه أبو داود .

وعن أبى الخير عن عقبة بن عامر قال : « نذرت أختى أن تمشى إلى بيت الله وأمرتنى أن أستفتى لها رسول الله ﷺ فقال : لتمش ولتركب » رواه البخارى ومسلم بهذا اللفظ فى صحيحيهما ، ومعناه ــ والله أعلم ــ لتمش إذا قدرت وتركب إذا عجزت أو شق عليها المشى ، وكذا ترجم له البيهقى فقال « باب المشى فيما قدر عليه ، والركوب فيما عجز عنه » . ثم ذكر هذا الحديث ، ورواه البيهقى من رواية ابن عباس « أن أخت عقبة نذرت أن تحج ماشية ، وأنها لا تطيق ذلك فقال رسول الله ﷺ إن الله تعالى لغنى عن مشى أختك ، فلتركب ولتهد بدنة » هكذا فى هذه الرواية بدنة ، وهو موافق لرواية المصنف فى الكتاب . قال البيهقى : كذا فى هذه الرواية وروى من طريق آخر « فتهدى هديا » وروى بغير ذكر الهدى ، ثم ذكر هذه الطرق كلها من رواية ابن عباس ، ثم رواه من رواية عقبة بغير ذكر الهدى كما سبق عن رواية البخارى ومسلم .

ثم روى البيهقى الروايات السابقة عن سنن أبى داود والترمذى ، ثم روى باسناد عن البخارى قال : لا يصح ذكر الهدى فى حديث عقبة بن عامر ، ثم روى البيهقى باسناد عن أبى هريرة قال « بينما رسول الله ﷺ يسير فى جوف الليل فى ركب إذ بصر بخيال قد نفرت منه إبلهم ، فأنزل رجلا فنظر فاذا هو بامرأة عريانة ناقضة شعرها ، فقال مالك ؟ قالت : نذرت أن أحج البيت ماشية عريانة ناقضة شعرى فأنا أتكمن بالنهار وانتكب الطريق بالليل . فأتى رسول الله ﷺ فأخبره ، فقال : ارجع إليها فمرها فتلبس ثيابها ، ولتهرق دما » قال البيهقى : هذا إسناد ضعيف ، قال : وروى من وجه آخر منقطع دون ذكر الهدى فيه . ثم روى بأسانيد عن الحسن البصرى عن عمران بن الحصين أن النبى ﷺ قال « إذا نذر أحدكم

أن يحج ماشيا فليهد وليركب » وفى رواية « فليهد بدنة وليركب » قال البيهقى : (ولا يصح سماع الحسن من عمران فهو مرسل ، قال وروى فيه عن على موقوفا والله أعلم) •

اما احكام الفصل ففيه مسائل :

(إحداها) إذا نذر الحج ماشيا ، وقلنا بالأصح : إنه يلزمه المشى لم يجز له الركوب إن قدر على المشى ، لقوله ﷺ « من نذر أن يطيع الله فليطعه » فان عجز عن المشى جاز له الركوب ما دام عاجزا فمتى قدر لزمه المشى ، لحديث عقبة بن عامر السابق فى هذا الفصل عن صحيح البخارى ومسلم • ولحديث أنس قال : « مر النبى ﷺ بشيخ كبير يهادى بين ابنيه فقال : ما بال هذا ؟ فقالوا : نذر يا رسول الله أن يمشى • قال : إن الله لغنى عن تعذيب هذا نفسه فأمره أن يركب » قال الترمذى : هذا حديث صحيح •

(والثانية) إذا عجز عن المشى فحج راكبا وقع حجه عن النذر بلا خلاف ، وهل يلزمه جبر المشى الفائت باراقة دم ؟ فيه قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أحدهما)لا دم كما لو نذر الصلاة قائما فعجز فانه يصلى قاعدا ويجزئه ولا شىء عليه (وأصحهما) يلزمه الدم لما ذكره • فعلى هذا فيما يلزمه طريقان • المذهب أنه شاة تجزئه فى الأضحية كسائر الحيوانات (والثانى) فيه قولان (هذا) (والثانى) يلزمه بدنة للحديث السابق ، حكاه الخراسانيون والله أعلم •

(الثالثة) إذا قدر على المشى فتركه وحج راكبا فقد أساء وارتكب حراما تفريعا على المذهب وهو وجوب المشى ، وهل يجزئه حجه عن نذره ؟ فيه طريقان (أحدهما) يجزئه قولا واحدا ، وبه قطع المصنف والعراقيون (والثانى) حكاه الخراسانيون فيه قولان (القديم) لا يجزئه ، بل عليه

القضاء لأنه لم يأت به على صفته الملتزمة (والأصح) الجديد أنه يجزئه ولا قضاء ، كما لو ترك الإحرام من الميقات وأحرم مما دونه ، أو ارتكب محظورا آخر فانه يصح حجه ويجزئه بلا خلاف ، فعلى هـذا فى وجوب الدم عليه قولان ، وقيل وجهـان (أصحهما) يجب وبه قطـع المصنف وآخرون وهل هو بدنة أو شاة ؟ فيه الخلاف السابق ، الأصح شـاة ، والله أعلم •

(**فـرع**) أما حقيقة العجز عن المشى فالظاهر أن المراد بها أن يناله به مشقة ظاهرة ، كما قاله الأصحاب فى العجز عن القيام فى الصلاة ، وفى العجز عن صوم رمضان بالمرض ، والله أعلم •

قال المصنف رحمـه الله تعـالى

(وإن نذر أن يركب إلى بيت الله الحرام فمشى لزمه دم لأنه ترفه بترك مؤنة المركوب ، وإن نذر المشى إلى بيت الله تعالى لا حاجا ولا معتمرا ففيه وجهان (أحدهما) لا ينعقد نذره ، لأن المشى فى غير نسك ليس بقربة فلم ينعقد كالمشى إلى غير البيت (والثانى) ينعقد نذره ويلزمه المشى بحج أو عمرة ، لأنه بنذر المشى لزمه المشى بنسك ثم رام إسقاطه فلم يسقط) •

(**الشرح**) فيه مسألتان (إحداهما) إذا نذر الحج راكبا ، فان قلنا : المشى أفضل (أو قلنا) هو والركوب سواء ، فهو مخير إن شاء ركب وإن شاء مشى • وإن قلنا : الركوب أفضل لزمه الوفاء به ، فان مشى فقد أطلق المصنف أن عليه دما قال صاحب البيان : هذا هو المشهور فى المذهب • قال : وفيه وجه حكاه صـاحب الفروع أنه لا دم عليـه ، لأنه أشق من الركوب •

وقال أصحابنا الخراسانيون : إن قلنا : المشى أفضل ، أو قلنا : هما سواء فلا دم وإن قلنا بالمذهب إن الركوب أفضل لزمه الدم ، هكذا قطعوا

به • قال البغوى : وعندى أنه لا دم لأنه أشق ، وكيف كان فالمذهب وجوب الدم ، والله أعلم •

(الثانية) إذا نذر المشى إلى الكعبة لا حاجا ولا معتمرا ، ففى انعقاد نذره وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) ينعقد ، ومن صرح بتصحيحه الفارقى وغيره ، وعلى هذا يلزمه قصد الكعبة بحج أو عمرة على الصحيح وفيه خلاف سبق فى فصل من نذر صلاة فى مسجد •

قال الشيخ أبو حامد : يشبه أن يكون هذان الوجهان مأخوذين من القولين فيمن نذر المشى إلى مسجد المدينة أو المسجد الأقصى ، لأن المشى هناك لا يتضمن النسك فكذا هنا إذا صرح بترك النسك• قال ابن الصباغ : هذا فاسد لأنا إذا قلنا بصحة النذر هنا لزمه المشى بنسك بخلاف المشى إلى مسجد المدينة والأقصى والله أعلم •

(**فـرع**) إذا نذر أن يحج حافيا لزمه الحج ولا يلزمه الحفاء ، بل له أن يلبس النعلين فى الإحرام ويلبس قبـل الإحرام النعلين والخفين وما يشاء ، ولا فدية بلا خلاف ، لأنه ليس بقربة ولا ينعقد نذره •

قال المصنف رحمـه الله تعـالى

(وإن نذر المشى إلى بيت الله تعالى ، ولم يقل الحرام ولا نواه ، فالمذهب أنه يلزمه لأن البيت المطلق بيت الله الحرام فحمل مطلق النذر عليه، ومن أصحابنا من قال : لا يلزمه لأن البيت يقع على المسجد الحرام وعلى سائر المساجد ، فلا يجوز حمله على البيت الحرام ، فان نذر المشى إلى بقعة من الحرم لزمه المشى بحج أو عمرة ، لأن قصده لا يجوز من غير إحرام فكان إيجابه إيجابا للاحرام ، وإن نذر المشى إلى عرفات لم يلزمه ، لانه يجوز قصده من غير إحرام، فلم يكن فى نذره المشى اليه أكثر من إيجاب المشى ، وذلك ليس بقربة فلم يلزمه . وإن نذر المشى إلى مسجد غير المسجد الحرام ومسجد المدينة والمسجد الاقصى لم يلزمه ، لما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال « لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد : المسجد الحرام ، والمسجد الاقصى ، ومسجدى

هذا » وإن نذر المشى إلى المسجد الأقصى أو مسجد المدينة ففيه قولان ، قال فى البويطى : يلزمه لأنه مسجد ورد الشرع بشد الرحال إليه فلزمه المشى إليه بالنذر كالمسجد الحرام ، وقال فى الأم: لا يلزمه لأنه مسجد لا يجب قصده بالنسك فلم يجب المشى إليه بالنذر كسائر المساجد) .

(الشرح) حديث أبى سعيد رواه البخارى ومسلم ، وسبق بيانه مع أحاديث نحوه فى أوائل هذا الباب ، وقوله « ولم يقل الحرام » الحـــرام بكسر الميم .

(أما الأحكام) فسبق بيان حكم نذر المشى إلى المســجد الحرام وسائر المساجد ومسجد المدينة والأقصى ، وأوضحنا أحكامها بفروعها ، وسبق أيضا بيان الخلاف فيمن نذر المشى إلى بيت الله ولم يقل : الحرام ولا نواه . ولكن اختار المصنف انعقاد النذر ولزوم الذهاب إلى المسجد الحرام بحج أو عمرة (والصحيح) الذى صححه جماهير الأصحاب فى الطريقين أنه لا ينعقد نذره ولا يلزمه شىء . وكذا صـــححه المصنف فى التنبيه كما صححه الجمهور ، فالمذهب أنه لا ينعقد نذره ولا شىء عليه .

واختلفوا فى هذا الخلاف هل هو وجهـــان أو قولان ؟ قالوا : نقل المزنى فى المختصر أنه يلزمه ونص الشافعى فى الأم أنه لا ينعقد نذره ونص المختصر ظاهر لا صريح . ونص الأم لا . لأنه قال فى المختصر : إن نذر أن يمشى إلى بيت الله لزمه . وقـــال فى الأم : إذا نذر أن يمشى إلى بيت الله ولا نية له فالاختيار أن يمشى إلى بيت الله الحرام ولا يجب عليه ذلك إلا أن ينوى ، لأن المساجد بيوت الله . هذا نصه . قال ابن الصباغ : ففى المسألة قولان لكنها مشهورة بالوجهين. وممن صرح أن الأصح أنه لا ينعقد نذره المحاملى فى كتبه والقاضى أبو الطيب فى المجرد والجرجانى والرافعى وآخرون . والله أعلم .

قال المصنف رحمـــه الله تعـــالى

(وان نذر أن يحج فى هذه السنة نظرت ـــ فان تمكن من أدائه فلم يحج ـــ صار ذلك دينا فى ذمته ، كما قلنا فى حجة الإسلام ، وإن لم يتمكن من أدائه فى

هذه السنة سقط عنه ، فان قدر بعد ذلك لم يجب ، لأن النذر اختص بتلك السنة فلا يجب فى سنة اخرى إلا بنذر آخر والله اعلم) .

(الشرح) قال أصحابنا من نذر حجا مطلقا استحب مبادرته به فى أول سنى الامكان ، فان مات قبل الامكان فلا شيء عليه كحجة الإسلام ، وهذا لا خلاف فيه ، وإن مات بعد الإمكان وجب الاحجاج عنه من تركته (أما) إذا عين فى نذره سنة فتتعين على الصحيح من الوجهين ، وبه قطع الجمهور فلو حج قبلها لم يجزه (والثانى) لا تتعين تلك السنة ، بل يجوز قبلها ، ولو قال : أحج فى عامى هذا ، وهو على مسافة يمكن الحج منها فى ذلك العام ، لزمه الوفاء به تفريعا على الصحيح فان لم يفعل ذلك مع الامكان صار دينا فى ذمته يقضيه بنفسه ، فان مات قبل قضائه وجب الاحجاج من تركته ، وإن لم يمكنه ، قال المتولى : بأن كان مريضا وقت خروج الناس ، ولم يتمكن من الخروج معهم أو لم يجد رفقة ، وكان الطريق مخوفا لا يتأتى للآحاد سلوكه فلا قضاء عليه ، لأن المنذور إنما هو حج فى تلك السنة ولم يمكنه ، وكما لا تستقر حجة الإسلام والحالة هذه .

ولو صده عدو أو سلطان بعد إحرامه حتى مضى العام ، قال إمام الحرمين : أو امتنع عليه الاحرام لعدو ، فالمنصوص أنه لا قضاء عليه ، وخرج ابن سريج قولا ضعيفا أنه يجب ، وبه قال المزنى كما لو قال : لله على صوم غد فأغمى عليه حتى مضى الغد ، فانه يجب القضاء ، والمذهب الأول ، لأن غير المتمكن لا يلزمه حجة الإسلام ، والمغمى عليه يلزمه قضاء رمضان ، ولو منعه عدو أو سلطان وحده أو منعه صاحب الدين وهو معسر ، ففى وجوب القضاء قولان .

(أحدهما) يجب (وأصحهما) لا يجب ، ولو منعه المرض بعد الإحرام فالمذهب وجوب القضاء ، وبه قطع الجمهور ، ولا ينزل منزلة الصد، لأنه يتحلل بالصد ، ولا يتحلل بالمرض ، وحكى إمام الحرمين تخريجه على

الخلاف فى الصد وكذا حكى الخلاف فيما إذا امتنع الحج فى ذلك العام بعد الاستطاعة •

قال الرافعى : وإذا نظرت فى كتب الأصحاب رأيتها متفقة على أن الحجة المنذورة فى ذلك كحجة الإسلام إذا اجتمعت شرائط فرض حجة الإسلام فى ذلك العام وجب الوفاء ، واستقرت فى الذمة وإلا فلا ، قالوا : والنسيان وخطأ الطريق والضلال فيه كالمرض • ولو كان الناذر معضوبا وقت النذر ، أو طرأ العضب ولم يجد المال حتى مضت السنة المعينة فلا قضاء عليه • ولو نذر صلاة أو صوما أو اعتكافا فى وقت معين فمنعه مما نذر عدو أو سلطان لزمه القضاء بخلاف الحج ، لأن الواجب بالنذر كالواجب بالشرع ، وقد يجب الصوم والصلاة مع العجز ، فلزما بالنذر ، وأما الحج فلا يجب إلا بالاستطاعة •

(فرع) إذا نذر حجات كثيرة انعقد نذره ، ويأتى بهن على التوالى من السنين بشرط الامكان ، فان أخر استقر فى ذمته ما أخره ، فاذا نذر عشر حجات ومات بعد خمس سنين ، وتمكن فى هذه الخمس وجب أن يقضى من ماله خمس حجات ولو نذرها المعضوب ومات بعد سنة ، وكان يمكنه أن يستأجر عشرة يحجون عنه فى تلك السنة وجب قضاء عشر حجج من تركته فان لم يف ماله ببعض العشر كحجتين لحجتين أو ثلاث لم يستقر إلا بالمقدور عليه والله أعلم •

(فرع) من نذر الحج لزمه أن يحج بنفسه إلا أن يكون معضوبا فيحج غيره عنه باذنه •

(فرع) قال أصحابنا : إذا نذر الحج مطلقا أجزأه أن يحج مفردا أو متمتعا أو قارنا لأن الجميع حج صحيح • ولو نذر القران كان ملتزما للنسكين فان أتى بهما مفردين أجزأه وهو أفضل وكذا إن تمتع وإن نذر

الحج والعمرة مفردين فقرن أو تمتع ــ وقلنا بالمذهب إن الإفراد أفضل فهو كما إذا نذر الحج ماشيا ــ وقلنا : المشى أفضل ــ فحج راكبا • وإذا نذر القران فأفردهما لزمه دم القران لأنه التزمه بالنذر فلا يسقط • وقد سبق نظير المسألة فى كتاب الحج والله أعلم •

(فــرع) من نذر أن يحج وعليه حجة الاسلام لزمه للنذر حجــة أخرى بلا خلاف ، كما لو نذر أن يصلى وعليه صلاة الظهر مثلا لزمه صلاة أخرى ، والله تعالى أعلم •

(فــرع) لو نذر أن يحج فى هذه السنة وهو على مسافة شهر من مكة ، ولم يبق بينه وبين يوم عرفة إلا يوم واحد فالمذهب أنه لا ينعقــد نذره ، وبه قطــع الأكثرون وذكر الرافعى فيه ثلاثة أوجــه (الصحيح) المشهور لا ينعقد ، ولا شىء عليه (والثانى) أن عليه كفارة يمين (والثالث) ينعقد نذره ويجب قضاؤه فى سنة أخرى • ودليل المذهب أنه نذر مالا يقدر عليه ، فصار كمن نذر عتق عبد زيد ، والله تعالى أعلم •

(فــرع) فى مسائل تتعلق بكتاب النذر :

(إحداها) فى فتاوى القفال أنه لو نذر أن يضحى بشاة ثم عين شاة عن نذره فلما قدمها للذبح صارت معيبة فلا تجزىء ، ولو نذر أن يهــدى شاةثم عين شاة وذهب بها إلى مكة ، فلما قدمها للذبح تعيبت أجزأته ، لأن للمهدى ما يهدى إلى الحرم وبالوصول إليه حصل الإهداء بخلاف التضحية فانها لا تحصل إلا بالذبح والله تعالى أعلم •

(الثانية) قال صاحب التقريب : لو قال : إن شفى الله مريضى فلله على أن أشترى بدرهم خبزا وأتصدق به لا يلزمه شراء الخبز ، بل له أن يتصدق بخبز قيمته درهم •

(الثالثة) لو قال : إن شفى الله مريضى فلله على رجلى الحج ماشيا صح نذره قال الرافعى : إلا أن يريد إلزام الرجل خاصة .

(الرابعة) إذا نذر إعتاق رقبة وكان عليه رقبة عن كفارة فأعتق رقبتين ونواهما عن الواجب أجزأه ، وإن لم يعين كما لو كان عليه كفارتان مختلفتان .

(الخامسة) قال القفال : من نذر أن لا يكلم الآدميين يحتمل أن يقال يلزمه لأنه مما يتقرب به ، ويحتمل أن لا يلزمه لما فيه من التضييق والتشديد ، وليس ذلك من شرعنا ، وكما لو نذر الوقوف فى الشمس فانه لغو ، قلت : الاحتمال الثانى هو الصواب والله أعلم .

(السادسة) فى فتاوى القاضى حسين أنها لو كانت تلد أولادا ويموتون فقالت : إن عاش لى ولد فلله على عتق رقبة ، قال : يشترط للزوم العتق أن يعيش لها ولد أكثر مما عاش أكبر أولادها الموتى ، وإن قلت تلك الزيادة ، وقال الشيخ أبو عاصم العبادى : متى ولدت حيا لزمها العتق ، وإن لم يعش أكثر من ساعة ، لأنه عاش ، والأول أصح .

(السابعة) فى فتاوى القاضى أنه لو نذر التضحية بهذه الشاة على أن لا يتصدق بلحمها لم ينعقد نذره .

(الثامنة) فى فتاوى القاضى لو قال : إن شفى الله مريضى فلله على أن أتصدق بدينار ، فشفى وأراد التصدق به على ذلك المريض وهو فقير ، فان كان لا يلزمه نفقته جاز وإلا فلا . وأنه لو قال : إن شفى الله مريضى فلله على أن أتصدق على ولد زيد أو على زيد ــ وزيد موسر ــ لزمه الوفاء ، لأن الصدقة على الغنى جائزة وقربة .

(التاسعة) لو نذر زيتا أو شمعا ونحوه ليسرج فى مسجد أو غيره إن كان بحيث قد ينتفع .. ولو على الندور ــ مصل هناك أو نائم أو

غيرهما صح ولزم الوفاء به ، وإن كان يعلق ولا يتمكن أحد من الدخول والانتفاع به لم يصح • ولو وقف شيئا ليشترى من غلتـــه زيت أو غيره ليسرج فى مسجد أو غيره فحكمه ما ذكرناه فى النذر والله أعلم •

(العاشرة) إذا نذر صـــوم شهر ومات قبل إمكان الصـــوم ، قال القفال : يطعم عنه عن كل يوم مد بخلاف ما لو لزمه قضاء رمضان لمرض أو سفر ، ومات قبل إمكان القضاء لا يطعم عنه قال : لأن المنذور يستقر بنفس النذر ، وبنى عليه أنه لو حلف وحنث فى يمينه وهو معسر ففرضه الصيام فمات قبل الامكان يطعم عنـــه قال : ولو نذر حجـــة ومات قبل الامكان يحج عنه ، هذا كلام القفال وحكاه عنه الرافعى ثم قال : هـــذا يخالف ما قدمناه فى نذر الحج ، يعنى المسألة المذكورة قبل هذه المســـائل (قلت) والصحيح أنه إذا مات قبل إمكان الصوم والحج المنذورين وكفارة اليمين المذكورة فلا شىء عليه ، ولا يطعم عنه ولا يصام عنه ، والله أعلم •

(تم الجزء الثامن ويليه الجزء التاسع إن شاء الله تعالى)

واوله كتاب الأطعمـــة

بسم الله الرحمن الرحيم

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتاب الأطعمة [1]

(ما يؤكل شيئان ، حيوان وغير حيوان ، فاما الحيوان فضربان ، حيوان البر وحيوان البحر ، فاما حيوان البر فضربان ، طاهر ونجس ، فاما النجس فلا يحل اكله ، وهو الكلب والخنزير ، والدليل عليه قوله تعالى : (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير [2]) وقوله تعالى : (ويحرم عليهم الخبائث [3]) والكلب من الخبائث ، والدليل عليه قوله ﷺ : الكلب خبيث، خبيث ثمنه) واما الطاهر فضربان، طائر ودواب، فاما الدواب فضربان، دواب الإنس ودواب الوحش ، فاما دواب الإنس فإنه يحل منها الانعام ، وهى الإبل والبقر والغنم لقوله تعالى : (احلت لكم بهيمة الانعام [4]) وقوله تعالى : (ويحل لهم الطيبات) [5] والانعام من الطيبات ، ولم يزل الناس ياكلونها ويبيعون [6] لحومها فى الجاهلية والإسلام . ويحل [اكل] الخيل لما روى جابر رضى الله عنه قال : (ذبحنا يوم خيبر [7] من الخيل والبغال والحمير فنهانا رسول الله ﷺ عن البغال والحمير ولم ينهنا عن الخيل) ولا تحل البغال والحمير لحديث جابر رضى الله عنه . ولا يحل السنور لما

---

(١) فى نسخة المهذب المطبوعة باب الاطعمة فكانه جعلها من كتاب الحج وما هنا اصح . (ط)

(٢) الآية ٣ من سورة المائدة .

(٣ ، ٥) من الآية ١٥٧ من سورة الاعراف .

(٤) من الآية الاولى من سورة المائدة .

(٦) فى النسخة المطبوعة من المهذب ويبتغون . (ط)

(٧) فى النسخة المطبوعة حنين بدل خيبر . (ط)

روى ان النبى ﷺ قال : (الهرة سبع) ولانه يصطاد بالناب وياكل الجيف فهو كالأسد) .

(الشرح) حديث : (الكلب خبيث خبيث ثمنه) رواه [1] وفى صحيح مسلم عن رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ قال : (ثمن الكلب خبيث) وينكر على الحميدى كونه لم يذكر هذا الحديث فى الجمع بين الصحيحين فى مسند رافع مع أن مسلما كرره فى كتاب البيوع من صحيحه ، وأما حديث جابر فصحيح رواه أبو داود وآخرون بلفظه بأسانيد صحيحة ؛ ورواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما ولفظهما عن جابر قال : (نهى رسول الله ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية ، وأذن فى لحوم الخيل) وأما حديث (الهرة سبع) فرواه [2] وفى سنن البيهقى عن جابر قال : (نهى رسول الله ﷺ عن أكل الهرة وأكل ثمنها) [3] .

وأما قول المصنف : ما يؤكل شيئان ، ففيه تساهل لأن مقتضى سياقه أن المأكول ينقسم إلى مأكول وغيره ، وكأنه أراد بالمأكول ما يمكن أكله لا ما يحل أكله ، وكان الأجود أن يقول : الأعيان شيئان حيوان وغيره إلى آخر كلامه ، وقوله : طائر ودواب ، هكذا فى النسخ ، طائر ، وكان الأحسن : طير ودواب ، لأن الطير جمع كالدواب ، والطائر مفرد كالدابة .

(اما الاحكام) فالأعيان شيئان ، حيوان وغيره والحيوان قسمان

---

(١) بياض بالأصل وتحريره ان الحديث رواه احمد فى مسنده وابو داود والترمذى عن رافع بن خديج والحاكم فى جامعه عن ابن عباس . (ط)

(٢) بياض بالأصل ولم اعثر على هذا النص فى كتب السنة ولكن معناه يدخل فى منطوق ومفهوم حديث ابى ثعلبة الخشنى الذى رواه احمد والستة وابن الجارود والدارمى فى سننه « نهى رسول الله ﷺ عن اكل كل ذى ناب من السباع » وزاد فى سنن الدارمى رواية عن ابن عباس . « وعن كل ذى مخلب من الطير » والله أعلم . (ط)

(٣) ورواه الترمذى وابن ماجه والحاكم فى المستدرك .

برى وبحرى والبرى ضربان طاهر ونجس (فأما) النجس فلا يحل أكله ، وهو الكلب والخنزير ، وما تولد من أحدهما وغيره ، وهـذا لا خلاف فيه ، ولو ارتضع جدى من كلبة وتربى على لبنها ففى حله وجهان ، حكاهما الشاشى وصاحب البيان وغيرهما (أصحهما) يحل (والثانى) لا (وأما) الطاهر فصنفان طير ودواب ، والدواب نوعان دواب الإنس ودواب الوحش (فأما) دواب الإنس فيحل منها الإبل والبقر والغنم ، ويقال لهذه الثلاثة : الأنعام ، ويحل منها الخيل سواء منها العتيق وهو الذى أبواه عربيان ، والبرذون وهو الذى أبواه عجميـان • والهجين وهو الذى أبوه عربى وأمه عجمية ، والمفرق وهو عكسه ، وكل ذلك حلال لا كراهة فيه عندنا ، ويحرم البغل والحمار [1] بلا خلاف عندنا ، ويحرم السنور الأهلى على المذهب ، وبه قطع المصنف والجمهور وفيـه وجه أنه حلال ، وحكاه الرافعى عن أبى عبد الله البوسنجى من أصحابنا ، وأدلة الجميع فى الكتاب والله أعلم •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى لحم الخيل • قد ذكرنا أن مذهبنا أنه حلال لا كراهة فيه وبه قال أكثر العلماء ، ممن قال به عبد الله بن الزبير وفضاله بن عبيد وأنس بن مالك وأسماء بنت أبى بكر وسويد بن غفلة وعلقمة والأسود وعطاء وشريح وسعيد بن جبير والحسن البصرى وإبراهيم النخعى وحماد بن أبى سليمان وأحمد وإسحق وأبو يوسف ومحمد وداود وغيرهم ، وكرهها طائفة ، منهم ابن عباس والحكم [2] ومالك وأبو حنيفة ، قال أبو حنيفة : يأثم بأكله ولا يسمى حراما ، واحتج لهم بقوله تعالى : (والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة) [3] ولم يذكر الأكل منها ،

---

(١) وهى حرام أيضا عند المالكية لاختصاصها فى الآية بالركوب والزينة (والخيـل والبغال والحمير لتركبوها وزينة) . (ط)

(٢) واذا قال احد هؤلاء الائمة : (واكره كذا) يعنى احرمه . (ط)

(٣) الآية ٨ من سورة النحل .

وذكر الأكل من الأنعام فى الآية التى قبلها ، وبحديث صالح بن يحيى بن المقدام عن أبيه عن جده عن خالد بن الوليد قال (نهى رسول الله ﷺ عن لحوم الخيل والبغال والحمير وكل ذى ناب من السباع) رواه أبو داود والنسائى وابن ماجه من رواية بقية بن الوليد عن صالح عن يحيى بن المقدام بن معد يكرب عن أبيه عن جده عن خالد واتفق العلماء من أئمة الحديث وغيرهم على أنه حديث ضعيف ، وقال بعضهم : هو منسوخ .

روى الدارقطنى والبيهقى بإسنادهما عن موسى بن هرون الحمال الحافظ قال : هذا حديث ضعيف قال : لا يعرف صالح بن يحيى ولا أبوه إلا بجده ، وقال البخارى : هذا الحديث فيه نظر ، وقال البيهقى : هذا إسناد مضطرب ، ومع اضطرابه هو مخالف لأحاديث الثقات ، يعنى فى إباحة لحم الخيل ، وقال الخطابى فى إسناده نظر ، قال : وصالح بن يحيى بن المقدام عن أبيه عن جده لا يعرف سماع بعضهم من بعض ، وقال أبو داود : هذا الحديث منسوخ ، وقال النسائى : حديث الإباحة أصح قال : ويشبه إن كان هذا صحيحا أن يكون منسوخا ، لأن قوله فى الحديث الصحيح : « أذن فى لحوم الخيل » دليل على ذلك ، قال النسائى : ولا أعلم أحدا رواه غير بقية .

واحتج أصحابنا بحديث جابر قال : (نهى رسول الله ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وأذن فى لحوم الخيل) رواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما ، وسبق بيان صحة الرواية التى رواها المصنف ، وعن جابر قال : (سافرنا مع رسول الله ﷺ وكنا نأكل لحوم الخيل ونشرب ألبانها) رواه الدارقطنى والبيهقى بإسناد صحيح ، وفى رواية عن جابر أنهم « كانوا يأكلون لحوم الخيل على عهد رسول الله ﷺ » وعن أسماء بنت أبى بكر رضى الله عنهما قالت : (أكلنا لحم فرس على عهد النبى ﷺ) رواه البخارى ومسلم . وفى رواية قالت : (نحرنا فرسا على عهد النبى ﷺ فأكلناه) .

(وأما الجواب) عن الآية الكريمة التى احتج بهـا الآخرون فهو ما أجاب الخطابى وأصحابنا وغيرهم أن ذكر الركوب والزينة لا يدل على أن منفعتهما مقصورة على ذلك ، وإنما خص هذان بالذكر لأنهما معظم المقصود من الخيل كقوله تعـالى : (حرمت عليكم الميتـة والدم ولحم الخنزير) [1] فذكر اللحم لأنه معظم المقصود ، وقد أجمع المسلمون على تحريم شحمه ودمه وسائر أجزائه ، قالوا : ولهذا سكت عن حمل الأثقال عن الخيل مع قوله تعالى فى الأنعام : (وتحمل أثقالكم) [2] ولم يلزم من هذا تحريم حمل الأثقال على الخيل ، وينضم إلى ما ذكرناه فى تأويل الآية ما قدمناه فى الأحاديث الصحيحة فى إباحة لحم الخيل مع عدم المعـارض الصحيح لها ، وأما الحديث الذى احتجوا به فسبق جوابه والله تعـالى أعـلم .

(فـرع) لحم الحمر الأهلية حرام عندنا ، وبه قال جماهير العلماء من السلف والخلف ، قال الخطابى : هو قول عامة العلماء ، قال : وإنمـا رويت الرخصة فيه عن ابن عباس ، رواه عنه أبو داود فى سننه ، قلت : ورواه عن ابن عباس البخارى فى صحيحه كما سنوضحه إن شاء الله تعالى ، وعنـد مالك ثلاث روايات فى لحمهـا ، أشهرها أنه مكروه كراهة تنزيه شديدة ، والثانية حرام والثالثة مباح ، واحتج لابن عباس بقوله تعالى . (قل : لا أجد فيما أوحى إلىّ محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة)[3] الآية ، وبحديث غالب بن أبجر قال : (أصابتنا سنة فلم يكن فى مالى شىء أطعم إلا الحمر الأهلية ، وقد كان رسول الله ﷺ حرم لحوم الحمر الأهلية

---

(١) من الآية ٣ من سورة المائدة .

(٢) من الآية ٧ من سورة النحل .

(٣) الآية ١٤٥ من سورة الأنعام .

فأتيت رسول الله ﷺ فقلت : يا رسول الله أصابتنا السنة ، ولم يكن فى مالى ما أطعم أهلى إلا سمان حر ، وإنك حرمت الحمر الأهلية فقال : « أطعم أهلك من سمين حمرك ، فإنما حرمتهـا من أجل جوال القرية ») رواه أبو داود واتفق الحفاظ على تضعيفه • قال الخطابى والبيهقى وغيرهما • هو حديث يختلف فى إسناده ، يعنون مضطربا •

قال البيهقى وغيره : وهذا الحديث لا يعارض الأحاديث الصحيحة التى سنذكرها إن شاء الله تعالى ، قالوا : ولو بلغ ابن عباس أحاديث النبى ﷺ الصحيحة الصريحة فى تحريمها لم يصر إلى غيرها •

ودليل الجمهور فى تحريمها حديث على رضى الله عنه (أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر ، وعن لحوم الحمر الأهلية) رواه البخارى ومسـلم ، وعن ابن عمر قال : (نهى رسول الله ﷺ عن أكل لحوم الحمر الأهلية) رواه البخارى ومسلم ، وعن جابر بن عبد الله (أن رسول الله ﷺ نهى يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهليـة ، وأذن فى لحوم الخيل) رواه البخارى ومسلم • وعن البراء بن عازب قال : (كنـا مع رسول الله ﷺ فأصبنا حمرا فطبخناها ، فأمر مناديا فنادى أن أكفئوا القدور) رواه البخارى ومسلم من طرق ، ورويناه من رواية عبد الله بن أبى أوفى • وعن سلمة بن الأكوع قال : (لمـا قدمنا خيبر رأى رسول الله ﷺ نيرانا توقد فقال : علام توقد هذه النيران ؟ فقالوا : على لحوم الحمر الأهلية قال : كسروا القدور وأهريقوا ما فيها ، فقال رجل من القوم : يا رسول الله أو نهريق ما فيها ونغسلها ؟ فقال : أو ذاك) رواه البخارى ومسلم •

وعن عمرو بن دينار قال : (قلت لجابر بن زيد يزعمون أن رسول الله ﷺ نهى عن الحمر الأهلية فقال : قد كان يقول ذاك الحـكم بن عمرو

الغفارى عندنا بالبصرة ، ولكن أبى ذلك ابن عباس وقرأ : « قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما » رواه البخارى ، وقوله : أبى ذلك ابن عباس محمول على أنه لم يبلغه حديث الحكم بن عمرو وغيره •

وعن ابن عباس قال : (لا أدرى أنهى رسول الله ﷺ من أجل أنه كان حمولة الناس ، فكره أن تذهب حمولتهم ؟ أو حرم يوم خيبر لحم الحمر الأهلية ؟) رواه البخارى ومسلم وعن ابن أبى أوفى قال : (أصابتنا مجاعة ليالى خيبر فلما كان يوم خيبر وقعنا فى الحمر الأهلية فانتحرناها ، فلما غلت بها القدور نادى منادى رسول الله ﷺ : أكفئوا القدور ولا تأكلوا من لحوم الحمر شيئا ، فقال ناس : إنما حرمها رسول الله ﷺ لأنها لم تخمس وقال آخرون : حرمها البتة) رواه البخارى ومسلم • وعن أبى ثعلبة الخشنى قال : (حرم رسول الله ﷺ لحم الحمر ، ولحم كل ذى ناب من السباع) رواه البخارى ومسلم وهذا لفظ البخارى ، ولفظ مسلم (حرم رسول الله ﷺ لحوم الحمر الأهلية) وعن أنس (أن النبى ﷺ جاءه جاء فقال : أكلت الحمر ؟ ثم جاءه جاءٍ فقال : أكلت الحمر ، ثم جاءه جاء فقال : أفنيت الحمر فنادى منادى رسول الله ﷺ فى الناس : إن الله ورسوله ينهيانكم عن لحوم الحمر الأهلية فإنها رجس فأكفئت القدور وإنها لتفور باللحم) رواه البخارى ومسلم ، وفى رواية لمسلم : (رجس من عمل الشيطان) وفى رواية له : (رجس أو نجس) وعن المقدام بن معد يكرب قال : (حرم رسول الله ﷺ أشياء يوم خيبر منها الحمار الأهلى) رواه البيهقى وغيره والأحاديث فى المسئلة كثيرة ، والله أعلم •

(وأما) الحديث المذكور فى سنن أبى داود عن غالب بن أبجر قال : (أتيت النبى ﷺ فقلت : يا رسول الله أصابتنا السنة ، ولم يكن فى مالى

ما أطعم أهلى إلا سمان حمر ، وإنك حرمت لحوم الحمر الأهلية ، فقال : أطعم أهلك من سمين حمرك فإنمـا حرمتها من أجل جوال القرية يعنى بالجوال الذى يأكل الجلة وهى العذرة • فهذا الحديث مضطرب مختلف الإسناد ، كثير الاختلاف والاضطراب باتفاق الحفـاظ ، وممن أوضح اضطرابه الحافظ أبو القاسم بن عساكر فى الأطراف ، فهو حديث ضعيف • ولو صح لحمل على الأكل منها حال الاضطرار ، ولأنها قصة عين لا عموم لها ، فلا حجة فيها ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

(فـرع) لحم البغل حرام عندنا ، وبه قال جميع الأئمة إلا ما حكاه أصحابنا عن الحسـن البصرى أنه أباحه • دليلنـا حديث جابر السابق وغيره •

(فـرع) لحم الكلب حرام عندنا ، وبه قالت الأئمة بأسرها إلا رواية عن مالك فى الجرو •

(فـرع) السنور الأهلى حرام عندنا ، وبه قال جمهور العلمـاء ، وأباحه الليث بن ربيعة ، وقال مالك : يكره فقال بعض أصحابنا : كراهة تنزيه ، وبعضهم كراهة تحريم ، والله أعلم •

(فـرع) ذبح الحمار والبغل ونحوهما مما لا يؤكل ليدبغ جلده أو ليصطاد على لحمه السنور والعقبان ونحو ذلك حرام عندنا ، وجوزه أبو حنيفة وشعب المسئلة واضحة فى باب الآنية •

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(واما الوحش فإنه يحل منه الظباء والبقر لقوله تعالى : (ويحل لهم الطيبات) والظباء والبقر من الطيبات ، يصطاد ويؤكل ، ويحل الحمـار الوحشى للآية ولمـا روى (ان ابا قتـادة كان مع قوم محرمين وهو حلال

فسنح لهم حمر وحش فحمل عليها ابو قتادة فعقر منها اتانا فاكلوا منهـا وقالوا : ناكل من لحم صيد ونحن محرومون ؟ فحملوا ما بقى من لحمهـا فقال رسول الله ﷺ : كلوا ما بقى من لحمها) ويحل اكل الضبع لقوله عز وجل : (ويحل لهم الطيبات) قال الشافعى رحمه الله : ما زال النـاس ياكلون الضبع ويبيعونه بين الصفا والمروة . وروى جابر ان النبى ﷺ قال : (الضبع صيد يؤكل) وفيه كبش إذا اصابه المحرم) .

(الشرح) حديث أبى قتادة رواه البخارى ومسلم ، وحديث جابر صحيح رواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وغيرهم بأسانيد صحيحة قال الترمذى : هو حديث حسن صحيح ، وقوله : سنح ــ هو بسين مهملة ونون مخففة مفتوحتين ثم حاء مهملة ــ أى عرض (قوله) يأكلون الضبع ويبيعونه ، الضمير فى يبيعونه يعود إلى لحم الضبع ، وإلا فالضبع مؤنثة . وهو ــ بفتح الضاد وضم الباء ــ ويجوز إسـكانها ، والتثنية ضبعان والجمع ضباع والمذكر ضبعان ــ بكسر الضاد وإسكان الباء وتنوين النون ــ والجمع ضباعين كسرحان وسراحين .

(اما الأحكام) فدواب الوحش يحل منها الظبـاء والبقر والحمر والضـبع لمـا ذكره المصنف ، وهـذا كله متفق عليـه ، ويحل الوعل بلا خلاف .

(فـرع) الضبع والثعلب مباحان عندنا ، وعند أحمـد وداود ، وحرمهما أبو حنيفة وقال مالك : يكرهان ، وممن قال بإباحة الضبع على ابن أبى طالب وإسحاق بن راهوية وأبو ثور وخلائق من الصحابة والتابعين، وممن أباح الثعلب طاوس وقتادة وأبو ثور .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(ويحل اكل الأرنب لقوله تعالى : ويحل لهم الطيبات) [1] **والأرنب من**

---

(1) مكرر من الآية ١٥٧ من سورة الأعراف .

الطيبات ولما روى جابر (ان غلاما من قومه اصاب ارنبا فذبحها بمروة فسال رسول الله ﷺ عن اكلها فامره ان ياكلها) ويحل اليربوع لقوله تعالى : (ويحل لهم الطيبات)[1] واليربوع من الطيبات تصطاده العرب وتاكله واوجب فيه عمر رضى الله عنه على المحرم إذا اصابه جفرة فدل على انه صيد ماكول ، ويحل اكل الثعلب لقوله تعالى : (ويحل لهم الطيبات)[1] والثعلب من الطيبات مستطاب يصطاد ، ولانه لا يتقوى بنابه فاشبه الارنب ، ويحل اكل ابن عرس والوبر لما ذكرناه فى الثعلب ، ويحل [اكل] القنفذ لما روى ان ابن عمر رضى الله عنهما سئل عن القنفذ فتلا قوله تعالى :[2] (قل لا اجد فيما اوحى إلى محرما على طاعم يطعمه) الآية ، ولانه مستطاب لا يتقوى بنابه فحل اكله كالارنب ويحل الضب لما روى ان عباس رضى الله عنهما[3] (انه اخبره خالد بن الوليد انه دخل مع رسول الله ﷺ بيت ميمونة رضى الله عنها فوجد عندها ضبا محنوذا فقدمت الضب إلى رسول الله ﷺ فرفع رسول الله ﷺ يده ، فقالد خالد : احرام الضب يا رسول الله ؟ قال : لا ولكن لم يكن بارض قومى فاجدنى اعافه ، قال خالد : فاجتررته فاكلته ورسول الله ﷺ ينظر فلم ينهه) .

(الشرح) حديث جابر فى الأرنب رواه البيهقى بلفظه بإسناد حسن وجاءت أحاديث صحيحة بمعناه (منها) حديث أنس قال : (أفصحنا أرنبا عن الظهران فأدركتها فأخذتها فذهبت بها إلى أبى طلحة فذبحها وبعث بكتفها وفخذها إلى رسول الله ﷺ فقبله) رواه البخارى ومسلم ، وفى رواية البخارى قبله وآكل منه (وأما) الأثر المذكور عن ابن عمر : فى القنفذ فهو بعض حديث طويل عن عيسى[4] بن نميلة عن أبيه قال كنت عند ابن عمر فسئل عن آكل القنفذ فتلا (قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما) الآية ،

---

(١) مكرر من الآية ١٥٧ من سورة الاعراف .

(٢) من الآية ١٤٥ من سورة الانعام .

(٣) ام خالد لبابة الكبرى وام عبد الله بن عباس لبابة الصغرى وميمونة ام المؤمنين ثلاثتهن شقيقات ابوهن الحارث بن حزن الهلالى واختهن من الام اسماء بنت عميس الخثعمية ام عبد الله بن جعفر بن ابى طالب ومحمد بن ابى بكر وعون ويحيى ابنى على بن أبى طالب .

(٤) قال فى التقريب : عيسى بن نميلة مجهول فزارى حجازى من السابعة روى له ابو داود فيكون من مجهولى الحال لا مجهول العين . (ط)

قال شيخ عنده سمعت أبا هريرة يقول ذكر عند رسول الله ﷺ فقال : (خبيثه من الخبائث فقال ابن عمر : إن كان رسول الله ﷺ قال هذا فهو كما قال) رواه أبو داود بإسناد ضعيف ، قال البيهقى لم يرو إلا بهذا الإسناد ، قال وهو إسناد فيه ضعف (وأما) حديث ابن عباس عن خالد فرواه البخارى ومسلم •

(قوله) فذبحها بمروة ــ هى بفتح الميم ــ وهى الحجرة (قوله) القنفذ هو ــ بضم القاف والفاء ــ ويقال بفتح الفاء لغتان ذكرهما الجوهرى : وجمعها قنافذ ، والوبر ــ بإسكان الباء ــ جمعه وبار ــ بكسر الواو ــ والضب المحنوذ أى المشوى ، قوله : فاجترته هكذا هو بالراء المكررة ، هذا هو الصواب المعروف فى كتب الحديث والفقه وغيرهما ، وذكر بعض من تكلم فى ألفاظ المهذب أنه بالزاى بعد الراء أى وطعنه •

(اما الاحكام) فيحل الأرنب واليربوع والثعلب والقنفذ والضب والوبر وابن عرس ، ولا خلاف فى شيء من هذه ، إلا الوبر والقنفذ ففيهما وجه أنهما حرام والصحيح المنصوص تحليلهما وبه قطع الجمهور ، ويحل الدلدل [1] على الصحيح المنصوص وفيه وجه (وأما) السمور والسنجاب والفنك ــ بفتح الفاء والنون ــ والقاقم بالقافين وضم الثانية والحواصل ففيها وجهان (الصحيح) المنصوص أنها حلال (والثانى) أنهما حرام • والله تعالى أعلم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى الضب • مذهبنا أنه حلال غير مكروه وبه قال مالك وأحمد والجمهور ، وقال أصحاب أبى حنيفة يكره ، وأما اليربوع فحلال عندنا لا يكره • دليلنا حديث خالد وأحاديث كثيرة فى الصحيحين ، وأما القنفذ فحلال عندنا لا يكره ، وبه قال مالك والجمهور ،

---

(٢) وهو القنفذ العظيم •

وقال أحمد : يحرم ، وقال أصحاب أبى حنيفة يكره ، وأما اليربوع فحلال عندنا لا يكره ، وبه قال مالك وأحمد والجمهور ، وقال أصحاب أبى حنيفة: يكره ، ونقل صاحب البيان عن أبى حنيفة تحريم الضب والوبر وابن عرس والقنفذ واليربوع .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يحل ما يتقوى بنابه ويعدو على الناس وعلى البهائم ، كالأسد والفهد والذئب والنمر والدب ، لقوله عز وجل (ويحرم عليهم[1] الخبائث) وهذه السباع من الخبائث ، لأنها تأكل الجيف ولا يستطيبها العرب . ولما روى ابن عباس رضى الله عنهما « أن النبى ﷺ نهى عن أكل كل ذى ناب من السباع [وأكل] كل ذى مخلب من الطير » وفى ابن آوى وجهان (احدهما) يحل لأنه لا يتقوى بنابه ، فهو كالأرنب (والثانى) لا يحل لأنه مستخبث كريه الرائحة ، لأنه من جنس الكلاب ، فلم يحل أكله ، وفى سنور الوحش وجهان (احدهما) لا يحل لأنه يصطاد بنابه ، فلم يحل كالأسد والفهد (والثانى) يحل لأنه حيوان يتنوع إلى حيوان وحشى وأهلى ، ويحرم الأهلى منه ويحل الوحشى منه كالحمار الوحشى ولا يحل أكل حشرات الأرض كالحيات والعقارب والفأر والخنافس والعظاء[2] والصراصير والعناكب والوزغ وسام أبرص والجعلان والديدان وبنات وردان وحمار قبان لقوله تعالى : (ويحرم[1] عليهم الخبائث) .

(الشرح) حديث ابن عباس رواه مسلم بلفظه ، ورواه البخارى ومسلم جميعا من رواية أبى ثعلبة الخشنى (أن النبى ﷺ نهى عن أكل كل ذى ناب من السباع) ورواه مسلم أيضا من رواية أبى هريرة أن النبى ﷺ قال : (كل ذى ناب من السباع فأكله حرام) قال أهل اللغة : المخلب ــ بكسر الميم وإسكان الخاء المعجمة ــ وهو للظفر والسباع كالظفر

---

(١) من الآية ١٥٧ من سورة الأعراف .

(٢) ما تسمى فى لغة العامة السحالى ومفردها سحلية ، والعظاء جمع مفرده عظاية . (ط)

للإنسان (وأما) الحشرات فبفتح الحاء والشين ، وهى هوام الأرض وصغار دوابها والحية تطلق على الذكر والأنثى[1] والبطة (وأما) العقرب والعقربة والعقربا فاسم للأنثى ، ويقال للذكر : عقربان ــ بضم العين والراء ــ وأما الخنافس فجمع خنفساء ــ بضم الخاء وبالمد والفاء مفتوحة ومضمومة ــ والفتح أفصح وأشهر، قال الجوهرى : ويقال خنفس وخنفسة (وأما) العناكب فجمع عنكبوت وهى هذه الناسجة المعروفة قال الجوهرى : الغالب عليها التأنيث •

(وأما) سام أبرص ــ فبتشديد الميم ــ قال أهل اللغة : هو كبار الوزغ ، قال النحويون واللغويون : سام أبرص اسمان جعلا واحدا ويجوز فيه وجهان (أحدهما) البناء على الفتح كخمسة عشر (والثانى) إعراب الأول وإضافته إلى الثانى ويكون الثانى لأنه لا ينصرف •

(وأما) الجعلان ــ فبكسر الجيم وإسكان العين ــ جمع جعل ــ بضم الجيم وفتح العين ــ وهى دويبة معروفة يدحرج القذر ، وأما الديدان ــ فبكسر الدال الأولى ، وهى جمع دود كعود وعيدان وواحدة دودة (وأما) حمار قبان فدويبة معروفة كثيرة الأرجل وهى فعلان لا ينصرف لا معرفة ولا نكرة والله تعالى أعلم •

(اما الاحكام) فقال الشافعى : (يحرم أكل كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير للحديث) قالوا : والمراد بذى الناب ما يتقوى بنابه ويعدو على الحيوان كما ذكره المصنف ، فمن ذلك الأسد والفهد والنمر والذئب والدب والقرد والفيل والببر ــ بباءين موحدتين ــ الأولى مفتوحة والثانية ساكنة ، وهو حيوان معروف يعادى الأسد ويقال له

---

(1) بياض بالاصل ولعل السقط كالوزة ، والبطة ، وهما على وزن الحية ولفظهما يطلق على الذكر والانثى .

أيضا ــ الفرانق بضم الفاء وكسر النون ــ فكل هذه المذكورات حرام بلا خلاف عندنا إلا وجها شاذا فى الفيل خاصة أنه حلال ، حكاه الرافعى عن الإمام أبى عبد الله البوسنجى من أصحابنا ، وزعم أنه لا يعدو من الفيلة إلا العجل المغتلم كالإبل والصحيح المشهور تحريمه .

(وأما) ابن آوى وابن مفترض ففيهما وجهان (أصحهما) تحريمهما وبه قطع المراوزة وفى سنور البر وجهان (الأصح) تحريمه وقال الخضرى: حلال (وأما) الحشرات فكلها مستخبثة وكلها محرمة سوى ما يدرج منها وما يطير (فمنها) ذوات السموم والإبر كالحية والعقرب والزنبور (ومنها) الوزغ وأنواعه كحرباء الظهيرة والعظاء وهى ملساء تشبه سام أبرص ، وهى أخس منه واحدتها عظاة وعظاية فكل هذا حرام ويحرم النمل والذر والفأرة والذباب والخفساء والقراد والجعلان وبنات وردان وحمار قبان والديدان إلا دود الجبن والخل والباقلا والفواكه ، ونحوها من المأكول الذى يتولد منه الدود ففى حل أكل هذا الدود ثلاثة أوجه سبقت فى باب المياه (أحدها) يحل (والثانى) لا (وأصحها) يحل أكله مع ما تولد منه لا منفردا .

ويحرم اللحكاء وهى ــ بضم اللام وفتح الحاء المهملة وبالمد ــ وهى دويبة تغوص فى الرمل إذا رأت إنسانا قال أصحابنا : ويستثنى من الحشرات اليربوع والضب فإنهما حلالان كما سبق مع دخولهما فى اسم الحشرات ، وكذا أم حبين فإنها حلال على أصح الوجهين قالوا : ويستثنى من ذوات الإبر الجراد ، فإنه حلال قطعا وكذا القنفذ على الصحيح كما سبق ، وأما الصرارة فحرام على أصح الوجهين كالخنفساء . والله سبحانه أعلم .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى حشرات الأرض كالحيات والعقارب والجعلان وبنات وردان والفأرة ونحوها . مذهبنا أنها حرام ، وبه قال

أبو حنيفة وأحمد وداود ، وقال مالك : حلال لقوله تعالى : (قل[1] لا أجد فيما أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة) الآية وبحديث التلب[2] ـ بتاء مثناة فوق مفتوحة ثم لام مكسورة ثم باء موحدة ـ الصحابى رضى الله عنه قال : (صحبت النبى ﷺ فلم أسمع لحشرة الأرض تحريما) رواه أبو داود .

واحتج الشافعى والأصحاب بقوله تعالى : (ويحرم عليهم[3] الخبائث) وهذا مما يستخبثه العرب وبقوله ﷺ : (خمس من الدواب كلهن فاسق ، يقتلن فى الحرم : الغراب والحدأة والعقرب والفأرة والكلب العقور) رواه البخارى ومسلم من رواية عائشة وحفصة وابن عمر . وعن أم شريك (أن النبى ﷺ أمر بقتل الأوزاغ) رواه البخارى ومسلم ، وأما قوله تعالى : (قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما) الآية . فقال الشافعى وغيره من العلماء : معناها مما كنتم تأكلون وتستطيبون ، قال الشافعى : وهذا أولى معانى الآية استدلالا بالسنة والله أعلم .

(وأما) حديث التلب فإن ثبت لم يكن فيه دليل ، لأن قوله لم أسمع لا يدل على عدم سماع غيره والله أعلم .

(فرع) فى مذاهبهم فى أكل السباع التى تتقوى بالناب كالأسد والنمر والذئب وأشباهها . قد ذكرنا أن مذهبنا أنها حرام ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد وداود والجمهور (وقال) مالك تكره ولا تحرم (واحتج) بقوله تعالى : (قل[1] لا أجد فيما أوحى إلى محرما على طاعم

---

(١) الآية ١٤٥ من سورة الانعام .

(٢) التلب بن تعلبة ويقال بتشديد الباء الموحدة وتعلبة بن ربيعة التميمى العنبرى صحابى ليس له سوى هذا الحديث .

(٣) من الآية ١٥٧ من سورة الأعراف

يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير ، فإنه رجس أو فسقا أهل لغير الله به) واحتج أصحابنا بالأحاديث الصحيحة من رواية ابن عباس وغيره فى النهى عن كل ذى ناب من السباع ، وفى رواية مسلم التى قدمناها (كل ذى ناب من السباع فأكله حرام) وأجابوا عن الآية الكريمة بأنه أمر أن يخبر بأنه لا يجد محرما فى ذلك الوقت إلا هذا ، ثم ورد وحى آخر بتحريم السباع فأخبر به ، والآية مكية والأحاديث مدنية ولأن الحديث مخصص للآية والله سبحانه أعلم •

(فرع) فى أنواع اختلف السلف فيها :

(منها) القرد هو حرام عندنا وبه قال عطاء وعكرمة ومجاهد ومكحول والحسن وابن حبيب المالكى • وقال مالك وجمهور أصحابه ليس بحرام •

(ومنها) الفيل وهو حرام عندنا وعند أبى حنيفة والكوفيين والحسن • وأباحه الشعبى ولبن شهاب ومالك فى رواية • حجة الأولين أنه ذو ناب •

(ومنها) الأرنب وهو حلال عندنا ، وعند العلماء كافة إلا ما حكى عن ابن عمرو بن العاص وابن أبى ليلى أنهما كرهاها • دلت لنا الأحاديث السابقة فى إباحتها ولم يثبت فى النهى عنها شىء •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وأما الطائر فإنه يحل منه النعامة لقوله تعالى : (ويحل[1] لهم الطيبات) وقضت الصحابة رضى الله عنهم فيها ببدنة ، فدل على انه صيد ماكول ، ويحل الديك والدجاج والحمام والدراج والقبج والقطا والبط

---

(١) من الآية ١٥٧ من سورة الأعراف •

والكراكى والعصفور والقنابر لقوله تعالى : (ويحل[1] لهم الطيبات) وهذه كلها مستطابة ، وروى ابو موسى الأشعرى رضى الله تعالى عنه قال : (رايت النبى ﷺ ياكل لحم الدجاج) وروى سفينة رضى الله عنه مولى رسول الله ﷺ قال : (اكلت مع رسول الله ﷺ لحم حبارى) ويحل اكل الجراد لما روى عبد الله بن أبى اوفى رضى الله عنهما قال : (غزوت مع رسول الله ﷺ سبع غزوات ياكل الجراد وناكله) ويحرم اكل الهدهد والخطاف (لأن النبى ﷺ نهى عن قتلهما) وما يؤكل لا ينهى عن قتله ، ويحرم ما يصطاد ويتقوى بالمخلب كالصقر والبازى ، لحديث ابن عباس رضى الله عنهما : (ان النبى ﷺ نهى عن اكل كل ذى ناب من السباع واكل كل ذى مخلب من الطير) ويحرم اكل الحداة والغراب الأبقع لما روت عائشة رضى الله عنها ان النبى ﷺ قال : (خمس يقتلن فى الحل والحرم : الحية والفارة والغراب الأبقع والحداة والكلب العقور) وما أمر بقتله لا يحل اكله قالت عائشة رضى الله عنها : (إنى لأعجب ممن ياكل الغراب ، وقد اذن رسول الله ﷺ فى قتله) ويحرم الغراب الأسود الكبير لأنه مستخبث ياكل الجيف فهو كالأبقع وفى الغداف[2] وغراب الزرع وجهان (احدهما) لا يحل للخبر (والثانى) يحل لأنه مستطاب يلقط الحب فهو كالحمام والدجاج ، وتحرم حشرات الطير كالنحل والزنبور والذباب لقوله تعالى : (ويحرم[1] عليهم الخبائث) وهذه من الخبائث) .

(الشرح) حديث أبى موسى رواه البخارى ومسلم وحديث سفينة رواه أبو داود والترمذى بإسناد ضعيف ، وقال الترمذى : هو غريب لا يعرف إلا من هذا الوجه . وحديث عبد الله بن أبى أوفى رواه البخارى ومسلم ولفظه (غزوت مع رسول الله ﷺ سبع غزوات نأكل معه الجراد) .

(وأما) حديث النهى عن قتل الهدهد فرواه عبيد الله بن عبد الله عن ابن عباس (أن النبى ﷺ نهى عن قتل أربع من الدواب : النملة والنحلة والهدهد والصرد) رواه أبو داود بإسناد صحيح على شرط البخارى

---

(١) من الآية ١٥٧ من سورة الأعراف .

(٢) العطف هنا عطف بيان لأن الغداف هو غراب القيظ كما يقول الدميرى فى حياة الحيوان . (ط)

ومسلم ذكره فى آخر كتابه ، ورواه ابن ماجه فى كتاب الصيد بإسناده على شرط البخارى .

(وأما) النهى عن قتل الخطاف فهو ضعيف ومرسل ، رواه البيهقى بإسناده عن أبى الحويرث عبد الرحمن بن معاوية ، وهو من تابعى التابعين أو من التابعين عن النبى ﷺ (أنه نهى عن قتل الخطاطيف وقال : لا تقتلوا العوذ إنها تعوذ بكم من غيركم) قال البيهقى : هذا منقطع قال : وروى حمزة النصيبى فيه حديثا مسندا إلا أنه كان يرمى بالوضع ، وصح عن عبد الله بن عمرو بن العاص موقوفا عليه أنه قال : (لا تقتلوا الضفادع فإن نقيقها تسبيح ولا تقتلوا الخفاش فإنه لما خرب بيت المقدس قال : يارب سلطنى على البحر حتى أغرقهم) قال البيهقى : إسناد صحيح .

(وأما) حديث ابن عباس فرواه البخارى ومسلم وسبق بيان طرقه وشرحه فى الفصل الذى قبل هذا .

(وأما) حديث عائشة : (خمس يُقتلن فى الحل والحرم إلى آخره) فصحيح رواه البخارى ومسلم وسبق قريبا .

(وأما) حديث عائشة : (إنى لأعجب ممن يأكل الغراب إلى آخره) فرواه البيهقى بإسناد صحيح إلا أن فيه عبد الله بن أبى أويس وقد ضعفه الأكثرون ووثقه بعضهم وروى له مسلم فى صحيحه .

(**اما الفاظ الفصل**) فقوله : (وأما الطائر) هكذا هو فى النسخ ، والأجود أن يقول : وأما الطير ، لأن الطير جمع ، والطائر مفرد ، وقد سبق بيانه أول الباب . والنعامة ــ بفتح النون ــ قال الجوهرى : يذكر ويؤنث والنعام اسم جنس كحمامة وحمام .

(وأما) الديك فهو ذكر الدجاج جمعه ديوك وديكة ، والدجاجة

بفتح الدال وكسرها لغتان والفتح أفصح باتفاقهم ، الواحد دجاجة يقع على الذكر والأنثى ، وجمع المصنف بين الديك والدجاج هو من باب ذكر العام بعد الخاص ، وهو جائز ، ومنه قوله تعالى : (رب اغفر لى ولوالدى ولمن دخل بيتى مؤمنا وللمؤمنين والمؤمنات [1]) وقوله تعالى : (إن صلاتى ونسكى) [2] .

(وأما) القبج ــ فبفتح القاف وإسكان الباء الموحدة وبالجيم ــ وهو الحجل المعروف . قال الجوهرى : هو فارسى معرب ؛ لأن القاف والجيم لا يجتمعان فى كلمة واحدة من كلام العرب ، قال : والقبجة تقع على الذكر والأنثى حتى تقول يعقوب [3] ، فيختص بالذكر لأن الهاء إنما دخلته على أنه الواحد من الجنس ، وكذلك النعامة حتى تقول ظليم ، والنحلة حتى تقول يعسوب ، والدراجة حتى تقول : حيقطان ، والبومة حتى تقول : صدى أو فياد ، والحبارى حتى تقول : خرب ومثله كثير . هذا آخر كلام الجوهرى .

(وأما) القنابر ــ فبقاف مفتوحة ــ ثم ــ نون ــ ثم ــ ألف ثم ــ باء موحدة ــ ثم راء جمع قبرة ــ بضم القاف وتشديد الباء الموحدة ــ قال الجوهرى : وقد جاء فى الشعر قنبرة كما تقوله العامة ، وهو ضرب من الطير (وأما) الهدهد ــ فبضم الهاءين ــ وجمعه هداهد ويقال للمفرد هداهد أيضا (وأما) البازى ففيه ثلاث لغات ، المشهور الفصيحة البازى ــ بتخفيف الياء والثانية باز والثالثة بازى ــ بتشديد الياء ــ حكاها ابن مكى وهى غريبة أنكرها الأكثرون ــ قال أبو زيد الأنصارى : يقال للبزاة

---

(١) الآية ٢٨ من سورة نوح .

(٢) من الآية ١٦٢ من سورة الأنعام .

(٣) اسم يطلق على ذكر القبج كما تقول ظليم ويعسوب وصدى لذكر النعام والنحل والبومة . (ط)

والشواهين وغيرهما مما تصيد صقور ، واحدها صقر ، والأنثى صقرة ، وقد ينكر على المصنف كونه جعل الصقر قسيما للبازى ، مع أنه يتناوله وغيره كما ذكره أبو زيد ، ويجاب عنه بأنه من باب ذكر الخاص بعد العام كقوله تعالى : (من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال)[1] (وإذ أخذنا من النبيين ميثاقهم ومنك ومن نوح)[2] الآية .

(وأما) الحدأة ــ فبحاء مكسورة ــ ثم دال مفتوحة ــ ثم همزة ــ على وزن عنبة والجماعة حدأ كعنب (وأما) الفأرة ــ فبالهمز ــ ويجوز تركه (وأما) الغداف ــ فبغين معجمة مضمومة ثم ــ دال مهملة مخففة ــ وآخره فاء جمع غدفان ، قال ابن فارس : هو الغراب الضخم ، قال الجوهرى . هو غراب القيظ وقال العبدرى وغيره من أصحابنا هو غراب صغير أسود لونه لون الرماد ، والله أعلم .

(أما الأحكام) ففيها مسائل :

(إحداها) اتفق أصحابنا على أنه يحل أكل النعامة والدجاج والكركى والحبارى والحجل والبط والقطا والعصافير والقنابر والدراج والحمام ، قال أصحابنا : وكل ذات طوق من الطير فهى داخلة فى الحمام ، وهى حلال ، فيدخل فيه القمرى والدبس واليمام والفواخت ويحل الورسان وكل ما على شكل العصفور وفى حده فهو حلال ، فيدخل فى ذلك الصعوة والزرزور والنغر ــ بضم النون وفتح الغين المعجمة ــ والبلبل ويحل العندليب والحمرة على المذهب الصحيح ، وفيهما وجه ضعيف أنهما حرام ، وفى الببغاء والطاووس (وجهان) قال البغوى وغيره : (أصحهما التحريم) .

---

(١) الآية ٩٨ من سورة البقرة .

(٢) الآية ٨ من سورة الاحزاب .

(وأما) السقراف فقطع البغوى بحله والصيمرى بتحريمه ، قال أبو عاصم العبادى : يحرم ملاعب ظله وهو طائر يسبح فى الجو مرارا ، كأنه ينصب على طائر قال أبو عاصم • والبوم حرام كالرخم قال : والضوع ــ بضم الضاد المعجمة وفتح الواو بالعين المهملة ــ حرام على أصح القولين ، قال الرافعى : هذا يقتضى أن الضوع غير البوم ، قال : لكن فى صحاح الجوهرى أن الضوع طائر من طير الليل من جنس الهام ، وقال المفضل : هو ذكر البوم قال الرافعى : فعلى هذا إن كان فى الضوع قول لزم إجراؤه فى البوم لأن الذكر والأنثى من جنس واحد لا يفترقان •

(قلت) : الأشهر أن الضوع من جنس الهام فلا يلزم اشتراكهما فى الحكم قال أبو عاصم : النهاش حرام كالسباع التى تنهش ، قال : واللقاط حلال إلا ما استثناه النص ، يعنى ذا المخلب ، وقال البوسنجى : اللقاط حلال بلا استثناء ، قال أبو عاصم : وما تقوت بالطاهرات فحلال إلا ما استثناه النص ، وما تقوت بالنجس فحرام •

(فرع) قال الشافعى والمصنف والأصحاب : يحرم أكل كل ذى مخلب من الطير يتقوى به ويصطاد كالصقر والنسر والبازى والعقاب وغيرها للحديث السابق •

(المسألة الثانية) قال الشافعى والأصحاب : ما نهى عن قتله حرم أكله لأنه لو حل أكله لم ينه عن قتله كما لو لم ينه عن قتل المأكول ، فمن ذلك النمل والنحل فهما حرام ، وكذلك الخطاف والصرد والهدهد والثلاثة حرام على المذهب ، وفيها وجه ضعيف أنها مباحة وحكاه البندنيجى فى كتاب الحج قولا ، وجزم به فى الصرد والهدهد • والخفاش حرام قطعا قال الرافعى : وقد يجىء فيه الخلاف ، واللفاف حرام على أصح الوجهين •

(الثالثة) قال أصحابنا : ما أمر بقتله من الحيوان فأكله حرام « لأن النبى ﷺ أمر بقتل الفواسق الخمس فى الحرم والإحرام » فلو حل أكله

لمـا أمر بقتله مع قول الله تعالى : (لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم)[1] فمن ذلك الحية والفأرة والحدأة وكل سبع ضار ، ويدخل فى هذا الأسـد والذئب وغيرهما مما سبق ، قال أصحابنا : وقد يكون للشيء سببان أو أسباب تقتضى تحريمه وتحرم البغاثة ــ بفتح الباء الموحدة ــ وتخفيف الغين المعجمة وبالثاء المثلثة فى آخرها ــ والرخمة كما تحرم الحدأة .

(وأما) الغراب فهو أنواع (فمنهـا) الغراب الأبقع ، وهو حرام بلا خلاف للأحاديث الصحيحة (ومنها) الأسود الكبير ، وفيه طريقان (أصحهما) وبه قطع المصنف وجماعة التحريم (والثانى) فيه وجهـان (أصحهما) التحريم (والثالث) الحل .

(وأما) غراب الزرع وهو أسود صغير ، يقـال له : الزاغ ، وقد يكون محمر المنقار والرجلين ، ففيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) أنه حلال والأصح أن الغداف حرام ، قال الرافعى : ومن الغربان غراب صغير أسود أو رمادى اللون ، وقد يقـال الغداف الصغير وهو حرام على أصح الوجهين ، وكذلك العقعق والله تعالى أعلم .

(الرابعة) يحرم حشرات الطير كالنحل والزنابير والذباب والبعوض وشبهها لمـا ذكره المصنف .

(الخامسة) يحل أكل الجراد بلا خلاف للحديث السابق ، وسـواء مات بنفسه أو بقتل مسلم أو مجوسى ، وسواء قطع رأسه أم لا ولو قطع بعض جرادة وباقيها حى فوجهان (أصحهما) يحل المقطوع لأن المقطوع كالميت وميتته حلال . (والثانى) حرام وإنما يباح منه الجملة لحرمتها ، والله أعلم .

---

(١) من الآية ٩٥ من سورة المائدة .

(فـرع) قد ذكرنا أن الجراد حلال سواء مات باصطياد مسلم أو مجوسى أو مات حتف أنفه ، وبهذا قال أبو حنيفة وأحمد ، ومحمد بن عبد الحكم والأبهرى المـالكيان وجماهير العلماء من السلف والخلف (قال) العبدرى : وقال مالك : لا يحل إلا إذا مات بسبب ، بأن يقطع منه شيء أو يصلق أو يقلى حيا أو يشوى وإن لم يقطف رأسه ، قال : فإن مات حتف أنفه أو فى وعاء لم يؤكل ، وعن أحمد رواية ضعيفة كمذهب مالك .

واحتج مالك بقوله تعالى : (حرمت عليكم الميتة)[1] واحتج أصحابنا بحديث ابن أبى أوفى السابق : « غزونا مع رسول الله ﷺ سبع غزوات نأكل معه الجراد » رواه البخارى ومسلم ، وروى الشافعى عن عبد الرحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « أحلت لنـا ميتتان ودمان ، أما الميتتان فالحوت والجراد ، والدمان الكبد والطحال » قال البيهقى : ورواه سليمان[2] بن بلال عن زيد بن أسلم عن عبد الله بن عمر قال : « أحلت لنا ميتتان الحديث » قال البيهقى : هذا هو الصحيح (قلت) معناه أن الصحيح أن القائل : « أحلت لنا ميتتان » هو ابن عمر ، لأن الرواية الأولى ضعيفة جدا لاتفاق الحفاظ على تضعيف عبد الرحمن ابن زيد بن أسلم ، قال أحمد بن حنبل : روى حديثا منكرا (أحلت لنـا ميتتان) الحديث يعنى أحمد الرواية الأولى (وأما) الثانية فصحيحة كما ذكره البيهقى ، وهذه الثانية هى أيضا مرفوعة ، لأن قول الصحابى أمرنا بكذا أو نهينا عن كذا أو أحل لنا كذا أو حرم علينـا كذا ، كله مرفوع إلى النبى ﷺ وهو بمنزلة قوله (قال رسول الله ﷺ) وهذه قاعدة معروفة ، وسبق بيانها مرات والله تعالى أعلم .

---

(١) من الآية ٣ من سورة المـائدة .

(٢) سليمان بن بلال التيمى مولاهم ابو محمد وابو ايوب المدنى ثقة من الثامنة .

وهذا الحديث عام ، والآية الكريمة التى احتج بها مالك مخصوصة بما ذكرناه والله أعلم .

وأما حديث سليمان التيمى عن أبى عثمان النهدى عن سلمان الفارسى رضى الله عنه ، قال : (سئل رسول الله ﷺ عن الجراد فقال : أكثر جنود الله ، لا آكله ولا أحرمه) فرواه أبو داود وغيره ــ هكذا بإسناد صحيح ، قال أبو داود : ورواه المعتمر بن سليمان عن أبيه عن أبى عثمان عن النبى ﷺ مرسلا ، قال البيهقى : وكذا رواه محمد بن عبد الله الأنصارى عن سليمان التيمى . قلت : ولا يضر كونه روى مرسلا ومتصلا ، لأن الذى وصله ثقة وزيادة الثقة مقبولة ، قال البيهقى وأصحابنا : إن صح هذا الحديث كان دليلا على إباحة الجراد أيضا ، لأنه إذا لم يجرمه فقد أحله ، وإنما لم يأكله تقذرا كما قال فى الضب ، والله أعلم .

(**فرع**) قد ذكرنا أن مذهبنا تحريم كل ذى ناب من السباع مما يعدو على الحيوان كالأسد والذئب والنمر والفهد والدب ، وكذا مانه مخلب من الطير كالبازى والشاهين والعقاب ونحوها وبه قال أبو حنيفة وأحمد وداود . قال مالك : يكره ولا يحرم ، دليلنا الأحاديث السابقة . فإن احتجوا بقوله تعالى : (قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه)[1] الآية فقد سبق جوابها فى مسألة تحريم السباع .

(**فرع**) قد ذكرنا مذهبنا فى غراب الزرع والغداف ، وقال بإباحتهما مالك وأبو حنيفة وأحمد رحمهم الله تعالى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وما سوى ذلك من الدواب والطيور ينظر فيه ، فإن كان مما يستطيبه العرب حل أكله ، وإن كان مما لا يستطيبه العرب لم يحل أكله

---

(١) الآية ١٤٥ من سورة الانعام .

لقوله عز وجل : (ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث [1]) ويرجع فى ذلك إلى العرب من اهل الريف والقرى وذوى اليسار والغنى دون الأجلاف من اهل البادية والفقراء واهل الضرورة ، فإن استطاب قوم شيئا واستخبثه قوم رجع إلى ما عليه الأكثر ، فإن اتفق فى بلاد العجم ما لا يعرفه العرب نظر إلى ما يشبهه فإن كان حلالا حل وإن كان حراما حرم ، وإن لم يكن له شبيه فيما يحل ولا فيما يحرم ففيه وجهان (قال) ابو إسحق وابو على الطبرى يحل لقوله عز وجل (قل لا اجد فيما أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه إلا ان يكون ميتة او دما مسفوحا أو لحم خنزير) [2] وهذا ليس بواحد منها .

(وقال) ابن عباس رضى الله عنه ما سكت عنه فهو عفو (ومن) اصحابنا من قال : لا يحل اكله ، لأن الأصل فى الحيوان التحريم ، فإذا اشكل بقى على اصله) .

(**الشرح**) هذا المذكور عن ابن عباس رواه أبو داود عنه هكذا بإسناد حسن ، ورواه البيهقى مرفوعا عن سلمان الفارسى . وعن أبى الدرداء عن النبى ﷺ قال : (الحلال ما أحل الله فى كتابه والحرام ما حرم الله فى كتابه وما سكت عنه فهو من عفوه) قال أصحابنا : من الأصول المعتبرة فى هذا الباب الاستطابة والاستخباث ، ورواه الشافعى رحمه الله الأصل الأعظم الأعم [3] ولهذا أفسح الباب والمعتمد فيه قوله تعالى : (ويحل [1] لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث) وقوله تعالى : (يسألونك

---

(١) من الآية ١٥٧ من سورة الأعراف .

(٢) الآية ١٤٥ من سورة الأنعام .

(٣) كذا بالأصل وأقول الذى رواه البيهقى فى كتاب احكام القرآن للشافعى باسناده عن الشافعى قال : واهل التفسير أو من سمعت منهم يقول فى قوله تعالى : (قل لا اجد فيما اوحى الى محرما يعنى مما كنتم تأكلون ، فان العرب قد كانت تحرم اشياء على انها من الخبائث وتحل اشياء على انها من الطيبات فاحلت لهم الطيبات عندهم الا ما استثنى منها وحرمت عليهم الخبائث) وفى مختصر المزنى نحوه وفى الأم ص ٢١٧ وفى السنن الكبرى نحو هذا الذى سقناه وهذا يلقى ضوءا على عبارة الشارح من اعتبار الشافعى للأصل الأعظم الأعم والمعتمد فيه وهو قوله تعالى : (ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث) . (ط)

ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات)[1] قال أصحابنا وغيرهم : وليس المراد بالطيب هنا الحلال ، لأنه لو كان المراد الحلال لكان تقديره أحل لكم الحلال ، وليس فيه بيان ، وإنما المراد بالطيبات ما يستطيبه العرب ، وبالخبائث ما تستخبثه .

قال أصحابنا : ولا يرجع فى ذلك إلى طبقات الناس ، وينزل كل قوم على ما يستطيبونه أو يستخبثونه ، لأنه يؤدى إلى اختلاف الأحكام فى الحلال والحرام واضطرابها ، وذلك يخالف قواعد الشرع ، قالوا : فيجب اعتبار العرب ، فهم أولى الأمم بأن يؤخذ باستطيابهم واستخباثهم لأنهم المخاطبون أولا ، وهم جيل معتدل لا يغلب فيهم الانهماك على المستقذرات ولا العفافة المتولدة من التنعم فيضيقوا المطاعم على الناس .

قالوا : وإنما يرجع إلى العرب الذين هم سكان القرى والريف دون أجلاف البوادى الذين يأكلون مادب ودرج من غير تمييز وتغيير عادة أهل اليسار والثروة دون المحتاجين ، وتغيير حالة الخصب والرفاهية دون الجدب والشدة قال الرافعى : وذكر جماعة أن الاعتبار بعادة العرب الذين كانوا فى عهد رسول الله ﷺ لأن الخطاب لهم ، قال : ويشبه أن يقال : يرجع فى كل زمان إلى العرب الموجودين فيه ، قال أصحابنا : فإن استطابته العرب أو سمته باسم حيوان حلال فهو حلال ، وإن استخبثته أو سمته باسم محرم فمحرم ، فإن استطابته طائفة واستخبثته أخرى اتبعنا الأكثرين فإن استويا قال الماوردى وأبو الحسن العبادى : يتبع قريش لأنهم قطب العرب ، فإن اختلفت قريش ولا ترجيح أو شكوا ولم يحكموا بشىء أو لم نجدهم ولا غيرهم من العرب ، اعتبرناه بأقرب الحيوان به شبها والشبه تارة يكون فى الصورة وتارة فى طبع الحيوان من الصيالة والعدوان ، وتارة فى طعم اللحم ، فإن استوى الشبهان أو لم نجد ما يشبهه فوجهان

---

(١) من الآية ٤ من سورة المائدة .

مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) الحل قال إمام الحرمين : وإليه ميل الشافعى (والثانى) التحريم .

قال أصحابنا : وإنما يراجع العرب فى حيوان لم يرد فيه نص بتحليل ولا تحريم ولا أمر بقتله ولا نهى عن قتله ، فإن وجد شىء من هذه الأصول اعتمدناه ولم نراجعهم ، قطعا ، فمن ذلك الحشرات وغيرها مما سبق والله تعالى أعلم .

(فرع) إذا وجدنا حيوانا لا معرفة لحكمه من كتاب الله تعالى ولا سنة رسوله ، ولا استطابة ولا استخباث ولا غير ذلك من الأصول المعتمدة ، وثبت تحريمه فى شرع من قبلنا ، فهل يستصحب تحريمه ؟ فيه قولان (الأصح) لا يستصحب ، وهو مقتضى كلام جمهور الأصحاب ، وهو مقتضى المختار عند أصحابنا فى أصول الفقه ، فإن استصحبناه فشرطه أن يثبت تحريمه فى شرعهم بالكتاب أو السنة أو يشهد به عدلان أسلما منهم بعرفان المبدل من غيره ، قال الماوردى : فعلى هذا لو اختلفوا اعتبر حكمه فى أقرب الشرائع إلى الإسلام وهى النصرانية ، وإن اختلفوا عاد الوجهان عند تعارض الأشباه (أصحهما) الحل ، والله سبحانه أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يحل ما تولد بين ماكول وغير ماكول كالسمع المتولد بين الذئب والضبع والحمار المتولد بين حمار الوحش وحمار الاهل لانه مخلوق مما يؤكل ومما لا يؤكل فغلب فيه الحظر كالبغل) .

(الشرح) السمع ــ بكسر السين وإسكان الميم ــ قال الشافعى والأصحاب يحرم السمع والبغل وسائر ما يولد من ماكول وغير ماكول ، سواء كان الماكول الذكر أو الأنثى ، لما ذكره المصنف ، والزرافة ــ بفتح الزاى وضمها ــ حرام بلا خلاف ، وعدها بعضهم من المتولد بين

مأكول وغير مأكول • ولو تولد من فرس وأتان وحشية أو نحو ذلك من الجنسين المـأكولين كان حلالا ، نص عليه الشافعي والله سبحانه أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(ويكره اكل الجلالة ، وهى التى اكثر اكلها العذرة من ناقة او بقرة او شاة او ديك أو دجاجة ، لمـا روى ابن عباس رضى الله عنهما ((ان النبى ﷺ نهى عن ألبان الجلالة)) ولا يحرم أكلها لأنه ليس فيه أكثر من تغير لحمها وهذا لا يوجب التحريم ، فإن أطعم الجلالة طعاما طاهرا وطـاب لحمها لم يكره ، لمـا روى عن ابن عمر رضى الله عنهما قال : (تعلف الجلالة علفا طاهرا إن كانت ناقة أربعين يوما ، وإن كانت شاة سبعة أيام ، وإن كانت دجاجة فثلاثة أيام) •

(الشرح) حـديث ابن عبـاس صحيح رواه أبو داود والترمذى والنسائى بأسانيد صحيحة ، قال الترمذى : هو حديث حسن صحيح ، قال أصحابنا : الجلالة هى التى تأكل العذرة والنجاسـات ، وتكون من الإبل والبقر والغنم والدجاج ، وقيل : إن كان أكثر أكلها النجاسة فهى جلالة ، وإن كان الطاهر أكثر فلا ، والصحيح الذى عليـه الجمهور أنه لا اعتبار بالكثرة ، وإنما الاعتبار بالرائحة والنتن فإن وجد فى عرفهـا وغيره ريح النجاسة فجلالة ، وإلا فلا ، وإذا تغير لحم الجلالة فهو مكروه بلا خلاف ، وهل هى كراهة تنزيه أو تحريم فيه وجهان مشهوران فى طريقة الخراسانيين (أصحهما) عند الجمهور وبه قطع المصنف وجمهور العراقيين وصححه الرويانى وغيره من المعتمدين ، أنه كراهة تنزيه قال الرافعى : صححه الأكثرون (والثـانى) كراهة تحريم قاله أبو إسـحاق المروزى والقفال وصححه الإمام والغزالى والبغوى ، وقيل : هذا الخلاف فيمـا إذا وجدت رائحة النجاسة بتمامها أو قربت الرائحة من الرائحة فإن قلت الرائحة الموجودة لم تضر قطعا •

قال أصحابنا : ولو حبست بعد ظهور النتن وعلفت شيئا طاهرا فزالت

الرائحة ثم ذبحت ، فلا كراهة فيها قطعا ، قال أصحابنا : وليس للقدر الذى تعلفه من حد ولا لزمانه من ضبط ، وإنما الاعتبار بما يعلم فى العادة أو يظن أن رائحة النجاسة تزول به ، ولو لم تعلف لم يزل المنع بغسل اللحم بعد الذبح ولا بالطبخ وإن زالت الرائحة به ، ولو زالت بمرور الزمان ، قال البغوى : لا يزول المنع ، وقال غيره : يزول قال أصحابنا : وكما منع لحمها يمنع لبنها وبيضها ، للحديث الصحيح فى لبنها ، قال أصحابنا : ويكره الركوب عليها إذا لم يكن بينها وبين الراكب حائل ، قال الصيدلانى وغيره : إذا حرمنا لحمها فهو نجس ،[1] ويطهر جلدها بالدباغ ، وهذا يقتضى نجاسة الجلد أيضا ، قال الرافعى : وهو نجس إن ظهرت الرائحة فيه ، وكذا إن لم تظهر على أصح الوجهين كاللحم ، قال أصحابنا : وظهور النتن ــ وإن حرمنا اللحم ونجسناه ــ فلا نجعله موجبا لنجاسة الحيوان فى حياته ، فإنا لو نجسناه صار كالكلب لا يطهر جلده بالدباغ ، بل إذا حكمنا بتحريم اللحم كان الحيوان كما لا يؤكل لحمه ، فلا يطهر جلده . ويطهر بالدباغ ، والله أعلم .

(فرع) السخلة المرباة بلبن الكلبة لها حكم الجلالة المعتبرة ، ففيها وجهان (أصحهما) يحل أكلها (والثانى) لا يحل ، وسبق بيانهما فى أول هذا الباب ، قال أصحابنا : ولا يحرم الزرع المزبل ، وإن كثر الزبل فى أصله ، لا ما يسقى من الثمار والزروع ماء نجسا ، وقد سبق فى باب إزالة النجاسة بيان هذا مع نظائره .

(فرع) لو عجن دقيق بماء نجس وخبزه فهو نجس يحرم أكله ويجوز أن يطعمه لشاة أو بعير أو بقرة ونحوها ، نص عليه الشافعى رحمه الله ، ونقله عن نصه البيهقى فى كتاب السنن الكبير فى باب نجاسة

---

(١) هكذا وردت فى جميع الاصول والصواب (ولا يطهر جلدها بالدباغ) وذلك لقاعدة ان ما يحرم لحمه ويكون نجس العين فانه لا يطهر بالدباغ ما عدا الميتة لمأكول اللحم ، والله تعالى أعلم . (ط)

المـاء الدائم ، واستدل البيهقى بالحديث المشهور وفى فتاوى صـاحب الشامل أنه يكره إطعام الحيوان المـأكول نجاسة ، وهذا لا يخالف نص الشافعى فى الطعام ، لأنه ليس بنجس العين ، ومراد صاحب الشامل نجس العين ، ولا يجوز إطعام الطعام المعجون بماء نجس لصعلوك وسـائل وغيرهما من الآدميين بلا خلاف لأنه منهى عن أكل المتنجس بخلاف الشاة والبعير ونحوهما ، وقال ابن الصباغ فى الفتاوى : ولا يكره أكل البيض المصلوق بماء نجس كما لا يكره الوضوء بماء سخن بالنجاسة ، والله أعلم .

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى الجلالة .

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه إذا تغير لحمهـا كرهت كراهة تنزيه على الأصح ، ولا تحرم ، سواء لحمها ولبنها وبيضها ، وبه قال الحسن البصرى ومالك وداود ، وكذا لا يحرم ما سقى من الثمار والزروع ماء نجسا . وقال أحمد : يحرم لحم الجلالة ولبنها حتى تحبس وتعلف أربعين يوما ، قال : ويحرم الثمار والزروع والبقول المسقية ماء نجسا والله أعلم .

واحتج أصحابنا لعدم التحريم أن ما تأكله الدابة من الطـاهرات يتنجس إذا حصل فى كرشها ، ولا يكون غذاؤها إلا بالنجاسة ، ولا يؤثر ذلك فى إباحة لحمها ولبنها وبيضها ، ولأن النجاسة التى تأكلهـا تنزل فى مجارى الطعام ولا تخالط اللحم ، وإنما ينتشى اللحم بها ، وذلك لا يوجب التحريم والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(واما حيوان البحر فإنه يحل منه السمك ، لمـا روى عن ابن عمر رضى الله عنهما انه قال : (احلت لنا ميتتان ودمان فاما الميتتان فالحوت [1] والجراد واما الدمان فالكبد والطحال) ولا يحل أكل الضفدع ، لمـا روى عن النبى ﷺ (نهى عن قتل الضفدع) ولو حل اكله لم ينه عن قتله ، وفيما

---

(١) فى بعض النسخ (فالسمك) . (ط)

سوى ذلك وجهـان (احدهما) يحل لمـا روى ابو هريرة رضى الله عنه ان النبى ﷺ قال فى البحر : (اغتسلوا منه وتوضأوا به فإنه الطهور ماؤه الحل ميتته) ولأنه حيوان لا يعيش إلا فى المـاء فحل أكله كالسمك (والثانى) [ان] ما أكل مثله فى البر حل أكله ، وما لا يؤكل مثله فى البر لم يحل اكله اعتبارا بمثـله) .

(الشرح) أما الأثر عن ابن عمر فصحيح سبق بيانه قريبا فى فرع مذاهب العلماء فى أكل الجراد (وأما) حديث النهى عن قتل الضفدع فرواه أبو داود بإسناد حسن والنسائى بإسناد صحيح من رواية عبد الرحمن بن عثمان بن عبيد الله التيمى الصحابى وهو ابن أخى طلحة بن عبيد الله . قال : « سأل طبيب النبى ﷺ عن ضفدع يجعلها فى دواء فنهاه عن قتلها » (وأما) حديث أبى هريرة رضى الله عنه فى البحر فصحيح ولفظه : (سئل النبى ﷺ عن الوضوء بماء البحر فقال : هو الطهور ماؤه الحل ميتته) وقد سبق بيانه واضحا فى أول كتاب الطهـارة والطحال ــ بكسر الطـاء ــ ــ والضفدع ــ بكسر الضاد وبكسر الدال وفتحها ــ لغتان مشهورتان الكسر أفصح عند أهل اللغة ، وأنكر جماعة منهم الفتح (قوله) حيوان لا يعيش إلا فى المـاء احتراز من السباع ونحوها .

(أما الأحكام) فقال أصـحابنا : الحيوان الذى لا يهلكه المـاء ضربان (أحدهما) ما يعيش فى المـاء ، وإذا خرج منه كان عيشه عيش المذبوح ، كالسمك بأنواعه فهو حلال ، ولا حاجة إلى ذبحه بلا خلاف ، بل يحل مطلقا سواء مات بسبب ظاهر كضغطة أو صدمة حجر أو انحسار ماء أو ضرب من الصياد أو غيره . أو مات حتف أنفه سواء طفا على وجه المـاء أم لا ، وكله حلال بلا خلاف عندنا ، وأما ما ليس على صـورة السموك المشهورة ففيه ثلاثة أوجه مشهورة ذكرها المصنف فى التنبيه وقال القاضى أبو الطيب وغيره : فيه ثلاثة أقوال (أصحها) عند الأصحاب يحل

الجميع وهو المنصوص للشافعي في الأم ومختصر المزني ، واختلاف العراقيين لأن الصحيح أن اسم السمك يقع على جميعها ، وقد قال الله تعالى : (أحل لكم صيد البحر وطعامه) قال ابن عباس وغيره : صيده ما صيد ، وطعامه ما قذف ، ولقوله ﷺ في الحديث الصحيح (هو الطهور ماؤه الحل ميتته) .

(والوجه الثاني) يحرم وهو مذهب أبي حنيفة (الثالث) ما يؤكل نظيره في البر كالبقر والشاة وغيرهما فحلال ، وما لا يؤكل كخنزير الماء وكلبه فحرام فعلى هذا ما لا نظير له حلال لما ذكرناه في دليل الأصح وعلى هذا الثالث لا يحل ما أشبه الحمار ، وإن كان في البر حمار الوحش المأكول ، صرح به ابن الصباغ والبغوي وغيرهما .

وقال أصحابنا : وإذا أبحنا الجميع فهل تشترط الذكاة أم تحل ميتته ؟ فيه وجهان حكاهما البغوي وغيره ، ويقال قولان (أصحهما) يحل ميتته (الضرب الثاني) ما يعيش في الماء وفي البر أيضا فمنه طير الماء كالبط والأوز ونحوهما ، وهو حلال كما سبق ، ولا يحل ميتته بلا خلاف بل تشترط ذكاته ، وعد الشيخ أبو حامد وإمام الحرمين من هذا الضرب الضفدع والسرطان وهما محرمان على المذهب الصحيح المنصوص ، وبه قطع الجمهور وفيهما قول ضعيف أنها حلال ، وحكاه البغوي في السرطان عن الحليمي ، وذوات السموم كالحية وغيرها حرام بلا خلاف .

(وأما) التمساح فحرام على الصحيح المشهور وبه قطع المصنف في التنبيه والأكثرون ، وفيه وجه (وأما) السلحفاة فحرام على أصح الوجهين قال الرافعي : واستثنى جماعة الضفدع من الحيوان الذي لا يعيش إلا في الماء ، تفريعا على الصحيح وهو حل الجميع ، وكذا استثنوا الحيات والعقارب ، قال : ومقتضى هذا الاستثناء أنها لا تعيش إلا في الماء ، قال : ويمكن أن يكون نوع منها كذا ونوع كذا ، قال : واستثنى القاضي

أبو الطيب النسناس أيضا فجعله حراما ، ووافقه الشيخ أبو حامد ، وخالفهما الروياني وغيره فأباحوه (قلت) الصحيح المعتمد أن جميع ما في البحر تحل ميتته إلا الضفدع ، ويحمل ما ذكره الأصحاب أو بعضهم من السلحفاة والحية والنسناس على ما يكون في ماء غير البحر ، والله تعالى أعلم .

(**فرع**) قال الرافعي : أطلق مطلقون القول بحل طير الماء وكلها حلال إلا اللقلق ففيه خلاف سبق قال وقال الصيمري : لا يؤكل طير الماء الأبيض لخبث لحمه والله أعلم .

(**فرع**) قد ذكرنا أن الصحيح من مذهبنا حل جميع ميتات البحر إلا الضفدع ، وحكاه العبدري عن أبي بكر الصديق وعمر وعثمان وابن عباس رضي الله عنهم قال : وقال مالك : يحل الجميع سواء الضفدع وغيره ، وقال أبو حنيفة : لا يحل غير السمك .

(**فرع**) السمك الطافي حلال وهو الذي مات حتف أنفه ، فيحل عندنا كل ميتات البحر غير الضفدع ، سواء ما مات بسبب وغيره ، وبه قال مالك وأحمد وأبو داود وحكاه الخطابي عن أبي بكر الصديق وأبي أيوب الأنصاري وعطاء بن أبي رباح ومكحول والنخعي وأبي ثور رضي الله عنهم وقال أبو حنيفة : إن مات بسبب كضرب وانحسار الماء عنه حل . وإن مات بلا سبب حرم . وإن مات بسبب حر الماء أو برده ففيه روايتان عنه ، والمسئلة مشهورة في كتب المذهب ، والخلاف بمسئلة السمك الطافي ، وممن قال بمنع السمك الطافي ابن عباس وجابر بن عبد الله وجابر ابن زيد وطاوس . واحتج لهم بحديث جابر قال : قال رسول الله ﷺ : (ما ألقاه البحر أو جزر عنه فكلوه ، وما مات فيه فطفا فلا تأكلوه) رواه أبو داود .

واحتج أصحابنا بقول الله تعالى : (أحل لكم صيد البحر وطعامه) قال ابن عباس وغيره : صيده ما صدتموه ، وطعامه ما قذف ، وبعموم قوله ﷺ (هو الطهور ماؤه الحل ميتته) وهو حديث صحيح كما سبق بيانه ، وبحديث جابر بن عبد الله قال : (بعثنى النبى ﷺ فى ثلاثمائة راكب وأميرنا أبو عبيدة بن الجراح يطلب خبر قريش ، فأقمنا على الساحل حتى فنى زادنا ، فأكلنا الخبط ، ثم إن البحر ألقى إلينا دابة يقال لها العنبر ، فأكلنا منه نصف شهر حتى صلحت أجسامنا) رواه البخارى ومسلم ، وعن ابن عمر قال (غزونا فجعنا حتى إن الجيش ليقسم التمرة والتمرتين ، فبينا نحن على شط البحر إذا رمى البحر بحوت ميت ، فاقتطع الناس منه ما شاءوا من لحم وشحم وهو مثل الطرب ، فبلغنى أن الناس لما قدموا على رسول الله ﷺ أخبروه فقال لهم : أمعكم منه شيء ؟) رواه البيهقى بإسناد صحيح .

وعن ابن عباس قال : (أشهد على أبى بكر رضى الله عنه أنه قال : السمكة الطافية فيه حلال لمن أراد أكلها) رواه البيهقى بإسناد صحيح وروى البيهقى بإسناده عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن على بن أبى طالب قالا : (الجراد والنون[1] زكى كله) وعن أبى أيوب وأبى صرمة الأنصاريين (أنهما أكلا السمك الطافى) وعن ابن عباس قال : (لا بأس بالسمك الطافى) وعن أبى هريرة وزيد بن ثابت (أنهما كانا لا يريان بأكل ما لفظ البحر بأسا) وعن عبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو بن العاص مثله ، روى البيهقى هذا كله بأسانيده المتصلة .

(وأما) الجواب عن حديث جابر الذى احتج به الأولون فهو أنه حديث ضعيف باتفاق الحفاظ ، لا يجوز الاحتجاج به لو لم يعارضه شيء

---

(١) النون : الحوت .

فكيف وهو معارض بما ذكرناه من دلائل الكتاب والسنة ؟ وأقاويل الصحابة رضى الله عنهم المنتشرة ؟ وهذا الحديث من رواية يحيى بن سليم الطائفى عن إسماعيل بن أمية عن أبى الزبير عن جابر ، قال البيهقى : يحيى بن سليم الطائفى كثير الوهم سيىء الحفظ ، قال : وقد رواه غيره عن إسماعيل بن أمية موقوفا على جابر ، قال : وقال الترمذى : سألت البخارى عن هذا الحديث فقال ليس هو بمحفوظ ، قال : ويروى عن جابر خلافه ، قال : ولا أعرف لأثر ابن أمية عن أبى الزبير شيئا ، قال البيهقى : وقد رواه أيضا يحيى بن أبى أنيسة عن أبى الزبير مرفوعا ، ويحيى بن أبى أنيسة متروك لا يحتج به ، قال ورواه عبد العزيز بن عبيد الله عن وهب ابن كيسان عن جابر مرفوعا وعبد العزيز ضعيف لا يحتج به ، قال : ورواه بقية بن الوليد عن الأوزاعى عن أبى الزبير عن جابر مرفوعا ، ولا يحتج بما ينفرد به بقية فكيف بما يخالف قال : وقول الجماعة من الصحابة على خلاف قول جابر مع ما رويناه عن النبى ﷺ أنه قال فى البحر (هو الطهور ماؤه الحل ميتته) والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما غير الحيوان فضربان طاهر ونجس (فاما) النجس فلا يؤكل لقوله تعالى : (ويحرم عليهم الخبائث)[1] والنجس خبيث ، وروى ان النبى ﷺ قال فى الفارة تقع فى السمن (إن كان جامدا فالقوها وما حولها ، وإن كان مائعا فاريقوه) فلو حل اكله لم يامر بإراقته (واما) الطاهر فضربان (ضرب) يضر (وضرب) لا يضر ، فما يضر لا يحل اكله كالسم والزجاج والتراب والحجر ، والدليل عليه قوله تعالى : (ولا تقتلوا[2] انفسكم) وقوله تعالى : (ولا تلقوا بايديكم إلى التهلكة)[3] واكل هذه الأشياء تهلكة ، فوجب ان لا يحل ، وما لا يضر يحل اكله كالفواكه والحبوب ، والدليل عليه قوله تعالى : (قل من حرم زينة الله التى اخرج لعباده والطيبات من الرزق ؟)[4]

---

(١) من الآية ١٥٧ من سورة الاعراف .
(٢) من الآية ٢٩ من سورة النساء .
(٣) من الآية ١٩٥ من سورة البقرة .
(٤) الآية ٣٢ من سورة الاعراف .

(**الشرح**) أما حديث فأرة السمن فبعضه فى الصحيح وبعضه فى غيره فعن ابن عباس عن ميمونة (أن رسول الله ﷺ سئل عن فأرة سقطت فى سمن فماتت ، فقال النبى ﷺ خذوها وما حولها وكلوا سمنكم) رواه البخارى وفى رواية له (ألقوها وما حولها وكلوه) وعن أبى هريرة قال : **قال** رسول الله ﷺ : (إذا وقعت الفأرة فى السمن فإن كان جامدا فألقوها وما حولها وإن كان مائعا فلا تقربوه) رواه أبو داود بإسناد صحيح ولم يضعفه وذكره الترمذى بإسناد أبى داود ثم قال : وهذا حديث غير محفوظ ، قال سمعت البخارى يقول هو خطأ ، قال : والصحيح حديث ابن عباس عن ميمونة وذكره البيهقى من رواية أبى داود ولم يضعفه ، فهو وأبو داود متفقان على السكوت عليه ، مع صحة إسناده ، قال الخطابى وروى فى بعض الأخبار (وإن كان مائعا فأريقوه) •

(وأما) السم والزجاج ففيهما ثلاث لغات ــ فتح السين والزاى وضمهما وكسرهما والفصيح فتح السين وضم الزاى •

(**اما الأحكام**) ففيها مسائل :

(إحداها) قال أصحابنا يحرم أكل نجس العين ، كالميتة ولبن الأتان والبول وغير ذلك ، وكذا يحرم أكل المتنجس كاللبن والخل والدبس والطبيخ والدهن وغيرها إذا تنجست ، وهذا لا خلاف فيه ، وقد سبق فى باب إزالة النجاسة وجه ضعيف أن الدهن يطهر بالغسل ، فعلى هذا الوجه إذا غسل طهر وحل أكله ودليل المسألة ما ذكره المصنف •

واعلم أنه يستثنى من قولهم : لا يحل أكل شىء نجس مسألة وهى الدود المتولد من الفواكه والجبن والخل والباقلا ونحوها ، فإنه إذا مات فيما تولد منه نجس بالموت على المذهب ، وفى حل أكل هذا الدود ثلاثة أوجه (أصحها) يحل أكله مع ما تولد منه لا منفردا (والثانى) يحل مطلقا

(والثالث) يحرم مطلقا ، فعلى الصحيح يكون نجسا لا ضرر فى أكله ، ويحل أكله معه ، فيحتاج إلى استثنائه والله سبحانه أعلم • ولو تنجس فمه حرم عليه الأكل والشرب قبل غسله ، لأن ما يصل إليه ينجس فيكون آكل نجاسة ، وينبغى أن يبالغ فى غسله ، وقد سبقت هذه المسألة فى آخر باب إزالة النجاسة •

(الثانية) لا يحل أكل ما فيه ضرر من الطاهرات كالسم القاتل والزجاج والتراب الذى يؤذى البدن ، وهذا هو الذى يأكله بعض النساء وبعض السفهاء ، وكذلك الحجر الذى يضر أكله ، وما أشبه ذلك ، ودليله فى الكتاب ، قال إبراهيم المروذى : وردت أخبار فى النهى عن أكل الطين ، ولم يثبت شىء منها ، قال : وينبغى أن نحكم بالتحريم إن ظهرت المضرة فيه ، وقد جزم المصنف وآخرون بتحريم أكل التراب ، وجزم به القاضى حسين فى باب الربا ، قال أصحابنا : ويجوز شرب دواء فيه قليل سم إذا كان الغالب منه السلامة واحتيج إليه ، قال إمام الحرمين : ولو تصور شخص لا يضره أكل السموم الطاهرة لم يحرم عليه إذ لا ضرر ، قال الرويانى : والنبات الذى يسكر وليس فيه شدة مطربة يحرم أكله ، ولا حد على آكله • قال : ويجوز استعماله فى الدواء ، وإن أفضى إلى السكر ما لم يكن منه بد ، قال : وما يسكر مع غيره ولا يسكر بنفسه إن لم ينتفع به فى دواء وغيره فهو حرام ، وإن كان ينتفع به فى التداوى حل التداوى به والله أعلم •

(الثالثة) كل طاهر لا ضرر فيه فهو حلال إلا ثلاثة أنواع ، وذلك كالخبز والماء واللبن والفواكه والحبوب واللحوم الطاهرة وغير ذلك ، لما ذكره المصنف والإجماع (وأما) الأنواع الثلاثة المستثناة (فأحدها) المستقذرات كالمخاط والمنى ونحوهما وهى محرمة على الصحيح المشهور ، وفيه وجه ضعيف حكاه إمام الحرمين وغيره أنها حلال ، وممن قال به فى

المنى أبو زيد المروذى وحكم العرق حكم المنى والمخاط ، وقد جزم الشيخ أبو حامد فى تعليقه عقب كتاب السلم فى مسألة بيع لبن الآدميات بأنه يحرم شرب العرق (الثانى) الحيوان الصغير كصغار العصافير ونحوها يحرم ابتلاعه حيا بلا خلاف ، لأنه لا يحل إلا بزكاة ، هذا فى غير السمك والجراد (أما) السمك والجراد فيحل ابتلاعهما فى الحياة على أصح الوجهين (الثالث) جلد الميتة المدبوغ فى أكله ثلاثة أقوال أو أوجه سبقت فى باب الآنية (أصحها) أنه حرام (والثانى) حلال (والثالث) إن كان جلد حيوان مأكول فحلال وإلا فلا • وهذه الثلاثة ترد على المصنف حيث لم يستثنها والله سبحانه أعلم •

(**فرع**) قال الخطابى : اختلف العلماء فى الزيت إذا وقعت فيه نجاسة ، فقال جماعة من أصحاب الحديث : لا يجوز الانتفاع به بوجه من الوجوه لقوله ﷺ (فلا تقربوه) وقال أبو حنيفة : هو نجس لا يجوز أكله ولا شربه ، ويجوز الاستصباح به وبيعه • وقال الشافعى : لا يجوز أكله لا بيعه ، ويجوز الاستصباح به • وقال داود : إن كان هذا سمناً لم يجز بيعه ولا أكله وشربه ، وإن كان زيتا لم يحرم أكله ولا بيعه ، وزعم أن الحديث مختص بالسمن ، وهو لا يقاس والله أعلم • هذا كلام الخطابى ، وقد سبق فى باب ما يكره لبسه ، وأن المذهب الصحيح جواز الاستصباح بالدهن النجس والمتنجس ، سواء ودك [1] الميتة وغيره ، وسبقت هناك مذاهب العلماء فى الانتفاع بالنجاسات ، والله أعلم •

(**فرع**) وقعت فأرة ميتة أو غيرها من النجاسات فى سمن أو زيت أو دبس أو عجين أو طبيخ أو غير ذلك ، قال أصحابنا : حكمه ما فى الحديث الذى ذكره المصنف أنه إن كان مائعا نجسته ، وإن كان جامدا ألقيت النجاسة وما حولها ، وبقى الباقى طاهرا ، قالوا : وضابط الجامد

---

(١) الودك : الدسم .

أنه إذا أخذت منه قطعة لم يراد إلى موضعها منه على القرب ما يملؤها فإن تراد فمائع ، وقد سبقت هذه المسألة فى باب إزالة النجاسة فى مسألة ولوغ الكلب والله أعلم •

(فـرع) قال العبدرى : لو نصب قدرا على النار وفيها لحم فوقع فيها طائر فمات ، فأخرج الطائر ، صار ما فى القدر نجسا فيراق المرق ولا يجوز أكل اللحم إلا بعد غسله • هذا مذهبنا ، وبه قال ابن عباس وعن مالك روايتان (إحداهما) كمذهبنا (وأصحهما) عنه أنه يراق المرق ويرمى اللحم فلا يؤكل ، والله أعلم •

(فـرع) قال الغزالى فى إحياء علوم الدين ، فى أول كتاب الحلال والحرام : لو وقعت ذبابة أو نحلة فى قدر طبيخ وتهرأت أجزاؤها فيه ، لم يحرم أكل ذلك الطبيخ ، لأن تحريم أكل الذباب والنمل ونحوه إنما كان للاستقذار ، ولا يعد هذا مستقذرا قال : ولو وقع فيه جزء من لحم آدمى ميت لم يحل أكل شىء من ذلك الطبيخ ، حتى لو كان لحم الآدمى وزن دانق حرام الطبيخ ، لا لنجاسته ، فإن الآدمى الميت طاهر على الصحيح ، ولكن لأن أكل الآدمى حرام لحرمته لا لاستقذاره ، بخلاف الذباب ، هذا كلام الغزالى ، والمختار الصحيح أنه لا يحرم الطبيخ فى مسألة لحم الآدمى ، لأنه صار مستهلكا فهو كالبول وغيره إذا وقع فى قلتين من الماء فإنه يجوز استعمال جميعه ما لم يتغير ، لأن البول صار باستهلاكه كالمعدوم والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

ومن اضطر إلى اكل الميتة او لحم الخنزير فله ان ياكل منه ما يسد به الرمق ، لقوله تعالى : (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه) [1] وهل

---

(١) من الآية ٣ من سورة المائدة .

يجب اكله ؟ فيه وجهان (احدهما) يجب لقوله تعالى : (ولا تقتلوا انفسكم)[1] (والثانى) لا يجب ، وهو قول أبى إسحق لان له غرضا فى تركه ، وهو ان يجتنب ما حرم عليه ، وهل يجوز أن يشبع منه ؟ فيه قولان (احدهما) لا يجوز وهو اختيار المزنى ، لانه بعد سد الرمق غير مضطر ، فلا يجوز له اكل الميتة ، كما لو أراد ان يبتدىء بالاكل وهو غير مضطر (والثانى) يحل ، لأن كل طعام جاز ان ياكل منه قدر سد الرمق جاز له ان يشبع منه ، كالطعام الحلال . وإن اضطر إلى طعام غيره وصاحبه غير مضطر إليه وجب عليه بذله ، لأن الامتناع من بذله إعانة على قتله ، وقد قال النبى ﷺ : (من أعان على قتل امرىء مسلم ولو بشطر كلمة جاء يوم القيامة مكتوبا بين عينيه آيس من رحمة الله) وإن طلب منه ثمن المثل لزمه ان يشتريه منه ، ولا يجوز ان ياكل الميتة لانه غير مضطر ، فإن طلب اكثر من ثمن المثل أو امتنع من بذله فله ان يقاتله عليه ، فإن لم يقدر على مقاتلته فاشترى منه بأكثر من ثمن المثل ففيه وجهان (احدهما) يلزمه لانه ثمن فى بيع صحيح (والثانى) لا يلزمه إلا ثمن المثل كالمكره على شرائه فلم يلزمه أكثر من ثمن المثل ، وإن وجد الميتة وطعام الغير وصاحبه غائب ففيه وجهان (احدهما) انه ياكل الطعام لانه طاهر ، فكان اولى (والثانى) ياكل الميتة ، لأن اكل الميتة ثبت بالنص ، وطعام الغير ثبت بالاجتهاد ، فقدم اكل الميتة عليه ، ولأن المنع من اكل الميتة لحق الله سبحانه وتعالى ، والمنع من طعام الغير لحق الآدمى ، وحقوق الله تعالى مبنية على التسهيل ، وحقوق الآدمى مبنية على التشديد .

وإن وجد ميتة وصيدا وهو محرم ، ففيه طريقان (من) اصحابنا من قال : إذا قلنا : إنه إذا ذبح المحرم الصيد صار ميتة اكل الميتة وترك الصيد ، لانه إذا ذكاه صار ميتة ، ولزمه الجزاء (وإن قلنا) إنه لا يصير ميتة أكل الصيد لأنه طاهر ، ولأن تحريمه أخف لانه يحرم عليه وحده ، والميتة محرمة عليه وعلى غيره (ومن) اصحابنا من قال : إن قلنا إنه يصير ميتة اكل الميتة ، وإن قلنا إنه لا يكون ميتة ففيه قولان (احدهما) يذبح الصيد وياكله ، لانه طاهر ولأن تحريمه اخف على ما ذكرناه (والثانى) انه ياكل الميتة لانه منصوص عليها ، والصيد مجتهد فيه ، وإن اضطر ووجد آدميا ميتا جاز له اكله ، لأن حرمة الحى آكد من حرمة الميت ، وإن وجد مرتدا او من وجب قتله فى الزنا جاز له ان ياكله ، لأن قتله مستحق ، وإن اضطر ولم يجد شيئا فهل يجوز له ان يقطع شيئا من بدنه وياكله ؟ فيه وجهان (قال)

---

(١) من الآية ٢٩ من سورة النساء .

ابو إسحاق : يجوز لانه إحياء نفس بعضو فجاز ، كما يجوز ان يقطع عضوا إذا وقعت فيه الآكلة لإحياء نفسه ، ومن اصحابنا من قال : لا يجوز ، لانه إذا قطع عضوا منه كان المخافة عليه أكثر ، وإن اضطر إلى شرب الخمر او البول شرب البول ، لأن تحريم الخمر ، اغلظ ولهذا يتعلق به الحد فكان البول أولى . وإن اضطر إلى شرب الخمر وحدها ففيه ثلاثة اوجه (احدها) انه لا يجوز ان يشرب ، لما روت ام سلمة رضى الله عنها ان النبى ﷺ قال : (إن الله سبحانه وتعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم) (والثانى) يجوز ، لانه يدفع به الضرر عن نفسه فصار كما لو اكره على شربها (والثالث) انه إن اضطر إلى شربها للعطش لم يجز ، لانها تزيد فى الإلهاب والعطش وإن اضطر إليها للتداوى جاز) .

(**الشرح**) حديث (من أعان على قتل مسلم بشطر كلمة) رواه [1]

وأما حديث أم سلمة فرواه أبو يعلى الموصلى فى مسنده بإسناد صحيح إلا رجلا واحدا فإنه مستور ، والأصح جواز الاحتجاج برواية المستور ، ورواه البيهقى أيضا[2] (أما) الأحكام ففيها مسائل :

(إحداها) أجمعت الأمة على أن المضطر إذا لم يجد طاهرا يجوز له أكل النجاسات كالميتة والدم ولحم الخنزير وما فى معناها ، ودليله فى الكتاب ، وفى وجوب هذا الأكل وجهان ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) يجب ، وبه قطع كثيرون أو الأكثرون ، وصححه الباقون (والثانى) لا يجب ، بل هو مباح ، فإن أوجبنا الأكل فإنما يجب سد الرمق دون الشبع ، صرح به الدارمى وصاحب البيان وآخرون واتفقوا على أن المضطر إذا وجد طاهرا يملكه لزمه أكله .

(الثانية) فى حد الضرورة قال أصحابنا : لا خلاف أن الجوع القوى

---

(١) بياض بالاصل والسقط (ابن ماجه عن أبى هريرة) ورمز له فى جمع الجوامع الامام السيوطى بأبى داود والبيهقى فى السنن عن أبى هريرة والطبرانى عن ابن عباس وابن عساكر عن ابن عمر والبيهقى عن الزهرى مرسلا .

(٢) ورواه الطبرانى فى الكبير عن ام سلمة والحاكم فى المستصدر والبيهقى عن ابن مسعود موقوفا . (ط)

لا يكفى لتناول الميتة ونحوها ، قالوا : ولا خلاف أنه لا يجب الامتناع إلى الإشراف على الهلاك ، فإن الأكل حينئذ لا ينفع ، ولو انتهى إلى تلك الحال لم يحل له أكلها ، لأنه غير مفيد واتفقوا على جواز الأكل إذا خاف على نفسه لو لم يأكل من جوع أو ضعف على المشى أو عن الركوب وينقطع عن رفقته ويضيع ونحو ذلك ، فلو خاف حدوث مرض مخوف فى جسمه فهو كخوف الموت ، وإن خاف طول المرض فكذلك فى أصح الوجهين ، وقيل : إنهما قولان ، ولو عيل صبره وأجهده الجوع فهل يحل له الميتة ونحوها ؟ أم لا يحل حتى يصل إلى أدنى الرمق ؟ فيه قولان ذكرهما البغوى وغيره (أصحهما) الحل ، قال إمام الحرمين وغيره : ولا يشترط فيما يخافه تيقن وقوعه لو لم يأكل ، بل يكفى غلبة الظن ، قالوا : كما أن المكره على أكل الميتة يباح له أكلها إذا ظن وقوع ما خوف به ، ولا يشترط أن يعلم ذلك ، فإنه لا يطلع على الغيب ، وجملة جهات الظن مستندها الظن والله تعالى أعلم .

(الثالثة) قال أصحابنا : يباح للمضطر أن يأكل من الميتة ما يسد الرمق بلا خلاف ولا يباح له الزيادة على الشبع بلا خلاف ، وفى حل الشبع . قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما ، وذكر إمام الحرمين وغيره أن الأصحاب نقلوا فى المسئلة ثلاثة أقوال :

(أحدها) لا يباح الشبع ، وإنما يباح سد الرمق ، وهو أن يصير إلى حالة لو كان عليها فى الابتداء لما جاز أكل الميتة ، لأن الضرورة تزول بهذا ، والتمادى فى أكل الميتة من غير ضرورة ممتنع .

(والثانى) يباح الشبع ، قال إمام الحرمين : وليس معنى الشبع أن يمتلىء حتى لا يجد للطعام مساغا . ولكن إذا انكسرت سورة الجوع بحيث لا ينطبق عليه اسم جائع أمسك .

(والثالث) إن كان بعيدا من العمران حل الشبع وإلا فلا هكذا أطلق

الخلاف جماهير الأصحاب فى الطريقين ، ونقله إمام الحرمين هكذا عن الأصحاب ثم أنكره عليهم ، وقال : الذى يجب القطع به التفصيل ، وذكر هو والغزالى تفصيلا جاء نقله أنه إن كان فى بادية وخاف إن ترك الشبع أن لا يقطعها ويهلك ، وجب القطع بأنه يشبع ، وإن كان فى بلد وتوقع طعاما طاهرا قبل عودة الضرورة وجب القطع بالاقتصار على سد الرمق ، وإن كان لا يظهر حصول طعام طاهر وأمكن الحاجة إلى العود إلى أكل الميتة مرة بعد أخرى ــ إن لم يجد الطاهر ــ فهذا محل الخلاف •

وهذا التفصيل الذى ذكره الإمام والغزالى تفصيل حسن ، وهو الراجح واختلف الأصحاب فى الراجح من الخلاف فرجح أبو على الطبرى فى الإفصاح والرويانى وغيرهما حل الشبع ، ورجح القفال وكثيرون وجوب الاقتصار على سد الرمق وتحريم الشبع ، وهذا هو الصحيح والله سبحانه أعلم •

(الرابعة) قال أصحابنا : يجوز له التزود من الميتة إن لم يرج الوصول إلى طاهر فان رجاه فوجهان (أحدهما) لا يجوز وبه قطع البغوى وغيره (وأصحهما) يجوز وبه قطع القفال وغيره ، وزاد القفال فقال : يجوز حمل الميتة من غير ضرورة ، ما لم يتلوث بها •

(الخامسة) إذا جوزنا الشبع فأكل ما سد رمقه ثم وجد لقمة حلالا لم يجز أن يأكل من الميتة حتى يأكل تلك اللقمة فإذا أكلها هل له إتمام الأكل من الميتة إلى الشبع ؟ فيه وجهان حكاهما البغوى عن شيخه القاضى حسين (أصحهما) له ذلك لأنه كان مباحا (والثانى) لا لأنه بوجود اللقمة عاد إلى المنع فيحتاج إلى عود الضرورة •

(فرع) لو لم يجد المضطر إلا طعام غيره وهو غائب أو ممتنع من البذل فله الأكل منه بلا خلاف ، وهل له الشبع ؟ أم يلزمه الاقتصار على

سد الرمق ؟ فيه طرق (أصحها) طرد الخلاف كالميتة (والثانى) يباح الشبع قطعا (والثالث) يحرم قطعا ، بل يقتصر على سد الرمق .

(السادسة) فى بيان جنس المباح ، قال أصحابنا : المحرم الذى يحتاج المضطر إلى تناوله ضربان مسكر وغيره (أما) المسكر فسنذكره إن شاء الله تعالى بعد انقضاء هذه المسائل ، حيث ذكره المصنف بعد هذا (وأما) غير المسكر فيباح جميعه ما لم يكن فيه إتلاف معصوم فيجوز للمضطر أكل الميتة والدم ولحم الخنزير وشرب البول وغير ذلك من النجاسات ، ويجوز له قتل الحربى والمرتد وأكلهما بلا خلاف (وأما) الزانى المحصن والمحارب وتارك الصلاة ففيهم وجهان (أصحهما) وبه قطع إمام الحرمين والمصنف والجمهور : يجوز قال الإمام : لأنا إنما منعنا من قتل هؤلاء تفويضا إلى السلطان لئلا يفتات عليه ، وهذا العذر لا يوجب التحريم عند تحقق ضرورة المضطر (وأما) إذا وجد المضطر من له عليه قصاص فله قتله قصاصا وأكله سواء حضره السلطان أم لا ، لما ذكرناه فى المسئلة قبلها صرح به البغوى وآخرون .

(وأما) نساء أهل الحرب وصبيانهم ففيهم وجهان (أحدهما) وبه قطع البغوى لا يجوز قتلهم للأكل ، لأن قتلهم حرام فأشبه الذمى (والثانى) وهو الأصح : يجوز ، وبه قال إمام الحرمين والغزالى لأنهم ليسوا معصومين ، وليس المنع من قتلهم لحرمة نفوسهم ، بل لحق الغانمين ، ولهذا لا تجب الكفارة على قاتلهم .

(وأما) الذمى والمعاهد والمستأمن فمعصومون ، فيحرم قتلهم للأكل بلا خلاف ، ولا خلاف أنه لا يجوز لوالد قتل ولده ليأكله ، ولا للسيد قتل عبده ليأكله ، وإن كان لا قصاص عليه فى قتله ، لأنه معصوم (أما) إذا لم يجد المضطر إلا آدميا ميتا معصوما ففيه طريقان (أصحهما وأشهرهما) يجوز ، وبه قطع المصنف والجمهور (والثانى) فيه وجهان

حكاهما البغوى (الصحيح) الجواز ، لأن حرمة الحى آكد (والثانى) لا ، لوجوب صيانته ، وليس بشىء ، وقال الدارمى : إن كان الميت كافرا حل أكله ، وإن كان مسلما فوجهان •

ثم إن الجمهور أطلقوا المسئلة ، قال الشيخ إبراهيم المروذى : لا إذا كان الميت نبيا فلا يجوز الأكل منه بلا خلاف ، لكمال حرمته ومزيته على غير الأنبياء ، قال الماوردى : فإن جوزنا الأكل من الآدمى الميت فلا يجوز أن نأكل منه لا ما يسد الرمق بلا خلاف حفظا للحرمتين ، قال : وليس له طبخه وشيه ، بل يأكله نيئا لأن الضرورة تندفع بذلك وفى طبخه هتك لحرمته ، فلا يجوز الإقدام عليه بخلاف سائر الميتات ، فإن للمضطر أكلها نيئة ومطبوخة ، ولو كان المضطر ذميا ووجد مسلما ففى حل أكله له وجهان حكاهما البغوى ، ولم يرجح واحدا منهما ، والقياس تحريمه لكمال شرف الإسلام ولو وجد ميتة ولحم آدمى أكل الميتة ، ولم يجز أكل الآدمى سواء كانت الميتة خنزيرا أو غيره ، ولو وجد المحرم صيدا ولحم آدمى أكل الصيد لحرمة الآدمى •

(فرع) لو أراد المضطر أن يقطع من نفسه من فخذه أو غيرها ليأكلها ، فان كان الخوف منه كالخوف فى ترك الأكل أو أشد ، حرم القطع بلا خلاف ، وصرح به إمام الحرمين وغيره ، وإلا ففيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) جوازه وهو قول ابن سريج وأبى إسحق المروزى (والثانى) لا يجوز ، اختاره أبو على الطبرى ، وصححه الرافعى فى المحرر ، والصحيح الأول ، وممن صححه الرافعى فى الشرح والنسخ ، وإذا جوزناه فشرطه أن لا يجد شيئا غيره ، فإن وجد حرم القطع بلا خلاف ، ولا يجوز أن يقطع لنفسه من معصوم غيره بلا خلاف ، وليس للغير أن يقطع من إعضائه شيئا ليدفعه إلى المضطر بلا خلاف ، صرح به إمام الحرمين والأصحاب •

(السابعة) إذا وجد المضطر طعاما حلالا طاهرا لغيره فله حالان (أحدهما) أن يكون صاحبه حاضرا (الثانى) أن يكون غائبا ، فإن حضر نظر إن كان المالك مضطرا إليه أيضا فهو أولى به ، وليس للآخر أن يأخذه منه إذا لم يفضل عن حاجته ، إلا أن يكون غير المالك نبيا ، فانه يجب على المالك بذله له ، هكذا قالوه ، والحكم صحيح ، لكن المسألة غير متصورة فى هذه الأزمان ، وتتصور فى زمن نزول عيسى ابن مريم عليه السلام وقد تكون مسئلة علمية ، والله أعلم .

قال أصحابنا : فإن آثر المالك غيره على نفسه فقد أحسن ، قال الله تعالى : (ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة) [1] قالوا : وإنما يجوز أن يؤثر على نفسه مسلما [2] ، فأما الكافر فلا يؤثره حربيا كان أو ذميا وكذا لا يؤثر على نفسه بهيمة والله أعلم .

(أما) إذا لم يكن المالك مضطرا فيلزمه إطعام المضطر ، مسلما كان أو ذميا أو مستأمنا وكذا لو كان يحتاج إليه فى ثانى الحال على أصح الوجهين ، وللمضطر أن يأخذه قهرا ، وله مقاتلة المالك عليه ، فإن أتى القتال على نفس المالك فلا ضمان فيه ، وإن قتل المالك المضطر فى الدفع عن طعام لزمه القصاص ، وإن منعه الطعام فمات جوعا فلا ضمان ، قال الماوردى : ولو قيل يضمن ، لكان مذهبا ، قال أصحابنا : وفى القدر الذى يلزم المالك بذله ، ويجوز للمضطر أخذه قهرا ، والقتال عليه قولان (أصحهما) ما يسد الرمق (والثانى) قدر الشبع بناء على القولين فيما يحل له من الميتة ، وهل يجب على المضطر الأخذ قهرا والقتال ؟ فيه خلاف مرتب على الخلاف فى وجوب أكل الميتة ، وأولى بأن لا يجب

---

(١) من الآية ٩ من سورة الحشر .

(٢) فى أمر التبرع بالكلية او بأجزاء من الجسم أو بالدم لاخيه المسلم لانجائه من الهلاك المحقق على ضوء ومسار هذا البحث والله أعلم .

(والأصح) هنا أنه يجب الأخذ قهرا ولا يجب القتال ، لأنه إذا لم يجب دفع الصائل فهنا أولى •

وخص البغوى الخلاف بما إذا لم يكن عليه خوف فى الأخذ قهرا ، قال فإن خاف لم يجب قطعا ، وحيث أوجبنا على المالك بذله للمضطر ففى الحاوى وجه ضعيف أنه يلزمه بذله مجانا ، ولا يلزم المضطر شىء كما يأكل الميتة بلا شىء والمذهب أنه لا يلزمه البذل إلا بعوض ، وبهذا قطع الجمهور • وفرقوا بينه وبين ما إذا خلص مشرفا على الهلاك بالوقوع فى ماء أو نار فإنه لا يثبت له أجرة المثل بلا خلاف ، بأن هناك يلزمه التخليص ولا يجوز تأخيره إلى تقدير الأجرة ، وهنا بخلافه • وسوى القاضى أبو الطيب الطبرى وغيره بينهما وقالوا : إن احتمل الحال هناك موافقة على أجرة يبذلها أو يلتزمها لم يلزم تخليصه حتى يلتزمها ، كما فى المضطر ، وإن لم يحتمل الحال التأخير فى صورة المضطر فأطعمه لم يلزمه العوض فلا فرق بينهما •

ثم إن بذل المالك طعامه مجانا لزمه قبوله ويأكل منه حتى يشبع ، وإن بذله بالعوض نظر — إن لم يقدر العوض — لزم المضطر بذله ، وهو مثله إن كان مثليا ، وإن كان متقوما لزمه قيمة ماأكل فى ذلك الزمان والمكان، وله أن يأكل حتى يشبع ، وإن قدر له العوض — فإن لم يفرد ما يأكله — فالحكم كذلك ، وإن أفرده كان المقدر ثمن المثل — فالبيع صحيح ، وللمضطر ما فضل عن الآخر ، وإن كان أكثر من ثمن المثل والتزمه ففيما يلزمه أوجه (أصحها) عند القاضى أبى الطيب يلزمه المسمى لأنه التزمه بعقد لازم (وأصحها) عند الرويانى لا يلزمه إلا ثمن المثل فى ذلك الزمان والمكان ، لأنه كالمكره (والثالث) وهو اختيار الماوردى إن كانت الزيادة لا تشق على المضطر ليسار لزمته ، وإلا فلا • قال أصحابنا : وينبغى للمضطر أن يحتال فى أخذه منه ببيع فاسد ليكون الواجب القيمة بلا خلاف قال

الرافعى : وقد يفهم من كلامهم القطع بصحة البيع وأن الخلاف فيما يلزمه ثمنا لكن الوجه جعل الخلاف فى صحة العقد لمعنى ، وأن المضطر هل هو مكره أم لا ؟ وفى تعليق الشيخ أبى حامد ما يبين ذلك وقد صرح به إمام الحرمين وقال : الشراء بالثمن الغالى لضرورة هل تجعله كرها حتى لا يصح الشراء ؟ فيه وجهان (أقيسهما) صحة البيع ، قال : وكذا المصادر من جهة السلطان الظالم إذا باع للضرورة فى المصادرة ودفع الأذى الذى يخافه فيه وجهان (أصحهما) صحة البيع ، لأنه إكراه على نفس البيع ، ومقصود الظالم تحصيل المال من أى جهة كان ، وبهذا قطع الشيخ إبراهيم المروذى، واحتج به لوجه لزوم المسمى فى مسئلة المضطر .

(**فرع**) متى باع المضطر بثمن المثل ومع المضطر مال ، لزمه شراؤه وصرف ما معه من المال إلى الثمن حتى لو كان معه ساتر عورته لزمه صرفه إليه إن لم يخف الهلاك بالبرد ويصلى عاريا ، لأن كشف العورة أخف من أكل الميتة ، ولهذا يجوز أخذ الطعام قهرا ، ولا يجوز أخذ سائر العورة قهرا ، فان لم يكن معه مال لزمه التزامه فى ذمته ، سواء كان له مال فى موضع آخر أم لا ، ويلزم المالك فى هذا الحال البيع نسيئة ، قال أصحابنا : والشراء هنا واجب بلا خلاف ، ولا يجىء فيه الوجه السابق أنه لا يجب الأكل من الميتة بل يجوز ، لأن ذلك القائل يقول لا يجب ، لأن فيه مباشرة النجاسة ، وهذا مقصود فى مسئلة الطعام الطاهر .

(**فرع**) ليس للمضطر الأخذ قهرا إذا بذل المالك بثمن المثل ، فإن طلب أكثر من ثمن المثل فله أن لا يقبل ، ويأخذه قهرا ويقاتله ، فإن اشتراه بالزيادة مع إمكان أخذه قهرا فهو مختار فى الزيادة فيلزمه المسمى بلا خلاف ، والخلاف السابق إنما هو فيمن عجز عن الأخذ قهرا .

(**فرع**) لو أطعمه المالك ولم يصرح بالإباحة فوجهان (الأصح) أنه لا عوض عليه ، ويحمل على الإباحة والمسامحة المعتادة بالطعام (والثانى)

يلزمه العوض ، وهو شبيه بالخلاف فيمن عرف بالعمل بأجرة إذا استعمله إنسان بغير شرط أجرة ، والأصح أنها لا تجب ، ولو اختلفا فقال المالك : أطعمتك بعوض ، فقال المضطر : بل مجانا ، فوجهان حكاهما صاحبا العدة والبيان قولين (أصحهما) يصدق المالك ، لأنه أعرف بدفعه (والثانى) المضطر ، لأن الأصل براءته ، ولو أوجر المالك المضطر قهرا أو أوجره وهو مغمى عليه فهل يستحق القيمة عليه ؟ فيه وجهان (أصحهما) يستحق ، لأنه خلصه من الهلاك ، كمن عفا عن القصاص ، ولما فيه من التحريض على مثل ذلك .

(فرع) كما يجب بذل المال لإبقاء الآدمى المعصوم ، يجب بذله لإبقاء البهيمة المحترمة ، وإن كانت ملكا للغير ، ولا يجب البذل للحربى ولا للمرتد والكلب العقور ، ولو كان لرجل كلب مباح المنفعة جائع وشاة ، لزمه ذبح الشاة لإطعام الكلب ، قال البغوى : وله أن يأكل من لحمها لأنها ذبحت للأكل . قال القاضى حسين : ولو كان معه كلب مضطر ومع غيره شاة ليس مضطرا إليها لزمه بذلها . فان امتنع فلصاحب الكلب قهره ومقاتلته لما سبق ، والله أعلم . (الحال الثانى) أن يكون المالك غائبا فيجوز للمضطر أكل طعامه ويغرم له بدله ، وفى وجوب الأكل والقدر المأكول ما سبق من الخلاف ، وإن كان الطعام لصبى أو مجنون والولى غائب ، فكذلك الحكم ، وإن كان حاضرا فهو فى مالهما ككامل الحال فى ماله ، قال أصحابنا : وهذه إحدى الصور التى يجوز فيها بيع مال الصبى نسيئة والله أعلم .

(المسألة الثامنة) إذا وجد المضطر ميتة وطعام الغير وهو غائب ، فثلاثة أوجه ، وقيل : ثلاثة أقوال (أصحها) يجب أكل الميتة (والثانى) يجب أكل الطعام ، ودليلهما فى الكتاب (والثالث) يتخير بينهما ، وأشار إمام الحرمين إلى أن هذا الخلاف مأخوذ من الخلاف فى اجتماع حق الله تعالى وحق الآدمى ، ولو كان صاحب الطعام حاضرا فان بذله بلا عوض

أو بثمن مثله ، أو بزيادة يتغابن الناس بمثلها ، ومعه ثمنه ، أو رضى بذمته ، لزمه القبول ، ولم يجز أكل الميتة ، فان لم يبعه إلا بزيادة كثيرة ، فالمذهب والذى قطع به العراقيون والطبريون وغيرهم أنه لا يلزمه شراؤه ، لكن يستحب ، وإذا لم يلزمه الشراء فهو كما إذا لم يبذله أصلا ، وإذا لم يبذله لم يقاتله عليه المضطر، إن خاف من المقاتلة على نفسه ، أو خاف إهلاك المالك فى المقاتلة ، بل يعدل إلى الميتة ، وإن كان لا يخاف لضعف المالك وسهولة دفعه فهو على الخلاف المذكور فيما إذا كان غائبا • هذا كله تفريع على المذهب الصحيح ، وقال البغوى : يشتريه بالثمن الغالى ولا يأكل الميتة ، ثم يجىء الخلاف السابق فى أنه يلزمه المسمى ؟ أم ثمن المثل ؟ قال : وإذا لم يبذل أصلا ــ وقلنا : طعام الغير أولى من الميتة ــ يجوز أن يقاتله ويأخذه قهرا ، والله أعلم •

(التاسعة) لو اضطر محرم ولم يجد إلا صيدا فله ذبحه وأكله ، ويلزمه الفدية ، وقد سبقت المسئلة فى كتاب الحج ، وإن وجد صيدا وميتة ، فله طريقان ذكرهما المصنف والأصحاب (أحدهما) أنه مبنى على القولين السابقين فى كتاب الحج أن المحرم إذا ذبح صيدا هل يصير ميتة ؟ فيحرم على جميع الناس ؟ أم لا يكون ميتة فلا يحرم على غيره ؟ (والأصح) أنه يصير ميتة (فإن قلنا) يصير ميتة أكل الميتة وإلا فالصيد (والطريق الثانى) إن قلنا : يصير ميتة أكل الميتة ، وإلا فأيهما يأكل ؟ فيه قولان ، ودليل الجميع فى الكتاب ، ومن الأصحاب من حكى فى المسألة ثلاثة أقوال أو أوجه (أصحها) يلزمه أن يأكل الميتة (والثانى) يلزمه أكل الصيد (والثالث) يتخير ، وحكاه الدارمى عن أبى على ابن أبى هريرة ، والصحيح على الجملة وجوب أكل الميتة •

ولو وجد المحرم لحم صيد مذبوح وميتة ، فان كان ذابحه حلالا ذبحه لنفسه فهذا مضطر وجد ميتة وطعام الغير ، وقد سبق حكمه ، وإن ذبح هذا المحرم قبل إحرامه فهو واجد طعام حلال لنفسه ، فليس مضطرا ،

فإن ذبحه فى الإحرام أو ذبحه محرم آخر ــ وقلنــا : هو حرام على كل أحد ــ فثلاثة أوجه (أصحها) يتخير بينهما (والثانى) يتعين لحم الصيد (والثالث) الميتة ، وقال الدارمى : إن قلنا : إنه ميتة أكل من أيهما شاء ، وغير الصيد أولى ، وإن قلنــا : ليس بميتة فوجهان (أحدهمــا) يأكله (والثانى) يأكل الميتة ، ولو وجد المحرم صيدا وطعام الغير فثلاثة أوجه أو أقوال ، سواء جعلناه ميتة أم لا (أحدها) يتعين الصيد (والثــانى) الطعام (والثالث) يتخير هذا إذا كان مالك الطعام غائبا ، فإن حضر ومنعه تعين الصيد ، وإن بذله تعين الطعام صرح به الدارمى وغيره ، وإن وجد ميتة وصيدا وطعــام الغير ، فسبعة أوجه ، ذكرها إمام الحرمين وغيره (أصحها) يتعين الميتة (والثانى) الصيد (والثالث) الطعام (والرابع) يتخير بين الثلاثة (والخامس) يتخير بين الطعــام والميتة (والسادس) يتخير بين الصيد والميتة (والسابع) بين الصيد والطعام .

(فــرع) إذا لم نجعل ما يذبحه المحرم من الصيد ميتة ، فهل على المضطر قيمة ما أكله منه ؟ فيه وجهان بناء على القولين فى المحرم ، هــل يستقر ملكه على الصيد ؟.

(العاشرة) إذا وجد ميتتان إحداهمــا من جنس المــأكول دون الأخرى ، أو إحداهما طاهرة فى الحياة دون الأخرى ، كشاة وحمار ، أو كلب ، فهل يتخير بينهما ؟ أم تتعين الشاة ؟ فيه وجهان (أصحهما) ترك الكلب والتخيير فى الباقى ، والله أعلم .

(الحادية عشرة) لا يجوز للعاصى بسفره أكل الميتة حتى يتوب . هذا هو الصحيح المشهور ، لقول الله تعالى : (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه)[1] وفيه وجه ضعيف أنهــا تحل له ، وقد سبق بيــان المسألة واضحة فى باب مسح الخف ، وباب صلاة المسافر .

---

(١) من الآية ١٧٣ من سورة البقرة .

(الثانية عشرة) نص الشافعي رحمه الله أن المريض إذا وجد مع غيره طعاما يضره ويزيد في مرضه ، جاز تركه وأكل الميتة ، قال أصحابنا : وكذا لو كان الطعام له ، وعدوا هذا من أنواع الضرورة ، وكذا التداوي بالنجاسات كما سنوضحه إن شاء الله تعالى قريبا •

(فرع) قال الشافعي رحمه الله : وإذا اضطر ووجد من يطعمه ويسقيه فليس له الامتناع إلا في حالة واحدة ، وهي إذا خاف أن يطعمه أو يسقيه مسموما ، فلو تركه وأكل الميتة فله تركه وأكل الميتة ، والله أعلم •

(الثالثة عشرة) إذا اضطر إلى شرب الدم أو البول أو غيرهما من النجاسات المائعة غير المسكر ، جاز له شربه بلا خلاف ، وإن اضطر ــ وهناك خمر وبول ــ لزمه شرب البول ، ولم يجز شرب الخمر بلا خلاف، لما ذكره المصنف •

(وأما) التداوي بالنجاسات غير الخمر فهو جائز سواء فيه جميع النجاسات غير المسكر ، هذا هو المذهب والمنصوص ، وبه قطع الجمهور ، وفيه وجه أنه لا يجوز ، لحديث أم سلمة المذكور في الكتاب (ووجه ثالث) أنه يجوز بأبوال الإبل خاصة لورود النص فيها ، ولا يجوز بغيرها ، حكاهما الرافعي ، وهما شاذان ، والصواب الجواز مطلقا ، لحديث أنس رضي الله عنه « أن نفرا من عرينة وهي قبيلة معروفة ــ بضم العين المهملة وبالنون ــ أتوا رسول الله ﷺ فبايعوه على الإسلام فاستوخموا المدينة ، فسقمت أجسامهم فشكوا ذلك إلى رسول الله ﷺ فقال : ألا تخرجون مع راعينا في إبله فتصيبون من أبوالها وألبانها ؟ قالوا : بلى فخرجوا فشربوا من ألبانها وأبوالها فصحوا ، فقتلوا راعي رسول الله ﷺ واطردوا النعم » رواه البخاري ومسلم من روايات كثيرة ، هذا لفظ إحدى روايات البخاري ، وفي رواية « فأمرهم أن يشربوا أبوالها وألبانها » •

قال أصحابنا : وإنما يجوز التداوى بالنجاسة إذا لم يجد طاهرا يقوم مقامها ، فإن وجده حرمت النجاسات بلا خلاف ، وعليه يحمل حديث : « إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم » فهو حرام عند وجود غيره ، وليس حراما إذا لم يجد غيره . قال أصحابنا : وإنما يجوز ذلك إذا كان المتداوى عارفا بالطب ، يعرف أنه لا يقوم غير هذا مقامه ، أو أخبره بذلك طبيب مسلم عدل ، ويكفى طبيب واحد ، صرح به البغوى وغيره ، فلو قال الطبيب : يتعجل لك به الشفاء ، وإن تركته تأخر ، ففى إباحته وجهان ، حكاهما البغوى ، ولم يرجح واحدا منهما ، وقياس نظيره فى التيمم أن يكون الأصح جوازه .

(أما) الخمر والنبيذ وغيرهما من المسكر فهل يجوز شربها للتداوى أو العطش ؟ فيه أربعة أوجه مشهورة (الصحيح) عند جمهور الأصحاب لا يجوز فيهما (والثانى) يجوز (والثالث) يجوز للتداوى دون العطش والرابع عكسه .

قال الرافعى : الصحيح عند الجمهور لا يجوز لواحد منهما ، ودليله حديث وائل بن حجر رضى الله عنه : « أن طارق بن سويد الجعفى سأل النبى ﷺ عن الخمر فنهاه أو كره أن يصنعها ، فقال : إنما أصنعها للدواء فقال : إنه ليس بدواء ولكنه داء » رواه مسلم فى صحيحه ، واختار إمام الحرمين والغزالى جوازها للعطش دون التداوى والمذهب الأول ، وهو تحريمها لهما ، وممن صححه المحاملى وسأورد دليله قريبا إن شاء الله تعالى ، فإن جوزنا شربها للعطش فإن كان معه خمر وبول لزمه شرب البول وحرم الخمر ، لأن تحريم البول أخف ، قال أصحابنا : فهذا كمن وجد بولا وماء نجسا فانه يشرب الماء النجس ، لأن نجاسته طارئة ، وفى جواز التبخر بالند المعجون بالخمر وجهان بسبب دخانه (أصحهما) جوازه لأنه ليس دخان نفس النجاسة ، والله أعلم .

(فـرع) قد ذكرنا أن المذهب الصحيح تحريم الخمر للتـداوى والعطش ، وأن إمام الحرمين والغزالى اختارا جوازها للعطش ، قال إمام الحرمين : الخمر يسكن العطش فلا يكون استعمالها فى حكم العلاج ، قال : ومن قال : إن الخمر لا يسكن العطش فليس على بصيرة ، ولا يعد قوله مذهبا ، بل هو غلط ووهم بل معاقر الخمر يجتزىء بها عن المـاء ، هذا كلامه ، وليس كما ادعى بل الصواب المشهور عن الشـافعى وعن الأصحاب والأطباء أنها لا تسـكن العطش بل تزيده والمشهور من عادة شربة الخمر أنهم يكثرون شرب المـاء ، وقد نقل الرويانى أن الشافعى رحمه الله نص على المنع من شربها للعطش معللا بأنها تجيع وتعطش ، وقال القاضى أبو الطيب : سألت من يعرف ذلك فقال : الأمر كما قال الشافعى ، أنها تروى فى الحال ثم تثير عطشا عظيما ، وقال القاضى حسين فى تعليقه : قالت الأطباء : الخمر تزيد فى العطش وأهل الشرب يحرصون على المـاء البارد ، فحصل بما ذكرناه أنها لا تنفع فى دفع العطش ، وحصل بالحديث الصحيح السابق فى هذه المسألة أنها لا تنفع فى الدواء فثبت تحريمها مطلقا ، والله تعالى أعلم .

(فـرع) لو غص بلقمة ــ ولم يجد شيئا يسيغها به إلا الخمر ــ فله إساغتها به بلا خلاف ، نص عليه الشافعى ، واتفق عليه الأصـحاب وغيرهم ، بل قالوا : يجب عليه ذلك لأن السلامة من الموت بهذه الإساغة قطعية بخلاف التداوى وشربها للعطش ، قال أهل اللغة : يقال : غص ــ بفتح الغين ــ لا بضمها ــ يغص ــ بفتحها ــ أيضا غصصا ــ بالفتح ــ أيضا فهو غاص وغصان وأغصصته ، والله أعلم .

(فـرع) قال البيهقى : قال الشافعى : لا يجوز أكل الترياق المعمول بلحم الحيات إلا أن يكون فى حال الضرورة حيث تجوز الميتة ، هذا لفظه . واحتج البيهقى فى المسألة بحديث ابن عمرو بن العاص رضى الله عنهما ،

قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « ما أبالى ما أتيت إن أنا شربت ترياقا ، أو تعلقت تميمة ، أو قلت الشعر من قبل نفسى » رواه أبو داود بإسناد فيه ضعف ، ومعناه أن هذه الثلاثة سواء فى كونها مذمومة .

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى مسائل من أحكام المضطر :

(إحداها) أجمعوا أنه يجوز له الأكل من الميتة والدم ولحم الخنزير ونحوها للآية الكريمة . وفى قدر المـأكول قولان للشافعى سبقا (أصحهما) سد الرمق ، وبه قال أبو حنيفة وداود . و (الثانى) قدر الشبع ، وعن مالك وأحمد روايتان كالقولين .

(الثانية) إذا لم يكن مع المضطر مال ، وكان مع غيره طعام يستغنى عنه لم يلزمه بذله له بلا عوض ، وله الامتناع من البذل حتى يشتريه بثمن مثله فى الذمة ، كما سبق . هذا مذهبنا ، قال العبدرى : وهو قول العلماء كافة ، وقول داود ، قال : ومن أصحاب داود من قال : يجوز للمضطر أن يأكل منه قدر ما تزول به الضرورة ، ولا ضمان عليه فى ذلك ، كما لو رآه يغرق أو يحترق ــ وأمكنه تخليصه ــ لزم تخليصه من غير إلزام عوض واحتج أصحابنا بأن الذمة كالمـال ولو كان معه مال لم يلزم صـاحب الطعام بذله مجانا وكذا إذا أمكن الشراء فى الذمة . قال أصحابنا : وأما ما احتج به المخالف فجوابه أنه لا فرق بينهما ، بل كل حالة أمكن فيهـا الموافقة على عوض لم يلزم إلا بالعوض والله أعلم .

(الثالثة) إذا وجد ميتة وطعاما لغائب فللشافعى قولان (أصحهما) يأكل الميتة ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد لأنه منصوص عليها وطعام غيره مجتهد فيه . و (الثانى) يأكل طعام غيره وبه قال مالك ، لأنه مجمع عليه مع طهارته ولو وجد ميتة وصيدا وهو محرم فالأصح أنه يأكل الميتة وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد .

(الرابعة) إذا وجد المضطر آدميا ميتا حل له أكله عندنا كما سبق تفصيله وقال مالك وأحمد وأصحاب الظاهر : لا يجوز • واحتج أصحابنا بما ذكره المصنف أن حرمة الحى آكد من حرمة الميت ، والله أعلم •

(الخامسة) ذكرنا أن مذهبنا جواز التداوى بجميع النجاسات سوى المسكر وقال أحمد : لا يجوز لحديث « إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم » وحديث أبى الدرداء أن النبى ﷺ قال : « إن الله أنزل الداء والدواء وجعل لكل داء دواء فتداووا ولا تداووا بحرام » رواه أبو داود ، وحديث أبى هريرة قال : « نهى رسول الله ﷺ عن الدواء الخبيث » رواه أبو داود ، ودليلنا حديث العرنيين ، وهو فى الصحيحين كما سبق ، وهو محمول على شربهم الأبوال للتداوى كما هو ظاهر الحديث • وحديث « لم يجعل شفاءكم » محمول على عدم الحاجة إليه بأن يكون هناك ما يغنى عنه ، ويقوم مقامه من الأدوية الطاهرة • وكذا الجواب عن الحديثين الآخرين ، وقال البيهقى : هذان الحديثان إن صحا حملا على النهى عن التداوى بالمسكر وعلى التداوى بالحرام من غير ضرورة ، للجمع بينهما وبين حديث العرنيين ، والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن مر ببستان لغيره وهو غير مضطر لم يجز ان ياخذ منه شيئا بغير إذن صاحبه ، لقوله ﷺ : « لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفسه ») •

(الشرح) هذا الحديث رواه البيهقى فى كتاب الغصب من رواية على بن زيد بن جدعان عن أبى حرة الرقاشى عن أبيه عن عمه أن رسول الله ﷺ قال : (لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه) وإسناده ضعيف ، على بن زيد ضعيف ، وعن ابن عباس أن النبى ﷺ خطب الناس فى حجة الوداع فذكر الحديث وفيه : (لا يحل لامرىء من

مال أخيه إلا ما أعطاه من طيب نفس) رواه البيهقى فى كتاب الغصب بإسناد صحيح ، قال أصحابنا : إذا مر الإنسان بثمر غيره أو زرعه لم يجز أن يأخذ منه ، ولا أن يأكل منه بغير إذن صاحبه إلا أن يكون مضطرا فيأكل حينئذ ويضمن كما سبق ، قال أصحابنا : وحكم الثمار الساقطة من الأشجار حكم الثمار التى على الشجر ، إن كانت الساقطة داخل الجدار ، وإن كانت خارجة فكذلك إن لم تجر عادتهم بإباحتها فإن جرت فوجهان (أحدهما) لا يحل كالداخلة ، وكما إذا لم تجر عادتهم لاحتمال أن هذا المالك لا يبيح (وأصحهما) يحل لاطراد العادة المستمرة بذلك ، وحصول الظن بإباحته ، كما يحصل تحمل الصبى المميز الهدية ، ويحل أكلها والله أعلم .

(فرع) هذا الذى ذكره الأصحاب حكم مال الأجنبى . أما القريب والصديق فان تشكك فى رضاه بالأكل من ثمره وزرعه وبيته لم يحل الأكل منه بلا خلاف وإن غلب على ظنه رضاه به ، وأنه لا يكره أكله منه جاز أن يأكل القدر الذى يظن رضاه به ويختلف ذلك باختلاف الأشخاص والأزمان والأحوال والأموال ولهذا تظاهرت دلائل الكتاب والسنة وفعل سلف الأمة وخلفها ، قال الله تعالى : (ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم ــ إلى قوله تعالى [1] : أو صديقكم) وبينت الأحاديث الصحيحة عن النبى ﷺ بنحو من هذا والله أعلم .

(فرع) فى مذاهب العلماء فيمن مر ببستان غيره ، وفيه ثمار أو مر بزرع غيره ، فذهبنا أنه لا يجوز أن يأكل منه شيئا إلا أن يكون فى حال الضرورة التى يباح فيها الميتة وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وداود والجمهور . وقال أحمد : إذا اجتاز به وفيه فاكهة رطبة وليس عليه حائط جاز له الأكل

---

(١) الآية ٦١ من سورة النور .

منه من غير ضرورة ولا ضمان عليه عنده فى أصح الروايتين ، وفى الرواية الأخرى يباح له ذلك عند الضرورة ولا ضمان ، واحتج بما روى مجاهد عن أبى عياض أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : (من مر منكم بحائط فليأكل فى بطنه ولا يتخذ خبنة) وعن زيد بن وهب قال (قال عمر رضى الله عنه : إذا كنتم ثلاثة فأمروا عليكم واحدا منكم فاذا مررتم براعى الإبل فنادوا يا راعى الإبل ، فإن أجابكم فاستسقوه ، وإن لم يجبكم فأتوها فحلوها واشربوا ثم صروها) رواهما البيهقى ، وقال : هذا صحيح عن عمر بإسناديه جميعا ، قال : وهو محمول عندنا على حال الضرورة .

واحتج أصحابنا بالحديث الذى ذكره المصنف مع ما ذكرته مما سبق منه وبحديث ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال : « لا يحلبن أحدكم ماشية غيره إلا بإذنه ، أيحب أحدكم أن يؤتى مشربته فتكسر خزانته فيتنثل طعامه ؟ فانما تخزن لهم ضروع مواشيهم أطعمتهم فلا يحلبن أحد ماشية أحد إلا باذنه » رواه البخارى ومسلم . وفى المسألة أحاديث كثيرة بمعنى ما ذكرته قال الشافعى رحمه الله : ومن مر لرجل بزرع أو ثمر أو ماشية أو غير ذلك من ماله لم يكن له أخذ شىء منه إلا باذنه ، لأن هذا مما لم يأت فيه كتاب ولا سنة ثابتة بإباحته فهو ممنوع إلا بإذن مالكه قال : وقد قيل : من مر بحائط فليأكل ولا يتخذ خبنة ، وروى فيه حديث لو كان ثبت عندنا لم نخالفه ، والكتاب والحديث الثابت أنه لا يجوز أكل مال أحد إلا بإذنه قال البيهقى : فالحديث الذى أشار إليه الشافعى هو حديث يحيى بن سليم الطائفى عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر عن النبى ﷺ قال : « من دخل حائطا فليأكل ولا يتخذ خبنة » .

قال البيهقى : وقد أخبرنا أبو محمد السكرى فذكر إسناده إلى يحيى بن معين قال : حديث يحيى بن سليم هذا عن عبيد الله فى الرجل يمر بالحائط فيأكل منه ، قال : هذا غلط وقال أبو عيسى الترمذى : سألت

محمد بن إسماعيل [1] عن هـذا الحديث فقال : يحيى بن سـليم يروى أحاديث عن عبيد الله يهم فيها قال البيهقى : وقد جاء من أوجه أخر وليست بقوية (منها) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : « سمعت رجلا من مزينة سأل رسول الله ﷺ وأنا أسمع عن الضالة فذكر الحديث » قال : « ثم سأله عن الثمار يصيبها الرجل » فقال : « ما أخذ فى أكمامه يعنى رءوس النخل فاحتمله فثمنه ومثله معه وضرب نكال ، وما كان فى أجرانه فأخذه ففيه القطع إذا بلغ ذلك ثمن المجن ، وإن أكل بفيه ولم يأخذ فيتخذ خبنة فليس عليه شىء » .

قال البيهقى : وهذا إن صح فمحمول على أنه ليس فيه قطع حين لم يخرجه من الحرز (ومنهـا) ما رواه أبو داود فى سـننه عن الحسن عن سمرة بن جندب أن النبى ﷺ قال : « إذا أتى أحدكم على ماشية فإن كان فيها صاحبها فليستأذنه ، فإن أذن له فليحلب وليشرب ، وإن لم يكن فيها فليصوت ثلاثا ، فإن أجابه فليستأذنه وإلا فليحلب وليشرب ولا يحمل . قال البيهقى : أحاديث الحسن عن سمرة لا يثبتها بعض الحفاظ ، ويزعم أنها من كتاب ، غير حديث العقيقة الذى ذكر فيه السماع ، فإن صح فهو محمول على حال الضرورة (ومنها) حديث يزيد بن هرون عن سعيد الجريرى عن أبى نضرة عن أبى سعيد الخدرى عن النبى ﷺ قال : « إذا أتى أحدكم على راع فليناد يا راعى الإبل ثلاثا ، فإن أجابه ، وإلا فليحلب وليشرب ، لا يحملن . وإذا أتى أحدكم على حائط فليناد ثلاثا يا صاحب الحائط ، فإن أجابه فليأكل ولا يحملن » .

قال البيهقى : تفرد به سعيد الجُرَيْرى وهو ثقة ، إلا أنه اختلط فى آخر عمره ، وسماع يزيد بن هرون منه بعد اختلاطه فلا يصح ، قال : وقد

---

(١) يعنى محمد بن اسماعيل البخارى رضى الله عنه . (ط)

روى عن أبى سعيد عن النبى ﷺ خلافه ، ثم ذكره بإسناده عن شريك عن عبد الله بن عاصم قال : سمعت أبا سعيد الخدرى يقول : « لا يحل لأحد أن يحل صرار ناقة إلا بإذن أهلها ، فإن خاتم أهلها عليها ، فقيل لشريك : أرفعه ؟ قال : نعم » قال البيهقى : وهذا يوافق حديث ابن عمر الصحيح السابق ، ثم روى البيهقى باسناده عن أبى عبيد القاسم بن سلام ، قال : إنما هذا الحديث يعنى حديث عمر ، وحديث عمرو بن شعيب فى الرخصة أنه أرخص فيه للجائع المضطر ، الذى لا شىء معه يشترى به وهو معسر ، وفى حديث ابن جريج عن عطاء قال : « رخص رسول الله ﷺ للجائع المضطر إذا مر بالحائط أن يأكل منه ولا يتخذ خبنة » وعن الحجاج بن أرطاة عن سليط بن عبد الله التميمى عن ذهيل بن عوف بن سماح عن أبى هريرة قال : « كنا مع النبى ﷺ فقال له ناس : يا رسول الله ما يحل للرجل من مال أخيه ؟ قال : « أن يأكل ولا يحمل ، ويشرب ولا يحمل » قال البيهقى : هذا إسناده مجهول لا يقوم به حجة والحجاج بن أرطاة لا يحتج به ، قال : وقد روى من وجه آخر عن الحجاج ما دل على أنه فى المضطر والله تعالى أعلم .

(فرع) الضيافة سنة ، فاذا استضاف مسلم لا اضطرار به مسلما استحب له ضيافته ، ولا تجب ، هذا مذهبنا ومذهب الجمهور ، وهو مذهب مالك وأبى حنيفة ، وقال الليث بن سعد وأحمد بن حنبل : هى واجبة يوما وليلة ، قال أحمد : هى واجبة يوما وليلة على أهل البادية وأهل القرى دون أهل المدن ، واحتجوا بحديث أبى شريح الخزاعى رضى الله عنه قال : « سمعت رسول الله ﷺ يقول : من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه عليه جائزته ، قال : وما جائزته يا رسول الله ؟ قال : يومه وليلته ، والضيافة ثلاثة أيام ، فما كان وراء ذلك فهو صدقة عليه ، ولا يحل لرجل مسلم يقيم عند أخيه حتى يؤثمه ، قالوا : يا رسول الله

وكيف يؤثمه ؟ قال : يقيم عنده ولا شيء له يقريه به » رواه البخاري ومسلم ، وروى أبو داود فى سننه عن أشهب قال : « سئل مالك رضى الله عنه عن قول النبى ﷺ : جائزته يوم وليلة فقال : يكرمه ويتحفه ويحفظه يوما وليلة وثلاثة أيام ضيافة » .

قال الخطابى : معناه أنه يتكلف له فى اليوم الأول ما اتسع له من بر وإلطاف ، وأما فى اليوم الثانى والثالث فيقدم له ما كان بحضرته ، ولا يزيد على عادته ، وما كان بعد الثلاث فهو صدقة ومعروف ، إن شاء فعل وإن شاء ترك ، قال : وقوله ﷺ : « ولا يحل أن يقيم عنده حتى يؤثمه ، معناه لا يحل للضيف أن يقيم عنده بعد الثلاث من غير استدعاء منه حتى يوقعه فى الإثم » وعن أبى كريمة المقدام بن معد يكرب رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ (ليلة الضيف حق على كل مسلم ، فمن أصبح بفنائه فهو عليه دين إن شاء اقتص ، وإن شاء ترك) رواه أبو داود بإسناد صحيح ، وعنه قال : (قال رسول الله ﷺ : أيما رجل أضاف قوما فأصبح الضيف محروما ، فإن نصره حق على كل مسلم ، حتى يأخذ بقرى ليلة من زرعه وماله) رواه أبو داود بإسناد حسن .

وعن عقبة بن عامر قال : (قلنا يا رسول الله إنك تبعثنا فننزل بقوم فلا يقروننا ، فما ترى ؟ فقال لنا رسول الله ﷺ : إن نزلتم بقوم فأمروا لكم بما ينبغى للضيف فاقبلوا فإن لم يفعلوا فخذوا منهم حق الضيف الذى ينبغى لهم) رواه مسلم فى صحيحه ، ورواه أبو داود والترمذى وابن ماجه بأسانيد صحيحة ، وعن أبى هريرة عن النبى ﷺ قال : (الضيافة ثلاث أيام ، فما سوى ذلك فهو صدقة) رواه أبو داود بإسناد جيد ، واحتج أصحابنا والجمهور بالأحاديث السابقة فى مسألة ثمار الإنسان وزرعه (وأجابوا) عن هذه الأحاديث الواردة فى الضيافة بأنها محمولة على الاستحباب

ومكارم الأخلاق ، وتأكد حق الضيف كحديث : (غسل الجمعة واجب على كل محتلم) أى متأكد الاستحباب وتأول بعض هذه الأحاديث الخطابى وغيره على المضطر ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يحرم كسب الحجام لما روى أبو العالية أن ابن عباس رضى الله عنهما سئل عن كسب الحجام) فقال : (احتجم رسول الله ﷺ واعطاه اجره : ولو كان حراما ما اعطاه) ويكره للحر أن يكتسب بالحجامة وغيرها من الصنائع الدنيئة كالكنس والذبح والدبغ لأنها مكاسب دنيئة فينزه الحر منها ، ولا يكره للعبد لأن العبد أدنى ، فلم يكره له ، وبالله التوفيق) •

(الشرح) حديث ابن عباس رواه البخارى ومسلم ، واسم أبى العالية رفيع بضم الراء وفتح الفاء ــ قال أصحابنا : كسب الحجام حلال ليس بحرام هذا هو المذهب والمعروف والمنصوص ، وبه قطع الجمهور ، وفيه وجه شاذ قاله أبو بكر بن خزيمة من أصحابنا أنه حرام على الأحرار ، ويجوز إطعامه للعبيد والإماء والدواب (والصواب) الأول ، قال أصحابنا : ولا يكره للعبد أكل كسب الحجام سواء كسبه حر أم عبد ، ويكره أكله للحر ، سواء كسبه حر أم عبد ، ولكراهته معنيان (أحدهما) مخالطة النجاسة (والثانى) دناءته • فعلى الثانى يكره كسب الحلاق ونحوه ، وعلى الأول يكره كسب الكناس والزبال والدباغ والقصاب والخاتن ، وهذا الوجه هو الصحيح الذى قطع به المصنف والجمهور •

وفى كسب الفاصد وجهان (أصحهما) لا يكره وهو قول أبى على ابن أبى هريرة (والثانى) يكره كراهة تنزيه وفى الحمامى والحائك وجهان (أصحهما) لا يكره الحائك وكره جماعة من أصحابنا كسب الصواغين قال صاحب البيان : وفى كراهة هذه الأشياء للعبيد وجهان (أصحهما) لا يكره لأنه دنىء وهذا هو الصحيح الذى قطع به المصنف والجمهور والله أعلم •

(فـرع) قال المـاوردى أصول المـكاسب الزراعة والتجـارة والصنعة ، وأيها أطيب ؟ فيه ثلاثة مذاهب للناس (أشبهها) بمذهب الشافعى أن التجارة أطيب ، قال : والأشبه عندى أن الزراعة أطيب ، لأنها أقرب إلى التوكل ، وذكر الشاشى وصـاحب البيـان وآخرون نحو ما ذكره الماوردى ، وأخذوه عنه ، قلت: فى صحيح البخارى عن المقدام بن معديكرب رضى الله عنـه عن النبى ﷺ قال : « ما أكل أحد طعـاما قط خيرا من أن يأكل من عمل يده ، وإن نبى الله داود ﷺ كان يأكل من عمـل يده » فالصواب ما نص عليه رسول الله ﷺ وهو عمل اليد ، فان كان زراعا فهو أطيب المـكاسب وأفضلها ، لأنه عمل يده ، ولأن فيـه توكلا كما ذكره المـاوردى وقال :[لأن][1] فيه نفعا عاما للمسلمين والدواب ، ولأنه لابد فى العادة أن يؤكل منه بغير عوض ، فيحصل له أجره .

وإن لم يكن ممن يعمل بيده بل يعمل له غلمانه وأجراؤه فاكتسابه بالزراعة أفضل لمـا ذكرناه ، وقد ثبت عن جابر رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : (ما من مسلم يغرس غرسا إلا كان ما أكل منه له صدقة ، وما سرق منه له صدقة ، ولا يرزؤه أحد إلا كان له صدقة) رواه مسلم فى صحيحه ، ومعنى يرزؤه ينقصه ، وفى رواية لمسلم أيضا : (فلا يغرس المسلم غرسا فيأكل منه إنسان ولا دابة ولا طير إلا كان له صدقة إلى يوم القيامة) وفى رواية لمسلم أيضا : (لا يغرس مسلم غرسا ولا يزرع زرعا فيأكل منه إنسان ، ولا دابة ، ولا شىء إلا كانت له صدقة) رواه البخارى ومسلم جميعا من رواية أنس ، والله أعلم .

(فـرع) فى جملة من الأحاديث الوارده فى كسب الحجام والحجامة. عن عون بن أبى جحيفة قال : « اشترى أبى عبدا حجـاما فأمر بمحاجمه

---

(١) سقطت لفظة (لأن) من النسخة المطبوعة قبل أ المطيعى

فكسرت وقال : إن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب ، ومهر البغى ، وثمن الدم ، ولعن الواشمة والمستوشمة ، وآكل الربا ومؤكله ، ولعن المصور » رواه البخـارى ، وعن رافع بن خديج رضى الله عنه أن رسـول الله ﷺ قال : (كسب الحجام خبيث ، ومهر البغى خبيث ، وثمن الكلب خبيث) رواه مسلم وفى رواية : (شر الكسب مهر البغى وثمن الـكلب وكسب الحجام) وعن محيّصة رضى الله عنه أنه (استأذن رسول الله ﷺ فى إجارة الحجام فنهاه عنها ، فلم يزل يسأله حتى قال : أعلفه نواضحك) رواه مالك وأبو داود والترمذى وابن ماجه وغيرهم بأسـانيدهم الصـحيحة قال الترمذى : هو حديث حسن •

وعن أنس رضى الله عنه (أن رسول الله ﷺ حجمه أبو طيبة فأمر له رسول الله ﷺ بصاعين من طعام وكلم مواليه فخفف عنه من ضريبته ، وقال : خير ما تداويتم به الحجامة والقسط البحرى) رواه البخارى ومسلم ، وعنه (كان رسول الله ﷺ يحتجم ولا يظلم أحدا أجره) رواه مسلم وعن ابن عبـاس (أن النبى ﷺ احتجم وأعطى الحجـام أجره واستعط) رواه البخارى ومسلم ، ورويا حديثه السابق فى كلام المصنف •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى كسب الحجام •

مذهبنا أنه ليس بحرام لا على العبد ولا على الحر ، لكن يستحب للحر التنزه عنه ، وعن أكله ، وبهذا قال جماهير العلماء : وقال أحمد فى رواية ضعيفة عنه وفقهـاء المحدثين : يحرم على الأحرار دون العبيد ، واحتجوا بالأحاديث السـابقة ، واحتج الجمهور بحديث ابن عبـاس ، وحملوا الأحاديث الباقية على التنزيه والارتفـاع عن دنىء الاكتساب ، والحث على مكارم الأخلاق •

(فـرع) فى فضل الحجامة مع ما سبق .

عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما أنه قال لمريض عاده : (لا أبرح حتى يحتجم ، فإنى سمعت رسول الله ﷺ يقول : إن فيه شفاء) رواه البخارى ومسلم ، وعن أبى هريرة رضى الله عنه (أن أبا هند حجم النبى ﷺ فى يأفوخه من وجع كان به وقال : إن كان فى شىء شفاء مما تداوون به فالحجامة) رواه أبوداود وغيره بأسانيد صحيحة ــ اليأفوخ بهمزة ــ ساكنة بعد الياء ــ ولا خلاف أنه مهموز واختلفوا فى الياء منه هل هى أصلية ، أم زائدة ؟ فقال الجوهرى : هى زائدة ووزنه يفعول ، قال ابن فارس : هى أصلية وهو رباعى ، قال الجوهرى : جمعه يآفيخ قال : وهو الموضع الذى يتحرك من رأس الصبى ، وهو الرأس ، وعن سلمى خادم رسول الله ﷺ رضى الله عنها قالت : (ما كان أحد يشتكى إلى رسول الله ﷺ وجعا من رأسه إلا قال : احتجم ، ولا وجعا فى رجليه إلا قال اخضبهما) رواه أبوداود بإسناد حسن .

(فـرع) فى موضع الحجامة . عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : (احتجم رسول الله ﷺ وهو محرم فى رأسه من صداع كان به أو وبى) رواه البخارى ورواه البخارى أيضا من رواية عبد الله[1] ابن بحينة بمعناه ، وروى البيهقى باسناده عن أنس (أن النبى ﷺ احتجم على ظهر قدمه وهو محرم) قال البيهقى : كذا قال : على ظهر قدمه ، وفى رواية ابن عباس وابن بحينة فى رأسه ، قال : والعدد أولى بالحفظ من الواحد إلا أن يكون فعل ذلك مرتين وهو محرم ، وعن جابر أن النبى ﷺ (احتجم على وركه من وبى كان به) كذا قال : على وركه ، وفى رواية : (احتجم وهو محرم من وبى كان بوركه أو قال بظهره) قال البيهقى : فكأنه ﷺ احتجم فى رأسه وهو محرم من وبى كان به أو صداع .

---

(1) اثبتنا الالف فى ابن بحينة أسه وتحذف الالف اذا كانت بين علمين ذكرين . (ط)

وعن أنس رضى الله عنه (كان رسول الله ﷺ يحتجم ثلاثا اثنتين فى الأجدعين وواحدة فى الكاهل) رواه أبو داود باسناد صحيح على شرط البخارى ومسلم ، ورواه الترمذى وقال : حديث حسن ، قال أهل اللغة : الأجدعان عرقان فى جانبى العنق ، وعن أبى كبشة الأنمارى الصحابى رضى الله عنه أن النبى ﷺ (كان يحتجم على هامته وبين كتفيه ويقول : من أهراق دما من هذه الدماء فلا يضره أن لا يتداوى بشىء لشىء) رواه أبو داود وابن ماجه باسنادين حسنين •

(**فرع**) فى وقت الحجامة • عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ (من احتجم لسبع عشرة وتسع عشرة وإحدى وعشرين كان شفاء من كل داء) رواه أبو داود بإسناد حسن على شرط مسلم وعن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال : (خير ما تحتجمون فيه سبع عشرة وتسع عشرة وإحدى وعشرون) رواه البيهقى بإسناد ضعيف وعن معقل بن يسار عن النبى ﷺ قال : (من احتجم يوم الثلاثاء لسبع عشرة من الشهر كان دواء لداء السنة) رواه البيهقى وضعفه • وعن أنس رفعه : (من احتجم يوم الثلاثاء لسبع عشرة خلت من الشهر أخرج الله منه داء سنته) ضعفه البيهقى وعن كيسة بنت أبى بكر (أن أباها كان نهى أهله عن الحجامة يوم الثلاثاء ويزعم عن رسول الله ﷺ أن يوم الثلاثاء يوم الدم وفيه ساعة لا يرقا) رواه أبو داود بإسناد ضعيف ورواه البيهقى وقال : إسناده ليس بالقوى قال : والنهى الذى فيه موقوف وليس بمرفوع •

وعن سليمان بن أرقم عن الزهرى عن سعيد بن المسيب عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال : (ومن احتجم يوم الأربعاء ويوم السبت فرأى وضحا فلا يلومن إلا نفسه) هذا ضعيف رواه البيهقى وقال : سليمان بن أرقم ضعيف قال : وروى عن ابن سمعان وسليمان بن يزيد عن الزهرى

كذلك موصولا وهو أيضا ضعيف والمحفوظ عن الزهرى عن النبى ﷺ منقطعا ، وعن عطاف بن خالد عن نافع عن ابن عمر قال : (قال رسول الله ﷺ : إن فى الجمعة ساعة لا يحتجم فيها محتجم إلا عرض له داء لا يشفى منه) هـذا ضعيف جدا ، رواه البيهقى وضعفه قال : عطـاف بن خالد ضعيف ، قال : ورواه يحيى [1] بن العلاء الدارى ـ وهو متروك ـ بإسناد له عن الحسين بن على [2] عنه حديثا مرفوعا ، وليس بشىء ، والحاصل أنه لـم يثبت شىء فى النهى عن الحجـامة فى يـوم معين ، والله سـبحانه وتعالى أعلم .

(فـرع) فى استحباب ترك الاكتواء للتداوى وليس بحرام ، عن جابر رضى الله عنـه أن رسـول الله ﷺ قال : (إن كان فى أدويتكم أو ما تداويتم به من خير فشرطه حجام ، أو شربة عسل ، أو لدعة بنار توافق داء ، وما أحب أن أكتوى) رواه البخـارى ومسلم ، وعن ابن عبـاس أن النبى ﷺ قال : (الشفاء فى ثلاثة فى شرطة محجم أو شربة عسل أو كية بنـار ، وإن أنهى أمتى عن الكى) رواه البخارى ، وعن ابن عباس أيضا أن رسول الله ﷺ قال : (يدخل الجنة من أمتى سبعون ألفـا بغير حساب فقلت من هم قال : هم الذين لا يسترقون ولا يتطيرون ولا يغتابون ، وعلى ربهم يتوكلون) رواه البخـارى ومسـلم ، وفى روايات للبخـارى : (ولا يكتوون) وعن عمـران بن حصين قال : قال نبى الله ﷺ : (يدخل الجنة من أمتى سبعون ألفا بغير حساب ، قالوا : ومن هم يا رسول الله ؟ قال : هم الذين لا يكتوون ولا يسترقون ، وعلى ربهم يتوكلون) رواه مسلم .

---

(١) كذا بالنسخة المتداولة وصوابه يحيى بن العلاء الرازى رمى بالوضع من الطبقة الثامنة . (ط)

(٢) الضمير فى عنه يعود الى على والد الحسين رضى الله عنهما . (ط)

وعن المغيرة بن شعبة قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : (من اكتوى أو استرقى فقد برىء من التوكل) رواه الترمذى بإسناد صحيح ، وعن عمران بن الحصين رضى الله عنهما قال : (نهى رسول الله ﷺ عن الكى فاكتوينا فلا أفلحن ولا أنجحن) رواه أبو داود بإسناد صحيح ، وفى رواية البيهقى : (فما أفلحنا ولا أنجحنا) وإسنادها صحيح • وعن مطرف قال : قال لى عمران بن الحصين : (إن رسول الله ﷺ جمع بين حج وعمرة ، ثم لم ينه عنه حتى مات ولم ينزل فيه قرآن يحرمه ، وقد كان [1] يسلم على حتى اكتويت فتركت ، ثم تركت الكى فعاد) رواه مسلم فى صحيحه فى كتاب الحج •

(فرع) فى جواز الكى وقطع العروق للحاجة • عن جابر رضى الله عنه قال : (بعث رسول الله ﷺ إلى أبى بن كعب طبيبا فقطع منه عرقا ثم كواه عليه) رواه مسلم ، وفى رواية لمسلم أيضا (أن أبيا مرض فبعث النبى ﷺ إليه طبيبا فكواه على أكحله) وعنه ، قال : (رمى سعد بن معاذ فى أكحله فحسمه النبى ﷺ بيده ثم ورمت فحسمه الثانية) رواه مسلم وعن ابن مسعود قال : (جاء نفر إلى رسول الله ﷺ فقالوا : يا رسول الله إن صاحبا لنا اشتكى أفنكويه ؟ فسكت ساعة • ثم قال : إن شئتم فاكووه ، وإن شئتم فارمضوه يعنى بالحجارة) رواه البيهقى باسناد صحيح ، وروى البيهقى عنه (أن أنسا اكتوى وابن عمر ، وكوى ابن عمر ابنه) والله أعلم •

(فرع) فى الدواء والاحتماء (أما) الدواء فسبقت فيه جملة صالحة فى أول كتاب الجبائر (وأما) الاحتماء ففيه حديث أم منذر بنت قيس الأنصارية قالت : (دخل على رسول الله ﷺ ومعه على وعلى ناقة ولنا دوالى معلقة ، فقام رسول الله ﷺ فأخذ منها ، وقام على ليأكل فطفق

---

(١) كانت الملائكة تسلم عليه حتى اكتوى فتركته فلما ترك الكى عادت تسلم عليه . (ط)

رسول الله ﷺ يقول لعلى : مه إنك ناقه ، حتى كف على رضى الله عنه ، قالت : وصنعت شعيرا وسلقا فجئت به • فقال رسول الله ﷺ : يا على أصب من هذا فهو أنفع) رواه أبو داود والترمذى وغيرهما قال الترمذى : حديث حسن : الناقه ــ بالنون والقاف ــ هو الذى برىء من المرض وهو قريب عهد به ، لم تتكامل صحته ، يقال : نقه ينقه فهو ناقه ، كعلم يعلم فهو عالم ، وعن صهيب رضى الله عنه قال : (قدمت على النبى ﷺ مهاجرا وبين يديه تمر ، فقال : تعال فكل ، فجعلت آكل • فقال : تأكل التمر وبك رمد ؟ قلت : إنى أمضغه من ناحية أخرى ، فتبسم رسول الله ﷺ) رواه ابن ماجه والبيهقى باسناد ضعيف •

(فرع) فى جواز الرقية بكتاب الله تعالى ، وبما يعرف من ذكر الله عن الأسود قال : سألت عائشة عن الرقية من الحمة فقالت : (رخص رسول الله ﷺ فى الرقية من كل ذى حمة) رواه البخارى ومسلم ــ الحمة بضم الحاء المهملة وتخفيف الميم وهى السم ، وقد تشدد الميم ، وأنكره الأزهرى وكثيرون ، وأصلها حمو أو حمى كصرد ، فألفها فيها عوض من الواو والياء المحذوفة ، وعن عائشة رضى الله عنها قالت : (أمرنى رسول الله ﷺ أن أستتر من العين) رواه البخارى ومسلم وعن أم سلمة (أن النبى ﷺ رأى فى بيتها جارية فى وجهها سفعة ، فقال : استرقوا لها ، فإن بها نظرة) رواه البخارى ومسلم ، السفعة ــ بفتح السين وإسكان الفاء ــ صفرة وتغيير ، والنظرة بفتح النون ــ هى العين •

وعن أنس قال : (رخص رسول الله ﷺ فى الرقية من العين والنملة والحمة) رواه مسلم ، قال الأصمعى : النملة هى قروح تخرج فى الجنب وغيره ، وعن جابر قال : (لدغت رجلا منا عقرب ونحن جلوس مع النبى ﷺ ، فقال رجل يا رسول الله أرقى ؟ قال : من استطاع أن ينفع أخاه

فليفعل) رواه مسلم ، وفى رواية له (أن النبى ﷺ قال لأسماء بنت عميس : مالى أرى أجسام بنى أخى ضارعة تصيبهم الحاجة ، قالت : لا ولكن العين تسرع إليهم ، قال : أرقيهم قالت فعرضت عليه فقال : أرقيهم) وعن جابر أيضا قال : « نهى رسول الله ﷺ عن الرقى ، فجاء آل عمرو بن حزم إلى رسول الله ﷺ فقالوا : يا رسول الله إنه كانت عندنا رقية يرقى بها من العقرب ، وأنك نهيت عن الرقى ، قال : فعرضوها عليه ، فقال : ما أرى بأسا ، من استطاع منكم أن ينفع أخاه فلينفعه) رواه مسلم •

وعن عوف بن مالك قال : (كنا نرقى فى الجاهلية ، فقلنا : يا رسول الله ما تقول فى ذلك ؟ قال اعرضوا على رقاكم ، لا بأس بالرقى ما لم يكن فيه شرك) رواه مسلم ، وعن الشفاء بنت عبيد الله قالت : (دخل علىّ رسول الله ﷺ وأنا عند حفصة ، فقال ألا تعلمين هذه رقية النملة كما علمتيها الكتابة ؟) رواه أبو داود بإسناد صحيح ، وعن أبى خزامة عن أبيه (أن أباه حدثه أنه قال : يا رسول الله أرأيت دواء نتداوى به ، ورقى نسترقى بها ، وتقى نتقيها ، هل يرد ذلك من قدر الله من شىء ، فقال رسول الله ﷺ : إنه من قدر الله) رواه الترمذى وابن ماجه والبيهقى (وأما) حديث عمران بن الحصين عن النبى ﷺ قال : (لا رقية إلا من عين أو حمة) فصحيح رواه أبو داود والترمذى وغيرهما بأسانيد صحيحة ، قال البيهقى : معناه هما أولى بالرقى من غيرهما ، لما فيهما من زيادة الضرر والله تعالى أعلم •

وروى البيهقى بإسناده الصحيح عن يحيى بن سعيد عن عمرة عن عائشة قالت : (دخل أبو بكر رضى الله عنه عليها ، وعندها يهودية ترقيها ، فقال ارقيها بكتاب الله عز وجل) وبإسناده الصحيح عن الربيع بن سليمان قال : (سألت الشافعى عن الرقية فقال : لا بأس أن يرقى الإنسان بكتاب الله عز وجل ، وما يعرف من ذكر الله قلت : أيرقى أهل الكتاب المسلمين ؟

فقال : نعم إذا رقوا بما يعرف من كتاب الله أو ذكر الله • فقلت وما الحجة فى ذلك ؟ فقال فيه غير حجة ، فإن مالكا أخبرنا عن يحيى بن سعيد عن عمرة بنت عبد الرحمن أن أبا بكر دخل على عائشة رضى الله عنهما وهى تشتكى ويهودية ترقيها فقال أبو بكر رضى الله عنه : ارقيها بكتاب الله) قال البيهقى : والأخبار فيما رقى به النبى ﷺ ورقى به ، وفيما تداوى به وأمر بالتداوى به كثيرة والله أعلم •

(فـرع) فى تعليق التمائم عن زينب امرأة عبد الله بن مسعود عن عبد الله بن مسعود قال سمعت رسول الله ﷺ يقول : (إن الرقى والتمائم والتولة شرك قالت قلت : لم تقول هذا ؟ والله لقد كانت عينى تقذف ، وكنت أختلف إلى فلان اليهودى يرقينى ، فإذا رقانى سكنت ، فقال عبد الله : إنما كان عمل الشيطان ينخسها بيده ، فإذا رقاها كف عنها ، إنما يكفيك أن تقولى كما كان رسول الله ﷺ يقول : أذهب الباس ، رب الناس ، اشف ، أنت الشافى ، لا شفاء إلا شفاؤك ، شفاء لا يغادر سقما » رواه أبو داود وابن ماجه ، قال أبو عبيد : التولة ــ بكسر التاء ــ هو الذى يحبب المرأة إلى زوجها وهو من السحر قال : وذلك لا يجوز (وأما) الرقاء والتمائم ، قال فالمراد بالنهى ما كان بغير لسان العربية بما لا يدرى ما هو •

قال البيهقى : ويقال إن التميمة خرزة كانوا يعلقونها ، يرون أنهـا تدفع عنهم الآفات ، ويقال قلادة يعلق فيها العود ، وعن عتبة بن عامر قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : (من علق تميمة فلا أتم الله له ، ومن علق ودعة فلا ودع الله له) رواه البيهقى وقال هو أيضا راجع إلى معنى ما قال أبو عبيدة ، قال : ويحتمل أن يكون ذلك وما أشبهه من النهى والكراهة فيمن يعلقها ، وهو يرى تمام العافية ، وزوال العلة بهـا ، على ما كانت عليه الجاهلية ، وأما من يعلقها متبركا بذكر الله تعالى فيها ، وهو يعلم أن لا كاشف له إلا الله ولا دافع عنه سواه ، فلا بأس بها إن شاء الله تعالى •

ثم روى البيهقى بإسناده عن عائشة رضى الله عنهـا قالت (ليست التميمة ما يعلق قبل البلاء ، إنمـا التميمة ما يعلق بعد البـلاء لتدفع به المقادير) وفى رواية عنها قالت (التمائم ما علق قبل نزول البلاء ، وما علق بعد نزول البلاء فليس بتميمة) قال البيهقى : هذه الرواية أصح ، ثم روى بإسناد صحيح عنها قالت : (ليس بتميمة ما علق بعد أن يقع البلاء) قال البيهقى : وهذه الرواية تدل على صحة التى قبلها •

وعن عمران بن الحصين (أنه دخل على النبى ﷺ وفى عنقه حلقة من شعر فقال ما هذه ؟ قال من الواهنة ، قال : أيسرك أن توكل إليها ؟ انبذها عنك) رواه ابن ماجه والبيهقى بإسنادين فى كل منهما من اختلف فيه • وعن ابن مسعود « من علق شيئا وكل إليه » وروى البيهقى بإسناد صحيح عن سعيد بن المسيب أنه كان يأمر بتعليق القرآن ، وقال : لا بأس به ، قال البيهقى هذا كله راجع إلى ما قلنا إنه إن رقى بما لا يعرف ، أو على ما كانت عليه الجاهلية من إضافة العافية إلى الرقى ، لم يجز وإن رقى بكتاب الله أو بما يعرف من ذكر الله تعالى متبركا به وهو يرى نزول الشفاء من الله تعالى فلا بأس به والله تعالى أعلم •

(**فـرع**) فى النشرة ــ بضم النون وإسكان الشين المعجمة ــ قال الخطابى النشرة ضرب من الرقية والعلاج يعالج من كان يظن به مس من الجن ، قيل : سميت نشرة لأنه ينشرها عنه أى يحل عنـه ما جاء مرة من الداء ، وجاء فى حديث جابر رضى الله عنه قال : (سئل رسـول الله ﷺ عن النشرة فقال : هو من عمل الشيطان) رواه أبو داود بإسناد صحيح ، قال البيهقى : وقد روى عن النبى ﷺ مرسلا قال : وهو مع إرساله أصح ، قال : والقول فيما لا يكره من النشرة وفيما يكره ، كالقول فى الرقية وقد ذكرناه •

(فـرع) فى العين والاغتسال لهـا • عن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى ﷺ قال (العين حق) رواه البخارى ومسلم • وعن أم سـلمة أن النبى ﷺ رأى فى بيتها جارية فى وجهها سفعة ، فقال (استرقوا لها فإن بها النظرة) رواه البخارى ومسلم وقد سبق بيانه فى فرع الرقى والنظرة العين • وعن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال : (العين [1] حق ، ولو كان شىء سابق القدر سبقته العين • وإذا استغسلتم فاغسلوا) رواه مسلم ، قال العلمـاء : الاستغسـال أن يقال للعـائن ــ وهو النـاظر بعينـه بالاستحسان : اغسل داخلة إزارك مما يلى الجلد بماء ، ثم يصب ذلك المـاء على المعين ، وهو المنظور إليه •

وثبت عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت : (كان يؤمر العائن فيتوضأ ثم يغتسل منه المعين) رواه أبو داود بإسناد صحيح على شرط البخارى ومسلم • وعن الزهرى عن أبى أمامة سهل بن حنيف ، قال : مر عامر بن ربيعة على سهل بن حنيف وهو يغتسـل ، فقال : « لم أر كاليوم ولا جلد محياه [2] فما لبث أن لبط به فأتى النبى ﷺ فقال له أدرك سهلا صريعـا فقال من يتهمون به ؟ قالوا : عامر بن ربيعة فقال علام يقتل أحدكم أخاه ؟ إذا رأى ما يعجبه فليدع بالبركة ، وأمره أن يتوضأ ويغسل وجهه ويديه

---

(١) تأثير العين لا يأباه العلم التجريبى بل تثبته الاكتشافات الحديثة ، فان الاشعاعات الالكترونية والذرية قد تحدث آثارا شديدة بعيدة المدى بدون ان ترى وليس لها جرم ظاهر ولا صلة لها بالعناصر المتأثرة بها ومع ذلك تصل بنفاذها وقوتها ولا يقف دونها ابعاد مكانية او مسافات او دروع فولاذية وكما يقول العلامة ابن القيم من انه يحتمل ان يختص الله بعض الناس بخصائص فى تأثير أعينهم فتخرج منها اجرام لا ترى تؤثر فى العيون . (ط)

(٢) كذا بالأصل فحرر ، قلت وتحريره هكذا قال ابن ماجة : حدثنا هشام بن عمار ثنا سفيان عن الزهرى عن أبى أمامة بن سهل بن حنيف قال : مر عامر بن ربيعة بسهل بن حنيف وهو يغتسل فقال : لم ار كاليوم ولا جلد مخباه فما لبث أن لبط به فأتى به النبى ﷺ فقيل له : أدرك سهلا صريعا قال من تتهمون به ؟ قالوا عامر بن ربيعة قال : علام يقتل أحدكم اخاه ؟ اذا راى أحدكم من أخيه ما يعجبه فليدع له بالبركة الخ الحديث . ويلاحظ فروق فى بعض الالفاظ بين الثبت هنا وبين ما اثبتناه نحن فى هذه الحاشية ورواه احمد بزيادات اخرى فى سنده واخرجه ايضا مالك فى الموطأ . (ط)

ومرفقيه وركبتيه وداخلة إزاره ، ويصب المـاء عليه » قال الزهرى ويكفأ الإناء من حلقه • رواه النسائى فى كتـابه عمل اليوم والليلة وابن ماجه والبيهقى فى سننهما بأسانيد صحيحة •

قال الزهرى : الغسل الذى أدركنا علماءنا يصفونه أن يؤتى الرجل العائن بقدح فيه ماء فيمسك له مرفوعا من الأرض فيدخل العـائن يده اليمنى فى المـاء فيصب على وجهه صبة واحدة فى القدح ، ثم يدخل يديه جميعا فى المـاء صبة واحدة فى القـدح ، ثم يدخل يديه فيتمضمض ثم يمجه ، ثم يدخل يده اليسرى فيغترف من المـاء فيصبه على ظهر كفـه اليمنى صبة واحدة ، فى القدح ، ثم يدخل يده اليسرى فيصب على مرفق يده اليمنى صبة واحدة فى القدح ، وهو ثان يده إلى عنقه ثم يفعل مثل ذلك فى مرفق يده اليسرى ، ثم يفعل مثل ذلك فى ظهر قدمه اليمنى من عند الأصابع واليسرى كذلك ، ثم يده اليسرى فيصب على ركبته اليمنى ، ثم يفعل باليسرى مثل ذلك ثم يغمس داخلة إزاره اليمنى فى المـاء ، ثم يقوم الذى فى يده القدح بالقدح فيصبه على رأس المعين من ورائه ثم يكفـأ القدح على وجه الأرض من ورائه • وذكر البيهقى عن الزهرى من طرقه زاد فى بعضها : ثم يعطى ذلك الرجل الذى أصابه القدح فيحسو منـه ويتمضمض ، ويهريق على وجهه ، ثم يصب على رأسه ، ثم يكفأ القدح على ظهره قال البيهقى قال أبو عبيد : إنما أراد بداخلة الإزار طرف إزارة الداخل الذى يلى جسده والله أعلم •

(فصل فى الجبن) أجمعت الأمة على جواز أكل الجبن ما لم يخالطه نجاسة ، بأن يوضع فيه أنفحة ذبحها من لا يحل ذكاته فهذا الذى ذكرناه من دلالة الاجماع هو المعتمد فى إباحته ، وقد جمع البيهقى فيه أحاديث كثيرة (منها) حديث ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى ﷺ (أتى بجبن فى تبوك فدعا بسكين فسمى وقطع) رواه أبو داود باسناد ضعيف ، وعن

ابن عباس أن رسول الله ﷺ (لما فتح مكة رأى جبنة فقال : ما هذا ؟ فقالوا هذا طعام يصنع بأرض العجم ، فقال رسول الله ﷺ ضعوا فيه السكين واذكروا اسم الله وكلوا) رواه البيهقى بإسناد فيه ضعف وعن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : (الجبن من اللبن واللبا فكلوا ، واذكروا اسم الله عليه ، ولا يغرنكم أعداء الله) وعن على رضى الله عنه (إذا أردت أن تأكل الجبن فضع الشفرة فيه ، واذكر اسم الله عز وجل عليه وكل) وروى البيهقى نحوه عن عائشة وأم سلمة قال : وروى عن سلمان الفارسى ، ثم روى البيهقى فى باب ما يحل من الجبن عن عمر رضى الله عنه قال (كلوا الجبن ما صنعه أهل الكتاب) وفى رواية (ولا تأكلوا من الجبن إلا ما صنعه أهل الكتاب) وعن ابن مسعود (كلوا من الجبن ما صنعه المسلمون وأهل الكتاب) وعن ابن عمر مثله .

قال البيهقى : وهذا التقييد لأن الجبن يعمل بأنفحة السخلة المذبوحة ، فإذا كانت من ذبائح المجوس لم تحل . وعن ابن عمر أنه سئل عن السمن والجبن فقال (سم وكل ، فقيل له إن فيه ميتة ، فقال : إن علمت أن فيه ميتة فلا تأكله) قال البيهقى : وقد كان بعض العلماء يسأل عنه تغليبا للطهارة ، وروينا ذلك عن ابن عباس وابن عمر وغيرهما ، وكان بعضهم يسأل عنه احتياطا . وروينا عن أبى مسعود الأنصارى قال : « لأن أخر من هذا القصر أحب إلى من أن آكل جبنا لا أسأل عنه » وعن الحسن البصرى قال : (كان أصحاب النبى ﷺ يسألون عن الجبن ولا يسألون عن السمن) وعن أبان بن أبى عياش عن أنس بن مالك قال (كنا نأكل الجبن على عهد رسول الله ﷺ وبعد ذلك لا نسأل عنه) حديث ضعيف ، أبان بن أبى عياش ضعيف متروك .

(**فصل**) يحل أكل الكبد والطحال بلا خلاف للحديث الصحيح السابق (أحل لنا ميتتان ودمان ، فأما الميتتان فالسمك والجراد والدمان

الكبد والطحال) وقد سبق أنه حديث صحيح من لفظ ابن عمر هكذا ، وأن هذه الصيغة تقتضى رفعه إلى النبى ﷺ ، وروى البيهقى عن زيد بن ثابت قال : (إنى لآكل الطحال وما بى إليه حاجة إلا ليعلم أهلى أنه لا بأس به) وعن عكرمة قال : قال رجل لابن عباس : (آكل الطحال ؟ قال : نعم قال : إن عامتها دم ؟ قال : إنما حرم الدم المسفوح) .

(فصل) عن مجاهد قال : (كان رسول الله ﷺ يكره من الشاة سبعا : الدم ، والمرار ، والذكر ، والانثيين ، والحيا ، والغدة ، والمثانة ، وكان أعجب الشاة إليه مقدمها) رواه البيهقى هكذا مرسلا وهو ضعيف ، قال : وروى موصولا بذكر ابن عباس وهو حديث [1] قال ولا يصح وصله قال الخطابى : الدم حرام بالإجماع وعامة المذكورات معه مكروهة غير محرمة .

(فصل) فيما حرم على بنى إسرائيل ثم ورد شرعنا بنسخه .

اعلم أن الشافعى رضى الله عنه اعتنى بهذا الفصل وبسط الكلام فيه ، وهو مما يحتاج إلى بيانه قال الله تعالى (كل الطعام كان حلا لبنى إسرائيل إلا ما حرم إسرائيل على نفسه [2]) الآية ، وقال تعالى (فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم [3]) وقال تعالى : (وعلى الذين هادوا حرمنا كل ذى ظفر ، ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما إلا ما حملت ظهورهما ، أو الحوايا ، أو ما اختلط بعظم [4]) قال الشافعى :

---

(١) بياض بالاصل : ويمكن معرفة السقط من السياق ولعله : وهو حديث ضعيف كالمرسل الخ . (ط)

(٢) الآية ٩٣ من سورة آل عمران .

(٣) الآية ١٦٠ من سورة النساء .

(٤) الآية ١٤٦ من سورة الانعام .

الحوايا ما حول الطعام والشراب فى البطن وقال ابن عباس : كل ذى ظفر البعير والنعامة ، وما حملت ظهورهما يعنى ما علق بالظهر من الشحم ، والحوايا المبعر . وبينت الأحاديث الصحيحة أن رسول الله ﷺ قال : (لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها فباعوها وأكلوا أثمانها) جملوها بالجيم أى أذابوها .

قال الشافعى : فلم يزل ما حرم الله تعالى على بنى إسرائيل من اليهود وغيرهم محرما من حين حرمه حتى بعث الله عز وجل محمدا ﷺ ففرض الإيمان به وأعلم خلقه أن دينه الإسلام الذى نسخ به كل دين قبله ، فقال تعالى : (إن الدين عند الله الإسلام) [1] (ومن يبتغ غير الإسلام دينا فلن يقبل منه ، وهو فى الآخرة من الخاسرين) [2] وقال تعالى : (قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم أن لا نعبد إلا الله) [3] الآية ، وأمر بقتالهم حتى يعطوا الجزية إن لم يسلموا ، وأنزل فيهم : (الذين يتبعون الرسول النبى الأمى الذى يجدونه مكتوبا عندهم فى التوراة والإنجيل يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ويحل لهم الطيبات ، ويحرم عليهم الخبائث ، ويضع عنهم إصرهم ، والأغلال التى كانت عليهم) [4] قال الشافعى فقيل : معناه أوزارهم وما منعوا مما أحدثوا قبل ما شرع من نبينا محمد ﷺ .

قال الشافعى : فلم يبق خلق يعقل منذ بعث الله عز وجل محمدا ﷺ من جن ولا إنس بلغته دعوته إلاقامت عليه حجة الله تعالى باتباع دينه ، ولزم كل امرىء منهم تحريم ما حرم الله على لسان نبيه ﷺ وإحلال ما أحل

---

(١) الآية ١٩ من سورة آل عمران .

(٢) الآية ٨٥ من سورة آل عمران .

(٣) الآية ٦٤ من سورة آل عمران .

(٤) الآية ١٥٧ من سورة الأعراف .

الله على لسانه ﷺ قال الشافعى وأحل الله تعالى طعام أهل الكتاب فكان ذلك عند أهل التفسير ذبائحهم ، لم يستثن منها شيئا لا شحما ولا غيره ، فدل على جواز أكل جميع الشحوم من ذبائحهم وذبائح المسلمين ، وفى الصحيحين عن عبد الله بن مغفل رضى الله عنه قال : (دلى جراب من شحم يوم خيبر فالتزمته فقلت : هذا لى لا أعطى أحـــدا منه شيئا ، فالتفت ، فإذا النبى ﷺ يتبسم فاستحييت منه) .

(فـــرع) مذهبنا أن الشحوم التى كانت محرمة على اليهود حلال لنـــا ليست مكروهة ، وبه قال أبو حنيفة والثورى والأوزاعى وجماهير العلماء ، وبعض أصحاب أحمد وهو قول الخرقى منهم ، قال العبدرى : وقال مالك : هى مكروهة ليست محرمة ، وقال ابن القاسم وأشهب وبعض أصحاب أحمد : هى محرمة ، وقيل إنه مروى عن مالك أيضا قال القاضى عياض : هذا قول كبراء أصحاب مالك . دليلنا ما سبق فى الفصل قبله ، والله تعالى أعلم .

(فـــرع) فى بيان ما حرم المشركون من الذبائح ، وبيان أنها ليست محرمة قال الشافعى رحمه الله : حرم المشركون على أنفسهم من أموالهم أشياء بين الله عز وجل أنها ليست محرمة ، كالبحيرة والسائبة والوصيلة والحامى ، كانوا ينزلونهـــا فى الإبل والغنم كالعتق ، فيحرمون ألبانهـــا ولحومها وملكها ، وساق الكلام فى ذلك ، والله تعالى أعلم .

باب الصيد والذبائح

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يحل شيء من الحيوان المأكول سوى السمك والجراد إلا بذكاه لقوله تعالى ـ « حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به ، والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ماذكيتم وما ذبح على النصب »[1] ويحل السمك والجراد من غير ذكاة لقوله ﷺ : « أحلت لنا ميتتان السمك والجراد » ولأن ذكاتهما لا تمكن فى العادة فسقط اعتبارها).

(الشرح) هذا الحديث سبق بيانه واضحا فى باب الأطعمة وذكرنا أنه من رواية ابن عمر ، وأن الصحيح أن ابن عمر هو القائل « أحلت لنا » وأنه يكون بهذه الصيغة مرفوعا ، والميتة ما فارقت الحياة بغير ذكاة ، وقوله تعالى (وما أهل لغير الله به) [1]أى ما ذبح لضم ونحوه ، وقد سبق بيان هذا واضحا فى باب الأضحية والمؤقوذة المضروبة بعصا ونحوها ، والمتردية التى تسقط من علو فتموت ، والنطيحة المنطوحة ، وقول المصنف : لا يحل شيء من الحيوان المأكول سوى السمك والجراد إلا بذكاة كلام صحيح ، ولا يرد الصيد الذى قتلته جارحة أو سهم ، فان ذلك ذكاته ، وكذا الجنين فى بطن أمه ، فان ذكاة أمه ذكاة له كما جاء به الحديث ، وقد أوضحه المصنف فى أواخر هذا الباب ، وكذا الحيوان الذى تردى فى بئر أو بند ، فانه يقتل حيث أمكن وذلك ذكاة له كما ذكره المصنف بعد هذا ، والله أعلم .

وقد أجمعت الأمة على تحريم الميتة غير السمك والجراد ، وأجمعوا على إباحة السمك والجراد ، وأجمعوا أنه لا يحل من الحيوان غير السمك

---

(١) الآية ٣ من سورة المائدة .

والجراد إلا بذكاة أو ما فى معنى الذكاة ، كما ذكرنا ، فلو ابتلع عصفورا حيا فهو حرام بلا خلاف ، وقد سبق بيانه فى الأطعمة • ولو ذكى الحيوان وله يد شلاء فهل تحل بالذكاة ؟ فيه وجهان (الصحيح) الحل (والثانى) أنها ميتة فلا تحل والله أعلم •

أما السمك والجراد فحلال ، وميتتهما حلال بالإجماع ، ولا حاجة إلى ذبحه ولا قطع رأس الجراد ، قال أصحابنا : ويكره ذبح السمك إلا أن يكون كبيرا يطول بقاؤه فوجهان (أصحهما) يستحب ذبحه راحة له (والثانى) يستحب تركه ليموت بنفسه • ولو صاد مجوسى سمكة حلت بلا خلاف ، لأن ميتتها حلال ، ولو ابتلع سمكة حية أو قطع فلقة منها وأكلها أو ابتلع جرادة حية أو فلقة منها فوجهان (أصحهما) يكره ولا يحرم (والثانى) يحرم ، وبه قطع الشيخ أبو حامد ، ولو وجدت سمكة فى جوف سمكة فهما حلال كما لو ماتت حتف أنفها ، بخلاف ما لو ابتلعت عصفورا أو غيره فوجد فى جوفها ميتا ، فانه حرام بلا خلاف ، ولو تقطعت سمكة فى جوف سمكة وتغير لونها لم تحل على أصح الوجهين لأنها كالروث والقيء ، ولو قلى السمك قبل موتها وطرحها فى الزيت المغلى وهى تضطرب ، قال الشيخ أبو حامد : لا يحل فعله ، لأنه تعذيب ، وهذا تفريع على اختياره فى ابتلاع السمكة حية أنه حرام ، فان قلنا بكراهة ذلك فلا يحرم ، فكذا هذا •

(وأما) السمك الصغار الذى يقلى ويشوى ولا يشق جوفه ، ولا يخرج ما فيها ، ففيه وجهان (أحدهما) لا يحل أكله ، وبه قال الشيخ أبو حامد ، لأن روثه نجس (والثانى) يحل ، وبه قال القفال ، وصححه الفورانى وغيره ، قال الرويانى : وبه أفتى قال : ورجيعه طاهر عندى ، واحتج له غيره بأنه يعتد ببيعه ، وقد جرى الأولون على المسامحة •

(فرع) ذكرنا أن مذهبنا إباحة ما صاده المجوسى من السمك

ومات فى يده ، وهكذا الجراد (فأما) السمك فمجمع عليه (وأما) الجراد فوافقنا عليه الأوزاعى وأبو حنيفة وأحمد وإسحق وجمهور العلماء ، قال الليث ومالك : لا يؤكل ما صاده من الجراد ، بخلاف السمك ، وفرقهما ضعيف ، دليلنا حديث : « أحلت لنا ميتتان » .

(فـرع) قد ذكرنا أن مذهبنا إباحة ميتات السمك ، سواء الذى مات بسبب والذى مات حتف أنفه ويسمى الطافى وبه قال جمهور العلماء ، خلافا لأبى حنيفة وطائفة ، وقد سبقت المسألة مبسوطة بأدلتها فى باب الأطعمة .

(وأما) الجراد فتحل ميتته سواء مات بسبب أو حتف أنفه ولا يشترط قطع رأسه . هذا مذهبنا ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد وجماهير العلماء . قال العبدرى : هو قول محمد بن الحكم والأبهرى المالكيين ، وعامة العلماء ، وقال مالك : لا تحل إلا إذا مات بسبب بأن يقطع بعضه أو يسلق أو يشوى أو يقلى حيا ، وإن لم يقطف رأسه ، قال : فان مات حتف أنفه أو فى وعاء لم يؤكل وهذا رواية عن أحمد ، والصحيح عندنا ما قدمناه ، دليلنا ما ذكره المصنف .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والأفضل ان يكون المذكى مسلما ، فإن ذبح مشرك نظرت ــ فإن كان مرتدا او وثنيا او مجوسيا لم يحل لقوله تعالى : ((وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم))(١) وهؤلاء ليسوا من اهل الكتاب ، وإن كان يهوديا او نصرانيا من العجم حل للآية الكريمة ، وإن كان من نصارى العرب وهم بهراء وتنوخ وتغلب لم يحل ، لما روى عن عمر رضى الله عنه قال : ((ما نصارى العرب بأهل كتاب لا تحل لنا ذبائحهم)) وعن على بن ابى طالب رضى الله عنه انه قال : ((لا تحل ذبائح نصارى بنى تغلب)) ولانهم دخلوا فى النصرانية بعد

(١) من الآية ٥ من سورة المائدة .

التبديل ، ولا يعلم هل دخلوا فى دين من بدل منهم ؟ او فى دين من لم يبدل منهم؟ فصاروا كالمجوس ، لما أشكل أمرهم فى الكتاب لم تحل ذبائحهم .

والمستحب ان يكون المذكّى رجلا لأنه اقوى على الذبح من المراة ، فإن كانت امراة جاز ، لمـا روى كعب بن مالك « أن جارية لهم كسرت حجـرا فذبحت به شاة ، فسأل النبى ﷺ فأمر بأكلها » ويستحب أن يكون بالغا لأنه اقدر على الذبح ، فإن ذبح صبى حل ، لمـا روى عن ابن عباس رضى الله عنه انه قال : « من ذبح من ذكر أو أنثى أو صغير أو كبير وذكـر اسم الله عليه حل » وتكره ذكاة الأعمى لأنه ربما أخطأ المذبح ، فإن ذبح حـل ، لأنه لم يفقد فيه إلا النظر وذلك لا يوجب التحريم ، ويكره ذكاة السكران والمجنون ، لأنه لا يؤمن أن يخطىء المذبح ويقتل الحيوان ، فإن ذبح حل ، لأنه لم يفقد فى ذبحهما إلا القصد والعلم ، وذلك لا يوجب التحريم كما لو ذبح شاة وهو يظن انه يقطع حشيشا) .

(**الشرح**) حديث كعب بن مالك رواه البخارى وصححه بلفظـه (قوله) وهم بهراء هى ــ بفتح الباء الموحدة ، وإسكان الهاء وبالمد ــ وتنوخ ــ بالتاء المثناة فوق ثم النون ، وخاء معجمة ــ وبنو تغلب ــ بتاء مثناة من فوق مفتوحة وكسر اللام ــ وهى قبائل معروفات ، وفى الفصل مسائل :

(إحداها) الأفضل أن يكون المذكى مسلما ، ويشترط كونه مسلما أو كتابيا ، فتحل ذبيحة الكتابى بالإجماع للآية الكريمة ، وسواء فيـه ما يستحله الكتابى وما لا يستحله وحقيقة الكتابى نبسطها فى كتاب النكاح حيث ذكرها الأصحاب ، ومختصره ما أشار إليه المصنف أنه إن كان يهوديا أو نصرانيا من العجم ، أو ممن دخل فى دينهم قبل النسخ والتبديل ، حلت ذبيحته ، وإن كان من نصـارى العرب وهم تنوخ وبهراء وبنو تغلب أو غيرهم ممن شك فى وقت دخولهم فى دين أهل الكتاب لم تحل ذبائحهم ، لمـا ذكره المصنف ، ولا تحل ذبيحة المرتد ولا الوثنى ولا المجوسى لمـا ذكره المصنف ، وهكذا حكم الزنديق وغيره من الكفار الذين ليس لهم كتاب .

(وأما) المتولد بين كتابى وغيره ، فان كان أبوه غير كتابى والأم كتابية فذبيحته حرام كمناكحته ، وإن كان أبوه كتابيا والأم مجوسية فقولان (أصحهما) حرام (والثانى) حلال ، وهما كالقولين فى مناكحته قال أصحابنا : والمناكحة والذكاة متلازمتان لا يفترقان فمن حلت مناكحته حلت ذبيحته ، ومن لا فلا إلا فى مسألة ، وهى الأمة الكتابية ، فانه تحل ذبيحتها ولا تحل مناكحتها •

وقال أصحابنا : وكما تحرم ذبيحة المرتد والوثنى والمجوسى وغيرهم ممن لا كتاب له يحرم صيده بكلب أو سهم ، ويحرم ما شارك فيه مسلما فلو أمرّ سكينا على حلق ، أو قطع هذا بعض الحلقوم وهذا بعضه ، أو قتلا صيدا بسهم أو كلب ، لم يحل ، ولو رميا سهمين أو أرسلا كلبين — فان سبق سهم المسلم أو كلبه فقتل الصيد أو أنهاه إلى حركة المذبوح — حل كما لو ذبح مسلم شاة ، ثم قدّها المجوسى ، وإن سبق ما أرسله المجوسى أو جرحاه معا أو مرتبا ، ولم يذفف واحد منهما فهلل بهما ، أو لم يعلم أيهما كان ؟ فهو حرام ، لأن الأصل فى الحيوان التحريم حتى تتحقق ذكاة مبيحة •

وقال صاحب البحر : متى اشتركا فى إمساكه وعقره أو فى أحدهما ؟ وانفرد واحد بالآخر ، أو انفرد كل واحد بأحدهما فهو حرام ، ولو كان لمسلم كلبان معلم وغيره ، أو معلمان ذهب أحدهما بلا إرسال فقتلا صيدا فهو كاشتراك كلبى المسلم والمجوسى ، ولو هرب الصيد من كلب المسلم فعارضه كلب مجوسى فرده عليه فقتله كلب المسلم حل ، كما لو ذبح المسلم شاة أمسكها مجوسى ، ولو جرحه مسلم أولا ثم قتله مجوسى أو جرحه جرحا غير مذفف ومات بالجرحين فحرام ، ولو كان المسلم قد أثخنه بجراحته فقد ملكه ، ويلزم المجوسى له قيمته ، لأنه أتلفه بجعله ميتة ، ويحل ما اصطاده المسلم بكلب المجوسى كما تحل ذبيحته بسكينته ، ولو أكره

مجوسى مسلما على ذبح شاة أو محرم حلالا على ذبح صيد ، فذبح حل بلا خلاف . وممن صرح به إبراهيم المروذى فى مسألة الإكراه على القتل والله أعلم .

(المسألة الثانية) تحل ذبيحة المرأة بلا خلاف ، لحديث كعب بن مالك المذكور فى الكتاب ، وذكاة الرجل أفضل من ذكاتها لما ذكره المصنف وسواء كانت المرأة حرة أو أمة طاهرا أو حائضا أو نفساء مسلمة أو كتابية ، فذبيحتها فى كل هذه الأحوال حلال ، نص عليه الشافعى واتفقوا عليه .

(الثالثة) الأفضل أن يكون الذابح بالغا عاقلا ، فان ذبح صبى مميز حلت ذبيحته على المذهب وهو المنصوص ، وبه قطع المصنف والجمهور وحكى إمام الحرمين والغزالى وغيرهما فيه وجهين (الصحيح) الحل (والثانى) التحريم . وأما الصبى الذى لا يميز والمجنون والسكران ففيهم طريقان (أحدهما) القطع بحل ذبائحهم ، وبه قطع الشيخ أبو حامد والمصنف وجمهور العراقيين (والثانى) فيه قولان (أصحهما) الحل (والثانى) التحريم واختاره إمام الحرمين والغزالى وغيرهما لأنه لا قصد له فأشبه من كان فى يده سكين وهو نائم فمرت على حلقوم الشاة فذبحها فانها لا تحل وهذا الطريق مشهور فى كتب العراقيين (والمذهب) الأول ، كمن قطع حلق شاة وهو يظنه خشبة فانها تحل بالاتفاق كما ذكره المصنف وحكى إمام الحرمين فى السكران طريقا آخر قاطعا بحل ذكاته مع إجراء الخلاف فى المجنون تفريعا على أن له حكم الصاحى . قال البغوى : فان كان للمجنون أدنى تمييز وللسكران قصد حلت ذبيحته قطعا وحيث حللنا ذبح المجنون والسكران فهو مكروه كراهة تنزيه كما ذكره المصنف والله أعلم .

(الرابعة) تحل ذكاة الأعمى بلا خلاف ، ولكن تكره كراهة تنزيه ، وفى حل صيده بالكلب والرمى وجهان مشهوران فى كتب الخراسانيين

(أصحهما) التحريم لأنه لا يرى الصيد فلا يصح إرساله (والثانى) يحل كذكاته وقطع بكل واحد من الوجهين طائفة ، وممن قطع بالتحريم صاحب الشامل ، وصححه الرافعى فى كتابيه . قال إمام الحرمين : عندى أن الوجهين مخصوصان بما إذا أدرك حس الصيد ، وبنى إرساله عليه ، وقال الرافعى : الأشبه أن الخلاف مخصوص بما إذا أخبره بصير بالصيد ، فأرسل الكلب أو السهم ، وكذا صورهما البغوى ، وأطلق كثيرون الوجهين ، قال الرافعى : ويجريان فى اصطياد الصبى والمجنون والكلب والسهم ، وقيل : يختصان بالكلب ، ويقطع بالحل فى السهم كالذبح (قلت) المذهب حل صيدهما ، قال صاحب البيان : هو المشهور ، وقيل : لا يحل لعدم القصد ، وليس بشىء ، والمراد صبى لا يميز (أما) المميز فيحل اصطياده بالكلب والسهم قطعا كالذبح . ويحتمل على الوجه الشاذ السابق فى الذبح . والله أعلم .

(فرع) الأخرس إن كانت له إشارة مفهومة حلت ذبيحته بالاتفاق ، وإلا فطريقان (المذهب) وبه قطع الأكثرون الحل أيضا (والثانى) أنه كالمجنون ، وبه قطع البغوى والرافعى ، قال الرافعى : ولتكن سائر تصرفاته على هذا القياس .

(فرع) قال فى المختصر : ومن ذبح ممن أطاق الذبح من امرأة حائض أو صبى من المسلمين أحب لى من ذبح اليهودى والنصرانى . قال أصحابنا : أولى الناس بالذكاة وأفضلهم لها الرجل العاقل المسلم ، ثم المرأة المسلمة أولى من الصبى ، ثم الصبى المسلم ، ثم اليهودى والنصرانى ، والنصرانى أولى من المجنون والسكران ، لأنه يخاف منهما قتل الحيوان .

(فرع) ذكرنا أن الصحيح فى مذهبنا حل ذبيحة الصبى والمجنون والسكران وبه قال أبو حنيفة . وقال مالك وأحمد وابن المنذر وداود :

لا تحل ذكاة المجنون والسكران والصبى الذى لا يميز ، ونقل ابن المنذر الإجماع على حل ذكاة المرأة والصبى المميز •

(فـرع) نقل ابن المنذر الإجماع على إباحة مذكاة الأخرس ، ولم يفرق بين فهمه الإشارة وعدمه •

(فـرع) نقل ابن المنذر الاتفاق [حل] ذبيحة الجنب ، قال : وإذا دل القرآن على حل إباحة ذبيحة الكتابى مع أنه نجس ، فالذى نفت السنة عنه النجاسة أولى قال : والحائض كالجنب •

(فـرع) فى ذبيحة الأقلف وهو من لم يختن • مذهبنا أنه حلال ، وبه قال جماهير العلماء ، قال ابن المنذر : وبه قال عوام أهل العلم من علماء الأمصار ، قال : وبه نقول قال : وقال ابن عباس : لا يؤكل وهو إحدى الروايتين عن الحسن البصرى • واحتج ابن المنذر والأصحاب بعموم قول الله تعالى : « فكلوا مما ذكر اسم الله عليه »[1] وبأن الله تعالى أباح ذبائح أهل الكتاب ، ومنهم الأقلف فالمسلم أولى •

(فـرع) مذهبنا إباحة أكل ذبيحة السارق والغاصب وسائر من تعدى بذبح مال غيره لصاحبها ، ومن أذن له صاحبها وبه قال الزهرى ويحيى بن سعيد الأنصارى وربيعة ومالك وأبو حنيفة والجمهور ، وقال طاوس وعكرمة وإسحق بن راهويه : يكره •

(فـرع) ذبيحة أهل الكتاب حلال ، سواء ذكروا اسم الله تعالى عليها أم لا ، لظاهر القرآن العزيز ، هذا مذهبنا ومذهب الجمهور ، وحكاه ابن المنذر عن على والنخعى وحماد بن سليمان وأبى حنيفة وأحمد وإسحق وغيرهم ، فإن ذبحوا على صنم أو غيره لم يحل ، قال ابن المنذر : وقال

---

(١) من الآية ١١٨ من سورة الانعام •

عطاء . إذا ذبح النصرانى على اسم عيسى فكل قد علم الله أنه سيقول ذلك ، وبه قال مجاهد ومكحول ، وقال أبو ثور : إذا سموا الله تعالى فكل وإن لم يسموه فلا تأكل وحكى مثله عن على وابن عمر وعائشة ، قال ابن المنذر : واختلفوا فى ذبائحهم لكنائسهم ، فرخص فيه أبو الدرداء وأبو أمامة الباهلى والعرباض بن سارية والقاسم بن مخيمرة وحمزة بن حبيب وأبو مسلم الخولانى وعمرو بن الأسود ، ومكحول وجبر بن [1] نفيل والليث بن سعد ، وكرهه ميمون بن مهران وحماد والنخعى ومالك والثورى والليث وأبو حنيفة وإسحق وجمهور العلماء ومذهبنا تحريمه وقد سبق ذلك فى باب الأضحية ، وقالت عائشة : لا تأكله .

(فـرع) ذكرنا أن مذهبنا تحريم ذكاة نصارى العرب بنى تغلب وتنوخ وبهراء ، وبه قال على بن أبى طالب وعطاء وسعيد بن جبير ، وأباحها ابن عباس والنخعى والشعبى وعطاء الخراسانى والزهرى والحكم وحماد وأبو حنيفة وإسحاق بن راهوية وأبو ثور ، دليلنا ما ذكره المصنف .

(فـرع) ذبائح أهل الكتاب فى دار الحرب حلال كذبائحهم فى دار الإسلام ، وهذا لا خلاف فيه ، ونقل ابن المنذر الإجماع عليه .

(فـرع) ذبائح المجوس حرام عندنا ، وقال به جمهور العلماء ، ونقله ابن المنذر عن أكثر العلماء ، قال : وممن قال به سعيد بن المسيب وعطاء بن أبى رباح وسعيد بن جبير ومجاهد وعبد الرحمن بن أبى ليلى والنخعى وعبيد الله بن يزيد ومرة الهَمْدانى والزهرى ومالك والثورى وأبو حنيفة وأحمد وإسحق ، قال ابن المنذر : روينا عن ابن المسيب أنه قال : إذا كان المسلم مريضا وأمر مجوسيا أن يذبح أجزأه ، وقد أساء ، قال ابن المنذر : واختلفوا فى المجوسى يسمى شيئا لناره فيذبحه مسلم

---

(1) كذا وصوابه جبر بن نوف وهو صدوق يهم من الطبقة الرابعة . (ط)

فكرهه الحسن وعكرمة ورخص فيه ابن سيرين ، قال ابن المنذر : يأكلها المسلم إذا ذبحها مسلم ، وسمى الله تعالى عليها •

(**فرع**) فى ذبيحة من أحد أبويه كتابى والآخر مجوسى • قد ذكرنا أن مذهبنا أنه إذا كان الأب مجوسيا فذبيحة الولد حرام بلا خلاف ، وكذا إن كانت الأم على الأصح • وقال أبو حنيفة يحل فى الصورتين وقال مالك وأبو ثور : له حكم الأب •

(**فرع**) ذبيحة المرتد حرام عندنا ، وبه قال أكثر العلماء ، منهم أبو حنيفة وأحمد وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وكرهها الثورى ، قال ابن المنذر : وكان الأوزاعى يقول فى هذه المسألة معنى قول الفقهاء ان من تولى قوما فهو منهم ، وقال إسحق : إن ارتد إلى النصرانية حلت ذبيحته •

(**فرع**) قال ابن المنذر : أجمع العلماء على حل ذبيحة الصبى والمرأة الكتابيين العاقلين •

(**فرع**) فى ذبائح الصابئين والسامرة • قال الشافعى وجمهور الأصحاب : إن وافقت الصابئون النصارى ، والسامرة اليهود فى أصول العقائد حلت ذبائحهم ومناكحتهم وإلا فلا ، قال ابن المنذر : وأباح عمر بن الخطاب رضى الله عنه ذبائح السامرة ، وقال إسحق بن راهوية : لا بأس بذبائح أهل الصابئين ، لأنهم أهل كتاب ، وقال ابن عباس ومجاهد وأبو يوسف : لا يحل قال ابن المنذر : (أما) السامرة فحكمهم ما ذكره الشافعى (وأما) الصابئون فلا تحل ذبائحهم ، لأن الله تعالى عطفهم على اليهود والنصارى بالواو •

(**فرع**) ذبائح اليهود والنصارى حلال بنص القرآن والإجماع وحكى العبدرى وغيره عن الشيعة أنهم قالوا : لا تحل ، والشيعة لا يعتد بهم فى الإجماع والله أعلم •

(فـرع) قال المتولى وغيره : لو أخبر فاسق أو كتابى أنه ذكى هذه الشاة قبلناه ، وحل أكلها ، لأنه من أهل الذكاة .

(فـرع) لو وجدنا شاة مذبوحة ولم ندر من ذبحها ــ فان كان فى بلد فيه من لا يحل ذكاته كالمجوس ــ لم تحل ، سواء تمحضوا أو كانوا مختلطين بالمسلمين للشك فى الذكاة المبيحة ، والأصل التحريم ، وإن لم يكن فيهم أحد منهم حلت والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(والمستحب أن يذبح بسكين حاد لمـا روى شداد بن اوس رضى الله عنه ان النبى ﷺ قال « إن الله كتب الإحسان على كل شىء ، فإذا قتلتم فاحسنوا القتلة ، وإذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته » فإن ذبح بحجر محدد او ليطة حل ، لمـا ذكرناه من حديث كعب بن مالك فى المراة التى كسرت حجرا فذبحت بها شاة ، ولمـا روى ان رافع بن خديج قال : « يا رسول الله إنا نرجو أن نلقى العدو غدا وليس معنا مدى ، افنذبح بالقصب؟ فقال رسول الله ﷺ : ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ، ليس السن والظفر ، وساخبركم عن ذلك اما السن فعظم ، واما الظفر فمدى الحبشة » فإن ذبح بسن او ظفر لم يحل لحديث رافع بن خديج) .

(الشرح) حديث شداد بن أوس رواه مسلم ، وحديث رافع رواه البخارى ومسـلم ، وينكر على المصنف روى بصيغة التمريض ، مع أنه حديث صحيح ، وقوله ﷺ « فأحسنوا القتلة والذبحـة » هو ــ بكسر القاف والذال ــ أى هيئة القتل والذبح ، وليحد بضم الياء وكسر الحاء ــ يقال أحد السكين وحددها واستحدها ، كله بمعنى ، والمدى ــ بضم الميم وفتح الدال ــ وهو جمع مدية ــ بضم الميم وكسرها وفتحها ساكنة الدال ــ وهى السكين ، سميت مدية لأنها تقطع مدى حياة الحيوان ، وسـميت السكين سكينا لأنها تسكن حركة الحيوان وفيها لغتان التذكير والتأنيث

(قوله) ليطه ــ بكسر اللام وإسكان المثناة تحت وبطاء مهملة ــ وهى القشرة الرقيقة للقصبة ، وقيل مطلق قشرة القصبة ، والجماعة ليط (وقوله) ﷺ « ما أنهر الدم » أى أساله (وقوله) « ﷺ ليس السن والظفر » هما منصوبان بليس (وقوله) ﷺ (أما السن فعظم) معناه فلا يجوز به ، لأنه متنجس بالدم ، وقد نهيتم عن تنجيس الروث والعظام فى الاستنجاء لكونهما زاد إخوانكم من الجن (وأما) الظفر فمدى الحبشة وهم كفار (وقد نهيتم عن التشبه بالكفار) والله أعلم •

(اما الاحكام) ففيها مسائل :

(إحداها) السنة تحديد السكين لما ذكره المصنف ، ويستحب إمرارها بقوة وتحامل ذهابا وعودا ليكون أوحى وأسهل ، فلو ذبح بسكين كالة كره وحلت الذبيحة ونقل ابن المنذر أنه يكره أن يحدد السكين والشاة تنظر السكين وأن يذبح الشاة والأخرى تنظر وكذا قاله أصحابنا ، قالوا : ويستحب أن تساق إلى المذبح برفق وتضجع برفق ويعرض عليها الماء قبل الذبح •

(المسألة الثانية) قال الشافعى والأصحاب : لا تحصل الذكاة بالظفر والسن ولا بسائر العظام ، وتحصل بما سوى ذلك من جميع المحددات ، سواء كانت من الحديد كالسيف والسكين والسهم والرمح ، أو من الرصاص أو النحاس أو الذهب أو الفضة أو الخشب المحدد أو القصب أو الزجاج أو الحجر أو غيرها ولا خلاف فى كل هذا عندنا ، ويحل الصيد المقتول بجميع هذه المذكورات سوى الظفر والسن وسائر العظام (وأما) الظفر والسن وسائر العظام فلا تحل بها الذكاة ولا الصيد بلا خلاف ، سواء كان الظفر والسن من آدمى أو غيره وسواء المتصل والمنفصل ، وسواء كان من حيوان مأكول أو غيره ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وقال

صاحب الحاوى : قال الشافعى : أكره بالعظم الذكاة ولا يبين لى أن أحرم لأنه لا يقع عليه اسم سن ولا ظفر ، قال : اعتبر الشافعى فى التحريم الاسم فأجازه بالعظم لخروجه عن الاسم وكرره لأنه فى معناه ، قال : وفيه عندى نظر ، لأن النبى ﷺ علل المنع من السن بأنه عظم ، هذا نقله وهو شاذ ضعيف وحكى الرافعى وجها شاذا باطلا أن عظم المأكول تحصل به الذكاة ، وهذا غلط ، ولو ركب عظم على سهم وجعل نصلا له فقتل به صيدا لم يحل ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وحكى الرافعى قولا أنه يحل وهو شاذ مردود .

(الثالثة) لو أراد الذكاة بمثقل فأثر بثقله دقا أو خنقا لم يحل وكذا لو كان مثقلا فقتله بثقله لم يحل بل لابد من الجرح ، ولو ذبحه بحديدة لا تقطع وتحامل عليها حتى أزهقه لم يحل لأن القطع هنا بقوة الذابح واعتماده الشديد لا بالآلة والله أعلم .

(فرع) اعلم أنه ينكر على المصنف قوله فى التنبيه : يجوز الذبح بكل ما له حد يقطع إلا السن والظفر . وهذا اللفظ يقتضى جواز الذبح بالعظام المحددة سوى السن ، وهذا لا يجوز بلا خلاف كما سبق ، وكان حقه أن يقول إلا العظم والظفر ، أو إلا الظفر والسن وسائر العظام ، وعبارته فى المهذب أجود ، ومع هذا فأهمل فيه بيان منع الذبح بالعظم (فان قيل) لعله اقتصر على موافقة الحديث (قلنا) : (أما) فى المهذب فله فى هذا بعض العذر (وأما) فى التنبيه فلا عذر له ولا جواب عنه ، لأنه لم يذكر الحديث حتى يستنبط منه (وأما) الحديث فليس فيه إيهام بأنه منصوص فيه على العلة فى السن ، وهو كونه عظما ففهمنا منه أن كل ما انطلق عليه اسم العظم لا تحل الذكاة به .

(فرع) لو ذبح بسكين مغصوب أو مسروق أو كال وقطع الحلقوم والمرىء كره ذلك وحلت الذبيحة بلا خلاف عندنا ، قال العبدرى : وبه

قال العلماء كافة إلا داود فقال : لا تحل ، وهو رواية عن أحمد لقوله ﷺ (من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد) رواه مسلم بهذا اللفظ من رواية عائشة رضى الله عنها ، فيصير كأنه لم يوجد ذبح • واحتج أصحابنا بقوله تعالى : (إلا ما ذكيتم)[1] وبقوله ﷺ فى الحديث المذكور قريبا : (ما أنهر الدم) والجواب عن حديث : (من عمل عملا) أنه يقتضى تحريم فعله ولايلزم منه إبطال الذكاة ، ولهذا لو ذبح بسكين حلال فى أرض مغصوبة أو توضأ بماء فى أرض مغصوبة فانه تحصل الذكاة والوضوء بالإجماع •

(**فرع**) فى مذاهب العلماء بما تحصل به الذكاة ذكرنا أن مذهبنا حصوله بكل محدد إلا الظفر والسن وسائر العظام ، وبه قال النخعى والحسن بن صالح والليث وفقهاء الحديث وأحمد وإسحق وأبو داود وأبو ثور وداود والجماهير وهو رواية عن مالك • وقال أبو حنيفة وصاحباه : لا يجوز الذبح بالظفر والعظم المتصلين ، ويجوز بالمنفصلين ، وهو رواية عن مالك ، وحكى ابن المنذر عن مالك أنه قال : تحصل الذكاة بكل شىء حتى بالسن والظفر ، ونحوه عن ابن جريج وحكى العبدرى عن ابن القصار المالكى أن الظاهر من مذهب مالك إباحة الذكاة بالعظم ومنعه بالسن ، قال ابن القصار : وعندى تحصل الذكاة بهما ، وعن ابن جريج قال : تذكى بعظم الحمار ، ولا تذكى بعظم القرد ، لأن الحمار تصلى عليه وتسقيه فى خفك وهذا مذهب فاسد واستدلال باطل ، ودليلنا حديث رافع والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

والمستحب ان تنحر الإبل معقولة من قيام ، لما روى (ان ابن عمر رضى الله عنهما راى رجلا اضجع بدنة فقال : قياما ، سنة ابى القاسم ﷺ)

---

(١) من الآية ٣ من سورة المائدة .

وتذبح البقر والغنم مضجعة ، لمـــا روى انس رضى الله عنه (ان رسول الله ﷺ ضحى بكبشين اقرنين املحين ، ذبحما بيده ، ووضع رجله على صفاحهما وسمى وكبر) والبقر كالغنم فى الذبح فكان مثله فى الاضطجاع والمستحب ان توجه الذبيحة إلى القبلة لانه لابد لها من جهة فكانتجهة القبلة اولى، والمستحب ان يسمى الله تعالى على الذبح ، لما روى عدى بن حاتم قال :.(سالت النبى ﷺ عن الصيد فقال : إذا رميت بسهمك فاذكر اسم الله عليه وكل) فإن ترك التسمية لم يحرم ، لمـــا روت عائشة رضى الله عنها (ان قوما قالوا : يا رسول الله إن قوما من الاعراب ياتون باللحم لا ندرى اذكروا اسم الله تعالى عليه أم لا؟ فقال رسول الله ﷺ : اذكر اسم الله تعالى عليه وكل) .

والمستحب ان يقطع الحلقوم والمرىء والودجين ، لانه اوحى واروح للذبيحة فإن اقتصر على قطع الحلقوم والمرىء اجزاه ، لان الحلقوم مجرى النفس ، والمرىء مجرى الطعام ، والروح لا تبقى مع قطعهما ، والمستحب ان ينحر الإبل ويذبح البقر والشاة ، فإن خالف ونحر البقر والشاة وذبح الإبل اجزاه ، لان الجميع موت(١) من غير تعذيب ، ويكره ان يبين الراس وان يبالغ فى الذبح إلى ان يبلغ النخاع ، وهو عرق يمتد من الدماغ ، ويستبطن الفقار إلى عجب الذنب لما روى عن عمر رضى الله عنه انه ((نهى عن النخع)) ولان فيه زيادة تعذيب فإن فعل ذلك لم يحرم لان ذلك يوجد بعد حصول الذكاة . وإن ذبحه من قفاه فإن بلغ السكين الحلقوم والمرىء ـــ وقد بقيت فيه حياة مستقرة ـــ حل ، لان الذكاة صادفته وهو حى ، وإن لم يبق فيه حياة مستقرة إلا حركة مذبوح لم يحل ، لانه صار ميتاً قبل الذكاة ، فإن جرح السبع شاة فذبحهـــا صاحبها وفيها حياة مستقرة حلت ، وإن لم يبق فيها حياة مستقرة لم تحل لما روى (ان النبى ﷺ قال لابى ثعلبة الخشنى : وإن رد عليك كلبك غنمك(٢) وذكرت اسم الله عليه ، وادركت ذكاته فذكه ، وإن لم تدرك ذكاته فلا تاكله) والمستحب إذا ذبح ان لا يكسر عنقها ، ولا يسلخ جلدها قبل ان تبرد لمـــا روى (ان الفرافصة قال لعمر رضى الله عنه إنكم تاكلون طعاما لا ناكله فقال : وما ذاك يا ابا حسان ؟ فقال : تعجلون الانفس قبل ان تزهق ، فامر عمر رضى الله عنه مناديا ينادى إن الذكاة فى الحلق واللبة لمن قدر ولا تعجلوا الانفس حتى تزهق) .

---

(١) فى بعض النسخ (موت من غير تعذيب) . (ط)

(٢) الفرق هنا واضح بين لفظ الحديث عند المصنف ولفظ الرواية التى ساقها الشارح . الاولى عن رد كلب الحراسة للغنم لصاحبها او لمراحها فما مات منها ولم يدرك ذكاتها حية فهى حرام ، وما أدرك منها ذكاتها فهى حلال والكلام عن الغنم لا عن الصيد . (ط)

(الشرح) أما حديث ابن عمر وحديث أنس وحديث عدى فرواها البخارى ومسلم ، ولفظ روايتى البخارى ومسلم فى حديث ابن عمر رضى الله عنهما : « ابعثها مقيدة سنة أبى القاسم ﷺ » وحذف منه المصنف مقيدة (وأما) حديث عائشة فصحيح رواه البخارى وآخرون ، وسبق إيضاحه مع غيره مما فى معناه ، فى فرع مذاهب العلماء فى التسمية فى باب الأضحية (وأما) حديث أبى ثعلبة فروى البخارى ومسلم بعضه ولفظهما أن النبى ﷺ قال له : « وما صدت بكلبك الذى ليس بمعلم فأدركت ذكاته فكل » (وأما) الأثر عن عمر فصحيح ، صححه ابن المنذر ، وذكره البخارى فى صحيحه عن ابن عمر •

(وقوله) فى حديث ابن عمر : « قياما مقيدة » أى معقولة إحدى الرجلين (وقوله) سنة أبى القاسم ﷺ هو بنصب سنة ، أى الزم سنة أو افعلها ، ويجوز رفعه أى هذه سنة ، والأعراب ــ بفتح الهمزة ــ ساكن البادية ، والمرىء ــ بفتح الميم وآخره همزة ممدودة والروح يذكر ويؤنث ، لغتان ، والنخاع ــ بكسر النون وفتحها وضمها ثلاث لغات حكاهن صاحب المحكم وآخرون، والنخع بفتح النون وإسكان الخاء ــ وقد فسره المصنف ، قال الأزهرى : النخع للذبيحة أن يعجل الذابح فيبلغ القطع إلى النخاع ، قال ابن الأعرابى : والنخاع خيط أبيض يكون داخل عظم الرقبة ، ويكون ممتدا إلى الصلب ، قال : قال ابن الأعرابى أيضا : هو خيط الفقار المتصل بالدماغ • هذا نقل الأزهرى فى تهذيب اللغة وقال فى شرح ألفاظ المختصر : النخع قطع النخاع وهو الخيط الأبيض الذى مادته من الدماغ فى جوف الفقار كلها إلى عجب الذنب ، وإنما تنخع الذبيحة إذا أبين رأسها ، والفقار ــ بفاء مفتوحة ثم قاف ــ وأما عجب الذنب ــ فبفتح العين وإسكان الجيم ــ وهو أصل الذنب •

(وأما) أبو ثعلبة الخشنى ــ فبضم الخاء ــ وفتح الشين المعجمة وبالنون ــ وسبق بيانه فى كتاب الطهارة (وأما) الفرافصة فبضم الفاء

الأولى ـ وكسر الثانية (وقوله) لا تعجلون الأنفس هو ـ بضم التاء وإسكان العين ـ (قوله) : الحلق واللبة هى ـ بفتح اللام وتشديد الباء الموحدة ـ وهى الثغرة التى فى أسفل العنق .

(اما الاحكام) ففيها مسائل :

(إحداها) السنة فى الإبل النحر ، وهو قطع الحلق أسفل العنق ، وفى البقر والغنم الذبح ، وهو قطع الحلق أعلى العنق والمعتبر فى الموضعين قطع الحلقوم والمرىء وحكى صاحب البيان وغيره وجها شاذا أنه يتخير فى البقر بين الذبح والنحر ، والصواب الأول ، والخيل كالبقر ، وكذا حمار الوحش وبقره ونحوها ، فلو خالف وذبح الإبل ونحر البقر والغنم حلت المذكاة ، وكان تاركا للمستحب ، وهل هو مكروه ؟ فيه قولان (الصحيح) المشهور لا يكره ، لأن المكروه هو ما ورد فيه نهى (والثانى) يكره .

(الثانية) السنة أن ينحر البعير قائما على ثلاث قوائم ، معقول الركبة ، ويستحب أن تكون المعقولة اليسرى ، فإن لم ينحره قائما فباركا ، والسنة أن تضجع البقرة والشاة على جنبها الأيسر ، وتترك رجلها اليمنى ، وتشد قوائمها الثلاث ، وقد صح عن جابر رضى الله عنه « أن النبى ﷺ وأصحابه كانوا ينحرون البدنة معقولة اليسرى ، قائمة على ما بقى من قوائمها » رواه أبو داود باسناد صحيح على شرط مسلم ، والخيل والصيود كالبقر والغنم .

(الثالثة) قال أصحابنا : يستحب أن يتوجه الذابح إلى القبلة ، ويوجه الذبيحة إليها ، وهذا مستحب فى كل ذبيحة ، وهو فى الأضحية والهدى أشد استحبابا ، لأن الاستقبال مستحب فى القربات ، وفى كيفية توجيهها ثلاثة أوجه سبقت فى باب الأضحية (أصحها) يوجه مذبحها

إلى القبلة ، ولا يوجه وجهها ليمكنه هو أيضا الاستقبال (والثانى) يوجهها بجميع بدنها (والثالث) يوجه قوائمها •

(الرابعة) يستحب أن يسمى الله تعالى عند الذبح وعند إرسال الكلب أو السهم إلى الصيد ، فلو ترك التسمية عمدا أو سهوا حلت الذبيحة والصيد ، لكن فى تركها عمدا ثلاثة أوجه (الصحيح) أنه مكروه (والثانى) لا يكره (والثالث) يأثم به ، وقد سبقت المسألة مبسوطة بفروعها الكثيرة مع ما يتعلق بها مع بيان مذاهب العلماء بأدلتها فى باب الأضحية ، قال الشافعى فى الأم والأصحاب : وتستحب الصلاة على النبى ﷺ عند الذبح وفيه وجه شاذ لأبى على ابن أبى هريرة أنها لا تستحب ، ولا تكره . والمذهب الأول •

(الخامسة) فى حقيقة الذبح ، وقد لخصه الرافعى رحمه الله وجمع فيه متفرقات كلام الأصحاب وهذبها وهو كما قال ، قال : الذبح الذى يباح به الحيوان المقدور عليه إنسيا كان أو وحشيا ، أضحية كان أو غيرها ، هو التدقيق بقطع جميع الحلقوم والمرىء ، من حيوان فيه حياة مستقرة ، بآلة ليست عظما ولا ظفرا ، فهذه قيود (أما) القطع فاحتراز مما لو اختطف رأس عصفور وغيره بيد أو ببندقة ونحوها فانه ميتة (وأما) الحلقوم فهو مجرى النفس خروجا ودخولا ، والمرىء مجرى الطعام والشراب وهو تحت الحلقوم ووراءهما عرقان فى صفحتى العنق يحيطان بالحلقوم ، وقيل : يحيطان بالمرىء ، يقال لهما : الودجان ، ويقال للحلقوم والمرىء معهما الأوداج •

ويشترط لحصول الذكاة قطع الحلقوم والمرىء ، هذا هو المذهب الصحيح المنصوص وبه قطع المصنف والجمهور ، وفيه وجه لأبى سعيد الإصطخرى أنه يكفى قطع أحدهما لأن الحياة لا تبقى بعده قال الأصحاب :

هذا خلاف نص الشافعي وخلاف مقصود الذكاة وهو الإزهاق بما يوحي[1] ولا يعذب ، ويستحب أن يقطع الودجين مع الحلقوم والمرىء لأنه أوحى والغالب أنهما يقطعان بقطع الحلقوم والمرىء ، فلو تركهما جاز لحصول المقصود بالحلقوم والمرىء قال أصحابنا : ولو ترك من الحلقوم والمرىء شيئا ومات الحيوان فهو ميتة ، وكذا لو انتهى إلى حركة المذبوح فقطع بعد ذلك المتروك فهو ميتة وحكى الماوردى والشاشى وغيرهما وجها أنه إذا بقى من الحلقوم أو المرىء شيء يسير لا يضر بل تحصل الذكاة واختاره الرويانى فى الحلية . والمذهب الأول .

قال أصحابنا : ولو قطع من القفا حتى وصل الحلقوم من المرىء عصى لزيادة الإيلام ، ثم ينظر إن وصل إلى الحلقوم والمرىء وقد انتهى إلى حركة المذبوح لم يحل بقطع الحلقوم والمرىء بعد ذلك ، فإن وصلهما وفيه حياة مستقرة فقطعهما حل ، كما لو قطع يده ثم ذكاه قال إمام الحرمين : ولو كان فيه حياة مستقرة عند ابتداء قطع المرىء ، ولكن لما قطع بعض الحلقوم انتهى إلى حركة المذبوح ، لما ناله من قبل بسبب قطع القفا ، فهو حلال لأن أقصى ما وقع التعبد به أن يكون فيه حياة مستقرة عند الابتداء بقطع المذبح . قال أصحابنا : والقطع من صفحة العنق كالقطع من القفا ، قالوا : ولو أدخل السكين فى أذن الثعلب ليقطع الحلقوم والمرىء من داخل الجلد ففيه هذا التفصيل ، ولو أمرّ السكين ملتصقا باللحيين فوق الحلقوم والمرىء ، وأبان الرأس ، فليس هو بذبح ، لأنه لم يقطع الحلقوم والمرىء .

وأما كون التدقيق حاصلا بقطع الحلقوم والمرىء ، ففيه مسألتان :

(إحداهما) لو أخذ الذابح فى قطع الحلقوم والمرىء ، وأخذ آخرون

---

(1) الايحاء هنا يعنى السرعة فلا يعمل بتردد ولا اضطراب يؤديان الى البطء الذى يفضى الى تعذيب المذكى . المطيعى

فى نزع خيشومه أو نخس خاصرته لم يحل ، لأن التدقيق لم يتمحض للحلقوم والمرىء ، وسواء كان ما تجرى به قطع الحلقوم مما يدق [1] ولو انفرد أو كان يعين على التدقيق ، ولو اقترن قطع الحلقوم بقطع رقبة الشاة من قفاها ، بأن كان يجرى سكينا من القفا وسكينا من الحلقوم حتى التقتا فهي ميتة بخلاف ما إذا تقدم قطع القفا وبقيت الحياة مستقرة إلى وصول السكين المذبح •

(المسألة الثانية) يجب أن يشرع الذابح فى القطع ، ولا يتأنى بحيث يظهر انتهاء الشاة قبل استتمام قطع المذبح إلى حركة المذبوح ، هكذا قاله إمام الحرمين وغيره ، قال الرافعى : وهذا قد يخالف ما سبق أن المتعبد به كون الحياة مستقرة عند الابتداء ، قال : فيشبه أن يكون المقصود هنا إذا تبين مصيره إلى حركة المذبوح ، وهناك إذا لم يتحقق الحال ، هذا كلام الرافعى ، وهذا الذى قاله خلاف ما سبق تصريح الإمام به ، بل الجواب أن هذا مقصر فى التأنى لم تحل ذبيحته بخلاف الأول ، فانه لا تقصير فى حقه ، ولو لم يحلله أدى إلى حرج والله أعلم •

وأما كون الحيوان عند القطع فيه حياة مستقرة ففيه صور (إحداها) لو جرح السبع شاة أو صيدا ، أو انهدم سقف على بهيمة ، أو جرحت هرة حمامة ثم أدركت حية فذبحت ، فان كان فيها حياة مستقرة حلت وإن تيقن هلاكها بعد يوم ويومين لما ذكره المصنف ، وإن لم يكن فيها حياة مستقرة لم يحل ، هذا هو المذهب والمنصوص ، وبه قطع الجمهور ، وحكى قول أنها تحل فى الحالين ، وقول أنها لا تحل فى الحالين ، والصواب الأول قال أصحابنا : وهذا بخلاف الشاة إذا مرضت وصارت إلى أدنى رمق فذبحت ، فانها تحل بلا خلاف ، لأنه لم يوجد سبب يحال الهلاك عليه ، وقد ذكر صاحب البيان المسألة وأوهم فيها خلاف الصواب ، قال : إذا أشرفت المريضة

---

(١) هكذا أورد فى جميع النسخ ولعله التذفيف وحرفت الفاء الموحدة قافا مثناة وكل ما ورد بلفظ التدقيق انما صوابه التذفيف • (ط)

على الموت لم تحل بالذكاة ، قال : وحكى صاحب الفروع عن أبى على ابن أبى هريرة أنها ما دامت تضرب بذنبها وتفتح عينها حلت بالذكاة قال : وهذا ليس بشىء لأن الحياة فيها غير مستقرة ، وإنما حركتها حركة مذبوح . هذا كلامه : والمذهب ما سبق ، ولو أكلت الشاة نباتا مخضرا فصارت إلى أدنى الرمق فذبحت قال القاضى حسين مرة : فى حلها وجهان وجزم مرة بالتحريم لأنه وجد سبب يحال الهلاك عليه فصار كجرح السبع .

(فرع) كون الحيوان منتهيا إلى حركة المذبوح أو فيه حياة مستقرة ، تارة يستيقن ، وتارة يظهر بعلامات وقرائن لا تضبطها العبارة ، وشبهه الأصحاب بعلامات الخجل والغضب ونحوهما . قالوا : ومن أمارات الحياة المستقرة الحركة الشديدة بعد قطع الحلقوم والمرىء وانفجار الدم وتدفقه قال إمام الحرمين : من الأصحاب من قال : كل واحد منهما يكفى دليلا على بقاء الحياة المستقرة قال : والأصح أن كلا منهما لا يكفى لأنهما قد يحصلان بعد الانتهاء إلى حركة المذبوح لكن قد ينضم إلى أحدهما أو كليهما قرائن وأمارات أخر تفيد الظن أو اليقين، فيجب النظر والاجتهاد. هذا كلام الإمام واختار المزنى وطوائف من الأصحاب الاكتفاء بالحركة الشديدة وهو الأصح المختار وحكى البخارى فى صحيحه معناه عن ابن عباس وقد وقعت المسألة مرات فى الفتاوى فكان الجواب فيها أن الحياة المستقرة تعرف بقرائن يدركها الناظر ، ومن علاماتها الحركة الشديدة بعد قطع الحلقوم والمرىء وجريان الدم فاذا حصلت قرينة مع أحدهما حل الحيوان ، والمختار الحل بالحركة الشديدة وحدها . فهذا هو الصحيح الذى نعتمده .

وقد ذكر الشيخ أبو حامد وصاحبا الشامل والبيان وغيرهم أن الحياة المستقرة ما يجوز أن يبقى معه الحيوان اليوم واليومين بأن يشق جوفها ، وظهرت الأمعاء ولم تنفصل ، فاذا ذكيت حلت وهذا الذى ذكره منزل على ما قدمناه والله تعالى أعلم .

وإذا شك فى المذبوح هل كان فيه حياة مستقرة حال ذبحه ؟ أم لا ؟ ففى حله وجهان (أحدهما) الحل لأن الأصل بقاء الحياة (وأصحهما) التحريم للشك فى الذكاة المبيحة والله أعلم (وأما) قولنا فى الآلة : ليست ظفرا ولا عظما فمعناه جواز الذبح بكل ما له حد يقطع إلا العظم أو الظفر وقد سبقت المسألة قريبا واضحة والله أعلم •

(المسألة[1] السادسة) قال أصحابنا رحمهم الله : إذا قطع الحلقوم أو المرىء والودجين استحب أن يقتصر على ذلك ويكره أن يبين رأسه فى الحال ، وأن يزيد فى القطع وأن يكسر عنقها وأن يكسر الفقار ، وأن يقطع عضوا منها وأن يحركها ، وأن ينقلهـا إلى مكان آخر ، وكل ذلك مكروه بل يتركه كله حتى تفارقها الروح وتبرد • ويستحب أن لا يمسكها بعد الذبح مانعا لها من الاضطراب ، وقد ذكر المصنف أدلة هذه الأمور والله أعلم •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى ذبح ما ينحر ونحر ما يذبح •

قد ذكرنا أن السنة ذبح البقر والغنم ونحر الإبل فلو خالف وذبح الإبل ونحر البقر والغنم جاز • هذا مذهبنا وبه قال أبو حنيفة وأحمـد وجمهور العلماء قال ابن المنذر : قال بهـذا أكثر أهل العلم منهم عطـاء وقتادة والزهرى والثورى والليث بن سعد وأبو حنيفة وأحمد وإسـحق وأبو ثور • وقال مالك : إن ذبح البعير من غير ضرورة أو نحر الشاة من غير ضرورة كره أكلها ، وإن نحر البقر فلا بأس •

قال ابن المنذر : وأجمع الناس على أن من نحر[2] الإبل وذبح البقر

---

(١) من بقية احكام الفصل حيث سبق الوصول الى المسألة الخامسة وهى قبل الفرع المطبعى

(٢) لعله من ذبح الابل ونحر البقر والغنم فهو مصيب . والا فلا معنى لتقرير ما هو حاصل اصل الامر شرعا والله أعلم .

والغنم فهو مصيب ، قال : ولا أعلم أحدا حرم أكل بعير مذبوح أو بقرة وشاة منحورين ، قال : وإنما كره مالك ذلك كراهة تنزيه ، وقد يكره الإنسان الشيء ولا يحرمه ، وذكر القاضي عياض عن مالك رواية بالكراهة ، ورواية بالتحريم ، ورواية بإباحة ذبح المنحور دون نحر المذبوح ، ونقل العبدري عن داود أنه قال : إذا ذبح الإبل ونحر البقر لم يؤكل ، وهو محجوج بإجماع من قبله وبما ذكره المصنف .

(فرع) في مذاهبهم فيما يشترط قطعه لحصول الذكاة .

قد ذكرنا أن مذهبنا اشتراط قطع الحلقوم والمرىء بكمالهما ، وأن الودجين سنة ، وهو أصح الروايتين عن أحمد . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أنه إذا قطع بما يجوز الذبح به وسمى ، وقطع الحلقوم والمرىء والودجين وأسال الدم حصلت الذكاة ، وحلت الذبيحة قال : واختلفوا في قطع البعض وكان الشافعي يقول : يشترط قطع الحلقوم والمرىء ويستحب الودجين وقال الليث وداود : يشترط قطع الجميع واختاره ابن المنذر . وقال أبو حنيفة إذا قطع ثلاثة من الأربعة حل والأربعة هي الحلقوم والمرىء والودجين . وقال أبو يوسف لا[1] لروايات (إحداها) كأبي حنيفة (والثانية) إن قطع الحلقوم واثنين من الثلاثة الباقية حل وإلا فلا (والثالثة) يجب قطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين ، وقال محمد ابن الحسن : إن قطع من كل واحد من الأربعة أكثره حل وإلا فلا ، وقال مالك : يجب قطع الحلقوم والودجين ، ولا يشترط المرىء ، ونقله العبدري عنه وعن الليث بن سعد ، فيصير عن الليث روايتان ، وعن مالك رواية كاشتراط قطع الأربعة ، وهو قول أبي ثور ، وعن مالك أيضا الاكتفاء بالودجين . دليلنا ما ذكره المصنف .

---

(١) كذا بالأصل ولعله : ثلاث روايات .

(فــرع) إذا ذبح الشاة ونحوها من قفاها ، فقد ذكرنا أن مذهبنا أنه إن وصل السكين إلى الحلقوم والمرىء . وفيه حياة مستقرة ، حل وإلا فلا . قال العبدرى : وقال مالك وداود : لا تحل بحال . وقال[1] أحمد فيه روايتان (إحداهما) تحل (والثانية) لا تحل إن تعمد ، وقال الرازى الحنفى: قال أصحابنا : إن مات بعد قطع الأوداج الأربعــة حل ، وإلا فلا وحكى ابن المنذر عن الشعبى والثورى والشافعى وأبى حنيفة وإسحاق وأبى ثور ومحمد ، حل المذبوح من قفاه ، وعن ابن المسيب وأحمد منعها .

(فــرع) فى مذاهبهم إذا قطع رأس الذبيحة . مذهبنا أنها إذا ذكيت الذكاة المعتبرة وقطع رأسها فى تمام الذبح حلت ، وحكاه ابن المنذر عن على بن أبى طالب وابن عمر وعمران بن الحصين وعطاء والحسن البصرى والشعبى والنخعى والزهرى وأبى حنيفــة وإسحاق وأبى ثور ومحمــد وكرهها ابن سيرين ونافع . وقال مالك : إن تعمد ذلك لم يأكلها ، وهى رواية عن عطاء .

(فــرع) فى مذاهبهم فى الشاة المنخوعة : قد ذكرنا أن النخع أن يعجل الذابح فيبلغ بالذبح إلى النخاع ، ومذهبنا أن هذا الفعل مكروه والذبيحة حلال ، قال ابن المنذر : وقال ابن عمر : لا تؤكل ، وبه قال نافع وكرهه إسحق . وقال مالك : لا أحب أن يتعمد ذلك ، وكرهت طائفة الفعل وأباحت الأكل ، وبه قال النخعى والزهرى والشافعى وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور ، قال ابن المنذر : بقول هؤلاء أقول ، قال : ولا حجة لمن منع أكله بعد الذكاة .

(فــرع) فى مذاهبهم فيما يقطع من الشاة بعد الذكاة قبل أن تبرد . مذهبنا أن الفعل مكروه، والعضو المقطوع حلال ، وبه قال مالك وأبو حنيفة

---

(١) كذا فى جميع النسخ ولعله : وعن أحمد فيه روايتان .

وأحمد وإسحق • قال ابن المنذر : وكره ذلك عطاء : قال : وقال عمرو بن دينار : ذلك العضو ميتة ، وقال عطاء : ألق ذلك العضو •

(فـرع) فى مذاهبهم فى المنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة ، وما أكل السبع ــ إذا ذكيت واحـدة من هؤلاء ــ قال العبـد ، من أصحابنا : لها ثلاثة أحوال :

(أحدها) أن يدركها ولم يبق فيها إلا حركة مذبوح فهذه لا تحل عندنا ، وبه قال مالك وأبو يوسف والجمهور ، وعن أبى يوسف رواية أنها إن كانت بحيث تعيش أكثر من نصف يوم حلت •

(الثانية) أن يدركها ، وفيها حياة مستقرة ، ولكن يعلم أنها تموت قطعا فتحل بالذكاة بلا خلاف عندنا • والصحيح عن مالك أنها لا تحل •

(الثالثة) أن يدركهـا وهى بحيث يحتمل أن تعيش ويحتمل أن لا تعيش ، والحياة مستقرة فتحل عندنا • وقال مالك : لا تؤكل • وقال أبو حنيفة وداود : إذا ذكاها قبل أن تموت حلت ولم يفصلا• وعن أبى حنيفة رواية أخرى أنها لا تحل إلا إن علم أنها تعيش يوما أو أكثر ، وقال محمد ابن الحسن وأحمد : إن كانت تعيش معه اليوم ونحوه حلت ، وإن كانت لا تبقى إلا كبقاء المذبوح ، لم تحل ، هذا نقل العبدرى •

وقال ابن المنذر : روينا عن على رضى الله عنه إن أدركها وهى تحرك يدا أو رجلا فذكاها حلت ، قال : وروى معنى ذلك عن أبى هريرة والشعبى والحسن البصرى وقتادة ومالك ، وقال الثورى : إذا خرق السبع بطنها وفيها الروح فذبحها فهى ذكية ، وبه قال أحمد وإسحق ، قال الليث : إن ركضت عند الذبح فلا بأس بأكلها ، والله أعلم •

(فـرع) فى مذاهبهم فى نحر الإبل قائمة •

أجمعوا أن الأفضل ذبح البقر والغنم مضجعة (وأما) الإبل فمذهبنا

أنه يسن نحرها قائمة معقولة اليد اليسرى كما سبق ، وبه قال العلمـاء كافة إلا الثورى وأبا حنيفة فقالا : سواء نحرها قائمة وباركة ، ولا فضيلة. وحكى القاضي عياض عن عطاء ، أن نحرها باركة معقولة أفضل من قائمة ، وهذان المذهبان مردودان بالأحاديث الصحيحة السابقة .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(ويجوز الصيد بالجوارح المعلمة كالكلب والفهد والبازى والصقر لقوله تعالى ((أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله ، فكلوا مما امسكن عليكم))(١) قال ابن عباس رضى الله عنهما : هى الكلاب المعلمة والبازى وكل طائر يعلم الصيد ، والمعلم هو الذى إذا ارسله على الصيد طلبه وإذا اشلاه استشلى فإذا اخذ الصيد أمسكه ، وخلّى بينه وبينه ، فإذا تكرر منه ذلك كان معلما ، وحل له ما قتله) .

(الشرح) هذا الأثر عن ابن عباس رواه البيهقى عنه بإسناد ضعيف ، لأنه من رواية على بن أبى طلحة عن ابن عباس ولم يدرك ابن عباس وإنما روى التفسير عن مجاهد عن ابن عباس ، وقد ضعفه أيضا الأكثرون . قال الشافعى والأصحاب : يجوز الاصطياد بجوارح السباع المعلمة ، كالكلب والفهد والنمر وغيرها ، وبجوارح الطير كالنسر والبازى والعقاب والباشق والشاهين وسائر الصقور وسواء فى الكلاب الأسود وغيره ، ولا خلاف فى شيء من هذا عندنا إلا وجها لأبى بكر الفارسى من أصحابنا أن صيد الكلب الأسود حرام ، حكاه الرويانى والرافعى وغيرهما ، وهو ضعيف ، بل باطل (وأما) قول الغزالى فى الوسيط فريسة الفهد والنمر حرام فغلط مردود ، وليس وجها فى المذهب ، بل لهـا حكم الكلب فى الاصطياد بلا خلاف ، نص عليه الشافعى فى مختصر المزنى وجميع الأصحاب فى جميع الطرق ، وكلهم صرحوا بالفهد والنمر وأنها كالكلب ، وهذا نص الشافعى

---

(١) الآية ٤ من سورة المائدة وأولها : (يسئلونك ماذا أحل لهم قل :)

رحمه الله فى المختصر قال : كل معلم من كلب وفهد ونمر • وهكذا عبارة جميعهم •

(وأما) استبعاد الغزالى تعلمها فلا يقبل ، لأن الاصطياد بالفهود المعلمة كثير مشهور مشاهد ، والنمر إذا أخذ صغيرا تيسر تعليمه فحصل أنه لا خلاف فى جوازه ، وأن الكلب والنمر فى هذا سواء ، قال الرافعى : ذكر إمام الحرمين أن الفهد يبعد عنه التعليم لأنفته وعدم انقياده ، فإن تصور تعلمه على ندور فهو كالكلب • قال الرافعى : وهذا الذى قاله الإمام لا يخالف ما قاله الشافعى والأصحاب ، قال : وفى كلام الغزالى ما يوهم خلاف هذا قال : وهو مجهول على ما ذكره الإمام ،قال : ولا خلاف فيه والله أعلم •

قال أصحابنا : والمراد بجواز الاصطياد بهذه الجوارح أن ما أخذته وجرحته وأدركه صاحبها ميتا أو فى حركة المذبوح ، أو لم يتمكن من ذبحه ، حل أكله ، ويقوم إرسال الصائد وجرح الجارح فى أى موضع كان مقام الذبح فى غير الصيد ، قالوا : وأما الاصطياد بمعنى إثبات الملك فلا يختص بها ، بل يحصل بأى طريق تيسر ، سواء كان بكلب معلم أو غير كلب ، ولكن لا يحل ما قتله غير المعلم ، وإنما يحل إذا ذكى ، وفيه حياة مستقرة ، قال أصحابنا : ويشترط لحل ما قتله الجارح كونه معلما ، وشرط تعليمه أربعة أمور : (أحدها) أن ينزجر بزجر صاحبه ، هكذا أطلقه المصنف والجمهور ، وهو المذهب • وقال إمام الحرمين : يعتبر ذلك فى ابتداء الإرسال (وأما) إذا انطلق واشتد عدوه ففى اشتراطه [1] (أصحهما) يشترط كما قاله الجمهور • (الشرط الثانى) [2] أن يسترسل بإرساله ، ومعناه أنه إذا أغرى بالصيد هاج • (الثالث) أن يمسك الصيد فيحبسه على صاحبه ولا يخليه • (الرابع) أن لا يأكل منه ، هذا هو

---

(١) بياض بالأصل ولعله قولان أو وجهان • (ش)

(٢) من الأمور الأربعة وكان الأحرى أن يقول (الأمر الثانى) • (ط)

المذهب ، وبه قطع المصنف والجمهور ، وهو المعروف من نصوص الشافعى، وفيه قول شاذ أنه لا يضر الأكل حكاه الرافعى وليس بشىء •

وذكر إمام الحرمين أن ظاهر المذهب أنه يشترط أن ينطلق أيضا بانطلاق صاحبه ، وأنه لو انطلق بنفسه لم يكن معلما ، ورآه الإمام مشكلا من حيث إن الكلب على أى صفة كان ، إذا رآى صيدا بالقرب منه وهو على كَلَب الجوع يبعد انكفافه • هذا حكم الكلب وما فى معناه من جوارح السباع (وأما) جوارح الطير فيشترط فيها أن تهيج عند الإغراء أيضا ، ويشترط ترك أكلها من الصيد على المذهب وبه قطع المصنف وكثيرون وحكى إمام الحرمين والخراسانيون فيه قولين (قال) الإمام : ولا نطمع فى انزجارها بعد الطيران (قال) ويبعد أيضا اشتراط انكفافها فى أول الأمر ، والله أعلم •

(**فرع**) قال المصنف والأصحاب : هذه الأمور المشترطة فى التعلم يشترط تكررها ، ليغلب على الظن تأدب الجارحة ، ومصيرها معلمة ، والرجوع فى عدد ذلك إلى أهل الخبرة بالجوارح ، هذا هو المذهب ، قال الرافعى : وهو مقتضى كلام الجمهور ، وفيه وجه أنه يشترط تكرر ثلاث مرات ، ووجه ثالث أنه يكفى مرتان ، والصحيح الأول •

(**فرع**) فى مذاهب العلماء •

ذكرنا أن مذهبنا جواز الاصطياد بجميع الجوارح المعلمة من السباع والطير ، كالكلب الأسود وغيره ، والفهد والنمر ، والبازى والعقاب والصقور كلها ، قال العبدرى : وبهذا قال أكثر الفقهاء (قال) وعن ابن عمر ومجاهد أنهما كرها صيد البازى وغيره من الطيور ، وقال الحسن البصرى والنخعى وقتادة وأحمد وإسحق : يجوز بذلك كله إلا الكلب الأسود البهيم ، قال ابن المنذر : قال أحمد : ما أعلم أحدا يرخص فيه إذا كان بهيما ، قال ابن المنذر : وقال عوامُّ أهل العلم من أهل المدينة

وأهل الكوفة بإباحة صيد الكلب الأسود كغيره ، وممن روى عنهم البيهقى جواز أكل صيد الطيور كالصقور : سلمان الفارسى وابن عباس وعطاء وعكرمة وسعيد بن جبير ، حكاه أبو الزناد عن فقهاء المدينة الذين ينتهى إلى قولهم ، وحكاه ابن المنذر عن ابن عباس وطاوس وعطاء ويحيى بن أبى كثير والحسن البصرى ومالك وأبى حنيفة وأبى ثور ومحمد .

واحتج لابن عمر ومجاهد بقوله تعالى (وما علمتم من الجوارح مكلبين)[1] فخصه بالكلاب . واحتج أصحابنا للحسن وموافقيه بحديث جابر « أن النبى ﷺ أمر بقتل الكلاب ، ثم نهى عن قتلها وقال : عليكم بالأسود البهيم ذى النقطتين فإنه شيطان » رواه مسلم فى صحيحه . واحتج أصحابنا بقوله تعالى : (وما علمتم من الجوارح مكلبين)[1] قالوا : والجوارح تطلق على السباع والطيور . والجارحة الكاسب ، فكل كاسب منها جارحة ، قال الجوهرى فى الصحاح : الجوارح من السباع والطير ذوات الصيد ، وبهذه الحروف قاله ابن فارس فى المجمل وجماهير أهل اللغة ، قال الواحدى فى البسيط : الجوارح هى الكواسب من الطير والسباع ذوات الصيد ، واحدها جارحة ، والكلب الضارى جارحة ، سميت جوارح لأنها كواسب أنفسها ، من جرح واجترح إذا اكتسب ، قال ابن عباس : يريد الطير الصائدة ، والكلاب والفهود وسباع الطير ، كالشواهين والبواشق والعقبان ، فما اصطادت هذه فهو حلال .

قال الواحدى : قال الليث : سئل مجاهد عن الصقر والبازى والفهد وما يصطاد من السباع فقال : هذه كلها جوارح ، قال الواحدى : وهذا قول جميع المفسرين إلا ما روى عن ابن عمر والضحاك أنهما قالا : الجوارح الكلاب دون غيرها ، قالا : وما صاد غير الكلاب ولم يدرك ذكاته لم يحل ، ومثله عن السدى ، قال الواحدى : وهذا قول غير معمول

---

(1) من الآية ٤ من سورة المائدة .

به قال : وقوله تعالى : (مكلبين) للكلب الذى يعلم الكلاب الصيد ، قال الواحدى قال أهل المعانى : وليس فيه دليل على أنه إنما أبيح صيد الكلاب خاصة ، لأنه بمنزلة قولك : مؤدبين • هذا آخر نقل الواحدى ، فهذا الذى ذكرناه من الاحتجاج بالآية الكريمة هو المعتمد فى الاستدلال مع القياس على الكلب •

(وأما) الحديث الذى احتج به جماعة من أصحابنا ، وهو حديث مجالد عن الشعبى عن عدى بن حاتم أن النبى ﷺ قال : « ما علمت من كلب أو باز ثم أرسلته وذكرت اسم الله فكل مما أمسك عليك ، قلت : وإن قتل؟ قال : إذا قتله ولم يأكل منه شيئا فانما أمسكه عليك » فرواه أبوداود والبيهقى وغيرهما ولكنه ضعيف فإن مجالدا [1] ضعيف باتفاقهم قال البيهقى : ذكر البازى فى هذه الرواية لم يأت به الحفاظ عن الشعبى ، وإنما أتى به مجالد والله أعلم •

وأما الجواب عن احتجاجهم بالآية الكريمة فقد ذكرنا معناها وفى ضمنه الجواب عن احتجاجهم (وأما) الجواب عن حديث الأمر بقتل الكلب الأسود فهو أنه لا يلزم من قتله تحريم صيده ، مع أن القتل منسوخ كما سنوضحه فى باب ما يجوز بيعه إن شاء الله تعالى ، قال ابن المنذر : وقد قال الله تعالى : (وما علمتهم من الجوارح مكلبين) [2] وقال النبى ﷺ لعدى : « إذا أرسلت كلبك فأخذه وقتله فكل » قال : فالقول بظاهر الكتاب والسنة واجب ، ولا يجوز أن يستثنى منهما إلا بكتاب أو سنة . والله أعلم •

(فرع) فى مذاهبهم فى ضبط تعليم الجارحة •

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه يشترط فى مصيره معلما أربعة شروط ، وأنه

---

(١) مجالد بن سعيد بن عمير الهمدانى ليس بالقوى وقد تغير فى آخر عمره من صغار السادسة ا هـ من التقريب (ط) .

(٢) من الآية ٤ من سورة المائدة .

يشترط تكرره بحيث يقول أهل الخبرة : إنه صار معلما وأوضحنا ذلك ، ولم يعتبر أصحابنا عدد المرات فى ذلك ، بل اعتبروا العرف كما ذكرنا • قال العبدرى : وقال مالك : المعلم الذى يفقه عن مرسله فيأتمر إذا أمره ، وينزجر إذا زجره ، ولا يشترط ترك الأكل فيه ، سواء الكلب وغيره • وقال أبو حنيفة يعتبر تكرر ذلك مرتين ، وفى رواية عنه لا تقدير فى التعليم، بل إذا وقع فى نفس صاحبه مصيره معلما حل صيده ، وقال أحمد : حده أن يصطاد ولا يأكل ، قال : وليس له حد كتعلم الصناعات ، وبهذا قال داود ، وقال أبو يوسف ومحمد : وهو أن يصطاد ثلاث مرات ، ولا يأكل • وحكى ابن المنذر عن ربيعة أنه قال : إذا دعا الكلب فأجاب وزجره فأطاع فمعلم (وأما) الطيور فما أجاب منها إذا دعى فمعلم ، ومثله عن أبى ثور إلا أنه قال : ما لم يأكل ، وحكى ابن المنذر عن بعض العلماء حصول التعلم بمرة •

(فرع) فى مذاهبهم فى اصطياد المسلم بكلب أو طائر علمه مجوسى • مذهبنا أنه حلال ، ويحل ما قتله قال العبدرى : وبه قال الفقهاء كافة ، قال ابن المنذر : وبه قال سعيد بن المسيب والحكم والزهرى ومالك وأبو حنيفة وأبو ثور ، وهو أصح الروايتين عن عطاء قال : وممن كرهه جابر بن عبد الله والحسن البصرى وعطاء ومجاهد والنخعى والثورى وإسحاق بن راهوية ، وكره الحسن الاصطياد بكلب اليهودى والنصرانى ، وقال أحمد بن حنبل وإسحاق : كلب اليهودى والنصرانى أهون •

(فرع) قال ابن المنذر : روينا عن ابن عباس قال : إذا قتل الكلب الصيد فأكل منه فاضربه حتى يسك عليك •

(فرع) المعروف فى اللغة أن قولهم أشلى الكلب ، أى استدعاه ، وأما إرساله فيقال فيه : أغراه ، واستعمال المصنف له هنا وفى التنبيه على وفق هذا المشهور فى اللغة • وقال الشافعى فى المختصر : كل معلم من كلب

أو فهد أو نمر فكان إذا أشلى استشلى وإذا أخذ حبس ولم يأكل فهو معلم . هذا لفظه ، قال أصحابنا : اعترض أبو بكر بن داود الظاهرى على قول الشافعى : إذا أشلاه استشلى فقال : يقال : أشلاه إذا دعاه ، وأغراه إذا أرسله ، ولهذا قال الشاعر :

أشليت عيرى ومسحت قعبى

وأجاب أصحابنا عن هذا الاعتراض بأجوبة :

(أحدها) أن الشافعى من أهل اللغة ، ومن فصحاء العرب الذين يحتج بلغتهم كالفرزدق وغيره ، لأنه عربى النسب والدار والعصر . قال الأصمعى : قرأت ديوان [الهذليين] على فتى من قريش يقال له محمد بن إدريس الشافعى قالوا : فيكون أشلى من الأضداد يطلق على الاستدعاء وعلى الإغراء ، ومما يؤيد هذا الجواب ويوضحه أكمل إيضاح أن أبا الحسين أحمد بن فارس المجمع على توثيقه وأمانته فى اللغة قال فى كتاب المجمل : يقال : أشليت الكلب إذا دعوته ، وأشليته أغريته ، قال : قال الأعجم :

أتينا أبا عمرو فأشلى كلابه علينا فكدنا بين بيتيه نؤكل

(الجواب الثانى) أن الإشلاء ــ وإن كان هو الاستدعاء ــ فاستعماله هنا صحيح ، وكأنه يستدعيه ليرسله ، فعبر بالإشلاء عن الإرسال ، لأنه يؤول إليه وهو من باب تسمية الشىء بما يصير إليه ومنه (إنى أرانى أعصر[1] خمرا) (والثالث) جواب الأزهرى أن معنى أشلى دعا ، أى أجاب كأنه يدعوه للصيد فيجيبه ويقصد الصيد ، والله سبحانه أعلم .

---

(١) من الآية ٣٦ من سورة يوسف .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن أرسل من تحل ذكاته جارحة معلمة على الصيد فقتله بظفره او نابه او بمنقاره حل أكله ، لما روى ابو ثعلبة الخشنى رضى الله عنه ان النبى ﷺ قال : « إذا كنت فى أرض صيد فأرسلت كلبك المعلم فاذكر اسم الله تعالى وكل » (وأما) إذا أرسله من لا تحل ذكاته فقتله لم يحل ، لأن الكلب آلة كالسكين ، والمذكى هو المرسل ، فإذا لم يكن من أهل الذكاة لم يحل صيده فإن أرسل جارحة غير معلمة فقتل الصيد لم يحل ، لما روى ابو ثعلبة ان النبى ﷺ قال : « إذا أرسلت كلبك الذى ليس بمعلم فما أدركت ذكاته فكل » وإن استرسل المعلم بنفسه فقتل الصيد لم يحل لما روى عدى بن حاتم أن رسول الله ﷺ قال : « إذا أرسلت كلابك المعلمة فأمسكن عليك فكل ؟ قلت : وإن قتلن ؟ قال : وإن قتلن » فشرط ان يرسل وإن أرسله فقتل الصيد بثقله ففيه قولان (احدهما) لا يحل ، لأنه آلة للصيد ، فإذا قتل بثقله لم يحل كالسلاح (والثانى) يحل ، لحديث عدى ، ولأنه لا يمكن تعليم الكلب الجرح وإنهار الدم ، فسقط اعتباره كالعقر فى محل الذكاة ، وإن شارك كلبه فى قتل الصيد كلب مجوسى أو كلب استرسل بنفسه لم يحل ، لأنه اجتمع فى ذبحه ما يقتضى الحظر والإباحة فغلب الحظر كالمتولد بين ما يؤكل وبين مالا يؤكل ، وإن وجد مع كلبه كلبا آخر لا يعرف حاله ولا يعلم القاتل منهما لم يحل ، لما روى عدى بن حاتم قال : « سألت رسول الله ﷺ فقلت : أرسلت كلبى ووجدت مع كلبى كلبا آخر لا أدرى ايهما أخذه ؟ فقال : لا تأكل ، فإنما سميت على كلبك ، ولم تسم على غيره » ولأن الأصل فيه الحظر ، فإذا أشكل بقى على أصله) .

(الشرح) حديث أبى ثعلبة الأول وحديثه الثانى رواهما البخارى ومسلم بمعناهما ، وحديث عدى الأول وحديثه الثانى رواهما البخارى ومسلم ، وسبق بيان اسم أبى ثعلبة ونسبه فى باب الآنية ، ولغات الظفر فى باب السواك ، وقوله : منقاره ــ بكسر الميم ــ وقوله : بثقله هو ــ بكسر الثاء ــ وقوله : كالعقر فى محل الذكاة ، يعنى كما يسقط اعتبار العقر فى محل الذكاة ، الذى هو الحلق واللبة .

(اما الأحكام) ففيها مسائل :

(إحداها) إذا أرسل من تحل ذكاته جارحة معلّمة على صيد فقتلته بظفره أو منقاره أو نابه حل أكله بلا خلاف ، لما ذكره المصنف [1] .

وإذا أرسل من لا تحل ذكاته كمرتد أو وثنى أو مجوسى جارحة معلمة فقتل الصيد بظفره أو نابه لم يحل سواء كان علمها مسلم أو مجوسى، هذا هو المذهب والمنصوص وبه قطع الأصحاب فى جميع الطرق ، إلا ما شذ به صاحبا العدة والبيان فحكيا وجها أنه يحل ما قتله جارحة المجوسى ، وهذا غلط ظاهر ، إلا أن بعض أصحابنا حكى وجها فى حل مناكحة المجوسى وذبيحته بناء على أن لهم كتابا ، فعلى هذا الوجه يحل صيده كذكاته ، ولعل هذا القائل أراد هذا الوجه ، وكيف كان ، فالصواب أنه لا يحل صيده مطلقا ، ولو اشترك المسلم والمجوسى فى إرسال كلب أو سهم على الصيد ، واشترك كلباهما فى قتله لم يحل ، لما ذكره المصنف .

وإن رميا سهمين أو أرسلا كلبين فسبق كلب المسلم أو سهمه فقتل الصيد أو أنهاه إلى حركة المذبوح حل ، ولا أثر لوقوع سهم المجوسى أو كلبه بعد ذلك فيه ، كما لو ذبح مسلم شاة ثم قدها مجوسى ، وإن سبق ما أرسله المجوسى أو جرحا معا أو مرتبا ، ولم يذفف واحد منهما ، فهلك بهما ، أو لم يعلم أيهما قتله ، لم يحل بلا خلاف ، قال الرويانى : متى اشتركا فى إمساكه وعقره أو فى أحدهما ، وانفرد واحد بالآخر ، أو انفرد كل واحد منهما بأحدهما فهو حرام ولو كان للمسلم كلبان معلم وغيره أو معلمان أرسل أحدهما وذهب الآخر بلا إرسال فقتلا صيدا أو وجد مع كلبه كلبا آخر ، ولم يعلم أيهما القاتل فهو كاسترسال كلبى المسلم والمجوسى ، ولو تقرب الصيد من كلب المسلم فعارضه كلب المجوسى فرده عليه فقتله كلب المسلم حل ، كما لو ذبح مسلم شاة أمسكها مجوسى ،

---

(١) يمكن أن تكون هذه المسألة الخاصة بالمرتد والوثنى والمجوسى وكلب واحد منهم هى « المسألة الثانية » . (ط)

ولو جرحه مسلم أولا ثم قتله مجوسى ، أو جرحه جرحا غير مذفف ومات بالجرحين فحرام ، وإن كان المسلم قد أثخنه بجراحته فقد ملكه ، ويلزم المجوسى قيمته له ، لأنه أتلفه فجعله ميتة ، ولا خلاف عندنا أنه يحل ما اصطاده المسلم بكلب المجوسى ، كما لو ذبح بسكينته أو زمى بسهمه أو قوسه والله أعلم .

(المسألة الثالثة) أرسل المسلم جارحة غير معلمة فقتل الصيد لم يحل بالإجماع وقد سبق بيانه قريبا ، وذكرنا هناك أنه لو جرحه وأدرك فيه حياة مستقرة فذكاه حل ، وإلا فلا .

(الرابعة) لو استرسل المعلم بغير إرسال فقتل الصيد لم يحل ، لما ذكره المصنف ، قال أصحابنا : فلو أكل من هذا الصيد لم يقدح ذلك فى كونه معلما بلا خلاف ، وإنما يقدح فى الأكل على أصح القولين إذا أرسله صاحبه (أما) إذا استرسل فزجره صاحبه فانزجر ووقف ثم أغراه فاسترسل وقتل الصيد فيحل بلا خلاف ، وإن لم ينزجر ومضى لوجهه لم يحل ، سواء زاد عدوه وحدته أم لا ، ولو لم يزجره بل أغراه ، فان لم يزد عدوه فحرام قطعا ، وكذا إن زاد على أصح الوجهين ، وبه قطع أبو حامد وابن الصباغ ، فان كان الإغراء وزيادة العدو بعد ما زجره فلم ينزجر فطريقان (قطع) العراقيون بالتحريم (وقال) الخراسانيون : فيه وجهان مرتبان على الوجهين السابقين وأولى بالتحريم ولو أرسل مسلم كلبا وأغراه مجوسى فازداد عدوه (فإن قلنا) فى الصورة السابقة لا ينقطع حكم الاسترسال ولا يؤثر الإغراء حل هنا ولا أثر لإغراء المجوسى . وإن قطعناه وأحلنا على الإغراء لم يحل هذا . هكذا قاله الجمهور وقطع البغوى بالتحريم واختاره القاضى أبو الطيب لأنه قطع للأول أو مشاركة وكلاهما يحرمه .

ولو أرسل مجوسى كلبا فأغراه مسلم فازداد عدوه فوجهان بناء على عكس ما سبق ومن الأصحاب من قطع هنا بالتحريم . ولو أرسل مسلم

كلبا فزجره فضولى فانزجر ثم أغراه فاسترسل وأخذ صيدا فلمن يكون الصيد ؟ فيه وجهان (أصحهما) للفضولى (والثانى) للمالك كالوجهين فيمن غصب كلبا فاصطاد به ولو زجره فلم ينزجر فأغراه أو لم يزجره بل أغراه وزاد عدوه وقلنا : الصيد للغاصب خرج على خلاف فى الإغراء هل يقطع حكم الابتداء أم لا ؟ (إن قلنا) لا وهو الأصح فالصيد لصاحب الكلب وإلا فللغاصب الفضولى • قال إمام الحرمين : ولا يمنع تخريج وجه باشتراكهما والله أعلم •

(الخامسة) إذا لم يجرح الكلب الصيد بل قتله بثقله وصدمته فقولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) عند الأصحاب أنه يحل (والثانى) لا يحل (وأما) إذا كد الجارحة الصيد حتى أتعبه فوقع ميتا من التعب فلا يحل قولا واحدا لأنه مات من غير فعل فأشبه المتردية والله أعلم •

(فـرع) تستحب التسمية عند إرسال الجارحة أو إرسال السهم على الصيد استحبابا متأكدا كما ذكرنا فى الذكاة ، فان ترك التسمية عمدا أو سهوا حل الصيد بلا خلاف عندنا ، وسبقت المسألة بفروعها وأدلتها ومذاهب العلماء فيها فى باب الأضحية •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى صيد الكتابى •

مذهبنا أنه يحل صيد الكتابى كما تحل ذبيحته ، فاذا أرسل جارحة معلما أو سهما فقتل صيدا حل ، وبه قال عطاء وأبو حنيفة والليث والأوزاعى وأحمد وابن المنذر وداود وجمهور العلماء • وقال مالك : لا يحل صيده وتحل ذبيحته ، وهذا ضعيف •

(فـرع) فى صيد المجوسى بكلبه المعلم وسهمه •

مذهبنا أنه حرام ، قال ابن المنذر : وبه قال جمهور العلماء ، منهم عطاء وسعيد بن جبير والنخعى ومالك والليث والثورى وأبو حنيفة وأحمد وإسحق وغيرهم ، قال ابن المنذر : وقال أبو ثور : فيهم قولان (أحدهما) كقول الجمهور (والثانى) تحل ذبائحهم ولهم كتاب .

(فـرع) فى مذاهبهم فى الكلب المعلم يسترسل من غير إرسال فيقتل الصيد .

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه حرام ، سواء كان صاحبه خرج به للاصطياد أم لا ، وبه قال ربيعة ومالك وأبو حنيفـة وأبو ثور وابن المنذر ، قال العبدرى : هو قول الفقهاء كافة قال : وقال الأصم : يحل ، قال ابن المنذر وقال عطاء والأوزاعى : يؤكل إن كان إخراجه للصيد ، والله أعلم .

(فـرع) فى مذاهبهم فيما إذا أرسل مسلم كلبه المعلم على صيد رده عليه كلب أرسله مجوسى فقتله كلب المسلم ، فمذهبنا أنه حلال ، وبه قال مالك وأحمد وداود ، وقال أبو حنيفة : حرام لاشتراكهما ، دليلنـا أن نفس القتل لا شركة فيه ، بل هو مضاف إلى كلب المسلم فأشبه ما إذا أمسك المجوسى حيوانا فذبحه مسلم ، ورمى المسلم سهما ورمى المجوسى سهما فرده سهم المجوسى ولم يصبه ، وأصابه سهم المسلم فقتله ، فانه يحل بالاتفاق .

(فـرع) فى مذاهبهم فيما إذا استرسل الكلب بنفسه فأغراه صاحبه فزاد فى عدوه . قد ذكرنا أن الصحيح عنـدنا أنه لا يحل ما قتله . قال أبو حنيفة وأحمد : يحل وعن أبى حنيفة روايتان كالمذهبين .

(فـرع) إذا قتل الكلب الصيد بثقله من غير جرح فهو حلال عندنا على الأصح كما سبق . وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد والمزنى : حرام .

(فـرع) فى مذاهبهم فيما إذا أرسل كلبه المعلم على صيد فوجد معه كلبا آخر والصيد قتيل ، ولا يعلم القاتل ، أو علم أنهما اشتركا فى قتله ، فمذهبنا ومذهب الجمهور أنه حرام. وممن قال به عطاء والقاسم بن مُخيمرة ومالك وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور ، وحكى ابن المنذر عن الأوزاعى أنهما إذا اشتركا فى قتله وكان الآخر معلمـا حل . دليلنا الحديث المذكور فى الكتاب .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(وإن قتل الكلب الصيد او اكل منه ففيه قولان (احدهما) يحل ، لمـا روى ابو ثعلبة قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا ارسلت كلبك وذكرت اسم الله تعالى فكل ما امسك عليك ، وإن اكل منه » (والثانى) لا يحل ، لمـا روى عدى بن حاتم ان النبى ﷺ قال : « إذا ارسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله فكل مما أمسكن عليك ، وإن قتلن ، إلا ان ياكل الكلب منه فلا تاكل فإنى اخاف ان يكون إنما امسك على نفسه » وإن شرب من دمه لم يحـرم قولا واحدا ، لأن الدم لا منفعة له فيه ، ولا يمنع الكلب من شربه فلم يحرم وإن كان الجارحة من الطير فاكل من الصيد فهو كالكلب ، وفيه قولان ، وقال المـزنى : اكل الطير لا يحرم واكل الكلب يحرم ، لأن الطير لا يضرب على الاكل ، والكلب يضرب ، وهذا لا يصح ، لانه يمكن ان يعلّم الطير ترك الاكل كما يعلم الكلب وإن اختلفا فى الضرب) .

(**الشرح**) حديث أبى ثعلبة رواه أبو داود ، وإسناده حسن ، وحديث عدى بن حاتم رواه البخارى ومسلم من طرق ، وروى أبو داود فى سننه باسناد حسن عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده (أن أعرابيا يقـال له أبو ثعلبة قال : يا رسول الله إن لى كلابا مكلبة فأفتنى فى صيدها ، قال : « فكل مما أمسكن عليك ، قال : وإن أكل منه ؟ قال : وإن أكل منه ») قال البيهقى : حديث أبى ثعلبة مخرج فى الصحيحين من غير ذكر الأكل ، وحديث عدى فى النهى عنه إذا أكل أصح من رواية أبى داود فى الأكل وأصح من حديث عمرو بن شعيب .

(أما الأحكام) : فقال أصحابنا : إذا ثبت كون الكلب أو غيره من جوارح السباع معلّما ثم أكل من صيد قبل قتله أو بعده فى موضعه ، ففى حل ذلك الصيد قولان مشهوران ، ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) عند الأصحاب تحريمه (والثانى) إباحته ، قال إمام الحرمين : وددت لو فرق فارق بين أن ينكف زمانا ثم يأكل وبين أن يأكل بنفس الأخذ قال : لكن لم يتعرضوا له • هذا كلام الأصحاب وهذا الذى تمناه الإمام قد ذكره الأصحاب ، وهو مشهور ، صرح به جماعة من الأصحاب ، قال صاحب البيان : إذا أكل من الصيد نظرت ــ فان قتله ثم مضى عن الصيد ، ثم رجع إليه ، فأكل منه ــ لم يحرم قولا واحدا وإن أكل منه عقب قتله ففيه قولان هذا لفظه وقال صاحب الشامل : إذا أكل منه عقب القتل ففيه قولان •

وقال الجرجانى فى التحرير : إن أكل الكلب من الصيد غير متصل بالعقر حل ، وإن أكله متصلا بالعقر فعلى قولين • وقال الدارمى : إن أكل منه فقولان سواء أكل قبل قتله أو بعده قال : وقيل : بعد القتل يحل قولا واحدا قال : فان تركه ثم أكل منه بعد وقت حل ، وقيل إن أكل منه فى الحياة لم يحل قولا واحدا ، وإن أكل بعد قتله فقولان • هذا كلام الدارمى ، وهذا الذى قالوه متفق فى المعنى ، وحاصله أن القولين مخصوصان بما أكل منه عقب العقر ، فان أكل منه بعد طول الفصل فهو حلال بلا خلاف سواء أكل من غير مفارقة موضعه أم بعد مفارقته ورجوعه والله تعالى أعلم •

واعلم أن هذين القولين مشهوران كما ذكرنا ، قال أصحابنا : نص فى القديم على الإباحة ، وتردد قوله فى الجديد ، وقال الشيخ أبو حامد وجماعة : نص فى القديم على الإباحة وفى الجديد على التحريم جزما ، والصحيح الذى قاله المحققون ، ويجمع به بين كلام الجميع أنه نص فى القديم على الإباحة ، وردد قوله فى الجديد ثم مال فيه إلى التحريم ، وقوله

فأفتى به فحصل قولان ، ولا فرق بين أكله قبل القتل أو عقبه ، هكذا صرح به الجمهور . وذكرنا عن الدارمى طريقين آخرين كما سبق فحصل ثلاث طرق (المذهب) طرد قولين مطلقا (والثانى) إن أكل قبل القتل حرم ، وإن أكل بعده فقولان (والثالث) إن أكل بعد القتل حل ، وإن أكل قبله فقولان ، ثم الصحيح من القولين عند جماهير الأصحاب التحريم ، هكذا صرح بتصحيحهما المحاملى والقاضى أبو الطيب والبغوى والرافعى وخلائق لا يحصون ، ونقل القاضى أبو الطيب فى المجرد عن أصحابنا أجمعين أنهم صححوه وقطع به سليم الرازى وآخرون من أصحاب المختصرات وشذ عنهم الجرجانى فى التحرير فقال : الأصح أنه حلال والصواب تصحيح التحريم ، والله تعالى أعلم .

واحتج من قال بالإباحة بحديث أبى ثعلبة ، وأجاب عن حديث عدى بأنه محمول على كراهة التنزيه ، واحتج من قال بالتحريم بقوله تعالى (فكلوا مما أمسكن عليكم [1]) فاذا أكل منه لم يتيقن أنه أمسك علينا ، ولم يحل لنا إلا ما تيقنا أنه أمسك علينا بحديث عدى قالوا : وهو أصح ، لأنه مشهور فى الصحيحين وغيرهما من طرق متكاثرات ، وحديث أبى ثعلبة لا يقارنه فى الصحة ، وإن كان حسنا ، وتأوله بعض أصحابنا على ما إذا قتل الصيد وفارقه ، ثم عاد فأكل منه فهذا لا يضر كما ذكرنا ، وتأوله الخطابى فى معالم السنن على أن المراد وإن أكل من الصيود الماضية قبل هذا ــ يعنى إذا كان قد صار بعد ذلك معلما وهذا تأويل ضعيف ، والله أعلم .

هذا كله فى جوارح السباع ، كالكلب والفهد والنمر وغيرها (فأما) جوارح الطير فقد نص الشافعى رحمه الله أنها كالسباع على القولين ،

---

(١) من الآية ٤ من سورة المائدة .

وللأصحاب طريقان (أصحهما) وبه قطع جمهورهم أنهـا على القولين كالسباع ، وهذا موافق للنص (والثانى) يحل ما أكلت منه قولا واحدا قاله المزنى وأبو على الطبرى فى الإفصاح وآخرون ، وحكاه جمـاعات من المصنفين قال القاضى أبو الطيب : هـذا الطريق غلط مخالف لنص الشافعى ، وقد ذكر المصنف دليل الطريقين فى الكتاب ، والله سبحانه أعلم .

(فـرع) قال أصحابنا : وإذا قلنـا بتحريم الصـيد الذى أكل ، واشترط استئناف التعليم لفساد التعليم الأول ، قال أصحابنا : ولا ينعطف التحريم على ما اصطاده قبل الأكل . وهذا لا خلاف فيـه عندنا ، واتفق أصحابنا على التصريح بأنه لا خلاف فيه عندنا. قال أصحابنا الخراسانيون : ولو تكرر أكله من الصيود بعد ذلك وصار الأكل عادة له حرم الذى أكل منه آخرا ، بلا خلاف ، وفى تحريم باقى الصيود الذى أكل منه قبل الأخير وجهان مشهوران عندهم (أصحهما) التحريم ، قال البغوى : إذا قلنا : لا يحرم ما أكل منه ، فلو تكرر ذلك منه بأن أكل من الصيد الثانى حرم الثانى قطعا ، وفى الأول الوجهان ، ولو لم يأكل من الثانى فأكل من الثالث حرم الثالث ، وفيما قبله الوجهان ، قال الرافعى . وهذا ذهاب من البغوى إلى أن الأكل مرتين يخرجه عن كونه معلما ، وقد ذكرنا خلافا فى تكرر الصفات التى يصير بها معلما ، قال : ويجوز أن يفرق بينهما بأن أثر التعليم فى الحل وأثر الأكل فى التحريم ، فعملنا بالاحتياط فيهما ، فلهذا لو عرفنا كونه معلما لم ينعطف الحل على ما سـبق من صيوده بلا خلاف ، وفى انعطاف التحريم الخلاف المذكور والله أعلم .

(فـرع) لو لعق الكلب دم الصيد ولم يأكل من لحمـه شيئا حل لحمه ، هذا هو الصواب ، نص عليه الشـافعى ، وقطع به الأصحاب فى جميع الطرق ، وشذ إمام الحرمين والغزالى فى البسيط فحكيا وجها فى

تحريمه وهو غلط ، ولو أكل كلب حشوة الصيد فطريقان حكاهما البغوى وغيره (أصحهما) على قولين كاللحم (والثانى) القطع بالحل لأنها غير مقصودة فأشبهت الدم •

(فــرع) قال الرافعى : لو لم يسترسل الكلب عند الإرسال أو لم ينزجر عند الزجر ، فينبغى أن يكون فى تحريم الصيد وخروجه عن كونه معلما الخلاف المذكور فيما إذا أكل •

(فــرع) قال القفال : لو أراد الصائد أن يأخذ الصيد من الــكلب فامتنع وصار يقاتل دونه ، فهو كالأكل ، والله أعلم •

(فــرع) فى مذاهب العلماء فى الصيد الذى تقتــله الجارحة من السباع ، كالكلب والفهد والنمر ويأكل منه ، قد ذكرنا أن الأصح فى مذهبنا تحريمه ، وبه قال أكثر العلماء ، حكاه ابن المنذر عن ابن عباس وأبى هريرة وعطاء وسعيد بن جبير والشعبى والنخعى وعكرمة وقتــادة والشافعى وأبى حنيفة وأصحابه وأحمد وإسحق وأبى ثور ، قال : وبه أقول ، وهو مذهب الحسن البصرى وداود ، وقالت طائفة باباحته ، حكاه ابن المنذر عن سعد بن أبى وقاص وسلمان الفارسى وابن عمر ومالك •

(وأما) إذا أكلت منه جارحة الطير كالصقور ، فالأصح عندنا تحريمه كما سبق ، ولا أعلم أحدا وافقنا عليه ، بل جماهير [1] على إباحته ، حكاه ابن المنذر عن ابن عباس والنخعى وحماد بن أبى سليمان والثورى وأبى حنيفة وأصحابه وهو مذهب الشافعى ومالك وأحمد والمزنى وغيرهم ، والله أعلم •

(وأما) الصيود المــاضية قبل الأكل فلا تحرم عندنا بلا خلاف كما

---

(١) بياض بالأصل ولعله : العلماء . (ط)

سبق ، وبه قال مالك وأحمد وأبو يوسف ومحمد وداود والجمهور ، وقال أبو حنيفة : يحرم جميع ما صاده قبل ذلك ، وادعى أنه تبين عدم تعليمه (وأما) إذا شرب الكلب من دم الصيد فلا يحرم عندنا ، وبه قال العلماء كافة إلا ما حكاه ابن المنذر عن الشعبى والثورى أنهما كرها أكله وليس بشىء .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(إذا أدخل الكلب ظفره او نابه فى الصيد نجس ، وهل يجب غسله ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجب غسله سبعا إحداهن بالتراب ، قياسا على غير الصيد (والثانى) لا يجب ، لانا لو اوجبنا ذلك الزمناه ان يغسل جميعه ، لان الناب إذا لاقى جزءا من الدم نجس ذلك الجزء ونجس كل ما لاقاه إلى ان ينجس جميع بدنه وغسل جميعه يشق فسقط كدم البراغيث) .

(**الشرح**) قوله : إذا أدخل الكلب ظفره أو نابه فى الصيد نجس ، يعنى الموضع الذى أدخل فيه لأكل الصيد . واعلم أن الشافعى رحمه الله قال : إذا أدخل ظفره أو نابه نجس ، واقتصر على هذا ، ولم يذكر الغسل (فمن) الأصحاب من قال : أراد به (نجس) لا يجب غسله للمشقة ، بل يعفى عنه ، ولهذا لم يذكر الغسل (ومنهم) من قال : أراد به نجس يجب غسله ، فذكر النجاسة واستغنى بذلك عن ذكر الغسل ، لأنه متى ثبتت النجاسة وجب الغسل ، فحذف ذكره للعلم به ، وللأصحاب فى المسألة ثلاث طرق .

(أحدها) أن موضع الظفر والناب نجس قطعا ، وفى وجوب غسله وتعفيره خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى ، وهذه طريقة المصنف وجمهور الأصحاب من العراقيين والخراسانيين ، وهو المنصوص .

(والطريق الثانى) حكاه صاحب الإبانة وآخرون ، فى نجاسته قولان

(أحدهما) نجس ، وفى وجوب الغسل والتعفير الخلاف (والثانى) أنه طاهر لقول الله تعالى : (فكلوا مما أمسكن عليكم[1]) ولم يأمر بغسله مع أنه لا ينفك عنه غالبا أو دائما ، ولهذا لم يذكره النبى ﷺ مع ذكره للأحاديث الواردة فيه ، مع تكرار سؤاله ﷺ عن ذلك .

(والطريق الثالث) إن أصاب الكلب غير العروق فحكمه ما ذكرنا ، وإن أصاب عرقا نضاحا بالدم سرى حكم النجاسة إلى جميع الصيد وحرم أكله ، حكاه إمام الحرمين قال : وهذا غلط ، لأن النجاسة إذا اتصلت بالدم فالعرق وعاء حاجز بينه وبين اللحم ، ثم الدم إذا كان يفور امتنع غوص النجاسة فيه ، كالماء المتصعد من فوارة إذا وقعت نجاسة فى أعلاه لم ينجس ما تحته إذا قلنا بالمذهب إنه نجس ، ولا يحرم أكله ، ففيه أربعة أوجه (أصحها) عند الأصحاب وهو ظاهر نص الشافعى أنه نجس يجب غسله سبع مرات إحداهن بالتراب ، ويطهر حينئذ ويؤكل ، وإنما يجب غسل موضع الظفر والناب وغيرهما مما مسه الكلب دون ما لم يمسه مع الرفق به .

(والوجه الثانى) أنه يعفى عنه فلا يجب غسله أصلا ، مع أنه نجس ، ويحل أكله وقد ذكر المصنف هذين الوجهين وهما مشهوران (والثالث) أنه يجب غسله مرة واحدة بالماء من غير تراب ، لأن ما زاد على ذلك فيه مشقة وحرج ، حكاه صاحبا الفروع والبيان (والرابع) أنه لا يطهر بالغسل . بل يجب تقوير ذلك الموضع وطرحه ، لأنه تشرب لعابه فلا يتخلله الماء ، وهذا الوجه مشهور فى كتب الخراسانيين . ولم يذكره العراقيون، بل صرحوا بأنه لا يشترط هذا بلا خلاف كما أشار إليه المصنف ، وكيف كان فهو وجه باطل لا أصل له فى الأحاديث ولا فى القياس ، قال إمام

---

(١) من الآية ٤ من سورة المائدة .

الحرمين : والقائل بهذا الوجه يطرد ما ذكره فى كل لحم وما فى معناه إذا عضه الكلب ، بخلاف ما يناله لعابه بغير عض .

هذا مختصر متفرقات كلام الأصحاب فى المسألة ، فاذا أردت ضبطه مختصرا (قلت) فيه ستة أوجه (أصحها) يجب غسله سبعا إحداهن بالتراب (والثانى) يجب غسله مرة (والثالث) أنه نجس يعفى عنه ، لا يجب غسله (والرابع) أنه طاهر (والخامس) يجب قطع ذلك الموضع ولا يطهر بالغسل (والسادس) إن أصاب عرقا نضاحا بالدم حرم جميعه ولا طريق إلى أكله ، والله أعلم .

(فرع) قد ذكرنا أن المشهور من مذهبنا أنه يجب غسل موضع ظفر الكلب ونابه سبع مرات إحداهن بالتراب .

(فرع) لو غصب عبدا فاصطاد فالصيد لمالكه ، ولو غصب شبكة أو قوسا واصطاد به فالصيد للغاصب ، وعليه أجرة مثلهما ، ولو غصب كلبا أو صقرا أو غيرهما من الجوارح ففى صيده وجهان (أصحهما) للغاصب (والثانى) لصاحب الجارحة (فان قلنا) للغاصب فعليه أجرته إن كان مما تجوز إجارته (وإن قلنا) : لصاحبه ، فعلى الغاصب ما نقص من الأجرة ، وهكذا حكم العبد ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز الصيد بالرمى ، لما روى أبو ثعلبة الخشنى قال قلت : «يا رسول الله إنا نكون فى ارض صيد فيصيب أحدنا بقوسه الصيد ، ويبعث كلبه المعلم ، فمنه ما ندرك ذكاته ، ومنه مالا ندرك ذكاته ، فقال ﷺ : ما ردت عليك قوسك فكل ، وما أمسك كلبك المعلم فكل » وإن رماه بمحدد كالسيف والنشاب والمروة المحددة وأصابه بحده فقتله حل، وإن رمى بما لا حد له كالبندق والدبوس أو بما له حد فأصابه بغير حده فقتله لم يحل لما روى عدى بن حاتم قال: «سألت

رسول الله ﷺ عن صيد المعراض قال : إذا أصبت بحده فكل ، وإذا أصبت بعرضه فلا تأكل فإنه وقيذ » وإن رماه بسهم لا يبلغ الصيد ، وأعانه الريح حتى بلغه فقتله ، حل أكله ، لأنه لا يمكن حفظ الرمى من الريح فعفى عنه . وإن رمى بسهم فأصاب الأرض ، ثم ازدلف فأصاب الصيد فقتله ، ففيه وجهان بناء على القولين فيمن رمى إلى الغرض فى المسابقة ، فوقع السهم دون الغرض ، ثم ازدلف وبلغ الغرض ، وإن رمى طائرا فوقع على الأرض فمات حل أكله ، لأنه لا يمكن حفظه من الوقوع على الأرض ، وإن وقع فى ماء فمات أو على حائط أو جبل فتردى منه ومات ، لم يحل ، لما روى عدى بن حاتم أن رسول الله ﷺ قال: « إذا رميت بسهمك فاذكر اسم الله ، فإن وجدته ميتا فكل إلا أن تجده قد وقع فى الماء فمات ، فإنك لا تدرى الماء قتله او سهمك ؟ ») .

(**الشرح**) حديث أبى ثعلبة رضى الله عنه رواه البخارى ومسلم بمعناه قال قلت : « يا رسول الله أنا بأرض صيد أصيد بقوسى ، أو بكلبى الذى ليس بمعلم ، وبكلبى المعلم ، فما يصلح لى ؟ فقال رسول الله ﷺ : ما صدت بقوسك فذكرت اسم الله عليه فكل . وما صدت بكلبك المعلم فذكرت اسم الله عليه فكل وماصدت بكلبك غير المعلم فأدركت ذكاته فكل » (وأما) حديث عدى بن حاتم الأول فرواه البخارى ومسلم . وحديثه الثانى رواه مسلم ، وقوله : المروة المحددة هى ــ بفتح الميم ــ وهى الحجر ــ والمعراض بكسر الميم وإسكان العين المهملة ــ وهو سهم لا ريش له ولا نصل ، وقيل هو حديدة ، وقيل هو خشبة محددة الطرف ، والوقيذ ــ بالقاف والذال المعجمة ــ الموقوذ ، وهو المضروب بالعصا حتى يموت (وقوله) : كالبندق والدبوس هى ــ بفتح الدال ــ جمعه دبابيس ، وهو معروف . وأنشد فيه الجوهرى[1] وقال : أظنه معربا وقوله ﷺ : « وإن أصبت بعرضه فلا تأكل » هو بفتح العين ــ أى العرض الذى هو خلاف الطول .

(**اما الأحكام**) ففيها مسائل (إحداها) يجوز الصيد بالرمى بالسهام

---

(١) كذا ولعل ما أنشده لاقيط بن زرارة : « لو سمعوا وقع الدبابيس » . (ط)

المحددة بالإجماع والأحاديث الصحيحة . فاذا رمى الصيد من هو أهل من مسلم أو كتابى فقتله ــ فان قتله بحد ما رماه ، كالسهم الذى له نصل محدد ، والسيف والسكين والسنان والحجر المحددة والخشبة المحددة وغير ذلك من المحددات سوى العظم والظفر ــ حل أكله ، فان أصابه بما لا حد له فقتله كالبندقة والدبوس ، وحجر لا حد له ، وخشبة لا حد لها • أو رماه بمحدود فقتله بعرضه لا بحده • لما ذكر المصنف • وكذا لو أصابه بحد عظم أو ظفر لم يحل • لأنه ليس من آلة الذكاة فهو كغير المحدد • قال أصحابنا : وإذا قتله بما لا حد له لم يحل • سواء جرحه به أم لا • حتى لو رمى طائرا ببندقة فقطعت حلقومه ومريئه لم يحل لقوله تعالى • (والموقوذة) وهذه منها • قال أصحابنا فاذا رماه بغير محدد أو بمحدد فأصابه بعرضه •

فان أدركه وفيه حياة مستقرة فذكاه حل ، وإن أدركه ميتا أو وفيه حياة غير مستقرة لم يحل • والله أعلم •

(فرع) لو أرسل كلبا فى عنقه قلادة محددة فجرح الصيد بها حل ، كما لو أرسل سهما • هكذا ذكره البغوى ، قال الرافعى : وقد يفرق بأنه قصد بالسهم الصيد ولم يقصده بالقلادة ، والله أعلم (قلت) : الصواب ما ذكره البغوى ، لأن القصد لا يشترط فى الذبح •

(فرع) لو رشق الحيوان العصا ونحوه ، قال الرويانى : إنه إن كان محددا يمور مور السهم حل ، وإن كان لا يمور إلا مستكرها نظر ــ إن كان العود خفيفا قريبا من السهم ــ حل وإن كان ثقيلا لم يحل •

(المسألة الثانية) لو رمى الصيد بسهم لا يبلغه فأعانته الريح فبلغه بإعانتها ولولاها لم يبلغه فقتله ــ حل لما ذكره المصنف ، هكذا قطع به

الأصحاب فى جميع الطرق ، وكذا نقله الرافعى عن جميع الأصحاب ، وأبدى إمام الحرمين فيه ترددا ، والمذهب الحل .

(الثالثة) إذا أصاب السهم الأرض أو الحائط ثم ازدلف وأصاب الصيد ، أو أصاب حجرا فنبا عنه وأصاب الصيد ، أو نفذ فيه إلى الصيد ، أو كان الرامى فى نزع القوس فانقطع الوتر وصدم إلى فوق ، وارتمى السهم وأصاب الصيد ، ففى حله فى جميع هذه الصور وجهان ، بناء على القولين اللذين ذكرهما المصنف فى المسألة السابقة (أصحهما) الحل .

(الرابعة) قال أصحابنا إذا مات الصيد بسببين محرم ومبيح بأن مات من سهم وبندقية أصاباه من رام أو رامبين ، أو أصابه طرف النصل فجرحه ثم أثر فيه عرض السهم فى مروره ومات منهما ، أو رمى إلى صيد سهما فوقع على طرف سطح ثم سقط منه ، أو على جبل فتدهور منه ، أو فى ماء أو على شجرة فتصدم بأغصانها ، أو وقع على محدد من سكين وغيره ، فهو حرام فى كل هذه الصور بلا خلاف ، لما ذكره المصنف ، ولو جرحه على جبل فتدحرج منه من جنب إلى جنب ومات حل بلا خلاف ، ولا يضر ذلك التدحرج ، لأنه لا يؤثر فى التلف بخلاف التدهور . ولو أصاب السهم الطائر فى الهواء فوقع على الأرض ومات حل بلا خلاف ، سواء مات قبل وصوله الأرض أو بعده ، لأنه لابد من الوقوع ، فعفى عنه كما لو كان الصيد قائما ووقع على جنبه وانصدم بالأرض فمات فانه يحل ، ولو زحف قليلا بعد إصابة السهم ومات . فهو كالوقوع على الأرض فيحل قطعا .

ولو لم يجرحه السهم فى الهواء ، بل كسر جناحه فوقع ومات فهو حرام بلا خلاف ، لأنه لم يصبه بجرح يحال الهلاك عليه ، ولو جرحه جرحا لا يؤثر مثله ، لكن عطل جناحه فوقع ومات فهو حرام ، ولو جرحه السهم

فى الهواء جرحا ثقيلا فوقع فى بئر ومات نظر إن كان فيها ماء فهو حرام كما سبق وإلا فهو حلال • وقعر البئر كالأرض ، والمراد إذا لم يصدمه جدار البئر ، ولو كان الطائر على شجرة فأصابه السهم فوقع على الأرض فمات فهو حلال ، وإن وقع على غصن ثم سقط على الأرض فهو حلال ، قال أصحابنا ، وليس الانصدام بالأغصان أو بأحرف الجبل عند التدهور من أعلاه ، كالانصدام بالأرض ، لأن الانصدام بالأغصان والأحرف والتدهور ليس بلازم ولا غالب ، فلا تدعو الحاجة إليه ، فلم يعف عنه ، والانصدام بالأرض لازم لابد منه فعفى عنه ، ولإمام الحرمين احتمال فى الصورتين لكثرة وقوع الطير على البحر • والانصدام بطرف الجبل إذا كان الصيد فيه والمذهب الأول والله أعلم •

(أما) إذا رمى طيرا فان كان على وجه الماء فأصابه ومات حل ، ويكون الماء له كالأرض لغيره ، وإن كان خارج الماء ووقع فى الماء بعد إصابة السهم ففى حله وجهان ، حكاهما صاحب الحاوى وغيره • وقطع البغوى بالتحريم • وفى شرح مختصر الجوينى بالحل فلو كان الطائر فى هواء البحر قال البغوى : إن كان الرامى فى البر لم يحل • وإن كان فى السفينة فى البحر حل •

(فرع) جميع ما ذكرناه هو فيما إذا لم ينته بتلك الجراحة إلى حركة المذبوح • فان انتهى إليها بقطع الحلقوم والمرىء أو أصاب كبده ، أو أخرج حشوته • أو غير ذلك ، فهو حلال • وقد تجب ذكاته ولا أثر لما يعرض بعد ذلك من وقوعه فى الماء وتدهوره من الجبل • وعلى أغصان الشجرة وجدران البئر وغير ذلك مما سبق • والله تعالى أعلم •

(فرع) لو أرسل سهمين على صيد فقتلاه • فان أصاباه معا فهو حلال • وإن أصابه أحدهما بعد الآخر بطرف ــ فان أزمنه الأول ولم تصب الثانى المذبح لم يحل وإن أصاب المذبح حل • فان لم يرمه الأول وقتله

الثانى حل • وكذا لو أرسل كلبين فأزمنه الأول وقتله الثانى لم يحل • وسواء قطع المذبح أم لا • ولو أرسل كلبا وسهما فان أزمنه السهم ثم أصابه الكلب لم يحل • وإن أزمنه الكلب ثم أصاب السهم المذبح حل • والله أعلم •

(فـرع) فى مذاهب العلماء إذا رمى طائرا بسهم فأصابه فوقع على الأرض ميتا أو حيا ثم مات فى الحال فهو حلال عندنا ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد وأبو ثور ، وقال مالك يحل فى الصورة الأولى دون الثانية ، حكى ابن المنذر عنه رواية كمذهبنا ، وهى رواية ابن وهب ، واتفقوا هم وغيرهم على أنه إذا سقط الصيد فالمجروح جراحة غير مذففة فى الماء ومات لا يحل ، للحديث الصحيح السابق •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن رمى صيدا او ارسل عليه كلبا فعقره ، ولم يقتله ــ نظرت فإن ادركه ولم يبق فيه حياة مستقرة ، بأن شق جوفه وخرجت الحشوة ، او اصاب العقر مقتلا ــ فالمستحب أن يمر السكين على الحلق ليريحه ، فإن لم يفعل حتى مات حل ، لأن العقر قد ذبحه ، وإنما بقيت فيه حركة المذبوح ، وإن كانت فيه حياة مستقرة ولكن لم يبق من الزمان ما يتمكن فيه من ذبحه حل ، وإن بقى من الزمان ما يتمكن فيه من ذبحه فلم يذبحه او لم يكن معه ما يذبحه به فمات لم يحل ، لما روى أبو ثعلبة الخشنى ان النبى ﷺ قال : « ما رد عليك كلبك المكلب وذكرت اسم الله عليه وأدركت ذكاته فذكه [وكل] وإن لم تدرك ذكاته فلا تأكل [وإن رد عليك كلب غنمك فذكرت اسم الله عليه وأدركت ذكاته فذكه وإن لم تدرك ذكاته فلا تأكله(١)] وما ردت عليك يدك وذكرت اسم الله وادركت ذكاته فذكه ، وإن لم تدرك ذكاته فكله » وإن عقره الكلب او السهم وغاب عنه ثم وجده ميتا ، والعقر مما يجوز أن يموت منه ، ويجوز ان لا يموت منه ، فقد قال الشافعى رحمه الله : لا يحل إلا ان يكون خبر(٢) فلا رأى (فمن)

---

(١) كل ما بين القوسين ساقط من ش وق •

(٢) بناء على قاعدته المذهبية رضى الله عنه : اذا صح الحديث فهو مذهبى فهو يؤيد الحكم بعدم الحل ثم يذعن للخبر اذا خالفه ولا يذعن للرأى فاللهم اهدنا صراطهم المستقيم • (ط)

أصحابنا من قال : فيه قولان (احدهما) يحل ، لما روى عدى بن حاتم قال : (قلت : يا رسول الله إنى ارمى الصيد فاطلبه فلا اجده إلا بعد ليلة قال : إذا رايت سهمك فيه ولم يأكل منه سبع فكل) ولأن الظاهر انه مات منه لانه لم يعرف سبب سواه (والثانى) انه لا يحل لما روى زياد بن ابى مريم قال « جاء رجل إلى النبى ﷺ فقال : إنى رميت صيدا ثم تغيب فوجدته ميتا ، فقال رسول الله ﷺ : هوام الأرض كثيرة ولم يأمره بأكله » (ومنهم) من قال : يؤكل ، قولا واحدا ، لانه قال : لا يؤكل إذا لم يكن خبر ، وقد ثبت الخبر انه امر باكله) .

(**الشرح**) حديث أبى ثعلبة رواه البخارى ومسلم مختصرا ، وسبق بيان لفظه قريبا ، وحديث عدى رواه البخارى ومسلم ولفظه : « فإن وجدته بعد ليلة أو ليلتين فلم تجد فيه أثرا غير أثر سهمك فشئت أن تأكل منه فكل » هكذا رواه البخارى ومسلم من رواية عدى بن حاتم ، وعن أبى ثعلبة قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا رميت سهمك فغاب ثلاث ليال فأدركته فكل ما لم ينتن » رواه مسلم ، قال أصحابنا : النهى عن أكله إذا أنتن للتنزيه لا للتحريم وأما حديث زياد بن أبى مريم فغريب ، وزياد هذا تابعى والحديث مرسل . وهو زياد بن أبى مريم القرشى الأموى مولى عثمان بن عفان رضى الله عنهما .

(واعلم) أنه لم يثبت عن النبى ﷺ فى النهى عن أكل الصيد ــ الذى جرحه ثم غاب عنه ولم يجد أثر سبب آخر ــ شىء . وإنما جاء فيه أحاديث ضعيفة . وفيه أثر عن ابن عباس فيه نظر (فمن) الأحاديث حديث عطاء ابن السائب عن عامر ــ يعنى الشعبى ــ « أن أعرابيا أهدى لرسول الله ﷺ ظبيا فقال : من أين أصبت هذا ؟ فقال : « رميته أمس فطلبته فأعجزنى حتى أدركنى المساء ، فرجعت فلما أصبحت اتبعت أثره فوجدته فى غار أو فى أحجار ، وهذا مشقصى فيه أعرفه . قال : بات عنك ليلة ، ولا آمن أن تكون هامة أعانتك عليه ، لا حاجة لى فيه » رواه أبو داود فى المراسيل فهو مرسل ضعيف . وعطاء بن السائب ضعيف وعن أبى رزين قال : « جاء

رجل إلى النبى ﷺ بصيد فقال : إنى رميته من الليل فأعيانى ، ووجدت سهمى فيه من الغد ، وقد عرفت سهمى فقال : الليل خلق من خلق الله عز وجل عظيم ، لعله أعانك عليه شيء ، انبذها عنك » رواه أبو داود فى المراسيل .

قال البيهقى : أبو رزين هذا اسمه مسعود مولى شقيق بن سلمة ، وهو تابعى والحديث مرسل ، قاله البخارى .

وأما الأثر عن ابن عباس فرواه البيهقى باسناد فيه رجل مستور أو مجهول غير ميمون بن مهران ، قال : « أتى أعرابى إلى ابن عباس وأنا عنده فقال : إنى أرمى الصيد فأصمى وأنمى ، فكيف ترى ؟ فقال ابن عباس : كل ما أصميت ودع ما أنميته » قال الشافعى : ما أصميت ما قتلته الكلاب وأنت تراه ، وما أنميت ما غاب عنك مقتله ، والله أعلم .

(أما الأحكام) ففيها مسألتان :

(إحداهما) إذا أرسل سهما أو نحوه أو جارحة معلمة من كلب أو غيره على صيد فأصابه ثم أدركه المرسل حيا نظر — إن لم يبق فيه حياة مستقرة بأن كان قد قطع حلقومه ومريئه أو أخافه أو خرق أمعاءه أو أخرج حشوته — استحب إمرار السكين على حلقه ليريحه فان لم يفعل وتركه حتى مات حل بلا خلاف ونقلوا فيه إجماع المسلمين كما ذكره المصنف ، وكما لو ذبح شاة فاضطربت أو عدت . أما إذا بقيت فيه حياة مستقرة فله حالان (أحدهما) أن يتعذر ذبحه بغير تقصير من صائده حتى يموت فيحل أيضا للعذر ويستدل له أيضا بما ثبت فى صحيح مسلم أن النبى ﷺ قال لعدى بن حاتم : « ما أمسك عليك كلبك ولم يأكل منه فكل فان ذكاته أخذه » (والثانى) أن لا يتعذر ذبحه فيتركه حتى يموت ، أو يتعذر بتقصيره فيموت فهو حرام ، كما لو تردى بئرا فلم يذبحه حتى مات فإنه حرام .

(فمن) صور الحال الأول أن يشتغل بأخذ الآلة ، وسل السكين ، فيموت قبل إمكان ذبحه (ومنها) أن يمتنع بما فيه من بقية قوة ، ويموت قبل قدرته عليه (ومنها) أن لا يجد من الزمان ما يمكن الذبح فيه (ومن) صور الحال الثانى أن لا يكون معه آلة الذبح أو تضيع آلته فلا يحل بلا خلاف ، فلو نشبت السكين فى الغمد فلم يتمكن من إخراجها حتى مات ففيه وجهان (أصحهما) وبه قال أكثر الأصحاب أنه حرام ، لتقصيره فى عدم تأمل السكين قبل هذا (والثانى) أنه حلال ، وهو قول أبى على ابن أبى هريرة والطبرى ، لأنه معذور ، ولو غصب الآلة فوجهان (أصحهما) أنه حرام لأنه عذر نادر (والثانى) حلال ، لأنه معذور ، كمن حال بينه وبين الصيد سبع حتى مات ، فانه يحل وجها واحدا ، ولو اشتغل بتحديد السكين حتى مات فهو حرام ، لأنه يمكن تحديدها قبل ذلك ، قال الرويانى: ولو اشتغل بطلب المذبح فلم يجده حتى مات فهو حلال لعدم تقصيره بخلاف تحديد السكين ، ولو كان يمر ظهر السكين على حلقه غلطا فمات فحرام بتقصيره ، ولو رجع الصيد منكسا واحتاج إلى قلبه ليقدر على المذبح فمات أو اشتغل بتوجهه إلى القبلة فمات ، فحلال .

ولو شك بعد موت الصيد هل تمكن من ذكاته فيحرم ؟ أم لم يتمكن فيحل ؟ ففيه قولان لتعارض الأصل (أصحهما) أنه حلال ، لأن الأصل عدم الإمكان وعدم التقصير (والثانى) التحريم لأن الأصل بقاء الحياة ، وهل يشترط العدو إلى الصيد إذا أصابهم السهم أو الكلب ؟ فيه وجهان حكاهما الخراسانيون (أحدهما) نعم لأنه المعتاد فى هذه الحالة ، لكن لا يكلف المبالغة بحيث يناله ضرر ظاهر (وأصحهما) لا يشترط ، بل يكفى المشى ، وعلى هذا الصحيح الذى قطع به الصيدلانى والبغوى وغيرهما أنه لو مشى على هينته وأدركه ميتا وكان بحيث لو أسرع لأدركه حيا ، قال إمام الحرمين : عندى أنه لابد من الإسراع ، قلنا : لا ، لأن الماشى على

هيئته خارج عن عادة الطالبين وإذا شرطنا العدو فتركه ، فصار الصيد ميتا ، ولم يدر أمات فى الزمن الذى يسع العدو بحيث لو عدا لم يدركه أم بعده ؟ قال الرافعى : ينبغى أن يكون على القولين السابقين قريبا فى الشك فى التمكن من الذكاة والله تعالى أعلم .

(فرع) لو رمى صيدا فقده قطعتين متساويتين ، او متفاوتتين ، فهما حلال ، ولو أبان منه بسيف أو غيره عضوا كيد أو رجل نظر ــ إن أبانه بجراحة مذففة ومات فى الحال ــ حل العضو وباقى البدن ، وإن لم تكن مذففة وأدركه وذبحه أو جرحه جرحا مذففا فالعضو حرام ، لأنه أبين من حى ، وباقى البدن حلال ، وإن أثبته بالجراحة الأولى فقد صار مقدورا عليه ، فيتعين ذبحه ولا تجزىء سائر الجراحات ، ولو مات من تلك الجراحة بعد مضى زمن ولم يتمكن من ذبحه ، حل باقى البدن . وفى العضو ، وجهان (أصحهما) يحرم ، لأنه أبين من حى ، فهو كمن قطع إلية شاة ثم ذبحها ، فانه لا تحل الإلية (والثانى) تحل لأن الجرح كالذبح للجملة ، فتبعها العضو ، وإن جرحه جراحة أخرى والحالة هذه ــ فان كانت مذففة ــ فالصيد حلال والعضو حرام . وإلا فالصيد حلال أيضا . وفى العضو وجهان (الصحيح) أنه حرام ، لأن الإبانة لم تتجرد ذكاة للصيد . والله أعلم .

(المسألة الثانية) إذا غاب عنه الكلب والصيد . ثم وجده ميتا فوجهان (الصحيح) الذى قطع به الأكثرون لا يحل . لاحتمال موته بسبب آخر ولا أثر لتضمخه بدمه ، فربما جرحه الكلب وأصابته جراحة أخرى (وأما) إذا جرحه سهمه أو كلبه ثم غاب الصيد عنه ثم وجده ميتا ، فان انتهى بذلك الجرح إلى حركة المذبوح حل ، ولا أثر لغيبته ، وإن لم ينته نظر ــ إن وجده فى ماء أو وجد عليه أثر صدمة أو جراحة أخرى ونحو ذلك ــ لم يحل سواء وجد الكلب عليه أم لا ، لأنه لا يعلم كيف هلك ،

وإن لم يكن فيه أثر آخر ففيه ثلاثة طرق (أحدها) يحل قطعا (والثانى) يحرم قطعا (وأشهرها) على قولين (أصحهما) عند الجمهور من العراقيين وغيرهم التحريم (وأصحهما) عند البغوى والغزالى فى الإحياء الحل ، وهو الصحيح أو الصواب ، لصحة الأحاديث السابقة فيه ، وعدم المعارض الصحيح لها وقد سبق فى كلام المصنف وكلامنا إيضاح دليل الجميع .

(ومن) قال : بالإباحة يتأول كلام ابن عباس والأحاديث لو صحت فى النهى على التنزيه (ومن) قال بالتحريم يتأول أحاديث الإباحة على ما إذا انتهى بالجراحة إلى حركة المذبوح وهو تأويل ضعيف ، قال أصحابنا : وتسمى هذه المسألة مسألة الإيماء والله أعلم .

(فرع) فى مذاهب العلماء فيمن جرح الصيد بسهم أو كلب فغاب عنه ثم وجده ميتا . فقد ذكرنا أن المشهور من مذهبنا تحريمه ، وبه قال داود . وقال أصحاب أبى حنيفة : إذا توارى عنه الصيد والكلب ، وهو فى طلبه ، فوجده قد قتله ، حل أكله . وإن ترك الطلب واشتغل بعمل غيره كرهنا أكله . وقال مالك : إن أدركه من يومه أكله فى الكلب والسهم إذا كان فيه أثر جارحة ، وإن غابت عنه لم يؤكل ، وعن أحمد ثلاث روايات (إحداها) يؤكل (والثانى) يؤكل ما لم يبت عنه (والثالث) إن كانت الإصابة موحية حل وإلا فلا .

(فرع) إذا رمى الصيد فقده قطعتين فمات فجميعه حلال ، سواء كانت القطعتان سواء أو متفاوتين وبه قال داود ، وهو الأصح عن أحمد . وقال أبو حنيفة : إن كانتا سواء أو كانت التى مع الرأس أقل حل جميعه ، وإن كانت التى مع الرأس أكبر حلت وحرمت الأخرى . وقال مالك : إذا قطع وسطه أو ضرب عنقه حل جميعه ، وإن قطع فخذه حرمت الفخذ وحل الباقى . دليلنا أن ما كان ذكاة لبعضه كان ذكاة لكله كموضع الاتفاق .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(وإن نصب احبولة وفيها حديدة فوقع فيها صيد ، فقتلته الحديدة لم يحل لانه مات بغير فعل من جهة احد ، فلم يحل) .

(الشرح) قال الشافعى رحمه الله : ولا يؤكل ما قتلته الأحبولة كان فيها سلاح أو لم يكن ، قال أصـحابنا : الأحبولة ــ بفتح الهمزة ــ هو ما ينصب للصيد فيعلق به من حبل أو شبكة أو شرك ، ويقال لهـا أيضا حبالة ــ بكسر الحاء ــ جمعها حبائل ، فإذا وقع فى الأحبولة صيد فمات لم يحل أكله بلا خلاف ، لأنه لم يذكه أحد ، وإنما مات بفعل نفسه ، ولم يوجد من الصائد إلا سبب فهو كمن نصب سكينا فربضت عليها شـاة فقطعت حلقها فإنها حرام قطعا ، ولو كان رأس الحبل الذى فى الأحبولة فى يده فجره ومات به الصيد فحرام أيضا ، لأنه من جملة المنخنقـة والله أعـلم .

(فـرع) هذا الذى ذكرناه من تحريم صيد الأحبولة ونحوها إذا لم يدرك ذكاته هو مذهبنا ومذهب العلماء كافة إلا ما حكاه ابن المنذر عن الحسن البصرى أنه يحل إن كان سمى وقت نصبها .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(وإن ارسل سهما على صيد فاصاب غيره فقتله حل اكله لقوله ﷺ لأبى ثعلبة : « ما رد عليك قوسك فكل » ولانه مات بفعله ، ولم يفقد إلا القصد، وذلك لا يعتبر فى الذكاة ، والدليل عليه أنه تصح ذكاة المجنون وإن لم يكن له قصد ، فإن ارسل كلبا على صيد فاصاب غيره فقتله نظرت ــ فإن اصابه فى الجهة التى ارسله فيها ــ حل لقوله ﷺ : « مارد عليك كلبك ولم تدرك ذكاته فكل » وإن عدل إلى جهة اخرى فاصاب صيدا غيره ففيه وجهان (احدهما) لا يحل ، وهو قول ابى إسحاق ، لأن للكلب اختيارا ، فإذا عدل كان صيده باختياره فلم يحل . كما لو استرسل بنفسه فاخذ الصيد . ومن أصحابنا من قال: يحل لأن الكلب لا يمكن دفعه من العدول فى طلب الصيد) .

(الشرح) حديث أبى ثعلبة والحديث الآخر سبق بيانهما ، قال أصحابنا : إذا رمى صيدا يراه أو لا يراه ، لكن يحس به فى ظلمة أو من وراء حجاب ، بأن كان بين أشجار ملتفة وقصده حل ، فان لم يعلم به بأن رمى وهو لا يرجو صيدا فأصاب صيدا ، لم يحل على الصحيح المنصوص ، وفيه وجه وإن كان يتوقع صيدا فبنى الرمى بأن رمى فى ظلمة الليل وقال : ربما أصبت صيدا فأصاب صيدا فطريقان (أحدهما) القطع بحله (والثانى) فيه ثلاثة أوجه (أصحها) التحريم مطلقا (والثانى) يحل (والثالث) إن توقعه بظن غالب حل ، وإن كان مجرد تجويز حرم ، ولو رمى إلى سرب من الظباء أو أرسل عليها كلبا فأصاب واحدة منها فقتلها فهى حلال بلا خلاف .

ولو قصد واحدة منها معينة بالرمى فأصاب غيرها ففيه طريقان (أحدهما) القطع بحلها وبه قطع المصنف وكثيرون أو الأكثرون (والثانى) فيه أربعة أوجه (الحل) مطلقا لما ذكره المصنف (والثانى) التحريم (والثالث) إن كان حالة الرمى يرى المصاد حل ، وإلا فلا (والرابع) إن كان المصاب من السرب الذى رآه ورماه حل ، وإن كان من غيره لم يحل وسواء عدل السهم عن الجهة التى قصدها إلى غيرها أم لم يعدل . ولو رمى شاخصا يعتقده حجرا ، وكان حجرا فأصاب ظبية ففى حلها وجهان (الأصح) لا تحل ، وبه قطع الصيدلانى وغيره ، فان كان الشاخص صيدا ومال السهم عنه وأصاب صيدا آخر ففيه الوجهان وأولى بالتحليل ، ولو رمى شاخصا ظنه خنزيرا وكان خنزيرا أو كان صيدا فلم يصبه ــ وأصاب ظبية ــ لم تحل على الصحيح فى الصورتين ، لأنه قصد محرما . والخلاف فيما إذا كان خنزيرا أضعف ، ولو رمى شاخصا ظنه صيدا فبان حجرا أو خنزيرا وأصاب السهم صيدا قال البغوى : إن اعتبرنا ظنه فيما إذا رمى ما ظنه حجرا فكان صيدا وأصاب السهم صيدا آخر ،

وقلنا بالتحريم ، فهنا يحل الصيد الذى أصابه ، وإن اعتبرنا الحقيقة وقلنا بالحل هناك حرم هنا .

هذا كله فى رمى السهم أما إذا أرسل كلبا على صيد فقتل صيدا آخر فينظر ــ إن لم يعدل عن جهة الإرسال ، بل كان فيها صيود فأخذ غير ما أرسل عليه وقتله فطريقان ــ (المذهب) أنه يحل ، وبه قطع المصنف والأكثرون ، ودليله فى الكتاب (والثانى) فيه وجهان (أصحهما) يحل (والثانى) يحرم ، كما لو استرسل بنفسه ، وإن عدل إلى جهة أخرى فثلاثة أوجه (أصحها) الحل ، لأنه بغير تكليفه ترك العدول ، ولأن الصيد لو عدل فتبعه الكلب وقتله حل قطعا (والثانى) يحرم ، كما ذكره المصنف (والثالث) وهو اختيار الماوردى ــ إن خرج عادلا عن الجهة ــ حرم ، وإن خرج إليها ففاته الصيد فعدل إلى غيرها وصاد حل ، لأنه يدل على حذقه حيث لم يرجع خائبا ، وقطع إمام الحرمين بالتحريم إذا عدل وظهر من عدوله اختياره بأن امتد فى جهة الإرسال زمانا ، ثم ظهر صيد آخر فاستدبر المرسل إليه وقصد الآخر ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن ارسل كلبا ، وهو لا يرى صيدا فاصاب صيدا لم يحل ، لانه ارسله على غير صيد ، فلم يحل ما اصطاده كما لو حل رباطه فاسترسل بنفسه واصطاد ، وإن ارسل سهما فى الهواء وهو لا يرى صيدا فاصاب صيدا ففيه وجهان (قال) ابو إسحق : يحل لانه قتله بفعله ، ولم يفقد إلا القصد إلى الذبح، وذلك لا يعتبر ، كما لو قطع شيئا وهو يظن انه خشبة فكان حلق شاة (ومن) اصحابنا من قال : لا يحل وهو الصحيح ، لانه لم يقصد صيدا بعينه فاشبه إذا نصب احبولة فيها حديدة فوقع فيها صيد فقتلته ، وإن كان فى يده سكين فوقعت على حلق شاة فقتلتها حل فى قول ابى إسحق ، لانه حصل الذبح بفعله ، وعلى

قول الآخر لا تحل ، لأنه لم يقصد[1] ، وإن رأى صيدا فظنه حجرا أو حيوانا غير الصيد ، فرماه فقتله حل أكله ، لأنه قتله بفعل قصده ، وإنما جهل حقيقته ، والجهل بذلك لا يؤثر ، كما لو قطع شيئا فظنه غير الحيوان فكان حلق شاة ، وإن أرسل على ذلك كلبا فقتله . ففيه وجهان (أحدهما) يحل كما يحل إذا رماه بسهم (والثانى) لا يحل ، لأنه أرسله على غير صيد ، فأشبه إذا أرسله على غير شىء) .

(**الشرح**) قال أصحابنا : إذا أرسل كلبا وهو لا يرى صيدا فاعترض صيدا فقتله لم يحل لما ذكره المصنف وهذا هو المذهب وبه قطع المصنف والجمهور ، وحكى الرويانى فى كتابه الكافى وغيره من أصحابنا فيه وجها أنه يحل ، وهو شاذ ضعيف ، ولو أرسل سهما فى الهواء وهو لا يرى صيدا ، أو أرسله فى فضاء الأرض لاختبار قوته ، أو رمى إلى هدف فاعترض صيدا فأصابه وقتله ، وكان لا يخطر له الصيد ، أو كان يراه ولكن رمى إلى هدف أو ذئب ، ولم يقصد الصيد ، فوجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (الصحيح) المنصوص لا يحل لعدم قصده (والثانى) يحل ، قاله أبو إسحق ، ولو كان يحل سيفه فأصاب عنق شاة وقطع الحلقوم والمرىء من غير علم بالحال فطريقان (المذهب) أنه ميتة محرمة ، وبه قطع إمام الحرمين وغيره والثانى فيه وجهان .

ولو رمى ما ظنه حجرا أو جرثومة أو آدميا معصوما أو غير معصوم ، أو خنزيرا أو حيوانا آخر محرما ، فكان صيدا فقتله ، أو ظنه صيدا غير مأكول ، فكان مأكولا ، أو قطع فى ظلمة ما ظنه ثوبا فكان حلق شاة ، فانقطع الحلقوم والمرىء ، أو أرسل كلبا إلى شاخص يظنه حجرا فكان صيدا ، أو لم يغلب على ظنه شىء من ذلك ، أو ذبح فى ظلمة حيوانا فظنه

---

(١) فى النسخة المطبوعة من المهذب جعل المصنف قوله : (وإن رأى صيدا) أول فصل جديد بداه بكلمة (فصل) وفى نسخة النووى هنا لم ينفصل هذه القطعة الى فصلين وقد شرحهما والحمد لله . (ط)

محرما ، وكان شاة ، فالمذهب أنه حلال فى جميع هذه الصور ، وفى الجميع وجه ضعيف أنه حرام لعدم القصد ، ولو رمى إلى شاته الربيطه سهما جارحا فأصاب الحلقوم والمرىء وفاقا ، وقطعهما ، ففى حل الشاة مع القدرة على ذبحها احتمال لإمام الحرمين ، قال : ويجوز أن يفرق بين أن يقصد الذبح بسهمه ، وبين أن يقصد الشاة فيصيب المذبح ، والأصح الحل ، والله تعالى أعلم .

(فرع) فى مذاهب العلماء فيمن رمى شيئا يظنه حجرا وكان صيدا فقتله ، قد ذكرنا أن الصحيح عندنا حله ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال مالك : لا يحل ، وقال محمد بن الحسن : إن ظنه حجرا لم يحل ، وإن ظنه حيوانا محرما كالكلب والخنزير حل إلا أن يظنه آدميا فلا يحل ، وكذا قال أحمد : إذا ظنه إنسانا لم يحل ، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد : إذا رأى خنزيرا بريا أو أسدا أو ذئبا وكان ظبيا حل ، وقال زفر : لا يحل .

(فرع) فى مذاهبهم فيمن أرسل كلبا على صيد وأخذ غيره فى طريقه وسمته ، مذهبنا أنه حلال كما سبق ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد ، وقال مالك وداود : لا يحل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن توحش اهلى او ند بعير أو تردى فى بئر فلم يقدر على ذكاته فى حلقه فذكاته حيث يصاب من بدنه ، لما روى رافع بن خديج قال : « كنا مع النبى ﷺ فى غزاة وقد اصاب القوم غنما وإبلا فند منها بعير فرمى بسهم فحبسه الله به ، فقال رسول الله ﷺ : إن هذه البهائم لها أوابد كأوابد الوحش ، فما غلبكم منها فاصنعوا به هكذا » وقال ابن عباس رضى الله عنه : « ما أعجزك من البهائم فهو بمنزلة الصيد » ولأنه يتعذر ذكاته فى الحلق ، فصار كالصيد ، وإن تأنس الصيد فذكاته ذكاة الأهلى . كما أن الأهلى إذا توحش فذكاته ذكاة الوحشى) .

(الشرح) حديث رافع رواه البخارى ومسلم ، والأثر المذكور عن ابن عباس صحيح رواه البيهقى بإسناده ، وذكره البخارى فى صحيحه تعليقا بصيغة الجزم ، فهو صحيح عنده (وقوله) ند هو ــ بفتح النون وتشديد الدال ــ أى هرب ، والأوابد ــ بفتح الهمزة وبالباء الموحدة ــ وهى النفور والتوحش جمع آبدة ــ بالمد وكسر الباء ــ ويقال : أبدت ــ بفتح الباء والتخفيف ــ يأبد ويأبد ــ بكسر الباء وضمها ــ وتأبدت أى توحشت ونفرت من الإنس •

(أما الأحكام) فقال أصحابنا : الحيوان المأكول الذى لا نحل ميتته ضربان مقدور على ذبحه ومتوحش فالمقدور عليه لا يحل إلا بالذبح فى الحلق واللبة كما سبق ، وهذا مجمع عليه ، وسواء فى هذا الإنسى والوحشى إذا قدر على ذبحه ، بأن أمسك الصيد ، أو كان متوحشا فلا يحل إلا بالذبح فى الحلق واللبة لما ذكره المصنف ، وأما المتوحش كالصيد فجميع أجزائه مذبح ، ما دام متوحشا ، فاذا رماه بسهم ، أو أرسل عليه جارحة فأصاب شيئا من بدنه ومات به ، حل بالإجماع ، ولو توحش إنسى بان ند بعير أو بقرة أو فرس ، أو شردت شاة أو غيرها ، فهو كالصيد يحل بالرمى إلى غير مذبحه ، وبإرسال الكلب من الجوارح عليه ، وهذا بلا خلاف عندنا ، لما ذكره المصنف ، ولو تردى بعير أو غيره فى بئر ولم يمكن قطع حلقومه فهو كالبعير الناد فى حله بالرمى بلا خلاف ، وفى حله بإرسال الكلب وجهان حكاهما الماوردى والرويانى والشاشى وغيرهم (أصحهما) عندهم ، فى الحاوى والبحر والمستظهرى التحريم (واختار) البصريون الحل والأول أرجح والله تعالى أعلم •

قال أصحابنا : وليس المراد بالتوحش مجرد الإفلات بل متى تيسر اللحوق بعدو أو استعانة بمن يمسكه ، فليس ذلك توحشا ، ولا يحل حينئذ إلا بالذبح فى المذبح قال الرافعى : ولو تحقق العجز فى الحال فقد

أطلق الأصحاب أن البعير ونحوه كالصيد ، لأنه قد يريد الذبح في الحال ، فتكليفه الصبر إلى القدرة يشق عليه . قال إمام الحرمين : والظاهر عندى أنه لا يلحق بالصيد بذلك لأنها حالة عارضة قربتها له ، قال : لكن لو كان الصبر والطلب يؤدى إلى مهلكة أو مسبعة فهو حينئذ كالصيد ، وإن كان يؤدى إلى موضع لصوص وعصبات مترصدين فوجهان ، والفرق أن تصرفهم وإتلافهم متدارك بالضمان . هذا كلام الإمام . قال الرافعى : والمذهب ما قدمناه عن الأصحاب ، والله أعلم .

(فرع) فى كيفية الجرح المفيد للحل فى الناد والمتردى وجهان (أصحهما) وبه قطع المصنف والجمهور أنه يكفى جرح يفضى إلى الزهوق كيف كان (والثانى) لابد من جرح مذفف ، واختاره القفال وإمام الحرمين .

(فرع) حيث جرح الناد والمتردى فقتله حل ، سواء كانت الجراحة فى فخذه أو خاصرته أو غيرهما من بدنه ، هذا هو المذهب ، وهو المنصوص ، وبه قطع العراقيون وجمهور الخراسانيين ، وقال الغزالى فى الوسيط : قال رسول الله ﷺ : « لو طعنت خاصرته لحلت لك » قال : فقال المراوزة خصص الخاصرة ليكون الجرح مذففا فلا يجوز جرح آخر ، وإن كان يفضى إلى الموت . قال : ومنهم من قال : يكفى كل جراحة تفضى إلى الموت ، هذا لفظه فى الوسيط ، وفيها منكرات (منها) تغيير الحديث (ومنها) تغيير الحكم .

(أما) الحديث فقد سبق بإنكاره الإمام أبو عمرو بن الصلاح رحمه الله فقال : هذا اختصار من الغزالى لحديث استدل به فى ذلك شيخه إمام الحرمين قال : « روى أن رجلا يعرف بأبى العشراء[1] تردى له بعير

---

(١) فى ش و ق والوحيدة بالسين المهملة وصوابه بالمعجمة هكذا ضبطه الحافظ فى التقريب (ط)

فى بئر فهلك ، فرفعت القصة إلى رسول الله ﷺ » فقال لأبى العشراء : « وأبيك لو طعنت فى خاصرتها لحلت لك » قال أبو عمرو : وفيما ذكره إمام الحرمين ثلاثة أغلاط ، وذلك أن هذا الحديث تفرد بروايته حماد بن أبى سلمة عن أبى العشراء الدارمى عن أبيه قال : « قلت : يا رسول الله أما تكون الذكاة إلا فى الحلق واللبة قال : وأبيك لو طعنتها فى فخذها لأجزأ عنك » رواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه فى كتبهم المعتمدة .

وأبى العشراء ــ بضم العين وبالمد على وزن الشعراء ــ اسمه أسامة بن مالك ، وقيل غير ذلك ، فوقع فيما ذكره إمام الحرمين الغلط من أوجه .

(أحدها) جعله أبا العشراء هو الذى خاطبه النبى ﷺ وإنما هو أبوه وأبو العشراء تابعى مشهور .

(والثانى) فى ذكره : تردى البعير فى بئر ، الحديث ، وليس ذلك من الحديث ، وإنما هو تفسير من أهل العلم للحديث ، قالوا : هذا عند الضرورة فى التردى فى البئر وأشباهه . وإن كان الشيخ أبو حامد الاسفراينى قد قال بعد ذكره الحديث دون ذكر التردى : وفى بعض الأخبار أنه سئل عن بعير تردى فى بئر فقال : « أما تصلح الذكاة إلا فى الحلق واللبة » ؟ وذكر الحديث ، فان ذلك أيضا باطل لا يعرف .

(والثالث) فى قوله : « لو طعنت فى خاصرتها » وإنما قال : « فى فخذها » وذكر الخاصرة ورد فى أثر رويناه ، وذكره الشافعى رحمه الله قال : « تردى بعير فى بئر وطعن فى شاكلته فسئل عبد الله بن عمر فأمر بأكله » والشاكلة الخاصرة ، ولا يثبت والحالة هذه ما رامه المراوزة من تخصيص الخاصرة وأشباهها ، فالصحيح إذن قول غيرهم : إنه يكفى فى

أى موضع كان لقوله ﷺ « لو طعنت فى فخذها » هذا آخر كلام الشيخ أبى عمرو ، وهو كما قال ، وهذا الحديث الذى رواه أبو داود والترمذى والنسائى وغيرهم حديث ضعيف ، فقد اتفقوا على أن مداره على أبى العشراء ، قالوا : وهو مجهول لا يعرف إلا فى هذا الحديث ، ولم يرو عنه غير حماد بن أبى سلمة ، وقد اتفق أهل العلم بالحديث على أن من لم يرو عنه غير واحد فهو مجهول إلا أن يكون مشهورا بعلم أو صلاح أو شجاعة ونحو ذلك ، ولم يوجد شىء من هذا الاستثناء فى أبى العشراء فهو مجهول .

واتفقوا على أنه لم يرو عنه غير حماد بن أبى سلمة ، قال الترمذى : هو حديث غريب لا يعرف إلا من حديث حماد ، قال : ولا يعرف لأبى العشراء عن أبيه غير هذا الحديث ، وقال البخارى فى تاريخه فى حديث أبى العشراء وسماعه من أبيه : فيه نظر والله أعلم ، فالصواب أنه فى أى موضع جرحه فمات منه حل ، سواء الخاصرة والفخذ وغيرهما ، لحديث رافع بن خديج المذكور فى الكتاب ، وقوله ﷺ : « فما غلبكم منها فاصنعوا به هكذا » وهو ثابت فى الصحيح كما سبق ، ولا معارض له ، ولم يثبت له مخصص ، فيجب العمل بعمومه وإطلاقه فى كل معجوز عنه كما قاله الأصحاب ، ونص عليه الشافعى ، ويتعين رد ما حكى عن المزاوزة ، والله أعلم .

(فرع) لو وقع بعيران فى بئر ، أحدهما فوق الآخر فطعن الأعلى فمات الأسفل بثقله حرم الأسفل ، فلو تعدت الطعنة فأصابته أيضا حلا جميعا ، فان شك هل مات بالطعنة النافذة ؟ أم بالثقل ؟ وقد علم أن الطعنة أصابته قبل مفارقة الروح حل ، وإن شك هل أصابته قبل مفارقة الروح أم بعدها ؟ قال البغوى فى الفتاوى : يحتمل وجهين بناء على القولين فى العبد الغائب المنقطع خبره ، هل يجزىء فى الكفارة ؟

(فـرع) لو رمى حيوانا غير مقدور عليه فصار مقدورا فأصاب غير المذبح لم يحل ، ولو رمى مقدورا عليه فصار غير مقدور عليه ، فأصاب غير مذبحه حل .

(فـرع) فى مذاهب العلمـاء فيمـا إذا توحش الحيوان الإنسى المـأكول فلم يقدر عليه كالبعير الناد ، أو الشاة أو البقرة ، أو تردى فى بئر وعجز عن عقره فى محل الذكاة . فمذهبنا أن كل موضع من بدنه محل لذكاته ، فحيث جرحه فقتله حل أكله ، وبه قال جمهور العلمـاء ، منهم على بن أبى طالب وابن مسعود وابن عمر وابن عبـاس وطاوس وعطاء والشعبى والحسن البصرى والأسود بن يزيد والحكم وحماد والنخعى والثورى وأبو حنيفة وأحمد وإسحاق وأبو ثور والمزنى وداود ، وقال سعيد بن المسيب وربيعة والليث بن سعد ومالك : لا يحل إلا بذكاته فى موضع الذبح ، وهو الحلق واللبة ، ولا يتغير موضع الذكاة بتوحشـه وترديه . دليلنا حديث رافع بن خديج السابق .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(وإن ذكى ما يؤكل لحمه ووجد فى جوفه جنينا ميتا حل أكله ، لما روى ابو سعيد قال : قلنا : يا رسول الله ننحر الناقة وننبح البقرة والشاة وفى بطنها الجنين ، انلقيه ؟ أم ناكله ؟ فقال : « كلوه إن شئتم ، فإن ذكاته ذكاة أمه » ولأن الجنين لا يمكن ذبحه ، فجعل ذكاة الأم ذكاة له ، وإن خرج الجنين حيا وتمكن من ذبحه لم يحل من غير ذبح ، وإن مات قبل أن يتمكن من ذكاته حل) .

(الشرح) حديث أبى سعيد الخدرى هذا رواه أبو داود بلفظه ، ورواه أبو داود أيضا والترمذى وابن ماجه من رواية مجالد[1] عن أبى الوداك عن أبى سعيد عن النبى ﷺ قال : « ذكاة الجنين ذكاة أمه » قال

---

(١) فى ش و ق (مجاهد) وصوابه مجالد .

الترمذى : حديث حسن ، قال : وقد روى من غير هذا الوجه عن أبى سعيد قال : والعمل على هذا الحديث عنـد أهل العلم من أصحاب النبى ﷺ وغيرهم ، قال : وفى الباب عن جابر وأبى أمامة وأبى الدرداء وأبى هريرة : هذا كلام الترمذى ، وهذه الرواية مع رواية المصنف التى نقلها عن سنن أبى داود مدارها على مجالد وهو ضعيف لا يحتج ، وقد قال الترمذى : إنه حديث حسن فلعله روى من طريق آخر تقوى بعضها ببعض فيصير حسنا ، كما قال الترمذى ، فانه قد ذكر أنه روى من طريق آخر عن أبى سعيد ، ورواه البيهقى من طريق جابر مرفوعا «ذكاة الجنين ذكاة أمه» باسناد جيد إلا أن فيه رجلا جرحه الأكثرون ، واحتج به البخارى فى صحيحه ، ثم قال البيهقى : فى الباب عن على وابن مسعود وابن عمر وابن عباس وأبى أيوب وأبى هريرة وأبى الدرداء والبراء بن عازب رضى الله عنهم مرفوعا ، فقد تعاضدت طرقه كمـا ترى ، فلهذا صار حديثـا حسنا يحتج به كما قاله الترمذى ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

وقوله : « ذكاة الجنين ذكاة أمه » هو بالرفع فى ذكاة أمه تقديره ذكاة الجنين حاصلة بذكاة أمه [1] .

(اما الأحكام) فقال الشافعى والأصحاب : إذا ذبح المـأكولة فوجد فى جوفها جنينا ميتا فهو حلال بلا خلاف ، سواء أشعر أم لا ، قال الشيخ أبو محمد الجوينى فى كتابه الفروق : إنما يحل إذا سكن فى البطن عقب ذبح الأم ، أما إذا بقى زمنا طويلا يضطرب ويتحرك ، ثم سكن فوجهان (الصحيح) أنه حرام ، قال أصحابنا : ولو جرح الجنين وبه حركة مذبوح ثم مات حل ، لأنه فى معنى الذى مات فى البطن قبل الذبح ، وإن جرح وفيه حياة مستقرة وأمكن ذبحه فلم يذبحه حتى مات فهو حرام ، وإن لم

---

(١) وقد ضبطه بعض علماء الامصار بنصب ذكاة الثانية فيكون اعرابه بنصبه بحذف الخافض وهو كاف التشبيه فيأتى (ذكاة الجنين كذكاة أمه) وبه قال أبو حنيفة وأما الثلاثة رضى الله عنهم فاعربوه بالرفع على الخبرية ملا بذكاة الجنين بعد ذكاة امه . (ط)

يتمكن من ذبحه حتى مات فهو حلال كما قاله المصنف والأصحاب ، قياسا على الصيد ، ولو أخرج رأسه وفيه حياة مستقرة ثم ذبحت الأم فمات قبل انفصاله فوجهان (أصحهما) وبه قطع القفال : يحل ، لأن خروج بعض الولد كعدم خروجه فى العدة وسائر الأحكام (والثانى) وبه قطع القاضى حسين والبغوى لا يحل إلا بذبحه ، لأنه مقدور عليه •

قال البغوى : ولو أخرج رجله فقياس ما قال القاضى حسين أنه يجرحه بسكين ونحوه ليحل كما لو تردى بعير فى بئر ، ولو وجد فى جوف المذكاة مضغة لم تتبين فيها الصورة ، ولا تشكلت الأعضاء ، ففى حلها وجهان ، بناء على وجوب الغرة فيها ، وثبوت حكم الاستيلاد . والله أعلم •

(فرع) فى مذاهب العلماء فى المسألة •

مذهبنا أن الحيوان المأكول إذا ذكى فخرج من جوفه جنين ميت حل ، وبه قال العلماء كافة من الصحابة والتابعين ، ومن بعدهم من علماء الأمصار إلا أبا حنيفة وزفر ، فقالا : لا يحل حتى يخرج حيا فيذكى • وقال مالك : إن خرج ميتا تام الخلق وتم شعره فحلال بذكاة الأم • وإن لم يتم ولم ينبت شعره فحرام . قال ابن المنذر : كان الناس على إباحته لا نعلم أحدا خالف ما قالوه إلى أن جاء أبو حنيفة فحرمه ، وقال : ذكاة نفس لا تكون ذكاة نفسين : ونقل الخطابى أن ابن المنذر قال فى كتاب آخر له : إنه لم يقل بقول أبى حنيفة أحد من العلماء غيره ، قال : ولا أحسب أصحابه وافقوه عليه قال الخطابى : وقد ذهب أكثر العلماء إلى إباحته لكن اشترط بعضهم فيه الإشعار •

واحتج لأبى حنيفة بأن ذكاة حيوان لا تكون ذكاة حيوان آخر . قال : وتأولوا حديث : « ذكاة الجنين ذكاة أمه » أى ذكاته كذكاة أمه أى

ذكوه كما تذكون أمه • واحتج أصحابنا بما ذكره المصنف من الحديث ، والقياس على الصيد ، قال الخطابى والأصحاب : وهذا المنقول عن رواية أبى داود المذكورة فى الكتاب صريح فى الدلالة لمذهبنا ، ومبطل لتأويلهم المذكور ، ولأن حقيقة الجنين ما كان فى البطن ، وذبحه فى البطن لا يمكن ، فعلم أنه ليس المراد أنه يذكى كذكاة أمه ، بل ذكاة أمه كافية فى حله ، ومما يؤيد هذا أن فى رواية البيهقى : « ذكاة الجنين فى ذكاة أمه » وفى رواية له أيضا : « ذكاة الجنين بذكاة أمه » ولأنه لو كان المراد ما قالوه لم يكن للجنين مزية ، ولأنه يتبعها فى العتق فيتبعها فى الذكاة كالأعضاء والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(إذا أثبت صيدا بالرمى أو بالكلب فازال امتناعه ملكه لأنه حبسه بفعله فملكه ، كما لو امسكه بيده ، فإن رماه اثنان واحد بعد واحد فهو لمن أثبته منهما فإن ادعى كل واحد منهما أنه هو الذى سبق وأزال امتناعه وأن الآخر رماه فقتله فعليه الضمان ، لم يحل أكله ، لأنهما اتفقا على أنه قتل بعد إمكان ذبحه ، فلم يحل ، ويتحالفان ، فإذا حلفا برىء كل واحد منهما مما يدعى الآخر وإن اتفقا على أن أحدهما هو السابق غير ان السابق ادعى أنه هو الذى أثبته بسهمه ، وادعى الآخر انه بقى على الامتناع إلى أن رماه هو ، فالقول قول الثانى ، لأن الأصل بقاؤه على الامتناع وإن كان الصيد مما يمتنع بالرجل والجناح كالقبج والقطا فرماه أحدهما فأصاب الرجل ثم رماه فأصاب الجناح ، ففيه وجهان (احدهما) انه يكون بينهما لأنه زال الامتناع بفعلهما فتساويا (والثانى) انه للثانى ، وهو الصحيح لأن الامتناع لم يزل إلا بفعل الثانى ، فوجب ان يكون له) •

(الشرح) فى الفصل مسألتان :

(أحدهما) فيما يملك به الصيد •

(والثانية) فى الازدحام عليه (فأما) الثانية فنؤخر شرحها ونذكره مع الفصلين بعدها إن شاء الله تعالى (وأما الأولى) فقال أصحابنا : يملك

الصيد بطرق (منها) أن يضبطه بيده فيملكه ولا يشترط فيه قصد التملك فى أخذه بيده حتى لو أخذ صيدا لينظر إليه ملكه بلا خلاف • ولو سعى وراء صيد ليأخذه فوقف الصيد للإعياء لم يملكه حتى يقبضه (ومنها) أن يجرحه جراحة مذففة أو رمية مثخنة أو يرميه فيملكه ، وكذا إن كان طائرا فكسر جناحه فعجز عن العدو والطيران جميعا ، قالوا : ويكفى المتملك إبطال شدة العدو وصيرورته بحيث يسهل لحاقه ، ولو جرحه فعطش وثبت لم يملكه إن كان عطشه لعدم المـاء ، وإن كان لعجزه عن الوصول إلى المـاء ملكه ، لأن عجزه بالجراحة •

(ومنها) لو نصب شبكة ونحوها للصيد فوقع فيها صيد ملكه ، فلو طرده طارد فوقع فى الشبكة ، فهو لصاحب الشبكة لا للطـارد ، وقال المـاوردى وغيره : ولو وقع طائر فى الشبكة ثم تقطعت الشبكة فأفلت وذهب ــ فإن كان ذلك بقطع الصيد الواقع فيها عاد مباحا فيملكه من صاده بعد ذلك لأن الأول لم تثبته شبكته وإلا فيملكه صاحب الشبكة وهو باق على ملكه فلا يملكه من أخذه ، وقال الغزالي فى الوسيط ، فى باب البئر : لو وقع فى الشبكة فأفلت لم يزل ملكه على الصحيح ، هكذا أطلقه الغزالى ، والمذهب التفصيل الذى ذكره المـاوردى • ولو تغفل الصيد بالشبكة ، ثم قلع الشبكة وذهب بها فأخذه إنسان نظر ــ إن كان يعدو ويمتنع مع الشبكة ــ فله الأخذ ، فإن أبطل ثقل الشبكة امتناعه بحيث تيسر أخـذه فهو لصاحب الشبكة ولا يملكه غيره •

(ومنها) إذا أرسل كلبا فأثبت صيدا ملكه المرسل ، فلو أرسل سبعا آخر فعقره وأثبتـه ، قال المـاوردى : إن كان له على السبع يد ملك الصيد ، وإلا فلا ، ولو أفلت الصيد بعدما أخذه الكلب قال الرويانى : قال بعض الأصحاب : إن كان ذلك قبل أن يدركه صاحبه لم يملكه ، وإن كان

بعده فوجهان (أصحهما) لا يملكه ، لأنه لم يقبضه ولا زال امتناعه ، فعلى هذا يملكه من صاحبه بعد ذلك .

(ومنها) إذا ألجأه إلى مضيق لا يقدر على الإفلات منه ملكه ، وذلك بأن يدخله بيتا ونحوه . ولو اضطر سمكة إلى بركة صغيرة أو حوض صغير على شط نهر ملكه ، كما لو اضطر الصيد إلى بيت . والصغير هو ما يسهل أخذها منه ، ولو اضطرها إلى بركة واسعة يعسر أخذها منها أو دخلتها السمكة فسد منافذها ففيها الخلاف الذى سنذكره إن شاء الله تعالى قريبا ، فيما إذا دخل الصيد ملكه (فإن قلنا) بالأصح إنه لا يملكه بالدخول فسد منازل البركة ملك السمكة ، لأنه تسبب إلى ضبطها . والله أعلم .

قال الرافعى : وقد ترجع جميع هذه الطرق إلى شىء واحد ، وهو أن يقال : سبب ملك الصيد إبطال زوال امتناعه ، وحصول الاستيلاء عليه . وذلك يحصل بالطرق المذكورة والله تعالى أعلم .

(**فرع**) لو توحل صيد بأرض إنسان وصار مقدورا عليه فوجهان (أحدهما) يملكه كما لو وقع فى شبكته (وأصحهما) لا يملكه ، لأنه لا يقصد بسقى الأرض الاصطياد ، قال إمام الحرمين ، الخلاف فيما إذا لم يكن سقى الأرض مما يقصد به الاصطياد وتوحل الصيود ، فإن كان يقصد فهو كنصب الشبكة ، ولم يتعرض الرويانى لأرض الشخص ، بل قال : لو توحل وهو فى طلبه لم يملكه ، لأن الطين ليس من فعله فلو كان هو أرسل الماء فى الأرض ملكه ، لأن الوحل حصل بفعله ، فهو كالشبكة ، قال الرافعى : ويشبه أن يكون هذا عائدا إلى ما ذكره الإمام من قصد الاصطياد بالسقى .

ولو وقع صيد فى أرض وصار مقدورا عليه أو عشش فى أرضه طائر وباض وفرخ ، وحصلت القدرة على البيض والفرخ ، لم يملكه على أصح الوجهين وبه قطع البغوى وغيره (والثانى) يملكه . قال البغوى : ولو

حفر حفرة لا للصيد فوقع فيها صيد لم يملكه ، وإن حفر للصيد ملك ما وقع فيها ، ولو أغلق باب الدار لئلا يخرج صار ملكا له . قال إمام الحرمين : قال الأصحاب : إذا قلنا : لا يملكه صاحب الأرض والدار ، فهو أولى بملكه ، وليس لغيره أن يدخل ملكه ويأخذه . فإن فعل فهل يملكه ؟ فيه وجهان كمن يحجر مواتا وأحياء غيره ، هل يملكه ؟ وهذه الصور أولى بثبوت الملك ، لأن الحجر للإحياء ولا يقصد ببناء الدار وقوع الصيد فيها (والأصح) فى الصورتين أن المحيى وآخذ الصيد يملكان ، وإن كانا غاصبين بتفويت حق المتحجر وصاحب الأرض . ولو قصد ببناء الدار تعشيش الطير فعشش فيها طير ، أو وقعت الشبكة من يده بغير قصد فتغفل[1] فيها صيد فوجهان ، لأنه وجد فى الأولى قصد . لكنه ضعيف ، وفى الثانية حصل الاستيلاء بملكه . لكنه بلا قصد (والأصح) أنه يملكه فى الصورة الأولى دون الثانية .

(فرع) لو دخل بستان غيره أو داره ، وصاد فيه طائرا أو غيره . ملكه الصائد بلا خلاف ولو دخل صيد دار إنسان وقلنا بالأصح : إنه لا يملكه فأغلق أجنبى عليه لم يملكه صاحب الدار ، ولا الأجنبى ، لأنه متعد لم يحصل الصيد فى يده بخلاف من غصب شبكة واصطاد بها .

(فرع) لو أخذ الكلب المعلم صيدا بغير إرسال ثم أخذه أجنبى من فمه يملكه الآخذ ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وحكى الرافعى فيه وجها شاذا أنه لا يملكه . واحتجوا للأول بما لو أخذ فرخ طائر من شجر غيره ، فإن الآخذ يملكه وأما الكلب الذى ليس بمعلم إذا أرسله صاحبه فأخذ صيدا فأخذه منه أجنبى وهو حى ، فقال الرافعى : ينبغى أن يكون للمرسل ، ويكون إرساله كنصب شبكة تغفل[2] بها الصيد ، قال : فاحتمل خلافه لأن للكلب اختيارا .

(١ ، ٢) لعله ستغفل . (المطيعى)

قال المصنف رحمه الله تعـالى

« وإن رمى الصيد اثنان احدهما بعد الآخر . ولم يعلم بإصابة من منهما صار غير ممتنع ، فقد قال فى المختصر : إنه يؤكل ، ويكون بينهما فحمل ابو إسحق هذا على ظاهره فقال : يحل اكله ، لان الأصل انه بقى بعد عقـر الاول على الامتناع ، إلى ان قتله الآخر فيحل ويكون بينهما ، لأن الظـاهر انهما مشتركان فيه بحكم اليد ومن أصحابنا من قال : إن بقى على الامتناع حتى رماه الآخر فقتله حل ، وكان للثانى ، وإن زال امتناعه بالأول فهو للأول ، ولا يحل بقتل الثانى . لانه صار مقدورا عليه فيجب ان يتاول عليه إذا لم يمتنع الصيد حتى أدركه وذكاه فيحل . واختلفا فى السابق منهما فيكون بينهما(١) فإن رمى رجل صيدا فازال امتناعه ثم رماه الآخر نظرت ــ فإن اصاب الحلقوم والمرىء فقتله ــ حل اكله . لانه قد صار ذكاته فى الحلق واللبة وقد ذكاه فى الحلق واللبة ويلزمه للأول ما بين قيمته مجروحا ومذبوحا كما لو ذبح له شاة مجروحة . وإن أصاب غير الحلق واللبة نظرت فإن وحاه لم يحل اكله لانه قد صار ذكاته فى الحلق واللبة فقتله بغير ذكاة فلم يحل. ويجب عليه قيمته لصاحبه مجروحا كما لو قتل له شاة مجروحة فإن لم يوحه وبقى مجروحا ثم مات نظرت فإن مات قبل ان يدركه صاحبه أو بعد ما أدركه وقبل ان يتمكن من ذبحـه وجب عليه قيمته مجروحا لانه مات من جنايته وإن أدركه وتمكن من ذبحه فلم يذبحه حتى مات لم يحل اكله ، لانه ترك ذكاته فى الحلق مع القدرة واختلف اصحابنا فى ضمانه فقال ابو سعيد الإصطخري : تجب عليه قيمته مجروحا لانه لم يوجد من الأول اكثر من الرمى الذى ملك وهو فعل مباح وترك ذبحه إلى ان مات ، وهذا لا يسقط الضمان كما لو جرح رجل شاة لرجل فترك صاحبها ذبحها حتى ماتت .

(والمذهب) انه لا يجب عليه كمال القيمة ، لانه مات بسببين محظورين ، جناية الثانى وسراية جرح الأول ، فالسراية كالجناية فى إيجاب الضمان، فيصير كانه مات من جناية اثنين ، وما هلك بجناية اثنين لا يجب على احدهما كمال القيمة ، وإذا قلنا بهذا قسم الضمان على الجانبين ، فما يخص الأول يسقط عن الثانى ، ويجب عليه الباقى ، ونبين ذلك فى جنايتين مضمونتين ، ليعرف ما يجب على كل واحد منهما ، فما وجب على الأول منهما من قيمته اسقطناه عن الثانى

---

(١) فى نسخة المهذب للتركى هنا (فصل) . (ط)

فنقول : إذا كان لرجل صيد قيمته عشرة فجرحه رجل جراحة نقص من قيمته درهم ثم جرحه آخر فنقص درهم ، ثم مات ، ففيه لأصحابنا ستة طرق (أحدها) وهو قول المزنى أنه يجب على كل واحد منهما أرش جنايته ، ثم تجب قيمته بعد الجنايتين بينهما نصفين ، فيجب على الأول درهم ، وعلى الثانى درهم ، ثم تجب قيمته بعد الجنايتين وهى ثمانية ، بينهما نصفان على كل واحد منهما أربعة ، فيحصل على كل واحد منهما خمسة ، لأن كل واحد منهما انفرد بجنايته فوجب عليه أرشها ثم هلك الصيد بجنايتهما ، فوجب عليهما قيمته .

(والثانى) وهو قول أبى إسحق أنه يجب على كل واحد منهما نصف قيمته يوم الجناية ونصف أرش جنايته ، فيجب على الأول خمسة دراهم ونصف ، وسقط عنه النصف لأن أرش الجناية يدخل فى النفس ، وقد ضمن نصف النفس والجناية كانت على النصف الذى ضمنه ، وعلى النصف الذى ضمنه الآخر ، فما حصل على النصف الذى ضمنه يدخل فى الضمان ، فيسقط ، وما حصل على النصف الذى ضمنه الآخر يلزم فيحصل عليه خمسة دراهم ونصف ، والآخر جنى وقيمته تسعة ، فيلزمه نصف قيمته أربعة ونصف ، وأرش جنايته درهم فيدخل نصفه فى النصف الذى ضمنه ، ويبقى النصف لأجل النصف الذى ضمنه الأول ، فيجب عليه خمسة دراهم ، ثم يرجع الأول على الثانى بنصف الأرش الذى ضمنه وهو نصف درهم ، لأن هذا الأرش وجب بالجناية على النصف الذى ضمنه الأول وقد ضمن الأول كمال قيمة النصف ، فرجع بأرش الجناية عليه ، كرجل غصب من رجل ثوبا فخرقه رجل ثم هلك الثوب ، وجاء صاحبه وضمن الغاصب كمال قيمة الثوب ، فإنه يرجع على الجانى بأرش الخرق ، فيحصل على الأول خمسة دراهم وعلى الثانى خمسة دراهم ، فهذا يوافق قول المزنى فى الحكم وإن خالفه فى الطريق .

(والثالث) وهو قول أبى الطيب بن سلمة انه يجب على كل واحد منهما نصف قيمته حال الجناية ، ونصف أرش جنايته ، ويدخل النصف فيما ضمنه صاحبه ، كما قال أبو إسحق إلا أنه قال : لا يعود من الثانى إلى الأول شىء ، ثم ينظر لما حصل على كل واحد منهما ، ويضم بعضه إلى بعض ، وتقسم عليه العشرة فيجب على الأول خمسة دراهم ونصف ، وعلى الثانى خمسة دراهم ، فذلك عشرة ونصف ، فتقسم العشرة على عشرة ونصف فما يخص خمسة ونصفا يجب على الأول وما يخص خمسا ، يجب على الثانى .

(والرابع) ما قال بعض أصحابنا إنه يجب على الأول أرش جنايته ثم

تجب قيمته بعد ذلك بينهما نصفين ولا يجب على الثانى ارش جنايته، فيجب على الأول درهم ثم تجب التسعة بينهما نصفين على كل واحد منهما اربعة دراهم ونصف ، فيحصل على الأول خمسة دراهم ونصف ، وعلى الثانى اربعة دراهم ونصف ، لأن الأول انفرد بالجناية ، فلزمه أرشها ثم اجتمع جناية الثانى وسراية الأول ، فحصل الموت منهما فكانت القيمة بينهما .

(والخامس) ما قال بعض أصحابنا إن الأرش يدخل فى قيمة الصيد ، فيجب على الأول نصف قيمته حال الجناية ، وهو خمسة وعلى الثانى نصف قيمته حال الجناية ، وهو اربعة ونصف ، ويسقط نصف درهم قال : لانى لم اجد محلا اوجبه فيه .

(والسادس) وهو قول أبى على بن خيران ، وهو ان ارش جناية كل واحد منهما يدخل فى القيمة ، فتضم قيمة الصيد عند جناية الأول إلى قيمة الصيد عند جناية الثانى ، فتكون تسعة عشر ، ثم تقسم العشرة على ذلك ، فما يخص عشرة فهو على الأول وما يخص تسعة فهو على الثانى ، وهذا اصح الطرق ، لأن اصحاب الطرق الأربعة لا يدخلون الأرش فى بدل النفس ، وهذا لا يجوز لان الأرش يدخل فى بدل النفس ، وصاحب الطريق الخامس يوجب فى صيد قيمته عشرة ، تسعة ونصفا ، ويسقط من قيمته نصف درهم ، وهذا لا يجوز).

(الشرح) هذا الفصل مع الفصل الذى قبله والفصل الذى بعده مرتبطة ، ومسائلها متداخلة ، وهى متشعبة ، وقد لخصها الرافعى رحمه الله تعالى ، فأنا إن شاء الله أنقل ما ذكره ، وأضم إليه ما تركه مع التنبيه على كلام المصنف رحمه الله ، قال الرافعى : الاشتراك فى الصيد والازدحام عليه له أربعة أحوال :

(الحال الأول) أن يتعاقب جرحان من اثنين ، فالأول منهما إن لم يكن مذففا ولا مزمنا ، بل بقى على امتناعه ، وكان الثانى مذففا أو مزمنا فالصيد للثانى ولا شىء له على الأول بجراحته ، وإن كان جرح الأول مذففا فالصيد للأول ، وعلى الثانى أرش ما نقص من لحمه وجلده برميه ، وإن كان جرح الأول مزمنا ملك الصيد به ونفصل فى الثانى ، فإن ذفف فقطع الحلقوم والمرىء فهو حلال للأول ، وعلى الثانى للأول ما بين قيمته

مذبوحا ومزمنا ، قال الإمام : إنما يظهر التفاوت إذا كان فيه حياة مستقرة . وإن كان متألما بحيث لو لم يذبح لهلك ، فعندى أنه لا ينقص منه بالذبح شيء ، فإن ذفف الثانى لا بقطع الحلقوم والمرىء أو لم يذفف ومات بالجرحين فهو صيد ، وكذا الحكم لو رمى إلى صيد فأزمنه ثم رمى إليه ثانيا وذفف لا بقطع المذبح ، ويجب على الثانى كمال قيمة الصيد مجروحا ، إن كان ذفف ، فإن كان جرح لا يذفف ومات بالجرحين ، ففيما يجب عليه كلام له مقدمة نذكرها أولا وهى :

إذا جنى رجل على عبد إنسان أو بهيمته ، أو صيد مملوك قيمته عشرة دنانير ، جراحة أرشها دينار ثم جرحه آخر جراحة أرشها دينار أيضا فمات بالجرحين ففيما يلزم الجارحين ستة أوجه مشهورة :

(أحدها) يجب على الأول خمسة دنانير ، وعلى الثانى أربعة ونصف لأن الجرحين سريا وصارا قتلا ، فلزم كل واحد نصف قيمته وهذا قول ابن سريج ، وضعفه الأصحاب ، لأن فيه ضياع نصف دينار على المالك .

(والثانى) قاله المزنى وأبو إسحق المروزى والقفال يلزم كل واحد خمسة دنانير لأن كل واحد كان أرش جنايته دينارا فلزمه ثم مات بجرحيهما فلزمهما باقى قيمته وهى ثمانية بينهما نصفين فصار على كل واحد خمسة ، وعلى هذا لو نقصت جناية الأول دينارا وجناية الثانى دينارين لزم الأول أربعة ونصف ولزم الثانى خمسة ونصف ، ولو نقصت جناية الأول دينارين وجناية الثانى دينارا انعكس ، فيلزم الأول خمسة ونصف ويلزم الثانى أربعة ونصف ، وضعف الأصحاب هذا الوجه أيضا ، لأنه سوى بينهما مع اختلاف قيمته حال أخذهما .

(والوجه الثالث) حكاه إمام الحرمين عن القفال أيضا أنه يلزم الأول خمسة ونصف ، والثانى خمسة ، لأن جناية كل واحد نقصت دينارا

ثم سريا والأرش يسقط إذا صارت الجناية نفسا ، فيسقط عن كل واحد نصف الأرش لأن الموجود منه نصف القتل (واعترضوا) على هذا بأن فيه زيادة الواجب على المتلف ، وأجاب القفال بأن الجناية قد تنجر إلى إيجاب زيادة، كمن قطع يدى عبد ثم قتله آخر (وأجيب) عنه بأن قاطع اليدين لا شركة له فى القتل ، بل القتل يقطع أثر القطع ويقع موقع الاندمال ، وهنا بخلافه .

(والوجه الرابع) قاله أبو الطيب بن سلمة يلزم كل واحد نصف قيمته يوم جنايته ، ونصف الأرش لكن لا يزيد الواجب على القيمة ، فيجمع ما لزمهما تقديرا ، وهو عشرة ونصف ، وتقسم القيمة وهى عشرة على العشرة والنصف ليراعى التفاوت بينهما ، فيبسط أنصافا ، فيكون إحدى وعشرين فيلزم الأول إحدى عشرة جزءا من إحدى وعشرين جزءا من عشرة ، ويلزم الثانى عشرة من إحدى وعشرين من عشرة وهو ضعيف لإفراد أرش الجناية عن بدل النفس .

(والوجه الخامس) قاله صاحب التقريب وغيره ، واختاره إمام الحرمين : يلزم الأول خمسة ونصف ، والثانى أربعة ونصف ، لأن الأول لو انفرد بالجرح والسراية لزمه العشرة ، فلا يسقط عنه إلا ما لزم الثانى ، والثانى إنما جنى على نصف ما يساوى تسعة ، وفيه ضعف أيضا .

(والوجه السادس) قاله ابن خيران ، واختاره صاحب الإفصاح ، وأطبق العراقيون على ترجيحه أنه يجمع بين القيمتين فيكون تسعة عشر ، فيقسم عليه مافوتا ، وهى عشرة ، فيكون على الأول عشرة أجزاء من تسعة عشر جزءا من عشرة ، وعلى الثانى تسعة أجزاء من تسعة عشر جزءا من عشرة ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

أما إذا كانت الجناة ثلاثة ، وأرش كل جناية دينار ، والقيمة عشرة ،

فعلى طريقة المزنى يلزم كل واحد ثلاثة وثلث ، وعلى الوجه الثالث يلزم الأول أربعة منها ثلاثة وثلث ، هى ثلث سهم القيمة ، وثلثان هما ثلثا الأرش [1] ويلزم الثالث ثلاثة منها ديناران وثلث هى ثلث القيمة يوم جنايته وثلثان هما ثلثا الأرش فالجملة عشرة وثلثان ، وعلى الوجه الرابع توزع العشرة على عشرة وثلثين ، وعلى الخامس يلزم الأول أربعة وثلث ويلزم الثانى ثلاثة ، والثالث ديناران وثلثان ، وعلى السادس تجمع القيم فتكون سبعة وعشرين فتقسم العشرة عليها .

(أما) إذا جرح مالك العبد أو الصيد جراحة ، وأجنبى أخرى ، فينظر فى جناية المالك أهى الأولى ؟ أم الثانية ؟ ويخرج على الأوجه فتسقط حصته ، وتجب حصة الأجنبى ، وعن القاضى أبى حامد المروذى أن المذكور فى الجنايتين على العبد هو فيما إذا لم يكن للجناية أرش مقدر ، فإن كان فليس العبد فيها كالبهيمة والصيد المملوك ، حتى لو جنى على عبد غيره جناية ليس لها أرش مقدر ، وقيمته مائة ، فنقصت الجناية عشرة ، ثم جنى آخر جناية لا أرش لها فنقصت عشرة أيضا ، ومات العبد منهما . فعلى الأول خمسة وخمسون ، وعلى الثانى خمسون ، يدفع منها خمسة إلى الأول .

قال : فلو قطع رجل يد عبد قيمته مائة ، ثم قطع آخر يده الأخرى ، لزم الأول نصف أرش اليد وهو خمسة وعشرون ، ونصف القيمة يوم جنايته وهو خمسون ، ولزم الثانى نصف أرش اليد خمسة وعشرون ، ونصف القيمة يوم جنايته وهو أربعون ، فالجملة مائة وأربعون جميعها للسيد لأن الجناية التى لها أرش مقدر يجوز أن يزيد واجبها على قيمة العبد كما لو قطع يديه فقتله آخر . هذا بيان المقدمة . ونعود إلى المسيد فنقول :

---

(1) كذا فى الأصل وترك ما لزم الثانى وظاهر انه كالثالث .

إذا جرح الثانى جراحة غير مذففة ومات الصيد بالجرحين، نظر إن مات قبل أن يتمكن الأول من ذبحه لزم الثانى تمام قيمته مزمنا لأنه صار ميتا بفعله بخلاف ما لو جرح شاة نفسه وجرحها آخر وماتت . فإنه لا يجب على الثانى إلا نصف القيمة ، لأن كل واحد من الجرحين هنـاك حرام والهلاك حصل بهما ، وهنا فعل الأول اكتساب وذكاة ، ثم مقتضى كلام الأصحاب أن يقال : إذا كان الصيد يساوى عشرة غير مزمن وتسعة مزمنا لزم الثانى تسعة ، واستدرك صاحب التقريب فقال : فعل الأول وإن لم يكن إفسادا فيؤثر فى الذبح ، وحصول الزهوق قطعا فينبغى أن يعتبر ، فيقال : إذا كان غير مزمن يساوى عشرة ، ومزمنا تسعة ، ومذبوحا ثمانية ، تلزمه ثمانية ونصف فإن الدرهم أثر فى فواته الفعلان فوزع عليهما • قال الإمام : وللنظر فى هذا مجال • ويجوز أن يقال المفسد يقطع أثر فعل الأول من كل وجه والأصح ما ذكره صاحب التقريب •

وإن تمكن من ذبحه فذبحه لزم الثانى أرش جراحته إن نقص بها ، وإن لم يذبحه وتركه حتى مات فوجهان (أحدهما) لا شىء على الثـانى سوى أرش النقص ، لأن الأول مقصر بترك الذبح (وأصحهما) يضمن زيادة على الأرش • ولا يكون تركه الذبح مسقطا للضمان كما لو جرح رجل شاته فلم يذبحها مع التمكن لا يسقط الضمان فعلى هذا فيما يضمن (وجهان) قال الإصطخرى : يضمن كمال قيمته مزمنا كما لو ذهب بخلاف ما إذا جرح عبده أو شاته وجرحه غيره أيضا ، لأن كل واحد من الفعل هناك إفساد ، والتحريم حصل بهما ، وهنا الأول إصلاح (والأصح قول جمهور الأصحاب لا يضمن جميع القيمة بل هو كمن جرح عبده وجرحه غيره ، لأن الموت حصل بهما ، وكلاهما إفساد أما الثانى فظاهر ، وأمـا الأول فلأن ترك الذبح مع التمكن يجعل الجرح وسرايته إفسادا ، ولهذا لو لم يوجد الجرح الثانى فترك الذبح كان الصيد ميتة ، فعلى هذا تجىء

الأوجه فى كيفية التوزيع على الجرحين : فما هو فى حصة الأول يسقط ، وتجب حصة الثانى ، والله أعلم .

(الحال الثانى) أن يقع الجرحان معا فينظر إن تساويا فى سبب الملك فالصيد بينهما ، وذلك بأن يكون بكل واحد منهما مذففا أو مزمنا أو انفردا وأحدهما مذففا والآخر مزمنا ، وسواء تفاوت الجرحان صغرا وكبرا أو تساويا ، أو كانا فى المذبح أو فى غيره أو أحدهما فيه ، والآخر فى غيره ، وإن كان أحدهما مزمنا أو مذففا لو انفرد ، والآخر غير مؤثر ، فالصيد لمن ذفف أو أزمن ، ولا ضمان على الثانى ، لأنه لم يجرح ملك الغير ، ولو احتمل أن يكون الإزمان بهما ، واحتمل أن يكون هذا دون ذاك ، وذاك دون هذا ، فالصيد بينهما فى ظاهر الحكم ، ويستحب أن يستحل كل واحد منهما الآخر تورعا ، ولو علمنا أن أحدهما مذفف وشككنا هل الآخر أثر فى الإزمان والتذفيف أم لا ؟ قال القفال : هو بينهما فقيل له : لو جرح رجل جراحة مذففة وجرحه آخر جراحة لا يدرى أمذففة هى أم لا ؟ فمات فقال : يجب القصاص عليهما ، قال الإمام : هذا بعيد ، والوجه تخصيص القصاص بصاحب المذففة ، وفى الصيد يسلم نصفه لمن جرحه مذففا ويوقف نصفه بينهما إلى المصالحة أو تبين الحال ، فان لم يتوقع بيان جعل النصف الآخر بينهما نصفين ، والله سبحانه أعلم .

(الحال الثالث) إذا ترتب الجرحان وأحدهما مزمن لو انفرد والآخر مذفف وارد على المذبح ، ولم يعرف السابق ، فالصيد حلال ، وإن اختلفا وادعى كل واحد أنه جرحه أولا وأزمنه ، أو أنه له فلكل واحد تحليف الآخر ، فان حلف فالصيد بينهما . ولا شىء لأحدهما على الآخر ، وإن حلف أحدهما فقط فالصيد له ، وعلى الآخر أرش ما نقص بالذبح ، ولو ترتبا وأحدهما مزمن والآخر مذفف فى غير المذبح ولم يعرف السابق ، فالمذهب الذى قطع به الجمهور أن الصيد حرام ، لاحتمال تقدم الإزمان

فلا يحل بعده إلا بقطع الحلقوم والمرىء ، وقيل قولان كمسألة الإيماء السابقة ، ووجه الشبه اجتماع المبيح والمحرم والفرق على المذهب أنه سبق هناك جرح يحال عليه ، فان ادعى كل واحد أنه أزمنه أولا وأن الآخر أفسده ، فالصيد حرام ، ولكل واحد تحليف الآخر ، فان حلفا فلا شيء لأحدهما على الآخر ، وإن حلف أحدهما لزم الثانى كل قيمته مزمنا •

ولو قال الجارح أولا : أزمنته أنا ، ثم أفسدته أنت بقتلك ، فعليك القيمة ، وقال الثانى : لم تزمنه أنت بل كان امتناعه إلى أن رميته فأزمنته ، أو ذففته ، فان اتفقا على غير جراحة الأول ــ وعلمنا أنه لا يبقى امتناع معها ككسر [1] وكسر رجل الممتنع بالعدو ــ فالقول قول الأول بلا يمين ، وإلا فالقول قول الثانى ، لأن الأصل بقاء الامتناع ، فان حلف فالصيد له ولا شيء على الأول ، وإن نكل حلف الأول واستحق قيمته مجروحا الجراحة الأولى ، ولا يحل الصيد لأنه ميتة بزعمه ، وهل للثانى أكله ؟ فيه وجهان (قال) القاضى أبو الطيب : لا ، لأن إلزامه القيمة حكم بكونه ميتة ، وقال غيره : له أكله لأن النكول فى خصومة الآدمى لا تغير الحكم فيما بينه وبين الله تعالى ، ولو علمنا أن الجراحة المذففة سابقة على التى لو انفردت لكانت مزمنة فالصيد حلال ، فان قال كل واحد : أنا ذففته فلكل واحد تحليف الآخر ، فان حلفا كان بينهما وإن حلف أحدهما كان له وعلى الآخر ضمان ما نقص •

(فرع) قال الشافعى رحمه الله تعالى فى المختصر : لو رماه الأول والثانى ووجدناه ميتا ولم يدر أجعله الأول ممتنعا أم لا لجعلناه بينهما نصفين ، وقال فى الأم : حل أكله وكان بينهما نصفين واعترض عليه فقيل :

---

(١) كذا بالأصل محرر ، قلت : ويحتمل ان يكون السقط مقابلا ومشاكلا لما بعده فيكون التعبير هكذا :

وعلمنا انه لا يبقى امتناع معها ككسر جناح الممتنع بالطير ، وكسر رجل الممتنع بالعدو . (المطيعى)

ينبغى أن يحرم هذا الصيد لاجتماع ما يقتضى الإباحة والتحريم والأصل التحريم وعلى تقدير الحل ينبغى أن لا يكون بينهما بل يكون لمن أثبته منهما ، واختلف الأصحاب فى الجواب عن هذين الاعتراضين على ثلاثة أوجه (أحدها) ترك ظاهر كلام الشافعى ، وتسليم ما قاله المعترض وتأويل كلام الشافعى (وأما) قوله : إنه يحل أكله . فأراد به إذا عقره أحدهما فأثبته ، ثم أصاب الثانى محل الذكاة ، فقطع الحلقوم والمرىء أو أثبتاه ولم يصر فى حكم الممتنع ، ثم أدركه أحدهما فذكاه فيحل أكله (وأما) قوله : إنه بينهما فأراد إذا كانت يدهما عليه ، ولا يعلم مستحقه منهما فيقسم بينهما .

(فأما) إذا وجداه ميتا من الجراحتين فلا يحل أكله ، فان اتفقا على أن الثانى هو القاتل كان عليه القيمة وإن اختلفا فيه حلف كل واحد منهما لصاحبه كما سبق . قال أصحابنا : ولا يمتنع التصوير فيما ذكرناه ، فقد يجعل الشىء لاثنين ، وإن كنا نعلمه فى الباطن لأحدهما ، كمن مات عن اثنين مسلم ونصرانى ادعى كل واحد أن أباه مات على دينه (والوجه) الثانى ترك ظاهر كلام الشافعى أيضا وتأويله على أن مراده صيد ممتنع برجله وجناحه كالحجل ، فأصاب أحدهما رجله فكسرها وأصاب الآخر جناحه فكسره ففيه وجهان (أحدهما) أنه بينهما لأن امتناعه حصل بفعلهما (وأصحهما) أنه للثانى ، لأنه كان ممتنعا بعد إصابة الأول . وإنما زال امتناعه باصابة الثانى فكان له . فإن قلنا : بينهما فالمسألة مفروضة فيه (وإن قلنا) : هو للثانى لم يعلم الثانى منهما ويدهما عليه فكان بينهما .

(الوجه الثالث) وهو قول أبى إسحق المروزى أن النص على ظاهره ، فان أزمناه ومات الصيد ولم يدر هل أثبته الأول أم لا ؟ فالأصل بقاؤه على امتناعه إلى أن عقره الثانى ، فيكون عقره ذكاة ، ويكون بينهما لاحتمال الإثبات من كليهما ، ولا مزية لأحدهما ، قال صاحب البيان : فان قيل :

قد قلتم الأصل بقاؤه على الامتناع إلى أن رماه الثانى . فكيف لم تزل يد الأول ؟ (قلنا) : هذا لا يزال به حكم اليد ، ولهذا لو كان فى يده شىء يدعيه حكم له بذلك وإن كان الأصل عدم الملك ، فدل على أن اليد أقوى من حكم الأصل . ومن أصحابنا من قال : فى حل هذا الصيد قولان كمسألة الإيماء السابقة والله سبحانه أعلم .

(الحال الرابع) إذا ترتبت الجرحان وحصل الإزمان بهما وكل واحد لو انفرد لم يزمن فوجهان (أصحهما) عند الجمهور أن الصيد للثانى (والثانى) أنه بينهما ورجحه إمام الحرمين والغزالى (فان قلنا) إنه للثانى أو كان الجرح الثانى مزمنا لو انفرد ، فلا شىء على الأول بسبب جرحه فلو عاد الأول بعد إزمان الثانى وجرحه جراحة أخرى نظر إن أصاب المذبح فهو حلال ، وعليه للثانى ما نقص من قيمته بالذبح ، وإلا فالصيد حرام ، وعليه إن ذفف قيمته مجروحا بجراحته الأولى وجراحة الثانى ، وكذا إن لم يذفف ولم يتمكن الثانى من ذبحه فان تمكن وترك الذبح عاد الخلاف السابق ، فعلى أحد الوجهين ليس على الأول إلا أرش الجراحة الثانية لتقصير المالك ، وعلى أصحهما لا يقصد بالضمان عليه ، وعلى هذا فوجهان :

(أحدهما) يلزمه نصف القيمة ، وخرجه جماعة على الخلاف فيمن جرح عبدا مرتدا فأسلم ثم جرحه سيده ثم عاد الأول وجرحه ثانيا ومات منهما ، وفيما يلزمه وجهان (أحدهما) ثلث القيمة (والثانى) ربعها قاله القفال فعلى هذا هنا ربع القيمة ، وعن صاحب التقريب أنه يعود فى التوزيع الأوجه الستة السابقة ، واختار الغزالى وجوب تمام القيمة ، والمذهب التوزيع كما سبق والله تعالى أعلم .

(فرع) الاعتبار فى الترتيب ، والمفسد ، بالإصابة ، لا ببدء الرمى والله أعلم .

(فـرع) لو أقام رجلان كل واحد منهما بينة أنه اصطاد هذا الصيد ففيه القولان فى تعارض البينتين (أصحهما) سقوطها ، ويرجع إلى قول من هو فى يده .

(فـرع) لو كان فى يده صيد فقال آخر : أنا اصطدته ، فقال صاحب اليد : لا علم لى بذلك ، قال ابن كج : لا نقنع منه بهذا الجواب ، بل يدعيه لنفسه أو ليسلمه إلى مدعيه .

(فـرع) قال ابن المنذر : لو أرسل جماعة كلابهم على صيد فأدركه المرسلون قتيلا ، وادعى كل واحد أن كلبه القاتل ، قال أبو ثور : إن مات الصيد بينهم فهو حلال ، فاذا اختلفوا فيه وكانت الكلاب متعلقة به فهو بينها ، وإن كان مع أحد الكلاب فهو لصاحب هذا الكلب وإن كان قتيلا والكلاب ناحية[1] أقرع بينهم ، وأعطى كل واحد حصته بالقرعة . وقال غير أبى ثور : لا تجىء القرعة ، بل يوقف بينهم حتى يصطلحوا ، فان خيف فساده بيع ووقف الثمن بينهم حتى يصطلحوا ، هذا كلام ابن المنذر .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن ملك صيدا ثم خلاه ففيه وجهان (احدهما) يزول ملكه ، كما لو ملك عبدا ثم أعتقه (والثانى) لا يزول ملكه كما لو ملك بهيمة ثم سيبها ، وبالله التوفيق) .

(الشرح) قال أصحابنا : إذا ملك صيدا ثم أفلت منه لم يزل ملكه عنه بلا خلاف ومن أخذه لزمه رده إليه . وسواء كان يدور فى البلد وحوله ، أو التحق بالوحوش . ولا خلاف فى شىء من هذا . ولو أرسله مالكه وخلاه ليرجع صيدا كما كان فهل يزول ملكه عنه ؟ فيه وجهان مشهوران .

---

(١) ناحية هنا تحتمل اكثر من معنى لغوى فهى اما مسرعة متحفزة للصيد وهو احد معانى هذه الكلمة واما مطلقة السباق والمراهنة وهذه ايضا من معانى هذه الكلمة . المنعم

ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) باتفاق الأصحاب : لا يزول وهو المنصوص ، كما لو أرسل بهيمته[1] ونوى إزالة ملكه عنها ، فانه لا يزول بلا خلاف ولأنه يشبه سوائب الجاهلية ، وقد قال الله تعالى : (ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام)[2] وفى المسألة وجه ثالث ، وهو قول أبى على الطبرى فى الإفصاح ، وحكاه الأصحاب عنه أنه إن كان قصد بإرساله التقرب إلى الله تعالى زال ملكه ، وإلا فلا ، والمذهب المنصوص أنه لا يزول مطلقا .

قال أصحابنا : (فان قلنا) يزول ، عاد مباحا ، فمن صاده ملكه (وإن قلنا) لا يزول لم يجز لغيره أن يصيده إذا عرفه ، فان قال عند إرساله : أبحته لمن أخذه حصلت الإباحة ، ولا ضمان على من أكله ، لكن لا ينفذ تصرف الآخذ فيه ببيع أو نحوه ، وإذا قلنا بالوجه الثالث فأرسله تقربا إلى الله تعالى فهل يحل اصطياده ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا ، كالعبد المعتق (وأصحهما) نعم ، لأنه رجع للإباحة ، ولئلا يصير فى معنى سوائب الجاهلية والله تعالى أعلم .

(فرع) لو ألقى كسرة خبز معرضا عنها ، فهل يملكها من أخذها ؟ فيه وجهان حكاهما إمام الحرمين وغيره ، قالوا : وهما مرتبان على إرسال الصيد وأولى بأن لا تملك ، بل تبقى على ملك الملقى . لأن سبب الملك فى الصيد اليد وقد أزالها ، ورده إلى الإباحة قال إمام الحرمين : هذا الخلاف فى زوال الملك وأما الإباحة فحاصلها لمن أراد أكلها على ظاهر المذهب لأن القرائن الظاهرة كافية فى الإباحة هذا لفظ الإمام . قال الرافعى : ويوضحه ما نقل عن الصالحى من التقاط السنابل هذا كلام

---

(١) كان فى ش و ق حرف (الا) وبعده بياض وقال الاشياخ فى الحاشية بياض بالأصل محرر . فحررناها بحذف الا فاستقام السياق وجرى المعنى على مالا تناقض فيه . (ط)

(٢) الآية ١٠٣ من سورة المائدة .

الرافعى (قلت) الأصح الذى قطع به المصنف فى التفسير وغيره من الأصحاب أنه يملك ما تركه الوارث إعراضا ، كالكسرة وغيرها من الطعام والسنابل ، وأما الذى يصيبه فى شىء ونحو ذلك ، ويصح تمزق الأخذ فيه بالتتبع وغيره ، هذا ظاهر قول السلف ، ولم ينقل أنهم منعوا التصرف فى شىء من ذلك ، والله أعلم •

(فـرع) قد سبق فى باب أخريات الأطعمة أن الثمار الساقطة من الأشجار إن كانت داخل الجدار لم تحل ، وإن كانت خارجة فكذلك إن لم تجر عاداتهم باباحتها ، فان جرت بذلك فهل تجرى العادة المطردة مجرى الإباحة ؟ فيه وجهان (أصحهما) تجرى وسبق هناك حكم الأكل من مال صديقه ، ومن مال الأجنبى وثماره وزرعه والله أعلم • ولو أعرض عن جلد ميتة فأخذه غيره فدبغه ملكه على المذهب ، لأنه لم يكن مملوكا للأول ، وإنما كان له اختصاص فضعف بالاعراض ، ولو أعرض عن خمر فأخذها غيره فتخللت عنده ، ففيه تفصيل وخلاف سنذكره فى آخر كتاب الغصب . حيث ذكره المصنف إن شاء الله تعالى •

(فـرع) لو صاد صيدا عليه أثر ملك ، بأن كان مرسوما أو مقرظا أو مخضوبا أو مقصوص الجناح لم يملكه الصائد ، بل هو لقطة ، لأنه يدل على أنه كان مملوكا فأفلت ، ولا ينظر إلى احتمال أنه صاده محرم ففعل به ذلك ثم أرسله لأنه تقدير بعيد ، وهذا كله لا خلاف فيه •

(فـرع) لو صاد سمكة فوجد فى جوفهـا درة مثقوبة لم تملك الدرة ، بل تكون لقطة ، وإن كانت غير مثقوبة فهى له مع السمكة ، ولو اشترى سمكة فوجد فى جوفها درة غير مثقوبة فهى للمشترى ، وإن كانت مثقوبة فهى للبائع إن ادعاها ، كذا ذكر المسألة البغوى ، قال الرافعى : يشبه أن يقال : الدرة للصائد كالكنز الموجود فى الأرض يكون لمحييها •

(**فصل**) إذا تحول بعض حمام إلى برج غيره ، قال أصحابنا : إن كان المتحول ملكا للأول لم يزل ملكه عنه ، ويلزم الثانى رده . فان حصل بينهما بيض أو فرخ فهو تبع للأنثى دون الذكر ، وإن ادعى تحول حمامه إلى برج غيره لم يصدق إلا ببينة ، والورع أن يصدقه إلا أن يعلم كذبه ، فان كان المتحول مباحا دخل برج الأول ثم تحول إلى الثانى فعلى الخلاف السابق فى دخول الصيد ملكه (فان قلنا) بالأصح : إنه لا يملكه (والثانى) إنه يملكه . ومن دخل برجه حمام وشك هل هو مباح أو مملوك ؟ فهو أولى به ، وله التصرف فيه ، لأن الظاهر أنه مباح . وإن تحقق أنه اختلط بملكه ملك غيره وعسر التمييز فقد قال البغوى : لو اختلطت حمامة واحدة بحماماته فله أن يأكل بالاجتهاد واحدة واحدة . حتى تبقى واحدة . كما لو اختلطت ثمرة الغير بثمره .

والذى حكاه الرويانى أنه ليس له أن يأكل واحدة منها حتى يصالح ذلك الغير أو يقاسمه . قال : ولهذا قال بعض مشايخنا ينبغى للورع أن يتجنب طير البروج ، وأن يجتنب بناءها . ونقل الإمام وغيره أنه ليس لواحد منهما التصرف فى شىء منها ببيع أو هبة لثالث ، لأنه لا يتحقق الملك ولو باع أحدهما أو وهب الآخر صح على أصح الوجهين وتحتمل الجهالة للضرورة ، ولو باع الحمام المختلط كله أو بعضه لثالث ، ولا يعلم واحد منهما عين ماله ، فان كانت الأعداد معلومة كمائتين ومائة ، والقيمة متساوية ، ووزعا الثمن على أعدادها ، صح البيع باتفاق الأصحاب ، وإن جهلا العدد لم يصح البيع . لأنه لا يعلم كل واحد حصته من الثمن ، فالطريق أن يقول كل واحد : بعتك الحمام الذى فى هذا البرج بكذا . فيكون الثمن معلوما ، ويحتمل الجهل فى المبيع للضرورة .

قال الغزالى فى الوسيط : لو تصالحا على شىء صح البيع واحتمل الجهل بقدر المبيع . ويقرب من هذا ما أطلقه الأصحاب من مقاسمتهما ،

قال أصحابنا : وقد يجوز للضرورة المسامحة ببعض الشروط المعتبرة فى حال الاختيار ، كالكافر إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة ، ومات قبل الاختيار ، فانه يصح اصطلاحهن على القسمة بالتساوى وبالتفاوت مع الجهل بالاستحقاق ، فيجوز أن تصح القسمة أيضا بحسب تراضيهما ، ويجوز أن يقال : إذا قال كل واحد : بعت مالى من حمام هذا البرج بكذا . والأعداد مجهولة . يصح أيضا مع الجهل بما يستحقه كل واحد منهما . والمقصود أن ينفصل الأمر بحسب ما يتراضيان عليه ، ولو باع أحدهما جميع حمام البرج باذن الآخر فيكون أصلا فى البعض ، ووكيلا فى البعض . جاز . ثم يقتسمان الثمن .

(فرع) لو اختلطت حمامة مملوكة أو حمامات بحمامات مباحة محصورة لم يجز الاصطياد منها ولو اختلطت بحمام ناحية جاز الاصطياد فى الناحية ، ولا يتغير حكم ما لا يحصر فى العادة باختلاط ما ينحصر به ، ولو اختلط حمام أبراج مملوكة لا تكاد تحصر بحمام بلدة أخرى مباحة ، ففى جواز الاصطياد منها وجهان (أصحهما) الجواز ، وإليه مال معظم الأصحاب ، ومن أهم ما يجب معرفة ضبطه العدد المحصور ، فانه يتكرر فى أبواب الفقه ، وقل من ينبه عليه قال الغزالى فى الإحياء فى كتاب الحلال والحرام : تحديد هذا غير ممكن ، فانما يضبط بالتقريب ، قال : فكل عدد لو اجتمع فى صعيد واحد يعسر على الناظر عدهم بمجرد النظر كالألف ونحوه ، فهو غير محصور ، وما سهل كالعشرة والعشرين فهو محصور . وبين الطرفين أوساط متشابهة تلحق بأحد الطرفين بالظن ، وما وقع فيه الشك استفتى فيه القلب ، والله تعالى أعلم .

(فرع) إذا انصبت حنطته على حنطة غيره ، أو انصب مائعه فى مائعه . وجهلا قدرهما فحكمه ما سبق فى الحمام المختلط .

(فرع) ولو اختلط درهم حرام أو دراهم بدراهمه . ولم يتميز .

أو دهن بدهن أو غيره من المـائعات ونحو ذلك ، قال الغزالى فى الإحيا وغيره من أصحابنا : طريقه أن يفصل قدر الحرام فيصرفه إلى الجهة التى يجب صرفه فيها ، ويبقى الباقى له يتصرف فيه بما أراد ، والله تعـالى أعلم .

ومن هذا الباب ما إذا اختلطت دراهم أو حنطة ونحوها لجماعة ، أو غصب منهم وخلطت ولم تتميز ، فطريقه أن يقسم الجميع بينهم على قدر حقوقهم (وأما) ما يقوله العوام : اختلاط الحلال بالحرام يحرمه فباطل لا أصل له ، وسيأتى بسط المسألة بأدلتها فى كتاب الغصب[1] إن شاء الله تعالى ، والله سبحانه أعلم .

---

(١) لم يقدر له رضى الله عنه ذلك فكان من نصيبنا استجابة من الله تعالى لدعوته أن يتمه الله على أحسن الوجوه والحمد لله له المنة وحده . (ط)

كتـــاب البيـــوع

قال المصنف رحمه الله تعـــالى

(البيع جائز والأصل فيه قوله تعالى : ((وأحل الله البيع وحرم الربا))[1] وقوله تعالى : ((يا ايها الذين آمنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل إلا ان تكون تجارة عن تراض منكم))[2] .

(الشرح) قوله تعالى : (إلا أن تكون تجارة) هو استثناء منقطع ، أى لكن لكم أكلها بتجارة عن تراض منكم ، قال العلماء : خص الله سبحانه وتعالى الأكل بالنهى تنبيها على غيره ، لكونه معظم المقصود من المـــال ، كما قال تعالى : (إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما)[3] وقوله تعالى : (الذين يأكلون الربا)[4] وأجمعت الأمة على أن التصرف فى المـــال بالباطل حرام . سواء كان أكلا أو بيعا أو هبة أو غير ذلك ، وقوله تعالى : (بالباطل) قال ابن عباس وغيره : « إلا بحقها » قال أهل المعانى : الباطل اسم جامع لكل ما لا يحل فى الشرع كالربا والغصب والسرقة والخيانة وكل محرم ورد الشرع به ، قال الواحدى : أجمعوا على أن هذا الاستثناء منقطع ، وقوله تعالى: (إلا أن تكون تجارة) فيها قراءتان الرفع والنصب ، فمن رفع جعل كان تامة ، إلا أن تقع تجارة ، ومن نصب قال : تقديره : إلا أن يكون المـــأكول تجارة أو إلا أن تكون الأموال أموال تجارة فحذف المضاف قال الواحدى : والأجود الرفع ، لأنه أدل على انقطـــاع الاستثناء ولأنه لا يحتاج إلى إضمار .

وأما صاحب الحاوى فبسط تفسير الآية فى الحاوى فقـــال قوله تعالى : (أموالكم) فيه تأويلان (أحدهما) المراد مال كل إنســان فى نفسه،

(١ ، ٤) من الآية ٢٧٥ من سورة البقرة .

(٢) الآية ٢٩ من سورة النساء .

(٣) الآية ١٠ من سورة النساء .

أى لا يصرفه فى المحرمات (والثانى) معناه لا يأخذ بعضكم مال بعض كما قال تعالى : (ولا تقتلوا[1] أنفسكم) (وقوله) بالباطل ، قيل : معناه الصرف فى المحرمات ، وقيل : النهب والغارات ، (والثالث) التجارات الفاسدة ونحوها ، والمختار ما قدمنا عن ابن عباس وأهل المعانى والله تعالى أعلم • وأما قوله تعالى : (وأحل الله البيع وحرم الربا[2]) فقد ذكر الشافعى رحمه الله فى كتاب الأم تفسيرها مسنوفى مع اختصار وشرحه صاحب الحاوى فقال : قال الشافعى : ومعنى الآية أربعة أقوال (أحدها) أنها عامة فان لفظها لفظ عموم يتناول كل بيع ، ويقتضى إباحة جميعها إلا ما خصه الدليل ، وهذا القول أصحها عند الشافعى وأصحابنا • قال فى الأم : هذا أظهر معانى الآية • قال صاحب الحاوى • والدليل لهذا القول أن النبى ﷺ نهى عن بيوع كانوا يعتادونها ولم يبين الجائز ، فدل على أن الآية الكريمة تناولت إباحة جميع البيوع إلا ما خص منها ، وبين ﷺ المخصوص •

قال : فعلى هذا فى العموم قولان (أحدهما) أنه عموم أريد به العموم ، وإن دخله التخصيص (والثانى) أنه عموم أريد به الخصوص • قال : والفرق بينهما من وجهين (أحدهما) أن العموم المطلق الذى يراد به العموم ، وهو ما يجرى على عمومه ، وإن دخله تخصيص كان الخارج منه بالتخصيص أقل مما بقى على العموم (والوجه الثانى) أن البيان فيما أريد به الخصوص مقدم على اللفظ ، وفيما أريد به العموم متأخر عن اللفظ أو مقترن به ، قال : وعلى القولين جميعا يجوز الاستدلال بهذه الآية الكريمة فى المسائل المختلف فيها ، ما لم يقم دليل تخصيص ، وإخراجها من العموم •

---

(١) من الآية ٢٩ من سورة النساء .
(٢) من الآية ٢٧٥ من سورة البقرة .

(والقول الثانى) من الأقوال الأربعة أنها مجملة لا يعقل منها صحة بيع من فساده إلا ببيان النبى ﷺ ، ودليله أن فى البياعات الجائز وغيره ، وبين فى الآية ما يميز هذا من ذاك ، فاقتضت كونها مجملة ، فعلى هذا هل هى مجملة بنفسها ؟ أم بعارض ؟ فيه وجهان لأصحابنا (أحدهما) أنها مجملة بنفسها ، لأن قوله تعالى : (وأحل الله البيع[1]) يقتضى جواز البيع متفاضلا ، وقوله تعالى: (وحرم الربا)[2] يقتضى تحريم بيع الربوى متفاضلا. فصار آخرها معارضا لأولها ، فحصل الإجمال فيها بنفسها (والثانى) أنها مجملة بغيرها ، لأنها جواز كل بيع من غرر ومعدوم وغيرهما ، وقد وردت السنة بالنهى عن بيع الغرر وبيع الملامسة وغيرهما ، فوقع الإجمال فيها بغيرها ، قال : ثم اختلف أصحابنا فى الإجمال على وجهين (أحدهما) أن الإجمال وقع فى المعنى المراد به دون صيغة لفظها ، لأن لفظ البيع اسم لغوى ولم يرد من طريق الشرع ، ومعناه معقول . لكن لما قام بإزائه من الشبه ما يعارضه تدافع العمومان وحدهما . ولم يتعين المراد منهما إلا ببيان الشبه ، فصارا مجملين لهذا المعنى ، لأن هذا اللفظ مشكل المعنى .

(والثانى) أن اللفظ محتمل ، والمعنى المراد منه مشكل ، لأنه لما لم يكن المراد من اللفظ ما وقع عليه الاسم ، وتبينا أن له شرائط لم تكن معقولة فى اللغة ، خرج اللفظ بالشرائط عن موضوعه فى اللغة إلى ما استقرت عليه شرائط الشرع ، وإن كان له فى اللغة معان معقولة كما قلنا فى الصلاة إنها مجملة لأنها متضمنة شرائط لم تكن معقولة فى اللغة كالخضوع ، فكذلك البيع ، قال الماوردى : وعلى الوجهين جميعا لا يجوز الاستدلال بها على صحة بيع ولا فساده ، وإن دلت على صحة البيع من أصله قال . وهذا هو الفرق بين العموم والمجمل حيث جاز الاستدلال بظاهر العموم ، ولم يجز الاستدلال بظاهر المجمل ، والله أعلم .

(١ ، ٢) من الآية ٢٧٥ من سورة البقرة .

(والقول الثالث) من الأربعة يتناولهما جميعا ، فيكون عموما دخله التخصيص ، ومجملا لحقه التفسير ، لقيام الدلالة عليها ، قال الماوردى . واختلف أصحابنا فى وجه دخول ذلك فيهما على ثلاثة أوجه (أحدها) أن العموم فى اللفظ والإجمال فى المعنى ، فيكون اللفظ عاما مخصوصا ، والمعنى مجملا لحقه التفسير (والثانى) أن العموم فى قوله تعالى : (وأحل الله البيع) والإجمال فى قوله : (وحرم الربا) (والثالث) أنه كان مجملا ، فلما بينه النبى ﷺ صار عاما ، فيكون داخلا فى المجمل قبل البيان ، وفى العموم بعد البيان ، قال : فعلى هذا الوجه يجوز الاستدلال بظاهرها فى البيوع المختلف فيها كالقول الثانى .

(والقول الرابع) أنها تناولت بيعا معهودا ، ونزلت بعد أن أحل النبى ﷺ بيوعا وحرم بيوعا ، فقوله تعالى : (وأحل الله البيع) أى البيع الذى بينه النبى ﷺ من قبل ، وعرفه المسلمون منه ، فتناولت الآية بيعا معهودا ، ولهذا دخلت الألف واللام لأنهما للعهد أو للجنس ، ولا يكون الجنس هنا مرادا لخروج بعضه عن التحليل ، فعلم أن المراد العهد ، فعلى هذا لا يجوز الاستدلال بظاهرها على صحة بيع ولا فساده ، بل يرجع فيما اختلف فيه إلى الاستدلال بما تقدمها من السنة التى عرف بها البيوع الصحيحة ، فيحصل الفرق بينها وبين المجمل من وجه ، وبينها وبين العموم من وجهين .

(فأما) الوجه الواحد فهو أن بيان النبى ﷺ للبيوع كان قبل نزولها . وبيان المجمل يكون مقترنا للفظ ، أو متأخرا عنه على مذهب من يجوز تأخير البيان ، وأما الوجهان (فأحدهما) ما سبق من تقديم البيان فى المعهود ، وإقرار بيان التخصيص بالعموم (والثانى) جواز الاستدلال بظاهر العموم دون ظاهر المعهود ، هذا آخر كلام الماوردى ، وذكر أصحابنا نحوه ، واتفقوا على نقل هذه الأقوال الأربعة عن الشافعى .

واتفقوا على أن أصحها عند الشافعى أن الآية عامة تتناول كل بيع إلا ما نهى الشرع عنه والله أعلم •

(فـرع) أما الحكم الذى ذكره المصنف وهو جواز البيع ، فهو مما تظاهرت عليه دلائل الكتاب والسنة وإجماع الأمة ، وأجمعت الأمة على أن المبيع بيعا صحيحا يصير بعد انقضاء الخيار ملكا للمشترى ، قال الغزالى فى أول بيوع الوسيط : أجمعت الأمة على أن البيع سبب لإفادة الملك ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

(فـرع) قال أصحابنا : وإذا انعقد البيع لم يتطرق إليه الفسخ إلا بأحد سبعة أسباب ، وهى خيار المجلس ، وخيار الشرط ، وخيار العيب ، وخيـار الخلف ، بأن كان شرطه كاتبـا فخـرج غير كاتب ، والإقالة ، والتخالف ، وتلف المبيع ، وأما خيار الرؤية ففى بيع الغائب إذا جوزناه فهو ملتحق فى المعنى بخيار الشرط ، والله تعالى أعلم •

(فـرع) قال ابن قتيبة وغيره : يقال : بعت الشىء بمعنى بعتـه وبمعنى شريته ، ويقال شريت الشىء بمعنى شريته وبعته ، وأكثر الاستعمال بعته إذا أزلت الملك فيه بالمعاوضـة ، واشتريته إذا تملكته بهـا ، وقال الأزهرى : العرب تقول : بعت بمعنى بعت ما كنت ملكته ، وبعت بمعنى اشتريت ، قال : وكذلك شريت بالمعنيين ، قال : وكل واحد مبيع وبائع ، لأن الثمن والمثمن كل منهما مبيع ، ويقال : بعته أبيعه فهو مبيع ومبيوع ، مخيط ومخيوط قال الخليل : المحذوف من مبيع واو مفعول ، لأنها زائدة ، فهى أولى بالحذف ، وقال الأخفش : المحذوف عين الكلمة ، قال المـازنى: كلاهما حسن ، وقول الأخفش أقيس ، والابتياع الاشتراء ، وبايعتـه وتبايعنا واستبعته سألته أن يبيعنى ، وأبعت الشىء عرضته للبيع ، وبيع الشىء ــ بكسر الباء وضمها ــ والكسر أفصح وبوع ــ بضم الباء وبالواو ــ لغة فيه ، وكذلك القول فى كيل وقيل •

وأما الشراء ففيه لغتان مشهورتان (أفصحهما) المد (والثانية) القصر فمن مد كتبه بالألف وإلا فبالياء ، وجمعه أشرية وهو جمع نادر . ويقال شريت الشيء أشريه شريا إذا بعته ، وإذا اشتريته كما سبق ، فهو من الأضداد على اصطلاح اللغويين ، ومن المشترك على اصطلاح الأصوليين . قال الله تعالى (ومن الناس من يشرى نفسه)[1] وقال تعالى : (وشروه بثمن بخس)[2] وأما حقيقة البيع فى اللغة فهو مقابلة المال بالمال ، وفى الشرع مقابلة المال بمال أو نحوه تمليكا .

(فرع) أركان البيع ثلاثة العاقدان والصيغة والمعقود عليه ، وشرط العاقد أن يكون بالغا عاقلا مختارا بصيرا ، غير محجور عليه ويشترط إسلام المشترى إن كان المبيع عبدا مسلما ، أو مصحفا ، وعصمته إن كان المبيع سلاحا . وشروط المبيع خمسة . أن يكون طاهرا منتفعا به معلوما مقدورا على تسليمه مملوكا لمن يقع العقد له ، ويدخل فى الضابط أم الولد والمرهون والموقوف والمكلف والجانى — إذا منعنا بيعهما — والمنذور إعتاقه ، وهذا الحد ناقص ، لأنه يرد عليه المجهول والمعجوز عن تسليمه وغير المملوك ، فالصواب الحد والأول هذه الشروط ستأتى مفصلة إن شاء الله تعالى فى مواضعها .

(فرع) سبق فى آخر باب الأطعمة الخلاف فى أن أطيب المكاسب التجارة ؟ أم الزراعة ؟ أم الصنعة ؟ .

(فصل) فى الورع فى البيع وغيره واجتناب الشبهات . قال الله تعالى : (وتحسبونه هينا وهو عند الله عظيم)[3] وقال تعالى : (إن ربك لبالمرصاد)[4] وعن النعمان بن بشير رضى الله عنهما قال : سمعت رسول الله

---

(١) الآية ٢٠٧ من سورة البقرة .

(٢) من الآية ٢٠ من سورة يوسف .

(٣) من الآية ١٥ من سورة النور .

(٤) الآية ١٤ من سورة الفجر .

ﷺ يقول : « إن الحلال بين وإن الحرام بين ، وبينهما شبهات لا يعلمهن كثير من الناس ، فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه ، ومن وقع فى الشبهات وقع فى الحرام ، كالراعى يرعى حول الحمى يوشك أن يرتع فيه ، ألا وإن لكل ملك حمى ، ألا وإن حمى الله محارمه ، ألا وإن فى الجسد مضغة إذا صلحت صلح الجسد كله ، وإذا فسدت فسد الجسد كله ، ألا وهى القلب » رواه البخارى ومسلم من طرق كثيرة . وهو أحد الأحاديث التى عليها مدار الإسلام . وقد اختلف فى عددها ، وقد جمعتها فى كتاب الأربعين . وعن أنس « أن النبى ﷺ وجد تمرة فى الطريق فقال : لولا أنى أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها » رواه البخارى ومسلم ، وعن النواس بن سمعان عن النبى ﷺ قال : « البر حسن الخلق ، والإثم ما حاك فى نفسك وكرهت أن يطلع عليه الناس » رواه مسلم حاك — بالحاء المهملة والكاف — أى تردد فيه .

وعن وابصة بن معبد رضى الله عنه قال : « أتيت رسول الله ﷺ فقال : جئت تسأل عن البر ؟ قلت : نعم . قال : استفت قلبك ، البر ما اطمأنت إليه النفس ، واطمأن إليه القلب ، والإثم ما حاك فى النفس وتردد فى الصدر ، وإن أفتاك الناس وافتوك » حديث حسن ، رواه أحمد بن حنبل والدارمى فى مسنديهما ، وعن عقبة بن الحارث رضى الله عنه « أنه تزوج امرأة لأبى إهاب بن عزيز فأتته امرأة فقالت : إنى قد أرضعت عقبة والتى تزوج بها ، فقال لها : ما أعلم أنك أرضعتنى ولا أخبرتنى ، فركب إلى رسول الله ﷺ بالمدينة فسأله فقال رسول الله ﷺ : كيف ؟ وقد قيل ، ففارقها عقبة ونكحت زوجا غيره » رواه البخارى ، إهاب — بكسر الهمزة — وعرير — بفتح العين وبراء مكررة [1] — وعن الحسن ابن على رضى الله عنهما قال : « حفظت من رسول الله ﷺ : دع ما يريبك

---

(١) صوابه بزاى مكررة . (ط)

إلى ما لا يريبك » رواه الترمذى . وقال : حديث حسن صحيح ، معناه اترك ما تشك فيه ، وخذ ما لا تشك فيه .

وعن عطية بن عروة السعدى الصحابى رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يبلغ العبد أن يكون من المتقين حتى يدع ما لا بأس به حذرا لما به البأس » رواه الترمذى [1] وقال : هو حديث حسن ، قال البخارى : وقال حسان بن أبى سنان : « ما رأيت شيئا أهون من الورع ، دع ما يريبك إلى ما لا يريبك » وحسان هذا من تابعى التابعين ، روى عن الحسن البصرى .

(فصل) عن أبى حميد الساعدى رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « أجملوا فى طلب الدنيا ، فان كلا ميسر لما كتب له منها » رواه البيهقى باسناد صحيح ، ورواه ابن ماجه باسناد ضعيف ، وعن جابر رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ: « لا تستبطئوا الرزق فانه لم يكن عبد يموت حتى يبلغه بآخر رزق هو له ، فاتقوا الله وأجملوا فى الطلب من الحلال وترك الحرام » رواه ابن ماجه والبيهقى .

(فصل) فى النهى عن اليمين فى البيع ، عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : « سمعت رسول الله ﷺ يقول : الحلف منفقة للسلعة ممحقة للربح » وفى رواية : « للبر ، وفى رواية : للكسب » رواه البخارى ومسلم ، وعن أبى قتادة رضى الله عنه أنه سمع رسول الله ﷺ يقول : « إياكم وكثرة الحلف فانه ينفق ثم يمحق » رواه مسلم ، وعن أبى ذر رضى الله عنه ، عن النبى ﷺ قال : « ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة ولا ينظر إليهم ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم ، فقرأها رسول الله ﷺ ثلاث مرات ، قال أبو ذر : خابوا وخسروا

---

(١) الحديث اخرجه أيضا ابن ماجه والحاكم فى المستدرك وفيه (بما به بأس) . (ط)

من هم يا رسول الله ؟ قال : المسبل والمنان والمنفق سلعته بالحلف الكاذب » رواه مسلم .

(**فصل**) عن رفاعة بن رافع الزرقى رضى الله عنه قال : « خرج رسول الله ﷺ إلى المصلى فرأى الناس يتبايعون فقال : يا معشر التجار ، فاستجابوا لرسول الله ﷺ ورفعوا أعناقهم وأبصارهم إليه ، فقال : إن التجار يبعثون يوم القيامة فجارا إلا من اتقى الله ، وبر وصدق » رواه الترمذى ، وقال : هو حديث حسن صحيح ، وعن قيس بن أبى غرزة بغين ـ معجمة ثم راء ثم [1] راء مفتوحات الصحابى رضى الله عنه قال : « خرج علينا رسول الله ﷺ ونحن نسمى السماسرة فقال : يا معشر التجار إن الشيطان والإثم يحضران البيع فشوبوا بيعكم بالصدقة » رواه الترمذى وقال : حديث حسن صحيح ، وعن أبى سعيد عن النبى ﷺ قال : « التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء » رواه الترمذى وقال : حديث حسن .

(**فصل**) فى التبكير فى طلب المعيشة ، عن صخر الغامدى الصحابى رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « اللهم بارك لأمتى فى بكورها وكان إذا بعث سرية أو جيشا بعثهم أول النهار ، وكان صخر رجلا تاجرا ، وكان إذا بعث تجارة بعثهم أول النهار ، فأثرى وكثر ماله » رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن .

(**فصل**) فى استحباب السماحة فى البيع والشرى والتقاضى والاقتضاء وإرجاح المكيال والميزان . قال الله تعالى : (وما تفعلوا من خير فان الله به عليم)[2] وقال تعالى : (ويا قوم اوفوا المكيال والميزان بالقسط

---

(١) صوابه زاى بعد الراء قال فى التقريب وغيره : قيس بن أبى غرزة بمعجمه وراء وزاى مفتوحات الغفارى صحابى نزل الكوفة روى له أصحاب السنن الاربعة .

(٢) من الآية ٢١٥ من سورة البقرة .

ولا تبخسوا الناس أشياءهم)[1] وقال تعالى : (ويل للمطففين)[2] الآية • وعن جابر رضى الله عنه ، أن رسول الله ﷺ قال : « رحم الله رجلا سمحا إذا باع وإذا اشترى وإذا اقتضى » رواه البخارى ، وعن جابر قال : « اشترى منى رسول الله ﷺ بعيرا فوزن لى وأرجح »[3] رواه البخارى ومسلم • وعن سويد بن قيس قال : « جلبت أنا ومخرمة العبدرى برا من هجر فجاءنا النبى ﷺ فسامنا بسراويل وعندى وزان يزن بالأجر فقال النبى ﷺ للوزان : « زن وأرجح » رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن صحيح • وعن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « اسمح يسمح لك » رواه ابن أبى عاصم •

(**فصل**) عن حكيم بن حزام رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، فان صدقا وبينا بورك لهما فى بيعهما وإن كتما وكذبا محقت بركة بيعهما » رواه البخارى ومسلم ، وعن جرير بن عبد الله قال : « بايعت رسول الله ﷺ على إقام الصلاة ، وإيتاء الزكاة ، والنصح لكل مسلم » رواه البخارى ومسلم ، وعن تميم بن أوس الدارى رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال : « الدين النصيحة ، قلنا لمن ؟ قال : لله ولكتابه ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم » رواه مسلم ، وعن أنس رضى الله عنه قال : « قال رسول الله ﷺ : لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه » رواه البخارى ومسلم •

(**فصل**) عن أنس رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « من أصاب من شيء فليلزمه » رواه ابن ماجه باسناد جيد ، وعن نافع مولى ابن عمر

---

(١) الآية ٨٥ من سورة هود •

(٢) من الآية الاولى من سورة المطففين •

(٣) اى وزن له الثمن دراهم أو دنانير ولا يعنى وزن البعير اذ لا يحل بيع الحيوان وزنا حيا • (ط)

قال : « كنت أجهز إلى الشام وإلى مصر فجهزت إلى العراق فأتيت عائشة رضى الله عنها فقلت : يا أم المؤمنين كنت أجهز إلى الشام فجهزت إلى العراق ، فقالت : لا تفعل ، ما لك منزل ، فانى سمعت رسول الله ﷺ يقول : إذا سبب الله لأحد رزقا من وجه فلا يدعه حتى يتغير له أو يتكر » رواه ابن ماجه باسناد فيه ضعف .

(فصل) عن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى ﷺ قال : « أحب البلاد إلى الله مساجدها ، وأبغض البلاد إلى الله أسواقها » رواه مسلم ، وعن سلمان الفارسى رضى الله عنه من قوله : « لا تكونن إن استطعت أول من يدخل السوق ، ولا آخر من يخرج منها ، فانها معركة الشيطان ، وبها ينصب رايته » رواه مسلم هكذا موقوفا على سلمان ، ورواه الرقانى فى صحيحه عن سلمان قال : « قال رسول الله ﷺ : لا تكن أول من يدخل السوق ، ولا آخر من يخرج منها فيها باض الشيطان وفرخ» قال الماوردى وغيره : الذم لمن أكثر ملازمة السوق وصرف أكثر الأوقات إليها والاشتغال بها عن العبادة ، وهذا كما قالوه ، لثبوت الأحاديث فى دخول النبى ﷺ الأسواق مع نص القرآن ، قال الله تعالى : (وقالوا ما لهذا الرسول يأكل الطعام ويمشى فى الأسواق)[1] . وقال تعالى : (وما أرسلنا قبلك من المرسلين إلا إنهم ليأكلون الطعام ويمشون فى الأسواق)[2] .

وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : « خرج النبى ﷺ فى طائفة النهار لا يكلمنى ولا أكلمه ، حتى جاء سوق بنى قينقاع ثم انصرف » رواه البخارى ومسلم ، قينقاع قبيلة من اليهود ــ بفتح القاف الأولى وضم النون وفتحها وكسرها ــ وعن أنس أن النبى ﷺ « كان فى السوق فقال

(١) الآية ٢٠ من سورة الفرقان .

(٢) الآية ٧ من سورة الفرقان .

رجل : يا أبا القاسم فالتفت إليه وذكر تمام الحديث » رواه البخارى ، وعن بريدة قال : « كان رسول الله ﷺ إذا دخل السوق قال : بسم الله اللهم إنى أسألك خير هذه السوق وخير ما فيها ، وأعوذ بك من شرها وشر مافيها ، اللهم إنى أعوذ بك أن أصيب فيها يمينا فاجرة ، أو صفقة خاسرة » رواه الحاكم فى المستدرك على الصحيحين .

(فصل) سبق فى مقدمة هذا الشرح أن من أراد التجارة لزمه أن يتعلم أحكامها فيتعلم شروطها ، وصحيح العقود من فاسدها ، وسائر أحكامها وبالله التوفيق .

(فصل) مذهبنا أن الإشهاد على عقد البيع والإجارة وسائر العقود غير النكاح والرجعة مستحب ، وليس بواجب ، وقد صرح المصنف بهذا اللفظ بحروفه فى أول كتاب الشهادات ، واستدل المصنف وغيره للاستحباب بقوله تعالى : (وأشهدوا إذا تبايعتم)[1] هذا مذهبنا قال ابن المنذر وبه قال أبو أيوب الأنصارى وأبو سعيد الخدرى والشعبى والحسن وأصحاب الرأى وأحمد وإسحق ، وبهذا قال جمهور الأمة من السلف والخلف . قال ابن المنذر : وقالت طائفة : يجب الإشهاد على البيع ، وهو فرض لازم يعصى بتركه ، قال : روينا هذا عن ابن عباس قال : وكان ابن عمر إذا باع بنقد أشهد ، ولم يكتب ، قال : وروينا عن مجاهد قال : ثلاثة لا يستجاب لهم دعوة : رجل باع بنقد[2] قال : وروينا نحو هذا عن أبى بردة بن أبى موسى وأبى سليمان المرعشى ، واحتجوا بقوله تعالى : (وأشهدوا إذا تبايعتم)[3] واحتج الجمهور بالأحاديث الصحيحة أن النبى ﷺ باع واشترى ، ولم ينقل الإشهاد فى ذلك ، وكذلك الصحابة

(١ ، ٢) من الآية ٢٨٢ من سورة البقرة .

(٢) بياض بالأصل ولعل السقط نقش أو تعلقف أو تفجر فى يمينه . (ط)

فى زمنه وبعده ، وحملوا الآية الكريمة على الاستحباب لما ذكرناه . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويصح البيع من كل بالغ عاقل مختار ، فأما الصبى والمجنون فلا يصح بيعهما ، لقوله ﷺ : « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبى حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » ولأنه تصرف فى المال ، يفوض إلى الصبى والمجنون كحفظ المال) .

(الشرح) هـذا الحديث صحيح من رواية على وعائشة رضى الله عنهما ، سبق بيانه فى أول كتاب الصلاة ، وأول كتابى الزكاة والصوم ، وقوله : (تصرف فى المال) احتراز من اختيار الصبى أحد الأبوين وهو مميز ، ومن عباداته وحمله الهدية ، ومن وطء الصبى والمجنون امرأتيهما ، وأما قياسه على حفظ المال فلأنه مجمع عليه ومنصوص عليه فى قوله تعالى : (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح ، فان آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم)[1] وأما قول المصنف : يصح البيع من كل عاقل بالغ مختار ، فمما ينكر عليه ، لأنه يدخل فيه الأعمى ، وقد ذكر المصنف بعد هذا هو والأصحاب أن المذهب الصحيح أنه لا يصح بيعه ولا شراؤه ، ويدخل أيضا المحجور عليه بالسفه ، وهو لا يصح بيعه فكان ينبغى أن يزيد بصيرا غير محجور عليه كما ذكرناه فى الفرع السابق قريبا ، وذكرنا هناك أنه يشترط أيضا إسلام المشترى إن اشترى عبدا مسلما أو مصحفا ، والله أعلم .

وأما المجنون فلا يصح بيعه بالإجماع ، وكذلك المغمى عليه (وأما) السكران فالمذهب صحة بيعه وشرائه وسائر عقوده التى تضره والتى تنفعه

---

(١) من الآية ٦ من سورة النساء .

(والثانى) لا يصح شيء منها (والثالث) يصح ما عليه دون ما له فعلى هذا يصح بيعه وهبته دون إيهابه ، وتصح ردته دون إسلامه ، وقد ذكر المصنف هذه الأوجه فى أول كتاب الطلاق ، وهناك نوضحها بفروعها إن شاء الله تعالى .

(وأما) الصبى فلا يصح بيعه ولا شراؤه ولا إجارته وسائر عقوده لا لنفسه ولا لغيره سواء باع بغبن أو بغبطة ، وسواء كان مميزا أو غيره ، وسواء باع باذن الولى أو بغير إذنه ، وسواء بيع الاختبار وغيره ، وبيع الاختبار هو الذى يمتحنه الولى به ليستبين رشده عند مناهزة الاحتلام ، ولكن طريق الولى أن يفوض إليه الاستلام وتدبير العقد ، فاذا انتهى الأمر إلى العقد أتى به الولى ولا خلاف فى شيء مما ذكرته عندنا إلا فى بيع الاختبار ، فان فيه وجها شاذا ضعيفا حكاه إمام الحرمين وآخرون ، من الخراسانيين أنه يصح ، والمذهب بطلانه ، والله أعلم .

واستدل المصنف وغيره بهذا الحديث ، ووجه الدلالة منه أنه لو صح البيع لزم منه وجوب التسليم على الصبى ، وقد صرح الحديث بأن الصبى لا يجب عليه شيء ، وقيل : وجه الدلالة منه أن مقتضى الحديث إسقاط أقواله وأفعاله ، والله تعالى أعلم .

(فرع) قال الفقهاء : إذا اشترى الصبى شيئا وسلم إليه فتلف فى يده أو أتلفه فلا ضمان عليه ، لا فى الحال ولا بعد البلوغ ، وكذا لو اقترض مالا ، لأن المالك هو المضيع بالتسليم إليه ، وما دامت العين باقية فللمالك الاسترداد وإن قبضها الولى من الصبى دخلت فى ضمان الولى ، ولو سلم الصبى إلى البائع ثمن ما اشتراه لم يصح تسليمه ، ويلزم البائع رده إلى الولى ، ويلزم الولى طلبه واسترداده ، قال أصحابنا : فان رده إلى الصبى لم يبرأ من الضمان ، قال أصحابنا : وهذا كما لو سلم الصبى درهما إلى صراف لينقده ، أو سلم متاعا إلى مقوم ليقومه ، فاذا قبضه من

الصبى دخل فى ضمان القابض ، ولم يجز له رده إلى الصبى . بل يلزمه أن يرده إلى وليه إن كان المـال للصبى ، وإن كان لكامل لزمه رده إلى مالكه أو وكيله فيه ، قال أصحابنا : ولو أمره ولى الصبى بدفعه إلى الصبى فدفعه إليه سقط عنه الضمان إن كان المـال للولى . فان كان للصبى لم يسقط كما لو أمره بالقاء مال الصبى فى بحر فألقـاه ، فانه يلزمه ضمانه قطعـا .

(فـرع) لو تبايع صبيان وتقابضـا ، وأتلف كل واحد منهمـا ما قبضه ، قال أصحابنا : إن جرى ذلك باذن الوليين فالضمان عليهما ، وإلا فلا ضـمان على الوليين ، ويجب فى مال الصبيين الضـمان لأن تسليمهما لا يعد تسليطا وتضييعا بخلاف تسليم البـالغ الرشيد ، والله سبحانه أعلم .

(فـرع) قال أصحابنا : لا يصح نكاح الصبى بنفسه . ولا سائر تصرفاته ، لكن فى تدبيره ووصيته خلاف مذكور فى موضعه ، والأصح بطلانهما أيضا ، وسواء فى هذا كله إذن الولى أم لا ، لأن عبارته ملغاة ، فلا أثر لإذن الولى ، كما لو أذن لمجنون ، أما إذا فتح الصبى بابا وأخبر باذن أهل الدار فى الدخول ، أو أوصل هدية ، وأخبر عن إهداء مهديها ، فقال أصحابنا : إن انضمت إلى ذلك قرائن تحصل العلم بذلك جاز الدخول وقبول الهدية ، وهو فى الحقيقة عمل بالعلم لا بمجرد قوله ، وإن لم ينضم ـ نظر إن كان غير مأمون القول ـ لم يجز اعتماد قوله بلا خلاف ، وإلا فطريقان (أصحهما) القطع بجواز الاعتماد وبهذا قطع المصنف فى التنبيه فى باب الوكالة وآخرون من الأصحاب لإطباق المسلمين على فعل ذلك فى جميع الأعصار من غير إنكار ولحصول الظن بصدقه فى العادة (والطريق الثانى) حكاه الإمام والغزالى وآخرون : فيه وجهان كالوجهين فى قبول روايته كما سنذكره قريبا إن شاء الله تعالى .

(فـرع) إذا سمع الصبى المميز حديثا فهل يصح تحمله ؟ وتقبل روايته ؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) لا تقبل مطلقا ، لا قبل بلوغه ولا بعده ، لضعف ضبطه ، كما لا يصح بيعه وغيره (والثانى) تصح روايته قبل البلوغ وبعده ، كما حكاه إمام الحرمين والغزالى وسائر الخراسانيين وجماعات من غيرهم لأن الرواية مبنية على المسامحة ، واحتمل فيها أشياء لا تحتمل فى غيرها ، كاعتماده على خطه ، وكونها لا ترد بالتهمة وغير ذلك من المسامحة (والثالث) أنها تقبل بعد البلوغ ، ولا تقبل قبله ، وهذا هو الصحيح ، بل هو الصواب ، وما سواه باطل ، ومما يرد الأول إجماع الصحابة فمن بعدهم على قبول روايات صغار الصحابة ما تحملوه قبل البلوغ ، ورووه بعده كابن عباس والحسن والحسين وابن الزبير وابن جعفر والنعمان بن بشير وخلائق لا يحصون ، رضى الله عنهم أجمعين .

(فـرع) قال أصحابنا : كما لا تصح من الصبى تصرفاته القولية ، لا يصح قبضه فى تلك التصرفات ، فلو اتهب له الولى شيئا وقبله ثم قبضه الصبى باذن الواهب لم يصح قبضه ، ولا يحصل له الملك فيه بهذا القبض ، ولو وهب لأجنبى وأذن الموهوب له للصبى أن يقبضه له ، وأذن له الواهب فى القبض فقبضه ، لم يصح بلا خلاف ، ولو قال مستحق الدين لمن هو عليه : سلم حقى إلى هذا الصبى ، فسلم قدر حقه إلى الصبى لم يبرأ من الدين بلا خلاف ، بل يكون ما سلمه باقيا على ملكه حتى لو ضاع ضاع على الدافع ولا ضمان على الصبى ، لأن الدافع ضيعه بتسليمه ، ويبقى الدين على حاله .

قال أصحابنا : لأن ما فى الذمة لا يتعين إلا بقبض صحيح . ولا يزول الدين عن الذمة كما لو قال صاحب الدين للمدين : ألق حقى فى البحر ، فألقى قدر حقه لا يبرأ بلا خلاف وما يتلف من ضمان الملقى ، قال أصحابنا :

ولو قال مالك الوديعة للمودع : سلم وديعتى إلى هذا الصبى ، فسلم إليه خرج من العهدة ، لأنه امتثل أمره فى حقه المعين ، كما لو قال : ألقها فى البحر فألقاها ، فانه لا ضمان بلا خلاف ، لأنه أذن فى إتلافها ، قال أصحابنا : فلو كانت الوديعة لصبى فسلمها إلى الصبى ضمن ، سواء كان باذن الولى أو بغير إذنه ، لأنه ليس للمودع تضييعها ، وإن أذن له الولى فيه . هذا لا خلاف فيه ، والله أعلم .

ونقل إمام الحرمين فى النهاية هذا الفرع عن الأصحاب .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى بيع الصبى المميز . قد ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يصح سواء أذن له الولى أم لا ، وبه قال أبو ثور وقال الثورى وأبو حنيفة وأحمد وإسحق : يصح بيعه وشراؤه باذن وليه . وعن أبى حنيفة رواية أنه يجوز بغير إذنه ويقف على إجازة الولى ، قال ابن المنذر : وأجاز أحمد وإسحق بيعه وشراءه فى الشىء اليسير يعنى بلا إذن دليلنا ما ذكره المصنف .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فاما المكره فان كان بغير حق لم يصح بيعه . لقوله تعالى : (لا تاكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)(١) فدل على انه إذا لم يكن عن تراض لم يحل الأكل ، وروى أبو سعيد الخدرى ان النبى ﷺ قال : « إنما البيع عن تراض » فدل على انه لا بيع عن غير تراض ولانه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح ، ككلمة الكفر إذا أكره عليها المسلم ، وإن كان بحق صح ، لأنه قول حمل عليه بحق فصح ، ككلمة الإسلام إذا أكره عليها الحربى) .

(الشرح) حديث أبى سعيد هذا رواه البيهقى ، وهو حديث طويل ، وروى أبوسعيد أن رسول الله ﷺ قال : (لألقين الله من قبل أن أعطى

---

(١) الآية ٢٩ من سورة النساء .

أحدا من مال أحد شيئا بغير طيب نفسه ، إنما البيع عن تراض) وقوله : (لأنه قول أكره عليه بغير حق) احترز بالقول عن الفعل ، بأن أكرهت على الإرضاع أو أكره على الحدث ، فانه يثبت حكمهما ، وكذا الإكراه على القتل على أصح القولين واحترز بقوله : (بغير حق) عن الإكراه بحق كإكراه الحربى على الإسلام وإكراه من عليه دين متمكن فى البيع فى أدائه .

(**اما الاحكام**) فقال أصحابنا : المكره على البيع ، إن كان إكراهه بغير حق لم يصح بيعه بلا خلاف ، لما ذكره المصنف ، فان كان بحق صح ، وصورة الإكراه بحق أن يكون عليه دين ومعه متاع يمكنه بيعه فيه ، فيمتنع من بيعه بعد امتناع المالك من الوفاء والبيع ، قال القاضى أبو الطيب فى كتاب التفليس والأصحاب : القاضى بالخيار إن شاء باع ماله بغير إذنه لوفاء الدين ، وإن شاء أكرهه على بيعه ، وعزره بالحبس وغيره حتى يبيعه ، والله أعلم .

(**فرع**) قال أصحابنا : التصرفات القولية التى يكره عليها بغير حق باطلة سواء الردة والبيع والإجارة ، وسائر المعاملات والنكاح والخلع والطلاق والإعتاق وغيرها (وأما) ما أكره عليه بحق فهو صحيح ، قالوا : فتحصل من هذا أن المرتد والحربى إذا أكرها على الاسلام صح إسلامهما ، لأنه إكراه بحق ، وكذا المكره على البيع بحق يصح بيعه كما سبق (وأما) الذمى إذا أكره على الإسلام فهو إكراه بغير حق ، لأنا شرطنا فى الذمة أن نقره على دينه ، فاذا أكره فهل يصح إسلامه ؟ فيه طريقان :

(أحدهما) لا يصح وجها واحدا ، وهو مقتضى كلام المصنف هنا وآخرين .

(والطريق الثانى) فيه وجهان حكاهما إمام الحرمين فى كتاب الطلاق ، وفى كتاب الكفارات ، حكاهما الغزالى فى هذين الموضعين لكنه

حكاهما فى الكفارات قولين ، وهو شاذ ، والمشهور أنهما وجهان (أصحهما) باتفاق الأصحاب لا يصح .

قال إمام الحرمين : المصير إلى صحته ــ مع أن إكراهه غير سائغ ــ وإن صح ما ذكرناه فى إكراه الحربى ، لكونه إكراها بحق ، لم يمكن ذلك فى الذمى ، لأن إكراهه ممنوع ، قال إمام الحرمين : إذا أكره الحربى على الإسلام فنطق بالشهادتين تحت السيف حكم باسلامه اتفقت الطرق على هذا مع ما فيه من الغموض من جهة المعنى ، لأن كلمتى الشهادتين نازلتان فى الإعراب عن الضمير منزلة الإقرار والظاهر ممن يقولهما تحت السيف أنه كاذب فى إخباره والله تعالى أعلم .

وأما المولى بعد مضى المدة فاذا طلق باكراه القاضى له نفذ طلاقه ، لأنه إكراه بحق ليس بحقيقة إكراه فانه لا يتعين الطلاق ، بل يلزمه بالفيئة أو الطلاق ، قال صاحب التتمة وغيره : هذا إذا أكرهه على طلقة واحدة ، فان أكرهه على ثلاث طلقات فهو ظالم له ، فاذا تلفظ بها ــ (فان قلنا :) لا ينعزل القاضى بالفسق ــ وقعت طلقة ولغت الزيادة (وإن قلنا :) ينعزل لم يقع شىء كما لو أكرهه غيره ..

(فرع) قال الغزالى فى كتاب الطلاق : الإكراه يسقط أثر التصرفات عندنا إلا فى خمسة مواضع (أحدها) الإسلام فيصح إسلام الحربى المكره ولا يصح إكراه الذمى على الأصح (الثانى) الإرضاع فاذا أكرهت عليه ثبت حكمه ، لأنه منوط بوصول اللبن إلى الجوف لا بالقصد (الثالث) القتل فاذا أكره عليه لزمه القصاص على أصح القولين (الرابع) الزنا ، فاذا أكره الرجل عليه لزمه الحد فى أحد الوجهين ومأخذ الوجهين التردد فى تصور الإكراه (الخامس) إذا علق الطلاق على دخول الدار فأكره عليه وقع طلاقه فى أحد القولين ، والأصح لا يقع وأنه لا يحد المكره على الزنا .

قال : والاستثناء فى التحقيق يرجع إلى الإسلام فحسب ، وإلى القتل على قول (وأما) ما عداه فسببه عدم تصور الإكراه ، وعدم اشتراط القصد ، هذا آخر كلام الغزالى (وقوله :) إنه إنما يستثنى هذه الخمسة ، يرد عليه مسائل (منها) إذا أكره على الأكل فى الصوم ففى فطره قولان ، سبقا فى موضعهما ، الأصح : لا يفطر (ومنها) إذا أكره المصلى على الكلام فتكلم فقولان مشهوران (أحدهما) لا تبطل صلاته (وأصحهما) تبطل ، وبه قطع البغوى وغيره وسبق بيانه فى موضعه (ومنها) إذا أكره المصلى حتى فعل أفعالا كثيرة بطلت صلاته قطعا (ومنها) لو أكره على التحول عن القبلة أو على ترك القيام فى الفريضة مع القدرة فصلى قاعدا لزمه الإعادة لأنه عذر نادر .

(فرع) المصادر من جهة السلطان وغيره ممن يظلمه بطلب مال وقهره على إحضاره إذا باع ما له ليدفعه إليه للضرورة والأذى الذى يناله ، هل يصح بيعه ؟ فيه وجهان مشهوران ، حكاهما إمام الحرمين والغزالى وآخرون وقد سبقا فى باب الأطعمة فى مسائل أكل المضطر مال الأجنبى (أحدهما) لا يصح كالمكره (وأصحهما) يصح وبه قطع الشيخ إبراهيم المروذى ، لأنه لا إكراه على نفس البيع ، ومقصود الظالم تحصيل المال من أى جهة كان والله تعالى أعلم .

(فرع) ذكرنا أن المكره بغير حق لا يصح بيعه . هذا مذهبنا ، وبه قال مالك وأحمد والجمهور . وقال أبو حنيفة : يصح ويقف على إجازة المالك فى حال اختياره واحتج أصحابنا بما ذكره المصنف وبحديث ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال : « إن الله تجاوز لى عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » حديث حسن ، رواه ابن ماجه والبيهقى وغيرهما باسناد حسن فهذا مع ما ذكره المصنف هو المعتمد فى دليل المسألة ..

وقد احتج بعض أصحابنا بأشياء لا يحتج بها (منها) ما رواه أبوداود باسناده عن شيخ من بنى تميم ، قال : خطبنا على رضى الله عنه قال : « نهى رسول الله ﷺ عن بيع المضطر وبيع الغرر وبيع الثمرة قبل أن تدرك » ورواه البيهقى عن شيخ من بنى تميم عن على قال : « سيأتى على الناس زمان عضوض يعض الموسر على ما فى يديه ولم يؤمر بذلك ، قال الله جل ثناؤه : (ولا تنسوا الفضل بينكم)[1] يعز الأشرار ويستذل الأخيار وما يمنع المضطرون . وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع المضطر وعن بيع الغرر ، وعن بيع الثمرة قبل أن تطعم » وهذا الإسناد ضعيف ، لأن هذا الشيخ مجهول ، قال البيهقى : وقد روى من أوجه عن على وابن عمر وكلهـا غير قوية (ومنها) ما رواه البيهقى باسناد ضعيف عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال : « قال رسول الله ﷺ: لا يركبن رجل بحرا إلا غازيا أو معتمرا أو حاجا ، فان تحت البحر نارا وتحت النار بحرا وتحت البحر نارا ، ولا يشترى مال امرىء مسلم فى ضغطه » قال البخارى لا يصح هذا الحديث ، والله تعالى أعلم .

(فـرع) ذكر الخطابى فى تفسير حديث على رضى الله عنه أن بيع المضطر يكون على وجهين (أحدهما) أن يضطر إلى العقـد من طريق الإكراه عليه ، فلا ينعقد العقد (والثانى) أن يضطر إلى البيع لدين أو مؤنة ترهقه ، فيبيع ما فى يده ، فالوكس من أجل الضرورة ، فسبيله من حيث المروءة أن لا يترك حتى يبيع ماله ، ولكن يعان ويقرض ويستمهل له إلى الميسرة ، حتى يكون له فيه بلاغ . فان عقد البيع على هذا الوجه صح ولم يفسخ ، ولكن كرهه عامة أهل العلم . هذا لفظ الخطابى رضى الله عنه ، والله أعلم .

---

(١) من الآية ٢٣٧ من سورة البقرة .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(ولا ينعقد البيع إلا بالايجاب والقبول ، فاما المعاطاة فلا ينعقد بها البيع، لان اسم البيع لا يقع عليه . والايجاب أن يقول : بعتك أو ملكتك او ما اشبههما، والقبول ان يقول : قبلت أو ابتعت او ما اشبههما ، فان قال المشترى : بعنى ، فقال البائع : بعتك انعقد البيع ، لأن ذلك يتضمن الايجاب والقبول ، وإن كتب رجل إلى رجل ببيع سلعة ففيه وجهان (احـدهما) ينعقد البيع ، لانه موضع ضرورة (والثانى) لا ينعقد وهو الصحيح ، فانه قادر على النطق ، فلا ينعقد البيع بغيره ، وقول القائل الأول : إنه موضع ضرورة لا يصح ، لانه يمكنه ان يوكل من بيعه بالقول) .

(الشرح) فيه مسائل :

(إحداها) المشهور من مذهبنـا أنه لا يصح البيع إلا بالإيجـاب والقبول ، ولا تصح المعاطـاة فى قليل ولا كثير ، وبهـذا قطع المصنف والجمهور ، وفيه وجه مشهور عن ابن سريج أنه يصح البيع بالمعاطاة ، خرجه من مسألة الهـدى إذا قلده صاحبه ، فهـل يصير بالتقليد هديا منذورا ؟ فيه قولان مشهوران (الصحيح) الجديد لا يصير (والقديم) أنه يصير ويقام الفعل مقام القول ، فخرج ابن سريج من ذلك القول وجها فى صحة البيع بالمعاطاة . ثم إن الغزالى والمتولى وصاحب العدة والرافعى والجمهور نقلوا عن ابن سريج أنه تجوز المعاطاة فى المحقرات ، وهو مذهب أبى حنيفة ، فانه جوزها فى المحقرات دون الأشياء النفيسة . ونقل إمام الحرمين هذا عن أبى حنيفة ، ونقل عن ابن سريج أنه جوزها ولم يقيد الإمام فى نقله عن ابن سريج بالمحقرات كما قيد فى نقله عن أبى حنيفة . ولعله أراد ذلك واكتفى بالتقييد عن أبى حنيفة ..

وقد أنكر الشيخ أبو عمرو بن الصلاح على الغزالى كونه حكى عن ابن سريج تجويزها فى المحقرات ، وقال : ليست مختصة عند ابن سريج

بالمحقرات ، وهذا الإنكار على الغزالى غير مقبول لأن المشهور عن ابن سريج التخصيص بالمحقرات كما ذكرناه ، والله أعلم .

واختار جماعات من أصحابنا جواز البيع بالمعاطاة فيما يعد بيعا . وقال مالك : كل ما عده الناس بيعا فهو بيع ، وممن اختار من أصحابنا أن المعاطاة فيما يعد بيعا صحيحة وأن ما عده الناس بيعا فهو بيع . صاحب الشامل والمتولى والبغوى والرويانى ، وكان الرويانى يفتى به وقال المتولى: وهذا هو المختار للفتوى ، وكذا قاله آخرون . وهذا هو المختار ، لأن الله تعالى أحل البيع ولم يثبت فى الشرع نفظ له ، فوجب الرجوع إلى العرف فكل ما عده الناس بيعا كان بيعا كما فى القبض والحرز وإحياء الموات وغير ذلك من الألفاظ المطلقة فانها كلها تحمل على العرف ، ولفظة البيع مشهورة ، وقد اشتهرت الأحاديث بالبيع عن النبى ﷺ وأصحابه رضى الله عنهم فى زمنه وبعده ، ولم يثبت فى شىء منها مع كثرتها اشتراط الايجاب والقبول والله أعلم .

وأحسن من ذكر هذه المسألة وأوضحها المتولى فقال : المعاطاة التى جرت بها العادة بأن يزن النقد ، ويأخذ المتاع من غير إيجاب ولا قبول ليست بيعا على المشهور من مذهب الشافعى . وقال ابن سريج : كل ما جرت العادة فيه بالمعاطاة وعده بيعا فهو بيع . وما لم تجر فيه العادة بالمعاطاة كالجوارى والدواب والعقار لا يكون بيعا . قال : وهذا هو المختار للفتوى . وبه قال مالك . وقال أبو حنيفة : المعاطاة بيع فى المحقرات . فأما النفيس فلابد فيه من الايجاب والقبول ، ووجه المشهور القياس على النكاح . فانه لا ينعقد إلا باللفظ وقياسا على العقار والنفائس . ووجه طريقه ابن سريج أن البيع كان معهودا قبل ورود الشرع . فورد ولم يغير حقيقته ، بل علق به أحكاما فوجب الرجوع فيه إلى العرف وكل ما كان عدوه بيعا جعلناه بيعا ، كما يرجع فى إحياء الموات والحرز والقبض إلى العرف قال : ولم ينقل عنهم لفظ التبايع . والله أعلم .

(فـرع) صورة المعاطاة التى فيها الخلاف السابق : أن يعطيه درهما أو غيره ويأخذ منه شيئا فى مقابلته ، ولا يوجد لفظ أو يوجد لفظ من أحدهما دون الآخر ، فاذا ظهر ــ والقرينة وجود الرضى من الجانبين ــ حصلت المعاطاة ، وجرى فيها الخلاف . وقد صرح بهذا التصوير المتولى كما قدمناه عنه ، وكذا صرح به آخرون . قال الشيخ أبوعمرو بن الصلاح رضى الله عنه . وما وجد من بعض أئمتنا فى تصويرها من ذكر لفظ كقوله : خذ وأعط . فهو داخل فى عموم ما ذكرناه من القرينة . فان ذلك مفروض فيما إذا لم ينو البيع بهذا اللفظ الذى قرن بالعطية . فان نواه به فهى مسألة البيع بالكناية . وفى صحته بالكناية وجهان (أصحهما) الصحة مع قولنا لا ينعقد بالمعاطاة هذا كلام أبى عمرو .

فأما إذا أخذ منه شيئا ولم يعطه شيئا ، ولم يتلفظا ببيع ، بل نويا أخذه بثمنه المعتاد كما يفعله كثير من الناس فهذا باطل بلا خلاف ، لأنه ليس ببيع لفظى ولا معاطاة ولا يعد بيعا فهو باطل ولنعلم هذا ولنحترز منه ، ولا نغتر بكثرة من يفعله ، فان كثيرا من الناس يأخذ الحوائج من البياع مرة بعد مرة من غير مبايعة ولا معاطاة ، ثم بعد مدة يحاسبه ويعطيه العوض . وهذا باطل بلا خلاف ، لمـا ذكرناه والله أعلم .

(فـرع) الرجوع فى القليل والكثير والمحقر والنفيس إلى العرف ، فما عدوه من المحقرات ، وعدوه بيعا ، فهو بيع ، وإلا فلا . هـذا هو المشهور تفريعا على صحة المعاطاة وحكى الرافعى وجها أن المحقر دون نصاب السرقة . وهذا شاذ ضعيف ، بل الصواب أنه لا يختص بذلك ، بل يتجاوزه إلى ما يعده أهل العرف بيعا والله أعلم .

(فـرع) إذا قلنا بالمشهور : إن المعاطاة لا يصح بها البيع ، ففى حكم المـأخوذ بها ثلاثة أوجه ، حكاها المتولى وغيره مجموعة ، وحكاها متفرقة آخرون (أصحها) عندهم له حكم المقبوض ببيع فاسد ، فيطالب

كل واحد رد ما قبضه إن كان باقيا ، وإلا فرد بدله . فلو كان الثمن الذى قبضه البائع مثل القيمة ، فقد قال الغزالى فى الإحياء : هذا مستحق ظفر بمثل حقه . والمالك راض فله تملكه لا محالة . وظاهر كلام المتولى وغيره أنه يجب ردها مطلقا .

(والوجه الثانى) أن هذا إباحة لازمة لا يجوز الرجوع فيها . قاله القاضى أبو الطيب وحكاه عنه صاحب الشامل . قال : وأوردت عليه . وأجاب فأوردت على جوابه . وذكر ذلك كله . وحاصله تضعيف هذا الوجه بما ضعفه به هو والمتولى . وهو أنه لو أتلف أحدهما ما أخذه وبقى مع الآخر ما أخذه لم يكن لمن تلف فى يده أن يسترد الباقى فى يد صاحبه من غير أن يغرم له بدل ما تلف عنده . ولو كان هذا إباحة لكان له الرجوع ، كما لو أباح كل واحد منهما لصاحبه طعامه ، وأكل أحدهما دون الآخر ، فان للآكل أن يرجع عن الإباحة ويسترد طعامه بلا خلاف .

(والوجه الثالث) أن العوضين يستردان . فان تلفا فلا مطالبة لأحدهما ، ويسقط عنهما الضمان ، ويتراد منهما بالتراضى السابق . وهذا قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى وأنكروه عليه . وأوردوا عليه سائر العقود الفاسدة فانه لا يراه فيها وإن وجد الرضى . قال المتولى : ولأن إسقاط الحقوق طريقه اللفظ . كالعفو عن القصاص والإبراء عن الديون . فان أقمنا التراضى مقام اللفظ فى الإسقاط وجب أن نقيمه مقامه فى انعقاد العقد . والله أعلم .

(فرع) ذكر أبوسعيد بن أبى عصرون تفريعا على المشهور أن البيع لا يصح بالمعاطاة أنه لا مطالبة بين الناس فيها فى الدار الآخرة ، لوجود طيب النفس بها ، ووقوع الاختلاف فيها . هذا لفظه فى كتابه الانتصار . فيحتمل أنه أراد ما قدمناه عن الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب فى الوجه الثالث والثانى ، والظاهر أنه أراد أنه لا مطالبة على كل

وجه بها فى الدار الآخرة ، وإن كانت المطالبة ثابتة فى الدنيا على الخلاف السابق والله أعلم •

(فـرع) الخلاف المذكور فى المعاطاة فى البيع يجـرى فى الإجارة والرهن والهبة ونحوها • هكذا ذكره المتولى وآخرون (وأما) الهـدية وصدقة التطوع ففيها خلاف مرتب على البيع ــ إن صححناه بالمعاطاة ــ ولم نشترط فيهما لفظا فهما أولى بذلك ، وإن شرطنا اللفظ فى البيع ففيهما وجهان مشهوران عند الخراسانيين ، وذكرهما جماعة من العراقيين (أحدهما) وبه قطع المصنف فى باب اختلاف الزوجين فى الصداق ، وآخرون من العراقيين أو أكثرهم يشترط فيهما الايجاب والقبول كالبيع (وأصحهما) عند الجمهور لا يشترط وهو الصواب •

قال الرافعى فى أول كتاب الهبة : هذا هو الصحيح الذى عليه قرار المذهب • ونقله الأثبات من متأخرى الأصحاب وقطع به المتولى والبغوى • واعتمده الرويانى وغيرهم• واحتجوا بأن الهدايا كانت تحمل إلى رسول الله ﷺ فيأخذها ، ولا لفظ هناك • وعلى ذلك جرى الناس فى جميع الأعصار • ولهذا كانوا يبعثون بها على أيدى الصبيان الذين لا عبـارة لهم • قال أصحابنا : (فان قيل) كان هذا إباحة لا هدية وتمليكا (فالجواب) أنه لو كان إباحة ما تصرفوا فيه تصرف الملاك • ومعلوم أن ما قبله النبى ﷺ من الهدايا كان يتصرف فيه ويملّكه غيره ، قال الرافعى : ويمكن أن يحمل كلام من اعتبر الايجاب والقبول على الأمر المشعر بالرضا دون اللفظ • ويقال : الاشعار بالرضا يكون لفظا ، ويكون فعلا • والله أعلم •

(فـرع) إذا اشترطنا الايجاب والقبول باللفظ ، فالايجاب كقول البائع : بعتك هذا أو ملكتك ، ونحوهما من الألفاظ ، وفى ملكتك وجه شاذ ، حكاه المـاوردى وآخرون أنه ليس بصريح لأنه مستعمل فى الهبة

وادعى الماوردى أنه الأصح ، وليس كما قال ، بل المذهب الأول ، وبه قطع المصنف والجمهور • والقبول كقول المشترى : قبلت أو ابتعت أو اشتريت أو تملكت ، قال الرافعى : ويجىء فى تملكت ذلك الوجه . قال أصحابنا : وسواء تقدم قول البائع أو قول المشترى : اشتريت ، فقال البائع بعده : بعت ، فيصح البيع فى الحالين بلا خلاف لحصول المقصود • قال أصحابنا : ولا يشترط اتفاق اللفظين ، بل لو قال البائع : بعتك أو اشتريت فقال المشترى : تملكت أو قال البائع : ملكتك ، فقال المشترى اشتريت ، صح بلا خلاف ، لأن المعنى واحد • وكذا فى النكاح لو قال : زوجتك بنتى فقال : قبلت نكاحها ، أو قال : أنكحتكها • فقال : قبلت تزويجها صح النكاح بلا خلاف •

(المسألة الثانية) قال أصحابنا : كل تصرف يستقل به الشخص كالطلاق والعتاق والإبراء ينعقد بالكناية مع النية بلا خلاف ، كما ينعقد بالصريح ، وأما ما لا يستقل به ، بل يفتقر إلى إيجاب وقبول فضربان (أحدهما) ما يشترط فيه الإشهاد كالنكاح وبيع الوكيل إذا شرط الموكل الإشهاد ، فهذا لا ينعقد بالكناية مع النية بلا خلاف لأن الشاهد لا يعلم النية (والثانى) ما لا يشترط فيه الإشهاد ، وهو نوعان (أحدهما) ما يقبل مقصوده التعليق بالغرر كالكتابة والخلع فينعقد بالكناية مع النية بلا خلاف، لأن مقصود الكتابة العتق ومقصود الخلع الطلاق وهما يصحان بالكناية مع النية (والثانى) ما لا يقبله كالبيع والإجارة والمساقاة وغيرها ، وفى انعقاد هذه العقود بالكناية مع النية وجهان مشهوران فى كتب الخراسانيين (أصحهما) الانعقاد كالخلع ولحصول التراضى مع جريان اللفظ وإرادة المعنى يدل عليه من حيث السنة حديث جابر فى قصة بيعه جمله للنبى ﷺ وهو حديث طويل مشهور فى الصحيحين وغيرهما ، قال فيه :

« قال لى النبى ﷺ : بعنى جملك . فقلت إن لرجل على أوقية ذهب فهو لك بها قال : قد أخذته به » هذا لفظ رواية مسلم .

قال أصحابنا : ومثال الكناية فى البيع أن يقول : خذه منى بألف ، أو تسلمه بألف ، أو أدخلته فى ملكى بألف ، أو جعلته لك أو هو لك بألف ، وما أشبهها ولو قال : أبحته لك بألف فليس بكناية بلا خلاف ، لأنه صريح فى الإباحة فلا يكون كناية فى غيره ، ولو قال : سلطتك عليه بألف ، ففى كونه كناية وجهان كقوله : أبحته لك بألف (وأصحهما) يكون ، لأنه محتمل ، وليس صريحا فى الإباحة بخلاف : أبحته . قال إمام الحرمين : وفى هذا الخلاف فى انعقاد البيع ونحوه بالكناية مع النية هو فيما إذا عدمت قرائن الأحوال ، فان توفرت وأفادت التفاهم وجب القطع بالصحة ، لكن النكاح لا يصح بالكناية ، وإن توفرت القرائن (وأما) البيع المقيد بالاشهاد فقال الغزالى فى الوسيط : الظاهر انعقاده عند توفر القرائن ، والله أعلم .

(فـرع) قال الغزالى فى الفتاوى : لو قال أحد المتبايعين : بعنى . فقال : قد باعك الله أو بارك الله فيه . أو قال فى النكاح : زوجك الله ابنتى . أو قال فى الإقالة : قد أقالك الله . أو قد رده الله عليك . فهذا كله كناية فلا يصح النكاح بكل حال ، وأما البيع والاقالة فان نواهما صحا . وإلا فلا . وإذا نواهما كان التقدير : قد أقالك الله لأنى أقلتك . والله أعلم .

(المسألة الثالثة) إذا كتب إلى غائب بالبيع ونحوه ، قال أصحابنا : هو مرتب على أن الطلاق هل يقع بالكتب مع النية ، وفيه خلاف . الأصح صحته ووقوعه (فان قلنا) لا يصح الطلاق فهذه العقود أولى أن لا تنعقد (وإن قلنا) بالصحة ففى البيع ونحوه الوجهان فى انعقاده بالكناية مع النية ، وهذان الوجهان مشهوران ، ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) عند المصنف لا يصح : (والثانى) وهو الأصح : أنه يصح البيع ونحوه

بالمكاتبة لحصول التراضى ، لا سيما وقد قدمنا أن الراجح إنعقاده بالمعاطاة . وقد صرح الغزالى فى الفتاوى والرافعى فى كتاب الطلاق بترجيح صحة البيع ونحوه بالمكاتبة : قال أصحابنا : (وإن قلنا) يصح فشرطه أن يقبل المكتوب إليه بمجرد اطلاعه على الكتاب ، هذا هو الأصح ، وفيه وجه ضعيف أنه لا يشترط القبول ، بل يكفى التواصل اللائق بين الكتابين .

أما إذا تبايع حاضران بالكتابة فقال أصحابنا : إن منعناه فى الغيبة فههنا أولى ، وإلا فوجهان ، وإذا صححنا البيع بالمكاتبة جاز القبول بالكتب وباللفظ . ذكره إمام الحرمين وغيره . قال أصحابنا : وحكم الكتب على القرطاس والرق واللوح والأرض والنقش على الحجر والخشب واحد ، ولا أثر لرسم الأحرف على الماء والهواء . قال بعض الأصحاب تفريعا على صحة البيع بالمكاتبة : لو قال : بعت دارى لفلان وهو غائب . فلما بلغه الخبر قال : قبلت انعقد البيع . لأن النطق أقوى من الكتب . والله تعالى أعلم .

(فرع) أما النكاح ففى انعقاده بالمكاتبة خلاف مرتب على البيع ونحوه ذكره إمام الحرمين والبغوى وآخرون قالوا : إن قلنا : لا يصح البيع فالنكاح أولى وإلا فوجهان (والمذهب) أنه لا يصح ، لأن الشهادة شرط فيه ، ولا اطلاع للشهود على النية ولو قالا بعد المكاتبة : نوينا ، كانت شهادة على إقرارهما لا على نفس العقد فلا يصح . ومن جوزه اعتمد الحاجة . قال أصحابنا : وحيث حكمنا بانعقاد النكاح بالمكاتبة فليكتب : زوجتك بنتى . ويحضر الكتاب عدلان ، ولا يشترط أن يحضرهما ، ولا أن يقول لهما : اشهدا ، بل لو حضرا بأنفسهما كفى فاذا بلغ الكتاب الزوج فليقبل لفظا ، ويكتب القبول ويحضر القبول شاهدا الإيجاب . فان شهده آخران فوجهان (أصحهما) لا يصح لأنه لم يحضره شاهد له (والثانى) الصحة ، لأنه حضر الإيجاب والقبول شاهدان ويحتمل تغايرهما كما

احتمل الفصل بين الإيجاب والقبول • ثم إذا قبل لفظا أو كتابة يشترط كونه على الفور • هذا هو المذهب • وفيه وجه ضعيف كما سبق فى البيع ، والله أعلم •

(فـرع) لو كتب إليه : وكلتك فى بيع كذا من مالى أو إعتاق عبدى فان قلنا : الوكالة لا تفتقر إلى القبول فهو ككتب الطلاق وإلا فكالبيع ونحوه ، والمذهب الصحة ، والله أعلم •

(فـرع) قال الغزالى فى الفتاوى : إذا صححنا البيع بالمكاتبة فكتب إليه فقبل المكتوب إليه ثبت له خيار المجلس ما دام فى مجلس القبول • قال : ويتمادى خيار الكاتب إلى أن ينقطع خيار المكتوب إليه حتى لو علم أنه رجع عن الإيجاب قبل مفارقة المكتوب إليه مجلسه صح رجوعه ، ولم ينعقد البيع • والله أعلم •

(المسألة الرابعة) لو قال الطالب : بعنى فقال : بعتك إن قال بعده : اشتريت أو قبلت انعقد البيع بلا خلاف ، وإن لم يقبل بعده بل اقتصر على قوله أولا : بعنى فطريقان ، حكاهما إمام الحرمين وآخرون (أحدهما) القطع بالصحة ، وبه قطع المصنف وجمهور العراقيين كما ذكره المصنف (والثانى) فيه وجهان ، وقيل قولان (أحدهما) الصحة (والثانى) البطلان • قال إمام الحرمين وغيره : نص الشافعى أن البيع لا ينعقد ، ونص مثله فى النكاح أنه ينعقد : فقيل قولان فيهما بالنقل والتخريج (أصحهما) الصحة فيهما (والثانى) البطلان فيهما وهو مذهب أبى حنيفة ، وقيل بالفرق على ظاهر النصين • لأن البيع قد يقع بغتة فيكون قوله : بعنى على سبيل الاستفهام بحذف الهمزة بخلاف النكاح ، فانه لا يقع فى الغالب إلا بعد طلب ومراودة ، فلا يراد به الاستفهام والمذهب الصحة فيهما والله أعلم •

ولو قال : اشتر منى ، فقال المشترى : اشتريت فطريقان (أصحهما) وبه قطع البغوى أنه كالصورة السابقة (والثانى) لا ينعقد قطعا ، أما إذا قال المشترى : أتبيعنى عبدك بكذا ؟ أو قال : بعتنى بكذا ، فقال : بعت ، لا ينعقد البيع بلا خلاف ، إلا أن يقول بعده : اشتريت ، وكذا لو قال البائع : أتشترى دارى ؟ أو اشتريت منى ؟ فقال : اشتريت لا ينعقد بلا خلاف حتى يقول بعده بعت ، والله أعلم •

(فرع) قال أصحابنا : يشترط لصحة البيع ونحوه أن لا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول ، وأن لا يتخللهما أجنبى عن العقد ، فان طال أو تخلل لم ينعقد ، سواء تفرقا من المجلس أم لا ، قال أصحابنا : ولا يضر الفصل اليسير ويضر الطويل ، وهو ما أشعر بإعراضه عن القبول ، ولو تخللت كلمة أجنبية بطل العقد ، ولو مات المشترى بعد الإيجاب وقبل القبول ووارثه حاضر فقبل (فوجهان) الصحيح لا يصح البيع ، لعدم الإيجاب والقبول من المتعاقدين (والثانى) الصحة ، وبه قال الدرامى ، لأن الوارث كالميت، ولهذا يقوم مقامه فى خيار المجلس على الصحيح المنصوص ، والله أعلم •

(فرع) إذا وجد أحد شقى العقد من أحدهما اشترط إصراره عليه حتى يوجد الشق الآخر • واشترط أيضا بقاؤهما على أهلية العقد ، فلو رجع عنه قبل وجود الشق الآخر أو مات أو جن أو أغمى عليه بطل الإيجاب، فلو قبل الآخر بعده لم يصح ، وكذا لو أذنت المرأة فى عقد نكاحها حيث يشترط إذنها ، ثم أغمى عليها قبل العقد بطل إذنها ، ولو قال المشترى : بعتك ، فمات المشترى قبل القبول بطل العقد ، فلو كان وارثه حاضرا فقبل أو جن فقبل وليه لم يصح البيع ، وهذا هو المذهب ، وبه قطع الأصحاب فى كل الطرق ، وحكى الرويانى وجها أنه يصح قبول الوارث ، وهذا شاذ باطل ، وسنوضح الفرق بينه وبين انتقال خيار الشرط وخيار المجلس إلى الوارث فى مسائل الخيار إن شاء الله تعالى •

(فـرع) قال أصحابنا : يشترط موافقة القبول الإيجاب فلو قال : بعتك بألف صحاح ، فقال : قبلت بألف قراضة أو عكسه ، أو قال : بألف حال فقبل بمؤجل أو عكسه ، أو قال : بألف مؤجل إلى شهر فقبل بمؤجل إلى شهرين أو نصف شهر ، أو قال : بعتكه بألف درهم فقبل بألف دينار أو عكسه ، أو قال بعتكه بألف ، فقال : قبلت نصفه بخمسمائة لم يصح بلا خلاف ، لأنه لا يعد قبولا ، ولو قال : بعتك هذا بألف ، فقال : قبلت نصفه بخمسمائة ونصفه بخمسمائة ، قال المتولى يصح العقد ، لأنه تصريح بمقتضى الاطلاق ، وقال الرافعى : فيه نظر وهو كما قال الرافعى ، لكن الظاهر الصحة ، وفى فتاوى القفال أنه لو قال : بعتكه بألف درهم ، فقال اشتريت بألف وخمسمائة صح البيع ، قال الرافعى : هذا غريب ، وهو كما قال ، والظاهر هنا فساد العقد لعدم الموافقة .

(فـرع) إذا قال السمسار المتوسط بينهما للبائع : بعتَ بكذا ؟ فقال : نعم أو بعتُ ، وقال للمشترى : اشتريت بكذا ؟ فقال : نعم ، أو اشتريت ، فوجهان حكاهما الرافعى (أصحهما) عند الرافعى وغيره الانعقاد لوجود الصيغة والتراضى (والثانى) لا ينعقد لعدم تخاطبهما وبهذا قطع المتولى .

(فـرع) إذا قال بعتك بألف، فقال : قبلت فقط صح البيع بلا خلاف، بخلاف النكاح ، فان الصحيح أنه يشترط أن يقول : قبلت نكاحها أو تزويجها ، والفرق الاحتياط للإبضاع .

(فـرع) لو قال : بعتك هذا بألف إن شئتَ ، فقال : شئتُ ، لم يصح البيع بلا خلاف ، وصرح به المتولى وغيره ، قالوا : لأن لفظ المشيئة ليس من ألفاظ التمليك ، وإن قال : قبلت فوجهان حكاهما المتولى وغيره (أحدهما) لا يصح ، لأن الصيغة صيغة تعليق ولا مدخل له فى المعاوضات ، فصار كقوله : بعتك إن دخلت الدار (وأصحهما) الصحة لأنه تصريح

بمقتضى الحال ، فان القبول إلى مشيئة القابل ، وبهذا فارق سائر ألفاظ التعليق ، والله تعالى أعلم .

(فـرع) إذا باع مال نفسه لولده أو مال ولده لنفسه ، فهل يفتقر إلى صيغتى الإيجاب والقبول ؟ أم يكفى أحدهما ؟ فيه وجهان مشهوران (الأصح) يفتقر فيقول بعت مال ولدى بكذا واشتريته له أو قبلته له لتنتظم صورة البيع (والثانى) يكفى أحدهما ، لأنه لما قام الوالد فى صحة العقد مقام اثنين قام لفظه مقام لفظين ، والله أعلم .

(فـرع) قال أصحابنا : يصح بيع الأخرس وشراؤه بالإشارة المفهومة وبالكتابة ، بلا خلاف للضرورة ، قال أصحابنا : ويصح بهما جميع عقوده وفسوخه ، كالطلاق والعتاق والنكاح والظهار والرجعة والإبراء والهبة وسائر العقود والفسوخ ونحوها ، بل قالوا : إشارته المفهومة كعبارة الناطق إلا فى صورتين فيهما خلاف ، وهما شهادته وإشارته بالكلام فى صلاته . والأصح أنه لا تصح شهادته ، ولا تبطل صلاته ، لأن الشهادة يحتاط لها . والصلاة لا تبطل إلا بكلام حقيقى ، وهذا مما يسأل عنه فيقال : إنسان باع وهو يصلى فيصح بيعه ولم تبطل صلاته ، وهذه صورته ، ويتصور أيضا فيمن باع فيها بالكلام ناسيا للصلاة ولم يطل ، فانه يصح بيعه ولا تبطل صلاته ، والله أعلم .

(فـرع) قال المتولى والأصحاب : تقديم المساومة على البيع ليس بشرط لصحته ، بل لو لقى رجلا فى طريقه فقال : بعتك هذا بألف ، فقال : قبلت أو اشتريت ، صح البيع بلا خلاف ، لأن اللفظ صريح فى حكمه ، فلا يتوقف على قرينة ولا سابقة .

(فـرع) قال أصحابنا : جميع ما سبق من صيغتى الإيجاب والقبول هو فيما ليس بضمنى من البيوع ، فأما البيع الضمنى فيما إذا قال : أعتق

عبدك عنى على ألف ، فلا تشترط فيه الصيغ التى قدمناها ، بل يكفى فيه الالتماس والإعتاق عنه بلا خلاف ، كما ذكره المصنف والأصحاب فى كتاب كفارة الظهار ، والله تعالى أعلم •

(فرع) قال أصحابنا :ينعقد البيع والإجارة ونحوهما من عقود المعاملات بالعجمية وسائر اللغات ، سواء أحسن العربية أم لا ، وهذا لا خلاف فيه ، وفرق المتولى والأصحاب بينه وبين النكاح على قولنا : لا ينعقد بالعجمية ، بأن فى النكاح معنى التعبد ، ولهذا اختص بلفظ التزويج والإنكاح ، فأشبه ألفاظ الأذكار فى الصلاة ، والله تعالى أعلم •

(فرع) يشترط فى صحة البيع أن يذكر الثمن فى حال العقد فيقول: بعتكه بكذا ، فان قال : بعتك هذا واقتصر على هذا فقال المخاطب : اشتريت أو قبلت ، لم يكن هذا بيعا بلا خلاف ، ولا يحصل به الملك للقابل على المذهب وبه قطع الجمهور ، وقيل : فيه وجهان (أصحهما) هذا (والثانى) يكون هبة ، وإذا قلنا بالمذهب : إنه لا يكون تمليكا فقبضه القابل كان مضمونا عليه على المذهب ، وقيل : فيه وجهان كالهبة الفاسدة ، فان فى المقبوض بها وجهين (أحدهما) أنه مضمون (وأصحهما) لا ، والصحيح هنا الضمان قطعا •

(فرع) قال المتولى : لو قال : وهبت لك هذا بألف ، أو هذا لك هبة بألف فقبل ، هل ينعقد هذا العقد ؟ هذا فيه خلاف مبنى على قاعدة ، وهى أن الاعتبار فى العقود بظواهرها ؟ أم بمعانيها ؟ وفيه وجهان (أحدهما) الاعتبار بظواهرها ، لأن هذه الصيغ موضوعة لإفادة المعانى وتفهيم المراد منها عند إطلاقها ، فلا تترك ظواهرها ، ولهذا لو استعمل لفظ الطلاق وأراد به الظهار أو عكسه تعلق باللفظ دون المنوى ، ولأن اعتبار المعنى يؤدى إلى ترك اللفظ ، ولأنا أجمعنا على أن ألفاظ اللغة لا يعدل بها عما وضعت

له فى اللغة فيطلق اللفظ لغة على ما وضع له ، فكذا ألفاظ العقود ، ولأن العقود تفسد باقتران شرط مفسد ، ففسادها بتغير مقتضاها أولى .

(والوجه الثانى) أن الاعتبار بمعانيها لأن الأصل فى الأمر الوجوب ، فإذا تعذر حمله عليه حملناه على الاستحباب ، وأصل النهى التحريم ، فاذا تعذر حمله عليه حملناه على كراهة التنزيه ، وكذا هنا إذا تعذر حمل اللفظ على مقتضاه يحمل على معناه ، ولأن لفظ العقد إذا أمكن حمله على وجه صحيح لا يجوز تعطيله ، ولهذا لو باعه بعشرة دراهم وفى البلد نقود ، أحدها غالب ، حملناه على الغالب ، طلبا للصحة ، قال المتولى : ويتفرع على هذه القاعدة مسائل :

(منها) المسألة الأولى ، وهى إذا قال : وهبته لك بألف ، فان اعتبرنا المعنى انعقد بيعا ، وإن اعتبرنا اللفظ فسد العقد ، فاذا حصل المال فى يده كان مقبوضا بحكم عقد فاسد .

(ومنها) لو قال : بعتكه ولم يذكر ثمنا ، فان اعتبرنا المعنى انعقد هبة وإلا فبيع فاسد .

(ومنها) لو قال : أسلمت هذا الدينار أو دينارا فى هذا الثوب فان اعتبرنا المعنى انعقد بيع عين وإلا فهو سلم فاسد ، والله أعلم .

(فرع) إذا كان العقد بين بائع ووكيل المشترى فليقل البائع له : بعتك ويقول الوكيل : اشتريت ، وينوى موكله فيقع العقد للموكل ، وإن لم يسمه . فلو قال البائع : بعت موكلك فلانا ، فقال الوكيل : اشتريت له ، لم يصح العقد على المذهب وبه قطع الجمهور ، وفيه وجه ضعيف أنه يقع العقد للوكيل ، والصواب الأول ، لأنه لم يجر بينهما تعاقد قال أصحابنا : وهذا بخلاف النكاح فإن الولى يقول لوكيل الزوج : زوجت

بنتى فلانا يعنى الزوج ويقول الوكيل : قبلت نكاحها له ، فلو لم يقل له ففيه الخلاف المشهور فيما إذا قال الزوج : قبلت ولم يقل : نكاحها (الأصح) لا يصح ، فلو قال الولى للوكيل : زوجتك بنتى لك • فقال : قبلت نكاحها لفلان ، لم ينعقد ، وإن قال : قبلت نكاحها ، وقع العقد للوكيل : ولم ينصرف إلى الموكل ، ولو جرى النكاح بين وكيلين ، فقال وكيل الولى : زوجت فلانة فلانا ، فقال وكيل الزوج : قبلت نكاحها لفلان صح •

وفرق الأصحاب بين البيع والنكاح بوجهين (أحدهما) أن الزوجين كالثمن والمثمن ولابد من تسميتهما (والثانى) أن البيع يرد على المال ، وهو قابل للنقل من شخص إلى شخص ، والنكاح يرد على البضع ، وهو لا يقبل النقل ، ولهذا لو قبل النكاح لزيد بوكالته فأنكرها زيد ، لم يصح العقد له ، ولو اشترى لزيد بوكالة فأنكرها ، صح الشراء للوكيل قال صاحب البيان فى باب الوكالة : ولو وكله أن يزوج بنته زيدا فزوجها وكيل زيد لزيد صح ولو وكله فى بيع عبده لزيد فباعه وكيل زيد لزيد لم يصح ، والفرق بينهما أن النكاح لا يقبل الملك ، والبيع يقبله ، ولهذا يقول وكيل النكاح للولى : زوج موكلى ، ولا يقول : زوجنى لموكلى ، ويقول فى البيع : بعنى لموكلى ، ولا يقول : بع موكلى ، والله أعلم •

قال أصحابنا : وفى الهبة يشترط فى قبول وكيل المتهب أن يسمى موكله فى القبول فيقول : قبلت لفلان أو لموكلى فلان ، فان لم يسمه وقع للمخاطب لجريان العقد معه ، ولا ينصرف إلى الموكل بالنية ، لأن الواهب قد يقصد بتبرعه المخاطب • وليس كل أحد يسمح عليه بالتبرع بخلاف البيع ، فان مقصوده حصول العوض والله أعلم •

(فرع) قال أصحابنا : فى بيع الهازل وشرائه وجهان (أصحهما) ينعقد كالطلاق وغيره (والثانى) لا ، لأن الطلاق يقبل الإعذار قال القاضى

حسين : وهما مبنيان على مسألة السر والعلانية فى الصداق . وهى إذا تواطآ فى السر على أن المهر ألف ، ثم عقداه فى العلانية بألفين فقولان ، هل المهر مهر السر أو العلانية ؟ (فإن قلنا :) بالسر لم ينعقد بيع الهازل ، لأنه لم يقصد بيعا وإلا فينعقد عملا باللفظ ، ولا مبالاة بالقصد . والله أعلم .

هكذا ذكر الجمهور الخلاف فى بيع الهازل وجهين وقال الجرجانى : هما قولان قال وقيل : وجهان والله سبحانه وتعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

وإذا انعقد البيع ثبت لكل واحد من المتبايعين الخيار بين الفسخ والإمضاء إلى أن يتفرقا أو يتخايرا لما روى ابن عمر رضى الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما للآخر اختر » والتفرق ان يتفرقا بأبدانهما بحيث إذا كلمه على العادة لم يسمع كلامه لما روى نافع « أن ابن عمر رضى الله عنهما كان إذا اشترى شيئا مشى أذرعا ليجب البيع ثم يرجع » ولأن التفرق فى الشرع مطلق ، فوجب أن يحمل على التفرق المعهود ، وذلك يحصل بما ذكرناه وإن لم يتفرقا ولكن جعل بينهما حاجز من ستر او غيره لم يسقط الخيار لأن ذلك لا يسمى تفرقا . واما التخاير فهو أن يقول أحدهما للآخر : اختر إمضاء البيع أو فسخه ، فيقول الآخر : اخترت إمضاءه أو فسخه فينقطع الخيار لقوله عليه السلام : « أو يقول احدهما للآخر اختر » فإن خبر احدهما صاحبه فسكت لم ينقطع خيار المسئول وهل ينقطع خيار السائل؟ فيه وجهان (أحدهما) لا ينقطع خياره كما لو قال لزوجته : اختارى فسكتت فإن خيار الزوج فى طلاقها لا يسقط (والثانى) أنه ينقطع لقوله عليه السلام : « أو يقول أحدهما للآخر اختر » فدل على أنه إذا قال يسقط خياره ويخالف تخيير المراة فان المراة لم تكن مالكة للخيار ، وإذا خيرها فقد ملكها ما لم تكن تملكه فاذا سكتت بقى على حقه ، وههنا المشترى يملك الفسخ فلا يفيد تخييره إسقاط حقه من الخيار .

فإن أكرها على التفرق ففيه وجهان (احدهما) يبطل الخيار لأنه كان يمكنه ان يفسخ بالتخاير ، فاذا لم يفعل فقد رضى بإسقاط الخيار (والثانى) أنه

لا يبطل لأنه لم يوجد منه أكثر من السكوت ، والسكوت لا يسقط الخيار[1] . فإن باعه على أن لا خيار له ففيه وجهان (من) أصحابنا من قال : يصح ، لأن الخيار جعل رفقا بهما ، فجاز لهما تركه ، ولأن الخيار غرر فجاز إسقاطه، وقال أبو إسحق : لا يصح وهو الصحيح لأنه خيار يثبت بعد تمام البيع فلم يجز إسقاطه قبل تمامه كخيار الشفيع (فإن قلنا) بهذا فهل يبطل العقد بهذا الشرط ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يبطل ، لأن هذا الشرط لا يؤدى إلى الجهل بالعوض والمعوض (والثانى) يبطل لأنه يسقط موجب العقد فأبطله ، كما لو شرط أن لا يسلم المبيع) .

(الشرح) حديث ابن عمر رواه البخارى ومسلم بلفظه ، وأما الأثر المذكور عن ابن عمر أنه كان يمشى أذرعا فهو فى الصحيحين بغير هذا اللفظ ، لفظ البخارى : « فارق صاحبه » ولفظ مسلم : « قام فمشى هنيهة ثم رجع » ولفظ الترمذى قال نافع : « فكان ابن عمر إذا ابتاع بيعا وهو قاعد قام ليجب له البيع » وقوله : « أو يقول » هكذا هو فى الصحيحين وفى المهذب أو يقول وهو منصوب اللام وأو هنا ناصبة بتقدير إلا أن يقول أو إلى أن يقول ، ولو كان معطوفا على « ما » لكان مجزوما ، ولقال أو ليقل (وقوله) ليجب البيع معناه ليلزم (قوله) وههنا المشترى يملك الفسخ ، كان الأجود للقابل بدل المشترى ، لأن القابل قد يكون البائع ، وقد يكون المشترى (وقوله) لأنه خيار ثبت بعد تمام البيع ، قال القلعى : قيل : هو احتراز عن خيار القبول فى البيع ، قال : والظاهر أنه لا احتراز فيه ، وإنما ذكره لبيان معنى العلة .

(أما الأحكام) فقال أصحابنا : الخيار ضربان : خيار نقص وهو ما يتعلق بفوات شىء مظنون الحصول وخيار شهوة وهو ما لا يتعلق بفوات شىء . فالأول له باب مستقل ، وهو الذى سماه المصنف بعد هذا (باب بيع المصراة والرد بالعيب) وأما الثانى فله سببان المجلس والشرط ، فيقال :

---

(١) فى نسخة الركبى هنا (فصل) فان باعه .

خيار المجلس وخيار الشرط ، وإذا صححنا بيع الغائب أثبتنا فيه خيار الرؤية ، فتصير الأسباب ثلاثة ، ثم فى الفصل مسائل :

(إحداها) فيما ثبت فيه خيار المجلس من العقود ، وقد جمعها أصحابنا هنا ، وأعادوها فى أبوابها مفرقة ، واقتصر المصنف على ذكرها فى أبوابها مفرقة ، والمختار طريقة الجمهور فسلكها ، قال أصحابنا : العقود ضربان :

(أحدهما) العقود الجائزة إما من الطرفين كالشركة والوكالة والوديعة والعارية والدين والقراض والجعالة ، وإما من أحدهما كالضمان والرهن والكتابة ، فلا خيار فيها كلها ، لأنه متمكن من الفسخ متى شاء ، وفى وجه ضعيف يثبت الخيار فى الكتابة والضمان وهو ضعيف ، ومن حكاه فى خيار المجلس وخيار الشرط الدارمى وهو شاذ . قال أصحابنا : وقد يتطرق الفسخ بسبب آخر إلى الرهن إن كان مشروطا فى بيع وأقبضه قبل التفرق ، فيمكن فسخ الرهن بأن يفسخ البيع فيفسخ الرهن تبعا .

(الضرب الثانى) العقود اللازمة ، وهى نوعان ، واردة على العين ، وواردة على المنفعة والأول كالبيع والصرف وبيع الطعام بالطعام والسلم والتولية والتشريك وصلح المعاوضة فيثبت فيها كلها خيار المجلس ، ويستثنى منها صور (إحداها) إذا باع ماله لولده ، أو مال ولده لنفسه ، ففى ثبوت خيار المجلس وجهان (أصحهما) ثبوته فعلى هذا يثبت خيار للولد وخيار للأب ، ويكون الأب نائب الولد ، فان ألزم البيع لنفسه وللولد لزم ، وإن ألزم لنفسه بقى الخيار للولد ، فاذا فارق المجلس لزم العقد على الأصح من الوجهين (والثانى) لا يلزم إلا بالإلزام لأنه لا يفارق نفسه ، وإن فارق المجلس ، وذكر الماوردى أن الوجه الأول قول أبى إسحق المروزى ، قال : والثانى قول جمهور أصحابنا . قال : فعلى الثانى لا ينقطع الخيار إلا بأن يختار الأب لنفسه وللولد ، فان لم يختر ثبت الخيار للولد

إذا بلغ والمذهب الأول . قال البغوى : ولو كان العقد بينه وبين ولده صرفا ففارق المجلس قبل القبض ، بطل العقد على الوجه الأول ، ولا يبطل على الثانى إلا بالتخاير .

(الثانية) لو اشترى من يعتق عليه كولده ووالده ، قال جمهور الأصحاب : يبنى خيار المجلس على أقوال الملك فى زمن الخيار (فان قلنا) هو للبائع فلهما الخيار ، ولا يحكم بالعتق حتى يمضى زمن الخيار (وإن قلنا) موقوف فلهما الخيار ، فاذا أمضيا العقد تبينا أنه عتق بالشراء . فإن قلنا : الملك للمشترى فلا خيار له ، ويثبت للبائع ، وفى عتقه وجهان (أصحهما) لا يعتق حتى يمضى زمن الخيار ، ثم حكم بعتقه من يوم الشراء (والثانى) يحكم بعتقه حين الشرى ، وعلى هذا هل ينقطع خيار البائع ؟ فيه وجهان كالوجهين فيما إذا أعتق المشترى العبد الأجنبى فى زمن الخيار ــ وقلنا : الملك له . قال البغوى : ويحتمل أن يحكم بثبوت الخيار للمشترى أيضا ، تفريعا على أن الملك له ، وأن لا يعتق العبد فى الحال لأنه لم يوجد منه الرضا إلا بأصل العقد ، هذه طريقة الجمهور ، وهى المذهب .

وقال إمام الحرمين : المذهب أنه لا خيار ، وقال الأودنى : يثبت وتابع الغزالى إمامه على ما اختاره ، قال الرافعى : واختيارهما شاذ ، والصحيح ما سبق عن الأصحاب وحكى القاضى حسين فى بيع الأعطية عن الأودنى أنه يثبت الخيار ، قال : وعليه حمل قوله ﷺ فى الحديث الصحيح : « لن يجزى ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه » قال : وصورته إذا كان الخيار للمشترى ، وقلنا : الملك للبائع وأعتقه صح ، قال : ولو قلنا : الملك للمشترى صح العقد ولم يتصور إعتاقه ، لأنه صار بمجرد الشراء حرا .

(الثالثة) الصحيح المنصوص أن شراء العبد نفسه من سيده جائز ، وفيه قول ضعيف أو وجه أنه لا يصح ، وقد ذكر المصنف المسألة فى أول

كتاب الإقرار ، وذكر فيها طريقين ، المذهب والمنصوص صحته (والثانى) على قولين ، فاذا قلنا بالصحة ففى ثبوت خيار المجلس وجهان حكاهما أبو الحسن العبادى والقاضى حسين ، ومالا إلى ترجيح ثبوته ، وقطع الغزالى والمتولى بترجيح ثبوته ، وهو الأصح ، لأن مقصوده العتق فأشبه الكتابة .

(الرابعة) فى ثبوت الخيار فى شرى الجمد فى شدة الحر وجهان حكاهما المتولى والريانى وآخرون ، لأنه يتلف بمضى الزمان (والأصح) ثبوته .

(الخامسة) إن صححنا بيع الغائب ولم يثبت خيار المجلس مع خيار الرؤية ، فهذا المبيع من صور الاستثناء .

(السادسة) إن باع بشرط نفى خيار المجلس فثلاثة أوجه ، سنذكرها مبسوطة قريبا إن شاء الله تعالى (أحدها) يصح البيع والشرط ، فعلى هذا تكون هذه الصورة مستثناة ، هذا حكم البيع بأنواعه والله أعلم .

ولا يثبت خيار المجلس فى صلح الحطيطة ، ولا فى الابراء ، ولا فى الإقالة (إن قلنا) إنها فسخ (وإن قلنا) هى بيع ففيها الخيار ولا يثبت فى الحوالة إن قلنا : إنها ليست معاوضة (وإن قلنا) معاوضة لم يثبت أيضا على أصح الوجهين ، لأنها ليست على قاعدة المعاوضات ، ولا يثبت فى الشفعة للمشترى ، وفى ثبوته للشفيع وجهان مشهوران (أصحهما) لا يثبت ، وممن صححه المصنف فى التنبيه ، والفارقى والرافعى فى المحرر . وقطع به البغوى فى كتابيه التهذيب وشرح مختصر المزنى ، وهو الراجح فى الدليل أيضا ، فان أثبتناه فقيل : معناه أنه بالخيار بين الأخذ والترك ما دام فى المجلس مع تفريعنا على قولنا : الشفعة على الفور (قال) إمام الحرمين : هذا الوجه غلط ، بل الصحيح أنه على الفور ، ثم له الخيار فى

نقض الملك ورده ما دام فى المجلس ، وهذا هو الصواب ، وهى حقيقة خيار المجلس .

(وأما) من اختار عين ماله لإفلاس المشترى فلا خيار له ، وفيه وجه أنه يثبت له الخيار ما دام فى المجلس ، والصحيح الأول ، ولا خيار فى الوقف والعتق والتدبير والطلاق والرجعة وفسخ النكاح وغيره والوصية ، ولا فى الهبة إن لم يكن ثواب ، فان كان ثواب ، فان كان ثواب مشروط أو قلنا نقيصته الإطلاق فلا خيار أيضا على أصح الوجهين لأنها لا تسمى بيعا . والحديث ورد فى المتبايعين (قال) المتولى وغيره : موضع الوجهين من الهبة بعد القبض ، أما قبله فلا خيار قطعا (وأما) إذا رجع البائع فى المبيع لفلس المشترى فالأصح أنه لا خيار له ، وحكى الدارمى فيه قولين عن حكاية ابن القطان ، ويثبت الخيار فى القسمة إن كان فيها رد ، وإلا فان جرت بالإجبار فلا رد ، وإن جرت بالتراضى (فان قلنا) إنها إقرار فلا خيار (وإن قلنا) بيع فلا خيار أيضا على أصح الوجهين ، هكذا ذكرهما الأصحاب (وقال) المتولى : إن كانت قسمة إجبار وقلنا : هى بيع فلا خيار للمجبر وفى الطالب وجهان كالشفيع .

(النوع الثانى) العقد الوارد على المنفعة ، فمنه النكاح ولا خيار فيه بلا خلاف ، ولا خيار فى الصداق على أصح الوجهين ، فان أثبتناه ففسخت وجب مهر المثل ، وعلى هذين الوجهين يكون ثبوت خيار المجلس فى عوض الخلع ، والأصح أيضا أنه لا يثبت فيه ، ولا تندفع الفرقة بحال ، ومنه الإجارة ، وفى ثبوت خيار المجلس فيها وجهان (أصحهما) عند المصنف وشيخه أبى القاسم الكرخى ــ بالخاء ــ يثبت وبه قال الإصطخرى وابن القاص (وأصحهما) عند إمام الحرمين والبغوى والجمهور لا يثبت ، وبه قال أبو على بن خيران وأبو إسحق المروزى .

قال القفال وطائفة : الخلاف فى إجارة العين (أما) الإجارة على الذمة فيثبت فيها قطعا كالسلم ، فان أثبتنا الخيار فى إجارة العين ففى ابتداء

مدتها وجهان (أحدهما) من وقت انقضاء الخيار بالتفرق ، فعلى هذا لو أراد المؤجر أن يؤجره لغيره فى مدة الخيار (قال) الإمام : لم يجوزه أحد فيما أظن ، وإن كان محتملا فى القياس (وأصحهما) أنه يحسب من وقت العقد . فعلى هذا فعلى من تحسب مدة الخيار ؟ إن كان قبل تسليم العين إلى المستأجر فهى محسوبة على المؤجر ، وإن كان بعده (فوجهان) بناء على أن المبيع إذا هلك فى يد المشترى فى زمن الخيار على ضمان من يكون ؟ فيه وجهان (الأصح) من ضمان المشترى فعلى هذا تحسب على المستأجر ، وعليه تمام الأجرة (والثانى) من ضمان البائع ، فعلى هذا تحسب على المؤجر ، ويحط من الأجرة قدر ما يقابل تلك المدة .

(وأما) المساقاة ففى ثبوت خيار المجلس فيها طريقان ، أصحهما فيه الخلاف السابق فى الإجارة (والثانى) القطع بالمنع لعظم الغرر فيها ، فلا يضم إليه غرر الخيار (وأما المسابقة) فكالاجارة إن قلنا : إنها لازمة ، وكالعقود الجائزة إن قلنا : إنها جائزة ، والله تعالى أعلم .

(المسألة الثانية) لو تبايعا بشرط نفى خيار المجلس ، ففيه ثلاثة أوجه ، ذكرها المصنف بأدلتها وهى مشهورة ، وذكرها القاضى حسين أقوالا (أصحها) أن البيع باطل ، وهو المنصوص فى البويطى والقديم (والثانى) أنه صحيح ولا خيار (والثالث) صحيح والخيار ثابت ، ولو شرطا نفى خيار الرؤية على قولنا يصح بيع الغائب ، فالمذهب القطع ببطلان البيع ، وبه قطع الأكثرون ، وطرد الإمام والغزالى فيه الخلاف ، وهذا الخلاف يشبه الخلاف فى شرط البراءة من العيوب ، ويتفرع على نفى خيار المجلس ما إذا قال لعبده : إن بعتك فأنت حر ، ثم باعه بشرط نفى الخيار (فان قلنا) البيع باطل أو صحيح ولا خيار لم يعتق (وإن قلنا) صحيح والخيار ثابت عتق ، لأن عتق البائع فى مدة الخيار نافذ والله أعلم .

(المسألة الثالثة) فيما ينقطع به خيار المجلس ، قال أصحابنا : كل عقد ثبت فيه هذا الخيار حصل انقطاع الخيار فيه بالتخاير ، ويحصل أيضا

بالتفرق بأبدانهما عن مجلس العقد (أما) التخاير فهو أن يقولا : تخايرنا أو اخترنا إمضاء العقد ، أو أمضيناه أو أجزناه أو ألزمناه وما أشبهها ، ولو قال أحدهما : اخترت إمضاءه انقطع خياره ، وبقى خيار الآخر ، كما إذا أسقط أحدهما خيار الشرط ، وفيه وجه شاذ أنه لا يبقى للآخر خيار أيضا ، لأن هذا الخيار لا يتبعض ثبوته ، ولا يتبعض سقوطه ، حكاه المتولى وغيره وهو فاسد ، وفيه وجه ثالث حكاه القاضى حسين وإمام الحرمين أنه لا يبطل خيار القائل ولا صاحبه لأن شأن الخيار أن يثبت بهما أو يسقط فى حقهما ، ولا يمكن حق الساكت فينبغى أن لا يسقط حق القائل أيضا وهذا الوجه شاذ فاسد ، فحصل ثلاثة أوجه (الصحيح) سقوط خيار القائل فقط (والثانى) يسقط خيارهما (والثالث) يبقى خيارهما .

(أما) إذا قال أحدهما للآخر : اختر أو خيرتك ، فقال الآخر : اخترت فانه ينقطع خيارهما بلا خلاف ، لما ذكره المصنف ، وإن سكت الآخر لم ينقطع خيار الساكت بلا خلاف لما ذكره المصنف وفى خيار القائل وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أحدهما) لا يسقط خياره قال الرويانى : هو قول القفال (وأصحهما) باتفاق الأصحاب : يسقط ، وممن صرح بتصحيحه صاحب الشامل والبغوى والمتولى والرويانى والرافعى وآخرون .

قال أصحابنا : ولو اختار واحد وفسخ الآخر حكم بالفسخ ، لأنه مقصود الخيار ، ولو قالا : أبطلنا الخيار ، أو قالا : أفسدنا (فوجهان) حكاهما إمام الحرمين عن حكاية والده أبى محمد (أحدهما) لا يبطل الخيار ، لأن الإبطال يشعر بمناقضة الصحة ومنافاة الشرع ، وليس كالإجارة ، فانها تصرف فى الخيار (والثانى) يبطل الخيار ، وهو الأصح (قال) الإمام : الوجه الأول ضعيف جدا ، ولكن رمز إليه شيخى ، وذكره الصيدلانى (أما) إذا تقابضا فى المجلس وتبايعا العوضين بيعا

ثانيا ، فيصح البيع الثانى أيضـــا على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، لانه رضاء بلزوم الأول ، وقيل : فيه خلاف مبنى على أن الخيار هل يمنع انتقال الملك إلى المشترى أم لا ؟ (فان قلنا) يمنع لم يصح ، وإلا فسخ والصواب الأول ، ولو تقابضا فى الصرف ثم أجازا فى المجلس لزم العقد ، فان اختاراه قبل التقابض فوجهان (أحدهما) تلغو الإجازة فيبقى الخيار (وأصحهما) يلزم العقد ، وعليهما التقابض ، فان تفرقا قبل التقـابض انفسخ العقد ولا يأثمان إن تفرقا عن تراض ، وإن انفرد أحدهما بالمفارقة أثم هو وحده ، وفيه وجه ثالث أنه يبطل العقد بالتخاير قبل القبض ، لأن التخاير كالتفرق ، ولو تفرقا قبل القبض فى الصرف بطل العقد ، وسنوضح المسألة إن شاء الله تعـالى مبســوطة فى باب الربا حيث ذكرها المصنف والله أعلم .

وأما التفرق فهو أن يتفرقا بأبدانهما ، فلو أقاما فى ذلك المجلس مدة متطاولة كسنة أو أكثر ، أو قاما أو تماشيا مراحل ، فهما على خيارهما ، هذا هو الصحيح وبه قطع الجمهور ، وفيه وجه ضعيف حكاه القـاضى حسين وإمام الحرمين والغزالى وآخرون من الخراسانيين أنه لا يزيد على ثلاثة أيام ، لئلا يزيد على خيار الشرط ، وفيه وجه ثالث أنهما لو شرعا فى أمر آخر وأعرضا عما يتعلق بالعقد فطال الفصل انقطع الخيـار ، حكاه الرافعى ، والمذهب الأول ، قال أصحابنا : والرجوع فى التفرق إلى العادة ، فما عده الناس تفرقا فهو تفرق ملتزم للعقد ، ومالا فلا ، قال أصحابنا : فاذا كانا فى دار صغيرة فالتفرق أن يخرج أحدهما منها أو يصعد السطح ، وكذا لو كانا فى مسجد صغير أو سفينة صغيرة فان كانت الدار كبيرة حصل التفرق بأن يخرج أحدهما من البيت إلى الصحن أو من الصحن إلى بيت أو صفة .

وإن كانا فى سوق أو صحراء أو ســاحة أو بيعة فاذا ولى أحدهما ظهره ومشى قليلا حصل التفرق على الصحيح من الوجهين (والثانى) قاله

الإصطخرى بشرط أن يبعد عن صاحبه ، بحيث لو كلمه على العادة من غير رفع الصوت لم يسمع كلامه ، وبهذا قطع المصنف وشيخه القاضى أبو الطيب فى تعليقه ، وصححه أبو الطيب فى المجرد ، والمذهب الأول ، وبه قطع الجمهور ونقله المتولى والرويانى عن جميع الأصحاب سوى الإصطخرى • واحتجوا له بما رواه المصنف عن ابن عمر وهو صحيح كما سبق ، ودلالته للجمهور ظاهرة وحكى القاضى أبو الطيب والريانى وجها أنه يكفى أن يوليه ظهره ، ونقله الرويانى عن ظاهر النص لكنه مؤول ، والمذهب الأول والله أعلم •

قال أصحابنا : فلو لم يتفرقا ولكن جعل بينهما حائل من ستر أو نحوه ، أو شق بينهما نهر لم يحصل التفرق بلا خلاف ، وإن بنى بينهما جدار فوجهان حكاهما القاضى حسين والبغوى والرافعى وآخرون (أصحهما) لا يحصل التفرق كما لو جعل بينهما ستر ، ولأنهما لم يتفرقا . وممن صححه البغوى والرافعى وظاهر كلام المصنف القطع به ، لأنه قال . لو جعل بينهما حاجز من ستر وغيره لم يسقط الخيار (والثانى) يسقط . وبه قطع المتولى . وادعى أنه يسمى تفرقا ، وليس كما قال (وقال) الرويانى إن جعل بينهما حائط أو غيره لم يحصل التفرق ، لأنهما لم يفترقا ، ولأنهما لو غمضا أعينهما لم يحصل التفرق ، وقال والدى : إن جعل الحائط بينهما بأمرهما فوجهان (الصحيح) لا يحصل التفرق قال : وقيل إن أرخى ستر لم يحصل ، وإن بنى حائط حصل ، وليس بشىء ، قال أصحابنا وصحن الدار والبيت الواحد إذا تفاحش اتساعهما كالصحراء فيحصل التفرق فيه بما ذكرناه ، والله أعلم •

(فرع) لو تناديا وهما متباعدان وتبايعا صح البيع بلا خلاف (وأما) الخيار فقال إمام الحرمين : يحتمل أن يقال : لا خيار لهما لأن التفرق الطارىء يقطع الخيار فالمقارن يمنع ثبوته قال : ويحتمل أن يقال : يثبت ما داما فى موضعهما فإذا فارق أحدهما موضعه بطل خياره وهل

يبطل خيار الآخر ؟ أم يدوم إلى أن يفارق مكانه ؟ فيه احتمالان للإمام ، وقطع المتولى بأن الخيار يثبت لهما ما داما فى موضعهما فإذا فارق أحدهما موضعه ووصل إلى موضع لو كان صاحبه معه فى الموضع عد تفرقا حصل التفرق وسقط الخيار ، هذا كلامه ، والأصح فى الجملة ثبوت الخيار وأنه يحصل التفرق بمفارقة أحدهما موضعه وينقطع بذلك خيارهما جميعا ، وسواء فى صورة المسألة كانا متباعدين فى صحراء أو ساحة أو كانا فى بيتين من دار ، أو فى صحن وصفة ، صرح به المتولى ، والله أعلم .

(فرع) إذا أكره أحد العاقدين على مفارقة المجلس فحمل مكرها حتى أخرج منه ، أو أكره حتى خرج بنفسه ، فان منع من الفسخ بأن سد فمه لم ينقطع خياره على المذهب . وبه قطع الشيخ أبو حامد وجمهور الأصحاب ، وهو مقتضى كلام الأصحاب وقيل : فى انقطاعه وجهان ، قاله القفال : وحكاه جماعات من الخراسانيين وصاحب البيان . قالوا : وهما مبنيان على الخلاف الذى سنذكره إن شاء الله تعالى فى انقطاع الخيار بالموت ، قالوا : وهنا أولى ببقائه لأن إبطال حقه قهرا بعيد أما إذا لم يمنع من الفسخ فطريقان (أحدهما) ينقطع وجها واحدا قاله القفال . وحكاه جماعات (والثانى) هو الصحيح وبه قطع المصنف والجمهور : فيه وجهان ، ذكر المصنف بدليلهما (أحدهما) ينقطع ، قاله أبو اسحق المروزى (والثانى) لا ينقطع ، وهو الصحيح باتفاقهم ، وهو قول جمهور أصحابنا المتقدمين وغيرهم ، وهو داخل فى القاعدة السابقة قريبا أن الإكراه يسقط أثر ذلك المشى ويكون كأنه لم يوجد . فالحاصل أن المذهب أنه لا ينقطع الخيار سواء منع من الفسخ أم لا .

قال أصحابنا : (فان قلنا :) ينقطع خياره انقطع أيضا خيار الماكث فى المجلس ، لحصول التفرق ، وإلا فله التصرف فيه بالفسخ والاجازة إذا تمكن ، وهل خياره بعد التمكن على الفور ؟ أم يمتد امتداد مجلس التمكن ؟ فيه وجهان كالوجهين اللذين سنذكرهما إن شاء الله تعالى ، فيه

إذا مات ، وقلنا : يثبت الخيار لوارثه (فان قلنا :) لا يقيد بالفور ، وكان مستقرا حين زايلة الإكراه فى مجلس ، امتد الخيار امتداد ذلك المجلس ، وإن كان مارا فاذا فارق فى مروره مكان التمكن ــ انقطع خياره ، وليس عليه الرجوع إلى مجلس العقد ليجتمع هو والعاقد الآخر ، إن طال الزمان ، لأن المجلس قد انقطع حسا فلا معنى للعود إليه ، هكذا نقله الإمام وجزم به قال : فان قصر الزمان ففى تكليفه الرجوع احتمال والله أعلم •

وإذا قلنا : لا يبطل خيار المكره على المفارقة لم يبطل خيار الماكث أيضا إن منع الخروج معه ، فان لم يمنع فوجهان (أصحهما) يبطل ، هكذا ذكر الأصحاب المسألة ، ولم يفرقوا بين من حمل مكرها أو أكره على التفرق ، وقال المتولى والبغوى وطائفه : هذا التفصيل فيما إذا حمل مكرها ، فان أكره حتى تفرقا بأنفسهما ففى انقطاع الخيار قولان كحنث الناسى ، والله أعلم •

(فرع) لو هرب أحد العاقدين ولم يتبعه الآخر ، فقد أطلق الأكثرون أنه ينقطع خيارهما ، ممن أطلق ذلك وجزم به الفورانى والمتولى وصاحبا العدة والبيان وغيرهم ، وقال البغوى والرافعى : إن لم يتبعه الآخر مع التمكن بطل خيارهما ، وإن لم يتمكن بطل خيار الهارب دون الآخر ، والصحيح ما قدمناه عن الأكثرين ، لأنه متمكن من الفسخ بالقول ، ولأنه فارقه باختياره فأشبه إذا مشى على العادة ، بخلاف ما قدمناه فى المكره ، فانه لا فعل له بسبب الإكراه ، فكأنه لم يفارق ، والله تعالى أعلم • فلو هرب وتبعه الآخر ، قال المتولى : يدوم الخيار ما داما متقاربين، فان تباعدا بحيث يعد فرقة بطل اختيارهما ، والله أعلم •

(فرع) قال أصحابنا : لو جاء المتعاقدان معا فقال أحدهما : تفرقنا بعد العقد فنلزمه ، وقال الثانى : لم نتفرق ، وأراد الفسخ ، فالقول قول الثانى مع يمينه ، لأن الأصل عدم التفرق ولو اتفقا على التفرق وقال أحدهما : فسخت قبله وأنكر الآخر (فوجهان) الصحيح أن القول قول

المنكر عملا بالأصل ، وبه قطع القاضى حسين وصححه الرويانى والباقون (والثانى) قول مدعى الفسخ لأنه أعلم بتصرفه ، قال المتولى والرويانى : وهذا محكى عن صاحب التقريب •

ولو اتفقا على عدم التفرق وادعى أحدهما الفسخ وأنكر الآخر ، فدعواه الفسخ فسخ ، ولو أراد الفسخ فقال الآخر : أنت أجزت [1] قبل هذا فأنكر الإجازة فالقول قول المنكر ، لأن الأصل عدمها والله أعلم • ولو قال أحدهما : فسخت قبل التفرق وقال الآخر : بعده ، قال الدارمى : قال ابن القطان : فيه خلاف مبنى على الخلاف فيما إذا قال : راجعتك ، فقالت : بعد العدة ، قال : وحاصله أربعة أوجه (أحدها) يصدق البائع (والثانى) المشترى (والثالث) السابق بالدعوى (والرابع) يقبل قول من يدعى الفسخ فى الوقت الذى فسخ فيه ، وقول الآخر فى وقت التفرق ، والله أعلم •

(فرع) لو مات من له الخيار أو من لو أغمى عليه فى المجلس ، لم يبطل خياره بل ينتقل إلى وارثه والناظر فى أمره ، هذا هو المذهب ، وفيه خلاف ذكره المصنف بعد خيار الشرط ، وسنوضحه بفروعه إن شاء الله تعالى • وإن خرس ، قال أصحابنا : إن كانت له إشارة مفهومة أو كتابة فهو على خياره ، وإلا نصب الحاكم نائبا عنه يعمل ما فيه حظه من الفسخ والإجازة ، والله أعلم •

(أما) إذا ناما فى المجلس فلا ينقطع خيارهما بلا خلاف ، صرح به المتولى وغيره لأن النوم لا يسمى تفرقا ، والله أعلم •

(فرع) يثبت خيار المجلس للوكيل دون الموكل باتفاق الأصحاب ، لأنه متعلق بالعاقد ، فلو مات الوكيل ، هل ينتقل الخيار إلى الموكل ؟ قال المتولى : فيه الخلاف الذى سنوضحه فى المكاتب إن شاء الله تعالى إذا مات

---

(١) فى ش و ق والأولى من الوحيدة (اخترت) . (ط)

هل ينتقل خياره إلى سيده ؟ (الأصح) الانتقال ، قال : ووجه الشبه أن الملك حصل بعقد الوكيل للموكل ، لا بطريق الإرث ، كما أنه حصل للسيد بحكم العقد لا بطريق الإرث هذا كلام المتولى ، وهو الأصح ، وفيه خلاف آخر سنذكره هناك إن شاء الله تعالى .

(فـرع) قال القاضى حسين فى تعليقه : لو باع الكافر عبده المسلم يثبت له خيار المجلس والشرط ، فلو فسخ البيع فى مدة الخيار صح فسخه وأجبرناه على بيعه ثانيا ، ويثبت له الخيار والفسخ وهكذا أبدا .

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى خيار المجلس .

مذهبنا ثبوته للمتعاقدين ، وبه قال جمهور العلمـاء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم ، حكاه ابن المنذر عن ابن عمر وأبى برزة الأسلمى الصحابى ، وسعيد بن المسيب وطاوس وعطاء وشريح والحسن البصرى والشعبى والزهرى والأوزاعى وأحمد وإسحق وأبى ثور وأبى عبيد ، وبه قال سفيان بن عيينة وابن المبارك وعلى بن المدينى وسائر المحدثين ، وحكاه القاضى أبو الطيب عن على بن أبى طالب وابن عباس وأبى هريرة وابن أبى ذؤيب ، وقال مالك وأبو حنيفة : لا يثبت بل يلزم البيع بنفس الإيجاب والقبول ، وحكى هذا عن شريح والنخعى وربيعة واحتج لهم بقول الله تعالى : (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)[1] فظاهر الآية جوازه فى المجلس ، وبحديث ابن عمر أن النبى ﷺ قال : « من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه » فدل على أنه إذا جاز له بيعه ففى المجلس قبل التفرق .

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى ﷺ قال : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار فلا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله » رواه أبو داود والترمذى وغيره بأسانيد صحيحة

---

(١) الآية ٢٩ من سورة النساء .

وحسنة ، قال الترمذى : هو حديث حسن ، قالوا : وهذا دليل على أن صاحبه لا يملك الفسخ إلا من جهة الاستقالة ، وقياسا على النكاح والخلع وغيرهما ، ولأنه خيار بمجهول فان مدة المجلس مجهولة فأشبه لو شرطنا خيارا مجهولا .

واحتج أصحابنا والجمهور بحديث ابن عمر قال : « قال رسول الله ﷺ المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار » رواه البخارى ومسلم وعن نافع قال سمعت ابن عمر يقول : «قال رسول الله ﷺ إذا تبايع المتبايعان وكل واحد منهما بالخيار من بيعه ما لم يتفرقا أو يكون بيعهما عن خيار ، قال : وكان ابن عمر إذا تبايع البيع وأراد أن يجب ، مشى قليلا ، ثم رجع » رواه مسلم ، وعن نافع عن ابن عمر عن رسول الله ﷺ قال : « إن المتبايعين بالخيار فى بيعهما ما لم يتفرقا إلا أن يكون البيع خيارا ، قال نافع : وكان ابن عمر إذا اشترى الشىء يعجبه فارق صاحبه » رواه البخارى ومسلم ، وعن نافع عن ابن عمر عن رسول الله ﷺ قال : « إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعا أو يخير أحدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع ، وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع » رواه البخارى ومسلم وفى رواية « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه : اختر » رواه البخارى ومسلم .

وعن ابن عمر عن رسول الله ﷺ قال : « كل بيعين لا يبيع بينهما حتى يتفرقا إلا بيع الخيار» وعن حكيم بن حزام قال: قال رسول الله ﷺ: «البائعان بالخيار ما لم يتفرقا ، فان صدقا وبينا بورك لهما فى بيعهما ، وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما » رواه البخارى ومسلم . وعن أبى الوضىء ــ بكسر الضاد المعجمة وبالهمز ــ واسمه عباد بن نسيب بضم النون وفتح السين المهملة وإسكان الياء قال : « غزونا غزوة فنزلنا منزلا فباع صاحب لنا فرسا

لغلام ثم أقاما بقية يومهما وليلتهما فلما أصبحا من الغد حضر الرحيل فقام إلى فرسه يسرجه وندم ، وأتى الرجل وأخذه بالبيع ، فأبى الرجل أن يدفعه إليه فقال بيني وبينك أبو برزة صاحب النبي ﷺ فأتيا أبا برزة فى ناحية العسكر فقالوا له القصة ، فقال أترضيان أن أقضى بينكما بقضاء رسول الله ﷺ؟ قال رسول الله ﷺ: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » وفى رواية قال : « ما أراكما افترقتما » رواه أبو داود باسناد صحيح •

وعن جابر « أن النبى ﷺ خير أعرابيا بعد البيع » رواه الترمذى وقال[1] حديث صحيح وعن ابن عباس « أن النبى ﷺ بايع رجلا فلما بايعه قال : اختر ، ثم قال رسول الله ﷺ : هكذا البيع » رواه أبو داود الطيالسى ، ورواه البيهقى ، وفى المسألة أحاديث كثيرة من رواية أبى هريرة وجابر وسمرة وعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وغيرهم ، وذكر البخارى فى صحيحه تعليقا بصيغة الجزم عن ابن عمر قال : « بعت أمير المؤمنين عثمان مالا بالوادى بمال له بخيبر ، فلما تبايعنا رجعت على عقبى حتى خرجت من بيته خشية أن يرادنى فى البيع ، وكانت السنة أن المتبايعين بالخيار حتى يتفرقا ، قال ابن عمر : فلما وجب بيعى وبيعه رأيت أنى قد غبنته بأنى سقته إلى أرض ثمود بثلاث ليال ، وساقنى إلى المدينة بثلاث ليال » روى البيهقى هذا متصلا بإسناده •

وروى البيهقى عن ابن المبارك قال « الحديث فى البيعين بالخيار ما لم يتفرقا • أثبت من هذه الأساطير » وروى البيهقى بإسناده عن على ابن المدينى عن ابن عيينة أنه حدث الكوفيين بحديث ابن عمر عن النبى ﷺ فى البيعين بالخيار ما لم يتفرقا قال : فحدثوا به أبا حنيفة فقال أبو حنيفة :

---

(١) كذا بالأصل والصحيح أن الترمذى رواه وقال : هذا حديث حسن غريب . (المطيعى)

(٢) المحفوظ من صحيح البخارى هو ما أثبتناه وكان فى ش و ق (أن يرد فى البيع) مع فوارق أخرى من أخطاء الناسخين والطابعين تلاحظ بالمقارنة . (ط)

ليس هذا بشيء . أرأيت إن كانا فى سفينة ؟ قال ابن المدينى إن الله سائله عما قال .

قال القاضى أبو الطيب والأصحاب : اعترض مالك وأبو حنيفة على هذه الأحاديث فإنها بلغتهما (فأما) مالك فهو راوى حديث ابن عمر (وأما) أبو حنيفة فقال : ما قدمناه عنه الآن من قوله : أرأيت لو كانا فى سفينة ؟ فإنه لا يمكن تفرقهما (وأما) مالك فقال : العمل عندنا بالمدينة خلاف ذلك فان فقهاء المدينة لا يثبتون خيار المجلس ، ومذهبه أن الحديث إذا خالف عمل أهل المدينة تركه قال أصحابنا : هذه الأحاديث صحيحة والاعتراضان باطلان مردودان لنابذتهما السنة الصحيحة الصريحة المستفيضة (وأما) قول أبى حنيفة : لو كانا فى سفينة فنحن نقول به ، فإن خيارهما يدوم ما داما مجتمعين فى السفينة ، ولو بقيا سنة وأكثر . وقد سبقت المسألة مبينة ، ودليلها إطلاق الحديث .

(وأما) قول مالك فهو اصطلاح له وحده منفرد به عن العلماء فلا يقبل قوله فى رد السنن ، لترك فقهاء المدينة العمل بها وكيف يصح هذا المذهب ؟ مع العلم بأن الفقهاء ورواة الأخبار لم يكونوا فى عصره ، ولا فى العصر الذى قبله منحصرين فى المدينة ، ولا فى الحجاز ، بل كانوا متفرقين فى أقطار الأرض مع كل واحد قطعة من الأخبار لا يشاركه فيها أحد ، فنقلها ووجب على كل مسلم قبولها ، ومع هذا فالمسألة متصورة فى أصول الفقه غنية عن الإطالة فيها هنا ، هذا كله لو سلم أن فقهاء المدينة متفقون على عدم خيار المجلس ، ولكن[1] ليس هم متفقين ، فهذا ابن أبى ذئب أحد أئمة فقهاء المدينة فى زمن مالك أنكر على مالك فى هذه المسألة ، وأغلظ فى القول بعبارات مشهورة ، حتى قال : يستتاب مالك من ذلك ، وكيف يصح دعوى اتفاقهم ، (فان قيل) قوله ﷺ : المتبايعان بالخيار

---

(١) لعله : ولكنهم ليسوا متفقين . (ط)

أراد ما دام فى المساومة وتقرير الثمن قبل تمام العقد ، لأنهما بعد تمام العقد لا يسميان متبايعين حقيقة ، وإنما يقال كانا متبايعين .

(قال أصحابنا) : فالجواب من أوجه : (أحدها) جواب الشافعى رحمه الله ، وهو أنهما ما داما فى المقاولة يسميان متساومين ، ولا يسميان متبايعين ، ولهذا لو حلف بطلاق أو غيره أنه ما بايع وكان مساوما ، وتقاولا فى المساومة وتقرير الثمن ، ولم يعقدا لم يحنث بالاتفاق (والثانى) أن المتبايعين اسم مشتق من البيع ، فما لم يوجد البيع لم يجز أن يشتق منه ، لأن كل اسم من معنى لا يصح اشتقاقه حتى يوجد (المعنى الثالث) أن حمل الخيار على ما قلنا يحصل به فائدة لم تكن معروفة قبل الحديث ، وحمله على المساومة يخرجه عن الفائدة ، فان كل أحد يعلم أن المتساومين بالخيار إن شاءا عقدا وإن شاءا تركا (الرابع) أنه ﷺ مد الخيار إلى التفرق ، وهذا تصريح بثبوته بعد انقضاء العقد (الخامس) أن راوى الحديث ابن عمر كان إذا أراد إلزام البيع مشى قليلا لينقطع الخيار ، كما ثبت عنه فى الصحيحين على ما قدمناه عنه ، وهو أعلم بمراد الحديث .

(فإن قيل) : المراد بالتفرق التفرق بالقول كقوله عز وجل (وما تفرق الذين أوتوا الكتاب إلا من بعد ما جاءتهم البينة)[1] فالمراد التفرق بالقول (قلنا) الإيجاب والقبول ليس تفرقا منهما فى القول ، لأن من أوجب القول فغرضه أن يقبله صاحبه ، فاذا قبله فقد وافقه ولا يسمى مفارقة ، وذكر أصحابنا أقيسة كثيرة ، وقياسات لا حاجة إليها مع الأحاديث السابقة (وأما) الجواب عن احتجاجهم بقوله تعالى : (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)[2] فهو أنه عام مخصوص بما ذكرنا ، وهكذا الجواب عن حديث : « فلا يبيعه حتى يستوفيه » فانه عام مخصوص بما ذكرنا .

---

(١) الآية ٤ من سورة البينة .
(٢) من الآية ٢٩ من سورة النساء .

(وأما) الجواب عن حديث : « لا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقيله » فهو أنه دليل لنا كما جعله الترمذى فى جامعه دليلا لإثبات خيار المجلس ، واحتج به على المخالفين لأن معناه مخافة أن يختار الفسخ فعبر بالإقامة عن الفسخ ، والدليل على هذا أشياء (أحدها) أنه ﷺ أثبت لكل واحد منهما الخيار ما لم يتفرقا ، ثم ذكر الإقالة فى المجلس ، ومعلوم أن من له الخيار لا يحتاج إلى الإقالة ، فدل أن المراد بالإقالة الفسخ (والثانى) أنه لو كان المراد حقيقة الاقالة لا يمنعه من المفارقة مخافة أن يقيله ، لأن الإقالة لا تختص بالمجلس والله تعالى أعلم •

(وأما) الجواب عن قياسهم على النكاح والخلع أنه ليس المقصود منهما المال ، ولهذا لا يفسدان بفساد العوض بخلاف البيع ، والجواب عن قولهم خيار مجهول أن الخيار الثابت شرعا لا يضر جهالة زمنه كخيار الرد بالعيب والأخذ بالشفعة ، بخلاف خيار الشرط فإنه يتعلق بشرطهما ، فاشترط بيانه والله أعلم •

(فرع) ذكرنا أنهما إذا قاما من مجلس وتماشيا جميعا دام خيارهما ما داما معا ، وإن بقيا شهرا أو سنة ، هذا مذهبنا ، وحكى الرويانى عن عبيد الله بن الحسن العنبرى أنه قال: ينقطع به مفارقة مجلسهما وإن كانا [1] ودليلنا عموم الحديث : «ما لم يتفرقا » •

(فرع) لو حكم حاكم بإبطال خيار المجلس هل ينقض حكمه أ حكى الدارمى فيه وجهين (أحدهما) لا ينقض للاختلاف (والثانى) : ينقض ، قاله الاصطخرى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز شرط خيار ثلاثة ايام فى البيوع التى لا ربا فيها ، لما روى محمد ابن يحيى بن حبان قال : « كان جدى قد بلغ ثلاثين ومائة سنة ، لا يترك البيع

---

(1) بياض بالأصل ولعل السقط : وان كانا باقيين معا . المنهى

والشراء ، ولا يزال يخدع » فقال له رسول الله ﷺ « من بايعته فقل : لا خلابة، وانت بالخيار ثلاثا » (فاما) فى البيوع التى فيها الربـا وهى الصرف وبيع الطعام بالطعام ، فلا يجوز فيها شرط الخيار ، لانه لا يجوز أن يتفرقا قبل تمام البيع ، ولهذا لا يجوز ان يتفرقا إلا عن قبض العوضين ، فلو جوزنا شرط الخيار لتفرقا ، ولم يتم البيع بينهما ، وجاز شرط الخيار فى ثلاثة أيام ، وفيما دونها لانه إذا جاز شرط الثلاث فما دونها أولى بذلك ، ولا يجوز أكثر من ثلاثة ايام ، لانه غرر ، وإنما جوز فى الثلاث لانه رخصة فلا يجوز فيما زاد ، ويجوز ان يشترط لهما ولأحدهما دون الآخر ويجوز أن يشترط لأحدهما ثلاثة ايام وللآخر يوم او يومان ، لأن ذلك جعل إلى شرطهما فكان على حسـب الشرط فإن شرطا ثلاثة أيام ثم تخايرا سقط قياسا على خيار المجلس) .

(الشرح) هذا الحديث أتى به المصنف مرسلا لأن محمد بن يحيى بن حبان لم يدرك النبى ﷺ وهذه القصة لم يذكر فى هذه الرواية أنه سمعها من غيره ، وهو تابعى ، فثبت أنه وقع هنا مرسلا وحبان بفتح الحاء بلا خلاف بين أهل العلم من المحدثين وغيرهم وقد تصحفه المتفقهون ونحوهم وهو بالباء الموحدة وهى الغبن والخديعة ، وهذا الحديث قد روى بألفاظ منها حديث ابن عمر قال : « ذكر رجل لرسول الله ﷺ أنه يخدع فى البيوع » فقال له رسول الله ﷺ : « من بايعت فقل : لا خلابة » رواه البخارى ومسلم وعن يونس بن بكير قال : حدثنا محمد بن إسحق قال : حدثنى نافع عن ابن عمر قال : « سمعت رجلا من الأنصار يشكو إلى رسول الله ﷺ أنه لا يزال يغبن فى البيع فقال رسول الله ﷺ : إذا بايعت فقل : لا خلابة ثم أنت بالخيار فى كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال ، فان رضيت فأمسك ، وإن سخطت فاردد قال ابن عمر: فكأنى الآن أسمعه إذا ابتاع يقول: لا خذابة» .

قال ابن إسحق : فحدثت بهذا الحديث محمد بن يحيى بن حبان قال : كان جدى منقذ بن عمرو ، وكان رجلا قد أصيب فى رأس [1] أمـه وكسرت لسانه ونقصت عقله وكان يغبن فى البيع ، وكان لا يدع التجارة فشكا ذلك إلى النبى ﷺ فقال : إذا ابتعت فقل : لا خلابة ثم أنت فى كل

---

(1) كذا بالأصل وصوابه كما سنن ابن ماجه : وكان رجلا قد اصابته آمه فى راسه فكسرت لسانه الخ الحديث . (المطبعى)

بيع تبتاعه بالخيار ثلاث ليال ، إن رضيت فأمسك ، وإن سخطت فاردد » فبقى حتى أدرك زمن عثمان وهو ابن مائة وثلاثين سنة ، فكبر فى زمان عثمان فكان إذا اشترى شيئا فرجع به فقالوا له : لم تشترى أنت ؟ فيقول : قد جعلنى رسول الله ﷺ فيما ابتعت بالخيار ثلاثا ، فيقولون : أردده فانك قد غبنت ، أو قال : غششت فيرجع إلى بيعه فيقول : خذ سلعتك وأردد دراهمى ، فيقول : لا أفعل قد رضيت فذهبت حتى يمر به الرجل من أصحاب رسول الله ﷺ فيقول : إن رسول الله ﷺ قد جعلنى بالخيار فيما تبتاع ثلاثا ، فيرد عليه دراهمه ويأخذ سلعته » .

هذا الحديث حسن رواه البيهقى بهذا اللفظ باسناد حسن ، وكذلك رواه ابن ماجه باسناد حسن وكذا رواه البخارى فى تاريخه فى ترجمة منقذ بن عمرو باسناد صحيح إلى محمد بن إسحق ومحمد بن إسحق المذكور فى إسناده هو صاحب المغازى والأكثرون وثقوه وإنما عابوا عليه التدليس وقد قال فى روايته : حدثنى نافع ، والمدلس إذا قال : حدثنى أو أخبرنى أو سمعت ونحوها من الألفاظ المصرحة بالسماع احتج به عند الجماهير ، وهو مذهب البخارى ومسلم وسائر المحدثين ، وجمهور من يعتد به وإنما يتركون من حديث المدلس ما قال فيه : عن ، وقد سبقت هذه المسألة مقررة مرات ، لكن القطعة التى ذكرها محمد بن إسحق عن محمد بن يحيى بن حبان مرسلة ، لأن محمد بن يحيى لم يدرك النبى ﷺ ولم يذكر من سمعها منه ، ولكن مثل هذا المرسل يحتج به الشافعى لأنه يقول : إن المرسل إذا اعتضد بمرسل آخر ، أو بمسند ، أو بقول بعض الصحابة ، أو بفتيا عوام أهل العلم احتج به وهذا المرسل قد وجد فيه ذلك ، لأن الأمة مجمعة على جواز شرط الخيار ثلاثة أيام والله أعلم .

(وأما) ما وقع فى الوسيط وبعض كتب الفقه فى هذا الحديث

أن النبى ﷺ قال له : « واشترط الخيار[1] ثلاثة أيام » فمنكر لا يعرف بهذا اللفظ فى كتب الحديث •

واعلم أن أقوى ما يحتج به فى ثبوت خيار الشرط الإجماع ، وقد نقلوا فيه الإجماع وهو كاف ، والحديث المذكور يحتج به لكن فى دلالته باللفظ الذى ذكرناه نظر والله أعلم •

أما الأحكام ففيها مسائل :

(إحداها) يصح شرط الخيار فى البيع بالاجماع إذا كانت مدته معلومة •

(الثانية) لا يجوز عندنا أكثر من ثلاثة أيام للحديث المذكور ، ولأن الحاجة لا تدعو إلى أكثر من ذلك غالبا ، وكان مقتضى الدليل منع شرط الخيار ، لما فيه من الغرر ، وإنما جوز للحاجة فيقتصر فيه على ما تدعو إليه الحاجة غالبا ، وهو ثلاثة أيام ، هذا هو المشهور فى المذهب ، وتظاهرت عليه نصوص الشافعى رحمه الله ، وقطع به الأصحاب فى جميع الطرق ، وفيه وجه أنه يجوز أكثر من ثلاثة أيام إذا كانت مدة معلومة ، وهو قول ابن المنذر ، قاله فى الإشراف ، واحتج بقول النبى ﷺ : « المؤمنون على شروطهم » والله أعلم •

قال أصحابنا : فان زاد على ثلاثة أيام ولو لحظة بطل البيع •

(الثالثة) يجوز شرط الخيار ثلاثة أيام ويجوز دونها إذا كان معلوما كما ذكره المصنف ، ويجوز لهما ، ويجوز لأحدهما ثلاثة وللآخر يومان

---

(1) الذى ثبت فى سنن ابن ماجه فى حديث منقذ بن عمرو قال له النبى ﷺ : « ثم أنت فى كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال فان رضيت فامسك وان سخطت فاردها على صاحبها » قال الامام ابن عبد الهادى السندى الحنفى فى حاشيته على سنن ابن ماجه : قال اكثر اهل العلم : وهذا خاص بهذا الرجل وحده ، ولا يثبت لغيره الخيار بهذه الكلمة (ط) •

أو يوم ، ونحو ذلك ، بحيث يكون معلوما ، وهذا كله لا خلاف فيه ، لكن لو كان المبيع مما يتسارع إليه الفساد فباعه بشرط الخيار ثلاثة أيام فوجهان ، حكاهما صاحب البيان (أصحهما) يبطل البيع (والثانى) يصح ويباع عند الإشراف على الفساد ، ويقام ثمنه مقامه ، وهذا غلط ظاهر ، قال أصحابنا : ويشترط أن تكون المدة متصلة بالعقد . فلو شرطا خيار ثلاثة أيام أو دونها من آخر الشهر أو من الغد أو متى شاءا أو شرطا خيار الغد دون اليوم بطل العقد لمنافاته لمقتضاه .

(قال أصحابنا) : ويشترط كون المدة معلومة ، فان شرطا الخيار مطلقا ولم يقدراه بشيء أو قدراه بمدة مجهولة كقوله بعض يوم ، أو إلى أن يجيء زيد أو غير ذلك ، بطل البيع بلا خلاف عندنا ، ولو شرطاه إلى وقت طلوع الشمس من الغد جاز بلا خلاف ، ولو شرطاه إلى طلوعها فقد قال القاضى أبو الطيب فى كتابيه التعليق والمجرد : قال أبو عبد الله الزبيرى فى كتاب الفصول : لا يصح البيع لأن طلوع الشمس قد لا يحصل لحصول غيم فى السماء ، قال : فلو قال : إلى غروب الشمس أو إلى وقت الغروب صح ، لأن الغروب لا يستعمل إلا فى سقوط قرص الشمس . هذا كلام الزبيرى وسكت عليه القاضى أبو الطيب ، وحكاه أيضا عنه المتولى وسكت عليه .

(فأما) شرطهما إلى وقت الطلوع وإلى الغروب أو وقت الغروب فيصح باتفاق الأصحاب كما قاله الزبيرى ، وأما إذا شرطاه إلى الطلوع فقد خالفه غيره وقال بالصحة لأن الغيم إنما يمنع من إشراق الشمس واتصال الشعاع لا من نفس الطلوع ، وهذا هو الصحيح والله أعلم .

(أما) إذا تبايعا نهارا بشرط الخيار إلى الليل أو ليلا بشرط الخيار إلى النهار ، فيصح البيع بلا خلاف ولا يدخل الزمن الآخر فى الشرط بلا خلاف عندنا ، وحكى القاضى أبو الطيب فى تعليقه عن أبى حنيفة أنه

قال : يدخل ، لأن لفظة (إلى) قد تستعمل بمعنى (مع) كقوله تعالى : (ولا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم) [1] دليلنا أن أصل (إلى) الغاية فهذا حقيقتها ، فلا تحمل على غيره عند الإطلاق ، وأما استعمالها بمعنى (مع) فى بعض المواطن ففيه جوابان (أحدهما) أنها مؤولة ، ففى الآية المذكورة تقديره مضافة إلى أموالكم (والثانى) أنها استعملت بمعنى (مع) مجازا فلا يصير إلى المجاز فى غيرها بغير قرينة ، ولأنهم وافقونا على أنه لو باع بثمن مؤجل إلى رمضان لا يدخل رمضان فى الأجل والله أعلم .

(الرابعة) إذا شرطا الخيار ثلاثة أيام أو غيرها ثم أسقطاه قبل انقضاء المدة سقط ، لما ذكره المصنف ، وكذا لو أسقط أحدهما خياره سقط وبقى خيار الآخر . ولو أسقطا اليوم الأول سقط الجميع ، ولو أسقطا الثالث لم يسقط ما قبله ، قال القاضى حسين والبغوى والمتولى : فلو قال : أسقطت الخيار فى اليوم الثانى بشرط أنه يبقى فى الثالث سقط خياره فى اليومين جميعا ، لأنه كما لا يجوز أن يشرط خيارا متراخيا عن العقد : لا يجوز أن يستبقى خيارا متراخيا ، وإنما يجوز أن يستبقى اليومين تغليبا للإسقاط ، لأن الأصل لزوم العقد وإنما جوزنا الشرط لأنه رخصة ، فاذا عرض له ذلك حكم بلزوم العقد ، والله أعلم .

(الخامسة) فيما يثبت فيه خيار الشرط من العقود ، قال أصحابنا : جملة القول فيه أنه مع خيار المجلس متلازمان غالبا ، لكن خيار المجلس أسرع وأولى ثبوتا من خيار الشرط ، فقد ينفكان لهذا ، فاذا أردت التفصيل فراجع ما سبق فى خيار المجلس ، وهما متفقان فى صور الوفاق والخلاف إلا فى أشياء :

(أحدها) أن البيوع التى يشترط فيها التقابض فى المجلس كالصرف

---

(١) من الآية ٢ من سورة النساء .

وبيع الطعام بالطعام أو القبض فى أحد العوضين كالسلم لا يجوز شرط الخيار فيها بلا خلاف ، مع أن خيـار المجلس يثبت فيها ، ودليل المسألة مذكور فى الكتاب ، وقد أهمل المصنف ذكر السلم هنا ، ولكنه ذكره فى كتاب السلم •

(الثانى) أن خيار الشرط لا يثبت فى الشفعة بلا خلاف وكذا لا يثبت فى الحوالة ، وفى خيار المجلس فيهما خلاف سبق •

(الثالث) أنه إذا كان رجع فى سلعة باعها ثم حجر على المشترى بالفلس لا يثبت فيها خيار الشرط بلا خلاف ، وفى خيار المجلس خلاف ضعيف سبق •

(الرابع) فى الهبة بشرط ، وفى الإجارة طريق قاطع بأنه لا يثبت خيار الشرط مع جريان الخلاف فى ثبوته فى خيار المجلس •

(وأما) شرط الخيار فى الصداق فسيأتى فى كتاب الصـداق إن شاء الله تعالى إيضاحه وتفصيله ، ومختصره أن الأصح صحة النـكاح ، وفساد المسمى ، ووجوب مهر المثل ، وأنه لا يثبت الخيار ، والله تعالى أعـلم •

(فـرع) قال جماعة من أصحابنا : قد اشتهر فى الشرع أن قوله : لا خلابة عبارة عن اشتراط الخيار ثلاثة أيام ، فاذا أطلق المتعاقدان هذه اللفظة وهما عالمـان بمعناها كان كالتصريح بالاشتراط ، وإن كانا جاهلين لم يثبت الخيار قطعا ، فان علمه البائع دون المشترى فوجهان مشهوران حكاهما المتولى وابن القطان وآخرون (أصـحهما) لا يثبت (والوجه الثانى) يثبت ، وهذا شاذ ضعيف ، بل غلط ، لأن معظم الناس لا يعرفون ذلك والمشترى غير عارف به •

(فـرع) لو اشترى شيئا بشرط أنه إن لم ينقـده الثمن فى ثلاثة أيام ، فلا بيع بينهما ، أو باع بشرط أنه إن رد الثمن فى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما ، فوجهان حكاهما المتولى وغيره (أحدهما) يصح العقد ، ويكون تقدير الصورة الأولى أن المشترى شرط الخيار لنفسه فقط ، وفى الثانية أن البائع شرطه لنفسه فقط ، وهذا قول أبى إسحق قال : لأن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أجاز ذلك (والثانى) وهو الصحيح باتفاقهم ، وبه قطع الرويانى وغيره ، أن البيع باطل فى الصورتين ، لأن هذا ليس بشرط خيار ، بل هو شرط فاسد مفسد للبيع ، لأنه شرط فى العقد شرطا مطلقا ، فأشبه ما لو باع بشرط أنه إن قدم زيد القوم فلا بيع بينهما .

(فـرع) قال أصحابنا : لو باع عبدين بشرط الخيار فى أحدهمـا لا بعينه بطل البيع بلا خلاف ، كما لو باع أحدهما لا بعينه ولو باع بشرط الخيار فى أحدهما بعينه ففيه القولان المشهوران فى الجمع بين مختلفى الحكم ، وكذا لو شرط الخيار فى أحدهما يوما وفى الآخر يومين (والأصح) صحة البيع ، فان صححنا البيع ثبت الخيار فيما شرط على ما شرط . ولو شرطا الخيار فيهما ثم أرادا الفسخ فى أحدهما فعلى قولى تفريق الصفقة فى الرد بالعيب (الأصح) لا يجوز ولو اشترى اثنان شيئا من واحد صفقة واحدة بشرط الخيار فلأحدهما الفسخ فى نصيبه ، كما فى الرد بالعيب ، ولو شرطا الخيار لأحدهما دون الآخر ففى صحة البيع قولان (الأصح) الصحة ، والله أعلم .

(فـرع) قال المتولى وغيره : إذا قال : بعتك بشرط خيار يوم ، اقتضى إطلاقه اليوم الذى وقع فيه العقد ، كما لو حلف لا يكلمه شهرا ، فان كان العقد نصف النهار مثلا ثبت له الخيار إلى أن ينتصف النهـار فى اليوم الثانى ، ويدخل الليل فى حكم الخيار للضرورة ، وإن كان العقد فى أول وقت العصر ، ثبت إلى مثله من اليوم الثانى ، وإن كان العقد فى الليل ثبت الخيار إلى غروب الشمس من اليوم المتصل بذلك الليل .

(فـرع) إذا شرطا فى البيع خيارا أكثر من ثلاثة أيام ، فقد ذكرنا أن البيع باطل ، فلو أسقطا الزيادة بعد مفارقة المجلس ، وقبل انقضـاء الثلاثة ، لا ينقلب العقد صحيحا عندنا بلا خلاف ، وكذا لو باع بثمن إلى أجل مجهول ثم قدر الأجل قبل أن يتوهم دخول وقت المطالبة ، لا ينقلب العقد صحيحا ، ولا خلاف فى الصورتين عندنا ، وقال أبو حنيفة : يصح العقد فى الصورتين قال المتولى : واختلف أصحاب أبى حنيفة فى أصـل العقد فمنهم من يقول : وقع العقد فاسدا ، وبإسقاط الزيادة والجهالة يعود صحيحا ، ومنهم من قال : وقع صحيحا ، وإذا لم تسقط الزيادة فسد ومنهم من قال : هو موقوف ، دليلنا أن ما وقع على وجه ــ لا يثبت دائما ــ لم يعد صحيحا ، كما لو نكح امرأة وعنده أربع ، ثم طلق إحداهن ، لا يحكم بصحة نكاح الخامسة •

(أما) إذا أسقطا الزيادة على ثلاثة أيام فى مجلس العقد ، فوجهان حكاهما المتولى وآخرون هنا ، وهما مشهوران جاريان فى كل شرط فاسد قارن العقد ثم حذف فى المجلس (أحدهما) وبه قال صاحب التقريب : يصح العقد ، لأن حكم المجلس حكم حالة العقد ، ولأن الشافعى رحمه الله قال لو لم يذكرا فى السلم أجلا ثم ذكراه قبل التفرق جاز (والثانى) وهو الصحيح باتفاق الأصحاب أن العقد باطل ، ولا يعود صحيحا بذلك ، لأن المجلس إنما ثبت لعقد صحيح لا لفاسد (وأما) السلم ففرعه الشـافعى على الصحيح من القولين وهو صحة السلم مطلقا ، ويكون حالا ، والله أعـلم •

(فـرع) لو تبايعا بغير إثبات خيار الشرط ، ثم شرطا فى المجلس خيارا أو أجلا ، ففيه الخلاف المشهور (الأصح) ثبوته ، ويكون كالشرط فى العقد ، وسنوضح المسألة مبسوطة فى باب ما يفسد البيع من الشروط إن شاء الله تعالى •

(فـرع) اتفق أصحابنا على أن الوكيل بالبيع لا يجوز أن يشترط الخيار للمشترى ، وأن الوكيل فى الشراء لا يجوز أن يشترط الخيار للبائع من غير إذن الموكل ، كمـا لو باع بثمن مؤجل من غير إذن ، وقد ذكر المصنف المسألة فى كتاب الوكالة ، قال المصنف والأصحاب : وهل يجوز أن يشترط الخيار لنفسه أو لموكله ؟ فيه وجهان مشهوران (أحدهما) لا يجوز ، لأن إطلاق البيع يقتضى البيع بلا شرط ، فلا يجوز الشرط من غير إذن ، فعلى هذا لو شرطه كان العقد باطلا (وأصحهما) يصح ، وبه قطع جماعة منهم القاضى حسين والفورانى هنا ، والمتولى فى كتاب الوكالة ، لأنه لا ضرر على الموكل فى هذا ، ولأنه مأمور بالمصلحة ، وهذا منها ، قال أصحابنا : وإذا شرط الخيار لنفسه وجوزناه على الأصح ، أو أذن فيـه الموكل ، ثبت له الخيار ، ولا يفعل إلا ما فيه المصلحة من الفسخ والإجازة ، لأنه مؤتمن • بخلاف ما سنذكره إن شاء الله تعالى قريبا ــ إذا شرط الخيار لأجنبى وصححناه ــ فانه لا يلزمه رعاية الحظ ، لأنه ليس بمؤتمن ، هكذا ذكره الأصحاب •

قال الرافعى : ولقائل أن يقول : جعل الخيار له استئمانا قال : وهذا المعنى أظهر ــ إذا جعلناه نائبا عن العاقد ــ ثم هل يثبت للموكل الخيار مع الوكيل فى هذه الصورة ؟ فيه الخلاف الذى سنذكره إن شاء الله تعالى فيما إذا شرط الخيار لأجنبى ، وقلنا : يثبت له ، هل يثبت للشارط ؟ فيـه وجهان أو قولان (أصحهما) لا يثبت • وهو ظاهر النص ، لأن ثبـوته بالشرط فكان لمن شرطه خاصة ، أما إذا أذن له الموكل فى شرط الخيـار وأطلق ، فشرط الوكيل الخيار مطلقا ، ولم يقل : لى ولا لموكلى ، فقـد ذكر إمام الحرمين والغزالى فيه ثلاثة أوجه (أحدها) يثبت الخيار للوكيل ، لأنه العاقد (والثانى) للموكل ، لأنه المـالك (والثالث) لهما ، والأصح للوكيل لأن معظم أحكام العقد متعلقة به وحده ، والله أعلم •

(فـرع) إذا مضت مدة الخيار من غير فسخ ولا إجازة تم البيع ولزم بلا خلاف عندنا . وقال مالك : لا يلزم بمضى المدة ، كمـا لا يلزم المولى حكم الإيلاء بمجرد مضى المدة ، دليلنا أن الخيار يمنع لزوم العقد ، فاذا انقضت مدته لزم بخلاف الإيلاء .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(وإن شرط الخيار لاجنبى ففيه قولان (احدهما) لا يصح ، لانه حكم من احكام العقد فلا يثبت لغير المتعاقدين كسائر الاحكام (والثانى) يصح ، لانه جعل إلى شرطهما للحاجة ، وربما دعت الحاجة إلى شرطه للاجنبى بان يكون اعرف بالمتاع منهما . فإن شرطه للاجنبى (وقلنا) : إنه يصح فهل يثبت له ؟ فيه وجهان (احدهما) يثبت له ، لانه إذا ثبت للاجنبى من جهته فلان يثبت له اولى (والثانى) لا يثبت ، لان ثبوته بالشرط فلا يثبت إلا لمن شرط له ، قال الشافعى رحمه الله فى الصرف : إذا اشترى بشرط الخيار على ان لا يفسخ حتى يستامر فلانا لم يكن له أن يفسخ حتى يقول : استامرته فامرنى بالفسخ ، فمن اصحابنا من قال : له أن يفسخ من غير إذنه ، لأن له ان يفسخ من غير شرط الاستئمار ، فلا يسقط حقه بذكر الاستئمار ، وتاول ما قاله على انه اراد انه لا يقول : استامرته إلا بعد أن يستامره لئلا يكون كاذبا (ومنهم) من حمله على ظاهره ، انه لا يجوز أن يفسخ لانه ثبت بالشرط ، فكان على ما شرط) .

(الشرح) قال أصحابنا : يجوز شرط الخيار للعاقدين ولأحدهما بالإجماع ، فان شرطه لأجنبى فقولان مشهوران ، ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) باتفاق الأصحاب يصح البيع والشرط ، وهو الأشـهر من نصوص الشافعى رحمه الله ، نص عليه فى الإملاء وفى الجامع الكبير ، وبه قطع الغزالى وغيره ، ونقل إمام الحرمين فى النهاية اتفاق الأصحاب عليه ، ولم يذكر فيه خلافا ، وليس كما ادعى (والقول الثانى) أن البيع باطل ، وحكى المـاوردى عن ابن سريج وجها أن البيع صحيح والشرط باطل ، قال : وعلى هـذا وجهان (أحدهما) يكون البيع لازما لا خيـار فيه (والثانى) أن بطلان الخيار يختص بالأجنبى ، فيصح البيع ويثبت الخيار

للعاقد ، وكل هذا ضعيف والمذهب الأول ، قال أصحابنا : ولو باع عبدا بشرط الخيار للعبد ففيه القولان (أصحهما) يصح البيع والشرط ، لأنه أجنبى من العقد فأشبه غيره ، وأطلق ابن القاص أنه لا يصح فى صورة العبد ، قال القاضى أبو الطيب وغيره : وهو تفريع منه على قولنا : لا يصح شرطه لأجنبى ، فأما إذا صححناه للأجنبى فيصح للعبد ، والله أعلم .

قال أصحابنا : ولا فرق على القولين بين أن يشرطا جميعا أو أحدهما الخيار لشخص واحد ، أو يشرط أحدهما لواحد والآخر لآخر ، فلو شرطه أحدهما لزيد من جهته ، وشرطه الآخر لزيد أيضا من جهته ، صح على قولنا بصحته للأجنبى ، قال المتولى : والفرق بينه وبين الوكيل الواحد فى طرفى البيع والشراء أن عقد البيع لا يجوز أن ينفرد به أحدهما ، فلا ينفرد وكيلهما (وأما) الفسخ والإجازة فينفرد به أحدهما فانفرد به وكيلهما ، قال المتولى وغيره : وإذا شرطه لأجنبى وصححناه ، لا يشترط فيه قبول الأجنبى باللفظ بل يكون امتثاله قولا ، كما لو قال : بع ما لى فانه يكفى فى قبول الوكالة إقدامه على البيع ، قالوا : ويشترط أن لا يصرح بالرد .

قال أصحابنا : (فاذا قلنا) بالأصح : إنه يثبت الخيار للأجنبى المشروط له فهل يثبت للشارط أيضا ؟ فيه خلاف مشهور ذكره المصنف بدليله ، ثم إن المصنف وجماعة حكوه وجهين وحكاه المتولى وآخرون قولين (أحدهما) يثبت له أيضا وصححه الرويانى (وأصحهما) عند الجمهور لا يثبت ، وهذا ظاهر نصه فى الصرف ، وفى الاملاء ، لأنه قال فى الاملاء : من باع سلعة على رضاء غيره كان للذى شرط له الرضا الرد ، ولم يكن للبائع ، قال أصحابنا : فان لم نثبته للشارط مع الأجنبى بل خصصنا به الأجنبى فمات الأجنبى فى زمن الخيار ، فهل يثبت الآن للشارط ؟ فيه وجهان حكاهما البغوى وآخرون (أصحهما) عند البغوى والرافعى وغيرهما : يثبت كما يثبت للوارث (والثانى) لا ، لأنه ليس بوارث ،

وبهذا جزم صاحب البحر ، والمذهب الأول • قال أصحابنا : وإذا أثبتنا الخيار للأجنبى والشارط جميعا فلكل واحد منهما الاستقلال بالفسخ فلو فسخ أحدهما واختار الآخر قدم الفسخ ، والله أعلم •

(أما) إذا اشترى شيئا على أن يؤامر فلانا فيأتى به من الفسخ والإجازة فقد نص الشافعى رحمه الله فى كتاب الصرف على أن البيع صحيح وأنه ليس له أن يفسخ حتى يقول : استأمرته فأمرنى بالفسخ وتكلم الأصحاب فى النص من وجهين (أحدهما) أنه له إذا شرط أن يقول : استأمرته ، وأى مدخل لو أمر به مع أنه لا خيار له ، واختلفوا فى جواب هذا ، وقال القائلون بالأصح فى الصورة السابقة : إن الخيار المشروط للأجنبى يختص بالأجنبى ، هذا جواب على المذهب الذى بيناه ومؤيديه ، وقال الآخرون : هو مذكور احتياطا ، ولا يشترط استئماره ، وإنما أراد الشافعى أنه لا يقول : استأمرته إلا بعد الاستئمار ، لئلا يكون كاذبا ، ونقل الماوردى هذا عن أبى إسحق المروزى والبصريين كافة ، والجواب الأول أصح ، وأقرب إلى ظاهر النص ، لأنه قال : لم يكن له أن يفسخ ولم يقل : لم يجز له أن يكذب •

(الاعتراض الثانى) أنه أطلق فى التصوير شرط المؤامرة ، ولم يقيده بثلاثة أيام فما دونها ، واختلفوا فى جوابه على وجهين حكاهما البغوى والرويانى وآخرون (الصحيح) منهما باتفاقهم ، وبه قطع الجمهور أنه محمود على ما إذا قيد ذلك بالثلاثة ، فان أطلق لم يصح البيع (والثانى) يحتمل الاطلاق والزيادة على الثلاثة ، كخيار الرؤية فى بيع الغائب ــ إذا جوزناه ــ فانه تجوز الزيادة فيه على الثلاثة والمذهب الأول (قال) البغوى : وإذا شرط المؤامرة ثلاثة أيام فمضت الثلاثة ولم يؤامره أو آمره ولم يشر بشىء ، لزم العقد ولا ينفرد هو بالفسخ والإمضاء فى مدة الثلاثة حتى يؤامر ، والله أعلم •

(فـرع) إذا شرط الخيار لأجنبى وقلنا : يصح شرطه له ، وثبت له ولهما فتبايعا بشرط الخيار لأجنبى وصرحا بنفيه عن أنفسهما ، ففى صحة هذا الشرط والنفى وجهان ، حكاهما إمام الحرمين (أحدهما) يصح اتباعا للشرط (والثانى) لا يصح والأول أصح •

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(وإذا شرط الخيار فى البيع ففى ابتداء مدته وجهان (أحدهما) من حين العقد ، لأنها مدة ملحقة بالعقد ، فاعتبر ابتداؤها من حين العقد كالأجل ولأنه لو اعتبر من حين التفرق صار أول مدة الخيار مجهولا ، لأنه لا يعلم متى يفترقان (والثانى) أنه يعتبر من حين التفرق لأن ما قبل التفرق الخيار ثابت فيه بالشرع ، فلا يثبت فيه بشرط الخيار (فإن قلنا) إن ابتداءه من حين العقد فشرط أن يكون من حين التفرق بطل ، لأن وقت الخيار مجهول ، ولأنه يزيد الخيار على ثلاثة أيام (وإن قلنا) : إن ابتداءه من حين التفرق فشرط أن يكون من حين العقد ففيه وجهان (أحدهما) يصح ، لأن ابتداء الوقت معلوم (والثانى) لا يصح ، لأنه شرط ينافى موجب العقد فابطله) •

(الشرح) قوله : مدة ملحقة بالعقد ، قال القلعى : هو احتراز من الاستبراء إذا قلنا : لا يحسب إلا بعد القبض أو بعد انقضاء الخيار • قال أصحابنا : إذا تبايعا بشرط الخيار ثلاثة أيام فما دونها ففى ابتداء مدته وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) باتفاق الأصحاب : من حين العقد (والثانى) من حين انقطاع خيار المجلس إما بالتخاير وإما بالتفرق ، قال الرويانى هذا اختيار ابن القطان وابن المرزبان ، والأول قول ابن الحداد ، وقول ابن الحداد هو الصحيح عند جميع المصنفين ، حتى قال الرويانى : قول ابن القطان ليس بشىء •

قال المصنف والأصحاب : (فان قلنا) إنه من حين العقد فشرطاه من حين التفرق بطل البيع ، هذا هو المذهب ، وبه قطع المصنف والأصحاب فى جميع الطرق • وحكى إمام الحرمين عن حكاية صاحب التقريب وجها

أنه يصح البيع والشرط ، وهذا شاذ مردود (فان قلنا) من حين التفرق فشرطاه من حين العقد فوجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أحدهما) يبطل البيع (وأصحهما) باتفاق الأصحاب لا يبطل ، ممن صححه صاحب الشامل والروياني وصاحب البيان والرافعي وآخرون • قال أصحابنا : (فان قلنا :) ابتداء المدة من حين العقد فانقضت وهما مصطحبان فقد انقطع خيار الشرط ، وبقى خيار المجلس ، وإن تفرقا والمدة باقية فالحكم بالعكس ، ولو أسقطا أحد الخيارين سقط ولم يسقط الآخر ولو قالا : ألزمنا العقد أو أسقطنا الخيار سقطا جميعا ولزم البيع ، هذا تفريع كونه من العقد (فأما) إذا قلنا : من التفرق فاذا تفرقا انقطع خيار المجلس وابتدىء خيار الشرط ، وإن أسقطا الخيار قبل التفرق انقطع خيار المجلس ، وفى خيار الشرط وجهان حكاهما إمام الحرمين والبغوى وغيرهما (أحدهما) ينقطع لأن مقتضاهما واحد (وأصحهما) لا ينقطع لأنه غير ثابت فى الحال ، فكيف يسقط ؟ والله تعالى أعلم •

(فرع) لو شرطا الخيار بعد العقد وقبل التفرق ، وقلنا بصحته على الخلاف السابق (فان قلنا :) ابتداء المدة من التفرق لم يختلف الحكم (وإن قلنا) من العقد حسبت المدة هنا من حين الشرط لا من العقد ولا من التفرق ، والله أعلم •

(فرع) إذا باع بثمن مؤجل ، ففى ابتداء وقت الأجل طريقان (أصحهما) وبه قطع المصنف والعراقيون وجماعة من غيرهم أنه من حين العقد وجها واحدا (والثانى) أنه مرتب على ابتداء مدة الخيار ، إن جعلناها من العقد فالأجل أولى بذلك (وإن قلنا :) من التفرق ففى الأجل وجهان ، وهذا الطريق مشهور فى كتب الخراسانيين ، وممن ذكره منهم القاضى حسين وأبو على السنجى وإمام الحرمين والغزالى وغيرهم ، وجمع القاضى حسين وغيره المسألتين فقالوا : فى ابتداء مدة الخيار والأجل ثلاثة

أوجه (أصحها) من حين العقد فيهما (والثانى) من حين التفرق (والثالث) الأجل من العقد والخيار من التفرق ، وفرقوا بينهما بأن الأجل ليس من جنس خيار المجلس ، فكان اجتماعهما أقرب بخلاف خيار الشرط •

قال إمام الحرمين : (فان قيل :) لا وجه لقول من قال : يحسب الأجل من التفرق وقلنا : الخيار يمنع المطالبة بالثمن كالأجل ، فكان قريبا ، والخيار فى التحقيق تأجيل لإلزام الملك أو نقله والأجل تأخير المطالبة ، قال الإمام : ومن قال بتأخير الأجل عن العقد وعن خيار المجلس فقياسه أنه إذا باع بشرط خيار ثلاثة أيام ، وبشرط الأجل أن يفسخ أول الأجل بعد انقضاء خيار الثلاث ، لأنه عنـده فى معناه ، ولا سبيل إلى الجمع بين المثلين ، هذا كلام الإمام • والمذهب أن الأجل من العقد سواء شرط خيار الثلاث أم لا ، والله أعلم •

قال الغزالى فى الوسيط : (وأما) مدة الإجازة إذا قلنا : يثبت فيها خيار الشرط ففى ابتدائها هذا الخلاف المذكور فى الأجل ، قال : والأصح أنها من العقد ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(ومن ثبت له الخيار فله أن يفسخ فى محضر من صاحبه وفى غيبته لأنه رفع عقد جعل إلى اختياره فجاز فى حضوره وغيبته كالطلاق) •

(الشرح) قوله : (جعل إلى اختياره) قال القلعى هو احتراز من الإقالة والخلع فانهما لم يجعلا إلى اختياره وحده ، بل إلى اختيارهما ، قال أصحابنا : من ثبت له خيار الشرط كان له الفسخ فى حضرة صاحبه وفى غيبته ، لمـا ذكره المصنف ، هذا مذهبنا لا خلاف فيه عندنا ، وبه قال مالك وأحمد وزفر وأبو يوسف ، وقال أبو حنيفة ومحمد : لا يصح إلا

فى حضرة صاحبه ، ولهذا قاسه المصنف على الطلاق ، لأنه مجمع على نفوذه بغير حضورها ، والله أعلم •

(فرع) الإقالة فسخ للعقد على القول الصحيح الجديد كما سنوضحه فى موضعه إن شاء الله تعالى ، قال أصحابنا : ولا تصح إلا بحضور المتعاقدين ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الجماهير ، وذكر الرويانى فيها وجهين (الصحيح) منهما هذا (والثانى) أنه إذا قال : أقلنى ، ثم غاب فى الحال ، ثم قال الآخر : أقلتك بحيث يصلح أن يكون جوابا لكلامه صحت الإقالة وإن لم يسمعه لبعده منه ، وهذا شاذ ضعيف •

(فرع) إذا فسخ المستودع الوديعة من غير حضور مالكها ، ففى صحة الفسخ وجهان حكاهما الرويانى هنا (أحدهما) لا يصح لأن الأمانة لا تنفسخ بالقول ، ولهذا لو قال : فسخت الأمانة كان على الأمانة ما لم يردها ، حتى لو هلكت قبل إمكان الرد لا ضمان (والثانى) يصح ويرتفع حكم عقد الوديعة ويبقى حكم الأمانة كالثوب إذا ألقته الريح فى دار إنسان يكون أمانة وإلا يكون وديعة فيلزمه أن يعلم صاحبه بذلك ، فان أخر الإعلام مع القدرة ضمن ، هذا كلام الرويانى • وجزم القاضى أبو الطيب فى تعليقه وصاحب الشامل وغيرهما فى هذا الموضع بصحة فسخ الوديعة فى غيبة المالك ، قال القاضى أبو الطيب : تنفسخ ويلزمه ردها إلى مالكها ، فان لم يجده دفعها إلى الحاكم ، فان لم يفعل وهلكت ضمن (فان قيل) لو انفسخت الوديعة لوجب أن يضمنها إذا تلفت فى يده قبل العلم بالفسخ ، لأنه لا يجوز أن تنفسخ ولا تكون مضمونة (قلنا :) لا يمتنع أن تنفسخ وتبقى فى يده أمانة ، ولهذا لو حضر المالك وقال فسخت وديعتى انفسخت ، وتكون أمانة فى يده إلى أن يسلمها ، فان ذهب ليحضرها فتلفت قبل التمكن لم يضمنها ، والله أعلم •

(فإن تصرف فى المبيع تصرفا يفتقر إلى الملك كالعتق والوطء والهبة والبيع وما اشبهها ــ نظرت ، فإن كان ذلك من البائع ــ كان ذلك اختيارا للفسخ ، لأنه تصرف يفتقر إلى الملك فجعل اختيارا للفسخ والرد إلى الملك ، وإن كان ذلك من المشترى ففيه وجهان (قال) أبو إسحق : إن كان ذلك عتقا كان اختيارا للإمضاء ، وإن كان غيره لم يكن ذلك اختيارا ، لأن العتق لو وجد قبل العلم بالعيب منع الرد فأسقط خيار المجلس ، وخيار الشرط وما سواه لو وجد قبل العلم بالعيب لم يمنع الرد بالعيب ، فلم يسقط خيار المجلس وخيار الشرط (وقال) أبو سعيد الإصخرى : الجميع اختيار للإمضاء ، وهو الصحيح لأن الجميع يفتقر إلى الملك ، فكان الجميع اختيارا للملك، ولأن فى حق البائع الجميع واحد فكذلك فى حق المشترى . فإن وطئها المشترى بحضرة البائع وهو ساكت، واحد فهل ينقطع خيار البائع بذلك ؟ فيه وجهان (أحدهما) ينقطع لأنه أمكنه أن يمنعه ، فاذا سكت كان ذلك رضاء بالبيع (والثانى) لا ينقطع لأنه سكوت عن التصرف فى ملكه ، فلا يسقط عليه حكم التصرف ، كما لو رأى رجلا يخرق ثوبه ، فسكت عنه ، والله أعلم) .

(الشرح) قوله : لأن الجميع يفتقر إلى الملك احتراز من الاستخدام (وقوله) لأنه سكوت عن التصرف فى ملكه قال القلعى : فيه احتراز من المودع إذا رأى من يسرق الوديعة فسكت عنه .

(اما الأحكام) ففيها مسائل :

(إحداها) قال أصحابنا : يحصل الفسخ والإجازة فى خيار المجلس وخيار الشرط بكل لفظ يفهم منـه ذلك كقول البـائع فسخت البيع أو استرجعت المبيع أو رددته ، أو رددت الثمن ونحو ذلك ، فكل هذا فسخ ، والإجازة أجزت البيع وأمضيته ، وأسقطت الخيار ، وأبطلت الخيار ، ونحو ذلك ، قال الصيمرى : وقول البائع فى زمن الخيار : لا أبتاع حتى يزيد فى الثمن ، مع قول المشترى : لا أفعل ، يكون فسخا وكذا قول المشترى : لا أشترى حتى ينقص عنى من الثمن مع قول البائع لا أفعل وكذا طلب البائع حلول الثمن المؤجل وطلب المشترى تأجيل الثمن الحال كل هـذا

فسخ هذا كلام الصيمرى ، وحكاه عنه صاحب البيان والرافعى وغيرهما وسكتوا عليه موافقين له .

(الثانية) إعتاق البائع إذا كان الخيار لهما أو له وحده ، ينفذ ويكون فسخا بلا خلاف ، وفى بيعه وجهان مشهوران : (أحدهما) ليس بفسخ (والثانى) وهو الصحيح أنه فسخ ، وبه قطع المصنف والجمهور ، فعلى هذا فى صحة البيع وجهان (أصحهما) الصحة كالعتق (والثانى) لا يصح ، بل يحصل الفسخ دون البيع ، قال أصحابنا : ويجرى الوجهان فى التزويج والإجارة ، وكذا الرهن والهبة إن اتصل بهما القبض ، سواء وهب لولده أو لغيره ، فان تجرد الرهن والهبة عن القبض فهو كالعرض على البيع ، كما سنوضحه متصلا به إن شاء الله تعالى .

(فرع) العرض على البيع والإذن فى البيع والتوكيل فيه ، والرهن والهبة إذا لم يتصل بهما قبض ، فى جميع هذا وجهان (أحدهما) أنها كلها فسخ إن صدرت من البائع ، وإجازة إن صدرت من المشترى (وأصحهما) أنها ليست فسخا ولا إجازة . ولو باع المبيع فى مدة الخيار بشرط الخيار ، قال إمام الحرمين : إن قلنا لا يزول ملك البائع فهو قريب من الهبة الخالية عن القبض ، وإن قلنا : يزول ففيه احتمال لأنه أبقى لنفسه مستدركا والله أعلم .

(الثالثة) لو وطىء البائع الجارية المبيعة فى زمان الخيار والخيار له أو لهما ففيه ثلاثة أوجه (الصحيح المشهور) الذى قطع به المصنف والجمهور أنه فسخ لإشعاره باختيار الإمساك (والثانى) لا يكون فسخا . ولو وطىء الرجعية لا تكون رجعة (والثالث) إن نوى به الفسخ كان فسخا ، وإلا فلا . وهذان الوجهان شاذان حكاهما الرافعى وحكى الثالث منهما الدارمى والصواب الأول ، وبه قطع الأصحاب ، ونقل المتولى وغيره

الاتفاق عليه ، قالوا : والفرق بينه وبين الرجعة أن الرجعة جعلت لتدارك ملك النكاح ، وابتداء ملك النكاح لا يحصل بالفعل وإنما يحصل بالقول فكذا تداركه ، وأما فسخ البيع فلتدارك ملك اليمين ، وابتداء ملك اليمين يحصل بالفعل كالاحتطاب والاحتشاش والاصطياد وسبى الجارية وإحياء الموات ونحو ذلك ، فعلى الصحيح لو باشر فيما دون الفرج بشهوة أو قبل أو لمس بشهوة ، أو استخدم الجارية أو العبد أو الدابة أو ركبها هل يكون فسخا ؟ فيه وجهان حكاهما القاضى حسين وغيره (أحدهما) يكون ، وبه قطع البغوى كالوطء والعتق (وأصحهما) لا يكون فسخا وزيف إمام الحرمين قول من قال : الركوب والاستخدام فسخ وقال : هو هفوة والله أعلم .

ولو طلق إحدى زوجتيه لا بعينها ثم وطىء إحداهما لم يكن تعيينا للطلاق فى الأخرى على الأصح فى القولين وهذا مما أورده الغزالى على الشافعى فى مسألة وطء البائع وفرق الأصحاب نحو ما سبق فى فرق الرجعة وحاصله الاحتياط للنكاح بخلاف الملك .

(الرابعة) وطء المشترى ، هل هو إجازة منه ؟ فيه ثلاثة أوجه حكاها المتولى وغيره (أصحها) باتفاق الأصحاب يكون إجازة ، لأنه متضمن للرضى ، وكما جعلنا وطء البائع فسخا لتضمنه الرضى ، كذا وطء المشترى إجازة لتضمنه الرضى (والثانى) لا ، لأن وطء المشترى لا يمنع الرد بالعيب ، فلا يمنع الفسخ كخيار الشرط ، قال المتولى : وهذا على قولنا : إن الملك للمشترى فى زمن الخيار ، وإن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله (والثالث) إن كان عالما بثبوت الخيار له حالة الوطء ، بطل خياره ، وإن كان جاهلا فلا ، ويتصور جهله بأن يرث الجارية من مورثه ولا يعلم أن مورثه اشتراها بشرط الخيار ، وقاسه هذا القائل على الرد بالعيب ، فانه إذا وطىء وهو عالم بالعيب بطل حقه من الرد ، وإن كان جاهلا فلا ،

ولم يفرق الأصحاب بين خيار المجلس وخيار الشرط ، وقال القاضى حسين : إن وطىء فى خيار الشرط بطل خياره ، وإن وطىء فى خيار المجلس فوجهان ، فحصل وجه رابع فى المسألة أنه يبطل خيار الشرط دون خيار المجلس ، والله أعلم .

(وأما) إعتاقه فان كان بإذن البائع نفذ وحصلت الإجازة من الطرفين ، ولزم البيع بلا خلاف وإن كان بغير إذنه ففى نفوذه خلاف سنذكره واضحا إن شاء الله تعالى فى تفريع الأقوال الثلاثة فى الملك فى زمن الخيار لمن هو ؟ ومختصره أن المذهب أنه لا ينفذ إعتاقه إن كان الخيار لهما أو للبائع فان كان للمشترى وحده نفذ (فان قلنا) ينفذ حصلت الإجازة قطعا وإلا فوجهان (أصحهما) الحصول أيضا لدلالته على الرضا واختيار التملك وبهذا قطع المصنف وآخرون ، قال إمام الحرمين : ويتجه أن يقال : إن أعتق وهو يعلم عدم نفوذه لم يكن إجازة قطعا ، والمذهب أنه لا فرق (أما) إذا باع المشترى أو وقف أو وهب وأقبض بغير إذن البائع فلا ينفذ شىء من ذلك بلا خلاف ، وهل يكون إجازة ؟ فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) يكون إجازة . وبه قال الإصطخرى ، وصححه المصنف والأصحاب (والثانى) لا يكون ، قاله أبو إسحق المروزى .

قال أصحابنا : ولو باشر المشترى هذه التصرفات بإذن البائع أو باع المبيع للبائع نفسه فوجهان (أصحهما) صحة التصرف لتضمنه الإجازة (والثانى) لا ، لضعف الملك وعدم تقدم الإجازة (قال) ابن الصباغ وغيره : وعلى الوجهين جميعا يصير البيع لازما ، ويسقط الخيار (قال) الرافعى : وقياس ما سبق أنا إذا لم ننفذها كان سقوط الخيار على وجهين ، والمذهب ما قاله ابن الصباغ وموافقوه ، والله تعالى أعلم .

أما إذا أذن له البائع فى طحن الحنطة المبيعة فطحنها فانه إجازة منهما (قال) الصيدلانى وغيره : ومجرد الإذن فى هذه التصرفات لا يكون إجازة من البائع ما لم يتصرف ، حتى لو رجع البائع قبل التصرف كان على خياره ، وفى هذا الذى قالوه نظر ، لأن الاعتبار بالدلالة على الرضى ، وذلك حاصل بمجرد الإذن ، وسيأتى فى المسألة الخامسة إن شاء الله تعالى عن القاضى حسين خلاف فى هذا ، والله أعلم .

(الخامسة) إذا وطىء المشترى المبيعة فقد سبق الخلاف فى كونه إجازة منه ، وأما خيار البائع فان كان جاهلا بوطء المشترى لم يسقط قطعا ، وإن أدركه حصلت الإجازة منه قطعا ، ولا يجب على المشترى مهر ولا قيمة الوطء قطعا ، وتصير الجارية أم ولد ، فان لم يأذن له ، ولكن علم أنه يطأ ، أو رآه يطأ وسكت عليه ، فهل يسقط خيار البائع ويكون مجيزا ؟ فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) لا يكون مجيزا قطعا ، وكما لو سكت على وطء أمته لا يسقط به المهر قطعا ، أو على تخريق ثوبه لا يسقط القيمة قطعا ، هكذا ذكر الأصحاب المسألة ، ولم يفرقوا بين خيار الشرط وخيار المجلس ، وقال المتولى : إذا أبطلنا خيار المشترى بالوطء وكان البائع جاهلا بوطء المشترى ــ فان كان خيار الشرط ــ لم يبطل حق البائع منه ، وإن كان خيار المجلس فوجهان ، بناء على الوجهين السابقين فيما إذا أسقط المشترى خياره ، هل يسقط خيار البائع أم لا ؟ وهذا الذى قاله شاذ مردود والمذهب أنه لا يسقط خيار المجلس والحالة هذه كالشرط ، قال القاضى حسين : ولو أذن له البائع فى الوطء ولم يطأها ، هل يبطل خيار البائع بمجرد الاذن ؟ فيه خلاف مرتب (إن قلنا :) إذا رآه يطأ فسكت يبطل ، فهنا أولى ، وإلا فوجهان ، والفرق أنه وجد هنا صريح الإذن ، والله أعلم .

(فـرع) إذا تصرف المشترى فى المبيع ببيع أو رهن أو هبة أو تزويج ونحوها ، وصححناه ، يبطل خيار البائع إذا لم يكن أذن فى ذلك بلا خلاف. واحتج له المتولى بأن هذه التصرفات لا تبطل مالية الممتنع ، وهى قابلة للرفع والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(وإن جن من له الخيار ، او اغمى عليه ، انتقل الخيار إلى الناظر فى ماله وإن مات ، فإن كان فى خيار الشرط انتقل الخيار إلى من ينتقل إليه المال ، لانه حق ثابت لإصلاح المال ، فلم يسقط بالموت كالرهن وحبس المبيع على الثمن ، فإن لم يعلم الوارث حتى مضت المدة ففيه وجهان (احدهما) يثبت له الخيار فى القدر الذى بقى من المدة ، لانه لما انتقل الخيار إلى غير من شرط له بالموت وجب ان ينتقل إلى غير الزمان الذى شرط فيه (والثانى) انه تسقط المدة ويثبت الخيار للوارث على الفور ، لأن المدة فاتت وبقى الخيار ، فكان على الفور كخيار الرد بالعيب ، وإن كان فى خيار المجلس فقد روى المزنى أن الخيار للوارث وقال فى المكاتب : إذا مات وجب البيع ، فمن اصحابنا من قال : لا يسقط الخيار بالموت فى المكاتب وغيره (وقوله) فى المكاتب : وجب البيع . اراد به انه لا ينفسخ بالموت كما تنفسخ الكتابة ، ومنهم من قال : يسقط الخيار فى بيع المكاتب ولا يسقط فى بيع غيره لأن السيد يملك بحق الملك ، فإذا لم يملك فى حياة المكاتب لم يملك بعد موته . والوارث يملك بحق الإرث فانتقل إليه بموته .

ومنهم من نقل جواب كل واحدة من المسالتين إلى الأخرى وخرجهما على قولين (احدهما) انه يسقط الخيار لانه إذا سقط الخيار بالتفرق فلأن يسقط بالموت ــ والتفرق فيه اعظم ــ اولى (والثانى) لا يسقط ، وهو الصحيح ، لانه خيار ثابت لفسخ البيع ، فلم يبطل بالموت كخيار الشرط ، فعلى هذا إن كان الذى انتقل إليه الخيار حاضرا ثبت له الخيار إلا ان يتفارقا او يتخايرا وإن كان غائبا ثبت له الخيار إلى ان يفارق الموضع الذى بلغه فيه) .

(الشرح) قوله : حق ثابت لإصلاح المـال احتراز ممن أسلم على أكثر من أربع زوجات ، وأسلمن ، ومات قبل الاختيار ، فان الخيار لا ينتقل إلى الوارث (وقوله :) خيار ثابت لفسخ البيع . احتراز بالفسخ عن خيار

القبول فى إيجاب البيع ، وهو إذا قال البائع : بعتك فمات المشترى قبل القبول لم يقبل الوارث عنه . واحترز بالبيع عن فسخ النكاح بالعيب وبعتق الأمة تحت عبده .

(اما الأحكام) فاتفقت نصوص الشافعى وطرق الأصحاب على أن خيار الشرط وخيار الرد بالعيب ينتقل إلى الوارث بموت المورث ، وإلى السيد بموت المكاتب فى مدته ولا خلاف فى هذا ، إلا أن الرافعى حكى أن فى خيار الشرط قولا شاذا أنه يسقط بالموت مخرجا من خيار المجلس ، وهذا ضعيف جدا ومردود ، فاذا قلنا بالمذهب فان كانت المدة باقية عند بلوغ الخبر ثبت للوارث الخيار إلى انقضائها ، وإن كانت قد انقضت فأربعة أوجه ، الوجهان الأولان منها مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) يكون على الفور .

قال الرويانى وغيره : هذا ظاهر نصه فى الأم (والوجه الثانى) يثبت فى القدر الذى كان بقى عند الموت (والثالث) يبقى الخيار ما دام المجلس الذى بلغه فيه الخبر ، حكاه القفال والرويانى وآخرون من الخراسانيين (والوجه الرابع) يسقط الخيار ، ويلزم البيع بمجرد مضى المدة ، حكاه الرويانى ، وبه جزم الماوردى لفوات المدة وهذا شاذ مردود والله أعلم .

وأما خيار المجلس فاذا مات أحد المتعاقدين فى المجلس نص الشافعى أن الخيار لوارثه وقال فى المكاتب : إذا باع ومات فى المجلس وجب البيع ، وللأصحاب فى المسألتين ثلاث طرق مشهورة ، ذكرها المصنف بدلائلها واضحة (أحدها) وهو قول أبى إسحق المروزى وأكثر أصحابنا المتقدمين وهو أصحها عند الأصحاب : فى المسألتين قولان (أصحهما) يثبت الخيار للوارث ولسيد المكاتب ، كخيار الشرط والرد بالعيب (والثانى) لا يثبت ، بل يلزم البيع بمجرد الموت ، لأنه أبلغ فى المفارقة من مفارقته بالبدن (والطريق الثانى) يثبت لهما قطعا ، وتأويل نص المكاتب بما ذكره المصنف ،

وبهذا الطريق قال أبو على ابن أبى هريرة (والثالث) تقرير النصين ، وهو ثبوت الخيار للوارث دون السيد ، والفرق أن الوارث خليفة الميت بخلاف السيد •

ولو مات العاقدان فى المجلس ففى انتقال الخيار إلى وارثهما وسيد المكاتب الخلاف المذكور فى موت أحدهما ، صرح به الدارمى والأصحاب والله أعلم •

أما إذا باع العبد المأذون له ، أو اشترى ومات فى المجلس ، فكالمكاتب وكذا الوكيل بالشراء إذا مات فى المجلس ، هل للموكل الخيار ؟ فيه الخلاف كالمكاتب ، هذا إذا فرعنا على الصحيح أن الاعتبار بمجلس الوكيل ، وفى وجه شاذ ضعيف يعتبر مجلس الموكل ، وهو شاذ ليس بشىء • قال أصحابنا : فان لم يثبت الخيار للوارث فقد انقطع خيار الميت (وأما) العاقد الآخر الحى فذكر البغوى أن خياره لا ينقطع حتى يفارق ذلك المجلس ، وقال إمام الحرمين : يلزم العقد من الجانبين • قال الرافعى : ويجوز تقرير خلاف لما سبق أن هذا الخيار لا يتبعض سقوطه كموته ، وذكر القاضى حسين فيه وجهين (أحدهما) يمتد إلى أن يفارق مجلسه ثم ينقطع (والثانى) يبقى إلى أن يجتمع هو والوارث الآخر (والثالث) يمتد إلى مفارقته مجلس العقد ، وهذا هو الصحيح وهو الذى جزم به البغوى ، وحكى الرويانى وجها رابعا أنه ينقطع خياره بموت صاحبه ، فاذا بلغ الخبر إلى وارثه حدث لهذا الحى الخيار معه ، وهذا شاذ ضعيف •

(فان قلنا :) يثبت الخيار للوارث فان كان حاضرا فى المجلس امتد الخيار بينه وبين العاقد الآخر حتى يتفرقا أو يتخايرا ، وإن كان غائبا فله الخيار إذا وصله الخبر ، وهل هو على الفور ؟ أم يمتد امتداد مجلس بلوغ الخبر إليه ؟ فيه وجهان كالوجهين فى خيار الشرط إذا ورثه الوارث ، وبلغه الخبر بعد مضى مدة الخيار ، ففى وجهٍ هو على الفور ، وفى وجه

يمتد كما كان يمتد للميت لو بقى ، ومنهم من بناهما على الوجهين فى كيفية ثبوته للعاقد الباقى (أحدهما) له الخيار ، ما دام فى مجلس العقد ، فعلى هذا يكون خيار الوارث ثابتا فى المجلس الذى يشاهد فيه المبيع (والثانى) يتأخر خياره إلى أن يجتمع هو والوارث فى مجلس فحينئذ يثبت الخيار للوارث ، وجمع القاضى حسين فى تعليقه هذا الخلاف ، فحكى فى المسألة ثلاثة أوجه (أحدهما) يثبت له على الفور (والثانى) ما لم يفارق مجلس بلوغ الخبر (والثالث) ما لم يجتمع هو والعاقد الآخر ، وحكى الرويانى وجها رابعا أنه يثبت له الخيار إذا أبصر السلعة ، ولا يتأخر عن ذلك (والأصح) أن خيار الوارث يثبت ما دام فى مجلس بلوغ الخبر إليه وبه قطع المصنف وشيخه القاضى أبو الطيب والماوردى وآخرون ، وهو قول أبى إسحق المروزى .

(فرع) إذا ورث خيار المجلس اثنان فصاعدا وكانوا حضورا فى مجلس العقد ، فلهم الخيار إلى أن يفارقوا العاقد الآخر ، ولا ينقطع بمفارقة بعضهم على الأصح المشهور ، وبه جزم الأكثرون ، فان كانوا غائبين عن المجلس ــ قال المتولى : إن قلنا فى الوارث الواحد : يثبت الخيار فى مجلس مشاهدة المبيع ــ فلهم الخيار إذا اجتمعوا فى مجلس (وإن قلنا :) له الخيار إذا اجتمع هو والعاقد ، وكذا لهم الخيار إذا اجتمعوا هم وهو ، ومتى فسخ بعضهم وأجاز بعضهم فوجهان مشهوران ، حكاهما ابن القطان والقاضى حسين والمتولى والرويانى وغيرهما : (أحدهما) لا ينفسخ فى شىء (وأصحهما) ينفسخ فى الجميع كالمورث لو فسخ فى حياته فى بعضه ، وأجاز فى بعض .

قال المتولى : ولا خلاف أنه لا يبعض الفسخ ، لأن فيه إضرارا بالعاقد الآخر ، قال ولو حضر بعضهم وغاب البعض فللحاضر الخيار ، فان فسخ وقلنا : يغلب الفسخ نفذ الفسخ فى الجميع ، وإن أجاز توقفنا حتى يبلغ

الخبر إلى الغائب ، هذا ما نقله المتولى . وقال الماوردى والرويانى : إن مات البائع فلكل واحد من ورثته أن ينفرد بالفسخ فى حصته بلا خلاف، وإن مات المشترى فوجهان (أحدهما) يثبت الفسخ لكل من ورثته كعكسه (وأصحهما) ليس لأحدهم الفسخ ، والفرق أن المشترى يثبت له الخيار بتبعيض الصفقة عليه ، فيزول عنه الضرر ، بخلاف البائع ، والمذهب ما ذكره المتولى .

(فرع) لو جن أحد العاقدين أو أغمى عليه لم ينقطع الخيار ، بل يقوم وليه أو الحاكم مقامه ، فيفعل ما فيه الحظ من الفسخ والإجازة . هذا هو المذهب ، وبه قطع المصنف والأصحاب ، وفيه وجه مخرج من الموت أنه ينقطع حكاه جماعة من الخراسانيين منهم المتولى والرويانى ، قال : وليس هو بشىء ، ولو خرس أحدهما فى المجلس ــ قال أصحابنا : إن كانت له إشارة مفهومة أو كتابة ــ فهو على خياره وإلا نصب الحاكم نائبا عنه ، وهذا متفق عليه عند أصحابنا .

(فرع) إذا جن أحد العاقدين أو أغمى عليه فى مدة الخيار ، وأقام القاضى فيما يقوم مقامه فى الخيار ، ففسخ القيم أو أجاز ، فأفاق العاقد وادعى أن الغبطة خلاف ما فعله القيم ، قال القاضى حسين وغيره : ينظر الحاكم فى ذلك فان وجد الأمر كما يقول المفيق مكنه من الفسخ والإجازة، ونقض فعل القيم ، وإن لم يكن ما ادعاه المفيق ظاهرا فالقول قول القيم مع يمينه ، لأنه أمين فيما فعله إلا أن يقيم المفيق بينة بما ادعاه .

(فرع) قال القاضى حسين : حيث أثبتنا خيار المجلس أو الشرط للوارث ، وكان واحدا فان قال : أجزت انبرم العقد ، وإن قال : فسخت انفسخ ، وإن قال : أجزت وفسخت ، أو فسخت وأجزت ، فالحكم باللفظ المتقدم منهما ، وإن قال : أجزت فى النصف وفسخت فى النصف ، غلب

الفسخ ، كما لو فسخ أحد العاقدين وأجاز الآخر ، فانه يقدم الفسخ كما سبق •

(فـرع) لو حضر الموكل مجلس العقد ، فحجر على الوكيل فى خيار المجلس ، فمنعه الفسخ والإجازة ، فقـد ذكر الغزالى فى البسيط والوسيط كلاما معناه أن فيه احتمالين (أحدهما) يجب الامتثال فينقطع خيار الوكيل ، قال : وهو مشكل لأنه يلزم منه رجوع الخيار إلى الموكل ، وهو مشكل (والثانى) لا يمتثل لأنه من لوازم السبب السابق ، وهو المنع ، لكنه مشكل لأنه مخالف نيابة[1] الوكالة التى مقتضاها امتثال قول الموكل ، وهذا الثانى أرجح هذا معنى كلام الغزالى ، وليس فى المسألة خلاف ، وإن كانت عبارته موهمه إثبات خلاف ، والله أعلم •

(فـرع) إذا كان الخيار لأحدهما دون الآخر فمات من لا خيار له ، بقى الخيار للآخر بلا خلاف ، قال المتولى : وهذا كما أن الدين المؤجل لا يحل بموت من له الدين ، وإنما يحل بموت من عليه وتتصور المسألة فى الشرط ، وتتصور فى خيار المجلس إذا أجاز أحدهما دون الآخر ثم مات المخير فى المجلس •

(فـرع) إذا شرط الخيار لأجنبى ، وصححناه وخصصناه به دون الشارط فمات ، ففى انتقاله إلى الشارط الخلاف المذكور فى المكاتب ، ذكره المتولى وغيره ، وسبق بيانه فى مسألة شرط الخيار للأجنبى ، قال المتولى : ولا خلاف أنه ينتقل إلى وارث الأجنبى قال : وكذا لو شرط الوكيل الخيار لنفسه حيث يصح ، وخصصناه به فمات ، لا ينتقل إلى وارثه بلا خلاف ، وفى انتقاله إلى الموكل الخلاف كالمكاتب ، وحكى الفورانى وجها أنه ينتقل إلى وارث الوكيل ، وهذا ضعيف أو غلط ، وحكى أيضا

---

(١) فى الأصل (لأنه مخالف بيان الوكالة) . (ط)

طريقا آخر أنه ينتقل إلى الموكل قطعا وادعى أنه المذهب لأنه نائبه ، وطريقا ثالثا أنه يبطل الخيار قطعا وحكى القاضى حسين هذا الطريق ، والمذهب المشهور أنه كالمكاتب ، والصحيح على الجملة أنه ينتقل إلى الموكل ، قال : وكذا المكاتب إذا شرط الخيار ثم عَجَّز نفسه ، هل ينتقل الخيار إلى سيده ؟ فيه الخلاف ، والله أعلم .

(فـرع) قد ذكرنا أن خيار الرد بالعيب يثبت للوارث بلا خلاف إذا مات الوارث قبل التقصير المسقط ، وهذا حكم خيار الخلف فيما إذا شرط أن العبد كاتب فأخلف ونحوه قال المتولى : وهكذا الخيار الثابت للبائع عند عجز المشترى عن تسليم الرهن المشروط فى البيع ينتقل إلى الوارث ، فأما خيار القبول فلا يورث بلا خلاف ، وصورته إذا قال البائع : بعتكه فمات المشترى ووارثه حاضر فقبل فى الحال لا يصح ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الأصحاب . وحكى الرويانى وجها أنه إذا قبل وارثه فى الحال صح البيع وهو شاذ باطل ، وقد سبقت المسألة بفروعها فى مسائل الإيجاب والقبول ، قال المتولى : والفرق بينهما أن خيار القبول ليس بلازم ، لأن من عليه وهو البائع لو قال : رجعت أو أبطلت الإيجاب بطل خيار المشترى بخلاف الخيار فى هذه المسألة ، فانه لازم ، حتى لو قال من عليه الخيار لصاحبه أبطلت عليك خيارك ، لم يبطل حقه ، فما كان جائزا سقط بالموت ، وما كان لازما لم يسقط بالموت كالعقود فانه يبطل بالموت الجائز منها دون اللازم .

(فـرع) قال المتولى : لو وهب لولده شيئا فمات الواهب لا ينتقل حق الرجوع فيه إلى الورثة لأنهم لا يرثون العين فلا يرثون الخيار منها ، وكما لا يورث حق النكاح ، قال المتولى : وحد ما يورث وما لا يورث من الحقوق أن كل حق لازم متعلق بالمـال يورث بوراثة المـال ، هذا كلامه ، وليس هذا الذى قاله حدا صحيحا ، فانه ترك أشياء كثيرة لم

تدخل فى حده (منها) : حد القذف (ومنها) القصاص (ومنها) النجاسات المنتفع بها كالكلب والسرجين وجلد الميتة وغير ذلك ، والله أعلم .

(فـرع) إذا مات صاحب الخيار ــ وقلنا : ينتقل إلى الورثة فكانوا أطفالا أو مجانين ــ قال الرويانى وغيره : ينصب القاضى [فيما يفعل] ما هو المصلحة من الفسخ والإجازة ، كما لو جن صاحب الخيار ، والله أعـلم .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(وفى الوقت الذى ينتقل الملك فى البيع الذى فيه خيار المجلس او خيار الشرط ، ثلاثة اقوال (احدها) ينتقل بنفس العقد لانه عقد معاوضة يوجب الملك فانتقل الملك فيه بنفس العقد كالنكاح (والثانى) انه يملك بالعقد وانقضاء الخيار ، لانه لا يملك التصرف إلا بالعقد وانقضاء الخيار ، فدل على انه لا يملك إلا بهما (والثالث) انه موقوف مراعى ، فان لم يفسخ العقد تبينا انه ملك بالعقد ، وإن فسخ تبينا انه لم يملك ، لانه لا يجوز ان يملك بالعقـد ، لانه لو ملك بالعقد لملك التصرف ، ولا يجوز ان يملك بانقضاء الخيار ، لان انقضاء الخيار لا يوجب الملك . فثبت انه موقوف مراعى ، فان كان المبيع عبدا فاعتقه البائع نفذ عتقه ، لانه إن كان باقيا على ملكه فقد صادف العتق ملكه ، وإن كان قد زال ملكه عنه إلا انه يملك الفسخ فجعل العتق فسخا ، وإن اعتقه المشترى لم يخل ــ إما ان يفسخ البائع البيع او لا يفسخ ــ فان لم يفسخ وقلنا : إنه يملكه بنفس العقد ، او قلنا : إنه موقوف ــ نفذ عتقه لانه صادف ملكه (وإن قلنا) : إنه لا يملك بالعقد لم يعتق ، لانه لم يصادف ملكه . وإن فسخ البائع ــ وقلنا : إنه لا يملك بالعقد او موقوف ــ لم يعتق، لانه لم يصادف ملـكه .

(وإن قلنا) : إنه يملك بالعقد ففيه وجهان (قال) ابو العباس : إن كان موسرا عتق ، وإن كان معسرا لم يعتق ، لان العتق صادف ملكه ، وقد تعلق به حق الغير فاشبه عتق المرهون (ومن) اصحابنا من قال : لا يعتق ، وهو المنصوص ، لان البائع اختار الفسخ والمشترى اختار الإجازة بالعتق ، والفسخ والإجازة إذا اجتمعا قدم الفسخ ، ولهذا لو قال المشترى : اجزت، وقال البائع

بعده : فسخت ، قدم الفسخ وبطلت الإجازة ، وإن كانت سابقة للفسخ (فإن قلنا) : لا يعتق عاد العبد إلى ملك البائع (وإن قلنا) يعتق ، فهل يرجع البائع بالثمن او القيمة ؟ قال ابو العباس يحتمل وجهين (احدهما) يرجع بالثمن، ويكون العتق مقررا للعقد ومبطلا للفسخ (والثانى) انه يرجع بالقيمة ، لأن البيع انفسخ وتعذر الرجوع إلى العين ، فرجع إلى قيمته كما لو اشترى عبدا بثوب واعتق العبد ، ووجد البائع بالثوب عيبا فرده فإنه يرجع بقيمة العبد ، فإن باع البائع المبيع او وهبه صح لانه إما ان يكون على ملكه فيملك العقد عليه ، وإما أن يكون للمشترى إلا انه يملك الفسخ فجعل البيع والهبة فسخا .

وإن باع المشترى المبيع أو وهبه نظرت فإن كان بغير رضى البائع « فان قلنا » إنه فى ملك البائع لم يصح تصرفه ، وإن قلنا : إنه فى ملكه ففيه وجهان قال ابو سعيد الإصطخرى : يصح ، وللبائع ان يختار الفسخ ، فإذا فسخ بطل تصرف المشترى . ووجهه ان التصرف صادف ملكه الذى ثبت للغير فيه حق الانتزاع فأشبه إذا اشترى شقصا فيه شفعة فباعه (ومن) اصحابنا من قال : لا يصح لأنه باع عينا تعلق بها حق الغير من غير رضاه ، فلم يصح ، كما لو باع الراهن المرهون ، فأما إذا تصرف فيه برضى البائع نظرت — فإن كان عتقا — نفذ لانهما رضيا بامضاء البيع ، وإن كان بيعا او هبة ففيه وجهان (احدهما) لا يصح ، لأنه ابتدا بالتصرف قبل ان يتم ملكه (والثانى) يصح لأن المنع من التصرف لحق البائع وقد رضى البائع) .

(الشرح) قوله : (لأنه عقد معاوضة يوجب الملك) احترز بالمعاوضة عن الهبة ، فانها لا تملك بالعقد ، بل بالقبض ، وعن الوصية (وبقوله) يوجب الملك عن الكتابة ، فانها عقد معاوضة لكن لا توجب الملك ، فان العبد لا يملك نفسه أبدا ، وإنما فائدة عتقه تقدم[1] ملك فيه (وقوله) فأشبه عتق المرهون يعنى على أصح الأقوال الثلاثة المشهورة فيه (وقوله) ثبت للغير فيه حق ، هذا مما أنكره بعض أهل العربية على الفقهاء وغيرهم ، فقال : لفظة غير لا تدخل عليها الألف ، وكذا كل وبعض ، وجوزه آخرون ،

---

(١) تقدم هنا مصدر بضم الدال المهملة أو يكون فيها تصحيف تقديره كعدم ملك فيه والله أعلم.

وقد أوضحته فى تهذيب الأسماء واللغات[1] .

(أما الأحكام) فقال أصحابنا : فى ملك المبيع فى زمن خيار المجلس وخيار الشرط ثلاثة أقوال مشهورة ، ذكرها المصنف بدليلها (أحدها) أنه ملك للمشترى ينتقل إليه بنفس العقد ويكون الثمن ملكا للبائع ، قال الماوردى : وهذا نصه[2] فى باب زكاة الفطر (والثانى) أنه باق على ملك البائع ، ولا يملكه المشترى إلا بعد انقضاء الخيار من غير فسخ ، ويكون الثمن باقيا على ملك المشترى ، قال الماوردى : وهذا نصه فى الأم (والثالث) موقوف ، فان تم البيع حكمنا بأنه كان ملكا للمشترى بنفس العقد . وإلا فقد بان أن ملك البائع لم يزل . وهكذا يكون الثمن موقوفا على هذا القول ، وفى موضع الأقوال ثلاثة طرق حكاها المتولى وغيره (أحدها) أنه إذا كان الخيار لهما إما بالشرط وإما بالمجلس (أما) إذا كان لأحدهما ، فالمبيع على ملكه لأنه ملك التصرف (والطريق الثانى) أنه لا خلاف فى المسألة ، بل إن كان الخيار للبائع فالملك له ، وإن كان للمشترى فله ، وإن كان لهما فموقوف وتنزل الأقوال على هذه الأحوال (والثالث) طرد الأقوال فى جميع الأحوال وهو الأصح عند عامة الأصحاب منهم العراقيون والحليمى ، هذا نقل الرافعى .

---

(1) قال فى تهذيب الأسماء واللغات : قال الامام ابو نزار الحسن بن أبى الحسن النحوى فى كتابه المسائل السفرية : منع قوم دخول الألف واللام على غير وكل وبعض ، وقالوا : هذه كما لا تتعرف بالاضافة لا تتعرف بالألف واللام على غير وكل وبعض فيقال فعل الغير ذلك ، والكل خير من البعض ، وهنا لان الألف واللام هنا ليستا للتعريف ولكنها المعاقبة للاضافة نحو قول الشاعر :

كان بين فكها والفك

انما هو كان بين فكها وفكها فهذا لانه من نص على أن غيرا يتعرف بالاضافة فى بعض المواضع ثم ان الغير يحمل على الضد والكل يحمل على الجملة والبعض يحمل على الجزء فصلح دخول الألف واللام أيضا من هذا الوجه والله تعالى أعلم ا هـ من تهذيب الأسماء واللغات ج ٢ ص ٦٥ ، ٦٦

(2) يعنى نص الشافعى فى الأم فى باب زكاة الفطر .

وقال إمام الحرمين : طرد الأئمة الأحوال الثلاثة فيه إذا كان لهما أو لأحدهما قال : وقال بعض المحققين : إن كان الخيار لهما ففيه الأقوال ، وإن كان الخيار للمشترى فالأصح أن الملك له ، وإن كان الخيار للبائع (فالأصح) أن المبيع باق على ملكه ، قال الإمام : وكان شيخى يقول : يتجه أن يجعل ذلك قولا رابعا .

واختلف أصحابنا فى الأصح من هذه الأقوال ، فصححت طائفة القول بأن المشترى يملك بنفس العقد ، منهم الشيخ أبو حامد والماوردى والقاضى أبو الطيب وإمام الحرمين وغيرهم ، وبه قطع المحاملى فى المقنع ، وسُلَيم الرازى فى الكفاية ، والجرجانى فى التحرير وهو مذهب أحمد ، وصححت طائفة قول الوقف ، ممن صححه البغوى ، وصححت طائفة التفصيل فقالوا : إن كان الخيار للبائع ، فالأصح أن الملك له ، وإن كان الخيار للمشترى وحده فالأصح أن الملك له . وإن كان لهما فالأصح أنه موقوف ، وممن صحح هذا التفصيل القفال ، حكاه عنه الرويانى فى البحر ، وأشار إلى موافقته وصححه أيضا صاحب [البيان] والرافعى فى كتابيه الشرح الكبير والمحرر ، وقطع به الرويانى فى الحلية ، والله أعلم .

(التفريع) قال أصحابنا رحمهم الله : لهذه الأقوال فروع كثيرة ، منها ما يذكر فى أبوابه ، ومنها ما يذكر هنا (فمنها) كسب العبد والأمة المبيعين فى زمن الخيار ، فان تم البيع فهو للمشترى (إن قلنا) الملك له أو موقوف (وإن قلنا) الملك للبائع فوجهان (أصحهما) وبه قال الجمهور : الكسب للبائع ، لأن الملك له عند حصوله ، وقال أبو على الطبرى : هو للمشترى واستدل له المتولى وغيره بأن سبب زوال ملك البائع موجود حال وجود الزيادة . فلم يجعل لها حكم ، وجعلت تابعة للعين ، وكان لمن استقر ملك العين له ، وإن فسخ البائع فهو للبائع « إن قلنا : » الملك له أو موقوف (وإن قلنا) للمشترى فوجهان مشهوران (أصحهما)للمشترى (والثانى)

للبائع ، وبه قال أبو إسحق المروزى قال المتولى هما مبنيان على أن الفسخ يرفع العقد من حينه أو من أصله ، وفيه وجهان مشهوران فى كتب الخراسانيين (أصحهما) من حينه (والثانى) من أصله (فان قلنا) من حينه فهو للمشترى ، وإلا فللبائع •

قال أصحابنا : وفى معنى الكسب ، اللبن والشعر والثمرة ومهر الجارية إذا وطئت بشبهة أو أكرهت على الزنا وكون الجميع حكم كسب العبد على التفصيل والخلاف (ومنها) النتاج ، فان وجد حدوث الولد وانفصاله فى مدة الخيار لامتداد المجلس فهو كالكسب ، وإن كانت الجارية أو البهيمة حاملا عند البيع وولدت فى زمن الخيار بنى على أن الحمل هل له حكم ؟ وهل يأخذ قسطا من الثمن ؟ وفيه قولان مشهوران ذكرهما المصنف بعد هذا بدليلهما (أحدهما) لا كالأعضاء ، فعلى هذا هو كالكسب كما سبق بلا فرق وأصحهما له قسط كما لو بيع بعد الانفصال مع الأم فعلى هذا يكون الحمل مع الأم كعينين بيعتا معا ، فان فسخ البيع فهما للبائع وإلا فللمشترى (ومنها) العتق فاذا أعتق البائع العبد المبيع فى زمن الخيار المشروط لهما أو للبائع وحده نفذ إعتاقه على كل قول ، وهذا لا خلاف فيه ، ودليله ما ذكره المصنف •

وإن أعتقه المشترى (فان قلنا) الملك للبائع لم ينفذ إن فسخ البيع قطعا ، وكذا إن تم على أصح الوجهين ، وهو المنصوص لما ذكره المصنف (وإن قلنا) موقوف ، فالعتق أيضا موقوف ، فان تم البيع بان نفوذه وإلا فلا (وإن قلنا) الملك للمشترى ففى نفوذ العتق وجهان (أصحهما) وهو ظاهر النص لا ينفذ صيانة لحق البائع على الاتصال (والثانى) ينفذ ، وبه قال ابن سريج ، وعلى هذا وجهان (أصحهما) وبه قطع المصنف أنه إنما ينفذ إذا كان موسرا بقيمته ، فان كان معسرا فلا ، كالموهوب على أصح الأقوال (والثانى) ينفذ موسرا كان أو معسرا (فان

قلنا :) لا ينفذ فاختار البائع الإجازة ففى الحكم بنفوذه الآن وجهان (أصحهما) لا ينفذ (فان قلنا :) ينفذ فهل ينفذ من وقت الإجازة ؟ أم من وقت الإعتاق ؟ فيه وجهان (أصحهما) من وقت الإجازة (وإن قلنا) بقول ابن سريج ففى بطلان خيار البائع وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أحدهما) يبطل وليس له إلا الثمن (وأصحهما) لا يبطل لكن لا يرد العتق ، بل إذا فسخ أخذ قيمة العبد كنظيره فى الرد بالعيب • فعلى هذا إن اختلفا فى قيمة العبد وتعذرت معرفتها لموته أو غيبته ونحو ذلك فالقول قول المشترى ، لأنه غارم ، هذا كله إذا كان الخيار لهما أو للبائع •

(أما) إذا كان للمشترى وحده فينفذ إعتاقه على جميع الأقوال بلا خلاف لأنه إما مصادف ملكه ، وإما إجازة ، وليس فيه إبطال حق لغيره ، وإن أعتقه البائع وكان الخيار للمشترى وحده (فان قلنا :) الملك للمشترى لم ينفذ سواء تم البيع أو فسخ ، وفيما إذا فسخ الوجه الشاذ السابق الناظر إلى المال •

(وإن قلنا :) موقوف لم ينفذ إن تم البيع وإلا فينفذ (وإن قلنا :) الملك للبائع فان انفسخ العقد بطل العتق وإلا فقد أعتق ، تبينا ثبوت الاستيلاد وإلا فلا ، فلو ملكها بعد ذلك عاد القولان ، وعلى قولنا : الملك للمشترى فى ثبوت الاستيلاد الخلاف السابق فى العتق ، فان لم يثبته فى الحال وتم البيع تبينا ثبوته ، ورتب الخراسانيون الخلاف فى الاستيلاد على الخلاف فى العتق ، ثم اختلفوا فقيل : الاستيلاد أولى بالثبوت وقيل عكسه ، قال إمام الحرمين : ولا تبعد التسوية ، قال أصحابنا : والقول فى وجوب قيمة الولد على المشترى كالقول فى ملكه الذى تعلق به حق لازم ، فهو كإعتاق المرهون والله أعلم •

(ومنها) الوطء فان كان الخيار لهما أو للبائع ففى حله للبائع طرق (أحدها) إن قلنا : الملك له فحلال ، وإلا فوجهان وجه الحل أنه يتضمن الفسخ ، وفى ذلك عود الملك إليه معه أو قبيله (والطريق الثانى) إن قلنا : لا ملك له فحرام ، وإلا فوجهان وجه التحريم ضعف الملك (والثالث) القطع بالحل مطلقا ، قال الرافعى : والمذهب من هذا كله الحل إن جعلنا الملك له ، والتحريم إن لم نجعله له ، ولا مهر عليه بحال بلا خلاف (وأما) وطء المشترى فحرام قطعا ، والصورة فيما إذا كان الخيار لهما أو للبائع وحده لأنه وإن ملك على قول فملك ضعيف ولكن لو وطىء فلا حد على الأقوال كلها بلا خلاف لوجود الملك أو شبهته (وأما) المهر فان تم البيع لم يلزمه « إن قلنا » الملك له:أو موقوف « وإن قلنا » للبائع فوجهان « الصحيح » وقول الجمهور وجوب المهر له (وقال) أبو إسحق : لا يجب نظرا إلى المال ، فان فسخ البيع وجب المهر للبائع « إن قلنا » الملك له أو موقوف (وإن قلنا) للمشترى فوجهان (أصحهما) لا مهر « والثانى » يجب لضعف ملكه وزواله . فان أولدها المشترى فالولد نسيب بلا خلاف على الأقوال كلها لأنه وطء فى ملك أو شبهة .

وأما الاستيلاد (فان قلنا) الملك للبائع لم يثبت . ثم إن تم البيع أو ملكها بعد ذلك ففى ثبوته حينئذ القولان المشهوران ، فيمن وطىء جارية غيره بشبهة ، ثم ملكها (أصحهما) لا يثبت ، وعلى الوجه الضعيف الناظر إلى المال يثبت إذا تم البيع بعد الاستيلاد بلا خلاف وعلى قول الوقف إن تم البيع تبينا ثبوت الاستيلاد وإلا فلا ، فلو ملكها بعد ذلك عاد القولان ، وعلى قولنا : الملك للمشترى فى ثبوت الاستيلاد الخلاف السابق فى العتق ، فان لم تثبته فى الحال وتم البيع فى المهر . وإذا وجبت قيمة الولد اعتبرت يوم الولادة فان وضعته ميتا لم يجب قيمته ، لأنه لم يخل بينه وبينه ، هذا كله إذا كان لهما أو للبائع (فأما) إذا كان للمشترى وحده فحكمه حل الوطء له كما سبق فى حله فى طرف البائع إذا كان

الخيار لهما أو للبائع ، وأما البائع فيحرم عليه الوطء هنا ، فلو وطىء فالقول فى وجوب المهر ، وفى ثبوت الاستيلاد ووجوب القيمة كما ذكرنا فى طرف المشترى إذا كان الخيار لهما أو للبائع ، والله تعالى أعلم .

قال القاضى حسين : (إذا قلنا) الملك للمشترى وأحبلها ثبت الاستيلاد وبطل خياره ، وفى بطلان خيار البائع وجهان ، فان أبطلناه انبرم العقد واستقر الثمن ، وإن لم نبطله فاختار البائع الإجازة فكذلك ، فان فسخ البيع فهل يبطل الاستيلاد ؟ (إن قلنا) لا يبطل العتق فالاستيلاد أولى وإلا فوجهان والفرق أن الاستيلاد فعل وهو أقوى من العتق ، ولهذا ينفذ استيلاد المجنون والسفيه والمريض والأب فى جارية ابنه دون إعتاقهم (فان قلنا :) لا يفسخ الاستيلاد رجع بقيمتها (وإن قلنا :) له فسخه استرد الجارية ، والله أعلم . (ومنها) بيع البائع والمشترى وهبتهما وسائر عقودهما وسبق بيانها قبل هذا الفصل ، والله أعلم .

(فرع) إذا اشترى عبداً لجارية ثم أعتقهما معا ، فان كان الخيار لهما عتقت الجارية بناء على ما سبق أن إعتاق البائع نافذ متضمن للفسخ ، ولا يعتق العبد المشترى ، وإن قلنا : الملك فيه لمشتريه لما فيه من إبطال حق صاحبه ، هذا هو الأصح ، وعلى الوجه القائل بنفاذ إعتاق المشترى تفريعا على أن الملك للمشترى يعتق العبد ، ولا تعتق الجارية ، أما إذا كان الخيار لمشترى العبد فثلاثة أوجه (أصحها) يعتق العبد لأنه أجازه ، والأصل استمرار العقد (والثانى) تعتق الجارية ، لأن عتقها فسخ فقدم على الإجازة ، ولهذا لو فسخ أحد المتبايعين وأجاز الآخر قدم الفسخ (والثالث) لا يعتق واحد منهما أما إذا كان الخيار لبائع العبد وحده فالمعتق بالإضافة إلى العبد مشتر ، والخيار لصاحبه ، وبالإضافة إلى الجارية بائع ، والخيار لصاحبه ، وقد سبق الخلاف فى اعتاقهما ، قال الرافعى والذى يفتى به أنه لا ينفذ العتق فى واحد منهما فى الحال فان فسخ صاحبه نفذ فى الجارية وإلا ففى العبد .

ولو كانت المسألة بحالها واعتقهما مشترى الجارية فليقس الحكم بما سبق ، وإن كان الخيار لهما عتق العبد دون الجارية على الأصح ، وإن كان للمعتق وحده فعلى الأوجه الثلاثة ففى الأول يعتق العبد ، وفى الثانى الجارية ، ولا يخفى حكم الثالث ، والله أعلم • أما إذا أعتق أحد المتعاقدين أحد المبيعين فقال القاضى حسين : (إن قلنا :) الخيار يمنع الملك نفذ عتقه فيما باع وإن قلنا : لا يمنع قلنا له : عيِّن أحدهما للعتق فان عيَّن ما اشتراه كان كاعتاق المشترى فى مدة الخيار ، وإن عين فيما باع نفذ قطعـا •

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(وإن كان المبيع جارية لم يمنع البائع من وطئها ، لأنها باقية على ملكه فى بعض الأقوال ويملك ردها إلى ملكه فى بعض الأقوال فاذا وطئها انفسخ البيع • ولا يجوز للمشترى وطؤها لأن فى أحد الأقوال لا يملكها ، وفى الثانى مراعى فلا يعلم هل يملكها أم لا ؟ وفى الثالث يملكها ملكا غير مستقر ، فان وطئها لم يجب الحد ، وإن أحبلها ثبت نسب الولد وانعقد الولد حرا لأنه إما أن يكون فى ملك أو شبهة ملك • واما المهر وقيمة الولد وكون الجارية أم ولـد فانه يبنى على الأقوال ، فان أجاز البائع البيع بعد وطء المشترى ــ وقلنا إن الملك للمشترى أو موقوف ــ لم يلزمه المهر ولا قيمة الولد ، وتصير الجارية أم ولد، لأنها مملوكته (وإن قلنا) : إن الملك للبائع فعليه المهر ، وقال أبو إسـحق لا يلزمه كما لا تلزمه أجرة الخدمة ، والمـذهب الأول ، لأنه وطىء فى ملك البائع ، ويخالف الخدمة فان الخدمة تستباح بالإباحة ، والوطء لا يستباح ، وفى قيمة الولد وجهان (احدهما) لا تلزمه لأنها وضعته فى ملكه والاعتبار بحال الوضع الا ترى أن قيمة الولد تعتبر حال الوضع (والثانى) تلزمه لأن العلوق حصل فى غير ملكه ، والاعتبار بحال العلوق لأنها حالة الإتلاف ، وإنما تاخر التقويم إلى حالة الوضع لأنه لا يمكن تقويمه فى حال العلوق ، وهل تصـير الجارية أم ولد ؟ فيه قولان كما قلنا فيمن احبل جارية غيره بشبهة ، فاما إذا فسخ البيع وعادت إلى ملكه (فان قلنا) : إن الملك للبائع او موقوف وجب عليه المهر وقيمة الولد ، ولا تصير الجارية فى الحال ام ولد ، وهل تصير ام ولد إذا ملكها ؟ فيه قولان (وإن قلنا) : إن الملك للمشترى لم يجب عليه المهر ، لأن

الوطء صادف ملكه ومن اصحابنا من قال : يجب ، لانه لم يتم ملكه عليهـا ، وهذا يبطل به إذا اجاز البائع البيع ، وعلى قول ابى العباس تصير ام ولد كما تعتق إذا أعتقها عنده ، وهل يرجع البائع بقيمتها أو بالثمن ؟ فيه وجهان ، وقد بينا ذلك فى العتق ، وعلى المنصوص انها لا تصير ام ولد له ، لان حق البائع سابق فلا يسقط بإحبال المشترى ، فان ملكها المشترى بعد ذلك صارت ام ولد ، لانها إنما لم تصر ام ولد له فى الحال لحق البائع ، فإذا ملكها صارت ام ولد .

(١)وإن اشترى جارية فولدت فى مدة الخيار بنينا على ان الحمل هل له حكم فى البيع ؟ وفيه قولان (احدهما) له حكم ويقابله قسط من الثمن ، وهو الصحيح ، لأن ما أخذ قسطا من الثمن بعد الانفصال اخذ قسطا من الثمن قبل الانفصال كاللبن (والثانى) لا حكم له ولا قسط له من الثمن ، لانه يتبعها فى العتق ، فلم يأخذ قسطا من الثمن كالأعضاء ((فإن قلنا)) إن له حكما فهو مع الأم بمنزلة العينين المبيعتين ، فإن امضى العقد كانا للمشترى ، وإن فسخ العقد كانا للبائع ، كالعينين المبيعتين (وإن قلنا) لا حكم له نظرت ، فان امضى العقد (وقلنا) : إن الملك ينتقل بالعقد او موقوف ، فهما للمشترى ((وإن قلنا)) : إنه يملك بالعقد وانقضاء الخيار فالولد للبائع ، فان فسخ العقد ((وقلنا)) : إنه يملك بالعقد وانقضاء الخيار ، أو قلنا : إنه موقوف فالولد للبائع ((وإن قلنا)) : يملك بالعقد فهو للمشترى ، وقال ابو إسحق : الولد للبائع ، لأن على هذا القول لا ينفذ عتق المشترى ، وهذا خطا لأن العتق يفتقر إلى ملك تام ، والنماء لا يفتقر إلى ملك تام) .

(الشرح) هذه المسائل كلها واضحة ، وسبق شرحها فى الفصـل السابق ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(وإن تلف المبيع فى يد المشترى فى مدة الخيار ، فلمن له الخيار الفسخ والإمضاء ، لأن الحاجة التى دعت إلى الخيار باقية بعد تلف المبيع ، فإن فسخ وجبت القيمة على المشترى ، لانه تعذر رد العين فوجب رد القيمة ، وإن امضينا العقد (فإن قلنا) : إنه يملك بنفس العقد أو موقوف فقد هلك من ملكه (وإن قلنا) : يملك بالعقد وانقضاء الخيار وجب على المشترى قيمته ، والله اعلم) .

---

(١) فى نسخة الركبى فى هذا الموضع (فصل) فان اشترى الخ .

(الشرح) قوله : (وجبت قيمته) قال : وجب بدله ، كان أحسن وأعم ليدخل فيه المثل فيما له مثل قال أصحابنا : إذا تلف المبيع فى مدة الخيار فى يد المشترى لم ينقطع الخيار ، بل يبقى الخيار فى الفسخ والإمضاء لمن كان له ، لما ذكره المصنف ، وقال الخراسانيون : إذا تلف فى يد المشترى (فان قلنا :) الملك للبائع انفسخ البيع كالتلف (وإن قلنا :) للمشترى أو موقوف نظر إن أتلفه أجنبى بنى على ما لو تلف بآفة سماوية ، وفيه خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى (فان قلنا :) ينفسخ العقد هناك فهو كإتلاف الأجنبى المبيع قبل القبض ، وسيأتى حكمه إن شاء تعالى •

(وإن قلنا :) لا ينفسخ وهو الأصح فكذا هنا ، وعلى الأجنبى البدل وهو المثل إن كان مثليا وإلا فالقيمة ويبقى الخيار بحاله ، فإن تم البيع فالبدل للمشترى وإلا فللبائع ، وإن أتلفه المشترى استقر عليه الثمن ، فان أتلفه فى يد البائع ، وجعلنا إتلافه قبضا فهو كما لو تلف فى يده ، وإن أتلفه البائع فى يد المشترى قال المتولى : يبنى على إتلافه كاتلاف الأجنبى ؟ أم كالتلف بآفة سماوية ؟ وفيه خلاف مشهور (فقال) القاضى حسين : إن أتلفه البائع فى يد نفسه وقلنا : الملك له انفسخ العقد له (وإن قلنا :) للمشترى ففى انفساخه قولان (إن قلنا :) لا ينفسخ بطل خيار البائع ، وفى خيار المشترى وجهان (إن قلنا :) لا يبطل ففسخ فذاك فان أجاز أخذ من البائع القيمة ، ورجع إليه بالثمن •

(فـرع) قال أصحابنا : إذا تلف المبيع بآفة سماوية فى زمن الخيار ــ فان كان قبل القبض ــ انفسخ البيع ، وإن كان بعده (وقلنا) الملك للبائع انفسخ أيضا ، فيسترد الثمن ويغرم المشترى للبائع البدل ، وهو المثل أو القيمة ، وفى كيفية القيمة الخلاف المشهور فى كيفية غرامة المقبوض بالسوم (وإن قلنا :) الملك للمشترى أو موقوف فوجهان أو قولان (أحدهما) ينفسخ أيضا لحصول الهلاك قبل استقرار العقد (وأصحهما) لا ينفسخ

لدخوله فى ضمان المشترى بالقبض ، ولا أثر لولاية الفسخ كما فى خيار العيب ، فان قلنا بالانفساخ فعلى المشترى القيمة . قال إمام الحرمين : وهنا نقطع باعتبار قيمة يوم التلف لأن الملك قبل ذلك للمشترى .

(فان قلنا :) بعدم الانفساخ ففى انقطاع الخيار وجهان (أحدهما) ينقطع كما ينقطع خيار الرد بالعيب بتلف المبيع (وأصحهما) لا كما لا يمتنع التحالف بثمن المبيع ، ويخالف الرد بالعيب لأن الضرر هناك يندفع بالأرش (فان قلنا) بالأول استقر العقد ولزم الثمن (وإن قلنا) بالثانى فان تم العقد وجب الثمن وإلا وجبت القيمة على المشترى ، ويرد الثمن ، وإن تنازعا فى قدر القيمة فالقول قول المشترى بيمينه ، وقطعت طائفة من الأصحاب بعدم الانفساخ (وإن قلنا :) الملك للبائع وهو ظاهر كلام المصنف قال الإمام : وذكروا تفريعا أنه لو لم ينفسخ حتى انقضى زمن الخيار فعلى البائع رد الثمن ، وعلى المشترى القيمة ، قال الإمام : وهذا تخليط ظاهر ، والله أعلم .

(**فرع**) لو تلف بعض المبيع فى زمن الخيار بعد أن قبض المشترى بأن اشترى عبدين فقبضهما فتلف أحدهما ففى الانفساخ فى التالف الخلاف السابق ، فان انفسخ جاء فى الآخر قولا تفريق الصفقة ، وإن لم ينفسخ بقى خياره فى الباقى إن قلنا : يجوز رد أحد العبدين إذا اشتراهما بشرط الخيار ، وإلا ففى بقاء الخيار فى الباقى الوجهان ، وإذا بقى الخيار فيه ففسخ رده مع قيمة التالف .

(**فرع**) لو قبض المبيع فى زمن الخيار ثم أودعه عند البائع فتلف فى يده فهو كما لو تلف فى يد المشترى ، حتى إذا فرعنا على أن الملك للبائع ينفسخ البيع ويسترد الثمن ويغرم القيمة ، هكذا جزم به الدارمى وآخرون وحكاه إمام الحرمين عن الصيدلانى ، ثم أبدى احتمالا لنفسه فى سقوط القيمة لحصول التلف بعد العود إلى يد المالك . ونقل القاضى حسين

عن نص الشافعى أن المشترى يلزمه القيمة قال القاضى : وهذا تفريع على أن الملك للمشترى ، وقد تلف فى يده لأن يد المستودع يد المودع حكما (قال) وفيه قول آخر أنه لا ينفسخ العقد والله أعلم •

(فـرع) قال أصحابنا : لا يجب على البائع تسليم المبيع ، وعلى المشترى تسليمه الثمن فى مدة الخيار ، فلو تبرع أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره ولا يجبر الآخر على تسليم ما عنده ، وله استرداد المدفوع ، هذا هو المذهب ، وفيه وجه ضعيف أنه ليس له استرداده ، وله أخـذ ما عند صاحبه بغير رضاه ، وممن حكى هذا الوجه الرافعى •

(فـرع) قال [1] : لو اشترى زوجته بشرط الخيـار ثم خاطبها بالطلاق فى زمن الخيار فان تم العقد وقلنا : الملك للمشترى أو موقوف لم يقع الطلاق (وإن قلنـا) للبائع وقع على أصح الوجهين وإن فسخ (وقلنا) هو للبائع أو موقوف وقع (وإن قلنا :) للمشترى فوجهـان ، وليس له الوطء فى زمن الخيار لأنه لا يدرى أيطأ بالملك أو بالزوجية ؟ هذا هو الصحيح المنصوص وفيه وجه ضعيف أن له الوطء • قال الرويانى : فان تم البيع فهل يلزمه استبراؤها ؟ فيه وجهان بناء على جواز الوطء (إن حرمناه) وجب الاستبراء وإلا فلا • قال : وإن انفسخ البيع (فان قلنا) الملك للبائع أو موقوف فالنكاح بحاله (وإن قلنا) الملك للمشترى فوجهان أحدهمـا ينفسخ لحصوله فى ملكه (والثانى) قال وهو ظـاهر مذهب الشافعى رحمه الله أن النكاح بحاله ، لأن ملكه غير مستقر ، قال الرويانى : ولو طلقها ثم استبرأها ثم راجعها فى مدة الخيار ، فان تم البيع فالرجعة باطلة ، وإن فسخ فان قلنا : لا يملك بالعقد أو قلنا موقوف صحت الرجعة (وإن قلنا) يملك بنفس العقد ففى صحة الرجعة وجهان •

---

(١) لعل الضمير يعود على الرافعى •

(فصل) فى مسائل وفروع تتعلق بباب الخيار فى البيع (منها) ثبت فى الصحيحين عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى ﷺ قال : « المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ، ما لم يتفرقا ، إلا بيع الخيار » وفى رواية « إلا أن يكون البيع خيارا » وفى رواية : « أو يخير أحدهما صاحبه » وفى رواية : « أو يقول لصاحبه اختر » واختلف العلماء من أصحابنا وغيرهم فى معنى قوله ﷺ : « إلا بيع الخيار » على ثلاثة أقوال جمعها القاضى حسين فى تعليقه والرويانى وآخرون من أصحابنا (أصحها) المراد التخيير بعد تمام العقد ، وقبل مفارقة المجلس ، وتقديره : لهما الخيار ما لم يتفرقا إلا أن يتخايرا فى المجلس ، فيلزم البيع بنفس التخاير ، ولا يدوم إلى المفارقة (والثانى) معناه إلا بيعا شرط فيه خيار الشرط ثلاثة أيام أو دونها ، فلا ينقضى الخيار فيه بالمفارقة بل يبقى حتى تنقضى المدة المشروطة (والثالث) معناه إلا بيعا شرط فيه أن لا خيار لهما فى المجلس ، فيلزم البيع بمجرد العقد ، ولا يكون فيه خيار ، وهذا على الوجه الضعيف السابق لأصحابنا فيما إذا تبايعا على أن لا خيار ، وقلنا : يصح البيع ولا خيار ، فهذا ينفسخ على الأقوال المذكورة فى تفسيره واتفق أصحابنا على ترجيح القول الأول ، وهو المنصوص للشافعى ، ونقلوه عنه ، وأبطل كثير من أصحابنا ما سواه ، وغلطوا قائله ، وممن رجحه من المحدثين البيهقى فقال : الروايتان الأخيرتان من الروايات التى ذكرتها تدل على أن المراد بالقول الأول الأولى ثم بسط دلائله وضعف ما يعارضها ثم قال : وذهب كثيرون من أهل العلم إلى تضعيف الأثر المنقول عن عمر رضى الله عنه « البيع صفقة أو الخيار وأن البيع لا يجوز فيه شرط قطع الخيار ، وأن المراد ببيع الخيار التخيير بعد البيع ، أو بيع شرط فيه خيار ثلاثة أيام ، فلا ينقطع خيارهما بالتفرق » ثم قال : والصحيح أن المراد التخيير بعد البيع لأن نافعا ربما عبر عنه ببيع الخيار وربما فسره ، قال : والذى يبين هذا رواية أبى داود عن نافع عن ابن عمر قال : « قال رسول الله ﷺ

البيعان بالخيار حتى يتفرقا أو يكون بيع خيار ، قال : وربما قال نافع أو يقول أحدهما للآخر : اختر • رواه مسلم فى صحيحه » هذا كلام البيهقى •

وممن قال بالقول الأول أيضا من المحدثين الترمذى فقال فى جامعه المشهور : معناه إلا أن يخير البائع المشترى بعد إيجاب البيع ، فاذا أحضره فاختار البيع ، ليس لهما خيار بعد ذلك فى فسخ البيع ، وإن لم يتفرقا ، قال : هكذا فسره الشافعى وغيره، وهكذا نقل الشيخ أبو حامد والأصحاب هذا التفسير عن الشافعى ، وجزم به كثيرون ، ومن ذكر منهم خلافا صححه ، ونقل ابن المنذر فى الإشراف هذا التفسير عن سفيان الثورى والأوزاعى وسفيان بن عيينة وعبيد الله بن الحسن العنبرى والشافعى وإسحق بن راهويه والله أعلم •

(فرع) قال المزنى فى المختصر : قال الشافعى : وكل متبايعين فى سلعة وعين وصرف وغيره فلكل واحد منهما الخيار حتى يتفرقا تفرق الأبدان إلى آخره ، قال القاضى حسين والرويانى وغيرهما : غلط المزنى فى قوله : سلعة وعين ، فانهما شىء واحد ، وإنما قال الشافعى : فى سلف بالفاء أو عين وأراد بالسلف السلم ، وأما قوله : تفرق الأبدان فاحتراز من تأويل أبى حنيفة فانه يقول : المراد بالحديث حتى يتفرقا بالقول ، وهو تمام عقد البيع ، والله سبحانه أعلم •

(فرع) قال الشافعى فى مختصر المزنى : ولا بأس بنقد الثمن فى بيع الخيار • قال أصحابنا : أراد بنقد الثمن تسليمه إلى البائع ، قال أصحابنا : فلا يكره تسليم الثمن فى مدة الخيار إلى البائع ، وتسليم المبيع إلى المشترى فى مدة الخيار • هذا مذهبنا وبه قال أبو حنيفة ، وقال مالك : يكره تسليم الثمن فى مدة الخيار ، وإنما يسلم بعدها ، قال : لأن قبضه تصرف، ولا يجوز التصرف فيه قبل انقضاء الخيار ، ولأنه يصير بيعا

وسلفا ، فانه إذا سلم إليه الثمن ثم فسخا البيع استرجع الثمن منه ، فيصير كأنه أقرضه الثمن واسترجعه منه قبل التصرف ، وقد نهى عن بيع وسلف .

واحتج أصحابنا بأن القبض حكم من أحكام العقد ، فكان فى مدة الخيار كالفسخ والإمضاء ، ولأنه لا ضرر فى قبضه فى مدة الخيار ، وما لا ضرر فيه لا يمنع منه ، لأن امتناع التسليم قبل انقضاء الخيار لحق المتعاقدين ، فاذا تراضيا عليه جاز كالإقالة وغيره (وأما) قوله : القبض تصرف فلا يسلمه أصحابنا ، وكذا لا يسلمون أن هذا بيع وسلف ، ولا يؤدى إليه ولا ما فى معناه ، والله أعلم .

قال أصحابنا : وإذا سلم المشترى الثمن إلى البائع فى مدة الخيار أو سلم البائع المبيع إلى المشترى لا يسقط خيارهما بلا خلاف عندنا . ونقل القاضى حسين عن مالك إسقاط الخيار لأنه يتضمن الرضى . واحتج أصحابنا بأن مقصوده بالتسليم الخلاص من عهدة ضمانه ، قال القاضى حسين : وهل له بعد ذلك أن ينزعه من يد صاحبه عند استيفاء العوض الآخر ؟ فيه وجهان (أحدهما) له ، لأن هذا التسليم لا يسقط الخيار فلا يسقط حق الحبس (والثانى) ليس له ، لتضمنه إسقاط حق الحبس .

(فرع) إذا ألحقنا بالحبس فى مدة خيار المجلس أو خيار الشرط زيادة فى الثمن أو نقصا أو زيادة خيار أو أجازا وشرطا نقدا أو نحو ذلك ، فهل يلحق ؟ فيه ثلاثة أوجه سنذكرها بفروعها مبسوطة إن شاء الله تعالى فى باب ما يفسد البيع من الشرط (أصحها) أنه كالمقارن للعقد (والثانى) أنه لغو (والثالث) إن كان فى خيار المجلس فكالمقارن وإن كان فى خيار الشرط فلغو والله أعلم .

(فرع) قال صاحب البحر : إذا تقابضا الثمن والمثمن فى مدة الخيار ثم تفاسخا لزمهما ترداد العوضين ، وليس لواحد منهما حبس ما فى يده

بعد طلب صاحبه ، فليس له إذا طلب صاحبه أن يقول : لا أرد حتى ترد أنت ، بل إذا بدأ أحدهما بالمطالبة لزم الآخر الدفع إليه ، ثم يرد ما كان فى يده قال : بخلاف ما لو قال البائع : لا أسلم المبيع حتى يسلم الثمن ، وقال المشترى : لا أسلم الثمن حتى يسلم المبيع ، فان كل واحد حبس ما فى يده حتى يدفع صاحبه على الخلاف المشهور فيه ، والفرق أن الفسخ هنا رفَع حكم العقد وبقى التسليم بحكم اليد دون العقد ، واليد توجب الرد ، وهناك التسليم بالعقد والعقد يوجب التسليم من الجانبين •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى شرط الخيار ، وهو جائز بالإجماع واختلفوا فى ضبطه ، فمذهبنا أنه يجوز ثلاثة أيام فما دونها ولا يجوز أكثر ، وبه قال أبو حنيفة وعبد الله بن شبرمة وزفر والأوزاعى فى رواية عنه وقال ابن أبى ليلى والحسن بن صالح وعبيد الله بن الحسن العنبرى وأحمد بن حنبل وإسحق بن راهويه وأبو ثور وأبو يوسف ومحمد وابن المنذر وداود وفقهاء المحدثين يجوز فى كل شىء بقدر الحاجة فيه ، فيجوز فى الثوب ونحوه اليوم واليومان ، وفى الجارية ونحوها ستة أيام وسبعة ، وفى الدار نحو الشهر •

(فـرع) فى مذاهبهم إذا تبايعا بشرط الخيار غير مؤقت ، مذهبنا بطلان البيع لأن فيه غررا وبه قال الثورى وأبو حنيفة وأصحابه ، وقال أحمد وإسحق : البيعْ صحيح ، وأن الخيار باطل ، وقال الأوزاعى وابن أبى ليلى : البيع صحيح والشرط باطل ، لقوله ﷺ : « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل » قالا : وهذا ظاهر فى إبطال الشرط وصحة البيع ، وقال مالك : البيع صحيح ويثبت لهما الخيار مدة تليق بذلك البيع ، والله أعلم •

باب ما يجوز بيعه وما لا يجوز

قال المصنف رحمه الله تعالى

(الأعيان ضربان نجس وطاهر ، فأما النجس فعلى ضربين نجس فى نفسه ونجس بملاقاة النجاسة ، فاما النجس فى نفسه فلا يجوز بيعه ، وذلك مثل الكلب والخنزير والخمر والسرجين وما أشبه ذلك من النجاسات ، والأصل فيه ما روى جابر رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « إن الله تعالى حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام» وروى أبو مسعود البدرى(١) وأبو هريرة رضى الله عنهما أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب ، فنص على الكلب والخنزير والميتة وقسنا عليها سائر الأعيان النجسة) .

(الشرح) أما حديث جابر رضى الله عنه فرواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما طويلا ولفظه فيهما عن جابر أنه سمع رسول الله ﷺ يقول عام الفتح وهو بمكة : « إن الله ورسوله حرما بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام فقيل : يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فانها يُطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس ؟ فقال : لا هو حرام ، ثم قال رسول الله ﷺ عند ذلك : قاتل الله اليهود إن الله لما حرم شحومها حملوه ثم باعوه فأكلوا الميتة » فقال حمله ــ بالحاء وتخفيف الميم ــ أحمله أى أدامه (وأما) حديث أبى مسعود البدرى الأنصارى فرواه البخارى ومسلم أيضا ولفظه عنه أن رسول الله ﷺ « نهى عن ثمن الكلب ومهر البغى وحُلْوان الكاهن » (وأما) حديث أبى هريرة فرواه أبو داود باسناد حسن بلفظ حديث أبى مسعود واسم أبى مسعود عمرو بن عمرو الأنصارى البدرى . قال أكثر العلماء : لم يشهد بدرا مع رسول الله ﷺ فى الغزوة

---

(١) فى النسخة المطبوعة من المهذب (ابن مسعود) وهو خطأ . (ط)

المشهورة ، وإنما قيل له : البدرى لأنه سكن بدرا ولم يشهدها ، وقال محمد بن إسحق إمام المغازى ، ومحمد بن شهاب الزهرى إمام المغازى وغيرهما ، ومحمد بن إسماعيل البخارى صاحب الصحيح فى صحيحه : إنه شهدها ، واتفقوا على أنه شهد العقبة مع السبعين ، وكان أصغرهم روى له عن النبى ﷺ مائة حديث وحديثان ، اتفق البخارى ومسلم على تسعة أحاديث منها ، وانفرد البخارى بحديث ومسلم بسبعة ، سكن الكوفة وتوفى بها ، وقيل : توفى بالمدينة رضى الله عنه .

(وأما) السرجين ــ فبكسر السين وفتحها وبالجيم ــ ويقال بالقاف ــ بدلها وسبق إيضاحه فى أول كتاب الطهارة ، والله أعلم .

اما حكم المسالة : فقد سبق فى أول كتاب البيوع أن شروط البيع خمسة أن يكون طاهرا ، منتفعا به ، مقدورا على تسليمه ، معلوما ، مملوكا لمن وقع العقد له ، فبدأ المصنف بالشرط الأول وهو الطهارة فقال : النجس ضربان نجس فى نفسه كالكلب والخنزير وما تولد منهما ، أو من أحدهما ، والخمر والنبيذ والسرجين والعذرة ودهن الميتة وعصبها وشعرها ــ إذا قلنا بالمذهب إنه نجس ــ وكذا ريشها ولبن ما لا يؤكل إذا قلنا بالمذهب إنه نجس وسائر الأعيان النجسة ، ولا يجوز بيعها بلا خلاف عندنا ، وسواء الكلب المعلم وغيره ، وسواء الخمر المحترمة وغيرها . ودليل المسألة ما ذكره المصنف ، والله أعلم .

(فرع) الفيلج ــ بالفاء والجيم ــ هو القز قال القاضى حسين فى فتاويه وآخرون : يجوز بيعه فى باطن الدود الميت ، لأن بقاءه من مصالحه كالنجاسة التى فى جوف الحيوان ، قالوا : وسواء باعه ، وزنا أو جزافا ، وسواء كان الدود حيا أو ميتا ، فبيعه جائز بلا خلاف ، والله أعلم .

(فـرع) قال أصحابنا : فى بيع فأرة المسك أو بيض ما لا يؤكل لحمه ودودة القز وجهان بناء على طهارتها ونجاستها (أصحهما) الطهارة وجواز البيع (وأما) دود القز فيجوز بيعه فى حياته بلا خلاف لأنه حيوان ينتفع به كسائر الحيوان ، وقد ذكر المصنف المسألة فى آخر هذا الباب وسبق إيضاحها فى باب إزالة النجاسة ، هذا مذهبنا • وقال أبو حنيفة : لا يجوز بيع بزر القز ولا دوده • دليلنا أنه طاهر منتفع به فجاز بيعه كسائر الطاهر المنتفع به •

(فـرع) فى حكم ما لا يؤكل لحمه : ذكرنا فى باب إزالة النجاسة ثلاثة أوجه (أصحها) وأشهرها أنه نجس (والثانى) طاهر يحل شربه ، قال أصحابنا : (إن قلنا :) إنه نجس لا يجوز بيعه قال المتولى وآخرون : (وإن قلنا :) طاهر يحل شربه جاز بيعه (وإن قلنا :) طاهر لا يحل شربه ، فان كان فيه منفعة مقصودة جاز بيعه وإلا فلا •

(فـرع) ذكرنا أن بيع الخمر باطل سواء باعها مسلم أو ذمى أو تبايعها ذميان ، أو وكل المسلم ذميا فى شرائها له ، فكله باطل بلا خلاف عندنا ، وقال أبو حنيفة : يجوز أن يوكل المسلم ذميا فى بيعها وشرائها ، وهذا فاسد منابذ للأحاديث الصحيحة فى النهى عن بيع الخمر •

(فـرع) بيع الخمر وسائر أنواع التصرف فيها حرام على أهل الذمة كما هو حرام على المسلم ، هذا مذهبنا • وقال أبو حنيفة : لا يحرم ذلك عليهم قال المتولى : المسألة مبنية على أصل معروف فى الأصول وهو أن الكافر عندنا مخاطب بفروع الشرع ، وعندهم ليس بمخاطب وقد سبقت هذه المسألة فى باب إزالة النجاسة •

(فـرع) لو أتلف لغيره كلبا أو خنزيرا أو سرجينا أو ذرق حمام أو جلد ميتة قبل دباغه أو غير ذلك من الأعيان النجسة ، لم تلزمه قيمته

بلا خلاف عندنا ، قال الماوردى : قال أصحابنا : لم يكن يعرف خلاف فى أنه لا قيمة على من أتلف كلبا معلما ، حتى قال به مالك .

(فرع) ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يجوز بيع الكلب ، سواء كان معلما أو غيره ، وسواء كان جروا أو كبيرا ، ولا قيمة على من أتلفه ، وبهذا قال جماهير العلماء ، وهو مذهب أبى هريرة والحسن البصرى والأوزاعى وربيعة والحكم وحماد وأحمد وداود وابن المنذر وغيرهم ، وقال أبو حنيفة : يصح بيع جميع الكلاب التى فيها نفع وتجب القيمة على متلفه ، وحكى ابن المنذر عن جابر وعطاء والنخعى جواز بيع الكلب للصيد دون غيره ، وقال مالك : لا يجوز بيع الكلب ، وتجب القيمة على متلفه ، وإن كان كلب صيد أو ماشية وعنه رواية كمذهبنا ، ورواية كمذهب أبى حنيفة ، واحتج لمن جوز بيعه بالحديث المروى عن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى ﷺ « أنه نهى عن ثمن الكلب إلا كلب صيد » . وفى رواية « ثلاث كلهن سحت » فذكر « كسب الحجام ، ومهر البغى ، وثمن الكلب ، إلا كلب صيد » وعن عمر رضى الله عنه « أنه غرم رجلا عن كلب قتله عشرين بعيرا » وعن عبد الله بن عمرو بن العاص « أنه قضى فى كلب صيد قتله رجل بأربعين درهما ، وقضى فى كلب ماشية بكبش » .

ولأنه حيوان يجوز الانتفاع به فأشبه الفهد ، ولأنه تجوز الوصية به والانتفاع به ، فأشبه الحمار . واحتج أصحابنا بالأحاديث الصحيحة فى النهى عن بيعه ، والنهى يقتضى الفساد ، فانه لا قيمة على متلفه ، فمن الأحاديث حديث أبى مسعود البدرى أن رسول الله ﷺ « نهى عن ثمن الكلب ، ومهر البغى وحلوان الكاهن » رواه البخارى ومسلم وعن أبى جحيفة رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ « نهى ثمن الدم ، وعن ثمن الكلب ، ومهر البغى ، ولعن آكل الربا ، وموكله ، والواشمة ، والمستوشمة ، ولعن المصور » رواه البخارى . وعن رافع بن خديج رضى الله عنه قال : قال

رسول الله ﷺ: « كسب الحجام خبيث ، ومهر البغى خبيث ، وثمن الكلب خبيث » رواه مسلم ، وعن أبى الزبير قال : « سألت جابرا رضى الله عنه عن ثمن الكلب والسنور فقال : زجر النبى ﷺ عن ذلك » رواه مسلم وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال : « نهى النبى ﷺ عن ثمن الكلب ، وقال إن جاء يطلب ثمن الكلب فاملأ كفه ترابا » رواه أبو داود بإسناد صحيح •

وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « لا يحل ثمن الكلب ، ولا حلوان الكاهن ، ولا مهر البغى » رواه أبو داود بإسناد صحيح أو حسن • وعن ابن عباس قال : « رأيت رسول الله ﷺ خاليا عند الركن ، فرفع بصره إلى السماء فقال : لعن الله اليهود ثلاثا ، إن الله حرم عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها ، وإن الله إذا حرم على قوم أكل شىء حرم عليهم ثمنه » رواه أبو داود باسناد صحيح ، ولأنه حيوان نجس فلم يجز بيعه كالخنزير •

(وأما) الجواب عما احتجوا به من الأحاديث والآثار ، فكلها ضعيفة باتفاق المحدثين ، وهكذا وضح الترمذى والدارقطنى والبيهقى ضعفها ، ولأنهم لا يفرقون بين المعلم وغيره ، بل يجوزون بيع الجميع ، وهذه الأحاديث الضعيفة فارقة بينهما ، والجواب عن قياسهم على الفهد ونحوه أنه طاهر بخلاف الكلب ، والجواب عن قياسهم على الوصية أنها يحتمل فيها ما لا يحتمل فى غيرها ، ولهذا تجوز الوصية بالمجهول والمعدوم والآبق ، والله أعلم •

قال ابن المنذر : لا معنى لمن جوز بيع الكلب المعلم ، لأنه مخالف لما ثبت عن رسول الله ﷺ قال : ونهيه ﷺ عام يدخل فيه جميع الكلاب . قال : ولا يعلم خبر عارض الأخبار الناهية . يعنى خبرا صحيحا ، وقال

البيهقى : الإسناد المذكور فى كلب الصيد ليس ثابتا فى الأحاديث الصحيحة، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فـرع) بيع الهرة الأهلية جائز بلا خلاف عندنا إلا ما حكاه البغوى فى كتابه فى شرح مختصر المزنى عن ابن القاص أنه قال : لا يجوز ، وهذا شاذ باطل مردود ، والمشهور جوازه ، وبه قال جماهير العلماء نقله القاضى عياض عن الجمهور ، وقال ابن المنذر : أجمعت الأمة على أن اتخاذه جائز ، ورخص فى بيعه ابن عباس وابن سيرين والحكم وحماد ومالك والثورى والشافعى وأحمد وإسحق وأبو حنيفة وسائر أصحاب الرأى ، قال : وكرهت طائفة بيعه ، منهم أبو هريرة ومجاهد وطاوس وجابر بن زيد ، قال ابن المنذر : إن ثبت عن النبى ﷺ النهى عن بيعه فبيعه باطل ، وإلا فجائز ، هـذا كلام ابن المنذر واحتج من منعه بحـديث أبى الزبير قال « سألت جابرا عن ثمن الكلب والسنور فقال : زجر النبى ﷺ عن ذلك » رواه مسلم .

واحتج اصحابنا بأنه طاهر منتفع به ، ووجد فيه جميع شروط البيع بالخيار فجاز بيعه كالحمار والبغل . والجواب عن الحديث من وجهين (أحدهما) جواب أبى العباس بن القاص وأبى سليمان الخطابى والقفال وغيرهم أن المراد الهرة الوحشية فلا يصح بيعها لعدم الانتفاع بها إلا على الوجه الضعيف القائل بجواز أكلهـا (والثانى) أن المراد نهى تنزيه ، والمراد النهى على العـادة بتسامح الناس فيه ، ويتعاورونه فى العـادة ، فهذان الجوابان هما المعتمدان (وأما) ما ذكره الخطابى وابن المنذر أن الحديث ضعيف فغلط منهما لأن الحديث فى صحيح مسلم بإسناد صحيح ، وقول ابن المنذر : إنه لم يروه غير أبى الزبير عن حماد بن سلمة فغلط أيضا . فقد رواه مسلم فى صحيحه من رواية معقل بن عبيد الله عن أبى الزبير ، فهذان ثقتان رويا عن أبى الزبير ، وهو ثقة ، والله أعلم .

(فـرع) قال ابن المنذر : أجمع العلماء على تحريم بيع الميتة والخمر والخنزير وشرائها ، قال : واختلفوا فى الانتفاع بثمن [1] الخمر فمنعه ابن سيرين والحكم وحماد والشافعى وأحمد وإسحق ، ورخص فيه الحسن البصرى والأوزاعى ومالك وأبو حنيفة وأبو يوسف .

(فـرع) مذهبنا المشهور أن عظم الفيل نجس سواء أخذ منه بعد ذكاته أو بعد موته ، ولنا وجه شاذ أن عظام الميتة طاهرة . وسبق بيانه فى باب الآنية ، وسبق فى باب الأطعمة وجه شاذ أن الفيل يؤكل لحمه ، فعلى هذا إذا ذكى كان عظمه طاهرا ، والمذهب نجاسته مطلقا ، ولا يجوز بيعه ولا يحل ثمنه ، وبهذا قال طاوس وعطاء بن أبى رباح وعمر بن عبد العزيز ومالك وأحمد وقال ابن المنذر ، ورخص فيه عروة بن الزبير وابن جريج ، قال ابن المنذر : مذهب من حرم هو الأصح .

(فـرع) بيع سرجين البهائم المأكولة وغيرها وذرق الحمام باطل ، وثمنه حرام . هذا مذهبنا . وقال أبو حنيفة : يجوز بيع السرجين لاتفاق أهل الأمصار فى جميع الأعصار على بيعه من غير إنكار . ولأنه يجوز الانتفاع به فجاز بيعه كسائر الأشياء . واحتج أصحابنا بحديث ابن عباس السابق أن النبى ﷺ قال : « إن الله إذا حرم على قوم شيئا حرم عليهم ثمنه » وهو حديث صحيح كما سبق بيانه قريبا . وهذا عام إلا ما خرج بدليل كالحمار والعبد وغيرهما ، ولأنه نجس العين فلم يجز بيعه كالعذرة فانهم وافقوا على بطلان بيعها مع أنه ينتفع بها (وأما) الجواب عما احتجوا به فهو ما أجاب به الماوردى أن بيعه إنما يفعله الجهلة والأرذال فلا يكون ذلك حجة فى دين الإسلام (وأما) قولهم : إنه منتفع به فأشبه غيره ، فالفرق أن هذا نجس بخلاف غيره .

---

(١) ظروف الخمر ينتفع بها عندنا ويبدو أن الثمن لكونه جلدا يشرب الخمر وينخلله لذا جاء المنع من هنا . [ط]

(فــرع) جلد الميتة لا يجوز بيعه عندنا وعند الجمهور قبل الدباغ ، وجوزه أبو حنيفة ، ودليل المذهبين نحو ما سبق فى الفرع قبله ، وممن حكى بطلان بيعه عن الجمهور العبدرى فى أول كتاب الطهارة .

(فــرع) اتفق أصحابنا وغيرهم على أنه لو كان له كلاب فيهـا منفعة مباحة ككلب الصيد والزرع فمات قسمت بين ورثته ، كما يقسم السرجين وجلود الميتة وغير ذلك من النجاسات المنتفع بها .

(فــرع) الوصــية بالكلب المنتفع به ، والسرجين ونحــوها من النجاسات جائزة بالاتفاق ، وفى إجارة الكلب وهبته وجهان مشهوران (أصحهما) البطلان ، وسنوضح كل ذلك فى موضعه إن شاء الله تعالى . ويورث الكلب بلا خلاف ، وممن نقل الاتفاق عليه الدارمى .

(فــرع) قال الدارمى : يجوز قسمة الكلاب وليست بيعا ، وقال البغوى فى كتابه شرح مختصر المزنى : إذا مات وخلف كلابا ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يقسم بالقيمة ، قال : وهذا ضعيف لأنه لا قيمة (والثانى) يقسم على طريق الانتفاع ، وقيل : على طريق نقل اليد (والثالث) لا يقسم بل يترك بين الورثة كما لو خلف ورثة وجوهرة لا تقسم ، بل تترك بينهم ، هذا ما حكاه البغوى (والأصح) أنها تقسم باعتبار قيمتها عندما يرى لها قيمة كما فى نظائره ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعــالى

(فأما اقتناؤها فينظر فيه فان لم يكن فيها منفعة مباحة ، كالخمر والخنزير والميتة والعذرة لم يجز اقتناؤها لمــا روى أنس رضى الله عنه قال : « سأل رجل النبى ﷺ عن الخمر تصنع خلا ؟ فكرهه وقال : أهرقها » ولأن اقتناء مالا منفعة فيه سفه ، فلم يجز ، فان كان فيه منفعة مباحة كالكلب جاز اقتناؤه للصيد والماشية والزرع ، لما روى سالم بن عبد الله عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال : « من اقتنى كلبا إلا كلب صيد أو ماشية نقص من أجــره كل يوم

قيراطان » وفى حديث ابى هريرة : « إلا كلب صيد أو ماشية أو زرع » ولان الحاجة تدعو إلى الكلب فى هذه المواضع فجاز اقتناؤه ، وهل يجوز اقتناؤه لحفظ الدروس ؟ فيه وجهان (احدهما) لا يجوز للخبر (والثانى) يجوز ، لأنه حفظ مال فاشبه الزرع والماشية . وهل يجوز لمن لا يصطاد ان يقتنيه ليصطاد به إذا اراد ؟ فيه وجهان (احدهما) يجوز للخبر (والثانى) لا يجوز ، لأنه لا حاجة به إليه ، وهل يجوز اقتناء الجرو للصيد والماشية والزرع ؟ فيه وجهان (احدهما) لا يجوز لانه ليس فيه منفعة يحتاج إليها (والثانى) يجوز لأنه إذا جاز اقتناؤه للصيد جاز اقتناؤه لتعليم ذلك (واما) السرجين فانه يكره اقتناؤه وتربية الزرع لما فيه من مباشرة النجاسة) .

(**الشرح**) أما حديث أنس فرواه مسلم فى صحيحه بمعناه عن أنس أن النبى ﷺ « سئل عن الخمر تتخذ خلا فقال : لا » وفى الصحيح أحاديث كثيرة صريحة فى إراقة الخمر (منها) حديث لأبى سعيد قال : سمعت رسول الله ﷺ قال : « يا أيها الناس إن الله يعرض بالخمر ، ولعل الله سينزل فيها فمن كان عنده منها شيء فليبعه ولينتفع به ، قال : فما لبثنا إلا يسيرا حتى قال رسول الله ﷺ إن الله حرم الخمر ، فمن أدركته هذه الآية وعنده منها شيء فلا يشربه ولا يبيعه ، فاستقبل الناس بما كان عندهم منها فى طرق المدينة فسفكوها » رواه مسلم ، وعن ابن عباس رضى الله عنهما « أن رجلا أهدى لرسول الله ﷺ راوية خمر فقال له رسول الله ﷺ : هل علمت أن الله قد حرمها ؟ قال لا فسارر إنسانا فقال له رسول الله ﷺ : بم ساررته ؟ قال : أمرته ببيعها ، فقال : إن الذى حرم شربها حرم بيعها ، ففتح المزادة حتى ذهب ما فيها » رواه مسلم . وفى الصحيحين عن أنس « أنه لما نزل تحريم الخمر أمره أبو طلحة أن يريق الخمر التى كانت عندهم فأراقها » وعن أنس « أن أبا طلحة سأل النبى ﷺ عن أيتام ورثوا خمرا قال : أهرقها ، قال : أفلا أجعلها خلا ؟ قال : لا » رواه أبو داود بإسناد صحيح أو حسن .

(وأما) حديث ابن عمر وأبى هريرة فرواه البخارى ومسلم من طرق فى بعضها : « نقص من أجره كل يوم قيراطان » وفى بعضها : قيراط ، قال صاحب البحر : والقيراط عبارة عن جزء من عمله قال : واختلفوا فى المراد به فقيل : ينقص من ماضى عمله ، وقيل : من مستقبله قال : واختلفوا فى محل نقص القيراطين فقال : قيراط من عمل النهار ، وقيراط من عمل الليل ، وقيل : قيراط من عمل الفرض ، وقيراط من عمل النفل ، هذا كلامه .

(وأما) اختلاف الرواية فى قيراط وقيراطين فقيل : يحتمل أنه لنوعين من الكلاب أحدهما أشد ضررا ، أو لمعنى فيهما ، أو يكون ذلك مختلفا باختلاف المواضع ، فيكون القيراطان فى المدينة خاصة لزيادة فضلها ، والقيراط فى غيرها ، أو القيراطان فى القرى والقيراط فى البرارى ، أو أنه فى زمنين ، فذكر القيراط ثم زاد التغليظ فذكر قيراطان وقد أوضحت هذا مع سبب النقص وما يتعلق به فى شرح صحيح مسلم رضى الله عنه ، والله سبحانه أعلم ، وسالم المذكور هو ابن عبد الله بن عمر بن الخطاب رضى الله عنهم والجرو ــ بكسر الجيم وفتحها ــ والكسر أفصح ، وحكى الجوهرى ضمها .

(أما الأحكام) ففيها مسائل :

(إحداها) لا يجوز اقتناء الخنزير سواء كان فيه عدوى تعدو الناس أم لم يكن ، لكن إن كان فيه عدوى وجب قتله قطعا ، وإلا فوجهان (أحدهما) يجب قتله (والثانى) يجوز قتله ، ويجوز إرساله وهو ظاهر نص الشافعى ، وقد ذكر المصنف المسألة فى آخر كتاب السير ، وهناك نبسطها إن شاء الله تعالى ، وهذا الخلاف فى وجوب قتله كما ذكرنا ، وأما اقتناؤه فلا يجوز بحال ، كذا صرح به المصنف والرويانى وآخرون .

(الثانية) يكره اقتناء العذرة والميتة ، وقال المصنف ومن تابعه : لا يجوز ، وظاهره التحريم ، وليس هو على ظاهره بل هو محمول على كراهة التنزيه ، وقد سبق بيان مثل هذه العبارة فى باب الاستطابة فى قوله : لا يجوز أن يستنجى بيمينه •

(الثالثة) الخمر ضربان محترمة وغيرها وسبق بيانها فى باب إزالة النجاسة والمحترمة يجوز إمساكها ، وغير المحترمة يحرم إمساكها ، وسبق بيان هذا كله ودليله فى باب إزالة النجاسة •

(الرابعة) يكره اقتناء السرجين والوقود به وتربية الزرع والبقول لما ذكره المصنف وهى كراهة تنزيه وأشار الرويانى إلى وجه أنه مباح لا مكروه وسبق فى إزالة النجاسة بيان حكم الزرع والبقل النابت منه •

(الخامسة) قال الشافعى والأصحاب لا يجوز اقتناء الكلب الذى لا منفعة فيه . وحكى الرويانى عن أبى حنيفة جوازه دليلنا الأحاديث السابقة قال الشافعى والأصحاب : ويجوز اقتناء الكلب لنصيد أو الزرع أو الماشية بلا خلاف لما ذكره المصنف ، وفى جواز إيجاده لحفظ الدور والدروب وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) الجواز وهو المنصوص فى المختصر ، قال الشافعى : لا يجوز اقتناء الكلب إلا للصيد أو ماشية أو زرع وما فى معناها • هذا نصه فى المختصر ، قال القاضى حسين فى تعليقه وفى جواز إيجاده فى السفر للحراسة الوجهان (أصحهما) الجواز • وفى جواز تربية الجرو للصيد أو الزرع أو غيرهما مما يباح اقتناء الكبير له فيه وجهان مشهوران ، ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) الجواز •

ولو أراد إيجاد الكلب ليصطاد به إذا أراد ولا يصطاد به فى الحال أو ليحفظ الزرع أو الماشية إذا سارا له فوجهان (أصحهما) الجواز .

واتفق الأصحاب على أنه يجوز اقتناء الكلب الكبير لتعلم الصيد وغيره وإنما الوجهان فى الجرو (أما) إذا اقتنى كلب صيد ولا يريد أن يصطاد به فى الحال ولا فيما بعد فظاهر كلام الجمهور القطع بتحريمه ، وذكر صاحب الشامل أن الشيخ أبا حامد حكى عن القاضى أبى حامد فيه وجهين (أحدهما) يجوز لأنه كلب صيد ، وقد قال رسول الله ﷺ : « إلا كلب صيد » (وأصحهما) لا يجوز ، لأنه اقتناء لغير حاجة ، فأشبه غيره من الكلاب ، ومعنى الحديث إلا كلبا يصطاد به ، وممن حكى الوجهين صاحب البيان أيضا .

(فرع) أما اقتناء ولد الفهد فالمشهور جوازه كالقرد والفيل وغيرهما ، وحكى صاحب البحر فيه طريقين (المذهب) القطع بجوازه (والثانى) فيه وجهان حكاهما القاضى أبو على البندنيجى ، والله أعلم .

(فرع) قال أصحابنا : الكلب العقور والكَلِب يقتلان للحديث الصحيح أن رسول الله ﷺ قال : « خمس يقتلن فى الحل والحرم ، منها الكلب العقور » قال أصحابنا : وإن لم يكن الكلب عقورا ولا كلبا لم يجز قتله ، سواء كان فيه منفعة أم لا وسواء كان أسود أم لا وهذا كله لا خلاف فيه بين أصحابنا ، وممن صرح به القاضى حسين وإمام الحرمين ، قال إمام الحرمين : الأمر بقتل الكلب الأسود وغيره كله منسوخ ، فلا يحل قتل شىء منها اليوم لا الأسود ولا غيره إلا الكلب العقور .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وأما النجس بملاقاة النجاسة فهو الأعيان الطاهرة إذا أصابتها نجاسة، فينظر فيها ، فإن كان جامدا كالثوب وغيره جاز بيعه لأن البيع يتناول الثوب وهو طاهر ، وإنما جاورته النجاسة ، وإن كان مائعا نظرت فإن كان مما لا يطهر كالخل والدبس — لم يجز بيعه لأنه نجس لا يمكن تطهيره من النجاسة، فلم يجز بيعه كالأعيان النجسة ، وإن كان ماء ، ففيه وجهان (أحدهما)

لا يجوز بيعه لانه نجس لا يطهر بالغسل ، فلم يجز بيعه كالخمر (والثانى) يجوز بيعه لانه يطهر بالماء فأشبه الثوب . فإن كان دهنا فهل يطهر بالغسل ؟ فيه وجهان (احدهما) لا يطهر ، لانه لا يمكن عصره من النجاسة فلم يطهر كالخل (والثانى) يطهر ، لانه يمكن غسله بالماء فهو كالثوب (فإن قلنا) لا يطهر لم يجز بيعه كالخل (وإن قلنا) : يطهر ففى بيعه وجهان كالماء النجس ، ويجوز استعماله فى السراج والأولى أن لا يفعل لما فيه من مباشرة النجاسة) .

(الشرح) قوله : لأنه لا يمكن عصره من النجاسة فلم يطهر كالخل ، هذا تعليل فاسد لأنه يقتضى أن المنع من طهارة الخل ونحوه والدهن إنما هو لتعذر العصر ، وقد علم أن الصحيح أنه لا يشترط العصر فى طهارة المغسول من النجاسة ، بل التعليل الصحيح أنه لا يدخل الماء جميع أجزائه بخلاف الثوب ونحوه .

(اما الاحكام) ففيها مسائل :

(إحداها) إذا كانت العين متنجسة بعارض وهى جامدة كالثوب والبساط والسلاح والجلود والأوانى والأرض وغير ذلك ، جاز بيعها بلا خلاف ، لما ذكره المصنف ، ونقلوا فيه إجماع المسلمين قال أصحابنا : فإن تستر شيء من ذلك بالنجاسة الواردة ففيه القولان فى بيع الغائب .

(الثانية) إذا كانت العين الطاهرة المتنجسة بملاقاة النجاسة مائعة فينظر إن كانت لا يمكن تطهيرها كالخل واللبن والدبس والعسل والمرق ونحو ذلك لم يجز بيعها بلا خلاف ، لما ذكره المصنف ، ونقلوا فيه إجماع المسلمين ، وأما الصبغ النجس فالمشهور الذى قطع به الجمهور أنه لا يجوز بيعه كالخل ونحوه وشذ المتولى فحكم فيه طريقين (أحدهما) هذا (والثانى) أن فى جواز بيعه طريقين كالزيت النجس (أصحهما) لا يجوز لأنه لا يمكن تطهيره بخلاف الزيت على الوجه القائل بجواز بيعه وإنما يصبغ الناس به ثم يغسلون الثوب ، وممن حكى الوجه الشاذ

فى جواز بيع الصبغ النجس القاضى حسين والرويانى وطرده القاضى حسين فى الخل المتنجس قال لأنه يصبغ به .

(الثالثة) هل يجوز بيع الماء النجس ؟ فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) لا يجوز ، وبه قطع الغزالى فى البسيط ، قال الرويانى : وفيه طريق آخر وهو الجزم ببطلان بيعه لأنه لا يطهر بل يستحيل ببلوغه قلتين من صفة النجاسة إلى الطهارة كالخمر يتخلل .

(الرابعة) الدهن النجس ضربان ، ضرب نجس العين كودك الميتة فلا يجوز بيعه بلا خلاف ، ولا يطهر بالغسل (والضرب الثانى) متنجس بالمجاورة كالزيت والشيرج والسمن ودهن الحيوان وغيره ، فهذا كله هل يطهر بالغسل ؟ فيه وجهان مشهوران (أحدهما) يطهر كله (والثانى) لا يطهر ، ودليلهما فى الكتاب ، وفى المسألة وجه ثالث أنه يطهر الزيت ونحوه ، ولا يطهر السمن ، وممن ذكر هذا الوجه القاضى أبو الطيب والرويانى وهو شاذ ، والصحيح عند الأصحاب أنه لا يطهر شىء من الأدهان بالغسل وهو ظاهر نص الشافعى ، وبه قال أبو على الطبرى ، قال صاحب الحاوى وهو مذهب الشافعى وجمهور أصحابه (والوجه الثانى) يطهر الجميع بالغسل ، وهو قول ابن سريج وأبى إسحق المروزى واختاره الرويانى .

قال أصحابنا : (فان قلنا :) لا يطهر بالغسل لم يجز بيعه وجها واحدا . وإن قلنا : يطهر بالغسل ففى صحة بيعه وجهان . (أصحهما) باتفاق الأصحاب لا يجوز بيعه ، وبه قال أبو إسحق المروزى وممن صححه القاضى أبو الطيب فى تعليقه والماوردى والمتولى ، وقطع به البغوى ، وهو المنصوص فى مختصر المزنى فى أول الباب الثالث من كتاب الأطعمة (والوجه الثانى) يجوز بيعه وهذا الوجه خرجه ابن سريج من بيع الثوب النجس .

قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه : هذا تخريج باطل ومخالف لنص الشافعى وإمام الحرمين فى النهاية ــ إن قلنا : يطهر الدهن الغسل ــ جاز بيعه قبل الغسل وجها واحدا كالثوب (وإن قلنا) لا يطهر فوجهان وهذا الترتيب غلط عند الأصحاب ومخالف للدليل ولنص الشافعى ، ولما اتفق عليه الأصحاب ، وإمام الحرمين والغزالى منفردان به ، فلا يعتد به ، ولا يغترن بقولهما ، والله تعالى أعلم •

(فرع) إذا قلنا بالضعيف : إن الدهن يطهر بالغسل . وقد قال الماوردى : طريقه أن يراق الدهن فى قلتين من الماء ويحرك أشد تحريك حتى يصل الماء إلى جميع أجزائه ، ولم يتعرض الجمهور لاشتراط القلتين (والصواب) أنه إن أورد الدهن على الماء اشترط كون الماء قلتين ، وإن أورد الماء لم يشترط كونه قلتين ، بل يشترط فيه الغلبة للدهن كما فى غسل سائر النجاسات •

(فرع) مما استدلوا به للمذهب من أن الدهن المتنجس لا يطهر بالغسل الحديث فى الفأرة تقع فى السمن ، فلم يأمر النبى ﷺ بالغسل مع نهيه عن إضاعة المال •

(فرع) نص الشافعى رحمه الله تعالى فى مختصر المزنى فى أول الباب الثالث من كتاب الأطعمة على جواز الاستصباح بالزيت النجس ، وبهذا قطع المصنف وسائر العراقيين وكثير من الخراسانيين وهو المذهب وذكر أكثر الخراسانيين فى جوازه قولين (أصحهما) جوازه (والثانى) تحريمه ، لأنه يؤدى إلى ملابسته وملابسة دخانه ، ودخانه نجس على الأصح ، والخلاف فى جواز الاستصباح جار فى الزيت النجس والسمن والشيرج وسائر الأدهان المتنجسة بعارض ، وفى ودك الميتة أيضا (والصحيح) فى الجميع جواز الاستصباح ، وقد سبقت المسألة واضحة فى آخر باب ما يجوز لبسه • قال إمام الحرمين ، أطلق الأئمة الخلاف فى

جواز الاستصباح ، وفيه تفصيل عندى فإن كان السراج الذى فيه الدهن النجس بعيدا بحيث لا يلقى دخانه المتنجس به فلست أرى لتحريم هذا وجها ، فان الانتفاع بالنجاسات لا يمنع ، وكيف يمنع مع تجويز تزبيل الأرض وتدميلها بالعذرة .

(قال) ولعل الخلاف فى جواز الاستصباح ناشىء من لحوق الدخان وفيه تفصيل نذكره (أما) رماد الأعيان النجسة فنجس على المذهب ، وفيه وجه ضعيف (وأما) دخان الأعيان النجسة إذا أحرقت وقلنا : رمادها نجس ففى دخانها وجهان (أصحهما) نجس ، وبه كان يقطع شيخى (وأما) الدهن النجس فى عينه كودك الميتة ففى دخانه الخلاف الذى ذكرناه (وأما) الدهن المتنجس بعارض فدخانه أجزاء الدهن ، وما وقع فيه ونجسه لا يختلط بالدخان فيظهر فى هذا الدخان الحكم بالطهارة ، فان الذى خالط الدهن يتخلف قطعا والدخان محض أجزاء الدهن ، قال : ولا يمنع على بعد أن يطرد الخلاف فى جواز الاستصباح ، وإن بعد السراج ، لأن هذا ممارس نجاسة مع الاستغناء عنها ، بخلاف التزبيل فانه لا يسد مسده شىء ، فكان فى حكم الضرورة . هذا آخر كلام الإمام .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى بيع الزيت النجس والسمن النجس . ذكرنا أن المشهور من مذهبنا أنه لا يمكن غسله ، ولا يصح بيعه ، وبه قال مالك وأحمد وجماهير العلماء . وقال أبو حنيفة وأصحابه والليث بن سعد : يمكن غسله ، ويجوز بيعه قبل غسله كالثوب النجس ، وكما يجوز الاستصباح به والوصية به ، والصدقة والهبة ، وقال داود : يجوز بيع الزيت دون السمن ، وسبقت المسألة فى آخر كتاب الأطعمة ، واحتج أصحابنا بحديث ابن عباس السابق قريبا فى مسألة بيع الكلب أن النبى ﷺ قال : « إن الله إذا حرم على قوم أكل شىء حرم عليهم ثمنه » وهو حديث

صحيح كما سبق ، وبحديث الفأرة تقع فى السمن ، وقد سبق بيانه وإيضاح طرقه فى آخر باب الأطعمة ، وبالقياس على اللبن والخل ونحوهما إذا وقعت فيها نجاسة (والجواب) عن قياسهم على الثوب أنه يمكن غسله بالاجماع بخلاف الدهن ، ولأن المنفعة المقصودة بالثوب هى اللبس ، وهو حاصل مع أنه نجس ، والمنفعة المقصودة بالزيت الأكل ، وهو حرام (وأما) جواز الاستصباح به فلا يلزم منه جواز البيع ، كما أنه يجوز إطعام الميتة للجوارح ولا يجوز بيعها (وأما) الوصية به فمبناها على الرفق والمساهلة ، ولهذا احتملت أنواعا من الغرر (وأما) الصدقة فكالوصية ، وكذلك الهبة إن صححناها • وفيها خلاف سنوضحه قريبا متصلا بهذا إن شاء الله تعالى •

(فرع) قال الرويانى : قال أصحابنا : لا تجوز هبة الزيت النجس ولا التصدق به ، قال : وأرادوا بذلك على سبيل التبلبك (فأما) على سبيل نقل اليد فيجوز كما قلنا فى الكلب • هذا كلام الرويانى (وأما) قوله : بجواز نقل اليد فهو كما قال ، ولا يجىء فيه خلاف وأما تملكه بالهبة والصدقة فينبغى أن يكون على الوجهين فى الكلب ، وأولى بالجواز •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وأما الأعيان الطاهرة فضربان ضرب لا منفعة فيه وضرب فيه منفعة (فاما) مالا منفعة فيه فهو كالحشرات والسباع التى لا تصلح للاصطياد ، والطيور التى لا تؤكل ولا تصطاد ، كالرخمة والحداة وما لا يؤكل من الغراب ، فلا يجوز بيعه ، لأن ما لا منفعة فيه لا قيمة له ، فأخذ العوض عنه من اكل المال بالباطل وبذل العوض فيه من السفه) •

(الشرح) قد قدمنا أن شروط المبيع خمسة (أحدها) أن يكون منتفعا به ، وهذا شرط لصحة البيع بلا خلاف ، قال أصحابنا : ولعدم

المنفعة سببان (أحدهما) القلة كالحبة والحبتين من الحنطة والزبيب ونحوهما ، فان هذا القدر لا يعد مالا ، قالوا : ولا ينظر إلى حصول النفع به إذا ضم إليه غيره ولا إلى ما قد يفرض من وضع الحبة فى فخ يصطاد به ، لأن هذه منفعة لا تقصد ، قال أصحابنا : ولا فرق فى هذا كله بين زمن الرخص والغلاء ، قال أصحابنا : ولا خلاف أنه لا يجوز أخذ هذه الحبة من صبرة الغير ، فان أخذها كان عاصيا ولزمه ردها ، فان تلفت فوجهان (الصحيح) أنه لا ضمان فيها إذ لا مالية لها (والثانى) وهو قول القفال : يلزمه ضمان مثلها لأنها مثلية ، وهذا الذى ذكرناه من بطلان بيع الحبة ونحوها مما لا منفعة فيه لقلته هو المذهب ، وبه قطع الأصحاب فى كل الطرق وشذ المتولى فحكى وجها ضعيفا أنه يصح بيعه وليس بشىء (السبب الثانى) الحية كالحشرات فلا يجوز بيعها •

قال أصحابنا : الحيوان الطاهر المملوك من غير الآدمى قسمان (قسم) ينتفع به فيجوز بيعه كالإبل والبقر والغنم والخيل والبغال والحمير والظباء والغزلان والصقور والبزاة والفهود والحمام والعصافير والعقاب ، وما ينتفع بلونه كالطاوس ، أو صوته كالزرزور والببغاء والعندليب ، وكذلك القرد والفيل والهرة ودود القز والنحل ، فكل هذا وشبهه يصح بيعه بلا خلاف ، لأنه منتفع به وهذا الذى ذكرناه من صحة بيع النحل هو إذا شاهده المتعاقدان فان لم يشاهدا جميعه ففيه تفصيل وخلاف ، وسنوضحه فى الباب الذى بعد هذا إن شاء الله تعالى حيث ذكره المصنف • قال أصحابنا : ويجوز بيع الجحش الصغير بلا خلاف ، لأنه يئول إلى المنفعة والله أعلم •

(القسم الثانى) من الحيوان ما لا ينتفع به فلا يصح بيعه وذلك كالخنافس والعقارب والحيات والديدان والفأرة والنمل وسائر الحشرات ونحوها • قال أصحابنا : ولا نظر إلى منافعها المعدودة من خواصها لأنها

منافع تافهة • قال أصحابنا : وفى معناها السباع التى لا تصلح للاصطياد ولا القتال عليها ، ولا تؤكل كالأسد والذئب والنمر والدب وأشباهها فلا يصح بيعها لأنه لا منفعة فيها قال أصحابنا : ولا ينظر إلى اقتناء الملوك لها للهيبة والسياسة ، هذا هو المذهب والمنصوص ، وبه قطع المصنف وسائر العراقيين وجمهور الخراسانيين • وحكى القاضى حسين وإمام الحرمين والغزالى وجماعة آخرون من الخراسانيين وجها شاذا ضعيفا أنه يجوز بيع السباع لأنها طاهرة والانتفاع بجلودها بالدباغ متوقع ، وضعفوا هذا الوجه بأن المبيع فى الحال غير منتفع به ، ومنفعة الجلد غير مقصودة ، ولهذا لا يجوز بيع الجلدالنجس بالاتفاق وإن كان الانتفاع به بعد الدباغ ممكنا ، والله أعلم •

قال الرافعى : ونقل أبو الحسن العبادى رحمه الله وجها أنه يجوز بيع النسل فى (عسكر مكرم) وهى المدينة المشهورة بالمشرق ، قال : لانه يعالج به السكر وبنصيبين لأنه يعالج به العقارب الطيارة ، وهذا الوجه شاذ ضعيف (وأما) الحدأة والرخمة والنعامة والغراب الذى لا يؤكل فلا يجوز بيعها ، هكذا قطع به جماهير الأصحاب ، قال إمام الحرمين : إن كان فى أجنحة بعضها فائدة جاء فيها الوجه السابق فى بيع السباع لجلودها ، قال الرافعى إنكارا على الإمام — بينهما فرق ، فإن الجلود تدبغ ولا سبيل إلى تطهير الأجنحة (قلت :) وجه الجواز على ضعفه الانتفاع بريشها فى النبل ، فانه وإن قلنا : بنجاسته يجوز الانتفاع به فى النبل وغيره من اليابسات ، والله تعالى أعلم •

(فرع) العلق وهو هذا الدود الأسود والأحمر الذى يخرج من الماء ، وعادته أن يلقى على العضو الذى ظهر فيه غلبة الدم فيمص دمه . هل يجوز بيعه ؟ فيه طريقان (أصحهما) وبه قطع إمام الحرمين والغزالى والبغوى فى شرح المختصر وآخرون يجوز ، لأن فيه غرضا مقصودا وهو

امتصاصه الدم من العضو المتألم (والطريق الثانى) فيه وجهان وممن حكاه المتولى (أصحهما) يجوز (والثانى) لا ، لأنه حيوان مؤذ كالحية والعقرب .

(فـرع) اتفق أصحابنا على جواز بيع العبد الزمن ، لأنه ينتفع به للاعتاق فانه يثاب على عتقه بلا خلاف (وأما) الحمار الزمن والبغل الزمن فلا يجوز بيعهما على المذهب ، وبه قطع كثيرون وحكى القاضى حسين وإمام الحرمين والغزالى وغيرهم وجها أنه يجوز بيعه للانتفاع بجلده بعد الدباغ ، وهو الوجه السابق فى بيع السباع التى لا تصطاد .

قال المصنف رحمـه الله تعـالى

(واختلف اصحابنا فى بيع دار لا طريق لها او بيع بيت من دار لا طريق إليه ، فمنهم من قال : لا يصح لانه لا يمكن الانتفاع به ، فلم يصح بيعه ، ومنهم من قال : يصح لانه يمكن ان يحصل له طريق فينتفع به فيصح بيعه) .

(**الشرح**) هذان الوجهان مشهوران (أصحهما) صحة البيع . قال أصحابنا الخراسانيون : لو باع أرضا معينة محفوفة بملك البائع من جميع الجوانب ــ فإن شرط للمشترى حق الممر من جانب واحد ولم يعينه ــ لم يصح البيع لاختلاف الغرض بالممر ، وإن شرط الممر من جانب معين صح البيع فان قال : بعتها بحقوقها صح البيع ، وثبت للمشترى حق الممر من كل جانب ، كما كان للبائع قبل البيع ، وإن أطلق بيعها ولم يتعرض للممر فوجهان (أصحهما) يصح ، ويكون كمـا لو قال : بعتكهـا بحقوقها (والثانى) أنه لا يقتضى الممر ، فعلى هذا هو كما لو صرح بنفى الممر ، وفيه وجهان (أصحهما) بطلان البيع لعدم الانتفاع فى الحال (والثانى) الصحة لإمكان تحصيل الممر .

وقال البغوى : إن أمكن تحصيل ممر صح البيع وإلا فلا ، قالوا : ولو كانت الأرض المبيعة ملاصقة للشارع صح البيع ، ومر البائع إليها

من الشارع ، وليس له سلوك ملك البائع ، لأن العادة فى مثلها الدخول من الشارع ، فحمل الإطلاق عليه ، وإن كانت ملاصقة ملك المشترى لم يكن المرور فيما بقى للبائع ، بل يدخل المشترى من ملكه القديم الملاصق وذكر إمام الحرمين فيه احتمالا قال : والصورة فيما إذا أطلق البيع (أما) إذا قال بحقوقها فله الممر فى ملك البائع .

(أما) إذا باع دارا واستثنى لنفسه بيتا فله الممر . لأن الممر كان ثابتا فبقى ، فان شرط نفى الممر ـ نظر إن أمكن إيجاد ممر ـ صح البيع ، وإلا فوجهان (أصحهما) بطلان البيع ، وبه قطع بعضهم . كمن باع ذراعا من ثوب تنقص قيمته بقطعه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما ما فيه منفعة فلا يجوز بيع الحر منه ، لما روى ابو هريرة رضى الله عنه ان رسول الله ﷺ قال : « قال ربكم : ثلاثة انا خصمهم يوم القيامة ومن كنت خصمه خصمته ، رجل اعطى بى ثم غدر ، ورجل باع حرا فاكل ثمنه ، ورجل استاجر اجيرا فاستوفى منه ولم يوفه اجره ») .

(الشرح) حديث أبى هريرة رواه البخارى إلا قوله : ومن « كنت خصمه خصمته » وهذه الزيادة رواها أبو يعلى الموصلى فى مسنده باسناد ضعيف ، ومعنى أعطابى عاهد إنسانا بى ، وبيع الحر باطل بالإجماع .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز بيع ام الولد ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه ان النبى ﷺ « نهى عن بيع امهات الاولاد » ولانه استقر لها حق الحرية [وفى بيعها إبطال ذلك فلم يجز]) .

(الشرح) حديث ابن عمر [1] .

(اما حكم المسالة) فقال الشافعي والأصحاب : لا يجوز بيع أم الولد ولا هبتها ولا رهنها ولا الوصية بهـا ، هكذا قطع به الأصحاب وتظاهرت عليه نصوص الشافعي ، ونقل الخراسانيون أن الشافعي مثل القول في بيعها في القديم فقال جمهورهم : ليس للشافعي فيه اختلاف قول وإنما مثل القول إشارة إلى مذهب غيره ، وقال كثيرون من الخراسانيين للشافعي قول قديم أنه يجوز بيع أم الولد ، وممن حكاه صاحب التقريب ، والشيخ أبو على السنجي والصيدلاني ، والشيخ أبو محمد وولده إمام الحرمين ، والغزالي وغيرهم ، فعلى هذا القديم هل تعتق بموت السيد ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا ، وبه قال صاحب التقريب وأبو على السنجي (وأصحهما) نعم ، قاله الشيخ أبو محمد والصيدلاني وغيرهما كالمدبر ، قال إمام الحرمين : وعلى هذا يحتمل أن تعتق من رأس المـال ، ويحتمل أن تعتق من الثلث ، قلت : الأقوى من رأس المـال ، لتـأكد حقهـا والله أعلم .

وإذا قلنا بالمذهب : إنه لا يجوز بيعها فقضى قاض بجوازه فطريقان (أحدهما) وهو الذي نقله أبو على السنجي في شرح التخليص وإمـام الحرمين وصاحب البيان وغيرهم أن في نقض قضائه وجهين (والثاني) أنه ينقض وجها واحدا ، وهو الذي نقله الروياني عن الأصحاب كلهم ،

---

(١) بياض بالاصل وأول حديث ابن عمر اخرج معناه مالك في الموطأ موقوفا على عمر وهو لا يتلو من اثر عن رسول الله ﷺ وذلك بلفظ : عن عبد الله بن عمر ان عمر بن الخطاب قال : ايما وليدة ولدت من سيدها فانه لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها وهو يستمتع منها فاذا مات فهي حرة » رواه الدارمي عن ابن عباس مرفوعا « اذا ولدت أمة الرجل منه فهي معتقة عن دبر منه او بعده » ورواه احمد وابن ماجه والحاكم والبيهقي وفيه الحسين بن عبد الله ضعيف جدا ، وقد رجح بعض الحفاظ وقفه على عمر وروى ابن ماجه والحاكم عن ابن عباس « ذكرت أم ابراهيم عند رسول الله ﷺ فقال : اعتقها ولدها » واسناده ضعيف لكن له طريق عند قاسم بن أصبغ اسنادها جيد وفي كنز العمال نحو ثلاثة أحاديث تولية وعشرة من أفعال الصحابة . المطيعي

ولم يحك غيره ، قالوا : لأنه مجمع عليه الآن ، وما كان فيه من خلاف فى القرن الأول فقد ارتفع وصار الآن مجمعا على بطلان بيعها ، والله أعلم . وقد حكى أصحابنا عن داود جواز بيعها مع قولهم : إنه مجمع على بطلانه الآن فكأنهم لم يعتدوا بخلاف داود وقد سبق أن الأصح أنه لا يعتد بخلافه ولا خلاف غيره من أهل الظاهر ، لأنهم نفوا القياس ، وشرط المجتهد أن يكون عارفا بالقياس وقالت الشيعة أيضا بجواز بيعها ، ولكن الشيعة لا يعتد بخلافهم ، والله سبحانه أعلم .

والمعتمد فى تحريم بيع أم الولد ما رواه مالك والبيهقى وغيرهما بالأسانيد الصحيحة عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه « أنه نهى عن بيع أمهات الأولاد » وإجماع التابعين فمن بعدهم على تحريم بيعها ، وهذا على قول من يقول من أصحابنا : إن الإجماع بعد الخلاف يرفع الخلاف ، وحينئذ يستدل بهذا الثابت عن عمر بالإجماع على نسخ الأحاديث الثابتة فى جواز بيع أم الولد (منها) حديث جابر قال : « بعنا أمهات الأولاد على عهد النبى ﷺ وأبى بكر فلما كان عمر نهانا فانتهينا » رواه أبو داود باسناد صحيح ، وفى رواية قال « كنا نبيع سرارينا أمهات أولاد ، والنبى ﷺ حى ، لا يرى بذلك بأسا » رواه الدارقطنى والبيهقى باسناد صحيح قال الخطابى وغيره : يحتمل أن بيعها كان مباحا فى أول الإسلام ، ثم نهى عنه النبى ﷺ فى آخر حياته ، ولم يشتهر ذلك النهى إلى زمن عمر ، فلما بلغ عمر النهى نهاهم والله سبحانه وتعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز بيع المدبر ، لما روى جابر رضى الله عنه « ان رجلا دبر غلاما له ليس له مال غيره ، فقال رسول الله ﷺ : من يشتريه منى ؟ فاشتراه نعيم [النحام] » .

(الشرح) حديث جابر صحيح رواه البخارى ومسلم ولفظه (عن جابر أن رجلا من الأنصار أعتق غلاما له عن دبر لم يكن له غلام غيره . فبلغ ذلك النبى ﷺ فقال : من يشتريه منى ؟ فاشتراه نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم فدفعها إليه ، فقال جابر بن عبد الله : كان عبدا قبطيا مات عام أول) وفى رواية لمسلم « مات عام أول فى ولاية ابن الزبير » وفى رواية للبخارى عن جابر أن النبى ﷺ باع المدبر (قوله) : نعيم هو ــ بضم النون (وقوله) النحام ــ هو بنون مفتوحة ثم حاء مهملة مشددة ، ووقع فى بعض نسخ المهذب نعيم فقط ، وفى بعضها نعيم بن النحام . وكذا وقع فى بعض روايات مسلم ، قالوا : وهو غلط ، وصوابه نعيم النحام ، فالنحام هو نعيم ، ومعنى النحام السعال ، وهو الذى يسعل ، وسمى بذلك لأن النبى ﷺ قال له : « سمعت نحمتك فى الجنة أى سعلتك » وقيل : هى النحنحة . وكل هذا صفة لنعيم لا لأبيه عبد الله . وأسلم نعيم قديما بعد عشرة أنفس ، وقيل ثمانية وثلاثين . وكان جوادا . واستشهد يوم أجنادين فى خلافة أبى بكر رضى الله عنه سنة ثلاث عشرة ، واسم هذا الغلام المدبر : يعقوب . واسم سيده مدبره أبو مذكور والله أعلم .

(اما حكم المسالة) فمذهبنا جواز بيع المدبر . سواء كان محتاجا إلى ثمنه أم لا . وسواء كان على سيده دين أم لا ، وسواء كان التدبير مطلقا أو مقيدا هذا مذهبنا . وبه قالت عائشة أم المؤمنين ومجاهد وطاوس وعمر بن عبد العزيز وأحمد وإسحق وأبو ثور وداود وغيرهم ، وقال الحسن وعطاء : يجوز إذا احتاج إلى ثمنه سيده ، وقال أبو حنيفة : وإن كان تدبيرا مطلقا لم يجز . وإن كان مقيدا بأن يقول : إن مت من مرضى هذا فأنت حر جاز ، وقال مالك: لا يجوز مطلقا . وهو رواية عن أبى حنيفة ، وبه قال سعيد بن المسيب والشعبى والنخعى والزهرى والأوزاعى والثورى ، ونقله القاضى عياض عن جمهور العلماء من السلف وغيرهم

من أهل الحجاز والشام والكوفة • واحتجوا بالقياس على أم الولد واحتج أصحابنا بحديث جابر المذكور فى الكتاب ، وقد بيناه ، وبالقياس على الموصى بعتقه ، فانه يجوز بيعه بالإجماع والله سبحانه وتعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز بيع المعتق بصفة ، لانه ثبت له العتق بقول السيد وحده ، فجاز بيعه كالمدبر ، وفى المكاتب قولان (قال) فى القديم : يجوز بيعه لأن عتقه غير مستقر ، فلا يمنع من البيع ، وقال فى الجديد : لا يجوز لانه كالخارج من ملكه ولهذا لا يرجع ارش الجناية عليه إليه ، فلم يملك بيعه كما لو باعه • ولا يجوز بيع الوقف ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه قال « اصاب عمر رضى الله عنه ارضا بخيبر فاتى النبى ﷺ يستامره فيها فقال : إن شئت حبست اصلها وتصدقت بها ، قال : فتصدق بها عمر صدقة لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث ») •

(الشرح) حديث ابن عمر رواه البخارى ومسلم (وقوله) ثبت له العتق بقول السيد احتراز من فعله وهو الاستيلاد (وقوله) وحده احتراز من المكاتب ، وفى الفصل ثلاث مسائل :

(إحداها) بيع المعلق عتقه على صفة صحيح لا خلاف فيه ، لما ذكره المصنف ، وإنما قاسه على المدبر لأن النص ثبت فى المدبر وإلا لم يقل أحد ببطلان بيع المعلق عتقه على صفة ، وسواء كانت الصفة محققة الوجود كطلوع الشمس ، أو محتملة كدخول الدار ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

(الثانية) بيع العين الموقوفة باطل بلا خلاف عندنا ، سواء قلنا : إن الملك فيه لله تعالى أو للموقوف عليه ، أو باق على ملك الواقف •

(الثالثة) فى بيع السيد رقبة المكاتب قولان مشهوران ذكرهما

المصنف بدليلهما (الصحيح) باتفاق الأصحاب ، وهو نص الشافعى فى الجديد بطلانه ، وقطع به جماعة (والقديم) صحته ، قال أصحابنا : والقولان جاريان فى الهبة (فان قلنا) بالجديد فأدى المكاتب النجوم إلى المشترى فهل يعتق ؟ قال أصحابنا فيه الخلاف فيما لو باع السيد النجوم التى على المكاتب وقلنا بالمذهب : إنه لا يصح بيعه فأداها المكاتب إلى المشترى ، وللشافعى فيه نصان (نص) فى المختصر أنه يعتق بدفعها إلى المشترى (ونص) فى الأم أنه لا يعتق ، وللأصحاب فيه طريقان (المذهب) وبه قال الجمهور : إن المسألة على قولين (أحدهما) يعتق لأن السيد سلطه على القبض فأشبه الوكيل (وأصحهما) لا يعتق ، لأنه يقبض زاعما أنه يقبض لنفسه ، حتى لو تلف فى يده ضمنه ، بخلاف الوكيل ، وقال أبو إسحق المروزى : النصان على حالين ، فان قال بعد البيع : خذها منه أو قال للمكاتب : ادفعها إليه صار وكيلا وعتق بقبضه ، وإن اقتصر على البيع فلا ، وقيل : إن أبا إسحق عرض هذا الفرق على شيخه أبى العباس ابن سريج فلم يرتضه ، ولم يعبأ به ، وقال : هو وإن صرح بالإذن فانما يأذن بحكم المعاوضة لا الوكالة .

(فان قلنا) لا يعتق ، فما يأخذه المشترى يسلمه إلى السيد لأنا جعلناه كوكيله (فان قلنا :) لا يعتق طالب السيد المكاتب بالنجوم ، واستردها المكاتب من المشترى ، قال أصحابنا : (وإذا قلنا) بالجديد : إن بيع رقبة المكاتب باطل ، فاستخدمه المشترى مدة ، لزمه أجرة المثل للمكاتب ، وهل على السيد أن يمهله قدر المدة التى كان فيها فى يد المشترى ؟ فيه القولان المشهوران فيما إذا استخدمه السيد أو حبسه . والله سبحانه وتعالى أعلم .

(أما إذا قلنا) بالقديم : وإن بيع رقبة المكاتب صحيح ، ففى حكم الكتابة ثلاثة أوجه (الصحيح) الذى قطع به كثيرون أن الكتابة تبقى ،

وينتقل إلى المشترى مكانها ، فاذا أدى إليه النجوم عتق وكان الولاء للمشترى ، جمعا بين الحقوق (والثانى) يعتق بالأداء إلى المشترى ، ويكون الولاء للبائع ، ويكون انتقاله بالشرى كانتقاله بالإرث (والثالث) تبطل الكتابة بمجرد البيع فينتقل غير مكاتب ، وهذا ضعيف جدا والله سبحانه أعلم .

(فـرع) لو قال أجنبى لسيد المكاتب : أعتق مكاتبك على ألف ، أو أعتقه عنى على ألف ، أو مجانا فأعتقه نفذ العتق ، ولزمه الألف ، ويكون ذلك افتداء منه كاختلاع الأجنبى ، وكذا لو قال : أعتق مستولدتك . وستأتى المسألة مبسوطة مع نظائرهم فى كتاب الكفارات عقيب كتاب الظهار حيث ذكرها المصنف إن شاء الله تعالى .

(فـرع) لا خلاف أنه لا يجوز للسيد بيع ما فى يد المكاتب من الأموال كما لا يعتق عبيده ولا يزوج إماءه والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى بيع العين الموقوفة .

ذكرنا أن مذهبنا بطلان بيعها سواء حكم بصحته حاكم أو لا ، وبه قال مالك وأحمد والعلماء كافة إلا أبا حنيفة ، فقال : يجوز بيعه ما لم يحكم بصحته حاكم .

(فـرع) فى مذاهبهم فى بيع رقبة المكاتب .

قد ذكرنا أن الأصح فى مذهبنا بطلانه ، وبه قال ربيعة وأبو حنيفة ومالك وهو قول ابن مسعود وقال عطاء والنخعى وأحمد : يجوز بيعه ، وهو رواية عن مالك واحتج من جوز بيع رقبة المكاتب بحديث عائشة رضى الله عنها فى قصة بريرة « أنها كانت مكاتبة فاشترتها عائشة رضى الله عنها باذن النبى ﷺ » رواه البخارى ومسلم من طرق ، واحتج أصحابنا

للمنع بما ذكره المصنف والشافعي وغيره عن حديث بريرة بأنها رضيت هي وأهلها بفسخ الكتابة ثم باعوها .

(فرع) ضبطوا ما به يجوز بيعه من الحيوان ، فكل حيوان طاهر منتفع به في الحال أو المآل ، ليس بحر ولم يتعلق به حق لازم ، يجوز بيعه واحترزوا بالطاهر عن النجس ، وبالمنفعة عن الحشرات ، ونحوها . والحمار الزمن والسباع ، وبالمآل كالجحش الصغير ، وقولهم : لم يتعلق به حق احتراز من المرهون والموقوف وأم الولد والمكاتب والجاني ، وقولهم لازم احتراز من المدبر ، والمعلق عتقه ، والموصى به .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز بيع ما سوى ذلك من الاعيان المنتفع بها من الماكول والمشروب والملبوس والمشموم وما ينتفع به من الحيوان بالركوب والأكل والدر والنسل والصيد والصوف ، وما يقتنيه الناس من العبيد والجوارى والأراضى والعقار . لاتفاق اهل الأمصار فى جميع الأعصار على بيعها من غير إنكار ، ولا فرق فيها بين ما كان فى الحرم من الدور وغيره ، لما روى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه « امر نافع بن عبد الحرث أن يشترى دارا بمكة للسجن من صفوان ابن امية فاشتراها باربعة آلاف درهم » ولأنه أرض حية لم يرد عليها صدقة مؤبدة فجاز بيعها كغير الحرم) .

(الشرح) هذا الأثر عن عمر مشهور ، رواه البيهقي وغيره ونافع هذا صحابي ، هكذا قاله الجمهور ، وأنكر الواقدي صحبته والصواب المشهور صحبته ، وهو خزاعي أسلم يوم فتح مكة ، وأقام بمكة وكان من فضلاء الصحابة ، واستعمله عمر بن الخطاب على مكة والطائف ، وفيهما سادات قريش وثقيف والله تعالى أعلم .

وصفوان بن أمية صحابي مشهور ، وهو أبو وهب ، وقيل : أبو أمية صفوان بن أمية بن خلف بن وهب بن خزامة بن جمح القرشي الجمحي

المكى ، أسلم بعد شهوده حنينا كافرا . وكان من المؤلفة ، وشهد اليرموك ، توفى بمكة سنة اثنتين وأربعين ، وقيل : توفى فى خلافة عمر وقيل : عام الجمل سنة ست وثلاثين (وقوله) لأنه أرض حية ، هكذا هو فى النسخ . والضمير عائد إلى البيع (وقوله) أرض حية احتراز من الموات (وقوله) لم يرد عليها صدقة مؤبدة احتراز من العين الموقوفة .

(اما الاحكام) ففيها مسألتان :

(إحداهما) أن الأعيان الطاهرة المنتفع بها التى ليست حرا ولا موقوفا ولا أم ولد ولا مكاتبة ولا مرهونا ولا غائبا ولا مستأجرة يجوز بيعها بالإجماع ، لما ذكره المصنف ، سواء المأكول والمشروب والملبوس والمشموم والحيوان المنتفع به ، بركوبه أو صوته أو صوفه أو دره أو نسله كالعندليب والببغاء أو بحراسته كالقرد ، أو بركوبه كالفيل أو بامتصاصه الدم وهو العلق ، وفى معناه دود القز وغير ذلك ، مما سبق بيانه . فكل هذا يصح بيعه .

(والثانية) يجوز بيع دور مكة وغيرها من أرض الحرم ويجوز إجارتها وهى مملوكة لأصحابها يتوارثونها ويصح تصرفهم فيها بالبيع وغيره من التصرفات المفتقرة إلى الملك ، والله أعلم .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى بيع دور مكة وغيرها من أرض الحرم وإجارتها ورهنها ، مذهبنا جوازه ، وبه قال عمر بن الخطاب وجماعات من الصحابة ومن بعدهم ، وهو مذهب أبى يوسف وقال الأوزاعى والثورى ومالك وأبو حنيفة : لا يجوز شىء من ذلك ، والخلاف فى المسألة مبنى على أن مكة فتحت صلحا أم عنوة ؟ فمذهبنا أنها فتحت صلحا ، فتبقى على ملك أصحابها فتورث وتباع وتكرى وترهن . ومذهبهم أنها فتحت عنوة فلا يجوز شىء من ذلك .

واحتج هؤلاء بقوله تعالى : (والمسجد الحرام الذى جعلناه للناس سواء العاكف فيه والباد) [1] قالوا : والمراد بالمسجد جميع الحرم لقوله سبحانه وتعالى (سبحان الذى أسرى بعبده ليلا من المسجد الحرام) [2] أى من بيت خديجة ، وبقوله تعالى : (إنما أمرت أن أعبد رب هذه البلدة الذى حرمها) [3] قالوا : والمحرم لا يجوز بيعه ، وبحديث إسماعيل [4] ابن إبراهيم بن مهاجر عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال : قال رسول الله ﷺ : (مكة مباح لا تباع رباعها ولا تؤجر بيوتها) رواه البيهقى. وبحديث عائشة رضى الله عنها قالت (قلت يا رسول الله ألا نبنى لك بيتا أو بناء يظلك من الشمس ؟ قال : لا إنما هو مباح لمن سبق إليه) رواه أبو داود .

وعن أبى حنيفة عن عبد الله بن أبى زياد عن أبى نجيح عن عبد الله بن عمرو قال (قال رسول الله ﷺ : مكة حرام ، وحرام بيع رباعها وحرام أجر بيوتها) وعن عثمان بن أبى سليمان عن علقمة بن نضلة الكنانى قال : « كانت بيوت مكة تدعى السوائب لم تبع رباعها فى زمان رسول الله ﷺ ولا أبى بكر ولا عمر ، من احتاج سكن ، ومن استغنى أسكن » رواه البيهقى ، وبالحديث الصحيح أن رسول الله ﷺ قال « منى مباح لمن سبق » وهو حديث صحيح سبق بيانه فى كتاب الجنائز فى باب الدفن ، قالوا : ولأنها بقعة من الحرم فلا يجوز بيعها وإجارتها كنفس المسجد الحرام . واحتج الشافعى والأصحاب لمذهبنا بقوله تعالى : (للفقراء المهاجرين الذين

---

(١) الآية ٢٥ من سورة الحج .

(٢) الآية الأولى من سورة الاسراء .

(٣) من سورة النمل الآية ٩١

(٤) فى ش و ق مهاجر بن عبد الله وهو خطأ وانما هو اسماعيل بن ابراهيم بن مهاجر بن جابر البجلى الكوفى وهو ضعيف وابوه صدوق فيه لين من قبل حفظه . المطيعى

أخرجوا من ديارهم)[1] والإضافة تقتضى الملك (فان قيل) قد تكون الإضافة لليد والسكنى لقوله تعالى : (وقرن فى بيوتكن)[2] ؟ (فالجواب) أن حقيقة الإضافة تقتضى الملك ، ولهذا لو قال : هذه الدار لزيد حكم بملكها لزيد ، ولو قال : أردت به السكنى واليد لم يقبل •

واحتجوا أيضا بحديث أسامة بن زيد أنه قال : (أين تنزل من دارك فى مكة ؟ فقال : وهل ترك لنا عقيل من دار ؟ وكان عقيل ورث أبا طالب هو وطالب ، ولم يرثه جعفر ولا على لأنهما كانا مسلمين ، وكان عقيل وطالب كافرين) رواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما قال أصحابنا : فهذا يدل على إرث دورها والتصرف فيها • وعن أبى هريرة رضى الله عنه فى قصة فتح مكة قال : (فجاء أبو سفيان فقال : يا رسول الله أبيدت خضراء قريش ، لا قريش بعد اليوم ، فقال رسول الله ﷺ : من دخل دار أبى سفيان فهو آمن ومن ألقى سلاحه فهو آمن ، ومن أغلق بابه فهو آمن) رواه مسلم وبالأثر المشهور فى سنن البيهقى وغيره (أن نافع بن عبد الحرث اشترى من صفوان بن أمية دار السجن لعمر بن الخطاب رضى الله عنه بأربعمائة ، وفى رواية بأربعة آلاف) وروى الزبير بن بكار وغيره (أن حكيم بن حزام باع دار الندوة بمكة من معاوية بن سفيان بمائة ألف ، فقال له عبد الله بن الزبير : يا أبا خالد بعت مأثرة قريش وكريمتها ؟ فقال هيهات ذهبت المكارم ، فلا مكرمة اليوم إلا الإسلام ، فقال : اشهدوا أنها فى سبيل الله تعالى يعنى الدراهم) ومن القياس أنها أرض حية ليست موقوفة فجاز بيعها كغيرها •

وروى البيهقى باسناده عن إبراهيم بن محمد الكوفى قال : « رأيت الشافعى بمكة يفتى الناس ، ورأيت إسحق بن راهوية وأحمد بن حنبل

---

(١) من الآية ٨ من سورة الحشر •

(٢) من الآية ٣٣ من سورة الاحزاب •

حاضرين فقال أحمد لإسحق : تعال حتى أريك رجلا لم تر عيناك مثله ، فقال إسحق : لم تر عيناى مثله ؟ فقال نعم : فجاء به فوقفه على الشافعى فذكر القصة إلى أن قال ثم تقدم إسحق إلى مجلس الشافعى فسأله عن كراء بيوت مكة ، فقال الشافعى : هو عندنا جائز ، قال رسول الله ﷺ « وهل ترك لنا عقيل من دار ؟ » فقال إسحق : حدثنا يزيد بن هارون عن هشام عن الحسن أنه لم يكن يرى ذلك وعطاء وطاووس لم يكونا يريان ذلك . فقال الشافعى لبعض من عرفه : من هذا ؟ قال : هـذا إسحق بن راهوية الحنظلى الخراسانى ، فقال له الشـافعى : أنت الذى يزعم أهل خراسان أنك فقيههم ؟ قال إسحق : هكذا يزعمون قال الشافعى: ما أحوجنى أن يكون غيرك فى موضعك فكنت آمر بفراك أذنيـه ، أنا أقول : قال رسول الله ﷺ وأنت تقول قال طاوس والحسن وإبراهيم ! هؤلاء لا يرون ذلك ؟ وهل لأحد مع النبى ﷺ حجة ؟ وذكر كلاما طويلا .

ثم قال الشافعى : قال الله تعالى : « للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم » [1] أفتنسب الديار إلى مالكين أو غير مالكين ؟ فقال إسحق . إلى مالكين قال الشافعى : قول الله أصدق الأقاويل ، وقد قال رسول الله ﷺ : من دخل دار أبى سفيان فهو آمن ، وقد اشترى عمر بن الخطـاب رضى الله عنه دار الحجامين وذكر الشافعى له جماعة من أصحاب رسول الله ﷺ فقال له إسحق : سواء العاكف فيه والباد ، فقال الشافعى : قال الله تعالى (والمسجد الحرام الذى جعلناه للناس سواء العاكف فيه والباد) [2] والمراد المسجد خاصة ، وهو الذى حول الكعبة ، ولو كان كما تزعم لكان لا يجوز لأحد أن ينشد فى دور مكة وفجاجها ضالة ، ولا ينحر فيها البدن ، ولا يلقى

---

(١) الآية ٨ من سورة الحشر .

(٢) الآية ٢٥ من سورة الحج .

فيها الأرواث ، ولكن هذا فى المسجد خاصة فسكت إسحق ولم يتكلم ، فسكت عنه الشافعى .

(وأما) الجواب عن أدلتهم فالجواب عن قوله تعالى : « سواء العاكف فيه والباد » سبق الآن فى كلام الشافعى (وأما) قوله تعالى « هذه البلدة الذى حرمها »[1] فمعناه حرم صيدها ، وشجرها ، وخلاها ، والقتال فيها ، كما بينه النبى ﷺ فى الأحاديث الصحيحة ، ولم يذكر شىء منها مع كثرتها فى النهى عن بيع دورها (وأما) حديث إسماعيل بن إبراهيم بن مهاجر عن أبيه فضعيف باتفاق المحدثين ، واتفقوا على تضعيف إسماعيل وأبيه إبراهيم (وأما) حديث عائشة رضى الله عنها ، فان صح كان محمولا على الموات من الحرم . وهو ظاهر الحديث (وأما) حديث أبى حنيفة فضعيف من وجهين (أحدهما) ضعف إسناده فان ابن أبى زياد هذا ضعيف (والثانى) أن الصواب فيه عند الحفاظ أنه موقوف على عبد الله بن عمرو ، وقالوا : رفعه وهم . هكذا قاله الدارقطنى وأبو عبد الرحمن السلمى والبيهقى (وأما) حديث عثمان بن أبى سليمان فجوابه من وجهين (أحدهما) جواب البيهقى أنه منقطع (والثانى) جواب البيهقى أيضا والأصحاب أنه إخبار عن عادتهم فى إسكانهم ما استغنوا عنه من بيوتهم بالإعارة تبرعا وجودا ، وقد أخبر من كان أعلم بشأن مكة منه بأنه جرى الإرث والبيع فيها (وأما) حديث (منى مباح لمن سبق) فمحمول على مواتها ومواضع نزول الحجيج منها (وأما) الجواب عن قياسهم على نفس المسجد فمردود لأن المساجد محرمة محررة ، لا تلحق بها المنازل المسكونة فى تحريم بيعها ، ولهذا فى سائر البلاد يجوز بيع الدور دون المساجد والله سبحانه أعلم .

---

(١) من الآية ٩١ من سورة النمل .

(فـرع) قال الروياني في البحر في باب بيع الكلاب : لا يكره بيع شيء من الملك الطلق إلا أرض مكة ، فانه يكره بيعها وإجارتها للخلاف وهذا الذي ادعاه من الكراهة غريب في كتب أصحابنا . والأحسن أن يقال : هو خلاف الأولى ، لأن المكروه ما ثبت فيه نهي مقصود ، ولم يثبت في هذا نهي .

(فـرع) قال الروياني والأصحاب : هذا الذي ذكرناه من اختلاف العلماء في بيع دور مكة وغيرها من الحرم هو في بيع نفس الأرض (فأما) البناء فهو مملوك يجوز بيعه بلا خلاف .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز بيع المصاحف وكتب الأدب ، لما روى عن ابن عباس رضي الله عنه ، أنه سئل عن بيع المصاحف ، فقال : لا بأس يأخذون اجور ايديهم . ولأنه طاهر منتفع به فهو كسائر الأموال) .

(الشرح) اتفق أصحابنا على صحة بيع المصحف وشرائه وإجارته ونسخه بالأجرة ، ثم إن عبارة المصنف والدارمي وغيرهما أنه يجوز بيعه ، وظاهر هذه العبارة أنه ليس بمكروه ، وقد صرح بعدم الكراهة الروياني ، والصحيح من المذهب أن بيعه مكروه ، وهو نص الشافعي في كتاب اختلاف علي وابن مسعود ، وبه قطع البيهقي في كتابه السنن الكبير ، ومعرفة السنن والآثار ، والصيمري في كتابه الإيضاح وصاحب البيان ، فقال : يكره بيعه . قال : وقيل : يكره البيع دون الشراء . هذا تفصيل مذهبنا ، وروى الشافعي والبيهقي باسناده الصحيح عن ابن مسعود أنه كره شرى المصحف وبيعه . قال الشافعي : ولا يقول أبو حنيفة وأصحابه بهذا . بل لا يرون بأسا ببيعه وشرائه . قال : ومن الناس من لا يرى بأسا بالشراء . قال الشافعي : ونحن نكره بيعها .

وقال ابن المنذر فى الإشراف : اختلفوا فى شراء المصحف وبيعه فروى عن ابن عمر أنه شدد فى بيعه ، وقال : وددت أن الأيدى تقطع فى بيع المصاحف ، قال : وروينا عن أبى موسى الأشعرى كراهة ذلك . قال : وكره بيعها وشراءها علقمة وابن سيرين والنخعى وشريح ومسروق وعبد الله بن يزيد ، ورخص جماعة فى شرائها ، وكرهوا بيعها . روينا هذا عن ابن عباس وسعيد بن جبير وإسحق وقال أحمد : الشرى أهون . وما أعلم فى البيع رخصة قال : ورخصت طائفة فى بيعه وشرائه منهم الحسن وعكرمة والحكم وروى البيهقى باسناده عن ابن عباس ومروان ابن الحكم أنهما سئلا عن بيع المصاحف للتجارة فقالا : لا نرى أن نجعله متجرا ولكن ما عملت بيديك فلا بأس به . وعن مالك بن أنس أنه قال : لا بأس ببيع المصحف وشرائه . وعن ابن عباس باسناد ضعيف : « اشتر المصحف ولا تبعه » وباسناد صحيح عن سعيد بن جبير « اشتره ولا تبعه » وعن عمر أنه قال : « كان يمر بأصحاب المصاحف فيقول : بئس التجارة » وباسناد صحيح عن عبد الله بن شقيق التابعى المجمع على جلالته وتوثيقه قال : « وكان أصحاب رسول الله ﷺ يكرهون بيع المصاحف » .

قال البيهقى : وهذه الكراهة على وجه التنزيه تعظيما للمصحف عن أن يبذل بالبيع ، أو يجعل متجرا قال : وروى عن ابن مسعود الترخيص فيه ، وإسناده ضعيف ، قال : وقول ابن عباس اشتر المصحف ولا تبعه ، إن صح عنه ، يدل على جواز بيعه مع الكراهة والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فرع) قال أصحابنا : يجوز بيع كتب الحديث والفقه واللغة والأدب والشعر المباح المنتفع به وكتب الطب والحساب وغيرهما ، مما فيه منفعة مباحة . قال أصحابنا : ولا يجوز بيع كتب الكفر ، لأنه ليس فيها منفعة مباحة بل يجب إتلافها . وقد ذكر المصنف المسألة فى أواخر كتاب السير . وهكذا كتب التنجيم والشعبذة والفلسفة وغيرها من العلوم

الباطلة المحرمة ، فبيعها باطل ، لأنه ليس فيها منفعة مباحة . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واختلف اصحابنا فى بيع بيض دود القز ، وبيض ما لا يؤكل لحمه من الطيور التى يجوز بيعها ، كالصقر والبازى ، فمنهم من قال : هو طاهر ، ومنهم من قال هو نجس ، بناء على الوجهين فى طهارة منى مالا يؤكل لحمه ونجاسته (فان قلنا) إن ذلك طاهر جاز بيعه ، لأنه طاهر منتفع به ، فهو كبيض الدجاج (وإن قلنا) إنه نجس لم يجز بيعه ، لأنه عين نجسة فلم يجز بيعه كالكلب والخنزير) .

(**الشرح**) اتفق أصحابنا على جواز بيع دود القز ، لأنه حيوان طاهر منتفع به ، فهو كالعصفور والنحل وغيرهما (وأما) بيض دود القز وبيض ما لا يؤكل لحمه من الطيور ففيه وجهان مشهوران (أصحهما) صحة البيع (والثانى) بطلانه ، وهما مبنيان على طهارته ونجاسته ، وفيها وجهان كمنى ما لا يؤكل . وقد سبق بيان الخلاف فى باب إزالة النجاسة وأن الأصح طهارته (وأما) قول المصنف من الطيور التى يجوز بيعها فزيادة لا تعرف للأصحاب ، بل الصواب المعروف أنه لا فرق بين ما لا يؤكل لحمه كالرخمة وغيرها ، وفى الجميع الوجهان (أصحهما) جواز بيعه ، لأن الخلاف مبنى كما ذكر المصنف والأصحاب — على طهارة هذا البيض ونجاسته ، والخلاف فيه شامل لما يجوز بيعه وغيره ، والله تعالى أعلم . وحكى المتولى عن أبى حنيفة أنه لا يجوز بيع دود القز ولا بيضه .

فروع فى مسائل مهمة تتعلق بالباب

(**فرع**) بيع لبن الآدميات جائز عندنا لا كراهة فيه ، هذا هو المذهب وقطع به الأصحاب إلا الماوردى والشاشى والرويانى ، فحكوا وجها شاذا عن أبى القاسم الأنماطى من أصحابنا أنه نجس لا يجوز بيعه ،

وإنما يربى به الصغير للحاجة ، وهذا الوجه غلط من قائله ، وقد سبق بيانه فى باب إزالة النجاسة فالصواب جواز بيعه ، قال الشيخ أبو حامد هكذا قاله الأصحاب قال : ولا نص للشافعى فى المسألة ، هذا مذهبنا . وقال أبو حنيفة ومالك لا يجوز بيعه ، وعن أحمد روايتان كالمذهبين ، واحتج المانعون بأنه لا يباع فى العادة ، وبأنه فضلة آدمى فلم يجز بيعه ، كالدمع والعرق والمخاط ، وبأن ما لا يجوز بيعه متصلا لا يجوز بيعه منفصلا ، كشعر الآدمى ، ولأنه لا يؤكل لحمها فلا يجوز بيع لبنها كالأتان .

واحتج أصحابنا بأنه لبن طاهر منتفع به ، فجاز بيعه كلبن الشاة ، ولأنه غذاء للآدمى فجاز بيعه كالخبز (فان قيل) هذا منتقض بدم الحيض فإنه غذاء للجنين ولا يجوز بيعه قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه : (فالجواب) أن هذا ليس بصحيح ولا يتغذى الجنين بدم الحيض ، بل يولد وفمه مسدود لا طريق فيه لجريان الدم ، وعلى وجهه المشيمة ، ولهذا أجنة البهائم تعيش فى البطون ولا حيض لها ، ولأنه مائع يحل شربه فجاز بيعه كلبن الشاة قال الشيخ أبو حامد : (فان قيل) ينتقض بالعرق (قلنا) لا نسلم بل يحل شربه (وأما) الجواب عن قولهم لا يباع فى العادة ، فانه لا يلزم من عدم بيعه فى العادة أن لا يصح بيعه ، ولهذا يجوز بيع بيض العصافير ، وبيع الطحال ، ونحو ذلك مما لا يباع فى العادة (والجواب) عن القياس على الدمع والعرق والمخاط أنه لا منفعة فيها بخلاف اللبن ، وعن البيض بأنه لا يجوز الانتفاع به بخلاف اللبن ، وعن لبن الأتان بأنه نجس بخلاف الآدمية ، والله تعالى أعلم .

(فرع) فى بيع القينة بفتح القاف : وهى الجارية المغنية ، فاذا كانت تساوى ألفا بغير غناء وألفين مع الغناء ، فان باعها بألف صح البيع بلا خلاف وإن باعها بألفين ففيها ثلاثة أوجه ذكرها إمام الحرمين وغيره

(أصحها) يصح بيعها ، وبه قال أبو بكر الأزدى ، لأنها عين طاهرة منتفع بها فجاز بيعها بأكثر من قيمتها ، كسائر الأعيان (والثانى) لا يصح . قاله أبو بكر المحمودى من أصحابنا : لأن الألف تصير فى معنى المقابل للغناء (والثالث) إن قصد الغناء بطل البيع وإلا فلا ، قال الشيخ أبو زيد المروذى : قال إمام الحرمين : القياس السديد هو الجزم بالصحة ذكره فى فروع مبتورة عند كتاب الصداق (وأما) الحديث الذى يروى عن على بن يزيد عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبى أمامة عن رسول الله ﷺ قال : « لا تبيعوا القينات ولا تشتروهن ولا تعلموهن ، ولا خير فى تجارة فيهن ، وثمنهن حرام » وفى مثل هذا أنزلت هذه الآية : (ومن الناس من يشترى لهو الحديث)[1] رواه بهذا الإسناد الترمذى وابن ماجه والبيهقى وغيرهم ، واتفق الحفاظ على أنه ضعيف لأن مداره على على بن يزيد وهو ضعيف عند أهل الحديث ضعفه أحمد بن حنبل وسائر الحفاظ ، قال البخارى : هو منكر الحديث ، وقال النسائى : ليس هو ثقة ، وقال أبو حاتم : ضعيف الحديث ، أحاديثه منكرة وقال يعقوب بن أبى شيبة : هو واهى الحديث ، قال الترمذى فى تعليقه : هذا الحديث لا نعرفه[2] إلا من هذا الوجه ، وعلى بن يزيد تكلم فيه بعض أهل العلم وضعفه . ونقل البيهقى عن الترمذى يعنى من كتاب العلل له قال : سألت البخارى عن هذا الحديث فقال : على بن يزيد ذاهب الحديث . قال البيهقى : وروى عن ليث بن أبى سليم عن عبد الرحمن بن سابط عن عائشة وليس بمحفوظ وخلط فيه ليث .

---

(١) من الآية ٦ من سورة لقمان .

(٢) كذا فى ش و ق والذى فى سنن الترمذى بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقى رحمه الله وفى غيرها هكذا قال أبو عيسى : حديث أبى أمامة انما نعرفه مثل هذا من هذا الوجه وقد تكلم بعض اهل العلم فى على بن يزيد وضعفه وهو شامى . [ط]

(فـرع) الكبش المتخذ للنطاح ، والديك المتخذ للهراش بينه وبين غيره حكمه فى البيع حكم الجارية المغنية فان باعه بقيمته ساذجا جاز ، وإن زاد بسبب النطاح والهراش ففيه الأوجه الثلاثة (أصحها) صحة بيعه ، وممن ذكر المسألة القاضى حسين وآخرون ، وأما قول الغزالى فى الوسيط فى أول كتاب البيع : (فى بيع القينة والكبش الذى يصلح للنطاح كلام سنذكره) فلم يذكره فى الوسيط ، وكأنه نوى أن يذكره حيث ذكره شيخه إمام الحرمين عند كتاب الصداق ثم نسيه حين وصله .

(فـرع) بيع إناء الذهب أو الفضة صحيح قطعا ، لأن المقصود عين الذهب والفضة ، وقد سبقت المسألة فى باب الآنية .

(فـرع) بيع المـاء المملوك صحيح على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وستأتى تعاريفه إن شاء الله تعالى فى إحياء الموات . فاذا صححنا بيع المـاء ففى بيعه على شط النهر مع التمكن من الأخذ من النهر وبيع التراب فى الصحراء وبيع الحجارة بين الشعاب الكبيرة الأحجار وجهان مشهوران فى كتب الخراسانيين (أصحهما) جوازه ، وبه قطع العراقيون وجماعة من الخراسانيين لأنه وجد فيه جميع شرائط المبيع ، وإنما الاستغناء عنه لكثرته ، وذلك لا يمنع صحة البيع (والثانى) بطلانه ، لأن بذل المـال فيه والحالة هذه سفه ، والله تعالى أعلم .

(فـرع) قال أصحابنا : السم إن كان يقتل كثيره وينفع قليله كالسقمونيا والأفيون جاز بيعه بلا خلاف ، وإن قتل قليله وكثيره فالمذهب بطلان بيعه وبه قطع الجمهور ، ومال إمام الحرمين ووالده إلى الجواز ليدس فى طعام الكافر [1] .

---

(١) السموم اليوم ومشتقاتها تستعمل فى أغراض كثيرة لمصلحة الانسان منها ما يستعمل للدواوى من الظاهر ومنها ما يستعمل للنظافة وإزالة الأوساخ كالمساحيق المنظفة ، ومنها ما يستعمل لابادة الهوام والحشرات المؤذية والتى تنقل الجراثيم والمواد القذرة الى الطعام والشراب فهى مباحة من حيث الصناعة والبيع والشراء . المطيعى

(فــرع) آلات الملاهى كالمزمار والطنبور وغيرهما إن كانت بحيث لا تعد بعد الرض والحل مالا لم يصح بيعها ، لأنه ليس فيها منفعة شرعا ، هكذا قطع به الأصحاب فى جميع الطرق إلا المتولى والرويانى فحكيا فيه وجها أنه يصح البيع ، وهو شاذ باطل ، وإن كان رضاضها يعد مالا ففى صحة بيعها وبيع الأصنام والصور المتخذة من الذهب والفضة وغيرها ثلاثة أوجه (أصحها) البطلان وبه قطع كثيرون (والثانى) الصحة (والثالث) وهو اختيار القاضى حسين فى تعليقه والمتولى وإمام الحرمين والغزالى أنه إن اتخذ من جوهر نفيس صح بيعها ، وإن اتخذ من خشب ونحوه فلا • قال الرافعى والمذهب البطلان مطلقا ، قال : وبــه قطع عامة الأصحاب ، والله تعالى أعلم •

(فــرع) قال القاضى حسين والمتولى والرويانى وغيرهم : يكره بيع الشطرنج قال المتولى • وأما الخرز فإن صلح ليــادق [1] الشطرنج فكالشطرنج وإلا فكالمزمار •

(فــرع) قال المتولى لبن الأضحية المعينة يتصدق به على الفقراء فى الحال ويجوز لهم بيعه قال وكذا لبن صيد الحرم إذا أبحنــا للفقراء شربه ، ويجوز لهم بيعه لأنه طاهر منتفع به •

(فــرع) يجوز بيع المشاع كنصف من عبد أو بهيمة أو ثوب أو خشبة أو أرض أو شجرة أو غير ذلك بلا خلاف سواء كان ممــا ينقسم أم لا ، كالعبد والبهيمة للإجماع فلو باع بعضا شائعا من شىء بمثله من ذلك الشىء كدار بينهما نصفين فبــاع النصف الذى له بالنصف الذى

---

(١) يبادق الشطرنج عساكره صغرى قطعه المتحركة وابطؤها . واما كراهة بيعه فلكراهية لعبه وهو اذا افضى الى التلهى عن واجب فى الدين او مهم من الدنيا وقد يكون حراما اذا تناحش اللهو به اما اذا استعمل لترويض الذهن على التركيز والتنظيم فلا بأس وقد يستعمله أطباء النفس فى العلاج فيكون مستحبا وقد كان بعض الصحابة كأبى هريرة وغيره يشطرجون وكان من التابعين سعيد بن جبير يلعبه مستدبرا . ط

لصاحبه ففى صحة البيع وجهان ، حكاهما إمام الحرمين وغيره (أحدهما) لا يصح لعدم الحاجة إليه (وأصحهما) يصح وبه قطع المتولى لوجود شرائطه كما لو باع درهما بدرهم من سكة واحدة أو صاعا بصاع من صبرة واحدة . فعلى هذا يملك كل واحد النصف الذى كان لصاحبه . وتظهر فائدته فى مسائل :

(منها) لو كانا جميعا أو أحدهما قد ملك نصيبه بالهبة من والده انقطعت سلطة الرجوع فى الهبة لزوال ملكه عن العين الموهوبة .

(ومنها) لو ملكه بالشراء ثم اطلع على عيب بعد هذا التصرف لم يملك الرد على بائعه .

(ومنها) لو ملكه بالصداق ثم طلقها قبل الدخول لم يكن له الرجوع فيه .

(ومنها) لو اشترى النصف ولم يؤد ثمنه ثم حجر عليه بالإفلاس لم يكن للبائع الرجوع فيه بعد هذا التصرف لو باع النصف الذى له بالثلث من نصيب صاحبه ففى الصحة الوجهان (أصحهما) الصحة ، ويصير بينهما أثلاثا ، وبهذا قطع صاحب التقريب والمتولى واستبعده إمام الحرمين والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فرع) قال أصحابنا : لا يصح بيع العبد المنذور إعتاقه كما لا يصح بيع أم الولد . وممن صرح به المتولى والرويانى وقد سبقت الإشارة إليه عند ذكر شروط المبيع . والله سبحانه وتعالى أعلم .

باب ما نهى عنه من بيع الغرر وغيره

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز بيع المعدوم كالثمرة التى لم تخلق لما روى ابو هريرة رضى الله عنه « ان النبى ﷺ نهى عن بيع الغرر » والغرر ما انطوى عنه امره ، وخفى عليه عاقبته ، ولهذا قالت عائشة رضى الله عنها فى وصف ابى بكر رضى الله عنه « فرد نشر الإسلام على غره » اى على طيه والمعدوم قد انطوى عنه امره، وخفى عليه عاقبته ، فلم يجز بيعه ، وروى جابر رضى الله عنه « ان النبى ﷺ نهى عن المعاومة — وفى بعضها — عن بيع السنين ») .

(الشرح) حديث أبى هريرة رواه مسلم وحديث جابر رواه مسلم أيضا ولفظه : « أن النبى ﷺ نهى عن بيع السنين » وفى رواية أبى داود ذكر السنين والمعاومة ، كما ذكره المصنف وإسناده إسناد الصحيح ، ولفظ المعاومة فى الترمذى أيضا ، وقال : هو حديث حسن صحيح ، وفى رواية لمسلم : بيع تمر سنتين . وهو مفسر لبيع السنين وبيع المعاومة . (وأما) الأثر المذكور عن عائشة فمشهور من جملة خطبتها المشهورة التى ذكرت فيها أحوال أبيها وفضائله و (قولها :) نشر الإسلام هو بفتح النون والشين ، والإسلام مجرور بالاضافة أى رد ما انتشر من الاسلام ودخله من الاختلاف وتفرق الكلمة إلى ما كان عليه فى زمان النبى ﷺ وهو المراد بقولها : على غره والله تعالى أعلم .

(اما حكم المسالة) فبيع المعدوم باطل بالإجماع ونقل ابن المنذر وغيره إجماع المسلمين على بطلان بيع الثمرة سنتين ونحو ذلك .

(فـرع) الأصل أن بيع الغرر باطل لهذا الحديث ، والمراد ما كان فيه غرر ظاهر يمكن الاحتراز عنه (فأما) ما تدعو إليه الحاجة ولا يمكن الاحتراز عنه كأساس الدار وشراء الحامل مع احتمال أن الحمل واحد أو أكثر وذكر أو أنثى ، وكامل الأعضاء أو ناقصها ، وكشراء الشاة فى ضرعها لبن ، ونحو ذلك فهذا يصح بيعه بالإجماع ونقل العلماء الإجماع أيضا فى أشياء غررها حقير (منها) أن الأمة أجمعت على صحة بيع الجبة المحشوة ، وإن لم ير حشوها ولو باع حشوها منفردا لم يصح •

وأجمعوا على جواز إجارة الدار وغيرها شهرا ، مع أنه قد يكون ثلاثين يوما ، وقد يكون تسعة وعشرين •

وأجمعوا على جواز دخول الحمام بأجرة وعلى جواز الشرب من ماء السقاء بعوض مع اختلاف أحوال الناس فى استعمال الماء أو مكثهم فى الحمام • قال العلماء : مدار البطلان بسبب الغرر والصحة مع وجوده على ما ذكرناه ، وهو أنه إذا دعت الحاجة إلى ارتكاب الغرر ولا يمكن الاحتراز عنه إلا بمشقة ، أو كان الغرر حقيرا جاز البيع ، وإلا فلا ، وقد تختلف العلماء فى بعض المسائل كبيع العين الغائبة ، وبيع الحنطة فى سنبلها ، ويكون اختلافهم مبنيا على هذه القاعدة ، فبعضهم يرى الغرر يسيرا لا يؤثر ، وبعضهم يراه مؤثرا والله سبحانه وتعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز بيع ما لا يملكه من غير إذن مالكه لما روى حكيم بن حزام أن النبى ﷺ قال : « لا تبع ما ليس عندك » ولأن ما لا يملكه لا يقدر على تسليمه فهو كالطير فى الهواء أو السمك فى الماء) •

(الشرح) حديث حكيم صحيح رواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وغيرهم بأسانيد صحيحة ، وقال الترمذى : وهو حديث

حسن ، وقول المصنف (من غير إذن) يريد من غير إذن شرعى ، فيدخل فيه الوكيل والولى والوصى وقيم القاضى فى بيع مال المحجور عليه والقاضى ونائبه فى بيع مال من توجه عليه أداء دين لو امتنع عن بيع ماله فى وفائه ، فكل هذه الصور يصح فيها البيع لوجود الإذن الشرعى ، ويخرج منه إذن المحجور عليه لصغر أو فلس أو سفه أو رهن . فانه لو أذن لأجنبى فى البيع لم يصح ، مع أنه مالك وجملة القول فى هذا الفصل أنه سبق أن شروط المبيع خمسة . منها أن يكون مملوكا لمن يقع العقد له ، فان باشر العقد لنفسه فشرطه كونه مالكا للعين ، وإن باشره لغيره بولاية أو وكالة فشرطه أن يكون لذلك الغير ، فلو باع مال غيره بغير إذن ولا ولاية فقولان (الصحيح) أن العقد باطل ، وهذا نصه فى الجديد وبه قطع المصنف وجماهير العراقيين وكثيرون أو الأكثرون من الخراسانيين لما ذكره المصنف ، وسنزيده دلالة فى فرع مذاهب العلماء إن شاء الله تعالى .

(والقول الثانى) وهو القديم أنه ينعقد موقوفا على إجازة المالك إن أجاز صح البيع وإلا لغا ، وهذا القول حكاه الخراسانيون وجماعة من العراقيين منهم المحاملى فى اللباب والشاشى وصاحب البيان وسيأتى دليله إن شاء الله تعالى فى فرع مذاهب العلماء (وأما) قول إمام الحرمين : إن العراقيين لم يعرفوا هذا القول ، وقطعوا بالبطلان ، فمراده متقدموهم ، ثم إن كل من حكاه إنما حكاه عن القديم خاصة ، وهو نص للشافعى فى البويطى ، وهو من الجديد قال الشافعى فى آخر باب الغصب من البويطى: إن صح حديث عروة البارقى فكل من باع أو أعتق ملك غيره بغير إذنه ثم رضى : فالبيع والعتق جائزان هذا نصه . وقد صح حديث عروة البارقى كما سنوضحه قريبا إن شاء الله تعالى فى فرع مذاهب العلماء ، فصار للشافعى قولان فى الجديد أحدهما موافق للقديم ، والله تعالى أعلم .

قال الخراسانيون : ويجرى القولان فيما لو زوج أمة غيره أو ابنته أو طلق منكوحته أو أعتق مملوكه أو أجر داره أو وهبها بغير إذنه . قال إمام الحرمين يطرد هذا القول فى كل عقد يقبل الاستنابة كالبيوع والإجارات والهبات والعتق والنكاح والطلاق وغيرها ، ويسمى هذا بيع الفضولى ، وقال إمام الحرمين والغزالى فى البسيط والمحاملى وخلائق لا يحصون : القولان فى بيع الفضولى جاريان فى شرائه لغيره بغير إذن . قال أصحابنا فاذا اشترى الفضولى لغيره ــ نظر إن اشترى بعين مال ذات الغير ــ ففيه هذان القولان (الجديد) بطلانه (والقديم) وقفه على الإجازة ، وإن اشترى فى الذمة نظر .

إن أطلق لفظ العقد ونوى كونه للغير فعلى الجديد يقع للمباشر ، وعلى القديم يقف على الإجازة ، فان أجاز نفذ للمجيز ، وإلا نفذ للمباشر ، وإن قال : اشتريت لفلان بألف فى ذمته ، فهو كاشترائه بعين مال الغير ، ففيه القولان (الجديد) بطلانه (والقديم) وقفه على الإجازة .

وإن اقتصر على قوله : اشتريت لفلان بألف ولم يضف الثمن إلى ذمته فعلى الجديد فيه وجهان حكاهما إمام الحرمين والغزالى وغيرهما (أحدهما) يلغو العقد (والثانى) يقع على المباشر ، وعلى القديم يقف على الإجازة ، فان أجاز نفذ للمجيز وإلا ففيه الوجهان فى وقوعه للمباشر (أما) إذا اشترى شيئا لغيره بمال نفسه فان لم يسمه فى العقد وقع العقد للمباشر بلا خلاف ، سواء كان ذلك الغير أذن له أم لا ، وإن سماه ــ نظر إن لم يأذن له ــ لغت التسمية ، وهل يقع للمباشر أم يبطل ؟ فيه الوجهان . فان أذن له فهل تلغو التسمية ؟ فيه وجهان فان قلنا تلغو ، فهل يبطل العقد من أصله ؟ أم يقع عن المباشر ؟ فيه الوجهان (وإن قلنا :) لا تلغو وقع عن الإذن ، وهل يكون الثمن المدفوع قرضا ؟ أم هبة ؟ وجهان .

قال الشيخ أبو محمد الجويني : وحيث قلنا بالقديم فشرطه أن يكون المعقد مجيز في الحال مالكا كان أو غيره ، حتى لو أعتق عبد الصبي أو طلق امرأته لا يتوقف على إجازته بعد البلوغ بلا خلاف ، والمعتبر إجازة من يملك التصرف عند العقد حتى لو باع مال الطفل فبلغ وأجاز لم ينفذ ، وكذا لو باع ملك الغير ثم ملكه البائع وأجاز لم ينفذ قطعا . والله تعالى أعلم .

(فرع) لو غصب أموالا وباعها وتصرف في أثمانها مرة بعد أخرى بحيث يعسر أو يتعذر تتبع ملك التصرفات بالنقض وقلنا بالجديد فقولان ، حكاهما إمام الحرمين والغزالي وغيرهما (أصحهما) بطلان التصرفات كلها ، كما لو كان تصرفا واحدا لأنه ممنوع من كل تصرف منها (والثاني) للمالك أن يجيزها ويأخذ الحاصل من أثمانها لعسر تتبعها بالنقض ، والله تعالى أعلم .

(فرع) لو باع مال مورثه على ظن أنه حي وأنه فضولي فبان ميتا حينئذ وانه ملك العاقد فقولان ، وقيل : وجهان مشهوران (أصحهما) أن العقد صحيح لصدوره من مالك (والثاني) البطلان لأنه في معنى المعلق بموته ولأنه كالغائب قال الرافعي : ولا يبعد تشبيه هذا الخلاف ببيع الهازل ، هل ينفذ أم لا ؟ وفيه وجهان . والخلاف في بيع التلجية وصورته أن يخاف غصب ماله أو الإكراه على بيعه ، فيبيعه لإنسان بيعا مطلقا ، وقد توافقا قبله على أنه لدفع الشر ، لا على صفة البيع ، والصحيح صحته ، لأن الاعتبار عندنا بظاهر العقود ، لا بما ينويه العاقدان ولهذا يصح بيع العينة[1] ونكاح من قصد التحليل ونظائره .

---

(١) وصورته ان تشترى سلعة بمائة مؤجلة ثم تبيعها لعين البائع بثمانين حاضرة وقد وردت الاحاديث في النهي عن بيع العينة في مسند احمد وسنن ابي داود كما وردت الاحاديث في النهي عن نكاح المحلل ووصفه بالتيس المستعار وسيأتي حكمه . (ط)

قال أصحابنا : ويجرى الخلاف فى بيع العبد على ظن أنه آبق أو مكاتب فبان أنه رفع ، وأنه فسخ الكتابة قالوا : ويجرى فيمن زوج أمة أبيه على ظن حياته ، فبان ميتا ، هل يصح النكاح ؟ والأصح صحته . قال الرافعى : فان صح فقد نقلوا فيه وجهين فيمن قال : إن مات أبى فقد زوجتك هذه الجارية (قلت :) الأصح هنا البطلان ، ويجرى القولان فيمن باع واشترى لغيره على ظن أنه فضولى ، فبان أنه قد وكله فى ذلك . والأصح صحة تصرفه والله سبحانه وتعالى أعلم . هذان القولان فى بيع الفضولى ، وفى الفرعين بعده يعبر عنهما بقولى وقف العقود ، وحيث قال أصحابنا الخراسانيون : فيه قولا وقف العقود أرادوا هذين وسميا بذلك لأن الخلاف راجع إلى العقد هل ينعقد على التوقف ؟ أم لا ينعقد بل يكون باطلا من أصله ؟ قال إمام الحرمين : والصحة على قول الوقف وهو القديم ناجز ، لكن الملك لا يحصل إلا عند الإجازة ، والله أعلم .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى تصرف الفضولى بالبيع وغيره فى مال غيره بغير إذنه ، قد ذكرنا أن مذهبنا المشهور بطلانه ، ولا نقف على الإجازة ، وكذا الوقف والنكاح وسائر العقود ، وبهذا قال أبو ثور وابن المنذر وأحمد فى أصح الروايتين عنه ، وقال مالك : يقف البيع والشراء والنكاح على الإجازة ، فان أجازه من عقد له صح ، وإلا بطل ، وقال أبو حنيفة : إيجاب النكاح وقبوله يقفان على الإجازة ، ويقف البيع على الإجازة ولا يقف الشراء ، وأوقفه إسحق بن راهويه فى البيع واحتج لهم بقوله تعالى : (وتعاونوا على البر والتقوى) [1] وفى هذا إعانة لأخيه المسلم ، لأنه لا يكفيه نعت البيع إذا كان مختارا له ، وبحديث حكيم بن حزام « أن رسول الله ﷺ أعطاه دينارا يشترى له به أضحية فاشترى به أضحية وباعها بدينارين ، واشترى أضحية بدينار ، وجاءه بأضحية ودينار

---

(١) من الآية ٢ المائدة .

فتصدق النبى ﷺ بالدينـــار ودعا له بالبركة » رواه أبو داود والترمذى وبحديث عروة البارقى قال : « دفع إلىَّ رسول الله ﷺ دينارا لأشترى له شاة ، فاشتريت له شاتين فبعت إحداهما بدينار ، وجئت بالشاة والدينار إلى رسول الله ﷺ ، فذكر له ما كان من أمره ، فقال : بارك الله لك فى صفقة يمينك ، فكان يخرج بعد ذلك إلى كناسة الكوفة فيربح الربح العظيم ، فكان من أكثر أهل الكوفة مالا » رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه وهذا لفظ الترمذى وإسناد الترمذى صحيح وإسناد الآخرين حسن ، فهو حديث صحيح .

وبحديث ابن عمر فى قصة الثلاثة أصحاب الغار أن النبى ﷺ قال : « قال الثالث : اللهم استأجرت أجراء فأعطيتهم أجرهم غير رجل واحد ، ترك الذى له وذهب ، فثمرت أجره حتى كثرت منه الأموال فجاءنى بعد حين فقال : يا عبد الله أد إلى أجرى ، فقلت : كل ما ترى من أجرك من الإبل والبقر والغنم والرقيق ، فقال : يا عبد الله لا تستهزىء بى ، فقلت : لا أستهزىء فأخذه كله فاستاقه فلم يترك منه شيئا » وفى رواية « استأجرت أجيرا بفرق أرز » وذكر ما سبق ، رواه البخارى ومسلم .

قالوا : ولأنه عقد له مجيز حال وقوعه فجاز أن يقف على الإجازة كالوصـــية بأكثر من الثلث ، ولأن البيع بشرط خيـــار ثلاثة أيام يجوز بالاتفاق ، وهو بيع موقوف على الإجازة ، قالوا : ولأن إذن المـــالك لو كان شرطا فى انعقاد البيع لم يجز أن يتقدم على البيع ، لأن ما كان شرطا للبيع لا يجوز تقدمه عليه ، ولهذا لمـــا كانت الشهادة شرطا فى النـــكاح اشترط مقارنتها العقد ، فلما أجمعنا على أن الإذن فى البيع يجوز تقدمه دل على أنه ليس بشرط فى صحة انعقاده .

واحتج أصحابنا بحديث حكيم بن حزام قال : سألت رسول الله ﷺ فقلت : يأتينى الرجل يسألنى من البيع ما ليس عندى أبتاع له من السوق

ثم أبيعه منه ؟ قال لا تبع ما ليس عندك » وهو حديث صحيح سبق بيانه أول هـذا الفصل • وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال : « لا طلاق إلا فيما تملك ولا عتق إلا فيما تملك ، ولا بيع إلا فيما تملك ، ولا وفاء نذر إلا فيما تملك » حديث حسن أو صحيح رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه وغيرهم من طرق كثيرة بأسانيد حسنة ، ومجموعها يرتفع عن كونه حسنا . ويقتضى أنه صحيح وقال الترمذى : هو حديث حسن • وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن رسول الله ﷺ أرسل عتاب بن أسيد إلى أهل مكة أن أبلغهم عنى أربع خصال : أنه لا يصلح شرطان فى بيع ، ولا بيع وسلف . ولا تبع ما لم تملك ، ولا ربح ما لم تضمن » رواه الترمذى والنسائى وابن ماجه بأسانيد صحيحة ، ولأنه أحد طرفى البيع فلم يقف على الإجازة كالقبول ولأنه باع مالا يقدر على تسليمه فلم يصح ، كبيع الآبق ، والسمك فى الماء ، والطير فى الهواء •

(وأما) احتجاجهم بالآية الكريمة ، فقال أصحابنا : ليس هذا من البر والتقوى ، بل هو من الإثم والعدوان (وأما) حديث حكيم فأجاب أصحابنا عنه بجوابين (أحدهما) أنه حديث ضعيف (أما) إسناد أبى داود فيه ففيه شيخ مجهول ، وأما إسناد الترمذى ففيه انقطاع بين حديث ابن أبى ثابت وحكيم بن حزام (والجواب الثانى) أنه محمول على أنه كان وكيلا للنبى ﷺ وكالة مطلقة ، يدل عليه أنه باع الشاة وسلمها واشترى وعند المخالف لا يجوز التسليم إلا بإذن مالكها ، ولا يجوز عند أبى حنيفة شراء الثانية موقوفا على الإجازة وهذا الجواب الثانى هو الجواب عن حديث عروة البارقى (وأما) حديث ابن عمر حديث الغار فجوابه أن هذا شرع لمن قبلنا ، وفى كونه شرعا لنا خلاف مشهور (فان قلنا :) ليس بشرع لنا لم يكن فيه حجة ، وإلا فهو محمول على أنه استأجره بأرز فى الذمة . ولم يسلمه إليه . بل عينه له فلم يتعين من غير قبض ، فبقى على ملك المستأجر ، لأن ما فى الذمة لا يتعين إلا بقبض صحيح . ثم إن المستأجر

تصرف فيه وهو ملكه فيصح تصرفه سواء اعتقده له أو للأجير ، ثم تبرع بما اجتمع منه على الأجر بتراضيهما .

(والجواب) عن قياسهم على الوصية أنهـا تحتمل الغرر وتصح بالمجهول والمعدوم ، بخلاف البيع (والجواب) عن شرط الخيار أن البيع مجزوم به منعقد فى الحال . وإنما المنتظر فسخه ، ولهذا إذا مضت المدة ولم يفسخ لزم البيع (والجواب) عن القياس الأخير أنه ينتقض بالصوم ، فان النية شرط لصحته ، وتتقدم عليه ، ولأن الإذن ليس متقدما على العقد ، وإنما الشرط كونه مأذونا له حالة العقد ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فـرع) إذا باع إنسان سلعة وصاحبها حاضر لم يأذن ولم يتكلم ولم ينكر لم يصح البيع عندنا ، وبه قال ابن المنذر ، وحكاه عن أبى حنيفة وأبى يوسف وقال ابن أبى ليلى : يصح البيع .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(ولا يجوز بيع مالم يستقر ملكه عليه ، كبيع الأعيان المملوكة بالبيع والإجارة والصداق ، وما أشبهها من المعاوضات قبل القبض لمـا روى ان حكيم ابن حزام قال : « يا رسول الله إنى ابيع بيوعا كثيرة فما يحل لى منها مما يحرم؟ قال : لا تبع ما لم تقبضه » ولأن ملكه عليه غير مستقر . لانه ربمـا هلك فانفسخ العقد ، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز ، وهل يجوز عتقه ؟ فيه وجهان (احدهما) انه لا يجوز لما ذكرناه (والثانى) يجوز ، لأن العتق له سراية تصح لقوته (فاما) ما ملكه بغير معاوضة كالميراث والوصية او عاد إليه بفسخ عقد ، فإنه يجوز بيعه وعتقه قبل القبض ، لأن ملكه عليه مستقر فجاز التصرف فيه كالمبيع بعد القبض) .

(الشرح) حديث حكيم رواه البيهقى بلفظه هذا ، وقال : إسناده حسن متصل . وفى الصحيحين أحاديث بمعناه سنذكرها إن شاء الله تعالى فى فرع مذاهب العلماء .

(اما الاحكام) فمذهبنا أنه لا يجوز بيع المبيع قبل قبضه عقارا كان أو منقولا ، لا بإذن البائع ولا بغير إذنه ، لا قبل أداء الثمن ولا بعده . وفى إعتاقه ثلاثة أوجه (أصحها) وهو قول جمهور أصحابنا المتقدمين يصح ويصير قبضا ، سواء كان للبائع حق الحبس أم لا (والثانى) لا يصح ، وهو قول أبى على بن خيران ، ودليلهما فى الكتاب (والثالث) قاله ابن سريج . حكاه عنه القاضى أبو الطيب فى تعليقه إن لم يكن للبائع حق الحبس بأن كان الثمن مؤجلا أو حالا أداه المشترى صح ، وإلا فلا . وفى الكتابة وجهان (أصحهما) وبه قطع صاحب البيان وغيره لا يصح . لأنها تقتضى تخليته للتصرف ، ولأنه ليس لها قوة الصرف وسرايته والاستيلاد كالإعتاق .

ولو وقف المبيع قبل قبضه قال المتولى : (إن قلنا :)الوقف يفتقر إلى القبول فهو كالبيع وإلا فكالإعتاق ، وهذا هو الأصح ، وبه قطع الماوردى وغيره ، قال الماوردى : ويصير قابضا حتى ولو لم يرفع البائع يده عنه صار مضمونا عليه بالقيمة ، قال : وهكذا لو كان طعاما اشتراه جزافا وأباحه للمساكين (وأما) الرهن والهبة ففيهما وجهان ، وقيل قولان (أصحهما) عند جمهور الأصحاب ، وبه قطع كثيرون : لا يصحان ، وإذا صححناهما فنفس العقد ليس قبضا ، بل يقبضه المشترى من البائع ، ثم يسلمه إلى المرتهن والمتهب ، فلو أذن المشترى لهما فى قبضه ، قال البغوى : يكفى ويتم به البيع والرهن والهبة بعده ، وقال الماوردى : لا يكفى ذلك المبيع وما بعده ولكن ينظر إن قصد قبضه للمشترى صح قبض المبيع ، ولابد من استئناف قبض للهبة ولا يجوز أن يأذن له فى قبضه من نفسه لنفسه ، وإن قصد قبضه لنفسه لم يحصل القبض للبيع ولا للهبة لأن قبضها يجب أن يتأخر عن تمام البيع والإقراض والتصدق كالهبة والرهن ففيهما الخلاف .

(وأما) الإجارة ففيها وجهان مشهوران (أصحهما) عند الأكثرين لا يصح لأنها بيع وحكى المتولى طريقا آخر وصححه ، وهو القطع بالبطلان (وأما) تزويج المبيعة قبل قبضها ففيه ثلاثة أوجه (أصحها) صحته • وبه قطع صاحب البيان ، لأنه يقتضى ضمانا بخلاف البيع قال المتولى وغيره : ولهذا يصح تزويج المغصوبة والآبقة (والثانى) البطلان (والثالث) إن لم يكن للبائع حق الحبس صح ، وإلا فلا ، وحكى هذا الوجه فى الإجارة أيضا وإذا صححنا التزويج فوطء الزوج لم يكن قبضا ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

(فرع) قال أصحابنا : كما لا يجوز بيع المبيع قبل القبض ، لا يجوز جعله أجرة ولا عوضا فى صلح ، ولا إسلامه فى شىء ، ولا التولية فيه ، ولا الاشتراك ، وفى التولية والاشتراك وجه ضعيف •

(فرع) قال أصحابنا : المال المستحق للانسان عند غيره قسمان دين وعين (أما) الدين فقد ذكره المصنف فى هذا الفصل بعد هذا • وسنوضحه إن شاء الله تعالى (وأما) العين فضربان أمانة ومضمون (الضرب الأول) الأمانة فيجوز للمالك بيع جميع الأمانات قبل قبضها ، لأن الملك فيها تام وهى كالوديعة فى يد المودع ، ومال الشركة والقراض فى يد الشريك والعامل ، فالمال فى يد الوكيل فى البيع بعد فكاك الرهن ، وفى يد المستأجر بعد فراغ المدة ، والمال فى يد الولى بعد بلوغ الصبى ورشده ، ورشد السفيه ، وإفاقة المجنون ، وما كسبه العبد باصطياد واحتطاب واحتشاش ونحوها ، أو قبله بالوصية قبل أن يأخذه السيد من يده ، وما أشبه ، هذا كله يجوز بيعه قبل قبضه •

ولو ورث مالا فله بيعه قبل قبضه إلا إذا كان المورث لا يملك بيعه أيضا ، بأن اشتراه ولم يقبضه • ولو اشترى من مورثه شيئا ومات المورث قبل التسليم فله بيعه قبل قبضه ، سواء كان على المورث دين أم لا ، فإن

كان عليه دين تعلق الغريم بالثمن ، فان كان له وارث آخر لم ينفذ بيعه فى قدر نصيب الآخر ، حتى يقبضه ، ولو أوصى له إنسان بمال فقبل الوصية بعد موت الموصى فله بيعه قبل قبضه ، وإن باعه بعد الموت وقبل القبول جاز (إن قلنا) تملك الوصية بالموت (وإن قلنا) بالقبول أو موقوف فلا .

(الضرب الثانى) المضمونات وهى نوعان ، الأول المضمون بالقيمة ، ويسمى ضمان اليد فيصح بيعه قبل قبضه لتمام الملك فيه ويدخل فيه ما صار مضمونا بالقيمة بعقد مفسوخ وغيره ، حتى لو باع عبدا وجد المشترى به عيبا وفسخ البيع كان للبائع بيع العبد قبل أن يسترده ويقبضه ، قال المتولى : إلا إذا لم يؤد الثمن ، فان للمشترى حبسه إلى استرجاع الثمن فلا يصح بيعه قبله قال : وقد نص الشافعى على هذا .

ولو فسخ السلم لانقطاع المسلم فيه كان للمسلم بيع رأس المال قبل استرداده . ولو باع سلعة فأفلس المشترى بالثمن وفسخ به البائع فله بيعها قبل قبضها ، ويجوز بيع المال فى يد المستعير والمستأجر ، وفى يد المشترى شراء فاسدا ، والمثبت هبة فاسدة ، ويجوز بيع المغصوب للغاصب .

(النوع الثانى) المضمون بعوض فى عقد معاوضة ، لا يصح بيعه قبل قبضه ، وذلك كالمبيع والأجرة والعوض المصالح عليه عن المال ، والعوضين فى الهبة بشرط ثواب ، حيث صححناها ، ودليله الحديث ، وعللوه بعلتين (إحداهما) ضعف الملك لتعرضه للانفساخ بتلفه (والثانى) توالى الضمان ، ومعناه أن يكون مضمونا فى حالة واحدة لاثنين ، وهذا مستحيل ، فانه لو صححنا بيعه كان مضمونا للمشترى الأول على البائع الأول ، والثانى على الثانى ، وسواء باعه المشترى للبائع أو لغيره لا يصح ، هكذا قطع به العراقيون وكثيرون أو الأكثرون من الخراسانيين ، وحكى جماعة من الخراسانيين وجها شاذا ضعيفا أنه يجوز بيعه للبائع ، تفريعا

على العلة الثانية ، وهى توالى الضمان ، فانه لا يتوالى إذا كان المشترى هو البائع ، لأنه لا يصير فى الحال مقبوضا له أو بعد لحظة ، بخلاف الأجنبى ، والمذهب بطلانه كالأجنبى ، قال المتولى : والوجهان فيما إذا باعه بغير جنس الثمن أو بزيادة أو نقص أو تفاوت صفة ، وإلا فهو إقاله بصيغة البيع •

ولو رهنه عند البائع أو وهبه له فطريقان (أحدهما) القطع بالبطلان (وأصحهما) أنه على الخلاف كغيره ، فان جوزناه فأذن له فى القبض فقبض ملك فى صورة الهبة وتم الرهن ، ولا يزول ضمان البيع فى صورة الرهن ، بل إن تلف انفسخ البيع • هذا إذا رهنه عنده بغير الثمن ، فان رهنه به صح إن كان بعد قبضه ، فان كان قبله فلا إن كان الثمن حالا ، لأن الحبس ثابت له ، وإن كان مؤجلا فهو كرهنه بدين آخر قبل القبض والله سبحانه أعلم •

(وأما) بيع الصداق قبل القبض من يد الزوج ففيه قولان حكاهما الخراسانيون بناء على القولين المشهورين فى أنه مضمون على الزوج ضمان العقد كالمبيع ؟ أم ضمان اليد كالعارية ؟ والأصح ضمان العقد (فان قلنا) ضمان اليد ، جاز كالعارية (وإن قلنا) ضمان العقد فهو كالمبيع ، فلا يجوز بيعه قبل قبضه لأجنبى ، وفى بيعه للزوج الخلاف • والمذهب أنه لا يجوز ، وقطع المصنف وأكثر العراقيين بأنه لا يجوز بيع الصداق قبل قبضه ، قال الخراسانيون : ويجرى القولان فى بيع الزوج بدل الخلع قبل أن يقبضه ، وفى بيع العافى عن القصاص المال المعفو عليه قبل القبض لمثل هذا المأخذ والله سبحانه أعلم •

(فرع) قال الرافعى رحمه الله : ووراء ما ذكرناه صور ، إذا تأملتها عرفت من أى ضرب هى (فمنها) ما حكى صاحب التلخيص عن نص الشافعى رحمه الله أن الأرزاق التى يخرجها السلطان للناس يجوز بيعها

قبل القبض ، فمن الأصحاب من قال : هذا إذا أفرزه السلطان ، فتكون يد السلطان فى الحفظ يد المقر له ، ويكفى ذلك لصحة البيع ، ومن الأصحاب من لم يكتف بذلك وحمل النص على ما إذا وكل وكيلا فى قبضه فقبضه الوكيل ثم باعه الموكل ، وإلا فهو بيع شىء غير مملوك ، وبهذا قطع القفال (قلت :) الأول أصح وأقرب إلى النص ، وقول الرافعى وبه قطع القفال يعنى بعدم الاكتفاء لا بالتأويل المذكور ، فانى رأيت فى شرح التلخيص للقفال المنع المذكور ، وقال : ومراد الشافعى بالرزق الغنيمة ، ولم يذكر غيره ، ودليل ما قاله الأول وهو الأصح أن هذا القدر من المخالفة للقاعدة احتمل للمصلحة ، والرفق بالجند لمسيس الحاجة ، وممن قطع بصحة بيع الأرزاق التى أخرجها السلطان قبل قبضها المتولى وآخرون وروى البيهقى فيه آثار الصحابة مصرحة بالجواز .

قال المتولى : وهكذا غلة الوقف إذا حصلت لأقوام ، وعرف كل قوم قدر حقه فباعه قبل قبضه صح بيعه ، كرزق الأجناد قال الرافعى : (ومنها) بيع أحد الغانمين نصيبه من الغنيمة على الإشاعة قبل القبض ، وهو صحيح إذا كان معلوما وحكمنا بثبوت الملك فى الغنيمة ، وفيما يملكها به خلاف مذكور فى بابه ، قال (ومنها) لو رجع فيما وهب لولده ، فله بيعه قبل قبضه على الصحيح من الوجهين (ومنها) الشفيع إذا تملك الشقص ، قال البغوى : له بيعه قبل القبض ، وقال المتولى : ليس له ذلك ، لأن الأخذ بها معاوضة ، وهذا أصح وأقوى ، كذا قال الرافعى هنا ثم قال فى كتاب الشفعة فى نفوذ تصرف الشفيع قبل القبض ، إذا كان قد سلم الثمن وجهان (أصحهما) المنع كالمشترى (والثانى) الجواز لأنه قهرى كالإرث قال : ولو ملك بالإشهاد أو بقضاء القاضى لم ينفذ تصرفه قطعا ، وكذا لو ملك برضاء المشترى بكون الثمن يبقى فى ذمة الشفيع ، وفى جواز أخذ الشفيع الشقص من يد البائع قبل قبض المشترى وجهان ، ذكرهما المصنف فى كتاب الشفعة وسنوضحهما هناك إن شاء الله تعالى .

(ومنها) للموقوف عليه بيع الثمرة الخارجة من الشجرة الموقوفة قبل أن يأخذها (ومنها) إذا استأجر صباغا ليصبغ ثوبا وسلمه إليه ، فليس للمالك بيعه قبل صبغه ، لأن له حبسه بعمل ما يستحق به الأجرة وإذا صبغه فله بيعه قبل استرداده إن دفع الأجرة ، وإلا فلا ، لأنه يستحق حبسه إلى استيفاء الأجرة ، وإذا استأجر قصارا لقصر ثوب وسلمه إليه لم يجز بيعه قبل قصره ، فاذا قصره بنى على أن القصارة هل هى عين ؟ فتكون كمسألة الصبغ أم أثر فله البيع ؟ إذ ليس للقصار الحبس على هذا (والأصح) أنها عين قال المتولى وغيره : وعلى هذا قياس صوغ الذهب ، ورياضة الدابة ، ونسج الغزل ، قال المتولى ، ولو استأجره ليرعى غنمه شهرا وليحفظ متاعه المعين ثم أراد المستأجر التصرف فى ذلك المال قبل انقضاء الشهر ، صح تصرفه وبيعه ، لأن حق الأجير لم يتعلق بعين ذلك المال ، فان للمستأجر أن يستعمله فى مثل ذلك العمل .

(ومنها) إذا قاسم شريكه فبيع ما صار له قبل قبضه ، يبنى على أن القسمة بيع أو إفراز ، قال المتولى (فان قلنا :) القسمة إفراز ، جاز بيعه قبل قبضه من يد شريكه (وإن قلنا) بيع فنصف نصيبه حصل له بالبيع ، ونصفه حصل بملكه القديم ، لأن حقيقة القسمة على هذ القول بيع كل واحد نصف ما صار لصاحبه بنصف ما صار له ، فله التصرف فى نصف ما صار له دون نصفه ، قال : فان كان فيها رد فحكمها فى القدر المملوك بالعوض حكم البيع (ومنها) إذا أثبت صيدا بالرمى أو وقع فى شبكته ، فله بيعه ، وإن لم يأخذه ، ذكره صاحب التلخيص هنا ، وقال القفال : ليس هو مما نحن فيه لأنه باثباته قبضه حكما ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فرع) تصرف المشترى فى زوائد المبيع قبل القبض ، كالولد والثمرة وكسب العبد وغيره ، يبنى على أنها تعود إلى البائع لو عرض انفساخ ؟ أم لا تعود ؟ فان أعدناها لم يتصرف فيها قبل قبضها ، كالأصل ،

وإلا فيصح تصرفه . ولو كانت الجارية حاملا عند البيع وولدت قبل القبض (إن قلنا) : الحمل يقابله قسط من الثمن لم يتصرف فيه ، وإلا فهو كالولد الحادث بعد البيع والله تعالى أعلم .

(فرع) إذا باع متاعا بدراهم أو بدنانير معينة فله حكم المبيع ، فلا يجوز تصرف البائع فيها قبل قبضها ، لأنها تتعين بالتعيين عندنا ولا يجوز للمشترى إبدالها بمثلها ، ولو تلفت قبل القبض انفسخ البيع ، ولو وجد البائع بها عيبا لم يستبدل بها إن رضيها ، وإلا فسخ العقد ، فلو أبدلها بمثلها أو بغير جنسها برضاء البائع فهو كبيع المبيع للبائع ، والأصح بطلانه كما سبق ، والله تعالى أعلم .

(فرع) قال أصحابنا : لو اشترى شيئا بثمن فى الذمة ، وقبض المبيع ، ولم يدفع الثمن ، فله بيع المبيع بلا خلاف ، سواء باعه للبائع أو لغيره .

(فرع) لو باع سلعة وتقابضا ثم تقايلا ، وأراد البائع بيعها قبل قبضها من المشترى ، فالمذهب صحته ، قال صاحب البيان : قال أصحابنا البغداديون : يصح بيعه قطعا ، لأنه ملكها بغير عقد ، وقال صاحب الإبانة : هل يصح بيعها ؟ فيه قولان بناء على أن الإقالة بيع أو فسخ ، وفيها قولان (الصحيح) الجديد أنها بيع (والقديم) أنها فسخ (فان قلنا) فسخ جاز ، وإلا فلا ، وكذا قال المتولى (وإن قلنا) الإقالة بيع لم يجز ، وإلا فكالمفسوخ بعيب وغيره ، فنفرق بين أن يكون قبض الثمن أم لا ، كما ذكرناه عنه فى أول الضرب الثانى .

(فرع) نقله الأصحاب عن ابن سريج إذا باع عبدا بعبد ثم قبض أحد العاقدين ما اشتراه قبضا شرعيا ثم باعه قبل أن يقبض صاحبه ما اشتراه

منه صح بيعه ، لأنه قبضه ، فان تلف عبده الذى باعه صاحبه قبل قبضه بطل البيع الأول لتلف المبيع قبل القبض ولا يبطل الثانى لتعلق حق المشترى الثانى به ، ولكن يجب على البائع الثانى قيمة الذى باعه ثانيا ، لأنه تعذر رده فوجبت قيمته ، هكذا قطع الأصحاب بهذا كله فى الطريقتين إلا المتولى فقال : فى بطلان العقد الثانى وجهان (أصحهما) لا يبطل كما قطع به الجمهور ، قال : وهما مبنيان على أن الفسخ هل يرفع العقد من أصله ؟ أو من حينه ؟ (إن قلنا) من أصله بطل ، وإلا فلا قال أصحابنا : فان اشترى من رجل شقصا من دار بعبد وقبض المشترى الشقص فأخذه الشفيع بالشفعة ، ثم تلف العبد فى يد المشترى ، قبل أن يقبضه بائع الشقص ، انفسخ البيع فى العبد ولم يبطل الأخذ بالشفعة فلا يؤخذ الشقص من يد الشفيع ، بل يلزم المشترى قيمة الشقص لبائعه ، ويجب على الشفيع للمشترى قيمة العبد لأن العقد وقع به والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فرع) قال أصحابنا : للمشترى الاستقلال بقبض المبيع بغير إذن البائع إن كان دفع الثمن إليه أو كان مؤجلا ، كما للمرأة قبض صداقها بغير إذن الزوج إذا سلمت نفسها ، فان كان حالا ولم يدفعه إلى البائع لم يجز له قبضه بغير إذنه فان قبضه لزمه رده . لأن البائع يستحق حبسه لاستيفاء الثمن ، فان تصرف المشترى فيه لم ينفذ تصرفه . ولكن يكون فى ضمانه بلا خلاف . قال المتولى وغيره حتى لو تلف فى يده استقر عليه الثمن . ولو تعيب لم يكن له رده بالعيب ولو رده على البائع بعد ذلك وتلف فى يد البائع لم يسقط الثمن عن المشترى .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى بيع المبيع قبل القبض . قد ذكرنا أن مذهبنا بطلانه مطلقا ، سواء كان طعاما أو غيره ، وبه قال ابن عباس ثبت ذلك عنه ومحمد بن الحسن . قال ابن المنذر : أجمع العلماء على أن من اشترى طعاما فليس له بيعه حتى يقبضه ، قال : واختلفوا فى غير الطعام

على أربعة مذاهب (أحدها) لا يجوز بيع شيء قبل قبضه سواء جميع المبيعات كما فى الطعام قاله الشافعى ومحمد بن الحسن (والثانى) يجوز بيع كل مبيع قبل قبضه إلا المكيل والموزون قاله عثمان بن عفان وسعيد ابن المسيب والحسن والحكم وحماد والأوزاعى وأحمد وإسحق (والثالث) لا يجوز بيع مبيع قبل قبضه إلا الدور والأرض ، قاله أبوحنيفة وأبويوسف (والرابع) يجوز بيع كل مبيع قبل قبضه إلا المأكول والمشروب ، قاله مالك وأبو ثور ، قال ابن المنذر وهو أصح المذاهب لحديث النهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفى •

واحتج لمالك وموافقيه بحديث ابن عمر أن النبى ﷺ قال : « من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه » رواه البخارى ومسلم ، وعنه قال : « لقد رأيت الناس فى عهد رسول الله ﷺ يتبايعون جزافا يعنى الطعام فضربوا أن يبيعوه فى مكانهم حتى يؤوه إلى رحالهم » رواه البخارى ومسلم • وعن ابن عباس قال : « أما الذى نهى عنه النبى ﷺ فهو الطعام أن يباع حتى يقبض قال ابن عباس وأحسب كل شيء مثله » رواه البخارى ومسلم وفى رواية لمسلم عن ابن عباس قال : « قال رسول الله ﷺ من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه قال ابن عباس : وأحسب كل شيء بمنزلة الطعام » وعن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى ﷺ قال : « من اشترى طعاما فلا يبعه حتى يكيله » رواه مسلم ، وفى رواية قال : « نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام حتى يستوفى » وعن جابر قال : « قال رسول الله ﷺ « إذا ابتعت طعاما فلا تبعه حتى تستوفيه » رواه مسلم • قالوا : فالتنصيص فى هذه الأحاديث يدل على أن غيره بخلافه ، قالوا : وقياسا على ما ملكه بإرث أو وصية وعلى إعتاقه وإجارته قبل قبضه وعلى بيع الثمر قبل قبضه

واحتج أصحابنا بحديث حكيم بن حزام أن النبيﷺ قال : « لا تبع ما لم تقبضه » وهو حديث حسن كما سبق بيانه فى أول هـذا الفصل ، وبحديث زيد بن ثابت « أن النبى ﷺنهى أن تباع السلع حيث تباع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم » رواه أبو داود باسناد صـحيح إلا أنه من رواية محمد بن إسحق بن يسار عن أبى الزناد وابن إسحق مختلف فى الاحتجاج به وهو مدلس ، وقد قال : عن أبى الزناد ، والمدلس إذا قال : عن لا يحتج به ، لكن لم يضعف أبو داود هذا الحديث ، وقد سبق أن ما لم يضعفه فهو حجة عنده ، فلعله اعتضد عنده أو ثبت عنده بسماع ابن إسحق له من أبى الزناد ، وبالقياس على الطعام .

(والجواب) عن احتجاجهم بأحاديث النهى عن بيع الطعام من وجهين (أحدهما) أن هذا استدلال بداخل الخطاب والتنبيه مقدم عليه ، فانه إذا نهى عن بيع الطعام مع كثرة الحاجة إليه فغيره بأولى (والثانى) أن النطق الخاص مقدم عليه وهو حديث حكيم وحديث زيد (وأما) قياسهم على العتق ففيه خلاف سبق فان سلمناه فالفرق أن العتق له قوة وسراية ، ولأن العتق إتلاف للمالية والإتلاف قبض (والجواب) عن قياسهم على الثمن أن فيه قولين فان سلمناه فالفرق أنه فى الذمة مستقر لا يتصور تلفه ونظير المبيع إنما هو الثمن المعين ، ولا يجوز بيعه قبل القبض وأما بيع الميراث والموصى به فجوابه أن الملك فيهما مستقر بخلاف المبيع ، والله أعـلم .

واحتج لأبى حنيفة باطلاق النصوص ، ولأنه لا يتصور تلف العقار بخلاف غيره . واحتج أصحابنا بما سبق فى الاحتجاج على مالك وأجابوا عن النصوص بأنها مخصوصة بما ذكرناه (وأما) قولهم : لا يتصور تلفه ، فينتقض بالجديد الكثير ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(وأما الديون فينظر فيها ، فان كان الملك عليها مستقرا كغرامة المتلف وبدل القرض ، جاز بيعه ممن عليه قبل القبض . لأن ملكه مستقر عليه ، فجاز بيعه كالمبيع بعد القبض ، وهل يجوز من غيره ؟ فيه وجهان (احدهما) يجوز ، لأن ما جاز بيعه ممن عليه جاز بيعه من غيره كالوديعة (والثانى) لا يجوز ، لانه لا يقدر على تسليمه إليه لانه ربما منعه أو جحده وذلك غرر لا حاجة به إليه ، فلم يجز ، والاول اظهر ، لأن الظاهر انه يقدر على تسليمه إليه من غير منع ولا جحود ، وإن كان الدين غير مستقر ــ نظرت فإن كان مسلما فيه ــ لم يجز بيعه ، لما روى ان ابن عباس رضى الله عنهما « سئل عن رجل اسلف فى حلل دقاق فلم يجد تلك الحلل ، فقال : آخذ منك مقام كل حلة من الدقاق حلتين من الجل ، فكرهه ابن عباس ، وقال : خذ برأس المال علفا او غنما ، ولان الملك فى المسلم فيه غير مستقر لانه ربما تعذر فانفسخ البيع فيه فلم يجز بيعه كالمبيع قبل القبض .

وإن كان ثمنا فى بيع ففيه قولان قال فى الصرف : يجوز بيعه قبل القبض لما روى ابن عمر قال : « كنت ابيع الإبل بالبقيع بالدنانير ، فآخذ الدراهم وابيع بالدراهم فآخذ الدنانير ، فقال رسول الله ﷺ : لا بأس ما لم تتفرقا وبينكما شىء » ولانه لا يخشى انفساخ العقد فيه بالهلاك ، فصار كالبيع بعد القبض ، وروى المزنى فى جامعه الكبير انه لا يجوز ، لأن ملكه غير مستقر عليه ، لانه قد ينفسخ البيع فيه بتلف المبيع او بالرد بالعيب ، فلم يجز بيعه كالمبيع قبل القبض ، وفى بيع نجوم المكاتب قبل القبض طريقان (احدهما) انه على قولين بناء على القولين فى بيع رقبته (والثانى) انه لا يصح ذلك قولا واحدا ، وهو المنصوص فى المختصر لانه لا يملكه ملكا مستقرا فلم يصح بيعه كالمسلم فيه) .

(الشرح) حديث ابن عمر صحيح رواه أبو داود والترمذى والنسائى وآخرون بأسانيد صحيحة ، عن سماك بن حرب عن سعيد عن ابن عمر بلفظه هنا قال الترمذى وغيره : لم يرفعه غير سماك وذكر البيهقى فى معرفة السنن والآثار أن أكثر الرواة وقفوه على ابن عمر (قلت :) وهذا لا يقدح فى رفعه وقد قدمنا مرات أن الحديث إذا رواه بعضهم مرسلا وبعضهم

متصلا وبعضهم موقوفا وبعضهم مرفوعا كان محكوما بوصله ورفعه على المذهب الصحيح الذى قاله الفقهاء والأصوليون ، ومحققوا المحدثين من المتقدمين والمتأخرين (وقوله) بالبقيع هو بالباء الموحدة ، وإنما قيدته لأنى رأيت من يصحفه (وقوله :) السلم فى حلل هو جمع حلة بضم الحاء وهى ثوبان ولا يكون إلا ثوبان ، كذا قاله أهل اللغة والدق بكسر الدال — والجل — بكسر — الجيم — وهو الغليظ (وقوله) : من غير حاجة إليه يحترز من أساس الدار فانه يصح بيعه وهو غرر للحاجة ، وهذا الاحتراز يكرره المصنف فى كتاب البيوع كثيرا •

(اما الأحكام) فقد لخصها الرافعى أحسن تلخيص ، وهذا مختصر كلامه قال : الدين فى الذمة ثلاثة أضرب مثمن وثمن وغيرهما ، وفى حقيقة الثمن ثلاثة أوجه (أحدها) أنه ما ألصق به الباء كقولك : بعت كذا بكذا والأول مثمن ، والثانى ثمن ، وهذا قول القفال (والثانى) أنه النقد مطلقا ، والمثمن مايقابله على الوجهين (وأصحهما) أن الثمن النقد ، والمثمن ما يقابله ، فان لم يكن فى العقد نقد أو كان العوضان نقدين فالثمن ما ألصقت به الباء ، والمثمن ما يقابله فلو باع أحد النقدين بالآخر فلا مثمن فيه على الوجه الثانى ، ولو باع عرضا بعرض فعلى الوجه الثانى لا ثمن فيه ، وإنما هو مبادلة ، ولو قال : بعتك هذه الدراهم بهذا العبد فعلى الوجه الأول العبد ثمن والدراهم مثمن وعلى الوجه الثانى والثالث فى صحة هذا العقد وجهان كالسلم فى الدراهم والدنانير (الأصح) الصحة فى الموضعين ، فان صححناه فالعبد مثمن •

ولو قال : بعتك هذا الثوب بهذا العبد ووصفه . صح العقد (فان قلنا) الثمن ما ألصق به الباء فالعبد ثمن ، ولا يجب تسليم الثوب فى المجلس ، وإلا ففى وجوب تسليم الثوب وجهان ، لأنه ليس فيه لفظ السلم لكن فيه معناه ، فاذا عرف عدنا إلى بيان الأضرب الثلاثة •

(**الضرب الأول**) المثمن وهو المسلم فيه فلا يجوز بيعه ولا الاستبدال عنه ، وهل تجوز الحوالة به ؟ بأن يحيل المسلم إليه المسلم بحقه على من له عليه دين قرض ، أو إتلاف أو الحوالة عليه بأن يحيل المسلم من له عليه دين قرض أو إتلاف على المسلم إليه ؟ فيه ثلاثة أوجه (أصحها) لا (والثانى) نعم (والثالث) لا يجوز عليه ويجوز به . هكذا حكوا الثالث . وعكسه الغزالى فى الوسيط فقال : يجوز عليه لا به ، ولا أظن نقله ثابتا .

(**الضرب الثانى**) المثمن ، فاذا باع بدراهم أو دنانير فى الذمة ففى الاستبدال عنها طريقان (أحدهما) القطع بالجواز . قاله القاضى أبو حامد وابن القطان (وأشهرهما) على قولين (أصحهما) وهو الجديد جوازه (والقديم) منعه ، ولو باع فى الذمة بغير الدراهم والدنانير (فان قلنا :) الثمن ما ألصقت به الباء صح الاستبدال عنه ، كالنقدين ، وادعى البغوى أنه المذهب وإلا فلا ، لأن ما ثبت فى الذمة مثمنا لم يجز الاستبدال عنه (وأما) الأجرة فكالثمن (وأما) الصداق وبدل الخلع فكذلك ، إن قلنا : إنهما مضمونان ضمان العقد ، وإلا فهما كبدل الإتلاف .

(**التفريع**) إن منعنا الاستبدال عن الدراهم فذلك إذا استبدل عنها عرضا فلو استبدل نوعا منها بنوع ، أو استبدل الدراهم عن الدنانير فوجهان لاستوائهما فى الرواج ، وإن جوزنا الاستبدال فلا فرق بين بدل وبدل ، ثم ينظر إن استبدل ما يوافقهما فى علة الربا كدنانير عن دراهم اشترط قبض البدل فى المجلس ، وكذا إن استبدل عن الحنطة المبيعة شعيرا إن جوزنا ذلك ، وفى اشتراط تعيين البدل عند العقد وجهان (أحدهما) يشترط ، وإلا فهو بيع دين بدين (وأصحهما) لا يشترط ، كما لو تصارفا فى الذمة ثم عينا وتقابضا فى المجلس ، وإن استبدل ما ليس موافقا لها فى علة الربا كالطعام والثياب عن الدراهم ــ نظر ، إن عين البدل فى الاستبدال ــ جاز ، وفى اشتراط قبضه فى المجلس وجهان « صحح »

الغزالى وجماعة الاشتراط ، وهو ظاهر نصه فى المختصر (وصحح) الإمام والبغوى عدمه (قلت) هذا الثانى أصح وصححه الرافعى فى المحرر ، وإن لم يعين ، بل وصف فى الذمة ، فعلى الوجهين السابقين . وإن جوزناه اشترط التعيين فى المجلس وفى اشتراط القبض الوجهان .

(**الضرب الثالث**) ما ليس ثمنا ولا مثمنا كدين القرض والإتلاف ، فيجوز الاستبدال عنه بلا خلاف ، كما لو كان له فى يد غيره مال بغصب أو عارية ، فانه يجوز بيعه له ، ثم الكلام فى اعتبار التعيين والقبض على ما سبق وذكر صاحب الشامل أن القرض إنما يستبدل عنه إذا تلف ، فان بقى فى يده فلا ، ولم يفرق الجمهور بينهما ، ولا يجوز استبدال المؤجل عن الحال ، ويجوز عكسه ، وهذا الذى ذكرناه كله فى الاستبدال ، وهو بيع الدين ممن هو عليه ، فاما بيعه لغيره كمن له على رجل مائة فاشترى من آخر عبدا بتلك المائة ففى صحته قولان مشهوران (أصحهما) لا يصح لعدم القدرة على التسليم (والثانى) يصح بشرط أن يقبض مشترى الدين : الدين ممن هو عليه ، وأن يقبض بائع الدين العوض فى المجلس ، فان تفرقا قبل قبض أحدهما بطل العقد ، ولو كان له دين على إنسان ولآخر مثله على ذلك الإنسان فباع أحدهما ماله عليه بما لصاحبه لم يصح سواء اتفق الجنس لنهيه ﷺ عن بيع الكالىء بالكالىء هذا آخر كلام الرافعى (قلت :) قد صحح المصنف هنا وفى التنبيه جواز بيع الدين بغير من هو عليه وصحح الرافعى فى الشرح والمحرر أنه لا يجوز .

(**فرع**) قال الشيخ أبو حامد فى تعليقه فى آخر باب بيع الطعام قبل أن يستوفى : إذا باع طعاما بثمن مؤجل فحل الأجل فأخذ بالثمن طعاما جاز عندنا قال الشافعى : وقال مالك : لا يجوز لأنه يصير فى معنى بيع طعام بطعام مؤجل . دليلنا أنه إنما يأخذ منه الطعام بالثمن الذى له عليه لا بالطعام . وهذا الذى جزم به أبو حامد تفريعا على الصحيح وهو

الاستبدال عن الثمن وقد صرح بهذا جماعة منهم القاضى أبو الطيب فى تعليقه قال صاحب البيان : قال الصيمرى والصيدلانى : فلو أراد أن يأخذ ثمن الدين المؤجل عوضا من نقد أو عرض قبل حلوله لم يصح (أما) تقديم الدين نفسه فيجوز ، لأنه لا يملك المطالبة به قبل الحلول ، فكأنه أخذ العوض عما لا يستحقه ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والقبض فيما ينقل النقل ، لما روى زيد بن ثابت ان رسول الله ﷺ « نهى ان تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم » وفيما لا ينقل كالعقار والثمر قبل أوان الجذاذ التخلية ، لأن القبض ورد به الشرع ، واطلقه فحمل على العرف والعرف فيما ينقل النقل وفيما لا ينقل التخلية) .

(الشرح) أما حديث زيد فسبق بيانه قريبا فى فرع مذاهب العلماء فى بيع المبيع قبل القبض ، وفى التجار لغتان ــ كسر التاء مع تخفيف الجيم ــ وضمها مع التشديد ، والجذاذ ــ بفتح الجيم وكسرها .

(أما الأحكام) فقال أصحابنا : الرجوع فى القبض إلى العرف وهو ثلاثة أقسام (أحدها) العقار والثمر على الشجرة فقبضه بالتخلية (والثانى) ما ينقل فى العادة كالأخشاب والحبوب والحيتان ونحوها ، فقبضه بالنقل إلى مكان لا اختصاص للبائع به سواء نقل إلى ملك المشترى أو موات أو شارع أو مسجد أو غيره ، وفيه قول حكاه الخراسانيون أنه يكفى فيه التخلية ، وهو مذهب أبى حنيفة (والثالث) ما يتناول باليد كالدراهم والدنانير والمنديل والثوب والإناء الخفيف والكتاب ونحوها فقبضه بالتناول بلا خلاف . صرح بذلك الشيخ أبو حامد فى تعليقه والقاضى أبو الطيب والمحاملى والماوردى والمصنف فى التنبيه والبغوى وخلائق لا يحصون . وينكر على المصنف كونه أهمله هنا مع شهرته ومع ذكره له فى التنبيه والله تعالى أعلم .

وقد لخص الرافعي رحمه الله كلام الأصحاب وجمع متصرفه مختصرا وأنا أنقل مختصره وأضم إليه ما أهمله إن شاء الله تعالى • قال رحمه الله القول الجملي فيه أن الرجوع فيما يكون قبضا إلى العادة ، وتختلف بحسب اختلاف المال (وأما) تفصيله فنقول : المال إما أن يباع من غير اعتبار تقدير فيه ، وإما مع اعتبار فيه • فهما نوعان (الأول) مالا يعتبر فيه تقدير إما لعدم إمكانه وإما مع إمكانه • فينظر إن كان المبيع مما لا ينقل كالأرض والدار ، فقبضه بالتخلية بينه وبين المشترى ، ويمكنه من اليد والتصرف بتسليم المفتاح إليه ولا يعتبر دخوله وتصرفه فيه ويشترط كونه فارغا من أمتعة البائع • فلو باع دارا فيها أمتعة للبائع توقف التسليم على تفريغها وكذا لو باع سفينة مشحونة بالقماش • وحكى الرافعي بعد هذا وجهاشاذا ضعيفا عند ذكر بيع الدار المذروعة أنه لا يصح بيع الدار المشحونة بالأقمشة ، وادعى إمام الحرمين أنه ظاهر المذهب •

ولو جمع البائع متاعه فى بيت من الدار وخلى بين المشترى وبين الدار ، حصل القبض فيما عدا ذلك البيت ، كذا قاله الأصحاب ، وكذا نقله المتولى عن الأصحاب • وفى اشتراط حضور البائع عند المبيع فى حال الإقباض ثلاثة أوجه (أحدها) يشترط ، فان حضرا عنده فقال البائع للمشترى : دونك هذا ولا مانع ، حصل القبض وإلا فلا (والثانى) يشترط حضور المشترى دون البائع (وأصحها) لا يشترط حضور واحد منهما • لأن ذلك يشق ، فعلى هذا هل تشترط زمان إمكان المضى ؟ فيه وجهان (أصحهما) نعم ، وبه قطع المتولى وغيره ، وفى معنى الأرض الشجر الثابت والثمرة المبيعة على الشجر قبل أوان الجذاذ ، والله سبحانه أعلم •

(أما) إذا كان المبيع من المنقولات فالمذهب والمشهور أنه لا تكفى التخلية ، بل يشترط النقل والتحويل • وفى قول رواه حرملة تكفى التخلية لنقل الضمان إلى المشترى ، ولا تكفى لجواز تصرفه ، فعلى المذهب إن

كان المبيع عبدا يأمره بالانتقال من موضعه . وإن كان دابة ساقها أو قادها (قلت) قال صاحب البيان : لو أمر العبد بعمل لم ينتقل فيه عن موضعه ، أو ركب البهيمة ولم تنقل عن موضعها فالذى يقتضيه المذهب أنه لا يكون قبضا . كما لا يكون غصبا قال : ولو وطىء الجارية فليس قبضا على الصحيح من الوجهين وبهذا قطع الجمهور وهذا الذى ذكره فى الغصب فيه خلاف نذكره فى الغصب إن شاء الله تعالى . قال الرافعى : إذا كان المبيع فى موضع لا يختص بالبائع كسوات ومسجد وشارع ، أو فى موضع يختص بالمشترى ، فالتحويل إلى مكان منه كاف فى حصول القبض ، وإن كان فى بقعة مخصوصة بالبائع فالنقل من زاوية منه إلى زاوية . أو من بيت من داره إلى بيت بغير إذن البائع لا يكفى لجواز التصرف ، ويكفى لدخوله فى ضمانه وإن نقل باذنه حصل القبض ، وكأنه استعار ما نقل إليه . ولو اشترى الدار مع أمتعة فيها صفقة واحدة ، فخلى البائع بينهما وبينه ، حصل القبض فى الدار ، وفى الأمتعة وجهان (أصحهما) يشترط نقلها ، لأنها منقولة كما لو أفردت (والثانى) يحصل فيها القبض تبعا . وبه قطع الماوردى ، وزاد فقال : لو اشترى صبرة ولم ينقلها حتى اشترى الأرض التى عليها الصبرة وخلى البائع بينه وبينها حصل القبض فى الصبرة (قلت :) قال الماوردى : ولو استأجر الأرض من البائع فوجهان (الصحيح) أنه ليس قبضا للأمتعة والله سبحانه أعلم .

قال الرافعى : ولو لم يتفقا على القبض فجاء البائع بالمبيع فامتنع المشترى من قبضه أجبره الحاكم عليه ، فان أصر أمر الحاكم من يقبضه كما لو كان غائبا ، قال : ولو جاء البائع بالمبيع فقال المشترى : ضعه فوضعه بين يديه حصل القبض فان وضعه بين يديه ولم يقل المشترى شيئا أو قال : لا أريده فوجهان (أحدهما) لا يحصل القبض كما لا يحصل الإيداع (وأصحهما) يحصل لوجوب التسليم : كما لو وضع المغصوب بين يدى المالك فانه يبرأ من الضمان . فعلى هذا المشترى التصرف

فيه . ولو تلف فمن ضمانه لكن لو خرج مستحقا ولم يجر إلا وضعه فليس للمستحق مطالبة المشترى بالضمان ، لأن هذا القدر لا يكفى لضمان الغصب .

(قلت) قال المتولى : ولو قال البائع للمشترى : احمله إلى واتركه عندى ففعل ، صار قابضا بلا خلاف ، لأنه بأمره ، قال : وإذا وضعه عنده وقلنا : يصير قابضا فباعه قبل أن ينقله ونقله المشترى الثانى وتلف فى يده ، ثم خرج مستحقا فللمستحق تغريم البائع الأول ، لأن العين كانت فى يده ، وله تغريم المشترى الثانى ، لأنها تلفت فى يده ، وليس له تغريم المشترى الأول ، لأن ضمان الاستحقاق ضمان عدوان ، وضمان العدوان لا يتعلق إلا بحقيقة الاستيلاء ، ولهذا لو خلا بمال غيره لا يضمنه بمجرد ذلك ، وإنما جعلناه هنا قابضا ليصح بيعه وتصرفه ، والله سبحانه وتعالى أعلم . ولو وضع المديون الدين بين يدى مستحقه ففى حصول التسليم خلاف مرتب على المبيع ، وأولى بعدم الحصول لعدم تعين الدين فيه .

(فرع) للمشترى الاستقلال بنقل المبيع إن كان دفع الثمن ، أو كان مؤجلا ، وقد سبقت المسألة مبسوطة قريبا .

(فرع) لو دفع ظرفا إلى البائع فقال اجعل المبيع فيه، ففعل لايحصل التسليم ، إذ لم يوجد من المشترى قبض . والظرف غير مضمون على البائع لأنه استعمله فى ملك المشترى باذنه ، وفى مثله فى السلم يكون الظرف مضمونا على المسلم إليه ، لأنه استعمله فى ملك نفسه . ولو قال للبائع : أعرنى ظرفك واجعل المبيع فيه ففعل ، لا يصير المشترى قابضا (النوع الثانى) أن يعتبر فيه تقدير بأن اشترى ثوبا أو أرضا مذارعة [1] ، أو متاعا موازنة أو صبرة مكايلة أو معدودا بالعدد فلا يكفى للقبض ما سبق فى النوع الأول بل لابد مع ذلك من الذرع أو الوزن أو الكيل أو العد .

---

(١) مذارعة بالذراع كما لو قلت : مساترة أو مقاصبة اى بالمتر والقصبة . (ط)

وكذا لو أسلم فى آصع طعام أو أرطال منه ، يشترط فى قبضه القبض أو الكيل أو الوزن فلو قبض جزافا ما اشتراه مكايلة وقع المقبوض فى ضمانه (وأما) تصرفه فيه بالبيع ونحوه ، فان باع الجميع لم يصح ، لأنه قد يزيد على المستحق ، فان باع ما تيقن أنه له لم يصح أيضا على الصحيح الذى قال الجمهور : وفيه وجه ضعيف أنه يصح ، قال المتولى : هذا الوجه لأبى إسحق المروزى •

قال أصحابنا : وقبض ما اشتراه كيلا بالوزن أو وزنا بالكيل كقبضه جزافا ، ولو قال البائع : خذه فانه كذا فأخذه مصدقا له فالقبض فاسد أيضا ، حتى يقع اكتيال صحيح ، فان زاد رد الزيادة • فان نقص أخذ التمام فلو تلف المقبوض فزعم الدافع أنه كان قدر حقه أو أكثر وزعم القابض أنه كان دون حقه أو قدره ، فالقول قول القابض ، فلو أقر بجريان الكيل لم يسمع منه خلافه ، واعلم أن للمبيع ــ مكايلة ــ صورا (منها) قوله : بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم (ومنها) : بعتكها على أنها عشرة آصع ومنها بعتك عشرة آصع منها ، وهما يعلمان صيعانها ، أو لا يعلمان إذا جوزنا ذلك •

(فرع) ليس على البائع الرضا بكيل المشترى ، ولا على المشترى الرضا بكيل البائع ، بل يتفقان على كيال ، وإن لم يتراضيا نصب الحاكم أمينا يتولاه ، قاله الماوردى •

(فرع) مؤنة الكيل الذى يفتقر إليه القبض تكون على البائع كمؤنة إحضار المبيع الغائب فانها على البائع (وأما) مؤنة وزن الثمن فعلى المشترى لتوقف التسليم ومؤنة نقد الثمن هل هى على البائع ؟ أو المشترى ؟ فيه وجهان ، قلت : (أصحهما) على البائع (وأما) مؤنة نقل المبيع بعد القبض إلى دار المشترى فعلى المشترى •

(فـرع) لو كان لزيد على عمرو طعام سلما ، ولآخر مثله على زيد فأراد زيد أن يؤدى ما عليه ممـا له على عمرو فقال لغريمه : اذهب إلى عمرو فاقبض لنفسك مالى عليه فقبضه ، فهو قبض فاسد وكذا لو قال : أحضره معى لأكتاله منه لك ففعل وإذا فسد القبض فالمقبوض مضمون على القابض وهل تبرأ ذمة عمرو من حق زيد ؟ فيـه وجهان (أصحهما) نعم (فان قلنا :) لا تبرأ فعلى القابض رد المقبوض إلى عمرو على عمرو ، ولو قال زيد : اذهب فاقبضه له ثم اقبضه منى لنفسك بذلك الكيل ، أو قال : احضر معى لأقبضه لنفسى ، ثم تأخذه لنفسك بذلك الكيل ففعل ، فقبضه لزيد فى الصورة الأولى ، وقبض زيد لنفسه فى الثانية ، صحيحان وتبرأ ذمة عمرو من حق زيد ، والقبض الآخر فاسد ، والمقبوض مضمون عليه ، وفى وجه ضعيف يصح قبضه لنفسه فى الصورة الأولى .

ولو اكتال زيد وقبضه لنفسه ، ثم كاله على مشتريه وأقبضه فقد جرى الصاعان ، وصح القبضان ، فان زاد حين قبضه ثانيا أو نقص فالزيادة لزيد والنقص عليه إن كان قدرا يقع بين الكيلين ، فان كان أكثر علمنا أن الكيل الأول غلط فيرد زيد الزيادة ويأخذ النقصان ، ولو أن زيدا لما اكتاله لنفسه لم يخرجه من المكيال وسلمه كذلك إلى مشتريه فوجهان (أحدهما) لا يصح القبض الثانى حتى يخرجه ، ويبتدىء كيلا (وأصحهما) عند الأكثرين أن استدامته فى المكيال كابتداء الكيل ، وهذه الصورة كما تجرى فى دينى السلم تجرى فيما لو كان أحدهما مستحقا فى السلم والآخر بقرض أو إتلاف .

(فـرع) قال أصحابنا : للمشترى أن يوكل فى القبض ، وللبائع أن يوكل فى الإقباض ، ويشترط فى ذلك أمران (أحدهما) أن لا يوكل المشترى من يده يد البائع كعبده ومستولدته ، ولا بأس بتوكيل أبيه وابنه ومكاتبه ، وفى توكيل عبده المأذون له وجهان (أصحهما)

لا يجوز . ولو قال للبائع : وكل من يقبض لى منك جاز ، ويكون وكيلا للمشترى فى التوكيل ، وكذا لو وكل البائع بأن يأمر من يشترى منه للموكل (الأمر الثانى) أن لا يكون القابض والمقبوض واحدا ، فلا يجوز أن يوكل البائع رجلا فى الاقباض ، ويوكله المشترى فى القبض ، كما لا يجوز أن يوكله هذا فى البيع وذاك فى الشراء ولو كان عليه طعام وغيره من سلم أو غيره ، فدفع إلى المستحق دراهم وقال : اشترها بمثل ما تستحقه لى واقبضه ، ثم اقبضه لنفسك ، ففعل صح الشراء والقبض للموكل ، ولا يصح قبضه لنفسه لاتحاد القابض والمقبوض ، ولامتناع كونه وكيلا لغيره فى حق نفسه وفى وجه ضعيف يصح قبضه لنفسه ، وإنما يمتنع قبضه من نفسه لغيره .

ولو قال : اشتر بهذه الدراهم لى واقبضه لنفسك ففعل صح الشراء ، ولم يصح قبضه لنفسه ، ويكون المقبوض مضمونا عليه ، وهل تبرأ ذمة الدافع من حق الموكل ؟ فيه الوجهان السابقان ولو قال : اشتر لنفسك فالتوكيل فاسد وتكون الدراهم أمانة فى يده لأنه لم يقبضها ليتملكها ، فان اشترى نظر ــ إن اشترى فى الذمة ــ وقع الشراء له وأدى ثمنه من ماله ، وإن اشترى بعينها فوجهان (الصحيح) بطلان الشراء (والثانى) صحته . ولو قال لمستحق الحنطة : اكتل حقك من هذه الصبرة ففعل لم يصح قبضه على أصح الوجهين ، لأن الكيل أحد ركنى القبض ، وقد صار نائبا من جهة البائع ، ومتأصلا لنفسه ويستثنى عن الشرط الثانى ما إذا اشترى الأب لابنه الصغير من مال نفسه أو لنفسه من مال الصغير ، فانه يتولى طرفى القبض كما يتولى طرفى البيع ، وفى احتياجه إلى النقل فى المنقول وجهان (أصحهما) يحتاج كما يحتاج إلى الكيل إذا باع كيلا .

(فرع) يستثنى عن صورة القبض المذكور إتلاف المشترى المبيع ، فانه قبض كما سبق .

(فرع) قبض الجزء المشاع المبيع من دابة وثوب وغير ذلك إنما يحصل بتسليم الجميع ، ويكون ما عدا المبيع أمانة فى يده ، فلو طلب المشترى القسمة قبل القبض قال صاحب التتمة : يجاب إليها ، لأنا إن قلنا : القسمة إفراز فظاهر ، وإن قلنا : بيع فالرضا غير معتبر فيه ، فان الشريك يجبر عليه ، وإذا لم نعتبر الرضا جاز ألا نعتبر القبض كالشفعة ، والله سبحانه وتعالى أعلم ، هذا آخر ما نقله الرافعى رحمه الله .

(فرع) قال المتولى : لو باع شيئا هو فى يد المشترى قبل الشراء ، فان كان فى يده بجهة ضمان كغصب أو عارية أو سوم صار بمجرد الشراء مقبوضا له ، لأن البيع جهة ضمان أيضا ، فيسقط ضمان القيمة ويحصل ضمان المشترى وإن كان فى يده بجهة أمانة كوديعة أو وكالة أو شركة أو قراض صار بمجرد البيع مقبوضا له ، ولا يحتاج إلى إذن فى القبض ، وهل يشترط مضى زمان يتأتى فيه النقص إذا كان المبيع غائبا عن مجلس العقد ؟ فيه وجهان . قال : ولنا وجه ضعيف أن من اشترى شيئا فى يده لا يصح قبضه إياه قبل أداء الثمن إلا باذن البائع ، قال : ولو باع الرهن للمرتهن بالدين لم يشترط الإذن فى القبض بلا خلاف ، وفى اشتراط مضى الزمان والنقل ما سبق من الخلاف .

(فرع) قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح رحمه الله : قول الأصحاب : إنه إذا نقله من زاوية من دار البائع إلى زاوية لا يحصل القبض ، لأن الدار وما فيها فى يد البائع ، فيه إشكال لأنه إذا أخذه وأثبتناه له لنقله فمجرد هذا قبض ، ولا يتوقف كونه قبضا على وضعه فوضعه بعد احتواء يده عليه فى دار البائع لا يخرج ما سبق عن أن يكون قبضا ، بل كأنه قبضه ثم أعاده إلى يد البائع وقد احتج إمام الحرمين لما ذكره الأصحاب بأنه لو دخل دار إنسان ثم تنازعا فى متاع قريب من الداخل فان اليد فيه لرب الدار لا للداخل ، بخلاف ما لو كانت يده محتوية عليه ،

قال الشيخ أبو عمرو : وهذا حجة على الإمام ، فانا لا نجعله قبضا بسبب نقله إلى ملك البائع ، بل لاحتواء يده عليه حالة النقل .

(فان قيل :) فهذا مبنى على ما ذكره الأصحاب أن القبض فيما يتناول باليد التناول وأن الثقيل لابد فيه من النقل لأن أهل العرف لا يعدون احتواء اليد على هذا قبضا من غير تحويل . لأن التزاحم لا يصلح قرارا لهذا الثقيل ، فاحتواء اليد عليه حالة الإشالة كعدم الاحتواء لاضطراره إلى إزالته على قرب (قلنا :) هـذا جواب حسن ، ويتـأيد بقوله ﷺ فى الطعام : « حتى يحوزه التجار إلى رحالهم » ولكن الإشكال باق . فان احتواء اليد عليه حالة الحمل قبض حسى ، ولا يخفى أنه لو نازعه غيره وكانت اليد فيه لمن هو فى يده حسا وصدق فى قوله له بيمينه . فان كان النزاع بينه وبين مالك موضع النزاع [1] هذا آخر كلام أبى عمرو رحمه الله ، والجواب المذكور صحيح ، ولا يبقى بعده إشكال يلتفت إليه لأن أهل العرف لا يعدون مجرد دفعه قبضا والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فـرع) إذا انقضى الخيـار ولزم البيع حصـل الملك فى المبيع للمشترى ، وفى الثمن للبائع من غير توقف على القبض بلا خلاف ، ونقل المتولى وغيره فى إجماع المسلمين واحتج له بحديث ابن عمر السـابق « كنت أبيع الإبل بالبقيع » إلى آخره .

(فـرع) إذا باع بنقد معين أو بنقد مطلق ، وحملناه على نقـد المَلِك ، فأبطل السلطان المعاملة به قبل القبض قال أصحابنا : لا ينفسخ العقد ولا خيار للبائع ، وليس له إلا ذلك النقد المعقود عليه ، كمـا لو اشترى حنطة فرخصت قبل القبض ، أو أسلم فيها فرخصت قبل المحل ، فليس له غيرها ، هكذا قطع به الجمهور ، وحكى البغوى والرافعى وجها

---

(١) كذا بالأصل فحرر (ش) ولعل جواب ان الشرطية هو : فان كان النزاع بينه وبين آخر كان صاحبه مالك موضع النزاع . (ط)

أن البائع مخير إن شاء أجاز البيع بذلك النقد ، وإن شاء فسخه ، كما لو تغيب قبل القبض والمذهب الأول ، قال المتولى وغيره : ولو جاء المشترى بالنقد الذى أحدثه السلطان لم يلزم البائع قبوله ، فان تراضيا به فهو اعتياض وحكمه حكم الاعتياض عن الثمن ، وعن أبى حنيفة رواية أنه يجب قبوله وعنه رواية أنه ينفسخ البيع ، دليلنا عليه فى الأول أنه غير الذى التزمه المشترى فلم يجب قبوله ، كما لو اشترى بدراهم وأحضر دنانير . ودليلنا فى الثانى أن المقصود عليه باق مقدور على تسليمه فلم يفسخ العقد فيه كما لو اشترى شيئا فى حال الغلاء فرخصت الأسعار .

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى حقيقة القبض ، قد ذكرنا أن مذهبنا أن القبض فى العقار ونحوه بالتخلية ، وفى المنقول بالنقل ، وفى المتناول باليد التناول ، وبه قال أحمد ، وقال مالك وأبو حنيفة : القبض فى جميع الأشياء بالتخلية قياسا على العقار ، دليلنا حديث زيد بن ثابت الذى ذكره المصنف ، والمعنى الذى ذكره المصنف (فان قيل) فجوزه إلى الرحال ليس بشرط الإجماع (قلنا) دل الحديث على أصل النقل ، وأما التخصيص بالرحال فخرج على الغالب ، ودل الإجماع أنه ليس بشرط فى أصل النقل (والجواب) عن القياس على العقار أنه لا يمكن فيه إلا التخلية ، ولأنها قبض له فى العرف بخلاف المنقول والله سبحانه أعلم .

واحتج البيهقى للمذهب بحديث ابن عمر قال : « كنـا فى زمان رسول الله ﷺ نبتاع الطعام فيبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذى ابتعناه إلى مكان سواء قبل أن نبيعه » رواه مسلم رحمه الله ، وفى رواية « كنا نشترى الطعام من الركبان جزافا فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه » رواه البخارى ومسلم . وفى رواية عنـه قال « رأيت الناس فى عهد رسول الله ﷺ إذا ابتاعوا الطعام جزافا يضربون فى أن يبيعوه مكانهم حتى يؤوه إلى رحالهم » رواه البخارى ومسلم رحمهما الله تعالى .

(ولا يجوز بيع ما لا يقدر على تسليمه ، كالطير فى الهواء ، أو السمك فى المـاء ، والجمل الشارد ، والفرس العائر ، والعبد الآبق ، والمال المغصوب فى يد الغاصب ، لحديث ابى هريرة رضى الله عنه « ان النبى ﷺ نهى عن بيع الغرر » وهذا غرر ، ولهذا قال ابن مسعود : « لا تشتروا السمك فى المـاء فانه غرر » ولأن القصد بالبيع تمليك التصرف ، وذلك لا يمكن فيما لا يقـدر على تسليمه ، فان باع طيرا فى برج مغلق الباب او السمك فى بركة لا تتصـل بنهر ــ نظرت فان قدر على تناوله إذا اراد من غير تعل ــ جاز بيعه ، وإن كان فى برج عظيم او بركة عظيمة لا يقدر على اخذه إلا بتعب ، لم يجز بيعه ، لانه غير مقدور عليه فى الحال ، وإن باع العبد الآبق ممن يقدر عليـه ، او المغصوب من الغاصب ، او ممن يقدر على اخذه منه جاز ، لانه لا غرر فى بيعه منه) .

(الشرح) حديث أبى هريرة صحيح سبق بيانه . والأثر المذكور عن ابن مسعود صحيح رواه البيهقى مرفوعا منقطعا . ثم قال : الصحيح أنه موقوف (وقوله) فى بركة ــ بكسر الباء ــ والنهر ــ بفتح الهاء ــ ويجوز إسكانها .

(اما الاحكام) فقد سبق أن أحد شروط المبيع القدرة على تسليمه ، قال أصحابنا : وفوات القدرة قد يكون حسيا ، وقد يكون شرعيا ، فمن الشرعى بيع المرهون والوقف وأم الولد وكذا الجانى فى قول ، وغير ذلك (وأما) الحسى ففيه مسائل :

(إحداها) لا يجوز بيع الطير فى الهـواء ولا السمك فى المـاء المملوكين له لمـا ذكره المصنف . فلو باع السمك المملوك له وهو فى بركة لا يمكنه الخروج منها أو طير فى برج مغلق فان أمكن أخذه بلا تعب كبركة صغيرة وبرج صغير جاز بيعه بلا خلاف ، وإن لم يمكن أخذه إلا بتعب فوجهان مشهوران فى كتب الخراسانيين (أصحهما) وبه قطع المصنف

وآخرون ، وهو ظاهر النص فى المختصر ، ونقله صاحب البيان عن النص لا يصح (والثانى) يصح كما يصح بيع ما يحتاج فى نقله إلى مؤنة كبيرة ، وهذا الوجه لابن سريج ، قال الشيخ أبو حامد : هذا لا وجه له .

(أما) إذا كان باب البرج مفتوحا فلا يصح على الصحيح ، وبه قطع صاحب البيان ، لأنه لا يقدر على تسليمه لتمكنه من الطيران ، قال أصحابنا : وحيث صححناه فشرطه أن لا يمنع الماء رؤيته ، فان منعها ، ففيه قولا بيع الغائب إن عرف المتعاقدان قدره وصفته صح ، وإلا فلا يصح بلا خلاف ولو باع الطير فى حال ذهابها إلى الرعى أو غيره اعتمادا على عادة عودها فى الليل فوجهان مشهوران للخراسانيين (أصحهما) عند جمهورهم لا يصح ، وهو ظاهر كلام المصنف وغيره (وأصحهما) عند إمام الحرمين الصحة كالعبد المبعوث فى شغل ، والمذهب الأول ، لأنه لا وثوق بعودها لعدم عقلها بخلاف العبد .

(الثانية) لا يجوز بيع العبد الآبق ، والجمل الشارد ، والفرس العائر ، والمال الضال ، ونحوها لما ذكره المصنف ، وسواء عرف موضع الآبق والضال ونحوه أم لا ، لأنه غير مقدور على تسليمه فى الحال ، هكذا قاله الأصحاب ، وكذا قال الرافعى : إنه المذهب المعروف .

قال الأصحاب : لا يشترط فى الحكم بالبطلان اليأس من التسليم ، بل يكفى ظهور التعذر ، قال : وأحسن بعض الأصحاب فقال : إذا عرف موضعه وعلم أنه يصله إذا رام وصوله فليس له حكم الآبق (قلت :) والمذهب ما سبق (وأما) المغصوب فاذا باعه مالكه ــ نظر إن قدر البائع على استرداده وتسليمه ــ صح البيع بلا خلاف كما يصح بيع الوديعة والعارية ، وإن عجز ــ نظر إن باعه لمن لا يقدر على انتزاعه من الغاصب ــ لم يصح قطعا وإن باعه من قادر على انتزاعه فوجهان مشهوران فى كتب الخراسانيين (أصحهما) وبه قطع المصنف وغيره يصح ، لما ذكره المصنف

والثانى) لا ، لأن البيع لا يقتضى تكليف المشترى تعب الانتزاع ، وإن صححناه وعلم المشترى الحال فلا خيار له ، ولكن لو عجز عن انتزاعه لضعف عرض له أو قوة عرضت للغاصب فله الخيار على المذهب ، وبه قطع الأكثرون ، وفيه وجه أنه لا خيار ، حكاه الرافعى ، وإن كان جاهلا حال العقد كونه مغصوبا فله الخيار بلا خلاف ، ولو باع الآبق ممن يسهل عليه رده ، ففيه الوجهان كالمغصوب (الصحيح) الصحة .

(فـرع) قال أصحابنا : يجوز تزويج الآبقة والمغصوبة وإعتاقهما بلا خلاف . قال فى البيان : ولا يجوز كتابة المغصوب لأنها تقتضى التمكين من التصرف .

(الثالثة) لو باع ملحا أو حمذا [1] وزنا ، وكان بحيث ينماع إلى أن يوزن ففى صحة بيعه وجهان (الأصح) لا يصح لإمكان بيعه جزافا .

(فـرع) قال الشافعى والأصحاب : لا يجوز أن يستأجر البركة لأخذ السمك منها ، لأن الأعيان لا تملك بالإجارة . فلو استأجر البركة ليحبس فيها الماء ليجتمع فيها السمك ويصطاده فوجهان (أحدهما) لا يجوز ، قاله الشيخ أبو حامد (وأصحهما) عند الأصحاب جوازه ، وبه قطع صاحب الشامل وآخرون ، لأن البركة يمكن الاصطياد بها فجازت إجارتها كالشبكة ، قالوا : وقول الشافعى : لا تجوز إجارة البركة للحيتان أراد به إذا حصل فيها سمك وأجرها لأخذ ما حصل فيها ، وهذه الإجارة باطلة ، لأنها إجارة لأخذ الغير ، فأما البركة الفارغة فانه يجوز إجارتها والله أعلم .

(فـرع) قد ذكرنا أن بيع الآبق باطل . فلو عاد الآبق بعد البيع لم ينقلب البيع صحيحا عندنا ، وقال أبو حنيفة : ينقلب صحيحا واستدل

---

(١) كذا بالأصل ولعله حميدا ، وذلك كنحو ثلج او برد او شىء مما ينماع ويستحيل الى مائع واما اللفظة هنا فلا معنى لها لغة . (المطيعى)

أصحابنا بما لو باع طائرا فى الهواء ثم وقع فى يده ، فانه لا ينقلب العقد صحيحا . وحكى صاحب البيان عن ابن عمر أنه باع آبقا .

(فـرع) قال الروياني : لو باع سفينة فى لجة البحر لا يقدر على تسليمها حال العقد لم يصح ، سواء كان فيها أم لا . فان قدر جاز .

قال المصنف رحمه الله تعـالى

(ولا يجوز بيع عين مجهولة كبيع عبد من عبيد ، وثوب من اثواب ، لأن ذلك غرر من غير حاجة ، ويجوز أن يبيع قفيزا من صبرة ، لانه إذا عرف الصبرة عرف القفيز منها فزال الغرر) .

(الشرح) القفيز مكيال معروف ، ومراد الفقهاء به التمثيل ، وأصل القفيز مكيال يسع اثنى عشر صاعا، والصاع خمسة أرطال وثلث بالبغدادى ، هكذا ذكره أهل اللغة ، وأصحاب الغريب وغيرهم ، قال الأزهرى : الإردب أربعة وعشرون صاعا ، وهو أربعة وسبعون منا ، والمنا رطلان ، والعنقل نصف إردب ، قال : والكرستون قفيزا ، والقفيز ثمانية مكاكيك ، والمكوك صاع ونصف . وهو ثلاث حجليات والعرق ثلاثة آصـع وقول المصنف (لأن ذلك غرر من غير حاجة) احتراز من السلم ومن أساس الدار .

(اما الأحكام) فقد سبق أن من شروط المبيع كونه معلوما ، قال أصحابنا : وليس معناه أنه يشترط العلم به من كل وجه ، بل المشترط علم عينه وقدره وصفته ، وقد ذكر المصنف ذلك كله فى فصول متراسلة فبدأ باشتراط عين المبيع ، قال أصحابنا : لا يجوز بيع عين مجهولة ، فلو قال : بعتك أحد عبيدى أو أحد عبدى هذين أو شاة من هـذا القطيع أو من هاتين الشاتين أو ثوبا من هؤلاء أو من هذين أو ما أشبه ذلك ، فالبيع باطل . وكذا لو قال : بعتكهم إلا واحدا منها ، وسواء تساوت قيمهم وقيم الشياه والأثواب أم لا ، وسواء قال : ولك الخيار فى التعيين أم لا ، فالبيع

باطل فى كل هذا عندنا بلا خلاف إلا قولا قديما حكاه المتولى أنه إذا قال : بعتك أحد عبيدى أو عبيدى الثلاثة على أن تختار من بينهم فى ثلاثة أيام أو أقل ، صح العقد ، وهذا شاذ مردود لأنه غرر •

ولو كان له عبد فاختلط بعبيد لغيره ولم يعرفه فقال : بعتك عبدى من هؤلاء والمشترى يراهم كلهم ولا يعرف عينه فوجهان ، قطع المتولى بأنه كبيع الغائب ففيه الخلاف ، وقال البغوى : عندى أن هذا باطل وهذا أصح ، ولو فرقت صيعان الصبرة المتماثلة فباع صاعا منها ، فالمشهور فى المذهب بطلان البيع ، وبه قطع الجمهور ، كما ذكرنا فى نظائره ، وحكى المصنف فى تعليقه عن شيخه القاضى أبى الطيب الطبرى فى صحة بيعه لعدم الغرر ، وكما لو باع بدرهم فانه يحمل على درهم من نقد البلد ، ولا يضر عدم تعينه ، والمذهب البطلان ، لأنه قد يختلف به غرض بخلاف الدراهم ، ولأنه يمكنه أن يبيع أحد الصيعان بعينه ، ولا يجوز إبهامه ، وأما الدراهم فتحتاج إلى إثباته فى الذمة ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

(فـرع) قال أصحابنا : يجوز بيع الجزء الشائع من كل جملة معلومة من دار أو أرض أو عبد أو صبرة أو ثمرة وغيرها ، لعدم الغرر ، لكن لو باع جزءا شائعا من شيء بمثله من ذلك الشيء بأن كانت دار بين اثنين نصفين فباع أحدهما نصيبه لشريكه بنصيبه ، ففى صحة البيع وجهان (الصحيح) الصحة وسبقت المسألة بفروعها وفوائدها فى آخر باب ما يجوز بيعه ، ولو باع الجملة واستبقى منها جزءا شائعا جاز ، مثاله : بعتك هذه الثمار إلا ربعها وقدر الزكاة منها ، ولو قال : بعتك ثمرة هذا البستان بثلاثة آلاف درهم إلا ما يخص ألفا ، فان أراد ما يخصه إذا وزعت الثمرة على المبلغ المذكور صح وكان استثناء للثلث وإن أراد ما يساوى ألفا عند التقويم فلا ، لأنه مجهول ، والله سبحانه أعلم •

(فــرع) إذا باع قفيزا من صبرة فقد قطع المصنف بالصحة ، ومراده إذا كانت الصبرة أكثر من قفيز وهى متساوية وكانت مجهولة الصيعان فباع صاعا منها فيصح على المذهب ، وبه قطع الأكثرون ، وهو المنصوص وفيه وجه أنه لا يصح ، وهو اختيار القفال ، وسنعيد المسألة واضحة إن شاء الله تعالى ، حيث بسطها المصنف بعد هذا فى فصل بيع مجهول القدر .

(فــرع) قد ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يجوز بيع عبد من عبيد ولا من عبدين ولا ثوب من ثياب ، ولا من ثوبين ، سواء شرط الخيار أم لا وقال أبو حنيفة : إذا باع عبدا من عبدين أو ثلاثة بشرط خيار ثلاثة أيام صح . وإن باعه عبدا من أربعة فأكثر لم يصح ، وقال مالك : إذا باع عبدا من عبيد أو ثوبا من ثياب وكلها متقاربة فى الصفة وشرط الخيار للمشترى صح البيع .

قال المصنف رحمه الله تعــالى

(ولا يجوز بيع العين الغائبة إذا جهل جنسها او نوعها لحديث ابى هريرة « أن النبى ﷺ نهى عن بيع الغرر » وفى بيع مالا يعرف جنسه أو نوعه غرر كبير ، فإن علم الجنس والنوع بأن قال : بعتك الثوب المروى الذى فى كمى ، أو العبد الزنجى الذى فى دارى ، او الفرس الأدهم الذى فى إصطبلى ففيــه قولان قال فى القديم والصرف : يصح ويثبت له الخيار إذا رآه ، لمــا روى ابن ابى مليكة « ان عثمان رضى الله عنه ابتاع من طلحة ارضا بالمدينة ناقله بارض له بالكوفة فقال عثمان : بعتك ما لم اره ، فقال طلحة : إنما النظر لى لانى ابتعت مغيبا وانت قد رايت ما ابتعت فتحا كما إلى جبير بن مطعم فقضى على عثمان ان البيع جائز ، وان النظر لطلحة لانه ابتاع مغيبا . ولانه عقد على عين فجاز مع الجهل بصفته كالنكاح (وقال) فى الجديد : لا يصــح لحديث ابى هريرة : « ان رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر » وفى هذا البيع غرر ولانه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم (فإذا قلنا) بقوله القــديم فهل تفتقر صحة البيع إلى ذكر الصفات ام لا ؟ فيه ثلاثة اوجه (احدها) انه لا يصح حتى تذكر جميع الصفات كالمسلم فيه (والثانى) لا يصح ، حتى تذكر

الصفات المقصودة (والثالث) انه لا يفتقر إلى ذكر شيء من الصفات ، وهو المنصوص فى الصرف لأن الاعتماد على الرؤية ، ويثبت له الخيار إذا رآه فلا يحتاج إلى ذكر الصفات فإن وصفه ثم وجده على خلاف ما وصف ثبت له الخيار ، وإن وجده على ما وصف او اعلا ، ففيه وجهان (احدهما) لا خيار له لأنه وجده على ما وصف فلم يكن له خيار كالمسلم فيه (والثانى) ان له الخيار، لأنه يعرف ببيع خيار الرؤية فلا يجوز ان يخلو من الخيار .

وهل يكون له الخيار على الفور أم لا ؟ فيه وجهان (قال) ابن ابى هريرة: هو على الفور لأنه خيار تعلق بالرؤية ، فكان على الفور وخيار الرد بالعيب (وقال) أبو إسحق : ينقدر الخيار بالمجلس لأن العقد إنما يتم بالرؤية فيصير كانه عقد عند الرؤية ، فيثبت له خيار كخيار المجلس (وأما) إذا راى المبيع قبل العقد ثم غاب عنه ثم اشتراه ، فإن كان مما لا يتغير كالعقار وغيره ، جاز بيعه ، وقال أبو القاسم الاتماطى : لا يجوز فى قوله الجديد ، لأن الرؤية شرط فى العقد ، فاعتبر وجودها فى حال العقد كالشـــهادة فى النكاح ، والمذهب الأول ، لأن الرؤية تراد للعلم بالمبيع وقد حصل العلم بالرؤية المتقدمة ، فعلى هذا إذا اشتراه ثم وجده على الصفة الأولى أخذه ، وإن وجده ناقصا فله الرد لأنه ما التزم العقد فيه إلا على تلك الصفة ، وإن اختلفا فقال البائع لم يتغير ، وقال المشترى : تغير ، فالقول قول المشترى ، لأنه يؤخذ منه الثمن فلا يجوز من غير رضاه وإن كان مما يجوز ان يتغير ويجوز ان لا يتغير او يجوز ان يبقى ويجوز أن لا يبقى ، ففيه وجهان (احدهما) انه لا يصح ، لأنه مشكوك فى بقائه على صفته (والثانى) يصح ، وهو المذهب ، لأن الأصل بقاؤه على صفته فصح بيعه قياسا على ما لا يتغير) .

(الشرح) حديث أبى هريرة صحيح سبق بيانه أول الباب ، والأثر المذكور عن عثمان وطلحة رواه البيهقى باســناد حسن ، لكن فيه رجل مجهول مختلف فى الاحتجاج به ، وقد روى مسلم له فى صحيحه (قوله) : الثوب المروى باسكان الراء بلا خلاف ولا يجوز فتحها : منسوب إلى مرو[1] المدينة المشهورة بخراسان ، والزنجى ــ بفتح الزاى وكسرها ــ

---

(١) هى مرو الشاهجان والنسبة اليها تختلف الاشياء بها عن الاشخاص فنسبة الاشخاص اليها بزيادة زاى فيقال فلان المروزى أما الاشياء فيقال ثياب مروية وكذلك خيل مروية وأما مروروذ فالنسبة اليها مرورذى أو مروذى بتشديد الراء المضمومة . (المطيعى)

والإصطبل بهمزة قطع (قوله) : قال فى القديم والصرف أى فى بيان الصرف من الكتب الجديدة ، وهو أحد كتب الأم وابن أبى مليكة اسمه عبد الله بن عبد الله بن أبى مليكة واسم أبى مليكة زهير بن عبد الله بن جدعان ــ بضم الجيم وإسكان الدال المهملة ــ ابن عمرو بن كعب بن سعد بن تيم بن مرة التيمى المكى ، كنيته أبو بكر ، كان قاضى مكة لعبد الله ابن الزبير ومؤذنا له ، توفى سنة سبع عشرة (وقوله) ناقله بأرض له بالكوفة هو ــ بالنون والقاف ــ أى بادله بها ، ونقل كل واحد ملكه إلى موضع الآخر (وقوله) ابتعت مغيبا هو ــ بضم الميم وفتح الغين المعجمة وفتح الياء المشددة ــ (وقوله :) عقد على عين هو احتراز من السلم (وقوله) نوع بيع ، احتراز من الوصية والنكاح (وقوله :) خيار تعلق بالرؤية احتراز من اختيار الفسخ كالإعسار بالنفقة .

(اما الاحكام) فقد سبق أنه يشترط العلم بقدر المبيع وعينه وصفته وهذا الفصل مع الفصول التى بعده متعلقة بصفة المبيع ، وفى الفصل مسائل :

(إحداها) فى بيع الأعيان الحاضرة التى لم تر قولان مشهوران (قال) فى القديم والإملاء والصرف من الجديد : يصح (وقال) فى الأم والبويطى وعامة الكتب الجديدة : لا يصح . قال الماوردى فى الحاوى : نص الشافعى فى ستة كتب على صحته فى القديم والإملاء والصلح والصداق والصرف والمزارعة ، ونص فى ستة كتب أنه لا يصح فى الرسالة والسير والإجارة والغصب والاستبراء والتصرف فى العروض .

واختلف الأصحاب فى الأصح من القولين فصحح البغوى والرويانى صحته ، وصحح الأكثرون بطلانه ، ممن صححه المزنى والبويطى والربيع ، وحكاه عنهم الماوردى ، وصححه أيضا الماوردى والمصنف فى التنبيه والرافعى فى المحرر ، وهو الأصح ، وعليه فتوى الجمهور من الأصحاب ،

وعليه يفرعون فيما عدا هذا الموضع ، ويتعين هذا القول لأنه الآخر من نص الشافعى فهو ناسخ لما قبله •

قال البيهقى فى كتابه معرفة السنن والآثار فى أول كتاب البيوع : جوز الشافعى بيع الغائب فى القديم وكتاب الصلح والصرف وغيرهما ، ثم رجع فقال : لا يجوز لما فيه من الغرر والله أعلم •

وفى محل القولين ثلاث طرق (أصحها) طردهما فيما لم يره المتعاقدان أو أحدهما ، ولا فرق بينهما (والثانى) أنهما فيما رآه البائع دون المشترى ، فان لم يره البائع فباطل قطعا ، لأنه يقتضى الخيار ، والخيار فى جانب البائع تعبد (والثالث) إن رآه المشترى صح قطعا ، سواء رآه البائع أم لا فان لم يره ففيه القولان ، لأن المشترى محصل ، والبائع معرض ، والاحتياط للمحصل أولى ، وهذا الطريق هو اختيار العراقيين . قال أصحابنا ويجرى القولان فى بيع الغائب وشرائه فى إجارته وكونه رأس مال سلم إذا سلمه فى المجلس ، وفى المصالحة عليه ، وفى وقفه (وأما) إذا أصدقها عينا غائبة ، أو خالعها عليها أو عفى عن القصاص ، صح النكاح ، وحصلت البينونة فى الخلع ، وسقط القصاص ، ولا خلاف فى هذه الثلاثة • وفى صحة المسمى فيها القولان ، فان لم نصحح وجب مهر المثل لها فى مسألة الصداق وله فى مسألة الخلع • ووجبت الدية على المعفو عنه وفى رهن الغائب وهبته القولان ، وقيل : هما أولى بالصحة لعدم الغرر ، ولهذا إذا صححناهما فلا خيار عند الرؤية (الثانية) إذا لم نجوز بيع الغائب وشرائه فعليه فروع (أحدها) استقصاء الأوصاف على الحد المعتبر فى السلم ، هل يقوم مقام الرؤية ؟ وكذا سماع وصفه بطريق التواتر ، فيه وجهان (أصحهما) لا يقوم ، وبه قطع العراقيون (الثانى) إذا كان الشىء مما لا يستدل برؤية بعضه على الباقى فان كان المرئى صوانا له ــ بكسر الصاد وضمها ــ كقشر الرمان والبيض والقشر الأسفل

من الجوز واللوز وقشر البندق ونحوه كالخشكنان كفى رؤيته ، وصح البيع بلا خلاف ، ولا يصح بيع لب الجوز واللوز ونحوهما بانفراده ما دام فى قشره بلا خلاف ، لأن تسليمه لا يمكن إلا بتغيير عين المبيع .

(أما) إذا رأى المبيع من وراء قارورة هو فيها ، لم يكف بل هو بيع غائب ، لأن المعرفة التامة لا تحصل به ، وليس فيه صلاح له ، بخلاف السمك يراه فى الماء الصافى مع سهولة أخذه ، فانه يصح بيعه كما سبق ، وكذا الأرض يعلوها ماء صاف ، لأن الماء من صلاحها (وأما) إذا لم يكن كذلك فلا يكفى رؤية البعض على قولنا ببطلان بيع الغائب (وأما) التفريع على القول الآخر فسيأتى إن شاء الله تعالى (الثالث) قال أصحابنا : الرؤية فى كل شىء بحسب ما يليق به ، ففى شراء الدار يشترط رؤية البيوت والسقوف والسطوح والجدران داخلا وخارجا ، والمستحم والبالوعة ، وفى البستان يشترط رؤية الجدران والأشجار والأرض ومسايل الماء ، ولا يشترط رؤية أساس البنيان والبستان والدار ، ولا عروق الأشجار ونحو ذلك .

وفى اشتراط رؤية طريق الدار والماء الذى يدور به الرحى وجهان (أصحهما) الاشتراط لاختلاف الغرض به ، قال أصحابنا : ويشترط فى العبد رؤية الوجه والأطراف ولا تجوز رؤية العورة ، وفى باقى البدن وجهان (أصحهما) الاشتراط ، وبه قطع البغوى وأبو الحسن العبادى فى كتاب الرقم وفى الجارية أوجه (أصحها) كالعبد (والثانى) يشترط رؤية ما يبدو عند الخدمة والتصرف (والثالث) يكفى رؤية الوجه والكفين وفى الأسنان واللسان وجهان (الأصح) لا يشترط ، وفى رؤية الشعر وجهان (أصحهما) الاشتراط . ويشترط فى الدواب رؤية مقدمها ومؤخرها وقوائمها ورفع السرج أو الإكاف والجل ، وهل يشترط أن تجرى الفرس بين يديه ليعرف سيرها ؟ فيه وجهان حكاهما الرويانى

والرافعى (الأصح) لا يشترط ويشترط فى الثوب المطوى نشره هكذا أطلقه الأصحاب وقطعوا به .

(قال) إمام الحرمين : يحتمل عندى أن لا يشترط النشر فى بيع الثوب التى لا تنشر أصلا إلا عند العقد ، لما فى نشرها من النقص والضرر . ثم إذا نشرت الثياب فما كان منها صفيقا كالديباج المنقوش اشترط رؤية وجهيه ، وكذا يشترط رؤية وجهى البسط[1] والزلالى . وأما ما كان رفيعا كالكرباس فيكفى رؤية أحد وجهيه على أصح الوجهين (قال) أصحابنا : ولا يصح بيع الثياب التوزية فى المنسوج على هذا القول ، وهى التوزية ــ بتاء مثناة فوق مفتوحة ثم واو مفتوحة مشددة ثم زاى ــ ويشترط فى شراء المصحف وكتب الحديث والفقه وغيرها تقليب الأوراق ، ورؤية جميعها ، وفى الورق البياض يشترط رؤية جميع الطاقات ، وممن صرح به القاضى والرافعى والبغوى وغيرهم .

(فرع) أما القفاع[2] فقال أبو الحسن العبادى : يفتح رأسه فينظر فيه بقدر الإمكان ليصح بيعه . وأطلق الغزالى فى الإحياء أنه يصح بيعه من غير اشتراط رؤية ،وهذا هو الأصح لأن بقاءه فى الكوز من مصالحه ، ولأنه تشق رؤيته ، ولأنه قدرا يسير يتسامح به فى العادة ، وليس فيه غرر يفوت به مقصود معتبر .

(المسألة الثالثة) إذا جوزنا بيع الغائب فعليه فروع (أحدها) إذا لم تشترط الرؤية اشترط ذكر الجنس والنوع ، فيقول : بعتك عبدى التركى ، وفرسى العربى ، أو الأدهم أو ثوبى المروى ، أو الحنطة الجبلية ، أو السهلية ونحو ذلك ، فلو أخل بالجنس والنوع فقال : بعتك ما فى كفى

---

(١) الزلالى يبدو انها جمع زلزل بكسر الزاى الثانية وهو الاثاث والمتاع والزلزول كسرسور الخفيف الظريف . (المطيعى)

(٢) القفاع كرمان نبات مقفع كانه قرون صلابة يقال لبابسه ؟ (المطيعى)

أو كمى أو خزانتى أو ميراثى من فلان ، ولم يكن المشترى والبائع يعرف ذلك لم يصح البيع ، هذا هو المذهب ، وبه قطع المصنف والجمهور • وفيه وجه أنهما لا يشترطان ، فيصح بيع ما فى الكم ونحوه ، ووجه ثالث أنه يشترط ذكر الجنس دون النوع ، فيقول : عبدى ، وهـذان الوجهان حكاهما الخراسانيون وهما شاذان ضعيفان •

وإذا ذكر الجنس والنوع ففى افتقاره مع ذلك إلى ذكر الصفات ثلاثة أوجه مشهورة ، ذكرها المصنف بأدلتها (أصحها) عند الأصحاب : لا يفتقر ، وهو المنصوص فى القديم والإملاء والصرف (والثانى) : يفتقر إلى ذكر معظم الصفات ، وضبط الأصحاب ذلك بما يصف به المدعى عند القاضى (والثالث) : يفتقر إلى ذكر صفات السلم ، وهذان الوجهـان ضعيفان ، والثالث أضعف من الثانى والثانى قول القاضى أبى حامد المروزى والثالث قول أبى على الطبرى • فعلى المنصوص لو كان له عبدان من نوع فباع أحدهما اشترط تمييزه بسن أو غيره ــ قال المـاوردى : واتفق أصحابنا على أنه لا يشترط ذكر جميع الصفات ، فان وصفها بجميعهـا فوجهان (أحدهما) وهو قول أصحابنا البغداديين : يصح لأنه أبلغ فى نفى الغرر (والثانى) وهو قول البصريين : لا يصح لأنه يصير فى السلم ، والسلم فى الأعيان لا يجوز ، وهذا شاذ ضعيف •

(فـرع) قال المـاوردى : إن كان المبيع مما لا ينقل كالدار والأرض اشترط ذكر البلد الذى هو فيه ، فيقول بعتك دارا ببغداد ، وفى اشتراط ذكر البقعة من البلد وجهان ، وإن كان مما ينقل كالعبد والثوب اشترط ذكر البلد الذى هو فيه ، لأن القبض يتعجل إن كان قريبا أو يؤجل إن كان بعيدا أو لا يشترط ذكر البقعة من البلد ، وإذا ذكر البلد الذى فيه المبيع لزمه تسليمه فيه لا فى غيره فان شرط المشترى على البائع أن يسلمه فى بلد البيع وكان المبيع فى غيره فالبيع باطل بخلاف السلم ، لأنه فى الذمة هذا كلام المـاوردى ، وحكاه الرافعى عن بعض الأصحاب وسكت عليه •

(الثانى) إذا شرطنا الوصف فوصفه ، فان وجده دون ما وصف ، فللمشترى الخيار بلا خلاف ، وإن وجده كما وصف فطريقان (أحدهما) القطع بثبوت الخيار وبه قطع المصنف فى التنبيه وجماعة وهو المنصوص (وأشهرهما) أنه على وجهين ذكرهما المصنف بدليلهما هنا (أصحهما) ثبوته (أما) إذا قلنا : لا يشترط فللمشترى الخيار عند الرؤية ، سواء كان شرط الخيار أم لا ، هذا هو المذهب ، وفيه وجه أنه لا يثبت إلا أن يكون شرطه والصحيح الأول ، وهل له الخيار قبل الرؤية حتى ينفذ فسخه وإجازته ؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) ينفذان (والثانى) لا ينفذ واحد منهما (والثالث) وهو الصحيح ينفذ فسخه قبل الرؤية دون إجازته .

هذا كله فى المشترى (وأما) البائع ففيه ثلاثة أوجه (أصحها) لا خيار له سواء كان رأى المبيع أم لا ، لأن الخيار فى جانبه تعبد (والثانى) له الخيار فى الحالين كالمشترى (والثالث) له الخيار إن لم يكن رآه وبه قطع الشيخ أبو حامد ومتابعوه ، وحيث قلنا : يثبت خيار الرؤية هل يكون على الفور ؟ فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) يمتد ما دام مجلس الرؤية ، وهو قول أبى إسحق المروزى (والثانى) أنه على الفور ، وبه قال أبو على ابن أبى هريرة .

قال الشيخ أبو محمد الجوينى فى كتابه السلسلة : هذان الوجهان مبنيان على وجهين فى ثبوت خيار المجلس فى بيع الغائب (أحدهما) يثبت كما يثبت فى بيع العين الحاضرة (والثانى) لا يثبت للاستغناء عنه بخيار الرؤية ، فعلى الأول خيار الرؤية على الفور ، لئلا يثبت خيار مجلسين فى وقت واحد ، وعلى الثانى يمتد إلى انقضاء المجلس قال : والفرع مبنى على أصل آخر ، وهو أنه إذا مات أحد العاقدين فى المجلس وقلنا بالمذهب والمنصوص أنه ينتقل الخيار إلى الوارث فالى متى يمتد ؟ فيه وجهان (أحدهما) على الفور (والثانى) ما دام الوارث فى مجلس خبر الموت ، وقد سبقت المسألة واضحة .

(الثالث) هل يجوز أن يوكل فى الرؤيةَ من يفعل ما يستصوبه من فسخ أو إجازة ؟ فيه وجهان مشهوران للخراسانيين (أصحهما) يجوز كما يجوز التوكيل فى خيار الخلف والرد بالعيب (والثانى) لا ، لأنه خيار شهوة ، ولا يتوقف على نقص ولا غرض ، فلا يجوز التوكيل فيه ، كمن أسلم على أكثر من أربع نسوة فانه لا يصح توكيله فى الاختيار •

(الرابع) إذا لم نشترط الرؤية فاختلفا فقال البائع للمشترى : أنت رأيت المبيع فلا خيار لك ، فأنكر المشترى ، فوجهان (أصحهما) يصدق المشترى بيمينه (والثانى) البائع ، فان شرطنا الرؤية فاختلفا فقال الغزالى فى الفتاوى القول قول البائع ، لأن إقدام المشترى على العقد اعتراف بصحته ، قال الرافعى : فلا ينفك هذا عن خلاف ، قلت : هذه المسألة هى مسألة اختلاف المتبايعين فى شرط يفسد العقد ، وفيها القولان المشهوران ، الأصح قول مدعى الصحة (والثانى) قول مدعى الفساد ، فيتعين جريان القولين فى مسألتنا ولعل الغزالى فرعها على الأصح •

(فرع) لو رأى ثوبين فسرق أحدهما فاشترى الثانى ولا يعلم أيهما المسروق قال الغزالى فى الوسيط : إن تساوت قيمتهما وصفتهما وقدرهما كنصفى كرباس واحد صح البيع بلا خلاف ، وإن اختلفا فى شىء من ذلك ففيه القولان فى بيع الغائب ، وهذا الذى قاله حسن ، ولا يقال : هذا بيع ثوب من ثوبين ، لأن المبيع هنا واحد بعينه ، ولكن ليس مرئيا حالة العقد ، وقد سبقت رؤيته فاكتفى بها • واعلم أن الشيخ أبا عمرو بن الصلاح رحمه الله تعالى اعترض على الغزالى فى هذا الفرع فقال : جزم بالصحة فيما إذا تساوت صفتهما وقدرهما وقيمتهما مع إجرائه الخلاف فى الصورة الثانية قال : والتحقيق يوجب إجراء الخلاف السابق فى استقصاء الأوصاف فى صورة التساوى كما أجراه فى مسألة الأنموذج التى سنذكرها إن شاء الله تعالى لأنه اعتمد مساواة غير المبيع للمبيع فى

الصفة المعلق به بالمشاهدة فهو كالأنموذج الذى ليس بمبيع ، المساوى فى الصفة للمبيع ولا فرق ، فان ذكره التساوى فى القيمة اعتبار للقيمة مع الوصف ولا وجود لمثاله فى هذا الباب هـذا كلام أبى عمرو ، وهذان الاعتراضان اللذان ذكرهما فاسدان (أما الأول) فليس هذا كمسألة الأنموذج ، لأن المبيع غير الأنموذج ليس مرئيا ولا سبقت رؤيته ، وهنا سبقت رؤية الثوبين (وأما) قوله : يجب إجراء الخلاف المذكور فى الثانية فى الأولى فالفرق أن الثوبين فى الثانية مختلفين ، فيحصل الغرر بخلاف الأولى (وأما) الاعتراض الثانى فجوابه أنه قد تختلف القيمة مع اتحاد القدر والصفة فى نحو العبيـد والجوارى فيحصل الغرر والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فـرع) هل يشترط الذوق فى الخل ونحوه على قولنا باشتراط الرؤية ؟ وكذلك الشم فى المسك ونحوه واللبس فى الثياب ونحوها ؟ فيه طريقـان (أصحهما) وبه قطع الأكثرون واقتضـاه كلام الجمهور أنه لا يشترط ، قال الرافعى : هو الصحيح المعروف (والثانى) حكاه المتولى فيه وجهان (أصحهما) هذا ، لأن معظم المقصود يتعلق بالرؤية فلا يشترط غيرها (والثانى) يشترط لأنه يقع فى هذا النوع اختلاف .

(فـرع) لو تلف المبيع فى يد المشترى قبل الرؤية على قولنا بجواز بيع الغائب ففى انفساخ البيع وجهان كنظيره فى خيار الشرط وقد سبقت المسألة بفروعها فى مسائل خيار الشرط . ولو باعه قبل الرؤية لم يصح بلا خلاف ، بخلاف ما لو باعه فى زمن خيار الشرط فانه يصح على أصح الوجهين كما سبق فى موضعه ، لأنه يصير مجيزا للعقد ، وهنا لا تصح الإجارة قبل الرؤية على الصحيح كما سبق ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فـرع) لو رأى بعض الثوب وبعضه الآخر فى صندوق ، فطريقان (المذهب) وبه قطع الجمهور أنه على القولين فى بيع الغائب (والثانى)

باطل قطعا ، لأن ما رآه لا خيار فيه ، وما لم يره فيه الخيار ، والجمع بين الخيار وعدمه فى عين واحدة ممتنع ، والطريق الأول قول أبى إسحق والثانى حكاه الماوردى عن كثير من البصريين وغيرهم • ولو كان المبيع شيئين رأى أحدهما فقط ، فان أبطلنا بيع الغائب ففى صحة العقد فيهما القولان فيمن جمع فى صفقة واحدة مختلفى الحكم ، كالبيع والإجارة ، لأن ما رآه لا خيار فيه وما لم يره فيه الخيار (فان صححناه) وهو الأصح فله الرد فيما لم يره وإمساك ما رآه •

(المسألة الرابعة) إذا لم نجوز بيع الغائب فاشترى ما رآه قبل العقد ولم يره حال العقد فله ثلاثة أحوال (أحدها) أن يكون مما لا يتغير غالبا كالأرض والأواني والحديد والنحاس ونحوها ، أو كان لا يتغير فى المدة المتخللة بين العقد والرؤية ، صح البيع على المذهب ، ولا يجىء فيه الخلاف فى بيع الغائب هكذا قطع جماهير الأصحاب ، وشذ الأنماطى فأبطل البيع ، وهذا فاسد ، ودليل الجميع فى الكتاب ، قال الرويانى فى البحر : وقد ذكر أبو بكر البيهقى عن عبد العزيز بن مقلاص من تلامذة الشافعى أنه نقل عن الشافعى مثل قول الأنماطى (فاذا قلنا) بالمذهب فوجده كما رآه أولا فلا خيار له بلا خلاف ، لأنه ليس ببيع غائب ، وإن وجده متغيرا فالمذهب الذى قطع به الأصحاب أن البيع صحيح ، وله الخيار ، وحكى الغزالى فى الوسيط أنه يتبين بطلان البيع ليتبين ابتداء المعرفة حالة العقد والصواب الأول •

قال إمام الحرمين : وليس المراد بتغييره حدوث عيب ، فان خيار العيب لا يختص بهذه الصورة ، بل الرؤية بمنزلة الشرط فى الصفات الكائنة عند الرؤية فكل ما فات منها فهو كتبين الخلف فى الشرط فيثبت الخيار (الحال الثانى) أن يكون المبيع مما يتغير فى ذلك المدة غالبا فان رأى ما يسرع فساده من الأطعمة ثم اشتراه بعد مدة يتغير فيها فى العادة ،

فالبيع باطل لأنه بيع مجهول (الثالث) أن يمضى على المبيع بعد الرؤية يحتمل أن يبقى فيه ، ويحتمل أن لا يبقى ، ويحتمل أن يتغير فيه ، ويحتمل أن لا يتغير أو كان حيوانا فوجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) عنده وعند الأصحاب صحة العقد ، فعلى هذا إن وجده متغيرا فله الخيار ، وإلا فلا (والثانى) لا يصح قال المتولى : هو قول المزنى وأبى على ابن أبى هريرة ، وذكر الماوردى هذا الخلاف قولين ، قال : الأول نصه فى كتاب البيوع ، وبه قال أكثر الأصحاب والثانى أشار إليه فى كتاب الغصب ، واختاره المزنى والله سبحانه أعلم .

(فرع) إذا اختلفا فى هذه االأحوال فى التغير فادعاه المشترى ، وأنكره البائع ، فوجهان (الصحيح) المنصوص ، وبه قطع المصنف وكثيرون أن القول قول المشترى بيمينه ، لأن البائع يدعى عليه علمه بهذه الصفة ، فلم يقبل كادعائه اطلاعه على العيب (والثانى) حكاه الخراسانيون عن صاحب التقريب القول قول البائع بيمينه ، لأن الأصل عدم التغير ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فرع) قد ذكرنا أنه إذا سبقت رؤيته فله ثلاثة أحوال قال الماوردى : صورة المسألة أن يكون حال البيع متذكرا للأوصاف ، فان نسيها لطول المدة ونحوها فهو بيع غائب ، وهذا الذى قاله غريب ، ولم يتعرض له الجمهور .

(فرع) لو رأى بعض المبيع دون البعض وهو مما يستدل برؤية بعضه على الباقى صح البيع بلا خلاف ، قال أصحابنا : وذلك كصبرة الحنطة تكفى رؤية ظاهرها ، ولا خيار له إذا رأى بعد ذلك باطنها ، إلا إذا خالف ظاهرها ، قال المتولى : وحكى أبو سهل الصعلوكى قولا شاذا أنه لا يكفى رؤية ظاهر الصبرة بل يشترط أن يقلبها ليعرف باطنها ، والمذهب الأول ، وبه قطع الأصحاب وتظاهرت عليه نصوص الشافعى . قال

أصحابنا: وفى معنى الحنطة والشعير صبرة الجوز واللوز والدقيق ونحوها ، فلو رأى شيئا منها فى وعائه فرأى أعلاه أو رأى أعلى السمن والزيت والخل وسائر المائعات فى ظروفها ، كفى ذلك وصح البيع ، ولا يكون بيع غائب • ولو كانت الحنطة فى بيت مملوء منها فرأى بعضها من الكوة أو الباب ، كفى إن عرف سعة البيت وعمقه ، وإلا فلا ، وكذا حكم الحمد فى المحمدة إن رأى أعلاه وعرف سعتها وعمقها صح البيع وإلا فلا •

قال أصحابنا : ولا يكفى رؤية صبرة السفرجل والرمان والبطيخ ونحو ذلك ، بل يشترط رؤية كل واحد منها ، قالوا : ولا يكفى فى سلة العنب والتين والخوخ ونحو ذلك رؤية أعلاه لكثرة الاختلاف فيها بخلاف الحبوب (وأما) الثمر فان لم يلتزق بعض حباته ببعض فصبرته كصبرة الجوز واللوز فيصح بيعها ، وإن التزقت كقوصرة التمر[1] فوجهان حكاهما المتولى وآخرون (الصحيح) الاكتفاء برؤية أعلاها (والثانى) لا يكفى بل يكون بيع غائب وذكر الماوردى فيه طريقين من غير تفصيل اللازق وغيره (أحدهما) على قول بيع الغائب (وأصحهما) وهو قول جمهور الأصحاب ــ يصح قولا واحدا (وأما) القطن فى الأعدال فهل يكفى رؤية أعلاه ؟ فيه خلاف حكاه الصيمرى ، قال : والأشبه عندى أنه كقوصرة التمر ، وهذا هو الصحيح •

(فــرع) إذا رأى أنموذجا من المبيع منفصلا عنه ، وبنى أمر المبيع عليه ــ نظر إن قال : بعتك من هذا النوع كذا وكذا ــ فالمبيع باطل ، لأنه لم يعين مالا ــ ولم يراع شروط السلم ، ولا يقوم ذلك مقام الوصف فى السلم على الصحيح من الوجهين ، لأن الوصف يرجع إليه عند النزاع بخلاف هذا •وإن قال : بعتك الحنطة التى فى هذا البيت ، وهذا الأنموذج

---

(١) يسمى العامة فى الديار المصرية قوصرة التمر اللاصق بعضه ببعض عجوة . والعجوة عندنا نوع من أجود أنواع تمر المدينة أو هو أجودها . (ط)

منها ، فان لم يدخل الأنموذج فى البيع فوجهان (أصحهما) لا يصح البيع ، لأن المبيع غير مرئى وإن أدخله صح على أصح الوجهين ، كما لو رآه متصلا بالبـاقى • وإن شئت جمعت الصورتين فقلت : فيه ثلاثة أوجه (أحدها) الصحة (والثانى) البطلان (وأصحها) إن أدخل الأنموذج فى البيع صح ، وإلا فلا ثم صورة المسألة مفروضة فى المتماثلات والله سبحانه وتعالى أعلم •

(فـرع) إذا اشترى الثوب المطوى وصححناه ، فنشره واختار الفسخ ، ولم يحسن طيه وكان لطيه مؤنة ، قال القفال فى شرح التلخيص : وجبت مؤنة طيه على المشترى كما لو اشترى شيئا ونقله إلى بيته فوجد به عيبا ، فان مؤنة رده على المشترى •

(فـرع) قال أصحابنا : لا يصح بيع الشاة المذبوحة قبل السلخ بلا خلاف سواء جوزنا بيع الغائب أم لا ، سواء باع الجلد واللحم معا أو أحدهما ، ولا يجوز بيع الأكارع والرءوس قبل الإبانة ، وفى الأكارع وجه شاذ أنه يصح بيعها ويجوز بيعهما بعد الإبانة نيئة ومشوية ، وكذا المسموط نيئا ومشويا وفى النيىء احتمال لإمام الحرمين من حيث إنه مستور بالجلد ، والمذهب الصحة لأنه جلد مأكول فأشبه المشوى •

(فـرع) إذا رأى فصا لم يعـلم أنه جوهر أو زجاج فاشتراه ، فوجهان حكاهما المتولى (أحدهما) لا يصح البيع ، لأن مقصود الرؤية انتفاء الغرر ولم يحصل (وأصحهما) يصح لوجود العلم بعينه •

(فـرع) قال الرويانى : لو رأى أرضا وآجرا وطينا ثم بنى حماما فى تلك الأرض بذلك الآجر والطين ، فاشترى الحمام ولم يره وهو حمام ، فيحتمل أن يصح البيع ، لأن أكثر ما تغير الصفات ، وذلك لا يبطل البيع . ويحتمل أن لا يصح ، لأن الرؤية لم تحصل على العادة ، قال : وهـذا

أصح ، قال : وعلى هذا لو رأى رطبا ثم اشتراه تمرا لم يصح ، قلت : هذا الاحتمال الثانى هو الصواب ، لأن هذا غرر كبير تختلف به الأغراض ، هذا إذا لم يصح بيع الغائب .

(فـرع) قال الرويانى : قال القفال : يصح لو رأى سخلة فصارت شاة أو صبيا فصار رجلا ولم يره غير الرؤية الأولى ثم اشتراه ، ففيه قولا بيع الغائب ، وقال أبو حنيفة : يصح ولا خيار .

(فـرع) قال المـاوردى : إذا جوزنا بيع الغائب فتبايعاه بشرطه ، فهل العقد تام قبل الرؤية ؟ فيه وجهان (أحدهما) قاله أبو إسحق المروزى: ليس تاما ، لأن تمامه بالرضا به ، وقبل الرؤية لا يحصل الرضا ، فعلى هذا إن مات أحدهما بطل العقد ولم يقم وارثه مقامه ، لأن العقد الذى ليس بلازم يبطل بالموت ، وكذا لو جن أحدهما أو حجر عليه بسفه بطل العقد ، ولكل واحد منهما الفسخ قبل الرؤية (والثانى) وهو قول أبى على ابن أبى هريرة أن العقد تام ، ولهما خيـار المجلس ما لم يتفرقا ، فإن مات أحدهما لم يبطل العقد ، بل يقوم وارثه مقامه ، وإن جن أو حجر عليه قام وليه مقامه ، وليس لأحدهما الفسخ قبل الرؤية ، قال المـاوردى : وثبوت الخيار عند الرؤية ينبنى على هذا الخلاف ، فعند أبى إسحق أن خيـار المجلس عند الرؤية ، ويدوم ما لم يفارق المجلس ، قال : وله أن يشترط فى المجلس خيار الثلاث ، وتأجيل الثمن والزيادة فيه والنقصان منه ، وعند أبى على لا خيار له إلا بعيب ، وليس له شرط خيـار الثلاث ولا تأجيل الثمن ولا الزيادة فيه ولا النقص منه .

(فـرع) قال المـاوردى : بيع العين الغائبة بشرط نفى خيـار الرؤية باطل بلا خلاف (قال :) فأما بيع الحاضر بشرط خيار الرؤية كثوب فى سفط أو مطوى ، ففيه وجهان (أحدهمـا) أنه على القولين فى بيع الغائب ، لأنه أبعد من الغرر (والثانى) لا يصح قولا واحدا قال : وهو

قول أكثر أصحابنا وإليه أشار أبو إسحق وأبو على ابن أبى هريرة ، لأن الحاضر تمكن رؤيته ، فلا ضرورة إلى بيعه بشرط خيار الرؤية بخلاف الغائب ، هذا كلام الماوردى وذكر الرويانى مثله بحروفه إلا أنه ذكر فى بيع الغائب بشرط نفى خيار الرؤية وجها شاذا أنه يصح البيع ، ويلغو الشرط تخريجا من الخلاف فى البيع بشرط البراءة من العيوب .

(فرع) قال الماوردى : بيع الجزر والسلجم ـ وهو الذى يقال له فى دمشق اللفت[1] ـ والبصل ونحوها فى الأرض قبل قلعه بشرط خيار الرؤية فيه طريقان : (أحدهما) على القولين فى بيع الغائب (والثانى) لا يصح قولا واحدا ، قال : وهو قول سائر أصحابنا ، والفرق بينه وبين بيع الغائب من وجهين (أحدهما) أن الغائب يمكن وصفه بخلاف هذا (والثانى) أن الغائب إذا فسخ العقد فيه يرده المشترى كما كان بخلاف هذا .

(فرع) إذا جوزنا بيع الغائب فاشترى ثوبا غائبا فحضر ونشر بعضه ونظر إليه ، قال الرويانى : لا يبطل خياره حتى يرى جميعه .

(فرع) قال الرويانى : لو كان المبيع مضبوطا بخبر ففى بيعه طريقان (أحدهما) يصح (والثانى) فيه القولان فى بيع الغائب .

(فرع) قال أصحابنا : الاعتبار فى رؤية المبيع وعدمها بالعاقد ، فاذا وكل من يشترى له عينا ، فان رآها الوكيل حال العقد أو قبله ، واكتفينا بالرؤية السابقة ، صح البيع قولا واحدا ، سواء كان الموكل رآها أم لا ، ولا خيار إذا رآها بعد العقد ، وإن لم يرها الوكيل ، ولكن رآها الموكل ، فهو بيع غائب ، ففيه القولان .

---

(١) وكذلك يسمى فى مصر ولا يؤكل الا مخللا . (ط)

(فـرع) قال أصحابنا :لو كان الثوب على منسج قد نسج بعضه ، فباعه على أن ينسج البائع باقيه ، لم يصح البيع بلا خلاف ، ونص عليه الشافعى فى كتاب الصرف لعلتين .

(فـرع) إذا اشترى جبة محشوة ، ورأى الجبة دون الحشو ، صح البيع ، كما يصح بيع الدار وإن لم ير أساسها ، وقد نقل المازرى المالكى وغيره الإجماع على صحة بيع الجبة ، وقد ذكرناه فى أول هذا الباب .

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى بيع العين الغائبة .

قد ذكرنا أن أصح القولين فى مذهبنا بطلانه ، وبه قال الحكم وحماد ، وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد وابن المنذر وجمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم : يصح ، نقله البغوى وغيره عن أكثر العلماء ، قال ابن المنذر : فيه ثلاثة مذاهب (مذهب) الشافعى أنه لا يصح (والثانى) يصح البيع إذا وصفه ، وللمشترى الخيار ، إذا رآه ، سواء كان على تلك الصفة أم لا ، وهو قول الشعبى والحسن والنخعى والثورى وأبى حنيفة وغيره من أهل الرأى (والثالث) يصح البيع ، وللمشترى الخيار إن كان على غير ما وصف ، وإلا فلا خيار ، قاله ابن سيرين وأيوب السختيانى ومالك وعبيد الله بن الحسن وأحمد وأبو ثور وابن نصر ، قال ابن المنذر : وبه أقول .

واحتج لمن صححه بقوله تعالى : (وأحل الله البيع)[1] وهذا على عمومه إلا بيما منعه كتاب أو سنة أو إجماع وبحديث أبى بكر بن عبد الله ابن أبى مريم عن مكحول عن النبى ﷺ « قال : من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء تركه » وبحديث عمر بن إبراهيم

(١) من الآية ٢٧٥ من سورة البقرة .

ابن خالد عن وهب البكرى عن محمد بن سيرين عن أبى هريرة عن النبى ﷺ « قال : من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه » وبحديث عثمان وطلحة المذكور فى الكتاب وقد سبق بيانه قالوا : وقياسا على النكاح فانه لا يشترط رؤية الزوجين بالإجماع وقياسا على بيع الرمان والجوز واللوز فى قشره الأسفل ، وقياسا على ما لو رآه قبل العقد ، واحتج الأصحاب بحديثى أبى هريرة وابن عمر أن النبى ﷺ « نهى عن بيع الغرر » رواهما مسلم ، وهذا غرر ظاهر فأشبه بيع المعدوم الموصوف ، كحبل الحبلة وغيره ، وبحديث : « لا تبع ما ليس عندك » وسبق بيانه ، وقياسا على من باع النوى فى التمر .

(وأما) الجواب عن احتجاجهم بالآية الكريمة فهى عامة مخصوصة بحديث النهى عن بيع الغرر (والجواب) عن حديث مكحول فهو أنه حديث ضعيف باتفاق المحدثين وضعفه من وجهين (أحدهما) أنه مرسل لأن مكحولا تابعى (والثانى) أن أحد رواته ضعيف ، فان أبا بكر ابن أبى مريم المذكور ضعيف باتفاق المحدثين ، وكذا الجواب عن حديث أبى هريرة فانه أيضا ضعيف باتفاقهم وعمر بن إبراهيم بن خالد مشهور بالضعف ووضع الحديث . وممن روى هذين الحديثين وضعفهما الدارقطنى والبيهقى ، قال الدارقطنى : أبو بكر ابن أبى مريم ضعيف ، وعمر بن إبراهيم يضع الحديث قال : وهذا حديث باطل لم يروه غيره ، وإنما يروى هذا عن ابن سيرين من قوله .

(والجواب) عن قصة عثمان وطلحة وجبير بن مطعم أنه لم ينتشر ذلك فى الصحابة رضى الله عنهم (والصحيح) عندنا أن قول الصحابة ليس بحجة إلا أن ينتشر من غير مخالفة (والجواب) عن قياسهم على النكاح أن المعقود عليه هناك استباحه الاستمتاع ولا يمكن رؤيتها ، ولأن الحاجة تدعو إلى ترك الرؤية هناك لمشقتها غالبا .

(والجواب) عن قياسهم على الرمان والجوز أن ظاهرهما يقوم مقام باطنهما فى الرؤية ، كصبرة الحنطة ، ولأن فى استتار باطنها مصلحة لها كأساس الدار بخلاف بيع الغائب .

(والجواب) عن قياسهم على ما لو رآه قبل العقد أن المبيع هناك يكون معلوما للمشترى حال العقد ، بخلاف مسألتنا والله سبحانه وتعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن باع الأعمى او اشترى شيئا لم يره (فإن قلنا) إن بيع ما لم يره البصير لا يصح ، لم يصح بيع الأعمى وشراؤه (وإن قلنا) يصح ففى بيع الاعمى وشرائه وجهان (احدهما) يصح ، كما يصح من البصير فيما لم يره ، ويستنيب فى القبض والخيار كما يستنيب فى شرط الخيار (والثانى) لا يصح لأن بيع ما لم يره يتم بالرؤية وذلك لا يوجد فى حق الأعمى ، ولا يمكنه أن يوكل فى الخيار لانه خيار ثبت بالشرع ، فلا تجوز الاستنابة فيه كخيار المجلس بخلاف خيار الشرط) .

(الشرح) قال أصحابنا : المذهب بطلان بيع الأعمى وشرائه وهذا مختصره وتفصيله أنه إن لم نجوز بيع الغائب وشراءه لم يصح بيع الأعمى ولا شراؤه ، وإن جوزناه فوجهان (أصحهما) لا يجوز أيضا لأنه لا طريق له إلى رؤيته فيكون كبيع الغائب على أن لا خيار (والثانى) يجوز ، فيقام وصف غيره له مقام رؤيته ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد فان صححناه قال المتولى وغيره : يثبت له الخيار عند وصف السلعة له ، ويكون الوصف بعد العقد كرؤية البصير (فان قلنا) لا يصح بيعه وشراؤه لم تصح أيضا إجارته ورهنه وهبته ، وفى مكاتبته عبده وجهان حكاهما المتولى وآخرون (أصحهما) جوازه ، صححه المتولى تغليبا للعتق (والثانى) لا يجوز ، وبه قطع البغوى ، ويجوز أن يؤجر نفسه ، وللعبد الأعمى أن يشترى

نفسه ، وأن يقبل الكتابة على نفسه لعلمه بنفسه ، ويجوز أن يتزوج بلا خلاف .

وفى ثبوت ولايته فى النكاح وجهان مشهوران (أحدهما) لا يصح تزويجه (وأصحهما) يصح فعلى هذا إذا زوج وكان الصداق مالا معينا لم يثبت المسمى ، بل يجب مهر المثل وكذا لو جامع على مال معين (أما) إذا أسلم فى شىء أو أسلم إليه فان كان عمى بعد بلوغه سن التمييز صح السلم بلا خلاف ، لأنه يعرف الأوصاف ثم يوكل من يقبض عنه . ولا يصح قبضه بنفسه على أصح الوجهين ، لأنه لا تمييز بين المستحق وغيره ، فان خلق أعمى أو أعمى قبل التمييز فوجهان (أحدهما) لا يصح ، وهو الأصح عند المتولى (وأصحهما) عند العراقيين والجمهور من غيرهم الصحة ، وهو المنصوص أو ظاهر النص ، لأنه يعرف بالسماع . فعلى هذا إنما يصح إذا كان رأس المال موصوفا ، وعين فى المجلس ، فان كان معينا فى العقد فهو كبيعه العين والمذهب بطلانه .

قال أصحابنا : وكل ما لا يصح من الأعمى من التصرفات فطريقه أن يوكل وتحتمل صحة وكالته للضرورة ، وهذه المسألة مما ينكر على المصنف فى باب الوكالة من المهذب والتنبيه ، حيث قال : من لا يجوز تصرفه فيما يوكل فيه لا يجوز توكيله ، فالأعمى لا يصح بيعه وشراؤه ونحوهما على المذهب ويجوز توكيله فى ذلك بلا خلاف كما ذكرناه والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فرع) لو كان الأعمى رأى شيئا لا يتغير صح بيعه وشراؤه إياه إذا صححنا ذلك من البصير ، وهو المذهب كما سبق والله سبحانه أعلم .

(فرع) إذا ملك الأعمى شيئا بالسلم أو الشراء حيث صححناه ، لم يصح قبضه ذلك بنفسه ، بل يوكل بصيرا يقبضه له بتلك الأوصاف ،

فلو قبضه الأعمى لم يعتد به ، قال المتولى : ولو اشترى البصير شيئا ثم عمي قبل قبضه ، وقلنا لا يصح شراء الأعمى فهل ينفسخ هذا البيع ؟ فيه وجهان كما إذا اشترى الكافر كافرا فأسلم العبد قبل القبض ، قلت : الأصح لا يبطل •

(فرع) الأعمى يخالف البصير فى مسائل كثيرة (إحداها) لا يجتهد فى الأوانى والثياب فى قول (الثانية) يكره أن يكون مؤذنا راتبا إلا مع بصير ، كابن أم مكتوم مع بلال (الثالثة) لا يجتهد فى القبلة (الرابعة) لا جمعة عليه إذا لم يجد قائدا (الخامسة) البصير أولى منه بغسل الميت (السادسة) لا حج عليه إذا لم يجد قائدا (السابعة) تكره ذكاته كراهة تنزيه بلا خلاف ولا يحل صيده بارساله كلبا أو سهما فى أصح الوجهين (الثامنة) لا يصح بيعه وشراؤه وإجارته ورهنه وهبته ومساقاته ونحوها من المعاملات على المذهب الصحيح (العاشرة) لا يجوز كونه وصيا فى وجه (الحادية عشرة) لا تجوز مكاتبته عبده فى أحد الوجهين (الثانية عشرة) لا يكون وليا فى النكاح فى وجه (الثالثة عشرة) لا يجزىء فى الكفارة (الرابعة عشرة) لا تؤخذ عين البصير بعينه (الخامسة عشرة)لا يكون سلطانا (السادسة عشرة) لا جهاد عليه (السابعة عشرة) لا يكون قاضيا (الثامنة عشرة) لا تقبل شهادته إلا فيما تحمله قبل العمى أو العمى أو بالاستفاضة أو على من تعلق به •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(إذا راى بعض المبيع دون بعض — نظرت فان كان مما لا تختلف اجزاؤه كالصبرة من الطعام ، والجرة من الدبس — جاز بيعه ، لان لرؤية البعض يزول غرر الجهالة ، لأن الظاهر ان الباطن كالظاهر ، وإن كان مما يختلف نظرت فان كان مما يشق رؤية باقية كالجوز فى القشر الأسفل جاز بيعه ، لأن رؤية الباطن تشق فسقط اعتبارها كرؤية أساس الحيطان ، وإن لم تشق رؤية الباقى كالثوب المطوى ، ففيه طريقان « من » اصحابنا من قال : فيه

قولان كبيع ما لم ير شيئا منه (ومنهم) من قال : يبطل البيع قولا واحدا لأن ما رآه لا خيار فيه ، وما لم يره فيه الخيار وذلك لا يجوز فى عين واحدة) .

(الشرح) هذا الفصل سبق بيانه قريبا فى الفروع السابقة . والله سبحانه أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واختلف اصحابنا فى بيع الباقلاء فى قشريه فقال أبو سعيد الاصطخرى : يجوز لأنه يباع فى جميع البلدان من غير إنكار (ومنهم) من قال : لا يجوز وهو المنصوص فى الأم ، لأن الحب قد يكون صغارا ، وقد يكون كبارا وقد يكون فى بيوته ما لا شىء فيه ، وقد يكون فيه حب متغير ، وذلك غرر من غير حاجة ، فلم يجز . واختلفوا ايضا فى بيع نافجة المسك فقال أبو العباس: يجوز بيعها ، لأن النافجة فيها صلاح للمسك ، لأن بقاءه فيها أكثر ، فجاز بيعه فيها ، كالجوز فى القشر الأسفل ، ومن اصحابنا من قال ، لا يجوز . وهو ظاهر النص ، لأنه مجهول القدر ، مجهول الصفة ، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز واختلفوا فى بيع الطلع فى قشره ، فقال أبو إسحق : لا يجوز بيعه ، لأن المقصود مستور بما لا يدخر فيه ، فلم يصح بيعه كالثمر فى الجراب وقال ابو على ابن أبى هريرة : يجوز لأنه مستور بما يؤكل معه من القشر ، فجاز بيعه فيه كالقثاء والخيار . واختلف قوله فى بيع الحنطة فى سنبلها (فقال) فى القديم : يجوز ، لما روى أنس « أن النبى ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسود ، وعن بيع الحب حتى يشتد » (وقال) فى الجديد : لا يجوز لأنه لا يعلم قدر ما فيها من الحب ولا صفة الحب ، وذلك غرر لا تدعو الحاجة إليه فلم يجز) .

(الشرح) حديث أنس رواه أبو داود والترمذى وابن ماجه وآخرون بأسانيد صحيحة ، قال الترمذى : هو حديث حسن . وفى الباقلا لغتان سبقتا فى أول كتاب الطهارة التخفيف مع المد ، والتشديد مع القصر (وقوله :) غرر من غير حاجة ، احتراز من أساس الدار ومن السلم . ونافجة المسك ــ بالنون والفاء والجيم ــ وهى ظرفه الذى يكون فيه من

أصله ، والجراب ــ بكسر الجيم وفتحها ــ الكسر أفصح والقثاء ــ بكسر القاف وضمها ــ الكسر أفصح • وهو ممدود •

(اما الأحكام) ففيها مسائل :

(إحداها) يجوز بيع الباقلا فى القشر الأسفل بلا خلاف ، وسواء كان أخضر أو يابسا وأما بيعه فى قشره الأعلى والأسفل ــ فان كان يابسا ــ لم يجز على قولنا بمنع بيع الغائب فان جوزناه جاز ، هكذا صرح به إمام الحرمين والبغوى والجمهور • وحكى المتولى وجها أنه يصح إن منعنا بيع الغائب ، وهذا شاذ ضعيف ، لأنه مستور بما لا يحتاج إلى بقائه فيه ، ولا حاجة إلى شرائه كذلك • وإن كان رطبا ففيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أحدهما) وهو قول الاصطخرى يجوز ، وادعى إمام الحرمين والغزالى أن الأصح صحته ، لأن الشافعى رضى الله عنه أمر أن يشترى له الباقلا الرطب (والثانى) لا يجوز ، وهو المنصوص فى الأم كما ذكره المصنف والأصحاب وهذا هو الأصح عند البغوى وآخرين وقطع به المصنف فى التنبيه •

(الثانية) فى بيع طلع النخل مع قشره وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) جوازه وهو قول أبى على ابن أبى هريرة •

(الثالثة) المسك طاهر ، ويجوز بيعه بلا خلاف ، وهو إجماع المسلمين ، نقل جماعة فيه الإجماع ، ونقل صاحب الشامل وآخرون عن بعض الناس أنه نجس لا يجوز بيعه ، قال الماوردى : هو قول الشيعة . قالوا : لأنه دم ، ولأنه منفصل من حيوان حى ، وما أبين من حى فهو ميت ، وهذا المذهب خلط صريح وجهالة فاحشة ، ولولا خوف الاغترار به لما تجاسرت على حكايته . وقد تظاهرت الأحاديث الصحيحة عن عائشة

وغيرها من الصحابة أنهم رأوا وبيص [1] المسك فى مفارق رسول الله ﷺ وانعقد إجماع المسلمين على طهارته وجواز بيعه (وأما) قوله : إنه دم فلا يسلم ولو سلم لم يلزم منه نجاسته فانه دم غير مسفوح كالكبد والطحال .

(وأما) قوله : منفصل من حيوان حى فأجاب الأصحاب عنه بجوابين (أحدهما) أن الظبية تلقيه كما تلقى الولد ، وكما يلقى الطائر البيضة ، فيكون طاهرا كولد الحيوان المأكول وبيضه ، ولأنه لو كان من حيوان لا يؤكل لم يلزم من ذلك نجاسته ، فان العسل من حيوان لا يؤكل وهو طاهر حلال بلا شك (والجواب الثانى) أن هذا قياس منابذ للسنة ، فلا يلتفت إليه والله سبحانه وتعالى أعلم .

(وأما) بيع المسك فى فأرته ، وهى نافجته ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يجوز مطلقا ، قاله ابن سريج لما ذكره المصنف (والثانى) إن كانت مفتوحة وشاهد المسك فيها ولم يتفاوت ثمنها صح البيع وإلا فلا ، وبه قطع المتولى وصاحب البيان (والثالث) وهو الصحيح لا يصح بيعه فيها مطلقا ، سواء بيع معها أو دونها ، مفتوحة وغير مفتوحة ، كما لا يصح بيع اللحم فى الجلد ، وهذا هو المنصوص ، ولو رأى المسك خارج الفأرة ثم رده إليه وباعه فيها وهى مفتوحة الرأس صح البيع قطعا ، وإن كانت غير مفتوحة فقد قالوا : فيه القولان فى بيع الغائب ، وهذا محمول على أنه مضى عليه زمن يتغير فيه غالبا ، وإلا فيصح قولا واحدا لأنه قد رآه ، قال أصحابنا : ولو باع المسك المخلوط بغيره لم يصح قولا واحدا ، لأن المقصود مجهول كما لا يصح بيع اللبن المخلوط بالماء ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

---

(١) وبيض كجريق وزنا ومعنى وهو اللمعان . ط

(فـرع) قال المـاوردى : وأما الزباد فهو لبن سنور . يكون فى البحر ، قال : ولأصحابنا فى جواز بيعه وجهان ، إذا قلنا بنجاسة ما لا يؤكل لحمه (أحدهما) نجس ، لا يجوز بيعه (والثانى) طاهر ويجوز بيعـه كالمسك ، هذا كلام المـاوردى ، والصواب طهارته وصحة بيعـه ، لأن الصحيح حل لحم كل حيوان البحر ، وحل لبنه كما سبق فى بابه ، وقد سبقت هذه المسألة فى باب إزالة النجاسة .

(فـرع) قال أصحابنا : لا يجوز بيع اللبن والخل ونحوهما إذا كان مخلوطا بالمـاء ، لأن المقصود مجهول .

(فـرع) اتفق أصحابنا على أنه لو باع المسك المختلط بغيره لم يصح ، لأن المقصـود مجهول . كما لا يصح بيع اللبن المختلط بالمـاء ، والمراد إذا خالط المسك غيره لا على وجه التركيب ـ فان كان معجونا مع غيره كالغالية والند ـ جاز بيعه . ولم يجز السلم فيه .

(فـرع) اتفق أصـحابنا على أنه لا يجوز بيع تراب المعدن قبل تصفيته . وتمييز الذهب والفضة منه ، وكذا تراب الصاغة . سواء باعه بذهب أم بفضه أم بغيرهما . هذا مذهبنا ، وقال الحسن والنخعى وربيعة والليث : يجوز بيع تراب الفضة بالذهب ، وبيع تراب الذهب بالفضة ، وقال مالك : يجوز بيع تراب المعدن بما يخالفه بالوزن إن كان ذهبا ووافقنا أنه لا يجوز بيع تراب الصـاغة بحال ، دليلنا أن المقصود مستور بمـا لا مصلحة له فيه العادة ، فلم يصح بيعه فيـه كبيع اللحم فى الجلد بعد الذبح . وقبل السلخ .

(المسألة الرابعة) قال أصحابنا : يشترط ظهور المقصود فى بيع الثمرة والزرع ونحو ذلك ، فاذا باع ثمرة لا كمام لها كالتين والعنب والكمثرى والمشمش والخوخ والأجاص ونحو ذلك صح البيع بالإجماع . سواء باعها

على الأرض أو على الشجر ، لكن يشترط فى بيعها على الشجر كونه بعد بدو الصلاح ، أو يشترط القطع ، قال أصحابنا : ولو باع الشعير أو الذرة أو السلت مع سنبله جاز قبل الحصاد وبعده بلا خلاف ، لأن حباته ظاهرة ، ولو كان للثمر والحب كمام لا يزال إلا عند الأكل كالرمان ونحوه والعلس ، جاز بيعه فى كمامه أيضا بلا خلاف (وأما) ماله كمامان يزال أحدهما ويبقى الآخر إلى وقت الأكل كالجوز واللوز والرانج فيجوز بيعه فى القشر الأسفل بلا خلاف ، ولا يجوز فى القشر الأعلى ، لا على الأرض ولا على الشجر ، لا رطبا ولا يابسا ، وفى قول ضعيف حكاه الخراسانيون يجوز ما دام رطبا والمذهب البطلان مطلقا .

(أما) ما لا يرى حبه فى سنبله كالحنطة والعدس والحمص والسمسم والحبة السوداء فما دام فى سنبله لا يجوز بيعه منفردا عن سنبله بلا خلاف ، كما لا يجوز بيع تراب الصاغة والمعدن ، قال أصحابنا : ولو باع الحنطة لم يصح بلا خلاف لما ذكرناه (أما) إذا باع هذا النوع مع سنبله فقولان مشهوران ، ذكرهما المصنف بدليلهما (الأصح) الجديد : لا يصح بيعه (والقديم) صحته وفى الأرز طريقان (المذهب) صحة بيعه فى سنبله كالشعير ، ولأنه يدخر فى قشره فأشبه العلس وبهذا الطريق قال ابن القاص وأبو على الطبرى والأكثرون ، وصححه القاضى أبو الطيب وصاحب الشامل والرافعى (والثانى) فيه القولان كالحنطة ، قاله الشيخ أبو حامد والله تعالى أعلم .

(فرع) لا يجوز بيع الجزر والثوم والبصل والفجل والسلق فى الأرض ، لأن المقصود مستور ، ويجوز بيع أوراقها الظاهرة بشرط القطع ، ويجوز بيع القنبيط فى الأرض لظهوره ، وكذا نوع من الشلجم يكون ظاهرا ، وهو بالشين المعجمة والجيم ــ والقنبيط بضم القاف وفتح النون المشددة ــ كذا هو فى صحاح الجوهرى وغيره ، وقد سبقت هذه المسألة قريبا .

(فـرع) قال أصحابنا : يجوز بيع اللوز فى الأعلى قبل انعقـاد الأسفل ، لأنه مأكول كله كالتفاح •

(فـرع) حيث قلنا ببطلان البيع فى هذه الصورة السابقة فهل هو تفريع على بطلان بيع الغائب ؟ فيه طريقـان سبقا عن حكاية المـاوردى (أحدهما) وبه قطع إمام الحرمين هو مفرع عليه ، فان جوزنا بيع الغائب صح البيع فى كل هذه الصور (والطريق الثانى) وبه قطع البغوى فى بيع الجزر ونحوه ليس هو مفرعا عليه ، بل هو باطل على القولين ، لأن فى بيع الغائب يمكن رد المبيع بعد العقد بصفته ، وهنا لا يمكن ، وهـذا الطريق هو الأصح ، وقد سبق عن المـاوردى أنه نقله عن جمهور أصحابنا ، وسبق إيضاح الفرق •

(فـرع) إذا قلنا بالبطلان فى هذه الصور فباع الجوز مثلا فى قشره الأعلى مع الشجر ، أو باع الحنطة فى سنبلها مع الأرض فطريقان (أحدهما) يبطل البيع فى الجوز والحنطة ، وفى بطلانه فى الشجر والأرض قولا تفريق الصفقة (وأصحهما) القطع بالبطلان فى الجميع ، للجهل بأحد المقصودين ، وتعذر التوزيع ، ولو باع أرضا مبذورة مع البذر فوجهان مشهوران ، وقد ذكرهما المصنف فى باب بيع الأصول والثمار (أحدهما) يصح فى الأرض وفى البذر تبعا لها (والثانى) وهو الصحيح باتفاق الأصحاب بطلان البيع فى البذر ، ثم فى الأرض الطريقان ، قال الرافعى : ومن قال بالصحة لا يقول بالتوزيع ، بل يوجب جميع الثمن بناء على قولنا بالضعيف فى تفريق الصفقة أنه يأخذ بجميع الثمن ، والله سبحانه أعلم •

(فـرع) ثبتت الأحاديث الصحيحة أن رسـول الله ﷺ « نهى عن المحاقلة » قال العلماء : المحاقلة بيع الحنطـة فى سنبلها بكيل معلوم من الحنطة ، واتفق العلماء على بطلانها ، وله علتان مع الحديث (إحداهما)

أنه بيع حنطة وتبن بحنطة ، وذلك ربا (والثانية) أنه بيع حنطة فى سنبلها فلو باع شعيرا فى سنبله بحنطة خالصة صافية وتقابضا فى المجلس جاز بلا خلاف ، ولو باع زرعا قبل ظهور حبه بحب من جنسه صح البيع بلا خلاف ، لأن الحشيش ليس ربويا .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى بيع الحنطة فى سنبلها ، ذكرنا أن الصحيح فى مذهبنا بطلانه ، وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد : يصح ، دليلنا ما ذكره المصنف .

(فرع) فى مذاهبهم فى بيع الجزر والبصل والثوم والشلجم والفجل وهو غائب فى منبته ، قد ذكرنا أن مذهبنا المشهور بطلان بيعه ، وحكاه ابن المنذر عن الشافعى وأحمد ، قال : وأجازه مالك والأوزاعى وإسحق ، قال ابن المنذر : وببطلانه أقول ، لأنه غرر .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز بيع مجهول القدر ، فان قال : بعتك بعض هذه الصبرة لم يصح البيع لحديث أبى هريرة رضى الله عنه : «ان النبى ﷺ نهى عن بيع الغرر» وفى بيع البعض غرر ، لأنه يقع على القليل والكثير ، ولأنه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بقدر المبيع كالسلم ، وإن قال : بعتك هذه الصبرة ، جاز وإن لم يعرف قفزانها ، وإن قال : بعتك هذه الدار او هذا الثوب جاز ، وإن لم يعرف ذرعانهما لأن غرر الجهالة ينتفى عنهما بالمشاهدة قال الشافعى : واكره بيع الصبرة جزافا لأنه يجهل قدرها على الحقيقة ، وإن قال : بعتك ثلثها او ربعها، او بعتكها إلا ثلثها أو ربعها جاز ، لأن من عرف الشىء عرف ثلثه أو ربعه ، وما يبقى بعدهما، وإن قال: بعتك هذهالصبرة إلا قفيزا منها أو هذه الدار، أو هذا الثوب إلا ذراعا منه ــ نظرت ــ فإن علما مبلغ قفزان الصبرة وذرعان الدار والثوب ــ جاز ، لأن المبيع معلوم ، وإن لم يعلما ذلك لم يجز ، لما روى جابر : « أن النبى ﷺ نهى عن بيع الثنيا » ولأن المبيع هو الباقى بعد القفيز والذراع ، وذلك مجهول .

وإن قال : بعتك عشرة أقفزة من هذه الصبرة جاز ، لأنها معلومة القدر والصفة ، فإن اختلفا فقال البائع : أعطيك من أسفلها ، وقال المشترى : من اعلاها فالخيار إلى البائع فمن أى موضع أعطاه جاز لأنه أعطاه من الصبرة ، وإن قال : بعتك عشرة اذرع من هذه الدار ، او عشرة اذرع من هذا الثوب ، فإن كانا يعلمان مبلغ ذرعان الدار والثوب ، وانها مائة ذراع صح البيع فى عشرها لان العشرة من المائة عشرها ، فلا فرق بين ان يقول بعتك عشرها ، وبين أن يقول بعتك عشرة من مائة ذراع منها ، وإن لم يعلما مبلغ ذرعان الدار والثوب لم يصح ، لأنه إن جعل البيع فى عشرة اذرع مشاعة لم يعرف قدر المبيع أنه عشرها او ثلثها او سدسها .

وإن جعل البيع فى عشرة اذرع من موضع بعينه لم يعرف صفة المبيع ، فإن اجزاء الثوب والدار تختلف ، وقد يكون بعضها اجود من بعض ، وإن قال: بعتك عشرة اذرع ابتداؤها من هذا المكان ، ولم يبين المنتهى ، ففيه وجهان (احدهما) لا يصح ، لأن اجزاء المبيع مختلفة ، وقد ينتهى إلى موضع يخالف موضع الابتداء (والثانى) أنه يصح لأنه يشاهد السمت ، وإن بين الابتداء والانتهاء صح فى الدار (وأما) فى الثوب فإنه إن كان مما لا ينقص قيمته بالقطع فهو كالدار ، وإن كان مما ينقص لم يصح لأنه شرط إدخال نقص عليه فيما لم يبع من الثوب ، ومن اصحابنا من قال : يصح لأنه رضى بما يدخل عليه من الضرر) .

(الشرح) حديث أبى هريرة رضى الله عنه فى النهى عن بيع الغرر صحيح رواه مسلم وسبق بيانه ، وحديث جابر المذكور فى الكتاب أن النبى ﷺ « نهى عن بيع الثنيا » رواه مسلم فى صحيحه هكذا من رواية الترمذى والنسائى وزاد « نهى عن بيع الثنيا إلا أن يعلم » قال الترمذى : هو حديث حسن صحيح ، وهذه الزيادة التى ذكرها الترمذى والنسائى حسنة ، فانها مبينة لرواية مسلم المذكورة فى الكتاب ، وقد سبق بيان القفيز وأن الذراع تؤنث وتذكر ، والتأنيث أفصح وقوله : (لأنه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بقدره) احتراز من شرط الثواب فى الهبة على أحد القولين ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(**أما الأحكام**) فقال الشافعي والأصحاب رحمهم الله : يشترط العلم بمقدار المبيع وهذا لا خلاف فيه للحديث الصحيح « أن النبيﷺ نهى عن بيع الغرر » فلو قال بعتك بعض هذه الصبرة أو بعض العبد أو الثوب ونحوه لم يصح بلا خلاف ، لأنه يقع على القليل والكثير (أما) إذا قال : بعتك صاعا من هذه الصبرة فله حالان (أحدهما) أن يعلما مبلغ صيعانها ، فيصح البيع بلا خلاف ، وينزل على الإشاعة ، فاذا كانت الصبرة مائة صاع فالمبيع عُشْرُ عُشْرِها ، فلو تلف بعضها تلف بقدره من المبيع ، هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور وحكى إمام الحرمين فى تنزيله وجهين (أحدهما) هذا (والثانى) المبيع صاع من الجملة غير مشاع ، أى صاع كان ، وعلى هذا قالوا : يبقى المبيع ما بقى صـــاع ، ولو تلف بعضها لم يقسط على المبيع وغيره •

(الحال الثانى) إن كانا لا يعلمان أو أحدهما مبلغ صيعانها فوجهان (أحدهما) وهو اختيار القفال لا يصح البيع كما لو فرق صيعانها ، وقال : بعتك صاعا منها ، فانه لا يصح على المذهب ، وبه قطع الأصحاب إلا القاضى أبا الطيب فصححه ، وسبق نقله عنه (والوجه الثانى) يصح ، وهو المذهب المنصوص ، وبه قطع المصنف وسائر العراقيين ، وطوائف من غيرهم ، لأن المبيع معلوم القدر ، فصار كالبيع بدرهم مطلقا ، فانه يصح وينزل على النقد الغالب ، ولا يشترط أن يبين صفة الدرهم ولا وزنه ، لكونه معروفا وكذا الصاع ، وفى فتاوى القفال أنه كان إذا سئل عن هذه المسألة يفتى بالصحة مع أنه يعتقد البطلان ، فيقال له فيقول : المستفتى يستفتينى عن مذهب الشافعى رضى الله عنه لا عن اعتقادى •

(فاذا قلنا) بالمذهب وهو الصحة فالمبيع صاع منها ، أى صاع كان . فلو تلف جميعها إلا صاعا تعين العقد فيه ، والبائع بالخيار إن شاء سلم صاعا من أعلاها ، وإن شاء من أسفلها ، وإن شاء من جوانبها ، ولا يضر

كون باطن الصبرة غير مرئى ، لأن رؤية ظاهر الصبرة كرؤية كلها ، وهذا الذى ذكرناه من أنه إذا تلفت إلا صاعا واحدا تعين العقد هو المذهب ، وبه قطع الجمهور منهم إمام الحرمين والرويانى والرافعى ، وقال صاحبا العدة والبيان : لا يتعين خلافا لأبى حنيفة ، بل يكون مشتركا ، وهذا شاذ باطل ، والصواب الأول قال الرويانى : فلو تلفت كلها إلا بعض صاع يسلمه إلى المشترى إن رضيه وسقط من الثمن بقدر ما فات من الصاع والله سبحانه أعلم .

(فرع) قال الشافعى والأصحاب لو قال : بعتك هذه الصبرة إلا صاعا منها فان كانت مجهولة الصيعان لم يصح البيع لأن المبيع مجهول القدر ، وليس متميزا حتى تكفى فيه المشاهدة ، وإن كانت معلومة الصيعان صح البيع ونزل على الإشاعة كما سبق ، فان كانت عشرة آصع كان المبيع تسعة أعشارها ، واحتج القفال فيما إذا كانت مجهولة بأنه لا يصح بيع صاع من صبرة كما حكينا عن اختياره ، قال الغزالى فى الوسيط فى توجيه قول القفال : أى فرق بين استثناء المعلوم من المجهول ؟ والمجهول من المعلوم ؟ والإبهام يعمهما ، قال : وفى الفرق غموض واعترض على الغزالى فى هذا بأنه ليس فيه غموض لأن المبيع معلوم المقدار فى مسألة بيع صاع من الصبرة ، بخلاف الصبرة إلا صاعا ، والله سبحانه أعلم .

(فرع) إذا باع الصبرة من الحنطة أو الشعير أو الجوز أو غير ذلك جزافا ولم يعلم واحد منهما قدرها كيلا ولا وزنا ، ولكن شاهداها فالبيع صحيح بلا خلاف عندنا ، ويكفى رؤية ظاهرها لأن الظاهر أن أجزاءها متساوية ، ويشق تقليبها والنظر إلى جميع أجزائها بخلاف الثوب المطوى . قال الشافعى والأصحاب : وكذا لو باع بصبرة من الدراهم جزافا لا يعلم واحد منهما قدرها ، لكنها مشاهدة لهما صح البيع بلا خلاف عندنا ، لكن هل يكره بيع الصبرة جزافا ؟ والبيع بصبرة الدراهم جزافا ؟

فيه قولان حكاهما الخراسانيون (أصحهما) يكره ، وبه قطع المصنف وآخرون • لما فيه من الغرر (والثانى) لا يكره لأنها مشاهدة ، وممن حكى القولين من العراقيين صاحب البيان ونقل أصحابنا عن مالك أنه قال : إذا علم البائع كيل الصبرة ولم يبينه بطل البيع •

(فرع) إذا باعه نصف هذه الصبرة أو ثلثها أو ربعها أو عشرها أو غير ذلك من أجزائها المعلومة أو باعها إلا نصفها أو ربعها أو غير ذلك من أجزائها المعلومة صح البيع بلا خلاف (أما) إذا قال : بعتك بعض هذه الصبرة أو نصيبا منها أو أجزاء أو سهما أو ما شئت ، ونحو هذا من العبارات التى ليس فيها قدر معلوم ، فالبيع باطل بلا خلاف ، لأنه غرر ، ولو قال : بعتك هذه الصبرة وهى عشرة أقفزة على أن أنقصك قفيزا منها جاز ، لأنه باعه تسعة أعشارها • ولو قال : بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم ، أو هذا الثوب كل ذراع بدرهم ، أو هذه الأغنام كل شاة بدرهم ، صح البيع فى الجميع كما ذكرنا ، ولا تضر جهالة جملة الثمن لأن الثمن معلوم التفصيل ، والمبيع معلوم بالمشاهدة فانتفى الغرر هذا هو المذهب ، وبه قطع الأصحاب فى طرقهم • وحكى الدارمى والرافعى وجها لأبى الحسين ابن القطان أنه لا يصح البيع فى شىء من ذلك ، وهذا شاذ ضعيف •

ولو قال : بعتك من هذه الصبرة كل قفيز بدرهم لم يصح ، لأن من للتبعيض ولفظ كل للعدد ، فيصير كأنه قال : بعتك أقفزة من هذه الصبرة ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور • وفيه وجه ضعيف لابن سريج أنه يصح فى صاع واحد بدرهم ، حكاه عنه الرويانى وآخرون وحكاه الدارمى ، كما قال فى نظيره فى الإجارة إذا قال : أجرتك من هذه الصبرة كل شهر بدرهم أنه يصح فى الشهر الأول بدرهم • ونقل إمام الحرمين فى كتاب الإجارة عن الأصحاب أنهم قالوا : إذا قال : بعتك كل صاع من هذه الصبرة بدرهم لم يصح البيع ، لأنه لم يضف إلى جميع الصبرة ،

بخلاف ما لو قال : بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم قال : وكان ينبغى أن يفرق فيقال : إن قال : بعتك كل صاع من هذه الصبرة بدرهم بطل على المذهب ، ويصح قول ابن سريج فى صاع واحد ، قال : وكذلك يفرق فى الإجارة ، وقد قال بهذا الشيخ أبو محمد الجوينى ، فسوى بين قوله : بعتك كل صاع من هذه الصبرة بدرهم ، وبين قوله : بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم ، فصحح البيع فى الصورتين فى جميع الصبرة ، والمذهب الذى قطع به الجمهور الفرق وهو صحته فى : بعتك الصبرة كل صاع بدرهم ، وبطلانه فى : بعتك كل صاع من هذه الصبرة بدرهم ، والله سبحانه أعلم .

(أما) إذا قال : بعتك عشرة من هذه الأغنام بمائة درهم ، وعلم عدد الشياه فلا يصح البيع بلا خلاف ، بخلاف مثله فى الصبرة والثوب والأرض فانه يصح البيع وينزل على الإشاعة لأن قيمة الشياه تختلف . ولو قال : بعتك هذه الصبرة بعشرة دراهم كل صاع بدرهم ، أو قال مثله فى الأرض أو الثوب نظر ــ إن خرج المبيع كما ذكر ــ صح البيع ، وإن كان زائدا أو ناقصا فقولان مشهوران (أصحهما) لا يصح البيع لتعذر الجمع بين الأمرين (والثانى) يصح لوجود الإشارة إلى الصبرة ويلغو الوصف ، فعلى هذا إن خرج ناقصا فللمشترى الخيار ، فان أجاز فوجهان (أصحهما) يخير بقسط الموجود ، لأنه قابل كل صاع بدرهم (والثانى) يخير بجميع الثمن لأنه قابل الجملة به ، وإن خرج زائدا فلمن تكون الزيادة ؟ فيه وجهان (أصحهما) للمشترى ، فعلى هذا لا خيار له قطعا ، ولا للبائع على أصح الوجهين (والثانى) يكون للبائع ، فعلى هذا لا خيار له وفى ثبوته للمشترى وجهان (أصحهما) ثبوته ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فرع) لو كانت الصبرة على موضع من الأرض فيه ارتفاع وانخفاض فباعها وهى كذلك ، أو باع السمن أو نحوه فى ظرف مختلف

الأجزاء رقة وغلظا ، ففيه ثلاثة طرق (أصحها) أن فى صحة البيع قولى بيع الغائب ، لأنه لم يحصل رؤية تفيد المعرفة (والثانى) القطع بالصحة (والثالث) القطع بالبطلان وهذا ضعيف ، قال الرافعى : وهو ضعيف وإن كان منسوبا إلى المحققين (فان قلنا) بالصحة فوقت الخيار هنا معرفة مقدار الصبرة أو التمكن من تخمينه برؤية ما تحتها (وإن قلنا) بالبطلان فلو باع الصبرة والمشترى يظنها على أرض مستوية ، فبان تحتها دكة ؛ فهل يتبين بطلان البيع ؟ فيه وجهان (أصحهما) لا ، بل هو صحيح ، وللمشترى الخيار كالعيب والتدليس ، وبهذا قطع صاحب الشامل وغيره (والثانى) يبطل ، وهو اختيار الشيخ أبى محمد لأن معرفة المقدار تخمينا أو تحقيقا شرط ، وقد تبينا فواتها .

(فرع) قال أصحابنا : إذا قال : بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم على أن أزيدك صاعا ، فان أراد بذلك هبة فباع لم يصح ؛ لأنه شرط عقد فى عقد ، وإن أراد بيعه فباع آخر من غير الصبرة لم يصح ، لأنه إن كان الصاع مجهولا فهو بيع مجهول ، وإن كان معلوما لم يصح إذا كانت الصبرة مجهولة الصيعان ، لأنا نجهل تفصيل الثمن وجملته . وإن أراد أنه يزيده صاعا من هذه الصبرة ، وأنها إن خرجت عشرة آصع كان الثمن تسعة دراهم ، فينظر إن كانت الصبرة مجهولة الصيعان لم يصح البيع بلا خلاف ، لأنه لا يعلم حصة كل صاع .

وإن كانت معلومة الصيعان فوجهان مشهوران فى كتب العراقيين حكاهما الشيخ أبو حامد ومتابعوه وغيرهم (أصحهما) يصح ، وبهذا قطع إمام الحرمين والغزالى والبغوى والرافعى ومعظم الخراسانيين ، وإذا كانت عشرة آصع فقد باعه كل صاع وتسع صاع بدرهم (والثانى) لا يصح ، رجحه الشيخ أبو حامد والرويانى ، وادعى الرويانى أن العراقيين كلهم جزموا به سوى القاضى أبى الطيب ، وغلط فى هذه الدعوى فالخلاف

مشهور فى ذلك فى كتب العراقيين كالشيخ أبى حامد والماوردى والمحاملى وغيرهم ، والمذهب الصحة •

وإن قال : بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم على أن أنقصك صاعا فان أراد رد صاع إليه ــ فالبيع باطل ، وإن أراد أنها إن خرجت تسعة آصع أخذت منك عشرة دراهم ، فان كانت الصيعان مجهولة ، لم يصح البيع بلا خلاف وإن كانت معلومة فوجهان (الصحيح) الذى قطع به العراقيون والجمهور وغيرهم صحة البيع ، فاذا كانت تسعة آصع فقد باع كل صاع بدرهم وتسع (والثانى) لا يصح لقصور العبارة عن الحمل المذكور ؛ حكاه الرافعى •

ولو قال : بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم على أن أزيدك صاعا أو أنقصك صاعا ولم يبين أنه ينقصه أو يزيده لا يصح البيع بلا خلاف ، قال الرويانى : ولو قال : بعتكها كل صاع بدرهم على أن تهب لى منها صاعا لم يصح لأنه شرط هبة البائع ، وإن أراد أن الثمن بجملته يقابل جميع الصبرة إلا صاعا منها وهى معلومة الصيعان صح البيع ، ويصير كأنه باع كل صاع بدرهم وتسع درهم ، أعنى إذا كانت عشرة آصع ، فان أراد أنه يأخذ جميع الصيعان العشرة ويعطيه أحد عشر درهما جاز أيضا إذا كانت معلومة ، وإن قال : أزيدك من غيرها لم يصح بكل حال للجهالة • قال : فلو قال : بعتك هذا الثوب أو الأرض كل ذراع بدرهم على أن أزيدك ذراعا أو قال : على أن أنقصك ذراعا فحكمه حكم نظيره من الصبرة •

(**فرع**) لو كانت له صبرة بعضها حنطة وبعضها شعير مختلط ، وباع جميعها جزافا جاز ، لأن المبيع مشاهد ، وإن باع صاعا منها ، فان كانت الحنطة والشعير سواء جاز قطعا وإلا فوجهان ، حكاهما الرويانى (أصحهما) الجواز •

(فـرع) لو كان له صبرة ، ولآخر صبرة ، فقال : بعتك من صبرتى بقدر صبرتك بدينار ، لم يصح البيع ، نص عليه الشافعى فى كتاب الصرف واتفقوا عليه .

(فـرع) فيما إذا كان المبيع فيما لا تتساوى أجزاؤه ، كالأرض والدار والثوب ، ففيه مسائل :

(إحداها) إذا قال : بعتك هذه الدار كل ذراع بدرهم جاز سواء علما ذرعانها أم لا ، كما قلنا فى بيع الصبرة كل صاع بدرهم ، هـذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وقال الماوردى : إن علما ذرعانها صح وإلا فوجهان (أحدهما) وهو قول أصحابنا البصريين يجوز كالصبرة (والثانى) وهو قول أصحابنا البغداديين لا يجوز ، للجهل بجملة الثمن ، قال الرويانى : لعله أراد بالبغداديين بعضهم .

(أما) إذا قال : بعتك ربع هذه الدار أو ثلثها ، فيصح قطعا ، سواء علما ذرعانها أم لا ، وإن قال : بعتك من هذه الدار كل ذراع بدرهم لم يصح قطعا ولا يجىء فيه الوجه السابق فى نظيره من الصبرة عن ابن سريج أنه يصح فى صاع واحد ، لأن أجزاء الدار تختلف بخلاف الصبرة ، ولو قال : بعتك من هذه الدار عشرة أذرع كل ذراع بدرهم ، فان كانت ذرعانها مجهولة لهما أو لأحدهما لم يصح البيع بلا خلاف ، بخلاف نظيره من الصبرة ، فانه يصح على الأصح ، والفرق ما ذكرناه الآن من اختلاف أجزاء الدار دون الصبرة ، وإن كانت ذرعانها معلومة لهما صح البيع عندنا ، وحمل على الإشاعة ، فاذا كانت مائة ذراع كان المبيع عشرها مشاعا . وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة : لا يصح ، وهو وجه لبعض أصحابنا حكاه الرافعى (والصحيح) المشهور الصحة ، وبه قطع الأصحاب قال إمام الحرمين : إلا أن يقصد أذرعا معينة فيبطل البيع كشاة من القطيع .

ولو اختلفا فقال المشترى : أردت الإشاعة فالعقد صحيح ، فقال البائع : بل أردت معينا ففيمن يصدق ؟ احتمالان أرجعهما يصدق البائع ، لأنه أعلم بنيته وهذا بخلاف ما لو اختلفا فى شرط مفسد للعقد ، فان الأصح تصديق مدعى الصحة ، لأنه ليس هنالك مرجح ، والظاهر جريان عقود المسلمين صحيحة (وأما) هنا فيترجح جانب الناوى ، لأنه أعلم بنيته والله سبحانه أعلم .

(الثانية) إذا قال فى الدار أو الأرض : بعتك من هنا إلى هنا صح البيع بلا خلاف ، وإن وقف فى وسطها فقال : بعتك أذرعا ابتداؤها من هنا ولم يبين إلى أى جهة تذرع ، لم يصح بلا خلاف ، لأنه يختلف ويتفاوت به الغرض وإن قال : ابتداؤها من هنا إلى هذه الجهة فى جميع العرض ، ولم يبين إلى أين ينتهى فوجهان مشهوران ذكرهما المصنف والأصحاب (أصحهما) الصحة وهو قول أبى إسحق المروزى وأبى على ابن أبى هريرة ، وصححه الأكثرون ومنهم الرافعى وغيره لانتفاء الغرر (والثانى) لا يصح لأنه قد ينتهى الذرع إلى موضع يخالف الابتداء ، وصحح الرويانى فى البحر هذا .

(الثالثة) إذا باع ذراعا أو أذرعا من ثوب ، فان كانت ذرعانه معلومة لهما صح البيع ونزل على الإشاعة ، فان كان باعه ذراعا والجملة عشرة كان المبيع العشر شائعا كما سبق فى الصبرة وفى الأرض والدار ، هذا هو المذهب ، وفيه الوجه الشاذ السابق فى الدار والأرض والصبرة أنه لا يصح البيع والصواب الأول .

وإن كانت ذرعانه مجهولة لهما أو لأحدهما ــ نظر إن كان الثوب مما لا تنقص قيمته بالقطع كالكرباس الغليظ ونحوه ــ فوجهان حكاهما الشيخ أبو محمد الجوينى وإمام الحرمين والغزالى ومن تابعهم (أصحهما) وبه قطع المصنف والجمهور : يصح البيع كبيع أذرع من أرض وصيعان

من صبرة (والثانى) لا يصح ، لأنه لا يلزم منه تغيير عين المبيع ، وإن كان تنقص قيمته بالقطع فوجهان مشهوران ذكرهما المصنف والأصحاب (الصحيح) المنصوص أنه لا يصح لأنه شرط إدخال نقص فى عين المبيع (والثانى) يصح لأنه رضى بالضرر ، وهذا الوجه قول ابن سريج واختاره صاحب التقريب القاسم بن القفال الشاشى ، وقاسوه على بيع ذراع من الدار وعلى بيع أحد زوجى الخف فانه يصح ، وإن نقصت قيمتها بتقدير التفريق والفرق أن ذلك النقص ليس فى نفس الخف بخلاف مسألتنا .

وإذا جمعت صورتى الثوب قلت : إذا باع ذراعا من ثوب مجهول الذرعان فثلاثة أوجه (أحدها) الصحة (والثانى) البطلان (وأصحها) إن لم تنقص قيمته بالقطع صح ، وإلا فلا . وطريق من أراد شراء ذراع من ثوب حيث قلنا : لا يصح أن يواطىء صاحبه على شرائه ، ثم يقطع قبل الشراء ، ثم يشتريه بعد قطعه ، فيصح بلا خلاف ، والله تعالى أعلم .

(**فرع**) إذا باع جزءا شائعا من سيف أو سكين أو إناء أو نحوها ، صح بلا خلاف ، وصار مشتركا . ولو عين بعضه وباعه لم يصح ، هكذا قطع به الأصحاب ، قال الرافعى : القياس أن يجىء فيه الوجهان السابقان فى ذراع من ثوب ينقص بالقطع (أما) إذا باع جزءا معينا من جدار أو أسطوانة ونحوها ــ فان كان فوقه شىء ــ لم يصح ، لأنه لا يمكن تسليمه إلا بهدم ما فوقه ، وإن لم يمكن نظر ــ إن كان قطعة واحدة من طين أو خشب أو غيرهما ــ لم يصح ، وإن كان من لبن أو آجر جاز ، هكذا أطلقه صاحب التلخيص ، قال الرافعى : وهو محمول عند الأصحاب على ما إذا جعلت النهاية صنفا من الآجر أو اللبن دون ما إذا جعل المقطع نصف سمكها ، قال الرافعى : وفى تجويزه إذا كان من آجر أو لبن إشكال ، وإن جعلت النهاية ما ذكروه لأن موضع الشق قطعة واحدة ولأن رفع بعض الجدار ينقص قيمة الباقى فليفسد البيع ولهذا قالو : لو باع جذعا فى بناء لم يصح

البيع لأن النقص يحصل بالهدم قال : ولا فرق بين الجذع والآجر وكذا الحكم لو باع فصا فى خاتم •

(فـرع) قال أصحابنا إذا قال : بعتك ثمرة هذا البستان بثلاثة آلاف درهم إلا ما يخص ألفا إذا وزعت الثمرة على ثلاثة آلاف صح البيع ، ويكون قد استثنى ثلثها ، فيحصل البيع فى ثلثها بثلاثة آلاف ، ولو قال : بعتكها بأربعة آلاف إلا ما يخص ألفا صح البيع فى ثلاثة أرباعها بأربعة آلاف ، ولو قال : إلا ما يساوى ألفا لم يصح البيع لأن ما يساوى الألف مجهول •

(فـرع) لو قال : بعتك ملء هذا الكوز من هذه الصبرة ففى صحة البيع وجهان (أحدهما) لا يصح كما لو أسلم فى ملئـه (وأصحهما) الصحة ، لأنه لا غرر فيه فى صورة البيع ، ولو عين فى البيع أو السلم مكيالا معتادا فوجهان (أحدهما) يفسد البيع والسلم ، لاحتمال تلفه (وأصحهما) الصحة فى البيع والسلم ، ويلغو تعيينه كسائر الشروط التى لا غرض فيها ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

قال المصنف رحمـه الله تعـالى

(وإن قال : بعتك هذا السمن مع الظرف كل منّا بدرهم ــ نظرت فإن لم يعلما مقدار السمن والظرف ــ لم يجز ، لأن ذلك غرر ، لأن الظرف قد يكون خفيفا ، وقد يكون ثقيلا ، وإن علما وزنهما جاز ، لانه لا غرر فيه) •

(الشرح) المنا على وزن العصا هو رطلان بالبغدادى ، وفيـه لغة ضعيفة من بتشديد النون ، قال أصحابنا : فى بيع السمن فى الظـرف مسائل :

(إحداها) إذا كان السمن أو الزيت أو غيرهما من الأدهان ونحوها مما لا يختلف فى ظرف ، فرآه ثم اشترى منه رطلا أو أرطالا صح البيع ،

كما سبق بيانه فى مسائل الصبرة . هكذا قطعوا به . ويجىء فيه الوجه السابق عن القفال فى بيع صاع من الصبرة ، وقد أشار إليه صاحب التتمة .

(الثانية) إذا رآه ثم اشتراه مع ظرفه بعشرة دراهم مثلا صح البيع ، سواء كان ظرفه من فخار أو خشب أو حديد أو نحاس ، أو كان زقا ، وسواء عرفا وزنهما أم لا ، هـذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور ، قال الرويانى : وحكى بعض أصحابنا الخراسانيين قولين فيما إذا لم يعلما الوزن ، قال : وليس هذا بشىء ، ولو اشترى نصفه أو ربعه صح .

(الثالثة) إذا قال : بعتك جميع هذا السمن كل رطل بدرهم صح البيع ، ويوزن السمن فى شىء آخر ، ويوزن فى ظرفه ثم يسقط وزن الظرف بعد تفريغه ، هكذا قطع به الأصحاب ، وينبغى أن يجىء فيه الوجه السابق عن أبى الحسين بن القطان فى مثله فى الصبرة .

(الرابعة) إذا قال : بعتكه كل رطل بدرهم على أن يوزن معه الظرف ، ثم يحط وزن الظرف ، صح البيع بالاتفاق كالصورة التى قبلها ، لأنها هكذا تباع فى العادة ، ولأنه لا غرر .

(الخامسة) إذا قال : بعتك هذا السمن كل رطل بدرهم على أن يوزن الظرف معه ويحسب على المشترى وزنه ، ولا يكون الظرف مبيعا ، فالبيع باطل باتفاق الأصحاب ، لأنه شرط فى بيع السمن أن يزن معه غيره ، وليس ذلك الوزن معه مبيعا فلم يصح ، كما لو قال : بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم على أن أكيل معها شعيرا ، هكذا أطلقه الأصحاب ، ولم يفرقوا بين أن يعلما وزن الظرف أم لا ، قال ابن الصباغ : وينبغى أن يجوز إذا علما وزن الظرف والسمن ، ويكون كقوله : بعتك الصبرة على أن أنقصك صاعا وأحسب ثمنه عليك ، وهى معلومة الصيعان ، لأنه لا غرر

حينئذ ، وحكى المتولى هذا وجها لبعض الأصحاب ، وحكى الرويانى كلام الأصحاب ثم حكى كلام ابن الصباغ عن بعض الأصحاب ، ولم يسمه ، ومراده ما نقله المتولى أو ما قاله ابن الصباغ فهو كثير النقل عنهما •

(السادسة) إذا قال : بعتك هذا السمن بظرفه ، كل رطل من المجمد بدرهم فثلاثة أوجه (أصحها) عند الجمهور وأشهرها ، وبه قطع المصنف والشيخ أبو حامد والماوردى والقاضى أبو الطيب فى المجرد ، وجمهور سائر العراقيين وصححه المتولى وآخرون ، أنهما إن علما وزن كل واحد صح البيع ، وإلا فلا لما ذكره المصنف (والثانى) يصح مطلقا وهو الأصح عند البغوى ، وبه قال الدارمى ، واختاره ابن الصباغ ، لأن جملة المبيع مرئية ، ولا يضر اختلاف قيمتها ، كما لو اشترى فواكه من أجناس وهى مختلطة وزنا أو حنطة مختلطة بالشعير كيلا ، فانه يصح (والثالث) أنه لا يصح مطلقا حكاه البغوى وغيره ، لأن المقصود السمن ، وهو مجهول بخلاف الفواكه ، فانها كلها مقصودة ، قال أصحابنا : وصورة المسألة أن يكون للظرف قيمة ، فان لم يكن له قيمة لم يصح البيع بلاخلاف ، لأنه شرط عليه ما لا قيمة له وأخذ الثمن فى مقابلة وزنه •

(السابعة) إذا قال : بعتك هذا السمن بعشرة على أن أزنه بظرفه ، ثم أسقط الثمن بقسط وزن الظرف ، قال الرويانى والأصحاب : إن كانا عند العقد عالمين قدر وزن الظرف وقدر قسطه صح البيع ، وإن جهلاه أو أحدهما لم يصح ، لأنهما لا يعلمان هل يكون المسقط درهمين فيكون الثمن عشرة أو أقل أو أكثر ، فصار الثمن مجهولا ، قالوا : وهذا بخلاف ما لو قال : بعتك هذا السمن كل رطل ثم أظرف ، كذا وزن الظرف ، فانه يصح كما سبق ، لأن حاصله بيع السمن جميعه ، كل رطل بدرهم ، فلا يضر جهالة وزن الظرف •

(فـرع) ذكرنا أنه إذا اشترى السمن ونحوه مع ظرفه جزافا صح البيع هكذا أطلقه الجمهور ، قال القاضي حسين والمتولي : هذا إذا كانا قد شاهدا الظرف فارغا ، وعرفا قدر ثخانته أو كانت ثخانته معلومة بالعادة ، وإن كان الظرف مما تختلف ثخانته وتتفاوت لم يصح البيع ، لأنه لو باع السمن وحده والحالة هذه لم يصح البيع ، للجهل بقدره ، فاذا باعهما فأولى بالبطلان . قال القاضي حسين : ولو كان الظرف يستوفيه ورأى أعلاها فان كانت جوانبها مستترة لم يصح البيع وإن كانت مكشوفة ولكن أسفلها مستتر ، قال الأصحاب : لا يصح ، قال القاضي : وعندي أنه يصح ، لأنه يستدل بالجوانب على الأسفل لأن الغالب استواؤهما فان خرج أغلظ من الجوانب ثبت الخيار ، كما لو اشترى صبرة فخرج تحتها دكة .

(فـرع) قال البغوي والأصحاب : لو قال : بعتك المسك مع فأرته ، كل مثقال بدينار ، فهو كبيع السمن بظرفه كل رطل بدرهم ، ويجيء فيه باقي المسائل .

(فـرع) قد ذكرنا أنه إذا باع السمن مع ظرفه جزافا صح البيع ، قال أصحابنا : ولو باع لبنا مخلوطا بالماء لم يصح بلاخلاف ، والفرق أن المقصود وهو اللبن غير متميز ولا معلوم (وأما) هنا فالمقصود السمن ، وهو متميز ، فصار كما لو باع عبدا وعليه ثوب مع الثوب ، فانه يصح بالإجماع .

(فـرع) إذا اشترى جامدا في ظرفه كالدقيق والحنطة والتمر والزبيب وغير ذلك موازنة ، كل رطل بدرهم ، بشرط أن يوزن مع ظرفه ، ثم يسقط قدر وزن الظرف ، فوجهان حكاهما الماوردي والروياني (أحدهما) لا يصح البيع ، لأن الجامد لا يحتاج إلى وزنه مع ظرفه ، لإمكان وزنه بدونه ، قالا : وإلى هذا ميل أبي إسحق المروزي (والثاني)

يصح وهذا مقتضى كلام جمهور الأصحاب ، وهو الصواب إذ لا مفسدة فيه ولا غرر ولا جهالة .

(فـرع) إذا اشترى سمنا أو غيره من المـائعات أو غيرها فى ظرفه ، كل رطل بدرهم مثلا ، على أن يوزن بظرفه ، ويسقط أرطال معينة بسبب الظرف ، ولا يوزن الظرف فالبيع باطل بلا خلاف ، لأنه غرر ظاهر ، وهذا من المنكرات المحرمة التى تقع فى كثير من الأسواق .

قال المصنف رحمـه الله تعـالى

(واختلف اصحابنا فى بيع النحل فى الكندوج فقال ابو العباس : يجوز بيعه لأنه يعرف مقداره حال دخوله وخروجه ، ومن اصحابنا من قال : لا يجوز، وهو قول ابى حامد الإسفراينى لأنه قد يكون فى الـكندوج مالا يخـرج ، وإن اجتمع فرخه فى موضع ، وشوهد جميعه جاز بيعه لأنه معلوم مقدور على تسليمه ، فجاز بيعه) .

(الشرح) الكندوج ــ بكاف مضمومة ثم نون ساكنة ثم دال مهملة مضمومة ثم واو ثم جيم ــ وهو الخلية ، وهو عجمى معرب ، والخليـة عربية ، ويقال لها الكوارة أيضا ، قال أصحابنا : بيع النحل فى الجمـلة جائز ، لأنه حيوان طاهر منتفع به ، فأشبه الحمام ، فان كان فرخه مجتمعا على غصن أو غيره وشاهده كله صح بيعه بلا خلاف عندنا ، فان كان فى الخلية ولم يره فى دخوله وخروجه فهو من بيع الغائب ، وقد سبق بيانه فيفرق بين أن يصفه أو لا يصفه ، فان رآه فى دخوله وخروجه ولم يعرف أنه خرج جميعه ــ وقلنا : لا يجوز بيع الغائب ــ ففى بيعه والحالة هذه وجهان مشهوران ، ذكرهما المصنف بدليلهمـا (الأصح) الصحة ، لأنه يعرف غالبا ولأن الحاجة تدعو إليه ولا تمكن رؤيته مجتمعا إلا فى لحظة لطيفة فى نادر من الأحوال فلو اشترطت رؤيته مجتمعا لامتنع بيعه غالبا ، وفى ذلك حرج (والثـانى) لا يصح ، وصححه الرويانى وصـاحب الانتصار .

فلو طار ليرعى فباعه وهو طائر ، وعادته أن يعود فى آخر النهار كما هو الغالب ، وقد رآه قبل طيرانه ، ففى صحة بيعه وجهان ، حكاهما الماوردى والرويانى وآخرون (أحدهما) لا يجوز بيعه ، وبه قطع البغوى لأنه غير مقدور عليه فى الحال ، فلم يصح بيعه ، كالحمام وغيره من الطير الألوف إذا باعه فى حال طيرانه (وأصحهما) يصح ، وبه قال ابن سريج قطع به المتولى لأن الغالب عوده إلى موضعه ، فجاز بيعه كعبد خرج لقضاء شغل ، ويخالف سائر الطيور ، لأنه يمكن إمساكها وحبسها عن الطيران بالعلف فى برجها (وأما) النحل فلا بد من الطيران ليرعى ، ولو حبس عنه تلف ، ولا يمكن الانتفاع به إلا إذا طار واجتنى ما يحصل به العسل ، والطير يمكن الانتفاع به محبوسا ، والله سبحانه أعلم .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى أصل بيع النحل ، ذكرنا أن مذهبنا جوازه وبه قال أحمد ومحمد والحسن . وقال أبو حنيفة : لا يجوز كالزنبور والحشرات واحتج أصحابنا بأنه حيوان طاهر منتفع به . فجاز بيعه كالشاة بخلاف الزنبور والحشرات فانه لا منفعة فيها ، والله سبحانه أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز بيع الحمل فى البطن ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه : « ان النبى ﷺ نهى عن المجر » والمجر اشتراء ما فى الأرحام ، ولأنه قد يكون حملا وقد يكون ريحا ، وذلك غرر من غير حاجة ، فلم يجز ، ولأنه إن كان حملا فهو مجهول القدر ، ومجهول الصفة ، وذلك غرر من غير حاجة ، فلم يجز ، وإن باع حيوانا وشرط انه حامل ففيه قولان (احدهما) ان البيع باطل، لانه مجهول الوجود مجهول الصفة (والثانى) انه يجوز لان الظاهر انه موجود، والجهل به لا يؤثر ، لانه لا تمكن رؤيته فعفى عن الجهل به كاساس الدار) .

(الشرح) حديث ابن عمر رواه البيهقى ، وأشار إلى تضعيفه وضعفه يحيى بن معين والمجر ـ بميم مفتوحة ثم جيم ساكنة ثم راء ـ وهو بيع الجنين ، كما فسره المصنف ، وأجمع العلماء على بطلان بيع الجنين ، وعلى

بطلان بيع ما فى أصلاب الفحول ، نقل الإجماع فيهما ابن المنذر والماوردى وغيرهما ، لأنه غرر وللأحاديث ، ولما ذكره المصنف (أما) إذا باع حيوانا من شاة أو بقرة أو ناقة أو فرس أو جارية أو غيرها وشرط أنها حامل ففى صحة البيع خلاف مشهور ، حكاه المصنف والجمهور قولين ، وحكاه جماعة وجهين ، ودليلهما فى الكتاب (أصحهما) عند الأصحاب الصحة (والثانى) البطلان • وقيل : يصح فى الجارية قولا واحدا ، حكاه الرويانى وآخرون ، قالوا : لأن الحمل فى الجارية عيب ، فيكون إعلاما بالعيب والمشهور أنها على القولين •

قال أصحابنا : هما مبنيان على القولين المشهورين فى أن الحمل هل يعرف أم لا ؟ (أصحهما) يعرف ، وله حكم ، وله قسط من الثمن (والثانى) لا يعرف ، ولا حكم له ، ولا قسط من الثمن ، وقد ذكر المصنف القولين فى آخر الباب الأول من كتاب البيوع ، وسبق شرحهما هناك (وإن قلنا) يعرف صح هنا ، وإلا فلا •

(أما) إذا قال : بعتك هذه الجارية وحملها أو هذه الشاة وحملها أو مع حملها أو بعتك هذه الشاة وما فى ضرعها من اللبن ، فوجهان مشهوران (أصحهما) لا يصح البيع ، وبه قال ابن الحداد والشيخ أبو على السنجى ، لأنه جعل المجهول مبيعا مع المعلوم ، بخلاف البيع بشرط أنها حامل ، فانه وصف بائع فاحتمل (والثانى) يصح ، وبه قال الشيخ أبو زيد ، ونقله فى البيان عن الأكثرين ، لأنه يدخل عند الإطلاق فى البيع فلا يضر ذكره ، بل يكون توكيدا وبيانا لمقتضاه ، قال هؤلاء : وهذا كما لو قال : بعتك هذه الرمانة وحبها ، أو هذا الجوز ولبه ، فانه يصح قطعا ، مع أنه لو أفرد اللب بالبيع لم يصح ، قال القاضى أبو الطيب : وينبغى أن يطرد الخلاف فى مسألتى الرمانة والجوز أيضا (والمذهب) الجزم بالصحة فيهما •

(أما) إذا قال : بعتك هذه الجبة وحشوها أو بحشوها فطريقان (أحدهما) أنه على الوجهين فى قوله : بعتك الشاة وحملها (والثانى) يصح قولا واحدا (وأصحهما) الصحة قطعا . لأن الحشو داخل فى مسمى الجبة ، فيكون ذكره توكيدا للفظ الجبة بخلاف الحمل ، ولأن الحشو متيقن بخلاف الحمل (فاذا قلنا) بالبطلان فى هذه الصور قال أبو على السنجى : يكون فى مسألة الجبة فى صحة البيع ، فى الظهارة والبطانة قولا تفريق الصفقة ، وفى صورة الجارية والشاة يبطل البيع فى الجميع . لأن الحشو يمكن معرفة قيمته ، قال إمام الحرمين : هذا التفصيل حسن ، قال أصحابنا : ولو باع حاملا وشرط وضعها لرأس البيع لم يصح بلا خلاف ، واستدل له صاحب الشامل والأصحاب بأنه شرط لا يقدر على الوفاء به ، قال أصحابنا : وبيض الطير كحمل الجارية والدابة فى كل ما ذكرناه .

(فـرع) قال أصحابنا لو باع بشرط أنها لبون فطريقان مشهوران (أصحهما) أنه على القولين فى البيع بشرط الحمل ، لكن الصحة هنا أقوى (والطريق الثانى) يصح قطعا . لأن هذا شرط صفة فيها لا يقتضى وجود اللبن حالة العقد ، فهو كشرط الكتابة فى العبد . فان شرط كون اللبن فى الضرع فى الحال كان فيه القولان فى شرط الحمل (أصحهما) الصحة ، ولو شرط كونها تدر كل يوم قدرا معلوما من اللبن بطل البيع بلا خلاف ، لأن ذلك لا يمكن معرفته ، ولا ضبطه فلم يصح كما لو شرط فى العبد أن يكتب كل يوم عشر ورقات .

(فـرع) إذا شرط كونها حاملا أو لبونا ــ وصححنا البيع ــ فلم يجدها كذلك ثبت الخيار بلا خلاف ، كما لو شرط أن العبد كاتب فاختلف .

(فـرع) قد ذكرنا أن بيع الحمل باطل بالإجماع ، قال أصحابنا : سواء باعه لمالك الأم أو لغيره ، بخلاف ما إذا باع الثمرة قبل بدو

الصلاح لمالك الشجرة ، فانه يصح البيع على أحد الوجهين ، لأن الثمرة متيقنة الوجود ، معلومة الصفات بالمشاهدة بخلاف الحمل .

(فرع) إذا باع حاملا بيعا مطلقا دخل الحمل فى البيع بالإجماع ، ولو باعها إلا حملها لم يصح البيع على الصحيح ، وبه قطع المصنف فى الفصل الأخير من هذا الباب وجمهور الأصحاب ، كما لو باعها إلا عضوا منها ، فانه لا يصح باتفاق ، وحكى إمام الحرمين وغيره فيه وجهين ، والمذهب [1] ولو كانت الأم لإنسان ، والحمل لآخر بالوصية ونحوها ، فباع الأم لمالك الحمل أو لغيره ، أو باع جارية حاملا بحر ، فطريقان (أصحهما) وبه قطع الجمهور لا يصح البيع ، لأنه لا يدخل فى البيع ، فيصير كأنه استثناه (والثانى) فيه وجهان حكاهما إمام الحرمين والغزالى ، واختار الصحة ، وصرح الغزالى فى مواضع كثيرة من الوسيط أن الأصح صحة بيع الجارية الحامل بحر ، وليس كما قال ، بل الصحيح الذى قطع به الجماهير بطلان بيعها ، ولو باع سمسما واستثنى لنفسه منه الكسب ، أو باع قطنا واستثنى لنفسه من الخشب ، فالبيع باطل بلا خلاف . ولو باع شاة لبونا واستثنى لبنها ، لم يصح البيع على المذهب وبه قطع الجمهور ، وفيه وجه شاذ ضعيف جدا أنه يصح ، حكاه الرافعى وجعله صاحب الشامل احتمالا لنفسه ، قال : لأنه يمكن تسليم الأصل دونه بأن يخليه فى الحال ، بخلاف الحمل .

(فرع) إذا قلنا بالمذهب إنه لا يجوز بيع الجارية دون حملها إذا كانت الأم لواحد والولد لآخر ، فوكلا رجلا ليبيعهما معا بصفقة واحدة ، أو وكل أحدهما الآخر فى بيع ملكه فباعها ، لم يصح البيع ، ذكره الرويانى ، وغيره ، قالوا : لأنه لا يملك العقد بنفسه ، فلا يصح توكيله فيه .

---

(١) بياض بالأصل ولعل السقط : والمذهب ما قطع به المصنف وجمهور الأصحاب من عدم الصحة . (المطيعى)

(فـرع) قال الشافعي في كتاب الصرف : لا خير في أن يبيع الدابة ويشترط عقاقها ، قال أصحابنا وغيرهم : العقاق ـ بكسر العين ـ الحمل ، وهو أحد القولين ، وهو منع بيعها بشرط الحمل ، هكذا أطبق أصحابنا على تفسيره ، ويجوز أن يفسر بأنه شرط استثناء حملها للبائع .

(فـرع) ذكر أصحابنا هنا النهي المشهور عن بيع الملاقيح والمضامين ، قالوا : والملاقيح بيع ما في بطون الحوامل من الأجنة ، والمضامين ما في أصلاب الفحول من الماء هكذا فسره أصحابنا وجماهير العلماء وأهل اللغة ، وممن قاله من أهل اللغة أبو عبيدة ، وأبو عبيد ، والأزهري ، والهروي ، والجوهري ، وخلائق لا يحصون ، قال مالك بن أنس وصاحبا المجمل والمحكم : المضامين ما في بطون الإناث ، وهذا ضعيف ، لأنه يكون مكررا مع الملاقيح ، قال العلماء : وواحدة الملاقيح ملقوحة (وأما) المضامين فواحدها يجوز أن يكون مضمانا ومضمونا الأول كمقدام ومقاديم ، والآخر كمجنون ومجانين ، وقد أشار إلى الأول صاحب المحكم ، وإلى الثاني الأزهري سميت بذلك لأن الله تعالى أودعها ظهورها فكأنها ضمنتها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز بيع اللبن في الضرع ، لما روى عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال « لا تبيعوا الصوف على ظهر الغنم ، ولا تبيعوا اللبن في الضرع » ولانه مجهول القدر ، لانه قد يرى امتلاء الضرع من السمن فيظن انه من اللبن ولانه مجهول الصفة لانه قد يكون اللبن صافيا ، وقد يكون كدرا ، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز) .

(الشرح) هذا الأثر عن ابن عباس صحيح ، رواه الدارقطني والبيهقي، ورواياه عنه مرفوعا باسناد ضعيف قال البيهقي : تفرد برفعه عمر بن فروخ ، وليس بقوي ، قال : والمحفوظ أنه موقوف واتفقت نصوص الشافعي

والأصحاب على بطلان بيع اللبن فى الضرع ، لما ذكره المصنف ، ولأنه لا يمكن تسليمه حتى يختلط بغيره مما يحدث ، وهذه العلة هى المرضية عند إمام الحرمين ، فلو قال : بعتك من اللبن الذى فى ضرع هذه الشاة أو البقرة رطلا فطريقان (المذهب) بطلانه ، وبه قطع الأكثرون لأنه مجهول ، ولأنه لا يتيقن وجود ذلك القدر (والطريق الثانى) فيه قولا بيع الغائب ، حكاه المتولى وغيره .

ولو حلب شيئا من اللبن فأراه ثم قال : بعتك رطلا مما فى الضرع ، فوجهان مشهوران فى كتب الخراسانيين ذكرهما القاضى حسين وإمام الحرمين والفورانى والرويانى وآخرون (أحدهما) يصح ، كما لو رأى أنموذجا من خل أو لبن فى إناء (وأصحهما) لا يصح ، لأنه يختلط بغيره مما يدر فى الضرع لحظة بلحظة ، صححه القاضى حسين والرويانى وآخرون ، ولو قبض قدرا من الضرع وأحكم شده ثم باع ما فيه فقد ذكر الغزالى فى الوسيط فى صحته وجهين ، وهذا نقل غريب لا يكاد يوجد لغيره (والصحيح) بطلان هذا البيع .

(فرع) أجمع المسلمون على جواز بيع حيوان فى ضرعه لبن ، وإن كان اللبن مجهولا ، لأنه تابع للحيوان ، ودليله من السنة حديث المصراة .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى بيع اللبن فى الضرع ، قد ذكرنا أن مذهبنا بطلانه ، وبه قال جمهور العلماء منهم ابن عباس وأبو هريرة ومجاهد والشعبى وأحمد وإسحق وأبو حنيفة وأبو ثور وابن المنذر ، وقال طاوس : يجوز بيعه كيلا ، وقال سعيد بن جبير : يجوز بيعه ، وقال الحسن البصرى : يجوز شراء لبن الشاة شهرا ، ومثله عن مالك ومحمد

ابن مسلمة المالكى [1] ، قالوا : لأنه معلوم القدر والصفة فى العادة ، وقاسوه على ما إذا استأجر امرأة للإرضاع شهرا ، فانه يصح ويستحق اللبن . واحتج أصحابنا بما ذكره المصنف وذكرناه من الأثر عن ابن عباس وكونه مجهولا مختلفا مع الحديث الصحيح فى النهى عن بيع الغرر (وأما) قولهم : معلوم القدر والصفة فى العادة فغير مسلم ، والفرق بينه وبين استئجار المرأة للإرضاع أن الحاجة تدعو إلى استئجارها بخلاف مسألتنا ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم لقول ابن عباس ، ولأنه قد يموت الحيوان قبل الجز فيتنجس شعره ، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز ، ولأنه لا يمكن تسليمه إلا باستئصاله من اصله ، ولا يمكن ذلك إلا بإيلام الحيوان وهذا لا يجوز) .

(الشرح) قوله : لقول ابن عباس يعنى المذكور فى الفصل قبله . قال الشافعى والأصحاب : لا يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم ، لما ذكره المصنف ، سواء شرط جزه فى الحال أم لا ، هذا هو المذهب والمنصوص ، وبه قطع الجماهير ، وفيه وجه أنه يجوز بشرط الجز فى الحال ، حكاه الرافعى ، وهو شاذ ضعيف ، ولو قبض على كفة من الصوف وهى قطعة جمعها وقال : بعتك هذه ، صح بلا خلاف ، كذا قاله إمام الحرمين والغزالى ، كما لو باع شجرة فى أرض قال الغزالى : وفيه احتمال لأنه يتغير به عين المبيع ، بخلاف الأرض ، فانها لا تتغير بقطع الشجر وغيره .

(فرع) اتفق أصحابنا على جواز بيع الصوف على ظهر الحيوان

---

(١) هو محمد بن مسلمة بن هشام بن اسماعيل ابو هشام . وهشام جده كان اميرا على المدينة روى محمد هذا عن مالك وهو معدود فى الطبقة الوسطى فى اصحاب مالك وكان احد فقهاء المدينة وكان افقههم فى زمانه وهو ثقة وله كتب فقه اخذت عنه قال فى الديباج : وهو ثقة مأمون حجة جمع العلم والورع وتوفى سنة ٢٠٦ هـ (ط)

المذبوح لأن استبقاءه بكماله يمكن من غير ضرر ، بخلاف بيعه فى حياة الحيوان ، وممن صرح بالمسألة البغوى فى التهذيب ، ولم يذكر غير هذا ، وقال فى كتابه شرح مختصر المزنى : قال أصحابنا : يجوز ، قال : وعندى أنه لا يجوز بيع الرأس قبل السلخ ، والمذهب ما نقله الأصحاب .

(فرع) اتفق أصحابنا على أنه يجوز أن يوصى باللبن فى الضرع ، والصوف على ظهر الغنم ، لأن الوصية تقبل الغرر والجهالة ، وممن صرح به البغوى فى كتابه التهذيب وشرح مختصر المزنى وآخرون ، قال البغوى فى شرح المختصر : ويجز الصوف على العادة ، قال : وما كان موجودا حال الوصية يكون للموصى له على العادة ، وما حدث يكون للوارث ، قال : ولو اختلفا فى قدره فالقول قول الوارث بيمينه .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى بيع الصوف على ظهر الغنم ، ذكرنا أن مذهبنا بطلانه ، وبه قال جماهير العلماء ، نقله الرويانى فى البحر عن الجمهور ، وحكاه ابن المنذر عن ابن عباس وأبى حنيفة وأحمد وإسحق وأبى ثور ، قال : وبه أقول ، وقال سعيد بن جبير وربيعة ومالك والليث ابن سعد وأبو يوسف : يجوز بيعه بشرط أن يجز قريبا من وقت البيع ، كما يجوز بيع الرطب والقصيل والبقل ، واحتج أصحابنا بما ذكره المصنف ، وأجابوا عن قياسهم بأنه يمكن استثناء جميع ذلك من أصله بغير إضرار بخلاف الصوف .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز البيع إلا بثمن معلوم الصفة ، فإن باع بثمن مطلق فى موضع ليس فيه نقد متعارف ، لم يصح البيع ، لانه عوض فى البيع ، فلم يجز مع الجهل بصفته كالمسلم فيه ، فإن باع بثمن معين تعين ، لانه عوض فتعين بالتعيين كالمبيع فإن لم يره المتعاقدان او احدهما فعلى ما ذكرناه من القولين فى بيع العين التى لم يرها المتبايعان او احدهما) .

(الشرح) قوله : عوض فى البيع احتراز من الثواب فى الهبة على أحد القولين ، قال أصحابنا : يشترط كون الثمن معلوم الصفة ، فان قال : بعتك هذه الدار ، أو قال : بهذه الدنانير ، أو قال : بهذه الدراهم ، وهى مشاهدة لهما ، صح البيع ، سواء علما قدرها أم لا ، وقد سبقت المسألة عند مسألة بيع الصبرة جزافا ، وإن قال : بعتك بالدينار الذى فى بيتى أو فى هميانى ، أو الدراهم التى فى بيتى ، فان كان قد رأياها قبل ذلك صح البيع ، وإلا ففيه الخلاف فى بيع العين الغائبة (أما) إذا قال : بعتك بدينار فى ذمتك ، أو قال : بعشرة دراهم فى ذمتك ، أو أطلق الدراهم فلا خلاف أنه يشترط العلم بنوعها ، فان كان فى البلد نقد واحد أو نقود ، لكن الغالب واحد منها ، انصرف العقد إلى ذلك النقد الواحد أو الغالب ، وإن كان فلوسا انصرف إليها عند الإطلاق ، صرح به البغوى والرافعى وغيرهما ، فان عين غير ذلك فى العقد تعين .

(فرع) قد ذكرنا فى باب زكاة الذهب والفضة فى جواز المعاملة بالدراهم المغشوشة ، أنها إن كان الغش معلوم القدر صحت المعاملة بها قطعا ، فان كان مجهولا فأربعة أوجه (أصحها) تصح المعاملة بها معينة وفى الذمة (والثانى) لا تصح (والثالث) تصح معينة ولا تثبت فى الذمة بالبيع ، ولا بغيره (والرابع) إن كان الغش غالبا لم تصح ، وإلا فتصح ، وذكر هناك توجيه الأوجه وتفريعها وفوائدها ، قال أصحابنا : فان قلنا بالصحيح وهو الصحة مطلقا انصرف إليها العقد عند الإطلاق ، ولو باع بمغشوش ثم بان أن فضته ضئيلة جدا فله الرد على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وحكى الصيمرى عن شيخه أبى العباس البصرى أنه كان يقول فيه وجهان (أحدهما) هذا (والثانى) لا خيار ، لأن غشها معلوم فى الأصل ، وحكى هذا الوجه أيضا صاحب البيان والرافعى وغيرهما .

(فرع) إذا كان فى البلد نقدان أو نقود ، لا غالب فيها ، لم يصح

البيع هناك حتى يعين نقدا منها ، وهذا لا خلاف فيه ، لأنه ليس بعضها أولى من بعض .

(فـرع) قال أصحابنا : وتقويم المتلف يكون بغالب نقد البلد ، فان كان فيه نقدان فصاعدا ولا غالب فيها عين القاضى واحدا للتقويم بلا خلاف .

(فـرع) لو غلب من جنس العروض نوع ، فهل ينصرف الذكر إليه عند الإطلاق ؟ فيه وجهان مشهوران فى طريقة الخراسانيين (أصحهما) ، ينصرف كالنقد (والثانى) لا ، لأن النقد لا يختلف الغرض فيه ، بخلاف العرض . وصورة المسألة أن يبيع صاعا من الحنطة بصاع منها ، أو شعير فى الذمة . وتكون الحنطة والشعير الموجودان فى البلد صنفا معروفا أو غالبا لا يختلف ، ثم يحضره بعد العقد ويسلمه فى المجلس .

(فـرع) قال أصحابنا : كما ينصرف العقد عند الإطلاق إلى النقد الغالب من حيث النوع ينصرف إليه أيضا من حيث الصفة ، فاذا باع بدينار أو دنانير ، والمعهود فى البلد الدنانير الصحاح انصرف إليها ، وإن كان المعهود المكسرة انصرف إليها ، كذا نقله الصيمرى وصاحب البيان عن الأصحاب ، قالا : إلا أن تتفاوت قيمة المنكس ، فلا يصح ، قال الرافعى : وعلى هذا القياس لو كان المعهود أن يؤخذ نصف الثمن من هذا ونصفه من ذاك أو أن يؤخذ على نسبة أخرى ، فالبيع صحيح محمول على ذلك المعهود ، وإن كان المعهود التعامل بهذا مرة وبهذا مرة ، ولم يكن بينهما تفاوت ، صح البيع وسلم ما شاء منهما ، وإن كان بينهما تفاوت لم يصح البيع ، كما لو كان فى البلد نقدان غالبان وأطلق .

ولو قال : بعتك بألف صحاح ومكسرة فوجهان (أصحهما) بطلان البيع لعدم بيان قدر الصحيح والمكسرة (والثانى) صحته ، ويحمل على

النصف . قال الرافعي : ويشبه أن يجيء هذا الوجه فيما إذا قال : بعتك بألف مثقال ذهب وفضة (قلت :) لا جريان له هناك ، والفرق كثرة التفاوت بين الذهب والفضة فيعظم الغرر . وإن قال : بعتك بألف درهم مسلمة أو منقية لم يصح ، لأنه ليس لها عادة مضبوطة ، ذكره الصيمري وصاحب البيان .

(فرع) قال أصحابنا : لو قال : بعتك بدينار صحيح فأحضر صحيحين وزنهما مثقال ، لزمه قبولهما ، إن الغرض لا يختلف بذلك ، وإن أحضر صحيحا وزنه مثقال ونصف ، قال صاحب التتمة : لزمه قبوله ، وتبقى الزيادة أمانة في يده ، والصواب الذي عليه المحققون أنه لا يلزمه قبوله لما في الشركة من الغرر . وقد جزم صاحب البيان وآخرون بأنه لا يلزمه قبوله فلو تراضيا جاز ، ثم إن أراد أحدهما كسره وامتنع الآخر لم يجز البيع ، لما في هذه القسمة من الضرر .

قال أصحابنا : ولو باع بنصف دينار صحيح بشرط كونه مدورا جاز إن كان يعم وجوده هناك فان لم يشترط كونه مدورا وكان وزنه نصف مثقال ــ فان سلم إليه صحيحا أكثر من نصف مثقال وتراضيا بالشركة فيه ــ جاز فان امتنع أحدهما لم يجز لما ذكرناه ولو باعه شيئا بنصف دينار صحيح ، ثم باعه شيئا آخر بنصف دينار صحيح ، فان سلم صحيحا عنهما فقد زاده خيرا ، وإن سلم قطعتين وزن كل واحدة نصف دينار جاز ، فلو شرط في العقد الثاني تسليم صحيح عنهما فالعقد الثاني باطل (وأما الأول) فان كان الشرط بعد لزومه فهو ماض على الصحة ، ويلزمه نصف هو شق ، وإن كان قبل لزومه فهو إلحاق شرط فاسد بالعقد في زمن الخيار ، والأصح أنه يلحق فيبطل العقد الأول أيضا ، والله سبحانه أعلم .

قال الصيمري وصاحب البيان : وإن قال : بعتك هذا الثوب بنصفي دينار ، لزمه تسليم دينار مضروب ، لأن ذلك عبارة عن دينار ، وإن قال :

بعتكه بنصف دينار وثلث دينار وسدس دينار ، لم يلزمه دينار صحيح ، بل له دفع شق من كل وزن .

(فـرع) لو باع بنقد قد انقطع من أيدى الناس فالعقد باطل لعدم القدرة على التسليم ، فان كان لا يوجد فى ذلك البلد ، ويوجد فى غيره ، فان كان الثمن حالا أو مؤجلا إلى أجل لا يمكن نقله فيـه فالعقد باطل أيضا ، وإن كان مؤجلا إلى مدة يمكن نقله فيها صح البيع ثم إن حل الأجل وقد أحضره فذاك ، وإلا فينبنى على أن الاستبدال على الثمن هل يجوز ؟ (إن قلنا :) لا ، فهو كانقطـاع المسلم فيه (وإن قلنـا) نعم استبدل ولا ينفسخ العقد على المذهب وفيه وجه ضعيف أنه ينفسخ (أما) إذا كان يوجد فى البلد ولكنه عزيز ، فان جوزنا الاستبدال صح العقد ، فان وجد فذاك وإلا فيستبدل وإن لم نجوزه لم يصح (أما) إذا كان النقد الذى جرى به التعامل موجودا ثم انقطع فان جوزنا الاستبدال استبدل وإلا فهو كانقطاع المسلم فيه والله سبحانه أعلم .

(فـرع) لو باع بنقد معين أو مطلق ، وحملناه على نقد البلد فأبطل السلطان المعاملة بذلك النقد لم يكن للبائع إلا ذلك النقد ، هذا هو المذهب وقد سبقت المسألة فى هذا الباب فى فرع من مسائل كيفية القبض ، وذكرنا فيها أوجهها وتفاريعها .

(فـرع) قال صاحب البيان : قال الصيمرى : إذا باعه بنقد فى بلد ثم لقيه ببلد آخر لا يتعامل الناس فيه بذلك النقد فدفع إليه النقد المعقود عليه فامتنع من قبضه ، فهل له الامتناع ؟ فيه ثلاثة أوجه (الصحيح) ليس له الامتناع ، بل يجبر على أخذه ، لأنه المعقود عليه ، كما لو باعه بحنطة فلم يقبضها حتى رخصت (والثانى) لا يجبر على أخذها ، وله الامتناع

منه ، كما لو سلم إليه فى موضع مخوف (والثالث) إن كان البلد الذى يدفعه فيه لا يتعامل الناس فيه بذلك النقد أيضا : لم يجبر عليه ، وإن كانوا يتعاملون به بوكس لزمه أخذه وأجبر عليه .

(فرع) إذا باعه بثمن معين تعين الثمن ، وقال أبو حنيفة : لا يتعين ، وكذا لو عينا فى الإجارة أو الصداق أو الخلع أو غيرها من العقود دراهم أو دنانير تعينت بالتعيين عندنا ، وقال أبو حنيفة : لا تتعين الدراهم والدنانير فى العقود كلها ، وتظهر فائدة الخلاف فى مسائل :

(منها) لو تلفت تلك الدراهم قبل القبض انفسخ العقد ، ولا ينفسخ عنده .

(ومنها) لو أراد أن يمسك تلك ويدفع بدلها لم يكن له ذلك عندنا ، ويجوز عنده .

(ومنها) لو وجد بتلك الدراهم عيبا وردها انفسخ العقد ، وليس له طلب البدل ، وعنده له ذلك .

(ومنها) لو أراد أن يأخذ عنها عوضا من القبض لا يجوز عندنا كالقبض ، وعنده يجوز ، واحتج أبو حنيفة بأن المقصود من الدراهم والدنانير رواجها لا عينها ، وغير المعين يعمل عمل المعين ، واحتج أصحابنا بالقياس على السلعة فانها تتعين بالإجماع وبالقياس على الغصب ، فان الدراهم والدنانير تتعين فيه بالإجماع ، وبالقياس على ما لو أخذ صاعا من صبرة فباعه بعينه ، فانه يتعين بالإجماع ، ولا يجوز أن يعطى صاعا آخر بدله من تلك الصبرة مع أنه يعمل عمله ، ولأنه قصد بالتعيين أن لا يتعلق الثمن بذمته فلا يجوز تعليقه بها .

(ولا يجوز إلا بثمن معلوم القدر ، فإن باع بثمن مجهول كبيع السلعة برقمها ، وبيع السلعة بما باع به فلان سلعته ، وهما لا يعلمان ذلك ، فالبيع باطل لأنه عوض فى البيع ، فلم يجز مع الجهل بقدره ، كالمسلم فيه ، فإن باعه بثمن معين جزافا جاز ، لأنه معلوم بالمشاهدة ، ويكره ذلك ، كما قلنا فى بيع الصبرة جزافا ، وإن قال : بعتك هذا القطيع ، كل شاة بدرهم ، أو هذه الصبرة كل قفيز بدرهم ، وهما لا يعلمان مبلغ قفزان الصبرة وعدد القطيع صح البيع ، لأن غرر الجهالة ينتفى بالعلم بالتفصيل ، كما ينتفى بالعلم بالجملة ، فإذا جاز بالعلم بالجملة جاز بالعلم بالتفصيل) .

(الشرح) أما مسألة القطيع والصبرة والبيع بدراهم جزاف ، فسبق شرحه واضحا قريبا فى مسائل البيع بثمن معلوم القدر ، وذكرنا هناك أن الجزاف يقال ــ بكسر الجيم وفتحها وضمها ــ واتفق الأصحاب على أنه يشترط كون الثمن معلوم القدر ، لحديث النهى عن بيع الغرر ، فلو قال : بعتك هذا بدراهم أو بما شئت أو نحو هذه العبارات لم يصح البيع بلا خلاف . ولو قال : بعتك هذه السلعة برقمها أى بالثمن الذى هو مرقوم به عليها ، أو بما باع به فلان فرسه أو ثوبه ، فان كانا عالمين بقدره صح البيع بلا خلاف ، وإن جهلاه أو أحدهما فطريقان (أصحهما) وبه قطع المصنف وسائر العراقيين وجماعات من الخراسانيين لا يصح البيع ، لما ذكره المصنف مع أنه غرر (والثانى) حكاه الفورانى وصاحب البيان وغيرهما فيه وجهان (أصحهما) هذا (والثانى) إن علما ذلك القدر قبل تفرقهما من المجلس صح البيع ، وحكى الرافعى وجها ثالثا أنه يصح مطلقا ، للتمكن من معرفته ، كما لو قال : بعت هذه الصبرة كل صاع بدرهم يصح البيع ، وإن كانت جملة الثمن فى الحال مجهولة ، وهذا ضعيف شاذ .

(فرع) لو قال : بعتك هذا بمائة دينار إلا عشرة دراهم ، أو بمائة درهم إلا دينارا ، قال المتولى والرافعى : إن علما قيمة الدينار

بالدراهم صح وإلا فلا ، بخلاف ما لو أقر بمائة دينار إلا عشرة دراهم ، فانه يصح . وإن لم يعلما قدر القيمة ، لأن الإقرار بالمجهول صحيح ، هذا كلامهما . وينبغى أن لا يكفى مع علمهما ، بل يشترط علمهما بالقيمة قصدهما استثناء القيمة ، وقد ذكر صاحب المستظهرى فيما إذا لم يعلما حالة العقد قيمة الدينار بالدراهم . ثم علما ذلك فى الحال طريقين (أصحهما) لا يصح ، كما ذكرناه (والثانى) فيه وجهان . وقال صاحب البيان : إذا باعه بدينار إلا درهما لم يصح على المشهور قال : وحكى الصميرى وجها أنهما إذا كانا يعلمان قيمة الدينار من الدراهم صح البيع . وهذا الذى ادعى أنه المشهور غريب (والأصح) أنهما إذا علما قيمته وقصد استثناء القيمة صح وإلا فلا .

قال فى البيان : ولو قال بعتك بألف درهم من صرف عشرين بدينار لم يصح ، لأن المسمى هى الدراهم وهى مجهولة ، ولا تصير معلومة بذكر قيمتها ، قال : وإن كان نقد البلد صرف عشرين بدينار لم يصح أيضا ، لأن السعر يختلف ولا يختص ذلك بنقد البلد ، قال ابن الصباغ : وهكذا يفعل الناس اليوم يسمون الدراهم ويبتاعون بالدنانير ، ويكون كل قدر من الدراهم معلوم عندهم دينارا ، قال : وهذا البيع باطل ، لأن الدراهم لا يعبر بها عن الدنانير حقيقة ، ولا مجازا . ولا يصح البيع بالكناية ، هذا ما نقله صاحب البيان وهو ضعيف . بل الأصح صحة البيع بالكناية كما سبق أول كتاب البيوع ، وعلى هذا إذا عبر بالدنانير عن الدراهم صح ، والله أعلم .

(فرع) فى بيع التلجية وصورته أن يتفقا على أن لا يظهرا العقد ، إما للخوف من ظالم ونحوه ، وإما لغير ذلك ، ويتفقا على أنهما إذا أظهراه لا يكون بيعا ، ثم يعقد البيع ، فاذا عقداه انعقد عندنا . ولا أثر للاتفاق السابق ، وكذا لو اتفقا على أن البيع بألف ويظهرا ألفين فعقدا بألفين .

صح البيع بألفين ، ولا أثر للاتفاق السابق ، هذا مذهبنا ، وكذا رواه أبو يوسف عن أبي حنيفة وروى عنه محمد أنه لا يصح إلا أن يتفقا على أن الثمن ألف درهم فتبايعا بمائة دينار ، فيكون الثمن مائة دينار استحسانا ، وبه قال أبو يوسف ومحمد قالوا : لأنه إذا تقدم الاتفاق صارا كالهازلين ، دليلنا أن الاتفاق السابق ملغى بدليل أنهما لو اتفقا على شرط فاسد ثم عقدا بلا شرط صح العقد (وأما) قولهم : كالهازلين فالأصح عندنا انعقاد بيع الهازل •

(فرع) روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغربان » رواه مالك في الموطأ ، قال : أخبرني الثقة عن عمرو ابن شعيب فذكره ، ومثل هذا لا يحتج به عند أصحابنا ولا عند جماهير العلماء[1] ورواه أبو داود في سننه عن القعنبي عن مالك أنه بلغه عن عمرو بن شعيب وهذا أيضا منقطع لا يحتج به ، ورواه ابن ماجه عن الفضل بن يعقوب الرخامي عن حبيب بن أبي ثابت كاتب مالك عن عبد الله ابن عامر الأسلمي عن عمرو بن شعيب ، وحبيب بن أبي ثابت هذا ، وعبد الله بن عامر الأسلمي هذا ضعيفان باتفاق المحدثين ، وذكر البيهقي رواية مالك ، وهي قوله بلغني عن عمرو بن شعيب •

ثم قال البيهقي : هكذا روى مالك هذا الحديث في الموطأ ، فلم يسم راويه الذي رواه عنه قال : ورواه حبيب بن أبي ثابت عن مالك عن عبد الله بن عامر الأسلمي عن عمرو بن شعيب ، وقيل : إنما رواه مالك عن ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب ، كذا قاله أبو أحمد بن عدي الحافظ ، قال ابن عدي : والحديث عن ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب مشهور ، قال البيهقي : وقد روى هذا الحديث عن الحارث بن عبد الرحمن بن

---

(١) وذلك لجهالة هذا الثقة وذلك بناء على أن توثيق الثقة للمجهول لا يكسبه صفتي العدالة والضبط . (المطيعي)

أبى ذباب[1] عن عمرو بن شعيب ثم رواه البيهقى باسناده عن عاصم بن عبد العزيز عن الحارث عن عمرو ، ثم قال البيهقى : عاصم هذا فيه نظر ، وحبيب بن أبى ثابت هذا ضعيف ، وعبد الله بن عامر وابن لهيعة لا يحتج بهما ، والأصل فى هذا الحديث أنه مرسل مالك ، وقال البيهقى فى كتابه معرفة السنن والآثار : بلغنى أن مالكا أخذه عن عبد الله بن عامر ، وقيل : عن ابن لهيعة ، وقيل : عن الحارث بن عبد الرحمن عن عمرو بن شعيب ، قال : وفى الجميع ضعف ، فالحاصل أن هذا الحديث ضعيف ، قال : وإنما بسطت الكلام فيه لشهرته والحاجة إلى معرفته .

قال أهل اللغة : فى العربان ست لغات عربان وعربون — بضم العين وإسكان الراء فيهما — وعربون — بفتحهما وأربان وأربون وأربون — بالهمزة بدل العين — والوزن كالوزن ، وقد أوضحتهن فى تهذيب الأسماء واللغات[2] ، وفى ألفاظ التنبيه أفصحهن عربون — بفتحهما —

---

(1) فى الأصل دباب بالمهملة والمثناة التحتية والموحدة وهو خطأ وصوابه ما اثبتناه هنا . (ط)

(2) قال الشارح فى مادة (أرب) قوله فى التنبيه : ولا يجوز بيع الاربون ، فيه لغات كثيرة حاصلها ست : أرون ، وأركون وأربان وعربون وعربان . ذكره ابن قتيبة فى موضعين من أدب الكاتب أحدهما فى باب ما ينقص منه ويزاد فيه والآخر فى باب ما جاء فيه أربع لغات : أربان وأربون وعربان وعربون : الأول بضم الهمزة وسكون الراء وضم الباء ، والثانية بفتح الهمزة وسكون الراء وضم الباء ، وهذه المذكورة فى الثالثة والرابعة على مثال الأولى والثانية الا أنهما بالعين بدل الهمزة ، هذا ما ذكره ابن قتيبة ، وذكر صاحب المحكم عربان وعربون بالضم كما تقدم وزاد ثالثة عربون بفتح العين والراء قال : والاربان يعنى بالضم لغة فى العربان ، قال ابن الجوالبقى فى كتابه (المعرب) : الاربان والاربون عجمى يعنى معربا وأما معناه فقال صاحب الحاوى فيه : روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ « نهى عن بيع العربان » وروى (عن بيع الاربون قال مالك : وهو أن يشترى الرجل العبد أو يتكارى الدابة ثم يقول : أعطيتك دينارا على أنى ان رجعت عن البيع أو الكراء فما أعطيتك لك ، وهذا بيع باطل للنهى عنه وللشرط فيه ، ولأن معنى الثمار قد تضمنه والله تعالى أعلم . هذا ما ذكره فى الحاوى وهذا الحديث رويناه فى موطأ مالك رضى الله عنه عن مالك عن الثقة عنده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه قال : «نهى رسول الله ﷺ عن العربان » قال مالك : وذلك فيما نرى والله أعلم أن يشترى الرجل العبد أو الوليدة أو يتكارى الدابة ثم يقول للذى اشترى منه أو تكارى منه : أنا أعطيك دينارا أو درهما أو أكثر من ذلك أو أقل على أنى ان أخذت السلعة أو ركبت ماتكاريت منك فالذى أعطيك هو من ثمن السلعة أو من كراء الدابة ، وان تركت السلعة أو الكراء مما أعطيتك فهو لك ، باطل بغير شىء . هذا ما رويناه فى الموطأ ، وهذا الشرط انما يبطل =

وهو عجمى معرب ، ويقال منه عربت فى الشىء وأعربت ، وهو أن يشترى شيئا ويعطى البائع درهما أو دراهم ويقول : إن تم البيع بيننا فهو من الثمن ، وإلا فهو هبة لك ، قال أصحابنا : إن قال هذا الشرط فى نفس العقد فالبيع باطل ، وإن قاله قبله ولم يتلفظا به حالة العقد فهو بيع صحيح ، هذا مذهبنا ، وقد ذكر المصنف المسألة فى التنبيه ، ولم يذكرها فى المهذب •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى بيع العربون •

قد ذكرنا أن مذهبنا بطلانه إن كان الشرط فى نفس العقد ، وحكاه ابن المنذر عن ابن عباس ، والحسن ومالك وأبى حنيفة ، قال : وهو يشبه قول الشافعى ، قال : وروينا عن ابن عمر وابن سيرين جوازه ، قال : وقد روينا عن نافع بن عبد الحارث أنه اشترى دارا بمكة من صفوان بن أمية بأربعة آلاف ، فان رضى عمر فالبيع له ، وإن لم يرض فلصفوان أربعمائة ، قال ابن المنذر : وذكر لأحمد بن حنبل حديث عمر فقال : أى شىء أقدر أقول ؟!! هذا ما ذكره ابن المنذر ، وقال الخطابى : اختلف الناس فى جواز هذا البيع فأبطله مالك والشافعى للحديث ، ولما فيه من الشرط الفاسد والغرر ، وأكل المال بالباطل ، وأبطله أيضا أصحاب الرأى ، وعن عمر وابن عمر جوازه ، ومال إليه أحمد بن حنبل ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

= البيع على مذهبنا اذا كان فى نفس عقد البيع لا سابقا ولا متأخرا ، فان سبق أو تأخر فلا تأثير وهو لغو لا يلزم به شىء والله أعلم . قال الامام أبو سليمان الخطابى رحمه الله فى كتابه معالم السنن وهو شرح سنن أبى داود وقال : بعد أن تذكر الحديث وتفسير مالك هذا تفسير بيع العربان . قال : وقد اختلف الناس فى جواز هذا البيع فأبطله مالك والشافعى للخبر ولما فيه من الشرط الفاسد والغرر ويدخل ذلك فى أكل المال بالباطل وأبطله أصحاب الرأى ، وقد روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه أجاز هذا البيع ، ويروى ذلك أيضا عن عمر ومال أحمد بن حنبل الى القول باجازته وقال : أى شىء أقدر أن أقول؟ وهذا عمر رضى الله عنه — يعنى أجازه ، وضعف الحديث فيه لأنه منقطع ، وكانت رواية مالك عن بلاغ . هذا ما ذكره الخطابى ا هـ .

(وإن كان لرجل عبدان فباع احدهما من رجل ، والآخر من رجل آخر ، فى صفقة واحدة بثمن واحد ، فإن الشافعى رحمه الله قال فيمن كاتب عبدين بمال واحد : إنه على قولين (احدهما) يبطل العقد ، لأن العقد الواحد مع اثنين عقدان ، فإذا لم يعلم قدر العوض فى كل واحد منهما بطل كما لو باع كل واحد منهما فى صفقة بثمن مجهول (والثانى) يصح ، ويقسم العوض عليهما على قدر قيمتهما ، فمن أصحابنا من قال : فى البيع ايضا قولان ، وهو قول ابى العباس ، وقال ابو سعيد الإصطخرى وابو إسحق : يبطل البيع قولا واحدا ، لأن البيع يفسد بفساد العوض (والصحيح) قول أبى العباس لأن الكتابة ايضا تفسد بفساد العوض ، وقد نص فيها على قولين) .

(الشرح) نص الشافعى رحمه الله على أنه إذا كاتب عبيدا بعوض واحد على قولين (أحدهما) صحة الكتابة ويوزع العوض عليهم بالقيمة (والثانى) فسادها ونص على أنه لو اشترى عبيدا من مالكيهم أو وكيلهم ولكل واحد عبد معين فاشتراهم بثمن واحد أن البيع باطل ، ونص أنه لو باع عبديه لرجلين لكل واحد عبد معين بثمن واحد . أن البيع باطل ، وصورته أن يقول : بعتك يا زيد هذا العبد ، وبعتك يا عمرو هذا العبد كليهما بألف درهم فقالا : قبلنا . قال الأصحاب : ويتصور أن يخلع نسوة بعوض واحد ، وأن يتزوج نسوة بعوض واحد فى عقد واحد ، بأن يكون الولى واحدا ، مثل أن يكون له بنات بنين أو بنات إخوة أو بنات أعمام أو معتقات . ويتصور مع تعدد الولى بأن يوكل الأولياء رجلا واحدا قال أصحابنا : فيصح النكاح فى مسألة النكاح ، ويقع الطلاق فى مسألة الخلع .

(وأما) المسمى فى الصداق والخلع ففيه طريقان (أحدهما) يفسد ، ويجب مهر المثل لكل واحدة فى مسألة النكاح ، وعلى كل واحدة فى مسألة الخلع .

(والطريق الثانى) وهو الأصح أن المسألة على قولين فى النكاح والخلع (أصحهما) فساد المسمى ووجوب مهر المثل (والثانى) صحته ، ويوزع عليهن على قدر مهور أمثالهن •

(وأما) البيع والكتابة ففيهما أربع طرق (أصحها) طرد القولين فيهما (أصحهما) الفساد فيهما (والثانى) الصحة والتوزيع عليهم بالقيمة (والطريق الثانى) القطع بفساد البيع وصحة الكتابة (والثالث) يفسد البيع ، وفى الكتابة قولان (والرابع) تصح الكتابة ، وفى البيع قولان ، وإن أفردت قلت : فى البيع طريقان (أصحهما) قولان (أصحهما) البطلان (والطريق الثانى) القطع بالبطلان وفى الكتابة طريقان (أصحهما) قولان (أصحهما) الفساد (والطريق الثانى) القطع بالصحة ، والأصح فى الجميع الفساد (فاذا قلنا) بصحة الصداق وزع المسمى على نسبة مهر أمثالهن على المذهب ، وفيه قول ضعيف ، وبعضهم يحكيه وجها أنه يوزع على عدد رءوسهن •

(وإذا قلنا) بفساد الصداق ففيما يجب لكل واحدة القولان فيما لو أصدقهما خمرا ونحوها (أصحهما) مهر المثل (والثانى) يوزع المسمى على مهور أمثالهن ، ويجب لكل واحـدة ما يقتضيه التوزيع ، ويكون الحاصل لهن على هذا القول بقدر المسمى ، إذا قلنا بالصحة لكن يدفع الزوج من حيث شاء ، ولا يجب من نفس المسمى (أما) إذا زوج أمتيه بعبد على صداق واحد فيصح المسمى بلا خلاف ، فان المستحق لصداقهما واحد كما لو باع عبديه بثمن ، ولو كان له أربع بنات ولآخر أربعة بنين فزوجهن بهم صفقة بمهر واحد ، بأن قال : زوجت بنتى فلانة ابنك فلانا ، وفلانة فلانا بألف ، فطريقان حكاهما المتولى (أحدهما) فى صحة الصداق القولان (والثانى) القطع ببطلانه لتعدد المعقود له من الجـانبين ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

(فـرع) لو كان لرجل عبد فقال لرجلين : بعتكما هذا العبد بألف فقالا : قبلنا ، صح البيع ، لأن الثمن ينقسم على أجزائه ، ويكون لكل واحد منهما نصفه بخمسمائة وهـذا لا خلاف فيه . فان قال أحدهما : قبلت . ولم يقبل الآخر ، كان للقابل نصفه بخمسمائة ، لأن إيجابه لهمـا بمنزلة عقدين لكل واحد عقد ، فصح قبول أحدهما دون الآخر . ولو كان له عبدان فقال لرجلين : بعتكما هذين العبدين بألف . فقالا : قبلنا ، صح البيع بلا خلاف ، ويكون لكل واحد نصف العبدين بخمسمائة ، كما لو باعهما لواحد ، فلو قال أحدهما : قبلت نصفهما وسكت الآخر ، صح البيع فى نصفيهما للقابل بخمسمائة ، لمـا ذكرناه فى العبد الواحد .

وهكذا لو قال أحدهما قبلت ولم يقل : نصفهما ، وسكت الآخر ، صح فى نصفهما للقابل بخمسمائة ، لأن إطلاق القبول يرجع إلى ما يقتضيه الإيجاب . وهو نصفهما له بخمسمائة ، وإن قال أحدهمـا : قبلت أحد العبدين أو قبلت هذا بخمسمائة لم يصح البيع بلا خلاف . لأنه ليس مطابقا للإيجاب . وإن قال أحدهما قبلت نصف أحد العبدين أو نصف هذا العبد بحصته ، لم يصح بلا خلاف لمـا ذكرناه ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

قال المصنف رحمـه الله تعـالى

(فإن قال بعتك بالف مثقال ذهبا وفضة ، فالبيع باطل ، لانه لم يبين القدر من كل واحد منهما ، فكان باطلا ، وإن قال : بعتك بالف نقدا او بالفين نسيئة ، فالبيع باطل ، لانه لم يعقد على ثمن بعينه ، فهو كما لو قال : بعتك احد هذين العبدين) .

(الشرح) هاتان المسألتان كما قالهما باتفاق الأصحاب ، وهما داخلتان فى النهى عن بيع الغرر ، وقد روى أبو هريرة رضى الله عنه « أن النبى ﷺ نهى عن بيعتين فى بيعة » رواه الترمذى وقال : حديث حسن صحيح ، قال :

وفى الباب عن ابن عمر وابن عباس وأبى سعيد وأنس وفسر الشافعى وغيره من العلماء البيعتين فى بيعة تفسيرين (أحدهما) أن يقول : بعتك هـذا بعشرة نقدا ، أو بعشرين نسيئة (والثانى) أن يقول : بعتكه بمائة مثلا على أن تبيعنى دارك بكذا وكذا ، وقد ذكر المصنف التفسيرين فى الفصل الذى بعد هذا ، وذكرهما أيضا فى التنبيه ، وذكرهما الأصحاب وغيرهم (والأول) أشهر وعلى التقديرين البيع باطل بالإجماع •

(وأما) الحديث الذى فى سنن أبى داود عن أبى هريرة قال : « قال رسول الله ﷺ : من باع بيعتين فى بيعة له أو كسهما أو الربا » فقال الخطابى وغيره : يحتمل أن يكون ذلك فى قصة بعينها ، كأنه أسلف دينارا فى قفيز حنطة إلى شهر فحل الأجل فطالبه فقال : بعنى القفيز الذى لك على إلى شهرين بقفيزين ، فهذا بيع ثان قد دخل على البيع الأول ، فصار بيعتين فى بيعة ، فيرد إلى أوكسهما وهو الأصل ، فان تبايعا البيع الثانى قبل فسخ الأول كانا قد دخلا فى الربا ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فيمن باع بألف مثقال ذهب وفضة ، مذهبنا أنه بيع باطل ، وقال أبو حنيفـة : يصح ويكون الثمن نصفين ، واحتج أصحابنا بالقياس على ما لو باعه بألف ، بعضه ذهب وبعضه فضة ، فانه لا يصح •

قال المصنف رحمـه الله تعـالى

(وإن باع بثمن مؤجل لم يجز إلى أجل مجهول ، كالبيع إلى العطاء ، لأنه عوض فى بيع ، فلم يجز إلى أجل مجهول كالمسلم فيه) •

(الشرح) اتفقوا على أنه لا يجوز البيع بثمن إلى أجل مجهول ، لمـا ذكره المصنف (وقوله) عوض فى بيع احتراز من الجعل فى الجعالة : فانه يستحقه عند فراغ العمل وهو وقت مجهول ، قال أصـحابنا : فاذا باع

بمؤجل إلى الحصاد أو إلى العطاء لم يصح ، وإن كان إلى وقت استحقاق العطاء وهو معلوم لهما صح ، وابتدأ الأجل من العقد على المذهب ، وقيل : فيه وجهان كابتداء مدة خيار الثلاث (أحدهما) من العقد (والثانى) من التفرق . وسبقت المسألة واضحة فى مسائل خيار الشرط ، وفى الأجل مسائل وفروع كثيرة ، ذكرها المصنف والأصحاب فى كتاب السلم ، وهناك نوضحها إن شاء الله تعالى .

(فرع) قال الرويانى لو باع بثمن مؤجل إلى ألف سنة بطل العقد للعلم بأنه لا يعيش ألف سنة ، قال الرافعى : فعلى هذا الشرط فى صحة الأجل احتمال بقائه إليه (قلت :) الصواب أنه لا يشترط احتمال بقائه إليه ، بل ينتقل إلى وارثه ثم وارثه وهلم جرا ، ولكن لا يصح التأجيل بألف سنة وغيرها مما لا يعتقد بقاء الدنيا إليه .

(فرع) قال أصحابنا : إنما يجوز الأجل إذا كان العوض فى الذمة (فأما) إذا أجل تسليم المبيع أو الثمن المعين بأن قال : اشتريت بهذه الدراهم على أن أسلمها فى وقت كذا فالعقد باطل .

(فرع) قال أصحابنا : ولو حل الأجل وأجل المشترى البائع مدة أخرى ، أو زاد فى الأجل قبل حلول الأجل المضروب ، فهو وعد لا يلزم عندنا خلافا لأبى حنيفة ، ووافقنا على أن بدل الإتلاف لا يتأجل بالتأجيل . ولو أوصى من له دين حال على إنسان بإمهاله مدة لزم ورثته إمهاله تلك المدة ، لأن التبرعات بعد الموت تلزم . وممن ذكره المتولى ، ولو أسقط من عليه دين مؤجل الأجل ، فهل يسقط حتى يتمكن المستحق من مطالبته فى الحال ؟ فيه وجهان (أصحهما) لا يسقط لأن الأجل صفة تابعة ، والصفة لا تفرد بالإسقاط ، ألا ترى أن مستحق الحنطة الجيدة أو الدنانير الصحاح لو أسقط صفة الجودة والصحة لم يسقط ؟ .

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى البيع إلى العطاء والحصاد ونحوهما من الآجال المجهولة ، قد ذكرنا أنه لا يصح عندنا ، قال ابن المنذر ، وبه قال ابن عباس وأبو حنيفة ، وقال مالك وأحمد وأبو ثور : يجوز بثمن إلى الحصاد والدياس والعطاء ونحو ذلك لأنه معروف • قال ابن المنذر ، وروينا ذلك عن ابن عمر قال وقال ابن أبى ليلى : إذا باع إلى العطاء صح ، وكان الثمن حالا قال : وقول ابن عباس أصح •

قال المصنف رحمـه الله تعـالى

(ولا يجوز تعليق البيع على شرط مستقبل كمجىء الشهر وقدوم الحاج ، لأنه بيع غرر من غير حاجة فلم يجز ، ولا يجوز بيع المنابذة ، وهو أن يقول إذا نبذت هذا الثوب فقد وجب البيع ، ولا بيع الملامسة وهو أن يمس الثوب بيده ولا ينشره ، وإذا مسه فقد وجب البيع ، لما روى أبو سعيد الخـدرى قال : « نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين المنابذة والملامسة » والمنابذة أن يقول : إذا نبذت هذا الثوب فقد وجب البيع والملامسة أن يمسه بيده ولا ينشره ، فإذا مسه فقد وجب البيع ولأنه إذا علق وجوب البيع على نبذ الثوب فقد علق البيع على شرط ، وذلك لا يجوز ، وإذا لم ينشر الثوب فقد باع مجهولا وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز •

ولا يجوز بيع الحصى ، وهو أن يقول : بعتك ما وقع عليه الحصى من ثوب او ارض ، لمـا روى أن النبى ﷺ « نهى عن بيع الحصى » ولأنه بيع مجهول من غير حاجة فلم يجز ، ولا يجوز بيع حبل الحبلة لمـا روى ابن عمر رضى الله عنهما قال : « نهى رسول الله ﷺ عن بيع حبل الحبلة » واختلف فى تاويله ، فقال الشافعى رضى الله عنه : هو بيع السلعة بثمن إلى أن تلد الناقة ويلد حملها ، وقال أبو عبيد هو بيع ما يلد حمل الناقة ، فإن كان على ما قال الشافعى رحمه الله فهو بيع بثمن إلى أجل مجهول ، وقد بينا أن ذلك لا يجوز • وإن كان على ما قال أبو عبيد فهو بيع معدوم ومجهول ، وذلك لا يجوز ولا يجوز بيعتان فى بيعة ، لمـا روى أبو هريرة رضى الله عنه قال : « نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين فى بيعة » فيحتمل أن يكون المراد به ان يقول : بعتك هذا بالف نقدا او بالفين نسيئة فلا يجوز للخبر ، ولأنه لم يعقد على ثمن معلوم • ويحتمل ان يكون المراد به ان يقول : بعتك هـذا بالف على ان تبعينى دارك بالف ،

فلا يصح للخبر ، ولأنه شرط فى عقد ، وذلك لا يصح فاذا سقط وجب أن يضاف إلى ثمن السلعة بازاء ما سقط من الشرط وذلك مجهول ، فاذا اضيف إلى الثمن صار مجهولا فبطل) .

(**الشرح**) أما حديث أبى سعيد فرواه البخارى ومسلم مع تفسيره (وأما) حديث النهى عن بيع الحصاة فرواه مسلم فى صحيحه من رواية أبى هريرة (وأما) حديث ابن عمر فى حبل الحبلة فرواه البخارى ومسلم (وأما) حديث أبى هريرة فى النهى عن بيعتين فى بيعة فهو صحيح سبق بيانه قريبا فى الفصل الذى قبل هذا وبسطنا القول فيه (وقوله :) وهو أن يمس هو ــ بفتح الياء والميم ــ ويجوز ضم الميم فى لغة قليلة ، وننكر على المصنف قوله وروى فى حديث النهى عن بيع الحصاة ، فأتى به بصيغة التمريض الموضوعة للضعيف مع أنه حديث صحيح كما أوضحناه .

وقوله : (حبل الحبلة) هو ــ بفتح الباء ــ فيهما ، قال أهل اللغة : الحبلة هنا جمع حابل كظالم وظلمة ، وفاجر وفجرة ، وكاتب وكتبة ، وقال الأخفش يقال : حبلت المرأة فهى حابل ، ونسوة حبلة ، وقال ابن الأنبارى وغيره : الهاء فى الحبلة للمبالغة واتفق أهل اللغة على أن الحبل مختص بالآدميات ، وإنما يقال فى غيرهن : الحمل ، يقال حملت المرأة ولدا وحبلت بولد ، وحملت الشاة ــ بالميم ــ وكذا البقرة والناقة ونحوها ، قال أبو عبيد : لا يقال لشىء من الحيوان : حبل غير الآدمى إلا ما جاء فى هذا الحديث .

واختلف العلماء فى تفسيره على قولين ذكرهما المصنف فالذى حكاه عن الشافعى ، وهو تفسير ابن عمر راوى الحديث ثبت ذلك عنه فى الصحيحين وبه قال مالك وآخرون والذى حكاه عن أبى عبيد ، قاله أيضا أبو عبيدة معمر بن المثنى شيخ أبى عبيد ، وقاله أحمد بن حنبل وإسحق بن راهويه وهو أقرب إلى اللغة ، ولكن المذكور عن الشافعى

وموافقيه أقوى لأنه تفسير الراوى وهو أعرف ، وعلى التقديرين البيع باطل بالإجماع ، لما ذكره المصنف واعلم أن أبا عبيد الذى ذكره المصنف هنا فى التنبيه هو بإسقاط الهاء فى آخره وهو القاسم بن سلام الإمام المشهور فى علوم كثيرة ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

(وأما) بيع المنابذة ففيه تأويلات (أحدها)أن يجعل نفس النبذ بيعا قاله الشافعى وغيره ، وهو بيع باطل ، قال الرافعى : قال الأصحاب : ويجىء فيه الخلاف فى المعاطاة فان المنابذة مع قرينة البيع هى نفس المعاطاة (والثانى) أن يقول : بعتك على أنى إذا نبذته إليك انقطع الخيار ، ولزم البيع ، وهو بيع باطل (والثالث) أن المراد بنبذ الحصاة الذى سنذكره إن شاء الله تعالى •

(وأما) بيع الملامسة ففيه تأويلات (أحدها) تأويل الشافعى وجمهور الأصحاب ، وهو أن يأتى بثوب مطوى أو فى ظلمة فيلمه المستلم ، فيقول صاحبه : بعتكه بكذا ، بشرط أن يقوم لمسك مقام نظرك ، ولا خيار لك إذا رأيته (والثانى) أن يجعلا نفس اللمس بيعا ، فيقول إذا لمسته فهو بيع لك (والثالث) أن يبيعه شيئا على أنه متى لمسه انقطع خيار المجلس وغيره ، ولزم البيع ، وهذا البيع باطل على التأويلات كلها ، وفى الأول احتمال لإمام الحرمين ، وقال صاحب التقريب : تفريعا على صحة نفى خيار الرؤية قال : وعلى التأويل الثانى له حكم المعاطاة (والمذهب) الجزم ببطلانه على التأويلات كلها •

(وأما) بيع الحصاة ففيه تأويلات (أحدها) أن يقول بعتك من هذه الأثواب ما تقع عليه الحصاة التى أرميها ، أو بعتك من هذه الأرض من هنا إلى حيث تنتهى إليه هذه الحصاة (والثانى) أن يقول بعتكه على أنك بالخيار إلى أن أرمى الحصاة (والثالث) أن يجعلا نفس الرمى بيعا وهو : إذا رميت هذه الحصاة فهذا الثوب مبيع لك بكذا ، والبيع باطل على جميع

التأويلات (وأما) البيعتان فى بيعة ففيه هذان التأويلان اللذان ذكرهما المصنف ، وقد نص الشافعى عليهما فى مختصر المزنى ، وقد قدمناهما مع كلام الأئمة فيه ، وظاهر كلام المصنف يقتضى أن التأويلين لنفسه ، وليس كذلك ، والله سبحانه أعلم .

(فــرع) مختصر ما ذكره المصنف فى هذا الفصل أن لا يجوز بيعتان فى بيعة ، ولا بيع حبل الحبلة ولا بيع الحصاة والمنابذة والملامسة ، ولا تعليق البيع على شرط مستقبل بأن يقول : إذا جاء المطر أو قدم الحاج أو إذا جاء زيد أو إذا غربت الشمس أو ما أشبه هذا فقد بعتكه ، وهذا عقد باطل بلا خلاف للحديث الصحيح فى النهى عن الغرر [1] .

قال المصنف رحمــه الله تعــالى

(ولا يجوز مبايعة من يعلم أن جميع ماله حرام ، لما روى أبو مسعود البدرى أن النبى ﷺ ((نهى عن حلوان الكاهن ومهر البغى)) وعن الزهرى ((فى امرأة زنت بمال عظيم قال : لا يصلح لمولاها أكله ، لأن النبى ﷺ نهى عن مهر البغى)) فإن كان معه حلال وحرام كره مبايعته ، والأخذ منه ، لما روى النعمان بن بشير قال ((سمعت رسول الله ﷺ يقول الحلال بين والحرام بين وبين ذلك أمور مشتبهات وسأضرب لكل فى ذلك مثلا : إن الله تعالى حمى حمى وإن حمى الله حرام ، وإن من يرعى حول الحمى يوشك أن يخالط الحمى)) وإن بايعه وأخذ منه جاز ، لأن الظاهر مما فى يده أنه له فلا يحرم الأخذ منه) .

الخلط فى البلد حرام لا ينحصر بحلال لا ينحصر لم يحرم الشراء منــه [2] بل يجوز الأخذ منه إلا أن يقترن بتلك العين علامة تدل على أنها

(١ ، ٢) تنبيه : وجد فى النسخة التى بأيدينا بعد هذا قوله : الخلط فى البلد حرام لا ينحصر الخ . ولما كان الكلام غير مرتبط بما قبله رجعنا الى المتن فوجد أنه قد سقط منه جملة لم تذكر فى الاصل الذى بأيدينا وهى من أول قوله : ولا يجوز مبايعة من لم يعلم الخ وتبين أن قوله : الخلط فى البلد حرام يرتبط بها . وقد سقط من أول شرحها الى هنا جملة لم نهتد لها كما أنه لا يعلم ان كان قد سقط فى شرح الأول بعد قوله (نهى عن بيع الغرر شىء أم لا) فليحرر (ش) ام قلت : والعبارة بالتأمل يزول الغموض عنها بهذا المثل : اذا اختلطت أخته بنساء بلد لم يعينها من بين هؤلاء النسوة غير المحصورات جاز أن يتزوج بواحدة منهن ولا يحرم عليه التزوج لوجود أخته بينهن مجهولة غير متعينة وبهذا يزول ما أشكل مشايخنا رحمهم الله . (المطيعى)

من الحرام فان لم يقترن فليس بحرام ، ولكن تركه ورع محبوب ، وكلما كثر الحرام تأكد الورع • ولو اعتلفت الشاة علفا حراما أو رعت فى حشيش حرام لم يحرم لبنها ولحمها ولكن تركه ورع ، لأن اللحم واللبن ليس هو عين العلف ، ولو امتنع من أكل طعام حلال لكونه حمله كافر أو فاسق بالزنا أو بالقتل ونحوه ، لم يكن هـذا ورعا ، بل هو وسـواس وتنطع مذموم •

ولو اشترى طعاما فى الذمة وقضى ثمنه من حرام ــ نظر إن سلم البائع إليه الطعام ، قبل قبض الثمن بطيب قلبه فأكله قبل قضاء الثمن ــ فهو حلال بالإجماع ، ولا يكون تركه ورعا مؤكدا ، ثم إن قضى الثمن بعد الأكل فأداه من الحرام فكأنه لم يقضه ، فيبقى الثمن فى ذمته ، ولا ينقلب ذلك الطعام المـأكول حراما ، فان أبرأه البائع من الثمن مع علمـه بأنه حرام برىء المشترى ، وإن أبرأه ظانا حل الثمن لم تحصل البراءة ، لأنه إنمـا أبرأه براءة استيفاء ، ولا تحصل بذلك الاستيفاء •

وإن لم يسلم إليه بطيب قلبه بل أخذه المشترى قهرا فأكله فالأكل حرام ، سواء أكله قبل توفية الثمن أو بعد توفيته من الحرام ، لأن للبائع حق حبس المبيع حتى يقبض الثمن على الصحيح ، فيكون عاصيا بأكله كعصيان الراهن إذا أكل الطعام المرهون بغير إذن المرتهن ، وهو أخف تحريما من أكل المغصوب •

(أما) إذا أوفى الثمن الحرام ثم قبض المبيع ــ فان علم البائع بأن الثمن حرام وأقبض المبيع برضاه سقط حقه من الحبس ، وبقى الثمن له فى الذمة ، ويكون أكل المشترى المبيع حلالا ، وإن لم يعلم البائع كون الثمن حراما ، وكان بحيث لو علم لمـا رضى به ، ولمـا أقبض المبيع لم يسقط حق الحبس بهذا التدليس فالأكل حينئذ حرام كتحريم أكل طعامه المرهون ، والامتناع من الأكل فى هذا ورع منهم •

ولو اشترى سلطان أو غيره شيئا بثمن فى الذمة شراء صحيحا وقبضه برضا البائع قبل توفية الثمن ، ثم وهبه لإنسان ، وكان فى مال المشترى حلال وحرام ، ولم يعلم من أين يوفيه الثمن ؟ لم يحرم على الإنسان الموهوب له ولكن الورع تركه ، ويتأكد الورع أو يخف بحسب كثرة الحرام فى يد المشترى وقلته .

ولو اشترى إنسان شيئا فى الذمة وفّى[1] ثمنه عنبا لمن عرف باتخاذ الخمر ، أو سيفا لمن عرف بقطع الطريق ، ونحو ذلك ، كره أكل ذلك المشترى ، ولم يحرم ، ولو حلف لا يلبس غزل زوجته فباعت غزلها ووهبته الثمن لم يكره أكله فان تركه فليس بورع بل وسواس .

ومن الورع المحبوب ترك ما اختلف العلماء فى إباحته اختلافا محتملا ، ويكون الإنسان معتقدا مذهب إمام يبيحه ، ومن أمثلته الصيد والذبيحة إذا لم يسم عليه فهو حلال عند الشافعى ، حرام عند الأكثرين ، والورع لمعتقد مذهب الشافعى ترك أكله .

(وأما) المختلف فيه الذى يكون فى إباحته حديث صحيح بلا معارض، وتأويله ممتنع . أو بعيد ، فلا أثر لخلاف من منعه ، فلا يكون تركه ورعا محبوبا ، فان الخلاف فى هذه الحالة لا يورث شبهة ، وكذلك إذا كان الشىء متفقا عليه ، ولكن دليله خبر آحاد ، فتركه إنسان لكون بعض الناس منع الاحتجاج بخبر الواحد ، فهذا الترك ليس بورع ، بل وسواس، لأن المانع للعمل بخبر الواحد لا يعتد به ، وما زالت الصحابة فمن بعدهم على العمل بخبر الواحد .

قال : ولو أوصى بمال للفقهاء فالفاضل فى الفقه مدخل فى الوصية ، والمبتدى من شهر ونحوه لا يدخل فيه ، والمتوسط بينهما درجات يجتهد

---

(١) (وفى) فعل ماض مثال فاؤه ولامه حرفا علة وليس هو بحرف الجر المعروف فحرر . (ط)

المفتى فيهما ، والورع لهذا المتوسط ترك الأخذ منها ، وإن أفتاه المفتى فانه داخل فى الوصية ، قال : وكذا الصدقات المصروفة إلى المحتاجين قد يتردد فى حقيقة الحاجة ، وكذا ما يجب من نفقة الأقارب وكسوة الزوجات وكفاية العلماء فى بيت المـال •

(فـرع) قال الغزالى فى الإحياء : إذا قدم لك إنسان طعاما ضيافة ، أو أهداه لك ، أو أردت شراءه منه ، ونحو ذلك ، لم يطلق الورع فإنك تسأل عن حله ، ولا يترك السؤال [بل] قد يجب وقد يحرم ، وقد يندب ، وقد يكره ، وضابطه أن مظنة السؤال هى موضع الريبة ، ولهـا حالان (أحدهما) يتعلق بالمـالك (والثانى) بالملك (أما) الأول فالمـالك ثلاثة أضرب :

(الضرب الأول) أن يكون مجهولا ، وهو من ليس فيه علامة تدل على طيب ماله ولا فساده ، فاذا دخلت قرية فرأيت رجلا لا تعرف من حاله شيئا ، ولا عليه علامة فساد ماله وشبهه ، كهيئة الأجناد ، ولا علامة طيبة كهيئة المتعبدين والتجار ، فهو مجهول ، ولا يقال مشكوك فيه ، لأن الشك عبارة عن اعتقادين متقابلين لهما سببان مختلفان ، قال : وأكثر الفقهـاء لا يدركون الفرق بين ما لا يدرى ،وبين ما يشك فيـه ، فالورع ترك ما لا يدرى ويجوز الشراء من هذا المجهول ، وقبول هديته وضيافته ، ولا يجب السؤال بل لا يجوز ، والحالة هذه ، لأنه إيذاء لصاحب الطعام ، فان أراد الورع فليتركه ، وإن كان لابد من أكله فليأكل ولا يسأل ، فان الإقدام على ترك السؤال أهون من كسر قلب مسلم وإيذائه •

(الضرب الثانى) أن يكون مشكوكا فيه بأن يكون عليه دلالة تدل على عدم تقواه كلباس أهل الظلم وهيئاتهم ، أو ترى منـه فعلا محرما تستدل به على تساهله فى المـال ، فيحتمل أن يقال : يجوز الأخذ منه من غير سؤال ، ولا يحرم الهجوم ، بل السؤال ورع ، ويحتمل أن يقـال :

لا يجوز الهجوم ، ويجب السؤال ، قال : وهو الذى نختاره ونفتى به إذا كانت تلك العلامة تدل على أن أكثر ماله حرام ، فان دلت على أن فيه حراما يسيرا كان السؤال ورعا .

(الضرب الثالث) أن يعلم حاله بممارسة ونحوها بحيث يحصل له ظن فى حل ماله أو تحريمه ، بأن يعرف صلاح الرجل وديانته ، فهنا لا يجب السؤال ولا يجوز ، أو يعرف أنه مراب أو مغن ونحوه ، فيجب السؤال (الحال الثانى) أن يتعلق الشك بالمال ، بأن يختلط حلال بحرام ، كما إذا حصل فى السوق أحمال طعام مغصوب ، واشتراها أهل السوق فلا يجب السؤال على من يشترى من تلك السوق إلا أن يظهر أن أكثر ما فى أيديهم حرام ، فيجب السؤال ، وما لم يكن الأكثر حراما يكون التفتيش ورعا لأن الصحابة رضى الله عنهم لم يمتنعوا من الشراء من الأسواق ، وكانوا لا يسألون فى كل عقد ، وإنما نقل السؤال عن بعضهم فى بعض الأحوال لريبة كانت .

(فرع) قال الغزالى فى الإحياء : لو كان فى يد ناظر الأوقاف أو الوصايا مالان ، أحدهما لموصوفين بصفة ، والآخر لموصوفين بصفة أخرى ، فأراد إنسان فيه صفة أحدهما دون الآخر أن يأخذ من الناظر شيئا ، فان كانت تلك الصفة ظاهرة يعرفها المتولى وهو ظاهر العدالة ، جاز الأخذ من غير سؤال ، وإن كانت الصفة خفية أو عرف من حال المتولى التساهل ، وأنه لا يبالى بخلط المالين ، وجب السؤال ، إنه ليس هنا علامة ولا استصحاب يعتمد .

(فرع) قال : ويجوز أن يشترى دارا من دور البلد ، وإن علم أن فيه دورا مغصوبة لأن ذلك اختلاط بغير محصور ، والسؤال هنا ورع واحتياط ، ولو كان فى البلد عشر دور فيها واحدة مغصوبة ، أو وقف ولا يعرفها ، وجب السؤال لأنه محصور . ولو كان فى البلد مدارس أو

رباطات ، خصص بعضها بالمنسوبين إلى مذهب معين ، لم يجز أن يسكن فى شىء منها ، ولا يأكل من وقفها حتى يسأل ويتبين الصواب •

(فـرع) قال : حيث قلنا : السؤال ورع فليس له أن يسأل صاحب الطعـام والمـال ، لأن ذلك يغيظـه فلا يرتكب إيذاء مسلم لتحصيل أمر مندوب قال : وإنما أوجبنا السؤال إذا كان الأكثر حراما ، وعند ذلك لا نبالى بغيظه فان الظالم يؤذى بأكثر من هذا ، قال الحارث المحاسبى : لو كان له أخ أو صديق يأمن غيظه لو سأله فينبغى أن لا يسأله أيضـا للورع ، لأنه ربما ظهر منه شىء كان مستورا يؤدى إلى البغضاء ، قال الغزالى : وهذا حسن • قال : (فان قيل)لا فائدة فى سؤال من بعض ماله حرام (فالجواب) أنه متى كان فى مال الإنسان حرام مختلط ، فأردت مبايعته أو الأكل من ضيافته أو هديته أو نحـو ذلك ، لم يكف سؤاله ولا فائدة فيه ، وإنما يسأل غيره ، وإنما ينفع سؤال صاحب اليد إذا كان ثقة غير متهم ، كمتـولى الأوقاف[1] من أى جهة هذا المـال ؟ وكمـا سأل النبىﷺ عن الذى أتى به هل هو هدية أم صدقة ؟ فان ذلك لا يؤذى المسئول ، ولا يتهم فيه •

وله سؤال خادمه وعبده الثقة ، ومتى سأل فأخبره ثقة اعتمده ، فان أخبره فاسق وعلم بقرينة الحال أنه لا يكذب من حيث إنه لا غرض له جاز له قبوله ، لأن المطلوب من السؤال ثقة النفس ، وقد تحصل بقول الفاسق ، فإن أخبره صبى مميز معروف بالتثبت جاز قبوله ، ومتى وجب السؤال فتعارض قول عدلين أو فاسقين سقطا ويجوز أن يرجح بقلبه أحدهما ، وبكثرة المخبرين وبمعرفتهم •

(فـرع) قال الغزالى : لو نهب متاع مخصوص فصادف من ذلك

---

(١) كذا بالأصل (ش) ولعل سقطا قد وقع تقديره (حيث يقال له) • (ط)

النوع شيئا يباع واحتمل أن يكون من المنهوب ، فان كان ذلك فى يد من عرف بالصـــلاح جاز شراؤه ، وكان تركه ورعا ، وإن كان رجلا مجهولا ــ فان كان ذلك النوع كثيرا فى البلد من غير المنهوب ــ جاز الشراء منه ، وإن كان لا يوجد هناك غير المنهوب إلا نادرا فليس هنا دليل للحل سوى اليد ، وقد عارضها علامة خاصة ، وهى شكل المتاع المنهوب ، فالامتناع من شرائه ورع منهم ، وفى تحريمه نظر .

(فـــرع) قال الغـــزالى : خادم الصوفيـــة إذا خرج إلى السوق والبيوت وجمع طعاما وغيره ، ثم قدمه للصـــوفية حل لهم أكله ، ويحل لغيرهم الأكل منه برضاء الخادم ، ولا يحل بغير رضاه ، وهكذا لو كان للرجل عيال وأعطى له الناس شيئا بسبب عياله ، يكون ذلك ملكا للرجل لا للعيال ، وله أن يطعم منه غير العيال ، وكذا ما يعطاه الخادم يقع ملكا له وإنما يطعم الصوفية وفاء بالمروءة .

(فـــرع) قال الغزالى : الوقف على الصوفية لغيرهم أن يأكل معهم منه برضاهم ، وإنما يأكل مرة أو مرتين ونحوهما لأن معنى الوقف على الصوفية الصرف إلى مصالحهم ، ومبنى الأطعمة على المسامحة ، ولا يجوز لمن لم يكن صوفيا الأكل معهم من الوقف على الدوام ، وإن رضوا ، لأنه ليس لهم تغيير شرط الواقف بمشاركة غير جنسهم (وأما) الفقيه إذا كان على زيهم وأخلاقهم فله النزول عليهم ، أو كونه صوفيا ، وليس الجهل [1] شرطا للتصوف . قال : ولا يلتفت إلى حركات بعض الحمقى ، وقولهم : العلم حجاب ، بل الجهل هو الحجاب وكذا العلم المذموم .

(فـــرع) قال الغزالى : قد يعطى الإنسان غيره المـــال تبرعا لكونه محتاجا وقد يعطيه لنسبه أو صـــلاحه أو نحو ذلك ، فان علم الآخذ أنه

---

(١) يبدو أن أكثر الصوفية على عهد الغزالى كانت تغلب عليهم مسحة الجهل ولذلك سجل هذه الملاحظة اللطيفة فى قوله : وليس الجهل شرطا للتصوف . (المطيعى)

يعطيه لحاجته ، لم يحل له أخذه إن لم يكن محتاجا ، وإن علم أنه يعطيه لشرف نسبه لم يحل له أخذه إن كان حادثا فى النسب ، وإن أعطاه لعلمه لم يحل له أخذه إلا أن يكون فى العلم كما يعتقده المعطى وإن أعطاه لدينه وصلاحه لم يحل له الأخذ إن كان فاسقا فى الباطن فسقا لو علمه المعطى لما أعطاه .

(فرع) قال الغزالى : الأرض المغصوبة إذا جعلت شارعا لم يجز المرور فيها ، فان لم يكن لها مالك معين جاز ، والورع اجتنابه إن أمكن العدول عنها فان كانت الأرض وعليها ساباط مغصوب الأخشاب ونحوها جاز المرور تحته ، فان قعد تحته لدفع حر أو برد أو مطر ونحوه فهو حرام لأن السقف لا يراد إلا لهذا ، قال : وكذا لو كانت أرض المسجد مباحة وسقف بحرام جاز المرور فيه ولا يجوز الجلوس لدفع حر أو برد ونحو ذلك ، لأنه انتفاع بالحرام ، هذا كلام الغزالى ، وفى قوله نظر ، والمختار أنه لا يحرم القعود فى هاتين الصورتين وهو من باب الانتفاع بضوء سراج غيره والنظر فى مرآته من غير أن يستولى عليهما وهما جائزان بلا خلاف .

(فرع) قال الغزالى : المواضع التى بناها الظلمة كالقناطر والربط والمساجد والسقايات ينبغى أن يحتاط فيها (أما) القناطر فيجوز العبور عليها للحاجة والورع اجتنابه ، وإنما جوزنا العبور ، وإن وجد عنها معدلا ، لأن تلك الآلات إذا لم يعرف لها مالك كان حكمها أن ترصد للمصالح وهذا منها ، وإذا عرف أن الأحجار واللبن مغصوبة من إنسان أو من مسجد أو مقبرة ونحوها فانه يحرم العبور عليها إلا لضرورة يحل بها ذلك من مال الغير ثم يجب الاستحلال من المالك الذى يعرفه .

(وأما) المسجد فان بنى من أرض مغصوبة أو خشب مغصوب من مسجد آخر أو ملك إنسان معين فيحرم دخوله لصلاة الجمعة وغيرها ، وإن كان من مال لا يعرف مالكه فالورع العدول إلى مسجد آخر ، فان

لم يجد لم يترك الجمعة والجماعة ، لأنه يحتمل أنه بناه بماله ويحتمل أنه ليس له مالك معروف ، فيكون للمصالح •

(وأما) السقايات فحكمها ما ذكرناه فالورع ترك الوضوء والشرب منها وترك دخولها إلا أن يخاف فوات وقت الصلاة •

(وأما) الرباط والمدرسة فان كانت أرضها مغصوبة أو الأكناف كاللبن والحجارة وأمكن ردها إلى مالكها لم يجز دخولها وإن اشتبه فله دخولها والمكث فيها والورع تركه • قال الغزالى : إذا أمر السلطان بدفع شيء من خزانته لإنسان يستحق فى بيت المال شيئا ، وعلم أن الخزانة فيها الحلال والحرام ، كما هو الغالب فى هذه الأزمان والحلال فى أيدى سلاطين هذه الأزمان عزيز أو معدوم[1] وإذا كان محتملا كونه من الحلال أو كونه من الحرام فقد قال قوم : يجوز أخذه ما لم يتيقن أنه حرام ، وقال آخرون : لا يجوز حتى يتحقق أنه حلال ، قال : وكلاهما إسراف والأعدل أنه إن كان الأكثر حراما حرم ، وإن كان حلالا ففيه توقف ، هذا كلام الغزالى •

وهو جار على اختياره أنه إذا كان المختلط أكثره حراما حرم الأخذ منه ، وقد قدمنا أن المشهور أنه مكروه وليس بحرام ، وهكذا مثال خزانة السلطان يكون مكروها قال الغزالى : واحتج من جوزه بأن جماعة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم أخذوا من السلاطين الظلمة ، ونوابهم الظلمة ، منهم أبو هريرة وأبو سعيد الخدرى وأبو أيوب وزيد بن ثابت وجرير بن عبد الله وابن عمر وابن عباس وأنس والمسور بن مخرمة والحسن البصرى والشعبى وإبراهيم النخعى وابن أبى ليلى والشافعى وأخذ ابن عمر من الحجاج ، والشافعى من هارون الرشيد ، وأخذ مالك من الخلفاء أموالا كثيرة ، وإنما ترك من ترك منهم الأخذ تورعا • وعن

---

(١) كذا بالأصل والسقط (فلا يجوز له اخذه) • (المطيعى)

ابن عمر أنه قبل هدية المختار بن أبى عبيد ، وزعمت هذه الفرقة أن ما نقل من امتناع جماعة لا يدل على التحريم ، وكما أن الخلفاء الراشدين وأبا ذر وآخرين من الزهاد ، تركوا الحلال المطلق ، الذى لا شبهة فيه زهدا .

قال الغزالى : والجواب عن هذا أنه قليل محصور بالإضافة إلى ما نقل من ردهم وإنكارهم ، أو يحمل على أنهم تحققوا أن ذلك القدر المصروف إليهم من جهة حلال ، فحينئذ يكون المدفوع إليهم حلالا ولا يضرهم كون يد السلطان مشتملة على حرام منفصل عن هذا ، أو يحمل على أنهم أخذوه وصرفوه فى مصارف بيت المال ، وقد قال جماعة منهم : أخذنا له كله وصرفنا إياه فى المحتاجين خير من تركه فى يد السلطان ، ولهذا قال ابن المبارك : إن الذين يأخذون اليوم الجوائز ويحتجون بابن عمر وعائشة ، لا يقتدون بهما ، لأن ابن عمر فرق ما أخذ حتى استقرض فى مجلسه بعد أن فرق ستين ألفا ، وكذا فعلت عائشة رضى الله عنهما وكذا فعل الشافعى ، أخذ من هارون الرشيد وفرقه فى الحال ، فلم يدخر منه حبة ، ومع هذا فان الأموال فى زمن الخلفاء الأوائل بعد الراشدين كان ما عند السلطان منها غالبه حلال ، بخلاف الأموال التى فى أيدى السلاطين فى هذه الأزمان ، فان معظمها حرام ، والحلال فيها قليل جدا .

(فرع) قال الغزالى : مال المصالح لا يجوز صرفه إلا لمن فيه مصلحة عامة ، أو هو محتاج عاجز عن الكسب مثل من يتولى أمرا تتعدى مصلحته إلى المسلمين ، ولو اشتغل بالكسب لتعطل عليه ما هو فيه ، فله فى بيت المال كفايته ، فيدخل فيه جميع أنواع علماء الدين ، كعلم التفسير والحديث والفقه والقراءة ونحوها ، ويدخل فيه طلبة هذه العلوم والقضاة والمؤذنون والأجناد ويجوز أن يعطى هؤلاء مع الغنى ، ويكون قدر العطاء إلى رأى السلطان ، وما تقتضيه المصلحة ، ويختلف بضيق المال وسعته .

(فـرع) قال الغزالى : لو لم يدفع السلطان إلى كل المستحقين حقوقهم من بيت المـال ، فهل يجوز لأحدهم أخذ شىء من بيت المـال؟ قال : فيه أربعة مذاهب (أحدها) لا يجوز أخذ شىء أصلا ولا حبة ، لأنه مشترك ولا يدرى حصته منه حبة أو دانق أو غيرهما ، فهذا غلو (والثانى) يأخذ كل يوم قوت يومه فقط (والثالث) يأخذ كفايته سنة (والرابع) يأخذ ما يعطى وهو حصته ، والباقون يظلمون ، قال الغزالى : وهذا هو القياس لأن المـال ليس مشتركا بين المسلمين كالغنيمة بين الغانمين ، والميراث بين الورثة ، لأن ذلك ملك لهم حتى لو ماتوا قسم بين ورثتهم ، وهنـا لو مات لم يستحق وارثه إرث شىء ، وهذا إذا صرف إليه ما يليق صرفه إليـه .

(فـرع) قال الغزالى : إذا بعث السلطان إلى إنسـان مالا ليفرقه على المساكين فان عرف أن ذلك المـال مغصوب لإنسان بعينه : لم يجز له أخذه وتفرقته ، لكن يكره ذلك إن قارنته مفسدة بحيث يغتر به جهال ويعتقدون طيب أموال السلطان ، أو يجب بقاء ذلك السلطان مع ظلمه ؛ قال : وينبغى أن يتجنب معاملة السلطان وعلمائه وأعوانه وعمالهم .

(فـرع) قال الغزالى : الأسواق التى بنـاها السلاطين بالأموال الحرام تحرم التجارة فيها وسكناها ، فان سكنها بأجرة وكسب شيئا بطريق شرعى كان عاصيا بسكناه ، ولا يحرم كسبه ، وللناس أن يشتروا منه ، ولكن إن وجدوا سوقا أخرى فالشراء منها أولى لأن الشراء من الأولى إعانة لسكانها وترغيب فى سكناها ، وكثرة أجرتها ، والله سبحانه وتعالى أعـلم .

(فـرع) قال الغزالى : لو كان فى يده مال مغصوب من النـاس معين ، فاختلط بماله ، ولم يتميز ، وأراد التوبة ، فطريقه أن يتراضى هو وصاحب المغصوب بالقسمة ، فان امتنع المغصوب منه من ذلك رفع التائب

الأمر إلى القاضى ليقبض عنه ، فان لم يجد قاضيا حكم رجلا متدينا لقبض ذلك ، فان عجز تولى هو بنفسه ذلك ، ويعزل قدر ذلك فيه الصرف إلى المغصوب منه سواء كان دراهم أو حبا أو دهنا أو غيره من نحو ذلك ، فاذا فعل ذلك حل له الباقى ، فلو أراد أن يأكل من ذلك المختلط وينفق منه قبل تمييز قدر المغصوب فقد قال قائلون : يجوز ذلك ما دام قدر المغصوب باقيا ولا يجوز أخذ الجميع ، وقال آخرون : لا يجوز له أخذ شىء منه حتى يميز قدر المغصوب بنية الإبذال والتوبة .

(فـرع) من ورث مالا ولم يعلم من أين كسبه مورثه ، أمن حلال أم من حرام ؟ ولم تكن علامة ، فهو حلال باجماع العلماء ، فان علم أن فيه حراما وشك فى قدره أخرج قدر الحرام بالاجتهاد .

(فـرع) قال الغزالى : إذا كان معه مال حرام وأراد التوبة والبراءة منـه ـ فان كان له مالك معين ـ وجب صرفه إليه أو إلى وكيله ، فان كان ميتا وجب دفعه إلى وارثه ، وإن كان لمـالك لا يعرفه ويئس من معرفته فينبغى أن يصرفه فى مصالح المسلمين العامة ، كالقناطر والربط والمساجد ومصالح طريق مكة ، ونحو ذلك مما يشترك المسلمون فيه ، وإلا فيتصدق به على فقير أو فقراء ، وينبغى أن يتولى ذلك القاضى إن كان عفيفا فان لم يكن عفيفا لم يجز التسليم إليه ، فان سلمه إليه صار المسلم ضامنا ، بل ينبغى أن يحكم رجلا من أهل البلد دينا عالمـا فان التحكيم أولى من الانفراد ، فان عجز عن ذلك تولاه بنفسه ، فان المقصود هو الصرف إلى هذه الجهة ، وإذا دفعه إلى الفقير لا يكون حراما على الفقير ، بل يكون حلالا طيبا ، وله أن يتصدق به على نفسه وعياله إذا كان فقيرا ، لأن عياله إذا كانوا فقراء فالوصف موجود فيهم ، بل هم أولى من يتصدق عليه ، وله هو أن يأخذ منه قدر حاجته لأنه أيضا فقير .

وهذا الذى قاله الغزالى فى هذا الفرع ذكره آخرون من الأصحاب ، وهو كما قالوه ، ونقله الغزالى أيضا عن معاوية بن أبى سفيان وغيره من السلف ، عن أحمد بن حنبل والحارث المحاسبى وغيرهما من أهل الورع ، لأنه لا يجوز إتلاف هذا المال ورميه فى البحر ، فلم يبق إلا صرفه فى مصالح المسلمين ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

(فرع) قال الغزالى : إذا وقع فى يده مال حرام من يد السلطان قال قوم : يرده إلى السلطان ، فهو أعلم بما يملك ، ولا يتصدق به ، واختار الحارث المحاسبى هذا وقال آخرون : يتصدق به إذا علم أن السلطان لا يرده إلى المالك لأن رده إلى السلطان تكثير للظلم ، قال الغزالى : والمختار أنه إن علم أنه لا يرده على مالكه فيتصدق به عن مالكه •

(قلت :) المختار أنه إن علم أن السلطان يصرفه فى مصرف باطل أو ظن ذلك ظنا ظاهرا لزمه هو أن يصرفه فى مصالح المسلمين مثل القناطر وغيرها فان عجز عن ذلك أو شق عليه لخوف أو غيره ، تصدق به على الأحوج ، فالأحوج ، وأهم المحتاجين ضعاف أجناد المسلمين وإن لم يظن صرف السلطان إياه فى باطل فليعطه إليه أو إلى نائبه إن أمكنه ذلك من غير ضرر ، لأن السلطان أعرف بالمصالح العامة وأقدر عليها • فان خاف من الصرف إليه ضررا صرفه هو فى المصارف التى ذكرناها فيما إذا ظن أنه يصرفه فى باطل •

(فرع) قال الغزالى : إذا كان فى يده مال بعضه حلال وبعضه فيه شبهة ، وله عيال ، ولا يفضل عن حاجته ، فليخص نفسه بالحلال ، ثم بمن يعول ، وإذا ترددت حاجة نفسه بين القوت واللباس وبين غيرهما ، كأجرة الحجام والصباغ والقصار والحمال ، ودهن السراج وعمارة المنزل ، وتعهد الدابة وثمن الحطب ، ونحو ذلك فليخص بالحلال قوته ولباسه ، فان

تعارضا فيحتمل أن يخص القـوت بالحلال ، لأنه يمتزج بلحمه ودمه ، ولأكل الحرام والشبهة أثر فى قساوة القلب (وأما) الكسوة ففائدتها دفع الحر والبرد ، والستر عن الأعين ، وذلك يحصل ، وقال المحاسبى ، يخص الكسوة بالحلال لأنها تبقى مدة ، وهذا يحتمل أيضا ، ولكن الأول أظهر •

(فـرع) قال الغزالى : الحرام الذى فى يده حيث قلنا : يتصدق به كما سبق فيتصدق به على الفقراء أو يوسع عليهم ، وإذا أنفق على نفسه حيث جوزناه فليضيق ما أمكنه ، وما أنفق على عياله فليقتصد ، ولكن بين التوسعة والتضييق فان ضافه إنسان ــ فان كان فقيرا ــ وسع عليه ، وإن كان غنيا لم يطعمه شيئا أصلا منه ، إلا أن يكون فى برية أو نحوها ، بحيث لا يجد شيئا فيطعمه ، فانه حينئذ فى معنى الفقير ، فان عرف من حال الفقير أنه لو علم ذلك المـال لتورع عنه ، أحضر الطعام وأخبره بالحال ليكون قد جمع بين حق الضيافة وترك الخـداع ، ولا يكتفى بأن ذلك الفقير لا يدرى لأن الحرام إذا حصل فى المعدة أثر فى قساوة[1] القلب وإن لم يعرف آكله •

(فـرع) قال الغزالى : إذا كان الحرام أو الشبهة فى يد أبيـه أو أمه ، فليمتنع من مؤاكلتهما ، فان كرها امتناعه لم يوافقهما على الحرام ، فلا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق ، بل ينهاهما ، وإن كان ذلك شبهة يريد تركه للورع فقد عارضه طلب رضاهما وهو واجب ، فليتلطف فى الامتناع ، فان عجز فليأكل وليقلل من ذلك ، وليصغر اللقمـة ويطيل المضـغة ، ولا يتوسع منه ، قال : والأخت والأخ قريب من الأب والأم ، فان حقهما مؤكد ، قال : وكذلك إذا ألبسته أمه ثوبا من شبهة ، وكانت تسخط لو رده ، فليقبله وليلبسه بين يديها ، وينزعه إذا غاب عنها ويجتهد أن لا يصلى فيه إلا بحضرتها •

---

(١) هذا مشاهد بالحس فان الذين لا يبالون بمصادر أرزاقهم عندهم جراة على تحصيل المال من غير وجهه وانفاقه فى غير وجهه • (المطيعى)

(فـرع) قال الغزالى إذا لم يكن فى يده إلا مال حرام محض فلا حج عليه ولا زكاة ولا تلزمه كفارة مالية ، فان كان مال شـبهة فليس بحرام محض ، لزمه الحج إن أبقاه فى يده ، لأنه محكوم بأنه ملـكه ، وكذا الباقى •

(فـرع) قال الغـزالى : إذا كان فى يده مال حرام لا يعـرف له صاحب ، وجوزنا إنفاقه على نفسه للحاجة كما سبق تفصيله ، فأراد أن يتطوع بالحج ، فان كان ماشيا جاز ، وإن كان يحتاج إلى مركوب لم يجز ، لأنا جوزنا له الأكل للحاجة ، ولا نجوز ما لا ضرورة إليه كما لا يجوز له شراء المركوب فى البلد من هذا المـال •

(فـرع) قال الغزالى : من خرج إلى الحج بمال فيه شبهة فليجتهد أن يكون قوته فى جميع طريقه من حلال ، فان عجز فليكن من حين الإحرام إلى التحليل وليجتهد فى الحلال فى يوم عرفة ، والله سبحانه أعلم • وهذا آخر الفروع التى انتخبتها من إحياء علوم الدين وبالله التوفيق •

(فـرع) قال ابن المنذر : اختلفوا فى مبايعة من يخالط ماله حرام ، وقبول هديته وجائزته ، فرخص فيه الحسن ومكحول والزهرى والشافعى ، قال الشافعى : ولا أحب ذلك ، وكره ذلك طائفة ، قال : وكان ممن لا يقبل ذلك ابن المسيب والقاسم بن محمد وبشر بن سعيد والثورى ومحمد بن واسع وابن المبارك وأحمد بن حنبل رضى الله عنهم أجمعين •

قال المصنف رحمـه الله تعـالى

(ويكره بيع العنب ممن يعصر الخمر والتمـر ممن يعمل النبيذ ، وبيع السلاح ممن يعصى الله تعالى به ، لأنه لا يأمن أن يكون ذلك معونة على المعصية فإن باع منه صح البيع ، لأنه قد لا يتخذ الخمر ولا يعصى الله سبحانه وتعالى بالسلاح) •

(الشرح) قال الشافعى رحمه الله فى المختصر : أكره بيع العنب ممن يعصر الخمر والسيف ممن يعصى الله تعالى به ، ولا أنقض هذا البيع ، هذا نصه قال أصحابنا : يكره بيع العصير لمن عرف باتخاذ الخمر ، والتمر لمن عرف باتخاذ النبيذ ، والسلاح لمن عرف بالعصيان بالسلاح ، فان تحقق اتخاذه لذلك خمرا ونبيذا وأنه يعصى بهذا السلاح ، ففى تحريمه وجهان حكاهما ابن الصباغ والمتولى والبغوى فى شرح المختصر والرويانى وغيرهم (أحدهما) نقله الرويانى والمتولى عن أكثر الأصحاب : يكره كراهة شديدة ، ولا يحرم (وأصحهما) يحرم وبه قطع الشيخ أبو حامد والغزالى فى الإحياء وغيرهما من الأصحاب فلو باعه صح على الوجهين ، وإن كان مرتكبا للكراهة أو التحريم ، قال الغزالى فى الإحياء وبيع الغلمان المرد الحسان لمن عرف بالفجور بالغلمان كبيع العنب للخمار ، قال : وكذا كل تصرف يفضى إلى معصية .

(فرع) ذكرنا أن بيع السلاح لمن عرف عصيانه بالسلاح مكروه ، قال أصحابنا : يدخل فى ذلك قاطع الطريق والبغاة (وأما) بيع السلاح لأهل الحرب فحرام بالإجماع ، ولو باعهم إياه لم ينعقد البيع على المذهب الصحيح ، وبه قطع جماهير الأصحاب فى الطريقتين ، ونقله إمام الحرمين والغزالى عن الأصحاب وحكينا وجها لهما والماوردى والشاشى والرويانى شاذا أنه يصح مع أنه حرام ، قال الغزالى : هذا الوجه منقاس ، ولكنه غير مشهور . واحتجوا للمذهب بأنهم يعدون السلاح لقتالنا ، فالتسليم إليهم معصية ، فيصير بائعا ما يعجز عن تسليمه شرعا ، فلا ينعقد ، قال الماوردى والرويانى : هذان الوجهان مخرجان من قول الشافعى فى صحة بيع العبد المسلم الكافر قال الرويانى : فان صححناه أمر بإزالة الملك فيه ، كما فى شرائه العبد المسلم ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(وأما) بيع السلاح لأهل الذمة فى دار الإسلام ففيه طريقان (أحدهما)

وبه قطع إمام الحرمين والجمهور صحته ، لأنهم فى أيدينا فهو كمبيعه لمسلم (والثانى) فى صحته وجهان ، حكاهما المتولى والبغوى فى كتابيه التهذيب وشرح المختصر والرويانى وغيرهم (وأما) بيع الحديد لأهل الحرب فاتفق الأصحاب على صحته ، لأنه لا يتعين لاستعماله فى السلاح . وقد يستعملونه فى آلات المهنة كالمساحى وغيرها ، وممن صحح المسألة وجزم بها إمام الحرمين والبغوى فى كتابيه وآخرون ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز بيع المصحف ولا العبد المسلم من الكافر ، لأنه يعرض العبد للصغار والمصحف للابتذال ، فإن باعه منه ففيه قولان (أحدهما) أن البيع باطل ، لأنه عقد منع منه لحرمة الإسلام فلم يصح ، كتزويج المسلمة من الكافر (والثانى) يصح لأنه سبب يملك به العبد الكافر ، فجاز أن يملك به العبد المسلم كالإرث (فإن قلنا) بهذا أمرناه بإزالة ملكه ، لأن فى تركه فى ملكه صغارا على الإسلام فإن باعه أو أعتقه جاز ، وإن كاتبه ففيه قولان (أحدهما) يقبل منه ، لأن بالكتابة يصير كالخارج من ملكه فى التصرفات (والثانى) لا يقبل لأنه عقد لا يزيل الملك فلا يقبل منه كالتزويج والإجارة ، فإن ابتاع الكافر أباه المسلم ففيه طريقان (أحدهما) أنه على القولين (والثانى) أنه يصح قولا واحدا لأنه يحصل له من الكمال بالحرية أكثر مما يلحقه من الصغار بالرق) .

(الشرح) قال أصحابنا رحمهم الله : يتصور ملك الكافر عبدا مسلما وجارية مسلمة فى صور :

(منها) أن يسلم عبده أو أمته فلا يزول ملكه بنفس الإسلام بلا خلاف ، لكن يؤمر بإزالة الملك .

(ومنها) لو أسلم عبده فمات السيد قبل أن يزيل ملكه عنه وورثه أقاربه الكفار فقد دخل فى ملكهم هذا العبد المسلم بلا خلاف ، ويؤمرون بإزالة الملك كما ذكرنا .

(وأما) إذا اشترى الكافر عبدا مسلما من مسلم أو غيره ، فهذا البيع حرام بلا خلاف ، وفى صحته قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما ، وقد صرح المصنف بأن القولين إنما هما فى صحة البيع ، وإنما التحريم [1] بلا خلاف ، وكذا صرح به الدارمى والأصحاب ، ونقل الرويانى فى البحر اتفاق الأصحاب عليه ، وإنما الخلاف فى صحة البيع ، قال أصحابنا القول ببطلان البيع هو نصه فى الإملاء . والقول بصحته هو نصه فى الأم وغيره ، قال الشيخ أبو حامد فى تعليقه والرويانى فى البحر : القول بالصحة هو نصه فى عامة كتبه .

واختلفوا فى الأصح من القولين فصحح الشيخ أبو حامد فى تعليقه ، وصاحب البيان ، القول بالصحة ، وصحح الجمهور قول البطلان ، وهو الصحيح ، ممن صححه المصنف فى التنبيه والجرجانى فى التحرير والبغوى والغزالى وصاحب الانتصار والرافعى وآخرون . قال أصحابنا : ويجرى القولان فى تملكه العبد المسلم بالسلم والهبة والوصية ونحوها ، والأصح أنه لا يملك فى الجميع ، قال المتولى والرويانى : القولان فى الوصية إنما هما إذا قلنا يملك بالقبول (وإن قلنا) بالموت ملك بلا خلاف كالإرث .

(أما) إذا اشترى الكافر مصحفا ففيه طريقان مشهوران (أحدهما) وبه قطع المصنف وجماعة أنه على القولين كالعبد (أصحهما) أنه لا يصح البيع (والثانى) يصح (والطريق الثانى) القطع بأنه لا يصح البيع ، وقطع به جماعة وصححه آخرون ، والخلاف إنما هو فى صحة البيع ، ولا خلاف أنه حرام . وفرق الأصحاب بين المصحف والعبد على الطريق السابق بأن المصحف لا يدفع عن نفسه الامتهان والابتذال بخلاف العبد ، واتفق

---

(١) وذلك بناء على القاعدة الأصولية عند الشافعية والمالكية وأصحاب أبى حنيفة أن ملابسة الحرام للفعل الجائز أو الواجب لا يبطله كمن صلى فى ثوب مغصوب أو حج بمال حرام أو توضأ بماء فى زق سرقه مملوءا ، وقال أحمد : أن ملابسة الحرام للفعل يبطله فى كل هذه الصور . (المطيعى)

الأصحاب على أن بيع كتب حديث النبي ﷺ له حكم بيع المصحف فى هذا فيحرم بيعها لكافر وفى صحته الطريقان .

قال أصحابنا : وحكم كتب الفقه التى فيها آثار السلف حكم المصحف فى هذا هو الصحيح المشهور وشذ الماوردى عن الأصحاب فقال : بيع كتب الحديث والفقه للكافر صحيح وفى أمره بإزالة ملكه عنه وجهان (والمذهب الأول) قال أصحابنا و [لا [1]] يملك الكافر المصحف وكتب الحديث والفقه بالإرث بلا خلاف إلا على الوجه الشاذ الذى حكيناه عن الماوردى فى الحديث والفقه وهو وجه باطل .

(فرع) إذا اشترى الكافر من يعتق عليه كأبيه وابنه وأمه وجدته ، فطريقان مشهوران ، ذكرهما المصنف والأصحاب بدليلهما (أحدهما) على القولين (وأصحهما) الصحة قطعا ، قال أصحابنا : ويجرى هذا الخلاف فى كل شراء يستعقب عتقا كقول الكافر لمسلم : أعتق عبدك المسلم عنى بعوض أو بغير عوض ، فيجيبه إلى ذلك وكذا لو أقر الكافر بحرية عبد مسلم فى يد غيره ثم اشتراه (والمذهب) الصحة فى الجميع ورتب إمام الحرمين الخلاف فى هاتين الصورتين على الخلاف فى شراء القريب ، وقال : الصورة الأولى أولى بالصحة من مسلم القريب ، لأن الملك فيها ضمنى ، والثانية أولى بالمنع ، لأن العتق فيها وإن حكم به فهو ظاهر غير محقق ، بخلاف القريب (أما) إذا اشترى الكافر عبدا مسلما بشرط الإعتاق ، وصححنا الشراء بهذا الشرط وهو المذهب فطريقان حكاهما المتولى والرويانى وآخرون (المذهب) أنه كما لو اشتراه مطلقا لأن العتق لا يحصل بنفس الشراء (والثانى) أنه كشراء القريب ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

---

(1) فى جميع النسخ والطبعات السابقة ويملك ، ولكنك بالتأمل ترى أن مذهب التملك والبيع ويتبعه الارث باللزوم مذهب الماوردى وقد وصفه النووى بالشذوذ فيكون مذهب جمهور الأصحاب عدم التملك فليتأمل — ولذا قدمناها باثبات لا النافية . المطبعى

(فـرع) لو اشترى الكافر كافرا فأسلم قبل قبضه ، فهل يبطل بيعه ؟ فيه وجهان (أحدهما) نعم ، كمن اشترى عصيرا فتخمر قبل قبضه (وأصحهما) لا ، كمن اشترى عبدا فأبق قبل قبضه ، وممن ذكر المسألة بدليلها إمام الحرمين والغزالى والمتولى والرويانى والرافعى وغيرهم ، قالوا : (فان قلنا :) لا يبطل ، فهل يقبضه المشترى ؟ أم ينصب القاضى من يقبضه عنه بأمره بازالة الملك ؟ فيه وجهان ، وقطع القفال فى فتاويه بأنه لا يبطل ، ويقبضه القاضى عنه ، وهذا هو الأصح ، وصححه الرافعى ، ورجحه إمام الحرمين وغيره ، قال الإمام : فعلى هذا يثبت للمشترى الخيار فى فسخ البيع ، لأن تعذر استمرار الملك فيه ، ودوام اليد عليه ، ليس بأقل من إباق العبد ، قال الإمام ، ولا وجه للانفساخ ، إذا كان البائع كافرا أيضا ، لأنه ينقلب من كافر إلى كافر ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

(فـرع) لو وكل الكافر مسلما ليشترى له عبدا مسلما ، لم يصح التوكيل ولا الشراء له بلا خلاف ـ إذا قلنا : لا يصح شراء الكافر بنفسه ـ ولو وكل مسلم كافرا ليشترى له عبدا مسلما ، فان سمى الموكل فى الشراء صح قطعا ، وإلا فوجهان مبنيان على الوجهين فى أن العقـد يقع أولا للموكل ؟ أم للوكيل ثم ينتقل إلى الموكل ؟ (أصحهما) للموكل ، فيصح هنا (والثانى) للوكيل ، فلا يصح ، وممن ذكر الفـرع إمام الحرمين وآخرون •

(فـرع) لو اشترى الكافر مرتدا وقلنا : لا يصح شراؤه مسلما ، ففى صحة شرائه المرتد وجهان ، حكاهما إمام الحرمين وآخرون (الأصح) لا يصح له لبقاء علقة الإسلام ، قال الإمام : هما مبنيان على الخلاف فيما إذا قتل المرتد ذميا هل يقتل به ؟•

(فـرع) لو كان للكافر عبد مسلم ورثه ، أو أسلم عنده ، فباعه بثوب ، ثم وجد بالثوب عيبا فهل له رد الثوب بالعيب واسترداد العبد ؟

فيه ثلاثة أوجه (أصحها) له ذلك ، ثم يؤمر بازالة الملك فى العبد (والثانى) ليس له ذلك ، كيلا يدخل المسلم فى ملكه باختياره (والثالث) يرد الثوب ولا يرجع فى العبد ، بل يسترد قيمته ويصير كالتالف ، وممن ذكر الخلاف فى رد الثوب إمام الحرمين والغزالى ، فالصواب القطع بجواز رد الثوب ، وبه جزم البغوى والمتولى وآخرون ، ونقل المتولى اتفـاق الأصحاب عليـه .

(أما) إذا وجد مشترى العبد عيبـا ففى رده واسترداده الثوب طريقان حكاهما إمام الحرمين وغيره (أحدهما) ونسبه إمام الحرمين إلى بعض المحققين القطع بالجواز ، لأن ملك الكافر له هنا يقع بغير اختياره (والثانى) أنه على الوجهين ، وبه قال الشيخ أبو محمد ، لأنه كما يمنع الكافر من تملكه ، يمنع المسلم من تمليكه إياه ، ويرجع بأرش العيب .

(فـرع) إذا صححنا شراء الكافر عبدا مسلما أو مصحفا ، فان علم الحاكم به قبل القبض ، فهل يمكنه من القبض ؟ أم ينصب من يقبض ؟ فيه ثلاثة أوجه حكاها الرويانى وغيره (أصحها) عنـده يمكن (والثانى) لا يمكن ، بل يؤمر بأن يوكل مسلما يقبضه (والثالث) ينصب القاضى من يقبضه ، وإذا حصل القبض أو علم به بعد القبض ألزمه إزالة الملك ، كما سنذكره فى الفرع بعده إن شاء الله تعالى .

(فـرع) إذا كان فى يد الكافر عبد كافر فأسلم ، لم يزل ملكه عنه بلا خلاف ولكن لا يقر فى يده ، بل يؤمر بازالة ملكه عنه ببيع أو هبة أو عتق أو غيرهـا ، ولا يكفى الرهن والتزويج والإجارة والحيلولة ، وفى الكتابة قولان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما ، وحكاهما إمام الحرمين والغزالى وجماعة وجهين (أصحهما) باتفاقهم الاكتفاء بها ، وتكون كتابة صحيحة (وإن قلنا) لا تكفى فوجهان (أحدهما) أنها كتابة فاسدة فيباع

العبد (والثانى) أنها صحيحة ، ثم إن جوزنا بيع المكاتب بيع مكاتبا وإلا فسخت الكتابة وبيع .

قال أصحابنا : ولو امتنع من إزالة ملكه باعه الحاكم عليه بثمن مثله ، كما يبيع مال من امتنع من أداء الحق ، قال إمام الحرمين والأصحاب : فان لم يجد مشتريا بثمن مثله صبر إلى أن يوجد ، وحال بينه وبينه ، ويتكسب لمالكه ، وتؤخذ نفقته منه .

(وأما) إذا أسلمت مستولدة كافر فلا سبيل إلى نقلها إلى غيره ببيع ولا هبة ولا نحوهما ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وفيه وجه حكاه الرافعى وهو شاذ مردود . وهل يجبر على إعتاقها ؟ فيه وجهان (الصحيح) المنصوص الذى قطع به كثيرون أو الأكثرون : لا يجبر ، بل يحال بينهما وينفق عليها وتتكسب له فى يد مسلم (والثانى) حكاه إمام الحرمين والغزالى وغيرهما أنه يجبر على إعتاقها ، وذكره المصنف فى التنبيه احتمالا ، وهو ضعيف شاذ . ولو مات كافر قد أسلم عبده فى يده صار لوارثه وأمر بما كان يؤمر به مورثه فان امتثل وإلا بيع عليه ، والله سبحانه أعلم .

(فرع) قال المحاملى فى اللباب : لا يدخل عبد مسلم فى مال كافر أبدا إلا فى ست مسائل (إحداها) بالإرث (والثانية) يسترجعه بافلاس المشترى (الثالثة) يرجع فى هبته لولده (الرابعة) إذا رد عليه بعيب (الخامسة) إذا قال لمسلم : أعتق عبدك عنى ، فأعتقه وصححناه (السادسة) إذا كاتب عبده الكافر فأسلم العبد ، ثم عجز عن النجوم ، فله تعجيزه ، وهذه السادسة غلط ، فان المكاتب لا يزول الملك فيه ليتجدد بالتعجيز ، وترك سابعة وهى إذا اشترى من يعتق عليه وصححناه ، والله سبحانه أعلم .

(فـرع) قال المتولى والرويانى : إذا صححنا هبة العبد المسـلم لكافر ، فعلم القاضى به قبل القبض منعه ، لأنها لا تلزم قبل القبض ، هذا كلامهما ، وفيه نظر ، وينبغى أن يكون قبضه كقبضـه من اشتراه ، ثم يؤمر بازالة الملك .

(فـرع) قال المتولى والرويانى : إذا باع الكافر عبده المسلم ثم تقايلا (فان قلنا :) الإقالة بيع لم يصح ، وإلا فوجهان كما سبق فى مسألة بيعه بثوب معيب .

(فـرع) قال المتولى والبغوى والرويانى : إذا باع الكافر عبده المسلم بشرط الخيار ، فالبيع صحيح ، لأن ملكه يزول بنفس البيع فى قول ، وفى قول هو معرض للزوال ، فان أراد فسخ البيع (فان قلنا :) الملك فى زمن الخيار للبائع ، صح الفسخ ، لكن إن كثر ذلك منه ألزمه القاضى أن يبيعه بيعا ماضيا ، لأن هذا ليس بابتداء تملك ، وإنمـا هو منع من الزوال (وإن قلنا) بزوال الملك فى المبيع بنفس العقد ، فى تمكينه من الفسخ وجهان كالوجهين فى مسألة العبد بالثوب المعيب .

(فـرع) قال الرويانى : لو اشترى الكافر عبدا كافرا بشرط الخيار ، فأسلم فى مدة الخيار قال : والذى يحتمل قولين (أحدهما) يبطل البيع (والثانى) لا ، بل لهما الفسخ والإجازة ، فان أجازا ألزم المشترى بازالة ملـكه .

(فـرع) قال الرويانى : قال أصحابنا : لا يكره للمسلم بيع عبده الكافر لكافر ، سواء كان العبد صغيرا أو كبيرا ، قال بعض أصحابنا : لكن الأولى ألا يبيعه الصغير ، وقال أبو حنيفة : يكره بيعه الصغير ، وقال أحمد : لا يجوز لأنه ينشأ على دين مالكه .

(فـرع) قال أصحابنا : يجوز أن يستأجر الكافر مسلما على عمل فى الذمة بلا خلاف ، كما يجوز للمسلم أن يشترى منه شيئا بثمن فى الذمة ، وهل يجوز للمسلم أن يؤجر نفسه لكافر إجارة على عينـه ؟ فيه طريقان مشهوران ذكرهما المصنف فى أول كتاب الإجارة (أصحهما) الجواز (والثانى) على قولين ، وبعضهما يحكيهمـا وجهين ، واتفقوا على أن الأصح الجواز سواء كان المسلم حرا أو عبدا ، إلا الجرجانى فصحح البيع والمذهب الجواز ، لكن نص الشافعى والأصحاب على أنه يكره ذلك . فاذا صححناها فهل يؤمر بازالة ملكه عن المنافع ؟ بأن يؤجره مسلما ، فيه وجهان حكاهما إمام الحرمين وآخرون (أصحهما) يؤمر ، وبه قطع الشيخ أبو حامد .

(فـرع) اتفق الأصحاب على جواز إيداع العبد المسلم عند كافر ، وأما إعارته إياه فقد جزم إمام الحرمين والغزالى والرافعى وغيرهم بجوازه ، وهو الصحيح وقطـع المصنف فى باب العـارية من المهذب والتنبيـه ، والجرجانى فى التحرير ، وصاحب البيـان بأنه لا يجوز وهـذا ضعيف (والمذهب) الأول لأنهم ذكروا أن الأصح فى الإجارة على عينه الجواز ، فالإعارة أولى لأنها عقد جائز يرجع فيها متى شاء ، ولا يملك المستعير المنـافع ، بل يستنتجها شـيئا فشيئا ، بخلاف الإجارة ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فـرع) لو رهن المسلم عبده المسلم ، أو المصحف عند كافر ، ففى صحته طريقان ذكرهما المصنف فى كتاب الرهن بدليلهما (أحدهما) القطع بصحته (والثانى) على قولين كبيعه واتفق الأصحاب على أن الأصح صحة رهنه فعلى هذا يوضع فى يد عدل مسلم والله سبحانه أعلم .

(فـرع) قال البغوى فى التهذيب فى آخر كتاب الهدية وهناك ذكر مسألة بيع المسلم لكافر قال : لو كان بين مسلم وكافر عبد مسلم مشترك

بينهما فأعتق الكافر نصيبه وهو موسر سرى إلى نصيب المسلم وعتق على الكافر سواء قلنا : تحصل السراية بنفس الإعتاق أم بدفع القيمة لأنه يقوم عليه شرعا لا باختياره فهو كالإرث •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فى بيع العبد المسلم لكافر •

قد ذكرنا أن الأصح من مذهبنا بطلانه وبه قال أحمد وقال أبو حنيفة : يصح ونقله الرويانى عن جمهور العلماء وعن مالك روايتان كالمذهبين • احتج أبو حنيفة بالقياس على الإرث • واحتج أصحابنا باجماع المسلمين أنه لا يقر ملكه على مسلم وسبب ذلك ما فيه من إثبات السلطنة والسبيل للكافر على مسلم وقد قال الله تعالى : « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا[1] » ويخالف الإرث فانه ملك قهرى والله سبحانه وتعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز بيع الجارية إلا [مع][2] حملها لانه يتبعها فى البيع والعتق فلا يجوز بيعها دونه كاليد والرجل ، ولا يجوز ان يفرق بين الجارية وولدها فى البيع قبل سبع سنين ، لما روى ابو سعيد الخدرى رضى الله عنه ان النبى ﷺ قال : « لا توله والدة بولدها » وقال عليه السلام : « من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة » وإن فرق بينهما بالبيع بطل البيع لانه تفريق محرم فى البيع ، فافسد البيع ، كالتفريق بين الجارية وحملها وهل يجوز بعد سبع سنين إلى البلوغ ؟ فيه قولان • (احدهما) لا يجوز لعموم الاخبار ، ولانه غير بالغ فلا يجوز التفريق بينه وبين امه فى البيع، كما لو كان دون سبع سنين (والثانى) يجوز لانه مستغن عن حضانتها ، فجاز التفريق بينهما كالبالغ) •

(الشرح) حديث أبى سعيد الخدرى والحديث الآخر سنوضحهما

---

(١) من الآية ١٤١ من سورة النساء •

(٢) فى جميع النسخ بحذف مع •

(ط)

مع غيرهما من الأحاديث الواردة فى هذا فى فرع بعد بيان الأحكام إن شاء الله تعالى .

(**أما الاحكام**) ففى الفصل مسألتان :

(إحداهما) لا يجوز بيع الجارية والبقرة وغيرهما من الحيوان دون حملها وقد سبقت المسألة واضحة بفروعها فى مسألة بيع الحيوان بشرط أنه حامل .

(المسألة الثانية) قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله تعالى : يحرم التفريق بين الجارية وولدها الصغير بالبيع والقسمة والهبة ونحوها بلا خلاف ، ولا يحرم التفريق بينهما فى العتق بلا خلاف ، وتجوز الوصية على المذهب ، وقال المتولى والرويانى : فيه قولان وطرداهما فى الوصية بالحمل ، هل يصح أم لا ؟ (والمذهب) الصحة والجواز فى صورتى الحمل والولد . وفى التفريق بينهما فى الرد بالعيب وجهان .

وقال الشيخ أبو إسحق المصنف فى كتابه فى الخلاف : لو اشترى جارية وولدها الصغير ، ثم تفاسخا البيع فى أحدهما جاز ، وأما التفريق بينهما فى الرهن ففيه تفصيل يذكر فى كتاب الرهن إن شاء الله تعالى ، حيث ذكره المصنف والأصحاب . وإذا فرق بين الجارية وولدها الصغير فى البيع والهبة ونحوهما ، ففى صحة العقد طريقان (أحدهما) القطع ببطلانه ، لأنه تفريق محرم . فهو معجوز عن تسليمه شرعا وبهذا الطريق قطع المصنف وجماهير العراقيين (والثانى) حكاه الخراسانيون فيه قولان ، وبعضهم يقول وجهان (أصحهما) وهو الجديد بطلان العقد ، وبه قال أبو يوسف (والقديم) صحته .

وقال أبو حنيفة[1] قال الإمام أبو الفرج الزاز ــ بزايين معجمتين ــ

(1) لعله أبو حنيفة صاحب الغريب وليس النعمان بن ثابت صاحب المذهب . (ط)

الخلاف إنما هو التفريق بعد أن يسقيه اللباء أما قبله فلا يصح بلا خلاف ، هذا حكم التفريق فى الصغر ، وهو ما قبل سن التمييز ، وهو نحو سبع سنين أو ثمان تقريبا • وفيما بعد التمييز إلى البلوغ قولان (أصحهما) يكره ولا يحرم وهو الذى نص عليه فى رواية المزنى ، وفى سير الواقدى (والثانى) يحرم حتى يبلغ فعلى هذا فى صحته الطريقان (وأما) التفريق بعد البلوغ فلا يحرم بلا خلاف ولكن يكره باتفاق الأصحاب •

(فـرع) لو كانت الأم رقيقة ، والولد حرا أو بالعكس ، لم يحرم بيع الرقيق منهما ، بلا خلاف للضرورة •

(فـرع) إذا قلنا بالضعيف إنه يصح بيـع الأم دون ولدها قال المـاوردى لا يقر المتبايعان على التفريق بينهما ، بل يقال لهما إن تراضيتما ببيع ملك أحدكما للآخر فذاك ، وإلا فسخ البيع ، وقال ابن كج : يقال للبائع تتطوع بتسليم الآخر أو تفسخ البيع ، فان تطوع فامتنع المشترى من القبول فسخ البيع •

(فـرع) لو رضيت الأم بالتفريق لم يزل التحـريم على المذهب الصحيح رعاية لحق الولد ، وحكى الرافعى وجها شاذا أنه يزول •

(فـرع) اتفق أصـحابنا على أن أم الأم عند عدم الأم كالأم فى التفريق بينها وبين ولد بنتها ، فلو كان له أم وجـدة ، فان بيع مع الأم فلا يحرم وإن بيع مع الجدة وقطع عن الأم ففى تحريمه قولان (الصحيح) المشهور تحريمه ، لأنه تفريق بينه وبين أمه ، ولو كان له أب وأم حرم التفريق بينه وبين الأم ولا يحرم بينه وبين الأب لأن حق الأم آكد ولهذا قدمت عليه فى الحضانة ، ولو كان له أب ولا أم له ، حرم التفريق بينـه وبين الأب على الصحيح من القولين ، وقيل : من الوجهين (والثـانى) لا يحرم لمـا ذكرناه من ضعف مرتبته عن مرتبة الأم •

وفى التفريق بينه وبين الأجداد والجدات من جهة الأب ومن جهة الأم إذا لم يكن أب ولا أم ثلاثة أوجه (أحدها) يحرم (والثانى) يجوز (والثالث) يجوز بينه وبين الأجداد دون الجدات ، لأنهن أصلح للتربية وأشد حزنا لفراقه (وأما) التفريق بينه وبين سائر المحارم كالأخ والعم وبنيهما والخال وغيرهم (فالمذهب) أنه يكره ولا يحرم ، وبه قطع الجمهور (والثانى) فيهم وجهان كالأب حكاه الرافعى .

(فـرع) قال أصحابنا التفريق بين البهيمة وولدها بعد استغنائه عن اللبن ، إن كان لغرض مقصـود كالذبح جاز ، وإلا فهـو مكروه ، ولا يحرم على المذهب ، وبه قطع جمـاهير الأصحاب وحكى الصيمرى وصاحب البيان والرافعى فيه وجها شاذا أنه حرم ، والله سبحانه أعلم .

(فـرع) فى بيان الأحاديث الواردة فى المسألة (منها) عن أبى أيوب رضى الله عنه قال : سمعت رسـول الله ﷺ يقول : « من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة » رواه الترمذى وقال : حديث حسن . وعن الحجاج بن أرطاة عن الحكم عن ميمون بن أبى شبيب عن على رضى الله عنه قال : « وهب لى رسول الله ﷺ غلامين أخوين ، فبعت أحدهما ، فقال رسول الله ﷺ : يا على ما فعـل غلامك ؟ فأخبرته فقال : رده رده » رواه الترمذى وابن ماجه وآخرون ، قال الترمذى حديث حسن وليس بمقبول منه لأن مداره على الحجاج بن أرطاة وهو ضعيف ، ولأنه مرسل ، فان ميمون بن أبى شبيب لم يدرك عليا رضى الله عنه ، وقد ضعف البيهقى هذا الحديث ، وعن أبى موسى رضى الله عنه قال : « لعن رسول الله ﷺ من فـرق بين الوالد وولده وبين الأخ وأخيـه » رواه ابن ماجـه والدارقطنى باسناد ضعيف .

وعن ميمون بن أبى شبيب عن على رضى الله عنـه « أنه فرق بين

جارية وولدها ، فنهاه النبي ﷺ ورد البيع » رواه أبو داود وقال : ميمون لم يدرك عليا • وعن حسين بن عبد الله بن ضمرة عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال : « لا يفرق بين والدة وولدها » رواه البيهقي ، وهو حديث ضعيف ، وحسين بن عبد الله هذا مجمع على ضعفه وعن جابر الجعفي عن عبد الرحمن بن الأسود عن ابن مسعود « أن النبي ﷺ كان إذا أتى بالشيء أعطى أهل البيت جميعا ، وكره أن يفرق بينهم » رواه البيهقي ، وقال : تفرد به جابر هذا وهو مشهور بالضعف •

وعن عبادة بن الصامت عن رسول الله ﷺ « أنه نهى عن التفريق بين الأم وولدها حتى يبلغ الغلام ، وتحيض الجارية » رواه الدارقطني وضعفه فان أحد رواته عبد الله بن عمرو بن حسان ، وهو كذاب ، وقد انفرد به •

وعن سلمة بن الأكوع قال : « غزونا فزارة وعلينا أبو بكر أمره رسول الله ﷺ علينا ، فلما كان بيننا وبين الماء ساعة أمرنا أبوبكر فعرسنا ثم شن الغارة ، فورد الماء ، فقتل من قتل عليه ، وأنظر إلى عنق من الناس فيهم الذرارى ، فخشيت أن يسبقوني إلى الخيل ، فرميت بسهم بينهم وبين الخيل ، فلما رأوا السهم وقفوا فجئت بسهم أسوقهم وفيهم امرأة من بني فزارة معها بنت لها من أحسن العرب ، فسقتهم حتى أتيت بهم أبا بكر ، فنفلني ابنتها فقدمنا المدينة وما كشفت لها ثوبا ، فلقيني رسول الله ﷺ في السوق فقال : يا سلمة هب لي المرأة فقلت : يا رسول الله ﷺ أعجبتني وما كشفت لها ثوبا ثم لقيني رسول الله ﷺ فقال : يا سلمة هب لي المرأة فقلت : هي لك يا رسول الله ﷺ فبعث بها رسول الله إلى أهل مكة ففدى بها ناسا من المسلمين كانوا أسروا بمكة » رواه مسلم ، وفيه دلالة للتفريق بين المرأة وولدها بعد البلوغ والله سبحانه وتعالى أعلم •

باب ما يفسد البيع من الشروط وما لا يفسده

قال المصنف رحمه الله تعالى

(إذا شرط فى البيع شرطا ــ نظرت فإن كان شرطا يقتضيه البيع كالتسليم والرد بالعيب وما أشبههما ــ لم يبطل العقد لأن شرط ذلك بيان لما يقتضيه العقد فلم يبطله فإن شرط مالا يقتضيه العقد ، ولكن فيه مصلحة كالخيار والأجل والرهن والضمين لم يبطل العقد لأن الشرع ورد بذلك على ما نبينه فى مواضعه إن شاء الله وبه الثقة . ولأن الحاجة تدعو إليه فلم يفسد العقد . فان شرط عتق العبد المبيع لم يفسد العقد ، لأن عائشة رضى الله عنها اشترت بريرة لتعتقها ، فاراد اهلها ان يشترطوا ولاءها فقال رسول الله ﷺ ((اشتريها واعتقها فإنما الولاء لمن اعتق)) .

وإن اشتراه بشرط العتق فامتنع من إعتاقه ففيه وجهان (احدهما) يجبر عليه لأنه عتق مستحق عليه ، فاذا امتنع اجبر عليه ، كما لو نذر عتق عبد ثم امتنع من إعتاقه (الثانى) لا يجبر ، بل يثبت للبائع الخيار فى فسخ البيع ، لأنه ملكه بالعوض ، وإنما شرط للبائع حقا فإذا لم يف ثبت للبائع الخيار كما لو اشترى شيئا بشرط أن يرهن بالثمن رهنا فامتنع من الرهن فان رضى البائع بإسقاط حقه من العتق ففيه وجهان (احدهما) لا يسقط لأنه عتق مستحق فلا يسقط باسقاط الآدمى كالمنذور (والثانى) أنه يسقط لأنه حق شرطه البائع لنفسه فسقط باسقاطه كالرهن والضمين .

وإن تلف العبد قبل العتق ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) انه ليس للبائع إلا الثمن ، لأنه لم يفقد أكثر من العتق (والثانى) يأخذ الثمن وما نقص من الثمن بشرط العتق ، فيقوم من غير شرط العتق ثم يقوم مع شرط العتق ويجب ما بينهما من الثمن ، (والثالث) أنه يفسخ العقد لأن البائع لم يرض بهذا الثمن وحده والمشترى لم يلتزم اكثر من هذا الثمن فوجب أن يفسخ العقد) .

(الشرح) حديث عائشة رواه البخارى ومسلم . وبريرة ــ بفتح الباء الموحدة ــ وهى بريرة بنت صفوان مولاة عائشة رضى الله عنها روت حديثا واحدا .

(قوله) عتق مستحق عليه احتراز ممن نذر عتقا على وجه اللجاج ، ثم اختار كفارة اليمين بالإطعام ، وممن وعد العبد أنه يعتقه •

(اما الاحكام) فقال أصحابنا : الشروط خمسة أضرب (أحدها) ما هو من مقتضى العقد بأن باعه بشرط خيار المجلس أو تسليم المبيع أو الرد بالعيب أو الرجوع بالعهدة أو انتفاع المشترى كيف شاء وشبه ذلك فهذا لا يفسد العقد بلا خلاف لما ذكره المصنف ويكون شرطه توكيدا وبيانا لمقتضاه •

(الضرب الثانى) أن يشترط ما لا يقتضيه إطلاق العقد لكن فيه مصلحة للعاقد كخيار الثلاث والأجل والرهن والضمين والشهادة ونحوها ، وكشرط كون العبد المبيع خياطا أو كاتبا ونحوه فلا يبطل العقد أيضا بلا خلاف بل يصح ويثبت المشروط •

(الضرب الثالث) أن يشترط ما لا يتعلق به غرض يورث تنازعا كشرط ألا يأكل إلا الهريسة ، أو لا يلبس إلا الخز أو الكتان ، قال إمام الحرمين : وكذا لو شرط الإشهاد بالثمن وعين شهودا وقلنا : لا يتعينون فهذا الشرط لا يفسد العقد ، بل يلغو ويصح البيع ، هذا هو المذهب ، وبه قطع إمام الحرمين والغزالى ومن تابعهما ، وقال المتولى : لو شرط التزام ما ليس بلازم بأن باع بشرط أن يصلى النوافل ، أو يصوم غير رمضان أو يصلى الفرائض فى أول أوقاتها بطل البيع لأنه ألزم ، ما ليس بلازم ، قال الرافعى : مقتضى هذا فساد العقد فى مسألة الهريسة ونحوها ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

(الضرب الرابع [1]) أن يبيعه عبدا أو أمة بشرط أن يعتقه المشترى

---

(١) يلاحظ انه ذكر من الاضرب اربعة وذكر الضرب الخامس فى الفصل الذى بعد هذا الفصل نهايته • (المطيعى)

ففيه ثلاثة أقوال (الصحيح) المشهور الذى نص عليه الشافعى فى معظم كتبه وقطع به المصنف وأكثر الأصحاب ، أن البيع صحيح والشرط لازم يلزم الوفاء به (والثانى) يصح البيع ويبطل الشرط ، فلا يلزمه عتقه (والثالث) يبطل الشرط والبيع جميعا كغيره من الشروط ، والمذهب صحتهما ، وعليه التفريع قال أصحابنا : وإذا صححناه فصورته إذا شرط أن يعتقه المشترى عن نفسه ، أو أطلق اشتراط عتقه (أما) إذا باعه بشرط أن يعتقه المشترى من البائع فالبيع باطل قطعا ، قال أصحابنا : وإذا شرط العتق للمشترى أو أطلق ففى العتق المشروط وجهان (أصحهما) أنه حق لله تعالى كالعتق الملتزم بالنذر (والثانى) أنه حق للبائع ، وقد أشار المصنف إلى دليلهما .

(فان قلنا :) إنه حق للبائع فله مطالبة المشترى به بلا خلاف (وإن قلنا) حق لله تعالى فللبائع مطالبته أيضا على أصح الوجهين وإن امتنع من الاعتاق (فان قلنا :) الحق لله تعالى أجبر عليه المشترى قطعا (وإن قلنا) للبائع لم يجبر ، بل يجبر البائع فى فسخ البيع (وإذا قلنا) بالإجبار قال المتولى : يخرج على الخلاف فى المولى إذا امتنع من الطلاق ومن الفيئة ، ففى قول يعتقه القاضى ، وفى قول يحبسه حتى يعتقه وذكر إمام الحرمين احتمالين (أحدهما) تخريجه على القولين كما قال المتولى (والثانى) يتعين الحبس (قلت) ويحتمل أن يجزم بأن يعتقه القاضى كما إذا توجه عليه بيع ماله فى دين فامتنع فان القاضى يبيعه فى وفاء الدين .

(أما) إذا أسقط البائع حق الإعتاق (فان قلنا :) الحق لله تعالى لم يصح إسقاطه (وإن قلنا :) للبائع ، صح إسقاطه كما لو شرط رهنا أو كفيلا ثم عفا عنه ، فانه يسقط على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وفيه وجه ضعيف للشيخ أبى محمد الجوينى إن شرط الرهن والكفيل لا يصح إفراده بالإسقاط كالأجل قال أصحابنا : ومتى أعتقه المشترى فالولاء له قطعا

سواء قلنا : الحق فيه لله تعالى أم للبائع ، لأنه أعتق ملكه ، هذا إذا أعتقه المشترى مجانا فلو أعتقه عن كفارة عليه (فان قلنا :) الحق فيه لله تعالى أو للبائع ولم يأذن لم يجزئه (وإن قلنا :) له وأذن فوجهان (أصحهما) يجزئه عن الكفارة وعن أداء حق العتق (والثانى) لا يجزئه ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

(فـرع) قال أصحابنا : يجـوز اسـتخدام العبد والأمة اللذين اشتراهما بشرط العتق قبل حصول العتق ، ويجوز الوطء وتكون أكسابهما للمشترى ، لأنهما على ملكه قبل العتق ولو قتلا كانت القيمة للمشترى ولا يكلف صرفها إلى عتق غيرهمـا • ولو أجره قال الدارمى : يحتمل وجهين (أصحهما) بطلان الإجارة •

(فـرع) لو باعه لآخر بشرط أن يعتقه الثانى فوجهان (الصحيح) المشهور لا يصح البيع (والثانى) يصح البيع والشرط • ولو أولد الجارية لم تجزئه عن الإعتاق على الصحيح ، وبه قطع الجمهور ، وفيه وجه شاذ •

(فـرع) لو باعه لآخر بشرط أن يعتقه الثانى فوجهان (الصحيح) مشهورة ذكرها المصنف بأدلتها (أصحها) ليس على المشترى إلا الثمن المسمى ، لأنه لم يلتزم غيره (والثانى) يلزمه مع المسمى قدر التفاوت بمثل نسبته من المثل بأن يقال : قيمته من غير شرط العتق مائة ، وبشرطه تسعون فيجب قدر عشر المسمى مضافا إلى المسمى •

(والثالث) ينفسخ البيع ويلزم المشترى قيمة العبد ، لفواته فى يده ويرجع بالثمن •

(والرابع) للبائع الخيار إن شاء أجاز العقد ولا شىء له غير المسمى ، وإن شاء فسخه ورد الثمن ، ورجع بقيمة العبد ، ثم هذه الأوجه هل هى

مفرعة على أن العتق للبائع ؟ أم مطردة ؟ سواء قلنا : له أو لله تعالى فيه احتمالان لإمام الحرمين (أصحهما) الثانى ، وهو مقتضى كلام الأصحاب وإطلاقهم •

(فـرع) لو اشتراه بشرط أن يدبره أو يكاتبه أو يعتقه بعد شهر أو سنة أو يعلق عتقه ، أو اشترى دارا بشرط أن يقفها فطريقان (أصحهما) القطع ببطلان البيع (والثانى) أنه على الخلاف فى شرط الإعتاق •

(فـرع) جميع ما سبق هو فيمـا إذا شرط العتق ، ولم يتعرض للولاء ، أو شرطا كونه للمشترى (فأما) إذا شرطاه للبائع ، فالمذهب بطلان البيع وبه قطع الجمهور لأنه منابذ لقوله ﷺ « إنما الولاء لمن أعتق » وحكى جماعة قولا شاذا أنه يصح البيع ويلغو شرط الولاء ، وحكاه الدارمى وجها للإصطخرى ، وحكى إمام الحرمين وجهـا باطلا أنه يصح البيع ، ويصح أيضا شرط الولاء للبائع قال الرافعى : لا يعرف هذا الوجه لغير الإمام ولو اشتراه بشرط الولاء للبائع دون اشتراط الإعتاق بأن قال : بعتكه بشرط أن يكون الولاء لى إن أعتقته فالبيع باطل بلا خلاف ، ذكره المتولى والرافعى •

(فـرع) لو اشترى أباه أو ابنه بشرط أن يعتقه ، قال القـاضى حسين : البيع باطل بلا خلاف ، لتعذر الوفاء بالشرط فانه يعتق عليه بمجرد الملك فلا يتصور إعتاقه ، وحكى الرافعى هذا عن القاضى وسكت عليه موافقة ، وفيه نظر ، ويحتمل أن يصح البيع ويكون شرط الإعتاق توكيدا للمعنى فان مقصود الشرط تحصيل الإعتاق ، وهو حاصل هنا •

(فـرع) لو اشترى جارية حاملا بشرط العتق فولدت ، ثم أعتقها ، فهل يتبعها الولد ؟ فيه وجهان حكاهما ابن كج (الأصح) لا يتبعها ، قال

الدارمي : هما مبنيان على أن الحمل هل له حكم أم لا ؟ والأصح أن له حكما فلا يتبعها .

(فـرع) لو باع عبدا بشرط أن يبيعه المشترى بشرط العتق، فالمذهب بطلان هذا البيع ، وبه قطع الجمهور ، وحكى ابن كج عن ابن القطان أن فى صحته وجهين ، وهذا شاذ ضعيف .

(فـرع) فى مذاهب العلماء فيمن باع عبدا بشرط العتق .

قد ذكرنا أن الصحيح المشهور من مذهبنا صحة البيع والشرط وبه قال النخعى وأحمد وغيرهما ، وقال ابن أبى ليلى وأبو ثور : البيع صحيح والشرط باطل ، وقال أبو حنيفة وصاحباه : البيع فاسد ، لكن لو أعتقه بعد عتقه لزمه الثمن عند أبى حنيفة ، وبالقيمة عند صاحبيه ، وهو عندهم مملوك للمشترى ملكا ضعيفا كما قالوا فى غيره من البيوع الفاسـدة ، واحتجوا بحديث النهى عن بيع وشرط ، وبحـديث « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل » وسنوضحه قريبا إن شاء الله تعالى .

واحتج أصحابنا بحديث عائشة فى قصة بريرة رضى الله عنهما ، فان النبى ﷺ أذن لها فى شرائها بشرط العتق (فان قيل :) إنما كان بشرط الولاء (قلت :) الولاء يتضمن اشتراط العتق (فان قيل :) فبريرة كانت مكاتبة . والمكاتب لا يصح بيعه على الصحيح (قلنا :) هو محمول على أنها عجّزت نفسها وفسخ أهلها الكتابة ولأن للعتق قوة سراية فاحتمـل اشتراطه فى البيع بخلاف غيره (وأما) الحديثان اللذان احتجوا بهما فعامان مخصوصان بما ذكرناه .

قال المصنف رحمـه الله تعـالى

(فان شرط ما سوى ذلك من الشروط التى تنافى مقتضى البيع بان باع عبدا بشرط ان لا يبيعه او لا يعتقه ، او باع دارا بشرط ان يسكنها مدة ، او ثوبا

بشرط أن يخيطه له أو فِلْعة بشرط أن يحذوها له بطل البيع، لما روى عن النبى ﷺ ((انه نهى عن بيع وشرط)) وروى ((أن عبد الله بن مسعود اشترى جارية من امراته زينب الثقفية وشرطت عليه انك إن بعتها فهى لى بالثمن ، فاستفتى عبد الله بن عمر رضى الله عنهما فقال : لا تقربها ، وفيها شرط لأحد)) .

وروى ان عبد الله اشترى جارية واشترط خدمتها ، فقال له عمر رضى الله عنه : لا تقربها وفيها مثنوية ، ولأنه شرط لم يبن على التغليب ولا هو من مقتضى العقد ولا من مصلحته ، فأفسد العقد كما لو شرط ان لا يسلم إليه المبيع فإن قبض المبيع لم يملكه ، لأنه قبض فى عقد فاسد ، فلا يوجب الملك كالوطء فى النكاح الفاسد ، فإن كان باقيا وجب رده وإن هلك ضمنه بقيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف ، ومن أصحابنا من قال : يضـــمن قيمته يوم التلف لأنه مأذون فى إمساكه ، فضمن قيمته يوم التلف كالعارية ، وليس بشىء لأنه قبض مضمون فى عين يجب ردها فإن هلكت ضمنها بأكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف ، كقبض الغاصب .

ويخالف العارية فان العارية مأذون فى إتلاف منافعها ، ولأن فى العارية لو رد العين ناقصة بالاستعمال لم يضمن ، ولو رد المبيع ناقصا ضمن النقصان . وإن حدث فى عينها زيادة بأن سمنت ثم هزلت ضمن ما نقص ، لأن ما ضمن عينه ضمن نقصانه كالمغصوب ، ومن أصحابنا من قال : لا يضمن لأن البائع دخل فى العقد ليأخذ بدل العين دون الزيادة ، والمنصوص هو الأول ، وما قاله هـــذا القائل يبطل بالمنافع ، فإنه لم يدخل فى العقد ليأخذ بدلها ثم تستحق . فان كان لمثله اجرة لزمه الأجرة للمدة التى اقام فى يده لأنه مضمون عليه غير مأذون فى الانتفاع به فضمن أجرته كالمغصوب .

فان كانت جارية فوطئها لم يلزمه الحد ، لأنه وطء بشبهة لأنه أعتقد أنها ملكه ، ويجب عليه المهر لأنه وطء بشبهة فوجب به المهر كالوطء فى النكاح الفاسد ، وإن كانت بكرا وجب عليه أرش البكارة لأن البكارة جزء من اجزائها واجزاؤها مضمونة عليه فكذلك البكارة ، وإن اتت منه بولد فهو حر لأنه أعتقد انها جاريته ويلزمه قيمة الولد لأنه اتلف عليه رقه باعتقاده ويقوم بعد الانفصال لأنه لا يمكن تقويمه قبل الانفصال ، ولأنه يضمن قيمة الولد للحيلولة وذلك لا يحصل إلا بعد الانفصال ، فان ألقت الولد ميتا لم يضمنه . لأنه لا قيمة له قبل الانفصال ولا توجد الحيلولة إلا بعد الانفصال ، فان ماتت الجارية من الولادة لزمه قيمتها لأنها هلكت بسبب من جهته ، ولا تصير الجارية أم ولد فى الحال ، لأنها علقت منه فى غير ملكه ، وهل تصير أم ولد إذا ملكها ؟ فيه قولان) .

(الشرح) أما الحديث فغريب ، وأما الأثران عن عمر رضى الله عنه فصحيحان روى الأول مالك فى الموطأ ورواهما جميعا البيهقى . وعبد الله فى الموضعين هو ابن مسعود ، والذى أفتاه فى الصورتين هو عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وقد يقع فى بعض نسخ المهذب مصحفا بابن عمر وهو غلط فاحش ، والفلعة ــ بكسر الفاء وإسكان اللام ــ جمعها فلع وهى جلدة النعل ، ومعنى يحذوها يجعلها حذاء .

(وقوله :) لأنه شرط لم يبن على التغليب ، احتراز من العتق (وقوله) ولا هو مقتضى العقد احتراز من سقى الثمرة ونحوه (وقوله :) ولا من مصلحته احتراز من شرط الرهن ، والضمين ونحوهما (وقوله :) لأنه قبض مضمون فى عين يجب ردها ، احتراز بالمضمون عن الوديعة ، وبقوله فى عين ، عن المنفعة فانه تجب قيمتها يوم الاستيفاء لا أكثر الأمرين ، وبقوله : يجب ردها عن المقبوضة ببيع صحيح (قوله :) سمنت ثم هزلت هو ــ بضم الهاء ــ (وقوله :) لأنه مضمون عليه غير مأذون فى الانتفاع به احتراز من العارية .

(اما الاحكام) فقد ذكرنا أن الشروط فى البيع خمسة أضرب ومرت أربعة وهذا الخامس ، وهو أن يشترط ما سوى الأربعة من الشروط التى تنافى مقتضى البيع بأن باعه شيئا بشرط ألا يبيعه ولا ينتفع به أو لا يعتقه أو لا يقبضه أو لا يؤجره أو لا يطأها أو لا يسافر به أو لا يسلمه إليه ، أو بشرط أن يبيعه غيره ، أو يشترى منه أو يقرضه أو يؤجره أو خسارة عليه إن باعه بأقل أو أنه إذا باعه لا يبيعه إلا له أو ما أشبه ذلك ، فالبيع باطل فى جميع هذه الصور وأشباهها لمنافاة مقتضاه ، ولا فرق عندنا بأن يشرط شرطا واحدا أو شرطين .

وحكى إمام الحرمين والرافعى وغيرهما قولا غريبا حكاه أبو ثور عن

الشافعى أن البيع لا يفسد بالشروط الفاسدة بحال ، بل يلغو الشرط ويصح البيع لقصة بريرة رضى الله عنها وهذا ضعيف ، وحينئذ البيع عكس النكاح ، فان المشهور أنه لا يفسد بالشروط الفاسدة ، وفيه قول شاذ ضعيف أنه يفسد بها ، فاذا جمع البيع والنكاح حصل فيهما ثلاثة أقوال (أحدها) يفسدان بالشروط الفاسدة (والثانى) لا (والثالث) وهو المذهب والمشهور يفسد البيع دون النكاح والتفريع على هذا القول وبالله التوفيق •

ولو باع بشرط خيار المجلس أو خيار الرؤية ففيه خلاف سبق فى بابه • هذا كله فيما إذا شرط شرطا فاسدا وكان الشرط مما لا يفرد بالعقد فان كان مما يفرد كالرهن والضمين فهل يفسد البيع لفسادهما ؟ فيه قولان مشهوران ذكرهما المصنف فى بابهما (أصحهما) يفسد كسائر الشروط الفاسدة (والثانى) لا ، كالصداق الفاسد لا يفسد به النكاح •

(فرع) إذا باع دارا واشترط البائع لنفسه سكناها أو دابة واستثنى ظهرها فان لم يبين المدة المستثناة ويعلما قدرها فالبيع باطل بلا خلاف وإن بيناها فطريقان (أصحهما) وبه قطع المصنف والعراقيون فساد البيع (والثانى) فيه وجهان حكاهما الخراسانيون أصحهما هذا (والثانى) يصح البيع والشرط لحديث جابر وقصة جمله التى سنذكرها فى فرع مذاهب العلماء إن شاء الله تعالى ، وحكى القاضى أبو الطيب هذا الوجه عن ابن خزيمة من أصحابنا ، وبه قال ابن المنذر •

(فرع) لو باع بشرط أن لا يسلم المبيع حتى يستوفى الثمن ، فان كان الثمن مؤجلا بطل العقد ، لأنه يجب تسليم المبيع فى الحال ، فهو شرط مناف لمقتضاه ، وإن كان حالا بنى على أن البداءة فى التسليم بمن ؟ (فان قلنا :) بالبائع لم يفسد ، وإلا فيفسد للمنافاة •

(فرع) متى اشترى شيئا شراء فاسدا لشرط مفسد أو لسبب

آخر ، لم يجز له قبضه ، فان قبضه لم يملكه بالقبض ، سواء علم فساد البيع أم لا ، ولا يصح تصرفه فيه ببيع ولا إعتاق ، ولا هبة ولا غيرها ، ويلزمه رده إلى البائع وعليه مؤنة الرد كالمغصوب ، وكالمقبوض بالسوم ، ولا يجوز له حبسه لاسترداد الثمن ولأنه يقدم به على الغرماء ، هذا هو المذهب وبه قطع [1] وفيه قول غريب ووجه للإصطخرى أن له حبسه أو يقدم به على الغرماء وهو شاذ ضعيف ، ويلزمه أجرته للمدة التى كان فى يده سواء استوفى المنفعة أم تلفت تحت يده لأنه مضمون عليه غير مأذون فى الانتفاع به فضمن أجرته كالمغصوب ، وإن كان تعيب فى يده لزمه أرش نقصه لما ذكرناه وإن تلف لزمه ضمانه بلا خلاف ، لما ذكرناه • وفى القيمة المعتبرة ثلاثة أوجه (أصحها) باتفاق الأصحاب تجب القيمة أكثر مما كانت من حين القبض إلى حين التلف كالمغصوب • لأنه مخاطب فى كل لحظة من جهة الشرع برده (والثانى) تجب قيمته يوم التلف كالعارية لأنه مأذون فى إمساكه (والثالث) يوم القبض حكاه المصنف فى التنبيه وآخرون وهو غريب (والمذهب الأول) وهو المنصوص ، ونقل بعض الأصحاب هذه الأوجه أقوالا والمشهور أنها أوجه قال الشافعى رحمه الله فى كتاب الغصب يضمن المغصوب بقيمته أكثر ما كانت يوم الغصب إلى التلف ، قال : وكذلك فى البيع الفاسد ، قال القاضى أبو الطيب : حمل أكثر أصحابنا نص الشافعى على ظاهره ، فأوجبوا قيمته أكثر ما كانت كالمغصوب، وقال بعضهم : تجب قيمته يوم التلف ، وحملوا نصه على أن المراد أنه كالمغصوب فى أصل الضمان دون كيفيته ، وفرق المصنف والأصحاب بينه وبين العارية بفرقين (أحدهما) أن العارية مأذون فى إتلاف منافعها مجانا ، بخلاف هذا (والثانى) أنه لو رد العارية ناقصة الاستعمال لم يضمن بخلاف هذا ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

---

(١) كذا بالأصل ولعل السقط : جمهور الأصحاب أو الأكثرون . المطيعى

(أما) الزوائد الحادثة منه فيلزمه ضمانها إذا تلفت عنده ، سواء كانت منفصلة كاللبن والثمرة والولد والصوف وغيرها ، أم متصلة بأن سمنت عنده ثم هزلت ، أو تعلم صنعة ثم نسيها ، وسواء تلفت العين أو ردها ، فيلزمه ضمان الزيادة الفائتة عنده هذا هو المذهب والمنصوص ، وفيه وجه ضعيف حكاه المصنف والأصحاب أنه لا يضمن الزيادة إذا تلفت العين ، وإنما يضمنها إذا رد العين وقد ذهبت الزيادة (والصواب) الأول ، لأنه كالمغصوب ، فلو زادت عنده ثم نقصت ثم زادت فردها كذلك ، فان كانت الزيادة الثانية من غير جنس الأولى ضمنها قطعا ، وإن كانت من جنسها وعلى قدرها فوجهان حكاهما الدارمى (أصحهما) يلزمه ضمانها أيضا (والثانى) لا ، كالوجهين فى نظيره من الغصب .

(فرع) إذا أنفق على العبد أو البهيمة المقبوضتين ببيع فاسد لم يرجع على البائع بالنفقة إن كان المشترى عالما بفساد البيع ، فان كان جاهلا فوجهان (أصحهما) لا يرجع أيضا ، لأنه متبرع .

(فرع) لو كان المقبوض ببيع فاسد جارية فوطئها المشترى — فان كان الواطىء والموطوءة جاهلين — فلا حد للشبهة ، ويلزمه المهر للبائع ، لأنه وطء شبهة ، فلو تكرر الوطء بهذه الشبهة لم يجب إلا مهر واحد ، سواء تكرر فى مجلس أو مجالس ، وإن كانا عالمين لزمهما الحد إن كان اشتراها بميتة أو دم ، لأنه لا يملكها ولا يباح وطؤها له بالإجماع ، فان اشتراها بخمر أو شرط فاسد فلا حد لاختلاف العلماء فى حصول الملك له ، فان أبا حنيفة رحمه الله يقول فى هذه الحال : إنه يملكها ملكا حقيقيا ، فصار كالوطء فى النكاح بالأولى ، ونحوه قال إمام الحرمين ، ويجوز أن يقال : يجب الحد لأن أبا حنيفة لا يبيح الوطء فان كان يثبت الملك بخلاف الوطء فى النكاح بالأولى ، فحيث قلنا : لا حد ، ويجب المهر فان كانت ثيبا وجب مهرها ، وإن كانت بكرا وجب مهر بكر وأرش البكارة أيضا .

(أما) أرش البكارة فلأنه أتلفها بغير حق (وأما) مهر البكر ، فلأنه وطىء بكرا بشبهة ، هكذا صرح بوجوب مهر بكر مع أرش البكارة فى هذا الموضع الشيخ أبو حامد والماوردى والقاضى أبو الطيب والمحاملى وسائر المتقدمين ، وصاحب البيان والرافعى وغيرهما من المتأخرين ، ونقله القاضى أبو الطيب وغيره عن نص الشافعى • قال القاضى والأصحاب : (فان قيل) هذا يؤدى إلى ضمان البكارة مرتين (قلت) : إلا أنه أتلف جزءا من بدنها بغير إذن من له الإذن ، فلزمه أرشه ، ووطئها بكرا فحصل له كمال اللذة ، فلزمه مهر بكر ، ولا يتداخلان لأنهما وجبا بشيئين مختلفين ، لأن الأرش يجب باتلاف الجزء وهو سابق لتغييب الحشفة الموجب للمهر •

(فان قيل) إذا فصلتم إتلاف البكارة عن الوطء فيجب أرش بكارة ومهر ثيب ، لأن تغييب كمال الحشفة صادفها ثيبا فصار كما لو أزال بكارتها بأصبعه ثم وطئها فانه يلزمه أرش البكارة ومهر ثيب ، قال أصحابنا : (فالجواب) أنه حصل له لذة جماع بكر ويسمى واطىء بكر ، بخلاف مسألة الأصبع (فان قيل) فقد نص الشافعى والأصحاب على أنه لو تزوج امرأة نكاحا فاسدا ووطئها وهى بكر لزمه مهر مثلها بكرا ، ولا يلزمه مع أرش البكارة ، مع أنه لا يستحق إتلاف بكارتها بخلاف المنكوحة نكاحا صحيحا (فالجواب) أن إتلاف البكارة مأذون فيه فى النكاح الفاسد كما أنه مأذون فيه فى النكاح الصحيح ، بخلاف البيع الفاسد ، فانه لا يلزم منه الوطء فهى فى النكاح الفاسد كمن قالت لإنسان : أذهب بكارتى بأصبعك ، وكمن قال لغيره ، اقطع يدى ، أو أتلف سوأتى ، فلا ضمان ، والله سبحانه أعلم •

فان أحبلها فالولد حر للشبهة ، وهل عليه ولاء ؟ فيه وجهان حكاهما الدارمى (الصحيح) لا ولاء ، لأنه انعقد حرا ، وبهذا قطع القاضى أبو الطيب

والجمهور ، فان خرج الولد حيا لزمه قيمته يوم الولادة ، لأنه صار حرا بظنه فأتلف رقه على مالك الأمة ، وتستقر عليه القيمة ، فلا يرجع بها على البائع ، بخلاف ما لو اشترى جارية فاستولدها ، فخرجت مستحقة فانه يغرم قيمة الولد ، ويرجع بها على البائع ، لأنه غره بخلاف مسألتنا ، قال المصنف والأصحاب : ولا تصير الجارية أم ولد للواطىء فى الحال ، لأنه لا يملكها ، فان ملكها بعد ذلك ففى مصيرها أم ولد القولان المشهوران فيمن أولد جارية غيره بشبهة ثم ملكها (أصحهما) لا تصير • فان نقصت بالحمل أو الولادة لزمه أرشه •

وإن خرج الولد ميتا فلا قيمة • لكن إن سقط بجناية وجبت الغرة على عاقلة الجانى ، ويجب حينئذ للبائع أقل الأمرين من قيمة الولد يوم الولادة ، والغرة ، يطالب به من شاء من الجانى والمشترى ، لأن ضمان الجانى له قام مقام خروجه حيا ، فان كانت الغرة أقل أخذها البائع ولا شىء له غيرها ، وإن كانت أكثر أخذ قدر القيمة وكانت البقية لورثة الجنين • ولو رد المشترى الجارية إلى البائع فولدت عنده وماتت فى الطلق ، وجبت قيمتها بلا خلاف وهل تكون فى مال الجانى ؟ أم على عاقلته ؟ فيه القولان المشهوران فى أن العاقلة هل تحمل قيمة العبد ؟ (أصحهما) تحملها ، ولو وطىء أمة الغير بشبهة فماتت فى الطلق لزمه قيمتها فى ماله على قول ، وعلى عاقلته فى الأصح ، وفيه وجه ضعيف أنه لا ضمان فى الأمة الموطوءة بشبهة ، وهو شاذ مردود •

ولو وطىء حرة بشبهة ، أو فى نكاح فاسد ، فماتت بالولادة ، ففى وجوب ديتها وجهان ، وحكاهما الشيخ أبو حامد قولين (أحدهما) تجب كالأمة (وأصحهما) لا تجب ، لأن الوطء سبب ضعيف ، وإنما أوجبنا الضمان فى الأمة لأن الوطء استيلاء عليها ، والعلوق من آثاره ، فأدمنا الاستيلاء كالمحرم إذا نفر صيدا ، وبقى نفاره إلى الهلاك بالبعير وغيره ،

فانه يضمنه (وأما) الحرة فلا تدخل تحت الاستيلاء • ولو زنى بامرأة مكرهة فماتت بالولادة حرة كانت أو أمة ، ففيها قولان مشهوران (أصحهما) لا ضمان ، لأن الولادة غير مضافة شرعا لعدم النسب (والثانى) يجب لأنه مولد من فعله •

ولو ماتت زوجته فى الطلق من حملها منه ، لم يجب الضمان بلا خلاف، لتولده من مستحق • وحيث أوجبنا ضمان الحرة فهو الدية على عاقلة الواطىء وحيث أوجبنا ضمان قيمة الأمة فهو على عاقلته فى أصح القولين ، وفى ماله فى الآخر ، ومتى تعتبر قيمتها ؟ فيه ثلاثة أوجه (أصحها) يوم الإحبال ، لأنه سبب التلف ، كما لو جرح عبدا قيمته مائة فبقى متألما إلى أن مات منه وقيمته عشرة ، يلزمه مائة (والثانى) يوم الموت ، لأنه وقت التلف (والثالث) يجب أكثرهما كالغصب ، والله أعلم •

(فرع) إذا اشترى شيئا شراء فاسدا فباعه لآخر ، فهو كالغاصب يبيع المغصوب ، فاذا حصل فى يد الثانى وعلم الحال لزمه رده إلى المالك ، ولا يجوز رده إلى المشترى الأول ، فان تلف فى يد الثانى ــ نظر إن كانت قيمته فى يدهما سواء ، أو كانت فى يد الثانى أكثر ــ رجع المالك بالجميع على من شاء منهما ، والقرار على الثانى لحصول التلف فى يده ، وإن كانت القيمة فى يد الأول أكثر ، فضمان النقص على الأول خاصة ، والثانى يرجع به على من شاء منهما والقرار على الثانى ، وكل نقص حدث فى يد الأول يطالب به الأول دون الثانى ، وكل نقص حدث فى يد الثانى يطالب به من شاء منهما والقرار على الثانى ، وكذا حكم أجرة المثل • ولو رد الثانى العين إلى الأول فتلفت عنده ، فللمالك مطالبة من شاء منهما ، والقرار على الأول •

(فرع) إذا باعه شيئا بشرط أن يبيعه داره ، أو يشترى منه عبده ، فالعقد الأول باطل كما سبق ، فاذا عقد العقد الثانى المشروط فى

الأول ــ فان كانا يعلمان بطلان الشرط ــ صح العقد الثانى ، وإلا فلا ، لأنهما بانيان به على حكم الشرط الفاسد ، هكذا قطع به البغوى وغيره ، وقطع إمام الحرمين بالصحة وحكاه عن والده فى كتاب الرهن لأن المواطأة قبل العقد لا أثر لها عندنا ، والأول أصح ، لأن المواطأة ألا يعتقد لزوم الوفاء بخلاف مسألتنا ، فنظيرها من مسألتنا أن يعلما فساد الشرط .

(فــرع) لو اشترى زرعا وشرط على بائعه أن يحصده ، فالمذهب بطلان البيع ، وبه قطع جمهور المصنفين ، ونقــله المــاوردى وغيره عن جمهور أصحابنا المتقدمين ، وقال أبو على بن أبى هريرة : فيه القولان فيمن جمع فى عقد بين بيع وإجارة ، وقيل : شرط الحصاد باطل ، وفى البيع قولا تفريق الصفقة ، وسواء قال : بعتكه بألف على أن تحصده ، وقال الشيخ أبو حامد : لا يصح الأول قطعا ، وفى الثانى الطريقان .

ولو قال : اشتريت منك هذا الزرع واستأجرتك على حصاده بعشرة ، فقال : بعتك وأجرتك فطريقان (أحدهما) أنه على القولين فى الجمع بين مختلفى الحــكم (وأصحهما) بطــلان الإجارة ، وفى البيع قولا تفريق الصفقة . ولو قال : اشتريت هذا الزرع بعشرة واستأجرتك على حصده بدرهم فقال : بعت وأجرت ، قال البغــوى وغيره : صح الشراء ، لأنه لا شرط فيه ، ولم تصح الإجارة ، لأنه استئجار على العمل فيما لم يتم ملكه فيه ، لأن أحد شقى الإجارة وجد قبل تمام البيع ، فصار كما لو قال : استأجرتك لتخيط لى هذا الثوب ، والثوب غير مملوك له فى الحال ، فلو أفرد الشراء بعوض والاستئجار بعوض بعقد ، فقال : اشتريته بعشرة على أن تحصده بدرهم أو اشترى ثوبا وشرط عليه خياطته وصبغه ، أو لبنــا وشرط عليه جعله آجرا ، أو نعلا وشرط عليه أن ينعل به دابته ، أو جلدة وشرط عليه خرزها خفا ، أو عبدا رضيعا وشرط عليه إتمام رضاعته ، أو متاعا على أن يحمله إلى بيته ، وهما يعلمان البيت ، فالمذهب بطلان العقد

فى كل هذه الصور ونظائرها ، فلو لم يعرف أحدهما البيت فى مسألة المتاع بطل العقد بلا خلاف ، وممن صرح بهذه المسائل مجموعة البغوى وتابعه الرافعى •

ولو اشترى حطبا على ظهر بهيمة ، وشرط عليه حمله إلى بيته بطل على المذهب ، كما ذكرنا ، فلو شرط وضعه موضعه صح قطعا ، فلو أطلق فوجهان (أصحهما) يصح ، ويسلمه إليه موضعه ، لأنه مقتضى الإطلاق (والثانى) لا يصح العقد حتى يصرح باشتراط تسليمه فى موضعه ، لأن العادة تقتضى حمله إلى داره ، فيصير ذلك كالمشروط ، وهذا الخلاف له تعلق بمسألة السر والعلانية فى الصداق ونظائرها •

(فـرع) الشرط المقارن للعقد يلحقه ، فان كان شرطا صحيحا لزم الوفاء به ، وإن كان فاسدا أفسد العقد (وأما) الشرط السابق فلا يلحق العقد ، ولا يؤثر فيه ، فلا يلزم الوفاء به ، ولا يفسد العقد به إن كان شرطا فاسدا ، لأن ما قبل العقد لغو ، هكذا نص عليه وقطع به الأصحاب (وأما) الشرط الذى يشترط بعد تمام العقد فان كان بعد لزوم العقد بانقضاء الخيار فهو لغو قطعا ، وإن كان قبله فى مدة خيار المجلس أو الشرط فثلاثة أوجه (أحدها) لا يلحق وصححه المتولى (والثانى) يلحق فى خيار المجلس دون خيار الشرط • قاله الشيخ أبو زيد والقفال (والثالث) وهو الصحيح عند الجمهور ، وبه قطع أكثر العراقيين ، يلحق فى مدة الخيارين جميعا ، وهو ظاهر نص الشافعى •

فعلى هذا فى محل صحة الإلحاق وجهان (أحدهما) قاله أبو على الطبرى ، وصححه الشيخ أبو على السنجى والبغوى وغيرهما أنه مفرع على قولنا : الملك فى زمن الخيار للبائع ، أو موقوف وفسخ العقد فأما (إن قلنا :) للمشترى أو موقوف وأمضى العقد فلا يلحق كما يلحق بعد

انقضاء الخيار والوجه (الثانى) أن جواز الإلحاق مطرد على الأقوال كلها وهذا هو الصحيح صححه العراقيون •

ولو ألحقا بالعقد زيادة فى الثمن أو المثمن أو ازدادا بباب[1] الخيار أو الأجل أو قدرهما أو فعلا ذلك فى المسلم فيه أو فى رأس مال السلم أو الصداق أو فى الإجارة أو غيرها من العقود ، فحكمه حكم إلحاق الصحيح الفاسد كما سبق ، فان كان بعد لزوم العقد فهو لغو ، وإن كان قبله ففيه الخلاف •

(فاذا قلنا :) يلحق فالزيادة تلحق الشفيع ، كما تلزم المشترى ، ولو حط من الثمن شىء فحكمه كذلك ، فان كان بعد لزوم العقد فلغو فلايسقط شىء من الثمن ، ويأخذ الشفيع بجميع ما سمى فى العقد ، ويختص المشترى بفائدة الحط ، وإن كان قبل لزوم العقد ففيه الخلاف ، فان ألحقناه بالعقد انحط عن الشفيع ولو حط جميع الثمن فهو كالبيع بلا ثمن ، وسبق حكمه فى أول البيوع ، وحيث فسد العقد لشرط فاسد ثم أسقطا الشرط لم ينقلب العقد صحيحا ، سواء كان الإسقاط فى المجلس أو بعده ، وحكى الرافعى وجها أنه ينقلب صحيحا بالإسقاط فى المجلس ، وهو شاذ ضعيف • والله سبحانه أعلم •

(فـرع) لو قال : بع عبدك لزيد بألف على أن على خمسمائة ، فباعه على هذا الشرط فوجهان (أصحهما) فساد البيع ، لأنه ينافى مقتضى البيع ، فان مقتضاه أن جميع الثمن على المشترى ، ولا يلزم غيره شىء (والثانى) يصح ويجب على زيد ألف وعلى الآمر خمسمائة بالتزامه ، وقد يكون له غرض صحيح فى ذلك ، فهو كما لو قال : ألق متاعك فى البحر وعلى كذا عند إشراف السفينة على الغرق بسبب ذلك المتاع ، وكما لو خالع الأجنبى

---

(١) كذا بالأصل ولعل المراد بباب من أبواب الخيار أو الأجل أو قدرهما وقد مرت بك أنواع الخيار والأجل . المطيعى

بمال فى ذمته (أما) إذا قال : بع عبدك لزيد بألف فى ذمتى ، فباعه كذلك ، فالبيع باطل قطعا •

(فـرع) قد ذكرنا أنه يصح البيع بشرط الرهن والكفيل والإشهاد ، فيصح البيع بشرط أن يرهن المشترى بالثمن ، أو يقيم كفيلا به ، أو يشهد عليه سواء كان الثمن حالا أو مؤجلا ، ويجوز أيضا أن يشرط المشترى على البائع كفيلا بالعهدة ، ويشترط تعيين الرهن والكفيل ، والمعتبر فى الرهن المشاهدة أو الوصف بصفة المسلم فيه وفى الكفيل المشاهدة أو المعرفة بالاسم والنسب ، ولا يكفى الوصف ، كقوله : رجل موسر ثقة ، هكذا ذكره الأصحاب ونص عليه ونقله الرافعى عنهم ثم قال : ولو قال قائل : الاكتفاء بالوصف أولى من الاكتفاء بمشاهدة من لا يعرف لم يكن مبعدا ، وقال ابن كج : لا يشترط تعيين الكفيل ، فاذا أطلق أقام من شاء كفيلا وهذا شاذ مردود لأن الغرض يختلف به اختلافا ظاهرا ، ولا يشترط تعيين الشهود على أصح الوجهين ، وادعى إمام الحرمين أنه لا يشترط قطعا ، وجعل الخلاف فى أنه لو عين شهودا هل يتعينون ؟•

ولا يشترط كون المرهون عند المرتهن ، أو عند عدل على أصح الوجهين بل إن اتفقا على يد المرتهن ، أو عدل ، وإلا جعله الحاكم فى يد عدل (والثانى) يشترط ليقطع النزاع ، فلو لم يرهن المشترى ما شرطه ، أو لم يشهد ، أو لم يقم كفيلا أو لم يتكفل الذى عينه لم يجبر على شىء من ذلك بل للبائع الخيار فى فسخ البيع ولا يقوم رهن آخر ولا كفيل آخر مقام المعين ، فان فسخ فذاك ، وإن أجاز لزم البيع ، ولا خيار للمشترى • ولو عين شاهدين فامتنعا من التحمل ــ فان قلنا : يشترط تعيينهما ــ فللبائع الخيار وإلا فلا •

(فـرع) فى مذاهب العلماء فيمن باع شيئا بشرط ينافى مقتضاه ، بأن شرط أن لا يبيعه أو لا يبيعه لغيره أو لا يطأها أو لا يزوجها أو يخرجها

من البلد • قد ذكرنا أن مذهبنا المشهور بطلان هذا البيع وسواء شرطا واحدا أم شرطين ، وبه قال ابن عمر وعكرمة والأوزاعي ومالك وأبو حنيفة وجماهير العلماء ، قال الماوردي : هو مذهب جميع الفقهاء ، وقال ابن سيرين وعبد الله بن شبرمة التابعيان وحماد بن أبي سليمان : البيع صحيح والشرط صحيح وقال الحسن البصري والنخعي وابن أبي ليلى وأبو ثور وابن المنذر : البيع صحيح والشرط باطل لاغ •

وقال أحمد وإسحق : إن شرطا شرطا واحدا من هذه الشرائط ونحوها صح البيع ولزم الشرط ، وإن شرطا شرطين فأكثر بطل البيع وإلا فلا ، فاذا باع ثوبا بشرط أن يخيطه البائع ويقصره فهما شرطان ، فيبطل العقد ، فان شرط أحدهما فقط صح ولزم •

واحتج من صحح البيع وأبطل الشرط بقصة بريرة في قوله ﷺ : «واشترطي لهم الولاء » رواه البخاري ومسلم قالوا : فصحح النبي ﷺ البيع وأبطل الشرط • واحتج من صححهما بحديث جابر رضي الله عنه أنه قال : « كنت مع النبي ﷺ في سفر فاشترى مني جملا واستثنيت حملانه يعني ركوبه إلى أهلي » رواه البخاري ومسلم • وبحديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال : « المسلمون على شروطهم » رواه أبو داود باسناد حسن أو صحيح •

واحتج أحمد بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال : « لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا ربح ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك » حديث صحيح رواه أبوداود والترمذي والنسائي وغيرهم بأسانيد صحيحة قال الترمذي : حديث حسن صحيح •

واحتج أصحابنا بحديث عائشة فى قصة بريرة رضى الله عنهما أن النبى ﷺ خطب فقال : « ما بال رجال يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله ، ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة شرط فهو باطل ، قضاء الله أحق ، وشرط الله أوثق وإنما الولاء لمن أعتق » رواه البخارى ومسلم وبحديث النهى عن بيع وشرط ، وبالأثرين المذكورين فى الكتاب عن عمر رضى الله عنه وهما صحيحان كما سبق لأنه شرط يمنع كمال التصرف فأبطل البيع كما لو شرط أن يسلم بعض المبيع دون بعض •

(والجواب) عن قصة بريرة بجوابين (أحدهما) أن الشرط لم يكن فى نفس العقد بل كان سابقا أو متأخرا (والثانى) أن معنى اشترطى لهم أى عليهم وهذا منقول عن الشافعى رضى الله عنه والمزنى وغيرهما •

(والجواب) عن قصة جابر من وجهين (أحدهما) أنه لم يكن بيعا مقصودا وإنما أراد النبى ﷺ بره والإحسان إليه بالثمن على وجه لا يستحى من أخذه وفى طرق الحديث دلالة على هذا (والثانى) أن الشرط لم يكن فى نفس العقد ، ولأنها قضية عين يتطرق إليها احتمالات ولا عموم لها ، فلا دلالة فيها مع أن الحديث فيه اضطراب •

(والجواب) عن حديث : « المسلمون على شروطهم » أنه عام مخصوص والمراد به الشروط الجائزة وليس هذا منها •

(والجواب) عن حديث عمرو بن شعيب أن هذا مفهوم اللقب والصحيح الذى عليه الأكثرون أنه لا يدل على نفى الحكم عما عداه فلا يلزم النهى « عن بيع وشرطين » جواز شرط واحد فهذا هو الجواب المعتمد ، وأما الخطابى وغيره فمعناه أن يقول بعتك هذا بدينار نقدا وبدينارين نسيئة فيكون بمعنى بيعتين فى بيعة وحملهم على هذا التأويل أن العلة فى النهى عن شرطين موجودة فى شرط وهى الغرر •

(فــرع) فى مذاهبهم فيمن اشترى شيئا شراء فاسدا •

قد ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يملكه ولا يصح تصرفه فيه ، ويلزمه رده ، فان تلف لزمه بدله وبه قال أكثر العلماء ، وقال أبو حنيفة : يملكه بالقبض ملكا ضعيفا خبيثا ، ويصح تصرفه ، ويلزم كل واحد منهمـا فسخ الملك ورد العوض على صاحبه ، وحقيقة مذهبه أنه لا يملكه بالعقد ، ولا يجب الإقباض ، فان أقبضه ملكه ملكا ضعيفا ، ومعناه أن للبائع انتزاعه عن المشترى لكن لو تصرف فيه المشترى قبل ذلك ببيع أو عتق أو غيرهمـا نفذ تصرفه ، فان تلف عنده ضمنه بالقيمة ، هذا إذا اشتراه بشرط فاسد أو بخمر أو خنزير ، قال فان اشتراه بميتة أو دم أو عذرة أو نحو ذلك مما ليس هو مالا عند أحد من الناس لم يملكه أصـلا ، ولم يصح تصرفه ، فوافقنا فى الدم ونحوه وشبهه ، واحتج له بقصة بريرة ، فان « عائشة رضى الله عنها شرطت لهم الولاء » وهو شرط فاسد بالاتفاق ، ثم أعتقها ونفذ عتقها ، وأقر النبى ﷺ كل ذلك • وقياسا على النكاح فان الوطء فى فاسده يترتب عليه أحكام الوطء فى صحيحه وقياسا على الـكتابة فان فاسدها كصحيحها فى حصول العتق إذا وجدت الصفة •

واحتج أصحابنا بقوله تعالى : ([1] الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس) فلو كان المقبوض بعقـد فاسد يملكه ، لمـا توعده • وقياسا على ما إذا اشتراه بميتة أو دم • ولأن كل قبض أوجب ضمان القيمة لم يحصل به شرط الخيار عند تمنع حصول الملك فى الصحيح والفاسد •

(والجواب) عن قصة بريرة من أوجه (أحدها) أن الشرط لم يكن فى نفس العقد (والثانى) أن لهم بمعنى عليهم (والثالث) هو اختيـار

---

(١) الآية ٢٧٥ من سورة البقرة .

الشيخ أبى حامد والمحققين أن هذا الشرط والعقد كانا خاصة فى قصة عائشة لمصلحة قطع عادتهم ، كما جعل فسخ الحج إلى العمرة خاصا بالصحابة فى حجة الوداع لمصلحة بيان جواز العمرة فى أشهر الحج •

(والجواب) عن قياسهم على النكاح أنا لا نسلم ما ادعوه وأن الأحكام فى النكاح تتعلق بمجرد العقد لا بالوطء ، ولهذا يملك به الطلاق والظهار والخلع بخلاف الفاسد ، وقد أجمعنا على أنه لا يملك البضع بالوطء فى النكاح الفاسد (وأما) ما تعلق به من وجوب المهر ولحوق النسب والعدة وسقوط الحد ، فلم يمكن ذلك بسبب العقد ، بل لكونه وطء شبهة ، ولهذا تترتب هذه الأحكام على وطء الشبهة من غير عقد •

(والجواب) عن قياسهم على الكتابة أن العتق حصل بوجود الصفة لا بالعقد ، ولهذا لو مات السيد بطلت الصفة ولم يعتق بالأداء إلى الوارث •

(فرع) فى مذاهبهم فيمن باع دارا أو عبدا أو بهيمة واستثنى منفعة مدة معلومة ، قد ذكرنا أن الصحيح المشهور فى مذهبنا بطلان البيع ، وبه قال أبو حنيفة وفقهاء العراق ، وقال الأوزاعى وأحمد وإسحق : يصح البيع ويثبت الشرط ، وبه قال أربعة من أئمة أصحابنا الفقهاء المحدثين ، أبو ثور ، ومحمد بن نصر ، وأبو بكر بن خزيمة وابن المنذر ، ونقله ابن المنذر عن أصحاب الحديث ، وروى نحوه عن عثمان وصهيب رضى الله عنهما وقال مالك : إن شرط مدة قريبة كالشهر والشهرين ، أو ركوب الدابة إلى مكان قريب جاز ، وإن كانت مدة طويلة او مكانا بعيدا فمكروه •

واحتج المجوزون بحديث جابر السابق وبالقياس على من باع نخلا عليها ثمرة غير مؤبرة ، واستثنى البائع الثمرة له ، فانه يصح البيع وتبقى

الثمرة على النخل إلى أوان الجذاذ ، وهذا استثناء لمنفعة البيع ، واحتج اصحابنا بما سبق ، وأجابوا عن حديث جابر بما سبق ، وعن الإجارة بأنه ليس باستثناء ، بل المنافع كانت مستحقة قبل البيع ، وعن النخل أنها ليس باستثناء منفعة ، بل هو استثناء جزء معلوم من عين المبيع •

(فـرع) فى مذاهبهم فيمن باع سلعة ، وقال فى العقد للمشترى : إن لم تأت بالثمن فى الوقت الفلانى فلا بيع بيننا ، فمذهبنا بطلان هذا البيع ، وحكى ابن المنذر عن الثورى وأحمد وإسحق أنه يصح البيع والشرط ، قال : وبه قال أبو ثور إذا كان الشرط ثلاثة أيام ، وروى مثله عن ابن عمر ، وبه قال أبو حنيفة : إن كان الوقت ثلاثة أيام صح البيع وبطل الشرط ، وإن كان أكثر فسد البيع ، فان نقده فى ثلاثة أيام صح البيع ولزم ، وقال محمد : يجوز نحو عشرة أيام ، قال : وقال مالك : إن كان الوقت نحـو يومين وثلاثة جاز ، دليلنا أنه فى معنى تعليق البيع فلم يصح •

باب تفريق الصـــفقة

الصفقة هى عقد البيع ، لأنه كان عادتهم أن يضرب كل واحد من المتعاقدين يده على يد صاحبه عند تمام العقد

قال المصنف رحمــه الله تعــالى

(إذا جمع فى البيع بين ما يجوز بيعه وبين مالا يجوز بيعه كالحر والعبد وعبده وعبد غيره ، ففيه قولان :

(احدهما) تفرق الصفقة فيبطل البيع فيما لا يجوز ، ويصح فيما يجوز ، لأنه ليس إبطاله فيهما لبطلانه فى احدهما باولى من تصحيحه فيهما لصحته فى احدهما ، فبطل حمل احدهما على الآخر وبقيا على حكمهما ، فصح فيما يجوز وبطل فيما لا يجوز .

(والقول الثانى) ان الصفقة لا تفرق فيبطل العقــد فيهما ، واختلف اصحابنا فى علته فمنهم من قال : يبطل لأن العقد جمع حلالا وحــراما فغلب التحريم كما لو جمع بين أختين فى النكاح أو باع درهما بدرهمين ، ومنهم من قال : يبطل لجهالة الثمن ، وذلك انه إذا باع حرا وعبدا بألف ، سقط ما يخص الحر من الثمن فيصيرالعبد مبيعا بما بقى ، وذلك مجهول فىحال العقد ، فبطل، كما لو قال : بعتك هذا العبد بحصته من الف درهم (فإن قلنا) بالتعليل الأول بطل البيع فيما ينقسم الثمن فيه على القيمة ، كالعبدين ، وفيما ينقسم الثمن فيه على الأجزاء كالعبد الواحد نصفه له ونصفه لغيره ، أو كرين من طعــام احدهما له والآخر لغيره ، وكذلك لو جمع بين ما يجوز وبين ما لا يجوز فى الرهن أو الهبة أو النكاح ، بطل فى الجميع ، لأنه جمع بين الحلال والحرام .

(وإن قلنا) إن العلة جهالة العوض لم يبطل البيع ، فيما ينقسم الثمن فيه على الأجزاء لأن العوض غير مجهول ، ولا يبطل الرهن والهبة لأنه لا عوض فيه ، ولا يبطل النكاح لأن الجهل بالعوض لا يبطله (فإن قلنا) : إن العقــد يبطل فيهما ، رد المبيع واسترجع الثمن .

(وإن قلنا) إنه يصح فى احدهما فله الخيار بين فسخ البيع وبين إمضائه، لأنه يلحقه ضرر بتفريق الصفقة فثبت له الخيار ، فإن اختــار الإمساك فبكم

يمسك ؟ فيه قولان (أحدهما) يمسك بجميع الثمن ، أو يرد ، لأن مالا يقابل العقد لا ثمن له ، فيصير الثمن كله فى مقابلة الآخر (والثانى) انه يمسكه بقسطه ، لأنه لم يبذل جميع العوض إلا فى مقابلتهما ، فلا يؤخذ منه جميعه فى مقابلة أحدهما ، واختلف أصحابنا فى موضع القولين (فمنهم) من قال : القولان فيما يتقسط العوض عليه بالقيمة ، فأما ما يتقسط العوض عليه بالأجزاء فإنه يمسك الباقى بقسطه من الثمن ، قولا واحدا ، لأن فيما يتقسط الثمن عليه بالقيمة ما يخص الجائز مجهول ، فدعت الضرورة إلى أن يجعل جميع الثمن فى مقابلته ليصير معلوما ، وفيما يتقسط الثمن عليه بالأجزاء ما يخص الجائز معلوم ، فلا حاجة بنا إلى أن نجعل جميع الثمن فى مقابلته (ومنهم) من قال : القولان فى الجميع ، وهو الصحيح ، لأنه نص على القولين فى بيع الثمرة قبل أن تخرج الزكاة والثمار مما يتقسط الثمن عليها بالأجزاء .

(فإن قلنا) يمسك بجميع الثمن لم يكن للبائع الخيار ، لأنه لا ضرر عليه (وإن قلنا) يمسك بحصته ، فهل للبائع الخيار ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) أن له الخيار ، لأنه تبعضت عليه الصفقة فيثبت له الخيار ، كما يثبت للمشترى .

(والثانى) لا خيار له ، لأنه دخل على بصيرة ، لأن الحر لا يؤخذ منه بثمن وإن باع مجهولا ومعلوما (فإن قلنا) لا تفرق الصفقة بطل العقد فيهما (وإن قلنا) تفرق ، وقلنا : إنه يمسك الجائز بحصته ، بطل البيع فيه ، لأن الذى يخصه مجهول (وإن قلنا) يمسكه بجميع الثمن صح العقد فيه .

وإن جمع بين حلالين ثم تلف أحدهما قبل القبض بطل البيع فيه ، وهل يبطل فى الباقى ؟ فيه طريقان :

(احدهما) انه على القولين فى تفريق الصفقة ، لأن ما يحدث من الهلاك قبل القبض كالموجود فى حال العقد فى إبطال العقد فوجب أن يكون كالموجود فى حال العقد فيما ذكرناه .

(والثانى) لا يبطل إلا فيما تلف لأن فى الجمع بين الحلال والحرام إنما بطل للجهل بالعوض ، أو للجمع بين الحلال والحرام فى العقد ، ولا يوجد ههنا واحد منهما ، فعلى هذا يصح العقد فى الباقى وللمشترى الخيار فى فسخ العقد لأنه تفرقت عليه الصفقة ، فإن أمضاه أخذ الباقى بقسطه من الثمن قولا واحدا لأن العوض ههنا قابل المبيعين فانقسم عليهما فلا يتغير بالهلاك) .

(الشرح) تفريق الصفقة باب مهم يكثر تكرره والحاجة إليه ، والفتاوى فيه ، فأنا ألخص مقاصده وأوضحه إن شاء الله تعالى ، فاذا جمعت الصفقة شيئين فهو ضربان :

(أحدهما) أن تجمعهما فى عقدين مختلفى الحكم ، وهذا هو الذى ذكره المصنف فى الفصل الذى بعد هذا (والثانى) أن تجمعهما فى عقد واحد ، وهذا الضرب له حالان :

(أحدهما) يقع التفريق فى الابتداء (والثانى) فى الانتهاء ، فالحال الأول ينظر فيه إن جمع فيه شيئين يمتنع الجمع بينهما من حيث هو جمع ، كجمع أختين أو خمس نسوة فى عقد نكاح ، فالعقد باطل فى الجميع بلا خلاف ، وإن جمع بين ما لا يمتنع جمعهما ، فان كان كل واحد منهما قابلا للعقد ، بأن جمع عينين له كعبد وثوب ، أو من جنس لكنهما مختلفا القيمة كعبدين ، وزع الثمن عليهما باعتبار القيمة ، وإن كانا من جنس متفقى القيمة ، كقفيزى حنطة واحدة وزع الثمن عليهما باعتبار الأجزاء •

وإن كان أحدهما قابلا للبيع دون الآخر ، فهذه مسألة الكتاب ، فالذى ليس قابلا للبيع قسمان :

(أحدهما) أن يكون متقوما ، كمن باع عبده وعبد غيره صفقة واحدة ، فلا يصح البيع فى عبد غيره ، وفى صحته فى عبده قولان مشهوران (أحدهما) لا يصح (وأصحهما) يصح (فان قلنا :) لا يصح ففى علته وجهان ، وقيل : قولان (أصحهما) الجمع بين حلال وحرام ، فصار كمن باع درهما بدرهمين ، أو جمع فى عقد النكاح بين أختين أو خمس نسوة (والثانية) جهالة العوض القابل للحلال ، فيصير كما لو قال : بعتك هذا العبد بما يخصه من الألف إذا وزع عليه وعلى عبد فلان ، فانه لا يصح قطعا ، قال إمام الحرمين : لا يصح بالإجماع •

(وإن قلنا :) يصح فوجهه أنه يصح العقد عليه لو أفرده ، فلا يتغير حكمه بضم غير ماله ، كما لو باع شقصا وسيفا ، فانه تثبت الشفعة فى الشقص بلا خلاف ، كما لو أفرده ، ولأنه ليس له إلحاق ما يقبل البيع بالآخر بأولى من عكسه (والجواب) عن العلة الأولى بأنها منكرة بمن باع شقصا وسيفا ، ولأنه ليس أحد الدرهمين وإحدى الأختين أو الخمس بأولى من مشاركه ، فبطل فى الجميع بخلاف مسألتنا (والجواب) عن الثانية أن المسمى وقع فى العقد معلوما ، وسقط بعضه لمعنى فى العقد ، فلم يفسد العقد ، كما إذا رجع بأرش العيب .

(القسم الثانى) أن لا يكون متقوما ، وهو نوعان (أحدهما) يتأتى تقدير التقويم فيه من غير تقدير تغير الخلقة كمن باع حرا وعبدا فالحر غير متقوم لكن يمكن تقويمه رقيقا ، وفى هذا النوع طريقان (أصحهما) وبه قطع المصنف وسائر العراقيين وجماعة من غيرهم أنه على القولين (أصحهما) الصحة (والطريق الثانى) القطع بالفساد ، لأن الحر ونحوه غير قابل للبيع بحال . ولو باع عبده ومكاتبه أو أم ولده ، وقلنا لا يصح بيعهما ، فهو كما لو باع عبده وعبد غيره ،فيكون على قولين ، لأن المكاتب وأم الولد متقومان بدليل وجوب قيمتهما على متلفهما (النوع الثانى) أن لا يتأتى تقدير تقويمه من غير تقدير تغير الخلقة ، كمن باع خلا وخمرا ، أو مذكاة وميتة ، أو شاة وخنزيرا ، ففى صحة البيع فى الخل والمذكاة والشاة طريقان (أصحهما) طرد الطريقين السابقين فيما إذا جمع حرا وعبدا (والثانى) القطع بالفساد لأنه لابد فى التقويم من التقدير بغيره ، فلا يكون المقوم هو المذكور فى العقد ، والمذهب الصحة .

ولو باع شيئا يتوزع الثمن على أجزائه ، بعضه له وبعضه لغيره ، كعبد أو صاع حنطة ، له نصفهما ، أو صاعى حنطه له أحدهما صفقة واحدة ، ففيه خلاف مرتب على ما إذا باع عبدين له أحدهما (فإن قلنا)

يصح هناك فى ملكه فهنا أولى ، وإلا فقولان ــ إن عللنا بالجمع بين حلال وحرام ــ لم يصح ، وإن عللنا بالجهالة صح ، لأن حصة المملوك معدومة لا تتوقف على التقويم الذى لا يفيد إلا ظنا •

ولو باع الثمار التى وجبت فيها الزكاة ، ففى صحة البيع فى قدر الزكاة خلاف سبق فى كتاب الزكاة (الأصح) لا يصح ، فعلى هذا الترتيب فى الباقى كما ذكرنا فيمن باع عبدا له نصفه ولو باع أربعين شاة وجبت فيها الزكاة وقلنا بالأصح : إنه لا يصح البيع فى قدر الزكاة ، والترتيب فى الثانى كما سبق ، فيمن باع عبده وعبد غيره •

(فــرع) المذهب فى صحة البيع فيما نقلناه من جميع هذه الصور السابقة ، هكذا صححه الجمهور ، سواء كان ذلك مما يتوزع الثمن على أجزائه كعبد له نصفه ، وكذا صاع حنطة وثوب ، وصاعى حنطة من صبرة مستوية له أحدهما ، أو كان مما يتوزع عليه بالقيمة كعبده وعبد غيره ، أو عبده وحر ، أو كخل وخمر ، وميتة ومذكاة ، وخنزير وشاة ، وغير ذلك (فالصحيح) صحة البيع فى جميع هــذه الصور عنــد الجمهور ، قال الرافعى : توسطت طائفة من الأصحاب بين قولى تفريق الصفقة فقالوا : (الأصح) الصحة فى المملوك إذا كان المبيع مما يتوزع الثمن على أجزائه ، والفساد فيما يتوزع على قيمته ، قال : وقال الأكثرون الأصح الصحة فى القسمين •

(فــرع) لا فرق فى جريان الخلاف فى المســائل السابقة بين أن يكون العاقدان عالمين بالحال أو جاهلين ، هذا هو المذهب الذى صرح به كثيرون واقتضاه كلام الباقين ، وقال الشيخ أبو محمد فى مسألة الجمع بين حر وعبد : الخلاف مخصوص بما إذا كان المشترى جاهلا بحقيقــة الحال (فأما) إذا كان عالمــا فالوجه القطع بالبطلان ، كما لو قال : بعتك

عبدى هذا بما يخصه من الألف لو وزع عليه وعلى عبد فلان ، قال إمام الحرمين : هذا الذى قاله شيخى أبو محمد غير سديد ، بل الوجه طرد القولين ، واختار الغزالى قول أبى محمد ، وهو شاذ .

(فـرع) لو رهن عبده وعبد غيره ، أو عبده وحرا ، أو وهبهما ، أو زوج موليته وغيرها ، أو مسلمة ومجوسية ، أو حرة وأمة ، لمن لا تحل له الأمة ، فان صححنا البيع فى الذى يملكه ، فهنا أولى ، وإلا فقولان بناء على العلتين ـ إن عللنا بجهالة العوض ـ صح إذ لا عوض هنـا ، وإن عللنا بالجمع بين حلال وغيره فلا ، وإن شئت قلت : فيه طريقـان (المذهب) الصحة .

(والثانى) فيه قولان ، ولو جمع فى شـهادته بين مقبول وغيره كشهادته لابنه وأجنبى ففى قبولها فى حق الأجنبى هذا الخلاف (المذهب) القبول .

(فـرع) إذا باع ماله وغيره ، وصححنا العقد فى ماله ، فان كان المشترى جاهلا بالحال فله الخيار فى فسخ البيع ، فان فسخ فذاك ، وإن أجاز فكم يلزمه من الثمن ؟ فيه قولان مشهوران (أصحهما) صحة حصة المملوك فقط إذا وزع على القيمتين ، لأنه لم يبذل جميع العوض إلا فى مقابلتهما فلا يؤخذ منه جميعه فى مقابلة أحدهما (والثانى) يلزمه جميع الثمن ، لأن ما لا يقبل العقـد لا ثمن له ، فيصير العوض فى مقـابلة الآخر .

ثم فى موضع القولين طريقان مشهوران ذكرهما المصنف والأصحاب (أصحهما) أنهما مخصوصان بما إذا كان المبيع مما يتقسط الثمن عليه بالقيمة فان كان مما يتقسط على أجزائه فالواجب القسط قطعا ، لأن حصته معلومة من غير تقويم (وأصحهما) طرد القولين فى الحال ، ورجح المصنف

والأصحاب هذا الطريق ، لأن الشافعى نص فى كتاب الأم وغيره على القولين فى بيع الثمرة قبل إخراج الزكاة ، والثمرة يتقسط الثمن عليها بالأجزاء ، فان المصنف والأصحاب : (فان قلنا :) الواجب جميع الثمن فلا خيار للبائع ، لأنه لا ضرر عليه (فان قلنا) بالقسط فوجهان ، قال الشيخ أبو حامد فى تعليقه : وقيل : هما قولان (أحدهما) له الخيار لتبعيض الثمن (وأصحهما) لا خيار له ، لأنه لم يلحقه نقص فيما يخص ملكه •

هذا كله إذا كان المشترى جاهلا ، فان كان عالما بالحال فلا خيار له قطعا كما لو اشترى معيبا عالما بعيبه ، وفيما يلزمه من الثمن طريقان (المذهب) أنه على القولين (أصحهما) القسط (والثانى) جميعه (والطريق الثانى) القطع بجميع الثمن ، لأنه التزمه عالما ، وهذا فاسد ، فانه إنما التزمه فى مقابلة العبدين فلم يلزمه فى مقابلة الحلال إلا حصته •

ولو اشترى عبدا وحرا ، أو خلا وخمرا ، أو مذكاة وميتة ، أو شاة وخنزيرا ، وصححنا العقد فيما يقبله ، وكان المشترى جاهلا بالحال فأجاز ، أو عالما ، ففيما يلزمه الطريقان (المذهب) طرد القولين (أصحهما) القسط (والثانى) الجميع (والطريق الثانى) الجميع ، وهذا الطريق ــ وإن كان فيه احتمال فى صورة العلم ــ فهو غلط فى صورة الجهل ، وهذا الطريق قول صاحب التلخيص وابن أبى هريرة والماوردى ، وممن حكاه الدارمى وأبو على الطبرى فى الإفصاح والبغوى ، وإن أوجبنا القسط فى هذه الصورة ففى كيفية توزيع الثمن على هذه الأشياء أوجه (أشهرها) وبه قطع الدارمى والبغوى وآخرون ، ونقله إمام الحرمين عن طوائف من أصحاب القفال ، أنه يقدر الحر عبدا والميتة مذكاة والخنزير شاة ، ويوزع الثمن عليهما باعتبار الأجزاء (والثانى) يقدر الخمر خلا والخنزير بقرة (والثالث) ينظر إلى قيمتها عند من يرى لها

قيمة ، وصحح الغزالى هذا الوجه ، وهو احتمال لإمام الحرمين ، وضعفه الإمام فقال : وكل هذا خبط ، والله سبحانه أعلم .

ولو نكح مسلمة ومجوسية ، حرة وأمة فى عقد ، وصححنا نكاح المسلمة الحرة فطريقان ، المذهب وبه قطع الجماهير أنه لا يلزمه جميع المسمى ، وله الخيار فى رد المسمى والرجوع إلى مهر المثل ، حكاه إمام الحرمين عن الشيخ أبى على السنجى ، وضعفه جدا ، وقال : هذا لم أره لغيره وهو ضعيف جدا لأن فيه إجحافا بالزوج ، لأنه لا خيار له فى النكاح .

(وأما) تخييره فى رد المسمى والرجوع إلى مهر المثل فلا يزول به الإجحاف ، لأن مهر المثل قد يكون بقدر المسمى أو أكثر (فاذا قلنا) بالمذهب : إنه لا يلزمه جميع المسمى ، ففيما يلزمه قولان (أصحهما) مهر المثل (والثانى) قسطها من المسمى ، إذا وزع على مهر مثلها ، ومهر مثل المجوسية أو الأمة ، وإذا اختصرت الخلاف جاء ثلاثة أقوال كما حكاه الشيخ أبو على وإمام الحرمين (أصحها) الواجب مهر المثل (والثانى) قسطها من المسمى (والثالث) جميع المسمى ، وهو شاذ ضعيف .

(فرع) لو باع ربويا بجنسه خرج بعض أحد العوضين مستحقا ، وصححنا العقد فى الباقى ، فأجاز المشترى فالواجب قسطه من الثمن بلا خلاف لأن المفاضلة بينهما حرام ، كذا نقله البغوى وغيره .

(فرع) لو باع معلوما ومجهولا بثمن واحد ، كقوله : بعتك هذا العبد وعبدا آخر ، والجميع له ، لم يصح فى المجهول قطعا (وأما) المعلوم فقال المصنف والأصحاب يبنى على ما لو كانا معلومين ، وأحدهما ليس له (فان قلنا :) هناك لا يصح فيما هو له لم يصح هنا فى المعلوم (وإن قلنا :) هناك يصح ، فهنا قولان بناء على أنه كم يلزمه من الثمن ؟ (إن

قلنا :) جميعه ، صح ولزمه هنا أيضا جميع الثمن (وإن قلنا :) القسط وهو الأصح لم يصح هنا فى المعلوم ، لتعذر التقسيط ، وحكى البغوى والرافعى وغيرهما هذا قولا شاذا أنه يصح فى المعلوم ، ويثبت للمشترى الخيار ، فان أجاز لزمه جميع الثمن قطعا ، والمذهب فساد البيع فى المعلوم .

(فرع)[1] محل الفرعين فى مسائل الكتاب إذا اتحدت الصفقة دون ما إذا تعددت ، حتى لو باع ماله فى صفقة ، ومال غيره فى صفقة أخرى ، فيصح فى ماله بلا خلاف ، وطريق بيان تعددها واتحادها أن يقول إذا سمى لكل واحد من الشيئين ثمنا مفصلا فقال : بعتك هذا بألف ، وهذا بمائة ، فهما عقدان متعددان ، فيصح فى ماله بلا خلاف ، ويجب ما سمى له بلا خلاف ، فلو جمع المشترى فى القبول فقال : قبلتهما أو قبلت ، فطريقان حكاهما البغوى وغيره (أحدهما) الصفقة متحدة فيكون فيه القولان (وأصحهما) وبه قطع الأكثرون أنها متعددة ، فيصح فى ماله بما سمى له ، لأن القبول يترتب على الإيجاب ، إذا وقع مفرقا وكذلك القبول .

وتتعدد الصفقة أيضا بتعدد البائع ، فان اتحد المشترى والمعقود عليه ، كما إذا باع رجلان عبدا لرجل صفقة واحدة ، وهل تتعدد بتعدد المشترى مثل أن يشترى رجلان من رجل عبدا ؟ فيه قولان (أصحهما) تتعدد كالبائع (والثانى) لا ، لأن المشترى يبنى على الإيجاب السابق بالنظر إلى ما وجب وهو واحد . وللتعدد والاتحاد فوائد غير ما ذكرنا .

(منها) إذا حكمنا بالتعدد فوزن أحد المشترين نصيبه من الثمن ،

---

(1) « تنبيه » هذا الفرع عبارته هكذا فى الاصل فانظر وحرر قلت : ولعله يقصد بالفرعين هنا فرعى الصفقة اى صفقة لها : وجها صحة وبطلان او جائز وغيره والله اعلم . المطيعى

لزم البائع تسليم نصيبه إليه من المبيع تسليم المشاع (وإن قلنا :) بالاتحاد لم يجب تسليم شيء إلى أحدهما ، وإن وزن جميع ما عليه حتى يزن الآخر لثبوت حق الحبس كما لو اتحد المشترى وسلم بعض الثمن لا يجب تسليم قسطه من المبيع ، وفيه وجه ضعيف حكاه إمام الحرمين والغزالى أنه يجب أن يسلم إليه القسط فى المقيس والمقيس عليه ، إذا كان قابلا للقسمة ، وهذا شاذ .

(ومنها) إذا قلنا بالتعدد ، فخاطب رجل رجلين فقال : بعتكما هذا العبد بألف ، فقبل أحدهما نصفه بخمسمائة ، أو قال مالكا عبد لرجل : بعناك هذا العبد بألف ، فقبل نصيب أحدهما بعينه بخمسمائة (فوجهان حكاهما) البغوى وغيره (أصحهما) بطلان العقد لعدم مطابقة القبول للإيجاب (والثانى) صحته ، كما يجوز لأحد المشترين رد نصيبه من المعيب .

ولو قال لرجلين : بعتكما هذين العبدين بألف ، فقال أحدهما : قبلت هذا بخمسمائة ، لم يصح قطعا ، كما لو قال : بعتك هذا بألف ، فقبل نصفه بخمسمائة ، أو بعتك هذين العبدين ، فقبل أحدهما بخمسمائة أو بما يخصه من الألف ، لم يصح ، قال الشيخ أبو على وإمام الحرمين والغزالى والبغوى : وهذا بخلاف ما لو قال ولى المرأتين : زوجتكما بألف ، فقبل إحداهما بعينها فانه يصح النكاح فيهما .

ولو وكل رجلان رجلا فى البيع أو الشراء ، وقلنا : الصفقة تتعدد بتعدد المشترى ، أو وكل الرجل رجلين فى البيع أو الشراء ، فهل الاعتبار فى تعدد العقد واتحاده بالعاقد ؟ أم المعقود له ؟ فيه أربعة أوجه (أصحها) وبه قال ابن الحداد ، ونقل الرافعى تصحيحه عن الأكثرين أن الاعتبار بالعاقد لأن أحكام العقد تتعلق به ألا ترى أن المعتبر رؤيته دون رؤية الموكل ؟ وكذا خيار المجلس يتعلق به دون الموكل ؟

(والثانى) الاعتبار بالمعقود له قاله الشيخ أبو زيد وأبو عبد الله الخضرى وصححه الغزالى فى الوجيز لأن الملك له •

(والثالث) الاعتبار فى طرف البيع بالمعقود له وفى الشراء بالعاقد وهو قول أبى إسحق المروزى والفرق أن العقد يتم فى الشراء بالمباشر دون المعقود له ، ولهذا لو أنكر المعقود له الإذن فى المباشرة وقع العقد للمباشر بخلاف طرف البيع • قال إمام الحرمين رحمه الله : وهذا الفرق هو فيما إذا كان التوكيل بالشراء فى الذمة فان وكله فى شراء عبد بثوب معين فهو كالتوكيل بالبيع •

(والرابع) الاعتبار فى جانب الشراء بالموكل وفى البيع بهما جميعا فانهما إن تعددا تعدد العقد اعتبارا بالشقص المشفوع فان العقد يتعدد بتعدد الموكل فى حق الشفيع لا بتعدد الوكيل ويتفرع على هذه الأوجه مسائل :

(منها) لو اشترى شيئا بوكالة رجلين فخرج معيبا ، فان اعتبرنا العاقد فليس لأحد الموكلين إفراد نصيبه بالرد وهل لأحد الموكلين وأحد الابنين طلب الأرش ؟ ينظر « إن وقع الناس بمن رد الآخر بأن رضى به أو تلف »[1] فله وإلا فوجهان (أصحهما) له أيضا •

(ومنها) لو وكل رجلان رجلا ليبيع عبدا لهما أو وكل أحد الشريكين صاحبه فباع الجميع ، فخرج معيبا فعلى الوجه الأول لا يجوز للمشترى رد نصيب أحدهما فقط وعلى الأوجه الأخرى يجوز • ولو وكل رجل رجلين فى بيع عبده فباعاه لرجل فعلى الوجه الأول يجوز للمشترى

---

(١) هذه العبارة هكذا بالأصل فحرر قلت : ما يفهم من هذه العبارة الغامضة بعد النظر فى الجملة كلها هو : ينظر ان وقع التفريق بين الموكلين بأن رد احدهما دون الآخر لرضاه به أو لتلفه فى يده فله والا فوجهان •
المطيعى

رد نصيب أحدهما وعلى الأوجه الأخرى لا يجوز ، ولو وكل رجلان رجلا فى شراء عبد له ولنفسه ففعل وخرج العبد معيبا فعلى الوجه الأول والثالث ليس لأحد الموكلين إفراد نصيبه بالرد ، وعلى الثانى والرابع يجوز ، وقال القفال : إن علم البائع أنه يشترى لهما فلأحدهما رد نصيبه لرضا البائع بالتشقيص ، وإن جهله فلا .

(ومنها) لو وكل رجلان رجلا فى بيع عبد ، ورجلان رجلا فى شرائه فتبايعه الوكيلان فخرج معيبا ، فعلى الوجه الأول لا يجوز التفريق ، وعلى الوجه الآخر يجوز ، ولو وكل رجل رجلين فى بيع عبد ، ووكل آخر آخرين فى شرائه فتبايعه الوكلاء ، فعلى الوجه الأول يجوز التفريق وعلى الوجه الآخر لا يجوز ، والله تعالى أعلم .

(الحال الثانى) أن يقع التفريق فى الانتهاء وهو صنفان اختيارى وغيره فالاختيارى هو فيما إذا اشترى شيئين صفقة فوجد بأحدهما عيبا ، وقد ذكره المصنف فى باب المصراة والرد بالعيب ، وسنشرحه بفروعه هناك إن شاء الله تعالى[1] . (وأما) غير الاختيارى فمن صوره إذا اشترى عبدين أو ثوبين ونحوهما ، أو ثوبا وعبدا ، فتلف أحدهما قبل القبض دون الآخر فيفسخ العقد فى التالف بلا خلاف ، وفى الباقى طريقان مشهوران ذكرهما المصنف والأصحاب (أحدهما) أنه على القولين فيمن باع عبده وعبد غيره ، لأن ما يحدث قبل القبض كالموجود فى حال العقد فى إبطال العقد (وأصحهما) القطع بأنه لا ينفسخ لعدم علتى الفساد المذكورتين هناك .

(فاذا قلنا :) لا ينفسخ فللمشترى الخيار فى الفسخ فيه لتبعض الصفقة عليه ، فان أجاز فبكم يجيز ؟ فيه طريقان (أصحهما) وبه قطع

---

(١) شاء الله أن يكون هذا من نصيب الامام تقى الدين السبكى مرحم الله الشيخين واجزل مثوبتهما . (ط)

المصنف والجمهور : لا يلزمه إلا قسط الباقى قولا واحدا ، لأن العوض هنا قابل المبيعين مقابلة صحيحة حال العقد ، وانقسم العوض عليهما ، فلا يتغير بهلاك بعضه (والثانى) فيه القولان فيمن جمع بين عبده وعبد غيره (أصحهما) التقسيط (والثانى) يلزمه جميع الثمن ، وهذا الطريق مشهور فى كتب الخراسانيين ، وذكره جماعات من العراقيين ، منهم القاضى أبو حامد والقاضى أبو الطيب والدارمى والماوردى وابن الصباغ وآخرون منهم ، وهو قول أبى إسحق المروزى إلحاقا للطارىء بالمقارن •

قال القاضى أبو الطيب وصاحب البيان وآخرون : (فان قلنا :) يلزمه جميع الثمن فلا خيار للبائع (وإن قلنا :) بالقسط ففى ثبوت الخيار له الوجهان السابقان (أصحهما) لا خيار له ولو اشترى عصيرا فصار بعضه خمرا قبل القبض ، فهو كتلف أحد العبدين والحكم ما سبق • ولو تفرقا فى السلم وقد قبض بعض رأس المال دون بعض ، أو فى الصرف وقد قبض البعض فهل ينفسخ فى الباقى ؟ فيه الطريقان (المذهب) لا ينفسخ• ولو قبض أحد العبدين ثم تلف الآخر فى يد البائع ففى الانفساخ فى المقبوض خلاف مرتب على الصور السابقة ، وهى إذا تلف أحدهما قبل قبض الآخر ، وهذا أولى بعدم الانفساخ لتأكد العقد فيه بانتقال ضمانه إلى المشترى • هذا إذا كان المقبوض باقيا فى يد المشترى ، فان تلف فى يده ثم تلف الآخر فى يد البائع ففى الانفساخ فى المقبوض خلاف مرتب على الصورة التى قبلها ، وأولى بعدم الانفساخ لتلفه من ضمان المشترى •

(وإذا قلنا) فى هذه الصورة بعدم الانفساخ ، فهل له الفسخ ؟ فيه وجهان (أحدهما) نعم ، ويرد قيمته ويسترد الثمن إن كان سلمه (وأصحهما) لا ، بل عليه حصته من الثمن •

ولو اكترى دارا وسكنها بعض المدة ثم انهدمت ، انفسخ العقد فى المستقبل ، وفى الماضى الخلاف الذى ذكرناه فى المقبوض التالف (المذهب) انه لا ينفسخ ، فعلى هذا هل له الفسخ ؟ فيه الوجهان (فان قلنا) لا فسخ ، وهو الأصح فعليه من المسمى حصة الماضى من المدة (وإن قلنا) بالانفساخ أو قلنا له الفسخ ففسخ ، فعليه أجرة المثل للماضى ، ويسترد المسمى إن كان دفعه . ولو انقطع بعض المسلم فيه عند المحل ، وكان الباقى مقبوضا أو غير مقبوض ، وقلنا لو انقطع الجميع انفسخ العقد فيفسخ هنا فى المنقطع وفى الباقى الخلاف فيما إذا تلف أحد الشيئين قبل قبضهما .

(فاذا قلنا) لا ينفسخ فله الفسخ ، فان أجاز فيلزمه حصته من رأس المال فقط (وإن قلنا :) لو انقطع الجميع لم ينفسخ العقد كان المسلم بالخيار إن شاء فسخ العقد فى الجميع ، وإن شاء أجازه فى الجميع ، وهل له الفسخ فى القدر المنقطع والإجازة فى الباقى ؟ فيه قولان (أصحهما) ليس له ، بناء على القولين فيمن اشترى عبدين فوجد بأحدهما عيبا هل له إفراده بالرد ؟ (الأصح) ليس له .

(فرع) لو اشترى عبدين فأبق أحدهما قبل القبض لم يبطل البيع فى الثانى ، لأن البيع فى الآبق [1] .

(فرع) فى مذاهب العلماء فيمن باع ما يملكه وغيره صفقة واحدة. ذكرنا مذهبنا وممن قال ببطلان العقد فيهما مالك وأبو ثور وداود وابن المنذر وقال أبو حنيفة : إنجمعت الصفقة مالا وغيره كخل وخمر ، وعبد ، وحر ، وشاة وخنزير ، ومذكاة وميتة ، بطل العقد فى الجميع ، وإن جمعت مالا وماله حكم المال كعبده وأم ولده بطل فى أم الولد

---

(١) كذا بالاصل فحرر (ش) قلت : ولعل السقط : لا يؤثر فى صحة البيع الثانى . المطيعى

وصح فى عبده لأن أم الولد فى حكم المـــال ، فإنها لو تلفت وجبت قيمتها لسيدها ، وقد يحكم حاكم بصحة بيعها ، قال : وإن جمعت ماله ومال غيره صح البيع فى ماله ، ووقف فى مال غيره على إجازته إن أجاز نفذ ، وإن رد بطل العقد فيه ، بناء على قاعدته ، وفى مذهب أحمد ثلاث روايات ، البطلان مطلقا ، والصحة مطلقا ، والأصح عندهم صحته فيما ينقسم الثمن على أجزائه وبطلانه فى غيره •

قال المصنف رحمـه الله تعـالى

(وإن جمع بين بيع وإجارة أو بين بيع وصرف ، أو بين عبدين بشرط الخيار فى أحدهما دون الآخر بعوض واحد ، ففيه قولان (أحدهما) أنه يبطل العقدان ، لأن أحكام العقدين متضادة ، وليس أحدهما بأولى من الآخر فبطل الجميع (والثانى) أنه يصح العقدان وينقسم العوض عليهما ، على قـدر قيمتها ، لأنه ليس فيه أكثر من اختلاف حكم العقدين ، وهذا لا يمنع صـحة العقد ، كما لو جمع فى البيع بين ما فيه شفعة وبين ما لا شفعة فيه ، وإن جمع بين البيع والنكاح بعوض واحد فالنكاح لا يبطل ، لأنه لا يبطل بفساد العـوض ، وفى البيع قـولان ، ووجههما ما ذكـرناه • وإن جمع بين البيع والكتابة (فإن قلنا) فى البيع والإجارة : إنهما يبطلان بطل البيع والـكتابة (وإن قلنا) : إن البيع والإجارة يصحان بطـل البيع ههنا ، لأنه لا يجـوز ان يبيع السيد من عبده ، وهل تبطل الكتابة ؟ يبنى على تفريق الصفقة (فإن قلنا) : لا تفرق بطل (وإن قلنا) : تفرق ، بطل البيع وصحت الكتابة) •

(الشرح) فيه ثلاث مسائل :

(إحداها) إذا جمع فى العقد مبيعين مختلفى الحكم كثوبين شرط الخيار فى أحدهما دون الآخر ، أو بين بيع وإجارة ، أو بيع وسلم ، أو إجارة وسلم ، أو صرف وغيره فقولان مشهوران (أصحهما) صحة العقد فيهما ، ويقسط العوض عليهما بالقيمة (والثانى) يبطل فيهما ، وصورة البيع والإجارة : بعتك عبدى وأجرتك دارى سنه بألف • وصـورة البيع والسلم بعتك ثوبى ومائة صاع حنطة سلما بدينار ، وصورة الإجارة

والسلم : أجرتك دارى سنة وبعتك مائة صاع سلما بمائة درهم . ولو باع حنطة وثوبا بشعير ففى صحة البيع القولان لأن التقابض فى الحنطة وما يقابلها من الشعير واجب ، ولا يجب فى الباقى ، فهو كبيع وصرف .

(والثانية) إذا جمع بيعا ونكاحا وقال : زوجتك جاريتى هذه وبعتك عبدى هذا بمائة ، وهو ممن تحل له الأمة ، أو قال : زوجتك بنتى وبعتك عبدها ، وهى فى حجره ، أو رشيدة وكلته فى بيعه ، صح النكاح بلا خلاف ، وفى البيع والصداق القولان السابقان فى البيع والإجارة (أصحهما) الصحة فان صححناهما وزع المسمى على قيمة المبيع ومهر المثل وإلا وجب فى النكاح مهر المثل (وإذا قلنا) بالتوزيع فهو إذا كانت حصة النكاح فى صورة تزويج ابنته مهر المثل فأكثر فان كانت أقل وجب مهر المثل بلا خلاف ، فهذه صورة الجمع بين البيع والنكاح وهى أن يكون العوضان لشخص كما ذكرنا ، فلو كانا لاثنين بأن قال : بعتك عبدى وزوجتك بنتى بألف فقد قطع الشيخ أبو حامد ببطلان البيع ، ولعله فرعه على الصحيح وإلا فتحقيقه أن يبنى على أنهما لو كانا لشخص (فان قلنا :) لا يصح البيع فهنا أولى وإلا ففيه القولان فيما لو كان لرجلين عبدان لكل واحد عبد ، فباعهما بثمن واحد ، والأصح البطلان .

(الثالثة) لو جمع بيعا وكتابة فقال لعبده : كاتبتك على نجمين إلى كذا وكذا ، وبعتك ثوبى هذا جميعا بألف (فان قلنا) فى المسألتين السابقتين بالبطلان فيهما ، فهنا أولى ، وإلا فالبيع باطل ، وفى الكتابة القولان (أصحهما) الصحة وهذا الذى ذكروه من القطع ببطلان البيع تفريع على المذهب المشهور أن البيع يفسد بالشرط الفاسد ، وفيه القول الشاذ السابق .

(فرع) فى شىء من مسائل الدور يتعلق بتفريق الصفقة .

فاذا باع مريض عبدا لا مال له غيره بعشرة ، وهو يساوى ثلاثين ، بطل البيع ، فى بعض المبيع ، وفى الباقى طريقان (أصحها) عند الجمهور أنه على قولى تفريق الصفقة (والثانى) القطع بالصحة ، وصححه البغوى لأن المحاباة هنا وصية ، وهى تقبل من الغرر مالا يقبل غيرها ، فان صححنا بيع الباقى ففى كيفيته قولان ، وقيل وجهان (أحدهما) يصح البيع فى القدر الذى يحتمله الثلث ، والقدر الذى يوازى الثمن بجميع الثمن ، ويبطل فى الباقى فيصح فى ثلثى العبد بالعشرة ، ويبقى مع الورثة ثلث العبد ، وقيمته عشرة ، والثمن وهو عشرة ، وذلك مثلا المحاباة وهى عشرة ، ولا تدور المسألة على هذا القول .

(والثانى) أنه إذا أزيد البيع فى بعض المبيع وجب أن يزيد إلى الشراء ما يقابله من الثمن ، فتدور المسألة لأن ما ينفذ فيه البيع يخرج وما يقابله من الثمن يدخل فيها ، ومعلوم أن ما ينفذ فيه البيع يزيد بزيادة التركة ، وينقص بنقصها ، ويتوصل إلى معرفة المقصود بطرق (منها) أن ينسب ثلث المال إلى قدر المحاباة ، ويصح البيع فى المبيع بمثل نسبة الثلث من المحاباة ، فنقول فى هذه الصورة ثلث المال عشرة ، والمحاباة عشرون ، والعشرة نصف العشرين ، فيصح البيع فى نصف العبد وقيمته خمسة عشر بنصف الثمن ، وهو خمسة ، كأنه اشترى سدسه بخمسة ، ووصى له بثلثه ، ويبقى مع الورثة نصف العبد ، وهو خمسة عشر ، والثمن وهو خمسة فالمبلغ عشرون وذلك مثل المحاباة .

واختلفوا فى الأصح من هذين القولين أو الوجهين فى الكيفية ، فرجح كثيرون الأول وبه قال ابن الحداد قال القفال والأستاذ أبو منصور وغيرهما : هو المنصوص للشافعى رحمه الله قالوا : والثانى خرجه ابن سريج ورجح آخرون الثانى واختاره أكثر الحساب وبه قال ابن القاص وابن اللبان وإمام الحرمين قال الرافعى : وهو فى المعنى والله سبحانه أعلم .

بـاب الربـــــا

الربا مقصور وهو من ربا يربو فيكتب بالألف ، وتثنيته ربوان ، واختار الكوفيون كتبه وتثنيته بالياء بسبب الكسرة فى أوله ، وغلطهم البصريون ، قال الثعلبى : كتبوه فى المصحف بالواو ، وقال الفراء : إنما كتبوه بالواو لأن أهل الحجاز تعلموا الخط من أهل الحيرة ، ولغتهم الربوا ، فعلموهم صورة الخط على لغتهم ، قال : وكذلك قرأها أبو سماك العدوى بالواو ، وقرأ حمزة والكسائى بالإمالة بسبب كسرة الراء ، وأقر الباقون بالتفخيم لفتحة الباء قال :وأنت بالخيار فى كتبه ــ بالألف والواو والياء والرماء ــ بالميم والمد ــ والربية بالضم والتخفيف لغة فى الربا ، وأصله الزيادة ،وأربى الرجل وأرمى عامل بالربا .

قال المصنف رحمـه الله تعـالى

(الربا محرم ، والأصل فيه قوله تعالى : (وأحل الله البيع وحرم الربا)[1] وقوله تعالى (الذين[2] يأكلون الربا لا يقومون إلا كمـا يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس) روى فى التفسير حين يقوم من قبره ، وروى ابن مسعود رضى الله عنه قال : ((لعن رسول الله ﷺ آكل الربا وموكله وشاهده وكاتبه)) .

(الشرح) المس الجنون قال العلماء من المفسرين وغيرهم : قوله تعالى : (الذين يأكلون الربا) معناه يتعاملون به بيعا أو شراء ، وإنمـا خص الأكل بالذكر لأنه معظم المقصود ، كما قال تعالى : (إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما)[3] وقوله تعالى : (لا يقومون) أى يوم القيامة من قبورهم (إلا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان) قال أهل التفسير واللغة :

(١ ، ٢) الآية ٢٧٥ من سورة البقرة .

(٣) من الآية ١٠ من سورة النساء .

التخبط هو الضرب على غير الاستواء ، ويقال : خبط البعير إذا ضرب بأخفافه ، ويقال للرجل الذى يتصرف تصرفا رديئا ولا يهتدى فيه : هو يخبط خبط عشواء ، وهى الناقة الضعيفة البصر ، قالوا : فمعنى الآية أن الشيطان يصيبه بالجنون حين يقوم من قبره فيبعث مجنونا ، فيعرف أهل الموقف أنه من أكلة الربا •

(وأما) حديث ابن مسعود المذكور فى الكتاب فصحيح رواه أبوداود والترمذى وابن ماجه وآخرون بأسانيد صحيحة ، قال الترمذى : هو حديث حسن صحيح ، وهو من رواية عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه ، وقد قال يحيى بن معين : إنه لم يسمع أباه ، ولكن قال على بن المدينى والأكثرون المحققون : سمعه ، وهى زيادة علم ورواه مسلم فى صحيحه من رواية جابر بن عبد الله رضى الله عنهما ؛ ووقع فى المهذب وسنن أبى داود : (وشاهده) بالإفراد وفى الترمذى (وشاهديه) بالتثنية •

اما الاحكام فقد أجمع المسلمون على تحريم الربا ، وعلى أنه من الكبائر ، وقيل : إنه كان محرما فى جميع الشرائع ، وممن حكاه الماوردى والله سبحانه وتعالى أعلم •

(فرع) قال الماوردى : اختلف أصحابنا فيما جاء به القرآن من تحريم الربا على وجهين (أحدهما) أنه مجمل فسرته السنة ، وكل ما جاءت به السنة من أحكام الربا فهو بيان لمجمل القرآن . نقدا كان أو نسيئة (والثانى) أن التحريم الذى فى القرآن إنما تناول ما كان معهودا للجاهلية من ربا النساء ، وطلب الزيادة فى المال بزيادة الأجل ، وكان أحدهم إذا حل أجل دينه ولم يوفه الغريم أضعف له المال وأضعف الأجل ، ثم يفعل كذلك عند الأجل الآخر ، وهو معنى قوله تعالى :

(لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة)[1] قال : ثم وردت السنة بزيادة الربا فى النقد مضافا إلى ما جاء به القرآن ، قال : وهذا قول أبى حامد المروذى .

(فرع) يستوى فى تحريم الربا الرجل والمرأة ، والعبد والمكاتب بالإجماع ، ولا فرق فى تحريمه بين دار الإسلام ودار الحرب ، فما كان حراما فى دار الاسلام كان حراما فى دار الحرب ، سواء جرى بين مسلمين أو مسلم وحربى ، سواء دخلها المسلم بأمان أم بغيره هذا مذهبنا ، وبه قال مالك وأحمد وأبو يوسف والجمهور .

وقال أبو حنيفة : لا يحرم الربا فى دار الحرب بين المسلم وأهل الحرب ، ولا بين مسلمين لم يهاجرا منها ، وإذا باع مسلم لحربى فى دار الحرب درهما بدرهمين أو أسلم رجلان فيها ولم يهاجرا فتبايعا درهما بدرهمين جاز ، واحتج له بما روى عن مكحول عن النبى ﷺ قال : « لا ربا بين مسلم وحربى فى دار الحرب » ولأن أموال أهل الحرب مباحة بغير عقد ، فالعقد الفاسد أولى .

واحتج أصحابنا بعموم القرآن والسنة فى تحريم الربا من غير فرق ، ولأن ما كان ربا فى دار الإسلام كان ربا محرما فى دار الحرب ، كما لو تبايعه مسلمان مهاجران ، وكما لو تبايعه مسلم وحربى فى دار الإسلام ، ولأن ما حرم فى دار الاسلام حرم هناك ، كالخمر وسائر المعاصى ، ولأنه عقد على ما لا يجوز فى دار الإسلام ، فلم يصح كالنكاح الفاسد هناك (والجواب) عن حديث مكحول أنه مرسل[2] ضعيف فلا حجة فيه ، ولو صح لتأولنا على أن معناه لا يباح الربا فى دار الحرب جمعا بين الأدلة .

---

(١) من الآية ١٣٠ من سورة النساء .

(٢) مكحول الهذلى تابعى روى عن أنس وكان مولى لسعيد بن العاص .

(وأما) قولهم : إن أموال الحربى مباحة بلا عقد ، فلا نسلم هذه الدعوى إن دخلها المسلم بأمان ، فان دخلها بغير أمان فالعلة منتقضة كما إذا دخل الحربى دار الإسلام فبايعه المسلم فيها درهما بدرهمين ، وأنه لا يلزم من كون أموالهم تباح بالاغتنام استباحتها بالعقد الفاسد ولهذا تباح أيضا على نسائهم بالسبى دون العقد الفاسد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والأعيان التى نص على تحريم الربا فيها الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح ، والدليل عليه ما روى عبادة بن الصامت رضى الله عنه قال : « سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والتمر بالتمر والبر بالبر والشعير بالشعير والملح بالملح إلا سواء بسواء عينا بعين ، فمن زاد أو استزاد فقد اربى » (فاما) الذهب والفضة فإنه يحرم فيهما الربا لعلة واحدة ، وهو انهما من جنس الأثمان ، فيحرم الربا فيهما ، ولا يحرم فيما سواهما من الموزونات ، والدليل عليه انه لا يجوز ان يكون تحريم الربا لمعنى يتعداهما إلى غيرهما من الأموال ، لأنه لو كان لمعنى يتعداهما إلى غيرهما لم يجز إسلامهما فيما سواهما من الأموال ، لأن كل شيئين جمعتهما علة واحدة فى الربا لا يجوز إسلام احدهما فى الآخر ، كالذهب والفضة والحنطة والشعير فلما جاز إسلام الذهب والفضة فى الموزونات والمكيلات وغيرهما من الأموال ، دل على أن العلة فيهما لمعنى لا يتعداهما ، وهو انه من جنس الأثمان) .

(الشرح) حديث عبادة رضى الله عنه رواه مسلم ، وأجمع المسلمون على تحريم الربا فى هذه الأعيان الستة المنصوص عليها ، واختلفوا فيما سواها فقال داود الظاهرى وسائر أهل الظاهر والشيعة والكاسانى وسائر ثقاة الناس لا تحريم فى الربا فى غيرها ، وحكاه صاحب الحاوى عن طاوس ومسروق والشعبى ، وقتادة وعثمان البتى ، وقال سائر العلماء : لا يتوقف تحريم الربا عليها بل يتعدى إلى ما فى معناها ، وهو ما وجدت فيه العلة التى هى سبب تحريم الربا فى السنة واختلفوا فيها .

(فأما) الذهب والفضة فالعلة عند الشافعى فيهما كونهما جنس الأثمان غالبا ، وهذه عنده علة قاصرة عليهما لا تتعداهما ، إذ لا توجد فى غيرهما ، وقال أبو حنيفة : العلة فيهما الوزن فى جنس واحد ، فألحق بهما كل موزون كالحديد والنحاس والرصاص والقطن والكتان والصوف ، وكل ما يوزن فى العادة ، ووافق أنه لا يحرم الربا فى معمول الحديد والنحاس ونحوهما ، وإنما يحرم فى التبر ، وممن قال بمعنى قول أبى حنيفة الزهرى والحكم وحماد والثورى والأوزاعى •

واحتج لهم بحديث سعيد بن المسيب عن أبى هريرة وأبى سعيد الخدرى رضى الله عنهم أنهما حدثاه « أن رسول الله ﷺ بعث أخا بنى عدى الأنصارى فاستعمله على خيبر فقدم بتمر جنيب فقال له رسول الله ﷺ أكل تمر خيبر هكذا ؟ قال : لا والله يا رسول الله • إنا لنشترى الصاع بالصاعين من الجمع فقال رسول الله ﷺ : لا تفعلوا ، ولكن مثلا بمثل ، أو بيعوا هذا واشتروا قيمته من هذا ، وكذلك الميزان » رواه البخارى ومسلم قالوا : يعنى وكذلك الموزون ، فيدل على أن كل موزون لا يجوز التفاضل فيه قالوا : ولأن علتكم قاصرة فانها لا تتعدى الذهب والفضة وهما الأصل الذى استنبطتم منه العلة ، وعندكم فى العلة القاصرة وجهان لأصحاب الشافعى :

(أحدهما) أنها فاسدة لا يجوز التعليل بها لعدم الفائدة فيها ، فان حكم الأصل قد عرفناه وإنما مقصود العلة أن يلحق بالأصل غيره •

(والوجه الثانى) أن القاصرة صحيحة ، ولكن المتعدية أولى ، قالوا : فعلتكم مردودة على الوجهين ، لأن حكم الذهب والفضة عرفناه بالنص • قالوا : ولأن علتكم قد توجد ولا حكم ، وقد يوجد الحكم ولا علة

كالفلوس بخراسان وغيرها فانها أثمان ولا ربا فيها عندكم (والثانى) كأوانى الذهب والفضة يحرم الربا فيها مع أنها ليست أثمانا .

واحتج أصحابنا بما ذكره المصنف ، وهو أنه يجوز إسلام الذهب والفضة فى غيرهما من الموزونات بالإجماع ، كالحديد وغيره فلو كان الوزن علة لم يجز كما لا يجوز إسلام الحنطة فى الشعير ، والدراهم فى الدنانير ، ولأن أبا حنيفة يجوز بيع المضروب من النحاس والحديد والرصاص ، بعضه ببعض متفاضلا ولو كانت العلة الوزن لم يجز (فان قالوا :) خرجت بالضرب عن كونها موزونة (قلنا :) لا نسلم .

وأجاب أصحابنا عن حديثهم بثلاثة أجوبة (أحدها) جواب البيهقى قال : قد قيل إن قوله : وكذلك الميزان من كلام أبى سعيد الخدرى موقوف عليه (الثانى) جواب القاضى أبى الطيب وآخرين أن ظاهر الحديث غير مراد ، فان الميزان نفسه لا ربا فيه وأضمرتم فيه الموزون ودعوى العموم فى المضمرات لا يصح (الثالث) أنه يحمل الموزون على الذهب والفضة جمعا بين الأدلة .

وأجابوا عن قولهم : لا فائدة فى العلة القاصرة بأن مذهبنا جواز التعليل بها ، فان العلل أعلام نصبها الله تعالى للأحكام ، منها متعدية ، ومنها غير متعدية ، إنما يراد منها بيان حكمة النص لا الاستنباط ، وإلحاق فرع بالأصل كما أن المتعدية عامة التعدى وخاصته . ثم لغير المتعدية فائدتان (إحداهما) أن تعرف أن الحكم مقصور عليها ، فلا تطمع فى القياس (والثانية) أنه ربما حدث ما يشارك الأصل فى العلة فيلحق به ، وأجابوا عن الفلوس بأن العلة عندنا كون الذهب والفضة جنس الأثمان غالبا ، وإن لم تكن أثمانا ، والله سبحانه أعلم .

(فرع) (وأما) داود وموافقوه فاحتجوا بعموم قوله تعالى :

(وأحل الله البيع)[1] وبقوله تعالى : (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)[2] وبأن أصل الاستثناء الإباحة • واحتج أصحابنا بحديث معمر ابن عبد الله رضى الله عنه قال « كنت أسمع رسول الله ﷺ يقول : الطعام بالطعام مثلا بمثل » رواه مسلم ، وعن ابن عمر رضى الله عنهما قال : « نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة أن يبيع الرجل تمر حائطه إن كان نخلا بتمر كيلا ، وإن كان كرما أن يبيعه بزبيب كيلا ، وإن كان زرعا أن يبيعه بكيل طعام ، نهى عن ذلك كله » رواه البخارى ومسلم •

قال أصحابنا : الطعام المذكور فى الحديث الأول عام يتناول جميع ما يسمى طعاما (فان قيل :) فقد خصه بالأشياء الستة (قلنا :) ذكر بعض ما يتناوله العموم ليس تخصيصا على الصحيح (فان قيل :) الطعام مخصوص بالحنطة (قلنا :) هذا غلط ، بل هو عام لكل ما يؤكل ، قال الله تعالى : (كل الطعام كان حلا لبنى إسرائيل إلا ما حرم إسرائيل على نفسه)[3] وقال تعالى : (فلينظر الإنسان إلى طعامه)[4] إلى قوله تعالى : (فأنبتنا فيها حبا وعنبا)[5] الآية • وقال تعالى : (فمن شرب منه فليس منى ومن لم يطعمه فانه منى)[6] وعن أبى ذر رضى الله عنه فى حديثه الطويل فى قصة إسلامه قال : قال رسول الله ﷺ : « فمن كان يطعمك ؟ قلت : ما كان لى طعام إلا ماء زمزم ، فسمنت حتى تكسرت عكن بطنى قال : إنها مباركة إنها طعام طعم » رواه البخارى ومسلم •

---

(١) من الآية ٢٧٥ من سورة البقرة •

(٢) من الآية ٢٩ من سورة النساء •

(٣) الآية ٩٣ من سورة آل عمران •

(٤) الآية ٢٤ من سورة عبس •

(٥) من الآيتين ٢٧ ، ٢٨ من سورة عبس •

(٦) من الآية ٢٤٩ من سورة البقرة •

وعن عائشة رضى الله عنهـا قالت : « مكثنا مع رسـول الله ﷺ زمانا مالنا طعام إلا الأسودان المـاء والتمر رواه[1] » والجواب عن الآيتين أنهما عام مخصوص بما ذكرنا (وقولهم :) أصل الأشياء الإباحة ليس كذلك ، بل مذهب داود أنها على الوقف ، والصحيح عندنا أنه لا حكم قبل ورود الشرع ، والله سبحانه أعلم .

(فـرع) ذكرنا أن علة الربا فى الذهب والفضة عندنا كونهما جنس الأثمان غالبا ، قال أصحابنا : وقولنا : غالبا احتراز من الفلوس إذا راجت رواج النقود ، كما قدمناه ، ويدخل فيه الأوانى والتبر ، وغير ذلك فهذه العبارة هى الصحيحة عند الأصحاب ، وهى التى نقلها المـاوردى وغيره عن نص الشافعى ، قال المـاوردى : ومن أصحابنا من يقول : العلة كونهما قيم المتلفات قال : ومن أصحابنا من جمعهما ، قال : وكله قريب ، وجزم المصنف فى التنبيه بأنهما قيم الأشياء ، وأنكره القاضى أبو الطيب وغيره على من قاله من أصحابنا ، قالوا : لأن الأوانى والتبر والحلى يجرى فيها الربا ، وليس مما يقوم بها ولنا وجه ضعيف غريب أن تحريم الربا فيهمـا بعينهما لا لعلة ، حكاه المتولى وغيره .

(فـرع) إذا رجت الفلوس رواج النقود لم يحرم الربا فيها ، هذا هو الصحيح المنصوص ، وبه قطع المصنف والجمهور ، وفيه وجه شاذ أنه يحرم حكاه الخراسانيون (وأما) ما سواها من الموزونات كالحديد والنحاس والرصاص والقطن والكتان والصوف والغزل وغيرها فلا ربا فيها عندنا ، فيجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا ومؤجلا ، ولا خلاف فى شىء من هذا عندنا إلا وجها حكاه المتولى والرافعى عن أبى بكر الأودنى

---

(١) بياض بالأصل قلت رواه ابن ماجه فى سننه من هشام بن عروة عن أبيه عن عائشـة بلفظ : ان كنا آل محمد لنمكث شهرا ما توقد فيه نار ما هو الا التمر والماء .

من أصحابنا المتقدمين أنه قال : لا يجوز بيع مال بجنسه متفاضلا ، سواء كان مطعوما أو نقدا أو غيرهما ، وهذا شاذ ضعيف .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فأما الأعيان الأربعة ففيها قولان (قال) فى الجديد : العلة فيها أنها مطعومة ، والدليل عليه ما روى معمر[1] بن عبد الله أن النبى ﷺ قال : « الطعام بالطعام مثلا بمثل » والطعام اسم لكل ما يتطعم ، والدليل عليه قوله تعالى : (وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم)[2] وأراد به الذبائح ، وقالت عائشة رضى الله عنها : « مكثنا مع نبينا ﷺ سنة مالنا طعام إلا الأسودان الماء والتمر » وقال لبيد :

لمعفر قهد ينازع شلوه غبس كواسب ما يمن طعامها

وأراد به الفريسة والحكم إذا علق على اسم مشتق كان ذلك علة فيه ، كالقطع فى السرقة ، والحد فى الزنا ، ولأن الحب ما دام مطعوما يحرم فيه الربا ، فإذا زرع وخرج عن أن يكون مطعوما لم يحرم فيه الربا ، فإذا انعقد الحب وصار مطعوما حرم فيه الربا ، فدل على أن العلة فيه كونه مطعوما ، فعلى هذا يحرم الربا فى كل ما يطعم من الأقوات والإدام والحلاوات والفواكه والأدوية ، وفى الماء وجهان (أحدهما) يحرم فيه الربا ، لأنه مطعوم فهو كغيره (والثانى) لا يحرم فيه الربا ، لأنه مباح فى الأصل غير متمول فى العادة ، فلا يحرم فيه الربا .

وفى الأدهان المطيبة وجهان (أحدهما) لا ربا فيها لأنها تعد للانتفاع برائحتها دون الأكل (والثانى) أنه يحرم فيها الربا وهو الصحيح ، لأنه مأكول وإنما لا يؤكل لأنه ينتفع به فيما هو أكثر من الأكل ، وفى البزر ودهن السمك وجهان (أحدهما) لا ربا فيه لأنه يعد للاستصباح (والثانى) أنه يحرم الربا فيه ، لأنه مأكول فأشبه الشيرج (وقال) فى القديم : العلة فيها أنها مطعومة مكيلة أو مطعومة موزونة ، والدليل عليه أن النبى ﷺ قال : « الطعام بالطعام

---

(١) معمر بن عبدالله بن نافع بن نضلة العدوى وهو ابن أبى معمر صحابى كبير من مهاجرة الحبشة روى له مسلم وأبو داود والترمذى وابن ماجة رضى الله عنه . (ط)

(٢) من الآية ٥ من سورة المائدة .

مثلا بمثل » والمماثلة لا تكون إلا بالكيل أو الوزن فدل على انه لا يحرم إلا فى مطعوم يكال أو يوزن ، فعلى هـذا يحرم الربا فيمـا لا يكال ولا يوزن من الأطعمة كالرمان والسفرجل والقثاء والبطيخ وما أشبهها) .

(الشرح) أما حديث معمر فرواه مسـلم وسبق بيـانه وحديث عائشة[1] (وقوله) وأما الأعيان الأربعة هكذا هو فى المهذب الأربعة ، وكان الأصل أن يقول الأربع ، ولكنه أراد بالأعيان الأجناس فأثبت الهاء (وقولها) الأسودان هو من باب التغليب ، وتسمية الشيئين باسم أحدهما كالأبوين والقمرين والعمرين ونظائره ، فان المـاء ليس بأسود (قوله) فى بيت لبيد لمعفر هو ــ بفتح العين المهملة والفاء المشددة ــ وهو ولد الظبية إذا أرادت فطامه عن الرضاع فانها تقطعه عن الرضاع أياما ثم تعود إلى إرضاعه أياما ثم تقطعه عن الرضاع أياما ، ثم ترضعه ، تفعل ذلك حتى لا يضره القطع جملة ، فاذا فعلت هذا قيل : عفرت الظبية ولدها ، ومعفر هو هكذا فسره صاحب البيان وفسره غيره بأنه الذى سحب فى التراب وعفر به والقهد ــ بفتح القاف وإسـكان الهاء ــ قيل : هو الأبيض ، وقيل : أبيض فيه كدورة وفيه حمرة أو صفرة ، وجمعه قهاد .

(وقوله :) تنـازع شلوه أى تجاذف أعضاءه (وقوله :) غبس ــ بغين معجمة ثم موحدة ساكنة ثم سين مهملة ــ أى ذئاب ، جمع ، أغبس ، وهو الذى لونه كلون الرماد (وقوله :) كواسب أى تكسب قوتها (وقوله :) ما يمن طعامها فيه تأويلان (أصحهما) وأشهرهما أنه لامنة عليها فيه ، بل تأخذه بالقهر والغلبة لا بالسؤال والمسـكنة بخلاف السنور وشبهه (والثانى) معناه لا ينقص ولا ينقطع لقوله تعالى : (أجر غير ممنون)[2] وقبل هذا البيت بيت آخر يظهر معنى هذا ، وهو :

خنساء ضيعت الفريز فلم يرم عرض الشقائق طوفها وبغامها

---

(١) كذا بالاصل وقد أخرجه ابن ماجه وغيره .

(٢) الآية ٦ من سورة الزيتون .

الخنساء بقرة وحشية والفرير ــ بفتح الفاء ــ ولدها (وقوله) يرم ــ بفتح الياء وكسر الراء معناه يفارق ، وعرض ــ بضم العين ــ وهو الناحية والشقائق جمع شقيقة ، وهى رملة فيها نبات ، وقيل : أرض غليظة بين رملين (وقوله) طوفها ــ بفتح الطاء ورفع الفاء ــ وهو ذهابها ومجيئها وهو فاعل يرم وبغامها ــ بضم الباء الموحدة ، وبالغين المعجمة ، وبرفع الميم ــ معطوف على طوفها والبغام الصوت ، واللام فى قوله : لمعفر مكسورة ، وهى لام التعليل ، ومعنى البيتين أنها ضيعت ولدها فلا تزال تطوف فى ناحية الرمال لطلبه ، ظانة أنه هناك ، ولا تعلم أن الذئاب تجاذبت أعضاءه وأكلته .

(وأما) لبيد صاحب هذا فهو أبو عقيل ــ بفتح العين ــ لبيد بن ربيعة بن مالك العامرى الصحابى ، الشاعر المشهور ، كان من فحول شعراء الجاهلية ، ثم وفد على رسول الله ﷺ فأسلم وحسن إسلامه ، وكان من المعمرين عاش مائة وأربعا وخمسين سنة ، وقيل غير ذلك ، توفى فى خلافة عثمان ، وقيل فى أول خلافة معاوية رضى الله عنهم (قوله :) فى الماء لأنه مباح فى الأصل احتراز مما يتأثر من الزروع والثمار ، وما يلقى من الأطعمة رغبة عنه ، فانه إذا أخذ إنسان شيئامن ذلك جرى فيه الربا ، لأنه ليس بمباح فى الأصل (وقوله :) غير متمول فى العادة احتراز من الصيد والبزر ــ بفتح الباء وكسرها ــ لغتان والقثاء ــ بكسر القاف وضمها ــ والكسر أفصح وأشهر .

أما الأحكام ففى علة تحريم الربا فى الأجناس الأربعة قولان (أصحهما) وهو الجديد أنها الطعم ، فيحرم الربا فى كل مطعوم سواء كان مما يكال أو يوزن أو غيرهما ، ولا يحرم فى غير المطعوم ، فيجرى الربا فى السفرجل والبطيخ والرمان والبقول وغيرها من المطعوم (والثانى) وهو القديم لا يحرم إلا فى مطعوم يكال أو يوزن فعلى هذا لا ربا فى

السفرجل والرمان والبيض والجوز والبقول والخضروات وغيرها مما لا يكال ولا يوزن ، فيجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا ، وهذا القول ضعيف جداً والتفريع انما هو على الجديد ؛ فعلى هذا قال الشافعي والأصحاب المراد بالمطعوم ما يعد للطعم غالبا تقوتا وتأدما ، أو تفكها أو تداويا أو غيرها ؛ وغيرها فيحرم الربا فى جميع ذلك ، قال أصحابنا : وسواء ما أكل غالباً فيدخل فيه الحبوب والادام والحلاوات والفواكه والبقول والتوابل والأدوية أو نادراً ، كالبلوط والطرثوث ، وهو نبت معروف ، وسواء ما أكل وحده أو مع غيره •

وفى الزعفران وجهان حكاهما القاضى حسين والمتولى والرافعى أحدهما لا ربا فيه لأنه لا يقصد بالأكل • (والثانى) وهو الصحيح المنصوص ، وبه قطع الجمهور : يحرم فيه الربا • لأنه مأكول فى الجملة ، وفى المصطكى والزنجبيل وجهان : (الصحيح) المشهور ، يحرم فيهما الربا • (والثانى) لا ربا فيهما حكاه الرافعى وقطع صاحب البيان بأنه لا ربا فى المصطكى ؛ ويجرى تحريم الربا فى جميع الأدوية ، كالأهليلج والأبليلج والسقمونيا وغيرها ، نص عليه الشافعى ، واتفق عليه الأصحاب ، الا وجها حكاه القاضى حسين والمتولى وغيرهما أن ما يقتل كثيره ، ويستعمل قليله فى الأدوية كالسقمونيا لا ربا فيه وهو شاذ ضعيف •

(وأما) الماء (اذا قلنا) بالمذهب : انه مملوك يصح بيعه ؛ فهل يحرم فيه الربا ؟ فيه وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) يحرم هكذا صححه امام الحرمين والرافعى والجمهور ؛ وهو الصواب ، ولا يغتر بتصحيح صاحب الانتصار الاباحة ؛ فانه شاذ ضعيف . فان قيل : لو كان مطعوما لم يجز الاستنجاء به « قلنا » ثبتت الأحاديث فى جواز الاستنجاء به فصار مستثنى •

(وأما) الأدهان فأربعة أضرب (أحدهما) ما يعد للأكل كالزبد والسمن والزيت والشيرج ، ودهن الجوز واللوز والبطم ودهن الفجل والخردل

والصنوبر وأشباهها ، فيحرم فيه الربا أيضاً ؛ لأنه يؤكل للتداوى فأشبه الأهليلج [1] .

(الثالث) ما يراد للطيب كدهن البنفسج والورد والياسمين والزئبق والبان وسائر الأدهان المطيبة ، فيها وجهان مشهوران ذكرهما المصنف بدليلهما « أصحهما » عنده وعند الأصحاب أنها ربوية وذكر امام الحرمين أن العراقيين نقلوا فى المسألة قولين المنصوص أنها ربوية ؛ وفى قول مخرج ليست ربوية ، قال : وقال صاحب التقريب : دهن البنفسج ربوى ، وفى دهن الورد وجهان ، قال الامام : ولا أفهم الفرق بينهما (فاذا قلنا :) انها ربوية لم يجز بيع شىء من هذه الأدهان بعضه ببعض متفاضلا ؛ ولا بيع بعضها بالشيرج متفاضلا بلا خلاف ، هكذا صرح به الأصحاب ونقله الامام عن العراقيين . ولم يذكر خلافه . قالوا : لأنها كلها شيرج اختلف رائحته بحسب ما جاورها من هذه الأدهان .

(والرابع) ما يراد للاستصباح كدهن السمك وبزر الكتان ودهنه وفيه وجهان مشهوران فى الطريقين ؛ ذكرهما المصنف بدليلهما (أصحهما) أنه ليس بربوى (وأما) قول امام الحرمين والغزالى : ان العراقيين قطعوا بأنه لا ربا فيه فليس بمقبول ؛ بل الخلاف فيه مشهور فى كتب العراقيين ، والله أعلم .

فرع الطين الأرموى ربوى على الصحيح من الوجهين ، ونقله امام الحرمين عن الغزالى قال : ولا خلاف فيه ، وممن ذكر الوجهين فيه القاضى حسين والمتولى والرافعى (وأما) الطين الذى يؤكل سفها ؛ ويقال له : الخراسانى ففيه الوجهان (الصحيح) أنه ليس ربويا وبه قطع القاضى حسين وأبو الطيب والمتولى وصاحب البيان ونقله امام الحرمين عن العراقيين

---

(١) كذا بالأصل وانظر أين الضرب الثانى ؟ والضرب الثانى لا مناص انه ما يستعمل للتداوى ، كالأدهان التى يعالج بها النقرس ويبوسة الشرايين وما الى ذلك فيحرم فيه الربا . المطيعى

قال : وتردد فيه الشيخ أبو محمد ومال الى أنه ربوى ، وصححه الغزالى فى الوسيط أنه ربوى والمذهب الأول •

فـــرع فى دهن الورد وجهان حكاهما الصيمرى وصاحب البيان وغيرهما (أصحهما) ليس بربوى صححه الرافعى وهو كلام الجمهور وحكى الرافعى الوجهين فى العود المطيب أيضاً وقطع الأكثرون بأنه ليس ربويا •

فـــرع لا ربا فى الحيوان عندنا فيجوز بيع شاة بشاتين ، وبعير ببعيرين ودجاجة بدجاجتين ؛ وكذا سائر الحيوان ، ولا خلاف فى هذا عندنا الا الوجه الذى قدمناه عن الأودنى ، وهو شاذ ضعيف ؛ والا وجها حكاه امام الحرمين ومتابعوه فى السمك الصغار التى يمكن ابتلاعها فى حياتها أنه يجرى فيه الربا بناء على جواز أكلها حية ، وفيه وجهان سبقا فى الأطعمة والصيد والذبائح (ان قلنا :) لا يجوز أكلها حية ليست ربوية ؛ فيجوز بيع سمكة بسمكات كسائر الحيوان والا فوجهان : (أصحهما) الجواز ، وهو مقتضى كلام الجمهور • (والثانى) لا ، وبه قطع المتولى تفريعا على جواز أكله •

فـــرع قال ابن الصباغ والأصحاب : لا ربا فى النوى ؛ لأنه ليس بطعام للآدمى ، وان كان طعاما للبهائم فأشبه الحشيش •

فـــرع لا ربا فى الجلود والعظام ان كان يجوز أكلها ، وهذا لا خلاف فيه ؛ وممن صرح به الماوردى ، لأنها لا تؤكل فى العادة •

فـــرع قال المتولى وغيره : أنواع الحشيش التى تنبت فى الصحارى وتؤكل فى حال رطوبتها وأطراف قضبان العنب لا ربا فيها ؛ لأنها لا تقصد للأكل عادة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وما سوى الذهب والفضة والمأكول والمشروب لا يحرم فيها الربا ، فيجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا ونسيئة ، ويجوز فيها التفرق قبل التقابض ،

لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص قال : « أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أجهز جيشا فنفدت الابل فأمرنى أن آخذ على قلاص الصدقة ، فكنت آخذ البعير بالبعيرين الى ابل الصدقة » وعن على كرم الله وجهه « أنه باع جملا الى أجل بعشرين بعيراً » وباع ابن عباس رضى الله عنه « بعيراً بأربعة أبعرة » واشترى ابن عمر رضى الله عنه « راحلة بأربع رواحل ، ورواحله بالربذة » « واشترى رافع بن خديج رضى الله عنه بعيرا ببعيرين فأعطاه أحدهما ، وقال آتيك بالآخر غداً » ولا يجوز بيع نسيئة بنسيئة ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع الكالىء بالكالىء » قال ابو عبيدة : هو النسيئة بالنسيئة) .

الشرح حديث ابن عمرو بن العاص رواه أبو داود وسكت عليه ؛ فيقتضى أنه عنده حسن كما سبق تقريره ؛ وان كان فى اسناده نظر ؛ لكن قال البيهقى : له شاهد صحيح فذكره باسناده الصحيح عن عبد الله بن عمرو ابن العاص « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يجهز جيشاً ؛ قال عبد الله : وليس عندنا ظهر ؛ قال : فأمره النبى صلى الله عليه وسلم أن يبتاع ظهراً الى خروج التصدق ؛ فابتاع عبد الله البعير بالبعيرين وبالأبعرة الى خروج التصدق بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم » وهذه الرواية رواها أيضاً الدارقطنى باسناد صحيح .

(وأما) الأثر المذكور عن على رضى الله عنه فرواه مالك فى الموطأ والشافعى فى مسنده ؛ وفى الأم باسناد صحيح عن حسين بن محمد بن على « أن على بن أبى طالب رضى الله عنه باع جملا له عصيفير بعشرين بعيراً الى أجل » لكن فى اسناده انقطاع من طريق حسين بن محمد بن على فلم يدركه (وأما) الأثر عن ابن عمر فصحيح رواه مالك فى الموطأ والشافعى عن مالك عن نافع ؛ ذكره البخارى فى صحيحه تعليقا (وأما الأثر) عن رافع بن خديج فصحيح ذكره البخارى فى صحيحه تعليقا (وأما) حديث النهى عن بيع الكالىء بالكالىء فرواه الدارقطنى والبيهقى باسناد ضعيف ، مداره على موسى بن عبيدة الربذى وهو ضعيف .

(أما) ألفاظ الفصل : القلاص ــ بكسر القاف ــ جمع قلص والقلص جمع قلوص وهى الناقة الشابة ذكره الجوهرى وغيره (وقوله :) أخذ من

قلاص الصدقة هكذا هو فى المهذب (من) والذى فى سنن أبى داود والبيهقى وغيرهما (فى) ؛ ومعناهما السلف على ابل الصدقة الى أجل معلوم (وأما) الراحلة فالبعير النجيب والربذة ــ بفتح الراء والباء الموحدة والذال معجمة ــ موضع على ثلاث مراحل من المدينة ، والكالىء بالهمز •

أما الأحكام ففى الفصل مسألتان :

(احداهما) أن ما سوى الذهب والفضة والمطعوم لا يحرم فيه الربا ، فيجوز بيع بعير بأبعرة ؛ وشاة بشياه وثوب بثياب • وصاع نورة أو جص أو أشتان بصيعان ورطل غزل بأرطال من جنسه وأشباهه وكل هذا مما سبق بيانه •

(المسألة الثانية) لا يجوز بيع نسيئة بنسيئة بأن يقول : بعنى ثوباً فى ذمتى بصفته كذا الى شهر كذا بدينار مؤجل الى وقت كذا فيقول : قبلت ، وهذا فاسد بلا خلاف •

فــــرع فى مذاهب العلمــاء فى بيــان علة الربا فى الأجنــاس الأربعة ، وهى البر والشعير والتمــر والملح ، ولهــم فيها عشرة مذاهب : (أحدها) مذهب أهل الظاهر ، ومن وافقهم أنه لا ربا فى غير الأجنــاس الستة كما سبق . (الثانى) مذهب أبى بكر عبد الرحمن بن كيسان الأصم أن العلة فى كونها منتفعا به حكاه عنه القاضى حسين • (والثالث) مذهب ابن سيرين وأبى بكر الأودنى من أصحابنا أن العلة الجنسية تحرم الربا فى كل شىء بيع بجنسه كالتراب بالتراب متفاضلا والثوب بالثوبين والشــــاة بالشاتين • (الرابع) مذهب الحسن البصرى أن العلة المنفعة فى الجنس ، فيجوز عنده بيع ثوب قيمته دينار بثوبين قيمتهما دينار ، ويحرم بيع ثــوب قيمته دينار بثوب قيمته ديناران •

(الخامس) مذهب سعيد بن جبير أن العلة تقارب المنفعــة فى الجنس فحرم التفاضل فى الحنطة بالشعير ولأن العلة تقارب المنفعــة فى الجنس ، فحرم التفاضل فى منافعها ؛ وكذلك الباقلاء بالحمص والدخن بالذرة .

(السادس) مذهب ربيعة بن أبى عبد الرحمن أن العلة كونه جنساً ؛ تجب فيه الزكاة ، فحرم الربا فى جنس تجب فيه الزكاة من المواشى والزروع وغيرها ، ونفاه عما لا زكاة فيه .

(السابع) مذهب مالك كونه مقتاتا مدخر جنس فحرم الربا فى كل ما كان قوتاً مدخراً ، ونفاه عما ليس بقوت كالفواكه ، وعما هو قوت لا يدخر كاللحم .

(الثامن) مذهب أبى حنيفة أن العلة كونه مكيل جنس فحرم الربا فى كل مكيل ، وان لم يؤكل كالجص والنورة والأشنان ونفاه عما لا يكال ولا يوزن وان كان مأكولا كالسفرجل والرمان .

(التاسع) مذهب سعيد بن المسيب وقول الشافعى فى القديم أن العلة كونه مطعوما يكال أو يوزن ، فحرمه فى كل مطعوم يكال أو يوزن ؛ ونفاه عما سواه وهو كل ما لا يؤكل ولا يشرب ، أو يؤكل ولا يكال ولا يوزن كالسفرجل والبطيخ .

(العاشر) أن العلة كونه مطعوما فقط سواء كان مكيلا أو موزونا أم لا ؛ ولا ربا فيما سوى المطعوم غير الذهب والفضة ، وهذا مذهب الشافعى الجديد الصحيح وهو مذهب أحمد وابن المنذر وغيرهما .

(فأما) أهل الظاهر فسبق دليلهم والدليل عليهم ، وأما الباقون فدليلنا على جميعهم قوله صلى الله عليه وسلم : « الطعام بالطعام مثلا بمثل » وهو صحيح سبق بيانه ، ووجه الدلالة فيه ما ذكره المصنف . وأيضاً هذه الآثار مع الحديث المذكور فى الكتاب وعن جابر « أن النبى صلى الله عليه وسلم اشترى عبداً بعبدين أسودين » رواه مسلم . وعن أنس « أن النبى صلى الله عليه وسلم اشترى صفية من دحية الكلبى بسبعة أرؤس » رواه مسلم وغيره .

واحتج لابن كيسان بأن المقصود بتحريم الربا الرفق بالناس ؛ وهذا المعنى

موجود فى الجميع ؛ واحتج أصحابنا عليه بما ذكره المصنف من الآثار والمعنى ، وبحديث العبد بالعبدين والبعير بالبعيرين وغير ذلك ، وأفسدوا علته بأنها تؤدى الى تحريم التجارات والأرباح . واحتج لابن سيرين بحديث عبادة بن الصامت أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح ؛ مثلا بمثل ؛ سواء بسواء ؛ يداً بيد ؛ فاذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يداً بيد » رواه مسلم ، وموضع الدلالة أنه شرط فى جواز التفاضل اختلاف الأصناف ، وهى الأجناس .

واحتج أصحابنا بالأحاديث والآثار السابقة فى بيع عبدين بعبد وأبعرة ببعير فدل على أن الجنس ليس بعلة .

(والجواب) عن حديث « فاذا اختلفت هذه الأصناف » فالمراد جواز التفاضل فى هذه الأصناف اذا اختلفت ؛ ومنعه فيها اذا اتفقت لا منعه فى غيرها . واحتج للحسن بأن المقصود بتحريم الربا فى القدر موجود فى القيمة فيمتنع التفاضل فى القيمة ؛ كما امتنع فى القدر واحتج الأصحاب بما سبق ، ولا نسلم الحاق القيمة بالقدر .

واحتج لابن جبير بأن المنفعة كالقدر ، قال الأصحاب : هذا مردود بالمنصوص على جواز التفاضل فى الحنطة بالشعير ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « فاذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم » واحتج لربيعة بأن تحريم الربا فى هذه الأجناس انما كان حثاً على المواساة بالتماثل وأموال المواساة هى أموال الزكاة ؛ قال أصحابنا : هذا فاسد منابذ للأحاديث والآثار السابقة فى جواز التفاضل فى الحيوان ، وفاسد أيضا بالملح ، فانه ربوى بالنص ؛ وعلى مقتضى مذهبه لا ربا فيه ؛ لأنه ليس ربوياً .

واحتج لمالك بأن علته أكثر شبها بالأصل ، فهى أولى ، واحتج أصحابنا بقوله صلى الله عليه وسلم : « فاذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم » وما قاله مالك منتقض بالرطب ؛ فانه ربوى بالنص ، وليس مدخراً

(فان قيل) الرطب يؤول الى الادخار (قلنـا) الربا جار فى الرطب الذى لا يصير تمراً أو العنب الذى لا يصير زبيبا .

واحتج لأبى حنيفة بأن الكيل هو المعتبر فى التساوى ، فـكان علته ، واحتج أصحابنا بما سبق ؛ ولا يلزم من كون الكيل معياراً كونه علة والله سبحانه أعلم .

فـــرع مذهبنا جواز بيع ثوب بثوبين ، وثيـاب من جنسه حالا ومؤجلا وبه قال أبو ثور وابن المنذر ومنعه مالك وأبو حنيفة [وقال] لا ربا فى القليل من الحنطة والشعير ونحوهما ؛ كالحفنة والحفنتين ونحوهما مما لا يكال فى العـادة ، قال : وكذا لا ربا فى البطيـخ والباذنجـان والبيض والسفرجل والرمان وسائر الفواكه التى تباع عدداً بناء على قاعدته السابقة أنه لا ربا فى غير المكيل والموزون ؛ ومذهبنا ومذهب الجمهور ثبوت الربا فى كل ذلك لعموم النصوص فى تحريم الربا .

فـــرع يجوز بيع الحيوان بالحيوان من جنســه متفاضلا كبعير ببعيرين وشاة بشاتين حالا ومؤجلا ؛ سواء كان يصلح للحمـل والركوب والأكل والنتاج أم للأكل خاصة . هذا مذهبنا ، وبه قال جماهير العلماء ، وقال مالك : لا يجوز بيع بعير ببعيرين ؛ ولا ببعـير ؛ اذا كانا جميعـا أو أحدهما لا يصلح الا للذبح كالكسير والحطيم ونحوهما ، لأنه لا يقصد به الا اللحم ، فهو كبيع لحم بلحم جزافا أو لحم بحيوان ؛ دليلنـا الأحاديث والآثار السابقة فى بيع بعير ببعيرين وأبعرة .

فـــرع قد ذكرنا أن مذهبنا جواز بيع كل ما ليس مطعوما ولا ذهبا و لافضة بعضه ببعض متفاضلا ومؤجلا ، وبه قال جمهور العلمـاء ؛ وقال أبو حنيفة يحرم التأجيل فى بيـع الجنس بعضـه ببعض من أى مال كان ، لحديث الحسن عن سـمرة رضى الله عنـه أن النبى صلى الله عليه وسـلم « نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة » رواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه قال الترمذى حديث حسـن صـحيح . وعن ابن عبـاس قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة » .

واحتج أصحابنا بالأحاديث والآثار السابقة فى بيع الابل بالابل مؤجلة ؛ ولأنها عوضان لا تجمعهما علة واحدة ؛ فلا يحرم فيهما النساء كما لو باع ثوب قطن بثوب حرير الى أجل ، ولأنه لا ربا فيه نقداً فكذا النسيئة (والجواب) عن حديث سمرة من وجهين : (أحدهما) جواب الشافعى أنه حديث ضعيف ؛ قال البيهقى : أكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن من سمرة الا حديث العقيقة . (والثانى) أنه محمول على أن الأجل فى العوضين، فيكون بيع دين بدين وذلك فاسد كما سبق .

(والجواب) عن حديث ابن عباس من الوجهين ، فقد اتفق الحفاظ على ضعفه ، وأن الصحيح أنه مرسل عن عكرمة عن النبى صلى الله عليه وسلم وممن قال ذلك البخارى وابن خزيمة والبيهقى وغيرهم ، قال ابن خزيمة : الصحيح عند أهل العلم بالحديث أنه مرسل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فاما ما يحرم فيه الربا فينظر فيه فان باعه بجنسه حرم فيه التفاضل والنساء والتفرق قبل التقابض ، لما روى عبادة بن الصامت أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الذهب بالذهب والفضة بالفضة والتمر بالتمر والبر بالبر والشعير بالشعير والملح بالملح مثلا بمثل يداً بيد ، فاذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم ، اذا كان يداً بيد » فان باعه بغير جنسه ـ نظرت فان كان مما يحرم الربا فيهما لعلة واحدة كالذهب والفضة والشعير والحنطة ـ جاز فيه التفاضل وحرم فيه النساء والتفرق قبل التقابض لقوله صلى الله عليه وسلم : « فاذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يداً بيد » .

فان تبايعا وتخايرا فى المجلس قبل التقابض بطل البيع لأن التخاير كالتفرق ، ولو تفرقا قبل التقابض بطل العقد ، فكذلك اذا تخايرا ، وان تبايعا دراهم بدنانير فى الذمة وتقابضا ثم وجد أحدهما بما قبض عيباً ـ نظرت فان لم يتفرقا ـ جاز ان يرد ويطالب بالبدل ، لأن المعقود عليه ما فى الذمة ، وقد قبض قبل التفرق ، وان تفرق ففيه قولان : (احدهما) يجوز ابداله لأن ما جاز ابداله قبل التفرق جاز بعده ، كالمسلم فيه . (والثانى) لا يجوز ، وهو قول المزنى لأنه اذا ابدله صار القبض بعد التفرق ، وذلك لا يجوز .

وان كان مما يحرم فيهما الربا بعلتين كبيع الحنطة بالذهب والشعير

بالفضة حل فيه التفاضل والنساء والتفرق قبل التقابض لاجماع الأمة على جواز اسلام الذهب والفضة فى المكيلات المطعومة) .

الشرح حديث عبادة رواه مسلم . والنساء ــ بالمد ــ التأجيل قال الشافعي والأصحاب : اذا باع مالا ربويا فله ثلاثة أحوال :

(أحدها) أن يبيعه بجنسه فيحرم فيه ثلاثة أشياء ، التفاضل ، والنساء ، والتفرق قبل التقابض .

(الثانى) أن يبيعه بغير جنسه لكنهما مما يحرم فيهما الربا بعلة واحدة ، كالذهب [1] والفضة والحنطة والشعير والتمر بالملح والزيت بالعسل فيجوز فيهما التفاضل والنساء والتفرق قبل التقابض ودليل الجميع فى الكتاب .

وحيث شرطنا التقابض فمعناه التقابض قبل التفرق الذى ينقطع به خيار المجلس كما سبق تفصيله . قال الشافعى فى كتاب الصرف من الأم والأصحاب : لا بأس أن يطول مقامهما فى مجلسهما ، ولا بأس أيضا بطوله متماشيين وان طال مشيهما وتباعدا عن مجلس العقد ثم تقابضا قبل افتراقهما فيصح البيع لعدم افتراقهما . ولو باعه ديناراً فى الذمة بعشرة دراهم فى الذمة ووصف الجميع أو كان فى موضع فيه نقد غالب ولم يكن العوضان حاضرين ثم أرسلا من أحضرهما أو ذهبا مجتمعين اليهما وتقابضا قبل التفرق صح البيع وسلما من الربا .

ولو وكلا أو أحدهما فى القبض وحصل القبض قبل مفارقة العاقدين جاز والا فلا ، ومتى تفرقا قبل القبض وحصل القبض بطل العقد ويأثمان بذلك قال ابن الصباغ والأصحاب : يكون هذا رباً جارياً مجرى بيع الربوى نسيئة ، ولا يكفيهما تفرقهما فى منع الاثم ، وان كان يبطل كما أن العقد مع التفاضل باطل ويأثمان به .

قال أصحابنا : فان تعذر عليهما التقابض فى المجلس وأرادا أن يتفرقا

---

(١) لعله كالذهب بالفضة والحنطة بالشعير الخ وانظر اين الثالث (ط)

لزمهما أن يتفاسخا العقد قبل التفريق ؛ لئلا يأثما ، وان قبض كل واحد منهما نصف المعقود عليه وتفرقا قبل قبض الباقى بطل العقد فى الذى لم يقبض ، وفى بطلانه فى المقبوض الطريقان السابقان فيمن اشترى عبدين فتلف أحدهما قبل القبض (المذهب) أنه لا يبطل ، بل يصح والله سبحانه وتعالى أعلم •

قال المصنف والأصحاب : واذا تخايرا فى المجلس قبل التقابض فهو كالتفريق فيبطل العقد لما ذكره المصنف ، هذا هو المذهب ؛ وبه قطع الجمهور ، وقال ابن سريج : لا يبطل لظاهر الحديث فانه يسمى يداً بيد .

والى هنا انتهى كلام الشيخ مصنفه أبى زكريا يحيى بن شرف النووى ؛ فأدركته المنية رحمه الله ونفعنا به فى الدنيا والآخرة ، والحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليما ، وحسبنا الله ونعم الوكيل •

* * *

تم بحمد الله وتوفيقه الجزء التاسع من

كتاب المجموع

ويليه الجزء العاشر ان شاء الله تعالى

واوله مقدمتا صاحبى التكملتين

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه .

(أما بعد) فان هذه المحاولة الأولى لتكملة المجموع من الامام السبكى رحمه الله تمخض عنها هذا القدر الذى نقدمه الآن فى هذه الطبعة مجردا من اتجار الناشرين واستغلال الطابعين ، فقد كانت هذه المحاولة ــ والتى لم يتسن للامام السبكى أن يشرح من متن المهذب سواها وهى فصول قليلة من باب الربا من كتاب البيوع الى الرد بالعيب فى البيوع كما ترى ــ بعض كتاب طبع فى مطبعة التضامن الأخوى فى ثلاثة أجزاء سنة ١٩٢٥م فجاءت هذه الأجزاء صغيرة بالنسبة للأجزاء التسعة التى أشرفت عليها لجنة المشايخ ، اذ أن طبعة مشايخ الأزهر اقتصرت على الأجزاء التسعة السابقة ، ولو تسنى لهذه اللجنة الاشراف على محاولة الامام السبكى لما أخرجته فى أكثر من جزءين ولكنها فيما يبدو اكتفت بتحقيق عمل الامام النووى ولم تزد ، الأمر الذى مكن الذين طبعوا محاولة الامام السبكى من اخراجها فى ثلاثة أجزاء صغيرة استغل فيها الثمن السائد فى الأجزاء التسعة السابقة ، ولما مكن الله لنا من تكملة هذا الكتاب النفيس وأعدنا النظر فيما طبعته لنا مطبعة القلعة ورأينا أن اعادة طبع تكملتنا سيزيد فى الشرح وفى حجم هذه التكملة ، ولما كنا قد بدأنا بطبع الجزء الثامن عشر لنمكن من اقتنى تكملتنا من طبعة القلعة أن يجبر خلل نسخته بعد أن شوهت بصنيع صاحب تلك المطبعة ، كان لزاما علينا وقد تحدد الكتاب من طرفه الأخير ــ حجما بأن يكون عشرين مجلدا ــ أن تخرج الأجزاء الثلاثة للامام السبكى فى حجمها المنسق الملائم للأجزاء السابقة واللاحقة فجاءت فى جزءين هذا الجزء أحدهما وهو يمثل نصف محاولة الامام السبكى أعنى جزءا ونصفا من الأجزاء الثلاثة للطبعتين السابقتين ، وبذلك تبدأ تكملتنا من الجزء الثانى عشر ، وأوله المرابحة وينتهى الشرح بالجزء العشرين فتكون أجزاؤنا تسعة فى حجم الأجزاء السابقة أو فى حجم أكبرها ، والله المسئول أن يتقبل أعمالنا وأن يباركها بالتوفيق والرعاية آمين .

محمد نجيب المطيعى

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، اللهم صل على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما كثيراً •

قال الشيخ الامام شيخ الاسلام ، قدوة الأعلام ، أوحد المجتهدين ، قاضى قضاة المسلمين ، تقى الدين أبو الحسن على بن عبد الكافى السبكى أثابه الله الجنة :

الحمد لله الذى بنعمته تتم الصالحات وتثمر ، وبفضله يأبى الا أن يتم نوره ويظهر ، أحمده حمد معترف بالعجز مقصر ، وأثنى عليه بأنى لا أحصى ثناء عليه وأستغفر ، وأشهد أن لا اله الا الله وحده لا شريك له شهادة معلن بالايمان ومظهر ، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله المبشر المنذر ، صلى الله عليه وسلم ، وشمل أصحابه بالرضوان وعمم •

(أما بعد) فقد رغب الىَّ بعض الأصحاب والأحباب ، فى أن أكمل شرح المهذب للشيخ الامام العلامة علم الزهاد ، وقدوة العبَّاد ، واحد عصره ، وفريد دهره ، محيى علوم الأولين ، وممهد سنن الصالحين ، أبى زكريا النووى رحمه الله تعالى ، وطالت رغبته الىَّ وكثر الحاحه على وأنا فى ذلك أقدم رجلا وأؤخر أخرى ، وأستهون الخطب وأراه شيئاً امراً ، وهو فى ذلك لا يقبل عذرا • وأقول قد يكون تعرضى لذلك مع تقعدى عن مقام هذا الشرح اساءة اليه ، وجناية منى عليه ، وأنى أنهض بما نهض به ، وقد أسعف بالتأييد وساعدته المقادير فقربت منه كل بعيد •

ولا شك أن ذلك يحتاج بعد الأهلية الى ثلاثة أشياء (أحدها) فراغ البال ، واتساع الزمان ، وكان رحمه الله تعالى قد أوتى من ذلك الحظ الأوفى ، بحيث لم يكن له شاغل عن ذلك من نفس ولا أهل (والثانى) جمع الكتب التى يستعان بها على النظر والاطلاع على كلام العلماء ، وكان رحمه

الله قد حصل له مـن ذلك حظ وافر لسـهولة ذلك فى بلده فى ذلك الوقت (والثالث) حسن النية وكثرة الورع والزهد والأعمال الصالحة التى اشرقت أنوارها وكان رحمه الله قد اكتال بالمكيال الأوفى ، فمن يكون اجتمعت فيه هذه الخلال الثلاث ، أنىّ يضاهيه أو يدانيـه من ليس فيه واحـدة منها ، فنسأل الله تعالى أن يحسن نياتنا ، وأن يمدنا بمعونته وعونه •

وقد استخرت الله تعالى وفوضت الأمر اليه واعتمدت فى كل الأمور عليه وقلت فى نفسى لعل ببركة صاحبه ونيته يعيننى الله عليه ، انه يهدى من يشاء الى صراط مستقيم ، فان من الله تعالى باكماله فلا أشك أن ذلك من فضل الله تعالى ببركة صاحبه ونيته ، اذ كان مقصوده النفع للناس ممن كان ، وقد شرعت فى ذلك مستعينا بالله تعالى معتصما به ملتجئا اليه ، انه لا حول ولا قوة الا به وهو حسبى ونعم الوكيل ، واياه أسأل أن يغفر لى ولوالدى وأهلى ومشايخى وجميع اخوانى وأن يكثر النفع به ويجعله دائما الى يوم الدين •

وها أنا أذكر ان شاء الله تعالى المواد التى أستمد منها (فمنها) ما هو عندى بكماله (ومنها) ما هو عندى من الموضع الذى شرعت فيه الآن ، وها أنا أسمى لك ذلك كله (فمن ذلك) على المهذب :

(١) كتاب فوائد المهذب ، لأبى على الفارقى تلميذ المصنف (٢) وما عليه لأبى سعيد بن عصرون (٣) وكتاب بيان ما أشكل فى المهـذب لأبى الحسين يحيى بن أبى الخير بن سالم العمرانى (٤) وكتاب السؤال عما فى المهذب من الاشكال للعمرانى أيضاً (٥) وكتاب تجريد شواهد المهذب لأبى عبد الله بن محمد بن أبى على القلعى • (٦) وكتاب المستغرب فى المهذب للقلعى أيضاً (٧) وكتاب الوافى بالطلب فى شرح المهذب تأليف أبى العباس أحمد ابن عيسى بن أبى بكر عبد الله (٨) وكتاب التعليقة فى شرح المهذب للشيخ أبى اسحاق المشهور بالعراقى (٩) وكتاب التعتب على المهذب لابن معن (١٠) وكتاب الفص المذهب فى غريب المهذب لابن أبى عصرون (١١) وكتاب المؤاخذات لجمال الدين بن البدرى (١٢) وكتاب شرح مشـكلات منـه لأبى الحسن على بن قاسم الحليمى (١٣) وكتاب فى مشكلات المهـذب ، لطيف مجهول المصنف (١٤) وكتاب آخر كذلك (١٥) وكتاب غاية المفيد

ونهاية المستفيد فى احترازات المهذب لأبى محمد عبد الله بن يحيى الصعبى (١٦) وكتاب آخر مجهول (١٧) وكتاب تفسير مشكلات من المهذب مما جمعه ابن الدرى (١٨) وكتاب التنكيت للدمنهورى (١٩) وكتاب المتهب فى الرد عليه لحمزة بن يوسف الحموى (٢٠) وكتاب لغة المهذب مجهول المصنف (٢١) وكتاب ابن باطيش • (٢٢) وشرح المهذب أبو عمرو المارانى المسمى بالاستقصاء •

ومن الكتب المذهبية

(٢٣) الأم للشافعى رحمه الله (٢٤) وكتاب الاملاء له ، وقفت منه على مجلدتين الثانية والثالثة (٢٥) ومختصر المزنى (٢٦) ومختصر البويطى (٢٧) وشرح مختصر المزنى لأبى داود وشرحه لأبى الحسن الجورى [1] (٢٨) وكتاب المختصر من شرح تعليق الطبرى لأبى على ابن أبى هريرة (٢٩) وكتاب التلخيص لابن القاص (٣٠) وكتاب المفتاح له (٣١) وشرحه لسلامة بن اسماعيل بن سلامة المقدسى (٣٢) وشرح آخر له مجهول (٣٣) والمولدات لابن الحداد •

ومن كتب العراقيين وأتباعهم

(٣٤) تعليقة الشيخ أبى حامد الاسفراييني (٣٥) والذخيرة للبندنيجى (٣٦) والدريق [2] للشيخ أبى حامد أيضا (٣٧) وتعليقة البندنيجى أيضا (٣٨) والمجموع للمحاملى (٣٩) والأوسط للمحاملى (٤٠) والمقنع للمحاملى (٤١) واللباب للمحاملى (٤٢) والتجريد للمحاملى (٤٣) وتعليقة القاضى أبى الطيب الطبرى (٤٤) والحاوى للماوردى (٤٥) والاقناع له (٤٦) واللطيف لأبى الحسن بن خيران (٤٧) والتقريب لسليم (٤٨) والمجرد له (٤٩) والكفاية له (٥٠) والكفاية للعبدرى (٥١) والتهذيب لنصر المقدسى (٥٢) والكافى (٥٣) وشرح الاشارة له (٥٤) والكفاية للمحاجرى (٥٥) والتلقين لابن سراقة (٥٦) وتذنيب الأقسام للمرعشى (٥٧) والكافى للزبيدى (٥٨) والمطارحات

---

(١) أبو الحسن على بن الحسين الجورى •

(٢) لم أعثر على كتاب للشيخ أبى حامد الاسفراييني بهذا الاسم وانما المعروف (التعليقة) والله أعلم •

لابن القطان (٥٩) والشافى للجرجانى (٦٠) والتجريد له (٦١) والمعاياة له (٦٢) والبيان للعمرانى (٦٣) والانتصار لابن أبى عصرون (٦٤) والمرشد له (٦٥) والتنبيه (٦٦) والاشارة له (٦٧) والشامل لأبى نصر بن الصباغ (٦٨) والعدة لأبى عبد الله الحسين بن على الطبرى (٦٩) والبحر للرويانى (٧٠) والحلية للشاشى (٧١) والحلية للرويانى (٧٢) والتنبيه للمصنف (٧٣) وشرحه لابن يونس (٧٤) وشرحه لشيخنا ابن الرفعة (٧٥)ودفع التمويه عن مشكلات التنبيه لأحمد بن كتاسب وغير ذلك مما هو مشهور عليه •

ومن كتب الخراسانيين وأتباعهم

(٧٦) تعليقة القاضى حسين (٧٧) والفتاوى له (٧٨) والسلسلة للجوينى (٧٩) والجمع والفرق له (٨٠) والنهاية لامام الحرمين (٨١) والتذنيب للبغوى (٨٢) والابانة للفورانى (٨٣) والعمدة للفورانى (٨٤) وتتمة الابانة للمتولى (٨٥) والبسيط (٨٦) والوسيط (٨٧) والوجيز (٨٨) والخلاصة (٨٩) وشرح الوسيط لشيخنا ابن الرفعة (٩٠) واشكالات الوسيط (٩١) والوجيز للعجيلى (٩٢) وحواشى الوسيط لابن السكرى (٩٣) واشكالات الوسيط لابن الصلاح (٩٤) والشرح الكبير للرافعى (٩٥) والشرح الصغير له (٩٦) والتهذيب له (٩٧) والروضة للنووى (٩٨) ومختصر المختصر للجوينى (٩٩) وشرحه المسمى بالمعتبر (١٠٠) والمحرر (١٠١) والمنهاج (١٠٢) وتذكرة العالم لأبى على [1] بن سريج (١٠٣) واللباب للشاشى •

ومن كتب اصحابنا المصنفة فى الخلاف

(١٠٤) الاشراف لابن المنذر (١٠٥) والكفاية فى النظر للصيدلانى (١٠٦) والغنية للجوينى (١٠٧) والنكت للشيخ أبى اسحاق المصنف (١٠٨) ومأخذ النظر للغزالى (١٠٩) والتحصين له (١١٠) والرؤيا للكيا (١١١) وبعض

---

(١) قال فى كشف الظنون : (تذكرة العالم وارشاد المتعلم ـ فى الفروع للامام أبى حفص عمر بن أحمد المعروف بابن سريج الشافعى المتوفى سنة) وترك بياضا ولكنى وجدت فى طبقات الشافعية لابن السبكى انه ممن جددوا على راس القرن الثالث أمر الدين فى الفقه والأشعرى فى أصول الدين والنسائى فى الحديث وجاء فى وفيات الأعيان لابن خلكان فى ترجمته رحمه الله أنه توفى لخمس بقين من جمادى الأولى سنة ست وثلاثمائة وقيل يوم الاثنين الخامس والعشرين من شهر ربيع الأول ببغداد ودفن فى حجرته بسويقة غالب بالجانب الغربى بالقرب من محلة الكرخ وعمره سبع وخمسون سنة وستة أشهر (ط) •

مفردات أحمد للكيا (١١٢) وتعليقة الشريف المراغى (١١٣) وتعليق الكمال للسمنانى (١١٤) ورءوس المسائل للمحاملى (١١٥)وسمط المسائل للتبريزى (١١٦) ومختصر التبريزى (١١٧) والخواطر الشريفة لهمام بن راجى الله ابن سرايا (١١٨) وحقيقة القولين للرويانى (١١٩) والكافى فى شرح مختصر المزنى للرويانى (١٢٠) والترغيب للشاشى (١٢١) والذخائر (١٢٢) وتعليقة البندنيجى .

ومن كتب المخالفين من مذهب أبى حنيفة

(١٢٣) شرح الهداية للفرغانى المرغينانى الوسدانى (١٢٤) والجامع الصغير (١٢٥) والوجيز للخضيرى .

ومن مذهب مالك

التلقين (١٢٦) للمازرى [1] (١٢٧) وشرح الرسالة للقاضى عبد الوهاب (١٢٨) والتهذيب للبرادعى (١٢٩) والتحصيل (١٣٠) والبيان لابن رشد (١٣١) وتعليقة أبى اسحق التونسى .

ومن مذهب أحمد

المغنى (١٣٢) فى شرح الخرقى ، لأبى محمد بن عبد الله بن قدامة المقدسى، وهو أحسن كتاب عنده ومن كتب (١٣٣) الآثار مصنف ابن أبى شيبه .

ومن مذهب الظاهرية

المحلى لابن حزم (١٣٤) والموضح (١٣٥) لأبى الحسن بن المغلس .

كتب متون الحديث

وهى قسمان ، منها ما هو على الأبواب كالموطأ (١٣٦) ومسند (١٣٧)

---

(١) من عجائب التصحيف أنه ورد فى طبعة المشايخ بلفظ (الماوردى) وكان فى زيارتى صاحب الفضيلة الامام الاكبر الدكتورمحمد الفحام وهو مالكى المذهب وكان ذلك قبل توليه المشيخة بشهور فسألته : هل عندكم معشر المالكية من يسمى بالماوردى ؟ فقال : لا ولعله المازرى . وهنا صححتها فى طبعة القلعة ونبهت صاحب تلك المطبعة الى ذلك فلم يستجب واهمله فجاء ايضا (الماوردى) ولكنا هنا نحققه ونسجل ما فات الطبعتين السابقتين واذا كان الامام السبكى يريد التلقين فانما هو لابى محمد عبد الوهاب بن على الثعلبى المالكى قاضى بغداد المتوفى سنة ٤٢٢ هـ

الشافعى وسنن (١٣٨) الشافعى ومسند (١٣٩) الدارمى ، وصحيح (١٤٠) البخارى وصحيح (١٤١) مسلم وسنن (١٤٢) أبى داود ، وسنن (١٤٣) النسائى وجامع (١٤٤) الترمذى ، وسنن ابن ماجه ، وسنن (١٤٥) الدارقطنى، والمستدرك (١٤٦) للحاكم ، والتقاسيم (١٤٧) والأنواع لابن حبان ، وله (١٤٨) ترتيب خاص ، وصحيح (١٤٩) أبى عوانه والسنن (١٥٠) الكبير للبيهقى ، ومعرفة (١٥١) السنن والآثار (١٥٢) له والسنن (١٥٣) الصغير (١٥٤) والأحكام لعبد الحق .

ومنها ما هو على المسانيد ، مسند (١٥٥) أبى داود الطيالسى ، والمنتخب (١٥٦) من مسند عبد بن حميد ، ومسند (١٥٧) أبى بكر بن أبى شيبه ، ومسند (١٥٨) أحمد بن حنبل ومسند (١٥٩) أحمد بن منيع شيخ المهدى ، والمعجم (١٦٠) للطبرانى .

ومن كتب رجال الحديث وعلله

معجم (١٦١) الصحابة للبغوى ، والاستيعاب (١٦٢) للصحابة لابن عبد البر ، وأسد (١٦٣) الغابة فى معرفة الصحابة لابن الأثير ، وتاريخ (١٦٤) البخارى الكبير ، وتاريخ البخارى (١٦٥) الصغير وتاريخ (١٦٦) ابن أبى حاتم ، والجرح (١٦٧) والتعديل لابن أبى حاتم ، وكتاب (١٦٨) الكامل لابن عدى ، والضعفاء (١٦٩) والمتروكين للبخارى ، والضعفاء (١٧٠)

قال ابن فرحون : ليس للمالكية كتاب مثله وأما ما للمازرى فانما هو كتاب المعين على التلقين وهذا الشرح يخرج فى عدة مجلدات قيل : هى ثلاثون جزءاً منه تسعة بمكتبة القرويين بفاس ومنه بالزيتونة وكذا بالمكتبة العاشورية وغيرها والمازرى هو أبو عبد الله محمد بن على بن عمر ابن محمد التميمى المشهور بالمازرى نسبة الى مازرة بصقلية Messara وهى أول بلد امتلكها الجيش الأغلبى الفاتح على يد قائده القاضى أسد بن الفرات فى ربيع الاول سنة ٢١٢ وقد افتكها رجار ملك النرمان من يد عبد الله بن الحواس آخر ملوك الطوائف بصقلية سنة ٤٦٤ هـ وبذلك انقطعت السيادة الاسلامية من تلك الجزر فهاجر من سكانها المسلمين من هاجر وبقى منهم من بقى تحت ذمة الافرنج الى أوائل القرن السابع والله غالب على أمره ويبدو أن والده هاجر مع من هاجر الى تونس لانها أقرب عدوة الى مازرة وتوفى الامام المازرى سنة ٥٣٦ عن خمسة وثمانين عاما فى مدينة المهدية ونقل جثمانه فى زورق الى المنستير حيث مدفن الصالحين والعلماء والزهاد والمرابطين والنساك حول ذلك الرباط المبارك الشامخ الذى كان يفزع اليه سكان الساحل الافريقى عند الشدائد ا هـ ملخصاً من كتاب نوابغ المغرب العربى للعلامة حسن حسنى عبد الوهاب (لجنة البعث الثقافى الافريقى) بتونس أهدانيه أخى العلامة الشيخ حسن عيسى عبد الظاهر عضو رواق السنة بمجمع البحوث الاسلامية (ط) .

والمتروكين للنسائى ، والضعفاء (١٧١) للعقيلى ،والضعفاء (١٧٢) لابن شاهين ، والثقات (١٧٣) لابن حبان ، وتاريخ (١٧٤) نيسابور للحاكم ، وتاريخ (١٧٥) بغداد للخطيب ، وذيله (١٧٦) لابن المدينى ، وذيله (١٧٧) لابن النجار ، والعلل (١٧٨) والطبقات (١٧٩) لمسلم ، والضعفاء (١٨٠) لأبى أيوب التميمى ، والطبقات (١٨١) الكبرى لابن سعد ، والطبقات (١٨٢) الصغرى له ، وكتاب (١٨٣) ابن القطان على الأحكام ، ومن (١٨٤) شروح الحديث التمهيد لابن عبد البر ، والاستذكار (١٨٥) والمنتقى للباجى ، والاكمال (١٨٦) للقاضى عياض ، (١٨٧) وشرح مسلم للنووى ، (١٨٨) وشرح العمدة لابن دقيق العيد .

ومن كتب اللغة

(١٨٩) الصحاح [١] (١٩٠) والمحكم [٢] (١٩١) والغريبين للهروى ، والله أعلم .

* * *

قال الامام السبكى رحمه الله تعالى :

قال المصنف والأصحاب : اذا تخايرا فى المجلس قبل التقابض فهو كالتفرق فيبطل العقد لما ذكره المصنف ، هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور ، وقال ابن سريج : لا يبطل لظاهر الحديث ، فانه يسمى يدا بيد .

(قلت) هذا آخر ما وجد من شرح أبى زكريا النووى رحمه الله ، وأقول بعون الله تعالى :

وفى المسألة وجه ثالث أن الاجارة لاغية والخيار باق بحاله ، وبه جزم الماوردى ، وقد شذ عن العراقيين بذلك ، فانهم مطبقون على البطلان . وممن جزم بذلك منهم الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب ونقله عن الأصحاب والمحاملى والمصنف وأتباعه وأكثرهم لم يحكوا خلاف ابن سريج ولا غيره فى ذلك الا سليما [٣] فى التقريب فانه حكاه وقال : ان المذهب البطلان ،

---

(١) الصحاح للجوهرى .

(٢) والمحكم لابن سيده .

(٣) منصوب على الاستثناء وكان فى الطبعات السابقة سليمان والنون من خطا النساخ فيكون المقصود هنا هو التقريب فى الفروع للامام أبى الفتح سليم بن أيوب الرازى الشافعى المتوفى سنة سبع واربعين واربعمائة والدليل عليه قوله فيما يلى : لكن سليم فى التقريب .

ورأيته بخطه فى تعليقة أبى حامد ، وقال : انه حكاه فى آخر الرهن •

وأما المراوزة فالفورانى فى العمـــدة وافق العراقيين وجزم بالبطلان • وأكثرهم يحكى وجهين مع اختلاف معنييهما • فالقاضى الحسين حكى وجه البطلان ووجه اللزوم فى موضعين من كتابه بتلخيص كل منهما مراده كما ذكرناه • وتبعه صاحب التتمة وصاحب التهذيب • وعين أن المخالف هو ابن سريج • وامام الحرمين حكى عن نقل شيخه وصاحب التقريب وجه الغاء الاجارة ووجه اللزوم ولم يذكر وجه البطلان • وتبعه الغزالى فى البسيط والوسيط مع زيادة ترجيح اللزوم • وقد انفرد بترجيح ذلك من بين المصنفين ووافقه عليه من فضلاء المتأخرين زين الدين الحلبى شيخ صاحب الوافى • فانتظم من النقلين فى طريقة المراوزة الأوجه الثلاثة المذكورة كما هى أيضا مفرقة فى طريقة العراق • وممن ذكرها مجموعة صاحب البحر • وعزا القول بالبطلان الى جمهور الأصحاب •

وأما الرافعى رحمه الله تعالى فانه ذكر الثلاثة مفـــرقة فى موضـــعين من كتابه على وجه يتوقف فى الجمع بينهما • ففى باب الربا قال : والتخاير قبل القبض بمنزلة التفرق يبطل العقد • خلافا لابن سريج ، كما فعل صاحب التهذيب •

وفى باب خيار المجلس حكى وجهين (أحدهما) الغاء الاجارة (والثانى) لزوم العقد كما فعل امام الحـــرمين • ولم يتعرض للتنبيه على أن كلا من الوجهين مخالف لما اقتضى كلامه فى باب الربا ترجيحه • فاقتصار الرافعى على هذين الوجهين فى هذاالمكان يوهم الجزم بصحة العقد • والنووى رحمه الله تعالى فعل هنا ــ حيث وقف فى باب الربا ــ كما فعل الرافعى فيه ،وحكى فى باب خيار المجلس فيما تقدم وجهى الغاء الاجارة ولزوم العقد وقال : ان أصحهما اللزوم • قال : وفيه وجه ثالث أنه يبطل العقد فجمع الأوجه الثلاثة • لكن بعبارة توهم أن البطلان مرجوح • وهو قال هنا : انه المذهب (وأما) قوله : أصحهما اللزوم فيمكن الاعتذار عنه بأنه الأصح من الوجهين ولا يلزم أنه الأصح مطلقا فلا منافاة بينه وبين أن يكون الثالث أصح منه •

(واعلم) أن الرافعى رضى الله عنه وكذلك الشارح فى هذا الفصل نقل

عن ابن سريج أنه لا يبطل العقد • ولم يبين هل مراده بعد ذلك أنه يلزم العقد ؟ أم تلغو الاجارة ؟ وأن عدم بطلان العقد صادق على كلا الوجهين • لكن سليم فى التقريب وصاحب العـدة بينا ذلك صريحا فقالا : وعن أبى العباس فيه وجه أن العقد يلزم بذلك ولا يبطـل ، وكذلك يقتضـيه كلام صاحب التهذيب وكلام سليم وصاحب العدة أصرح ، وقول سليم وصاحب العدة ان القول بالبطلان هو المذهب قد يؤخـذ منه أن ذلك منصـوص الشافعى رحمه الله ، ولم أر هذه المسـألة فيما وقفت عليه من نصـوص الشافعى وانما رأيتها فى كلام الشيخ أبى حامد فمن بعده ، ولأجل اجمال الرافعى ومن وافقه فى النقل عن ابن سريج حصل التباس على شيخنا ابن الرفعة فى الكفاية ، فجعـل قول ابن سريج كقول الماوردى والصـواب ما قدمته (والأصح) عند الحنـابلة كقول ابن سريج ، وعندهم احتمـال كمذهبنا (وأما) مذهب مالك وأبى حنيفة رحمهما الله تعالى فلا تأتى هـذه المسألة عندهما ، لأنهما لا يقولان بخيار المجلس •

توجيه كل وجه من ذلك

أما القول بالغاء الاجارة فقد استدل له الماوردى بأن اختيار الامضاء انما يكون بعد تقصى علقة العقد ، وبقاء القبض يمنع من تقصِّى عَلْقِهِ فمنع من اختيار امضائه ، قال فى البحر : وهذا حسن وليس كما قال فان اختيار الامضاء اما أن يكون يستدعى سبق صحة العقد أو سبق تقصىّ عَلْقِهِ ان كان الأول فهو حاصل ، وان كان الثانى فمن جملة العلق القبض فى غير الربوى ، ولا تتوقف الاجارة عليه اتفاقا وتخصيص محل النزاع دون غيره تحكم ، ثم ان حديث « البيعان بالخيار » يدل على أن الخيـار معناه ما لم يتفرقا ، أو يقول أحدهما لصاحبه : اختر ، فمن ادعى أن الخيار يبقى بعد التخاير كان مخالفا لمفهوم الحديث ، بل ولمنطوقه على رأيى ، فان فيه : فاذا كان بيعهما عن خيار فقد وجب البيع ، والشافعى رضى الله عنه يحمل ذلك على التخاير بعد العقد ، فاقتضى أن التخاير موجب للعقـد مطلقا ، والله سبحانه أعلم •

(وأما) قول ابن سريج فوجهه ظاهر ، لأن الشرط التقابض قبل التفرق ، وقد وجد ، والحاق التخاير بالتفرق فى كل أحكامه ممنوع • والذى ثبت

من الشرع مساواة التخاير للتفرق فى لزوم العقد لا مطلقا ، فمن ادعى ذلك فعليه البيان ، وله أن يتمسك بحديث « المتبايعان بالخيـار » ودلالته على وجوب العقد بالتخاير كما تقدم من غير تفصيل بين عقود الربا وغيرها •

قالت الحنابلة : اشتراط التقابض قبل اللزوم تحكم بغير دليل ، لم يبطل بما اذا تخايرا قبل الصرف ما لم يتفرقا ، فان الصرف يقع لازما صحيحا قبل القبض ، ثم يشترط القبض فى المجلس • ونحن نمنع هذه المسألة على الأصح فى مذهبنا ، ومن أثبت القول الذاهب الى ذلك وأجرى ذاك فى عقود الربا والسلم استحال القول بأن التخاير مبطل •

(واعلم) أن من الأصحاب من يثبت أن ذاك قول الشافعى رحمه الله ، أعنى صحة اشتراط نفى خيار المجلس ، فعلى هذا يتعين تخريج قول موافق لابن سريج فى مسألتنا هنا ولا سبيل الى أن يقال : ان ذلك لا يجرى فى عقود الربا ، والله سبحانه أعلم • وحينئذ أقول فى توجيه ما اختاره أكثر الأصحاب : ان الدليل على اشتراط التقابض قوله صلى الله عليه وسلم « يداً بيد » وهذا اللفظ اما أن يكون ظاهراً فى أنه يعطى بيد ويأخذ بأخرى ، واما أن يكون محتملا له ، لكنا خرجنا عن ذلك لقول عمر بن الخطاب رضى الله عنه لمالك بن أوس لما صرف من طلحة « لا تفارقه حتى تأخذ منه » فجعلنـا ذلك منوطا بالتفرق وليس اعتبار التفرق لذاته ، بل لمعنى يمكن احالة الحكم عليه ، وهو أن العقد قبل التفرق كأنه لم يوجد بدليل قوله صلى الله عليه وسلم : « كل بيعين لا بيع بينهما حتى يتفرقا الا بيع الخيار » رواه البخارى ومسلم كلاهما بهذا اللفظ • اقتضى الحديث تنزيل العقد الذى لم يلزم بالتفرق أو التخاير منزلة العدم ، وأنه بعد التفرق أو الخيار ليس كذلك فاذا وجد القبض قبل انقضاء الخيار وجد فى وقت كأنه لم تتكامل حقيقة العقد فيه فأشبه القبض الواقع وقت العقد ، بأن يعطى بيد ويأخذ بأخرى ، فكان أقرب الى قوله صلى الله عليه وسلم « يدا بيد » بخـلاف ما اذا وجد ذلك بعد اللزوم •

وأما اعتبار التفرق من حيث هو ، فلا معنى له ولم يرد فى الشرع ما يدل عليه ، ولا أن التقابض قبله مطلقا كاف ، ويتأيد ذلك بأن الأصل عندنا فى بيع الربويات التحريم ، الا ما قام الدليل على اباحته كما سننبه عليه ان

شاء الله تعالى فاذا تعارض ما يقتضى الحاق التخاير بالتفرق ، وما يقتضى عدمه ، تعين الرجوع الى الأصل ، فكيف ولم يحصل تعارض ؟ فان الشارع لم ينص على أنه متى حصل التقابض قبل التفرق صح العقد ، ولا على جعل التفرق من حيث هو مظنة بل شرط أن يكون يدا بيـد ، والعقد بالتخاير موجود حقيقة وحكما ، وتقدُّمُ صحة العقد على شرطه ممتنع • وأما ما قبل التخاير فالصحة المحكوم بها كلاصـحة لما قدمناه فكذلك اكتفى بالقبض فيها ، وأيضا فالتفرق اعتبر للدلالة على تكامل الرضا والتخاير المصرح بذلك أولى •

« فان قلت » التخاير قبل التقابض اما أن يكون صحيحا أو باطلا ، فان كان صحيحا وجب أن يترتب عليه مقتضاه وهو اللزوم كما قال ابن سريج ، وان كان باطلا وجب أن يلغو ويبقى الخيار بحاله كما قال الماوردى ، فالحكم بكونه مبطلا للعقد بعيد (قلت) بطلان العقد لم ينشأ عن التخاير ، بل عن عدم التقابض ، والتخاير مبين لنا غاية الوقت الذى اشترط فيه التقابض كالتفرق ، فالتخاير قاطع للمجلس حقيقة ، لوجود حقيقة الرضا الكامل ، وان تخلف لزوم العقد عنه ، والله تعالى أعلم •

(التفريع) اذا قلنا بقول ابن سريج فتقابضا بعد ذلك قبل التفرق ، فقد تم العقد لأنه لزم بالتخاير ، وان تفرقا قبل أن يتقابضا انفسخ العقد ، وهل يأثمان بذلك ؟ جزم الامام والغزالى والرافعى رحمهم الله تعـالى والنووى رحمه الله تعالى فى هذاالمجمـوع فى باب الخيار أنه باللزوم يتعين عليهمـا التقابض ، وأنهما ان تفرقا قبل التقابض انفسخ العقد بعد اللزوم ولا يعصيان ان كان تفرقهما عن تراض وان فارق أحدهما انفسخ العقد وعصى بانفراده بما يضمر فسخ العقد واسـقاط المستحق عليه ، وما جـزموا به من كونهما لا يعصيان اذا تفرقا عن تراض ينافى ما قاله ابن الصباغ والمتولى ، ونقله النووى عن الأصحاب فيما تقدم أن التفرق قبل التقـابض فى عقود الربا يأثمان به ، وان كان الخيار باقيا ، وأنه يكون جاريا مجرى بيع الربوى نسيئة ، وكذلك جزم به القاضى أبو الطيب الطبرى ، وفى كلام الشافعى رحمه الله تعالى ما يشير الى ذلك ، فانه قال فى الاملاء اذا تفرق المتبايعان قبل أن يتقابضا صار رباً ، وانفسخ فيه البيع ، وقال فى كتاب الصرف من

الأم : اذا صرف الرجل شيئا لم يكن له أن يفارق من صرف منه ؛ حتى يقبض منه ، ولا يوكل به غيره الا أن ينفسخ البيع ، ثم يوكل هذا بأن يصارفه •

وقال النووى رحمه الله تعالى فيما تقدم :

قال أصحابنا : فلو تعذر عليهما التقابض فى المجلس وأرادا أن يتفرقا لزمهما أن يتفاسخا العقد قبل التفرق ، لئلا يأثما ، فاذا كان هـذا فى زمان الخيار فبعده أولى بلا شك ، ويتجه أن يخرج من كل من الكلامين الى الآخر ، وللنظر فى كل منهما مجال يتجه أن يقال ان ذلك حرام مطلقا ، لأن الشارع نهى عن هذا العقد الا يدا بيد ، وحكم على كل عقد من هذه العقود بأنه ربا الا : ها وها ، فمتى لم يحصل هذا الشرط حصل المنهى عنه ؛ وحصل الربا ، والربا حرام ، وهذا الذى يقتضيه ظاهر اطلاق الأصحاب لفظ الحرمة على هذه الأمور فى عقود الربا ، كقولهم : حرم النساء والتفرق قبل التقابض، وليس تفرقهما كتفاسخهما ؛ فانهما بالتفاسخ رفعا العقد فلا يلزمهما شروطه واذا لم يرفعاه وتفرقا فقد خالفا بالتفرق وجعلاه عقد ربا ، والبطلان حـكم من الشرع عليهما ، ويحتمل أن يقال : انه ليس المراد ههنا بالحرمة الا أن هذه الأشياء شروط فى الصحة •

قال السمرقندى رحمه الله من الحنفية فى كتاب المطلوب فى الخلاف : ان المعنى بصحة العقد وفساده هنا وقوعه مقتضيا ثبوت أحكام مخصوصة دون الحرمة المطلقة فانهما اذا تبايعا وافترقا من غير قبض لا يأثمان ، ولكن يمتنع ثبوت هذه الأحكام عند الشافعى رحمه الله ، وعندنا لا يمتنع ، يعنى فى بيع الطعام بالطعـام • فأفهم كلامه أن الامامين غير قائلين بالحـرمة المطلقة • والأول أرجح وأقرب الى أصل الشافعية الذى تقدمت الاشارة اليه • ويأتى ان شاء الله تعالى •

(أما) بعد اللزوم على رأى ابن سريج فرضاهما بالفسخ لا أثر له ، ولم يبق الا صورة التفرق فيتجه الجزم بالتحريم وان رضيا به ، لأنهما رضيا بما يحقق العقد المنهى عنه فالقول بالتحريم فى زمان الخيار مع عدم التحريم بعد التخاير مما لا يجتمعان •

(فان قلت) القول بعدم التحريم بعد التخاير انما ذكروه تفريعا على رأى

ابن سريج ، فجاز أن يكون ابن سريج مخالفا فى ذلك الأصل ، فلا يلزم أن يجتمع كلامه مع كلام الأصحاب • (قلت) القائلون بذلك تفريعا على رأى ابن سريج لم ينقلوا التفريع المذكور عنه ، وانما فرعوه كسائر التفاريع المذهبية فلذلك حسن الايراد عليهم ، وأيضا فقد قلنا فيما تقدم انه يتعين تخريج قول مثل قول ابن سريج ، واذا أثبتنا للشافعى قولا بصحة العقد والشرط فيما اذا تبايعا على أن لا خيار لهما •

(فان قلت) انهما فى زمان الخيار متمكنان من الفسخ فلهما طريق فى رفع العقد قبل التفرق فلا يباح لهما التفرق • وأما بعد اللزوم فلا طريق لهما الا التفرق (قلت) بعد اللزوم لا طريق لهما الى رفع العقد ، وارتفاعه انما يحصل بغير اختيارهما كتلف المعقود عليه ، فاذا تفرقا فقد فعلا ما ليس لهما فعله ، وان كان يرتفع العقد به ، والله سبحانه أعلم •

(وأما) جزمهم بأنه اذا فارق أحدهما يعصى لقطعه ما هو مستحق عليه ، فعلى قاعدتهم وقولهم انهما اذا تفرقا راضيين لا يعصيان ، فيه نظر فانه لا يمتنع على الانسان أن يتصرف فى نفسه أو خاص ملكه تصرفا ينقطع به حق غيره اذا كان التصرف فى نفسه مباحا ، ألا ترى أن المكاتب يعجز نفسه فينقطع به حق السيد عنه ، والزوج يطلق قبل الدخول فينقطع به حق المرأة فى نفس الصداق عنه ، وانما يمتنع اذا كان ذلك مقصودا للشرع ، فحينئذ يمتنع كل منهما أن يفارقه لاستلزامه تفويت التقابض المستحق بالعقد شرعا تحرزا عن الربا • والله أعلم •

هـذا كله اذا فرعنا على قول ابن سريج ، وان فرعناه على ما اختاره الماوردى فالخيار باق بحاله ، فان تقابضا بعد ذلك قبل الافتراق صح العقد واستقر وكانا بالخيار ما لم يتفرقا أو يتخيرا ، كذلك صرح الماوردى والله أعلم • وعلى ما اختاره أكثر الأصحاب لا اشكال فى التفريع ، فان التخاير ملحق بالتفرق من جميع وجوهه ، ومقتضى ذلك أن يأثما به كما يأثمان بالتفرق ، والتخاير المبطل أن يكون منهما معا لأنه الذى ينقطع به خيارهما كالتفرق ، أما اذا أجاز أحدهما فليس ذلك فى معنى التفرق ، حتى يبطل به ، فان مجلس العقد باق ، فان أجاز الآخر بعد ذلك قبل التقابض لا اثم كما تقدم ، وفى الحكم باثم السابق بالاجازة من غير مواطأة نظر ، وهذا الذى

فلته من التفريع على قول أكثر الأصحاب تفقه لم أر شيئا منه منقولا • والله أعلم •

(فـرع) ما تقدم من الكلام فيما اذا فارق أحدهما تفريعا على رأى ابن سريج صورته أن يكون بغير اذن صاحبه ، كذلك صرح به فى الوسيط ، وعبارته فى البسيط : وان هرب أحدهما وهى أصرح فى المقصود ، وعليه يحمل اطلاق الامام والرافعى ، أما لو فارق أحـدهما برضى الآخر ، فان حكمه ما لو تفرقا ، والله سبحانه أعلم •

(فـرع) جميع ما تقدم من الخلاف فى حكم الاجارة فى عقـود الربا والصرف التى يشـترط فيها التقابض وبطلان العقد بذلك أو لزومه ، أو الغاء الاجارة • وتفاريع ذلك جار بعينه فى السلم ، لو أجرت الاجارة قبل قبض رأس المال فيه ذكر القاضى حسين المسألتين وتكلم فيهما • وكذلك الامام وصاحب التهذيب ، والله تعالى أعلم •

(فـرع) اذا باع مال ولده من نفسه فى عقد الصرف أو غيره مما يشترط فيه القبض فى المجلس • وفارق مجلسه ذاك ولم يحصـل القبض بطل العقد على أصح الوجهين فى أنه اذا فارق المجلس يلزم العقد • وقيل لا يلزم الا باختيار اللزوم وذكر الماوردى أنه قول جمهور أصحابنا • فعلى هذا فى الصرف يجوز أن يقبض بعد مفارقة المجلس ما لم يبطل الخيار باختيار اللزوم • قاله صاحب التهذيب وصاحب العدة • ولنا وجه فى أصل المسألة أنه لا يثبت فى هذا العقد خيار مجلس أصلا • وعلى هذا أيضا يكون المعتبر مجلس العقد • فاذا فارقه بطل • قاله صاحب العدة • والله أعلم •

(فروع) حيث اشتراطنا التقابض ، فسواء تركه ناسيا أم عامدا فى فساد البيع نص عليه الشافعى رحمه الله فى الأم ، وسواء علما فساد العقد بتأخر القبض أم جهلا • قاله الماوردى ، وسواء كان ذلك اختيارا أو كرها • نقله صاحب الاستقصاء عن الايضاح • ولم أر ذلك فى غير الاستقصاء •

ولعلك أن تقول قد حكوا خلافا فى انقطاع الخيـار بالتفرق على وجه الاكراه والصحيح أنه لا ينقطع ، فجعلوا الاكراه هناك عـذرا ، فهل كان ها هنا عذرا ؟ وكيف يحكم ببطلان العقد مع بقاء الخيار الدال على بقـاء

المجلس ؟ والشرط أن يتقابضا فى المجلس لا غير ، وأن يكون ذلك التفرق كلا تفرق •

(فان قلت) قد نص الشافعى رحمه الله على أن النسيان فى ذلك كالعمد ، وهو يشعر بأن الاكراه كالاختيار (قلت) النسيان له صورتان : أن ينسى العقد ويفارق المجلس ثم يتذكر • وفى هذا قال امام الحرمين رحمه الله لا شك أنه ينقطع خياره وأنه لا وجه لتقريب ذلك من الحنث فى اليمين ، فان الحالف جعل اليمين وازعة ، واليمين المنسية لا تزع ، والناسى اذا فارق مجلس العقد فى حكم مضيع حق نفسه بالنسيان ، وقصد بهذا الفرق بينه وبين المكره ، فهذه الصورة اذا حمل كلام الشافعى رضى الله عنه عليها لا ترد على المكره ؛ لأن الاكراه تعلق بالتفرق ، والاكراه يسقط اعتبار المكره عليه ، فصار وجود التفرق كعدمه ، والنسيان المذكور لم يتعلق بالتفرق ، بل التفرق مقصود والنسيان متعلق بالعقد فلا جرم رتب على التفرق المقصود اختيار أثره وأما الصورة الثانية من النسيان فهى أن يوجد منه التفرق غير قاصد له ، بل على وجه السهو والغفلة ، وان كان فى تسمية هـذا نسيانا نظر ، فهذا اذا وقع على هذه الصورة يمكن الحاقه بالاكراه بل يتعين • وقد قال صاحب الذخائر فى الناسى ان بعض أصحابنا قال : ينقطع خياره بالمفارقة ناسيا ، لأنه لا يعدم سوى القصد ولا تأثير للقصد اذ هو غير شرط • قال وفيه نظر ، فانه حق ثابت لم يرض باسقاطه فكيف يسقطه ؟ ويحتمل تخريجه على من أكره على التفرق وترك التخاير ، وكذلك القول فى الجاهل ، آل القول فى ذلك الى أن القصد فى التفرق هل يشترط أم لا ؟ فمن لم يشترطه اكتفى بصورة التفرق ، ومن اشترطه لم يكتف بذلك ولا يرد عليه الجنون لأنه انتقل عنه الخيار الى غيره فهو كالميت •

(قلت) فاذا تأملت كلام صاحب الذخائر وعليه كلام بعض الأصحاب التى نقلها علمت أن ذلك الكلام انما يظهر فى الصورة الثانية ، وتقوى فيه حينئذ ما قاله صاحب الذخائر • ومتى حمل على الأول لا يستقيم عليه صاحب ذلك الوجه • ومتى ثبت أن التفرق على وجه السهو والغفلة لا يقطع الخيار ، يجب أن لا يبطل العقد بالتفرق على ذلك الوجه قبل التقابض ، والله عز وجل أعلم •

وأما الفرع الثانى الذى قاله الماوردى رحمه الله تعالى فظاهر • لأن الجهل بالحكم الشرعى لا يدفع ثبوته • وقول صاحب الذخائر المتقدم فيه نظر ان حمل على الجهل بالحكم يتعين ما قلناه من سقوط الخيار ، وان حمل على الجهل بأن ذلك العقد سمى تفرقا اتجه أن يبقى خياره • والله سبحانه وتعالى أعلم •

(فروع) نص عليها الشافعى فى الأم قال رضى الله عنه : ومن اشترى فضة بخمسة دنانير ونصف فدفع اليه ستة وقال : خمسة ونصف بالذى عندى ونصف وديعة فلا بأس به • ولا بأس اذا صرف منه وتقابضا أن يذهبا فيزنا الدراهم • وكذلك لا بأس أن يذهب هو على الانفراد فيزنها • وحمله صاحب البيان على أن يكون أحدهما عرف الوزن وصدقه الآخر وتقابضا على ذلك وما حمله عليه فيه بحث سأذكره فى باب الصبرة بالصبرة والله أعلم •

قال الشافعى رحمه الله : ولا بأس أن يصرف الرجل من الصراف دراهم فاذا قبضها وتفرقا أودعه اياها •

(فرع) قال الشافعى رحمه الله تعالى : لا بأس أن يقبض بعد الصرف ويدفع ما قبضه منه الى غيره ، أو يأمر الصراف أن يدفع باقيه الى غيره اذا لم يتفرقا من مقامهما حتى يقبضا جميع ما بينهما (مثاله) أن يصرف دينارا بعشرين منه • عشرة ثم عشرة قبل أن يتفرقا • وكذلك قال الماوردى رحمه الله : لا يلزم دفع جميعه مرة واحدة • والله تعالى أعلم •

(فرع) لو اختلفا بعد الافتراق فقال أحدهما : تفرقنا عن قبض • وقال الآخر بخلافه • كان القول قول من أنكر القبض • ويكون الصرف باطلا • قاله الماوردى وقال :

(فان قيل) أليس لو اختلفا بعد الافتراق فى الامضاء والفسخ كان القول فى أحد الوجهين قول من يدعى الامضاء ، والبيع لازم ؟ فهل كان اختلافهما فى القبض مثله ؟

(قيل) الفرق بينهما أن من ادعى الفسخ ينافى بدعواه مقتضى العقد ، لأن مقتضاه اللزوم والصحة الا أن يتفقا على الفسخ ، فكان الظاهر موافقا

لقول من ادعى الامضاء ، وليس كذلك من ادعى القبض ، لأن الأصل عدم القبض على أن أصح الوجهين أن القول قول مدعى الفسخ •

(قلت) قوله : ان أصح الوجهين أن القول قول مدعى الفسخ ، وافقه عليه ابن أبى عصرون ، وهو مخالف لما صححه الرافعى وجماعة أن القول قول المنكر للفسخ لأنه الأصل •

(وأما) ما جزم به قول منكر القبض ، فقد خالفه فيه ابن أبى عصرون ونقل فقال : ان كان ما باع كل واحد منهما فى يده فالقول قول من يدعى عدم حصول القبض ، لأن الحال يشهد به ، وان كان المالان فى يد أمين لا يعلم الحال أو فى موضع البائع ، فالقول قول من يدعى حصول القبض ، لأن الأصل صحة العقد ووجود ما يقتضيها ، وكذلك لو أقام كل واحد منهما بينة قدمت بينة الصحة لأن معها زيادة علم ، هكذا ذكر فى الانتصار •

ووقع فى النسخة التى وقفت عليها من المرشد فى القسم الأول ، أن القول قول من يدعى حصول القبض ، ونقله ابن الرفعة عنه كذلك فجعل القول قول من يدعى حصول القبض فى القسمين ، وذلك محمول على غلط من النسخة سقط منها عدم من النسخة التى رأيتها ، ومن النسخة التى وقعت لابن الرفعة ، وليس فى المرشد تعليل يرشد الى المعنى ، فلذلك وقع الوهم لابن الرفعة ، وهذه من آفة الكتب المختصرة •

(وأما) الانتصار فوقع الكلام فيه على الصواب وتعليله يرشد اليه على أن ما قاله الماوردى أقوى مما قاله ابن أبى عصرون ، لكن ابن الرفعة بعد أن حكى كلام صاحب المرشد على ما وجده قال : ويعضد ذلك ما حكاه ابن الصباغ فى السلم فيما اذا اختلفا فى قبض رأس المال قبل التفرق أو بعده أن القول قول من يدعى الصحة ، قال : ولم يحك سواه وطرده فيما اذا كان فى يد المسلم • وادعى المسلم اليه أنه أودعه اياه أو غصبه •

(**قاعدة**) الأصل عندنا وعند المالكية فى بيع الربويات بجنسها أو ما يشاركها فى علة الربا التحريم ، الا ما قام الدليل على اباحته ، وهذا الأصل مستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم « لا تبيعوا الذهب بالذهب ،ولاالورق

بالورق الا وزنا بوزن ، مثلا بمثل ، سواء بسواء » لفظ مسلم رحمه الله تعالى فى حديث أبى سعيد .

وفى حديث عبادة « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، الا سواء بسواء ، عيناً بعين ، فمن زاد أو ازداد فقد أربى » لفظ مسلم أيضاً ، ومن قوله صلى الله عليه وسلم فى الحديث الذى رواه عمر رضى الله عنه « الذهب بالورق رباً الا ها وها » الحديث متفق على صحته لفظ البخارى « الذهب بالورق » ولفظ مسلم : الورق بالذهب ، ومن قوله صلى الله عليه وسلم « فاذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم ، اذا كان يداً بيد » لفظ مسلم فى حديث عبادة .

وجه الاستدلال أنه صلى الله عليه وسلم فى الحديث الأول صدره بالنهى ثم استثنى منه ، وفى حديث عمر رضى الله عنه صدره بالحكم على ذلك بالربا ثم استثنى وفى الحديث الآخر وهو بقية حديث عبادة علقه على شرط ، والمشروط عدم عند عدم الشرط ، والأصل عدمه ، وهذه قاعدة شريفة نافعة فى مسائل من باب الربا ، كمسألة بيع الحفنة بالحفنتين ، والجهل بالمماثلة وغير ذلك كما سننبه عليه ان شاء الله تعالى .

وفى مظان الاشتباه وتعارض المأخذ اذا تساوت يجب الحكم بالتحريم عملا بالأصل ، وقد صرح الشافعى رحمه الله تعالى فى الأم بأن الأصل ذلك . ويخالفنا فى ذلك الحنفية ، لأن الأصل عندهم فى ذلك الجواز لاندراجه فى جملة البيع ، ويجعلون عقود الربا وسائر ما نهى عنه مخرجا من ذلك الأصل ، ويؤول تحقيق بحثهم الى ان عقد الربا اشتمل على وصف مفسد فهو كسائر البيوع التى اقترن بها ما يفسدها ، وممن صرح بنقل هذين الأصلين عند المذهبين من أصحابنا الخلافيين الشريف المراغى وأبو المظفر بن السمعانى ومحمد ابن يحيى وغيرهم ، قالوا : واللفظ المراعى : الأصل عندنا فى الأموال الربوية التحريم ، والجواز ثبت على خلافه رخصة مقيدة بشروط ، وعندهم الأصل الجواز ، والتحريم ثبت على خلافه عند المفاضلة .

ونقل ابن العربى المالكى عن أبى المطهر خطيب أصفهان قال : قال لنا

المنذرى : الأصل فى الأموال الربوية حظر البيع حتى يتجه تحقيق التماثل ، وعند أبى حنيفة رحمه الله الأصل اباحة البيع حتى يمنعه حقيقة التفاضل ، وما قلناه أصح ، وممن صرح بهذا الأصل من المالكية الطرطوشى وابنه فى كلامه ، وقد رأيت ما هو منسوب الى الحنفية فى كتبهم وتحقيقه عندهم ما قدمته ، وهذه القاعدة يظهر نفعها فى مواضع سأنبه عليهـا ان شاء الله تعالى ، وتقدم التنبيه على بعضها .

(فان قلت) كيف تستقيم دعوى هذه القاعدة ؟ وقد اشتهر عن الشافعى رحمه الله تعالى فى كلامه فى معنى قوله تعالى (وأحل الله البيع) وأن أظهر معانيها عنده أنها عامة تتناول كل بيع وتقتضى اباحة جميعها الا ما خصه الدليل وقد تقدم فى هذا المجموع ذكر أقوال الشافعى رحمه الله تعالى فى ذلك ، وأن هذا القول أصحها عنده وعند أصحابه ؛ وعقد الربا فرد من أفراد البيوع ، فيكون الأصل فيه الجواز كما تقوله الحنفية ، وما خرج منها بالتخصيص كان على خلاف الأصل .

(قلت) مسلّم أن الآية شملت دلالتها كل بيع ، وأخرج منها عقود الربا بقوله « لا تبيعوا الذهب بالذهب » الحديث وظائره ، وبقوله تعالى (وحرم الربا) ان صح الاستدلال منه لما سننبه عليه ان شاء الله تعالى ، فصار هذا أصلا ثابتا أخص من الأول ، لأن هـذا خاص بالربويات ، ثم استثنى من هذا الأصل أحوال وهو ما اذا حصل المساواة والحلول والتقابض فى الجنس الواحد . والحلول والتقابض خاصة فى الجنسين . فأبو حنيفة رحمه الله نظر الى الأصـل الأول . وهو اباحة البيـوع وجعل صورة المفاضـلة فى الربويات مخرجة منه . والشافعى رحمـه الله نظر الى الأصل الثانى القريب وهو التحريم فى الربويات كلها ثم جعل حالة التماثل مخرجة منه . والحنفية ينازعون فى تقرير هذا الأصل الثانى ويقولون : ان قوله : « لا تبيعوا الطعام بالطعام الا سواء بسواء » وما أشبهه من هذه الصيغ فى معنى .

وقد صرح الشافعى رحمه الله فى الأم بأن أصل البيوع كلها مباح الا ما نهى عنه النبى صلى الله عليه وسلم وما فى معناه ، كل ذلك واحد ، ثم تارة يجعلون المقصود فساد البيع عنـد عدم المماثلة التى هى واجبة ؛ قال

هؤلاء : لأن الكلام المفيد بالاستثناء يصير عبارة عما ما وراء المستثنى وكلهم يحومون على جعل المعنى كلاما واحدا ، ولذلك يبنون كلامهم فى باب الربا على حديث أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح ، مثلا بمثل يدا بيد ، فمن زاد أو استزاد فقد أربى » رواه مسلم رحمه الله تعالى ، فلم يأت فى هذا اللفظ صيغة نهى واستثناء ، فكان المعنى الحكم بايجاب المماثلة ، قالوا : ولا يتصور الحكم بدون محله ، ومحله المماثلة ، وهو القابل لها ، فعرفنا أن المحل الذى لا يقبل المماثلة فى الكيل اجماعا •

والجواب عن هذا أن كلا من خبر أبى سعيد وخبر عبادة ورد بلفظ الاثبات فقط ، وورد بلفظ النهى والاستثناء ، وألفاظهما بذلك كلها فى الصحيح ولا تنافى بينهما ، واللفظ الذى فيه نفى واثبات فيه زيادة على ما فيه اثبات فقط ، فيجب العمل بمقتضاه ، ودعواهم أن النهى والاستثناء فى معنى كلام واحد ، وهو النهى عما وراء المستثنى فقط ، وايجاب المستثنى فقط ممنوع ولا دليل عليهما ، وفيهما تعطيل لبعض مدلول الكلام ، فهذه قاعدة مهمة ينبغى الاعتناء بها فمن أتقنها وأتقن تحقيق العلة فى الربويات ، وهل الجنس وصف فى العلة أو شرط فيها أو محل لها ؟ وحقق النظر فى الأجناس ، فقد أحاط علما بجميع أصول هذا الباب ، ولولا خوف الاطالة لأمعنت الكلام فى هذه القاعدة أكثر من هذا ، ولكنى أرجو أن يكون فيما ذكرته كفاية ، وسوف أعود اليها عند الكلام فى اعتبار التساوى فى الكيل فى أول الفصل السادس من كلام المصنف ان شاء الله تعالى ، وسأنبه على الأمرين الآخرين اللذين أشرت اليهما ان شاء الله تعالى فى محلهما ، والله تعالى أعلم •

(فائدة) تقدم أن الأصح عند الشافعى رحمه الله تعالى أن البيع على عمومه الا ما خصه الدليل وهو مذهب أكثر الفقهاء • وللشافعى أقوال أخر تقدم نقلها فى المجموع • وفى المسألة قول آخر لبعض الفقهاء لم تتقدم حكايته ، فأحببت أن أنبه عليه • وهو أن البيع فى الآية من قبيل العموم الذى لا خصوص فيه ولا يدخله الخصوص لأنه لا بيع الا وهو حلال •

وهؤلاء يمنعون تسمية شيء من البياعات الفاسدة بيعا ، ويقولون : ان نفى الحكم عن الاسم يمنع من وقوع الاسم عليه الا مجازا • حكى ذلك القاضى عبد الوهاب المالكى • فعلى هذا لا يبقى للحنفية فيه دليل على ما يدعونه • والله سبحانه وتعالى أعلم •

(**فائدة أخرى**) تقدم فى كلامى توقف فى الاستدلال بقوله تعالى (وحرم الربا) على تخصيص البيع وذلك لأن الناس اختلفوا فى مدلول الربا فقال ابن داود الظاهرى : حقيقة هذه اللفظة الزيادة فى نفس الشيء خاصة لقوله تعالى (فاذا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربت) والأرض انما تربو فى نفسها لا فيما يقابلها ولا يطلق على الزيادة فى المقابل الا مجازا • ولعله ذهب الى ذلك حتى يسد باب الاحتجاج على أبيه ؛ فقوله تعالى (وحرم الربا) هو أنه يشمل الربا فيهما عدا الأشياء الستة المنصوص عليها وقال ابن سريج انه وان وضع للزيادة فى نفس الشيء يقابله عرفا ويكون من الأسماء العرفية فى الشرع كالصلاة • ومال آخرون الى انطلاق اللفظ على المعنيين انطلاقا متساويا • ومن الناس من ذهب الى أن هذه التسمية تطلق على كل بيع محرم • وأضيف هذا المذهب الى عائشة رضى الله عنها لأجل قولها : « لما نزلت الآيات من آخر سورة البقرة فى الربا خرج النبى صلى الله عليه وسلم فحرم التجارة فى الخمر » متفق عليه ، أشارت الى أن بيع الخمر لما كان محرما كان ربا • وأضيف أيضا الى عمر رضى الله عنه لقوله : ان من الربا بيع التمر وهى معصفة قبل أن تطيب ، ويحتجون باطلاق اسم الربا على النسيئة فى الذهب بالفضة لكونها محرمة وان كان التفاضل جائزا ــ حكى هذه الأقوال الأربعة الامام أبو عبد الله المازرى المالكى • فعلى قول ابن داود لا يكون الربا داخلا فى مسمى البيع ألبتة حتى يختص به ، بل يكون واردا فى ربا الجاهلية • وهو أن يكون للرجل على الرجل الحق الى أجل ، فاذا حل الأجل قال : أتقضى أم تربى ؟ فان قضاه أخذه والا زاده فى حقه وزاده الآخر فى الأجل •

وقد ذهبت طائفة منهم القاضى أبو حامد من أصحابنا الى حمل الآية على ذلك وأن الألف واللام فى الربا للعهد ، وليس هذا موضع تقوية ذلك أو توهينه ، ولكن غرضى أن تخصيص قوله (وأحل الله البيع) بما لا يسلم

من نزاع بخلاف تخصيصه بالنسيئة • وهكذا فعل الشافعى رضى الله عنه • قال فى الأم : أصل البيوع كلها مباح اذا كانت برضا المتبايعين الجائزى الأمر فيما تبايعا ، الا ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم منها ، وما كان فى معنى ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم محرم باذنه داخل فى المعنى المنهى عنه • وما فارق ذلك أبحناه بما وصفنا من اباحة البيع فى كتاب الله تعالى اهـ ، فجعل المخصص هو السنة فحسب •

وممن مال الى أن المراد بالربا كل بيع فاسد أبو بكر بن العربى المالكى • وقال:ان الآيتين ــ يعنى قوله تعالى (وأحل الله البيع وحرم الربا) ــ اقتضيا كتاب البيوع كله على الشمول دون التفصيل ، وفصله النبى صلى الله عليه وسلم فى ستة وخمسين حديثا • وقال الرويانى : قيل الربا فى الشرع اسم لمقابلة عوض بعوض مخصوص غير معلوم التماثل فى معيار الشرع حالة العقد ، أو تأخر فى البدلين أو فى أحدهما • (قلت) وهذا حسن فى تعريفه ، سواء كان حقيقة أم مجازا •

فصل فى مذاهب العلماء فى الأحكام التى ذكرها المصنف فى هذا الفصل الى هذا المكان اقتضى قول المصنف أنه اذا باع الربوى بجنسه حرم فيه التفاضل والنساء والتفرق قبل التقابض ، واذا باعه بما يشاركه فى العلة حرم النساء والتفرق فقط ، وأن الشعير والحنطة جنسان ، فهذه خمسة أحكام منها ما هو مجمع عليه ، ومنها ما هو مختلف فيه ، وسأبين ذلك واحدا واحدا ان شاء الله تعالى •

(الحكم اولا) تحريم التفاضل فى الجنس الواحد من أموال الربا اذا بيع بعضه ببعض ، كبيع درهم بدرهمين نقدا أو صاع قمح بصاعين ، أو دينارا بدينارين ويسمى ربا الفضل ، لفضل أحد العوضين على الآخر ، وربا النقد فى مقابلة ربا النسيئة • واطلاق التفاضل على الفضل من باب المجاز • فان الفضل فى أحد الجانبين دون الآخر ، وقد أطبقت الأمة على تحريم التفاضل اذا اجتمع مع النساء ، وأما اذا انفرد نقدا فانه كان فيه خلاف قديم صح عن ابن عباس وابن مسعود رضى الله عنهما اباحته ، وكذلك عن ابن عمر رضى الله عنهما مع رجوعه عنه • وروى عن عبد الله بن الزبير رضى الله

عنه وأسامة بن زيد رضى الله عنه • وفيه عن معاوية شيء محتمل • وزيد بن أرقم والبراء بن عازب من الصحابة رضى الله عنهم •

(فأما) التابعون فصح ذلك أيضا عن عطاء بن أبى رباح وفقهاء المكيين • وروى عن سعيد وعروة ثم روى عن ابن عباس ما يقتضى رجوعه عن ذلك • وكذلك عن ابن مسعود وانتداب جماعة من العلماء لتبيين رجوع من قال بذلك من الصدر الأول والتشوف الى دعوى الاجماع على التحريم • وها أنا ان شاء الله تعالى أبين ما روى من الآثار عن القائلين بذلك • ثم ما روى من رجوع من رجع عنه • ثم أذكر كلام من تشوف لجعل المسألة اجماعية • ثم أبين الحق فى ذلك بحول الله تعالى وقوته • فهذه أربعة فصول •

القائلون بجوازه

(الأول) ما روى من الآثار عن القائلين بذلك : روينا عن أبى صالح الزيات أنه سمع أبا سعيد الخدرى رضى الله عنه يقول : « الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم فقلت له : فان ابن عباس لا يقوله • فقال أبو سعيد : سألته فقلت : سمعته من النبى صلى الله عليه وسلم أو وجدته فى كتاب الله تعالى ؟ فقال : كل ذلك لا أقول ، وأنتم أعلم برسول الله صلى الله عليه وسلم منى ، ولكن أخبرنى أسامة بن زيد أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا ربا الا فى النسيئة » رواه البخارى ومسلم واللفظ للبخارى فيما رويناه عنه • وقد اجتمع فى هذا الحديث ثلاثة من الصحابة يروى بعضهم عن بعض •

وروى عن ابن الزبير المكى واسمه محمد بن مسلم بن تدرس — بفتح التاء ودال ساكنة وراء مضمومة وسين مهملة قال « سمعت أبا أسيد الساعدى وابن عباس يفتى الدينار بالدينارين فقال له أبو أسيد الساعدى وأغلظ له • قال : فقال ابن عباس : ما كنت أظن أن أحدا يعرف قرابتى من رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لى مثل هذا يا أبا أسيد • فقال أبو أسيد : أشهد لسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : الدينار بالدينار ، وصاع حنطة بصاع حنطة ، وصاع شعير بصاع شعير ، وصاع ملح بصاع ملح ، لا فضل بينهما فى شيء من ذلك • فقال ابن عباس : انما هذا شيء كنت

أقوله برأيي ولم أسمع فيه بشيء » رواه الحاكم فى المستدرك وقال انه صحيح على شرط مسلم رحمه الله وفى سنده عتيق بن يعقوب الزبيرى • قال الحاكم : انه شيخ قرشى من أهل المدينة وأبو أسيد ــ بضم الهمزة ــ وروينا فى معجم الطبرانى من حديث أبى صالح ذكوان أنه سأل ابن عباس عن بيع الذهب والفضة فقال « هو حلال بزيادة أو نقصان ، اذا كان يدا بيد » قال أبو صالح : فسألت أبا سعيد بما قال ابن عباس ، وأخبرت ابن عباس بما قال أبو سعيد والتقيا وأنا معهما ، فابتدأه أبو سعيد الخدرى فقال : ياابن عباس ما هذه الفتيا التى تفتى بها الناس فى بيع الذهب والفضة ، تأمرهم أن يشتروه بنقصان أو زيادة يدا بيد ؟ فقال ابن عباس رضى الله عنهما : ما أنا بأقدمكم صحبة لرسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا زيد بن أرقم والبراء بن عازب يقولان سمعنا النبى صلى الله عليه وسلم » رواه الطبرانى باسناد حسن •

وروينا فى صحيح مسلم رحمه الله أيضا عن أبى نضرة ــ بالنون والضاد المعجمة ــ قال : « سألت ابن عباس رضى الله عنهما عن الصرف فقال : أيدا بيد ؟ فقلت : نعم قال : لا بأس به ، فأخبرت أبا سعيد فقلت : انى سألت ابن عباس عن الصرف فقال : أيدا بيد ؟ قلت نعم قال : فلا بأس به • قال : أو قال ذلك ؟ انا سنكتب اليه فلا يفتيكموه • قال : فوالله لقد جاء بعض فتيان رسول الله صلى الله عليه وسلم بتمر فأنكره ، فقال كأن هذا ليس من تمر أرضنا • قال : كان فى تمر أرضنا أو فى تمرنا العام بعض الشيء ، فأخذت هذا وزدت بعض الزيادة ، فقال أضعفت أربيت ، لا تقربن هذا ، اذا رابك من تمرك شيء فبعه ثم اشتر الذى تريد من التمر » •

وقد روى القول بذلك عن ابن عباس من جهة جماعة من أصحابه ، منهم أبو الجوزاء وأبو مِجْلَزْ وعبد الرحمن بن أبى نعيم وبكر بن عبد الله المزنى وزيادتنا ذكر رواياتهم فى ذلك ان شاء الله تعالى فى فصل رجوعه عن ذلك • أما عبد الله بن عمر فروينا عن أبى نضرة المتقدم ذكره قال « سألت ابن عمر وابن عباس عن الصرف فلم يريا به بأساً ، فانى لقاعد عند أبى سعيد الخدرى فسألته عن الصرف فقال: مازاد فهو ربا ، فأنكرت ذلك لقولهما ، فقال لاأحدثك الا ما سمعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءه صاحب نخلة بصاع

من تمر طيب ، وكان تمر النبى صلى الله عليه وسلم هذا اللون ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم أنى لك هذا ؟ قال انطلقت بصاعين فاشتريت بهما هذا الصاع ، فان سعر هذا فى السوق كذا وسعر هذا كذا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ويلك أربيت ، اذا أردت ذلك فبع تمرك بسلعة ، ثم اشتر بسلعتك أى تمر شئت • قال أبو سعيد فالتمر بالتمر أحق أن يكون ربا ؟ أم الفضة بالفضة ؟ قال : فأتيت ابن عمر بعد فنهانى ، ولم آت ابن عباس ، قال : فحدثنى أبو الصهباء : أنه سأل ابن عباس رضى الله عنهما عنه بمكة فكرهه » رواه مسلم بهذا اللفظ ، وهذاالفظ روايتنا فيه ، وفى هذا الحديث ما يدل على أن أبا سعيد رضى الله عنه استعمل القياس فى اشارته الى أن الفضة بالفضة أحق بالربا من التمر بالتمر ، وأن تحريم الربا فى الأشياء الستة معلل ، والمراد بالصرف الذى سئل عنه ابن عمر وابن عباس صرف النقد بجنسه مع عدم رعاية التماثل ، كذلك حمله عليه جماعة من العلماء ، وجعلوا ابن عمر ممن خالف ثم رجع ؛ وسياق الرواية يرشد الى ذلك ، وان كان يحتمل أن يحمل على الصرف الجائز ، ويكون نهيه بعد ذلك تبيينا لمراده بالاطلاق أولا لا رجوعا ، لكن السياق وفهم أبى نضرة عنه يأباه والله تعالى أعلم •

(وأما) عبد الله بن مسعود فروى الامام الشافعى رضى الله عنه فى كتاب أحكام على وابن مسعود عن أبى معاوية عن الأعمش عن ابراهيم التيمى عن أبيه عن عبد الله قال : « لا بأس بالدرهم بالدرهمين » وهذا اسناد صحيح نقلته من نسخة معتبرة من الأم ، قال فيها الشافعى : أخبرنا أبو معاوية ــ ولا مانع من ذلك فانه عاصره ــ وروى البيهقى ذلك فى كتاب المعرفة فقال : عن الشافعى فيما بلغه عن أبى معاوية • وقد روى أيضا من طريق سعيد بن منصور عن أبى معاوية بهذا الاسناد ، فأيا ما كان فهو صحيح عن ابن مسعود ، ولفظ ابن مسعود فى رواية سعيد بن منصور « لا ربا فيما كان يدا بيد » ورواه البيهقى فى كتابيه السنن والآثار ، ومعرفة السنن مع روايته للفظ المتقدم بلفظ آخر ليس بصريح ، سأذكره ان شاء الله تعالى فى فصل الرجوع عن ذلك ؛ ولا حاجة الى ذكره هنا للاستغناء بما هو أصرح منه ، والله أعلم •

وأما معاوية فلم يحقق ذلك عنه ، فانه روى عنه شيء محتمل لذلك ولغيره، وجرت له فى ذلك قصة مع عبادة بن الصامت رضى الله عنهما مشهورة ، وروى عن أبى الدرداء رضى الله عنه ولعلها جرت معهما مرتين • أما قصة أبى الدرداء فروى مالك فى الموطأ عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار « أن معاوية بن أبى سفيان باع سقاية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها ، فقال له أبو الدرداء : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن مثل هذا الا مثلا بمثل ، فقال له معاوية : ما أرى بهذا بأسا ، فقال أبو الدرداء : من يعذرنى من معاوية ؟ أخبره عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ويخبرنى عن رأيه ، لا أساكنك بأرض أنت بها ، ثم قدم أبو الدرداء على عمر بن الخطاب رضى الله عنهما فذكر ذلك له ، فكتب عمر بن الخطاب الى معاوية أن لا يبيع ذلك الا مثلا بمثل وزنا بوزن » • هذا لفظ الموطأ ورواه النسائى الى آخر لفظ النبى صلى الله عليه وسلم مثلا بمثل من طريق مالك ، والسقاية الاناء يسقى به ، والسقاية موضع السقى • قاله فى المحكم •

وروى مسلم وأبو داود والترمذى وابن ماجه قصة عبادة مع معاوية عن أبى الأشعث ، واللفظ لمسلم ، وهذا لفظ روايتنا فى صحيحه قال : « غزونا غزاة وعلى الناس معاوية فغنمنا غنائم كثيرة ، فكان فيما غنمنا آنية من فضة ، فأمر معاوية رجلا أن يبيعها فى أعطيات الناس ، فتسارع الناس فى ذلك ، فبلغ عبادة بن الصامت فقام فقال : انى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ،والملح بالملح ، الا سواء بسواء عينا بعين ، فمن زاد أو ازداد فقد أربى ، فرد الناس ما أخذوا ، فبلغ ذلك معاوية فقام خطيبا فقال : ألا ما بال رجال يتحدثون عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أحاديث ، قد كنا نشهده ونصحبه ، فلم نسمعها منه ، فقام عبادة بن الصامت رضى الله عنه فأعاد القصة وقال : لنحدثن بما سمعنا من رسول الله صلى الله عليه وسلم وان كره معاوية ، أو قال : وان رغم ، ما أبالى ألا أصحبه فى جنده ليلة سوداء » • وفى رواية أبى داود والنسائى فى هذا الحديث بأسانيد صحيحة « الذهب بالذهب تبرها وعينها وزنا بوزن والفضة بالفضة تبرها وعينها » وفيه عندهما « فمن زاد أو ازداد فقد أربى » وفى آخره عندهما

« ولا بأس ببيع البر بالشعير ، والشعير أكثرهما يدا بيد ، وأما النسيئة فلا » ولفظ ابن ماجه « وأمرنا أن نبيع البر بالشعير والشعير بالبر يدا بيد كيف شئنا » .

وهذا المنقول عن معاوية معناه أنه كان لا يرى الربا فى بيع العين بالتبر ولا بالمصوغ وكان يخير فى ذلك التفاضل ، ويذهب الى أن الربا لا يكون فى التفاضل الا فى التبر بالتبر ، وفى المصوغ بالمصوغ ، وفى العين بالعين ، كذلك نقل عن ابن عبد البر ، فليس موافقا ابن عباس مطلقا ، وان كان الذى ذهب اليه من الشذوذ الذى لا يعول عليه ، وسيأتى الكلام عليه قريبا ان شاء الله تعالى .

(وأما أسامة) فلا أعلم عنه فى ذلك شيئا الا روايته عن النبى صلى الله عليه وسلم : « انما الربا فى النسيئة » ولا يكفى ذلك فى نسبة هذا القول اليه فانه لا يلزم من الرواية القول بمقتضى ظاهرها لجواز أن يكون معناها عنده على خلاف ذلك أو يكون عنده معارض راجح ، وانما ذكرته لأن جماعة من أصحابنا وغيرهم كالماوردى من الشافعية وأبى محمد المقدسى صاحب المغنى من الحنابلة ، نقلوه عنه وعن البراء بن عازب وزيد بن أرقم وعبد الله بن الزبير ووافقهم الشيخ أبو حامد الاسفراينى على هذا النقل فيما عدا البراء ، ووافقهم الخطابى فى أسامة ، فان كان عندهم مسند غير ذلك فالله أعلم .

(أما البراء وزيد بن أرقم) فكذلك لا أعلم النقل عنهما صريحا فى ذلك الا ما روينا عن أبى المنهال بشار بن سلامة « باع شريك لى بالكوفة دراهم بدراهم بينهما فضل ، فقلت : ما أرى هذا يصلح ، فقال لقد بعتها فى السوق فما عاب على ذلك أحد ، فأتيت البراء بن عازب فسألته فقال : قدم النبى صلى الله عليه وسلم المدينة وتجارتنا هكذا ، فقال : ما كان يدا بيد فلا بأس وما كان نسيئا فلا خير فيه وأت زيد بن أرقم فانه كان أعظم تجارة منى . فأتيته فذكرت ذلك له فقال : صدق البراء » اسناده صحيح ولكن له علة ، وقيل : انه منسوخ ، وسأبسط الكلام عليه ان شاء الله تعالى فى ذكر دليل ابن عباس ومن وافقه والجواب عنه .

(وأما عبد الله بن الزبير) فلم أقف على اسناده اليه بذلك . وانما

الشيخ أبو حامد والماوردى وأبو محمد المقدسى الحنبلى حكوه عنه والله أعلم • فهذا ما بلغنى عن الصحابة رضى الله عنهم ممن نسب اليه القول بذلك • وأما التابعون فقال الشافعى رحمه الله فى كتاب اختلاف الحديث « كان ابن عباس لا يرى فى دينار بدينارين ولا فى درهم بدرهمين يدا بيد بأسا ويراه فى النسيئة » وكذلك عامة أصحابه وكان يروى مثل قول ابن عباس عن سعيد وعروة بن الزبير رأيا منهما الا أنه يحفظ عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم •

قال الشافعى رحمه الله : وهذا قول المكيين • هذا كلام الشافعى بحروفه وجاء عن جرير بن حازم قال « سألت عطاء بن أبى رباح عن الصرف فقال : يا بنى ان وجدت مائة درهم نقدا فخذه » وقال ابن عبد البر : ان أهل مكة كانوا عليه قديما وحديثا ، يجرون التفاضل فى ذلك اذا كان يدا بيد ، أخذوا ذلك عن ابن عباس رحمه الله •

(الفصل الثانى) فيما نقل من رجوع من قال بذلك من الصدر الأول

(أما) ابن عباس فقد اختلف فى رجوعه ، ذكرنا من قال انه رجع عنه •

قد تقدم قول أبى الصهباء الثابت فى صحيح مسلم أنه سأله عنه فكرهه ، وتقدم أيضا مناظرة أبى سعيد وأبى أسيد له فى قوله باباحته •

وعن حيان ــ بالحاء المهملة والياء ــ ابن عبيد الله ــ بالتصغير ــ العدوى قال : « سألت أبا مجلز عن الصرف فقال : كان ابن عباس لا يرى به بأسا زمانا من عمره ما كان منه عينا يعنى يدا بيد • وكان يقول : انما الربا فى النسيئة ، فلقيه أبو سعيد الخدرى فقال له : يا ابن عباس ألا تتقى الله ؟ الى متى تؤكل الناس الربا ؟ أما بلغك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ذات يوم وهو عند زوجته أم سلمة : انى لأشتهى تمر عجوة فبعثت صاعين من تمر الى رجل من الأنصار فجاءت بدل صاعين صاعا من تمر عجوة فقامت فقدمته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رآه أعجبه فتناول تمرة ثم أمسك فقال : من أين لكم هذا ؟ فقالت أم سلمة بعثت صاعين من تمر الى رجل من الأنصار فأتى بدل صاعين هذا الصاع الواحد • وها هو كل فألقى التمر بين يديه وقال : ردوه لا حاجة لى فيه التمر بالتمر ، والحنطة بالحنطة •

والشعير بالشعير ، والذهب بالذهب ، والفضة بالفضة يدا بيد عينا بعين ، مثلا بمثل ، فمن زاد فهو ربا ، ثم قال : كذلك ما يكال أو يوزن أيضا فقال ابن عباس : جزاك الله يا أبا سعيد الجنة فانك ذكرتنى أمرا كنت نسيته أستغفر الله وأتوب اليه فكان ينهى عنه بعد ذلك أشد النهى » رواه الحاكم فى المستدرك وقال : هذا حديث صحيح الاسناد ، ولم يخرجاه بهذه السياقة ، وفى حكمه عليه بالصحة نظر ، فان حيان بن عبيد الله المذكور قال ابن عدى : عامة ما يرويه افرادات يتفرد فيها ؛ وذكر ابن عدى فى ترجمته حديثه فى الصرف هذا بسياقه ،ثم قال : وهذا الحديث من حديث أبى مجلز عن ابن عباس تفرد به حيان ، قال البيهقى وحيان تكلموا فيه . واعلم أن هذا الحديث ينبغى الاعتناء بأمره وتبين صحته من سقمه لأمر غير ما نحن فيه ، وهو قوله وكذلك ما يكال ويوزن ، وقدتكلم فيه بنوعين من الكلام (أحدهما) تضعيف الحديث جملة واليه أشار البيهقى ،وممن ذهب الى ذلك ابن حزم أعله بشىء أنبه عليه لئلا يغتر به ؛ وهو أنه أعله بثلاثة أشياء (أحدها) أنه منقطع من أبى سعيد لا من ابن عباس (والثانى) لذكره أن ابن عباس رجع واعتقاد ابن حزم أن ذلك باطل ، لمخالفة سعيد بن جبير (والثالث) أن حيان بن عبيد الله مجهول . فأما قوله : انه منقطع فغير مقبول ، لأن أبا مجلز أدرك ابن عباس وسمع منه وأدرك أبا سعيد ، ومتى ثبت ذلك لا تسمع دعوى عدم السماع الا بثبت ، وأما مخالفة سعيد بن جبير فسنتكلم عليها فى هذا الفصل ان شاء الله تعالى .

وأما قوله : ان حيان بن عبيد الله مجهول ، فان أراد مجهول العين فليس بصحيح بل هو رجل مشهور ، روى عنه غير واحد ، روى عنه حديث الصرف هذا محمد بن عبادة ، ومن جهته أخرجه الحاكم ، وذكره ابن حزم ، وابراهيم بن الحجاج الشامى ، ومن جهته رواه ابن عدى ويونس بن محمد ومن جهته رواه البيهقى وهو حيان بن عبيد الله بن حيان بن بشر بن عدى . بصرى سمع أبا مجلز ولاحق بن حميد والضحاك ، وعن أبيه . وروى عن عطاء وابن بريدة ، روى عنه موسى بن اسماعيل ومسلم بن ابراهيم وأبو داود وعبيد الله بن موسى ، عقد له البخارى وابن أبى حاتم ترجمة فذكر كل

منهما بعض ما ذكرته وله ترجمة فى كتاب ابن عدى أيضاً كما أشرت اليه فزال عنه جهالة العين •

وان أراد جهالة الحال ، فهو قد رواه من طريق اسحاق بن راهويه ، فقال فى اسناده : أخبرنا روح قال « حدثنا حيان بن عبيد الله وكان رجل صدق » فان كانت هذه الشهادة له بالصدق من روح بن عبادة فروح محدث نشأ فى الحديث عارف به مصنف فيه متفق على الاحتجاج به ، بصرى بلدى للمشهود له ، فتقبل شهادته له ، وان كان هذا القول من اسحاق بن راهويه، فناهيك به ، ومن يثنى عليه اسحاق • وقد ذكر ابن أبى حاتم حيان بن عبيد الله هذا ، وذكر جماعة من المشاهير ممن روى عنه وممن روى عنهم • وقال : انه سأل أباه عنه فقال : صدوق •

(النوع الثانى) من الكلام يتعلق بخصوص قوله : وكذلك ما يكال أو يوزن وان سلم صحة أصل الحديث ، والأولى أن أؤخر ذلك الى محله ان شاء الله تعالى ، فانه قد طال الكلام فى ذلك ههنا • وعن سليمان بن على الربعى عن أبى الجوزاء أوس بن عبد الله الربعى قال : « سمعته يأمر بالصرف ــ يعنى ابن عباس ــ ويحدث ذلك عنه ، ثم بلغنى أنه رجع عن ذلك ، فلقيته بمكة فقلت : انه بلغنى أنك رجعت • قال : نعم انما كان ذلك رأيا منى » وهذا أبو سعيد حدث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « انه نهى عن الصرف » رويناه فى سنن ابن ماجه ومسند الامام أحمد باسناد رجاله على شرط الصحيحين الى سليمان بن على ، وسليمان بن على روى له مسلم • وقال ابن حزم : انه مجهول لا يدرى من هو ؟ وهو غير مقبول منه لما تبين • وعن أبى الجوزاء قال : « كنت أخدم ابن عباس رضى الله عنهما تسع سنين اذ جاءه رجل فسأله عن درهم بدرهمين ، فصاح ابن عباس وقال : ان هذا يأمرنى أن أطعمه الربا ، فقال ناس حوله : ان كنا لنعمل بفتياك ، فقال ابن عباس : قد كنت أفتى بذلك حتى حدثنى أبو سعيد وابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عنه ، فانى أنهاكم عنه » رواه البيهقى فى السنن الكبير باسناد فيه أبو المبارك وهو مجهول • وروينا عن عبد الرحمن بن أبى نعم ــ بضم النون واسكان العين ــ أن أبا سعيد الخدرى لقى ابن عباس فشهد على رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « الذهب

بالذهب والفضة بالفضة مثلا بمثل • فمن زاد فقد أربى » فقال ابن عباس : (أتوب الى الله مما كنت أفتى به ، ثم رجع) رواه الطبرانى باسناد صحيح ، وعبد الرحمن بن أبى نعم تابعى ثقة متفق عليه ، معروف بالرواية عن أبى سعيد وابن عمر وغيرهما من الصحابة • وعن أبى الجوزاء قال « سألت ابن عباس عن الصرف عن الدرهم بالدرهمين يدا بيد فقال : لا أدرى ما كان يدا بيد بأسا ، ثم قدمت مكةمن العام المقبل وقد نهى عنه » رواه الطبرانى باسناد حسن •

وعن أبى الشعثاء قال « سمعت ابن عباس يقول : اللهم انى أتوب اليك من الصرف ، انما هذا من رأيى • وهذا أبو سعيد الخدرى يرويه عن النبى صلى الله عليه وسلم » رواه الطبرانى ورجاله ثقات مشهورون مصرحون بالتحديث فيه من أولهم الى آخرهم • وعن عطية وهو العوفى ــ باسكان الواو وبالفاء ــ قال أبو سعيد لابن عباس : تب الى الله تعالى ــ فقال أستغفر الله وأتوب اليه • قال : ألم تعلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الذهب بالذهب والفضة بالفضة وقال انى أخاف عليكم الربا ؟ قال فضيل ابن مرزوق : قلت لعطية ما الربا ؟ قال الزيادة والفضل بينهما » رواه الطبرانى بسند صحيح الى عطية وعطيــة من رجال الســنن ، قال يحيى بن معين : « صالح » وضعفه غيره ، فالاسناد بسببه ليس بالقوى •

وعن بكر بن عبد الله المزنى « أن ابن عباس جاء من المدينة الى مكة وجئت معه ، فحمد الله تعالى وأثنى عليه ثم قال : يا أيها الناس انه لا بأس بالصرف ما كان منه يدا بيد انما الربا فى النسيئة • فطارت كلمته فى أهل المشرق والمغرب ، حتى اذا انقضى الموسم دخل عليه أبو سعيد الخدرى وقال له : يابن عباس آكلت الربا وأطعمته ، قال : أو فعلت ؟ قال : نعم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الذهب بالذهب وزنا بوزن مثلا بمثل تبره وعينه ، فمن زاد أو استزاد فقد أربى ، والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل ، فمن زاد أو استزاد فقد أربى • حتى اذا كان العام المقبل جاء ابن عباس وجئت معه ، فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : (يا أيها النــاس انى تكلمت عام أول بكلمة من رأيى وانى أستغفر الله تعالى منه وأتوب اليه • ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الذهب بالذهب وزنا بوزن مثلا

بمثل تبره وعينه ، فمن زاد أو استزاد فقد أربى) وأعاد عليهم هذه الأنواع الستة » رواه الطبرانى بسند فيه مجهول • وانما ذكرناه متابعة لما تقدم • وهكذا وقع فى روايتنا ، فمن زاد واستزاد بالواو لا بأو والله أعلم •

وروى أبو جابر[1] أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوى فى كتاب المعانى والآثار باسناد حسن الى أبى سعيد قال : « قلت لابن عباس : أرأيت الذى يقول : الدينار بالدينار ؟ وذكر الحديث ثم قال : قال أبو سعيد : ونزع عنها ابن عباس » وروى الطحاوى أيضا عن نصر بن مرزوق باسناد لا بأس به عن أبى الصهباء « أن ابن عباس نزل عن الصرف » وهذه أصرح من رواية مسلم ومسه [2] لهما •

وروى الطحاوى عن أبى أمية باسناد حسن الى عبد الله بن حسين أن رجلا من أهل العراق قال لعبد الله بن عمر : « ان ابن عباس قال وهو علينا أمير : من أعطى بالدرهم مائة درهم فليأخذها وذكر حديثا الى أن قال : فقيل لابن عباس ما قال ابن عمر ، قال : فاستغفر ربه وقال : انما هو رأى منى » •

وعن أبى هاشم الواسطى واسمه يحيى بن دينار عن زياد قال « كنت مع ابن عباس بالطائف ، فرجع عن الصرف قبل أن يموت بسبعين يوما » ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ، وذكر أيضا عن أبى حرة قال « سأل رجل ابن سيرين عن شىء فقال : لا علم لى به ، فقال الرجل أن يكون فيه برأيك ، فقال : انى أكره أن أقول فيه برأى ثم يبدو الىّ غيره فأطلبك فلا أجدك ، ان ابن عباس قد رأى فى الصرف رأيا ثم رجع » وذكر أيضا عن ابن سيرين

---

(١) كذا فى جميع النسخ وصوابه أبو جعفر •

(٢) كذا بالأصل فحرر ، قلت : ليس فيما روى فى مسلم شىء يتعلق بقصة أبى سعيد مع ابن عباس الا ما روى عن ابى سعيد أنه قال له : « ارأيت هذا الذى تقول أشىء سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم أو وجدته فى كتاب الله عز وجل ؟ » « فقال : كلا لا أقول أما رسول الله صلى الله عليه وسلم فانتم اعلم به وأما كتاب الله فلا اعلمه ولكن حدثنى أسامة بن زيد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الا انما الربا فى النسيئة » . ويؤخذ على الشارح مفاضلته بين مسلم ورواية الطحاوى وبالغة ما بلغت رواية الطحاوى من الصراحة فلن يكون لها من الاعتبار ما يقدمها على رواية مسلم ، أما العبارة المبهمة هنا فلعلها : وجمعه لهما . يعنى فى روايته عن أبى سعيد وابن عباس وقد سقنا لك نصها . المطيعى •

عن الهذيل ــ بالذال المعجمة ــ ابن أخت محمد بن سيرين قال « سألت ابن عباس عن الصرف فرجع عنه ، فقلت : ان الناس يقولون ؛ فقال : الناس يقولون ما شاءوا » فهذا ما بلغنى مما يدل على رجوعه عن ذلك ، فاذا تأملت الروايات المذكورة وجدت أصحها اسنادا قول أبى الصهباء الذى رواه مسلم أنه سأل ابن عباس عنه فكرهه ، لكن لفظ الكراهة ليس بصريح فجاز أن يكون كرهه لما وقع فيه من المناظرة الكبيرة شبهة تقتضى التوقف عنه ، أو التورع ، فان ثبت عدم رجوع ابن عباس تعين حمل هذا اللفظ على ذلك ، والا فهو ظاهر فى الرجوع .

وقد روى عن طاوس عن ابن عباس ما يدل على التوقف الا أنى قدمت من رواية الطحاوى عن أبى الصهباء ما ينفى هذا الاحتمال ويبين أنه نزل عن الصرف صريحا ، واسناده جيد كما تقدم ، والحديث الذى أخرجه الحاكم فى المستدرك صريح ،لكن سنده تقدم الكلام عليه ،ولا يقصر عن رتبة الحسن ؛ ويكفى فى الاستدلال على ذلك أنه لم يعارضه ما هو أقوى منه .

وحديث ابن ماجه الذى قدمته وبينت أنه على شرط مسلم صريح فى الرجوع أيضا ، وكذلك رواية ابن أبى نعم المتقدمة عن الطبرانى باسناد صحيح ، فهذه عدة روايات صحيحة وحسنة من جهة خلق من أصحاب ابن عباس تدل على رجوعه ، وقد روى فى رجوعه أيضا غير ذلك وفيما ذكرته غنية ان شاء الله تعالى .

ذكر من قال انه لم يرجع عنه

روى ابن حزم أن الامام أحمد قال : حدثنا هاشم قال : قال أخبرنا أبو بشر عن سعيد بن جبير عن ابن عباس أنه قال « ما كان الربا قط فى ها وها ، وحلف سعيد بن جبير بالله ما رجع عنه حتى مات » وهذا اسناد متفق على صحته ، لكنها شهادة على نفى ، وأصرح ما ذكره ابن عبد البر عن ابن عيينة عن فرات القزاز قال « دخلنا على سعيد بن جبير نعوده فقال له عبد الملك بن مبشر [1] الزراد كان ابن عباس نزل عن الصرف ، فقال سعيد : عهدى به

(١) هو عبد الملك بن ميسرة الهلالى أبو زيد العامرى الكوفى الزراد ينسب الى صنعة الدروع من الزرد ، وهو ثقة من الطبقة الرابعة الطبعى .

قبل أن يموت بستة وثلاثين يوما ، وهو يقوله وما رجع عنه » ذكره هكذا بغير اسناد الى ابن عيينة ، قال ابن عبد البر : رجع ابن عباس أو لم يرجع فى السنة كفاية عن قول كل واحد ، ومن خالفها رد اليها ، قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه : ردوا الجهالات الى السنة •

(وأما ابن مسعود) فيدل على رجوعه ما رواه البيهقى فى كتابيه معرفة السنن والآثار مختصرا ، والسنن الكبير مطولا باسناد كله ثقات مشهورون عن أبى[1] عبد الله بن مسعود « أن رجلا من بنى سمح بن فزارة سأله عن رجل تزوج امرأة فرأى أمها فأعجبته ، فطلق امرأته ، لتزوج أمها ؟ قال : لا بأس ، فتزوجها الرجل وكان عبدالله على بيت المال ، فكان يبيع نفاية بيت المال ، يعطى الكثير ويأخذ القليل ، حتى قدم المدينة فسأل أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم فقالوا : لا يحل لهذا الرجل هذه المرأة ، ولا تصلح الفضة الا وزنا بوزن ، فلما قدم عبد الله انطلق الى الرجل فلم يجده ، ووجد قومه فقال : ان الذى أفتيت به صاحبكم لا يحل ، فقالوا انها قد ثرت له بطنها ، قال : وان كان ، وأتى الصيارفة فقال : يا معشر الصيارفة ان الذى كنت أبايعكم لا يحل [لا تحل] الفضة الا وزنا بوزن [2] » •

النفاية بنون مضمومة وفاء وبعد الألف ياء مثناة من تحت مانفيته من الشيء لرداءته قاله الجوهرى وهذه الرواية صريحة فى رجوعه وليست صريحة

---

(١) لعله عن ابن عبد الله بن مسعود فان عبد الله ليست كنيته أبا عبد الله ولكن كنيته أبو عبد الرحمن فتكون الرواية عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود او ان كلمة أبى زائدة وعبد الرحمن تكلم فيه وقيل : انه لم يسمع من أبيه وهذا يعارض قول الشارح : اسناده كلهم ثقات مشهورون والحديث فى السنن الكبير وهذا نصه :

أخبرنا أبو الحسن بن الفضل القطان ببغداد أنا عبد الله بن جعفر بن درستويه ثنا يعقوب بن سفيان ثنا عبيد الله بن موسى عن اسرائيل عن أبى اسحاق عن سعيد بن اياس عن عبد الله بن مسعود أن رجلا من بنى شمخ بن فزارة (هكذا بمعجمتين شمخ) الى آخر الحديث وقد كان فى الطبعات السابقة : انه قد ثرت وأن الذى كنت أبايعكم لا يحل الفضة الا وزنا الخ وقد قومنا المتن من السنن الكبرى (ط) •

(٢) يقول ابن تيمية فى كتابه رفع الملام عن الائمة الأعلام : (ان الذين بلغهم قول النبى صلى الله عليه وسلم انما الربا فى النسيئة) فاستحلوا بيع الصاعين بالصاع يدا بيد ، مثل ابن عباس رضى الله عنهما وأصحابه ابى الشعثاء وعطاء وطاوس وسعيد بن جبير وعكرمة وغيرهم من اعيان المكيين الذين هم من صفوة الامة علما وعملا لا يحل لمسلم أن يعتقد أن أحدا منهم بعينه أو من قلده بحيث يجوز تقليده ، تبلغهم لعنة آكل الربا لانهم فعلوا ذلك متأولين تأويلا سائغا فى الجملة) ا هـ •

فى موافقة ابن عباس لجواز أن يكون ذلك فى خصوص النثفاية لرداءتها وأن ذلك ليس بصحيح أيضا ؛ لكن رواية أبى معاوية المتقدمة فى الفصل الأول صريحة فى بيع الدرهم بالدرهمين ، فانتظم منها ومن هذه قوله أولا ورجوعه ثانيا والحمد لله •

وأما ابن عمر فقد تقدم رجوعه فى الرواية التى دلت على قوله ، وأن ذلك فى صحيح مسلم ، واشتهر عنه بعد ذلك من طرق كثيرة قوله بالتحريم ومبالغته فى ذلك روايات صحيحة صريحة ، ولم يكن قوله الأول قد اشتهر عنه ، ولعله لم يستقر رأيه عليه زماناً ، بل رجع عنه قريباً والله تعالى أعلم •

وأما أسامة وزيد بن أرقم والبراء بن عازب وعبد الله بن الزبير ؛ فقد تقدم التوقف فى صحة ذلك عنهم •

وأما معاوية فقد تقدم أنه غير قائل بقول ابن عباس مع شذوذ ما قال به أيضاً والظن به لما كتب اليه عمر رضى الله عنه أنه يرجع عن ذلك •

وأما التابعون فلم ينقل فى رجوعهم شيء فيما علمت والله تعالى أعلم • غير أنى أقول :ان الظن بكل من سمع من الصحابة ، ومنهم هذه الأحاديث الصريحة الصحيحة فى تحريم ربا الفضل ، أن يرجع اليها ، والله تعالى أعلم •

(الفصل الثالث) فى بيان انقراض الخلاف فى ذلك ودعوى الاجماع فيه •

قال ابن المنذر : أجمع عوام الأمصار مالك بن أنس ومن تبعه من أهل المدينة وسفيان الثورى ومن وافقه من أهل العراق ، والأوزاعى ومن قال بقوله من أهل الشام والليث بن سعد ومن وافقه من أهل مصر ، والشافعى وأصحابه وأحمد واسحاق وأبو ثور والنعمان ويعقوب ومحمد [1] بن على أنه لا يجوز بيع ذهب بذهب ولا فضة بفضة ولا بر ببر ولا شعير بشعير ، ولا تمر بتمر ولا ملح بملح متفاضلا يدا بيد ولا نسيئة ، وأن من فعل ذلك فقد أربى والبيع مفسوخ • قال : وقد روينا هذا القول عن جماعة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وجماعة يكثر عددهم من التابعين •

---

(١) لعله محمد بن الحسن ويأتى بعدها على المتعلقة بالجملة الصدرية المؤولة بعدها فحرره لأنها موهمة أنه محمد بن على لا على أن (على) حرف جر (المطيعى) •

(قلت) وممن قال بذلك من الصحابة أربعة عشر ، منهم أبو بكر وعمر وعثمان وعلى وسعد وطلحة والزبير ، روى مجاهد عنهم الأربعة عشر أنهم قالوا : « الذهب بالذهب والفضة بالفضة ، وأربوا الفضل »•وروى ذلك ابن أبى شيبة فى مصنفه عن ابن فضيل عن ليث وهو ابن أبى سليم عن مجاهد وهؤلاء السبعة من العشرة المشهود لهم بالجنة وممن صح ذلك عنه أيضاً غير هؤلاء السبعة عبد الله بن عمر وأبو الدرداء ، وروى عن فضالة بن عبيد، وقد تقدم كلام أبى سعيد وأبى أسيد وعبادة ، وقد رويت أحاديث تحريم ربا الفضل من جهة غيرهم من الصحابة ، والظاهر أنهم قائلون بها لعدم قبولها للتأويل والله أعلم •

وقال الترمذى بعد ذكره حديث أبى سعيد : والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وغيرهم الا ما روى عن ابن عباس ، وكذلك روى عن بعض أصحابه شىء من هذا ، وقد روى عن ابن عباس أنه رجع عن قوله ، والقول الأول أصح ، والعمل على هذا عند أهل العلم ، وهو قول سفيان الثورى وابن المبارك ، وروى عن ابن المبارك أنه قال : ليس فى الصرف اختلاف : هذا مختصر كلام الترمذى •

وقال ابن عبد البر : لا أعلم خلافا بين أئمة الأمصار بالحجاز والعراق وسائر الآفاق فى أن الدينار لا يجوز بيعه بالدينارين ولا بأكثر منه وزنا ، ولا الدرهم بالدرهمين ، ولا بشىء من الزيادة عليه ، الا ما كان عليه أهل مكة قديما وحديثا من اجازتهم التفاضل على ذلك اذا كان يدا بيد ، أخذوا ذلك عن ابن عباس رحمه الله ، قال ابن عبد البر : ولم يتابع ابن عباس على قوله فى تأويله حديث أسامة أحد من الصحابة ، ولا من التابعين ، ولا من بعدهم من فقهاء المسلمين الا طائفة من المكيين أخذوا ذلك عنه وعن أصحابه ، وهم محجوجون بالسنة الثابتة التى هى الحجة على من خالفها وجهلها ، وليس أحد بحجة عليها • ونقل النووى فى شرح مسلم اجماع المسلمين على ترك العمل بظاهر حديث أسامة قال : وهذا يدل على نسخه ، وقد استدل ابن عبد البر على صحة تأويله بحديث أسامة باجماع الناس ــ ما عدا ابن عباس ــ عليه والله تعالى أعلم •

(الفصل الرابع) في بيان الحق في ذلك ، وأن هذه المسألة من المسائل الاجماعية أولا • اعلم أن دعوى الاجماع في ذلك منحصرة في ثلاثة أوجه أما أن يدعى اجماع العصر الأول من غير سبق خلاف استنادا الى أن ندرة المخالف لا تضر ، واما أن يسلم سبق الخلاف المعتد به ويدعى رجوع المخالف ، وصيرورة المسألة اجماعية قبل انقراض ذلك العصر ، واما أن يقال انعقد اجماع متأخر بعد انقراض الماضين المختلفين •

(أما الأول) [1] فقد اقتضى كلام بعضهم دعواه ، وزعموا أن الصحابة أنكرت على ابن عباس في ذلك لمخالفته الجماعة ، وقد اختلف علماء الأصول في انعقاد الاجماع مع ندرة المخالف ، فالجماهير من جميع الطوائف على أنه لا ينعقد الاجماع مع مخالفة الواحد ، لأن المجمعين حينئذ ليسوا كل الأمة ، والعصمة في الاجماع انما تثبت لكل الأمة لا لبعضهم ، ولأن أبا بكر رضى الله عنه خالف الصحابة وحده في قتال مانعي الزكاة وكان الحق معه ورجعوا اليه ، وخالف ابن مسعود وابن عباس في عدة من مسائل الفرائض جميع الصحابة واعتد بخلافهم الى اليوم •

وهذا ظاهر على طريقة من يرى اسناد الاجماع الى النصوص ، وهي طريقة الشافعي وكثير من أصحابه ، منهم المصنف وأبو حامد الغزالي ومن تبعه وان كان بين طريقة الشافعي وطريقة الغزالي خلاف يسير ، فان الشافعي يرى التمسك بالكتاب بآيات من جملتها قوله تعالى (ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين) الآية •

ويقال انه قرأ القرآن ثلاث مرات حتى وجد هذه الآية ، وانه أول من احتج بها فذكرها للرشيد حين طلب منه حجة من القرآن على الاجماع ، والغزالي رحمه الله يقول : التمسك بقوله صلى الله عليه وسلم « لا تجتمع أمتي على خطأ » ونظائره لكونه من حيث اللفظ أدل على المقصود ، وكذلك القاضي أبو بكر الباقلاني والكلام في ذلك مستوفى في أصول الفقه ، فعلى طريقة هؤلاء متى خالف واحد لم يصدق على الباقين أنهم كل الأمة حقيقة فلا تتناولهم النصوص الشاهدة بالعصمة •

---

(١) تقسيمها الى ثلاثة أقسام هو الظاهر من قوله بعد هنيهة (القسم الثاني) وبعدها .

وأما على طريقة من يرى اسناد الاجماع الى جهة قضاء العادة باستحالة اجماع الخلق العظيم على الحكم الواحد الا لدلالة أو أمارة ، وهو الذى عول عليه امام الحرمين وابن الحاجب ، فيصعب على هذا المسلك تقرير أن مخالفة الواحد للجم الغفير والخلق العظيم يقدح فى اجماعهم ، فانهم بالنظر اليهم دونه تقضى العادة باستحالة اجماعهم على مالا دليل عليه ولا أمارة ، فأى فائدة لوفاقه أو خلافه ، وكذلك اذا فرضنا أن مجموع علمـاء الأمة لا يبلغون مبلغا تقضى العادة باستحالة اجتماعهم على ذلك ينبغى على هذا المسلك أن لا يكون قول كلهم حجة ، ولهذا قال امام الحرمين : ان اجماع المنحطين عن رتبة التواتر ليس بحجة ، بناء على أن مأخذ الاجماع يستند الى اطراد العادة ، ومع ذلك وافق على أن مخالفة الواحد والاثنين يقـدح فى الاجماع •

والطريقة الصحيحة هى التى عول عليها الشافعى وأكثر الأصحاب ، وهى التمسك بدليـل السمع ، فلذلك خلاف الواحـد والاثنين قادح فى صحة الاجماع ، وقد اشتهر الخلاف فى ذلك عن ابن جرير الطبرى قال : انه يكون اجماعا يجب على ذلك المخالف الرجوع اليه ، ووافقه أبو بكر أحمد بن على الرازى من الحنفية وأبو الحسين الخياط من المعتزلة ، وابن جرير وابن منداد من المالكية ، ثم اختلف النقل عن ابن جرير فيما زاد عن الاثنين ، ففى شرح اللمع للمصنف أبى اسحاق أنه اذا خالف أكثر من ذلك لا يكون اجماعا • وكذلك قال امام الحرمين ان ابن جرير طرد مذهبه فى الواحد والاثنين ، وسلم أن خلاف الثلاثة معتبر ، وتبعه الغزالى فى المنخول • ونقل سليم بن أيوب الرازى فى تقريبه الأصولى أن ابن جرير لا يعتد بمخـالفة الاثنين والثلاثة ، وكثير من المصنفين فى الأصول كالقاضى عبد الجبار وأبى نصر ابن الصباغ فى كتاب عدة العالم وغيرهم ترجموا المسألة بمخالفة الواحد والاثنين وسكتوا عن الزائد • وأما الغزالى فى المستصفى فلم يعتد بعدد ، بل ترجم المسألة باجماع الأكثر مع مخالفة الأقل ، وتبعـه على ذلك جماعة من أصحابنا وغيرهم ، تلخيص الخلاف فيه من متفرق كلامهم سبعة مذاهب (أحدها) لا ينعقد الاجماع ، وهو قول الأكثرين (والثانى) ينعقد وهو قول ابن جرير والخياط والرازى وأومأ اليه أحمد على ما نقله ابن قدامة •

(قلت) ورأيت الشافعى فى كتاب جماع العلم من الأم حكاه عمن بحث معه وأمعن فى الرد عليه ، وسأذكر شيئا من كلامه قريبا ان شاء الله تعالى .

(والثالث) ان بلغ الأقل عدد التواتر لم يعتد بالاجماع والا اعتد به . قال الغزالى رحمه الله : وهذا فاسد .

(والرابع) ان سوغت الجماعة الاجتهاد فى مذهب المخالف فخلافه معتد به ، كخلاف ابن عباس فى مسألة العول ، فانها محل اجتهاد والا فلا ، وكخلاف ابن عباس فى مسألة ربا الفضل هذه ، ومسألة المتعة ، ولذلك أنكر الناس الاجتهاد فيهما ، وهذا القول منسوب الى أبى عبد الله الجرجانى ، وهو الذى رأيته فى كتب الحنفية منسوبا الى أبى بكر الرازى قال : نقل الميرغينانى فى شرح الهداية أن شمس الأئمة السرخسى قال : والأصح عندنا ما أشار اليه أبو بكر الرازى رحمه الله تعالى أن الواحد اذا خالف الجماعة ــ فان سوغوا له ذلك فى الاجتهاد ــ لا يثبت حكم الاجماع بدون قوله ، وان لم يسوغوا له الاجتهاد وأنكروا عليه قوله فانه يثبت حكم الاجماع .

(والخامس) أن قول الأكثر حجة لا اجماع ، واختاره ابن الحاجب رحمه الله . قال الغزالى رحمه الله فى المستصفى : وهو تحكم لا دليل عليه ، وهو ظاهر ، لأنه اذا لم يكن اجماعا فبماذا يكون حجة ؟

(والسادس) أن اتباع الأكثر أولى وان جاز خلافه ، وضعفه الغزالى وحكى قولا (سابعا) بالفرق بين أصول الدين فلا يضر ، والفروع فيضر ،ولو ثبت الخلاف الذى قدمته عن كلام سليم وغيره عن قائلين أو قائل واحد فى وقتين ، صارت الأقوال (ثمانية) ولكن أخشى أن يكون أحدها غلطا على المنقول عنه ، أو يكون ذكر ذلك على سبيل التمسك ، ويكون مراده الأكثر كما ذكر غيره ، وبالجملة فيرجح الأكثر على الأقل فيما طريقه الاجتهاد ، ولا معنى له . وكم من مسألة ذهب اليها الشافعى أو مالك أو أبو حنيفة ولم يوافقه عليها الا الأقلون ، وكم من قليل على الحق ، وكثير على غيره (كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة باذن الله) قال الشافعى رحمه الله عمن بحث معه قال : لا أنظر الى قليل من المتقين ، وأنظر الى الأكثر . قال الشافعى (قلت) أفتصف القليل الذين لا ينظر اليهم أهم ان كانوا أقل من نصف الناس أو ثلثهم أو ربعهم ؟ قال : لا أستطيع أن أحدّهم ولكن الأكثر .

(قلت) العشرة أكثر من تسعة ، قال : هؤلاء متقاربون (قلت) فحدثهم بما شئت ، قال : ما أقدر على أن أحدهم (قلنا) فكأنك أردت أن تجعل هذا القول مطلقا غير محدود ، فاذا وجد من يقول بقول اختلف فيه ، قلت عليه الأكثر واذا أردت رد قول قلت هؤلاء الأقل ، أفترضى من غيرك مثل هذا الجواب ؟

وطوّل الشافعى كثيرا فى الكلام معه بما لا يحتمله هـذا المكان ، ولا ضرورة تدعو الى نقله وتمسكهم بالأمر باتباع السواد الأعظم ، وأشباه ذلك كله لا دليل فيه ، وقد بُيِّنَ ذلك فى أصول الفقه ويلزم هؤلاء أنه اذا اتفق نصف الأمة وانضاف اليهم واحد من النصف الآخر أن يوجبوا على الباقين اتباعهم ، قال القاضى عبد الجبار : وهذا معلوم الفساد .

(وأما) من اعتبر عددا معينا كما حكى عن ابن جرير ، فعلى ما نقل عنه سليم لا أعلم له وجها يعول عليه فى أن خلاف الثلاثة لا يقدح ، ان كان يقول : ان خلاف الأربعة بخلافه ، وبالضرورة نسبة الثلاثة من ثلاثة آلاف كنسبة الأربعة من أربعة آلاف . وعلى ما نقله امام الحرمين وغيره من أن خلاف الثلاثة يقدح وما دونها لا يقدح فلا أعلم له وجها الا ما روى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه خطب بالجابية فقال : « قام فينا رسول الله صلى الله عليه وسلم مقامى فيكم فقال : أكرموا أصحابى ، ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم ، ثم يظهر الكذب ، فيحلف الرجل ولا يستحلف ، ويشهد ولا يستشهد ، فمن سره دخول الجنة فليلزم الجماعة ، فان الشيطان مع الفذ وهو من الاثنين أبعد » رواه الشافعى فى كتاب الرسالة من حـديث ابن سليمان بن يسار عن أبيه عن عمر ، ولم أعرف ابن سليمان هذا ، وهو حديث مشهور فى السنن والمسانيد ، رويناه فى مسند على بن حميد من حديث ابن الزبير عن عمر ، ورواه النسائى باسناد صحيح من حديث جابر بن سمرة عن عمر ، وقال الترمذى : حسن صحيح غريب من هذا الوجه ، وذكره الدارقطنى فى العلل وذكر فيه اضطرابا لكنه غير قادح وفى مسند الامام الجليل عبد الله ابن سعيد بن المسيب قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الشيطان يهم بالواحد ويهم بالاثنين فاذا كانوا ثلاثة لم يهم بهم » صحيح الى سعيد ،

وهو من مرسلاته ، وفى معناهما قوله صلى الله عليه وسلم « الواحد شيطان والاثنان شيطانان والثلاثة ركب » رواه أبو داود والنسائى بلفظ الراكب .

وروى من طريق ابن وهب قال : حدثنى أبو فهر قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الأقلون من العلماء الأكثرون » وهذا مرسل باطل بلا شك ولذلك تمسكوا بأن مخالفة الواحد والاثنين شذوذ ، والشذوذ منهى عنه وبانكار الصحابة على ابن عباس فى هذه المسألة أعنى ربا الفضل ، وأجاب الأصحاب وغيرهم عن الأول أن المراد به الشاذ أو الخارج عن الامام بمخالفة الأكثر على وجه يثير الفتنة ، وعن الحديث الثانى بأنه محمول على السفر وفى ذلك ورد ، فان الحديث عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده[1] عمرو بن العاص أن رجلا قدم من سفر فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : من صحبك ؟ قال : ما صحبت أحدا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الراكب شيطان والراكبان شيطانان والثلاثة ركب » كذا رواه ابن وهب فى مسنده ، وهكذا لفظ أبى داود [2] والنسائى ، فان الحديث فيهما بلفظ الراكب لا بلفظ الواحد ، وعن كون ذلك شذوذا بأن الشاذ عبارة عن الخارج من الجماعة بعد الدخول فيها ، وأما الذى لا يدخل أصلا فلا يسمى شاذا وعن الانكار على ابن عباس بأنهم انما أنكروا ذلك لمخالفته خبر أبى سعيد لا للاجماع والله أعلم .

وأما من فرق بين عدد التواتر وغيره فهو يناسب طريقة من جعل مأخذ الاجماع حكم العادة باستحالة الخطأ على الجمع العظيم ، وهو بعيد ، وأما من فرق بين أن تسوغ الجماعة الاجتهاد فى ذلك الحكم أولا فضعيف ، لأن قول الجماعة غير المخالف ان لم يكن حجة فلا أثر لتسويغهم وعدمه ، وان كان حجة فهو محل النزاع فليس انكارهم عليه بأولى من انكاره عليهم ، نعم ههنا أمر يجب التنبه له وهو أن الخلاف المعتد به هو الخلاف فى مظان

---

(١) لعله : عبد الله بن عمرو بن العاص ـ لان هذا الاسناد ينتهى الى عبد الله لا الى عمرو

(٢) هذا الحديث ليس فى المجتبى للنسائى والنسائى اذا أطلق انصرف الى المجتبى ولكنى وجدته فى مسند أحمد ثنا حسين بن محمد ثنا مسلم يعنى ابن خالد عن عبد الرحمن بن حرملة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده الحديث ورواه أبو داود فى سننه حدثنا عبد الله بن مسلمة القعنبى عن مالك عن عبد الرحمن بن حرملة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده الخ واخرجه مالك فى الموطأ .

الاجتهاد ، كالمسائل التى لا نص فيها ، أو فيها نص غير صريح ، وبالجملة ما يكون الخلاف فيه له وجه محتمل .

(وأما) هذه المسألة فان النصوص التى فيها صريحة غير قابلة للتأويل بوجه قريب ولا بعيد ، ولا للنسخ لما سيأتى ان شاء الله تعالى ، وهى مع ذلك كالمتواترة عن النبى صلى الله عليه وسلم أعنى ما يدل على النهى عن ربا الفضل ، ولا تستبعدون دعوى التواتر فيها ، فمن تتبع الروايات عن النبى صلى الله عليه وسلم حصل له العلم بذلك أو كاد . قال الطحاوى بعد أن ذكر ما رواه من الأحاديث « فثبت [2] بهذه [الآثار] المتواترة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم النهى عن بيع الفضة بالفضة والذهب بالذهب متفاضلا » وسأعقد فصلا جامعا أشير فيه الى أطراف الروايات فى ذلك واذا كان فى المسألة نصوص قطعية المتن قطعية الدلالة لم يكن مظان للاجتهاد ، بل الحق فيها واحد قطعا ، غاية الأمر أن المجتهد المخالف لم يطلع عليها ، والتواتر قد يحصل فى حق شخص ولا يحصل فى حق آخر ، فاذا خالف مجتهد لعدم اطلاعه على مثل هذه النصوص يكون معذورا فى مخالفته الى حيث يطلع على النص ، ولا يحل العمل بقوله ذلك ، ولا يقلد فيه ، وينقض الحكم به ، ولو لم تصل الى حد التواتر مع صراحة دلالتهـا كان الحـكم كذلك والله أعلم .

(فان قلت) ليس القول بذلك خاليا عن وجه ، وغاية الأمر أن الأحاديث المقتضية لتحريم ربا الفضل صحيحة صريحة ، لكن الأحاديث المقتضية لجوازه أيضا كذلك كما سيأتى وقد مضى شىء منه ، والترجيح معنا ، فان القرآن وقوله تعالى (وذروا ما بقى من الربا) يبين أن الذى نهى عنه ما كان دينا ، وكذلك كانت العرب تعقد فى لغتها ، وقد دل النبى صلى الله عليه وسلم على أن النقد ليس الربا المتعارف عند أهل اللسان بقوله « ولا تبيعوا الذهب بالذهب » الحديث فسماه بيعا ، وقد قال تعالى (ذلك بأنهم قالوا : انما

---

(1) قال الامام الطحاوى فى شرح معانى الآثار : فثبت بهذه الآثار المتواترة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الفضة بالفضة والذهب بالذهب متفاضلا وكذلك سائر الأشياء المكيلات التى قد ذكرت فى هذه الآثار التى روبناها فالعمل بها أولى من العمل بحديث اسامة الذى قد يجوز تأويله ا هـ المطيعى .

البيع مثل الربا ، وأحل الله البيع وحرم الربا) فذم من قال : انما البيع مثل الربا ، ففى تسمية النبى صلى الله عليه وسلم الزيادة فى الأصناف بيعا دليل على أن الربا فى النَّساء لا فى غيره •

(قلت) أما التعـارض فسنبين ان شاء الله تعالى الجواب عنه ، ووجه الجمع بينهما بأوضح شىء يكون ، وكون الآية الكريمة وردت فى تحريم نوع من الربا ــ ان سلم اقتصارها عليه ــ لا يدل على نفى غيره ، والتعلق بكون ذلك يسمى بيعا لاربا تعلق بالألفاظ ، مع تصريح الأحاديث بالنهى والتحريم ، واثبات الربا فيه ، ومثل هذه التعلقات الضعيفة يجل ابن عباس ومن وافقه من الأئمة المجتهدين عن التعلق بها ، ولو لم أرها مذكورة ، ولكن أبا الحسن ابن المغلس ذكرها عن القائلين بذلك ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

(القسم الثانى) أن يدعى اجماع العصر الأول بعد اختلافهم لما روى من رجوع من قال بذلك منهم ، وممن تعرض لذلك من الأصحاب القاضى أبو الطيب فى تعليقه ، والعبدرى فى الكفاية قالا : « روى عن ابن عباس أنه رجع عن ذلك » فتكون المسألة اجمـاعا وابن عبد البر فى التمهيد قال : لم أعده خلافا لما روى عنه من رجوعه ، وقد قدمت أن من الصحابة من صح النقل عنه بذلك ، فرجع عنه يقينا كابن عمر وابن مسعود ، ومنهم من اختلف عنـه فى رجوعه كابن عباس ، وبقيتهم كأسامة وزيد بن أرقم والبراء وابن الزبير لم أثبت النقل عنه بذلك ، ولم يرد عنهم رجوع ، فان كانوا قائلين بذلك ولم يرجعوا فقد تعذر دعوى هذا الوجه الا [ما] ثبت [من] رجوع ابن عباس ولم يبق فيهم مخالف فقد اختلف الأصوليون فى هذه المسألة اذا اختلف علماء العصر ثم اتفقوا ورجع المتمسكون بأحد القولين الى الآخر وصاروا مطبقين عليه ، هل يكون ذلك اجماعا أولا ؟

وتلخيص القول فى ذلك أنه اما أن يكون قد استقر أولا ، وان لم يكن قد استقر كاختلافهم فى قتال مانعى الزكاة ، ثم اجماعهم كلهم على رأى أبى بكر ، فهذا يجوز قولا واحدا ، ويكون اجماعا ، وهذا القسم لا خلاف فيه ، وان كان الخلاف قد استقر وبرد ففيه خـلاف مرتب على أنه هل يشترط انقراض العصر الأول أولا ، ان قلنا العصر شرط وهو ظاهر كلام أحمد بن

حنبل وقول ابن فورك وأحد الوجهين لأصحابنا ؛ ونسبه عبد الجبار الى أصحاب الشافعى وغيرهم ورجحه سليم فى التقريب الأصولى ، وأطنب فى الانتصار له وذهب اليه [من] [1] المالكية أبو تمام البصرى ، فعلى هذا يجوز اتفاقهم بعد اختلافهم ، ويكون كونه اجماعا موقوفا أيضا على انقراضهم •

وان قلنا : ان انقراض العصر الأول ليس بشرط ، وهو قول أكثر أصحابنا على ما نقله ابن الصباغ وغيره ، وأصحاب أبى حنيفة وأصحاب مالك والأشاعرة ومن جملتهم القاضى أبو بكر بن الطيب والمعتزلة ، وأومأ اليه أحمد بن حنبل ، واختاره أبو الخطاب من أصحابه ، وهو الصحيح فى شرح اللمع للمصنف رحمه الله وهو الذى اختاره الغزالى وأبو عبد الله بن الخطيب وأتباعه وأبو عمرو بن الحاجب قال البندنيجى فى مقدمة كتابه الذخيرة : وقد غلط بعض أصحابنا فقال : يعتبر انقراض العصر وليس بشىء ، ومن هؤلاء من يطلق أو يعمم الحكم فى الاجماع القولى والسكوتى ، وهو الذى يقتضى كلام المصنف فى التبصرة ترجيحه •

ومنهم من يفصل ويخص ذلك بالقولى ، وأما السكوتى فيعتبر فيه انقراض العصر ، وهو الذى قاله البندنيجى ، واختيار الأستاذ أبى اسحاق ، ومقتضى كلام المصنف فى اللمع وفصل امام الحرمين بين أن يكون الاجماع مقطوعا به فلا يعتبر انقراضا ، أو يتفقوا على حكم ويسندوه الى ظن فلا ينبرم ما لم يطل الزمان •

اذا عرف ذلك فان لم يعتبر انقراض العصر فهل يجوز الاجماع بعد الاختلاف ؟ قيل : انه ممتنع ، لأنه ينافى ما أجمعوا عليه أولا من تجويز الأخذ بكل واحد من القولين • نسب هذا القول الى الصيرفى وأحمد بن حنبل وأبى الحسن الأشعرى ، ومال اليه الغزالى وداود وامام الحرمين على امتناعه ، لكن لمدرك آخر ، وهو أن ذلك مستحيل عادة ، والغزالى ومن وافقه يقولون : انه يستحيل سمعا ، وقيل : يجوز واذا وقع لا يكون حجة ، وهو بعيد ؛ وقيل : يجوز ؛ ويكون حجة تحرم مخالفته وهو المختار •

---

(1) ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق (ط) •

فتلخص من هذا أن الاتفاق بعد الاختلاف فى العصر الواحد حجة ، واجماع على المختار ، وهو الذى أطلقه طوائف من الأصوليين والفقهاء ، والمنقول عن القاضى أبى بكر أنه لا يكون اجماعا ، والأول هو الحق الذى لا يتجه غيره ، والقول بأنهم بالاختلاف أجمعوا على تجويز الأخـذ بكل واحد من القولين ممنوع وهو قول باطل لم يقم عليه دليل والله أعلم •

واعلم أن دعوى هذين الاجماعين بعيدة لما قدمته من جهة النقل ، وأيضا فلو سلم أن ابن عباس وجميع الصحابة صح رجوعهم ، فقد لحق زمان ابن عباس جمـاعة من أصحابه ، ممن وافقه على ذلك ، ولم ينقل عنـه رجوع (والصحيح المختار) أن قول التابعى الذى نشأ فى عصر الصحابة وصار من أهل الاجتهاد قبل اجماعهم لا ينعقـد اجماعهم بدونه ، وهذا قول أكثر أصحابنا ، وهو المنسوب الى الحنفية وأكثر الحنابلة وأكثر المتكلمين • وقال بعض أصحابنا المتكلمين والقاضى من الحنابلة : لا يعتد به ، وأومأ أحمد الى القولين ،والحق أنه يعتد به •

(والثانى) قول ضعيف جدا ، فان كثيرا من فقهاء التابعين ماتوا فى عصر الصحابة ، منهم علقمة ومسروق وشريح وسلمان بن ربيعة والأسود وسعيد ابن المسيب رضى الله عنهم ، وسعيد بن جبير وابراهيم النخعى ، وخلائق لا يحصون وهؤلاء الذين سميت من علية الفقهاء وأئمة المجتهدين ، وعصر الصحابة وعصر التابعين متداخـلان ، فان عصر التابعين ابتداؤه من قبل الهجرة ، وكل من سمع بالنبى صلى الله عليه وسلم ولم يره بالمدينة الذين أسلموا على يدى أهـل العقبة الأولى واليمن والبحرين وعمان والطائف والحبشـة وغيرها ، يعد من التابعين ، فمن المستحيل أن يقال : ان هؤلاء كلهم لا يعتد بقول أحد ممن تفقه منهم ووصل الى رتبة الاجتهاد الى انقراض الصحابة فى سنة مائة من الهجرة ، والأعصار كلها متداخلة بعضها فى بعض ، لا يوجد كل منها دفعة واحدة ، فعدم اعتبار قول التابعى قول ضـعيف لا معنى له ، والتابعون قد ثبت عنهم الاختلاف فى هذه المسألة ، أعنى ربا الفضل كما تقدم • فالظاهر أن الخلاف فى هذه المسألة الى عصر التابعين لم ينقرض • وهـذا الذى يفهم من كلام الشـافعى حيث حكى الخلاف عن الصحابة والتابعين ، وعول على الترجيح دون التمسك باجماع •

وقد تضمن كلام الشافعى فى جماع العلم من الأم أن ابن المسيب روى عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه فى الصرف شيئاً وأخذ به ، وله فيه مخالفون من الأمة ، فلا أدرى أيشير الشافعى الى تحريم ربا الفضل أم لا ؟ فان كان فهو مولد لثبوت الخلاف ، وقال الترمذى بعد أن ذكر مذهب ابن عباس : ولذلك روى عن بعض أصحابه شىء من هذا •وقد ادعى الشيخ أبو حامد الاسفراينى رحمه الله تعالى أن تحريم ربا الفضل قول التابعين أجمعين ، وقد عرفت ما فيه ، والله تعالى أعلم •

(القسم الثالث) أن يدعى اجماع متأخر بعد انقراض المختلفين ، وذلك لا يمكن فى أوائل عصر التابعين لما عرفت من قولهم به ، ومن جملة القائلين به عطاء بن أبى رباح ، وقد توفى سنة خمس عشرة ومائة أو بعدها ،فان ادعى اجماع بعد ذلك اما من بقية التابعين واما ممن بعدهم فلا أستحضر خلافاً يرده ، ولكن الأصوليين والأصحاب مختلفون فى حكم ذلك فأصح الوجهين ــ وهو الذى ذهب اليه أبو بكر الصيرفى وابن أبى هريرة وأبو على الطبرى وأبو حامد المروذى أنه اذا اتفق التابعون على أحد قولى الصحابة لا تصير المسألة اجماعية ولا يحرم القول بالقول الآخر ، وهو مذهب أبى الحسن الأشعرى • وقال المصنف أبو اسحاق : انه قول عامة أصحابنا ، وقال سليم : انه قول أكثر أصحابنا وأكثر الأشعرية • وقال امام الحرمين : ان ميل الشافعى اليه ، واختاره الغزالى • وقال ابن بَرْهان : ذهب الشافعى رضى الله عنه الى أن حكم الخلاف لا يرتفع • وقال عبد الوهاب المالكى : ليس عن مالك فيه شىء ؛ والجيد من مذهبه الذى كان يختاره شيخنا أبو بكر أن الخلاف باق • وذهب اليه من الحنابلة القاضى ، وهو المرجوح عندهم •

(والوجه الثانى) وبه قال أبو على بن خيران وأبو بكر القفال والقاضى أبو الطيب ، ورجحه ابن الصباغ وأكثر أصحاب أبى حنيفة وكثير من المعتزلة كالجبائى وابنه ، واليه ذهب المحاسبى من المتقدمين وأبو عبد الله بن الخطيب من المتأخرين ،وأبو الخطاب الحنبلى ، أنه يصير اجماعا لا تجوز مخالفته ، وهذا الخلاف مترتب على أن الميت هل له قول ؟

(فان قلنا) ان له قولا لم يكن اجماعا ، والا كان اجماعا ، والحنفية مع قولهم بأنه اجماع يقولون : انه من أدنى مراتب الاجماع • ولذلك قال محمد ابن الحسن فيمن قال لامرأته أنت خلية ، ونوى ثلاثا ثم جامعها فى العدة وقال : علمت أنها حرام ، لا يحل ، لأن عمر رضى الله عنه كان يراها واحدة رجعية ، وقد أجمعنا بخلافه ، وشبهة الثلاث صحيحة بلا خلاف بين الأمة اليوم ، لكن الحد يسقط بالشبهة ،وقد اختلف الناس فى هذا الاجماع أهو حجة أو لا ؟ فلا يصير موجبا علما بلا شبهة • هكذا قال أبو زيد الدبوسى فى التقويم من كتبهم •

وصورة المسألة عند الغزالى بما اذا لم يصرح التابعون بتحريم القول الآخر ، فان صرحوا بتحريمه فقد تردد ــ أعنى الغزالى ــ هل يمتنع ذلك أو لا ولا يجب اتباعهم فيه ؟ والله أعلم •

والفرق بين هذه المسألة وبين ما اذا حصل الاجماع بعد الاختلاف مع بقاء العصر حيث كان الصحيح هناك أنه يكون اجماعا أن المجمعين هناك كل الأمة ؛ وأهل العصر الثانى بعض الأمة لا كلهم ، لأن الأمة اسم يعم الحى والميت ؛ فعلى ما قلناه من قول أكثر أصحابنا امتنع دعوى الاجماع فى تحريم ربا الفضل بوجهمن الوجوه ، وهذا مقتضى صنع أبى الحسين المحاملى رحمه الله ، فانه ذكر مسألة ربا الفضل فى مسائل كتاب الأوسط الذى صنفه فى مسائل الخلاف بين الشافعى وسائر الفقهاء ، ولو كانت عنده اجماعية لم يذكرها ، لكنا بحمد الله تعالى مستغنون عن الاجماع فى ذلك بالنصوص الصحيحة الصريحة المتضافرة كما قدمته وأقوله ان شاء الله تعالى ، وانما يحتاج الى الاجماع فى مسألة خفية مسندها قياس أو استنباط دقيق • والله أعلم •

فصل

فيما يتعلق به ابن عباس وموافقوه والجواب عنه

تعلقوا فى ذلك بحديثين (أحدهما) حديث أسامة المتقدم ، وقد ورد بألفاظ مختلفة معناها سواء أو متقارب (منها) « لا ربا الا فى النسيئة » (ومنها) « انما الربا فى النسيئة » (ومنها) « أن الربا فى النسيئة » (ومنها) « لا ربا فيما كان يدا بيد » • وهذه الألفاظ كلها صحيحة (ومنها) «ليس الربا الا فى النسيئة والنَّظِرَة » (ومنها) « لا ربا الا فى الدَّين » رواهما الطبرانى (ومنها) « الربا فى النسيئة » • واتفق الأئمة على حديث أسامة وان اختلفوا فى تأويله ، والحديث الثانى حديث البراء بن عازب وزيد ابن أرقم ، وقد رويناه بطرق مختلفة ، وألفاظ متباينة ، فألفاظه التى فى الصحيح لا متعلق لهم بها •

(ومنها) لفظ فى طريق خارج الصحيحين لهم فيه متعلق ، وهو ما رواه عبد الله بن الزبير الحميدى صاحب الشافعى وشيخ البخارى عن سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار أنه سمع أبا المنهال يقول « باع شريك لى بالكوفة دراهم بدراهم بينهما فضل ، فقلت ما أرى هذا يصلح ، فقال : لقد بعتها فى السوق فما عاب ذلك علىَّ أحد فأتيت البراء بن عازب فسألته فقال : قدم النبى صلى الله عليه وسلم المدينة وتحادثنا هكذا وقال ما كان يدا بيد فلا بأس ، وما كان نسيئا فلا خير فيه ، وأت زيد بن أرقم فانه كان أعظم تجارة منى ، فأتيته فذكرت ذلك فقال : صدق البراء » •

قال الحميدى : هذا منسوخ لا يؤخذ بهذا ؛ وهذا الاسناد من أصح الأسانيد فان رواته كلهم أئمة ثقات ، وقد صرح سفيان بأنه سمعه من عمرو فانتفت شبهة تدليسه • ولكن سنذكر ما علل به ، فشرط الحكم بصحة الحديث سلامته من التعليل ؛ فنذكر الجواب عن كل واحد من الحديثين والله المستعان •

أما حديث أسامة فجوابه من خمسة أوجه يجمعها ثلاثة أنواع ، تأويل وادعاء نسخ وترجيح ، واعلم أنه متى أمكن الأول لا يعدل الى الثانى ، ومتى ثبت موجب الثانى لا يعدل الى الثالث ، فاعتمد هذا فى كل نصين مختلفين ونحن نذكر الأوجه التى نقلت فى الجواب ، منها وجهان تضمنهما

كلام الشافعى رحمه الله ، فانه قال فى كتاب اختلاف الحديث بعد أن ذكر خبر أسامة ، وأخبار عبادة بن الصامت وأبى هريرة وأبى سعيد وعثمان بن عفان الدالة على التحريم ، ذكرها ثم قال : فأخذنا بهذه الأحاديث التى توافق حديث عبادة ، وكانت حجتنا فى أخذنا بها وتركنا حديث أسامة بن زيد اذ كان ظاهره يخالفها ، وقول من قال : ان النفس على حديث الأكثر أطيب ، لأنهم أشبه أن يحفظوا من الأقل ، وكان عثمان بن عفان وعبادة بن الصامت أسن ، وأشد تقدم صحبة من أسامة ، وكان أبو هريرة وأبو سعيد الخدرى أكثر حفظا عن النبى صلى الله عليه وسلم فيما علمنا من أسامة .

فان قال قائل : فهل يخالف حديث أسامة حديثهم ؟ (قيل) ان كان يخالفها فالحجة فيها دونه لما وصفنا فان قيل : فأنى يرى هذا ؟ قيل : الله أعلم قد يحتمل أن يكون سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يسأل عن الربا فى صنفين مختلفين ، ذهب بفضة وتمر بحنطة . قال : (انما الربا فى النسيئة) فحفظه فأدى قول النبى صلى الله عليه وسلم ولم يؤد مسألة السائل ، فكان ما أدى عند من سمع أن لا ربا الا فى النسيئة . هذا جواب الشافعى رضى الله عنه ، وهو مشتمل على الترجيح والتأويل فهما جوابان يعنى أنه ان كان حديث أسامة جوابا لمن سأل عن صنفين فهو موافق لبقية الأحاديث لا يخالفها ، وان لم يكن كذلك وكان مخالفا لها فالعمل بالراجح متعين ، ورواية جماعة أرجح من رواية واحد ، ولم يجزم الشافعى رحمه الله بالتأويل المذكور ، لأجل أن ابن عباس راوى الحديث ، وهو قائل به .

وروى الحاوى كلام الشافعى بأبسط مما فى اختلاف الحديث ، وهو يبين ما شرحت به كلامه . وهذا التأويل الذى ذكره الشافعى هو الذى ذكره ابن عبد البر وقال انه معنى الحديث عند العلماء . قال : والدليل على صحة هذا التأويل ، بل اجماع الناس ــ ما عدا ابن عباس ــ عليه ، وما صح عن النبى صلى الله عليه وسلم وذكر الحديث والأحاديث الدالة على تحريم ربا الفضل .

(الجواب الثالث) أنه محمول على الجنسين ، الواحد يجوز التماثل فيه نقدا ، ولا يجوز نساء ، ذكره الماوردى .

(الجواب الرابع) أن يكون محمولا على غير الربويات ، كبيع الدين بالدين مؤجلا ، بأن يكون له عنده نقد موصوف ، فيبيعه بعرض موصوف مؤجلا . ذكره النووى ، فهذه ثلاثة تأويلات ، أوضحها وأشهرها ما قاله الشافعى رحمه الله تعالى أنه محمول على الجنس وليس من شرط حمله على ذلك أن يثبت كونه جوابا لسؤال سائل عنده ، بل قد يكون اللفظ عاما ، ويحمل على الخصوص بدليل يقتضيه أى دليل كان ، ولو لم يكن الا الجمع بين الأحاديث .

واعلم أن هذه التأويلات الثلاثة متفقة فى الجمع بين الحديثين ، وقد نبهت فيما تقدم على أنه أولى من الترجيح فيما أمكن ، وكلام ابن الصباغ يقتضى أن هنا مانعا من الجمع بين الحديثين ، فانه قال فى كتاب عدة العالم فى أصول الفقه : انه ان أمكن الجمع بين الحديثين جمع الى أن يقع الاجماع على تعارضهما ، مثل حديث ابن عباس (انماالربا فى النسيئة) وحديث أبى سعيد قال : فانه يمكن أن يحمل حديث ابن عباس على الجنسين المختلفين ، الا أن الجماعة اتفقوا على تعارض الخبرين ، فالأكثر تركوا حديث ابن عباس ، والقليل أجروا حديث ابن عباس على العموم ، فعلى طريقة ابن الصباغ هذه يتعين المصير الى الترجيح أو النسخ ، والله أعلم .

(الجواب الخامس) دعوى النسخ كما أشار اليه الحميدى فى حديث البراء بن عازب وزيد بن أرقم المتقدم . قال الحاوى : من ادعى نسخ ذلك ذهب الى حديث فيه مقال ، وذكر حديثا من رواية بحر[2] السقاء عن عبد العزيز بن أبى بكرة عن أبيه أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن الصرف قبل موته بشهر » قال الحاوى : هذا حديث واهى الاسناد وبحر السقاء لا تقوم به الحجة . ثم فى حديث عبادة ما يدل على أن التحريم كان

---

(1) كان فى الطبعات السابقة (بحر الشفاء) والصواب السقاء قال فى تهذيب التهذيب : بحر بن كثير الباهلى المعروف بالسقاء وهو جد عمرو بن على الفلاس روى عن الحسن البصرى وعبد العزيز بن أبى بكر الى قوله : وقال الحربى : ضعيف وقال الساجى تروى عنه مناكير وليس هو عندهم بقوى فى الحديث وقال البخارى : ليس هو عندهم بقوى ، يحدث عن قتادة بحديث لا أصل له من حديثه ولا يتابع عليه وقال النسائى فى الجرح والتعديل : بل ليس بثقة ولا يكتب حديثه وذكره ابن البرقى فى درجة من ترك حديثه وقال السعدى : ساقط ، وقال ابن حبان : كان ممن فحش خطؤه وكثر وهمه حتى استحق الترك ، وسئل أبو داود عن بحر وعمران فقال : بحر فوق عمران وبحر متروك (ط) .

يوم خيبر . وذكر حديثا من رواية محمد بن اسحاق عن يزيد بن عبد الله بن قسيط ، أنه حدث عن عبادة بن الصامت قال « نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيع أو نبتاع تبر الذهب بالذهب ، وتبر الفضة بالفضة العين . قال : وقال لنا : ابتاعوا تبر الذهب بالورق ، وتبر الفضة بالذهب العين » .

قال الحاوى : هذا الحديث بهذا الاسناد وان كان فيه مقال من جهة ابن اسحاق غير أن له أصلا من حديث عبادة ، ثم يسنده حديث فضالة بن عبيد ، فان كان أسامة سمعه من النبى صلى الله عليه وسلم قبل خيبر فقد ثبت النسخ ، والا فالحكم ما صار اليه الشافعى جمعا بين الأخبار فبحثنا هل نجد حديثا يؤكد رواية أبى بكرة ويبين تقديم حديث أسامة ان كان ما سمعه متقدما على ما سمعه ؟ فرأيناه ذكر حديث الحميدى الذى تقدم وكلام الحميدى ولم يزد عليه .

(قلت) وحديث فضالة ظاهر فى أن التحريم كان يوم خيبر ، فانه قال « كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر نبايع اليهود ، وفيه الذهب بالدينارين والثلاثة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبايعوا الذهب الا وزنا بوزن » وهو مخرج فى صحيح مسلم ، لكن النووى قال : انه يحتمل أنهم كانوا يتبايعون الأوقية من ذهب وخز وغيره بدينارين ، ظنا منهم جوازه للاحتياط ، حتى يبين النبى صلى الله عليه وسلم أنه حرام حتى تميز ، وها أنا أتكلم على حديث الحميدى ان شاء الله تعالى .

(أما) حديث الحميدى فادعى فيه أمران (أحدهما) النسخ كما قال راويه الحميدى ، وناهيك به علما واطلاعا لكن الصحيح عند الأصوليين أن قول الراوى هذا منسوخ لا يرجع اليه لجواز أن يكون قال ذلك من طريق الاجتهاد ، بخلاف ما اذا صرح بأنه متأخر فانه يقبل كما اذا مر على ماء قليل فقال عدل : قد ولغ فيه كلب ، يقبل . فلو قال : هو نجس ولم يبين لم يقبل . وممن صرح بذلك سليم والغزالى وابن بَرْهان ، خلافا لأصحاب أبى حنيفة فيما نقله ابن برهان مطلقا ، وابن الخطيب نقله عن الكرخى فيما اذا لم يعين الناسخ وجعل أبو العباس القرطبى المالكى قوله : نسخ كذا بكذا فى معنى ذكره تقدم التاريخ ، ومحل الخلاف فيما اذا كان ذلك القول من صحابى ، كذلك فرض الغزالى وابن برهان وابن الخطيب المسألة .

وأطلق القرطبى الفرض فى الراوى ، فان كان ذلك عن سائل سأل فى العبارة والا فهو بعيد ، فان ثبت خلاف فى غير الصحابى كان قول الحميدى هنا من هذا القبيل والا فلا ، غير أنه قد عرف من موضع آخر تقدم تاريخ الاباحة من حديث البراء وزيد بن أرقم ، وتأخر التحريم من حديث أبى بكرة فى رواية ابن اسحاق كما تقدم قريبا ، فاذا صح ذلك ظهر مستند الحميدى رضى الله عنه وصح النسخ • والماوردى جزم بالنسخ فى حديث البراء وزيد قال : لأنه مروى عن أول الاسلام قبل تحريم الربا •

وههنا دقيقة ، وهى أن دعوى النسخ اذا سلم يظهر بين الأحاديث بأن تكون أحاديث التحريم ناسخة لأحاديث الاباحة ، أما أن الآية تكون ناسخة لأحاديث الاباحة ففيه نظر لأمرين (أحدهما) أن الكتاب لاينسخ السنة على أحد قولى الشافعى ، وان كان الأصح عند الشافعية وغيرهم الجواز (والثانى) أن الأحاديث المبيحةخاصة بالنقد والآية عامة وعند الشافعى وأكثر العلماء تقدم الخاص على العام ، ولو تأخر العام لا يكون ناسخاً للخاص ، واذا ظهر أن النسخ انما هو بين فحينئذ أقول : اما أن نقول ان الآية محمولة على ربا الجاهلية أولا • فان قلنا بذلك فلا اشكالوصار النظر مقصوراً علىالسنة، وان نقل به وحملناها على العقود الربوية اما عامة فيها واما مجملة ، فان كان نزولها متأخرا عن جميع الأحاديث المبيحة والمحرمة فيكون مجموع الأحاديث المنسوخة والناسخة أو الناسخة فقط ، مبينة أو مخصصة للآية • وهذا يوافق قول عمر وابن عباس رضى الله عنهما : أن آخر آية نزلت آية الربا ، وان كان نزول الآية متوسطا بين المبيحة والمحرمة ، وهو ما يشعر به قول عائشة رضى الله عنها لما نزلت الآيات فى آخر سورة البقرة فى الربا « خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم فحرم التجارة فى الخمر » متفق عليه ، وتحريم الخمر فى السنة الثالثة والرابعة ، على أنه يحتمل أن يكون المراد جدد تحريم التجارة فى الخمر ولا يكون ذلك أول تحريمها •

فان كان الأمر كذلك وأن نزول آية الربا بعد الأحاديث المبيحة وقبل المحرمة فالمبيحة مبينة أو مخصصة للآية كما تقدم ، وحينئذ فنتصدى النظر فى أن العام المخصص هل أريد به القدر الباقى بعد الاخراج مع قطع النظر عن المخرج ؟ أو أريد به الباقى وخروج غيره ، والظاهر الأول ، فتكون الآية

مراداً بها تحريم النَّساء ، والأحاديث المبينة المتقدمة تقتضي حكمين (أحدهما) تحريم النَّساء وهو موافق للآية (والثانى) اباحة النقد ، وهو ثابت بالسنة الخاصة ، وهو المنسوخ بالسنة ، مع كون الآية باقية على كون المراد بها النسيئة ، ولا يستدل بها فيما عداه وتحريم النقد بالسنة زائد عليها ، وقد يقال : انه يأتى بحث الحنفية فى أن الزيادة على النص اذا كان لها تعلق به نسخ عندهم ، والصواب أن ذلك لا يأتى ههنا ، لأن اباحة النقد لم تفهم من الآية • وهم انما يقولون ذلك فيما اذا كانت الزيادة تدفع مفهوم اللفظ ، فهذا ما يتعلق بدعوى النسخ فى ذلك •

(الأمر الثانى) مما ادعى فى حديث البراء وزيد بن أرقم هذا أنه معلول ، فيمتنع الحكم بصحته • وهذه الطريقة التى سلكها الحافظ أبو بكر البيهقى ، وذلك أن لفظه الذى فى الصحيح عن أبى المنهـال قال « سألت البراء بن عازب وزيد بن أرقم عن الصرف فقالا : كنا تاجرين على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصرف فقال : ان كان يدا بيد فلا بأس ، وان كان نساء فلا يصلح » رواه البخارى بهذا اللفظ من حديث ابن جريج عن عمرو بن دينار وعامر بن مصعب ، ورواه مسلم بلفظ آخر عن أبى المنهال قال « باع شريك لى ورقا نسيئة الى الموسم أو الى الحج ، فجاء الىَّ فأخبرنى فقلت : هذا الأمر لا يصلح قال فقد بعته فى السوق ، فلم ينكر ذلك على أحد ، فأتيت البراء بن عازب فسألته فقال : قدم النبى صلى الله عليه وسلم المدينة ونحن نبيع هذا البيع فقال : ما كان يدا بيد فلا بأس به ، وما كان نسيئة فهو ربا وأت زيد بن أرقم فانه أعظم تجارة منى فأتيته فسألته فقال مثل ذلك » وكذلك رواه البخارى عن على بن المدينى ومسلم عن محمد بن حاتم ، والنسائى عن محمد بن منصور ــ ثلاثتهم عن سفيان ــ وهذان اللفظان اللذان فى الصحيح لا منافاة بينهما ولا اشكال ولا حجة لمتعلق فيهما لأنه يمكن حمل ذلك على أحد أمرين اما أن يكون المراد بيع دراهم بشىء ليس ربويا ، ويكون الفساد لأجل التأخير بالمواسم أو الحج فانه غير محرر ؛ ولا سيما على ما كانت العرب تفعل (والثانى) أن يحمل ذلك على اختلاف الجنس ، ويدل له رواية أخرى عن أبى المنهال قال : « سألت البراء بن عازب وزيد بن أرقم عن الصرف فكلاهما يقول :

نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الذهب بالورق دينا » رواه البخارى ومسلم وهذا لفظ البخارى ومسلم بمعناه ، وفى لفظ مسلم « نهى عن بيع الورق بالذهب دينا » فهو يبين أن المراد صرف الجنس بجنس آخر • وهذه الرواية ثابتة من حديث شعبة عن حبيب بن أبى صالح عن أبى المنهال ؛ والروايات الثلاث الأول رواية الحميدى واللتان فى الصحيح ، وكلها أسانيدها فى غاية الجودة ، ولكن حصل الاختـــلاف من الحميدى وعلى بن المدينى ومحمد بن حاتم ومحمد بن منصور ، وكل من الحميدى وعلى بن المدينى فى غاية التثبت •

ويترجح ابن المدينى هنا بمتابعة محمد بن حاتم ومحمد بن منصور له وبشهادة ابن جريج لروايته ، وشهادة رواية حبيب بن أبى ثابت لرواية شيخه ، ولأجل ذلك قال البيهقى رحمه الله : ان رواية من قال : انه باع دراهم بدراهم خطأ عنده [1] فهذا جواب حديثى ، وقد لا يجسر الفقيه على الحكم لتخطئته بمجرد ذلك • ونقول انه لا منافاة بين روايات عمرو بن دينار ، فان منها ما أطلق فيه الصرف (ومنها) ما بين أنها دراهم بدراهم ، فيحمل المطلق على المقيد جمعا بين الروايتين فان أحدهما بين ما أبهمه الآخر • ويكون حديث حبيب بن أبى ثابت حديثا آخر واردا فى الجنسين وتحريم النساء فيهما • ولا تنافى فى ذلك ولا تعارض ، وحينئذ يضطر الى النسخ ان ثبت موجبه أو ترجيحه • وهو حاصل هنا بأمور (منها) ان رواية أحاديث التحريم أكثر كما سبقت عليهم • والقاعدة الترجيح بالكثرة • وهذا قد نص عليه الشافعى رحمه الله تعالى فى هذه المسألة التى تتكلم عليها • فانه روى تحريم الفضل عن عمر وعثمان وأبى سعيد وأبى هريرة وعبادة وقال : رواية خمسة أولى من رواية واحد •

وقال سليم الرازى : ان الشافعى رضى الله عنه أومأ فى موضع الى أنه لا ترجح بالكثرة فى أحد الخبرين ، وهما سواء ، واليه ذهب قوم من أصحاب

---

(١) نص قول البيهقى فى السنن الكبرى جـ ٥ ص ٢٨١ وروى عن الحميدى عن سفيان عن عمرو بن دينار عن أبى المنهال قال : باع شريك لى بالكوفة دراهم بدراهم بينهما فضل (عندى) ان هذا خطأ والصحيح ما رواه على بن المدينى ومحمد بن حاتم وهو المراد بما أطلق فى رواية ابن جريج فيكون الخبر وارداً فى بيع الجنسين احدهما بالآخر فقال : ما كان منه يداً بيد فلا بأس ، وما كان منه نسيئة فلا ــ وهو المراد بحديث أسامة والله أعلم •

أبى حنيفة اعتبارا بالشهادة حيث لم يرجح فيها بكثرة العدد ، ونقله فى شرح اللمع المصنف عن بعض أصحابنا • (ومنها) أنهم أسن ، فان فيهم عثمان وعبادة وغيرهم ، ممن هم أسن من البراء وزيد كما قاله الشافعى رحمه الله فى أسامة • (ومنها) بالحفظ فان فيهم أبا هريرة وأبا سعيد وغيرهما ، ممن هو مشهور بالحفظ أكثر من البراء وزيد لهذا الحديث فى زمان الصبا ، وهو مرجوح بالنسبة الى الأول ، وانما قلت ان تحمل البراء وزيد فى حالة الصبا لأنهما قالا : «قدم النبى صلى الله عليه وسلم[1] المدينة وتحادثنا» هكذا قال ، وعند قدوم النبى صلى الله عليه وسلم كان سن كل منهما عشرا أو نحوها لما ذكر ابن عبد البر عن منصور بن سلمة الخزاعى أنه روى باسناده الى زيد ابن حارثة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استصغره يوم أحد ، والبراء بن عازب وزيد بن أرقم وأبا سعيد الخدرى وسعيد بن حبيبة وعبد الله بن عمر • وعن الواقدى أن أول غزوة شهداها الخندق •

ومن المرجحات أيضا أن حديث البراء وزيد مبيح ، وأحاديث عبادة وأصحابه محرمة ، واذا تعارض المقرر والناقل فالمرجح الناقل عن حكم الأصل عند الجمهور وهو الذى جزم به المصنف وسليم ، لأنه يفيد حكما شرعيا خلافا لأبى عبد الله بن الخطيب حيث قال : يقدم المقرر ، وان حصل التعارض فى التحريم والاباحة من غير اعتضاد بأصل ، فالمحرم راجح على المبيح على أصح الوجهين عند أصحابنا ، ووافقهم الكرخى من الحنفية وأبو يعلى من الحنبلية للاحتياط خلافا للغزالى منا وعيسى بن أبان من الحنفية وأبى هاشم وجماعة من المتكلمين ، حيث قالوا : هما سواء ، وثم وجوه أخر من الترجيح لا تخفى عن الفطن والله تعالى أعلم •

واعلم أن ترجيح أحد الدليلين على الآخر كالمتفق عليه بين الأئمة ، وهو المعلوم من استقراء أحوال الصحابة والسلف وأنكره بعض المتكلمين وقال : يتعين المصير الى دليل آخر سواهما أو للتخيير ، والأول هو الصواب والله أعلم • فقد اتضح بحمد الله تعالى الجواب عن ذلك ، ولعلك ترى أنى أطلت فى ذكر هذه المسألة الأصولية فاعلم أنى متى جاءت قاعدة من هذه

---

(١) نص الحديث : قدم النبى صلى الله عليه وسلم المدينة ونحن نبيع هذا البيع فقال : ما كان يدا بيد فلا بأس به وما كان نسيئة فهو ربا الخ .

القواعد حددتها [1] ، وأقوال الأئمة فيها والراجح منها ، ثم اذا عاد ذكرها فى موضع آخر حملت على الموضع الأول الله أعلم •

فصل

فى الأحاديث الواردة فى تحريم ربا الفضل

روى ذلك من حديث أبى بكر الصديق رضى الله عنه وعمر بن الخطاب رضى الله عنه وعثمان بن عفان وعلى بن أبى طالب وسعد بن أبى وقاص وعبادة بن الصامت وأبى سعيد الخدرى وأبى هريرة وعبد الله بن عمر بن الخطاب وفضالة بن عبيد وأبى بكرة ومعمر بن عبد الله ورافع بن خديج وأبى الدرداء وأبى أسيد الساعدى وبلال وجابر بن عبد الله وأنس بن مالك ورويفع بن ثابت وبريدة رضى الله عنهم أجمعين • أما حديث أبى بكر رضى الله عنه فمشهور عن محمد بن السائب الكلبى عن سلمة بن السائب عن أبى رافع عنه قال « سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقول : الذهب بالذهب وزناً بوزن والفضة بالفضة وزناً بوزن والزائد والمستزيد فى النار » رواه أبو بكر بن أبى شيبة وعبيد بن حميد وغيرهما • واختلف عن الكلبى فيه ففى سنن أبى قرة عن محمد بن السائب عن أبى رافع والكلبى ضعيف • وروى من طريق غيره ولم يصح •

وأما حديث عمر رضى الله عنه فرواه أبو حمزة ميمون القصاب عن سعيد بن المسيب عن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والحنطة بالحنطة ، والشعير بالشعير ، مثلا بمثل ، من زاد أو ازداد فقد أربى » وأبو حمزة ضعيف • وقد اضطرب عنه فى هذا الحديث • قال الدارقطنى فى كتاب العلل : وأبو حمزة مضطرب الحديث والاضطراب فى الاسناد من قبله ، والله تعالى أعلم •

(وأما) حديث عثمان بن عفان فصحيح أخرجه مسلم • ولفظه فى روايتنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تبيعوا الدينار بالدينارين ، ولا الدرهم بالدرهمين » (وأما) حديث على بن أبى طالب فأخرجه ابن

---

(١) لعل فى العبارة تصحيفا وصوابه (حررتها) « ط » •

ماجه والدارقطنى فى سننهما ، والحاكم فى المستدرك من طريق محمد بن العباس جد الشافعى عن عمر بن محمد عن أبيه وهو ابن الحنفية عن جده وهو على رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الدينار بالدينار ، والدرهم بالدرهم ، لا فضل بينهما من كانت له حاجة بورق فليصرفها بذهب ، وان كانت له حاجة بذهب فليصرفها بورق والصرف ها وها » وقال الحاكم : انه غريب صحيح .

(وأما) حديث سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه فمخرج فى كتب السنن الأربعة والدارقطنى والمستدرك على الصحيحين للحاكم ، وهذا لفظ المستدرك قال سعد : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اشتراء الرطب بالتمر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أَيَنْقُصُ فضل ؟ قالوا : نعم الرطب ينقص ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فلا يصح هذا » وان لم يكن فى معنى الأحاديث المتقدمة فهو يدل على معناها من جهة أنه دل على معنى الفضل ، فهؤلاء خمسة من العشرة فيهم الخلفاء الراشدون .

(وأما) حديث عبادة فهو أتم الأحاديث وأكملها ، ولذلك جعله الشافعى العمدة فى هذا الباب ، وعبادة أسن وأقدم صحبة من أبى سعيد ، وقد تقدم أن حديث عبادة من أفراد مسلم ، ورواه معه من أصحاب السنن أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه ، ولفظه فى مسلم من رواية أبى الأشعث عنه قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، الا سواء بسواء وعينا بعين ، فمن زاد أو ازداد فقد أربى » وهذا اللفظ هو الذى أورده المصنف أولا فى الفصل الأول من هذا الباب ، ولم يخرجه بهذا اللفظ هكذا أحد من أصحاب الكتب الستة غيره ، وقد اشتبه على ابن معن المتكلم على هذا الكتاب فنسبه الى مسلم وأبى داود والترمذى ونسب الثانى الى مسلم وحده فأردت التنبيه على ذلك لئلا يغتر به ، فان المحدث اذا نسب الحديث الى كتاب مراده منه أصل الحديث فيحتمل منه ذلك ،وأما الفقيه فمراده ذلك اللفظ الذى يستدل به فلا بد من الموافقة فيه والله تعالى أعلم .

ورواه النسائى بقريب من هذا اللفظ من حديث مسلم بن يسار وعبد الله ابن عبيد عن عبادة قال « نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الذهب بالذهب والورق بالورق ، والبر بالبر والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ــ قال أحدهما : والملح بالملح ، ولم يقله الآخر ــ الا مثلا بمثل ، يدا بيد ، وأمرنا أن نبيع الذهب بالوَرِق والوَرِق بالذهب والبر بالشعير والشعير بالبر يدا بيد كيف شئنا ــ قال أحدهما : فمن زاد أو ازداد فقد أربى » ورواه ابن ماجه كذلك بهذا اللفظ ، وقدم الورق على الذهب وبعض قوله : « وأمرنا أن نبيع الذهب » وقوله : « من زاد أو ازداد » ورواية مسلم بن يسار هذه منقطعة ، فانه لم يسمع ذلك من عبادة ، وانما سمعه من أبى الأشعث عنه . وأما رواية عبد الله بن عبيد ويقال له ابن هرمز فمتصلة فيما أظن والله أعلم ، وذكره المزنى فى مختصره عن الشافعى رحمه الله كذلك من حديث مسلم بن يسار ورجل آخر عن عبادة ، ولفظه فيه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا تبيعوا الذهب بالذهب ، ولا الورق بالورق ، ولا البر بالبر ، ولا الشعير بالشعير ، ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح ، الا سواء بسواء ، عينا بعين ، يدا بيد ولكن بيعوا الذهب بالورق ، والورق بالذهب . والبر بالشعير ، والشعير بالبر ، والتمر بالملح ، والملح بالتمر . يدا بيد كيف شئتم » قال : ونقص أحدهما التمر والملح وزاد الآخر : « فمن زاد أو استزاد فقد أربى » .

وكذلك رويناه فى مسند الشافعى من رواية الربيع حرفا بحرف الا أنه قال : « وزاد أحدهما : من زاد أو ازداد » ورواه البيهقى فى المعرفة من رواية المزنى عن الشافعى أيضا من طريق أبى قلابة عن أبى الأشعث متصلا بلفظ قريب من اللفظ الأول . وهذه الألفاظ كلها متفقة فى تصدير الحديث بالنهى ، وفى استيفاء الأجناس الستة ، وانفردت رواية الشافعى بالجمع بين قوله : « عينا بعين يدا بيد » . ولم أقف على ذلك فى حديث عبادة الا من هذه الرواية . ولا فى أكثر الأحاديث الا فى حديث أبى سعيد الخدرى الذى تقدم ، وفيه جمع بينهما . فهذا اللفظ الواحد الذى أورده المصنف فى الفصل الأول . والظاهر أنه أورده من مسلم أو ممن نقل عنه ، ونعم ما فعل ، الا أن قوله فى آخره : استزاد ليس فى مسلم بل فى لفظ الشافعى فى المختصر .

والنسائى فى رواية من لفظ عبـادة وانما جاء لفظ : استزاد فى مسلم من حديث أبى سعيد ولفظ عبادة ازداد • هـذا الذى رأيته فى روايتنا والله سبحانه وتعالى أعلم •

وفى لفظ آخر لمسلم عن عبادة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح • مثلا بمثل سواء بسواء • يدا بيد ، فاذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد » وهذا اللفظ هو الذى أورده المصنف فى هذا الفصل • لكنه قدم التمر على البر ولم يقل : سواء بسواء • فانه تأكيد لقوله : « مثلا بمثل » • ورواه بقريب من هذا اللفظ أبو داود والترمذى والنسائى من طريق أبى الأشعث • ولفظ أبى داود فيه : « الذهب بالذهب تبرها وعينها والفضة بالفضة تبرها وعينها والبر بالبر مدا بمـد والشعير بالشعير مدا بمد ، والتمر بالتمر مدا بمد ، والملح بالملح مدا بمد ، فمن زاد أو ازداد فقد أربى ، ولا بأس ببيع الذهب بالفضة ــ والفضة أكثرهما ــ يداً بيد ، وأما نسيئة فلا ، ولا بأس ببيع البر بالشعير ــ والشعير أكثرهما ــ يداً بيد وأما النسيئة فلا » ولفظ الترمذى « الذهب بالذهب مثلا بمثل والفضة بالفضة مثلا بمثل ، والتمر بالتمر مثلا بمثل ، والملح بالملح مثلا بمثل والشعير بالشعير مثلا بمثل ، فمن زاد أو ازداد فقد أربى • بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يدا بيد ، وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم يدا بيد ، وبيعوا الشعير بالتمر كيف شئتم يدا بيد » قال الترمذى : حديث عبادة حـديث حسن صحيح • قال : وقد روى بعضهم هذا الحديث عن خالد بهذا الاسناد وقال : « بيعوا البر بالشعير كيف شئتم يدا بيد » • وروى بعضهم هـذا الحديث عن خالد عن أبى قلابة عن أبى الأشعث عن عبادة عن النبى صلى الله عليه وسلم • الحديث • وزاد فيه : قال خالد : قال أبو قلابة : « فبيعوا البر بالشعير كيف شئتم » فذكر الحديث • ولفظ النسائى قريب من لفظ أبى داود مختصرا • وهذه الألفـاظ مشتركة فى تصدير الحديث بالاثبات لا بالنهى وفيها زيادة تصريح بالأصناف المختلفة ، وعند النسائى من حديث حكيم بن جابر عن عبادة قال : « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : الذهب الكفة بالكفة ، والفضة الكفة بالكفة ، حتى قال : الملح الكفة

بالكفة » وقد روى ما توهم أن حكيما لم يسمعه من عبادة ، فهذه ألفاظ الكتب الخمسة فى حديث عبادة والله تعالى أعلم •

وانما أطلت الكلام على هذا الحديث لكونه الذى ذكره المصنف • وأما حديث أبى سعيد الخدرى فهو أتمها وأحسنها بعد حديث عبادة ، لا سيما وهو المناظر لابن عباس فى ذلك ، وهو فى أصله متفق على صحته • وقد اعتمد عليه أبو حنيفة رضى الله عنه ، فانه رواه عن عطية العوفى عنه ، ولفظه الذى اتفقا عليه مختصرا « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ، ولا تبيعوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا الورق بالورق الا مثلا بمثل ، ولا تبيعوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا منها غائبا بناجز » وفى رواية البخارى « الا يداً بيد » ولفظه عند البخارى : « كنا نرزق بجمع تمر الجمع وهو الخلط من التمر ، وكنا نبيع صاعين بصاع ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم لا صاعين بصاع ولا درهما بدرهمين » وكذلك فى مسند أحمد « لا صاعى تمر بصاع ، ولا صاعى حنطة بصاع ، ولا درهمين بدرهم » قال أحمد : قال زيد : « ولا صاعا تمر بصاع ، ولا صاعا حنطة بصاع » وفى رواية للبخارى « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « الذهب بالذهب مثلا بمثل ، والورق بالورق مثلا بمثل » ولفظه عند مسلم « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح ، مثلا بمثل يدا بيد ، فمن زاد أو استزاد فقد أربى ، الآخذ والمعطى فيه سواء » وهو أتم ألفاظه • وكذلك رواه أحمد فى المسند ، وقد تقدم من ألفاظه عن ذكر مذهب ابن عباس غير هذا ، وأما حديث أبى الدرداء وأبى سعيد رضى الله عنهما فقد تقدما •

وأما حديث أبى هريرة رضى الله عنه فرواه البخارى ومسلم مقروناً بحديث أبى سعيد « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خيبر فجاءه بتمر جنيب فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : أكل تمر خيبر هكذا ؟ قال : لا والله يا رسول الله انا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين ، والصاعين بالثلاثة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا » ورواه مسلم وحده قال : قال رسول الله

صلى الله عليه وسلم : « التمر بالتمر والحنطة بالحنطة ، والشعير بالشعير والملح بالملح ، مثلا بمثل يدا بيـد ، فمن زاد أو استزاد فقد أربى ، الا ما اختلفت ألوانه » وفى أخرى « الذهب بالذهب وزنا بوزن مثلا بمثل ، والفضة بالفضة وزنا بوزن مثلا بمثل ، فمن زاد أو استزاد فهو ربا » وفى رواية عنده قال : « الدينار بالدينار لا فضـل بينهما ، والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما » وفى رواية فى مسند أحمد صحيحة « الذهب بالذهب ، والورق بالورق ، ولا تفضلوا بعضها على بعض » وأما حديث ابن عمر رضى الله عنهما فرواه مالك فى الموطأ « أنه جاءه صائغ فقال : يا أبا عبد الرحمن انى أصوغ الذهب ثم أبيع الشىء من ذلك بأكثر من وزنه ، فأستفضل فى ذلك قدر عمل يدى ، فنهاه عبد الله بن عمر عن ذلك ، فجعل الصائغ يردد عليه المسألة وعبد الله ينهاه ، حتى انتهى الى باب المسجد أو الى دابته ، يريد أن يركبها . ثم قال عبد الله بن عمر : الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما . هذا عهد نبينا صلى الله عليه وسلم الينا وعهدنا اليكم » هكذا رواه مالك فى الموطأ فجعله من مسند ابن عمر ، ورواه من جهته النسائى فذكره هكذا فى كتابه الكبير من مسند ابن عمر ، وذكره فى كتاب المجتبى أيضا من جهته ، لكن وقع فى روايتنا عنه عن مجاهد قال : قال عمر ، وأخـذ بظاهره ابن الأثير فى جامع الأصول وقال : ان النسائى جعله من مسند عمر والذى أظن أن الذى وقع فى روايتنا عنه عن مجاهد قال : قال عمر ، وأخذ بظاهره ابن الأثير فى جامع الأصول وقال : ان النسائى جعله من مسند ابن عمرو الذى أظن أن الذى وقع فى روايتنا غلط سَقَطَ (ابن) وكذلك من النسخة التى وقعت لابن الأثير . والله تعالى أعلم .

وقال الشافعى رحمه الله عقب روايته له عن مالك : هذا خطأ ؛ ثم رواه عن سفيان بن عيينة عن وردان الدوى عن ابن عمر فقال فيه : هـذا عهد صاحبنا الينا وعهدنا اليكم . قال الشافعى رحمه الله : يعنى بصاحبنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال البيهقى فى المعرفة : وهو كما قال ، فالأخبار دالة على أن ابن عمر لم يسمع فى ذلك من النبى صلى الله عليه وسلم شيئا ، ثم قال يعنى الشافعى : يجوز أن يقول : هذا عهد نبينا الينا ، وهو يريد الى أصحابه بعدما ثبت له ذلك عن النبى صلى الله عليه وسلم من حديث أبى سعيد وغيره .

وقد تكلم ابن عبد البر هنا بما لا أستحسن أن أقابله بمثله لما ألزمت نفسي من الأدب مع العلماء • ونسب الشافعي الى الغلط ، ورأى أن رواية سفيان مجملة ، ورواية مالك مبينة ، فيكون مراده بقوله صاحبنا هو النبي صلى الله عليه وسلم والصواب ما قاله الشافعي رحمه الله ، فان في صحيح مسلم عن نافع قال : « كان ابن عمر يحدث عن عمر في الصرف ، ولم يسمع من النبي صلى الله عليه وسلم فيه شيئا » ولكن لرواية ابن عمر أصل في تحريم ربا الفضل ؛ فانه روى عنه قال : « كان عند رسول الله صلى الله عليه وسلم أناس فدعا بلالا بتمر عنده فجاء بتمر أنكره رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ما هـذا التمر ؟ قال : التمر الذي كان عندنا أبدلناه صاعين بصاع • فقال : رد علينا تمرنا » رويناه في مسند عبد بن حميد من حديث أبي دهقانة عن ابن عمر •

وفي مسند أحمد عن شرحبيل أن ابن عمر وأبا هريرة وأبا سعيد حدثوا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « الذهب بالذهب مثلا بمثل ، والفضة بالفضة مثلا بمثل عينا بعين ، فمن زاد أو ازداد فقد أربى » قال شرحبيل : (ان لم أكن سمعته منهم فأدخلني الله النار) • ويحتمل أن يكون ابن عمر أرسل ذلك لما ثبت له من جهة أبي سعيد وغيره وأما حديث فضالة بن عبيد فصحيح رواه مسلم قال « كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر نبايع اليهود الأوقية الذهب بالدينارين والثلاثة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تبيعوا الذهب بالذهب الا وزنا بوزن » •

وأما حديث أبي بكرة فرواه البخاري ومسلم قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الفضة بالفضة ، والذهب بالذهب الا سواء بسواء ، وأمرنا أن نبتاع الذهب بالفضة كيف شئنا والفضة بالذهب كيف شئنا » رواه بهذا اللفظ •

وإما حديث معمر بن عبد الله فصحيح أخرجه مسلم (أنه أرسل غلامه بصاع قمح فقال : بعه ثم اشتر شعيرا ، فذهب الغلام فأخذ صاعا وزيادة بعض صاع ؛ فلما جاء معمرا أخبره بذلك ، فقال له معمر : لم فعلت ذلك ؟ انطلق فرده ، ولا تأخذن الا مثلا بمثل ، فاني كنت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « الطعام بالطعـام مثلا بمثل » وكان طعامنا يومئذ

الشعير ، قيل له : فانه ليس بمثله قال : انى أخاف أن يضارع) وقد ذكر المصنف المسند منه فى الفصل الأول ، وسيأتى الكلام على القمح والشعير .

وأما حديث رافع بن خديج فرواه أبو جعفر الطحاوى فى شرح معانى الآثار عن أبى بكرة ثنا عمير بن نفيرنا عاصم بن محمد حدثنى زيد بن محمد قال : حدثنى نافع قال : « مشى عبد الله بن عمر الى رافع بن خديج فى حديث بلغه عنه فى بيان الصرف ، فأتاه فدخل عليه فسأله عنه ، فقال رافع : سمعته أذناى وأبصرته عيناى رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا تشفوا الدينار على الدينار ، ولا الدرهم على الدرهم ، ولا تبيعوا غائبا منها بناجز ، وان استنظرك حتى يدخل عتبة بابه » . وأما حديث بلال رضى الله عنه فرويناه فى مسند الامام أبى محمد الدارمى ورواه عن عثمان بن عمر أنا اسرائيل عن أبى اسحاق عن مسروق عن بلال قال « كان عندى مد تمر للنبى صلى الله عليه وسلم فوجدت أطيب منه صاعا بصاعين ، فأتيت به النبى صلى الله عليه وسلم قال من أين لك هذا يا بلال ؟ قلت اشتريته صاعا بصاعين . قال : رده ورد علينا تمرنا » .

وأما حديث جابر بن عبد الله فرواه الامام أبو محمد بن عبد الله بن وهب فى مسنده قال : أخبرنى ابن لهيعة عن أبى الزبير عن جابر قال : « كنا فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم نعطى الصاع من حنطة فى سنة آصع من تمر ، فأما سوى ذلك من الطعام فيكره ذلك الا مثلا بمثل » وفى مسند أحمد وغيره عن جابر بن عبد الله وأبى سعيد الخدرى وأبى هريرة رضى الله عنهم أنهم نهوا من الصرف ، رفعه رجلان منهم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم . الصرف هنا محمول على الفضل فى بيع النقد بمثله والله أعلم ، هذا وان كان ظاهر لفظه فيه اشكال فانه يفيد كراهة الطعام بجنسه الا مثلاً بمثل . وهو المقصود .

وأما حديث أنس بن مالك فرواه الدارقطنى فى سننه من حديث أبى بكر بن عياش عن الربيع بن صبيح ــ بفتح الصاد ــ عن الحسن عن عبادة وأنس بن مالك عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ما وُزِن مثلا بمثل اذا كان نوعا واحدا ، وما كيل فمثل ذلك ، فاذا اختلف النوعان فلا بأس

به » قال الدارقطنى : لم يروه غير أبى بكر عن الربيع هكذا وخالفه جماعة فرووه عن الربيع عن ابن سيرين عن عبادة وأنس عن النبى صلى الله عليه وسلم بلفظ غير هذا اللفظ •

وأما حديث رويفع بن ثابت فرواه الطحاوى : حدثنا فهد قال : حدثنا ابن أبى مريم أنا نافع بن يزيد أنا ربيعة بن سليمان مولى عبد الرحمن بن حسان التجيبى أنه سمع حنشا الصنعانى[1] يحدث عن رويفع بن الحارث فى غزوة أناس قبل المغرب يقول : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى غزوة خيبر : « بلغنى أنكم تبتاعون المثقال بالنصف والثلثين ، وانه لا يصلح الا المثقال بالمثقال والوزن بالوزن » ورويفع بن ثابت هذا أنصارى صحابى ، قال البخارى فى التاريخ الكبير : يعد فى المصريين وذكره ابن أبى خيثمة فى تاريخه فى الأنصار ، وروى له حديثا سمعه من النبى صلى الله عليه وسلم •

(وأما) حديث بريدة فرواه الطحاوى بسند فيه الفضل بن حبيب السراج الى بريدة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشتهى تمرا فأرسل بعض أزواجه ولا أراها الا أم سلمة بصاعين من تمر ، فأتوا بصاع من عجوة ، فلما رآه النبى صلى الله عليه وسلم أنكره فقال : من أين لكم هذا ؟ قالوا : بعثنا بصاعين فأتينا بصاع فقال : ردوه فلا حاجة لى فيه » فهؤلاء من حضرنى رواياتهم من الصحابة رضى الله عنهم ، عشرون صحابيا ، ورواه مرسلا يحيى بن سعيد الأنصارى قال « أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم السعدين يوم خيبر أن يبيعا آنية من المغنم من ذهب أو فضة ، فباعا كل ثلاثة بأربعة عينا ، أو كل أربعة بثلاثة عينا ، فقال لهما : أربيتما فردّا » رواه مالك فى الموطأ ، والسعدان سعد بن مالك وسعد بن عبادة ، وروى أيضا مرسلا بزيادة على الستة عن مالك بن أوس بن الحدثان أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « التمر بالتمر والزبيب بالزبيب والبر بالبر ، والسمن بالسمن ، والزيت بالزيت والدينار بالدينار ، والدرهم بالدرهم ، لا فضل بينهما » وهو مرسل واسناده فى غاية الضعف ، فيه رجل وضاع وآخر مجهول •

فهذه اثنان وعشرون حديثا ، منها فى الصحيحين حديث أبى سعيد وأبى

---

(١) هذا الخبر ورد فى ش و ق مشوها لا يقرأ فقومناه مقابلة على معانى الآثار (ط) •

بكرة وفى مسلم وحده حديث عبادة وأبى هريرة وعثمان بن عفان وفضالة ، وعلى الخمسة الأول اقتصر الشافعى رضى الله عنه (ومنها) خارج الصحيحين وهو صحيح حديث أبى أسيد وأبى الدرداء وسعد بن أبى وقاص ، والله أعلم • وفى بقية ذلك ما ينظر فيه ، والله أعلم •

الحكم الثانى

تحريم النسيئة وهو حرام فى الجنس والجنسين اذا كان العوضان جميعا من أموال الربا كالذهب بالذهب ، والذهب بالفضة ، والحنطة بالحنطة ، والحنطة بالتمر ، وذلك مجمع عليه بين المسلمين ، وممن نقل الاجماع عليه صريحا الشيخ أبو حامد ، ونقل جماعة عدم الخلاف فيه فقال أبو محمد بن حزم فى كتاب مراتب الاجماع : واتفقوا أن بيع الذهب بالذهب بين المسلمين نسيئة حرام ، وأن بيع الفضة بالفضة نسيئة بين المسلمين حرام الا أنّا وجدنا لعلى رضى الله عنه أنه باع من عمرو بن حريث جبة منسوجة بالذهب بذهب الى أجَلٍ ، وأن عمرا أحرقها ، وأخرج منها من الذهب أكثر مما ابتاعها به ، ووجدنا للمغيرة المخزومى صاحب مالك أن دينارا وثوبا بدينارين أحدهما نقدا والآخر نسيئة جائز ، واتفقوا أن بيع القمح بالقمح نسيئة حرام ، وأن بيع الشعير بالشعير كذلك نسيئة حرام ، وأن بيع الملح بالملح نسيئة حرام ، وأن بيع التمر بالتمر نسيئة حرام اهـ كلام ابن حزم •

وقد رأيت المسألة التى أشار اليها عن المغيرة المخزومى فى تعليقة أبى اسحاق التونسى من المالكية وذلك مما لا يعرج عليه ، ولعل له تأويلا أو وقع وهم فى النقل • ومن الأدلة على التحريم فى ذلك الأحاديث المتقدمة كحديث أسامة وحديث البراء وزيد بن أرقم وحديث أبى سعيد الخدرى •

أما حديث أسامة فقوله « انما الربا فى النسيئة » ان جعلناه منسوخا فالمنسوخ منه الحصر خاصة ، كما قيل مثله فى « انما الماء من الماء » فان الحكم بالاثبات مستمر لم ينسخ ، وان حملناه على أنه جواب عند اختلاف الجنسين فيكون دالا على تحريم النّساء فى الجنسين ، وفى الجنس الواحد بطريق أولى ، لأن تحريم النساء آكد بدليل تحريمه فى الجنسين ، فاذا حرم التفاضل فالنساء أولى وان حملناه على التأويل الثالث وهو بيع الدين بالدين

فلا تبقى فيه دلالة ، وحديث البراء وزيد صريح فى النهى عن بيع الذهب بالورق دينا ، ففى الجنس الواحد أولى كما تقدم •

وفى حديث أبى سعيد « ولا تبيعوا منها غائبا بناجز » وهذا صريح فى منع الأجل فى الجنس الواحد ، بل عمومه شامل لكل المذكور ، سواء كان جنسا أو جنسين • وقد أخذ هذا الحكم أيضا من قوله صلى الله عليه وسلم « ها وها » اما لأن اللفظة تقتضى ذلك ابتداء (واما) لأنها تقتضى التقابض ، ومن ضرورته الحلول غالبا • وأما فرض أجل يسير ينقضى فى المجلس فنادر غير مقصود ، ومنع الماوردى أخذه من هذا • وقال هو والغزالى : انه مأخوذ من قوله : عينا بعين • اذ العين لا يدخل فيها الأجل ولا يمكنهما الوفاء بمقتضى هذا الاستدلال • لأنهما وجميع الشافعية لا يشترطون التعيين بل يجوزون أن يرد على موصوف فى الذمة كما سيأتى ان شاء الله تعالى • لكنه قد يقال : ان غلب اطلاق الدينية فى الأجل والعينية فى مقابله • وان لم يكن معينا • وفى تسليم هذه الغلبة نظر والله أعلم •

الحكم الثالث

تحريم التفرق قبل التقابض ويسمى ذلك ربا اليد ويستوى فى ذلك الجنس الواحد والجنسان ، أما فى الذهب والورق فذلك مما لا خلاف فيه • عن ابن المنذر قال : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن المتصارفين اذا افترقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد •

وقال النووى فى شرح مسلم: جوز اسماعيل بن عُلَيَّة التفرق عند اختلاف الجنس وهو محجوج بالأحاديث والاجماع • ولعله لم يبلغه الحديث • ولو بلغه لما خالفه • وأما الطعام فقد خالف فيه أبو حنيفة رضى الله عنه وقال : انه اذا باع الطعام بعضه ببعض وافترقا من المجلس ، ثم تقابضا بعد ، لم يضر العقد ، الا اذا كان المبيع جزءا مشاعا من صبرة ، وفرق بينه وبين الصرف •

وفى الحقيقة ليس التقابض عنده من قاعدة الربا فى شىء ، لا فى الصرف ولا فى الطعام وانما اشترط فى الصرف لأجل التعيين ، فان من أصله أن الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين ، وانما تتعين بالقبض ، فلو تفرقا قبل

القبض لصار دينا ولكان فى ذلك بيع الكالىء بالكالىء وذلك منهى عنه على الاطلاق فى الربويات وغيرها ، ويجعلون قوله : يدا بيد لمنع النساء ، وقوله : عينا بعين تأكيدا بخلاف ما يفعل أصحابنا ، وزعموا أن هذا احتمال يترك به الظاهر اذا تأيد بدليل وقد دل عليه الكتاب والقياس .

(أما) الكتاب فهو أن المحرم فى الآية هو الربا ، والربا هو الزيادة ، وذلك اما فى المقدار ، واما فى الميعاد للاستحقاق وهو النساء أو الجودة ، أما فى الجودة فقد أسقطها الشرع حيث قال : جيدها ورديئها سواء ، رواه [1] ولسقوط قيمتها تحققت المماثلة وفى هذا بنوا أن من فوت جودة الحنطة لا يضمنها على حالها وكذلك كل مكيل وموزون لأن قيمة الجودة فى الربويات ساقطة بزعمهم على خلاف القياس ، والتفاضل فى المقدار أو فى الميعاد فى الاستحقاق هو الربا فليس التقابض من الربا فى شىء ، اذ قيمة المقبوض بعد كونه نقدا كقيمة غير المقبوض فى المجلس ، بخلاف قيمة المؤجل فانه يخالف قيمة الحال ، فلو حرم ترك التقابض بحكم الربا لكان زيادة على كتاب الله تعالى .

وأما القياس فهو أن القبض موجب للعقد اذ بالعقد يجب الاقباض فكيف يكون شرطا فيه ؟ لأن حق الشرط أن يقترن بالعقد فالواجب التعيين فقط لا القبض . ووجه الكناية عن هذا المعنى بقوله : يدا بيد أن اليد آلة الاحضار والاشارة والتعيين ، كما أنها آلة القبض ، فكما يكنى بها عن القبض يجوز أن يكنى بها عن التعيين ، واذا كان المعنى محتملا وتأيد بدليل فلابد من قبوله . فالتعيين هو المقصود فى الربويات وفى السلم أيضاً ، فاذا أسلم دراهم فى حنطة وجب اقباض الدراهم ليتعين ، فلا يكون بيع الكالىء بالكالىء والأصل فى السلم أن يجرى بالأثمان ، فيكون الثمن مسلما فيه وهو دين والثمن رأس المال وهو دين ، فيجب تعيينه ، ثم لما عسر على العوام التفرقة بين ما يجب تعيينه ومالا يجب ، أوجب الشرع القبض فى رأس المال مطلقا باسم السلم ، وأوجب فى الأثمان باسم الصرف تيسيرا لمرادهم ، وتحقيقا

---

(١) بياض بالأصل فحرر ، قلت : رواه الشافعى وهو بالمعنى فى رواية مسلم وغيره . « الطيعى »

للغرض ، قالوا : ولو كان المراد التقابض لقال يدا من يد ، فلما قال : يدا بيد كان مثل قوله عينا بعين •

(والجواب) عن ذلك أنه لو كان التقابض فى الصرف للخلاص عن بيع الكالىء بالكالىء لوقع الاكتفاء بالقبض فى أحـد الجانبين ، لأن بيع العين بالدين جائز كما فى السلم ، فوجوبه فى الجانبين لا مسند له الا الحديث (فان قلت) ليس أحدهما بأولى من الآخر فلذلك وجب فيهما (قلت) الوجوب عندهم هنا ليس معناه أنه يأثم بتركه على ما تقـدم بل معناه أنه متى لم يحصل انفسخ العقد • وتعليق انفساخ العقد على عدم قبض أحدهما غير ممتنع • وقـد تمسكوا فى الوجوب فيهما بالتسويـة بين العوضين • قال أصحابنا : التسوية لحق المتعاقدين فينبغى اذا أسقطاها أن يسقط وأن ذلك يبطل بما اذا باع درهما بثوبين يجوز الاقتصار على قبض أحـد البدلين مع فقدان التسوية •

(وأما) قولهم ان عيناً بعين تأكيد لقوله : يداً بيد فذلك يستدعى أن يكون جمع بينهما فى حديث واحد ، وأن يكون عيناً بعين متأخر حتى يصلح أن يكون مؤكداً وهو فى حديث أبى سعيد كما تقدم • وفى لفظ المستدرك بتقديم « يداً بيد » على « عيناً بعين » •

(وأما) فى حديث عبادة فلم أقف عليه الا فى رواية الشافعى • وفيها تقديم قوله : عيناً بعين على : يداً بيد • والمؤكَّد لا يكون سابقاً على المؤكِّد• فان جعلوا يداً بيد تأكيداً فالجواب ماقاله الامام محمد بن يحيى تلميذ الغزالى حيث سبق قوله : عيناً بعين يمنع هذا التأويل فان الصريح فى معنى ، يستغنى عن التأكيد بمحتمل ، كيف وتنزيل اللفظ على فائدتين أولى من الحمل على واحدة • وقولهم : ان اليد آلة للتعيين كما هى آلة للاقباض فالجواب أنها متعينة للاقباض •

وأما التعيين فيشاركها فيه الاشارة بالرأس والعين وغير ذلك • وقولهم لو كان كذلك لقال : يدا من يد ، ليس بصحيح ، لأن قوله : يدا بيد معناه مقبوضا بمقبوض فعبر باليد عن المقبوض لأنها اليه من باب التعبير بالسبب الفاعلى عن المسبب وانتصابه على الحال ، أى حال كونه مقبوضا بمقبوض ،

والباء للسببية ، فيدل على اشتراط القبض من الجانبين ، ولو قال من يد لم يفد ذلك ، ثم اشتهر هذا المجاز حتى صار حقيقة عرفية حيث أطلق يدا بيد . لا يفهم منه فى العرف غير التقابض وقد اعتضد أصحابنا فى المسألة بالأثر والمعنى .

أما الأثر فحديث عمر رضى الله عنه مع مالك بن أوس وطلحة بن عبيد الله لما تصارفا ، وقوله : لا تفارقه فقد نهى عمر مالكا عن مفارقة طلحة حتى يقبض منه واستدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم « الا هاوها » ودل على أنه فهم منه التقابض لا مجرد الحلول . وأنه أخذه من قاعدة الربا لا من قاعدة التعيين وبيع الكالىء بالكالىء . وهذا الحديث سيأتى مستوفى ان شاء الله تعالى . وفهم الراوى أولى من فهم غيره ، لا سيما مثل عمر بن الخطاب رضى الله عنه . ولهم أن يقولوا بعد تسليم الاحتجاج بمثل خلاف الظاهر والله أعلم .

وأما المعنى فهو أن ترك التقابض ربا ، لأن الربا عبارة عن الفضل المطلق . والفضل يكون من وجوه كثيرة . يكون قدرا فى الصاع بالصاعين. ونقدا فى العين بالنساء . وقبضا فى المقبوض وغير المقبوض .

قال أصحابنا : بل الزيادة من حيث اليد فوق الزيادة من حيث العينية . لأن الأعيان انما تطلب ليتوصل اليها بالأيدى ، ولأن اليد تقصد بنفسها فى كثير من العقود والعينية لا تقصد بنفسها . واذا ثبت أنه ربا فيجب التقابض نفيا للربا . ومتى جاز تأخير أحد العوضين أمكن الربا ، فلا يؤمن ذلك الا بايجاب التقابض فيهما . وهذا ملخص سؤال وجواب ، ذكره ابن السمعانى رحمه الله . وسيأتى القول فى تعيين الأثمان [1] الذى جعلوا بناء كلامهم عليه ان شاء الله تعالى والله أعلم .

والمالكية والحنبلية موافقون لنا فى المسألة ، يشترطون التقابض فى بيع الطعام بالطعام كما هو فى الصرف ، وقد أطال كل من الفريقين الحنفية ومقابليهم من أصحابنا وغيرهم فى الاستدلال والالزامات بما لم أر تطويل الكتاب بذكره . وعمدة الحنفية فى الجواب مبنى على أن الاثمان لا يتعين

---

(1) يعنى تقويم عين السلعة بالثمن .

بالتعيين ، وسيأتى الكلام فى ذلك ان شاء الله تعالى ، فمتى لم يتم لهم ذلك الأصل انحل كلامهم فى هذه المسألة بقيام الاجماع على اشتراط القبض فى الصرف ، وحينئذ لا يبقى فرق بينه وبين الطعام • والله تعالى أعلم •

فائدة

قال نصر المقدسى رحمه الله : فتحصل فى القبض ثلاث مسائل ، ما يعتبر فيه القبض بالاجماع وهو الصرف ، ومالا يعتبر فيه بالاجماع وهو بيع المطعوم بنقد ، ومختلف فيه ، وهو المطعوم بعضه ببعض •

الحكم الرابع

جواز التفاضل عند اختلاف الجنس مع تحريم النَّسَاء والتفرق قبل التقابض ولا خلاف فى جواز المفاضلة عند اختلاف الجنس للأحاديث الصريحة السابقة ، وكذلك تحريم النساء عند الاتحاد فى علة الربا كما تقدم • أما فى المنصوص عليه فبالاجماع ، وأما فى غيره فباجماع القايسين والتفرق قبل التقابض حرام كذلك عندنا وعند المالكية والحنبلية خلافا للحنفية فيما عدا الصرف كما قدمته ، وقد مضى الكلام فى ذلك ومضت الأحاديث الدالة على وجوب التقابض عند اتحاد الجنس • وأما الأحاديث الدالة على وجوب التقابض عند اختلاف الجنس واتحاده فحديث عمر رضى الله عنه ، وهو حديث مجمع على صحته ، خرجه مالك والشافعى والبخارى ومسلم وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه فى كتبهم • وهذا لفظ البخارى « عن مالك بن أوس أنه التمس صرفا بمائة دينار ، قال : فدعانى طلحة بن عبيد الله فتراودنا حتى اصطرف منى وأخذ الذهب يقلبها فى يده ثم قال : حتى يأتى خازنى من الغابة وعمر بن الخطاب رضى الله عنه يسمع ، فقال عمر رضى الله عنه : والله لا تفارقه حتى تأخذ منه • ثم قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب ربا الا هَا وَهَا ، والبر بالبر ربا الا هاوها ، والتمر بالتمر ربا الا هاوها ، والشعير بالشعير ربا الا هاوها » وفى رواية فى الصحيح أيضا من قول عمر قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول » فذكره •

وفى رواية : قال عمر : «والذى نفسى بيده ليردّنّ اليه ذهبه ، ولينْقُدنّه وَرِقَهُ » يقول عمر ذلك لمالك بن أوس • وفى الكلام التفات • قال سفيان ابن عيينة » هذا أصح حديث روى عن النبى صلى الله عليه وسلم فى هذا • يعنى فى الصرف • وفى رواية فى هذا الحديث « الوَرِقُ بالوَرِقِ ربا الا هاوها ، والذهب بالذهب ربا الا هاوها » رواها ابن أبى ذئب عن الزهرى عن مالك بن أوس وأسانيد الروايات المتقدمة أصح وهى فى صرف النقد بغير جنسه •

وعن عمر رضى الله عنه قال « لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ، ولا تبيعوا الورق بالورق الا مثلا بمثل ، ولا تبيعوا الورق بالذهب أحدهما غائب والآخر ناجز ، وان استنظرك حتى يلج بيته فلا تنظره الا يدا بيد هات وهذا ، انى أخشى عليك الربا » •

ومما هو نص فى المسألة فى الصرف حديث ابن عمر قال : « كنت أبيع الذهب بالفضة أو الفضة بالذهب فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته بذلك فقال صلى الله عليه وسلم : اذا بايعت صاحبك فلا تفارقه وبينك وبينه لبس » لفظ النسائى • والحديث مشهور مما انفرد به سماك ، وأكثر ما يروى بلفظ فى أخذ البدل عما فى الذمة •

الحكم الخامس

ان البر والشعير جنسان ، فيجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا • هذا مذهبنا وبه قال أبو حنيفة رحمه الله والثورى وأحمد واسماعيل ابن عُلَيَّة واسحاق وأبو ثور وداود ، وهو مذهب عطاء وابراهيم النخعى والشعبى والزهرى والحسن البصرى وأهل البصرة ، وأكثر أهل الكوفة • وقال به من الصحابة ابن عمر وعبادة بن الصامت وأبو هريرة وجابر بن عبد الله وأنس بن مالك •

وخالف مالك رحمه الله والأوزاعى والليث بن سعد فقالوا : لا يجوز بيع الحنطة بالشعير الا مثلا بمثل ، وبه قال ربيعة وأبو الزناد والحكم وحماد وأبو عبد الرحمن السلمى وسليمان بن بلال ، وروى — ولم يصح — عن

القاسم وسالم وبسعيد بن المسيب ، وهو رواية عن أحمد.قال ابن عبد البر وهو قول أكثر أهل المدينة وأهل الشام • ودليلنا فى المسألة قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث أبى هريرة الثابت فى مسلم قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « التمر بالتمر ، والحنطة بالحنطة ، والشعير بالشعير ، والملح بالملح ، مثلا بمثل يدا بيد ، فمن زاد أو ازداد فقد أربى الا ما اختلفت ألوانه » •

وقوله فى حديث عبادة « فاذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد » وأيضا فانه نص على الأشياء الستة ، وأفرد كل واحد منها باسم ، وانما قصد الأجناس فدل على أن البر جنس والشعير جنس ، ويدل على المسألة صريحا قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث عبادة من رواية مسلم « فاذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد » ومن رواية النسائى « وأمرنا أن نبيع الذهب بالورق والورق بالذهب ، والبر بالشعير والشعير بالبر ، يدا بيد كيف شئنا » وهذا نص •

وأما تأويل الحنفية فقد تقدم الجواب عنه وفى حديث عبادة الذى فى سنن أبى داود « ولا بأس ببيع البر بالشعير والشعير أكثرهما ، يدا بيد ، وأما النسيئة فلا » وكذلك عند النسائى : « ولا بأس ببيع الشعير بالحنطة يداً بيد والشعير أكثرهما » رواه من طريقين • وروى النسائى أيضا وابن ماجه من طريق ثالثة الى عبادة أيضا فقال فى آخر حديثه : « وأمرنا أن نبيع الذهب بالورق ، والورق بالذهب ، والبر بالشعير والشعير بالبر يدا بيد كيف شئنا » وكل هذه الطرق ترجع الى مسلم بن يسار وعبيد الله بن عبيد عن عبادة ، وقد تقدم التنبيه على أن مسلم بن يسار سمعه من أبى الأشعث عن عبادة ، لكن الترمذى فى جامعه ذكر اختلافا فى هذه اللفظة فذكر أولا باسناده من رواية خالد الحذاء عن أبى قلابة عن أبى الأشعث عن عبادة عن النبى صلى الله عليه وسلم وقال فيه :« وبيعوا الشعير بالتمر كيف شئتم يدا بيد » ثم قال عن حديث عبادة حديث حسن صحيح ، وقد روى بعضهم هذا الحديث عن خالد بهذا الاسناد وقال : « بيعوا البر بالشعير كيف شئتم يدا بيد » • وروى بعضهم هذا الحديث عن خالد الحذاء عن أبى قلابة عن أبى الأشعث عن عبادة عن النبى صلى الله

عليه وسلم الحديث وزاد فيه قال خالد : قال أبو قلابة : بيعوا البر بالشعير كيف شئتم فذكر الحديث • انتهى كلام الترمذى • فقد حصل الاختلاف على خالد الحذاء هل المذكور فى مقابلة الشعير التمر أو البر ؟ فان كان التمر فلا دليل فيه على المالكية لأنهم قائلون به ، وأنهما جنسان ، وان كان البر فالخلاف فى ذلك أيضا ، هل هذا من كلام النبى صلى الله عليه وسلم أو مدرج فى الحديث من كلام أبى قلابة ؟ كما ذكره الترمذى فى الرواية الأخيرة ، ولذلك أو نحوه قال أبو بكر الأبهرى من المالكية فى شرح كتاب ابن عبد الحكم : ان قوله فى حديث عبادة : « بيعوا الشعير بالحنطة كيف شئتم » ليس هذا من حديث متفق على صحته ، ولا يلزمنا حجة به ، وقال أبو الوليد بن رشد من المالكية أيضا فى مختصره لكتاب الطحاوى : ان قوله : « بيعوا البر بالشعير كيف شئتم يدا بيد »زيادة لم يتفق عليها جميع الرواة ، فاحتمل أن تكون من قوله قياسا على قول النبى صلى الله عليه وسلم فى بعض الروايات « فاذا اختلف الصنفان فبيعوا كيف شئتم » •

والجواب عن هذه العلة أن هذا الاختلاف عن خالد الحذاء ، ورواية التمر بدل البر وردت عنه من طريق سفيان الثورى ، ولم يصرح بأنه سمعها منه ، وقد انفرد الترمذى عن الكتب الخمسة بهذه الروايات عن سفيان عن خالد ، والمعروف عن سفيان من رواية الأشجعى عنه : (البر بالشعير) • رواه البيهقى •

وكذلك رأيته فى حديث سفيان لابن بشر الدولابى من رواية عبد الله وهو ابن الوليد العدنى عن سفيان وقال فيه : « بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم ، والبر بالشعير مثل ذلك » قال سفيان عن خالد (ثنا) فزالت شبهة التدليس • ورواه جماعة عن سفيان فلم يذكروا فيه شيئا من اللفظين مثل أبى قرة موسى بن طارق رواه فى سننه عن سفيان فقال فيه : والملح بالتمر ، ولم يذكر برا ولا شعيرا فيه ، فاذا نظرت ما فى الترمذى مع ما ذكرته عن الدولابى والبيهقى علمت أن الخلاف وقع على سفيان ، والراجح عنه رواية البر بالشعير ، لأن الأشجعى من أثبت الناس فيه وقد تابعه عبد الله بن الوليد وصرح بالتحديث • فهذا موضع الاختلاف على خالد ، يوهن رواية « التمر

بالشعير » ولو لم يحصل رجحان فى الخلاف على سفيان ولا على خالد ، فالذى يقتضيه النظر الرجوع الى غير روايات خالد . وقد رأينا غير خالد ، مثل محمد بن سيرين عن مسلم بن يسار و عبد الله بن عبيد ومثل قتادة عن مسلم بن يسار عن أبى الأشعث رويا خلاف ما روى عن خالد ، وقالا : « الشعير بالبر » وفى حديث ابن سيرين « وأمرنا أن نبيع الذهب بالورق والبر بالشعير والشعير بالبر يدا بيد كيف شئنا » .

(وقوله) أمرنا محمول على أن الآمر هو النبى صلى الله عليه وسلم لا عبادة فلا وجه لتحمل الادراج فيه فوجب أن يحكم بصحة ذلك ، ولا ينظر الى التعارض والاختلاف على خالد ، ويتأيد ذلك بما فى الصحيح من قوله : « الا ما اختلفت ألوانه » فى حديث أبى هريرة رضى الله عنه ، فانظاهر ذلك أن التمر بالتمر ، والشعير بالشعير يجوز متفاضلا اذا اختلفت ألوانه ، صدنا عن ذلك الاجماع والنصوص ، فتبقى فى البر بالشعير على مقتضى الدليل ، وبقوله « اذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم » .

والذى عولت المالكية عليه أمران (أحدهما) ما روى عن معمر بن عبد الله « أنه أرسل غلامه بصاع قمح ، فقال : بعه ثم اشتر به شعيرا ، فذهب الغلام فأخذ صاعا وزيادة بعض صاع ، فلما جاء معمر أخبره بذلك فقال له معمر لم فعلت ذلك ؟ انطلق فرده ولا تأخذ الا مثلا بمثل ، فانى كنت أسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « الطعام بالطعام مثلا بمثل » وكان طعامنا يومئذ الشعير ، قيل : فانه ليس بمثله قال : انى أخاف أن يضارع » رواه مسلم ، وفى الموطأ عن مالك أنه بلغه أن سليمان بن يسار قال : « فنى علف دابة سعد بن أبى وقاص فقال لغلام له : خذ من حنطة أهلك فابتع بها شعيرا ، ولا تأخذ الا بمثله » وهذا الأثر منقطع فى الموطأ . وقد روى من طريق ابن أبى شيبة موصولا عن شبابة عن ليث عن نافع عن سليمان بن يسار ، وروى زيد أبو عياش أنه سأل سعد بن أبى وقاص عن البيضاء بالسلت فقال له سعد : أيهما أفضل ؟ قال البيضاء فنهاه عن ذلك وقال : « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسأل عن شرى التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أينقص الرطب اذا يبس ؟ قالوا : نعم فنهاه عن ذلك » أخرجه أبو داود وغيره مما رواه الشافعى عن مالك .

قال ابن عبد البر : والبيضاء والشعير معروف ذلك عند العرب بالحجاز ، كما أن السمراء عندهم البر ، قال مالك وبلغنى عن القاسم بن محمد عن معيقيب الدوسى مثل ذلك هكذا هو فى موطأ العقبى عن معيقيب وفى موطأ يحيى بن يحيى عن معيقيب وقال مالك أيضاً عن نافع أن سليمان بن يسار أخبره أنه فنى علف دابة عبد الرحمن بن الأسود بن عبد يغوث فقال لغلامه : (خذ من حنطة أهلك طعاماً فابتع به شعيراً ولا تأخذ الا مثله) وروى عن يحيى بن أبى كثير عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه أرسل غلاماً له بصاع من بر ليشترى له به صاعا من شعير ، وزجره ان زاد أو يزداد •

قال ابن عبد البر : وقد روى عن عمر بن الخطاب أنه رأى معيقيبا ومعه صاع من شعير وقد استبدله بمد من حنطة ، فقال له عمر رضى الله عنه ، « لا يحل لك ، انما الحب مد بمد ، وأمره أن يرده الى صاحبه » قال ابن عبدالبر فاحتمل أن يكون عمر رأى الحبوب كلها صنفا واحداً ، واحتمل أن يكون البر عنده والشعير فقط صنفاً واحدا ، فهؤلاء أربعة من الصحابة عمر وسعد ابن أبى وقاص ومعمر ومعيقيب الدوسى وعبد الرحمن بن الأسود بن عبد يغوث وهو من كبار التابعين منعوا التفاضل بينهما ، مع ظاهر قوله صلى الله عليه وسلم « الطعام بالطعام مثلا بمثل » فهذا وجه من التمسك بالأثر ، وهو مغن عن تحقيق كونها جنسا واحداً أو جنسين •

(والثانى)اثبات كونهما جنسا واحداً بالنظر فيما بينهما من التقارب، واذا ثبت ذلك امتنع التفاضل بينهما ، ولم يشملهما منطوق قوله صلى الله عليه وسلم : « فاذا احتلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم » بل يكون مفهومه مانعا من التفاضل بينهما على تقـدير كونهما جنسا ، قالوا : لأن تقـارب الأغراض والمنافع فى الشىء يصيره كالجنس الواحد ، بدليل اتفـاقهم فى الحنطة والعلس [1] ، وان اختلفت أسماؤهما وأجناسهما وما بين الحنطة والشعير من التقارب أشد مما بينهما وبين العلس هـذا مع اتفاق القمح والشعير فى المنبت والمحصد ، وأن أحدهما لا يكاد ينفك عن الآخر ، فلولا أنهما جنس واحـد لم يجز بيع البر وفيه شىء من الشعير ، لأنه لابد من

(١) العلس ضرب من الحنطة تقع كل حبتين فى قشرة ، وهو طعام أهل صنعاء (ط) .

تفاوتهما ، فهما نوعان لجنس واحد ، كالحنطة الحمراء مع السمراء والاعتبار فى الجنسية مع التقارب فى الأحكام كالتقارب بين التمر والزبيب فى الخرص ، وكذلك التقارب فى الأثمان والحلاوة لأن أغراض النفس تختلف فى كل نوع منها ؛ وذكر القاضى عبد الوهاب هذا جوابا عن قول الشافعى رضى الله عنه « ان تقارب التمر والزبيب أشد من تقارب الحنطة والشعير ، وقال ان الأمر بالعكس ، ورجحوا مع هـذين الأمرين مذهبهم بأنه أحوط وأبعد عن الربا » .

(والجواب) عن أثر معمر أن فيه التصريح بأنه ليس مثله ، وانما تركه تورعان وخشية أن يضارعه . قال ابن العربى المالكى : وقد ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم أنهما صـنفان ، وجواز التفاضـل بينهما ، فلا وجه للمضارعة ، والاحتراز من الشبهة ، مع وجود النص (وأما) الأثر عن عمر ومعيقيب فمنقطعان .

(وأما) الأثر عن سعد ، فعلى ظاهر رواية سليمان بن يسار لا دليل فيه ، لجواز أن يكون فعل سعد ذلك على سبيل الورع ، كما فعل معمر ، وعلى رواية ابن عباس أن سعدا سئل عن البيضاء بالسلت فقال سعد أيهما أفضل ؟ قال البيضاء فنهى عن ذلك الى آخره . فقد أجاب الشافعى رحمه الله تعالى عنه فى الأم فقال فى باب بيع الطعام بالطعام على الحديث : رأى سعد نفسه أنه كره البيضاء بالسلت [1] فان كان كرهها نسيـئة فذلك موافق لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وبه نأخذ ولعله ان شاء الله تعالى كرهها لذلك ، وان كرهها متفاضلة ، فان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أجاز البر بالشعير متفاضلا ، فليس فى قول أحد حجة مع النبى صلى الله عليه وسلم وهو القياس على سنة النبى صلى الله عليه وسلم أيضا ، وهذا الكلام من الشافعى رضى الله عنه لا مزيد على حسنه وفيه تسليم أن البيضاء بالسلت هى البر بالشعير .

وقد رأيت فى كتاب غريب الحديث لابراهيم الحربى أن السلت حبة بيضاء مضرسة وأهل العراق يسمون جنسا من الشعير لا قشر له السُّلت ،

---

(١) السلت بضم السين نوع من الشعير لا قشر له .

ذكر ذلك فى الحديث السادس أن سعدا سئل عن السلت بالذرة فكرهه وهذا الذى قاله الحربى مع الذى قاله ابن عبد البر يبين أن البيضاء والسلت اللذين سئل عنهما سعد نوعان من الشعير ، لا سيما وسعد كان بالعراق فيحمل السلت الذى سئل عنه على ما يتعارفه أهل العراق ، وحينئذ لا يجوز بيعه بالشعير متفاضلا ، لأنه نوع منه كما أن الرطب والتمر نوعان من جنس واحد لا يجوز بيعهما متفاضلا لكن رواية الحربى تقتضى أن سعدا كره السلت بالذرة أيضا ، فلعله يطرد ذلك فى جميع المطعومات ، أو يكون مذهبه كما سنذكره من مذهب الليث بن سعد ، لكن ابن عبد البر جعل ذكر الذرة فى حديث سعد من وهم وكيع عن مالك ، وليس كذلك فان الحربى رواه عن أحمد بن يونس وخالد بن خداش كلاهما عن مالك ، وقالا فيه : السلت بالذرة والله أعلم .

وقال صاحب المحكم : السلت ضرب من الشعير ، قال : وقيل فى السلت هو الشعير بعينه ، وقيل : هو الشعير الحامض ، وقال أبو عبيد الهروى فى الغريبين فى هذا الحديث : البيضاء الحنطة وهى السمراء . وانما كره ذلك لأنهما عنده جنس واحد ، هذا قول الهروى ، وعنه أن السلت هو حب من الحنطة والشعير لا قشر له ، رواه البيهقى عنه فى بعض نسخ السنن الكبير ، وروى البيهقى باسناده فى هذا الحديث عن سعد أنه سئل عن رجلين تبايعا بالسلت والشعير ، واذا كان كذلك ، والسلت هو الشعير ، فلا حجة فيه لذلك والله أعلم .

وقال الخطابى : البيضاء نوع من البر أبيض اللون ، وفيه رداءة يكون ببلاد مصر ، والسلت نوع غير البر وهو أدق [1] حبا منه ، وقال بعضهم : البيضاء هى الرطب من السلت ، والأول أعرف ، لأن هذا القول أليق بمعنى الحديث وعليه يبنى موضع التشبيه من الرطب بالتمر ، واذا كان الرطب منهما جنساً واليابس جنساً آخر لم يصح التشبيه ، انتهى كلام الخطابى . فان صح أن البيضاء الرطب من السلت فمنع سعد ظاهر كالرطب وعبد الرحمن بن الأسود ليس بصاحبى بل هو تابعى كبير ، ولد على حياة رسول

---

(١) وهو ما يسمى فى صعيد مصر بالذرة القيظى لزرعها صيفا فما كان منها أبيض اللون فهو القيظى وما كان منها أصفر الى سواد فهو العويجة . المطيعى

الله صلى الله عليه وسلم ولو صح القول بذلك عن أحد من الصحابة معارضاً •

(وأما) قوله صلى الله عليه وسلم « الطعام بالطعام مثلا بمثل »فاما أن يكون الطعام جنسا خاصا ، أو كل ما يطعم ، فان كان جنسا خاصا — اما الحنطة وحدها أو الشعير كما قد يفهمه قوله « وكان طعامنا يومئذ الشعير » — فلا دليل فيه على المسألة وان كان الطعام كل ما يطعم لزم ألا يباع القمح بالتمر ، ولا بغيره من المطعومات الا مثلا بمثل ، وهم لا يقولون به ولا أحد ، فتعين حمله على ما اذا كان من جنسه بدليل قوله « فاذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم » وحينئذ تقف الدلالة من الحديث ، ويحتاج فى تحقيق كونها جنسين أو جنساً واحداً الى دليل منفصل •

فان قلت : هل هذا الحمل من باب تخصيص العموم ؟ أو من باب حمل المطلق على المقيد ؟ قلت : من باب تخصيص العموم ،والمخصوص هو من قوله : بالطعام كأنه قال : الطعام بالطعام المجانس له مثلا بمثل ، والتجانس فى اللفظ يشعر بالتجانس فى المعنى ، وأما حمل المطلق على المقيد فمتعذر فيما اذا كان الحكمان نهيين فان كان المراد بالحديث النهى عن بيع الطعام بالطعام الا مثلا بمثل ، وهو المتبادر الى الفهم ، والموافق لبقية الأحاديث ، فانه ههنا حمل المطلق على المقيد • وان كان المراد بالحديث بيان وجوب المماثلة فى الطعام بالطعام •

(فان قلنا) ان المراد المعرف بالألف واللام العموم ، كما هو رأى أكثر الفقهاء ، فأيضا لا اطلاق ولا تقييد ، ويتعين المصير الى التخصيص (وان قلنا) لا يعم فيمكن أن يقال به على بعد ، لأن ايجاب وصف فى مطلق ماهية لا يستدعى وجوبه فى كل أفرادها ووجه بعده لا يخفى •

(وأما) ما تمسكوا به من جهة المعنى وتحقيق كونهما جنسا واحدا ، تتقارب المنفعة فيهما ، والأمور التى ذكروها (فقد) أجاب أصحابنا بأن القمح والشعير مختلفان فى الصفة والخلقة والمنفعة ، فان القمح يوافق الآدمى ولا يوافق البهائم والشعير بالعكس ، يوافق البهائم ولا يوافق الآدمى غالبا ، ولا يغلب اقتياتهما فى بلد واحد ، وانما يغلب اقتيات الشعير

فى موضع يعز القمح فيه ، وهذه الذرة يقتاتها خلق من الناس ، والأرز يقتات غالبا فى بعض البلاد ، وهما عند مالك صنفان جائز التفاضل بينهما وبين كل منهما وبين البر ، وجعل الليث بن سعد الذرة والدخن والأرز صنفا ، وسلم فى القطانى كالعدس والحمص والفول والجلبّاب فنلزمه بالفول ، لأنه يقتات فى بعض الأوقات ويختبز ، وقد جعل ذلك هو العلة فيما نقل عنه ، وقد حصل اختلاف المالكية فى القطانى ، وسأذكر خلافهم فى ذلك فى فصل جامع أتكلم فيه على تحقيق الأجناس ان شاء الله تعالى ، وهذا الذى ألزمناهم به ههنا قول مالك الذى لا اختلاف عنه فيه •

وأما الغاء القاضى عبد الوهاب ما ألزمهم الشافعى به من التقارب بين التمر والزبيب فى انهما حلوان ويخرصان ، وتجب الزكاة فيهما فالغاء على وجه التحكم والا فما الدليل على ابطال هذه الشبه واعتبار ما ادعاه هو ؟ (وأما) احتجاجهم ببيع البر بالبر وفيه شىء من الشعير ، فان كان الشعير المخالط قدرا لو ميز لظهر على المكيال فانه يمنع الحكم وعندنا أن البيع لا يجوز والحالة هذه ، وان كان الشعير المخالط لا يظهر على المكيال لو ميز ، فجواز البيع حينئذ لعدم ظهوره فى المكيال لا لموافقته فى الجنس ، ألا ترى أن التراب الذى لا يظهر فى المكيال لا تضر مخالطته وليس بجنس للطعام • وقولهم ان ذلك بمنزلة الحنطة الحمراء مع السمراء ممنوع فان الحنطتين ليس لكل منهما اسم خاص بخلاف الشعير مع القمح • وأما العلس فانه يصدق عليه اسم الحنطة ، بخلاف الشعير لا يصدق عليه حنطة لا فى لغة ولا غيرها •

ثم ان ما يحاولونه من المعنى ينكسر بالذهب والفضة فان قيام كل منهما مقام الآخر أعظم من قيام الشعير مقام البر ومع ذلك هما جنسان وبالجملة فالنص مغن عن الالتفات الى المعنى ، وقد ثبت ذلك فى جانبنا كما تقدم صريحا من رواية أبى داود والترمذى وغيرهما وظاهرا من رواية مسلم فى حديث أبى هريرة وعبادة ، وقد قاس أصحابنا على ما اذا أتلف له حنطة أو أقر له أو صالحه عليها أو ضربها الامام جزية أو وجب عشر حنطة لم يقم الشعير مقامها فى شىء من ذلك •

التفريع على هذه الأحكام

(فـرع) على تحريم التفاضل فى الجنس الواحد .

قال أصحابنا : لا يجوز بيع الذهب بالذهب متفاضلا ، ولا الفضة بالفضة كذلك ، سواء كانا مصوغين أو تبرين أو عينين ، أو أحدهما مصوغا والآخر تبرا أو عينا ، أو جيدين أو رديئين أو أحدهما جيدا والآخر رديئا أو كيف كان ، وهو مذهب الأوزاعى وأبى حنيفة وأحمد وأكثر العلماء ، وعلى ذلك مضى السلف والخلف .

قال الشافعى رضى الله عنه فى كتاب الصرف من الأم : « ولا خير فى أن يصارف الرجل الصائغ الفضة بالحلى الفضة المعمولة ، ويعطيه اجارته ، لأن هذا الورق بالورق متفاضلا ، ولا نعرف فى ذلك خلافا الا ما روى عن معاوية أنه « كان لا يرى الربا فى بيع العين بالتبر ولا بالمصوغ » ويذهب الى أن الربا لا يكون فى التفاضل الا فى التبر بالتبر ، وفى المصوغ بالمصوغ ، وفى العين بالعين » كذلك حكاه ابن عبد البر ، ويشهد له ما تقدم وقد أشرت اليه هناك .

وحكى بعض أصحاب أحمد عن أحمد أنه لا يجوز بيع الصحاح بالمكسر ، لأن للصناعة قيمة . وحكى أصحابنا وغيرهم عن مالك رحمه الله تعالى جواز بيع المضروب بقيمته من جنسه ، كحلى وزنه مائة يشتريه بمائة وعشرة ، وتكون الزيادة فى مقابلة الصنعة ، وهى الصياغة .

قال الشيخ أبو حامد : قال الأوزاعى : كان أهل الشام يجوزون ذلك ، فنهاهم عمر بن عبد العزيز ، والمالكية ينكرون هذا النقل عن مالك . قال القاضى عبد الوهاب فى شرح الرسالة : وحكى بعضهم عنا فى هذا العصر أنه يجوز أن يستفضل بينهما قدر قيمة الصياغة . وهذا غلط علينا ، وليس هذا بقول لنا ولا لأحد على وجه . والدليل على منع ذلك عموم الظواهر التى قدمناها ، وليس فيها فرق بين المصوغ والمضروب .

وصرح القاضى عبد الوهاب بأن زيادة قيمة الصنعة انما لا تراعى الا فى الاتلاف دون المعاوضات ، فلا وجه لنصب الخلاف معهم وهم موافقون . وقد نصب أصحابنا الخلاف معهم ، وكان شبهة النقل عنه فى ذلك مسألة

نقلها الشافعى رحمه الله عن مالك فكأن الأصحاب أخذوا منها ذلك لما كان لازما بيّناً منها . وها أنا أنقل المسألة من كلام المالكية :

قال ابن عبد البر فى الاستذكار :رواها جماعة من أصحاب مالك عن مالك وهى مسألة سوء منكرة لا يقول بها أحد من فقهاء المسلمين . وقد روى عن مالك فى غير مسألة ما يخالفها . قال مالك فى التاجر يأتى دار الضرب بورقه فيعطيهم أجر الضرب ويأخذ منهم وزن ورقه مضروبة . قال : اذا كان ذلك لضرورة خروج الرقعة ونحوه فأرجو ألا يكون به بأس . وقال سحنون عن ابن القاسم : أراه خفيفا للمضطر ولذى الحاجة ؛ قال ابن وهب : وذلك ربا ولا يحل شيء منه وقال عيسى بن دينار لا يصلح هذا ولا يعجبنى اهـ .

وقد ذكر ابن رشد هذه المسألة فى كتاب البيان والتحصيل ، ونقل عن مالك أنه قال : انى لأرجو أن يكون خفيفا [1] ، وقد كان يعمل به بدمشق فيما مضى ،وتركه أحب الى أهل الورع من الناس فلا يفعلون ذلك وقال ابن رشد : انها على وجهين مذمومين أخفهما خلط أذهاب الناس ، فاذا خرجت من الضرب أخذ كل انسان منهم على حساب ذهبه ، وأعطى الضرّاب أجرته . ونقل عن مالك رحمه الله أنه كان يعمل به فى زمان بنى أمية لأنها كانت سكة واحدة والتجار كثير والناس مجتازون والأسواق متقاربة ، فلو جلس كل واحد حتى يضرب ذهب صاحبه فاتت الأسواق ، فلا أرى بذلك بأسا ؛ فأما اليوم فان الذهب يغش ، وقد صار لكل مكان سكة تضرب ، فلا أرى ذلك يصلح ، والى هذا ذهب ابن الموّان من رأيه أن ذلك لا يجوز اليوم لأن الضرورة ارتفعت ، وقال سحنون : لا خير فيه ، واليه ذهب ابن حبيب ، وحكى أنه سأل عن ذلك من لقى من المدنيين والمصريين فلم يرخصوا فيه على حال .

(والوجه الثانى) استعمال الدنانير ومبادلتها بالذهب بعد تخليصها وتصفيتها مع زيادة أجرة عملها قال [2] فقال ابن حبيب : ان ذلك حرام لا يحل لمضطر ولا لغيره ، وهو قول ابن وهب وأكثر أهل العلم ؛ وخفف

---

(١) فى ش و ق حقيقاً (ط) .
(٢) لا يزال القائل هو ابن رشد

المطيعى

ذلك مالك رحمه الله فى وسم بدر [1] سعة مصرفها بعد هذا لما يصيب الناس فى ذلك من الحبس عن حقوقهم فى ذلك ، كما جوز المعرى جواز العرية بخرصها وكما جوز دخول مكة بغير احرام لكن يكثر التردد اليها ، ثم قال : ما هو من عمل الأبرار ، وقال ابن القاسم : أراه خفيفاً للمضطر وذوى الحاجة ، والصواب أن ذلك لا يجوز الا مع الخوف على النفس الذى يبيح أكل الميتة ، وانما خفف ذلك مالك ومن تابعه مع الضرورة التى تبيح أكل الميتة مراعاة لقول من لا يرى الربا الا فى النسيئة روى ذلك عن ابن عباس .

ثم قال ابن رشد فى آخر كلامه : ولم يجز مالك ولا أحد من أصحابه شراء حلى الذهب والفضة بوزنه من الذهب والفضة وزيادة قدر الصياغة ، وان كان معاويةيجيز تبر الذهب بالدنانير متفاضلا ، والمصوغ من الذهب بالذهب متفاضلا اذ لا ضرورة فى ذلك فراعى فيه قوله . انتهى ما أردت نقله من كلامه ، فقد ظهر بذلك تحرير مذهب مالك . ووجه الاشتباه فى النقل عنه ، ولا فرق بين معنى ما نقل عنه ومعنى ما قاله الا للضرورة ، وقد ذكر أصحابنا لما نقلوا عنه حجتهم فى ذلك وجوابها فنذكرها ليستفاد ويحصل بها الجواب عن مذهب معاوية ، وعما ذهبوا اليه فى حالة الضرورة ، فنقلوا من احتجاج من نص قولهم : انه لو أتلف على رجل حليا وزنه مائة وصياغته تساوى عشرا فانه يجب عليه مائة وعشرة ، ولا يكون ذلك ربا ، فكذلك اذا اشتراه . وقد ذكر أصحابنا عن ذلك وأبسطهم جواب القاضى أبى الطيب ، قال : الجواب عن احتجاجهم بقياس البيع على الاتلاف أن أصحابنا قالوا : اذا أتلف على رجل ذهبا مصوغا ، فان كان نقد البلد من غير جنس المتلف مثل أن يكون نقد البلد فضة والمتلف ذهبا فانه يقوّم بنقد البلد ولا يكون ربا ، وان كان نقد البلد من جنس المتلف ، مثل أن يكون جميعا ذهبا أو يكون فضة ، فاختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : يقوّم بغير جنسه ، وان لم يكن من نقد البلد فعلى هذا لا يصح ما قالوه . ومن أصحابنا من قال : يقوم بنقد البلد ، وان كان من جنس المتلف بالغا ما بلغت قيمته ، وان زادت

---

(١) كذا ولم نستطع حل هذا الالغاز ، وعزوناه الى تصحيف معقد ولعله كان : فى وسم بدا وسعة يصوغها بعد هذا وهو يعنى انه يسمها حليا فى منزل يسار وغنى ثم ينوى صرفها . المطيعى

على وزنه ، فعلى هذا يكون الفرق بين ضمان الاتلاف وضمان البيع من ثلاثة أوجه :

(أحدها) أنه اذا بذل فى مقابلة الذهب المصوغ أكثر من وزنه كانت الزيادة فى مقابلة الصياغة ، والصياغة انما هى تأليف بعض الذهب الى بعض ، والتأليف لا يأخذ قسطا من الثمن ، ألا ترى أنه لو باع دارا مبنية بثمن معلوم ثم انهدمت قبل تسليمها الى المشترى فان العقد لا ينفسخ ؟ ويقال للمشترى : اما أن تأخذها بجميع الثمن أو تفسخ العقد ، وليس لك أن تسقط من الثمن جزءاً لأجل زوال تأليف الدار ، فلم يصح قول مالك : ان زيادة الثمن تكون فى مقابلة الصياغة .

(والثانى) أنه لا يمتنع أن يجرى التفاضل فى قيمة المتلف ولا يجرى فى البيع ألا ترى أنه لو أراد أن يبيع درهما صحيحا بأكثر من درهم مكسر لم يجز ؟ ولو أتلف على رجل درهما صحيحا ولم يوجد له مثل فانه يقوم بالمكسر ، وان بلغت قيمته أكثر من درهم ولا يكون ربا ، فدل على الفرق بين البيع والاتلاف .

(والثالث) أن الاتلاف قد يضمن به ما لا يضمن بالبيع . ألا ترى أن من أتلف حرا أو أم ولد لزمه قيمتها ، ولو باعها لم تصح ولم تجب عليه قيمتها ، فدل على الفرق بالضمانين وبطل اعتبار أحدهما بالآخر . هذا كلام القاضى نقلته بلفظه لحسنه ، والله أعلم .

(فرع) على تحريم التفاضل أيضا .

نقلت المالكية عن مالك أنه أجاز مبادلة الدنانير أو الدراهم الناقصة بالوازنة على وجه معروف يدا بيد ، كرجل دفع الى أخ له ذهبا أو ورقا ناقصا أو طعاما مأكولا فقال له : أحسن الىّ أبدل هذا بأجود منه وأنفقه فيما ينفق . قال الأبهرى : قال ذلك لأنه على وجه المعروف فجاز ، كما يجوز أن يقضى فى القرض خيراً مما أخذه . قال ابن رشد : ومعنى ذلك فى الذهب والورق بأقل منه الديناران والثلاثة الى الستة على ما فى المدونة ، وان كان سحنون قد أصلح الستة وردها ثلاثة . قال ابن رشد : وقوله : بأجود منه يدل على

جواز بدلها بأوزن وأجود ، خلاف قول مالك فى المدونة ، مثل قول ابن القاسم فيها • ثم قال : منع ذلك أشهب كالدنانير الكثيرة النقص بالوازنة ، فلم يجز المعفون بالصحيح ، ولا لكثير الغش بالخفيف الغش ، وأجاز ذلك سحنون فى المَعْفُون [1] وقال : انه لا يشبه الدنانير ، لأن بين الدنانير الكثيرة النقص بالوازنة تفاضلا بالوزن ، ولا تفاضل فى الكيل بين المعفون والصحيح ، وأصحابنا لا يجيزون شيئاً من ذلك ولا يغتفرون من التفاضل شيئاً •

قال الشافعى رحمه الله تعالى فى كتاب الصرف فى الأم : « ولا خير فى أن يأخذ منه شيئاً بأقل منه وزنا على وجه البيع ، معروفا كان أو غير معروف ، والمعروف ليس يحل بيعا ولا يحرمه ، فان كان وهب له ديناراً وأثابه الآخر ديناراً وأوزن منه أو أنقص فلا بأس فانه أسلفه ثم اقتضى منه أقل فلا بأس ، لأنه مقطوع له بهبة الفضل ، وكذلك ان تطوع له القاضى بأكثر من وزن ذهبه فلا بأس فى هذا فانه ليس من معانى البيوع » اهـ والله أعلم •

(فـرع) نص عليه الشافعى والأصحاب له تعلق بالتماثل والتفاضل: اذا قال رجل لصائغ صُغْ لى خاتما من فضة لأعطيك درهم فضة وأجرة صياغتك ، ففعل الصائغ ذلك ، قال القاضى أبو الطيب ونصر المقدسى وغيرهما : لم يصح ذلك وكان الخاتم على ملك الصائغ لأنه شراء فضة مجهولة بفضة مجهولة وتفرق" قبل التقابض وشرط العمل فى الشراء ، وذلك كله يفسد العقد ، فاذا صاغه فان أراد أن يشتريه اشتراه بغير جنسه كيف شاء وبجنسه بمثل وزنه •

وقال الشافعى فى كتاب الصرف من الأم : « ولا خير فى أن يأتى الرجل بالفص الى الصائغ فيقول له اعمله لى خاتما حتى أعطيك ذلك وأعطيك أجرتك ، وقاله مالك » انتهى كلام الشافعى •

وقالت الحنبلية : « للصائغ أخذ الدرهمين » أحدهما فى مقابلة الخاتم والثانى أجرة له فيما اذا قال : صغ لى خاتما وزنه درهم وأعطيك مثل زنته وأجرتك درهما • والله تعالى أعلم •

---

(1) المعفون هو الذى يتفتت بنفسه لطروء الفساد عليه واستعماله هنا مجاز . « المطيعى »

فان أراد أن للصائغ أخذ الدرهمين بحكم العقد الأول فهو فاسد ، لما قاله القاضى أبو الطيب من عدم القبض والشرط ، وان أرادوا بحكم عقد جديد يورده على الخاتم المصوغ بعد صياغته ، فهذا عين ما تقدم فى المنسوب الى مالك فلا اتجاه لهذا الفرع الا عليه ، والله أعلم .

قال فى الذخائر : وكذا لو قال : يعنى درهما بدرهم وصنعة وأجرتك كذا ، وتفرقا على ذلك لم يجز أيضا لما فيه من التفرق قبل القبض وشرط العمل ، والله أعلم . وفى معنى هذا الفرع وان لم يكن من باب الربا :

(فـرع) لو نسج الحائك من ثوب بعضه كقال له : بعنى هـذا الثوب بكذا وكذا على أنك تتمه لم يجز ، نقله المحاملى وغيره عن نصه فى الصرف قال لأنه ليس بمعين ولا موصوف فى الذمة .

(فـرع) ومن كان معه قطوع مكسرة من الذهب أو الفضة أو نقرة [1] فأراد أن يبيعها بجنسها صحاحا ، أو كان معـه صحاح فأراد أن يبيعها بجنسها قطوعات فاما أن يتراضيا على المساواة بينهما فى الوزن ، واما أن يبيع أحد النقدين بعرضين ويتقابضا ، ثم يشترى بالعرضين من النقد الآخر ، فأما مع الزيادة أو النقص فهو الربا كذلك قال نصر فى تهذيبه وهو مما لا خلاف فيه . قال نصر : وهكذا الدينار الرومى بالعربى والخراسانى بالمغربى ، والدراهم الرومية مع العربية ، والخراسانية مع المغربية . وكذلك فى الصقلى مع المصرى وسائر ما يكون من ذلك .

(فـرع) وهكذا فى المطعوم بلا خلاف ، قال نصر فى التهذيب : اذا باع صاع حنطة جيدة لها ريع وافر بصاع حنطة رديئة ليس لها ريع وافر جاز ، ولا تجوز الزيادة فيه لأجل الريع ، وكذلك فى سائر الحبوب ، وهكذا اذا باع صاعا صحيحا أو معقليا بصاع دقل أو صاع جمع جاز ، وان كان أحدهما أجود من الآخر ، وكذلك فى سائر أجناس المطعومات ، لأن المساواة المأمور بها قد وجدت فلا يجوز خلافها لأمر آخر ، كما لو باع دينارا صرفه خمسون درهما بدينار صرفه أربعون درهما ، فانه يصح لما ذكرنا انتهى ، والله أعلم .

---

(١) هى المذاب من الذهب والفضة . المطيعى

(فـرع) على تحريم التفـاضل لا يجوز بيع العلس [1] بالحنطة لعدم التماثل بينهما ، وكذلك الشعير بالسلت ، لأن على العلس قشرتين •

(فـرع) من فروع اشتراط التقابض فى المجلس • قال الشافعى رحمه الله فى كتاب الصرف من الأم : اذا اشترى دينارا بدينار وتقابضا ، ومضى كل واحد منهما يستعير الدينار الذى قبضه بالوزن جاز • قال صاحب البيان : وهذا يقتضى أن يكون كل واحد منهما قد عرف وزن الدينار ، وصدقه الآخر وتقابضا على ذلك ، فأما اذا جهل وزن الدينار لم يجز البيع ، فان وزن أحدهما الدينار الذى أخذه فنقص يبطل الصرف ، لأنه وقع العقد على عوضين متفاضلين •

(فـرع) من فروع التقابض اذا باع دينارا بعشرين فى ذمته فأحاله المشترى على انسان بالعشرين وتفرقا لم تقم الحوالة مقام القبض وبطل الصرف بتفرقهما قاله نصر فى التهذيب •

(فـرع) على التقابض أيضا • قد عرف فيما تقـدم أن التقابض شرطه أن يكون فى المجلس ، ولا يشترط عندنا أن يكون زمن العقد قصيرا ، بل سواء طال المجلس أم قصر للأثر المروى عن عمر رضى الله عنه فى مصارفة طلحة • ووافقنا على ذلك الحنفية والحنبلية • ولم يسمح مالك رحمه الله بالاكتفاء بالتقابض فى المجلس اذا طال • والله أعلم •

(فـرع) على تحريم النسا فى الجنس الواحد والجنسين المتفقى العلة •

لا فرق فى ذلك بين قليل الأجل وكثيره • وليس الحلول ملازما للتقابض • فقد يؤجل بساعة ويحصل القبض فى المجلس ، ومع ذلك هو فاسد لعـدم الحلول ، وهذا لا خلاف فيه ، وممن صرح به فى اليوم والساعة ونحوهما الغزالى ومحمد بن يحيى • وقد تكرر فى كلام صاحب الذخائر أن المعنى

---

(1) العلس ضرب فى الحنطة يكون فى القشرة منه حبتان وقد تكون واحدة او ثلاث وقال بعضهم : هو حبة سوداء تؤكل فى الجدب وقيل هو مثل البر الا انه فى الاستشفاء وقيل : هو العدس (ا هـ من المصباح) •

بالنسيئة تأخـر القبض ، وأنكر أن يكون المقصـود به الحلول ، وليس بصحيح • والعقود المشتملة على عوض مالى ثابت فى الذمة بالنسيئة الى الحلول وعدمه على أقسام :

(منها) ما يشترط فيه الحلول بالاجماع وهو عقود الربا (ومنها) ما يشترط فيه الأجل وهو الكتابة (ومنها) ما يجوز حالا ومؤجلا ، وهو أكثر العقود (ومنها) ما يجوز مؤجلا بالاجماع ، وفى جوازه حالا خلاف بين العلماء •

(فـرع) من فروع اشتراط الحلول فى الربويات ـ اذا بيع منهـا الشىء بجنسه ـ امتناع السلم فيها كذلك ، ولذلك قال الغزالى فى الوسيط لما تكلم فى التماثل فى الحلول قال : ونعنى به معنى الأجل والسلم ، يعنى أن كل عوضين مجتمعين فى علة تحريم التفاضل فلا يجوز اسلام أحدهما فى الآخر كالحنطة مع الشـعير والدراهم مع الدنانير ، وهـذا هو المشهور المنصوص • اما المؤجل فظاهر ، وأما الحال فلأن الغالب على جنس السلم الأجل ، والغالب على الأجل أنه يتأخر عن المجلس ، فلما اشترط التقابض كان ظاهرا فى اخراج ما يتـأخر فيه التقابض غالبـا ، والله أعلم • وكذلك لا يجوز اسلام أحدهما فيما هو من جنسه بطريق أولى •

قال الشافعى رحمه الله تعالى فى الأم : ولا يسلم مأكولا ومشروباً فى مأكول ومشروب وقال أيضا : ولا يجوز أن يسلم ذهبا فى ذهب ولا فضة فى فضة ، ولا ذهبا فى فضة ، ولا فضة فى ذهب ، وبه جزم المـاوردى وابن الصباغ والمصنف فى هذا الباب وغيرهم • ولم يفصلوا بين أن يكون مؤجلا أو حالا ، والقاضى أبو الطيب فانه حكاه عن الأصحاب •

ثم قال : قلت انه ان أسلم ذلك مطلقا كان حالا ، فان تقابضا فى المجلس جاز عندى ، واقتضى كلام الغزالى فى البسيط ترجيح هذا • وجعله بيعـا بلفظ السلم • على أن كلام الغزالى فى الوسيط الذى حكيته استشكله جماعة وتكلموا عليه ، وحمله بعضهم على السلم المؤجل ، وجعل عطفه على

الأجل من عطف الخاص على العام ، وبعضهم اعترف بأن المراد ألا يعقد بصيغة السلم ، وهذا هو الحق •

وأما اسلام النقدين فى المطعومات فصحيح ، اذ لم يجتمعا فى علة واحدة • قال محمد بن يحيى : فان قيل ينبغى ألا يصح لأن الحديث أخذ علينا شرطين ، الحلول والتقابض عند اختلاف الجنس • قلنا : ظاهر هذا الكلام يقتضى هذا تنزيلا على اختلاف الجنسين فى هذه السنة المذكورة ، غير أن الأمة أجمعت على أن السنة المذكورة فى الحديث جملتان متفاضلتان النقدان ، والأشياء الأربعة تنفرد كل جملة بعلتها ، والمراد بالحديث اختلاف الجنسين من جملة واحدة ، كالذهب بالفضة والحنطة بالشعير ، وحاصله تخصيص عام أو تقييد مطلق بالاجماع • وهذا الاجماع الذى قاله محمد بن يحيى هو الذى قاله المصنف فى آخر هذا الفصل • وسأذكر من نقله غيرهما ان شاء الله تعالى •

(**قاعدة**) لعلك تقول قد تقرر أن العلة فى الربويات الأربعة عند الشافعى الطعم ، وذلك مشترك فى الجنس والجنسين ، فما السبب فى اختلاف الحكم حيث كان المحرم عند اتحاد الجنس ثلاثة أشياء ، وعند اختلاف الجنس شيئين فقط ؟ (فاعلم) أن الوصف المحكوم بكونه علة تارة لا يعتبر معه أمر آخر أصلا ، فهذا متى ثبت الحكم ، وتارة يعتبر معه أمر آخر • اما شرط فى تأثره ، واما محل يؤثر فيه دون محل آخر ، وهذا اذا وجد فى محله أو مع شرطه أثر ،واذا وجد بغير شرطه أو فى غير محله لا يؤثر ذلك الحكم الخاص ، وقد يؤثر فى حكم من جنس ذلك الحكم •

(**مثاله**) : الزنا علة للرجم فى المحصن فاذا فقد الاحصان لا يؤثر الرجم ولكنه يؤثر فى حكم من جنسه وهو الجلد • فالطعم علة فى تحريم الثلاثة : التفاضل والنّساء والتفرق قبل التقابض اذا كان فى جنس واحد • أما اذا كان فى جنسين فيؤثر فى النّساء والتفرق فقط • فمطلق الطعم علة لتحريم هذين الشيئين من غير شرط • وعلة لتحريم التفاضل بشرط كونه فى جنس واحد فعلّيته مشتركة بين الثلاثة لكن فى واحد منها بشرط وفى اثنين بغير

شرط • وعند هذا أذكر تقسيما فى مطلق العقود • وهى تنقسم الى أربعة أقسام • لأنه اما أن يحصل فى العوضين اشتراك فى علة الربا والجنسية ، أو لا يحصل واحد منهما • أو يحصل الاشتراك فى العلة فقط أو فى الجنسية فقط •

(فالقسم الأول) يحرم فيه النَّساء اجماعا والتفاضل والتفرق قبل القبض •

(والثانى) يجوز فيه التفاضل والنساء والبدل قبل التقابض • سواء كانا من أموال الربا كالذهب والحنطة أم لا • كاسلام عبد فى ثوبين وفى ثوب واحد •

(والثالث) تحريم النَّساء والتفرق ، ولا يحرم التفاضل ، كالذهب بالفضة والملح بالحنطة •

(والرابع) يجوز التفاضل فيه نقداً كبيع عبد بعبدين ، ولا خلاف عندنا فى جوازه نساء ، ولبقية العلماء اختلاف فيه ، كما اذا أسلم ثوبا فى ثوبين ، فالقسم الرابع وأحد نوعى القسم الثانى ذكرهما المصنف فى الفصل الذى قبل هذا الفصل •

اذا عرفت ذلك فاعتبار الجنسية فى القسم الأول ، هل نقول الجنسية شرط لعمل العلة ؟ فالجنسية وحدها لا أثر لها عندنا أو وصف من أوصافها فتكون مركبة أو مجمل فيه العلة ، فالذى يوجد فى كلام المتقدمين من أصحابنا كالشيخ أبى حامد وغيره أنه وصف وأن العلة مركبة ، وتبعه على ذلك جماعة من العراقيين منهم المصنف ، وهو الذى يقتضيه كلام الكفاية فى تخريج أبى بكر الصيدلانى من طريقة ناصر العمرى • وزعم القاضى عبد الوهاب المالكى اتفاق أصحابهم ممن صنف فى الخلاف • وأصحابنا وأصحاب أبى حنيفة على مر الأعصار الى وقته أن الجنس أحد وصفى علة الربا • قال : وخالف قوم من أهل هذا العصر من أهل المذهبين جميعا فى ذلك ، يعنى الحنفية والشافعية ، فمن أصحاب الشافعى من قال : العلة هى الطعم بمجرده ، ولكن الجنس من شرطه فكان يقول : العلة الطعم فى الجنس ، سمعت القاضى أبا القاسم بن كج الشافعى بالدينور يقول هذا ويذهب اليه ،

ثم قال : ليس عن مالك رحمه الله ولا عمن عاصره من أصحابه فى ذلك شىء يتحرر ، ولم يدققوا فى النظر ولا تعلقوا فيه الى هذا التضييق والتحقيق ثم اختار عبد الوهاب أن الجنس شرط ، كما نقله عن الشافعى والحنفية . وذكر عن ابن أبى زيد ما يدل على ذلك وأما المراوزة من أصحابنا فأطبقوا على أن الجنسية ليست بوصف ، وأطنب الغزالى وغيره فى تحقيق ذلك وفرعوا عليه أن الجنسية لا أثر لها لأن المحل لا أثر له ، والحنفية جعلوا الجنسية وصفا فى العلة ، ففرعوا عليه أن الجنسية وحدها تحرم النَّساء ، فلا يجوز اسلام ثوب فى ثوبين ، ومعنى المحل ما يعين لعمل العلة ، ولا يؤثر فى الحكم .

ثم اختلفت المراوزة هل هى محل أو شرط ؟ فاختار امام الحرمين والغزالى وتلميذه ابن يحيى أنها محل ، واختار الشريف المراغى ، والفقيه القطب أنها شرط قال الرافعى : وليس تحت هذا الاختلاف كبير طائل ، ومنع أنه اذا كان وصفا يلزم افادته والله أعلم ، والغزالى قد تعرض لهذا المنع أيضا فى التحصين .

(قاعدة) العقود بالنسبة الى التقابض على أربعة أقسام :

(منها) ما يجب فيه التقابض قبل التفرق بالاجماع وهو الصرف .

(ومنها) ما لا يجب بالاجماع كبيع المطعومات وغيرها من العروض بالنقدين الذهب والفضة .

(ومنها) ما يشترط عندنا وعند مالك وأحمد ، خلافا لأبى حنيفة ، وهو بيع الطعام بالطعام .

(ومنها) ما يشترط عندنا وعند أبى حنيفة خلافا لمالك ، ولا يشترط عنده فيه قبض رأس المال فى المجلس والله أعلم .

فصل فى التنبيه على ما يحتاج اليه من ألفاظ الحديث الذى ذكره المصنف (الذهب) يذكر ويؤنث ، وجمعه أذهاب ، والورق الفضة ، وفيه أربع لغات ــ فتح الواو مع كسر الراء واسكانها ، وكسر الواو مع اسكان الراء ــ وهذه الثلاث مشهورة والرابعة ــ فتح الواو والراء معا ــ حكاهما الصاغانى فى كتاب الشوارد فى اللغات قال : وقرأ أبو عبيد (أحدكم

بورقكم) ونقلت ذلك من خط شيخنا الحافظ أبى محمد الدمياطى وضبطه (وقوله) صلى الله عليه وسلم « مثلا بمثل » أكثر الروايات هكذا بالنصب وهو على الحال ، ففى الحديث المصدر بالنهى التقدير : لا تبيعوا الأشياء المذكورة فى حالة من الأحوال الا فى حالة المماثلة ، وفى الحديث الآخر التقدير : الذهب مبيع بالذهب فى حالة المماثلة ، ورأيت فى كلام جماعة من الفقهاء أنه روى فى هذا الحديث : (مثل بمثل) بالرفع فيكون مثل بمثل مبتدأ وخبر ، وهى جملة مبينة للجملة الأولى ، وهى قوله : الذهب بالذهب وأخواتها والتقدير : مثل منه بمثل ، وحذفت منه ههنا كما حذفت منوان منه بدرهم والمثل فى اللغة النظير قاله ابن فارس •

قوله « سواء بسواء » قال الأزهرى : مستويا بمستو لا فضل لأحدهما على الآخر ، قال الله تعالى (ليسوا سواء) أى مستوين وكذلك قوله (سواء للسائلين) أى مستويا وهذا مصدر وضع موضع الفاعل فاستوى الجمع والواحد والمذكر والمؤنث فيه ، ويكون السواء بمعنى العدل ، والنصفة بمعنى الوسط •

قوله « عينا بعين » منصوب على الحال يريد مرئيا بمرئى ، لا غائبا بغائب ، ولا غائباً بحاضر ، فيجوز أن يراد بالعين عين المرئى لأنها سبب الرؤية • قال الأزهرى : أى حاضرا بحاضر ، وهو فى معنى الأول ، وقد يؤخذ من الكلمتين كلمة واحدة منصوبة على الحال أى معاينة كما فى مثل قولهم : (كلمته فاه الى فى) أى مشافهة ، والعين فى اللغة تطلق على معان ، حاسة البصر والعين والمعاينة والنظر والعين الذى ينظر للصثوى وهو الربيئة، والعين الذى تبقيه ليتجسس لك الخبر ، والعين ينبوع الماء وعين الركية مصب مائها ، والعين من السحاب ماء عن يمين قبلة العراق وقد يقال العين ماء عن يمين قبلة العراق الى الناحية والعين مطر أيام لا يقلع وقيل : هو المطر يدوم خمسة أيام أو ستة ، والعين الناحية ، كذا أطلقه ابن سيده ، وعين الركية نقرة فى مقدمتها وعين الشمس شعاعها الذى لا تثبت عليه العين • قاله ابن سيده : والعين المال الحاضر •

ومن كلامهم عين غير دبر ، والعين الدينار ، والعين الذهب عامة • قال

سيبويه وقالوا : عليه مائة عينا ، والرفع الوجه • والعين فى الميزان الميل وجئتك بالحق من عين صافية أى من فضة ، وجاء بالحق بعينه أى خالصا واضحا ، وعين المتاع خياره وعين الشيء نفسه وشخصه ، وأصله العين والعينة السلف وقال ابن فارس : العين الثقب فى المزادة والعين المال النّاض ، قاله ابن فارس وقال الخطابى : المضروب من الدراهم والدنانير والعين الاصابة بالعين • والعين عين الشمس فى السماء قالها الأزهرى • فهذه نيف وعشرون للعين مجموعة من كلام الأزهرى وابن سيده وابن فارس والهروى وأكثرها فى كلام ابن سيده •

وقوله (يدا بيد) اعرابه كما تقدم أى مقابضة وهو منصوب على الحال مثل كلمته فاه الى فى أى مشافهة عن سيبويه • قال : واعلم أن هذه الأسماء التى فى هذا الباب لا يفرد منها شيء دون شيء فلا تقل بعته يدا حتى تقول : بيد ، وكذلك الثانى • ومن العرب من يرفع هذا النحو • وقد تقدم الكلام فى الجمع بينهما ومن جمع من الرواة بينه وبين قوله : عينا بعين ومن اقتصر على أحدهما ودعوى الحنفية أن الثانية مؤكدة للأولى ، ودعوى الشافعية أن كلا منهما بمعنى ، فالعين لافادة الحلول واليد لافادة التقابض ، أى مقبوضا بمقبوض ، ويعبر عنه بكلمة واحدة كما تقدم ، فنقول : مناجزة ، قال الأزهرى : أى يعطى بيد ويأخذ بأخرى ، قال الفراء : العرب تقول : باع فلان غنمه باليدين يريد تسليمها بيد فأخذ ثمنها بيد ، قال : ويقال : أبيعت الغنم باليدين أى بثمنين مختلفين ؟ أخبرنى بذلك المنذر عن أبى طالب عن أبيه عن الفراء ، وقوله فى بعض الروايات « هاوها » معناه التقابض ، قال الخطابى : أصحاب الحديث يقولون « هاوها » مقصورين ، والصواب مدهما ، ونصب الألف منهما وجعل أصله هاك ، أى خذ فأسقطوا الكاف وعوضوا عنها المد ، يقال للواحد : ها وللاثنين ها ، وأما بزيادة الميم للجماعة فهاؤم ، قال الله تعالى (هاؤم اقرءوا كتابيه) وهذا قول الليث بن المظفر ، وذكر أبو بكر بن العربى هذا القول وقال : ومن العرب من يقول : هاك وهاكما وهاكم ، وجرى فى ذلك قول كثير لبابه عنده أن ها تنبيه وحذف خذ وأعط لدلالة الحال عليه والكاف للخطاب ، وأما هاؤما وهاؤم فقيل فيه معنى أما وأموا أى اقصدوا ، ويعترض عليه أنه لم يستعمل فى الواحد الا

بالكاف ، فهى الأصل ، ولذلك أجرت بعض العرب الاثنين على الواحد فى لحوق الكاف والله أعلم •

وقوله : « من زاد أو ازداد فقد أربى » قال الأزهرى : يقول من زاد صاحبه على ما أخذ ، وازداد لنفسه على ما دفع ، فقد أربى ، أى دخل فى الربا المنهى عنه •

(وقوله) « الأصناف » سيأتى الكلام على تحقيقه عند الكلام فى الأجناس ان شاء الله تعالى •

(وقوله) « كيف شئتم » كيف ههنا اسم شرط ، أى كيف شئتم فبيعوا ، فالجواب محذوف يدل عليه قوله فبيعوا المتقدم ، ولا يصح أن يكون كيف هنا للاستفهام كما هو أغلب أحوالها ، وكونها تأتى اسم شرط قد ذكره النحاة ، قال ابن مالك : وجوابك بكيف معنى لا عملا خلافا للكوفيين ، يعنى أن الكوفيين يجعلونها اسم شرط معنى وعملا ومن مجىء كيف شرطية قوله تعالى (ينفق كيف يشاء) أى كيف يشاء ينفق ، ومعناها فى ذلك عموم الأحوال •

وذكر أصحابنا فرعا فى كتاب الوكالة اذا قال لوكيله : بعه كيف شئت ، فله البيع بالنسيئة ، ولا يجوز بالغبن ، وبغير نقد البلد ، وعن القاضى حسين تجويز الكل فيمكن اعتضاده بالحديث فى ادراج الزيادة والنقصان تحت الكيف • لكن بين هذا المثال وبين ما جاء به الحديث فرق ، فان فى الحديث المبيع والثمن معا كقوله « لاتبيعوا الذهب بالذهب ، فاذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا الصنف بصنف آخر كيف شئتم على أحدهما زيادة » فشمل ، أى فبيعوا فى الثمن ، وذلك مقابلة المبيع بالكيفية الى أحوال ونقصانه عنه •

(وأما) المثال المذكور فى الوكالة فالكيفية راجعة الى نفس البيع ، فلا جرم شمل النقد والنسيئة ، ولم يشمل قلة الثمن وكثرته وبيان جنسه لعدم دخوله تحت مسمى البيع ، وقوله تعالى (ينفق كيف يشاء) وموقع كيف فى الحديث أن التماثل والتفاضل صفتان للمبيع ، يرجعان الى أحوال مقابلته بغيره • وذلك من الكيف لا من الكم ، فلذلك جاء الحديث بها والله أعلم •

(وقوله) « اذا كان يداً بيد » قد تقدم الكلام عليه . وذكره صلى الله عليه وسلم له ثانيا واهتمامه به يبعد أن يكون المراد به فى الأول التأكيد كما زعم بعضهم وانما اقتصر عليه دون قوله عينا بعين ، لأن قوله يداً بيد يدل على التقابض صريحاً ، وعلى الحلول ظاهراً ، كما تقدم فى كلام محمد بن يحيى ، ففى الأول أتى باللفظين ليدلا على المعنيين صريحا ، وفى الأخير اكتفى بما يدل عليهما فى الجملة والله تعالى أعلم . والضمير فى كان للبيع أى اذا كان البيع يداً بيد ، أى مناجزة فههنا لا يستقيم أن يكون حالا من المبيع . وفى الأول يحتمل أن يكون حالا من المبيع كما تقدم . ويحتمل أن يكون المراد لا تبيعوا الا مناجزة فيكون نعتا لمصدر محذوف أى بيعاً مناجزة والله أعلم .

وقوله فى بعض الروايات : «تبرهاوعينها» قال الأزهرى : التبر من الدرهم والدنانير ما كان غير مصوغ ولا مضروب ، وكذلك من النحاس وسائر الجواهر وما كان كساراً أو غير مصوغ ولا مضروب فلوساً ، وأصل التبر من قولك تبَّرت الشيء أى كسرته جداً ، وظاهر الحديث أنه يجوز التبر بالتبر وبالعين ، ويمكن حمل ذلك على الحاصل بعد التصفية وقبل الضرب . وأما التبر المأخوذ من المعدن قبل التصفية فقد أخبرنى بعض أهل المعرفة بذلك أنه لا يخلو عن فضة ، ولا يوجد تبر ذهب خالصاً من فضة ، ولا ينفصل منه الا بالتصفية ، فاذا كان كذلك فيكون بيع التبر المذكور بمثله أو بخالص كبيع مدعجوة ودرهم ، فيمتنع عند الشافعى والله سبحانه وتعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

وان تبايعا دراهم بدنانير فى الذمة وتقابضا ، ثم وجد احدهما بما قبض عيباً نظرت فان لم يتفرقا جاز أن يرد ويطالب بالبدل ، لأن المعقود عليه ما فى الذمة وقد قبض قبل التفرق ، وان تفرقا ففيه قولان (احدهما) يجوز ابداله ، لأن ما جاز ابداله قبل التفرق جاز بعده كالمسلم فيه (والثانى) لا يجوز ، وهو قول المزنى ، لأنه اذا أبدله صار القبض بعد التفرق ، وذلك لا يجوز .

(الشرح) هذه المسألة فرع جواز الصرف فى الذمة وأنه لا يشترط التعيين فى العوضين ولا أحدهما اذا حصل التعيين فى المجلس . فلنتكلم على هذه المسألة أولا ثم نرجع الى مسألة الكتاب فنقول : ان عقد الصرف تارة يرد على معين ، وتارة يرد على الذمة . والوارد على الذمة اما أن يرد على

شيء يستحق بالعقد ،واما على شيء كان ثابتا قبل العقد فيتحول به عما كان عليه • فهذه ثلاثة أقسام (الأول) المعين (والثانى) الموصوف أو ما فى معناه (والثالث) الدين • ومن المعلوم أن الصفقة تشتمل على عوضين والحاصل من ضربهما فى الأقسام الثلاثة ستة ؛ وترتيبها أن يأخذ كل قسم مع نفسه ومع ما بعده • وقد رتبها هكذا :

(الأول) أن يكونا معينين (الثانى) موصوفين (الثالث) أن يكونا دينين (الرابع) معين وموصوف (الخامس) معين ودين (السادس) موصوف ودين • فلنتكلم على كل قسم وما يجوز منها وما يمتنع :

(أما الأول) وهو أن يكونا معينين فذلك مما لا خلاف بين الأئمة فى جوازه كما اذا قال : بعتك أو صارفتك هذه الدنانير بهذه الدراهم ، وكذلك جميع أموال الربا كبعتك هذه الحنطة بهذه الحنطة أو بهذا الشعير ، فالاجماع على صحة ذلك ، وقد تقدم اطلاق ذلك وتفاصيله •

ومن أحكام هذا القسم أن العوضين يتعينان بالعقد عندنا • وفائدة ذلك أنه ليس لكل منهما أن يعطى غير المتعين ، كما صرح به الشافعى والأصحاب ، ومتى تلف قبل القبض انفسد العقد ، واذا خرج مستحقا تبين بطلان العقد ، حيث استحق الرجوع به اما بمقابلة واما برد بعيب حيث ثبتت فانه يجب رد عين تلك الدراهم ان كانت باقية • وهذا هو المشهور عن مالك وأحمد ، ولم يكن له أن يبدله سواء كان العيب بكل المبيع أو ببعضه ، وسواء كان قبل التفرق أو بعد التفرق • صرح به الشيخ أبو حامد وغيره وعن صاحب التقريب أنه يجوز قبل التفرق أخذ بدلها من غير فسخ العقد ، حتى لو كان العقد بثمن مجهول فاعله قبل التفرق صح ،حكاه الفورانى فى العمدة وغيره • وهذا الوجه المحكى عن صاحب التقريب فى هذا يشبه أن يكون فرعه على قوله : انه يجوز الصرف فى الثمن المعين قبل قبضه ، فان القاضى حسين نقل ذلك عنه • قال فى كتاب الأسرار فى جواز التصرف فى الثمن : اذا كان معينا قبل القبض أخطأ من جوزه ؛ وهو صاحب التقريب •

وقال أبو حنيفة رضى الله عنه ـ وهى رواية عن أحمد : الدراهم والدنانير لا تتعين بالعقد ، ويجوز للمشترى أن يدفع مثل الدراهم التى وقع العقد عليها ، وان تلفت قبل القبض لم يبطل العقد • واحتجوا له من جهة اللغة بقول الفراء : ان الثمن له شرطان ؛ أن يصحبه البائع ، وأن يكون فى الذمة ، كقوله: بعتك هذا الثوب بدينار ، قيل : انه ذكر ذلك فى معانى القرآن ، ومن جهة الشرع بحديث ابن عمر رضى الله عنهما أنه قال : « يارسول الله انى أبيع الابل بالدنانير وآخذ الدراهم ، وأبيع بالدراهم وآخـذ الدنانير ، فقال : لا بأس اذا تفرقتما وليس بينكما شىء » ولم يفصل بين أن يكون الثمن مطلقا أو معينا •

(والجواب) عن الحديث أنه محمول على الغالب ، وهو كون الأثمان مطلقة وعن قول الفراء بأن التعيين حكم شرعى لا مجال للغة فيه ، فان قال : ان هذا لا يسمى ثمنا صار بحثا لفظيا ، وصار كما اذا باع عبدا بثوب ، فعند بعضهم أن الصفقة خالية عن الثمن ، وذلك من حيث التسمية فقط ، فكما أن الثوب متعين بالعقد كذلك النقد • وقال القاضى أبو الطيب : ان الفراء خلط فى هذا الكتاب اللغة بالفقه ، وعول على فقه الكوفيين ، فلا حجة فى قوله (قال) ولا خلاف بيننا فيما تقتضيه اللغة ، وانما الخلاف فيما يقتضيه الشرع ، وقد اتفقوا على أن النقدين يتعينان بأجناسهما ، فاذا باع بدراهم يتعين جنس الدراهم ، أو بدنانير يتعين جنس الدنانير ، نقل الاتفاق على ذلك الطاوسى فى طريقته وحجتنا فى التعيين من الحديث قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث الربا « عينا بعين » •

قال أصحابنا القاضى أبو الطيب وغيره : ولو كانا لا يتعينان لما كانا عينا بعين ، والقياس على ما اذا كان عوضا بجامع ما بينهما من أن كلا منهما عوض مشار اليه فى العقد ويتعين بالقبض وعلى القرض والوديعة والغصب والوصية والارث والصداق والوكالة • وكذلك اذا كان حليا فانها تتعلق بعين النقد بخصوصه • وقد وافقونا على ذلك فكذلك البيع • لكنهم اعتذروا عن العقود المذكورة بأنه ليس مقتضاها وجوبها فى الذمة اذا كان الثمن معينا • ولأن هذا العقد المعين ان صلح للعوضية لم يجز ابداله لتعلق الملك به •

وان لم يصلح فلا يتعلق العقد به ، والفرض أنهما لم يذكرا ثمناً فى الذمة فلا يتعلق بها ، فلا يبطل العقد .

(فان قيل) : ان الثمن متعلق بالذمة . ومعنى التعيين أنه يوفى ذلك المطلق فى الذمة من هذا المعين (فنقول) : ان ما كان كذلك ينبغى أن يبطل العقد فيه بالتعيين كالسلم اذا عين ثمرة نخلة بعينها . وهذه حجة ابن سريج وربط العقد بغير المعين لا وجه له فان العقد قد يتعلق بخصوصه لعلمه بحله أو لغير ذلك من الأغراض . وذكرأصحابنا رحمهم الله فوائد ومقاصد فى تعيين الثمن .

(منها) للبائع الرجوع فى عينه عند الفلس وتبرئة ذمته لقصر الحق على تلك العين . (ومنها) للمشترى تكميل ملكه اذ الملك فى العين آكد منه فى الدين . ولهذا أجبر المشترى على تسليم الثمن ليساوى البائع فى بيع العين . فبالتسليم يصير ما عليه عينا مثل المبيع . قال ذلك القاضى حسين فى كتاب الأسرار . وقد ذكر النووى رحمه الله تعالى تعيين الدراهم والدنانير فى هذا المجموع ، فى باب ما نهى عنه من بيع الغرر مختصرا ، ولا فرق فى تعيين الدراهم بين أن يكون فى عقد الصرف أو غيره ، والله أعلم .

(فـرع) لو استبدل عن المعين بعد التقابض والتخاير صح بلا خلاف ، أو قبلهما لم يصح على المذهب المشهور ، كما هو مبين فى موضعه أو بعد التقابض وقبل التخاير صح على قول ابن سريج ، فانه جعل اتفاقهما على العقد الثانى كالتفرق . وهو الصحيح عند القاضى أبى الطيب والرافعى ، وضعفه الماوردى (والثـانى) وهو الذى نقله الخراسـانيون عن صاحب التقريب أنه اذا قلنا لا يملك المشترى الا بانقضاء الخيار لا يصح . أو بعد التخاير وقبل التقابض ، فقد سبق أنه يبطل العقد ، فلا يصادف الاستبدال محلا ، خلافا لابن سريج ، والله تعالى أعلم .

(فـرع) لو وهب الصيرفى الدراهم المعينة لباذلها ــ فان كان قبل قبضها ــ لم يجز لأن الملك لها لم يستقر ، وان كانت الهبة بعد قبضها ففيها وجهان كالبيع . قاله الماوردى . ومقصوده أنه بعد قبضها وقبل التفرق وانقضاء الخيار الذى فيه الخلاف المنقول عن حكاية صاحب التقريب ، فانه

طرد ذلك فى البيع والهبة والتزويج أيضا لو كان المبيع جارية فزوجها المشترى من البائع فى المجلس •

قال (ان قلنا) المشترى ملك صح التزويج والا فلا ، ويسقط الخيار ويلزم البيع •

(فـرع) اذا تعاقدا على معينين يجوز جزافا عند اختلاف الجنس • نص عليه الشافعى رحمه الله تعالى والأصحاب •

(القسم الثانى) أن يكونا موصوفين أو فى معنى الموصوفين • وهو المطلق فى موضع فيه نقد متعارف • كما اذا قال : بعتك أو صارفتك دينارا مصريا فى ذمتى بعشرين درهما من الضرب الفلانى فى ذمتك فقد اتفق جمهور الأصحاب على جواز ذلك اذا تواصفا العوضين أو أطلقا وكان للبلد نقد واحد لا يختلف أو نقود مختلفة الا أن أحدهما غالب فيرجع الاطلاق اليه • ثم يعينان ويتقابضان قبل التفرق • وان لم يكن معهما فاستقرضا وتقابضا جاز • وكذلك فى قيم المتلفات انما يقوّم بالغالب ، فان لم يكن للبلد نقد غالب بأن كان فيها نقود مختلفة وليس بعضها أغلب من بعض اشترط تعيين النوع ، كقـوله عشرة دراهم راضـية [1] أو ناصرية بدينـار مطبقى أو ماسيانى [2] أو أهوازى أو سابورى • وفى التقويم يعين القاضى واحدا للتقويم ، قاله فى التهذيب ، فان وقع من غير تعيين فسد العقد ولا خلاف بين الأصحاب فى ذلك الا ما حكاه صاحب التتمـة والرويانى عن أبى عاصم العبادى أنه حكى أن هذا بمنزلة بيع الأعيان بعضها ببعض •

فان جوزنا بيع الغائب فالعقد صحيح والا فلا ، لأن الشرع حرم بيع الدين فقد نهى صلوات الله عليه عن بيع الكالىء بالكالىء قال : فلو لم يقدر العوض عينا غائبة لما كان الى تصحيح العقد سبيل ، واستضعف الرويانى هذا ، ونظير هذا الوجه الذى حكاه صاحب التتمة عن أبى عاصم وجه حكاه الماوردى عن أبى العباس بن صالح المصرى من أصحابنا أنه لا يصح السلم الا أن يكون رأس المال معينا ثم يقبض فى المجلس فلو عقد على موصوف ثم أحضره وأقبضه فى المجلس لم يصح لأن كلا البدلين موصوف •

---

(١) نسبة الى الامام الراضى بالله والناصر لدين الله .

(٢) كذا بالأصل ولعله قاسانى أو ساسانى نسبة الى ملوك ساسان من الفرس .

قال ابن أبى الدم : فهـذان وجهان غريبـان فى المذهب لم يحكهما فى المسئلتين غير هذين المصنفين يعنى صاحب التتمة والمـاوردى فيما أعلم ، ولست أدرى هل يوافق كل واحد من هذين الامامين ــ يعنى أبا عاصم العبادى وأبا العباس المصرى صاحبى الوجه صاحبه فى مسألته أم لا ؟ ــ والمساواة متجهة وقد يتكلف فرق بينهما •

قال القاضى أبو الطيب : (فان قيل) : هذا خلاف السنة التى رويتم عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ــ الى قوله سواء بسواء عينا بعين ، يعنى يدا بيد ، فالجواب أنهما اذا عينا فى المجلس صار عينا بعين ، كما اذا تقابضا فى المجلس كان يدا بيد ؛ فلم يرد التعيين والتقابض فى نفس العقد اهـ • وهذا مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه وأحمد •

وقال مالك : لا يجـوز الصرف حتى يكون العينان حاضرتين • وعنه لا يجوز حتى يظهر احدى العينين ويعين • وعن زفر رحمه الله مثله • وقال مالك : على هذه الرواية يحتاج أن يكون قبضه لما لم يعينه قريبـا متصلا بمنزلة النفقة يحلها من كيسه قال ابن عبد البر : قال الطحاوى : واتفقوا يعنى هؤلاء الفقهاء الثلاثة يعنى أبا حنيفة ومالكا والشافعى رضى الله عنهم على جواز الصرف اذا كان أحدهما دينا وقبضه فى المجلس ، فدل على اعتبار القبض فى المجلس ، دون كونه عينا اهـ •

ومما يدل على أنه لا يشترط التعيين فى العوضين حين العقد حديث ابن عمر فى تقاضيه الدراهم عن الدنانير والدنانير عن الدراهم ، فان أخذ أحدهما عن الآخر صرف والمأخوذ عنه ليس معينا ، وسنذكر ذلك فى الكلام فى القسم الخامس ان شاء الله تعالى •

(**فان قلت**) حكمتم هنا بجواز الصرف على الموصوفين على المشهور ، وحرمتم فيما تقدم أن اسلام أحد النقدين فى الآخر لا يجوز ، ولنا خلاف مشهور على النظر الى المعين أن يحكم بفساده لأنه سلم ، أو يحكم بصحة السلم فيه حالا ، كما قال القاضى أبو الطيب (قلت) امتناع اسلام أحـد

النقدين فى الآخر والكلام فيه مختص بما اذا كان بلفظ السلم ، فانه ينبىء عن الأجل ، والمانع من صحة الصرف •

(**فان قلت**) هذا نظر الى جانب اللفظ والسؤال اذا نظرنا الى المعنى ، ثم ان اشعار اللفظ بالأجل يزول بشرط الحلول • وحينئذ يلزم أحد الأمرين (اما) تصحيح السلم فيها كما قال القاضى أبو الطيب (واما) فساد هـذا العقد ، ولم يقل به أحد من الأصحاب (قلت) الصرف والسلم قسمان من أقسام البيع ، فهما خاصان تحت أعم وبينهما أعنى الصرف والسلم عموم وخصوص من وجه ،فان بيع الموصـوف فى الذمة قد يكون نقـدا وقد لا يكون ، وبيع النقـد قد يكون فى الذمة وقد لا يكون • ففى محـل صدقهما ، وهو ما اذا كان النقد موصوفا فى الذمة يجب النظر فى الأحكام ، فحكم الصرف وجوب التقابض من الجانبين ، وحكم السلم قبض الثمن •

وأما المثمن ، فاما أن تقول : ان السلم يقتضى جواز تأخره ، فيكون بين مقتضاه ومقتضى الصرف تضاد ، أو تقول : ان السلم لا يقتضى ذلك ولا عدمه بل مقتضاه بالنسبة الى المسلم فيه ثبوته فى الذمة فقط •

(فان قلنا) بالأول فيرجح باللفظ ، فان عقد بلفظ السلم بطل ، وان عقد بلفظ البيع أو الصرف صح ، وكان صرفا ، وان لم يكن بينهما تضاد وكان السلم غير مانع من لزوم التقابض فيجب أن يوفى الصرف حكمه ، ضرورة وجود المقتضى السالم عن المعارض ، فان كونه صرفا يقتضى التقابض وكونه سلما غير مانع على هذا التقدير •

(**فان قلت**) الترجيح باللفظ فيما اذا جرى العقد بلفظ الصرف فيصح ، أو بلفظ السلم فيبطل لما بين اللفظين على ذلك التقدير من التضاد • أما اذا جرى بلفظ البيع وهو أعم من السلم والصرف فيبقى تعارض المعنيين بغير مرجح ضرورة اشتراكهما فى مسمى البيع (قلت) بل لفظ البيع واضافته الى هذا المبيع الخاص مرجح ، لأن الشارع اعتبره بقوله : لا تبيعوا الذهب الى آخره ، وانما العلماء سموا هـذا النوع باسم الصرف لما ستعرفه • وهذا البحث لا يختص بهذا القسم ، بل يجرى فيما اذا كان البيع موصوفا • والثمن معين أو دين فى القسم الرابع والسادس • والله أعلم •

والامام رحمه الله استشعر هذا البحث فقال لما تكلم فى الصرف على الذمة : ولا يكون هذا من السلم ، فانوضع السلم على اشتراط تسليم رأس المال فى المجلس فيحسب ، والصرف يجوز عقده على وصف ، ثم لابد من التقابض ، وهذا الذى قاله رحمه الله انما هو ذكر حكم السلم والصرف ، وحكم العقد زائد على حقيقته فلا يجوز أن يجعل جزءا منها ، وفيما قدمته كفاية ، والله أعلم .

(فرع) لم يجزم الأصحاب بجواز بيع الطعام الموصوف فى الذمة ، بالطعام الموصوف كما جزموا فى الصرف ، بل حكوا فى الطعام وجهين ، وقال الرافعى : ان الأشبه بكلام الشيخ أبى على والأئمة أن وجه الجواز أظهر .

(فرع) هل يسوغ الاستبدال فى هذا القسم أو لا ؟ اعلم أن الاستبدال عن الثمن الثابت فى الذمة فى غير الصرف يجوز على الجديد المشهور ، وأما فى الصرف فالصواب المقطوع به أن ذلك لا يجوز لأنه لو استبدل عنه لم يحصل مدلول قوله صلى الله عليه وسلم « عيناً بعين » لا عند العقد ولا فى المجلس ، فوجب البطلان والفرق بينه وبين الثمن فى غير الصرف ، أن الثمن فى الصرف غير مستقر لأنه بعرضية البطلان بالتفرق قبل قبضه ، بخلاف الثمن فى غير الصرف ، ولهذا جزم بعض الأصحاب أن محل الخلاف فيما اذا كان المبيع قد قبض ، أما اذا كان المبيع لم يقبض فانه لايجوز الاستبدال عنه قولا واحداً ، وللقائل الآخر أن يقول : انه غير قابل للانفساخ من جهته ، بأن يتلف قبل قبضه فينفسخ العقد به . والثمن فى الصرف قابل للانفساخ الآتى من جهته بعدم قبضه ، وأيضاً فهو غير لازم على المذهب لأن العقد لا يلزم على المذهب ما لم يتقابضا بخلاف الثمن فى غير الصرف فانه يتصور فيه اللزوم قبل القبض ، ولو فرعنا على رأى ابن سريج فى اللزوم قبل التقابض أو على وجه القائل بصحة بيع المبيع فى زمان الخيار ، لم يلزم أن يطرد ذلك فى الصرف لما أشرت اليه من دلالة الحديث على اشتراط التعيين فان لم يكن فى العقد فلابد من المجلس ، وقد خرج شيخنا أبو العباس بن الرفعة جواز الاستبدال فيما اذا كان العوضان نقدين على أن الثمن ماذا ؟ وحكم بأنا اذا قلنا : الثمن النقد ولا مبيع هنا ، فيجرى الخلاف فى الاستبدال عن كل منهما وهو سهو لا ينبغى التعريج عليه والله أعلم .

(فـرع) الابراء عن هـذا العوض الثـابت فى الذمة فى الصرف لا يصح ، فان افترقا قبل قبضهما بطل الصرف • لأنه ابراء مما لا يستقر ملكه عليه قاله الماوردى •

(فـرع) جريان الصرف فى الذمة عند اختلاف الجنس لا اشكال فيه كذلك يجوز عند اتفاق الجنس كأن يبيع دينارا بدينار فى الذمة أو دراهم بدراهم فى الذمة وصرح به الجرجانى فى الشافى وابن أبى عصرون فى المرشد والانتصار والخوارزمى فى الكافى •

(فـرع) ظاهر المذهب جواز المعاملة بالدراهم المغشوشة • قال فى التهذيب : فلو باع بدرهم مطلقا ونقد البلد مغشوش يجب درهم من ذلك • ومن أصحابنا من قال : لأن المقصود ما فيه من النقرة ، وهو مجهول كتراب الصاغة ، وان كان نقد البلد فلوسا أو دراهم عطر بقية [1] يجوز التصرف فيها ، ومطلق العقد ينصرف اليها •

(فـرع) جريان هذا القسم فى صرف النقد بغير جنسه لا اشكال فيه ، وهل يجوز فى الجنس الواحـد حيث يكون هناك غرض صحيح ؟ ويمكن فرض ذلك فيما اذا اختلفت الصفة كأن يبيع دنانير مغربية بدنانير مشرقية ، أو دراهم لينة بدراهم خشنة ، لم أره منقولا ، والظاهر الجواز •

(فـرع) لو باع فى هذا القسم طعاما بطعام فى الذمة ، ثم عين وسلم فى المجلس فوجهان (أحـدهما) المنع ، لأن الوصـف فيه يطول بخلاف الصرف ، فان الأمر فى النقود أهون ؛ وهكذا يكفى فيها الاطلاق (والثانى) الجواز ، قال الرافعى رحمه الله : والأشبه بكلام الشيخ أبى على والأئمة أن هذا أظهر •

(القسم الثالث) أن يكونا دينين ، كما اذا قال : بعتك الدينار الذى لى فى ذمتك بالعشرة الدراهم التى لك فى ذمتى ، حتى تبرأ ذمة كل منا ، وهذه المسألة تسمى بتطارح الدينين ، قال الشافعى رضى الله عنه فى كتاب الصرف من الأم : ومن كانت عليه دراهم لرجل ، وللرجل عليه دنانير فحلت

---

(١) كذا ولعله مطبقية ، أو بطريقية (ط) •

أو لم تحل ، فتطارحاها صرفا فلا يجوز ، لأن ذلك دين بدين ، وقال مالك : اذا حل فهو جائز ، واذا لم يحل فلا يجوز • انتهى • قال أصحابنا : ولكن طريقهما أن يبرىء كل منهما صاحبه ، فمذهب الشافعى رحمه الله وجميع أصحابه أنه لا يجوز • وبه قال جماعة منهم الليث بن سعد وأحمد ، ومذهب أبى حنيفة كمذهب مالك رحمه الله أن ذلك جائز ، ومنشأ الخلاف فى ذلك أن هذا هل يدخل فى بيع الدين بالدين أو لا ؟ وقد أجمع أهل العلم على أن بيع الدين بالدين لا يجوز ، نقل ذلك ابن المنذر ، وقال : قال أحمد اجماع الأئمة أن لا يباع دين بدين •

(قلت) وناهيك بنقل أحمد الاجماع ، فانه معلوم سنده فيه مع الحديث الذى روى أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع الكالىء بالكالىء » وان كان ابن المنذر قال : ان اسناده لا يثبت ، والحديث مشهور عن موسى ابن عبيد ، وهو ضعيف ، ونقل عن أحمد أنه سئل أيصح فى هذا حديث ؟ قال : لا ، فلو ثبت الحديث أمكن التمسك به ، فان الكالىء بالكالىء هو الدين بالدين ، وكذلك فسره نافع راوى الحديث ، والدين بالدين حقيقة فيما نحن فيه •

(أما) اذا لم يثبت فالاجماع لا يمكن التمسك به مع وجود الخلاف فى هذه الصورة الخاصة ، فانه يؤول هذا الى تفسير بيع الدين بالدين المجمع على منعه ، يعنى ما نحن فيه ، وهو أن يكون للرجل على الرجل دين فيجعله عليه فى دين آخر مخالف له فى الصفة أو فى القدر ، فهذا هو الذى وقع الاجماع على امتناعه ،وهو فى الحقيقة بيع دين بما يصير دينا واذا لم يكن فى الحديث متمسك بضعفه ولا فى الاجماع لعدم التوارد على محل واحد ، واحتجت الحنفية والمالكية بحديث ابن عمر رضى الله عنهما ، وتقاضيه الدراهم عن الدنانير وبالعكس ، ولا دليل فيه لأنه انما يدل على الدين بالعين أو بالموصوف ، والله أعلم •

(فرع) قال الصيمرى : فلو وجب لزيد فى ذمة عمرو دينار أهوازى ووجب لعمرو فى ذمة زيد دينار أهوازى جاز أن يجعل ذلك قصاصا [1] •

---

(١) وهو ما يسمى بالمقاصة فى لغة المصارف اليوم .

(القسم الرابع) معين وموصوف ، كما اذا قال : بعتك هـذا الدينار بعشرة دراهم ، فهذا جائز عندنا ، وعند جمهور العلماء الا ما تقدم من النقل عن مالك رحمه الله ، فلو جرى هذا القسم بلفظ السلم كان باطلا أيضا كالقسم الثانى ورأى شيخنا ابن الرفعة القطع بالجواز فى هذا القسم ، للبعد عن بيع الكالىء بالكالىء ، وهذا غلط مخالف •

(القسم الخامس) دين بعين ، كما اذا كان له عليه دينار ، فقال : بعتك الدينار الذى لى عليك بهذه العشرة الدراهم فيجوز أيضا بشرط أن يكون ذلك الدين مما يجوز الاستبدال عنه • وهذا قسمان (أحدهما) ألا يكون ثمنا ولا مثمنا كدين القراض والاتلاف (والثانى) أن يكون ثمنا على الجديد فى غير الصرف ، فلو كان فى الصرف فقد تقدم ما فيه ،ويشترط أن يكون الدين حالا أيضا ، فان كان مؤجلا فسيأتى حكمه اذا عرف ذلك فيجوز أخذ الدراهم عن الدنانير ، والدنانير عن الدراهم الثابتة فى الذمة • حكى عن عمر وابنه والحسن والحكم وحماد وطاوس والزهرى والقاسم بن محمد وقتادة ، وابراهيم وعطاء على اختلاف عنهما ، وهو مذهب أبى حنيفة ومالك والثورى والأوزاعى وأحمد واسحاق وعبد الله بن الحسن وأبى ثور • وروى كراهة ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وأبى عبيدة بن عبد الله بن مسعود وأبى سلمة بن عبد الرحمن وسعيد بن المسيب وابن شبرمة ، وهو أحد قولى الشافعى رضى الله عنه •

ثم اختلف الأولون فمنهم من قال : يشترط أن يكون بسعر يومها • وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : يؤخذ بسعر يومها ، وبأعلى وبأرخص • قال أحمد بن حنبل رضى الله عنه : انما يقضيه اياها بالسعر • وقال ابن قدامة : لم يختلفوا فى أنه يقضيه اياها بالسعر الا ما قال أصحاب الرأى ، ووجه الأول قوله صلى الله عليه وسلم « لا بأس أن تأخذها بسعر يومها » واستدل له بأن هـذا جار مجرى القضاء فيقيد بالمثل كما لو أحصيناه من الجنس ، والتماثل ، بينما هو متعذر من حيث الصورة فاعتبر من حيث القيمة ، والعمدة فيه حديث ابن عمر الذى تقدمت الاشارة اليه ، وهو ما رواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه من حديث سماك بن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر قال : « كنت أبيع الابل بالبقيع ، فأبيع الدنانير وآخذ

الدراهم وأبيع الدراهم وآخذ الدنانير ، آخذ هذه عن هذه ، وأعطى هذه عن هذه ، فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو فى بيت حفصة فقلت : يا رسول الله رويدك أسألك ، انى أبيع الابل بالبقيع ، فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم ، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير ، آخذ هذه عن هذه ،وأعطى هذه عن هذه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا بأس من أن تأخذ بسعر يومها ، ما لم تفترقا وبينكما شيء » وهذا لفظ أبى داود ، وقد تفرد سماك ابن حرب بهذا الحديث ، لا يروى من غير جهة سماك .

وقد وقع فى ابن ماجه من رواية عمر بن عبيد وهو الطنافسى قال : ثنا عطاء بن السائب أو سماك على الشك قال : ولا أعلم الا سماكا ، والحديث معروف بسماك من أفراده لم يرفعه أحد غيره ، وسماك اختلف الناس فيه ، فضعفه شعبة والثورى وابن المبارك ، ونقل عن على نحوه ، وقال أحمد : مضطرب الحديث انه كان يقبل التلقين ، وان شعبة شهد عليه بذلك ووثقه يحيى بن معين . وقال أبو حاتم : صدوق روى له مسلم وقال ابن عدى : ولسماك حديث كبير مستقيم ان شاء الله تعالى كله ، وقد حدث عنه الأئمة وهو من كبار تابعى الكوفيين وأحاديثه حسان عمن يروى عنه وهو صدوق لا بأس به ، وفى كتاب ابن أبى حاتم عن على بن المدينى قال : سمعت أبا داود الطيالسى قال : سمعت خالد بن طليق يسأل شعبة فقال : يا أبا بسطام حدثنى بحديث سماك فى اقتضاء الورق عن الذهب حديث ابن عمر فقال : أصلحك الله ، وهذا حديث ليس يرفعه أحد الا سماك ، قال فتذهب أن أروى عنك ؟ قال : لا ، ولكن حدثنيه قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عمر ولم يرفعه ، وأخبرنيه أيوب عن نافع عن ابن عمر ولم يرفعه ، وحدثنى داود بن أبى هند عن سعيد بن جبير ولم يرفعه ورفعه سماك ، فانا أفْرَقُ به .

قلت : وقد روى شعبة عن سماك ، فمن جملة ما روى عنه حديث سويد ابن قيس قال : جلبت أنا ومخرمة العبدى بزا من هجر أو البحرين ،حديث[1]

---

(1) حديث رواه الحاكم باسناده عن سماك بن حرب عن سويد بن قيس قال : « جلبت أنا ومخرمة العبدى بزا من هجر او البحرين فلما كنا بمنى أتانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاشترى منا سراويل وقباء ، ووزان يزن بالأجرة فدفع اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم الثمن فقال : زن وارجح » قال الحاكم : رواه سفيان عن سماك بن حرب (ط) .

ليس لزيد رواه الحاكم فى المستدرك ، فهذا ما حضرنى من حال سماك ، وهو ان شاء الله تعالى الى التوثيق أقرب • وحديثه هذا يدخل فى قسم الحسن كما اقتضاه كلام ابن عدى وقد أخرجه الحاكم فى المستدرك وقال : انه صحيح على شرط مسلم • فان لم يكن كما قال فلا أقل من أن يكون حسناً ، وسماك ابن حرب رجل صالح ، قال : قد أدركت ثمانين رجلا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم روى عنه قال : « ذهب بصرى فرأيت ابراهيم الخليل عليه أفضل الصلاة والسلام فى النوم فقلت : ذهب بصرى ، قال : انزل الى الفرات فاغمس رأسك فيه وافتح عينيك فان الله تعالى يرد عليك بصرك • قال : ففعلت ذلك فرد الله تعالى علىّ بصرى » •

وقد جعل قوم حديث ابن عمر هذا معارضا لحديث أبى سعيد ، وشبهه فى قوله « ولا تبيعوا منها غائبا بناجز » قال ابن عبد البر : وليس الحديثان بمتعارضين عند أكثر الفقهاء ، لأنه يمكن استعمال كل واحد منهما ، فحديث ابن عمر مفسر ، وحديث أبى سعيد الخدرى مجمل ، فصار معناه لا تبيعوا منها غائبا ليس فى ذمة بناجز • واذا حملا على هذا لم يتعارضا ا هـ • واذا ثبت هذا الحديث فهو نص فى أخذ المُعَيَّن عن الدين (وأما) الاستدلال به على الموصوف عن الدين فمحتمل ، فان كلام ابن عمر محتمل لأن يكون يعتاض عن الدنانير دراهم معينة ، ويحتمل أن يعتاض عنها دراهم غير معينة فلم يعينها ، ويترجح الأول بقوله (وآخذ) فانه ظاهر فى القبض لا فى مجرد المعاوضة ويمكن ترجيح الثانى بقوله صلى الله عليه وسلم ويفسده الجواب ، ورفع البأس مما اذا تفرقا ، وليس بينهما شىء ، ولو حصل التقابض لم يبق بينهما شىء ، وان لم يتفرقا فلا يحتاج الى تقييده بالشرط •

وقد رد ابن حزم هذا الحديث ومنع جواز ذلك ، ورد الحديث لأجل ماتقدم وقد مضى الكلام فيه ، ولأجل أنه قد روى هذا الحديث بعينه فى النسائى عن ابن عمر قال : « كنت أبيع الذهب بالفضة والفضة بالذهب فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته بذلك فقال : اذا بايعت صاحبك فلا تفارقه وبينك وبينه لبس » والجواب عن هذا بعد تسليم كونه حديثاً واحداً ، وأن هذه القصة مختصرة من تلك ، فان مضمون لفظ الحديث المتقدم أنه كان يبيع الابل بالدنانير ثم يبيع الدنانير بالدراهم وبالعكس ، فاقتصر فى رواية

النسائى على ذكر ما يفعل فى الثمن دون شرح القصة بكمالها فلا تعارض ولا منافاة ، ومن زاد حجة على من اقتصر والله أعلم • ويشترط فى هذا القسم الخامس القبض فى المجلس ، وبنى مسألة ما اذا صالح بدين على عين •

(فـرع) يشترط فى هذا القسم أن يكون الدين حالا ، فلو أراد أن يأخذ على الدين المؤجل عوضا قبل حلول الدين لم يصح • أما تقديم الدين فيجوز ، وقد تقدمت مسألة الاستبدال فى كلام الشيخ ، ولكنى ذكرت هنا منها ما يتعلق بالصرف ، والذى صححه الماوردى هنا أنه اذا اعتاض عرضا عن النقد الذى فى الذمة لا يلزم فيه قبض العرض فى المجلس ، وادعى أن ذلك ظاهر المذهب وأنه لو اعتاض عرضا ونقداً ففيه قولا الجمع بين [1] ولا يسلم له ما ادعى أنه ظاهر المذهب ، وليس هذا موضع تحقيق ذلك ، وانما ذكرت هنا ما يتعلق بالصرف وممن صرح بأنه لا يجوز الاعتياض عن الدين المؤجل الماوردى قال : لأن المؤجل لا يجوز أخذ العوض عنه •

(فـرع) قال فى التهذيب : لا فرق فى جواز الاستبدال بين أن يكون بعد تسليم المبيع أو قبله ، ولو باع شيئا بغير الدراهم والدنانير فى الذمة •• قال فى التهذيب : انه كالدراهم والدنانير فى جواز الاستبدال •

(فـرع) ولابد فى ذلك من لفظ البيع أو ما فى معناه • قال : ومن كان له على رجل ذهب حال فأعطاه على غير بيع مسمى من الذهب فليس ببيع ، والذهب [2] وعلى هذا دراهم مثل الدراهم التى أخذ •

(القسم السادس) دين بموصوف كما اذا قال : بعتك الدينار الذى لى فى ذمتك بعشرة دراهم موصوفة أو مطلقة فى بلد فيها نقد غالب ، فيصح ذلك عندنا أيضا على الأصح بشرط التعيين فى المجلس • وهى مسألة ما اذا صالح من دين على دين وحديث ابن عمر محتمل له كما تقدم ، ولا فرق فى المعنى بين هذا القسم وبين الموصوفين ، فقد تلخصت هذه الأقسام الستة ، وكلها جائزة عند الشافعى رضى الله عنه الا القسم الثالث فقط وهو بيع الدين بالدين والله أعلم •

---

(١) بياض بالاصل فحرر (ش) اقلت : لعل السقط (الروايتين) (ط) •

(٢) بياض بالاصل والسقط لعله (والذهب المأخوذ عليه دراهم يرد بوزنه وعلى هـذا دراهم الخ) (ط) •

اذا عرف ذلك فالصرف فى الذمة واقع فى ثلاث صور ، القسم الثانى والرابع والسادس وصوره بمسألة الكتاب فى القسم الثانى ، وهو ما اذا كانا موصوفين ، وقد علمت أن المطلقين المعلومين حكمهما حكم الموصوفين ، فاذا تبايعا دراهم فى الذمة بدنانير فى الذمة ووصفا كلا من العوضين أو أطلقا ، وكان فى البلد نقد واحد أو غالب وتقابضا ، صح العقد على ما تقدم ، لا خلاف فى المذهب فيه الا ما حكيته عن أبى عاصم وانما صورة مسألة الكتاب فيما اذا كان العوضان فى الذمة .

وان كان صدر كلامه محتملا لما اذا كانت الدنانير فى الذمة فقط ، لاطلاقه بعد ذلك أن لأحدهما أن يرد ويطالب بالبدل وتعليله بأن المعقود عليه ما فى الذمة ولو كان أحد العوضين معينا لم يأت هذا الحكم والتعليل الا فى العوض الآخر فقط ، فلذلك قلت ان صورة مسألة الكتاب فيما اذا كان فى الذمة ، فاذا وجد أحدهما بما قبضه عيبا وهما فى المجلس لم يتفرقا ولم يناجزا جاز أن يرده ، لا على سبيل الفسخ للعقد ، بل على أنه يطالب ببدل المقبوض ، ويطالب بالبدل ، لأن العقد وقع على ما فى الذمة ، وما فى الذمة صحيح لا عيب فيه .

فاذا قبض معيبا كان له أن يطالب بما فى ذمته مما يتناوله العقد ، كما اذا قبض المسلم فيه ثم وجد به عيبا ، فان له أن يطالب ببدله بخلاف المعين ، فان العقد تناوله بعينه فلو طالبه ببدله لطالبه بشىء لم يتناوله العقد ، فكان له فسخه واسترجاع ثمنه فقط ، وهذا الحكم من كونه يرد العوض المقبوض عما فى الذمة ، ويطالب ببدله نص عليه الشافعى رحمه الله والأصحاب وجزموا به قولا واحدا ، وممن صرح بذلك القاضى أبو الطيب والشيخ أبو محمد وغيرهم ، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون العيب من جنسه مثل أن يكون فضة خشنة أو صكتها مضطربة مخالفة لصكة السلطان أو بها صدع أو ثلم ، أم من غير جنسه ، مثل أن يشترى دنانير فتخرج نحاسا أو فضة مطلية بذهب أو شبهها ، أو يشترى دراهم فتخرج رصاصا ، كذلك صرح الشيخ أبو حامد والمحاملى والماوردى والقاضى أبو الطيب والرويانى وصاحب العدة وغيرهم والقاضى حسين والمصنف وغيرهما وسواء كان العيب بكل المقبوض أم ببعضه نص عليه الشافعى رحمه الله والأصحاب .

فاذا رد العوض المذكور وقبض بدله وهما فى المجلس صح ، لأنه قد قبض قبل التفرق ، هكذا ينبغى أن يفهم كلام المصنف وسكوته عن صحة قبض البدل اذا أخذ بشرطه ، لأنه لازم لجواز المطالبة بالبدل ، فيكون التقدير : يطالب بالبدل لأن المعقود عليه ما فى الذمة ، فكان له المطالبة به كالمسلم فيه واذا قبضه صح ، لأنه قد قبض قبل التفرق ، فيكون الكلام متضمنا حكمين وعلتين ، أو يجعل تقدير الكلام فيطالب بالبدل ، لأن المعقود عليه ما فى الذمة ، فاذا قبض والحالة هذه فقد قبض المعقود عليه قبل التفرق، أو يقتصر على الحكم الأول فقط ، وحينئذ لا يحتاج الى قياسه على المسلم فيه ، بل يكون التقدير ، يطالب بالبدل لأن المعقود عليه ما فى الذمة ، فاذا قبضه فقد قبض قبل التفرق ، فلم ينفسخ العقد ، وهذه العلة كافية فى بقاء العقد الموجب لجواز المطالبة •

ولا بد من أخذ هذين النقدين والا فلا يحسن أن يجعل علة جواز المطالبة بالبدل أنه قد قبض قبل التفرق ، لأنه الى الآن لم يقبض ، وهذا الخلاف قريب ظاهر من معنى الكلام ، لا يخفى على متأمل ، واذا قدرت جملة شرطية محذوفة كما ذكرت صار المعنى : فاذا قبض قبل التفرق فقد قبض قبل التفرق ، وظاهر هذا أنه كلام لغو ، فان المغايرة بين الشرط والجزاء واجبة ، فاعلم أن المغايرة تحصل باختلاف الضميرين فالضمير فى قبض الأول عائد على البدل ، والضمير فى قبض الثانى عائد على المعقود عليه الذى قبضه من حيث هو شرط والله أعلم •

والقاضى أبو الطيب ذكر الجملة الأولى وقاسه على المسلم فيه ، ولم يحتج بعد ذلك أن يصرح بأنه اذا قبضه يصح لوضوحه ، ولم يذكر القبض قبل التفرق فى العلة ، وكذلك الشيخ أبو حامد فاحتمل كلام المصنف بهذه الزيادة من البحث والتقدير ما لم يحتمله كلامهما ، والله أعلم ، ومذهب أحمد فى ذلك كمذهبنا •

(فان قلت) كيف جزموا بأن له أن يرد ويطالب بالبدل ؟ ولنا خلاف فى رأس مال السلم أن تعيينه فى المجلس هل يكون كتعيينه فى العقد ؟ والأصح على ما قاله الغزالى والرافعى فى كتاب السلم أن المعين فى المجلس كالمعين فى

العقد ، وان له المطالبة بعينه عند الفسخ ، وليس للمسلم اليه الاتيان ببدله فهلا كان كذلك ههنا ؟ .

(قلت) قد تخيل ذلك بعض شيوخنا وقال : انه يلزم على هذا التقدير أنه اذا وجد به عيبا ورده فى المجلس ألا يجوز له أخذ البدل على وجه ، كما اذا ورد العقد على عينه ، قال : ولم أره وهذا التخيل ضعيف والأصحاب كلهم مطبقون على الجزم بهذه المسألة وألزموا بها المزنى فى قوله : انه لا يرد بعد التفرق وجعلوا هذه المسألة ناقصة لدعوى أن المعين فى المجلس كالمعين فى العقد مطلقا . واذا تأملت الفرق بين المعين وما فى الذمة ظهر لك الجواب عن هذا الالزام ، فان امتناع الاستبدال فى المعين ، لأنه نقل للعقد من محل الى محل وليس كذلك فى الموصوف بل هو مطالبة بالمستحق ، فان العقد لم يرد على هذا المقبوض قطعا (وان قلنا) بأنه بعينه قام مقامه تعيينه فى العقد ، والاكتفاء به ، وفى الرجوع الى عينه عند الانفساخ ، فانه يلزم من ارتفاع العقد ارتفاع الملك فيه ، لكونه من أثره وانما ورد العقد على الموصوف ولا تتعين حقيقته بالقبض والله أعلم .

والذى ذكره الأصحاب هنا من الفرق بين ما قبل التفرق وبعده جار بعينه فى المسلم فيه ، كذلك صرح صاحب التتمة والرويانى ؛ وجزما فى السلم والصرف بجواز الاستبدال عند ظهور العيب قبل التفرق واجراء الخلاف بعده ، والذى ذكروه فى السلم من أنه اذا فسخ بسبب يقتضيه ــ وكان رأس المال موصوفا ثم عجل فى المجلس وهو باق ــ له المطالبة بعينه على الأصح تفريعا على أن له حكم المعين فى العقد ، الذى يظهر بأنه يجرى بعينه فى الصرف ، وان لم أره منقولا ، حتى لو تقايلا فى الصرف بعد التفرق لو جرى سبب يقتضى الفسخ كان له الرجوع الى عين العوض الذى سلمه فى المجلس، فلا منافاة بين هاتين المسألتين فزال الايراد والتخريج الذى يخيل ، والله أعلم .

وقد علل المحلى فى الذخائر جواز الابدال قبل التفرق بأن ما فى الذمم باق لا تبرأ بالمعيب صحيح وان جاز رده ، والله تعالى أعلم .

(فرع) لو قبض المعقود عليه فى الصرف فى الذمة ، وتلف فى المجلس ، ثم اطلع على عيب فيه ، وهما فى مجلس العقد قال فى التهذيب : غرم ما تلف عنده ويستبدل .

(فـرع) لا شك أنه لو رضى به بعيبه جاز فى هذا القسم اذا كان العيب من جنسه ، وان اختار أخذ أرشه لم يجز • وقال الحنابلة : ان كان من جنسين جاز والله أعلم • هذا كله اذا لم يتفرقا • ومن المعلوم أنه يجوز الرضا بالعيب اذا كان العيب من الجنس كرداءة الفضـة وما أشـبه ذلك والله أعلم •

أما اذا تفرقا ثم ظهر العيب ــ فان كان العيب من حيث اختلاف الجنس بأن يسلمه على أنه دراهم فاذا هى رصاص ، أو على أنه ذهب فاذا هى تبر ، والفرض أن العيب الجميع ــ فقد بطل العقد • لأن الذى قبضه غير العوض الذى وقع عليه العقد • ولا يجوز له امساكه فاذا عقد عقد الصرف وتفرقا قبل القبض بطل • نص عليه الشافعى رحمه الله فى البويطى واتفق عليـه الأصحاب لا خلاف بينهم فيه • وقال أبو على الطبرى : انه يبطل قولا واحدا على هذا القول يعنى قول منع الاستبدال فأوهم أن فى ذلك خلافا على القول الآخر • ولا يكاد يصح وكذلك قال القـاضى حسـين أنه لا خلاف فيـه والله أعلم •

ثم ينظر فان كان العيب فى الكل بطل عقد الصرف لما قلناه وان كان فى بعضه بطل العقد فيه • وقال الماوردى : وصح فى السلم على الصحيح من المذهب ، وكان أبو اسحاق المروزى رحمه الله يخرجه على قولين من تفريق الصفقة قال : وليس بصحيح لأن الفساد [1] وانما القولان فيـما اذا كان الفساد مقترنا بالصفقة وهذا التخريج الذى قاله أبو اسحاق هو الذى جزم به القاضى أبو الطيب والمحاملى • وقال الرويانى : ان تخريجهما على تفريق الصفقة هو اختيار القفال وليس كمسألة العبدين اذا تلف أحدهما قبل القبض حيث لا يبطل فى الباقى على الصحيح من المذهب قولا واحـدا لأن عـدم القبض فى الصرف فساد فى نفس العقد ، اذ تمام الصرف بالقبض فيـكون فى الباقى قولان ، فعلى هذا ان أبطلناه فى الـكل رجع بجميع الثمن ، وان قيل بجوازه فى السليم كان المشترى بالخيار لتفريق الصفقة عليه بين أن يفسخ فى السليم فيرجع بجميع الثمن أو يمضيه ، فان أمضاه فى السليم فبماذا

(١) كذا بالأصل فحرر (ش) قلت : ولعل العبارة تستقيم هكذا : (وليس بصحيح لأن الفساد فى بعضه يبطله) (ط) .

يمضيه ؟ نظر ان كان الصرف جنسا واحدا أمضاه بحصته من الثمن قاله المحاملى •

وان كان جنسين فقولان (أحدهما) بحصته (والثانى) بجميع الثمن قاله المحاملى • قال الماوردى : وكان أبو اسحاق يخرج قولا ثانيا أنه يأخذه بجميع الثمن والا فسخ على معنى قوله فى تفريق الصفقة • قلت : وما قال من الحكم بالصحة محله اذا كان بغير الجنس كالدراهم والدنانير ، أما فى الجنس الواحد كما مثلناه فى الفرع السابق فمتى أجاز بكل الثمن يدخل فى الـ [1] كما سيأتى نظيره فى الصرف المعين • هذا كله اذا كان العيب يخرجها من الجنس ، وان كان العيب لا يخرجها من الجنس بل من حيث رداءة الجوهر وخساسة المعدن ، أو قبح السكة والطبع فالبيع لا يبطل بذلك قولا واحدا ، ولا خلاف أن له امساكه والرضى به ، نص عليه الشافعى والأصحاب • وممن صرح بنفى الخلاف عليه الشيخ أبو حامد وله رده واسترجاع ثمنه ، وهل له ابداله ؟ لا يخلو اما أن يكون العيب بكل العوض أو ببعضه ، فان كان الكل معيبا ففيه قولان حكاهما المصنف والأصحاب ، وهما منصوصان فى مختصر المزنى (أصحهما) أن له الاستبدال ، وهو الذى رجحه الشيخ أبو حامد والمحاملى فى المجموع والتجريد والمجرد وأبو الحسن ابن خيران فى اللطيف والجرجانى فى المعاياة والخوارزمى فى الكافى ، والغزالى فى الخلاصة ، والبغوى فى التهذيب ، والرافعى وغيرهم ، وهو قول أبى يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل فى أصح روايتيه وروى ذلك عن الحسن وقتادة •

واحتج الأصحاب له بالقياس الذى ذكره المصنف ، وهو مأخوذ من كلام الشافعى رضى الله عنه ، فانه قال فى المختصر : لأنه بيع صفة أجازها المسلمون اذا قبضت قبل التفرق ، ويشبه أن يكون من حجته ، كما لو اشترى سلما بصفة ثم قبضه فأصاب به عيبا أخذ صاحبه بمثله • وهذا القياس الذى ذكره الشافعى رحمه الله وجه الشبه فيه ظاهر فان كلا منهما موصوف فى الذمة ، وقد تعين بالقبض ، لكن للمزنى أن يقول : ان التعيين بعد

---

(١) كذا بالأصل فحرر (ش) ، قلت : ولعلها يدخل فى (الذمة) أو (الجنس) (ط) .

التفرق لا يصيره كالمعين فى العقد ، فلهذا جاز ابدال المسلم فيه . ولو فرضنا أن المسلم فيه حصل قبضه فى مجلس عقد السلم ثم اطلع على عيب فيه بعد التفرق يجوز ابداله أيضا ، فان اقباضه فى المجلس لا يكون واجبا كاقباض عوض الصرف فلا فرق بين اقباضه فى المجلس وبعده بخلاف الصرف .

فزاد الشيخ فى القياس تبعا للشيخ أبى حامد كلمة على سبيل الالزام للمزنى ، فجعل الجامع بينه وبين المسلم فيه جواز الابدال قبل التفرق وجعله ملزوما بجواز الابدال بعده ، ولا يمكن المزنى أن يعترض عليه بما قدمته لأنه يلزمه أن يقول بعد جواز الابدال فى الصرف قبل التفرق ، وهو لا يقول به ، وهذا القياس أحد أنواع قياس الدلالة ، وهو أعنى هذا النوع منه أن يستدل بالنظير على النظير كقوله : من صح طلاقه صح ظهاره كالمسلم . فان الطلاق نظير الظهار ، فيدل أحدهما على الآخر ، كذلك هنا الابدال بعد التفرق ، فيدل أحدهما على الآخر ، وهذا الابدال بعد التفرق نظير الابدال قبل التفرق ، لكن للمزنى أن يقطع النظير ويقول : ان الابدال قبل التفرق لا يلزم منه محظور بخلاف الابدال بعد التفرق فانه يلزم منه حصول التقابض بعد التفرقة ، والتسوية بينهما فى السلم لا محظور فيها أيضا ولا يلزم من استوائهما فى السلم استواؤهما فى الصرف الا بعد بيان استواء حكم السلم والصرف ، وأنه غير ثابت فتقف الدلالة .

وفى كلام الشيخ أبى حامد زيادة يندفع بها هذا السؤال ، وهو أنه قال : اذ لو لم يجز الرد بعد المجلس لما جاز فيه كالمعين بالعقد ، وهذه الزيادة كافية من غير قياس على المسلم فيه ، وللمزنى أن يمنع الملازمة والقياس على المعين بالعقد ، فان الامتناع فيه لأجل نقل العقد من محل الى محل ، وهو مشترك بين ماقبل التفرق وبعده . وأما الموصوف فالمنع فيه عنده بعد التفرق لعلة قاصرة عليه ، وهو كونه قصر القبض فى الصرف بعد التفرق ، وهذا منتف فلا يصح القياس ، ولهذا قال فى تعليق الطبرى على القول الذى اختاره المزنى فى التسوية بين المعين والموصوف انهما متفقان فى الجواز مختلفان فى الاعتلال . قال : لأن فى بيوع الأعيان انما لم يجعل له الاستبدال لأن العقد وقع بعينه ، وفيما اذا كان موصوفا فى الذمة انما لم يجعل له الاستبدال ، لأنه كان يؤدى الى أن يقع التقابض بعد الافتراق ، فيؤدى الى دخول الربا فيه . فأشار

رحمه الله بهذا الى خـلاف العلة ، ومع اختلاف العلة لا يصـح القياس والله أعلم .

فلم يبق الا النظر فى دليل المزنى فان لم يسلم فالقيـاس يقتضى جواز الابدال مطلقا ، فلنذكر ما ذهب اليه المزنى وتوجيهه . وهو القول الأخير من القولين اللذين نص عليهما الشافعى ، أنه ليس له الاستبدال . قال الشافعى : كالجواب فى المعين . ورجح المزنى هذا القول ، فلهذا نسبت البحث المتقدم اليه ، وممن رجحه أبو على الفارقى تلميـذ المصنف والرويانى فى الحلية والبحر قال : انه الصحيح ونسبه صاحب العدة الى أبى حنيفة وابن أبى عصرون فى الانتصار والمرشد ، وجزم به الفورانى والقاضى حسين . قال امام الحرمين رحمه الله : وعبر الأئمة عن حقيقة القولين فقالوا : اذا فرض رد على قصد الاستبدال فتبين أن القبض الذى هو ركن العقد لم يجر ؟ أم لا يستند البعض الى ما تقدم من القبض فعلى قولين . وهـذا بمثابة الاختلاف فى نظير هذا من السلم ، فلو أسلم رجل فى جارية ثم قبض جارية فوجدها دون الوصف ، فان قنع بها فذاك ، وان ردها فلا شك أنه يطلب جارية على الوصف المستحق ، ولكن المسلم اليه هل يجب عليه استبراء الجارية التى ردت عليه ؟ فعلى قولين مأخوذين من الأصلين اللذين مهدنا الآن . اهـ .

قال المزنى فى المختصر بعد حكاية كلام الشافعى رحمه الله : اذا كان بيع الأعيان والصفات من الدينار بالدراهم فيما يجوز بالقبض قبل الافتراق سواء ، وفيما يفسد به البيع من الافتراق قبل القبض سواء لزم عندى أن يكون فى حكم المعيب بعد القبض سواء ، وقد قال : يرد الدرهم بحصته من الدينار . قال الشيخ أبو حامد وغيره : للقول الذى اختاره المزنى ثلاثة أدلة :

(أحدها) أنا اذا جوزنا الاستبدال فانه يرد المعيب ويأخـذ العوض الذى استحقه بالعقد فيكون ذلك قبضا لعوض الصرف بعد التفرق ، وهذا يوجب فساد عقد الصرف فوجب أن لا يجوز . وقال الشيخ أبو حامد فيما علق عنه البندنيجى : ان هذه العلة أجود الثلاثة وهى التى أشار اليها امام الحرمين فى كلامه المتقدم .

(الثانى) أن ما عين بالقبض بمنزلة ما عين بالعقد ، بدليل أنه يتعين به كما يتعين المعين بالعقد .

(الثالث) دلالة المزنى يعنى فى الكلام المتقدم ، ومعناه التسوية بين الصرف المعين والصرف فى الذمة فى الاستبدال ، قياسا على استوائهما فى التقابض .

وأجاب الشيخ أبو حامد والأصحاب عن الأول بأن القبض الذى حصل كان قبضا صحيحا ، بدليل أنهما لما تفرقا لم يبطل العقد ، ويجوز امساكه بلا خلاف ، ولو تلف لكان من ضمان القابض فالقبض صحيح ، لكن هو جائز وليس بلازم فاذا أراد الرد فانه يفسخ العقد فى الحال ، لأن الفسخ رفع العقد من حينه ، زاد المحاملى وقام القبض الثانى مقامه ، فهما قبضان تعقب أحدهما الآخر ، فلم يكن فى ذلك تفرق قبل القبض بوجه . وأما الثانى فباطل اذا وجد العيب قبل التفرق فانه قد يعين بالقبض كما يعين بالعقد ثم له الاستبدال ، وان لم يكن له ذلك فى المعين بالعقد ، لأنه يطلب منه غير ما ابتاعه . قال : وما قاله المزنى ينكسر بالاستبدال فى المجلس لأنهما اتفقا فيما قال وافترقا فى ذلك ، فهذا ما ذكره المزنى وجوابه .

وأنت اذا تأملت ذلك وجدته جوابا الزاميا ، فانهم وجدوا المزنى وافق على أنه يجوز الابدال قبل التفرق ، هكذا أومأ اليه كل من تكلم فى المسألة ، ورأيت ذلك عينه فى تعليق الطبرى عن أبى على ابن أبى هريرة صريحا ، ووافق أيضا على أنه يجوز له امساكه ، كما يقتضيه كلام الشيخ أبى حامد وغيره ، فلزمه بمقتضى ذلك ، والا فلو أن ذاهبا ذهب الى أنه اذا خرج معيبا بعد التفرق بان بطلان العقد كان للبحث فيه مجال فان أصحابنا ذكروا خلافا فى السلم فى أن المعيب المقبوض هل يملك من حين القبض أم لا يملك الا من حين الرضى بالعيب ؟ وخرجوا على ذلك مسائل . وكذا قال امام الحرمين فانه قال فيما اذا قبض فى الصرف ثم ظهر العيب قبل التفرق أنه بان أن المقبوض ليس ذلك الموصوف فى الذمة ، فكأن القابض لم يقبض ، والمجلس بعد جامع .

هذا توجيه امام الحرمين لجواز الابدال قبل التفرق فكان على مقتضى ذلك ينبغى اذا قبض المعيب فى عقد الصرف من غـير علم بالعيب ألا يملكه قبل العلم به على أحد القولين ، فاذا تفرقا والحالة هذه بطل العقد ، والعذر عن هذا أن الخلاف فى أن المعيب المقبوض هل يملك من حين القبض ؟ أو من حين الرضى ؟ يدل ألا يؤخذ بظاهره بل يكون معناه • اللهم الا أن يقال : ان المعتبر فى الصرف التقابض لا حصول الملك به ، وهذا التقابض جرى صحيحا بدليل حصول الملك عند الرضى بلا خلاف ، ولو لم يكن القبض صحيحا لاحتاج الى قبض ثان ، وحينئذ يستقيم كلام الأصحاب ولا يبقى تناقض بين ما جزموا به وبين ما اختلفوا فيه ولا مانع يمنع من ذلك • فان الشرط فى الربويات حصول التقابض وقد وجد ذلك ، والله أعلم •

قال امام الحرمين رحمه الله : فان قلت : الصرف أضيق من غيره ، ونص الشرع يقتضى ألا يبقى بينهما علقة أصلا ، والملك أقوى العلق ، وان كان الأمر كذلك ، لكن الأمور التى سبق اعتبارها تغتفر ، وحصول العلم بِكَوْن المقبوض لا عيب فيه مما يشق فلذلك لم يشترط وصحح العقد بالتفرق على هذه الصورة والله أعلم •

وقال القاضى حسين : ان القولين يلتقيان على أصل ، وهو أن المستوفى عن الذمة اذا رد بالعيب هل يجعل كأنه لم يوجد الأخذ أولا ؟ أو كأنه وجد وزال الملك عنه ثم تجـدد الملك ثانيا بالرد ؟ وفيه قولان ، فائدتهمـا فى مسألتين :

(احـداهما) اذا كان المسـلم فيه جارية فردها بعيب ، هـل يجب استبراؤها ؟

(والثانية) اذا كان المسلم فيه عبدا فاستكسبه وأخذ كسبه وغلته ثم رده بعيب فهل يجب رد الكسب والغلة ؟ فعلى القولين قال القاضى حسين رحمه الله : ان قلنا بأنه جعل كأنه لم يوجد القبض والأخذ فههنا يفسخ العقد ، لأنه حصل التفرق بينهما قبل القبض فى مجلس العقد ، وان قلنا هذا ملك آخر أى وتجدد الملك به فلا ينفسخ العقد به ، وهذان القولان اللذان نقلهما القاضى وان كانا قد تبين من القولين اللذين حكيناهما عن

الأصحاب فى أنه هل يملك المعيب من حين القبض ؟ أو من حين الرضى ؟ فهما غيرهما ، ولا يرد عليهما السؤال ، كما ورد على قائل القولين ، لأن كلام القاضى مفروض فيما اذا رد واحد البدل هل يقول : انه انتقض الملك فى الأول • ويثبت فى البدل أو يقدر أنه لم يوجد الملك فى الأول أصلا ، وهذا أمر تقديرى لا أنه بطريق اليقين وهو فى الحقيقة يدل الى القول بأن الفسخ يرفع العقد من أصله • فكذلك هذا رفع حكم القبض من أصله والعامل الآخر يرفعه من حينه ، فكذلك تقول انه زال الملك فى الأول وعاد فى الثانى ، هكذا ينبغى أن يفهم كلام القاضى ، وليس يلزم اثبات خلاف فى أنهاذا لم يرد ورضى بالعيب فى حصول الملك من حين الرضى ، أو من حين القبض ؛ فذلك الخلاف على الأصح الذى أورده القاضى سالم على الاشكال • وانما ورد على من غيّره بالعبارة الأولى ، وقد أورد أبو على الفارقى على المصنف فقال : اطلاق الابدال على ما يوجد عما فى الذمة لا يجوز ، فان الاجماع منعقد على أنه يجوز ابدال المسلم فيه قبل قبضه •

قال : فان قيل : لو لم يكن المقبوض بدلا عما ثبت فى الذمة لكان اذا تلف فى يده يلزمه قيمته ، ولا يرجع بماله فى الذمة (قلنا) انما يسقط حقه بما فى الذمة اذا تلف المقبوض ، لأنه قبضه بصفة المسلم فيه لا أنه يدل عنه ، ولهذا لو قبضه على أنه بصفته ثم وجده معيبا فرضى به جاز ، وما كان بطريق البدل ، بل لأنه أخـذ على أنه بصـفة ماله فى الذمة فكذلك اذا تلف ، فعلى هذا الصحيح قول المزنى وهو أنه لا يجوز الابدال بعد التفرق لأنه يصير القبض فى المستحق واقعا بعد التفرق وذلك لا يجوز بحال اهـ • وما ذكره مبنى على أن المراد ابدال ما فى الذمة ، وليس كذلك بل المراد أن الذى يؤخذ ثانيا بدل عن المأخوذ أولا فالابدال المقبوض عما فى الذمة لا لما فى الذمة والممتنع فى السلم ابدال ما فى الذمة • فأين أحدهما من الآخر ؟ واعلم أن ما فى الذمة موصوف ينطلق على أفراد كثيرة كالمبهم بينها ولا يتأتى تسليمه كذلك لكنه يعينه فى فرد من أفراده فيتعين فيه ، ويكون مسلما لما فى الذمة فى ضمن ذلك المعين ، اذ لا يتأتى تسليم ما فى الذمة مجردا ، فاذا رد ذلك المعين وأخذ البدل فقد انتقض ذلك التعيين وانتقل الى معين آخر ، وما فى الذمة صادق عليهما لم يقع فيه ابدال وانما الابدال لقيام المعين الثانى

مقام المعين الأول ، وليس المعنى بالابدال ههنا المبادلة والاعتياض ، وانما المراد أخذ ما يسد مسد الأول فقد بان أن الذى ذكره الفارقى وفرع عليه ترجيح قول المزنى غير متوجه والله أعلم •

(التفريع) اذا قلنا بالصحيح وهو جواز الاستبدال بعد التفرق فانه يرد ويأخذ بدله فى المجلس • كذلك قال الشيخ أبو حامد • ويوافقه ما تقدم من قول المحاملى أنهما قبضان تعقب أحدهما الآخر • وبه صرح الغزالى فى الخلاصة والبغوى فى التهذيب • وحكى القاضى حسين فى تعليقه مع ذلك وجها أنه لا يشترط الا ان وجد فى العقد الأول ، ولا خيار فى الفسخ واسترجاع الثمن على هذا القول • قال الماوردى وابن الصباغ وغيرهما : من غير أرش • قال القاضى أبو الطيب : ان له رده واسترجاع ثمنه وكذلك الرويانى فى البحر ذكر أن له فسخ العقد ومال ابن الرفعة الى ما قاله الماوردى فى ذلك من غيرأن يقف عليه • ونقله عن صاحب التتمة لأن المعقود عليه باق فى الذمة كما فى المسلم فيه اذا رد بسبب العيب • ثم ذكر أنه يشكل على بناء الامام فانا انما جوزنا الابدال بناء على أنه ملك بالقبض ومتى ملك المعيب بالقبض امتنع أن يكون باقيا فى الذمة ، والأصح ما قاله الماوردى وابن الصباغ وممن جزم به ابن أبى عصرون فى الانتصار والله أعلم •

وان قلنا بالقول الآخر فيخير بين أن يرضى به معيبا وأن يرده ويفسخ العقد ويرجع بما دفع كالصرف المعين ، فان أراد أن يمسك البعض ويرد البعض ففيه وجهان مذكوران فى تعليق ابن أبى هريرة • (أحدهما) لا سبيل له الى ذلك قال : وهو أقوى • (والثانى) له ذلك على قول من يفرق الصفقة • ومن أصحابنا من قال قولا واحدا أن لا سبيل له الى ذلك • فهذه طريقان فى جواز رد البعض اذا كان الكل معيبا ، وهما غريبان لم أرهما الا فى تعليق أبى على الطبرى عن ابن أبى هريرة • هذا اذا كان الكل معيبا فان كان العيب ببعضه وفرض أن العيب لا يخرجها من الجنس فقد بناه الأصحاب والشيخ أبو حامد والقاضى والمحاملى على القولين السابقين ــ ان قلنا هناك له الاستبدال ــ فههنا له أن يرد القدر الذى هو معيب ويطالبه ببدله سليما • وقال المحاملى : انه ههنا أولى •

وعبارتهم مشعرة بأنه ليس له أن يرد الجميع ، وبه صرح فى تعليق أبى على الطبرى فانه قال فيما اذا وجد بعضه جيدا وبعضه رديئا أنه ليس له أن يرد الجيد ويكون له الردىء بالخيار بين أن يرضى به وبين أن يستبدل وهو يوافق ما قدمناه أنه لا خيار له اذا كان الكل معيبا ، وقلنا بجواز الاستبدال ، وان قلنا انه ليس له الاستبدال فيما اذا كان كله معيبا فههنا كذلك • ونقلت من خط سليم الدارمى عن الشيخ أبى حامد أنه ههنا أولى فان اختار امساكه فلا كلام وان اختار الرد بالعيب نظرت ــ فان رد الكل ــ كان له ذلك وان أجاز رد البعض الذى هو معيب وامساكه السليم بنى على تفريق الصفقة ، فان قلنا : لا يجوز تبعيض الصفقة لم يجز ، فيخير بين الامساك بجميع الثمن والرد ، وليس له البدل ، وان قلنا : تبعض الصفقة يجوز رد ذلك القدر بالعيب ، وامساك السليم ويخير بين ثلاثة أشياء : امساك الكل ورده ، وامساك السليم بالحصة قولا واحدا ، كذلك بناه الشيخ أبو حامد وأبو على الطبرى والمحاملى والماوردى والشاشى والبغوى •

واذا أمسك السليم أمسكه بالحصة قولا واحداً ، قاله المحاملى قال : لأن العيب من جنسه ، وفى هذا التعليل نظر فيحصل فى هذا القسم الآخر ، وهو ما اذا أصاب ببعض ما معه بعد التفرق ثلاثة أقوال جمعها الشافعى رحمه الله فى المختصر ولخصها الأصحاب (أحدها) أنه يبدل البعض المعيب (والثانى ، والثالث) قولا تفريق الصفقة ، فعلى قول ليس له أن يبدل ، ولكنه ان شاء رد الكل واسترجع الثمن ، وان شاء رضى به بجميع الثمن ، فيكون بالخيار بين شيئين وعلى قول الصفقة فى الرد فان شاء رد البعض وأمسك الباقى بحصته من الثمن ، وان شاء رد الجميع أو أمسك الجميع فهو مخير بين ثلاثة أشياء والله أعلم •

(فرع) لو ظهر العيب بعد التصرف وبعد تلف المقبوض المعيب ذكر فى التهذيب أنه ان جوزنا الاستبدال غرم ما تلف عنه ويستبدل ، وان لم نجوز الاستبدال ــ فان كان الجنس مختلفا ــ يسترد من الثمن بقدر العيب ، وان كان الجنس متفقا فعلى الأوجه الثلاثة ، يعنى التى نقلها عنه فى نظيره فى الصرف المعين وأصحها عنده أنه يأخذ الأرش وبه جزم القاضى حسين فى الصرف المعين خلافا لما جزم به كثيرون كما ستعرفه ان شاء الله تعالى •

وقد أطلق الماوردى أنه اذا اشترى ديناراً فقبضه ثم وجده معيبا بعد تلفه أنه اذا اشتراه بجنسه لا يجوز الرجوع بالأرش ، وبغير جنسه فيه وجهان • وسيأتى ذكرهما مبسوطين فى الصرف المعين • ثم قال بعد ذلك تفريعاً على امتناع أخذ الأرش : فاذا رد مثل الدينار المعيب فيما له مثل أو رد قيمته ورقاً فيما ليس له مثل نظر فان كان قد اشترى الدينار الذى بان عيبه بعينه لم يكن له المطالبة ببـدله وان كان اشتراه فى الذمة من غير متعين فهل له الرجوع ببدله سليما ؟ فيه قولان مضيا فافهم كلام الماوردى امتناع من أخذ الأرش فيما نحن فيه فى الجنس الواحد ، وجريان الخلاف فيه فى الجنسين كما سيأتى فى الصرف المعين والله أعلم •

وهو عكس ما قاله صاحب التهذيب ، هذا كله فى مسألة الكتاب وهى ما اذا كان الصرف فى الذمة ، ومثله جار فيما اذا كان أحد العوضين موصوفاً والآخر معينا • أما اذا كانا معينين فقد ذكرهما المصـنف فى التنبيه ، ولم يذكرهما ههنا • وتلخيص القول أن الصرف قسمان صرف للنقد بغير جنسه كالدراهم بالدنانير فالعيب اما أن يكون من الجنس أو لا ، فان كان من غير الجنس فاما أن يكون بالكل أو بالبعض ، فانكان بالكل كما اذا اشترى دنانير فخرجت نحاساً فقد نص الشافعى رضى الله عنه على أن العقد باطل ، وتبعه على ذلك معظم الأصحاب كالشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب والمحاملى فى المجموع والتجريد والمجرد ، والماوردى وابن الصباغ والرويانى والشاشى وغيرهم ، عن أبى على الطبرى فى الافصاح أنه قال من أصحابنا من قال : البيع صحيح ويثبت فيه الخيار ، لأنالعقد قدر علىعينه وهىرواية عن أحمد وهو مخالف لنص الشافعى ، فانه قال فى كتاب الصرف من الأم : وان كان رأى من قبل أنه نحاس أو شىء غير فضة فلا يكون للمشترى أن يقبله من قبل أنه غير ما اشترى ، والبيع منتقض بينهما•قال القاضى أبوالطيب: هـذا نص يبطل كل تخريج قال الرافعى : وهـذا اذا كان له قيمـة فان لم يكن لم يجىء هذا الخلاف • وفى مذهب أحمد رواية ثالثة ضعيفة عن أحمد أن العقد صحيح لازم ، وليس له رد ولا بدل وهو بعيد والله أعلم •

وقال الشيخ أبو حامد : لم يقتصر الشافعى على بطلان البيع باختلاف الا فى هذا الموضع • وجعل القاضى حسين الخلاف فى ذلك قولين وهو غريب

أو توسع فى الاطلاق ولهذه المسألة أمثلة يجمعها الاختلاف فى النظر الى الاشارة أو العبارة •

(منها) اذا قال : بعتك هذه البغلة فخرجت حمارا وفى البغال نوع يشبه الحمير يكون بطبرستان •

(ومنها) اذا اشترى ثوبا على أنه من قطن فاذا هو كتان ، نقله أبو حامد وابن الصباغ عن الأصحاب ، أو على أنه قز فخرج كتانا ، لأن الكتان الخام يشبه القز ، قاله القاضى أبو الطيب •

(ومنها) اذا اشترى فصا على أنه ياقوت فخرج زجاجا • نقله الجوزى[1] عن الشافعى (ومنها) اذا اشترى غلاما فكان جارية • قاله الماوردى فى آخر شطر من باب الربا ، ففى هذه الصور كلها البيع باطل على المذهب وفيه الوجه الذى تقدمت حكايته ، وينبغى أن يكون محل الوجه الذى حكاه صاحب الافصاح ما اذا جرى العقد بلفظ البيع ، أما اذا جرى بلفظ الصرف فيبطل قولا واحدا لأن بيع النقد بالنحاس لا يشمله اسم الصرف ، والله أعلم •

فان قلنا بالصحة قال القاضى حسين : فحكمه حكم ما اذا كان العيب من جنسه فان رضى به فذاك ، وان رده ينفسخ العقد ويأخذ ما دفعه اليه ، وليس له الاستبدال وهذه الصورة التى حكم فيها بالبطلان شرطها أن يقع الاختلاف فى الجنس كما رأيت أما لو وقع الاختلاف مع اتحاد الجنس فلا يبطل ، كما اذا اشترى دنانير على أنها مغربية فخرجت مشرقية ، أو على أنها ذهب أحمر فخرجت أصفر أو ثوبا على أنه هروى فاذا هو غير هروى ، صرح به الماوردى • وقد ذكر المصنف بعض هذه المسائل فى باب بيع المصراة وذكر فيها وجهين ، والقاضى حسين ذكر ذلك قولين ، ولعله أثبت ما حكاه صاحب الافصاح قولا • وقد وقع فى الكفاية لابن الرفعة وهم فى النقل عن أبى الطيب والماوردى فى الاجازة بكل الثمن أو بالقسط فقال عن الماوردى انه جزم بالقسط ، وعن أبى الطيب انه خرجه على الخلاف ، وذلك تخليط نشأ من عدم التمييز بين الأقسام ، واختلاف أبى الطيب

---

(١) كذا بالأصل ولعله المزنى .

والماوردى ليس فى هذا القسم ، بل فى قسم يأتى بعد ذلك • هذا اذا كان العيب بالجميع • أما اذا كان ببعضها والفرض أنه من غير الجنس كما اذا اشترى دراهم فوجد بعضها نحاسا بطل البيع فى النحاس على ما تقدم وفى الباقى قولا تفريق الصفقة •

فان قلنا لا تفريق بطل فى الجميع واسترد جملة الثمن ، وان قلنا يفرق وهو الصحيح كان له امساك الباقى ، وبماذا يمسكه ؟ وفرض المسألة فى صرف النقد بغير جنسه ، هل يمسك الباقى بحصته من الثمن أو بالجميع ؟ فيه قولان حكاهما القاضى أبو الطيب والماوردى وآخرون ، وهما القولان فيما عداها من صور تفريق الصفقة ، والأصح أنه يأخذه بالحصة ، فعلى هذا يثبت له الخيار ، لأن الصفقة قد تفرقت عليه • وممن صرح بذلك القاضى أبو الطيب والماوردى•وان كان العيب من جنس المعقود عليه كخشونة الفضة ورداءة المعدن وما أشبه ذلك فالبيع صحيح لما تقدم التنبيه عليه ، ثم اما أن يظهر العيب والمعيب باق أو بعد تلفه فان ظهر والمعيب باق فهو بالخيار بين أن يرد ويسترجع الثمن وبين أن يرضى به ، نص عليه الشافعى والأصحاب • وحكم الرد انفساخ العقد ، وليس له أن يطالب ببدله ولا يستبدل عنه قولا واحداً ، سواء قبل التفرق وبعده فان مورد العقد معين ، اتفقت كلمة الأصحاب على ذلك ، ولا أن يأخذ أرش المعيب ، لأن الأرش لا يستحق مع القدرة على الرد ، قاله الماوردى وغيره ، وذلك معروف فى موضعه ، وسيأتى ان شاء الله تعالى تفاصيل ذلك وأحكامه فى باب الرد بالعيب •

ومذهب أحمد فى هذا القسم أنه يجوز أخذ الأرش فى المجلس ، والفرض فى صرف النقد بغير جنسه ، ولا يجوز بعد المجلس الا أن يجعل الأرش فى غير الأثمان •

(اذا ثبت ذلك) فان كان العيب بالجميع كان بالخيار بين رده وبين الرضى به معيبا بالثمن كله ، وان كان العيب بالبعض كان له رد الجميع لوجود العيب فى الصفقة ، وحكى الغزالى رحمه الله فى الوسيط وجها فى مسألة العبدين أنه لا يردهما الا اذا كانا معيبين وسأتكلم على ذلك فى باب الرد بالعيب ان شاء الله تعالى •

وهل له أن يرد المعيب ويمسك السليم ؟ قال الشافعى رحمه الله فى كتاب الصرف من الأم : فان رده رد البيع كله ، لأنها صفقة واحدة ، وهذا الكلام قد يوهم أنه ليس له التفريق ، وهو الذى جزم به الشيخ أبو حامد فى مسألة العبدين • وأكثر الأصحاب أطبقوا على تخريجه على قولى تفريق الصفقة فى الدوام • وسيأتى التنبيه فى باب الرد بالعيب على أن الصحيح عدم التفريق هنا ، وان كانَ الصحيح أن الصفقة تفرق فالخلاف وان كان مخرجا على الخلاف لكن الصحيح غير الصحيح ، فان قلنا لا يتبعض كلا يتخير بين شيئين امساك الجميع ورد الجميع ، وان قلنا تفرق ، فان قلنا أنه يخير بحصته من الثمن كان له رد العيب وامساك السليم بحصته من الثمن ، وان قلنا يخير بكل الثمن لم يكن حظه فى رد المعيب لأنه لا يسترجع بازائه من الثمن شيئا فيكون رده سفها لأن تبقيته على ملكه أصلح له من رده هكذا قال القاضى أبو الطيب •

وليس فى هذا اللفظ بيان أنه هل يمتنع عليه افراد المعيب بالرد على قول الاجازة بكل الثمن لافضائه الى هذا المحذور ؟ أو أنه يجوز له رده وامساك السليم لأن العقد قد صح على الكل ، فاذا ارتفع فى بعضه يسقط بقدره من الثمن ، بخلاف تفريق الصفقة فى الابتداء ، ولا يجرى قول الاجازة بالكل ههنا • الأول مقتضى كلام الشيخ أبى حامد والمحاملى فى المجموع والجرجانى فانهم قالوا [1] واللفظ الثانى هو مقتضى كلام المحاملى فى التجريد فانه قال : ان قلنا تفرق الصفقة فله رد المعيب وامساك السليم بحصته من الثمن قولا واحداً ، وكذلك قال الماوردى وصاحب التهذيب • وعبارة الرافعى قريبة منهم • ذكر ذلك فى فروع فى آخر باب الرد بالعيب وهو الأقرب •

فعلى الأول يخير بين شيئين خاصة رد الجميع وامساك الجميع ، ويمتنع عليه التفريق لهذا المحذور وعلى الثانى يكون مخيراً بين ثلاثة ، رد الجميع وامساك الجميع ، وامساك السليم بالحصة ليس الا ، وهو الذى صرح به الماوردى والمحاملى قال الماوردى : (فان قيل) ما الفرق بين هذا حيث أخذه بحسابه من الثمن قولا واحدا وبين أن يكون عيب بعضها يخرجها من الجنس

(١) ولا يوجد مقول القول فى الأصول ولعل المقصود : يمتنع افراد المعيب بالرد (ط) .

قبل التفرق بينهما ؟ ان ههنا قد كان له المقام على الكل بجميع الثمن ، وانما فسخ فى البعض المعيب ، وأقام على البعض السليم طلباً للحظ . فلو قيل : يأخذه بجميع الثمن كان فسخ البيع سفهاً وليس كذلك اذا كان العيب من غير الجنس ، لأن البيع فيه قد بطل فلم يكن له أن يأخذه بجميع الثمن ، فجاز فى أحد القولين أن يأخذ السليم بجميع الثمن وقد ذكر هذا الفرق غير واحد من الأصحاب . وهذا لا اختصاص له بالصرف والربا ، بل هو فى مسألة العبدين أيضا اذا ظهر بأحدهما عيب وأراد رد المعيب وحده ، وامساك السليم لا يمكن أن يمسكه بجميع الثمن ، لأنه يصير رد المعيب سفها بخلاف تفريق الصفقة فى الابتداء اذا اشترى عبداً وحراً ، فانه لا يمكنه امساك الحر مع العبد .

وكذلك اذا اشترى عبدين فتلف أحدهما قبل القبض ؛ وقلنا بالتفريق فانه يمسكه بحصته من الثمن قطعاً على المشهور الذى ذكره المصنف وغيره ، وحكى صاحب التتمة طريقة ضعيفة أنه على قولين أيضا ، وصاحب هذه الطريقة يلزمه أن يجرى ذلك فى الصرف . وهذه الطريقة لا يعرج عليها . فالحاصل أنه لا يمسك السليم وحده بجميع الثمن . وأما امتناع التفريق أو جوازه والقطع بالتوزيع ففيه ما قدمته من البحث ولم أر من صرح به الا ما فهمته من اختلاف عبارات الأصحاب كما قدمت لك . والله سبحانه أعلم .

فهذه اربع مسائل فيما اذا كان الصرف المعين فى جنسين

(القسم الثانى) اذا كان فى جنس واحد كالدراهم بالدراهم أو الدنانير بالدنانير فاما أن يكون العيب فى بعض المبيع أو فى كله . واذا كان فى كله فاما أن يكون من الجنس أو من غيره ، واذا كان من الجنس فاما أن يتبين قبل التلف أو بعده فهذه أربع مسائل أيضا :

(المسألة الأولى) اذا كان بعضها معيباً كما اذا اشترى دراهم بدراهم أو دنانير بدنانير فوجد ببعضها عيباً ؛ قال القاضى أبو الطيب وصاحب الشامل : ان البيع باطل ، سواء كان العيب من جنسها أو من غير جنسها لكونه رباً . فانه باع جيداً ومعيبا بجنسه فينقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما فيؤدى الى

التفاضل ، كما فى قاعدة مدعجوة • وفى كلام المحاملى والماوردى ما يقتضى النزاع فيه ، فانهما قالا فيما اذا كان الصرف فى جنس واحد ، وفرعنا على أن الصفقة تفرق : أنه يمسك السليم بحصته من الثمن قولا واحداً لأنه اذا كان الصرف دراهم بدراهم أو دنانير بدنانير وأمسك البعض بجميع الثمن كان ربا • وهذا الكلام منهما يقتضى الحكم بصحة العقد بناء على تفريق الصفقة • وكذلك الشيخ أبو حامد وان كان لم يصرح بالمسألة ، لكنه قال فى صدر كلامه : ان الجنس الواحد والجنسين فى الحكم سواء فاقتضى اطلاقه الحكم بالصحة •

وكذلك قال فى المجرد : فان تصارفا عينا بعين جنسا واحداً أو جنسين لا فرق بينهما وذكر الأقسام الى أن قال : فان كان بعضه معيبا بنى على تفريق الصفقة • وكذلك قال الجرجانى فى المعاياة : كل من ملك الجملة بعقد اذا وجد ببعضه عيبا ، وقلنا ــ له فى أحد القولين ــ أن يفرق الصفقة فى الرد فانه يمسك الباقى بجميع الثمن فى قول وبقسطه من الثمن فى القول الآخر ، فى الصرف ، وفى مال الربا اذا باع جنسا بجنس فانه يمسكه بقسطه من الثمن قولا واحداً ، لئلا يؤدى الى التفاضل ، وقد أقام صاحب البيان ما قاله كل من الفريقين وجهاً ، فجعل البطلان قول ابن الصباغ ، والآخر قول الشيخ أبى حامد وأثبتهما وجهين وما قاله القاضى أبو الطيب ومن وافقه أوفق لاطلاقهم فى قاعدة مدعجوة ، ولعل الآخرين لاحظوا ما يقتضيه تفريق الصفقة من حيث العموم ولم يلاحظوا هذا العقد الخاص وأنه من صورة مدعجوة ، ولا يأتى الوجه الآخر الا على وجه بعيد حكاه الفورانى وآخرون فى قاعدة مدعجوة أن اختلاف النوع أو الوصف لا يؤثر ، والمذهب خلافه•والمحاملى من المصرحين باشتراط اتحاد النوع فى الجنس الواحد فى الصرف ، وقد صرح بذلك فى اللباب ، وجزم فى المجرد بأن بيع الذهب الجيد بالوسط لا يجوز ، ويكون المدرك فى ذلك أن امتناع بيع الجيد والردىء مشروط بما اذا كانا متميزين • أما اذا خلطا ولم يتميز أحدهما من الآخر فان ذلك جائز على ما سيأتى عن صاحب التتمة والتهذيب ، ولنستدل له بحديث ان شاء الله تعالى ، لكن فى كون ذلك فى المطعوم خاصة أو يجرى فيه وفى النقد نظر ، وأطلق صاحب التهذيب فيها ، وأما الرويانى رحمه الله فانه ذكرها وأخرج

المعيب من غير الجنس بالبعض وقال : ان المذهب البطلان قولا واحداً ، ولا يخرج على تفريق الصفقة فوافق القاضى أبا الطيب ثم ذكر خروج العيب من الجنس بالبعض ، وجعله من تفريق الصفقة فوافق فى ذلك أبا حامد والمحاملى ، فلا أدرى أذلك عن عمد أو لا ؟ وسيأتى تحقيق قاعدة مدعجوة ان شاء الله تعالى • والله أعلم •

قول أبى حامد : يكون حكمه كما تقدم من أنه مخير • اما أن يكون العيب من الجنس أو من غيره ؟ ان كان من الجنس فيخير بين رد الجميع وامساكه ، وفى رد المعيب وامساك السليم بما يخصه ما سبق ، ولا يجىء ههنا قول الاجازة بكل الثمن لكن يخير بالحصة قطعاً كما قلنا هناك بتلك العلة ولعلة أخرى وهى أنه ربا فانه يتحقق التفاضل ، وان كان العيب من غير الجنس فيبطل فى المعيب بناء على المذهب فيما تقدم وفى الثانى قولا تفريق الصفقة ، فان أجاز فيتعين أن يخير بالقسط قطعا وقد يؤخر • رأيت فى الكافى للخوارزمى أنه لو تصارفا عينا بعين بأن تبايعا ديناراً معينا بدينار معين فظهر أحدهما مستحقا أو نحاسا لا قيمة له بالبيع ، ولو أخر بعضه لا ينعقد ، وفى الباقى قولان (فان قلنا :) ينعقد فللمشترى الخيار ، فلو أجاز يخير بحصته من الثمن على أصح القولين ، فأجرى قول الاجازة بالكل هنا ، وهذا وهم لم أره لغيره ، ولا يأتى وجه الاجازة بالكل حذرا من الربا كما تقدم • وأما على الوجه الذى حكاه صاحب الافصاح ، فيمكن تخريجه على هذا الوجه على تفريق الصفقة فى الأحكام فان النحاس مبيع لا يشترط فيه التقابض ، والنقد صرف فقد جمع بين بيع وصرف ، وفيه قولان ، هذا اذا لم يلاحظ صاحب هذا الوجه قاعدة مدعجوة أيضا ، فان لاحظها وجعل ذلك تابعا بطل فى الكل ، ولم أر شيئا مما ذكرته تفريعا على هذا الوجه منقولا ، بل ذكرته تفقها ، والله تعالى أعلم •

(المسألة الثانية) أن يكون العيب فى الجميع ويكون العيب من غير الجنس ، كما اذا باع ذهباً بذهب فخرج نحاساً فحكمه البطلان كما تقدم وفيه الوجه الذى حكاه صاحب الافصاح •

(المسألة الثالثة) أن يكون العيب فى الجميع من الجنس ، كرداءة النوع وما أشبهه وتبين ذلك قبل التلف فحكمه ما تقدم فله رده واذا رده انفسخ العقد ولا يجوز أخذ البدل .

(المسألة الرابعة) أن يكون العيب فى الجميع من الجنس ويتبين العيب بعد التلف كما اذا صارف ذهبا بذهب أو ورقا بورق وتقابضا وتلف أحد المبيعين ثم علم الذى تلف له ما حصل أنه كان به عيب ، فقد ذكرها المحاملى فرعا فى المجموع ههنا ، والصيمرى قال ، وجماعة من الأصحاب بعده ، وذكرها المصنف فى باب الرد بالعيب وفرضه اذا كان المبيع اناء من فضة وزنه ألف درهم وقيمته ألفان فكسره ثم علم به عيبا وذكره الغزالى أيضا فى الرد بالعيب ، وفرضه فيما اذا كان المبيع حلياً وجد به عيب مانع من الرد ، وقد يتوهم أن ذلك كله أمثلة لمسألة واحدة لاشتراكهما فى تعذر وليس كذلك ، بل ما ذكر فى باب العيب فى كلام المصنف ، وفى كلام الغزالى مسألة واحدة ، وهو اذا كان المعيب باقيا ولكن طرأ ما يمنع الرد فرأى المصنف هناك وغيره أنه يرد ، ويغرم الأرش ، مسألتنا هنا فيمااذا كان المعيب تالفاً فههنا لا يمكن القول بالرد اذ لا مردود ، فماذا تصنع ؟ .

قال المحاملى : قال ابن أبى هريرة : يفسخ البيع ويرد مثل ما أخذه وليسترجع ما دفعه لأنه لا يمكن أن يقول : انه يأخذ الأرش لأنه يحصل معه فى البيع تفاضل ، ولا يمكن الرد لأن ذلك تالف لا يمكن رده ، ولا يمكن أن يقال : انه يقر العقد ولا شيء له ، لأنه قد عين بالمعيب فلابد له من استدراك ظلامته ، فدعت الضرورة الى ماذكرنا ، وهذا الذى قاله ابن أبى هريرة هو المذكور فى العدة وشرح الكفاية للصيمرى ، والتحرير للجرجانى كلهم جزموا بأنه اما أن يرضى واما أن يرد مثل التالف فى عينه ويسترجع ما أعطاه ، وكذلك الماوردى جزم بأنه ليس له الرجوع بالأرش . وقال الرويانى : ليس له الأرش ، ولا يمكنه الرد ، فالوجه أن يفسخ العقد بينهما ثم يرد عليه مثل الجيد . ويكون الرديء فى ذمته يعطيه مثله أو قيمته ان اتفقا عليه . ذكره ابن أبى هريرة .

وقال القاضى حسين : اذا فسخ العقد فى المعيب التالف فانه يرجع عليه بأرش العيب مثل ان كان التالف معيبا بعشر قيمته فانه يسترد منه عشر

القيمة • وتبعه صاحب التهذيب وزاد فذكر فى هذه المسألة ثلاثة أوجه ، قول ابن أبى هريرة ووجها أنه يأخذ الأرش من غير جنس ما أعطى قال : وهـذا ضعيف ، ووجها أنه يسترد من الثمن بقدره كما فى غير الصرف•وقال : ان هذا أصـح ، وأنه المذهب قال : لأن المماثلة فى مال الربا تشـترط حالة العقـد واسترجاع بعض الثمن حق ثبت له ابتداء فلا يراعى فيه معنى الربا •

(فـرع) اشترى ديناراً معيناً بدينـار معين فتلف أحدهما ، فوجـد بالباقى عيبا حكم عليه بمثله ولا يحكم عليه بالأرش لأنه يؤدى الى الربا • قاله ابن أبى هريرة والماوردى ، فان لم يكن له مثل ، مثل أن يكون نقرة أو اناء مصنوعا حكم عليه بقيمته أو يرضى به ناقصا فيكون له ذلك ، قاله ابن أبى هريرة ، فلو كان قد اشـترى الدينـار المعين بدراهم ، ففى جواز رجوعه بالأرش وجهان فى الحاوى (أقيسهما) عنده الجواز ، فيرجع بأرش الدينار دراهم ، وبأرش الفضة ذهبا • (والثانى) قول الشيوخ من أصحابنا البصريين والجمهور مـن غيرهم ، لا يجـوز الرجـوع بأرش عيب الدراهم والدنانير ، لأن الصرف أضيق من البياعات فلم يتسع لدخول الأرش فيه ، ولأن الأرش بالايمان فلا يدخل فيها ، فعلى هذا ان كان عيب الدينار التالف الذى لا يخرجه من الجنس يصح أن يكون صفة بها يثبت فى الذمة ، كمـا اذا اشترى قاسانيا فبان بعد تلفه مغربيا فعلى المشترى أن يرد بدله مغربيـا وان كان المبيع مبهرجا مما لا يصح أن يكون صفة لما فى الذمة فعليه ــ اذا لم يرض بعيبه ــ أن يرد قيمته دراهم ولا يرد مثله ، لأن المبهرج لا مثل له • وذكر صاحب الشامل هذا الفرع غير منسوب الى أحد ، وقال فيه : يفسخ العقد بينهما ويرد مثل التى أتلفها أو قيمتها ان لم يكن مثل •

فأما قوله « يفسخ العقد بينهما » فقد وافقه على هذه العبارة فى الشافى وقال : فاذا فسخ رد من تلفت الدرهم فى يده درهما معيبا واسترد درهمـه فالجيد مع بقائه وبدله مع تلفه ، ففى هذه العبارة ايهام أنه لا يستقل بالفسخ، وهو بعيد ، لأن باذل المعيب حينئذ من الفسـخ ان كان ذلك موقوفا على رضاه • وأما فرقه بين المثلى والمتقوم فهو أولى من اطلاق ابن أبى هـريرة وغيره ، لأن العيب قد يخـرجه عن كونه مثليـا ، وقد تقـدم ذلك فى كلام الماوردى •

وقال ابن أبى عصرون فى الانتصار : يفسخ العقد ويرد مثل التالف أو قيمته ان لم يكن له مثل ، فوافق صاحب الشامل ، وذكر مجمل هذا الفرع فى الذخائر ، ولم يزد على أنه ليس له الا الرجوع بالأرش ، واذا تأملت ما ذكرته وجدت من عدا القاضى حسين وصاحب التهذيب جازمين أو مرجحين أنه لا يجوز أخذ الأرش والله أعلم • وقد بقى مما هو متعلق بهذا المكان فرع حسن • قاله ابن أبى الدم • وذكر أنه شىء لم يزل يختلج فى القلب ، وهو أن الأصحاب أطبقوا على أن المشترى فى باب المعيب اذا اشترى شاة مثلا وقبضها نُتِجَتْ عنده ، ثم اطلع فيها على عيب قديم فله ردها والزيادة يختص المشترى بها • هذا فى شراء العرض ، فلو أسلم اليه فى شىء وكان رأس مال السلم شاة موصوفة فى الذمة ثم أحضرها المسلم فى المجلس وقبضها منه المسلم اليه ثم افترقا ونتجت عنده ، ثم وجد بها عيبا فله ردها عليه ، ومطالبته بشاة سليمة موصوفة بالصفات المشروطة ، فهل يختص المسلم فيه بالنتاج ؟ قال ابن أبى الدم : هذا لم أر فيه نقلا الى الآن ولا بلغنيه من أحد من الأئمة ، بل فرعته استنباطا من جهتى حيث اقتضاه التفريع على الأصول المقررة ، ونشأ مما ذكره الامام وصدره فى القاعدة المبدوء بذكرها يقتضى أن يكون فى النتاج وجهان مبنيان على القولين المذكورين أولا ، وهو أن المقبوض فى المجلس عما فى الذمة اذا رده بالعيب بعد التفرق هل نقول تملكه بالقبض وبالرد قد يقبض الملك ؟ أو يقال بالرد ؟ تبين أنه لم يملكه أصلا ، كأنهما تفرقا عن غير قبض ، فيه وجهان : فان قلنا انه ملكه بالقبض فقد حدثت الزيادة فى ملكه ، أعنى فى ملك المسلم اليه بعد قبضه فيختص بها • وان قلنا انه بالرد تبين أنه لم يملكه أصلا ، فالزيادة حادثة على ملك المسلم ، فيجب على المسلم اليه ردها مع الأصل •• وهذا حسن ظاهر وبه يظهر الفرق الذى ذكرناه بين العرض المعقود عليه عينا وبين العرض الموصوف فى الذمة دينا ، ثم يقبض فى المجلس عما ثبت فى الذمة • هذا آخر كلام ابن أبى الدم ، وقد قدمت الكلام على هذا الأصل الذى أشار اليه وأنه هل ذلك بطريق التبين ؟ أم بطريق الفسخ المستأنف ؟ والله أعلم •

ولا يخفى أن المسألة لا تختص بالصرف بل تجرى فى كل حال من أحوال الربا بيع بجنسه • قاله الرافعى • ويجىء فى التفاصيل المذكورة فى الذمة

وفى العين الخلاف المذكور ، وفرض القاضى حسين الفرع اذا كان على معين ، فان كان بدينار فى الذمة قال : فان كان تالفاً ــ فان لم يجوز الاستبدال مع بقائه فالحكم كالمبيع بالعين ، وقد تقدم ، وان جوزنا الاستبدال فقولان (أحدهما) يرجع عليه بأرش العيب للضرورة (والثانى) لا ، بل يغرم قيمة التالف ثم يرجع عليه بدينار سليم أو بخلخال سليم ، وكان فرض المسألة فى بيع خلخال بدينار . وقال : وهكذا اذا قلنا فى المسلم فيه اذا تلف فى يده ثم تبين له أنه كان معيبا ، ففيه قولان (أحدهما) يرجع عليه بأرش العيب فيأخذ منه بقدره من رأس المال (والثانى) لا ، بل يغرم قيمة المتلف ويرجع عليه بالسليم فيه ، والله تعالى أعلم .

قال صاحب التهذيب : وكذلك لو باع طعاما بطعام ثم وجد به عيبا بعد ما تلف عنده . قال : وكذلك لو وجد المسلم اليه برأس مال السلم عيبا بعد ما تلف عنده فان كان رأس المال معيبا سقط من المسلم فيه بقدره ، مثل ان كان العيب ينقص عشر قيمته فيسقط عشر المسلم فيه. وان كان فى الذمة وعينه ــ فان كان فى المجلس ــ يغرم ماتلفت عنده ويستبدل ، وان كان بعد التفرق ــ فان جوزنا الاستبدال فكذلك ، وان لم نجوز فيسقط من المسلم فيه بقدره كما فى المعين والله سبحانه وتعالى أعلم .

واعلم أن الأصحاب أطلقوا ما ذكرته ولم يبينوا أن بدل التالف هل ينزل منزلته حتى يكون الفسخ برده أو تمكينه من الفسخ لتعذر الرد بالتلف ؟ والأقرب الى الفهم من عباراتهم المتقدمة الثانى ، وهو مذهب أحمد . قال صاحب المغنى فى مذهبهم : اذا تلف العوض فى الصرف بعد القبض ثم علم عيبه فسخ العقد ويرد الموجود ، وتبقى قيمة المعيب فى ذمة من تلف فى يده ، فيرد مثلها أو عوضها اذا اتفقا على ذلك ، سواء كان الصرف بجنسه أو بغير جنسه ، ذكره ابن عقيل ، وهو قول الشافعى . قال ابن عقيل :وقد روى عن أحمد جواز أخذ الأرش . انتهى كلامه وهو بين . وكأنه جعل العيب مخرجا له عن كونه مثليا ، فلذلك حكم بالقيمة والله أعلم .

(فــرع) لو باع طعاما بطعام فحدث عنده عيب ووجد به عيبا قديما قال فى المطارحات : ان باع بغير جنسه رجع بنقصان المعيب ، لأن المماثلة من

شرط صحة البيع ، ولكن يرد عليه مثل طعامه ويرجع عليه بما دفع ، ولا يرد لما حدث عنده من العيب شيئا (قلت) ولو باع نقداً بنقد فالحكم والتفصيل كذلك ، وهذه المطارحات ظنى أنها لابن العطار ، وكذلك رأيتها منسوبة اليه فى نسخة ، وفى نسخة أخرى رأيتها منسوبة لأبى اسحاق الاسفراينى •

(فـــرع) لو كان الصرف فى الذمة وحصـــل التلف المذكور ثم اطلع على عيب قال فى التهذيب : ان كان فى مجلس العقد يغـــرم ما تلف عنـــده ويستبدل ، وان كان بعد التفرق ، فان جوزنا الاستبدال فهكذا ، وان لم نجوز الاستبدال بعد التفرق ــ فان كان الجنس مختلفا ــ يسترد من الثمن بقدر العيب • وان كان الجنس متفقا فعلى الأوجه الثلاثة (أصحها) يسترد من الثمن بقدر العيب ، وكذلك لو باع طعاما بطعام وكذلك لو وجد المسلم اليه برأس مال السلم عيبا بعد تلفه ، اما أن يكون رأس المال معينـــا أو فى الذمة ، على التفصيل والحكم المتقدم •

(فـــرع) كل ما ذكرناه فيـــما اذا كان العيب مـــن الجنس ، كرداءة السكة والجوهر وما أشبه ذلك • أما لو بان بعد تلفه نحاسا أو مطلية فالبيـــع باطل ويترادان • قاله الصيمرى • وهو ظاهر مما تقدم وكل ذلك مفروض فى صرف النقد بجنسه • أما اذا كان بغير جنسه فانه يســـترد من الثمن بقـــدر العيب كما فى غير الصرف • قاله فى التهذيب •

(فـــرع) لهما تعلق بالاستبدال عن الثمن (أحدهما) قال القـــاضى حسين اذا باع شيئا بدراهم برمكية لا يجوز العقد لأنه عزيز الوجود وقلمـــا يوجد فى بلادنا هذه ، ولو باعه بدراهم فتحية ينظر فيه فان كان فى بلد يعـــم وجوده ، هذا يبنى على أن الاستبدال عنه جائز أم لا ؟ • ان قلنا : جائز صح والا فلا يصح العقد • قال صاحب التهذيب : انه اذا باع بما يعز وجوده فى البلد يبنى على أن الاستبدال عن الثمن هل يجوز ؟ ان قلنا يجوز صـــح ثم ان وجد ذلك النقد والا يستبدل • وان قلنا لا يجوز الاستبدال لم يصح • كما لو أسلم فيما يعز وجوده [1] وهذا الاطلاق الذى قاله صاحب التهذيب أولى من التفصيل الذى ذكره القاضى •

---

(1) ومثاله ما لو باع العملة الصعبة كالدولار او الاسترلينى نسيئة بالجنيه المصرى فانه يبطل فيه السلم لندرته وصعوبة تحصيله اذا حان التقابض (ط) •

(الثانى) اذا باع بنقد البلد ثم انقطع ذلك من أيدى الناس • قال القاضى حسين : ان قلنا يجوز الاستبدال فلا يفسد العقد • وان قلنا لا يجوز الاستبدال فقولان (أحدهما) ينفسخ (والثانى) يثبت له حق الفسخ • وهما كالقولين فى المسلم فيه اذا انقطع •

فأما اذا باع بنقد البلد ثم ان السلطان رفع ذلك لا غير ، سواء باعه بثمن معين أو بثمن مطلق • قال الرويانى : وهكذا لو باع بفلوس فنسخها السلطان • وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : ينفسخ العقد • هذا كلام القاضى حسين • وقاسه البغوى على ما لو أسلم فى صبطة فرخصت ليس له الا صبطة • وحكى مع ذلك وجهاً أن البائع يخير بين أن يجيز العقد فيأخذ النقد الأول ، وبين أن يفسخ ويسترد ما أعطى ، كما لو تعيَّب المبيع قبل القبض • قال الرويانى : وهكذا لو باع بفلوس فنسخها السلطان • قال الرويانى : لو جاء بالنقد الثانى المحدث لا يلزمه قبوله ، فان أراد قبوله كان على سبيل الاعتياض وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يلزمه قبوله • قال الرويانى : لو حصل له على غيره مائة درهم من نقد معروف فلقيه ببلد آخر لا يتعامل فيه به ، فقال : خذه لزمه أخذه ، كما لو حرمه السلطان فى بلده • وقيل : لا يلزمه أخذه ، وقيل : ان كان لا يتعامل به ألبتة لا يلزمه أخذه ، وان كان يتعامل به لكن ليس برائج يلزمه أخذه ، وأصل هذه المسألة رجل يثبت له على آخر عشر درهم يلزمه أخذه أو يبرئه •

فصل فى مذاهب العلماء فى هذه المسألة

قد تقدم ذكر الأصح من مذهبنا أن له الابدال فيما اذا خرج المقبوض عن الموصوف فى الذمة معيباً بعد التفرق • وبذلك قال أبو حنيفة رضى الله عنه وأبو يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل فى احدى الروايتين والأوزاعى والليث ابن سعد والحسن بن حسين ، حكاه عنهم العبدرى •

وقال صاحب المحيط من الحنفية فى كتاب الصرف فى باب خيار الرد بالربا فيه والاستحقاق : ولو وجد أحد المتصارفين الدراهم المقبوضة زيوفا أو كاسدة أو رائجة فى بعض التجارات دون بعض وذلك عيب عندهم ويستبدل غيرها ، ان العقد يقتضى سلامة البدل ، كما فى بيع العين ، والكلام فى صحة الاستبدال فى مجلس الرد من باب السلم •

ولو اشترى فضة فوجدها رديئة بغير عيب لا يردها ، لأن الرداءة ليست بعيب بل صفة تخلق عليها ، الا أنه ليس بجيد ، وصفة الجودة لا تستحق بالعقد الا بالشرط ، كما لو اشترى حنطة فوجدها أردأ حنطة ، ليس له ردها الا اذا اشترط جودتها • وقال صاحب المحيط الحنفى أيضا فى باب ما ينتقض القبض فيه من باب السلم : ولو وجد رأس المال مستحقا ومعيبا فلا يخلو اما أن يكون رأس المال عينا أو دينا فوجده مستحقا أو معيبا فرده فى المجلس أو بعد الافتراق ، فان أجاز المستحق أو رضى المسلم اليه بالعيب جاز السلم لأنه سلم له البدل ، والأصل أن صحة القبض تقف على اجازته ، فاذا أجاز يظهر أن قبضه وقع صحيحا وان لم يجز المستحق ولم يرض المسلم اليه بالعيب بطل السلم لأن العقد وقع على المعين ولم يسلم اليه •

فان كان رأس المال دينا وقبضه ، فان وجده مستحقا فى المجلس ، فان أجاز المستحق جاز اذا كان رأس المال قائما • نص على ذلك الجامع ، وان لم يجز انتقض القبض بقدره من الأصل فصار كأنه لم يقبض ، فان قبض مثله فى المجلس جاز والا فلا ؛ وان وجد ستوقا أو رصاصا فان تجوز به بطل السلم لأنه من جنس حقه فيكون استبدالا برأس المال قبل القبض وذلك لا يجوز • وان رده وقبض آخر مكانه فى المجلس جاز السلم لأنه لما رده وانتقض قبضه فكأنه لم يقبض وأخر القبض الى آخر المجلس جاز • وان وجده زيوفا ــ فان تجوز به جاز لأنه من جنس حقه ، وان رده واستبدل مكانه فى المجلس جاز . فأما اذا تفرقا فوجده مستحقا ان أجاز المالك ورأس المال قائم جاز والا بطل • وان وجده ستوقا [1] انتقض السلم بقدره ــ تجوز به أو رد لأن الستوقة ليست من جنس حقه • فيكون افتراقا لا عن قبض هذا القدر •

(فرع) حكم رأس مال السلم اذا وجد المسلم اليه عيبا حكم بدل الصرف على التفصيل الذى تقدم • ذكره صاحب التهذيب • وقد تقدم التنبيه على ذلك فى كلام المتولى والرويانى والله أعلم •

---

(١) درهم ستوق كتنور وقدوس وتستوق بضم التاءين زيف وبهرج ملبس بالفضة وقال الكرخى : الستوق عندهم ما كان الصفر أو النحاس هو الغالب والأكثر فيه وفى الرسالة اليوسفية البهرجة اذا غلبها النحاس لا تؤخذ ا هـ من ترتيب القاموس للشيخ طاهر الزاوى مفتى ليبيا .

(فـــرع) لو أحال بالدنانير التى استحق فيها فى الصرف قبل الافتراق على رجل حاضر فان لم يقبضها المستحق لها من المحال عليه حتى افترقا بطل الصرف • وان قبضها فى المجلس قبل الافتراق فوجهان حـــكاهما الماوردى (ان قلنا) الحوالة معاوضة لم يجز (وان قلنا) استيفاء جاز •

(فـــرع) لو اشترى من صيرفى ديناراً بعشرة دراهم ، وقبض الدينار حصل للمشترى على الصيرفى عشرة دراهم ، فقال : أجل هذه العشرة بدلا من الثمن لم يجز سواء حصلت العشرة على الصيرفى قبل الصرف أو بعده • وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : ان حصلت قبل الصرف لم يجز ، وان حصلت بعده جاز ، قاله الماوردى •

(فـــرع) اشترى بألف درهم من نقد سوق كذا [1] ، فان كان نقد ذلك السوق مختلفا بطل ، والا فوجهان (اظهرهما) الجواز (والثانى) لا ، لامكان التعيين قاله الماوردى ، ولو اشترى بألف درهم من ضرب كذا أو بما يضربه السلطان لم يجز ، قاله الماوردى ، واذا شرط فى الصرف أن الذهب يساوى كذا أو ما أشبه ذلك بطل الصرف ، لأنه ينافى مقتضاه ، قاله الماوردى وغيره ، وان باعه بدينار الا درهما ــ فان جهلا أو أحدهما قيمة الدينار فى الحـــال ــ بطل البيع ، وان علماها فوجهـــان (أصـــحهما) البطلان ، قاله الماوردى ، واذا صرف بدينار فدفع اليه ديناراً راجحا قيراطا فأعطاه عن القيراط

---

(١) قلنا فى كتابنا تاريخ النقود الاسلامية : النقود اما حقيقية واما رمزية فالحقيقيـــة هى تلك النقود المعدنيـــة المضروبة من الذهب أو الفضة وتكون قيمتها مساوية لوزنهـــا وتنقص قيمتها بنقصان وزنها ، وأما الرمزية فهى تلك النقود المطبوعة او المضروبة فى هذا العصر والتى تكون مجرد سندات على الدولة أو على البنك الذى اصدرها ويكون غطاؤها فى خزانة المصـــدر اما ذهبا أو سندات على دول غنية تملك غطاء ذهبيا أو حسابات دائنة على اكثر دول العـــالم أو تملك منتجات رائجة لا تقبل تسليمها الا لمن يقدم لها نقدها ومن ثم يكون هذا النقد مرتفـــع القيمة لدرجة تسميته بالعملة الصعبة كالدولار الأمريكى والمارك الالمانى والجنيه الاســـترلينى والفرنك الفرنسى أو السويسرى والليرة الايطالية والين اليابانى وهكذا ولهذه النقود قيمـــة وثمن فأما قيمتها فهى التى تحددها الدول فيما بينها وتتعامل بها عن طريق بنوكها ومصارفهـــا اما ثمنها فى السوق الحرة فيخضع لقانون العرض والطلب وبحســـب قيمة المقابل له ومركزه الاقتصادى ، فقد يساوى الدولار بسعره الرسمى أربعين قرشا وبسعره الحر ستين أو سبعين كل ذلك من بيع غير المتماثلين الذى يجوز فيه التفاضل يداً بيد ونسيئة وسلما ذلك الى ان يقوم فى العالم نظام اقتصادى اسلامى يمنع الكارتلات الدوليـــة والاحتـــكارات والفوائد على الأموال (الربا) لأن هذه الأمور المحرمة فى شرعنا من العوامل المؤثرة فى قيمة النقد ومعياره والله اعلم .

المطيعى

ذهبا مثله جاز وكذلك اذا أعطاه فضة معلومة أو جزافا صح لاختلاف الجنس • ولو جهلا مقدار الرجحان فأعطاه به ذهبا مماثلا له صح ، كما لو باع سبيكة ذهب لا يعلم وزنها بوزنها ذهبا يجوز ، ان جهلا القدر •

(فرع) قال الماوردى : اذا قبض من رجل ألف درهم من دين عليه فضمن له رجل بدل ما كان فيها من زائفة أو مبهرجة أو درهم لا يجوز ، فالضمان جائز الحاقا بضمان الدرك ، وان كان مترددا بين الوجوب والاسقاط ، وهذه من منصوصات ابن سريج ، وان وجد القابض زائفا أو مبهرجا فهو بالخيار فى ابدالها ان شاء على المؤدى ، وان شاء على الضامن ، فان أبدلها من المؤدى برىء الضامن وان أبدلها من الضامن يرجع الضامن على المؤدى ــ ان كان الضمان باذنه ــ فان قال الضامن : أعطونى المردود لأعطيكم بدله لم يعطه اياه ، وقيل له الواجب أن تفسخ فى القضاء على المردود ، فأنت ترد على المضمون له ما ضمنته ، وهذا المردود من مال المضمون عنه ، ولك الرجوع عليه بمثل ما أديت ، فلو أحضر القابض دراهم رديئة وقال : هى ما قبضت وأنكراه جميعا فان كانت رداءتها بعيب فالقول قولهما مع اليمين ، لأنه ملك بالقبض وبرئت ذمتهما منه ، وان كانت نحاسا أو غير فضة فالقول قوله مع يمينه ، لأن أصل الدين ثابت ، انما أقر بقبض النحاس وهو لا يكون قبضا عن الفضة •

(قلت) وقوله : ان القول قوله اذا كانت نحاسا أو غير فضة هو قول ابن سريج وفى المسألة خلاف تتعرض له فى آخر باب السلم ان شاء الله تعالى ، فان المصنف ذكره فى التنبيه هناك ، وهذه المسألة يحتاج الناس اليها كثيرا ، فان كثيرا من الناس يقبض ماله فى المعاملات وغيرها بالصيرفى • ويعتمد على نقده ويظنون أنه بمجرد ذلك يلزم الصيرفى ضمان دركها ، وليس كذلك ، بل متى لم يصدر منه ضمان فهو أمين لا يلزمه شىء فيتعين لمن يريد الاحتراز من ذلك أن يدع الصيرفى يتلفظ بالضمان ويشهد عليه به • وما يخرج من الدراهم المتعارفة فى هذا الوقت ويرد القول فيه قول القابض على قول ابن سريج والماوردى ، لأنه أكثر نحاسا من المتعامل به الذى تنزل المعاملة عليه

فلا يصح أن يكون قضاء عنه ، فيكون كأخذ النحاس عن الفضة ، وليس كأخذ المعيب عن السليم ، هذا هو الظاهر عندى فى ذلك والله أعلم .

والذى قاله الماوردى قريب مما قاله صاحب التهذيب ، فانه قال : لو باع سلعة بدينار أو تصارفا وتقابضا ، ثم جاء المشترى بدينار معيب ، فالقول قول من يرد مع يمينه ، هـذا هو الأصح عندى ، وفيه وجه القول قول الدافع ، قال : وكذلك لو أتى المسلم بالمسلم فيه معيبا فالقول قول المسلم مع يمينه على الأصح ولو كان قد تلف فى يد المسلم حلف وغرم التالف وطالبه بالجيد . وان كان العقد ورد على معين فالقول قول من أعطى مع يمينه ، لأن الأصل قصر هذا العقد على السلامة قاله صاحب التهذيب ، قال الا أن يكون نحاسا لا قيمة له ، فالقول قول من يرده لأنه يدعى فساد العقد والأصل بقاء ماله على ملكه (قلت) ولو خرج ذلك على الخلاف فى دعوى الصحة والفساد لم يبعد .

(فـرع) قال أصحابنا : اذا باع دينارا بدينار فليس من شرطه أن يتوازنا وقت العقد ، بل اذا وزنا قبله وعرفا المساواة بينهما جاز .

(فـرع) قال الأصحاب : اذا كان معه عشرة دراهم ، ومع غيره دينار يساوى عشرين ، فأراد صاحب العشرة شراء نصف الدينار جاز ، ويقبضه كله ليكون نصفه قبضا بالشراء ونصفه وديعة ، ثم يتفقان على كنزه أو بيعه وجائز أن يكون بعد القبض عند أيهما شاء . ولو أراد أن يشتريه كله وليس معه الا عشرة جاز أن يشتريه بعشرين فى ذمته ، ثم يقبضه منها العشرة التى معه من الثمن ، فاذا قبضها استقرضها منه ، فاذا قبضها قضاه العشرة التى بقيت عليه من ثمن الدينار وتقابضا ويكون لصاحب الدينار عليه عشرة قرضا هل يجوز ذلك ؟ فيه وجهان فى تعليق أبى الطيب والشامل والرافعى وغيرهم والحاوى (أحدهما) وهو الأصح عند الرافعى لا يجوز ، لأن القرض يملك بالتصرف ، وهذه الدراهم لم يتصرف فيها وانما ردها اليه بحالها ، فكان ذلك فسخا للقرض .

وحكى المحاملى فى المجموع هذا الوجه عن أبى اسحاق المروزى . وقال فى المجرد : ان الداركى نقله عن المروزى ولم يذكر القاضى حسين فى

تعليقه غيره ، وعلله بأن التصرف فيه قبل انبرام العقد بينهما باطل ، وحكى المحاملى عن أبى اسحاق أنه علله بذلك وبأن [1] فانه يجوز ، هكذا استشهد أبو الطيب وصاحب الشامل وليس فى كلام القاضى حسين الذى حكيته ما ينازع فيه وهذا اذا كان ذلك قبل التخاير ، فلو كان ذلك بعد التخاير وقلنا : ان التخاير بمنزلة التفرق وهو الصحيح فلا يجوز أيضا والا فيجوز قاله القاضى حسين .

(أما) لو استقرض منه غيرها ودفعها اليه عن بقية الثمن جاز قولا واحدا ، وصحح فى البحر الصحة ، ووافق القاضى أبا الطيب فى ذاك قال : وعلى هذا لو باع درهما فى الذمة بدرهم فى الذمة ، ثم سلم أحدهما ، ثم اقترض الآخر وردها عليه هل يجوز ؟ فيه وجهان مبنيان على أن القرض متى يملك ؟ وعند أبى اسحاق يبطل هذا الصرف ههنا ، لأنه قبض قبل أن يستقر ملكه عليها الا أنه لا يملكها الا بالتصرف .

(والوجه الثانى) وهو الأصح عند صاحب الشامل وشيخه أبى الطيب ، وبه قال الشيخ أبو حامد على ما حكاه صاحب المجرد ، وقال : ان الشافعى قاله فى الصرف نصا أنه يجوز ، وصححه أيضا ابن أبى عصرون . لأنه دفعها قضاء عما عليه وذلك تصرف كما اذا اشترى بها النصف الآخر من الدينار .

(فـــرع) يجوز أن يشترى الدراهم من الصراف ويبيعها منه بعد القبض وتمام العقد بالتفرق أو التخاير بأقل من الثمن أو أكثر . سواء جرت له بذلك عادة أم لا ما لم يكن ذلك مشروطا فى عقد البيع ، قاله الشافعى والأصحاب خلافاً لمالك ، حيث قال : ان كان ذلك عادة له حرم ، وتمسك الأصحاب بأن العادة الخاصة لا تنزل منزلة الشرط . كما لو نكح من عادته الطلاق لا يجعل ذلك كشرط الطلاق فى العقد ، وكذلك لا فرق بين أن يكون ذلك مقصودا أو غير مقصود ، حتى قال القاضى حسين وغيره : اذا كان معه دينار وأراد أن يبيعه بدينار وسدس أو أكثر منه فالحيلة أن يبيع الدينار منه بالدراهم ،ويتقابضا العوضين ويتخايرا ثم يشترى منه بتلك الدراهم دينارا وسدسا أو ما يزيد .

---

(١) بياض بالاصل فحرر قلت : ولعل السقط (وبان لو وقع بعد انبرامه فانه يجوز) .

قال الأصحاب : واذا أراد بيع صحاح بمكسرة أكثر من وزنها يبيع الدراهم بالدنانير أو الدنانير بالدراهم أو بعرض ، ثم اذا تقابضا وتفرقا وتخايرا اشترى بالدراهم أو بذلك العرض المكسرة ويجوز ذلك . سواء فعله فى مجلس واحد مرة أو مرارا ، وقد أطبق جمهور الأصحاب تبعا للشافعى على ذلك مع مخالفة الأئمة الثلاثة ، ولو كان ذلك فى غير أموال الربا جاز أيضا من غير فرق بين أن يكون العقد الأول حالا أو مؤجلا ، فيجوز أن يبيع الشىء الى أجل .

قال الشافعى رحمه الله : من باع سلعة من السلع الى أجل وقبضها المشترى فلا بأس أن يبيعها من الذى اشتراها منه بأقل من الثمن أو أكثر أو دين أو نقد لأنها بيعة غير البيعة الأولى ، وقال بعض الناس : لا يشتريها البائع بأقل من الثمن . وزعم أن القياس أن ذلك جائز ولكنه زعم تتبع الأثر ومحمود منه أن يتبع الأثر الصحيح فلما سئل عن الأثر اذا هو « أبو اسحاق عن امرأته عالية بنت أنفع أنها دخلت مع امرأة أبى السفر على عائشة فذكرت لعائشة بيعا باعته من زيد بن أرقم بكذا أو كذا الى العطاء ثم اشترته منه بأقل من ذلك . فقالت عائشة رضى الله عنها : بئس ما شريت وبئس ما اشتريت ، أخبرى زيد بن أرقم أن الله عز وجل قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الا أن يتوب » وقال فى الأم فى باب بيع الآجال : أصل ما ذهب اليه من ذهب فى بيوع الآجال أنهم رووا عن عالية بنت أنفع « أنها سمعت عائشة أو سمعت امرأة أبى السفر تروى عن عائشة أن امرأة سألتها عن بيع باعته من زيد بن أرقم بكذا وكذا الى العطاء ثم اشترته منه بأقل نقدا ، فقالت عائشة : بئس ما شريت وبئس ما ابتعت ، أخبرى زيدبن أرقم أن الله عز وجل قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم » .

قال الشافعى رضى الله عنه : قد تكون عائشة لو كان هذا ثابتا عنها عابت عليها بيعا الى العطاء لأنه أجل غير معلوم وهذا ما لا يجيزه ، ولو اختلف بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فى شىء فقال بعضهم فيه شيئا وقال غيره خلافه فان أصل ما نذهب اليه أنا نأخذ بقول الذى معه القياس ، والذى معه القياس قول زيد بن أرقم ، قال : وحكمة هذا أنا لا نثبت مثله على عائشة مع أن زيدا لا يبيع الا ما يراه حلالا ولا يبتاع الا

مثله ، ولو أن رجلا باع شيئا أو ابتاعه نراه نحن محرما ، وهو يراه حلالا ، لم نزعم أن الله تعالى يحبط من عمله شيئا ، وقد أشار الشافعي رضى الله عنه فى هذا الكلام الى جميع ما يقال فى الجواب عن هذا الأثر فأتكلم عليه ان شاء الله تعالى •

(اعلم) أن هذا الأثر رواه الدارقطني من طريق داود بن الزبرقان عن معمر عن أبى اسحاق عن امرأته « أنها دخلت على عائشة رضى الله عنها فدخلت معها أم ولد زيد بن أرقم الأنصارى وامرأة أخرى ، فقالت أم ولد زيد بن أرقم : يا أم المؤمنين انى بعت غلاما من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم نسيئة ، وانى ابتعته بستمائة نقدا فذكرته » وهذا أسلم فى الدلالة لهم من الأول ، فانه أطلق النسيئة ولم يعين أنه الى العطاء حتى يحمل المنع الى الجهالة ، لكن هذا الاسناد فيه داود بن الزبرقان ، وقال يحيى بن معين : وليس بشىء ، وقال على بن المدينى : كتبت عنه شيئا يسيرا ورميت به وضعفه جدا ، وقال الجرجانى : انه كذاب ، وقال أبو زرعة : متروك الحديث ، وقال البخارى : هو مضرب الحديث ، وقال ابن أبى عدى هو فى جملة الضعفاء الذين يكتب حديثهم ، روى له الترمذى وابن ماجه وقال ابن حبان : داود بن الزبرقان لا أتهمه فى الحديث ، وقال أبو حاتم : داود بن الزبرقان شيخ صالح يحفظ الحديث ويذاكر ، ولكنه كان يهم فى المذاكرة ويغلط فى الرواية اذا حدث من حفظه ، ويأتى عن الثقات ما ليس من أحاديثهم فلما نظر يحيى الى تنكر الأحاديث أنكرها وأطلق عليه الجرح بها •

وأما أحمد بن حنبل فانه علم ما قلنا وأنه لم يكن بالمتعمد فى شىء من ذلك ولا يستحق الانسان الجرح بالخطأ بخطأ أو الوهم بوهم ما لم يفحش ذلك حتى يكون الغالب على أمره ، فاذا كان كذلك استحق الترك • وداود ابن الزبرقان عنده صدوق فيما وافق الثقات ، الا أنه لا يحتج به اذا انفرد • هذا كلام ابن حبان ، وجعله من المختلف فيهم ، ووعد هنا بأن يملى كتابا فيهم ويذكر السبب الداعى لهم فى ذلك والصواب فيه ، لئلا يطلق على مسلم الجرح بغير علم . وقال النسائى : داود بن الزبرقان ليس بثقة .

ورواه أبو الحسن الدارقطنى أيضا عن محمد بن مخلد قال : حدثنا عباس ومحمد قالا : حدثنا فرداد أبو نوح ، قال حدثنا يونس بن أبى اسحاق عن أمه العالية قالت خرجت أنا وأم محبة الى مكة فدخلنا على عائشة رضى الله عنها فسلمنا عليها فقالت لنا : ممن أنتن ؟ قلنا : من أهل الكوفة . قالت : فكأنها أعرضت عنا ، فقالت لها أم محبة : يا أم المؤمنين كانت لى جارية وانى بعتها من زيد بن أرقم الأنصارى بثمانمائة درهم الى عطائه ، وأنه أراد بيعها فابتعتها منه بستمائة نقدا ، قالت فأقبلت عليها فقالت : بئس ما شريت وبئس ما اشتريت . فأبلغى زيدا أن الله قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الا أن يتوب . فقالت لها : أرأيت ان لم آخذ منه الا رأس مالى ؟ قالت : فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف » . وهذا اسناد [1] .

وحجة المخالف أيضا فى ذلك ما رواه أبو داود من حديث أبى عبد الرحمن الخراسانى أن عطاء الخراسانى حدثه أن نافعا حدثه عن ابن عمر رضى الله عنهما قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : اذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد ، سلط الله تعالى عليكم ذلا لا ينزعه حتى ترجعوا الى دينكم » انفرد أبو داود عن بقية الأئمة الستة بتخريج [2] هذا الحديث ، ولم يذكر الخطابى فى كلامه عن السنن هذا الباب بالجملة الكافية .

وفسر أبو عبيد أحمد بن محمد الهروى العينة هو أن يبيع الرجل من رجل سلعة بثمن معلوم الى أجل غير مسمى ، ثم يشتريها منه بأقل من الثمن الذى باعها به . قال : وان اشترى بحضرة طالب العينة سلعة من آخر بثمن معلوم وقبضها ثم باعها من طالب العينة بثمن أكثر مما اشتراه الى أجل

---

(١) قلت : وتقويم العبارة هكذا « وهذا اسناد حسن » الا ان أبا الحسن الدارقطنى الذى روى هذا الحديث يعقب عليه بقوله : أم محبة والعالية مجهولتان لا يحتج بهما . وأخرجه أيضا أحمد فى مسنده عن ابى اسحاق السبيعى عن امرأته قال فى التنقيح : اسناده جيد وان كان الشافعى لا يثبت مثله عن عائشة وكذلك الدارقطنى وفيه نظر . انتهى (ط) .

(٢) قلت : هذا الحديث أخرجه الطبرانى فى معجمه الكبير وأحمد فى مسنده عن ابن عمر أيضا بلفظ : « اذا ضن الناس بالدينار والدرهم وتبايعوا بالعينة واتبعوا أذناب البقر وتركوا الجهاد أدخل الله تعالى عليهم ذلا لا يرفعه حتى يراجعوا دينهم » ومن هنا لم ينفرد به أبو داود من بين أصحاب الكتب مطلقا وان كان يصدق عليه قول الامام السبكى انه انفرد به من بين الستة . (ط) .

مسمى ، باعها المشترى من البائع الأول بالنقد بأقل من الثمن فهذه أيضا عينة ، وهى أهون من الأولى ، وهو جائز عند بعضهم وسميت عينة بحصول النقد لصاحب العينة ، وذلك أن العين هو المال الحاضر فالمشترى انما يشتريها ليبيعها بعين حاضر يصل اليه من نقده • انتهى كلام الهروى وجعله اسم العينة يشمل الأمرين المذكورين مختلفين فيه • منهم من جعل العينة اسما للثانى فقط ، ويسمى الأول الذى نحن فيه شراء ما باع ، وهذا صنع الحنفية وعبارتهم •

وقال ابن فارس وغيره من أهل اللغة : العينة السلف ، وعينة كل شىء خياره قالوا : ويقال أعيان اذا اشترى بالعينة واذا أسلف ، وأنشد الشيخ أبو حامد قول الشاعر :

أيدان أم لعيان أم تنبرى لنا فهى مثل حد السيف هزت مضاربه

ويصحح الحنفية الثانى المسمى عندهم بالعينة دون الأول • ومن العلماء من يجعل اسم العينة شاملا للأمرين جميعا كما قال الهروى [1] • وكذلك اطلاق أصحابنا والى ذلك جنح المالكيون ، والاحتجاج بحديث « النهى عن العينة » حسد يكون من جهتهم لا من جهة الحنفية .

والجواب عن الحديث المذكور أنه من رواية أبى عبد الرحمن الخراسانى، واسمه اسحاق بن أسيد ــ بفتح الهمزة ــ قال أبو حاتم الرازى فيه : شيخ ليس بالمشهود ولا يستقل به • وعن أبى أحمد بن عدى قال : هو مجهول ، ولعل المراد بذلك جهالة الحال ، فانه قدروى عنه حيوة بن شريح [2] فى

---

(١) قال فى اللسان . العينة خيار الشىء وقال : واعتان الرجل اذا اشترى الشىء نسيئة وعينة الخيل جيادها وقال وعينة قبيحة وهى الاسم وذلك اذا باع من رجل سلعة بثمن معلوم الى أجل معلوم ثم اشتراها منه بأقل من الثمن الذى باعها به وقال ابن الاثير فى النهاية : وفى حديث ابن عباس « أنه كره العينة » هو أن يبيع من رجل سلعة بثمن معلوم الى اجل مسمى ثم يشتريها منه بأقل من الثمن الذى باعها به فان اشترى بحضرة طالب العينة سلعة من آخر بثمن معلوم وقبضها ثم باعها من طالب العينة بثمن اكثر مما اشتراها الى أجل مسمى ثم باعها المشترى من البائع الاول بالنقد بأقل من الثمن فهذا أيضا عينة وهى أهون من الاولى وسميت عينة لحصول النقد لصاحب العينة لان العين هو المال الحاضر من النقد والمشترى انما يشتريها بعين حاضرة تصل اليه • المطيعى

(٢) كان فى الطبعات السابقة سريج وصوابه شريح وهو ابن يزيد الحضرمى أبو العباس الحمصى .

هذا الاسناد الذى فى السنن والليث بن سعد ، ذكر ذلك البخارى فى تاريخه ، وابن أبى حاتم فى كتابه عن أبيه وأبى زرعة وروى عنه أيضا سعيد بن أبى أيوب • قاله البخارى فى تاريخه ، وابن لهيعة قاله أبو حاتم فقد ارتفعت جهالة العين •

وقد اعترض كل من الفريقين عن الآخر به من الحديثين باعتراضات (منها) أن قول عائشة رضى الله عنها وتغليطها فى ذلك لا يكون مثله فى مسائل الاجتهاد ، فدل على أنه توقيف (ومنها) أن الحمل على أن ذلك للتأجيل بالعطاء ممتنع ، لأن عائشة رضى الله عنها كانت تذهب الى جواز البيع الى العطاء (ومنها) أنها ثبتت جهة المنع فى ذلك ، وأنه مما يتعلق بالربا لما استشهدت بقوله تعالى « فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى » وقد تقدم قول امام الحرمين فى التوفيق بين النقلين عن عائشة ، وبقية ما قالوه ممنوع ، وقد سلموا بأن القياس الجواز •

قالت المالكية : الا أن تركه واجب لما هو أقوى منه ، وهو وجوب القول بالذرائع والقول بالذرائع أسهل فى نفسه الا أن الجزاء مقدم عليه ، قالوا : ووجه الذريعة فيها هو أن البائع دفع مائة نقدا ليأخذ مائة وخمسين الى أجل ، وذكر السلعة والتبايع لغو ، وهذه ذريعة لأهل العينة ، أن يقول الرجل للرجل : أتبيع لى هذه السلعة بعشرة دنانير وأنا أربحك دينارا ؟ فيفعل ذلك ، فيحصل منه قرض عشرة دنانير بأحد عشر من غير حاجة بالبائع الى السلعة وانما تذرع بها الى قرض ذهب بأكثر منها ، واذا وجدنا فعلا من الأفعال يقع على وجه واحد ولا يختلف الا بالنية من فاعله والقصد ، وكان ظاهره واحدا ، ولم يكن لنا طريق الى تمييز مقاصد الناس ولا الى تفصيل قصودهم وأغراضهم ، وجب حسم الباب وقطع النظر اليه ، فهذا وجه بناء هذه المسألة على الذريعة قالوا : فان سلم لنا هذا الأصل بنينا الكلام عليه ، وان لم يسلم نقل الكلام اليه هذا ما عولت عليه المالكية •

والنزاع معهم فى هذا الأصل مشهور فى الأصل ، وقد وافقونا كما ظهر من كلامهم على عدم اناطة الأحكام بالمقاصد ، ووجوب ربطها بمظان ظاهرة ، فقد يوجد القصد الفاسد فى عقد نتفق نحن وهم على الحكم بصحته ، وقد

يعدم القصد الفاسد فى عقد يحكمون هم بفساده ، والحكم حينئذ بالفساد احتكام بنصب شيء مفسد ، وذلك منصب الشارع ليس لآحاد الفقهاء استقلال به ، فاذا لم يكن الرجوع الى المقاصد الخفية جائزا اتفاقا فالأولى الاعتماد على ظواهر العقود الشرعية ، وعدم الأحكام بأمر آخر ، وليس هذا موضع الاطناب فى ذلك .

وقد استدل الأصحاب فى هذه المسألة وشبهها بالحديث الثابت فى الصحيحين عن أبى سعيد وأبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم (استعمل رجلا على خيبر فجاءهم بتمر جنيب ، فقال أتمر خيبر هكذا ؟ قال : انا لنأخذ الصاع بالصاعين ، والصاعين بالثلاثة قال : لا تفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا) ولم يفصل بين أن يشترى من المشترى أو من غيره ، فقد أرشده صلى الله عليه وسلم الى الخلاص من الربا بذلك ، وان كان المقصود تحصيل الجنيب بالجمع ، وقد أطنب المالكية فى فروع هاتين المسألتين ، والأولى التى صدرنا الكلام بها مترجمة عندهم ببيوع الآجال . وتنقسم أقساما كثيرة جدا ، وفى بعضها ما هو صحيح عندهم والمسألة الثانية مسألة العينة . والله تعالى أعلم .

واعلم أن المسألة تارة تفرض فى الصرف فلا يتصور دخول الأجل فيها ، وتارة تفرض فى غير الصرف ، فتقع تارة بدون الأجل وتارة بالأجل ؛ وبوب الأصحاب لها (باب الرجل يبيع الشيء بأجل ثم يشتريه بأقل من الثمن) فهذه الترجمة أخص من شراء ما باع بأقل مما باع ، وكل ذلك عندنا جائز . قال القاضى حسين فى تعليقه : سمعت القاضى أبا على يقول : المسألة عندنا أنه بيع ربح ما لم يضمن ، وقد صح النهى عنه ، وانما أدعيناه لأن حقيقة الربح الفاضل له بالعقد الثانى على ما ملك عليه بالعقد الأول ، أو فضل ما بين المضمون عليه بالبيع والمضمون عليه بالشراء ، والانسان مرة يربح بأن يبيع بأكثر مما اشترى ، واخرى بأن يشترى بأقل مما باع ، والربح لا يكاد يتحقق الا بعقدين ، فتعود العين اليه مع خلوص الربح له وهذا مجرد الدعوى ، بل حقيقة الربح قصر ما يملك على ما لا يملك ، يدل عليه أنه لو باع الموروث أو الموهوب بأكثر من قيمته ، حسن أن يقال ربح عليه ،

وان لم يكن مضموناً له فى الشرائط ، هذا كلام القاضى حسين ، وأبو على الذى حكى عنه القاضى هو من أصحاب أبى حنيفة رضى الله عنه فيما أظن .

(فـــرع) كلام الشافعى رضى الله عنه صريح فى أنه لا فرق فى جواز ذلك بين أن يكون بعادة أو بغير عادة . وقد حكى الرافعى أن بالمنع أفتى الأستاذ أبو اسحاق والشيخ أبو محمد اذا صار ذلك عادة ، فيبطل العقدان جميعا ، يعنى لا لأجل سد الذرائع ، بل لأجل أن العادة تصير كالمشروطة . قال ابن أبى الدم فى شرح الوسيط : ومسألة العينة قد عم العرف بها بالزيادة فى النقود ، ولنا وجه فنقول : فى مذهبنا أن ما يتقدم العقد [من العـادة] التى لو امتزجت بالعقد لأفسدته ، فاذا تقدمت فيفسد العقد بها ، فيتأكد هذا الوجه مع ضعفه بعموم العرف . فأما ما قاله الأستاذ والشيخ أبو محمـد فانه مخالف صريح كلام الشافعى ، فانه قال : وعادة وغير عادة سواء . وأما ما قاله ابن أبى الدم : ان قصره على ما اذا فرض شرط متقدم ، فقياس ذلك الوجه الذى ذكره أن يأتى فيه وقد اعترف بضعفه (وأما) اعتبار العـادة والعرف فكلام الشافعى يأباه .

(فـــرع) فان فرض الشرط مقارنا للعقد بطل بلا خلاف ، وليس محل الكلام وانما محل الكلام فيما اذا لم يكن مشروطا فى العقد ، وذلك من الواضحات ، وممن صرح به أبو بكر المرعشى فى ترتيب الأقسام .

(فـــرع) عرفت أن فى المسألة خلافا فى الجواز فيما اذا كان ثَمَّ عادة ، فان لم يكن ثم عادة فلا خلاف أعلمه فى المذهب فى الجواز فى المسألتين مسألة العينة ، ومسألة شراء ما باع بأقل مما باع ، وفى كلام الأصحاب اطلاق العينة عليهم ، وجميع ما وقفت عليه من كتب المذهب جازمة بجواز ذلك . وقال ابن الرفعة : انه قد ينازع فى ذلك قول بعض الأصحاب أن الشخص اذا باع فى مرض موته شقصا من دار بدون ثمن مثله ــ ولوارثه فيه شفعة ــ أن الوارث لا يأخذ بالشفعة سدا لذريعة التبرع عليه ، وكذا قول الأصحاب بأن الولى اذا باع على اليتيم شقصا له شفعة لا يأخذه بالشفعة وقال هنا : انه ذكر فى كتاب احياء الموات من كلام الشـافعى فى منـع الماء ليمنع به الكلأ ما يقتضى اثبات قولين له فى سد الذرائع قال : وذلك اثبات قولين فى المبيع فيما نحن فيه كما صار اليه الخصم .

(قلت) والذى أحال عليه من كلام الشافعى قوله فى باب احياء الموات من الأم بعد أن ذكر قول النبى صلى الله عليه وسلم « من منع فضل الماء ليمنع به الكلأ منعه الله فضل رحمته » . قال الشافعى : وفى منع الماء ليمنع به الكلأ الذى هو من رحمة الله عام يحتمل معنيين (أحدهما) أن من كان ذريعة الى منع ما أحل الله لم يحل ، وكذلك ما كان ذريعة الى احلال ما حرم الله تعالى ، قال الشافعى ، رضى الله عنه : فاذا كان هذا هكذا ففى هذا مايثبت أن الذرائع فى الحلال والحرام تشبه معانى الحلال والحرام ويحتمل أن يكون منع الماء انما يحرم ، لأنه فى معنى تلف ما لا غنى به لذوى الأرواح من الآدميين وغيرهم ، فاذا منعوا فضل الماء منعوا فضل الكلأ والمعنى الأول أشبه والله أعلم .

هذا كلام الشافعى رحمه الله بلفظه ، وقد تأملته فلم أجد فيه متعلقا قويا لاثبات قول سد الذرائع ، بل لأن الذريعة تعطى حكم الشىء المتوصل بها اليه ، وذلك اذا كانت مستلزمة له كمنع الماء ، فانه مستلزم لمنع الكلأ ومنع الكلأ حرام ووسيلة الحرام حرام ، والذريعة هى الوسيلة ، فهذا القسم وهو ما كان من الوسائل مستلزما لا نزاع فيه ، والعقد الأول ليس مستلزما للعقد الثانى ، لأنه قد لا يسمح له المشترى بالبيع أو يبذلهما ، أو بمنع مانع آخر ، فكل عقد منفصل عن الآخر لا تلازم بينهما فسد الذرائع الذى هو محل الخلاف بيننا وبين المالكية أمر زائد على مطلق الذرائع وليس فى لفظ الشافعى تعرض لهما ، والذرائع التى تضمنها كلام لفظه لا نزاع فى اعتبارها .

قال أبو العباس القرافى المالكى : (وأما الذرائع فقد أجمعت الأمة على أنها ثلاثة أقسام (أحدها) معتبر اجماعا كحفر الآبار فى طريق المسلمين والقاء السم فى أطعمتهم وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله تعالى حسداً (وثانيها) ملغى اجماعا كزراعة العنب فانه لا يمنع خشية الخمر ، والشركة فى سلم الأذرة خشية الربا وثالثها مختلف فيه كبيوع الآجال ، اعتبرنا نحن الذريعة فيها وخالفنا غيرنا فحاصل القصة أنا قلنا بسد الذرائع أكثر من غيرنا) انتهى كلامه .

فالذرائع هى الوسائل وهى مضطربة اضطرابا شديداً قد تكون واجبة ، وقد تكون حراما ، وقد تكون مكروهة ومندوبة ومباحة ، وتختلف أيضا مع مقاصدها ، بحسب قوة المصالح والمفاسد وضعفها ، وانغمار الوسيلة فيها وظهورها فلا يمكن دعوى كلية باعتبارها ولا بالغائها ، ومن تتبع فروعها الفقهية ظهر له هذا ، ويكفى الاجماع على المراتب الثلاثة المذكورة فى كلام القرافى ، فانه يدل على أن الذريعة من حيث هى غير كافية فى الاعتبار ، اذ لو كانت كذلك لاعتبرت مطلقا ولأبلغناه كذلك ، بل لابد معها من فضل خاص يقتضى اعتبارها والغاءها ، فلا دليل فى كلام الشافعى على اثبات قول له فى مسألة العينة وبيوع الآجال .

(وأما) المسألتان اللتان تمسك بهما من قول بعض الأصحاب ، فأما مسألة الولى اذا باع على اليتيم شقصا له فيه شفعة ، وكون بعض الأصحاب قال بأنه لا يأخذه بالشفعة فقول بعض الأصحاب هذا هو الأصح فى المذهب على ما قاله الرافعى فى كتاب الشفعة ، ولكن لا متعلق له فى ذلك ، لأن العلة فى ذلك أنه لو تمكن من ذلك لم يؤمن أن يترك النظر والاستقصاء للصبى ، وتسامح فى البيع ليأخذ بالثمن البخس ، فالتهمة المانعة كما أنه ليس له أن يبيع من نفسه ، وليس ذلك من سد الذرائع فى شىء ، وهذا لو كان الولى أباً أو جداً جاز لهما الأخذ لوفور الشفقة (وأما) مسألة المريض اذا باع فى مرض موته شقصا بدون ثمن المثل ، فالخلاف فيها على خمسة أوجه (أصحها) أنه يأخذ (وقيل) يصح البيع ولا يأخذه الوارث بالشفعة لما ذكر وهو الأصح عند ابن الصباغ (وقيل) لا يصح البيع أصلا ، وهذا الوجه والأول من جملة أربعة أوجه منقولة عن ابن سريج وظاهر هذين الوجهين الآخرين أنه يلزم مجىء مثله فى مسألتنا هذه ، فقياس قول ابن الصباغ أنه لا يصح البيع الأول ولا الثانى ، وقياس الوجه الآخر ألا يصح العقد الثانى .

والحق أن كلا من الوجهين لا يلزم فى مسألتنا هذه لأمرين (أحدهما) بالفرق بين المسألتين فان الشفيع مسلط على الأخذ من المشترى قهراً ، ومحاباة المريض للمشترى تبرع ، فهو بالمحاباة فى هذه الصورة أوجد تبرعا يقدر الوارث على الاستبدال بأخذه بدون رضا المشترى فأشبه التبرع الحاصل

من المريض للوارث فان أخذ الوارث قهراً من المشترى مثل قبوله من المريض بخلاف مسألتنا هذه فان البائع لا يستقل بالعقد الثانى ، بل يفتقر الى ايجاب وقبول ، وقد لا يوافقه المشترى عليه • (والأمر الثانى) أن التخريج فى المذهب انما يكون من أقوال الامام ، أما الوجوه المنقولة عن بعض الأصحاب فانما يلزم قائلها اذا لم يظهر فرق وقد ظهر الفرق ، والله أعلم •

(فرع) أكثر أصحابنا أطلقوا الجواز فى ذلك ولم يبينوا هل المراد الجواز مع الكراهة أو بدونها ، وقد صرح الرويانى فى البحر وابن أبى عصرون فى الانتصار والنووى فى الروضة بالكراهة فى ذلك ، ونقله ابن عبد البر عن الشافعى وقال النووى : ان دلائل الكراهة أكثر من أن تحصى واستدل له ابن عصرون بأن كل ما يجوز التصريح بشرطه فى العقد يكره قصده ، وقال ابن داود شارح مختصر المزنى : انه ان اتخذ ذلك عادة كره فأفهم أنه لا يكره اذا لم يكن عادة (والصواب) ما تقدم ، وأنه متى كان مقصوداً كره ، سواء اعتاده أو لم يعتده ، نعم ان جرى ذلك بغير قصد للمكروه ولا عادة ، كقصة عامل خيبر ، فينبغى الجزم بعدم الكراهة (والحاصل) أنها مراتب :

(الأولى) أن يجرى ذلك بقصد المكروه من أهل التهمة ، فهو حرام عند المالكية ، جائز عندنا مع الكراهة •

(الثانية) أن يجرى من غير قصد للمكروه ، ولا يكون الشخص ممن يتطرق اليه التهمة كقصة عامل خيبر ، فالذى ينبغى الجزم به عدم الكراهة ، فانه لغرض صحيح وهو التخلص من الربا أو أنه وقع اتفاقا ، فالظاهر من كلام المالكية أنه حرام اعتباراً بالصورة الظاهرة ومظنة التهمة • وفى كلام بعضهم ما يقتضى جوازه كما سنحكيه عنه ان شاء الله تعالى •

(المرتبة الثالثة) أن يجرى بقصد المكروه من غير أهل التهمة فيكره عندنا ومقتضى مذهب مالك واناطتهم ذلك بالمظنة أن يجوزوه (واعلم) أن مسألة بيوع الآجال تصنيفا لكنى أذكر نبذة يسيرة جداً •

(فـرع) فى نبذة يسيرة من كلام المالكية . قال ابن رشد فى البيان والتحصيل : وهذه مسألة تنتهى فى التفريع الى أربع وخمسين مسألة ثمان عشرة مسألة فى الشراء بالنقد ، وثمان عشرة مسألة فى الشراء الى أجل مقاصة ، وثمان عشرة مسألة فى الشراء الى أبعد من الأجل ، وذلك أنه قد يشترى منه الطعام بعينه الذى باع منه قبل أن يغيب عنه بمثل الثمن وبأقل منه وبأكثر نقداً ، وقد يشتريه منه وزيادة عليه بمثل الثمن أيضا وبأقل منه وبأكثر نقداً ، فهذه تسع مسائل اذا لم يغب المبتاع عن الطعام ، وتسع أخرى اذا غاب عليه ثمان عشرة مسألة فى الشراء بالنقد ومثلها فى الشراء اذا غاب الى أجل مقاصة ومثلها أيضا فى الشراء الى أبعد من الأجل ، فمنها خمس عشرة مسألة لا تجوز ، وهى أن يشترى منه بأقل من الثمن نقداً الطعام الذى باع منه بعينه قبل أن يغيب عليه ، أو بعضه أو كله وزيادة عليه أو أن يشترى منه بأقل من الثمن أيضا مثل الطعام الذى باع منه بعد أن غاب عليه أو أقل منه نقداً أو مقاصة ، وأن يشترى منه الطعام بعينه الذى باع منه وزيادة عليه بمثل الثمن أو أكثر منه نقداً أو مقاصة وبالله التوفيق .

وقال أبو اسحاق التونسى المالكى فى تعليقه فى باب ما يكره من العينة وبيوع الآجال فى كتاب ابن المواز من قول مالك وأصحابه : انما تكره العينة فى البيع الى أجل وأما بيع النقود فلا الا من عرف بالعينة المكروهة . واذا كانت البيعة الأولى الى أجل والثانية نقداً أو الى اجل أتهم فيها كل أحد ، واذا كانت الأولى نقداً فلا يتهم فى الثانية الا العينة خاصة (قال أصبغ) : واذا كان أحدهما من أهل العينة فالحمل على أنهما جميعا من أهلها.ووقع لابن وهب اذا كانت الأولى نقداً والثانية الى أجل أنهما يتهمان فيهما ، كما يتهمان اذا كانت الأولى الى أجل ، وخالفه ابن القاسم وأشهب . قال أغنى التونسى : ومما يكره من البياعات من أهل العينة ، مثل أن يبيع رجل منه سلعة بعشرة نقداً ثم يشتريها منه البائع بخمسة عشر نقداً أو الى أجل فيتهم المشترى ، أو يكون دفع عشرة انتفع بها البائع ورد عوضها خمسة عشر وكانت سلعته لغوا لرجوعها اليه ، ومثل أن يبيع منه سلعة بعشرة نقداً أو بعشرة الى أجل ، فلا يجوز فى أهل العينة لأنهما يحملان على أنه انما باع منه السلعة ما بعد

العشرة التى يأخذها البائع نقداً ، فكأنه قال : اذهب فبع منها بعشرة تدفعها الى والباقى بعته منك بعشرة الى أجل ، وهو مجهول •

ومثله من أهل العينة اذا كان انما يشترى ليبيع لا ليأكل ، مثل أن يبيع منه سلعة بعشرة الى أجل فيذهب فيقول : بعتها بثمانية فحط عنى من الربح قدر الدينارين ، فلا يجوز أيضا هذا من أهل العينة الذين يبيعون ، وكأنه انما عقد معه على أنه ما صح لك فيهـا ربحت عليك فيه الدرهم درهما أو نصفا ، فصار أصل المبيع الأول لا يعلم ما ثمنـه الا بعد بيعه • وهـذا لمن يشترى ليبيع ، ويجوز هـذا لمن أراد أن يأكل أو ينتفع ، وان كان من أهل العينة • ومن ذلك أن يقول له : اشتر لى سلعة كذا وكذا وأربحك فيهـا كذا الى أجـل كذا ، فهو مكروه ، وأكثر المالكية من هـذه المسـائل وأخواتها [1] جداً •

(فـرع) اشترى عشرة دنانير بمائة درهم وتقابضا البعض وافترقا ، بطل فى غير المقبوض ، وفى المقبوض طريقان ، كما لو تلف أحد العبدين قبل القبض ، وقال الرويانى : انه لا يجىء لأنه لم يجمع بين حلال وحرام ولا الثمن مجهولا • قال وقال ابن القاص : فى نظره من السلم قولان ، بناء على القولين فى تفريق الصفقة ، وهذا اختيار القفال ، ولا يرتضيه المحصلون من أصحابه ، ولا يقتضيه مذهبه ومسـألة العبـدين لا يبطل فى الباقى قولا واحداً •

ومن أصحابنا من قال : خرج أبو اسحاق فيه قولا : أنه اذا مات أحدهما يبطل العقد • وهذا غلط على أبى اسحاق ، لأنـه قال فى الشرح بخلافه • ولعله محكى عن غيره ، وليس بشىء ، وقد تقدم عن النـووى ذكر هـذه المسألة وجعلها كمسألة العبدين • وكلام الرويانى الذى حكيته يوافقه ، لكن كلام الشافعى فى الصرف يقتضى الفساد ، فيمكن أن يكون ذلك على أحـد القولين ، ويمكن أن يقال بالفساد هنا احتياطا للربا • ولا يخرج على مسألة العبدين • والله سبحانه وتعالى أعلم •

---

(١) كذا فى ش و ق •

(فـرع) لو وكل فى الصرف وعقد الوكيـل هل للموكل أن يقبض ويكتفى بقبضه عن قبض الوكيـل ؟ قال الجرجانى فى التحـرير فى كتـاب الوكالة : ويتعلق بالوكيل ما يتم به العقد من الايجاب والقبول والرؤية ، وقبض رأس [مال] السلم ، والتقابض فى الصرف ، وتتعلق حقوقه بالموكل وينتقل الملك اليه • وهذا يقتضى أنه لا يكتفى بقبض الموكل •

وكذلك حكى عن القاضى حسين أنه قال فى كتاب الوكالة : ان حقوق العقد تتعلق بالوكيل فى مجلس العقد وبطلان العقد بمفارقة المجلس قبـل أخـذ بدل الصرف • وقال فى آخر الـكتاب : ولا خلاف فى أن القبض فى الصرف والسلم وتقرير الملك يتعلق بالوكيل دون الموكل ، وان كان حاضراً فى ذلك المجلس • وقد تقدم فى هذا المجموع من كلام النووى رحمه الله والأصحاب أن قبض الوكيل قائم مقام قبض الموكل •

قال ابن الرفعة : ان كلام القاضى حسين والجرجانى المذكور قد ينازع باطلاقه فى هذا وقد يسلم • ويقال ان الوكيل ينوب عن الموكل ، فاذا قبض فيده كيده ، والموكل لا ينوب عن الوكيل فيما يتصرف فيه لنفسه ، فلم يقم قبض الموكل مقام قبض الوكيل ، وان وقع فى المجلس •

(قلت) وهذا هو الحق ولا تناقض بين كلام القاضى حسين والجرجانى وسائر الأصحاب • والله أعلم •

فائـدة فى تسـمية الصرف

قال ابن سيده فى المحكم : الصرف فضل الدرهم على الدرهم والدينار على الدينار والصرف بيع الذهب بالفضة ، والصراف والصيرف والصيرفى النقاد ، والجمع صيارف وصيارفة ، دخلت فيه الهـاء لدخولهـا فى الملائكة والقشاعمة لا للنسب ، وقال الأصحاب : الصرف بيع الذهب بالفضة والفضة بالذهب والذهب بالذهب ورأيت فى مختصر البويطى ما يقتضى ان الصرف اسم لبيع أحد النقدين بالآخر ، والمصارفة اسم لبيع النقـد بجنسـه ، فانه قال : لا يجوز أن يصارف ذهبا بذهب ، ويشترط عند المصارفة أن يبيعه أو يشترى منه كل دينار زاد بدراهم ، لأن الصيغة جمعت الصرف والمصارفة ، وذلك مجهول حصة المصارفة من حصـة الصرف وقال الماوردى : سـمى

الصرف صرفا لصرف حكمه عن أكثر أحكام البيع • وقيل لصرف المسامحة عنه فى زيادة أو تأخير ، وقيل : لأن الشرع أوجب على كل منهما مصارفة صاحبه (أى مضايقته) •

(فـرع) كان له على رجل عشرة دنانير ، فأعطاه عشرة عددا قضاء لما عليه فوزنها القابض فوجدها أحد عشر ديناراً • قال الأصحاب والقـاضى وأبو الطيب والرافعى : كان الدينار الزائد للقاضى [1] مشاعا فيها ، ويكون مضمونا على القابض لأنه أخذه عوضا ولم يأخذه أمانة ، وليس كما اذا سلم ديناراً نصفه شائعا حيث يكون النصف الآخر أمانة ، لأنه لم يقبض النصف الزائد بدلا عما عليه ، وهنا قبضه بدلا عما فى ذمتـه • وفى الصـورتين قال القاضى أبو الطيب : ان شاء القاضى استرجع منه ديناراً وان شاء وهبه له أو اشترى به منه عرضا ، أو أخذ به دراهم يشـترط قبض الدراهم فى المجلس وان شاء جعله ثمناً لموصوف فى ذمته سلماً • هكذا أطلقوه • وفى الصـورة الأخيرة يجب حمله على ما اذا كان الدينار باقيا ، فلو تلف صار ديناً لم يجز جعـله رأس مال فى السـلم لأنه بيع دين بدين ، ثم ما ذكروه كله يدل على صحة القبض فى مقـدار العين ، وذلك مخالف للقاعدة المقـررة (أن قبض الموزون أو المكيل جزافا فاسد) حتى لو قال له الدافع : اننى وزنتها وانها كذا فقبضـها على ذلك • قال الرافعى يكون فاسـداً ، ومقتضى ذلك أنه لا يدخل فى ملكه فيجب تجديد القبض ، ومحل تحرير ذلك فى كلام المصنف فى آخر باب السلم ان شاء الله تعالى •

(فـرع) لو كان له عنده عشرة دنانير موصوفة فأعطاه ديناراً واحداً وزنه عشرة مثاقيل لم يلزمه ، فلو باعه عبداً بمائة دينار أهوازية فجاءه بثلاثة وتسعين ديناراً وزنه مائة ، لزمه أن يقبض الا أن يكون شرط عليه مائة وزنها وعددها سواء فلا يلزمه أخذ ذلك ، قالهما الصيمرى فى شرح الكفاية •

(فـرع) قال القاضى حسين : اذا قال : بعت منك هذا الدينار بما يقابله من دينارك فكان دينارة زائداً سدسا أو أكثر فانه بالخيار بين أن يهبه

---

(١) القاضى اسم فاعل قضى اى ادى ما عليه لدائنه فيكون القاضى هنا هو المعطى للعشرة عددا وكذلك فى قول القاضى أبى الطيب ان شاء القاضى استرجع الخ (ط) •

تلك الزيادة أو يبيعه منه بعد بشيء آخر ويقطع الزيادة عنه أو يشركه فيه أو يتركه على حاله برضاه والله سبحانه وتعالى أعلم .

فـــرع آخر قاله القاضي حســين

لو قال بنصف دينار لزمه بوزن المدينة بغير البلد ، فلو قال بنصف هذا الدينارلزمه نصفه ، سواء كان وزنه ديناراً أو أقل أو أكثر فلو قال بنصـــف دينار من هذا الدينار فان كان وزنه أكثر أخذ منه نصف دينار ، أو ان كان وزنه نصف دينار دفع الكل اليه ، وان كان أقل من ذلك ففي صحة العقد وجهان بناء على القولين في تغليب الاشارة أو العبارة .

(فـــرع) قال الشافعي رضي الله عنـــه في الأم : ان كان وهب منه ديناراً أو أثابه الآخر دينارا أو زَنَ أو أنقص فلابأس .

(فـــرع) قال الأصحاب : اذا كان له عند صيرفي دينار فأخذ منـــه دراهم من غير عقد فالدينـــار له والدراهم عليـــه ؛ فان بلغت فطريقهما أن يتباريا .

(فـــرع) له عند صيرفي دينار قبض ثمنه من غير لفظ البيع لم يصح ، وصار للصيرفي عليه دراهم ، ولا يخفى الحكم .

(فـــرع) التولية ببيع جائزة في عقد الصرف كغيره ، فان قال لرجل : اشتر عشرين درهما لنفسك بدينار ، ثم ولني نصفها بنصف الثمن لم يصح ، لأنه اذا ولاه كان بيع غائب .

(فـــرع) باع ثوباً بمائة درهم ، صرف عشرين درهمـــا بدينـــار لم يصح ، كما لو قال : بعتك قفيزا من طعام قيمته درهم ، وان كان نقد البلد من صرف عشرين درهما بدينار لم يجب حمله عليه ، لأن السعر يختلف .

(فـــرع) اشترى ثوبا بمائة درهم الا ديناراً أو مائة دينار الا درهما لم يصح فلو قال بمائة درهم الا درهما صح ، هكذا أطلق الأصحاب اذا قال : بعتك بدينار الا درهما وكان يعلم قيمة الدرهم من الدينار اما عشره أو نصف عشره صح البيع لأنه استثناء معلوم من معلوم ، وقال الماوردي فيما تقدم :

(فـــرع) اشترى ثوباً بنصف دينار لزمه شق دينار ، ولا يلزمه مـــن دينار صحيح ، ولو اشترى منه ثوباً آخر بنصف دينار لزمه نصف دينار آخر مكسورة ولا يلزمه دينار صحيح ، فان أعطاه صحيحا فقد أحسن ، فان شرط فى الثانى ان كان بعد لزوم العقد الأول فالثانى باطل فقط بلا خلاف ، وان كان خيار العقد باقياً فسد الأول والثانى جميعا هكذا قال القاضى أبو الطيب وغيره ، وقال القاضى حسين : ان القول بفساد العقدين جميعا قول صاحب التقريب ، لأن الشرط الفاسد أو الصحيح اذا وجد فى المجلس يلتحق بأصل العقد •

قال : وقال القفال : يصح العقدان ويجعل كما لو قال فى الابتداء : بعت منك هذين الشيئين بدينار صحيح ، وفى المسألة شىء آخر ، وهو أن القاضى مع ذلك أطلق فى صدر المسألة أنه اذا قال : بعتك هذا بنصف دينار لا يجوز لقلة وجوده ولعزته قال : ولو قال : بعت منك هذا بنصف دينار صحيح يجوز لكثرة وجوده ثم يعطيه قطعة وزنها نصف دينار ، أو يشركه فى دينار صحيح ان رضى به ، وساق بقية الكلام فأثار هذا الكلام اشكالا ، فان النصف اما أن يحمل عند الاطلاق على نصف شائع من دينار ، أو على جزء متميز ، فان كان الأول فوجب أن يلزمه تسليم النصف شائعا ولا يكسره ، فانه ينتقص قيمته به ، ويكون ذلك كسر المشاع ، ولا يلزمه على هذا فساد العقد ، لأن ذلك ليس بعزيز الوجود ، وقد جزموا بأنه لا يلزمه تسليم نصف من دينار صحيح ، ولا يلزم البائع أيضا أن يأخذ مشاعا الا برضاه كما قال القاضى حسين •

وان حمل على جزء متميز فيتجه فساد العقد ، لأنه اما عزيز الوجود واما أن يحصل به تنقيص عين المبيع اذا ألزمنـــاه بقطع دينار ، وهـــذا اذا أطلق النصف وان قيد فان قال : نصفا من دينار صحيح ، اقتضى الاشاعة ، ولا يأتى ما قالوه فى تسليم شق دينار ، لأنه خلاف الشرط ، وان قال : نصـــفا صحيحا اقتضى الفساد لعزة وجوده ، كما قال القاضى حسين ، وان قال نصفا مكسوراً من دينار اقتضى الفساد أيضا ، اذ لا يوجد على هـــذه الهيئـــة الا عزيزاً ، وان ألزمناه مكسراً اقتضى تنقيص عين المبيع والله أعلم •

والشافعي رحمه الله لما ذكر المسألة فى الأم أطلق القول بالصحة اذا باع بنصف دينار ، وكذا قال : اذا اشترط عليه عند العقد أن له عليه ديناراً فان قيده بألا يكون نصف [1] .

(فرع) وهو من تتمة ما قاله القاضى حسين أعلاه . قال الرويانى فى البحر : لو قال بنصف دينار صحيح فان لم يقل : مدوراً يصح ، ولو سلم مدوراً وشقا من دينار يجوز ، وان سلم ثقيلا وأشركه فيه يجوز ، وان قال : مدوراً وهو عام الوجود يجوز ، وان كان نادر الوجود لا يجوز ، هكذا قال الرويانى ، وهو كلام بين ، فلينزل كلام القاضى حسين عليه .

(فرع) اشترى ثوبا بعشرين درهما وجاء بعشرين صحاحا وزنها عشرون ونصف وقبض بنصف درهم فضة جاز ، وان كان ذلك شرطا فى أصل بيع الثوب لم يصح . لأنه بيعتان فى بيعة .

(فرع) لو ابتاع ثوباً بدينار يلزم المشترى دينار صحيح ، ولا يجب على البائع أن يأخذ ديناراً بنصفين ، قاله الماوردى . ولو باع الثوب الأول بنصف دينار والثانى بنصف دينار على أن له عليه ديناراً كان البيع الأول والثانى جائزين هكذا قال الماوردى ، لأن الشرط المقترن بالثانى لا ينافيه مع موافقته على ما تقدم عن أبى الطيب ، ولعل مأخذه أن الدينار المشروط عليه لم يصفه بالصحة ، فلا ينافى نصفى دينار يحمل عليه بخلاف ما اذا باع أولا بدينار مطلق فانه يحمل على الصحيح لأجل الاطلاق ، وفيما نحن فيه قرينة تصرفه عن ذلك ، والله أعلم . ذكر هذه الفروع فى هذا المكان القاضى أبو الطيب رحمه الله وغيره ، ورضى الله عنه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان مما يحرم فيهما الربا بعلتين ، كبيع الحنطة بالذهب والشعير بالفضة حل فيه التفاضل والنساء والتفرق قبل التقابض ، لاجماع الأمة على جواز اسلام الذهب والفضة فى المكيلات والمطعومات) .

---

(١) بياض بالأصل فحرر . قلت : ونص الشافعى فى باب ما جاء فى الصرف (ومن باع رجلا ثوبا بنصف دينار ثم باعه ثوبا آخر بنصف دينار حالين أو الى اجل واحد فله عليه دينار فان شرط عليه عند البيعة الآخرة ، أن له عليه ديناراً فالشرط جائز وان قال : ديناراً لا يعطيه نصفين ولكن يعطيه واحداً جازت البيعة الأولى ولم تجز البيعة الثانية وان لم يشترط هذا الشرط ثم أعطاه ديناراً وافيا فالبيع جائز) اهـ (ط) .

(الشرح) هذا قسيم قوله : فان كان مما يحرم فيهما الربا بعلة واحدة ، والضمير فى كان لا يمكن عوده على الثمن وحده ، لأنه لا يحرم الربا فيه وحده بعلتين ويعود ضمير التثنية عليه ، ولا الى المبيع وحده كذلك ، ولا اليهما لامتناع عود الضمير المفرد الى اثنين ، فتعين أن يكون عائدا الى جنس ما اشتملت عليه الصفقة من الجانبين • وهو ما يحرم فيه الربا الذى هو قدر مشترك بينهما ؛ وهو الذى صدر به المصنف الفصل ، وهو قوله : فيهما أعاد الضمير على مثنى على معنى ما لأن المراد به التثنية وكان يجوز أن يعيده على لفظها فيقول : فيه ، والمراد بذلك حرمة الربا فى كل منهما على الافراد ، وأما المجموع حالة المقابلة المذكورة فلا يحرم فيه الربا أصلا ، لا بعلة ولا بعلتين وذلك واضح فلم تجتمع العلتان على حكم واحد بعينه بل الطعم علة لحرمة الربا فى المطعومات فقط ، والثمنية علة حرمة الربا فى النقد ، فالعلتان موجبتان لنوع حرمة الربا المقيد بذلك المحل •

وعبارة المصنف أخص من عبارته فى التنبيه على قوله : وان لم يحرم فيهما الربا بعلة واحدة فان ذلك شامل لما اذا باع الربوى بغير ربوى ، وان كان التمثيل بعيداً ، والحكم لا يختلف • وعبارته فى المهذب خاصة بما اذا كان العوضان ربويين وأما غير الربوى فانه أفرد له الفصل الذى قبل هذا ، فلم يحتج أن يدرجه فى كلامه • ولو كان مقصوده ادراجه فى الكلام لجاءت الأقسام خمسة ، لأنه اما ألا يكون العوضان ربويين أو أحدهما ربويا دون الآخر ، وهذان القسمان لا يحرم فيهما شىء من أنواع الربا ، واما أن يكونا جميعاً ربويين • فاما ألا يكون العوضان من جنس واحد فيحرم فيهما جميع أنواع الربا ، واما أن يكونا من جنسين ، فاما أن يشتركا فى علة الربا أو يختلفا ، فان اشتركا حرم النساء والتفرق ، وان اختلفا لم يحرم شىء كما لو لم يكن أحدهما ربويا •

اذا عرف ذلك فاذا باع الربوى بربوى آخر يخالفه فى علة الربا حل فيه التفاضل والنساء والتفرق قبل التقابض ، لما ذكره المصنف رحمه الله وللاجماع المذكور نقله الشافعى رحمه الله تعالى فى الاملاء ، واقتضاه كلامه فى الأم والمختصر ، ولفظه فى الاملاء أصرح قال فيه : لأن المسلمين أجمعوا على أن الذهب والورق يسلمان فيما سواهما ، وقال فى الأم فى باب الآجال فى

الصرف (ولا أعلم المسلمين اختلفوا فى أن الدنانير والدراهم يسلمان فى كل شيء الا أن أحدهما لا يسلم فى الآخر) وقال فى مختصر المزنى رحمه الله (ولا أعلم بين المسلمين خلافاً فى أن الدينار والدرهم يسلمان فى كل شيء ولا يسلم أحدهما فى الآخر) ا هـ .

والاستدلال بجواز السلم على جواز النساء ـ اذا منعنا التسلم الحال ـ واضح . وأما اذا جوزناه فطريق تقريره قد تقدم فى الصرف على الذمة ، فكل سلم هو بيع نسيئة ، وأما ان كل بيع نسيئة سلم فانه يتبنى على أنه اذا باع موصوفا فى الذمة هل يكون سلماً أو بيعا ؟ وفيه وجهان (ان قلنا) يكون سلما فصار السلم والبيع نسيئة شيئا واحداً فيقال على هذا فى هذا القسم الذى نحن فيه : يجوز نقداً ونسيئا ولا يذكر بعد ذلك أنه يجوز اسلام أحدهما فى الآخر (فان قلنا) انه يكون بيعا لا سلما ، فانا نقول يجوز نقداً ونسيئا ، ويجوز اسلام أحدهما فى الآخر . ذكر معنى ذلك أو قريبا منه الشيخ أبو حامد الاسفراينى وقال أيضا : ومعنى قولنا نقداً ونسيئا أن يقول : بعتك ثوباً صفته كيت وكيت الى أجل كذا ، ولا يريد به أن يشترى عينا ، ويشترط تسليمه الى أجل ، فان هذا لا يجوز .

(**قلت**) ولا ينحصر الفساد فيما قاله ، بل تارة يكون النساء فى المبيع وصورته ما ذكر ، كما اذا قال : بعتك اردب قمح فى ذمتى الى شهر بهذا الدينار ، وتارة يكون فى الثمن كما اذا قال بعتك هذا الاردب القمح بدينار فى ذمتك الى شهر ، وفى القسم الأول يشترط قبض رأس المال اذا جعلناه سلما . وفى القسم الثانى لا يشترط قبض واحد منهما لأنه بيع محض وكلام المصنف رحمه الله يحتمل كلا من المعنيين أن تكون الحنطة مبيعة فى الذمة نساء بالذهب ، فيكون سلما على أحد الوجهين أو بيعا فى معنى السلم على الوجه الآخر ، وحينئذ يكون الاستدلال بالاجماع فى عين المسألة وهذا الذى يشعر به كلام الشيخ أبى حامد .

ويحتمل أن يكون مراده بيع الحنطة المعينة بذهب فى الذمة نساء ، وحينئذ لا يكون نساء فيكون حكمه مأخوذاً من القياس على السلم الثابت بالاجماع فالاجماع المذكور دليل الأصل المقيس عليه ، ولما كان الالحاق جليا بعد ثبوت

الأصل المقيس عليه سكت عن ذكره ، ثم اذا جاز البيع نسيئة تبعه جواز التفرق قبل التقابض ، لأن كل عوضين حرم التفرق فيهما قبل التقابض حرم النساء فيهما ، ومالا فلا ، ولا ينتقض ببيع الجوهرة بالجوهرة ، فانه يجوز التفرق قبل القبض اذا كانتا حاضرتين ، ولا يجوز النساء فيهما ، لأن التحريم فى ذلك لا يرجع الى النساء ، بل لكونه لا يضبط بالصفة فيكون المسلم فيه مجهولا ، ولم أر أحداً من أصحابنا ولا من غيرهم ذكر خلافا فى هذه المسألة أعنى جواز بيع الحنطة بالذهب والشعير بالفضة نساء ولا أشعر به ، الا أبا محمد بن حزم الظاهرى فانه قال فى كتابه المسمى مراتب الاجماع :

« واتفقوا على أن الابتياع بدينارين أو دراهم حالة فى الذمة غير مقبوضة وبها الى أجل محدود بالأيام أو الأهلة والساعات والأعوام القمرية ، مالم يتطاول الأجل جدا جائز ،مالم يكن المبيع شيئا مما يؤكل أو يشرب ، فان الاختلاف فى جواز بيع ذلك بالدراهم أو الدنانير الى أجل موصوف ، وأما حالا فلا خلاف أن ذلك جائز ، واختلفوا فيما عدا الدراهم والدنانير فى كلا الوجهين المذكورين ، فتضمن كلام ابن حزم اثبات خلاف فى ذلك ، ويمكن أن يحتج له بقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث عبادة بعد ذكره الأشياء الستة «فاذا اختلفت هذه الأصناف ، فبيعوا كيف شئتم اذا كان يداً بيد » لفظ مسلم واختلاف الأصناف ، ويشمل اختلافهما على وجه تكون علة الربا فيهما واحدة أو متعددة وقد شرط فى ذلك التقابض • وقال صاحب المغنى من الحنابلة : ويحتمل كلام الخرقى وجوب التقابض على كل حال لقوله « يداً بيد » اهـ واقتصار المصنف على المكيلات والمطعومات وان كان الحكم عاما فى جميع ما سوى الذهب والفضة كما يدل عليه عبارة الشافعى كان غرضه بذلك ــ والله أعلم ــ التنبيه على ما يخالف الذهب والفضة فى العلة عندنا وعند الحنفية ، فعندنا المطعومات وعندهم المكيلات •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وكل شيئين اتفقا فى اسم الخاص من أصل الخلقة ، كالتمر البرنى والتمر المعقلى فهما جنس واحد ، وكل شيئين اختلفا فى الاسم من أصل الخلقة كالحنطة والشعير والتمر والزبيب فهما جنسان ، والدليل عليه ان النبى صلى الله عليه وسلم ذكر ستة أشياء ، وحرم فيها التفاضل ، اذا باع كل شىء

منها بما وافقه فى الاسم واباح فيها التفاضل اذا باعه بما خالفه فى الاسم ، فدل على ان كل شيئين اتفقا فى الاسم فهما جنس ، واذا اختلفا فى الاسم فهما جنسان) .

(الشرح) لما تقرر أن حكم الربوى اذا بيع بجنسه مخالف لحكمه اذا بيع بغير جنسه احتيج الى معرفة الجنس ، فان كل ربويين يشتركان فى أمور ويختلفان فى أمور فلابد من ضابط ، فذكر المصنف هذا الضابط ، وقد أخذه من معانى كلام الشافعى والأصحاب وحرره بهذه العبارة واستدل له ، وهو أصل عظيم ينبنى عليه مسائل كثيرة كاللحوم والألبان والأدقة [1] واعتراضات وأجوبة عليها ستنكشف لك فيما بعد ان شاء الله تعالى .

قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم فى باب جماع تفريع الكيل والوزن بعضه ببعض ما ملخصه : انك تنظر الى الاسم الأعم الجامع كالنبات مثلا ، ثم تقسمه الى الحب اسما وغيره بمعنى الاسم الذى يميزه به عما يشاركه من الحب والنبات ، وكذلك الذهب والفضة يشملهما أنهما مخلوقان من الأرض ، ثم ينقسم ذلك الى تبر وغيره ، ثم ينقسم التبر الى ذهب وفضة وغيرهما من النحاس والحديد وغيرهما ، فالذهب والفضة ، والتمر والزبيب والحنطة والشعير أخص الأسماء الصادقة على ذلك ، وليس ينقسم بعد ذلك الا الى الصفات فيقال : تمر بَرْنِى ، وتمر معقلى ، وذهب مصرى ، وذهب مغربى وما أشبه ذلك ، وليس لكل نوع من ذلك شىء يخصه ، بل اذا أريد معرفته ذكر الاسم الخاص وهو التمر والذهب . ثم قيل بتلك الصفة بخلاف الذهب والتمر بالنسبة الى التبر والحب لا يذكر الاسم الأعم منهما بل اسمهما بخصوصه .

قال الشافعى رضى الله عنه : الحنطة جنس ، وان تفاضلت وتباينت فى الأسماء ، كما يتباين الذهب ويتفاضل فى الأسماء قال : ولا بأس بحنطة جيدة يساوى مدها ديناراً بحنطة رديئة لا يساوى مدها سدس دينار ، ولا حنطة حديثة بحنطة قديمة ، ولا حنطة بيضاء صافية بحنطة سوداء قبيحة مثلا مثلا بمثل ، فقول المصنف فى الاسم الخاص قال ابن أبى عصرون : قال

---

(١) الأدقة جمع دقيق (ط) .

أبو على الفارقى : احتراز من الاسم المشترك كالفاكهة فانه اسم يعم ، وكذلك الثمر ، فاذا قال تمر فقد خصص .

(قلت) فلم قال من أصل الخلقة ولم يقل من أصل الوضع ؟ والأسماء توضع ولا يقال تخلق ، قال : فيه احتراز من الدقيق ، فانه اسم ثابت له من أصل الوضع ولكن الاسم الذى ثبت له من أصل الخلقة هو الحنطة والشعير فان الدقيق لم يخلق على هيئته وانما يخلق حبا ثم يطحن فيصير دقيقا انتهى ، وكذلك اللحوم ، قال ابن الرفعة : قيل ولا حاجة الى زيادة هذا القيد كما أسقطه فى التتمة ، فان الاسم الخاص فيها لا يكون الا مع الاضافة ، كقوله : دقيق بر ودهن سمسم ونحو ذلك . (قلت) وقول المصنف فى الجنسين اختلفا فى الاسم ، ولم يقل الخاص كما قال فى الجنس الواحد فى غاية الحسن لأن الاختلاف فى الاسم صادق بطريقين :

(أحدهما) بالاختلاف فى الاسم الخاص مع الاشتراك فى العام كما مثل. (والثانى) الاختلاف فى الاسم العام أيضا ، ومن ضرورته الاختلاف فى الاسم الخاص . واذا كان الاختلاف فى الاسم الخاص يوجب الاختلاف فى التجانس فالاختلاف فى الاسم العام بذلك أولى ، وان كان لابد بين كل شيئين من اسم عام ، لكنه قد يكون بعيداً واستدلال المصنف لذلك بما ذكر فى غاية الجودة . فان النبى صلى الله عليه وسلم أباح التفاضل عند اختلاف هذه الأشياء التمر بالبر والذهب بالفضة مع اشتراكهما فى الاسم العام وهو الحب والتبر ، وحرم التفاضل عند مقابلتها بمثلها كالذهب بالذهب ، وهما متفقان فى الاسم وان اختلفا فيما هو أخص من ذلك كالقاسانى والسابورى ، فدل على أنه حيث حصل الاتفاق فى الاسم الخاص حرم التفاضل ، وحيث اختلفا فى الاسم الخاص جاز التفاضل وذلك هو مرادنا هنا باتفاق الجنس واختلافه . وكذلك الصنف المراد به هنا الجنس ، فحيث اتفق الاسم صدق أنه جنس واحد وصنف واحد .

وحيث اختلف يقال : جنسان وصنفان ، فلذلك جاء فى حديث عبادة فى مسلم « فاذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم » وكذلك اللون فقد تقدم فى حديث أبى هريرة رضى الله عنه الثابت فى مسلم من قول رسول الله

صلى الله عليه وسلم بعد ذكر الأشياء « فمن زاد أو استزاد فقد أربى الا ما اختلفت ألوانه » وليس المراد بالألوان من التمر أو الحنطة وما أشبههما لما تقرر أن ألوان التمر لا يجوز التفاضل بينها ، ويدل عليه حديث عامل خيبر المتقدم فى الجمع والجنيب ، وانما المراد بالألوان الأصناف ، فحينئذ الجنس والصنف واللون فيما نحن فيه سواء وليس المراد بالجنس ههنا ما يتعارفه الأصوليون ، فان ذلك اصطلاح آخر .

وقال القاضى عبد الوهاب المالكى فى شرح الرسالة : ان قولنا جنس ، تارة يرجع الى اتفاق فى حكم من أحكام الشرع كالابل والبقر والغنم فى اشتراكها فى وجوب الزكاة ، والاجزاء فى الضحايا والهدايا ، وانها من بهيمة الأنعام ، ذكر فى تأييد قولهم فى اللحوم ، وما قدمناه من اعتبار التسمية أولى ، لأن الدليل المتقدم دل على اعتباره . وقد يقال : ان مقتضى هذا الضابط أن يكون الطلع والرطب والتمر أجناسا لاختلافها فى الاسم الخاص . وقد اتفق الأصحاب على أنها جنس واحد ، وان اختلفوا فى بيع الطلع بالتمر والرطب ، وكذلك الدقيق والحنطة مختلفان فى الاسم الخاص .

(فالجواب) أما الطلع فانه اسم يدخل تحته طلع النخلة كله ، ثم هو بعد ذلك يصير الى حالة تسمى بسراً أو رطباً أو تمراً ، فهو حين كان طلعاً كان جنسا واحداً بلا اشكال للاتفاق فى الاسم والحقيقة ، فحين انتقل شىء من الطلع الى حالة يسمى فيها تمراً أو رطبا لا يمكن أن يقال : انه جنس غير الطلع لأنه هو مع تبدل صفته ، وحصل له اسم خاص تبعا لتلك الصفة . وذلك لا يوجب الاختلاف فى الجنس ، فان اختلاف الجنس الواحد باليبس والرطوبة والتلون لا يوجب اختلاف حقيقته ، فلذلك لم يصر اختصاص كل منهما باسم أخص من الطلع فى جعلها أجناسا ، لأن الطلع الذى فرضنا الكلام [فيه] طلع نخلة بعينها تبدلت حالاته ، فالطلع اسم خاص بتلك الذات ، ولأفرادها أسماء باعتبار الصفات . وهذا أولى بالاتحاد من المعقلى والبرنى لأنهما نوعان ، واختلاف النوع أشد من اختلاف الوصف ، فان النوعين اختلافهما فى النوعية ثابت من أصل الخلقة ، بخلاف التمر مع الرطب والطلع ، وكذلك الدقيق هو الحنطة بعينه ، ولكن تبدلت صفته . واختلاف الأسماء انما جعل مناط اختلاف الأجناس عند اختلاف الذوات كالبر والشعير . أما

مع اتحادها فلا أثر لاختلافه التابع للصفات ، ولك أن تأخذ على قياس هذا أنه مع اختلافها لا أثر للاتحاد الطارىء كاللحمان والأدقة والأدهان والحلول. وسيأتى الكلام فى ذلك ان شاء الله تعالى .

(**فان قلت**) قد اختلف الأصحاب فى السلم ، هل اختلاف النوع كاختلاف الجنس ؟ والأصح أنه مثله ، وههنا اتفقوا على أن اختلاف النوع ليس كاختلاف الجنس فلا يجوز بيع نوع من الربويات بنوع آخر من جنسه متفاضلا ، فما الفرق بين الغايتين ؟

(**قلت**) القول فى السلم أن عند اختلاف النوع لم يأت بما يثبت فى ذمته بل بغيره ، والأصل أن لا تبرأ ذمة الا بما يثبت فيها ، سواء كان من جنسه أو من غير جنسه ، الا أن يكون بينهما من الاختلاف مالا يختلف الغرض به . وأما الربويات فالمعتبر مسمى الجنس وهو موجود فى النوعين ، ونحن وان قلنا فى السلم لا يأخذ أحد النوعين عن الآخر لا نجعلهما جنسين ، بل مع اتفاق الجنس نمنع من الأخذ لما تقدم ، والله أعلم .

فأنواع التمر كلها كالمعقلى والبرنى وغير ذلك جنس واحد ، وأنواع الحنطة كالصعيدى والبحيرى وغيرهما جنس واحد ، وأنواع الذهب كالمصرى والمغربى وغيرهما جنس واحد وأنواع الزبيب كالأسود والأحمر وسائر أصنافه جنس واحد ، والمعتمد فيه حديث بلال المتقدم ، واطلاق قوله صلى الله عليه وسلم « التمر بالتمر والذهب بالذهب والحنطة بالحنطة » .

(**فائدة**) البرنى ضرب من التمر أصفر مدور ، عن صاحب المحكم أنه أجود التمر . وقال الشيخ فى السلم : ان المعقلى أفضل منه . ونوزع فى ذلك ، وقولهم فى البرنى : انه مدور أصفر ، كذلك لقد رأيناه وليس فيه تدوير . والمعقلى بالعراق منسوب الى معقل بن يسار الصحابى رضى الله عنه ، واليه ينسب نهر معقل بالبصرة ، ولكن لا يستكمل الغرض فى تحقيق هذا الضابط وتحريره الا بذكر المسائل التى وقع فيها الاشتباه فى ذلك . فبذلك يتضح المعتمد فى هذا الأصل . والله المستعان . وقول المصنف (فدل على أن كل شيئين اتفقا فى الاسم فهما جنس واحد) مقصوده بالاسم الاسم الخاص الذى من أصل الخلقة . وسكت عن تقييده بذلك لما تقدم من كلامه.

ولأن المراد الاسم المعهود الذى ذكره النبى صلى الله عليه وسلم فى الأشياء الستة فانه بهذه الصفة والله أعلم .

وقد يورد على هذا الأصل التمر والرطب فانهما جنس واحد مع اختلافهما فى الاسم ولا يرد التمر ، فان اسم التمر طارىء عليه بعد كونه رطبا . وكذلك لا يرد الضأن والمعز فانهما يذكران صفة لا اسما فيقال شاة ضانية وشاة ماعزة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وما اتخذ من اموال الربا كالدقيق والخبز والعصير والدهن تعتبر باصولها فان كانت الأصول اجناسا فهى اجناس ، وان كانت الأصول جنسا واحدا فهى جنس واحد) .

(الشرح) لما أفهم كلام المصنف فيما تقدم أن الاتفاق فى الاسم قد يكون من أصل الخلقة ، وقد لا يكون ، احتاج أن يبين حكم القسم الثانى ، وهو على قسمين (أحدهما) ما يكون متحداً فى أموال الربا كالدقيق والدهن (والثانى) ما ليس كذلك ، كاللحوم والألبان ، وسيأتى .

(أما) القسم الأول كالأدقة والأخباز والأدهان والعصير والخلول ، فقد ذكر الشافعى رضى الله عنه والأصحاب أنه يعتبر بأصولها ، فان كانت أصولها أجناسا فهى أجناس ، وذلك لأنها مختلفة فى أنفسها ، واشراكها فى اسم عام وهو الدقيق أو الدهن مثلا ، لا يوجب اتحادها ، كما يشترك البر والشعير فى الحب ، وليسا متحدين فى الجنس ، وغايته أن العرب لم تضع لكل من الأدقة اسما يخصه بل اكتفت فيه بالاسم العام المتميز بالاضافة الى ما يخرج منه ، وذلك لا يوجب الاتحاد فى الجنس ، وكونها مختلفة الحقائق ناشىء من أجناس توجب الاختلاف فاعتبرت بأصولها كذلك قال الشافعى رحمه الله لما تكلم فى الأدهان وقال :

(فان قال قائل : قد يجمعها اسم الدهن ، قيل : وكذلك يجمع الحنطة والأذرة والأرز اسم الحب ، وليس للأدهان اسم موضوع عند العرب انما سميت معان لأنها تنسب الى ما يكون) يشير الشافعى بذلك الى ما قلته ومن هذا الكلام استفدته ، وهو أسهل فى التقرير من أن يسلم اتفاقا فى الاسم

الخاص ، ثم يدعى اختلافهما لاختلاف أصولهما ، وقد صرح القاضى أبو الطيب أنهما مشتركان فى الاسم الخاص ، والأمر فى ذلك قريب ، وقد وضعوا لبعض الأدهان اسما بخصوصه ، كالشيرج والزيت فصار اختلافهما لأمرين اختلاف اسمهما الخاص ، واختلاف أصلهما ، وبهذا يزول اعتراض من يقول : انه اذا كان المعتبر الاسم فالأدقة والأدهان واللحوم والألبان كل منها متحدة الاسم ، فهذه كانت جنسا واحداً وسنذكر فى كل من الأدقة والأدهان والخلول خلافا ضعيفا ، وكذلك فى العصير والمعتمد ما يقتضيه هذا الأصل الممهد والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فعلى هذا دقيق الحنطة ودقيق الشعير جنسان ، وخبز الحنطة وخبز الشعير جنسان ، ودهن الجوز ودهن اللوز جنسان) .

(الشرح) هذا التفريع على ذلك الأصل لا خفاء فيه ، هذا هو الصحيح المشهور ، وبه جزم أكثر الأصحاب وادعى الشيخ أبو حامد أن مسألتى الدقيق والخبز لا خلاف فيهما ؛ لأن الأدقة أجناس ، والأخباز أجناس وكذلك ادعى المحاملى فى المجموع أيضا ، وكذلك قال الامام فى الأدقة ، وقال المحاملى : وقد ذكر فى حرملة ــ كلاما يؤدى الى أنها جنس واحد وليس بشىء ، قال الرافعى : وفى الأدقة حكاية قول الامام فى حرملة أنها جنس واحد ، وكلام المحاملي يقتضي أن ذلك ليس مصرحا به ، فلا يجزم باثباته . والظاهر أنه اطلع على ذلك الكلام ، وتأمل معناه ، وأن الرافعى رحمه الله تعالى نقل ذلك عن غيره ، فينبغى التوقف فى اثبات ذلك قولا ؛ وكيفما قدر فالمذهب المشهور الذى قطع به كثيرون خلافه فعلى المشهور فى أنها أجناس فيباع دقيق الحنطة بدقيق الشعير متساويا ومتفاضلا يداً بيد ، ولا فرق بين أن يكون رطبا أو يابسا بيابس لأن أكثر ما فيه وجود التفاضل ، وهو جائز ، وان ثبت القول الآخر أنها جنس واحد ، فان الحكم فى ذلك كالحكم فى بيع دقيق الحنطة بدقيقها ، وخبزها بخبزها ، وسيأتى حكمها فى الفصل العاشر بعد هذا الفصل ان شاء الله تعالى .

وقال الامام : ان الطريقة الجازمة بأن الأدقة أجناس هى الطريقة المرضية، وأنه لا يتم غرض الذى خرجها على القولين فى اللحمان الا بالفرق بينهما وبين الأدقة فنقول : الدقيق عين أجزاء الحب ولكنها مجموعة فتفرقت ، والدهن المعتصر وان كان فى أصله ولكنه فى ظن الناس كالشىء المحصل جديداً وقد تجد فى كلام الفقهاء اطلاق القول بأنه لا يجوز بيع الخبز بالخبز ، كالمراد به ما اذا كانا من جنس واحد كما سيأتى ان شاء الله تعالى .

(وأما) الأدهان فالقول الجملى فيها أنها أجناس على المشهور . وحكى الخراسانيون مع ذلك قولا أنها جنس واحد ، والعراقيون حكوا ذلك عن تخريج بعض الأصحاب وزيفوه (وأما) القول التفصيلى فقد قسمها الأصحاب أربعة أقسام دهن يعد للأكل ودهن يعد للدواء ، ودهن يعد للطيب ، ودهن لا يعد للأكل ولا للدواء ولا للطيب ، ، فالأول المعد للأكل كدهن الجوز واللوز والحلو والشيرج والزيت والسمن ودهن الصنوبر والبطم والخردل والحبة الخضراء ، فلا خلاف فى أنها ربوية ، والمشهور أنها أجناس كما تقدم . وحكى الشيخ أبو حامد وغيره أن من الأصحاب من قال : فيها وفى الحلول[1] قولان كما فى اللحمان ، وحكى الماوردى ذلك عن ابن أبى هريرة ، وقد رأيت فى تعليق الطبرى عن ابن أبى هريرة أن ذلك على قولين أعنى الأدهان . قال الشيخ أبو حامد : وذهب سائر أصحابنا الى فساد هذا التخريج ، وسيأتى الفرق فى مسألة اللحمان ان شاء الله تعالى .

(اذا ثبت ذلك) فان باع شيئا من جنسه جاز بشرط رعاية الحلول والتماثل والتقابض لا خلاف فى شىء من ذلك الا الشيرج ، فقال ابن أبى هريرة : لا يجوز بيع بعضه ببعض ، لما فيه من الملح والماء ، ونقل القاضى أبو الطيب ذلك أيضا عن أبى اسحاق وستأتى هذه المسألة فى كلام المصنف ان شاء الله تعالى ، وسيأتى أيضا فى زيت الزيتون وزيت الفجل خلاف . وممن أثبت القولين فى تجانس الأدهان المحاملى فى اللباب ، وكذلك هو فى الرونق المنسوب لأبى حامد .

---

(١) انواع المخللات او الطرشى . (المطيعى)

(الضرب الثانى) ما يقصد للدواء كدهن الخروع واللوز والمر ونوى المشمش ونوى الخوخ ، وعد من ذلك أبو حامد الحبة الخضراء وأبو الطيب الخردل ، فهذا ربوى كالسقمونيا وغيره من الأدوية ، وحكم هذا الضرب فى كونه أجناسا حكم الضرب الأول . فان باع شيئا منه بجنسه حرمت المفاضلة ، وان باعه بغير جنسه حلت المفاضلة وحرم النساء ، ومقتضى ما نذكره قريبا من كلام الماوردى جريان خلاف فى هذا الضرب فى كونه ربويا وهو مردود لأن الشافعى رحمه الله نص صريحا فى باب ما يكون رطبا أبدا قال فيه : ودهن كل شجر يؤكل أو يشرب بعد الذى وصفت واحد لا يحل فى شىء منه الفضل بعضه على بعض ، واذا اختلف الصنفان منه حل الفضل يدا بيد ، ولم يجز نسيئة ، ولا بأس بدهن الحب الأخضر بدهن الشيرج متفاضلا يدا بيد ، ولا خير فيه نسيئة ، والأدهان التى تشرب للدواء عندى فى مرتبة هذه الصفة ، دهن الخروع ودهن اللوز والمر ، وغيره من الأدهان .

(الضرب الثالث) ما يقصد منه الطيب كدهن الورد والياسمين والبنفسج والنيلوفر والخيرى والزئبق ، فهذا كله جنس واحد على الصحيح المنصوص ، لأن أصل الجميع السمسم . وقال الماوردى : انه لا يختلف المذهب فيه ، وفيه وجه مشهور أنه لا ربا فى هذا النوع ، لأنه ليس بمأكول ، وقد تقدم ذلك فى كلام المصنف رحمه الله الذى شرحه النووى رحمه الله أول الباب ، وانما أعدنا ذلك هنا لاستيفاء الكلام فيه ، ورد هذا الوجه بأنه مأكول ، وانما لا يعتاد أكله لعزته فلا يزول عنه حكم الربا كالزعفران ، هو مطعوم ، وان كان يقصد للصبغ والطيب ، فيباع دهن الورد بدهن البنفسج متماثلا ، وكذلك دهن الورد بدهن الورد ، ونقل ابن المنذر عن أبى ثور أنه يجعل ذلك أصنافا ، ويجيز التفاضل فى بيع بعضها ببعض ، قال : وبه قال مالك .

قال الأصحاب : وانما جاز بيع هذه الأدهان بعضها ببعض لأنه ليس ههنا مع الدهن شىء ، وانما الورد يرتب به السمسم فيفرش السمسم ويطرح عليه ذلك حتى يجف ثم يطرح عليه مرة ، وعلى هذا أبدا حتى يطيب ثم يستخرج منه الدهن فلا يكون مع الدهن غيره ، فان فرض أن الدهن مستخرج أولا ثم يطرح أوراقها فيه حتى يطيب أو يطبخ مع الورد لم يجز

بيع بعضه ببعض ، كما سيأتى عند الكلام على بيع الشيرج بالشيرج ، وبه جزم القاضى حسين وصاحب التهذيب والرويانى ولك أن تقول : هذا يظهر عند من يجعل الدهن موزونا ، أما من يجعله مكيلا فقد يقال : ان الذى يكتسبه الدهن من الأوراق لا يظهر له أثر فى المكيال ، وصاحب التهذيب أطلق أن ذلك يؤثر فى تماثله ، والله أعلم •

(الضرب الرابع) مالا يتناول أدما ولا دواء ولا هو طيب ، كدهن بذر الكتان المقصود للاستصباح ، ودهن السمك ، وقد ذكره المصنف رحمه الله فى أول الباب فيما شرحه النووى رضى الله عنه ، والصحيح المشهور أنه لا ربا فيه ، قال الرويانى فى البحر : ان ظاهر المذهب أنه ربوى لأنه يؤكل ويشرب طريا ، ويقلى به السمك ، والشافعى رضى الله عنه قال فى الأم : ان ما كان من هذه الأدهان لا يؤكل ولا يشرب بحال أبدا لدواء ولا غيره ، فهو خارج من الربا ، ولم يذكر مثالا فبقى تحقيق مناط أن هذا هل يؤكل أو لا يؤكل ؟ وذكر الرويانى أن اختيار القاضى الطبرى أنه ربوى وعلله فى المذهب بأن دهن السمك [1] يأكله الملاحون ، ودهن بذر الكتان يؤكل أول ما يستخرج ثم يتغير بمرور الزمان عليه • فهذه أقسام الدهن والماوردى رحمه الله سلك طريقا آخر فجعلها أربعة أضرب :

(أحدها) مأكولة مستخرجة من أصل مأكول ، كالذى ذكرناه فى القسم الأول ففيها الربا اعتبارا بأنفسها وأصولها •

(الثانى) ما استخرج من غير مأكول ، وهو فى نفسه غير مأكول كدهن المحلب والبان والكافور فلا ربا فيها •

(الثالث) ما هى فى نفسها غير مأكولة عرفا كدهن الورد والخيرى والياسمين لكنها مستخرجة من أصل مأكول وهو السمسم ، ففى ثبوت الربا فيها وجهان • وكذلك دهن السمك • وأما دهن البذر والقرطم قال : فقد اختلف أصحابنا فى أصولها ، هل هى مأكولة يثبت الربا فيها أم لا ؟ على وجهين (فان قلنا) فيها الربا ففى أدهانها وجهان لأنها من أصل مأكول •

---

(١) يمكن أن يلحق دهن السمك بالأدهان الطبية كزيت الخروع والسقمونيا ونوى الخوخ وهى من الربويات بلا خلاف . المطيعى

(الرابع) ما استخرجت من أصول غير مأكولة لكنها بعد استخراجها دهنا مأكولا كدهن الخروع والقرع ؛ ففى ثبوت الربا فيها وجهان نظرا الى أنفسها وأصولها (قلت) قوله : فى القرع سبقه اليه الصيمرى ، ويعنى به القرع نفسه فانه مأكول • وقول المصنف رحمه الله : دهن اللوز يحتمل أن يكون مراده الحلو فيكونان جميعا من القسم الأول ولا خلاف فى أنه ربوى ، ويحتمل أن يكون مراده مطلقا فيندرج فيه المر ، وقد أشعر كلام الماوردى كما نبهت عليه آنفا بجريان خلاف فيه ، حيث ذكر ذلك فى دهن الخروع المأكول للتداوى المتخذ من أصل غير مأكول ، واذا لم يكن ربويا لا يكون مما نحن فيه ، والله أعلم • وهذه جملة من كلام الشافعى فى الأم فى الأدهان • قال بعد أن ذكر ما نحكيه عنه فى زيت الفجل وزيت الزيتون وكذلك دهن الورد والحبوب كلها : كل دهن منه مخالف دهن غيره ، ودهن الصنوبر ودهن الحب الأخضر ودهن الخردل ودهن السمسم ودهن اللوز ودهن الجوز ، فكل دهن من هذه الأدهان خرج من حبة أو ثمرة فاختلف ما يخرج من تلك الثمرة أو تلك الحبة أو تلك العجمة فهو صنف واحد ولا يجوز الا مثلا بمثل ويدا بيد ، وكل صنف منه خرج من حبه أو ثمره أو عجمه فلا بأس به فى غير صنفه الواحد منه بالاثنين ما لم يكن نسيئة ، ثم قال : فاذا كان ما خرج منه واحدا فهو صنف ، واذا خرج من أصلين مفترقين فهما صنفان يفترقان كالحنطة والتمر ، فعلى هذا جميع الأدهان المأكولة والمشروبة للغذاء والتلذذ لا يختلف الحكم فيها ، كهو فى التمر والحنطة سواء • هذا لفظ الشافعى رضى الله عنه بحروفه •

(فرع) قال ابن عبد البر : قال الأوزاعى : لا يجوز بيع السمن بالودك الا مثلا بمثل • وكذلك الشحم غير المذاب بالسمن الا أن يريد أكله ساعتئذ فيجوز قال ابن الصباغ : ان أصحاب أبى حنيفة رضى الله عنه يجوزون بيع الدهن المطيب متفاضلا وان كان أصله واحدا اذا اختلف طيبه ، وقالوا : يجوز بيع مكيله من دهن الورد بمثله من دهن الخيرى ، لأن القصد بهما مختلف فصارا كالجنسين • وقالوا أيضا : يجوز المطيب بغير المتطيب متفاضلا •

(فـــرع) ذكر فى الرونق المنســوب للشيخ أبى حامد أن قول الشافعى رضى الله عنه : اختلف فى الحيتان والأجبان والأسمان والأدهان والخلول ، هل هى أنواع أو نوع واحــد ؟ على قولين • وكذلك الخبز والخلول ، وحصلت لى ريبة فى نسبة الرونق اليه لأنه أنكر جريان الخلاف فى الخلول والأدهان كما تقدم عنه قريبا الا أن يكون ظهر له فى هذا الكتاب ما لم يظهر له فى التعليقة ، والله أعلم •

(فـــرع) قال الرويانى : لا خــلاف أن السمن مع سائر الأدهان جنسان لأن اسم الأدهان لا يقع على السمن ــ يعنى وان قلنا : ان الأدهان جنس واحد ــ والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واختلف قوله فى زيت الزيتون وزيت الفجل ، فقال فى احد القولين : هما جنس واحد ، لأنه جمعهما اســم الزيت ، والثانى أنهــما جنســان وهو الصحيح لأنهما يختلفان فى الطعم واللون فكانا جنسين كالتمر الهندى والتمر البرنى ، ولأنهما فرعان لجنسين مختلفين فكانا جنسين كدهن الجوز ودهن اللوز) •

(الشرح) اختلاف القول المذكور أشار اليه الشافعى فى الأم فى باب ما يجمع التمر وما يخالفه ، قال : وكل ما خرج من زيت الزيتون فهو صنف واحد يجوز منه مايجوز الحنطةبالحنطة والتمر بالتمر ، ويرد ما يرد من الحنطة والتمر لا يختلف ،وقد يعصر من الفجل دهن يسمى زيت الفجل ، وليس مما يكون ببلادنا يعرف له اسم بأمه ، ولست أعرفه يسمى زيتا الا على معنى أنه دهن لا اسم له مستعمل فى بعض ما يستعمل فيه الزيت ، وهو مباين للزيت فى طعمه وريحه وشجرته ، وهو فرع والزيتون أصل قال : ويحتمل معنيين ، فالذى هو أولى به عندى والله أعلم ألا يحكم بأن يكون زيتا ولكن يحكم بأن يكون دهنا من الأدهان ، فيجوز أن يباع الواحد منه بالاثنين من زيت الزيتون ، وذلك أنه اذا قال رجل : أكلت زيتا أو اشتريت زيتا أعرف أنه يراد به زيت الزيتون ، لأن الاسم له دون زيت الفجل ، وقد يحتمل أن يقال : هو صنف من الزيت فلا يباع بالزيت الا مثلا بمثل ، والسليط دهن الجلجلان

وهو صنف غير زيت الفجل وغير زيت الزيتون ، فلا بأس بالواحد منه بالاثنين من كل منهما ، والأصحاب عادتهم اذا ذكر الشافعى رحمه الله مثل هذا التردد يجعلونه تردد قول له •

قال المصنف فى اللمع : وقد قال المحاملى : ان الشافعى نص فى المسألة فى الصرف على قولين ، فلعل نصه هناك أصرح من هذا ، وأطلق الشيخ أبو حامد حكاية القولين وقد ذكر الشافعى المسألة أيضا فى باب مايكون رطبا أبدا • وقال فيه : فزيت الزيتون صنف وزيت الفجل صنف غيره ، جزم بذلك فى هذا الباب • وكذلك جزم فى باب بيع الآجال من الأم فقال : ولا بأس بزيت الزيتون بزيت الفجل • وزيت الفجل بالسمن متفاضلا • وقد اقتضى كلامه فيما تقدم ترجيحه ، فلا جرم كان الصحيح أنهما جنسان ، وقد اقتضى كلام الرافعى أن فى المسألة طريقين ، كأنه قال : الزيت المعروف مع زيت الفجل جنسان • ومنهم من قال حكمهما حكم اللحمان : وقال الرويانى : ان القول بأنهما جنسان أشهر وأصح كما قال المصنف رحمه الله • وقد أشار الشافعى رضى الله عنه فى ترجيحه أنهما جنسان الى منع اتفاقهما فى الاسم الخاص • وأن زيت الفجل لا يسمى زيتا على سبيل الحقيقة ، بل هو من الأدهان التى لم يوضع لها اسم خاص ، لكنه لما كان مستعملا فى بعض ما يستعمل فيه الزيت أطلق اسم زيت أى مجازا •

هذا معنى كلام الشافعى رضى الله عنه • وهو قريب من بحثه الذى تقدم فى الدقيق وان كان فى هذا زيادة على ذلك • فلما انتفى وضع الخاص لهما وكانا مع ذلك مختلفى الطعم والريح والشجرة حكمنا بأنهما جنسان ، وقاسهما المصنف على التمر الهندى والتمر البرنى بجامع يشتركان فيه من الأوصاف المذكورة ، وهذا من المصنف يدل عليه أنه رأى أن التمر الهندى جنس برأسه جزما •• وهو المشهور عند الأصحاب • وعن ابن القطان وجه أنه من جنس التمر ، ولعل شبهة ابن القطان أنه يظن اشتراكهما فى الخاص كما قلنا فى الزيت • وجوابه يشمل ما تقدم عن الشافعى رضى الله عنه بأن التمر الهندى لا يفهم من اسم التمر عند الاطلاق ، وانما يطلق عليه مقيداً : تمر هندى وعند الاطلاق يتبادر الذهن الى التمر المعروف لا الى الهندى •

فلم يكن اسم التمر مشتركا بينهما والموجب لاتحاد الجنس الاتفاق فى الاسم بالدليل المتقدم ، وهو أبعد من الزيت ، لأنه لا يقال الا تمر هندى مقيداً بخلاف الزيت ، فانه قد يطلق مجرداً فلا يحسن الحاقه به ، وتخريجه عليه ، وقد وقع فى كلام أبى محمد عبد الله بن يحيى الصغير على المهذب أن التمر الهندى لم يدخل الربا فيه من أصل الخلقة كاللحوم •

قال أبو عبد الله محمـــد بن أبى على القلعى فى احترازاته : قوله فرعان لجنسين احتراز من دقيق الحنطة البيضاء ، ودقيق الحنطة السمراء ، فانهما فرعان لجنس واحد ، وقوله مختلفين تأكيد لا احتراز فيه ، فان تغاير الجنسية وتعددها يوجب اختلافهما ضرورة ، وقد أفاد ابن الصعبى أن فى (مختلفين) فائدة وهى التنبيه على أن الاختلاف حاصل قبل اشتراكهما فى اسم الزيت ، أى أن الاختلاف هو علة التعدد فى الجنسية ، وهو حاصل هنا فى الأصل ، فيصير فى اللفظ اشعار بعلة التعدد وتنبيه على مناط الحكم ، وأنه ان فقد فى الفرع فهو موجود فى الأصل •

(قاعـــدة) النـــليط الشيرج والخلجـــان السمسم ، قاله القـــاضى أبو الطيب •

(فـــرع) من كلام الرافعى فى البطيخ المعروف مع الهندباء ، والقثاء مع الخيار وجهان حكاهما الرويانى وغيره قال فى الروضة (أصحهما) أنهما جنسان • البقول كالهندباء والنعناع وغيرهما أجناس (اذا قلنا) بجريان الربا فيها ، قاله الرافعى والرويانى • ودهن السمسم وكســـبه جنسان ، قاله جماعة كالمخيض والسمن ؛ وفى عصير العنب مع خله وجهان (أظهرهما) أنهما جنسان لافراط التفاوت فى الاسم والصفة والمقصود فى السكر والفـــانيد وجهان (أظهرهما) أنهما جنسان لاختلاف قصبهما ،وكذا السكر النبات والطبرزد جنس واحد [1] وفى السكر الأحمر وهو القوالب وهو عكر الأبيض ومن قصبه تردد للأئمة لاختلافهما فى الصفة قال الامام : ولعل الأظهر أنه من جنس السكر والله أعلم •

---

(١) كذا بالاصل فحرر قلت : والطبرزد هو السكر معرب وهو ما يسميه الناس سكر بلاط • (المطيعى)

(فـــرع) قال صاحب التتمة : الذرة جنس واحد وان كانت الذرة المعروفة بيضاء اللون كثيرة الحبـات والتى تعرف بالدخن صـغيرة الحبات صفراء اللون الا أن الاسم يشمل الكل ويتقاربان فى الطعم والطبع وأنواع العنب كلها جنس واحد ، حتى ان المشمش مع سائر الأعناب جنس واحد ، وأنواع كل واحد من أجناس الكمـثرى والرمان والسفرجل والتفـاح والمشمش أنواع كل منها جنس ، وأنواع البطيخ جنس واحد الحلو وغير الحلو ، فان البطيخ الذى فيه الحبات السـود ويعرف فى العراق بالريفى والرومى ، وفى بعض البلاد بالهندى مع البطيخ المعروف جنس واحد أو جنسان ، فيه وجهان •

(فـــرع) الجوز الهندى مع الجوز المعـروف جنسان ، قاله الرويانى ، وكلامه يقتضى أن خلاف ابن القطان فيه ، فانه قال : التمر الهندى مع التمر المعروف جنسان وكذلك الجوز المعروف مع الجوز الهندى ، وحكى ابن القطان وجها أنها جنس واحـد لأن الاسم يشمل الكل وكلامه أيضا يقتضى أن ابن القطان ناقل الوجوه لا يخرج له ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واختلف قوله فى اللحمان فقال فى أحد القولين : هى أجناس ، وهو قول المزنى وهو الصحيح ، لانها فروع لأصول هى أجناس فكانت اجناسا كالأدقة والأدهان (والثانى) انها جنس واحد لانها تشترك فى الاسم الخاص فى أول دخولها فى تحريم الربا ، فكانت جنسا واحداً كالتمور ، وتخالف الأدقة والأدهان لأن أصولها أجناس يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا ، فاعتبر فروعها بها ، واللحمان لا يحرم الربا فى أصولها فاعتبرت بنفسها) •

(الشرح) القولان فى اللحم مشهوران منصوص عليهما ، قال الشافعى رضى الله عنه فى المختصر : اللحم كله صنف وَحَشِيَّهُ وانْسِيَّهُ وطائره ، لا يحل فيه البيع حتى يكون يابسا وزنا بوزن ، ونسب الماوردى هذا الى القديم ، وقد رأيت اللفظ المذكور فى المختصر فى الأم فى باب الرطب بالتمر ، ولكن فى آخره كلام متناقض لم يتبين لى الجمع بينهما ، وتوهمت أنه غلط من ناسخ ، فرأيته فى أكثر من نسخة ، ونسب الماوردى القول بأنها أجناس الى الجديد •

وقال فى الأم فى باب بيع اللحم : والقول فى اللحمان المختلفة واحد من قولين (أحدهما) أن لحم الغنم صنف ، ولحم الابل صنف ، ولحم البقر صنف ، ولحم الظباء ولحم كل ما تفرقت به أسماء دون الأسماء الجامعة صنف • فيقال كله حيوان وكله دواب وكله من بهيمة الأنعام ، فهذا جماع أسمائه كله ، ثم يعرف أسماؤه فيقال : لحم غنم ولحم بقر ولحم ابل ، ويقال : لحم ظباء ، ولحم أرانب ، ولحم زرابيع ، ولحم ضباع ، ولحم ثعالب ثم يقال فى الطير هكذا : لحم كراكى ، ولحم حباريات ، ولحم حجل ، ولحم معاقب ، كما يقال : طعام • ثم يقال : حنطة وذرة وشعير ، وهذا قول يصح وينقاس •

وأطال الشافعى فى التفريع على هذا القول نحو ورقة ثم قال : الثانى فى هذا الوجه أن يقال : اللحم كله صنف ، كالتمر كله صنف ، ومن قال هذا لزمه عندى أن يقوله فى الحيتان لأن اسم اللحم جامع لهذا القول • ومن ذهب هذا المذهب لزمه اذا أخذه بجامع اللحم أن يقول : هـذا الجامع مع التمر يجعل الزبيب والتمر وغيره من الثمار صنفا • وهذا ما لا يجوز لأحد أن يقوله عندى • فاقتضى كلام الشافعى رضى الله عنه هذا الرد على من يقول بأنها من جنس واحد والزامه بأن يقول : ان الزبيب والتمر جنس واحد لاشتراكهما فى اسم جامع وهـذا ينبهك على أن اسم اللحم اسم عام لا خاص •

وكلام الأصحاب كالشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب والمصنف وغيرهم يقتضى أن اسم اللحم خاص • ثم يقررون بعد ذلك أنها أجناس بما سنذكره • وتحقيق ذلك يؤول الى بحث لفظى • فانه ان أريد بالخاص ما لم يوضع لما تحته من أنواعه اسم بخصوصها ، فاسم اللحم على هذا خاص وما تحته من لحم البقر والغنم شبيه بالمعقلى والبرنى اذ ليس لكل منهما اسم يخصه ، وان أريد به أن يكون ثم أسماء صادقة على ذلك الشىء ، ويكون هو أخصها كالحب والحنطة فاسم اللحم على هذا ليس بخاص وأن اسم البقر والحيوان والدواب وبهيمة الأنعام لا يصدق شىء منها على اللحم حالة كونه لحما •

على أن تقسيم الشافعى الذى قدمته آنفا يشعر بخلاف ذلك • فينبغى تأويله عليه حتى يجرى كلامه هنا وفى الأدهان على نمط واحد ، فانه جعل

الأدهان مما لا يوضع لها اسم خاص ، وهى بمنزلة اللحم فى ذلك ، لأنه لا يصدق عليها حالة كونها دهنا اسم ما استخرجت منه ، بل تذكر مضافة اليه كما يذكر اللحم مضافا الى الحيوان الذى هو منه فان جعلنا اسم اللحم ليس بخاص سهل النظر فى المسألة واثبات أنها أجناس ، وان جلعناه خاصا فقد وجه الأصحاب ذلك بما ذكره المصنف وينبغى أن يتأمل قول المصنف فيما تقدم فى زيت الزيتون وزيت الفجل أنهما فرعان لجنسين مختلفين ، وقوله هنا : انها فروع لأصول هى أجناس ، فلم يقل : فروع لأجناس كما قال ، ولا قال : مختلفة ، والحكمة فى ذلك أن كون الزيتون والفجل جنسين لا شبهة فيه ، وذلك معلوم من أحكام الربا فيهما •

وأما كون الحيوانات أجناسا فتحتاج الى دليل لعدم جريان الربا ، فمن أين لنا أنها أجناس ؟ أو جنس واحد ؟ فلذلك جعل الوصف المشترك فى صدر كلامه أنها فروع لأصول ، وهذا لا يمكن منعه • ثم قال : هى أجناس ، وهذا فى حكم الدعوى ، والدليل عليه أن الابل والغنم لا يضم بعضها الى بعض فى الزكاة ، فدل على أنها أجناس مختلفة ، كذلك استدل له القاضى أبو الطيب ، ولما كان زيت الزيتون وزيت الفجل يشتركان فى اسم الزيت الذى هو أخص من الدهن • وذلك يوهم اتحادهما احتاج أن يوضح التباين فى أصولهما بقوله : مختلفين • واللحمان كلها انما تتميز بالاضافة كبقية الأدهان • مما ليس له اسم يخصه اعتنى باثبات أن أصولها أجناس • ولم يحتج الى زيادة لفظ الاختلاف • فهذا هو القول وهذا من الشافعى رحمه الله قطع بأن اللحمان أصناف وقد قطع قبل هذا الباب بأن ألبان الغنم والبقر والابل أصناف مختلفة • فلحومها التى هى أصل الألبان بالاختلاف أولى •

وقال ابن الرفعة : ومن هنا نسب الأصحاب الى المزنى اختيار القول بأنها أجناس وأن كلام المزنى يقتضى اختيار القطع به ولم يصر اليه أحد من الأصحاب لأجل أن ما تمسك به فى مأخذه غير خال عن احتمال • فان الاشتراك فى اسم خاص كالتمر والبر ، واشتراك التمر والزبيب فى اسم عام وهو الثمرة وبه ينقطع الالزام (قلت) وسيأتى من كلام القاضى حسين ما يقتضى حكاية طريقة قاطعة والله أعلم •

(والقول الثانى) أنها جنس واحد لما ذكره المصنف (وقوله) فى الاسم الخاص احتراز من البر والشعير والرطب والعنب ؛ فانهما يشتركان فى اسم عام كالحب والثمرة (وقوله) فى أول دخولها فى تحريم الربا احتراز من الأدقة • قال القاضى أبو الطيب : لأنها أجناس منع اشتركها فى الاسم الخاص وهو الدقيق الا أنها ليست أول حال الربا • لأن الربا يجرى فى حباتها ولا يشترك فى الاسم الخاص • وقياسه على التمور ؛ قال القاضى : ان أصحابنا يقيسون على التمر أنه ليس بصحيح لأن الربا يسبق كونه رطبا وبسراً وتمراً وخلا • لأن الطلع مطعوم يجرى فيه الربا • وهو أول حاليه فوجب بأن يقاس على الطلع فان الاسم الخاص وهو الطلع يجمع الجميع وتابعه على ذلك صاحب الشامل •

وما قاله القاضى فيه نظر ، فان الطلع اسم لطلع النخلة قبل صيرورته بلحا أو بسرا (وأما) اطلاقه على البسر والرطب والتمر فمن باب المجاز لأنه كان كذلك فلم يتجه قول القاضى أنه اسم يجمع الجميع واذا كان كذلك فلا يصح القياس عليه لأنه ليس هناك أشياء تشترك فيه ، وان كان أول دخول الربا فلا جرم والله أعلم • لم يعتمد المصنف ما قاله القاضى أبو الطيب مع هذا الموضع مع كونه شيخه ومعتمده واعتمد ما قاله الأصحاب •

(وأما) الاشكال الذى أورده القاضى فجوابه أن أنواع التمر مشتركة فى اسم خاص فى جميع أحوالها من أول دخولها فى الربا يكون كل منها طلعا ثم يصير بسرا أو رطبا ثم يصير تمرا ، وفى كل حالة من أحواله الثلاث يصدق ذلك الاسم على كل من الأنواع المعقلى والبرنى وغيرهما • وذلك الاسم خاص فصح أن أنواع التمور تشترك من أول دخولها فى تحريم الربا الى آخرها فى اسم خاص ، هو : اما طلع واما رطب واما تمر • فان ثلاثتها أنواع للثمرة وليس المراد أنها من أول دخولها فى الربا تشترك فى اسم التمر فافهم ذلك فانى لم أره لغيرى وهو مما فتح الله تعالى به • وبذلك يحسن الاحتراز بهذا القيد عن الأدهان والأدقة فان دقيق القمح ودقيق الشعير مثلا انما يشتركان فى الاسم الخاص حين صارا دقيقا وقبل ذلك كان هذا قمحا وهذا شعيرا ليس بينهما اشتراك فى اسم خاص لا دقيق ولا قمح ولا شعير • وانما يشتركان فى اسم الحب والله أعلم •

ثم بعد ذلك رأيت هذا الذى ظهر لى بعينه ذكره القاضى أبو الطيب فى مسألة الألبان فرحمه الله تعالى ورضى عنه • وبعد أن حرر القاضى أبو الطيب القياس على الطلع على ما ارتضاه ، أجاب عنه بأن الطلع انما اعتبر اشتراكه فى الاسم الخاص ، لأن أصوله لم يثبت لها حكم الأصناف فكان الاعتبار بنفسه ، وليس كذلك اللحوم ، فان أصولها أصناف ، فكان الاعتبار باصولها ، كما نقول فى الأدقة والأدهان • وذكر القاضى حسين لما تكلم فى الألبان أن فى اللحمان طريقين ولم يبينهما • ولعل فى ذلك طريقة قاطعة بأنها أجناس ، وأن من أصحابنا من قال انها كاللحمان ومنهم من قال : الألبان أجناس قولا واحدا • وقول المصنف : ويخالف الأدقة والأدهان الخ مقصوده بذلك الفرق بينهما وبين اللحمان •

(**فان قلت**) كيف تحرير هذا الفرق ؟ فان الفرق أبدى معنى فى احدى الصورتين مفقود فى الأخرى ، والمعنى الذى أبداه فى الأدقة والأدهان كون أصولها أجناسا يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا ، ونحو ذلك ليس مفقودا فى أصول اللحمان حتى يضم اليه تحريم النسَّاء ، فليس بين الوصفين اللذين ذكرهما وهما جواز التفاضل وعدم حرمة الربا تضاد ، فكانت المقابلة الظاهرة أن يقال : لأن أصول الأدقة والأدهان ربوية بخلاف أصول اللحمان • هكذا صنع الشيخ أبو حامد •

(**قلت**) لما كان حكم الربا فى الأصول المذكورة معلوما سكت عنه ، وجعل المعنى المقصود أنه فى ذلك المحل ثبت لها حكم الأجناس المختلفة فى الربا ، ولهذا صرح بجواز التفاضل ، فانه أثر اختلاف الجنس فيها ، فلما كان اختلاف الجنس معتبرا فيها اعتبر فى فروعها بخلاف أصول اللحمان فانها وان كانت أجناساً الا أن اختلاف الجنس ليس معتبرا فيها فى الربا ؛ لأنه لا ربا فيها ، فنبه باختلاف الجنس فى الأدقة والأدهان على المعنى الموجب لاختلاف الفروع ، والمراد كونه فى محل ربوى ، ونبه بقوله : لا يحرم الربا فى أصول اللحمان على عدم ذلك المعنى فيها ، لأنه متى لم تكن ربوية لا يصح أنه يثبت لها حكم الأجناس المختلفة فى الربا ضرورة ، فكأنه نفى الوصف المذكور بدليله ؛ والمقصود أن اللحمان لا تعتبر فى أصولها فى كونها أجناسا

بخلاف الأدقة حيث اعتبرت بأصولها فى ذلك ، وليس المقصود اعتبار كل منهما بأصله فى كونه ربويا أو غير ربوى ؛ ا كل من الفرعين ربوى قطعا ، فثبوت حكم الربا أمر معلوم •

والفرق راجع الى أن أصول الأدقة والأدهان يثبت لها حكم الأجناس المختلفة فى الربا ، بخلاف أصول اللحمان لم يثبت لها ذلك لأنه لا ربا فيها ، وقد أجاب القاضى أبو الطيب عن هذا الفرق بأن أصول اللحمان ثبت لها حكم الأجناس المختلفة فى الزكاة ، ولا فرق بين الزكاة والربا ، فان حكم الصنف الواحد والأصناف فيها سواء ألا ترى أن الحنطة لا تضم الى الشعير فى الزكاة ؟ ويكونان صنفين مختلفين ، وكذلك فى الربا ، فلا فرق بينهما ، فقد تبين الغاء الفرق •

(والجواب) عن القياس الذى استدل به لكونها جنسا أن جعل الأصل المقيس عليه الطلع فقد تقدم جواب القاضى أبى الطيب عنه ، وان جعل القياس على التمور كما فعله المصنف وأكثر الأصحاب ، فكذلك لأن المعقلى والبرنى أصل • كل منها ليس جنسا مخالفا لأصل آخر • لأن أصلها التمر والرطب والطلع ، وهو شىء واحد فى جميع الأحوال كما تقدم التنبيه عليه ، فليس له أصول مختلفة ، فلذلك اعتبر بنفسه بخلاف اللحمان ، فان لها أصولا مختلفة ، كل منها صنف مستقل فاعتبر به ، فقد تحرر المذهب نقلا ودليلا أن اللحمان أجناس ، وهو الذى صححه كثير من الأصحاب • وممن صرح به القاضى أبو الطيب والمصنف وصاحب البيان والشاشى فى الحلية والرافعى•

وقال المحاملى فى مسألة الألبان : انه القياس ، ونسبه الماوردى الى الجديد وأكثر كتبه ، وخالف القاضى حسين فقال : الصحيح أنها جنس واحد وكذلك المزنى فيما حكاه ابن الرفعة عنه ، وقد اعترض المصنف فى التنبيه على الدليل الذى ذكره هنا لكونها أجناسا فقال : لا تأثير للوصف ، فان الثياب الهروية والمروية عندهم أجناس ، وان كانت فروعا لجنس واحد ، هذا يسمى بعدم التأثر • ومعناه أن لا يعدم الحكم لعدم العلة • وقد

تتعجب من المصنف لكونه استدل للقول الثانى ، وأجاب عن دليل الأول وسكت على ذلك مع كونه صرح بتصحيح القول الأول ولا عجب ، والسبب الداعى لذلك أن القول الثانى ــ وان كان ضعيفا فى المذهب ــ فهو مقصور فى الخلاف بيننا وبين أبى حنيفة فان مذهبه كالصحيح عندنا ، والمسألة مذكورة فى الخلافيات ، وممن ذكرها المصنف ، وقد اعترض ابن معن صاحب التنقيب على المهذب فقال : قوله مشترك فى الاسم الخاص فى أول دخولها فى الربا فيه خلل ، لأن ثبوت الجنسية وعدمها لا يتلقى من تحريم الربا ينبنى على ثبوت الجنسية وعدمها ، واذا كانت أصولها أجناسا فى أصل خلقتها كانت أجناسا اذا دخلت فى تحريم الربا • وهذا الاعتراض يظهر جوابه مما تقدم ، واللحمان ــ بضم اللام ــ وهل هو جمع أو اسم جمع ؟ كلام ابن سيده فى المحكم يقتضى أنه جمع ، فانه قال : اللحْم واللحَم لغتان ، والجمع ألحم ولحوم ولحام ولحمان •

فرع فى ذكر مذاهب العلماء فى المسألة

وقد تقدم ذكر مذهبنا ومذهب أبى حنيفة أنها أجناس كالصحيح ، وكذلك الأصح من مذهب أحمد • ونقل ابن الصباغ عن أحمد أن المشهور عنه أنها جنس واحد ، وفصلت المالكية فقالوا : لحوم ذوات الأربع من الأنعام والوحش صنف ، ولحوم الطير كله صنف ، ولحوم ذوات الماء كلها صنف ، فهى عندهم ثلاثة أصناف ، وعند الحنابلة رواية قريبة من ذلك • واعتبر المالكية فى ذلك تقارب المنفعة والرجوع الى العادة ، فعلى قول مالك رحمه الله : الابل والبقر والغنم والوحوش كلها صنف واحد ، لا يجوز من لحومها واحد باثنين ، والطير كلها صنف انسيها ووحشيها ، لا يصلح من لحمها اثنان بواحد ، والحيتان كلها صنف واحد ، ولا بأس بلحم الحيتان بلحم البقرة متفاضلا • وقال أبو ثور : انها كلها جنس واحد كأحد قولى الشافعى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان قلنا : ان اللحم جنس واحد لم يجز بيع لحم شىء من الحيوان بلحم غيره متفاضلا ، وهل يدخل لحم السمك فى ذلك ؟ فيه وجهان وقال أبو اسحاق

يدخل فيها فلا يجوز بيعه بلحم شيء من الحيوان متفاضلا ، لأن اسم اللحم يقع عليه ، والدليل عليه قوله تعالى (لتأكلوا منه لحما طريا) ومن اصحابنا من قال : لا يدخل فيه لحم السمك وهو المذهب ، لأنه لا يدخل فى اطلاق اسم اللحم ، ولهذا لو حلف لا يأكل اللحم يحنث بأكل السمك) .

(الشرح) اذا قلنا : ان اللحمان كلها جنس واحد فلحم الابل والبقر والغنم مع اختلاف أنواعها ، والوحوش كلها والطيور كلها جميع ذلك صنف واحد ، لا فرق فيه بين الوحشى والأهلى ، لا يجوز بيع شيء منه بآخر الا مثل بمثلا ، فلا يباع لحم العصفور بلحم الجمل الا سواء بسواء وكذلك بقيتها . وهكذا تحرم البحريات بعضها مع بعض كلها جنس واحد . وعلى هذا القول قال الفورانى : بل أولى ، ولعل الأولوية التى ادعاها من جهة أنه لم يثبت لأصولها حكم الأجناس المختلفة ، بخلاف لحمان البر ، فان أصولها ثبت لها حكم الأجناس المختلفة كما تقدم .

وأما السمك مع البريات ففيه وجهان حكاهما العراقيون والخراسانيون (احدهما) وهو قول أبى اسحاق المروزى والقاضى أبى حامد والقاضى أبى الطيب وابن الصباغ ، وهو الذى أورده فى التهذيب انه من جنس سائر اللحوم ، وادعى القاضى أبو الطيب أنه الذى نص عليه الشافعى رحمه الله ، وأخذ ذلك من قوله فى الأم الذى حكيته عنه قريبا . ومن قال بهذا لزمه عندى أن يقول فى الحيتان : ان اسم اللحم جامع ، واستدل القاضى أبو الطيب وغيره لهذا القول بقوله تعالى (ومن كل تأكلون لحما طريا) واستدل المصنف بالآية التى فى الكتاب ، وهى أنص فى الاستدلال ، لأنه أطلق فيها اللحم عليه بصراحة .

وأما قوله (ومن كل تأكلون) فأطلق فيها ما فى البر والبحر معا ، فجاز أن يكون للتغليب .

(والثانى) وهو قول أبى على الطبرى واختيار الشيخ أبى حامد الاسفراينى والمصنف والمحاملى ، وقال : ان المنصوص أنها مستثناة من اللحوم

وأنها معها جنسان وقال الروياني : انه الأصح فى القياس ، وعن البندنيجى وسليم أنه المذهب لأن لها اسما أخص من اللحم وهو السمك • وحمل الشيخ أبو حامد قول الشافعى المذكور على أنه ألزم من قال : اللحمان صنف أن يكون منها على سبيل الانكار ، ولم يرتض أبو الطيب هذا • وحمل قول الشافعى ــ وهذا ما لا يجوز لأحد أن يقوله ــ على التجرد ، وقد تقدم قول الشافعى رضى الله عنه ذلك • وأجاب أبو الطيب عن كون السمك أخص بأن اسم اللحم جامع بدليل الآية ، والراجح ما قاله الشيخ أبو حامد ومتابعوه ولا دلالة لأبى الطيب من كلام الشافعى رضى الله عنه بل هو محتمل لذلك ، ولما قاله أبو حامد •

والجواب عن قول أبى الطيب عن اسم اللحم أنه وان كان جامعا لكنه عند الاطلاق يتبادر الذهن منه الى ما سوى لحم السمك ، والآية فيها قرينة تبين ارادته وهو قوله (لتأكلوا منه) أى من البحر ، فلم تتناوله مطلقا ، ومما يبين أن اسم اللحم عند الاطلاق لا ينصرف الى السمك أنه لو حلف لا يأكل اللحم لم يحنث بأكل لحم السمك • كذا قال الشيخ أبو حامد والماوردى وغيرهما ، وهو الصحيح المشهور • وفيه وجه عن بعض الخراسانيين ، ولو كان يدخل فى مطلقه لحنث به ، فاما أن يقول ان صدق اللحم على لحم السمك بطريق المجاز • واما أن يقول انه عند الاطلاق يتقيد بما عدا السمك ، ولا يستبعد أن يكون اطلاق الشىء يدل على ما هو أخص من حقيقته ، كالماء المطلق يختص ببعض ما يسمى ماء • والله سبحانه وتعالى أعلم •

واحتج الأصحاب أيضا بأن السمك لا يضاف لحمه اليه فلا يقال لحم سمك ، وانما يقال سمك فلا ينطلق عليه اسم اللحم ، ولو كان من اللحمان لصح أن يضاف باسم اللحم الى جنسه ، فيقال لحم السمك كما يقال لحم الغنم ، فلما لم يصح أن يقال ذلك ثبت أنه ليس من جهة اللحمان • قال الماوردى : فعلى هذا الوجه يكون اللحمان كلها صنفين ، فلحوم حيوان البر على اختلافها صنف واحد ، ولحوم حيتان البحر على اختلافها صنف واحد •

واعلم أن كلام المصنف والأكثرين انما فرضوه فى السمك مع حيوانات البر ، وفى البحر أنواع من الحيوانات فهل الخلاف المذكور جار فى جميعها ؟ أم كيف الحال فيها ؟ أما الفورانى فكلامه يقتضى تعميم ذلك الخلاف ، وأن الوجهين فى لحمان البر مع لحمان البحر مطلقا ؛ وكذلك الامام ، وأما القاضى حسين فتوقف فقال فى السمك مع اللحم وجهان ، وأما حيوانات البحر فقد تقدم القول فيها اذا قلنا بأن اللحوم جنس واحـد ، وأما على القول بأن حيوانات البر أجناس فلا شك فى أن حيوانات البحر مخالفة لحيوانات البر ، وأما حيوانات البحر بعضها مع بعض ففيها خلاف ، وهذان القولان مبنيان كما قاله الفورانى وأفهمه كلام القـاضى حسـين والامام ، على أن اسـم السمك والحوت هل يشمل الجميع حتى يحل أكل خنزير الماء وكلبه أو لا ؟

فان قلنا ان اسم السمك والحوت شامل للجميع كانت كلها جنسا واحدا ذا أنواع (وان قلنا) ان اسم السمك والحوت لا يشمل الجميع فالحوت مع ما لا يسمى حوتا جنسان ، وما عدا الحوت أجناس أيضا ، فغنم المـاء وبقره عند هذا القائل جنسان لا يطلق على الكل اسم السمك ، فهى أجناس مختلفة ، وجماعة من الأصحاب منهم الرافعى أطلق الخلاف فى ذلك من غير بناء وهو أولى ، فان الأصح أن اسم السمك يقع على جميعها •

والأصح أنها أجناس كحيوانات البر ، كما هو ظاهر كلام الشافعى ، وفصل القاضى حسين فقال فى السمك مع اللحم وجهان ، فأما سائر حيوانات البحر ــ ان قلنا ان السمك مع حيوانات البر جنسان ــ فسـائر حيوانات البحر مع حيوانات البر أيضاً جنسان ، بل أولى ، وان قلنا ان السمك مع حيوانات البر جنس واحد فهل ينبنى على أن الكل هل يسمى سمكا أم لا ؟ وفيه قولان (ان قلنا) الكل يسمى سمكا فحكم الكل حكم السمك والا فهى أجناس مختلفة (قلت :) والأصح على ما قاله صاحب التهذيب أن الكل يسمى سمكا فلذلك أتى المصنف وغيره بلفظ السمك لشموله للجميع ، والله أعلم •

ثم فيما قاله القاضى حسين مناقشة ، وهى أن المدرك فى استثناء السمك أنها اختصت باسم ، وهذا المعنى لا يوجد فى بقية حيوانات البحر ، فينبغى

أن يقال : ان قلنا السمك من جنس لحوم البر فبقية حيوانات البحر أولى (وان قلنا) السمك جنس آخر ففى بقية حيوانات البحر وجهان مبنيان على أن الكل يسمى سمكا أولا ؟ (ان قلنا) يسمى سمكا كانت من جنس اللحوم فيكون جنسا آخر (وان قلنا) لا يسمى سمكا كانت من جنس اللحوم لعدم الاسم الخاص ، أعنى أن لحمها ليس له اسم بخصوصه ، فان صح هذا الترتيب فيجىء فى حيوانات البحر ثلاثة أوجه :

(أحدها) أنها من جنس اللحم مطلقا (والثانى) جنس آخر مطلقا (والثالث) أن غير السمك من جنس اللحم ، والسمك جنس آخر وهذه الثلاثة أوجه تفريع على أن اللحوم جنس واحد ، وحكم بيع اللحم باللحم على هذا القول سنذكره ان شاء الله تعالى فى الفصل السادس بعد هذا الفصل .

(**فرع**) عن التنبيه على قول أبى اسحاق : الجراد هل يكون من جنس اللحم ؟ فيه وجهان (أحدهما) نعم كالسمك (والثانى) لا ، لأن اسم اللحم لا يطلق على الجراد ، وصورته ليس صورة اللحم ، واذا قلنا بقول أبى على فى أن السمك لا يدخل فى اللحم فالجراد هل يلحق بحيوان البحر لحل ميتتهما ؟ ولأنه نقل فى الآثار أن أصله سمك ؟ فيه وجهان ، ولخص الرافعى ذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان قلنا : ان اللحوم اجناس جاز بيع لحم كل جنس من الحيوان بلحم جنس آخر متفاضلا ، فيجوز بيع لحم البقر بلحم الغنم متفاضلا ولحم بقرالوحش بلحم بقر الأهل ، لأنهما جنسان ، ولا يجوز بيع لحم الضان بلحم المعز ولا لحم البقر بلحم الجواميس متفاضلا ، لأنهما نوعان من جنس واحد) .

(**الشرح**) اذا قلنا بأن اللحوم أجناس فلا شك أن البحرى مع البرى جنسان وممن صرح به الرافعى ، وأما البرى مع البرى ، والبحرى مع البحرى ، فقد تقدم قول الشافعى رضى الله عنه أن لحم الغنم صنف ، ولحم الابل صنف الخ . وبسط الأصحاب ذلك فقالوا : الأهليات من حيوانات البر مع الوحشيات جنسان لكل من القسمين أجناس فلحوم الابل بأنواعها

جنس ، بخاتيها وعرابها وأرحبيها ونجديها ومهريها ، وسائر أنواعها جنس ، عرابها وجواميسها ودرنانيها هكذا رأيتها مضبوطة بخط سليم ــ بفتح الدال والراء المهملة والنون ــ والغنم الأهلية ضأنها وماعزها جنس ، والوحوش أجناس ، فالظباء جنس ، ما تأنس منها وما توحش ، قاله الشيخ أبو حامد ، وبقر الوحش صنف ، قاله الشيخ أبو حامد والمصنف والمحاملى والماوردى، وابن الصباغ ، لأن الاسم لا ينصرف اليها ولا يضم اليها فى الزكاة ، وسيأتى فيه وجه أنها جنسان •

والضباع جنس ، والأرانب جنس ، والثعالب جنس ، واليرابيع جنس ، والوحشى من الغنم جنس غير الغنم الانسى ، نص عليه الشافعى رحمه الله والقاضى أبو الطيب والمحاملى وابن الصباغ ، وقالا : ان الوحشى من الغنم هو الظباء ، والحمر الوحشية صنف ، قاله ابن الصباغ •

قال المحاملى وغيره : وليس فى الابل وحشى ، وفى الظباء مع الأيل ــ بالياء المثناة من تحت ــ تردد للشيخ أبى محمد ويستقر جوابه على أنهما كالضأن والمعز ، وفى التتمة أيضاً حكاية وجه أن الظباء والابل تلحق بالغنم ، لأنها تقرب منه ، والتفاوت الذى بين الظباء والمعز ليس بأكثر من التفاوت بين الضأن والمعز ، وطرد ذلك فى البقر الوحشى مع الانسى ، وهذا موافق مذكوراً فى الأيمان عن صاحب التهذيب أن الحالف على لحم البقر لا يحنث بالوحشى وبناه على أنه هل يجعل جنسا فى الربا ؟ وهــذا هو الوجه الذى وعــدت بذكره قريبا •

والطيور أصــناف : الكراكى صنف ، والأوز صنف ، والعصــافير على اختلاف أنواعها ، فأما لحم اللبح [1] فجنس واحد غير لحم العصفور لأنه يسمى عصفوراً قاله القاضى حسين ، والبطوط صنف ، والفواخت صنف ، والدجاج صنف ، قال الشيخ أبو حامــد : قال الربيع : والحمــام صنف ، والحمام كل ماعب وهدر • قال الشيخ أبو حامد : والذى عنــدى القول

---

(١) كذا بالأصل فحرر قلت : واللبح صوابه البلح بضم الباء وفتح اللام قال ابن سيده : انه طائر اغبر اللون اعظم من النسر محترق الريش لا تقع ريشة منه وسط ريش طائر آخر الا احرقته .

بأن الفواخت جنس ، والقمارى جنس ، والدباسى جنس • وقال الرويانى : ان الذى اختاره الشيخ أبو حامد اختيار جماعة من أصحابنا • وقد أطلق جماعة حكاية الخلاف فى ذلك عن الربيع كما أشار اليه الشيخ أبو حامد منهم الرافعى قال : وعن الربيع أن الحمام بالمعنى المتقدم فى الحج وهو كل ماعب وهدر جنس • قال الرافعى : فيدخل فيه القمرى والدبسى والفاخت ، وهذا اختيار جماعة منهم الامام وصاحب التهذيب • قال الرافعى : واستبعده أصحابنا العراقيون وجعل كل واحد منهما جنسا برأسه •

(**قلت**) والذى رأيته فى الأم فى باب بيع الآجال قال الربيع : ومن زعم أن اليمام من الحمام فلا يجوز لحم اليمام بلحم الحمام متفاضلا ، ولا يجوز الا مثلا بمثل اذا انتهى تبينه ، وان كان من غير الحمام فلا بأس به متفاضلا • وهذا ليس فيه جزم من الربيع بأن اليمام من جنس الحمام ، لكنه لما ثبت فى الحج أن اليمام والقمرى والفاخت والدبسى والقطا كلها داخلة فى اسم الحمام ، وقد قال الربيع هنا : ان من زعم أن اليمام من الحمام فلا يجوز متفاضلا اقتضى مجموع هذين أن اليمام بالحمام لا يجوز متفاضلا ، فيكون كذا ، ولكن لابد فى ذلك من أن يكون الربيع موافقا على ما ذكر فى الحج حتى ينسب اليه ، والأصحاب ذكروا ذلك فى الحج ، ولم يذكروا عن الربيع فيه شيئا موافقة ولا مخالفة • وكلام الربيع الآن فيما يحضرنى هنا يقتضى ثبوت خلاف فى دخول اليمام تحت اسم الحمام ولم يذكر عن نفسه اختياراً فى ذلك • واستبعاد أصحابنا العراقيين ذلك فيه نظر • فانه اذا ثبت دخولها فى اسم الحمام فى الحج كانت من جنسه ولا يضر كونها لها اسم خاص كالجواميس مع البقر ، فلا جرم ذهب الامام وصاحب التهذيب الى ذلك وهو قوى •

قال الماوردى : وهكذا كل جنس من الطيور لحوم جنسها صنف • ونقل الشيخ أبو حامد وابن الصباغ عن الربيع أنه قال: ماعب وهدر جنس واحد واللفظ لابن الصباغ ، قال ابن الصباغ وهذا بعيد لأن ما انفرد باسم وصفة وجب أن يكون صنفا وفى الأم قال الربيع : ومن زعم أن اليمام من الحمام فلا يجوز لحم اليمام بلحم الحمام متفاضلا وان كان من غير حمام فلا بأس به متفاضلا • وفى المجرد حكاية الوجهين عن المروزى وأن الشيخ يعنى أبا

حامد قال : هى أصناف قولا واحداً • وهكذا السموك أجناس ، قال الرافعى فى غنم الماء وبقره : وكذا بعضها مع بعض قولان (أصحهما) أنها أجناس كحيوانات البر (قلت) وهذا المنصوص عليه •

قال الشافعى فى الأم فى باب ما جاء فى بيع اللحم فى التفريع على القول بأن اللحوم أجناس : ولا بأس بلحم ظبى بلحم أرنب رطبا برطب ويابسا بيابس مثلا بمثل أو بأكثر وزنا بجزاف ، وجزافا بجزاف لاختلاف الصنفين ، وهكذا الحيتان كله لا يجوز أن أقول هو صنف لأنه ساكن الماء ، ولو زعمته زعمت أن ساكن الأرض كله صنف : وحشيه وانسيه ، وكان أقل ما يلزمنى أن أقول ذلك فى وحشيه ، لأنه يلزمه اسم الصيد ، فاذا اختلف الحوتان فكل ما تملكته ويصير لك فلا بأس برطل من أحدهما بأرطال من آخر يداً بيد ، ولا خير فيه نسيئة ، ولا بأس به يداً بيد وجزافا بجزاف وجزافا بوزن ، هذا كلام الشافعى بلفظه • قال القاضى أبو الطيب فى الحيتان : كل ما اختص باسم وصفة فهو صنف • وقال الرافعى : وفى غنم الماء وبقره وغيرهما من السموك وكذا بعضها من بعض قولان (أصحهما) أنها أجناس كحيوانات البر ، وكذلك الماوردى حكى فى لحوم الحيتان على القول بأن اللحوم أجناس وجهين :

(أحدهما) أن جميعها صنف • قال : وهذا قول من يزعم أنه لا يؤكل من حيوان البحر الا حيتانه •

(والثانى) أنها أصناف • قال : وهو قول من يزعم أن حيوان البحر كله مأكول حيتانه ودوابه وما فيه من كلب وغيره • فعلى هذا يكون السمك كله صنفاً واحداً والنتاج صنفاً ، وكل ما اختص باسم يخالف غيره صنفاً (قلت) وكلام الشافعى رضى الله عنه المتقدم صريح فى أن الحوتين قد يختلفان فيكونان جنسين فهو يرد ما قاله ، والله أعلم •

وكذلك قال الشافعى فى باب بيع الآجال من الأم « اذا اختلفت أجناس الحيتان فلا بأس ببعضها متفاضلا وكذلك لحم الطير اذا اختلفت أجناسها » هذا لفظ الشافعى بحروفه ، وهو صريح فى ذلك ، ولم يذكره تفريعا على قول ، بل أطلقه والله أعلم •

واذا عرف ذلك قال الشافعى رحمه الله والأصحاب : اذا قلنا اللحوم أجناس فباع جنسا بجنس آخر فجاز البيع سواء كانا رطبين أم يابسين ، أم رطباً ويابسا، وزنا وجزافا ، متفاضلا ومتماثلا ، اذا كان نقدا ، يداً بيد كالقمح والشعير ، وانما جعل البقر الوحش جنسا مخالفا للبقر ، لأنه يفهم من لفظ البقر عند الاطلاق فكان كالتمر الهندى مع التمر وزيت الفجل مع الزيت ، وكذلك غنم الوحش مع غنم الأهل ، وانما كانت الظباء جنسا وحشيها وما تأنس منها ، لأن الاسم الصادق عليهما واحد (والضمير) فى قول المصنف لأنهما جنسان الأولى أن يكون عائدا الى بقر الوحش وبقر الأهل ، ونبه على ذلك لأنه قد يخفى • أما البقر والغنم فذلك مما لا يخفى على القول الذى عليه تفرع ، والضأن والمعز نوعان لجنس واحد • قال المتولى : ان ذلك لا خلاف فيه ، وكذلك البقر العراب والجواميس ، فكذلك لم يجز التفاضل بينهما ، وقد يستشكل من جهة أن الجواميس اختصت باسم لا يشاركها فيه غيرها ، فكانت كالسمك مع اللحم •

وأما الضأن والمعز فالظاهر أنهما صنفان لنوعى الغنم لا اسما فأشبها المعقلى والبرنى ، وفى النفيس من الجواميس ـ وان سلمنا صدق البقر عليها ـ فذلك كصدق الدهن على الزيت ، قال الماوردى : ولا فرق بين المعلوف والراعى ، ولا بين المهزول والسمين •

(**تنبيه**) اطلاق كثير من الأصحاب على عبارتهم أن السمك مع اللحم اذا قلنا بأن اللحوم أجناس جنسان ، وعبارة بعضهم ومنهم الرافعى لحوم حيوانات البحر ، وبين العبارتين فرق ، فان الكلام فى لحميهما ، أما السمكة الكاملة ففى بيعها باللحم حية وميتة كلام نذكره فى بيع اللحم بالحيوان ان شاء الله تعالى •

(**فرع**) ينبغى أن يكون هذا الفرع تفريعا على ان اللحوم جنس واحد هل الجراد من جنس اللحوم ؟ فيه وجهان (ان قلنا) نعم ، فهو من البريات أو البحريات فيه وجهان ، قاله الرويانى والرافعى فاجتمع فيه ثلاثة أوجه ، قال فى الروضة (أصحها) أنه ليس من جنس اللحوم واستدل الرويانى بكونه من البحريات لكونه نقل فى الآثار أن أصله سمك ، ولهذا حلت ميتته ، والوجه الآخر بأنه حيوان برى يلزم الجزاء على المحرم بقتله •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل واللحم الأحمر والأبيض جنس واحد ، لأن الجميع لحم ، واللحم والشحم جنسان واللحم والألية جنسان والشحم والألية جنسان واللحم والكبد جنسان والكبد والطحال جنسان ، واللحم والكلية جنسان ، لأنها مختلفة الاسم والخلقة) .

(الشرح) الكلام فى هذا الفصل فى اللحم الذى تختلف صفته ، وفى أعضاء الحيوان الواحد (فأما) اللحم المختلف الصفة فانه لا أثر لاختلاف الصفة فيه ، قال الشيخ أبو حامد : لا خلاف على القولين أن اللحم الأبيض السمين واللحم الأحمر جنس واحد . يعنى (ان قلنا) ان اللحم جنس واحد فذلك جنس واحد ، سواء كان من حيوان واحد أم من حيوانين .

(وان قلنا) انهما جنسان ، فاذا انقسم لحم الجنس الواحد الى أبيض وأحمر كان جنساً ، ولا أثر للاختلاف فى هذا الوصف ، أما اذا كان الأبيض من جنس والأحمر من جنس آخر فلاشك أنهما جنسان على القول بأن اللحوم أجناس ، لاختلاف أصليهما وصفتيهما ، وقد أطبق الأصحاب على أن اللحم الأحمر والأبيض جنس . وسنذكر خلافا عن الماوردى فى أن ما حملة الظهر من جنس الشحم أولا ومقتضى قول من يجعله جنس الشحم أن يقول بأنه مخالف للحم ، وذلك اختلاف فى حقيقته هل هو لحم أبيض أو شحم مع الاتفاق على حكم التسمية ؟ (وأما) أعضاء الحيوان كالكرش والكبد والطحال والقلب والرئة ففيها طريقان (أشهرهما) أنا اذا قلنا اللحوم أجناس فهذه أولى لاختلاف أسمائها وصفاتها . (وان قلنا) انها جنس واحد فوجهان ، لأن من حلف ألا يأكل اللحم لا يحنث بأكل هذه الأشياء على الصحيح .

وهذا كالخلاف فى أن لحم السمك أجناس أو هو جنس كسائر اللحم . هكذا عبر الرافعى عن هذه الطريقة . وعبر الامام عنها بأنا ان قلنا اللحوم جنس واحد فكل ما حنث به الحالف على الامتناع من أكل اللحم فهو من جنس اللحمان وفيما لا حنث بأكله وجهان كالوجهين فى اللحم الذى مع لحوم الحيتان ، والكلامان راجعان الى معنى واحد ، فالرافعى كأنه بنى

كلامه على أن الحالف على اللحم لا يحنث بهذه • وحكى الخلاف مع ذلك ورجع الى ما قاله •

وان شئت جعلت الخلاف مرتبا فنقول (ان قلنا) انها جنس فان قلنا يحنث الحالف على اللحم بها فهى جنس (وان قلنا) لا يحنث ففى المجانسة وجهان كالسمك مع اللحم • والطريقة الثانية وكلام المصنف أقرب الى الطريقة الأولى مع عدم حكاية الخلاف ، فكأنه جزم بالاختلاف على القولين ، أو رجح القول بالاختلاف فى هذه على القول بأن اللحوم جنس واحد ، فلو تحقق من المصنف الجزم بذلك كان ذلك طريقة ثالثة فى المسألة ، وهو الجزم بأنها أجناس على القولين ، والطريقة الثانية عن القفال • قال الامام وهذه الطريقة رديئة لم أرها الا لشيخنا حكاها عن القفال • قال : فلا أعدها من المذهب فانا ان جعلنا اللحوم جنسا واحداً فهذه الأشياء مجانسة لها ، وان جعلناها أجناسا فوجهان لاتحاد الحيوان وصار كلحم الظهر مع شحمه •

قال الرافعى : وكيفما قرر فظاهر المذهب ما قاله المصنف ، فتذكر الأعضاء كما ذكرها المصنف مفصلة ، وما ذكره معها مما يشبه الأعضاء ، وان كان لا يسمى عضوا وتتكلم فى ذلك على ترتيبه •

أما اللحم والشحم فجنسان ، سواء كانا من حيوان واحد أو من حيوانين مختلفى الجنس • وان قلنا اللحوم جنس واحد لاختلاف اسميهما فان لكل منهما اسما يخصه ، ومع اختلاف الاسم الخاص لا أثر لاتحاد الجنس المأخوذ منه أو اختلافه ، وهذا لا خلاف فيه أيضا على ما اقتضاه كلام الشيخ أبى حامد •

وقال القاضى أبو الطيب وابن الصباغ : انه نص عليه فى رواية حرملة ، قال هو والمحاملى وابن الصباغ : وأراد به الشحم الذى فى الجوف ، فأما الذى على جنب البهيمة فالظاهر أنه لحم أبيض وليس بشحم ، وممن جزم به من الخراسانيين أيضا القاضى حسين •

واعلم أن الكلام فى شحم الظهر والجنب شىء واحد والأصح أنهما من جنس اللحم لاحتكارها عند الهزال • وقيل من جنس الشحم لقوله تعالى :

(حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما) وأما شحم البطن فمغاير للحم بلا خلاف وشحم العين جزم به الشافعى رحمه الله فى أول كلامه فى الأيمان بأنه كشحم البطن • ثم حكى فيه وجهين فى آخر كلامه •

قال صاحب التهذيب : ويجوز بيع شحم البطن بشحم الظهر ولحمه متفاضلا وجزافاً ورطبا ويابسا لأنهما جنسان ، وتابعه الرافعى على ذلك ، وجزم فى الربا بكونهما جنسين ولك أن تقول : يتعين أنهما جنس واحد ، وهو الخلاف الذى تقدم وسيأتى عن الماوردى • وذكروا وجهاً فى الأيمان عن أبى زيد أن الحالف ان كان عربيا فشحم الظهر شحم فى حقه لأنهم يعدونه شحما ، وان كان عجميا فهو لحم فى حقه ، وهذا الوجه لا يظهر جريانه فى الربا ، لأن الجنسية فى الربا ليست راجعة الى فهم المتعاقدين والله أعلم •

وكذلك اللحم والالية جنسان على الصحيح من المذهب ، ونقله المحاملى عن الأصحاب وهو الذى أورده الصيمرى وصاحب التهذيب • وعلل القاضى حسين الوجه الآخر بأن الألية لحم الا أنه سمين ، فأشبه لحم الظهر ولحم الجنب ، وهذا ضعيف ، والشحم والألية جنسان جزم به فى التهذيب • وقال الجرجانى فى الشافى : انه لا خلاف فى ذلك •

وقال القاضى حسين : ان الخلاف فيها كاللحم والالية ، ونقل صاحب الذخائر بعدما حكى قول الأصحاب فى الالية مع اللحم والشحم احتمال الامام عن أبى بكر الشاشى أنه حكى طريقين فى الالية مع اللحم والشحم (أحدهما) أنه على الوجهين المذكورين (والثانى) أنها من اللحم قولا واحداً ، والأصح على ما ذكره الرافعى فى الأيمان أن الالية ليست بلحم ولا شحم • وقيل لحم ، وقيل شحم • (أما) الشحوم وحدها هل هى أجناس أو جنس واحد ؟ فيها قولان كاللحوم • قاله الماوردى •

قال : ولكن هل تكون الألية وما حمله الظهر صنفا من الشحم أم لا ؟ فعلى وجهين (أحدهما) أنها من جملة الشحم ، وهو قول مالك (والثانى) أنها أصناف مختلفة ــ وهو قول أبى حنيفة ــ ولتوجيه ذلك موضع من كتاب الايمان ، واللحم والكبد جنسان على ما قاله الرافعى فى الايمان ، قال

صاحب البيان : فكل واحد من هـذه الأجناس يجوز بيعـه بالجنس الآخر متفاضلا •

(فـرع) وهو أصل : قال الامام لما تكلم فى هذه الأشياء : القول فى هذا يستدعى تقديم أمر الى أصل فى الأيمان ، اذا قال الرجل : والله لا آكل اللحم فالذى ذهب اليه جماهير الأصحاب أنه لا يحنث بأكل الكبد والكرش والطحال والمعاء والرئة ، فانها لا تسمى لحما •

وحكى الشيخ أبو على عن أبى زيـد المروزى قولين (أحدهما) هـذا (والثانى) يحنث فانها فى معنى اللحم ، وهذا بعيد لم آره لغيره ، ولم يختلف الأصحاب فى أن من حلف لا يأكل اللحم لم يحنث بأكلهـا ، ولست أعنى سمين اللحم ، فانه معدود من اللحم ، اتفق عليه من نقلوه •

(وأما) القلب ، فقد قطع الصيدلانى وغيره من المراوزة بأنه لحم ، وذكر العراقيون أنه كالكبد والذى قاله محتمل والكلمة عندى فى معنى القلب ؛ والألية لم يعدها المحققون من اللحم ولا من الشـحم ، وهذا فيه احتـمال عندى ، فيشبه أن يقال : هو كاللحم السـمين يجمع للصائر على موضـع مخصوص ، فاذا ثبت ما ذكرناه من حكم الايمان واسـتقصاؤه يحـال على موضعه ، عدنا الى غرضنا •

(فـرع) قال الماوردى : فأما البيض فنوعان بيض طير وبيض سمك فبيض الطير لا يكون صنفا من لحم الطير ، لأن البيض أصل الحيوان فلم يجز أن يكون صنفا من اللحم الذى هو فرع للحيوان ، فعلى هذا اذا قيل : اللحمان أصناف فالبيض أولى أن يكون أصنافا ، واذا قيل : هـذا صنف واحد ففى البيض وجهان (وأما) بيض السمك فهل يكون نوعا من لحم السمك ؟ فيه وجهان (أحدهما) أنه صنف غيره كما أن بيض الطير صنف غير لحمه (والثانى) أنه نوع من لحم السمك ، يؤكل معه حيا وميتاً ، وسيأتى الكلام فى البيض فى آخر الباب عند ذكر المصنف له ، والأصح من الوجهين المذكورين فى بيض الطيور أنه أجناس •

(فـرع) صفرة البيض وبياضه جنس واحد ؛ لا يجوز بيع بعضـه ببعض هكذا قال الرويانى •

(فـــرع) بيع البيض المقلى بالمقلى أو المقلى بغير المقلى ، قال الرويانى : فيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لتغيره عن حال الـكمال ، ولدخوله النـار (والثانى) يجوز لأنه بالمقلى لم يخرج عن حال الادخار والنار لا تنقص منه شيئا (قلت) ان كان فرض المسألة فى المنزوع القشر فلا يجوز بيع بعضـه ببعض ، وان كان بقشره فلا يسمى مقليا فلينظر ا هـ .

والكبد والطحال جنسان ، قاله المصنف وصاحب البيان ، والفؤاد صنف آخر قاله الماوردى . وكذلك المخ والدماغ والكرش والمصران ، كل واحد منها صنف أيضاً ، وقال القاضى حسـين : ان الكرش والمصران كاللحم مع الشحم ، يعنى فيكونان جنسين كما قال الماوردى ، وكذلك اللسان صنف آخر ، قاله الرويانى ، والقلب والألية ، قال القاضى حسين : قد قيل : فيهـما وجهان ، لأنهما يسميان لحماً ، وجـزم صاحب التهـذيب أن القلب والرئة واللحم أجناس مختلفة وهو الأصح فى الرافعى فى الايمان ، والمخ مع هذه الأشياء جنس آخر ، قال الامام والرافعى وغيرهما ، وكذا الجلد جنس آخر قاله الرافعى ، واستدرك عليه فى الروضة فقال : المعروف أن الجلد ليس ربوياً ، فيجـوز بيع جلد بجلود وبغيرها فلا حاجة الى قوله : انها جنس آخر .

(قلت) ويمكن حمل كلام الرافعى على الجلد الذى يؤكل كجلد السميط فانه مأكول فكيف لا يكون ربوياً ؟ وقد صرح صاحب التلخيص بجواز بيع اللحم المسموط فى جلده ، وقد قال الماوردى : انه اذا باع اللحم الذى عليه جلد يؤكل كجلد الحدأ والدجاج بمثله ففيه وجهان كالعظم ، وقال فى الرونق المنسوب لأبى حامد الجلود مما اختلف قول الشافعى فيه هل هو نوع أو أنواع فيصح ما قاله الرافعى ويظهـر أنه اذا باع اللحـم مع جلده المأكول بلحم كان من قاعدة مدعجوة وصورة المسألة اذا كان اللحم يابساً والله أعلم .

ورأيت فى البحر للرويانى ما هو أغرب من هذا ، قال اذا باع جلد الغنم بجلد البقر متفاضلا هل يصح ؟ يحتمل قولين بناء على القولين فى اللحمان ، وهذا لا يمكن تأويله على ما حملنا عليه كلام الرافعى ، وهو يدل على أنه يعتقد أن الجلد ربوى ، وأنه لو باعه بجلد من جنسه لم يجز التفاضل قولا

واحداً وهو عجيب ، والذى قاله النووى هو الأقرب ، وفى شحم الظهر مع شحم البطن وجهان ، قاله الرافعى وسنام البعير مع شحم ظهره وشحم بطنه جنسان قاله صاحب التهذيب والرافعى ، وكلام الرافعى يحتاج الى تأمل حتى ينزل على ذلك ، وكلام التهذيب صريح ، ولحم الرأس والأكارع من جنس اللحم قاله الرافعى •

وفى الأكارع احتمال عند الامام ، قال : ان الأئمة قطعوا بذلك ، ثم قال : ولا اعتراض فى الاتفاق ، فلعل ذلك من جهة أنه يؤكل أكل اللحم ، والا فالظاهر عندى أن القصبة المفردة ليست لحما ، والذى قاله البغوى أن فى لحم الرأس والخد واللسان والاذرع طريقين (أصحهما) يحنث بأكلهما اذا حلف أن لا يأكل اللحم (والثانية) على وجهين فيكون ما قاله فى الربا جريا على أحد الطريقين ، قال الامام : والعظم لاشك أنه ليس بلحم ، الصلب منه والمشاشى والغضروفى ، وقد علل المصنف ذلك كله بأنها مختلفة الاسم والخلقة ، وهى علة شاملة ، غير أنه لم يتقدم فى ضابطه الا اختلاف الاسم (وأما) اختلاف الخلقة فلم ينبه عليه فيما تقدم •

(فرع) قد تقدم أن الشحوم جنس غير اللحم ، وفى الشحوم نفسها قولان كاللحم ، حكاهما الماوردى قال : وهل الألية وما حمله الظهر صنفان من الشحم ؟ فيه وجهان (أحدهما) نعم ، وهو قول مالك (والثانى) أنها أصناف مختلفة غير الشحم وهو قول أبى حنيفة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما الألبان ففيهما طريقان : من اصحابنا من قال : هى كاللحمان ؛ وفيها قولان ، ومنهم من قال : الألبان اجناس قولا واحداً ، لأنها تتولد من الحيوان والحيوان اجناس فكذلك الألبان ، واللحمان لا تتولد من الحيوان ، والصحيح أنهما كاللحمان) •

(الشرح) نص الشافعى رحمه الله فى الأم والمختصر جازم بأن الألبان أجناس قال فى الأم فى باب ما يكون رطبا أبدا : والصنف الواحد لبن الغنم ماعزه وضانيه والصنف الذى يخالفه البقر درنانيه وعرابيه وجواميسه ، والصنف الواحد الذى يخالفهما معا لبن الابل : أواركها وعواديها ومهريها

ونجيبها وعرابها • قال فى باب بيع الآجال : والألبان مختلفة وذكر أصنافها وصرح ببيعها متفاضلا ، وقال أبو حامد : انه لا يعرف أنه نص على غير ذلك، وقال القاضى الماوردى : انه نص فى القديم على أنها صنف واحد ، وهـذا غريب ، وبتقدير ثبوته لما اقتصر الشافعى فى الجديد فيها على قول واحـد ونص فى الأم فى اللحمان على القولين المتقدمين • قال الشـيخ أبو حامـد الاسفراينى وابن الصباغ والقاضى أبو الطيب : قال أصحابنا : يجب أن تكون الألبان أيضا على قولين لأنه لا فرق بينها وبين اللحمان • وتوجيه القولين كما مر فى مسألة اللحمان حرفا بحرف ، والصحيح من القولين أنها أجناس كما فى اللحمان • قاله القاضى أبو الطيب وابن الصباغ •

وممن جزم بهذه الطريقـة وتخريجهـا على قولى اللحمـان المحاملى فى المجموع • ورجحها أبو اسحاق المروزى والمصنف • وقال الرافعى : انهـا الأظهر عند الأكثرين وذهب آخرون الى القطع بأنها أجناس مختلفة ، وفرقوا بينها وبين اللحمان بفرقين (أحدهما) ما ذكره فى الـكتاب • وممن ذكره القاضى أبو الطيب • وذكر القاضى أبو الطيب عن أبى اسحاق أنه قال : يمكن أن يقال لا يجوز بيع شاة لبون بشاة لبون ، ويجوز بيع الشاة بالشاة اذا لم يكن فيهما لبن ولا يمنع ما فيها من اللحم من بيع احداهما بالأخرى تولد على افتراقهما • ثم قال أبو اسـحاق : الأقوى تخريجهـا على قولين (والثانى) أن الأصول التى حصل اللبن منها باقية بحالها ، وهى مختلفة فيدام حكمها على الفروع بخلاف أصول اللحم ، قاله الرافعى وفى كل من الفرقين نظر •

أما الأول الذى فى الكتاب فلأن لقائل أن يغلب ذلك ، لأن الألبان تتولد من الحيوان بانتقالها عما كانت عليـه حين كانت جزء حيـوان دماً الى حالة أخرى • فناسب أن تعتبر بنفسها ، واللحمان لا تتولد ، بل هى عين جـزء الحيوان فارقته الروح ، فكان اجراء حكمها عليها أولى من الفروع المتولدة عنها •

وأما الفرق الثانى فلأن الوصف المذكور لا تأثير له بدليل أنه مفقود فى الأدقة وهى أجناس • وذكر القاضى حسين فرقا ثالثا وهو أن اللبن يجرى فيه

الربا وان كان متصلا بالحيوان بخلاف اللحم . قال الامام : وهـذا الفرق ردىء فان الألبان فى الضروع ، وقد اشتركت فى الاسـم الخـاص من أول حصولها ، وهذا معتمد اتحاد الجنس ، ولا منفعـة فى اجراء الربا فيهـا فى الضروع بعد القطع باختلاف أصولها وقد تقـدم عن القاضى حسين ان فى اللحمان أيضا طريقة قاطعة فعلى تلك الطريقة الألبان أولى ، وعلى طريقـة اجراء القولين يأتى الطريقان المذكوران هنا .

(التفريع) ان قلنا : انها صنف واحد فلا يجوز بيع لبن بلبن الا متماثلا، وله أحكام تذكر فى كلام المصنف فى الفصل الثانى عشر بعد هذا الفصل قال القاضى أبو الطيب : على هذا القول كل ما يسمى لبنا جنس واحد (وان قلنا :) أصناف فلبن البقر الأهلية جنس ، ولبن البقر الوحشـية باختلاف أنواعها جنس ، ولبن الغنم الأهلية جنس ولبن الغنم الوحشـية وهى الظباء وأنواعها جنس ، ولبن الابل بأنواعهـا جنس ، ولا يـكون للابل وحش ، فيجوز بيع أحد الجنسين بالآخر متفاضلا ، وبيعه بما يتخذه من الآخر ، وقد تقدم تفصيل ذلك فى اللحوم ولكنى أقصد زيادة البيان ، وتأسيت أيضـا بالأصحاب فانهم ذكروه كذلك ، ولبن الضان والمعز جنس واحد ، ولبن الوعل مع المعز الأهلى جنسان اعتباراً بالأصول ، قاله الرافعى وصاحب التهذيب ، ولبن الآدميات جنس ، قاله ابن سراقة ، ولاشك فى ذلك اذا قلنا ان الألبان أجناس ، أما اذا قلنـا الألبان جنس واحد فسيأتى الكلام فى بيع اللبن بعضه ببعض من جنسه ، سيأتى فى كلام المصنف ان شاء الله تعالى ، ومذهب مالك وأحمد رحمهما الله تعالى أنها صنف ، ومذهب أبى حنيفة رضى الله عنه أنها أصناف .

(فائـدة) قال أبو محمد عبد الله بن سعيد الأموى فى نوادره : ولا أقول صِنفاً انما هو صَنف ــ بالفتح ــ وصنوف وأنشد :

(اذا مت كان الناس صنفين [1]) البيت

(فـرع) ان قلنا الألبان جنس واحد فلبن الآدمى مع غيره فيه وجهان

---

(١) البيت ساقه الامام النووى فى الجزء الثالث هكذا :

اذا مت كان الناس نصـفين شامت وآخر مثن بالذى كنت اصـنعه

قلت : وفى اللسـان : الصنف والصنف بالكسر والفتح لغتان والله أعلم (ط) .

(أحدهما) أن الكل جنس واحد (والثانى) لا ، لأن لبن الآدمى جنس وسائر الألبان جنس آخر ، لأن ما يستخرج منه هذا اللبن لا يؤكل لحمه ، ويخالف سائر الألبان فى الحكم ، فكان جنسا آخر ، قاله القاضى حسين •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل : وما حرم فيه الربا لا يجوز بيع بعضه ببعض حتى يتساويا فى الكيل فيما يكال ، والوزن فيما يوزن ، لما روى عبادة بن الصامت رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : (الذهب بالذهب تبره وعينه ، وزنا بوزن والفضة بالفضة تبره وعينه ، وزنا بوزن ، والملح بالملح ، والتمر بالتمر والبر بالبر والشعير بالشعير كيلا بكيل ، فمن زاد او ازداد فقد اربى) •

(الشرح) حديث عبادة هذا بهذا اللفظ أخرجه النسائى فى السنن الكبرى وسنده صحيح ولم يخرجه من الأئمة الستة أحد غيره ، ورواه البيهقى أيضا من غير طريق النسائى وأخرجه النسائى فى كتابه المجتبى بهذا اللفظ أيضا الا قوله فى آخره كيلا بكيل فان موضعها عنده « سواء بسواء مثلا بمثل » وقد تقدم حديث عبادة رضى الله عنه فى موضعين من كلام المصنف ، وأصله فى صحيح مسلم كما تقدم ، وقد تقدمت أحاديث صحيحة فى هذا المعنى (منها) حديث فضالة بن عبيد رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تبيعوا الذهب بالذهب الا وزنا بوزن » رواه مسلم (ومنها) حديث أبى هريرة رضى الله عنه قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب وزنا بوزن مثلا بمثل ، والفضة بالفضة وزنا بوزن مثلا بمثل » رواه مسلم رحمه الله ، والأحاديث التى فيها ذكر الصاع فى الأشياء الأربعة كثيرة •

وقد روى أبو داود هذا الحديث بقريب مما فى الكتاب من غير ذكر الوزن لكن قال فى الأشياء الأربعة : مدى بمدى [1] قال القلعى : والمدى مكيال لأهل الشام معروف يسع نيفا وأربعين رطلا ، والتبر قال الأزهرى : التبر من الذهب والفضة ما كان غير مصوغ ولا مضروب ، وكذلك من النحاس ، وسائر الجواهر ما كان كساراً غير مصنوع آنية ولا مضروب فلوسا ، وأصل التبر من قولك : تبرت الشىء أى كسرته حداداً ، وقد

---

(١) المدى بضم الميم واسكان الدال وزان قفل مكيال يسع تسعة عشر صاعا وهو غير المد فانتبه (ط) •

تقدم فى التبر بحث (وقوله) عينه يريد ذاته ، وقد تقدم أنه من الأسماء المشتركة وقد اتفق أكثر العلماء على هذه الجملة وأن المساواة المعتبرة هى المساواة فى المكيل كيلا ، وفى الموزون وزنا ، ولا يضر اختلاف المكيلين فى الوزن ، ولا اختلاف الموزونين فى الكيل ، فأما ما أصله الوزن فلا يجوز بيعه كيلا بكيل ، نقل الشيخ أبو حامد الاجماع فيه .

وأما ما أصله الكيل فنقل الفورانى من أصحابنا أنه يجوز بيعه وزنا ، حكاه عنه جماعة منهم ابن يونس ، وقال صاحب الذخائر : انه ــ أعنى الفورانى ــ حكاه عنه المهذب ، ولم يحك سواه ، وهذا ضعيف مردود ولا معول عليه مع أن الذى رأيته فى كتاب الابانة المنع وموافقة الأصحاب .

وحكى الجواز عن أبى حنيفة ، وروى عن مالك قال : يجوز بيع بعض الموزونات ببعض جزافا ، وسيأتى النقل عن مالك ، وقال الشيخ أبو حامد : قال بعضهم : يجوز أن يبيع المكيل كيلا بكيل ووزنا بوزن ، قال : لأن الاعتبار بالتساوى ، فاذا وجد بالوزن جاز ، ولأنه لا خلاف أنه لو أسلم فى مكيل بالوزن جاز ، ولنا أنه يؤدى الى التفاضل فى الكيل بأن يكون أحد التمرين ثقيلا ، فيؤدى الى بيع صاع بأكثر من صاع ، ولأنه لا خلاف فى الموزون لا يجوز بيع بعضه ببعض كيلا ، والمساواة المعتبرة هى المأمور بها ، وهو الكيل فى المكيل والوزن فى الموزون ، وانما جاز فى السلم لأن القصد فيه أن يصير مضبوط القدر ، وليس كذلك ههنا ، لأنه تراعى المماثلة على ما أمرنا بها فى الشرع .

(فرع) فصل القاضى حسين وصاحب التتمة وغيرهما فى الملح بين أن يكون قطعا كباراً أو صغاراً ، فان كان مسحوقا ناعما ، أو مدقوقا بحيث لا يزيد جرمه على جرم التمر ، فلا يجوز البيع الا كيلا ، وان كان القطع كباراً فوجهان (أحدهما) يباع وزنا ، وبه جزم فى التهذيب ، وكلام القاضى حسين يقتضى ترجيح اعتبار الوزن ، وقال الرافعى : انه الأظهر (والثانى) يسحق ويباع كيلا لأنه الأصل فيه . قال القاضى حسين : وفى هذا ضيق على الناس ، وأظهر الوجهين اعتباره بالوزن .

(فـــرع) وقول المصنف رحمـــه الله تعالى : فيما يـــكال وفيما يوزن يعنى بالنظر الى جنسه لا الى قدره ، فلو امتنع لأجل القلة كالحبة والحبتين ، فانها لا تكال والذرة من الذهب والفضة فانها لا توزن ، فعندنا يمتنع بيعها بمثلها فلا يباع حفنة بحفنة ، ولا بحفنتين ، ولا تمرة بتمرتين ، ولا ذرة من ذهب وفضة بذرة • وقال أبوحنيفة : يجوز ذلك كله ، وقد تقدم التنبيـــه على مأخذنا ومأخذه • وضابط ما يجـــوز بيعه بجنســـه من سائر المكيلات عند الحنفية ألا يبلغ نصف صاع ، فلو بلغه أحدهما دون الآخر امتنع عندهم ، وفى المسألة تطويلات فى كتب الخلاف لا ضرورة الى ايرادها هنا وقد رأيتها فى مباحث الشافعى رضى الله عنه معهم فى الاملاء ، فنقل عن بعض النـــاس أنه لا بأس بالتمرة بالتمرتين ، والتمرتين بالأربع عدداً ، وأطال فى البحث معه فى ذلك وألزمه بالموزون وكأنه لا يقول به ولعل أصحابهم فرعوا ذلك والتزموه والله أعلم •

(فـــرع) أطلق الرافعى رضى الله عنه والنووى رضى الله عنه هنا أن كل ما يتجافى فى المكيال يباع بعضه ببعض وزنا ، وظاهر ذلك شموله لما علم معيار جنسه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وما لم يعلم فمقتضـــاه أن التمر الكبار الذى يتجافى فى المكيال يباع وزنا ، ولم أر من صرح به ، نعم هذا الضابط ذكره غير الرافعى فيما لم يعـــلم معياره وعبارة التهـــذيب مطلقة كعبارة الرافعى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان باع صبرة طعام بصبرة طعام ــ وهما لا يعلمان كيلهما ــ لم يصح البيع لما روى جابر رضى الله عنه قال « قال رســـول الله صلى الله عليه وسلم : لا تباع الصبرة من الطعام بالصبرة من الطعام ») •

(الشرح) حديث جابر المذكور بهـــذا اللفظ الذى فى الكتاب رواه النسائى وزاد « ولا الصبرة من الطعام بالكيل المسمى من الطعام » وسنده على شرط مسلم ورواه مسلم بلفظ آخر فقال فيه جابر « نهى رســـول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الصبرة من التمر ، لا يعلم مكيلهـــا ، بالـــكيل المسمى من التمر » ورواه الشافعى رضى الله عنه فى الأم بهذا اللفظ الذى

عند مسلم سواء ، ومن العجب أن الحاكم ذكره فى مستدركه وقال : صحيح على شرط مسلم ، ولم يخرجاه وكأنه سقط من نسخته من مسلم أو غفل [1] عنه والله أعلم ، وانما ذكرت ذلك لئلا يقف أحد على كتاب المستدرك فيظن الوهم فى نسبته الى مسلم والله أعلم • وفى رواية عند مسلم لم يذكر من التمر فى آخر الحديث فالاختلاف بين روايتى مسلم والرواية الأولى فى تقييده الصبرة المعينة بالتمر ، رواية مسلم من الطريقين مقيدة لها والرواية الأولى مطلقة ، والنسائى روى الوجهين جميعا ، وترجم على كل منهما بما يناسبه والسند واحد فيهما وليس هذا باختلاف ضار ، ولعلهما جميعا ثابتان فلا تنافى بينهما لاسيما والاطلاق من لفظ النبى صلى الله عليه وسلم ، والتقييد فى الرواية الأخرى من قول جابر ، فلعل جابراً حضر النبى صلى الله عليه وسلم وقد سئل عن بيع صبرة من التمر غير معلومة المكيال ، فنهى عنها وذكر صلى الله عليه وسلم اما فى ذلك الوقت واما فى غيره لفظا شاملا تندرج فيه تلك الصبرة وغيرها وروى الأمران عنه ، فلا يكون ذلك من الباب الذى نحن فيه ــ حمل المطلق على المقيد ، وانما يصح ذلك لو كان الكلامان من قول النبى صلى الله عليه وسلم وحينئذ يبقى النظر فى أن حمل المطلق على المقيد يختص بالاثبات كما نبه عليه بعض الأصوليين ولا مجال له فى النفى ، وهذان اللفظان مثال لذلك ، أو يقال : ان المطلق يحمل على المقيد مطلقا •

ولو فرضنا أنه لم يمكن الجمع المذكور وأن الصادر من النبى صلى الله عليه وسلم أحدهما فقط وأن ذلك اختلاف فى الرواية ، فالأخذ باللفظ المنسوب الى النبى صلى الله عليه وسلم أولى من الأخذ باللفظ الذى عبر به الراوى عنه ، ولو لم يحصل الترجيح المذكور ، ولم يثبت الا الرواية المقيدة لكان القياس الجلى ، ويدل على أنه لا فرق بين التمر وغيره ، والله أعلم ولفظ الحديث عام والمراد به خاص ، وهو ما اذا كانتا غير معلومتين بدليل الرواية الأخرى والله أعلم •

اذا عرف ذلك ، فاذا باع صبرة من طعام بصبرة من طعام وهما لا يعلمان كيلهما فاما أن تكون الصبرتان من جنس واحد أو لا ، فان كانتا من جنس

---

(١) هذه من سقطات الفحول وسبحان من تفرد بالكمال (ط) .

واحد لم يجز ، نقل ابن المنذر الاجماع على ذلك ، والحديث المذكور حجة له ، ولهذا نقول : ان الجهل بالمماثلة كحقيقة المفاضلة ولا يجوز ذلك جزافا ولا بالتحرى والحزر والتخمين ، ونقل القاضى أبو الطيب والمحاملى وغيرهما عن مالك أنه أجاز ذلك فى البادية والسفر فى المكيل دون الموزون لأن البادية يتعذر فيها وجود المكيال ، وأجاب القاضى بمنع ذلك ، لأن الكيل يمكن بالاناء والقصعة والدلو وحفر حفيرة يكيل فيها وغير ذلك ، واتفق أكثر العلماء على خلاف هذا ، وأنه لا يجوز البيع فى ذلك جزافا ولا بالحزر والتخمين والتحرى ، بل لابد من العلم سواء خرجتا متماثلتين أم لا • نص عليه الشافعى رحمه الله فى الأم والأصحاب •

أما اذا ظهر التفاضل فظاهر ، وأما اذا خرجتا متماثلتين فاحتجوا له بأن التساوى شرط ، وشرط العقد يعتبر العلم به عند العقد ، ألا ترى أنه لو نكح امرأة لا يدرى أهى معتدة أم لا ؟ أو هى أخته من الرضاع أم لا ؟ لا يصح النكاح ، وقد يعترض على هذا بأن بقية شروط المبيع كالملك وشبهه لا يشترط العلم بها ، ألا ترى أنه لو باع مال أبيه على ظن أنه حى فاذا هو ميت صح على الأصح ، فالأولى التمسك بالحديث ، فالمماثلة شرط والعلم بها شرط آخر ، وانما كان كذلك دون بقية الشروط فى المبيع ، كالملك وما أشبهه حيث يشترط وجوده فقط لا العلم به على الصحيح من المذهب للاحتياط فيما أصله التحريم ، فلما كان الأصل فى الربويات وفى الأبضاع التحريم اشترط فيها العلم بالشروط والأصل فى البيع الحل فلذلك صح فى بيع المال الذى يظنه لأبيه اذا تبين خلافه •

ونقل عن زفر رحمه الله أنه اذا خرجتا متماثلتين صح وعن أبى حنيفة رضى الله عنه أنه يصح ان علما التساوى قبل التفرق ، وزفر لم يشترط ذلك بل حكم بالصحة سواء حصل العلم قبل التفرق أو بعده ، والحديث حجة عليهما ، وكل ما قلناه فى الصبرة بالصبرة جار بعينه فى الدراهم بالدراهم وفى الدنانير بالدنانير وفى كل ربوى بجنسه ، صرح الأصحاب بذلك ولأجل جزم الأصحاب بالمنع فى ذلك رد القاضى حسين على من يقول من الأصحاب : ان العلة الطعم • والشرط عدم التساوى فى المعيار وقال ابن الرفعة رحمه الله :

ان هذا القائل قد يقول بالجواز نظيره بيع مال ظنه لأبيه ، وكان لنفسه لموت أبيه قبل بيعه (قلت) وهذا التخريج مردود فان الأصحاب متفقون على المنع والحديث حجة فيه وما نقله ابن المنذر من الاجماع ان ثبت ولم يصح قول زفر فالوجه الجواب عن بيع ما ظنه لأبيه والفرق بين المسألتين لا أن يطلب تخريج على خلاف قول الأصحاب والله أعلم •

وان كانتا من جنسين كتمر بزبيب أو حنطة وشعير وتبايعاهما جزافا جاز استدلالا بقوله صلى الله عليه وسلم « فاذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم » ولمفهوم الرواية الأولى من روايتى مسلم المتقدمة التى فيها الكيل المسمى من التمر ، فتقييده بذلك يدل على أنه لو باعها بجنس غير التمر لجاز وهذا التقييد هنا زيادة من الراوى يجب قبولها وليس فيها من البحث ما تقدم كما لا يخفى على متأمل • هذا مذهبنا ومذهب أكثر العلماء قال الشافعى رضى الله عنه : لأن أصل البيع اذا كان حلالا [1] بجزاف وكانت الزيادة اذا اختلف الصنفان حلا فليس فى الجزاف معنى أكثر من أن يكون أحدهما أكثر من الآخر • ونقل عن أحمد كراهة ذلك ومنعه جماعة من أصحابه قالوا : لأن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع الطعام بالطعام مجازفة » •

وذكر أبو الحسن على بن محمد الطبرى المعروف بالكيا من أصحابنا هذه المسألة فى كتابه الذى صنفه فى بعض مفردات أحمد قال : فاذا اختلف الجنس جاز بيع أحدهما بالآخر مجازفة كالدراهم بالدنانير جزافا • والحنطة والشعير صبرة بصبرة • وجوز أحمد رضى الله عنه بيع المكيل بالموزون جزافا كبيع صبرة من حنطة بصبرة من الدراهم وانما خالف فى بيع ما يكال بما يكال أو ما يوزن بما يوزن جزافا روى عن جابر قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تباع الصبرة بالصبرة من الطعام ولا يدرى ما كيل هذا » وهذا نص فى الصبرة وعام فى الجنس والجنسين قال : وتعلقهم بهذا باطل فانه اذا جعل الجهل مانعا فالنهى بالتساوى لا يزيد على العلم بالتفاضل

---

(١) كذا بالأصل فحرر (ش) قلت : وتحرير النص فى الأم هكذا : كل كيل لا يجوز أن يباع بمثله وزنا وكل وزن فلا يجوز ان يباع بمثله كيلا وأذا اختلف الصنفان فلا بأس ان يبتاع كيلا وان كان أصله الوزن وجزافا ، (ط)

فحيث جوز الشرع التفاضل وقال : اذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم فلا وجه لمنع المجازفة فدل على أن المراد به اذا اتحد الجنس والذى ذكرناه من التأويل هو مأخذنا وهو المقطوع به ، انتهى .

على أن ابن قدامة الحنبلى فى كتابه المغنى بعد أن ذكر ما روى عن أحمد وقول المانعين من أصحابهم رد القول بالمنع ورجح الجواز وقال : اذا كانت حقيقة الفضل لا تمنع فاحتماله أولى ألا يكون مانعا قال : وحديثهم أراد به الجنس الواحد ، فلهذا جاء فى بعض ألفاظه « نهى أن تباع الصبرة لا يعلم مكيلها من التمر بالصبرة لا يعلم مكيلها من التمر » وكما يجوز أن يتبايعا ذلك مجازفة يجوز أن يتبايعا المكيل موزونا والموزون مكيلا عند اختلاف الجنس ، نص عليه الشافعى ، وذلك مما لا يخفى ولنرجع الى ألفاظ الكتاب :

(قوله) صبرة طعام بصبرة طعام ، أى من جنسه ، وحذف ذلك لأن كلامه السابق فى بيع الجنس الواحد بعضه ببعض ، فأغنى عن تقييده . وأيضا فان الطعام فى عرف أهل بغداد والعراق يختص بالقمح ، فلذلك كثيراً مايذكره الفقهاء العراقيون ويريدون ذلك ، وكذلك الحكم لو باع صبرة دراهم بصبرة دراهم ، وهما لا يعلمان وزنهما ، أو ذهبا بذهب كذلك ، فلو حذف لفظة الطعام كان أشمل ، لكنه قيد بذلك ليكون الحديث الذى استدل به منطبقا على دعواه وافيا بمقصوده .

(وقوله) وهما لا يعلمان ، ظاهره أن كلا منهما لا يعلمه ، لأن دلالة الضمائر كلية كالعام ، ولأن النفى اذا تأخر عن صيغة العموم أفاد الاستغراق ، ولا فرق فى الحكم بين ألا يعلما وأن يعلم أحدهما دون الآخر ، وقد نقل ابن المنذر فى الصبرة اذا علم البائع كيلها دون المبتاع أن عطاء وابن سيرين وعكرمة ومجاهدا ومالكا وأحمد واسحاق كرهوا ذلك ، وأن الشافعى أجازه جزافا ، واذا عرف كيله أحب اليه ، ومراده اذا باعها بالدراهم أو بغير جنسها ، والا بيع الصبرة بجنسها لا يجيز الشافعى رضى الله عنه فيه الجزاف . (نعم) اذا علم البائع كيلها وأخبر به المشترى فاعتمد عليه ، فمقتضى كلام الشافعى الجواز .

(وقوله) لا يعلمان كيلها ، أفردالضمير ، وهو صالح لأن يعود على الصبرة المعينة ، وعلى الصبرة التى هى ثمن ، والحكم شامل لهما ، لا فرق بين أن يجهل كلتا الصبرتين أو احداهما • نص عليه الشافعى رحمه الله والأصحاب • ودليله الرواية المتقدمة عن مسلم : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الصبرة من التمر ، لا يعلم مكيلها بالكيل المسمى من التمر » •

(فرع) لو باع ديناراً بدينارين ممن كاتبه كتابة فاسدة ، ولم يعلم فسادها ، لا يجوز ــ كما لو تزوج بمن لا تحل له ظاهراً ثم انكشف أنها تحل له لا يصح النكاح ، قاله الرويانى فى البحر ، والحكم صحيح لكن قول الرويانى : انه لا يجوز اما أن يريد به لا يصح أو لا يحل ، فان أراد نفى الصحة فعدم الصحة حاصل ، سواء كانت الكتابة فاسدة أم صحيحة ، وسواء علم السيد بها أم جهل فلا وجه لتشبيهها بمسألة النكاح وان أراد بعدم الجواز عدم الحل ، فهذه المعاملة اذا صدرت من السيد مع عبده القن حكمها حكم العقود الفاسدة ، فان حكمنا بأن تعاطى العقود الفاسدة حرام وهو الحق اذا أريد بها تحقيق معناها المنهى عنه شرعا ، فحينئذ هذه المعاملة بين السيد ومكاتبه لا تحل ، سواء علم بفساد الكتابة أم لم يعلم ، لا يصح تشبيها بمسألة النكاح المذكورة •

وان قيل بأن تعاطى العقود الفاسدة ليس بحرام ، وأنه يجوز للسيد أن يبيع من عبده القن ديناراً بدينارين فالوجه القطع هنا بالتحريم ، ثم أيكفى حصول الاثم لأن ذلك دائر مع الظن وجوداً وعدما ؟ وقد أقدم على العقد ههنا مع ظنه تحريمه فيأثم ؟ وليس ذلك أيضا ، كما اذا باع مال أبيه على ظن أنه حى ، فاذا هو ميت ، لأن الكلام فى تلك المسألة فى الصحة لا فى الحل ، فقد تبين أن الفساد كما قال الرويانى أنه لا يجوز ، وأن التشبيه فيه نظر ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باع صبرة طعام بصبرة طعام ، صاعا بصاع ، فخرجتا متساويتين صح البيع ، وان خرجتا متفاضلتين ففيه قولان (احدهما) انه باطل ، لانه

بيع طعام بطعام متفاضلا (والثانى) أنه يصح فيما تساويا فيه لانه شرط التساوى فى الكيل . ومن نقصت صبرته فهو بالخيار بين أن يفسخ البيع وبين أن يمضيه بمقدار صبرته ، لأنه دخل على ان يسلم له جميع الصبرة ، ولم يسلم له ، فثبت له الخيار) .

(الشرح) بيع الصبرة بالصبرة له حالتان (احداهما) أن يكون جزافا ، وقد تقدم حكمه (والثانى) أن يكون مكايلة ، كما اذا باع صبرة طعام بصبرة طعام صاعا بصاع . والكلام الآن فيه ، والمسألة هكذا كما ذكرها المصنف رحمه الله . منصوص عليها فى الأم فى باب المزابنة .

قال الشافعى رضى الله عنه : (ولو عقدا ببيعهما أن يتكايلا هذين الطعامين جميعا بأعيانهما مكيالا بمكيال فتكايلا فكانا مستويين جاز،وان كانتا متفاضلتين فقولان (أحدهما) أن للذى نقصت صبرته الخيار فى رد البيع ، لأنه بيع شىء فلم يسلم له لأنه لا يحل له أخذه أو رد البيع (والقول الثانى) أن البيع مفسوخ لأنه وقع على شىء بعضه حرام وبعضه حلال فالبيع مفسوخ وبهذا أقول ، والقول الذى حكيت ضعيف ليس بقياس ، وانما يكون له الخيار فيما نقص لا فى الزيادة [1] بعضه على بعض ، فأما فيما فيه ربا فقد انعقد البيع على الكل فوجدنا البعض محرما أن يملك بهذا العقد فكيف يكون له الخيار فى أن يأخذ بعض بيعة وفيها حرام . هذا لفظ الشافعى رحمه الله بحروفه ، وتبعه أصحابه على ذلك القاضى أبو الطيب والقاضى الحسين والمحاملى والفورانى والشيخ أبو محمد والرافعى والعمرانى وآخرون ، كلهم جزموا بالصحة فيما اذا خرجتا متساويتين .

قال الشيخ أبو محمد فى السلسلة : جائز قولا واحداً ، وأغرب الشاشى فقال فى الحلية ان خرجتا متساويتين وقلنا عند التفاضل يبطل فههنا وجهان (أحدهما) يبطل قال : وليس بشىء . وينبغى أن يتوقف فى اثبات هذا الخلاف فى متابع فانى أخشى أن يكون حصل فى ذلك وهم ، وانتقال من الفرع الذى سيأتى اذا تقابضا مجازفة وتفرقا ،ثم تكايلا وخرجتا سواء ، فهناك وجهان والله أعلم .

---

(١) كذا والذى فى الام « انما يكون له الخيار فيما نقص مما لا ربا فى زيادة بعضه على بعض ، فاما ما فيه الربا فقد انعقد البيع على الكل فوجد البعض محرما ان يملك بهذه العقدة الخ » . (المطيعى)

وقد يستشكل الجزم بالصحة فى ذلك ، فان العلم بالمماثلة حالة العقد لم يوجد وهو شرط كما تقدم ، وحصول العلم فى المجلس لا يكفى عندنا بدليل ما لو تبايعا جزافا ثم ظهر التساوى فى المجلس لا يكفى ، وان تخيل متخيل أن المقصود مقابلة كل صاع بصاع لا مقابلة المجموع بالمجموع فذلك باطل ؛ بل المقابلتان مقصودتان وانطباق الجملة على التفصيل غير معلوم عند العقد فيندرج تحت قوله صلى الله عليه وسلم « لا تباع الصبرة من الطعام بالصبرة من الطعام » ونهيه عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم مكيلها •

وقد يعتذر عنه بأنه لما كانت المكايلة هنا مشترطة واجبة على البائع اكتفى بها وفارق بذلك التبايع جزافا ، فان الكيل ليس واجبا فيه بحكم العقد فبطل، وهذا العذر لا يفيد ، قوله : وان خرجتا متفاضلتين فقولان كما تقدم فى ذلك كلام الشافعى ، وقد رجح رضى الله عنه فى كلامه الذى تقدم القول بالبطلان ولذلك قال البندنيجى فيما حكى عنه : انه المذهب وصححه البغوى فى التهذيب ، وخالف ابن أبى عصرون فصحح فى الانتصار وجزم فى المرشد والأحكام المختارة بالصحة فيما تساويا فيه ، والمشهور البطلان ، وعلله البغوى بأنه قابل الجملة بالجملة ، وهما متفاوتتان ، وكلام الشافعى رحمه الله المتقدم يرشد الى هذه العلة ، وفى المطلب أن المأخذ فى ذلك النظر الى عدم الصحة فيما اذا باع صبرة الا قفيزاً وأن القائل الآخر ينظر الى أن ذلك لم يقع مقصوداً ، وقال ان هذا أشبه من المأخذ الذى ذكره البغوى ، لأنه لامقابلة مع اشتراط كيل بكيل وما قاله ممنوع مخالف لكلام الشافعى ، فان المقابلة حاصلة •

واعلم أن كلام الشافعى وما ذكره من العلة كالصريح فى أنه بنى ذلك على قوله المعروف فى منع تفريق الصفقة ، وهو الذى قال الربيع فى كتاب الصلح من الأم انه الذى يذهب اليه الشافعى ، ولكنه ــ لو قلنا بأن الصفقة تفرق ــ لم يطرد ذلك هنا ، لأنه لا جريان له فى الربويات ، ألا ترى أنه لو باع درهما بدرهمين لم نقل بصحته فى درهم مشاعا ؟ ولو قلنا بأنه يخير بكل الثمن وهذا أحد ما يستدل به لمنع تفريق الصفقة ، والضابط فيما يجرى فيه خلاف تفريق الصفقة أن يكون الفساد تخلل فى بعض المعقود عليه ، والفساد فى الربويات

انما كان تخلل فى العقد نفسه وكون هذه المقابلة محظورة من الشارع ، ونسبة ذلك الى كل من أجزاء المبيع على السواء ، وأجزاء كل من العوضين صالحة لايراد العقد عليها ، وكل منهما مستجمع شرائط البيع ، فلذلك لم يمكن القول بتفريق الصفقة فيه ، وفسد فى الجميع قولا واحدا بخلاف المسائل التى يجرى فيها خلاف تفريق الصفقة فان بعض المعقود عليه فيها لم يستجمع شرائط البيع من حيث [1] فأمكن القول بالابطال فيه ، وتصحيح غيره •

والحاصل أن الحرام فى صورة تفريق الصفقة هو أحد الجزءين والهيئة الاجتماعية [2] انما حرمت لاشتمالها عليه • فاذا فرض الابطال زال المقتضى لتحريمها وعقود الربا بالعكس من ذلك ، فان المحرم فيها ليس واحداً من الجزءين ، وانما المحرم الهيئة الاجتماعية ونسبتها الى كل الأجزاء على السواء ، ولذلك بطل فى الجميع • (فان قلت) قول الشافعى رضى الله عنه بأنه وقع العقد على شىء بعضه حرام وبعضه حلال يخالف ما بطل فى الجميع (قلت) ظاهره ذلك ، ولكن من تأمله الى آخره علم ما قلته ، فانه فرق بين الربوى وغيره ، وذلك الوصف مشترك بينهما فلا بد من تأويل كلامه ، وحمله على ما قلته غير ممتنع للنظر ، وان كان فيه بعض تعسف •

وقول الشافعى : انما يكون له الخيار فيما نقص لا فيما لا ربا فى زيادة بعضه على بعض الى آخره ، يؤيده اذا باعه صبرة بعشرة دراهم مثلا ، كل صاع بدرهم وخرجت ناقصة عن العشرة ، فههنا يمكن أن يقال : انه يصح فى الصبرة بجميع العشرة ، لأنه لا ربا فيها ، ويثبت له الخيار ، وفيه مخالفة لما صححه صاحب التهذيب هناك ، فانه صحح أنها متى خرجت ناقصة أو زائدة ببطلان البيع ، وعلله بأنه باع جملة الصبرة بعشرة ، وشرط مقابلة كل صاع منها بدرهم ، والجمع بينهما عند الزيادة والنقصان ممتنع ، وهذه العلة مطردة فى مسألتنا أيضا ، لكن لا حاجة اليها لما تقدم ، وقد اتفقت طريقة الأصحاب على حكاية هذين القولين ، وفى تعليق الطبرى عن ابن أبى هريرة ، قال وقد قيل : انه انما يكون البيع جائزاً اذا كان ليس مما لا ربا فيه ، مثل

---

(١) كذا بالاصل ويمكن أن يكون السقط : من حيث انتفاء الفساد فى المعقود عليه (ط)
(٢) الهيئة الاجتماعية المراد بها كيفية اجتماع الصفقة على هيئة واحدة غير متفرقة (ط)

الحمص وما أشبهه ، فأما ما فيه الربا فانه قول واحد : البيع باطل لأنه بيع الطعام متفاضلا •

(**التفريع**) ان قلنا بالصحة فيما تساويا فيه فيثبت للذى باع الصبرة الناقصة وهو مشترى الناقصة وهو مشترى الصبرة الكثيرة الخيار كما نص عليه الشافعى والأصحاب لما ذكره المصنف ، قال فى المطلب : وفيه نظر من جهة أن مقابلة الشىء بمثله مقصود بالعقد فلم يغب عليه شىء وهذا النظر ضعيف لأن فيه احالة لتصوير المسألة ، فان صورتها أن تقع مقابلة الجملة بالجملة ، ولكن المماثلة مظنونة فاذا قامت المماثلة بطل الخيار وممن وافقنا على هذه المسألة والصحة عند التساوى وثبوت الخيار عند ظهور التفاضل الحنابلة •

(**فرع**) لو تفرقا بعد تقابض الجملتين ، وقيل الكيل فى المكيل ، والوزن فى الموزون فهل يبطل العقد ؟ فيه وجهان فى الابانة والنهاية وغيرهما ونسبهما الرويانى الى القفال (أصحهما) على ما قاله البغوى فى التهذيب والرافعى لا ، لوجود التقابض فى المجلس (والثانى) نعم لبقاء العلقة بينهما ، وقال ابن الرفعة : انه الأشبه قال : لأنه يجوز أن يقول : ان القبض جزافا فى هذه لا يصح فقد تفرقا قبل التقابض (قلت) وقد بناهما الشيخ أبو محمد فى السلسلة على أن القبض على هذه الصفة هل يصح أم لا ؟ وفيه وجهان ، واذا نظرنا الى هذا الأصل قوى القول ببطلان العقد لأن الشافعى وسائر الأصحاب المتقدمين والمتأخرين بل والشافعى بل وسائر العلماء جازمون بأن القبض فيما يباع مكايلة لابد فيه من الكيل •

وقال الشافعى رضى الله عنه فى الأم : ومن ابتاع طعاما كيلا فقبْضُهُ أن يكتاله • وقال فى مختصر البويطى فى باب الصرف : والقبض من البيوع كل ما كان ينتقل مثل الصيد والعروض أو يوزن ويكال فَقَبْضُهُ الكيل والانتقال والوزن ، وقال فى مختصر المزنى : ولو أعطى طعاما فصدقه فى كيله لم يجز ، ونقل ابن عبد البر فى التمهيد أنه : لا خلاف بين جماعة العلماء فى أنه لا يكون ما بيع من الطعام على الكيل والوزن مقبوضا الا كيلا أو وزنا • وأطلق الأصحاب ومن جملتهم الرافعى أن ذلك القبض فاسد ، وذكر المصنف

المسألة فى باب السلم • وجزم أنه اذا اشترى منه طعاما بالكيل فدفع اليه الطعام من غير كيل لم يصح القبض •

وحكى الرافعى فى باب بيع الثمار أنه لو اشترى طعاما مكايلة وقبضه جزافا فهلك فى يده ففى انفساخ العقد وجهان لبقاء الكيل بينهما ، لكنه فى باب القبض أطلق القول بأنه يدخل فى ضمانه ، واقتصر على حكاية الخلاف فى كونه مسلطا على التصرف فى القدر المستحق قال أبو اسحاق المروزى : انه يصح • قال فى البحر : وهذا أقيس • وقال ابن أبى هريرة : لا يصح وادعى المصنف فى باب السلم وأبو الطيب هنا أنه المنصوص وقال امام الحرمين : انه الذى قطع به شيخة وطوائف من الأصحاب • وقال الرافعى : ان الجمهور عليه • ورد الشيخ أبو حامد والمحاملى ذلك على ابن أبى هريرة وقالا وغيرهما من الأصحاب : ان المراد بفساد القبض ههنا ان القول قول القابض فى مقداره • وهذا ليس محملا واضحا • قال : وانما يستمر اطلاق الفساد ممن يمنع التصرف من القدر المستيقن • وسنوضح المسألة ان شاء الله تعالى فى السلم حيث ذكرها المصنف ، والمقصـــود هنا أن الرافعى من القائلين بعدم صحة التصرف ، وذلك يقتضى عدم اعتباره القبض المذكور ، فينبغى على قياس ذلك ألا يعتبره فى الصرف ، ويبطل العقد بالتفرق ، ولا يكتفى بصورة القبض ، وان كان معتبرا من وجه كونه ناقلا للضمان على اشكاله ، لكن باب الربا يجب الاحتياط فيه ، وألا يكتفى الا بما هو قبض تام ، ويعضده مفهوم قوله صلى الله عليه وسلم « لا بأس اذا تفرقتما وليس بينكما شىء » فاقتضى اشتراط ألا يبقى شىء من العلق ، ومن جملة ذلك الكيل •

وقد أجاز الامام فبنى الوجهين فى بطلان العقد بالتفرق المذكور على الخلاف المذكور فى أن التقابض على المجازفة هل يسلط على بيع ما استتبعته ؟ (ان قلنا) نعم لم يبطل العقد ، والا فوجهان (أحـــدهما) يبطل لنقصان القبض (والثانى) لا ، لجريانه واقتضائه لنقل الضمان ، وسبقه الى ذلك الشيخ أبو محمد فقال : الوجهان يبنيان على أصل وهو أن القبض على هذه الصفة من غير مكايلة هل يكون قبضا صحيحا فى انبرام العقد أم لا ؟ فعلى

وجهين (أحدهما) صحيح لاتقال الضمان (والثانى) لا لعدم التصرف .

(فان قلت) كيف يقال : ان القبض المذكور لا يكفى وقد قال صاحب البيان ان الشافعى قال فى الصرف : اذا اشترى ديناراً بدينار وتقابضا ، ومضى كل منهما يستعير الدينار الذى قبضه بالوزن جاز ، ونزله صاحب البيان على أن يكون كل واحد منهما عرف وزن الدينار فصدقه الآخر وتقابضا ، ويقتضى أن لا يبطل العقد بالتفرق حينئذ فيدل على أن القبض المذكور كاف كما قال الرافعى رحمه الله (قلت) قد تقدم الكلام مع صاحب البيان فى ذلك ، وتأويل كلام الشافعى ، فتأمله هناك فى الفروع السالفة أولا ، والله أعلم .

ثم اعلم أن القبض من غير كيل له صورتان (احداهما) أن يحصل مع اعتقاد المماثلة اعتماداً على خبر من يوثق به من أحد المتعاقدين أو غيره (والثانية) أن يحصل التقابض بالجزاف مع الجهل والتردد (فأما) هذه الصورة الثانية فيظهر فيها الحكم بفساد القبض ، وأن التفرق بعده قبل جريان قبض صحيح مبطل لبقاء علق العقد ولا يتحقق به بيع لازم فى صبرة بصبرة لا يعلمان كيلهما ، وذلك مصادم للحديث (وأما) الصورة الأولى فوجه الحكم بفساد القبض فيها أن الاكتيال مستحق بالعقد ، لقوله صلى الله عليه وسلم « من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يكتاله » رواه مسلم من حديث ابن عباس وأبى هريرة رضى الله عنهم .

وعن ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهى أن يبيع أحد طعاما اشتراه بكيل حتى يستوفيه » رواه أبو داود والنسائى ، ولأن البائع شرط الكيل فيجب عليه الوفاء به ، على أن الشيخ أبا حامد فى شرح قول الشافعى اذا أعطاه طعاما فصدقنا فى كيله صور المسألة فيما اذا كان الطعام فى الذمة أو اشتراه مشاعا من صبرة فعزل الذى عليه الطعام قدراً وقال : قد كلت هذا والحكم بعد الاكتفاء بذلك ظاهر ، وعليه يخرج ما نقلته فيه مما تقدم من موافقة صاحب البيان ، لكن القاضى أبا الطيب وصاحب الشامل جعلوا من صور المسألة اذا اشترى منه طعاما بعينه بكيل معلوم ، مثل أن يبيعه صبرة على أنها عشرة أقفزة ، ثم قبضه منه جزافا ان قال له :

قد كلته أو هو عشرة أقفزة فقبل قوله وقبضه فان القبض فاسد ، قال : لأن من شرطه الكيل لما قدمنا من السنة ، يريد بذلك قوله صلى الله عليه وسلم لعثمان : « اذا ابتعت فاكتل واذا بعت فكل » رواه البيهقى ، وقول جابر من رواية ابن الزبير « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان : صاع البائع وصاع المشترى » •

ولولا الأحاديث المذكورة كان تقوى الفرق بين أن يكون الطعام فى الذمة فلا يكتفى بالقبض المذكور ، وبين أن يكون معينا فيكتفى به • لكن السنة أحق بالاتباع لا سيما وقد عضدها الاجماع الذى يقتضى كلام ابن عبد البر نقله ، مع أن السنة غنية عن الاعتضاد بغيرها • ومهما ثبت فى الطعام ثبت مثله فى النقد بالقياس عليه ، فان التقدير فيهما ، فظهر من هذا أن الراجح فساد القبض المذكور فى هذه المسألة ، وفى الفرع المتقدم عن صاحب البيان فى بيع الدينار بالدينار ، وأنه لا يكفى بذلك القبض ، وأنه يبطل العقد بالتفرق قبل الكيل والوزن ، والله سبحانه أعلم • ولا بد من مراجعة ماقدمته فى بيع الدينار بالدينار فى الفرق المذكور فيهما حتى يحصل الغرض من هذه المسألة ان شاء الله تعالى •

(فـــرع) على هذا الفرع : اذا قلنا بما صححه صاحب التهـذيب والرافعى أنه لا يبطل العقد بذلك ، فعلى هذا ان كيلتا بعـد ذلك فخرجتا متساويتين صح ، وان خرجتا متفاضلتين جرى الخلاف المذكور فى أصـل المسألة ، فعلى الصحيح من ذلك الخلاف يتبين بطلان العقد والقبض ، وعلى القول الآخر يصح ويثبت الخيار (وان قلنا) بالوجه الآخر ، وهو أنه يبطل فلا فرق على ذلك بين أن يكالا بعد ذلك فيخرجا متساويتين أو متفاضلتين • وسلك القاضى حسين وصاحب التتمة ترتيبا آخر ليس بينه وبين ما تقدم اختلاف فقال : اذا تقابضـا جزافا ثم تكايلا بعد التفـرق ــ فان خرجتـا متفاوتتين ــ هل يجوز فى القدر الذى تساويا فيه أم لا ؟ فيه قولان •

وقال صاحب التتمة : وجهان ، ان قلنا لا يجوز فلأى معنى ؟ فيه معنيان (أحدهما) أنهما تفرقا وبقى بينهما علقة التقابض ، والباب باب ربا (والثانى) لوجود الفضل فى أحد البدلين ، وان خرجتا متساويتين (فان قلنا) لو خرجتا

متفاوتتين يجوز فهنا أولى ، وان قلنا هناك لا يجوز فهنا وجهان بناء على المعنيين (ان قلنا) المعنى فيه بقاء العلقة لم يجز (وان قلنا) بالثانى جاز ، وذكر القاضى أن القولين فيما اذا خرجتا متفاوتتين قبل التفرق يبنيان على هذين المعنيين ، وليس فى هذا زيادة على ما تقدم الا حسن الترتيب والبناء ، والله أعلم •

(فـــرع) قال القاضى حسين : اذا كانت الصبرتان معلومتى المقدار متساويتين فى القدر فقال أحدهما لصاحبه : بعت منك هذه الصبرة بهـــذه الصبرة فانه يجوز ، قلت : ولا يحتاج فى هذه الحالة فى قبضها الى كيل ، بل حكمه فى القبض حكم الجزاف لأنه لم يشترط فيه الكيل ، والكيل انما يشترط فيما بيع مكايلة لا أعلم فى ذلك خلافا فى المسألتين أنه يشترط الكيل فيما بيع مكايلة ، ولا يشترط فيما بيع مجازفة قال القاضى أبو الطيب : فأما اذا اشتراه جزافا فلا يحتاج الى الكيل بالاجماع ، وما ذكره القاضى حسين من هذه المسألة واضح لا اشكال فيه •

وقد نقل الامام الشافعى فى الأم بسنده الى طاوس أنه كان يكره أن تباع صبرة بصبرة من طعام لا يعرف مكيلهما أو يعلم مكيلة احداهما ، ولا يعلم مكيلة الأخرى ، أو يعلم مكيلتهما جميعا هذه بهذه ، وهذه بهذه ، قال : لا ، الا كيلا بكيل يداً بيد ، فهذا يقتضى أن طاوسا يقـــول بالمنع فى الصورة المذكورة ، وينبغى أن يحمل كلام القاضى حسين على أن الصبرتين معلومتا المقدار عند كل من المتبايعين ، فلو كانت كل واحدة منهما معلومة عند بائعها فقط جاء فيه البحث المتقدم فى الدينارين ، والأحوال الأربعة التى قدمتها فى الدينارين جارية فى الصبرتين من غير فرق •

(فـــرع) اذا قال بعتك هذه الصبرة بكيلها من صبرتك ، وصبرة المخاطب كبيرة صح ، جزم بذلك القاضى حسين والبغوى والمتولى والرافعى ، وزاد القاضى فى تصويرها أن يقول كيلا بكيل وقال ابن الرفعة : انه يأتى فيه وجه أنه لا يصح أخذاً مما اذا قال : بعتك صاعا من هذه الصبرة ، لأن المقابل بالصبرة الصغيرة غير متميز ، قال : ولا شك عندى فيه ، اذ لا فرق بين أن يكون الثمن نقداً أو من النوع •

(قلت) وما جزم به القاضى والمتولى والرافعى يمكن فرضه فيما اذا كانت الصبرتان معلومتى المقدار ، فلا يأتى فيهما الوجه الذى أشار اليه ، وان فرض فيما اذا كانت مجهولة ، فلعلهم انما سكتوا عن ذلك تفريعا على ما هو المشهور فى المهذب واكتفوا بذكره فى موضعه ، والا فالذى قاله ابن الرفعة من التخريج متجه ، اذ لا فرق بين النقد وغيره ، ولا فرق بين أن يكون من الصبرة مبيعا أو ثمنا •

واذا ثبت أن ذلك صحيح قال الرافعى : فان كالا فى المجلس وتقابضا تم العقد وما زادت الكبيرة لصاحبها ، وان تقابضا الجملتين وتفرقا قبل الكيل فعلى ما سبق من الوجهين ، والله عز وجل أعلم ، ومن جملة أمثلة المسألة أن يقول : بعتك هذه القطعة الذهب بقدرها من دينارك ، أو هذا الاناء الفضة بما يوازنه من فضتك يصح • قاله فى التهذيب •

فرع له تعلق بالكيل

قال ابن أبى الدم : لو اشترى منه بمكيال فاكتاله بغير جنس ذلك المكيال لم يجز مثل أن يشترى منه مائة صاع من طعام فاكتاله بالقفيز لم يتم القبض ، فلو اشترى منه قفيزاً من طعام فأكاله منه بالمكوك الذى هو ربع القفيز ففيه وجهان وهذا لو اكتال الصاع بالمد ففيه وجهان اهـ •

(فرع) لو باع صاعا من صبرة بصاع من صبرة أخرى جاز • قاله فى الابانة والتتمة ، وفيه من البحث ما تقدم ، ينبغى ان كانتا معلومتى الصيعان صح جزما وان كانتا مجهولتين يأتى فيهما خلاف القفال الذى أشار اليه ابن الرفعة فيما تقدم ، والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باع صبرة طعام بصبرة شعير كيلا بكيل فخرجتا متساويتين جاز وان خرجتا متفاضلتين ـ فان رضى صاحب الصبرة الزائدة بتسليم الزيادة ـ اقر العقد ووجب على الآخر قبوله ، لانه ملك الجميع بالعقد ، وان رضى صاحب الصبرة الناقصة بقدر صبرته من الصبرة الزائدة اقر العقد ، وان تشاحا فسخ البيع لان كل واحد منهما باع صبرته بجميع صبرة صاحبه على التساوى فى المقدار ، وقد تعذر ذلك ففسخ العقد) •

(الشرح) اذا باع صبرة بصبرة من غير جنسها مكايلة جاز البيع بلا خلاف وذلك واضح ، وان خرجتا متفاضلتين ، قال القاضى أبو الطيب والمصنف والمحاملى وابن الصباغ والرويانى وغيرهم : ان تبرع صاحب الصبرة الزائدة بالزيادة جاز البيع ، قال المصنف رحمه الله ومن تبعه : ووجب على الآخر قبوله وعلته ما ذكره المصنف ، وهى مصرحة أنه ملك الجميع بالعقد ، وذلك لأن العقد ورد على الجميع كما تقدم للتنبيه عليه غير مرة ، ولكنه فات على كل منهما غرض •

أما بائع الصبرة الثانية فلأنه أورد العقد على أن تكون مساوية للصبرة الأخرى وقد فات عليه ذلك ، وفوات الشرط لا يقتضى فساد العقد ، وانما يثبت الخيار أيضا ومسامحة كل منهما تحصل لغرض الآخر الذى وقع العقد عليه فيسقط خياره • وبهذا المعنى الذى ذكره المصنف ، وهو أنه ملك الجميع بالعقد فارق ذلك مسألة الأعراض النقد فان فيها خلافا فى وجوب القبول ، ومسألة اذا ترك البائع حقه للمشترى فى الثمار المختلطة فان المتروك فى كل من المسألتين ملك البائع ، فان فى كل من المسألتين اذا قلنا بالاجبار على القبول أجبرناه على قبول ما لم يكن فى ملكه بخلاف مسألتنا هنا والله أعلم •

وان امتنع ورضى صاحب الصبرة الناقصة بأن يأخذ بقدرها من الصبرة الزائدة جاز البيع لما تقدم ، وان تمانعا فسخ البيع بينهما لا لأجل الربا ، ولكن لأن كل واحد منهما باع صبرته بجميع صبرة صاحبه ، على أنهما سواء فى المقدار فاذا تفاضلا وتمانعا وجب فسخ البيع بينهما ، هذه علة القاضى أبى الطيب والمصنف ، ومقتضى ما قدمته آنفا أن يثبت لكل منهما خيار الخلف ، فان فسخ أحدهما البيع فذاك ، وان أصرا على الطلب والمنازعة فسخ بينهما كما يفسخ فى التخالف ، وقال صاحب التهذيب فيما اذا خرجتا متفاضلتين : فيه قولان (أصحهما) يجوز فان جوزناه فالزيادة غير مبيعة ولمشتريها الخيار ، هكذا قاله صاحب التهذيب وذلك موافق لما قاله فيما اذا قال : بعتك هذه الصبرة بعشرة دراهم ، كل صاع بدرهم فخرجت بخلافه •

والرافعى رحمه الله تعالى أتى بعبارة مشكلة فقال : انه لو باع صبرة

حنطة بصبرة شعير صاعا بصاع أو بصاعين فالحكم كما لو كانتا من جنس واحد •

ومقتضى ذلك أنه ان خرجتا متساويتين صح ، وان خرجتا على خلاف ما يقتضيه التوزيع فعلى القولين المتقدمين فى الجنس الواحد وفيه نظر البطلان هناك مأخذه التفاضل فى الجنس الواحد ، ولعل مراده ما قاله صاحب التهذيب بالقولين ، وأنه ناقل الجملة كما تقدم عن صاحب التهذيب ، فيما اذا قال : بعتك هذه الصبرة بعشرة دراهم كل صاع بدرهم ، فان فيه قولين (أصحهما) عند صاحب التهذيب البطلان لأنه باع جملة الصبرة بالعشرة بشرط مقابلة كل صاع منهما بدرهم ، والجمع بين هذين الأمرين عند الزيادة والنقصان محال وهذا حاصل هاهنا ولا يظهر فرق فى ذلك بين أن يكون الدين معينا أو فى الذمة ، ولا بين أن يكون نقدا أو غيره ، وهذه العلة التى جعلها صاحب التهذيب علة للبطلان هى بعينها علة المصنف والقاضى أبى الطيب فى الفسخ •

والذى ينبغى التفصيل بين أن يقع ذكر الكل فى معرض الشرط ، أو فى معرض تفصيل الثمن ، فان خرج مخرج تفصيل الثمن كقوله : بعتك هذه الصبرة بهذه الصبرة كل صاع منها بصاع منها ، فهذا تفصيل الثمن والصفقة تتعدد به ، فيكون الكلام متضمنا لعقدين متضادين (أحدهما) مقابلة المجموع بالمجموع (والثانى) المقابلة التفصيلية ، فيتجه هنا البطلان ، كما قاله صاحب التهذيب •

وان خرج مخرج الشرط مثل أن يقول : بعتك هذه الصبرة ، على أن كلا منهما عشرة آصع مثلا ، فيتجه هنا ما قاله المصنف والقاضى أبو الطيب لأنه ليس هنا الا صفقة تضمنت شرطا وقد أخلف فيثبت الخيار كما تقدم ، وفيه نبه النووى على ذلك مستدركا على الرافعى فنقل ما قاله المصنف والقاضى عن أكثر أصحابنا ، وأما كونه يفسخ بينهما عند التمانع فنظيره اذا اشترى ثمرة ولم يأخذها حتى حدثت ثمرة أخرى واختلطت ولم تتميز على أحد القولين اذا تشاحا يفسخ الحاكم البيع بينهما •

(فـــرع) ذكره القاضى حسين مع المسائل المتقدمة وأطلقة ويتعين ذكره هنا وحمله على الجنس بما يخالفه اذا قال : بعت منك هذه الصبرة بهذه الصبرة على عشرة أقفزة ، فخرجت عشرة أقفزة جاز العقد ، وان خرجت أحد عشر هل يجوز العقد أو لا ؟ فيه قولان بناء على الاشارة والعبارة (ان قلنا) لا يصح فلا كلام (وان قلنا) يصح فى العشرة فالقـدر الزائد لمن يكون ؟ فيهوجهان (أحدهما) أنه للمشترى لأنا غلبنا الاشارة (والثانى) أنه للبائع ، لأن المشترى قد سلم له المبيع المسمى فى العقد (ان قلنا) ان الزيادة للمشترى فهل يثبت للبائع الخيار فى فسخ البيع أو لا ؟ (الصحيح) لا ، لوجود التفريط من جهته فى ترك المكايلة وفيه وجه آخر أن له الخيار وان قلنا : الزيادة للبائع فهل للمشترى الخيار ؟ فيه وجهان ظاهران (أحدهما) نعم ، لأنه لم يسلم له جميع الصبرة (والثانى) لا ، لأنه سلم له ما صرح به فى العقد وهو عشرة أقفزة ، فأما اذا خرجت تسعة ، ففى صحة العقد قولان (ان قلنا) يصح ثبت للمشترى الخيار فى فسخ العقد دون البائع ، فان فسخ فلا كلام ، وان أجاز فبكم يجيز ؟ فيه وجهان (أحدهما) بحصته من الثمن (والثانى) بجميع الثمن ـ هذا كلام القاضى حسين والله أعلم .

(فـــرع) مفهوم كلام الشافعى رضى الله عنه المتقدم ، وقوله : انما يكون الخيار فيما نقص فيما لا ربا فيه ، يقتضى أنه اذا باع صبرة بغير جنسها سواء كان طعاما أو دراهم أو غير ذلك مكايلة ، فخرجت احداها ناقصة أنه يصح ، ويثبت الخيار ، وذلك مخالف لما صححه صاحب التهذيب من البطلان اذا قال : بعتك هذه الصبرة بعشرة دراهم فخرجت ناقصة أو زائدة ،والله تعالى أعلم .

(فـــرع) لو باع اناء فضة بدينار ، ، على أن وزنه مائة فتفرقا ، وكان وزنه تسعين ، قال الرويانى فى البحر : فللمشترى الخيار ، قال : وان كان زائدا فلا خيار له وهل للبائع الخيار ؟ اذا قال : عندى أن الوزن مائة فان كذبه المشترى وكان عالماً به فلا خيار ، وان صدقه يحتمل وجهين ، وان باعه وأخبر أن وزنه مائة لا على طريق الشرط فزاد أو نقص فلا خيار .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويعتبر التساوى فيما يكال ويوزن بكيل الحجاز ووزنه ، لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « المكيال مكيال اهل المدينة ، والميزان ميزان اهل مكة ») .

(الشرح) الحديث المذكور رواه أبو داود والنسائى ولفظ أبى داود « الوزن وزن أهل مكة ، والمكيال مكيال أهل المدينة » ولفظ النسائى « المكيال على مكيال أهل المدينة ، والوزن على وزن أهل مكة » رواه من حديث عبد الله بن عمر بن الخطاب رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم وذكر أبو داود اختلافا فى سنده ومتنه (أما) السند فقيل فيه : عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم وهذا لا يضر ، فانه أيا ما كان فهو صحابى وأما المتن فانه رواه باللفظ المتقدم من حديث سفيان عن حنظلة عن طاوس عن ابن عمر قال رواه الوليد بن مسلم عن حنظلة قال : « وزن المدينة ومكيال مكة » قال أبو داود أيضا : اختلف فى المتن فى حديث مالك بن دينار عن عطاء عن النبى صلى الله عليه وسلم [1] قد ذكره أبو عبيدة فى غريب الحديث فقال : وبعضهم يقول : « الميزان ميزان المدينة والمكيال مكيال مكة » قال أبو عبيدة : يقال : ان هذا الحديث أصل لكل شىء ، والكيل والوزن انما يأتم الناس فيهما بأهل مكة وأهل المدينة ، وان تغير ذلك فى سائر الأمصار .

---

(١) عبارة ابى داود هكذا (رواه الفريابى وابو احمد عن سفيان ووافقهما فى المتن وقال أبو احمد عن ابن عباس ــ كان ابن عمر ــ ورواه الوليد بن مسلم عن حنظلة فقال : « وزن المدينة ومكيال مكة » واختلف فى المد فى حديث مالك بن دينار عن عطاء عن النبى « صلى الله عليه وسلم » فى هذا) قال العلامة شمس الحق العظيم آبادى فى عون المعبود : وفى نيل الاوطار : والحديث فيه دليل على انه يرجع عند الاختلاف فى الكيل الى مكيال المدينة وعند الاختلاف والوزن الى ميزان مكة اما مقدار ميزان مكة فقال ابن حزم : بحثت غاية البحث عن كل من وثقت بتمييزه فوجدت كلا يقول : ان دينار الذهب بمكة وزنه اثنتان وثمانون حبة وثلاثة اعشار حبة فالرطل مائة وثمانية وعشرون درهما بالدرهم المذكور انتهى . قال المنذرى : والحديث اخرجه النسائى ، وفى رواية لابى داود : عن ابن عمر وفى رواية : وزن المدينة ومكيال مكة انتهى قلت : حديث طاوس عن ابن عمر سكت عنه المؤلف والمنذرى واخرجه ايضا البزار وصححه ابن حبان والدارقطنى الى قوله : قال المحدثون : طريق سفيان الثورى عن حنظلة عن طاوس عن ابن عمر هى اصح الروايات وروى الدارقطنى من طريق ابى احمد الزبيرى عن سفيان عن حنظلة عن طاوس عن ابن عباس ورواه من طريق ابى نعيم عن حنظلة عن سالم بدل طاوس عن ابن عباس قال الدارقطنى : اخطأ ابو احمد فيه (ط) .

قال الخطابى لى : هذا حديث قد تكلم فيــه بعض النــاس وتخبط فى تأويله ، وزعم أن النبى صلى الله عليه وسلم أراد بهذا القول تعديل الموازين والأرطال والمكاييل ، وجعل عيارها أوزان أهل مكة ، ومكاييل أهل المدينة ، فيكون عند الشارع حكما بين الناس يحملون عليها اذا تداعوا ، فادعى بعضهم وزنا أوفى ، أو مكيالا أكبر ، وادعى الخصم أن الذى لزمه هو الأصغر منهما دون الأكبر ، قال : وهذا تأويل فاسد خارج عما عليه أقاويل أكثر الفقهاء ، وذلك أن من أقر لرجل بمكيلة أو بغيره أو برطل من تمر أو غيره فاختلفا فى قدر المكيلة والرطل ، فانهما يحملان على عرف البلد الذى هو به ، ولا يكلف أن يعطى برطل مكة ولا بمكيال المدينة ، وكذلك اذا أسلف فى عشرة مكاييل قمح أو شعير وليس هناك الا مكيلة واحدة معروفة ، فانهما يحملان عليها فان كان هناك مكاييل مختلفة فأسلفه فى عشرة مكاييل ولم يصف الكيل بصفة يتميز بها عن غيره فالسلم فاسد وعليه رد الثمن ، وانما جاء الحديث فى نوع ما يتعلق به أحكام الشريعة فى حقــوق الله سبحانه وتعالى دون مــا يتعامل به الناس فى بياعاتهم وأمور معاشهم .

وقوله « والوزن وزن أهل مكة » يريدون الذهب والفضة خصوصا دون سائر الأوزان ، معناه أن الوزن الذى تتعلق به الزكاة فى النقود دون أهل مكة وهى دراهم الاسلام المعدلة منها العشرة بسبعة مثاقيل ، فاذا ملك رجل منها مائتى درهم وجبت فيها الزكاة ، وذلك أن الدراهم مختلفة الأوزان فى بعض البلدان والأماكن فمنها البغلى ، ومنها الطبرى ، ومنها الخوارزمى ، وأنواع غيرها ، فالبغلى ثمانية دوانيق وهو نقد أهــل مكة ووزنهم الجائز بينهم ، وكان أهل مكة يتعاملون بالدراهم عدداً وقت مقدم رسول الله صلى الله عليه وسلم اياها . والدليل عليه قول عائشة رضى الله عنها فى قصة بريرة « ان شئت أعددتها لهم » فأرشدهم صلى الله عليه وسلم الى الوزن فيها وجعل العيار وزن أهل مكة دون ما يتفاوت وزنه فيها فى سائر البلدان .

وأطال الخطابى فى تحقيق الدراهم وضربها ثم قال : وأما قوله « والمكيال مكيال أهل المدينة » فانما هو الصاع الذى يتعلق به وجوب الكفارات ، ويجب اخراج صدقة الفطر به ، وتكون بقدر النفقات وما فى معناها معيار ،

وللناس صيعان مختلفة ، فصاع أهل الحجاز خمسة أرطال وثلث بالعراقى ، وصاع أهل البيت فيما يذكره زعماء الشيعة تسعة أرطال وثلث وينسبونه الى جعفر بن محمد وصاع أهل العراق ثمانية أرطال ، وهو صاع الحجاج الذى سعر به على أهل الأسواق ، ولما ولى خالد بن عبد الله القسرى العراق ضاعف الصاع فبلغ به ستة عشر رطلا فاذا جاء باب المعاملات حملنا العراقى على الصاع المتعارف المشهور عند أهل بلاده ، والحجازى على الصاع المعروف ببلاده الحجاز ، وكذلك أهل كل بلد على عرف أهله ، فاذا جاءت الشريعة وأحكامها فهو صاع المدينة [1] فهو معنى الحديث وتوجيهه عندى والله أعلم .

هذا آخر كلام الخطابى رحمه الله . وكذلك قال ابن معن فى شرح المهذب : ان هذا الذى ذكره الشيخ يحتاج الى تأويل ، اذ لا خلاف أن التساوى لا ينحصر فى الكيل بمكيال المدينة ولا التساوى بميزان مكة فى الموزونات والمكيلات فى سائر البلاد ، بل أى كيل اتفقا عليه وعرف التساوى جاز البيع ، وان لم يكن ميزان مكة أو كيل المدينة . وكذلك قال امام الحرمين : انه لا خلاف أن اعتبار مكاييل أهل المدينة وموازين أهل مكة لا تراعى . وقال الشارحون للمهذب والأصحاب : انه ليس المراد أنه لا يكال الا بكيل المدينة ، ولا يوزن بوزن مكة ، وانما المراد أن المرجع فى كون الشىء مكيلا أو موزونا الى هذين البلدين ، فكل مطعوم كان أصله بالحجاز فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الكيل كالبر والشعير ، والتمر والملح ، واللوبية والباقلا ، قالهما صاحب الاستقصاء ونحو ذلك فاعتبار المماثلة فيه بالكيل ، وما كان أصله بالحجاز الوزن كالذهب والفضة ونحوهما ، فاعتبار المماثلة فيه بالوزن .

قال الشافعى رحمه الله تعالى فى باب بيع الآجال من الأم : وأصل الوزن والكيل بالحجاز ، فكل ما وزن على عهد النبى صلى الله عليه وسلم فأصله الوزن وكل ما كيل فأصله الكيل وما أحدث الناس منه مما يخالف ذلك رد

---

(١) والعبارة بهذا ينقصها شىء من الترابط والنسق المفيد ، ويمكن تقويمها هكذا « فاذا جاءت الشريعة وأحكامها تقرر لكل بلد صاعه المتعارف فيه فهو صاع المدينة فى الحكم فهذا هو معنى الحديث الخ » .

الى الأصل • واتفق الأصحاب على ما قاله الشافعى رحمه الله ، وأنه ان أحدث الناس خلاف ذلك فلا اعتبار به • واستدل له الشيخ أبو حامد والمصنف وغيرهما بالحديث المذكور فى الكتاب واحتج له ابن الصباغ وابن أبى عصرون من جهة المعنى بأن ما كان مكيلا منه فى زمنه صلى الله عليه وسلم انصرف التحريم اليه بتفاضل الكيل وكذلك ما كان يوزن فلا يجوز أن يغير بعد ذلك ، والحديث وان لم يذكر فيه الا مكة والمدينة فلا خلاف أنه لا يختص بهما بل الحجاز كله كذلك وأطلق الشافعى والأصحاب ذلك اطلاقا• وذكره صاحب البيان واسماعيل الخضرى شارح المهذب مبينا فقالا مكة والمدينة ومخاليفهما •

وقال صاحب الاستقصاء تبعا للشيخ أبى حامد والمحاملى وغيرهما : وذكر مكيال أحد البلدين وميزان الآخر على سبيل التنبيه بما ذكر فى كل واحد منهما على ما لم يذكره فى البلد الآخر ، ولذلك جاء الخبر على الوجهين ، يعنى الوجهين اللذين ذكرهما أبو داود فى المتن فى رواية « وزن مكة ومكيال المدينة » وفى رواية « وزن المدينة ومكيال مكة » وقد سبقه الى هذا المعنى الشيخ أبو حامد قال : فان ذلك لم يختلف على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى البلدين جميعا فان كانت تكال كانت العادة فيهما الكيل ، وكذلك الوزن ومما استدل به المحاملى فى المسألة أن ما ورد به الشرع مطلقا وليس له حد فى الشرع ولا اللغة يرجع فيه الى العرف والعادة ، وأولى العادات ما كان فى زمنه صلى الله عليه وسلم ، وهذه الطريقة أولى • فان الذى يظهر من قوله « الميزان ميزان أهل مكة » اعتبار الوزن •

واعلم أنه ليس فى كلام المصنف ما يقتضى أن يعتبر الاكتيال بمكيال الحجاز بل انه يعتبر التساوى به ، ومتى تساوى طعامان فى مكيال ، أى مكيال كان ، فعلم استواؤهما فى مكيال الحجاز ، بمعنى أنه لو كيلا به كانا مستويين ، وكذلك اذا استوى موزونان فى أى ميزان كان فعلم أنهما لو وزنا بميزان الحجاز كانا مستويين فهذا وجه تصحيح كلام المصنف ، وتكون فائدة ذلك نفى فساد المكيل فى الوزن أو الموزون فى الكيل ، وان أردت دفع السؤال مرة فاجعل قوله بكيل الحجاز ووزنه معمولا لقوله : ويكال ويوزن،

كأنه قال : ويعتبر التساوى المذكور فى الفصل المتقدم وهو التساوى فى الكيل فى المكيل والوزن فى الموزون فيما هو مكيل بالحجاز أو موزون به • وأما ما ليس مكيلا بالحجاز ولا موزونا به فسيأتى حكمه ، فهذا محمل سائغ ، ويؤيده أنه لو كان المراد : ويعتبر التساوى بكيل الحجاز ووزنه فيما يكال ويوزن مطلقا لم يحسن قوله بعد ذلك : وان كان مما لا أصل له بالحجاز فى الكيل والوزن •

وجوز امام الحرمين فى حمل الحديث احتمالين (أحدهما) ما قاله الخطابى (والثانى) أنه لعل اتحاد المكاييل كان يعم فى المدينة ، واتحاد الموازين كان يعم بمكة ، فخرج الكلام على العادة (قلت) وكلا الاحتمالين ممكن ، وما قاله الخطابى أقرب الى تأسيس القواعد الشرعية ، وأما انحصاره فى الأشياء التى ذكرها فلا يلزم بل من جملة الأمور الشرعية التى يجب اندراجها فيه كل ما اعتبر التقدير فيه بالكيل أو الوزن • ومن ذلك ما يكال ويوزن من الربويات فيعتبر به فيصح استدلال الشيخ ، والمقصود أن يعتبر بعادة الحجاز فى الكيل والوزن • وأما كون المكيل بالكيل والموزون بالوزن ، فقد تقدم دليله فى الفصل السابق •

قالُ بعضهم : والسر فى هذا الحديث أن أهل مكة كانوا تجاراً لما فيهم من الأغنياء وأهل المدينة كانوا أصحاب النخيل والكيل ، وقول الشيخ بكيل الحجاز ووزنه ، أى فى زمان النبى صلى الله عليه وسلم فهو المعتبر • وأما العادة الحادثة بالحجاز فى غير زمنه صلى الله عليه وسلم فلا اعتبار بها اتفاقا ، وقد تقدم ذلك فى كلام الشافعى وصرح به الأصحاب قال امام الحرمين : ولو اتحد مكيال لم يعهد مثله فى عصر الشارع وكان يجرى التماثل به فالوجه للقطع بجواز رعاية التماثل به • فان النبى صلى الله عليه وسلم لم يتعهدنا فى الحديث الا بالكيل المطلق فيما يكال ، ولم يعين مكيالا •

(قلت) وهذا الذى قاله امام الحرمين حق لاشك فيه ، واذا تأملت ما قدمته لك من أن التساوى فى مكيال دال على التساوى فى كل مكيال تنبهت لذلك • فافهم ذلك فانه المقصود ، وليس المقصود أعيان المكاييل ، فانا اذا كلنا صاعا بصاع المدينة وعلمنا بأن الصاع يسع قدحين بالكيل المصرى

علمنا أن الصاع يساوى القدحين • هذا لاشك فيه ، وكذلك اذا وزنا درهما بدرهم فى ميزان بعض البلاد وتساويا يعلم أنهما مستويان فى جميع الموازين اذا كانت كلها صحيحة •

قال امام الحرمين : أجمع أئمتنا على أن الدراهم اذا بيعت بالدراهم وعدلتا بالتساوى فى كفتى ميزان فالبيع صحيح ، وان كان لا يدرى ما تحويه كل كفة • قال : وهذا الذى ذكرته فى مكيال يجرى العرف باستعماله ، ولكن لم يعهد فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم فلو بيع ملء قصعة بملئها وما جرى العرف بالكيل بأمثالها ، فقد حكى شيخى تردداً عن القفال والظاهر عندنا الجواز (قلت :) هذا الذى رجحه الامام هو الراجح عن الأصحاب وجزم به جماعة منهم القاضى أبو الطيب • وكذلك يكال بالدلو والدورق والجرة والجفنة والزمبيل وبحفر حفرة تكال فيها • قاله الشيخ أبو الطيب وصاحب التتمة والله سبحانه أعلم •

ومحل خلاف القفال فى قصعة لم يجر العرف بالكيل بها ، أما قصعة يعتاد الكيل بها وان لم يكن فى عهد الشارع فيجوز جزما كما اقتضاه كلام القفال وابن أبى الدم فى كلامه على الوسيط ، وقال الامام الرافعى : والوزن بالطيار وزن وان لم يكن له لسان • والاستواء يبين فيه بتساوى فرعى الكفتين • والوزن بالقرطستون [1] وزن قالا : وقد يتأتى الوزن بالماء بأن يوضع الشيء فى ظرف ويكفى على الماء وينظر الى مقدار غوصه • ولكنه ليس وزنا شرعيا ولا عرفيا • والظاهر أنه لا يجوز التعويل عليه فى تماثل الربويات • قال النووى رحمه الله : قد عول أصحابنا عليه فى أداء المسلم فيه وفى الزكاة فى مسألة الاناء بعضه ذهب وبعضه فضة • قال : ولكن الفرق ظاهر ، وتوقف ابن الرفعة فى الوزن بالطيار لعدم اللسان والله أعلم •

وهذه القاعدة المقررة فى هذا الفصل وان كانت عامة ، فانما تنفع فيما سوى الأشياء الستة المنصوص عليها (وأما) الستة فقد تقدم فى الفصل السابق حديث عبادة ، والتنصيص فيه على أن الذهب والفضة موزونان ،

---

(1) لعله من موازين مصرية •

والأربعة الباقية مكيلة وتقدم تفصيل صاحب التتمة وغيره فى الملح ، والله أعلم .

(فرع) المخالف لنا فى هذه المسألة أبو حنيفة رضى الله عنه ، نقل أن الأربعة المنصوص عليها مكيلة ، ولا اعتبار بما أحدثه الناس من بعد فيها وأما ما سوى الأربعة فالاعتبار فيها بعادة الناس فى بلدانهم ، ولا اعتبار بعادة الحجاز ، ولا بما كان فى ذلك الزمان ، واستدل الأصحاب بالحديث المذكور وبالقياس على الأشياء الستة المذكورة فى الحديث لو أحدث الناس فيها عادة غير ما كانت عليه لم يعتبر فى بيع بعضها ببعض .

(فرع) عد الماوردى أشياء ادعى فيها أنها كانت فى عهده صلى الله عليه وسلم مكيلة (منها) الحبوب والأدهان والألبان والتمر والزبيب وما ادعاه سالم له الا فى الأدهان فيستغرق حكمها عند الكلام على بيع الشيرج بالشيرج ان شاء الله تعالى ، وقد عرض لى ههنا بحث من قول الخطابى أن الطبرى الذى هو أربعة دوانيق هو وزن أهل مكة (قلت) فعلى هذا ينبغى أن ينزل ما أوجبه الشرع من الزكاة وغيرها عليه ، والدرهم اليوم ستة دوانيق على ما تقدم ، وقول النبى صلى الله عليه وسلم « الوزن وزن أهل مكة » ينفى اعتبار غيره مما كان فى ذلك الزمان ، ومما حدث بعده فما الدليل على اعتبار هذا الدرهم المعدل بين وزن مكة وغيره ، الذى ضرب فى زمان عبد الملك ؟ .

وعلى هذا يكون النصاب من هذه الدراهم اليوم [1] مائة وثلاثة وثلثا وواجبها ثلاثة وثلث ، وانما بوزن أهل مكة مائتان والمخرج خمسة فان كان كذلك فهذه الدراهم المغشوشة اليوم كل مائتين منها يجب فيها الزكاة لأن فيها من الخالص هذا المقدار الا أن يقال ما قاله الخطابى عن أبى عبيد أنهم كانوا يتعاملون بالبغلية والطبرية نصفين مائة بغلية ومائة طبرية ، فكان فى مائتين الزكاة ، لكنا نقول مجرد المعاملة لا يكفى الا أن يكون متعارفا فى مكة

---

(١) أى عصر المؤلف وهو القرن الثامن الهجرى .

التى اعتبر الشرع وزنها على الخصوص على أن الخطابى قدم فى أول كلامه ما يقتضى أن وزن مكة موافق للوزن الذى هو اليوم •

(فـــرع) فيما هو مكيل وما هو موزون • الذهب والفضة موزونان بالنص ، والقمح والشـعير مكيلان بالنص ، والملح مكيـل بالنص ، الا أن الأصحاب استثنوا ما اذا كان قطعا كباراً فانه موزون ، وكل ما هو فى جـرم التمر ودونه فهو مكيل كاللوز والعناب ، وكل ما فوقه موزون قالهما القاضى حسين ، والعجب أن القاضى حسين قبـل ذلك بسـطر قال : ان دهن اللوز موزون لأنه يستخرج من أصـل موزون ، والأرز مكيل ، قاله الرويانى ، وكذلك الزبيب والسمسم ، قاله الرويانى وغيره •

(فـــرع) قاله الماوردى رحمه الله وصاحب البحر وغيرهما : اذا كانت صيغة بتساوى طعاما فى الكيل والوزن [1] ولا يفضـل بعضـه على بعض فاعرف من حاله أن التماثل فيه بالكيل فقد اختلف أصحابنا هل يجوز بيع بعضه ببعض وزنا ؟ على وجهين (أحدهما) لا ، لما فيه من مخالفة النص وتغيير العرف (والثانى) يجوز لكون الوزن فيه ثابتا عن الكيل للعلم بموافقتـه كما كان مكيال العراق ثابتا عن مـكيال الحجاز لموافقته فى المسـاواة بين المكيالين ، والذى نقله الرويانى عن أصـحابنا أنه لا يجـوز لأنه لا يتوهم التفاضل ، والوهم كالحقيقة ، ثم نقل مع ذلك ما قاله الماوردى والذى جزم به القاضى حسين أنه لا يجوز بيع الحنطة بالحنطة وزنا ، سـواء تفاضلا فى الكيل أو تساويا ، وأطلق صاحب الذخائر فيما اذا كانت قرية يباع فيها الطعام وزنا ، فباع بعضه ببعض موازنة وجهين (وقال) أصـحهما المنع ، وهـذا الاطلاق ليس بجيد ، ولعله أراد ما قاله الماوردى فانه توهم جواز بيعها وزنا ، وان تفاوتا فى الكيل على وجه وليس كذلك ، والظاهر أنه لم يرد الا ما قاله الماوردى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان مما لا أصل له بالحجاز فى الكيل والوزن نظرت ـ فان كان مما لا يمكن كيله ـ اعتبر التساوى فيه بالوزن ، لانه لا يمكن غيره ، وان كان مما يمكن كيله ففيه وجهان (احدهما) انه يعتبر باشبه الأشياء به فى الحجاز ، فان

---

(1) كذا بالأصل ولعل العبارة : اذا كانت صفقة تساوى طعاما • (ط)

كان مكيلا لم يجز بيعه الا كيلا ، وان كان موزونا لم يجز بيعه الا موزونا لأن الأصل فيه الكيل والوزن بالحجاز ، فاذا لم يكن له فى الحجاز أصل فى الكيل والوزن اعتبر بأشبه الأشياء (والثانى) انه يعتبر بالبلد الذى فيه البيع لأنه أقرب اليه) .

(**الشرح**) قوله : وان كان أى الذى يكال أو يوزن الذى صدر الفصل به وحاصله أن المبيع المطعوم اما أن يكون مما يكال أو يوزن أولا ، وعلى كل من التقديرين فاما أن يكون عهد له أصل بالحجاز أولا (فالقسم الأول) وهو المكيل أو الموزون المعهود بالحجاز تقدم الكلام فيه فى صدر الفصل ، وأنه يعتبر الكيل فى المكيل والوزن فى الموزون .

(والقسم الثانى) المكيل أو الموزون الذى ليس له أصل بالحجاز وهو المقصود بهذه القطعة من الفصل ، وانما فرضت كلام المصنف فى ذلك ليكون مما يجرى فيه الربا قولا واحداً قديما وجديداً ، فانه ذكر القسمين الأخيرين اللذين [1] الذى فيما لا يكال ولا يوزن بعد ذلك ، وفرعه على الجديد فأفاد كلامه أنه أراد ما ذكرته من التصوير وبذلك يتبين أن قول ابن يونس فى شرح التنبيه عن المشهور فى الكتب أن مالا يكال ولا يوزن فى الحجاز لا يجرى فيه الربا فى القديم ويجرى فى الجديد ليس كما قال ، ولم يحرر العبارة فليس فى الكتب اشتراط الحجاز فى ذلك فى اعتبار الكيل والوزن فافهمه .

اذا عرفت ذلك فالمكيل أو الموزون الذى ليس له أصل بالحجاز ، اما لأنه حدث بالحجاز بعد النبى صلى الله عليه وسلم واما لأنه كان فيما عداها من البلاد ولم يكن بها ، اما أن يكون مما يمكن كيله أو لا ، ولا يتأتى بين هذا وبين قولنا انه مما يكال أو يوزن لأنه يصح هذا بالاطلاق اذا صح واحد فقط ، فقد صح أحد الأمرين فهاتان مسألتان .

---

(١) كذا بالأصل وحررته فقلت : فانه ذكر القسمين الأخيرين اللذين فرق فيهما بين ما له أصل فى الحجاز وما ليس له أو القسمين اللذين فرق فيهما بين ما يكال ويوزن وما ليس كذلك فالأول الاعتبار فيه بمكيال وميزان مكة والثانى فسيأتى كلامه الذى فيما لا يكال الخ والله أعلم . (ط)

(المسألة الأولى) ان كان مما لا يمكن كيله فقد جزم المصنف وأتباعه بأن الاعتبارفيه الوزن ، وكذلك من الخراسانيين القاضى الحسين وصاحب التتمة وصاحب المهذب ومن تبعهم من غير أن يأتوا بلفظ الامكان أو عدمه بل جعلوا ما يتجافى فى المكيال يباع وزنا ، وأصل هذه العبارة فى كلام الشافعى ، فانه قال فى الأم فى باب جماع ما يجوز فيه السلف ومالا يجوز : ولو جاز أن يكال ما يتجافى فى المكيال حتى يكون المكيال يرى ممتلئا وبطنه غير ممتلىء لم يكن للمكيال معنى ، وضبطه القاضى حسين وصاحب التتمة بما زاد على جرم التمر ، وهو موافق لكلام الشافعى رحمه الله الذى سنذكره قريبا ان شاء الله تعالى • ونقل الرويانى ذلك عن القفال ، وأنه جعل ذلك حداً فاصلا بين ما يتجافى وما لا يتجافى ، ولعل مراد المصنف ذلك ، وان لم يكن فلا شك أن هؤلاء قائلون بالوزن فيها بقول هؤلاء ، فان ما زاد على ذلك داخل فى كلامهم ، فصح عدهم فيمن يقول بالوزن فى القسم الذى ذكره المصنف ، وذلك اذا أخذ على ظاهر عبارة المصنف فمما لا يتأتى فيه خلاف ، لأنه ربوى قطعا لاجتماع الطعام والوزن وان لم يكن بالحجاز فان ذلك ليس بشرط عند من اعتبر التقدير فى الربا ، ولابد من معيار تعرف به المماثلة ، ولا معيار الا الكيل أو الوزن ، والكيل ممتنع لما فرض فتعين الوزن فهذا بسط كلام المصنف •

ونبه بقوله : لا يمكن غيره فى المقدمتين الأخيرتين ، وهما انحصار المعيار فى الكيل والوزن وامتناع الكيل ، فان عدم امكان غير الوزن اما لتعذره كالكيل واما لعدم اعتباره ، فهذه الفائدة فى قوله « غيره » ولم يحتج الى أنه لابد من معيار للعلم به ، ولأنه قد يؤخذ من صدر كلامه فى أول الفصل ، فهذا التعليل واضح لاخفاء به على عبارة المصنف ، وأما على عبارة القاضى حسين وأتباعه فقد لا نسلم لهم امتناع الكيل فيما زاد على التمر بقليل ، فلذلك علله صاحب التتمة بأنه لم يعهد الكيل بالحجاز فيما هو أكبر من التمر ، وبأنه يتجافى فى المكيال ويكثر التفاوت وهذان المعنيان يمكن أن يجعلا جزءى علة واحدة ، واعلم أن جماعة بل جماعات لم يذكروا هذا القسم الذى ابتدأ به المصنف ، وانما ذكروا الخلاف فيما لا أصل له بالحجاز مطلقا ، واطلاقهم محمول على هذا التفصيل ، والله أعلم •

(فـــرع) السمن والزبيب والعسل والسكر كلها وزنا على المنصوص، وسيأتى فى بعضها خلاف نذكره عند تعرض المصنف لذلك ان شاء الله تعالى.

(فـــرع) هو كالقاعدة فى المكيل والموزون ، قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم فى باب السلم فى المكيل كيلا أو وزنا : أصل السلف فيما يتبايعه الناس أصلان ، فما كان منه يصغر وتستوى خلقته فيحتمله المكيال ولا يكون اذا كيل تجافى فى المكيال ، فتكون الواحدة منها بائنة فى المكيال عريضـــة الأسفل دقيقة الرأس ، أو عريضة الأسفل والرأس دقيقة الوسط ، فاذا وقع شىء الى جنبها منعه عرض أسفلها من أن يلصق بها ، ووقع فى المكيال وما بينها وبينه تجاف ، ثم كانت الطبقة التى فوقه منه . هكذا لم يجز أن يكال . واستدللنا على أن الناس انما تركوا كيله لهذا المعنى ، فلا يجوز أن يسلف فيه كيلا ، وفى شبيه بهذا المعنى ماعظم واشتد فصار يقع فى المكيال منه الشىء معترضا وما بين القائم تحته متجاف فيسد المعترض الذى فوقه الفرجة التى تحته ، ويقع عليه فوقه غيره فيكون من المكيال شىء فارغ بيّن الفراغ ،وذلك مثل الرمان والسفرجل والخيار والباذنجان ، وما أشـــبهه مما كان فى المعنى الذى وصفت ، ولا يجوز السلف فى هذا كيلا ، ولو تراضى عليه المتبايعـــان سلفا ، وما صغر وكان يكون فى المكيال فيمتلىء المكيال به ولا يتجافى التجافى البين مثل التمر ، وأصغر منه مما لا تختلف خلقته اختلافا بائنا مثل السمسم وما أشبهه أسلم فيه كيلا ، وكل ما وصفت لا يجوز الســـلم كيلا فلا بأس بالسلم فيه وزنا ، انتهى كلام الشافعى رحمه الله ، وهو ضابط ما يكال ويوزن، وفيه شـــاهد لما قاله القـــاضى حسين وصاحب التتمـــة ، ويمكن تنزيل كلام المصنف عليه والله أعلم .

ومثل الرويانى ما يتجافى بعروق الشجر وقطع الخشب مما يتداوى به والله أعلم . وقال الرويانى : ان السعمق يباع وزنا قد يكون فتاتا ويـــكون قطعا ، فلا يمكن كيله .

(المسألة الثانية) اذا كان مما يمكن كيله ، ومن المعلوم أنه يمكن وزنه ، وهكذا صور الامام المسألة فيما يتأتى فيه الكيل والوزن جميعا فبماذا تعتبر المماثلة فيه ؟ ذكر المصنف والشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى

وابن الصباغ والرويانى فى البحر والجرجانى وغيرهم من سالكى طريقتهم الوجهين اللذين ذكرهما المصنف فى الكتاب والأول منهما مشهور فى طريقة العراق ، صححه ابن أبى عصرون ، وجزم به سلام المقدسى فى شرح المفتاح • قال الأصحاب : وهذا كما قال الشافعى رضى الله عنه فى جزاء الصيد ، يعتبر ما لم يحكم فيه الصحابة رضى الله عنهم بأشبه الأشياء بما حكمت فيه ، وكذلك ما استطابته العرب حل ، وما استخبثته حرم ، وما لم يعرف حاله رد الى أقرب الأشياء شبها به ، ولأن هذا المرجع فى الأمور التى يقع فيها الاشتباه أن ترد الى أشبه الأصول بها • ومقصود المصنف فى استدلاله أن المرجع فيه الى الحجاز ، أى لما تقدم من الحديث • فاذا ثبت أن المرجع الى الحجاز وليس له بها أصل فنعتبر ما يشبهه محافظة على ذلك ، ولو اعتبرناه ببلده لفات ذلك بالكلية •

(والوجه الثانى) وهو الرجوع الى العادة ، قال الرافعى : انه الأشبه • وقال الغزالى : انه الأفقه ، واقتضى ايراد الجرجانى ترجيحه ، وهو الذى جزم به الماوردى وجعل محل الخلاف فيما لا عادة فيه ، أو كانت العادة مستوية فيه • قال صاحب الوافى : ومن قال بالرد الى العرف لا الى أشبه الأشياء به لعله يقرن بين جزاء الصيد ومسألتنا ، بأن البعيد فى اعتبار الأشباه معمول به فى جزاء الصيد ، بدليل ايجاب الشاة فى قتل الحمام ، وما عب وهدر فهو مردود الى أدنى شبه ، بخلاف مسألتنا فان المعمول فيه أصلا هو العرف لا ما يشبه ، ألا ترى أن التمر مكيل وان كان الى الوزن أقرب ؟ فاتبع فيه العرف ، فكذلك فيما له شبه ولم يكن فيه أصل يرد اليه •

واختلفت عبارات المصنفين عن هذا الوجه فالمصنف وأتباعه وامام الحرمين وصاحب التهذيب قالوا : بلد البيع وقال الرافعى : وهو أحسن وهو الذى رجحه فى المحرر • قال ابن أبى عصرون : مع هذا فان اختلفت بالعرف فالغالب ، وقال الماوردى : عرف أهل الوقت فى أغلب البلاد ، وجزم به ، فان استوت أو فقدت فأربعة أوجه ، وقال القاضى أبو الطيب وابن الصباغ من العراقيين ، والقاضى الحسين من الخراسانيين : عرف البلاد ، قالوا : فان اختلفت فكان يكال فى بعضها ويوزن فى بعضها حكم بالأكثر ، زاد المتولى :

فان تعذر الرجوع الى العرف للاختلاف ـ ولا أدرى أى العرفين أغلب ـ يرد الى أقرب الأشياء شبها به ، وابن الصباغ ذكر أيضا بحثا لكن من عند نفسه •

وأما الشيخ أبو حامد فقال فيما علق عنه البندنيجى : غالب عادة الناس به فى موضعه وأطلق • وفيما علق عنه سليم قال : فى موضعه الذى حدث به، وليس هذا اختلافا فى المعنى ، ويمكن حمله وحمل كلام المصنف على شىء واحد ، فلا يبقى اختلاف الا بين كلام المصنف وكلام القاضى أبى الطيب فيعدان كذلك وجهين • وكذلك حكاهما صاحب البحر غير منسوبين ، فتحصلنا من ذلك على ثلاثة أوجه فى المسألة فى هذا القسم ، وليس يوجد فى معظم كتب العراقيين غير ذلك ، ولم يحكوا فى المسألة الا وجهين ، ولا يكفى من نقح المسألة وميز أقسامها ، وتكلم فى كل قسم وحده غير المصنف رحمه الله فيما أعلم الآن • ويوجد فى المسألة أوجه أخر حكاها الماوردى من العراقيين والفورانى والقاضى حسين والشيخ أبو محمد وآخرون من الخراسانيين (رابعها) أن الاعتبار بالكيل لأن أكثر ما ورد فيه النص مكيل ، بل كل ما ورد فيه النص من المأكولات مكيل (وخامسها) الوزن لأنه أخص (وسادسها) أنه يتخير بينهما ، وهذه الثلاثة حكاها الماوردى والقاضى حسين والشيخ أبو حامد • ونقل امام الحرمين وجه التخيير عن نقل شيخه ، واستبعده لأنه لم يقف عليه كغيره (وسابعها) ان كان متخرجا من أصل معلوم التقدير سلك به مسلك ذلك الأصل ، فعلى هذا دهن السمسم مكيل كأصله ، ودهن اللوز موزون والخل مكيل ، قاله القاضى حسين وغيره كما سيأتى ، والعصير مكيل قاله الشيخ أبو محمد وغيره ، كما سيأتى •

قال الرويانى فى البحر : لأن الزبيب مكيل ، وهذا الوجه قال الشيخ أبو محمد انه الأصح وجزم به القاضى حسين وصاحب التتمة ، وحكاه الامام عن صاحب التقريب والصيدلانى أيضا ، وجعلوا محل الخلاف فيما ليس مستخرجا من أصل معلوم التقدير • والرافعى قال : ان منهم من خصص الخلاف بما اذا لم يكن له أصل معلوم التقدير ومنهم من أطلق ، وقد تقدم تخصيص الماوردى محل الخلاف بما لا عادة فيه ، أو ما كانت

العادة فيه مستوية • فأما صاحب البحر فانه سلك طريقة أخرى جعل فى أصل المسألة وجهين (وجه) اعتبار الشبه (ووجه) اعتبار غالب البلدان كما فعل القاضى أبو الطيب ثم قال (ان قلنا) بالأول وكان شبهه بالمكيل والموزون سواء ، فقيل : الكيل وقيل الوزن وقيل : يتخير (وان قلنا) بالثانى وعادة الناس سواء فى الكيل والوزن فالوزن ، وقيل : الكيل وقيل الكيل يتخير • وقيل : يعتبر بأشبه الأشياء ، ثم ذكر وجْهَىْ أنه يعتبر بأصله أو بعادة بلد البيع ، وهذه طريقة مخالفة لما فى أكثر الكتب • والله تعالى أعلم •

وهى على الوجه الثانى غير ما فى الحاوى • وعن البندنيجى أنه حكى وجهين على قولنا باعتبار الشبه ، فكان تشبيههما معا فانه يعتبر فيه وجهان : وهو بعض ما قاله الرويانى • وبحث امام الحرمين من عند نفسه بعد أن حكى الوجه الذى استبعده عن شيخه فقال : ولو منع مانع أصل البيع لاستبهام طريق التماثل لكان أقرب مما ذكره ، يعنى شيخه (قلت) ولا يتأتى منع البيع ، لأن هذا مكيل أو موزون فيباع ، اما الكيل واما الوزن ، وليس هذا كما لا يكال ولا يوزن حيث نقول : انه لا يباع بعضه ببعض على أحد القولين ، لأن العلة فيه أن المبيع ممتنع الا بشروط المماثلة فى الكيل أو الوزن ، وهما مفقودان ، وههنا بخلافه هما ممكنان ، ومع المرجح من العادة أو الشبه أو الأصل لا نسلم الانبهام والله أعلم •

ثم اعلم أن الأكثرين أطلقوا هذا الخلاف كما ذكرناه ، والجورى جعل محل الخلاف ما كاله قوم ووزنه آخرون (أما) ما اتفق الناس فيه على كيل أو وزن فهو أصل فى نفسه ، كالسكر لم يكن بالمدينة وليس له أصل واتفق الناس على وزنه •

(**قلت**) انما يحتاج فى السكر الى ذلك اذا كان مدقوقا ، أما الكبار ففى الضوابط المتقدمة ما يفيد أنه موزون ، والله أعلم •

(**فرع**) ما كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يعلم أنه كان يكال أو يوزن فحكمه حكم ما علم أنه لا أصل له فى جميع ما تقدم ، وان كانت عبارة المصنف لا تشمله ، ذكره القاضى أبو الطيب والماوردى والشيخ أبو محمد وابنه امام الحرمين والفورانى والمتولى والبغوى والرافعى

وغيرهم ، وكذلك ما علم أنه يكال مرة ويوزن أخرى ـ ولم يكن أحدهما أغلب ـ قاله الرافعي وصاحب التهذيب •

(فـــرع) يباع البيض بالبيض وزنا ، وان كان عليـــه قشره لأنه من صلاحه قاله فى التهذيب •

(فـــرع) قال الشافعى رضى الله عنه فى « الأم » فى باب جماع السلف فى الوزن : ولا بأس أن تسلف فى شىء وزنا وان كان يباع كيلا ، ولا فى شىء يباع كيلا وان كان يباع وزنا اذا كان لا يتجافى فى المكيال ، مثل الزيت الذى هو ذائب انكان يباع فى المدينة فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم ومن بعده وزنا فلا بأس أن يسلف فيه كيلا ، وأن كان يباع كيلا فلا بأس أن يســلف فيه وزنا ، ومثل السمن والعسل وما أشبهه من الادام • فان قال قائل : كيف كان يباع فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم ؟ قلنـــا : الله أعلم • أما الذى أدركنا المتبايعين به عليه ، فأما ما قل منه فيباع كيلا ، والجملة لا لكثرة يباع وزنا ودلالة الأخبار على مثل ما أدركنا الناس عليه • قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه « لا آكل سمنا مادام السمن يباع بالأواقى ويشبه الأواقى أن يكون كيلا » • انتهى كلام الشافعى رضى الله عنه •

وفى قوله : ويشبه الأواقى أن يكون كيلا نظر ، وقال أبو عبيدة فى هذا الأثر عن عمر فى عام الرمادة : وقد كان يأكل الخبز بالزيت فقرقر بطنه فقال « قرقر ما شئت فلا يزال هذا دأبك مادام السمن يباع بالأواقى » وجعل هذا دليلا على أن أصل السمن الوزن والذى أفهمه من ذلك أن السمن لقلته صار يبـــاع بالأواقى التى تدل على الوزن ، فامتنع عمر رضى الله عنه عن أكله ، فيدل على خلاف ما أراده الشافعى الا أن يكون لفظ الأواقى اسما للمكاييل، كما أشار اليه الشافعى رضى الله عنه ، وهو خلاف ما عليـــه العرف الآن ، والشافعى أخبر بعرف ذلك الزمان •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان مما لا يكال ولا يوزن وقلنا بقوله الجديد : انه يحرم فيه الربا ، وجوزنا بيع بعضه ببعض نظرت ـ فان كان مما لا يمكن كيله كالبقل والقثـــاء

والبطيخ وما اشبهها ـ بيع وزنا ، وان كان مما يمكن كيله ففيه وجهان (احدهما) لا يباع الا كيلا ، لأن الأصل هو الأعيان الأربعة المنصوص عليها وهى مكيلة ، فوجب رده الى الأصل (والثانى) انه لا يباع الا وزناً لان الوزن أحصر)

(الشرح) قوله : وان كان أى المبيع المطعوم مما لا يكال ولا يوزن ـ أى فى العادة ـ وان كان قد يتأتى كيله أو وزنه على خلاف العادة ، وهذا القسم يندرج تحته القسم الثالث والرابع من التقسيم المتقدم ، لأنه لا فرق فى الحكم هنا بين ما عهده فى زمنه صلى الله عليه وسلم كذلك وما حدث بعده على ما تقدم التنبيه عليه وعلى كلام ابن يونس فيه (وأما) العمرانى فانه فى كتاب السؤال عما فى المهذب من الاشكال جعل المسألة الأولى التى تقدمت فى المطعومات التى لم تكن بأرض الحجاز فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم والمسألة الثانية وهى هذه التى شرعنا فيها فى المطعومات التى كانت فى أرض الحجاز فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم ما لم تجر العادة فيه بكيل ولا وزن ، والذى قلته أشمل وأحسن فاعلمه .

اذا عرف ذلك فان لنا خلافا قدمه المصنف فى أول الفصل من هذا الباب فى جريان الربا فى هذه الأشياء كالبقل والقثاء والبطيخ والرمان والسفرجل والباذنجان والخيار والجوز وسائر الفواكه التى تباع عدداً ، قال بعضهم : وذلك على عادة الشرق ، والا فالجوز والقثاء فى بلادنا يباعان وزنا والباذنجان وكثير من الخضروات فى بعض البلاد كذلك ضابط ما يطلب فيه ما لم يجر العرف العام بتقديره ، ولا اعتبار بما يتفق فى بعض على خلاف العموم (فالقديم) لا يجرى الربا فيه لعدم التقدير بالكيل أو الوزن وهو جزء العلة فى (القديم) فعلى هذا يجوز بيع بعضه ببعض عدداً وجزافا ومتفاضلا ، ولا تأتى المسألة فيما نحن فيه .

(وان قلنا) بقوله (الجديد) فله فى الجديد قولان ذكرهما المصنف بعد هذا بفصلين فيما لا يدخر من الفواكه ، ويذكرهما القاضى حسين وجهين فيما يدخر بعد تجفيفه ؟ قال : لا يجوز بيع رطبة برطب ، وبعد الجفاف فيه وجهان لأنه لا يعرف معيار فى الشرع وسيأتى شرح ذلك ان شاء الله تعالى ، فحيث قلنا : لا يجوز بيع بعضه ببعض لا تأتى المسألة ، وحيث قلنا بالجواز وهو الذى نسبه بعض الى ابن جريج وابن سريج فعلى هذا ان كان مما

لا يمكن كيله كالبقل والقثاء والبطيخ والرمان • قال الماوردى : والسفرجل الكبار ، قاله الجرجانى : والفجل والسلجم والجزر ، قاله القاضى أبو الطيب ، وما أشبهه يبع وزنا ، قاله الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب ، والماوردى ، والمحاملى ، والمصنف وابن الصباغ والرافعى وغيرهم • وان كان مما يمكن كيله كالتفاح ، قاله أبو الطيب وابن الصباغ والتين قاله الرافعى : والنبق والعناب قالهما الماوردى ، والخوخ الصغار قاله الشيخ أبو حامد وابن الصباغ ، ففى معياره وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والماوردى والمحاملى وابن الصباغ والمصنف والرافعى وغيرهم ، وحكاهما أبو على الطبرى فى تعليقه عن ابن أبى هريرة قولين (أصحهما) أنه يباع وزنا لأنه أحصر فى حصول حقيقة المساواة وهذا ما صححه الجرجانى فى التحرير والشافى ، وممن صحح ذلك القاضى أبو الطيب ، وكذلك الغزالى قال فى البسيط بعد ذكر ما يكال ولا يوزن ، وهذا فيما لا قشر له ، أما الجوز والبيض فلا يجوز بيعه وزنا وجها واحداً •

وطرد صاحب التقريب فيه خلافا اذا بيع وزنا وهو بعيد ، لأن الوزن فيه لا يضبط ، وقال هو وابن الصباغ : انه صرح به فى الأم ، وقد رأيته فى الأم فى باب الآجال فى الصرف ، قال بعد أن قرر القول الجديد : وجريان الربا فى غير المكيل والموزون من المأكول اذا بيع منه جنس بشىء من جنسه لم يصح عدداً ولم يصح الا وزناً بوزن وهذا مكتوب فى غير هذا الموضع بلفظه • هذا لفظ الشافعى رحمه الله ، وممن صححه القاضى أبو الطيب والجرجانى والرافعى ، قال الرافعى : ولا بأس على الوجهين بتفاوت العدد ، ونقل اسماعيل الخضرى عن الشيخ أبى حامد أن أولى الوجهين الكيل ، قال ابن الصباغ : فان قيل من شأن الفرع أن يرد الى الأصل بحكمه ، وهذه الأصول حكمها تحريم التفاضل فى الكيل ، فكيف يكون حكم فروعها تحريم التفاضل فى الوزن ، قلنا : انما اعتبر الكيل فى المنصوص عليها لأن تقديرها فى العادة بالكيل ، والفرع الملحق بها ينبغى أن يعتبر فى تساويه بما يقدر به فى غالب العادة كيلا كان أو غيره ، يدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم « وكذلك الميزان » وقد بينا أن الوزن ليس بعلة فلم يبق الا أنه أراد الموزون فى المطعومات •

واعلم أن المصنف فى التنبيه ذكر الخلاف فى بيع هذا القسم بعضه ببعض على الجديد مقصوداً ، وهنا أشار اليه فى ضمن مسألة المعيار ، وذكر وجها هنا أنه يعتبر فيه الكيل ولم يذكر فى التنبيه الا الوزن فقط ، ومقتضى كلام صاحب الوافى أنها مسألة واحدة وأنه يأتى فيها من مجموع الكتابين ثلاثة أوجه ، ويحتمل أن يكون مراده فى التنبيه ما اذا كان لا يمكن كيله الذى هو القسم الأول فى كلام المصنف آنفا ، كالبقل والقثاء والبطيخ ، فانه لا يأتى فيه الا قولان (أحدهما) امتناع بيع بعضه ببعض الذى أشار اليه المصنف هنا (والثانى) الجواز اذا تساويا فى الوزن • وأما اذا أمكن كيله ووزنه فلم يذكره فى التنبيه ، أو يكون مراده فى التنبيه ما يشمل الصورتين ما يمكن كيله ومالا يمكن ، قال فى كل منهما قولا أنه لا يجوز بيع بعضه ببعض ، وعلى القول الآخر يباع وزنا ، أما فيما لا يمكن كيله فقطعا ، وأما فيما يمكن كيله فعلى الأصح وسكت عن قول اعتبار الكيل الذى هو خاص باحدى الصورتين كذلك ولضعفه ، فهذه الاحتمالات الثلاثة شائعة فى كلامه كل منها محتمل لا يرد عليه شىء ، والله أعلم • وقد صحح كلامه فى التنبيه على جماعة وربما فهم منه خلاف مراده ، واستغرب بعضهم حكايته فيه القول بامتناع مطلقا وهو أعم من القولين الآتيين فى المهذب فيما لا يدخر من الفواكه والله أعلم • فان كلامه فى التنبيه شامل لما يدخر ، وقد عرفت أن القاضى حسين حكى فى بيع بعضه ببعض فى حالة جفافه وجهين ولما لا يدخر الذى حكى الخلاف فيه فى المهذب •

(فرع) يجوز بيع الجوز بالجوز مع قشرهما على المذهب • وحكى عن ابن كج أنه نقل عن النص أنه لا يجوز فعلى الأول ما المعيار فيه ؟ قال البندنيجى فى تعليقة أبى حامد : قلت له : فالجوز بالجوز ؟ فقال الذى عندى أنه على الوجهين (أحدهما) يباع وزنا (والثانى) يباع كيلا ، وكذلك حكى الجرجانى فيه وجهين ، وقال فى التهذيب والتتمة ، يجوز بيع الجوز بالجوز وزنا ، واللوز باللوز كيلا ، ويجوز بيع البيض بالبيض فى قشره وزنا على المذهب • قاله الرافعى وغيره (قلت) وكون الجوز موزونا أقرب لما تقدم من الضابط فيما زاد على حد التمر (وقوله) ان اللوز مكيل مخالف لما تقدم

عن القاضى حسين أنه موزون ، ولكن ما ذكره البغوى أولى ، فانه يتجافى فى المكيال والله أعلم .

وقال الشافعى فى الأم فى باب بيع الآجال ما ظاهره أنه لا يجوز بيع بعضه ببعض فانه قال : « واذا كان منه شىء مُغَيَّب مثل الجوز واللوز ومايكون مأكوله فى داخله فلا خير فى بعضه ببعض عدداً ولا كيلا ولا وزنا فاذا اختلف فلا بأس به من قبل أن مأكوله مغيب وأن قشره يختلف فى الثقل والخفة فلا يكون أبداً الا مجهولا بمجهول فاذا كسر فخرج مأكوله فلا بأس فى بعضه ببعض يداً بيد مثلا بمثل ، وان كان كيلا فكيلا وان كان وزنا فوزنا ولايجوز الخبز بعضه ببعض عدداً ولا وزنا ولا كيلا من قبل أنه اذا كان رطبا فقد ييبس فينقص واذا انتهى يبسه فلا يستطاع أن يكتال ، وأصله الكيل فلا خير فيه وزنا لأنا لا نحيل الوزن الى الكيل » هذا لفظ الشافعى رضى الله عنه .

وفى المجرد من تعليق أبى حامد حكى عن الشافعى أنه قال فى الصرف لا يباع الجوز بعضه ببعض كيلا ولا وزنا ثم قال : قال الشيخ : وهذا بعيد على المذهب وقد حكى الرافعى عن ابن كج أنه حكى عن نص الشافعى أنه لا يجوز ، ولعله أشار الى النص المذكور ، وقد حكى الماوردى أيضا ذلك عن النص ، ولم يرد عليه وبالجواز جزم القاضى حسين لأن قشره من صلاح اللب ويدخر معه كيلا يفسد فهو كالنوى من التمر الا أن هناك ما يقيه من الفساد يكون فى جوفه وههنا ما يقيه من الفساد يكون على ظاهره ومقتضى كلام الامام أن الجوز والبيض مما لا يكال ولا يوزن ، وأنه أبعد فى جواز البيع من القثاء بالقثاء ، فانه ذكر أن الأصح فى القثاء المنع على الجديد ، ثم قال : واتفقت الطرق على منع بيع البيض بالبيض والجوز بالجوز وزنا بوزن من جهة أن المقصود فى أجوافها ، وقشورها تتفاوت تفاوتا ظاهراً ، وهذا لا يتحقق فى القثاء وما فى معناه ، قال : وذكر صاحب التقريب فى البيض والجوز : اذا بيع البعض بالبعض منها وزنا بوزن قال : وهذا بعيد .

(**قلت**) وذلك أن الجوز فى غالب البلاد يباع بالعدد ، ولم يستمر العرف فى وزنه فهو ربوى على الجديد دون القديم ، ولم يثبت للشارع فيه معيار فامتنع بيع بعضه ببعض وهو أولى بذلك من القثاء من جهة استتاره . وذكر

الرويانى فى البحر أنه حكى عن القفال أنه لا يجوز بيع الجوز بالجوز ولا اللوز باللوز عدداً ولا وزنا الا أن لا ينقص فى الكيل فيجوز • وقيل : لا يجوز أصلا لأن المقصود فى جوفه ، قال : والصحيح الأول لأن قشره من صلاحه ، ومقتضى كلام بعضهم الفرق بين الجوز واللوز ، فان الجوز معدود واللوز مكيل •

(فرع) قال فى الابانة : بيع الأدوية بالأدوية ان كانت لا تتجاف فى المكيال فتباع كيلا ، والا فوزنا ، وان كانت معجونة فلا يصح بيع بعضها ببعض ، لأن الأخلاط فيها مجهولة ، هذا اذا كانا من جنس واحد ، وجزم الرويانى فى البحر بجواز بيع البيض بالبيض وزنا • قال : لأن هذه الحالة حالة كماله فان كانا مكسورين لم يجز •

(فائدة) قال الجرجانى فى التحرير : ومالا يكال ولا يوزن فى مكان لا يباع بعضه ببعض فى أحد القولين ويباع فى القول الآخر ، وهو الأصح ، وينظر فان كان لا يأتى عليه الكيل بيع وزنا ، وان كان يأتى عليه الكيل بيع كيلا على أحد الوجهين ووزنا على الآخر • ا هـ فاستفيد من قوله : فى مكان ما قدمته من أنه ليس المعتبر هنا عدم الكيل والوزن بالحجاز خاصة ، بل مطلقا ، وهو محل كلام صاحب التنبيه فيه والله أعلم •

(فائدة) الأصحاب يطلقون الخلاف بين القديم والجديد فى المطعوم الذى لا يكال ولا يوزن ولا يصرحون باعتبار العرف أو الشرع ، والمقصود من ذلك ما قدمته وكلام المصنف وغيره اذا أمعنت فيه التأمل يدلك على ذلك ، ولذلك قال أبو محمد عبد السلام فى الغاية : فصل فيما لا يقدر شرعا ولا عرفا مالا يقدر فى العرف بكيل ولا وزن ، القديم أنه ليس بربوى • فأفاد ذلك ما قلته ، وذلك مستفاد من غضون كلام الامام فى النهاية ومن تلك اللفظة أخذ ابن عبد السلام رحمه الله ذلك ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وما حرم فيه الربا لا يجوز بيع بعضه ببعض ، ومع أحد العوضين جنس آخر يخالفه فى القيمة ، كبيع ثوب ودرهم بدرهمين ، ومد عجوة ودرهم بدرهمين ، ولا يباع نوعان من جنس بنوع ، كدينار قاسانى ودينار سابورى

بفاسانيين أو سابوريين ، او كدينار صحيح ودينار قراضة بدينارين صحيحين، أو دينارين قراضة ، والدليل عليه ما روى فضالة بن عبيد قال « أتى رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بقلادة فيها خرز معلقة بذهب فابتاعها رجل بسبعة دنانير أو تسعة دنانير ، فقال عليه السلام : لا ، حتى تميز بينه وبينه . فقال : انا اردت الحجارة ، فقال : لا ، حتى تميز بينهما » ولأن الصفقة اذا جمعت شيئين مختلفى القيمة انقسم الثمن عليهما ، والدليل عليه أنه اذا باع سيفا وشقصا بألف ، قوم السيف والشقص وقسم الألف عليهما على قدر القيمة أدى الى الربا ، لأنه اذا باع ديناراً صحيحا قيمته عشرون وأمسك المشترى السيف بحصته من الثمن على قدر قيمته ، واذا قسم الثمن على قدر القيمة ادى الى الربا ، لأنه اذا باع ديناراً صحيحا قيمته عشرون درهما وديناراً قراضة قيمته عشرة بدينارين وقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما صارت القراضة مبيعة بثلث الدينارين ، والصحيح بالثلثين وذلك ربا)

(الشرح) حديث فضالة رواه أبو داود بسند صحيح ، وهو أيضا بغير هذا اللفظ فى صحيح مسلم وسنن أبى داود والترمذى والنسائى ، وقال الترمذى : حسن صحيح ونسبه ابن معن شارح المهذب الى مسلم وأبى داود والترمذى والنسائى اعتباراً بأصل الحديث على اصطلاح المخرجين من المحدثين ، وليس بجيد ، والصواب ما حررته . ورواية الصحابى فضالة ــ بفتح الفاء والضاد المعجمة ــ ابن عبيد مصغراً ابن نافذ ــ بالفاء والذال المعجمة ــ ابن قيس بن صهيب بن الأضرم [بن] جحجبا ــ بجيمين مفتوحتين بينهما حاء مهملة ساكنة وبعدهن باء موحدة ــ ابن كلفة بضم الكاف واسكان اللام ــ ابن عوف ابن عمرو بن عوف [بن] مالك بن الأوس الأنصارى الأوسى العمرى ــ بفتح العين وسكون الميم ــ أبو محمد وأمه عفرة ــ بفتح العين ــ ابنة محمد بن عقبة بن أحيحة بن الجلاح بن الحريش بن جحجبا المذكور ، شهد فضالة أحداً والخندق وما بعدهما من المشاهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وبايع تحت الشجرة وتولى القضاء بدمشق لما مات أبو الدرداء بوصية أبى الدرداء لمعاوية ، ومات بها فى خلافة معاوية . وله عقب ــ كانت وفاته سنة ثلاث وخمسين على الأصح قاله ابن أبى خيثمة عن المدائنى ، ورأيت فى معجم الصحابة للبغوى أنه سكن مصر ومات بها مع ذكره لما تقدم وكأن ذلك وهم من كاتب والله أعلم .

وروى عنه هذا الحـديث حنش بن عبد الله الصـنعانى وعلى بن رباح اللخمى وفى طبقته حنش الراوى عن عكرمة عن ابن عبـاس • روى عنـه سليمان التيمى وخالد الواسطى وفى حديثه ضعف ، اسمه حسين بن قيس • وحنش بن المعتمر الكوفى الراوى عن على بن أبى طالب • وحنش بن الحارث ابن لقيط النخعى الكوفى • يروى عنه أبو نعيم وغيره •

وروى هذا الحديث عن خالد بن أبى عمران عن حنش الصنعانى المذكور أبو شجاع هذا وسعيد بن يزيد أبو سلمة بصرى ثقة روى عنه شعبة ، وسعيد ابن يزيد مصرى روى يزيد بن أبى حبيب عن أبى الخير عنه حديثه مرسـلا وقد روى هذا الحديث بألفاظ مختلفة (منها) اللفظ الذى فى الكتاب رواه أبو داود (ومنها) عن فضالة قال « اشتريت يوم خيبر قلادة ثمنها اثنا عشر ديناراً فيها ذهب وخرز ، ففصلتها فوجدت فيها أكثر من اثنى عشر دينـاراً ، فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فقال : لا تباع حتى تفصل » لفظ مسلم وأبى داود فى أحد طريقيه ، والترمذى وقال : حديث حسن صحيح ، ولفظ النسائى مثله ، الا أنه لم يعين الثمن •

(ومنها) عن فضالة قال « أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بخيبر بقلائد فيها خرز وذهب وهى من الغنائم تباع ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب الذى فى القلادة فنزع ، ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب وزنا بوزن » رواه مسلم أيضا (ومنها) عن حنش قال « كنا مع فضالة بن عبيد فى غزوة فطارت لى ولأصحابى قلادة فيها ذهب وورق وجوهر ، فأردت أن أشتريها فسألت فضالة بن عبيد فقال : انزع ذهبها فاجعله فى كفة ، واجعل ذهبك فى كفة ، ثم لا تأخذن الا مثلا بمثل ، فانى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يأخذن الا مثلا بمثل » رواه مسلم أيضا •

(ومنها) عن فضالة قال : « أصبت يوم خيبر قلادة فيهـا ذهب وخرز فأردت بيعها فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فقال : افصل بعضـها من بعض ثم بعها » رواه النسائى من حديث الليث عن خالد بن أبى عمران

عن حنش ، ولم يذكر الليث أو خالد أبا شجاع والله أعلم • والروايات كلها ترجع الى حنش •

قال البيهقى فى كتاب السنن الكبير : سياق هذه الأحاديث مع عدالة رواتها تدل على أنها كانت بيوعا شهدها فضالة كلها ، والنبى صلى الله عليه وسلم ينهى عنها ، فأداها كلها ، وحنش الصنعانى أداها مفرقة ، وقال فى كتاب المعرفة بعد أن ذكر الرواية التى ذكرها المصنف ، ثم ذكر القصة الأخرى التى ذكرناها عن مسلم • ثم حكم بأنها قصة أخرى قال : لأن فى هذه الرواية أنه بنفسه اشتراها ، وفى تلك أن رجلا ابتاعها • واختلفا أيضا فى قدر الدنانير ، غير أنهما اتفقا فى النهى حتى يفصل ، وفى ذلك دلالة على أن المنع من البيع لأجل الجمع بينهما فى صفقة واحدة وهذا الذى قاله البيهقى متعين ، فان أسانيد الطرق كلها صحاح ولا منافاة بينها فالجمع بينها بذلك أولى من الحكم على بعضها بالغلط ، وأيضا كلها متفقة على النهى عن الجمع حتى يفصل ، كما أشار اليه البيهقى ، وهو موضع الاستدلال •

وقد رام الطحاوى دفعها بما حصل فيها من الاختلاف ، قال : وقد اضطرب علينا حديث فضالة الذى ذكرنا فرواه قوم على ما ذكرنا فى أول الباب • ورواه آخرون على غير ذلك ، فقد يجوز أن يكون رسول الله صلى الله عليه وسلم فصل الذهب ، لأن صلاح المسلمين كان فى ذلك ، ففعل ما فيه صلاحهم ، لا لأن بيع الذهب قبل أن ينزع مع غيره فى صفقة واحدة غير جائز ، وهذا خلاف ما روى من روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يباع حتى يفصل » ثم قال : فقد اضطرب علينا هذا الحديث فلم يوقف على ما أريد منه ، فليس لأحد أن يحتج بمعنى من المعانى التى روى عليها الا احتج مخالفه عليه بالمعنى الآخر •

(قلت) وليس ذلك باضطراب قادح ، ولا ترد الأحاديث الصحيحة بمثل هذه الاحتمالات وقوله صلى الله عليه وسلم « لا يباع حتى يفصل » صريح لا يحتمل التأويل ، وكون فضالة أفتى به فى غير طريق غير مرفوع الى النبى صلى الله عليه وسلم لا ينفى سماعه له ، فقد يسمع الراوى شيئا ثم يتفق له مثل تلك الواقعة فيفتى بمثله ، والله أعلم •

وقوله « معلقة بذهب » ضبطه ابن النويك ــ بعين مهملة مفتوحة وقاف ــ ابن معن يروى بالقاف ، ويروى مغلفة بالغين المعجمة والفاء ــ وهذا الحديث معتمد أصحابنا من جهة للأثر فى القاعدة المترجمة (بمدعجوة) وقد تقدم من تفسير ابن وهب ومن فقه السقاية التى باعها معاوية وأنكرها عبادة أنها القلادة ، وخالفهم غيرهم والله أعلم .

ونقل البيهقى فى كتاب المعرفة أن الشافعى رضى الله عنه قال فى القديم : وفى « أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عامله على خيبر أن يبيع الجمع بالدراهم ثم يشترى بالدراهم جنيبا » دل والله أعلم على أن لا يباع صاع تمر ردىء فيجمع مع صاع تمر فائق ، ثم يشترى بهما صاعا تمر وسط .

ثم بسط الكلام فى بيان ذلك الى أن قال : ولو كان يجوز أن يجمع الردىء مع الجيد فغاية أمره فيما يرى والله أعلم أن يضم الردىء الى الجيد ثم يشترى به وسطا ، وكان ذلك موجوداً . انتهى ما نقله البيهقى من ذلك ، وقد رأيت ما نسبه البيهقى الى القديم فى الاملاء وسأنقله فى آخر نصوص الشافعى ان شاء الله تعالى .

وقد اتفقت نصوص الشافعى على منع هذه المعاملة ، قال فى بيع الآجال من الأم : واذا بعت شيئا من المأكول أو المشروب أو الذهب أو الورق بشىء من صنفه فلا يصلح الا مثلا بمثل وأن يكون ما بعت منه صنفا واحداً جيداً أو رديئا ويكون ما اشتريت صنفا واحداً ولا يبالى أن يكون أجود أو أردأ مما اشتريته به ، ولا خير فى أن يأخذ خمسين ديناراً مروانية وخمسين محدباً بمائة هاشمية ولا بمائة غيرها وكذلك لا خير فى أن تأخذ صاع بردى وصاع لون بصاعى صحانى ، وانما كرهت هذا من قبل أن الصفقة اذا جمعت شيئين مختلفين فكل واحد منهما مبيع بحصته من الثمن ، فيكون تمر صاع البردى بثلاثة أرباع صاعى الصحانى ، وذلك صاع ونصف وصاع اللون بربع صاعى الصحانى وذلك نصف صاع صحانى . فيكون هذا التمر بالتمر متفاضلا وهكذا .

هذا فى الذهب والورق وكل ما كان فيه الربا فى التفاضل فى بعضه على بعض وقال فى باب الصرف من الأم : واذا كانت الفضة مقرونة بغيرها خاتما

فيه فص أو فضة أو حلية للسيف أو مصحف أو سكين فلا يشترى بشيء من الفضة قل أو كثر بحال لأنها حينئذ فضة بفضة مجهولة القيمة والوزن ، وهكذا الذهب ، ولكن اذا كانت الفضة مع سيف اشترى بذهب ، وان كان فيه ذهب اشترى بفضة ، وان كان فيه ذهب وفضة لم يشتر بذهب ولا فضة ، واشترى بالعرض ، قال الربيع : وفيه قول آخر أنه لا يجوز أن يشترى شيء فيه فضة مثل مصحف أو سيف وما أشبهه بذهب ولا ورق ، لأن فى هذه البيعة صرفا وبيعا لا ندرى كم حصة البيع من حصة الصرف ؟ والله أعلم .

وقال فى هذا الباب أيضا : واذا جمعت صفقة البيع شيئين مختلفى القيمة مثل تمر بردى وتمر عجوة بيعا معا بصاعى تمر ، وصاع من هذا بدرهمين وصاع من هذا بعشرة دراهم ، وقيمة البردى خمسة أسداس الاثنى عشر ، وقيمة العجوة سدس الاثنى عشر ، فالبردى بخمسة أسداس الاثنى عشر والعجوة بسدس الاثنى عشر وهذا لو كان صاع البردى وصاع العجوة بصاعى لون ، كل واحد منهما بحصته من اللون ، فكان البردى بخمسة أسداس صاعين ، والعجوة بسدس صاعين ، فلا يحل من قبل أن البردى بأكثر من كيله والعجوة بأقل من كيلها ، وهكذا ذهب بذهب كان مائة دينار مروانية وعشرة محدبة بمائة وعشرة هاشمية فلا خير فيه من قبل أن قيمة المروانية أكثر من قيمة المحدبة ، وهكذا الذهب بالذهب متفاضلا ، لأن المعنى الذى فى هذا فى الذهب بالذهب متفاضلا ، ولا بأس أن يراطل الدنانير الهاشمية التامة بالعتق الناقصة مثلا بمثل فى الوزن ، وان كان لهذه فضل وزنها ، وهذه فضل عيونها ، فلا بأس بذلك اذا كان وزنا بوزن .

وقال فى آخر باب المزابنة : ولذلك لا يجوز أن يدخل فى الصفقة شيئا من الذى فيه الربا فى الفضل فى بعضه على بعض يداً بيد ، ومن ذلك أن يشترى صبرة تمر مكيلة أو جزافا بصبرة حنطة مكيلة أو جزافا ، ومع الحنطة من التمر قليل أو كثير ، وذلك أن الصفقة فى الحنطة تقع على حنطة وتمر بتمر ، وحصة التمر غير معروفة من قبل أنها انما تكون بقيمتها ، والحنطة بقيمتها ، والتمر بالتمر لا يجوز الا معلوما كيلا بكيل .

وقال فى باب تفـريع الصنف من المأكول والمشروب بمثله : وكل ما لم يجز الا مثلا بمثل يداً بيد فلا خير فى أن يباع منه شىء ، ومعه شىء غيره بشىء آخر لا خير فى مد تمر عجوة ودرهم ، بمـدى تمر عجـوة ، ولا مد حنطة سمراء ودرهم بمدى حنطة محمولة حتى يكون الطعام بالطعـام لا شىء مع واحد منهما غيرهما أو يشترى شيئا من غير صنفه ليس معه من صنفه شىء •

وقال فى باب فى التمر بالتمر : ولا خير فى أن يكون صاع أحـدهما من تمرين مختلفين وصاع الآخر من تمر واحد ، وقال فى مختصر المزنى : ولا خير فى مد عجوة ودرهم بمدى عجوة حتى يكون التمر بالتمر مثلا بمثل ، وقال فيه أيضا : ولو راطل مائة دينار عتق مروانية ومائة دينار من ضرب مكروه بمائتى دينار من ضرب وسط خير مـن المكروه ودون المروانية ، لم أر بين أحد ممن لقيت من أهل العلم اختلافا أن ما جمعته الصفقة من عبد ودار أن الثمن مقسوم على كل واحد منهما بقدر قيمته من الثمن فكان قيمة الجيـد من الذهب أكثر من الردىء ، والوسط أقل من الجيد •

وقال فى مختصر البويطى فى باب البيـوع : وكل شىء مـن المأكول والمشروب والذهب والورق الذى لا يجـوز بعضـه ببعض الا مثلا بمثل ، الحنطة والتمر والشعير والعسل والدنانير والدراهم ، فاذا أراد رجل أن يبيع من عسل ودرهم بدرهم ومد عسـل ، فلا يجـوز ، أو درهم وثوب بدرهم وثوب ، أو درهم وثوب بدرهمين ، أو مد حشف ومد تمر بمد تمر أو مد حنطة ومد دقيق بمدى حنطة وبما أشبهه فلا يجوز من قبل أن الصفقة تجمعهما ولا يتميز تمر كل واحد منهما ولكل واحد منهما حصته من الثمن ، ولا يدرى كم ذات فيدخل فى ذلك التفاضل ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنه الا مثلا بمثل ، مثل ثوب ورطل من عسل بثوب ورطل عسل ، لأن للثوب والدرهم الذى وقع بالثوب والدرهم للدرهم حصـة من الدرهم والثوب ، ومن الآخر بمثل ذلك فلا يجوز ، لأن ثمنها لا يميل من كل واحـد منهما ، ويدخل الثوب والدرهم بالثوب والدرهم بيع وصرف •

وقال فى مختصر البويطى أيضا فى باب الصرف : واذا صارفه خمسـين قطاعا وخمسين صحاحا بمائة صحاح فلا يجوز • لأن للخمسين القطاع حصة

من المائة الصحاح أقل من ثمنها • فيدخل فى ذلك التفاضل والثمن مقوم عليها • وهو مثل رجل اشترى عبداً وثوباً بمائة دينار • ولو اشترى مائة دينار قطع بمائة صحاح فلا بأس وقد قيل : يجوز خمسون قطاعا وخمسون صحاحا بمائة صحاح • وهذا القول الذى نقله الشافعى رحمه الله سيأتى مثله مبسوطا فى الاملاء • والله أعلم •

وقال فى مختصر البويطى فى كتاب التفليس : وان باع عبداً وله مال دنانير ودراهم فلا يجوز شراؤه بدنانير ولا بدراهم اذا استثنى ماله • وان اشتراه وحده بلا مال فجائز (وقال) الشافعى رضى الله عنه فى كتاب الاملاء فى باب بيع التمر بالتمر فى أمر النبى صلى الله عليه وسلم عامله على خيبر « أن يبيع الجمع بالدراهم ثم يشترى بالدراهم جنيباً » دل والله أعلم على ألا يجوز أن يباع صاع تمر ردىء مع صاع تمر فائق ، ثم يشترى بهما صاعين بتمر وسط ، وذلك أن العلم يحيط بأن صاع التمر الردىء لو عرض على صاحب التمر الوسط بربع صاع لم يقبله ولو قوم لم تكن قيمته كقيمة ربع صاع من الوسط ، انما يعطى صاحب الصاعين من الوسط صاعين بصاع ردىء وصاع جيد ، ليدرك فضل تمره الجيد على الردىء بما يأخذه من الجيد • وعامل رسول الله صلى الله عليه وسلم انما كان يقاسمهم نصف تمرهم ، فيأخذ الجيد الغاية من صاحب الجيد الغاية ، والردىء الذى لا أسفل منه من صاحب التمر الردىء ، ومن كل ذى تمر نصف تمره ، ولو كان يجوز أن يجمع الردىء مع الجيد الغاية أمره — فيما يرى — رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يضم الردىء الى الجيد ثم يشترى بها وسطا ان كان ذلك موجوداً فخالف بعض الناس فى هذا فقال « لا بأس أن يضم الحشف الردىء ثم يشترى بكليهما تمر عجوة » وقال « لا بأس بالذهب بالذهب متفاضلا اذا دخل واحداً منهما فليس » قال الشافعى : ومعنى الذهب يضم اليها غيرها معنى التمر الردىء يضم اليه التمر الردىء منها •

قال الشافعى رضى الله عنه : وقلت لبعض من قال هذا القول : أرأيت رجلا اشترى ألف درهم تسوى عشرة [1] الدراهم بألفى درهم ؟ قال جائز

(1) كذا ولعل العبارة (عشرة من الدراهم) ط

(قلت) فان وجد بالثوب عيبا قال يرده بألف ، قلت : فهكذا نقول فى البيوع كلها • قال : أى البيوع ؟ (قلت) أرأيت لو باع جارية تسوى ألفا وثوبا يسوى عشرة دراهم بألفين ، فوجد بالثوب عيبا ، قال تقسم الألفان على الألف وعشرة ويرد الثوب بحصة عشرة من الألفين قال : وكذلك جارية تسوى ألفا وثوبا يسوى مائة بيعا بألفين ومائتين ترد الثوب بمائتين لأنهما سهم من أحد عشر سهما من الثمن ، ويكون حصة هذا فى البيع وان لم يسم لكل واحد منهما حصته من الثمن (قلت) فلم لا يكون الثمن هكذا ؟ قال : لأن الثمن كله معروف (قلت) والسلعتان اللتان بيعتا معروفة فى القيمة من الثمن ؟ قال : نعم (قلت) وهكذا البيوع كلها قال : نعم (قلت) لم لم يقل هذا فى الثوب مع الدراهم ؟ قال اذا احترز الربا فيكون ألفا بأكثر منها (قلت) فهكذا أبطلنا ما أجزت من الصرف ، واذا أجزته فقد تركت أن يقسم الثمن على ما وقعت عليه عقدة البيع ، هذه نصوص الشافعى رحمه الله ، وهى مشتملة على ما اذا كان البيع من جنسين مختلفين ، وعلى ما اذا كان نوعين من جنس واحد • ويعبر الأصحاب عن كل من الأمرين بقاعدة (مدعجوة) وضابطها عندهم أن تشتمل الصفقة على مال واحد من أموال الربا من الجانبين ، ويختلف مع ذلك أحد العوضين أو كلاهما جنسا أو نوعا أو صفقة فقولنا : مال واحد خرج به ما اذا اشتملت على جنس مال الربا كما اذا باع قمحا وشعيراً بتمر وزبيب فانه لولا هذه اللفظة لدخل تحت الضابط ، وان شئت قلت : أن يبيع مال الربا بجنسه ومع أحدهما غيره مما فيه الربا ، أو مما لا ربا فيه وهذه عبارة أبى الطيب وابن الصباغ ، وينبغى أن يحمل غيره على ما هو من الجنس والنوع والصفة •

وعبارة المصنف فى الكتاب وفى التنبيه من أحسن العبارات وأسلمها ، لكن فيها اعتبار القيمة مطلقا ، وسأتكلم عليه ان شاء الله تعالى •

وأول ما يعتنى به فى المسألة أصلان (أحدهما) أن الجهل بالمماثلة لحقيقة المفاضلة ، وقد تقدم التنبيه على ذلك مراراً ، ويشهد له النهى عن بيع الصبرة بالصبرة لا يعلمان كيلها ومنع بيع التمر بالرطب خرصا فى غير العرايا • قال ابن السمعانى : وهى تخرج المسألة على الأصل الذى عرف لنا فى مسألة الربا ،

وهو أن الأصل فى بيع هذه الأموال بعضها ببعض الحظر ، الا أنه يتخلص عن الحظر بالبيع على وجه مخصوص ، فاذا لم يوجد ذلك الوجه يبقى محظوراً تمسكا بالأصل .

(والأصل الثانى) أن اختلاف العوضين من الجانبين أو من أحدهما يوجب اعتبار القيمة وتوزيع الثمن بالقيمة يوم العقد لدليلين (أحدهما) من حيث العرف فان التجار يقصدون بالشراء التثمين (والثانى) من حيث الحكم كما اذا باع عبداً وثوبا ثم خرج أحدهما مستحقا فانه يرجع بقيمة المستحق من الثمن الا بنصف الثمن ، واذا باع شقصا وسيفا يأخذ الشفيع الشقص بقيمته من الثمن الا بنصف الثمن ، والشفيع انما يأخذ بما شاء ، وله حالة العقد ، فلولا أن التوزيع حاصل حين العقد لم يصح ، وكما فى رد البعض بالعيب وتلف البعض عند البائع . قال أصحابنا : ولولا التوزيع فى الابتداء ما توزع فى الانتهاء ، ولا يترك التوزيع بأن يؤدى الى بطلان البيع ، فان العقد اذا كان له مقتضى حمل عليه سواء أدى الى فساد العقد أو الى صلاحه ، كما اذا باع درهما بدرهمين لما كان مقتضى العقد مقابلة جميع الثمن حمل عليه ، وان أدى الى فساده ولم يحمل على أحد الدرهمين هبة والآخر ثمن ليصح العقد . وقولهم : انه يغلب وجه الصحة بكل حال ممنوع . قال العجلى فى كلامه على الوسيط بعرض الكلام فيما اذا كان الجيد لواحد والردىء لآخر قائلا : هما ثمانون ، فيقول صاحب المائة الجيدة نزل عن مائة ، وحصل أكثر منها بطريق المقابلة بالبيع ، فلا يحل له ذلك كما لو انفرد بيانه أن قيمة الجيدة اذا كانت ألفى درهم وقيمة الردىء ألفا ، وصاحب الجيدة أخذ ثلثى الثمن وهو مائة وثلاثة وثلاثون وثلث ، وصاحب الردىء يأخذ الباقى بالمائة ، وهو ستة وستون وثلثان ، وهذا عين الربا ، وهذا مقتضى للعقد ، لأنه اما أن يقال : لم يقتض العقد لكل منهما ملكا أصلا ، أو اقتضى لكل واحد ملكا فى الكل أو اقتضى ملكا فى النصف على التساوى ، أو اقتضى ملكا بحسب ما يتميز عند القيمة . والأقسام الثلاثة الأولى ظاهرة البطلان فتعين الرابع ، وهو أن مقتضى العقد أن ما ظهر بالقيمة ، واذا ظهر ذلك عند تعدد الملك فكذا عند اتحاده ، لأن ذلك مقتضى

العقد بسبب اختلاف النوع والقسمة ، لا بسبب اختلاف الملك اذ باذل الجيد لا يرضى أن يستفيد فى مقابلة الجيد ما يستفيده فى مقابلة الردىء ، ولا باذل الثمن يبذله على التساوى ، بل هذا القصد ضرورى فى نفس المعاقد • ومطلق كلامه لا يفهم منه الا ما يقصد فى عادة التعامل • فكأنه صرح بمقابلة الجيد بزيادة • انتهى •

ثم ألزمهم بمسألة الشفعة ثم قال : فان قيل : التفاضل مقتضى الانقسام ، والانقسام يقتضى اختلاف الملك ، أو اختلاف العيب أو الاستحقاق أو ثبوت الشفعة ، فان لم يكن بينهما هذه الاختلافات الأربعة أطلقنا القول بأن الكل بالكل ، ولم يظهر منه تفاضل (قلنا) كان من الواجب أنه اذا وجدت هذه الاختلافات يبطل العقد فى هذه الصور الأربع ، وأنتم تصححون العقد مع أن مقتضى الانقسام والتفاضل موجود • انتهى • ولا يرد على ما فرضه من اختلاف الملك أن العقد غير صحيح ، كما لو كان لرجلين عبدان فباعاهما بثمن واحد ، لأنه انما أراد بذلك الغرض ، ولأنه صحيح على أحد القولين ، وأيضا فظاهر كلامه يقتضى أن الخصم يقول بصحته ، فيصح على طريق الالزام ، والله أعلم •

وألزم أصحابنا الخصم بالتوزيع ، وان كان يؤدى الى بطلان العقد ، كما لو باع عبداً بألف نسيئة ثم اشتراه مع آخر بأكثر نقداً فان عندهم لا يصح لأنه عاد اليه بالقسمة بأقل مما باع ، واعتذروا عن هذا الالزام بأن هنا فى مسألة العبد وجوه الصحة كثيرة بأن يجعل العقد الأول ألفا وما فوقه درهما درهما الى أن يبقى درهم للعقد الثانى ، واذا كثرت الوجوه صار ما قابل الأول من هذه الأثمان مجهولا فبطل ، كما لو باع بثمن وفى البلد نقود ، وأبطل أصحابنا هذا الجواب بما اذا استأجر داراً بعشرة وأحدث فيها عمارة وآكراها بأحد عشرة أجرة فانه يمكن أن يجعل فى مقابلة الدار درهما ، وما زاد درهماً درهماً الى أن يبقى درهم فى مقابلة العمارة ، فيبطل العقد ولم يفعلوا ، بل جعلوا قدر رأس المال فى مقابلة الدار والزيادة فى مقابلة العمارة ، وصححوه •

قال أصحابنا : وقد تكثر وجوه الصحة فى مسألتنا ، وهو أن يبيع مد حنطة ومد شعير ومد تمر بمدى حنطة ، ومدى شعير بمدى تمر ، ومد تمر بمدى حنطة • والوجه الآخر أن يجعل مدى الحنطة بمدى شعير ، ومدى شعير بمدى تمر ، ومدى تمر بمدى حنطة ، وكذا مد حنطة ومد شعير بمد حنطة مدى شعير • فقد كثرت وجوه الصحة • ومع ذلك جوزتم وألزمهم أصحابنا أيضا اذا باع مداً ودرهما بمد ودرهم وتصرفا قبل القبض بطل العقد عندهم • وان أمكن تقدير مقابلة لا يشترط التقابض فيها • بأن يجعل الدرهم بالمد فقد اتضح بهذه المباحث نظراً والزما اتجاه القول بالتوزيع • قال الفارقى : وهذا أصل مقطوع به فان الانسان لا يبذل من العوض فى مقابلة الردىء ما يبذله فى مقابلة الجيد • على أن امام الحرمين اعترض على هذه الطريقة بأن العقد لا يقتضى فى وضعه توزيعا مفصلا ، بل مقتضاه مقابلة الجملة بالجملة أو مقابلة الجزء الشائع مما فى أحد الشقين بمثله مما فى الشق الآخر ، بأن يقال : ثلث المد وثلث الدرهم يقابل ثلث المدين ، يعنى اذا باع مداً ودرهما بمدين ، ولا ضرورة الى تكليف توزيع يؤدى الى التفاضل وانما يصار الى التوزيع فى مسألة الشفعة لضرورة الشفعة •

(قال) والمعتمد عندى فى التعليل أنا تعبدنا بالمماثلة تحقيقا ، واذا باع مدا ودرهما بمدين لم يحقق المماثلة فيفسد العقد • قال الرافعى : ولناصريها أن يقولوا : أليس قد ثبت التوزيع المفضل فى مسألة الشفع ؟ ولولا كونه قضية العقد لكان ضم السيف الى الشقص من الأسباب الدافعة للشفعة ، فانها قد تندفع بعوارض (وأما) قوله : انا تعبدنا بتحقيق المماثلة فللخصم أن يقول تعبدنا بتحقيق المماثلة فيما اذا تمحضت مقابلة شىء منها بجنسه أم على الاطلاق (ان قلنا) بالثانى فممنوع (وان قلنا) بالأول فمسلم ، ولكنه ليس صورة المسألة ، والاعتراض الأول الذى اعترض به الرافعى على الامام حق ، وقد نبهت عليه ، وعلى ما يقويه فيما تقدم نقله من كلام الأصحاب •

(وأما) الاعتراض الثانى فضعيف ، ولاسيما فى الفرض الذى فرضه ، وهو اذا باع مداً ودرهما بمدين فانه يصح فى هذه الصورة أنه باع تمراً بتمر ، لأن الثمن الذى مع الدرهم مبيع قطعا ، ولا مقابل له الا تمر ، ومتى

صدق أنه باع تمراً بتمر وجبت المماثلة بالنص وبمحض المقابلة ، فمد زائد لم يدل عليه دليل ، واعترض ابن الرفعة على الامام فى جعله العمدة فى التوزيع منسوبة للأصحاب فانها عمدة الشافعى أيضا ، وفى دعواه أن الشافعى رضى الله عنه اعتمد حديث القلادة قال : ولم أر فى كلام الشافعى تعرضا له ، ولأجل ذلك لم يذكره البيهقى عنه بل عن الأصحاب ، والله سبحانه أعلم •

فصل اذا تقرر هذان الأصلان هان تقدير القاعدة المذكورة • وليست كلها على مرتبة واحدة • بل هى ثلاث مراتب كما تقدمت الاشارة اليه تارة يختلف الجنس وتارة يختلف النوع وتارة يختلف الوصف ، فلنفرد كل مرتبة بالكلام عليها (المرتبة الأولى) أن يختلف الجنس • وهى التى صدر المصنف كلامه بها سواء كان كل منهما ربويا كمد عجوة ودرهم بمدى عجوة أو بدرهمين أو بمد عجوة ودرهم ، وكما اذا باع صاع حنطة وصاع شعير بصاع حنطة وصاع شعير ، أو صاعى حنطة أو صاعى شعير أو ديناراً ودرهما بدينار ودرهم أو بدينارين أو بدرهمين ، أو كان أحدهما ربويا فقط كثوب ودرهم بدرهمين ، أو بثوب ودرهم ، ولا يمكن أن يكون بثوبين لأن مال الربا حينئذ لم يتحد من الجانبين فلا يكون من صورة المسألة ، وكما اذا باع خاتما فيه فص بخاتم فيه فص أو لا فص فيه ، وهما جميعا فضة أو ذهب ، أو سيفا محلى بفضة بدراهم أو بسيف محلى بفضة ، أو سيفا محلى بذهب أو بسيف محلى بذهب أو قلادة فيها ذهب بذهب ، أو عبداً معه مال دراهم بدراهم ، أو دنانير بدنانير ، اذا اشترط كون المال للمشترى • نص عليه فى البويطى •

وقد أطبق الأصحاب تبعا للشافعى على بطلان البيع فى ذلك كله الا أن ينص فى بيعه ، فيقول : المد فى مقابلة المد والدرهم فى مقابلة الدرهم ، كذلك صرح باستثنائه جماعة من الأصحاب ابن السمعانى وصاحب العدة والماوردى والرافعى وغيرهم ، ولاشك فيه ، واحتجوا فى ذلك بحديث فضالة المتقدم ، وبالأصلين اللذين تقدما ، ووجه الجهل بالمماثلة فيه أنه يحتمل أنه باع المد بالمد ، والمد الثانى بالدرهم ، ويحتمل غيره بأن يجعل بأكثر من المد أو بأقل

منه ، فدل على أنه لما باع [1] المثل بالمثل ولن يكون كذلك الا اذا نص على وجه لا يحتمل غيره •

فأما اذا أطلق هو اطلاقا لم يحمل عليه من قبل الشرع على زعم المخالف فلا يكون هو تابعا على الوجه الصحيح ، فبقى على الفساد • ويزيد ذلك ايضاحا وهو أنه اذا باع مداً ودرهماً بمدين ، فاما أن تكون قيمة المد الذى وما ذاك ؟ قال يبيعون جامات مخلوطة بذهب وفضة بورق فنكس على رأسه مع الدرهم أكثر من درهم أو أقل أو درهما ، فان كان أكثر مثل أن تكون قيمته درهمين فيكون المد ثلثى ما فى الطرف فيقابله ثلثا المدين من الطرف الآخر ، فيصير كأنه قابل مداً بمد وثلث ، وان كانت قيمته أقل كنصف درهم فيكون المد ثلث ما فى هذا الطرف فيقابله ثلث المدين من الطرف فيصير كأنه قابل مداً بثلثى مد ، وان كانت قيمته درهماً فلا تظهر المفاضلة والحالة هذه لكن المماثلة فيها تستند الى التقويم ، والتقويم بخمسين قد يكون صوابا وقد يكون خطأ ، والمماثلة المعتبرة فى الربا هى المماثلة الحقيقية •

هذا كلام الرافعى رحمه الله تعالى وهو على مقتضى كلام أكثر الأصحاب ، ولا فرق فى ذلك بين أن تكون قيمة المد مثل الدرهم أو لا ، على مقتضى اطلاق أكثر الأصحاب • وادعى امام الحرمين اتفاق الأصحاب عليه • ولا فرق أيضا بين أن يكون المدان من نوع واحد والدرهمان من ضرب واحد أم لا وخالف فى كل منهما مخالفون •

أما الأول فقاله القاضى أبو الطيب فى تعليقه أنهما لو علما قبل العقد أن قيمة المد مثل الدرهم وتبايعا على ذلك أن ذلك جائز لأنهما متماثلان ، وانما يكون ربا اذا كان التفاضل معلوما أو التماثل مجهولا • وهذا الذى قاله يبعده أن القيمة أمر تخمينى لا يكتفى به فى الربا ، ألا ترى أنه لو باع صبرة بصبرة تخمينا لم يصح • وهذا الذى قاله القاضى أبو الطيب لم أر من وافقه عليه الا المصنف هنا وفى التنبيه فان عبارته تقتضيه ، وتابعه على ذلك الشاشى فى الحلية وابن أبى عصرون ووافقهم الجرجانى فى الشافى وأطلق أنهما اذا كانا متساويين فى القيمة يجوز ، وأخذه الرويانى من قول الشافعى فى تعليل المسألة حتى يكون التمر بالتمر مثلا بمثل • وقال : ان ظاهره يقتضى جواز

---

(١) كذا بالأصل ولعلها : فدل على أنه لو جهل لما باع الخ • (المطيعى)

البيع فى مد عجوة قيمته درهم مع درهم بمدى عجوة قيمة كل واحد منهما درهم • لأنا اذا وزعنا الدرهم على المدين خص كل مد نصف درهم ، واذا وزعنا المد مع الدرهم خص كل مد من المد الموزع نصفه فيصير بيع مد قيمته درهم بنصف مد قيمته نصف درهم ونصف درهم فيقع نصف المد بازاء نصف المد ولا يؤدى الى التفاضل كما يؤدى الى التفاضل فى الصورة الأولى • ونقل عن الامام أبى محمد الجوينى أنه قال : سمعت بعض من رجعت اليه من محققى العصر من أئمة أصحابنا يجوز هذا البيع ويحتج بتعليل الشافعى قال الامام الرويانى : وعندى أنه لم يسبق الى هذا التخريج • والذى عليه عامة أصحابنا قديما وحديثا أن البيع باطل ههنا أيضا لأصل آخر سوى المعاملة • وذلك أن التحرى فى مسائل الربا ممنوع كما نص عليه قبل هذه المسألة والتقويم ضرب من التخمين •

ثم قال : وقال القاضى الامام الطبرى فى المنهاج : لا يختلف المذهب أنه يجوز فى هذه الصورة اذا تحققنا المماثلة وهو الصحيح ، وقد تحقق ذلك اذا اجتنيا من شجرة واحدة بحيث تتحقق المساواة ، ولا مجال للتحرى فى ذلك بوجه ، قال : والتشكيك فى مثل هذا الموضع نوع من الوسواس ، وهذا أصح عندى والله تعالى أعلم •

ولذلك جزم الرويانى فى الحلية بأنه لو تحقق المساواة بأن اجتنيا من شجرة واحدة من غصن واحد يجوز ، ونقل عنه أنه قال فى التجربة : انه المذهب ، وغلط من قال بخلافه ، وكلهم فرضوا المسألة فيما اذا باع مداً ودرهما بمدين وشبهه ونقل القاضى حسين فيما اذا باع مداً ودرهما بمد ودرهم ، والمدان من نوع واحد والدرهمان من ضرب واحد وجهين ، وكذلك صاحب القيمة فيما اذا باع درهما ودينارا بدرهم وديناريـن ، والدرهمان من ضرب واحد • أو باع صاع حنطة وصاع شعير بصاع حنطة وصاع شعير ، وصاعا الحنطة من صبرة واحدة ، وصاعا الشعير كذلك ، ونقل عن القاضى حسين أنه كان يختار الصحة فى ذلك ، على أن كلامه فى الأسرار يقتضى الفساد ، وهذا هو الأمر الثانى الذى وقع الخلاف فيه وهو أخص من الأول ، وان كان بينهما بعض الموافقة ويمكن أن يكون خلافا واحداً •

وانما اختلفت العبارة فى تصوير المسألة واطلاق أكثر الأصحاب لم يفصلوا فى ذلك ، وكذلك نصوص الشافعى المتقدمة اذا تأملتها لم يعتبر فيها القيمة الا فى اختلاف النوع ، وأما فى اختلاف الجنس فانه أطلق القول بالفساد ولم يقيده ، وهو مقتضى التمسك بحديث فضالة المذكور لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يستفصل عن قيمة الخرز الذى مع الذهب ، وهل يقتضى التوزيع تفاضلا أولا فكان الحكم عاما ، وذكر الرويانى من حجة المانعين أنه اذا باع درهما ودينارا بدرهم ودينار من ضرب واحد فالدينار يقابل ما يخصه من الدينار والدرهم معا • لو خرج الدينار مستحقا أو معيبا يرد بعض الدينار وبعض الدرهم باعتبار التقسيط بالقيمة • مثاله قيمة الدينار عشرة دراهم معه درهم فالجميع أحد عشر • فنجعل الدينار أحد عشر جزءاً فيسترد فى مقابلة الدينار عشرة أجزاء من الدينار وعشرة أجزاء من درهم ، فيكون بين الذهب والفضة تفاوت فى القيمة • فيحتاج أن يقسط الدينار على ما حصل فى مقابلته من الدينار والدرهم واذا قسطنا يؤدى الى التفاضل أو الجهل بالتماثل • هذا كلام الرويانى ويحتاج الى تأمل • على أن الرويانى لا يختار ذلك ، بل يختار الصحة كما تقدم عنه • والأول هو المشهور المعتمد • وقد صرح الرويانى فى الابانة بذلك فقال : لا يصح ــ وان قال أهل العلم ــ هما متفقان • لأنهم يخبرون عن الاجتهاد • وربما يتفاوت • عرف أن تقييد الشيخ بالمخالفة فى القيمة وجه فى المهذب • وان كان الصحيح المشهور غيره •

(وأما) الشيخ تاج الدين الفزارى فى شرح التنبيه فانه قال : ان ذكر المخالفة فى القيمة لا معنى له فان المخالفة فيها ليست شرطان بل لو كان التساوى مجهولا كفى فى البطلان ولو كانت العجوة من شجرة واحدة وقيمة المد درهم بحيث يغلب على الظن جعل المد فى مقابلة المد والدرهم فى مقابلة المد الآخر فالمذهب البطلان قال : وفيه وجه يبعد حمل كلامه على ارادته لغرابة الوجه • ولأن المصحح ثم اتفاق القيمة لا عدم اختلافها ثم هو غير مطابق للمثال • فان الجنس العجوة • والعوض المخالف : الدرهم • ولا يقال فى الدرهم : انه مخالف فى القيمة لأنه فى نفسه قيمة فلو كان كمد عجوة ومد حنطة لكان أجود •

(قلت) أما استبعاده ارادته لغرابته فليس كذلك . لأن القاضى أبا الطيب قاله كما علمت . وهو شيخ المصنف فلم يخف عنه وليس غريبا فى حقه . وأما كون المصحح على ذلك الوجه اتفاق القيمة لا عدم اختلافها فالمدرك الذى بنيت عليه المسألة هو التوزيع والتفاوت فيه شيء غير اختلاف القيمة فلذلك جعله وصفاً فى البطلان ولم يجعل عدم الاختلاف مصححا . على أنه متى كان شرطا فلابد من تحققه . وليس بين تحقق عدم الاختلاف ووجود الاتفاق واسطة . فنبه الشيخ بذلك على الحالة التى أظهر فيها القول بالبطلان . وأما لو كان التساوى مجهولا فقد عرف من قواعد الربا أن الجهل بالمماثلة كحقيقة المفاضلة .

(وأما) كونه لا يقال فى الدرهم : انه مخالف فى القيمة فعبارة المذهب سالمة [1] عن هذا ، فان المخالفة فى المذهب وصف للجنس المضموم الى الدرهم ، لأنه مثل بمد عجوة ودرهم بدرهمين ، فالمضموم الى الجنس الذى بيع بعضه ببعض هو العجوة ، وهو الموصوف بأنه يخالف الدرهم فى القيمة ، وذلك صحيح ، فان العجوة تخالف الدرهم فى قيمتها بحسب ما فرض ، ومعنى ذلك أن قيمتها مخالفة للدرهم ، وليس معناه أنها مخالفة لقيمة الدرهم حتى يرد ما ذكره .

(وأما) على عبارة التنبيه فى أكثر النسخ المشهورة فانه جعل مد عجوة ، فالمضموم هو الدرهم ، وقد قال : يخالفه فى القيمة ، فمعناه أن الدرهم يخالف المد فى القيمة ، فطريق الصحيح أن يجعل المعنى أن الدرهم يخالف المد فى قيمة المد ، لا فى قيمة الدرهم ، فان هذه المناقشة واردة فى كلام الشيخ مطلقا سواء حمل على ذلك أم لا ، ولو أتى بما ذكره من المثال لكان أوضح .

واعلم أن ما قاله القاضى أبو الطيب ، وماحكاه القاضى حسين وصاحب التتمة يظهر أنه شيء واحد والمراد بذلك المثال أن تتفق القيمة حتى لا تؤدى الى الى المفاضلة ، ويدل على هذا ما تقدم نقله عن المنهاج للقاضى أبى الطيب حيث صوره فيما أخذ من شجرة واحدة ، قال ابن الرفعة : الا أن يقال عند

---

(١) تتردد احيانا كلمة سالمة فى قلم الشارح يريد بها : خالية .

الاختلاف فى الجانبين ــ يعنى فى مثال القاضى حسين : لا يحتاج الى تقويم بخلافه من أحــد الجانبين ، فانها تحتاج فيه الى التقويم ، وهــو حــدس وتخمين •

(قلت) وذلك فرق ضعيف ، والظاهر أنه خلاف واحد ، فان ثبت الفرق الذى لمحه ابن الرفعة ، والا كان فى ذلك تظافر على اعتبار القيمــة كما يقتضيه كلام المصنف ،ويكفى ما تقدم من كلام أبى الطيب وصاحب البحر والشيخ أبى محمد ، فان فى ذلك شاهداً لما ذكره المصنف • وقد أطلق العبارة بعض من تكلم على التنبيه ،ولم يقف على هذه النقول فقال : انه خلاف اجماع أئمة المذهب ، وليس كما توهمه والله أعلم • وأبو على الفارقى تلميذ المصنف حكى الوجهين فى المسألة وضعف الوجه القائل بالمنع فوافق المصنف فالله أعلم •

وذكر ابن الرفعة أيضا فى الخلاف الذى ذكره القاضى حسين وصاحب التتمة أن له عنده التفاتا على أن من نصفه حر ونصفه عبد اذا قتل مثله هل يجب عليه القصاص ؟ فطريقة العراقيين جريان الخلاف ، وطريق المراوزة المنع وهى المصححة (قلت) وذلك غير متجه ، لأنه لا يوزع هناك ، فلا يلزم من ثبوت القصاص هناك لأجل المساواة الظاهرة جواز البيع هنا لضرورة التوزيع ولذلك نجزم بالمنع عند اختلاف القيمة بخلافه هناك والله أعلم •

وأطلق أئمة المذهب أيضا البطلان فى جميع العقد الا صاحب التتمة فانه قال : لا يصح البيع عندنا فى المد الذىمع الدرهم وفيما يقابله من المدين ، وفى الدرهم وما يقابله من الدرهمين ، وفى المد وما يقابله قولان ، وكذا اذا باع ديناراً أو درهما بدينارين أو بدرهمين فالعقد فى القدر الذى قابل الجنس باطل ، وفى الباقى قولان ، ووافقــه على ذلك الرويانى فى البحــر • قال الرافعى : ويمكن أن يكون كلام من أطلق محمولا على ما فصله وفيه نظر لأن التقسيط لو اعتبر فى هذه المسألة لصح فيما اذا اتفقت القيمة ، والرافعى مع الجمهور فى عدم الصحة ، فعلى ما قاله صاحب التتمه ومال اليه الرافعى لا وجه للابطال ، لأنا اذا صححنا فى الدرهم بمد بناء على تفريق الصفقة يبقى مد فى مقابلة مد بغير زيادة ، فلو أبطلناه لكان بغير موجب • والعذر

عن عدم تخريجه على تفريق الصفقة أن التقويم لما لم يكن معتبرا فى الربويات لكونه تخمينا بطل اعتباره مطلقا ، فلا يعلم القدر المقابل من المدين للمد ، فيصير المقابل منهما للمد مجهولا ومن ضرورته أن يكون المقابل للدرهم مجهولا بخلاف الجمع بين العبد والحر ، فان الشرع لم يسقط اعتبار التقويم فيهما •

وحاول ابن الرفعة جوابا آخر عما قاله صاحب التتمة فقال : الفرق على طريقة الجمهور أن عند غيره غير قابل للصحة بحال لتميزه ، فأمكن قصر البطلان عليه ولا كذلك ما قابل الجنس ، فانه قابل للصحة بالطريق الذى سلكه أبو حنيفة رحمه الله ، واذا قبلها لم يكن قصر البطلان عليه ، وقرب مما اذا تزوج خمس نسوة فى عقد لا يصح ، ولا يقول بطل فى واحد ، وفى الباقيات قولا تفريق الصفقة • نعم صاحب الذخائر أغرب فقال فى صحته فى أربع نسوة : قولا تفريق الصفقة ، وعلى الجملة بالخبر يرد طريقة المتولى، الا أن يقول : كان الذهب فيه هو المقصود والخرز ، تابع فلذلك لم ينظر اليه •

(قلت) وتمسكه فى هذا الفرق بمسلك أبى حنيفة سهل على ضعفه • فانا لا نخشى أن نجعل الجواب على مذهبنا مستنداً الى شىء لا نقول به والله أعلم •

(نعم) انما يقوى هذا البحث من القاضى أبى الطيب وموافقيه القائلين بالصحة عند اتحاد القيمة فعند اختلافها يمكن دعوى التخريج على تفريق الصفقة ثم فيه نظر من جهة أن هذا العقد صفقة واحدة وهى من عقود الربا فبطلت جملة ألا ترى أنه لو اشترى فى العرايا أكثر من خمسة أوسق فى عقد واحد أنه يبطل ولا يتخرج على تفريق الصفقة ؟ وعلله القاضى الماوردى بأنه بالزيادة على الخمسة قد صار مزابنة ، والمزابنة فاسدة ، ومع ذلك ففيه نظر يحتاج الى مزيد تأمل • والله عز وجل أعلم •

ويمكن أن يتمسك بحديث القلادة المذكورة فى رد ذلك ، فان النبى صلى الله عليه وسلم منع ذلك ورده حتى يفصل وعلى ما قاله صاحب التتمة يبطل فى الذهب وما يقابله من الذهب ، وفى الخرز وما يقابله قولا تفريق

الصفقة ، فيستدل بالحديث على أحد الأمرين (اما) بطلان التخريج فى ذلك على تفريق الصفقة (واما) أن الصحيح أن الصفقة لا تفريق والله أعلم .

اذا تحذر [1] المذهب فى ذلك فقد وافقنا على المنع فى هذه الرتبة من الصحابة عمر ابن الخطاب رضى الله عنه ، وروى محمد بن عبد الله الشعيثى عن أبى قلابه عن أنس قال « أتانا كتاب عمر ونحن بأرض فارس : لا تبيعوا سيوفا فيها حلقة فضة بالدراهم » وفضالة ابن عبيد ، وقد تقدم الأثر الدال عنه على ذلك ، وروى فيه عن على شيء محتمل ، وصح عن ابن عمر أنه كان لا يبيع سرجا ولا سيفا فيه فضة حتى ينزعه ثم يبيعه وزنا بوزن ، ومن البائعين ابن شهاب الزهرى كان يكره أن يشترى السيف المحلى بفضة ، ويقول : اشتره بالذهب يداً بيد . وابن سيرين كان يكره شراء السيف المحلى الا بعرض ويقول : اذا كانت الحلية فضة اشتراها بالذهب . وان كانت الحلية ذهبا اشتراها بالفضة ، فان كانت ذهبا وفضة اشتراها بالذهب وان كانت الحلية ذهبا اشتراها بالفضة ، فان كانت ذهبا وفضة فلا تشترها بذهب ولا بفضة واشترها بعرض .

وشريح القاضى سئل عن طوق ذهب فيه فصوص أيباع بالدنانير ؟ قال تنزع الفصوص ثم يباع الذهب بالذهب وزنا بوزن ، وعن ابن سيرين والزبيرى قالا جميعا : يكره أن يباع الخاتم فيه فضة بالورق ، وعن ابراهيم النخعى أنه كان يكره أن يشترى ذهبا وفضة بذهب . وقال حماد : أراد أن يشترى ألف درهم بمائة دينار ودرهم ، فمنع من ذلك وقال : لا ، ولكن اشتر ألف درهم غير درهم بمائة دينار ، وكل هذه الآثار بأسانيد صحيحة . وروى مثل ذلك أيضا عن سالم بن عبد الله والقاسم بن محمد ، ووافقنا من الأئمة أحمد بن حنبل فى المشهور ، واسحاق وأبو ثور ، وخالفنا فى ذلك جماعة .

روى المغيرة بن جبير عن على بن أبى طالب رضى الله عنه « أنه أتاه رجل وهو يخطب فقال : يا أمير المؤمنين ان بأرضنا قوما يأكلون الربا . قال على : وما ذاك ؟ قال يبيعون جامات مخلوطة بذهب وفضة بورق فنكس على رأسه

---

(1) كذا ولعله : اذا تحزز المذهب . أو : تحرر المذهب . والله أعلم (ط) .

وقال : لا • أى لا بأس به » المغيرة بن جبير ذكره البخارى فى تاريخه •

وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال: «لا بأس ببيع السيف المحلى بالدراهم» وعن ابراهيم النخعى قال : « كان خباب فينا وكان ربما اشترى السيف المحلى بالورق » وعن طارق بن شهاب قال « كنا نبيع السيف المحلى بالفضة ونشتريه• ومن البائعين الحكم بن عيينة سئل عن ألف دينار وستين درهما وخمسة دنانير • قال : لا بأس ألف بألف والفضل بالدنانير » وعن الحسن وابراهيم والشعبى قالوا كلهم : « لا بأس بالسيف فيه الحلية والمنطقة والخاتم بأن يبتاعه بأكثر ما فيه أو بأقل ونسيئة » وعن مغيرة قال « سألت ابراهيم النخعى عن الخاتم أبيعه نسيئة ؟ فقال : أفيه فص ؟ فقلت نعم • فكأنه هون فيه » وهذا فيه بعض المخالفة لما تقدم عن ابراهيم • ويمكن الجمع بينهما ان كان يفرق بين أن يكون المضموم اليه ربويا أو غيره • وعن ابن سيرين وقتادة « لا بأس بشراء السيف المفضض والخوان والقدح بالدراهم » وعن حماد بن أبى سليمان سئل عن السيف المحلى يباع بالدراهم فقال لا بأس به • هذه من طريق الرواية المتقدمة عنه فى الموافقين من طريق حماد بن سلمة • وروى عن سليمان بن موسى ومكحول مثل ما روى عن هؤلاء • وعن الشعبى أنه كان لا يرى بأسا بالسيف المحلى يشترى نقداً ونسيئة ويقول : فيه الحديد والحمائل • وعن الحكم بن عيينة فى السيف المحلى يباع بالدراهم ان كانت أكثر من الحلية فلا بأس به ومثله أيضا عن الحسن وابراهيم وهو قول سفيان وعن ابراهيم النخعى قول آخر فى الذهب والفضة يكونان جميعا • قال لا يباع الا بوزن واحد منهما كأنه يلغى الواحد •

(وأما)الأئمة بعدهم فقال الأوزاعى : ان كانت الحلية تبعا وكان الفضل فى الفضل جاز بيعه بنوعه نقداً وتأخيراً • وقال مالك : ان كانت فضة السيف المحلى بالفضة والمصحف كذلك والمنطقة أو خاتم الفضة يقع فى الثلث من قيمتها من النصل والغمد والحمائل ، ومع المصحف ومع الفص ، وكان حلى النساء من الذهب والفضة تقع الفضة أو الذهب فى ثلث القيمة ، الجميع مع الحجارة ، ما قل جاز بيع كل ذلك بنوعه أكثر مما فيه ، ومثله وأقل نقداً ، ولا يجوز نسيئة ، فان كان أكثر من الثلث لم يجز أصلا •

وقال أيضا : لا يجوز بيع غير ما ذكرنا يكون فيه فضة أو ذهب بنوع ما فيه منهما ، قل أو كثر ، كالسكين المحلاة بالفضة أو الذهب أو السرج كذلك ، وكل شيء كذلك ، الا أن يكون ما فيه من الفضة والذهب اذا نزع لم يجتمع منه شيء له بال ، فلا بأس حينئذ ببيعه بنوع ما فيه من ذلك نقداً أو بتأخير وكيف شاء • وقال أبو حنيفة : كل شيء يحلى بفضة أو ذهب فجائز بيعه بنوع ما فيه من ذلك اذا كان الثمن أكثر مما فى المبيع من الفضة أوالذهب، ولا يجوز بمثل ما فيه من ذلك ولا بأقل ، ولابد من قبض ما تقع الفضة أو الذهب من الثمن قبل التفرق ، وجوز أن يباع مدعجوة ودرهم بمدى عجوة وشبهه • وقال : يكون المد فى مقابلة المد ، والمد الآخر فى مقابلة الدرهم • حتى قال : لو باع مائة دينار بدينار فى خريطة مع الخريطة جاز ، ويكون دينار من المائة فى مقابلة الدينار ، وبقيتها فى مقابلة الخريطة ، وقد تقدمت الاشارة الى شيء من حجته والجواب عنها •

وتكلموا على الحديث الذى اعتمدنا عليه بالاختلاف فى طرقه ، وبأنه يحتمل أن يكون الذهب الذى فى القلادة أكثر من الذهب الذى هو الثمن ، واعتضدوا فى ذلك بالرواية التى فيها أنه فصلها فجاءت اثنى عشر ديناراً ، وقد تقدم الجواب بأنها قصتان ، وأيضا فان النبى صلى الله عليه وسلم « لم يستفصل » وأناط المنع بوصف وهو عدم التمييز ، فدل على أنه هو العلة لا غيره • وأما الراوى قال : انما أردت الحجارة • فحمله على أن الذهب فيها كان أكثر من الذهب الذى هو ثمن بعيد • والله أعلم •

وعن طاوس أنه لا بأس بدينار ثقيل بدينار أخف منه ودرهم • وعن الحكم فى الدينار الشامى بالدينار الكوفى وفضل الشامى فضة • قال : لا بأس به • وعن مجاهد قال : لا بأس به • وعن ابراهيم أنه كرهه • وعن ابن سيرين أنه سئل عن مائة مثقال بمائة دينار وعشرة دراهم فكرهه • روى ذلك ابن أبى شيبة ، ومعنى فضل الشامى فضة أن الشامى أثقل من الكوفى فيأخذ بالفضل فضة •

وصح عن سفيان الثورى من طريق ابن أبى شيبة أيضا أنه كره عشرة

دراهم بتسعة وفلس ولم ير بأسا بعشرة دراهم بتسعة دراهم وذهب ، ولم أفهم الفرق بين الصورتين من جهة كون الذهب نقداً والفلوس ليس بنقد •

(فـرع) من هذه المرتبة باع خاتم فضة فيه فص بفضة لا يجوز • وان باعه بذهب ففيه القولان فى الجمع بين بيع وصرف ، وهو نظير ما ذكره الشافعى فى العبد اذا كان معه دراهم وباعه ، وبيع الذهب الابريز بالهروى ، وسيأتى الكلام فيه ان شاء الله تعالى • والله أعلم •

ومن فروع قاعدة مد عجوة بعض المختلط كالسكر ببعض اللبون اذا بيع بمثله باطل • قاله الامام : قال الرويانى : كل ما خلط من شيئين فلا يجوز بيع بعضه ببعض •

فصـــل المرتبة الثانية من قاعدة مد عجوة أن يختلف النوع أوالصفة من الطرفين أو من أحدهما ، كما اذا باع مد عجوة ومد برنى بمدى معقلى ، أو قفيز طعام وقفيز طعام ردىء ، بقفيزين من طعام جيد أو ردىء ، أو جيد وردىء أو باع مائة دينار جيد ومائة دينار ردىء بمائتى دينار جيد أو ردىء أو وسط أو مائة دينـار جيدة أو مائة دينـار رديئـة أو دينـاراً قاسـانيا ودينارا سابوريا بقاسانيين أو سابوريين أو بقاسانى وسابورى ، أو قاسانى وابريزى بقاسانيين ، أو ابريزيين ، أو قاسانى وابريزى ، أو ديناراً صحيحاً ودينارا مكسوراً بدينارين صحيحين أو مكسورين أو صحيح ومكسور ، أو ذهب درة بيضاء وذهب درة حمراء بذهبى درة بيضاء أو حمراء أو دراهم صحيحة وغلة بدراهم صـحاح وغلة ، أو ديناراً مغربيـا وديناراً سـابوريا بدينارين مغربيين ، أو حنطة حمراء وسمراء ببيضاء •

والى هذه المرتبة أشار الشافعى رضى الله عنه بمسألة المراطلة التى قال فيها : ولو راطل بمائة دينار عتق مروانية ومائة دينار من ضرب مكروه بمائتى دينار من ضرب وسط • وبقوله فى مختصر البويطى : اذا صـارفه خمسـين قطاعاً وخمسين صحاحا بمائة صحاح ، وبقوله فى الاملاء والأم الذى تقدم نقله عنه فى التمر البرنى والعجوة أو اللوز بالصيحانى ، والمشهور عند جمهور الأصحاب البطلان فى هذه المرتبة أيضا والحاقها بالمرتبة الأولى ، وقد عرفت قوله فى مختصر البويطى • وقد قيل : يجـوز خمسـون قطاعا وخمسـون

صحاحا بمائة صحاح • وهذا القول الظاهر أن المراد منه قول بعض الأئمة المتقدمين كما ذكره فى الاملاء وليس بقول للشافعى فلذلك لا يحكى عن الشافعى خلاف فى ذلك • وهل هو من نقل الشافعى أو البويطى ؟ ظاهر كلام القفال الثانى ، فانه قال : ما حكى البويطى أنه يجوز فليس بشىء ، والأقرب أنه من كلام الشافعى ، لأنه فى الاملاء ، ووافق القفال على أن ذلك من كلام البويطى صاحب التلخيص ، وجعله عائداً الى جميع صور اختلاف النوع فى التمر والنقد •

وقد حكى وجه فى طريقة الخراسانيين روى عن حكاية صاحب التقريب وغيره أن صفة الصحة فى محل المسامحة ، ورأى أن التفاوت فى الصحة لا يضر • وحكى الفورانى وغيره وجهين فى بيع الصيحانى والبرنى بالصيحانى ، أو بالبرنى والصيحانى ، وفى بيع الصحيح أو المكسور بالصحيح أو المكسور أو بهما ، وفى الجيد والردىء بالجيدين أو الرديئين وأشار القاضى حسين الى حكاية هذا الوجه فى الصحيح والمكسور ، وحكاية القفال فى شرح التلخيص عن بعض أصحابنا ، لكن حكاه فى صورة بيع الصحيح بالمكسور والصحيح وسكت عنه ، وعلله بأن صاحب الصحاح حاكى وحكاه فى مسألة بيع الصحاح والمكسر بالصحاح والمكسر ورد عليه •

وأما مسألة بيع الصحاح والمكسر بالمكسر فجزم بالبطلان ولم يحك فيها خلاف والقياس جريانه وجزم القفال أيضا فى مسألة الدنانير العتق والجدد بمثلها أو بجدد أو عتق بالبطلان ، وصرح صاحب البيان بحكاية الوجه عن بعض أصحابنا الخراسانيين فى نوعى الجنس الواحد مطلقا ، وقد تقدم منى التنبيه فى فرع ذكره القاضى أبو الطيب اذا اشترى دنانير بدنانير فوجد ببعضها عيبا من جنسها كان البيع باطلا • وخالفه الشيخ أبو حامد والمحاملى والماوردى ، ونبهت على أن مخالفتهم انما تتم اذا فرعنا على هذا الوجه ، مع أنهم فى هذا الموضع صرحوا بأنه لا يجوز بيع الجيد والردىء بالجيد والردىء ، وابن الصباغ قال فى ذلك : ان الذى يجىء على المذهب ما قاله القاضى أبو الطيب والأمر كما قال ، وهذا الوجه موافق لمذهب أبى حنيفة رحمه الله وأحمد فى المشهور من مذهبه ، غير أن أبا حنيفة طرده عند اختلاف الجنس كما تقدم على التفصيل المذكور •

وهذا القائل من أصحابنا وأحمد لم يطرداه ، بل خصاه باختلاف النوع لا غير وصاحب التقريب قصره على الصحيح والمكسور • وكذلك امام الحرمين وافق على ما قاله صاحب التقريب • وقال : ان التوزيع فى أصلها باطل عندى ، وهو فى هذه الصورة نهاية الفساد ، فان الصفقة اذا انطوت على عشرة من جانب ، نصفها مكسورة وعلى عشرة على هذا الوجه من الجانب الثانى ، فتكلف التوزيع فى هذا غلو واشتغال بجلب التفاضل على مكلف ، وقد صارت المماثلة محسوسة بين الجملتين ثم هو فى وضوحه فى المعنى يعتضد بما يقرب ادعاء الوفاق فيه ، فمازال الناس يبيعون المكسرة بالصحاح والمكسرة لو قسمت لكان فيها قطع كبار وصغار • والقيمة تتفاوت فى ذلك تفاوتا ظاهراً • ثم لم يشترط أحد تساوى صفة القطاع فقد خرجت هذه المسائل على ما ذكرناه أولا ، فمن راعى التوزيع أفسد البيع ومن تعلق بما ذكرناه حكم بالصحة لتحقق تماثل الجملتين •

ولأجل هذا الكلام من الامام قطع الأرغيانى [1] ــ على ما حكى عنه فى فتاوى النهاية ــ بالصحة وهو المختار لما سنذكره ، وأشار الغزالى فى الوسيط الى ترجيحه • وقال فى البسيط : ان القياس الصحة قال : ولايزال الناس يتبايعون الدراهم وهى تشتمل على الصحاح والمكسرات ، والمكسرات منها تشتمل الكبار والصغار وكذلك الدنانير تشتمل على أنواع مختلفة يعرف الصيارف صرفها ، وفضل بعضها على بعض ، ولم يتكلفوا قط تمييزها ، وكذلك التمر اذا بيع بالتمر ، ويشتمل الصاع على تمرات رديئة وأخرى جيدة ، ولوفصلت لتفاوتت قيمتها ، وابطال بيعها بعيد •

واعلم أن هذه المسائل التى استشهد بها فيها توقف ، لأن صاحب التتمة ثم صاحب البحر ذكر أنه ان ميز بين صغار التمر وكباره فباع صاعا من الصغار ، وصاعا من الكبار ، بصاع من الصغار وصاع من الكبار ، فالحكم كالحكم فيما لو باع درهما ودينارا بدرهم ودينار وهما من ضرب واحد ، فأما اذا لم يميز بين الصغار والكبار ولكن أراد أن يبيع صاعين بصاعين ، فلاشك أنه يشتمل كل عوض على الصغار والكبار • فما حكم العقد ؟ اختلف

---

(١) لعله الميرغينانى فى النهاية على فتاوى الهداية وقد جاء بعده صفحة ٢٦٣ الميرغينانى

أصحابنا فمنهم من قال : اذا كان بين أحد العوضين تفاوت لا يصح العقد ، وان لم يكن متميزاً ، والشرط فى بيع مال الربا بجنسه أن تتساوى أجزاء كل واحد من العوضين لأن الاختلاف بين الأجزاء يقتضى أن يفرد البعض ، وتحقيق المقابلة والتقسيط يؤدى ذلك الى الربا ، وهو اختيار القاضى [1] الامام حسين •

ومن أصحابنا من قال : اذا باع صاعا بصاع ، وفى كل واحد منهما صغار وكبار ان كانت الصغار ظاهرة فيما بين الكبار ، بحيث يتعين ذلك للنظار ، لكنه من غير تأمل ، فلا يصح العقد ، وان لم تكن الصغار ظاهرة فيها بين الكبار فالعقد صحيح وصالح كما لو باع أرضا وفيها معدن ذهب بذهب ، ان كان المعدن ظاهراً لا يصح العقد ، وان لم يكن ظاهراً يصح العقد ، فعلى هذا يحتاج أن يفرق بين أن تكون الصغار مختلطة بالكبار ، وبين أن تكون مفردة ، لأنه لو التقط الصغار عن الجملة وميزها عنها ثم باع الصغار والكبار بالصغار والكبار فيكون الحكم على ما تقدم ، والفرق أن عند التمييز كل نوع مقصود فى نفسه وعند الاختلاط الجملة مقصودة ، وكل نوع فى نفسه غير مقصود ، وتظهر هذه المسألة أن عند الاختلاط لو باع صاعين بدرهمين ثم خرج أحد الصاعين مستحقا يسترد بازائه درهما من الجملة واذا كانت الصغار مفردة عن الكل فخرج كل أحد القسمين مستحقا لا يسترد بازائه درهما من الثمن ، وانما يسترد ما يقابله باعتبار القيمة • انتهى كلام صاحب التتمة ، وملخصه عند عدم التمييز وجهان (أحدهما) لا يصح مطلقا (والثانى) ان كانت ظاهرة تظهر من غير تأمل لم يصح • والأصح الوجهان ضعيفان ، والصواب الصحة مطلقا عند عدم التمييز ، سواء ظهرت أم لم تظهر ، فان فى صحيح مسلم « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث أخا بنى عدى الأنصارى » فاستعمله على خيبر فقدم بتمر جنيب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أكل تمر خيبر هكذا ؟ قال : لا والله يا رسول الله ، انا نشترى الصاع بالصاعين من الجمع ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تفعلوا ، ولكن مثلا بمثل أو بيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا ، وكذلك الميزان » وجه الدلالة أن الجمع اسم لما يجمع أنواع التمر ، وقد خيره النبى صلى الله

---

(١) كذا ولعله (وهو اختيار الامام والقاضى حسين) (ط) •

عليه وسلم بين أن يشترى صاعا من الجنيب بصاع منه ، وبين أن يشترى بثمنه ، ولم يفصل النبى صلى الله عليه وسلم بين أن يكون بعض الأنواع ظاهراً من ذلك أو لا ، مع أن الجمع يظهر الاختلاط فيه ، وان كان غير متميز والله أعلم .

وأما اذا كان كل نوع متميزاً منفصلا ففى الحاقه بما يدل عليه الحديث نظر أن المختلط لا يوزع أهل العرف الثمن عليه ، بل يقومون شيئا واحداً والتمييز يقوم أهل العرف كل واحد على حدة والله أعلم . وبما ذكرته وما قاله صاحب التتمة يظهر وجه الاعتراض على ما استشهد به الامام والغزالى ، فعند عدم التمييز ألحق ما قاله الامام استدلالا بالحديث وهو الذى أورده صاحب التهذيب وعند التمييز الصحيح عند جمهور الأصحاب البطلان . قال الرويانى : وأصحاب أبى حنيفة يلزمون هذه المسألة فيقولون : ان خلط الصيحانى بالبرنى أو الكبار بالصغار ثم باع صاعا بصاع يجوز عندكم ، ولو أفرد كل واحد ثم باع لم يجز قال : وهذا مشكل ان سلمنا ، والصحيح ما ذكرنا ، يعنى من التفصيل الذى ذكره هو وصاحب التتمة والله أعلم .

(وجه الاعتراض) على ما استشهد به الامام والغزالى والصحيح عند جمهور الأصحاب البطلان وهو مذهب مالك ، واختاره القاضى أبو يعلى من الحنابلة ، وعن أحمد رواية بمنع ذلك فى النقد ، وتجويزه فى التمر ، لأن الأنواع فى غير الأثمان يكثر اختلاطها ويشق تمييزها . ثم ان صاحب التقريب على ما قاله الامام احترز فى الوجه الذى حكاه عن مسألة نص الشافعى رضى الله عنه فى المراطلة بما يقتضى عدم طرده فيها . فان الشافعى فرض مسألة المراطلة فى العتّق وهى نفيسة . والمروانية وهى دونها . ثم فرض من الجانب الثانى مائتى دينار وسطا حتى لا يتحقق معنى المسامحة ، واذا لم يتحقق ذلك اقتضى العقد من الشقين طلب المعاينة ، وهذا يقتضى التوزيع وهو يفضى الى التفاضل لا محالة ، فلأجل ذلك لا يعرف خلاف فى مسألة المراطلة ، وان نقل الخلاف فى مسألة الصحاح والمكسرة .

ولكن امام الحرمين قال : ان قياسه يقتضى القطع بالصحة فى مسألة المراطلة قال : وما ذكرته فى هذه الصورة من التصحيح رأى رأيته وهو

خارج عن مذهب الشافعى رحمه الله وأصحابه ، وتابعه الغزالى فى البسيط وقال : انه ليس يتبين فرق بين مسألة المراطلة وبين ما لو باع خمسة مكسرة وخمسة صحيحة بمثلها • وقد ذكر الأصحاب فى هـذه المسـألة خلافا ولم يذكروا فى مسألة المراطلة خلافا ، ثم قال فى آخر كلامه : هذا نقل المذهب ووجه الاشكال ، وقد قال القرافى فى كتابه المسمى ــ بمآخذ الاشراف ، على مطالع الانصاف فى مسائل الخلاف ــ ان الطريقة المتقدمة يعنى طريق التوزيع والجهل بالمماثلة لا تأتى فى مسائل هذه المرتبة كمسـألة المراطلة ، ومسـألة الصحاح والمكسرة •

وقال ابن أبى الدم فى قول القاضى أبى الطيب بصحة العقد : اذا علمنا أن قيمة المد مثل الدرهم كما تقدم أنه قريب من مسألة المراطلة التى خالف الامامُ صاحبَ المذهب فيها ، فان للنظر فيها مجالا ، وذلك أنه اذا راطل مائة رطل مائة دينار عتق ومائة مروانية بمائتى دينار وسط ، فان فرض مساواة الوسط للمائتين العتق والمروانية فى القيمة صح العقد كمـا هو مذهب القاضى أبى الطيب ، وان فرض التفاضل أو الجهل بالتماثل وجب القول بالفساد قطعا ، يعنى على رأى الامام أيضا لما ذكره من العـلة • قال الغزالى : ويتجه لهـم ــ يعنى للخصم ــ فى هذه الصورة التمسك بقوله عليه السلام : « الذهب بالذهب وزنا بوزن » وقد قال فى آخر الحديث « جيدها ورديئها سواء » (قلت) لم أر هذا اللفظ فى حديث والحنفية استندوا الى حديث عبادة كذا فى شرح الميرغينانى • والله أعلم •

قال : وحققـوا ذلك بأن الواجب مقـابلة الذهب بالذهب بوزن العين لا برعاية الصفة ولو روعيت الصفات لما تصور تصحيح بيع صاع من تمر ، اذ ما من صاع الا ويشتمل على تمرات رديئة مختلفة ، لو ميزت لاختلفت قيمتها ، وذلك مما لا يرعاها الشرع قطعا ، ولا فرق بينها وبين محل النزاع ، فانه لازم على مساق المذهب ، فنقول : قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « جيدها ورديئها سواء » ان كان حديثا أراد به ما اذا اتحد الجنس ، فأما اذا اختلف النوع فهو مستخرج بالدليـل ، وهو أن المـماثلة فى المعاملة قد تعبدنا بها والتوزيع يفضى الى مفاضلة لا محالة بدليل أن الدينار الجيد لو كان لواحد والدينار الردىء لآخر لا يتقاسمان الدينـارين بالسـوية ، بل

يستحق صاحب الجيد زيادة ، ولا يستند استحقاقه لتلك الزيادة الى القسمة اذ القسمة افراز للحق لا يزيد به الحق ولا ينقص ، فليس ذلك الا لاقتضاء العقد ، هذه المقابلة عند تعدد العاقد ، فلا تختلف المقابلة باتحاد العاقد .

ثم قال : هذا طريق التوزيع ، وفيه غموض لا ينكره من تأمله . وهو الاستدلال الذى استدل به القرافى لهم من الحديث . وقد ذكره كذلك المتقدمون والمتأخرون من الموافقين والمخالفين . وذكروا أيضا قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث عبادة « لا تبيعوا الذهب بالذهب » الى أن قال « الا مثلا بمثل سواء بسواء » قالوا : ما جاز بيع الفضة بالفضة والذهب بالذهب سواء بسواء ، ولم يفرق بين أن تجمع الصفقة نوعا واحداً أو نوعين ، وكذلك قال فى الطعام « الا كيلا بكيل » قالوا : ولأنه اما أن يكون الاعتبار المساواة فى المقدار أو فى القيمة لا جائز أن تكون فى القيمة ، لأنه لا خلاف أنه اذا باع درهمين صحيحين بمكسورين يجوز وان كانت قيمة الصحاح أكثر ، وأجاب الشيخ أبو حامد وغيره بأن الخبر حجة لنا ، لأنه قال : « الا سواء بسواء » وليس سواء بسواء ، وانما جاز فى الدرهمين الصحيحين بالمكسورين ، متفق وليس كذلك فى مسألتنا . وأما اعتبار المماثلة فانما التماثل بالقدر ، غير أن القيمة كما قال الماوردى يعرف بها تماثل القدر وتفاضله ، والله أعلم .

وبعد أن ذكر الجورى طريق التوزيع قال : واستدل المدينى بهذا الدليل ثم ذكر أنه لابن سريج وزعم أنه تعد ، لأنه يلزمه المنع من صاعى برنى بصاعى سهرير بجواز أن يستحق أحدهما صاعى السهرير فيرجع صاحبه بقيمته من البرنى ، وهو نصف صاع ، فيصير الى أن أعطى صاعا ونصفا برنيا بصاع من سهرير . قال : فان كان اقتحم المنع من ذلك ، ولا أراه فاعله ، لزمه أن لا يجيز التمر بالتمر حتى يكونا متماثلى القيم ، على أنه قد تنخفض قيمتهما بعد ذلك فيدخل ما خافه ، وهذا الاعتراض ضعيف . لأن صاع السهرير مقابل بصاع من البرنى لا غير وقد أبطله الجورى ، وبسط الكلام فى ابطاله والله أعلم .

واعلم أن المرتبة الأولى اعتضدنا فيها بحديث القلادة ، وأما فى هذه المرتبة فلا دلالة فيه ، لأن القلادة اختلف الجنس فيها فلم يبق لها هنا الا

التمسك بالمعنى والنظر فى الحاق هذه المرتبة بالأولى ولذلك خالف فى هـذه بعض من وافق فى الأولى ، ومذهب مالك فى مسألة المراطلة كمذهب الشافعى رحمهما الله • قال ابن عبد البر : وأما الكوفيون والبصريون فجائز ذلك كله عندهم ، لأن ردىء التمر وجيده لا يجوز الا مثلا بمثل •

(فروع) قال الماوردى : اذا باع مائة درهم صحيحا ومائة درهم غلة بمائة درهم صحاح ومائة درهم غلة فان اختلف جوهر الصحاح من هـذا العوض وجوهر الغلة من هذا العوض لم يجز ، والا فوجهان • وهذا يبين محل الخلاف وهو ما اذا كانت راجعة لأمر زائد على جوهر العوضين أما اذا اختلف جوهر العرض مع المضموم فيبطل جزما • هكذا يقتضيه هذا الكلام •

(فـرع) ذكر القاضى أبو الطيب فى مسألة المراطلة علة الجواز فى بيع الدينار الجيد بالردىء أن أجزاء الجيد متساوية القيمـة ، وأجـزاء الردىء متساوية القيمة ومقتضى هذه العلة أنه لو فرضت الرداءة فى طرف من الدينار ـ وبقيته جيد ـ أنه لا يجوز بيعه بجيد ولا ردىء ولا بمثـله ، والظاهر خلافه ، لأن الدينار شىء واحد لا يوزع الثمن على أجزائه بالقيمة ، وانما يقصد جملتـه ، ولو فرض اختلاف رداءته كالصـاع من التمر المختلط • والله أعلم •

(فـرع) أطلق صاحب التلخيص تبعا للشافعى وللأصحاب أنه لو باع عتقا وجدداً بعتق وجدد متماثلين فى الوزن لم يجز وينبغى أن يقيد ذلك بما اذا اختلفت قيمة العتق والجـدد أو كان الغرض يختلف بهـا • أما اذا لم يختلف كما هو الواقع اليوم ، فينبغى أن لا يضر ذلك •

(فـرع) جعل نصر المقدسى من جملة الأمثـلة فى هـذه المرتبـة : دينار [1] صحيح ودينار رباعيات بدينارين صـحيحين أو رباعيـان • قال : وكذلك فى الدراهم (قلت) ومقتضى ذلك أنه لو باع درهما بنصفين وزنهما

---

(1) كذا فى الأصل وفى ش و ق وبستقيم اذا قال : (ديناراً صحيحا وديناراً رباعيا بدينارين صحيحين او رباعيين) (ط) •

درهم لم يجز ، وان كان الرواج واحداً وهو يبين مرادهم بالمكسور ، وانما نبهت على ذلك لأنه قد يتوهم أن المكسور والمقطوع الذى لا يروج رواج الصحيح • وكذلك عن نصر رحمه الله تعالى من هذه المرتبة مد حنطة شامية ومد حنطة مصرية بمدين مصريين أو شاميين فى [1] أنه من كلام الشافعى فلينظر •

(فرع) من فروع هذه المرتبة

لو باع ذهبا مصوغا وذهبا غير مصوغ بذهب ، مقتضى المذهب أنه لا يجوز لأن الثمن يوزع عليهما ، لأن المصوغ متقوم مخالف لغير المصوغ • أما لوباع ذهبا مصوغا بذهب غير مصوغ جاز ، ونقلوه عن نص الشافعى •

(فائدة) قال صاحب التلخيص : الربا لا يقع من طريق القيمة الا فى أربعة مواضع • وذكر هذه الأمثلة المتقدمة فى قاعدة مد عجوة ، وأنت اذا وقفت على ما تقدم علمت أن ذلك ليس اعتباراً للقيمة فحسب ، والله أعلم •

(فرع) أطلق صاحب التهذيب والرافعى أنه اذا خلط الجيد بالردىء أو الحنطة النقية بالبخسة ثم باع صاعا منه بمثله ، أو باع بصاع ردىء جاز ، لأن أحد النوعين اذا لم يتميز عن الآخر لا يوجب التوزيع بالقيمة ، بل تتوزع الأجزاء فيصير كما لو باع جيدا بردىء فيحتمل أن يكون مراده ما قاله صاحب التتمة فيما تقدم ، اذا لم يظهر من غير تأمل ، ويحتمل أن يكون مطلقا كما أخبر به استدلالا بالحديث ، وقياس ذلك أنه اذا خلط نوعين من الذهب وضربهما ديناراً واحداً أو خلطه بمثله ، أو خلط دنانير أو دراهم من نوعين حتى صارت لا تتميز ثم باعها بمثلها يصح ، فلو خلط جنسا بجنس آخر ثم باعه بأحدهما ، مقتضى كلام القاضى حسين أنه يصح أيضا فانه قال بعد أن ذكر أن التمر الهندى مع التمر البصرى جنسان ، قال وبيع مدى كرمانى ومد بصرى بمد تمر شحرى ان كان متفرداً يجوز وان كان مجتمعا لا يجوز •

(قلت) ومراده بالشحرى الهندى ، وأما الكرمانى فيتعين أن يكون مراده به نوعا من الهندى ، لأنه لو كان نوعا من البصرى جاز مطلقا لاختلاف

---

(١) بياض بالأصل فحرر ولعل السقط (تقريره) أو (بحثه) أو (حكايته) والله أعلم (ط)

الجنس ، وان كان نوعا من الهنـدى فقد باع الهندى بالهنـدى مع جنس آخر ، فان كان الاختلاط مسوغا كذلك فليكن مسوغا فى سائر صور اختلاف الجنس ، كقمح وشعير ، والمعروف أنه لا يجوز ، والله أعلم •

(فـرع) اذا ثبت أن اختلاف النوع نص كما هو المذهب المشهور ، فيصير بيع الربوى بجنسه مشروطا بأربعة شروط (الحلول والتماثل والتقابض وكون كل عضو من نوع واحد) وقد نبه أبو حامد فى الرونق على ذلك ، وجعل هذا الشرط الرابع من شروط الصرف ، وكذلك المحلى فى اللباب ، وما أقدر الكتابين أن يكونا كتابا واحداً ثم لننبه لأمـور (أحـدها) أن الأصحاب أطلقوا اختلاف النوع واختلاف الصفة ، ولم يبينوا النوع من الصفة وكأن المراد بالصفة الجودة والرداءة والصغر والكبر ، والمراد بالنوع اختلاف أنواع التمر وشبهه ، لكن عد الصحة والتكسير فى الوصف أقرب من عدها فى النوع ، والأمر فى ذلك قريب ، فان الحـكم متحد فان المذهب المشهور المنع فى الجميع والوجه الذى حكاه الفورانى الجواز فى الجميع ، نعم وجه صاحب التقريب مختص بالصحاح والمكسرة واحترز فيه كما تقدم عن مسألة المراطلة وما يظهر بين الصحة والتكسير ، وبين الجـودة والرداءة منقدح ، والله أعلم •

(الثانى) أن اختلاف القيمـة هل يشـترط فى النوعين كما قيـل به فى الجنسين على وجه ؟ قد علمت ما يقتضيه كلام الشـافعى فى ذلك وأن ظاهره الاشتراط وقد شرطه المصـنف فى التنبيه ، ولا شـك أن كل من شرطه فى الجنسين ففى النوعين أولى ، وقد اشترطه ابن الصباغ هنا وان لم يتعرض له عند اختلاف الجنس ، وهو أقرب الى كلام الشافعى رحمه الله والأصحاب

(الثالث) الألفاظ التى وقع التعرض لها فى كلام المصنف فى هذا الفصل « النوع » قال ابن سـيده : الضرب من الشىء • وقال الجـوهرى : النوع أخص من الجنس والعجوة ضرب من أجود التمر بالمدينة ونخلتها تسمى لِينَة قاله الجوهرى وقال ابن الأثير : أكبر من الصيحانى يضرب الى السواد من غرس النبى صلى الله عليه وسلم • وقال الأزهـرى : ان الصـيحانى الذى

يحمل من المدينة من العجوة • والبرنى ــ بضم البــاء ــ ضرب من أجود التمر • قاله الجوهرى • وفى الحديث « أمر أن يؤخذ البرنى فى الصدقة » والبردى بالفتح نبات معروف • قاله الجوهرى • واللون قال الهروى النخل كله ما خلا البرنى ، والعجوة يسميها أهل المدينة الألوان • وفى حديث عمر ابن عبد العزيز أنه كتب فى صدقة التمر أن يؤخذ فى البرنى من البرنى وفى اللون مــن اللون • قالوا : اللون ألذ • قال : وجمعـــــه الألوان • وقال الجوهرى : اللون النــوع • واللون ألذ • قال : وهو ضرب من النخــل ، والصــيحانى قال الجوهرى : ضرب من تمر المدينــة ، وقال الأزهــرى : الصيحانى من جملة ألوان العجوة جنس معــروف ، وهو ألوان • وهــذا الصيحانى الذى يحمل من المدينــة من العجوة والبُرْنى قال الجوهرى : ضرب من التمر والحشف • قال ابن فارس : هو أردأ التمر ، يقال « أحشفا وسوء [1] كيلة » وقال ابراهيم الحربى : الحشف فاســد التمر • أخبرنى أبو نصر عن الأصمعى قالا : الحشفة الواحدة من ردىء التمر ، والحشفة القطعة من الجبل الغليظة • عن ابن عباس قال « كانت الأرض كلها ماء فبعث الله تعالى ريحا فنسخت الأرض حتى ظهرت حشفة ، فخلق الله تعالى منهــا بيته [2] » والحشفة الكمرة والعاتق • فهى مشتركة بين هــذه المعــانى • والحشيف الثوب الخلق ، والجمــع : قال الدارقطنى : يقــال كل شىء من النخل لا يعرف اسمه فهو جمع • وكذلك قال الرافعى وابن سيده فى المحكم قال : كل لون من التمر لا يعرف اسمه • قال وقيل : هو التمر الذى يخرج من النوى •

وقال ابن وهب عن مالك : والقاسانى ــ بفتح القاف وســكون الألف والسين المهملة أو الشين المعجمة وبعد الألف نون ــ قال ابن الســمعانى : هذه النسبة الى قاسان ، وهى بلدة عند قم ، وأهلها شــيعة ينسب اليهــا جماعة من العلماء • والسابورى ــ بفتح السين المهملة وضم الباء الموحــدة بعد الألف وبعدها الواو وفى آخرها راء ــ هذه النسبة مشتركة بين ثلاثــة

---

(١) هو مثل يضرب على ما يصيب المرء من غبن مركب وللمثل صورة أخرى هى (أغلاء وسوء كيلة !) (ط) •

(٢) يعنى بيت الله الحرام ، اى الكعبة حرسها الله وشرفها • (ط)

أشياء : نسبة الى سابور بلدة بفارس • قال ابن السمعانى : وظنى أنها حد نيسابور كان بها جماعة من أهل العلم ، ونسبة الى جد اسمه سابور منهم جماعة من أهل العلم أيضا (والثالثة) نسبة الى ملك من ملوك العجم ، وهو سابور المشهور بذى الأكتاف بن هرمز بن موسى بن بهرام بن هرمز بن سابور بن أردشير بن بابك بن ساسان وهو الذى ينتهى اليه آخر ملوك الفرس الذى وافى سعد بن أبى وقاص وهو يزدجرد بن شهريار بن كسرى ابن قباذ بن فيروز بن يزدجرد بن بهرام حور بن يزدجرد بن سابور ذى الأكتاف • وهؤلاء كلهم ملوك •

وجعل ابن الرفعة سابور ههنا بنيسابور ، وقال الشيخ تاج الدين الفزارى : انه الملك ، والقراضة القطع ، تقرض من الدينار للمعاملة فى صغار الحوائج وهى تنقص عن الصحاح ، ويجوز فيها فى كلام المصنف فى الموضعين الجر على الصفة ، والنصب على التمييز ، وقد اشترط ابن الصباغ فى البطلان أن يكون المكسر المضموم الى الصحيح قيمته دون قيمة الصحيح وذلك تفريع على رأيه فى اعتبار القيمة ومقتضى اطلاق الأكثرين ، وعدم اعتبارهم القيمة أن لا فرق ويوافقه قول نصر المقدسى فى التهذيب أنه لا يصح بيع دينار صحيح ودينار رباعيات بدينارين صحيحين الا أن يكون ذلك معروضا فى رباعيات تخالف قيمتها قيمة الصحيح فان ثبت أنه لا فرق فيجب طرد مثله فى درهم ونصفين بدرهمين والصحيح [1] « » البغلية « » والمروانية « » والهاشمية العامة « » والحدث أو المحدثة « »

والردىء اما بانمحاء السكة أو بعدم الطبع أو بنقصان الوزن ، كذلك قال الفارقى ، وليس الردىء هو المغشوش بغير الذهب ، فان ذلك هو مسألة مدعجوة بعينه لأنه يشتمل على ذهب وغيره ، والعتق النافقة « » والضرب المكروه « » والضرب الوسط « » والقطاع أظنها القراضة ، وقد تقدم من كلام بعض الأصحاب ما يقتضى أن الرباعيات منها

---

(١) ما بين الاقواس بياض بالأصل وهى اوزان تلك النقود .
والذى نعرفه ان الصحيح من الدينار اثنا عشر درهما والدراهم المروانية وزن الواحد منها ستة دوانيق وقد مر بك فى فصل ضرب النقود فى الاسلام فى الجزء الخامس فراجعه (ط) .

ولعله محمول على ما اذا اختلفت القيمة والرواج ، أما اذا لم تختلف كالأنصاف مع الدراهم فى هذا الزمان فلا يظهر تفاوت ، والمراطلة لفظ قديم ، قاله مالك فى الموطأ • وروى فيه عن سعيد بن المسيب أن يراطل الذهب بالذهب فيفرغ ذهبه فى كفة الميزان ويفرغ صاحبه الذى يراطله ذهبه فى كفة الميزان الأخرى، فاذا اعتدل لسان الميزان أخذ وأعطى •

قال ابن عبد البر : قد روى هذا عن ابن عمر وغيره • وقال الأزهرى [1] « » وفى كلام الحنفية دراهم غطريفية قالوا : وهى منسوبة الى غطريف ابن عطاء الكندى أمير خراسان أيام الرشيد ، كذا فى المعرب ، وقيل : وهو خال هرون الرشيد ، ويوجد فى كلام الأصحاب دينار شلابى [2] وهو نسبة ودينار جعفرى وأظنه نسبة الى المتوكل ، فان اسمه جعفر ودينار أهوازى وهو نسبة الى الأهواز (الثالث) أن المصنف ذكر فى الفصل ما اذا كان كل من الجنسين أو النوعين مقصوداً أما اذا كان أحدهما غير مقصود فسيأتى له أمثلة فى فصول متفرقة بعد ذلك ، ان شاء الله تعالى •

(فرع) كل ما ذكرناه فيما اذا كان بين العوضين ربا الفضل وهو ما اذا بيع الربوى بجنسه ومعه غيره (أما) اذا بيع الربوى بغير جنسه وفى الطرفين أو أحدهما شىء آخر فينظر ان اتفقا ، فان كان التقابض فى جميع العوضين جاز أيضا ، كصاع حنطة وصاع شعير بصاعى تمر ، أو صاع تمر وصاع ملح ، وان كان التقابض شرطا فى البعض دون البعض ففيه قولا الجمع بين مختلفى الحكم ، لأن ما يقابل الدرهم من الشعير لا يشترط التقابض ، وكذلك صاع حنطة وثوب بصاع شعير ، ممن صرح بهذه الأحكام الرويانى والرافعى والماوردى والبغوى • وقد يكون [3] قال الرويانى : وكذلك اذا باع سيفا محلى بفضة بدنانير فيه قولان لأنه صرف وبيع •

(فرع) لو باع داراً مموهة بذهب بدنانير أو مموهة بالفضة بدراهم ، وكان التمويه بحيث اذا نحت يخرج منه شىء لم يصح والأصح

---

(١) كذا بالأصل مع عدم ذكر قول الأزهرى :.

(٢) كذا بالأصل فحرر (ش) قلت ولعله « شامى نسبة الى الشام » (ط) .

(٣) ولعله (وقد يكون العوضان مختلفين قال الرويانى الخ) (ط) .

ما ذكره القاضى حسين وغيره ، فلو باع المموهة بالذهب بفضة ، أو المموهة بالفضة بذهب ــ فان كان بحيث اذا نحت لا يحصل منه شىء ــ صح ، واذا كان يحصل منه شىء ففيه قولان مبنيان على القولين فى الجمع بين مختلفى الحكم • قاله القاضى حسين • ولو باع داراً بذهب فظهر فيها معدن ذهب ففى صحة البيع وجهان (أصحهما) عند البغوى والرافعى الصحة • لأنه تابع بالاضافة الى مقصود الدار • وقد تقدم فى كلام صاحب التتمة الجزم بهذا • ومحله اذا لم يكن المعدن ظاهراً وهو يوافق التفصيل المذكور فى بيع القمح المختلط بالشعير وكونه يعتبر فيه أن يكون مقصوداً اذا بيع بغير جنسه •

(ولعلك) تقول : قد تقدم فيما اذا باع دراهم بدراهم وظهر فيها معيب أن جماعة اختاروا البطلان وخرجوه على قاعدة مد عجوة ، والذى ظهر به الاختلاف لم يكن مقصوداً عند العقد فهلا كان المعدن كذلك ؟ (والجواب) أنه فى بيع الدراهم بالدراهم يشترط المماثلة ، وقد ظهر انخرامها بانقسام العوض الى صحيح ومعيب والدار المبيعة بالذهب وهى مقصودة لا ربا فيها ، والربوى الذى ظهر فيها لم يكن مقصوداً (أما) لو كان المعدن ظاهراً حين البيع لم يصح البيع كما تقدم عن صاحب التتمة •

ولو باع داراً فيها بئر ماء وفرعنا على أن الماء ربوى فأصح الوجهين عند الرافعى الصحة للتبعية ، ولم يفرقوا بين أن تكون البئر ظاهرة وقت البيع أو لا ، لأن البئر وان كانت ظاهرة فهى تابعة لمقصود الدار بخلاف المعدن فانه اذا كان ظاهراً يقصد وحده ولا تعلق له بالدار وسيأتى فى بيع الدار بحث عند ذكر المصنف بيع الشاة اللبون بالشاة اللبون •

ولو باع بقرة بلبن بقر ثم ظهر أن فى البقرة لبنا ، فقد ذكر البغوى هنا أنه لا يصح واستدل به للوجه القائل بعدم الصحة فيما اذا ظهر المعدن فيحتاج على ما صححه هو والرافعى الى الفرق ، أو طرد الحكم ، وقد فرق ابن الرفعة بأن الشرع جعل اللبن فى الضرع فى المصراة بمنزلته فى الاناء ، والمعدن ليس كذلك • (قلت) قوله : ليس كذلك ان أراد لم يأت فيه نص يدل على ذلك فمسلم ، ولكن لا يمتنع أن نلحقه بذلك ، لأنه فى معناه ، وان أراد أن الشارع حكم فيه بخلاف ذلك فممنوع والله أعلم • قال ابن الرفعة :

ووزان اللبن بيع الدار المصفحة بالذهب بالذهب وأنه لا يجوز لأنه من قاعدة مد عجوة ا هـ .

(فـــرع) لو أجر حليا من الذهب بذهب يجوز ولا يشـــترط القبض فى المجلس قاله صاحب التهذيب . ولو باع داراً فيها صفائح ذهب بفضـــة فهو صرف وبيع ففيه قولان ، قاله الرويانى ، قال : فاذا قلنا يصح فلابد من تسليم الدار ، وما يقابل الصفائح من البـــدل فى المجلس ، وما يقابل الدار لا يعتبر قبضه فى المجلس ، ولو باع داراً فيها صفائح ذهب بدار فيها صفائح فضة يمكن جمعها ، وقلنا : يصـــح فلابد من قبض الدارين فى المجلس لأن قبض ما عليهما يكون بقبض الدارين ، هكذا ذكره الرويانى ، ولو قيل بأن تسليم الذهب والفضة واجب فى المجلس ، وهذان عقدان فيكون عقد الصرف اقتضى تسليم شيء آخر غير ما ورد عليه عقد الصرف . فينبغى أن يبطـــل العقد كذلك بحثنا . وسأكرر هذا فى مسائل متعددة الى أن يفتح الله فيـــه بجواب أو يبين الحق فى ذلك والله أعلم .

(فـــرع) الشـــفيع اذا أراد أن يأخذ هـــذه الدار بالشـــفعة . قال الرويانى : فلابد من أن يسلم قدر ما يقابل الصفائح فى المجلس ويتسلم الدار .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا يباع خالصه بمشوبه كحنطة خالصـــة بحنطـــة فيها شعير او زوان (١) وفضة خالصة بفضة مغشوشة ، وعسل مصفى بعسل فيه شمع . لأن احدهما يفضل على الآخر ، ولا يباع مشوبه بمشوبه كحنطة فيها شـــعير او زوان بحنطة فيها شعير أو زوان وفضـــة مغشـــوشة بفضـــة مغشـــوشة أو عسل فيه شمع بعسل فيه شمع ، لأنه لا يعـــلم التماثل بين الحنطتين ، وبين الفضتين ، وبين العسلين ، يجوز أن يباع طعام بطعام وفيه قليل تراب ، لأن التراب يحصل فى سفوف الطعام ، ولا يظهر فى الكيل . فان باع موزونا بموزون من جنسه من اموال الربا وفيه قليـــل تراب لم يجز لأن ذلك يظهر فى الوزن ويمنع من التماثل) .

(**الشرح**) هذا الفصل يتضمن القسم الثانى من أقسام قاعدة (مد عجوة) وهو ما يكون أحد الجنسين فيه غير مقصود كما تقدم التنبيه عليه ،

---

(١) الزوان بكسر الزاى المشددة بعدها واو والف ونون وهو حب يخالط البر (ط) .

وهو على قسمين (منه) ما يكون بحيث لو فصل وميز لكان قد يقصد حينئذ ، ويقابل بالأعراض وحده كالشعير المخالط للحنطة والنحاس المخالط للفضة ، والشمع المخالط للعسل (ومنه) مالا يكون مقصوداً بوجه كالتراب والقصل والزوان والشيلم وكلا القسمين اما أن يكون فى المكيل أو فى الموزون ، فان كان فى الموزون امتنع مطلقا لما ذكره المصنف فى كلامه من أن ذلك يظهر فى الوزن ويمنع التماثل وان كان فى المكيل فاما أن يكون المخالط قد لا يظهر أثره على المكيال كالشعير اليسير جدا المخالط للحنطة والزوان والقصل اذا كان كذلك والتراب أيضا كذلك فلا يضر ، لأن ذلك يحصل فى سفوف الطعام وقد زاد بعض الأصحاب على العلة المذكورة أن ذلك قل أن ينفك عنه الطعام فتسومح به ، ولا حاجة الى ذلك مع فرض أن ذلك لم يؤثر فى المكيال . نعم قد يقال : ان ذلك لابد أن يؤثر ولو يسيراً ، لكن ذلك التأثير الذى لا يظهر على المكيال فى محل المسامحة ، وان كان بحيث يؤثر فى المكيال امتنع فهذه جملة الفصل .

(وحاصله) الحكم فى الكيل بالامتناع الا فيما لا يظهر أثره على المكيال فى المكيل ، وذلك مقتضى عبارة الشافعى رحمه الله فى المختصر ، فانه قال : وكذلك كل ما اختلط به الا أن يكون لا يزيد فى كيله مثل قليل التراب الدقيق وما دق من تبنه ، فأما الوزن فلا خير فى مثل هذا . وقال فى الأم : وهكذا كل صنف من هذه خلطه غيره مما يقدر على تمييزه منه ، لم يجز بيع بعضه ببعض الا خالصا مما يخلطه الا أن يكون ما يخلط المكيل لا يزيد فى كيله مثل قليل التراب وما دق من تبنه فذلك لا يزيد فى كيله فأما الوزن فلا خير فى شىء من هذا فيه ا هـ .

والعبارة الجامعة لذلك أن الربوى لا يباع بجنسه وفيهما أو فى أحدهما ما يأخذ حظاً من المكيال ، وهى عبارة نصر المقدسى فى الكافى ، وقد ذكر المصنف فى تعضيد ذلك ثلاث مسائل فى أمثلة الخالص بالمشوب ، عليها [1] واحدة (الأولى) [2] الحنطة الخالصة بالحنطة التى فيها شعير أو زوان .

---

(١) كذا فى ش و ق ولعل الصواب (علتها والحنطة) .
(٢) يعنى المسألة الأولى .

قال الشافعى فى المختصر : لا خير فى مد حنطة بحنطة متفاضلة ومجهولة وقال فى الأم فى باب المأكول من صنفين شيب أحلاهما بالآخر : ولا خير فى مد حنطة فيها قصل أو فيها حجارة أو فيها زوان بمد حنطة لا شىء فيها من ذلك • أو فيها تبن لأنها الحنطة بالحنطة متفاضلة ومجهولة •

وقال القاضى حسين فى قول الشافعى : لا خير : أراد بقوله : لا خير يعنى لا يجوز قال الرويانى : وكنا نتوهم أن هذه اللفظة له حتى وجدناها لمالك رحمه الله فى مسائل الربا فتوهمناها له حتى وجدناها لرسول الله صلى الله عليه وسلم استعملها فى هذه المسائل ، وعبارة الأم أصح من عبارة المختصر ، فانه فى المختصر أخل بأحد القسمين • واتفق الأصحاب على امتناع البيع فى ذلك ، وقيده ابن أبى هريرة بما اذا كان القصل كثيراً ، يعنى بحيث يظهر أثره على المكيال • أما ما كان يسيراً لا يتبين فى المكيال قال : فيجوز • وكذلك امام الحرمين والغزالى فى البسيط وطردا ذلك فى الشعير المخالط للحنطة ، وكلام الشافعى يرشد اليه فى قوله الا أن يكون لا يزيد فى كيله • وكلام القاضى أبى الطيب أيضا فانه لما تكلم فى بيع الحنطة المختلطة بالشعير بمثلها قيد ذلك بأن يكون الشعير كثيراً ، وذلك هو الحق الذى لا مرية فيه وينبغى أن ينزل كلام من أطلق من الأصحاب عليه •

وقد وقع فى كلام صاحب التهذيب ما يوهم المخالفة فانه قال بعد ذكر القصل والزوان : قل أو كثر ، وهذا لا ينبغى أن يعد مخالفة ، بل ينبغى أن يحمل القليل فى كلامه على ما ليس مقصوداً ، وان أثر فى المكيل ، فاختلف الحكم فى ذلك بحسب اختلاف المراد بالقليل والكثير ، وضابطه أن ما كان بحيث لا يؤثر فى المكيال فلا اعتبار به فى منع المماثلة ، وما كان بحيث يؤثر فى المكيال ، فان كان مقصوداً فيمنع عند اختلاف الجنس واتحاده ، وان كان غير مقصود فيمنع عند اتحاد الجنس لفوات المماثلة ، ولا يمنع عند اختلاف الجنس لعدم اشتراطها ، ولا فرق فى ذلك بين الزوان والقصل والشعير والشيلم ، كما قال القاضى أبو الطيب وهو وغيره ضابطه ما ذكرناه ، وعلى ذلك ينبغى أن ينزل كلام القاضى حسين وصاحب العدة ومن نحا نحوهم فانهم قالوا ــ واللفظ للقاضى حسين : ولو باع الحنطة بالحنطة وفى كل

واحد منهما أو فى أحدهما حبات من الشعير لا يجوز ، ولو باع الحنطة بالشعير وفى الحنطة حبات من الشعير ــ فان كان يسيراً ــ جاز ، وان كان كثيراً فلا ، وبعضهم لا يذكر هذا التفصيل الأخير بين اليسير والكثير ، ويطلق عند اختلاف الجنس الجواز ، وهذا الكلام منهم يوهم أن الحنطة المشوبة لا تباع بمثلها ولا بالخالصة وان قل الخليط • وذكر الامام فى النهاية عن الأئمة ما ظاهره يوافق كلام القاضى حسين وموافقيه ، واختصره الشيخ أبو محمد بن عبد السلام فى الغاية فأوضحه وبين ما ذكرته فقال : وقد قالوا : اذا باع حنطة بحنطة فى المكيالين ، أو أحدهما شعير أو تراب فهو ممنوع ان أثر فى التماثل ، جائز ان لم يؤثر • ولو باع الشعير بحنطة فيها شعير ــ فان كان مما لا يقصد مثله ــ صح البيع سواء أثر فى المكيال أو لم يؤثر • اهـ •

قال الامام والغزالى : ولا يكترث بظهور أثره فى المكيال ولا بكونه متمولا فالنظر الى كونه مقصوداً على حياله ، يعنى أن المعتبر كون الشعير الذى خالط الحنطة قدراً يقصد غيره ليستعمل شعيراً • وكذا بالعكس ، وشبهوا هذا بالمُحْرِم الذى قطع مدة لا يلزمه فدية الشعور التى عليها لأنها تقع مقصودة • والله أعلم • وكذا فى كلام صاحب التتمة وصاحب التهذيب يبين المراد من ذلك ، فقد تلخص أن الربوى المكيل اذا بيع بغير جنسه وكل منهما أو أحدهما مشوب بالآخر فالمانع كون المخالط مقصوداً لتمييزه ليستعمل وحده ، وليس لتبينه فى المكيال أثر ولا لماليته ، واذا بيع بجنسه فالمانع كون المخالط قدرا يؤثر فى المكيال ،ولا فرق فى ذلك بين المكيل والموزون كما ستعلمه من الفرع الآتى عن الشيخ أبى محمد ههنا •

(فــرع) وهو اذا كان المخالط عند اتحاد الجنس قدراً لا يؤثر فى المكيال لكنه مقصود ، كما لو باع التمر بالتمر وفى أحد المكيالين أو فيهما طعام صغير الحب لا يؤثر فى المكيال ، ويقصد كالسمسم مثلا ، ومقتضى التفريع أنه يمتنع ويكون من (قاعدة مد عجوة) والله أعلم •

ثم ليتنبه لأمر ، وهو أن لفظ الفصل الذى أجريناه المفهوم من كلام الامام والرافعى منه أن يقصد تمييز الخليط ليستعمل على حياله • وهذا أعم من أن

يكون هو مقصوداً فى نفسه ، لأنه قد يكون مقصوداً منضماً الى غيره، ولا يقصد تمييزه ، كالأشياء التى يقصد مجموعها ، سواء امتنع التمييز فيها كخل التمر بخل الزبيب ، مع أن الماء لا يقصد تمييزه عنه ولا يصح بيعه ، فهو كحنطة وشعير بحنطة وشعير وكل منهما مقصود أو أمكن تمييزه ولكنه يقصد اختلاطها ، كالقمح المشتمل على شعير كثير قد يقصده بعض الناس لرخصه أو لغرض من الأغراض ولا يقصد تمييز الشعير عنه ، وان أردنا أن قصد تمييز المبيع عن الخليط مانع فلاشك أن القصد يتعلق بتمييز الحنطة عن الشعير ، وان قال : فذلك غير مراد . وان حذفنا لفظ التمييز وقلنا : المانع عند اختلاف الجنس أن يكون الخليط مقصوداً استقام ، ولا يرد عليه ذلك فى الطرد ، أى كل خليط مقصود مانع ولا يستقيم فى العكس ، اذ ليس كل مانع يشترط أن يكون مقصوداً ، ألا ترى أن لبن الغنم المشوب بالماء يمتنع بيعه بلبن البقر المشوب والخالص كما قلنا فى خل التمر وان كان الماء فى اللبن ليس بمقصود ولا يفيد كونه يقصد تمييز اللبن عنه ، لما تقدم أنه غير مراد ، فالأولى أن يحذف لفظ التمييز ، ويجعل هذا الضابط مطردا غير منعكس ، أو يدعى انعكاسه ويعتذر من مسألة اللبنين بأن المانع جهالة مقدار اللبن وهو المقصود بالبيع وحده بخلاف الخل فان المقصود الهيئة التركيبية .

ولا يرد على طرد الذى ادعيناه خل التمر بخل العنب فى كون الماء الخليط فى خل التمر مقصوداً ، لأنا نتكلم فيما اذا كان أحد العوضين مشوبا بالآخر ، وههنا ليس فى أحد العوضين شىء مما فى الآخر ، اذ خل التمر لا عنب فيه وخل العنب لا ماء فيه ولا تمر ، ولعلك تقول الكلام فى بيع الحنطة بالشعير ، وفى كل منهما شىء من الآخر ، وليس فى أحد اللبنين شىء مما فى الآخر ولا فى أحد الخلين . وانما مع كل منهما ماء . فاعلم أن المانع فى الخلين كونه مقابله خلا . وأما الماء فى الخل لا يقصد تمييزه . وهذا المعنى نفسه حاصل فى الحنطة والشعير بحنطة وشعير ، وان كان الخليط فى كل طرف غير مقصود فى التمييز ، والله أعلم .

(فان قلت) اذا باع القمح بالقمح وفى كل منهما شعير قد خلط به وعرف مقدار الخليطين ينبغى أن تخرج الصحة فيه على الخلاف فى بيع مد ودرهم

بمد [ودرهم] • وهما من غلة واحدة وسكة واحدة • وروى القاضى حسين ومن وافقة الصحة • فينبغى أن يكون هنا كذلك وقد تقدم أن رأى المصنف اشتراط الاختلاف فى القيمة فينبغى اذا فرض اتحاد قيمة الشعير مع قيمة القمح أن يكون رأيه فى ذلك الصحة وهو قد أطلق القول بالفساد ههنا وقد تقدم عن صاحب التتمة صريحا أنه اذا باع صاع حنطة وصاع شعير بصاع حنطة وصاع شعير وصاعا الحنطة من صبرة واحدة ، وصاعا الشعير كذلك وفيه خلاف • واذا جرى الخلاف فى الحنطة والشعير المتميزين فلأن يجرى فى المختلطين بطريق أولى ، فان عدم التمييز فى النوعين قد جعل عذراً كما تقدم عن صاحب التهذيب أنه يجوز بيع الصاع المختلط من الجيد والردىء بمثله [من الجيد] وبالردىء • وان كان فى الجنسين لم يغتفر كالدراهم المغشوشة والشهد وما أشبهه فاذا جرى الخلاف فى الحنطة والشعير عند التمييز فلأن يجرى مع الاختلاط أولى •

(قلت) لك حق ، والعذر عن الشيخ فى اطلاقه أن الغالب فى قيمة الشعير لا تكون مساوية لقيمة القمح ، فلا يلزمه القول بالصحة فى ذلك ، وانما يلزم ذلك القاضى حسين وموافقيه فانهم لم يشترطوا الموافقة فى القيمة بين الجنسين المضمومين فى العوض الواحد ، كما اقتضاه كلام المصنف ، بل أن يكون جزء كل عوض وما يماثله من العوض الآخر متساويين ، واذا كان الشعيران والحنطتان متساويتين لزمهم القول بالصحة ، وقد نبه على ذلك ابن الرفعة رحمه الله ، ولعلهم انما أطلقوا المنع على ما هو الغالب من عدم معرفة مقدار الشعير المضموم الى الحنطة ، والله أعلم •

(فائدة اخرى) نبه على الكلام فيها ابن الرفعة ، قد تقدم أن الشعير اذا كان قليلا بحيث لا يؤثر فى المكيال فانه لا يضر ، ويجوز بيع الحنطة المختلطة به بمثلها وبالخالصة وأنه اذا كان كثيرا بحيث يؤثر فى المكيال ، ولكنه غير مقصود تمييزه لا يضر فى بيع الحنطة بالشعير للاختلاف فى الجنسين ، واقتضى كلام الامام شبيه ذلك بيع المختلط بالزبد فان ما فى الزبد من الرغوة المماثلة للمخيض غير مقصودة ، والزبد والمخيض بعد نزع زبده يختلفان فلم يمتنع البيع ، لكن المصنف فى أواخر هذا الباب وغيره حكوا عن

أبى اسحاق أنه لا يجوز بيع الزبد بالمختلط ، لأن فى الزبد شنان [1] المخيض وكذلك حكوا فى بيع الزبد بالزبد وجهين • قال ابن الرفعة : فقياس الشبهة يقضى أن يأتى وجه فى بيع الحنطة المختلطة بالشعير ، كقول أبى اسحاق فى بيع المختلط بالزبد •

واعلم أن الأصحاب ردوا على أبى اسحاق هناك بأن ما فى الزبد من المخيض لا يظهر ، وقاسه صاحب التتمة على بيع الحنطة بالشعير ، وفيهما قليل منه ، والتخاريج المذهبية انما تطرد فى أقوال الشافعى • أما الوجه الذى للأصحاب فلا يلزمنا طردها ، بل انما يلزم صاحبها ، فان طردها وكان له جواب فارق ، والا تبين ضعف قوله ، وليس يسوغ أن يؤتى الى وجه ضعيف مردود عليه ، وهو ممنوع على تعليل حكى عن أبى اسحاق أنه علل به كلام الشافعى فى بيع الزبد باللبن ، كما سنتكلم عليه عند كلام المصنف ان شاء الله تعالى ورد الأصحاب عليه فى ذلك التعليل •

وقال القاضى أبو الطيب : ان أبا اسحاق لم يذكره فى الشرح فيوجد وجه مثل هذا يثبت به خلاف فى مسألة مجزوم بها ، بل يرد بالمسألة المجزوم بها على ذلك الوجه الضعيف نعم حكوا فى بيع الزبد بالزبد وجهين ، والوجه القائل بالفساد ناظر الى أن ما فيه من اللبن يمنع المماثلة • وهو موزون فلا يغتفر فيه • وان كان يسيراً فليس كمدرك أبى اسحاق فى بيع الزبد بالمخيض ، ولا يلزم طرده فى بيع الحنطة المختلطة بالشعير الذى لا يؤثر فى الكيل بمثلها ولا بالشعير والله تعالى أعلم •

وقد نبه الشافعى رضى الله عنه على هذه القاعدة فى باب المأكول من صنفين شيبا فى الأم قال فى آخره : كل ما شابه غيره فبيع واحد منه بواحد من جنسه وزنا بوزن فلا خير فيه وان بيع كيلا بكيل فكان ما شابه ينقص من كيل الجنس فلا خير فيه • ثم قال : وهى مثل لبن خلطه ماء أو لم يخلطه يعنى فيمتنع (قلت) وهذا الكلام ينبه على أن الماء المختلط باللبن لو كان يسيراً جداً بحيث لا يؤثر فى الكيل صح ، فان اللبن مكيل على الصحيح •

---

(1) كذا وصوابه شنين ، والشنين نظرات الماء • (ظ) •

(المسألة الأولى) اذا خلطا نوعا بنوع من جنس واحد وباعه بنوع منه كمعقلى ببرنى أو قمح صعيدى ببحرى [1] ، وفى كل منهما أو أحدهما شيء من الآخر ، فيتجه أن يقال حيث نقول بالصحة فى الجنسين ، بأن يكون الخليط غير مقصود ، كما اذا باع معقليا ببرنى فيه شيء يسير من المعقلى لا يقصد ، فههنا أولى ، وحيث نقول بالبطلان فى الجنسين بأن يكون الخليط مقصوداً ، فههنا يأتى ما تقدم فى المرتبة الثانية من (قاعدة مد عجوة) والصحيح الصحة لعدم تمييزه ، ويأتى فيه الوجه الذى حكاه صاحب التتمة أنه ان كان ظاهراً يرى من غير تأمل لم يجز ، ولا أثر لكون الخليط موجبا لتفاوت الكيل فيما اختلط به ومقابله ، لأن الخليط هنا من الجنس معتبر فى الكيل أيضا والله سبحانه وتعالى أعلم •

(المسألة الثانية) الفضة الخالصة بالفضة المغشوشة ، والمغشوشة على قسمين (قسم) الغش الذى فيها مما له ثبات وقيمة كالرصاص والنحاس والمس وهو [2] وكذلك الدراهم المزيفة وهى التى فيها فضة ورصاص وزئبق فيستهلك الزئبق وتبقى الفضة والرصاص (وقسم) الغش الذى فيها مما يستهلك كالزرنيخية والأندرانية وهى التى تتخذ شبه الدراهم من الزرنيخ والنورة ثم يطلى عليه الفضة ، وقد كان يتعامل بها فى بغداد وغيرها ، وتسمى بخراسان الزرنيخية والمراد بالاستهلاك أنه لا يبقى لغشها قيمة وليس المراد أنه يستهلك عين الغش فانه لا يزول والحكم المذكور شامل للقسمين لا يجوز بيع الخالصة بالمغشوشة فى القسمين معا ، سواء كان الغش مما قيمته باقية أم لا ، لا خلاف بين الأصحاب فى ذلك ، قال نصر : وان قل • وكذلك المغشوشة بالمغشوشة لكن التعليل مختلف •

فأما المغشوشة بغش يبقى له قيمة فاختلف الأصحاب فى تعليله على وجهين نقلهما الشيخ أبو حامد وآخرون (أحدهما) وهو الصحيح عند الشيخ أبى حامد وغيره أنه بيع فضة وشيء بفضة ، أو بفضة وشيء • فصار

---

(١) بحرى يقابل صعيدى وهما من الالفاظ الشائعة عند المصريين يطلقون على الوجه القبلى من جنوب القاهرة الى حدود السودان الصعيد لارتفاعه عن الوجه البحرى وهو شمال القاهرة الى البحر الابيض المتوسط .

(٢) بياض بالأصل فحرر ولعل العبارة وهو مما لا يستهلك (ك) .

كمسألة (مد عجوة) (والثانى) لأن الفضة هى المقصودة وهى مجهولة غير متميزة ، فأشبه بيع تراب الصاغة واللبن المشوب بالماء وبنوا على المعنيين شراء تراب الصاغة وتراب المعدن وهذا رأى القفال فيما حكاه الرويانى • واستضعفوا هذا واستدلوا للأول بما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال « من زافت دراهمه فليأت السوق وليشتر بها ثيابا » رواه عبد الله بن أحمد فى زوائده على المسند •

على أنه قد نقل عن أحمد بن حنبل أنه حمل قوله « زافت » على أنها بقيت ليس انها زيوف ، جمعا بين ذلك وبين ما روى عن عمر أيضا رضى الله عنه أنه نهى عن بيع نفاية بيت المال ، حكى ذلك ابن قدامة ، وهذه هى مسألة المعاملة بالدراهم المغشوشة وقد ذكرها النووى رضى الله عنه فى هذا المجموع فى باب زكاة الذهب والفضة،وذكر أنه ان كان قدر الغش معلوما جاز قطعا والا فأربعة أوجه ، رابعها ان كان الغش غالباً لم يصح وهو مذهب أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، واختيار القاضى حسين ، والصحيح الصحة مطلقا وهو الذى صححه الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب •

وأما المغشوشة بغش لا قيمة له كالزرنيخية فالعلة فى منع بيع بعضها ببعض أو بالخالصة الجهل بالمماثلة أو تحقق المفاضلة ، وان ابتاع بها ثياباً جاز ، لأن البيع واقع على الفضة فحسب ، وهى متميزة عن الزرنيخية ظاهرة عليه فلا منع على العلتين المذكورتين فى القسم الأول ، وان اشترى بها ذهبا جاز قولا واحداً ، هكذا قال المحاملى ، ومقتضى ذلك أنه لا يجىء خلاف التعامل بالدراهم المغشوشة ولا وجه لاعادة الكلام فيها مع تقدمها ، ومما أفاده صاحب التتمة فيها أنه يكره أخذها وامساكها اذا كان النقد الذى فى أيدى الناس خالصا ، لأن ذلك يتضمن تغرير الناس ، قال : فلو كان جنس النقد مغشوشا فلا كراهية ، وأفاد الرويانى أيضا أن الغش لو كان قليلا مستهلكا بحيث لا يأخذ حظا من الوزن فلا تأثير له فى ابطال البيع ، لأن وجوده كعدمه ، وقد قيل بتعذر طبع الفضة اذا لم يخالطها خلط من جوهر آخر •

(قلت) وذلك صحيح ، وقد بلغنى أن فى بعض البلاد فى هذا الزمان ضربت الفضة خالصة فتشققت ، فجعل فيها فى كل ألف درهم مثقال من ذهب فانصلحت ، ولكن مثل هذا اذا بيع درهم مثلا لا يظهر فى الميزان مامعه من الغش ، وأما اذا بيع قدر كبير فيظهر ذلك فى الوزن فينبغى البطلان والله أعلم •

ورتبوا على هذا الخلاف جواز بيعها بالذهب (ان قلنا) لا يجوز شراء الثياب بها ، فالذهب أولى (وان قلنا) يجوز فههنا بيع الفضة بالذهب صرف ، وبيع الرصاص والنحاس بالذهب بيع ، فهو بيع وصرف ، ولنا فى ذلك قولان (وأما) القسم الثانى وهو ما يكون الغش فيه مستهلكا كالزرنيخية والأندرانية فكذلك لا يجوز بيع بعضها ببعض ، ولا بالخالصة لأنه فضة بفضة مجهولة التساوى ، أو معلومة التفاضل ، وان اشترى بها ثيابا جاز بلا خلاف على التعليلين جميعا •

(أما) على الأول وهو النظر الى (قاعدة مد عجوة) فلأنه ليس ههنا مع الفضة شىء يتقسط عليه الثمن (وأما) على الثانى وهو أن المقصود مجهول فها هنا المقصود ظاهر ، وهكذا اذا اشترى ذهبا لا يجوز ، لأن الذى مع الفضة لا قيمة له فليس فيه جمع بين بيع وصرف ، ويجب أن تستثنى هذه الصورة من قولنا : ان الدراهم المغشوشة لا يجوز التعامل بها على وجه ، أو فيها خلاف ، فان هذه دراهم مغشوشة ، ولا خلاف فى جواز التعامل بها ، قال القاضى أبو الطيب : لا يختلف أصحابنا فى جواز شراء السلع بها والله عز وجل أعلم •

وكل ما ذكرناه فى الفضة يأتى فى الذهب حرفا بحرف ، اما أن يكون مغشوشا بمغشوش أو خالصا بمغشوش ، وأقسام الغش وأحكامه لا تختلف ، كذلك صرح الأصحاب بالأحكام والأقسام المذكورة فيهما معا والله أعلم • وهذه فوائد ، وان كانت زائدة على ما يحتاج اليه فى شرح الكتاب فهى متعلقة به تحتاج اليه والله تعالى أعلم •

(المسألة الثالثة) بيع العسل المصفى بالعسل الذى فيه شمع ، وقد نص

الشافعى على ذلك فى الأم قال : ولا يباع عسل بعسل الا مصفيين من الشمع وذلك أن الشمع غير العسل ، فلو بيع وزنا وفى أحدهما الشمع كان العسل أقل منه قال : وكذلك لوباعه وزناً ، وفى كل واحد منهما شمع لم يخرجا من أن يكون ما فيهما من العسل ومن وزن الشمع مجهولا ، لا يجوز مجهول بمجهول ، وقد يدخلهما أنهما عسل بعسل متفاضلا • وكذلك لو بيعا كيلا بكيل•واتفق الأصحاب على هذا الحكم وعللوه بعلتين (احداهما) ماذكره الشافعى رحمه الله من التفاضل والجهل بالتماثل (والأخرى) أنه كمسألة مد عجوة •

وقد اختلف الأصحاب فى قوله : مصفيين • هل المصفيان بالشمس أو بالنار على حسب اختلافهم فى بيع المصفى بالنار بعضه ببعض • وسيأتى ذلك فى كلام المصنف ان شاء الله تعالى • وليس الغرض الآن الا منع بيعهما وفيهما أو فى أحدهما شمع وسأذكر ان شاء الله تعالى تحقيق القول فى أن العسل مكيل أو موزون عند كلام المصنف فى ذلك ، فانه تعرض له قبل آخر الباب بفصلين ، والله أعلم •

وقد اشتركت هذه المسائل الثلاث التى فرضها المصنف فى علة واحدة • وهى حقيقة المفاضلة كما أشار اليه فى علته • ولا شك أن الموزون منها كالفضة والعسل ــ اذا قلنا بأنه موزون وهو الصحيح ــ يؤثر فيه المخالط ، سواءكان يسيراً أو كثيراً وأما المكيل كالحنطة والعسل اذا قلنا بأنه مكيل كما هو قول أبى اسحاق فقد أطلق المصنف أن الخالصة لا تباع بالمشوبة • وكذا الشافعى رحمه الله فيما حكيته الآن من لفظه فى الأم والمختصر فى العسل واطلاق القاضى حسين وجماعة يقتضى ذلك وقد عرفت تقليده وأن ذلك ليس على اطلاقه • وقد عرفت أن مسألة الحنطة المختلطة بالزوان ، ومسألة العسل منصوصة وما سواها متفق عليه بين الأصحاب والله تعالى أعلم •

والمسائل الثلاث الأخرى التى هى بيع المشوب بالمشوب مشتركة فى علة واحدة ، وهى الجهل بالمماثلة ان لم يعلم مقدار الغش ، وقد يعلم ، وتحقق المفاضلة أو تجهل المماثلة بالطريق التى تقدم فى قاعدة مد عجوة • ومسألة

الحنطة المختلطة بالزوان بمثلها مشار اليها فى كلام الشافعى المتقدم ، حيث منع أن تباع بالمختلطة بالتبن ، وهو مقتضى كلام الأصحاب ، وممن صرح بها الماوردى ، وصورة ذلك ما اذا كان المخالط كثيراً • أما اذا كان يسيراً لا يتبين فى المكيال فيجوز • صرح به ابن أبى هريرة وقد تقدم التنبيه على ذلك وتأويل ما يتوهم مخالفته له ، ومسألة الحنطة المختلطة بالشعير بمثلها لم أرها منصوصة لكنها متفق عليها بين الأصحاب والنص فى القصل والزوان والتبن دال عليها ، وقد تقدم التنبيه على أن صورة المسألة اذا كان كثيرا كما صرح به القاضى أبو الطيب وغيره ، أما اذا كان يسيراً لا يظهر فى المكيال فلا بأس • ومسألة الفضة المغشوشة بالفضة المغشوشة تقدم الكلام عليها ، وأنها مجمع عليها بين الأصحاب • وكذلك الذهب المغشوش بالذهب المغشوش ، والله أعلم •

قال القاضى حسين : وهكذا دينار نيسابورى بدينار نيسابورى لا يجوز لأنه قد دخله الغش • وقد ذكر الغزالى رحمه الله ذلك فى الوسيط • قال امام الحرمين : وبيع الذهب الابريز بالهروى عين الربا • قال : وبيع الذهب الهروى بالورق باطل ، فان النقرة فى الهروى مقصودة (قلت) والهروى نقد فيه ذهب وفضة ، والنيسابورى ذهب خالص •

(فـــرع) بيع الذهب الهروى بالذهب الهروى لا يجوز لما فيه من الغش • قاله القاضى حسين وامام الحرمين والغزالى • وهذا بيع الدراهم المغشوشة بالمغشوشة لا يجوز • قاله القاضى حسين ، وقال ابن الرفعة فى بيع الهروى بالهروى : ان قياس الوجه الذاهب الى جواز بيع مد ودرهم بمد ودرهم من سكة واحدة ونخلة واحدة أن يجوز بيع الهروى بمثله ، اذا كان مقدار الفضة والذهب فيه معلوماً والنوع واحداً والسكة واحدة ، الا أن يقال : الدرهم والمد بالدرهم والمد معلومة من حيث المشاهدة والمقابلة فى الهـروى بمثله غير معلومة ، فان النار عند الضرب قد تذهب من أحـد الجوهرين أكثر مما تذهبه من الآخر ، فلا يأتى الوجه المذكور وهو الأشبه •

(قلت) وَجَزْمُ الأصحاب بجواز بيع الفضة المضروبة بمثلها يدل على أنه

لا أثر لتأثير النار فيها ، واذا كان كذلك فلا أثر لهذا الاحتمال ، وحينئذ يتعين أن يأتى الوجه المذكور ، وينبغى أن يحرر هل النار تأخذ من جوهر الذهب والفضة شيئا عند الضرب ؟ أم تخلصهما فقط ؟ فان كانت تأخذ فالأمر كما قال والا فلا ، ومسألة العسل الذى فيه شمع بالعسل الذى فيه شمع منصوص عليها فى كلام الشافعى كما تقدم • والأصحاب متفقون على أنه لا يباع شهد بشهد ، وقد ذكر الأصحاب الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والماوردى وسائر الأصحاب سؤالا وجوابا • فقالوا (ان قيل) أليس يجوز بيع التمر بالتمر وفيهما النوى ؟ وهكذا اللحم باللحم الطرى ان جوزنا ؟ والقديد كما قاله أبو الطيب وابن الصباغ وفيهما العظم ؟

(قيل) الفرق بينهما من وجهين (أحدهما) أن بقاء النوى فى التمر من صلاح التمر ، لأنه اذا نزع منه النوى لا يدوم بقاؤه كمًّا وفيه النوى ، وهذا الفرق جواب عن النوى والعظم معا ، والأول انما يظهر فى النوى • وأما العظم فزعم القاضى أبو الطيب وابن الصباغ أنه من مصلحة اللحم ، وفى ذلك نزاع ، فالجواب الثانى كاف فيه ، وقد قال أبو الطيب فى مكان آخر : ان بقاء العظم فى اللحم مفسدة وليس كذلك الشمع لأنه ليس من مصلحة العسل (والثانى) أن النوى والعظام غير مقصودين ولا قيمة لهما فى الغالب ، ولهذا يرمى بهما ، فلم يجعل كأنه باع تمراً وشيئا آخر بتمر ، والشمع له قيمة فاذا بيع مع العسل كان ربا أو لحما وشيئا آخر بلحم ، وبهذين المعنيين فرقنا بين الجوز واللوز فى قشريهما ، وبين العسل ، وذكر الامام أيضا فرقا بين الشهد واللبن حيث جوزوا بيع اللبن باللبن وان كان مشتملا على السمن والمخيض ، بأن الشمع غير مخامر للعسل فى أصله ، فان النحل ينسج البيوت من الشمع المحض ، ثم يلقى فى خلله العسل المحض ، فالعسل متميز فى الأصل ثم ينشار العسل بخلطه بالشمع بعض الخلط بالتعاطى والضغط ، وليس اللبن كذلك ، والله أعلم •

(فرع) بيع الشمع بالعسل المصفى وغير المصفى جائز ، لأن الشمع ليس من أموال الربا • قاله القاضى حسين وغيره ، والله أعلم •

ومسألة الطعام المختلط بالتراب القليل منصوص عليها فى كلام الشافعى كما تقدم ، وأطبق الأصحاب على ذلك ، والمراد به اذا كان التراب بحيث يظهر على المكيال فلا يمنع تماثل القدر • فأما اذا كان بحيث لو ميز ظهر نقصانه على المكيال فالبيع باطل ، سواء كان فيهما أو فى أحدهما ، كما صرح به الامام ووالده الشيخ أبو محمد والغزالى للتفاضل أو الجهل بالتماثل ، وعلة البطلان ههنا اما المفاضلة أو الجهل بالمماثلة خاصة ، ولا تعلق لذلك بقاعدة مد عجوة ، لأن التراب غير مقصود ، قال الامام : ولو كان التراب منبسطا على صبرة انبساطا واحدا على تناسب فبيع صاع منها بصاع فالمماثلة محققة ولكن هذا غير موثوق به ، فان التراب لا يبسط على تناسب واحد ، فانه ينسل من خلل الحبات يطلب السفل ، ولذلك يكثر التراب فى أسفل الصبرة • قال الامام :ومن تمام البيان فى ذلك النقصان ، فان كان ما اشتمل عليه العقد بحيث لو ميز التراب منه لم يبن النقصان صح العقد • وان ورد العقد على مقدار لو جمع ترابه لملأ صاعا أو أصعاء فالبيع باطل فان استبعد من لم يحط بأصل الباب تجويز البيع فى القليل ومنعه فى الكثير لم يبال به والله أعلم •

ومثل التراب المختلط بالحنطة دقاق التبن كما قاله الشافعى رحمه الله والشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وغيرهم ، ولا فرق فى ذلك اذا كان التراب لا يؤثر فى المكيال بين بيع بعضه ببعض ، وبين بيعه بالخالص عنه بينهما ، لأن المدرك كونه غير مؤثر فى الكيل ولا مانع من المماثلة ، وذلك شامل للقسمين والله أعلم • ومسألة الموزون المختلط بقليل من التراب منصوص عليها أيضا كما تقدم • وممن صرح بها من الأصحاب ابن أبى هريرة وابن داود وأبو حامد وأبو الطيب والمحاملى والماوردى والقاضى حسين وجميع المتقدمين والمتأخرين ، ولم يفصل أحد منهم فى ذلك الا ما حكاه صاحب الاستقصاء عن صاحب الافصاح أنه قال : الا أن يكون الميزان كبيرا لا يؤثر فيه القراريط والدوانيق ، فهذا كالكيل ، وهذا التفصيل حسن ، فانه اذا فرض أنه خالطه ما لا يظهر فى الوزن كان كما لا يظهر فى الكيل • ألا ترى أن موازين الذهب والفضة يظهر فيها الشىء اليسير الذى

قد لا يظهر فى ميزان الأرطال ؟ وميزان الأرطال يظهر فيها ما لا يظهر فى القبان ولعل الأصحاب انما أطلقوا ذلك اعتبارا بغالب الموازين ، ولا فرق فى الموزون بين أن يكون نقدا كالدراهم والدنانير أو مطعوما كحب الرمان والسكر وشبهه ، قال الرويانى : ولو باع الزعفران بالزعفران وزنا وفى احدى الكفتين يسير تراب لا يجوز البيع • والله أعلم •

فصل المعجونات والمخلوطات بعضها ببعض حكمه حكم هذه المسائل فى البطلان • ذكره الامام والغزالى •

(فرع) ذكره الماوردى وغيره العلس : بالعلس لا يجوز ، الا بعد اخراجه من قشرته لجواز أن يكون قشر أحدهما أكثر من قشر الآخر ، وكذلك بيعه بالحنطة لا يجوز قبل تقشره لأنه صنف منها ، ولكن يجوز بيعه بالشعير لأنهما جنسان فأما بيع الأرز بالأرز قبل اخراجه من القشرة العليا لا يجوز كالعلس وبعد اخراجه من القشرة العليا وقبل اخراجه من الثانية الحمراء ، كان بعض أصحابنا يمنع من بيعه فيها بمثله ويجعل النصاب فيها عشرة أوسق كالعلس • وذهب سائر أصحابنا الى أن هذه القشرة الحمراء الملاصقة به تجرى مجرى أجزاء الأرز لأنه قد يطحن معها ويؤكل أيضا معها ، وانما يخرج منها تناهيا فى استطابته كما يخرج ما لصق بالحنطة من النخالة ، ونصابه فى الزكاة خمسة أوسق كالحنطة مع قشرتها ، والله أعلم •

قال الرويانى : والقول الثانى هو الصحيح عندى ولا يحتمل الوجه الآخر قال : والصحيح أنه يجوز بيع الأرز بالأرز فى قشرته العليا أيضا ، لأنه من صلاحه ، ويدخر معه • وكذلك الباقلا بالباقلا فى قشره يجوز ، وهو المذهب•

(قلت) أما قشره الأسفل فتصحيح الجواز فيه ظاهر وأما الأعلى فلا يمكن للجهل بالمماثلة وعدم امكان كيله ، وان كان رطبا فيزداد امتناعاً ، وبيع الأرز بعد تنحية القشرة السفلى جائز ولا يبطل ادخاره بتنحيتها • قال ابن الرفعة : وجواز بيعه بغيره قبل زوال القشرة العليا يكون كبيع الحنطة فى سنبلها ، لأنه مستور بما ليس بصائن له عن الفساد وهذه طريقة أبى حامد المحكية عن النص (وقيل) كالشعير يباع فى سنبله •

واعلم أن الأرز يكون أولا فى قشرته فتزال عنه القشرة العليا ثم ينضح بالملح فيزال عنه القشر الآخر وهو أحمر دقيق ، ويدخر بعد ازالتها فيجوز بيع بعضه ببعض اذا خلا عن الملح له تأثير فى الكيل كما هو الغالب ، فلو فرض فيه ملح له أثر فى المكيال امتنع والله أعلم •

(تنبيه) قول الشافعى رضى الله عنه المتقدم فى الأم : كل صنف من هذه خلط بغيره مما يقدر على تمييزه لم يجز بيع بعضه ببعض الى آخره يفهم أنه اذا كان مما لا يقدر على تمييزه يجوز بيع بعضه ببعض ، وان أثر فى المكيال، ولا خلاف فى أن الخليط المؤثر فى المكيال عند اتحاد الجنس مانع ، سواء قصد أم لا ، فالظاهر أن الشافعى رضى الله عنه أشار بذلك الى ما يكون متصلا بالمأكول لا يمكن فصله كنوى التمر وقشر الجوز واللوز وما أشبه ذلك • والله أعلم •

فصل فى أحاديث مرسلة تحتمل أن تكون من هذا الباب : روى أبو داود فى كتاب المراسيل عن عبد الأعلى بن عبد الأعلى عن بريد عن سليمان عن موسى قال « مر رسول الله صلى الله عليه وسلم على رجل يبيع طعاما مغلوثا (١) فيه شعير فقال : اعزل هذا من هذا ، وهذا من هذا ثم بع ذا كيف شئت ، فانه ليس فى ديننا غش » •

وعن مكحول أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « مر على رجل يبيع الحنطة يخلط الجيد بالردىء فنهاه وقال : ميز كل واحد على حدة » المغلوث والغليث هو الطعام المغلوث والغليث الطعام الذى فيه المدر والزوان ، قال ذلك ابن سيده فى محكمه •

وأما القسم الثانى ، وهو ما اذا خالط المبيع قليل تراب ، وكذلك دقاق التبن كما قال الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب فاما أن يكون المبيع مكيلا أو موزونا فان كان مكيلا لم يضر ، لأن التراب لا يظهر فى الكيل لتحلله

---

(١) أقال فى القاموس الغلث كالعلث فى معانيه وبالتحريك شدة القتال والغلثى كسكرى شجرة مرة والغليث ما يسوى للنسر مسموما والطعام يغث بالشعير كالمغلوث اهـ (ط) •

فى شقوق الطعام فلا يمنع التماثل وانكان موزونا لم يجز لظهـور أثره فى الميزان ومنعه من التماثل وذلك واضح .

(فـرع) لو تصارفا ديناراً محموديا بدينار محمودى لم يجز لما فيه من الفضة ولو تصارفا ديناراً محموديا بفضة جاز على الأصح ، وان كان فيه فضة ، والفرق فى أن بيع الدينار بالدينار المقصود هو الذهب ، والمماثلة شرط ، وما فيهما من الفضة يفوت العلم بها وفى بيع الدينار بالدرهم المقصود من أحد الجانبين الذهب ومن الآخر الفضة ، والمماثلة ليست بشرط فى بيع الذهب بالفضة ، والفضة التى فى الدينار قليلة غير مقصودة . فلا يعبأ بها ، قاله الخوارزمى فى الكافى وهو ظاهر من القواعد التى قدمناها .

(فـرع) قال الشيخ أبو محمد فى الجمع والفرق : انه اذا باع الدينار الهروى بالهروى فهو باطل كما تقدم ، واذا باعه بدرهم أو بدراهم فالبيع جائز ، وان كان فى كل جانب فضة مجهولة أو متفاضلة ، قال : والفرق أن الدينار اذا صار مقابلا بالدينار فالذهب هو المقصود فى كل جانب ، ومماثلة الذهب مجهـولة بسبب مخالطة الفضـة ، أما اذا قوبل الدينار بالدرهم فالمقصود مقابلة الذهب الذى فى الدينار بالفضة وهما جنسان ، ولا يعبـأ بالفضة اليسيرة المختلطة بالدينار ، ومثله بيع الحنطة بالشعير وفيه حبات حنطة وهذا يلتبس على ما تقدم أنه اذا لم يكن الخليط مقصودا لا يضر وان أثر فى المعيار اذا كان بغير الجنس .

(فـرع) قال ابن داود شارح مختصر المزنى : قول الشافعى فى العسل (وكذلك لو بيع كيلا) قال : فيه كالدليل على أنه يجوز كيلا تارة ووزنا أخرى وهذا غريب فلما لم يوجد له نظير (قلت) ولعل الشافعى انما قال ذلك لتردده : هل هو مكيل أو موزون ؟ على ما دل عليه قوله الذى حكيناه فيما تقدم عند قول المصنف : وان كان مما لا أصل له بالحجاز .

(فـرع) تقييد الشافعى فيماتقدم من كلامه التراب الدقيق ، لأن الغالب أنه هو الذى لا يؤثر فى الكيل لدخوله بين الحبات ، وهو يفيد أن الطين المخالط للقمح فى العادة يمنع المماثلة ، وذلك قل أن يخلو عنه الطعام ،

وكذلك اذا كان كثيرا أما المدر اليسير لو فصل لم يظهر على الكيل فهو كالتراب •

(فرع) لو اجتمع فى الحنطة شعير يسير لا يؤثر فى الكيل ، وتراب قليل كذلك ، ويسير من التبن والقصل كذلك ، ولكن مجموعه يؤثر فى الكيل كما هو العادة فى الغلث ، فانه اذا غربل ينقص فى الكيل حسا فلا شك أن ذلك يؤثر فلا يجوز بيعه بالمغربل ، وأما بيعه بمثله من الغلث فمقتضى المذهب أنه لا يجوز أيضا [1] •

(فرع) العسل اذا قلنا بأنه مكيل كما هو قول أبى اسحاق وكان فيه شمع يسير يظهر أثره على المكيال ، هل يسامح به ؟ ينبغى أن يكون حكمه حكم الحنطة المختلطة بشعير يسير •

(فرع) هذه الأشياء التبن والقصل والمدر ، والحصا والزوان والشعير يجب على المسلم اليه فى الحنطة أن يسلمها نقية عن هذه الأشياء ، نص عليه الشافعى رضى الله عنه فى باب السلف فى الحنطة من الأم ، وسيأتى فى السلم ان شاء الله تعالى •

(فرع) يجوز بيع الجوز بالجوز واللوز باللوز ولا بأس بما عليهما من القشر لأن الصلاح يتعلق به •

فصل
فى التنبيه على ألفاظ الكتاب

الخالص « ما لم يخالطه غيره » والمشوب ــ بفتح الميم وضم الشين ــ ما خالطه غيره (وهو المغشوش) والزوان هو حب أسود وصغار ، قال الشيخ أبو حامد وغيره وآخرون : حاد الطرفين غليظ الوسط ، وقال ابن باطيش : يشبه الرازيانج من الطعم ، يفسد الخبز ، وقال الرويانى : هو الذى يسكر آكله ، وفيه ثلاث لغات حكاها القلعى وابن باطيش زؤان ــ بضم

(١) وذلك لجهالة المقدار سواء من الشوائب أو الحب (ط) •

الزاى والهمز ـ قال القلعى : وهى أفصحها ، وزوان ـ الضم من غير همز وزؤان • قال الأزهرى : قال أبو عبيد عن الفراء يقال : فى الطعام قصل وزوان ، ومزمرى ورعرى وعفا منقوص وكل هذا مما يخرج منه فيرمى به ، والشمع قال ابن فارس : والشمع معروف وقد تفتح ميمه والفضة « زافت بزئبق » والقصل قال ابن داود : وهو ساق الزرع وقال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب والقاضى حسين وخلائق لا يحصون : هو عقد التبن الذى يبقى فى الطعام بعد تصفيته ، والشيلم وأحد طرفيه دقيق أصغر من الزوان •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا يباع رطبه بيابسه على الأرض لما روى سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال ، أينقص الرطب اذا يبس ؟ فقالوا : نعم فقال : لا اذن » نهى عن بيع الرطب بالتمر وجعل العلة فيه أنه ينقص عن يابسه ، فدل على أن كل رطب لا يجوز بيع رطبه بيابسه) •

(الشرح) حديث سعد هذا أصل عظيم يجب الاعتناء به ، وقد رواه أبو داود والترمذى وقال : حسن صحيح ، والنسائى وابن ماجه والأئمة مالك فى الموطأ والشافعى فى الأم والاملاء وغيرهما ، وعبد الله بن وهب ، وأحمد بن حنبل وأبو داود الطيالسى وأبو بكر ابن أبى شيبة وأبو جعفر أحمد بن منيع وجميعهم فى مسانيدهم ، وأبو محمد بن الجارود فى المنتقى والحاكم أبو عبد الله النيسابورى فى المستدرك من طرق وقال : هذا حديث صحيح لاجماع أئمة النقل على امامة مالك رحمه الله ، وأنه محكم فى كل ما يرويه من الحديث ، اذ لم يوجد فى رواياته الا الصحيح ، خصوصا فى حديث أهل المدينة ، ثم لمتابعة هؤلاء الأئمة اياه فى روايته عن عبد الله بن يزيد • والشيخان لم يخرجاه لما خشياه من جهالة زيد بن أبى عياش •

وأخرجه الدارقطنى أيضا فى سننه والبيهقى فى كتبه الثلاثة : السنن الكبير والسنن الصغير ومعرفة السنن والآثار • وعن ابن خزيمة أنه أخرجه فى مختصر المختصر ، فطرقه كلها فى جميع هذه الكتب ترجع الى زيد بن أبى عياش (بالياء المثناة من تحت والشين المعجمة) مولى بنى زهرة ، هكذا

فى كثير من روايات الحـديث ، وهو قول أكثرهم ، ويقال فيـه مولى بنى مخزوم وقيل غير ذلك . قال ابن عبد البر : ولا يصح شىء من ذلك . قال الدارقطنى : ثقة ، ورواه أبو داود من حديث يحيى بن أبى كثير روى هذا الحديث عن عبد الله بن عياش عن سعد ، قال ابن عبد البر : ويقولون ان عبد الله بن عياش هذا هو أبو عياش الذى قاله مالك . وان يحيى بن أبى كثير أخطأ فى اسمه بلا شك ، وفى موضع آخر شك فيه .

وأما عبد الله بن يزيد الراوى عنه فالأكثرون رووه عن مالك هكذا من غير زيادة ، فظن بعض الناس لذلك أنه ابن هرمز القارىء الفقيه المشهور ، وقال ابن عبد البر : ليس كما ظن هذا القائل ، ولم يرو مالك عن ابن هرمز فى موطئه حديثا مسنداً ، وهذا الحديث لعبد الله بن يزيد مولى الأسود بن سفيان محفوظ ، وقد نسبه جماعة عن مالك منهم الشافعى وأبو مصعب .

(**قلت**) وأبو قرة [1] وهذا الذى قاله ابن عبد البر هو الصواب وخلافه خطأ لتضافر الروايات عن مالك وغيره بأنه مولى الأسود بن سفيان مثبتا . قال يحيى بن معين : ثقة ، وقال البخارى : أبو أويس مولى الأسود بن عبد الأسد المخزومى وقال غير البخارى : ويقال مولى بنى تيم .

وعبد الله بن يزيد بن هرمز الذى توهم بعض الناس أنه هو ثقة أيضا ، ورواه عن عبد الله بن يزيد : مالك بن أنس واسماعيل بن أمية والضحاك بن عثمان وأسامة [2] بن زيد ، اتفق هؤلاء الأربعة عنه على ذلك ، وخالفهم يحيى بن أبى كثير وقال فيه « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الرطب بالتمر نسيئة » رواه أبو داود أيضا كما أشرت اليه . قال الدارقطني : واجتماع هؤلاء الأربعة على خلاف ما رواه يحيى يدل على ضبطهم للحديث ، وفيهم امام حافظ ، وهو مالك بن أنس رحمه الله ، وهذا الذى قاله الدارقطنى

---

(١) كذا فى ش و ق ولا معنى لكلمة (أبو قرة) وليس فى السياق من أوله ولا من آخره ما يسوغ وجودها وان كان قد ورد فى كلام الشارح بعد ذلك بقوله : (وذكره أبو قرة فى سننه من طريق مالك واسماعيل فقال فيه : فنهاه عنه) (ط) .

(٢) أسامة بن زيد بن أسلم العدوى المدنى عن أبيه وسالم ونافع وعنه ابن المبارك وابن وهب ضعفه أحمد وابن معين من قبل حفظه قال ابن سعد : توفى فى خلافة المنصور ا هـ من تهذيب التهذيب . (ط) .

حجة على تصويب رواية مالك ومن تابعه ، ويحتمل على طريقة الفقهاء أن يحكم بصحتهما جميعا لثقة روايتهما ، وتكونان واقعتين ، مرة نهى عنه نسيئة ، ومرة نهى عنه مطلقا ، وأن بعض الرواة زاد ما أسقطه الآخر ، ولا تنافى الا من جهة المفهوم ، والمنطوق مقدم عليه ، لكن النظر الحديثى ههنا أقوى والظاهر مع من أسقط لفظة النسيئة ، وقد تابع عبد الله بن يزيد على روايته عمران بن أبى أنس ، وليس فيه زيادة لفظ النسيئة ، كذلك قال البيهقى .

ورواه من طريق الربيع بن وهب ، لكنى رأيت فى مسند ابن وهب عن عمرو بن الحرث أن بكر بن عبد الله حدثه عن عمران بن أبى أنس حدثه « أن مولى لبنى مخزوم حدثه أنه سأل سعد بن أبى وقاص عن الرجل يسلفه الرجل الرطب بتمر الى أجل فقال سعد : نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن هذا » وهذا شاهد جيد لرواية يحيى بن أبى كثير ، فان ثبت فيحمل على أنهما حديثان كما قد نبهت عليه قريبا ، فلا ينافى ذلك ، ويحتمل أن يكون سئل عنه نسيئة فنهى عنه ، وسئل مرة أخرى عنه مطلقا فنهى عنه ، وان لم يكونا حديثين فالحكم باسقاط الزيادة متعين . قال البيهقى : الخبر مصرح بأن المنع انما كان لنقصان الرطب فى المتعقب ، وحصول الفضل بينهما بذلك ، وهذا المعنى يمنع أن يكون النهى لأجل النسيئة فلذلك لم تقبل هذه الزيادة ممن خالف الجماعة بروايتها فى هذا الحديث ، ولذلك قال الشيخ أبو حامد : لأن علة النسأ عندنا الطعم وعندهم الجنس (أما) النقصان فلا ، والله تعالى أعلم .

وقد وردت أحاديث حسنة وصحيحة وغير ذلك تشهد لرواية هذا الحديث وأن المنع مطلق (منها) عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تبايعوا التمر حتى يبدو صلاحه ، ولا تبايعوا التمر بالتمر » رواه مسلم ، وعن ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تبيعوا التمر بالتمر » متفق عليه . وعنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع التمر بالتمر كيلا » متفق عليه . وعنه قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الرطب بالتمر الجاف » رواه ابن وهب فى مسنده بسند ضعيف ، ورواه الدارقطنى بسند آخر ضعيف أيضا . وعنه قال

«نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الرطب باليابس »رواه الدارقطنى بسند فيه موسى بن عبيدة وهو ضعيف ، وروى أيضا عن بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم أن النبى صلى الله عليه وسلم « سئل عن رطب بتمر فقال : أينقص الرطب ؟ فقالوا : نعم ، فقال لا يباع الرطب باليابس » لكن فى سنده أسامة بن زيد ، وهو ضعيف وروى البيهقى أيضا من طريق ابن وهب من حديث يحيى بن سعيد الأنصارى عن عبد الله بن أبى أسامة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن رطب بيابس » فقال البيهقى : وهذا مرسل جيد شاهد لما تقدم .

(قلت) وسيأتى ان شاء الله تعالى فى الفصل الذى يلى هذا عند كلام المصنف فى المزابنة حديث فى معجم الطبرانى بسند صحيح لفظه « رخص فى بيع العرايا بخرصها من التمر اليابس » فيمكن أن يجعل شاهدا لما تقدم ، فانه يقتضى سبق التحريم ، لكن للخصم أن يقول : أنا أسلم سبق التحريم فى الرطب على رءوس النخل بالتمر ، وهو الذى وردت فيه الرخصة ، وقال عبد الحق فى الاحكام بعد أن ذكر حديث أبى عياش هذا : اختلف فى صحة هذا الحديث ، ويقال إن زيدا أبا عياش مجهول (قلت) والظاهر أن عبد الحق أخذ ذلك من ابن حزم . فانه قال : انه لا يصح لجهالة أبى عياش . ولذلك قبله ابن المغلس الظاهرى وسبقهما الى ذلك أبو جعفر الطحاوى فقال : ان أبا عياش لا يعرف . وذكر الاختلاف الذى وقع فى الحديث ثم قال : فبان بحمد الله ونعمته فساد هذا الحديث فى اسناده ومتنه ، وأنه لا حجة فيه على من خالفه من أبى حنيفة ومن تابعه اهـ .

ومدار تضعيف من ضعفه على جهالة أبى عياش . وأول من رده بذلك أبو حنيفة رحمه الله قال : هو مجهول لما سئل عن هذه المسألة عند دخوله بغداد وعلى أنه يتضمن مالا يمكن نسبته الى النبى صلى الله عليه وسلم من الاستفهام عما لا يخفى . فاما تضعيفه بسبب جهالة أبى عياش فقد قال الدارقطنى فيما نقل التربشتى [1] عنه انه ثقة فثبت بذلك عدالته . ولا

---

(1) كذا فى ش و ق ولعله الترمنتى نسبة الى ترمنت وهى من بلاد الصعيد كان شيخ الشافعية بمصر وكان فى العلم للشارح جدا فانه شيخ لابن الرفعة شيخ السبكى (ط) .

يضره قول من لا يعرفه : انه مجهـول • فان ذلك ليس بتجـريح • وأما التضعيف بسبب ما تضمنه من الاستفهام فضعيف جداً وسيأتى الجواب عنه • ولم أعلم أحدا من أئمة الحديث ضعف هذا الحديث • ولا تكلم فى أبى عياش هذا ، قال الامام أبو سليمان : قد تكلم بعض الناس فى اسناد حديث سعد بن أبى وقاص ، وقال : زيد أبو عياش روايته ضعيفة ، ومثل هذا الحديث على أصل الشافعى لا يجوز أن يحتج به • قال الخشابى [1]:وليس الأمر على ما توهمه ، وأبو عياش هذا مولى لبنى زهرة معروف • وقد ذكره مالك فى الموطأ ، وهو لا يروى عن رجل متروك الحديث بوجه • وهذا من شأن مالك ، وعادته معلومة • هذا آخر كلامه •

قال الحافظ أبو محمد عبد العظيم المنذرى : وقد حكى عن بعضهم أنه قال : زيد أبو عياش مجهول وكيف يكون مجهولا وقد روى عنه اثنـان ثقتان ، عبد الله بن يزيد وعمران بن أبى أنس ، وهما ممن احتج به مسلم فى صحيحه ، وقد عرفه أئمة هذا الشأن ، هذا الامام مالك رضى الله عنه ، وقد أخرج حديثه فى موطئه مع شدة تحريه فى الرجال ونقـده ، وتتبعـه لأحوالهم ، والترمذى قد أخرج حديثه وصححه كما ذكرنا ، وصحح حديثه الحاكم أبو عبد الله النيسابورى ، وقد ذكره مسلم بن الحجاج فى كتاب الكنى ، وذكر أنه سمع من سعد بن أبى وقاص • وذكره أيضا النسائى فى كتاب الكنى وما علمت أحدا ضعفه والله أعلم •

(قلت)وقد ذكره البخارى أيضا فى تاريخه الكبير فى ترجمة عبد الله بن يزيد الراوى عنه ، ووصفه بالأعور •

وقال أبو عمر بن عبد البر فى كتاب الاستذكار والتمهيد بعد أن ذكر الخلاف فى جهالته : وقد قيل ان زيداً أبا عياش هذا هو أبو عياش الزرقى ، وأبو عياش الزرقى اسمه عند طائفة من أهل العلم بالحديث زيد بن الصامت • وقيل : زيد بن النعمان وهو من صغار الصحابة وممن حفظ عن النبى صلى الله عليه وسلم وروى عنه ، وشهد معه بعض مشاهده • ورواه ابن عبد البر

---

(١) هكذا ولعله الخطابى فانه هو ابو سليمان المذكور فى السياق (ط) .

من طريق ابن أبى عمر وهو العدنى عن سفيان بن عيينة عن اسماعيل بن أمية فقال فيه الزرقى • وهذه زيادة من عدل مثبتة أنه هو الصحابى • وكذلك رويناه فى سنن الشافعى عنه عن سفيان بن عيينة ، فاجتماع الشافعى والعدنى عن سفيان على ذلك دليل على أنه هو ، لكن ذلك مخالف لما اشتهر فى الروايات أنه مولى بنى زهرة •

وأحال الطحاوى ان يكون أبو عياش هو الزرقى • قال : لأن أبا عياش الزرقى من جلة أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يدركه عبد الله بن يزيد ، فان كان هو اياه فقد كفيناه مؤنة الكلام ، والا فيكفى ما تقدم من توثيق الدارقطنى له ، وحكم الأئمة بتصحيح حديثه ، وأبو عياش الزرقى عاش الى زمان معاوية ، مات بعد الأربعين ، وقيل بعد الخمسين ، وقال أحمد بن حنبل : اسمه زيد بن النعمان ، وكل الرواة لهذا الحديث يقولون فيه : أبو عياش ــ بالياء المثاة والشين المعجمة ــ الا رواية ذكرها أبو بكر أحمد بن ابراهيم الاسماعيلى فى جمعه حديث يحيى بن أبى كثير عن محمد ابن اسحاق بن خزيمة يسنده الى يحيى قال فيها : ان أبا عياش أو عياش شك يحيى • وهذا مما يدل على قلة ضبط يحيى فى هذا الحديث ، ورأيت فى كتاب الاسماعيلى هذا أيضا ذكره بطريق آخر الى يحيى وقال فيه : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الرطب بالتمر يابسا » هكذا وقع فى الكتاب وعليه تضبيب وعلامة أنه ينظر فيه فان لم يكن تصحيفا فهو اختلاف موهن لرواية يحيى أيضا •

(**واعلم**)أن هذا الحديث لا يحتاج الى تقدير صحته الا لما فيه من التعليل بالنقصان (وأما) الحكم فانه ثابت فى الحديث الصحيح المتفق عليه عن ابن عمر رضى الله عنهما « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر » وقد تقدم التنبيه على ذلك من حديثه ومن حديث أبى هريرة وغيره ، فقد علم ما فى هذا الحديث وأن الراجح صحته (وأما) الحكم الذي دل عليه فثابت فى الأحاديث الصحيحة ، وقد روى الشافعى هذا الحديث من جهة اثنين من الأربعة الرواة عن عبد الله بن يزيد ، رواه عن مالك بن أنس ، ومن جهة اسماعيل بن أمية رواه عن سفيان بن عيينة عنه •

(أما) روايته عن مالك فرويناها عنه فى مسند الشافعى من طريق الربيع عنه وكذلك هى فى الأم والاملاء (وأما) روايته من طريق اسماعيل فرويناها فى سنن الشافعى التى يرويها الطحاوى عن المزنى عن الشافعى وفيها وصف أبى عياش بالزرقى ، فيحصل بذلك متابعة العدنى كما تقدم ورفع الجهالة عنه وأكثر الرواة عن مالك رحمه الله يقولون « سئل عن شراء التمر بالرطب» وكذلك هو فى سنن أبى داود والترمذى والنسائى وغيرهم • وبعض الرواة عن اسماعيل بن أمية يقولون « عن الرطب بالتمر » كذلك هو فى النسائى وغيره من طريق سفيان الثورى عنه ، وكذلك قاله ابن منيع من رواية أسامة ابن زيد • وقال أبو داود الطيالسى ووكيع وابن نمير شيخ أحمد وأحمد بن يونس وخالد بن خداش شيخا ابراهيم المخرمى خمستهم عن مالك « الرطب بالتمر » مثل رواية الآخرين وقال أحمد بن حنبل عن سفيان عن اسماعيل « عن تمر برطب » مثل رواية مالك المشهورة والذى قاله الشافعى وغيره فى حديث اسماعيل « تبايع رجلان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بتمر ورطب » فلم يعينوا شيئا والأمر فى ذلك قريب •

وأما قول المصنف « عن بيع » فلم أجده فى شىء من كتب الحديث ، بل كلهم اما بلفظ الشراء واما بحذفهما معا ، وأنا رأيته فى كتب الفقهاء كالقاضى أبى الطيب ومن بعده [1] أكثر الرواة عنهم يقولون فى آخره « قالوا نعم فنهى عنه » وكذلك لفظ أبى داود والترمذى والنسائى وغيرهم وفى رواية « فكرهه » ورواه سفيان بن عيينة عن اسماعيل فقال فيه « قالوا » : نعم قال: « فلا اذاً » مثل ما ذكره المصنف كذلك رواه أحمد فى مسنده والدارقطنى وغيرهما ، وكذلك رواه الحاكم من طريق مالك واسماعيل جميعا ،وذكره أبو قرة فى سننه من طريق مالك واسماعيل فقال فيه « فنهاه عنه » •

وذكره أبو داود الطيالسى عن مالك قال فيه « فقالوا : نعم فقال : لا أو فنهى عنه » هكذا رواه على الشك ، وأكثر الرواة يقولون « اذا يبس » وفى رواية وكيع عن مالك « اذا جف » ذكرها ابن أبى شيبة ، وبعض الرواة

---

(١) بياض بالأصل فحرر .

يقولون « أينقص ؟ » وبعضهم يقول « أليس ينقص ؟ » وبعضهم يقول « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التمر بالرطب ، فقال فيه :اذا يبس نقص » هذه رواية عبد الله بن عون الخراز عن مالك باسناده المذكور ، فهذه كلمات يحتاج اليها فيما ذكره المصنف لمن يريـد تحرير النقل ولنذكر لفظ الحديث بتمامه محرراً :

روينا فى مسند الامام الشافعى عن مالك رضى الله عنهما عن عبد الله بن يزيد مولى الأسود بن سفيان « أن زيداً أبا عياش أخبره أنه سأل سعد بن أبى وقاص عن البيضاء بالسلت فقال له سعد : أيتهما أفضل ؟ فقال البيضاء ، فنهى عن ذلك وقال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسأل عن شراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أينقص الرطب اذا يبس ؟ فقالوا : نعم فنهى عن ذلك » وهو فى الأم كذلك حرفا بحرف ، وفى الاملاء كذلك الا أنه أبدل همزة الاستفهام بهل ،وهو فى أكثر الكتب قريب من هذا اللفظ .

قال العلماء ، منهم الخطابى : قوله صلى الله عليه وسلم « أينقص الرطب اذا يبس ؟ » لفظه لفظ الاستفهام ومعناه التقرير ، والتنبيه فيه على نكتة الحكم وعلته ، ليعتبروها فى نظائرها وأحوالها ، وذلك أنه لا يجوز أن يخفى عليه صلى الله عليه وسلم أن الرطب اذا يبس نقص ، فيكون سؤال تعرف واستفهام وانما هو على الوجه الذى ذكرته وهذا كقول جرير :

ألستم خير من ركب المطايا وأندى العـالمين بطون راح

ولو كان هذا استفهاماً لم يكن فيه مدح ، وانما معناه أنتم خير من ركب المطايا . هذا كلام الخطابى رحمه الله تعالى ، والاستفهام بمعنى التقرير كثير موجود فى الكتاب العزيز فى قـوله تعالى (وما تلك بيمينك يا موسى ؟) وقوله (ألم نشرح لك صدرك) وغير ذلك وانما اعتنى الأصحاب ببيانه هنا، لأن من جملة ما ضعف به الخصم هذا الحديث كونه متضمنا للاستفهام عن أمر لا يخفى .

وقال الشافعى رحمه الله فى الأم فى باب الطعام بالطعام : وفيه دلائل

(منها) أنه سأل أهل العلم بالرطب عن نقصانه فينبغى للامام اذا حضره أهل العلم بما يرد عليه أن يسألهم عنه ، وبهـذا صرنا الى قيم الأمـوال بقول أهل العلم والقبول من أهلها (ومنها) أنه صلى الله عليه وسلم نظر فى متعقب الرطب ، فلما كان ينقص لم يجز بيعـه بالتمر لأن التمر من الرطب اذا كان نقصانه غير محدود ، وقد حرم أن يكون التمر بالتمر الا مثلا بمثل ، وكانت فيها زيادة بيان النظر فى المتعقب من الرطب ، فدلت على أن لا يجوز رطب بيابس من جنسه ، لاختلاف الكيلين ، وكذلك دلت على أنه لا يجوز رطب برطب لأنه نظر فى البيوع فى المتعقب خوفا من أن يزيد بعضها على بعض ، فهما رطبان معناهما معنى واحد •وقال فى الاملاء قريبا من ذلك وزاد : قال الشافعى : فقال بعض : لا بأس بالرطب بالتمر ، وان كان الرطب ينقص اذا يبس ، قال الشافعى : فخالفه صاحبه قال : قولنا فى كراهية الرطب بالتمر ، قال الشافعى : ثم عاد الى معنى قوله فقال : لا بأس بحنطة رطبة بحنطة يابسة ، وحنطة مبلولة بحنطة مبلولة وان كان أحدهما أكثر نقصانا اذا يبس من الآخر ، وتكلم الشافعى رحمه الله تعالى أيضا فى الأم على قول سعد فى البيضاء والسلت ، وقد تقدم ذلك عند الكلام مع المالكية فى بيع الحنطة بالشعير والله أعلم •

وقد اتفق جمهور العلماء على مقتضى هذا الحديث ، وأنه لا يجوز بيع الرطب بالتمر ، وقد اتفق الأصحاب مع الشافعى رحمـه الله على ذلك ، لا خلاف عندهم فى ذلك الا خلافا حكاه ابن الرفعة فى الكفاية عن تعليق القاضى حسين ، فيما اذا باع الرطب على الأرض بالتمر ، وكذلك حكاه مجلى عن الانابة للفورانى ، ولم أجده فى شىء من الكتابين على الاطلاق ولا يجوز اعتقاده ، وانما هو فى الابانة والتتمة فى خمسة أوسق فما دونها تخريجا على مسألة العرايا ، وعبارة التتمة مصرحة بذلك ، وان كانت عبارة الفورانى مطلقة •

(أما) الزائد عليها فليفهم ذلك ، ولم أر أحدا نقل هذا الخلاف الا مجلى وابن الرفعة ، وكيفما كان فهو مردود يجب اعتقاد أن ذلك وهم منهما أو سوء فى العبارة واطلاقها ، ولعـل الذى حملهما على ذلك اطلاق عبـارة

الفورانى ، ولكن ذلك لأنه قد ذكرها فى ذلك فى فصل العرايا فكان ذلك قرينة بخلافهما حيث تكلما فى فصل بيع الرطب بالتمر ، مع أن ابن الرفعة فى شرح الوسيط صرح بالاتفاق على أنه لا يجوز ذلك فى أكثر من خمسة أوسق كما نبهت عليه (وقوله) فى الكفاية أوجب الافهام فيه كونه ذكره فى غير محله • ولم ينبه على محله ، والله أعلم •

وممن ذهب الى المنع من ذلك كما ذهب اليه الشافعى من الصحابة سعد ابن أبى وقاص ، ومن التابعين سعيد بن المسيب ، ومن الفقهاء مالك والليث ابن سعد والأوزاعى والثورى وأبو يوسف ومحمد بن الحسن لكنه قال : اذا أحاط العلم بأنهما اذا تساويا جاز ،وأحمد بن حنبل واسحاق وداود هكذا نقل جماعة من أصحابنا ، والحجة فى ذلك الأحاديث المتقدمة ، ومن جهة أنه ان بيع متماثلا فالمنع لتحقق المفاضلة عند الجفاف ، وان كان التمر أكثر فللجهل بالمماثلة ، والتخمين لا يكفى فى ذلك الا فى العرايا •

وقال أبو حنيفة بجواز بيع الرطب بالتمر كيلا بكيل مثلا بمثل • قال الشيخ أبو حامد : وانفرد بذلك ولم يتابعه أحد عليه ، ونقل ابن عبد البر عن داود موافقته له ، ونقل ابن المنذر أنهم أجمعوا على أن بيع التمر بالرطب لا يجوز الا أبا حنيفة ، وقال الشيخ أبو حامد : انه لم يخالف سعداً من الصحابة أحد ولا خالف أحد من التابعين وهكذا يقوله فى كل فاكهة رطبة ييابسها يجوز بيع العنب بالزبيب ، والحنطة الرطبة باليابسة ، وتابعه على هذا أبو يوسف ، كما أشار اليه الشافعى فى كلامه المتقدم فى الاملاء وداود الظاهرى ، وموافقة أبى يوسف له فى بقية الفواكه مع مخالفته له فى الرطب بالتمر لا وجه له ، فمتى ثبت الحكم فيه ثبت فيها ، وقول أبى يوسف المذكور فى الحنطة الرطبة بالماء •

(أما) الرطبة من الأصل كالفريك فلا يجوز باليابسة ، ولنرجع على الكلام على الرطب بالتمر ومحل الخلاف فى الرطب المقطوع على الأرض•واحتج المنتصرون لأبى حنيفة بأن الرطب والتمر اما أن يكونا جنسا واحداً أو جنسين فان كانا جنسا واحداً فبيع الجنس الواحد بعضه ببعض مثلا بمثل

جائز ، وان كانا جنسين فبيع جنس بجنس آخر أجوز والاستدلال على كل من القسمين لا يخفى • وفى المبسوط من كتب الحنفية أن أبا حنيفة دخل بغداد فسئل عن هذه المسألة وكانوا شديدين عليه لمخالفته الخبر فذكر هذا الاستدلال ، فأورد عليه حديث سعد فقال : ان زيدا أبا عياش لا يقبل حديثه •

قال شارح الهداية من كتبهم : وهذا الكلام حسن فى المناظرة لدفع شغب الخصم ، ولكن الحجة لا تتم لجواز أن يكون بينهما قسم ثالث كما فى الحنطة المقلية بغير المقلية ، يعنى أنها لا تجوز عندهم ، ومع ذلك الترديد المذكور جاز فيها ، ولأنه اذا صح التساوى حال العقد لم يمنع توقع نقص يحدث فى العقد كالتمر الحديث بالتمر الحديث أو العتيق والسمسم بالسمسم، وان كان يؤول الى الشيرج (وأجابوا) عن حديث سعد بجهالة زيد أبى عياش ، وبحمله على أن المراد اذا كان نسيئة ، وقد ورد ذاك فى رواية أخرى كما تقدم ، فيحتج بمفهومها ، ويخص به عموم النهى عن بيع الرطب بالتمر الوارد فى حديث سعد وابن عمر وغيرهما ، وتحمل النواهى الواردة فى ذلك على ما اذا كان الرطب على رءوس النخل وهو المزابنة • واحتجوا أيضا بعموم نهيه صلى الله عليه وسلم « عن الطعام بالطعام الا مثلا بمثل » وكذلك قوله « التمر بالتمر » وقالوا : ان التمر اسم لثمرة النخل من حين ينعقد الى أن يدرك •

(وأجاب) الأصحاب عن الأول بأنهما جنس واحد ، ولا يلزم جواز بيع بعضه ببعض كالدقيق بالحنطة ، وقد وافقنا أبو حنيفة على أنه لا يجوز بيعه بها ، فان اعتذروا بأن طحن الدقيق صنعة تعارض عملها ، لزمهم أن يجيزوا التفاضل بين الدقيق والحنطة ، ثم ان الصنعة لا أثر لها فى عقود الربا (وعن) الثانى بأن المعتبر التساوى حالة الادخار ، وبأن هذه علة مستنبطة ، وعلة النبى صلى الله عليه وسلم منصوص عليها فكانت أولى • وعن جهالة أبى عياش بما تقدم •

وعن الاحتجاج بالمفهوم على تقدير ثبوت تلك الرواية ، وتخصيص

العموم بأن المحتجين بذلك لا يقولون بالمفهوم ؛ وأيضا فان العام المذكور قارنه تعليل وهو قوله « أينقص الرطب اذا ييبس » فصار معناه خاصا ؛ كأنه قال : نهى عن بيع الرطب بالتمر بعد ، لأن اعتبار التساوى مع التعليل المذكور لا وجه له ، واذا ثبت أن ذلك اللفظ العام أريد به الخصوص فالمفهوم المقابل له (من) أصحابنا من يجعله كالقياس ، فيسقطه لرجحان المنطوق عليه •

(ومنهم) من يقول : هو بمنزلة المنطوق ويتقابلان • فعلى هذا يكون هـذا المنطوق أولى ، لأنه نطق خاص معـه تعليل ، فيكون أولى من الذى لا تعليل معه هكذا حكى هذا الخلاف عن أصحابنا والبناء عليه الشيخ أبو حامد وغيره ، وهو يقتضى أن بعض الأصحاب قائل بمساواة المفهوم للمنطوق عند تجـرده عن التعليل وهو غريب فان المعـروف أن المنطوق راجح على المفهوم • نعم قد يكون ذلك فيمااذا كان المفهوم خاصا ، والمنطوق عاما ، وهو بعيد أيضا لأنه يقتضى أن بعضهم يتوقف فيه وبعضهم يسقط المفهوم ؛ والمعروف أن المفهوم يخصص العموم • وعن احتجاجهم بقوله : الطعام بالطعام بأن هذا عام فى الرطب واليابس ، فيحمل ذلك على اليابس بدليل ما ذكرنا • وعن قوله « التمر بالتمر » أن الرطب لا يسمى تمراً لو حلف لا يأكل التمر فأكل الرطب لم يحنث •

(والجواب) عن حملهم ذلك على ما اذا كان على رءوس النخل لا يكال• وأيضا فان المزابنة تعم القسمين كما سيأتى ان شاء الله • وعن قياسهم على بيع الحديث بالعتيق من ثلاثة أوجه مجموعة من كلام القاضى أبى الطيب والماوردى والمحاملى •

(أحدها) أن النقص لا يقدح فى العلة الشرعية كتخصيص العموم •

(الثانى) أن التمر الحديث والعتيق تساويا فى حالة الادخار فلا يضر النقصان بعد ذلك •

(والثالث) أن نقصان الحديث يسير وقد يعفى عن اليسير ، كما لو كان فى الحنطة تراب وزوان يسير (قلت) وهذا الجواب هو المعتمد ولذلك نقول : ان الحديث انما يجوز بيعه بالعتيق اذا لم تبق النداوة فى الحديث

بحيث يظهر دونها فى المكيال • وسيأتى ذلك فى آخر هذا الفصل عند ذكر المصنف له ان شاء الله تعالى ، والله أعلم •

واعترض نصر عليهم بأنهم يحتجون بخبر المجهول فكيف يدفعون هذا الخبر به لو كان مجهولا كما ادعوه ؟ وعمدتنا فى ذلك الحديث ، فهو كاف فى الاستدلال من غير شغب ، والقياس على بيع القمح بالدقيق ، فانهم سلموا امتناعه ، ولا يقال : ان الدقيق الذى فى الحنطة أكثر من الدقيق الذى فى مقابله لأنه ينتقض ببيع جيدة بحنطة ضامرة مهزولة فانه يصح ، والدقيق فى الجيدة أكثر ، ولهم ولأصحابنا أجوبة وأسئلة ضعيفة يطول الكتاب بذكرها ، وفيما ذكرته مقنع ، وهذه المسألة مما تلتبس أيضا على الأصل الذى قدمته ، وهو أن المطلوب هل هو وجوب المساواة كما يقوله الحنفية ؟ أو التحريم حتى تتحقق المساواة ؟ والله سبحانه أعلم •

وسعد بن أبى وقاص راوى الحديث مذكور فى باب حمل الجنازة •

وقوله « البيضاء بالسلت » قال ابن عبد البر : فى الحديث تفسير البيضاء ، وأنها الشعير ، وقد تقدم الكلام فى ذلك • قال ابن عبد البر : ان السلت والشعير عند سعد صنف واحد لا يجوز التفاضل بينهما ، وكذلك القمح معهما صنف واحد قال : وهذا مشهور من مذهب سعد رضى الله عنه ، واليه ذهب مالك وأصحابه • ولنرجع بعد ذلك الى ألفاظ الكتاب :

قول المصنف (على الأرض) تنبيه على أن الكلام فى المسألة المختلف فيها واحتراز عن بيع الرطب على رءوس النخل بالتمر على الأرض ، فلا خلاف فى أنه ممتنع الا العرايا ، فيكون قوله (على الأرض) حالا من رطبه ، أى لا يباع رطبه حال كونه على الأرض بيابسه ، ومعلوم أن اليابس على الأرض ، ويجوز أن يجعل حالا منهما جميعا ، والله أعلم •

(وقوله) انه نهى عن بيع الرطب بالتمر لوجود الصيغة الدالة (وقوله) انه جعل العلة فيه أنه ينقص ، مأخوذ من ثلاثة أوجه (أحدها) الفاء الداخلة على الحكم المرتب على الوصف (والثانى) اذا فانه للتعليل (والثالث)

استنطاقه وتقريره صلى الله عليه وسلم لنقصانه اذا يبس ، وهو صلى الله عليه وسلم والحاضرون يعلمون ذلك ، فلو لم يكن النقصان علة فى المنع لم يكن للتقرير عليه فائدة • وهذا المثال عده الغزالى ومن تابعه فى أقسام الايماء والتنبيه • لكنه لأجل ازدحام هذه الوجوه قال الغزالى ومن تابعه : انه ترقى فى الظهور الى رتبة الصريح • وقال المصنف فى اللمع وشرحها : ان ذلك ــ أعنى قوله صلى الله عليه وسلم « أينقص الرطب اذا يبس ؟ فقيل : نعم ، فقال: فلا اذن » صريح فى التعليل ؛ وجعله مقدما على ذكر الصفة التى لا يفيد ذكرها غير التعليل ؛ وكذلك جعله فى المعونة أيضا •

(وقوله) بعد ذلك ؛ فدل على أن كل رطب لا يجوز بيع رطبه بيابسه : مستنده القياس وعموم العلة ، فيعم الحكم لعموم علته • وبذلك يتم الاستدلال على القاعدة الكلية التى ادعاها أنه لا يباع رطبه بيابسه مطلقا ، فى بعضه بالنص ، وفى باقيه بالقياس ، فنبه على أن النص وحده لا يكفى فى اثبات تلك القاعدة ، والله تعالى أعلم • وأن العلة لو كانت فى رتبة الصريح لا تكون كالتنصيص على جميع محالها ، فيكون الحكم فيها ثابتا بالنص كما ادعاه بعض الأصوليين ، بل انما يثبت فى الفرع بالقياس ، والله أعلم •

(وقوله) رطبه بيابسه يشمل الرطب والبسر والبلح والخلال بلغة العراق الذى يسميه المصريون رامخاً ، لا يجوز أن يباع شىء منها بالتمر ، وكذلك العنب والحصرم اذا بيع بالزبيب ، والجوز واللوز رطبها بيابسها ، وكذلك البندق والفول والمشمش والتين الرطب باليابس ، والخوخ الرطب بالمقدد ، على ما قاله القاضى أبو الطيب وغيره ومراده به [1] وكذلك أحد نوعى الجنس الواحد اذا بيع بالآخر كالرطب المقلى بالتمر البرنى لا يجوز أيضا ، قاله الماوردى وهو واضح ، وما أشبه ذلك • صرح الشافعى رحمه الله والأصحاب بهذه الأمثلة كلها ؛ وهم والشافعى مصرحون باطلاق هذه القاعدة التى ادعاها المصنف بأنه لا يباع من الجنس الواحد رطب بيابس فى غير العرايا ، ولم يختلفوا فى شىء منها الا فى بيع الطلع بالرطب •

---

(١) بياض بالأصل فحرر (ش) : قلت : ولعل السقط انه لا يجوز لانها أنواع ربوية (ط)

وقد حكى الماوردى والرويانى فيه ثلاثة أوجه (أحدها) الجواز لأنه لا ينعقد فأشبه القصل بالحنطة (والثانى) لا ، لأن نفس الطلع يصير رطبا بخلاف القصل (والثالث) قالا وهو أصح ان كان من طلع الفحال جاز لأنه صار رطبا ، وان كان من طلع الاناث لم يجز وممن صرح بأن البسر والبلح كالرطب فى ذلك الماوردى والمتولى ، وكذلك الخلال ، قاله الماوردى ، وكذا كل ما يتخذ من التمر والرطب كالدبس والناطف لا يجوز بيعه بتمر ولا رطب ، ولا بما يصير تمرا أو رطبا كالملح والخلال والبسر ، صرح به الماوردى •

وقال امام الحرمين عند الكلام على الأجناس : ان البلح مع الرطب والحِصْرِم مع العنب كالعصير مع الخل عنده ، وأظهر الوجهين عنده فى العصير مع الخل أنهما جنسان ، فيكون الظاهر عنده جواز بيع البلح بالرطب والتمر متفاضلا ، وجواز بيع الحصرم بالعنب متفاضلا ، وأنهما جنسان ، وهذا بعيد ، لأنه لو لزم من الاختلاف فى هذه الصفة الاختلاف فى الجنسية لزم أن يكون الرطب والتمر جنسين مختلفين ، وهو لا يقول به ، فهذا يفسد عليه ما اختاره من أن العصير والخل جنسان ، بل هما جنس واحد ، لأن التفاوت الذى بينهما أشد مما بين الرطب والتمر •

واعلم بأن الحكم بكون الطلع والرطب والتمر جنسا واحدا ، وكذلك الحكم بأن الرطب والتمر جنس واحد فيه اشكال ، لأن كلا منهما منفرد باسم خاص وذلك يقتضى كونهما جنسين على مقتضى الضابط المشهور فى اتحاد الجنس واختلافه • وقد تقدم التعرض لذلك عند الكلام فى الأجناس • والله أعلم •

والضمير فى قوله : وطيه بيابسه عائد على ما حرم به الربا الذى صدر به الفصل السابق على الفصل الذى قبل هذا ، واتحاد الضمير يفيد أن المراد الجنس الواحد ، أى لا يباع رطب الجنس بيابس ذلك الجنس ، وليس الحكم مقتصرا على الرطب بالتمر ، والعنب بالزبيب ، بل كان رطب بيابس اذا كان ربويا من جنس واحد كحب الرمان بالرمان الرطب •

قال الشيخ أبو حامد : لا خلاف على مذهبنا أنه لا يجوز يعنى تفريعا على الجديد أنه يجرى فيها الربا ، والله أعلم .

ومن الواضحات أنه يجوز بيع الرطب بالعنب ، والعنب بالتمر ، والرطب بالزبيب ، والزبيب بالتمر ، لأنهما جنسان ، وقد نص الأصحاب على ذلك كله والله أعلم .

وقد أفهم كلام المصنف جواز بيع يابسه بيابسه ، كبيع التمر بالتمر والزبيب بالزبيب اذا تساويا فى المكيال ، وذلك بالاتفاق . وكذلك كل ثمرة لها حالة جفاف كالمشمش والخوخ والبطيخ الذى يفلق والكمثرى الذى يفلق والرمان وسيأتى تفصيل ذلك ان شاء الله تعالى . وقد مر بعضه عند الكلام فى المعيار والله سبحانه أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما بيع رطبه برطبه فينظر فيه ، فان كان ذلك مما يدخر يابسه كالرطب والعنب لم يجز بيع رطبه برطبه . وقال المزنى : يجوز لأن معظم منافعه فى حال رطوبته ، فجاز بيع بعضه ببعض كاللبن ، والدليل على انه لا يجوز انه لا يعلم التماثل بينهما فى حال الكمال والادخار ، فلم يجز بيع أحدهما بالآخر كالتمر بالتمر جزافا ، ويخالف اللبن فان كماله فى حال رطوبته لانه يصلح لكل ما يراد به ، والكمال فى الرطب والعنب فى حال يبوسته ، لانه يعمل منه كل ما يراد منه ، ويصلح للبقاء والادخار) .

(الشرح) الطعام الرطب منه ما يخرج عن الرطوبة فى حال يصير يابسا . وهذا ينقسم الى ما يدخر يابسه والى مالا يدخر ، فذكر المصنف من المأكول والمشروب الذى يكون رطبا أبدا . قال المصنف : من المأكول والمشروب الذى يكون رطبا أبدا اذا ترك لم ينتن مثل الزيت والسمن والشيرج والأدهان واللبن والخل وغيرها مما لا ينتهى ييبس فى مدة جاءت عليه الا أن يبرد ، فيجمد بعضه ثم يعود ذائبا كما كان ، أو بأن يقلب بأن يعقد على نار أو يجعل عليه يابس ، فيصير هذا يابسا بغيره وعقد نار ، فهذا الصنف خارج من معنى ما يكون رطبا بمعنيين :

(أحدهما) أن رطوبة ما يبس من التمر رطوبة فى شىء خلق مستحيلا انما هو رطوبة طرأت كطروء اغتذائه فى شجره وأرضه ، فاذا زال موضع الاغتذاء من مسه عاد الى اليبس ، وما وصفت رطوبته مخرجة من أمات الحيوان أو ثمر شجر أو زرع ، قد زال الشجر والزرع الذى هو لا ينقص بمزايلة الأصل الذى هو فيه نفسه ولا يجف به . بل يكون ما هو فيه رطبا انطباع رطوبته .

(والثانى) أنه لا يعود يابسا كما يعود غيره اذا ترك مدة الا بما وصفت ، فلما خالفه لم يجز أن نقيسه عليه ، وجعلنا حكم رطوبته حكم جفوفه ، ولأنا كذلك نجده فى كل أحواله لا متنقلا الا بتنقل غيره ا هـ . فهذا القسم لم يتعرض له المصنف فى كلامه بل ذكر شيئا من مسائله فيما بعد كالخلول والألبان كما سيأتى ان شاء الله تعالى ، واقتصر على الرطب الذى يكون منه يابسه . وقسمه قسمين (الأول) الذى يدخر يابسه كالرطب والعنب ، والحنطة والشعير والفول والجوز واللوز والرمان الحامض والفستق والبندق ونحو ذلك ، وكل ما غالب منافعه فى حال يبسه فهذا لا يجوز بيع رطبه برطبه .

قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم فى باب بيع الآجال : وكل شىء من الطعام يكون رطبا ثم ييبس فلا يصلح منه رطب بيابس ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن الرطب بالتمر فقال « أينقص الرطب اذا ييس ؟ فقيل : نعم . فنهى عنه » فنظر فى المتعقب فكذلك ننظر فى المتعقب فلا يجوز رطب برطب لأنهما اذا تيبسا اختلف نقصهما ، فكانت فيهما الزيادة فى المتعقب ، وقد تقدم من كلامه فى الأم نحو ذلك أيضا . وقال فى باب الرطب بالتمر : وهكذا كل صنف من الطعام الذى يكون رطبا ثم ييبس ، فلا يجوز فيه الا ما جاز فيه الرطب بالتمر والرطب تمه ببعض لا يختلف ذلك . وهكذا ما كان رطبا ، فرسك [1] وتفاح ، وتين وعنب وأجاص وكمثرى وفاكهة ، لا يباع شىء منها بشىء رطبا ، ولا رطب منها بيابس ، ولا جزاف منها بمكيل

---

(١) الفرسك كزبرج : الخوج أو ضرب منه أجرد احمر او ما ينفلق عن نواه . افاده فى القاموس (ط) .

(قلت) وجمع الشافعى فى ذلك بين ما يدخر يابسه ومالا يدخر ومقصوده منع بيع الرطب بالرطب واليابس مطلقا . والله أعلم .

وقال فى الاملاء : وبين عندى والله أعلم أن لا يشترى رطب برطب لأن أحد الرطبين أقل نقصا من الآخر ، وقد اشتمل هذا الكلام على ما يجفف مطلقا سواء كان تجفيفه غالبا أم لا ، ولم يفصل العراقيون بين القسمين ، فلذلك أطلق المصنف ، وسيأتى عن الامام تفصيل فى ذلك فنؤخر الكلام فيما جفافه نادر ، ونجعل الكلام الآن فيما جفافه غالب ، كالرطب والعنب ، وهو أصل ما يتكلم عليه فى المسألة ، فقد اتفق جمهور الأصحاب غير المزنى من المتقدمين والرويانى من المتأخرين على أنه لا يجوز بيع بعضه ببعض فى حال الرطوبة فلم يحكوا فيه خلافا ، وكذلك قال الجورى : ان المنع من ذلك قول واحد ، وامام الحرمين قال : انهم لم يختلفوا فيه ؛ ومحل الكلام فى الزائد على خمسة أوسق .

وأما اذا باع خمسة أوسق فما دونها رطبا مقطوعا على الأرض بمثله فسيأتى فى العرايا فيه خلاف عن شرح التلخيص للقفال . وقد خالف الشافعى رحمه الله فى هذه المسألة أكثر العلماء ، فذهب مالك وأبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل فى المشهور والمزنى ، واختاره الرويانى من أصحابنا فقال فى الحلية : وهو القياس والاختيار ، حتى قال ابن المنذر فيما حكى عنه القاضى حسين : ان العلماء اتفقوا على أن بيع الرطب جائز الا الشافعى وقد وافق الشافعى على ذلك عبد الملك بن الماجشون وأبو حفص العكبرى من الحنابلة . قال الشيخ أبو حامد : والكلام مع أبى حنيفة فى ذلك ضرب من التكلف ، لأنه اذا أجاز بيع الرطب بالتمر فالرطب بالرطب أجوز .

فأما مالك وغيره فقد منعوا بيع الرطب بالتمر وأجازوا هذا ؛ فالكلام معهم . أما حجة الشافعى فظاهرة من القياس على بيع الرطب بالتمر ، وان لم يكن فى الرطب بالرطب حقيقة المفاضلة ، ففيه الجهل بالمماثلة فى الحالة المعتبرة ، وهى حالة الجفاف ، فان فى الأرطاب ما ينقص كثيراً ، وهو اذا كان كثير الماء رقيق القشرة فاذا يبس ذهب ماؤه ولحمه حتى لا يبقى منه شىء ،

ومثله الأصحاب بالهليات وهو [1] والابراهيمى وهو [2] وغيرهما ، ومنه ما ينقص قليلا وهو ما كثر لحمه وقل ماؤه وغلظ قشره ، ومثلوه بالمعقلى والبرنى والطبرزدى ، وهذا ما أراده المصنف بقوله : انه لا يعلم التماثل بينهما فى حال الكمال والادخار ، وزاد الأصحاب فقالوا : ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن الرطب بالتمر لأجل النقصان فى أحد الطرفين ، فكان المنع اذا وجد النقصان فى الطرفين أولى وأحرى .

وروى أبو بكر الاسماعيلى فى كتابه المستخرج على البخارى حديث ابن عمر المتقدم فى بيع الرطب بالتمر بلفظ يدل على منع بيع الرطب بالرطب قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة بالثمرة » فيشمل الرطب وسائر أحواله ، وهذه الرواية أصرح من روايته المذكورة فى البخارى وغيره « نهى عن بيع التمر بالتمر » فانه يحتمل أن يكون جميعا بالثاء المثلثة ، فتكون موافقه لها . ويحتمل أن يكون احداهما التمر بالمثناة ، وكذلك ضبطه جماعة أن الأولى بالمثلثة والثانية بالمثناة ، يعنى بيع الرطب بالتمر . وأما رواية الاسماعيلى هذه فصريحة ، فانها بزيادة الهاء فى آخرها ، ولما لم يتمسك الأصحاب بغير القياس اعترض المخالفون على القياس الذى ذكره الأصحاب بأن النقصان فى أحد الطرفين موجب للتفاوت والنقصان فى الطرفين غير موجب له .

وأجابوا عن هذا الاعتراض بجوابين (أحدهما) ما تقدم من تفاوت النقص فى الأرطاب (والثانى) أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يراع التفاوت فى الثانى ، وانما راعى النقصان اذا يبس . وذلك موجود فى الرطبين ، ولك أن تقول هذا الجواب الثانى جمود على الوصف وظاهرية محضة ، ولاشك أن النقص انما اعتبر بحصول التفاوت فى الربوى ، فالأولى الاقتصار على الأول ، أو نقول ان النبى صلى الله عليه وسلم منع من بيع الرطب بالتمر مطلقا ، وذلك يشتمل ما اذا بيع كيلا بكيل ، وما اذا بيع خرصا . كما اذا باع صاع تمر بصاعين رطبا ، فظن أنه يجىء منها صاع ، والأول فيه الجهل

(١ و ٢) بياض بالأصل فحرر . قلت ولعل السقط : « وهو نوع قليل الحلاوة . والابراهيمى وهو نوع كثيرها ، وهو ما يسمى اليوم عند العامة بالابريمى » (ط) .

بالتماثل بين الرطبين لأنه لما لم يكن معتبراً فى حال الارطاب صار غير معلوم فيكون كما لو تبايعا جزافا • واحتمال المساواة عند الجفاف كاحتمال كون الصبرتين متساويتين فى نفس الأمر ، وأيضا فكل جنس اعتبر التماثل فى بيع بعضه ببعض فالجهل بالتماثل كالعلم بالتفاضل ، بدليل النهى عن التمر بالتمر جزافا • وذكر المصنف لحالة الكمال والادخار تحقيق لعدم العلم بالمماثلة ، لا لأنه مشترك بينه وبين الصورة المقيس عليها •

واعترضوا على هذا القياس أيضا بأنه منقوض بالعرايا ، فانه يصح مع الجهل بالمساواة ، لأن مع الخرص لا تتحقق المساواة ، بل هى مشكوك فيها ، وأجاب الشيخ أبو حامد بأنه فى العرايا غلب على ظنه المساواة بالخرص ، وغلبة الظن فوق الشك ، فاذا غلب على ظنه أن فى هذه النخلة رطبا يجىء منه مثل هذا التمر المكيل على الأرض جوزناه •

(واعلم) أن هذا الجواب يقتضى أن يجوز بيع الرطب بالرطب المقطوعين باعتبار الخرص ، أو تكون العلة منقوضة كما هى ، فيحتاج الى جواب غير هذا فنقول ان الشارع اكتفى بالظن الحاصل من الخرص رخصة فى العرايا وغيرها ليس فى معناها فلا يحسن ايرادها نقضا ، ومقصود الشيخ أبى حامد دفع النقض المذكور فقط بالفرق ، لا أن وصف علية الظن مصحح مطلقا ، والله أعلم •

واحتج المخالفون بالقياس الذى ذكره المصنف ، قال المزنى . وقال أيضا : ولأنه اذا بيع الرطب بالرطب فهما متماثلان فى كل حال لأنهما اذا بقيا يبسا جميعا ونقصا نقصانا واحداً وما يحصل بينهما من التفاوت فى حال اليبس يسيراً معفو عنه بمنزلة النقصان الحاصل فى التمر الحديث اذا بيع بعضه ببعض، وربما أورد ذلك على جهة النقض على علتنا فقالوا : النقصان الذى ذكرتموه موجود فى التمر الحديث بالتمر الحديث ، ومع هذا البيع جائز فانتقضت العلة •

(وأجاب) الأصحاب عن قياسهم على اللبن بما ذكره المصنف : قالوا : لأن التمر يصلح لما يصلح له الرطب ، وزيادة الادخار ولا يصلح الرطب لما يصلح له

التمر ، واللبن يصلح لأشياء كثيرة ، واذا جبن أو جعل لباءاً أو غير ذلك لم يصلح لكل تلك الأشياء وليس للبن حالة اخرى ينتهى اليها بنفسه بخلاف الرطب • وعن كلام المزنى فى أنهما يتساويان فى النقصان اذا يبسا بما تقدم أن الأرطاب تتفاوت فى اليبس ، فيؤدى الى التفاضل فى حال كمالها ، والتفاضل المحتمل هنا أكثر من الحاصل فى الحديث ، فان فرض أن التمر الحـديث يتناهى فى الجفاف بعد ذلك الى حالة يظهر فيها التفاوت فى الكيل فانه لا يجوز بيع بعضه ببعض وهى المسألة ، ومع هذا لا يرد النقض المذكور •

(وأما) الشيخ أبو حامد فانه أجاب عن النقض المذكور بأن العلة علتان مستنبطة ومنصوصة ، فالمستنبطة لا يجوز تخصيصها واختلف أصحابنا فى المخصوصة فقيل كالمستنبطة وقيل : لا يجوز تخصيصها ، لأن المستنبطة انما جعلت علة لاطرادها ، والمنصوصة علة بالنص فجرت مجرى الأسماء بها اذا قام دليل على خصوصها تخصصت ، والنقض مندفع فى كلا الطريقين ، لأنا وان قلنا بأنه لا يجوز أن يخص فليست العلة مجرد النقصان وانما هو نقصان قبل حالة الادخار قال صلى الله عليه وسلم « أينقص الرطب اذا يبس ؟ » وفى المسألة التى ذكروها نقصان يحدث بعد بلوغ حالة الادخار •

(فـــرع) هذا القســم الذى تجفيفه غالب اذا جفف ، فلا خلاف فى جواز بيع بعضه ببعض فى حالة الجفاف ، اذا كان له معيار شرعى ، وان لم يكن له معيار شرعى فيأتى فيه الخلاف فيــما ليس بمكيل ولا موزون هل يجوز بيع بعضه ببعض أو لا ؟ والذى يغلب على الظن أن كل ما يجفف غالبا فهو مقدر كالرطب والعنب والقمح والشعير فليس ثم ما يجفف غالبا ، وهو غير مقدر حتى يتردد فى بيعه فى حالة جفافه ، فان فرض جرى فيه الخلاف والله أعلم •

(فـــرع) أما مالا يغلب تجفيفه ، بل تجفيفه فى حكم النــادر الذى يستعمل فى التفاضل عند الأكل من رطب لجنس ، وأكثر الغرض فى رطبه ، فقد ذكر الامام فيه ثلاثة أوجه ، ومثّله بالمشمش والخوخ •

(أحدها) الجواز رطبا ويابسا •

(والثانى) المنع رطبا ويابسا فانه لم تتقرر له حالة كمال لا رطبا ولا يابسا .

(والثالث) المنع رطبا والجواز يابسا . قال الامام : ولم يصر أحد من أئمة المذهب الى الجواز رطبا والمنع جافا ، ثم الرطب الذى لو جفف فسد يجتمع فيه أربعة أوجه ، وستأتى ان شاء الله تعالى ، وحكى القاضى حسين فى حالة الخوخ وجهين فى المشمش والخوخ والكمثرى والبطيخ الذى يتفلق والرمان الحامض ، وهما الوجهان اللذان فى التنبيه فيما لا يكال ولا يوزن .

(فرع) قال الامام : قال العراقيون : جفاف البطيخ حيث يعتاد من البلاد فى حكم جفاف المشمش ، قال : والأمر على ما ذكره .

(فرع) الذى جزم به صاحب العدة فى البطيخ والمشمش امتناعه رطبا والجواز يابسا فخرج من هذا أن ما كان جافا كاملا ذا معيار جاز بيعه قطعا ، وان فقد المعيار كما مثل أو الكمال كالفواكه التى لا تدخر والرطب الذى لا يجنى منه فى الأقسام الثلاثة خلاف ، وان فقد الكمال والجفاف امتنع قطعا كالرطب والعنب غالبا .

(فرع) قول الشيخ رحمه الله تعالى رطبة برطبة يشمل اليبس والرطب والطلع والخلال وغير ذلك اذا بيع كل منها بمثله أو بالآخر ، واذا امتنع بيع الشىء من ذلك بمثله فلأن يمتنع بالآخر بطريق أولى ، فان النقصان فى أحد الطرفين أكثر وقد ورد فى بعض طرق حديث سعد المتقدم « تبايع رجلان على عهد رسول الله صلى الله عيله وسلم ببسر ورطب فقال صلى الله عليه وسلم : هل ينقص الرطب اذا يبس ؟ قالوا : نعم قال : فلا اذن » رواه الحاكم فى المستدرك من طريق اسماعيل بن أمية بالسند المشهور ، فان لم يكن لفظ البسر تصحيفا فهو حجة فى هذه المسألة .

(فرع) قال الشافعى : كل ما لم يجز التفاضل فيه فالقسم فيه كالبيع ، فذكر الأصحاب لذلك فروعا (منها) لو كانت ثمرة على أصولها مشتركة بين رجلين فاقتسماها خرصا (وقلنا) القسمة بيع وهو القول الذى

ادعى الماوردى هنا أنه الأشهر وقال صاحب التهذيب : انه الأصح ، لم يصح ، (وان قلنا) افراز فان كانت الثمرة مما لا زكاة فيه لم يصح ، لأن خرصه لا يجوز ، وان كانت مما يجب فيه العشر كالرطب والعنب فان كان قبل بدو الصلاح لم يجز ، قاله المحاملى ، وان كان بعد بدو الصلاح فقولان (نقلوا) عن نصه فى الصرف الجواز ، لأنه اذا جاز خرصها لمعرفة حق الفقراء وتضمينه جاز لتمييز أحد الحقين عن الآخر ، نقله القاضى أبو الطيب وغيره •

ونقل المحاملى عن نصه فى سائر كتبه أنه لا يجوز ، وغير المحاملى لم يفصل بين ما بعد بدو الصلاح وقبله ، ورجح صاحب التهذيب أنه لا يجوز ، وان فرعنا على أن القسمة افراز ، لأن الخرص ظن لا يعلم نصيب كل واحد على الحقيقة ، وفى الزكاة جوزنا الخرص • لأن الخرص للمساكين فيه حقيقة الشركة بدليل أنه يجوز أداء حقهم من موضع آخر وهو الصحيح • وقال فى الابانة : ومن أصحابنا من قال قولا واحداً يصح (وان قلنا) انها بيع لأن هذا موضع ضرورة •

(قلت) فيخرج من هذا ثلاث طرق فكل ربوى لا يجوز بيع بعضه ببعض لا يجوز قسمته على القول بأن القسمة بيع ، ويجوز على قول الافراز ، وهل تجوز قسمة أموال الربا المكيل وزنا ، والموزون كيلا (ان قلنا) القسمة افراز جاز (وان قلنا) بيع فلا ؛ اتفق عليه الأصحاب ؛ فعلى الأول يجوز قسمة الرطب ونحوه وزنا والله أعلم •

ولا يجوز قسمة الطعام ولا غيره جزافا ، صرح به المحاملى ، يعنى على القولين جميعاً ؛ ومأخذ الخلاف فى أن القسمة بيع أو افراز اختلاف قول الشافعى كما قال الماوردى هنا فى خرص رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمار المدينة ؛ هل كان لمعرفة قدر الزكاة ؟ أو لافراز حقوق أهل السهمان ، فعلى الأول لا يجوز قسمة الثمار خرصا وتكون القسمة بيعا ، وعلى الثانى يجوز قسمة الثمار ، وتكون افراز حق ، وتمييز نصيب •

(فرع) فاذا قلنا : القسمة بيع وتقاسما مالا ربويا مما يجوز بيع بعضه ببعض قال الماوردى : لهذه القسمة خمسة شروط (أحدها) الكيل

فى المكيل والوزن فى الموزون ، فاذا كانت الصبرة بينهما نصفين وأراد قسمتها أخذ هذا قفيزاً وهذا قفيزاً ، وان كانت أثلاثا أخذ هذا قفيزاً وهذا قفزين ، ولا يجوز لأحدهما أن يستوفى جميع حصته من الصبرة ثم يكال للآخر ما بقى، لاحتمال أن يتلف الباقى قبل أن يكتاله الشريك الآخر ، ولأنهما قد استويا فى الملك فوجب أن يستويا فى القبض فان اتفقا على المبتـــدىء منهما بأخـــذ القفيز الأول والا أقرع بينهما فى أخذه • ويكون استقرار ملك الأول على ما أخذه موقوفا على أن يأخذ الآخر ملكه • فلو أخذ الأول قفيزاً فهلكت الصبرة قبل أن يأخذ الثانى مثله لم يستقر ملك الأول على القفـــيز ، وكان الثانى شريكا له •

(الشرط الثانى) أن يتساويا فى قبض حقوقهما من غير تفاضل ، وكذلك اذا كانت بينهما أثلاثاً أخذ هذا الثلثين ، وهذا الثلث من غير أن يزداد شيئا أو ينقص شيئا •

(الشرط الثالث) أن يكون كل منهما أو وكيله قابضـــاً لنصيبه مقبضا لنصيب شريكه ، فلا يصح انفراد أحدهما ، ولا أن يأذنا لشخص واحـــد يتولى القبض والاقباض •

(الشرط الرابع) أن يتقابضا قبل التفرق ، وتقابضهما بالكيل وحده دون النقل بخلاف البيع ، حيث كان النقل فيه معتبراً ، فان المبيع مضمون على بائعه باليد ، فاعتبر فى قبضه النقل لترتفع اليد فيسقط الضمان ، وليس فى القسمة ضمان يسقط بالقبض ، وانما هى موضـــوعة للاجازة وبالكيل تحصل ؛ فلو تقابضا بعض الصبرة ولم يتقابضا الباقى صح فيما تقابضا قولا واحداً وكانت الشركة بينهما فيما بقى •

(الشرط الخامس) وقوع القسمة ناجزة من غير خيار لا بالشرط ولا بالمجلس ، وان كانت بيعا لانتفاء المحاباة والغبن عنها • هذا كلام الماوردى ، وقال ابن الرفعة : وهذا ظاهر فيما يخير عليه دون مالا يخير عليه ،ولا جرم • قال ابن الصباغ بثبوتهما يعنى الخيارين اذا اقتسما بأنفسهما ، والغزالى حكى فى ثبوت خيار المجلس وجهين • قال : ودعوى الماوردى أنه لا يد مضمنة

فى القسمة فيه نظر ؛ لأن يد كل واحد على حصته فقط ، فلا فرق حينئذ بين يد القاسم والبائع فيما نظنه (قلت) هذا الذى قاله ابن الرفعة هو الذى يترجح ، والله أعلم •

(فـــرع) اذا أراد قسمـــة الثمار وقد قلنا على هـــذا القول بأنه لا يجوز • قال الماوردى : فالوجه فى ارتفاع الشركة بينهما أن يجعلا ذلك حصتين متميزتين ثم يبيع أحدهما حقه من احدى الحصتين على شريكه بدينار ويبتاع منه حقه من الحصة الأخرى بدينار ثم يتقاصان فيكون هـــذا بيعا يجرى عليه أحكام البيوع •

(فـــرع) من الحاوى أيضا (فان قلنا) بأن القسمة افراز يجوز لأحدهما أن ينفرد بأخذ حصته عن اذن شريكه ؛ بخلاف ما تختلف أجزاؤه كالثياب والحيوان لأن ذلك يفتقر الى اجتهاد ؛ فلم يجز لأحدهما أن ينفرد وان أذن الشريك ، وبخلاف ما اذا قلنا بالقول الأول • لأن البيع لا ينفرد به أحدهما ، ولو انفرد بأخذ نصيبه من غير اذن شريكه فوجهان (أحدهما) لا يجوز للاشاعة ، فعلى هذا ما أخذه مشترك مضمون عليه حصة شريكه فيه (والثانى) يجوز ، لأنه لو استأذنه لم يكن له منعه • قال الرويانى : وعندى الأصح الوجه الأول (وان قلنا) القسمة بيع لم يجز لأحدهما أن ينفرد بحال لا بالاذن ولا بغير الاذن ، قاله الرويانى • وذكر جميع ما ذكره الماوردى •

(فـــرع) جميع ما تقدم من الكلام وخلاف العلماء لا فرق فيه بين الرطب بالرطب ، والبسر بالبسر يمتنع عندنا ، وجائز عند أبى حنيفة رضى الله عنه ومالك • وقال أبو حنيفة : يجوز البسر بالرطب مثلا بمثل ، وهو قول داود • وقال مالك وأبو يوسف ومحمد : لا يجوز الرطب بالبسر على حال • نقل ذلك ابن عبد البر •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان مما لا يدخر يابسه كســائر الفواكه ففيــه قولان (احدهما)

لا يجوز لانه جنس فيه ربا فلم يجز بيع رطبه برطبه كالرطب والعنب (والثانى) انه يجوز لأن معظم منافعه فى حال رطوبته فجاز بيع رطبه برطبه كاللبن) .

(الشرح) الذى لا يدخر يابسه فى العادة كالأترج والسفرجل والتفاح والتوت والبطيخ والموز والقثاء والخيار والباذنجان والرمان الحلو والقرع والزيتون عند بعضهم والكراث والبصل وجميع البقول ، وكل ما غالب منافعه فى حال رطوبته ، سوى الرطب والعنب ، وكل رطب لا ينفع اذا ييبس ، اما من المكيلات أو الموزونات التى فيها الربا قولا واحدا ، واما من غيرها على الجديد ومن ذلك أيضا السفرجل . وقال الجورى : انه ييبس ويدخر ــ وهو غريب ــ فهل يجوز بيع بعضها ببعض ؟ فيه قولان منصوصان كما قاله الشيخ أبو حامد . وقد رأيت ما يقتضى ذلك فى الأم ، والذى نص عليه فى باب بيع الآجال المنع ، فانه قال : وكذلك كل مأكول لا ييبس اذا كان مما ييبس ، فلا خير فى رطب منه برطب كيلا بكيل ، ولا وزناً بوزن ولا عددا بعدد ، ولا خير فى أترجة بأترجة ولا بطيخة ببطيخة وزنا ولا كيلا ولا عددا .

وقول الشافعى : اذا كان مما يُيَبَّسُ احترازا عما يكون رطبا أبدا ، الذى تقدم من كلامه وفى آخر كلامه هنا ما يبين ذلك أيضا ، فانه قال : فاذا كان من الرطب شىء لا ييبس بنفسه أبدا مثل الزيت والسمن والعسل واللبن فلا بأس ببعضه على بعض ان كان مما يوزن فوزنا ، وان كان مما يكال فكيلا مثلا بمثل ، ينبغى أن الأولى ييبس ــ بياء مضمومة ثم ياء مفتوحة ثم باء مشددة ــ والثانية ــ بياء مفتوحة ثم ياء ساكنة ثم باء مخففة مفتوحة ــ أى هو ييبس بنفسه وان كان يبسا غير آيل الى صلاح لكنه لا ييبسه الناس ، ولذلك قال فى باب الرطب بالتمر فيه : وهكذا ما كان رطبا فرسك [1] وتفاح وتين وعنب وأجاص وكمثرى وفاكهة لا يباع شىء منها بشىء رطبا ، ولا رطب منها بيابس ، ولا جزاف منها بمكيل .

ثم قال فيه أيضا : وهكذا كل مأكول لو ترك رطبا ييبس فينقص ، وهكذا كل رطب لا يعود تمرا بحال ، وكل رطب من المأكول لا ينفع يابسا بحال ،

---

(1) الفرسك كزبرج الخوخ او ضرب منه أ هـ من القاموس (ش) .

مثل الخربز والقثاء والخيار والفقوس والجزر والأترج ، لا يباع منه شيء بشيء من صنفه وزنا بوزن ، ولا كيلا بكيل ، لمعنى ما فى الرطوبة من تغيره عند اليبس وكثرة ما يحمل بعضها من الماء فيثقل به ويعظم ، وقلة ما يحمل غيرها فيضمر به ويخف ،واذا اختلف الصنفان منه فلا بأس •وقال فى آخر هذا الباب : كل فاكهة يأكلها الآدميون فلا يجوز رطب بيابس من صنفها ، ولا رطب برطب من صنفها ، لما وصفت من الاستدلال بالسنة • وقال فى الأم أيضا فى باب الآجال فى الصرف بعد أن قرر القول الجديد : وجريان الربا فى غير المكيل والموزون من المأكول والمشروب (قال) ولا يصح على قياس هذا رمانة برمانتين عـددا ولا وزنا ، ولا سفرجلة بسفرجلتين ،ولا بطيخة ببطيختين ، ولا يصح أن يباع منه جنس بمثله الا وزنا بوزن يدا بيد ، وظاهر هذا الاستثناء جواز بيع السفرجل والبطيخ بعضه ببعض وزنا ، وهو أيضا ظاهر فى أن المعتبر فى ذلك الوزن دون الكيل ، لأن كلامه يشمـل ما يمكن كيله وما لا يمكن ، فان قوله : منه ، أى من المأكول والمشروب غير المكيل والموزون ، وقد تقدم ذلك •

وكذلك حكى أكثر الأصحاب فى ذلك قولين ، منهم الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى والمصنف وأتباعه والمتولى والبغوى والرافعى وآخرون ، وبعضهم من المراوزة يجعلها وجهين • وقال الماوردى : ان جمهور أصحابنا على أنه لا يجوز بيعه رطبا برطب ولا رطبا بيابس ، وأن ابن سريج ذهب الى الجواز وأن ابن أبى هـريرة كان يجعل مذهب ابن سريج قولا للشافعى ، ويخرج المسألة على قولين : (أحدهما) جواز ذلك وهو المحكى عن ابن سريج تعليقا بأن الشافعى قال فى موضع من كتاب البيوع : ولا يجوز بيع البقل المأكول من صنف الا مثلا بمثل (قلت) وقد تقـدم من كلام الشافعى رحمه الله ما يدل على ذلك • (والثانى) وهو الصحيح من المذهب ، والمشهور من مذهب الشافعى أن بيع ذلك رطبا لا يجوز بجنسه ، فعلى هذا لا يجوز رمانة برمانتين ، ولا رمانة برمانة لعدم التماثل • وفيه وجه أنه يجوز بيع رمانة برمانة متماثلين وزنا ، حكاه الرويانى وقال : ليس بمشهور •

وقال نصر المقدسى فى تهذيبه قريبا مما قاله الماوردى ، فجعل الجواز من

تخريج ابن سريج بعد أن جزم بالمنع ، وجعل ذلك تفريعا على قوله الجديد ، وقد أطبق الأصحاب على حكاية القولين فى ذلك كما حكاهما المصنف • وممن حكاهما الشيخ أبو حامد والمحاملى وغيرهما • وذكر الرويانى المسألة فى موضع آخر فى البقول خاصة تفريعا على الجديد ، وجعل المنع قول الشافعى والجواز قول ابن سريج ، وعلل قول ابن سريج بالقياس على اللبن ، وهذا أبلغ لأنه لا يؤول الى صلاح بحال بخلاف اللبن ، ويمكن للذاهبين الى ترجيح المنع أن يأولوا نص الشافعى الذى حكيته بأن المراد بيعها حالة الجفاف ، فانه لم يصرح بأن ذلك مع الرطوبة ، فان نصوصه على المنع أكثر من خراصتها • والله أعلم •

والأصح من القولين على ما تقدم من كلام صاحب الحاوى ، وعند صاحب التهذيب والرافعى وابن داود شارح المختصر الأول ، وهو أنه لا يجوز بيع بعضه ببعض • وجزم به أبو الحسن بن خيران فى اللطيف ، والأصح عند جماعة الثانى لأنه يجوز بيع بعضه ببعض • وممن صحح ذلك الرويانى • وقال فى البحر : انه المذهب ، والجرجانى فى الشافى وابن أبى عصرون فى الانتصار والمرشد • قال الرويانى : وقيل : القولان فيما لا ينتفع بيابسه كالقثاء والبطيخ ، فأما فيما ينتفع بيابسه ــ فقولا واحدا ــ لا يجوز رطبا • قال الرويانى : وهذا أقيس ، قال : قال هذا القائل : والمذهب أنه لا يجوز بيع رطبه برطبه ، وانما نص الشافعى رضى الله عنه على اليابس بالرطب قصدا لأظهر الحالتين وأوضح المسألتين •

(فرع) بيع الزيتون الرطب بالزيتون الرطب ، نقل الامام الجواز فيه عن صاحب التقريب ، وتابعه عليه ، وكذلك الغزالى جزم به ، وقد تقدم فى كلامى عدة من جملة ما لا يجفف فيقتضى ذلك اجراء الخلاف الذى فيها فيه ، وتابعت فى ذلك بعض المصنفين ولا يحضرنى فى هذا الوقت اسمه فان صح ذلك ثبت خلاف فيه ، والله سبحانه أعلم •

(فرع) هذا الذى تقدم كله فى بيع الرطب من هذه الأشياء بالرطب ، أما لو باع رطبا بيابس كحب الرمان بالرمان فلا يجوز قولا

واحدا ، لأن أحدهما على هيئة الادخار ، والآخر ليس على هيئة الادخار ، فشابه الرطب والتمر ، هكذا قال الشيخ أبو حامد ، وقال : لا خلاف على مذهبنا أنه لا يجوز ، وجعل محل الخلاف فى الرطبين فقط (قلت) وعلى هذا يجب تأويل كلام الماوردى المتقدم قريبا فى قوله : لا يجوز بيعه رطبا برطب ، ولا رطبا بيابس ، وأن ابن سريج ذهب الى الجواز فيكون مراده أن ابن سريج ذهب الى الجواز فى الرطب بالرطب فقط لا فيهما والله أعلم ، وكذلك نصر المقدسى لم يحكه عنه الا فى الرطبين والله تعالى أعلم •

(فـــرع) البطيخ مع القثاء جنسان قاله فى التهذيب ، قال : وفى القثد مع القثاء وجهان •

(فـــرع) لو فرض فى هذا القسم التجفيف على ندور فمن القفال أنه لا يجرى فيه الربا على القديم ، وان كان مقدرا ، فان أكمل أحواله الرطوبة ، فلا ينظر الى حالة الجفاف ، وتتبع هذه الحالة تلك فى سقوط الربا ، والظاهر خلافه (فاذا قلنا) انه ربوى هل يجوز بيع بعضه ببعض ؟ فالذى جزم به الشيخ أبو حامد والمحـــاملى وصاحب العـــدة أنه يجوز متماثلا ، كالتمر بالتمر •

وحكى الامام فى ذلك وجهين قال : انهما مشهوران ، ورتبهما فى الوسيط على حالة الرطوبة ، وأولى بالجواز فيخرج من هذا الترتيب ثلاثة أوجه : جواز بيع بعضه ببعض فى الحالتين رطبا ويابسا « والمنع » فى الحالتين « والمنع » رطبا والجواز يابسا ، وهى كالأوجه الثلاثة المتقدمة فيما يجفف نادراً مما يعتاد تجفيفه كالمشمش والخوخ • قال ابن الرفعة : ويجب طرد الوجه الرابع المذكور فى الرطب الذى لا يتتمر وهو أنه يباع رطبا ولا يباع يابسا ، يعنى لما بينهما من المشاركة فى عدم اعتبار التجفيف فيه ، فان الكمال فيه فى حـــال الرطوبة ، ولله دره ، فقد صرح الامام بأن الأوجه الأربعة تجرى فيه بمثابة الرطب الذى لا يجفف اعتياداً ، كأن ابن الرفعة لم يقف على ذلك فى النهاية والله أعلم •

---

(١) القثد نوع من القثاء ا هـ مصححه (ش) •

ومن المعلوم أنه لو باع جنسا منها بجنس آخر كالهندبا بالنعنع صح نقداً كيف شاء ، وممن صرح به الرويانى •

فائـــدة كلام المصنف يشعر بأن حالة الادخار هى الكمال ، ولذلك قال الغزالى : كل فاكهة كمالها فى جفافها ، وهى حالة الادخار ، وقال الرافعى لما شرح ذلك : انطائفة من أصحابنا ذكروا لفظ الادخار وآخرون أعرضوا عنه ولا شك أنه غير معتبر بحالة التماثل فى جميع الربويات • ألا ترى أن اللبن لا يدخر ، ويباع بعضه ببعض ، فمن أعرض عنه فذاك ، ومن أطلقه أراد اعتياده فى الحبوب والفواكه لا فى جميع الربويات •

(قلت) وقـــد تقدمه الامام الى ذلك فقال : ان بعض أصحابنا أجرى لفظ الادخار فى ادراج الكلام وهو غير معتمد ، فان اللبن يباع ببعض ، وأراد الامام بذلك تقوية جواز بيع الرطب الذى لا يدخر يابسه بعضه ببعض ، والصحيح أن ذلك لا يجوز فالغزالى محتاج الى ذكره ليحترز به عما لا يدخر يابسه ، وهو هذا القسم الذى فرغنا من شرحه ، فانه لا كمال له ،وان جف على أحد الوجهين وهو انما تكلم فى الفاكهة فلا يشمل جميع الربويات • أما اذا تكلم فى حالة الكمال على الاطلاق فلا يستقيم أن يجعل ذاك ضابطا • وضبط حالة الكمال على الاطلاق عسير • وقد نبه الرافعى رحمه الله على عسرها فانه لما شرح ذلك المكان قال : فاذا تأملت ما فى هذا الطرف عرفت أن النظر فى حالة الكمال راجع الى أمرين فى الأكثر •

(أحدهما) كون الشىء بحيث يتهيأ لأكثر الانتفاعات المطلوبة منه •

(والثانى) كونه على هيئة الادخار لكنهما لا يعتبران جميعا • فان اللبن ليس بمدخر والسمن ليس بمتهىء لأكثر الانتفاعات المطلوبة من اللبن ، وكل واحد من المعنيين غير مكتفى به أيضا ، فان الثمار التى لا تدخر تتهيأ لأكثر الانتفاعات المطلوبة منه ، والدقيق مدخـــر ، وليسا على حالة الكمال ولا تساعدنى عبارة ضابطة كما أحب فى تفسير الكمال ، فان ظفرت بها ألحقتها بهذا الموضع وبالله التوفيق • هذا كلام الرافعى رضى الله عنه •

ولك أن تقول : انا اذا جعلنا المعتبر التهيؤ لأكثر الانتفاعات المطلوبة منه لا يرد السمن، وقول الرافعى : انه ليس بمنتهى لأكثر الانتفاعات المطلوبة من اللبن صحيح ، لكن ذلك غير معتبر ، فان السمن عين أخرى غير اللبن كان اللبن مشتملا عليها ، فهو كالشيرج من السمسم ، وليس كالدقيق مع القمح ولا كالرطب مع التمر ، فان كلا منهما هو الآخر ،وانما تغيرت حالته ، فالرطب صار الى يبس وهو حالة تَهَيُّئِه لأكثر الانتفاعات المقصودة منه ، والقمح صار الى تفرق فخرج عن تلك الحال ، وليس السمن هو اللبن حتى تعتبر فيه منافع اللبن ، بل تعتبر فيه الانتفاعات المقصودة منه نفسه وهو متهيء لها •

(وأما) الفواكه التى لا تدخر فقد فهمت من كلام الشافعى ما يخرجها وهو ما حكيته عنه قريبا (وقوله) انها خلقت مستحشفة ، والرطوبة التى فيها رطوبة طراءة ، فاذا زايل موضع اغتـذائه عاد الى اليبس ، يعنى أن الرطوبة فيه ليست خلقة لازمة له ، بل مفارقة بنفسها ، فلذلك تخيلت أنا ضابطا ، وهو أن يقال : المعتبر فى الكمال عدم الرطوبة المفارقة أو التغير المانعين من التماثل عن النداوة اليسيرة والتغير اليسير لكن يرد عليه الزيتون ، فانه كامل ، وان كان رطبا قال ابن الرفعة فى ضابط حالة الكمال : يصح أن يقال ما يقصد جفافه ، وان أمكن تحصيل القوت أو الأدم منه فى حال رطوبته فكماله فى حالة ادخاره وجفافه ، ويدخل فيه اللحم على النص ، وما لا يجفف بحال كالزيتون ، أو لا يمكن تجفيفه كاللبن ، فحالة كماله كحالة رطوبته ، وقد تعرض له حالة كمال أخرى أو أكثر • واذا جوزنا بيع الزبد بالزبد ، وليس يوصف كل واحد منهما أنه انتهى الى حالة جفاف وليس يصير اللبن زبدا أو سمنا ولا الزيتون زيتا كذلك ، وبذلك يتم المقصود فيما نظنه ولا ترد الثمار التى لا تجفف ، لأنها تؤكل تفكها ، فلم يكن بذلك اعتبار لأنه لا تعم الحاجة اليها ولا يرد الدقيق ، لأن الاعتبار فى المدخر بما يقصد غالبا فيه طالت مدته أو قصرت وادخار كل شيء بحسبه والغالب فى الحب ادخاره حبا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وفى الرطب الذى لا يجيء منه التمر ، والعنب الذى لا يجيء منه الزبيب طريقان (احدهما) أنه لا يجوز بيع بعضه ببعض ، لأن الغالب منه أنه يدخـر

يابسه ، وما لا يدخر منه فنادر ، فالحق بالغالب (والثانى) وهو قول ابى العباس انه على قولين ، لأن معظم منفعته فى حال رطوبته ، فكان على قولين كسائر الفواكه .

(**الشرح**) الرطب والعنب على قسمين (منه) ماله جفاف وكمال فى حالة جفافه ، وقد تقدم حكمه ، وأنه لا يجوز بيع رطبه برطبه ، ولا بيابسه جزما ، ويجوز بيع يابسه بيابسه اتفاقا (ومنه) ما لا يجفف فى العادة ، ولو جفف لاستحشف وفسد لكثرة رطوبته ، ورقة قشره ، كالدقل ، وهو أردأ التمر ، والعمرى وهو [1] والابراهيمى والهليات ، وكذلك العنب الذى لايجىء منه زبيب كالعنب البحرى بأرض مصر ، فهذا القسم فيه شبه من الفواكه التى ليس لها جفاف لأن غالب منافعه فى حال رطوبته ، وقد تقدم فيها قولان ، ويفارقها فى أن الغالب فى جنسه التجفيف والادخار بخلافها ونادر كل نوع ملحق بغالبه ، فلذلك كان فى المسألة مغايرا لها واختلف الأصحاب فى الحاقه بها على طريقين :

(أحدهما) أنه لا يجوز بيع بعضه ببعض لما ذكره المصنف ، وهذا هو المنصوص فى الأم صريحا لأن الرطب الذى لا يعود تمرا بحال لا يباع منه شىء بشىء من صنفه ، وقد تقدم حكاية ذلك ، ونسب العمرانى هذه الطريقة الى أكثر أصحابنا ، ونسبها صاحب المجرد من تعليق أبى حامد الى أبى اسحاق المروزى يقول : انه لا يجوز قولا واحدا ، وفى موضع آخر من المجرد قال : انه لا يجوز بيع بعضه ببعض وزنا ولا كيلا لا يختلف القول فيه ، فكأنه اقتصر فى هذا الموضع على طريقة المروزى .

(والطريقة الثانية) أنه على القولين المتقدمين فى سائر الفواكه ، وهى التى ذكرها الشيخ أبو حامد عندالكلام فيما لا يكال ولا يوزن ، وقال : هو أسوأ حالا فهو على القولين ، وكذلك القاضى أبو الطيب والمحاملى وابن الصباغ والرافعى وغيرهم ، صرحوا بحكاية القولين . وقال القاضى أبو

---

(1) بياض بالأصل فحرر (ش) قلت : قال فى القاموس العمرى بالفتح نخل السكر والضم أعلى وهى تمر جيد والعمرى بالفتح تمر آخر : ا هـ ملخصا (ط) .

الطيب : ان المنع هو القول المشهور الذى صرح به فى الأم وأعادوا المسألة هنا ، فنسب الشيخ أبو حامد والمحاملى والرويانى وصاحب العدة القول بالجواز الى تخريج ابن سريج • ونسبه القاضى أبو الطيب الى حكاية الأصحاب •

ونسب الجورى القولين جميعاً فى ذلك وفى البطيخ ونحوه من الفاكهة التى لا تصير الى حالة الجفاف والبقول الى تخريج ابن سريج وابن سلمة وأبى حفص فأفاد زيادة ابن سلمة وأبى حفص بن الوكيل • وأبعد فى جعل القولين مخرجين • فان القولين فى تلك الأشياء منصوصان كما تقدم • وكذلك قول المنع هنا والماوردى قد تقدم عنه فى الفواكه الرطبة أنه جعل الجواز قول ابن سريج • وقال عن ابن أبى هريرة انه كان يجعل مذهب ابن سريج قولا للشافعى ، ويخرج المسألة على قولين • وذكر الماوردى مسألة الرطب الذى لا يصير تمرا بخصوصها فى مسألة بيع الرطب بالرطب • وجعل الجواز قول ابن سريج وأبطله •

وبمقتضى هذه النقول يصح نسبة الطريقة الثانية الى ابن سريج وابن أبى هريرة وابن سلمة وابن الوكيل • ولعل ابن سريج خرج ذلك واختاره ، فيصح نسبة ذلك اليه والى تخريجه • وكثير من الأصحاب لم يفرقوا بين المسألتين أعنى مسألة مالا يدخر يابسه • ومسألة الرطب الذى لا يجىء منه تمر • بل أطلقوا الكلام اطلاقا يشملها وأغرب ابن داود فحكى أن أبا العباس اختار أنه لا يجوز بحال • وحكى وجه الجواز ولم ينسبه الى أحد والذى يقتضيه ايراد الشيخ أبى حامد وأبى الطيب والماوردى فى ذلك ترجيح المنع • وحكاه الماوردى عن جمهور الأصحاب • هذا ما فى طريقة العراق ، وأما الخراسانيون فجمهورهم أيضا مطبقون على حكاية الخلاف من غير ذكر الطريقة القاطعة ، وعبروا عن الخلاف بالوجهين ، ممن سلك هذا المسلك منهم القاضى حسين والفورانى والامام والبغوى وصاحب العدة فى أحد الموضعين من كتابه والغزالى • ووافقهم ابن داود شارع مختصر المزنى • والرافعى سلك طريقة العراقيين فى حكايتهما قولين ، ولم يحك الطريقة القاطعة واذا وقفت على ذلك استبعدت نسبة العمرانى الطريقة القاطعة الى أكثر الأصحاب ، وظهر لك أن طريقة الخلاف أشهر ، وهى أيضا أظهر ، فان القياس المقتضى

لالحاق ذلك بالفواكه أقوى من الفارق الذى ذكر للتى قد ذكرت فيما تقدم أن نص الشافعى فى الفواكه على الجواز ليس صريحا فى أن ذلك فى حال الرطوبة ، بل هو محتمل لأن يحمل على حالة الجفاف ، ونصوصه على المنع هناك وهنا صريحة لا تحتمل ، فلا جرم كان الصحيح فى الموضعين المنع عند البغوى والرافعى ، وهو مقتضى ايراد أبى حامد وأبى الطيب والماوردى هنا كما تقدم ، وصحح جماعة الجواز ، منهم الجرجانى فى الشافى وابن أبى عصرون فى الانتصار والمرشد . وقال الامام : انه القياس . وقال الرويانى فى البحر : وهذا أظهر عندى ولا شك أن من صحح قول المنع هناك فهو مصحح له هنا . وقد تقدم ذكرهم وذكر من جزم بذلك أيضا .

وهذا الذى صححه هؤلاء مخالف لنص الشافعى الصريح كما علمت وهو ضعيف من جهة الدليل أيضا لعموم الحديث الثابت عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تبيعوا الثمرة بالثمرة » ورواه الاسماعيلى فى المستخرج ، وقد تقدم التنبيه عليه ، وأنه مضبوط هكذا بالهاء فى كل منهما ، والثمرة اسم عام يشمل ما له جفاف وما لا جفاف له ، يخرج من ذلك ما اذا اختلف الجنس ، كبيع العنب بالرطب .

قوله « اذا اختلفت الأصناف فبيعوا كيف شئتم » ويبقى فيما عدا ذلك مقتضى الدليل ، وأيضا الوصف الذى جعل علة وهو قوله « أينقص الرطب اذا جف ؟ » ولا شك أن النقصان موجود فيما يجىء منه تمر وفيما لا يجىء منه ، وذلك يشير الى أن التساوى فى حال الرطوبة لا اعتبار به .

وأما كوننا نتجيز الى التعليل بذلك الى أشرف حالاته وأكملها وهو حالة الجفاف ، وذلك مفقود فيما لا يجىء منه تمر ، فهو ــ وان كان معنى مناسب ــ لكنه ــ على معارضة الظاهر المستفاد من العموم ومن الوصف الذى جعل علة . والله تعالى أعلم .

(**التفريع**) لو جفف هذا النوع على ندور (ان قلنا) بالجواز فى حال الرطوبة فهل يجوز أيضا فى حال الجفاف ؟ فيه وجهان (وجه) المنع أن الرطوبة فى هذا النوع هى الكمال والجفاف غير معتاد أصلا (وان قلنا) بالمنع وهو

الصحيح ففى حال الجفاف أيضا وجهان (أحدهما) المنع • فعلى هذا لا يجوز بيع بعضه ببعض رطبا ولا يابسا لأنه لم يتقرر له حالة كمال • والبيع الذى نحن نتكلم فيه نعتمد حالة الكمال ، فبامكان الجاف وجريانه أخرج حالة الرطوبة عن الكمال وعدم عموم ذلك أخرج حالة اليبوسة عن الكمال • وكل من الخلافين مأخوذ من كلام الامام ، فانه قال : انه يجتمع فى المسألة أربعة أوجه ، يعنى (المنع) رطبا ويابسا (والجواز) رطبا ويابسا •

قال فى الغاية مختصر النهاية : وهو القياس والمنع رطبا فقط ، وعكسه ، لكنه فرضها فى الرطب الذى لو جفف فسد ولم يبق فيه انتفاع يحتفل به ، فمن المعلوم أنه لابد من المنفعة التى هى شرط فى كل بيع ، وانما مراده والله أعلم بصورة المسألة أن تقل منفعته ، ولهذا قال : لا يحتفل بها (أما) لو وصل الى حالة لا ينتفع به أصلا لم يجز بيعه بجنسه ولا بغيره ، ولم يأت فيه فى حال رطوبته الا القولان الأصليان أن يباع بعضه ببعض أو لا يباع أصلا وهو الصحيح ، وقد تقدم نظير المسألة فى الفواكه ، وحكى الامام فيها ثلاثة أوجه •

(الأول) وقال : انه لم يصر أحد من أئمة المذهب الى الرابع المذكور ههنا ، والفارق ما تقدمت الاشارة اليه أن الرطب لم يعتد فيه الجفاف أصلا بخلاف المشمش والخوخ ونحوه فانه معتاد ، وان كان قليلا ، وكتب هناك عن جماعة من الأصحاب أنهم جزموا بالجواز فى حالة الجفاف (وأما) هنا فى الرطب الذى لا يجىء منه تمر فقل من تعرض لهذا الفرع غير الامام وعذرهم فى السكوت عنه فرض المسألة فى رطب لا يصير تمراً ، فان فرض ما ذكره الامام وأن الرطب ييبس ، وصارت فيه منفعه تقابل بالاعواض وان لم تكن هى المقصودة منه فينبغى أن يجوز بيع بعضه ببعض ، وان منعنا بيع رطبه برطبه لانتفاء النقصان الذى أشار الحديث الى أنه علة المنع • والله أعلم •

(فرع) بيع الرطب الذى لا يجىء منه تمر بالرطب الذى يصير تمراً ، وكذلك بيع الرمان الحلو بالحامض ــ قال القاضى حسين : فيه

وجهان مرتبان على بيع الرطب الذى لا يتتمر بمثله (ان قلنا) هناك لا يجوز فههنا أولى (وان قلنا) يجوز فههنا وجهان ، والفرق أن لأحدهما حالة الكمال ههنا ، وليس للآخر ذلك ، فلم يستويا فى أكمل حالتيهما بخلاف الذى لا يتتمر اذا بيع بمثـله ، قال ابن الرفعة : ومـن ذلك يحصل فى بيـع الرطب الذى لا يتتمر بالرطب ثلاثة أوجه (ثالثها) يجوز بمثله ولا يجوز بما يتتمر • ومن المعلوم أن الكلام فى هذه المسألة مفرع على غير رأى المزنى الذى اختاره الرويانى ، فانه يجوز الرطب بالرطب مطلقا ، والله أعلم •

(فـرع) بيع الرطب الذى لا يجىء منه تمر بالتمر ، هل يجرى فيه الخلاف أو لا ؟ قد تقدم قول الشيخ أبى حامد فى الفواكه وأن بيع حب الرمان بالرمان غير جائز قولا واحداً ، ومقتضى ذلك أنه لا يجوز بيع الرطب المذكور بالتمر قولا واحداً أيضـا ، فانه لا فرق بينهما • وكذلك قال امام الحرمين : انه لم يختلف أئمتنا فى منع بيع الرطب الذى لا يجفف بالتمر ، وأن ذلك مدلول كلامهم ولم نجد لهم فيه نصا ، ورأيى أن القياس يقتضى تجويزه عند من يجوز بيع الرطب بالرطب اذا كان لا يجفف ، وتبعه الغزالى على ذلك وجعله منقدحا ، ويمكن الجواب عنه بأن المساواة بين الرطبين عند ذلك القائل حاصلة ، ولا كمال له غيرها فجاز بيعه • وأما الرطب بالتمر فلا يمكن دعوى المساواة بينهما لأنا نعلم أن فى الرطب مائية ليست فى التمر ، فيحصل التفاوت قطعا مع دخوله تحت النهى عن بيـع الرطب بالتمر ، وقال ابن أبى الدم فى شرح الوسيط : سمعت فيما يغلب على ظنى فيه وجهين أنه يجوز بيع رطبه بالتمر • وتوجيهه ظاهر لأنـه ان كان لا يتتمر وكان كماله فى هـذه الحال ويجوز بيع بعضه ببعض صار بمنزلة التمر ، فاذا جاز بيع التمر بالتمر لأنه حالة كمالها جاز بيع هذا الرطب بالتمر ، لأنه حالة كمالهـا ، وذكر أن كلام الامام المتقدم يشعر بالخلاف الذى حكاه (قلت) أما كلام الامام فانما أراد به ما أبداه من القياس عنده (وأما) ما ذكره من التوجيه فقد تقدم ما فيه جواب عنه • ولا ينهض المعنى الذى يخصص نهيه عن بيع الرطب بالتمر • والله سبحانه وتعالى أعلم •

(فـرع) جعل القاضى حسين البطيخ الذى لا يفلق والقثاء والقثد فى

التمثيل مع الرطب الذى لا يتتمر والعنب الذى لا يصير زبيبا • وقال فى الكل : لا يجوز بيع بعضه ببعض عدداً وجزافاً ، وهل يجوز وزنا ؟ فيه وجهان وعلل المنع بأنه لم يعرف له معيار فى الشرع •

(فرع) قال الامام : وقال صاحب التقريب : بيع الزيتون بالزيتون جائز فانه حالة كماله وليس له حالة ولكن يعصر الزيت منه ، وليس ذلك من باب انتظار كمال فى الزيتون ، فانه تفريق أجزائه ويغيره كما يستخرج السمن من اللبن • قال الامام : والأمر على ما ذكره •

(فرع) تعرف بها مراتب الأنواع المذكورة على طريقة العراقيين ما يجفف ويدخر عادة كله قسم واحد ، ويليه فى المرتبة مالا يدخر من الفواكه غير الرطب والعنب ، ويليه الرطب والعنب اللذان لا يجففان لما ذكر بينهما من الفرق (وأما) الخراسانيون فالذى يقتضيه ايراد الامام أن ما يجفف ويدخر عادة غالبه قسم ويليه ما يعتاد تجفيفه ، ولكن معظم المقصود منه الرطب ويليه مالا يعتاد تجفيفه أصلا ، ويضطربون فى التمثيل مع اتفاقهم على أن المشمش والخوخ من القسم الثانى ، وأدخل القاضى حسين معه فى التمثيل الكمثرى والبطيخ الحلبى الذى لا ينفلق والرمان الحامض • وجزم أنه لا يجوز بيعها فى حال الرطوبة وتردد حالة الجفاف والقثاء من القسم الثالث • وقال نصر المقدسى : ما يمكن تجفيفه كالأجاص القبرصى والخوخ والقراصيا والتين •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وفى بيع اللحم الطرى باللحم الطرى ايضا طريقان (احدهما) وهو المنصوص انه لا يجوز لانه يدخر يابسه فلم يجز بيع رطبه برطبه كالرطب والعنب •

(والثانى) وهو قول ابى العباس انه على قولين ، لان معظم منفعته فى حال رطوبته ، فصار كالفواكه) •

(الشرح) صورة المسألة فى بيع اللحم بلحم من جنسه ، انقلنا : ان اللحوم أجناس ، وهو الصحيح أو مطلقا على القول الآخر (أما) اذا قلنا

انها أجناس وباعه بغير جنسه ، فانه يجوز متماثلا ومتفاضلا ، رطبين ويابسين ورطبا ويابسا وزنا وجزافا لا شك فى ذلك • وممن صرح به القاضى أبو الطيب والقاضى حسين وانما مقصود المصنف اذا كانا من جنس واحد أو على القول الآخر كما نبهت عليه •

اذا عرف ذلك فقد قال الشافعى رحمه الله فى الأم فى بيع الآجال : ولا خير فى اللحم الطرى بالمالح والمطبوخ ، ولا باليابس على كل حال ، ولا يجوز الطرى بالطرى ولا اليابس بالطرى حتى يكونا يابسين ، أو حتى تختلف أجناسهما • وقال أيضا فيه : فاذا كان منهما شىء من صنف واحد مثل لحم غنم بلحم غنم لم يجز رطب برطب ولا رطب بيابس ، وجاز اذا يبس فانتهى يبسه بعضه ببعض وزنا وقال فى باب ما جاء فى بيع اللحم : لا يجوز منه لحم ضائن بلحم ضائن رطل برطل ، أحدهما يابس والآخر رطب ، ولا كلاهما رطب لأنه لا يكون اللحم ينقص نقصاناً واحداً لاختلاف خلقته ومراعيه التى يغتذى منها لحمه ، فيكون منها الرخص الذى ينقص اذا يبس نقصانا كثيراً والغليظ الذى يقل نقصه ثم يختلف غلظهما باختلاف خلقته ، ورخصهما باختلاف خلقته فلا يجوز لحم أبداً الا يابسا قد بلغ اناه ييبسه وزنا بوزن من صنف واحد ، فلا جرم قال المصنف والأصحاب : ان المنصوص أنه لا يجوز •

وحكى الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهم قول أبى العباس أن فيه قولا آخر ، وجعله الشيخ أبو حامد فى بعض المواضع من تخريج أبى العباس ، ثم قال الشيخ أبو حامد : وهذا غلط ، والصحيح ما ذكره الشافعى رحمه الله • وقال القاضى أبو الطيب : ان ذلك مما ليس بمشهور وليس بصحيح • ونسب الماوردى والرافعى ذلك الى ابن سريج من غير ذكر نقل ولا تخريج وكذلك القاضى حسين والرويانى • وفرق الشيخ أبو حامد وغيره من الأصحاب بين ذلك وبين الفواكه لأنها اذا يبست لا تكون فيها المنافع التى تكون فيها حال رطوبتها ، واللحم كل ما يكون منه وهو رطب يكون منه وهو يابس وزيادة ، وهو أنه على هيئة الادخار فأشبه الرطب بالرطب وفرقوا بينه وبين اللبن فانه ليس للبن حالة أخرى ينتهى اليها واللحم له حالة ادخار ينتهى اليها •

وقال المحاملى : ان سائر أصحابنا يعنى غير ابن سريج ذهبوا الى أنه لا يجوز بيع ذلك رطبا بحال ، وفرقوا بينه وبين الثمار بما تقدم ، ونسب الرويانى فى الحلية الجواز الى ابن سريج وغيره قال : وهو الاختيار ، وممن صحح الطريقة الأولى الشيخ أبو حامد فى التعليق والقاضى أبو الطيب والماوردى فانهما قالا عن قول ابن سريج : انه ليس بصحيح والقاضى حسين وامام الحرمين ، وقال : انه الذى قطع به معظم الأصحاب وأنه ظاهر المذهب فى تعليق أبى حامد والرويانى فى البحر وصاحب العدة وصاحب التتمة • وحكى هو وغيره قول الجواز عن ابن سريج ولم يذكر أنه خرجه ولا حكاه •

وجزم جماعة بالمنع ، ولم يحكوا خلافا ، منهم الفورانى فى الابانة والعمدة والبغوى فى التهذيب والجرجانى فى الشافى وابن أبى عصرون وأبو الحسن بن خيران فى اللطيف وسليم فى الكفاية والماوردى فى الاقناع ونصر المقدسى فى الكافى ووجه قول الجواز بالحاقه بما جفافه نادر وفى المجرد قال عن قول الجواز : وليس بشىء• وأطلق المحاملى فى اللباب والشيخ أبو حامد فى الرونق أن بيع اللحم الرطب بالرطب متماثلين جائز وهذا بعمومه يشمل الجنس الواحد والجنسين ، (فأما) فى الجنسين فصحيح (وأما) فى الجنس الواحد فهو مخالف لما قال الأولون ، وهو موافق لما اختاره الرويانى فى الحلية ، وخالف أبو حنيفة رحمه الله فى ذلك فجوز بيع اللحم باللحم طريا على ما حكاه الفورانى فى العمدة وكذلك جوز اللحم النىء بالمشوى • قال صاحب العمدة : والمسألة تبنى على بيع الرطب بالتمر •

(فرع) قال الرويانى بعدما ذكر حكم بيع اللحم باللحم رطبا ويابسا وبيع الشحم بالشحم والألية بالأليــة كاللحم باللحم : وأصح الوجهين فى مذهب أحمد جواز بيع اللحم الطرى بعضه ببعض •

(فرع) بيع اللحم الطرى باليابس أيضا لا يجوز كبيع الطرى بالطرى نص عليه المحاملى فى اللباب والقاضى حسين فى التعليق والقاضى أبو الطيب فى التعليق والجرجانى والرويانى وغيرهم ، وظاهر كلامه أن خلاف ابن سريج فيه أيضا ، فانه قال : اذا باع بعضه ببعض رطبا برطب فالمذهب

أن البيع باطل ، وكذلك اذا كان أحدهما رطبا والآخر يابسا • وقال ابن سريج : فيه قول آخر يجوز ، وكذلك كلام الماوردى المتقدم • وظاهر هذا الكلام جريان خلاف ابن سريج فى الرطب باليابس وهو مخالف لما تقدم عن الشيخ أبى حامد وامام الحرمين فى نظيره ، ومؤيد ـ ان صح ـ للاحتمال الذى أبداه الامام ، وينبغى أن يكون على خلاف ابن سريج عائد الى الأول فقط ، والثانى ذكره على سبيل الاستطراد ، وقد تقدم التنبيه على ذلك •

(فـــرع) بيع الشحم بالشحم والألية بالألية كبيع اللحم باللحم ، قاله المتولى والرويانى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان باع منه ما فيه نداوة يسيرة بمثله كالتمر الحديث بعضه ببعض جاز بلا خلاف ، لأن ذلك لا يظهر فى الكيل ، وان كان مما يوزن كاللحم لم يجز لأنه يظهر فى الوزن) •

(**الشرح**) مقصود المصنف الكلام على ما يمنع بيع رطبه برطبه أو يابسه من الأشياء المتقدمة اذا وصل الى حالة اليبس هل يشترط تناهى اليبس أو يكتفى بما دون ذلك ؟ وما الضابط فيه ؟ وقد فرق فى ذلك بين المكيل والموزون • وذلك مأخوذ من كلام الشافعى رضى الله عنه •

قال الشافعى فى الأم فى باب بيع الاجال : ولا خير فى التمر بالتمر حتى يكون ينتهى يبسه وان انتهى يبسه الا أن بعضه أشد انتفاخا من بعض فلا يضره اذا انتهى يبسه كيلا بكيل • وقال : فبين الشافعى أنه لابد من انتهاء اليبس ، وقال فى باب ما جاء فى بيع اللحم : فان قال قائل : فهل يختلف الوزن والكيل فيما بيع يابسا ؟ قيل : يجتمعان ويختلفان (فان قيل) قد عرفنا حيث يجتمعان فأين يختلفان ؟ (قيل) التمر اذا وقع عليه اسم اليبس ، ولم يبلغ اناه يبسه فبيع كيلا بكيل لم ينقص فى الكيل شيئا ، واذا ترك زمانا نقص فى الوزن لأن الجفوف كلما زاد فيه كان أنقص لوزنه حتى يتناهى قال : وما بيع وزنا فانما قلت فى اللحم لا يباع حتى يتناهى جفوفه لأنه قد يدخله اللحم

باللحم متفاضل الوزن أو مجهولا • وان كان ببلاد ندية فكان اذا يبس ثم أصابه الندى رطب حتى يثقل لم يبع وزنا بوزن رطبا من ندى حتى يعود الى الجفوف ، وحاله اذا حدث الندى فزاد فى وزنه كحاله الأولى ولا يجوز أن يباع حتى يتناهى جفوفه كما لم يجز فى الابتداء ا هـ •

وقد ذكر الشيخ أبو حامد وأبو الطيب والماوردى وغيرهم الفرق الذى ذكره الشافعى رحمه الله هذا ، وفرقا آخر للأصحاب أن التمر وان كان فيه رطوبة فهو اذا ترك على ما هو عليه وادخر على حاله لم يضره ذلك • واللحم اذا كان فيه نداوة فادخر على حالته عفن وفسد ، وفسر الشافعى فى الأم انتهاء جفاف اللحم بأن يملح ويسيل ماؤه فذلك انتهاء جفافه ولا يحصل من هذا اللفظ كمال المقصود فى البيان والذى نحكيه عن الأصحاب أصرح ، وقد اتفق الأصحاب على الحكمين اللذين ذكرهما المصنف • وقال الرويانى فى البحر : لو باع التمر الحديث بالتمر العتيق ، قال بعض أصحابنا : يجوز لأن النقصان يسير فيعفى كقليل التراب فى المكيل قال : وهذا لا يصح والتحقيق أنه ينظر فان كان اذا جف تاما ينقص وزنه ولا يتقلص حبه ولا يظهر فى الكيل فيجوز لأنه لا اعتبار بالوزن فيه ، وان كان يتقلص حبه ويظهر ذلك فى الكيل فلا يجوز •

(قلت) وهذا التفصيل متعين وهو مراد من أطلق المسألة وليس ذلك خلافا والله أعلم • لذلك شبهوه بالتراب والتراب لو كان كثيراً بحيث يوجب التفاوت فى البيع منع والله أعلم •

ومن صرح بهذا التفصيل صاحب التتمة والرافعى • قال صاحب التتمة : ان كان بحيث اذا طرح فى الشمس تنقص حبته لا يصح ، وان كان لا تنقص حبته وانما ينقص وزنه فيصح ، وكذلك صرح بمسألة اللحم وأنه يشترط تناهى جفافه كما ذكره الشافعى والأصحاب والقاضى فى كتاب الارشاد صرح أيضا بأن التمر الحديث اذا لم يبلغ النهاية فى الضمورة لا يجوز بيعه بالعتيق وفى معنى التمر كل مكيل كالحنطة وغيرها ، وقد أطلق الرافعى فى بيعها أنه

يشترط تناهي جفافها ، وأن التي لم يتم تناهي جفافها وان فركت وأخرجت من السنابل لا يجوز بيع بعضها ببعض .

وينبغي أن يحمل ذلك على ما اذا كان فيها من البلل ما يوجب التفاوت في الكيل اذا جففت أما اذا فرض نداوة يسيرة لا يظهر بسببها أثر في الكيل فيجوز كالتمر اذ لا فرق بينهما وبمقتضى الأصل الذي قرره الشافعي قريبا من الفرق بين المكيل والموزون في ذلك .

قال صاحب التهذيب : يجوز بيع الحديث بالعتيق ، لأن العتاقة بعد حصول الجفاف ان أثرت انما تؤثر في خفة الوزن لا في تصغير الحبة فلا يظهر ذلك في الكيل ، فان كان في الحديث نداوة لو زالت لظهر ذلك في الكيل لم يجز . فلا يعتقدون في المسألة خلافا كما أشعر به كلام الروياني بل المفصلون والمطلقون كلامهم منزل على شيء واحد والله أعلم .

ودل كلام الشافعي المتقدم على أن النداوة المانعة من بيع اللحم بعضه ببعض لا فرق بين أن تكون قبل جفافه أو طارئة عليه بعد جفافه لعارض ، والأمر كذلك بلا خلاف بين أصحابنا فانه اذا كان يابسا فحمل الى مكان ندى فتندى صار كالطعام المبلول ، فيمتنع بيع بعضه ببعض ، وممن صرح به الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب .

(فرع) مذهبنا ومذهب مالك ومحمد بن الحسن والليث بن سعد أنه لا يجوز بيع الحنطة المبلولة باليابسة لا خلاف عندنا في ذلك ، سواء طرأ البلل عليها أو كانت رطبة من الأصل ، وهي الفريك ، وقال الامام أبو حنيفة رحمه الله يجوز مطلقا ، وفصل محمد رحمه الله ، وقد تقدم تفصيله عند بيع الرطب بالتمر ، ثم اذا جفت بعد البل قال الرافعي : لم يجز أيضا لتفاوت قمحها حالة الجفاف ، وفي كلام القاضي أبي الطيب قال : لا يجوز بيعها حتى تجف ، وهذا يوهم أنه يصح بعد الجفاف ، فلعل مراده بالبلل الرطوبة الأصلية ، فيصح أن يقال : ان البيع معبا [1] بالجفاف ، وأما البلل الطارىء

---

(1) كذا في ش و ق ولعله (مهيأ) بالجفاف او معبا اى مغطى والله اعلم (ط) .

فقد جزم الرافعى بالمنع وان جفت كما عرفت وقال الامام : لو بلت الحنطة فنحى منها قشرها بالدق والتهريش وهى الكشك قال الأئمة : هى الدقيق فانها تفسد على القرب ولو بلت ثم جفت ولم تهرش فانها تصح فى جفافها على تفاوت يفضى الى الجهل بالمماثلة ، قيل : وان كان كذلك فالوجه المنع فى الجاورش اذا نحتت منه القشرة • انتهى كلام الامام •

(فرع) اذا انتهى يبس التمر وكان بعضه أشد انتفاخا من بعض لم يضر نص عليه الشافعى فى باب بيع الآجال من الأم •

فائدة الحديث هو الجديد من الأشياء • قاله ابن سيده •

(فرع) قال الرافعى : اذا منع بمجرد البل بيع بعض الحنطة ببعض فالتى نحتت قشرتها بعد البل بالتهريش أولى بأن لا يباع بعضها ببعض ، قال الامام : وفى الجاورش عندى احتمال اذا نحتت قشرتها • واعلم أن المصنف رحمه الله اقتصر فى هذا الفصل على حكم بيع اللحم الطرى ما فيه نداوة ، وأما اذا تناهى جفافه فنذكره من بعد قبل آخر الباب بفصل والله أعلم •

باب بيع العرايا

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما العرايا وهو بيع الرطب على النخل بالتمر على الأرض خرصا فانه يجوز للفقراء ، فيخرص ما على النخل من الرطب وما يجىء منه من التمر اذا جف ، ثم يبيع ذلك بمثله تمراً ويسلمه [اليه] قبل التفرق ، والدليل عليه ما روى محمود بن لبيد قال : « قلت لزيد بن ثابت : ما عراياكم هذه ؟ فسمى رجالا محتاجين من الأنصار شكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الرطب ياتى ولا نقد بايديهم يبتاعون به رطبا ياكلونه مع الناس ، وعندهم فضول من قوتهم من التمر فرخص لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذى فى أيديهم ، ياكلونها رطبا ») •

(الشرح) حديث زيد بن ثابت فى العرايا ثابت فى صحيحى البخارى ومسلم وغيرهما ، ولفظ البخارى ومسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

رخص فى العرايا أن تباع بخرصها كيلا ، وألفاظ أخر غير ذلك (وأما) ماذكره المصنف من رواية محمود بن لبيد فلم أرها الا فى كلام الشافعى رضى الله عنه فيها فيما ذكر محمود بن لبيد قال : « سألت زيد بن ثابت عن عراياهم هذه التى يحلونها فقال : فلان وأصحابه شكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب يحضر وليس عندهم ذهب ولا ورق يشترون بها وعندهم فضل عن قوت سنتهم ، فأرخص لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يشتروا العرايا بخرصها من التمر يأكلونها رطبا » .

وقال الشافعى أيضا فى كتاب البيوع من الأم : « قيل لمحمود بن لبيد ، أو قال محمود بن لبيد لرجل من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم اما زيد ابن ثابت واما غيره : ما عراياكم هذه ؟ قال : فلان وفلان وسمى رجالا محتاجين من الأنصار » وذكر معنى ما تقدم ، ونقله البيهقى فى المعرفة عن الشافعى كذلك معلقا ، ولم يذكر له اسناداً يتصل به ، وأشار ابن حزم الى تضعيفه بقوله : ان الشافعى ذكر فيه حديثا لا يدرى أحد منشأه ولا مبدأه ولا طريقه ، وذكره أيضا بغير اسناد ، فبطل أن يكون فيه حجة ، يعنى فى اختصاصها بالفقراء وهذا سيأتى الكلام فيه ، والمقصود هنا أنها تجوز للفقراء ، وذلك لا نزاع فيه ، وقد ذكر الترمذى هذا المعنى من غير تعيين رواية ، قال : لما ذكر حديث العرايا فى جامعه : « ومعنى هذا عند بعض أهل العلم أن النبى صلى الله عليه وسلم أراد التوسعة عليهم فى هذا لأنهم شكوا اليه وقالوا : لا نجد ما نشترى من التمر الا بالتمر ، فرخص لهم فيما دون خمسة أوسق أن يشتروها فيأكلوها رطبا » . لكن يحتمل أن يكون مراد الترمذى ببعض العلماء الشافعى .

وقال الماوردى : ولم يسنده الشافعى لأنه نقله من السير . وجعلت أولاد الصحابة الذين ولدوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو معدود أيضا [منهم] من الصحابة على الصحيح ، فهو صحابى ابن صحابى من كبار العلماء وقوله : ما عراياكم هذه ؟ لأن زيداً كان أكبر منه وأعلم بسنن

النبى صلى الله عليه وسلم فأراد أن يبينها له وقد رأيت فى الوافى فى شرح المهذب كلاما لولا تفرق النسخ لكنت أزلته [1] غيرة •

قال : سمعت فقيها يقول : ان محمود بن لبيد ساعتئذ كان يهوديا فلذلك قال هذا الكلام ، وكان الواجب أن يمحى هذا من الكتاب لولا تفرق النسخ ، فلا حول ولا قوة الا بالله ، نعوذ بالله أن نقول مالا نعلم ولولا خشية أن يطالعه بعض الضعفة فيعتقد صحته وينقله ما تعرضت له ولا نقلته لكن نبهت عليه خوفا من أن يغتر به فيوقع بسببه فى نسبة هذا الرجل العظيم الى مثل هذا فنسأل الله تعالى أن يعصمنا من الزلل بمنه وكرمه •

والعرايا جمع عرية وهى تفرد صاحبها للأكل ووزن العرية فعيلة ، واختلف فى اشتقاقها على قولين ، قيل بمعنى فاعلة ، وهو قول الأزهرى وابن فارس ، ويكون من عَرِىَ يَعْرَى كأنها عريت من جملة النخيل فعريت أى خلت وخرجت كما يقال عَرِىَ الرجل اذا تجرد من ثيابه وعلى هذا تكون لام الكلمة ياء كهدية ، وجمعه فعائل كصحيفة وصحائف ، كذلك عرية وعراءى ــ بهمزة بعد المدة مكسورة وبعدها ياء ــ ثم فتحت هذه الهمزة العارضة فى الجمع فصار عرائى تحركت الياء وانفتح ما قبلها قلبت ألفا فصار عراءاً ثم انهم كرهوا اجتماع ألفين بينهما همزة مفتوحة لأن الهمزة كأنها ألف فكأنه اجتمع ثلاث ألفات فأبدلوا من الهمزة ياء فقالوا : عرايا فليس وزنها فعالى ، لأن هذه الياء ليست أصلية ، وانما وزنه فعايل وهذا الابدال والعمل واجب ، وكل هذه القواعد محكمة فى علم التصريف •

ومثل هدية وهدايا ــ وقد قالوا فى جمعه أيضا : هداوا ــ فأكثر النحويين جعلوا ذلك شاذا والأخفش قاس عليه ، وردوا عليه بأنه لم ينقل منه الا هذه اللفظة ، أعنى هداوا فلم يأت مثل عداوى وشبهه ، وانما كتب بالياء كحنية وحنايا ، ومنية ومنايا ، قال [2] شيخنا الأستاذ أبو حيان محمد بن يوسف

---

(١) هذه غيرة الامام السبكى على قضية واحدة من قضايا الوافى فما باله لو رأى تلك الوصمة التى وسمت بالجزء الثامن عشر من المجموع لشخص متطفل يسمى (العقبى) حيث ظهر من عبثه انه لا صلة له على الاطلاق بأوليات العلوم الشرعية أو العربية وما يعرفه صغار المبتدئين (ط) .

(٢) الامام أثير الدين أبو حيان الأندلسى الغرناطى النفزى نسبة الى نفزه قبيلة من البربر ولد فى آخر شوال سنة ٦٥٤ سمع الحديث بالأندلس وافريقية (تونس) أخذ عنه أكابر عصره

ابن حيان الأندلسى فسح الله فى مدته : لو ذهب ذاهب الى أن وزن هـذا الجمع كله فعالى لكان مذهبا حسنا بعيداً من التكلف ، وانما دعا النحويين الى تلك التقديرات حملهم جمع المعتل على الصحيح ، فأجروا ذلك مجـرى صحيفة ، وقد تكون أحـكام للمعتل لا للصـحيح ، وأحـكام للصـحيح لا للمعتل ، ويقال : هو عرو من هذا الأمر أى خلو منه ويقال لساحل البحر : العراء لأنه خلو من النبات قال الله تعالى : (فنبذناه بالعراء وهو سقيم) [1] وقيل : بمعنى مفعوله من عراه يعروه اذا أتاه وتردد اليه ، لأن صاحبها يتردد اليها ويقال أعريته النخلة أى أطعمته ثمرتها يعروها •

قال الخطابى : كما يقال : طلب الى فأطلبته ، وهذا قول أبى عبيد الهروى وجوز أيضا أن يكون بمعنى فاعله كما تقدم ، فعلى القول الثانى تكون لامها واواً ، أصلها عريوه اجتمعت الواو والياء وسبقت احداهما بالسكون قلبت الواو ياء ثم أدغمت احداهما فى الأخرى ثم فعل بجمعه كما فعل به من غير فرق الا أنه على هذا القول يكون كمطية لا كهدية ، وهذا الوزن متى كانت لامه واواً اعتلت فى المفرد كان حكمه مالامه ياء • بخلاف الذى لامه واو صحت فى المفرد فله حكم آخر والله أعلم •

وأما المراد بها هنا فعنـدنا هو بيع الرطب على رءوس النخل بالتمر على وجه الأرض ، والعرايا نوع من المزابنة رخص فيه ، قال أهل اللغة الأزهرى والهروى وغيرهما : ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة وهى بيع التمر فى رءوس النخل بالتمر ، رخص من جملة المزابنة فيـما دون خمسـة أوسق ، وهو أن يجىء الرجل الى صاحب الحائط فيقول له : بعنى من حائطك ثلاث نخلات بأعيانها بخرصها من التمر ، فيبيعه اياها ويقبض الثمن ، ويسلم اليه النخلات يأكلها ويتمرها •

وتقدموا فى حياته كالشيخ تقى الدين السبكى وكان يعظم ابن تيمية ثم وقع بينهما مسالة نقـل فيها ابو حيان شيئا عن سيبويه فقال ابن تيمية : وسيبويه كان نبى النحو !! لقد اخطأ سيبويه فى ثلاثين موضعا من كتابه فأعرض عنه أبو حيان ورماه فى تفسيره النهر بكل سوء (بغية الوعاة)

(1) الآية ١٤٥ من سورة الصافات .

قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم فى كتاب البيوع فى باب بيع العرايا بعد ما ذكر أحكام العرايا بالتفسير المشهور : والعرايا ثلاثة أصناف هـذا الذى وصفنا أحدها ، وجماع العرايا كل ما أفرد ليأكله خاصة ، ولم يـكن فى جملة البيع من ثمر الحائط اذا بيعت جملة من واحد • والصنف الثانى أن يخص رب الحائط القـوم فيعطى الرجل ثمر النخلة وثمر النخلتين وأكثر ، هدية يأكلها ، وهذه فى معنى المنحة من الغنم ، يمنح الرجل الرجل الشـاة أو الشاتين وأكثر ليشرب لبنها وينتفع به ، وللمُعْرَى أن يبيع ثمرها ويثمره ويصنع فيه ما يصنع فى ماله ، لأنه قد ملكه • والصنف الثالث أن يعرى الرجل الرجل النخلة وأكثر من حائطه ليأكل ثمرها ويهديه ويثمره ويفعل فيه ما أحب ويبيع ما بقى من ثمر حائطه فتكون هذه مفردة من البيع منه جملة ، وقد روى أن مصدق الحائط يأمر الخارص أن يدع لأهل البيت من حائطهم قدر ما يراهم يأكلون ، ولا يخرجه لتؤخذ زكاته ، وقيل قياسا على ذلك أن يدع ما أعرى المساكين منها فلا يخرصه ، وهذا بتعبيره فى كتاب الخرص انتهى كلام الشافعى رحمه الله تعالى •

وهذا الذى ذكره الشافعى من كونه يترك للمالك نخلة أو نخلات يأكلها أهله ، نقله الأصحاب فى كتاب الزكاة قولا قديما ، ونقله النووى هناك عن نصه فى البويطى فى البيوع والقديم ، قال أبو عبيد القاسم بن سلام : العرية النخلة يعريها صاحبها رجلا محتاجا والاعراء أن يجعل له ثمرة عامها ، فرخص لرب النخل أن يبتاع ثمر تلك النخلة من المعرى بتمر لدفع حاجته ، قال : وقال بعضهم : بل هو الرجل يكون له النخلة فى وسط نخل كثير لرجل آخر، فيدخل رب النخلة الى نخلته ، وربما كان مع صاحب النخل الكثير أهله فى النخل ، فيؤذيه بدخوله ، فرخص لصاحب النخل الكثير أن يشترى ثمر تلك النخلة من صاحبها قبل أن يجذه ، بتمر لئلا يتـأذى به ، قال أبو عبيـد : والتفسير الأول أجود ، لأن هذا ليس فيه اعراء انما هى نخلة يملكها ربها ، فكيف تسمى عرية ، ومما يعين ذلك قول شاعر الأنصار يصف النخل :

ليست بسـنهاء ولا دجيـة ولكن عرايا فى السنين الجوائح

يقول : انا نعيرها الناس ، والسنهاء الخفيفة الحمل ، والدجية الثقيلة الحمل ، التى قد انحنت من ثقل حملها ، قاله ابن الصباغ ، وروى أبو عبيد عن مكحول قال : « كان النبى صلى الله عليه وسلم اذا بعث الخراص قال : خففوا فى الخرص فان فى المال العرية والوصية » .

(قلت) : وقد ورد فى حديث زيد بن ثابت فى معجم الطبرانى بسند صحيح : « رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم فى العرايا ، النخلة والنخلتين توهبان للرجل ، فيبيعها بخرصها تمراً » لكن ليس فى ذلك تخصيص أن الذى يبتاعها هو الواهب ولا أن ذلك لدفع حاجته ، فهذا أولى ما يعتمد فى تفسيرها ، وهو مخالف للقولين اللذين قالهما أبو عبيد .

قال الماوردى : العرايا ثلاثة (مواساة) وهى ما يعطى للمساكين وذلك سنة (ومحاباة) وهى ما يتركها الخارص لمن يخرص نخله ليأكلها ، علما أنه سيتصدق منها بأكثر من عشرها ، فذلك جائز لقوله صلى الله عليه وسلم : « واذا خرصتم فدعوا لهم الثلث ، فدعوا الربع » (والمراضاة) اختلف الفقهاء فيها فقال الشافعى رضى الله عنه : (بيع الرطب خرصا على النخل بمكيله تمراً على الأرض فى خمسة أوسق فأقل ، مع تعجيل القبض) ، وذكر مذهب مالك وأبى حنيفة رضى الله عنهما وسنذكرهما ان شاء الله تعالى .

والرخصة اثبات الحكم على خلاف الدليل ، وقد ذكروا فى حدها عبارات مختلفة أحسنها الاطلاق مع قيام المقتضى للمنع لغرض التوسيع ، فقولنا : الاطلاق نريد به اباحة الاقدام التى تشتمل الواجب والمندوب والمباح ، وقولنا : مع قيام المقتضى للمنع احتراز من قتل قاطع الطريق وشبهه ، فانه قد يقال : انه شرع مع الاسلام المقتضى للمنع مما ليس كذلك ، فلا يسمى رخصة ، وزاد بعضهم : فى حال حريته ، احتراز من القصاص فانه قاعدة كلية لكن يرد عليه السلم والاجارة ، وما أشبههما .

ثم الرخصة قد يكون سببها الضرورة كأكل المضطر الميتة ، وقد يكون سببها الحاجة كالعرايا ، فلما كان الدليل قائما على تحريم بيع الرطب بالتمر

ووردت العرايا على خلافه ، سمى ذلك رخصة ، والخرص بكسر الخاء نص عليه ابن فارس والمراد منه المخروص وأما الخَرْص بالفتح فهو المصدر وهو الحزر يقال خرص العبد يخرصه ويخرصه بضم الراء وكسرها فى المضارع خرصا وخرصا بالفتح والكسر حزره قاله ابن سيده ثم قال : وقيل : الخرص المصدر والخرص الاسم ، والخراص الحزار .

واما حكم المسالة فذلك مما لا خلاف فيه فى المذهب ، وهو مذهب أكثر أهل العلم منهم مالك وأهل المدينة والأوزاعى وأهل الشام وأحمد واسحق وأبو عبيدة وداود ومن تبعهم من أهل العلم ، كلهم ذهبوا الى أن ذلك جائز ، وجعلوه مستثنى من جهة نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع التمر بالتمر وعن بيع الرطب بالتمر ، كذلك قال ابن المنذر ، وخالف فى ذلك أبو حنيفة وأصحابه ،ولمالك رحمه الله تعالى فى ذلك بعض مخالفة سأذكرها ان شاء الله تعالى .

قال الشافعى رحمه الله تعالى فى كتاب اختلاف الحديث وهو فى الجزء السادس [1] عشر من الأم : « خالفونا معا فى العرايا فقالوا : لا نجيز بيعها وقالوا : نرد اجازة بيعها بنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن المزابنة ونهيه عن الرطب بالتمر ، وهى داخلة فى المعنيين قال الشافعى رحمه الله تعالى : فقيل لبعض من قال هذا منهم : فان أجاز انسان بيع المزابنة بالعرايا لأن النبى صلى الله عليه وسلم قد أجاز بيع العرايا قال : ليس ذلك له ، قلنا : هل الحجة عليه الا كهى عليكم فى أن يطاع رسول الله صلى الله عليه وسلم فيحل ما أحل ويحرم ما حرم » وبحث الشافعى رحمه الله تعالى فى ذلك الى أن قال : قال : « فكيف تقول ؟ قلت : أحل ما أحل من بيع العرايا وأحرم ما حرم من بيع المزابنة ، وبيع الرطب بالتمر [2] عن العرايا ، وأزعم أن لم يرد بما

---

(١) يوافق هذا هامش الجزء السابع من طبعة المطبعة الاميرية ويعد من توابع الام وهو كتاب منفصل من الام بخطبته وديباجته واسناده وأول خطبة هذا الكتاب :

الحمد لله بما هو اهله وكما ينبغى له واشهد ان لا اله الا الله وحده لا شريك له وأن محمدا عبده ورسوله (اما بعد) فان الله جل جلاله وضع رسوله موضع الابانة كما افترض على خلقه فى كتابه ثم فى لسان نبيه صلى الله عليه الى آخر الخطبة (ط) .

(٢) نسخة الام : وبيع الرطب بالتمر سوى العرايا وازعم ان لم يرد بما حرم الخ (ط)

حرم ما أحل ولا بما أحـل ما حرم فأطيعه فى الأمرين ، وما علمتك الا عطلت نص قوله فى العرايا وعامة من روى النهى عن المزابنة روى أن النبى صلى الله عليـه وسلم أرخص فى العـرايا فلم يـكن للتوهم ههنا موضع ، فنقول : الحديثان مختلفان » انتهى كلام الشافعى رحمه الله تعالى • وقال فى الاملاء : « فلا موضع للتوهم فى أن يكون أحـد الأمرين قبل الآخر فيقال : أحدهما ناسخ يعنى لأن رواة أحدهما هم رواة الآخر » •

وقال فى كتاب البيوع من الأم ما ملخصه : « ان العرايا داخلة فى بيـع الرطب بالتمر والمزابنة ، وذلك منهى عنه ، وخارجة منـه منفـردة ، بخلاف حكمه ، اما بأن لم يقصد بالنهى قصدها واما بأن أرخص فيها من جملة مانهى عنه » وكأن الشافعى رحمه الله تعالى أشار بهذا التأويل فى كلامه الى النهى عن بيع الرطب بالتمر ، وعن المزابنة هل هو عام مخصوص ؟ أو عام أريـد به الخصوص ؟ والله أعلم • والفرق بينهـما أن الذى أريد به الخصـوص ويكون المراد فيه متقدماً على اللفظ ويكون ما ليس بمراد متأخراً والعـام المخصوص يكون متأخراً عن اللفظ أو مقارنا ، ويكون المراد باللفظ أكثر مما ليس بمراد ، ذكر ذلك الماوردى ، وأطلق على العام المخصوص أنه أريد به العموم ، ولا يرد عليه أنه متى أريد عمومه كان الاخراج بعد ذلك نسخا لأن المراد ارادة العموم باللفظ ، ثم الاخراج منه ، كما يقول : له على عشرة الا ثلاثة ، فان العشرة مـرادة ، وليس هو كقولك سـبعة على المشـهور والله أعلم •

وأشار الجوزى [1] الى أن قول الشافعى لم يقصد بالنهى قصدها أنها ليست داخلة فى المزابنة يعنى ويكون الاسـتثناء منقطعا وهو خلاف ما قاله الشافعى فانه صرح مع ذلك أنها داخلة ، وقال فى باب آخر من الأم أيضا :

---

(١) هكذا فى ش و ق الجـوزى بالزاى المعجمـة والظاهر انه بالراء المهملة وهو القـاضى أبو الحسن على بن الحسين الجورى احد ائمة أصحابنا وله فى طبقات الشافعية لابن السـبكى ترجمة يقول فيها : ومن تصانيفه كتاب المرشد فى شرح مختصر المزنى أكثر عنه ابن الرفعة والوالد ـ رحمهما الله ـ النقل ولم يطلع عليه الرافعى ولا النووى رحمهما الله وقد اكثر فيه من ذكر ابى على ابن أبى هريرة واضرابه • وقد رأيت فى الجزء الثانى من الطبقات مضبوطا بالزاى المعجمـة وهو خطأ وقد علقت على نسختى بالتنبيه بالقلم الأحمر لينتفع بذلك من قرأه بعد مماتى (ط).

انها يعنى المزابنة جملة عامة المخرج أريد به الخصوص ، ويحتمل أن يكون التردد المذكور فى كلام الشافعى فى أن الرخصة هل وردت مع النهى عن المزابنة على سبيل الاستثناء ؟ ووردت وحدها بغير ذلك كما سنذكر فى ذلك احتمالين للأصحاب ، وعلى ذلك حمله ابن الرفعة ، وعلى ذلك يدل كلامه فى الرسالة ، فانه قال : ان أولى الوجهين عنده أن يكون أراد به ما سوى العرايا وأنه يحتمل أن يكون رخص فيما بعد دخولها فى جملة النهى ، وان كان مراد الشافعى ذلك فلعله لم يبلغه حديث زيد الثابت فى مسلم أن الرخصة كانت بعد ذلك .

وقد قال الشافعى : ان أولى الوجهين عنده أن يكون ما نهى عنه جملة أراد به ما سوى العرايا ، وحديث زيد يقتضى أن يكون الثانى هو الأولى ، بل المتعين وعلى ما حملته عليه لا يدفعه حديث زيد ، لأنه تكون الرخصة بعد ذلك مبينة للعام المتقدم ، وقد أعاد الشافعى الكلام فى ذلك فى اختلاف الحديث ، وهو فى الجزء السادس عشر من الأم فى باب بيع الرطب من الطعام باليابس ، وجزم القول بأن المزابنة من العام الذى يراد به الخاص ، والعرايا لم تدخل فى نهيه ، يعنى لم تدخل فى الارادة ، وجزم هناك بأنه لا يجوز الا أقل من خمسة أوسق وأن الزائد منعه من مفهوم الحديث والتوقيت فيه ، قال : ولو قال قائل : هو داخل فى المزابنة لكان مذهبا يصح عندنا .

واعتلت الحنفية بأمور (منها) حمل العرية على الهبة كما هو التفسير الثانى الذى يدل عليه شعر شاعر الأنصار ، قالوا : فكأنه رخص لمن وهب ثمر نخلة لرجل ولم يقبض أن يعطيه عوض ذلك تمراً ، ويرجع فيها ، وسماه بيعا لأن ما دفع اليه من التمر كالعوض عما وهب به ، فتحمل العرية على الحقيقة والبيع على المجاز ، واختلفوا على هذا فى الرخصة ، فقيل : انها عائدة الى المعرى لأنه وعد فأخلف قال الدينينى الحنفى : يعزى ذلك الى عيسى بن أبان ، وقيل : انها عائدة الى المُعْرَى ، لأنه أخذ العوض عما لم يملكه ، قالوا : وأنتم تحملون البيع على الحقيقة والعرية على المجاز ، وهذا ممنوع لأنه تقدم أن للعرية تفسيرين ، فلا مجاز ، ولو سلم لوجب حمله على ما قلناه كما دل عليه كلام الشافعى وقاله المصنف فى النكت لوجوه :

(أحدها) أن المنهى عنه فى أول الجزء البيع فيجب أن يكون المستثنى أيضا بيعا •

(والثانى) أن الرخصة لا تكون الا عن حظر والحَظْر فى البيع لا فى الرجوع فى الهبة • (والثالث) أنه قدر بخمسة أوسق وما قالوه لا يختص •

(والرابع) ما تقدم من حديث محمود بن لبيد ، واعتلوا أيضا بأنه اذا لم يجز البيع بالخرص وهو على الأرض فعلى النخل أولى ، لأنه أقرب الى الغرر •

(وأجاب) المصنف فى النكت بأنه مما تدعو الحاجة اليه وفى الأرض لا تدعو الحاجة اليه لأنه لا يمكنه أن يأكل الرطب مع الناس ، وقد يجوز مع كثرة الغرر للحاجة اليه ومالا يجوز مع قلة الغرر لعدم الحاجة ، كما قال فى السلم المؤجل : يجوز مع كثرة الغرر ، ولا يجوز الحال مع قلة الغرر ، وقال الشيخ : « ولأن فى الأرض لم يجعل الخرص طريقاً لمعرفة المقدار ، وفى الشجر جعل الخرص طريقة لمعرفة المقدار ، ويعرف منها التساوى فى حال الادخار » وهذا الجواب من المصنف يقتضى أنه قائل بأنه لا يجوز بيع الرطب بالتمر فى الأرض فيما دون خمسة أوسق ، وهو الصحيح من المذهب ، وفيه خلاف تقدم عن صاحب التتمة ، وسأذكره ان شاء الله تعالى ، واعتلوا أيضاً بأن ذلك كان قبل تحريم الربا ، ويبطله استثناؤها من المزابنة ، وهذا يدل على أنه بعد تحريم الربا ، ولأنه لو كان كذلك لم يحتج الى الخرص واعتلوا أيضا بأمور أخر لا متعلق لهم بها •

« وأما » مالك رحمه الله تعالى فهو ــ وان وافق على مقتضى الحديث ــ يفسر العرايا بتفسير أخص مما يقوله الشافعى : وهو أن يهب الرجل الرجل تمر نخلة أو نخلات ثم يتضرر بمداخلة الموهوب له ، فيشتريها بخرصها تمراً ، وهذه الصورة عندنا من جملة العرايا ، لكن الخلاف معه فى قصرها على ذلك فقال : انه لا يجوز بيعها من غير صاحب البستان الا بعرض أو نقد ، ونحن نقول : يجوز ، وقال : انه يجوز ذلك نسيئة وزاد حتى قال : لا يجوز نقداً على ما حكى عنه ، وعلى هذا لا تبقى صورة فى العرايا يحصل فيها اتفاق

بيننا وبينه لأن ما دون خمسة أوسق نجيزه نحن نقداً ولا نجيزه نسيئا ، وهو لا يجيزه ويجيزه نسئاً فى بعض الصور ، وجوز شراءها لمعريها ولورثته ، وكذلك يجوز عنده شراء ثمرة نخلة أصلها لغيره فى حائطـه ، قال : وليس بقياس ولكنه موضع تخفيف ونقل الماوردى عنه أنه يجوز ذلك جبراً ، ويجريه مجرى الشفعة خوفا من سوء المشاركة .

واختلفت المالكية فى علة الجواب فى منعها من المعرى فقيـل : لوجهين ، اما لدفع ضرر دخوله وخروجه أو لمرفق فى الكفاية وقال بعض كبار أصحاب مالك رحمه الله : لا يجوز الا لدفع الضرر خاصة ، وأنه اذا أعرى خمسـة أوسق أو دونها لم يجز أن يشترى بعض عريته لأن الضرر الذى أرخص به قائم ، قاله فى تهذيبهم ، قال الشافعى فى اختلاف الحديث : ووافقنـا بعض أصحابنا فى جملة قولنا فى بيع العرايا ثم عاد فقال : لا تباع الا من صاحبها الذى أعراها اذا تأذى بدخول الرجل عليه بتمر الى الجذاذ ، قال الشـافعى رضى الله عنه : كما عليه أجلها فتحل لكل مشتر ولا أحرمها فنقول قول من حرمها ، وزاد فقال : تباع بتمر نسيئة ، والنسـيئة عنده فى الطعام حرام ، وزاد أن أجلها الى الجذاذ فجعل الطعام بالطعام الى أجل والى أجل مجهول لأن الجذاذ مجهول .

واحتج المنتصرون لمالك رحمه الله فى تفسير العرية بذلك بقول ابن عمر : « كانت العرايا أن يعرى الرجل فى ماله النخلة والنخلين » رواه البخارى تعليقا عن محمد بن اسحاق وقال البخارى : وقال يزيد عن سفيان بن حسين : العرايا نخل كانت توهب للمساكين فلا يستطيعون أن ينتظروا بها ، رخص لهم أن يبيعوا بما شاءوا من التمر ، وبشعر شاعر الأنصار المتقدم .

(قلت) وقد وجدت لهم ما هو أولى بأن يتعلقوا به فمن ذلك ــ الحديث الذى تقدم قريبا عن معجم الطبرانى عن زيد بن ثابت قال : « رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم فى العرايا النخلة والنخلتين يوهبان للرجل فيبيعها بخرصها تمراً » وليس فيه دليل لأنه لم يخص أن الواهب هو الذى يبتاع كما تقدم وكما سنذكره ان شاء الله تعالى ، قال الامام أبو الفتح بن دقيق

العيد : ويشهد لتأويل مالك أمران (أحدهما) أن العرية مشهورة بين أهل المدينة متداولة بينهم وقد نقلها مالك هكذا (والثانى) قوله : « رخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها » فانه يشعر باختصاصه بصفة يتميز بها عن غيره ، وهى الهبة الواقعة •

(قلت) أما الأول فانه معارض بقول يحيى بن سعيد الأنصارى أحد شيوخ مالك ، وهو أيضا مدنى عالم • ففى صحيح مسلم عن يحيى بن سعيد أنه قال : العرية أن يشترى الرجل تمر النخلات بطعام أهله رطبا بخرصها تمراً ، وهذا هو قولنا ، وأما الثانى فان الهبة هى التى يتميز بها عن غيره مختصة بمشترى العرية لا ببائعها ، فلو كان كذلك لقال : رخص لصاحب العرية أن يشتريها ، والحديث انما قال أن يبيعها وأما قول ابن عمر وحديث زيد بن ثابت الذى ذكرته له فليس فيه ما يدفع قولنا ، ونحن نسلم أن العرية كانت تطلق على ذلك لأن الاشتقاق حاصل فيها وهو كونها مفردة وأكثر ما كان يقع الافراد بذلك السبب ، ولذلك جاءت الرخصة لأصحاب العرايا على ما هو الغالب ، ولكنه لم يقل أن يبيعها من معريها بل أطلق فيبقى على اطلاقه ، وله أن يبيعها ممن شاء ولهذا فى حديث سهل بن أبى حثمة الذى فى صحيح مسلم عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه « رخص فى بيع العرية النخلة والنخلتين يأخذها أهل البيت بخرصها تمراً يأكلونها رطبا » فقوله : أهل البيت مطلق ، وليس فى شىء من الأحاديث الواردة فى ذلك أن ذلك يختص ببيعها من المعرى ، فيتعين أن يكون جواز البيع مطلقا من كل أحد ولا يضرنا أن نسلم أن أصحاب العرايا هم الذين وهبت لهم النخلات ووردت الرخصة لهم فى البيع •

(فان قلت) فعلى هذا لا تكون الرخصة للبائع ، والظاهر من حديث زيد وغيره أن الرخصة للمشترى الذى لا نقد بيده ، رخص له أن يشترى الرطب لحاجته اليه بالتمر (قلت) : الرخصة لكل منهما رخص للمشترى أن يشترى كذلك ، ورخص للبائع أن يبيع ، لأنه كان ممنوعا قبل ذلك من بيع الرطب بالتمر ، وسبب الرخصة فى حقه أمران :

(أحدهما) حاجة المشترى اليه وهو الذى لا رطب عنده أعنى الذى تقتضى العادة أنه يطلب شراء الرطب ويرشد الى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : « يأكلونها رُطَباً » .

(والثانى) أن أصحاب العرايا هم المساكين الذين وهبت منهم ، وظاهر حالهم الحاجة ، وقد لا تصبر النفس على أكل الرطب دائما ، وتطلب التمر الذى هو القوت المعتاد عندهم ، ولا كذلك أصحاب النخيل الذين ليسوا من المساكين ، فانهم مستغنون عن البيع فى الحال جملة وظاهر حالهم الغنى عن شراء الرطب والتمر معا ، فلذلك ــ والله أعلم ــ وردت الرخصة فى حق أصحاب العرايا لأنهم مظنة البيع ، لا لأن فيهم معنى مصححا للبيع ليس فى غيرهم ، فأصحاب العرايا هم البائعون . والمشْتَرَى لم يرد فى شىء من الأحاديث فيه تقييد الا فى حديث محمود بن لبيد عن زيد من ذكر المحاويج ، وليس أولئك بمقصودين بأصحاب العرايا والله أعلم .

ومما يبعد ما ذهبت اليه المالكية أنه لو كان الرخصة فى ذلك لأجل ضرر المداخلة لم تفترق الحال بين خمسة أوسق ومافوقها ، وقد سلمت المالكية اختصاصها بالخمسة الأوسق كما فى الحديث ، والله أعلم . واشترط الخرقى من الحنبلية كون العرية موهوبة من بائعها ، كما قاله مالك ، والظاهر عندهم خلافه والله أعلم .

وقد جمع الماوردى مرجحات المذهب فى خمسة أوجه : استثناؤها عن المزابنة ، واثباتها بلفظ الرخصة المشعر بتقدم الحظر ، وبلفظ البيع المقتضى عوضها ، واعتبار المساواة بالخرص ، وتقديرها بقدر مخصوص ، وبسط ذلك معلوم مما تقدم .

قال القاضى أبو الطيب : والمسألة مبنية على السنة ولا قياس فيها يتعول عليه ، وقد أفاد كلام المصنف فى التصوير شروطا كلها موجودة فى مختصر المزنى :

(أحدها) أن يخرص ما على النخيل من الرطب ، أى رطبا ، ويخرص ما يجىء منه اذا جف فيأتى المتبايعان الى النخل ويحزرانها ويقولان : فيها

الآن وهى رطب ستة أوسق مثلا ، واذا يبست وجفت صارت أربعة أوسق ، فتباع بأربعة أوسق تمراً فان زاده على الأربعة مدا أو نقصه مداً لم يجز لظهور التفاضل ، ولا يضر كون الرطب الآن أكثر من خمسة أوسق • فأما خرصه رطباً فلابد منه ، وان خرص ما يجيء منه جافا فسيأتى فيه شيء عن أحمد فى الشرط الثالث مما نحن تتكلم فيه ان شاء الله تعالى ، فى كيفية الخرص مستوفى من باب زكاة النبات •

(الثانى) أن يكون الثمن الذى يباع به معلوما بالكيل ، لقوله : ثم يبيع ذلك بقدره وهذا لا خلاف فيه عند القائلين باباحة بيع العرايا ، ومستنده حديث زيد بن ثابت رضى الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص فى العرايا أن تباع بخرصها كيلا » هذا لفظ البخارى ومسلم جميعا ، قال البخارى : « وقال ابن ادريس : لا يكون الا بالكيل من التمر يداً بيد ، لا يكون بالجزاف ، ومما يقويه قول سهل بن أبى حثمة بالأوسق الموسقة » هذا لفظ البخارى ، يريد بذلك أن الأوسق لا تكون الا كيلا ، ولأن الأصل اعتبار الكيل من الطرفين ، سقط فى أحدهما للتعذر ، فيجب فى الآخر على الأصل ، وان ترك الكيل من الطرفين بكثرة الغرر ، وفى تركه من أحدهما تقليل الغرر ، ولا حاجة الى التطويل فى ذلك فانه لا خلاف فيه ، فلا يجوز بيع تمر جزافا ، وقد صرح بذلك الشافعى فى الأم ، والرويانى فى البحر •

وابن ادريس الذى نقل البخارى عنه هو عبد الله بن ادريس الأودى ، وعلى ذهنى أن بعضهم قال : انه الشافعى ، ولم يحضرنى موضعه الآن ، والمشهور الأول •

(الثالث) أن يكون البيع بقدر ما يجيء منه تمراً ، ولا يضر كون الرطب الآن أكثر من خمسة أوسق كما تقدم تمثيله ، وهذا هو المشهور عند القائلين بالعرايا ، ونقل حنبل عن أحمد أنه قال بخرصها رطبا ، ويعطى تمراً خرصه قال ابن قدامة منهم : وهذا يحتمل الأول ، أنه يشتريها بتمر مثل الرطب الذى عليها ، لأنه بيع اشترطت المماثلة فيه ، فاعتبرت حال البيع كسائر البيوع ، ولأن الأصل اعتبار المماثلة فى الحال ، وأن لا يباع الرطب بالتمر ، خولف

الأصل فى بيع الرطب بالتمر ، فبقى ماعداه على قصة الدليل ، والصحيح عندهم خلاف هذا ، والجواب عن الدليلين المذكورين لا يخفى ، وعلى الاحتمال الآخر يكون خرصها تمراً لا حاجة اليه عندهم ، قال القاضى : والأول أصح لأنه مبنى على خرص الثمار فى العشر والصحيح ثَمَّ خرصه تمراً .

(الرابع) أن يتقابضا فمتى تفرقا قبل التقابض فسد العقد ، نص عليه الشافعى رحمه الله تعالى والأصحاب من غير خلاف فيه ، والتقابض فى التمر ظاهر بالكيل والنقل (وأما) فى الرطب الذى على النخل فبالتخلية بين المشترى وبين النخلة ، هكذا نص الشافعى رحمه الله تعالى فى الأم : وهذا المراد بقوله : وليسلم اليه قبل التفرق ، قال الشافعى رحمه الله تعالى فى الأم : ولا يجوز البيع فيها حتى تقبض النخلة بثمرها ، ويقبض صاحب النخلة التمر بكيله . ولا خلاف عندنا وعند الحنابلة فى ذلك ، وقد تقدم من حكاية الشافعى وعن مالك جواز ذلك الى الجذاذ وبحثه فى ذلك كاف .

واستشكل ابن الرفعة الاكتفاء بالتخلية اذا قلنا بالقديم ، وهو أن الثمرة تكون من ضمان البائع الى أن [يحين] القطع ، ولا يشترط حضور التمر عند تمر النخيل ، بل لو تبايعا بعد رؤية التمر والثمرة ثم خلى بينه وبين الثمرة ، ثم مشيا الى التمر فسلمه جاز ، قاله القاضى أبو الطيب وابن الصباغ والمتولى والبغوى ، قال الرافعى : ويشترط فى هذه المدة أن لا يفترقا ، قال الماوردى : فاذا افترقا لزمت العرية ، ولا خيار ، ثم للمشترى بعد ذلك أن يجتنى ثمرة النخلة حالا بعد حال عند ادراكها .

(فرع) لو باع الرطب على الأرض بالتمر ، هل يجرى حكم العرايا فيه ، فيصح فى خمسة أوسق أو دونها ؟ قال المحاملي : لا خلاف على المذهب أنه لا يجوز ، لأن معنى العرايا لا يوجد فيه ، وبذلك جزم كثيرون ، وقد حكى فى طريق المراوزة وجهان حكاهما الفورانى والمتولى والامام ، وأما الزائد على الخمسة فلا يصح جزما ، وقد تقدم التنبيه على ذلك .

(فرع) قال صاحب التتمة : اذا اشترى الرطب بالتمر يعنى فى

العرايا ، فان أكل الرطب ولم يجففه فالعقد ماض على الصحة ، وان جففه فكان بقدر التمر ، أو كان التفاوت بقدر ما بين الكيلين فالعقد نافذ ، وان ظهر بينهما تفاوت ظاهر يحكم ببطلان العقد لظهور ما يوجب الفساد ، جزم بذلك المتولى ولم يحك فيه خلافا ، وذكره صاحب البحر عن بعض أصحابنا كما فى التتمة ، واقتصر عليه ، وكذلك فى تعليق القاضى حسين أنه قاله بعد السؤال فى الدرس ، وفيه وجه أنه يصح من الكثير بقدر القليل ، ولمشترى الكثير الخيار ، حكاه البغوى والرافعي •

(فروع) يجوز أن يقع العقد على الذمة ، فيقول : بعتك ثمرة هذه النخلة بكذا وكذا من التمر ويصفه ، ويجوز أن يقع على معين ، فيكيل من التمر بقدر خرصها ثم يقول : بعتك هذا بهذا ، فان باعه بمعين فقبضه بنقله ، وان باعه بموصوف فقبضه باكتياله ، وأن لا يتفرقا قبل القبض ، قاله المحاملى ، وهو مذهب أحمد أيضا •

(فرع) قال الشافعى رحمه الله تعالى : والجائحة فى العرايا والبيع وغيرهما سواء •

(فرع) قال الماوردى والرويانى : لا تجوز العرية الا فيما بدا صلاحه بُسْراً كان أو رُطَبا فنبه بذلك على اشتراط بُدُوّ الصلاح وعلى أن حكم البسر حكم الرطب ، وقل من نبه عليه من الأصحاب ، وعلل الرويانى الأول بأنه وقت الحاجة (وأما) الثانى فلأن الحاجة الى البسر كالرطب والله أعلم •

وقد تقدم عن الماوردى الخلاف فى بيع الطلع بالتمر ، وذلك فى غير العرايا ، فهذا الكلام من هنا يجب أن يكون تفريعا على القول بالمنع هناك ، ومتى جاز فى غير العرايا جاز فيها بطريق أولى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وهل يجوز للأغنياء ؟ فيه قولان :

(احدهما) لا يجوز وهو اختيار المزنى ، لأن الرخصة وردت فى حق الفقراء ، والأغنياء لا يشاركونهم فى الحاجة ، فبقى فى حقهم على الحظر •

(والثانى) انه يجوز لما روى سهل بن ابى حثمة قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع التمر بالتمر الا انه رخص فى العرايا أن تبتاع بخرصها تمرا ياكلها رطبا » ولم يفرق ، ولأن كل بيع جاز للفقراء جاز للأغنياء كسائر البيوع) .

(الشرح) حديث سهل هذا رواه البخارى ومسلم رحمهما الله تعالى وغيرهما ، ولفظ البخارى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر ، ورخص فى بيع العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطبا » ولفظ مسلم قريب منه ، وفى رواية الترمذى زيادة : « وعن بيع العنب بالزبيب ، وعن كل تمر بخرصه » بعد قوله : العرايا . واللفظ الذى ذكره المصنف لفظ رواية الشافعى ، كذلك رويناه عنه فى السنن من رواية المزنى ، وفى المسند من رواية الربيع ، فى السنن (العرايا) وفى المسند (العرية) وفيهما (يأكلها أهلها رطبا) والأهل الذين يأكلونها رطبا هم المشترون بلاشك ، وفى رواية البخارى الأخرى : (يبيعها أهلها) فجعل الأهل بائعين ، ويصح اطلاق الأهل على كل منهما على البائع قبل البيع ، وعلى المشترى بعده ، لكن قوله : (يأكلونها رطبا) لا يصح أن يعود على الأهل البائعين ، لأنهم لا يأكلونها رطبا ، بل يأخذون الثمن ، فهو عائد على معلوم فى النفس ، وان لم يجر له ذكر ، أى يأكلها الذين يبتاعونها رطبا .

وقد يتعسف متعسف فيجعل الأهل فى قوله : يبيعها أهلها منصوبا ويكونوا مشترين لا بائعين ، أى يبيعها من أهلها ، ويصح عود الضمير عليه بعد ذلك ان كان (باع) لا يتعدى الى مفعولين بنفسه ، والله أعلم . والخرص بالكسر تقدم التنبيه عليه .

اما حكم المسالة ففيها طريقان (أصحهما) القطع بعموم الرخصة للاغنياء والفقراء ، وهذه الطريقة مقتضى كلام أبى حامد والمحاملى كما ستعرفه ونسبها الماوردى الى جمهور الأصحاب ، وهى الظاهر من كلام الشافعى .

(والثانية) فيها قولان ، وهى التى أوردها القاضى أبو الطيب والمصنف والعمرانى والبغوى والرافعى وآخرون ، وحكاهما الفورانى وجهين

(أحدهما) يختص بالفقراء ولا يجوز للاغنياء ، وهو اختيار المزنى ، والمشهور عن أحمد ، كما ذكره المصنف ، وهذا نظر الى حديث محمود [1] وقد تقدم أنه ليس فى الكتب المشهورة لكنى وجدت على حاشية نسخة شيخنا الدمياطى من المهذب اشارة بخط غيره تقتضى نسبة ذلك الى مسند أحمد ، فعلى هذا الأغنياء لا يشاركونهم فى ذلك ، فيبقى على الأصل من تحريم المزابنة المجمع عليه ، الثابت بالأحاديث المشهورة ولم أر هذا القول منصوصا للشافعى ، ولكن المزنى فى المختصر قال : اختلف ما وصف الشافعى فى العرايا .

قال الشيخ أبو حامد : انه يشير بذلك الى أن الشافعى قال فى موضع آخر : يختص بذلك المحتاجون . قال الشيخ أبو حامد : وليس الأمر على ما قدره ، وانما الشافعى تكلم على بطلان قول مالك حيث قال ذلك فى الواهب ، يشترى الرطب من الموهوب له بالتمر ، فقال : لا يمكنك على هذا استعمال قوله فى الخبر : « يأكلها أهلها رطبا » لأن من يشترى الرطب على هذا الوجه لا يشتريه ليأكله مع الناس ، فان جميع بستانه الرطب وانما يشتريه ليدفع عن نفسه المضرة بدخول الموهوب له عليه وعلى عياله ، والخبر يقتضى أنه يشتريه ليأكله مع الناس ، فقصد هذا دون تخصيص أهل الحاجة باتباع ذلك ، ومنع الأغنياء منه . وهذا الذى قاله الشيخ أبو حامد صحيح ، ويؤيده أن المزنى نقل ذلك عن اختلاف الحديث والاملاء ، والذى فيهما ما ذكر دون القول بالمنع ، فينبغى أن يقطع بقول الجواز ، ولا يعزى للشافعى غيره ، ويجعل قول المنع مذهبا للمزنى والله أعلم . وهو مقتضى كلام أبى حامد والمحاملى .

ونبه المصنف بقوله : الأغنياء لا يشاركونهم فى الحاجة ، على امتناع القياس لعدم المشاركة فى العلة ، لا لأجل كون ذلك وارداً على سبيل الرخصة، فان مذهبنا جواز القياس فى الرخص اذا حصل الاشتراك فى العلة كغيرها ، وسيأتى فى توجيه القول الثانى ما يظهر به الجواب عما قاله المزنى ، وقد تلقنه الشيخ أبو محمد عن الأصحاب فصحح هذا القول ونظر فيه الى حديث محمود بن لبيد عن زيد ، مع أصل سنذكره عنه وجوابه ان شاء الله تعالى .

---

(١) يعنى محمود بن لبيد الذى رواه الشافعى ولم يكن فى ش و ق : وأو العطف فى (وقد)

(والقول الثانى) يجوز وهو ظاهر المذهب ، والمنصوص فى الأم ، قال الشافعى فى الأم : والذى أذهب له أن لا بأس أن يبتاع الرطب للعرايا فيما دون خمسة أوسق ، وان كان مؤبراً ، وصححه جماعة منهم الامام والرافعى والنووى وابن أبى عصرون ، وقد تقدم أن جماعة جزموا به ، ومن جملتهم سليم فى الكفاية وغيره لم يذكروا فيه خلافا ، وهو المختار ، ورواه اسماعيل ابن سعيد عن أحمد بن حنبل لاطلاق حديث سهل بن أبى حثمة ، فانه لم يفرق بين الفقراء والأغنياء لارخاصه صلى الله عليه وسلم فى العرايا من غير تقييد بالضرورة ، ولأنه انما يريد الرطب شهوة ، ولو اعتبرت الضرورة لرخص فى صاع ونحوه بما يزيلها وقد أبيح أكثر منه .

(**فان قلت**) اذا كانت الرخصة مطلقة فى بعض الأحاديث مقيدة فى بعضها ، فهلا حملتم المطلق على المقيد ؟ ، قلت : ليس ما نحن فيه من هذا القبيل ، لأن الاطلاق والتقييد من عوارض الألفاظ فاذا ورد لفظ مطلق ولفظ مقيد بقيد لفظى ، فهو الذى يحمل فيه المطلق على المقيد بشرطه ، وأما هنا فليس فى لفظ الشارع ذكر قيد الحاجة ، وانما رخص لأقوام ، وقرينة الحال ما هم عليه ، وسؤالهم يقتضى أن علة الرخصة لهم الحاجة ، فاذا ورد الترخيص مطلقا فى موضع آخر لم يجب تقييدها بذلك المعنى الذى ظنناه ، وهو الحاجة ، ليس [1] معتبراً بل كانت الرخصة لهم لأنهم أصحاب الواقعة ، وغيرهم فى حكمهم ، وأما أن تكون حاجتهم اقتضت مشروعية ذلك لهم ولغيرهم ، فان الحكم قد ثبت عاما لمعنى موجود فى بعض الناس كقوله تعالى : « [2] ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث » والمراد اما الصحابة والعرب ، واما النفوس الكريمة ، وعلى كل تقدير فهم بعض الأمة فما تنفر عنه طباعهم فهو الخبائث وما تميل اليه فهو الطيبات ، وغيرهم تبع لهم فى ذلك .

وقد يكون الحكم ثابتا لعلة توجد فى الكثير قطعا ، وتعدم فى القليل قطعا كالاسكار ، وقد يكون ثابتا لعلة فى زمان النبى صلى الله عليه وسلم ، ثم زالت كالرمل المشروع لاظهار الجلد والقوة قال ابن عبد السلام : وبقاءهذا

---

(١) كأنه يقول : اذ انه ــ أى المعنى المظنون ــ ليس معتبراً . (المطيعى)

(٢) من الآية ١٥٧ من سورة الأعراف .

الحكم لسبب يخلف ذلك السبب الأول ، وهو أنا نتذكر فى زماننا سبب هذا الفعل ، لأن النفس طالبة للتعليل ، فنطلع على السبب الأول ، فنعلم حينئذ أن الله تعالى كثرنا بعد القلة ، وأعزنا بعد الذلة ، وأن الاسلام أظهره الله على الدين كله ، ونتذكر أحوال السلف الصالح ، وهذه فائدة جاءت استطراداً •

(فان قلت) لم يرد أيضاً لفظ مطلق فى الرخصة من الشارع حتى يتمسك به ، وانما الألفاظ التى وردت فى ذلك كلها من الرواة يذكرون أن النبى صلى الله عليه وسلم أرخص فى العرايا ، وهذه حكاية حال لا عموم فيها ولا اطلاق ، فجاز أن يكون مرادهم بتلك الرخصة التى صدرت منه صلى الله عليه وسلم للمحاويج ، وحينئذ لا يبقى دليل على ثبوتها لغيرهم •

(قلت) الجواب من وجهين (أحدهما) أن المعتمد فى الأصول أن الراوى اذا حكى واقعة بلفظ عام كقوله : « نهى عن الغرر ، وقضى بالشفعة للجار » وما أشبهه أنه على العموم ، وأن الحجة فى المحكى والحكاية معاً خلافاً لما قاله بعض المتأخرين ، فانه لو كان المراد قصة المحاويج لم يجز حكايتها بلفظ العموم ، لأنها رخصة فى عرايا خاصة لا فى كل العرايا ، فلما أتى الراوى بلفظ عام وهو من أهل اللسان وجب اعتقاد أن المحكى مطابق له فى العموم •

(والثانى) أن معنا ههنا قرينة ترشد الى أن القصة المنقولة غير قصة المحاويج ، وهو قوله : « رخص لصاحب العرية » وتلك الرخصة لم تكن لصاحب العرية ، بل للمحاويج الذين يشترون منه كما تقدمت الاشارة اليه والله أعلم •

قال الشافعى فى الأم : وكثير من الفرائض قد نزلت بأسباب قوم فكان لهم وللناس عامة ، الا ما بين الله تعالى أنه أحل لضرورة أو خاصة ، ومن جهة القياس أن كل ما جاز ابتياعه للفقير جاز للغنى كسائر الأشياء ، وقد أورد الشيخ تاج الدين عبد الرحمن أن الشافعى رضى الله عنه قطع القول بالتقييد المذكور فى حديث أبى هريرة من المقدار ، ولم يعتبر التقييد المذكور من السبب فى حديث محمود فلابد من التسوية أو الفرق ،ويبنى ذلك على أنه من

باب حمل المطلق على المقيد ، وقد تقدم الجواب عنه فى دعوى التقييد بالفقراء ، وأما التقييد بالمقدار فلأن ذلك منقول عن النبى صلى الله عليه وسلم فلما كانَ التقييد من لفظ النبى صلى الله عليه وسلم حملنا المطلق عليه ، وأما التقييد بالمحاويج فليس من لفظ النبى صلى الله عليه وسلم كما تقدم تقريره ، فهذا هو الفرق والله أعلم •

(فان قلت) قررت أن الراجح عند الأصوليين أن قوله : رخص فى العرايا وأمثاله عام ، واذا كان كذلك فيكون التقييد بالمقدار فى حديث أبى هريرة ذكراً لبعض أفراد العموم ، وذلك لا يقتضى التخصيص ، فتبقى الرخصة على عمومها •

قلت : هذا غير سؤال الاطلاق والتقييد الذى تعرض له ومع ذلك فالجواب عنه من وجهين (أحدهما) أن التخصيص ليس بذكر لبعض الأفراد بل بمفهوم قوله (فيما دون خمسة أوسق أو فى خمسة أوسق) والمفهوم تخصيص العموم (والثانى) أنا لو أبحنا العرايا فى القليل والكثير لزال تحريم المزابنة ، وجميع أحاديث الرخصة تقتضى ورودها فى شىء دون شىء ، ولفظ العرية ينزل على انفرادها عن سائر الأشجار ، وذلك يشعر بالقلة وليس فى جميع الرطب بالتمر ، فلابد من الرجوع الى مقدار ، وقد ثبت ذلك فى حديث أبى هريرة رضى الله عنه ، فتعين الحمل عليه بخلاف تعميمها فى الفقراء والأغنياء ، فلم يصدنا عنه صاد ، ولا فيه مخالفة ، بل هو أمر مقطوع به والله أعلم •

(فان قلت) فيجب على من يقول فى الأصول بحمل المطلق على المقيد أن لا يحمله ههنا ، وتبقى الرخصة على عمومها فى القليل والكثير (قلت) يصد عن ذلك الوجه الثانى الذى ذكرته الآن ، وأيضاً فان المذاهب الثلاثة القائلين بالعرايا متفقون على حمل المطلق على المقيد ، هذا كله مع ما فى حديث محمود بن لبيد عن زيد الذى يتمسك به فى الاختصاص بالفقراء ، من عدم الاتصال الموجب لعدم الحكم عليه بالصحة ، والله أعلم • وبنى الغزالى الخلاف فى ذلك على أن الخرص أصل بنفسه ، يقام مقام الكل ، أو ليس

كذلك ، فيتبع مورد النص ، فعلى الأول نلحق الأغنيـاء بهم وعلى الثـانى تردد ، وهذا كما سأذكره ان شاء الله تعالى عن الامام فى الحاق بقية الثمـار بالرطب ، والبناء على ذلك المعنى هناك متجه ، وأما هنا فبعيد ، والشـيخ أبو محمد بناه فى السلسلة على الأصل الذى سيحكيه عن الأصحاب من أن العرايا هل أحلت بعد تحريم المزابنة ؟ أم لم تدخل فى التحريم أصلا ؟ وسيأتى ذلك ان شاء الله تعالى والله أعلم •

(فـرع) اذا قلنا بالقول الأول فما ضابط المعنى المعتبر فى ذلك ؟ لم يتعرض أكثرهم لذلك ، وقال الجرجانى لما حكى القولين : يختص ذلك بمن لا نقد بيده على القول الآخر ، وكذلك عبارة صاحب التتمة فانه قال : بيع العرايا صحيح من الفقراء الذين لا نقد لهم ، يشترون به الرطب ، فأما الأغنياء فخلاف وقال الرويانى فى البحر : قال المزنى : لا يجوز الا للمعرى المضطر ، وأصحابنا لم يمنعوا الكلام فى ذلك ، لأن الصحيح عندهم خلاف هذا القول ، وانما يحتاج الى ذلك الحنابلة فان المشهور عندهم أنها لاطلاق الرخصة والله أعلم •

قال ابن قدامة الحنبلى : متى كان غير محتـاج الى أكل الرطب أو كان محتاجاً ومعه من التمر ما يشترى به العرية لم يجز له شراؤها بالتمر •

(فـرع) لا يشترط عندنا حاجة البائع الى البيع جزماً خلافاً لبعض الحنابلة ، واشترطت الحنابلة لبقاء العقد أن يأكلها أهلها رطبا ، فان تركهـا حتى تصير تمراً بطل العقد ، ونحن نخالفهم فى ذلك ، واشترط الخرقى من الحنابلة كونها موهوبة من بائعها ، كما تقدم عن مالك ، وقالت الحنابلة فيما اذا تركها حتى صارت تمراً : لا فرق بين تركه لغناه عنها ، أو تركها لعذر أو لغير عذر ، وأخذوا فى ذلك بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم : « يأكلها أهلها رطباً » ولا دليل لهم فى ذلك ، لأن المقصـود بذلك ذكر الغاية المقصـودة لا الاشتراط ، ويلزمهم على ما قالوه أنه متى لم يأكلها بطل العقـد ، وقـد سلموا أنه لا يبطل الا بترك الأخذ ، ولا يبطل بترك الأكل بعد الأخـذ فلو

أخذها رطباً فتركها عنده أو شمسها حتى صارت تمراً جاز عندهم ، وبهـذا يتبين ضعف ما اشترطوه .

(فـــرع) تلخص مما قلناه أنه لا يشترط عنـدنا حاجة البـائع جزما ولا المشترى على الأصح وعند بعض الحنابلة وعند مالك يشترط حاجة البائع وحده ، وعند أحمـد يشترط حاجة المشترى وحـده ، قال ابن عقيل من الحنابلة : يجوز لحاجة البائع أيضاً ، كما يجوز لحاجة المشترى ، ويكون الشرط عنده أحدهما لا بعينه ، فالأقسام الممكنة الأربعة كل منها قال به قائل ، ومجموع الشروط التى وجدت صح البيع باتفاق القائلين بالعرايا حاجة البائع والمشترى وكونها موهوبة من البائع ، وكونها دون خمسة أوسق ، وأن يأخذها المشترى رطبا ، وألا يظهر نقصان يوجب التفاوت بعد ذلك ، فاذا اجتمعت هذه الشروط الستة صح البيع باتفـاق المذاهب الثلاثة القائلين بالعرايا ، واذا وجد منها الثانى والرابع والسادس صح البيع باتفاق مذهب الشافعى رضى الله عنه ، والشرطان الأخيران لا يشترط العلم بهما حالة العقد ، بل اذا فقدا بعد ذلك فقد بينا بطلان البيع ، والله أعلم .

(فـــرع) هل يجوز فى العرايا أن يبيع جزءاً مشاعاً أو مبهما ممـا على النخلة بالتمر ؟ بأن يخرص الخارص أن كل وسق مما عليها يأتى اذا جف نصف وسق فيقول : وسقاً مما على النخلة بنصف وسق تمر ؟ أو يخرص جميع ما عليها فيقول : انه يأتى جافا ثمانية أوسق فيبيع نصفه شائعاً بأربعة أوسق تمراً ؟ لم أر فى ذلك نقلا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وهل يجوز ذلك فى الرطب ؟ فيه ثلاثة اوجه :

(احدها) يجوز ، وهو قـول ابى على بن خيران ، لما روى زيد بن ثابت قال : « رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم فى العرايا بالتمر والرطب ، ولم يرخص فى غير ذلك » .

(والثانى) لا يجوز وهو قول ابى سعيد الاصـطخرى ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا تبايعوا ثمر النخل بثمر

النخل » ولأن الخرص غرر ، وقد وردت الرخصة فى جوازه فى احد العوضين ، فلو جوزنا فى الرطب بالرطب لجوزناه فى العوضين ؛ وذلك غرر كثير زائد على ما وردت فيه الرخصة ؛ فلم يجز كشرط الخيار فيما زاد على ثلاثة ايام .

(والثالث) وهو قول ابى اسحق انه ان كان نوعاً واحداً لم يجز ، لانه لا حاجة به اليه لان مثل ما يبتاعه عنده ، وان كان نوعين جاز ، لانه قد يشتهى كل واحد منهما النوع الذى عند صاحبه ، فيكون كمن عنده تمر ولا رطب عنده) .

(الشرح) حديث زيد المذكور بهذااللفظ فى سنن أبى داود بسند صحيح لكن فيه بحث رواه البخارى ومسلم رحمهما الله تعالى فقالا فيه : « بيع العرية بالرطب ، أو بالتمر » ولم يرخص فى غير ذلك هكذا ، ومع ذلك لا حجة فيه لهذا الوجه ، لأنه يحتمل أن يكون شك من الراوى ، ولا يكون للتخيير والرواية هكذا بأو فى الصحيحين من رواية عقيل عن الزهرى عن سالم بن عبد الله عن أبيه عن زيد ، لكن النسائى رواه من جهة سالم عن أبيه عن زيد أيضا وقال فيه : بالرطب والتمر ، هكذا بالواو ، فنظرنا فوجدنا ذلك من رواية صالح وهو ابن [1] كيسان عن الزهرى ، وعقيل [2] أحفظ منه ، فروايته مقدمة على رواية صالح ، ثم وجدنا الرواية عن نافع متفقة على التمر كأحد روايتى سالم ، فرجحنا ذلك على رواية صالح بن كيسان ، ثم رأينا الطبرانى فى المعجم الكبير روى رواية صالح بن كيسان كما رواها النسائى وزاد فرواها أيضا من رواية الأوزاعى عن الزهرى وقال فيه : بالتمر والرطب كما قال المصنف .

والأوزاعى ــ وان كان اماما ــ لكنه غير متقن لحديث الزهرى كاتقان

---

(١) هو أبو محمد المدنى مؤدب اولاد عمر بن عبد العزيز روى عن ابن عمر وعروة بن الزبير وسالم ونافع وعنه ابن جريج ومعمر وابن اسحق ومالك وابراهيم بن سعد وخلق قال احمد : بخ بخ وقال ابن معين : ثقة وقال الذهبى : رمى بالقدر ولم يصح عنه (ط) .

(٢) عقيل بن خالد الايلى احد الثقات الاثبات اعتمده الجماعة وقد انكر يحيى بن سعيد القطان تليين ابراهيم بن سعد هكذا افاده الحافظ فى هدى السارى (ط) .

عقيل وقد تابع عقيلا على ذلك سليمان بن [1] أبى داود عن الزهرى كذلك فى معجم الطبرانى والزبيدى أيضا ، وهو من جلة أصحاب الزهرى فقال : (رخص فى بيع العرايا بخرصها من التمر اليابس) رواه الطبرانى ، وهذا نص ، وتابعهما معمر عن الزهرى فقال : (بخرصها تمراً ولم يرخص فى غير ذلك) رواه الطبرانى ، وهذه الطرق كلها راجعة الى رواية عبد الله بن عمر رضى الله عنهما عن زيد بن ثابت ، وقد روى أبو داود ذلك كما قدمته من طريق يونس عن الزهرى عن خارجة بن زيد بن ثابت عن أبيه وقال فيه : (بالتمر والرطب) وهى الرواية التى ذكرها المصنف ، والظاهر أنه نقلها من السنن ، فانه سمعها وهذه طريقة قوية مقاومة لطريق عقيل ، فان يونس فى الزهرى عظيم •

ثم أمعنت الطلب ونظرت الحديث من مسند ابن وهب الذى هو الأصل ، فان أبا داود رواه من طريقه وجدته فيه : (بالتمر أو الرطب) بألف ملحقة بخط كاتب الأصل ، والظاهر أن ذلك غلط من الناسخ ، فان المتقدمين ذكروا رواية ابن وهب هذه مستدلين بها على الجواز ، ورواه الطبرانى من طريق ابن وهب بالجمع بينهما ، لكن بطريق ضعيفة ، ورواه الطبرانى بالجمع بينهما أيضاً من طريق أسامة بن زيد عن الزهرى عن خارجه بن زيد ، وفيه لا أدرى أذكر أباه أم لا ؟ وهذا يقتضى الشك فى اتصاله ، لكن طريقه لا تقاوم طريق أبى داود فالراجح حينئذ عن خارجة الجمع بينهما ، فبعد ذلك يمكن أن يقال : ان رواية ابن عمر عن زيد راجحة على رواية خارجة عن زيد كما لا يخفى من صحبة ابن عمر وجلالته وكبره حين سماعه ، وخارجة كان عمره فى زمن أبيه بضع عشرة سنة •

ويمكن أن يقال : انه اذا صح ذلك عن خارجة ، وفى بعض روايات ابن عمر رضى الله عنهما كما تقدم فينبغى أن يحكم بصحة اللفظين عن زيد ،

---

(1) سليمان بن داود وكنيته ابو داود وليس كنية أبيه وانما داود اسم أبيه وهو أبو داود سليمان الدارانى الدمشقى روى من الزهرى وعمر بن عبد العزيز وثقه ابن حبان وقال ابن معين : ليس بشىء وضعفه ابن المدينى وهو من لم لا يكون اوثق من صالح بن كيسان كما ذهب السبكى وقد تعتضد رواية عقيل برواية أبى داود حتى ترجح رواية عقيل لاسيما وهى فى الصحيحين (ط) •

ويحمل (أو) على التخيير ، ويكون زيد رضى الله عنه لما فهم ذلك عبر عنه تارة بأو وتارة بالواو ، وهذه أولى من أن يحكم على بعض الرواة بالوهم مع ثقته وجلالته ، وعلى هذا يصح استدلال ابن خيران بها على الجواز ، ويمكن أن يقال بالتعارض لقوة كل من الطرفين ، والشك فى ذلك يوجب الحكم بالمنع ، لأن الباب باب رخصة فمتى شك فى شرطها بطلت ، وأما ترجيح رواية خارجة على رواية ابن عمر فغير ممكن ، والأقرب الحكم بالتعارض أو ترجيح رواية ابن عمر من الطرق الكثيرة لكثرتها واعتضادها برواية نافع ، وأما حمل ذلك على التخيير فيبعده رواية الزبيدى المتقدمة ، التى فيها تقييد التمر باليابس وذلك يقتضى أن الرطب بخلافه ، وسندها فى الطبرانى جيد .

ومن جملة المرجحات لحديث ابن عمر رضى الله عنهما كونه ثابتا فى الصحيحين ، ورواية خارجة ليست كذلك ، وان كان سندها صحيحا . فهذه طريقة فى الترجيح يسلكها بعض المتأخرين من فقهاء المحدثين . هذا ما عندى فى ذلك ، والله عز وجل أعلم .

وحديث ابن عمر رضى الله عنهما المذكور فى رواية البيهقى فى سننه الكبير ولفظه : « لا تتبايعوا التمر بالتمر ، تمر النخل بتمر النخل » واسناده فيه محمد بن الحسين بن أحمد الفارسى عن أحمد بن سعيد الثقفى لم أعرفهما . وقال فى معرفة السنن والآثار وهكذا روى مقيدا يعنى تمر النخل بتمر النخل . فاقتصر المصنف رحمه الله على اللفظ الأخير وهو البدل . وترك المبدل منه . وهو قوله : التمر بالتمر وذلك جائز . لأنه لا يحيل المعنى .

(وأما) حديث ابن عمر : « لا تبيعوا التمر بالتمر » فذلك ثابت فى البخارى . وقد تقدمت الاشارة الى التوقف فى هذا اللفظ فان ثبت أنه بالثاء المثلثة فيهما فهو على الحديث بدون الزيادة التى فيه مبينة بالنخل . وقول المصنف : هل يجوز ذلك فى الرطب بالرطب ؟ . أى سواء كان على رءوس النخل فبيعا خرصاً . أو كان أحدهما فى الأرض فبيع الذى على النخل خرصاً بالذى على الأرض كيلا . فالأوجه الثلاثة فى المسألتين . قاله القاضى أبو الطيب وابن الصباغ والمحاملى والعمرانى .

والأقرب فى عبارة المصنف أن يكون مراده الرطب على رءوس النخل بالرطب على وجه الأرض • لأنه قال : هل يجوز ذلك ؟ اشارة الى المسألة السابقة وصورتها اذا كان أحدهما فى الأرض ، وكذلك القاضى أبو الطيب صور المسألة ثم ذكر فرع جريان الأوجه الثلاثة فى الصورة الأخرى • والأوجه المذكورة مشهورة • حكاها القاضى أبو الطيب والماوردى والمحاملى والجرجانى والمتولى وابن الصباغ وآخرون • وليس للشافعى نص فى هذه المسألة على ما يقتضيه كلام ابن سريج الآتى ذكره ولكنها أوجه الأصحاب :

(أحدها) أنه يجوز مطلقا أن يباع الرطب بالرطب خرصاً فيهما ، سواء كان نوعاً واحداً أو نوعين ، وهو قول أبى على بن خيران ، واستدل بالحديث الذى ذكره المصنف وذكره بأو ، وكأنه اعتقدها للتخيير ، وقد عرفت الجواب عنه جواباً متقنا محرراً •

(والثانى) وهو الصحيح أنه لا يجوز مطلقاً ، ولا يجوز الا بالتمر ، وعزاه الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى وابن الصباغ والمصنف الى الاصطخرى ، وقال الماوردى : ان هذا مذهب الشافعى ، وقال أبو حامد : انه أشبه بمذهب الشافعى ، وقال المحاملى فى التجريد والمجموع : مع ذلك انه ظاهر المذهب ، وممن صححه الرويانى فى البحر ، وقال صاحب التهذيب : انه المذهب ، واستدل له القاضى أبو الطيب بأن الأصل تحريم المزابنة الا ما استثنى منه ، والرخصة وردت مقيدة بالتمر كما تقدم ، فيبقى فيما عداه على الأصل وهو التحريم ، والحديث الذى ذكره المصنف ان ثبت نص فى ذلك وان لم يثبت فالتمثيل بالأصل المقتضى للتحريم كاف فى ذلك ، وأيضا الأصل فى العقود الربوية التحريم كما تقدم غير مرة •

(فان قلت :) المصنف رحمه الله لم لا سلك هذه الطريقة التى سلكها شيخه وهى أقرب مما سلكه ، وهو التعليل بكثرة الغرر • وقياس ذلك على شرط الخيار فيما زاد على ثلاثة أيام ، فان التمسك بادراجها تحت نص خاص أولى من قياس مستند الى نص عام ؟

(قلت :) ما فعله المصنف أولى لأن المزابنة تقدم أنها مفسرة ببيع الرطب فى رءوس النخل بالتمر ، وأما بيع الرطب بالرطب فهو ــ وان كان أكثر غرراً وأحق بالبطلان ــ لكن يمكن النزاع فى دخوله تحت اسم المزابنة نصا ، وانما يدخل تحت حكمها اما بطريق أولى فيكون من مفهوم الموافقة ، واما بالقياس عند من يقارن بينهما وهو الصحيح •

(واذا ثبت ذلك) فكل واحد من مفهوم الموافقــة والقياس شرطه بقاء أصله ، فمتى بطلت دلالة الأصل بطلت دلالة مفهومه والقياس عليه ، وههنا قد بطلت دلالة مفهومه والقياس عليه ، وههنا قد بطلت دلالة الأصل فيما دون خمسة أوسق ، فيتبعها دلالة المفهوم ، والقياس فى ذلك العقد وان بقى فى الزائد لبقاء أصله ــ فلذلك ــ والله أعلم ــ عدل المصنف عن ذلك الى ما ذكره ، ويحق له ذلك وهو المبرز فى علم النظر ، فعلى قول المصنف المعتمد فى ذلك النهى عن الغرر ، ويجعل الرخصة الواردة فى الرطب بالتمر مستثناه منه ، ولا يضره فى ذلك كونها مستثناة من المزابنــة ، لأن المزابنة نوع من الغرر ، والمستثنى من النوع مستثنى من الجنس ، والوصف المقتضى لالحاقه بما زاد على الثلاث مركب من شيئين ، الغرر وكون ذلك على سبيل الرخصة ، وأحدهما بمجرده ليس كافيا فى التعليل ، والله أعلم •

وممن صحح هذا القول القــاضى أبو الطيب فيما حكى الشاشى عنه والرويانى فى البحر والبغوى والرافعى ويقتضيه ايراد الجرجانى •

(والوجه الثالث) وهــو قول أبى اســحق المروزى واختلفت عبــارة الأصحاب عنه ، فالذى قاله أبو الطيب وابن الصباغ والمصنف والمتولى أنه ان كانا نوعاً واحداً لم يجز ، وان كانا نوعين يجوز كالرطب المعقلى بالتمر البرنى ، والرطب البرنى بالتمر المعقلى ، وما أشبهه ، وأطلقوا ذلك فيما اذا كانا على النخل أو أحدهما على الأرض ، وقال المحاملى وأبو حامد فيما حكى عنه صاحب العدة والرويانى والماوردى : يجوز اذا كان الرطبان على رءوس النخل وكانا نوعين أما اذا كان أحدهما على الأرض فانه لايجوز مطلقا ، وكذلك امام الحرمين حكى الأوجه الثلاثة عن حكاية العراقيين ، كما حكاها المحاملى

من غير تعيين أبى اسحق قال امام الحرمين : فان كان الغرض الذى أشار اليه الخبر أن يستبدل رطباً على الشجر بأكله على مر الزمن ، فالرطب على الأرض بين أن يفسد وبين أن يجف ، وزاد الامام على المحاملى زيادة سأتعرض لها فى فرع مفرد قريبا ان شاء الله تعالى .

وقد احتج أبو اسحق لقوله بما ذكره المصنف ، وأجاب الشيخ أبو حامد بأن طعم أحد النوعين يقارب طعم الآخر ، فلا تدعو الحاجة الى اجازة ذلك وروى هذه الأوجه الثلاثة ، ووجه رابع أنه يجوز بيع الرطب على الأرض بالرطب على النخل بكل حال ، لأنه أدوم نفعاً أى سواء كانا نوعاً أو نوعين ؛ ويجوز ما على النخل بما على النخل اذا كانا من نوعين ، ولا يجوز اذا كانا من نوع واحد لفقد الفائدة ، ونقله الماوردى والرويانى عن ابن أبى هريرة ، وقد رأيت فى تعليق الطبرى عن ابن أبى هريرة أطلق جواز بيع الرطب على النخل بالرطب على الأرض ، ويذكر اذا كانا على النخل والله أعلم .

فجملة الأوجه فى المسألة أربعة ، وقد جمعها الماوردى وحكاها كذلك ، وتبعه صاحب البحر ، وما نقله المحاملى والماوردى ومن تبعهما يمكن أن ينزل عليه كلام من أطلق ، فان كان الأمر كذلك فيجب تقييد كلام المصنف فى قوله : وان كانا نوعين جاز اذا كان على النخل ولكن هذا التقييد ينافيه كلام أبى الطيب ، فانه صرح فى جريان الأوجه الثلاثة فيما اذا كان أحدهما على الأرض ، فان جمعنا بين النقلين جاءت خمسة أوجه فى المسألة ، وكذلك فعل ابن الرفعة فى المطلب . وفيه بُعد لأن الشخص المنقول عنه واحد ، وهو أبو اسحق ، فكيف يحكى ذلك وجهين ؟ الا أن يكون اختلف قوله فى وقتين والأقرب أن ذلك اختلاف علة من الناقلين ، وينبغى أن يقصد الجمع بينهما ، ويبقى تجويز النقل أن يقول قيل كذا ولا يقول : فيه وجهان ، لأنه لم يثبت أنهما وجهان ، وقد نقل فى كل منهما أنه قيل وعبر الغزالى فى الوسيط بعبارة لا توجد فى كلام غيره .

(والثانى) ان كان أحدهما موضوعاً جاز ، وان كان على الشجرة فلا ، وهذا وهم بلاشك ، وكأنه مل القلم فأراد أن يكتب ان كان أحدهما على

الأرض لم يجز ، وان كانا على الشجر جاز ، كما هو فى النهـاية ، فانقلب عليه ، هذا مالا أشك فيه ، وقال الجورى : اذا كان للرجل نوع من الرطب جاز أن يشترى نوعاً آخر من الرطب ليس عنده خرصاً كالعرايا ، هذا جواب ابن خيران وقال ابن سريج : لم يتعرض الشافعى لهذا ، واذا صح الحديث جاز ، والحديث صحيح ، وذكر حديث خارجة بن زيد عن أبيه من طريق ابن وهب ومن طريق صالح بن كيسـان ، وهـذا من ابن سريج والجورى [1] موافقة لابن خيران أو لأبى اسحق •

(فـرع) اذا قلنا بجواز بيع الرطب على النخل بالرطب على الأرض هل المعتبر فيه الخرص أو الكيل ؟ كلام الرافعى رضى الله عنـه يقتضى أنه الكيل ، والذى رأيته فى تعليق الطبرى عن ابن أبى هريرة خلافه ، فانه قال : ويجوز أن يباع الرطب بالخرص بالرطب الموضـوع بالأرض اذا نقص عن خمسة أوسق •

(فـروع) عرفت أن الأصح من الأوجه الثلاثة المنع مطلقاً ، وقد شذ ابن أبى عصرون فصحح قول أبى اسحق أنه اذا اختلف نوعهما صح •

(فـرع) اذا كان الرطب بالرطب كلاهما على الأرض لم يجز ، جزم بذلك صاحب الشامل وصاحب التهذيب ، لأنه يتسـارع اليـه الجفاف أو الفساد ، فلا يحصل المقصود وهو أكل الرطب على الأم [2] وحكى القفـال فى شرح التلخيص فيه وجهين ، وقال المتولى : ان فيه الأوجه الثلاثة ، وقال امام الحرمين [3] فى حكاية الأوجه الثلاثة عن حكاية العراقيين فى بيع الرطب بالرطب •

(الثالث) الفصل بين أن يكون الرطبان أو أحدهما على الأرض فيمتنع ، أو يكونا على الشجر فيجوز ، وهذا يقتضى أن أحد الأوجه قائل بالجـواز

---

(١) لايزال النسخة الاصلية من (ش) تقول الجوزى او الخوزى وقد قومناها والحمد الله المطيعى

(٢) الأم هنا النخلة الناضدة للرطب (ط) •

(٣) كذا فى ش و ق ولعل العبارة : فيه حكاية الأوجه الخ (ط) •

مطلقاً اذا كانا على الأرض أو أحدهما ، ولم أجد فى طريق العراقيين من نص على الجواز فيما اذا كانا على الأرض ، ولا حكى فيه خلافاً • وانما الخلاف فى ذلك فى طريقة الخراسانيين • وممن حكى الأوجه الثلاثة فيه صاحب التتمة • واذا جوزنا ذلك فهل يباع خرصا أو كيلا ؟ الذى يقتضيه كلام القفال رضى الله عنه وصاحب التتمة الأول • فانه قال : فأما بيع الرطب بالرطب خرصاً وهما موضوعان على الأرض ، أو بيع الرطب على رءوس الشجر بالرطب خرصاً ، فعلى وجهين (أحدهما) يجوز ، لأن بيع الرطب بالتمر فيه وجهان خرصه رطباً ثم خرصه تمراً ، ومع ذلك يجوز ، واذا كان الرطب على الأرض فليس فيه الا جهالة واحدة ، وهو أن يقول خرصها تمراً كذا ، ويعلم مقدارها فى الحال ، فهذا بالجواز أولى ، هذا ما رأيته فى شرح التلخيص للقفال •

ونقل الرافعى رحمه الله تعالى أن القفال ذكر فى شرح التلخيص أنه على الخلاف ، لأنه اذا جاز البيع وأحدهما أو كلاهما على رءوس النخل خرصاً واحتملت الجهالة فلأن يجوز مع تحقق الكيل فى الجانبين كان أولى ، فأوهم هذا النقل أمرين :

(أحدهما) أن القفال جعل بيع الرطب بالرطب المقطوع على الأوجه الثلاثة ، وليس فى كلامه الا ذكر وجهين •

(والثانى) أنه يكون البيع فى ذلك كيلا ، والقفال انما قال خرصاً ، وكذلك صاحب التتمة نعم رطبا بل يخرص ما يجىء منهما تمراً فحسب ، والذى يقتضيه ذلك أنه اذا علم أن كيل هذا الرطب الآن أربعة أوسق ، وكيل الرطب الآخر أربعة ونصف ، وخرص ما يجىء منهما تمراً فكانا سواء أنه يجوز البيع ولا اعتبار بالتفاضل فى الكيل الآن فحينئذ تحقيق الكيل فى الجانبين لا أثر له الا تخفيف غرر خرصه تمراً فانه يكون حينئذ أقل خطأ ، فتنبه لذلك فان ما نقله الرافعى رضى الله عنه عن القفال يوهم أنه لو باع صاع رطب بصاع رطب مقطوعين صح من غير اعتبار الخرص ، وليس فى كلام القفال ذلك والله أعلم •

وقد تابع الرافعى على ذلك ابن الرفعة فقال : ان معياره الكيل كما قاله الرافعى ، وهو وهم والمناقشة فى هذا الفرع تقرب من المناقشة فى الفرع المتقدم قريبا فى بيع الرطب على النخل بالرطب المقطوع على الأرض ، وقال القاضى حسين فى تعليقه : لا خلاف أن بيع الرطب بالتمر كيلا على الأرض أو على الشجر من غير اعتبار المآل لا يجوز ، وهى المزابنة ، فهذا نص القاضى أكبر تلامذة القفال وأعلم بكلامه ، وبالجملة فما أوهمه كلام الرافعى غير مقبول والله سبحانه أعلم •

فائدة أربع مسائل تنبنى على أصل واحد ، وهو أن العرية جوزت للحاجة أو رخصة ، فعلى الأول لا تصح الا فى التمر والرطب على النخل للفقراء وعلى الثانى تصح مع الأغنياء بالرطب على الأرض اذا كانا رطبين من الجانبين • قالها القاضى حسين •

(فرع) بيع التمر بالرطب على الأرض قال المحاملى : لا خلاف على المذهب أنه لا يجوز ، وذلك ظاهر على طريقة العراقيين فى اتفاقهم على منع بيع الرطب بالرطب وهما على الأرض ، أما المراوزة فقد تقدم الخلاف عنهم فى الرطب بالرطب وهما على الأرض ، فلا جرم ذكروا أيضا خلافاً فى الرطب بالتمر ، قال القاضى حسين : وجهان (أحدهما) لا يجوز لأن المعنى الذى جوزت له العرية وهو الانتفاع على مرور الأيام لا يتحقق لأنها لا تجف فى الحال (والثانى) يجوز لأنه لما جاز على النخلة مع الخرص ، فلأن يجوز مع يبسه والاحاطة به أولى ، وقال الامام : ان بنينا الباب على الاتباع امتنع ، وان جعلنا الخرص أصلا سوغنا ، وسيأتى قول الامام الذى ادعى فيه أن الخرص أصل مع تلوم ، وقد تقدم التعرض لهذه المسألة ، والتنبيه على الجزم بأن ذلك لا يجرى فى غير العرايا ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز فى العرايا فيما زاد على خمسة اوسق فى عقد واحد ، لما روى جابر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهى عن المخابرة والمحاقلة والمزابنة » فالمحاقلة أن يبيع الرجل الزرع بمائة فرَق من حنطة ، والمزابنة أن

يبيع الثمر على رءوس النخل بمائة فرق ، والمخابرة كراء الأرض بالثلث والربع) .

(الشرح) حديث جابر رضى الله عنه رواه مسلم بهذا اللفظ ، وقال البيهقى : ان البخارى رواه ولم أره فى البخارى الا من رواية أبى سعيد الخدرى وما ذكره المصنف ذكره الشافعى ، هكذا روينا فى مسند الشافعى من طريق الربيع عنه وكذلك هو فى الأم فى باب المزابنة ، والتفسير يحتمل أن يكون من قول جابر ، فان فى مسلم فى الرواية قال عطاء : فسر لنا جابر قال : « أما المخابرة فالأرض البيضاء يدفعها الرجل الى الرجل فينفق فيها ، ثم يأخذ من التمر » وزعم أن المزابنة بيع الرطب فى النخل بالتمر كيلا ، والمحاقلة فى الزرع على نحو ذلك ، بيع الزرع القائم بالحب كيلا ، وفى رواية أخرى فى مسلم : « المحاقلة أن يباع الحقل بكيل من الطعام معلوم ، والمزابنة أن يباع النخل بأوساق من التمر ، والمخابرة الثلث والربع وأشباه ذلك » .

وفى هذه الرواية ذكر الحديث وهذا التفسير جملة ، ثم قال الراوى قلت لعطاء بن أبى رباح : « أسمعت جابر بن عبد الله يذكر هذا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال : نعم » وظاهره أن التفسير من قول النبى صلى الله عليه وسلم وعندى فيه توقف ، لأن الراوى الأول عن عطاء الذى ميز التفسير من الحديث أجل من راوى الرواية الأخرى المحتملة ، وقوله : « بمائة فرق » المقصود بذلك على جهة المثال لا أنه تحديد . والامام الشافعى رضى الله عنه روى فى الأم سؤال ابن جريج لعطاء ، وأن جابراً فسرها لهم ، ثم قال الشافعى : وتفسير المحاقلة والمزابنة فى الأحاديث يحتمل أن تكون على رواية من هو دونه والله أعلم .

وقال أبو عبيد القاسم بن سلام فى غريب الحديث : سمعت غير واحد ولا أتبين من أهل العلم ذكر كل واحد منهم طائفة من هذا التفسير فقالوا : المحاقلة بيع الزرع وهو فى سنبله بالبر ، وهو مأخوذ من الحقل ، والحقل هو الذى يسميه أهل العراق القداح ، يعنى الأرض المعدة للزراعة كما اقتضاه كلام غيره ، وصرح به ابن باطيش وهو فى مثل يقال : لا تنبت البقلة الى الحقلة ، والمحقل السنبل قال الماوردى : جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم

« أنه نهى عن بيع الطعام فى محقله » يعنى فى سنبله ، قالوا : والمزابنة بيع التمر فى رءوس النخل بالتمر •

وقال أبو عبيد فى المخابرة : هى المزارعة بالنصف والثلث والربع ، فأقل من ذلك وأكثر ، وهو الخبر أيضاً ، وكان أبوعبيدة يقول بهذا سمى الأكار الخبير لأنه يخابر الأرض والمخابرة المذاكرة قال ابن باطيش وقيل : ان أصلها مشتق من خيبر ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أقر أهل خيبر عليها لمافتحها على أن لهم النصف من ثمارهم وزرعهم ، وعليهم العمل فقيل : قد خابرهم أى عاملهم بخيبر ، وهذا التفسير مطابق لمذهب الشافعى رحمه الله تعالى •

وذكر أصحابنا أن المحاقلة استكراء الأرض ببعض ما يخرج منها ، وهو المخابرة ، وقد يقال : استكراء الأرض بالحنطة ، واستدلوا على ذلك بما روى أبو سعيد الخدرى أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن المحاقلة ، والمحاقلة استكراء الأرض بالحنطة » قال الشيخ أبو حامد وغيره : وما قلناه أولى ، يعنى بعد تعارض الروايتين ، لأن اللغة تشهد له ، وذلك أن هذه اللفظة من الحقل وهو الزرع • ويقال : الحقل القداح المزروعة والحواقل المزارع ، قال أبو الطيب : وكذلك لا يصح اجارته بحال ، لأنه قال فى شرح التلخيص : ان الحقل الأرض البيضاء •

وروى الشافعى رضى الله عنه ومسلم بن الحجاج فى الصحيح عن سعيد ابن المسيب فى مرسلاته تفسير المحاقلة بالأمرين جميعاً ، قال الشيخ أبو حامد: فثبت التفسير الذى ذكرنا ، يعنى أنه مستعمل فى ذلك فأما استعماله فى المعنى الآخر فيمكن أن يقال : ان ذلك مرسل مخالف للقياس ، لأن الأجرة بدل من منافع الأرض ، وليس فى كون الحب أجرة لمنافع الأرض معنى يوجب فساد العقد ، ويمكن أن يقال : ان هذا المرسل يعتضد بحديث أبى سعيد • وتتكلم فى وجه القياس فى ذلك ، ومحل ذلك ينبغى أن يكون فى كتاب الاجارة ، وانما نتكلم هنا فى المزابنة قال الماوردى وغيره : المزابنة فى اللغة المدافعة ، ولهـذا سميت الزبانية لأنهم يدفعون الى النار ، وقالوا زبنت الناقة برجلها اذا دفعت قال الشاعر :

ومستعجب مما يرى من آياتنا ولو زبنته الحرب لم يتعجب

فسمى بيع الرطب بالتمر مزابنة ، لأنه دفع التمر باسم المزابنة بالرطب وبيعه لا يجوز ، قال الأزهرى : وانما خصوا بيع التمر فى رءوس النخل بالتمر باسم المزابنة لأنه غرر لا يخص المبيع بكيل ولا وزن ، وخرصه حدس وظن ، معنى لا يؤمن فيه من الربا المحرم ، وهذا يقضى أن المزابنة تختص ببيع التمر على رءوس النخل وهو مقتضى التفسير الذى ذكره المصنف فى الحديث عن جابر ، وكذلك قال ابن الصباغ وآخرون ، وقد تقدم فى كلام أبى حامد وغيره مع الحنفية أن بيع الرطب بالتمر مطلقاً يسمى مزابنة ، وهو مقتضى كلام الماوردى الذى ذكرته الآن وكذلك قال الخطابى •

وقد جاء فى رواية يحيى بن بكير [1] فى الموطأ فى حديث ابن عمر فى تفسير المزابنة ، قال : « المزابنة الرطب بالتمر كيلا » والمعنى واحد أو متقارب ، وتبين ان صح أن المراد بالتمر الرطب ، والله أعلم • وقد ذكر رواية أيوب عن نافع عن ابن عمر أن المزابنة أن يبيع الرجل ثمرته بكيل ان زاد فلى وان نقص فعلى • وهو قريب من الأول قال ابن عبد البر : ولا خلاف بين العلماء أن المزابنة ما ذكر فى هذه الأحاديث تفسيره عن ابن عمر من قوله أو مرفوعاً ، وأقل ذلك أن يكون من قوله ، وهو راوى الحديث ، فنسلم له ، فكيف ولا مخالف له فى ذلك ؟ وكذلك كل ما كان فى معناه من الجزاف بالكيل فى الجنس الواحد المطعوم أو الرطب اليابس من جنسه ، والفرق مكيال من المكاييل يسع ستة عشر رطلا ، والمشهور فيه فتح الراء وفيه لغة أخرى باسكانها حكاها ابن قابوس وابن سيده ، وأنكرها ثعلب فعلى المشهور هو مشترك بينه وبين الخوف ، والله أعلم •

وجمع الفرق على اللغتين فرقان كبطن وبطنان وحمل وحملان قاله ابن الأثير فى شرح مسند الشافعى ، والوسق ــ بفتح الواو وكسرها والفتح أصح ــ يجمع على أوسق وأوساق ووسوق وقال المروذى قال شمر : كل شىء حملته وسقته وقال غيره : الوسق ضمك الشىء بعضه الى بعض ، وقال

---

(١) ورد فى ش و ق بدون تصغير وهو يحيى بن عبد الله بن بكير وهو شيخ البخارى وطريقه الى مالك ضمن مشايخ البخارى من اصحاب مالك متأخراً عنهم (ط) •

ابن سيده : الوسق حمل بعير ، وقيل : هو ستون صاعاً بصاع النبى صلى الله عليه وسلم وقيل : هو العدل وقيل العدلان • وقد اتفق الأصحاب على الحكم المذكور •

قال الشيخ أبو حامد والمحاملى : لا خلاف أن فيما زاد على خمسة أوسق لا يجوز وهو مذهب مالك وأحمد وقال محمد من المالكية : انه يمضى اذا وقع قال ولو جوز ابتداء من غير كراهة لكان أقيس يعنى اذا اشتراها بخرصها نقداً لأن عند مالك الخمسة الأوسق فما دونها تباع بالستة كما تقدم وهذا قول شاذ وقد تقدم عند الكلام فى اقتضاء جوازها للأغنياء ما يمكن أن يتعلق به من جهة حمل المطلق على المقيد وجوابه والصواب الأول والنص الصريح فى النهى عن المزابنة دليل عليه والمضر فيه أنه بيع طعام بجنسه ، مجهول التساوى ولم يرد فيه رخصة ، ولا هو فى معنى ما وردت فيه وكذلك المحاقلة للنص والمعنى المذكور ومعنى آخر وهو أنه بيع طعام وتبن بطعام وذلك لا يجوز ، وأيضا لأن من دونه حائل ، قاله ابن أبى هريرة والأصحاب وليس هذا محل الكلام على المحاقلة والمخابرة وانما تتكلم هنا فى المزابنة •

فائدة الفرق بين المحاقلة والعرايا حيث جوز فى العرايا فى القليل ، ولم يجوز فى المحاقلة فى قليل ولا كثير ، والفرق ظاهر وهو الحاجة الى أكل الرطب حال كونه رطباً بخلاف السنبل فانه لا يحتاج اليه والله أعلم •

وقد اتفق الأصحاب على أنه اذا زاد على خمسة أوسق فى عقد واحد لا يصح قاله الماوردى : (فان قيل) فهذا أبطلتموه فيما زاد على الخمسة ، وجوزتموه فى الخمسة (قيل :) لأنه بالزيادة على الخمسة قد صار مزابنة ، والمزابنة كلها فاسدة وهذا الجواب لا يشفى ، فان الخمسة اذا كانت جائزة فضمت مع غيرها فالقياس تخريجه على تفرق الصفقة والمزابنة قد استثنى منها مقدار خمسة أوسق فلعل مأخذ المنع من ذلك الاحتياط فى عقود الربا ، وأنه بالزيادة صار العقد ربا والربا حرام بخلاف عقد لم ينه عنه ورد على ما يجوز وما لا يجوز ؟ فلا يوصف بالحرمة المطلقة ولا بالحل المطلق بل هو بالنسبة الى ما يجوز حلال والى غيره حرام • وأما عقود الربا فحرام من حيث هى لا لأمر يرجع الى المعقود عليه ، بل الى نفس تلك المقابلة والله أعلم •

وقد وفى الجورى بمقتضى التخريج وحكى قولين فيما اذا عقد على أكثر من خمسة أوسق (أحدهما) لا كمن نكح أختين (والثانى) يصح فى الخمسة ويبطل فى الزائد وللمشترى الخيار [1] وقد علمت أن المزابنة بيع الرطب بالتمر ، والمحاقلة بيع الزرع بالحنطة • ثم ان سائر الثمر فى شجرها بجنسها لا يجوز ، وسائر الزرع فى سنبله كذلك ، فاختلف أصحابنا على ما حكاه الماوردى هل ذلك لدخولها فى اسم المزابنة أو قياسا عليها ؟ (فأحد الوجهين) وهو ظاهر مذهب الشافعى أن ذلك لدخول سائر الثمار فى اسم المزابنة وسائر الزرع فى اسم المحاقلة ، فكان تحريمه نصاً لا قياسا (والوجه الثانى) وهو مذهب أبى على ابن هريرة أن النص فى المحاقلة والمزابنة يختص بالحنطة والنخل ، وسائر الزروع ، مقيسة على الحنطة فى المحاقلة وسائر الثمار مقيسة على النخل فى المزابنة ، فكان تحريمه قياسا لا نصاً •

قال القفال فى شرح التلخيص : المحاقلة بيع الزرع فى الأرض بعد ما يعقد الحب بالحنطة ، وقال القاضى حسين : المحاقلة بيع الحنطة المنقاة بالحنطة فى السنابل ، وذلك لا يجوز ، وهو مشتق من الحقل ، وذلك اسم الأرض البيضاء ، والمزابنة بيع الرطب على الأشجار بالتمر على وجه الأرض ، فأما اذا باع الحنطة على وجه الأرض بالقصل قبل أن يتسنبل أو قبل ان تشتد فيه الحبات فانه يجوز ؛ لأنه بيع الحنطة بالحشيش • وكذا لو باع الحنطة على وجه الأرض بالشعير فى سنبله جاز • وأما اذا باع الشعير على وجه الأرض بالقمح فى سنبله ففيه قولان • كما [فى] بيع الغائب •

وقال مالك رحمه الله : صورة المحاقلة والمزابنة أن يقول الرجل لآخر : اضمن لى صبرتك بعشرين صاعاً فما زاد فلى ، وما نقص فعلى اتمامها • هذا كلام القاضى حسين • وقولهم فى تفسير المحاقلة : بيع الزرع بالحنطة • هكذا أطلقه جماعة • وقال الماوردى : بيع الطعام فى سنبله بالطعام المصفى • وقيده المحاملى بأنه بيع الحنطة فى سنبلها بالحنطة • وهو الصواب • وقيده

---

(١) باض بالأصل (ش) قلت : وتقديره وللمشترى الخيار فى الزائد ولا خيار فى الخمسة لصحة العقد أو الخيار فى الصفقة كلها لطروء الزيادة على العقد فلا نبطله وانما نثبت للمشترى الخيار (ط) •

الصيمرى فى شرح الكفاية فقال : بيع السنبل من البر قائماً بالحنطة • فتقييده بالبر لابد منه • وكذلك قيده الفورانى فى الابانة • وقال القفال والقاضى أبو الطيب وصاحب التهذيب : بيع الزرع بعد اشتداد الحب بمثله نقياً • وهذا يدخل فيه الشعير وغيره •وتكون الحنطة على سبيل التمثيل • قال الصيمرى: ولو بيع بالدراهم لم يجز الا أنه غير المحاقلة ، وقال أبو داود لما ذكر التفسير المذكور قال : اذا حزر الزرع أنه يحصد منه مائة فرق فبيع بمائة فرق ، فلا يجوز ، فان لم يكن فيه هـذا الخرص وهـذا التقـدير فأولى بالفسـاد • والله أعلم •

(فـرع) قول المصنف : فى عقد واحد • مفهومه أنه يجـوز فى عقـود متفرقة ، والأمر كذلك يجوز أن يبيع الرجل ثمر بستانه كله لجماعة • كل واحد منهم دون خمسة أوسق ، نص على ذلك الشافعى والأصحاب ، وقال امام الحرمين : انه لا خلاف فيه ، ويجوز أن يبيع أيضاً للرجل الواحد فى عقوده، كل عقد دون خمسة أوسق أو خمسة ان جوزناها ، نص عليه الأصحاب القاضى أبو الطيب وابن الصباغ والمحاملى ، ونفى الخلاف فيه امام الحرمين والمتولى قال النووى فى الروضة :

« لأن الرخصة عامة فى جميع العقود وخالف فى ذلك أحمد فقال : لا يجوز أن يبيع أكثر من عرية واحدة ، ولا يشترى أكثر من صفقة واحدة ومذهبه معروف فى سد باب الحيل » •

وقد أورد الأصحاب سؤالا وجوابه نقلهما القاضى أبو الطيب عن أبى اسحق أنه قال : (فان قيل :) اذا أجزتم ذلك فقد أبطلتم المزابنة وجعلتـم للناس أن يبيعوا جميع ثمارهم على رءوس النخل بالتمر (والجواب) أن المزابنة حكمها ثابت فى العقد الواحد ، وقال ابن الرفعة : يظهـر اذا قلنـا باختصاصها بالفقراء ألا يصح ، لأنه بالخمسة الأولى غنى شرعاً ، واعتباره هنا أولى من اعتبار الغنى العرفى (قلت) وجواب ذلك أن الخمسة الأولى قد يكون أكلها أو أزالها عن ملكه أو لا تسد كفايته ، واعتبار الكفاية فى ذلك

أولى من جعله مالكاً لنصاب الزكاة ، وقد تقدم ما اقتضاه كلام صاحب التتمة والجرجانى ، من أن المعتبر أن لا نقد بأيديهم ، وهو حاصل هنا والله أعلم ..

(فـــرع) ويفهم منه أنه اذا باع ثمانية أوسق من رجلين صفقة واحدة جاز لأنه بمنزلة الصفقتين ، واذا كانت ستة عشر وسقاً بين رجلين فباعها من رجلين جاز ، لأن كل واحد منهما باع حقه ، وهو ثمانية أوسق من رجلين فيصير كأنه باع من كل واحد منهما أربعة أوسق ، وبذلك كله صرح القاضى أبو الطيب والماوردى والقاضى حسين وابن الصباغ والرافعى وغيرهم ولا خلاف فى المذهب فيه وفرضها الماوردى فى عشرين وسقا الا مدا وهو أبلغ فى التمثيل . ونقل ابن الصباغ وغيره خلاف أحمد فى ذلك قال : لأن البـائع عنده لا يجوز أن يبيع أكثر من عرية واحدة وعندنا يجوز .

(فـــرع) اذا باع رجلان من رجل واحد أكثر من خمســة أوســق ففيه وجهان حكاهما الفورانى وغيره من المراوزة (والصحيح) الجواز ، كما لو باع من رجلين ، لأن الصفقة تتعدد بتعدد البائع جزماً وفى تعددها بتعدد المشترى وجه ، وقد جزمنا بأنه هنا تجوز الزيادة على الخمسة عند تعـدد المشترى واتحاد البائع ، فينبغى أن يكون عند تعدد البائع واتحاد المشترى أولى بالجواز (والوجه الثانى) أنه لا يصح وهو اختيار صاحب التلخيص لأنه يدخل فى ملكه أكثر من خمسة أوسق بطريق الخرص دفعة واحدة وهو يخالف مقصود الخبر ؛ وفرق امام الحرمين بين هذا وبين الرد بالعيب حيث يلاحظ فيه التعدد والاتحاد بأن المبيع خرج عن ملك البائع دفعة . فلو رجع اليه بعضه لكان خارجاً بعيب عائدا بعيبين ؛ واذا تعدد البائع يرد المشـترى تمام ملك أحدهما عليه لم يتضمن تنقيصنا عليه لم يكن قبـل والمقصـود فى العرايا أن لا يملك الرجل دفعة واحدة خمسة أو أكثر من خمسة وهذا الوجه ضعفه البغوى والرويانى والرافعى ؛ وممن رجح الجـواز فى ذلك صاحب العدة والعمرانى .

(فـــرع) فلو باع عشرين وسقاً من أربعة فعلى القولين ــ ان جوزنا العرايا فى خمسة ــ وقال فى الروضة : وسواء فى هذه الصورة كانت العقود

فى مجلس أو مجالس حتى لو باع الرجل ألف وسق فى مجلس واحد بصفقات ؛ كل واحد دون خمسة أوسق جاز •

(فرع) لو باع الزرع قبل بدو الحب فيه بالحنطة جاز ، فان الزرع حشيش بعد ، غير معدود من المطعومات ، قاله الامام والرافعى ، وكذلك قال الرويانى فى البحر : يجوز بشرط القطع ؛ وفرضه فيما اذا لم يشتد الحب ؛ وهو مراد الامام ، وكذلك صاحب التهذيب • وقال : سواء تسنبل أم لم يتسنبل • فينبغى أن يقيد اطلاق تفسير المزابنة بالزرع بالحنطة والا حرم ؛ قال الامام وجماعة : ان معناها الحب فى السنبل بالحنطة لكن قول صاحب التهذيب : انه يجوز اذا تسنبل ، مشكل فانه بيع قمح رطب مستتر مع تبنه بقمح وذلك نوع من الفساد ؛ والرافعى قال : قبل ظهور الحب فلا يرد عليه شىء •

(فرع) حكى أصحابنا عن مالك رحمه الله أنه فسر المزابنة بأن يكون لرجل صبرة من طعام فيقول له رجل : فى صبرتك ستون وسقاً ، فيقول صاحب الصبرة : ليس فيها ستون وسقاً ، فيقول له الحازر نكيلها ، فان نقصت تممتها ، وان زادت أخذت الزيادة ، وقد ذكر الشافعى رحمه الله تعالى هذه المسألة فى الأم وقال : ان ذلك قمار مخاطرة وليس بعقد • وانه من باب أكل المال بالباطل ، وكذلك لو قال رجل : عد قثاءك أو بطيخك أو اطحن حنطتك فما زاد على كذا فلى ، وما نقص فعلى• وكذلك ــ فيما قال الماوردى ــ لو أخذ ثوباً لرجل فقال : أنا أقطعه لك قميصاً ، فان نقص غرمته وان زاد أخذت الزيادة فكل هذه الأشياء حرام بالاتفاق ، ولكن الاختلاف فى أن ذلك داخل تحت المزابنة أولا ؟ فان هذا مخاطرة موضوعه أن يدفع عند النقصان مالا يأخذ عوضه ، ويأخذ عند الزيادة ما لا يعطى بدله فصار بالقمار والمخاطرة ، أشبه منه بالبيع والمزابنة •

والذى حكاه أبو بكر بن العربى أن المزابنة بيع التمر فى رءوس النخل بالتمر ، فعلى هذا لا خلاف بيننا وبينهم ، قال ابن العربى : ثم حمل على ذلك كل رطب بيابس ونقل ابن العربى عن مالك أنه قال : المزابنة كل شىء من الجزاف لا يعلم كيله ولا وزنه ولا عدده ، أتبيع بشىء من المسمى من الكيل

والوزن والعدد ؟ واختصاره بيع المجهول بالمعلوم وهذا أيضاً يوافق تفسير الشافعي ، فانه قال في المزابنة : كل جنس من الطعام عرف كيله اشترى بجنس مثله مجهول الكيل ، أي المزابنة المحرمة ، وليس مقصود تفسير ما جاء في الحديث والخلاف أن يثبت في تفسير اللفظ لا في المعنى ، فان العقود المذكورة محرمة عندنا وعنده ، قال ما معناه ذلك ، وشذ الصيمري فجعل المزابنة شراء الرطب في رءوس النخل بثمر في الأرض جزافاً ، وعلى هذا لا يحتاج الى استثناء العرايا ، وهو يخالف قوله : ورخص في العرايا .

(فرع) قال الشيخ أبو حامد في الرونق : المحاقلة على ضربين (أحدهما) بيع الحنطة في سنبلها ، وهو ممتنع كالجوز واللوز في قشرته (والثاني) بيع الحنطة مع التبن .ففيه قولان بناء على خيار الرؤية ، وهذا الكلام يقتضي أنه لا يشترط في المحاقلة أن يكون المبيع بالحنطة ، وهو خلاف المشهور وخلاف ما صرح به الصيمري فيما تقدم . وهذا اختلاف في التسمية والأحكام لا نزاع فيها . وأما جزمه في الأول بالبطلان وحكايته القولين في الثانية فينبغي أن يؤخر الكلام عليه الى باب الأصول والثمار .

(فرع) اعتبار الخمسة ههنا هل هو تحديد أو تقريب ؟ صرح الماوردي على قولنا : انه لا يجوز الا أقل من خمسة أوسق ، أنه لو باع خمسة الا مداً أو الا ربع مد صح ، فيما اذا اشترى أربعة أنفس عشرين وسقا الا مداً ، ومقتضى ذلك أن الخمسة اذا نقصت ربع مد صح جزماً ، وهذا يشعر بالتحديد لأن ربع مد رطل وثلث في ألف وستمائة رطل قليل جداً ، والأصحاب أطلقوا الخمسة من غير تعرض لتحديد ، ولا تقريب ، قال ابن الرفعة : ولا يبعد تخريجه على أن الخمسة الأوسق في الزكاة تحديد أو تقريب ، فقد حكى عن العراقيين أنه لا يضر لنقصان خمسة أرطال ، فينبغي أن يكون النقص أكثر من خمسة أرطال .

(قلت) وقد صرح النووي بهذه المسألة . وأن ذلك على سبيل التحديد في مجموع لطيف أسماه (رءوس المسائل وتحفة طلاب الفضائل) وذكر فيه مسألة في بيان جملة من المقدرات الشرعية ، فذكر مما هو على

سبيل التحديد عدد الذى تنعقد به الجمعة ومدة مسح الخف ، وأحجار الاستنجاء ، ولو باع الكلب ونصيب الزكاة وقدر الواجب فيها وفى زكاة الفطر ، وفى الكفارات ، وتعتبر سن البلوغ بخمسة عشر وتقدير الرخصة فى بيع العرايا بخمسة أوسق اذا جوزنا فى خمسة أوسق ، ومنه الآجال فى حول الزكاة والحرمة والعدة ودية الخطأ ونفى الزانى وانتظار العنين والمؤلى وحول الرضاع وجلد الزانى والقاذف وتخصيص الزيادة على الأربعين على سبيل التقدير بثمانين ونصاب السرقة بربع وغير ذلك •

ومن التقدير الذى على سبيل التقريب سن الرقيق المسلم فيه والموكل فى شرائه • ومن التقدير المختلف فيه تقدير العلتين وسن الحيض والمسافة بين الصفين ومسافة القصر ونصاب المعشرات وفى كلها وجهان (الأصح) التقريب لأنه يجتهد فى هذا التقدير وما قاربه وهو فى معناه بخلاف المنصوص على تحديده وفى كلام النووى الذى حكيته تقييد ذلك بما اذا جوزنا فى خمسة أوسق ، ولا يتقيد بذلك بل اذا قلنا : انه لا يجوز فى الخمسة فنقص عنها نقصاً يسيراً فانه يجوز العقد عليها لأنا جعلنا ذلك تحديداً وقد حصل النقص عليها فيمتنع والله أعلم •

(فرع) لو باع الحنطة فى سنبلها بالشعير على وجه الأرض فان فيه القولين فى بيع الغائب قال : ولو باع الشعير فى سنبله بالحنطة على وجه الأرض أو الرطب على رأس النخل بجنس آخر من الثمار على الشجر ، أو على وجه الأرض فلا بأس ، لكن يتقاصان بالتسليم فيما على وجه الأرض وبالتخلية فيما على الشجر ، قاله الرافعى •

(فروع) هل يجوز أن يقع عقد العرية على جزء مشاع مما على النخل من الرطب اذا خرص الجميع ؟ الذى لا أشك فيه الجواز ، وذلك مقتضى نقل الأصحاب أنه اذا باع من رجلين سبعة أوسق جاز فالذى حصل لكل منهما مشاع ولا يقدح فى ذلك التسليم فانه يحصل بالتخلية [1] ولا الانتفاع به فانه يحصل بالمقاسمة على قول الافراز على الأصح •

فائدة الحقل قداح طين يزرع فيه قاله ابن سيده وغيره قال :

---

(١) أى لا يقدح فى الانتفاع به لحصوله بالمقاسمة على قول الافراز كما لا يقدح فى ذلك التسليم لحصوله بالتخلية (ط) .

وحكى بعضهم فيه الحقلة ، ومن أمثالهم لا ينبت الحقلة الا البقلة . وليست الحقلة بمعروفة وأراهم أنثوا الحقلة فى هذا المثل ، انتهى . فالمحاقلة سميت بذلك لتعلقها بزرع فى حقل ، والمزابنة مأخوذة من الزبن وهو الدفع سميت بذلك لأنها مبنية على التخمين والغبن فيها مما يمكن من يد المغبون دفعه والغابن امضاؤه فيتدافعان ولا يمكن المعيار الشرعى وهو الكيل فى السنابل والرطب على النخل ، والخرص فيها لا يكفى قال الأئمة : وفى المحاقلة شيئان آخران .

(فرع) اذا امتنع بيع الحنطة فى سنبلها بالحنطة الظاهرة فامتناع بيعها بمثلها أولى وقد صرح الشافعى رضى الله عنه بذلك ، وأشار الى عدم الخلاف فيه ، فانه قال : ولم أجدهم يعنى أهل العلم يجيزون أن يتبايعوا بيع الحنطة بالحنطة فى سنبلها كيلا ، ولا وزنا ، لاختلاف الأكمام والحب فيهما ، ذكر ذلك فى باب الوقت الذى يحل فيه بيع الثمار .

(فرع) وكذلك قال فيه أيضا : ولم أرهم أجازوا بيع الحنطة فى التبن محصودة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز ذلك فيما دون خمسة اوسق . لما روى ابو هريرة رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم « ارخص فى بيع العرايا فيما دون خمسة أوسق ») .

(الشرح) الثابت فى الصحيحين فى حديث أبى هريرة فيما دون خمسة أوسق أو فى خمسة أوسق . هكذا على الشك من رواية [1] داود كما سيأتى قريباً ان شاء الله تعالى ، وفى الترمذى فيما دون خمسة أوسق أو كذا ، وأما روايته بأحد اللفظين فقط كما ذكره المصنف فلم أره فى شىء من كتب الحديث الا فى نسخة من سماعنا فى مسند الشافعى ، وراجعت نسخة أصح منها فوجدته على الصواب مكملا كالروايات المشهورة ، وكذلك رواية الشافعى رحمه الله فى الأم ، ومن عادة الشافعى أن رواياته فى الحديث الواحد لاتختلف، ولو رواها فى مواضع متعددة لشدة ضبطه واتقانه وتثبته ، فتبين أن السقوط

(١) داود بن الحصين هو الذى شك (ط) .

فى تلك النسخة غلط من ناسخ ، فان كان وقع للمصنف نسخة كذلك فهو اللائق بورعه وتحريه أنه لا يختصر الحديث .

ولا يقال : ان ذلك جائز ، فانه ذكر بعض الحديث وليس فيه تعيين حكم لأن ما دون الخمسة محقق ومن أرخص فى الخمسة فقد أرخص فيما دونها ، فالرخصة فيما دونها ، محققة لأنا نقول : ان فى الاقتصار على ذلك خللا فى اللفظ والمعنى ، أما اللفظ فانه لا تتحقق مطابقته للفظ أبى هريرة فلأنه على تقدير أن تكون الرخصة فى خمسة أوسق فلا يمكن نسبته اليه باللفظ ، وأما بالمعنى فلأنه يصير موهماً أو مفهماً ــ بطريق المفهوم ــ أنه لا يجوز فى الخمسة ، وذلك قادح فى الرواية بالمعنى ، والشيخ أجل عندنا من أن يستدرك على روايته ، خلاه ينسب اليه . والظاهر أن الشيخ وجده هكذا واعتقده حديثا تاما ، وكلامه بعد هذا بأسطر يشعر بذلك ولا أعرف رواية فى ذلك اقتصر فيها على ما دون خمسة أوسق الا ما تقدم فى أول الباب عن الترمذى ، من القصة التى نقلها بغير اسناد ولا تعيين ، فان ثبت أن ذلك حديث كامل فهو نص فيما ادعاه ، والا فان الحكم المذكور ثابت بالأحاديث المشهورة المتقدمة فان ما دون الخمسة داخل فى الخمسة واباحة الشىء اباحته لما يتضمنه ، فالاباحة فيما دون الخمسة محققة اما نصا واما تضمنا ، والله أعلم .

والحكم المذكور لا خلاف فيه فى المذهب ، كذا قال القاضى أبو الطيب والمحاملى .

(فروع) لا ضابط للنقص عن الخمسة ، بل متى كان أقل من الخمسة بشىء مّا كان جائزا ، كذلك ، نص الشافعى عليه ، وهو يدل على أن الخمسة تحديد وسنفرد له فرعا فى المسألة التى بعدها . واعلم أنا اذا أطلقنا خمسة أوسق انما نريد خمسة أوسق من التمر ، أى قبل ما يخرص ، فنعرف أنه اذا جف كان خمسة أوسق ولا نريد خمسة أوسق من الرطب ، والله أعلم . وتقدم التنبيه على ذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وفى خمسة اوسق قولان (احدهما) لا يجوز ، وهو قول المزنى ، لأن الاصل هو الحظر ، وقد ثبت جواز ذلك فيما دون خمسة اوسق لحديث أبى هريرة رضى الله عنه ؛ وفى خمسة اوسق شك ، لأنه روى فى حديث ابى هريرة « فيما دون خمسة أوسق أو فى خمسة أوسق » شك فيه داود بن الحصين فبقى على الاصل ولأن خمسة اوسق فى حكم ما زاد بدليل انه تجب الزكاة فى الجميع فاذا لم تجز فيما زاد على خمسة أوسق لم تجز فى خمسة أوسق (والقول الثانى) انه يجوز لعموم حديث سهل بن ابى حثمة) .

(الشرح) الحديث المذكور رواه البخارى ومسلم رحمهما الله من حديث داود بن الحصين عن أبى سفيان مولى [1] ابن أبى أحمد عن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « رخص فى بيع العرايا فى خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق » هـذا لفظ البخارى ولفظ مسلم : « رخص فى بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق ، أو فى خمسة أوسق » فشك داود ، وقال : « خمسة أو دون خمسة » والقولان نص عليهما الشافعى رضى الله عنه فى موضعين على ما سأذكره (أحد القولين) أنه لا يجوز ، وهو مذهب أحمد ، وقول المزنى ، وألزم به الشافعى ، وقد رأيته منصوصا للشافعى رحمه الله فى كتاب الصرف ، وهو فى الجزء [2] السادس من الأم فى باب العَرِيَّة ، قال : ولا يشترى من العرايا الا أقل من خمسة أوسق بشىء ما كان فاذا كان أقل من خمسة جاز البيع ، وكذلك قال فى مختصر البويطى أيضا : العرية أن يشترى الرجل الرطب بتمر نقدا ما كان خرصه أقل من خمسة أوسق يأكله رطبا ولكن المزنى ألزمه بحسب ما نقله عنه فى المختصر فان لفظه فيه : (وأحب الىَّ أن تكون العرية أقل من خمسة أوسق ، ولا أفسخه فى الخمسة الأوسق ، لأنها شك) وهذا النص منقول من الأم من موضع آخر وتوجيهه ظاهر كما قاله المصنف ، وكثيرون جزموا بهذا القول .

---

(١) أبو سفيان الاسدى مولى ابن ابى احمد اسمه وهب يروى عن أبى هريرة ، وابى سعيد وعنه داود بن الحصين وحبيب بن ابى ثابت وثقه احمد واسم ابى احمد عبيد الله بن أبى احمد بن جحش (ط) .

(٢) هو الجزء الثالث من مطبوعة بولاق وهو جزء البيوع (ط) .

وتقدم التنبيه على أن طرق حديث أبى هريرة رضى الله عنه كلها على الشك فالجواز فيما دون الخمسة حينئذ ، لأنه ثابت على التقديرين ، ان كان الثابت خمسة أو دون الخمسة ، فدون الخمسة جائز ، اما نصا واما ضمنا ، والخمسة مشكوك فيها فتبقى على الأصل وهو التحريم الثابت ، فالنهى عن المزابنة وعن الغرر وعن الربا ، ووجه القياس الذى أشـار اليه المصنف أن الخمسة تردد الحاقها بين الناقص عنها والزائد عليها ، وقد عهد من الشرع التسوية بينها وبين الزائد عليها فى حكم الزكاة وجعلها فى حد الكثير فينبغى أن تلحق به ههنا ويكون أولى من الحاقها بالناقص الذى لم يقدره الشرع ولم يشهد له نظير ، وهذا الاستدلال نقله القاضى أبو الطيب عن أبى اسحق وهو لو تجرد عن الأصول المتقدمة كان كافيا فى التحريم فكيف وقد اعتضد بها ؟.

واحتج لهذا القول أيضا بما أشار اليه أبو داود فى بعض نسخ كتابه ورواه البيهقى من حديث جابر بن عبد الله رضى الله عنه قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة وأذن لأصحاب العرايا أن يبيعوها بمثل خرصها ثم قال : الوسـق والوسقين والثلاثة والأربعة » واحتج له الماوردى بما رواه أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا صدقة فى العرية والخمسة الأوسق ثبت فيها الصدقة » وهذا الحديث لا أعرفه وسأذكر ما يمكن أن يقال فى مقابلة هذا القول ان شاء الله تعالى ، وممن اختار هذا القول أبو بكر بن المنذر وأبو سليمان الخطابى ورجحه امام الحرمين وصححه الرويانى فى حليته والبغوى والشاشى وابن أبى عصرون والغزالى فى البسيط والنووى وهو الذى يقتضيه كلام القفال والقاضى حسين .

(تنبيه) : نقل ابن الرفعة عن الرافعى أنه اختار قول المنع ومستنده فى ذلك أن الرافعى قال : والثانى ــ وهو المختار ــ المنع . والظاهر أن الرافعى انما أراد بذلك أنه مختار المزنى فى مقابلة ما نقله عن الشافعى رحمه الله لا أنه مختار الرافعى نفسه وكلامه واستقراء عادته يدلان على ذلك وأن كلامه فيما بعد يميل الى ترجيح المنع فانه قال انه الأظهر عند صاحب التهذيب والقاضى الرويانى

وغيرهما ، وهذه العبارة قد يوجد منها بعض ترجيح وعند التحقيق لا ترجيح فيها أيضا ، والقول [الذى] جزم به كثيرون أنه يجـوز ، وبه قال مالك رحمه الله ، ورواية عن أحمد ، وهو الصحيح عند المحاملى وأبى حامد والغزالى فى الوجيز ، وهو المنقول عن نصه فى باب بيع العرايا من كتاب البيوع من الأم . قال : ولا يجوز أن يبيع صاحب العرية الا خمسة أوسق أو دونها وأحب أن يكون دونها لأن ليس فى النفس منه شيئا ولعله فى الأم فى موضع ولم أمعن الكشف وهذا الكلام مع كلام المختصر ليس صريحا فى القول بالجواز ، بل كأنه متوقف فى ذلك للشك فى الرواية ، وأنه ان وقع لا يقول بفسخه لأجل الشك فهذا هو التوفية بمقتضى الشك أن لا يجزم فيه باباحة ولا تحريم وتكون (أو) فى كلامه للشك لا للتخيير ، وقال : أحب أن يكون أقل يعنى لئلا يقع فى الحرام المحتمل ، ولكن الأصحاب جعلوا ذلك قولا بالجواز وهو الصحيح عند المحاملى وكأن الشافعى رضى الله عنه لم ينظر الى الأصول المذكورة ولا الى القياس أما النهى عن المزابنة فلأنه ورد مستثنى منه العرايا ، والعرايا قد وقع الشك فى مقدارها فيكون ذلك كتخصيص العام بمجمل ، فانه يمنع الاحتجاج به ، كذلك هنا يمتنع الاحتجاج بعموم النهى عن المزابنة فى الخمسة ، وهذه مسألة مقررة فى أصول الفقه .

فالشك الذى فى مقدار الرخصة يقتضى الشـك فى مقدار النهى عنـه ، ويعدل الى دليل آخر ، وقد نبه الأصحاب على ذلك ، ومثل ذلك ماقاله امام الحرمين فيما اذا قال : وقفت على أولادى وأولاد أولادى الا من يفسق منهم ، لما أعتقد أن ذلك متردد بين عود الأشياء الى الكل أو الى الأخير وحكم مع ذلك بأنه لا يصرف الاالى الأولاد لأجل التردد ، ومثل ذلك بحث جرى بينى وبين شيخنا أى ابن الرفعة فى قوله صلى الله عليه وسلم « المؤمنون عند شروطهم الا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالا » ورام الاستدلال بذلك على أنه متى شك فى شرط وجب ادراجه فى العموم ، والحكم بصحته حتى يقوم دليل على منعه ، وليس بجيد لما ذكرته مع المرجح عند الأصوليين ، نعم لو كان المنهى عن المزابنة فى مجلس والترخيص المشكوك فيه فى مجلس آخر ، لم يقدح فى التمسـك بالعموم ، ولم يعـلم ذلك ، بل الراوى قال : الا أنـه أرخص فى العـرايا ، والراوى الآخر شك فى مقدارها ، ولعلهما حكيا قصة واحدة فتطرق الشـك

الى عموم النهى ، فيعدل عن ذلك الى عموم حديث سهل الا فيما قام الاجماع عليه ، واقتضاه النهى من غير شك ، وهو الزائد على الخمسة ، وهذا أولى من التمسك بعموم النهى عن الغرر ، لأنه أخص منه مع تفاقم أكثر الأغرار أبيحت وأخرجت من ذلك العموم ، وأولى من التمسك بكون الأصل فى الربويات التحريم لما ذكرنا أنه أخص .

وأما القياس المذكور فليس بالقوى ، ويمكن أن يعارض بأن الخمسة عهد اعتبار الشرع لها محلا لوجوب الزكاة ، فلتكن محلا لجواز البيع ، وأما دون الخمسة فلم يعهد اعتباره والحاق الجواز فى الخمسة بوجوب الزكاة فيها أولى من الحاق المنع فيها بوجوب الزكاة فيها لأن الوجوب أشبه بالجواز من المنع لأن الوجوب جواز متأكد بالطلب ، ووجه العموم فى حديث سهل قوله : رخص فى بيع العرايا ، وهو شامل لما اذا كان عليها خمسة أوسق وأكثر ، خرج الأكثر بدليل يقينا فيما عداه على مقتضى الحديث .

وأما حديث جابر فانه من رواية محمد بن اسحق ، وفيه كلام ، وان كان ضعيفاً لكن قارن ذلك ان النهى ليس صريحا ، لأن الظاهر ان ذلك خرج على جهة التمثيل ، والا فيقتضى أنه لا يجوز أكثر من أربع ، والخصم لا يقول به .

(واعلم) انكل ذلك تمحل ، والانصاف قول المزنى وأن ذلك يمتنع لأن الأحاديث الدالة على منع بيع الرطب بالتمر كثيرة وليس فى كلها الاستثناء فيبقى الذى ليس فيه الاستثناء على عمومه حتى يرد مبيح ، وكثرتها تقتضى الجزم فانها أحاديث لا حديث واحد ورد الاستثناء معه . وفى حديث زيد الذى رواه مسلم المذكور فيما تقدم والذى يأتى عقيب هذا ما يدل على تأخر الرخصة عن النهى قال فيه : « رخص بعد ذلك فى بيع العرية بالرطب أو التمر » يعنى بعد النهى عند بيع التمر بالتمر ، قال بعضهم : لو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أباح الخمسة لحفظه الله تعالى حتى يصل الينا مثبتا .

وحكى القفال أن معنى القولين ههنا يرجع الى أن النهى عن المزابنة ورد أولا ، ثم رخص فى العرايا أو لم يرد النهى الا والرخصة معه فعلى الأول وهو الأظهر والأصح لا يجوز فى الخمسة ، وعلى الثانى يجوز ، حكاه عن

القفال جماعة منهم القاضى الحسين ، وهذا يشير الى ما قلته من البحث وهو أحسن فى العبارة كما حكاه صاحب العدة عن الشيخ أبى على أنه قال فى الشرح : ان الخبر يعنى خبر المزابنة هل مخصوص أو منسوخ ؟ يعنى فى قدر العرية فيه قولان (الأصح) الثانى ومرادهما واحد ، وانما قلت : ان الأول أحسن لأن الرخصة وان تأخرت لا يلزم أن تكون نسخاً ، بل قد تكون تخصيصاً وان تأخر والله أعلم .

على أن الذى رأيته فى شرح التلخيص أن القفال نقل القولين فى كون ذلك نسخاً أو تخصيصاً كما حكاه صاحب العدة عن على ، وزعم الامام أن ظاهر النص التصحيح فى الخمسة ، وأن توجيهه عسير جداً ، وأخذ يتخيل بأن يحيل المزابنة على معاملة صادرة عن التحرى من غير تثبت فى الخرص ، وأن يتخيل الخرص متفاضلا فى درك المقادير معتبراً فى الزكاة ، سيما اذا جعلناه تضمينا، والماهر يقل خطؤه والأخرق يتفاوت كيله ، والكيل بالاضافة الى الوزن كالخرص بالاضافة الى الكيل ، وفى كل حالة تقدير معتاد لائق بها ، فليقم الخرص فى الرطب الذى لا يمكن كيله مقام الكيل ، واذا احتمل الكيل ليسره مع امكان الوزن فليحتمل الخرص حيث لا يتأتى الكيل ، والشافعى رحمه الله يمنع بيع الرطب بالتمر لما يتخيله من التفاوت عند الجفاف ، متمسكا بقوله صلى الله عليه وسلم : « أينقص الرطب اذا يبس ؟ » وهذه اشارة الى المآل وما وراء الخمسة مردود بذكر الخمسة ، فان التقدير نص فى اقتضاء المفهوم قال : فهذا اقتضى الامكان فى توجيه النص ، وهو على نهاية الاشكال .

(**قلت**) : وقد تقدم توجيهه بغير ذلك ، مع أن ظاهر النصوص خلافه ،وعلى مساق بحث الامام وتخيله له يكون الأصل الجواز بالخرص وأخرج من ذلك ما زاد على الخمسة بالمفهوم ، بقيت الخمسة على مقتضى الأصل من الجواز وليس مع ذلك على نهاية الاشكال .وقد تعرض الامام فى كتاب الرهان فى أصول الفقه لهذا البحث عند الكلام فى النقض قال : الأصل الكيل أو الوزن وأثبت الشرع الخرص لحاجة فى قضية مخصوصة ، فهو من المستثناة قال : ولكن ينقدح فى هذا المجال أن الوزن أضبط من الكيل ، ثم الكيل متعين فى بعض الأشياء مع امكان الوزن ، فالخرص فى محل الحاجة كالكيل فى المكيل

بالاضافة الى الوزن ، فلا يتضح خروج الخرص بالكلية عن القانون حسب ايضاح خروج حمل العاقلة والكتابة الفاسدة .

وقال أبو الحسن على بن اسماعيل بن حسن الصنهاجى ثم الأبارى المالكى فى شرحه : كذلك اختلف الناس فى الخرص فى الموضع المسموع ، هل هو أصل منفرد بنفسه غير رخصة ؟ أو هو معدود من الرخص ؟ ويظهر أثر هذا الاختلاف فى مسائل (منها) أنه هل يجوز أن يجمع فى عقد واحد بين مكيل وجزاف ؟ أو يمنع ذلك كما يمنع البيع والقراض على رأى من منع ذلك ؟ والمشهور عندهم على ما قال المنع ، بناء على الرخصة فيما تشق معرفة مقداره هو الكيل أو الوزن ، وأما مالا تشق فلا يجوز الخرص فيه كالمعدود الا أن يكون كثيراً كالجوز واللوز مثلا ، أو متفاوت الأجرام ، ولذلك اختلفوا فى بيع العرايا فى خمسة أوسق . وهذا الاختلاف ينبنى على أن الأصل جواز الخرص الا فى موضع تحقق المنع ، أو الأصل المنع الا فى مواضع الاباحة قال : (والأول) هو المذهب (والثانى) قول لبعضهم أى لبعض الأصحاب معنى عندهم (قلت :) واذا أخذ الخرص حيث الجملة فيظهر ترجيح اعتباره ، وأنه ليس من الغرر المجتنب لجواز ايراد العقد على الثمرة على رءوس النخل بالدراهم ، وأما الخرص فى بيع الربوى بجنسه فينبغى أن يترجح أن الأصل المنع ، لأن المماثلة شرط ، والأصل عدمها ، والله أعلم .

(فرع) اذا قلنا : يجب النقص عن الخمسة فهل يكفى أى قدر كان؟ أم له ضابط ؟ الذى نص عليه الشافعى والأصحاب منهم الماوردى : الأول ، فانه قال فى باب العرية من الأم : ولا يشترى من العرايا الا أقل من خمسة أوسق بشىء ما كان ، وقال الفورانى : يجوز فى الأربعة ولا يجوز فى ستة ، وفى الخمسة قولان ، وهذا على جهة ضرب المثال ، ونقل جماعة عن ابن المنذر أنه قال : وقد روى جابر ما ينتهى به الى أربعة أوسق فهو المباح ، وما زاد عليه محظور ، ولم أر هذا الكلام فى الاشراف ، وانما أطلق فيه الاباحة فيما دون الخمسة ، ولعله فى الأوسط أو غيره من كتبه والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وما جاز فى الرطب بالتمر جاز فى العنب بالزبيب ، لأنه يدخر يابسه ويمكن خرصه ، فاشبه الرطب ، وفيما سوى ذلك من الثمار قولان (احدهما) يجوز لأنه ثمرة فجاز بيع رطبها بيابسها خرصا كالرطب (والثانى) لا يجوز . لما روى زيد بن ثابت قال رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم فى العرايا بالتمر والرطب . ولم يرخص فى غير ذلك . ولأن سائر الثمار لا يدخر يابسها ولا يمكن خرصها لتفرقها فى الأغصان واستتارها فى الأوراق فلم يجز بيعها خرصا) .

(الشرح) حديث زيد هذا رواه مسلم . وقد تقدم ومضى الكلام عليه . وقد نص الشافعى على أن العرايا من العنب كهى من التمر . واتفق أصحابه على ذلك . وأنه يجوز أن يبيع العنب على أصوله خرصا بالزبيب كيلا . واستدلوا له بأن النبى صلى الله عليه وسلم سوى بين الرطب والعنب فى ايجاب العشر . وفى سن الخرص فيهما . قال الشافعى : ان ألغينا قيد ظاهرة بادية كالاعذاق فيمكن خرصها والاحاطة بها . ولم يذكر المصنف هذين المعنيين . وانما ذكر ادخار اليابس منه ، وامكان الخرص . لأنهما معنيان مناسبان للحكم المذكور وكل منهما شرط فى تصوير المسألة . ووافقنا على الحاق العنب بالرطب المالكية وبعض الحنابلة . وخالف فى ذلك الليث بن سعد وأحمد بن حنبل وداود الظاهرى .

قال الماوردى : واختلف أصحابنا ، هل جازت فى الكرم نصا ؟ وروينا عن زيد بن ثابت أن النبى صلى الله عليه وسلم أرخص فى العرايا ، والعرايا بيع الرطب بالتمر والعنب بالزبيب والثانى وهو قول ابن أبى هريرة وطائفة من البغداديين أنها جازت فى الكرم قياساً .

(قلت) والمحاملى وابن الصباغ ممن جعلا ذلك نصا ، ولم أقف على النص الذى ذكروه فى شىء من الأحاديث ، بل فى رواية الترمذى ما يشعر بخلاف فى ذلك أيضاً ، وقال : ان ذلك من باب القياس الجلى لأن جميع المعانى الموجودة فى النخيل موجودة فى الكرم ، بل رواية الترمذى عن سهل بن أبى حثمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهى عن المزابنة التمر بالتمر الا

لأصحاب العرايا ، فانه قد أذن لهم ، وعن بيع العنب بالزبيب وعن كل تمر بخرصه » فهذه الرواية تشعر بأن العنب لا يعطى حكم التمر ، لأنه فصله من الاستثناء ، وجعله مع بقية التمر ، فالصواب أن ذلك انما ثبت بالقياس ، وهو الذى يقتضيه كلام الشافعى ، فانه لم يذكر غيره والله أعلم .

نعم فى رواية مسلم فى الصحيح من رواية ابن عمر ، وفيه : « والمزابنة بيع ثمر النخل بالتمر كيلا ، وبيع الزبيب بالعنب كيلا ، وعن كل تمر خرصه » ثم ذكر من رواية جابر النهى عن أمور منها المزابنة ، وقال فى آخره (الا العرايا) ورواية الترمذى ماضية على ذلك ومثبتة لما يعود الاستثناء اليه والله أعلم .

واعلم أن قوله : (وعن كل تمر بخرصه) فى رواية مسلم والترمذى عام فى العنب وغيره ، فيكون الحاق العنب بالرطب تخصيصاً للعموم بالقياس ، فمن يمنع ينبغى أن يتوقف عن الالحاق ههنا الا بدليل والله أعلم . وأما غيرهما من الثمار التى تجفف مثل الخوخ والأجاص والكمثرى والتين والجوز واللوز والمشمش فهل يجوز على شجره بخرصه جافا ؟ فيه طريقان (أحدهما) أن المسألة على القولين ، وهى التى حكاها القاضى أبو الطيب وابن الصباغ والمصنف وأتباعه ، والجرجانى والفورانى وامام الحرمين والمتولى وصاحب العدة والرافعى ، وقال صاحب البيان : انها المشهورة فى كلام المحاملى وغيره لشبه ذلك بالمساقاة تجوز فى النخل والكرم قولا واحداً وفى غيرهما من الثمار حكم قولين أحد القولين تجوز ، وهو مذهب مالك وبعض الحنابلة لأن النفس تدعو الى أكلها فى حال رطوبتها ، وهذه علة مناسبة لشبه الحاجة التى شرع لها بيع الرطب بالتمر ، والعنب بالزبيب ، وأما قول المصنف رحمه الله (لأنها ثمرة) فتعليل لمجرد الاسم ، وهو ــ وان كان جائزاً عنده وعند جماعة من الأصوليين ــ فغيره أولى منه ، فلو علل بهذه العلة التى ذكرتها كان أولى ، وهى التى ذكرها القاضى أبو الطيب ، وفى كلام الشافعى تعليل ذلك بعلة تحتاج الى النظر فيها سأذكرها فى آخر الكلام ان شاء الله تعالى .

(والثانى) لا يجوز وهو المنصوص عليه فى باب العرية من الأم المنسوب الى الصرف ، قال : ولا تكون العرايا الا فى النخل والعنب ، لأنه لا يضبط

خرص شيء غيره ، واقتصر فى هذا الموضع على هذا ، وسيأتى عنه أنه ذكر فى موضع آخر تلويحاً الى القول الأول وهذا القول أعنى قول المنع هو الأصح عند الرويانى فى الحليـة والبغـوى والجرجانى وابن أبى عصرون والرافعى وغيرهم واستدلوا له بالحديث الذى ذكره المصنف وفى الاستدلال به نظر ، لأنه ان أريد أن النبى صلى الله عليه وسلم منع فى غير ذلك فينبغى أن يمتنع العنب بالزبيب ويكون قياسه على الرطب حينئذ فى مقابلة النص وان أريد أن الرخصة من النبى صلى الله عليه وسلم لم تتفق فى غير ذلك فصحيح ، لكن لا يمتنع القياس على مثل هذا ، وان أريد أن الصحابى ظهر له بقرينة الحال أن الرخصة مقصورة على ذلك ، وأوجبنا الأخذ بذلك ، فينبغى أن لا يجـوز العنب بالزبيب .

ولكن الأصحاب لما رأوا الحاق العنب بالرطب ظاهـراً قوياً لم يتركوه بمجرد هذا اللفظ المحتمل لهذه الأمور ، ولما كان الحاق ما سـوى ذلك من الثمار ليس بجلى قدموا ذلك اللفظ عليه لأن مثل ذلك لا يقال الا عند ظهور ما يدل عليه ، وقال امام الحرمين : ان الأصحاب بنوا الخلاف فى ذلك على القولين فى أن الخرص هل يجرى فى ثمار سائر الأشجار ؟ (ان قلنا) لا يجرى امتنع البيع للجهالة (وان قلنا) يجرى فينبنى على أنا هل نقتصر فى ذلك على الاتباع أو تتبع طريق الرأى والقياس ؟ فمن سلك الاتباع منع ، ومن جـوز الرأى سوغ ، وذكر الامام أنه قدم الخلاف فى الخرص فى كتاب الزكاة وكذلك الغـزالى رحمـه الله قال : فيـه قولان مذكوران فى الزكاة ، واعترض بعض الشارحين عليه وقال : لم يتعرض لذلك فى كتاب الزكاة ولا الامام ولا رأيته فى موضع ما ولا يليق ذكره فى الزكاة لأنه لا زكاة فى ذلك فليتنبه لهذا .

(قلت) والغزالى وامامه مسبوقان بمثل هذا الكلام من القـاضى حسين ، لكن الاعتراض المذكور صحيح ؟ وقد يقال فى جوابه : ان ذلك يأتى على القول القديم فى وجوب الزكاة فى الزيتون ، وما ذكر معه مما سـوى الرطب والعنب ، وأما قول المصنف (لأن سائر الثمار لا يدخر يابسها) فاعلم ان القاضى أبا الطيب انما فرض المسألة فيما يدخر يابسه فهو خلاف الفرض، لأن صورة المسألة فيما يدخر يابسه ، كذلك فرضها القاضى أبو الطيب والامام

فى الجاف بالرطب من سائر الثمار ، ويحتمل أن يكون مراده بالجاف ما هو على هيئة الادخار ، ولابد من ذلك لأن العرايا بيع رطب بيابس ، واليابس الذى لا يدخر لا يرغب فيه ، وقوله : ولا يمكن خرصها ، ان أراد عدم الامكان الشرعى بمعنى أنه لم يشرع فيها الخرص فصحيح •

قال الشافعى فى باب الوقت الذى يحل فيه بيع الثمار : ولم أحفظ عنه يعنى عن النبى صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من أهل العلم أن شيئاً من الحبوب تؤخذ زكاته بخرص ، ولو احتاج اليه أهله رطباً ، لأنه لا يدرك علمه كما يدرك علم ثمرة النخل والعنب ، وان أراد نفى الامكان الحسى فقد يمنع (نعم) هو عسر لما ذكره المصنف من العلة ، فلذلك لم يدخل الخرص فيه شرعاً ، فان الغالب عليها الاستتار فى الأوراق وعدم الظهور ، والذى علل به القاضى أبو الطيب أن العشر لا يجب فيها ولا يسن الخرص فيها كما فعل فى الجانب الآخر والله أعلم •

وليس فى كلام الشافعى رضى الله عنه فى الحاق العنب وقطع بقية الثمار عن الالحاق الى كون العنب يخرص ، وهى لا تخرص والله أعلم • وفى موضع آخر قال : لأنه لا يضبط خرص شىء غيره ، وهذه العبارة أسلم عن الاعتراض من عبارة المصنف •

(والطريق الثانى) أنه لا يجوز قولا واحداً ، وهو الصحيح عند المحاملى والرويانى ، ونقله العمرانى عن حكاية صاحب المعتمد ، ومن الجازمين به سليم فى الكفاية ، وفرق المحاملى بينه وبين المساقاة بأن المعنى الذى لأجله جوزت المساقاة فى الرطب والعنب أن صاحب النخل والكرم يحتاج الى من يقوم على ثمرته ويسقيها ويتعهدها ، فدعت الحاجة الى جواز المساقاة عليها على أحد القولين ، وليس كذلك بيع العرايا ، لأنه انما يجوز ذلك فى الرطب والعنب ، لأنه يمكن معرفة قدره بالخرص ، وهذا المعنى لا يوجد فى غيرها من الثمار ، فلذلك لم يجز البيع قولا واحداً ، والظاهر الطريقة الأولى ، لأن الشافعى قال فى باب بيع العرايا من الأم : « وكل ثمرة ظاهرة من أصل ثابت مثل الفرسك والمشمش والكمثرى والأجاص وغير ذلك مخالفة للتمر والعنب ،

لأنها لا تخرص لتفرق ثمارها ، والحائل من الورق دونها ، وأحب الى أنه لا يجوز بما وصفت ، ولو قال رجل : هى لم تخرص فقد رخص منها فيما حرم من غيرها أن يباع بالتحرى فأجيزه كان مذهبا » هذا لفظ الشافعى بحروفه •

وهذه الصيغة منه تقتضى اثبات قول آخر بالجواز ، وان كان الراجح عنده ما قدمه وهو المنع ، ومقتضى تجويز العرايا فيها جواز الخرص فيها ، والا فكيف تباع العرايا ؟ وكيفما قدر فالأصح المنع ، وممن صححه الرويانى والبغوى والجرجانى والرافعى وآخرون والله أعلم •

وقول الشافعى : رخص منها فيما حرم من غيرها ، أى ما يباع بالتحرى ، هكذا رأيته فى نسخة معتمدة من الأم ونسخة ثانية منها أيضاً وفيه اشكال لأن ظاهره أنه رخص منها فى شىء حرم من غيرها أن يباع بالتحرى ، وان كان مقتضى الجواز وذلك معنى لا ينساغ ، ولا فرق بينها وبين غيرها فى أن بيعها بجنسها بالتحرى غير جائز وبغير جنسها جائز • ورأيت أبا بكر أحمد ابن بشرى المصرى فى كتابه المختصر المنبه من علم الشافعى ، نقل اللفظ المذكور بصيغة سالمة عن هذا الاشكال قال : (ولو قال رجل : هى وان لم تخرص فقد رخص فيما حرم من غيرها أن يباع بالتحرى ، فأجيزه ؛ كان مذهبا) فأسقط لفظة منها واستقام المعنى ، وصار المعنى : لأنه كما رخص فيما هو حرام من غيرها أن يباع بالتحرى جاز فيها ، ولم يصرح بوجه الالحاق والله أعلم •

وعبارة الشافعى فيما نقله الماوردى فى الحاوى (ولو قال قائل : يجوز التحرى فيها كان مذهباً) وهذا لا اشكال فى فهمه •

فائدة قال ابن الرفعة : ان قلت : انه يجب اذا منعنا القياس فى الرخص كما هو قول الشافعى القديم ، وقول لغيره أن لا يقاس العنب على الرطب ، ولا نعلم قائلا به فى مذهبنا ، وأجاب بأن السؤال صحيح ، ان صح أن الشافعى كان يمنع القياس فى الرخص فى القديم ، وجوابه لعله كان فى القديم يرى أن اسم العرية لا يختص بالرطب •

(قلت) وقد تقدم رد قول من جعل ذلك منصوصاً ، وترجيح كونه ثابتا بالقياس ، وأما كون الشافعي له قول يمنع القياس فى الرخص حتى يلزم عليه ما أورده فلم أعلم للشافعي قولا بذلك ، ولا وقفت عليه فى نقل معتمد ، وليس عند الشافعي باب يمتنع فيه القياس اذا اجتمعت شروطه ، وقد ذكر الغزالى فى المستصفى قياس العرايا من قسم ما استثنى عن قاعدة سابقة ، ويتطرق الى استثنائه معنى فيقاس عليه كل مسألة دارت بين المستقر ومشارك المستثنى فى علة الاستثناء ، ومثل بالعرايا فانه لم يرد ناسخا لقاعدة الربا لكن استثنى للحاجة ، فنقيس العنب لأنا نراه فى معناه ، نعم لنا رخص لا يجوز القياس عليها لا لأجل أنها رخص ، بل لأنه لم يوجد فيها شروط القياس كرخص السفر والمسح وأكل الميتة والعاقلة وأرش الجناية والغرة والشفعة والقسامة ونظائرها وهذه أمثلة من قسم ترجم الغزالى عنه بالقواعد المبتدأة العديمة النظير ، فهذه انما امتنع القياس فيها لعدم نظيرها ، وليس كل رخصة كذلك ، فلعل من نقل عن الشافعي أنه لا يقيس فى الرخص المقيس عليه بذلك، فلا يعرج على هذا النقل الا بعد تثبت ، والله أعلم .

(فرع) قال الجرجانى : لا تجوز العرية فى الزرع بخلاف الكرم والنخل لأن أعذاقها وعناقيدها مجتمعة بارزة .

(فرع) لو باع الرطب على الشجر بجنس آخر من الثمار على الشجر وعلى الأرض يجوز من غير خرص قل أو كثر ، ويتقابضان ، نص عليه الشافعي والأصحاب ، ولو بيعت العرايا بنقد أو عرض موصوف من كل ما عدا المأكول والمشروب الى أجل وقبض المشترى العرية جاز ، نص عليه الشافعي رضى الله عنه .

(فرع) قال امام الحرمين : وحق الفقيه أن لا يغفل فى تفاصيل المسائل عما مهدناه فى كتاب الزكاة من تفصيل القول فى بيع الثمار ، وفيها حق المساكين أو لا حق فيها ، والتنبيه كاف ، يعنى أنه اذا باع من فى ملكه خمسة أوسق فصاعداً بحيث تجب عليه الزكاة ، فان الزكاة تتعلق بالثمرة بُدُوّ الصلاح وبيع المال ، وفيه حق الزكاة مذكور بأحكامه وتفاصيله فى ذلك

المكان ، وذلك بعينه جار هنا ، لأنه لا فرق فى ذلك بين أن يكون البيع بتمر أو بنقد ، فيجىء اذا أطلقنا هنا المراد من حيث ما نحن نتكلم فيه ، وأما تلك التفاصيل والأحكام فمعلومة فى بابها والله أعلم •

وقال الرويانى فى البحر : قال أصحابنا : هذا انما يجوز اذا خرص عليه الزكاة وقلنا : الخرص تضمين حتى يجوز له التصرف فى الجميع ، قال : وهذه المسألة تدل على صحة القول بالتضمين أو أراد اذا لم يبلغ ما فى حائطه قدراً تجب فيه الزكاة ، أو أراد الا قدر الزكاة اذا قلنا : الخرص غيره انتهى ، وهذا يوافق ما أشار اليه الامام ، وأصل هذا التنبيه عن القفال وكذلك حكاه عنه تلميذه الفورانى وصاحب العدة ، ورأيته فى كلامه فى شرح التلخيص ، وأصله من كلام الشافعى رضى الله عنه ، فانه تعرض لذلك فى باب صدقة التمر من الأم ولاحظ هناك تفريق الصدقة اذا باع ثمر حائطه وسكت عن الصدقة ، وقد تقدم من كلام الشافعى وروايته أن مصدق الحائط أمر الخارص أن يدع لأهل البيت قدر ما يراهم يأكلونه ، ولا يخرصه لتؤخذ زكاته ، ومع ذلك فلا حاجة الى هذا الذى قاله هؤلاء الأئمة ، وتكون تلك العرية اذا فرضت على ما قاله الشافعى لا تتعلق الزكاة بها كما ذكروا والله أعلم •

ولكن قد تقدم أن الأصحاب نقلوا ذلك عن القديم وأن المشهور خلافه ، أما اذا فرض البيع فيما تعلق حق الزكاة به فلا شك فى جريان مانبهوا عليه ، وهذا الفرع الذى نبه عليه الشافعى من أنه يدع لأهل البيت من حائطهم قدر ما يراهم يأكلونه مستفاد غريب ، ثم فيه مباحثة من جهة أن حق المساكين قبل الخرص هل تعلق بالجميع أو لا ؟ فان كان الأول فكيف ينقطع بأفراد الخارص من غير أن يفرد حقهم فيما عدا ذلك ؟ الا أن يحمل على الوثوق بأن المشترى يتصدق بعشره كما تقدم ، وان كان الثانى فيكون حقهم فى نخلات مبهمة ، وحينئذ فهل ولاية العين للمالك التصرف فيها بالأكل وغيره قبل التعيين ؟ فاذا باع يكون كما لو باع الأربعين من الشياه التى تعلق بها الزكاة والله أعلم • فلا يجوز ولا يخرج على تفريق الصفقة على الأصح لأجل الابهام •

وأما اقتضاء كلام الرافعى لترجيح الصحة فى ذلك فيما عدا قدر الزكاة فبعيد • فيجب تأويله ، وكذلك قال القفال فى شرح التلخيص لما ذكر القولين

فى ذلك ، هل يجبر بالقسط أو بالكل ؟ قال : وهذان القولان يخرجان على القول الذى يقول : ان الزكاة تجب فى الذمة ، لا فى العين ، لأن الزكاة اذا وجبت فى الذمة فان البيع يكون صحيحاً فى جميع الأربعين فاذا أخذ الساعى منها واحداً كان ذلك عيبا .

(فـــرع) قال الشافعى رحمه الله فى الأم : [[1] ولا بأس اذا اشترى رجل عرية أن يطعم منها ويبيع لأنه قد ملك ثمرتها] . ولا بأس أن يشتريها فى الموضع من له حائط أو بستان بذلك الموضع لموافقة ثمرتها أو فضـــلها أو قربها لأن الحلال عام لا خاص الا أن يخص بجزء لازم (قال) وان حل لصاحب العرية شراؤها حل له هبتها واطعامها وبيعها اذا حازها وما يحل له من المالك فى ماله وهذه الفروع كلها واضحة لا خلاف فيها بين الأصحاب ، وفى قول الشافعى لموافقة ثمرتها اشارة الى أن الأغراض فى البياعات تختلف فلا يحصر الغرض فى أن لا يكون لمالك الثمرة مثلها عند المشترى ، بل قـــد يكون مثلها عنده ويريد ضمها اليه .

(فـــرع) قال الماوردى رحمه الله : ان الخارص هنا يكفى فيه واحد بخلاف الزكاة على رأى ، والفرق أنه هنا نازل منـــزلة الكيل عند تعـــذره ، ويكفى فى الكيل واحد فكذلك هذا ، وهل يشترط أن يكون غير المتعاقدين ؟ أو يكفى أحدهما ؟ قال القاضى أبو الطيب : فى كيفيـــة الخرص أن ينظـــر المتبايعان الى النخلة ويحزرانها وذلك يقتضى الاكتفاء بهما ولا شك فى ذلك ، كما أنهما لو علما المماثلة لا يشترط اخبار غيرهما ، وانما الكلام ههنا لو خرص أحدهما ولم يخرص الآخر ، وقال ابن الرفعة : فيه احتمال يتخرج على ما لو أذن من عليه التسليم بالكيل الى مستحقه فى كيله لنفسه هل يصح أم لا ؟ قال : وفى ظنى أنه مر فيه كلام يلتف على اتحاد القابض والمقبض ، لأن الكيل أحد أركان القبض صار بكيله مقبضاً وقابضاً ، وأما الخرص ههنا فهو اخبار محض ، كما لو أخبر بمساواة هذه الصبرة لصبرته أو الدينار لدينار قـــد تقدم أنه يصح ، لكن تقدم فى القبض بنـــاء على ذلك من غير كيـــل أو وزن

---

(1) النص كاملا من الام وما بين المعقوفين ليس فى ش و ق .

كلام ، وأن الراجح أنه لا يكفى ، حتى لو تفرقا قبل الكيل بطل العقد ، وههنا لا يتأتى قبض الرطب هنا الا بالتخلية ولا يشترط فيه الكيل فظهر أن الخارص يكفى أن يكون واحداً ، وأنه يجوز أن يكون أحد المتعاقدين والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يباع منه ما نزع نواه بما لم ينزع نواه ، لأن احدهما على هيئة الادخار والآخر على غير هيئة الادخار ، ويتفاضلان حال الادخار ، فلم يجز بيع احدهما بالآخر كالرطب بالتمر ، وهل يجوز بيع ما نزع نواه بعضه ببعض ؟ فيه وجهان (احدهما) يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تبيعوا التمر بالتمر الا سواء بسواء » (والثانى) لا يجوز ، لأنه يتجافى فى المكيال فلا يتحقق فيه التساوى ، ولأنه يجهل تساويهما فى حال الكمال والادخار ، فاشبه بيع التمر بالتمر جزافا) •

(الشرح) الحديث المذكور مختصر من حديث عبادة من رواية الشافعى فى مختصر المزنى وغيره كما قدمته فى الفصل الذى جمعت فيه الأحاديث الواردة فى تحريم ربا الفضل ، فليس هذا اللفظ الذى ذكره المصنف بكماله قطعة منه ، بل لفظه : « لا تبيعوا الذهب بالذهب ، ولا الورق بالورق، ولا البر بالبر ، ولا الشعير بالشعير ، ولا التمر بالتمر ، ولا الملح بالملح ، الا سواء بسواء » فاختصر المصنف منه هذه اللفظة وذلك جائز عند من يجوز الرواية بالمعنى ، لاسيما فى مثل هذا الموضع الذى يقصد به الاستدلال دون الرواية فانه يغتفر ذلك •

اما حكم المسالة فقد سوى الشيخ أبو حامد بين المسألتين ، وجعل الوجهين مطلقاً سواء أباع ما نزع منه النوى بما لم ينزع منه ، أم بمثله ، كذلك فيما علقه البندنيجى عنه ، وفيما علقه سليم ، حكى الوجهين فى المسألة الأولى وسكت عن الثانية ، ويعلم جريانهما فيها بطريق الأولى والمحاملى ونصر المقدسى حكيا الوجهين فى المسألتين أيضاً ، وجزم البغوى فى المسألتين بالمنع ، وكذلك الامام جزم بالمنع ثم حكى أن العراقيين ذكروا وجها فى المنزوع بالمنزوع فاستبعده جداً ، قال : ثم جاءوا بما هو أبعد منه وذكروا خلافا فى بيع تمر منزوع النوى بتمر غير منزوع النوى ، وهذا ساقط لا يحتفل بمثله ،

قال الفارقى تلميذ المصنف رحمه الله : معنى قوله يتفاضلان حال الادخار أنهما قبل نزع النوى اذا كيلا متساويين ثم نزع النوى من أحدهما وكيلا ظهر التفاضل لأنه تنتفش أجزاؤه بالنزع ، وتتجافى فى المكيال .

(فرع) المشمش والخوخ ونحوهما لا يبطل كمالها نزع النوى فى أصح الوجهين ، لأن الغالب فى تجفيفها نزع النوى ، قاله الرافعى وصاحب التهذيب ، وكلام الفورانى يقتضى أن الوجهين فيها تفريع على منع بيع الثمر المنزوع النوى بعضه ببعض ، فانه قاس المنع فى ذلك على الثمرة . ومن ذلك يعلم أن الخلاف قريب ان جوزنا فى التمر المنزوع النوى . فهذا أولى . والا فوجهان . وكذلك أرده يعقوب بن عبد الرحمن بن أبى عصرون فيما جمع من المسائل . وللفرق بما ذكره الرافعى . وفرق فى الابانة بأن التمر اذا نزع نواه تسارع اليه الفساد .

وذكر الامام أن شيخه ذكر عن بعض الأصحاب وجها بعيداً فى اشتراط نزع النوى . كما يشترط نزع العظم عن اللحم فى ظاهر المذهب . قال : انه لم ير ذلك لغير شيخه وقال الامام : ان المراتب ثلاثة : التمر نزع نواه يمنع بيعه ، واللحم فى ظاهر المذهب يتعين نزع عظمه اذا حاولنا بيع بعضه ببعض ، وبينهما المشمش وما فى معناه فيجوز بعضه ببعض مع النوى وفيه مع النزع الخلاف المذكور .

(قلت) فتحصلنا فى المشمش ونحوه على ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يشترط نزع النوى (الثانى) أنه يفسد بنزع النوى (والثالث) وهو الصحيح أنه يجوز بيع بعضه ببعض فى الحالتين مع النوى ، ومن غير نوى . قال الرويانى : ان الجواز قول القفال . وقد تقدم فى كلام الرافعى أنه الأصح . ويجوز بيع لب الجوز بلب الجوز ولب اللوز بلب اللوز . وفيه وجه جزم به القاضى حسين فى التعليق أنه لا يجوز بيع اللب باللب لخروجه عن حالة الادخار وبهذا أجاب فى التتمة . قاله الرافعى . وهو ربوى قولا واحداً قديماً وجديداً للتقدير والطعم قاله الامام . وقد تقدم أنه يجوز بيع الجوز بالجوز مع قشره على المذهب وكذلك اللوز .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز بيع نيئه بمطبوخه لان النار تعقد اجزاءه وتسخنه . فان بيع كيلا لم يجز لانهما لا يتساويان فى الكيل فى حال الادخار . وان بيع وزنا لم يجز لان اصله الكيل . فلا يجوز بيعه وزناً . ولا يجوز بيع مطبوخه بمطبوخه . لان النار قد تعقد من اجزاء احدهما اكثر من الآخر فيجهل التساوى) .

(الشرح) فيه مسألتان (احداهما) ان ما حرم فيه الربا لا يجوز بيع الجنس الواحد نيئه بمطبوخه قال الشافعى رضى الله عنه فى المختصر والأم : لا يجوز من الجنس الواحد مطبوخاً بنىء منه بحال . قال فى المختصر : اذا كان انما يدخر مطبوخاً . وقال فى الأم : لأنه اذا كان انما يدخر مطبوخاً فأعطيت منه نيئاً بمطبوخ فالنىء اذا طبخ ينقص فيدخل فيه النقصان فى النىء. ومن أمثلة ذلك أن يبيع العنب أو العصير بالدبس المتخذ منه . وكذلك التمر بالدبس المتخذ منه لا يجوز .قاله الصيمرى والقاضى حسين . واتفق الأصحاب على ان النىء أو القديد بالمطبوخ أو بالمشوى لا يجوز . ولا فرق بين أن يكون المطبوخ مما يدخر أو مما لا يدخر .

(وأما) قوله فى المختصر : اذا كان انما يدخر مطبوخاً قال القاضى حسين : انه خطأ فى النقل ، بل لا يختلف الحكم فيه ، وقال القاضى الرويانى قبل عبارة الشافعى : ولا يجوز من الجنس الواحد مطبوخاً منه بنىء بحال ، ولا مطبوخ طبخ ليدخر مطبوخاً ، فنقل المزنى هذا وقدم بعض الكلام وأخر بعضه ، وعطف على المسألة الأولى وقيل : معنى ما نقل المزنى وان كان انما يدخر مطبوخاً وهو قول ابن داود وقصد به بيان أن هذا ليس بعذر .

(قلت) وقد علمت أن ما نقله المزنى موجود مثله فى الأم فى تعليل الشافعى . فالوجه تأويل ذلك وعدم حمله على الخطأ من المزنى ، وتأويله عسر ، بل هو قوى الدلالة على أن ما يدخر فى حال كونه نيئاً وفى حال كونه مطبوخاً ، يجوز بيع النىء منه بالمطبوخ ، والتأويل الذى نقله الرويانى هو أقرب ما يتمحل مع تكلف . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه ، بجواز ذلك على أصله فى بيع الرطب بالتمر ، ولذلك ــ والله أعلم ــ عدل المصنف عن قياسه

على الرطب بالتمر لأن الخصم يمنع الحكم فيه الى ما ذكره ، والشيخ أبوحامد قاسه على الحنطة بدقيقها ، والجامع أنهما على صفة يتفاضلان حالة الادخار •

ومن جملة أمثلة هذه المسألة بيع الدبس المتخذ من العنب بخل العنب ، وهو ممتنع ، قال : وحكى فى التتمة والبحر وجه أنه يجوز بيع الدبس بالخل ، لأنهما اختلفا فى الاسم والصورة والطبع ، قال المتولى : وعلى هذا لا تعتبر المماثلة بينهما • وهذا الذى حكيناه موافق للوجه الذى سيأتى عن حكاية الشيخ أبى محمد فى أن عصير العنب وخله جنسان ، ومال اليه الامام هناك ، وسيأتى الكلام عليه ان شاء الله تعالى •

(المسألة الثانية) بيع مطبوخه بمطبوخه ، وقد نص عليه الشافعى أيضاً فى المختصر ، قال تلو الكلام المتقدم : ولا مطبوخا منه بمطبوخ لأن النار تنقص من بعض أكثر مما تنقص من بعض ، وليس له غاية ينتهى اليها ، كما يكون للتمر فى اليبس غاية ينتهى اليها • وقال : معنى ذلك فى الأدلة فى باب ما يجامع التمر وما يخالفه ، مقصوده بذلك الفرق بين ذلك وبين التمر ، حيث يجوز بيع بعضه ببعض وان كانت الشمس قد أخذت من أحدهما أو منهما ، فربما يكون أخذها من أحدهما أكثر من أخذها من الآخر • لكن له غاية فى اليبس ينتهى اليها ، والمطبوخ بخلافه ، وذكر الأصحاب فرقا آخر بين العصير المطبوخ وبين التمر ، فان التمر قبل أن يصير تمراً لا يجوز بيع بعضه ببعض ، والرطب أو الدبس مثلا يجوز بيعه قبل هذه الحالة فى كونه عصيراً ، فجرت حالة العصير بعد الطبخ لحالة التمر وهو رطب ، فلا يجوز الدبس بالدبس • قال القاضى حسين : وان طبخا فى قدر واحد ، وممن جزم بهاتين المسألتين كما ذكره المصنف الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والماوردى والقاضى حسين وآخرون وفى معنى الدبس عصير قصب السكر اذا عقد ، وصار عسلا وكذلك ماء الرطب وعصير الرمان والسفرجل والتفاح •

(فرع) قال ابن أبى الدم : بيع الطلى بالدبس لا يجوز ، والطلاء أرق من الدبس ، وبيع الطلى بمثله فيه وجهان ، وبيع الخل بالدبس فيه وجهان ، وبيع العصير بالخل ولا ماء فيهما فيه وجهان ، قال الماوردى : ولا

يجوز بيع الزيت المطبوخ بالنى ء، ولا بالمطبوخ ، ويجوز بيعه [1] بالمشوى والنىء والمطبوخ ، وكذلك لا يجوز بيع المشوى بالمشوى ، وممن صرح به القاضى أبو الطيب والغزالى والرافعى وجزموا به ، ولا يجوز بيع الناطف بالناطف ، ولا الحنطة المقلية بالحنطة المقلية ، ولا بغير المقلية ، لتغيرها عن هيئتها واختلاف الحبات فى اليابس بالنار ، وكذلك لا يجوز الحنطة المطبوخة بالمطبوخة ، والمشوية بالمشوية ، والمقلية بالمبلولة ، والمبلولة بالمشوية وأما بيع المبلولة بالمبلولة فانه يمتنع ، لكنه ليس على مسائل هذا الفصل ، وقد تقدم فى بيع الرطب بالرطب ، صرح بجميع الأمثلة القاضى حسين وغيره •

وأكثر مسائل هذا الفصل لا خلاف فيها على ما يقتضيه اطلاق أكثر الأصحاب الا الدبس ، ففيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) وهو المشهور الذى ادعى الامام اتفاق الأصحاب عليه أنه لا يجوز مطلقاً وان طبخا فى قدر واحد على ما صرح به القاضى حسين •

(والثانى) حكاه القاضى حسين أنه ان طبخا فى قدر واحد جاز ، وأبطله القاضى بأن ما فى أسفل القدر أسخن مما فى أعلاه • لكثرة مماسة النار •

(والوجه الثالث) حكاه الرافعى الجواز ، وكلامه يقتضى أنه مطلقاً لامكان ادخاره ، والذى عليه التعويل فى تعليل المنع مطلقاً أن العصير كامل ، واذا نظرنا الى مقدار من الدبس مقابلة مثله فلا يدرى كم فى أحدهما من أجزاء العصير ، وكم فى الدبس منه ، فكان كالدقيق بالدقيق نظراً الى توقع تفاوت فى كمال سبق الحب ، قال : ولو قيل : قد يخالف مكيال من الدبس مكيلا فى الوزن لتفاوت فى التعقيد لكان كذلك ، لكن لا معول عليه ، فان المعقد يباع وزناً بالتعويل على ما قدمته من ملاحظة كمال العصير لامكان ادخاره ، ولتأثير مأخذ بعض العصير ليصير دبساً ، وقدر المأخوذ يختلف ، ومن فروع ما دخلته النار الحنطة المقلوة بمثلها ، وبالنيئة وبالزيت المغلى بمثله وبالنىء كل ذلك لا يجوز •

---

(1) هذه العبارة فيها تناقض ولعله سقط منها (لا) النافية فتكون (ولا يجوز بيعه بالمشوى) والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واختلف اصحابنا فى بيع العسل المصفى بالنار بعضه ببعض ، فمنهم من قال : لا يجوز ، لأن النار تعقد اجزاءه فلا يعلم تساويهما ، ومنهم من قال : يجوز ، وهو المذهب ، لأن نار التصفية نار لينة لا تعقد الأجزاء وانما تميزه من الشمع ، فصار كالعسل المصفى بالشمس) .

(الشرح) العسل اذا أطلقه فالمراد به عسل النحل لا غير ، فكل ما يتخذ من تمر أو قصب أو حب جنس آخر يجوز بيعه بعسل النحل متماثلا ومتفاضلا قال ابن سيده : العسل لعاب النحل يذكر ويؤنث ، الواحدة عسلة ، وجمعه أعسال وعسل وعسول وعسلان اذا أردت أنواعه ، قال الشافعى رحمه الله فى المختصر تلو الكلام السابق : ولا يباع عسل نحل بعسل نحل الا مصفيين من الشمع ، لأنهما لو بيعا وزناً وفى أحدهما شمع وهو غير العسل كان العسل بالعسل غير معلوم ، وكذلك لو بيعا كيلا . وكذلك ذكر فى الأم ، وقال : وكذلك لو باعه وفى كل واحد منهما شمع ، وقال الشافعى فى الأم : فعسل النحل المنفرد بالاسم دون ما سواه من الحلو ، وقال : فلا بأس بالعسل بعصير قصب السكر ، لأنه لا يسمى عسلا الا على ما وصفت ، يعنى من جهة كونه حلواً كالعسل ، وكذلك قال الشيخ أبو حامد فى عسل الطبرزد . وقال : وهو ما يبقى من السكر ثخيناً كالعكر فيجوز بيعه بعسل النحل متفاضلا ، وقال القاضى أبو الطيب عسل الطبرزد أن يطبخ السكر ثم يطرح فى أجانة فاذا جمد أميلت الاجانة على جانبها ، فخرج منها العسل ، فيجوز بيعه بعسل النحل متفاضلا ، ولا يجوز بيع عسل الطبرزد بعسل القصب متفاضلا ، لأنهما جنس واحد ، وهل يجوز متماثلا ؟ فيه وجهان لأجل الطبخ ، كما فى السكر بالسكر حكاهما القاضى أبو الطيب وغيره ، ووجه الجواز أن ناره خفيفة .

وحمل القول فى بيع العسل النحل بعضه ببعض أنه اما أن يباع بشمعه أو لا ، فان بيع بشمعه فلا يجوز بمثله ولا بالصافى ، وقد تقدم ذلك فى قاعدة (مد عجوة) وتقدم الفرق بينه وبين اللحم وفيه العظم ، وبين التمر وفيه النوى من وجهين ، أن بقاء ذلك من مصلحته بخلاف الشمع . (والثانى) أن الشمع له قيمة ، وأن بيع العسل المصفى بمثله ، فاما أن تكون التصفية

بالشمس أو بالنار ، فان صفى بالشمس فان ترك فيها حتى ذاب وتميز الشمع من العسل جاز بيع بعضه ببعض ، قاله الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمحاملي وغيرهم ، ولا خلاف فى ذلك ، وان صفى بالنار فاما أن تكون النار كثيرة بحيث تأخذ منه وينعقد بها ، واما أن تكون خفيفة بحيث يحميه بها ويصفيه من غير كثرة ، فان كانت كثيرة أو ترك حتى انعقدت أجزاؤه وثخن لم يجز بيع بعضه ببعض كما تقدم فى الدبس والزيت وشبههما ، وان كانت خفيفة بحيث أذيب وأخذ أول ما ذاب قبل أن تنعقد أجزاؤه ، جزم الشيخ أبو حامد والمحاملي والجرجاني بالجواز : هذه طريقة الشيخ أبى حامد وتبعه المحاملي والجرجاني عليها ، وأما القاضي أبو الطيب فانه قال : ان صفى بالنار اختلف أصحابنا فيه كما قال المصنف سواء حكماً وتعليلا وأطلق القول فى ذلك ، وكذلك الماوردى والبغوى والرافعى •

وقال القاضي حسين : ان قول المنع مخرج من قول الشافعى : لا يجوز السلم فى العسل المصفى بالنار ، ورد القاضي ذلك بأن السلم امتنع لأنه تعيب بدخول النار فيه ، والسلم فى المعيب لا يجوز ، وكذلك الفورانى رد ذلك بمثل ما قال القاضي حسين (وأظهر) الوجهين عند الرافعى الجواز ،ونسبه الماوردى الى سائر أصحابنا وهو الأصح عند ابن الصباغ والقاضي حسين •

(وقال) الرويانى : انه المذهب ، لأن المقصود من عصره تميز الشمع عنه ، ونار التمييز لينة لا تؤثر فى التعقيد ، فأشبه المصفى بالشمس ، وممن صحح الجواز ابن أبى عصرون وصاحب التتمة ، وهو الذى يقتضيه كلام الفورانى ، فانه أطلق الجواز ، ثم ذكر عن بعض الأصحاب أنه فصل بين المصفى بالشمس والمصفى بالنار قال : وهذا ليس بشىء كما رجحه الفورانى وحكاهما الوجهان اللذان فى الكتاب ويشبه أن يكون هذان الوجهان منزلين على ما ذكره الشيخ أبو حامد من التفصيل • ويكون ذلك تحقيق مناط هل حصل نقص أولا ؟ والله أعلم •

وفرق الماوردى بين العسل والزيت المغلى ، حيث لا يجوز بيع الزيت المغلى بعضه ببعض : بأن النار دخلت فى العسل بالصلاح وتمييزه من شمعه فلم تأخذ

من أجزاء العسل شيئاً ، وكذلك السمن ، وانما تأخذ النار فيما يدخل فيه الانعقاد واجتماع أجزائه ، قال : حتى لو أن العسل المصفى أُغْلى بالنار لم يجز بيع بعضه ببعض ، لأن النار اذن لم تميزه من غيره •

(**واعلم**) أن المصنف تكلم أولا فى المعروض على النار عرض عقد وطبخ كاللحم والدبس ، وما أشبه ذلك ، وقد تقدم شرحه ، وهذا القسم فى المعروض على النار للتمييز والتصفية ، وذكر من أمثلة ذلك ما هو مختلف فيه ، وهو العسل الذى غاب شوبه وبقى السكر ، وسيأتى ، وقد يكون منه مالا خلاف فيه ، فلم يتعرض المصنف له كالذهب والفضة يعرضان على النار لتمييز الغش ولا خلاف فى جواز بيع بعضها ببعض ، وقال ابن الرفعة : الذهب والفضة اذا دخلا النار لا يمتنع بيع بعضهما ببعض ، لأنها لا تؤثر فى حرمتها ، نعم لو خالطهما غش فأدخلا النار لتخلصه ، فقد يقال بامتناع بيع البعض بالبعض لأنها قد تؤثر فى اخراجه فى أحدهما أكثر مما تؤثر فى الآخر ، وقد يقال بأنه يجوز لأن لأهل الصناعة فى ذلك خبرة لا تحرقه ، ولا تغلبهم النار عليها بخلافها فى السكر ونحوه •

(**قلت**) واطلاق الأصحاب يقتضى الجواز وان لم يفصلوا هذا التفصيل بل فى تصريحهم بالعرض لتميز الغش ما يدل لما قاله من النظر والله أعلم •

وتقييد المصنف المصفى بالنار وقياسه على المصفى بالشمس يدل على أن المصفى بالشمس يجوز بيع بعضه ببعض ، والأمر كذلك بلا خلاف ، قال الامام : فان قيل : اذا صفى العسل بشمس الحجاز فقد يكون أثر الشمس فى تلك البلاد بالغاً مبلغ النار ، فانا نرى شرائح اللحم تعرض على رمضاء الحجارة فتنش نشيشاً على الجمر ، قلنا : هذا فيه احتمال (والأظهر) جواز البيع ، وانأثر الشمسفيما أظن لا يتفاوت ، وانما يتفاوت أثر النارلاضطرامها وقوتها وبعدها من المرجل والتعويل على تفاوت الأثر ، بدليل أنه لو أغلى ما على النار أو خل [1] ثقيف لم يمتنع بيع بعضها ببعض ، فان النار لا تؤثر

---

(١) كذا بالأصل فى ش و قا . (ط)

فى هذه الأجناس بتعقيد حتى يعرض فيها التفاوت فيزيل بعض الأجزاء ويبقى الباقى على استواء وقد قال ابن الرفعة فى الكفاية : ذهب بعض أصحابنا الى أنه ان صفى بها يعنى الشمس فى البلاد المعتدلة الحر لا يجوز بيعه بما صفى بها فى البلاد الشديدة الحر ، قال : محكى وليس بشىء •

(فـــرع) ان منعنا بيع المصفى بالنار بمثله فلاشك أنه يمتنع بيعـه بغيره من أنواع العسل ، وممن صرح به الجرجانى لأن النار اذا عقدت أجزاء أحدهما أدى الى التفاضل ، أما اذا قلنا بجواز بيع العســل المصفى بالنــار بمثله فهل يجوز بيعه بالمصفى بالشمس ؟ : قال ابن الرفعة : فيه نظر لأن النار قد يتقارب تفاوتها ويتباعد ما بينه وبين الشــمس (قلت :) والذى يظهــر الجواز ، لأنا انما نجوزه بناء على أن النار لطيفة تميز ولا تعقد الأجزاء واذا كان كذلك فلا أثر لها فى التماثل ، فلا فرق بين ذلك وبين المصفى بالشــمس

(التفريع) حيث قلنا بجواز بيع العسل بالعسل ، اما أن يكون مصــفى بالشمس ، واما بالنار اللطيفة على الصحيح فيما تعتبر المماثلة فيه ، قال الشافعى رضى الله عنه فى كتاب الصرف : والعسل بالعسل كيلا بكيل ان كان يباع كيلا ، أو وزناً بوزن ان كان يباع وزناً ، وقال فى موضــع آخر : العســل والسمن والسكر الوزن فيهما أحوط فالظاهر فى هذا أنه موزون وعــده فى الرسالة فى باب الاجتهاد مع الزيت والسمن والسكر من الموزونات ، فلذلك قال أبو الطيب : انه المنصوص عليه ، وقد تقدم فى أول الكلام قوله فى المختصر لأنهما لو بيعا وزناً الى آخره •

وقال أبو اسحق : لا يباع الا كيلا بكيل ، وقد تقدم التعرض لشىء من ذلك ، وقال الرافعى : هو كالسمن ، والأمر كما قال وهما جميعاً موزونان خلافاً لأبى اسحاق كما تقدم ، وقد حمل الرويانى قول الشافعى المذكور فى الصرف على التوقف فيه ، قال : وقيل : أراد الشافعى بقوله : انهما لو بيعا وزناً اذا انعقد ببرد الهواء وغلظ لا يمكن كيله ، فيباع حينئذ وزناً ، فأما اذا أمكن كيله فلا يباع الا كيلا ، قال : وهو قريب مــن قول أبى اســحاق • (والمذهب) المنصوص ما تقدم •

واعترض الأصحاب على المزنى فى قوله : لأنهما لو بيعا وزناً وفى أحدهما شمع ، وهو غير العسل ، كان العسل تارة غير معلوم ، قالوا : لأنه الحالة هذه معلوم المفاضلة ، فلا معنى لقوله : غير معلوم • وانما يستقيم هذا التعليل فى الشهد بالشهد ، لأنهما بما فيهما من الشمع غير معلومى المماثلة ، قالوا : والشافعى ذكر هذا التعليل هناك فاشتبهت احدى المسألتين بالأخرى • وذكر الرويانى أيضا أن قوله فى المختصر يدل على تصحيح أحد الوجوه فيما لم يعلم معياره ، يعنى الوجه القائل بالتخيير ، وقد تقدم • وقال ابن داود لما ذكر كلام الشافعى : فيه كالدليل على أنه يجوز كيلا تارة ، ووزنا أخرى ، قال : وهذا غريب قلما يوجد له نظير (قلت :) وليس الأمر كما زعم بل المراد التوقف كما تقدم ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

(فرع) قال صاحب التهذيب : عسل الرطب وهو رب يسيل منه ، يجوز بيع بعضه ببعض متساويين فى الكيل ، ويجوز بيعه بعسل النحل متفاضلا ، وجزافا ، يداً بيد ، لأنهما جنسان مختلفان كما يجوز بيع العسل بالدبس •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واختلفوا فى بيع السكر بعضه ببعض ، فمنهم من قال : لا يجوز لأن النار قد عقدت اجزاءه ، ومنهم من قال : يجوز لأن ناره لا تعقد الأجزاء ، وانما تميزه من القصب) •

(الشرح) الوجهان المذكوران حكاهما الشيخ أبو حامد وابن الصباغ والبغوى والامام والرافعى وجعلهما الرافعى كالدبس ، ومقتضى ذلك أن الأصح عنده المنع فى السكر أيضا وكذلك قال فى التهذيب • أن الأصح أنه لا يجوز وكذلك نقل ابن الرفعة عن الأرغيانى أنه قال فى فتاوى النهاية بالبطلان فى السكر والفانيد والعسل المميز بالنار ، قال ابن الرفعة : وذلك قياس جزم العراقيين بمنع السلم فى ذلك فان باب الربا أحوط من باب السلم ، بدليل أنه يجوز السلم فيما لا يجوز بيع بعضه ببعض لأجل طلب المماثلة ، وظاهر المذهب الجواز فى السكر على ما ذكره الشيخ أبو حامد ، وقال

القاضى حسين : انه الصحيح وكذلك يقتضيه ايراد الجرجانى ونقل ابن الرفعة عن البندنيجى أنه ظاهر المذهب ، وعن سليم أنه أظهر الوجهين ، وجزم فى التعليق عن ابن أبى هريرة بالمنع ، وقال الماوردى : انكانت للتصفية وتمييزه من غيره جاز ، وان دخلت لعقد الأجزاء لم يجز •

(**واعلم**) أنه قد يستشكل قول الشيخ وغيره ان نار السكر لينة لا تعقد الاجزاء وانما تميزه من القصب ، والسكر انما يتميز من القصب بالعود الذى يعصر به ، فاذا وقع أحد العودين على الآخر وانعصر القصب تميز ، وفى بعض ما تكلم به على المهذب تأويل ذلك بأنه لابد أن يبقى فى السكر شىء من أجزاء القصب ، ويكثر ذلك حتى يحتاج الى استخراجه ، فاذا اغلى بالنار سهل اخراجه ، فان ما يبقى من أجزاء القصب يعلو على السكر عند الغليان ويسهل استخراجه ، فهذا معنى التمييز الذى قصدوه • وعلل القاضى حسين الجواز بأن لدخول النار فيه حداً ونهاية ، وعلله الامام بأن الانعقاد من طباع السكر كما حكيناه ، وقيده الماوردى فقال فى السكر والفانيد : ان ألقى فيهما ماء أو لبن أو دقيق أو غيره فلا يجوز بيع بعضه ببعض ، والا فينظر ، فان دخلت النار فيهما لتصفيتهما وتمييزهما من غيرهما جاز وان دخلت لاجتماع أجزائه وانعقادها فلا •

(**قلت**) أما تقييده بما اذا لم يكن فيه ماء أو لبن أو دقيق أو غيره فيمكن أن يكون اطلاق الأصحاب منزلا عليه ، لأنه حينئذ يصير بيع السكر وغيره بمثله ، قال ابن الرفعة : وما قاله فيه نظر ، لأن السكر لابد من اذابة أصله بالماء ليحل ثم يطبخ ، ونصب عليه بعد غليانه اللبن ليبيضه ويزيل وسخه ، وذلك يقتضى منع بيع بعضه ببعض على طريقه •

(**قلت**) وكلام الماوردى يقتضى أنه لم يتحدد عنده حال السكر ولا حال تأثير النار فيه ، فأما حكمه بالمنع عند اختلاطه بغيره وماذكره ابن الرفعة من أن ذلك لابد منه فهو يقتضى قوله بالمنع فيه وهو القياس ، فان الخليط الذى فيه من الدقيق واللبن مانع من التماثل ، أما الماء ففيه نظر ، فان الظاهر أنه لا يزيد فى وزنه بعد الجفاف شيئاً ، والله أعلم •

(فـــرع) بعد أن ذكر الامام ما ذكر فى الســكر قال : وهــذا الذى ذكرناه يعنى من الخلاف جار فى كل ما ينعقد ، كذا نقله عنه ابن الرفعة ، قال : وقد صرح باجراء الخلاف فى القند الفورانى ، وأجراه الامام والغــزالى فى الفانيد ، وأجراه الغزالى رحمه الله أيضا فى القند [1] وفى اللبأ [2] .

(فـــرع) اذا بيع السكر فالمعيار فيه الوزن نص عليه الشــافعى ومن الأصحاب نصر المقدسى وقد تقدم قول الجورى وتنبيهه على أن ذلك لا خلاف به وقال ابن أبى الدم : ان أبا اسحق قال : يباع كيلا وجعل الوجهين فيــه كالسمن ولم أر ذلك لغير ابن أبى الدم وعلل وجه أبى اسحق على ما زعم بأن أصله الكيل وكأنه يعنى العصير فانه مكيل وبيع الفانيــذ [3] كبيع الســكر بالسكر قاله الماوردى والقاضى حسين والبغوى والامام والرافعى .

(فـــرع) قال نصر المقدسى فى الكافى : يجوز بيع السكر بالسكر وزناً اذا تساويا فى اليبس والصفة ، فأما اشتراطه اليبس فصحيح وأما اشــتراطه التساوى فى الصفة فمشكل ، لأن ذلك غير شرط فى الربويات ، بدليل أنــه يجوز بيع التمر من نوع بالتمر من نوع آخر ، وما أشبهه ، وظاهر كلام نصر هذا أنه لا يجوز بيع السكر بالسكر اذا اختلفت صفتهما ، ولم أر من تعرض لذلك غيره ، ولا يجوز بيع قصب السكر بقصب السكر ولا بالسكر كبيع الرطب بالتمر أو بالرطب قاله البغوى والرافعى وهو الصواب .

وقال الامام : فى السكر والفانيذ منهم من قال : هما جنس وهذا بعيد ؛ ومنهم من قال : جنسان ، فان قصبهما مختلف ، وليس للفانيذ عكر السكر ، وأما السكر الأحمر الذى يسمى القوالب فهو عكر السكر الأبيض ومــن قصبه ، وفيه مع ذلك تردد من حيث انه مخالف صفة الأبيض مخالفة ظاهرة ، وقد يشتمل أصل واحد على مختلفات كاللبن ولعل الأظهر من جنس السكر . وقال القاضى حسين : ان بيع قصب الفانيذ بقصب الفانيذ جائز ، وبالفانيــذ

---

(١) القند بفتح القاف واسكان النون عسل قصب السكر وهو ما يسمى بالعسل الاسود السرياقوسى ويقال سويق مقنود ومقند . (ط) .

(٢) اللبأ أول اللبن فى النتاج وهو ما يسمى بالسرسوب .

(٣) الفانيذ بالذال المعجمة نوع من الحلوى يعمل من القند والنشا .

لا يجوز ، وبقصب السكر هل يجوز أم لا ؟ ان كانا من أصل واحد لا يجوز متفاضلا ، وان كانا من أصلين يجوز متفاضلين ، وتابعه صاحب التهذيب على ذلك .

(**قلت**) وهذا كلام عجيب فان القصب كله الذى يعمل السكر والفانيذ جنس واحد .

(**فرع**) لما ذكر الماوردى حكم السكر والفانيذ قال : وكذلك دبس التمر ورُبُّ الفواكه .

(**فرع**) بيع الفانيذ بالسكر قال القاضى حسين : ان كان أصلهما واحداً فهو كبيع الفانيذ بالفانيذ ، وان كان أصلهما مختلفا فيجوز كيفما كان.

(**قلت**) وهذا مثل الأول فان أصل السكر والفانيذ قصب واحد ، والظاهر أن القاضى رحمه الله تعالى قال ذلك لأنه ليس القصب فى بلادهم .

فائدة قال ابن الرفعة : ان النار فى القند فوق النار فى السكر والفانيذ ، لأن عصير القصب يوضع فى قدر كبير كالخابية ، ويغلى عليه غليانا شديدا الى أن تزول منه مائية كثيرة ، ويسمى ذلك صلقا ثم يطبخ فى قدر ألطف من ذلك بكثير وتقوى ناره الى أن تذهب مائيته ، فيوضع فى أوعية لطاف فوق الأوعية التى يصب فيها السكر والنار فيه فوق النار فى الذى يطبخ عسلا من ذلك الماء المصلوق فى الخابية ، وكثيرا ما تقوى نار الذى يطبخ عسلا فتصير أجزاؤه اذا برد قريبا من عقد أجزاء القند ، عند ذلك يسمى بالجالس ، ويطبخ منه السكر كما يطبخ من القند ، لكن طعمهما متباين .

وقال فى موضع آخر : ومن عصير قصب السكر يتخذ العسل المرسل ، ويتخذ القند ، وعن القند ينفصل العسل المسمى بالقصب ، وهو ما يقطر من أسفل أناليلج [1] القند بعد أخذه فى الجفاف والقند يختلف فى الجودة

---

(١) كذا بالأصل ولعل صوابه : أهاليج جمع أهليلج وهو نبات منه أصفر ومنه أسود وهو البالغ النضج ويقول الفيروزابادى : انه يحفظ العقل ويزيل الصداع .

والرداءة بحسب تبريد القصب وجودة الطبخ ، ومن الطيب من القند يتخذ السكر واذا جمد استقطر ما فيه من العسل من ثقب فى أسفل الأجانة التى يوضع فيها بعد طبخه ، وهذا العسل يسمى كما قال القاضى أبو الطيب بعسل الطبرزد • ونحن نسميه بالقطارة وهو يتنوع بحسب تنوع السكر الذى يستقطر منه • وأنواع السكر ثلاثة الوسط وهو أدونه ومن أعلا اناء يتجه يكون الآخر لأن القطـارة تنحبس فيه والعال وهو فوق ذلك فى الجودة والمكرر هو أعلا الثـلاثة لأنه يطبخ مرة ثانية من السكر الوسط والسكر النبات يطبخ من السكر الوسط أيضا لكنه يجعل فى قدر من الفخار قد صلب فيه عيدان من الجريد رقاق ليثبت فيها السكر وما يخرج منه من عسل عند كمال نباته يسمى بقطر النبات • والفانيذ تارة من السكر غيرالنبات وتارة من العسل المسمى بالمرسل المطبوخ من ماء القصب فى أول أمره وطبعه مخالف طبع السكر ، ولونه يخالف لونه ، والاسم مختلف لكن الأصل فيها واحد القصب ، وعند ذلك يتقرر الخلاف فى الفانيذ والسكر هل همـا جنس واحد باعتبار [أصلهما كما فى عسل القند وعسل السكر المعبر عنه بالطبرزد أو جنسان باعتبار] اختلاف الصفة والاسم ؟ فهذا فصل مفيد من كلام ابن الرفعة ، فانه كان عارفا بذلك ، وكلام القاضى حسين وشبهه يدل على أنهم لم يحققوا الحـال فى ذلك ، لأنه ليس فى بلادهم أو ليس لهم به خبرة والله أعلم •

قال ابن الرفعة أيضا : وأما السكر الأحمر والأبيض والنبات فجنس واحد للاشتراك فى الاسم الخاص ، وقرب الطباع ، وهل يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا ؟ فيه الخلاف السابق ، والفـانيذ قد يجعل فيه شىء من الدقيق ، وعند ذلك اذا قلنا : هو والسكر جنسان لم يضر (وان قلنا) جنس واحد فلا يجوز بيعه بالسكر ان لم ينظر الى تأثير النار ، ولأنه من قاعدة مد عجوة ، وقال : ومع تفاوت النار فى القند والسكر والفانيـذ لم يذكـر المصنف ــ يعنى الغزالى فرقا بينهما ــ كما لم يفرق الأصحاب بين ذلك فى السكر ، بل جوزوه فى الجميع على رأى مرجح فى الحـاوى وممنوع على وجه جزم به العراقيون فوجه التسوية فى الجميع أن للنار فى ذلك حـداً

بحسب العرف ، فأحيل الحكم عليه ، وعلى هذا فقد يقال : الأمر كذلك فى النار التى تدخل فى الدبس ، وقد قطع فريق فيه بالمنع وان حكى الخلاف فى السكر ونحوه فما الفرق ؟ ويقال فيه : ان زيادة النار فى السكر ونحوه تفسده فيحترز منها ، وزيادتها فى الدبس ونحوه تصلحه فلا يحترز عنها ، فلذلك افترقا •

قال : وانما قلت ذلك لأنى رأيت حكاية عن الأمالى أن تأثير النار فى الشىء ان لم يكن له نهاية كالدبس فكلما كثر النار كان أجود ، وليس له نهاية الى أن يتلابس فلا يصح بيع بعضه ببعض ، لأن تأثير النار فى تنقيص رطوبته تتفاوت ، وان كان له نهاية كالسكر والفانيذ ففيه وجهان (قلت :) هذه الحكاية عن الأمالى ، وذكر الوجهين فيها لم أفهمه ، ولا يقع فى كلام الشافعى رضى الله عنه ذكر وجهين ، فليتأمل ذلك الا أن يكون المراد أمالى السرخسى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز بيع الحب بدقيقه متفاضلا ، لأن الدقيق هو الحب بعينه ، وانما فرقت اجزاؤه فهو كالدنانير الصحاح بالقراضة ، فاما بيعه به متماثلا فالمنصوص انه لا يجوز وقال الكرابيسى : قال ابو عبد الله : يجوز فجعل ابو الطيب بن سلمة هذا قولا آخر وقال اكثر اصحابنا : لا يجوز قولا واحداً ولعل الكرابيسى اراد ابا عبد الله مالكا او احمد ، فان عندهما يجوز ذلك ، والدليل على انه لا يجوز انه جنس فيه ربا بيع منه ما هو على هيئة الادخار بما ليس منه على هيئة الادخار على وجه يتفاضلان فى حال الادخار ، فلم يصح كبيع الرطب بالتمر) •

(الشرح) الكرابيسى هو أبو على الحسين بن على البغدادى صاحب الشافعى فى العراق ، وكان عالما فى الفقه والحديث والأصول ، وله تصانيف فى الجرح والتعديل وغيره ومن جملتها كتاب الرد على المدلسين

الذى رد عليه فيه أبو جعفر [1] الطحاوى ، وقد وقفت على كلام أبى جعفر ، توفى الكرابيسى سنة خمس وأربعين وقيل ثمان وأربعين ومائتين وهو مذكور فى المهذب فى باب زكاة التجارة ، وأبو الطيب محمد بن المفضل بميم فى أوله ابن سلمة من كبار أصحابنا ، درس الفقه على ابن سريج ، وكان مخصوصا بفرط الذكاء والشهامة فلذلك كان أبو العباس يقبل عليه غاية الاقبال ، ويميل الى تعليمه كل الميل ، صنف كتبا عدة مات شابا سنة ثمان وثلاثمائة وهو مذكور فى المهذب فى باب صلاة المسافر .

وكذلك الامام مالك رحمه الله وهو أجل من أن ينبه على شىء من أخباره ، وأحمد بن حنبل رحمه الله لم يتقدم له ذكر فى المهذب فيما أظن ، وهو الامام أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد بن ادريس ابن عبد الله بن حيان بحاء مهملة وياء آخر الحروف ابن عبد الله بن أنس بن عوف بن قاسط بن مازن بن ذهل بن شيبان بن ذهل بن ثعلبة بن عكابة بن صعب بن على بن بكر بن وائل بن قاسط بن هنب بن أفصى بن دعمى بن جديلة بن أسد بن ربيعة بن نزار بن مضر بن معد بن عدنان .

مولده سنة احدى وستين ومائة وتوفى سنة احدى وأربعين ومائتين وفضائله ومناقبه علما وزهدا وورعا أكثر من أن تحصى ، وأشهر من أن تذكر ، وهو معدود من أصحاب الشافعى رضى الله عنهم بالعراق .

وقال المصنف : الحب بدقيقه يشمل الحنطة والشعير وغيرهما ، وفيه احتراز عن بيعه بدقيق غيره ، كبيع الحنطة بدقيق الشعير والشعير بدقيق الحنطة ، وما أشبه ذلك فانه جائز متماثلا ومتفاضلا على القول الصحيح المشهور الذى قطع به قاطعون أن الأدقة أجناس ، والمقصود بيع القمح بدقيق القمح ، أو بيع الشعير بدقيق الشعير ، وما أشبه ذلك وفى ذلك مسألتان :

---

(1) ابو جعفر الطحاوى من كبار أصحاب ابى حنيفة ومجتهدى مذهبه وقد كان الكرابيسى من أصحاب أبى حنيفة قبل ان يتخرج بالشافعى ويسمع الحديث كما سمع من زيد بن هرون واسحق الازرق ويعقوب بن ابراهيم وقد اجاز الشافعى كتب الزعفرانى له . قال الخطيب البغدادى : حديث الكرابيسى يغر جدا وذلك ان احمد بن حنبل كان يتكلم فيه بسبب مسالة اللفظ وهو أيضا كان يتكلم فى احمد فتجنب الناس الاخذ منه لهذا السبب .

(احداهما) أن يباع متفاضلا وهذا لا يجوز عندنا ، وعند أكثر العلماء ونقل الشيخ أبو حامد وأبو الطيب وغيرهما عن أبى ثور جوازه ، واحتج بأنهما جنسان لاختلاف الاسم ونقض الأصحاب عليه باللحم بالحيوان وكثير من المطعومات وفيه نظر من الضابط الذى مهدوه فى اختلاف الجنس واتحاده وهو مذهب أبى ثور فى ذلك موافق لمذهب داود وأنه ذهب هو وأصحابه الى جواز ذلك عمم فقال : يجوز بيع القمح بدقيقه وسويقه وخبزه وبيع الدقيق بالدقيق والسويق ، والخبز والسويق بالسويق وبالخبز ، والخبز بالخبز متفاضلا ومتماثلا قال الشافعى رضى الله عنه فى المختصر : (ولا يجوز بيع الدقيق بالحنطة مثلا بمثل من قبل أنه يكون متفاضلا فى نحو ذلك) وكذلك نقله الامام عن المزنى فى المنثور مع نقله فيه جواز بيع الدقيق بالدقيق كما سيأتى ان شاء الله تعالى .

وقال فى مختصر البويطى : ولا يجوز أن يؤخذ دقيق بقمح ، وقال الشيخ أبو حامد : وهو الصحيح من المذهب وبه قال الحسن البصرى ومكحول ، وهشام وحماد بن أبى سليمان والثورى وأبو حنيفة وأصحابه ، وذهب مالك فى المشهور عنه الى أنه يجوز كيلا بكيل وبه قال قتادة وربيعة وابراهيم النخعى وابن سيرين وابن شبرمة والليث بن سعد ، وذهب الأوزاعى وأحمد بن حنبل واسحق بن راهويه الى أنه يجوز وزناً بوزن والأكثرون على الامتناع من اثبات ما حكاه الكرابيسى قولا للشافعى منهم الشيخ أبو حامد والعبدرى قال العبدرى : الصحيح أنه لا يحفظ عن الشافعى الا المنع . قال الشيخ أبو حامد : لا يختلف المذهب فى أن ذلك لا يجوز ، وقال القاضى أبو الطيب : لا يحفظ للشافعى فى كتبه غير ذلك ، وكذلك فى تعليق الطبرى عن ابن أبى هريرة أنه خطأ لا يحفظ عن الشافعى ، وغير من سمينا يقول ذلك .

قال هؤلاء : ولعله أراد بأبى عبدالله مالكاً وأحمد لما سنحكيه من مذهبهما وجماعة من الأصحاب سكتوا عنه لم يحكوا فيه خلافاً ، منهم الفورانى ، وقال الرويانى : قال أكثر أصحابنا : المسألة على قول واحد أنه لا يجوز ، ولم يوجد فى شىء من كتبه جوازه ، ومنهم من ذهب الى اثباته قولا للشافعى،

وبه قال أبو الطيب بن سلمة فيما حكاه أكثر الأصحاب، وابن الوكيل فيما حكاه المحاملى والقفال ، فانه قال فى شرح التخليص بعد قول صاحب التلخيص : فان كانا مطحونين أو أحدهما لم يجز ، قال القفال : وقال فى القديم : يجوز ، والمشهور من مذهبه أنه لا يجوز ، فاستفدنا من ذلك أن القفال من المعترفين باثبات هذا القول ، وان لم ينسبه للكرابيسخى والكرابيسى من رواة القديم ، ووجهوه بما سنذكره من حجة المالكية •

قال الرافعى : وعلى هذا فالمعيار الكيل ، وقد اختار أبو بكر بن المنذر فى كتابه الاشراف منع بيع الحنطة بالدقيق متفاضلا ، وجوازه مثلا بمثل قال : ولا أعلم حجة تمنع من بيعه مثلا وجعل الامام منقول الكرابيسى شيئاً آخر وهو أن الدقيق والحنطة جنسان حتى يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا لاختلاف الصفة والاسم والمنفعة ، قال الرافعى : ويشبه أن يكون هو منفرداً بهذه الرواية يعنى الامام (قلت) وليس منفرداً بها ، بل حكاها الماوردى فى الحاوى كذلك ، وسوى بينهما وبين قول أبى ثور ، فاستدل الأصحاب بما ذكره المصنف قالوا : ولا فرق بين الموضعين الا أن الرطب لم يبلغ حالة الادخار ، والدقيق زال عنها ولو قدر عود الدقيق الى حال كونه حنطة لفاتت المماثلة ، كما أنه اذا قدر الرطب تمراً تفوت المماثلة •

قال الأصحاب حالة كمال الحب كونه حباً فانه يصلح للبذر والطحن والادخار واستدلوا أيضاً بأن الدقيق جنس فيه الربا زال عن حال كمال البقاء كاللحم بالحيوان ، والشيرج بالسمسم ، واحترزوا بصنعة أدنى عن المستويين واحتج من نصر قول مالك بأن الدقيق نفس الحنطة ، وانما تفرقت أجزاؤه فأشبه بيع الدراهم الصحاح بالمكسرة ، واحتج من نصر قول الأوزاعى وأحمد بأن الطحن لا يتغير به الوزن ، وانما يختلف به الكيل ، فاذا بيع أحدهما بالآخر وزناً كانا متساويين •

وأجاب الأصحاب عن حجة المالكية بأنه اذا كان حبا كانت أجزاؤه منضمة مجتمعة فلا يأخذ من المكيال الموضع الذى يأخذه اذا طحن وتفرقت أجزاؤه ، فمتى بيع أحدهما بالآخر كانا متفاضلين وعن حجة

الأوزاعي وأحمد بأن المماثلة معتبرة كيلا ، فاذا قدر عودهما الى حالة كونهما طعاما أفضى الى التفاضل كيلا ، وهذه المسائل وما بعدها من جملة قاعدة تعرض لها الشافعي فى باب بيع الآجال من الأم قال : (فاذا كان شيء من الذهب أو الفضة أو المأكول أو المشروب فكان الآدميون يصنعون فيه صنعة يستخرجون بها من الأصل شيئا يقع عليه اسم دونه اسم ، فلا خير فى ذلك الشيء لشيء من الأصل ، وان كثرت الصنعة فيه كما لو أن رجلا عمد الى دنانير فجعلها طستا أو حليا ، ما كان لم يجز بالدنانير الا وزنا بوزن ، وكما لو أن رجلا عمد الى تمر فحشاه فى شن أو جرة أو غيرها نزع نواه أو لم ينزعه لم يصح أن يباع بالتمر وزنا بوزن ، فكذلك لا يجوز حنطة بدقيق وكذلك حنطة بسويق أو بخبز أو بفالوذج اذا كان نشاه مشتقة من حنطة وكذلك دهن سمسم بسمسم وزيت بزيتون وكذلك لا يصح التمر المنثور بالتمر المكبوس لأن أصل التمر الكيل) اهـ . ثم قال الشافعي رحمه الله تعالى بعد ذلك بكثير : وكذلك لا خير فى تمر قد عصر وأخرج صفوه بتمر لم يخرج صفوه كيلا بكيل من قبل أنه قد أخرج منه شيء من نفسه ، واذا لم يغيره عن خلقته فلا بأس به .

وقد روى عن مجاهد باسناد حسن قال : لا بأس بالحنطة بالسويق والدقيق بالحنطة والسويق ، وعن الشعبى أنه سئل عن السويق بالحنطة فقال : ان لم يكن رباً فهو ريبة ومما احتج به فى منعهم القمح بالدقيق القياس على بيع اللحم بالحيوان وهذا انما يتم اذا جعلنا امتناع بيع اللحم بالحيوان معللا ، أما اذا جعلنا طريق ذلك الاتباع والبعد فيمتنع الالحاق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز بيع دقيقه بدقيقه ، وروى المزنى عنه فى المنثور انه يجوز ، واليه اوما فى البويطى لانهما يتساويان فى الحال ، ولا يتفاضلان فى الثانى ، فجاز بيع احدهما بالآخر ، كالحنطة بالحنطة والصحيح هو الأول لانه جهل التساوى بينهما فى حال الكمال والادخار ، فاشبه بيع الصبرة بالصبرة جزافا) .

(الشرح) المراد ههنا أيضا اذا كان الدقيقان من جنس واحد كدقيق القمح بدقيق القمح ، ودقيق الشعير بدقيق الشعير ، فبيع الدقيق

بالدقيق من الجنس الواحد لا يجوز ، سواء كانا ناعمين أو أحدهما ناعما والآخر خشنا ، قال الشيخ أبو حامد : هـذا الذى نص عليه فى الجديد والقديم ، وكذلك قال ابن الصباغ ، وهذا هو المذهب ، كذلك قال الشيخ أبو حامد ، وقال أبو الطيب وابن الصباغ : انه المشهور ؛ وقال الماوردى : ان مقابله خطأ ، وكثير من الأصحاب لم يحكوا فيه خلافا كالقاضى حسين ، وقال الرويانى : انه نص عليه فى القديم والجديد ، وفرقوا بينه وبين بيع الحنطة الصغيرة الحبات بالحنطة الكبيرة الحبـات بأن أجـزاء الحب ثَمَّ مجتمعة ، ورواية المزنى فى المنثور مشهورة نقلها الأصحاب كافة عن المزنى فى مسألة المنثور عن الشافعى ، ونقله الامام عنه وعن نقل حرملة أيضا •

وأما ما أومأ اليه البويطى (فاعلم) أن الشافعى قال فى البويطى : وكل شىء من الطعام الذى لا يجوز الا مثلا بمثل من صنف واحد ، فلا يجوز أن يؤخذ شىء مما يخرج منه بأصله متفاضلا ، الا مثلا بمثل وهذا يقتضى منع بيع الدقيق بالقمح متفاضلا ، ويفهم أنه يجوز بيعه به متماثلا وقد تقدم منع ذلك مع أنه بعد هذا بسطر فى البويطى أطلق أنه لا يؤخذ دقيق بقمح ، فان كان المراد هذا النص الذى فى البويطى فصحيح أنه يومىء الى بيع الدقيق بالدقيق ، لكن يومىء أيضا الى بيعه بالقمح • وقال الشيخ أبو حامد : انه حكاه فى البويطى ولم ينقل أنه ايماء فلعله فى مكان آخر لم أقف عليه بعد ، وكذلك القاضى أبو الطيب والماوردى وابن الصباغ والرافعى كلهم نقلوه عن البويطى ، وقاسه الرافعى بعد أن نقله عن البويطى والمزنى فى المنثور بيع الدهن بالدهن يجوز وان امتنع بيعه بالسمسم ، فكذلك هذا يجوز وان امتنع بيعه بالحنطة ، وهذا ينبهك على أن الخلاف فى هذا مفرع على المشهور أنه لا يجوز بيع القمح بالدقيق أما على رواية الكرابيسى اذا أثبتناها قولا فانه يجوز بيع الدقيق بالدقيق لا محالة ، وقد أجاز الرويانى فى الحلية جواز بيع الدقيق بالدقيق اذا استويا فى النعومة ونقله عن بعض أصحابنا قال : انه القياس ونقله مع بعض أصحابنا عن أبى حنيفة رضى الله عنه •

(واعلم) أن الأصحاب أطلقوا هذه الحكاية عن الشافعى ولم يثبتوا اشتراط التساوى فى النعومة والخشونة وسيأتى مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه وبعض أصحابنا أنه يشترط التساوى فى أحـدهما وكلام الرويانى فى الحلية ذكر التساوى فى النعـومة عن أبى حنيفة وبعض أصحابنا اختاره فيحتمل أن يكون مراده الاستواء فى هذا أو فى هذا وهو الظاهر . وينزل كلام الشافعى المنقول عن المزنى والبويطى عليه لأنه لو اختلفا فكان أحدهما خشنا والآخر ناعما لم تحصل المماثلة ، وعن أحمد جواز بيع الدقيق بالدقيق وذهب أبو حنيفة رحمه الله الى أنه يجوز اذا كانا ناعمين أو خشنين ، وعبارة بعضهم يشترط تساويهما فى النعومة والخشونة ، ووافق على امتناع الناعم بالخشن ، قالوا : نحن نعتبر المساواة حالة العقد ، وأنتم تعتبرونها تارة فيما كان كمسألة الدقيق ، وتارة فيما يكون كمسألة الرطب ، واعتبار حال العقد أولى فالجهالة تؤثر حالة العقد فقط .

واستدل أصحابنا بما تقدم فى بيع الدقيق بالقمح ، وقد وافقنا أبو حنيفة رضى الله عنه هناك ، مع كون الحنطة والدقيق متساويين ، ووافقنـا على امتناع الناعم بالخشن ، ولا متعلق فى أن بينهما مفاضلة ، فان ذلك منتقض بالحنطة اذا كانت احداهما أفضل من الأخرى ، وقال أصحابنا : انما نعتبر المساواة حالة الادخار فحسب ، ثم ذلك يكون تارة فيما مضى ، وتارة فيما يكون ، ودليله ما تقدم فى بيع الرطب بالتمر مع سلامته على الانتقاص ، بخلاف ما اعتبروه قاله فيقان [1] وان تساويا الآن فقد يكونان متفاوتين حالة كونهما حبا ، بأن يكون أحدهما من حنطة رزينة والآخر من حنطة خفيفة .

(فـــرع) قال الرويانى : بيع لب الجوز بلب الجوز حكمه حكم الدقيق بالدقيق (قلت :) وليس كذلك بل الصحيح جوازه وقد تقدم ذلك عند الـكلام على بيع التمر المنزوع النوى ، والذى قاله الرويانى هو قول

---

(١) كذا بالأصل فحرر (ش) قلت ولعله الفورانى أو القفال فوقع فيها تحريف من النسخ والله أعلم (ط) .

القاضى حسين وصاحب التتمة ويمكن حمله على اللب المدقوق وهو الذى يشبه الدقيق والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز بيع حبه بسويقه ، ولا سويقه بسويقه ، لما ذكرناه فى الدقيق ، ولأن النار قد دخلت فيه وعقدت اجزاءه فمنع التماثل) •

(الشرح) قال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب : السويق ضربان نقيع ومطبوخ فالنقيع ينقع الطعام فى الماء ليبرد ، ثم يجفف ، ثم يقلى ويجرش والمطبوخ يطبخ ثم يجفف ثم يقلى ويجرش فكل واحد منهما قد أخذت النار بعضه ، فانه اذا قلى يكون أصغر جرماً مما كان قبل ذلك ، وهذا هو الذى أراده المصنف بالعلة الثانية ، والعلة الأولى ظاهرة ، فانه بمنزلة الدقيق ، وان لم نلاحظ دخول النار فيه فهما دليلان جيدان ، وقياس قول أبى ثور أن يأتى ههنا ، فان اختلاف الاسم موجود ، وكذلك نقله ابن المنذر عنه صريحاً ، وعن مالك أنهما يقولان لا بأس به متفاضلا ، وأما قول أبى الطيب ابن سلمة فى منقول الكرابيسى ان ثبت عن الشافعى ، فلا تتأتى هنا العلة الثانية ، وهى دخول النار ، وما ذكره هؤلاء الأئمة فى تفسير السويق مخالف للمعروف فى بلادنا اليوم •

ومما نص على المسألتين اللتين ذكرهما المصنف ، كما ذكرهما الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى والماوردى وغيرهم من العراقيين ، والقاضى حسين من الخراسانيين ، ونقل القاضى أبو الطيب والمحاملى المنع من بيع الحنطة بسويق الحنطة ، عن نصه فى الصرف ، وقال الامام : ان ابن مقلاص حكى أن الشافعى جعل السويق مخالفا لجنس الحنطة ، فانه يخالفها فى المعنى والدقيق مجانس للحنطة فانه حنطة مفرقة الأجزاء ، واعلم أن السويق فى بلادنا اسم [1] وكذلك قال ابن الرفعة فى الكفاية لما حكى ما قاله أبو الطيب:

---

(١) بياض بالاصل فحرر (ش) ولعل السقط (لما يصنع من الحنطة والشعير) قاله الفيومى فى المصباح • (المطيعى)

ان ذلك مخالف لما نعرفه فى بلادنا ، وجوز مالك بيع السويق بالقمح متفاضلا، ففرق فى ذلك بين السويق والدقيق ، وهو قول الليث بن سعد وأبى يوسف ، وروى أبو يوسف ذلك عن أبى حنيفة رضى الله عنه ، وروى عنه أنه لا يجوز واحتج من جوزه أن السويق صار بالصنعة جنسا آخر ، فصار بمنزلة بيع جنس بجنس آخر ، ونقض أصحابنا ذلك بالحنطة بالدقيق ، وتمسكوا باعتبار حالة الادخار •

(فـــرع) بيع السويق بالدقيق عندنا لا يجوز ، لأنه قوت زال عن هيئة الادخار بصنعة آدمى فلم يجز ، كما لو كان احدهما أخشن من الآخر ، صرح به جماعة من الأصحاب ، منهم الماوردى والقاضى حسين ، وعن أبى حنيفة رضى الله عنه روايتان (أشهرهما) أنه لا يجوز ، وروى أبو يوسف رواية شاذة أنه يجوز كيلا بكيل ، وعن مالك وأبى يوسف رحمهما الله أنه يجوز متفاضلا لأنهما جنسان ، لأنه لو حلف لا يأكل دقيقا فأكل سويقاً لم يحنث ، ونقله ابن المنذر عن أبى ثور أيضاً ، وما ذكره منتقض بأنواع التمر كالمعقلى والبرنى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز بيعه بخبزه ، لانه دخله النار وخالطه الملح والماء ، وذلك يمنع التماثل ، ولأن الخبز موزون والحنطة مكيل فلا يمكن معرفة التساوى بينهما)

(الشرح) نص الشافعى رضى الله عنه فى البويطى على أنه لا يجوز بيع الخبز بالحنطة ونقله القاضى أبو الطيب وابن الصباغ عن نصه فى الصرف وجزم به هو والشيخ أبو حامد والماوردى والقاضى حسين والرافعى وغيرهم للعلتين اللتين ذكرهما المصنف ، وهما فى الحقيقة متحدتان لأن مخالطة الماء ودخول النار كل منهما صالح لأن يكون علة للبطلان وحده • قالوا : وربما خلط فى الخبز أيضا بورق • ولما نقل الامام رواية ابن مقلاص وجعلها فى أن السويق مخالف للحنطة والدقيق مجانس لها ، قال : وعلى هـــذا : الخـــبز يخالف الحنطة ، ويجب أن يخالف الدقيق والسويق أيضا ، فاقتضى هـــذا الكلام اثبات خلاف فى بيع الخبز وحكى عن أصحاب أبى حنيفة أنهم قالوا :

يجوز بيع الخبز بالحنطة متفاضلا ، وهو قياس قول أبى ثور كما قاله فى الحنطة بالدقيق •

(فـــرع) وهكذا الدقيق بالخبز لا يجوز ، وممن صرح به بخصوصه الفورانى ، وقد تقدم ما قلناه من كلام الامام ، وكذلك نقل المنع فى ذلك ابن المنذر عن الشافعى ، ونقل عن مالك والليث بن سعد وأبى ثور واسحق وسفيان الثورى جوازه ، وقال أحمد : لا يعجبنى •

(فـــرع) قال الرافعى : يجوز بيع الحنطة وما يتخذ منها من المطعومات بالنخالة ، لأنها ليس مال ربا ، وقبل الرويانى بأن تكون النخالة صافية عن الدقيق ، وهذا هو المراد ، وكذا بيع المسوسة بالمسوسة اذا لم يبق فيهما شىء من لب ، قاله فى التتمة والبحر ، قال فى البحر : لأنه نخالة ، وقال فى تعليق القاضى حسين فى أحد الوجهين : وان كان لا يجوز السلم فيها ، ولذلك يجوز بيع المسوسة التى لا لب فيها بغير المسوسة ، قاله فى [1] والبحر أيضا ، ومن الواضح أن شرط ذلك أن يكون للمسوسة قيمة ، والا فيمتنع بيعها مطلقا •

وقال الامام : ان الحنطة المسوسة اذا قربت من المفقودة ظاهر قول الأئمة جواز بيع بعضها ببعض ، وانما راعوا فى هذه طرد النظر الى طرد القول فى الجنس ، لعسر النظر فى تفصيل الحنطة ، التى تمادى زمان احتكارها ، ولعل هذا قبل أن تتآكل ، فأما اذا تآكلت وخلت أجوافها ففيها نظر عندنا ، فان الأئمة أطلقوا بيع المسوسة بالمسوسة ، والمسوسة هى التى بدأ التآكل فيها ، والقياس القطع بالمنع اذ الحنطة المقلية لا يباع بعضها ببعض لما فيها من التجافى الحاصل بالقلى انتهى •

واذا تأملت ما قاله الامام وجدته لم يلاحظ أن المسوسة خارجة عن الربا ألبتة ، بخلاف ما قاله المتولى والرافعى ، والتحقيق فى ذلك أنه ان فرضت المسوسة لا شىء فى جوفها ألبتة ، فهذه مخالفة ، ولا ربا فيها • وان فرض

---

(١) بياض بالأصل (ش) ولعله فى التتمة والبحر أيضا (ط) •

أن السوس كثير فيها بحيث قربت من العفن فهذه الاختلاف فيها أشد من الاختلاف فى الدقيق ، فيمتنع بيع بعضها ببعض ، وان فرض أنه كما بدأ التآكل فيها الذى لا يحصل معه تفاوت غالبا ، فيصح ، وتكون كالحنطة التى قد طال احتكارها ، وينزل كلام الامام وما نقله عن الأئمة على هذا والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز بيع خبزه بخبزه ، لأن ما فيه من الماء والملح يمنع من العلم بالتماثل فمنع جواز العقد) .

(الشرح) المراد الخبز بالخبز اذا كانا لينين ، فلا يجوز ، قال الشيخ أبو حامد : بلا خلاف على المذهب لما ذكره المصنف ، ولأن أصل ذلك الكيل ولا يمكن اعتبار الكيل فيه . وافق الأصحاب على ذلك القاضى أبو الطيب والمحاملى والماوردى والقاضى حسين والرافعى . وممن وافق الشافعى على ذلك عبيد الله بن الحسن نقله ابن المنذر ، ونقل عن مالك أنه اذا تحرى أن يكون مثلا بمثل فلا بأس به ، وان لم يوزن . وبه قال الأوزاعى وأبو ثور ، وحكى عن أبى حنيفة رضى الله عنه أنه لا بأس به قرصاً بقرصين . ولذلك اذا كان أحدهما ليناً والآخر يابساً لا يجوز أيضا ، وممن صرح به ابن الصباغ فى الشامل والجرجانى فى البلغة والشافى ، ولك أن تدرجه فى كلام المصنف رحمه الله تعالى ، فانه أطلق المنع فى الخبز بالخبز . ثم ذكر بعد هذا الخلاف فى الجافين خاصة كما سيأتى ، فكان ما سوى ذلك مندرجاً فى كلامه والله أعلم .

وعن أحمد أنه يجوز بيع الخبز بالخبز متماثلين ، لأن معظم منفعتهما فى حال رطوبتهما ، فصار كاللبن باللبن ، وفرق أصحابنا بالتفاوت فى حال الكمال والادخار ، فانه موجود فى الخبز بخلاف اللبن ، ولو كان الخبزان من جنسين جاز يداً بيد ، صرح به الصيمرى فى الكفاية والماوردى فى الحاوى ، ولم يلاحظا ما فيه من الماء والملح لاستهلاكه ، وليس ذلك من

صورة مد عجوة الممتنعة كما تقدم التنبيه عليه أنه اذا بيع الشيء بغير جنسه كالقمح بالشعير وفى كل منهما حبات من الآخر لا تقصد يصح ، وان كان ذلك مؤثراً فى التماثل ، وحكى ابن الرفعة عن القاضى حسين أن الأصح الصحة ولا مبالاة بما فيهما من الماء والملح ، لأن ذلك مستهلك فيهما ، قال ابن الرفعة : وهذا الخلاف الذى اقتضاه كلام القاضى لا وجه له ، والصواب الجزم ، كما فى القمح بالشعير اذا كان فى كل منهما شيء لا يقصد من الآخر والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان جفف الخبز وجعل فتيتا وبيع بعضه ببعض كيلا ففيه قولان (أحدهما) لا يجوز لأنه لا يعلم تساويهما فى حال الكمال فلم يجز بيع احدهما بالآخر كالرطب بالرطب (والثانى) انه يجوز لأنه مكيل مدخر ، فجاز بيع بعضه ببعض كالتمر) .

(**الشرح**) القولان نقلهما الشيخ أبو حامد وأبو الطيب والمحاملى ونصر المقدسى وابن الصباغ ، وحكاهما الماوردى وجهين ، وعن القاضى أبى الطيب وابن الصباغ قول المنع الى نصه فى الصرف ، وعزاه المحاملى الى الأم ، وعزاه الرويانى الى عامة كتبه ، وأما قول الجواز فرواه القاضى أبو الطيب والمحاملى وابن الصباغ والرويانى عن رواية حرمله ؟ قال الرافعى : ورواه الشيخ أبو عاصم العبادى وآخرون عن رواية ابن مقلاص .

(قلت) ونقله القاضى حسين عن القديم وفرضه فى الكعك المدقوق بالكعك المدقوق وقال : ولعله انما جوز ذلك رخصة للمساكين ، لأنه أغلب قوتهم وزادهم ، وأما رواية القاضى حسين هذه فيحتمل أن تكون غير الرواية المنسوبة لحرملة ولا يلزم طردها فى الحب كما قال القاضى ، ولا فى غير الشعير ، وأما رواية حرملة ونقل الشيخ أبى عاصم لها عن ابن مقلاص ، فان كان ابن مقلاص هو عمر بن عبد العزيز بن عمران بن مقلاص فلا تنافى ، فانه توفى سنة خمس وثمانين ومائتين ، ولم يدرك الشافعى ، فلعله من الرواة

عن حرملة ، هذا ان كان المراد بابن مقلاص عمر بن عبد العزيز رضى الله تعالى عنه المذكور ، وهو الذى قاله فى طبقات الفقهاء المنسوبة لابن الصلاح والنووى ، ونسب الرواية المذكورة اليه •

وقال النووى فى تهذيب الأسماء : وان كان أبوه عبد العزيز هو المراد وهو الأقرب فانه صاحب الشافعى ، وممن روى عنه ، فلعله وحرملة كلاهما رواياه وجعل امام الحرمين رواية ابن مقلاص أنه يجوز بيع الحنطة بالسويق وجعلهما جنسين كما تقدم لكنه قال بعد ذلك وعلى هذا الخبز يخالف الحنطة وعلل الشيخ أبو حامد والفورانى المنع بأنه طعام وملح بطعام وملح ، وذلك لا يجوز ؟ وهذا بعيد لأن ما فيهما من الملح فى الكيل فهو كبيع القمح ، وفيهما حبات شعير يسيرة ، وذكر المحاملى أن المعنى الذى علل به المصنف أصح ، لكنه جعل الأصل فى ذلك الدقيق بالدقيق لخروجه نفسه • وأما فى علته وهو قوله صلى الله عليه وسلم « أينقص الرطب اذا جف ؟ » والصحيح من القولين الأول ، وهو أنه لا يجوز ، وممن صحح ذلك المحاملى فى المجموع والماوردى • ولولا أن الوجه الآخر مشهور من قول أصحابنا لكان اغفاله أولى لمخالفته النص ومنافاة المذهب ، وكذلك قال فى البحر انه المذهب قال : وقال القفال : يحتمل غير هذا على المذهب ، ولعل ذلك قول مرجوع عنه ؛ والجمهور على اثبات القولين •

وقال الفورانى : من أصحابنا من جعل المسألة على قولين ، ومنهم من قال : بل قول واحد ، لا يجوز ولا يثبت عن الشافعى جواز ذلك ، وهذا كله اذا دق الخبز ، أما اذا كان جافاً غير مدقوق فلا يجوز كما اقتضاه كلام المصنف والأصحاب ، وبه صرح الرويانى ، وأغرب الجرجانى فى الشافى فقال : انه يجوز بيع يابسه بيابسه على أصح القولين ان لم يكن فيه ملح ، وهذا مع غرابته وبعده محمول على ما اذا كان مدقوقا ، كما فرضه المصنف، ليكون محل القولين ، والغرابة فى تصحيحه الجواز ، وجزم بأنه لا يجوز اذا كان فيهما أو فى أحدهما ملح ، قد تقدم الكلام فيه مع الشيخ أبى حامد ، وبيان أن ذلك لا يضر ، لأنه لا يؤثر فى المكيال ، وأما قياسه على التمر فالفارق

خروجه عن حالة الكمال بخلاف التمر . أما اذا كان الخبزان من جنسين فانه يجوز لأنه قد تقدم الجواز فى اللبنين المختلفى الجنس ، ففى اليابس أولى ، ولا يضر ما فيهما من الملح ، لأن ذلك غير مقصود بالمقابلة ، ومنعه من التماثل أنه فرض غير ضار لأجل اختلاف الجنس ، بخلاف ما اذا كان الجنس متحداً على ما تقدم من علة الشيخ أبى حامد .

(فائدة) قال الامام بعد أن ذكر النصوص التى حكاها المزنى فى المنثور وابن مقلاص والكرابيسى : اتفق أئمة المذهب على انها لا تعد من متن المذهب ، وانما هى ترددات جرت فى القديم ، وهى مرجوع عنها والمذهب ما مهدناه قبل هذا .

(فرع) لا يجوز بيع الحنطة بالجريش أو العجين أو الهريسة أو الزلابية أو النشا أو الفتيت أو بشىء مما يتخذ منها ، ولا بيع شىء من هذه الأشياء بعضه ببعض كالعجين بالعجين ،والنشا بالنشا ، ولا بالنوع الآخر كالدقيق بالسويق صرح بهذه الأمثلة القاضى حسين والماوردى ونصر المقدسى وغيرهم ، كل منهم ببعضها ولا الحنطة بالفالوذج ، قال ابن عبد البر فى التمهيد : أجمعوا على أنه لا يجوز عندهم العجين بالعجين لا متماثلا ولا متفاضلا ، لا خلاف بينهم فى ذلك وكذلك العجين بالدقيق ، اذا طبخ العجين وصار خبزاً جاز بيعه عند مالك بالدقيق متفاضلا ومتساويا ، لأن الصناعة قد كملت فيه ، وأخرجته ــ فيما زعم أصحابه ــ عن جنسه ، وقول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد رحمهم الله فى بيع الدقيق بالخبز كقول مالك رحمه الله ونقل العبدرى عن مالك جواز بيع العجين بالخبز ، وكذا اللحم النىء بالمطبوخ .

(فرع) لا يجوز بيع الحنطة بالفالوذج ، نص عليه الشافعى والأصحاب ، قال الشيخ أبو حامد وغيره : ان الفالوذج نشا وعسل ودهن فيكون قد باع طعاما وغيره بطعام ، ولا يختص ذلك بهذا المثال بل كل ما عمل من المأكول لا يجوز بيعه بالمأكول ، نقل أبو الطيب عنه فى الصرف ،

وهى قاعدة متفق عليها بين الأصحاب فلا يجوز بيع الحنطة بالزلابية والهريسة .

(فرع) نقل ابن عبد البر عن الشافعى لا يجوز بيع الشبرق [1] بالشبرق .

(فرع) وهذا كله فى الجنس الواحد ، وأما عند اختلاف الجنس فجائز يجوز بيع البر بدقيق الشعير ، ودقيق البر بدقيق الشعير ودقيق أحدهما بسويق الآخر متفاضلا يداً بيد ، صرح به القاضى حسين والماوردى وغيرهما، وكذلك على المشهور فى أن الأدم أجناس كذلك يقتضيه تعليل القاضى حسين وكذلك خبز البر بخبز الشعير ، جزم به الماوردى ، ولم يلاحظوا ما فى الخبز من الماء والملح ، فيخرجوه على قاعدة مد عجوة ، لأنه مستهلك فيه لا اعتبار به ، وفى تعليق القاضى حسين أن ذلك هو الصحيح ، وأن فيه وجها أنه لا يجوز .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز بيع اصله بعصيره كالسمسم بالشيرج ، والعنب بالعصير ، لأنه اذا عصر الأصل نقص عن العصير الذى بيع به) .

(الشرح) امتناع بيع الشيرج بالسمسم كالمتفق عليه بين الأصحاب ، وكذلك كل دهن بأصله ، والعنب بعصيره ، سواء كان العصير مثل ما فى الأصل أو أكثر منه أو أقل ، وأصل ذلك قاعدة مد عجوة ، وذلك المأخذ ظاهر فى السمسم بالشيرج وفى السمسم بشيرج وكسب ، وهما مقصودان ، وأما العنب فالتفل الذى يبقى بعد العصير ، فان السمسم فيه شيرج وكسب وهما مقصودان فيكون بيعه بالشيرج من قاعدة مد عجوة والعنب كذلك فيه

---

(١) فى حديث عطاء : لا باس بالشبرق والضمابيس ما لم تنزعه من أصله ، والشبرق نبت حجازى يؤكل وله شوك واذا يبس سمى الضريع . معناه لا باس بقطعهما من الحرم اذا لم يستاصلا قال امرؤ القيس :

فاتبعتهم طرفى وقد كان دونهم عواب زمل ذى الاء وشبرق (ط)

مائية وغيرها وهما مقصودان وان كان بعد العصير لا يبقى التفل مقصوداً • والمصنف علل بمعنى يشمل ما يكون المقصود منه منحصراً فى دهنه وعصيره، ولا يظهر هذا المعنى كل الظهور فيما جزءاه مقصودان ، بل المانع تخريجه على قاعدة مد عجوة •

ومن أمثلة المسألة بيع الجوز بما يتخذ منه من الدهن واللب والكسب لا يجوز ، ذكره القاضى حسين ، وكذلك بيع دهن الجوز بلبه ، ذكر القاضى حسين أنه يجوز ، وهكذا دهن اللوز بلبه يجب أن لا يجوز ، ورأيت فى تعليق القاضى حسين أنه يجوز ، وهو محمول على غلط النسخة التى رأيتها بيع الزيت بالزيتون ؛ وقد صرح بمنعه فى تعليق الطبرى عن ابن أبى هريرة وغيره والحاوى وعلله بأن فيه مائية ، فالتماثل معدوم •

وقال ابن أبى هريرة وغيره : عند أهل العراق ذلك جائز اذا كان الزيتون أكثر من الزيت • قال : وهذا خطأ ، والا لجاز بيع تمر غليظ النوى بتمر رفيق النوى متفاضلا ، وبيع طحين السمسم بطحين السمسم وفيهما الشيرج ولا يجوز ، جزم به ابن أبى هريرة والماوردى وبيع الكسب اذا كان علفاً للدواب مثل كسب القرطم ، جاز متماثلا ومتفاضلا ، قاله ابن أبى هريرة ؛ وان كان يأكله الناس جاز ؛ وكيل فأما موازنة [1] وفصل ابن أبى هريرة فقال يجوز جافاً كيلا بكيل ولا يجوز وزناً ، ولا قبل الجفاف لأن أصله الكيل ، وأطلق الماوردى النقل عن ابن أبى هريرة فقال : حكى عنه جواز بيع بعضه ببعض وأنه جوز بيع الكسب بالكسب وزناً ثم رد عليه وقال : لا يجوز بيعه لأمور ، لأن أصله الكيل ، ويختلف عصره فربما بقى من دهن أحدهما أكثر من الآخر وأن الكسب ماء وملح ، وذلك يمنع المماثلة وألزمه فى ذلك بما وافق عليه من امتناع بيع طحين السمسم بمثله •

والذى رأيته فى تعليق الطبرى عن ابن أبى هريرة ما حكيته أولا فحينئذ لا يرد عليه الا كونه فيه ماء وملح ، وله أن يجيب عنه بأن الماء يزول بالجفاف

---

(١) كذا بالأصل ولعل فى العبارة سقطا هو خبر او جواب اما مثل حرف (لا) وتكون واو (وفصل) واوا استئنافية والله اعلم . (ط) .

وما فيه من الملح لا يضر كالخبز الجاف ، فقد اختار الماوردي فيه وجه الصحة ولا فرق بينهما ، والرافعي لا يلزمه ذلك ، لأنه صحح فى مسألة الخبز الجاف أنه لا يجوز بيع بعضه ببعض ، وبيع التمر بعصير الرطب لا يجوز ، قاله الروياني ، فكذلك بالخل من الرطب •

(**قلت**) وعلى قياس ذلك بيع العنب بخل الزبيب لا يجوز قال نصر وكذلك السمسم بالطحينة والطحينة بالشيرج لا يجوز • وكذلك لا يجوز بيع كسب السمسم بالسمسم قاله الرافعي ، ولا بيع دهن الجوز بلب الجوز قاله الرافعي • قال الرافعي : وذكر الامام اشكالا وطريق حله • أما الاشكال فهو أن السمسم جنس فى نفسه لا أنه دهن وكسب ، واللبن جنس فى نفسه لا أنه سمن ومخيض ولهذا جاز بيع السمسم واللبن باللبن ، وان كان لا يجوز بيع الدهن والكسب بالدهن والكسب ، وبيع السمن بالدهن ، كما يجوز بيع السمسم بالسمسم ، وأما الحل فانه اذا قوبل السمسم بالسمسم ، واللبن باللبن ، فالعوضان متجانسان فى صفتهما الناجزة فلا ضرورة الى تقدير تفريق الأجزاء وتصوير ما يكون حينئذ ، واذا قوبل السمسم بالدهن فلا يمكننا جعل السمسم مخالفاً للدهن مع اشتمال السمسم على الدهن واذا ارتفعت المخالفة جامت المجانسة ولا شك أن مجانستهما فى الدهنية فنضطر الى اعتبارها واذا اعتبرناها كان كل بيع دهن وكسب بدهن ، هكذا قال الامام وألم الماوردى بشىء من ذلك أيضا وفى النفس وقفة من قبول هذا الجواب وما الضرورة الداعية الى تقدير لا يدل عليه دليل ؟

(**واعلم**) أن هذه المسألة كالمجزوم بها فى المذهب وقال : رأيت فى تعليق الطبرى عن ابن أبى هريرة بعد أن قال : ان بيع الدقيق بالحنطة لا يجوز قال : وكذلك الزيت بالزيتون ، وحكى الكرابيسى عن الشافعى أنه جائز وظاهر هذا الكلام أن منقول الكرابيسى عائد الى المسألتين جميعاً ، وأكثر الأصحاب انما تلقوا حكاية الكرابيسى فى الدقيق ، فان ثبت ذلك فى الزيت مع الزيتون فهو جار فى الشيرج مع السمسم ، وكل دهن مع أصله ، ووافقنا فى هذه المسألة وهى الشيرج بالسمسم والزيت والزيتون مالك ، وكذلك

أبو حنيفة قال : الا أن يعين يقيناً أن ما فى الزيتون من الزيت أقل مما أعطى من الزيت •

قال ابن المنذر : وقول الشافعى أصح ، وكذلك لا يجوز العنب بالعصير، ولا بالخل والدبس أو الناطف وغيرهما مما يتخذ منه ، قاله القاضى حسين قال ابن حزم : وما وجدنا عن أحد قبل مالك المنع من بيع الزيتون بالزيت ، ثم اتبعه عليه الشافعى ، وان كان لم يصرح به ، وفرق بينه وبين الرطب والتمر ، فان التمر هو الرطب بعينه ، الا أنه يابس ، وكذلك العنب والزبيب بخلاف الزيت فانه شىء آخر غير الزيتون ، لكنه خارج منه خروج اللبن من الغنم ، والتمر من النخل ، وبيع كل ذلك بما خرج منه جائز بلا خلاف •

(فرع) حب البان بالسبخة وهى [1] نقل ابن المنذر عن مالك أنه منع من ذلك ثم ترك ذلك ، وقال : لا بأس بحب البان بالبان المطيب وقال أبو ثور : لا بأس بالزيتون بالزيت ، والدهن بالسمسم ، والعصير بالعنب ، واللبن بالسمن •

(فرع) بيع لب الجوز بالجوز جائز ، قاله القاضى حسين ، وأما دهن الجوز بدهن اللوز فينبنى على أن الأدهان جنس أو أجناس وبيع الجوز بلب اللوز أو بدهن اللوز قال القاضى حسين : الصحيح أنه لا يجوز بعد ما جزم أولا بالجواز ، كما تقدم الساعة ، والخلاف الذى أشار اليه لا وجه له ، لأنهما جنسان ولا اشتراك بينهما ، وهو كما قاله فى بيع الرطب بخل العنب ، والعنب بخل الرطب • وقد وقع البحث معه فيه ، ولا يجوز بيع الجوز بلبه ، قاله فى التهذيب ، وهو ظاهر ، وحكم الجوز واللوز بما يتخذ منه ، حكم السمسم بالشيرج ، ومن أمثلة المسألة بيع العنب بعصيره وخله ودبسه وغير ذلك مما يتخذ منه •

---

(١) بياض بالأصل فحرر قلت : وهى نوع من ازهار الماء وربما يطفو على سطحه من نبات ، والسبخة محركة ومسكنة . (هـ)

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز بيع العصير بالعصير اذا لم تنعقد اجزاؤه لانه يدخر على صفته فجاز بيع بعضه ببعض ، كالزبيب بالزبيب) .

(الشرح) عصير الشيء وعصارته ما انحلت منه ، ويقال عصير العنب : المعصور ، تقول : عصرت العنب أعصره فهو معصور وعصير ، واعتصرته استخرجت ما فيه ، وقيل : عصرته اذا وليت ذلك بنفسك ، واعتصرته اذا عصر لك خاصة ، حكى ذلك ابن سيده ، قال الأصحاب : العصير يكون من العنب والسفرجل وعصير التفاح وقصب السكر وغير ذلك ، فاذا بيع بعضه ببعض ــ فان كانا جنسين كعصير العنب بعصير القصب ــ جاز متماثلا ومتفاضلا ، مطبوخاً ونيئاً ، وكيف كان يداً بيد ، وكذلك رب التمر برب [1] العنب ، وعصير الرمان بعصير السفرجل ، وعصير التفاح بعصير اللوز ، نص الشافعي والأصحاب على جميع ذلك ، وهو يدل على أن العصير أجناس ، وهو المشهور ، وبه جزم المحاملي .

ولما حكى الرافعي الوجه البعيد في أن الخلول والأدهان جنس واحد قال : ويجري مثله في عصير العنب مع عصير الرطب ، فعلى هذا لا يجوز التفاضل بينهما ، ولكن هذا الوجه ان ثبت فهو بعيد مردود ، وهذا انما نذكره تجديداً للعهد بالنسبة الى من قد يغفل عنه ، ومقصود المصنف رحمه الله تعالى في هذه المسائل كلها ليس الا الجنس الواحد ، فاذا بيع [2] العصير بالعصير من جنسه متماثلين كعصير العنب بعصير العنب وعصير التفاح بعصير التفاح ، وعصير السفرجل بعصير السفرجل ، وعصير الرمان بعصير الرمان ، وعصير الرطب بعصير الرطب ، وعصير قصب السكر بعصير قصب السكر وعصير سائر الثمار بجنسه .

---

(١) الرب بضم الراء سلافة خثارة كل ثمرة بعد اعتصارها وثفل السمن . والربى بائع الرب (المطيعي)

(٢) هكذا وردت في ش وق اذا الشرطية لها جواب ولعل الصواب اذن بالتنوين اذا كان بالألف او بثبوت النون الساكنة والله اعلم .

(المطيعي)

(قلت) هكذا ذكر جماعة من الأصحاب عصير الرطب ، وظنى أن الرطب لا عصير له ، والكلام فى ذلك ان فرض ، وسيأتى تنبيه فى مسألة الخلول على ما وقع فى كلام بعض الأصحاب فى خل الرطب ، مما يجب التنبيه عليه ، فان كانا مطبوخين أو أحدهما مطبوخاً فقد تقدم حكمه ، وأنه لا يجوز وان كانا نيئين ــ وهو مقصود المصنف ــ جاز ، وبه جزم ابن القاص والشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى والقفال والامام ، لما ذكره المصنف ، ولأن كمال منفعته فى تلك الحالة ، فانه يصلح لكل ما يراد منه من الدبس والرب وغيرهما ، فكان كاللبن باللبن •

وحكى الرافعى وجهاً أنه لا يجوز ، وأن العصير ليس بحالة كمال والأصح عند الرافعى وغيره الأول قال القاضى حسين : فى بيع العصير بالعصير يعنى عصير العنب بعصير العنب كنت أقول قبل هذا : انه يجوز ، وفى الآن عندى أنه لا ، لأنهما ما اتفقا فى حال الكمال ، وكلام القاضى هذا يجرى فى جمع العصير ، لا فرق بين عصير وعصير فى ذلك ، وقد ذكر الرويانى فى عصير الرطب بعصير الرطب ولا ماء فيهما وجهين (أحدهما) لا كالرطب بالرطب (والثانى) يجوز كاللبن باللبن وهكذا عصير الثمار من الرمان والتفاح وغيرهما ومراده ما يشمل عصير العنب وغيره ، وهو اشارة الى وجه القاضى حسين أو من وافقه ، والله أعلم •

(فرع) قال الشافعى فى الأم فى باب المزابنة الذى قبل كتاب الصلح: ولا يجوز بيع الجلجلان بالشبرق الى أجل ، ولا يداً بيد وفسر الأصحاب وأهل اللغة الجلجلان بالسمسم وقال الجوهرى انه ثمرة الكزبرة ، وقال أبو الغوث هو السمسم فى قشره قبل أن يحصد ، وأما الشبرق فقال ابن فارس : انه نبت وقال الجوهرى : وهو رطب الضريع •

(فرع) اذا بيع العصير بالعصير ، فالمعتبر فى معياره الكيل ، جزم به المحاملى والشيخ أبو محمد والرافعى والنووى •

(فرع) قول المصنف رحمه الله : (اذا لم تنعقد أجزاؤه) يفهم أنه اذا حمى بالنار اللطيفة بحيث لا تنعقد أجزاؤه ، يجوز بيع بعضه ببعض •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز بيع الشيرج بالشيرج ، ومن أصحابنا من قال : لا يجوز ، لأنه يخالطه الماء والملح ، وذلك يمنع التماثل ، فمنع العقد والمذهب الأول ، لأنه يدخر على جهته ، فجاز بيع بعضه ببعض كالعصير . واما الماء والملح فانه يحصل فى الكسب ولا ينعصر لانه لو انعصر فى الشيرج لبان عليه) .

(الشرح) الشيرج بكسر الشين [1] والكسب .

اما حكم المسالة فهو كما ذكره المصنف والقائل من أصحابنا بأنه لا يجوز أبو اسحق المروزى وأبو على ابن أبى هريرة ، نقله الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب ونصر المقدسى عن الأول ، والمحاملى عن الثانى ، لما ذكره المصنف ، ورد الأصحاب عليه بما ذكره المصنف ، وبينوا ذلك بأن الماء لو كان باقياً فيه لرسب الى قرار الظرف الذى يكون فيه الدهن ، ولا يصح بقاء الملح بين أجزاء الدهن ، وصرح القاضى أبو الطيب بأن الجواز هو المذهب المنصوص عليه ، وجزم به جماعة منهم صاحب التهذيب . ثم ان المخالف ابن أبى هريرة أو غيره خصص الخلاف فى ذلك بالشيرج دون غيره من الأدهان لأنه رأى أن المعنى المذكور الذى علل به ليس فى بقية الأدهان ، قال الامام : تخصيص هذا بالشيرج لا معنى له قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم : ولا يجوز الا شىء بشىء فان كان منه شىء لا يعصر الا مشوباً بغيره لم يجز أن يباع صنفه مثلا بمثل ، لأنه لا يدرى ما حظ المشوب من حظ الشىء المبيع بعينه الذى لا يحل الفضل فى بعضه على بعض ، والصحيح باتفاق الأصحاب الجواز ، وممن صححه نصر المقدسى .

(فـــرع) قال الامام : لو اعتصر من اللحم ماؤه وتبقى من اللحم مالا ينعصر بفعلنا فالكل جنس واحد ، وليس كالدهن والكسب ، فانا نعلم أن فى السمسم دهناً وتفلا [2] فى الخلقة ، واللحم كله فى الخلقة شىء واحد .

---

(1) بياض بالاصل فحرر (ش) قلت : والسقط (وفتح الراء وهو زيت السمسم والكسب هو الثفل المترسب من عصارة الدهن) وهو بضم الكاف واسكان السين واسمه الثفل والكسب.

(2) تفل كل شىء حثالته وهو التخين الذى يبقى اسفل الصافى (ط) .

(المطيعى)

(فـــرع) جعل القاضى حسين دهن السمسم مكيلا ، لأنه يستخرج من أصل مكيل ، وتبعه على ذلك صاحب التهذيب ، وكذلك السمن ، وما تعرض لكلام الشافعى فى مسألة السمن فانه يقتضى فيهما خلاف ما قاله .

(فـــرع) بيع دهن السمسم بدهن الجوز واللوز متفاضلا ، ينبنى على أن الأدهان جنس أو أجناس ، قاله القاضى حسين ، وهو ظاهر ، لكنى أردت أن أنبه على ذلك لأنه قد يتوهم أن الدهن اختص باسم الشيرج والله أعلم . وجزم فى التهذيب فى ذلك بالجواز لأنه لم يفرع الا على أن الأدهان أجناس .

(فـــرع) لا يجوز بيع الشـــيرج بالكسب ، قاله ابن الصـــباغ فى الشامل ، وسيأتى الفرق بينه وبين بيع السمن بالمخيض ، وقال البغوى فى التهذيب : يجوز بيع دهن السمسم بكسبه متفاضـــلين ، لأنهما جنســـان ، وكذلك قال الفورانى : يجوز بيع الدهن بالكسب ، لأنهما جنسان ، وكذلك الامام فان كسب السمسم يخالف جنس دهنـــه وفاقاً ، كما يخالف المخيض السمن ، وكذلك الرويانى فى البحر مع تعرضه للخلاف ، فقال : يجوز بيع الدهن والكسب ، لأنهما جنسان ، وقال بعض أصحابنا : لا يجوز ، لأنهـــا لا تنفرد عن الدهن وان قل ، فان كان فيها دهن ، فلا يجوز ، وان لم يبق فيها الدهن فعلى ما ذكرنا يجوز ، وابن الرفعة حكى عن ابن أبى هريرة وجها فى منع بيع كسب السمسم بالشيرج ، وأنه لا يطرد فى غيره من الأدهان مع كسبه واستبعده الأصحاب ، وقال صاحب التتمة : لا يجـــوز بيع الجـــوز بالكسب ولا بالدهن وبيع الدهن بالكسب جائز .

(فـــروع) شرط جواز بيع الشيرج بالشيرج ان لا يكون مغليا ، فلو أغلى بالنار لم يجز بيعه بمثله ولا بالنىء ، وكذلك الزيت لا يباع منه المغلى بمثله ولا بالنىء ، ويباع الزيت النىء بالشيرج المطبوخ يداً بيد ، وصرح بذلك الصيمرى .

(فـــرع) قال الرافعى : الأدهان المطيبة كدهـــن الورد والبنفســـج والنيلوفر كلها مستخرجة من السمسم ، فاذا قلنا : يجرى الربا فيها ، جاز بيع

بعضها ببعض اذا ربى السمسم فيها ، ثم استخرج دهنه وان استخرج الدهن ثم طرحت أوراقها فيه لم يجز •

(فـروع) لا يجوز بيع طحين السمسم وغيره من الحبوب التى يتخذ منها الأدهان بطحينها ، وعبر الفورانى عن ذلك بعبارة أبين فقال : السمسم المدقوق بالسمسم المدقوق لا يجوز ، كالدقيق بالدقيق فهذا والله أعلم مرادهم بطحين السمسم ، وليس المراد الطحينة ، وان كان ذلك أيضا لا يجوز كبيع الدقيـق بالدقيق ؛ قاله الرافعى ، وهى قبـل ذلك فى حالة كونهـا حبوباً كالأقوات •

(فـرع) يجوز بيع كسب السمسم بكسب السمسم وزنا ، ان لم يكن فيه خلط ، فان كان فيه خلط لم يجز قاله البغوى والرافعى (قلت) أما اذا كان جافاً فظاهر وأما اذا كان رطباً فان كان ما فيه من الدهن مانعا من التماثل لم يجز وان كان غير مانع من التماثل يجوز وأما كون المعيار فيـه الوزن فيعكره على ما أصلوه من أن ما استخرج من مكيل فهو مكيل ، الا أن يقال : ان ذلك لا يمكن كيله وانه يتجافى فى المكيال •

(فـرع) ويجوز بيع العصير بخل الخمر ، لأنهما يتمـاويان وانما اختلفا من حيث الحموضة والحلاوة ، فلا يمنع البيع كالتمر الطيب بالتمـر غير الطيب ، قاله ابن الصباغ وخالف القاضى حسين فجزم بالمنع ، وقد وقع فى نسخة من نسخ المهذب هذه المسألة ولم تثبت فى أكثرها وكتب فى النسخة التى هى فيها أنها زيادة •

فائـدة الملح مؤنثة تصغيرها مليحة قاله يعقوب بن السكيت فى كتابه ونقلته منه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز بيع خل الخمر بخل الخمر • لانه يدخر على جهته فجاز بيع بعضه ببعض ، كالزبيب بالزبيب ، ولا يجوز بيع خل الخمر بخل الزبيب ، لأن فى خل الزبيب ماء ، وذلك يمنع من تماثل الخلين ، ولا يجوز بيع خل الزبيب بخـل

الزبيب ، ولا بيع خل التمر بخل التمر ، لانا ان قلنا : ان الماء فيه ربا لم يجز للجهل بتماثل الماءين والجهل بتماثل الخلين ، وان قلنا : لا ربا فى الماء لم يجز للجهل بتماثل الخلين ، وان باع خل الزبيب بخل التمر فان قلنا : ان فى الماء ربا لم يجز للجهل بتماثل الماء فيهما ، وان قلنا : لا ربا فى الماء جاز ، لانهما جنسان ، فجاز بيع احدهما بالآخر مع الجهل بالمقدار كالتمر بالزبيب ، والله اعلم) .

(**الشرح**) الكلام فى الخلول يشتمل على مسائل ، ذكر المصنف منها خمس مسائل ، ونقدم عليها أموراً (أحدها) أن الخلول أجناس على المشهور ، وحكى الماوردى عن ابن أبى هريرة أنه كان يخرج قولا أنها جنس واحد ، وامتنع سائر الأصحاب من تخريج هذا القول ، وقد تقدم عن الشيخ أبى حامد أنه غلط القائل بذلك ، والمشهور القطع بأنها أجناس ، والتفريع فى هذه المسائل على هذا ، وأما اذا فرعنا على أنها جنس واحد فلا حاجة الى تعداد المسائل ، بل كل خلين فيهما أو فى أحدهما ماء لا يجوز بيع أحدهما بالآخر ، وان لم يكن فى شىء منهما ماء جاز متماثلا ، ولا يجوز متفاضلا ، والمصنف والأصحاب انما فرعوا على المشهور .

(الأمر الثانى) أن الخل يتخذ من العنب والزبيب والتمر فهو ثلاثة ، فاذا أخذت كل صنف مع مثله ومع قسيمه كانت الصور ستاً : خل العنب ، بخل العنب وخل العنب بخل الزبيب ، وخل العنب بخل التمر ، وخل الزبيب بخل الزبيب ، وخل الزبيب بخل التمر ، وخل التمر بخل التمر ، ذكر المصنف منها خمساً ، وترك خل العنب بخل التمر ، وزاد الرافعى فى الخلول خل الرطب ، فصارت الخلول أربعة ، والصور الحاصلة من تركيبها عشرة ، الست المذكورة وأربع من خل الرطب بخل الرطب ، وبخل العنب والزبيب والتمر ، وليست الخلول منحصرة ، بل يتخذ الخل أيضاً من القصب ، كما ذكره الشافعى ، ومن الجميز ومن البسر ومن غير ذلك ، فتأتى الصور أضعاف هذه . وطريقك فى عدها وترتيبها ان تأخذ كل واحد مع نفسه ومع ما بعده ، ولكن لا يتعلق بها غرض ، والمقصود حاصل من معرفة الحكم فى خل العنب والزبيب والتمر ، ونسبة الرطب الى التمر كنسبة الزبيب الى العنب لكن الرطب قد يتخذ خلا بغير ماء ، فيختلف حكمه كما ستعرفه ، ونسبة

الجميز الى كل منهما كنسبة العنب الى التمر ، فلا حاجة الى تكثير الصور ، ونشرح ما ذكروه خاصة ، والخل فى اللغة كل ما حمض من عصير العنب وغيره ، قاله ابن سيده .

(الأمر [1] الثالث) أن التمر والرطب جنس واحد ، والعنب والزبيب جنس واحد ، وأن الماء هل يجرى فيه الربا ؟ فيه وجهان .

(المسألة الأولى) بيع خل الخمر جائز اتفاقاً ، قال الشافعى فى المختصر : ولا بأس بخل العنب مثلا بمثل ، وممن نص على أنه لا خلاف فيه الشيخ أبو حامد ، وجزم به القاضى أبو الطيب والمحاملى والماوردى من العراقيين والشيخ أبو محمد والرافعى وغيرهم ، لأنه لا ماء فيه ، وليس له غاية يبس يقع فيها التفاوت ، وقيد الفورانى وابن داود وغيرهما ذلك بألا يكون فى واحد منهما ماء وذلك صحيح لابد منه ، وانما سكت أكثر الأصحاب عنه ، لأن الغالب فى خل العنب أنه لا ماء فيه ، وقد يعمد فى بعض الأوقات ليسرع تخلله فلذلك التقييد حسن والاطلاق محمول على الغالب ، قال الأصحاب : وللعنب حالتان للادخار (احداهما) أن يصير زبيباً (والأخرى) أن يصير خلا .

(المسألة الثانية) بيع خل الخمر بخل الزبيب لا يجوز ، كذلك قال المصنف والشيخ أبو حامد وأبو الطيب والمحاملى والماوردى ، وذلك واضح، لأن الزبيب من جنس العنب ، والزبيب ماء ، فكأنه باع عنباً بعنب وماء ، وذلك لا يجوز لانتفاء التماثل ومع ذلك لا يحتاج الى التعليل بقاعدة مد عجوة .

(المسألة الثالثة) بيع خل الخمر بخل التمر ، ولم يذكره المصنف ، وليس هو مثل بيع خل الخمر بخل الزبيب ، لأن التمر والعنب جنسان مختلفان ، وقد نص الشافعى رضى الله عنه فى الأم والأصحاب على جوازه ، قال الشافعى

---

(١) آخر الأمور التى قسمها الشارح بين يدى المسائل التى ذكرها المصنف وأوضحها الشارح بعد ذلك (ط) .

فى باب بيع الأجل : ولا بأس بخل العنب بخل التمر وخل القصب لأن أصوله مختلفة ، فلا بأس بالفضل فى بعضه ببعض ، وممن جزم بالجواز فيه الشيخ أبو حامد والمحاملى والشيخ أبو محمد والرافعى ، فان خل العنب لا ماء فيه وخل التمر وان كان فيه ماء فهو جنس آخر ، وقد علمت أن التفريع على أن الخلول أجناس ، ونقل العبدرى عن مالك أن خل العنب وخل التمر جنس واحد ، كالقول الغريب عندنا ، فكأنه باع عنباً بتمر وماء ، وهو جائز ، وسيأتى فى خل الزبيب بخل التمر طريقة عن البغوى انه يتخرج على الجمع بين مختلفى الحكم وقياسه أن يأتى ههنا وسأتكلم عليها ان شاء الله تعالى •

(المسألة الرابعة والخامسة) بيع خل الزبيب بخل الزبيب ، وخل التمر بخل التمر لا يجوز ، قال الشافعى فى المختصر : وأما خل الزبيب فلا خير فى بيعه ببعض ، مثلا بمثل ، من قبل أن الماء يقل فيه ويكثر ، وهذا تنبيه على الثانية التى ذكرها المصنف ؛ وممن صرح بحكم المسألتين كما ذكره المصنف الشيخ أبو حامد حكماً وتعليلا ، والقاضى أبو الطيب والماوردى والشيخ أبو محمد والقاضى حسين والرافعى ، ولا خلاف فى ذلك أيضا ، سواء قلنا : الماء ربوى أولا ، لأن الجنس متحد والمماثلة فيه مجهولة ، وكذلك خل الرطب بخل الرطب ، لأنه لا يصلح الا بالماء • وليس كخل العنب ، وممن صرح بذلك الماوردى ، وهى المسألة السادسة لكن الشيخ أبا محمد فى السلسلة جزم بالجواز فى خل الرطب بخل الرطب ، وكذلك الرافعى والقاضى حسين، وينبغى أن يحمل ذلك على ما اذا لم يكن فيه ماء ، فليس هذا اختلافا ، بل كان خل الرطب بغير ماء ، وان أمكن كما قال أبو محمد ، وصار كخل العنب ، وان كان فيه ماء فالأمر كما قال الرافعى والماوردى •

(المسألة السابعة والثامنة) خل الزبيب بخل التمر جزم الصيمرى بجوازه والمشهور ما ذكره المصنف حكما وبناء ، وممن ذكره كذلك الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى والماوردى وابن الصباغ من العراقيين ، والشيخ أبو محمد والقاضى حسين وعلله المحاملى بما علله به المصنف ، وعلله الشيخ أبو حامد بأنه بيع ماء وشىء بماء وشىء •

(فان قلت :) تعليل الشيخ أبى حامد ظاهر ، وأما تعليل المصنف بالجهل بتماثل الماءين فانه يوهم أن الماءين لو كانا معلومى التساوى صح ، وليس كذلك ، فان التفريع على أن الماء ربوى فلا يجوز لقاعدة مد عجوة ، فلو علل بما علل به الشيخ أبو حامد كان أولى ، على أن هذا السؤال وارد عليهما فى المسألة الرابعة والخامسة ، وهذا السؤال الملقب فى علم النظر بعدم التأثير ؛ وهو أن يوجد الحكم بدون الوصف المدعى علة (قلت :) بل مافعله المصنف أولى لأن الجهل بالمماثلة هى العلة المعتبرة فى البطلان المجمع عليها ، وقاعدة مد عجوة انما بطلت عند من يقول بها لا [1] كما تقدم بيانه (فاما) أن يقول بذلك فلا يرد السؤال (واما) أن يعترف بوروده فجوابه أن التأثير انما يلزم فى قياس العلة ، أما فى قياس الدلالة فلا ؛ كما أن ذلك مقرر فى علم النظر ؛ وقياس الدلالة الذى لا يدعى فيه أن الحكم ثبت بذلك الوصف ؛ وانما يدعى أن ذلك الوصف دليل على الحكم لكن كلام المصنف هنا ظاهر فى القليل ، فالأولى دفع السؤال بما نبهت عليه أولا ، أو نقول : ان ذلك سؤال العكس ، وهو وجود مثل الحكم بعلة أخرى ، وذلك غير قادح ، ويمنع أنه من باب عدم التأثير والله أعلم .

وهذه الطريقة التى سلكها المصنف من البناء هى الصحيحة من المذهب . قال الشيخ أبو حامد : وقد قيل شىء عن هذا ، وليس بشىء ، قال : يعنى ذلك القائل ، وقول الشافعى ههنا : فاذا اختلف الجنسان فلا بأس ، يقتضى أن لا ربا فى الماء لأنه لم يفصل . والا فليس أن يكون فيه الربا لأنه مطعوم . وقول المصنف رحمه الله تعالى : (وان قلنا : لا ربا فى الماء جاز) الى آخره ، هكذا صرح به الجمهور واقتضاه كلام الرافعى ، قال النووى : وقيل : فيه القولان فى الجمع بين مختلفى الحكم ، لأن الخلين يشترط فيهما التقابض فى المجلس ، بخلاف الماءين ، وممن ذكر هذا الطريق البغوى فى كتابه التعليق فى شرح مختصر المزنى ، وهذا الطريق هو الصواب ، ولعل الأصحاب اقتصروا على أصح القولين ، وهو أنه يجوز جمع مختلفى الحكم والله أعلم. هذا كلام البغوى .

---

(١) بياض بالأصل فحرر (ش) قلت : ولعل المسقط (لا على ثبوت الجهل بالمماثلة) (ط)

(قلت) وقد تقدم نص الشافعي على جواز خل العنب بخل التمر ، وفيه الماء ، وهو يعضد جزم الجمهور بالجواز هنا ، لأنه لا فرق بين أن يكون الماء فى الطرفين أو فى أحدهما ، فاما أن يكون ذلك تفريعاً على الصحيح فى الجمع بين مختلفى الحكم كما قال النووى ، واما أن يقال : ان الخلاف يجوز ، قاله الشيخ أبو محمد والرافعى •

(المسألة التاسعة) خل الرطب بخل التمر لا يجوز ، لأن فيهما ماء يمنع التماثل ، هكذا علله الماوردى ولا جفاء به • وذكر الرافعى مسألة خل العنب وخل الرطب بخل التمر ، وحكم بعدم الجواز فيهما ، وعلل بأن فى أحدهما ماء ، ومراده بذلك خل العنب بخل الزبيب ، وأهمل تعليل الثانية ، فربما يطالعه من لا خبرة له فيظن أن ذلك عائد اليهما • وأن خل الرطب لا ماء فيه وليس ذلك مراده لأنه لو كان كذلك لجاز خل الرطب بخل الرطب ، الا أن يلاحظ ما قاله الشيخ أبو محمد ، وبالجملة فالأحكام التى ذكرها الرافعى انما تتم اذا فرض خل الرطب فيه ماء ، والتى ذكرها الشيخ أبو محمد على أنه فيه ماء فليعلم ذلك •

(المسألة العاشرة) خل الرطب بخل العنب قال القاضى حسين : لا خلاف أنه يجوز متساوياً ، وهل يجوز متفاضلا أو لا ؟ ينبنى على أن الخلول جنس أو أجناس ، وفيه قولان (قلت :) قوله : انه يجوز متساويا محمول على أن خل الرطب لا ماء فيه ،أو أنه لم يلاحظ الجمع بين مختلفى الحكم ، والمنع من التفاضل خلاف النص فى خل العنب بخل التمر ، فان الشافعى رضى الله عنه نص على جواز التفاضل فيه ، وقال الفورانى : له ثلاثة أحوال : (احداها) أن لا يكون فى واحد منهما ماء فيصح (الثانية) اذا كان فى أحدهما ماء فيصح أيضا (الثالثة) اذا كان فيهما ماء فعلى وجهين بناء على أنه هل فى الماء ربا أم لا ؟ (ان قلنا) فيه ربا لا يصلح (قلت :) وهذا التفصيل حسن،ولم يلاحظ الجمع بين مختلفى الحكم ، وما ذكرته من البحث مع الفورانى فى التخريج على الجمع بين مختلفى الحكم رأيته بعد ذلك مرموزا اليه فى كلام الامام ، قال فى آخر الكلام فى الخلول : وفى الماء وكونه

غير مقصود اشكال سنشرحة فى باب الألبان ، وممن ذكر خل الرطب بخل الرطب لا يجوز الرويانى ، لكنه بعد ذلك قال: وان لم يكن فيهما ماء يجوز .

(المسألة الحادية عشرة) خل الرطب بخل الزبيب يجوز ، قاله الشيخ أبو محمد والرافعى والبغوى ؛ قال الرافعى : يجوز ، لأن الماء فى أحد الطرفين ، والمماثلة بين الخلين غير معتبرة ، تفريعا على الصحيح فى أنهما جنسان (قلت :) والصحيح خلافه ، وقياس كلام البغوى والنووى أن تأتى تلك الطريقة أيضا هنا ، والله أعلم . فأما الشيخ أبو محمد فانه يلاحظ أنه لا ماء فى خل الرطب كما تقدم فلا يتجه عنده [1] أن يكون ذلك عنده كخل التمر بخل العنب حتى يأتى فيه البحث السابق فى الجمع بين مختلفى الحكم ؛ انما هو اذا جمع بين عينين مستقلتين ، حتى يكون ذلك كالعقدين ، فرتب على كل منهما مقتضاه ، وكذلك يقول الأصحاب : جمع بين عقدين مختلفى الحكم انما الخل الذى فيه الماء فهو كعين واحدة ، ولو أفردنا ما فيه من الماء بحكم وما فيه من الخل بحكم لزمه بطلان العقد لأن كلا منهما مجهول ، وفى سائر صور الجمع بين مختلفى الحكم يوزع الثمن عليهما ، ويعطى كل واحد حكمه ، وههنا لا يمكن القول بأن بعض الثمن فى مقابلة الماء وحده ؛ وبعضه فى مقابلة الخل ، بل كل جزء من الثمن مقابل بكل جزء من مجموع الخل المركب من الماء وغيره .

ويؤول ذلك أنه لو اشترى ربويا رأى بعضه ولم ير بعضه فيه طريقان (أحدهما) القطع بالبطلان (والثانى) فيه قولا بيع الغائب ، ولم يخرجوه على قولى الجمع بين مختلفى الحكم ، قال الشيخ أبو محمد فى السلسلة : لا يحتمل تخريج القولين فى هذه المسألة ، لأن المشترى اذا رأى بعض الثوب ولم ير بعضه فحكم ما رأى أن العقد فيه [2] الخيار فيه ثابت ؛ فربما يختار فسخ المبيع فيما لم يرد اجازته فيما رأى ، فيحتاج الى قطع الثوب وفى ذلك اتلاف لما ليس من ماله والله أعلم .

---

(١) بياض بالأصل فحرر (ش) قلت ولعل السقط (التماثل او ان يكون الخ) (ط)

(٢) بياض بالأصل فحرر (ش) قلت : ويمكن ان تكون العبارة ان العقد فيه صحيح ولكن الخيار الخ (ط) .

وقد تقدم بحث فى خل التمر بخل الزبيب وخل العنب ، عند الكلام فى بيع المشوب بالمشوب فليطالع هناك فى الدراهم المغشوشة ان شاء الله تعالى •
وفى تعليق أبى على الطبرى والقاضى حسين أنه اذا قلنا : لا ربا فى الماء قولان فى ذلك (أصحهما) الجواز ، ولكنهما ليسا القولين فى الجمع بين مختلفى الحكم ، بل هما القولان المشهور والغريب فى أن الخلول جنس أو أجناس والمصنف وأكثر الأصحاب انما تكلموا فى ذلك تفريعاً على المعروف أن الخلول أجناس ، وضابط هذا الباب أن كل خلين اما أن يكون فيهما الماء أو لا يكون فيهما ، أو يكون فى أحدهما فان كان فيهما الماء فان كانا جنساً واحداً لم يجز قطعاً ، كخل الزبيب بخل الزبيب ، وان كانا جنسين كخل التمر بخل الزبيب لم يجز على الأصح •

وان لم يكن فيهما ماء ــ وهما من جنس واحد ــ جاز قطعاً مثلا بمثل يداً بيد كخل العنب بخل العنب ، وان كانا جنسين جاز متفاضلين قطعاً يداً بيد كخل الرطب بخل العنب وان كان فى أحدهما ، فان كانا فى جنس واحد لم يجز كخل العنب بخل الزبيب ، وان كانا جنسين جاز متماثلا ومتفاضلا بشرط التقابض ، كخل العنب بخل التمر على المشهور ، خلافا لطريقة البغوى، وكل مسائل هذا الفصل مجزوم بها على المشهور ، الا اذا كانا من جنسين ، وفيهما الماء ، كخل التمر بخل الزبيب ، والله أعلم •

وليس فى المسائل العشر مسألة جائزة قطعاً فى الجنس الواحد الا خل العنب بخل العنب ، ولا فى الجنسين الا خل الرطب بخل العنب ، وبقية ذلك اما ممتنع قطعاً فى الجنس الواحد اذا كان فيه ماء • واما مختلف فيه فى الجنسين اذا كان فيهما أو فى أحدهما ماء ، وان شئت لخصته فقلت : كل خلين لا ماء فى واحد منهما فيجوز بيع أحدهما متماثلا فى الجنس ، ومتفاضلا فى الجنسين ، وكل خلين فيهما الماء لا يجوز بيع أحدهما بالآخر قطعاً ان اتحد الجنس ، وعلى الأصح ان اختلف ، وكل خلين فى أحدهما الماء لا يجوز بيع أحدهما بالآخر ان اتحد الجنس قطعاً ويجوز ان اختلف على المذهب ، وكلها يشترط فيها التقابض فى المجلس ، والله أعلم •

(فـــرع) المعيار فى الخل الـــكيل ، قاله القـــاضى حســـين والرافعى وغيرهما ، وعلله القاضى حسين بأنه يستخرج من أصل مكيل .

(تنبيه) جميع ما تقدم فى الخلول التى فيها مـــا تفرع على الصـــحيح المشهور أن الماء المحرز فى الاناء مملوك ، وهذا الذى قطع به الماوردى ، ولنا وجه مذكور فى باب احياء الموات أنه لا يملك ، وان أخذ فى اناء ، وقد صرح الأصحاب بأن الماء على ذلك الوجه لا يجوز منعه ، فعلى هذا كيف يرد البيع على الخل ؟ وهو مركب من مملوك وغير مملوك ؟ والذى يتجه تفريعاً على هذا الوجه امتناع بيع الخل الذى فيه الماء ، لأنه لا يمكن أن يرد العقد على الجميع لعدم الملك ، ولا على المملوك منه ، ويكون الماء مباحاً لعدم تميزه والعلم به ، ولكن لما كان هذا الوجه ضعيفاً فى النقل لم يفرعوا عليه .

(فـــرع) قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم بعد ذكر الخلول : وبيع بعضها ببعض والنبيذ الذى لا يسكر مثل الخل .

(فـــرع) يجوز بيع خل العنب بعصيره ، لأنه لا ينقص اذا صار خلا ، فهما فى حال الادخار ، قاله ابن الصباغ والرويانى ، وخالف فى ذلك القاضى حسين ، فجزم بالمنع ، وحكاه الرويانى وجهاً وينبغى أن يكون على قـــول القاضى حسين فى أن بيع العصير بالعصير لا يجوز فيكون أحدهما على حاله ، والآخر ليس على حالة الادخار عنده ، وقد علل صاحب البحر الوجه المذكور بذلك ، وذكر الامام عن شيخه الوجهين فى عصير العنب وخله (أحدهما) أنه جنس ولكن حالت صفة العصـــير ، فكان كاللبن الحليب مـــع العارض ، (والثانى) أنهما جنسان ، وهو الظاهر عنـــدى لافراط التفاوت فى الاســـم والصفة والمقصود ، والشىء لا يكون مأكولا ، فلا يكون ربوياً ، فاذا كان تحول الصفات يؤثر هذا التأثير جاز أن يؤثر فى اختلاف الأجناس .

(قلت) وهذا ليس بجيد ، وقد بحثت معه فى ذلك فى مسألة بيع الرطب بالتمر ، وبينت أن العصير والخل جنس واحد ، وقد تابع الامام فى ذلك القاضى فى الذخائر ، ويوافقه الوجه الذى حكاه المتولى أنه يجوز بيع الخل بالدبس ،

وأنه لا تعتبر المماثلة بينهما ، وقد تقدم التعرض لذلك عند الكلام على بيع المطبوخ بالنيء .

(فـــرع) لا يجوز خل التمر بالتمر ، ولا خـــل عنب بعنب ، نص عليه فى البويطى ، وقال : ولا كل شيء بشيء يخرج من أصله ، وكذلك قال ابن الصباغ لا يجوز بيع العنب بخله ، ولا بعصيره . قال القاضى حسين : وكذلك بيع الرطب بما يتخذ منه من الخل والعصير والدبس والشيرج والناطف وغيره لا يجوز .

(فـــرع) بيع الرطب بخل العنب أو بعصير العنب ، أو بيع العنب بخل الرطب أو بدبس الرطب ، قال القاضى حســين : الصحيح أنه يجــوز (قلت :) وما أشار اليه من الخلاف بعيد جداً ، ولا يمكن أن يكون هــو القائل بأن الخلول جنس واحد ، فان ذاك لاشتراكها فى الاســم ، والرطب وخل العنب لاشتراك بينهما ، ولا أحدهما مستخرج من الآخــر ، فينبغى القطع بالجواز . وكذلك فى العنب بخل الرطب الا أن يكون فيه ماء .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز بيع شاة فى ضرعها لبن بلبن شاة ، لأن اللبن يدخل فى البيع ، ويقابله قسط من الثمن ، والدليل عليه ان النبى صلى الله عليه وسلم جعل فى مقابلة لبن المصراة صاعاً من تمر ، ولأن اللبن فى الضرع كاللبن فى الاناء ، والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم : « لا يحلبن أحدكم شاة غيره بغير اذنه ، أيحب أحدكم أن تؤتى خزانته فينتثل ما فيها ؟ » فجعــل اللبن كالمال فى الخزانة ، فصار كما لو باع لبنا وشاة بلبن) .

(الشرح) الحديث المذكور الذى فيه أن النبى صلى الله عليه وسلم جعل فى مقابلة لبن المصراة صاعاً من تمر لم أجده بهذا اللفظ صريحاً ، ولكنه يشير به الى الحديث المشهور الذى سنذكره ان شاء الله تعالى فى باب بيع المصراة وهو متفق عليه ، وله ألفاظ ورد بها أقربها الى المعنى الذى ذكره المصنف هنا قوله صلى الله عليه وسلم : « فان رضيها أمسكها ، وان سخطها ففى حلبتها صاع من تمر » رواه البخارى ، وهو يفيد مقصود المصنف فان

قوله (فى حلبتها) ظاهر فى مقابلة اللبن ، والحديث الآخر حديث صحيح أخرجه البخارى وغيره من حديث ابن عمر رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا يحلبن أحد ماشية امرىء الا باذنه أيحب أحدكم أن تؤتى مشربته فتكسر خزانته ، فينتثل طعامه ؟ فانما يخزن لهم ضروع مواشيهم لطعامهم ، فلا يحلبن أحد ماشية أحد الا باذنه » .

وقوله ينتثل أى يستخرج وهو ــ بياء مثناه من تحت مضمومة ثم نون ساكنة ثم تاء مثناة من فوق ثم ثاء مثلثة مفتوحتين ــ يقال : نثل مافى كنانته اذا صبها ونثرها . وقد نثلت البئر نثلا وانتثلتها اذا استخرجت ترابها ، وروى ينتقل بالقاف بدل الثاء المثلثة أى يذهب وينقل عن الضرع ، والروايه الأولى أكثر وأشهر وهى التى فسرها أهل الغريب والمشربة بضم الراء وفتحها الغرفة وجمعها مشارب ، وقول المصنف : شاة أحدكم ان لفظ الشاة لم أجده فى شىء من الروايات .

اما حكم المساله نص عليه الشافعى رضى الله عنه ، قال فى المختصر والام . ولا خير فى شاة فيها لبن يقدر على حلبه بلبن من قبل أن فى الشاة لبنا لا أدرى كم حصته من الثمن الذى اشتريته به نقداً ؟ وان كان نسيئة فهو أفسد للبيع ، وقد جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم للبن التصرية بدلا ، وانما اللبن فى الضرع كالجوز واللوز المبيع فى قشره ، يستخرجه صاحبه اذا شاء . وليس كالولد لا يقدر على استخراجه ، هذا لفظ المختصر . وقال فى الأم . ولا بأس بلبن شاة يداً بيد ، ونسيئة ، اذا كان أحدهما نقداً ، والدين منهما موصوف فى الذمه ، وصرح فى مواضع من الأم بجواز ذلك نقداً ونسيئا ، ثم قال : فان قال قائل : كيف اخترت لبن الشاة بالشاة وقدمها [1] لبن ، فيقال: ان الشاة نفسها لا ربا فيها ، انما تؤكل بعد الذبح أو السلخ أو الطبخ او الشاة نفسها لا ربا فيها ، انما تؤكل بعد الذبح أو السلخ أو الطبخ او التجفيف فلا تنسب الغنم الى أن تكون مأكولة انما تنسب الى أنها حيوان ، وقد اتفق الأصحاب على هذين الحكمين وأن بيع الشاة التى فى ضرعها لبن بلبن

---

(١) كذا بالأصل (ش) وأظن فى العبارة تصحيفا من النساخ لكلمة (وفوقها) او فى ضرعها والله أعلم . (المطيعى)

شاة باطل كما قرره الشافعى رضى الله عنه ، من أن اللبن الذى فى الضرع يقابله قسط من الثمن •

قال القاضى أبو الطيب : قولا واحداً وان كان فى الحمل قولان بدليل خبر المصراة ولولا أن اللبن يتقسط عليه الثمن لما ألزمه رد بدله كما لو اشترى نخلة فأثمرت فى يده ، أو شاة فحملت وولدت ثم ردها ، ولأن ما فى الضرع مثل ما فى الخزانة بدليل الحديث الذى ذكره المصنف • وهذا الذى ذكرناه من أن اللبن يقابله قسط من الثمن هو المنصوص المشهور الذى قطع به الأصحاب ههنا • وسيأتى فى باب المصراة ذكر وجه فيه ، والكلام عليه هناك ، ومع هذا فلا خلاف فى امتناع بيع الشاة اللبون باللبن والله أعلم •

قال الأصحاب : فوجب أنه لا يصح بيع شاة فى ضرعها لبن أصلا ، لأن اللبن مجهول كما لو ضم الى الشاة لبناً مغطى ، فالجواب أنه ان لم يجز البيع هناك لأن كلا من الشاة واللبن المضموم اليها مقصود بالبيع ، واللبن فى الضرع تابع ، وان كان له قسط من الثمن بدليل دخوله اذا أطلق البيع فى الشاة ، ويغتفر فى التابع ما لا يغتفر فى غيره ، ولذلك صح بيعه كاساس الحائط ورءوس الجذوع وطى البئر ونحو ذلك ، ولا يلزم من جعله تابعاً فى انتفاء الغرر أن يكون تابعاً فى انتفاء الربا ، كالثمرة قبل بدو الصلاح اذا بيعت مع أصلها تابعة من غير شرط القطع جاز ، ولو باع نخلة مثمرة بتمر لم يصح ، فكان ربا ، فتبعت فى انتفاء الغرر ولم تتبع فى انتفاء الربا •

قال القاضى حسين : ولأن اللبن مما يجرى فيه الربا ، وان كان متصلا بالحيوان ولا يشبه الحمل لأن الحمل لا يمكن استخراجه متى شاء ، والفرق بين اللبن والحمل على أحد القولين القائل بأنه ليس له قسط من الثمن أن اللبن مقدور على تناوله بخلاف الحمل ، فأشبه الجوز واللوز فى قشره ، وجوز أبو حنيفة رضى الله عنه بيع الشاة ذات اللبن باللبن • قال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب والمحاملى : وهكذا الحكم اذا ذبحت هذه الشاة التى فيها لبن ثم بيعت بلبن ، وهو أفسد ، لأنه بيع لحم ولبن بلبن ، ولو باع الشاة التى فى ضرعها لبن بلبن ابل ونحوه من غير لبن الغنم (فان قلنا :) ان

الألبان صنف واحد لم يجز (وان قلنا :) أصناف جاز ، قال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب وابن الصباغ وغيرهم : فعلى هذا الصحيح الجواز ، لأن الصحيح أنها أجناس ، ولم يذكر الصيمرى فى شرح الكفاية غيره ، ولذلك احترز المصنف فى قوله : بلبن الشاة ، فانه اذا باع الشاة التى فى ضرعها لبن من غير جنسها وقلنا : ان الألبان أجناس قال المحاملى : فيكون بمنزلة أن يبيع طعاماً ربوياً بشعير ، فيصح البيع ، يعنى على الأصح فى الجمع بين مختلفى الحكم ، وكذلك قال الرافعى : فيه قولا الجمع بين مختلفى الحكم ، وهو فى ذلك تابع القاضى حسين وصاحب التهذيب ، فان ما يقابل اللبن باللبن يشترط فيه التقابض ، وما يقابله من الحيوان لا يشترط فيه التقابض .

(قلت) وفى التحريم [1] نظر فى بيع خل التمر بخل الزبيب وفى بيع الدراهم المغشوشة بعضها ببعض لأنه يمتنع أفراد كل واحد بحكمه اذ اللبن الذى فى الضرع لا يمكن تسليمه وحده فلو نزل العقد عليه منزلة عقد مستقل لاقتضى البطلان والله أعلم . ولأجل ذلك والله أعلم أطلق الماوردى القول بأنا اذا قلنا الألبان أجناس صح العقد (والحكم الثانى) اذا باع شاة غير ذات لبن ، قال الشيخ أبو حامد : بأن لا تكون ولدت قط جاز البيع ، اتفق عليه الأصحاب أيضاً تبعاً للشافعى رضى الله عنه ، نقداً ونسيئة ، والتفرق قبل القبض ، قال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب : ونص الشافعى رضى الله عنه فى حرملة فى التى لها لبن قد حلب ولم يستخلف بعد شىء منه فباعها بلبن شاة يجوز ، وهذا لأنه لم يكن هناك لبن يجتمع ، والقليل الذى ينزّ لا تأثير له ، واتفق الأصحاب أيضا على هذا الحكم ، وممن جزم به القاضى حسين والبغوى والرافعى ، وصرح الامام بالصحة فى اللبون اذا لم يكن فى ضرعها لبن وقت البيع ، أو كان نزراً لا يقصد حلب مثله لقلته .

قال : فان مثله ليس مقصوداً ، والحيوان مخالف لجنس اللبن ، فليلتحق ببيع المخيض بالزبد مع النظر الى الرغوة ، وشبهه بعضهم بالدار [اذا] ذهبت ، واستهلك الذهب اذا بيعت بدار مثلها أو بالذهب يجوز ، قال الشيخ أبو حامد

---

(١) بياض بالأصل فحرر (ش) قلت : ولعل السقط (كما سبق ان قلنا) أو (كما تقدم) . (ط) .

وأبو الطيب والمحاملى : فان ذبحت هذه الشاة وسلخت وبيعت باللبن صح البيع لأنه لحم لا شىء معه بلبن ، ويشترط التقابض ، ونقله القاضى أبو الطيب عن نصه فى الصرف ، وقد أغرب الجيلى فحكى فيما نقله ابن الرفعة عنه وجهاً أنه يجوز بيع اللبن بشاة فى ضرعها لبن ، وهذا غريب جداً شاذ لا معول عليه ، قال ابن الرفعة : ويمكن أن يكون مأخذه ما حكاه الغزالى فى المصراة أن اللبن فى الضرع لا يقابله قسط من الثمن على رأى •

(فـــرع) كما لا يجوز بيع الشاة التى فيها لبن بلبن ، كذلك لا يجوز بالزبد ، ولا بالسمن ، ولا بالمصل ، ولا بالأقط ، كما لا يجوز اللبن بشىء من ذلك ، صرح به الماوردى •

(فـــرع) قال محمد بن عبد الرحمن الحضرمى [1] فى كتاب الاكمال لما وقع فى التنبيه من الاشكال والاجمال : قال الشافعى رحمه الله : ولو باع أمة ذات لبن بلبن آدمية جاز ، بخلاف شاة فى ضرعها لبن بلبن شاة ، والفرق بينهما أن لبن الشاة فى الشرع له حكم العين ، فلهذا لا يجوز عندنا الاجارة عليه ، ولبن الآدمية ليس له حكم العين بل هو كالمنفعة ، ولهذا حررنا عقد الاجارة عليه (قلت :) وهذا النقل غريب والتعليل حسن ، وفيه نظر ، وقد تقدم حكاية خلاف فى أن لبن الآدمية هل يكون من جنس الألبان ؟ (اذا قلنا) بأن الألبان جنس واحد أم لا ، ولا يرد ذلك هنا لأن الكلام هناك اذا كان منفصلا فانه يثبت له حكم الأعيان ، وهنا الألبان فى الثدى هو الذى ادعى أنه ليس له حكم العين ، بل حكم المنفعة فلذلك قال : يصح لأنه لم يضم الى الجارية عيناً أخرى •

ولم أجد هذا الفرع الا فى الكتاب ، فلا ادرى هل الفرق من كلامه ؟ أو من كلام الشافعى ؟ ويعضده المذهب المشهور فى أن الجارية المصراة لا يرد معها بدل اللبن ، وفيه وجه أنه يرد فعلى قياس ذلك الوجه قد يقال : ينبغى أن يقال هنا بامتناعها بلبن آدمى ،لأنه سلك به مسلك العين ، وان باعها بلبن

---

(١) قال ابن السبكى فى الطبقات الوسطى بعد أن ساق اسمه وانه صاحب كتاب الاكمال لما وقع فى التنبيه من الاشكال : لا أعرفه وكذلك ذكره فى الطبقات الكبرى بحذف (لا أعرفه)(ط)

شاة أو بقرة فعلى المذهب المشهور ، وما نقله الحضرمى عن النص يكون الجواز من طريق الأولى ، وعلى الوجه الذى حكيناه فى التصرية ينبغى أن يتخرج على أن الألبان أجناس أولا ؟ (فان جعلناها) أجناساً جاز (وان جعلناها) جنساً فيتخرج على خلاف تقدم فى أن لبن الآدمى من جملتها أم لا ؟ (فان قلنا :) لا ، جاز (وان قلنا :) من جنسها فقياس ذلك الوجه المنع .

(وأما) التمسك بجواز الاجارة عليه فى كونه يسلك به مسلك المنافع ففيه وفى تسويغ الاجارة عليه فى باب الاجارة فالاستدلال بالحكم الثابت فى التصرية أولى ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان باع شاة فى ضرعها لبن بشاة فى ضرعها لبن ففيه وجهان ، قال ابو الطيب بن سلمة : يجوز كما يجوز بيع السمسم بالسمسم ، وان كان فى كل واحد منهما شيرج ، وكما يجوز بيع دار بدار ، وان كان فى كل واحدة منهما بئر ماء وقال اكثر اصحابنا . لا يجوز ، لانه جنس فيه ربا بيع بعضه ببعض ومع كل واحد منهما شىء مقصود فلم يجز ، كما لو باع نخلة مثمرة بنخلة مثمرة ويخالف السمسم لان الشيرج فى السمسم كالمعدوم ، لانه لا يحصل الا بطحن وعصر ، واللبن موجود فى الضرع من غير فعل ، ويمكن اخذه من غير مشقة ، واما الدار فان قلنا : ان الماء يملك ويحرم فيه الربا فلا يجوز بيع احدى الدارين بالأخرى) .

(الشرح) الوجهان مشهوران حكاهما كذلك الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والماوردى وغيرهم ، ونسب الشيخ أبو حامد الثانى الى عامة أصحابنا منهم أبو العباس وأبو اسحق ، وكذلك القاضى أبو الطيب نسبة الى أصحابنا ، وقال نصر : انه المذهب وقال المحاملى : انه ظاهر المذهب وجزم به فى اللباب وأصح الوجهين الثانى وبه جزم ابن أبى هريرة لما ذكره المصنف ، ولأنه يشبه بيع شاة معها لبن فى اناء بشاة معها لبن فى اناء ، ووافق أبو الطيب ابن سلمة على امتناع بيع الشاة التى فى ضرعها لبن بلبن ، فلذلك شبه المسألة التى خالف فيها السمسم بالسمسم ، وتلك المسألة كالسمسم بالشيرج .

وفرق الشيخ أبو حامد بين هذا وبين السمسم بالسمسم بفرقين (أحدهما) ما ذكره المصنف وغيره من الأصحاب (والثانى) هذه ، وهو أن السمسم اذا بيع بالسمسم فالمقصود منه الشيرج ، فأما التفل الذى يكون فيه فليس بمقصود وقد وجدت المماثلة بينهما كيلا ، فيصح البيع ، ولم يمنعه التفل كالتمر بالتمر اذا كان فيهما نوى ، حيث لم يكن مقصوداً ، بخلاف الشاة باللبن ، فان الشاة مقصودة واللبن له قسط من الثمن ، ولو باع شاة لبوناً بشاة لبون وهما مستفرغتا الضرع جاز قال القاضى حسين : فلذلك قال المصنف : فى ضرعها لبن احترازاً عن هذا .

وأفهم كلام المصنف أنا اذا قلنا : ان الماء لا يملك أو قلنا بأنه يملك ولكنه ليس بربوى لا يحتاج الى الفرق ، ويسقط التمسك به (وان قلنا) بأنه مملوك ربوى منعنا الحكم ، فلا يصح القياس عليه ، وبيان ذلك أنه ان قلنا : لا يملك صح بيع الدار بالدار ، ولم يتناول البيع الماء ، فانه غير مملوك على هذا القول ، واذا تخطى رجل الى البئر واستقى منها ملكه ولا يجب عليه رده مع عصيانه فى دخوله الدار بغير اذن (وان قلنا) يملك وهو غير ربوى صح البيع وتناوله (وان قلنا :) ربوى امتنع البيع فعلى كل التقدير احتجاج أبى الطيب بن سلمة بذلك ساقط ، ومنع بيع احدى الدارين المذكورتين بالأخرى على قول بأن الماء مملوك ربوى قاله القاضى أبو الطيب وابن الصباغ لكن ابن الصباغ قال فى الباب الذى بعد هذا المترجم عنه بباب الحائط يباع أصله : ان ماء البئر لا يدخل فى مطلق بيع الدار على الوجهين ، لأنه فى أحدهما غير مملوك وفى الأخرى بماء ظاهر ولا يدخل فى البيع الا بالشروط كالطلع المؤبر .

(قلت) ومتى باعه وحده لم يصح على الوجهين كما قاله ابن الصباغ أيضا فى باب بيع الثمار ، وبأنه لا يملك فى أحدهما وفى الآخر يكون مجهولا فيها ولا يمكن تسليمه لأنه الى أن يسلمه يختلط به غيره ومتى باع واشترط دخوله صح بلا خلاف ، لأن الاختلاط ههنا لا يضر ، لأن الجميع ملك المشترى قال ابن الرفعة : صرح بحكاية ذلك الامام . وقال القاضى حسين : ان كان فى موضع لا قيمة للماء فيه يجوز ، وان كان فى موضع للماء فيه قيمة ولم يسميا فى العقد أيضاً يجوز ، وان سميا فى العقد فانه لا يجوز ، ويصير كمسألة مد

عجوة ، وبنى القاضى حسين ذلك على أصل قدمه فى بيع الدار التى فيها البئر مطلقاً ، فصل فيه بين أن يكون للماء قيمة فى ذلك المكان أولا ، فقال : ان كان مما لا قيمة له يدخل فى العقد ، وقيل : لا يدخل الا بالتسمية كسائر المنقولات التى تكون فى البيت ، وحكى عن القاضى وجهاً آخر أنه يندرج كالثمار التى لم تؤبر .

(واذا قلنا :) بأنه غير مملوك اختص به المشترى كما كان يختص به البائع وجزم الرويانى فى الحلية بأن الماء الظاهر عند البيع لا يدخل يعنى عند الاطلاق وكذا المعدن الظاهر كالنفط ونحوه ، وما ينبع بعده كان للمشترى ، والذى قاله الرافعى : ان الأصح الصحة تبعاً ، وعلى هذا يشكل الفرق ، فان تبعية الماء للدار كتبعية اللبن للشاة ، والأظهر عند الامام أيضاً الصحة ، وعلله بأن الماء الكائن فى البئر ليس مقصوداً ولا يرتبط به قصد .

(وقوله) الكائن فى البئر احتراز جيد . فان ماء البئر من حيث الجملة مقصود فى الدار . ولكن لا غرض فى ذلك للقدر الكائن وقت العقد . ومع قول الامام : ان هذا هو الظاهر فان الثانى هو القياس وانه لا يقدح للجواز وجه فى القياس ، ولكن عليه العمل ومعتمده سقوط القصد الى الماء الحاصل ثم أورد الامام سؤالا وانفصل عنه . أما السؤال فان خل التمر اذا بيع بخل الزبيب ، وقلنا : ان الماء ربوى امتنع البيع . والماء ليس مقصوداً فى الخل . كما أنه ليس مقصوداً فى مسألة الدار وانفصل عنه بأن الماء يستعمل على صفة الخل .حتى كأنه انقلب خلا فلم يخرج مقدار الماء عن كونه مقصوداً وان كان لا يقصد ماء وهذا لا يتحقق فى البئر ومائها .

وقد يقال : كل من الشاة ولبنها مقصود بخلاف الماء الحاصل وقت العقد فى البئر . فانه غير مقصود . وقد تقدم فى مسألة مدعجوة الكلام فى شىء من ذلك . وقال الماوردى : ان قلنا : لا ربا فى الماء جاز مطلقاً . وان قلنا : فيه ربا فان كان الماء محرزاً فى الأجباب [1] فهو مملوك قطعاً . ولا يجوز

---

(١) الاجباب بالجيم جمع جب كقفل واقفال وهى البئر التى لم تطو بالحجارة وان كانت بالخاء جمع خب كانت الخابية . (ط) .

البيع حينئذ خوف التفاضل • وان كان فى الآبار فبعض أصحابنا يزعم أن ماء البئر يكون ملكا لمالك البئر • فعلى هذا يمتنع الا أن يكون ملحاً فيجوز • لأن الماء الملح غير مشروب ولا ربا فيه •

وذهب جمهور أصحابنا وهو ظاهر مذهب الشافعى رضى الله عنه أن ماء البئر لا يملك الا بالأخذ والاجارة • وكذلك ماء العين والنهر •وانما يكون لمالك البئر منع غيره من التصرف فى بئره أو نهره لأن من اشترى داراً ذات بئر فاستعمل ماءها ثم ردها بعيب لم يلزمه للماء غرم • ولو كان مملوكاً لزمه غرمه • كما يغرم لبن الضرع • ولأن مستأجر الدار له أن يستعمل ماء البئر فعلى هذا يجوز بيع دار ذات بئر فيها بدار ذات بئر فيها • (قلت :) وهذا الذى قاله فيه نظر • فان الذى صححوه فى احياء الموات أنه يملك ماء البئر • والله أعلم •

وقال ابن الرفعة بعد حكايته كلام القاضى فى بيع الدار التى فيها البئر : هذا لا شك فيه بناء على أصله فى أن الماء لا يدخل فى اطلاق العقد • أما اذا قلنا : يدخل كما هو وجه بعيد فهو تابع وهل يعامل معاملة المقصود أم لا فهو محل الخلاف الذى ذكره الغزالى للامام فيها نظمه والله أعلم •

نعم لك أن تقول الجزم بصحة العقد مع عدم دخول ما فى البئر من الماء نظر • لا يمكن أخذه الا مختلطا بملك المشترى فكما لم يصح بيع الجمة بمفردها حذراً من الاختلاط بملك البائع ينبغى أن لا يصح اذا بيعت الجمة للبائع حذراً من الاختلاط بملك المشترى • وان تخيل فى الفرق أن الاختلاط لم يمنع من تسليم عين المبيع وهو ههنا فى غير المبيع فلا يمنع التسليم • فلا يمنع الصحة •

(قلنا :) ذلك يقتضى صحة بيع الأصل وغلة ثمرة تكون للبائع ولا يتأتى تسليمها الا بعد اختلاطها بالثمرة الحادثة على ملك المشترى • والمنقول فيها عدم الصحة•لكن قديفرق بين ذلك ومانحن فيه بأن الثمار مقصودالأشجار كما ستعرفه ثَمَّ • ولا كذلك ماء البئر فى بيع الدار • وأما فى بيع البئر ففيه

وقفة فى حال كون الماء له قيمة والله أعلم • انتهى كلام ابن الرفعة • ومنع بيع النخلة المثمرة بالنخلة المثمرة من جنسها باطل • اتفق عليه الأصحاب وممن صرح به ابن أبى هريرة وغيره ، فلو كان على احداهما ثمرة ولا شيء على الأخرى جاز ، وكذلك الشاة التى فيها لبن بالشاة التى لا لبن فيها ، صرح بهما ابن أبى هريرة والماوردى الا أن تكون احداهما مذبوحة فذلك يمتنع لأمر آخر وهو بيع حيوان بلحم •

فائـــدة عرفت أن أبا الطيب بن سلمة قائل بالجواز فى بيع الشاة بالشاة والدار بالدار ، وقد صرح الغزالى فى البسيط فقال فى بيع الشـــاة اللبون بالشاة اللبون وفى ضرعهما لبن ، حكى أصحابنا عن أبى الطيب بن سلمة أنه جوز ذلك وذكر مسألة الدارين ، وأطلق الخلاف فيها ، ولم ينسب فيها الى أبى الطيب بن سلمة شيئا ، وفى الوسيط ذكر لفظاً مشكلا فقال بعد أن جزم بالبطلان فى مسألة اللبون وحـــكى الوجهين فى مســـألة الدارين ، وسوى بالمنع فيهما ، واستشكله الفضلاء ، وتأويل كلامه فى الوسيط ، وغاية ما ظهر لى فى تأويله أن يكون المراد بالمنع منع الحكم المدعى وهو البطلان الذى جزم به فى مسألة الشـــاة اللبون ؛ لكن لا يســـتمر ذلك فى مســـألة الدارين ، فانه اقتصر على حكاية الخلاف من غير ترجيح البطلان ، ولعل ذلك وهم من ناسخ أو سبق قلم • والله أعلم • وكذلك قال ابن أبى الدم فى كلامه على الوسيط : ان ذلك غلط على أبى الطيب بن سلمة •

(فـــرع) بيع الشاة التى فيها لبن ببقرة فيها لبن فيه قولان حكاهما الماوردى مأخذهما أن الألبان جنس أو أجناس ، وبالصحة جزم الصيمرى فى الكفاية كما تباع النخلة بالكرم • وههنا بلبن الآدمى (ان قلنا) الألبان أجناس (وان قلنا) جنس واحد فيبنيه على أن لبن الآدمى معها جنس أو جنسان وفيه وجهان تقدما •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز بيع اللبن الحليب بعضه ببعض • لأن عامة منافعه فى هذه الحال فجاز بيع بعضه ببعض كالتمر بالتمر ويجوز بيع اللبن الحليب بالرائب وهو

الذى فيه حموضة ، لأنه لبن خالص وانما تغير فهو كتمر طيب بتمر غير طيب . ويجوز بيع الرائب بالرائب كما يجوز بيع تمر متغير بتمر متغير) .

(الشرح) الحليب قال الشافعى رضى الله عنه فى كتاب السلم من الأم : هو ما يجلب من ساغية وكان منتهى خاصية الحليب أن تقل حلاوته . وذلك حين ينتقل الى أن يخرج من اسم الحليب . والرائب فسره الأصحاب بأنه الذي حصل فيه قليل حموضة كما ذكره المصنف رحمه الله . قال الامام فيما حكى عنه : والرائب الذى خثر بنفسه من غير نار . قال ابن الرفعة : اى ولا ألقيت فيه أنفحة ونحوها .

اما حكم المسالة فقد ذكر المصنف ثلاث مسائل . ومقصوده فى جميعها جواز البيع من حيث الجملة . وأما كونه متماثلا أو متفاضلا فذلك معلوم من كون الألبان جنسا واحداً أو أجناسا . ووجوب التماثل على الأول دون الثانى . وقد تقدم ذلك . والمقصود هنا جواز البيع . وأن ذلك ليس من الرطب الذى يمتنع بيع بعضه ببعض . لأنه لا ينتهى الى جفاف . ولأن معظم منفعته حال كونه لبنا . ولا خلاف فى جواز ذلك . وقد تقدم أن الشافعى رضى الله عنه نبه على هذا القسم وأفرد له بابا وذكر أنه خارج من معنى ما يكون رطبا بما تقدم بيانه عنه .

قال الشافعى هناك : وجعلنا حكم رطوبته حكم جفوفه . لأنا لذلك نجده فى كل أحواله لا منتقلا الا بنقل غيره.فقلنا : لا بأس بلبن حليب بلبن حامض. وكيفما كان بلبن كيفما كان . حليبا أو رائبا أو حامضا . ولا حامضا بحليب. ولا حليبا برائب . ما لم يخالطه ماء . فاذا خالطه ماء فلا خير فيه . وذكر الشافعى رضى الله عنه مسألة الحامض هنا وهو المخيض . وسيأتى فى كلام المصنف مفرداً بالذكر . ثم ان المصنف أفرد كل مسألة مفردة بعلة . فذكر فى مسألة الحليب ما يدل على أن ذلك هو حالة الكمال لوجود غاية منافعه كالتمر ، والفرق بينه وبين الرطب من ثلاثة أوجه :

(أحدها) أن عامة منافع الرطب فى حال كونه تمراً ، وتناوله فى حالة الرطوبة يعد عجالة وتفكها (والثانى) قول الشافعى رضى الله عنه : ان الرطب

يشرب من أصوله ويجف بنفسه يشير الى أن اللبن فى حال كماله • والرطب ليس كذلك • بل ينتقل اليها (والثالث) فرق أبو اسحق أن الرطوبة فى اللبن من مصلحته وهى الحافظة لمنفعته بخلاف الرطب • لأنه بعد الجفاف كذلك • وجاز بيع اللبن • ولو كان فى كل منهما زبد • لأن بقاء الزبد فيه من كمال منفعته وهو فى أغلب الأحوال مأكول معه بخلاف الشمع فى العسل •

(قال الامام : فان قيل) : اللبن مشتمل على السمن والمخيض وهما جنسان مختلفان (قلنا :) اللبن يعد جنساً واحداً كالسمسم بالسمسم ، وفيهما الدهن والثفل ، وكالتمر بالتمر وفيهما الطعم والنوى • قال الامام : وأوقع عبارة فى الفرق بين الشهد واللبن أن الشمع غير مخامر للعسل فى أصله : فان النحل ينسج البيوت من الشمع المحض ، ثم يلقى فى خلله العسل المحض، فالعسل متميز فى الأصل ، ثم مشتار العسل يخلطه بالشمع بعض الخلط بالتعاطى والضغط ، وليس اللبن كذلك ، وهذا الفرق الذى ذكره الامام فى غاية الحسن •

وفى مسألة الرائب بالحليب ، ذكر ما يندفع به توهم أنه خرج عن حالة الكمال بما حصل فيه التغيير ، كما أن التمر المتغير لا يخرج عن حالة الكمال، وممن جزم بذلك المحاملى والقاضى أبو الطيب ، لكنه لم يشبهه بالرائب ، وانما قال : لبناً حليبا بلبن قد حمض وتغير طعمه يجوز ، وجزم ابن أبى هريرة بمسألة الرائب بالرائب ، كما قال المصنف ، وكذلك القاضى حسين ، وذكر الماوردى جواز الحليب بالرائب والحامض اذا لم يكن زبدهما ممخوضا ، لأنه بيع لبن فيه زبده بلبن فيه زبده ، فصار كبيع الحليب بالحليب هكذا قال الماوردى ، ينبغى أن يحقق ما المراد بالرائب فان ابن أبى هريرة جزم بجواز بيعه بالزبد كما سيأتى والمراد بالرائب هنا ما خثر بنفسه من غير نار كما قال الامام •

(فـــرع) والمعيار فى اللبن الكيل ، نص عليه الشافعى والأصحاب ، قال الرافعى : فى كلامه ما يقتضى تجويز الكيل والوزن جميعا (قلت :) وانما فى كلام الامام ما يقتضى التردد فانه قال : فان كان يوزن فكذا وان

كان يكال فكذا . وهذا يقتضى الشك ، وان لم يتحرر عندهم معياره ، وليس فيه حكم بتجويز الأمرين ، هكذا أطلقوا المسألة ، وكلام صاحب التهذيب صريح فى أنه يباع اللبن باللبن كيلا ، سواء كانا حليبين أو رائبين أو حامضين ، وهو ظاهر فيما عدا الرائب . وأما الرائب الخاثر ففيه نظر ، لأن الشافعى قال فى اللبأ ما يقتضى المعيار فيه الوزن لا الكيل فقال : انه لا يجوز السلم فى اللبأ الا مكيالا من قبل تكبيسه وتجافيه فى المكيال ، اللبن الرائب فيه شبه من اللبأ ، وقد يقال : ان عقد اللبا أكثر ، فلذلك يتجافى بخلاف الرائب .

وقد تعرض الامام لهذا الاشكال ، فأورد على نفسه أنه اذا خثر الشىء كان أثقل ، والذى يحويه المكيال من الخاثر يزيد على الرقيق من جنسه بالوزن زيادة ظاهرة وأجاب بأن منع بيع الدبس بالدبس غير مبنى على التفاوت فى الوزن مع التساوى فى المكيال ، فانا لو اعتبرنا ذلك لجوزنا بيع الدبس بالدبس اذا كان يوزن ، ولكنا اعتمدنا خروج الدبس عن حالة الكمال ، وأما الرائب الخاثر فقد قطع الأصحاب بجواز بيعه باللبن وجواز بيع بعضه ببعض ، ويتجه فى بيع بعضه بالبعض أن يقال الانعقاد جرى فى اللبن على تساو ، ولا يربو فى الاناء اذا انعقد رائبا ولا ينقص ، فانه طبيعة فى نفس اللبن عقاده . وليس من جهة ذهاب جزء وبقاء جزء ، فأما بيع الخاثر باللبن فان كان يوزن فيظهر تجويزه ، فان كان يكال فبيع اللبن الحليب بالرائب الخاثر كيلا فيه احتمال ظاهر فى المنع ووجه التجويز تشبيه الخاثر بالحنطة الصلبة المغللة تباع بالرخوة ، فالخاثر بالحليب يشبه الحنطة الصلبة بالرخوة. انتهى كلام الامام .

ومن هنا قال الرافعى : ان فى كلام الامام ما يقتضى تجويز الكيل والوزن وأنت قد سمعت كلام الامام وليس فيه حكم بكيل ولا وزن ، وانما فيه أنه تردد وكأنه لم يتحر عنه ، هل هو مكيل أو موزون ؟ وقد صرح الرافعى والأصحاب بأنه مكيل فتلخص من هذا أن بيع الرائب بالرائب كيلا جائز جزماً ، وبيع الرائب بالحليب كيلا جائز ، وفيه احتمال للامام ، وعند

الاحتمال فى المسألتين فى الرائب بالرائب ، وفى الرائب بالحليب لما ذكرته من كلام الشافعى فى اللبا والله أعلم •

وما ذكره الامام من انعقاد أجزائه على تساويه ، ومن تشبيهه بالحنطة الصلبة والرخوة ممنوع ، وقال ابن الرفعة : اللبن الخاثر يظهر أن يكون كالسمن الرائب ، قال : وفى كلام الامام ما يدل على أنه يجوز كيله ووزنه ، وكأنه تبع الرافعى فيما فهم من كلام الامام •

(فرع) يشترط فى بيع الحليب بالجبن أن يكيله ولا رغوة فيه فلو كان فيه رغوة فيهما أو فى أحدهما لم يصح حتى يسكن ، للجهل بالتماثل ، وحقيقة التفاضل ، وهذا مستفاد من قول الشافعى فى السلم : انه اذا أسلف فيه مكيل فليس له أن يكيله برغوته لأنها تزيد فى كيله فليست بلبن يبقى بقاء اللبن ولكن اذا أسلف فيه وزناً فلا بأس عندى أن يزنه برغوته لأنها لا تزيد فى وزنه فان زعم أهل العلم أنها تزيد فى وزنه فلا يزنه حتى تسكن كما لا يكيله حتى تسكن مع أن بيع الحليب وعليه الرغوة لا يجوز مطلقا كيلا ، نص عليه الصيمرى فى شرح الكفاية للجهل بالمقصود ، فأما وزنا فلا بأس اذا كان بغير جنسه •

(فرع) قال القاضى حسين وصاحب التهذيب : الهريد بالهريد لا يجوز لتأثير النار فيه (قلت) والهريد [1] •

(فرع) ويجوز بيع الخاثر بالحليب والرائب والحامض أيضا ، لأن التفاوت بين الخاثر وغيره فى الوزن ، والوزن لا اعتبار به ، لأن المعيار فيه الكيل قاله الرافعى •

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم : لا خير فى لبن مغلى بلبن على وجهه ، لأن الاغلاء ينقص اللبن ، ووافقه الشيخ أبو حامد والمحاملى ونصر المقدسى والبغوى ، ولو كان مسخنا من غير غليان صح ، قاله الرويانى •

---

(١) بياض بالأصل فحرر (ش) قلت : والهريد والهرد اللحم الذى يولع فى انضاجه بالنار وقل السقط نحو هذا • (المطيعى)

(فـــرع) شرط جواز بيع هذا اللبن باللبن أن لا يكون فيه ماء ، فأما اذا كان فيه ماء فلا يجوز بيعه بمثله ولا بالخالص بلا خلاف .

(فـــرع) اذا حمى اللبن قليلا ، بحيث لا تأخذ النار منه فلا يمنـــع بيع بعضه ببعض ، قاله الشيخ أبو حامد ونصر ، ويجوز بيع لبن الغنم بلبن البقر متفاضلا على الصحيح . المشهور أنها أجناس ، وكذلك يجوز بيع أحد الصنفين بما يتخذ من لبن الصنف الآخر ، وقد تقدم التنبيه على ذلك ، فان فرعنا على أن الألبان جنس فلا يباع أحدهما بالآخر الا على الوجه المذكور فيما تقدم . وممن صرح بذلك هنا صاحب التهذيب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز بيع اللبن بما يتخذ منه من الزبد والسمن ، لأن ذلك مستخرج منه ،فلا يجوز بيعه كالشيرج بالسمسم ، ولا يجوز بيعه بالمخيض لأن المخيض لبن نزع منه الزبد ، والحليب لم ينزع منـــه الزبد فاذا بيـــع أحدهما بالآخر تفاضل اللبنـــان ، ولا يجوز بيعه بالشراز واللبـــأ والجبن ، لأن أجزاءها قـــد انعقدت فلا يجوز بيعها باللبن كيلا ، لأنهما يتفاضلان ، ولا يجوز بيعها وزنا لأن اللبن مكيل فلا يباع بجنسه وزنا) .

(الشرح) قال القاضى أبو الطيب : الذى يتخذ من اللبن أحد عشر شيئاً ، كذا فى النسخة ، وصوابه اثنا عشر : الزبد ، والسمن ، والمخيض ، واللبأ [1] ، والأقط ، والمصل ، والجبن ، والشيراز ، والدجنين ، والكشك ، والطينج ، والكواميخ ، قالها القـــاضى أبو الطيب وغيره والـــكبج [2] قاله القاضى حسين ، والقول الجملى أن اللبن لا يجوز بيعه بما يتخذ منه مـــن جميع ذلك ، وفى التفصيل مســـائل فنوردها كما أوردها المصنف واحـــدة واحدة .

(المسألة الأولى) بيع اللبن بالزبد ، قال الشافعى فى المختصر : ولا خير

---

(1) اللبأ . اللبن المجفف والاقط ككتف وانل شىء يتخذ من مخيض الغنم والمصل ما يقطر من اللبن من خرقة ونحوها والطينج كل ما غلب عليه الدسم وفى القاموس كامخ كهاجـــر ادام .

(2) كذا بالأصل ولعله السكبج وهو ما يسمى عند العامة بسلطة اللبن (ط)

فى زبد غنم بلبن غنم ، لأن الزبد شىء من اللبن ، وقال فى الأم معنى ذلك ، وقد اتفق الأصحاب على هذا الحكم ، واختلفوا فى تعليله ، فالأكثرون على ما يشعر به كلام الشافعى أن الزبد شىء من اللبن ، يعنى فاذا باعه باللبن واللبن مشتمل على الزبد فيكون قد باع زبداً بزبد متفاضلا ، وقال أبو اسحق : لأن فى الزبد شيئاً من اللبن يعنى فيكون بيع لبن بلبن متفاضلا، قال الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى والماوردى : والتعليل الأول هو الصحيح ، قال أبو الطيب : ولم يذكر أبو اسحق ذلك فى الشرح وهو باطل ببيع اللبن باللبن (فان قيل :) فاللبن باللبن فى كل منهما زبد فهلا امتنع ؟ (فالجواب) عنه كما قيل فى بيع السمسم بالسمسم وهو مذكور فى مسألة بيع الشيرج بالسمسم ، فان الجواب مذكور عنهما معاً ، كذلك ذكره الشيخ أبو حامد .

(المسألة الثانية) بيع اللبن بالسمن لا يجوز لما تقدم من تعليل الشافعى ، وجزم به الأصحاب منهم [1] والرافعى قال الشيخ أبو حامد والمحاملى : وههنا يبطل تعليل أبى اسحق لأنه لو كان المعنى ما ذكره لجاز ههنا ، وهذا الالزام نزل على أن أبا اسحق غير مخالف فى ذلك قال المحاملى : وكان يجب أن يقول أبو اسحق ههنا : انه لا يجوز بيع اللبن بالسمن ، ولا خلاف على المذهب أن ذلك لا يجوز ، قال الامام : (فان قيل :) قد ذكرتم أن اللبن فى حكم جنس واحد لا اختلاط فيه ، فجوزوا بيع اللبن بالسمن بناء على أن اللبن جنس واحد (قلنا) هذا فيه بعض الغموض من طريق التعليل ، ولكنه متفق عليه ، وفى معناه بيع السمسم بالشيرج مع تجويز بيع السمسم بالسمسم ، وأقصى الممكن فيه أن اللبن اذا قوبل بالسمن فلا يمكن أن يجعل مخالفاً للسمن ، فانما يجانسه بما فيه من السمن لا بصورته وطعمه ، واذا اعتبرنا السمن انتظم منه أنه يبيع سمنا بسمن ومخيض ، فأما اللبن باللبن فيعتمد تجانس اللبن فى صفته الناجزة ، ولا ضرورة تحوج الى تقدير تفريق الأجزاء .

---

(٢) بياض بالأصل يحرر فى ولعل السقط : (الشيخ أبو حامد) (ش)

(قلت) : وهذا كما تقدم له فى بيع السمن بالشيرج ، ولو قال قائل : ما الضرورة الداعية الى تقدير تفريق الأجـزاء عند مقابلة اللبن بالسـمن ؟ والسمسم بالشيرج ؟ لأحوج الى جواب غير هذا .

(المسألة الثالثة) بيع اللبن بالمخيض ، وهو الردغ الذى استخرج منـه الزبد، جزم به الأصحاب لا يجوز لما تقدم من تعليل الشافعى ، والمصنف أفرده بالعلة التى ذكرها ، لأنه مستبعد أن يقال : ان المخيض متخذ من اللبن ، بل هو نفس اللبن نزع منه الزبد ، لاسيما على العلة التى ذكرها فى الزبد والسمن أنه مستخرج من اللبن ، وجمع بذلك بينه وبين الشيرج مع السمسم ، فان ذلك لا يصح أن يقال فى المخيض ، فلهذا أفرده ، وكذلك القاضى أبو الطيب صنع كما صنع المصنف ، وقال أيضاً : ولأنه لا يجوز بيع الكسب بالسمسم ، وان كان أبو اسحق فى بيع اللبن بالزبد لا يجعل للزبد الكامن فى اللبن حكما فيلزمه أن يجوز اللبن بالمخيض لانتفاء العلة التى ذكرها فى اللبن بالزبد ، فيرد عليه هنا كما ورد عليه فى اللبن بالسمن .

(المسألة الرابعة) بيعه بالشيرازى وهو [1] واللبأ والجبن ، والعلة فى الثلاثة ما ذكره المصنف ، وكذلك علل القاضى أبو الطيب وزاد هو وأبو حامد أن فى الجبن انفحة وملحاً فيكون بيع لبن وشىء بلبن ، وزاد أبو حامد أن النار قد أخذت منه ، وفى معناها بيع اللبن بالأقط . قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم : ولا خير فى لبن غنم بأقط غنم ، من قبل أن الأقط لبن معقود ، فاذا بعت اللبن بالأقط أجزت اللبن باللبن مجهولاً ومتفاضلا ، أو جمعتهما معاً ، فاذا اختلف اللبن والأقط فلا بأس ، وصرح به الأصـحاب كذلك ، وكذلك الطينح الذى يتخذ من اللبن ، لأن أجزاءه مفقودة ومخالطة غيره فلا يجوز بيعها بحليب ــ قاله أبو الطيب وفصل ابن الصباغ فقال : ان لم تنعقد أجزاؤه وانما سخن فانه يجوز بيع بعضه ببعض كالعسل المصفى بالسـمن أو النار الخفيفة وان طبخ حتى انعقدت أجزاؤه أو اختلط معه غيره لم يجز .

---

(١) بياض بالأصل نحرر (ش) قلت : وفى القاموس . والشيراز اللبن الرائب المستخرج ماؤه جمعه شواريز وشراريز وشآريز فيمن يقول : شيراز ، (المطيعى) .

ورأيت فى شرح الكفاية للصيمرى أنه يجوز بيع الحليب باللبأ متفاضلا يداً بيد ، والظاهر أن ذلك غلط فى النسخة ، وكذلك الأقط لا يجوز بيعه باللبن للعلة التى ذكرها وعلل القاضى الرويانى امتناع بيع اللبن باللبأ بأن أصله الكيل واللبأ المعمول للأكل لا يكال ، لأن النار عقدت أجزاءه فيؤدى الى التفاضل ، وعلل فى ذلك بالباقى بالجبن والمصل وشبههما ، وكذلك المصل لا يجوز بيعه باللبن للعلة المذكورة ، وفيه ملح أيضاً ، قاله أبو حامد وأبو الطيب والمحاملى ؛ والمصل ماء الأقط على المشهور ، عصارة الأقط حين يطبخ ويعصر ؛ وقيل : ماء اللبن النىء ،وقيل : المخيض ، وكذلك الكشك لهذه العلة ؛ وما فيه من الحشائش قاله أبو الطيب ، وهو قريب من الكشك الذى يعمل فى بلادنا ، فانه يدش القمح ويعجن باللبن الحامض أو غيره ويصير ذلك من قاعدة مد عجوة ، وقد وقع فى كلام الامام اطلاق الكشك بمعنى آخر ، شرحه ابن الرفعة بالقمح المهروش المزال عنه القشر فقط ، الذى يعمل منه طعام القمحية ، وليس ذلك المراد هنا ، وقد تقدم الكلام على ذلك ، وأنه لا يجوز بيع بعضه ببعض ، وعدم جواز الجبن باللبن ، نص عليه الشافعى فى باب بيع الآجال من الأم والأصحاب ، ومحله اذا كانا من جنس واحد .

فائدة قال الأصمعى : واللبن اللبأ مقصور مهموز .

(فرع) جزم ابن أبى هريرة فى التعليق بأن الرائب بالزبد جائز ، قال : لأن ما فيه تابع .

(فرع) بيع الحليب بالحليب أو بغيره من الألبان ، انما يجوز اذا لم يكن فى واحد منهما ماء ، قاله أبو الطيب وغيره قال الشافعى فى الأم : ولا خير فى الحليب بالمضروب ، لأن فى المضروب ماء ، فان كان يطرح فيه بالضرب فهذا معنى آخر فلا يجوز بيع الدوغ [1] بالحليب ، لأنه يؤدى الى تفاضل اللبنين وحملوا قول الشافعى على المخيض الذى طرح فيه ماء للضرب .

---

(١) الدوغ الذى نوع منه الاقسم . (المطيعى) .

(تنبيـه) بيع الشيء بما يتخذ منه يمتنع فى جميع المطعومات لا اختصاص له باللبن جائز فى الذهب والفضة كالمداخل والصـوابى المصبـوغة ؛ نقـل المحاملى هذا الأصل عن نصه فى الصرف ، والفرق بينهما أن الذهب والفضة اذا اتخذ منه مصوغ فان ذلك المتخذ لا يستحيل بالصياغة ، بل هو ذهب وفضة على ما كان عليه ، وما يتخذ من المطعومات يستحيل عن صفته ، فاذا بيع بأصله كيلا بكيل حصل التفاضل بالنسبة الى حالة الادخار .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما بيع ما يتخذ منه بعضه ببعض فانه ان باع السمن بالسمن جاز ، لانه لا يخالطه غيره ، قال الشافعى رحمـه الله : (والوزن فيـه احوط) وقال ابو اسحاق : يباع كيلا ، لأن أصله الكيل) .

(الشرح) يجوز بيع السمن بالسمن ، وممن جزم به ابن أبى هريرة والشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى والماوردى وابن الصـباغ والقاضى حسين والرافعى لما ذكره المصنف ، لأنه لا يدخر ولا يتأثر بالنار ، وأطلق كثيرون المسألة ، ولم يحكوا فيها خلافاً ، وحكى الماوردى وجهاً أن الجامد لا يباع بعضه ببعض . لأن أصله الكيل وهو متعذر فى هذه الحالة ، وهذا الوجه مردود مخالف لاطلاق الشافعى والأصحاب ، وصورة المسـألة فى السمن بالسمن من جنس واحد كسمن الغنم بسمن الغنم ، أما سـمن الغنم بسمن البقر فقد حكينا خلافاً فى كون الأسمان جنسا أو أجناساً فعلى الأول الحكم كذلك ، وعلى الثـانى يجـوز يداً بيـد ، وهو الذى أورده الصيمرى فى شرح الكفاية ، أى وان كان متفاضلا ، واذا بيع السمن بالسمن يباع وزناً على الصحيح ، ونص عليه الشافعى كما قاله المصنف . وقد صرح الشافعى رحمه الله فى باب الاجتهاد من كتاب الرسالة أن السمن والعسـل والزيت والسكر موزونات ، وقال أبو عبيد فى غريب الحديث : ان السمن عند أهل المدينة بالوزن واستدل هو والشافعى على ذلك بأثر نقلاه عن عمر رضى الله عنه .

(فـرع) قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم ، فى باب جماع السلف فى الوزن (لا بأس أن يسلف فى شيء وزناً ، وان كان يباع كيلا ، ولا فى شيء

يباع كيلا ، وان كان يباع وزناً اذا كان لا يتجافى فى المكيال مثل الزيت الذى هو ذائب ان كان يباع فى المدينة فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم ومن بعده وزناً فلا بأس أن يسلف فيه كيلا ، وان كان يباع كيلا فلا بأس أن يسلف فيه وزناً ، ومثل السمن والعسل وما أشبهه من الآدام ، فان قال قائل : فكيف كان يباع فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم قلنا : الله أعلم ، أما الذى أدركنا المتبايعين به عليه فأما ما قل منه فيباع كيلا ، والجملة الكبيرة تباع وزناً ، ودلالة الأخبار على مثل ما أدركنا الناس عليه ، قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه « لا آكل سمناً مادام السمن يباع بالأواقى » وتشبه الأواقى أن تكون كيلا) انتهى كلام الشافعى رضى الله عنه .

وفى قوله : وتشبه الأواقى أن تكون كيلا نظر ، وقد قال الشافعى فى الأم فى باب الآجال ما يمكن أن يتمسك بظاهره فى أن السمن مكيل ، فانه قال : ولا يجوز اللبن باللبن الا مثلا بمثل ، كيلا بكيل ، يداً بيد ، وتكلم فى أجناس الألبان وأحكامها .ثم قال بعد ذلك : والسمن مثل اللبن ، فظاهره أنه مثله فى جميع الأحكام المذكورة ، ومن جملتهـا الـكيل ، لكن تصريح الشافعى الذى تقدمت حكايته مقدم على هذا الظاهر ، ومبين أن ذلك غير عائد الى جميع ما تقدم فى كلام الشافعى والله أعلم .

وفصل القاضى حسين بين أن يكون ذائباً أو جامداً فان كان جامداً يباع وزناً ، وان كان ذائباً يباع كيلا ، وتبعه على ذلك صاحب التهذيب والرافعى ، وقال : انه توسط بين وجهين أطلقهما العراقيون ، فحكوا عن المنصـوص أنه يوزن ، وعن أبى اسحق أنه يكال ، واستحسـنه فى الشرح الصـغير ، والماوردى جزم فى الذائب بالكيل ، وحكى فى الجامد وجهين (أحدهما) لا يجوز بيع بعضه ببعض ، لأن أصله الكيل (والثانى) يجوز وزناً لأن الوزن أخصر والكيل فيه متعذر .

(فـــرع) قال الشافعى فى الأم ولا خير فى سمن غنم بزبد بحال لأن السمن من الزبد يقع متفاضلا أو مجهولا وهما مكيلان أو موزونان فى الحال التى يتبايعان ومن صنف واحد .

فائدة الأسمان أجناس مختلفة ، نص عليه الشافعى فى الأم فى تفريع الزيت من العسل ، وقد تقدم قول صاحب الرونق فى حكاية القولين فيها ، وقال الرويانى : ان سمن الغنم وسمن البقر يجب أن يكونا على قولين كالألبان ، والذى قاله الرويانى متعين لأنا اذا قلنا : الألبان جنس واحد لزمه أن تكون الأسمان كذلك ، للاتحاد فى الاسم والأصل ، وقد تقدم عن الذخائر أن السمن مخالف لسائر الأدهان ، فلا خلاف ، أى سواء قلنا : الأدهان جنس أو أجناس ؛ والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان باع الزبد بالزبد ففيه وجهان (احدهما) يجوز كما يجوز بيع السمن بالسمن واللبن باللبن (والثانى) لا يجوز لأن الزبد فيه لبن فيكون بيع لبن وزبد بلبن وزبد) .

(الشرح) جزم الشيخ أبو حامد والمحاملى بأنه لا يجوز بيع الزبد بالزبد لما ذكره المصنف فى تعليل ذلك ، ولأنهما أيضاً على غير حالة الادخار ، وجزم فى تعليق الطبرى عن ابن أبى هريرة بالجواز ، وأبو الطيب حكى الوجهين كما حكاهما المصنف والصيمرى وابن الصباغ والرافعى والقاضى حسين والامام حكاية عن الصيدلانى ، فأحد الوجهين الجواز ، قال الماوردى: وهو أصح عندى ، وبه قال ابن أبى هريرة كما تقدم عن تعليقه ، لأن ما فى الزبد من بقايا اللبن غير مقصود ، فكان كالنوى فى التمر وبيع الحليب بالحليب ، وقال الفورانى والرويانى : ان قول المنع حكاه القاضى أبو حامد المروروذى عن الشافعى .

والأكثرون انما حكوا ذلك وجهين ، والأصح عند الرافعى المنع ، لأن ما فيه من المخيض يمنع المماثلة ، وهو قريب مما علل به المصنف ، وشبه الامام ذلك ببيع الشهد بالشهد فان صفات السمن لائحة من الزبد كما العسل فى الشهد بخلاف اللبن باللبن ، فانه فى مدرك الجنس كالجنس الواحد (فان قلت :) الرغوة التى فى الزبد غير مقصودة (قلت :) وان لم تكن مقصودة الا أنها تؤثر فى التماثل والجنس متحد ، فيصير كبيع حنطة بحنطة

مشتملة على حبات من الشعير تؤثر فى الكيل ، فان ذلك باطل ، وان لم تكن الحبات من الشعير مقصودة لأجل اتحاد الجنس • والمراد بالزبد اذا كان من جنس واحد كزبد الغنم بزبد الغنم ، فلو اختلف الجنس جاز • قاله الصيمرى وغيره ، وما فى كل منهما من اللبن والرغوة غير مقصود ؛ والمماثلة غير واجبة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باع المخيض بالمخيض نظرت ــ فان لم يطرح فيه الماء ــ جاز ، لأنه بيع لبن بلبن ، وان طرح فيه ماء للضرب لم يجز لتفاضل الماءين وتفاضل اللبنين) •

(الشرح) تقدم فى كلام المصنف أن المخيض لبن نزع منه الزبد فلذلك لم يحتج الى تقييده بأن يكون منزوع الزبد ، فاذا كان زبده فيه لا يجوز بيعه ، فلا يباع بمثله ولا بزبد ولا سمن ، أما المنزوع الزبد وهو الدوغ ، فيباع بالزبد والسمن ، نص عليه الشافعى والأصحاب • وأما بيعه بمثله ؛ فان لم يكن فيه ماء جاز المماثلة ، جزم بذلك الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى وابن الصباغ والرافعى والقاضى حسين ، ومال المتولى الى المنع ، لأنه ليس على حالة الادخار ؛ ولا على حال كمال المنفعة • فليكن كبيع الدقيق بالدقيق ، فانه مجهول التساوى حالة الكمال • وان طرح فيه ماء للضرب وهو [1] لم يجز جزم به أبو الطيب والقاضى حسين وصاحب التتمة وقال : انه لا خلاف فيه ، كما ذكره المصنف وهو مقتضى كلام الرافعى ولا فرق فيما فيه ماء بين أن يباع بمثله أو بالخالص ، وممن صرح بذلك القاضى حسين •

واعلم أن الشافعى رضى الله عنه نص على أنه لا يجوز السلف فى المخيض • قال : لأنه لا يكون مخيضاً الا باخراج زبده • وزبده لا يخرج الا بالماء ولا يعرف المشترى كم فيه من الماء لخفاء الماء فى اللبن انتهى •

---

(١) بياض بالاصل لمجرد (ش) قلت : ولعل السقط (المشروب الذى نقصت حالة كماله) او (هو مجهول المقدار) •

وهذا الكلام من الشافعي يقتضى أنه لا يجوز بيع المخيض بالمخيض مطلقاً فان كان فى المخيض ما يتصور نزع الزبد منه بغير ماء صح كلام الأصحاب ولزم القول بجواز السلم فيه وكذلك أطلق الصيمرى أنه لا يجوز بيع المخيض بالمخيض لأجل الماء ، وكذلك قال الماوردى : انه لا يجوز بيع بعضه ببعض الا أن طريق اخراج الزبد بغير ماء فيجوز بيعه بمثله ، فينزل كلام المصنف على ذلك •

(فرع) قال أبو الطيب : وأما ما بعد ذلك من الألبان المعقودة فلا يجوز بيع بعضها ببعض ، لكون بعضه أشد انعقاداً من بعض ، ولمخالطة بعضه للملح والأنفحة •

(قلت) : ويجب حمل ذلك على ما اذا كان يؤثر فى كيله كما ستعرفه عن قرب •

(فرع) دخول الماء فى اللبن مانع لبيعه مطلقاً بجنسه وبغيره ، للجهل بالمقصود ، فان الماء فى اللبن غير مقصود ، ومقداره مجهول ، وممن نص على ذلك الصيمرى فى شرح الكفاية ، هكذا أطلقوه ، وينبغى أن يحمل ذلك على ما هو الغالب من الجهل بمقدار الخليط ، أما لو شاهد البائع والمشترى اللبن والماء وعلما مقدارهما ثم خلطهما وتبايعاً • فلا مانع من الصحة اذا كان البيع بنقد أو شبهه أما اذا كان البيع بلبن مثله أو خالص فينبغى أن يقال : ان كان الماء يسيراً بحيث لا يؤثر فى المكيال جاز ، لأن اللبن مكيل كما تقدم مثله فى الحنطة المشوبة بحبات يسيرة من الشعير اذا بيعت بمثلها •

وكذلك يقتضيه كلام ابن الصباغ ، فانه قيد المخالط من الماء والملح بكونه يؤثر فى كيله ، وعليه يحمل اطلاق غيره وان كان كثيراً • فان كان اللبنان جنساً واحداً امتنع لقاعدة مد عجوة • وان كانا جنسين فسأفرد لهما فرعا هنا قريباً ان شاء الله تعالى ، ولا اختصاص لهذا الكلام بالمخيض ، بل هو جار فى الحليب وغيره من أنواع اللبن ، والمصنف انما تكلم فيه الى المخيض لأنه الذى يخالطه الماء غالباً والله تعالى أعلم •

(فـــرع) لو باع المخيض بعد اخراج الزبد منه بالزبد أو السمن ، قال الشافعى فى المختصر : فلا بأس ، وممن نص عليه من الأصحاب نصر .

(فـــرع) لو باع لبن غنم بلبن بقر وفرعنا على الصـحيح فى أنهما جنسان جاز متماثلا ومتفاضلا بشرط التقابض ، فان كان أحدهما أو كلاهما مشوباً بالماء ، وكان الماء مجهول المقدار لم يصح للجهل بالمقصود ، وان كان معلوماً كما فرضته فيما تقدم ، فينبغى على قياس ما تقدم أن يقال : ان كان الماء يسيراً غير مقصود صح كبيع الحنطة بالشعير ، وفى كل منهما حبات من الآخر غير مقصودة ، ولا يعتبر بأثرها فى الكيل لاختلاف الجنس ، وان كان كثيراً بحيث يقصد (فان قلنا :) الماء مملوك ربوى لم يجز لقاعدة مد عجوة (وان قلنا :) مملوك غير ربوى تأتى فيـه الطريقـة التى ذكرها البغوى فى الخلول من التخريج على القولين فى الجمع بين مختلفى الحكم ، لأن اللبنين يشترط التقابض فيهما بخلاف الماءين (وان قلنا) الماء ليس بمملوك أصـلا ، فيأتى فيه ما مر فى مسألة الخلول ، فليطالع التنبيـه الذى هناك ، وكذلك يجوز أن يباع لبن الغنم بزبد البقر ، وزبد الغنم بسمن البقر ، وسمن الغنم بسمن البقر ، يداً بيد ، قاله الصيمرى ، وقد تقدم ذلك معرفا فى مواضعه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باع الجبن او الاقط او المصل او اللبأ بعضـه ببعض لم يجـز لأن اجزاءها منعقدة ، ويختلف انعقادها ، ولأن فيها ما يخالطه الملح والأنفحة ، وذلك يمنع التماثل) .

(الشرح) الأحكام المذكورة جزم بها الشيخ أبو حامد رأس العراقيين والقاضى حسين رأس المراوزة وغيرهما ، والثلاثة الأولى جزم بها المحاملى والرافعى والقاضى حسين والبغوى ، وعلة انعقـاد أجزائه بالنـار شـاملة لجميعها ، واللبأ وغيره ، وكذلك علة مخالطتها لغيرها ففى الجبن الأنفحة ، وفى الأقط الملح ، وفى المصـل الدقيق ، وأما اللبأ فليس الا التأثر بالنـار ، وكذلك حكى الامام عن شيخه أنه ذكر أن أثر النار قريب ، وهو مشـبه بالسكر فى المعقودات ، وكذلك قال الرافعى : ان فى بيع اللبأ باللبأ وجهين كما

فى السكر بالسكر ، وما ذكره الامام فى تفسير اللبأ يحتاج الى قيد آخر ، وهو أن يكون محلوباً عقيب الولادة بحسب ما نعرفه فى بلادنا ، ولعل ذلك مراد الامام من قوله : أول الحلبيـة من الدرة الأولى ، ونقل العجلى عن صاحب المعتمد أنه قال : لو دق المصل حتى أمكن كيله يجب أن يجوز بيع بعضـه ببعض وباللبن ، ولعل مراده بالمصل مالا دقيق فيه ، أما اذا فرض فيه الدقيق فيمتنع ولا يتجه فيه الجواب والله أعلم .

وفى البحر أن بيع المصل بالمصل انما لا يجوز لأنه لا يمكن كيلها ، فان دقا جميعا حتى أمكن الكيل يجب أن يجوز بيع بعضه ببعض وبيعه باللبن أيضاً ، قال : وهذا عندى اذا لم يخالطه ملح ، فان خالطه ملح فلا يجوز على ما ذكرنا بلا خلاف ، وادعى الامام الاتفاق على امتناع بيع الجبن بالجبن ، وقال الماوردى : ان الجبن بالجبن لا يجوز ، واختلف أصـحابنا فى العـلة المانعة فقال ابن سريج : لأن أصله الكيل وهو متعذر ، وقال غيره : لأن فيه الأنفحة يجمد بها تمنع من التماثل ، فعلى هذا لو دق الجبن حتى صار فتيتاً وصار ناعماً جاز بيع بعضه ببعض ، على قول ابن سريج ، لامكان كيله ، ولم يجز على قول غيره لبقاء الأنفحة فيه والله أعلم .

قال الامام : وأجمع الأصحاب على منع بيع الأقط بالأقط ، وذلك أنه ان كان مختلطاً بملح كثير يظهر له مقدار ، التحق ببيع المختلط ، وان لم يكن فيه ملح فهو معروض على النار ، وللنار فيه تأثير عظيم . فيلتحق الـكلام فيه بالمنعقد . ولم يفصلوا بين أن يـكون عقده بالنار أو الشمس الحاميـة (قلت :) اذا كان عقده بالشمس الحامية ولا ملح فيه فقد تقدم عن الامام فى العسل اذا شمس كذلك بشمس الحجاز . وبحث وقال : ان النار تؤثر تأثيراً مستويا ، فهلا قال ذلك هنا ، وجوز على مسـافة بيع بعضـه ببعض كالعسل ، الا أن يقول : ان الكلام هنا فى المنعقد ، ولا فرق فى سـببه بين النار والشمس اذا وجد الانعقاد والكلام هنا فى التصفية بدون الانعقاد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واما بيع نوع منه بنوع آخر ؛ فانه ينظر فيـه فان باع الزبد بالسـمن

لم يجز ، لأن السمن مستخرج من الزبد ، فلا يجوز بيعه بما استخرج منه ، كالشيرج بالسمسم وان باع المخيض بالسمن فالمنصوص انه يجوز ، لأنه ليس فى احدهما شىء من الآخر . قال شيخنا القاضى ابو الطيب الطبرى رحمه الله : هما كالجنسين ، فيجوز بيع احدهما بالآخر متفاضلا بلا خلاف ، وان باع الزبد بالمخيض فالمنصوص انه يجوز ، وقال ابو اسحق : لا يجوز ، لأن فى الزبد شيئاً من المخيض ، فيكون بيع زبد ومخيض بمخيض وهذا لا يصح ، لأن الذى فيه من المخيض لا يظهر الا بالتصفية والنار ، فلم يكن له حكم ، وماسوى ذلك لا يجوز بيع نوع منه بنوع آخر ، لانه يؤدى الى التفاضل) .

(الشرح) فيه مسائل (احداها) بيع الزبد بالسمن ، قال الشافعى فى المختصر : (ولا خير فى سمن غنم بزبد غنم) واتفق الأصحاب على ذلك : الصيمرى والشيخ أبو حامد وأبو الطيب والمحاملى وابن الصباغ والماوردى والرافعى وغيرهم ، لما ذكره المصنف ، ولتحقق المفاضلة ، بسبب ما فيه من اللبن ، هكذا علله الرافعى ، ولك أن تقول : قد تقدم أن السمن قليل فاذا كان اللبن المختلط بالزبد يسيراً بحيث لا يؤثر فى المكيال أشبه التراب المختلط بالحنطة ، فينبغى أن يجوز على هذه العلة .

(وأما) العلة الأولى التى ذكرها المصنف فان السمن حاصل فى الزبد بالقصد حصول الدقيق فى الحنطة (وأما) الشيرج فكامن فى السمسم لا ظاهر ، ولذلك يجوز بيع السمسم بالسمسم ، فلا يصح أن يقال : ان السمن مستخرج من الزبد الا أن يقال : ان ذلك من باب الأولى [1] بما هو كامن فيه فلأن يمتنع بما هو ظاهر فيه أولى ، وهو صحيح .

(المسألة الثانية) السمن بالمخيض جزم الشيخ أبو حامد ، ونصر المقدسى والمحاملى والماوردى وابن الصباغ والقاضى حسين بالجواز كما نقله المصنف عن النص ، ونقله أبو الطيب عن كتاب الصرف والاملاء ، وعن المزنى هنا ، وقد رأيته فى الصرف فى بيع الضمان ، ونقله المحاملى عن المختصر ، وما أظن فيه خلافاً ، وما نقله المصنف عن أبى الطيب لم أره فى تعليقه ، وهو زيادة على الحكم المنقول عن النص ، فانه أطلق الجواز فيحتمل أن يكون المراد متفاضلا ، كما قال القاضى أبو الطيب ، وكذلك ابن الصباغ وصاحب

---

(١) بياض بالأصل فحرر (ص) ويمكن ان يكون السقط (لاحتفاظه) المطيعى

التهذيب ويحتمل أن يراعى شرط التماثل وهو بعيد • قال ابن الصباغ (فان قيل :) أليس قلتم : يجوز بيع الشيرج بالكسب وهما بمنزلة الجنسين (قلنا :) الكسب لا ينفرد عن الشيرج ، ولابد أن يبقى معه شيء بخلاف اللبن فان المخيض لا يبقى فيه سمن ذكره مع السمن فى باب بيع الآجال وادعى الامام اتفاق الأئمة عليه •

(المسألة الثالثة) الزبد بالمخيض ، والمنصوص للشافعى أنه يجوز ، وقال أبو اسحق والشيخ أبو حامد : لا يجوز لما ذكره المصنف ، فاما أبو اسحق فانه بناه على تعليله السابق ، والشيخ أبو حامد لم يوافقه على ذلك التعليل ، فكيف وافقه على هذا الحكم هنا ، وفى البحر أن أبا حامد قال : أجاب الشافعى بهذا ظنا منه أن لا لبن فى الزبد ، وليس كما ظن فان الزبد لا ينفك من اللبن ، فلا يجوز وهذا قياس المذهب ، قال : وأجاب أصحابنا بأن الشافعى انما قال ذلك اذا لم يكن فيه اللبن ظاهراً ، وذلك القدر يسير لا يتبين الا بالنار والتصفية ، فلا حكم له ، وقال القفال : المذهب ما نص عليه ، لأن المقصود من الزبد السمن ، والمخيض ليس من جنس السمن اذا كان منزوع الزبد ، فهما جنسان مختلفان ، وهكذا ذكر القاضى الطبرى ، فيجوز متفاضلا انتهى كلام الرويانى •

وقال الرويانى أيضاً : قال الشيخ أبو محمد الجوينى فى المنهاج : المخيض الذى فى الزبد قليل فلا حكم له لو باع حنطة لا شعير فيها بحنطة فيها حبات شعير قليلة قال : وهذا خلاف ما ذكر القفال وهو الأصح وحكى أبو الطيب عن أبى اسحق الموافقة فى بيع السمن بالمخيض ، لأنه لا لبن فيه ، قال أبو الطيب : وهذا التعليل صحيح الا أن المذهب أنه يجوز البيع فى الزبد أيضاً لأنه لا حكم لذلك اذا كان لا يتبين الا بالتصفية بالنار •

(فرع) اذا بيع الزبد بالمخيض فهما جنسان حتى يجوز التفاضل بينهما كما قال أبو الطيب فى السمن بالمخيض ، ويدلك على ذلك ردهم على أبى اسحق ولو كان الزبد والمخيض جنساً واحداً لم يحتاجوا الى أن يغتفروه لقلته ، ولم يتجه لأبى اسحق ما قاله وليس ما قاله أبو الطيب مخالفة للنص ،

ولا للأصحاب ، بل زيادة بيـان على ما أجمـلوه ، وكذلك قول صـاحب التهذيب والله أعلم .

وقال صاحب التهذيب : يجوز بيع المخيض بالزبد كالسـمن ، وان كان فى الزبد قليل مخيض ، وفى المخيض قليل زبد ؛ لأن المقصودين مختلفان فى الجنس ، كبيع الحنطة بالشعير وفى أحدهما قليل قصل أو زوان (قلت) يعنى أن التماثل ليس شرطاً ، فالخلط ـ وان منع التماثل ـ فهو غير مقصود فلا يضر ، وقال امام الحـرمين : لا خلاف أن المخيض والسـمن جنسـان مختلفان لتباين الصفات ، واختلاف الاسم والغرض . فقد تبين أن ما قاله أبو الطيب لا خلاف فيه ، وكذلك نبه عليه صاحب الوافى فى شرح المهذب ، قال : قال شيخنا : لا خلاف فى أنه يجوز بيع السـمن بالمخيض متفاضلا . والقاضى أبو الطيب رحمه الله ذكر هذا اخباراً عن ذلك ، لا أنه مذهب له يخالف فيه غيره .

وقول المصنف رحمه الله : وما سوى ذلك الى آخره كذلك هو فى تعليق القاضى أبى الطيب ، وملخصه أنه لا يجوز فى هذا الفصل الا بيع السـمن بالمخيض ، والزبد بالمخيض ، خلافاً لأبى اسحق والشيخ أبى حامد ، ويدخل فيه مسائل صرح بها الشيخ أبو حامد والمحاملى والماوردى والقاضى حسين وهو أنه لا يجوز بيع شىء من الأقط والجبن والمصل واللبأ بالآخر ، قال المحاملى : ولا بالزبد ، ولا بالسـمن ، ولا بالمخيض . قال امام الحـرمين : والأصحاب لما جوزوا بيع المخيض بالزبد لم يفرقوا بين القليل والكثير ، واذا كثر الزبد فالرغوة قد تبلغ مبلغاً يطلب مثله فى جنس المخيض ، ولكن المرعى فى الباب أن ما يميز من الزبد فى الغالب تبدد ، ولا يعنى بجمعه ، وان كثر الزبد ، فهذا هو المعنى بقول الأصحاب : الرغوة غير مقصودة .

قال الامام : اذا امتنع بيع الأقط بالأقط امتنع بيعه بالمصل ، فانهما من المخيض لا يتفاوتان فى الصفات تفاوتا يختلف الجنس به ويمتنع بيع المخيض بالأقط والمصل كما يمتنع بيع العصير بالدبس ، وبيع الجبن بالأقط ممتنع ، قال الامام : قال العراقيون : الأقط والمخيض والمصل والجبن جنس واحـد

(أما) المخيض والأقط أو المصل فكما ذكروه (وأما) الجبن ففيه ما يجانس المخيض ، وهو كقول القائل : اللبن والأقط جنس واحد ، والوجه أن يقال فى اللبن جنس الأقط (قلت) وهذه المشاحة فى العبارة ومقصودهم ما ذكروه وأنه يمتنع بيع أحدهما بالآخر والله أعلم .

(فـــرع) بيع جبن الغنم بجبن البقر قال ابن الرفعة يشبه أن يكون فيه مثل الخلاف فى بيع خبز القمح بخبز الشعير (اذا قلنا :) الأدقة أجناس .

(فـــرع) اذا قلنا بأن الألبان جنس فباع سمن البقر بلبن الابل فيكون حكمه ، وليس فى لبن الابل ســمن يتمــيز بالمخض والعلاج : قال الامام : الظاهر أنا لا نجعل لبن الابل مشتملا على سمن تقديراً ، حتى يقال : هو بمثابة سمن البقر بلبن البقر ثم اذا كان كذلك فوراءه احتمال فى أن ســمن البقر هل يخالف جنس لبن الابل ؟ والتفريع على تجانس الألبان ؟ فالظاهر أنه خلافه ، فيجوز بيعه به متفاضلا والسبب فيه أنا حكمنا بتجانس الألبان لاجتماعها فى الاسم الخاص وقد زال هــذا المعنى ولم يقــدر فى لبن الابل سمناً ، والعلم عند الله تعالى .

(فـــرع) قال الامام : الأنفحة الوجه القطع بطهارتها لاجماع المسلمين على طهارة الجبن ، وهو فى الغالب لا يخلو عن الأنفحة . والذى اليه اشارة الأصحاب أن الانفحة جنس على حيالها ، مخالف للبن ، وكل ما يتخذ منه ، ولست أدرى أنها من المطعومات وحدها كالملح ؟ حتى تعتبر المماثلة فى بيع بعضها ببعض ؟ أم ليست من المطعومات ؟

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز بيع حيوان يؤكل لحمه بلحمه ، لما روى سعيد بن المسيب رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يباع حى بميت » وروى ابن عباس رضى الله عنه « ان جزوراً نحرت على عهد ابى بكر رضى الله عنه فجاء رجل بعناق فقال : اعطونى بها لحماً فقال ابو بكر : لا يصلح هذا » ولأنه جنس فيه الربا بيع باصله الذى فيه مثله فلم يجز ، كبيع الشيرج بالسمسم) .

(الشرح) حديث سعيد بن المسيب رواه أبو داود من طريق الزهرى عن سعيد كما ذكره المصنف ، ورواه مالك فى الموطأ والشافعى عنه فى المختصر والأم وأبو داود أيضاً من طريق زيد بن أسلم عن سعيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع اللحم بالحيوان » هذا لفظ الشافعى عن مالك وأبى داود عن القعنبى عن مالك ، وكذلك هو فى موطأ ابن وهب ، ورأيت فى موطأ القعنبى عن بيع الحيوان باللحم ، والمعنى واحد ، وكلا الحديثين أعنى روايتى الزهرى وزيد بن أسلم مرسل ولم يسنده واحد عن سعيد ، وقد روى من طرق أخر .

(منها) عن الحسن عن سمرة أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن أن تباع الشاة باللحم » رواه الحاكم فى المستدرك وقال : رواته عن آخرهم أئمة حفاظ ثقات ، وقد احتج البخارى بالحسن عن سمرة وله شاهد مرسل فى الموطأ . هذا كلام الحاكم ورواه البيهقى فى سننه الكبير وقال : هـذا اسناد صحيح ومن أثبت سماع الحسن عن سمرة عده موصولا ، ومن لم يثبته فهو مرسل جيد انضم الى مرسل سعيد ومن سيذكر .

(ومنها) عن سهل بن سعد قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان » رواه الدارقطنى وقال : تفرد به ابن مروان عن مالك بهذا الاسناد ولم يتابع عليه ، وصوابه فى الموطأ عن ابن المسيب مرسلا ، وذكره البيهقى أيضاً فى سننه الصـغير وحـكم بأن ذلك من غلط يزيد بن مروان ويزيد المذكور تكلم فيه يحيى بن معين ، وقال ابن عدى : وليس هذا بذلك المعروف .

(ومنها) عن ابن عمر رضى الله عنهـما أن النبى صلى الله عليـه وسلم « نهى عن بيع الحيوان باللحم » قال عبد الحق : خرجه البزار فى مسـنده من رواية ثابت بن زهير عن نافع ، وثابت رجل من أهل البصرة منكر الحديث لا يستقل به ، ذكره أبو حاتم الرازى (قلت :) وفى الأولين غنية عنه ، وأما سماع الحسن من سمرة فقد قال الترمذى : انه صحيح ، ونقل ذلك فى جامعه عن على بن المدينى وغيره عند حديثه فى النهى عن بيع الحيوان بالحيوان

السيئة ، وغيره من الأحاديث ، وقال فى بعض المواضع : وقد تكلم بعض أهل الحديث فى رواية الحسن عن سمرة ، وقالوا : انما تحدث عن صحيفة سمرة وقال الخطابى : والحسن عن سمرة مختلف فى اتصاله عند أهل الحديث ، وروى بسنده عن يحيى بن معين قال : الحسن عن سمرة صحيفة وقال فى باب الشفعة : وقال غير يحيى بن معين قال الحسن عن سمرة حديث العقبة حسب •

وعن البيهقى أن أكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن من سمرة من غير حديث العقبة • وقال ابن عبد البر : لا أعلم حديث النهى عن بيع الحيوان باللحم يتصل عن النبى صلى الله عليه وسلم من وجه ثابت ، وأحسن أسانيده مرسل سعيد بن المسيب ، وكأن ابن عبد البر لم يطلع على حديث سمرة هذا ، وكذلك ابن المنذر فانه قال : وأخذ الشافعى رحمه الله بحديث مرسل لا يثبت •

(**فان قلت**) قد روى الحسن عن سمرة حديث النهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ، ولم يقل به الشافعى ، فان كان يصحح سماع الحسن من سمرة فيلزمه القول بهما (قلت :) « النهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة » عارضه حديث عبد الله بن عمرو بن العاص « أنه كان يأخذ البعير بالبعير الى أجل » فلذلك لم يقل به الشافعى ، وهذا الحديث فى النهى عن بيع الحيوان باللحم لم يعارضه معارض ، بل عضده مراسيل وآثار ، وعمل أكثر أهل العلم ، ومع ثبوت حديث سمرة لا يحتاج الى تكلف تقدير التمسك بالمرسل ، ولكن الشافعى رضى الله عنه لما ذكر المرسل فى ذلك توجه اعتراض من الخصم بسبب ما اشتهر عن الشافعى أنه لا يحتج بالمرسل فلذلك تكلم الأصحاب فى ذلك فى هذا الموضع •

وملخص القول فى ذلك أنه لا خلاف فى مذهب الشافعى رحمه الله أن المرسل غير محتج به فى الجملة ، وابن عباس عن أبى بكر رواه الشافعى أيضاً فى المختصر ، وقال فى الأم : أنا ابن أبى يحيى عن صالح مولى التوأمة

عن ابن عباس عن أبى بكر الصديق رضى الله عنهما أنه « كره بيع الحيوان باللحم » نقلت ذلك من نسخة معتمدة من الأم بخط كاتب الوزير .

وروى الشافعى فى الأم فى باب بيع الآجال عن مسلم ، وهو ابن خالد عن ابن جريج عن القاسم بن أبى بزة [1] قال : « قدمت المدينة فوجدت جزوراً قد جزرت فجزئت أجزاء كل جزء منها بعناق فأردت أن أبتاع منها جزءاً فقال لى رجل من أهل المدينة : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع حى بميت فسألت عن ذلك الرجل فأخبرت عنه خيراً » السائل عن الرجل هو القاسم بن أبى بزة فيما أظن .

أما حكم المسألة فقول المصنف مفروض فى بيع الحيوان المأكول بجنسه كالبقر بلحم البقر ، والغنم بلحم الغنم ، وما أشبه ذلك ، ولا خلاف عندنا فى منعه نقداً ونسئاً للآثار المتقدمة ، وهو قول أبى بكر الصديق رضى الله عنه وأربعة من الفقهاء السبعة كما سيأتى ، ومذهب مالك والأوزاعى والليث بن سعد وأحمد ونقله الرويانى عن الثلاثة الباقين من الفقهاء السبعة أيضاً ، وهم سليمان بن يسار [2] وخارجة وعبيد الله بن عبد الله ، فان صح ذلك فالسبعة قائلون به ، وكذلك نقله العبدرى عن الفقهاء السبعة ، خلافا لأبى حنيفة وأبى يوسف مطلقا ولمحمد بن الحسن فى قوله : يجوز اذا كان اللحم أكثر من اللحم الذى فى الحيوان ، فيكون فاضل اللحم فى مقابلة الجلد والعظم ، والى مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله مال المزنى ، وأطلق جماعة من الأصحاب منهم القاضى أبو الطيب نسبة الخلاف اليه ، وكذلك الرويانى فى الحلية ، ونقله عن الماوردى وقال : انه القياس والاختيار ، وفى اختياره مخالفة لما عليه الأصحاب والشافعى رضى الله عنه ، وقال : ان الخبر محمول على التنزيه والارشاد ، وهذا مخالف لما حكيناه أنهم كانوا يعدون ذلك من تيسير الجاهلية .

---

(١) القاسم بن ابى بزة بزاى معجمة وهو الصواب حيث جاءت فى ش و ق بالراء المهملة وهو بفتح الباء المخزومى أبو عبد الله المكى مات بمكة سنة أربع وعشرين ومائة .

(٢) سليمان بن يسار مولى ميمونة أم المؤمنين رضى الله عنه المدنى أحد فقهاء المدينة السبعة وكان فى ش و ق . والطبعة الأولى من الوحيدة بشار بالموحدة والمعجمة المثلثة وهو خطأ وصوابه يسار بالمثناة التحتية والسين المهملة (ط) .

(فان قلت) اما أن يتمسكوا فى ذلك بحديث الحسن عن سمرة أو بمرسل سعيد بن المسيب ؛ فان تمسكتم بحديث سمرة فما روى عن سمرة فليس حجة عند الشافعى ، وان تمسكتم بالمرسل فكذلك الأثر عن أبى بكر (قلت :) أما حديث سمرة فى النهى عن بيع الحيوان بالحيوان فله معارض ، وهو حديث عبد الله بن عمرو مع ما فيه من الكلام ، وكون جماعة رووه موقوفا ، فلذلك لم يقل به الشافعى ، وحمله ان صح على النسيئة من الجانبين جمعا بينه وبين حديث عبد الله بن عمرو ، وأما النهى عن بيع الحيوان باللحم هنا فليس له معارض . بل له ما يعضده من المراسيل والآثار وقول أكثر أهل العلم ، وأما الاعتراض بأن المرسل ليس بحجة فقد روى ذلك عن الشافعى قوله فى المختصر . قال الشافعى رضى الله عنه فى المختصر : وكان القاسم وابن المسيب وعروة بن الزبير وأبو بكر ابن عبد الرحمن يحرمون بيع اللحم بالحيوان عاجلا وآجلا ، يعظمون ذلك ولا يرخصون فيه ، قال : وبهذا نأخذ كان اللحم مختلفا أو غير مختلف وارسال ابن المسيب عندنا حسن فهذا قول الشافعى فى المراسيل على الاطلاق .

وأما مراسيل سعيد بن المسيب فالمنقول عن الشافعى أنه كان فى القديم يحتج بها، فأما فى الأم فانه لم يقل بها ، ولكنه قال ما قال فى المختصر فى هذا الموضع : وارسال ابن المسيب عندنا حسن ، ونقل بعض الناس عنه أنه قال : تتبعتها فوجدتها مسندة . قال الخطيب البغدادى فى الكفاية : ومذهب كثير من الفقهاء بخلاف ذلك حتى قال محمد بن جرير الطبرى : ان التابعين بأسرهم أجمعوا على قبول المرسل ، ولم يأت عنهم انكاره ولا عن أحد من الأئمة بعدهم الى رأس المائتين فانه تعرض بأن الشافعى رضى الله عنه أول من أبى قبول المراسيل ، وقال أبو داود السجستانى قريبا من ذلك فى رسالته التى كتبها الى أهل الأمصار فى سبب كتابة السنن ، وأما المراسيل فقد كان يحتج بها العلماء فيما مضى مثل سفيان الثورى ومالك بن أنس والأوزاعى حتى جاء الشافعى فتكلم فيه وتابعه أحمد بن حنبل وغيره ، فيحتاج الى أن يذكر تحرير مذهب الشافعى فى ذلك فاعلم أن المشهور عن الشافعى رحمه الله عدم قبول المرسل ، وهو قول أكثر الأئمة من حفاظ الحديث ونقاد الأثر على

ما قاله الخطيب البغدادى ، بل كلهم مما يشير اليه كلام أبى عمر بن عبد البر فى التمهيد •

وممن وافق الشافعى على ذلك أحمد بن حنبل فى أحد قوليه وأبو زرعة الرازى وأبو حاتم وابنه عبد الرحمن ، وممن قال به مع الشافعى يحيى بن سعيد القطان ، ووفاته مقدمة على وفاة الشافعى ، وأما قول أبى بكر رضى الله عنه فقد أشار الشافعى الى وجه الاحتجاج به بقوله فى المختصر : ولا نعلم أن أحداً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم خالف فى ذلك أبا بكر ، وقال الشيخ أبو حامد : والظاهر اذا نحرت جزور وحضرها امام الوقت أن يكون هناك أناس كثيرون ، وقد قال هذا ولم ينكر عليه أحد ؛ فقد اعتضد هذا المرسل بحديث أسند من وجه ، وقول أبى بكر مع عدم مخالفة بقية الصحابة ، وفتيا أكثر أهل العلم ممن بعدهم ، فان مالكا رحمه الله روى فى الموطأ عن أبى الزناد وقال : كل من أدركت من الناس ينهون عن بيع الحيوان باللحم ، قال أبو الزناد : وكان ذلك يكتب فى عهود العمال فى زمان أبان بن عثمان وهشام بن اسماعيل ينهون عن ذلك ، وفى الموطأ عن سعيد ابن المسيب قال : كان ميسر أهل الجاهلية بيع اللحم بالشاة والشاتين •

وقال الشافعى رضى الله عنه فى المختصر فى هذا الموضع : وارسال ابن المسيب عندنا حسن • وقال الامام الجليل عبد الرحمن بن أبى حاتم فى كتاب المراسيل فى قول الشافعى رضى الله عنه : (ليس المنقطع بشىء ماعدا منقطع ابن المسيب فلا بأس أن يعتبر به) وكذلك الشيخ أبو حامد حمل قول الشافعى فى المختصر على ذلك ، وأنه يعتبر بها ، ولا تكون حجة • وقال الحافظ أبو بكر الخطيب فى كتاب الكفاية فى معرفة أصول الرواية ونقلته من خطه (واختلف الفقهاء من أصحاب الشافعى فى قوله هذا ، فمنهم من قال : أراد الشافعى به أن مرسل سعيد بن المسيب حجة ، وانما فعل ذلك لأن مراسيل سعيد تتبعت فوجدت كلها مسانيد عن الصحابة من جهة غيره ، ومنهم من قال : لا فرق بين مرسل سعيد ومرسل غيره من التابعين ، وانما رجح الشافعى والترجيح بالمرسل صحيح وان كان لا يجوز أن يحتج به على اثبات الحكم

قال الخطيب : وهذا هو الصحيح من القولين عندنا لأن فى مراسيل سعيد مالم يوجد مسنداً بحال من وجه يصح) .

(قلت) وهذا القول هو الصحيح كما قال الخطيب ، وانما يفعل الشافعى ذلك فى كتاب الرسالة ، وتلخيص ما قاله فيها أن المنقطع مختلف ، فمن شاهد أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم من التابعين فحدث حديثا منقطعاً عن النبى صلى الله عليه وسلم اعتبر عليه بامور ، أن يسنده غيره من الحفاظ المأمورين بمثل معنى ما روى ، أو موافقة مرسل غيره ، وهى أضعف من الأولى أو موافقة قول صحابى أو أقوام من أهل العلم يفتون بمثل معنى ماروى ، فاذا وجدت الدلائل لصحة حديثه بما وصفت أحببت أن يقبل مرسله ، ولا يستطيع أن يزعم أن الحجة تثبت به ثبوتها بالمتصل ، فاما من يعد من كبار التابعين الذين كثرت مشاهدتهم لبعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا أعلم واحداً منهم يقبل مرسله .

واعلم أن فى قول الشافعى : أحببت أن يقبل ، فيه اشكال ، لأنه لا تخيير فى اثبات الأحكام ، بل اما أن يظهر موجبها فيجب ، أو لا فيحرم ، فان كان المرسل اذا اقترن به شىء من ذلك حجة ، وجب العمل به ، وان لم يكن حجة حرم العمل به ، فيحتمل أن يكون مراده أنه لا تثبت الحجة به ثبوتها بالمتصل ، أى لا يكون مثل المتصل وان كانت الحجة به ثابتة ، وتظهر فائدة ذلك فيما اذا عارضه متصل ، فيقدم المتصل عليه ، ويحتمل أن يكون مراده أنه لا يجب العمل به لمجرد اقترانه بمرسل آخر ، أو قول صحابى ، أو فتيا أكثر أهل العلم ، ولا يرد معها ، ويطلب دليل آخر مجرد ، كما لو لم يرد أصلا ، بل يجب النظر فى ذلك وفيما يعارضه أو يوافقه من بقية الأدلة كالقياس وشبهه ، والعمل بما يترجح من الظن والله أعلم .

وقال الماوردى : انه حكى عن الشافعى أنه أخذ بمراسيل سعيد فى القديم ، وجعلها بانفرادها حجة ، لأنه لم يرسل حديثاً الا وجد مسنداً ، ولا يروى أخبار الآحاد ولا يحدث الا بما سمعه من جماعة أو عضده قول الصحابة أو رواه منتشراً عند الكافة ، أو وافقه فعل أهل العصر ، كونه انما أخذ عن أكابر

الصحابة ومراسيله سبرت فكانت مأخوذة عن أبى هريرة ومذهب الشافعى فى الجديد أن مرسل سعيد وغيره ليس بحجة •

(قلت) وهذه الأمور التى ذكرها الماوردى رحمه الله من كون سعيد لا يروى أخبار الآحاد ، ووجدت مراسيله كلها مسانيد ، فلا يحدث الا بما سمعه من جماعة ، أو معتضداً أو منتشراً أو موافقا فعل أهل العصر ، وكون مراسيله كلها عرف أنها عن أبى هريرة رضى الله عنه لا دليل على شىء من ذلك بل هى أمور ضعيفة لم يثبت شىء منها فلا يعرف ، بل قد روى سعيد فى الصحيح عن أبيه المسيب ، فالصحيح ما قاله الخطيب كما تقدم ، وهو الذى نسبه الماوردى الى الجديد ، ثم ذكر الماوردى أن المرجحات للمرسل التى اذا اعتضد به واحد منها صار هو مع الذى اعتضد به حجة على الجديد ، أحد سبعة أشياء : قياس ، أو قول صحابى ، أو فعل صحابى أو قول للاكثرين ، أو ينشر فى الناس من غير دافع له ، أو يعمل بى أهل العصر ، أو لا توجد دلالة سواه •

(قلت) وقد تقدم فى كلام الشافعى المنقول من الرسالة أربعة مرجحات (منها) موافقة قول صحابى أو أقوال من أهل العلم ، وهما فى كلام الماوردى (ومنها) اعضاده بمسند أو مرسل آخر ، وليسا فى كلام الماوردى ، فاذا جمعت بين الكلامين كانت المرجحات تسعة • ثم فى بعضها أو أكثرها مشاححة (منها) قول الماوردى : انه لا يوجد دليل سواه ، كأن المرسل اذا لم يكن فى نفسه دليلا ــ ولم يوجد دليل سواه ــ كانت المسألة لا دليل فيها أصلا ، ولا يجوز اثبات حكم بشىء لا يعتقده دليلا ، لأنا لم نجد غيره •

وان قيل : انه فى هذه الحالة دليل وفى غيرها ليس بدليل ، فيقول : انه فى غير هذه الحالة اذا كان هناك دليل غيره فاما أن يكون موافقاً أو مخالفا ، ان كان موافقاً فالحكم ثابت بلا اشكال ولا غرض فى اسناده الى المرسل مع ذلك الدليل وحده أو اليه مع المرسل ، وان كان مخالفا فاما أن يكون راجحاً عليه أو مرجوحا ، فان كان راجحاً قدم على المرسل مع القول بأنه حجة ، وان كان مرجوحا لم يقدم عليه ، وحينئذ ينبغى لمن يعمل به عند عدم الدليل

مطلقا أن يعمل به ههنا لرجحانه ؛ وهو يصير الى أن المرسل حجة والتفريع على خلافه ولا ينفع التعلل بأنه حجة ضعيفة فى أن يدفع بأدنى معارض وان كان مرجوحا ، لأن ذلك بحث جدلى لاطائل تحته (وأما) اعتضاده بمسند فاذا كان المسند صحيحاً كان العمل به لا بالمرسل (وأما) اعتضاده بمرسل آخر فاذا لم يكن المرسل حجة لم يفد اقترانه بما ليس بحجة ، وكذلك قول الصحابى وفعله وقول الأكثرين والانتشار .

(وأما) القياس فان كان قياسا صحيحاً فهو حجة فى نفسه غير مفتقر الى المرسل ، ولا يصير المرسل به حجة كما لو اقترن بالقياس الصحيح قياس فاسد ، وان كان ذلك القياس لا يجوز التمثيل به لو انفرد فقد انضم ما ليس بحجة ، وغاية ما يتخيل أن الشافعى لم يلاحظ فى ذلك الا قوة الظن ، فان المرسل يثير ظنا ضعيفا ، وليس كالقياس الفاسد وما لا يثير ظنا أصلا فاذا اقترن المرسل المثير للظن بأمر مقوم للظن جاز أن ينتهى الى حد يتمسك به ، ثم ذلك الحد ليس مما يضبط بعبارة شاملة بل هو موكول الى نظر المجتهد وههنا تتفاوت رتب العلماء وتفارق المجتهدين من سواهم من الجامدين على أمور كلية يطردونها فى كل ورد وصدر .

وانما جمد على ذلك أكثر المتأخرين لبعدهم عن التكيف بفهم نفس الشريعة، والتمييز بين مراتب الظنون ، وما يقتضى نفس الشارع فى اعتباره ، والغاية ، وهذه رتبة عزيزة سبق اليها المتقدمون ، ولو حاول محاول ضبط ما يحصل من اجتماع تلك الأمور بالموازنة بينه وبين الظن المستفاد من قياس صحيح واحد من أول درجات القياس ، أو خبر ــ لذلك قياساً ــ واه ، اعتبر ، وما نقص عنه المعنى لم يكن مبعداً لكنه ليس كمال المعنى المشار اليه بل هو غاية ما تحيط به العبارة لمن يبغى ضبط ذلك بقواعد كلية ، ويؤتى الله تعالى وراء ذلك لبعض عباده من الفهم ما يقصر عنه الوهم ، ومن جد وجد ، ومن ذاق اعتقد (ومن لم يجعل الله له نوراً فما له من نور) (١) .

واحتج الأصحاب من جهة القياس بأنه جنس فيه الربا بيع بأصله الذى فيه منه ، فلم يجز كما لو بيع الشيرج بالسمسم ، وكان الشيرج المفرد أقل من الذى

(١) الآية ٤٠ من سورة النور .

فى السمسم أو مثله ، فان الحنيفة سلموا امتناعه فى هذه الصورة ، وهـذا الاحتجاج انما يستمر فى بيع اللحم بحيوان من جنسه ، اذا فرعنا على أن اللحوم جنس واحد ، أما اذا فرعنا على الصحيح أنها أجناس ، وباعه بغـير جنسه ، فلا يستمر هذا الاحتجاج ، واحتجوا أيضاً بأن اللحم جنس فيه الربا ، وهو على غير حالة كمال الادخار ، فلم يجز بيعه بأصله الذى فيه منه ، أصله بيع الدقيق بالحنطة ، وليس الامتناع فيه لكون الدقيق الذى يحصل مـن الحنطة مجهول القدر ، بدليل أن الحنطة بالحنطة واحداهما أجود وأكثر دقيقاً من الأخرى جائز وان كان يؤدى فى الثانى الى عدم التساوى •

وهذا كله على ما قررناه أن المرسل يعتبر به ، فلا يكون حجة بمجرده ، وقد قال الرويانى : ان الشافعى قال فى كتاب الرهن الصغير من الأم : (وارسال ابن المسيب عندنا حجة) وقد نظرت فى كتاب الرهون الصغير من الأم فلم أجد ذلك صريحاً ، ولكن فيه ما يدل عليه دلالة قوية ، ويمكن تأويله بتعسف على القول الأول ، فانه ذكر حديث سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا يغلق [1] الرهن من صاحبه الذى له غنمه وعليـه غرمه » ثم ذكر من اعترض عليه فقال (كيف قبلتم عن ابن المسيب منقطعاً ولم تقبلوه عن غيره ؟ فأجاب فقال : قلنا : لا يحفظ أن ابن المسيب رواه منقطعاً الا وجدنا ما يدل على تسديده ولا أثره عن أحد فيما عرفنا عنه الا ثقة معروف فمن كان بمثل حاله قبلنا منقطعه ، ورأينا غيره يسمى المجهول ، ويسمى من يرغب عن الرواية عنه ، ويرسل عن النبى صلى الله عليه وسلم وعن بعض من لم يلق من أصحابه المستنكر الذى لا يوجد له شيء يسدده ففرقنا بينهم لافتراق أحاديثهم ، ولم نحاب أحداً ولكنا قلنا فى ذلك بالدلالة البينة على ما وصفنا من صحة روايته) ثم ذكر الشافعى رواية من جهة يحيى بن أبى أنيسة الى سعيد عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم بمثل ذلك • ثم قال الشافعى بعد ذلك : (فالسنة ثابتة عندنا ــ والله أعلم ــ بما قلنا ، وليس مع السنة حجة ولا

---

(١) فى الرهن الصغير من الام : اخبرنا محمد بن اسماعيل بن ابى فديك عن ابى ذئب عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا يغلق الرهن الرهن من صاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه » فليحرر •

(المطيعى)

فبها الا اتباعاً مع أنها أصح الأقاويل مبتدأ ومخرجاً) فهذا ما رأيته فى كتاب الرهن الصغير وهو قوى الدلالة على أن الحجة قائمة بذلك ، وتأويله ممكن على بعد وليس كما يتوهمه بعض الضعفاء من أنه تتبعها فوجدها مسندة ، فيكون الاحتجاج بالمسند ، فان ذلك توهم أن الاسناد حاصل عنده فى هذا المرسل بعينه ، وليس كذلك ، بل لما كان حال صاحبها أنه لا يروى الا مسنداً عن ثقة حمل هذا المرسل على ما عرف من عادته ، فيحتج به لذلك ، وأشار ابن الرفعة الى أن الرهن الصغير من القديم ، وان كان من كتب الأم ، وتعلق فى ذلك بأن الماوردى وغيره قالوا عند الكلام فى آجال الراهن وعتقه : انه من القديم قال : وكذلك نسب الماوردى هنا قبول رواية ابن المسيب الى القديم.

قال المزنى : اذا لم يثبت الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فالقياس عندى أنه جائز ، وذلك أنه اذا كان فصيلا بجزور قائمين جاز ، ولا يجوز مذبوحين ، لأنهما طعامان لا يحلان الا مثلا بمثل ، وهذا لحم وهذا حيوان ، فهما مختلفان فلا بأس به فى القياس ان كان فيه قول متقدم ممن يكون لقوله اختلاف الا أن يكون الحديث ثابتاً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فنأخذ به وندع القياس .

وقد مال المزنى هذا الكلام الى الجواز بشرطين (أحدهما) ألا يكون الحديث ثابتاً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (والثانى) أن يكون فيه قول متقدم ، يعنى ــ مخالف لأبى بكر ، وقد احتج المجوزون أيضاً بأنه لو كان فيها الربا لعسر كالدراهم مع الطعام جاز بلا خلاف ، فينبغى أن تكون مسألتنا وليس فى الحيوان ربا أجوز ، ويقاس ذلك على بيع اللحم بالثوب وبالجلد ، وبأنه لا اعتبار باللحم الذى فى الحيوان بدليل جواز بيع الحيوان بالحيون ، ولو اعتبر لما جاز ، ولكان لا يجوز بيعه بالدراهم أيضاً ، لأنه غير مذكى فيكون فى معنى الميتة ، فلما أجمعوا على جواز بيعه دل على عدم اعتباره .

وقول المزنى : بمن يكون لقوله اختلاف ، قال ابن داود : يكون معناه ممن يعد خلافه خلافاً حتى يثبت الاختلاف بقوله . والجواب عن الأول أن الحديث قد ثبت اعتماداً على تصحيح الحاكم والبيهقى ، وعن القياس على

الثوب أن الثوب والجلد كل منهما ليس بربوى ولا فيه ربوى ، والحيوان فيه ربوى وهو الملح والجلد ، فيشبه قشر الفستق يجوز بيعه بلب الفستق ، ولا يجوز بيع الفستق فى قشره بلبه ، وعن قولهم : ان اللحم فى الحيوان لا يعتبر أن ذلك اذا بيع بغير اللحم ، أما اذا بيع باللحم فانه يعتبر كالسمسم بالشيرج وذكر الأصحاب أسئلة يمكن أن نوردها من جهة الخصم وأجوبتها •

(منها) حمل النهى على الكراهة ، وأجاب عنه بأن أبا حنيفة رضى الله عنه لا يقول بالكراهة على أن النهى المطلق للتحريم •

(ومنها) لعل المراد بالحيوان الذى ذبح ولم يسلخ جلده ، وحينئذ لا يجوز بيعه باللحم ، وأجاب الشيخ أبو حامد بأنه لا ينطبق عليه اسم الحيوان •

(ومنها) على أثر أبى بكر رضى الله عنه حمل العناق على المذبوحة وقد تقدم جوابه •

٥١

(ومنها) حمله على أن الجزور كانت للمساكين ، فنحرت لتفرق عليهم فلا يجوز بيعها ،وأجابوا عنه بأنه خلاف الظاهر من قول ابن عباس ، فانه يقتضى تعليق الحكم على ذلك الوصف المذكور ، وعن قول أبى بكر : هذا لا يصلح، ولم يقل : لا يجوز بيع هذا اللحم ، ولو كانت من ابل الصدقة لم يخف أمرها على الناس ، وأنه لا يجوز بيعها ، وقد اعترض القاضى حسين على الخصم بأن المرسل عنده حجة ، وعندنا هل المرسل عنده حجة ؟ فقد اتفقنا على قبول هذا الحديث والعمل به •

(تنبيه) قول المصنف : بلحم ، ظاهره ليس بمراد ، وانما المراد بلحم مثله • فالمماثلة اما أن تكون مطلقا ، فيكون المراد بلحم حيوان من جنسه ، واما أن يكون المراد المماثلة فى الوصف الذى ذكره ، وهو كونه يؤكل ، فيكون المراد بلحم حيوان مأكول وهذا هو الظاهر من مراد المصنف ، فانه لم يذكر بعد ذلك الا بيعه بغير المأكول ، وحينئذ يندرج فى قول المصنف صورتان •

(احداهما) بيعه بحيوان يؤكل من جنسه ؛ وهو ممتنع بلا خلاف عندنا ، كلحم الجزور بجزور ، ولحم شاة بشاة ، وما أشبه ذلك .

(الصورة الثانية) بيعه بجنس آخر من الحيوانات المأكولة ، مثل لحم الجزور بالشاة (ان قلنا) اللحمان صنف واحد لم يجز قولا واحداً (وان قلنا :) أصناف فطريقان (احداهما) لا يجوز قولا واحداً ، والى ذلك ذهب صاحب الافصاح فيما حكاه الروياني ، وهي الصواب لما سنذكره (والثانية) فيها قولان حكاهما القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والفوراني والرافعي (أصحهما) لا يجوز لعموم السنة (والثاني) يجوز لعدم الربا فيه ، وقاسه الرافعي على بيع اللحم باللحم ، وذكر أن ذلك مذهب مالك وأحمد ، قال الروياني في البحر : وهو الصحيح ، وليس كما قال .

(تنبيـــه) قال صاحب الذخائر : ان هذا التفصيل لا يصح ، لأنه لا خلاف أن الحيوان أجناس ، وانما الخلاف فيه اذا صار لحماً لشمول اسم اللحـم للجميع ، واذا كان لحم وحيوان يختلف أصل الجنس فلا يجوز أن يقال : الجميع جنس واحد ، فيكون على قولين من غير تفصيل . والشيخ أبو حامد جزم بالجواز قال فيما علق عنه سـليم ، وينبغي أن يكون غير جائز ، لأن الاجماع الذي ذكرنا هو في هذا ، يعني أثر أبي بكر رضي الله عنه ، وسكوت الباقين والله أعلم بالصواب .

وهذا الذي قاله الشـيخ أبو حامـد متعين ، وهـو الذي جزم به في التهذيب ، وهو نص الشافعي صريحاً في الأم ، قال : ولا يباع اللحم بالحيوان على أي حال كان ، من صنفه أو من غير صنفه ، ولا ينبغي التردد في ذلك على أصل الشافعي فيه ، فان المرسل على أصل الشافعي لا يعمل به وحده ، وانما عمل به لاعتضاده بأثر أبي بكر رضي الله عنه ، وانما اعتضد به في بيع اللحم في المأكول من غير جنسه ، لكنا نعديه الى منعه بالحيوان من جنسـه بطريق الأولى ، فلا يحسن أن يخرج مورد الأثر الذي يقويه الاعتضاد .

(فـــرع) بيع اللحم بالسمك الحي فيـه وجهان في الحـاوي وغيره (أحدهما) لا يجوز ؛ لأنه بيع اللحم بالحيوان (قلت . وهو قول ابن أبي

هريرة) والثانى (يجوز ، لأن حى السمك فى حكم ميته) قلت : (فاذا كان فى حكم ميته فينبغى أن يكون فى حكم بيع اللحم باللحم) ان قلنا : انه من جنسه لم يجز،والا جاز ، والرويانى جعل الوجهين تفريعاً على قوله : السمك ليس من جنس اللحم (فان قلنا) من جنسه (والثانى) أنه يجوز لعدم الربا ، وقال الماوردى • فى جواز بيع الحيوان بالسمك وجهان من اختلاف أصحابنا فى السمك ، هل هو صنف من اللحم أولا ؟ •

(فرع) بيع الحيوان بالسمك يجوز ، لأنه لا يسمى لحما على الاطلاق ، قال الماوردى : فيه وجهان من اختلاف أصحابنا فى السمك هل هو صنف من اللحم أولا ؟ قال الرويانى • اختيار الماسرجسى (ان قلنا) السمك [1] وقال القاضى أبو الطيب • ان قلنا : من جنس سائر اللحوم لم يجز (وان قلنا) جنس آخر فقولان (قلت) ومرادهما بذلك والله أعلم السمك الميت ، فلو باع حيواناً بسمك حى فينبغى أن يبنى على الوجهين السابقين ان راعينا أن حى السمك فى حكم ميته فيكون كما لو باع حيواناً بلحم سمك ، فيجرى فيه الخلاف الذى حكاه أبو الطيب والماوردى ، وان جعلنا السمك الحى كالحيوان صار ذلك كبيع حيوان بحيوان ، وهو جائز ، وصورها الرافعى والقاضى حسين فى لحم السمك بالشاة وهو أبين ، فانه قد يتوقف اللحم على السمكة الكاملة ، وان كانت ميتة ، والأقرب اطلاقه عليه كالحيوان المذبوح ، وقال : ان الأصح البطلان •

قال القاضى حسين فى ذلك : (ان قلنا :) ان السمك يسمى لحما فان راعينا الخبر لم يجز ، وان راعينا المعنى يخرج على الوجهين ، يعنى فى اختلاف الجنس (وان قلنا :) السمك لا يسمى لحما جاز ، سواء راعينا الخبر أو المعنى ، وهذا ترتيب حسن ، اعنى ما سلكه القاضى حسين ، وحينئذ فان القول بالجواز قول ابن أبى هريرة ، قال : لأنه لا يطلق عليه لحم ، أى لا يدخل السمك فى اسم اللحم على ما تقدم ، والمراد بذلك والله أعلم ما قاله أبو الطيب ، وقال ابن الصباغ : ان باع لحما بسمكة حية أو لحم السمك

---

(١) بياض بالأصل نحرر . قلت وتحريره : فان قلنا من جنسه لم يجز . (المطيعى)

بحيوان حى (فان قلنا :) انه من جملة اللحوم كان كلحم غنم ببقر ، والا فقولان ، لوقوع اسم اللحم والحيوان عليه .

(فـــرع) بيع اللحم بالعظـــم جائز ، قاله الماوردى ، وكذلك اللبن بالحيوان قاله الماوردى ، وأيضا قال فى اللباب : وأورد الماوردى على نفسه بأن اللبن يسمى لحما ، روى أن نبيا شكا الى الله تعالى الضعف فأوحى اليه أن كل اللحم باللحم يعنى اللحم باللبن . وقال الشاعر :

يطعمها اللحم اذا عز الشجر والخيل فى اطعامها اللحم ضرر

يعنى أنه يطعمها اللبن عند عزة المرعى ، وأجاب بأن تسمية العرب اللبن لحما استعارة ومجاز ، لا حقيقـــة ، ألا ترى أنه يجـــوز بيع اللحـــم باللبن متفاضلا ؟ ولا يحنث باللبن اذا حلف على اللحم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وفى بيع اللحم بحيوان لا يؤكل قولان (احدهما) لا يجوز للخبر (والثانى) يجوز ، لأنه ليس فيه مثله فجاز بيعه به كاللحم بالثوب) .

(الشرح) القولان حكاهما الشيخ أبو حامـــد والقاضى أبو الطيب والماوردى وابن الصباغ والرافعى والقفال والفورانى ، وصرح المحاملى أنه منصوص عليهما ، وذكر الشيخ أبو حامد فيما علق عنه البندنيجى أن قـــول المنع منصوص عليه فى الصرف ، قال المحاملى فى المجموع : القياس الجواز ، وقال القفال فى شرح التلخيص : ان قول الجواز قاله الربيع ، وان قول المنع هو الصحيح ، وكذلك قال البغوى فى التهذيب : ان الأصح المنصوص فى أكثر الكتب لا يجوز لظاهر الخبر (قلت :) قوله : انه المنصوص فى أكثر الكتب يعنى كتب الشافعى وقد رأيت ذلك منصوصا فى الأم من بيع الآجال قال الشافعى رحمه الله : سواء كان يؤكل لحمه أو لا يؤكل . وقال الرافعى : أصحهما عند القفال المنع لظاهر الخبر وقال فى الشرح الصغير : رجح منهما المنع اشارة الى ترجيح القفال ، وهو الذى جـــزم به الصـــيمرى فى شرح الكفاية .

والقول الثانى مذهب مالك وأحمد ، وقال ابن أبى عصرون فى الانتصار، والجرجانى فى الشافى : انه أصح القولين ، أعنى الصحة ، وجزم به فى غيره من كتبه ، قال الشافعى رضى الله عنه فى البويطى فى باب حبل الحبلة : ولا بأس من أن يباع ما لا يؤكل لحمه من الأحياء باللحم الموضوع ، ثم قال فيه أيضا : وقد قيل : ولا يباع لحم بحيوان مما يؤكل ، ومما لا يؤكل ، دليل ترجيحه ، وبين القولين ما ذكره المصنف ، والظاهر أن مراده به الخبر الذى قدمته ، وفى الاستدلال به لذلك نظر ، لأن المتقدم خبر سعيد المرسل على أثر أبى بكر ، وتقدم أن الشافعى لا يحتج بالمرسل ، وانما احتج بذلك لاعتضاده بالأثر ، والذى عضده الأثر فيه انما هو فى بيع العناق بلحم الجزور وهما مما يؤكل لحمهما ، فتبقى دلالة المرسل على غير المأكول مجردة عما يعضدها ، ولا بعد فى أن يتمسك بدليل فى بعض مدلوله تعاضد ، مثل ذلك فى حديث عروة البارقى وشرائه الشاتين بدينار ، وبيعه احداهما بدينار ، وعمل به فى الحكم الموافق للقياس دون المخالف له لما كان مرسلا ، كما بين ذلك فى موضعه •

الا أنا نقول : ان الاعتضاد وان امتنع بالأثر فهو حاصل بأمور أخرى (منها) قول أكثر أهل العلم وانتشاره فى الناس من غير دافع والقياس الذى تقدم فى كلام الأصحاب ، فلهذا يصح التمسك بالخبر على ما تمهد أولا ، وان ورد عليه ما ذكرته هنالك ، فهو وارد على الاعتضاد بالأثر ، ولا يمكن التمسك فى ذلك بحديث سمرة ، ولو ثبت اتصاله وصحته لأنه انما ورد فى بيع الشاة باللحم والشاة مأكولة فليس فى لفظه عموم يدخل تحته الحيوان غير المأكول ، وقد يقال : ان أثر أبى بكر عضده فى منع بيعه بالمأكول وان كان من غير جنسه ، والمعنى الذى قد يتخيل فى ذلك من جهة الربا مندفع باختلاف الجنس ولم يظهر معنى آخر يعلل به فكان التمسك بعموم الخبر أولى •

وقال الشيخ أبو حامد : يكون المعنى فى ذلك أنه حى بميت ، وعلى هذا المعنى أيضا يتعدى الى غير المأكول ، لكن لا يظهر لهذا الوصف معنى مخيل وقال الشيخ أبو حامد فيما علق عنه البندنيجى : ان الأقيس الجواز وبالمنع جزم ابن سراقة فى العلتين ، وبما يتبع حمله •

وقال الماوردى : ان القول الأول قال به من أصحابنا من زعم أن دليل المسألة اتباع السنة (والثانى) قال به من أصحابنا من زعم أن دليل المسألة اتباع القياس .

(واعلم) أن تقدير هذا الأصل الذى أشار اليه الماوردى من المهمات فعليه تبتنى هذه المسألة وغيرها ، وبنى القاضى حسين على هذا الأصل الذى ذكره الماوردى الخلاف فى بيع الشاة بلحم البقر اذا قلنا : انها أجناس مختلفة وقد حكى الماوردى فيه طريقين لأصحابنا ولا ينبغى أن يفهم من قولنا : الأصل فيها اتباع القياس أن لا دليل فى المسألة غير القياس ، بل المراد أن الحكم المذكور هل هو معقول المعنى ؟ والخبر فيه على وفق القياس ؟ أو هو تعبد يستند فيه الى اتباع السنة فقط من غير ملاحظة معنى ؟ ومن فروع ذلك أنا ان جعلناه تعبداً امتنع قياس غيره عليه والا جاز ، ولا بد هنا من ملاحظة أصل آخر ، وهو أن النص العام اذا استنبط منه معنى يخصصه هل يجوز ؟ فان الخبر عام فى المأكول وغيره ، والمعنى المستنبط وهو ملاحظة الربا يقتضى تخصيصه بالمأكول وقد اشتهر فى ذلك خلاف فى المذهب وله نظائر (منها) لمس ذوات المحارم داخل فى عموم الآية والمعنى يقتضى اخراجه وسأذكر ذلك فى آخر الكلام ان شاء الله تعالى .

(فرع) لا يباع مالا يؤكل لحمه بالشاة المذبوحة والطير المذبوح لأنه فى حكم الغائب نص عليه فى البويطى ولا اختصاص له بذلك صرح الأصحاب بأنه لا يجوز بيع اللحم فى الجلد مطلقا قبل السلخ ولا الجلد أيضا ولو باع اللحم مع الجلد قال القاضى حسين فى باب بيع الثمار : الصحيح أنه لا يجوز ، قال : وبيع الأكارع يجوز لأن المقاطع معلومة وبيع رأسها ان كان متدليا بجلد رقيقة جاز ، وان كان هناك لحم كثير لم يجز ، لأن المقاطع غير معلومة .

(فرع) بيع السمك الحى بالسمك الحى ، هل يجوز أم لا ؟ (ان قلنا) يحل ابتلاع السمك حياً فى حال صغره فلا يجوز (وان قلنا :) لا يحل فيجوز كما يجوز بيع الغنم بالغنم ، قاله يعقوب بن عبد الرحمن بن أبى عصرون فى مجموعه .

(فـــرع) على القول الأول لا يجوز بيع لحم ببغل ولا بحمار ولا بعبد ، لا فرق فى ذلك بين العبـــد والبهيمة ، قاله أبو حامـــد وأبو الطيب والصيمرى وغيرهم •

(فـــرع) لو باع شحم الغنم بحوت حى لم يجز ، قاله الصيمرى وهو يوافق ما تقدم أن بيع اللحم بالحوت الحى لا يجوز ، وعند ابن أبى هريرة أن الشحم كاللحم على الأصح •

(فـــرع) فى بيع الشـــحم والألية والطحال والقلب والـــكبد والرئة بالحيوان وبيع السنام بالابل وجهان حكاهما الماوردى والرافعى (أحدهما) يجوز ، لأن النهى فى بيع اللحم بالحيوان (وأصحهما) عند الرافعى المنع ، لأنه فى معناه ، هكذا قال الرافعى ، وجزم صاحب التهذيب بالمنع فى الســـنام والألية ، ولم يذكر غيرهما ، قال الماوردى : وهما مخرجان من القولين فى أن أصل المسألة اتباع السنة أو القياس ، ففى الأول يجـــوز ، وعلى الثـــانى لا يجوز ، لأن الشحم وجميع هذه الأشياء فى الحيوان ، وعلى هذا الأصل الذى قاله الماوردى ينبغى أن يـــكون الصحيح جـــواز بيع هذه الأشـــياء بالحيوان . لأن الصحيح فى المسألة اتباع السنة فلذلك كان الأصح منع بيع اللحم بالحيوان غير المأكول ، فالجمع بين تصحيح المنع فى غير المأكول والمنع فى هذه الأشياء متضاد •

(قلت :) تصحيح امتنـــاع بيع اللحـــم بغير المأكول لا يدل على كون الصحيح من المدركين التعبد ، بل نقول : ان الحكم معقول المعنى ، ولكن فرق بين الحاق غير المنصوص عليه بالمنصوص ، وبين اخراج بعض المنصوص عليه ، فان الأول قياس محض يعتبر فيه وجود شرائط القياس لا غير وأما الثانى فهو تخصيص العموم بالقياس ، وقد تجد معنى مخيلا يمكن احالة الحكم عليه ، والقياس به لا ينهض فى القوة الى حيث يخص به العموم ، فان دلالة العموم على أفراده ظاهرة قوية لا تزال بما هو أقوى منها ، بخلاف اثبات الحكم فى محل مسكوت عنـــه لا معارض للمعنى فيه فبيع اللحم بغير المأكول تعارض فيه ظاهر العموم والمعنى المستنبط فتمسكنا بظاهر العموم•

وبيع الشحم ونحوه بالحيوان وجد فيه المعنى بدون معارض ، فلذلك أعمل المعنى فيه وليس تنصيص الشارع على اللحم نافياً لغيره لأن تعليق الحكم بالاسم لا يدل على نفيه عما عداه ، وقال : وعلى هذا الخلاف بيع الجلد بالحيوان ان لم يكن مدبوغا وان كان مدبوغا فلا منع ، وجزم الماوردى بجواز بيع اللحم بالجلد وأطلق ، وحكاه الرويانى عنه لأنه لا ربا فى الجلد ، ثم قال الرويانى : وقيل : فى غير المذبوح وجهان ، وقال غير الحاوى : انه يجوز بيعه بالعظم أيضا وجها واحداً .

وقال القاضى حسين : ان باع جلد المذبوح من الشاة أو الوبر منه بالشاة ان راعينا الخبر يجوز ، وان راعينا المعنى فوجهان (أحدهما) لا يجوز . لأنه مال ربا (والثانى) يجوز لأنه ليس بمأكول ، بدليل أنه يباح أكله .

(قلت :) هذا كلام عجيب (وقوله) (بدليل أنه يباح أكله) أعجب وقوله (فى الوبر) أعجب ، فان الجلد ان أمكن تمشية كونه ربويا ففرضه فى جلد يؤكل ، والوبر كيف يمكن تمشية ذلك فيه ، وقد تقدم اعتراض النووى على الرافعى ، واعتذارى عنه وذلك العذر لا يأتى ههنا والله أعلم .

قال القاضى : فأما اذا باع جلد المذكاة بالشاة ــ ان راعينا الخبر ــ يجوز وان راعينا المعنى فوجهان ، قال : وههنا أولى بأن لا يجوز ، بعد ذلك رأيت هذا الذى قلته فى تعليق القاضى حسين ، قال : ان راعينا الخبر لم يجز ، وان راعينا المعنى (فان قلنا :) السمك يسمى لحماً ، وأنه مع لحوم البرية صنف لم يجز والا جاز .

(فــرع) قال الرويانى : انه لو اشترى الحيوان بالرأس والكراع لم يجز بحال قاله الرويانى ، وهو مشكل ، لأنه اذا كانت الرأس والكراع من غير جنس اللحم كان بيعها بالحيوان كبيع الشحم بالحيوان وسائر الأجــزاء المتقدمة .

وقد حكى هو وغيره فيها وجهين ، فما وجه الجزم فى الرأس والكراع ؟ الا أن نقول : ان فيها لحماً فانه يؤيد ما قدمته من البحث هنا فليراجع .

ولو باع الألية بالمعز قال القاضى حسين : ان راعينا الخبر الصحيح فانه

يجوز وان راعينا المعنى فهو مثله وفيه وجه آخر لا يجوز (اذا قلنا) . الألية مع اللحم جنس واحد ، وان باع الألية بالضأن ان راعينا الخبر فالصحيح أنه يجوز ، وان راعينا المعنى لا يجوز ، قاله القاضي حسين : وان باع الألية بالألية واللحم فيصير من قاعدة مد عجوة ؛ قاله القاضي حسين •

(**قاعدة**) وهى التى وعدت بذكرها فى آخر الكلام ، قال الامام : الذى يجب التنبيه له فى مضمون هذا الباب وأمثاله أن من الأصول ما يستند الى الخبر أو الى ظاهر القرآن ، ولكن القياس يتطرق اليه من طريق الشريعة، فلا يمنع التصرف فى ظاهر القرآن والسنة بالأقيسة الجلية ، اذا كان التنزيل متسعاً لا ينبو نظر المنصف عنه ، والشرط فى ذلك أن يكون صدر القياس من غير الأصل الذى فيه ، وأورد [1] الظاهر ، فان لم يتجه قياس من غير مورد الظاهر لم يجز ازالة الظاهر بمعنى يستنبط منه يضمن تخصيصه وقصره على بعض المسميات فأما مالا يتطرق اليه معنى مستمر صائر الى السير ؛ فالأصل فيه التعلق بالظاهر وينزل منزلة الوصف ، ولكن قد يلوح مع هذا مقصود الشارع بجهة من الجهات ، فيتعين النظر اليه ، وهذا له أمثلة :

(منها) آية الملامسة ترد ونص الشافعى فى لمس المحارم من جهة أن التعليل لا جريان له فى الأحداث الناقضة ومالا يجرى القياس فى اثباته فلا يكاد يجرى فى نفيه ، فمال الشافعى رضى الله عنه الى اتباع اسم النساء ، وأصح قوليه أن الطهارة لا تنتقض ، لأن ذكر الملامسة المضافة الى النساء مع سياق الأحداث يشعر بلمس اللواتى يقصدن باللمس فان لم يتجه معنى صحيح دلت القرينة على التخصيص ، ومن هذا القبيل قوله صلى الله عليه وسلم « ليس للقاتل من الميراث شيء » فالحرمان لا سبيل فيه الى التعليل كما ذكرنا فى الخلاف ، واذا انسد مسلك التعليل اقتصى الحال التعلق باللفظ ، فردد الشافعى نصه فى القتل قصاصاً ، فوجه الحرمان التعلق بالظاهر مع حسم التعليل ، ووجه التوريث التطلع على مقصود الشارع ، وليس يخفى أن مقصوده مضادة غرض المستعجل •

---

(١) لعلها : مورد حتى يستقيم المعنى فتكون العبارة هكذا (والشرط فى ذلك ان يكون صدر القياس من غير الاصل الذى فيه مورد الظاهر ، فان لم يتجه قياس من مورد الظاهر الخ) (المطبعى)

والذى نحن فيه من بيع اللحم بالحيوان خارج عن هذا القانون ، فمن عمم تعلق بقول الشارع ، ومن فصل تشوف الى درك مقصوده ، وهو أن فى الحيوان لحما ، ومن تمسك بظاهر اللفظ نقل ترتب كلامه ؛ فيقرب بعض المراتب ويبعد بعضها ، فالقتل قصاصا أقرب قليلا ، والقتل حدا سيما اذا ثبت باقرار من عليه الحد بعيد ، ومن هذا القبيل منع بيع اللحم بالعبد ، ولو ادعى العلم فى أن هذا ليس مراد الشارع لم يكن بعيداً ، هذا آخر كلام الامام .

(فائدة) له فى بعض الألفاظ الحديث : « لا يباع حى بميت » الميت فى اللغة من فارقته الحياة فيشمل المذبوح ، وفى الشرع من مات حتف أنفه ولكنه لما قوبل بالحى تعين أن المراد به المعنى الأول ، وأيضا فان الميت لا يباع بحى ولا بغيره والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ويجوز بيع اللحم بجنسه اذا تناهى جفافه ، ونزع منه العظم ، لانه يدخر على هذه الصفة ، فجاز بيع بعضه ببعض كالتمر ، وهل يجوز بيع بعضه ببعض قبل نزع العظم ؟ فيه وجهان ، قال ابو سعيد الاصطخرى : يجوز كما يجوز بيع التمر بالتمر وفيه النوى . ومن أصحابنا من قال : لا يجوز كما لا يجوز بيع العسل الذى فيه شمع بعضه ببعض ، ويخالف النوى فى التمر فان فيه مصلحة له ، وليس فى ترك العظم فى اللحم مصلحة له) .

(الشرح) تقدم الكلام فى أنه لا يجوز بيع اللحم الطرى بالطرى ، وشرع المصنف الآن يذكر حكمه اذا جف وجواز بيعه جافا ، واشتراط التناهى فى الجفاف متفق عليه بين الشافعى والأصحاب . وفسر الشافعى رحمه الله فى الأم انتهاء جفافه بأن يملح ويسيل ماؤه ، قال : فذلك انتهاء جفوفه ، فاذا انتهى بيع رطل برطل وزنا بوزن يداً بيد من صنف ، وقد تقدم شىء من كلام الشافعى هذا ، وجواز بيع بعضه ببعض اذا نزع منه العظم لا خلاف فيه بين الأصحاب ، وممن نفى الخلاف فيه أبو الطيب والرويانى ، وفرقوا بينه وبين التمر اذا نزع منه النوى ، حيث لا يجوز على أحد الوجهين بأن التمر اذا نزع منه النوى يتجافى فى المكيال ، فلا يمكن اعتبار التماثل فيه

بخلاف اللحم فان اعتبار التماثل فيه اذا نزع منه العظم يكون أمكن ، وبأن بقاء النوى فى التمر من مصلحته وبقاء العظم فى اللحم مفسد ، لأنه يتغير بما فى العظم من المخ فلا يصل اليه الملح •

ثم ان كثيراً من الأصحاب أطلقوا الجواز فى ذلك ، واستثنى القاضى حسين والرافعى من ذلك أن يكون فى اللحمين أو أحدهما من الملح ما يظهر فى الوقت ، فانه يمنع من بيع بعضه ببعض ، قال القاضى حسين : ان كانا مملحين بالملح بأن ينثر عليهما الملح أو شىء من الكزبرة أو غيره فانه لا يجوز ، وان صب عليه ماء الملح فحينئذ يجوز • أما بيع بعضه ببعض غير منزوع العظم فالوجهان حكاهما الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى والماوردى وابن الصباغ والقاضى حسين والفورانى ونصر المقدسى وآخرون ، كما حكاهما المصنف وعزا القاضى أبو الطيب المنع الى أبى اسحق المروزى مع نقله الجواز عن الاصطخرى ، وزعم الرويانى أن القاضى الطبرى نسب الجواز الى أكثر الأصحاب ، ولم أجد ذلك فى تعليقه فليحمل ذلك على الوهم ، لأن أكثر الأصحاب على خلافه والله أعلم والتوجيه مذكور فى الكتاب •

قال القاضى حسين : بل بقاء العظم يزيده فساداً (والأصح) أنه لا يجوز، وممن صرح بتصحيحه الماوردى فى الحاوى ونصر المقدسى والرويانى وقالوا : انه المذهب ، والرافعى وقال : انه الأظهر عند الأكثرين وقال الامام : ان الذى أميل اليه مثل الأكثرين ، وخالف صاحب التهذيب فقال : ان الأصح انه يجوز على خلاف ما قال أبو اسحق ، ولا يرد على صاحب التهذيب جزم بأنه لا يجوز بيع التمر المنزوع بغير المنزوع ولا بمثله ، لأن له أن يقول : ان المنع هناك لخروجه بالنزع عن حالة الكمال ، واللحم المقدد كامل سواء نزع منه العظم أم لم ينزع ، وممن وافق صاحب التهذيب على تصحيح الجواز فى ذلك الجرجانى فى الشافى وقاسه على بيع التمر مع النوى ، وقد فرق بأن بقاء النوى من مصلحة التمر وليس بقاء العظم من مصلحة اللحم كذلك ، وهذا انما جره القول بالجواز (وأما) بيع الجاف بالطرى فقد تقدم أنه لا يجوز •

(فـــرع) اذا قلنا بالجواز اذا لم يكن منزوع العظم ؛ قال الرافعى : فيجوز بيع الفخذ بالجنب ، ولا نظـــر الى تفاوت أقدار العظـــام ، كتفاوت النوى ، وقال الامام : يجب أن يمتنع بيع العضو الذى يجىء منه مقـــدار صالح من اللحم بعضو لم يقطع من لحمه شىء ، فان العظم الباقى فى العضو لا يحتمل ، فان قل المقدار المقطوع بحيث لا يبالى به فلا بأس ، وجـــزم صاحب التهذيب بأنه لو استخرج العظم من أحدهما ثم بيع بما فيه العظم لا يجوز .

(فـــرع) ما ذكره من بيع اللحم باللحـــم شرطه أن لا يكون عليـــه جلد ، أما لو كان عليه جلد قال الماوردى : ان كان غليظا لا يؤكل معه منع من بيعه باللحم ، أى لأنه يصير من بيع لحم بلحم مع جهل المماثلة ، وان كان رقيقا يؤكل معه كجلود الحِدء والدجاج فوجهان كالعظم ، ولحوم الحيتان ، لا يجوز بيع الصنف الواحد منها بعضه ببعض طريا ، ولا نديا ولا مملوحا ، لأن الملح يمنع المماثلة ، ولكن يباع بعضـــه ببعض اذا بلغ غاية يبســـه غير مملوح ؛ فأما اذا اختلف جنسها فيجوز طريا ويابسا ومملوحا .

(فـــرع) قال الرويانى : وكذلك لا يجوز بيع الحوت بعضه ببعض طريا ولا نديا ولا مملحا ، ولكن يجوز اذا بلغ غاية يبسه غير مملح .

(فـــرع) لو ضم عظما من عضو آخر الى لحم وباعه بلحم آخر فيه عظم أو لا عظم فيه لا يجوز بلا خلاف ، قاله الرويانى فى البحر ، كما لو ضم النوى الى تمر وباع بتمر لا يجوز .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ولا يجوز بيع بيض الدجاج بدجاجة فى جوفها بيض لأنه جنس فيه ربا بيع بما فيه مثله ، فلم يجز كبيع اللحم بالحيوان) .

(الشرح) الحكم المذكور جزم به القاضى أبو الطيب وابن الصـــباغ والرويانى ونقلوه عن الأصحاب وقالوا : انه لا يجـــوز قولا واحداً ومن المعلوم أن ذلك مفرع على القول الجديد ، وأن الربا يجرى فى البيض ، قال

الماوردى : ان المسألة على قولين مخرجين من اختلاف قوليه فى الحمل ، هل يكون تبعاً أو يأخذ قسطاً من الثمن ؟ لأن البيض كالحمل (فان قيل) ان الحمل تبع جاز بيع الدجاجة التى فيها بيض بالبيض (وان قلنا) : ان الحمل يأخذ قسطاً من الثمن لم يجز لأن بيع البيض بالتبع لا يجوز على قوله الجديد، وقال الرويانى : علل والدى رحمه الله القول الأول بأنه كالمستهلك مادام فى جوفها ، وحكى صاحب التتمة أيضا وجهين ، لأن النهى ورد عن اللحم بالحيوان ، وليس هذا داخلا فيه ، قال : ويخالف اللبن لأن اللبن يمكن حلبه فى الحال ، والبيض لا يمكن ، فلا يقابله بالعوض كالحمل فى البطن على أحد القولين ، فوافق الماوردى فيما ذكره الا فى تعبيره عن الخلاف بالوجهين وسوى الرافعى بين بيع البيض بالدجاج وبيع اللبن بالشاة وبيع البيض بالدجاج الخالى عن البيض جائز ، وبياض البيض وصفاره جنس واحد ، لا يجوز بيع بعضه ببعض قاله الرويانى •

وقول المصنف : بيض الدجاج تنبيه على أن البيض جائز ، وهو الذى قاله الصيمرى وجعله كالألبان ، لأنه يفارق بائضه حيا ، وقد قال الرافعى : بيض الطيور أجناس ان جعلنا اللحوم أجناساً ، وان جعلناها جنسا واحداً فهى أجناس أيضا فى أصح الوجهين وحكى الماوردى أيضا الخلاف كذلك وجزم بأن بيض الطير ليس صنفا من لحمه ، وحكى الوجهين فى أن بيض السمك هل هو نوع من لحم السمك ؟ لأنه يؤكل معه حيا وميتا ، وقد تقدم ذلك عند الكلام فى أن اللحوم جنس أو أجناس •

وتقييد المصنف بقوله فى جوفها بيض يفهم أنه اذا لم يكن فى جوفها بيض يجوز بيعها ببيض الدجاج ، وهو كقولك : بيع الشاة التى لا لبن فيها باللبن ، وكذلك أطلق الرافعى رحمه الله أن بيع البيض بالدجاجة كبيع اللبن بالشاة ، فيفهم من جميع تلك التفاصيل من غير حاجة الى اعادة مثلها ، وكذلك جزم صاحب التهذيب وصاحب التتمة بجواز بيع البيضة بالدجاج الذى ليس فى جوفه بيض ، قال صاحب التهذيب : لأن البيضة لم تكن حية فارقها ، وقصد بذلك الفرق بينها وبين اللحم حيث يمتنع بيعه بالحيوان •

(فرع) نختم بها باب الربا • الهليلج والبليلج والاملج والسقمونيا

وسائر الأدوية ربوية بلا خلاف على المذهب لأنها مطعوم مكيل أو موزون وطعمها لرد الصحة ، كما أن طعم غيرها لحفظ الصحة وفى التتمة حكاية وجه فى السقمونيا وكل ما يهلك كثيره ويستعمل قليله والطين الأرمنى ربوى على الصحيح خلافا لابن كج ، والخراسانى ليس ربويا خلافا للشيخ أبى محمد ، نقله عنه الرافعى ، وحكم السيرافى حكم الخراسانى ، قاله المحاملى ، والطفل المصرى ليس بربوى ، قاله نصر وغيره .

(فـــرع) قال القاضى أبو الطيب فى الجواب عن اعتراض المالكية ، وقولهم : ان كل شىء له طعم ، قال : انا لا نعتبر حاله ، وانما نعتبر ما يطعم غالبا . والاعتبار فى الطعم بما يعدله فى حال الاعتدال والرفاهية ، دون سنى الازم والمجاعة ، قاله فى مختصر النهاية .

(فـــرع) الربا يجرى فى دار الحرب جريانه فى دار الاسلام ، وبه قال مالك وأحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن ، وعن أبى حنيفة أن الربا فى دار الحرب انما يجرى بين المسلمين المهـاجرين ، فأما بين الحـربيين وبين مسلمين لم يهاجروا أو أحدهما فلا ربا ، وقال : ان الذميين اذا تعاقدا عقـد الربا فى دار الاسلام فسخ عليهما ، فالاعتبار عنده بالدار وعندنا الاعتبـار بالعاقد ، فاذا أربى الذى فى بلاد الاسلام مع الذمى لم يفسـخ ، كذا قال القفال فى شرح التلخيص ، قال : وهـكذا سـائر البيـاعات الفاسـدة والله أعلم .

واحتج أبو حنيفة رضى الله عنه بحديث مكحول أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا ربا بين مسلم وحربى فى دار الحرب » وبأن أموال أهـل الحرب مباحة للمسلم بغير عقد ، فالعقد أولى ، ودليلنا عموم الأدلة المحرمة للربا ، فلأن كل ما كان حراما فى دار الاسلام كان حـراما فى دار الشرك ، كسائر الفواحش والمعاصى ، ولأنه عقد فاسد فلا تستباح به العقود عليـه كالنكاح .

(قلت) وهذا الاستدلال ان كان أبو حنيفة يوافق على فساده فى دار الحرب فلا دليل عنده وأما حديث مكحول فمرسل ان صح الاسـناد الى

مكحول ، ثم هو محتمل لأن يكون نهيا فيكون المقصود به تحريم الربا بين المسلم والحربى كما بين المسلمين ، واعتضد هذا الاحتمال بالعمومات ، وأما استباحة أموالهم اذا دخل اليهم بأمان فممنوعة ، فكذا بعقد فاسد ، ولو فرض ارتفاع الأمان لم يصح الاستدلال لأن الحربى اذا دخل دار الاسلام يستباح ماله بغير عقد ولا يستباح بعقد فاسد ، ثم ليس كل ما استبيح بغير عقد استبيح بعقد فاسد ، كالفروج تستباح بالسبى ، ولا تستباح بالعقد الفاسد •

ومما استدلوا به على أنه لا ربا فى دار الحرب أن العباس بن عبدالمطلب كان مسلما قبل فتح مكة فان الحجاج [1] بن غلاط لما قدم مكة عند فتح خيبر واجتمع به فى القصة الطويلة المشهورة دل كلام العباس على أنه مسلم حينئذ، ثم ان النبى صلى الله عليه وسلم قال يوم الفتح : وأول ربا أضعه ربا العباس ابن عبد المطلب ، فدخل فى ذلك الربا الذى من بعد اسلامه الى فتح مكة ، فلو كان الربا الذى بين المسلم والحربى موضوعا لكان ربا العباس موضوعا يوم أسلم •

(والجواب) أن العباس كان له ربا فى الجاهلية من قبل اسلامه فيكفى حمل اللفظ عليه وليس ثم دليل على أنه بعد اسلامه استمر على الربا ولو سلم استمراره عليه لأنه قد لا يكون عالما بتحريمه ، فأراد النبى صلى الله عليه وسلم انشاء هذه القاعدة وتقريرها من يومئذ •

(فرع) جريان الربا فيما ليس بمقدر من المطعومات على القول الجديد اختلف أصحابنا هل ثبت الربا بعلة الأصل ؟ أو بعلة الاشتباه ؟ فمن متقدمى أصحابنا من قال : انما جعل الشافعى فيه الربا بعلة الاشتباه ، لأنه قال : وانما حرمنا غير ما سمى رسول الله صلى الله عليه وسلم من المأكول المكيل والموزون ، لأنه فى معنى ما سمى فجعل فى المكيل والموزون الربا بعد الأصل ، ثم قال بعد هذا : وما خرج من المكيل والموزون من المأكول والمشروب فقياسه على ما يؤكل ويكال أولى من قياسه على مالا يكال ولا يؤكل ، فجعله ملتحقا بالأصل من حيث الشبه ، وقال آخرون : بل بعلة الأصل وانما قال الشافعى ما احتج به الأولون ترجيحا للعلة •

---

(1) كذا بالأصل فحرر (ط) •

(قلت) وهذا الذى قاله الآخرون هو الحق وهو مراد الشافعى ان شاء الله تعالى ، ومقصوده بذلك بيان أن المأكول الموزون لا يقاس على الذهب والفضة بعلة الوزن ، بل يقاس على المأكول المكيل ، فيكون الوزن ليس بعلة ، وذلك ظاهر لمن تأمله من نصه المذكور فى باب الآجال فى الصرف، وقد صرح فى باب بيع الطعام بالطعام بأن فى معنى ما جاءت به السنة كل مكيل ومشروب بيع عدداً ، والله أعلم . وهذان القولان حكاهما الماوردى ، وقال الرويانى : قال الماسرجسى : قال بعض أصحابنا : ما رجع الشافعى رضى الله عنه عن علته فى القديم وانما ألحق المطعومات من المعدودات بها من طريق علية الشبه ، والمسألة على قول واحد ، فأفاد كلام الرويانى أن الأولين يقولون بعدم رجوع الشافعى عن علته فى القديم ، بل ألحق بها شيئا آخر والله أعلم .

وقد يعتضدون فى ذلك بما يقول الشافعى فى المختصر عقيب مذهب ابن المسيب ، وهذا صحيح ، والظاهر أن ذلك من الجديد لأن المزنى لم يذكر فى هذا الباب أن فيه شيئا من القديم وقول ابن المسيب يشترط الكيل والوزن وقال ابن داود فى شرح المختصر مجيبا عن ذلك أن الشافعى رضى الله عنه مادام يجد زيادة تقريب واجتماع فى المعانى بين الأصل والفرع ، قال بذلك وحيث عدم الكيل والوزن قال بعلة الطعم العام ان وجده فان لم يجده فى مثل الأدوية وغيرها قال بالطعم فى الجملة على هذا التدريج .

(قلت) وهذا كلام فاسد ، ولا يلزم عليه التعليل بعلل مختلفة لمن تأمله ، والله أعلم .

ونظيره ما قاله القاضى حسين أن المطعومات المكيلة مقيسة على الأربعة ثم نقيس المطعومات الموزونة على المطعومات المكيلة والموزونات ثم نقيس المطعومات النادرة على المطعومات العامة التى ليست بموزونة ولا مكيلة وانما رتبنا هذا الترتيب لأن الشىء انما يقاس بالشىء اذا كان بينهما مشابهة كثيرة أو مشابهة بأخص أوصافه اذ القياس تشبيه وتمثيل فنقيس المكيلات غير المنصوص عليها لأنها تشبهها فى جميع الوجوه ، ثم نقيس عليها الموزونات لأنها تشبهها فى أن كلا منهما مقدر شرعا ، وعلى هذا القياس .

(فان قلت :) وهذا الكلام الذى نقلتموه على القاضى حسين وغيره يقتضى جواز القياس على الأصل الثابت بالقياس ، منه المعنى الذى يثبت به ويقاس غيره عليه ، وهل يجوز أن يستنبط ؟ فهل يجوز ذلك وليس ذلك مما نحن فيه ؟ (قلت :) قال المصنف فى اللمع : انه لا خلاف أنه يجوز أن يستنبط منه معنى غير المعنى الذى قيس به على غيره ويقاس عليه غيره ، مثل قياس الأرز على البر بعلة الطعم ثم يستنبط من الأرز أنه لا ينقطع الماء عنه فيقاس عليه النيلوفر فيه وجهان (من أصحابنا) من قال : يجوز (ومنهم) من قال : لا يجوز ، وهو قول أبى الحسن الكرخى ، وقد بصرت فى التبصرة جواز ذلك ، والذى يصح عندى أنه لا يجوز ، هذا الذى قاله المصنف وهو الصواب .

وأطلق الامام أبو على عبد الله بن الخطيب المنع من غير تفصيل قال : لأن العلة التى يلحق بها الأصل القريب بالأصل البعيد ان كانت هى التى يلحق بها الفرع بالأصل القريب ، أمكن رد الفرع الى الأصل البعيد ، فيصير القريب لغواً ، وان كانت غيرها لزم تعليل الأصل القريب بعلتين (احداهما) عديمة الأثر ، وهى التى ليست موجودة فى الأصل البعيد ، ويمتنع التعليل سواء جوزنا التعليل بعلتين مستنبطتين أو لا ، وهذا الذى قاله صحيح فى القسم الثانى ، ويصلح أن يكون مقويا لما اختاره المصنف من الوجهين ، فأما القسم الأول فهو مثال ما نحن فيه ، وقد نقل المصنف أنه لا خلاف فيه ، وقول أبى عبد الله بن الخطيب : ان ذكر القريب يكون لغواً ممنوع ، بل ذلك لقوة التقارب بينهما الذى هو المقصود فى القياس ، فان ما بين المطعوم النادر الذى لا يكال ولا يوزن وبين المطعوم غالباً المكيل أو الموزون أبعد مما بينه وبين المطعوم العام الذى لا يكال ولا يوزن ، فكان الحاقه به أولى ، نعم ما قاله ابن الخطيب يقرر فى حق المناظر الذى يقصد دفع خصمه بأقرب الطرق ، وما قلناه أقرب الى طريقة المناظر الذى يقصد تحقيق الأشياء وتقريب المأخذ مما أمكن والله تعالى أعلم .

ثم ليس فى كلام الشافعى وابن داود الشارح له ما يقتضى ورود هذا السؤال عليه ، بل مقتضاه أنه ألحق القريب من المنصوص عليه به . ثم

ألحق البعيد بهما لا بالثابت بالقياس وحده . فان هذه العلل ليست منصوصة ولكنها مستنبطة ، والمستنبط لا يدعى العبور على العلة قطعا ، فالحاق المطعوم المكيل بالمنصوص عليه لاشك أنه أقوى وأشد شبها ، فيكون الظن الحاصل بثبوت الحكم فيه أتم والمطعوم غير المكيل قار فيه وصف يمكن أن يكون معتبراً وان كان قد ترجح خلافه ، فكذلك بعد ، نعم لو كانت العلة منصوصة لم يكن لهذا الترتيب معنى بل حيث وجدت العلة المنصوصة ألحق بالمحل المنصوص فيه ، والله عز وجل أعلم .

(فائـــدة) قال الروياني (قيل) حد ما يجرى فيه الربا كل ما يباح تناوله على الاطلاق على هيئة ما يقصد تناوله تغذيا أو ائتداما أو تفكها أو تداويا ، وانما اعتبرنا هذه الجهات الأربع لأنها تقصد لنفع البدن .

(فـــرع) ما يأكله بنو آدم والبهائم جميعا قال الماوردى : الواجب أن يعتبر أغلب حاليه ، فان كان الأغلب أكل الآدميين ففيه الربا كالشـعير ، وان كان الأغلب أكل البهائم فلا ، قال الروياني : كالرطبة ، وان استوت حالتاه فقد اختلف فيه أصحابنا على وجهين (الصحيح) أن فيه الربا ولا ربا فيما تأكله البهائم كالقرظ والنوى والحشيش .

(فـــرع) لا ربا فى الريحان والنيلوفر والنرجس والورد والبنفسج ، الا أن يذوب شيء منها بالسكر أو العسل ، ولا فى العود والصندل والكافور والمسك والعنبر ، ولا العصفر والحناء ، ولا فى القرطم عند الصيمرى ، ولا فى آس واذخر ، والخضروات التى تؤكل فى الربيع ، ويثبت الربا فى الأترج والليمون والنارنج واللبان والعلك والمصطكى وفيه وجه فى المجر [1] قال : وهو الأقيس ، واللوز والمر والحبة الخضراء والبلوط والقثاء وحب الحنظل والهليلج والبليلج ، قاله الصيمرى ، والدخن والجاورش والخردل والشونيز والشهرانج والبطم والزنجبيل المربى ، والسقمونيا ، وجه حكاه الروياني أنها ليست بربوية والطربون والجزر والثوم والبصل والدآه والهنسل ، وفى

---

(١) المجر بسكون الجيم شراء ما فى بطن الناقة او بيع الشيء بما فى بطنها وقيل هى المحاقلة وهو اسم من امجرت البيع امجارا . (المطيعى) .

السقمونيا ونحوه ، وفى ماء الورد والزعفران والقرطم وحب الكتاب والصمغ وبزر الجزر والبصل والفجل والسلجم والماء والأدهان المطيبة والبرد ودهن السمك وصغار السمك قاله ابن يونس والطين الذى يؤكل تفكهاً وهو الأرمنى •

وفى كلام الامام بعض ميل الى أن دهن السمك ربوى ، لأنه جزء من السمك مطعوم فيه ، واستشكل قول العراقيين أنه ليس بربوى مع قولهم : ان دهن البنفسج ربوى ، فلم ينظروا الى العادة فى انصرافه عن الطعم ، قال : وهذا غامض عليهم ، قال : والوجه عندنا تخريج هذا الفرع على الخلاف ، فانه متردد بين الأصل المأكول وبين الانصراف عن الأصل لغرض العادة ، قال الامام : ان منعنا بلع السمكة حية فليس السمك مال ربا ، وان جوزنا بلعها فقد تردد شيخى فيها ، قال الامام : والوجه القطع بأنه لا ربا فيها ، لأنها لا تعد لهذا ، وفرق صاحب التهذيب بين الصغار والكبار ، فان الصغار هى التى تبتلع ، فلذلك قصر ابن عبد السلام فى الغاية الخلاف عليها ، وجزم فى الكبار بأنها ليست بربوية ، وهو مفهوم كلام الامام •

وجزم صاحب التتمة فى السمك الصغير اذا جوزنا ابتلاعه وفى الجراد الحى بجريان الربا فيهما ، قال الرويانى : وكذلك جرادة بجرادة يعنى فيه وجهان ، قال : ورأيت فى الحاوى ما يدل على الوجهين فى السمك الكبار أيضا ، لأن حى السمك فى حكم ميته ، وفى الزعفران وجهان (أصحهما) كما رأيته فى الحاوى فى القرطم وحب الكتان أنه ربوى ، وكذلك فى البذور الأربعة وفى ماء الزنجبيل وجهان فى البحر ونقل فى البحر عن الحاوى أن الأصح لا ربا فى القرطم وحب الكتان وفى الزنجبيل ، قال فى البحر : وعندى الأصح فى حب الكتان جريان الربا لأنه يؤكل عادة وليست كالصمغ وقال فى البحر : الأظهر أن الصمغ ربوى •

قال الصيمرى : لا ربا فى دهن القرطم والقرع والبان والمحلب والآس ، لأن أصولها لا ربا فيها (قلت) : أما القرطم فقد تقدم عن الماوردى أن الأصح كونه ربوياً (وأما) القرع فانه مأكول ، فالذى ينبغى القطع بأنه

ربوى على الجديد وقد تقدم عده فى الربويات عند الكلام على بيع ما لا يدخر يابسه ، وقد جزم الصيمرى فى موضع آخر بأنه ليس بربوى صريحاً وهو مشكل ، وفى الطين الذى يؤكل تفكها تردد للشيخ أبى محمد ، وقال صاحب التقريب : دهن البنفسج ربوى ، وفى دهن الورد وجهان قال الامام : ولست أفهم الفرق بينهما قال ابن الرفعة : لعله لأن دهن البنفسج يترك ضنة بخلاف دهن الورد لا يترك للضنة ، وقد يقال : ان مراده بدهن البنفسج المعلوف الذى يطبق بالسمسم ويعصر ، وبدهن الورد الذى يلقى فيه الورد ويمتزج به ، والحق التسوية .

وقال ابن أبى الدم فى شرح الوسيط بعد أن نقل قول الامام : ولست أفهم الفرق بينهما ، قال : لا يتجه بينهما فرق الا بالنظر الى العادة ، فلعل العادة فى بعض الأقطار وعرف الناس فيه أن دهن البنفسج يؤكل ، أو يستصلحونه للأكل ثم يتركون أكله ضنة به ، فلهذا كان ربوياً عند صاحب التقريب ، والعادة فى دهن الورد مضطربة أو ليس مأكولا عند غالب الناس ، فلهذا تردد فيه ، قال ابن أبى الدم : وهذا الخلاف قريب من الخلاف المذكور فيما يحرم على المحرم من استعمال الطيب ، فانا ذكرنا خلافاً فى دهن البنفسج ودهن الورد ، ومنهم من رتب الخلاف وفرق بعادة الناس . قال : وذكر الامام وجهين فى اللبان ودهنه ، وقطع العراقيون بأن دهن اللبان ليس بربوى والظاهر ما قالوه .

(فرع) الوزن عندنا ليس بعلة للربا ، فيجوز عندنا بيع رطل حديد برطلين ، وثوب بثوبين ، ورطل نحاس برطلين ، وحيوان بحيوانين نقداً ونسئاً ، ولا يشترط أن يكون بينه وبين المسلم فيه وبين رأس السلم تفاوت على الصحيح من المذهب ، فيجوز أن يسلم ثوباً فى ثوب مثله ، قاله فى التهذيب .

(فرع) هل يحرم أكل الطين ؟ قال الرويانى : اختلف أصحابنا منهم من قال : يحرم الطين قليله وكثيره ، وهو اختيار مشايخ طبرستان ، الامام أبى عبد الله الحناطى ، وأبى على الزجاجى ، والامامين جدى ووالدى رحمهم الله ، واختاره القفال المروزى ، ومنهم من قال : لا يحرم ، ولكن يكره ، وهو

اختيار مشايخ خراسان ، وهذا اذا لم يضر لقلته ، فان كان كثيراً يضر فهو حرام وبه أفتى ، وسمعت الشيخ الحافظ البيهقى بنيسابور يقول : لم يصح نص عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى تحريم قليله ، وهذا هو الصحيح عندى . انتهى كلام الرويانى فى البحر .

وذكر الأولون حديثاً لم أستحسن نقله لنكارته ، ثم بدا لى أن أقوله وأنبه عليه قال : احتجوا بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « آكل الطين حرام على أمتى » وروى : « اذا أبغض الله عبداً ألهمه أكل الطين وتنف اللحية » .

فائدة أربع مسائل خلافية ترجع الى أصل واحد بيننا وبين أبى حنيفة بيع كف حنطة بكفى حنطة ، وسفرجلة بسفرجلتين ، والجص بالجص متفاضلا ، والحديد بالحديد متفاضلا ، والمسألتان الأوليان ممتنعتان عندنا جائزتان عنده ، والأخريان بالعكس وذلك أن العلة عنده فى النقدين قيم الوزن وفى الأربع الكيل ، فيتعدى الى كل موزون ومكيل ، وعندنا العلة فى النقدين كونهما قيم الأشياء غالباً ، فلا يتعدى الى غيرهما وفى الأربعة الباقية الكيل فتعدت الى المطعوم دون المكيل والله أعلم .

(فرع) الشعير فى سنبله لا يقدر ، فاذا فرعنا على القديم قال الامام : الوجه عندى منع بيع بعضه ببعض ، فانه من جنس ما يقدر ، ولا ينظر الى حاله هذه ، وليس كالجوز مادام صحيحا ، وهذا تفريعا على القديم ، وأما على الجديد ، فكل مطعوم وان كان لا يقدر يمتنع بيع بعضه ببعض عدداً ، وهل يجوز وزناً ؟ فيه وجهان (أحدهما) وهو ظاهر المذهب أنه لا يجوز ، وهذان الوجهان هما اللذان ذكرهما الشيخ فى التنبيه (الأصح) كما قال الامام : لا يجوز بيع بعضه ببعض ، فلو خيف ففيه خلاف مشهور ، وقد تقدم .

فوائد : قد تقدم عن الامام النووى رضى الله عنه أن الخلاف فى علة الربا على مذاهب ، ويرجع حاصل القول فى النقدين والأشياء الأربعة الى أن العلة فى تحريم ربا الفضل فى الأشياء الستة ما هو مقصود من كل صنف،

والأربعة مجتمعة فى مقصود الطعم على القول الجديد عندنا ، والنقدان مجتمعان فى جوهر النقدية وانما ذكرنا جوهر النقدية لأن التبر ليس نقداً فى عينه ، وكذلك الحلى والأوانى فان الربا جار فيها لنصه صلى الله عليه وسلم على الذهب والفضة ، وهو يعم المطبوع وغير المطبوع .

وعبارة القاضى حسين فى ذلك أحسن ، قال : لخصت منها عبارة جامعة للكل وهو أن العلة فى النقدين جوهر يطبع منه قيم الأشياء . قال صاحب التتمة : وقد قال طائفة من أصحابى : ان الذهب والفضة ليسا بمعللين ، والربا فيهما لعينهما ، لا لعلة فيهما ، وتعليل الشافعى رضى الله عنه بالثمنية اشارة الى هذا ، لأن الثمنية لا تعدوهما ، وقد تقدم أن الربا ثلاثة أقسام ، وزاد صاحب التتمة ربا رابعاً وهو كل قرض جر نفعاً .

(**فائدة**) تعلق من قال : ان العلة الوزن فى الموزون ، والكيل فى المكيل، بما روى عن أبى سعيد الخدرى وأبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم « استعمل رجلا على خيبر فجاءهم بتمر جنيب » فذكر الحديث الى أن قال : وقال فى الميزان مثل ذلك ، وفى رواية : وكذلك التمر ان قالوا : أراد الموزون (والجواب) أن المراد بذلك استواء الوزن فى الأشياء التى بين الربا فيها فى أحاديث أخر ، وورد فى رواية : « وكذلك كل ما يكال أو يوزن » بسند ضعيف قد تقدم الكلام ا هـ .

وروى الدارقطنى من حديث عبادة وأنس بن مالك أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ما وزن مثل بمثل اذا كان نوعا واحداً ، وما كيل فمثل ذلك فاذا اختلف النوعان فلا بأس به » ولكنه ضعيف ، قال الدارقطنى : لم يروه عن أبى بكر عن الربيع هكذا ، وهو ابن صبيح هكذا ، وخالفه جماعة فرووه عن الربيع عن ابن سيرين عن عبادة عن النبى صلى الله عليه وسلم بلفظ غير هذا اللفظ والربا بكسر الراء مقصور ، وعن القلعى أنه يفتح ويمد .

قال ابن الرفعة : الربا فى الشرع أخذ مال مخصوص بغير مال بازائه ، ولا تقرب الى الله سبحانه وتعالى ، ولا الى الخلق ، قال : فأخرجنا بخصوص ما ليس من أموال الربا بلا تقرب الى الله تعالى الصدقة ، والى الخلق الهدية

والهبة (قلت :) وهذا يرد عليه القمار ، بل هذا هو حد القمار ، فانهم ذكروا الفرق بين القمار وبين البيع أن القمار لا بدل فيه وانما الحد الصحيح للربا فى الشرع ما نقله الرويانى فى البحر ، وقد كتبته فى غير هذا • والجاورس ــ بالجيم ــ والسين المهملة الحب الذى يعصر مثل الدخن وهو خير من الدخن فى جميع أحواله ، هو ثلاثة أصناف وهو معرب كاورس ، حكى ذلك عن مجمع البحرين الفرغانى •

(فائـــدة) اشتهر عن مذهبنا التعليل بالعلة القاصرة ، ومن أمثلتها تعليل تحريم الربا فى النقدين بالنقدية ، وقال امام الحرمين فى البرهان : ان كان كلام الشارع نصا لا يقبل التأويل ، فلا يرى للعلة القاصرة وقعـا ، ولـكن يمتنع عن الحكم بفسادها ، وانما تفيد اذا كان قول الشارع ظاهراً يتـأتى تأويله ، ويمكن تقدير حمله على الكثير مثلا دون القليل فاذا سحبت عليـه توافق الظاهر عصمته من التخصيص بعلة أخـرى ، لا تنـزل مرتبتهـا عن المستنبطة القاصرة ، ثم فيه ريب وهو أن الظاهر كان متعرضا للتأويل ، ولو أول لخرج بعض المسميات ، ولأزيل الظاهر الى ما هو نص فيه فالعلة فى محل الظاهر كأنها ثابتة فى مقتضى النص منه ، متعدية الى ما اللفظ ظاهر فيه ، عاصمة له عن التخصيص والتأويل ، فكان ذلك افادة وان لم يكن تعديا حقيقيا ، ولا يتجه غير ذلك فى العلة القاصرة •

ثم قال : (فان قيل :) قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تبيعوا الورق بالورق » الحديث نص أو ظاهر ، فان زعمتم أنه نص بطل التعليـل بالنقدية ، وان كان ظاهراً فالأمة مجتمعة على اجرائه فى القليل والكثير فقد صار بقرينة الاجماع نصاً (قلت) أما الحظ الأصولى فقد وفينا به والأصول لا تصح على الفروع فان تخلفت مسألة فليمتحن بحقيقة الأصول فان لم يصح فليطرح • هذا كلام الامام •

واعترض عليه الأنبارى الشارح وقال : ان القاصرة مقيدة مطلقا ، سواء كانت مستنبطة من ظاهر أو من نص ، وقول الامام يلزم منه أن المتقـدمة المقتضية للتخصيص لا تقدم على القاصرة الا اذا كانت مترقية فى الرجحان عن

رتبتها وهذا غير ما يهيء لأن تكون معارضة للمتعدية والحق أن القاصرة مقيدة مطلقا ، كما أشار اليه الشارح وقد ذكر الأصحاب من الأصوليين والفقهاء من قواعد العلة القاصرة الوقوف على حكمة النص وكون حكمها متعديا الى غيرها ، وأنه ربما حدث ما يشاركه فى المعنى ، فيتعدى الحكم اليه فهذه ثلاث فوائد والذى قاله الامام فى منعها التخصيص فى الظاهر فائدة أخرى جليلة لكنا نقول : لا تنحصر الفائدة فيها •

(وقوله :) ان الأمة مجمعة على اجرائه فى القليل والكثير فصار كالنص (يمكن) أن يقال ان القليل اذا انتهى فى القلة الى حد لا يوزن لا تجمع الأمة عليه ، بل أبو حنيفة يخالف فيه كمخالفته فى بيع تمرة بتمرتين ، فيجوز عندهم بيع درة بدرة من الذهب والفضة ، كذا قال الفرغانى فى شرح الهداية من كتبهم ، فيمكن استعمال العلة وهى جنس الأثمان فى ذلك ، ومنع تخصيص العموم فيه ، وتحصيل الفائدة التى حاولها الامام والا فآخر كلامه المذكور فى البرهان يشير الى الامتناع من الحكم بصحة العلة المذكورة لعدم الجريان على القانون الذى مهده ، وهو مع ذلك لا يرى أن يضيف الحكم الى العلة المتعدية ، وهى الوزن كما يقوله أبو حنيفة رضى الله عنه ، لأن التعليل بالوزن باطل بوجوه تخصه •

(منها) أنه طرد لا مناسبة فيه •

(ومنها) جواز اسلام الدراهم والدنانير فى الموازنات ، فليس بطلان المتعدية هنا بمعارضة القاصرة لها (وأما) فى غير هذا الموضع فالأستاذ أبو اسحاق يرجح القاصرة على المتعدية لمعارضة النص لها ، والجمهور يرجحون المتعدية وامتنع آخرون من الترجيح من جهة التعدى والقصور قال الأنبارى وهو الصحيح ، وهو اختيار القاضى • وانما ترجح العلل بقوتها فى نفسها ، واضطرب كلام الامام فى الربويات ، فتارة يميل الى التعبد وابطال التعليل ، وأخذ الربا فى كل المطعومات من قوله : « لا تبيعوا الطعام بالطعام » وتارة يميل الى القياس ، وكلامه فى ذلك مضطرب ، وكأنه شوش عليه عدم ظهور فائدة العلة القاصرة فى هذا المحل ، وقد أبديناه فى محل الاختلاف والله اعلم •

(فائـــدة) قال الرافعى رحمه الله : وعن الأودنى من أصحابنا أنه تابع ابن سيرين فى أن العلة الجنسية ، حتى لا يجوز بيع مال بجنسه متفاضلا ، وقال النووى رحمه الله فى الروضة : قال الأودنى من أصحابنا : لا يجوز بيـع مال بجنسه متفاضلا ولا يشترط الطعم • انتهى ما قالاه • وأنا أخشى أن يكون غلطا فان الذى نقله القاضى حسين عن الأودنى أن العلة هى الجنسية، والطعم شرطها ، وجعل ذلك مقابلا لما قاله الحليمى وصححه القاضى من أن العلة الطعم والجنس محلها والشرط عدم التساوى ، والمعلول فساد العقد ، ولما قاله بعض الأصحاب من أن العلة الطعم والشرط عدم التساوى والمعلول الفضل فلعل من نقل عن الأودنى اقتصر من قوله على أن الجنس علة وهو صحيح ثم توهم من وقف على هذا الكلام بمجرده أنه لا يشترط الطعم وأنه موافق لابن سيرين والله تعالى أعلم •

باب

بيع الأصول والثمار

الأصول ههنا المراد بها الأشجار ، وكل ما يثمر مرة بعد أخرى ، وأبعد من قال : ان اسم الأصل يشمل البناء والشجر ، وأبعد منه قول من قال : ان المراد به الأرض والشجر معاً والثمار • والمقصود بهـذا البـاب أمران (أحدهما) بيان حكم الأصول اذا بيعت فيما يكون تابعاً لها وفيما لا يكون وفى حكم ذلك ، فان ذلك مما يطول النظر ، وقد بوب الشافعى رضى الله عنه على ذلك فى الأم : باب ثمر الحائط يباع أصله ، فهذه الترجمة حلها المصنف بقوله : بيع الأصول •

(والثانى) الكلام فى الثمار اذا بيعت ، وما يختص بها من الشروط التى لا تشترط فى المبيعات ، فان شروط المبيع (منها) ما هو عام وهى الخمسـة التى ذكرها المصنف فى باب ما يجوز بيعه (ومنها) ما يختص بالربويات وأفرد له باب الربا وقدمه على هذا الباب لعمومه لامكانه فى كل وقت وشدة خطره لقيام الاجماع عليه (ومنها) ما يختص بالثمار ، فأفرده فى هذا الباب •

وبدت علة الشافعى بأن الوقت الذى يحل فيه بيع الثمار ، وجعله عقيب باب ثمر الحائط يباع أصله ، فجعله المصنف مع الأصول فى باب واحد لتعلق كل منهما بالآخر ، وقدم الأصول على الثمار تأسياً بالشافعى ، ولأنها متقدمة طبعاً وقد قيل : ان المقصود بالباب بيع الثمار لبيان شرطه ، فلعله قدم بيع الأصول فى مختصر التفريع بعده بمقصود الباب وليس كذلك ، ولم يقع الكلام فى بيع الأصول مختصراً بل طال أكثر من الكلام فى بيع الثمار ، بل ذلك لما قدمته من تبويب الشافعى وهما مقصودان واستلزم الكلام فى الأصول الكلام فى الأرض لأن بيع الأصول قد يكون مستقلا وقد يكون تبعا للأرض ولهذا قال المصنف فى التنبيه بعد أن قال : دخل البناء والغراس قال : فان كان له حمل الى آخره فنبه بذلك على أن تبعية الثمار للاصول لا يشترط فيها أفراد الأصول بالعقد ، بل يشمل صورة افرادها وصورة ما اذا كانت تابعة للأرض فانه جعل الكلام فيما اذا كانت تابعة فيدل على الصورة الأخرى بطريق أولى •

واستطرد من ذلك فى المهذب الى ما يتبع لفظ الأرض أو نحوها من غير الثمار وان لم يكن ذلك فى ترجمة الشافعى التى هى مقتصرة على الثمار كالزروع والخوابى والمعادن وغيرها ، وقد تعرض الشافعى فى مسائل الباب اليها ، وقدم المصنف الكلام فى بيع الأرض لأنه مستلزم لبيع الأصول المستلزم الثمار وهو فى كلام الشافعى مذكور فى أثناء الباب ، ولا يستنكر كون الداخل فى عقد البيع يسمى مبيعاً ، لأنه انما انتقل بحكم البيع • والله أعلم •

وقد رأيت الترجمة الأولى ، وهى أن بيع الأصول لغير المصنف وهو أبو بكر أحمد ابن بشرى المصرى فى كتابه المسمى بالمختصر المنبه من علم الشافعى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا باع أرضا وفيها بناء او غراس ــ نظرت فان قال : بعتك هذه الأرض بحقوقها ــ دخل فيها البناء والغراس لأنه من حقوقها ، وان لم يقل :

بحقوقها ، فقد قال فى البيع : يدخل ، وقال فى الرهن : لا يدخل ، واختلف اصحابنا فيه على ثلاث طرق (فمنهم) من قال : لا يدخل فى الجميع ، لأن الأرض ليست بعبارة عن الغراس والبناء ، وتأول قوله فى البيع عليه اذا قال : بحقوقها (ومنهم) من نقل جوابه فى الرهن الى البيع ، وجوابه فى البيع الى الرهن وجعلها على قولين (أحدهما) لا يدخل فى الجميع ، لأن الارض اسم للعرصة دون ما فيها من الغراس والبناء (والثانى) يدخل لأنه متصل بها فدخل فى العقد عليها كسائر أجزاء الأرض (ومنهم) من قال فى البيع : يدخل ، وفى الرهن : لا يدخل ، لأن البيع عقد قوى يزيل الملك ، فدخل فيه الغراس والبناء ، والرهن عقد ضعيف لا يزيل الملك ، فلم يدخل فيه الغراس والبناء) .

(الشرح) الأرض مؤنثة وهى اسم جنس لم يأت واحده بالهاء ، والغراس يستعمل فى الشجر يقال : غرست الشجر أغرسه ، ويقال للنخلة أول ماتنبت غريسة قاله الجوهرى وغيره .

أما الأحكام فقد قال الأصحاب : اذا قال : بعتك هذه الأرض أو العرصة أو الساحة أو البقعة وكان فيها بناء أو غراس دون ما فيها من الشجر والبناء لم يدخل ذلك فى البيع بلا خلاف ، وان قال : بما فيها من البناء والغراس دخل البناء والغراس بلا خلاف ، وكذلك اذا قال : بما فيها أو مع ما اشتملت عليه حدودها أو حوته أقطارها ، وان قال : بعتكها بحقوقها فالحكم كذلك على المشهور ، وصرح الشيخ أبو حامد بنفى الخلاف فيه ، وكذلك يقتضيه ايراد أكثر الأصحاب لكن الامام حكى أن من أئمتنا من قال : لا يدخل محتجاً بما قاله القاضى حسين قبله على سبيل الاشكال أن اسم الحقوق انما يقع على الطريق ومجارى الماء أسبهما ، ورأى الامام أن هذا أقيس وهو كما رأى ، الا أن يثبت عرف عام باستتباع الأرض للشجر أو بدخولها تحت اسم الحقوق وهو بعيد .

وقد رأيت ابن حزم الظاهرى ادعى الاجماع — فى كتابه المحلى — على أن من اشترى أرضاً فهى له بكل ما فيها من بناء قائم أو شجر ثابت ، وهذه دعوى منكرة ، وهى باطلاقها تشمل ما اذا قال : بحقوقها ولما [1] اذا لم يقل ، بل هى ظاهرة فى الثانى ، والخلاف مشهور فى المذهب كما سيأتى ، ولم يبلغنى فى هذه المسألة شىء عن العلماء المتقدمين بل مذهب أبى حنيفة ومالك

(١) كذا فى ش و ق راجع كتاب القسمة جـ ١٩ من المجموع (ط) .

استتباع الأرض للغراس والبناء ، كما نص عليه الشافعى ، والحنابلة صنعوا كصنع الشافعية ولعلهم تبعوهم فى ذلك .

فان لم يكن فى المسألة اجماع كما ادعاه ابن حزم فلا شك أن للنظر فيها مجالا والا فيلغوا ما أثبته الأصحاب من التخريج ولا تصير المسألة بذلك من مسائل الخلاف ، وان كان القياس يقتضيه كما نقوله فيما بعد وقاله الامام هنا، وان لم يقل بحقوقها فقد اختلف الأصحاب على طرق (احداها) أن البناء والغراس لا يدخلان فى البيع ولا فى الرهن ، لأن اسم الأرض لا يشمل ذلك لغة ولا عرفا ، ولا دليل على تبعيتها لها من عرف ولا غيره فلا وجه للدخول ، وهذا هو القياس ، وهى طريقة أبى العباس ابن سريج ، لكنها خلاف ظاهر نص الشافعى ، فانه قال فى الأم والمختصر : وكل أرض بيعت فللمشترى جميع ما فيها من بناء وأصل . فاحتاج من ذهب الى هذه الطريقة أن يحمل قول الشافعى فى البيع على ما اذا قال بحقوقها .

وقوله : فى الرهن على ما اذا اطلق لكن يتوجه على هؤلاء من الاشكال ما أورده القاضى حسين وغيره ، أن ذلك اذا لم يدخل عند الاطلاق ينبغى أن لا يدخل ولو قال بحقوقها ، لأن اسم الحقوق لا يشمله ، وانما يشمل الممر ومسيل الماء ومطرح القمامات وما أشبهها ، وهو اشكال قوى ، وحينئذ تكون هذه الطريقة مخالفة لنص الشافعى ، ولما نقلناه عن مذهبى أبى حنيفة ومالك وما اقتضاه اطلاق من نقل الاجماع ان ثبتت [1] عن المتقدمين ، وقد جعل الامام والغزالى فى الوسيط هذه الطريقة هى الأصح وشذا فى ذلك ، وان كان القياس يقتضيه ولعمرى ان لم يثبت اجماع أو نص فالحق ما قالاه .

وقد جهدت فى تطلب نص هذه المسألة فلم أجد الا نصه صلى الله عليه وسلم على أن « من باع نخلا مثمرة فثمرتها للبائع الا أن يشترط المبتاع » والأصحاب يفرقون بأن البناء والغراس يراد للتأبيد بخلاف الثمرة ، وقد يحتجون به لأنه اقتضى بمفهومه دخول الثمرة غير المؤبرة فى البيع ، ولايشملها اسم النخلة ، ولكن لاتصالها بها والبناء والغراس كذلك ، والطريقة الثانية

---

(١) يعنى الطريقة (ط) .

نقل جوابه من البيع الى الرهن ، ومن الرهن الى البيع ، وتخريج المسألتين على قولين •

(أحدهما) يدخل البناء والشجر عند الاطلاق فى البيع والرهن ، لأن البناء والشجر بمنزلة أجزاء الأرض ، وأجزاء الأرض تدخل عند الاطلاق ، فكذلك هذه •

(والقول الثانى) أن الأرض مبيعة ومرهونة دون ما فيها لعدم تناول الاسم ، وهاتان الطريقتان مشتركتان فى التسوية بين البيع والرهن وعدم الفرق بينهما على خلاف ما يقتضيه نص الشافعى ، وايراد الحنابلة فى كتبهم يوافق هذه الطريقة الثانية ، فانهم ذكروا وجهين والقول المنصوص مع المخرج، وقد يسميان وجهين وهذه الطريقة الثانية منقولة عن أبى الطيب بن سلمة وأبى حفص بن الوكيل وادعى الشاشى فى الحلية أنها أصح الطرق ، وأن أصح القولين منها أنها تدخل فى البيع والرهن جميعاً ، وكذلك يقتضيه الكلام الجرجانى فى التحرير قال : ان أصح القولين دخوله فى البيع والرهن والهبة والطريقة الثالثة أن المسألتين على ظاهرهما اذا أطلق بيع الأرض تبعها ما فيها من البناء والشجر ، واذا أطلق رهنها لم يتبعها ، والفرق من وجهين •

(أحدهما) أن عقد البيع أقوى لأنه ينقل الملك ، فجاز أن يستتبع ، والرهن عقد ارفاق واستيثاق •

(والثانى) أن المنافع الحادثة لما كانت للمشترى كذلك الموجود فى الحال وليس كذلك الرهن ؛ لأن المنافع الحادثة لا تدخل ، وكذلك الثمرة الحادثة تكون للمشترى ولا تكون للمرتهن ، وهذه الطريقة منقولة عن أبى اسحق المروزى ، ونقلها الماوردى والرافعى عن جمهور الأصحاب ، وقال القاضى أبوالطيب والرويانى : انها الصحيحة وقدتعزى لابن أبىهريرة أيضاً ، واعترض الامام وغيره على الفرق بالقوة والضعف ، بأن المبيع الاسم ، يعنى فلا معنى للقوة والضعف وممن ضعف هذا الفرق تلميذ المصنف قال : لأن البيع انما تظهر قوته فيما يتناوله ورد عليه • أما ما لا يتناوله فلا يؤثر فيه ، ولهذا اذا شرط أن لا يدخل الغراس فى البيع لم يدخل ، واذا قال فى الرهن : بحقوقها

دخل ، وما ذكره من أن المبيع فى ذلك الاسم ظاهر ، وكذلك الفرق الثانى لاغ ، فان المنافع الحادثة تبعتها لكونها حادثة فى ملك المشترى ، ولا كذلك الحاصلة عند البيع ، ألا ترى أن الثمرة الحادثة بعد البيع للمشترى قولا واحداً والثمرة الحاصلة المؤبرة عند البيع لا تدخل قولا واحداً •

واعترض أبو العباس الفزارى على الفرق الأول بأن البيع لما قوى وأزال الملك وجب أن لا يؤثر الا فيما دل عليه اللفظ ، تقليلا لضرر البائع بتفويت الملك عليه بخلاف الرهن ، فانه أقل ضرراً لبقاء الملك ، فيكون مقتضى الفرق عكس المدعى ، وأبدى ابن الرفعة فرقاً واغتبط به بحيث انه ذكره فى كتابه فى غير هذا الموضع حذراً من اخترام المنية قبل الوصول فى الشرح اليه ، ثم لما وصل اليه هنا ذكره ، وهو أن لفظ الأرض يشمل الأس والمغرس ، فلو بقى البناء والشجر للبائع لخلا الأس والمغرس عن المنفعة ، وتكون منفعتهما مستثناة لا الى غاية معلومة ، فانه لا يمكن قلع البناء والشجر لأنه محترم يراد للبقاء ولا تبقيته بأجرة لأنه حين أحدثه أحدثه فى ملكه ، فاذا كان الأس والمغرس بهذه المثابة لا يصح بيعه مفرداً باتفاق ، فوجب اذا ضم الى مبيع خلا عن ذلك أن يبطل فى الجميع للجهالة بالثمن •

فلما أفضى محذور الاخراج الى هذا ، حكم بالاندراج ، حرصا على تصحيح العقد ، كما أدرج الحمل فى البيع وان لم ينتظم اسم الشاة والجارية طلباً للتصحيح وحذراً من الابطال ، بل للحمل غاية تنتظر ، ومع ذلك أدرج ولا غاية ههنا تنتظر ، وهذا المعنى مفقود فى الرهن لأن المرتهن لا يستحق شيئا من منافعه ، حتى يكون استيفاء البناء والغراس مخرجا للعقد عن وضعه ، ثم اعترض على نفسه بأنه لا يجعل هذا المحذور مانعا من دخول المغرس والأس ، ويحمل البيع على ما سواهما طلباً للتصحيح ، وأجاب بأن اللفظ يتناول المجموع ، وهذا يضعف عنه ، فلم يمكن ابطاله به • وقد بقى عليه فى هذا الكلام أمران •

(أحدهما) ذكره وهو أن القائل بعدم دخول البناء والشجر ، ويحتمل أن يقول بعدم دخول المغرس والأس ، وقد ذكر صاحب التتمة فيما اذا باع

الأرض خلا البناء والشجر ؛ أن المغرس والأس هل يبقى على ملكه ؟ فيه وجهان كالوجهين فى بيع البناء والغراس ، وذكرهما القاضى حسين ورتبهما على بيع الغراس (ان قلنا :) يستتبع المغرس فههنا أولى ، والا فوجهان (والفرق) أن اللفظ ههنا توجه نحو البناء والشجر فقوى على التبعية بخلافه فيما يتلف ، وكذلك قال الخوارزمى . ان الأصح أنه لا يبقى ، فقد ظهر مما قاله أن للمانع أن يمنع لو لم يدخل البناء والشجر لزوم المحذور المذكور .

(الثانى) أنه ليس يلزمه من السوق الى تصحيح العقود ادراج شيء فى العقد لم يقتضه العقد لا لفظا ولا عرفاً ، والحمل انما دخل لاقتضاء العرف له ؛ وأما هنا فان أدخلنا البناء والشجر أدخلنا ما لم يدل عليه لفظ العاقد لغة ولا عرفا ، وان أخرجناه وأدخلنا المغرس لزم المحذور الذى أبداه على رأيه ، وان أخرجنا المغرس خالفنا لفظ العقد وشموله له ، فلم يبق الا افساد العقد ، وقد يقال : ان افساد العقد أيضا محذور ولم يصر اليه صائر فلم يبق الا النظر فى أخف المحذورات الثلاثة يلتزم ، والحكم بادخال البناء والغراس حكم باثبات أمر زائد على مدلول لفظ العاقد ، لم يتعرض له باثبات ولا نفى ، فليس فى مخالفة اللفظ نفى ما يقتضيه ، أو اثبات ما ينفيه ، أما اثبات شيء لم يتعرض له اللفظ باثبات ولا نفى فلا يقال فيه مخالفة ولا موافقة .

أما الحكم باخراج المغرس والأس فهو اخراج لبعض ما تناوله فكان مخالفاً له ، فكان الأول أولى ، وهو الحكم بتبعية البناء والغراس ، هذا ان ثبت أنه لا يمكن ادخال الأس والمغرس مع اخراج البناء والشجر ، وهو القسم الثالث بما أبداه ، وفيه نظر ، فانه يمكن أن يقال : ان الأس والمغرس كل منهما قابل للانتفاع به فى الجملة ، بحفر سرب من تحت البناء ، وأخذ تراب ذلك المكان ، ووضع بدله بحيث لا يضر بالبناء ، وأشباه ذلك ، فلم تعدم المنفعة بالكلية ، ألا ترى أن القاضى حسين قال فى فتاويه : انه اذا باع عشرة أذرع من أرض عمقا فى عرض ذراع صح ؟ وللبائع أن ينتفع بأرضه

ما جاوز عشر أذرع عمقا ، بأن يحفر تحت عشر أذرع بئراً ، أو مبنيا على الوجه الذى يمكنه الانتفاع والله أعلم •

(وقوله) ان الأس والمغرس اذا كانا بهذه المثابة لا يصح بيعه باتفاق بناء على المقدمة التى أخذها مسألة ، وقد عرفت المنع المتجه عليها ، وينبغى اذا تم ما قلناه فى المنفعة من الوجه المذكور أن يصح البيع اذا كان ذلك المكان مرئيا قبل ذلك ، الرؤية المعتبرة فى البيع •

(فان قلت :) انه غير مقدور على تسليمه لوجوب بقاء الشجر والبناء (قلت :) المذهب الصحيح صحة تسليم الأرض المزروعة ، مع بقاء الزرع فيها ، والوجه الآخر القائل بعدم صحة تسليمها فى تلك الحال لشبهها بالدار المشحونة بالأمتعة ، وفرقوا بينهما بأن تفريغ الدار ممكن فى الحال ، وهذا الوجه فى الأرض المزروعة لا يأتى فى الأرض المغروسة لأن الزرع له أمد ينتظر ، فأشبه من بعض الوجوه الأمتعة التى يمكن نقلها ، بخلاف الشجر فمقتضى المذهب انه يصح تسليم الأرض المغروسة اذا كان الغراس باقيا للبائع قولا واحداً وقد صرح صاحب التتمة أنه اذا باع الأرض واستثنى الأشجار بقيت الأشجار على ما هى عليه ، ولا يكلف القطع ، لأنها تراد للدوام وصرح الغزالى أيضا فى الفتاوى بأنه لا يلزمه تفريغ الأرض المبيعة عن الشجر ، عندما تكلم فى وقف الأرض المشتملة على شجر •

واذا ثبت أنه لا يجب التفريغ فالتسليم ممكن على حالها ، فصح البيع اذا وجدت المنفعة والرؤية ، وقد عرفت بما ذكرناه عن الغزالى وصاحب التتمة أن ابن الرفعة مساعد على دعواه أنه لا يلزم البائع قلع الشجر لو أبقيناه على ملكه على أنى وجدت النسخ من فتاوى الغزالى بذلك مختلفة ، وفى كثير منها أنه يلزمه تفريغ الأرض باسقاط (لا) فكأنه غلط من ناسخ ، وقد نقله الرافعى عنه فى كتاب الوقف باثبات (لا) وكلام صاحب التتمة غير محتمل ، وأيضا فان الغزالى فى الفتاوى قال اذا باع الدار دون النخلة التى فيها ، ويكون للبائع حق الاجتياز اليها أنه يصح البيع ، وهذا صريح فى مخالفة ما قاله ابن الرفعة من الحكم بعدم الصحة ، وعلى تقدير عدم دخول الشجر •

وقال أبو الفضل عبد الملك بن ابراهيم المقدسى فى المطارحات : انه اذا باع داراً فيها نخلة دون النخلة ، وشرط دخول منبتها فى البيع ، صح ويستحق تبقية الشجرة من غير أجرة ، فان اختار صاحب الدار تملك الشجرة بقيمتها أو قلعها بالتزام النقصان ، كان له ، وأما كونه لا تلزمه الأجرة بتبقيته فكذلك ، لأنه لو كان مما يبقى بأجرة لكان اذا امتنع من الأجرة يلزم بالقلع ، فلما ثبت أنه لا يلزم بالقلع ، استلزم عدم الأجرة ، نعم فى عكس ذلك وهو ما اذا باع الشجرة الرطبة وقلنا بالأصح ، قلنا : انه لا يدخل المغرس ، فليس للبائع قلع الشجرة مجانا ، وهل يجب عليه ابقاؤها ما أراد المشترى ؟ أم له قلعها بغير رضاه ويغرم ما نقص بالقلع كالعارية ؟ وجهان (أصحهما) الأول ، فيحتمل أن يقال بجريان الوجه الآخر فيما نحن فيه ، ويحتمل أن يفرق ويقال : انا فى كلا الموضعين قصرنا الحكم على ما دل عليه لفظ المبيع ، ففى بيع الشجرة لا يستتبع حق الابقاء ، فكان له القلع على وجه ، وفى بيع الأرض كان حق الابقاء ثابتا ، فلا يزال بالبيع ، فهذا فرق جمع والله أعلم .

(فان قلت :) اذا ألغيت هذه الفروق كلها فما وجه المذهب ؟ (قلت :) الراجح عندى ما ذهب اليه الامام والغزالى أن البناء والشجر لا يدخلان فى البيع ولا فى الرهن الا أن يثبت اجماع على الدخول فيتعين اتباعه ومتى لم يثبت فالقياس ما قدمته ، وقد يعتضد الدخول بأمور ليست بالواضحة (منها) الثمار اذا لم تؤبر داخلة فى بيع الشجر بمفهوم قوله صلى الله عليه وسلم « من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترط المبتاع » فقد دل هذا المفهوم على استتباع الشجرة للثمرة غير المؤبرة ، وليست باقية على الشجرة دائما فاستتباع الأرض للشجر وهو باق فيها دائما أولى ، وفى طرق هذا الحديث فى البخارى عن نافع مولى ابن عمر : « أيما نخل بيعت لم يذكر التمر فالتمر للذى أبرها » وكذلك العبد والحرث فالحرث ان كان المراد به [1] .

---

(١) كذا بالاصل (ش) قلت لعل السقط او لتمام المعنى أن يقال والله اعلم أن كان المراد به قلع المغروس فهو للبائع وان كان لبذر غرس جديد فانه يتبع الأرض أو يكون شتلا فعلى حالتين سيأتى للشارح بيانهما قريبا (ط) .

(ومنها) أن الأرض تطلق كثيراً ويراد بها الأرض مع ما فيها ، ألا ترى الى قول عمر رضى الله عنه للنبى صلى الله عليه وسلم «انى أصبت ارضاً بخيبر لم اصب مالا قط أنفس عندى منه » الحديث وليس مراده الأرض وحدها ، بل الأرض بما فيها ولذلك قال له النبى صلى الله عليه وسلم « حبس الأصل وسبل الثمرة» فاذا صار ذلك الاسم يطلق على الجميع كثيراً فان وصل الى حد الحقيقة العرفية فذاك ، والا فيحمل عليه بقرينة سكوت البائع عن استثنائه ، فانه لو كان مراده اخراج البناء والشجر مع كره استعمال الأرض مع دخولهما لنص على الاخراج ، فلما لم ينص على ذلك دل على أن مراده الشمول مع كون البائع معرضاً عن البيع • وقاطعا أطماعه عنه ، بخلاف الراهن ، وكل من هذين الوجهين ليس بالقوى (أما) الأول فلأن الثمرة غير المؤبرة شبيهة بالجزء الحقيقى ، فهى كالحمل بخلاف البناء والشجر ، والأصحاب ومن يوافقهم يحاولون تشبيه البناء والشجر بأجزاء الأرض لكونهما مرادين للبقاء وفى الاكتفاء بهذا الوصف مع المفارقة فى أمور أخرى نظر (وأما) الثانى فان الكثرة ممنوعة (وأما) الاطلاق على سبيل المجاز فلا يمتنع ، ومع ميلى فى البحث كما رأيت الى موافقة الامام والغزالى لا أقدم على الجزم به مالم يصح عندى أن أحداً من العلماء المتقدمين ، ذهب اليه ، ولا استحضر الآن عن أحد منهم قولا بذلك ، والله أعلم •

وفى كلام الرافعى ميل الى ما اختاره الغزالى مع نقله عن عامة الأصحاب أن ظاهر المذهب دخولها وأبهم ، وأن أصح الطرق تقرير النصين ، فهذا آخر كلامنا على هذه الطريقة ، وفى المسألة طريقة رابعة أن البناء والغراس يدخلان فى البيع ، وفى دخولهما فى الرهن قولان حكاهما أبو الحسن الجورى مع طريقة القولين قال ابن الرفعة : ويشد لها أن الحمل والثمرة غير المؤبرة تندرج فى البيع قولا واحداً ، وفى اندراج ذلك فى الرهن قولان (المنصوص منهما فى الأم كما قال : البندنيجى : فى الثمرة عدم التبعية، وفى القديم نص على التبعية ، ثم أغرب الجورى[1] فجعل القولين فى الرهن فى الأرض والدار جميعا، معللا على أحد القولين بأن الدار اسم للعرصة ، ثم قال : وقد قيل : ان الرهن والبيع سواء ،

(١) كان فى ش و ق بالزاى المعجمة وقد حررناه بالمهملة ومضت ترجمته فى هامش من شرح الامام النووى (ط) .

وفيهما قولان ، ومقتضى كلام الجورى هذا اثبات خلاف فى دخول البناء فى بيع الدار ورهنها ، وهذا فى غاية البعد ، فان الدار اسم لمجموع البناء ، والأرض وانما الخلاف اذا ورد العقد على الأرض .

(فرع) فاما اذا باعه البناء والشجر ، ولم يتعرض لذكر الأرض فبياض الأرض الذى بين البناء والشجر لا يدخل فى البيع على المشهور ، والفرق أن الأرض أصل والبناء والشجر فرع ، والأصل يستتبع الفرع وقال الامام فى كتاب الرهن : ان كان ما بين المغارس لا يتأتى افرادها بالانتفاع الا على سبيل التبعية للاشجار فوجهان (وأما) ما كان من الأرض قراراً للشجر والبناء ، ففى دخوله فى البيع تبعاً للبناء والشجر وجهان ، حكاهما الماوردى هنا فى قرار البناء والشجر معاً ، وسيأتى حكايتهما فى الشجر عند الكلام فى بيع الشجر ان شاء الله تعالى .

(فرع) من الشجر ما يغرس بذره فى محل ، فاذا أطلع ينقل من ذلك المحل الى محل آخر ويغرس فيه ويسمى شتلا ، ويقال : ان ذلك أنفع له ، وربما لو بقى فى ذلك المكان الأول لم ينتفع ، كما لو نقل ، فهذا النوع لم يوضع فى مكانه الأول للدوام فهل يكون حكمه حكم الشجر الموضوع للدوام ؟ فيكون تابعا للأرض أو يكون كالزرع ؟ هذا فيه نظر ، ولم أره منقولا وينبغى أن يقال : ان كان ذلك ينقل من بعض تلك الأرض الى بعض فيدخل ، وان كان ينقل الى أرض أخرى ولا بقاء له فى تلك الأرض المبيعة فلا يدخل ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فرع) حكم الهبة حكم البيع ، لأنها تزيل الملك ، ففيها وفى الرهن الطرق المتقدمة ، ذكره الجرجانى .

(فرع) اذا باع الأرض وفيها شىء يابس هل يدخل فى البيع كغيره ؟ أو لا يدخل لأنه لا يراد للدوام ؟ ولهذا اذا باع الشجرة اليابسة لا يجب تبقيتها ــ لم أر ذلك مصرحا به ، والأقرب الى كلامهم الجزم بالثانى ، ثم يكون حكمه حكم الحجارة المودعة فى الأرض اذا علم المشترى بها فى وجوب التفريغ والتسوية وغير ذلك على ما سيأتى فى الحجارة والله أعلم فينبغى أن تستثنى الشجرة اليابسة من مطلق قولهم : انه اذا باع أرضا

ودخل الشجر كما هى عبارة كثير من الأصحاب (وأما) عبـارة المصنف فى قول الغراس فقد يقال : ان الغراس لا يشمل عرفا الا الرطب ، والله أعلم .

(فـرع) جزم صاحب الاستقصاء بدخول المسناة والسواقى وما بنى به طرقها ومساربها من آجر وحجر ، وما صغر من الآكام والتلال الجـارية مجرى الأرض فى البيع والرهن ، وجعل محل الطرق فى البناء من قصر وغيره، والغراس من نخل وغيره ، وهـذا لم أره لغيره ، بل كلام الماوردى يقتضى جريان الخلاف فيه ؛ فانه قال : اذا ثبت على الصحيح من المذهب أن البناء والشجر يدخلان فى البيع فكذلك كل ما كان فى الأرض متصـلا بهـا من مسناتها ؛ سـواء كان آجراً أو حجـارة أو تراباً ؛ وكذا تلال التراب التى تسمى بالبصرة جبالا ؛ وخوخاتها وبيـدرها ، والحـائط الذى يحظـرها وسواقيها التى تشرب الأرض وأنهارها التى فيها ، وعين الماء ان كانت فيها .

وقال الرافعى : لا تدخل مسائل [1] الماء فى بيع الأرض ، ولا يدخل فى سربها من النهر والقناة المملوكين ، الا أن يشترط أو يقول بحقوقها ، وكلام الرافعى هذا يجب حمله على المسايل الخارجة عن الأرض التى يصل منها الماء الى الأرض المبيعة وكذلك القناة والنهر (أما) الداخلة فيها فانه لاشك فى دخول أرض النهر والقناة والمسيل (وأما) بناؤها فيدخل على المذهب كما ذكرناه عن الماوردى ، ويجب أيضا تأويل كلام الماوردى فى النهر والعين ، فان أرضهما داخـلة بلا خلاف ، ولا يجـرى الخلاف فيهما الا فى البناء ان كان . ثم نقل الرافعى عن أبى عاصم العبادى أنه حكى وجها أنه لا يكفى ذكر الحقوق ، يعنى فى المسألة التى ذكرها فى النهر والقناة .

ولا خلاف أنه لا يدخل النخل المقطـوع ، والشـجر المقطوع ، فى بيع الأرض من غير شرط كالعبد والأمة اذا كانا فى الأرض ، وكذلك ما فيها من علف مخزون ، وتمر ملقوط وتراب منقول وسماد محمول ، فكل ذلك للبائع لا يدخل الا بالشرط ، أو يكون التراب والسماد قد بسـط على الأرض واستعمل ، قاله الماوردى والرويانى ، وان كان فى الأرض دولاب للماء ففيه

---

(١) مسايل ومسائل مسيله وليست جمع مسألة فانتبه (ط) .

ثلاثة أوجه (أحدها) لا يدخل فى البيع كبكرة الدولاب وخشبة الزرفوق[1] والحبل والدلو والبكرة ، وبه قال أبو حنيفة رضى الله عنه (والثانى) يدخل لاتصاله بها (والثالث) وان كان دولابا صغيراً يمكن نقله صحيحاً على حاله من غير مشقة لم يدخل ، وان كان كبيراً لا يمكن نقله الا بتفصيل بعضه عن بعض ومشقة كبيرة ، دخل فى البيع ، لأنه يصير للاستدامة والبقاء فأشبه الشجر والبناء ، حكى ذلك الماوردى ، وان كان فيها رحا الماء وقلنا : يدخل ابناء فى بيع الأرض دخل فيه بيت الرحا ، وبناؤه ، وهل يدخل الرحا فى البيع ؟ فيه ثلاثة أوجه (قيل :) لا يدخل شىء منه فى البيع لا علواً ولا سفلا كخشبة الزرقوق (وقيل :) يدخل علواً وسفلا لأنها من تمام المنافع . (وقيل :) يدخل السفلى ولا يدخل العلوى ، حكى هذه الأوجه الثلاثة الماوردى ، وقال صاحب الاستيفاء : وقال الصيمرى فى الايضاح (والصحيح ان يقال :) ان كان ذلك مبنياً أو فى حكم البناء دخل ، وان كان بخلاف ذلك لم يدخل ، فيصير فى المسألة أربعة أوجه .

قال الماوردى (وأما دولاب الرحا الذى يديره الماء فيدير الرحا فهو تبع للرحا يدخل فى البيع بدخوله ، ويخرج منه بخروجه والحاقه بالسفل اولى من الحاقه بالعلو) هذا كلام الماوردى ، وان قال : بعتك هذا البستان أو المخرف [2] أو هذه الجنة دخل فيه الأشجار ، لأنه عبارة عن الأرض والشجر ، وفى العريش الذى يوضع عليه وجهان (أحدهما) وهو الأصح أنه يدخل فى البيع (والثانى) لا يدخل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان قال : بعتك هذه القرية بحقوقها لم تدخل فيها المزارع ، لأن القرية اسم للأبنية دون المزارع) .

---

(١) لايزال الفلاحون فى ديارنا المصرية يطلقون على القنوات الصغيرة زروق والخشبة توضع منحدرة من الزروق الى الجزء المراد ريه بالماء ويسمونه الحوض . (ط) .

(٢) المخرف من خرفت الثمار خرفا اذا قطعتها واخترفتها كذلك والخريف الفصل الذى تخترف فيه الثمار والمخرف بفتح الميم موضع الاختراف .

(**الشرح**) القرية [1] (أما الأحكام) فقد قال الأصحاب : اذا قال : بعتك هذه القرية ، وأطلق ، دخل فى البيع الأبنية وما فيها من المساكن والدكاكين والحمامات والساحات والأرضون التى يحيط بها السور ، والحصن الذى عليها وهو السور ، والسور المحيط والدروب ، فان لم يكن سور فيدخل من الأرض ما اختلط ببنيانها ومساكنها ، وما كان من أفنية المساكن وحقوقها ، وفى الأشجار التى فى وسطها الخلاف السابق فى دخول الأشجار تحت اسم الأرض ، هكذا قال القاضى أبو الطيب وكثير من الأصحاب منهم الرافعى والرويانى ، وخالف الامام والغزالى هنا اختيارها ، فاختارا فى هذه دخول الأشجار تحت اسم القرية وان اختارا فى اسم الأرض عدم الدخول وهو متجه ، لأن أهل العرف يفهمون من اسم القرية جميع ما فيها من بناء وشجر ، وكذلك جزم الماوردى بدخول ما فى خلال المساكن من النخل والشجر وهو الحق .

واستبعد الامام تردد العراقيين فى دخول الأشجار ، ورأيى أن ذلك أبعد من التردد فى أشجار الدار ، لأن الأشجار مألوفة فى القرى ولا تستجد القرية بالأشجار اسما ، والدار تستجد اسم البستان ، والأعدل ما قاله الماوردى من دخول الأشجار المتخللة للمساكن .

(وأما) البساتين الخارجة عن القرية فمقتضى كلام الغزالى دخولها ، فانه أطلق القول باستتباعها الأشجار وكذلك الامام حكى الخلاف فى الأشجار ولم يفصل وغيره يفيد جريان الخلاف فيها لخروجها عن القرية وصلاحيتها للتبعية وجزم الماوردى بعدم دخولها وهذا الذى قاله الماوردى من دخول الأشجار المتخللة دون الخارجة توسط وهو وجه ثالث ان صح أن الخلاف الأول فى الجميع (وأما) المزارع فلا تدخل فى البيع ، ألا ترى أنه لو حلف لا يدخل القرية لم يحنث بدخول المزارع ؟ وقد يقول القائل : ينبغى تخريج ذلك على أنه يشترط مجاوزتها فى القصر ، ولكن هذا الاحتمال مندفع ، فان المدرك فى الرخصة خروجه عن حكم الاقامة ، فمادام فى حقوق البلد حكم

---

(١) بياض بالأصل ولعل العبارة . القرية هى الضيعة أو كل مكان اتخذت به الأبنية متصلة واتخذ قراراً وتطلق على المدن وغيرها . (المطيعى) .

الاقامة منسحب عليه عند ذلك القائل ؛ وان كان خارجا عن البلد ، والمبيع ههنا الاسم ، والقرية مأخوذة من الجميع ، والمزارع ليس بداخله فيه ، بخلاف الأبنية وما أحاطت به ، وفى النهاية أن المزارع تدخل وهو غريب ، وكذلك يدخل فى بيع القرية ضياعها ، قاله الرويانى ، هذا اذا أطلق (أما) اذا قال : بحقوقها فالجمهور على أنه لا تدخل المزارع أيضا ، بل لابد من النص على المزارع ، وممن جزم بذلك الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمصنف والماوردى وصاحب التتمة وغيرهم ، لأن حقوقها ما فيها من البناء والبيوت والطرق .

ونقل الرافعى عن القاضى ابن كج دخول المزارع فيما اذا قال (بحقوقها) وقال عنه وعما قاله فى النهاية انهما غريبان ، وقال ابن الرفعة (انه يمكن تنزيل قول الامام بدخولها على ما اذا كانت داخلة فى القرية توفيقا بين النقلين (أما) لو سمى المزارع دخلت) قاله القاضى أبو الطيب وغيره ، وكذلك لو قال (بعتك القرية بأرضها أيضا) دخلت المزارع ، حكى ذلك عن البندنيجى ، والمراد بالمزارع الأرضون التى تزرع فيها الخارجة عن القرية (أما) الزرع نفسه فلا يدخل ، الا أن يكون له بقاء ، فالحكم فى تبعية هذا كالحكم فى تبعيته عند بيع الأرض ، وهو فيها ، وسيأتى حكم ذلك (قال ابن الرفعة) وجزموا يعنى العراقيين أنه اذا قال (بحقوقها) دخل الشجر قولا واحداً على أصلهم أنها تدخل فى مثل هذا فى بيع الأرض ، وقد عرفت عن غيرهم خلافاً فى هذا فى الأرض ، فلا يمكن مجيئه هنا لأن القائل بهذا فى الأرض جازم بدخول الأشجار فى اسم القرية من غير تعرض لذكر الحقوق .

(**قلت**) والخلاف فى الأرض نقله الامام فيما تقدم عن بعض أئمتنا ، ومال اليه ، وسبقه القاضى حسين الى ذلك ، والامام هنا قد اختار دخول الأشجار فلا يتأتى منه الخلاف كما قال ابن الرفعة ، لكن بعض الأئمة الذى نقل عنه الامام الخلاف فى الأرض لم يتعين حتى يحكم عليه حتى يعرف هل هو جازم بدخول الأشجار فى القرية أولا ؟ والقاضى حسين لم أقف له على كلام فى مسألة القرية حتى أعرف هل هو من الجازمين بذلك كالامام أولا ؟ لكن ما نبه عليه ابن الرفعة جيد فى أنه لا يمكننا اثبات خلاف هنا ،

لاحتمال أن يكون المخالف هناك جازما هنا كالامام ، فمتى لم تتحقق من شخص معين الخلاف فى المسألتين لم يجز اثبات الخلاف مع الشك ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فـــرع) الحكم المذكور فى اسم القرية جار فى اسم الدسكرة كما ذكره الخراسانيون ، والدسكرة بناء كالقصر حوله بيوت .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان قال : بعتك هذه الدار دخل فيها ما اتصل بها من الرفوف المسمرة والخوابى والأجاجين المدفونة فيها للانتفاع بها . وان كان فيها رحا مبنيـة دخل الحجر السـفلانى فى بيعهـا ، لأنه متصـل بها وفى الفوقانى وجهـان (أحدهما) أنه يدخل وهو الصحيح ، لأنه ينصب هكذا ، فدخل فيه كالباب (والثانى) لا يدخل لأنه منفصـل عن المبيع . ويدخل الغلق (١) المسـمر فى الباب ، وفى المفتاح وجهان (أحدهما) يدخل فيه ، لأنه من مصلحته فلا ينفرد عنه (والثانى) لا يدخل لأنه منفصل فلم يدخل فيه كالدلو والبكرة ، وان كان فى الدار شجرة فعلى الطرق الثلاثة التى ذكرناها فى الأرض) .

(الشرح) الخوابى والأجاجين بجيمين ، وهى الأوانى التى تغسـل فيها الثياب قال ابن معن : وتسمى المراحض ، والمقصود هنا كل ما ثبت من ذلك للصبغ أو الدبغ أو العجن ، أو الاخراج الشيرج من كسب السمسم ، ونحو ذلك ، والغلق والبكرة (٢) .

(اما الاحكام) فقال الأصحاب : اذا قال : بعتك هذه الدار دخلت فى البيع الأرض والأبنية على تنوعها ، سفلها وعلوها ، حتى يدخل الحمام المعدود من مرافقها ، وحكى عن نصه أن الحمام لا يدخل ، وحمله الأصـحاب على حمامات الحجاز ، وهى بيوت من خشب تنقل فى الأسفار ، فأما الحمامات المبنية من الطين والآجر اذا كان بحيث لا يمكن نقله ، فانه يدخل فى العقد ،

---

(١) هو الرتاج أو ما يسمى فى لغة العامة بالكوالون أو الطبلة او الترباس او الشنكل كل هذا يدخل فى حكم الغلق (ط) .

(٢) البكرة خشبة مستديرة فى وسطها مجن يستقى عليها ومثلها اذا كانت صغيرة يتحـرك الباب بواسطتها (ط) .

وحكوا أن الربيع حمله على ذلك ، وفصل الغزالى فى الحمام فقال : ان كان لا يستقل دون الدار اندرج ، وان استقل فهو من الدار كالبناء من البستان ، يعنى فيجرى فيه الخلاف فى ذلك .

واختار ابن الرفعة أن الحمام الخشب الذى لا ينقل لا يدخل لقول الشافعى رضى الله عنه : وما كان مما يجب من البنيان مثل البناء بالخشب ، فان هذا متميز كالنبات والحديد فهو لبائعه الا أن يدخله المشترى فى صفقة البيع . وقال : انه لم ير أحداً من الأصحاب تعرض له ، وأنه فقه ظاهر ، لأن ما كان من أجزاء الأرض اذا أثبت فيها واذا تغيرت صفته كاللبن يجعل أجزاء ، أو لم يتغير كالأحجار واللبن يقرب أن يتبعها كما لو كان متصلا من أصل الخلقة بخلاف ما اذا كان من خشب ، وان كان الشجر الأخضر يتبع فى بيع الأرض ولكنه ليس بجزء منها . وانما تبعها لأنه صار كالجزء المتصل بها ، ولهذا ينمو بها بخلاف البناء .

(**قلت**) وقد رأيت النص المذكور فى الأم فى باب ثمر الحائط يباع أصله ، ولكنى لم أعرف ما معنى قوله : بحب من البنيان ، ولا ضبط هذه الكلمة أيضا عنى بحب ، غير أنه اذا كانت الحمام كلها من خشب وهى مثبتة فى الدار لا تنقل ولا تحول ، كانت كالسور الخشب المسمرة التى لا تحول ، وفى دخولها وجهان (أصحهما) الدخول كما سيأتى ، واذا كان كذلك فيكون ما قاله ابن الرفعة موافقاً لأحد الوجهين ، وليس مما انفرد به عن الأصحاب كما ظن ، ولكن مأخذ الأصحاب القائلين بذلك غير المأخذ الذى ذكره ، وذلك عندهم فى كل متصل مثبت يمكن الانتفاع به بعد انفصاله ، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون من خشب أو طين أو غيرهما .

وكذلك طردوه فى صندوق رأس البئر وهى الخرزة التى على فوهتها ، والغالب انما تكون من حجر أو رخام ، وكذلك طردوه فى معجن الجيار ، والغالب أنه يكون من فخار فهو كالآجر الذى جعله هو من جنس أجزاء الأرض ، وفرق بينه وبين الخشب ، وكذلك حجر الرحا ، وغير ذلك مما ستأتى أمثلته ، حتى لو فرضنا حماماً من حجر ، وهى مثبتة فى الدار ، وكان

يمكن أن تنقل وهى على حالها ، وينتفع بها ، اقتضى أن يجرى فيها الخلاف المذكور فى الأمثلة المذكورة ، ثم ان الشافعى رضى الله عنه انما ذكر النص المذكور فى الأرض ، والمعنى الذى أبداه ابن الرفعة وهو اعتبار أجزاء الأرض انما يتم فيها ، والكلام هنا انما هو فى بيع الدار ، ومن المعلوم أن الدار فى العرف غالباً يشتمل على أجناس من أجزاء الأرض وغيرها ، ولا يلزم من القول بعدم دخول ما ليس من أجزاء الأرض تحت اسم الأرض القول بعدم دخوله تحت اسم الدار ، والتحقيق ما قدمته من الحاقها بالسرير ونحوه والله أعلم .

هذا ما يتعلق بالحمام (وأما) الآلات فهى على ثلاثة أضرب (أحدها) ما أثبت تتمة للدار ليدوم فيها ويبقى كالسقوف والأبواب المنصوبة وما عليها متصلا بها من الأغاليق والحلق والسلاسل والضباب والجناح والدرج والمراقى المعقود من الآجر والجص وغيره (والآجر) المغروس فى الدار والبلاط والطوابيق يدخل فى البيع ، فانها معدودة من أجزاء الدار .

(الثانى) ما هو مثبت فيها متصل بها ولكن لا على هذا الوجه كالرفوف المتصلة ، وهى المسمرة أو التى أطرافها فى البناء والخوابى ، واحدتها خابية وهى الزير عند أهل مصر ، والأجاجين والدنان المبنية للانتفاع بها فى ترك الماء فيها ، أو غسل الثياب ، والسلالم المسمرة والأوتاد المثبتة للانتفاع بها فى الأرض والجدران ، والتحتانى من حجر الرحا المثبتة ، وخشب القصار ، ومعجن الخباز ، والسرر المسمرة ، والدرابزين ، وصندوق رأس البئر ، وصندوق الطحان [1] وفى جميع ذلك وجهان (أحدهما) وهو الذى جزم به المصنف أنها تدخل لثباتها واتصالها (والثانى) لا تدخل لأنها انما أثبتت لسهولة الارتفاق بها كيلا تتزعزع وتتحرك عند الاستعمال ، وعند القاضى حسين المغلاق من هذا النوع الذى فيه وجهان ، وجعله فى كل ما هو متصل ، ويمكن الانتفاع به بعد الانفصال والأكثرون عدوا الأغاليق من القسم الأول .

---

(١) ويدخل الآن فى عصرنا هذا ما فى العمارة من مرافق كالمصعد ومصابيح السلم وصناديق البريد التى يخص كل شقة فى العمارة والشبابيك الشيش والزجاج والمزالج واحواض السباحة (ألبانيو) والصنابير والادشاش والمضخات والمواسير واسلاك الكهرباء ومفاتيحها ومجموعات تيشانها ومحولاتها وتراكيبها . (ط) .

وقد تقدم فى حجارة رحا الماء عن صاحب الحاوى وغيره أربعة أوجه ، ومحلها هناك فى بيع الأرض ، وما نحن فيه فى بيع الدار ، وفصل الماوردى فى الحباب المدفونة فقال : ان كان دفنها استيداعا لها فى الأرض لم تدخل فى البيع ، وان كان دفنها للانتفاع بها على التأبيد كحباب الزياتين [1] والبزابزين والدهانين دخلت ، وهذا جزم منه بأحد الوجهين المتقدمين كيلا يتزعزع ويتحرك عند الاستعمال .

(الضرب الثالث) المنقولات كالدلو والرشا والمجارف والسرر والرفوف الموضوعة على الأوتاد ، والسلاليم التى لم تسمر ولم تطين ، والأقفال والكنوز والدفائن والصناديق والمتاع ، ورحا اليد التى تنقل وتحول ، والخزائن المنفصلة وأقفالها ومفاتيحها ، والأبواب المقلوعة ، والحجارة المدفونة ، والآجر الذى دفن ليخرج ويستعمل ، وكذا كل ما فصل من آلة البناء من آجر وخشب فلم تستعمل ، أو كان أبواباً ولم تنصب ، وجزم الرافعى وجماعة بأن البكرة كالدلو من هذا النوع الذى لا خلاف فيه ، وحكى القاضى حسين فى البكرة وجهين وليس ببعيد فان البكرة كالمتصل ، وليست كالدلو ، فلا يدخل شىء منها فى البيع جزما .

وفى حجر الرحا الفوقانى اذا كان الرحا مبنياً وجهان (أصحهما) عند المصنف وشيخه أبى الطيب والرافعى ، وهو اختيار أبى اسحاق الدخول ، ومقابلة قول ابن أبى هريرة ، وهما مفرعان على قولنا ان التحتانى يدخل . أما ان قلنا بعدم الدخول فيه ففى الفوقانى أولى ، والأقيس عند الامام أن لا يدخل واحد منهما ، وفى مفتاح المغلاق المثبت وجهان (أحدهما) أنه لا يدخل كسائر المنقولات ، وهو قول ابن أبى هريرة (وأصحهما) عند الرافعى وغيره ، ويحكى عن صاحب التلخيص وأبى اسحق المروزى أنه يدخل ، لأنه من توابع المغلاق المثبت ، قال صاحب الحاوى : وهكذا كل ما كان منفصلا لا يمكن الانتفاع به الا مع متصل بالدار فيه وجهان ، ورتب القاضى حسين

---

(1) قال القاموس : الحب الجرة الطيبة او الضخمة منها او الخشبات الاربع توضع عليها الجرة ذات العروتين والكرامة غطاء الجرة ومنه حيا وكرامة والجمع احباب وحبية وحبات (المطيعى) .

الوجهين فى المفتاح على الوجهين فى المتصل ، وأولى بعدم الدخول وفى ألواح الدكاكين مثل هذين الوجهين ، لأنها أبواب لها ، وان كانت تنقل وترد ، وقيل : تدخل وجها واحداً ، لأنها كالجزء منها . حكاه الرويانى وهو المذكور فى التتمة .

قال الرافعى : والذى يقتضيه العرف الدخول ، وهذا ميل منه الى الطريقة التى حكاها الرويانى ، وان لم يذكرها ، وجزم ابن خَيْران فى اللطيف بعدم دخول شريحة الدكان ودراباتها الا ما كان من الدرابات مسمراً ، والبغوى صحح الدخول كما اقتضاه كلام الرافعى ، ولو جعل فى الدار مدبغة وفيها أجاجين مبنية فان قال : بعتك هذه الدار ففى دخول الأجاجين خلاف مرتب على الخلاف المتقدم فيها ، حيث لا تكون الدار مدبغة ، فالدخول ههنا أولى ، وان قال : بعتك هذه المدبغة دخلت الأجاجين قطعاً ، فان لفظ المدبغة والمصبغة متضمنين للأجاجين المبنية فيها .

قال الامام : ومراقى الخشب اذا أثبتت اثبات تخليد فهى على الأصح كمرقى الآجر والجص ، بخلاف السلاليم ، وفى التتمة أن فى أصل هذه المسائل الخلاف فى تجويز الصلاة الى العصا المغروزة فى سطح الكعبة ان جوزنا فقد عددناها من البناء ، فتدخل والا فلا ، قال الرافعى : وهذا يقتضى التسوية بين اسم الدار والمدبغة ، قال ابن الرفعة : وفيه نظر ، لأن مأخذ الدخول على هذا ما يشير اليه اللفظ ، فنزل ذلك منزلة التصريح والدخول ، ويدخل فى بيع الدار التنور ، وعبر الشيخ أبو حامد عن هذا التقسيم بعبارة أخرى فقال : ما يكون فى الدار على ثلاثة أضرب متصل ومنفصل لا يتعلق بمنفعة المتصل ومنفصل متعلق بالمتصل ، فالأول يدخل ، والثانى لا يدخل ، والثالث فيه وجهان كالحجر الفوقانى من الرحا والمفتاح وذكر الرويانى فى توجيه القول بدخول الحجر الفوقانى القياس على الأبواب ، مع أن الأبواب قائمة فى الدورات غير مغروزة فيها ، والقائل الآخر يفرق بأن الأبواب البقاء محيط بها ، وانما تثبت منفصلة ليمكن ردها وفتحها .

(فرع) ذكر الامام أن هذا الخلاف المذكور فى الأجاجين المثبتة

والحجر الأسفل من الرحا والسلاليم المسمرة يجرى فى بيع الأرض اذا قلنا : انه يدخل فى بيعها البناء والغراس .

(فـــرع) تقدم الخلاف فى دخول الرحا مرتباً ، ومن ذلك يأتى فيهما ثلاثة أوجه ، وقال ابن الرفعة : انها مفرعة على النص فى أن البناء والغراس يدخلان فى بيع الأرض (أما) اذا قلنا بعدم الدخول فلا يدخـل واحد من الحجرين قولا واحداً ، وهذا منه رحمه الله انما يحسن اذا كان الكلام فى دخول ذلك فى الأرض ، ولم يجر لذلك ذكر ، وانما كلامنا وحكاية الأصحاب الأوجه فى ذلك فى دخولها تحت اسم الدار ، وحينئذ فيتجه الخلاف مطلقاً ، لأن الأبنية تندرج فى بيع الدار الا على ما قاله الجـورى ، وذلك ضـعيف جداً ، والله أعلم .

(فـــرع) الميزاب عده صاحب الحاوى مما يدخـل ، فيحتمـل أن يكون ملحقاً بالأبواب والضباب ، فيدخل جزماً ويحتمل أن يـكون ملحقاً بالرفوف المتصلة ؛ فيجرى فيها الوجهان ، ويكون أطلق القول فيه على رأى المصنف فى دخولها ، ويدخل الاختصاص التى على السطح ، قاله صـاحب التتمة .

(فـــرع) اذا كان فى الدار بئر دخلت لبنها وآجرها ، قاله القاضى أبو الطيب وغيره ، ولا خلاف فى ذلك ، وممن صرح بعدم الخلاف فيـه صاحب العدة فى البئر ، وسيأتى الكلام فى الماء ، أو صهريج دخل فى البيع أيضا لأنه من جملة بنائها فهو كالخزائن والسقوف ، ذكره صاحب الاستقصاء، ولو كان وراء الدار بستان متصل بالدار لم يدخـل فى العقـد ، وان قال بحقوقها ، لأن اسم الحقوق لا يطلق على البسـتان المتصـل بالدار ، قاله القاضى حسين .

(فـــرع) وأما حريم الدار ، فان كانت فى سكة غير نافذة دخل ، ولو كان فى الحريم أشجار ففى دخولها الخلاف فى دخول الأشجار فى الدار ، وان كانت فى سكة نافذة أو فى طريق الشارع لم يدخل الحريم ، قاله القاضى حسين ، وصاحب التهذيب والرافعى وغيرهم ، قال الرافعى : بل لا حـريم

لمثل هذه الدار على ما سنذكر فى احياء الموات ، وقال المتولى : ان الأشجار فى الطريق النافذ لا تدخل الا بالتنصيص ، وفى غير النافذ ان أطلق العقد لم تدخل ، وان قال بحقوقها دخلت ، لأن تلك البقعة وما فيها من جملة حقوق تلك البقعة ، وهذا يقتضى أن الحريم فى السكة غير النافذة لا يدخل الا بالتنصيص ، وما تقدم عن القاضى حسين والبغوى والرافعى أولى والله أعلم .

وقال ابن خيران فى اللطيف : ان بئر المطر اذا كانت فى ملكه خارج الدار لم تدخل فى البيع ولا بالشرط ، وهذا يوافق ما تقدم عن التتمة ، قاله ابن الرفعة (قلت :) قال فى شرح الوسيط . ثم يكتب بعده . وهذا الذى ذكره ابن الرفعة صحيح ، وليس اعتراضا على كلام الأصحاب فان مقصودهم أنه حيث ثبت الحريم هل يدخل هو وأشجاره فى بيع الدار أم لا ؟ ولا شك أن الحريم ثابت فى السكة المنسدة اذا لم يكن فيها الا تلك الدار ، وفى الصورة التى فرضها ابن الرفعة أيضا والله أعلم . قال ابن الرفعة : وحيث يدخل حريم الدار فى بيع الدار ينبغى أن يدخل حريم القرية فى بيع القرية .

(فـــرع) اذا اتصل بالدار حجرة أو ساحة أو رحبة ، قال الماوردى وابن أبى عصرون : لم يدخل فى البيع ، لخروج ذلك عن حدود الدار ، التى لا تمتاز الدار عن غيرها الا بها ، ولا يصح العقد الا بذكرها ، وهى أربعة حدود فى الغالب ، فان استوفى ذكرها صح البيع ، وان ذكر حداً أو حدين لم يصح ، وان ذكر ثلاثة فان كانت الدار لا تتميز بالثلاثة بطل ، وان تميزت فالصحيح الصحة وفيه وجه أنه باطل . (قلت :) وفى اشتراط ذكر الحدود اذا كانت الدار معلومة نظر ، والذى ينبغى الصحة اذا ذكر ما يميزها ويمنعها من التباسها بغيرها ، وعلى ذلك ينبغى أن تتبعها الحجرة والساحة والرحبة المتصلة بها ، لاقتضاء العرف ذلك [وأما] اذا ذكر الحدود وخرجت الأمور المذكورة عن الحدود فالأمر كما قال الماوردى ، وممن حكى الخلاف فى مسألة الحدود تبعاً للماوردى الشاشى فى الحلية ، وقال ابن الرفعة : ان الذى يظهر من كلام الأصحاب الصحة اذا أطلق من غير ذكر الحدود وتميزت ، وحكى مع ذلك كلام الماوردى أيضا ، والله أعلم بالصواب .

(فـــرع) حكاه الماوردى أيضاً اذا اتصل بالدار ساباط على حائط من حدودها ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يدخل كالجنـاح (والثـانى) لا يدخل الا بالشرط كالحجرة والساحة (والثالث) وهو تخريج أبى العباس ان كان كل واحد من طرفى الساباط مطروحا على حائط لغير هذه الدار لم يدخل ، قال ابن أبى عصرون : وهو أصحها ، وأطلق ابن خيران فى اللطيف عدم دخول الساباط . واذا باع داراً على بابها ظلة مثبته على جدارها دخل فى مطلق بيع الدار ، خلافا لأبى حنيفة رحمه الله تعالى ، قال صاحب العدة : وقال لنا انها جزء من الدار ، واذا دخل الميزاب فيه فهذا أولى .

(فـــرع) تقدم أن الأغاليق تدخل فى المبيع ، والمفهوم ما كان مسمراً كالنصب المعهودة والدوار المسـمى بالكيلون ، وتقـدم أن أقفال الخزائن المنفصلة ومفاتيحها لا تدخل ، وذلك ظاهر ، لأن الخزائن المنفصلة لا تدخل فهى أولى ، أما الأقفال الحديد المعهـودة على الأبواب المثبتة فلا تدخل ، لأنها منقولة ، كذلك يقتضيه كلام البغوى فى التهذيب وغيره ، وأطلق ابن خيران فى اللطيف . وهو ظاهر لأن العرف لا يقتضى دخولها على الاطراد .

(تنبيه) يوجد فى بعض المختصرات اطلاق القول بأن المفتاح يدخل فى بيع الدار (والصواب) أن ذلك محمول على مفتاح الغلق المثبت كالضـبة والدار كما نبهت عليه (أما) مفتاح الغلق المنقول كالأقفال الحديد الذى ينقل فهو تابع للقفل ، فلا يدخل على ما تقدم عن صاحب التهذيب وغيره ، قال ابن الرفعة : انه لا خلاف فى ذلك .

(فـــرع) تقدم عن أبى الحسين الجورى أنه اذا رهن أرضاً أو داراً ففى دخول البناء قولان ، ونبهت هناك على غرابته ، وأنه على مسافة تقتضى جريان ذلك فى البيع ، فان صح ذلك زال الحكم بتبعية أكثر ما ذكرناه ، لأنه اذا لم يدخل البناء لا تدخل هذه الأشياء بطريق أولى ، لكن هذا بعيد جداً لا يشهد له عرف أما اللغة [1] .

---

(1) كذا بالأصل فحرر (ش) . قلت : ويمكن أن يكون جواب أما هكذا : فان اسم الدار يطلق على مسطح من الأرض مسور له بابه . (ط)

(فـــرع) أما الشجر ففى دخولها فى بيع الدار الطرق الثلاث التى مرت فى دخولها فى بيع الأرض ، هـــكذا قال القـــاضى أبو الطيب والمحاملى والمصنف وغيرهم من العراقيين والقاضى حسين والرافعى ، وكان يمكن أن يقال : دخول الشجر هنا أولى من دخوله فى بيع الأرض ، لأن الدار اســـم لجميع ما حواه بناؤه من بناء وشجر وكذلك الأرض ، وحكى الامام والغزالى الخلاف فى المسألة ثلاثة أوجه (ثالثها) أنه ان بلغت الأشجار مبلغهـــا تجوز تسمية الدار بستاناً لها ، لم تدخل فى اسم الدار والا دخلت مالا ، وهذا اعدل الوجوه ، وهذا منهما بناء على ما اختاره أن الشجرة لا تدخل فى بيع الأرض على الأصح عندهما ، والا فمتى قيل بالتبعية فى الأرض ففى الدار أولى .

واقتضى كلام الامام فى الأوجه المذكورة أن التفريع على اتباع الاســـم أى على أن البناء والشجر لا يدخل فى بيع الأرض ، وما قاله يؤيد ما ذكرته من الأولوية ،وهو متجه فى المعنى الا أن كلام أكثر الأئمة من العراقيين وغيرهم، فانه يمكن أن تكون الطرق الجارية فى استتباع الأرض للبناء والشجر جارية فى استتباع الدار للشجر ، فعلى طريقة الاستتباع يدخل الشـــجر ههنـــا ، وكذلك على القول بالاستتباع من طريقة طرد الخلاف .

(وأما) على طريقة تقدم الاستتباع أو على القول الموافق لها من طريقة الخلاف فتجرى الأوجه الثلاثة التى ذكرها الامام فى استتباع الدار الشجر ومنشؤها التردد فى أن اسم الدار يشملها ، لا أنها تدخل تابعة ، فان التفريع على خلافه ، وليس فى ذلك الا زيادة على ما نقلوه ، وتفصيل لما اطلقوه ، وهو حسن وكيفما قدر فالأصح من المذهب الدخول على غير طريقة الامام والغزالى والله أعلم .

وقد وقع فى التعبير عن الوجه الثـــالث تفاوت لطيف ، فعبـــارة الامام ماقدمتها ، وكذلك الغزالى فى البسيط ، وقال فى الوسيط : ان كان بحيث يمكن تسمية ذلك دون الدار بستانا لم يتدرج ،والا فيندرج ، وأولها ابن الرفعة على أن الشجر يسمى دون الدار بستانا وتكون الدار داخلة تحت اسمه ، وحينئذ يوافق عبارة الامام والله أعلم .

(فـــرع) الباب اذا كان مغلوقا لا يدخل فى بيع الدار والأرض الا بالشرط وكذلك ما استهدم من البناء والخشب والآجر وغـيره ، قاله ابن خيران فى اللطيف ، وقد تقدم بعض ذلك عن غيره أيضا .

(فـــرع) باع سفينة قال الماوردى : يدخل فى البيع ما كان من البناء متصلا وفى دخول مالا يستغنى عنه من آلاتها المنفصلة وجهان يعنى المتقدمين عن أبى اسحق وابن أبى هريرة .

(فـــرع) تقدم الكلام فى حجرى الرحا ودخولها تحت اسـم الدار (وأما) لو قال : بعتك هذه الطاحونة قال الامام : فالحجر الأسفل يدخـل لا محالة ، وفى دخول الحجر الأعلى خلاف (والأظهر) دخوله لأن تعرضـه باسمها للطحن ، والطحن لا يقع الا بالحجر فهذا هو الذى لا يتجه غيره ولأجل هذا الكلام من الامام قال الغزالى فى الوسيط : انه لا خلاف فى اندراجهـا تحت اسم الطاحونة أى لا خلاف به احتفال ؛ وفى البسيط صرح بالخلاف كما ذكر الامام .

(فـــرع) اذا قال : بعتك هذا الحانوت قال صاحب الاستقصاء : قال الصيمرى : دخل فى بيعها الدروند والعلج ولا يدخل فى بيعها الدرابات لأنها منفصلة عنها فهى كالرفوف التى لم تسـمر ، قال يعنى الصـيمرى : وأما الشرائح فقد قيل : تدخل فى البيع ، وقيل : لا تدخل (والصحيح) أنها ان كانت كالمبنى دخلت ، والا لم تدخل ، قال : وما سوى ذلك ، فان كان غير منصوب لم يدخل ، وان كان منصوباً فقد قيل : يدخل كالباب المنصـوب وقيل : لا يدخل كالرفوف التى لم تسمر (قلت :) وقد تقدم حكاية الوجهين فى الدار قريباً وأما المتصل بالحائط من الخشبة ، فانه يدخل فى البيع أيضاً لاتصاله ، جزم به الماوردى .

(فـــرع) جرت عادة الأصحاب بذكرها فى هذا الباب : لو باع العبد وفى أذنه حلق ، أو فى أصبعه خاتم ، أو فى رجله حذاء لم يدخل فى البيع لأن ذلك ليس من أجزاء العبد ، وهل تدخل ثيابه التى عليه فى البيع ؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) وهو الذى نسبه الماوردى الى جميع الفقهـاء : لا ، لأنه

لا يدخل شيء من ذلك الا بالتسمية • قال الروياني : ولكن العادة جارية بالعفو عنها فيما بين التجار (والثاني) وبه قال أبو حنيفة يدخل ذلك في مطلق البيع للعادة (والثالث) يدخل قدر ما يستر العورة للضرورة كنعل الدابة ، وان باع دابة وعليها سرج ولجام لم يدخل ذلك في البيع وجهاً واحداً، قاله في الاستقصاء ، ولا يدخل في بيعها المقود والحبل ، قاله الروياني، وحكى عن بعض الناس أنه يدخل في بيعها المقود والحبل • قال الماوردي : وهو قول من أوجب في بيع العبد والأمة قدر ما تستر به العورة •

ويدخل في بيع الدابة النعال المسمرة في أرجلها ، لأنها كالمتصلة بخلاف القرط في الأذن حيث لم يدخل ، لأن النعل يستدام والقرط لا يستدام قاله الماوردي • وان باع سمكة فوجد في جوفها لؤلؤة أو جوهرة لم تدخل في البيع ثم ينظر فان كانت اللؤلؤة أو الجوهرة فيها أثر ملك من ثقب أو صنعة فهي لقطة ، والا فهي ملك الصياد كما يملك ما يأخذه من المعدن ، فان السمكة قد تمر بمعادن اللؤلؤ والجوهر وربما ابتلعت شيئاً منه قاله الماوردي • وان باع طيراً فوجد في جوفه جراداً أو سمكا قال الماوردي : دخل في البيع لأنه من أغذيته ، قال في الاستقصاء : فهو كالحب في بطن الشاة ، قال الماوردي : ولو وجد في جوفها حماماً لم يدخل في البيع ، وان ابتاع سمكة فوجد في جوفها سمكة جزم الماوردي بالدخول لأن السمك قد يتغذى بالسمك وحكى صاحب الاستقصاء أربعة أوجه (أحدها) هذا (والثاني) لا يدخل ، بل هو على ملك البائع (والثالث) ان كان صغيراً دخل ، وان كان كبيراً لم يدخل ، قال في الاستقصاء : قال الصيمري : (والصحيح) أن يقال : ان كان هذا الحوت مما يأكل الحيتان دخل في بيعه كما يدخل في بيع الطير الذي يأكل الحيتان وان كان مما لا يأكل الحيتان لم يدخل قال الماوردي : قال الشافعي : ويؤكل الحوت والجراد الموجود في جوف الطائر ، قال الماوردي : وهذا صحيح ، لكن بعد الغسل لتنجسها بما في جوف الطائر ، فلو كان مأخوذاً من جوف الحوت لم يجب غسله لأن ما في جوف الحوت ليس بنجس وما في جوف الطائر نجس (قلت) وما في جوف السمك وجهان (أظهرهما [1])

---

(١) اصطلح المتأخرون من اصحابنا على ان الاظهر هو الراجح من الاقوال والاصح هو الراجح من الاوجه وكان الاولى على هذا ان يقال (اصحهما) .

عند الرافعى النجاسة فعلى هذا يجب الغسل فيهما . وان باع دجاجة وفى جوفها بيض دخل فى البيع ، لأنه من نماء الأصل فهو كالحمل ، قاله صاحب الاستقصاء .

(فرع) فى مذاهب العلماء ، حكى عن أبى حنيفة رضى الله عنه أنه قال : حقوق الدار الخارجة منها لا تدخل فى بيع الدار وان كان متصلا بها وبهذا قال الشرطيون وكل حق هو لها خارج منها احتراز من قوله ، وحكى عن زفر رحمه الله أنه قال : اذا كان فى الدار آلة وقماش دخل فى البيع ولهذا قال الشرطيون : وكل حق هو لها ومنها ، احتراز من قوله . قال ذلك صاحب الحاوى ورد صاحب الحاوى على زفر بأنه لو دخل ذلك لدخل ما فى الدار من عبيد واماء وما أشبه ذلك وطعام وما أحد قال هذا قال الماوردى : حكى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن جميع ما على العبد والأمة من ثياب وحلى يدخل فى البيع ، لأنه فى يده .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وأما الماء الذى فى البئر فاختلف اصحابنا فيه ، فقال ابو اسحق : الماء غير مملوك ، لانه لو كان مملوكا لصاحب الدار لما جاز للمستاجر شربه ، لانه اتلاف عين ، فلا يستحق بالاجارة كثمرة النخل ، والواجب ان لا يجوز للمشترى رد الدار بالعيب بعد شربه ، كما لا يجوز رد النخل بعد اكل ثمرته ، فعلى هذا لا يدخل فى بيع الدار ، غير ان المشترى احق بالثبوت يده على الدار وقال ابو على ابن ابى هريرة : هو مملوك لمالك الدار ، وهو المنصوص فى القديم وفى كتاب حرملة ، لانه من نماء الأرض ، فكان لمالك الارض كالحشيش ، فاذا باع الدار فان الماء الظاهر للبائع لا يدخل فى بيع الدار من غير شرط وما يظهر بعد العقد فهو للمشترى ، فعلى هذا لا يصح البيع حتى يشترط ان الظاهر من الماء للمشترى لانه اذا لم يشترط اختلط ماء البائع بماء المشترى فينفسخ البيع) .

(الشرح) قد تقدم أن بناء البئر والصهريج يدخلان فى بيع الدار فأما الماء الذى فى البئر فيحتاج الى مقدمة ، وهى أن أصحابنا اختلفوا فى أن الماء الذى فى البئر هل يملك أو لا ؟ على وجهين (أحدهما) وبه قال أبو اسحق المروزى ، وهو اختيار الشيخ أبى حامد على ما حكاه صاحب البيان ، أن

الماء غير مملوك لأنه يجرى تحت الأرض ، ويجيء الى ملكه ، فهو بمنزلة الماء الذى يجرى فى النهر الى ملكه ، فانه لا يملك بذلك ، هكذا قال القاضى أبو الطيب ، ولما ذكره المصنف أيضاً ، وقياسه على ثمر النخل يعنى اذا استأجر الأرض يعنى فلما جاز للمستأجر شربه وجاز ردها بالعيب بعد شربه دل ذلك على أنه مباح غير مملوك ، وانما منع منه قبل الاجارة لأنه لا يجوز له الدخول الى ملك غيره بغير حق ، فلو أن داخلا دخل وأخذه ملكه . واستدل أيضا بأنه اذا اشترى داراً واستقى من بئرها ثم وجد بها عيباً كان له ردها .

(والثانى) وهو اختيار أبى على ابن أبى هريرة أنه يملك ما ينبع فى أرضه من عين أو بئر لأنه نماء ملكه كلبن الشاة والبقرة والحشيش النابت ونقل هذا عن نصه فى القديم وعن كتاب حرملة . وانما جاز للمستأجر استعماله لأنه كالمأذون له بالعرف ولم يجب على المشترى غرمه لأن حكمه موضوع على التوسعة ، ومحل الوجهين فيهما اذا كانت البئر مملوكة . أما اذا قصد بحفرها الاستقاء ولم يقصد التملك فالماء المجتمع فيها لا يكون ملكا بالاتفاق للاصحاب .

اذا علم ذلك (فان قلنا :) انه لا يملك لم يدخل فى بيع الدار ، وكل من استقاه وحازه ملكه (وان قلنا :) انه مملوك لم يدخل الموجود منه فى البيع ، لأنه ظاهر كالثمرة الظاهرة ، وما ظهر بعد العقد يكون للمشترى ، لأنه حدث فى ملكه فعلى هذا لا يصح بيع البئر أو الدار التى فيها البئر ، على أن الماء الموجود عند العقد للمشترى ، لأنه لو لم نشترط كان باقياً على ملك البائع ، فيختلط بالماء الذى يحدث بعد العقد على ملك المشترى ، فيكون العقد باطلا من أصله ، وهو يشبه ما اذا باع شجرة وعليها حمل ثمرة مؤبرة ، ويعلم أنه يحدث حمل آخر ويتلاحق بالأول قبل امكان قطع الأول ، وسيأتى الكلام فى ذلك ان شاء الله تعالى .

ونقل الامام وغيره أن من أصحابنا من أتبع الماء البئر ، وجعله كالثمرة غير المؤبرة ، وهذا الوجه غريب جداً ، ومع غرابته صححه ابن أبى عصرون فى الاستقصاء ، وقال : انه الأصح وانه يدخل فى بيع الدار ، وان جهل المقدار

منه كما يدخل الحمل تبعاً ، وجـزم به فى المرشد ، وهـذا وان كان خلاف المشهور فالفرق يقتضيه ، فليلخص من هذا أن البيع على المشهور اذا أطلق فى البئر والدار التى فيها لا يستتبع الماء ، لأنه باطل على قول ابن أبى هريرة والباطل لا يستتبع ، وصحيح على قول أبى اسحق ، لكن الماء غير مملوك فلا يدخل فى البيع ، فاذا شرط دخوله على قول ابن أبى هريرة كان ذلك بالشرط بالتبعية ، هذا ما ذكره العراقيون وقطعوا به ، قال الامام : ولست أرى قياساً ولا توقيفا يخالف ما ذكروه ولكن العادة عامة فى المسامحة به فان تناقلت [1] ناظر عن هذا فكذلك . والامام لم يخالفهم فى الحكم كما ترى وقد تقدم الوجه الذى نقله هو فى غير هـذا الموضـع ذكره فى باب بيع الكلاب ، ولا يجوز بيع ماء البئر وحده باتفاق .

قال الامام : والماء الجارى أولى بالفساد (فان قلت) كيف صح اشتراطه؟ وهو لو باع ماء البئر وحده لم يصح أما على قول أبى اسحق فظاهر وأما على القول الآخر فلأنه لا يمكن تسليمه كما فى مسألة الثمار ، ولا يجوز أن يبيعه جملة الماء الموجود ، والذى سيحدث لأنه مجهول معدوم ، وكذلك جـزم القاضى أبو الطيب وغيره هنا بأنه لا يجوز بيع ماء البئر (قلت) صحيح ان بيع ماء البئر وحده لا يجوز جزما للعلة المذكورة ، وهى منتفية فيما اذا باعه مع البئر أو الدار ، لأن الحادث حينئذ يكون على ملك المشترى ، فلا يحصل اختلاط المبيع بغيره ، فقد أمنا من الفساد ، ويصح بيع البئر وما فيها من الماء كما قلنا فى الدار ، وقد اعترض زين الدين الحلبى ، شيخ صاحب الوافى على المصنف فى قوله : انه اذا لم يشترط اختلاط ماء البائع بماء المشترى فينفسخ البيع ، بأن الماء الظاهر ليس يمنع ، فاختلاطه بماء المشترى لا يوجب الفسخ.

وأجاب صاحب الوافى بأن الماء المجتمع حالة العقد فى الأرض ، وهو غير ظاهر تابع للأرض يدخل فى العقد ، فيكون مبيعا ، فاذا اختلط بماء البـائع فينفسخ العقد فى قدر ذلك الماء المبيع لاختلاطه قبل القبض بما لا يتمـيز منه ، فكان كالتالف قبل القبض ، واذا تعذر القبض فى أحد العينين المبيعين ،

---

(١) كذا بالأصل فحرر (ش) اقلت : ولعل السقط (فان تناقلت الأصحاب ممن ناظر الخ)

هل يكون كالتعذر فى الأخرى ، حتى يبطل فى الجميع ؟ فيه خلاف ذكرناه فى كتاب البيوع ا هـ ما أجاب به ، وأنا أقول : ان اختلاط الماءين فى هـذه المسألة كاختلاط الثمرة الحادثة بالموجودة فيما اذا كان المبيع هو الشجرة ، وسيأتى فى آخر كلام المصنف أن الأكثرين على أنها على القولين فى اختلاط الثمار المبيعة بغيرها (والصحيح) عند المصـنف مـن القولين المذكورين الانفساخ .

واذا ثبت هناك أن أختلاط الثمرة حيث تكون الشجرة مبيعة كاختلاط الثمرة حيث تكون نفسها مبيعة والثمرة هناك اذا علم تلاحقها لا يصح البيع من أصله كما سيأتى ، فحيث تكون الشجرة مبيعة وعليها ثمرة مؤبرة ، يعلم تلاحقها بغيرها ، ينبغى أن يكون كذلك ، ويبطل البيع من أصله ، وكذلك مسألة الماء فى مسألتنا هذه فصح قول المصنف بالانفساخ ، وليس معناه أن العقد ينعقد ثم ينفسخ بعد ذلك بالاختلاط ، ولكن هذا تعليل لبطلان العقد من أصله ، لأنه اذا علمنا أن العقد لو انعقد طرأ عليه ما يفسـخه ، حـكمنا ببطلانه من أصله لعدم الفائدة فيه وهذا التصوير صحيح على رأى المصنف وغيره من الأصحاب فان الصحيح عنده وعند الأصحاب فيما اذا كان اختلاط الثمار معلوماً ببطلان البيع .

وانما اختلف التصحيح فيما اذا كان الاختلاط نادراً ثم وقع وأما ما أجاب به صاحب الوافى فلا يتجه لأن الصحيح عند المصنف وغيره أن تلف بعض المعقود عليه قبل القبض لا يوجب البطلان فى الباقى ، واذا كان الصحيح عدم البطلان فكيف يخرج عليه كلام المصنف ، هذا الذى جزم فيه بالانفساخ هذا فيما هو جزء كأحد المعنيين ، أما الماء الموجود الكائن فى الأرض عند البيع فقد يقال : انه ليس بمنزلة الجزء بل هو وصف متعذر أو يبلغه قبـل القبض بمنزلة العيب الحادث قبل القبض يوجب الخيار ، ولا يقتضى البطلان جزماً ، والله أعلم .

(فـرع) وأما العيون المستنبعة ، والأودية والعين ففى تملك مائهـا أيضاً وجهـان ، وقرارها مملوك ، ولا يجـوز بيع مائها لما تقدم بلا خلاف

لاختلاط المبيع بغير المبيع ، ويجوز قرار العين أو سهم منها ، ويكون لمشترى ذلك حق فى الماء لثبوت يده على الأصل ، قاله الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وغيرهما ، ولا يجوز أن يبيعه سهما من الماء ، وكذلك لا يصح أن يقول : بعتك يوماً أو ليلة أو كذا وكذا يوما من الماء لأن الزمان لا يصح بيعه والماء الذى فى العيون والآبار لا يصح بيعه ، قاله صاحب البيان ، ولو باع العين قال الأصحاب : والحيلة فيمن أراد أن يشترى ماء العين أو سهماً منه أن يشترى العين أو سهما منها فيكون ما يحدث من الماء على ملكه على قول ابن أبى هريرة ويكون أحق به على قول أبى اسحق .

قال صاحب البيان : هكذا ذكر أصحابنا وعلى قياس ما ذكروا فى بيع الدار التى فيها بئر ما اذا اشترى العين أو سهماً منها (اذا قلنا) الماء مملوك فيشترط أن يشترى مع العين الماء الظاهر وقت البيع ، لئلا يختلط ماء المشترى بماء البائع ، فينفسخ البيع ، ويشترط رؤية الماء وقت البيع ، ولا تكفى الرؤية المتقدمة لأنها رؤية للماء الحادث وقت الرؤية لا لما يحدث بعده . قال المحاملى : ولو باع العين والماء الذى فيها لم يجز لأنه بيع معلوم ومجهول ، هكذا قال ، وفيه نظر ، لأنه ان كان مراده الماء الحاصل فيها فهو كبيع البئر ومائها ، وقد تقدم أنه جائز وان كان مراده الذى يحدث بعد البيع فيمكن أن يسلم له الحكم بالبطلان ، لكن بغير العلة التى ذكرها ، بل لأنه بيع موجود ومعدوم ، ويمكن أن يقال : ان ذلك يصح ، لأنه بيان لمقتضى العقد اذا كان الحادث تابعاً ، وان أراد الماء الموجود ، وأن ذلك فيما اذا لم يعلم مقداره فمثله يجرى فى ماء البئر ، وشرط صحة البيع فى البابين العلم والله أعلم .

ولو باع مائة منا [1] من الماء الذى فى البئر ــ وقلنا : الماء مملوك ــ ففى صحة البيع وجهان مبنيان فى النهاية على ما اذا رأى المودجان من لبن الضرع [2] لأن بعضه مرئى وبعضه غير مرئى ، يشترط أن يكون المقدار

---

(١) المنا بفتح الميم والنون الذى يقال به السمن وغيره وقيل الذى يوزن به رطلان والتثنية منوان والجمع امناء مثل سبب واسباب وفى لغة تميم بالتشديد والجمع امنان والتثنية منان . (المطيعى)

(٢) بياض بالأصل لمحرر (ش) قلت ولعل العبارة : على ما اذا راى المؤرد ــ اى الجريان والاضطراب جاء من لبن الضرع الخ .

المبيع من ماء البئر يعتقد التزايد فيه كما فى لبن الضرع ، ولو باع مائة منا من ماء نهر كان ممنوعاً وجهاً واحداً ، ولو باع من النهر من غير تعرض للماء صح ، والقول فى الماء كما تقدم فى البئر ، وان باع النهر مع مائه الجارى فيه وقلنا : الماء غير مملوك فقد جمع بين مملوك وغير مجهول ، وان قلنا : مملوك فقد جمع بين مجهول ومعلوم والأصح فى مثله بطلان البيع فى الجميع .

(فرع) عن الامام لو كان فى الأرض المبيعة نهر ، فالكلام فى مائه كالكلام فى ماء البئر قال ابن الرفعة : ولعل محله اذا كان واقفا فيه ما اذا كان جارياً فليتأمل (قلت) ويتعين حمله على ذلك لما تقدم أن الجارى لا يجوز بيعه جزما .

(فرع) وأما الماء الذى يؤخذ من مطر أو نهر أو غيرهما ويجعل فى صهريج قال فى الاستقصاء : فقد قال أبو الفتح نصر المقدسى رحمه الله : فعندى أنه لا يدخل فى البيع الا بالشرط ، ولا فى الاجارة الا بلفظ الاباحة ، قال : وهذا صحيح لأنه ليس من نماء الأرض فهو كسائر المائعات من الزيت وغيره اذا خلط فيه .

(فرع) المياه الجارية فى الأنهار كالفرات ودجله وجيحون والنيل وغيرها من الأنهار الكبار والصغار ليست مملوكة لأحد ، وجها واحدا ، لأنها تنبع من المواضع التى ليست مملوكة ، كالجبال والشعاب ومن استقى شيئاً منها وحازه ملكه واذا جرى ماء من هذه الأنهار الى ملك انسان كماء المد يدخل فى أرضه لم يملكه الا بالحيازة ، بل يكون أحق به ، واذا حفروا أنهاراً فأجروا فيها من هذه الأنهار ماء فليس أيضاً بمملوك ، ولهذا يحل للعطشان أن يشرب منها بغير اذن مالك النهر ، قاله القاضى أبو الطيب وغيره .

ولو باع مقداراً من ماء جار أرضه مملوكة لم يصح لأنه لا يمكن تنزيل العقد على معين فيه يمكن تسليمه ، قال صاحب البيان : وعلى قياس هذا ما يقع فى أرضه من ماء المطر ، فانه لا يملكه ولا يصح بيعه وجها واحداً ، لأنه انما يملك ماء البئر على قول أبى على ، لأنه نماء أرضه ، وليس هذا بنماء أرضه ، وانما هو أحق به كما لو يوجد فى أرضه صيد (قلت) وهذا ما لم

تحصل حيازة (أما) اذا أخذه وحازه ملكه وفى البيان أن أصحابنا أجمعوا على أنه لو احتاز ماء من نهر عظيم ، ثم أعاده اليه ، أنه لا يختص بشركة فى هذا النهر ، قيل : وان أتلف رجل على غيره ماء فهل يلزمه قيمته أو مثله ؟ فيه وجهان (قلت) وهذا الخلاف على اطلاقه يقتضى الخلاف فى أن الماء مثلى أو متقوم والمعروف أنه مثلى ، وأنه اذا أخذه فى مفازة ثم غرمه فى البلد يغرم قيمته والبئر الذى ليس بمملوك بأن قصد حافره فى الموات الاستقاء منه وعدم تملكه ، فما فيه من الماء لا يملك قولا واحداً نقله الامام عن الشيخ أبى على فلا يصح بيعه •

(فرع) فأما ما تولد فى أنهار الأرض وعيونها من السمك فلا يملك على الوجهين وجه أبى اسحق ووجه أبى هريرة الا بالحيازة كما لا يملك ما فرخ من الصيد فى أرضه الا بأخذه وانما له منع الناس من ذلك لما فيه من دخول أرضه والتصرف فى ملكه ، فان أخذوه ملكوه دونه ، قاله الماوردى •

(فرع) ذكره الرويانى فى هذا الموضع ، وان لم يكن له به ذاك التعلق اذا قال : بعتك جميع حقى من هذه الدار وهو عشرة أسهم من عشرين سهماً ، وكان حقه خمسة عشر ، وقع العقد على عشرة أسهم (قلت) وقد يتخيل أن ذلك كما اذا قال : بعتك هذه الصبرة على أنها عشرة آصع فخرجت أكثر وليست مثلها ، فان الصبرة المشاهدة يتعلق الغرض الأعظم بعينها كلها ، وفى الجزء المشاع يتعلق الغرض الأعظم بما يذكر من مقداره والله أعلم •

(تنبيه) هذا القول الذى نقله المصنف عن أبى اسحق هل هو القول الذى يقول أن لا يملك قط لا بالاجارة ولا بغيرها أو غيره ، قال ابن أبى الدم : هو غيره ومذهب أبى اسحق فى ماء البئر خاصة قبل الاجارة ، وهو الخلاف المذكور فى أن من حفر بئراً فى ملكه فاجتمع فيها ماء ، هل يملك ذلك الماء بمجرد كينونته فى البئر ؟ أم لا يملكه حتى يحتازه باناء أو ظرف ؟ وجهان مشهوران (قال) أبو اسحق : لا (وقال) ابن أبى هريرة : نعم ، ولا خلاف عندهما أنه يملك بالاجارة (وأما) ذلك الوجه البعيد الذى حكاه الامام أن الماء لا يملك قط بالاجارة ، ولا غيرها فهو مهجور غير مشهور ، وقال : لم أر أحداً حكاه سواه ، ولا تفريع عليه ، وهذان الوجهان ذكرهما المصنفون فى الطريقتين وفرعوا عليهما [والله تعالى أعلم بالصواب] •

بسم الله الرحمن الرحيم

مسائل المعدن

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان فى الأرض معدن باطن كمعدن الذهب والفضة دخل فى البيع لأنه من أجزاء الأرض وان كان معدنا ظاهرا كالنفط والقار فهو كالماء مملوك فى قول أبى على ابن أبى هريرة ، وغير مملوك فى قول أبى اسحاق ، والحكم فى دخوله فى البيع على ما بيناه فى الماء ، وان باع أرضا وفيها ركاز أو حجارة مدفونه لم تدخل فى البيع ، لأنها ليست من أجزاء الأرض ، ولا هى متصلة بها ، فلم تدخل فى بيعها) •

(الشرح) والنفط(١) والقار(٢) .

(أما الأحكام) ففيه مسألتان (احداهما) المعدن على قسمين باطن وظاهر ، وقال القاضى أبو الطيب والماوردى : جامد وذائب •

(القسم الأول) الباطن قال صاحب الاستقصاء : أى غير متميز عن الأرض كالذهب والفضة والفيروزج والرصاص والنحاس وسماها القاضى أبو الطيب والماوردى معادن الجامدات فيدخل فى بيع الأرض جزما لما ذكره المصنف ، ولا فرق بين المعدن المذكور وبقيه أجزاء الأرض ، الا أن بعض الأجزاء أفخر من بعض ، ولا يجوز بيع معدن الذهب بالذهب ، ولا معدن الفضة بالفضة ويجوز بغير الأثمان قولا واحدا ، وهل يجوز بيع معدن الذهب أو معدن الفضة بالذهب ؟ فيه قولا الجمع بين بيع وصرف قاله الرويانى •

(١ ، ٢) بياض بالأصل فحرر (ش) قلت : النفط دهن أو زيت يستخرج من باطن الأرض وكان يستصبح به أما اليوم فمشتقاته أكثر من أن تحصر من وقود السيارات والطائرات و •• و •• أما القار أو القير فهو مادة خام النفط سوداء كانت تطلى بها السفن الخشبية حتى لا يتآكل جسمها ولا يتسرب الماء اليها • (ط) •

(والقسم الثانى) المعدن الظاهر أى المتميز عن الأرض ، وهى أعين لمنائع : كالنفط والقار والموميا والملح والكبريت والزئبق ، والكلام فيه كالكلام المتقدم فى الماء حرفا بحرف ، وممن ذكر المسألة كما ذكرها المصنف الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والماوردى والمحاملى والرافعى وغيرهم ، وجزم الغزالى فى الوسيط بعدم الدخول فيه مع حكاية الخلاف فى الماء ، قال ابن الرفعة : وحمله على ذلك قول الامام اذا باع الأرض وفيها معدن ، فما يتجدد بعد البيع للمشترى ، وما كان مجتمعا فهو للبائع ولا تردد فيه ، بخلاف الماء ، فان من الناس من قال : لا يملك (قلت :) فان أراد الامام أن من الناس من لا يملك أصلا ولا بالحيازة كما هو وجه بعيد حكاه هو فصحيح ، أن ذلك الوجه لا جريان له فى المعدن ، لكن لا أثر لذلك فى مسألتنا لأن الكلام ما دام فى مقره قبل الحوز ، وان أراد به لا يملك ما دام فى البئر ، فالمعدن كذلك عند أبى اسحق القائل بذلك فى الماء ، كما صرح به المصنف هنا وغيره ، وهذا الذى ذكرناه فى بيع الأرض المشتملة على المعدن جار بعينه فى بيع الدار المشتملة على المعدن ، وفى الدار فرض الغزالى المسألة فى الوسيط .

(المسألة الثانية) اذا باع أرضا فيها ركاز أى كنز مدفون من ذهب أو فضة أو خشب أو آجر أو حجارة مدفونة أو غير ذلك سواء كان من دفين الجاهلية أو من دفين الاسلام لا يدخل فى البيع ، ولا يحل للمشترى أخذه اذا وجده ، لأن ذلك ليس من أجزاء الأرض ولا من نمائها ولا متصلا بها ، فلم يدخل كمتاع البيت والطعام الذى فيه (والظاهر) أنه لمن ملكت منه الدار ، فاذا ادعاه فهو له ، وان لم يدعه فهو لمن ملكه البائع منه ، وعلى هذا أبدا . هكذا ذكر الشيخ أبو حامد والمحاملى وغيرهم من الأصحاب .

(المسألة الثالثة) الأحجار على ثلاثة أقسام : (الأول) أن تكون مخلوقة فى الأرض ، فتدخل فى بيع الأرض كما يدخل قرار الأرض وطينها ، ثم هى على ثلاثة أضرب :

(الأول) أن يضر بالزرع والغرس جميعا فهو عيب اذا كانت مما يقصد لذلك ، وفيه وجه أنه ليس بعيب وانما هو فوات فضيلة وشرط الماوردى والمتولى فى كون ذلك عيبا أن تكون الأرض مبيعة بغير الغراس والزرع ، قال المتولى : فلو اشتراها للبناء فهى أصلح له

فلا خيار ، وينبغي أن يحمل كلامهما على ما اذا لم يكن مقصوده الزرع ، والا فالبيع لا يعين جهة المنفعة فيه ، وليس كالاجارة •

(الضرب الثانى) يضر بالغراس دون الزرع لوصول عروق الغراس اليها دون الزرع فوجهان (أحدهما) أنه عيب (والثانى) ويحكى عن أبى اسحاق المروزى أنه ليس بعيب ولا خيار فيه ، لأن الأرض اذا كانت تصلح للغرس دون الزرع أو الزرع دون الغرس لم يكن ذلك عيبا لكمال المنفعة بأحدهما ، قال الرويانى : وكذلك لو كانت تصلح للغرس دون الزرع ، قال الماوردى : (والأصح) عندى أن ينظر فى أرض تلك الناحية ، فان كانت مرصدة للزرع أو بعضها للغرس وبعضها للزرع فليس هذا بعيب ، وان كانت مرصدة للغرس فهذا عيب ، لأن العرف المعتاد يجرى مجرى الشرط ، قال : ولعل اختلاف الوجهين محمول على هذا التفصيل ، فلا يكون فى الجواب اختلاف ، لكن ذكرت ما على وبينت ما اقتضته الدلالة عندى •

(قلت :) وهذا حسن ووافقه الغزالى فيه ، وهو يقتضى أنها اذا كانت فى موضع غير معد للزرع ولا للغرس كالأراضى بين البنيان فى كثير من المواضع فيكون فوات منفعة الزرع والغرس جميعا فيها ليس بعيب ، ولذلك شرطنا فى أول الكلام تبعا للرافعى أن تكون مقصودة للغراس والزرع ، واستثنى هو أيضا أن تكون الأرض مبيعة لغير الغراس والزرع والله أعلم •

(الضرب الثالث) أن لا تكون مضرة بالغراس ولا بالزرع لبعد ما بينهما وبين وجه الأرض فليس هذا بعيب ، ولا خيار للمشترى •

(القسم الثانى) من أحوال الحجارة أن تكون مبنية فى الأرض كالتى تكون فى أساسات الجدارات وما أشبهها ، فهى داخلة فى البيع أيضا لأنها موضوعة للاستدامة ، وهذا على المذهب فى أن بيع الأرض يستتبع البناء ، والطرق التى تقدمت فى ذلك جارية فيه حرفا بحرف ، كما اقتضاه كلام الامام وغيره ، قال فى البحر : وكذلك ان كان البناء منهدما أو كانت فى طى بئر خراب ، وهذا الكلام فى الدخول (وأما) كونها عيبا فقد جعلها الرافعى من الشرط فى كونها عيبا اذا كانت مضرة بالغراس والزرع كالمخلوقة • (وأما) الماوردى فانه قال :

ان الغالب فيما بنى على الأرض من حجر أنه غير مضر بزرع ولا غرس ، لأن العروق جارية فى مسناة الأرض ومشاربها ، قال : فان كانت كذلك فلا خيار ، وان كانت مبنية بخلاف العرف فى موضع مضر بالزرع فللمشترى الخيار على ما مضى الا أن يسهل قلعها لقصر المدة وقلة المؤنة فلا خيار . أما اذا أثبتنا الخيار فاختار اتمام البيع ، فانه يمسك الأرض والحجارة بجميع الثمن .

(القسم الثالث) أن تكون مدفونة فيها كما فرضه المصنف ، وقيل : ان ذلك كان عادة أهل الحجاز ينحتون الأحجار ويدفنونها الى وقت الحاجة اليها ولا خلاف أنها لا تدخل فى بيع الأرض كالكنوز والأقمشة ، نص عليه الشافعى رضى الله عنه والأصحاب وقول المصنف : ليست من أجزاء الأرض احتراز من المعدن (وقوله :) ولا هى متصلة بها احتراز من البناء والغراس ، ثم لا يخلو المشترى اما أن يكون عالما بالحال أو جاهلا ، ان كان عالما فلا خيار له فى فسخ العقد ، وان تضرر بقلع التابع سواء كانت الأرض خالية عن غراس وبناء أو غير خالية ، ودخل فى العقد اما تبعا أو مع التصريح ، وللبائع النقل ، وان أضر بالمشترى بأن كان تنقص قيمة الأرض أو الغراس أو الزرع الداخل فى العقد أو الذى أحدثه المشترى بعده أو لم ينقص ، وان أبى البائع القلع فللمشترى اجباره عليه ، سواء كان تبقيتها تضر أو لا .

وفى الوسيط حكاية وجه أنه اذا لم يتضرر لم يجبره على النقل ، وسيأتى مثله فيما اذا كان جاهلا (والصحيح) الأول ، وان للمشترى اجبار البائع على القلع والنقل تفريغا لملكه بخلاف الزرع ، فان له أمدا ينتظر ، ولا أجرة للمشترى فى مدة القلع والنقل وان طالت ، كما لو اشترى دارا فيها أقمشة وهو عالم بها لا أجرة له فى مدة النقل والتفريغ ، ويجب على البائع اذا نقل تسوية الأرض ، وان كان المشترى جاهلا بالحجارة فللحجارة بالنسبة الى الضرر فى قلعها وتركها أحوال أربعة (أحدها) أن يكون تركها غير مضر لبعدها عن عروق الغراس والزرع ، وقلعها غير مضر ، لأنه لم يحصل فى الأرض غراس ولا زرع فالبناء لازم ، ولا خيار للمشترى ، وللبائع النقل ، وللمشترى اجباره عليه على المذهب ، وحكى الامام وجها ضعيفا أنه لا يجبر والخيرة للبائع والمذهب الأول قال الأصحاب : فلو سمح بها للمشترى لم

يلزمه القبول ، لأنها هبة محضة والرافعى أطلق تصوير المسألة فى نفى الضرر فلم يحتج الى زيادة على ذلك ، والمـاوردى أراد بالضرر الزرع والغراس ، فلذلك قال ما نذكره ملخصـا من كلامه وكلام غيره ، وهو أنه اذا قلعها ــ فان كان المشترى عالمـا بالحجارة ــ فلا أجـرة له على البائع فى مدة القلع ، لأن علمه بها يجعل قلعها مستثنى ، كتبقية ثمرة البائع على نخل المشترى ، وان كان المشترى غير عالم بالحجارة فان كان زمان القلع يسيرا لا يكون لمثله أجرة كيوم أو بعضه ، قاله المـاوردى وغيره ، فلا أجـرة على البائع وان كان كثيرا كيومين وأكثر قاله البندنيجى •

فان كان بعد قبض المشترى وجب على البائع أجـرة المثل على الصحيح ، لتفويته على المشترى منفعة تلك المـدة ، وهل يجب عليه تسـوية الأرض واصلاح حفرها بقلع الحجارة ؟ فيه طريقان (أحدهما) القطع بالوجوب ، وهو قول المـاوردى (والثانية) على وجهين فى التتمة ، ولا خيار للمشترى ، كما لو قطع البائع يد العبد المبيع بعد القبض وجب الأرش ولا خيار ، وان كان قبل قبض المشترى ففى وجوب الأجـرة على البائع وجهان (أحدهما) نعم كما بعد القبض (والثانى) ونسبه المـاوردى الى جمهور أصحابنا أنه لا أجـرة عليه لأن منفعة الأرض قبل القبض مفوتة على المشترى بيد البائع على الأرض أخـذا من أن جنايته كالآفة السـماوية (فأما) تسـوية الأرض واصلاح حفرها ففيه طريقان قال المـاوردى : فلا يجب على البائع وجها واحـدا ، لكن يجب بذلك للمشترى خيار الفسخ لأنه عيب ، كما لو قطع البائع يد العبد المبيع قبل القبض ، وقال غيره : فيه وجهان •

(الحالة الثانية) أن يكون تركها مضرا لقربها من عروق الغراس والزرع وقلعها مضر لمـا فى الأرض من غراس وزرع ، فان كان المشترى عالمـا بالحجارة وبضررها فلا خيار له فى الفسـخ ، ولا أجرة له فى القلع ، وان كان جاهلا اما بالحجـارة واما بضررها ، واما فى القلع واما فى الترك فله الخيار ، هكذا يقتضيه كلام الأصحاب وقال الرافعى : للمشترى الخيـار سواء جهل أصل الأحجار أو كون قلعها مضرا فأغفل قسـما آخـر لم يشمله كلامه وهو ما اذا كان عالمـا بالأحجار ويكون قلعها مضرا ولكن جهل كون تركها مضرا فمفهوم كلامه أنه لا يثبت له

الخيار ، وليس كذلك لأنه لا فرق بين ضرر الترك وضرر القلع فى ذلك ، وقد يطمع فى أن البائع يتركها فلا يحصل ضرر .

اذا علم ذلك فاذا ثبت الخيار قال الأصحاب : لا يسقط خياره بأن يترك البائع الأحجار ، لما فى بقائها من الضرر ، وهل يسقط الخيار بأن يقول للمشترى لا تفسخ لأغرم لك أجرة مدة النقل ؟ فيه وجهان عن رواية صاحب التقريب (أصحهما) عند الامام والرافعى لا ، كما لو قال البائع : لا تفسخ لأغرم لك الأرش ، ثم ان فسخ رجع بالثمن والا فعلى البائع النقل وتسوية الأرض ، سواء كان النقل قبل القبض أم بعده ، هكذا قال الرافعى ، وقد تقدم عن الماوردى أنه اذا كان قبل القبض لا تجب التسوية وجها واحدا بل يثبت به الخيار ، وكذلك صرح به ههنا هو والشيخ أبو حامد ، ورجحه الرويانى (أما) بعد القبض فتجب التسوية على المشهور ، وقد تقدم ذكر وجهين فى التتمة ، وفى أجرة النقل ثلاثة أوجه .

(ثالثها) وهو الأظهر وهو قول أبى اسحاق المروزى على ما نقله أبو الطيب الفرق بين أن يكون النقل قبل القبض فلا يجب ، أو بعده فيجب (والصحيح) عند الشيخ أبى حامد أنها لا تجب مطلقا ، والكلام فى وجوب الأجرة والتسوية فى هذا القسم والذى قبله واحد . وكذلك لم يتكلم الرافعى عليه الا فى هذا القسم .

واعلم أن الرافعى رحمه الله تعالى أطلق الخلاف فى وجوب الأجرة هكذا ومن جملة أقسام ما فرضه أن يكون عالما بالحجارة جاهلا بضررها ، مع أن الرافعى أطلق أولا أيضا أنه متى كان عالما بالحال فلا أجرة ، وقد يقع بين هذين الكلامين التباس ، فالصواب فى بيان ذلك وتحرير حمل وجوب الأجرة ما قاله ، والقاضى أبو الطيب والماوردى جعلا محله اذا كان جاهلا بالحجارة وبضررها فان كان عالما بالحجارة غير عالم بضررها فانه يثبت له الفسخ لعدم علمه بالضرر ، ولا يستحق الأجرة ، وان أقام لعلمه بالحجارة ، وان العلم بها يجعل زمان قلعها مستثنى وكذلك قال فى القسم الذى تقدم ، وينبغى أن ينزل كلام الرافعى على هذا التفصيل ، فانه مع العلم

بالحجارة يمنع ايجاب الأجـرة كالثمرة المؤبرة وزمان تفريغ الدار من القماش(١) وما أشبه ذلك •

قال الرافعى : ويجرى مثل هذا الخلاف فى وجوب الأرش لو بقى فى الأرض بعد التسوية نقصـان وعيب ، وكذا قاله القاضى حسين ، فسلكا بالأرش مسلك الأجرة ولم يسلكا ولا من وافقهما فيما تقـدم بالتسوية مسلك الأجرة ، بل أوجبوها مطلقا ، وكذلك الشافعى رضى الله عنه فى الأم أطلق وجوب التسـوية وهو الذى قاله المحاملى والقاضى حسين والامام ، وابن أبى هريرة أيضـا أوجب التسـوية قبل القبض ، ولم يوجب الأجـرة كما فعل الرافعى ، وقد يقال فى الفرق : ان المنافع والأوصاف لا يقابلها شىء من الثمن ، فلذلك ثبت له الخيـار فقط ، لأنه عيب ولم يضمن تخريجا على أن جناية البائع كالآفة السماوية •

(وأما) الحفر فى الأرض فانه أذهب بعض أجزاء المبيع ، لأن التراب بعض الأرض فيجب عليه اعادتها ولذلك قال ابن الرفعة خيال ضعيف ، ثم هو غير مستمر لأن التراب الذى كان فى موضع الحفر كان قد بان وسلك به مسلك الأجـزاء ، فينبغى انفسـاخ العقد فيه ، وليس كذلك ، وان كان باقيا قد أزاله عن ذلك الموضع عيب فـرده من باب ازالة العيب ولا يلزمه ، وايجاب عين أخـرى يسوى بها الحفر أبعد والله أعلم ، وممن صرح بأن الأرش كالأجـرة صاحب التقريب فيمـا حكاه عنه الامام أنه حكى فى الأرش الأوجه الثلاثة التى فى الأجـرة ، وقد جعل صاحب التتمة حكم التسـوية قبل القبض مبنيا على جناية البائع (ان قلنا) كالآفة السماوية لم يجب ، وهذا يوافق ما ذكرناه عن المـاوردى وهو الصواب •

وحكى صاحب التتمة وجهين فى وجوب التسوية بعد القبض ، لأن التسليم فى القدر المتصـل بملكه لم يتم كما يقوله فى وضـع الجوائح ، والشافعى رحمه الله تعالى فى الأم أطلق وجوب التسوية ، ولم يفصل بين ما قبل القبض وبعـده ولذلك قال ابن الرفعة : ان الذى يقع فى النفس صحته الجـزم بوجوب التسوية ، والاجبار عليها

---

(١) هو ما على وجه الأرض من فتات الأشياء •

كما هو ظاهر النص وقول الجمهور ، ولا نظر الى ما بعد القبض وقبله ، فان التسوية عبارة عن الموضع الذى يجب تسليمه فيه الى غيره وجب عليه اعادته الى ذلك الموضع بلا خلاف وعقب الطلب ، انتهى .

واعلم أن الشافعى والأصحاب رضى الله عنهم المطلقين وجوب التسوية لم يبينوا ما اذا كانت مواضع الأحجار تحتاج فى تسويتها الى تراب آخر هل يلزم البائع احضاره من خارج ؟ أو تسويتها ببقية الأرض ؟ أو يعيد الى تلك الحفر التراب الذى أخذ منها بالقلع خاصة ؟ وان لم يحصل به سدها كما أشعر به كلام ابن الرفعة المتقدم ، لكن المفهوم من لفظ التسوية هذا القسم الآخر ، فانه لا تسوية فيه لاسيما اذا كان مواضع الحجارة حفرا كبارا ، والتراب الذى فوق الحجارة يسير ، فاذا قلعت الحجارة بقى موضعها حفرا لا يسده ذلك التراب الذى فوقها ، ولا تتساوى ببقية الأرض ، فحمل التسوية على هذا المعنى فيه بعد وعلى تقدير ارادته يتجه الجزم بوجوب التسوية ، وفاء بمقتضى العقد ، وتسليم المعقود عليه على حاله ، وسواء فى ذلك اذا لم يحصل بنقل التراب عن محله بالقلع عيب فى الأرض أو حصل ولكن أجاز المشترى ، فان الاجازة لا تمنع من المطالبة بتسليم عين أجزاء المبيع على حالها .

وعلى هذا لو عدم ذلك التراب المنقول بالكلية وكان له قيمة ينبغى أن يكون كتلف بعض المعقود عليه ، وان كان المراد القسم الثانى ، وهو تسويته ببقية الأرض فبعيد ، لأنه لا يحصل بذلك اعادة المبيع الى ما كان ، بل يتغير كله ، وان كان المراد التسوية بالتراب المقلوع ، فان لم يكف فبتراب جديد ، فحينئذ لا يتجه الجزم بوجوبه ، لأن الزام البائع بتراب جديد لم يضع يده على مثله مع اجازة المشترى العقد بعيد ، بل الذى يتجه أن يقال : ان البائع يجب عليه كمال التسليم بمقتضى العقد ، ومن ضرورته قلع الأحجار وازالة التراب اللازم ثم اعادته على ما كان فان لم يحصل بذلك زيادة عيب فلا كلام ، وان حصل عيب قبل القبض وكان المشترى قد أجبر البائع على القلع بعد اطلاعه على الأحجار ، وعلمه بالحال ، فلا شىء له غير رد التراب ، لأن اجباره على القلع رضا بما يحصل منه من العيب .

وان جهل الحال ــ فان حصل ذلك قبل القبض ــ ثبت له الخيار ، فان فسخ فذاك ، وان أجاز وجب التراب خاصة ، وان كان بعد القبض وكان ذلك مع جهل المشترى بالحال ، فان العقد لم يتضمنه ، وجهل المشترى أثبت له الخيار ، فاذا أسقطه بالاجازة لم يبق له شيء آخر ، ثم التعيب الحاصل من القلع ان فرض ، غايته أن يجعل لتقدم سببه كعيب حاصل فى يد البائع ، والمشترى قد رضى به لما ألزمه البائع بالقلع الذى ذلك التعيب من لوازمه ، فلا شيء له ، سواء كان قبل القبض أم بعده ، ولعل ذلك مأخذ الشيخ أبى حامد ومن وافقه فى قولهم ، بأن التسوية لا تجب مطلقا قبل القبض وبعده ، ولكنه خلاف نص الشافعى رضى الله عنه ، وحينئذ اختار طريقة مفصلة وهى أن اعادة التراب الزائل بالقلع واجبة والزائدة على ذلك ان وقع ذلك قبل القبض وحصل به عيب خرج على جناية البائع (والأصح) أنها كالآفة السماوية فيقتصر على اثبات الخيار وان كان بعد القبض فيتخرج على القطع فى يد المشترى بالسرقة السابقة فى يد البائع (والأصح) أنه من ضمان البائع فتجب التسوية ان وقع بغير مطالبة المشترى ، وان وقع بمطالبة المشترى ففيه نظر ، وفى مأخذ الخلاف فى الأرش ولزوم التسوية مزيد كلام مذكور فى الغصب ، هذا كله ، اذا كان لذلك الزمان أجرة ، والا فلا أجرة على ما تقدم قال الماوردى : وعلى جميع الأحوال ليس للبائع اقدام الحجارة فى الأرض ان أقام المشترى على البيع .

(والحالة الثانية) أن لا يكون فى قلعها ضرر ، ويكون فى تركها ضرر ، فيؤمر البائع بالقلع والنقل ، ويجبر عليه ، ولا خيار للمشترى كما لو اشترى دارا فلحق سقفها خلل يسير يمكن تداركه فى الحال ، أو كانت منسدة البالوعة فقال : أنا أصلحه وأنقيها ، لا خيار للمشترى (قلت) وههنا أولى بعدم الخيار ، لأن البائع مأخوذ بدفع الضرر عنه ، وهناك لا يلزم البائع الاصلاح وازالة الخلل ، ثم ان الماوردى على عادته لما فسر الضرر بضرر الغراس والبناء قال : ثم القول فى الأجرة وتسوية الأرض على ما مضى ، فان أطلقت الكلام كما صنع الرافعى لم يحتج الى ذلك ، وقد ذكر المصنف هذه الحالة فى باب الرد بالعيب وسنشرحها هناك ان شاء الله تعالى .

(الحالة الرابعة) أن يكون فى قلعها ضرر ولا يكون فى تركها ضرر ، فللمشترى الخيـــار اذا كان جاهلا ، فان أجاز ففى الأجـــرة والأرش ما مر ولا يسقط خياره بأن يقول : أقلع وأغـــرم الأجـــرة أو أرش النقص ، قال صاحب التهذيب : ويجىء فيه مثل الخلاف المذكور فى الحالة الثالثة ، ولو رضى البائع بترك الأحجار فى الأرض سقط خيـــار المشترى ابقاء للعقد ثم ينظـــر ان اقتصر على قوله : تركتها فهل هو تمليك أو مجـــرد اعراض لقطع الخصومة ؟ فيه وجهان حكاهما الرافعى ، وهما كالوجهين فى ترك النعل على الدابة المردودة بالعيب (أحدهما) أنه تمليك ليكون فى مقابلة ملك حاصل (وأظهرهما) أنه قطع للخصومة لا غير ، وبالأول أجاب المـــاوردى •

وينبنى على الوجهين ما لو قلعها المشترى يوما ما وأبدى للبائع فى تركها هل يمكن من الرجوع ؟ والأكثرون أن له ذلك ، ويعود خيـــار المشترى ، وهو القياس ، وقال المـــاوردى والامام : لا رجوع ، ويلزم الوفاء بالترك الا اذا جرت حالة يزول فيها المعنى المقتضى للترك ، وقال المـــاوردى : لأنه يجـــرى مجرى الابراء الذى لا يجوز الرجوع فيه ، ولا يعتبر فيه القبول ، وادعى الامام أنه لا خلاف فيه وان قال : وهبتها منك فان رآها قبل ووجدت شرائط الهبة حصـــل الملك ومنهم طرد الخلاف لانتفـــاء حقيقة الهبة ، وانما المقصود دفع الفسخ وان لم توجـــد شرائط الهبة ففى صحتها للضرورة (وجهـــان) ان صححناها ففى افادة الملك ما ذكرنا فى الترك ، قال أكثر هذا الكلام الامام والرافعى رضى الله عنهما ، ولم يتعرض لأن المشترى يجبر على ذلك أولا وقد قال القاضى أبو الطيب : البائع اذا قال : وهبت الحجارة ففى اجبار المشترى على قبولها وجهان مبنيان على القولين فيما اذا باع ثمرة فحدثت ثمرة أخـــرى واختلطت بالأولى فوهبها هل يجبر على قبولها ؟ فيه قولان (ان قلنا :) لا يجبر فلأنها هبة مجهولة فلا تصـــح ، وأيضا فلا يجبر على قبول ملك غيره (والثانى) يجبر ، لأن بقبولها يزول الضرر •

(فان قلنا) لا يجبر ، فعلى البائع نقلها ، فان لم يسمح البائع بترك الأحجار ثبت للمشترى الفسخ ، فان فسخ رجع بالثمن ، وان أقام فهل للبائع القطع ؟ نظـــر ان كانت الأرض بيضـــاء أو مغروسة

بغرس متقدم على البيع أو متأخر فله ذلك ، ثم الحكم فيه يأتى ان شاء الله تعالى • وان كانت مزروعة بزرع المشترى قال الماوردى : فعلى البائع ترك الأحجار الى انقضاء مدة الزرع ، لأنه زرع غير متعد به قلما يقلع قبل حصاده ، فاذا حصد المشترى زرعه قلع البائع حينئذ حجارته ، ولزمه أجرة الحجارة بعد القبض وتسوية الأرض ، ووافقه صاحب التهذيب فقال : اذا كان فوق الأحجار زرع للبائع أو للمشترى فانه يترك الى أوان الحصاد ، لأن له غاية بخلاف الغراس ، قال الرافعى : ومنهم من سوى بينه وبين الغراس •

(فرع) تقدم أنه اذا لم يكن فى القلع ضرر أو كان فيه ضرر يسير يمكن تداركه عن قرب أنه لا خيار للمشترى • ومحل ذلك على ما يقتضيه كلامه اذا بادر البائع اليه ، فلو تقاعد عنه كان للمشترى الخيار ، قال ابن الرفعة : وقد يقال : بل يجبر على ذلك كما يقتضيه كلام الغزالى وغيره ، تبعا لظاهر النص ، يعنى فى وجوب تسوية الأرض على البائع لأن فى ذلك محافظة على اتمام العقد •

(فرع) فى هذه الحالة فأما الغراس الذى وعدت بذكر حكمه اذا أقام المشترى على البائع وليس فيها زرع وكان فيها غراس فان للبائع قلع حجارته مطلقا ثم لا يخلو اما أن يكون ذلك الغرس متقدما على البيع قد دخل ، واما أن يكون المشترى استجده ، فان كان متقدما فان قلعها بعد القبض فعليه الأجرة على الصحيح وأرش النقص وتسوية الأرض على ما تقدم ، وتعيب الأشجار بالأحجار كتعيب الأرض فى اثبات الخيار وسائر الأحكام ، وان كان قبل القبض لم يلزمه التسوية ولا أرش النقص على ما تقدم ، وقد مر فى مثله كلام الرافعى ومن وافقه ، وفى الأجرة وجهان (أصحهما) لا ، ولو سمح البائع بترك الأحجار وكان القلع والترك يضران ، ففى ثبوت الخيار وجهان ، حكاهما المحاملى (أصحهما) الثبوت ، لأنه ابتاع أرضا على أن فيها غراسا ، فاذا خرجت على خلاف ذلك فقد لحقه نقص وضرر ، هكذا قال ، وفى نظيرها فيما اذا كانت الأرض بيضاء لم يتقدم لنا خلاف فى سقوط الخيار ، وقال الامام فى الأرض المغروسة فيما اذا كان القلع يضر دون الترك ، وسمح البائع بالترك حتى لا يتعيب الغراس بالقلع ، لأن الأئمة أجمعوا على أن الخيار يبطل ، وان كان

الغراس أحدثه المشترى بعد الشراء فان أحدثه عالما بالأحجار فللبائع قلع الاحجار ، وليس عليه ضمان قلع الغراس وسقط خيار المشترى .

وان احدثه جاهلا ففى ثبوت الخيار وجهان (وجه) الثبوت ان الضرر ناشىء من ايداعه الاحجار فى الارض (والاصح) انه لا يثبت لرجوع الضرر الى غير المبيع ، وبناهما القاضى حسين على ما اذا باع شجرة عليها ثمرة بعد بدو الصلاح ، ثم حدثت ثمرة اخرى واختلطت بالمبيعة ، فان الرويانى : فان كان قلعها يضر ويرحها لا يضر ، وسمح البائع بالتجارة للمشترى اجبر على قبولها ولا خيار له ، فان كانت الارض تنقص بالتجارة ايضا فان لم يورث الغرس وقلع المغروس نقصانا فى الارض ، فله القلع والفسخ ، وان اورث القلع او الغرس نقصانا فلا خيار فى الفسخ ، اذ لا يجوز له رد المبيع ناقصا ، ولكن ياخذ الارش .

واذا قلع البائع الاحجار فانتقص الغراس فعليه أرش النقص بلا خلاف هذا ما قاله الرافعى . وقال المحاملى : لا فرق بين ان يغرس البائع ويبيع أو يبيع بلا غراس ثم يغرس المشترى ، وقال الماوردى : وان كان الغراس استحدثه المشترى بعد البيع فهذا لا يكون الا بعد القبض فيلزمه — يعنى البائع — الأجرة ونقص الغرس وتسوية الأرض ، والتفصيل الذى قاله الرافعى اولى ، وما قاله الماوردى من أن ذلك لا يكون الا بعد القبض وكذلك قال فى الزرع ، فكان ذلك محمول على الغالب ، والا فيمكن أن يحصل للمشترى فى الارض المبيعة قبل قبضها غرس أو زرع ، وحينئذ يعود الكلام فى وجوب الاجرة ، وجميع ما سبق من الاحكام التى تختلف قبل القبض وبعده .

وأما أرش نقص الغراس هنا فانه واجب على كل تقدير . لأن الغراس ليس بمبيع حتى يخرج على جناية البائع قبل القبض وهذه الأحكام التى ذكرتها فى الغراس والزرع ذكرها الماوردى فى هذه الحالة الرابعة ، والرافعى ذكرها ذكر ما لا اختصاص له بها ولا شك أنها قد تأتى فى غيرها كما لو لم يجبر المشترى البائع على القلع فى الحالة الأولى أو فى الحالة الثالثة ، فان القلع يكون جائزا للبائع ، ويأتى فيه من التفصيل ما ذكر ههنا ، والله أعلم .

(فرع) تكلم الامام وقبله القاضى حسين فى أنه لم أوجبوا تسوية الحفر على البائع ؟ وعلى الغاصب اذا حفر فى الأرض المغصوبة ؟

ولم يوجبوا على من هدم الجدار أن يعيده ؟ وانما أوجبوا الأرش ؟ واجابا عنه بان طم الحفر لا يكاد يتفاوت ، وبنيان الابنيه يختلف ويتفاوت ، فشبه ذلك بذوات الامثال وهذا بذوات القيم حتى لو رفع لبنه أو لبنتين من رأس الجدار وأمكن الرد من غير اختلاف فى الهيئه كان ذلك كطم الحفر •

(فـرع) ذكره المحاملى هنا قال أبو اسحاق : اذا باع عبـدا فقال المشترى : هو آبق ، وقال البائع : انا أحضره الساعه واحضره لم يكن للمشترى خيار (قلت :) وصورة ذلك كما صرح به غيره ما اذا اشترط البائع الاباق ثم أبق فى يد البائع قبل القبض ، فاذا امكنه رده عن قرب لم يثبت الخيار •

(فـرع) ذكر الامام فى آخـر كلامه كالضابط لمـا تقدم أنه مهما فرض ضرر لا يندفع فان كان المشترى عالمـا فلا خيار ولا أرش ، فان كان جاهلا ثبت الخيار ، فان فسخ فذاك ، وان أراد ، وأراد الزام البائع أرش النقص وان لم يتمكن البائع من دفع الضرر بترك الحجـر ، وكان الضرر فى تركه ونقله ، ففى الأرش الأوجه من جهة أن المشترى يجد خلاصها بالفسخ ، فهو كاطلاعه حالة العقد ، وأن النقص ظهـر بعد العقد بفعل منشؤه البائع ، اما قبل القبض أو بعـده مستندا الى سبب متقدم كقتل العبد المرتد ، وان تمكن من دفع الضرر بترك الحجر فلا يلزمه الترك ، ولكن لو فعل وظهر الضرر فمن أصحابنا من قال فى تغريم البائع ما تقدم من الخلاف ، ومنهم من يقطع بتغريمه فى هـذا القسم ثم ينتظم على هذا تعطل المنافع من غير نقص فى رقبة المبيع • وقد ذكروا الخلاف فى الأجـرة فما وجه ترتبها ؟ والفـرق لائح ؟ فان المنافع ليست معقـودا عليها ، ولو قيل : القـدر الذى يفرغ البائع فيه المبيع غير داخله فى استحقاق المشترى لم يكن بعيدا ، والمبيع كله مستحق للمشترى بأجزائه وصفاته •

(فـرع) تقـدم أن الأصح فى الأجـرة أنها لا تجب قبل القبض ، وتجب بعده ، وأن ذلك قول أبى اسحاق المروزى على ما نقل أبو الطيب ، وفى البحر قال المـاسرجسى : قال اسحاق(١) فى بغـداد قبل خروجه

---

(١) كذا بالأصل ولعله قال الشافعي ، والله أعلم (ط) ع

الى مصر : له الأجـرة ، يعنى قبل القبض ، قال القاضى الطبرى : وهذا محتمل عنـدى لأنه نص فى البويطى على أن البائع اذا قطـع يد العبد المبيع فالمشترى بالخيار بين الفسخ والاجازة مع الأرش ، فاذا نص فى الارش فالأجرة مثله ، وبنى القفال ذلك على أن جناية البائع كالآفة السماوية أو كجناية الأجنبى •

(فـرع) تقدم الكلام فى أن للمشترى الخيـار عند وجود شروطه المتقدمه ، وان الأجـرة والارش يفصل فيهما بين ما قبل القبض وبعده ، وهل يثبت خيار للمشترى بنقص الأرض بالقلع ؟ تقـدم عن المـاوردى فيما قبل القبض أنه يثبت ، وذلك ظاهر ، لانه عيب حدث قبل القبض وقال الرويانى : انه ان كان بعد القبض فيثبت أيضا ، لأن سببه كان موجودا قبل القبض •

(فـرع) اذا اختار المشترى الامساك فيما اذا كانت الأرض المذكورة مشتملة على شجر داخل فى المبيع وكان قلع الحجـارة يضر وتركها يضر ، فالحكم فى التسـوية والأجـرة على ما تقدم وفى أرش النقص طرق حكاها الرويانى •

(أحدها) لا أرش لأنه رضى بالنقص وقال أبو اسحاق : هو كالأجـرة ان كان قبل القبض لم يلزم وان كان بعده لزم • وقال ابن سريج : بعد القبض يلزم قولا واحـدا وقبله قولان • وقال بعض أصحابنا بخراسان : فيه وجهان قبل القبض وبعـده والأصـح أنه يجب •

(فـرع) قال الرويانى : فلو كان قلع الأشجار يضر وتركها لا يضر ، واختار البائع الترك ، لا خيار للمشترى ، وهل تملك بالترك ؟ على ما تقدم وقال القفال : لو قلع المشترى تلك الأحجار بعد ذلك فهل للبائع قلع الأحجار ؟ وجهان مبنيان على ما لو أتلف حنطة فلم يوجد مثلها فغرم المثل ، ثم وجد المثل ، هل له رد القيمة ومطالبته بالمثل ؟ وجهان وان اختار القلع فللمشترى الخيـار لأنه يضر بالمبيع ، ولا فرق بين أن يقول له البائع : أنا أعطيك أرش النقص أو لم يقـل وليس كما اذا اختار الترك ، فانه لا نقص فى الترك ، فان اختـار المشترى الامساك فالحكم فى التسوية والأجرة وأرش النقص على ما مضى •

(فـــرع) اذا غرس المشترى بعد العلم بالحجارة سقط رده كما تقدم ، ثم ان كان قلع الأحجار وتركها مضرين فللبائع القـــلع وللمشترى المطالبة به ، ثم اذا قلع قال الرويانى : يلزم البائع أرش النقص قولا واحـــدا ، لأنه حول ملكه عن الأرض بادخال النقص على الغير ، فان كان مراد الرويانى نقص الأرض فظاهر ، وان كان المراد نقص الغراس فقد تقدم عن الرافعى خلافه ، وأنه لا يضمن نقصه وذلك هو الظاهر ، فانه متعد بالغرس ، والله أعلم .

وان كان قلعها يضر وتركها لا يضر فان اختار القلع قال الرويانى : فعليه أرش النقص قولا واحـــدا ، والكلام فيه كما تقـــدم ، وليس مراده الا الغراس فانه قال عقيب ذلك وكيفية التقويم أن يقال : كم يساوى هذا الشجر ولا نقص ؟ فيقال : مائة ، فيقال : وكم يساوى وبه هذا النقص ؟ فيقال : تسعون فيقول : نقص العشر ، فتلزم حصته من القيمة ، وان اختـــار البائع الترك فهل يملكها المشترى ؟ فعلى ما ذكرنا .

(فـــرع) قال الرويانى وغيره : ولو كان البائع زرع فيها زرعـــا وباعها مع الزرع وتحتها أحجار يعنى والمشترى جاهل بها فليس للبائع أن يقلع الأحجار ما لم يحصـــد الزرع اذا كان قلعها يضر بالزرع ، وأن الزرع يختص بالبائع فالضرر يختص به والخيار اليه .

(فـــرع) قال الغزالى رحمة الله عليه فيما نقل ابن أبى الدم : ان العراقيين نقـــلوا أنه يجب على الغاصب أرش نقصان الحفـــر ، ويريد به : ولا يلزمه التسوية وفى مسألة البيع يلزمه التسوية ، ومعناه : ولا يلزمه أرش النقص ، واختلف الأصحاب فى ذلك على طريقين منهم من قال : يلزمه أرش النقص فى المسألتين دون تســـوية الحفر فيهما ، ومنهم من قال : يلزمه التسوية فى المسألتين دون أرش النقص ومنهم من فرق بعدوان الغاصب فيلزمه الأرش بخلاف البائع فيلزمه التسوية .

(فـــرع) زرع المشترى الأرض ولم يعلم أن تحتها حجارة ، وفى قلعها هلاك الزرع ، لم يمكن البائع من قلعها لأن للزرع غاية فيؤمر بالتوقف بخلاف الغراس ، قاله صاحب التتمة وغيره ، ونص عليه

الشافعى رضى الله عنه • وكذلك فيما اذا علم المشترى بالحجارة وترك البائع القلع ، ثم أراده بعد زرع المشترى لم يكن له ذلك حتى يحصده المشترى ، كما حمل ابن الرفعة نص الشافعى عليه ، قال الرافعى : ومن الأصحاب من يسوى فى الحالتين بينه وبين الغراس •

(فــرع) شبه المتولى الخلاف فى ثبوت الخيار اذا اشترى الأرض وغرسها بعد الشراء ثم ظهر فيها أحجار بما اذا باع الشجرة وبقى لنفسه الثمرة ، فحدثت ثمرة أخرى واختلطت بها ، فمن قال هناك يجعل الحادثة كالمبيعة فى حكم الاختلاط • قال ههنا : ان الضرر الذى يلحقه فى الغراس الحادث كالضرر الذى يلحقه فى الأشجار المشتراة ، يعنى لأنه استحق بالشراء أن يغرس فيها ، فجعلنا الضرر الذى يلحقه فى حق من حقوق المبيع كالضرر الذى يلحقه فى نفس المبيع ، قال : وأصل المسألتين اذا اشترى جارية فوطئها ، ثم استلحقت فغرم المهر هل يرجع بالمهر على البائع أم لا ؟ فعلى قول يرجع لأنه ضمن له سلامة الوطء فاذا لم يسلم يرجع عليه ، وكذا هنا ضمن له سلامة غراسه ، والثمار الحادثة ، فجعلنا الخلل الحاصل فى واحد منهما كالخلل فى عين المبيع ، وفرض المتولى المسألة فيما اذا كان قلعها يضر بالغراس ، وتركها لا يضر ، وقد تقدم حكاية الخلاف عن الرافعى فى ثبوت الخيار مطلقا •

(فــرع) قال الشيخ أبو محمد الجوينى فى السلسة لما ذكر الوجهين فى وجوب الأجرة على البائع للمدة التى مضت فى نقل الحجارة ، وبناهما على أن جناية البائع كالآفة السماوية ، وكجناية الأجنبى قال : فان قيل : القبض هنا حاصل ، والمذهب لا يختلف أن جناية البائع بعد القبض كجناية الأجنبى ، وانما القولان قبل القبض (قلنا :) البائع اذا سلم الأرض وفيها حجارة مستودعة مانعة من الانتفاع فانها مانعة من كمال صفة القبض فلذلك ألحقناها بالحالة الأولى ، وهذا الذى قاله الشيخ قد تقدمت الاشارة اليه ، ولكنى أحببت نقله من كلامه •

(فــرع) من تتمة الكلام فى المسائل المتقدمة لو كان الغراس داخلا فى بيع الأرض ، ونقل الحجارة مضر به ، قال الامام : وليس

القائل أن يقول فى حالة الجهل واضرار الغراس ونحوه أنه يمتنع عليه النقل وفاء بموجب البيع ، وقياما بتسليم الأرض والأشجار له .

(فـــرع) قال الرافعى رحمه الله : لو باع دارا فى طريق غير نافذ دخل حريمها فى البيع ، وفى دخول الأشجار الخلاف الذى سبق ، وان كان فى طريق نافذ لم يدخل الحريم والأشجار فى البيع ، بل لا حريم لمثـــل هذه الدار ، كذا ذكرها الرافعى قال : اذا قال : بعتك هـــذا البستان أو الباحة دخل فى البيع الأرض والأشجار والغراس ، وكل ما له من النبات أصـــل لا خلاف فى المذهب فى ذلك ، وفى دخول البناء الذى فيه ما سبق فى دخوله تحت الأرض ، وقال الغزالى : ان الأظهر عدم الدخول جريا على قاعـــدته (وأما) على المذهب فانه يدخل ، وان قيل بالجزم بالدخول كان له وجه فان البستان وان كان قـــد يخلو عن البناء ولكنه اذا كان مشتملا عليه تناول اســـمه جميع ذلك ، وهو كالاحتمال الذى فى دخول الشجر فى بيع الدار ، وهو ههنا أقوى ، لأن اشتمال البساتين على البناء أكثر من اشتمال الدور على الأشجار غالبا ، ويندر أن يكون بستان لا بناء فيه .

وجزم الرافعى بدخول الحائط ولا وجه لذلك ، بل هى من جملة الأبنية ، فالجزم فيها مع طرد الخلاف فى غيرها غير متجه ، ولا مساعد عليه عند الأكثرين ، هذا والمـــاوردى أطلق طرد الخـــلاف فى البناء من غير تفصيل ، والرويانى فى البحر صرح بأن البنـــاء والجـــدار المحيط على الطرق ، وأن بعض أصحابنا قال : يدخل الجدار المحيط قولا واحدا ، وهو ضعيف عندى ، وجزم القاضى أبو الطيب بدخول البناء فى بيع البســـتان مع ذكر الخلاف فى دخول النخلة والشجرة فى بيع الدار ، وذلك يشـــهد لمـــا قلته الآن من الفرق وتقوية الجـــزم بالدخول فى البستان ، وهو الذى يقتضيه العرف لاسيما فى بلادنا هذه ، التى الغالب على بساتينها أن تتخذ عليها الحوائط والأغلاق لشبه المساكن .

قال الامام : والبنـــاء عندى بالاضافة الى البستان كالشـــجرة بالاضافة الى الدار ، فقد تلخص فى دخول الأبنية فى البستان طرق :

(احداها) أن الجدار المحيط يدخل جزما ، وفيما عداه الطرق ، وهو ما أورده الرافعى وضعفه الرويانى .

(والثانية) اجراء الخلاف فى الجميع ، وهى قضية اطلاق الأكثرين •

(والثالثة) الجزم بدخول الجميع ، وهو مقتضى كلام القاضى أبى الطيب ، وهى التى اقتضى كلامى أولا الميل اليها ، وليس لنا طريقة جازمة بعدم دخول الأبنية هنا مع التردد فى دخولها تحت اسم الأرض ، وهذا ما لا يمكن ، ولك أن تأخذ من هذه الطرق ثلاثة أوجه فى دخول الأبنية تحت اسم البستان والباحة والكرم (ثالثها) يدخل المحيط دون ما اذا لم يكن على هيئة الجدار الموضوع للحفظ والاحاطة ، وكذلك فعل ابن الرفعة •

قال الرافعى : وذكروا أن لفظ الكرم كلفظ البستان ، لكن العادة فى نواحينا اخراج الحائط عن مسمى الكرم ، وادخاله فى مسمى البستان ولكن لا يبعد أن يكون الحكم على ما استمر الاصطلاح به ، وذكر ابن الرفعة أن هذا كالعام • وأنه ان صح يكون وجها رابعا يعنى فى محيط الكرم والبستان والشجرة العتيقة ، ولو كانت الشجرة حادثة لم تدخل فى بيع البستان ، قاله ابن الرفعة أخذا مما سيأتى ، وفى العريش وهو المسمى فى بلادنا بالكرم فى وجوب اللزوم تردد للشيخ أبى محمد(١) • رجح الامام والغزالى دخوله ، وجعل فى الوسيط محل التردد فى دخوله تحت اسم الكرم ، والامام نقله فى لفظ البستان والباحة ، وفى كلامه ما يدل على جريانه فى الكرم أيضا •

وفى كلام الامام ما يقتضى أن ذلك فى العريش الذى ينقل ، فانه قال : والوجه عندنا القطع بدخولها تنزيلا على المفهوم من اسم الكرم أو البستان فى مطلق العرف فانه ينظم مع الكرم عريشة ، وان كان محله • قال ابن الرفعة : لكن هذه العبارة تفهم أن محل ذلك اذا كان العريش ينقل (أما) اذا كانت تراد للدوام [كما هو جار] فى بلادنا فلا يأتى فيها التردد قال الرافعى : ولو قال : هذه الدار بستان ، دخلت الأبنية والأشجار جميعا ، ولو قال : هذا الحائط بستان أو هذه المحوطة دخل الحائط المحيط وما فيه من الأشجار • وفى البناء الذى فى وسطه الخلاف السابق ، هكذا ذكره فى التهذيب ، وهكذا قال

---

(١) هنا فى ش بياضات وفى ق كذلك وقد عولجت بالرجوع الى اصول اربابها فجاءت مستقيمة هكذا ، والله المستعان (ط) •

الرويانى فيما اذا قال : حائط بستان ، وفى لفظهما قلق ، والمراد أن يقول : بعتك هذا الحائط البستان هذه [هى] العبارة المستقيمة •

قال الرافعى : ولا يتضح فى لفظ المحوطة فرق بين الأبنية والأشجار فليدخلا أو ليكونا على الخلاف قال ابن الرفعة : هذا الذى ذكره الرافعى صحيح ان كانت الحوطة بغير ميم أما اذا كانت فى كلامهم بالميم فالاشارة تكون للميم وهو البستان ، فكأنه نطق به وعند نطقه تدخل الأرض والأشجار والبناء المحيط وفى دخول ما فيه من البناء الخلاف عنده ، فلذلك ألحق هذه اللفظة بالبستان •

(قلت :) وهذه اللفظة فيما وقفت عليه من نسخ المهذب والرافعى والروضة ــ بالميم واخراج البناء عنها بعيد • وان أخرج فيما اذا نطق باسم البستان فان الاشارة الى الجميع وتخصيصها ــ بالميم ــ دون غيره لم يقتضه دليل وهى داخلة فى مدلول اللفظ قطعا ، بخلاف البستان عند من يجعلها خارجة منه • لأن اسم البستان صادق بدونها ، نعم قول الرافعى فليدخلا أو ليكونا على الخلاف لا وجه للتردد فى ذلك بل يتعين الجزم بدخولها (وأما) لفظ الحوطة بغير ــ ميم ــ فلم أره فى كتاب غير كلام ابن الرفعة • ولا أعلم معناه ، فان كان موضوعا للبستان فيتجه كلام صاحب التهذيب ولا يستقيم كلام الرافعى وان كان موضوعا للحائط الدائر على البستان فيتجه أن لا يدخل البناء ولا الشجر جميعا •

(والأقرب) أن حذف ــ الميم ــ تصحيف وأن اللفظ بالميم كما هو فى الكتب • وأن الحكم فيها مخالف للحكم فى لفظ البستان • والحائط بمعناه وأنه لا يتجه فرق فيها بين البناء والشجر • كما قاله الرافعى • لكنه لا ينبغى التردد فى ذلك كما تردد بل ينبغى دخول البناء والشجر لوجود الاشارة الى الجميع وعدم ما يقتضى اخراج شىء من ذلك ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

قال ابن الرفعة : وفى بعض الشروح أنه لو قال : بعتك هذا المحوط دخل فيه الحيطان والأرض وان كان فيه غراس فعلى ما تقدم من الخلاف (قلت) وهذا عكس ما قاله صاحب التهذيب • وخلاف

ما قاله الرافعى أيضا وبعيد من جهة المعنى لا وجه له ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

(فـــرع)قول الغزالى فى الوجيز : ان الأظهر عدم الدخول يعنى به الأظهر من الطرق ، فانه فى الوسيط صرح بأن الخلاف فيه كما فى اسم الأرض (وأصح) الطرق عنده فى اسم الأرض عدم الدخول كما تقدم فعلم أن مراده هنا الأظهر من الطرق ، والعجلى قال : ان معناه الأظهر من الوجهين وحمله على ذلك تســوية الامام بين البناء بالنسبة الى البستان ، والشــجر بالنسبة الى الدار والذى حكاه الامام والغزالى فى استتباع الدار للشجر ثلاثة أوجه ، وأفهم كلام الامام فيها أن التفريع على أن اسم الأرض لا يتناول البنــاء والشجر أى ان قلنا : البناء والشجر داخلان فى الأرض فههنا أولى (وان قلنا :) لا يدخل فههنا ثلاثة أوجه ويكون قول الغزالى « الأظهر »(١) أى من هذه الأوجه ولا شك أن ما قاله الامام نفيه •

ولكن الغزالى صرح فى الوسيط بأن الخلاف فيه كالخلاف فى الأرض فينبغى أن يحمل كلامه فى الوجيز على ذلك ويكون الأظهر من الطرق فانه ليس فى كلامه التســوية بين الدار والبستان كما فى كلام الامام وان كانت التسوية متجهة ــ وقد تقــدم فى استتباع الدار الأشجار بحث ــ ويمكن أن يعــود مثله هنا فى هذه الأوجه وتكون مفرعة على القول باتباع الاســم كما ذكره الامام هناك وان لم يصرح به هنــا لكن تسويته بين المسألتين يقتضيه ، ولو كان فى البســتان ماء فهل يدخل فى العقد ؟ فيه وجهان حكاهما القاضى حسين •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باع نخــلا وعليها طلع غير مؤبر دخــل فى بيع النخــل ، وان كان مؤبرا لم يدخــل ، لمــا روى ابن عمــر رضى الله عنــه أن النبى صلى الله عليه وســلم قال : « من باع نخــلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع

---

(١) من اصطلاح متأخرى الأصحاب أن الأظهر الراجح من الأقوال والأصح هو الراجح من الأوجه ، وكان المتقدمون يتساهلون فى اطلاقها فتحل الأظهر أحيانا محل الأصح والعكس والراجح من الطرق هو (المذهب) (ط) •

الا أن يشترطها المبتاع » فجعلها للبائع بشرط أن تكون مؤبرة ، فدل على أنها اذا لم تكن مؤبرة فهى للمبتاع ، ولأن ثمرة النخل كالحمل ، لأنه نماء كامن لظهوره غاية كالحمل ، ثم الحمل الكامن يتبع الأصل فى البيع ، والحمل الظاهر لا يتبع ، فكذلك الثمرة • قال الشافعى رحمه الله : وما شقق فى معنى ما أبر لأنه نماء ظاهر فهو كالمؤبر) •

(الشرح) حديث ابن عمر رضى الله عنه رواه البخارى ومسلم رحمهما الله ، ولفظهما : « من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترط المبتاع » وفى لفظ لمسلم : « من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر » وفى لفظ آخر له : « أيما نخل اشترى أصولها وقد أبرت فان ثمرتها للذى أبرها الا أن يشترط الذى اشتراها » وفى لفظ له أيضا « أيما امرىء أبر نخلا ثم باع أصلها فللذى أبر ثمر النخل الا أن يشترط المبتاع » ورواه الشافعى رضى الله عنه عن ابن عيينة عن الزهرى عن سالم عن أبيه ، وهذا من أصح الأسانيد وأحسنها ، كله أئمة علماء ، ولفظه كلفظ المصنف لكنه قال : أن يشترط المبتاع بغير هاء ، وكذلك فى بقية الحديث من طريق سالم ، ومن باع عبدا وله مال فالمال للبائع الا أن يشترط المبتاع ، وجماعة الحفاظ يقولون هكذا بغير هاء فى الموضعين • هكذا قال ابن عبد البر ، ونبه على أن المعنى الا أن يشترط المبتاع سائر ذلك ، فيدل على صحة اشتراط نصف الثمر أو جزء منها وكذلك فى مال العبد ، وهو قول جمهور الفقهاء ، وسأتعرض لهذا فى فرع آخر الكلام ان شاء الله تعالى ، والغرض التنبيه على اسقاط الهاء من لفظ الحديث ، ولم أقف عليها فى شىء من طرق الحديث ، وقول المصنف : نماء احتراز من الكنز والحجارة المدفونة والبذور •

(وقوله) كامن احتراز من الزرع ، لأنه ظاهر من غير المؤبر كذلك ، وأن التين والعنب ونحوه (وقوله :) لظهوره غاية ، احتراز من الجوز واللوز والرمان والرانج ، لأنه لا غاية لخروجه من قشره • وانما يظهر بكسره ، فالرمان والموز للبائع قولا واحدا ، والجوز واللوز والرانج له على الصحيح المنصوص ، فالثمرة المقصودة من دون الأشياء لا تظهر الا عند الأكل ، فهذا فى معنى قولنا ليس لظهوره غاية ، وقد ورد فى بعض الروايات : من باع ، وفى بعضها : من اشترى ، وكلها صحيح

سندا ومعنى • قال ابن عبد البر : لا يختلف أهل العلم بالحديث فى صحة هذا الحديث وهو عند جميعهم ثابت صحيح •

(وقوله :) أبرت يجوز تشديده وتخفيفه ، يقال أبر النخل مخففا يأبرها أبرا ، والتأبير هو التلقيح وهو أن ينتظر النخلة حتى اذا انشق طلعها وظهر ما فى بطنه وضع فيه شىء من طلع الفحال ، وقال بعضهم : هو أن تشقق ويؤخذ شىء من طلع الذكر فيدخل بين ظهرانى طلع الاناث فيكون ذلك باذن الله تعالى صلاحا لها ، وهذه (هى) العبارة المحررة وقد يؤخذ سعف الفحال فيضرب فى ناحية من نواحى البستان عند هبوب الرياح ، فيحمل الريح أجزاء الفحال الى سائر النخل ، فيمنعه التساقط ، وفى عبارة جماعة ما يوهم أن التشقق داخل فى مسمى التأبير ، وسنبين لك فيما سيأتى أنه ليس الأمر كذلك •

(أما الأحكام) فبيع الشجر ، ان كان بشرط القطع جاز مطلقا ، رطبا ويابسا ، وان كان بشرط القلع فاطلاق الأكثرين يقتضى الجواز أيضا ، وقال الصيمرى : ان كان كالفجل لم يجز ، لأن أسفله غائب ، وان كان كشجر العصفر وما حفر من التراب جاز لأن الغائب منه غير مقصود ، وأطلق الصيمرى ذلك من غير تفصيل بين الرطب واليابس • وغيره صرح بجواز شرط القلع ويجعل المجهول تبعا ، وان باع بشرط التبقية ، فان كانت الشجرة رطبة وليس الكلام فيما يشترط فيه القطع من الباب ، وان كانت يابسة قال المتولى : فسد البيع ، وان أطلق فالمشهور الجواز ، وعلى مقتضى قول الصيمرى حيث لا يجوز شرط القطع ينبغى الحكم بالفساد •

اذا عرف ذلك فقال الأصحاب : يندرج فى مطلق بيع الشجرة أغصانها لأنها معدودة من أجزاء الشجرة ، فان كان الغصن يابسا والشجرة رطبة فالمشهور لا يدخل ، لأن العادة فيه القطع كما فى الثمار قال فى التهذيب : ويحتمل أن يدخل كالصوف على ظهر الغنم ، قال ابن الرفعة : أى اذا بيعت وقد استحق الجز ويدخل العرق أيضا فى مطلق بيع الشجرة ، وكذا الأوراق ، وفى ورق التوت ونحوه خلاف

سيأتى تفصيله فى كلام المصنف ، وفى أغصان الخلاف(١) التى تقطع أغصانه ويترك ساقه ، فاذا باع شجرته فالأغصان لا تدخل فى العقد .

(أما) الخلاف(١) الذى يقطع فى كل سنة من وجه الأرض فهو كالقصب ما ظهر منه للبائع ، وفى أصوله الخلاف الذى فى أصول البقل قال ذلك القاضى حسين ، وعن الامام أنه قال هنا : انها تدخل أغصانها فى البيع بلا خلاف ، وفى كتاب الرهن حكى فيها خلافا وفى كتاب الوقف قال : انها بمنزلة الثمرة فتلخص أن الخلاف نوعان (نوع) يقطع كل سنة من وجه الأرض فهو كالقصب (ونوع) يبقى وتقطع أغصانه ، ففى دخول أغصانه فى بيعه خلاف (الأصح) الدخول لأنها جزء منه ، ولا يدخل فى بيع الشجرة الكرم الذى عليها ، قاله القاضى حسين فى الفتاوى ، ولو كانت الشجرة يابسة ثابتة فعلى المشترى تفريغ الأرض عنها للعادة ، ولا يدخل مغرسها فى العقد وجها واحدا قاله القاضى حسين ، وحكمها حكم سائر المنقولات ، ولا يشترط فيه القطع قاله القاضى حسين .

قال فى التتمة : فلو شرط ابقاءها فسد البيع كما لو اشترى الثمرة بعد التأبير ، وشرط عدم القطع عند الجذاذ ، ولو باعها بشرط القطع جاز وتدخل العروق فى البيع عند شرط القطع ، وان كانت مجهولة تبعا ، كذا قاله ، وقال الصيمرى : لا يجوز بيع النخلة بشرط القلع ، لأن أسفلها غائب ، ولا يدخل عند شرط القطع ، بل تقطع عن وجه الأرض .

وان كانت الشجرة رطبة فباعها بشرط الابقاء أو بشرط القلع أو بشرط القطع اتبع الشرط ، وفيه عند شرط القلع ما تقدم عن الصيمرى ولا يجب تسوية الأرض لأنه شرط القلع ، قاله فى الفتاوى ، ولو أطلق جاز الابقاء أيضا للعادة كما لو اشترى بناء استحق ابقاءه ، وليس كالزرع حيث يشترط القطع ، لأن الشجرة تراد للبقاء ، ولا يجوز للبائع أن يقلعها على شرط أن يغرم ما ينقصه القلع ، قاله الامام ، وهو بما لا خلاف فيه ، وكذلك اذا باع بناء مطلقا قاله الامام ، وهل يدخل المغرس فى البيع ؟ فيه وجهان ، وقيل قولان (أحدهما) ويحكى عن أبى حنيفة نعم ، لأنه يستحق منفعته لا الى غاية ، وذلك لا يكون

---

(١) بضم الخاء وتشديد اللام .

الا على سبيل الملك ، ولا وجه لتملكه الا دخوله فى البيع (وأصحهما) عند الامام والرافعى وغيرهما نعم ، لأن اسم الشجرة لا يتناوله .

وقد يستحق غير المالك المنفعة لا الى غاية ، كما لو أعار جداره لوضع الجذوع ، وكذا الوجهان فى دخول الأس فى بيع البناء كما تقدم ، قال الامام : وليس هذا كالخلاف فى استتباع الأرض أشجارها ، فان الفرع لا يستتبع الأصل ، ولكنه من جهة استحقاق لا محمل له الا الملك يعنى أن ذلك لا يكون اجارة للتأبيد ولا عارية لعدم جواز الرجوع ، وان بذل أرش النقص فلم يبق الا جعله مبيعا تبعا ، فعلى الوجه الأول لو انقلعت الشجرة أو قلعها المالك كان له أن يغرس بدلها ، وله أن يبيع المغرس ، وعلى الثانى ليس له ذلك ، وهل يكون ملكه لذلك من باب الاجارة أو الاعارة ؟ قال ابن الرفعة : يخرج فيه من مقتضى كلام الأصحاب وجهان (أحدهما) اجارة كما قيل بمثله فى الصلح ، ولا يخرج على الجمع بين بيع واجارة ، لأن هذا يقع ضمنا مع أن الصحيح جواز الجمع ، وهذا الوجه يتخرج من قول جمهور الأصحاب أن البائع لا يتمكن من القلع وغرامة الأرش على ما يفرغ .

وقال بعض الأصحاب فيما حكاه الامام فى كتاب الرهن : ان له القلع وغرامة ما ينقصه القلع كما يغرم المستعير فى مثل هذه الصورة ، وعلى المعير أن يكون استحقاق على سبيل العارية قال ذلك ابن الرفعة ، قال : وبه يتم ما أبديته تخريجا ، وهل يلزمه تسوية الحفر أو يخرج على الخلاف فى العارية ؟ وقال ابن الرفعة : يشبه أن يقال : (ان قلنا :) الابقاء يستحق كالعارية فكالعارية ، والا فلا يلزمه وجها واحدا ، والخلاف فى دخول المغرس والأس فى البيع مثله مذكور فى الاقرار بهما واقامة البينة كما حكاه الامام فى كتاب الصلح ونقله ابن الرفعة عنه .

ولو كانت الأرض غير مملوكة لبائع البناء والغراس فلا يتخيل فيها ملك الأرض فان جهل المشترى الحال وقلنا بدخولها فى البيع لو كانت للبائع ، قال ابن الرفعة : فيشبه أن يقال : يثبت الخيار ، كما اذا قلنا : الحمل يقابل بالثمن ، ثم بان أن لا حمل ، ولا يبطل البيع لأن ذلك انما وقع تبعا لا مقصودا ، وهذا اذا كان الابقاء مستحقا له بطريق ، باجارة أو غيرها .

(أما) اذا كان فى أرض مغصوبة فحكى المـــاوردى فى كتاب الغصب فى صحته وجهين (أحدهما) لا يصح لأن [الاجارة تقتضى](١) الابقاء وهو لا يســـتحقه فى هذه الحالة (والثانى) يصح ويثبت الخيار وظاهر كلامه أن ذلك تفريع على أنه لا يملك عنـــد الاطلاق وانما يستحق الابقاء وجريان مثل ذلك على قول المـــالك ، قال ابن الرفعة : والذى تعم به البلوى ولم نقف فيه على نقل أن يبيع البنـــاء والأرض مستأجر معه ، ولم تنقض مدة اجارته وعلم المشترى منه ذلك فهل نقول يستحق الابقاء فى بقـــاء مدة اجارته بغير عوض ؟ كما لو كانت الأرض مملوكة له ولم يدخلها فى العقد أو يستحق الأجـــرة كما يستحقها مالك المنفعة عليه بعـــد فراغ المـــدة ؟ فيه نظـــر واحتمال ، قال : والأشبه الثانى ، والعمل عليه فى العرف ، ولو كانت الأرض قد أوصى له بمنفعتها دون رقبتها وجاز له البناء والغراس فيها ثم باع ذلك فيشبه أن تلحق هذه بما اذا كان مالكا للأرض حتى لا تســـتحق عليه أجرة ، لا فى حال حياته ولا بعد وفاته (اذا قلنا :) لا تبطل الوصية بموته كما هو المذهب (أما) اذا قلنا : تنتهى بموته حتى لا تنتقل المنفعة لوارثه ، كما هو محكى فى الابانة والبحر فهو قريب من الاجارة ، والله أعلم .

وهذه الأحكام كلها جارية فى جميع الشجر ، لا فرق بين النخل وغيره ، وقد استشكل ابن أبى الدم دخول المغرس فى بيع الشـــجر ، ورأى القول به فى غاية البعـــد من جهة أن الأرض قد تكون كثيرة الشجر ، فتشتبك عروقها فى جميع الأرض ، فلا يبقى للأرض بياض على ظاهرها لتقارب الأشجار ، ولا فى بطنها لاشتباك العروق ، واثباتها يفضى الى أن يملك مشترى الغراس بشرائه جميع الأرض أو معظمها ، وأيضا فاما أن يملكه نازلا فى طبقات الأرض على مسامتة العروق وفى جهة العلو الى وجه الأرض على مسامتة العروق ، ولا نقول : انه يملك من الأرض ما يســـتر العـــروق ، والبحث بها من الأرض والأول ظاهر البطلان لافضائه الى ملك الأرض بانتشار العروق .

(والثانى) باطل لأنه يؤدى الى منع مالك من بيع أرضه من غير مالك الغراس ، لأن مالك الغراس قد ملك جملة من أجزائها وهى مجهولة

---

(١) ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق .

وبيع المجهول باطل ، فقد أدى الى فســاده تفريعه على فاسد ، ويلزم عليه أيضــا أنه اذا ملك شــجرة صغيرة وملك مغرسها فلا شك فى صغر المغرس الآن لصغر الشجرة وقلة عروقها ، فاذا ابتلت الشجرة وسقيت وانتشرت عروقها وامتدت الى مواضع لم تكن ممتدة اليها وقت الشراء ولا بعده بأشهر ، فيؤدى الى أنه لم يكن مالكا لمواضع من الأرض ، وكلما امتد عرق شبرا أو فترا فى جــزء من الأرض ملكه ملكا متجــددا ، وهذا بدع فى الشرع ، لا يصير اليه بجعل ، انتهى ما قاله ابن أبى الدم وهو بحث جيد •

اذا عرفت هذه المقدمة فاذا باع نخــلا دخل جريدها وسعفها وخوصها لا خلاف فى ذلك (وأما) الطلع فان كان غير مؤبر دخل ، وان كان مؤبرا لم يدخــل للحديث الذى استدل به المصنف ، وهو يدل على الحكم الثانى بمنطوقه ، وعلى الأول بمفهومه • وكلام المصنف يقتضى أنه جعله مفهوم الشرط ، وكذلك فهمه صاحب الانتصــار ، ويحتمل أن يكون مفهوم الصفة فانه جعل التأبير صفة للنخل ، وكذلك جعــله الغزالى فى المستصفى وغيره من الأصوليين من أمثلة مفهوم الصفة ، وكلاهما صحيح •

قال الشيخ أبو حامد الاسفراييني : لنا من الحديث أدلة ثلاثة (أحدها) دليل الخطــاب وهو دليل الشافعى رحمه الله تعالى منه ، وذلك أن الطلع له وصفان مؤبر وغير مؤبر ، فلمــا جعله النبى صلى الله عليه وسلم اذا كان مؤبرا للبائع دل على أن غير المؤبر للمشترى كما نقوله فى سائمة الغنم زكاة •

(والثانى) أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من باع نخلا بعد أن يؤبر فثمرتها للبائع » فجعلها للبائع بالشرط ، وهو أن تكون مؤبرة فعلم أنها اذا كانت غير مؤبرة فليست للبائع لعــدم الشرط ، فمن قال : انها للبائع فى الحالين فقد خالف من وجهين :

(أحدهما) أن النبى صلى الله عليه وسلم جعلها للبائع اذا أبرت بهذا الشرط ، ولم يجعلها هو له بهذا الشرط •

(الثانى) أنه ــ أعنى المخالف ــ جعل غير المؤبرة للبائع مع عدم الشرط •

(الدليل الثالث) من الحديث أن النبى صلى الله عليه وسلم اما أن يكون ذكر التأبير تنبيها على أن غير المؤبر أولى بأن يكون للبائع ، واما أن يكون لتعيين أن غير المؤبر لا يكون للبائع ، لا سبيل الى الأول ، لأن المؤبر بائن ظاهر ، وغير المؤبر كامن مستتر ، وما كان مستترا فهو أولى بالتبعية من الظاهر بدليل الحمل ، فتعين الثانى وهو أن يكون المقصود أن لا يكون للبائع عند عدم التأبير ، وذكر الشيخ أبو حامد عن الشافعى من الاستدلال [ما هو] موجود فى الأم فانه قال : لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا حد(١) قال : « اذا أبر فثمره للبائع » فقد أخبرنا بأن حكمه اذا لم يؤبر غير حكمه اذا أبر ولا يكون ما فيه الا للبائع أو للمشترى لا لغيرهما ، ولا موقوفا فمن باع حائطا لم يؤبر فالثمرة للمشترى بغير شرط استدلالا موجودا بالسنة وقال قريبا من ذلك فى الاملاء أيضا .

وقال فى المختصر : اذا جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الابار حد الملك للبائع فقد جعل ما قبله حد الملك للمشترى على أن كلام الشافعى فى الأم يحتمل أن يكون جعله من مفهوم الشرط ، وكلا المفهومين حجة عندنا على أن كلام الشيخ أبى حامد ومن تبعه يقتضى أنهم لم يريدوا بالوجه الثانى جعله من مفهوم الشرط ، بل انه يدل عليه باللفظ وبه صرح القاضى أبو الطيب وفيه بعد الا أن يريدوا أن اللفظ دل على كونه شرطا ، والمخالف يقول : انه ليس بشرط ، فهذا الذى أرادوه — والله أعلم — راجع ، وهو بهذا التقدير صحيح ، ولم يريدوا أن اللفظ يدل على عدم الحكم عند عدم الشرط ، ويمكن أن ينزل كلام المصنف على ما ذكروه وأن ذلك ليس من باب المفهوم .

(وأما) الوجه الثالث الذى ذكره الشيخ أبو حامد فهو راجع الى المفهوم وهو صالح لأن يستدل به فى كل شرط أو صفة ، لكن القائلون بالمفهوم منهم من يجعله بمنزلة الملفوظ به وكأنه استقر فى اللغة أنه اذا خص المذكور بالذكر اقتضى هذا قيام قول آخر له يتضمن نفى الحكم عما عداه انتفاء ظاهرا ، ومنهم من يجعل المفهوم مستندا الى البحث عن طلب فوائد التخصيص ، فالوجه الأول ماش على الطريقة

---

(١) لعله حدد حيث هى فى الأصل (حد) (ط) .

الأولى ، ولذلك نسب الدلالة الى اللفظ وكلام الشافعى الذى حكيته يشعر بذلك ، لكن الأنبارى فى شرح البرهان نقل عن الشافعى أن اختياره الثانى ، والوجه الثانى مستمر على الطريقة الثانية •

(وأما) الثانى فقد نبهت على مراد الأصحاب به ، وأنه ليس من باب المفهوم ولعل المصنف جعله من مفهوم الشرط لأنه أقوى عند كثير من أصحابنا من مفهوم الصفة ، وقال به جماعة من المنكرين لمفهوم الصفة • واعلم أن هذا الاستدلال يتجه عند من يرى المفهوم حجة وهم الأكثرون ، فقال بمفهوم الصفة الشافعى ومالك وأكثر أصحابنا وأكثر المالكية ونسبه القاضى عبد الوهاب الى مالك ، وممن قال به أبو الحسن الأشعرى وأنكره ابن سريج والقفال هنا ، وقال ابن سريج بمفهوم الشرط •

(وأما) الخصم المنكر لكل من المفهومين فلا يمكن الاحتجاج عليه بدفع مخالفيه فى الأصل وكذلك بعض أصحابنا ممن أنكر المفهومين معا ، فكيف يمكنه التمسك فى هذا الفرع به • لكن الخصم فى الحاق غير المؤبرة بالمؤبرة يحتاج الى قياس ، ولن يجده ومتى لم يثبت ذلك ولم يقم دليل على تبعية غير المؤبرة وجب كونها للمشترى تبعا للشجرة ، وكذلك قال بذلك من ينكر المفهوم والقياس كداود •

(فان قلت :) بل يجب كونها للبائع عملا بالأصل وبقائها على ملكه •

(قلت :) لابد فى ادراجها فى البيع من قياس أو عرف عند من ينكر القياس ، واعتضد الأصحاب بما رواه الشافعى رضى الله عنه عن سعيد ابن سالم عن ابن جريج أن عطاء أخبره أن رجلا باع على عهد رسول الله (صلى الله عليه وسلم) حائطا مثمرا ، ولم يشترط المبتاع الثمر ولم يستثن البائع ولم يذكراه فلما ثبت البيع اختلفا فى الثمر واحتكما فيه الى النبى (صلى الله عليه وسلم) فقضى بالثمر للذى لقح النخل — البائع — وهذا من مراسيل عطاء ففيه اعتضاد على أنه ليس أصرح من الأول بكثير فان قوله — البائع — دليل على أنه أراد بالذى لقح المعهود لا العموم وحينئذ يعود الى أن ذكر الصفة هل يدل على نفى الحكم عما عداه ؟ هذا بحسب هذه الرواية ، ولم أجد غيرها فيه عموم بحيث أثق بصحته ، وروى ابن ماجه وعبد الله بن أحمد ابن حنبل فى مسنده عن عبادة بن الصامت قال : « قضى رسول الله

صلى الله عليه وسلم بثمر النخل لمن أبرها الا أن يشترط المبتاع وان مال المملوك لمن باعه الا أن يشترط البائع » .

فأما رواية ابن ماجه ففى سندها الفضيل بن سليمان وليس بالقوى ، وقال ابن معين : ليس بثقة ، فالحديث سنده ضعيف من هذا الطريق وذكر القاضى أبو الطيب الحديث الذى ذكره الشافعى رضى الله عنه ولفظه « فجعل الثمر لمن أبرها » وقال : ذكر هذا الحديث أبو اسحاق فى الشرح ، وأبو على الطبرى فى المحرر ، ونقله الشيخ أبو حامد عن الساجى قال : وهذا نص ، وليست فى هذه الروايات زيادة على رواية مسلم المتقدمة الا أنه ليس فى هذا الاستثناء اشتراط من المبتاع ، فالأولى أن يستدل برواية مسلم ، وتعليق الحكم فيها بالوصف ودلالته على أن ذلك [حق البائع](١) وقال الماوردى : روى أن النبى صلى الله عليه وسلم أنشد قول الأعرابى حين حرم عليه بعض ملوك الجاهلية ثمرة نخلة له :

جذذت جنى نخلتى ظالما وكان الثمار لمن قد أبرا

فقال النبى (صلى الله عليه وسلم) :

« وكان الثمار لمن قد أبرا » .

وكان ذلك منه اثباتا لهذا الحكم كما أنشد قول الأعشى :

❋ وهو سر غالب لمن غلب ❋

فقال النبى (صلى الله عليه وسلم) : « وهو سر غالب لمن غلب » .

تثبيتا لهذا القول . وهذه الوجوه ذكرناها على جهة الاستئناس والاعتضاد لا أنه يقوم بها بمفردها حجة والحجة ما تقدم ، وله تتمة تأتى فى فرع مذاهب العلماء ، والله أعلم .

فرع
فى مذاهب العلماء

وافقنا على دخول الطلع والتفرقة بين ما قبل التأبير وبعده مالك وأحمد والليث بن سعد وداود بن على والطبرى . وقال ابن أبى ليلى:

---

(١) ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق (ط) .

يدخل الطلع فى بيع النخل بكل حال وقال أبو حنيفة رضى الله عنه والكوفيون والأوزاعى : لا يدخل بكل حال مؤبرا كان أو غير مؤبر الا بالشرط فأخذ أبو حنيفة رضى الله عنه بالمنطوق دون المفهوم وأخذ الشافعى رضى الله عنه بالمنطوق والمفهوم معا ولم يأخذ ابن أبى ليلى بالمنطوق ولا بالمفهوم واحتج من نصر قوله بأنه متصل بأصل الخلقة فأشبه السقف والأغصان والصوف على ظهر الغنم •

(وأجاب) أصحابنا رحمهم الله بأن هذه الأشياء انما دخلت لأنها أجزاء وليست بنماء بدليل أن الحيوان يولد وعليه الصوف والنماء ما لا يكون أصلا •

(وأما) الثمرة فانها نماء (وردوا) هذا القول بما تقدم من السنة والاستدلال •

(واحتجت) الحنفية ومن وافقهم بأنها ثمرة برزت عن شجرها ، وبأنها يجوز افرادها بالعقد فلم تتبع الأصل كالمؤبرة ، وبالقياس على طلع الفحال ، وبأنها نماء لها حال اذا انتهت اليه أخذت فلم تتبع الأصل كالزرع فى الأرض ، وبأن الزرع لا يتبع الأرض فى حالة ظهوره ولا فى حالة كمونه فكذلك الطلع ، وبأنه لا يختلف قول من شرط التأبير أنها اذا لم تؤبر حتى انتهت وصارت بلحا أو بسرا ثم بيع النخل أن الثمرة لا تدخل فيه ، قالوا : فعلمنا أن المعنى فى ذكر التأبير ظهور الثمرة وبأن الطلع لا يتبع فى الرهن فكذلك فى البيع كالمؤبرة •

(وأجاب) الأصحاب بعد التمسك بالحديث (عن) الأول بمنع كونها برزت عن الأصل فانها فى غلافها (وعن) الثانى بأنا لا نسلم جواز افرادها بالعقد على رأى أبى اسحاق المروزى لأن المقصود المغيب فيما لا يدخر فيه فهو بمنزلة الجوز فى القشرة العليا ، ولئن سلمنا فجواز الافراد لا يدل على عدم التبعية ، ألا ترى أن من باع دارا فيها نخلة دخلت النخلة فى البيع تبعا ويجوز افرادها بالبيع (وعن) الثالث بأن الصحيح عندنا أن طلع الفحال كطلع الاناث ، ولو سلم فالفرق أن طلع الاناث المقصود منه ما فى جوفه ، وطلع الفحال هو المقصود على وجهه (وعن) الرابع بأن الزرع بماء برز عن الأصل بخلاف الثمرة (وعن) الخامس بأن الزرع ليس من أصل

الخلقة فلذلك لم يتبع بخلاف الثمـرة فانها مستترة فى الشجرة من أصل الخلقة .

(والجواب) عن السادس أنها قبل التشقق غير ظاهرة لأن الثمرة المقصودة مستترة فى الكمام ، فحيث ظهرت عن الكمام اما بالتأبير أو بغيره . كانت للبائع فمن جعلها للبائع من غير تأبير ولا ظهور كان مخالفا لفظ الحديث ومعناه (وعن) السابع من وجوه : (أحدها) أن الشافعى رضى الله عنه قال فى القديم : يدخل الطلع فى الرهن تبعـا للأصل .

(والثانى) أن الرهن لا يزيل الملك ، والبيع يزيل الملك .

(والثالث) أن المعنى فى المؤبرة أنها أخذت شبها من الولد المنفصل وشبها من الجنين فتعارضا ، وبقيت على حكم الأصل وهو ملك البائع ولا كذلك الكامنة .

(تتمة) استدلال الأصحاب وقول المصنف رحمه الله : ولأن ثمرة النخل كالحمـل الى آخـره هو من كلام القاضى أبى الطيب ، ولذلك الأصحاب قاسوه على الحمل ــ الشيخ أبو حامد والمـاوردى وغيرهم ، وتقدمت الاحترازات التى فيه ، لكن الشافعى رضى الله عنه فى الأم فى هـذا الموضع قال : وتخالف الثمرة المؤبرة الجنين فى أن لها حصة من الثمن ، لأنه ظاهر ، وليست للجنين لأنه غير ظاهر ، ولولا ما جـاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ذلك لمـا كان الثمر مثل الجنين فى بطن أمه لأنه يقـدر على قطعه والتفريق بينه وبين شجره ، ويكون ذلك مباحا منه . والجنين لا يقـدر على اخراجه حتى يقـدر الله تعالى له ولا يباح لأحـد اخراجه ، وانما جمعنا بينهما حيث اجتمعا فى بعض حكمهما بأن السنة جاءت فى الثمر لم يؤبر بمعنى الجنين فى الاجماع فجمعنا بينهما خبرا لا قياسا اذ وجدنا حكم السنة فى الثمر لم يؤبر كحكم الاجماع فى جنين الأمة ، وانما مثلنا فيه تمثيلا ليفقهه من سمعه من غير أن يكون الخبر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يحتـاج الى أن يقاس على شىء بل الأشياء تكون تبعا له .

هذا كلام الشافعى رضى الله عنه ، وهو يقتضى الفرق بين الثمرة والحمل والاعتماد فى ذلك على الحديث وحـده ، وكما دل الاجمـاع فى

الحمل على الفرق بين ما قبل ظهوره وما بعده ، كذلك دلت السنة فى الثمرة على الفرق بين ما قبل التأبير وما بعده ، وكلام الشافعى فى هذا الموضوع صريح فى أن الحمل لا يقابله قسط من الثمن على غير الأصح عند الاصحاب ، والأصحاب ذكروا فى أن الثمرة هل يقابلها قسط من الثمن طريقين (احداهما) القطع بالمقابلة كما هو نص الشافعى (والثانية) تخريجها على قولين كالحمل وهى ضعيفة لمخالفتها النص ، ورجحها الرافعى فى باب الرد بالعيب ، وقصد الشافعى رضى الله عنه بذلك تشبيهه قبل ظهوره بالثمرة غير المؤبرة ، ثم ذكر الفرق بينهما من جهة القدرة على فصل الثمرة عن الشجرة بخلاف الحمل ، والأصحاب قاسوا عليه ولم ينظروا الى هذا الفرق ، وذكروا اعتراضات على القياس وانفصلوا عنها .

(أما) الاعتراضات فان المعنى فى الحمل لا يجوز افراده بالعقد فلذلك كان تبعا ، وليس كذلك الثمرة لأنه يجوز افرادها بالعقد على رأى ابن أبى هريرة وهو الصحيح عند طائفة ، وهذا قريب مما قاله الشافعى رضى الله عنه وليس اياه ، وبأنه لو كان الطلع كالحمل لوجب أن تكون الثمرة للمشترى وان كانت قد ظهرت لأنها متصلة بالأصل . وبأنه لا يجوز للبائع استثناء الحمل لنفسه ويجوز له استثناء الطلع لنفسه ، وانفصلوا عن الأول بأبواب الدار فانه يجوز افرادها بالعقد ومع ذلك تتبع وانما لم يجز العقد على الحمل وجاز على الثمرة لأن الحمل جار مجرى أبعاض الأم ، فلما لم يجز العقد على أبعاضها لم يجز على حملها والثمرة قبل التأبير تجرى مجرى أغصان الشجرة ، فاما جاز العقد على أغصانها جاز على ثمرها .

(وعن الثانى) بأنها اذا كانت كامنة فى الطلع فهى بمنزلة الحمل لا أصل لها غيره ، فأما اذا ظهرت من الطلع فقد أخذت شبها من الولد المنفصل عن الأم لأنها ظاهرة كالولد وأخذت شبها من الجنين لأنها متصلة بالأصل كاتصال الجنين بالأم ، وليس أحدهما أولى من الآخر ، فتعارضا وبقيت الثمرة على ملك البائع كما كانت .

(وعن الثالث) أنه يجوز للبائع استثناء السقف والأغصان ومع ذلك اذا لم يستثن دخلت فى البيع .

(فائدة) كلام الشافعى رحمه الله المتقدم كالصريح فى افادة

الاجماع على دخول الحمل فى بيع الأم ، وقد روى عن محمد بن سيرين وغيره انهم أجازوا بيع الأمة واستثناء ما فى بطنها وليس مجـرد ذلك مصادما للاجماع المذكور ولكن ابن المغلس الظاهرى قال عن أصحابهم : ان تبعية الحمل للأم قول أكثر العلمـاء وان النظـر يوجب أن يكون الحمل للبائع لأنه غيرها وليس كعضـو منها الا أن يمنع من ذلك ما يجب التسليم له ، فنسبة ابن المغلس ذلك الى أكثر العلمـاء يشعر بخلاف اذ أنه رأى ذلك من كلامهم ولم يعـلم فى المسألة اجماعا ، ومحل الجزم فى دخول الحمل اذا كان مملوكا لرب الحيوان بشرط أن يكون البيـع قد وجد باختياره •

قال ابن الرفعة : وفى معناه كل تمليك جـرى بالاختيار من المـالك اما بنفسـه أو بوكيله وفى معنى ولى المحجور عليه لصغر أو سـفه أو فلس ، وهل الاستتباع فى هذا الأجل رضاء بانتقال الملك فى الأم عنه القائم فيه مقامه وكيله أو وليه وكذا عند بيعه عليه قهرا أو لأجل أنه ام ينتقل الملك فيها عنه الا بعوض ؟ فيه معنيان تخـرج عليهما مسائل ذكرها الامام فى باب الخراج بالضمان •

(منها) لو وهبها حيث لا ثواب وهى حامل لا يتبعها الحمل الجديد كما قال لا ، والقديم أنه يتبعها كما فى البيع ، ومثلهما جار فيما لو رهن الجارية الحامل لأنه فى المسألتين راض بخـروج الملك فى الأولى وبتعلق الحق فى الثانية لكن لا بعوض أجريا أيضـا فيمـا لو رهنهـا حائلا فحملت •

(ومنها) لو خرجت عن ملكه بعوض لكن لا برضاه ، كما اذا رد عليه عوضها بعيب وكانت قد حملت فى يده أو رجـع فيها بائعها عند فلسـه وهى حامل وقد كانت حائلا عند ابتياعه لها هل يتبعها الحمل ؟ قولان •

(قلت) قضـية المـأخذين أن الأب لو رجـع فى الجارية التى وهبها لابنه وهى حامل ثم حملت أن لا يتبعها الحمل قولا واحـدا لأنه لا عوض ولا رضاء مع ذلك فقـد حكى الامام فى التبعية قولين ، قال الامام : والفرق أن عقود الاجبار بالعوض تستدعى بعد المبيع عن الغير ، ولو نفذنا البيع ونحوه على الجارية دون الحمل لجر ذلك عسرا

وما يجـــرى من الارتداد فهذا ليس فى حكم العقود ، فجرى الأمر فى التبعية على التردد .

قال ابن الرفعة : وحيث نقول الحمل لا يتبع الأم فى الرد بالعيب ونحـــوه ، ظاهر كلامهم أن الرد صحيح لا يمنع منه كما لم يمنع منه انفصاؤه فى التفريق بين الأم والولد على رأى ولو كان الحمل حين البيع مملوكا لغير البائع بوصية أو غيرها فلا يندرج الحمـــل فى البيع ، وهل يصح البيع ؟ قال ابن الرفعة : يشبه أن يرتب على استثناء الحمل (ان قلنا) يصح فهنا أولى والا فوجهان :

قال القاضى حسين فى كتاب أمهات الأولاد قال : اذا كان متزوجا بأمة فحملت منه وأوصى له بحملها جاز له أن يشترى الجارية على وجه يعنى لأنه صار جدا قال : ولا خلاف أنه لا يجـــوز بيعها من غيره ، ومثل الوجه فى بيعها منه اذا أوصى له بحملها مذكور فيما اذا باعها من مالك الحمل ، والله أعلم .

(**قاعـــدة**) العقود التى يملك بها النخل والثمر أربعة أضرب (أحدها) عقد معاوضة على وجه المراضاة كالبيع والصلح والصداق والخلع والاجارة كما اذا أجر داره مدة بنخلة مطلقة فهـــذه العقـــود تتبعها الثمرة غير المؤبرة ولا تتبعها المؤبرة .

(والضرب الثانى) ما ملك بمعاوضة على غير وجه المراضاة كما لو باعه نخـــلا فأطلعت فى يد المشـــترى ثم فلس فرجع البائع فى عين ما له فهل تكون الثمرة التى لم تؤبر تبعا له ؟ فيه وجهان (أصحهما) عند الرويانى التبعية ، وكما اذا رهن نخـــلا فأطلعت ، فحل الدين والطلع لم يؤبر ، فبيع المرهون جبرا من غير رضا الراهن هل يدخل الطلع فى البيع أم لا ؟ فيه وجهان ، وقطع الرويانى هنا بالتبعية لأنه وجد منه الرضا بهذا البيع عند الرهن ، وقد أطلقـــوا على هذين القسمين أنهما من عقـــود المعاوضات التى على غير وجه المراضاة ، وقد يتوقف فى اطلاق العقد على الرجوع فى الفلس ، والأمر فى ذلك قريب ، ومن عد ذلك فى عقـــود المعاوضات أراد به البيع الذى يرتب الرجـــوع عليه ، وحكى الجرجانى الوجهين أيضـــا فى بيـــع نخيل المفلس فى دينه .

(الضرب الثالث) عقد على سبيل المراضاة من غير معاوضة كالهبة والوصية هل تكون الثمرة التى لم تؤبر تبعا له ؟ على وجهين ، ومثل أن يهب نخلا لولده فيطلع فيرجع فى هبته هل يتبع الطلع النخل ؟ على وجهين (الصحيح) من المذهب ما قال الماوردى هنا أن الوالد لا يسترجع الثمرة ، وعد هذا القسم أيضا من هذا الضرب اعتبارا بالعقد المبنى عليه كما تقدم ، وعد هذان الوجهان فى كل هذه المسائل التى فى الضربين ، قال الشيخ أبو حامد وغيره : أصلها مسألة واحدة ، وهى اذا رهنه نخلا عليها طلع لم يؤبر ، هل يدخل فى الرهن باطلاق العقد ؟ أم على قولين ؟ قال القاضى أبو الطيب : قال فى الجديد : لا يدخل لأن الرهن لا يزيل الملك ، وكان يقول فى القديم : يدخل على طريق البيع ، ثم رجع عنه فى الجديد •

(الضرب الرابع) ما لم يكن من عقود المعاوضات ولم يكن مأخوذا على وجه المراضاة كالطلاق قبل الدخول اذا استرجع به نصف المهر ، وكان قد أصدقها نخلا لا طلع عليها ، ثم أطلعت وطلقها قبل التأبير وقبل الدخول ، فههنا لا تتبع الثمرة الشجرة ولا ترجع إلى الزوج قولا واحدا ، قال الماوردى : لا يختلف المذهب فيه وقال الشيخ أبو حامد : انه ليس لنا موضع لا يتبع الطلع قبل الابار الأصل الا فى هذه المسألة يعنى قولا واحدا ، وتعليله أن الصداق اذا كان زائدا زيادة متصلة غير متميزة كالسمن والكبر والصنعة لا يرجع به وانما يرجع بنصف قيمته يوم أصدقها فاذا لم يرجع بالزيادة التى لا تتميز فلأن لا يرجع بالطلع أولى فان أراد أن يرجع بنصف النخلة دون الطلع فان له ذلك ويترك الطلع الى أوان الجذاذ وجعل الماوردى من هذا القسم الوالد اذا رجع فيما وهبه لولده ولم يكن للوالد استرجاع الثمرة معه على الصحيح من المذهب وفهم عنه الرويانى القطع بذلك فقال : وفى الحاوى ، وعلى هذا الوالد لا يسترجع فى الهبة من الولد غير المؤبرة قولا واحدا ، لأنه لا معاوضة ولا تراض •

(فرع) قال صاحب التلخيص فيما شذ عن أصول الكوفيين يعنى الحنفية انه ان رهن أرضا أو أقر بها دخلت الثمار يعنى عندهم وهذا يرد عليهم فى كونهم يقولون : لا يدخل فى البيع ولا فى غيره الا فى هاتين المسألتين •

(فــرع) وأما قول المصنف رحمه الله : قال الشافعى رحمه الله : وما تشقق فى معنى ما أبر لأنه نماء ظاهر فهو كالمؤبرة ، فهو كذلك فى الأم والمختصر ، وان لم يكن بلفظه ، والقياس الجلى ظاهر فى ذلك ، لأن الاعتبار بظهور الثمرة ، فلا فرق بين أن تظهر بعلاج أو بغير علاج أو تشقق بالرياح اللواقح ، وهو أن يكون محول النخل فى ناحية الصبا ، فتهب فى وقت الابار ، فان الابار تتأثر بروائح طلع الفحول ، قال الشيخ أبو حامد : بل ظهورها بنفسها أولى ، قال الشافعى رحمة الله عليه فى البويطى : الابار فى النخل اذا انشق الخف وبدت الثمرة فهو وقت الابار ، أبر أو لم يؤبر ، قال المــاوردى : وقد يكون من أنواع النخل ما يكون ترك تلقيحه أصح للثمرة .

ومن كلام الشافعى والبويطى المذكور يستفاد أن التأبير اسم لوضع طلع الفحال فى الاناث بعــد تشققها لا لنفس التشقق ولا التشقق ، وهو معنى قول الأصحاب : ان وقت التأبير قائم مقام التأبير ، وان وضع الكش بعد تشقق الثمرة ليس بشرط فى سلامة ذلك للبائع ، والتبعية فى المبيع وعدمها منوطة بالتشقق ، لا بوضع طلع الفحال فيها ، فيكون ذكر التأبير غالبا والنخل تارة يتشقق بنفسه فيلقح بعد ذلك ، وتارة يبلغ أوان التشقق ولم يتشقق بعد ويشقق ويفعل ذلك به ، وقال ابن الرفعة ما معناه : انا انما اتبعنا المعنى هنا ، ولم نتبع اللفظ ، ولا أجرينا فيه خلافا ، لأن المعنى قوى بأصل بقاء ملك البائع ، ولا يعارض ذلك بأن تركه التأبير عند امكانه كالأعراض فتجعل تابعة لمقتضى مفهوم الحديث لضعف عموم المفهوم .

وقال ابن عبد البر فى التمهيد : لم يختلف العلمــاء أن الحائط اذا تشقق طلع اناثه فأخر اباره وقد أبر غيره ممن حاله مثل حاله ، أن حكمه حكم ماأبر ، لأنه قد جاء عليه وقت الابار وظهرت ثمرته بعد تغييبها فى الخف ، وماذكره هؤلاء الأئمة هو المعول عليه وقال ابن حزم الظاهرى : انه لو ظهرت ثمرة النخل بغير ابار لم يحل اشتراطها أصلا وجمد جمودا عجيبا ، فقال : لا يجوز فى ثمرة النخل الا الاشتراط فقط .

(وأما) البيع فلا ، حتى يصير زهوا فاذا هو صار زهوا(١)

---

(١) الزهو البسر الملون يقال : اذا ظهرت الحمــرة والصفرة فى النخل فقد ظهر فيه الزهو (المطيعى) .

جاز فيه الاشتراط والبيع مع الأصول ودونها وليس هذا الحكم الا فى النخل المأمور خاصة ، ولم يطرده فى غير النخل من الشجر ، ولا فى النخلة الواحدة والنخلتين ، وهذا جمود عجيب ينكره الفهم ، وعدم طرده اياه فى النخلة والنخلتين بناء منه على أن النخل اسم جمع ، ولمخالفيه أن يقولوا : انه اسم جنس ، فان العرب لم تلزمه تاء التأنيث قال الله تعالى : « **أعجاز نخل منقعر** »(١) واذا كان اسم جنس شمل القليل والكثير كتمر وسائر ما مؤنثه بالتاء مما لم تلزمه العرب كالتخم والبهم بخلاف الرطب ، فانهم قالوا فيه هو الرطب كما لم تلتزم فيه العرب التأنيث يصح أن يكون اسم جنس ، والنخل من هذا القبيل ، والله أعلم .

(**فرع**) دل الحديث على أن الثمرة المؤبرة للبائع الا أن يشترط المبتاع أى كل الثمرة للبائع الا أن يشترط المبتاع كلها أو شيئا منها ، كالنصف والثلث ، وأى جزء كان معلوما فلا تكون كلها للبائع ، بل على حسب الشرط ، والعموم فى الأول مأخوذ من الاضافة من قوله : فثمرتها ، والاطلاق فى الثانى مأخوذ من عدم الهاء كما تقدم التنبيه عليه فى لفظ الحديث ، وبه يقول جمهور العلماء ، ومنهم أشهب من المالكية ، وقال مالك وابن القاسم : لا يجوز أن يشترط بعضها ، وكذلك قال مالك وداود : وفى مال العبد لا يجوز الا أن يشترطه كله أو يدعه كله .

(**فرع**) هذا الاشتراط هل حكمه حكم البيع أو لا ؟ قد تقدم كلام الشافعى أنه يقابله قسط من الثمن فذلك يدل على أن حكمه حكم البيع عنده ، ومشهور مذهب مالك أن الثمرة اذا اشترطها مشترى الأصل أو اشتراها بيد أنها لا حصة لها من الثمن ، ولو أجيحت كلها كانت من المشترى ، وتمسك ابن حزم فى أن هذا الاشتراط ليس ببيع بنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة حتى تزهى ، وحمل هذا على عمومه ، والقائلون بأن الاشتراط بيع يحتاجون الى تخصيص هذا الحديث أو تأويله على بيعها وحدها .

(**فرع**) قال أصحابنا : يحصل تسليم الشجرة مع كون الثمار المؤبرة عليها للبائع ، وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : لا يحصل الا بعد

---

(١) القمر : ٢٠ .

قطع الثمار ، وممن صرح بهـذا الفرع القاضى حسين ، وفرقوا بينها وبين الأرض المشغولة بالزرع على وجه بأن منفعة الشجرة تافهة .

(فـرع) فأما غير المؤبرة فقد علم أنها عند الاطلاق تكون للمشترى ، فلو اشترطها البائع فلا خلاف فى الجواز ، وان اختلفوا فى جواز افرادها فى البيع ، فان ذاك بيع حقيقى وهذا استجد فيصـح ، قال القاضى أبو الطيب : قال فى كتاب الصرف فذلك جائز ، لأن صاحب النخل نزل عليه تسوية الثمرة فى نخله حين باعها اياه اذا كان استثناها على أن يقطعها ، فان استثنى على أن يقرها فلا خير فى البيع لأنه باعه ثمـرة لم يبد صلاحها على أن تكون مفردة الى وقت قد تأتى عليها الآفة قبله ، قال القاضى أبو الطيب : وهذا الكلام يقتضى أن من باع نخلا قبل التأبير واستثنى الثمرة لنفسـه لم يجز الا بشرط القطع ، وليس يقول بهذا أحد من أصحابنا ، لأنه يجوز أن يشترط مطلقا ، وانما شرط القطع فى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها .

(قلت :) قد قال به بعض الأصحاب تخريجا على أن المشرف على الزوال هل يجعل كالزائل ؟ فان الثمـرة بالبيع قد أشرفت على زوالها عن البائع وبالاستثناء كأنها رجعت اليه فأشبهت الداخلة فى ملكه ابتـداء ، فلذلك شرط شرط قلعها ، والوجهان مشهوران فى طريقة المراوزة حكاهما القاضى حسين وغيره ، وجعلوا هذه قاعدة أن ما أشرف على الزوال هل يعطى حكم الزائل ؟ وخرجوا على ذلك مسائل :

(منها) اذا باع دارا واستثنى منفعتها لنفسه سنة هل يصح ؟ كما لو باعها ثم استأجرها أو لا يصح ؟ فيه الوجهان ، فان قلنا هناك : يصح ، فههنا يجب القطع فى الحال ، وان قلنا هناك : لا يصح ، فههنا يصح ، ولكن لا يجب القطع فى الحال ، هكذا قال القاضى حسين .

(ومنها) اذا جنى المدبر جناية تستغرق قيمته ، ثم مات السيد ، ولم يخلف غيره ففداه الورثة حكمنا بنفوذ العتق . وفى الولاء قولان (ان قلنا) المشرف كالزائل العائد فالولاء للورثة ، والا فللمتوفى ، ومنهم من يؤول نص الشافعى على ما اذا باع الشجرة مطلقا ثم اشترى من المشترى الطلع ، فانه يجوز بشرط القطع ، هكذا قال القاضى حسين وغيره ، وممن جزم بظاهر النص المـاوردى على ما حكى الرويانى عنه ،

لكن أكثر العراقيين جازمون بانكار ذلك ، وأن ما نقل عن كتاب الصرف خطأ فى النقل ، لأن حرملة نقـل اذا كان اشتراها على أن يقطعها فان اشتراها على أن يقرها فلا خير فى البيع ، فوقع الخطأ فى النقل من قوله : اشترى الى قوله استثنى ، ووافقهم القفال على هذا .

والقاضى حسين أيضا صحح خلاف ظاهر النص ، وحمله تأويله أنه أراد به اذا باع النخل قبل التأبير فكانت الأصـول والثمرة للمشترى ثم اشترى البائع الثمرة منه قبل بدو الصلاح لم يجـز الشراء الا بشرط القطع ، ولكنا نعود الى الكلام فى ذلك عند بيع الثمار .

(وأما) الحديث فليس فيه تعرض لذلك ، نعم قد يقال : اذا كان مقتضاه أن يكون للمشترى فينبغى اذا شرطت للبائع لا يصح كالحمل ، كما لا يصح استثناؤه لا يصح ههنا ، فما وجه جزم الأصحاب بصحته ؟ ونظرهم بعد ذلك فى أنه هل يشترط شرط القطع أم لا ؟ (والجواب) عن هذا أنها ليست كالحمـل من كل وجه كما تقـدم ، وقد تقـدم خلاف فى جواز افرادها بالبيع ، فان قلنا به فلا اشكال فى جواز استثنائها ، وان قلنا بقول أبى اسحاق المروزى وهو أنه لا يجـوز افرادها بالبيـع فذلك ، لأن المقصود فيها مغيب ، ولا يلزم من ذلك أن لا يجوز استثناؤها ، فانه لا يشترط فى المستثنى ما يشترط فى المبيع . وقال المـالكية : ان شرطها البائع لم يجز ، وكأن المشترى باعها قبل بدو صلاحها .

(فـرع) اذا قلنا بأنه اذا استثنى الثمرة يشترط شرط القطـع فأطلق ، قال الامام : دل كلام الأئمة أن الاستثناء باطل والثمـرة للمشترى ، قال : وهذا مشكل جدا ، وأن صرف الثمـرة اليه مع التصريح باستثنائه محال عندى ، فالوجه عد الاستثناء المطلق شرطا فاسدا مفسدا للعقـد فى الأشجار ، ويكون كاستثناء الحمل . وهذا الذى ذكره الامام هو الذى جزم به المـاوردى ، وأنه يفسـد البيع تفريعا على هـذا القول ولم يذكر غير ذلك وذكر المـاوردى أيضا تفريعا عليه أنه لو استثنى نصف الثمرة فسد العقد لتعذر اشتراط القطع .

(فـرع) اذا بقيت الثمـار غير المؤبرة للبائع بالاستثناء قال الامام : فان لم يشترط التقييد يعنى بشرط القطع رأينا الابقـاء ، وان شرطنا أوجبنا الوفاء ، ولا خلاف أن الثمـار المؤبرة اذا بقيت ولم يبد الصلاح فيها لا يستحق عليه قطعهـا وان كان يشترط فى صحة

بيعها اذا أفردت شرط قطعها (قلت :) لأنها لم تشرف على الزوال ، فان العقد المطلق والحالة هذه لا يقتضى دخولها ، بخلاف ما قبل التأبير ، وكيفما قدر فظاهر المذهب أنه لا يشترط فى الاستثناء شرط القطع ، والله أعلم .

(فرع)قال الماوردى : انه لو استثنى البائع نصف الثمرة بطل العقد ، لتعذر اشتراط القطع به ، وهذا منه بناء على أمرين (أحدهما) وجوب اشتراط القطع (والأصح) خلافه ، وقد تقدم الكلام فيه قريبا (والثانى) أن امتناع القطع مبنى على منع القسمة : وسيأتى الكلام فيه فى بيع نصف الثمرة شائعا قبل بدو الصلاح ، والله أعلم .

(فرع)قد علمت أن هذه المؤبرة عند الاطلاق للمشترى ، فلو تلفت فى يد البائع قبل القبض ثبت للمشترى الخيار ، ان شاء فسخ البيع لتلف بعض المبيع قبل القبض ، وان شاء أجاز فى الأصول بجميع الثمن أو بحصته على القولين فى تفريق الصفقة ، وليس كما اذا قطعت يد العبد ، فانه ان أجاز يجيز بجميع الثمن قولا واحدا على المشهور ، لأن الثمن لا يتقسط على الأطراف ، ويتقسط على الثمرة كما تقدم من نص الشافعى رضى الله عنه ، وممن صرح بهذه المسألة القاضى أبو الطيب والمحاملى والرويانى ، وكذلك لو كانت مؤبرة واشترطها المشترى لنفسه ثم تلفت ، وعن البويطى قول آخر فى مسألة العبد أنه يأخذه بحصته من الثمن ، وعن القاضى أبى حامد أن هذا لا يصح على مذهب الشافعى رضى الله عنه ، ومن أصحابنا من خرج تلف الثمرة غير المؤبرة على القولين فى أن الحمل هل يقابل بقسط من الثمن ؟ وهو مردود لنص الشافعى رضى الله عنه على خلافه .

(فرع) باع نخلة مطلعة ولم يقل للمشترى : انها مؤبرة ، ولم يعلم المشترى بتأبيرها ، ثم علم ، كان الخيار ، قاله الشافعى رضى الله عنه والأصحاب — القاضى أبو الطيب والرويانى والمتولى — وعللوه بأن بقاء الثمرة ربما أضر بالشجرة فى سنة أخرى ، فان من الأشجار ما يحمل سنة ولا يحمل سنة ، أو يقل فى سنة ويكثر فى سنة ، وأيضا فانه يحتاج الى الدخول فى ملكه ، وربما يتأذى به ، قال

ابن الرفعة : ولا يقدح ذلك فى البيع قولا واحدا ، وان قدح فى الزرع على وجه ، لأن هذه المنفعة تافهة بخلاف منفعة الأرض .

(فـــرع) بيع الطلع فى قشره مفـــردا مقطوعا على الأرض ، أو على النخل بشرط القطع ، فيه وجهان (قال) أبو اسحاق : لا يصح ، لأن المقصـــود من الطلع مافى نفسه وهو مستور بما لا مصلحة له فيه (وقال) ابن أبى هريرة : يصـــح ، لأن الجميع مأكول ، والمـــأكول اذا استتر بعضه جاز بيعه ، والأول أصح عند المحاملى وصاحب العدة والشيخ أبى حامد فيما نقل عنه ، والثانى أصح عند الشيخ أبى حامد والمـــاوردى والقاضى الطبرى والرويانى والجرجانى ، وقال الامام : ان معظم الأصحاب ذهبوا اليه ، وان صاحب التقريب حكى فيه قولين ، وبناهما على بيع الحنطة فى سنبلها ، ونقل ابن الصباغ عن أبى حامد أنه اختار قول أبى اسحاق .

ثم المجوزون لذلك انما يجوزونه بشرط القطع اذا كان على النخل ، كما دل عليه كلام ابن الصباغ والرويانى وغيرهما ، وهو ظاهر ، والمسألة مذكورة فى الكتاب فى باب النهى عن بيع الغرر وشرحها النووى هناك ولا خلاف أن قوت التأبير لا يكون لوجود التأبير ، قال صاحب التتمة : كما أن الاعتبار بولادة الجارية لا بوقت الولادة ، وسيأتى فى كلام الامام ما قد يتوهم منه خلاف ذلك ، ونذكر تأويله هنـــاك ان شاء الله تعالى .

وقال ابن الرفعة : اذا شقق الطلع قبل أوان تشققه فهو للمشترى ، وان شقق فى أوانه فهوللبائع ، وان لم يتشـــقق بنفسه ولا شقق فى أوانه فهل يكون للبائع اقامة لوقت التشـــقق مقام التشـــقق أو لا ؟ فيه نظـــر واحتمال (قلت :) وهذا الاحتمـــال باطل ، والحكم كما مر مع الظهور وجودا أو عدما .

(فـــرع) قال الشيخ أبو محمد : اذا أبر الطلع وحكمنا ببقائه للبائع فحـــرم الكمام للمشترى ، فانه يترك على النخلة . نقله عنه فى النهاية ، وجزم به فى الروضة نقلا عن البسيط عند الكلام فيما يدخل تحت اسم الشجرة .

(فـــرع) باع نخلة لم يخرج طلعها فانه يخرج طلعها على ملك المشترى ، فلو استثناه البائع بطل البيع قاله الخوارزمى فى الكافى .

(**فـــرع**) لو شرط غير المؤبرة للمشترى قال فى التتمة : كان تأكيدا ولك أن تقول : يصير كشرط الحمل اذا صرح به ، وفيه خلاف ، وسيأتى نظيره فيما اذا باع الثمـرة مع الشجرة قبل بدو الصلاح ، قالوا فيها : يصح ، وسيأتى البحث المذكور فيهـا وهو هنا أقـوى لأن المؤبرة التى لم يبد صلاحها يجوز بيعها بمفردها قولا واحـدا ، ولكن يشترط فيه شرط القطع ، وغير المؤبرة لنا فى بيعها مفـردة خلاف ، فمن يقول بعدم الصحة يوجب الحاقها بالحمل ، فاذا صرح بدخولها كان كما لو صرح بدخول الحمـل ، وفيه خلاف (والأصح) عند الرافعى بطلانه ، والله أعلم .

(**فرعـــان**) ذكرهما أبو العباس بن سريج ، ونقلهما الشـيخ أبو حامد فى تعليقه عنه .

(أحدهما) اشترى نخلة فأثمرت فى يد البائع ، فالثمرة للمشترى ، ولا يكون شىء من الثمن مقابلا لها ، وهى أمانة فى يد البائع فان سلمها استقر البيع فى النخلة ، وخرجت الثمرة من أمانته ، وان تلفتا انفسخ البيع فى النخلة ، وعليه رد ثمنها ، ولا شىء عليه لأجل الثمرة ، وان تلفت الثمـرة سلم النخلة وأخـذ جميع الثمن ، وان سلمت الثمرة وتلفت النخلة سقط جميـع الثمن عن المشترى ، وأخذ الثمرة ولا شىء للبائع .

(الثانى) اشترى أرضـا عليها نخيل مؤبرة ، واشترط كل ذلك ، وكانت قيمة الجميع متساوية فحدثت ثمـرة أخـرى قبل أن يتسلمها ، فالثمرة الحادثة فى ملك المشترى ، فان أكل البائع الثمرتين جميعا كان عاصيا فيهما ، وعليه بدل الثمرة الخارجة ان كان أكلها رطبا فثمنـه وان كان أكلها تمرا فمثله ، وأما الخارجة فالمشترى بالخيـار لأجلها ، فان فسـخ البيع رجع بجميع الثمن ، وان أجاز فعلى القولين فى جناية البائع (ان قلنا :) كالآفة السماوية أجاز فى الأرض والنخل بحصتهما من الثمن (وان قلنا :) كالأجنبى أعطاه جميع الثمن ثم غرمه بدل الثمرة ، والله أعلم .

(**فائدة**) الغزالى رحمه الله تعالى فى المستصفى من المنكرين لهذا

المفهوم ، ولكنه فى كتبه الخلافيه كالتحضير(١) بالغ فى اثبات ذلك وتقريره • وأن عرف العرب فى الاستعمال أفهم أمورا تكاد تزيد فوائدها على موجب الأوضاع ، وأن الاشكال فى المسكوت عنه والبقاء على النفى الأصلى فيه انما كان قبل التخصيص ، أما بعد التخصيص ارتفع الاشكال وصار ذلك معلوما بدليل من جهة الشرع ، والسر فى الفرق بين هذه المفهومات وبين مفهوم اللقب حيث لم يكن حجة على المختار أن التخصيص هو الطريق المستعمل عرفا للنفى والاثبات بطريق الايجاز ، ومعنى التخصيص ايقاع الخصوص بقطع بعض الجملة عن الجملة • والجملة اما أن تتمثل فى الذكر بقوله : من باع نخلة فانها تتناول المؤبرة وغير المؤبرة ، فاذا استدرك وقال : بعد أن تؤبر كان ذلك تخصيصا وقطعا عن جملة واما أن تتمثل فى الوهم بأن يكون ذكر أحد القسمين مذكرا للآخر المقطوع عنه بالضرورة كقوله : الثيب أحق فانه قطع عن البكر ، اذ الثيابة والبكارة صفتان يتقاطعان على التعاقب ، وضعت كل واحدة منهما لفصل قسم عن قسم ، والعلف أيضا كذلك مع اثبات الثيابة بذكر الثيابة والسوم بالضرورة ، واليوم فى قوله «**ثم أتموا الصيام الى الليل**»(٢) والتأبير نفى البكارة والعلف والليل والاستتار ، وليس فى اثبات البر نفى الزعفران والأدوية والفواكه وغيرها أو لا اتصال بين البر وغيره حتى يكون ذكره قطعا لذلك الاتصال •

نعم قد يدل على التخصيص بقرينة تنضم الى الذكر القاصر ، فأما مجرد الذكر فلا يدل ، والتخصيص دليل بالوضع العرفى ، فلا يخرج عن كونه دليلا الا بقرينة ، فليدرك التفاوت بين الرتبتين • وهذا الذى ذكره الغزالى رحمه الله من نفيس الكلام لمن أنصف من نفسه ، وفهم بذوقه الفرق بين الرتبتين • فيعلم بهذا الكلام السبب فى ذلك (وأما) من لم يشهد ذوقه للتفرقة قال : فهو جدير بأن لا يكلم ، ومراده بالعرف عرف المحاورة فى كلام العرب لا عرف طارىء بعدهم ، وهذا السر هو الموجب لكوننا لم نقل بمفهوم قوله : «**فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به**»(٣) ومفهوم

---

(١) كذا فى ش و ق وليس فى شىء من كتب الغزالى باسم التحضير ولعله صحف واسمه « التحصين » وهو كتاب « تحصين المآخذ » فى الخلافيات (المطيعى) •

(٢) البقرة : ١٨٧ •

(٣) البقرة : ٢٢٩ •

قوله صلى الله عليه وسلم : « أيما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل » .

(وأما) الأول فلأن الخلع لا يتفق الا فى حالة الشقاق ، ويستحيل بحكم العادة وقوعه فى حالة المصافاة ، وما لا يقع عرفا فليس من غرض الشرع بيانه ، فقد استوعب الشارع كل محل الحاجة ، ولم يقع البعض عن البعض ، وذكره اللحوق ذكره لمحل الحاجة الى البيان ، وهو كل محل الحاجة (وأما) الحديث فلأن المرأة اما أن تفوض أمرها للولى لحيائها أو تستقل لزوال حيائها (أما) المباشرة باذن الولى فلا تقع فى العادة فلم يكن من محل البيان فى غرضه ، والله أعلم .

(فائدة أخرى) فى التأبير ، عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما قال : « أبصر النبى صلى الله عليه وسلم الناس يلقحون النخل فقال : ما للناس ؟ قالوا : يلقحون . فقال : لا لقاح — أو لا أدرى اللقاح شيئا ، فقال : فتركوا اللقاح ، فخرج ثمر الناس شيصا ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : ما شأنه ؟ قالوا : كنت نهيت عن اللقاح ، فقال : ما أنا بزارع ولا صاحب نخل لقحوا » أورد أبو بكر محمد بن موسى الحازمى هذا الحديث فى كتابه الناسخ والمنسوخ لتضمنه النهى عن اللقاح ثم الاذن فيه ، ونقل عن بعضهم أن قوله : « لا لقاح » صيغة تدل على النهى وأن للشارع أن يتحكم فى أفعال العباد كيف أراد ، ولهذا قالوا للنبى صلى الله عليه وسلم : كنت نهيت عن اللقاح ولم ينكر عليهم ، ومال الحازمى الى أن ذلك ليس بحكم شرعى ، ولقوله فى رواية أخرى : « انما ظننت ظنا فلا تؤاخذونى بالظن ، ولكن اذا حدثتكم عن الله تعالى شيئا فخذوا به ، فاننى لن أكذب على الله » ثم قال الحازمى : وعلى الجملة الحديث يحتمل كلا المذهبين ، ولذلك أبقينا يعنى فى الناسخ والمنسوخ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باع فحالا وعليه طلع لم يتشقق ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يدخل فى بيع الأصل ، لأن جميع الطلع مقصود ماكول ، وهو ظاهر ، فلم يتبع الأصل كالتين (والثانى) انه يدخل فى بيع الأصل وهو الصحيح ، لأنه طلع لم يتشقق ، فدخل فى بيع

الأصـــل كطلع الاناث وما قاله الأول لا يصـــح لأن المقصـــود ما فيه وهو الكش الذى يلقـــح به الاناث وهو غير ظاهر ، فدخـــل فى بيـــع الأصل كطلع الاناث) .

(الشرح) الفحال بضم الفاء وحاء مهملة مشـــددة ، وآخره لام ذكر النخل ، وقال ابن فارس : الفحال فحال النخـــل وهو ما كان من ذكوره فحلا لاناثه ، قال ابن قتيبة : وهو فحال النخـــل ولا يقال : فحل ، ولذلك اعترض معترض على الشافعى رضى الله عنه ، فان الشافعى قال : وان كان فيها فحول ، فقال هذا المعترض : ان هـــذا خطأ لأنه لا يقال فى النخل فحل ، ولا فى جمعه فحول ، وانمـــا يقال فحال وجمعه فحاحيل ، وأجاب الأصحاب بأن كل واحد منهما جائز فى اللغة ، وقد ورد به الشعر . قال الشاعر :

تأبرى يا خـــيرة العســـــل تأبرى من جيـــــد فســـــل

اذا ضن أهل النخل بالفحول

والكش بضم الكاف وبالشين المعجمة هو ما فى بطـــون طلع الفحال الذى يلقح بها طلع الاناث .

(أما الأحكام) فقال الأصحاب تبعا للشافعى : (اذا كان فى النخل فحول فاما أن تفرد الفحول بالبيـــع واما أن يبيعهما معا فان أفـــرد الفحول بالبيع فاما أن يكون قد تشقق شىء من طلعها أولا ، فان تشقق شىء من طلعها فالثمرة للبائع بلا شبهة) وان لم يكن تشقق شىء من طلعها (فأحد) الوجهين أنه للمشترى وهو الصحيح وقال المصنف فى التنبيه والشيخ أبو حامد فى تعليقه : انه المنصوص ، وادعى بعضهم أنه ليس فى المســـألة نص (ومن أصحابنا) من قال : للبائع ، مستدلا بأن ظهور طلع الفحال بمنزلة تشقق طلع الاناث لأنه ليس له ثمرة غيره بخلاف طلع الاناث فان المقصـــود ما فى جوفه ، فاذا لم يظهر بالتشقق يكون للمشترى وهذا أصح عند المـــاوردى والجرجانى فى التحـــرير ورد الأصحاب ذلك بأن المقصـــود من طلع الفحال ليس هو الأكل ، بل الكش الذى يلقح به ، وهو غير ظاهر فهو كالاناث فى التشـــقق سواء .

قال المـــاوردى : هذان الوجهان مخرجان من اختلاف أصحابنا فى

طلع الاناث هل يقاس على الحمل قياس تحقيق ؟ أو قياس تقريب ؟ قال بعضهم : قياس تحقيق ، فعلى هذا لا يصير طلع الفحال مؤبرا لا بالتشقق وقال آخرون بل قياس تقريب اعتبارا بالعرف فعلى هذا يصير طلع الفحال مؤبرا اعتبارا بالعرف اهـ .

ولو كان قد تشقق شيء من طلع الاناث وأفرد الذكور بالبيع وهي غير مؤبرة ففيها وجهان كالوجهين الاتيين فيما اذا افرد ما لم يؤبر بالبيع قاله الفوراني واما اذا جمع في العقد بين الفحول والاناث فان كان قد تشقق شيء من طلع الاناث فطلع الكل للبائع على الوجهين اتفاقا (اما) على الصحيح فلأن الكل كطلع الاناث واما على الوجه الآخر . فان طلع الاناث تشقق ، وطلع الفحال له بكل حال ، وقد جزموا على الصحيح ههنا أن طلع الفحول يتبع طلع الاناث ، وكان ينبغي أن يأتي فيها وجه بأن طلع الفحال للمشتري ، بناء على أن أحد النوعين لا يستتبع الآخر ، كما سنحكيه عن القاضي حسين والامام في القسم الآخر لغير المتشقق فيه ، فهو كجنس آخر ، وهذا الكلام منه كالصريح بجريان الخلاف .

وقال الجوري : اذا كان فيها فحول فقد اختلف أصحابنا ، فقال أبو حفص : انما جعلت الفحول تابعة لأنها للأقل فالنادر يدخل في الغالب ، ولأن الغرض من طلع الفحال أكله غالبا ، فاستوى المؤبر منه وغيره ، وقال غيره : اذا تشقق شيء من الاناث فباقي الحائط وذكوره واناثه تبع له ، واذا تشقق شيء من الذكور فسائر ما بقي من الذكور والاناث تابع . فهذا الكلام يقتضي أن أبا حفص وهو ابن الوكيل هو القائل بأن طلع الفحال للبائع بكل حال ، وأنه علل تبعيتها للاناث عند الاجتماع بهذه العلة وبعلة أخرى وهي الندرة ، غير أن التعليل بالندرة انما يتم على ما هو المعهود غالبا ، فلو فرض كثرة الفحول زالت هذه العلة وان لم يتشقق شيء منها أصلا لا من طلع الاناث ولا من طلع الفحول ، فعلى الصحيح الكل للمشتري ، وعلى الوجه الآخر طلع الاناث للمشتري والفحال للبائع .

وقال القاضي حسين : على هذا الوجه فيه وجهان كما في طلع الاناث اذا كان من صنفين وتشقق البعض دون البعض ، وجمع بينهما

فى العقـد ، وكذلك الامام جعل تبعية الاناث للذكور كاستتباع النوع النوع ، وكذلك حكى الوجهين ، وقال : ان الأصح أن طلع الاناث لا يتبع طلع الفحول وان كان طلع الفحول يتبع طلع الاناث ، وقال المتولى : انه على هذا الوجه يكون الفحول والاناث كالجنسين ، فلا يجعـل الاناث تبعا لها ، وان كان قد تشقق شىء من طلع الفحول فقط فعلى الصحيح الطلع كله للبائع .

وحكى فى الحاوى وجها وصححه أن طلع الاناث لا يتبع طلع الذكور ، وان كان طلع الذكور يتبع طلع الاناث ، لأن مقصـود الثمار طلع الاناث ، وطلع الذكور يقصـد لتلقيحه لا لنفسه ، وهذا الوجه هو الذى يدل عليه نص الشافعى رضى الله عنه كما سأبينه قريبا ان شاء الله تعالى ، فعلى هـذا يكون حكمه كما سيأتى على الوجه الآخـر ، وعلى الوجه الآخـر طلع الفحول للبائع بالظهور وطلع الاناث للمشترى، وينبغى أن يأتى فيه وجه أن طلع الاناث أيضـا للبائع بناء على أن أحد النوعين يستتبع الآخر على قياس ما حكاه القاضى حسين ، الا أن يتمسك بما تقـدم عن صاحب التتمة أن الذكور مع الاناث على هذا الوجه كالجنسين وهو بعيد .

واعلم أن عبارة المختصر : وان كان فيها فحـول بعد أن تؤبر الاناث فثمرتها للبائع ، وظاهر هذه العبارة اذا باع الفحـول والاناث جميعا وقد أبرت الاناث فالكل للبائع ، وهى الصورة التى حكينا الاتفاق فيها على ذلك ، وأبدينا فيها احتمال وجه ، وعبارة الشـافعى فى الأم : (ومن باع أصل فحل نخـل أو فحول بعد أن تؤبر اناث النخل فثمرتها للبائع الا أن يشترطه المبتـاع) وهذا يشبه عبارة المختصر الا أن اطلاق عبارة الأم تصـدق على ما اذا باع الأصل وحده بعد تأبير الاناث وهذا لا يستمر الا على الوجه القائل بأنه اذا أفـرد ما لم يؤبر يجوز اذا كان تأبر شىء من غير نوعه من ذلك الجنس ، ومفهومه يقتضى أنه اذا باع الفحل قبل التأبير يكون طلعه للمشترى ، كما ادعى المصنف فى التنبيه أنه المنصوص وفى ظاهره اشكال لأنه يشـمل ما اذا تأبر هو قبل أن تتأبر الاناث ، ولا يمكن القول بأن ذلك للمشترى ، فلذلك عبارة المختصر أبين .

ثم قال الشافعى فى الأم : (ومن باع نخلا قبل أن تؤبر اناث النخل فالثمرة للمشترى) وهذا النص يقتضى أن ثمرة الاناث لا تتبع ثمرة الفحول على خلاف ما قدمناه عن الأصحاب أنه اذا تشقق شىء من طلع الفحول يكون الطلع كله للبائع على الصحيح ، ويشهد للاحتمال الذى أبديته فيه ، هذا ان كان قول الشافعى نخـلا بالنون والخاء المعجمة ، وان كان بالفاء والحاء المهملة فأشذ ، فانه حينئذ يقتضى أن الفحال اذا أفرد بالبيع وقد أبر ولم تؤبر الاناث أن طلعه للمشترى ولا قائل بذلك نعلمه من الأصحاب ، وانما جوزت هذا الاحتمال فى لفظ الشافعى لأنه أتى به فى مقابلة من باع فحـلا بعد أن تؤبر الاناث فقسيمه من باع فحلا قبل أن يؤبر ، وان كان ذلك ليس بلازم — والله سبحانه وتعالى أعلم — ويؤيد ما قلته أن الشافعى قال أيضـا فى المختصر : ولو تشقق طلع اناثه أو شىء منه فهو فى معنى ما أبر نخله ، فمفهوم هذا أنه لا يكتفى فى ذلك بتشقق طلع الذكور •

(**فائدة**) أطلق المصنف الوجهين فى هذا الكتاب ، ولم ينسب شيئا منهما الى النص ، وكذلك فعل القاضى أبو الطيب ، وفى التنبيه قال : وقيل : ان ثمرة الفحال للبائع بكل حال ، وهو خلاف النص ، وكذلك فعل الشيخ أبو حامد ، فهذا أحد المواضع التى يؤخذ منهـا ما اشتهر على ألسنة الفقهاء أن التنبيه مأخوذ من طريقة الشيخ أبى حامد ، والمهذب من طريقة القاضى أبى الطيب ، وذلك غير مسـتمر ، فسيأتى فى تقسيم الشجر أنه تبع الشيخ أبا حامد ولم يتبع أبا الطيب ، لكن ذلك فى صنعة التصنيف لا فى النقـل وفى ذلك الموضع يأتى كلام فى مخالفته أبا حامد أو موافقته والظاهر عندى أنه لم يلتزم متابعة طريقة واحدة فى كتاب منهما ، نعم ان كان ذلك فى الأكثر فربما ، ويترك ذلك فى بعض الأوقات لمـا يترجح عنده ، ولم أقف من نص الشافعى فى الفحال الا ما حكيته عن الأم والمختصر ، فيحتمل أن يكون الشـيخ أبو حامد والمصنف وقفا على نص آخـر أصرح منهما ، ويحتمل أنهما أخذاه من ذلك ، والله أعلم •

(**فـرع**)قال المـاوردى : اذا أخـذ طلع الفحال جاز بيعه فى قشره ، لأنه من مصلحته ، وكان أبو اسحاق يمنع من بيعه حتى يصير بارزا ، قال : وليس هذا بصحيح ، ونسب الامام الأول الى معظم

أصحابنا ، وذكر عن صاحب التقريب أنه ذكر فى ذلك قولين ، وأنه بناهما على بيع الحنطة فى سنبلها ، قال الامام ، وهذا مقدح حسن .

(**فائدة أخرى**) ادعى بعضهم أنه ليس فى خصوص مسألة الفحال نص للشافعى ، وأنه لا يمكن أخذه من اطلاقه أن الابار حد لملك البائع ، لأن الابار عبارة عن اصلاح طلع الاناث بعد تشققه أو شقه بالكش الذى فى طلع الفحال ، فلا ابار فى الفحال ، فلا دخول له فى هذا ، ولا يمكن حمل كلامه فى التنبيه فى قوله : وهو خلاف النص على نص الحديث ، لأن الحديث انما يحمل على التأبير اللغوى ، وهو انما يكون للاناث على ما سبق ، وجعل التشقق فى معناه حكم شرعى من الحاق الفقهاء بالمنصوص عليه فهو بكلام الشافعى أولى .

(**فرع**)باع فحالا لا طلع عليه ، ثم أطلع قبل لزوم العقد ، قال فى الاستقصاء : (فان قلنا :) انه كطلع الاناث فهو للمشترى (وان قلنا :) انه كالمؤبرة وقلنا : انه يملك بالعقد أو موقوف فهو أيضا للمشترى (وان قلنا :) انه لا يملك الا بالعقد وانقضاء الخيار فهو للبائع لأنه حدث والمبيع على ملكه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باع حائطا أبر بعضه دون بعض جعل الجميع كالمؤبر ، فيكون الجميع للبائع ، لأنا لو قلنا : ان ما أبر للبائع وما لم يؤبر للمشترى أدى الى سوء المشاركة واختلاف الأيدى فجعل ما لم يؤبر تبعا للمؤبر ، لأن الباطن يتبع الظاهر ، ولم يجعل ما أبر تابعا لما لم يؤبر ، لأن الظاهر لا يتبع الباطن ، ولهذا جعلنا أساس الدار تابعا لظاهرها فى تصحيح البيع ، ولم نجعل ظاهرها تابعا للباطن فى افساد البيع(١) .

[وقال أبو على بن خيران : ان كان نوعا واحدا جعل غير المؤبر تابعا للمؤبر ، وان كان نوعين لم يجعل ما لم يؤبر من أحد

---

(١) مابين المعقوفين ساقط من ش و ق وهو عن نسختنا المخطوطة ، وانظر هذا كله كان ساقطا دون أن يحققه المشايخ رحمهم الله فى طبعتهم ودون أن يذعن ناشر (ق) للحق فيجعله حيث وضعته الآن وحسبنا الله ونعم الوكيل .

النوعين تابعـا للمؤبر من نوع آخـر ، لأن النوع الواحـد يتقـارب ظهوره والنوعان يختلف ظهورهما والمذهب الأول لمـا ذكرناه من سـوء المشـاركة واختلاف الأيدى وذلك يوجـد فى النوعين كما يوجـد فى النوع الواحـد . وأما اذا كان له حائطان فأبر أحدهمـا دون الآخـر وباعهما فان المؤبر للبائع وما لم يؤبر للمشترى ولا يتبع أحدهما الآخـر لأن انفـراد كل واحد منهما بثمرة حائط لا يؤدى الى سوء المشـاركة واختلاف الأيدى ، فاعتبر كل واحد منهما بنفسه] .

(الشرح) الحائط وهو البستان من النخيل .

(أما الأحكام) ففى هـذه الجملة مسألتان (الأولى) اذا باع حائطا أبر بعضه دون بعض جعل الجميـع كالمؤبر ، وجعل ما لم يؤبر تابعا لمـا أبر (أما) اذا كان نوعا واحـدا فاتفق عليه الأصـحاب تبعا للشافعى رضى الله عنه ، واستدلوا هم وغيرهم لذلك بأن تأبير البعض يحصـل للنخل اسم التأبير فيشمله قوله صلى الله عليه وسلم : « من باع نخـلا قد أبرت » قال ابن عبد البر : وأصـل الابار أن يكون فى شىء منه الابار ، فيقع عليه اسم أنه قد أبر ، كمـا لو بدا صلاح شىء منه ، وفيما ذكروه من اطلاق اسم التأبير على الجميع بتأبير بعضـها توقف لا يخفى ، لا سيما على ما يقوله أصحابنا أنه يكفى تأبير نخلة واحـدة فى البستان ، بل طلعة واحدة ويصير الباقى تبعـا فدعوى اطلاق التأبير على الجميع حقيقة فى غاية البعد .

وقد وقع فى كلام ابن حزم ما يقتضى أن لفظ الحديث : وفيها ثمرة قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترط المبتـاع ، وهذا لو ثبت كان صريحا فى المطلوب ، لكنى لم أجـده فى شىء من ألفاظ الحديث التى وقفت عليهـا ، وانما فيها كلهـا جعل التأبير صفة للنخل المبيعـة ، وحقيقة ذلك أن يكون فى الجميع ، واللفظ الذى ذكره ابن حزم لم يذكره باسناد بل أتى به فى ضمن استدلال ، فلعله لم يتثبت فيه ، نعم لا يشترط أن يوجـد التأبير فى كل طلع النخلة ، بل متى وجـد فى شىء منها صح أنها أبرت ، فيكون جميع ثمرتها للبائع ، وان كان بعضها غير مؤبرة استدلالا بالحديث ، ويعضد الأصحاب وغيرهم فيما اتفقوا عليه من الاكتفاء بتأبير البعض أن العادة لم تجر بتأبير جميع النخل ، بل يكتفون بتأبير بعضها .

واستدل أبو اسحاق المروزى لذلك بما ذكره المصنف ، وزاده المصنف بالاستشهاد بأساس الدار ، وهو جواب عن سؤال مقدر أورده الشيخ أبو حامد والماوردى وغيرهما ، وأجابوا عنه وهو أنه هلا جعل ما أبر تابعا لما لم يؤبر فى دخوله فى البيع ؟ وأجابوا بأنه استقر فى الشرع أن الباطن تبع للظاهر ، وليس الظاهر تبعا للباطن ، فان ما بطن من أساس الحائط ورؤوس الأجذاع تبع لما ظهر فى جواز البيع ، وأيضا فانه كان يلزم منه مخالفة منطوق الحديث ولك أن تقول على الأول : ان الحكم بتبعية الأساس أمر ضرورى لصحة البيع ولا كذلك الثمار ، ألا ترى أنه لو شرط أن تكون المؤبرة للبائع وغير المؤبرة للمشترى ، اتبع شرطه ، فانها لو كانت كلها مؤبرة وشرط بعضها اتبع شرطه وسوء المشاركة موجود فكأنهما رضيا به ، وأورداه العقد عليه ، وكل عقد فيه مشاركة فهو مظنة الضرر ومع ذلك يصح كثير من العقود المقتضية للمشاركة ، واستدلوا أيضا بأن بدو الصلاح فى بعضها بمنزلة بدو الصلاح فى جميعها ، فكذلك التأبير ، ولك أن تجيب بأن المعنى فى الأصل أن الثمرة متى تركت حتى يوجد الصلاح فى جميعها أدى الى أن لا يصح بيعها بحال فانه الى أن يتكامل فيها يتساقط الأول فيؤدى الى فساد الثمرة وتأذى مالكها وليس هذا المعنى موجودا هنا ، والله أعلم ، وفى كلام الشافعى فى الأم اشارة الى الدليلين اللذين استدل بهما الأصحاب .

(وأما) اذا كان الحائط أنواعا فالمذهب أيضا أن ما لم يؤبر تابع لما أبر ، فان الشافعى قال : اذا بيعت رقبة الحائط وقد أبر شى من نخله فثمرة النخل تلك فى عامه ذلك للبائع ، ولو كان منه ما لم يؤبر ، ولم يطلع ، لأن حكم ثمرة ذلك النخل فى عامه ذلك حكم واحد ، كما يكون اذا بدا صلاحه ولم يؤبر ، قال صاحب التتمة : ويخالف الجارية الحامل بولدين ، وضعت أحدهما ثم باعها قبل وضع الآخر ، لا يجعل تبعا للمولود على ظاهر المذهب ، لأن الولد بعد الانفصال ليس له تعلق بالأم فيفرد كل واحد بحكمه والطلع بعد التأبير متصل بالشجرة ، هذا الفرق ذكره صاحب التتمة فى النخلة الواحدة يكون بعض طلعها مؤبرا وبعضها غير مؤبر ، فأما اذا كان بعض النخيل مؤبرا وبعضها غير مؤبر ففرق بينه وبين الأغنام يبيعها وقد نتج بعضها يبقى نتاجها

للبائع والتى لم تنتج يدخل حكمها فى العقد لأن نتاج الأغنام لا يتفق فى وقت واحد بخلاف النوع الواحد من النخيل •

وقال أبو على ابن خيران : لا يكون تأبيرا الا فى نوعه ، لأن الأنواع يختلف ادراكها وتتفاوت ، والنوع الواحد لا يتفاوت ، ورد الأصحاب عليه بما ذكره المصنف وممن وافق الأصحاب على ذلك أبو على ابن أبى هريرة لكنه شرط فى ذلك أن يكون أطلع حتى يكون فى حكم المؤبر وان اختلف النوع (أما) ما ظهر من الطلع بعد البيع ، فقال بأنه للمشترى لأنه ظهر فى ملكه وغلطوه فى ذلك بالنص الذى قدمته عن الشافعى آنفا ، وحكمه بأن ثمرة ذلك العام للبائع ، ولو كان فيه ما لم يؤبر ولم يطلع ، وهذا نص صريح •

وقول ابن أبى هريرة هذا صححه الماوردى ، وسيأتى فى كلام المصنف ، وانما ذكرته هنا لتعلقه به ، فانه ينتظم به فيما اذا باع نخلا وفيه ثمرة مؤبرة ثلاثة أوجه (أحدها) وهو المذهب ان ثمرة جميع ذلك العام للبائع (والثانى) قول ابن خيران ليس للبائع الا المؤبر (والثالث) قول ابن أبى هريرة : أن للبائع المؤبر والمطلعة غير المؤبرة عند البيع وللمشترى ما أطلع بعد البيع ، والله أعلم ، ولم يقل أحد من الأصحاب بافراد المؤبر بحكمه ، ومذهب مالك رحمه الله أنه اذا أبر أكثر الحائط فهو للبائع حتى يشترطه المبتاع ، وان كان المؤبر أقله فكله للمبتاع ، واضطربوا اذا أبر نصفه ، قال ابن عبد البر : والأظهر من المذهب أنه للمبتاع الا أن يكون النصف مفردا فيكون للبائع •

(فرع) هذا كله فيما اذا باع الجميع ، أما اذا أفرد غير المؤبر بالبيع فسيأتى ذلك فى كلام المصنف رحمه الله تعالى ان شاء الله تعالى (المسألة الثانية) اذا كان له حائطان فأبر أحدهما دون الآخر وباعهما فان المؤبر للبائع ، وما لم يؤبر للمشترى ، ولا يتبع أحدهما الآخر لما ذكره المصنف ، هذا هو الصحيح المشهور الذى جزم به القاضى أبو الطيب والماوردى والرويانى كما فرقنا فى الشفعة بين ما قسم وبين ما لم يقسم ، وقاسه الشيخ أبو حامد أيضا على بدو الصلاح ، فان بدو الصلاح فى أحد الحائطين لا يستتبع

الآخـــر ، وفيه وجه آخـــر أن أحد البســـتانين يتبع الآخـــر ، وجعل الرافعي الخلاف فى البستانين مرتبا على البســـتان الواحد فحيث قلنا فى البستان الواحد ان كل واحد من المؤبر وغير المؤبر يفـــرد بحكمه فههنا أولى •

وحيث قلنا بأن غير المؤبر يتبع فههنا وجهان (أصحهما) ان كان بســـتان يفرد حكمه ، والفرق أن لاختلاف البقاع تأثيرا فى وقت التأبير فاقتضى كلام الرافعى رحمه الله جريان الخلاف فى البستانين فى صور (احداها) عند اتحاد النوع والصفقة (والثانية) عند اختلاف النوع على المذهب (والثالثة) عند تعـــدد الصفقة اذا أفـــرد البستان الذى لم يؤبر بالبيع ، فانه يكون كما لو أفـــرد غير المؤبر فى البستان الواحد ، ولنا فيه خلاف سيأتى ، الأصح أنه لا يتبع فعلى الوجه الآخـــر مقتضى كلام الشافعى[1] أن يأتى فى البستانين خلاف اذا أفرد غير المؤبر بالبيع ، وكلام المصنف يقتضى على الصورتين الأوليين ما اقتضاه كلام الرافعى من جريان خلاف عند اتحاد النوع والصفقة موجود لغيره ، فان القاضى حسين حكى عنه فى ذلك وجهين•

وأما عند اختلاف النوع فغريب ، وقد جزم صاحب التتمة فيه بعدم التبعية ، وجعل محل الوجهان فيما اذا كان الصنف واحـــدا ، فأما اذا أفرد البستان الذى لم يؤبر بالبيع فأغرب لم أره لغير الرافعى ، لكنه يشـــبه ما ذكره الأصحاب فى بدو الصـــلاح والفرق واضح من جهة أن المطلوب ببدو الصلاح أمنها من العاهة ، وقد يقال : انه حاصل بدخول وقته وان لم تشمله صفقة ، والمطلوب تأثير أن يكون المبيع أو بعضـــه بارزا وهو مفقود ههنا قال الرافعى وغيره : ولا فرق بين أن يكون البستانان متلاصقين أو متباعدين •

قال ابن الرفعة : يشترط أن يكونا فى اقليم واحد بل فى مكان طيمه واحد وما ذكره صحيح مأخوذ من كلام الشـــافعى رضى الله عنه ، وعليه يحمل كلام الرافعى وغيره ، ثم اعلم أن المـــراد بالحائطين ما يكون

---

(١) فى الأصل الرافعى بدل الشافعى ولما كان القاضى حسين سابقا فى عصره على الرافعى فيكون الوجهان اللذان حكاهما القاضى هما قولان للشافعى (ط) •

أحدهما مثمرا غير الآخر ولا يشترط أن يكون محوطا ، فان صاحب البيان ذكر المسألة فيما اذا كان له حائطان فيهما نخيل أو قطعتان من الأرض فيهما نخيل ، لكن ينبغى أن يضبط ذلك بضابط ، فان قطعتى الأرض المتجاورتين كالأرض الواحدة التى لها جانبان ، وجعل التأبير فى أحد الجانبين دون الآخر ، ثم باع الجميع فان ما لم يؤبر تابع لما أبر ، فاذا كان الأرضان غير متجاورتين كانا كذلك ، فينبغى أن يضبط ذلك بأن يكون بينهما نوع من التمييز حتى يعدا فى العرف مكانين ، ولا يعدان مكانا واحدا ، وأسباب ذلك اما حاجز بينهما ، واما غير ذلك مما هو معلوم فى العرف فان من الأراضى ما هى قطعة متجاورة ويحكم أهل العرف بأنها أراض لا أرض واحدة لنوع من التمييز بينها •

(وأما) القطعة الواحدة اذا أبر جانبا منها دون جانب ثم باع الجميع حصلت التبعية ، لأن صاحب الحاوى قال(١) : وقال الشيخ أبو حامد : انه لا يشترط الحاجز ، وانما يعتبر أن يصدق عليهما اسم الانفراد وهو اشارة الى ما قلناه •

(فرع) هذا الحكم المذكور من أول الفصل الى هنا أن المؤبر لا يتبع النخلة المبيعة ، وغير المؤبر يتبع ، لا فرق فيه بين أن يكون المبيع النخيل دون البستان أو معه ، وهذا — وان كان من الواضحات — فان صاحب العدة صرح به ، فذكرته تبعا له ورغبة فى الايضاح ، والله سبحانه أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان له حائط أطلع بعضه دون بعض فابر المطلع ثم باع الحائط ، ثم أطلع الباقى ، ففيه وجهان ، قال أبو على ابن أبى هريرة : ما أطلع فى ملك المشترى لا يتبع المؤبر ، بل يكون للمشترى ، لأنه حادث فى ملكه فلا يصير للبائع (والثانى) أنه يتبع المؤبر ، فيكون

---

(١) بياض بالأصل ولعل الماوردى منقول قوله هو قول الشيخ أبى حامد لانه رحمه الله توفى سنة ٤٥٠هـ حيث توفى الشيخ أبو حامد ٤٠٦هـ ببغداد ، والله أعلم بالصواب •

للبائع ، لأنه من ثمـرة عامة ، فجعل تابعـا له كالطلع الظاهر فى حـال العقـد فان أبر بعض الحائط دون بعض ثم أفـرد الذى لم يؤبر بالبيـع ففى طلعه وجهان (أحدهمـا) أنه للبائع ، لأنا جعلنـاه فى الحكم كالمؤبر بدليـل أنه لو باع الجميـع كان للبائع ، فصـار كما لو أفـرد بعض المؤبر بالبيـع (والثانى) أنه للمشـترى ، لأنه انمـا جعـل كالمؤبر اذا بيع معه ، فيصير تابعا له ، فاما اذا أفـرده فليس بتابع للمؤبر فتبع أصله) .

(الشرح) فيه مسـألتان :

(المسـألة الأولى) اذا باع جميع نخل البسـتان ، وقد أبر بعضها وبعضها لم يطلع بعـد ، فأطلع بعـد البيع فى ملك المشترى فلا اشكال فى أن المؤبر للبائع وأن ما كان وقت العقـد مطلعا غير مؤبر تابع له ، فيكون للبائع أيضا (أما) ما أطلع بعـد ذلك ، فان كان من طلع العام المستقبل فهو للمشترى ، وليس محل الوجهين ، نبه عليه المـاوردى ، وهو ظاهر من كلام المصنف وان كان من طلع ذلك العـام ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول ابن أبى هريرة ، وادعى المـاوردى أنه الأصح ، وتبعه ابن أبى عصرون أن ما أطلع فى ملك المشترى لا يتبـع المؤبر ، بل يكون للمشترى كحدوثه فى ملكه ، وقد صحح ابن الصباغ أيضـا هذا الوجه عنـد الكلام فى اختلاط ثمـرة النخل المبيعة بثمرة البائع . (والثانى) وهو قول أبى حامد الاسفراييني وقال : انه المذهب انه يتبع فيكون للبائع خوفا من سـوء المشاركة كما أنا جعلنـا ما لم يؤبر تبعـا لمـا أبر خوفا من سـوء المشاركة ، ووافق أبا حامد على تصـحيح هذا الوجه جمـاعة منهم الرافعى ، وفرق المـاوردى منتصرا لقول ابن أبى هريرة بأن ما لم يؤبر يصح العقـد عليه ، ويلزم فيه بالشرط ، فجاز أن يصير تبعـا لمـا قد استثناه العقـد ، قال : ولو كان التعليل المذكور صحيحا كان بيع ما لم يخلق تبعـا لمـا خلق ، كما يجوز بيـع ما لم يبد صلاحه تبعـا لمـا بدا صلاحه ، قال : وفيما ذكرنا من ذلك دليل على وهاء قوله ، وفساد تعليله ، يعنى أبا حامد .

(قلت :) وقد تقـدم أن قول ابن أبى هريرة الذى انتصر له المـاوردى مخالف لنص الشافعى الصريح ويمكن التمسك للنص بظاهر

الحديث ، فانه حكم بأن ثمرة النخل المؤبرة للبائع ، وثمرتها تشمل ما كان مطلعا حين العقد ، وما لم يكن خرجنا عنه فى ثمرة العام المستقبل بدليل ، فينبغى فيما عداه على ظاهر العموم ، الا أن يقال : ان قوله فثمرتها لا يشمل الا الثمرة الموجودة ، وهى المطلعة ، وليس ببعيد ، لكن سوء المشاركة حاصل ، والحاجة داعية الى ذلك ، وما ألزم به الماوردى من بيع ما لم يخلق تبع لما خلق ، فانما يلزم لو كان كل ما يشترط فى البيع يشترط فى الاستثناء .

(وقوله) ان ما لم يؤبر يصح العقد عليه فرعه على رأيه ، ورأى غيره — وقد تقدم عن أبى اسحاق — أنه لا يصح بيعه وهو الأصح عند المحاملى وغيره ، فعلى هذا لا يصح الفرق المذكور ، وفى التتمة ذكر نظير لهذه المسألة استنبط هذا الوجه منها ، وهى جارية المكاتب اذا أتت بولدين أحدهما قبل الكتابة والآخر بعدها ، قال : نص أن الولدين للسيد ، فاستنبط منها هذا الوجه ، ووجه فى الجارية اذا كانت حبلى بولدين فوضعت أحدهما ثم باعها ، فالولد الذى فى البطن يبقى للبائع على ظاهر النص على ما قاله الامام ، ورأى أن الصواب خلافه وأن الولد الثانى للمشترى ، وعن الخضرى أنه كان يحكى فى ذلك قولين (أحدهما) ما نسب الى النص (والثانى) ما رأى الامام أنه الصواب .

قال ابن الرفعة : ولو كان الخارج بعض الولد ولم ينفصل كله الا بعد البيع ، فستعرف فى باب الجنايات وغيره ، أن المرجح فى المذهب أن حكمه حكم ما لم ينفصل منه شىء ، وفيه وجه أن حكمه حكم المنفصل ، فعلى هذا يكون للبائع ، وعلى الأول ينبغى أن يقطع فى هذه الحالة بمقابلته بجزء من الثمن ، لأنه قد علم وجوده ، ثم قال الامام فى الحالة الأولى : ثم اذا حكمنا بأن الحمل للبائع فيجب أن يحكم بفساد البيع فى الأم على ظاهر المذهب .

قال ابن الرفعة : أو يصح على ظاهر المذهب لأن هذا شبيه ببيع الجارية الحامل بحر ، من حيث ان البائع لم يستثنه ، وانما الشرع استثناه ، وقد اختلف قوله يعنى الامام فى أن المرجح فيه الصحة أو البطلان (قلت :) وتخريجه على بيع الجارية الحامل بحر حسن

متعين ، وحكمه والتصحيح فيه معلوم فى موضعه ، ولقد تعجبت من صاحب البيان فانه قال : ان القول بأن ما أطلع للمشترى ، لم يذكر الشيخ أبو حامد غيره ، والموجود فى تعليقه والمنقول عنه خلاف ذلك .

(المسألة الثانية) اذا أبر بعض الحائط دون بعض فأفـرد المؤبر بالبيع فلا اشكال فى أن ثمرته للبائع ، وان أفـرد الذى لم يؤبر بالبيع ففيه وجهـان كما ذكر المصنف نقلا وتعليلا ، وممن حكاهما القاضى أبو الطيب (وقوله) فصـار كما لو أفـرد بعض المؤبر بالبيع ، يعنى اذا ثبت بهـذا البيع حكم التأبير صار كالمؤبر ، فاذا أفـرده بالبيع صار كما لو أفـرد المؤبر بالبيع ، ونظير المسـألة اذا بدا الصلاح فى بعض الحائط فأفـرد بالعقد الثمرة التى لم يبد صلاحها فيهـا ففى صحته وجهان كالوجهين . (والصحيح) أن الطلع للمشترى ، وممن صححه صاحب البيان ، وقال امام الحرمين : ان القائل بأن غير المؤبر هنا يتبع المؤبر يقول : دخول وقت التأبير كالتأبير نفسـه ، وهذا الكلام من الامام قد يوهم أن من الأصحاب من يقول : ان وقت التأبير كالتأبير نفسـه وكذلك كلام الغزالى يقتضى ذلك ، وقد يوهم ذلك أن هـذا القائل يكتفى بحضور الوقت دون أن يحصل تأبير أصـلا ، ولم أعلم من قال بذلك ، وانما مراد الامام ومن أطلق العبارة اذا حصـل تأبير فى غير المبيع ، ولم يحصل فى المبيع وقد تقدم فى ذلك كلام .

وجزم الفورانى بأنه اذا أفرد النوع الذى لم يؤبر بالبيع أنه ليس حكمه حكم المؤبر ، فيمكن أن يكون محل الوجهين اللذين ذكرهما المصنف وغيره فيما اذا أفـرد ما لم يؤبر من نوع واحـد ، ويمكن أن يكونا مطلقا بنـاء على أن التأبير فى أحد النوعين تأبير فى الآخـر ، وقد صرح صاحب التتمة بذكر الوجهين فيما اذا أفـرد الصنف الذى ليس بمؤبر على طريقة من يرى تبعية النوع للنوع وهو المذهب فيصـح ابقـاء الوجهين فى كلام المصنف على اطلاقهما .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(قال الشافعى رحمه الله : (والكرسف اذا بيـع اصله كالنخـل) وأراد به كرسف الحجـاز فانه شـجر يحمل فى كل سـنة وتخـرج ثمرته فى كمـام ، وتتشقق عنه كالنخـل ، فان باع وقـد تشـقق

جوزه فهو للبائع ، وان لم يتشـــقق فهو للمشـــترى وان تشـــقق بعضه دون بعض جعـــل الجميـــع للبائع كالنخـــل ، وأما ما لا يحمـــل الا سنة وهو قطن العـــراق وخراســـان فهو كالزرع ، ويجىء حكمه ان شاء الله تعالى) •

(الشرح) الكرسف بضم الكاف وســـكون الراء وضم الســـين المهملة بعدها فاء : القطن ، ويقال له : الكرسف والبرسف وهو على نوعين ، منه ما يبقى فى الأرض سنين ، ويحمل كل سنة مثل كرسف الحجاز وأبين وتهامة والشـــام والبصرة ، قال المحاملى : والبلاد الحارة ، فهو شـــجر شبيه بالنخل ويتشـــقق الجوز فيؤخـــذ القطـــن منه ، ويترك القشر على الشـــجر ، كما يترك كمام الطلع على الشـــجر ، وقيل : ان بعضهم شاهده يحمـــل فى السنة ثلاث مرات ، ويعضـــد عليه كما يعضـــد على الشجر ، وقد عده الأصحاب مع النرجس والبنفسج والمصنف أفرده بالذكر وهو أولى فان فيهما وجها كما سيأتى بالحاقهما بالزرع •

وأما الكرسف المذكور فلا نعلم خلافا فى الحاقه بالنخـــل ، على أن من الأمثلة المذكورة مع النرجس والبنفســـج ما لا خلاف فيه أيضـــا ولكن الكرسف كأنه أشـــبه بالشـــجر منه ، فلذلك أفـــرده بالذكر ، وكذلك الشافعى رضى الله عنه أفـــرده بالذكر قال : والكرسف اذا بيع أصله كالنخـــل ، قال الأصحاب فى هـــذا النوع من الكرسف : انه اذا باع الأرض كان تابعـــا لها ، وان أفـــرده بالبيع جاز مطلقا ، ولا يشترط شرط القطـــع ، واذا باعه مفـــردا أو مع الأرض أو باع الأرض فدخل فى بيعها وكان فيه جوز ـــ فان كان قد تشـــقق منه شىء ـــ كان الكل للبائع الا أن يشترط المشترى وان لم يتشقق منه شىء فالكل للمبتـــاع الا أن يشترط البائع كثمرة النخـــل سواء ، فالتشـــقق هنا بمنزلة التأبير فى النخل •

وكلام المصنف مصرح بأنه لو تشقق بعضه كان الجميع للبائع ، والأصحاب مساعدون له على ذلك ، ومن جملتهم صاحب التهذيب وافق فى أن الكرسف فى ذلك كالنخـــل ، وسيأتى كلامه فيما سوى ذلك من الورد وغيره •

(النوع الثانى) ما لا يحمل الا سنة واحـــدة ، وهو قطن بغـــداد

وخراسان لا يبقى أكثر من سنة واحـدة ، فحكمه حكم الزرع أن باع الأرض لم يدخل فى العقـد كالزرع الا أن يشترطه المشترى فيصح شرطه ما لم يكن جوزا منعقـدا غير متشـقق ، فسيأتى أنه يمتنع على المشترى اشتراطه ، هذا اذا لم يكن اشـتد فان اشـتد وقوى ولم يتشقق فلا يجوز بيعه أصلا مفردا ولا مع الأرض ، سواء ظهر بعضـه أم لم يظهر شىء منه ، لأن المقصـود منه مغيب فهو مجهول كالسنبل ، فان باعه مع الأرض بطل فيه وفى الأرض قولا تفريق الصـفقة وكذلك فى الزرع مع الأرض سواء • قاله القاضى أبو الطيب •

وان باعه وحده ـ فان كان حشيشا ـ لم ينعقـد جوزه ، أو انعقد ولم يحصـل فيه قطن جاز بيعه بشرط القطع ، وان كان قد عقـد جوزه واستحكم قطنه ، لأن المقصود منه القطن وهو مغيب كالسنبل ، فعلى هذا ان باعه مفـردا بطل ، وان باعه مع الأرض بطل فيه ، وفى الأرض قولا تفريق الصفقة ، وكذلك اذا باع الأرض واشترط المشترى أن يكون ذلك له ، واقتصر الرافعى فى ذلك على ماذكر صاحب المهذب نقلا ، وفيما قال صاحب التهذيب موافقة لبعض ما تقـدم عن القاضى أبى الطيب ، فان تشقق وظهر القطن صح بيعه وحـده ومع الأرض وجاز لمشترى الأرض أن يشترطه ، وهل يدخل القطن فى البيع ؟ قال صاحب التهذيب : يدخل بخلاف الثمرة المؤبرة لا تدخل فى بيع الشجرة ، لأن الشجرة مقصـودة كثمار سائر الأعوام ، ولا مقصود هنا سوى الثمرة الموجودة •

وقال القاضى حسين : انه يبقى للبائع ولا يدخل فى البيع ، وشبه ابن الرفعة هذا الخلاف بالخلاف فيما اذا رهن خريطة لا قيمة لها ، وكان فيها شىء له قيمة هل يتبع اللفظ دون ما فيها ؟ أو يجعـل المرهون ما فيها ؟ لأنه المقصود عادة ، وفيه وجهان (أصحهما) الأول قلت : وان لم يتشقق قال فى التهذيب : لم يصـح بيعه على الأصح وقال القاضى حسين : يصح فى الأصـل ولا تدخل الثمـرة وكل منهما بنى على أصله قال ابن داود : فعلى قول اشتراط التشقق يشترط أن يكون فى كله فلو تشقق بعضه لم يصـح الا فيه بخلاف ثمرة النخـل وكرسف الحجاز ، واحتج من منع من بيعه قبل تشـققه بأن المقصود منه القطن

وفى البيـــان أن الشيخ أبا حامد منع من بيعه وأن تشقق جوزه كالطعام فى سنبله ، وهذا محمول على غلط فى النسخة التى وقعت لى ، وهذه الجملة التى ذكرتها هى قول أكثر الأصحاب .

وقال صاحب التتمة : انه اذا تناهى نهايته ولا يكون له نمـــاء بعـــد ذلك وهو فى آخـــر الخريف فبيعه جائز مطلقا ، ويكلف تفـــريغ الأرض عنه على حسب العرف وما عليه من الحمـــل لا يتبعه سواء كان متشـــققا أم غير متشقق ، لأن الشجرة ليست بمقصـــودة وانما المقصود الثمرة فلا تدخل فى بيع البائع ، وهذا الذى قاله صاحب التتمة فيه تنبيه وعليه استدراك أما التنبيه فانه استفيد مما ذكر أن شرط الحكم بجواز البيع فيه أن يكون تناهى ، ولا يتوقع له نمـــاء فلو لم يكن كذلك لم يصح الا بشرط القطع كما فى شجر البطيخ اذا خاف اختلاطه أما بيعه مع الأرض فلا حاجة فيه الى ذلك (وأما) الاستدراك فان أصـــول هذا النوع من الكرسف لا تقصـــد وحدها بدون حملها ولا يشتريها أحد الا والمقصـــود حملها ، فقوله : ان حملها لا يتبع لأن الشـــجرة ليست بمقصـــودة تعليله صحيح ، وليس ينبغى أن يكون فيمـــا اذا عنى أنه يشترى الأصول فقط أما اذا قال : بعتك هـــذا القطن وهذا الزرع دخل لأنه هو المقصـــود وليس دخوله تبعا وكلام الأصحاب المتقـــدم منزل على ذلك وذلك هو المفهوم عند الاطلاق .

وكذلك اذا قال : بعتك الأرض وما فيها من الزرع فأما بيع ثمره فان تشقق وباع ما تشقق منه صح ويؤمر بالالتقاط على العادة فلو تأخر الالتقاط حتى تشـــقق غيرها واختلط فعلى القولين ، وان لم يكن تشقق ولا انعقـــد القطن فباعه على شرط التبقية لم يصح كثمرة لم يبد صلاحها وان باعه بشرط القطع لم يصح لأنه لا منفعة فيه فى تلك الحالة فأما ان انعقـــد القطن ولم يتشقق فحكمه حكم الحنطة فى الســـنبل هـــذا كلام صاحب التتمة . قال : فلو باع الجوز مع الشـــجرة قبل التشقق بشرط القطع فمن أصحابنا من قال : فيه قولا بيع الغائب والشـــجرة ـــ وان كان قد رآها ـــ فهى تابعة فلا يجعل لها حكم ومنهم من قال : فى الجـــوز قولا بيع الغائب اذا أبطلنـــا ففى الشـــجرة قولا تفريق الصفقة وقد ذكر صاحب البيـــان أن قطن العراق كقطن الحجاز يبقى سنين ، والأمر فى ذلك يرجع الى المشاهدة والفقه وقد تبين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باع شجرا غير النخل والكرسف لم يخل اما أن يقصد منه الورد أو الورق أو الثمرة ، فان كان يقصد منه الورد فان كان ورده يخرج فى كمام ثم يتفتح منه كالورد فهو كالنخيل ، فان كان فى الكمام تبع الأصل فى البيع كالطلع الذى لم يؤبر ، وان كان خارجا من الكمام لم يتبع الأصل كالطلع المؤبر وان كان لا كمام له كالياسمين كان ما ظهر منه للبائع وما لم يظهر للمشترى ، وان كان مما يقصد منه الورق كالتوت ففيه وجهان (أحدهما) أنه ان لم ينفتح فهو للمشترى . وان تفتح فهو للبائع ، لأن الورق من هذا كالثمر من سائر الأشجار (والثانى) أنه للمشترى تفتح أو لم يتفتح لأنه بمنزلة الأغصان من سائر الاشجار ، وليس كالثمر لأن ثمرة التوت ما يؤكل منه) .

(الشرح) الفصل معقود لبيان ما يلحق من الأشجار بالنخل ، فان الشافعى رحمه الله لما ذكر حكم النخل المنصوص عليه ، وأتبعه بالكرسف الذى هو فى حكمه ، قال بعد ذلك : ويخالف الثمار من الأعناب وغيرها النخل ، واندفع فى بيان ما يكون فى معنى ثمر النخل ، وشرح الأصحاب ذلك فقسموا الشجر النابت الذى له حمل فى كل سنة الى أقسام ، وأحسن تقسيم فيها ما سلكه الشيخ أبو حامد ، وتبعه المصنف ، وهو أن الشجر ثلاثة أضرب ، ما يقصد منه الورد ، وما يقصد منه الورق ، وما يقصد منه الثمرة ، والذى يقصد منه الثمرة على خمسة أضرب الأربعة التى ستأتى فى كلام المصنف ، والخامس ما يظهر فى كمام ثم تتشقق عنه الكمام فتظهر الثمرة فتقوى بعد ذلك وتشتد ، وهى ثمرة النخل . والمصنف لم يذكر فى هذا القسم لأنه جعل تقسيمه فيما سوى النخل والكرسف ، فلا تأتى الأربعة كما ذكر .

والقاضى أبو الطيب جعل الأقسام كلها خمسة ، فلم يأت فى تقسيمه من الحسن والبيان ما فى تقسيم الشيخ أبى حامد ، فلذلك عدل المصنف عنه ، وذكر المصنف فى هذه القطعة التى ذكرناها ههنا ضربين .

(الضرب الأول) ما يقصد منه الورد ، وهو على نوعين (أحدهما)

ما يخرج فى ورق أخضر لا يشاهد منه شيء ، ثم بعد ذلك يتفتح فيشاهد ما تحته كأنواع الورد الأحمر والأبيض والأخضر والنرجس ، فان كان قد تفتح منه شيء عند البيع فجميعه للبائع ، ما تفتح وما لم يتفتح ، هذا هو المشهور خلافا لما سنذكره عن صاحب التهذيب ومن تبعه ، أن ما تفتح يكون للبائع ، وما لم يتفتح يكون للمشترى ، وأن ما لم يتفتح منه شيء يكون للمشترى كالطلع حرفا بحرف ، هكذا قال أبو حامد ، وقال الرويانى فى البحر والشاشى فى الحلية وابن الصباغ والرافعى عن الشيخ أبى حامد : انه للبائع وان كان فى كمامه ، وان ذلك ظاهر كلام الشافعى رضى الله عنه .

(**قلت :**) وهذه الحكاية عن أبى حامد كان يغلب على ظنى أنها وهم ، فان الذى فى تعليقه الجزم بالتفصيل المتقدم ، ولا أعلم خلافا فى ذلك ، فلعله التبس على الحاكى هذه المسألة بمسألة الثمرة التى عليها نور ، ووقع اختلاف فى نقل الحكم مع ذلك ، لكن ما رأيتها ولا الأئمة نقلوا ذلك .

(**قلت :**) لعل الشيخ أبا حامد اختلف كلامه فى ذلك . ويدخل شجر هذا النوع فى بيع الأرض كسائر الأشجار ، وقال البغوى فى التهذيب والخوارزمى فى الكافى : ان الورد اذا تفتح بعضه فالذى تفتح للبائع والذى لم يتفتح للمشترى ، بخلاف ما لو باع نخلة تشقق بعض ثمرها ، وعلله بأن ما تفتح من الورد يجتنى ولا يترك ، فانه يتناثر ويقتل فلا يتلاحق البعض بالبعض ، فكان كل واحد فى حكم المنفرد بخلاف الثمار فانها لا تجتنى حتى تتلاحق ، وكلام أبى حامد والجرجانى والمصنف فى التنبيه وابن سراقة فى بيان ما لا يسع جهله مصرح بخلافه .

(**النوع الثانى**) من هذا الضرب ما يبرز بنفسه لا يحول دونه حائل الا أنه يخرج على جهته ثم يتفتح كالياسمين ، فان كان قد ظهر منه شيء ، فالجميع للبائع ، وان لم يظهر منه شيء فهو للمشترى ، والظهور فى هذا النوع بمنزلة التفتح فى النوع الأول ، هذه طريقة الشيخ أبى حامد ، وسلكها المصنف هنا والرويانى والرافعى وغيرهم . واعلم أن عبارة المصنف رحمه الله تعالى هنا فى الياسمين خاصة ، وكذلك

عبارة الجرجانى ، يوافقان بظاهرهما ما قاله صاحب التهذيب فى الورد لكن عبارة المصنف فى التنبيه مصرحة بأن الياسمين كالورد ، وأن ظهور بعضه كظهور كله ، فينبغى أن تحمل عبارته فى المهذب على ذلك لا على ما قاله صاحب التهذيب ، والله أعلم .

وأطلق القاضى أبو الطيب فى النوعين أنه ان تفتح للبائع ، وان لم يتفتح للمشترى ، وكذلك قال المصنف فى التنبيه ، لكن بلفظ الظهور لما قال : أو نورا تفتح كالورد والياسمين فان كان ظهر ذلك أو بعضه فهو للبائع ، وان لم يظهر فهو للمشترى ، فان أراد بالظهور التفتح وهو الظاهر فهو موافق للقاضى أبى الطيب ، وان أراد البروز ، وان كان فى الكمام لم يقل به أحد الا أن يتعسف فى الاعتذار عنه بأن المراد الظهور ، وذلك فى الورد وما يخرج فى كمام بالتفتح وبالياسمين وما يخرج فى غير كمام بنفس الخروج ، فحينئذ يصح ، ويكون موافقا لما قاله فى المهذب ، ولما قاله الشيخ أبو حامد وأما اعتبار القاضى أبى الطيب التفتح فيما لا كمام له فلا معنى له .

وقال الرويانى : ان البنفسج كالورد ، وعد جماعة البنفسج والنسرين من جنس الياسمين ، والحق سليم فيما نقل عنه النسرين بالورد قال الفزارى : والمشاهد فى بلادنا خروجه فى كمام يتفتح عنه كالورد يعنى الياسمين .

(فرع) لو باع كمام الورد قبل حصول الورد فيها ، وكذا الجوز قبل القطن بشرط القطع ، صح لأن الورد والقطن ليسا بمقصودين منهما فصارا مقصودين بأنفسهما لعلف الدواب ، قاله الخوارزمى .

(الضرب الثانى) ما يقصد منه الورق كالتوت وشجره هو المسمى بالفرصاد ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى اسحاق وصححه الرويانى ، أنه ان كان قد ظهر من الورق شىء فالكل للبائع ، والا فللمشترى ، هكذا عبارة الشيخ أبى حامد ، والشيخ فى عبارته بالتفتح وعدمه تابع للقاضى أبى الطيب فانه قال كذلك ، وزاد ففرض المسألة فيما اذا باع أصل التوت ، وقد خرج ورقه ، ويرد عليهما فى ذلك ما ورد عليهما فى اعتبار التفتح فى الياسمين ، وان استبعدت حصول

التفتح فى ورق التوت فسيأتى فى كلام المـاوردى والرويانى ما يثبته ، وقد أخبرنى من يخبر(١) ذلك ، وأن ورق التوت يخـرج منعقدا لم يتفتح •

(**فائدة**) الياسمين بكسر السين ، والأشهر جعل النون حرف اعرابه ، وفيه لغة أنه يعرب اعراب قائمين — بالواو والياء والنون — بياءين مثناتين • هذا هو المشهور وقد قيل فيه لغة : ان الأولى مثنـاة والثانية مثلثة • وأنكرها الجوهرى ونسبها ابن قتيبة فى أدب الكاتب الى الفرس •

(والوجه الثانى) أنه للمشترى بكل حال ونسبه الامام الى الجماهير • وصاحب البيان الى اختيار الشـيخ أبى حامد ، وقال فى التهذيب : انه المذهب وهو الأصح عنـد الغزالى والرافعى والقاضى حسين وغيرهم • لأنه ورق فأشبه سائر الأوراق ، ولمـا ذكره المصنف ومنع صاحب هـذا الوجه أن تكون ثمرة التوت منحصرة فى ذلك ، أو أن ذلك من الثمر ، بل ثمرته ما يؤكل منه من الثمرة الحلوة والمرة وجعل البغوى والرافعى وغيرهما محل الخلاف فيما اذا كان فى أوان الربيع أما فى غيره فالكل للمشترى بلا خلاف على ما صرح به صاحب التتمة كسائر الأوراق •

وفى المسألة وجه ثالث جزم به المـاوردى وحكاه الرويانى أنه ان كان شاميا يقصد ثمره دون ورقه فلا اعتبار بظهور ورقه ، وان كان يقصد ورقه فانه يبدو فى عقـده ثم يتفتح عنها ، فان كان فى عقـده تبع الأصل وان انشقت العقـدة وظهر ورقها لم يتبع الأصل وهو للبائع ، قال الرويانى : وهو قريب من قول أبى اسحاق ، ورأى بعضهم أن الخلاف منزل على هذا التفصيل وأنه لا معنى لذلك الخلاف ، وان كان الشيخ قد حكاه •

(**قلت :**) وقد عرفت أن الشـيخ لم ينفـرد به بل كل الأصحاب ذكروا الخلاف ولم أر هذا التفصيل لغير المـاوردى ، وان كان متجها ، فان النوع الذى يقصـد ثمره ولا يقصـد ورقه كالأحمـر فيما قال

---

(١) يخبر من باب كتب والخبر بضم الخاء وسكون الباء هو العلم • (المطيعى)

بعضهم ، فانه لا يطعم ورقه للدود المقصود ثمره فهذا ورقه كورق سائر الأشجار ، أما التوت الأبيض الذى يقصد منه الورق لطعمه الدود فيتجه فيه الخلاف قال ابن الرفعة : ويلتحق بالأول ورق الذكر من الأبيض ، لأنه لا يصلح لتربية الدود كما صرح به الأصحاب فى كتاب المساقاة ، والله أعلم •

(فرع) الخلاف(١) الذى يقطع أغصانه ويترك ساقه وطوله ، وتقطع الأغصان من جوانبه فحسب اذا باع شجرته قال القاضى حسين : والأغصان لا تدخل فى العقد ، لأنه ينزل منزلة الثمار فى سائر الأشجار •

(فرع) قال الماوردى والرويانى : الحناء يقصد ورقه أيضا ويبدو ورقه بعد تقديح أغصانه من غير أن يكون فى عقدة تتفتح عنه ، فاذا بدا ورقه بعد التقديح ثم باع شجره كان فى حكم النخل المؤبر ، فيكون للبائع ، وقال صاحب البيان : شجر الحناء والجوز والهرنس لا نص فيها فيحتمل أن يكون كالتوت على الوجهين ، ويحتمل أن يكون البائع أحق بالورق اذا ظهرت وجها واحدا لأنه لا ثمرة لهذه الأشجار غير الورق •

(فرع) شجر النبق ، قال صاحب التتمة : المذهب كسائر الأشجار يتبعها ورقها ، وقيل : انها كالتوت ، لأن فى ورقها منفعة مقصودة يغسل بها الرأس قال ابن الرفعة : وهذا ينبغى أن يكون هو الأصح فى بلادنا لأنه مقصود بالثمرة ، وله طواحين معدة لطحنه ، وموضع يباع فيه بأبلغ ثمن لكثرته ، وفرق على القول الآخر بينه وبين ورق التوت ، بأن منفعة غسل الرأس تافهة وغيره فى المعنى يشاركها ، فانها تغسل بالخطمى والطين وغير ذلك بخلاف ورق الفرصاد فانه كل مقصوده •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان مما يقصد منه الثمرة فهو على أربعة أضرب (أحدها) ما تخرج ثمرته ظاهرة من غير كمام كالتين والعنب ، فما ظهر منه للبائع لا يدخل فى البيع من غير شرط ، وما يظهر بعد العقد فهو للمشترى ، لأن الظاهر منه كالطلع المؤبر ، والباطن منه كالطلع الذى لم يؤبر) •

---

(١) بضم الخاء وفتح اللام مع التشديد •

(الشرح) بدأ فى الضرب الثالث من أقسام الشجر ، وجعله على أربعة أضرب وقد تقدم التنبيه على أن منها ضربا خامسا لم يدخل فى تقسيمه ، ولم يلتزمه وهو النخل والكرسف لافراده اياهما بالذكر ، وجعله مورد التقسيم فيما سواهما ، اذا علم ذلك فهذا الضرب الذى يقصد منه الثمرة مما سوى النخل والكرسف على أربعة أضرب •

(أحدها) ما تخرج ثمرته ظاهرة من غير كمام ، ولا ورق دونها ولا حائل مثل التين والعنب ، فاذا باع أصل التين والعنب ، فان كان قد خرجت الثمرة فهى للبائع ، الا أن يشترط المبتاع وان لم تكن خرجت وانما خرجت فى ملك المشترى فهى للمشترى ، ويكون خروج هذه الثمرة بمنزلة ظهور ثمرة النخل من الطلع ، وظهور القطن من الجوز ، قال الشيخ أبو حامد وأظن التوت الشامى مثله أى مثل التين والأمر كما قال ، فان ثمرة التوت تخرج بارزة من غير كمام وأظن مراده بالشامى التوت الأحمر المر ، فان المقصود منه ثمرته لا ورقه بخلاف التوت الذى يقصد ورقه لتربية الدود وان كان الحكم فى الثمرة واحدا ، وقد حكى عن الشيخ أبى حامد أنه قال فى العنب : عندى أن له وردا ثم ينعقد ، قال المحاملى : وشاهده قول الشافعى : يعنى الذى معناه أن سائر الثمار من العنب وغيره تخرج ثمرتها وعليها ورد ، وهو يشاهد من بين ذلك الورد ، ويرى ويتساقط عنه النور ، ويبقى الثمر ، فتكبر ولا كذلك النخل فانها لا ترى من داخل الكمام وهذا وجه المخالفة •

قال ابن الرفعة : وقد يقال على هذا : وجه المخالفة أن كمام ثمرة النخل شامل لحبات منه ، وكمام العنب شامل لكل حبة ، وكذا كمام غيره من الثمار ، ولهذا المعنى أثر يظهر لك فى بيع ما له قشران كالجوز واللوز ، وقد علل جعل العنب للبائع بأن اشتمال كل حبة على كمام يزايلها ، كاشتمال كل حبة من حبات ثمر النخل بعد التأبير ومع ذلك فهو للبائع ، فكذا العنب يكون له ، والماوردى يزعم أن العنب نوعان منه ما يورد ثم ينعقد ومنه ما يبدو منعقدا قال ابن الرفعة : ولا أثر لهذا الاختلاف فى الحكم لأن من أثبت له نورا يقول : انه غير مانع من الرؤية فكان كالمعدوم ، والله أعلم •

واعلم أن كلام المصنف فى هذا الضرب والضرب الذى بعده يقتضى أن ما يظهر بعد العقد لا يكون تابعا لما كان عند العقد ، وأنه لا يكون ظهور بعضه كظهور كله كالنخل وبذلك صرح صاحب التهذيب ، وهو يوافق ما تقدم عن صاحب التهذيب فى الورد والياسمين ، وما اقتضاه كلام المصنف وصرح به صاحب التهذيب فى هذا الضرب الذى بعده لم أجد فى كتب الأصحاب ما يخالفه ، ونقل الرافعى ما قاله صاحب التهذيب عنه فى الورد والتين والعنب وقال : ان الصورة الأخيرة ، يعنى التين والعنب ، محل التوقف ، قال صاحب الوافى : او أجرى الوجه القائل بأن ما يحدث من الطلع بعد ما تأبر منه البعض يكون للبائع كالطلع غير المؤبر لأنه من ثمرة العام فيكون أيضا ما يحدث من التين للبائع تابعا لما ظهر ، لأن الظاهر فى حكم المؤبر من ثمرة النخل كان له اتجاه ظاهر ، ولم أجد للأصحاب نصا فيه غير ما ذكره الشيخ وان يكن فرق فمن حيث ان ظهور الشىء بعد الشىء فى التين معتاد ، ثم حين بلوغ التين يؤخذ ، فالذى يحدث بعده لا يختلط به حتى يفضى الى سوء المشاركة بخلاف ثمرة النخل فانها تترك الى الجذاذ ، فيصير الجميع على حد واحد فى البلوغ ، فيختلط ولا يتميز ، فاحتجنا أن نجعله تابعا ، وفى هذه المسأله لا حاجة الى ذلك •

(قلت :) هذا اعتراض وجواب جيدان ، وقد علمت أن المصنف لم ينفرد بذلك والفرق المذكور يعضد ما قاله صاحب التهذيب فى الورد والياسمين ، ويمكن الفرق بأن الورد والياسمين يسرع فيه التلاحق ولا يتميز ، فيفضى الى المحذور بخلاف التين والعنب ، فان التمييز بينهما بين ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والثانى) [ما](١) يخرج فى كمام لا يزال عنه الا عند الأكل كالرمان والموز ، فهو للبائع ، لأن كمامه من مصلحته فهو كأجزاء الثمرة) •

---

(١) ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق (ط) •

(الشرح) هـذا الضرب الثانى من الضرب الثالث الذى يكون المقصود فيه الثمرة ، والأمر كما قال المصنف حكما وتعليلا نص عليه الشافعى والأصحاب ، قال الشافعى فى الأم : واذا باع رجل أرضا فيها شجر رمان ولوز وجوز الرانج وغيرها مما دونه قشر يواريه ، أو ظهرت ثمرته ، فالثمرة للبائع الا أن يشترطها المبتاع ، وذلك أن قشر هـذا لا يتشقق عما فى أجوافه ، واتفق الأصحاب على أن الحكم كذلك فى الرمان والموز ، وذكروا فى ذلك معنيين (أحدهما) أن كمامه من مصلحته كما ذكره المصنف ، وهو الذى أشار اليه الشافعى (والثانى) تقشر نفس الثمرة ، فانه يدخـر عليها ، فهو كالتين ، وفى كلام المصنف تصريح باطلاق الشجر على شجر الموز ، وسيأتى تعرض لحكمه فى فصل النبات غير الشـجر ، وكلام الشافعى رضى الله عنـه فيه ، قال ابن الرفعة : ولأجله قيل : انه لا تجـوز المساقاة عليه ، وأما الجوز واللوز والرانج(١) ففيه نزاع فلذلك أخره المصنف وجعله من الضرب الثالث .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والثالث) ما يخـرج وعليه قشرتان كالجـوز واللوز والرانج ، فالمنصـوص أنه كالرمان لا يدخـل فى بيـع الأصـل ، لأن قشره لا يتشـقق عنه كما لا يتشقق قشر الرمان ، ومن أصحابنا من قال : هو كثمرةالنخـل الذى لم يؤبر ، لأنه لا يترك فى القشر الأعلى كما لا تترك الثمرة فى الطلع) .

(الشرح) الرانج ـ براء مهملة ونون بعد الألف مكسورة وجيم ـ وهو الجوز الهندى ، وهو النارجيل ، اذا علم ذلك فهـذا الضرب ، وهو الثالث من الضرب الثالث ، فالجوز واللوز والرانج قـد تقـدم أن الشافعى ذكره مع الرمان ، وحكم فى الجميع بأنه للبائع الا أن يشترط المبتاع ، وبذلك قطع صاحب التقريب ، لأن قشـوره لا تزول فى الغالب لا عند القطف ، وبعد القشرة العليا من الثمرة ، بخلاف الكمـام فانه يعـد من الشـجرة ، ويترك الكمام عند القطـع على الأشجار ، ونزل

---

(١) الرانج بفتح النون الجوز الهندى والجمع الروانج والرانج أيضا نوع من التمر أملس .. (ط) ت

السعف والكرانيف ، وقشور الجوز ليست كذلك ، قال الشيخ أبو حامد : (أما) الذى لا اشكال فيه فالرمان والموز ، وقال فى الجوز واللوز : ظاهر قول الشافعى أنه وان لم تتشقق القشرة الأولى فهو للبائع ، قال : وقال أصحابنا : انما جعله بمنزلة الرمان اذا ظهـرت القشرة التى تلى اللب •

وظاهر هذا الكلام من الشـيخ أبى حامد أن ذلك عن الأصحاب ، والقاضى أبو الطيب جعل الشيخ أبا حامد هو المخالف فى ذلك ، فقال : وغلط الشـيخ أبو حامد فقال : الجـوز يتشـقق قشره الفوقانى عنه ، ويسقط ويظهر السـفلانى ، فيجب أن يكون ذلك بمنزلة النخل ، فان لم يكن تشـقق فهو للمشترى ، وان تشقق فهو للبائع ، قال القاضى أبو الطيب : وهذا خلاف نصه ، لأن الشـافعى رضى الله عنه قال : تشقق القشرة من هذا ليس من صلاحه اذا كان على رؤوس الشـجر ، لأنه كتشقق الرمان الذى ليس فيه صلاحه ، وكان ذلك هو الحامل للمصنف على نسبة الخلاف الى بعض الأصحاب مبهما من غير تعيين ، وقطع المـاوردى ونصر المقدسى فى الكافى بما قاله أبو حامد ، وقال الرويانى : انه الأقيس •

وقال المحاملى فى المجموع : قال الشيخ : وقد ذكر الشافعى رضى الله عنه أن حكم الجـوز واللوز قشرة عليـا وسفلى ، لأنه ليس بالحجاز شجر الجـوز واللوز ، فحمـل أمره على أن له قشرة واحدة ، وأجـراه مجرى الرمان والموز ، أو علم ذلك ولكنه فرض المسـألة فيه اذا زالت عنه القشرة العليا وبقيت السفلى ، والدليل على أنه أراد هذا أنه قال : دونه حائل لا يزال عنه الا فى وقت الحاجة الى أكله ، وهذا صفة القشرة السفلى دون العليا •

(قلت :) أما الاحتمال الأول فبعيد ؟ لأن فى مختصر المزنى فى باب الوقت الذى يحل فيه بيع الثمـار ، وكذلك فى الأم وهو بعد الموضع بشىء يسير ، أن على الجوز قشرتين واحدة فوق القشرة التى يدفعها الناس عليه ، ولا يجـوز بيعه ، وعليه القشرة العليا لأنه يصـلح أن يدفع بدون العليا ، وكذلك الرانج فلا يجوز أن ينسب الى الشافعى أنه لم يكن يعرف حال الجـوز ، وأما الاحتمال الثانى فهو

قريب ولا يأباه كلام الشافعى ، فان عبارته فى الأم : « وذلك أن قشر هذا لا ينشـــق عما فى أجوافه ، وصلاحه فى بقائه » هذا كلام الشافعى بحروفه ، وليس فيها ما يوجب أن يكون المراد القشرة العليـــا دون السفلى ، بل تعليل الشافعى رضى الله عنه بأن صلاحه فى بقائه يفهم أن ما ليس صلاحه فى بقائه لا يكون للبائع الا اذا زال عنه ، وقشرة الجوز واللوز العليـــا من هذا القبيل ، فان كانت تشقق عنه وهو على الشـــجر فينبغى أن يكون الأمر كما قال الشيخ أبو حامد وتغليط القاضى أبى الطيب غير متجه لكنى أقول : ان تشـــقق القشرة العليا من على الجوز واللوز انما يكون بعد يبســـه ونهايته وكثيرا ما يؤخـــذ من على الشـــجرة مع قشرته كاللوز العاقد ، والرانج أيضا كثيرا ما يؤخذ فى قشرته بعد نهايته ، بل العـــادة مطردة فى كل ما له قشران فليس هو كثمرة النخـــل قبل التأبير فينبغى أن يكون للمشترى كما يقتضيه اطلاق النص ، وان كان للتأويل فيه محتمل ، والله أعلم .

واعلم أن اللوز اذا كان أخضر صغيرا يؤكل فى قشرته ، ويجوز بيعه مع تلك القشرة كما ذكره القاضى حسين ، لأنه مقصـــود كاللب ، ســـواء مع ذلك المنصـــوص كما تقـــدم أنه يدخل فى بيـــع الأصل ، فكأنهم شبهوه بالطلع فى اللوز اذا كان صغيرا . فانه يؤكل كله ، ولا ينقطع من التبعية حتى يظهر من اللوز ، والله أعلم .

وقد نقل امام الحرمين عن العراقيين ما ذكرناه عن الشـــيخ أبى حامد ، وذكر عن صاحب التقريب خلافه ، وكأنه لمـــا وقف على كلام الشيخ أبى حامد نسب ذلك الى العراقيين وقد عرفت كلامهم وهذا وهم منه ، ونص الشافعى على خلاف ذلك ، وأورد ابن الرفعة على أبى حامد أنه يقول بأن ما له نور يكون للبـــائع بخروج نوره ، وهـــذا منه ، فاذا انعقـــد كان للبائع بطريق الأولى ، قال : الا أن يقال فى الجواب : ان ذلك قاله فى ثمـــرة تخـــرج فى جوف نور ، والجوز ليس كذلك ، فان البندنيجى قال : انه يورد أولا وردا لا تخـــرج الثمـــرة من جوفه ، بل يذهب الورد وينعقد بعـــد ذهابه ثمرة كهيئة التين أول ما يطلع ، وسيأتى فى الضرب الرابع كلام عن البندنيجى يتعلق بهـــذا الضرب فى اللوز .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والرابع) ما يكون فى نور يتناثر عنه النور كالتفاح والكمثرى ، فاختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو اسحاق والقاضى أبو حامد : هو كثمرة النخل ان تناثر عنه النور فهو للبائع ، وان لم يتناثر عنه فهو للمشترى ، وهو ظاهر قوله فى البويطى ، واختيار شيخنا القاضى أبى الطيب رحمه الله ، لأن استتارها بالنور كاستتار الثمر فى الطلع ، وتناثر النور عنها كتشقق الطلع عن الثمرة ، فكان فى الحكم مثلها ، وقال الشيخ أبو حامد الاسفرايينى : هو للبائع ، وان لم يتناثر النور عنها لأن الثمرة قد ظهرت بالخروج من الشجر ، واستتارها بالنور كاستتار ثمرة النخل بعد التأبير بما عليها من القشر الأبيض ، ثم ثمرة النخل بعد خروجها من الطلع للبائع مع استتارها بالقشر الأبيض ، فكذلك هذه الثمرة للبائع مع استتارها بالنور) .

(**الشرح**) النور الزهر على أى لون كان ، وقيل النور ما كان أبيض ، والزهر ما كان أصفر ، والكمثرى بضم الكاف .

(**اما الأحكام**) فاذا باع أصل التفاح والكمثرى والسفرجل والأجاص والخوخ والمشمش ، وما جرى مجراه مما يخرج فى نور ، ثم يتناثر عنه النور ، فالمشهور أنه اذا باع الأصل وقد خرج وردها وتناثر وظهرت الثمرة فهى للبائع ، الا أن يشترط المبتاع ، وان لم يتناثر وردها ولم تظهر الثمرة ولا بعضها فهى للمشترط ، لأن الثمرة مغيبة فى الورد ، وتظهر بعد تناثره ، فهى فى ذلك كثمرة النخل فى التأبير وعدمه ، وهو ظاهر قوله فى البويطى ، لأنه قال فى آخر باب السلف قبل باب الوديعة : وحكم الابار فى التفاح واللوز والفرسك اذا خرج منه وتحبب ، ونقل ذلك عن أبى اسحاق المروزى فى الشرح ، والقاضى أبى حامد فى جامعه ، وأبى على ابن أبى هريرة وهو اختيار القاضى أبى الطيب كما قال المصنف ، قال فى تعليقه : وغلط الشيخ أبو حامد الاسفراييني فقال : ظهور الورد بمنزلة ظهور الثمرة ، واحتج بأن الشافعى رضى الله عنه قال : حكم كل ثمرة خرجت بارزة ترى فى أول ما تخرج كما ترى فى آخره ، فهو فى معنى ثمرة النخل بارزا من

الطلع ، وغلط فيه لأن هذا أراد به ما لا ورد له ، مثل العنب والتين لأن هذا الذى يخرج بارزا وأما ما يخرج فى الورد فليس ببارز ، وانما هو فى جوف الورد وقد فسر ذلك فى الصرف وذكرت لفظه فسقط قول هذا القائل ، انتهى كلام القاضى •

والذى ذكره من لفظ الشافعى فى الصرف قال : ما كان من الثمر يطلع كما هو لا كمام عليه أو يطلع عليه كمام ثم لا يسقط كمامه ، فطلوعه كابار النخل ، لأنه ظاهر ، وهذا انما يرد على الشيخ أبى حامد بمفهومه ، فان منطوقه يدل على أن ما لا كمام عليه كالتين والعنب أو عليه كمام لا تسقط كالموز والرمان ، فالطلوع فى القسمين بمنزلة التأبير ، أما كون الطلوع فى غيرهما ليس بمنزلة التأبير فليس ذلك بالمنطوق ، بل قد يقال : انه يدل للشيخ أبى حامد لاطلاقه أن ما لا كمام عليه يكون طلوعه كالتأبير ، والذى يخرج فى نور لا كمام عليه ، وان كان مستترا بالنور ، غير أن هذا يبعده قوله : كما هو ، فانه يشعر لا شىء عليه من كمام ولا غيره •

وقد ذكر الشيخ فى تعليقه ما نقله عن القاضى أبى الطيب فقال : ان الذى ذهب اليه شيوخ أصحابنا أبو اسحاق وأبو على ابن أبى هريرة وغيرهما أنها للمبتاع ، ولولا أنى لا أحب مخالفة كان ظاهر المذهب والأشبه بالسنة أن الأنوار اذا ظهرت للبائع ، الا أن يشترط المبتاع ، كالطلع اذا تشقق أو أبر ، وذكر كلام الشافعى رضى الله عنه الذى تقدم ثم قال : وأما معنى السنة فقوله عليه الصلاة والسلام : « من ابتاع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع ، الا أن يشترط المبتاع » لما جعل ثمرة النخل للبائع اذا ظهر عند الطلع ، وذلك الظاهر نور يتفتح ، فاذا تناثر انعقدت الثمرة بعده كانت الأنوار كالطلع ، لأن النور يتناثر ثم تنعقد الثمرة بعد ذلك ، وفيه نظر ، انتهى كلامه •

والحق أنه لا حجة له فى كلام الشافعى ؛ فان الشافعى رضى الله عنه انما حكم بذلك فى الثمرة التى تخرج بارزة ترى فى أولها كما ترى فى آخرها ، وما يخرج فى نور ليس يرى فى أوله كما يرى فى آخره فكيف يحمل عليه ، أو يقال : انه مندرج فيه ، وما استدل به من الحديث وما أشار اليه وذكره المصنف له من استتار ثمرة النخل

بعد التأبير بما عليها من القشر الأبيض ، فان ذلك يرجع الى تحقيق مناط ، فان الشيخ أبا حامد يقول : ان ثمرة النخل بالتأبير لا تظهر ، وانما يظهر ما يجـرى مجرى ورد سائر الأشجار ، لأنه اذا تشقق الطلع ظهر ما فيه مثل الليف ، وفيه حب صغار مثل الذرة وليس ذلك هو الثمرة ، وانما الثمرة فى جوف ذلك الحب ترى مثل الشـعرة ، كما ترى ثمرة سائر الأشجار من بين الورد •

فان كان الأمر كما قال الشيخ أبو حامد من أن ثمرة هـذا الضرب الذى نحن فيه ترى من بين الورد ، وأن ثمرة النخـل مثلها ، فينبغى أن يكون الحق معه ، والافالحق مع القاضى أبى الطيب ومن وافقه ، وهذا ليس اختلافا فى فقه ، بل يرجع الى أمر محسـوس ومثله يقطع بادراك الصـواب فيه ، والظاهر الذى تدل عليه المشـاهدة أن الأمر كما قال أبو حامد ، وأراد المصنف من الاستتار بالقشر الأبيض وبالنور ما حكيناه عن الشـيخ أبى حامد ، والا فظاهره أنها مستترة كلها ، وذلك يخالف ما تقـدم من الحاقها قبل التأبير بالحمل لاستتارها ، وبعد التأبير بالولد المنفصـل لظهورها ، والذى صححه الرافعى فى ذلك أنها للمشترى ، هكذا للمحرر والروضة ، ويشـعر به كلامه فى الشرح وقال : ان الآخـر أرجح عند أبى القاسم الكرخى وصاحب التهذيب ، وجعل أكثر الأصحاب الضابط فى ذلك تناثر النور كما تقدم •

وقال القاضى حسين عن الأصـحاب : ان ذلك يخـرج أولا نورا ثم يتشقق ثم يتناثر ذلك ، ثم تنعقـد الحبات كالمشمش والخـوخ والتفاح ونحـوها ، قال : فما لم تنعقد الحبات فيه يتبع الأصـل فى البيع ، واذا انعقـدت حباته لا يتبع الأصـل فى البيـع مطلقا ولا يدخل الا بالشرط ، وكأن القاضى أخذ ذلك عن القفال ، فان الرويانى حكى عن القفال أنه اذا تحببت ثمارها فهى للبائع ، وان كان النور باقيا عليها ، وان لم تتحبب فالنور كالورق • هذه عبارته ويجىء من مجموع ذلك ثلاثة أوجه :

(الأول) أنها للبائع بمجرد الظهور وهو قول أبى حامد •

(والثانى) أن الاعتبار بالتحبب وهو قول القفال •

(والثالث) أن الاعتبار بتناثر النور ، وهو المذهب ، لقول الشافعى

رضى الله عنه فى البويطى : اذا خـــرج من النور وتحبب ، وقد يقال : ظاهر النص يقتضى اعتبار مجمـــوع الأمرين ، لكن الظاهر أن التحبب يكون قبل التناثر ، فذكر التناثر يغنى عنه ، وفى البحـــر أن الأصح ما قاله القفال رضى الله عنه ، وكذلك قال الخوارزمى فى الكافى : انه لا اعتبار بتناثر النور على الأصح وذكر ابن الصباغ أن المحاملى فى المجمـــوع ذكر هذه الحكاية التى حكيناها عن أبى حامد ، وأنها ليست مذكورة فى التعليق الأخير عنه ، وهذا عجب من ابن الصباغ ، فان شيخه أبا الطيب ذكرها عنه ، فكان ذكرها من جهته أولى ، وهى فى التعليقة الموجودة عندنا ، وأما عدم ذكرها فى التعليقة الأخيرة فلا يدل(١) .

(**تنبيه آخـــر**) أكثر الأصحاب جعلوا المشمش والتفاح والخوخ من هذا القسم الذى نحن فيه ، وتكلموا فيها كلاما واحـــدا كما تقدم ، وامام الحرمين سلك طريقة أخـــرى فجـــزم بأن الخوخ والمشمش وما فى معناه مما الأزهار محتوية عليه للمشترى فى مطلق البيع والتفاح والكمثرى وما فى معناه مما لا تحتوى أزهاره على الثمار ، ولكنها تطلع والثمرة دونها ، قال : فما كان كذلك مال العراقيون الى أنه للبائع ، ومن أصحابنا من قال : للمشترى لعدم الانعقاد ، قال : وهذا هو الذى ذكره الصيدلانى .

وهذه الطريقة التى ذكرها الامام مخالفة لمـــا قاله أكثر الأصحاب ولنص الشافعى الذى نقلناه عن البويطى ، فانه جعل حكم الابار فى التفـــاح والفرسك شيئا واحدا ، والفرسك هو الخـــوخ ، والامام قد جعل حكمه مخالفا لحكم التفاح ، ثم ان الامام نقل مثل العراقيين الى أنه للبائع والعراقيون كما رأيت على أنه قبل تناثر النور للمشترى الا الشيخ أبا حامد ولعـــل الامام رأى كلام أبى حامد فنسب ذلك الى العراقيين كما تقدم له مثل ذلك فى الجوز .

(**فـــرع**) قال القاضى المـــاوردى : ان الكرم نوعان نوع منه يبدو منه أنوار ثم ينعقد ، ومنه ما يبدو حبا منعقـــدا وقد تقدم الكلام فى ذلك ، وعد المـــاوردى الرمان واللوز مع ذوى النور ، قال تاج الدين عبد الرحمن : والمشـــاهد فى بلادنا خلاف ذلك فى الزمان ، فان نوره لا يكون سابقا له فى أول الظهور وأما اللوز فكذلك هو عنـــدنا ، وقال

---

(١) هكذا فى الأصل ولعله سقط عبارة (على شىء) (ط) .

الرافعى : ان الرمان واللوز مما يخرج فى نور يتناثر عنه النور ، وما ذكرناه من الحكم فيما اذا بيع الأصل بعد تناثر النور عنه ، فان بيع قبله عاد الكلام السابق فيه ، يعنى اما أن يباع بعد الانعقاد أو بعد التناثر ، فكلام الرافعى موافق للماوردى فى أن الرمان له نور ، ولعله نوعان كالكرم •

وأطلق المتولى القول بأن العنب حكمه حكم النخيل ، قال : وان كان على حبه قشر لطيف يتفتق ويخرج منها نور لطيف ، لأن مثل ذلك يوجد فى غير النخيل بعد التأبير وقد جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم للبائع ، وهذا ملاحظة منه للمعنى الذى لحظه أبو حامد فيما مضى ، وصاحب التتمة مال الى موافقته فيه أيضا ، وقال : ان ثمرة هذه الأشجار تكون تحت غطاء ، ويفارقها ويخرج من تحتها النور والثمرة والنور على رأس الثمرة ، لكنه قسمه قسمين قسم يكون له نور بغير كمام كالتفاح والكمثرى والسفرجل وهو الذى حكى كلام أبى حامد فيه ومال الى موافقته • وقسم على ثمرها نور وتكون الثمرة بين كمام كالجوز واللوز والمشمش والأجاص ، قال : فقبل أن يخرج من الكمام ويتناثر نوره حكمه حكم الطلع قبل التأبير وهذا التفصيل قريب مما حكيناه عن الامام •

(فرع) تقدم فى كلام الشافعى المحكى عن البويطى عد اللوز مع التفاح والفرسك فاعترض البندنيجى بذلك على قول الأصحاب : ان اللوز كالجوز ، قال : وهو سهو منهم فيه ، قال ابن الرفعة : (فان قلت :) هل للشيخ أبى حامد جواب عن نصه فى البويطى (قلت :) لعله يقول : اللوز نوعان ، منه ما ينشق عنه قشره الأعلى على الشجر وهو المذكور فى الأم ومنه ما لا ينشق قشره على الشجر وهو المذكور فى البويطى ، وشاهد ذلك أنا نجد الفول وغيره كالفرك لا يمكن ازالة قشره عنه دون الأسفل ولا كذلك غير الفرك •

(فرع) اذا باع أصلا عليه ثمرة ظاهرة ، وظهر ما فى ثمرة العام بعد البيع ففيما حدث بعد البيع وجهان ذكرناهما فى التأبير قاله صاحب البيان ، يشير الى الوجهين المتقدمين عن ابن أبى هريرة وغيره ، وأنه لا فرق فى ذلك بين النخل وغيره •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باع أرضا وفيها نبات غير الشجر ـ فان كان مما له أصل يحمل مرة بعد أخرى كالرطبة والبنفسج والنرجس والنعنع والهندبا والبطيخ والقثاء ـ دخل الأصل فى البيع ، وما ظهر منه فهو للبائع ، وما لم يظهر فهو للمشترى كالأشجار . وان كان مما لا يحمل الا مرة كالحنطة والشعير لم يدخل فى بيع الأصل ، لأنه نماء ظاهر لا يراد للبقاء فلم يدخل فى بيع الأصل كالطلع المؤبر) .

(الشرح) الرطبة ـ بفتح الراء ـ وفى كتاب ابن البردى عن شيخه أبى الغنائم ـ بضم الراء ـ وهو غلط ، وهو القضب وهو القتب .

(أما الأحكام) فقال أصحابنا : الزرع والنبات اسم لكل ما ينبت من الأرض ، وينقسم الى قسمين ، أصل وغير أصل ، فالأصل ضربان شجر وغير شجر ، فغير الأصل هو الزرع ، وبعبارة أخرى النبات ضربان شجر وغير شجر ، فالشجر على ثلاثة أضرب ما يقصد منه الورد أو الورق أو الثمر ، وقد مضى حكمها وأقسامها ، والنخل والكرسف داخلان فى التقسيم ، وان كان المصنف أفردهما بالذكر أولا ، وغير الشجر ضربان أصل وغير أصل ولهذين الضربين عقد المصنف هذا الفصل .

فالضرب (الأول) الأصل وهو ما يحمل مرة بعد أخرى (والثانى) هو الزرع ، هكذا قسم الشيخ أبو حامد ، وهو يقتضى أن اسم الزرع مخصوص بما لا يحمل الا مرة ، وهو ظاهر ، وكذلك يقتضيه ايراد جماعة ، وجعل الرافعى رحمه الله الزرع ضربين ، فجعل ما له ثمرة يحمل مرة بعد أخرى ضربا من الزرع كالبنفسج والنرجس ، وجعل الرطبة والنعنع والهندبا خارجا عن الزرع داخلا تحت اسم الأصول حيث قال الغزالى : وأصول البقول كالأشجار ، وجعل صاحب التهذيب اسم الزرع صادقا على الثلاثة الأضرب ما يثمر مرارا كالنرجس وما يجذ مرارا كالنعنع ، وما لا يجذ مرارا وليست له ثمرة بعد ثمرة كالحنطة ، وكلام الشافعى رضى الله عنه فى المختصر يشهد لذلك ،

فانه أطلق الزرع على الضربين الأولين فهو أقرب مما سلكه الرافعى فى اطلاقه الزرع على الضرب الأول دون الثانى ، فانه بحسب الحقيقة صادق على الجميع وبحسب العرف قد يقال : انه لا يصدق عند الاطلاق الا على الأخير والأمر فى ذلك قريب أو هو راجع الى اللفظ •

(وأما) المعنى والأحكام فالأضرب الثلاثة فيه مختلفة والمصنف لم يذكر لفظ الزرع وانما ذكر لفظ النبات ولا شك أنه شامل للجميع لكنه جعلها فى الحكم قسمين وجعل الرطبة والبنفسج من القسم الأول ، وأشعر كلامه بأن حكمها متحد فأما فى دخول الأصل فصحيح على ما سيأتى تفصيله ، وأما فى كون ما ظهر منه للبائع وما لم يظهر للمشترى فان ذلك مختلف فالبنفسج ما ظهر من ثمرته للبائع وما لم يظهر من ثمرته للمشترى وأما أصله فحكمه حكم الشجر والرطبة ليس لها ثمرة فما ظهر منها نفسها يكون للبائع ، وما لم يظهر للمشترى ولم يبين فاذلك يتعين أن يقسم القسم الأول فى كلام المصنف الى قسمين فيكون مجموع الأقسام ثلاثة ، كما ذكرها البغوى والرافعى ، وان كنا نحن لم نطلق اسم الزرع على جميعها •

(القسم الأول) الأصل الذى له ثمرة بعد ثمرة كالبنفسج والنرجس والبطيخ والقثاء والباذنجان وعد صاحب التهذيب من ذلك الموز والكرسف الحجازى فأما الكرسف الحجازى فقد أفرده المصنف بالذكر فيما مضى وأما الموز فذكره المصنف أيضا فى القسم الثانى من أقسام الشجر فيما تقدم ، وهو الأقرب فانه شجر لغة وعرفا ، والكلام الآن فى النبات الذى لا يسمى شجرا فلا يحسن عد الموز فيه ، اذا عرفت ذلك فحكم هذا القسم أن ثمرته الظاهرة حال البيع تبقى للبائع والأمثلة المذكورة مختلفة ، فمنها ما لا تخرج ثمرته الا ظاهرة كالبنفسج ، فان ورده أشبه الأشياء بالياسمين ، ليس فى كمام ، فان كان قد ظهر من ورده شىء فورد تلك السنة للبائع الا أن يشترط المبتاع ، هكذا صرح به الشيخ أبو حامد ، وفى معنى ذلك البطيخ والقثاء والباذنجان اذ لا فرق بينهما •

وأما النرجس فانه كالورد الأبيض والأحمر يخرج عنه أوراق خضر • لا يظهر منه شىء ثم يتفتح ، فان كان قد تفتح منه شىء فان

ثمرة هذا العام للبائع الا أن يشترط المبتاع ، وأما أصوله فيها الطرق السابقة فى الأشجار حرفا بحرف ، سواء فى ذلك ما ظهر منها على وجه الأرض وما بطن ، فحينئذ حكم هـذا القسم فى تبعية الأصـول للأرض ، وفى حكم الثمار حكم سائر الأشجار ، هذا هو المشهور ، وحكى الرافعى وجها فى النرجس والبنفسج أنهما كالحنطة والشعير ، وحكاه الرويانى فى البنفسج ، وعن الشيخ أبى حامد أنه ضعف الوجه المذكور فى النرجس ، وقال : هذا كلام من لم يعرف النرجس ، فان النرجس له أصل يبقى عشرين سنة وانمـا يحول من موضع الى موضع فى كل سبع سنين لمصلحته ولا خلاف فى هـذا القسم والذى بعـده أن بيع الأرض صحيح وليس كبيع الأرض المزروعة زرعا يحصـد مرة واحدة كما سيأتى فى القسـم الثالث ، وممن صرح بنفى الخلاف صاحب التتمة .

(القسم الثانى) وهو بعض القسـم الأول فى كلام المصنف ، الأصل الذى ليست له ثمرة بعـد ثمرة ، ولكنه يجذ مرة بعد أخـرى كالسداب والكراث والنعنع والهندبا والطرخون والكرفس والقصب الفارسى ، وأشـجار الخلاف التى تقطع من الأرض كل مرة ، والرطب وهى القضب ويسميها أهل الشام الغضـة ــ بالصاد المهملة ــ والقت ــ بالتاء المثناة ــ وهو القرط . قال الأزهرى : هو القت الذى تسميه أهل العودى(١) وقد عطف المصنف القضب على القت فيقتضى أنهما متغايران ، وكلام النووى يدل على أن القضب والقت والقرط والرطبة شىء واحد ، ولذلك صرح به القاضى أبو الطيب ، ولكنه بلغـة العراق الرطبة ، وبلغة أهل بلادنا القرط ، وبلغة الشـام الغضـة والصواب أن القت والرطبة شىء واحد ، وأن القرط الذى ببلادنا شىء آخـر ، والرطبة توجد أيضـا فى صعيد بلادنا ، والله أعلم .

ففى هذا القسـم اذا باع الأرض وفيها شىء من ذلك ظاهر على الأرض فالجذة الظاهرة عند البيع للبائع ، لا خلاف فى ذلك ، لأنها ظاهرة فى الحـال لا تراد للبقـاء ، فلم تدخل فى البيع الا بالشرط كالثمـرة

---

(١) كذا بالأصل ولعل صوابه مع جبر ما سقط منه هكذا : تسميه أهل البوادى الصفصافة ، راجع المصباح . (المطيعى)

المؤبرة ، وفى دخول أصولها الكامنة فى الأرض فى بيع الأرض الخلاف الذى فى الأشجار ، هكذا ذكره العراقيون والصيدلانى وغيرهم ، وعن الشيخ أبى محمد الجوينى القطع بالدخول هنا ، والفرق بينها وبين الشجر أن هذه كامنة فى الأرض نازلة منزلة أجزائها بخلاف الأشجار ، فانها بادية ظاهرة مفارقة للأرض فى صفتها ، هكذا حكى عنه فى النهاية والبسيط والشرح ووقع فى الوسيط أن الشيخ أبا محمد قطع بأنه كالزرع يعنى فلا يدخل ، وذلك خلاف المشهور عن الشيخ أبى محمد قال ابن الرفعة : ولو صح ذلك عن الشيخ لأمكن أن يقال فى الفرق بينه وبين الشجر ان مدة ابقائه فى الأرض قد تعلم ، فلا يكون مرادا للدوام بخلاف الشجر ، وأيد ذلك بالوجه الذى حكاه الرافعى فى البنفسج والنرجس أنهما كالحنطة والشعير ، اذ لا يظهر فرق بين هذين وبطريقة حكاها الماوردى فى البطيخ ، وما يوجد مرة بعد أخرى لكن فى عام واحد ، أنه كالزرع فيكون للبائع ، قال : فقد يحصل لما فى المسألة ثلاثة أوجه •

(قلت) يعنى ثلاث طرق القطع بالدخول ، والقطع بعدم الدخول ، واجراء الخلاف ، والله أعلم • لكن شرط اثبات هذه الطرق أن تتحقق نسبة الطريقة التى فى الوسيط الى قائل ، والأظهر أن ذلك وهم ناسخ لمخالفتها ما فى البسيط والنهاية ، وقد رأى الامام أن القياس طريقة اجراء القولين ، وخالف ما نقله عن والده ، قال : اذ لا يلوح فرق بينها وبين الغراس والأبنية ، وقول ابن الرفعة بأن مدة بقاء أصولها قد تعلم — ان سلم معارض بأن بعض الأشجار قد يكون كذلك ، ولكن تارة تطول مدته وتارة تقصر ، نعم مقتضى الوجه الذى نقله الرافعى فى البنفسج والنرجس أنه يثبت ثلاثة أوجه بذلك وان لم يثبت ما عندى الى الشيخ أبى محمد من جعلها كالزرع •

(فان قلنا) بأن الأصول لا تدخل فى بيع الأرض ، فهى باقية على ملك البائع ، والخيرات كلها على ملكه الموجودة عند العقد والحادثة ، والكلام فى وجوب تبقيتها كما تقدم فى الأشجار (وان قلنا) بظاهر المذهب ، وأن الأصول داخلة قال صاحب التهذيب : فلا يجوز حتى يشترط البائع على نفسه قطع ما هو ظاهر منه ، لأنه يزيد فيختلط

المبيع بغير المبيع ، وتبعه على ذلك الرافعى ولم يذكر فيه خلافا والذى ذكره الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمتولى والقاضى حسين أن البائع يطالب بجذها فى الحال وليس له أن يتركها حتى تبلغ أوان الجذاذ لأن تركها يؤدى الى الاختلاط وسكتوا عن وجوب اشتراط القطع فى العقد بل زاد الماوردى على ذلك فحكى وجهين فى أنه هل ينتظر به تناهى جذاذه ؟ .

(أحدهما) ينظر فاذا بلغ الحد الذى جرت العادة بجذاذه عليه فقد انتهى ملك البائع ما بعد تلك الجذة بكمالها للمشترى ، قال : وهذا قول من زعم أن ما أطلع من ثمار النخل بعد العقد للبائع تبعا لما أطلع منها وأبر . (والوجه الثانى) أنه لا ينظر به كمال جذاذه ، بل يكون للبائع ما ظهر منه وقت العقد وليس له حق فى غيره ، وبه قال أبو اسحاق المروزى ويمر بجذاذه ، وان لم يستكمل ، ويكون الأصل الباقى وما يستخلف طلوعه بعد العقد تابعا للأصل ، وهذا قول من زعم أن ما أطلع من ثمار النخل من بعد العقد يكون للمشترى ولا يكون تبعا لما أطلع منها وأبر ، وهذا البناء الذى أشار اليه الماوردى يقتضى أن يكون الصحيح على طريقة أبى حامد الاسفراييني والرافعى أن القلع لا يجب عقيب العقد حتى تتكامل تلك الجذة ، لأن الصحيح عندنا أن ما أطلع بعد البيع تابع لما أبر قبل البيع ، فيكون للبائع ، وان كان الأصح عند الماوردى أنه للمشترى ولا يلزم الشيخ أبا حامد أن يقول بأنه لا يجب القطع الا أن يسلم البناء المذكور ويفرق بين الصورتين بأن للطلع حدا ، وهو نهاية ذلك الحمل الذى أطلع بعضه وأبر ، وجرت العادة بالتلاحق فيه ، بخلاف الرطبة فانها كلها كالحمل الواحد ، وقد نص أبو حامد فى تعليقه على هذا الفرق ، لكن فى التبعية فقال : ان للطلع حدا ينتهى اليه ، وليس للرطبة حد ، هذا فرق الأصحاب ، وفرق من عند نفسه بفرق آخر ، وهو أن لا منفعة للمشترى فى قطع الثمرة ، وللبائع منفعة فى قطعها ، والرطبة فى قطعها فائدة للمشترى ، وفى تركها فائدة للبائع لأنها تزيد ، انتهى .

وما قاله أبو حامد وصاحب التهذيب والرافعى لم يلاحظوا فيه الوجه الذى نقله الماوردى من أنه ينتظر به تناهى جذاذه ، فان

قلنا به فلا يجب القطـــع أصلا هو بتعليله مصادم لقول أبى حامد : انه ليس للرطبة جذ توجد عليه (وان قلنا :) انه ليس للبائع الا ما كان ظاهرا فيجب القطع ، وأما كونه يشترط شرطه فى العقـــد فقد يقال : انه لا حاجة الى ذلك لأنه اذا كان القطـــع واجبا بمقتضى العقـــد فلا حاجة الى شرطه فانه انما يشترط القطع فى الثمار لأن مقتضى الاطلاق فيها الابقاء ، وهذا هوالأقرب الى كلام الرويانى ، فانه قال : اذا باع الأرض مطلقا وهناك بيت ظاهر فهو للبائع باطلاق العقـــد وعلى البائع نقله فى الحال وهكذا عبارة صاحب التتمة وغيره .

ويحتمل أن يقال : لابد من شرط القطع ، كمـــا أنه لابد من شرط القطع فى بيع الثمـــرة التى يعـــلم أنها تتلاحق وتختلط على ما سيأتى ، ولا يفرق بين اختلاط المبيع بغيره ، وبين اختلاط ثمـــرة المبيع ، بدليل أن الحكم مطـــرد فيما اذا باع شـــجرة عليها ثمرة مؤبرة واختلطت بغيرها على الطريقة الصحيحة الا أن يقال : ان الثمـــرة هى المقصود الأعظم من الشجر ، أو كل المقصـــود ، وأما أصل الرطبة الموجود فى الأرض فليس هو كل المقصود من الأرض ولا معظمه .

وسأجمع ان شاء الله تعالى هذه المســـائل جملة فى آخـــر الباب ، عند الكلام فيمـــا اذا باع ثمـــرة يعـــلم اختلاطها بغيرها وقد انتظم فى هذه المســـألة ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يجب شرط القطع فى العقد ، وهو ما قاله البغـــوى والرافعى (والثانى) لا يجب ولا يكلف به الا أن تتكامل الجـــذة ، فتكون كلها للبائع (والثالث) أن البائع يكلف القطع حال العقـــد ، ولا نقول : ان شرط ذلك واجب فى العقـــد ، وهو مقتضى كلام أبى حامد وأبى الطيب والمتولى والرويانى ، فان لم يجـــذ البائع حتى زادت فى ملك المشترى واختلطت ، فيخرج على القولين فى الاختلاط ، قاله الفورانى ، والله أعلم .

(فـــرع) بنى المـــاوردى على الوجهين اللذين ذكرهما ما اذا كان الزرع بذرا لم يظهـــر بعـــد ، قال : فمن انتظـــر بها تناهى الجذاذ جعل ما ينبت من هـــذا البذر أول جذة للبائع ، ومن لم ينتظـــر به التناهى وجعل حق البائع مقصـــورا على ما ظهر جعـــل البذر وجميع ما يظهر من نباته للمشـــترى ، ولك أن تقول : الموجب لانتظار تناهى

الجذاذ كونه ملك الظاهر وتبعية الباطن من تلك الجذة للظاهر منها ، وهذا المعنى مفقود فيما اذا لم يكن ظهر منها ، فينبغى الجزم بأنها تكون للمشترى كالثمرة غير المؤبرة ، لكن هذا الوجه مع بعده وغرابته هو مقتضى كلام الشافعى فى الأم اذ قال :

« وان كان البائع قد أعلم المشترى أن له فى الأرض التى ابتاعها بذرا سماه لا يدخل فى بيعه ، فاشترى على ذلك ، فلا خيار للمشترى ، وعليه أن يدعه حتى يصرم ، فان كان مما ينبت من الزرع تركه حتى تصرمه ، ثم كان للمشترى أصله ولم يكن للبائع قلعه ولا قطعه ، وان عجل البائع ففعله قبل بلوغ مثله لم يكن له أن يدعه يستخلف ، وهو لمن وجد ثمرة غضة ، فليس له أن ينتظر أخرى ، حتى يبلغ ، لأنه لم يكن له مما خرج منه الا مرة واحدة ، فيعجلها ولا يتحول حقه فى غيرها بحال » .

ولذلك اطلاق صاحب التنبيه فى قوله : والجذة الأولى للبائع ، يشمل بعمومه ما اذا كان منها شىء ظاهر ، وما اذا لم يكن وظن ابن الرفعة أنه لا قائل بذلك من الأصحاب بعد حكايته نص الشافعى ، كأنه لم يقف على الخلاف الذى حكاه الماوردى فاذن نص الشافعى واطلاق صاحب التهذيب موافق للوجه الذى حكاه الماوردى وليس لقائل أن يحمل النص المذكور على ما اذا اشترط البائع واستثنى ذلك لنفسه كما دل عليه أول كلام الشافعى ، لأنه لو كان كذلك واشترط البائع البذر لنفسه كانت الأصول وكل جذة تحصل له وقد صرح الشافعى بعدم ذلك وأنه ليس الا الجذة الأولى . فان تعسف متعسف وحمله على ما اذا اشترط البائع أن الجذة الأولى له ففيه نظر ، يحتمل أن يقال بالصحة ، كما لو استثنى الثمرة غير المؤبرة ، ويحتمل أن يقال بالفساد ، فانه قد لا يتميز حق البائع من حق المشترى بخلاف الشجر مع الثمر ، فانهما متميزان ، وبالجملة فالوجه المذكور ضعيف غريب ، والصحيح المشهور أن البذر وجميع ما يظهر من المشترى ومن الواضح أن صورة المسألة فيما تتكرر ثمرته ، والله أعلم .

(فرع) باع الأرض وفيها البقول المذكور بعد جذها ، فليس على الأرض منها شىء ظاهر يقال : انه للبائع ، وما فى بطنها من العروق

جزم القاضى أبو الطيب بدخوله فى البيع ، وذلك بناء منه على أن الشجر يدخل فى البيع ، فالطرق الجارية فيه وفى أصول البقول اذا كان منها شىء ظاهر جارية هنا من غير فرق ، وأما الوجهان اللذان ذكرهما الماوردى فى البذر وتكلمت عليهما آنفا فالقياس اجراؤهما هنا أيضا ، وان كان الأصلح أن ذلك للمشترى ، لأنه ليس ثم شىء ظاهر يستتبع ما ليس بظاهر •

(فـرع) اذا كان فى الأرض أشجار خلاف(١) يقطع من وجه الأرض كل مدة ، قال صاحب التهذيب : حكمها حكم القصب الفارسى ، وقال الرافعى : حكمها حكم القصب ، والمراد واحد ، وهو أن حكمها حكم القسم الثانى الذى فرغنا منه •

(أما) اذا كان فيها جذوع خلاف ، عليها قوائم ، فهى بمنزلة أغصان سائر الأشجار •

(فـرع) اذا قلنا بوجوب القطع فيما كان ظاهرا عند العقد من البقول (اما) على ما اختاره الرافعى رضى الله عنه من وجوب شرط القطع (واما) على الوجه الثالث ، قال صاحب التتمة ، ثم الرافعى عنه أنه لا فرق بين أن يكون ما ظهر قد بلغ أوان الجذ أو لم يكن ، وأطلقا ذلك الحكم من غير تفريع لأنهما لم يذكرا الوجه الثانى الذى ذكره الماوردى ، واستثنيا من ذلك القصب ، فانه لا يكلف قطعه الا أن يكون ما ظهر قدرا ينتفع به ، وكذلك قال الشيخ أبو حامد : القصب الفارسى اذا كان للبائع لم يلزمه نقله وتحويله الى وقت قطعه فى العادة ، وهو زمان الشتاء فانه ان قطع قبل ذلك الوقت تلف ، ولا يصلح لشىء ، وكذلك الرويانى والجرجانى قالا : ان البائع يمكن حتى يقطعه اذا جاء وقته ، لأن له وقتا يقطع فيه •

ولك أن تقول اشكالا على الرافعى : انه اذا كان البيع يجب فيه شرط القطع ، فاما أن يكون ذلك عاما فيما ينتفع به وما لا ينتفع به أو لا ، فان كان عاما فيجب الوفاء به ، وان كان محله فيما ينتفع به فلا وجه لاستثناء القصب وحده بل كل ما لا ينتفع به ، والقول بوجوب شرط القطع

---

(١) بضم الخاء وفتح اللام مع التشديد ، وهو ما يسمى فى ديار مصر بالربة • (المطيعى)

فيما لا ينتفع به بعيد ، ألا ترى أن بيع الثمرة قبل بدو الصلاح انما يجوز بيعها بشرط القطع اذا كان المقطوع مما ينتفع به (فان قلت :) ذاك لأن المنفعة شرط فى المبيع والمقطوع هنا غير مبيع (قلت :) لكنه فيه اضاعة مال فيمتنع شرطه لذلك ، نعم قد يقال ان هذا يجب قطعه ، وأن لم يشترط ، لأنه يصير فى ملك المشترى على أصله فلا يلزمه ابقاؤه واذا لم يلزم فيجوز اشتراط قطعه وفوات ماليته مقابل لما يحصل للبائع من ثمن المبيع ، فقد يكون له غرض فى اغتفار ذلك بازائه ، وهذا الاشكال الثانى بعينه لازم لصاحب التتمة والشيخ أبى حامد ، ولكن الشيخ أبا حامد ليس فى كلامه تصريح بقصر ذلك على القصب ، فلعله يقول به فى كل ما لا ينتفع به اذا قطع ، بخلاف صاحب التتمة ، فان ظاهر كلامه الفرق بينه وبين الزرع فى ذلك .

وقد يؤخذ من كلام أبى حامد المتقدم جواب على ذلك من قوله : ان للقصب وقتا يقطع فيه ، فان ذلك يقتضى تشبيهه بالزرع الذى يجب ابقاؤه لما قدمه الرويانى فى الفرق من المعنى ، أن له وقت نهاية ، والرطبة ليس لها وقت نهاية ، لكن ذلك بعيد ، لأن كلا من الرطبة والقصب الفارسى له وقت يؤخذ فيه فى العادة ، ويزيد بعده بخلاف الزروع التى بعد وقت أخذها لا تزيد شيئا ، والله تعالى أعلم .

(فرع) من البقول ما يبقى أصله سنين وهو الذى تجرى فيه الأحكام المتقدمة ، ومنه ما يبقى سنة واحدة يجىء مدة بعد مدة فى السنة ، قال الشيخ أبو حامد : حكم هذا عندى حكم الزرع كله للبائع ، الا أن يشترط المبتاع ، فهذا ذكره الشيخ أبو حامد فى هذا القسم الثانى ، وهو ما يجذ مرة بعد أخرى ، وذكر الماوردى فى نظيره من القسم الأول وهو ما يثمر مرة بعد أخرى ، لكن فى عام واحد كالبطيخ والخيار والقثاء ذكر فيها وجهين (أحدهما) وهو قول البغداديين أنه فى حكم الشجر ، فيكون للبائع من ثمرته ما قد ظهر ، وللمشترى الأصل وما يظهر (والوجه الثانى) وهو قول البصريين أنه فى حكم الزرع ، فيكون للبائع أصله وثمره ، لأنه زرع عام واحد ، وان تفرق لقاط ثمره ، والشجر ما بقى أعواما وألحق به ما بقى أعواما كالعلف ، ولم يلحق به ما بقى عاما واحدا ، والرويانى جزم القول فيما يجذ دفعة بعد أخرى بالتسوية بين ما يبقى مدة يسيرة كالهندبا والجرجير ، وما يبقى

سنين • ومقتضى كلامه أن ذلك منصوص عليه فى الأم ، وحكى مع ذلك ما نقله الماوردى •

(فرع) ظهر لك مما تقدم أن الأقسام فيما لا يؤخذ مرة بعد أخرى أربعة (الأول) أصل له ثمرة بعد ثمرة وأصله يبقى سنين فى الأرض •

(والثانى) أصل له ثمرة بعد ثمرة يبقى عاما واحدا •

(الثالث) أصل له ثمرة لكنه يجذ مرة بعد أخرى ويبقى أصله سنين فى الأرض •

(الرابع) أصل يجذ مرة بعد أخرى فى عام واحد وهذا هو الذى نقلته فيما تقدم عن الشيخ أبى حامد ، وما ذكره الماوردى فى القسم الثالث من الخلاف يأتى فيه اذ لا فرق بينهما ، والله أعلم •

وهذه الأقسام الأربعة كلها فى القسم الأول من القسمين اللذين ذكرهما المصنف ، وبذلك تعرف مراتب الأمثلة التى ذكرها ، فالبنفسج والنرجس من القسم الأول ، والبطيخ والقثاء من القسم الثانى ، والنعنع والهندبا والرطبة منه ما يبقى سنين فى الأرض ، فهو من القسم الثالث ، ومنه ما يبقى سنة واحدة كقرط بلادنا وكثير من بقولها ، فهو من القسم الرابع ، والله عز وجل أعلم •

(فرع) الموز أصله لا يحمل الا سنة واحدة ، ثم يموت بعد أن يستخلف مكانه فرخا يحمل بعد ذلك ، فاذا باع الأرض وفيها شجر موز فلا شك أنه اذا كان عليه ثمر يكون الثمر للبائع ، فقد مر ذلك فى كلام المصنف ، والكلام ههنا فى أن أصل الموز نفسه هل يدخل فى بيع الأرض ؟ كما يدخل الشجر أو لا ؟ وقد تقدم عن صاحب التهذيب أنه عده فى القسم الأول • وأن الأصول تدرج على أصح الطرق كالشجر ، وكأنه رأى أن اسم الشجر يطلق عليه فلذلك أجرى عليه حكمه ، والذى قاله الماوردى أن الأصل الموجود وقت العقد لا يدخل فى البيع كالزرع ، لأنه لا يبقى بعد سنة ، والفرخ الذى يستخلف كالشجر يدخل فى البيع •

(قلت :) وقوله : ان الفرخ يدخل فى البيع ، ان فرض فى فرخ يحدث بعد البيع فلا معنى لتشبيهه بالشجر ، ولا يقال : انه دخل

فى عقد البيع ، بل ذلك كسائر ما يحدث يستحقه المشترى بحكم الملك لا بحكم الدخول فى العقد ، وان فرض فى فرخ يكون حاصلا عند العقد فقد يقال : ينبغى على قوله أن لا يدخل ، لأنه لا يبقى لأنه ليس له أكثر من ثمرة واحدة كالزرع ، وقد قال الشافعى فى الأم بعد ذكر بيع الأرض وفيها القصب : اذا باع أرضا وفيها موز قد خرج ، فله ما خرج من الموز قبل بيعه ، وليس له ما خرج مرة أخرى من الشجر الذى تحت الموز ، وذلك أن شجر الموز عندنا يحمل مرة وينبت الى جنبها أربع ، فيقطع ويخرج فى الذى حولها ، وهذا الكلام محتمل لأن يكون المراد به أن ثمر الموز الموجود عند العقد للبائع ، وما يحدث بعده للمشترى ، وهذا صحيح لا اشكال فيه ، وليس فيه ما يشهد لما قاله الماوردى ، ولا لما قاله صاحب التهذيب ، فان سألت عن حكم الشجرة نفسها على هذا التفسير ، ويحتمل أن يكون مراده به الشجرة نفسها ، وان كان خارجا منها يكون للبائع ، وما نبت من فراخها يكون للمشترى ، فيوافق كلام الماوردى وهو الذى فهمه ابن الرفعة .

ولم يترجح عندى هذا الاحتمال على الذى قبله . لكنه يؤخذ من كلام الشافعى أن الفرخ الحادث بعد البيع للمشترى ، لقوله : ان ما خرج مرة أخرى ليس للبائع ، فان كان مراده الفرخ فذاك ، وان كان المراد ثمرته فيلزم من كون الثمرة للمشترى أن يكون الأصل له ، وهذا لا شك فيه فى أن الفرخ الحادث بعد البيع للمشترى ، واذا ثبت ذلك دل على أن أصل شجر الموز الذى هو مستقر فى الأرض يدخل فى بيعها ، لأن الفرخ الذى حكمنا بكونه للمشترى يثبت منه .

(وأما) الفرخ الموجود وقت العقد وهو ينبنى على الاحتمالين اللذين ذكرتهما فى كلام الشافعى رضى الله عنه فى قوله : فله ما خرج من الموز قبل بيعه ان كان مراده الثمرة فلا دلالة فيه ، وان كان مراده الشجرة نفسها فيشمل الأم وفراخها ، وكلام الجورى يشهد للتفسير الأول فانه قال فى معرض نقل كلام الشافعى : فان باعه أرضا وفيها موز فللبائع ما خرج من الموز ، وليس له ما يخرج بعد ذلك ، ولا ما لا تخرج أولاده التى الى جنبه ، فقوله : ولا ما تخرج أولاده يدل على أن الكلام فى الثمرة فان ألحقنا ذلك بالرطبة اقتضى

أن لا يدخل شيء بما ظهر في البيع لا الأم ولا فراخها ، كما ذلك مقتضى هذا الاحتمال ولذلك لا تجوز المساقاة عليه جزما كما يقتضيه كلام الماوردي في باب المساقاة ، وان ألحقناه بالشجر اقتضى دخولهما .

وقد يقال : تلحق الأم بالرطبة لقرب قطعها ، وأما الفرخ فانه يقصد بقاؤه حتى تقطع الأم ويكبر وتحدث ثمرته بعد ذلك فكذلك يقول : ان الفرخ يدخل لشبهه بالشجر في كونه مقصود البقاء ، والأم لا تدخل كما يقتضي ذلك كلام الماوردي ، فنظرت في هذه الاحتمالات الثلاثة أيها أرجح ، فوجدت أرجحها على مقتضى المذهب أنهما يدخلان الأم والفراخ ، كما قاله صاحب التهذيب ، فان الذي بلغني من حال الموز ممن له فيه معرفة يخالف حال الرطبة ، فان شجرة الموز ينبت الى جانبها من أصلها فراخ فاذا تكامل حمل الشجرة الأصلية قطع عرجون الموز مع شيء من رأس الشجرة ، ويبقى بقيتها لأجل تربية الفرخ ، وانه متى قطعت كلها يموت الفرخ ، فتبقى لأجله حتى يتكامل الفرخ وتجف هي ، وتتساقط بنفسها الى الأرض ، فيخلفها ذلك الفرخ ويطرح الموز ، وهكذا على الترتيب لابد من بقاء الأم لتربية أولادها ، ولا يكون من أولادها الا واحد ويقطع الباقي لئلا يضر بأمه ويشرب ماءها .

فاذا علمت أن شجرة الموز لا يمكن قطعها من أصلها لافساد فرخها ، وأن فرخها لا ينتج بدونها ، ظهر لك الفرق بينها وبين الرطبة ، فانه لو قلنا للبائع : أن يقطع ما ظهر من الموز ويبقى الجذر في الأرض وحده ، لم ينبت بعد ذلك منه شيء لم ينتفع به المشتري فلا يمكن القول بعدم دخولها في البيع لذلك ، ولذلك لا يمكن القول بعدم دخولها في الأم ودخول الفرخ ، لأنه كان يكون للبائع قطع الأم فيتلف الفرخ ، فلابد من ابقائهما ، وهو قول صاحب التهذيب ، والله أعلم .

والظاهر أن مراد الماوردي بالفرخ الذي يكون للمشتري ، ما حدث بعد البيع ، وقد يطلق على مثل ذلك انه داخل في العقد توسعا في العبارة ، ووقع في كلام الماوردي أن الفرخ يحمل في العام القابل ، وقد أخبرني بعض أهل المعرفة بذلك أنه لا يقيم سنة بل تارة تكون

اقامته شهرين ، وتارة أكثر من ذلك ، فلعل مراد الماوردى بالسنة المدة التى تبقى فيها كما يقال سنة الزرع ، وان كان لا يراد حول كامل ، وقد ظهر أن الموز نوع غريب لم يشمله التقسيم ، لأن له أصلا ثابتا ، ولا يحمل الا مرة ، ويستمرجذره فى الأرض سنين ولا يجذ كالرطبة ، والله أعلم •

(فرع) لو كان فى الأرض جزر أو سلق أو ثوم أو فجل أو بصل ، قال صاحب التهذيب : لا يدخل شىء منها فى بيع الأرض ، يعنى ويكون ذلك من حكم التقسيم الذى سيأتى ، وهو الزرع الذى لا يحمل الا مرة ، وكذلك الرافعى ، الا أنه لم يذكر البصل ، ولو باع أرضا فيها جزر أو فجل بجزرها وفجلها نقل الماوردى عن الافصاح وجهين (أحدهما) لا يجوز (والثانى) يجوز تبعا •

(فرع) هذه الأحكام التى تقدمت كلها فيما اذا أطلق البيع ، أما لو باع الأرض وشرط ذلك للمشترى ما يحصد مرة بعد أخرى كالبقول ، فللمشترى الفروع والعروق ، قاله صاحب التتمة ، وفرق بين هذه حيث يقول عند الاطلاق : لا يدخل ما ظهر منها ، وبين الشجر ، بأن هذه لا تراد للدوام ، وهى نماء ظاهر ، فصارت كالثمرة المؤبرة والشجرة تراد للدوام فاستوى فرعها وأصلها ، وصار الجميع للمشترى •

(القسم الثانى) من كلام المصنف • وهو الثالث من التقسيم الذى ذكرته أولا • ما لا يحمل الا مرة كالحنطة والشعير والباقلا والكتان • فلا خلاف أنه لم يدخل فى الأرض الا بالشرط لما ذكره المصنف • والطلع المؤبر الذى جعله مقيسا عليه ثبت حكمه بالحديث المتقدم : « من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترط المبتاع » •

وقوله نماء (ظاهر) احتراز من الطلع الذى لم يؤبر (وقوله) لا يراد للبقاء احتراز من الغراس اذا قلنا يدخل فى بيع الأرض على ظاهر المذهب ، والرافعى رحمه الله اقتصر على التعليل بعدم الدوام والثبات قال الماوردى : (فان قيل) الثمرة قبل التأبير مستبقاة

لكامل المنفعة لم تجن وهى داخلة فى البيع ؟ فهلا كان الزرع مثلها ؟ (قيل :) الفرق بينهما أن الثمرة حادثة من خلقة الأصل المبيع ، والزرع مستودع فى الأرض بفعل الآدمى : ألا ترى أن الأرض يدخل فيها المعدن لأنه خلقة فى الأرض ، ولا يدخل فيها الركاز لأنه مستودع فيها •

واعلم أن الترجمة عن هذا القسم تشمل الموز لأنه نبات لا يحمل الا مرة واحدة ، لكن لا قائل بأن جذره الثابت فى الأرض لا يدخل ، بخلاف الحنطة والشعير ، فالمراد حينئذ بهذا القسم ما لا يحمل الا مرة ، وليس له أصل ثابت فى الأرض ، وبذلك يخرج الموز ، فان له أصلا ثابتا ، منه تنبت الفراخ ، وعلى هذا ينبغى أن يقال فى القسم الحاضر : النبات اما أن يكون له أصل ثابت فى الأرض أو لا ، فالأول اما أن يكون يحمل مرة واحدة كالموز ، أو مرات ، فأما فى عام واحد كالبطيخ ، أو فى أكثر كالرطبة ، وسائر ما يجذ ويثمر مرات ، والذى لا بقاء لأصله هو الزرع ، فالحنطة والشعير وشبههما • أو نقول : النابت اما أن يثمر ويجذ مرات • أو مرة واحدة فالأول اما فى عام واحد أو فى أعوام ، والثانى اما أن يبقى أصله كالموز أو لا يبقى كالحنطة والشعير •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وفى بيع الأرض طريقان : من أصحابنا من قال : فيه قولان ، لأنها فى يد البائع الى أن يحصد الزرع ، فكان فى بيعها قولان كالأرض المستأجرة ، ومنهم من قال : يصح بيع الأرض قولا واحدا لأن المبيع فى يد المشترى ، وانما يدخل البائع للسقى او الحصاد ، فجاز بيعه قولا واحدا كالأمة المزوجة) •

(الشرح) الطريقان مشهوران ، والأولى منسوبة الى أبى اسحاق المروزى ، وجمهور الأصحاب على الطريقة الثانية ، وهى التى صححها الرافعى وغيره وقاسوها على بيع الدار المشحونة بأمتعة البائع ، وعلى بيع الأمة المزوجة ، وفرقوا بينها وبين الدار المستأجرة بأن يد المستأجر حائلة بكل حال ، فكان كما لو أجر أمته ثم باعها بطل

البيع على أحد القولين ، ولو زوجها ثم باعها صح البيع قولا واحدا ، وذكر الشيخ أبو حامد أن الأصحاب فرقوا بفرقين آخرين لا يتضحان لم نذكرهما ، ورد الجمهور طريقة التخريج على القولين بأنه لو كان فى معنى تلك الصورة لوجب القطع بالفساد لأن مدة بقاء الزرع مجهولة ، ألا ترى أن بيع الدار التى استحقت المعتدة سكناها ، اذا كانت العدة معلومة كالأشهر فيها قولان ؟ واذا كانت مجهولة كالحمل والاقراء بطل قولا واحدا .

وذكر ابن الرفعة سؤالا قد يعترض به على هذا ، وهو أن لأبى اسحاق أن يقول : مدة الزرع — وان لم تعلم يقينا — فالعرف الغالب يضبطها ، فان فرض مخالف فنادر ، وزمنه يسير مغتفر ، والمنع من بيع دار المعتدة بالاقراء ليس لما ذكر ، بل لأنها قد تموت فتكون المنفعة عائدة للمشترى ، ولهذا نقول على طريقة قاطعة لا يصح ، وان كانت عدتها بالأشهر ، وهذا السؤال مندفع بمن لها عادة مستقيمة فى الأقراء والحمل ، فانه لا يصح بيع الدار التى استحقت سكناها للعدة ، وان كانت العادة تضبطها ، فلما لم يغتفر ذلك كذلك لا يغتفر مثله فى مدة الزرع .

(وقوله :) ان المنع من بيع دار المعتدة بالأقراء ليس لما ذكر الى آخره لا يحسن ، فان الكلام انما هو فى القطع بالفساد ، ولا يجوز أن تكون العلة فى ذلك ما ذكره والا لقطعنا بالفساد فى دار المعتدة بالأشهر ، فمستند القطع بالفساد فى دار المعتدة بالأقراء والحمل وعدم اجراء الخلاف فيه انما هو الجهالة .

(وأما) قوله : ان المنافع تكون عائدة للمشترى ، فاعلم أن المنقول فى توجيه الطريقة القاطعة التى ذكرها أن منفعة الدار المعتدة فيها ليست مملوكة للمعتدة ، فانه لو ماتت كانت منافعها للزوج ، فيكون اذا باعها كمن باع دارا واستثنى منفعتها لنفسه مدة معلومة ، والظاهر فيه البطلان ، والذى يليق بهذه الطريقة اذا صححنا بيعها أن تكون المنافع باقية على ملك الزوج ان كان مطلقا ، أو ورثته ان كان ميتا ، فاذا ماتت المعتدة بقيت منافع بقية المدة من الأشهر على الزوج أو ورثته ، ولا تكون للمشترى ، وانما تكون للمشترى لو نزلنا استحقاق

المعتدة منزلة استحقاق المستأجر ، فحينئذ يجيء فيه الخلاف المذكور فيما اذا عرض ما يفسخ الاجارة : هل تكون منفعة بقية المدة للمشترى أو للبائع ؟ فيه وجهان ، فقد تبين أن السؤال المذكور غير متوجه ، والله أعلم .

(فان قلت :) الحاق بيع الأرض المزروعة بالدار المشحونة بالأمتعة غير متجه لامكان الاشتغال بتسليم الدار عقيب العقد ، ووجوب ذلك ، فالمنفعة مستحقة للمشترى فى تلك المدة بخلاف مدة بقاءالزرع والحاقها بالأمة المزوجة أيضا غير متجه لأن الأمة المزوجة يمكن تسليمها الآن ووضع اليد عليها بخلاف الأرض المزروعة فان التخلية التامة مع وجوب ابقاء الزرع غير حاصلة ، فوجب اما القطع بالبطلان الحاقا بدار المعتدة ، ولا قائل به واما اجراء الخلاف الحاقا بالعين المستأجرة كما قال أبو اسحاق .

(قلت :) شرط الحاق مسألة بأخرى اشتراكهما فى مناط الحكم مع عدم الفارق ولا يكفى الاشتراك فيما ليس مناط الحكم فى الأصل ، ولا شك أن بين المسائل الخمس قدرا مشتركا من جهة عدم حصول ملك المنفعة للمشترى عقيب العقد ، ولما اتفقوا على صحة بيع الأمة المزوجة دل على أن ذلك غير مقتض لابطال البيع ، وأن مأخذ البطلان ليس هو عدم حصول المنفعة للمشترى بل عدم القدرة على تسليم العين لثبوت يد المعتدة والمستأجر الحائلتين بين المشترى وبينها ، وأما الأرض المزروعة والدار المشحونة ، والأمة المزوجة ، فثلاثتها مشتركة فى أنه لا يد حائلة فالمقتضى للبطلان اذا أجرى فيه لعدم اشتراكهما فى مناط الحكم ، والأرض المزروعة لها شبه من كل من الدار المشحونة والأمة المزوجة تشبه الدار المشحونة من جهة أن لكل منهما أمدا ينتظر ، ويفترقان فى الاشتغال بالتسليم عقيب البيع فى الدار دون الأرض وتشبه الأمة المزوجة فى أن كلا منهما يستحق فيه استيفاء ملك المنفعة على المشترى ، ولا يجب ازالتها عقيب العقد ، ويفترقان فى أن الزرع له غاية بخلاف النكاح ، فلذلك حسن قياسها عليها ، وقياسها على الأمة أرجح ، كما فعل المصنف فانه قد يقال : ان منفعة الدار فى مدة التفريغ مستحقة للمشترى ، ولذلك وجب على البائع تفريغها ،

فلم يكن المبيع مسلوب المنفعة بخلاف الأمة المزوجة والأرض المزروعة فان منفعتهما غير مستحقتين للمشترى مدة بقائهما •

ولم أعلم أحدا حكى فى صحة بيع الدار المشحونة بالأمتعة خلافا وذكروا الطريقين فى الأرض المزروعة قال الامام : ولا شك أن القياس يقتضى التسوية بينهما ، اذ لا فرق ، ويمكن أن نقول ما ذكرناه من تخصيص الخلاف بالأرض المزروعة • وحكى الامام فى أن المشترى اذا كان جاهلا بأن الدار مشحونة هل يثبت له الخيار ؟ وجهان ، والمذهب ثبوته أما الأرض المزروعة فيثبت الخيار جزما عند الجهل ، سواء قلنا : ان تسليمها يمكن أم لا لعدم امكان الانتفاع بها فى الحال ؟ الا أن يختار البائع قلع الزرع ويكون غير ضار بالأرض فلا خيار ، كما سيأتى الوجه الذى نقله الامام فى عدم ثبوت الخيار فى الدار المشحونة بالأمتعة ، وأن الغالب فى العادة اشتمال الدار على أمتعة ثم انها تفرغ بعد ذلك ، والله أعلم •

(**التفريع**) بائع الأرض المزروعة اذا خلى بينها وبين المشترى ، فهل يحكم بصيرورتها فى يده ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا ، لأنها مشغولة بملك البائع كالدار المشحونة بالأمتعة (وأصحهما) على ما ذكره الامام والغزالى والرافعى ، نعم لحصول التسليم فى الرقبة وهى المبيعة ، وأما الدار المشحونة فالتسليم فيها متأت فى الحال ، فلا حاجة تدعو الى التخلية قبله ، على أن الامام أورد فيها وجها أن اليد لا تثبت فيها بخلاف الأرض وجعل فى المسألتين ثلاثة أوجه ، وادعى أن ظاهر المذهب ثبوت اليد فيها ، وحكاه غير الامام أيضا •

وحكى الغزالى فى البسيط وجها أن اليد تثبت فى الدار ولا تثبت فى الأرض فيجتمع من نقله ونقل الامام أربعة أوجه ، ووجه الفرق على الوجه المحكى فى البسيط أن التشاغل بالتفريغ ممكن ، فنزل الممكن الذى لا عسر فيه منزلة الموجود ، قال ابن الرفعة : ولعل القائل بأنه لا يحصل التسليم هو أبو اسحاق المروزى ، فلا يصح ابطال مذهبه ، يعنى فى البيع الا باقامة الدليل على صحة القبض ، وهذان الوجهان فى صحة تسليم الأرض المزروعة يؤخذان من لفظ الكتاب ، فانه ذكر

فى تعليل الطريقة الأولى أنها فى يد البائع وفى تعليل الثانية أن المبيع فى يد المشترى وقد يقول الفقيه : هذان التعليلان متصادمان .

(والجواب) أن ذلك يحتمل ، اذا كان فى أحد الكلامين زيادة كما فى هذه الصورة ، فان فى تعليل الطريقة الثانية ما ينبه على دفع الخيال التعليل الأول ، وتبين أن قوله : انها فى يد البائع ليس كذلك ، لأن المبيع هو العين ، والعين فى يد المشترى ، ودخول البائع لأجل السقى والحصاد المتعلقين بالزرع خاصة لا يمنع ثبوت اليد على العين ، والله أعلم .

(**تنبيه**) من قال بصحة تسليمها مزروعة لا شك أنه يقول بصحة البيع ، ومن لم يقل به يحتمل أن يقول بتخريجها على العين المستأجرة كما قال أبو اسحاق ويحتمل أن يجزم بالصحة ويفرق بما تقدم من أن العين المستأجرة عليها يد حائلة ، والأرض المزروعة فى يد بائعها ، لكنه قد يكون الزرع لغير البائع وهو مستحق الابقاء فيساوى يد الاجارة .

(**فرع**) لو انقلع الزرع قبل المدة لحاجة أو جذه البائع قبل وقت حصاده وجب عليه تسليم الأرض ، وليس له استبقاء الأرض ما بقى مدة الزرع ، لأنه انما يستحق من الأرض ما كان صالحا لذلك الزرع ، قاله الماوردى والأصحاب ، ولو كان الزرع مما لو جذ قبل حصاده قوى أصله واستخلف ، وفرخ كالدخن فجذه قبل حصاده كان له استبقاء الأصل الباقى الى أوان الحصاد لأنه من جملة ذلك الزرع ، وليس له استيفاء ما استخلف وفرخ بعد الحصاد ، لأنه غير ذلك الزرع ، وعلى البائع قلعه ، ولا يملكه المشترى كما يملك أصل القت الذى يجذ مرة ، لأن القت أصل ثابت ، والزرع فرع زائل ، واستخلاف بعضه نادر ، قال ذلك الماوردى .

(**فرع**) قال الرافعى : كل زرع لا يدخل فى البيع لا يدخل ، وان قال : بعت الأرض بحقوقها يحكى ذلك عن الشيخ أبى حامد ، قال الرافعى : ورأيته لمنصور التميمى فى المستعمل أيضا (قلت :) وقد رأيت ذلك فى تعليق أبى حامد فى بيع القرية أنه اذا قال : بمزارعها

دخلت المزارع ، وان قال بحقوقها لم تدخل المزارع ، كما ذكره المصنف فيما تقدم (وأما) فى الأرض فلم أقف عليه فيها •

(فـرع) عندنا لا يؤمر البائع بقطع الزرع الذى له فى الحال ، بل له ابقاؤه الى أوان الحصـاد ، خلافا لأبى حنيفة رضى الله عنه ، فعنده منفعة الأرض مستحقة للمشترى ، فلذلك أوجب القطع ، وعندنا هى مستحقة للبائع ، فلذلك لم نوجبه ، وأوجبنا الابقاء ، وعند وقت الحصـاد يؤمر بالقطع والتفريغ ، ويجبر البائع عليه ، وعليه تسوية الأرض ، وعليه قلع العـروق التى يضر بقاؤها بالأرض كعروق الذرة ، نص عليه ، كما اذا كان فى الدار المبيعة أمتعة لا يتسع لها باب الدار ، ينقض وعلى البائع ضمانه ، وهكذا ذكروه وجزموا بوجوب التسوية ، وسيأتى فيه وجه مذكور فى مسـألة الحجارة عن صاحب التتمة ، وقياسه أن يأتى هنا •

(وأما) ضمان النقصـان فى باب الدار فقال القاضى أبو الطيب : فى موضع الحجارة ان أمكن تقويم ما نقص من قيمة ما انهدم لزم البائع ذلك ، وان لم يمكن لزمه تسوية حلقة الباب ، وقال هنا : يحتمل أن يقال : يلزمه بناؤه كما يلزمه تسـوية الأرض • وهو مقتضى كلام المحاملى والقاضى حسين •

(فـرع) لو كان المشترى جاهلا بالزرع بأن كان رأى الأرض قبل ذلك ثم اشتراها وبها زرع • ولم يرها حين العقـد • فله الخيار فى فسخ البيع • لأن الزرع عيب يمنع منفعة الأرض • فان فسخ رجع بالثمن وان أقر فللبائع ترك الزرع فى الأرض الى وقت حصـاده • كما نقوله فى الثمـرة المؤبرة • وسيأتى ذلك ان شاء الله تعالى • فلو رضى البائع بتسليم الزرع للمشترى أو قلعه ويكون قلعه غير مضر بالأرض لم يكن للمشترى خيار نص عليه • وان كان المشترى عالمـا بالزرع فلا خيار له • قاله المـاوردى والأصحاب • واتفقوا عليه • وهذا اذا لم يطـرأ ما يقضى تأخر الزرع عن وقت الحصـاد المعتاد • ولو طرأ ما يوجب ذلك ففيه كلام أذكره قريبا فى فرع وجوب الأجرة •

(فـرع) فى وجوب الأجـرة على البائع فى مدة بقاء الزرع فى الأرض • ان كان المشترى عالمـا فلا أجـرة قطعا • وان كان جاهلا

فوجهان عن رواية صاحب التقريب والذى أورده المعظم أنه لا تجب الأجرة وتقع تلك المدة مستثناة • كما لو باع دارا مشحونة بأقمشة لا يستحق المشترى الأجـرة لمـدة التفريغ وهذا ما جزم به المـاوردى وخلافه (والأظهر) عند الغزالى والجرجانى الوجوب وجعل الامام محل الخوف فيما اذا كان جاهلا • قال الرويانى : انما تجب الأجـرة اذا زرعها بعقـد الاجارة أو بغير حق • وهنا لم يوجـد واحد منهما ، ثم ههنا كلامان (أحدهما) أن هذا الخلاف هل محله اذا اكتفينا بالتخلية وجعلناها قبضا ، أو اذا لم نكتف بها ؟ أو هو على الاطلاق ؟ •

قال ابن الرفعة : ما ذكر من التعليل يقتضى أن ذلك يختص بحالة عدم الاكتفاء قال : والأشبه أن يقال : ان اكتفينـا بها فالخـلاف متوجه • وان لم نكتف بها (فان قلنا :) الأجـرة لا تجب أو اكتفينا بالتخلية فههنا أولى (وان قلنا :) تجب • فههنا وجهان مبنيان على أن البائع اذا انتفع بالمبيـع قبل اقباضه هل تلزمه الأجـرة أم لا ؟ وفيه خلاف (فان قلنا :) لا لم تجب هنا (وان قلنا :) نعم : وجبت ولا ننظر الى أنه ثم متعد ولا تعـدى منه ههنا • لأن باب الضمان لا يختلف • وقال ابن الرفعة : انه لولا تعليل الامام يعنى تعليله وجه عدم ايجاب الأجـرة بقدرة المشترى على الفسـخ • لولا هـذا التعليـل لأمكن أن يقال : الوجهان فى الرجوع بالأجـرة انما هما قبل التخلية أو بعـدها • وقلنا : انها لا تكفى • ويكونان مبنيين على جناية البائع • فان قلنا : كالأجنبى ضمن الأجرة والا فلا •

قال الامام : وللخلاف نظائر فى الحجارة (قلت :) والأشبه أن الخلاف فى وجوب الأجـرة فى مسألتنا هذه كما فى مسألة الحجارة مطلق • فيما اذا اكتفينا بالتخلية ، وفيما اذا لم نكتف بها • ومأخذه أن تفويت المنافع هل هو كالعيب أم لا ؟ بل المنافع مستقلة متميزة عن المبيع ، كما يشـعر به تعليل الامام والغزالى وجه الوجوب فى هذه المسـألة (فان قلنا :) بالثانى ضمنا مطلقا ولا أثر للاجارة فى اسقاطها ولا فرق فى ذلك بين أن نقول يكتفى بالتخلية أو لا ، وهذا يوافق الوجه الذى يقول فى مسألة الحجارة بوجوب الأجـرة قبل القبض وبعـده ، وان جعلنا تفويت المنافع بمنزلة التعييب اكتفت على أن جناية البائع على المبيع كالآفة السـماوية أو كجناية الأجنبى ؟ •

(ان قلنا :) كجناية الأجنبى ضمنها مطلقا قبل التخلية وبعدها ، اكتفينا بالتخلية ، وجعلناها قبضا ، أو اذا لم نكتف بها أو هو على الاطلاق ـ فان كان ذلك قبل التخلية ـ لم تلزمه الأجـرة وان كان بعـد التخلية ـ فان لم نكتف بها فكذلك وهذا قول من لا يوجب الأجـرة فى مسألة الحجـارة مطلقا ، وان اكتفينا بالتخلية والفرض أن الزرع الذى هو عيب حاصل قبل القبض ، فلا تجب الأجـرة أيضا لأنه بالاجارة رضى بذلك ، فان لم يكن له أجـرة كما لو رضى بالعيب لم يكن له أرش ، فقد تلخص أن الخلاف فى وجوب الأجرة جار مطلقا اما قبل التخلية أو بعدها اذا لم يكتف بها • فمأخذ الوجـوب أمران (أحدهما) الحاق البائع بالأجنبى (والثانى) أن المناقع متميزة عن المقصـود فليس تفويتها بمنزلة العيب ، ومأخذ عدم الوجـوب جعلها عيبا والحاق تعييب البائع بالآفة السماوية •

(وأما بعد) التخلية والاكتفاء بها فمأخذ الوجوب أن المنافع متميزة غير معقود عليها كما تقـدم ، أو الحاق البائع بالأجنبى ، ومأخذ الاسقاط جعل تعييب البائع كالآفة السماوية ، فاذا أجاز المشترى سقط حقه من الأرش ، لأنه قد رضى بالعيب كذلك هنا اذا أجاز سقط حقه من الأجرة بقية المدة ، لأن سببه متقدم قبل القبض وقد رضى به •

(فان قلت :) مقتضى ما ذكرت أن يكون الصحيح عدم وجوب الأجـرة ، لأن الاصح عند الأكثرين أن جناية البائع كالآفة السماوية ، وقد جزم الرافعى بأن استعمال البائع المبيع يخرج على جنايته ، ان جعلناها كالآفة السـماوية لم تجب ، والا وجبت ، فيخـرج من ذلك أن الأصح فى مسـألتنا أنه لا تجب الأجـرة لا فى مسألة الزرع ولا فى مسألة الحجـارة ، لكن قد تقدم فى مسـألة الحجارة أن الأصح وجوبها بعد القبض وعدم وجوبها قبله ، وقد تقـدم عن الغزالى والجرجانى أنه الأصح عندهما فى مسألتنا أيضا •

(قلت :) أما الغزالى فان الأصح عنده أن جناية البائع كالأجنبى ، فلا يرد عليه تصحيحه هنا الوجوب ، فان ذلك موافق ، وقد قدمنا عن الأكثرين فى مسألتنا أن الأصح عدم الوجوب ، وكذلك تقـدم عن الشيخ أبى محمد فى مسألة الحجارة •

(وأما) ما تقـــدم عن الأكثرين فى مسألة الحجارة من تصحيح الوجوب بعد القبض دون ما قبله ، فالفرق بينها وبين مســألتنا هذه أنه هنا اذا رضى بالزرع يلزمه ابقاؤه الى أوان الحصـــاد فالرضا بالزرع رضا بالابقاء الذى هو من لوازمه ، وكذلك لا تجب الأجرة .

(وأما) الحجارة فانه اذا رضى بها لا يلزمه ابقاؤها ، بل يجبر البائع على قلعها ، لكن لك أن تقول : ان مدة القلع أيضا قد رضى بها كما أن مدة قلع الزرع عنـــد أوانه داخلة تحت رضاه ، وان كان القلع فى ذلك الوقت واجبا فكان ينبغى أن لا تجب لها أجـــرة الا اذا زاد وأخر البائع ، فحينئذ تجب ، والله أعلم .

(**تنبيه**) ما حكيته فى مأخذ وجوب الأجرة من أن المنافع متميزة عن المعقود عليه كذلك قال الامام والغـــزالى ، وهو يقتضى أن البائع اذا انتفع بالعين المبيعة قبل القبض تجب عليه الأجـــرة من غير تخريج ، على أن جنايته كجناية الأجنبى أولا ، والذى ذكره الرافعى هو طريقة التخريج خاصة ، وما ذكروه ههنا يقتضى طريقة أخرى ، كما أشرت اليه ، وهى ظاهرة فان جناية البائع والكلام فيها محله اذا ورد على المعقود عليه أو على بعضه من جزء أو صفة (أما) المنافع فللتردد فى الحاقها بجزء المبيع أو صفته بحال ظاهر فان ثبت ذلك فيكون فى استعمال البائع المبيع طريقان (أحدهما) وجوب الأجرة (والثانى) تخريجها على جنايته ، والله أعلم .

(**فـــرع**) وهو الكلام الثانى تقـــدم أن الامام جعل محل الخلاف فى وجوب الأجـــرة فى حالة الجهل (أما) فى حالة العلم فلا تجب قطعا ، وكذلك تقـــدم فى الخيار أنه لا يثبت الا فى حالة الجهل (أما) فى حالة العلم فلا ، قال ابن الرفعة : وهو ظاهر اذا لم يطـــرأ أمر يقتضى تأخر الزرع عن وقت حصـــاده المعتاد فان التبقية انما وطن المشترى نفســـه عليها الى ذلك الوقت (أما) اذا تأخر عن الوقت المعتاد فقد يقال : انه يثبت له الخيار ، ويكون اذا أجاز فى استحقاقه الأجرة الخلاف السالف ، وأصل ذلك أنه اذا علم عيبا بالمبيع وأقدم عليه فلا خيار ، فلو زاد ثبت الخيار على المشهور ، ثم قال : واطلاق الشافعى رضى الله عنه يقتضى تركه الى الحصـــاد ، سواء تأخر عن

وقته المعتـــاد أم لم يتأخر ، ومراده بالحصـــاد أول أوقاته لا حقيقة الحصاد .

(فـــرع) ما تقدم من وجوب الابقـــاء الى أوان الحصـــاد محله عند الاطلاق أو اشتراط التبقية اليه فلو شرط البائع قلع الزرع وتفريغ الأرض ، قال ابن الرفعة هنا : ففى وجوب البقاء بهذا الشرط تردد ، حكاه عن الأصحاب فى أواخر كتاب الصلح ، ووجه وجوب الوفاء ظاهر (وأما) وجه عدم الوجوب(١) .

(فـــرع) يشترط فى بيع الأرض المزروعة تقـــدم الرؤية على العقد . فان موضع منابت الزرع غير مرئى حالة العقـــد يدل على ذلك كلام الشافعى والأصحاب منهم المـــاوردى وغيره فانه قيل فى الفرع المتقدم أن يكون رآها قبل ذلك . قال المتولى : اذا أدرك الزرع فعليه الحصـــد والنقل الى مكان آخـــر فان أراد أن يدرس الزرع فى تلك الأرض وينقيه لم يكن له ذلك الا بالرضـــا . وان كان تلحقه بالنقل الى مكان مشقة ، والله أعلم .

(فـــرع) اذا شرط دخول الزرع فى البيع ــ فان كان بقـــلا أو قصيلا ، لم يبلغ أوان الحصـــاد ــ قال المـــاوردى والمحاملى وغيرهما من المتقدمين والمتأخرين : صح البيع فى الأرض والزرع ، ولا يلزم فى الزرع شرط القطع ، لأنه دخل فى العقـــد تبعا للأرض وصار كالثمرة التى لم يبد صلاحها اذا بيعت مع محلها ، وستأتى هذه المســـألة فى الثمار ، وفيها بحث ، وان كان الزرع قد اشـــتد واستحصد فان كان مشاهد الحب كالشعير فالبيع صحيح فى الأرض والزرع ، وان كان غير مشاهد كالحنطة والعدس ففى بيعه مفردا قولان ، فان جوزنا فبيعه مع الأرض أولى ، وان منعنا ففى بيعه تبعا للأرض وجهان (أحدهما) يجوز كأساس البنيان (والثانى) لا ، لأنه مقصـــود ، فاذا بطل ففى بطلانه فى الأرض قول واحد للجهل بالحصة من اختلاف أصحابنا فى تعليل تفريق الصفقة .

(فـــرع) اذا اشترى أرضـــا رآها قبل البيع ، ولم يرها حين

---

(١) بياض بالأصل ويمكن ان يكون السقط هكذا فلا دليل عليه ، والله اعلم . (المطيعى)

البيع ، فوجد فيها زرعا ثبت له الخيار ، نص عليه الشافعي رضي الله عنه وبعض الأصحاب ، وقد تقدم .

(تنبيه) مراد المصنف بالأرض المزروعة بزرع يحصد مرة واحدة ، كالحنطة والشعير ، فهي محل الخلاف في صحة بيعها ، أما المزروعة بزرع يحصد مرة بعد أخرى كالبقول فالعقد صحيح قولا واحدا ، قاله صاحب التتمة ، وهو ظاهر ، لأنها كالشجر فينبغي أن ينبه لذلك لئلا يظن أن ذكر المصنف لها بعد تقدم القسمين مقتض لشمول الخلاف ، والله أعلم .

(فائدة) قوله : حتى يحصد يقال : أحصد الزرع أي بلغ أوان الحصاد ، فقال ابن داود في قول الشافعي : وان كان فيها زرع فهو للبائع حتى يحصد بكسر الصاد . وقال : انه أفصح وأصح في المعنى من فتحها لأنه اذا بلغ أوان الحصاد جذ على حصده ، وما ذكره من كلام الشافعي ظاهر ، وأما قول المصنف هنا : والحكم ببقاء ملك البائع مستمر الى وجود الحصاد ، فيصح أن يقال : ـ بضم الياء وفتح الصاد ـ ويصح ـ بفتح الياء وكسر الصاد ـ أي حين يحصد البائع الزرع . ولا يصح حتى يحصد ـ بضم الياء وكسر الصاد ـ هنا ، أي حتى يبلغ أوان الحصاد لأن يده لا تزول بذلك ، فاليد مستحقة للبائع الى احصاد الزرع ، ويد البائع ثابتة الى الحصاد ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باع أرضا فيها بذر لم يدخل البذر في البيع . لأنه مودع في الأرض فلم يدخل في بيعها كالركاز ، فان باع الأرض مع البذر ففيه وجهان (أحدهما) أنه يصح تبعا للأرض (والثاني) لا يصح وهو المذهب ، لأنه لا يجوز بيعه منفردا فلم يجز بيعه مع الأرض) .

(الشرح) فصل الأصحاب في البذر مثل التفصيل المذكور في النبات ، فقالوا : البذر الذي لا تفاوت لنباته ، ويوجد دفعة واحدة لا يدخل في بيع الأرض . ويبقى الى أوان الحصاد . وللمشتري الخيار ان كان جاهلا به ، فان أجاز أخذ الأرض بجميع الثمن ، لأن النقص الذي في الأرض بترك الزرع الى الحصاد لا يقسط عليه الثمن ،

فان تركه البائع له سقط خياره ، وعليه القبول ، ولو قال : آخـذه وأفرغ الأرض سقط خياره أيضـا ان أمكن ذلك • وفعله فى زمن يسير على وجه لا يفوت عليه الأرض ، وان اشتراها وهو عالم بالبذر فلا خيار له ، وعليه تركه الى أوان الحصـاد والبذر الذى يدوم نباته كنوى النخل والجوز واللوز وبذر الكراث والرطبة ونحـوه من البقول ، حكمه فى الدخول تحت بيع الأرض حكم الأشجار •

هكذا ذكر هذا التفصيل المـاوردى والقاضى أبو الطيب والرويانى والرافعى رحمهم الله وغيرهم • واذا علمت أن البذر الذى يدور حكمه حكم الشجر (فان قلنا :) الشـجر لا يدخل صار حكمه حكم بذر الزرع فى ثبوت الخيار وعدمه بالنسـبة الى حالة الجهل والعـلم (وان قلنا :) انه يدخل على المذهب ــ فان كان عالمـا فلا خيار • وان كان جاهلا فان لم يكن قلعه مضرا بالأرض فلا خيار • وان كان مضرا أو يمضى فيه مدة فان كانت الأرض تملك بعد ذلك بحيث يكون غرسها نقصـا فيها فينبغى أن يثبت للمشترى الخيار ، ولم أر فى ذلك نقلا ، والله أعلم •

هذا اذا باع الأرض وأطلق ، أما اذا باع الأرض مع البذر ــ فان كان من البذر الذى حكمنا بدخوله فى البيع ــ قال صاحب التتمة : كان تأكيدا ، ولك أن تقول : ينبغى أن يكون كما لو قال : بعتك الجارية وحملها ، وان كان من البذر الذى لا يدخل وهو الذى تكلم فيه المصنف ففيه وجهان (أحدهما) يصح تبعا للحمل • وادعى هـذا القائل أن الشافعى رضى الله عنه نص على ذلك فى كتاب التفليس ، فقال : لو باع زرعا مع أرض خـرج أو لم يخـرج (والثانى) وهو الصحيح المشهور من المذهب أن البيع لا يصح فى البذر للجهالة ولأنه مقصـود فى نفسه فلم يجز بيعه مع الأرض كالركاز ، ويخالف الحمـل فانه يتبع الأم فى البيع المطلق • وهؤلاء أولوا نصه فى التفليس على أن المراد خرج السنبل أو لم يخـرج • فعلى هذا اذا بطل البيع فى البذر ففى بطلانه فى الأرض طريقتان :

(**احداهما**) أنه على قولى تفريق الصفقة ، وهو الذى يقتضى ايراد المـاوردى ترجيحها ، وجزم بها القاضى حسين والفارقى تلميذ المصنف وغيرهما ، وهذا انما يكون على قولنا بأنه يختار بجميـع الثمن •

(**والطريقة الثانية**) القطع ببطلان بيع الأرض ، ويقتضى ايراد القاضى أبى الطيب ترجيحها وهى المذهب عند الرويانى ، وهى مقتضى المذهب فى أنه يختـــار بالقسط ، وجعل الرويانى محل الخلاف اذا لم يجهل جنسه وصفته ، فان جهلهما لم يجـــز قولا واحـــدا ، وهذا منه بناء على الطريقة المشـــهورة فى بيع الغائب ، وفيه وجه أنه يجـــرى مع الجهل ، وذلك معروف فى موضـــعه ، فعلة الخلاف هنا مطلقا على أن أبا الفتوح العجلى أفاد أن الوجه القائل بالصحة ههنا ، وان منعنا بيع الغائب فيكون محل الخلاف تفريعا على بيع الغائب (أما) على تجويز بيع الغائب قال : فلا يبعد الحكم بصحة البيع •

(**قلت :**) ولابد فيه من ملاحظة التبعية ، فانه لو باع البذر وحده وهو مستتر فلاشك أنه يمنعه من منع بيع الغائب ، وكذا بعض من أجازه ، وانمـــا قلت ذلك لأنهم لمـــا تكلموا فى بيع الثمار المستترة والحنطة فى سنبلها ونحو ذلك قال الامام : ان المنع فيها مفـــروع على منع بيع الغائب (أما) اذا جوزناه فانه يصـــح ، وحمل الرافعى كلام الوجيز على موافقته ، لكن الغزالى فى الفتاوى فى الســـؤال التاسع والعشرين فى بيع الســـلجم والجزر فى الأرض ، قال : انه ان قضى ببطلان بيع الغائب فلا شك فى البطلان ، وان قضى بصـــحة بيع الغائب اتجه ظاهرا ابطال هذا لأن تسليمه لا يمكن الا بتقليب الأرض ، وهو تغيير لعين المبيع فيضاهى بيع الجلد قبل الســـلخ ليسلم بالسلخ وكذلك صاحب التهذيب وعلل بأن بيع الغائب يمكن رد المبيع بعد الرؤية بصفته ، وههنا لا يمكن •

واذا علمت ذلك علمت أن اطلاق المصنف مراده منه البذر الذى لا نبات لأصله ، وكذلك الشافعى رضى الله عنه فى الأم أطلق كما فعل المصنف ومراده ذلك ، فان كان البذر مما يصرم فصرمه البائع كان للمشترى أصله ولم يكن للبائع قلعه ولا قطعـــه ، وان عجل البائع فقلعه قبل بلوغ مثله لم يكن له أن يزرعه ليستخلفه ، نص عليه الشافعى رحمه الله وقد تقدم فى أول الباب بحث فى الغراس الذى يشتد ، وهو يعـــود ههنا فى البذر الذى وضع لذلك ، ولم يقصـــد به الدوام فى محله ، والله أعلم • ولو باع البذر وحـــده جزم صاحب التتمة بالبطلان •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا باع أصلا وعليه ثمرة للبائع لم يكلف قطع الثمرة الى أوان الجذاذ فان كان مما يقطع بسرا كالبسر(١) الجيسوانى والقرشى لم يكلف قطعه الى أن يصير بسرا ، وان كان مما لا يقطع الا رطبا لم يكلف قطعه الى أن يصير رطبا ، لأن نقل المبيع على حسب العادة ، ولهذا اذا اشترى بالليل متاعا لم يكلف نقله حتى يصبح ، وان اشتراه فى المطر لم يكلف نقله حتى يسكن المطر ، والعادة فى قطع الثمار ما ذكرناه فلا يكلف القطع قبله) .

(الشرح) الأصل المراد به الشجرة والجذاذ — بكسر الجيم وفتحها — حكاهما ابن قتيبة . وأوان الجذاذ — بكسر الجيم — زمان صرم النخيل اذا يبس ثمرها ، والجذاذ القطع يقال الجذاذ والصرام فى النخل ، والقطاف فى الكرم ، واللقاط فيما يتناثر كالخوخ والكمثرى وغيره ، فيلتقط والجيسوان — بكسر الجيم وياء تحتها نقطتان وآخره نون — من غير اضافة ، قال ابن باطيش وابن التودى : جنس من البسر أسود اللون ، والقرش — بضم القاف وفتح الراء وشين معجمة — قال ابن باطيش : هو الأحمر ، قال صاحب البيان : لا يقطع الا بسرا .

(أما الأحكام) فقال الشافعى والأصحاب : اذا اشترى نخلا وعليه ثمرة للبائع أو كرسفا وعليه قطن للبائع أو شجرا وعليه ثمرة أو وردا أو رد للبائع أرضا وفيها زرع للبائع ، لم يجبر على قطع الثمرة ، والورد والزرع الى أوان الجذاذ والحصاد الى الوقت الذى جرت العادة تبقيتها ، فان كان غيبا فعليه تبقيته الى أن يسود وتدور الحلاوة فيه ، ويقطع فى العادة (فأما) اذا عقد وحصل فيه قليل حلاوة فليس له مطالبة البائع بقطعه فى تلك الحال وان كان رطبا فعليه تبقيته الى أن يرطب ويتكامل نضجه ثم يقطع .

وان كان بسرا فما جرت العادة بقطعه بسرا طولب بقطعه بسرا بعد نضجه واستكماله ، ثم بعد ذلك ليس له أن يتركه على الشجر والنخل حتى يتكامل ويستحكم ، لكون ذلك أصلح له فيأخذه شيئا فشيئا ،

---

(١) فى نسخة المهذب المطبوعة بالحاء المهملة (ط) .

كما اذا باع دارا فيها متـاع هى حرز له ، لم يجب على المشترى تركه ، ولا يجب على المشترى السـقى لأجل ثمرة البائع ، وانما عليه تركها والبائع يسـقى • وحكم جميع الثمار فى ذلك حكم ثمرة النخيل ، لا خلاف فى ذلك ، قال نصر المقدسى رحمه الله فى الكافى • وكذلك الورد يعنى يترك الى أوان أخـذه ، ووافقنا على أنه لا يجب على البائع القطع ، ويجوز له التبقية الى أوان الجذاذ مالك وأحمـد ، وقال أبو حنيفة : يجبر عليه عند مطالبة المشترى بذلك فى الحال • دليلنـا ما ذكره المصنف •

وهكذا لو زرع المشترى الأرض فاستحقها الشفيع لم يجبر المشترى على قطع الزرع ونقله حتى يبلغ أوان الحصاد ، لأنه وقت العادة فى نقله (فان قيل :) ينتقض بمن جذ ثمـرة وتركها فى الأرض تشمسها ثم باع الأرض ، فانه يلزمه نقلها قبل جفافها وان كانت العادة نقلها بعـد جفافها (قلنا) لا عادة لذلك فى أرض بعينها بل يمكن تجفيفها فى غيرها كما نقول فى الزرع : لا يجب نقله وهو فى الأرض ، ولو حصده وتركه فى الأرض ثم باعها وجب نقله ، وقول المصنف : لأن نقل المبيع على حسب العادة ، جواب عن قول الحنفية : ان من باع شيئا كان عليه تسليمه ورفع يده عنه ، وان ابقـاء الثمرة بعد البيع انتفاع بالنخل ، وأجاب الأصحاب بما ذكره المصنف من أن ذلك انمـا يجب على العـادة ولهذا اذا اشترى دارا مملوءة طعاما انما يلزم البائع نقـله على العادة ، ولا يلزمه أن يجمع الآن كل حمال فى البلد ، وينقل الطعام عنهـا ، وأجابوا عن كون ذلك انتفاعا بالنخل وانه يشبه استثناء المنفعة بأن استثناء المنفعة انما يبطل اذا وقع بالشرط ، أما ما وقع بنفس العقد عرفا فلا ، بدليل الأمة المزوجة •

(فـرع) قال المـاوردى : انه انما يستحق الابقاء اذا بقيت الثمرة للبائع بالتأبير ، أما اذا صارت له بالشرط والاستثناء قبل التأبير فعلى البائع قطعهـا فى الحال ، لأن الاستثناء انما يصـح على شرط القطع ، وهذا الذى قاله المـاوردى انما يستقيم اذا شرطنا القطع فى الاستثناء ، وقد تقدم أن الأصـح خلافه ، وأيد بعضـهم ما قاله المـاوردى : ان استثناء المنفعة بالشرط مبطـل بخلافه بالشرع ، وهذا التأييد ضعيف ، لأن الشرط هنا انما اقتضى بقاء الثمرة للبائع فصـار

كما لو باع أرضا واستثنى البناء الذى فيها كان له ابقاؤه بالشرع ، ولا نقول : ان هذا استثناء للمنفعة ، والله أعلم .

(فــرع) قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله تعالى : فاذا حصــد الزرع فان بقى له أصول لا تضر بالأرض ، كأصول الحنطة والشعير ، لم يلزمه نقــلها ، لأن لا ضرر على المشترى فى تركهــا وان كانت تضر بالأرض كعروق الذرة والقطن لزمه نقلها من الأرض ونقل الرويانى عن بعض الأصحاب الوجوب مطلقا ، والصحيح الأول فاذا نقلها فان حصــل فى الأرض بنقلها حفــر لزمه تسويتها ، كما لو كان فى الأرض حجارة مدفونة فنقلها ويخالف من غصب فصيلا وأدخــله دارا ثم كبر الفصيل فان تســوية الباب لا تجب على صاحب الفصيل لأن الغاصب متعــد والمشترى ليس بمتعــد . وهكذا لو كان فى الدار المبيعة حب لا يمكن اخــراجه الا بأن يوسع الباب بنقض شىء من الحائط . فان له ذلك ويضمن قيمة ما نقض .

قال القاضى أبو الطيب : ويحتمل أن يقال : يلزمه بناؤه كما يلزمه تســوية الأرض ههنا . وقد صرح المحاملى فى المجمــوع بأنه يجب عليه بناء ذلك . ورده الى حالته فيما اذا باع دارا وفيها قماش لا يخــرج الا بنقض الباب وهو الموافق لطريقة العراقيين فانهم يختارون وجوب اعادة الجــدار . قال المحاملى هنا : كل من حصــل ملكه فى ملك غيره واحتيج فى تخليصه الى مؤنة فان كان حصل ذلك بغير تفريط من صاحب الملك فالمؤنة على من يتخلص ملكه . مثل مســألة الحب والخابية والصندوق فى الدار . وان كان بتفريط من صاحب الملك . مثل أن يغصب رجل رجلا على حب . فلم يخرج من الباب . أو على عجل صغير فكبر فلم يتمكن من اخراجه الا بهدم الباب فان الباب يهدم ولا يلزم صاحب المتاع بناؤه ومن فــروع هذه القاعدة : اذا هربت دابته فدخلت دار رجل ولا يمكن اخراجها الا بنقض شىء من الدار . يغرم النقض صاحب الدابة قال الرويانى : واذا وقع دينار فى محبرة ولا يخــرج الا بكسرها كسرت ويجب ضمانها على صاحب الدينار نقله الرويانى عن بعض الأصحاب .

(فــرع) لو أصابت الثمــار آفة . وصارت بحيث لا تنمــو . فهل للبائع تبقيتها ولا فائدة له فى تبقيتها ؟ أم للمشــترى اجباره على

قطعها ؟ قال الامام : ذكر صاحب التقريب قولين ولم يصحح الرافعى والنووى شيئا منهما • وقال ابن الرفعة : ان الذى يقع فى النفس صحته قول الاجبار • لأنه انكشف الحال عما لو قارن العقد لم يستحق التبقية لأجله • فانه لو باع الشجر بعد حصول الآفة بالثمار لم يستحق التبقية • قال : لكن نصه فى الأم على خلافه • ولو انقطع الماء فلا شىء على المشترى فيما أصيب به البائع • وكذلك ان أصابته جائحة • نص عليه الشافعى رضى الله عنه • نقله عنه أحمد بن بشرى •

(فرع) لا يمنع البائع من الدخول فى الحائط للسقى ، فان لم يأمنه المشترى ينصب الحاكم أمينا يسقيها ، والمؤنة على البائع قاله الخوارزمى ، وكلام الخوارزمى يدل على أن الشجرة لا تصير مسلمة حتى تفرغ من الثمرة ، قال : ولهذا لو باع سفينة فى البحر مملوءة بالأثقال لا يجرى تفريغها حتى تبلغ الشط ، ومراده بهذا أن التسليم يكون على العادة •

(فرع) ولا يستحق المشترى على البائع أجرة الأرض فى مدة اقامة الزرع فى الأرض لأنه ملك الأرض مسلوبة المنفعة فى تلك المدة فلا يستحق لها أجرة •

(فرع) لو باع النخلة وعليها ثمرة مؤبرة بشرط القطع ، كلام الرافعى يصرح بالجواز وأنه يجب الوفاء بالشرط ، لكن الامام حكى فى باب الصلح فيما اذا باع أرضا مزروعة بشرط قطع الزرع ترددا فى وجوب الوفاء به ويجب بمقتضى ذلك طرد التردد المذكور فى الثمرة المؤبرة ، ولو قيل : انه لا يصح البيع بشرط قطعها لأن فيه تنقيص ماليتها لم يبعد •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان أصاب النخل عطش ، وخاف أن تشرب الثمرة الماء من أصل النخل فيهلك ففيه قولان (أحدهما) لا يكلف البائع قطع الثمرة ، لأن المشترى دخل فى العقد على أن يترك الثمار الى الجذاذ فلزمه تركه (والثانى) أنه يكلف قطعه ، لأن المشترى انما

رضى بذلك اذا لم يضر به ، فاذا أضر به لم يلزمه تركه ، فان احتاج أحدهما الى سقى ماله ولم يكن على الآخر ضرر جاز له أن يسقيه ، لأنه اصلاح لماله من غير اضرار بأحد فجاز ، وان كان على الآخر ضرر فى السقى وتشاحا ففيه وجهان • قال أبو اسحاق : يفسخ العقد لأنه ليس أحدهما باولى من الآخر فى الاضرار فوجب أن يفسخ • وقال أبو على ابن أبى هريرة : يجبر الممتنع منهما لأنه حين دخل فى العقد رضى بدخول الضرر عليه ، لأنه يعلم انه لابد من السقى ويجب أجرة السقى على من يسقى لأن منفعته تحصل له) •

(**الشرح**) تقدم أن الثمرة اذا بقيت للبائع لا يكلف قطعها الى أوان الجذاذ ، ومن ضرورة ذلك أن يمكن من سقيها ، فيلزم المشترى تمكينه ، وقد لا يسقى البائع فيحصل للمشترى الضرر ، وقد يحصل الضرر من السقى أيضا ، وذكر المصنف تفصيل ذلك فى هذا الفصل فى مسألتين (المسألة الأولى) اذا عطشت النخل وكان قد باعها وهى مؤبرة وأبقينا الثمار للبائع فعطشت النخيل وانقطع الماء ، ولم يتمكن من سقيها ، وكان تركها على الأصول يضر بالأصول ولا يضر بالثمرة ، فان كان الضرر يسيرا أجبر المشترى عليه ، هكذا قاله القاضى أبو الطيب وغيره ، ونص عليه الشافعى رضى الله عنه فى الأم ، وان كان كثيرا بأن كان يخاف على الأصول الجفاف أو نقصان حملها فى المستقبل نقصانا كثيرا ، وعلى ذلك يجب حمل كلام المصنف ، ففيه قولان منصوصان فى الأم فى هذا الموضع ، وحكاهما الأصحاب كما حكاهما المصنف نقلا وتعليلا ، وعبارة الشافعى فى الأم ففيها قولان ثم ذكر قول الاجبار ، ولم أره ذكر القول الآخر ، فتأملت كلامه الى آخره تأملا كثيرا • فلم أفهم الثانى منه • فلعله تركه اما لوضوحه أو لضعفه •

(والأصح من القولين) الثانى القائل بالاجبار • وممن صححه الرويانى وابن أبى عصرون والنووى ، ورجحه الرويانى بأن ضرر الأصول أكثر وجزم به الفورانى • ونقل الرافعى تصحيحه عن الكرخى ، وصححه فى المحرر ، وقد ذكر الماوردى مسألة السقى وقسمها تقسيما حسنا ، وهى أن السقى اما أن يكون ممكنا أو متعذرا •

فان كان متعـذرا فاما لاعواز المـاء أو لفسـاد آلته • فان كان لاعواز المـاء سقط حكم السقى ، ثم نزل الثمرة على أربعة أضرب (الأول) أن يكون يضر بالثمرة والنخل جميعا • فقطع الثمرة واجب • ولصاحب النخل اجباره • لأن تركها مضرة للنخـل بلا منفعة له (والثانى) أن لا يضر واحدا منهما فله ترك الثمرة الى أوان الجذاذ (الثالث) أن يضر بالثمرة دون النخـل المثمرة فالخيار (الرابع) أن يضر بالنخل دون الثمرة فقولان • وهذا الضرب هو الذى ذكره المصنف •

وان كان تعذر السقى لفسـاد الآلة أو المجارى أو طم الآبار فأيهما لحقه بتأخير السقى ضرر كان له اصلاح ما يوصله الى المـاء • فان كان ذلك مضرا بالنخل وجب على مشترى النخل أن يزيل الضرر عن نخله ، ولا يجبر رب الثمرة على قطع ثمرته ، وان كان مضرا بالثمرة لزمه ذلك ، أو يقطعها ، وان كان مضرا بهمـا جميعا لزم صاحب الثمرة الا أن يبادر الى قطع ثمرته فيسقط عنه (وأما) ان كان السقى ممكنا فله أربعة أضرب (أحدها) أن يكون نافعا لهما (والثانى) أن يكون ضارا لهما (والثالث والرابع) أن يكون ضارا لأحدهما دون الآخـر ، وسنذكر ذلك مفصلا •

(المسألة الثانية) اذا احتاج أحدهما الى سقى ما له ، ولم يكن على الآخـر ضرر ، جاز له أن يسقيه ، لمـا ذكره المصنف وفيهـا صورتان (احداهما) أن يكون المحتاج البائع (والثانية) أن يكون المحتاج المشترى ، وقول المصنف : ولم يكن على الآخـر ضرر يشمل ما اذا كان له نفـع ، وما اذا لم يكن ، والشيخ أبو حامد والمـاوردى ذكرا ما اذا كان لكل منهما نفع ، فقال الشـيخ أبو حامد : لا يجبر الممتنع من السقى على السقى ، وللآخر أن يسقى ، والأجـرة عليه ، وقال المـاوردى : للبائع أن يسقى وعلى المشترى أن يمكنه ، ومؤنة السقى على البائع ، لمـا فيه من صلاح ثمرته ، وان كان لنخـل المشترى فيه صلاح ، الا أن الأغلب من حال السقى صلاح الثمـرة والنخل تبع ، فلو امتنع البائع من السقى لم يجبر ، وقيل للمشترى : ان أردت سقى نخلك فاسقه ولا نجبرك عليه •

وما قاله الماوردى موافق فى المعنى لما قاله الشيخ أبو حامد والمصنف:

وعبارة المصنف أشمل كما تقدم التنبيه عليه • والحكم واحد لا يختلف وانما يختلف التصوير • فيجيء صور هذه المسألة باطلاق المصنف ثلاثا : أن ينتفع البائع ولا يتضرر المشترى ولا ينتفع أو ينتفع المشترى ولا يتضرر البائع ولا ينتفع • أو ينتفعا جميعا • وكلام هؤلاء الأئمة يقتضى أن البائع لا يجبر على السقى ، ومن جملة الأقسام التى أطلقوها • أما اذا كان السقى نافعا لهما وكان تركه ضارا بالمشترى لامتصاص الثمار رطوبة الأشجار وقد جزم الامام فى هذه الصورة فى حال امكان السقى بأن البائع يجبر من جهة المشترى على أحد الأمرين : اما أن يسقى واما أن يقطع الثمار اذا كان يضر بقاؤها • وجعل محل القولين اللذين حكاهما المصنف أولا فيما اذا كان السقى متعذرا ووجه القول الأول القائل بأنه لا يكلف قطع الثمرة بأنها تنتفع بالتبقية وانما على البائع أن لا يترك مجهودا يقدر عليه • فان انقطع الماء فلا تقصير منه • وحق التبقية قائم له • وهذا الذى قاله الامام حسن يجب تنزيل كلامهم عليه • وقال الامام : ان القولين يشيران الى أن المراعى جانب البائع أو جانب المشترى ؟ قال : ولم يقع التعرض لاستواء الحقين • يعنى كما يقوله أبو اسحاق فيما اذا لم يكن على الآخر ضرر كما سيأتى • قال : ولابد من هذا الوجه • ثم موجب استواء الحقين الفسخ ، والله أعلم •

وقول المصنف : جاز له أن يسقيه ، وليس للآخر أن يمنعه ، فان منعه أجبر على تمكينه • وهذا مراد الرويانى بقوله اذا كان السقى ينفعهما فأيهما طلب أجبر الآخر عليه • لأنه لا فائدة من الانتفاع فيما ينفعه ولا يضره أى أجبر على التمكين منه • لا على أن يسقى ، والله أعلم •

(المسألة الثالثة) اذا احتاج أحدهما الى السقى وكان على الآخر ضرر • وفيها صورتان (أحدهما) أن يكون السقى يضر بالنخل وينفع الثمرة ، فأراد البائع السقى فوجهان • قال أبو اسحاق يقال للمشترى : اسمح للبائع بالسقى • فان سمح فذاك ، والا قلنا للبائع : اسمح بترك السقى • فان سمح فذاك وان أبى فسخنا العقد بينهما ، وقال ابن أبى هريرة : يجبر المشترى على ذلك وللبائع أن يسقى ، والأجرة على البائع • وحكى الامام وجها ثالثا بمراعاة جانب المشترى لأن البائع ألزم تسليم الشجرة على كمالها • قال :

وحقيقـــة الأوجه تؤول الى أن من أصـــحابنا من يرعى جانب المشترى ، ومنهم من يرعى جانب البائع • وأبو اسحاق لا يقدم أحد الحقين على الآخر •

(الصورة الثانية) أن يكون الســـقى يضر بالثمرة وينفع الشجرة • فأراد المشترى السقى • قال أبو اســـحاق : يقال للبائع ، اسمح فى أن يسقى المشترى • فان سمح فذاك ، والا قلت للمشترى : اســـمح فى ترك البائع فان سمح فذاك وان أبى فسخنا البيـــع بينهما وقال ابن أبى هريرة : أجبر البائع على ذلك وأوجب الأجـــرة على المشترى ، لأنه على أن لا يضر بغيره وفيه الوجه الثالث الذى حكاه الامام ويكون بينا لمراعاة جانب البائع ، وفى كل من الصورتين لو اتفقا على السقى أو تركه جاز ، قاله صاحب البيان وغيره ، وقد يخص المصنف هاتين الصورتين فيما ذكره وتبين بهـــذا التفصيل أن قوله : وتجب الأجرة على من يســـقى من كلام ابن أبى هريرة ، وأما مراده بمن يســـقى البائع فى الصورة الأولى والمشترى فى الصورة الثانية •

ويجوز أن يكون قوله : وتجب أجـــرة السقى على من يســـقى كلاما مبتدأ غير مختص بابن أبى هريرة ، يعنى حيث أوجبنا السقى فهو على من ينتفع به ، لا كمن باع ثمرة بعد بدو الصـــلاح ، فانه يسقى ، والمنفعـــة للمشترى ، ويشـــمل ذلك ما اذا سقى البائع أو المشترى أو هما جميعـــا فتجب الأجـــرة عليهما ، كما صرح به الرويانى وهو الظاهر ، والذى يســـقى فى الصورتين هو المطالب الذى أجبرنا الممتنع لأجله ، ومعنى الاجبار اجباره على تمكين الآخـــر من الســـقى ، وقول المصنف : لأن منفعة السقى تحصل له تعليل ظاهر فى الطرفين ، وقد فهم ابن الرفعة من كلام المـــاوردى فى هذه الصورة الثانية ، وقوله : ان لصاحب الثمرة منعه ، فاذا منعه كان لصاحب النخل فسخ البيع ففهم ابن الرفعة من ذلك قولا آخـــر • قال : وبذلك يكمل أربعة أوجه •

(ثالثها) ان تراضيا على أحد الأمرين فذاك ، والا فسخه الحاكم •

(ورابعها) الأمر كذلك الا أن المتولى للفســـخ البائع ان أراد ، وقد بقى من هـــذه المســـائل مسألة ذكرها الشيخ أبو حامد والمـــاوردى وغيرهما ، وتركها المصنف لوضوحها ، ولا خلاف فيها ، وهى اذا كان

السقى يضر بالثمرة والنخل جميعا كان لكل منهما منع الآخر لأنه يدخل الضرر على صاحبه بغير منفعة تعود اليه فهو سفه وتضييع ، قاله الرويانى ، وهذا انما يتصور فى غير النخل •

(أما) النخل فينفعه السقى أبدا ، فلو قال صاحب الثمرة : أريد أن آخذ الماء الذى كنت أستحقه لسقى ثمرتى فأسقى به غيرها من الثمار أو الزروع لم يكن له ذلك ، وهكذا لو أخذ ثمرته قبل وقت جذاذها لم يكن له أن يأخذ الماء الذى كان يستحقه الى وقت الجذاذ ، لأنه انما يستحق من الماء ما فيه صلاح تلك الثمرة دون غيرها ، فقد كملت المسائل التى فى أحوال السقى ستا شمل كلام المصنف خمسا ، وترك واحدة ، ومسائل ترك السقى سبعا ذكر المصنف منها فى آخر كلامه واحدة وترك ستا ، وكلها مندرجة فى كلام الماوردى ، والله أعلم •

(**فائدة**) قال الشيخ أبو حامد وغيره : قالوا : هلا قلتم فى هذه المسائل السقى على المشترى صاحب الشجرة كمن باع ثمرة منفردة عن الأصل بعد بدو صلاحها وعطشت ، حيث تجب أجرة السقى على صاحب الأصل ، وفرق هو وغيره من الأصحاب بأنه فى مسألة البيع بعد بدو الصلاح يجب عليه تسليم الثمرة كاملة ، وذلك انما يكون بالسقى وههنا الواجب على البائع تسليم النخل ، وقد سلمها ولم يملك الثمرة من جهة المشترى ، فكان بخلافه ، قال ابن الرفعة : وحيث نقول باجبار المشترى فلا خيار له ، أى فى حال انتفاع الثمرة بالسقى •

(**فرع**) حيث جعلنا للبائع السقى ، قال الشافعى والأصحاب : وانما له أن يسقى القدر الذى فيه صلاحه ، وليس له أن يسقى أكثر من المعهود بحيث يتضرر به صاحب النخل ، فانه كما يحصل الضرر بالعطش المفرط يحصل بالرى المفرط ، فان اختلفا فى ذلك فقال المشترى : فى كل عشرة أيام سقية ، وقال البائع : فى كل خمسة أيام سقية ، فالمرجع فى ذلك الى أهل الخبرة فما احتاج اليه أجبر الآخر عليه ، ولو قال أهل الخبرة : ان الثمرة لا تفسد بترك السقى ، بل تسلم الثمرة من غير سقى غير أنها لو سقيت لظهرت زيادة عظيمة ،

والشجر يتضرر بها ، قال الامام : فهذا فيه احتمال عندى ، يجوز أن يقال : يمنع البائع ، فان الزيادات لا تنضبط ، فالمرعى الاقتصاد • ويجوز أن يقال : أن يسقى لمكان الزيادة على مذهب من يراعى جانبه • وهذا بين أن محل الخلاف المتقدم عن أبى اسحاق وابن أبى هريرة اذا كان السقى يضر أحدهما فعله ويضر الآخر تركه وفى هذه المسألة لم يتعارض ضرران ، وانما ضرر وزيادة نفع ، والذى ينبغى ترجيح اجتناب الضرر ومنع البائع من السقى ، والله أعلم •

وأطلق الرافعى احتمال الامام متى كان السقى يضر بواحد ، وتركه يمنع حصول زيادة للآخر ، وذلك يشمل الصورة المذكورة وعكسها فى كل منهما ، هل يلحق ذلك بتقابل الضرر ؟ فيه احتمالان ، ولم أرهما فى النهاية الا فى الحالة الواحدة ، وجعل الغزالى الاحتمالين المذكورين وجهين ، والمراد أنه على أحد الاحتمالين يأتى الخلاف السابق بين أبى اسحاق وابن أبى هريرة ، وعلى الاحتمال الآخر يتعين السقى ، والله أعلم •

(فرع) القولان اللذان أطلقهما المصنف ، هل محلهما فيما اذا كان السقى متعذرا أو مطلقا ؟ كلام الغزالى والامام يقتضى الأول وجزم فى حالة الامكان بوجوب السقى أو القطع على البائع ، وكلام الشافعى يقتضى الثانى ، لكنه فى حالة انقطاع الماء المعد لذلك وامكان غيره ، ورأى ابن الرفعة كذلك تنزيل القولين على حالة امكان السقى من غير الماء المعتاد ، وتنزيل الجزم بوجوب أحد الأمرين على ما اذا كان السقى ممكنا بالماء المعد لذلك • واستنبطه من كلام الشافعى ، وقوله : أخذ صاحبه بقطعه الا أن يسقيه متطوعا ، أخذ من ذلك أن الواجب عند امكان السقى القطع عينا ، وله أن يسقطه بالسقى الا أن الواجب أحد الأمرين ، كما يقول ذلك فى المولى ، فان لم يمكن السقى بحالة من الأحوال تعين وجوب القطع ، لأنه لا مسقط له ، ولا جرم كان هو الأصح عند الكرخى وغيره • وقال النووى : ان هذين القولين فيما اذا كان للبائع نفع فى ترك الثمرة ، فان لم يكن وجب القطع قولا واحدا ، كذا قاله الامام وصاحب التهذيب •

(فــرع) ظاهر كلام الأصحاب أنه يجب السـقى بالمـاء الذى جرت العادة ان يسـقى منه تلك الأشجار ، ولو كان ملك المشترى بأن كان من بئر دخلت فى العقـد ، وقلنا بأنه يملك ماءها كما هو المذهب ، ولمـا كان استحقاق البائع لذلك من جهة الشرع اغتفر ، بخلاف ما لو شرط لنفسـه انتفاعا بملك المشترى حيث يفسـد العقـد ، قال ابن الرفعة : لكن هذا يقتضى عدم استحقاق السـقى اذا كانت الثمرة غير مؤبرة وشرطها البائع لنفسه فليتأمل .

(قلت :) لا يقتضى ذلك فان شرطه الثمـرة غير المؤبرة لنفسـه يصيرها بمنزلة الثمـرة المؤبرة ، وحينئذ يكون وجوب السقى بالشرع وجوب الابقاء ، وليس ذلك ، كما اذا شرط الانتفـاع بملك المشترى ومن كون السـقى واجبا من المـاء المعتاد وان كان ملك المشترى يستفاد معنى قول المصنف تجب أجـرة السقى على من يسقى ، ولم يقل : تجب مؤنة السقى ، لأن المـاء من جملة المؤنة ، وهو على المشترى وفى الصورة المذكورة وانما يجب على من يسقى بها الأجـرة فى نقله ، وما أشبهه ، نعم تجب عليه أيضـا الآلات التى يستقى بها المشترى انما يلزم التمكين من المـاء خاصة ، والله أعلم .

(فــرع) أما الأرجح من هذه الأوجه صحح الرافعى قول الفسخ كما هو قول أبى اسحاق . وصحح الغزالى فى الوسيط مراعاة جانب المشترى والذى يقتضيه اطلاق نص الشـافعى يشـهد لمـا قاله ابن أبى هريرة فانه قال : واذا كان لا يصلحها الا السقى فعلى المشترى تخلية البائع . وما يكفى من السـقى فهذا فى هذه الصـورة موافق لابن أبى هريرة فى اجبار المشترى ، فيحتمل أن يكون فى عكسـها يجبر البائع كما يقوله ابن أبى هريرة وهو الأقرب . ويحتمل أن يكون يقول بمراعاة جانب البائع مطلقا . وقال ابن الرفعة : ان ظاهر النص على ما صححه فى الوجيز .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(لا يجوز بيع الثمار والزرع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع . لمـا روى ابن عمـر رضى الله عنـه أن النبى صـلى الله عليـه وسلم

« نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها » وروى ابن عمر رضى الله عنه أيضا أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع ثمرة النخل حتى تزهى والسنبل والزرع حتى يبيض ويأمن العاهة » ولأن المبيع انما ينقل على حسب العادة . ولهذا لو اشترى بالليل متاعا لم يكلف نقله حتى يصبح . والعادة فى الثمار تركها الى أوان الجذاذ ، فان باعها قبل بدو الصلاح لم يأمن أن يصيبها عاهة فتتلف ، وذلك غرر من غير حاجة ، فلم يجز ، وان باعها بشرط القطع جاز ، لأنه يأخذ قبل أن يتلف فيأمن من الغرر ، وان باع الثمرة مع الأصل والزرع مع الأرض قبل بدو الصلاح جاز ، لأن حكم الغرر يسقط مع الأصل ، كالغرر فى الحمل يسقط حكمه اذا بيع مع الأصل وان باع الثمرة ممن يملك الأصل أو الزرع ممن يملك الأرض ففيه وجهان (أحدهما) يصح ، لأنه يحصل لمالك الأصل ، فجاز كما لو باعها مع الشجرة والأرض (والثانى) لا يصح ، لأنه أفرده بالبيع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع ، فأشبه اذا باعها من غير مالك الأصل) .

(الشرح) حديث ابن عمر رضى الله عنهما الأول رواه بلفظه المذكور البخارى ومسلم ، ولفظ مسلم : الثمرة ، وفى الصحيحين أيضا من رواية ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تتبايعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها » زاد مسلم : « وتذهب عنه الآفة » (وأما) حديث ابن عمر الثانى فرواه مسلم ، ولفظه : « عن بيع النخل حتى يزهو ، وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ، نهى البائع والمشترى » وفى رواية الشافعى فى حديث ابن عمر قال الراوى : « فقلت لعبد الله : متى ذلك ؟ قال : طلوع الثريا » وقد وردت أحاديث فى الصحيحين وفى غيرهما فى المنع من بيع الثمار قبل بدو الصلاح (منها) حديث ابن عمر المذكور (ومنها) عن أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع الثمرة حتى تزهو » ، قال الراوى : « فقلنا لأنس : ما زهوها ؟ قال : تحمر وتصفر ، قال : « أرأيت اذا منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه ؟ » رواه البخارى ومسلم .

وقد كثر الزهو فى الحديث يقال : زها النخل يزهو ، قال الخطابى :

هكذا روى فى الحديث يزهو ، والصـــواب فى العربية يزهى وقال غيره : ليس هـــذا القول منه عند كل أحـــد ، فان اللغتين قد جاءا عند بعضهم ، ومنهم من قال : زها النخـــل اذا طال واكتهل ، وهـــذا القول مخالف لمـــا جاء فى الحديث من تفسير أنس العارف بالعربية ، ولمعنى الحديث ، وقد ورد فى بعض روايات الشافعى لهذا الحديث : « قيل : يا رسول الله .. وما تزهى ، قال : حتى تحمر » والزهو ــ بفتح الزاى ــ وذكر ابن معين أن أهل الحجاز يضمـــون الزاى وهو غريب ، وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تبايعوا الثمـــرة حتى يبدو صلاحها ، ولا تتبايعـــوا الثمر بالثمر » رواه مســـلم ، وقوله : يبدو أى يظهر ، يقال : بدا يبدو مثل دعا يدعو ، فأما بدأ يبدأ ــ بالهمز ــ فمن الابتـــداء وعن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهى أن تباع الثمـــرة حتى يشـــقح ، قيل : وما يشـــقح ؟ قال : تحمار وتصفار ويؤكل منها » رواه البخارى ومسلم رحمهما الله تعالى ، وقوله يشقح ــ بضم الياء المثناة من تحت واسكان الشين المعجمة وبعد القاف حاء مهملة ــ ويروى ــ بفتح الشين وتشديد القاف ــ يقال : أشقح وشقح ، وروى يشقه بابدال الحاء هاء ، وقد فسره فى الحديث قال : والاشقاه أن يحمر أو يصفر ، وفى رواية النسائى فى هذا الحديث : حتى يطعـــم ، وفى رواية لمســـلم : حتى يطيب ، وعن ابن عباس قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وســـلم عن بيـــع النخل حتى يأكل منه أو يؤكل . وحتى يوزن ، قال : فقلت : ما يوزن ؟ فقال رجل عنده : حتى يحرز » رواه البخارى ومسلم .

وعن أنس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيـــع العنب حتى يســـود ، وعن بيع الحب حتى يشـــتد » رواه أبو داود والترمذى . والحب الطعام ، واشتداده قوته وصلابته .

فهذه أحاديث من رواية خمسة من الصحابة تمنـــع من بيـــع الثمار قبل بدو الصلاح ، وعن عمرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مرسلا أنه « نهى عن بيع الثمـــار حتى تنجو من العاهة » رواه مالك فى الموطأ ، وألفاظ هذه الأحاديث مختـــلفة ، ومعانيها متفقـــة . قال العلمـــاء : اما أن يكون النبى صلى الله عليه وسلم قالها فى أوقات مختلفة ونقل كل واحد

من الرواة ما سمع واما أن يكون قال لفظا فى وقت ونقله الرواة بالمعنى، وعن زيد بن ثابت قال : « كان الناس فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار ، فاذا جذ الناس وحضر تقاضيهم قال المبتاع : انه أصاب الثمر الذمان أصابه مراض أصابه قشام ــ عاهات يحتجون بها ــ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما كثرت عنده الخصومة فى ذلك : « اما لا فلا تبايعوا حتى يبدو صلاح الثمرة » كالمشورة يشير بها لكثرة خصومتهم » رواه البخارى • الذمان ــ بفتح الذال وتخفيف الميم ــ عفن يصيب النخل فينشق أول ما يبدو من عفن وسواد ، والمراض ــ بضم الميم ــ داء يقع فى الثمرة فتهلك ، والقشام ــ بضم القاف والشين المعجمة ــ أن ينتقص ثمر النخل قبل أن يصير بلحاً •

(وقوله :) اما لا ، أى ان لم تفعلوا هذا ، فليكن هذا ، وأصلها ان الشرطية زيدت عليها ما وأدغمت فيها ، وأدخلت على لا النافية ، وقد يقال : ان حديث زيد هذا يدل على أن النهى فى الأحاديث المتقدمة ليس على سبيل التحريم ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « اما لا » ، ولقول الراوى : كالمشورة لهم ، فان ذلك يدل على أنه ليس بمتحتم ، والتمسك على ذلك بقول الراوى كالمشورة ليس بالقوى ، فان كل أوامره صلى الله عليه وسلم ونواهيه لمصالحهم الأخروية والدنيوية ، وأما التمسك بقوله : اما لا ، فلأنه يقضى أن النهى معلق على شرط وهو الذى نقدره والذى يليق بهذا الموضع أن يكون التقدير ان لا تراجعوا عن الخصومة أو ما فى معنى ذلك ، فذلك وان كانت صورته صورة التعليق فليس المراد منه التعليق ، فان رجوعهم عن الخصومة فى المستقبل فى حق كل أحد لا يعلم ولا يمكن أن يبقى الحكم موقوفا على ذلك ، فالمراد ــ والله أعلم ــ أنشأ النهى لأجل ذلك ، وكأنه استعمل بمعنى اذ التى تستعمل للتعليل ومما يرشد الى أن النهى حتم قوله : نهى البائع والمشترى ، فانه تأكيد للمنع وان كان لمصلحة المشترى •

وقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على القول بجملة هذا الحديث ، وقال أبو الفتح القشيرى : أكثر الأمة على أن هذا النهى نهى تحريم ، وقوله فى حديث أنس : « أرأيت ان منع الله تعالى الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » وقد ورد فى بعض الروايات الصحيحة بيان أنه

من كلامه صلى الله عليه وسلم وذلك من طريق مالك رحمه الله والدراوردى، وخالفهما سفيان الثورى واسماعيل بن جعفر عن حميد ، فجعلاه من كلام أنس ، واتقان مالك رحمه الله وضبطه مع كونه لا تنافى بينه وبين ما رواه سفيان يقتضى الحكم بكون ذلك من كلام النبى صلى الله عليه وسلم ويكون أنس قاله من كلامه لم يأت فيه بالرفع ، وأن عنده عن النبى صلى الله عليه وسلم فروى عنه كذلك على الوجهين ، ويثبت كونه عن النبى صلى الله عليه وسلم وقد زعم بعض شارحى التنبيه أن الشافعى رضى الله عنه انفرد عن جمهور المحدثين برفعه وليس كذلك ، فقد رواه جماعة عن مالك غير الشافعى ورواه مع مالك عن حميد الدراوردى كما رأيت ، والله أعلم .

(أما الأحكام) فقد قسم الشافعى والأصحاب بيع الثمرة الى قسمين :

(القسم الأول) أن يبيعها قبل بدو الصلاح وذلك على قسمين (الأول) أن تباع مفردة عن الأشجار وذلك على قسمين (الأول) أن تكون الأشجار للبائع أو لغير المتعاقدين ، فبيع الثمرة حينئذ على ثلاثة أقسام ، وهذا التقسيم أحسن ، وان شئت تقول ــ وهو أقرب الى كلام المصنف : ان بيع الثمرة على قسمين (الأول) أن يبيعها قبل بدو الصلاح وذلك على قسمين (الأول) أن تباع من غير مالك الأصل ، وذلك على قسمين (الأول) أن تكون مفردة عن الأشجار وذلك على ثلاثة أقسام (الأول) أن يبيعها بشرط التبقية فبيعها باطل بلا خلاف للأحاديث السابقة .

(الثانى) أن يبيعها بشرط القطع فالبيع صحيح بلا خلاف لأنه بالقطع يزول المحذور من الآفة والعاهة ، وممن صرح بالاجماع فى المسألتين الشيخ أبو حامد والرافعى وغيرهما ، ونقل ابن حزم فى كتابه المحلى عن سفيان الثورى وابن أبى ليلى منع بيع الثمرة قبل بدو صلاحها جملة ، لا بشرط القطع ولا بغيره ، والشافعى رضى الله عنه أخذ جواز بيعها بشرط القطع من قوله صلى الله عليه وسلم : « أرأيت اذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » كذلك

قال فى الأم فان الثمـرة التى تقطـع لآفة تأتى عليها فانما يمتنع ما يترك مدة تكون فيها الآفة ، وليس ذلك من باب تخصيص العموم بعلة مستنبطة منه ، فان ذلك فيه خلاف • وأما هذه العلة فمنصوصة •

ولا شك أن استفادة التعليـل من هـذا الكلام ظاهرة ، وهو من أقوى درجات الايمـاء الذى هو أحد أدلة العلة ، ولعل سفيان الثورى رحمه الله انمـا منع من ذلك لأن فى روايته أن التعليل المذكور من كلام أنس كما قدمته ، فلعله لذلك لم يأخذ به ، لكن فى الحديث ألفاظ أخـر تدل على ذلك (منها) قوله : حتى تنجو من العاهة (ومنها) قوله : حتى يبدو صلاحها ، يعنى أنها بعـد الصلاح تأمن من العاهات والجوائح غالبا لكبرها ، وغلظ نواها ، وقبل الصـلاح تسرع اليها العاهات لضعفها ، فاذا تلفت لم يبق شىء فى مقابلة الثمن ، وكان ذلك من أكل المـال بالباطل ، فاذا شرط القطع عرف أن غرضه هو الحصرم وهو حاصل ، وقيل معنى آخـر ضعيف نقله الامام وهو أنها قبل بدو الصلاح(١) أجزائها ــ كبرا ظاهرا ــ من أجـزاء الشجرة ، وقد اتفق على القول بالجواز الشافعية والمـالكية والحنفية •

(فـرع) اذا باع بشرط القطع وجب الوفاء به فلو سمح البائع بعد شرط القطـع على المشترى بترك الثمـرة الى بدو الصلاح جاز ، ولو طالبه بالقطع لزمه ذلك ، نص عليه الشافعى والصيمرى والمـاوردى والرافعى ، قال الرافعى : ويكون بدو الصـلاح ككبر العبد الصغير • وعن أحمد أنه يبطل البيـع وتعـود الثمـرة الى البائع ، وقد يقوى ذلك بأن الغرر انما ينتفى بأخذها ، ولذلك قال المصنف رحمه الله : لأنه يأخذه قبل أن يتلف ، فمتى لم يؤخذ ــ وان كان بتراضيهما ــ فالغرر باق ، ألا ترى أنه لو تراضيا على عدم شرط القطع لم يصح ؟

وطريق الانفصـال عن هـذا السـؤال أن المحذور آفة تمنع من التسليم المستحق بالعقـد ، وهو فى هذه الصـورة مأمون ، فان التسليم المستحق فيها التسليم عقيب العقـد ، فاذا تراضيا على ابقائها وحصلت

---

(١) بياض بالأصل قلت : ولعل العبارة هكذا : انها قبل بدو الصلاح اذا قطعت يكون جزء كبير من أجزائها • (ط) •

آفة بعد ذلك لم تكن مانعة من التسليم المستحق ، بخلاف ما اذا أطلق أو شرط التبقية ، فان التسليم المستحق بالعقد هو وقت الجذاذ ، فالآفة قبله مانعة منه ، وممن روى عنه من المتقدمين ما يشبه قولنا يحيى بن أبى كثير اليمانى التابعى ، صح عنه أنه قال : لا بأس ببيع الشعير للعلف قبل أن يبدو صلاحه اذا كان يحصده من مكانه ، فان غفل عنه حتى يصير طعاما فلا بأس به .

(فرع) قال فى التتمة : انما يجوز البيع بشرط القطع اذا كان المقطوع منتفعا به ، كالحصرم واللوز والبلح والمشمش ، فأما ما لا منفعة فيه كالجوز والسفرجل والكمثرى فلا يجوز بيعه بشرط القطع أيضا ، وكذلك قال فى البحر ، والرافعى فرع اذا باع بشرط القطع فلم يتفق القطع حتى مضت مدة فان كان قد طالبه البائع بالقطع فلم يقطع ، وجبت الأجرة ، والا فلا ، قاله الخوارزمى .

(فرع) التسليم فى ذلك هل يكون بالتخلية كما هو تسليم الثمار ؟ فتكون مؤنة القطع على المشترى ؟ أو لا يكون الا بالنقل والتحويل فتكون مؤنة القطع على البائع ؟ الذى يظهر من كلامهم الثانى ، ويظهر أثره فيما لو تلفت قبل قطعها هل يجرى فيها خلاف وضع الجوائح ؟ وسنذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى .

(القسم الثالث) أن يبيعها مطلقا لا بشرط القطع ولا بشرط التبقية ، فمذهبنا أن البيع باطل للأحاديث ، وبه قال مالك وأحمد واسحاق وداود ، وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : البيع جائز صحيح ، ويؤخذ المشترى بقطعها فى الحال بناء على أصله فى أن الاطلاق يقتضى القطع ، لأن من حقوق العقد التسليم من غير تأخير والتسليم لا يتم الا بالقطع ، وعندنا الاطلاق يقتضى التبقية ، فنحن نخالفه فى المسألة وفى الأصل الذى بنى عليه ، ولهذا قال : لا يصح البيع بشرط التبقية لا بعد الصلاح ولا قبله ، وبشرط القطع يصح فيهما ، والاطلاق كشرط القطع ، ونحن نقول بشرط القطع يصح فى الحالين ، وبشرط التبقية يصح بعده ، ولا يصح [قبله] والاطلاق كشرط التبقية .

واستدلوا بأن حمل العقد على الصحة أولى فينبغى أن تنزيله على القطع ليصح ، وبالقياس على ما بدا صلاحها ، وعلى ما شرط

قطعها ، وعلى رهنها ، وأجاب أصحابنا بأن النهى ورد مطلقا فلا يكون تنزيله على شرط التبقية لاطلاقه ، ولا على شرط القطع للاجماع بيننا وبين الخصم ، فتعين أن يحمل على البيع المطلق ، وأيضا أن النهى توجه الى المعهود من البياعات ، والمعهود من البيع اطلاق العقد دون تقييده بالشرط ، فصار النهى بالعرف متوجها الى المطلق دون المقيد ، ولأن العرف فى الثمار أن تؤخذ وقت الجذاذ فصار المطلق كالمشروط التبقية ، والتسليم الواجب فى العقد فى كل شىء بحسبه ، وليس التسليم بالقطع والتحويل ، وانما هو برفع اليد والتمكين •

وأما اطلاق العقد وحمله على الصحة فغير مسلم ، بل يحمل على ما يقتضيه الاطلاق ثم يعتبر حكمه فى الصحة والفساد ، وقد يتقيد المطلق اذا كان هناك عرف يقيده لم يؤثر القيد اما فى التصحيح واما فى الافساد ، وليس ذلك سعيا فى التصحيح ولا فى الافساد بل هو واقع من ضرورة القيد •

(وأما) القياس على ما بدا صلاحها ، فلا يصح لوجهين (أحدهما) أنه يدفع النص (والثانى) أن ما بدا صلاحه يخامر العاهة ، والقياس على المشروط القطع مردود بتقدير أن المطلق يقتضى التبقية والقياس على الرهن ، فجوابه أن لنا فى رهنها قبل بدو الصلاح قولين ، فان جوزنا فلأن الرهن والهبة والوصية لا ضرر فى عقدها قبل بدو الصلاح ، لأنه لا عوض فى مقابلتها بخلاف البيع ، فانها اذا تلفت ضاع الثمن ، ثم اعترضوا بما قدمته من رواية زيد بن ثابت ، وقوله : ان النهى كان كالمشورة ، وقد تقدم الكلام فيه ، وأجاب أصحابنا أيضا عنه بوجهين :

(أحدهما) أن تأويل الراوى مرجوع اليه اذا احتمل الخبر أمرين ، والمراد أحدهما بالاجماع ، كتفسير التفرق فى خيار المتبايعين ، وكقوله الا ها وها تفسير عمر له[1] (أما) فى تخصيص العموم ومخالفة الظاهر فلا •

---

(١) المراد بتفسير عمر له أى زمن لا يسمح بالتبقية ، وقد يكون اللفظ (تفسير عمومه) ، وهو ليس بتفسير للعموم فى الحديث ولكنه استثناء الا من العموم فهو مخصص منه ولكن قوله بعد ذلك أما فى تخصيص العموم ، يفيد أن رأيه هكذا • (المطيعى)

(والثانى) أن ظاهر رواية زيد وقوله : انه حضر تقاضيهم أنه كان قد وقع على شرط التبقية ، ولا يقال وقت التقاضى بعد مدة الا اذا كان مشروطا ، وهذا الظاهر مشروط بالاجماع لأنه متى شرط التبقية بطل ، ثم لا وجه لتمسك الحنفية به لأنهم يمنعون شرط التبقية بعد بدو الصلاح • كما يمنعونه قبله ، والحديث المذكور يقتضى الفرق بين الحالتين ، وحمل الغزالى فى التحصين المشورة فى ذلك على تعرف أحوال الثمرة ونجاتها من العاهة ، وأن ذلك لا يحصل الا بالزهو فلما عرف العلة بالمشورة أثبت حكم الشرع بناء على العلة كما قال للسائل : « أينقص الرطب اذا جف ؟ » ودليله أنه لما ذكر حالة الاحتياج قال : « فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » فهذا يدل على تحريم أخذ المال مع توقع الهلاك عن قرب •

(**قلت :**) وقد قدمت ما يرجح تأويله غير ذلك ، وقد صح عن زيد بن ثابت أنه لم يكن يبيع ثمار أمواله حتى تطلع الثريا ، فيتبين الأحمر من الأصفر ، وروى عن ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم أنه لا يباع حتى يؤكل من الثمر ، قال الشيخ أبو حامد : ولا مخالف لهما من الصحابة ، والله أعلم •

(**فرع**) قد ذكرنا أن العقد المطلق محمول على شرط التبقية لأنها المعتاد ، فلو كان فى البلاد شديدة البرد كرم لا تنتهى ثمارها الى الحلاوة ، واعتاد أهلها قطع الحصرم ، ففى بيعها وجهان عن الشيخ أبى محمد أنه يصح من غير شرط القطع ، تنزيلا لعاداتهم الخاصة منزلة العادات العامة ؛ فيكون المعهود كالمشروط ، وامتنع الأكثرون من ذلك ، ولم يروا تواطؤ قوم مخصوصين بمثابة العادات العامة ، وهذا الخلاف يجرى فيما اذا جرت عادة قوم بانتفاع المرتهن بالمرهون ، والقفال يرى اطراد العادة فيه كشرط عقد فى عقد فيفسد الرهن ، وأشار امام الحرمين الى تخريج ذلك على مهر السر والعلانية ، وأن هذا أقرب من تلك المسألة ؛ لأن اعمال التواطؤ فى تلك المسألة الغاء صريح اللغة الثابتة ؛ فقد لا يحتمل ، ومن نظائر ذلك ما جرت عادة شخص بأن يرد أجود مما استقرض ، فالمذهب جواز اقراضه ، وفيه وجه ، وهذه مسائل كلها متقاربة المأخذ ، والمخالف فى بعضها لعله يخالف فى الباقى ، ولكنى اتبعت فى نقل

مسألة الحصرم ـ عن الشيخ أبى محمد ، ومسألة الرهن عن القفال ـ ما فى النهاية •

والرافعى نقل مسألة الحصرم عن القفال (فاما) لنسبة هذه القاعدة اليه (واما) لنقل خاص عنده ، وفى الوسيط نسبه الى المنع فى المسألتين الى القفال ، ونسبه ابن أبى الدم الى الخلل والتهافت (أما) الخلل فلما ذكرته (وأما) التهافت ففى قوله : المنع وتأويله أنه خالف من أبطل فى مسألة الحصرم ، وخالف من صحح فى مسألة الرهن ، قال ابن الرفعة : كلام الشيخ أبى محمد مباين لكلام القفال لأن القفال اعتبر العادة وحدها ، والشيخ أبو محمد اعتبر العادة مع كون ذلك لا ينتهى الى الحلاوة ، فقد يحتمل ذلك حالة كماله حتى لو جرت عادة بقطع العنب الذى يجىء منه عنب حصرم ، صح العقد عليه عند القفال بدون شرط القطع ، ومن ذلك يخرج فى مسألة الحصرم ثلاثة أوجه •

وهذا الذى قاله ابن الرفعة محتمل ، ولكن ظاهر كلام الناقلين عن الشيخ أبى محمد أنه انما اعتبر العادة ، وانما فرضنا فى ذلك لأنه الذى يعتاد قطعه حصرما (أما) أن ذلك معتبر عنده فى الحكم فيحتاج الى نقل ، ومنهم من حمل قول الغزالى ومنع القفال فى المسألتين على منع الصحة فى مسألة الرهن ، ومنع وجوب التبقية فى الحصرم وحمل الحصرم على ما بدا صلاحه لقول الجوهرى ان الحصرم أول العنب ، والمراد أنه لا تجب تبقيته الى أوان الجذاذ كما يقتضيه اطلاق غيره من الأصحاب ، وهذا حمل حسن أيضا لكن الأقرب أن الحصرم لم يبد صلاحه ، وقول الجوهرى معناه أول الثمرة التى نهايتها عنب •

واعلم أن ههنا أمورا أربعة يجب التمييز بينها (أحدها) العرف (والثانى) العادة ، وينقسم كل منهما الى عام وخاص ، والعرف غير العادة ، فان المراد بالعرف ما يكون سببا لتبادر الذهن من لفظ الى معنى من اللفظ ، كما تقول : الدابة حقيقة عرفية عامة فى ذوات الأربع ، والجوهر حقيقة عرفية خاصة فى المعنى المصطلح عليه بين المتكلمين ، والمراد من العادة ما هو مألوف من الأفعال

وما أشبهها فهذان قسمان متغايران ، العادة والعرف ، وقد تجعل العادة أعم وتقسم الى عادة قولية وهى ما سميناه بالعرف ، وعادة فعلية وهى مقابله • وقد يطلق العرف على الجميع ، والأمران الآخران (أحدهما) الألفاظ التى تطلق فى العقود ، وفى تقييد مطلقها ، وتفسير مجملها (والثانى) ما ينزل عليه العقد من الأمور التى تجعل كأنها شرطت فى العقد •

وهذان أمران مغايران أيضا ، فان الأول يرجع الى تنزيل لفظ مطلق جرى فى العقد على معنى ، كحمل الدرهم على الدرهم المتعارف فى البلد ، وحمل المسلم فيه على السليم ، لأنه المتبادر الى الذهن عند الاطلاق دون المعيب ، والثانى يرجع الى تقدير شرط مضمون الى العقد كمسألتنا هذه ، فاعتبار العرف العام لا شك فيه فى تقييد اللفظ المطلق كما لو قال : اشتر لى دابة ، لم يشتر الا ذوات الأربع ، والعرف الخاص كالاصطلاح على تسمية الألف ألفين فى مهر السر ومهر العلانية •

(وأما) العوائد الفعلية فان كانت خاصة فلا اعتبار بها ، وان عمت واطردت فقد اتفق الأصحاب على اعتمادها ، وذكروا لها أمثلة :

(منها) تنزيل الدراهم المرسلة فى العقود على النقد الغالب ، وهذا ان قدمته فى قسم العرف فان هذه العادة أوجب اطرادها فهم أهل العرف ذلك النقد من اللفظ ، فالرجوع فى ذلك الى ما يفهمه أهل العرف من اللفظ الى العادة (ومنها) أنا لا نخرج المتكارس الى ذكر المنازل ، وتفصيل كيفية الأجزاء وهذا مثال صحيح ، وهى من قسم ما يرجع الى تقدير شرط مضموم الى العقد ، وكثير من أحوال العقود يحمل على ذلك كالتسليم والقطع ، والتبقية ، كبقية أجزاء البهيمة المكراة ، والمقدار الذى يطوى فى كل يوم ، ووجوب تسليم الاكاف والثفر واللجام وجميع الأدوات عند استئجار الدابة •

وضابطه كل ما غلب على وجه يسبق مقتضاه من اللفظ الى الفهم ، سبق المنطوق به على وجه يعد التعرض له مستقصيا ، مشتغلا مما لا حاجة الى ذكره ، وكثيرا ما يسمى الفقهاء ذلك عرفا لعمومه ، ولأن فهم هذه الأشياء صار فى العرف لمفهوم اللفظ ، فالتحق بالعادة القولية ، قال الامام : وكل ما يتضح فيه اطراد العادة فهو الحكم ،

ومضمره كالمذكور صريحا ، وكل ما يتعارض للظنون بعض التعارض فى حكم العادة فيه ، فهو مثار الخلاف ، يعنى ما تتعارض الظنون فى اطراده ، وأما ما لا يطـرد جزما فلا يعتبر ، وقد أطلق الأصوليون أن العادة الفعلية لا تعتبر ، فلا تخصص عاما ، ولا تقيـد مطلقـا كما اذا حلف لا يأكل خبزا ، ولا يلبس ثوبا ، فيحنث بأكل خبز الشعير ولبس الكتان ، وان كانت عادته أن لا يأكل الا القمح ولا يلبس الا الحرير • والسبب فى ذلك أن العرف القولى ناسخ للغة وناقل للفظ ، والفعل لا ينقـل ولا ينسـخ ولا معارضة بينه وبين اللغـة ، واطلاقهم فى ذلك صحيح وما قدمناه غير معارض له ، والله سبحانه وتعـالى أعلم •

ثم أشار الامام أيضـا الى تخريج مسألة قطع العنب حصرما على خلاف الأصحاب فى أن الشىء النادر اذا أطرد ، كدم البراغيث فى بعض الأصقاع ، هل يعطى حكم العـام فيعفى عنه ، وقطف العنب حصرما فى غاية الندور ، فان فرض اطراد عادة بقعـة به فهو على ذلك الندور •

(فـرع) لو باع ثمـرة لم يبد صلاحها على شجرة مقلوعة • قال الرويانى : لا نص فيه (قال :) وقد قال أصحابنا يجوز بيعهـا مطلقا من دون شرط القطع لأنها لا تنمـو ولا تأخذ من أجـزاء الشـجرة لو بقيت عليها بخلاف غيرها •

(قلت :) وهذا يشير الى المعنى الذى نقله الامام واستضعفناه فيما تقـدم ، ولكن ينبغى أن يقال : لأنه لا يخشى عليها العاهة التى ورد النهى لأجلها ، فان هـذه لا يجب تبقيتها على الشـجرة فيما يظهر لى ، واذا كان كذلك فيجب قطعها فى الحـال ، والله أعلم • وممن نص على الصحة فى ذلك أيضـا الخوارزمى وعلله بأن العقـد يحمل على العـادة ، والعـادة فيه القطع ، وكذلك صاحب التتمة والنووى فى الروضة ، فهذا ما يتعلق بالقسـم الأول ، وهو ما اذا بيعت الثمـار مفردة عن الأشجار من غير مالك الأشجار •

(فـرع) اذا اشتراها قبل بدو الصـلاح بشرط التبقية ، وقطع منها شيئا ، قال الشافعى فيما نقله أحمـد بن بشرى من نصوصه : ان كان له مثل رده ، ولا أعلم مثلا ، فاذا لم يكن فقيمته (قلت :) ومن

هنا أسندت فائدة عظيمة أن المبيع بالبيع الفاسد اذا كان مثليا يضمن بالمثل كما هو القياس ، وان كان بعضهم قال : انه يضمن بالقيمة ، واطلاق صاحب التنبيه يقتضيه ، فبهذا النص استفدنا أنه يضمن بالمثل ، والله أعلم .

(فرع) اذا اشترى ذلك بشرط القطع فلم يتفق القطع حتى بدا الصلاح فان كانت الثمرة لا زكاة فيها فللبائع الاجبار على القطع ، كما كان قبل ذلك ، وان كانت الزكاة تجب فيها فهل له ذلك ؟ أو لا يجاب الى ذلك ؟ بل ينفسخ العقد ؟ فيه قولان ، وقيل : بمجرد بدو الصلاح تعلقت الزكاة بها ، وبطل البيع رواه القفال عن الشافعى لتعذر التسليم ، كما لو اشترى حنطة فانهالت عليها حنطة أخرى قال ابن الرفعة : وهذا فيه نظر ، لأن المستحق بعض المبيع وهو على الاشاعة ، فليكن البطلان ، ان قيل به فى قدر الزكاة كما اذا استحق بعض المبيع قال : وجوابه أن ما فضل عن قدر الزكاة يجب قطعه لو بقى العقد فيه وهو لا يمكن ، فلذلك تعذر تسليمه ، وكذلك يمنع من بيع بعض الثمار مشاعا قبل بدو الصلاح ، بناء على منع القسمة لأن الشركة تمنع من صحة شرط القطع لما فى ذلك من تغيير عين المبيع .

(القسم الثانى) بحسب ما اقتضاه كلام المصنف اذا بيعت الثمار مع الأشجار من غير شرط القطع ، فانه يصح ، وقد نص الشافعى رضى الله عنه على هذه المسألة ، نقلها القاضى أبو الطيب عن نصه فى الرسالة وقد رأيتها فى الأم أيضا فى باب ثمرة الحائط يباع أصله ، قال : فان قال قائل : فكيف أجزتم بيع الثمرة لم يبد صلاحها مع الحائط ، وجعلتم لها حصة من الثمن ولم تجيزوها على الانفراد ؟ (قيل :) بما وصفنا من السنة ، وأراد الشافعى بالسنة الحديث المذكور ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « الا أن يشترط المبتاع » وذكر الشافعى فى الأم فى هذا الموضع جواز بيع الدار بطرقها ومسيل مائها وأفنيتها وذلك غير معلوم ، لأنه فى معنى الثمرة التى لم يبد صلاحها تتبع فى البيع ولو بيع شىء من هذا على الانفراد لم يجز ، وكذلك العبد يباع بجملة جوارحه ، ولو أفرد بعضها لم يجز فوافق فى هذا وخالف فى أنه لا يجوز افراد بعض جوارحه مع القطع أيضا .

قال القاضى أبو الطيب : ولو كان القطع يعنى فى الثمـرة اذا بيعت مع الأصل شرطا لقال ــ يعنى فى الحديث : الا أن يشترط المبتاع القطع ، وفيه معنى وهو أنها متصلة بالأصل فعفى عن الغـرر فيها كأساسات الدار ، وأصول الجذوع ، وطى الآبار ، وغير ذلك ، وأيضا فانه اجمـاع لا خلاف فيه ، هذا كلام القاضى أبى الطيب (وأما) ما ذكره من المعنى فهو الذى ذكره المصنف وذكره غيره من الأصحاب أيضـا ، ومرادهم أن الأصـل غير متعرض للعاهة ، والثمـرة تابعة ، لكن المصنف عدل عن الأمثلة المذكورة الى الحمـل ، وكأنه لحظ فى ذلك أن تلك الأشياء أجزاء من المبيع حقيقة والثمـرة والحمل كل منهما ليس بجزء حقيقى ، فكان قياسها عليه أولى •

ولك أن تقول : أما قياسها على الحمل فان كان المـراد ما اذا بيعت الأم ودخل الحمل تبعـا فالفرق ظاهر ، وان كان المـراد ما اذا صرح بدخوله حتى يكون كمسـألتنا هنا فقـد قال الأصحاب : انه اذا قال : بعتك هذه الدابة وحملها ، ففى صحة العقـد وجهان (أصحهما) عند الرافعى وبه قال ابن الحداد والشيخ أبو على : انه لا يصـح (والثانى) وبه قال أبو زيد ، وهو مقتضى كلام القاضى أبى الطيب الصحة ، ومقتضى كلام القاضى أبى الطيب فى شرح الفـروع أن قول الصحة مفـرع على أن للحمـل قسطا من الثمن ، والقول الآخـر على أنه ليس له قسط •

(وأما) قياسها على الأساس فان كان كلام الأصحاب ــ وان كان يقتضى الصحة فى بيع الدار وأساسها ــ لكنهم أجـروا خلافا فى بيع الجبة وحشوها ، فطريقة قاطعة بالصـحة لأنه جزء بخلاف الحمل • وطريقة مجرية للخـلاف • فهلا جرى فى الثمـرة مثل هاتين الطريقين ؟ (فان قلت :) مأخـذ البطـلان عنـد من يقـول بهـا فى بيـع الدابة وحملها ، والجبة وحشـوها • أنه جعل المجهول مبيعا مع المعلوم • وكل واحد من الحمـل والحشـو يمتنع افراده بالبيع • والثمـرة بعد التأبير وقبل بدو الصـلاح يصح بيعها • ولكن بشرط القطع • ولا يلزم من ايجاب هـذا الشرط عنـدما تباع وحدها ايجابه اذا بيعت مع غيرها ، ولا من القول بالبطلان فى مسألة الحمل والجبة ، القول به هنا •

(**قلت :**) يرد ذلك قول الشافعى رضى الله عنه الذى قدمته قريبا بجواز بيع الدار بطرقها ومسيل مائها وأفنيتها • وذلك غير معلوم • لأنه فى معنى الثمرة التى لم يبد صلاحها تتبع فى البيـــع • فهذا النص يقتضى الصحة فى الجميـــع • وأنه اذا قال : بعتك الدابة وحملها يصح • وهو رأى أبى زيد • وأيضـــا فان الثمـــرة قبل بدو الصلاح اذا امتنع البيع فيها مطلقـــا وهى منفـــردة صارت غير قابلة للبيع على هذه الصورة • وما لا يجوز بيعه وحده لا يجوز بيعه مقصودا مع غيره كالحمل • وكيفما قدر لا يصـــح قياس الصحة فى مسألة الثمرة على الحمل الا عند من يقول بالصحة فيما اذا قال : بعتك الدابة وحملها (والمشهور) خلافه فكيف ساغ للمصنف القياس عليه ؟ •

وممن وافق المصنف على القياس على الحمل الرافعى رضى الله عنه • والاشكال عليه أشد • فانه صرح بأن بيع الأم وحملها لا يصح على الأصح (وأما) المصنف فلعله يرى الصحة • فان القاضى أبا الطيب فى شرح الفـــروع قال : ان أكثر أصحابنا على أنه يصح بيـــع الشاة ولبنها والجبة وقطنها اذا علم أن الحشـــو قطن • وقال : ان مسألة الحمل مبنية على أن الحمل له قسط من الثمن أو لا • يعنى ان قلنا : له قسط صح • والا فلا لعدم العـــلم به • ويتفق وجوده • واستشهد للصحة فى بيع الشاة ولبنها ببيع الدار وحقوقها ، والجوز ولبه والرمان وحبه • على أنه قال فى آخـــر كلامه : انه يجوز تخريجهما • أعنى الجوز ولبه ، والرمان وحبه ، على الخلاف • فبالجملة الرافعى غير معذور فى القياس على الحمل ، وانما يصح القياس ممن يرى الصحة •

وكلام الشافعى فى هذا الباب يدل على أن الحمل ليس له قسط من الثمن • وذلك يعضـــد القول بعـــدم الصحة فى مسألة الحمل • ويقوى الاشكال على القياس عليه • وقد يترك القياس المذكور لخفاء مأخذ الصحة فى مســـألة انتفاء المعنى الذى ذكرته عن الامام فى منع البيـــع بغير شرط القطع ، وهو امتصاصها من ملك البائع • وهذا المعنى مفقـــود فيما اذا باعها معها أو نقول بأنها اذا باعها مع الشجر حصـــل تسليمها تاما فحصـــل الأمن من العاهة فى يد البائع بكل من المعنيين المقتضى لبطلان بيعها وحدها معقـــود فى بيعها مع الشـــجرة ، فتعليل الصحة بهذا المـــأخذ أسلم عن الاعتراض من التعليل بالتبعية ، لمـــا عرفته •

(فان قلت :) ظاهر ما حكيته من نص الشافعى يقتضى الصحة فى بيع الدار بمسيلها وأفنيتها وطرقها ، وهى غير معلومة ، وكيف يقع العقد على أماكن لم يرها العاقد ؟ (قلت :) يغتفر ذلك تبعا كالأساس ، والتحقيق فى ذلك كله أن ما دخل فى مسمى البيع وكان جزءا فانه يجوز أن يبيعه معه كحشو الجبة والأساس وما كان خارجا عن مسماه وليس بجزء منه ، ظاهر النص الذى حكيته يقتضى الجواز فيه أيضا ، لأن المسيل والطرق خارجة • وبه جزم القاضى أبو الطيب ، ولم يحك فيه خلافا فى شرح الفروع • فان صح ذلك فالحمل بطريق أولى من جهة أنه كالجزء ويحتمل أن يبطل فيه • وان صح فى تلك تخريجا على أن الحمل لا يعلم ، ولهذا قال الشافعى فى كتاب الصرف : ولا خير فى أن يبيع الرجل الدابة ويشترط عقابها(١) • هذا كله اذا جعله مقصودا بأن قال : بعتك النخلة وثمرتها ، أو الجارية وحملها • هذا ما يتعلق بالمعنى الذى أبداه القاضى أبو الطيب والمصنف •

(وأما) ما ادعاه القاضى أبو الطيب من الاجماع فان ذلك صحيح فيما اذا كان على وجه الاشتراط • كقوله : بعتك هذه النخلة بشرط أن ثمرتها لك • فان ذلك صحيح لا شك فيه للحديث • أما اذا أتى به على وجه البيع كقوله بعتك النخلة وثمرتها • فانه يجوز عندنا وعند المالكية • لكن مذهب مالك أنه لا حصة للثمرة من الثمن • وكذلك مذهبه اذا اشتراها مشترى النخلة بعد شراء النخلة • وهو بعيد • وقال ابن حزم الظاهرى : لا يجوز بيعها مع الأصول ولا فيها الا بالاشتراط فقط أخذا بظاهر لفظ الحديث • وللأولين أن يقولوا : انه لا معنى لادخالها بالشرط الا ادخالها فى البيع • والا فهى لا تدخل عند الاطلاق ومتى أدخلها فى البيع بأى لفظ كان فقد صارت مبيعة مع الشجر • نعم هل تقابل بقسط من الثمن أو لا ؟ جزم الشافعى بقوله هنا بأنها تقابل بقسط • وقال فى الحمل هنا : انه لا يقابل بقسط • مع أن الأصح من المذهب أنه يقابل أيضا •

(فرع) هذا الحكم الذى ذكرناه من جواز بيع الثمرة مع الأصول من غير شرط القطع ، لا خلاف فى المذهب فيه أعلمه • قال الرافعى

---

(١) لعله (عقالها) أو عقبها أى ما تخلفه من زيادات منفصلة عنها ، والله أعلم •

رحمه الله : بل لا يجوز شرط القطع • لما فيه من الحجر على الشخص فى ملكه • وسبقه فى ذلك صاحب التتمة • وقال : انه لو شرطه بطل (قلت :) يرد عليه اذا باع الثمرة ممن يملك الأصل ، فان شرط القطع فيه حجر على الشخص فى ملكه بعين ما قال • ومع ذلك فقد قال الرافعى : ان الأصح عند الجمهور وجوبه • وعلل الخوارزمى المنع بأنه يضر بمقتضى العقد ، اذ مقتضاه الابقاء ثم استشكله بأن ما يحمل عليه مطلق العقد من العادة بين الناس لا يصير قضية لازمة كالاطلاق يحمل على الحلول والنقد الغالب ثم لو عين نقدا لا أجلا صح • وقال ابن الرفعة : يشبه على طريقة الامام والغزالى فيما اذا شرط فى بيع العبد أن لا يكسوه الا كذا أن يصح ويلغى الشرط • وههنا القبض بالتخلية بلا اشكال لأن التخلية تحصل فى الأصل والثمرة معا اذ الثمرة تابعة للشجرة فى التسليم ، والله أعلم •

(فرع) اطلاق المصنف جواز بيع الثمرة مع الشجرة قبل بدو الصلاح يشمل ما اذا بدت من أكمامها وكانت مرئية وأما اذا لم تكن كذلك — وكذلك من وقفت على كلامهم من أصحاب أطلقوا المسألة ويشهد لذلك كلام الشافعى الذى قدمته فى بيع الدار بمسيلها وطرقها ، وهى غير معلومة • لأن ذلك بيع وذلك ظاهر اذا قلنا : يجوز بيع الطلع فى قشره وهو الأصح (أما) اذا منعناه فيحتمل أن يقال : انه يجوز أيضا تبعا • كما سقط شرط القطع • ويحتمل أن لا كما لو باعها معها بعد الصلاح •

(القسم الثالث) اذا باع الثمرة وحدها من مالك الأشجار بأن كان يملك أصلها ببيع متقدم أو هبة أو وصية أو كان قد أوصى له بثمرة ومات الموصى ، فملكها وبقيت الأصول للورثة • اذا باع الثمرة فى هذه الصورة من مالك الأصول هل يصح من غير شرط القطع ؟ فيه وجهان (أحدهما) يصح لما ذكره المصنف وهو الذى جزم به المصنف فى التنبيه • وصححه الجرجانى والغزالى • وادعى ابن التلمسانى أن الأكثرين على ترجيحه والبندنيجى أنه ظاهر المذهب لأنه لو شرط القطع لم يجب عليه أن يقطع ثمار نفسه عن أشجاره فعلى هذا لو شرط القطع بطل العقد لأنه ينافى مقتضى العقد ، قاله القاضى حسين فى الزروع ، واعترض على القياس الذى ذكره المصنف

بالفرق فانه أذا باع الثمـرة وحدها كانت العلة المذكورة فى الحديث متوقعة من أكل المـال بالباطل •

(وأما) اذا باعها مع الشـجرة فعلى تقدير تلف الثمـرة يرجع الى الأصـل فلا يكون أكل المـال بالباطل (والثانى) وهو الأصح عند الشيخ أبى حامـد والقـاضى أبى الطيب والمحـاملى والرويانى والشـاشى وابن أبى عصرون ، والجمهور ، على ما حكاه الرافعى أنه لا يصح ، والفرق بينه وبين ما اذا جمعهما عقـد واحد أن العقد اذا جمعهما كانت الثمرة تابعة معفى عن الغرر فيها كالأساس ، بخلاف ما اذا أفردت ، وقال الرويانى مع تصحيحه لهذا الوجه : ان الأول ظاهر المذهب ، وقال فى ايجابه انه أعنى أظهر القولين(١) هو القياس وفى هذا الكلام أن الخلاف قولان لا وجهان •

(فـرع) على هذا الوجه لا يجب الوفاء بهـذا الشرط كما تقدم والخوارزمى فى تعليله(٢) وممن صرح به النووى فى المنهاج ، وأبدى ابن الرفعة فيه نظـرا ، أخذا من قول القاضى حسين : قال بعضهم : ويمكن بناء الوجهين على التعليلين فى منـع بيع الثمرة قبل بدو الصلاح ان علل بالمشـار اليه فى الحديث ، وهو أخذ الثمـرة بتقدير التلف بغير عوض اقتضى البطلان هنا ، وان علل بأن توقع التلف قبل الجـذاذ يمنع تحقيق التسـليم اقتضى الصحة ، لأن التسـليم متحقق ، فان الأصل فى ملك المشترى ، فلا علقة لغيره فى المبيع ، وقال ابن الرفعة بعد أن ذكر عن بعضـهم فى تعليل هـذا الوجه أن سبب التصحيح فى بيعهما معا أن الأصل الشـجر والثمار فيها ، وان ذكرت تابعة لها فلا يضر تعرض العاهة لها ، ولا كذلك اذا بيعت منفـردة قال : وهذا القائل تخير أن يقول : ان التسليم لا يحصل بذلك ، والا لم يصـح له ما ذكر من التوجيه وهو مستمد من قول بض الأصحاب : ان من

---

(١) بياض بالأصـل والعبارة لعلها هكذا : أظهر القولين عدم الايجاب هو القياس • (المطيعى)

(٢) بياض بالأصل ويمكن تقدير العبارة هكذا والخوارزمى فى تعليله بأنه ـ أى المنع ـ يضر بمقتضى العقد ، اذ مقتضاه الابقاء ، استشكل بأن محمول مطلق العقد العـادة لا يصير قضية لازمة وممن صرح به النووى الخ • (المطيعى)

فى يده وديعة ونحـوها اذا ابتاعها ووفر الثمـن لابد من النقـل والتحويل ، ليحصـل القبض وفارق ما اذا باع الثمـرة مع النخـل فان التسليم بالتخلية بينه وبين النخل شملهما •

وعن ابن الصباغ والبندنيجى والمحاملى أن هذا الوجه القائل بأنه لا يصح الا بشرط القطـع أقيس • وما ادعوه من القياس فيه نظر ، والله أعلم • ولنرجع الى كلام المصنف •

(قوله) ولا يجوز بيع الثمـار والزروع من غير شرط القطع شمل قسمين ، البيع بشرط التبقية المجمع على بطلانه • والبيع المطلق الذى خالفنا فيه أبو حنيفة والاستدلال بالحديث على القسمين ظاهر • وكذلك بالمعنى الذى ذكره من قوله : ولأن المبيع انما ينقل على حسب العادة الى قوله : وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز • وقد تقـدم بسط ذلك وبيانه فى ذكر حججنا وحجج الخصم •

(وقوله) وان باعها بشرط القطع هو القسم الذى تكلمنا عليـه ثانيا • وادعى جماعة فيه الاجمـاع وتقـدم ما فى ذلك (وقوله) لابد يأخذه قبل أن يتلف أى يستحق أخذه • والا فقد يتراضيان على بقائه • وقد تقدم أنه يجوز ذلك عندنا •

(وقوله :) وان باع الثمـرة مع الأصل أى سواء كان ذلك بصيغة الشرط أم بصيغة البيع (وقوله) لأن حكم الغرر يسـقطه • اشارة الى أن الغرر لا ينتفى • ولكن لا يكون له حكم شرعا (وقوله) كالغرر فى الحمـل يسقط حكمه اذا بيع مع الأصـل ظاهر ذلك أنه يختار الصحة فيما اذا باع الجارية وحملها • وكذلك يقتضيه كلام القاضى أبى الطيب فى هذا الموضع (والأصح) فى المذهب خلافه كما تقدم •

(وقوله :) وان باع الثمـرة ممن يملك الأصـل الى آخـره • هو هذا القسم الثالث الذى شرحته • وقد تقـدم • وسيأتى القسم الآخـر الذى بقى من أقسام بيع الثمـار وهو أن يكون بعد بدو الصلاح فى كلام المصنف ان شاء الله تعالى •

(فـرع) اذا باع الثمـرة التى لم يبد صلاحها وأطلق ، ثم

باع من مشتريها النخـل بعد ذلك ، صح بيعه النخل ، ولا يصـح بيع الثمرة ، بل هو مقر على بطلانه وأبدى الامام فى كتاب المساقاة تخريج وجه فيه مما اذا زارعه على الأرض بين النخيـل ثم ساقاه عليهـا انه يصـح ، ويتبين بالمسـاقاة بعدها صحة المزارعة على بعـد من استبعاده لهذا الوجه قال : فان كان لهـذا الوجه صحة وثبوت فلابد من طرده فى بيع الثمـار اذا تقدمت ، واستأخر عنه بيـع الأشجار ، هذا ما يتعلق بمسـائل الثمار (وأما) الزروع فقد أدرجها المصنف مع الثمار وأجراهما مجرى واحدا ، والأقسـام التى فى الثمـار عائدة بعينها فى الزروع •

(القسم الأول) أن يبيعها مفـردة عن الأرض من غير مالك الأرض قبل الاشتداد ، فان باعها بشرط التبقية أو مطلقـا بطـل للحديث ، وهو قوله : « وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة » وفى الحديث الآخـر : « وعن بيع الحب حتى يشـتد » وقياس مذهب أبى حنيفة وتجويزه البيع فى الثمـار مطلقا أن يجوزه فى الزروع أيضـا ، وان باعها بشرط القطع جاز عندنا وعند جمهور العلمـاء كما تقـدم فى الثمـار وخالف سفيان الثورى وابن أبى ليلى كما خالفـا هناك فقالا : لا يجوز مطلقا ، واتفق هؤلاء العلمـاء المشهورون وسفيان وابن أبى ليلى أيضـا على أنه لا فرق فى الزرع فى السنبل والقصيل ، يمتنع بيع القصيل من غير شرط القطع •

وخالف ابن حزم الظاهرى فجوزه تمسـكا بأن النهى انمـا ورد عن السنبل ، قال : ولم يأت فى منع بيع الزرع منـذ ينبت الى أن يسنبل نص أصلا ، وروى عن أبى اسحاق الشيبانى قال : سألت عكرمة عن بيـع القصيل • فقال : لا بأس ، فقلت : انه سنبل فكرهه • قال : وهـذا نفس قولنا • وممن ذكر حكم هذه الأحوال الثلاث مع المصنف فى الزرع المـاوردى والرافعى وغيرهما ولو باع القت أو القصيل بشرط أنه يرعى دوابه لا يصـح • ولا يجعل هـذا كشرط القطـع قاله الخوارزمى •

(واعلم) أن الأصحاب اتفقـوا ــ فيما أعلم ــ على اشتراط شرط القطع فى هـذا القسم ، وقال الغزالى فى الوسيط : (أما) البقل ان بيع مع الأصـول فلا يشترط القطع ، وان بيع دون الأصول

بنزل على القطـــع ، قال ابن أبى الدم : يريد به أنه لابد من شرط القطع فيه ، قال الامام : لابد من شرط القطع فيه وهكذا قال ابن يحيى فى محيطه • انه لابد من شرط القطع ، وذكره الشيخ فى البسيط فى الزرع الأخضر ، وهكذا ذكره الجماعة فى الزرع الأخضر ، وكان يمكن أن يقال : لا يشترط اشتراط القطع فى هـــذا ، بل متى أطلق نزل العقـــد على شرط القطع ، خوفا من الاختلاط ، بخلاف الثمـــار ، ولفظ الشيخ فى الوسيط يشعر به ، لكن المنقول ما ذكرته ، هذا كلام ابن أبى الدم •

وقال ابن الرفعة : ان الأشبه الفرق بين أن يكون ذلك لم ينبه الى الحالة التى يجـــذ فيها ، فلا يجوز بيعه الا بشرط القطـــع • أو أن ينتهى فيجـــوز كما ذكرنا عن المـــاوردى • وعليه يحمل كلام الغزالى • لأنه ذكره عنـــد الكلام فى بيع ما بدا صلاحه فظاهر نصـــه فى الأم يدل على ذلك • لقول الشافعى فيهـــا : لا يجوز أن يبـــاع القرط الا جذة واحـــدة عند بلوغ الجذاذ ويأخـــذ صاحبه فى جذاذه عنـــد ابتياعه • وقال فى هـــذه الحالة : انه اذا تركه من غير شرط فى العقـــد أياما وقطعه ممكن فى أول منها كان المشترى منه بالخيـــار فى أن يدع الفضل الذى له بلا ثمن أو ينقض البيع •

(**قلت**) وهذا حمل حسن • وعليه يدل كلام القاضى حسين ومراد ابن الرفعة بكلام المـــاوردى ما سيأتى عنه فى بدو الصلاح • وأنه جعل لذلك النوع حالة اصلاح ولكن فى كلام الشافعى الذى اعتضد به ابن الرفعة ما يفهم أنه اذا شرط تركه لم يصـــح وهو ظاهر لأنه يؤدى الى اختلاط • فان ثبت ذلك وثبت أنه لا يشترط فيه شرط القطع يكون هـــذا نوعا مما بدا صلاحه لا يجوز فيه شرط التبقية • ويجوز فيه شرط القطع والاطلاق • لكن يكون هـــذا فيما يعتاد جذه حتى يكون ذلك صلاحا فيه •

(أما) الزرع الذى يعتاد ابقاؤه فمتى باعه بغير شرط القطع فسد • سواء كان بقـــلا أو قصيلا أو سنبلا • ما لم يشـــتد • وقال الشافعى أيضا : لا يجـــوز بيع القصيل الا على أن يقطـــع مكانه مما يستخلف أو لا يستخلف ، ولا يزيد ، وهذا النص يحمـــل على ما لم يبد صلاحه ، ولا ينافى ما قاله ابن الرفعة ، وهذا القسم هو الذى نتكلم فيه هنا

(وأما) الأول الذى يكون وصل الى حالة صلاح فسيأتى الكلام فى بيع ما بدا صلاحه ، والله أعلم .

(القسم الثانى) أن لا يباع الزرع مع الأرض فيجوز من غير شرط القطع كما مر فى الثمار مع الأشجار ، وممن نص عليه مع المصنف الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والماوردى والمحاملى والرافعى وبقية الأصحاب والمباحث المتقدمة هناك عائدة هنا .

(**تنبيه**) اطلاق المصنف جواز بيع الزرع والثمرة مع الأرض والشجر ، يشمل ما اذا كان الزرع لم يتسنبل بعد ، أو تسنبل ولم يشتد ، ولذلك صرح به الأصحاب ، وهو باطلاقه يشمل ما اذا كان الحب الذى فى السنبل غير المشتد مرئيا كالشعير أو غير مرئى كالحنطة ، وانما فصلوا بين المرئى وغيره فيما بعد بدو الصلاح على ما سيأتى ان شاء الله تعالى فان كانت التبقية تقتضى المسامحة فى ذلك فينبغى فى الموضعين ، والا فما الفرق وقد تقدم مثل ذلك فى الثمار أيضا .

(القسم الثالث) اذا باع الزرع وحده من مالك الأرض فهو كبيع الثمرة من مالك الشجرة ، جزم المصنف فى التنبيه بالجواز ، وذكر ههنا الوجهين ، وقد تقدم ذكرهما ، ولم أر من صرح بهذه المسألة فى الزرع غير المصنف والقاضى حسين والرويانى والجرجانى والمتولى ، ومقتضى نصه الذى نقلوه عن الرهن أيضا يدل له ، وكثير من الأصحاب يقتصرون على حكم الثمار ، وكأنهم مكتفون بذلك عن ذكر حكم الزرع ، قال القاضى حسين وغيره : فعلى قولنا : لا يحتاج الى شرط القطع لو شرط فيه القطع بطل العقد ، لأنه ينافى مقتضى العقد ، وفيه ضرر على المشترى .

(**فرع**) قول المصنف هنا : اذا باع الزرع ممن يملك الأرض ، وقال فى التنبيه من صاحب الأصل فظاهره أيضا أنه المالك ، فلو باع الزرع من مستأجر الأرض وذلك يفرض فى صور (منها) اذا استأجر أرضا وزرعها وباع الزرع بشرط القطع وتراضيا على ابقائه ، ثم اشتراه البائع مطلقا ، هل يكون كالمالك ؟ أو لو كان المالك غير مستحق للمنفعة بأن كانت مستأجرة مثلا ؟ هل يستمر الحكم المذكور ؟

أو نقول : ان المالك فى هذا الوقت لا يد له ولا منفعة فهو كالأجنبى ؟ (وأما) الثمرة فلا يمكن فيها ذلك ، لأن الشجرة لا يجوز استئجارها ، كما صرح به بعض الأصحاب فى هذا الباب •

(فرع) لو باع الزرع من مالك الأرض بالأرض ، فانه يصح ويشترط فيه ذكر القطع ، قاله القاضى حسين وصاحب التتمة والخوارزمى ، وهو ينبغى أن يكون تقييدا لما تقدم من الاطلاق ، وعلى قياسه اذا باع الشجرة بالشجرة •

(فرع) قد تقدمت الأحاديث الواردة فى المنع عن بيع الثمار قبل بدو الصلاح (ومنها) ما هو مطلق (ومنها) ما هو وارد فى النخل ، قال ابن عبد البر : ولا خلاف بين العلماء أن جميع الثمار داخل فى معنى ثمر النخل ، وأنه اذا بدا صلاحه وطاب أوله حل بيعه •

(فرع) لا فرق فى الثمار بين ما يجذ كالبلح والبسر ، أو يقطف كالحصرم والعنب • أو يجمع كالبطيخ والقثاء والخيار والباذنجان • وكذلك التفاح والكمثرى والخوخ والجوز واللوز والرانج • كلها تجرى فيها الأقسام المتقدمة والآتية فى بيعها قبل بدو الصلاح وبعده ، ومنفردة وتابعة ، والله أعلم •

(فرع) الفجل المغروس فى الأرض والسلجم والجزر والسلق اذا اشترى ورقه فان شرط القطع جاز ، أو التبقية أو أطلق لم يجز • وان اشترى أصله المغروس فى الأرض لم يجز • سواء قلنا : بيع الغائب باطل أو صحيح • لأنه لا يمكن رده الى البائع على صفته • قاله القاضى أبو الطيب والقاضى حسين وغيرهما •

(فرع) قال القاضى حسين : اذا باع أصل الكراث مع الكراث صح العقد • ويؤمر بالقلع ، ولو باع العروق بدون الكراث لم يصح ، ويكون بيع الغائب وبيع المجهول ، ولو باع القصب الفارسى وما يتكرر قطعه حكمه حكم الكراث • وقال فى الجوز ونحوه : اذا كان فى الأرض ويكن(١) بعضه ظاهر من الأرض فانه يجوز بيعه كالصبرة اذا رأى

---

(١) كذا بالنسخة المطبوعة والعبارة غير مستساغة ولعلها : « اذا كان فى الأرض ولم يكن بعضه ظاهرا من الأرض » • (المطيعى)

ظاهرها دون باطنها وسيأتى عن الامام أن البقول التى تتزايد لا يجوز بيعها الا بشرط القطع مطلقا • وليس لها حالة كمال بدو الصلاح •

(فــرع) قال ابن الحــداد فى المولدات : باع نصف ثمــرة على رؤوس النخــل قبل زهو الثمــرة ، فالبيع باطل لأنه لا يمكن أن يقسم • وكذلك ان باعه نصف زرعه بقلا وكذلك قاله القاضى حسين فى الزرع والرويانى فى الزرع والثمــرة جميعا ، وقد ذكر هــذا الفرع غير واحد من الأصحاب ، ونص عليه الشافعى فى الصــلح أنه لا يجوز على نصف الزرع وذكره المزنى آخــر مسألة فى كتاب الصلح • قال الرافعى وغيره : وعللوه بأن البيع والحالة هذه يفتقر الى شرط القطــع • ولا يمكن قطع النصف مشاعا الا بقطع الكل فيتضرر البائع بنقصــان عين المبيع فأشبه ما اذا باع نصــفا معينا من سيف أو أسطوانة وعليها سقف دار بحيث لا يمكن تسليمها الا بهدم الدار ، فانه لا يصــح العقد فيه • وقال الرافعى : وما ذكروه من أن قطع النصف لا يمكن الا بقطع الكل انما يستمر بتقدير دوام الاشاعة وامتناع القسمة •

(أما) اذا جوزنا قسمة الثمــار فى حال الرطوبة بناء على أنها افراز ، فيمكن قطع النصف من غير قطع الكل ، بأن يقســم أو لا فليكن منع القول مبنيا على القول بامتناع القســمة لا مطلقا ، وعلى هــذا يدل كلام ابن الحداد • قال القاضى أبو الطيب : هو الصحيح (قلت :) قد قدمت فى باب الربا فى جواز قســمة الثمار على الأشجار أنه فى غير الرطب والعنب ، لا يجوز قطعا • وفى العنب والرطب ثلاث طرق (أصحها) وهى التى رجحها صاحب التهذيب والمحاملى ، أنه لا يجوز • وان قلنــا : انها افراز (والثانى) تخريجها على القولين (والثالث) يجوز ، وان قلنا : انها بيــع ، ومحل الطرق الثلاث على ما نبه عليه المحاملى ما بعــد بدو الصلاح (أما) قبل بدو الصلاح فلا يجــوز جزما ، وان كان كلام كثير من الأصحاب مطلقا وفتيا ابن الحــداد هنا ومن وافقه صحيحة فى غير العنب والرطب جزما ، وفى الرطب والعنب اما جزما على ما قاله المحاملى ، واما على الأصح اذا جعلنــا الخلاف مطلقا •

وما صححه القاضى أبو الطيب من تخريجها على الخــلاف فى

القسمة ــ وان كان مخالفا لمــا قاله المحاملى ــ فليس فيه تصحيح للجواز ، لأنه لم يذكر هنا ، أما الأصح عنده فى القسمة وقد صحح الرافعى فى باب الربا أن قسمة ذلك تبع • فيكون الأصح عنده على مقتضى ذلك أنه لا يجوز قسمتها ، وان كان فى باب القســمة حكى اختلاف التصحيح فى قسمة المتشــابهات • وهذا كله بناء على ما أفهمه نقــل الرافعى عن أبى الطيب من آخــر الخلاف فى ذلك ، والذى ادعاه ابن أبى الدم أنه لا خلاف فى البطلان • وأن ابن الحــداد علله بامتناع القســمة وغلطه الأصحاب فى التعليل ، وأن أبا الطيب قال : الصحيح ما علل به ابن الحداد ، وقد نص الشافعى على هــذه العلة ، فالتصحيح حينئذ فى التعليل ولا خلاف فى الحكم •

وقد قال الشافعى رضى الله عنه فى باب الآجال من الأم : انه اذا كان بين القــوم حائط فيه الثمر لم يبد صلاحه ، فأرادوا اقتسامه فلا يجــوز قســمه بالثمرة بحــال • وكذلك لو بدا صلاحها لم يجــز من قبل أن للنخل والأرض حصة من الثمن ، وللثمــرة حصة من الثمن • فتقع الثمرة بالثمرة مجهولة ، لا بخرص ولا تبع ، ولا تجوز قسمته الا أن يقتســما الأصــل وتكون الثمــرة بينهما مشاعا ان كانت لم تبلغ ، أو كانت قد بلغت غير أنها اذا بلغت لا بأس أن يقتسماها بالخرص قســما منفــردا • وان أرادا أن يقتســما الثمــرة مع النخل اقتسماها ببيع من البيوع ، فيقوما كل سهم بأرضه وشجره وثمــره • ثم أخذ بهذا البيع لا بقرعة • واذا اختلف فكان نخــلا وكرما فلا بأس أن يقســم أحدهما بالآخــر وفيهما ثمــرة لأنه ليس فى تفاضل الثمرة بالثمرة تخالفها ربا فى يد بيد انتهى • فهذا نص فى امتنــاع القسمة قبل بدو الصلاح ، وأوله يقتضى امتناع القســمة بعد بدو الصلاح أيضــا ، لكن قوله : غير أنها اذا بلغت فلا بأس أن يقتسماها بالخرص قسما منفــردا يقتضى جواز قسمها بعد بدو الصلاح فليتأمل •

(واعلم) أن ابن الحــداد علل المنع فى ذلك بامتناع القسمة كما رأيت ، وغلطه بعض الأصحاب فى التعليل ، وقال : ليس العلة أنه لا يصــح قسمتها ، فان البيع لا يصــح وان قلنا : قسمتها صحيحة وأن القسمه افراز ، وانما لم يصح ذلك لأن اشتراط القطع لا يصح فيها ،

لأن نصفها مشاعا لا يمكن قطعه ، قال القاضى أبو الطيب : هذا الذى قاله هذا القائل ليس بصحيح ، والتعليل هو الذى ذكره ابن الحداد ، ونص الشافعى كذلك ، قال فى الصلح : لو كان الزرع بين الرجلين وصالحه أحدهما على نصف الزرع لم يجز من قبل أن الزرع لا يجوز أن يقسم أخضر ، ولا يجبر شريكه على أن يقطع منه شيئا ، ومقتضى هذا الكلام من أبى الطيب أن علة ابن الحداد هى الصحيحة ، وأن القول بذلك مبنى على امتناع القسمة وأن القائل الآخر خالفه فى التعليل وعمم الحكم ، ثم قال القاضى أبو الطيب بعد ذلك : انه اذا قلنا : تصح قسمة الثمار صح بيعه ، لأن شرط القطع يصح فيه ، فيبيع نصف الثمرة أو نصف الزرع بشرط القطع ثم يطالبه بالقسمة فى الحال فيقاسمه ثم يقطعه .

(وأما) اذا قلنا : لا تصح القسمة فباع نصفها بشرط قطع الجميع لم يصح ، لأن البائع لا يجبر على قطع ما لم يبع ، والشرط فيه لا يصح ، ولا يمكن قطع المبيع منفردا ، لأنه مشاع ، وهذا الذى قاله القاضى بعد أن قرر أن العلة الصحيحة امتناع القسمة ، وأن المسألة مبنية عليها وهو صحيح ، لكن قد ثبت أن الثمار لا تصح قسمتها ، وكفى بهذا النص الذى فى الصلح دليلا على امتناع قسمتها ، والله أعلم .

ولم أر أحدا صرح بجواز بيعها غير القاضى فى هذا الكلام الذى قاله ، ويشبه أن يكون تفريعا من عنده على مقتضى البناء على القسمة ، وما أفهمه نص الشافعى ، ولقائل أن يقول : ليس التمسك بمفهوم ذلك على اثبات خلاف فى هذه المسألة بأولى من التمسك به على امتناع القسمة ، والجزم بامتناع البيع ههنا ، وكيفما قدر فالمنع فى هذه المسألة اما أن يكون هو الصحيح أو يكون مجزوما به ، واذا نظرت الى كلام الرافعى بمجرده ، وما قاله فيما اذا جوزنا قسمة الثمار الرطبة بناء على أنها افراز ، وما حكاه عن أبى الطيب أن تخريجها على ذلك هو الصحيح ، وفى ذهنك أن قسمة المماثلات افراز ، توهمت من مجموع ذلك أن الصحيح الجواز فى هذه المسألة ، وليس كذلك بل الزرع لا يجوز جزما لأنه لا تجوز قسمته خرصا جزما ، والثمار غير الرطب ، والعنب كذلك ، والرطب والعنب يجرى

فيهما الخرص ، وفى قسمتهما خرصا خلاف ، المنقول عن نصه فى الصرف الجواز ، وذكر الرافعى أنه الأصح تفريعا على أن القسمة افراز ، لكنه ذكر فى ذلك الموضع أن الأظهر أنها بيع ، فيكون الأظهر امتناع البيع فى ذلك .

والعجب من القاضى أبى الطيب ، كيف صرح هنا ببيع الزرع على قسمته ، مع أنه جزم فى باب الربا أنه لا تجوز قسمة غير الرطب والعنب خرصا ، وانما يتأتى ذلك عند من يرى أنه تجوز قسمته خرصا ، ولا أعلم أحدا صرح بذلك ، الا أن لنا وجها ضعيفا أن الخرص يجرى فى غير الرطب والعنب ، فيجىء على مقتضاه خلاف فى قسمة ذلك خرصا ، قال ابن الرفعة : (فان قلت :) الأصحاب قالوا فى كتاب المساقاة : ان بيع بعض الثمار مشاعا بعد بدو الصلاح يصح ، وان لم تجزم القسمة (قلت :) صحيح لأن التبقية تجب على البائع ، وهى تستلزم تبقية الباقى اذا لم تجز القسمة بالخرص ، وليس فيها تغيير عين المبيع ، والله أعلم .

(فرع) من هذا الجنس لو باع نصف الثمرة مع نصف النخل صح ، وكانت الثمار تابعة ، قاله الرافعى وغيره ، وكذا اذا باع نصف الثمرة مع جميع الشجرة . قاله الخوارزمى ، فلو شرط القطع فى ذلك احتمل أن يكون اشتراطه فى بيع كل الثمرة مع كل الأصل . واحتمل أن يكون أولى بالفساد . لأجل امتناع القسمة . ولو كانت الشجرة أو الأرض لواحد والثمرة أو الزرع لآخر ، فباع نصف الثمرة من مالك النخل ، أو نصف الزرع من مالك الأرض ، فوجهان مبنيان على الوجهين فى اشتراط القطع ، لو باع الثمرة كلها من صاحب الأصل ، قاله القاضى حسين فى الزرع ، والرافعى فى الثمرة ، وقد تقدم الخلاف فى الأصح من الوجهين ، وأن الأصح الاشتراط ، فيجىء عليه أن الأصح هنا عدم الصحة .

ولو كانت الثمار والأشجار أو الزروع والأرض مشتركة بين رجلين ، فاشترى أحدهما نصيب صاحبه من الزرع أو الثمرة لم يصح ، وقال الخوارزمى : ان اشترى نصيب صاحبه من الزرع بنصيبه من الزرع لم يجز لا مطلقا ولا بشرط القطع على الأصح ، فأشعر

بخلاف ، ولعله الذى تقدم الكلام فيه فى بيع نصف الثمرة والزرع مشاعا على قولنا : القسمة افراز ، ولو اشترى نصيب صاحبه من الثمرة بنصيبه من الشجرة ، أو نصيب صاحبه من الزرع بنصيبه من الأرض فان باعه مطلقا لم يجز ، وان كان بشرط القطع صح ، لأن جملة الثمار أو الزرع تصير للمشترى ، وجملة الشجر أو الأرض تصير للآخر ، وعلى مشترى الثمرة أو الزرع قطع الكل ، لأنه التزم بهذه المعاملة قطع النصف المشترى بالشرط ، والتزم تفريغ الأشجار والأرض لصاحبه ، وبيع الشجرة أو الأرض على أن يفرغها للمشترى جائز ، قاله القاضى حسين فى الزروع ، والرافعى فى الثمار ، وكذلك القاضى أبو الطيب فى شرح الفروع •

ولو كانت الأشجار أو الأرض لواحد ، والثمرة أو الزرع لاثنين ، فاشترى صاحب الشجرة نصيب صاحبه من الثمرة بنصف الشجرة ، أو اشترى صاحب الأرض نصيب صاحبه من الزرع بنصف الأرض ، بشرط القطع ، صح قاله الرافعى ، وان كان بغير شرط القطع ، ففيه وجهان مبنيان على اشتراط القطع اذا باع الكل من صاحب الأصل قاله القاضى حسين ، فأما اذا باع نصف الثمرة أو نصف الزرع من غير مالك الأرض فيشترط شرط القطع قولا واحدا •

وقال الخوارزمى فى الكافى : لو كان الزرع لهما والأرض لأحدهما فباع أحدهما نصيبه من الزرع البقل من صاحبه لا يجوز لا مطلقا ، ولا بشرط القطع كما لو باع من غيره ، ولو كانت الأرض لاثنين والزرع لواحد عكس ما تقدم ، فان باع الزرع من أجنبى فالحكم واضح ، وان باعه من مالك الأرض فيخرج على الوجهين ، وان باع الكل من أحدهما لم يصح ، وان باع النصف من أحدهما يخرج على الوجهين ، ان قلنا : لا يحتاج الى شرط القطع جاز ، والا فلا ، قاله القاضى حسين ، ولو كان الزرع لواحد والأرض لآخر فباع الزرع بالأرض ، فقد تقدم • ولو باع صاحب الزرع زرعه من صاحب الأرض بنصف أرضه قال فى التتمة : فان قلنا : انه اذا باع الزرع من مالك الأرض بشرط القطع فالعقد صحيح ، ويشترط القطع فى الكل لأن كل الزرع مبيع (وان قلنا) لا يعتبر فيه شرط القطع فالعقد باطل ، لأن شرط القطع فى النصف مبطل للعقد ، لأن الأرض ملكه ، ولا يمكن

افراز النصف بشرط القطع فيه ، لأن النصف لا يعرف الا بالقسمة ، ولو اشترى جميع الأرض بنصف الزرع فيها ، فالعقد باطل • قاله فى التتمة •

واطلاق صدر المسألة فى أنه لا يجوز بيع نصف الزرع مشاعا بشمله ولو باع جميع الزرع مع نصف الأرض قال فى التتمة : لا يجوز • لأن النصف الذى هو مبيع مع الأرض لا يجوز شرط القطع فيه • والنصف الذى هو مبيع دون الأرض لابد من شرط القطع ، وشرط القطع فى النصف لا يمكن ، والله أعلم •

ولو استثنى نصف الثمرة غير المؤبرة فقد تقدم فى موضعه •

(فرع) رأيت فى المطارحات لابن القطان أنه ان باع نصف الزرع مشاعا مع جميع الأرض جاز • فان باعه مع بعض الأرض أو دون الأرض لم يجز ، ولم يتضح لى ذلك • ولعله غلط فى النسخة •

(فرع) فى رهن الثمرة وهبتها قبل بدو الصلاح خلاف • سيأتى ان شاء الله تعالى فى موضعه ان يسر الله ذلك •

(فرع) قال أحمد بن بشر عن نصه[1] • ولا بأس بشراء نصف الثمرة جزافا قال أحمد : يشبه أن يكون بعد بدو صلاحها •

(فرع) البطيخ له أحوال (الحالة الأولى) أن يبيعه مع الأرض فيستغنى عن شرط القطع • وتكون الأرض كالشجرة •

(والحالة الثانية) أن يفرد أصول البطيخ بالبيع ، قال العراقيون والامام وغيرهم : يجوز ولا حاجة الى شرط القطع ، اذ لم يخف الاختلاط ، ثم الحمل الموجود يبقى للبائع ، وما يحدث يكون للمشترى ، قال ابن الرفعة : ولم يخرجوه على ما اذا أطلعت النخلة بعد البيع ، وكان بعض ثمرتهامؤبرة حين البيع لأجل أن ذلك يعد حملا واحدا ، وهذه بطون • وان خيف اختلاط الحملين فلابد من شرط القطع ، فان شرط فلم يتفق حتى وقع الاختلاط فطريقان سنذكرهما فى نظيره

---

(١) الضمير فى نصه يعود على نص الشافعى فى الام أو الاملاء وأحمد ابن بشر هو ابن عامر المروروذى القاضى أبو حامد (ط) •

أن شاء الله تعالى ، ولو باع الأصول قبل خروج الحمل فلابد من شرط القطع أو القلع كالزرع الأخضر ، فاذا شرطه ثم اتفق بقاؤه حتى خرج الحمل فهو للمشترى ، قال ابن الرفعة : وفى صحة البيع نظر ، لأن مثله لا ينتفع به الانتفاع المقصود •

(الحالة الثالثة) أن يبيع البطيخ مع أصوله منفردا عن الأرض ، فالذى قاله القاضى أبو الطيب وغيره من العراقيين الصحة ، وقال الامام والغزالى والمتولى : لابد من شرط القطع ، لأن البطيخ مع أصوله متعرض للعاهة بخلاف الشجر مع الثمرة ، وذكر ابن الرفعة أن هذا من تفقه الامام وأن المنقول خلافه ، واعتمد فى ذلك على فهمه لكلام جماعة من العراقيين ، والرافعى أبدى ذلك تخريجا فقال : قضية ما نقلناه فى بيع الأصول وحدها اذا لم يخف الاختلاط أنه لا حاجة لشرط القطع ، فليعلم قول المصنف — بالواو — وكذلك وهذا الذى قاله الرافعى متعين ، اما أن يقال بالجواز فى المسألتين أو بالمنع فيهما ، والأول أقرب الى كلام العراقيين •

(والثانى) مقتضى كلام القاضى حسين والفورانى والامام : يلزمه الفرق بين بيع الأصول وحدها وبيع الأصول مع البطيخ ، حيث قال بالصحة فى الأول ، ومنع فى الثانى وكيفما قدر فالصحيح ما فهم من كلام العراقيين من اطلاق الصحة فى الموضعين ، وفى كلام الشافعى فى المختصر ما يمكن التمسك به فى ذلك •

(الحالة الرابعة) أن يبيع البطيخ وحده دون أصوله ، فان كان قبل بدو الصلاح لم يصح ، وان كان بدا الصلاح فى كله أو بعضه نظر — ان كان يخاف خروج غيره — فلابد من شرط القطع ، فان شرط فلم يقطع ففى الانفساخ للبيع قولان يأتى نظيرهما ان شاء الله تعالى • وقال ابن الرفعة : قد يقال : ان ذلك ظاهر على قولنا : ان الاختلاط اذا حصل يبطل البيع ، أما اذا قلنا : لا يبطل فيصح ههنا • والفرق بين ذلك وبين توقع التلف أن المالية هناك تذهب كما يشير اليها الخبر ولا كذلك ههنا • وان كان لا يخاف خروج غيره جاز من غير شرط القطع • والباذنجان والقثاء والخيار ونحوه كالبطيخ فى الأحوال المذكورة ، والله أعلم •

(وان بدا صلاحها جاز بيعهـا بشرط القطـع لحديث ابن عمـر رضى الله عنهمـا ولأنه اذا جـاز بيعـه بشرط القطـع قبـل بدو الصـلاح فـلأن يجـوز بعـد بدو الصـلاح أولى ويجـوز بيعهـا مطلقـا للخبر • ولأنه أمـن من العاهة فجـاز بيعهـا مطلقـا كسـائر الأمـوال ويجـوز بيعهـا بشرط التبقيـة الى الجـذاذ للخـبر • ولأن اطلاق البيـع يقتضى التبقيـة الى أوان الجـذاذ • فاذا شرط التبقيـة فقـد شرط ما يقتضـيه الاطلاق فجاز) •

(الشرح) القسم الرابع من الأقسـام المتقدمة • وان شئت قلت : الثانى أن يبيع الثمار بعد بدو الصلاح فانه يجوز مطلقـا • وقسمه الأصـحاب أيضا باعتبار شرط القطع والتبقية والاطلاق الى ثلاثة أحوال لأحكام تترتب على ذلك :

(الحالة الأولى) أن يبيعها بشرط القطع فهـذا جائز اجماعا ، وممن ادعى الاجمـاع فيه المـاوردى ، ومستنده اما مفهوم حديث ابن عمر وشبهه من الأحاديث المتقدمة المتضمنة النهى عن بيـع الثمرة حتى يبدو صلاحها ، فان مفهوم الغاية يقتضى جواز بيعها عند بدو الصلاح ، عند القائلين بالمفهوم ، وأما زوال الحالة المقتضية للتحريم ، فيرجع الى أصـل حل البيع عنـد من لا يقول بالمفهوم ، وهذا لابد من الاعتضـاد به • فان فى التمسـك بالمفهوم فى الأحوال الثلاثة بحثا من جهة أن المفهوم له عموم أو لا • قال شارح البرهان فى أصول الفقه : ان استند المفهوم الى طلب فوائد التخصيص لم يعم ؛ وان استند الى أن ذلك من جهة اللفظ عم ، وعزى الأول الى الشـافعى ، لكنا قدمنا عن الشافعى ما يقتضى خلاف ذلك ، فان صح ما قدمناه عن الشافعى اتجه استدلال المصنف على مذهبه فى الخبر فى الحالتين ، ولا احتياج الى الاعتضـاد بالأصل المذكور والقياس الذى ذكره المصنف رحمه الله تعالى على ما قبل بدو الصلاح ، وقد تقـدم الكلام فى البيع بشرط القطع قبل بدو الصلاح ، والله أعلم •

وفى هذه الحالة هل اذا شرط القطع يجب ؟ قد تقـدم فيما قبل بدو الصلاح أنه يجب ، ولو تراضيا على الترك جاز ، وكذلك يأتى

ههنا بطريق أولى ، قال الامام : ولا شك أن هـذا يعنى جواز البيع بشرط القطع بعد بدو الصـلاح مطـرد فى ابتياع الشجرة على شرط القطع من المغرس ، وابتياع البناء كذلك •

(الحالة الثانية) أن يبيعها مطلقا فيجوز أيضـا بلا خلاف للخبر ، وقد تقـدم ما فى ذلك، وبالقياس الذى ذكره المصنف ، قال الشافعى رضى الله عنه والأصحاب : وفى هـذه الحالة للمشترى تركها الى أوان الجـذاذ ، وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : يجب على المشترى قطعها فى الحال بنـاء على أصله فى أن اطلاق العقـد يقتضى القطع • واطلاقه عندنا يقتضى التبقية بالعـرف وبقوله صلى الله عليه وسلم فى بيع الثمرة قبل بدو الصـلاح : « أرأيت اذا منـع الله تعالى الثمـرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » قال القاضى أبو الطيب : هذا التعليل يدل على أن بيـع الثمـرة مطلقا يوجب تبقيتها الى أوان البلوغ • لأنه لو وجب قطعها فى الحال لم تكن تعرض للجائحة والتلف • وقال الحنفية : ان هذا كمن قال : بعتك هذا بألف ولم يتعرض لدراهم ولا لدنانير • وكانت قيمته فى العرف ألف درهم • فالعرف يقتضى أن العاقد لا يشتريه بألف دينار ، ومع ذلك العقد باطل •

وأجاب أصحابنا بأن فى العرف من أطلق الألف اتكالا على العرف ينسب الى الجهل • ومن اشترى ثمـرة ولم يتعرض للابقـاء وطمع فى الابقاء لا ينسب الى الجهل ولا يعد مقصرا بتركه •

(الحالة الثالثة) أن يبيعها بشرط التبقية فيصـح عندنا • وبه قال محمد بن الحسن ومالك وأحمد وداود وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله : لا يصـح تمسكا بأن ذلك ينافى مقتضى هـذا العقد الخاص للتبقية • وعن الثانى بما اذا اشترى دارا وللبائع فيها متـاع فانه ينقله على حسب العادة • وتمسـك المصنف وأصحابنا فى ذلك بالخبر ومفهوم الغاية فيه • وقد تقـدم ما فى ذلك لاسيما وأبو حنيفة ينكر مفهوم الغاية • وان اعترف به بعض المنكرين للمفهوم • والتمسـك بالقياس مبنى على اقتضـاء العرف لذلك ، والله عز وجل أعلم •

(فـرع) أطلق المصنف أنه اذا بدا صلاحها جاز بيعها • ومراده بذلك أن المنع الذى كان قبل بدو الصـلاح يرتفع فيجوز البيـع بشروطه

المذكورة فى مواضعها فالشعير يجوز بيعه لأنه مشـــاهد فى سنبله . وكذلك كل ثمـــرة بارزة كالتفاح والمشمش والخوخ والكمثرى ، أو زرع بارز حبه فى غير كمام ، كالشعير والذرة . وكذلك ما كان مستورا بقشرة واحدة ومصلحته فى بقائه فيها كالرمان والباذنجان والأرز على خلاف فيه . وأما ما عليـــه قشرة يتحفظ بغيرها كالقطن والسمسم والعدس . أو قشرتان اما كالفستق والبندق والجـــوز . واما كالباقلاء واللوز الرطب فلا يجـــوز . وقد ذكر المصنف بيع الباقلاء وبيع الحنطة فى سنبلها فى باب ما نهى عنه من بيع الغرر . فلا حاجة الى اعادة شرحه ، والله أعلم .

وما أشرت اليه من المعنى بقولى ان المنع الأول ارتفع ببدو الصلاح ، جواب على تمسك الخصم بالمفهوم . وان قلنا : ان له عموما فانه يقتضى ارتفـــاع ذلك النهى . أما ارتفاع النهى بسبب آخـــر فلا . كقوله : « ألا لا توطأ حامل حتى تضع » فهى اذا وضعت يرتفع النهى الذى لأجل النسب ، ويبقى النهى لأجل الأذى حتى تغتســـل .

(فـــرع) قال القاضى حسين : بيع الزرع وحـــده ان كان بذرا لم يصح على الصحيح ، وقصيلا جاز بشرط القطع . أو بعد الاشتداد بارزا كان كالشعير والجاورش والدخن . أو متسنبلا فى كمام فقولا بيع الغائب . فان باع الأرض مع الزرع — فان كان أخضر — صـــح فيهما . أو مشتد الحبات بارزا فكذلك . أو مستترا — فان أبطلنـــا البيع فيه عند الانفـــراد — بطل ههنا فيه . وفى الأرض قولا تفريق الصفقة ، وان صححنا فيه منفـــردا ولكن نثبت خيار الرؤية فههنا قولا الجمع بين مختلفى الحكم .

(فـــرع) قصب السكر صلاحه فى بقائه فى قشره ، كالجـــوز فى قشره ، فى قشره الأسفل ، وقد صرح المـــاوردى بجـــواز بيعه اذا بدت فيه الحـــلاوة ، قال ابن الرفعة : ولولا جواز بيعه فى قشره لمـــا جاز بيعه عند بدو صلاحه ويبقى الى أوان قطعه .

(فـــرع) الكتان اذا بدا صلاحه ، قال ابن الرفعة : يظهر جواز بيعه ، لأن ما يعزل منه ظاهر مرئى والشاش فى باطنه كالنوى فى التمر

ونحوه ، لكن هذا لايتميزفى رأى العين بخلاف التمر والنوى ، والله أعلم •

(فــرع) البقل اذا بيع مع الأصــول قال الغزالى : لا يشترط القطع ، فانه لا يتعرض لعاهة ، وقال صاحب التهذيب : لا يجــوز بيع الفت والبقــول فى الأرض دون الأرض الا بشرط القلع أو القطع ، سواء كان مما يجــذ مرارا أو لا يجــذ الا مرة واحــدة ، غير أنه اذا باع ما يجذ مرارا بشرط القطــع لا يجــوز قلعه ، لأنه لم يملك الأصل ، وما لم يجــذ الا مرة واحــدة يجوز ، وقال القاضى حسين : اذا باع أصل الكراث مع الكراث صح ، ويؤمر بالقلع ، ولو باع العروق بدون الكراث لم يصح ، ويكون بيع الغائب ، ولو باع الأرض التى فيها الكراث أو الرطبة فأصولها تدخــل فى العقــد كأصول الأشــجار ، وما ظهر لا يدخل ويؤمر البائع بجــذه فى الحال ، وكذلك القصب الفارسى وما يتكرر قطعه حكمه حكم الكراث •

والفرق على رأى الغزالى بين البقــل حيث قال : انه لا يجوز بيعه بأصوله الا بدون شرط القطع ، وبين البطيخ حيث قال : انه لا يجوز بيعه مع أصوله الا بشرط القطــع أن ما ظهر من أصول البطيخ هو الذى تتكرر ثمرته دون ما بطن من عروقه ، ولهــذا اذا قطع الظاهر لم يخلف ، واذا كان كذلك فالآفة متعرضة لمــا ظهر من أصوله كتعرضها لنفس البطيخ ، ولهــذا يؤثر فيها الحر والصقيع ونحوهما كمــا يؤثر فى البطيخ ، فلذلك استويا فى الحكم ، ولا كذلك ما يخلف من أصــول البقول ونحوه ، فانه الذى فى الأرض ولا يخشى عليه تلك الآفات التى تخشى على أصول البطيخ ، والله أعلم •

وان بيع البقــل دون الأصول ، قال الغزالى : يدل على القطع ، يعنى لأن العرف يقتضيه ، ولا يحتاج الى شرط القطع بخلاف الزرع الأخضر ، فان العرف فيه الابقــاء لو لم يشترط القطع ، ومن الناس من رأى التســوية فى ذلك واعترض على الغزالى فى كلامه بأن شرط القطع فى ذلك ليس بواجب ، قال ابن الرفعة : والأشبه أنه ان لم ينته الى الحالة التى يجــذ فيها فلا يجوز بيعــه الا بشرط القطع ، وان انتهى

جاز ، وعليه يحمل كلام الغـزالى ، وظاهر نصه فى الأم يدل على ذلك •

(فـرع) فان باع الثمـرة بعـد بدو الصلاح مع الأصـول والزرع بعـد أن اشتد حبه مع الأرض نظرت ـ فان كانت الثمـرة ظاهرة أو كان الزرع كالشعير والذرة ونحوها والقطن اذا ظهر جميعه ـ جاز لأنه مبيع مشـاهد ، وان كانت الثمـرة غير ظاهرة كالجوز واللوز والرانج فى قشره وكان الحب غير ظاهر كالحنطة والفـول والحمص وما أشبهه (فان قلنا) يجـوز بيعها مفردا جاز مع الشـجر والأرض (وان قلنا) لا يجـوز لم يصح البيـع فيها لأنه مبيع مجهول مقصـود فى نفسه وهل يصـح البيـع فى الشجرة والأرض يبنى على القولين فى تفريق الصفقة (فان قلنا) لا تفرق أو تفرق ولكن يجوز بالقسط بطل فى الجمع (وان قلنا) يجوز بكل الثمن صـح البيع فى الشجر والأرض ، وللمشترى الخيار بين أن يمسـك الأصل بجميع الثمن ، وبين أن يرده ويأخذ ما دفع وقد تقـدم هذا التفصيل كله فى بيع الزرع من كلام المـاوردى •

(فـرع) فى مذاهب العلمـاء • وافقنا مالك وأحمـد على جواز البيع بشرط التبقية بعد بدو الصـلاح • وقال أبو حنيفة : لا يجـوز • واحتج له بأنه بيع واجارة مجهولة فأشبه اشتراط ترك القماش فى الدار (قلنا) الشجرة لا تؤجر • ولا أجرة لها بخلاف الدار •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وبدو الصـلاح فى الثمـار أن يطيب أكلهـا • فان كان رطبـا بأن يحمـر أو يصفر وان كان عنبـا اسـود بأن يتمـوه وان كان أبيض بأن يرق ويحـلو ، وان كان زرعـا بان يشـتد وان كان بطيخا بأن يبـدو فيه النضـج ، وان كان قثـاء بأن يكبر بحيث يؤخـذ ويؤكل ، والدليـل عليه ما روى أنس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليـه وسـلم : « نهى عن بيع الحب حتى يشـتد ، وعن بيع العنب حتى يسـود ، وعن الثمـرة حتى تزهى » وروى جابر رضى الله عنه أن النبى صـلى الله عليـه وسـلم : « نهى عن بيـع الثمـرة حتى تطعم ») •

(**الشرح**) أما حديث أنس فروى البخارى منه أن النهى عن بيع الثمـرة حتى تزهى ، وفى رواية ثمر النخل ، وروى الترمذى منه النهى عن بيع العنب حتى يسـود ، وعن بيع الحب حتى يشـتد ، وقال : حسن غريب لا يعرفه مرفوعا الا من حديث حمـاد بن سلمة ، وروى البيهقى الجميع كما ذكر المصنف ، لكن قدم ذكر الثمـرة على الحب والعنب (وأما) حديث جابر فرواه البخارى ومسلم رحمهما الله ، ولفظهما : « عن بيع الثمـرة حتى تطيب » وعندهما فى رواية أخـرى واللفظ للبخـارى رضى الله عنه : « أن تباع الثمـرة حتى تشـقح ، فقيل وما تشقح ؟ قال : تحمـار وتصفار ويؤكل منها » وعند مسلم فى رواية : « وعن بيع الثمرة حتى تطعم » كمـا ذكرها المصنف فاذا أردت عزو حديث جابر الذى فى الكتاب على الاطـلاق قل : رواية مسلم •

وقوله : يتمـوه قال ابن أبى عصرون : يدور فيهـا المـاء الحلو ، ويصفو لونها ؛ وقوله : يشتد أى يصلب ويقوى • وقد تقـدم ذلك ، وقوله : حتى يطعم ــ بضم الياء وكسر العين ــ ويقال ــ بفتح العين ــ وضبطه ابن البدرى أنه ــ بفتح التاء والعين ــ أيضـا وهى خطأ قال : معنـاه حتى تصير طعما ، وقيل : تبلغ حين تطعم ، وقد ورد فى الصحيح من حديث ابن عمـر أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع النخـل حتى يزهو ؛ وعن السنبل حتى يبيض » ولا تنافى بين هذا وبين حديث أنس المتقـدم أنه نهى عن بيـع الحب حتى يشتد ، لأن وقت اشتداده وقت مبادى بياضه •

(**أما الأحكام**) فقد اختلف الناس فى تفسير بدو الصـلاح ، فروى عن ابن عمر أن « بدو الصلاح فى الثمـر بطلوع الثريا » وقد تقدم ذلك فى الحديث عنه ، وحكى عن عطـاء وجماعة أن بدو الصلاح أن يوجـد فى الثمـرة ما يؤكل قليل أو كثير ؛ قال ابن المنذر : وروينا ذلك عن ابن عمـر وابن عباس ، وروى عن النخعى أن بدو الصـلاح بقوة الثمـرة واشتدادها ، وعندى أن ذلك ليس باختلاف محقق يرجع الى معنى ، وكان ابن عمـر انما أطلق طلوع الثريا لأنه أوان طيب الثمرة غالبا عنـدهم فى ذلك الوقت ، فتباين الألفاظ عن العلمـاء فى ذلك لا ينبغى أن يعتمـد عليه فى اثبات اختلاف ، ومذهبنا أن بدو الصلاح

يرجع الى تغير صفة فى الثمرة ، وذلك يختلف باختلاف الأجناس وهو على اختلافه راجع الى شىء واحد مشترك بينهما وهو طيب الأكل وفى ذلك جمع بين الحديثين اللذين ذكرهما المصنف فان حديث أنس أعتبر الاشتداد فى الحب والاسوداد فى العنب والزهو فى الثمـرة ، وحديث جابر دل على اعتبار الطعم فى الثمرة ، وهى تشـمل العنب وغيره ، فيكون اعتبار الاسوداد وشبهه لأنه وقت للطعم لا لعينه ، فلذلك قال فى الحديث : حتى تطيب ، قال الأصحاب : ولا يصح ضبطه بطلوع الثريا ، لأن من البلاد ما يتأخر فيه صـلاح الثمـر ، أو يتقدم ، بل البلد الواحد قد يتعجل فى عـام ، لاشتداد الحر ودوامه ، ويتأخر فى آخـر لاشتداد البرد ودوامه ، وطلوع الثريا لا يختلف ، لأنها تطلع بعد ثمانية عشر يوما من بشنس(١) قالوا : وكذلك اعتباره بالأكل لا يصح ، لأن ثمـار النخل تؤكل طلعا وبلحا ، والكرم يؤكل حصرما ، وليس ذلك صلاحا له ، ولا يصح اعتباره بالقوة ، لأن قوة الثمـرة قبـل صلاحها ، واذا صلحت لانت ونضجت .

وقد أشار الشافعى رضى الله عنه الى اختلاف بدو الصـلاح فى أجناس الثمـار بقوله : وللخربز نضـج كنضج الرطب ، فاذا رأى ذلك فيه حل بيـع خربزه(٢) والقثاء تؤكل صغارا طيبا ، فبدو صلاحه أن يتناهى عظمه أو عظم بعضه .

(واعترض) عليه أبو بكر بن داود بأنه اما أن يكون الشـافعى رضى الله عنه أراد أن يعلمنا أنه يحب القثاء ، فلا فائدة فى ذلك ، أو أن يعلمنا المحسوسات ولا يجوز أن يعلم الناس ذلك ، لأنهم يعلمونه ضرورة .

(وأجاب) الأصحاب بأن الشافعى قصـد بهذا القول أن يفرق بين ما طعمه فى الابتـداء مخالف لمـا يكون فى النهاية ، وأن القثـاء

---

(١) بشنس ، بفتح الباء والشين بعدهما نون وسين ساكنتان من الشهور القبطية وهى أدق الشهور وأضبطها بالسنة للديار المصرية فى الزراعة والمناخ وتقلبات الفصول . (المطيعى)

(٢) والخربز بكسر الخاء واسكان الراء وكسر الباء هو البطيخ عربى فصيح وقيل فارسى . (المطيعى)

بخلاف ذلك ، لأنه فى ابتدائه وصغره طعمه كطعمه فى حال كبره ، بخلاف بقية الثمـــار ، فانها تكون فى ابتدائها حامضة أو مرة ، ثم تصير حلوة ، وأكثر الأصحاب لم يذكروا لبدو الصلاح ضابطا كما فعـــل المصنف ، بل جعلوه مختلفا كما اقتضاه كلام الشافعى •

قال المـــاوردى : وجملة الثمـــار على ثمانية أقسام (أحدها) ما يكون بدو الصـــلاح فيه باللون ، وذلك فى النخـــل بالاحمرار والاصفرار ، وفى الكرم بالحمـــرة أو السواد أو الصفار والبياض (وأما) الفواكه المتلونة (فمنها) ما يكون صلاحه بالصفرة كالمشمش (ومنها) ما يكون بالبياض كالتفاح •

(قلت) : ومحل ذلك فيما يتلون عند الادراك بلون يخالف اللون السابق ، وجعل القاضى أبو الطيب نوعا من التفاح يكون أخضر فى حال كماله كما يكون فى صغره ، قال : فبدو الصـــلاح فيه بطيب طعمه وحلاوته ، وكذلك جعل الشـــيخ أبو حامد العنب الأبيض ، وما قالاه ظاهر •

(القسم الثانى) ما بدو صلاحه بالطعم ، فمنه ما يكون بالحلاوة كقصب السكر ، ومنه ما يكون بالحموضة كالرمان ، فاذا زالت المرارة بالحموضة أو الحلاوة فقد بدا صلاحه •

(القسم الثالث) ما بدو صلاحه بالنضج كالتين والبطيخ ، فاذا لانت صلابته بدا صلاحه ، وهـــذا معنى قول غير المـــاوردى طيب(١) أو الحلاوة والعبارات الثلاث متقاربة ، فان ذلك يحصل فى وقت واحد ، وقال صاحب التتمة لمـــا تكلم فى البطيخ : الخيار والباذنجان حكمهما حكم البطيخ ، الا فى شىء واحد ، وهو أن بدو الصـــلاح فيهما ليس أن يكبر ويتناهى ، لأنهما لا يؤكلان فى تلك الحالة ، ولكن أن يصير

---

(١) كذا بالأصـــل ولعل العبارات الثلاث المشـــار اليها توضح لنا صحة السـياق بما يلى وهذا معنى قول غير المـــاوردى • طيب الرائحة أو اللون أو الحلاوة •• الخ • (المطيعى)

الى الحد الذى يقصد تناوله فى تلك الحالة فى العرف والعادة ، فاذا كان فى جملة الصفقة واحدة قد بلغت الحد فهو وقت اباحة بيعه .

(الرابع) ما بدو صلاحه بالقوة والاشتداد ، كالبر والشعير ، فاذا بدت قوته واشتد بدا صلاحه .

(الخامس) ما بدو صلاحه بالطول والامتلاء كالعلف والبقول والقصب ، فاذا تناهى طوله وامتلاؤه الى الحد الذى يجذ عليه ، بدا صلاحه ، هكذا قال الماوردى ، وسنذكر فى آخر الكلام فرعا عن الامام فى القرط ، وما فى معناه من البقول ، يخالف ذلك ، وما قاله الماوردى أولى لما سنذكر ، ونص الشافعى يدل لما قاله الماوردى ، والماوردى فى اجازته بيع البقول اذا بدا صلاحها من غير شرط القطع تابع للصيمرى .

وقال ابن الرفعة معتذرا عن الماوردى فى ذلك : ان القصب اذا انتهى الى تلك الحال لا يبقى عرفا ، بل العرف قطعه ، فاكتفى به كما اكتفى به فى التبقية فى الثمرة لعدم(١) وهذا الاعتذار يقتضى أن القطع واجب وانما يترك شرطه اكتفاء بالعرف فى ذلك ، قال : وفائدة ذلك أنه لو انتهى بعضه الى هذا الحال جاز بيع جميعه من غير شرط القطع ، واستحق التبقية فى الباقى الى أوان قطعه .

(السادس) ما بدو صلاحه بالعظم والكبر كالقثاء والخيار والباذنجان .

(السابع) ما بدو صلاحه بانشقاق كمامه كالقطن والجوز ، فاذا تشقق جوز القطن وسقطت القشرة العليا عن جوز الأكل بدا صلاحه ، ومقصود الماوردى من هذا أنه اذا تشقق بعضه جاز بيع المتشقق منه وغير المشقق اذا نظمهما العقد وغيره كما تقدم ، وليس مراده أن يجوز بيعه قبل التشقق بشرط القطع ، لأن ذلك ممتنع لانتشاره ، وانما سبق الكلام فى المعنى الأول .

---

(١) بياض بالأصل ولعل السقط الشرط ، أو الضرر ، أو بدو الصلاح .
(المطيعى)

(الثامن) ما بدو صلاحه بانفتاحه وانتشـــاره كالورد والنيلوفر ، فاذا تفتح المنضم منه وانتشر فقـــد بدا صلاحه ، وورق التوت بدو صلاحه أن يصير كأرجل البط ، هكذا قال عطـــاء والنخعى ، وجملة القول فى بدو الصـــلاح أن تنتهى الثمـــرة أو بعضها الى أدنى أحوال كمالها ، هكذا كلام المـــاوردى الا ما فى ضمنه مما حكينـــاه عن غيره ، وما نقله فى ورق التوت يوافق ما قاله صاحب التهذيب ، فانه قال : ان بيع أوراق الفرصاد قبل تناهيها لا يجـــوز الا بشرط القطـــع ، وكذلك قال القاضى حسين ، فلذلك رأى الرافعى أن يضبط حالة بدو الصلاح فى هذه الأشياء بصيرورتها الى الصفة التى تطلب غالبـــا لكونها على تلك الصفة ، وهو موافق للضابط الذى قاله المـــاوردى وهو أسلم من ضابط المـــاوردى ، فان الكمـــال بالمعنى المذكور فى باب الربا ليس مرادا ههنا واعتبار المـــاوردى أدنى الأحوال أحسن من عبارة الرافعى فانه قد تكون الصفة المقصودة منه غالبا نهاية تلك الحالة أو وسطها ، ولا يعتبر فى بدو الصلاح الا أولها ، فينبغى أن يزاد هـــذا اللفظ فى كلام الرافعى ليصير الضابط أوضح مع أنه صحيح بدونها ، فان اللفظ منزل على ذلك •

وقد حكى الرويانى عن القاضى أبى حامد أنه قال فى جامعه : قد قيل ورق التوت يبـــاع اذا خرج من كمامه ، وبه يبدو صلاحه ، ثم نقل قول عطاء والنخعى المتقدم ، والله أعلم •

وقد ظهر لك بما ذكرته أن قول المصنف : وبدو الصـــلاح فى الثمار أن يطيب أكلها ، غير شامل لجميع أنواع بدو الصـــلاح ، اذ ليس فيه ذكر الورق ، وكلام الشافعى رحمه الله تعالى فى الأم مصرح باعتبار بدو الصلاح فى الحناء والكرسف والقصب ظاهر اللفظ يرد عليه القثاء ونحـــوه فيجب أن يقال المـــراد ابتداء أكله المعتـــاد (فان قيل :) البسر ليست العادة أن يؤكل فى أول احمـــراره أو اصفراره ، بل يؤخـــر الى تناهيه ، ومع ذلك بدو الصلاح فيه أن يحمـــر ويصفر ، كما صرح به الحديث ونص الشـــافعى ، قال امام الحرمين : بين بدو الصلاح وبين الادراك وأوان القطاف قريب من شهرين ، يعنى فلأجل ذلك لا يشترط الغاية المطلوبة فى الطيب (فالجواب) ما قاله الامام ، فانه أورد ما الذى أوجب الفرق بين القثـــاء والثمـــار ؟ وأجـــاب بأن

لا فرق ، فان الزهو اذا ابتدأ الناس فى الأكل ، وقد يعقب تأخر المطعم الى تمام الادراك .

كذلك القول فى القثاء ، فان الصغار منه تبتدر ، ولكن عموم الأكل يتأخر ، والذى يتناهى صغره لا يؤكل قصدا الا أن يتفق على شذوذ ، فرجع الحاصل الى طيب الأكل وابتداء الاعتياد فيه ، فعلامة ذلك فى المتلونات التلون الى جهة الادراك ، وفيما لا يتلون القوة وجريان الحلاوة فأشار الامام الى أن الذى لا يؤكل فى العادة أصلا كالقثاء فى حال تناهى صغره لم يبد صلاحه . والذى يؤكل فى العادة بدا صلاحه ، وللأكل فى العادة مراتب ابتداء ووسط وانتهاء والمعتبر ابتداؤها وهو حاصل فى البسر بالاحمرار دون القثاء فى صغره . وادخال المصنف الزرع فى أصناف الثمر ، يشهد له قول الله تعالى : **« كلوا من ثمره اذا أثمر وآتوا حقه يوم حصاده »**(١) وكل ما ذكر المصنف واضح مما ذكرته الا قوله : ان صلاح العنب الأسود بأن يتموه ، والذى حكيته فيما تقدم من كلام الماوردى ، وهو الموجود فى كلام الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب ، أن صلاح العنب الأسود باسوداده وفى كلام الماوردى أن الصلاح فى الكرم بالتموه الى الحمرة أو السواد ، والله أعلم .

وقول المصنف رحمه الله تعالى فى القثاء : حيث يؤخذ ويؤكل ، تنبيه على أن امكان الأكل موجود فيه من قبل ، ولكنه لا يؤخذ للأكل فى العادة ، وفى معنى القثاء الخيار والباذنجان ، كما صرح به الرويانى ، قال : وفى الرمان بالحموضة أو الحلاوة وزوال المرارة وفى الورد الانفتاح والانتشار .

(فرع) اذا باع أوراق الفرصاد مع الأغصان — فان بلغ نهايته — جاز من غير شرط ، ثم ان كانت المقاطع معلومة فذاك ، والا بأن يترك على الشجر سنة أو أكثر لم يجز ما لم يبين موضع القطع ويعلم عليه علامة ، وكذلك اذا باع الأوراق وحدها قبل نهايتها بشرط القطع ، ولكن لا تقطع الأغصان معها ، قال ذلك القاضى حسين .

---

(١) الأنعام : ١٤١ .

(فــرع) قال الشافعى والأصحاب : اذا بدا صلاح ما خرج من القثاء والبطيخ لم يجز بيع ما لم يخــلق منه تبعا لمــا خلق ، ووجب افراد العقــد بالموجــود ، وقال مالك : يجــوز بيع ما لم يخلق تبعا لمــا خلق ، لأن الحادث يختلط فدعت الضرورة الى بيعه قبل وجوده تبعا ، وهى دعوى ممنوعة ، قال بعض الأصحاب : وطريق تحصيل ذلك أن يشترى هذا الشــجر مع ثمرته ، وبدونها ، بشرط القطــع ، ويستأجر منه الأرض سنة أو سنتين فلا يملك مطالبته بالقطع •

(فــرع) قال الشافعى رضى الله عنه : ولا يجــوز أن يستثنى الثمرة مدا ، وقســم الأصحاب الاستثناء فى البيــع الى أربعة أقسام :

(الأول) أن يكون الاستثناء معلوما والمبيــع بعده معلوما وهذا على ضربين مشاع ومحرز ، فالمحرز : بعتك ثمــرة هذه الحائط الا ثمرة هذه النخلات العشر بعينها ، فهــذا جائز بالاتفاق ، والمشاع : بعتك ثمرة هذه الحائط الا ربعها صحيح أيضا ، ويكون المبيع ثلاثة أرباعها مشاعا ، وقال الأوزاعى : باطل ، لأنه بيع على شرط الشركة •

(والقسم الثانى) أن يكون الاستثناء مجهولا ، والمبيع بعــده مجهولا ، وهو ضربان مشــاع ومحــدد فالمشاع كقوله : بعتك هــذه الثمــرة الا قوت سنتى أو قوت غلمانى ، باطل اتفاقا ، وما ورد من ذلك عن ابن عمــر رضى الله عنه محمول على أنه كان معلوما ، والمحــدد كبيع الثمرة الا عشر نخلات منها لا بعينها فهو باطل ، وقال مالك رحمه الله تعالى : ان كان قدر ثلث الثمــرة فما دون جاز ، وكان له عشر نخلات وسط •

(والقسم الثالث) أن يكون الاستثناء معلوما والمبيــع بعــده مجهولا ، كقوله : بعتك هذه الثمــرة الا صاعا منها فهو باطل ، وقال مالك : جائز •

(والقسم الرابع) أن يكون الاستثناء مجهولا ، والمبيع معلوما ، كقوله : بعتك من هذه الثمــرة مائة صاع ، والباقى لى ، فان علما أن فيها مائة صاع فصاعدا صح ، ان أمكن كيل الثمــرة ، وبطل ان لم يمكن كيلها ، ولا يصــح الخرص فيها ، لأن البيــع بالخرص

لا يجوز ، لأنه تخمين وحدس ، وانمـا يجوز فى حق المسـاكين لأنه مواساة (قلت :) الصحيح فى العرايا انه لا يختص بالمساكين ، والله أعلم • وان لم يعلمـا أن فى الثمـرة مائة صاع كان البيـع باطلا للجهل بوجود المبيع ، فلو كيلت من بعـد ، فكانت مائة صاع فصـاعدا لم يصح البيـع بعد فسـاده ، قال ذلك المـاوردى وغيره من الأصحاب ، ذكر الفرع ولكن لم يستوعبوا هذه الأقسـام مبسوطة كاستيعابه ، والله أعلم •

(فـرع) اذا باع ثمـرة حائط بأربعة آلاف درهم الا ما يخص ألفا منها ، قال الشافعى والأصحاب : يكون الاستثناء صحيحا لأن ما يخص ألفـا منها هو ربع الثمـرة ، فان قال : الا ما يخص قيمة ألف منها بسـعر اليوم لم يصح ، لأنه غير معلوم ، هكذا فرض القاضى أبو الطيب المسـألة ، وهو غير ظاهر ، وقال المـاوردى فيها : ان كان الاستثناء بسـعر ما باع صح وان كان بسـعر يومه لم يجز ، ومراده ما قاله أبو الطيب ، وكلام أبى الطيب أبين وأحسن •

(فـرع) قال : اشتريت منك هـذا الثوب بهـذه الدراهم الا خمسة دراهم لم يجز ، قاله الرويانى ، ولو قال : بعتك قفيزا من هـذه الصبرة الا مكوكا جاز ، لأنهما معلومان ، قاله الرويانى •

(فـرع) قال : بعتك ثمـرة هذا النخـل الا النوع المعقلى ، فان شاهد المعقلى المستثنى وعلم قدره صـح البيع ، وان جهلاه فسد • قاله المـاوردى •

(فـرع) باع شاة واستثنى سواقطها ، قال فى الصرف : لا يصـح ، وكذا اذا قال الا رأسـها ويديها ، ولا فرق بين أن يكون البيع لمسـافر أو لحاضر ، أو يكونا حاضرين أو مسافرين ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال مالك فى حق المسـافر : يجـوز ، قاله القاضى أبو الطيب •

(فـرع) باع قطنا واستثنى حبه ، أو سمسما واستثنى كسبه ، أو شاة واستثنى جلدها ، كان البيع فى هذا كله باطلا ، قاله المـاوردى •

(فــرع) بيع الثمــرة وفيها قدر الزكاة مذكور فى(١) ولكن يذكر هنا ما يتعلق بهذا المكان وهو أنه لو قال : بعتك الثمــرة الا مقــدار الزكاة يصــح بشرط أن نذكر قدر الزكاة فى البيــع ، أهو العشر ؟ أو نصف العشر ؟ وقال مالك : يكتفى بالعلم به شرعا عن ذكره ، ورده أصحابنا ، فان أراد أن يدفــع قدر الزكاة من غير تلك الثمرة ففيه وجهان (أحدهما) يجوز ، لأنه يحل محل البائع (والثانى) لا ، لأنه كالوكيل ، فان استهلك المشترى الثمــرة رطبا ففيما يطلب به من حق الزكاة وجهان (أحدهما) العشر تمــرا على الوجه الذى يجبر له دفع الزكاة من غيرها ، فيكون ذلك ضمانا لعشرها تمــرا (والثانى) يطالب بقيمة عشرها رطبا على الوجه الذى يمنــع دفع الزكاة من غيرها • فعلى هــذا ان نقصت قيمة عشرها رطبا عن قيمة عشرها تمــرا ففى الرجوع على البائع يفصــل ما بينهما وجهان مخرجان من أن الزكاة وجبت فى الذمة أو فى العين ؟ فعلى الأول يرجع • وعلى الثانى لا يرجع عليه لزوال يده عن عين • قال ذلك المــاوردى : ولعلل ذلك مفروض فيما اذا أمر البائع المشــترى بأداء الزكاة ، وكذلك قاله الرويانى نقلا عن المــاوردى •

(فــرع) الزرع الذى يخلف كالقرط وما فى معناه من البقول يكون متزايــدا أبدا • لا وقوف له فاذا بيــــع منه جــذة فلابد من شرط القطع • ولا ينظر فى هــذا القسم الى ما يقــع فى زمن العاهات ولا الى طيب الأكل لأجل الاختلاط • قاله الامام • وقد تقــدم عن المــاوردى ما يخالفه وقول الامام : انها لا تزال متزايدة يمنــع فان فرض كذلك فالأمر كما قال ، كما سيأتى فى كلام المصنف فى بيــع الثمار الذى يعلم اختلاطها •

(فــرع) اذا اشترى الزرع الذى لا يخلف ، اما بعــد بدو الصلاح ، واما قبله شرط القطع ، وقد ضننت تبقيته اما بعد بدو الصلاح واما قبله باتفاقهما ، فالزيادة التى تحصل فى الزرع للمشترى بالاتفاق ، كنمو الثمرة الى وقت اتفاق القطع وليست كزيادة الزرع المخلف • قاله الامام • والزرع الذى لا يخلف لو قطــع يملك المشترى ظاهره ،

---

(١) بياض بالأصل والسقط : أبواب الزكاة • (المطيعى)

وعروقه المستترة بالأرض ، قاله الامام (قلت :) فيجيء على ذلك انه اذا حصد وكانت عروقه تضر بالأرض كالذرة ، يجب على المشترى قلعها وتسوية الحفر الحاصلة بسببها كما تقدم ، مثله اذا اشترى الأرض فانه يجب على البائع ذلك ، وان لم يضر بالأرض لم يجب كما تقدم أيضا . وسنذكر فى مسألة اختلاط الرطبة عن صاحب التتمة ما يخالف ما قاله الامام هنا ان شاء الله تعالى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان وجد بدو الصلاح فى بعض الجنس من حائط جاز بيع [ذلك] الجنس كله فى ذلك الحائط ، لأنا لو قلنا : لا يجوز الا فيما بدا صلاحه فيه ، أدى الى المشقة والضرر بسوء المشاركة ، ولا يجوز أن يبيع ما لم يبد فيه الصلاح من جنس آخر وما لم يبد فيه الصلاح فى ذلك الجنس من حائط آخر ، لأن المنع من ذلك لا يؤدى الى الضرر بسوء المشاركة ، فان بدا الصلاح فى بعض الجنس فى حائط ، فباع منه ما لم يبد فيه الصلاح مفردا من غير شرط القطع ، ففيه وجهان (أحدهما) يجوز ، لأنا جعلناه فى حكم ما بدا فيه الصلاح فجاز افراده بالبيع (والثانى) لا يجوز لأنه انما جعل فى حكم ما بدا فيه الصلاح تبعا لما بدا فيه الصلاح ، وما أجيز بيعه تبعا لغيره لم يجز افراده بالبيع كالحمل) .

(الشرح) فى هذه الجملة ثلاث مسائل (احداها) قال الشافعى رضى الله عنه والأصحاب : اذا بدا الصلاح فى بعض الثمرة جاز بيع جميعها ، وذلك أن الله تعالى أجرى العادة بأن الثمار لا تطيب دفعة واحدة رفقا بالعباد ، فانها لو طابت دفعة واحدة لم يكمل تفكههم بها وانما تطيب شيئا فشيئا ، ولو اشترط فى كل ما يباع طيبه فى نفسه لكان فيه ضرر ، فان العذق الواحد يطيب بعضه دون بعض ، والى أن يطيب الأخير يتساقط الأول فكان يؤدى الى أنه اما أن لا يباع ، واما أن يباع حبة حبة ، وفى كلا الأمرين حرج ومشقة وقد قال تعالى : **« وما جعل عليكم فى الدين من حرج »**(١)

---

(١) الحج : ٧٨ .

وقال صلى الله عليه وسلم : « بعثت بالحنيفية السمحة » وذكر الشافعى رضى الله عنه فى الأم عن عطاء فى الحائط تكون فيه النخلة فتزهى ، والحائط بلح ، قال : حسبه اذا أكل منه فليبع ولا أعلم بين العلماء خلافا فى أنه لا يشترط الصلاح فى جميع المبيع ، وانما اختلفوا فى مقدار ما يضبطونه به ، ومذهبنا أنه يكفى بدو الصلاح فى نخلة واحدة ، بل فى بسرة واحدة ، ولا خلاف أن غير النخل من الشجر حكمه حكم النخل •

اذا عرفت هذه الجملة فقد قال الأصحاب : اذا بدا الصلاح فى بعض الثمرة دون بعض — نظر ان اختلف الجنس — لم يكن بدو الصلاح فى أحد الجنسين صلاحا فى الجنس الآخر ، حتى لو باع الرطب والعنب صفقة واحدة ، وبدا الصلاح فى أحدهما دون الآخر وجب شرط القطع فى الجنس الذى لم يبد فيه ، لا خلاف فى ذلك عندنا ، وقال الليث بن سعد : يجوز ، ويكون ذلك صلاحا لجميع أجناس الثمار فى ذلك البلد • وان اتحد الجنس والنوع والبستان والصفقة والملك جاز البيع من غير شرط القطع بلا خلاف •

وان اختلف شىء من هذه الأشياء ففيه صور (الأولى) أن يختلف النوع كالمعقلى والبرنى ، فيبيع النوع الذى بدا صلاحه ، والنوع الذى لم يبد صلاحه من جنسه فى ذلك البستان صفقة واحدة ، وفيه وجهان مشهوران فى طريقتى العراقيين ، والخراسانيين ، كالوجهين فى نظير ذلك فى التأبير (والأصح) عند الرافعى التبعية ، وأن حكمه وحكم التأبير واحد ، وذلك مقتضى اطلاق المصنف رحمه الله تعالى ، وهو قول ابن خيران وأبى على الطبرى على ما حكاه أبو الطيب عنهما ، وبه جزم البندنيجى فيما نقل عنه ، وهو الذى نص عليه الشافعى على ما حكاه أحمد بن بشرى عن الاملاء أنه قال فيه : اذا كان فى حائط برنى وعجوة وصيحانى فبدا صلاح الجنس جاز بيع الجميع •

(وأما) قوله فى الصرف : فان كان نخلا وعنبا أو غيره ، وبدا صلاح صنف منه فلا يجوز أن يبيع واحدا منهما بحاله ، فلا ينافيه ، فان معنى هذا أن يفرده بالبيع ، ومعنى الأول أن يبيع الأصناف جملة ،

فهذا النص المنقول عن الأملاء صريح لا يقبل التأويل ، لكن القاضى أبا الطيب قال ان الصحيح الذى ذكره القاضى أبو حامد فى الجامع ، ونص الشافعى عليه فى البويطى ، أنه لا يكون بدو الصلاح فى النوع الآخـــر ، لأنه قد نص أن الصلاح اذا بدا فى الثمرة الصيفية فانه لا يكون بدوا له فى الثمرة الشتوية ، فكذلك فى النوعين مثله سواء •

(**قلت :**) ولا حجة فى هـــذا لأن الثمـــرة الشتوية والصيفية يختلفان فى الوقت اختلافا ظاهرا بعيـــدا والنوعان من الثمرة الواحدة متقاربان غالبا ، نعم ان فرض نوعان أحدهما شتوى والآخر صيفى ، فينبغى أن يكون الأمر كما قال القاضى أبو الطيب ، فانا انما نعتبر بدو الصلاح لكونه وقتا يغلب على الظن فيه أمنها من العاهة ، ولا شك أن بين صلاح الشـــتوية والصيفية من الزمان ما لا يوثق بذلك فيه ، وكلام الشافعى الذى قاله قال : وصلاح الثمـــرة اذا احمـــرت أو صفرت فى الحائط نخلة واحدة فقد جاز بيعه وان كان بعضه شـــتويا وبعضه صيفيا ، فلا يجوز الا أن يبيع كل واحـــد منهما على حباله ، وظاهر هذا الكلام أنه فى الجنس الواحد ، وأما حمله على الجنسين فبعيد •

واذا كان فى الجنس الواحد فلا وجه حينئذ بأن يقال بأن بعض الأنواع تابع لبعض • وان كان بعضها شتويا وبعضها صيفيا ، لمخالفة نص الشـــافعى ، فاما أن يقال : ان ذلك شاهد ، لأن اختلاف النوع يؤثر فى قطع التبعية مطلقا كمـــا قال القاضى أبو الطيب ، واما أن يقال : انه يفرق فى الأنواع بين ما يتقارب ادراكها فيحكم فيها بالتبعية ، وبين ما يتأخـــر فلا يحكم ، بل لا ينظـــر الى اختلاف الأنـــواع ، بل الى تفاوت الزمان ، حتى لو كان نوع واحد معقلى مثلا ، منه ما يكون فى الصيف ، ومنه ما يكون فى الشـــتاء ، لا يجعـــل أحدهما تابعا للآخر فى الصلاح ، فهذا هو الأقرب لكلام الشـــافعى المذكور ، والمعنى والفقه يقتضيه كان المقصود هنا الأمن من العاهة كما تقدم التنبيه عليه •

فالقول بأن اختلاف الأنـــواع لا أثر له وان اختلف الزمان ، مخالف لنص الشافعى فى البويطى ، والحاقه بالتأبير غير متجه لاختلاف المدرك فى التأبير ، والقول بأن اختلاف الأنواع مؤثر مطلقا مخالف لنصه

المنقول عن الأملاء ، وهذا الذى قلته يحسن أن يكون وجها ثالثا ، وبه يحصل الجمع بين النصوص التى نقلت عن الشافعى ، ويمكن أن يحمل كلام الشافعى فى الصيفى والشتوى على الجنسين ان لم يكن فيه ما يدفعه قال ابن أبى عصرون : واذا كان فى البستان جنسان يتباعد ادراكهما كالصيفى والشتوى ، وبدا صلاح الصيفى ، لا يتبعه الشتوى ، والله تعالى أعلم •

ومن العجب أن ابن خيران اختار فيما اذا أبر بعض الأنواع دون بعض أن غير المؤبر لا يتبع المؤبر ، واختار أن النوع الذى لم يبد صلاحه يتبع الذى بدا صلاحه ، والقاضى أبو الطيب نقل ذلك عنه فى المسألتين ، وهو مشهور عنه فى المسألة الأولى ، وقد قدمت الفرق بين التأبير وبدو الصلاح واختلاف مأخذيهما ، فلذلك لا تناقض بين كلاميه ، وقال القاضى أبو الطيب : انه ومن وافقه فى مسألة بدو الصلاح استدلوا بأن هذه الأنواع تضم الى ما بدا صلاحه فى الزكاة ، فمتى وجد منها وسقان ونصف ومن هذه التى بدا صلاحها وسقان ونصف ، وجبت الزكاة ، قال : وهذا الذى ذكروه ينتقض بما نص عليه الشافعى رضى الله عنه من الثمرة الشتوية مع الصيفية ، فانها لا تتبعها فى بدو الصلاح ، وان كانت تضم اليها فى الزكاة ، فاطلاق كلام المصنف رحمه الله تعالى يقتضى أنه لا فرق بين أن يختلف النوع أو لا ، ولا فرق بين أن يختلف الزمان أو لا ، وقد علمت ما فيه ، والله أعلم •

وقول المصنف : ولا يجوز أن يبيع ما لم يبد فيه الصلاح من جنس آخر قد قدمت أن ذلك لا خلاف فيه عندنا ، وأن الليث بن سعد خالف فيه ، وردوا عليه بأنه يلزمه بيع العنب قبل أن يسود ، وهو خلاف الحديث الصحيح •

(الصورة الثانية) أن يختلف البستان كما اذا بدا الصلاح فى جنس فى بستان ، وله بستان آخر ، فيه من ذلك الجنس لم يبد فيه الصلاح ، فباعهما صفقة واحدة فالمشهور من المذهب أنه لا يصح ، وأن صلاح أحدهما لا يكون صلاحا للآخر ، وادعى القاضى أبو الطيب أنه لا خلاف فيه ، وبذلك جزم الماوردى وجميع العراقيين ، ومال

الأمام الى خلاف ما قالوه ، سيما اذا لم يتباعد ، وليس بينهما الا جدار ، ولأجل ذلك أثبت الغزالى فى المسألة وجهين أخذا من تفقه الامام ، وتبعه الرافعى ، وظاهر نص الشافعى يشهد لما قاله العراقيون ، فانه قال فى الأم : والحوائط تختلف بتهامة ونجد والسقيف ، فيستأخر ابار كل بلد بقدر حرها وبردها ، وما قدر الله من ابانها ، فمن باع حائطا منها لم يؤبر فثمرته للمبتاع ، وان أبر غيره لأن حكمه به لا بغيره ، ولذلك لا يباع منها شىء حتى يبدو صلاحه وان بدا صلاح غيره ، وسواء كان نخل الرجل قليلا أم كثيرا اذا كان فى حظار واحدة وبقعة واحدة فى غير حظار فبدا صلاح واحدة منه حل بيعه ولو كان الى جنبه حائط آخر له أو لغيره فبدا صلاح حائط غيره الذى هو الى جنبه لم يحل بيع ثمر حائطه بحلول بيع الذى الى جنبه •

هذا كلام الشافعى رضى الله عنه ، وهو صريح بعدم التبعية اذا اختلف البستان والملك وظاهر فى عدم التبعية عند اختلاف البستان وحده ، وان كان قد اقتصر على قوله : حائط غيره ، ففى كلامه المذكور مواضع ترشد الى اطراد الحكم فى حائطه الآخر ، والله أعلم •

فاذا قلنا بالمشهور فباعها فيجب اشتراط القطع فى الذى لم يبد صلاحه ، فان باعها على الاطلاق بطل فيما لم يبد صلاحه ، وفى الذى بدا صلاحه قولا تفريق الصفقة ، قاله الماوردى فأما اذا أفرد البستان الذى لم يبد صلاحه بالبيع وقد بدا الصلاح فى الذى الى جانبه فقد تقدم أن كلام الرافعى رحمه الله يقتضى جريان خلاف فيه ، ولم أقف عليه لغيره ، وصرح جماعة بالجزم بخلافه ، وقال الامام : انه رأى الطرق متفقة على خلافه ، وأن ذلك يشير الى ما ذكره العراقيون من اعتبار اتحاد البستان •

(الصورة الثالثة) أن تختلف الصفقة مع اتحاد البواقى ، كما اذا بدا الصلاح فى نوع فباع من ذلك النوع فى ذلك البستان ما لم يبد صلاحه منفردا من غير شرط القطع ، ففيه وجهان مشهوران فى طريقتى العراقيين والخراسانيين ، وبعضهم يقول : قولان (أحدهما) يجوز من غير شرط القطع لما ذكره المصنف (والثانى) وهو الصحيح

عند القاضى أبى الطيب وابن أبى عصرون والرافعى أنه لا يصح ، ورتب القاضى حسين هذين الوجهين على الوجهين فيما اذا جمع النوعين صفقة واحدة (وان قلنا) هناك لا يستتبع فههنا أولى ، والا ففيه وجهان •

(فـرع) قال : بعتك هذا بكذا ، وهذا بكذا ، فالظاهر أن الحكم كذلك نظـرا لتفصيل الثمن ، وجوز ابن الرفعة أن يأتى فيه وجه بالجزم بالصحة ، كمـا هو وجه أيضـا فيما اذا قال : بعتك هذا بدرهم ، وأجرتك هذا بآخر ، فقال المخاطب : قبلتهما نظـرا الى الجمع فى القبول •

(الصورة الرابعة) أن يختلف الملك مع اتحـاد الجنس والنوع والبستان ، قيل : يجوز لمن لم يبد الصـلاح فى ملكه لأجل اتحـاد البستان ، فان طباعه واحـدة ، وقد بدا الصلاح فى ذلك النوع فى الجملة ، أو لا يجوز نظـرا اليه فى نفسـه ، فيه وجهان ، وقد علمت فى الصورة الثالثة أن الصحيح عدم الصحة لأجل افـراد ما لم يبد صلاحه بالمبيع ، والمـالك الواحد ، فههنا أولى بعدم الصـحة قال الرافعى رحمه الله تعالى : وقياس ذكر الوجهين ههنا عند اتحـاد البستان واختلاف الملك أن يكونا فى التأبير كذلك ، وان لم يجـر لهما ذكر ، والظاهر أنه لا يعتبر فى الموضعين اتحاد الملك •

(الصورة الخامسة) أن يختلف البستان والنوع مع اتحاد البواقى ، فمقتضى كلام الرافعى اثبات خلاف فى ذلك ، ولم أره لغيره ، وكيفما كان ، فالصحيح عدم التبعية عند تعـدد البستان فعند تعـدد البستان والنوع أولى •

(الصورة السادسة) أن يختلف البستان والنوع والصفقة ، فيفـرد النوع الذى لم يبد صلاحه من أحد البستانين ، اعتمـادا على بدو الصلاح فى النوع الآخـر ، من البستان الآخـر الذى لم يبلغه فمقتضى كلام الرافعى اثبات خلاف فيه أيضا ، ولم أره ، وهو فى غاية البعد وقال الامام : انه لم يختلف علماؤنا فيه فلا يقال : الوقت وقت بدو الصلاح ، فتجعل الثمار المبيعة كأنها مزهية ، هـذا لا قائل به ،

وكأنه أوجب للرافعى ذلك اجمال الكلام وعدم افراد كل صورة بالذكر ، والله أعلم .

(الصورة السابعة) أن يختلف البستان وتعدد الصفقة مع اتحاد البواقى ، وقد تقدم ذكرها فى آخر الصورة الثانية ، فهذه سبع صور ، وقبلها صورتان واذا اتحد الجميع واختلف الجنس فتصير تسعا .

(واعلم) أن الصور الممكنة من الاختلاف فى ذلك ست عشرة هذه التسع المذكورة ، وسبع أخرى ، وهى العاشرة (الأولى) أن يتحد الجميع (الثانية) أن يختلف الجنس (الثالثة) أن يختلف النوع (الرابعة) أن يختلف البستان (الخامسة) أن تختلف الصفقة (السادسة) أن يختلف الملك (السابعة) أن يختلف النوع والبستان ، وهذه السبع تقدمت .

(الثامنة) أن يختلف النوع والصفقة ، فيبيع صاحب البستان نوعا لم يبد صلاحه منفردا اعتمادا على بدو الصلاح فى نوع آخر عنده ، وقد تقدم أن الصحيح عند تعدد الصفقة وحدها عدم التبعية ، فههنا أولى ولا يبعد أن يجرى فيها خلاف اذا جعلنا النوعين كالنوع الواحد واطلاقهم يقتضى ذلك ، لكن الفورانى جزم بأنه لا يكون حكمه حكم المؤبر ، وكذلك يقتضيه كلام الغزالى فى البسيط ، وقد تقدم فى التأبير بحث فى اثبات الخلاف فينظر هناك .

(التاسعة) أن يختلف النوع والملك مع اتحاد الصفقة ، كما اذا باع عن نفسه نوعا ، وعن موكله نوعا فى بستان واحد بدا صلاح أحدهما ، ولم يبد صلاح الآخر ، وقلنا : ان الصفقة لا تتعدد ، وفرعنا على أن مثل هذا مبيع يصح فهل يصح من غير شرط القطع اعتمادا على ان الصفقة واحدة أو لا ، اعتمادا على تعدد الملك ؟ لم أر فيه نقلا .

(العاشرة) أن يختلف البستان والصفقة ، فيفرد الشخص من بستان له بيع ما لم يبد صلاحه اعتمادا على بدو الصلاح فى ذلك النوع من بستان له آخر وقد تقدم .

(الحادية عشرة) أن يختلف البستان والملك فيبيع شخص عن

نفسه نوعا من بستانه وعن موكله فى ذلك النوع من بستان آخـر ، وقد بدا الصلاح فى أحدهما دون الآخـر ، وفرعنا على صحة مثل هـذا البيع ، فلم أر فى ذلك نقلا •

(الثانية عشرة) أن تختلف الصفقة والملك فيبيع ما لم يبد صلاحه اعتمـادا على بدو الصلاح فى ملك غيره من ذلك النوع فى ذلك البستان ، ولم أر فيه نقلا •

(الثالثة عشرة) أن يتحـد النوع مع اختلاف الثلاثة فيفـرد نوعا اعتمـادا على بدو الصلاح فى نوع آخـر من بستان غيره فان صح ما تقـدم عن الرافعى فى افراد أحد البستانين فلا يبعد أن يأتى فى هذه الصورة أيضا خلاف والصحيح المنع •

(الرابعة عشرة) أن يتحد البستان مع اختلاف الثلاثة فيبيع نوعا اعتمادا على بدو الصلاح فى نوع آخـر من ملك غيره فى ذلك البستان ولا يبعد مجىء خلاف فيه والصحيح المنع •

(الخامسة عشرة) أن تتحد الصفقة مع اختلاف الثلاثة •

(السادسة عشرة) أن يتحـد الملك مع اختلاف الثلاثة ، ولم أر فيهما نقلا ، ولا يخفى تخريجهما على ما تقـدم ، والله أعلم • والمذهب فى جميع هذه الصـور عدم التبعية الا فيما اذا اتحد الجميع ، فيصح بلا خلاف ، أو اختلف النوع فقط ، وفى التصحيح خلاف كما تقدم ، وبقية الصور كلها لابد من شرط القطع فيما لم يبد صلاحه اما جزما أو على المذهب ، والله أعلم •

(**فائدة**) النظر فى هذه المسـائل كلها هل هو لسـوء المشاركة ؟ أو لعسر التمييز ؟ كلام الجمهور يقتضى الأول ، ولا فرق فى جميـع ما ذكرناه بين الثمار والزروع وان كان كثير من الأصحاب اذا تكلموا انما يذكرون البستان والثمار ، فليس الا على جهة ذكر بعض أفـراد المسـألة ، وممن صرح بذلك صاحب التتمة ، قال : انه اذا اشـتد بعض السنابل كان كالثمـار اذا بدا الصلاح فى بعضها ، لكنه فرض ذلك فيما اذا تسنبل جميع الحب والظاهر أن ذلك منه ليس على سبيل الاشتراط ، فانه لو تسنبل بعض الحب واشتد ، وبعضه الى الآن

بقل ، فقياس المذهب أن يبيـــع ، ويحتمل أن يقال : يجرى فيه الخلاف فيما اذا أطلع بعد البيع هل يبيع المؤبر حالة البيع •

ولو باع البطيخ على أصوله بعـــد بدو النضج والادراك جاز مطلقا وبشرط التبقية كالثمـــار ، حتى لو أدرك بطيخة واحـــدة من جملة الأرض التى زرع فيها البطيخ وباع الجميـــع جاز ، ويدخل فى العقد كل ما هو موجـــود من ثمرة ، ويترك حتي يلتحق الصغار بالكبار ، قاله صاحب التتمة •

ولا يجـــوز بيع الجزر والفجـــل والســـلق فى الأرض لاستتاره وجهالته ، ويخالف الغائب لأنه لا يمكن الاطلاع عليه الا بالقلع ، وذلك عيب فيه ، قاله فى التتمة وغيرها ، وقد تقـــدم ويصح بيع القبيط(١) فى الأرض بشرط القطـــع ، ان لم يكن بلغ الحـــد الذى يقصد تناوله فيه ، وان بلغه فيجـــوز مطلقا ، وبشرط التبقية ، ويترك حتى تلتحق الصغار بالكبار كالخيار والباذنجان ، لأن ما هو المقصـــود منه ظاهر ، وانما المستتر بالأرض عروقه وهى غير مقصـــودة ، قاله فى التتمة • والسلجم ان كان المعظم منه ظاهرا فكالقبيط ، وان كان فى الأرض فكالفجل والسلق ، قاله فى التتمة أيضا •

(فـــرع) اذا باع شيئا من ثمـــرة البطيخ والقثاء والخيـــار والباذنجان وما أشبه ذلك منفردا عن الأصـــل ــ نظرت فان كان قبل بدو الصلاح فيها ــ لم يجز الا بشرط القطع ، وان كان بعد بدو الصلاح فى بعض الجنس جاز بيع جميـــع ذلك الجنس فى ذلك القداح من غير شرط القطع ، لأنه فى معنى ثمرة الشـــجرة فكان حكمه فى ذلك حكمها ، قاله فى الاستقصاء •

(فـــرع) ولا يجـــوز فى شىء من ذلك أن يبيـــع ما ظهر من الثمرة ، أو الورد وما يظهر بعد ذلك فى سنته ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد ، وقال مالك : يجوز •

---

(١) كذا فى هـذا الفصل مكررا وأخاله القنبيط وهو لفظ نبطى معـرب ويسميه العامة الكرنبيت • (المطيعى)

(فــرع) لا خلاف أنه لابد من وجــود الصلاح فى شىء ، وقول الغزالى : اتفقــوا على أن وقت بدو الصلاح كاف ، محمول على ذلك ، وكذلك المراد فى اقامة وقت التأبير مقام التأبير ، ونبهت على ذلك لئلا يتوهم من اعتبار الوقت أنه لا يشترط وجود الصــلاح بعد حضور وقته • ولا قائل به ، وانما أطلق الغزالى هذه العبارة • لأن العادة أن الوقت اذا حضر فلابد أن يوجد فى بعض ، والله أعلم •

(فــرع) اذا كان بستانان فيهمــا زرع واحد فبدا الصــلاح فى أحدهما قال العبدرى : فانه لا يكون صلاحا فى الآخــر • ويصح افراد هذا بالبيع دون الآخــر • لا يختلف المذهب فيه • هذا قول العبدرى فى الكفاية وذكر ذلك بيانا لحكم مثله فى النخل • فان كان عنده أن النخــل أيضا لا يختلف فيه فهو المشــهور الموافق لطريقة العراقيين كما تقدم ، وان كان هذا فى الزرع بخصوصه فيحتــاج الى فرق ، والله أعلم •

(فــرع) وقد تفهم من كلام بعض الأصحاب أن منهم من قال باعتبار وقت بدو الصلاح أو وقت التأبير • ويجعل ذلك بمثابة التأبير نفســه • ومعنى ذلك أنه اذا اتحــد النوع واختلفت الصفقة أو بالعكس مع حصول التأبير فى الجملة أما اعتبار الوقت من غير تأبير أصلا فهذا لم يقل به أحد من أصحابنا وكذلك فى بدو الصلاح ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا ابتــاع زرعا أو ثمــرة بعــد بدو الصــلاح لم يكلف قطعه قبل أوان الحصــاد والجــذاذ ، لأن العــادة فيها تركها الى الحصــاد والجــذاذ ، فلم يكلف نقله قبله ، كمــا نقــول فيمن اشــترى متاعا بالليــل : انه لا يكلف نقــله الا بالنهــار ، فان احتاجت الثمرة أو الزرع الى الســقى لزم البائع ذلك ، لأنه يجب عليــه تســليمها فى حال الجــذاذ والحصــاد ، وذلك لا يحصــل الا بالســقى فلزمه) •

(الشرح) اتفق الأصحاب على أنه يجب على البائع التخلية الى أوان الحصاد فى الزروع ، والجذاذ فى الثمــرة والمخالف فى هــذه المسألة أبو حنيفة رضى الله عنه ، لأنه يقول : بيع الثمــرة مطلقا ينزل

على القطع ، ويجب قطعها فى الحال ، وقد تقدم الكلام معه قريبا ، فأغنى عن اعادته وبينا أيضا فيما تقدم ما يعتبر من العادة وما لا يعتبر من العادة ومن جملة ما تمسكوا به مما يحسن ذكره هنا أن موجب الشرع تفريغ ملك البائع ، وأجاب أصحابنا بأن أصل التفريغ مقول به وكيفيته تتلقى من العرف بدليل ما ذكره المصنف رحمه الله تعالى من أن من اشترى طعاما أو متاعا بالليل لا يكلف نقله الا فى النهار ، وأما السقى فجمهور جماعات الأصحاب أوجبه على البائع وجعلوه من تمام التسليم وقطع بذلك جماعات .

وقال القاضى حسين : فيه وجهان (أحدهما) على المشترى لأن الثمرة له (والثانى) على البائع لأنه متصل بملكه ، قال : ويمكن أن يقال : فيه وجهان بناء على ما لو أصابتها جائحة بعد التسليم (ان قلنا :) يتلف من ضمان المشترى فالسقى عليه ، وان قلنا : من ضمان البائع فالسقى عليه .

(**قلت :**) وكذلك الشاشى فى الحلية لحكى الوجهين فى وجوب السقى على البائع وجعل أصلهما القولين فى وضع الجوائح لكن المذهب الجديد أنها من ضمان المشترى والمذهب أن السقى على البائع ، وهو من جملة ما يستدل به للقديم ، كما ستقف عليه ان شاء الله تعالى ، وقد أطلق الأصحاب وجوب السقى فينبغى أن يكون ذلك اذا باعها مطلقا أو بشرط التبقية (أما) اذا باعها بشرط القطع بعد الصلاح أو قبله فلا ، ويؤيد ذلك أنهم فى وضع الجوائح حكوا طريقة قاطعة عن القفال فيما اذا باعها بشرط القطع أنها من ضمان المشترى ، قالوا : اذ لا يجب السقى عن البائع هنا ، فالاستدلال بهذا وعدم رده يدل على أنه محل وفاق ، لكن لنا طريقة أخرى هناك قاطعة بأنها من ضمان البائع ، وطريقة وهى الأظهر عند الرافعى أنها على القولين ، فيحتمل أن يكون أصحاب هاتين الطريقتين يوجبون السقى أيضا وهو بعيد ، لأنه لم يلتزم له الابقاء ، فينبغى أن تكون صورة شرط القطع مستثناة من وجوب السقى ، ويتعين القطع بهذا لأنه له المطالبة بالقطع ، فكيف نوجب عليه السقى ؟ الا أن يقال : انه يجب عليه السقى فى مدة طلب القطع اذا خيف من تركه الفساد ، لأنه من تتمة التسليم ، وهذا بعيد أيضا كما لو اشترى حيوانا ولم يقبضه

لا يجب على البائع فى مدة طلبه بالتسليم القيام به ، ولا يجب على البائع نصب الناطور كما سيأتى التنبيه عليه فى مسألة وضع الجوائح •

(فــرع) الى متى ينتهى الزمــان الذى يجب فيــه الســقى ؟ يجىء من مقتضى كلام القاضى حسين والامام وغيرهما ما سنحكيه فى مسألة وضع الجوائح ثلاثة أوجه (أصحها) أنه الى أوان الجــذاذ (والثانى) يتأخر بعــد ذلك زمانا لا ينسب المشترى فيه الى توان بترك الثمــار على الأشجار (والثالث) بنفس الجذاذ ، وهــذا لم يصرحوا به فى السقى ، ولم يذكره الامام وانما ذكره القاضى حسين فى وضع الجوائح ، وسيأتى ذلك مبينا هناك •

(فــرع) لو شرط الســقى على المشترى بطل البيع لأن السقى مجهول ، نص عليه الشافعى والأصحاب وعلله بعضهم بأن الســقى مجهول ، وعن القاضى أبى حامد أنه ولو كان معلوما أبطلناه أيضــا من قبل أنه بيــع واجارة فى أولى قوليه (قلت :) وهذه علة الشافعى رحمه الله تعالى ، قال الخوارزمى : والجــذاذ على المشترى على الأصح (قلت :) وما أشار اليه من الخلاف يمكن بناؤه على الخلاف الذى سنذكره فى نهاية وضع الجوائح هل هو بوقت الجــذاذ أو بنفس الجــذاذ ؟ (ان قلنا) بالأول فعلى المشترى (وان قلنا) بالثانى فعلى البائع ؟ لأنها لا تصير مسلمة الا به •

(فــرع) قال الشيخ أبو محمد فى السلسلة : اذا اشترى ثمرة على رؤوس الشجر بعد بدو الصلاح فتركها عليها الى أوان الجذاذ فانقطع ماء الوادى ، فان ضرر بقاء الثمــرة بالشجرة لم يجبر صاحب الشجرة على ترك الثمرة عليها ، وان لم يكن على الأشــجار ضرر فى التبقية ولا للثمــار نفع فى التبقية ، ولا ضرر على الثمار بالقطع ، ولو تركت على الأشجار لم تزد على حالها ، ولو قطعت لم ينقص القطع شيئا من قيمتها فطالب البائع المشترى بقطعها ، فهل يجبر على القطع ؟ فعلى قولين ينبنيان على ما اذا أسلم فى شىء الى أجل معلوم ، فجاء به قبل المحل ،وليس فى قبضة مزية ، فهل يجبر على قبوله ؟ فعلى قولين :

(فان قلنا :) لا يجبر على القبول فلا يجبر المشترى على قطع الثمرة هنا ، والا فيجبر • وهــذا محمول على ما اذا حصلت هــذه الحالة قبل أوان الجذاذ ، وعلى ما اذا علم عدم عود المــاء وعدم

الانتفاع بالمـاء (أما) اذا توقع النفع فلا يجبر المشترى على القطع ومن هنا أيضـا نأخـذ أن مجـرد انقطاع من غير حصـول عيب ولا ضرر لا يثبت خيارا للمشترى ، وان ما سيأتى من كلام الصيدلانى فى ذلك محمول على ما اذا كان الانقطاع يحصل به ضرر ، وقد تقـدم من كلام الامام فيما اذا باع أصلا وعليه ثمرة للبائع .

(فـرع) قريب من هذا فيما اذا أصابت الثمـار آفة بحيث لا نمو أو لا فائدة فى تبقيتها ، هل للبائع تبقيتها ؟ .

(فـرع) باع الجمـد فى المجمـد ، وكان طوله وعرضه وعمقه معلوما صح ، ويسلم بحسب الامكان ، وفيه وجه أنه يلزمه تسليمه على العادة بأخذ الجمـد منه ، كل يوم وقرا أو وقرين أو ثلاثة ، قال القاضى حسين : (والصحيح) الأول . وقاسه على الدار والسفينة المشحونتين ، وقال الخوارزمى : (الأصح) عندى أنه لا يجب تفريغها فى الحال ، بل على مر الأيام عادة تفريغ المجامد فعلى ما قاله القاضى حسين قد يورد هـذا الفرع اعتراضا على كلام المصنف ، قال القاضى : وكذلك من اشترى حمل حطب فانه يجب تسليمه فى موضع البيـع ، ولا يلزمه حمله الى بيته ، وان كانت العادة قد تقضى بذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واذا اشـترى ثمـرة على الشـجر فلم يأخـذ حتى حدث ثمرة أخـرى واختلطت ولم تتميـز ، أو اشـترى حنطة فلم يقبض حتى انثالت عليـها حنطـة أخـرى ففيه قولان (أحدهما) ينفسـخ البيع ، وهو الصحيح لأنه تعـذر التسـليم المسـتحق بالعقـد ، فان البائع لا يلزمه تسـليم ما اختلط به من ماله ، فان رضى البائع بتسـليم ماله لم يلزم المشـترى قبوله ، واذا تعـذر تسـليم المعقـود عليـه بطـل العقـد كما لو تلف المبيـع (والثانى) لا ينفسـخ ، لأن المبيـع باق ، وانما انضاف اليه زيادة فصـار كما لو باع عبـدا فسمن ، أو شجرة فكبرت . فان قلنـا : لا ينفسـخ . قلنا للبائع : ان سمحت بحقـك أقر العقـد . وان لم تسـمح فسخ العقد) .

(الشرح) هذا الفصـل معقود لحكم اختلاط الثمار ، والحق به ما فى معناه من اختلاط المبيع بغيره . وذلك على مراتب (المرتبة الأولى) وعليها اقتصرت فى هذه القطعة من كلام المصنف . أن تكون

الثمـرة مبيعة فتختلط بغيرها ، وذلك اما فيمـا يحمـل حملين ، واما فيما يحمل حملا واحـدا وكان قد اشترى ما ظهر منهـا • أما بعـد بدو الصلاح مطلقا أو قبله بشرط القطـع — ولم يتفق القطع — ثم حدثت ثمرة أخـرى فان الثمـرة الحادثة لصاحب الأصل ، فاذا كان ذلك قبل أن يلقط المشـترى ثمره واختلطت الحادثة بالثمرة المبيعة • فان كانت تتميز بالكبر والصغر أو نحوهما • فان للمشـترى المتقدمة وللبائع الحادثة • نص عليه الشافعى والأصحاب رضى الله عنهم من العراقيين والخراسانيين •

وان لم تتميز ، أو اشترى حنطة فلم تقبض حتى انثالت عليها حنطة أخـرى • وكانت كل واحدة منهما غير معلومة القدر أو ما أشبه ذلك ، ففيه قولان • اتفقت الطرق على حكايتهما (أحدهما) ينفسـخ البيع ، لمـا ذكره المصنف والمراد بالتسليم المستحق ما يجبر البائع عليه ، وأما التسليم فى ضمن الجميـع فلا يجبر البائع عليه ، ولو سمح به لا يجبر المشـترى على قبولها كما لا يجبر على قبض ما اشتراه ، وعين أخـرى • واذا ثبت أن المشترى لا يجبر المبتاع على القبض نقول : البيـع باطل ، وهذا القول منقـول عن نصه فى الأم والاملاء على مسائل مالك رحمه الله ، فلو قال البائع : انما أسـمح بحقى فلا أثر لذلك على هـذا القول (والقول الثانى) نقله الربيع وهو اختيار المزنى : انه لا ينفسـخ ، وقال الغزالى والرافعى فى المحـرر : انه الأظهر • وكذلك الجرجانى ، لمـا ذكره المصنف ولأن الاختلاط بمنزلة العيب ، فاذا سمح البائع بتسليمه كان كزوال العيب فيسقط خيار المشترى •

قال هؤلاء : والتسليم غير متعـذر ، فانه يقبضه أكمل ما كان ، كما لو أسلم فى طعام جيد فأعطى أجود مما ذكروه ، وأردأ منه ، ومع ذلك يجب على المسلم قبوله وانما لا يجب التسليم فى العين المضمومة الى المبيع اذا كانت متميزة يمكن التسـليم على الانفراد ، وقد قال المصنف رحمه الله : ان الصحيح الأول ، وكذلك قال القاضى أبو الطيب والشاشى وابن أبى عصرون ، وعن صاحب التقريب حكاية قول ثالث أن العقـد لا ينفسخ ولا خيار ، ويجعل الاختلاط قبل القبض كالاختلاط بعـده ، واستبعده الامام ، وحكاه الجـورى عن أبى سلمة والمروزى ، وحكى الرويانى طريقة أنه فى مسـألة الحنطة قبل القبض يبطل البيع

قولا واحدا ، لأن الشـــافعى جعلها دليل أحد القولين فى اختلاط الثمار قال : وهذا أوضح .

(واعلم) أن ما ذكره فى تعليل كل من القولين يقتضى أن التسليم لم يوجـــد ، ومن المعـــلوم أن القبض فى الثمـــار بالتخلية ، لكن وان قلنا قبضها بالتخلية فليس ذلك بقبض تام ، فان البائع يجب عليه سقيها على المشهور من المذهب ، فالتسليم التام انمـــا هو حين الجـــذاذ ، ونسبه جماعة من الأصحاب رضى البائع بترك حقه بالاعتراض عن النعل فيما اذا اشترى دابة ونعلها ، ثم اطلع على عيب قال الامام : ومسألة النعـــل ليست خالية عن خلاف ، وهـــذه التى نحن فيها أولى بالخلاف من تلك ، فان الزام المشترى بطوق منة البائع فيه بعـــد . وفى هبة المجهول غوائل . فالمســـألة اذن مختلف فيها فان أجبرنا المشترى سقط خياره . والا فهو على تخيره .

وقد حكى الرويانى فيما اذا انثالت حنطة على الحنطة المبيعـــة ، وسلم البائع الكل الى المشترى وجهين فى اجبار المشـــترى على القبول . وفيه تصريح بمساعدة الامام ، لكنه لم يحك خلافا فى مســـألة الثمرة . ومع حكايته الوجهين فى الاجبار فى مســـألة الحنطة قال : انه لا خيار للمشترى . وهذا كلام متيح . والصـــواب أنا اذا لم نجبر المشـــترى على القبول فخياره باق ، وانه لا فرق فى ذلك بين الثمـــار والحنطة . وقد صرح الامام فى باب الخراج بالضـــمان بالوجهين فى الاجبار فى هبة الضمان . وقال : ان الأقيس عدم الاجبار على القبول . وحكى الرافعى رحمه الله تعالى الوجهين هنا ، وقال : ان الأصح سقوط خيار المشترى كما فى مسألة النعل .

وقول المصنف فى الثمرة : فلم يأخذ . وفى الحنطة : فلم يقبض . له معنى أنبه عليه عن قرب . وقوله : حتى انثالت عليها حنطة أخـــرى هو باطلاقه شامل لمـــا اذا كانا معلومى القـــدر أو لا . لكن صـــورة المســـألة فيما اذا لم يكونا معلومى القـــدر على ما سيأتى التنبيه عليه فى فـــرع عن المـــاوردى . وقول المصنف رحمه الله تعالى : فان قلنا : لا ينفســـخ . قلنا للبائع : ان سمحت بحقك أقر العقـــد ، وأجبرنا المشترى على القبول . كذلك صرح به الأصحاب الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وغيرهما . وقد تقدم عن الامام ما فيه .

(وقوله :) وان لم يسمح البائع فسخ العقد . أى يفسخه الحاكم بينهما . كذلك صرح به الأصحاب . منهم الماوردى والقاضى أبو الطيب . ولا يقال للمشترى ههنا : أنكر تسليم المبيع والثمن جميعا الى البائع ، لئلا يفوز البائع بالعوض والمعوض وما ذكره المصنف من الفسخ عند امتناع البائع كالمتفق عليه بين الأصحاب على هذا القول وفى تعليق القاضى حسين أنه يفصل الخصومة بينهما بالتداعى . وهو يوافق ما تقدم عن صاحب التقريب .

(فرع) لو انثال على الحنطة المبيعة بعد قبضها حنطة أخرى فالبيع صحيح وهما مالان اختلطا ، فان اصطلحا على شىء كان القول قول من الشىء فى يده فى قدر ما لصاحبه . قال أبو اسحاق : وصورته أن يكون المشترى ترك الطعام وديعة عنده فاختلط . وأما فى مسألة الثمرة فالقولان جاريان ، سواء اختلطت الحادثة بالخارجة بعد القبض بالتخلية أم قبله . وقال المزنى رحمه الله تعالى : انما القولان فى المسألتين قبل القبض . فان كان بعد القبض فالبيع صحيح فيهما قولا واحدا ، وغلطه الشيخ أبو حامد ، وفرق هو والأصحاب بأن الطعام اذا قبض استقر العقد والثمرة — ان قلنا بالقول الجديد : انها من ضمانه — فان كمال القبض فيها على البائع ، بدليل أن عليه السقى ، وبدليل أنها لو عطشت كان للمشترى الخيار .

(قلت :) ولهذا المعنى قال المصنف فى الثمرة ، فلم يأخذ ، وفى الحنطة : فلم يقبض ، فلم يأت فى الثمرة بلفظ القبض ، بل بلفظ الأخذ ، والمراد به أخذها من على الشجرة ، وأما القبض فمتقدم على ذلك وان اختلطت الثمار بعد الجذاذ أو فى الجرين ، أو غيره لم ينفسخ قولا واحدا ، وانما القولان بعد التخلية ، لأن القبض لم يستقر ، ألا ترى أن الثمرة اذا عطشت ولم يتمكن البائع من السقى كان للمشترى ردها بالعيب ، قاله القاضى أبو الطيب وغيره ، وهذا منهم بناء على الصحيح المشهور أنه يجب على البائع السقى ، وقد حكى القاضى حسين — رحمه الله — فيه وجهين ، وبناهما على أن الحاجة من ضمان البائع ، أو من ضمان المشترى ، وهو غريب فى النقل . ومثله فى الغرابة ما ارتضاه الامام والغزالى من أن الاختلاط فى الثمار بعد التخلية مبنى على وضع الجوائح .

(**فان قلنا**) توضع كما كان قبل القبض ، والا فيتفاصلان بالخصومة أو الاصلاح ، فعلى ذلك لا يأتى على الجديد الا أن البيع صحيح قولا واحدا كما ذهب اليه المزنى ، وهو خلاف ما أطبق عليه العراقيون ، فقد تلخص فى اختلاط الثمار أنه ان كان قبل التخلية جرى القولان باتفاق الطرق وقياس الطريقة التى قالها الرويانى فى الحنطة أن يقال هنا : انه يبطل قولاواحدا • وان كان بعد الجذاذ فالبيع صحيح قطعا وان كان بعد التخلية وقبل الأخذ فالمشهور وهو طريقة العراقيين جريان القولين قبل التخلية ، واختار المزنى والامام والغزالى على الجديد أنه كما بعد الجذاذ ، فالمصنف حينئذ جرى على طريقة العراقيين وهى الصحيحة وممن اختارها القاضى حسين من الخراسانيين ، وقد أغرب المتولى فحكى فى كتاب الرهن أنه لا فرق فى جريان القولين فى مسألة الحنطة بين ما قبل القبض وبعده ، وهذا ضعيف جدا ، ويلزمه طرد ذلك فى الثمار بعد الجذاذ •

(**فرع**) لو باع الحنطة منه مكايلة وسلمها اليه جزافا ثم اختلطت بحنطة للبائع ، قال القاضى حسين : يخرج على القولين •

(**فائدة**) اذا انتهى الأمر الى الخصومة وقبول قول ذى اليد قال الامام : سبيله فى الخصومة أن لا يتعرض للبيع ، فانه اذا ادعى بيعا فى الصاعين فسينكره البائع ثم يرجع الى اختلاف المتبايعين فى قدر المبيع •

(**فرع**) اليد فى الثمار بعد التخلية وقبل القطاف للبائع أو للمشترى أو لهما ؟ ثلاثة أوجه نقلها الامام • قال ابن أبى الدم : ومقتضاه أنا متى جعلنا الثمار فى يد واحد فالقول قوله (وان قلنا :) انها فى يدهما فلم يذكر الامام ولا الغزالى ما يقتضيه هذا الوجه ، ومقتضاه أن يقسم القدر المتنازع بينهما نصفين ، ولكل منهما تحليف صاحبه ، وفى كيفيته وجهان كالوجهين فى عين فى يد رجلين كل منهما يدعى جميعها (أحدهما) يحلف على استحقاقه النصف الذى يسلم اليه (والثانى) على استحقاقه الكل والأول أصح • وهذه المسألة مذكورة فى الدعاوى •

(فـرع) قد تقـدم حكاية الخلاف فى الصحيح فى هذه المسألة ، وأن الغزالى والرافعى قالا : ان الأظهر عدم الانفسـاخ وفيه نظر ، لأنهما يوافقان على أنه لو باع الثمرة التى يغلب تلاحقها أن البيـع لا يصح فان كان التلاحق الطارىء غير مانع من التسليم بل هو عيب ، فينبغى أن لا يبطل فى صـورة العلم بطريانه ، وان كان مانعا من التسليم فينبغى اذا طرأ قبل القبض أن ينفسخ العقد كتلف المبيع •

(فـرع) قد تقـدم أنه على القول بعدم الانفساخ يقال للبائع : ان سمحت بحقك أقر العقـد كما قال المصنف ، وهكذا هو فى مختصر المزنى ، وقال : ان البائع بالخيـار ، والغزالى والرافعى لم يذكرا ذلك ، وانما قالا : انه يثبت للمشـترى الخيار ، قال الرافعى : فان قال البائع : أسمح ففى سقوط خيار المشترى وجهان ، والمفهـوم من اثبات الخيـار للمشترى أنه اذا لم يسمح البائع ، فالمشترى يفسخ ، وقد قدمت عن أبى الطيب وغيره أن الفاسـخ هو الحاكم ، وأيضا قياس قول الرافعى : ان ذلك من باب العيوب ، فيكون على الفور الا أن يسقطه البائع بترك حقه ، فلو لم يفعـل وأخر المشترى الفسخ سقط حقه ، وهو خلاف ما يفهم من كلام الأصحاب •

(فائدة) قال الامام : ولو آعترفا ــ والاختلاط بعد آلقبض ــ بالالتباس ، ورضيا بأن لا يفسخ العقـد ، رجع الكلام الى الوقف والاصطلاح ، فقوله : ورضيا بأن لا يفسـخ العقد لا حاجة اليه ، لأنه ان كان بعد القبض التام فلا خيار ولا يفسخ ، وان كان بعد القبض بالتخلية فعنده كذلك ، وانمـا يأتى هـذا الكلام عند الأصـحاب على أحد القولين بعد التخلية اذا قلنا بعدم الانفساخ ، فحينئذ اذا رضيا بأن لا يفسخ العقـد يرجع الأمر الى الاصطلاح كما بعد القبض •

(فـرع) هكذا الحكم فى بيع الباذنجان فى شجره اذا بلغ نهايته لم يحتج الى شرط القطع ، ولو كان البعض صغارا والبعض كبارا فانه يترك حتى يتلاحق ، فان كان الكل صغارا لم يجـز الا بشرط القطع ، فلو باع فى الحالتين ثم ظهر شىء آخـر واختلط بالمبيع جرى القولان ، وكذلك الخربز وهو البطيخ وهكذا القثـاء والخيار ، وكل ما له حمل بعـد حمل ، على ما ذكره المزنى والأصحاب ، فلو كان المبيع شجر الباذنجان فسيأتى فى الفصل الذى بعد هذا •

(فـــرع) فيه تنبيه على تقييد كلام المصنف ، لو اختلط الطعام المبيع بغيره قبل القبض ، وكان أحدهما معـــلوم القدر ، وذلك بأحد ثلاثة أوجه (اما) أن يكون كل منهما معلوم الكيل (واما) أن يكون المبيع منهما معلوما ، فيعلم بعد استيفاء كيل المبيع قدر ما ليس بمبيع (واما) أن يكون غير المبيع معلوما فيعلم بعد استيفاء كيل ما ليس بمبيع قدر المبيع • فاذا كان المبيع معلوم القدر بأحـــد هذه الوجوه الثلاثة فقد صار مختلط العين متميز القدر ، وتميز القـــدر يمنع من الجهل ، وهو أقوى المقصودين ، فصح البيع واختلاط العين مغير للصفة مع تفاوت الأجـــزاء ، فصار عيبا يوجب الخيـــار ، فوجب أن يكون البيع جائزا ، وللمشترى الخيـــار ، فان فســـخ رجع بالثمن ، وان أقام صار شريكا للبائع على قدر الحصتين •

وان كان الطعامان متماثلى القيمة تقاسماه كيلا ، وان كان مختلف القيمة بيـــع ، وكانا شريكين فى ثمنه على قدر قيمة الطعامين الا أن يتراضيا بقسمة ذلك كيلا ، على الحصص دون القيمة فيجوز • ذكر هذا الفـــرع بكماله المـــاوردى ، وهو ينبه على أن محل جريان الخلاف فى الانفساخ ، انما يكون عند الجهـــل بالمقدار ، ولذلك قيدت كلام المصنف ، فانه مطلق ، والله أعلم • وكذلك كلام كثير من المصنفين وأما الثمار فلا تكون الا مجهولة المقدار ، والله أعلم •

(فـــرع) قد تقـــدم أنه اذا كان اختلاط الطعـــام بعد القبض لا ينفسخ العقـــد ، والعقـــد صحيح بحاله ، وكذلك الثمـــرة اذا كان بعد الجذاذ ، فان كان قدر الطعـــام أو الثمـــرة معلوما بأحـــد الأوجه التى مضت تقاسماه على ما تقـــدم ، وان كان قدر الطعـــام مجهولا والفرض أنه بعد القبض فلا ينفســـخ العقد ، وان تراضيا على شىء واتفقا عليه جاز ، واقتســـماه على ذلك • وان اختلفـــا فان كانت صبرة المشترى قد انثالت على صبرة البائع فالقول قول البائع فى قدر ما له مع يمينه ، لأن اليد له • وان كانت صبرة البائع انثالت على صبرة المشترى فالقول قول المشترى فى قدر ماله من مال البائع مع يمينه وقال المزنى : القول قول البائع • لأن يده قد كانت على الطعامين معا • وكان أعرف بقدرهما من المشترى المستحدث اليد •

قال الماوردي : وهذا خطأ . لأن ما وجب اعتبار اليد فيه كانت اليد الثانية أولى أن تكون معتبرة من اليد المرتفعة كسائر الحقوق (قلت :) والصواب ما قاله الماوردي وقد قاله غيره وتقدم ذلك مختصرا . وليس من لازم التصوير الذي أطلقه المزني أن تكون اليد للبائع . فقد تكون صبرته في يد غيره ، والله أعلم .

(فرع) لو صدر الغلط من البائع أو المشتري عن قصد كان الحكم كذلك كما يقتضيه لفظ الشافعي رضي الله عنه في الأم .

(فرع) قال القاضي حسين : ان القولين في الانفساخ في مسألة اختلاط الثمار المبيعة بغيرها ينبنيان على تلف المبيع في يد البائع قبل القبض ، لا خلاف أنه ينفسخ العقد ولأي معنى ينفسخ ؟ فيه معنيان (أحدهما) لتعذر التسليم (والثاني) لوقوع اليأس عن التسليم (ان قلنا) بالأول انفسخ العقد ههنا (والا) فلا ، لأنه يمكنه تسليم الكل . قال : ويخرج على هذين المعنيين مسائل (منها) اذا باع درة ووقعت قبل القبض في لجة البحر ينفسخ العقد لوجود المعنيين . وان وقعت في واد ، ان قلنا بالأول انفسخ والا فلا (ومنها) لو باع عصفورا ثم اختلط بعصافير البائع قبل القبض ، أو حنطة فانثالت عليها حنطة أخرى للبائع . ان قلنا بالأول انفسخ والا فلا (ومنها) اذا باع عبدا فأبق قبل القبض ، عامة أصحابنا على أن البيع لا ينفسخ . وقال أبو يعقوب الأبيوري : كل ينفسخ ، قال القاضي : ويمكن تخريجه على المعنيين . وكذا لو نهبه التركمان أو غاروا عليه قبل القبض .

(قلت :) وفي مسألة اختلاط الثمار والحنطة وشبهها لا يظهر فرق بين تعذر التسليم وبين اليأس منه . فانه ان أريد به تسليم المبيع وحده متميزا فهو متعذر ، ومأيوس منه . وان أريد تسليمه في الجملة فليس بمتعذر ولا مأيوس منه (وأما) مسألة العصفور فقد قال الروياني في البحر : انه لو باع شاة فاختلطت بقطيع لا تتميز فالمذهب أنه يبطل البيع . قال : وتفارق الحنطة لأن هناك الاشاعة لم تمنع البيع ، وههنا الاشتباه مانع من العقد . وقيل : لا يبطل لأنه يمكنه التسليم بأن يقبض الكل ويكون حكمه حكم من اختلطت

ثباته بقطيع لانسان • قال : وهذا لا يصح لأن الشرط فى القبض أن يتسلط به على المقبوض • ويتمكن من التصرف وهذا لا يوجد بقبض الجملة •

(**قلت :**) قوله : المذهب أنه يبطل البيع ، ان أراد الترجيح فى الجملة ، فالحنطة والثمرة كذلك ، وان أراد أنه يبطل قطعا بخلاف الحنطة والثمرة لما لحظه من معنى الاشاعة والاشتباه فقد يقال : ان ذلك لا يستقيم ، لأن الخلط ههنا لو اقتضى الاشاعة كما يقوله فى باب الفلس وغيره لكان المذهب هنا أنه لا يفسخ العقد بالاختلاط ، لأن المذهب هناك أنه يصير مشتركا ، وأيضا فكان يفصل هنا بين أن يكون الخلط بالمثل والأردأ أو بالوجود ، كما هو مفصل هناك ، لكن المذهب ههنا أنه ينفسخ العقد ، ولم يفصل أحد بين أن يكون الخلط بالأجود أو بالمثل ، فدل على الفرق بين البابين وأن الخلط انما يقتضى الاشاعة اذا كان بعد القبض ، أما قبل القبض كمسألتنا هذه فالملك غير مستقر ، فيتأثر بالخلط ولا يحكم بالاشاعة •

وما ذكره الرويانى يوافق وجها فى الفلس أن البائع لا يرجع فى المبيع اذا خلط مطلقا وهو مؤيد هناك بمسألة الاختلاط هنا والمذهب هناك خلافه وفرقوا بينهما بما ذكرناه ، ولو كان قول الاشاعة ملاحظا فى مسألة اختلاط الثمرة والحنطة ، لكنا نقسم ذلك بين البائع والمشترى ، ولم يقل به أحد ههنا فيما أعلم ، وانما القائل بعدم الانفساخ يقول بالتخيير ، نعم معنى الاشاعة يجب أن يلاحظ اذا كان الاختلاط بعد القبض فى الحنطة وبعد الجذاذ فى الثمرة ، وكذلك على القول الذى حكاه الامام عن صاحب التقريب ، وان كان لم يتعرض للاشاعة ، ولا ينافى ذلك ما تقدم عن الأصحاب من فصل الخصومة ، لأن ذلك معرفة المقدار وبعد معرفة المقدار الذى لكل منهما يصير مشتركا كما تقدم عن الماوردى فيما اذا كان المقدار معلوما ، ويصير حكمه حكم الاختلاط المذكور فى غير ذلك من الأبواب ، وفى المثليات بحكم الاشاعة على ما سنذكره ان شاء الله تعالى فى باب الفلس والغصب ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى شجرة عليها حمل للبائع فلم يأخذه حتى حدث حمل للمشترى واختلطت ولم تتميز ، ففيه طريقان ، قال أبو على ابن خيران وأبو على الطبرى لا ينفسخ العقد قولا واحدا ، بل يقال : ان سمح أحدكما بترك حقه من الثمرة أقر العقد لأن المبيع هو الشجر ولم يختلط الشجر بغيره وانما اختلط ما عليها من الثمرة والثمرة غير مبيعة فلم ينفسخ البيع كما لو اشترى دارا وفيها طعام للبائع وطعام للمشترى ، فاختلط أحد الطعامين بالآخر فان البيع لا ينفسخ فى الدار قال المزنى وأكثر أصحابنا : انها على قولين كالمسألة قبلها لأن المقصود بالشجر هو الثمرة فكان اختلاطها كاختلاط المبيع . وان اشترى رطبة بشرط القطع فلم يقطع حتى زادت وطالت ففيه طريقان (أحدهما) أنه لا يبطل البيع قولا واحدا بل يقال للبائع : ان سمحت بحقك أقر العقد وان لم تسمح فسخ العقد لأنه لم يختلط المبيع بغيره ، وانما زاد المبيع فى نفسه فصار كما لو اشترى عبدا صغيرا فكبر أو هزيلا فسمن (الثانى) وهو الصحيح أنه على قولين (أحدهما) لا ينفسخ البيع (والثانى) ينفسخ ويخالف السمن والكبر فى العبد فان تلك الزيادة لا حكم لها ولهذا يجبر البائع على تسليم [العبد][1] مع السمن والكبر ولهذه الزيادة حكم ، ولهذا لا يجبر البائع على تسليمها فدل على الفرق بينهما) .

(الشرح) فيه مسألتان هما من بقية المراتب التى تقدم التنبيه عليها من مسائل الاختلاط (احداهما) وهى المرتبة الثانية اذا اشترى شجرة أو أرضا فيها شجرة وعلى الشجرة المبيعة أو الداخلة فى البيع من الثمرة حمل . اذااشترى شجرة وعليها حمل للبائع بأن كان مؤبرا أو ما فى معناه فلم يأخذها البائع حتى حدث حمل المشترى واختلطت ولم تتميز وذلك انما يكون فيما يحمل حملين ، أما ما يحمل مرة فى العام فقد تقدم أنه متى كان على النخلة شىء مؤبر كان جميع ثمرة

---

(١) فى ش و ق ما بين المعقوفين (العقد) والصواب ما ههنا (ظ) .

ذلك العـــام للبائع • اذا عرف ذلك قال الأصـــحاب : فان كان الحمل الحادث يتميز عن الأول كان الحمـــل الموجود حال العقد للبائع ، والحمل الحادث للمشترى لأنه حدث فى ملكه وان لم يتميز فقد نقـــل المزنى عن الشـــافعى قولين كما تقدم فى المرتبة الأولى واختلف الأصحاب فى ذلك على طريقين كما ذكره المصنف رحمه الله تعالى •

(احداهما) طريقة ابن خيران وأبى على الطبرى فى الافصـــاح القطع بعدم الانفســـاخ • ونقل الشيخ أبو حامد عن ابن خيران أن هذه المســـألة لا تعرف للشافعى رحمه الله تعالى ، ولا نص عليها ، ولا تجىء على مذهبه أيضا ، بل البيـــع صحيح بكل حال ، قال : وقد نكت ابن خيران وما قصر ، وهـــذا الكلام من الشيخ أبى حامد فيه ميـــل الى ما قاله ابن خيران وكذلك المـــاوردى قال : ان ما قاله ابن خيران أصح جوابا وتعليلا ، وان كان نقـــل المزنى صحيحا ، قال : والاذعان للحق أولى من نصرة ماسواه •

وقال القاضى أبو الطيب عن ابن خيران والطبرى : انهما قالا : ان الذى فى مختصر المزنى نقله فى الأم فوقع الغلط فى النقـــل من مسألة بيع الثمـــرة الى مسألة بيـــع الأصول ، واحتج المنتصرون لهذه الطريقة بأن الاختلاط ليس فى المبيع ، فصار كما لو اشترى رجل ثمـــرا وتجددت ثمار فى يد البائع وتعيبت الثمـــار والمبيع فى يد البائع فلا خيار بعيب الثمـــار ، قال الامام : وهذا القياس الذى لا يسوغ غيره وممن صحح هذه الطريقة الخوارزمى فى الكافى •

(الطريقة الثانية :) وبها قال المزنى وأبو اسحاق المروزى ، ونسبها القاضى أبو الطيب كما نسبها المصنف الى أكثر أصحابنا أنها على القولين ، قال هؤلاء : ونحن وان لم نعلم نصـــه عليها فان المزنى ثقة فيمـــا نقله عنه ، وفى المســـألة ما لا يحتمل التأويل من وجهين (أحدهما) أن فيها يقال للمبتـــاع أتسمح ؟ فان سمح والا قيل للبائع أتسمح ؟ فلولا أن المعقـــود عليه هو نفس الشجر لمـــا صـــح أن يقال لكل منهما : أتسمح ؟ (والثانى) أنه قال : تكون الخارجة للبائع ، والحادثة للمشترى ، فدل على أن المعقـــود عليه هو الشـــجر ، ثم المعنى يدل على ذلك فان المعقـــود عليه وان كان هو الشجر فان

المقصود منها الثمـــرة ، فاذا اختلطت الخارجة بالحادثة فقد اختلط المقصـــود من المبيع بغير المبيع ، فهو كما لو اختلط المبيـــع بغيره ، قال الشيخ أبو حامد : وهذا قريب ، غير أن ابن خيران أسقط المسألة بالأصالة فلا معنى لقول هذا القائل : ان فيها ما لا يحتمل التأويل •

(**قلت** :) المراد أن المســـألة غيرقابلة للتأويل ، وأما اسقاط ابن خيران فيجاب عنه بأن المزنى ثقة ، وقد نقلها فلم يبق لابن خيران متعلق الا أن تقول ان المزنى أخطأ فيها وجوابه بما أبداه هذا القائل من المعنى ، فانه ينفى الجـــزم بخطئها ، واعلم أن هؤلاء الأئمة على جلالتهم واطلاعهم بين منكر لمـــا نقله المزنى ومقلد له فيه ، وقد وقفت على القولين بما لا يحتمـــل التأويل الا بتعسف عظيم ، فانه قال فى آخر باب ثمر الحائط يباع أصله ، وما أثمر فى الســـنة مرارا فبيـــع وفيه ثمرة فهى للبائع وحدها ، فاذا انقضت فما خرج بعدها مما لم يقع عليه صفقة البيع فلمشترى الأصل ، وصنف من الثمرة ما كان يخـــرج منه الشيء بعد الشيء ، حتى لا ينفصـــل ما وقعت عليه صفقة البيع ، وهو فى شجره فكان للبائع ما لم تقـــع عليه صفقة البيع ، وكان للمشترى ما حدث •

فان اختلط ما اشترى بما لم يشتر فلم يتميز ففيها قولان (أحدهما) لا يجـــوز البيـــع فيه الا بأن يسلم البائع للمشترى الثمـــرة كلها ، فيكون قد أوفاه حقه وزيادة أو يترك المشترى له هذه الثمـــرة ، فيكون قد ترك له حقه •

(والقول الثانى) أنه يفســـد البيع من قبل أنه — وان وقع صحيحا — فقد اختلط حتى لا يتميز الصحيح منه الذى وقعت عليه صفقة البيع مما لم يقع عليه ، وقد تكلف ابن الرفعـــة بحمل ذلك على ما اذا باع شجرة التين مثلا بعد أن نتجت الأغصـــان ولم تبرز الثمرة فاشترط البائع لنفسه تلك الأغصـــان ، فانه كالثمرة غير المؤبرة اذا شرطها البائع لنفســـه ، فيشترط فيها القطع على النص ، فيصح أن يقال : ان المبيع قد اختلط بغيره ، وهذا تكلف بعيـــد ، وقد أحسن المحاملى فاعترف بأن الشـــافعى رحمه الله تعالى نص على القولين فى الأم ، ورد على ابن خيران مذهبا وحجاجا ، وذكر الامام عن القائلين بهذه

الطريقة أنهم فرقوا بين صورة الاختلاط وبين تعيب الثمار المتحدة فى يد البائع ، بأن الاختلاط سببه بقاء ثمرة البائع على الأشجار ، وعلى البائع فى الجملة تخلية المبيع للمشترى ، فقد حصل الاختلاط بسبب ما استبقاه البائع لنفسه ، وقرب ذلك من نقل الأحجار المودعة فى الأرض ، ومن قلع باب الدار المبيعة لنقل ما فيها من الأمتعة .

وفى البحر أن ابن خيران تأول ما نقله المزنى على ما اذا ابتاع الشجرة وبقيت الثمرة للبائع ، ثم اشترى المشترى ثانيا الثمرة . ثم ظهرت الحادثة فاختلطت بها . وهنا يختلط المبيع بغير المبيع . فهى مسألة القولين . وغلطه فى هذا التأويل بأن هنا وان اختلط المبيع بغير المبيع الا أن كله للمشترى ، واختلط ملكه بملكه فلا يؤثر فى البيع أصلا ، والله أعلم .

(**فائدة**) قال الشيخ أبو حامد : ولا أعرف شجرة تحمل حملين بتميز أحدهما عن الآخر فى سنة واحدة الا التين ، فانه يحمل النوروذى ثم يحمل بعده فى الوقت . وقد قال غيره : ان النارنج والأترج والرانج أيضا يحمل حملين ، وقد بلغنى عن نوع من التفاح والباذنجان والبطيخ والقثاء ونحوها كالتين ، وأجاب الأصحاب عن كوننا لم نجعل الحادثة تابعة للخارجة كما فى ثمرة النخل ، حيث جعلنا الطلع الحادث تابعا على الصحيح بأن العادة فى النخل أنه يحمل حملا واحدا ، فاذا كان بعض حمله للبائع كانت ثمرة ذلك العام كله له ، والتين يحمل حملين كل واحد منهما غير الآخر فالثانى كثمرة النخل فى العام القابل .

(**قلت**) والآخر كذلك غير أنه لا يطرد فى شجر بعينه ، ولا نقول فى ثمرة النخل مطلقا أن ثمرة العام كلها للبائع ، فقد ورد أن نخل أنس بن مالك رضى الله عنه كانت تحمل فى السنة مرتين بدعوة النبى صلى الله عليه وسلم له . فالمعتبر حينئذ بالحمل على ما جرت العادة . فاذا كان أحد الحملين منفصلا عن الآخر انفصالا بينا غير متلاحق لم يتبع الثانى الأول . وان كانت عبارة الشافعى التى قدمتها تقتضى اعتبار العام فينبغى أن يقول : على ذلك سؤال قال الأصحاب : (ان قيل) هلا قلتم : الحمل الثانى تابع للأول ؟ كما اذا باع نخلة مؤبرة فان الطلع الحادث للبائع تبعا للموجود ؟ (فالجواب) ان فى الطلع وجهين

والفرق أن الطلع الحادث من جملة هذا الطلع الموجود ، لأنه ليس له الا حمل واحد يتقدم بعضه ويتأخر بعضه • وليس كذلك الحمل الثانى مع الحمل الأول •

(فرع) قال المتولى فى هذه المسألة : ان عدم الانفساخ هو الصحيح يعنى من طريقة القولين وفى مسألة اختلاط الثمار المبيعة بغيرها لم يصحح شيئا والذى صححه ابن أبى عصرون فى هذه المسألة من طريقة القولين القول بالانفساخ كما صحح ذلك فى مسألة اختلاط الثمار المبيعة •

(فرع) اذا قلنا : ينفسخ العقد فلا تفريع عليه (وان قلنا :) لا ينفسخ • قال القاضى أبو الطيب : فمن سمح منهما أجبر الآخر على قبوله ، وان امتنعا فسخ الحاكم بينهما ، كذلك قال القاضى أبو الطيب ، وهو مفهوم المصنف رحمه الله • قال الماوردى : على ما يقتضيه مذهب ابن خيران ، ان تراضيا واتفقا على قدر الحادثة من المتقدمة ، والا فالقول قول صاحب اليد ، ولا يفسخ البيع لأنه لا يجعل لما حدث تأثيرا فى البيع وهذا الذى قاله الماوردى أحسن وأدخل فى المعنى الذى لحظه ابن خيران ، لأن الاختلاط فى غير المبيع لا أثر له ، وكذلك صرح به المحاملى بعبارة تقتضى أنه منقول عن ابن خيران ، فانه قال : وقال ابن خيران : المسألة على قول واحد أن البيع لا يبطل ، ولكن يقال لكل منهما : اسمح بترك ثمرتك ، فان سمح أجبر الآخر على القبول ، وان لم يسمح نظر — فان كانت الشجرة والثمرة فى يد البائع — كان القول قوله فى قدر ما يستحقه المشترى منها ، وان كانت فى يد المشترى فالقول قوله فى قدر ما يستحقه منها •

وكذلك الامام قال : انه على هذه الطريقة لا يثبت الخيار ، وربما يظن بين كلام هؤلاء وكلام القاضى أبى الطيب منافاة ، ولا منافاة بينهما ، فقد بين الرويانى ذلك ، ونقل القول بالفسخ عن نصه فى الأم وعن ابن خيران أنه اذا لم يسمح واحد منهما فالقول قول من فى يده كما قاله المصنف والقاضى أبو الطيب تفريعا على القول بعدم الانفساخ من قولى طريقة الخلاف ، وما قاله الماوردى والمحاملى والامام تفريع على طريقة ابن خيران فقط ، فكلام أبى الطيب لا ايراد عليه

الا من جهة كونه أطلق ذلك على قول عدم الانفساخ ، وهو مشترك بين قول ابن خيران وأحد قولى طريقة الخلاف وكلام المصنف الايراد عليه قوى ، لأنه نقل قول ابن خيران ، وفرع عليه أنه يقال : من سمح منكما أقر العقد فأفهم أنه اذا لم يسمح واحد منهما لا يقر العقد ، ويفسخ وليس ذلك قول ابن خيران ، ولو أخر هذه الكلمة بعد طريقة القولين وقالها تفريعا على عدم الانفساخ كان يعتذر عنه بما اعتذر عن القاضى أبى الطيب ، والله أعلم .

(فرع) كلام المصنف هنا مشير الى أنه لا مزية فى غرض ترك الحق بين البائع والمشترى ، وكلامه فى التنبيه يقتضى أنه يبدأ بالبائع وكلام الماوردى يقتضى البداءة بالمشترى ، والأقرب التسوية كما أشار اليه فى المهذب وأن من بدأ بالقول البائع أو المشترى ، لم يقل ذلك على أنه متحتم ، بل على جهة المثال وليس كذلك كالبداءة فى التسليم ، فان ذلك مقصود يجبر عليه بخلاف هذا ، والله أعلم .

(فرع) أورد على الزام المشترى أو البائع قبول ما بذل له من الثمن لامضاء العقد ما اذا سمح غرماء المفلس لصاحب السلعة المبيعة بتقديمه بتمام الثمن ليستمر عقد البيع ، فانه لا يلزمه الاجابة وفيه نظر .

(المسألة الثانية) وهى المرتبة الأخرى . اذا اشترى رطبة فان اشتراها بشرط القطع من أصلها فلم يقلع فما حدث يكون للمشترى أن اشتراها بشرط القطع فلم يأخذها المشترى حتى طالت وعلت ، فقد عطف المزنى هذه على مسألة القولين ، فاختلف الأصحاب ، فمنهم من قال : البيع صحيح قولا واحدا كما ذكره المصنف حكما وتعليلا ومنهم من قال : هى على قولين كالمسألة الأولى وممن ذهب الى هذا أبو اسحاق المروزى وابن أبى هريرة والشيخ أبو حامد وجمهور أصحابنا والامام والرويانى والشاشى قال الماوردى وجمهور أصحابنا : وغلط الشيخ أبو حامد القائل الأول ، وأجاب هؤلاء عما تمسك به القائل الأول من الكبر والسمن بأن زيادة الكبر والسمن وصيرورة البلح بسرا وما أشبه ذلك ليس بعين ، بمعنى أنه لم يزد فى أطرافه ولا فى

عدده ، والرطبة اذا طالت تفرع لها أغصـــان وحدثت أعيان لم تكن فهو كالمسألة الأولى سواء •

وحسن المصنف هذا الجواب بقوله : ان تلك الزيادة لا حكم لها ، فلم يقل انها ليست بعين ، فانها عين قطعـــا ولهذا احتاج الأولون يفسرون ذلك بعـــدم زيادة أطرافه وعدده ، لكنها ـــ وان كانت عينا ـــ فلا حكم لها ، بدليل أنه يجبر على التسليم معها فعبارة المصنف أسلم عن المشاححة ، وقد يفرض طول الرطبة من غير تفرع الأغصان ، ومما يدل على ذلك أنه لو باع الرطبة وطولها ذراع فأجبر فى نصف طوله قبل القبض سقط من الثمن بقـــدره بخلاف السمن ، فانه لو هزل فى يد البائع لم يسقط شىء ، وقال القاضى أبو الطيب : ان الزيادة فى الرطب حدثت فى الأصول التى فى الأرض ، فهى بمنزلة حدوث حمل آخـــر من الثمرة ، وقال المـــاوردى : انها عين متميزة بخلاف الكبر والسمن فانه ليس متميزا •

(واعلم) أن هاتين الطريقتين على ما ذكره المصنف متفقتان على أن الزيادة التى حصلت فى الرطبة للبائع ، وليست للمشترى ، وكذلك قال القاضى أبو الطيب والمحاملى والشيخ أبو حامد قبلهمـــا والقاضى حسين ، وذكر المـــاوردى فى حكاية الطريقة الجازمة بالصحة أن الزيادة للمشترى لأنها لا تتميز ، فان صح ذلك ففى المســـألة ثلاث طرق ، وقال ابن أبى عصرون : ان الأصح من قولى أحـــد الطريقين الانفساخ كما ذكره فى المســـألتين السابقتين ، وقول المصنف : فسخ ، أى يفسخه الحاكم ، كذلك صرح به المـــاوردى ، وقوله على القولين أى القولين فى اختلاط الثمرة المبيعة •

(واعلم) أن فى مسألة الرطبة ومسألة اختلاط الثمـــار المبيعة ، يقال للبائع : ان سمحت بحقك أقر العقـــد ، وان لم تســـمح فسخ البيع ، كما قال المصنف هناك ، ولا يقال للمشترى : ان سمحت بحقك أقر العقـــد وفى مسألة اذا باع الشجرة واختلطت الثمـــار الموجـــودة بالحادثة يقال لكل منهما : ان سمحت بحقك أقر العقـــد والفرق أن فى المسألتين الأوليين اذا ترك المشـــترى حقه فاز البائع بالعوض والمعوض •

(فــرع) باع شجرة الباذنجان ان بلغ نهايته فان كان فى الخريف لا يحتــاج الى شرط القطع ، والا فبشرط القطع ، فان كان عليه نور فهو للمشترى ، والا فهو للبائع كما فى سائر الثمــار ، ولا يدخــل فى مطلق العقــد الا بالشرط ، فلو ظهر باذنجان آخــر واختلط بالأول بحيث لا يتميز ففيه طريقان كما ذكرنا ، وهــكذا فى البطيخ والقثاء وما فى معناها ، قاله القاضى حسين ، وقال الرويانى فى هــذا الفرع : ان باع الأصــل مع الثمــرة لابد من شرط القطع ، فان شجر الخربز والباذنجان والقثاء زرع وقد تقــدم فى كلام الامام ما يخالفه ، وقال الخوارزمى : ان باع الأصول قبل خروج حملها لم يجز الا بشرط القطع ، وان باع بعــد خروج حملها ، فان باعها مع الحمل جاز مطلقا ، وان باعها دون الحمل أو مطلقا فالحمل الموجود للبائع ، والحادث للمشترى .

ومقتضى كلام القاضى حسين الذى حكيته أنه اذا باع البطيخ مع أصوله لم يصــح الا بشرط القطــع ، بخلاف النخل ، وكذلك قال الامام والغزالى ، قال ابن الرفعة : وهو أفقه يعنى من الامام ، والمنقول الأول ، يعنى كلاما عن البندنيجى وغيره يقتضى أنه يجوز مطلقا .

(فائدة) ان قلت : ما وجه تأخير هذه المرتبة عن الرتبة الثانية ، فان فى هذه المرتبة اختلط المبيــع بغيره ، فهى أشبه بالمســألة الأولى (قلت) المرتبتان الأوليان الاختلاط فيهما ظاهر ، اما اختلاط المبيــع بغيره فى المرتبة الأولى واما اختلاط المقصــود منه بغيره فى المرتبة الثانية ، وفى هذه المرتبة القائل الأول يقول : ليس فيها اختلاط ، وانما هو زيادة المبيع فى نفســه . ولو كان كما قال هــذا القائل لأجبر البائع على تســليم الرطبة بكمالها . ولم يقــل به أحــد كما أشار اليه المصنف . فالنزاع فى المرتبة الثانية فى المختلط فيها . هل هو كالمختلط فى المرتبة الأولى أو لا ؟ والنزاع فى الاختلاط هل هو كذلك الاختلاط أو لا ؟ فذكر المصنف الاختلاط المحقق بقسميه . ثم لمــا فرغ منه ذكر ما يقبل النزاع فى كونه اختلاطا أو لا ؟ لكن اجراء القولين هنا فيما أظنه أولى من اجرائهما فى المرتبة الثانية لأن الاختلاط حقيقى ، وانكار ما فيه ارتكاب ضرب فى المجاز أو القياس . وكون المرتبة الثانية كالأولى على العكس من ذلك .وكذلك قلت فى هذه المرتبة الأخــرى ، ولم أقل

الثالثة ، وذلك أن جماعة من محققى الأصحاب كأبى حامد والماوردى اختاروا اجراء القولين هنا دون المرتبة الثانية •

ولو اشترى وديا(١) فكبر فانه للمشترى قولا واحدا لأنها زيادة غير مميزة • قاله ابن أبى هريرة وغيره • وجعله القاضى حسين فى تعليقه قاعدة عامة أنه اذا اشترى شجرة وتركها حتى تكبر وتطول وتزداد كثيرا ، فان كان مما لا يتكرر قطعه مثل شجرة التفاح وأنواعه فيكون الكل للمشترى ، وان كان مما يتكرر قطعه مثل الخلاف والقصب يخرج على القولين ، وفى الفتاوى المنسوبة اليه فيما اذا اشترى شجرة بشرط القطع فلم تقطع حتى نما وكبر اطلاق القولين فى انفساخ العقد ، ثم قال جامعها بعد هذه المسألة ليست عن القاضى ، وانه ينبغى أن تكون للمشترى ، ولا خيار له لأنه ملك أصلها كالثمرة ، ثم قال : ورأيت للشيخ أبى المعالى أنه ان كانت الشجرة مما لا يخلف فللمشترى ، كالصنوبر والنخل ، وان كان يخلف كالقت فقولان •

(**قلت**) وسنذكر من كلام صاحب التتمة أنه اذا اشترى الزرع بشرط القطع أن المشترى لا يملك أصوله ، وأنها للبائع ، وقياس ذلك أن تكون الشجرة أيضا كذلك ، وأن تكون زيادتها كاختلاط المبيع بغيره ، فيجرى القولان كما اقتضاه باقى الفتاوى ، والذى قاله فى التعليقة ، وقال ابن أبى هريرة : محمول على ما اذا باع مطلقا ، فانه فيما لا يستخلف لا يحتاج الى شروط القطع • وتكون أصوله للمشترى •

(**فائدة**) هذه المسألة تنبهك على أن المشترى اذا اشترى جذة من الرطبة لا يملك منها الا الظاهر على وجه الأرض ، وقد تقدم عن الماوردى حكاية خلاف فى أن الجذة المراد بها الظاهر على الأرض أو ما جرت العادة بجذه ، وهذا الوجه لا يجتمع مع كلامهم فى هذه المسألة الا أن يكون قد عين فى فرض هذه المسألة أنه لا يملك شيئا من الباطن •

(**فرع**) الزروع التى تحصد مرة واحدة اذا اشتراها بشرط القطع وتأخر القطع حتى زاد قال صاحب التتمة : فالزيادة للبائع ،

---

(١) الودى كغنى : صغار الفسيل من النخيل (ط) •

والحكم على ما ذكرنا • يعنى فى مسألة زيادة الرطبة واختلاطها قال : حتى لو تسنبل تكون السنابل للبائع ، اللهم الا أن يكون اشترى الزرع بشرط القطع وتأخر القطع حتى زاد فتكون الزوائد له لأنه ملك أصول الزرع التى منها تحصل الزيادة ، هكذا قال صاحب التتمة (فأما) قوله : الزيادة للبائع ، والحكم كما فى مسألة الاختلاط فهو مخالف لما تقدم عن الامام أنها للمشترى بالاتفاق •

(وأما) قوله : حتى لو تسنبل تكون السنابل للبائع ، ففيه نظر لأن السنابل ليست حادثة من خاص ملكه ، بل هى منها على رأيه وجعلها للمشترى أقرب (وأما) قوله : اللهم الى آخره فهكذا وجدته فى النسخة ، والظاهر أنه غلط (والصواب) القلع باللام ، وعلى هذا يصح ، فانه اذا اشتراه بشرط القطع من أصوله كانت الأصول ملكه ، فكل ما حدث منه كان للمشترى ، لأنه زيادة ملكه ، والله أعلم • وقد صرح صاحب التهذيب بأنه اذا باع القرط بشرط القلع فلم يقلع حتى ازداد يكون ما حدث للمشترى ، لأنه ملك أصله • وقد تقدم التنبيه على ذلك أول المسألة •

(فرع) اذا اشترى أصول البطيخ تقدم عن الامام والمتولى وغيرهما أنه لا يجوز الا بشرط القطع • قال صاحب التتمة : أو القلع ، وقال صاحب التتمة : الا أنه اذا اشترى أصول النبات بشرط القلع ثم استأجر الأرض أو استعار ولم تبلغ الأصول ، فما يحدث يكون ملكا له ، لأنه فرع أصل مملوك • وهذا من صاحب التتمة على ما ذكره فى الفرع المتقدم أنه اذا اشترى الزرع بشرط القطع لا يملك أصوله • وقد تقدم عن الأصحاب أن الطريق الى ملك ما يحدث من البطيخ أن يشترى الأصول بشرط القطع ، ويستأجر الأرض فلا يجب عليه القطع • وهذا الذى قاله المتولى ينبه على أنه لا يفيد اشتراط القطع • بل لابد من اشتراط القلع • وينبغى أن يكون ذلك مجزوما به • لأن البطيخ مما يستخلف ، والله أعلم •

ولو باع أصول النبات مطلقا • قال المتولى : لا يدخل البطيخ الا بالتنصيص لأنها ثمرة ظاهرة حتى ان الذى هو يرى ولم ينعقد لا يتبع الأصول ، بخلاف الثمرة التى لم تظهر تتبع الشجرة • لأن

الشجرة أصل مقصود ، والنماء تبع له • فجعل ما لم يظهر من النماء تبعا له • وأما هنا أصل النبت ليس بمقصود ، وانما المقصود الثمار ، فلا يجعل المقصود تبعا •

(فرع) قال الشافعى رضى الله تعالى عنه : ولا يجوز بيع القصيل الا على أن يقطع مكانه مما يستخلف أو لا يستخلف ، ثم قال : فان اشتراه ليقطعه فتركه بغير شرط وقطعه بمكنة ، فالبائع بالخيار فى ترك القصيل أو نقض البيع ، فهذا النص ان كان المراد به ما استخلف خاصة فهو أحد الطريقين أو القولين اللذين نقلهما الأصحاب ، وان كان شاملا لما يستخلف ولما لا يستخلف ففيه موافقة لما قاله صاحب التتمة • من أن الزيادة فى الزرع الذى لا يستخلف للبائع ومخالفة لما قاله الامام ، قال صاحب التهذيب : انه لو باع القصيل أو الشجر المخلف كالخلاف والقصب أو ورق الفرصاد فى أول خروجه بشرط القطع فى ذلك كله ، فلم يقطع حتى زاد ، ففى انفساخ البيع قولان كالقت ، قال : وعندى ان كانت المقاطع معلومة مثل أغصان الفراصيد يبين مقاطعها • فما يحدث من الأوراق فوق المقطع والقول يكون للمشترى • وفى القت والكراث انما ينفسخ لأن ما يحدث من أصله الذى لم يبع غير متميز عما باع • لأنه لا يعرف مقاطعها بعد الزيادة •

(فرع) فى زيادات أبى عاصم العبادى : اذا اشترى ورق الفرصاد مع أغصانه فتراخى القطع حتى مضى الوقت فله القطع ، وان اشترى الورق فقط فتأخر فسد البيع فى قول ، لأنه اختلط المبيع بغيره •

(فرع) ما لا يجوز بيعه الا بشرط القطع كالرطبة والقصيل والقصب والطرفاء والخشب والبردى فى خرابزه ذكره ابن خيران فى اللطيف •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان له شجرة تحمل حملين ، فباع أحد الحملين بعد بدو الصلاح ، وهو يعلم أنه يحدث الحمل الآخر ويختلط به ولا يتميز ، فالبيع باطل وقال الربيع : فيه قول آخر : ان البيع

يصح . ولعله أخذه من أحد القولين فيمن باع جذة من الرطبة ، فلم يأخذ حتى حدث شيء آخر ، أن البيع يصح في أحد القولين . والصحيح هو الأول ، لأنه باع ما لا يقدر على تسليمه ، لأن العادة فيها الترك ، فاذا ترك اختلط به غيره ، فتعذر التسليم بخلاف الرطبة . فانه باعها بشرط القطع فلا يتعذر التسليم) .

(**الشرح**) ضبط في الاستقصاء حملين ــ بفتح الحاء ــ قال في الاستقصاء : وقال غيره : الحمل بالفتح ما كان في بطن أو على رأس شجرة . وبالكسر ما كان على رأس أو ظهر ، وحمل الشجرة مرتين ، وقال : ان ذلك في التين والنوز والرانج والأترج تحمل حملين ، وهذه المسألة كالتقييد لما تقدم وتبين أن ما مضى من الكلام في اختلاط الثمار المبيعة انما محله فيما اذا لم يكن الاختلاط غالبا ، أو كان غالبا ولكن شرط القطع على المشترى ، فلم يتفق حتى وقع الاختلاط . أما اذا كان الاختلاط غالبا ولم يشترط القطع فالبيع باطل كما ذكره المصنف ههنا ، وهو الصحيح المشهور المنصوص في الأم ، نص عليه في باب ثمر الحائط يباع أصله .

قال الربيع هناك : وللشافعي في مثل هذا قول انه ان شاء رب الحائط أن يسلم ما زاد من الثمرة التي اختلطت بثمرة المشترى صح ، قال المحاملي : وهذا ليس بمنصوص ، وانما أخذه الربيع من أحد القولين فيما اذا باع جذة من الرطبة ، فلم يجذه المشترى حتى حدثت أعيان أخر ، فان الشافعي نص في تلك المسألة على قولين ، فخرج الربيع قولا آخر في هذه المسألة بناء على تلك ، قال المحاملي : وغلط في هذا ، والمذهب أن البيع يبطل قولا واحدا ، والفرق أن الرطبة انما تباع على شرط القطع ، فالمبيع معلوم مقدور على تسليمه ، وانما يخاف تعذر التسليم بمعنى ربما حدث ، وربما لم يحدث . فصح العقد وههنا وقع العقد على الثمرة الموجودة . والعقد يقتضي تبقيتها الى وقت الجذاذ . فاذا علم اختلاطها في تلك الحالة ، فقد وقع العقد على ما يعلم تعذر تسليمه حال استحقاق التسليم ، انتهى . وشبهوه بشراء العبد الآبق ، وقد أطبق جماهير الأصحاب على ترجيح القول بالفساد . ورد ما قاله الربيع .

قالوا : وانما وزان مسألة الرطبة لو باع الثمرة بشرط القطع ، فلا يبطل البيع • وقد نقل الامام قول الربيع المذكور فى الكتاب عن العراقيين • قال : وذكر العراقيون قولا بعيدا أن البيع موقوف . فان سمح البائع ببذل حقه تبينا انعقاد العقد ، وان لم يسمح تبينا أن العقد غير منعقد فى أصله • وهذا قول مزيف لا أصل له ، وهو بمثابة المصير الى وقف بيع العبد الآبق على تقدير فرض الاقتدار عليه وفاقا ، فان طردوا هذا فهو على فساد مطرد • وما أراهم يقولون ذلك • وأراد الامام بالقول الذى نقله العراقيون ما ذكره المصنف عن الربيع • لكن ليس فى كلامهم الذى رأيته أن ذلك من باب وقف العقود ، بل صرح المحاملى فى حكاية هذا القول أنه يقال للبائع : اسمح بترك حقك ، فان سمح والا فسخ العقد ، ولكن عبارة الربيع فى الأم التى حكيت بعضها فى صدر كلامى محتملة لما قاله الامام ، والأولى أن يترك على ما قاله المحاملى وحينئذ لا يكون من وقف العقود ، ولا يتبين انعقاد العقد أو عدم انعقاده •

وأما الزامهم بالعبد الآبق فالفرق أن الثمرة يمكن تسليمها بتسليم الجميع ، ولا كذلك الآبق ، لكن القول المذكور ضعيف بما ذكره المحاملى والمصنف ، فان الرطبة لأجل شرط القطع يمكن تسليمها ، وههنا الابقاء بعد بدو الصلاح مستحق ، فلا يمكن التسليم ، وكونه تسليمه بتسليم الجميع لا يكفى لأن شرط العقد القدرة على التسليم الذى لو امتنع منه أجبر عليه وهو لا يجبر على تسليم الجميع ، وقد أورد ابن الرفعة على الامام والغزالى اذ قالا ان الاختلاف بعد التخلية لا يوجب الانفساخ أن يقولا بالصحة ههنا ، فان التسليم ممكن بالتخلية ، وللبائع اجبار المشترى عليها اذا باع مطلقا لخروجه بذلك عن عهدة الضمان على هذا الرأى ، كما يكون ذلك فى المنقول وحينئذ تساوى مسألة الرطبة ، نعم لو كان التسليم لا يمكن فى حال الا مع الاختلاط لم يصح ذلك ، وذلك فى جملة البئر اذا أفردت بالبيع وقلنا : الماء يملك ، وأورد صاحب الوافى أنه اذا علم حدوث ما تختلط به الثمرة المبيعة اذا تركها ، فينبغى أن يجب القطع للعذر المفضى الى ابطال البيع فيصح نقل الربيع •

(قلت) وايجاب القطع بدون شرطه بعيد ، لأن المشترى لم يلتزمه ، ولا هو مقتضى العقد . والله أعلم .

وحقيقة الخلاف فى هذه المسألة يرجع الى أن المتوقع كالواقع أو لا ؟ والجمهور على أن المتوقع كالواقع ، ولهذا منعوا الأب من نكاح جارية ابنه اذا قلنا : لو أحبلها صارت أم ولد له ، وشاهده من السنة نهيه صلى الله عليه وسلم « عن بيع الثمرة حتى تزهى » وأورد ابن الرفعة على الامام أيضا فى الزامهم العراقيين طرده ذلك فى العبد الآبق ، أنه أبدى فى كتاب اللقيط احتمالا فى جواز بيع العبد الآبق ، المنقطع الخبر مع عدم اتصال الرفاق ، وعدم اجزاء عتقه عن الكفارة ظاهر ، ثم قال : ومما يجب ذكره أنا اذا منعنا البيع فلو تبين بقاء العبد فالظاهر عندى نفوذ البيع ، وان كان يلتفت على الوقت ولكن اذا بان الأمر من الملك والقدرة على التسليم فظن التعذر لا يبقى أثره مع تبين خلافه ، وكان فى المعاملات يضاهى صلاة الخوف مع سواد يحسبه عدوا ثم بان خلافه .

(فرع) اذا اشترى الشجرة المذكورة بعد ظهور أحد الحملين وتأبيره وهو يعلم أنه يحدث الحمل الآخر ويختلط به فأطلق الرافعى وغيره أن البيع باطل الا بشرط القطع ، وقال : انه يجىء فيه الخلاف ، يعنى خلاف الربيع ، ولم يذكر أنه على طريقة ابن خيران كيف يكون الحكم ؟ وينبغى على طريقة ابن خيران فى المسألة المتقدمة بالصحة الحكم ، وعلى الطريقة المثبتة للخلاف يكون كما لو باع أحد الحملين فالمشهور البطلان الا بشرط القطع ، والله أعلم .

واذا باع شجرة واستثنى ثمرتها التى لم تؤبر فانه لا يشترط شرط القطع على الصحيح . واذا باع شجرة وبقيت ثمرتها المؤبرة للبائع قبل بدو الصلاح لا يشترط قطعها جزما ، واذا باع ثمرة بعد بدو الصلاح فعلم اختلاطها بغيرها قبل الجذاذ بطل العقد على أحد القولين ، ولو باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة واختلطت بثمرة أخرى فكذلك على المذهب . ولو باع رطبة أو شبهها مما ذكرناه هنا لم يجز الا بشرط القطع .

ولو باع الأرض وفيها رطبة تبقى للبائع ، ويعلم اختلاطها بغيرها ،

فهو كما لو باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة يعلم اختلاطها بغيرها ؛ ومقتضى المذهب كما قدمته اشتراط القطع فكذلك هنا ، وظهر لك بجميع هذه المسائل أن اطلاقهم عدم اشتراط القطع فيما اذا بقيت الثمرة للبائع قبل التأبير بالشرط ، او بعد التأبير وقبل بدو الصلاح بالعهد ، محمول على ما اذا لم يكن تلاحق الثمار غالبا ، اما لو كان غالبا فمقتضى ما تقرر بطلانه ، كما اذا باع ثمرة يعلم تلاحقها بغيرها وليس لك أن تفرق بأن الثمرة هناك مبيعه ، فتعذر تسليمها موجب للبطلان بخلاف ما اذا بقيت للبائع ، فانها ليست بمبيعة ، لأنا نقول : ان هذا المعنى هو الذى لحظه ابن خيران فيما اذا باع الشجرة وعليها ثمرة فاختلطت بغيرها ، وقد أبطله الأصحاب هناك .

ولو باع شجرة وعليها ثمرة غير مؤبرة واستثناها البائع ، اما بشرط القطع ان شرطناه أو بدونه ، فحدث طلع آخر ، فهل يكون حكمه ما اذا بقيت الثمرة المؤبرة للبائع وحدث طلع آخر ؟ فيجرى فيه الوجهان فى أن الطلع يكون للبائع ؟ أو للمشترى ؟ أو نقول هنا : ان الطلع الحادث للمشترى قولا واحدا ؟ لأن الثمرة غير المؤبرة انما بقيت بالشرط ، فلا يستتبع الطلب الحادث ، لم أر فى ذلك نقلا (فان قلنا) ان الطلع للبائع تبعا للثمرة فلا كلام (وان قلنا) للمشترى وكان الغالب تلاحقه فهل يصح من غير شرط ، فيصير كما لو باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة ، يعلم اختلاطها بغيرها ، وقياس المذهب فيها البطلان .

ولو اشترى شجرة القثاء والبطيخ ونحوه مع ثمرتها ، اشترط القطع لأنه كالزرع . ثم ان لم يتفق القطع حتى خرج شىء آخر فالخارج والموجود كله للمشترى وهذا هو الوجه فى تحصيل كل الثمرة الموجودة وغيرها للمشترى .

وان أراد الخلاص من مطالبته بالقطع استأجر منه الأرض سنة أو سنتين فيحصل له منفعة تلك المدة . ولا يملك صاحب الأرض مطالبته بالقطع ، قاله الرويانى وغيره .

* * *

باب بيع المصراة والرد بالعيب(*)

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا اشترى ناقة أو شاة أو بقرة مصراة ولم يعلم بأنها مصراة ، ثم علم انها مصراة ، فهو بالخيار بين أن يمسك وبين ان يرد ، لما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تصروا الابل والغنم للبيع ، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ثلاثا ، ان رضيها أمسكها ، وان سخطها ردها وصاعا من تمر » وروى ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من ابتاع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام ، فان ردها رد معها مثل — أو مثلى — لبنها قمحا ») .

(الشرح) حديث أبى هريرة متفق عليه ، رواه الأئمة مالك فى الموطأ والشافعى رضى الله عنه والبخارى ومسلم فى صحيحيهما وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه ، وليس فى شىء من ألفاظهم ولا فى غيرها مما وقفت عليه من كتب الحديث اللفظ الذى أورده المصنف هكذا ، وهذا الحديث رواه عن أبى هريرة جماعة ، منهم عبد الرحمن الأعرج المشهور بصحبته ، ولفظه « لا تصروا الابل والغنم ، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ان رضيها أمسكها ، وان سخطها ردها وصاعا من تمر » رواه البخارى ومسلم وأبو داود ، وليس فيه : « بعد أن يحلبها ثلاثا » . وكذلك رواه الشافعى وفيها زيادة : « لا تصروا الابل والغنم للبيع » كذلك رواه المزنى عنه . وقيل : ان المزنى انفرد بهذه الزيادة عن الشافعى رحمه الله تعالى .

وأما الربيع فانه روى عنه كما روى الجماعة بدون هذه الزيادة . ومن الرواة له عن أبى هريرة رضى الله عنه أبو بكر محمد بن سيرين ، ولفظه « من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام ، فان ردها رد معها صاعا من التمر لا سمراء » وفى رواية من طريقه « من اشترى

(*) هذا الباب هو أول الجزء الثانى عشر من ش و ق وهو آخر ما كتبه الامام السبكى محاولا تكملة المجموع .

مصراة فهو بخير النظرين أن شاء أمسكها وان شاء ردها وصاعا من تمر لا سمراء »[1] رواهما مسلم وأبو داود •

وروى الترمذى والنسائى وابن ماجه بعض ذلك • وروى أبو صالح عن أبى هريرة ولفظه « من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثه ايام ، ان شاء أمسكها ، وان شاء ردها ورد معها صاعا من تمر » رواه مسلم ، قال البخارى : قال بعضهم عن ابن سيرين : صاعا من طعام • وهو بالخيار ثلاثا • وقال بعضهم عن ابن سيرين : صاعا من تمر • ولم يذكر ثلاثا والتمر أكثر • اهـ كلام البخارى ورواه عن أبى هريرة موسى بن يسار ولفظه « من اشترى شاة مصراة فلينقلب بها فليحلبها ، فان رضى حلابها أمسكها والا ردها ، ورد معها صاعا من تمر » رواه مسلم • ورواه عن أبى هريرة أبو صالح ولفظه « من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام ، ان شاء أمسكها ، وان شاء ردها ورد معها صاعا من تمر » رواه مسلم •

وفى لفظ من رواية ابن سيرين « من اشترى من الغنم فهو بالخيار » رواه مسلم ، ورواه عن أبى هريرة همام بن منبه ولفظه « اذا ما أحدكم اشترى نعجة مصراة — أو شاة مصراة — فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ، اما هى والا فليردها وصاعا من تمر » رواه مسلم • قال بعضهم : وهو دليل على الرد بغير أرش • ورواه عن أبى هريرة ثابت مولى عبد الرحمن بن زيد ، ولفظه « من اشترى غنما مصراة فاحتلبها ، فان رضيها أمسكها وان سخطها ففى حلبتها صاع من تمر » رواه البخارى وأبو داود • وقال بعضهم : وهو دليل على أن صاع التمر فى مقابلة اللبن وأنه أخذ قسطا من الثمن •

ورواه عن أبى هريرة الشعبى ولفظه « من اشترى منكم محفلة فكرهها فليردها وليرد معها صاعا من طعام » رواه ابن الجارود • وفى لفظ من رواية ابن سيرين « من اشترى نعجة مصراة — أو شاة مصراة — فحلبها فهو بأحد النظرين بالخيار ان شاء ردها واناء من طعام » رواه البيهقى عن أبى عبد الله الحاكم بسند صحيح ، وكل هذه الألفاظ

---

(١) قال الترمذى ، ومعنى قوله « سمراء » أى لا بر •

(المطيعى)

مرفوعة الى النبى صلى الله عليه وسلم فهذه روايات أبى هريرة ليس فى شىء منها اللفظ الذى ذكره المصنف بتمامه ، بل طريق الأعرج جمعت بين النهى عن التصرية وبيان حكمها من غير ذكر الثلاث .

وطريق ابن سيرين وأبى صالح فيهما ذكر الثلاث ، وهى مقتصرة على بيان الحكم والظاهر أنهما حديثان وليسا حديثا واحدا حتى يمكن أن تضاف هذه الزيادة الى الرواية الأولى ، بل والمعنى أيضا مختلف لأن رواية ابن سيرين وأبى صالح اللتين فيهما ذكر الثلاث (فالأول) يقتضى اثبات الخيار ثلاثا من غير بيان ابتدائه (والثانى) يقتضى اثبات الخيار من غير بيان مدته ، فالجمع بينهما كما فى الكتاب يقتضى التصريح بحكم لم يصرح به فى شىء من الروايتين ، وهو ان يكون الخيار بعد الحلب ثلاثا . فالثلاث اما راجعة للخيار فيقتضى انه بعد حلبها ثلاثا يثبت الخيار وكل واحد من الأمرين لم يدل عليه شىء من الروايات صريحا ، وأما الثانى فلم يدل عليه أصلا لا صريحا ولا ظاهرا ، وممن ذكر الحديث كما ذكره المصنف سواء ، العبدرى فى الكفاية والرافعى فى التهذيب وقالا : رواه البخارى ومسلم وينبغى أن يكون مرادهما أصل الحديث ، لا ذلك اللفظ ، وممن ذكره كذلك أيضا الشيخ أبو حامد فى تعليقه ، وذكر أنه حديث مختصر المزنى ، والمصنف تبع الشيخ أبا حامد فى ذلك ، والموجود فى مختصر المزنى ليس فيه هذه اللفظة ، ولم يذكرها القاضى أبو الطيب فى تعليقه أيضا ، وانما ذكر على الصواب ، وذكره ابن أبى هريرة فى تعليقه بلفظ قريب مما ذكره المصنف فيه الخيار ثلاثا ، وليس فيه : بعد أن يحلبها ، وهو مصدر بالنهى كما ذكره المصنف وهو فى الغرابة كاللفظ الذى أورده المصنف ، وذكره أيضا جماعة من الأصحاب منهم الغزالى كما ذكره المصنف .

وأصل الحديث ثابت متفق عليه بالألفاظ المتقدمة على ما تبين ، أجمع أهل العلم بالحديث على صحته وثبوته من حديث أبى هريرة ، رواه عنه الأعرج ومحمد بن سيرين وأبو صالح السمان وهمام ابن منبه وثابت مولى عبد الرحمن وقد تقدمت روايتهم ، ومحمد ابن زياد ورواياته فى جامع الترمذى بقريب من الألفاظ المتقدمة وموسى بن يسار ، وقد تقدم ومجاهد وأبو اسحاق ويزيد بن عبد الرحمن ابن أذينة وغيرهم ، ورواه عن هؤلاء وعمن بعدهم خلائق لا يحصون ،

حتى ادعى بعضهم أنه صار الى التواتر ، وقال ابن عبد البر : حديث المصراة ثابت صحيح لا يدفعه أحد من أهل العلم بالحديث •

وأما حديث ابن عمر فرواه أبو داود وابن ماجه باللفظ الذى ذكره المصنف قال الخطابى : وليس اسناده بذاك ، قال الحافظ المنذرى : والأمر كما قال : فان جميع بن عمير ، قال ابن نمير : من أكذب الناس ، وقال ابن حبان : كان رافضيا يضع الحديث (قلت) وجميع هو الذى رواه عن ابن عمر وهذا الكلام عن ابن نمير وابن حبان من أشد ما قيل فيه وقد قال ابن أبى حاتم : سألت أبى عنه فقال : من عتق الشيعة ومحله الصدق صادق الحديث كوفى تابعى •

وقال البخارى فى التاريخ الكبير : فيه نظر ، وقال البيهقى فى المعرفة لما ذكر هذا الحديث : هذه الرواية غير قوية ، وقال فى كتاب السنن الكبير : تفرد به جميع بن عمير وذكر عبد الحق هذا الحديث فى الأحكام ولم يتعرض لحال جميع بن عمير هذا ، وانما بصدقة ابن سعيد الراوى عن جميع ، فانه أيضا ليس بالقوى ، فهذا ما يتعلق بالحديثين اللذين فى الكتاب •

وقد روى حديث المصراة عن ابن عمر أيضا بما يوافق رواية أبى هريرة رواه الدارقطنى من حديث ليث عن مجاهد عن ابن عمر وأبى هريرة رفعا الحديث « لا يبيع حاضر لباد ، ولا تلقوا السلع بأفواه الطرق ، ولا تناجشوا ولا يسم الرجل على سوم أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه ، حتى ينكح أو يرد ، ولا تسل المرأة طلاق أختها لتكتفى ما فى صحفتها(١) ، فانما لها ما كتب لها ولاتبيعوا المصراة من الابل والغنم ، فمن اشتراها فهو بالخيار ان شاء ردها وصاعا من تمر ، والرهن مركوب ومحلوب » وليث المذكور فى سنده هو ليث بن أبى سليم ، ولا تقوم به حجة عند أكثر أهل العلم بالحديث • وروى الدارقطنى من حديث كثير بن عبد الله عن أبيه عن جده ، وهو عمرو بن عوف المزنى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

---

(١) الصحفة اناء كالقصعة والجمع صحاف مثل كلبة وكلاب ، وقال الزمخشرى قصعة مستطيلة •

(المطيعى)

« لا جلب ولا جنب ولا اعراض ، ولا يبيع حاضر لباد ولا تصروا الابل والغنم ، فمن ابتاعها بعـد ذلك فهو اذا حلبها بخير النظرين ان رضيها أمسكها وان سخطها ردها وصاعا من تمر » وكثير بن عبد الله هـذا ضعيف جدا .

قال الشافعى رحمه الله فيه : ركن من أركان الكذب . وقال ابن حبان : له عن أبيه عن جده نسخة موضوعة . قال الدارقطنى عقب هذا الحديث : تابعه عاصم بن عبد الله عن سالم عن ابن عمـر فى المصراة . وروى البيهقى رحمه الله فى السنن الكبير بسند جيـد عن عبد الرحمن بن أبى ليلى التابعى الكبير الثقة المشـهور عن رجل من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه نهى عن أن تتلقى الأجلاب وأن يبيع حاضر لباد ومن اشترى مصراة فهو بخير النظرين ، فان حلبها ورضيها أمسكها ، وان ردها رد معها صاعا من طعام — أو صاعا من تمر » قال البيهقى : يحتمل أن يكون هذا شكا من بعض الرواة فقال : صاعا من هذا أو من ذاك لا أنه على وجه التخيير ليكون موافقا للأحاديث الثابتة فى هذا الباب .

وروى البيهقى رحمه الله أيضـا من حديث اسماعيل بن مسلم عن الحسن عن أنس بن مالك رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من اشترى شاة محفلة فان لصاحبها أن يحتلبها ، فان رضيها فليمسكها والا فليردها وصاعا من تمر » اسماعيل بن مسلم متروك . وروى أبو بكر الاسماعيلى رضى الله عنه فى كتابه الصحيح المستخرج على صحيح البخارى رحمه الله من حديث سليمان التيمى عن عبد الله ، وهو ابن مسعود رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من اشترى شاة محفلة فردها فليرد معهـا صاعا » رواه من حديث أبى خلف العمى لكنه اختلف فى وقفه ورفعه ، فرواه البخارى فى الصحيح موقوفا من قول ابن مسـعود رضى الله عنه ، وكذلك رواه الشافعى فى الأم فى أحكام على وابن مسعود رواه عن هشام . هكذا رأيته فى الأم .

وقال ابن الأثير فيما بلغه عن هشـام : وقال الاسماعيلى ان أبا خالد رفعه وان ابن مبارك ويحيى بن سعيد وابن أبى عـدى ويزيد

ابن زريع وهشاما وجريرا وغيرهم رواه موقوفا على ابن مسعود • ورواه البرقانى موقوفا على شرط البخارى • وزاد « من تمر ماله » والاسناد والحكم على طريقة المحدثين شرط فى مثل هذا الموضع الوقف وتقديمه على رواية الرفع •

أما على طريقة الفقهاء فينبغى الحكم للرفع ، وان أبا خالد وهو سليمان بن حبان الأحمر ، لأنه احتج به الشيخان ، ومن رفع معه زيادة على من وقف ، والمخالف فى هذه المسألة يحكم بصحة مثل ذلك •

فقد تلخصت روايات حديث المصراة من طريق أبى هريرة وابن عمر وعمرو بن عوف المزنى جد كثير بن عبد الله رضى الله عنهم ورجل من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وأنس بن مالك وابن مسعود رضى الله عنهم (وأصحها) رواية أبى هريرة رضى الله عنه ورواية رجل من الصحابة سندها جيد • ورواية ابن مسعود على طريقة المحدثين ضعيفة فى رفعها ويجب على طريقة كثير من الفقهاء التمسك بها وترجيح الحكم بالمرفوع ولا أرى التمسك بمثل هذا المصنف فى مثل هذا الموضع مع قوة الظن بالوقف لرجحان رواته كثرة وجلالة •

نعم ذكر الماوردى أن الشافعى رواه عن يحيى بن سعيد عن التيمى ولم أقف عليه فى كلام الشافعى ، فان صح ذلك وكان الرفع فيه محققا تعين الحكم بصحته ، وقد ذكر الاسماعيلى عن يحيى بن سعيد أنه ممن رواه موقوفا ، فان صح ما ذكره الماوردى فيكون عنه روايتان ، والله أعلم •

(أما اللغة) فقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تصروا » فهو بضم التاء المثناة من فوق وفتح الصاد وبعد الراء المشددة واو ، وفتح لام الابل على مثال تركوا •

قال القاضى عياض : كذا صحيح الرواية من صرى اذا جمع مثقل ومخفف ، وهو تفسير مالك له ، والكافة(١) من أهل اللغة والفقه وبعض الرواة تحذف واو الجمع وتضم لام الابل على ما لم يسم فاعله ،

---

(١) سبق أن نبه الامام النووى على خطأ تعريف كافة فى المجموع وفى تهذيب الأسماء واللغات فقال : أهل اللغة والفقه كافة (ط) •

وبعضهم يقول يصروا — بفتح الياء وضم الصاد واثبات واو الجمع ونصب لام الابل — وخطأ القاضى هذين الوجهين وقال انهما لا يصحان الا على تفسير من فسر بالربط والشد من صر يصر • وقال فيه المصرورة ، وهو تفسير الشافعى لهذه اللفظة كأنه يحبسه بربط أخلافها وشدها لذلك وخطأ ابن عبد البر الوجه الأخير وجعله وهما ، محتجا بأنه لو كان كذلك لكانت مصرورة • قال : وهذا لا يجوز عندهم • ولم يذكر ابن عبد البر الوجه الثانى ، وهو مثل الوجه الأخير ، وقيده الفارقى تلميذ المصنف بالوجه الثانى وابن معن شارح المهذب بالوجه الثالث ، وكلاهما خطأ ، والفارقى أقل عذرا لأن الواو ثابتة فى جميع ما وقفت عليه من كتب الحديث ونسخ المهذب •

قال الخطابى : اختلف أهل العلم واللغة فى المصراة ومن أين أخذت واشتقت ؟ (فقال) الشافعى رضى الله عنه : التصرية أن تربط أخلاف الناقة والشاة وتترك من الحلب اليومين والثلاثة حتى يجتمع لها لبن فيراه مشتريها كثيرا فيزيد فى ثمنها ، فاذا تركت بعد تلك الحلبة حلبة أو اثنتين عرف أن ذلك ليس بلبنها •

قال أبو عبيد : المصراة الناقة أو البقرة أو الشاة التى قد صرى اللبن فى ضرعها يعنى حقن فيه أياما فلم يحلب ، وأصل التصرية حبس الماء وجمعه ، يقال منه صريت الماء ، ويقال انما سميت المصراة لأنها مياه اجتمعت • قال أبو عبيد : ولو كان من الربط لكان مصرورة أو مصررة • قال الخطابى : كأنه يريد به الرد على الشافعى قال الخطابى : قول أبى عبيد حسن • وقول الشافعى صحيح • والعرب تصر ضروع الحلوبات اذا أرسلتها تسرح ويسمون ذلك الربط صرارا فاذا راحت حلت تلك الأصرة وحلبت ، واستدل لصحة قول الشافعى بقول العرب « العبد لا يحسن الكر والفر وانما يحسن الحلب والصر » ويقول متمم بن نويرة :

فقلت لقومى(١) هذه صدقاتكم مصررة أخلافها لم تجدد

---

(١) ومنها :

وقلت خذوا أموالكم غير خائف ولا ناظر فيما يجىء من الغد
فان قام بالامر المخوف قائم منعنا وقلنا : الدين دين محمد

من كتابنا « خالد بن الوليد قيادة ودعوة » •

قال : ويحتمل أن أصل المصراة مصررة ، أبدلت احدى الراءين ياء ، وقال الأزهرى فى كلامه على مختصر المزنى : جائز أن تكون سميت مصراة من صر أخلافها كما قال الشافعى رحمه الله ، وجائز أن تكون سميت مصراة من الصرى ، وهو الجمع ، يقال : صريت الماء فى الحوض اذا جمعته ، ويقال كذلك : الماء صرى ، وقال عبيد :

يا رب ماء صرى وردته سبيله خائف حدث

ومن جعله من الصر قال : كانت المصراة فى الأصل مصررة فاجتمعت ثلاث راءات فقلبت احداها ياء كما قالوا : « تظننت من الظن » وكما قال العجاج :

* يمضى الباز اذ البازى كسر *

هذا كلام الأزهرى رحمه الله ، وكلام الشافعى رحمه الله المذكور هو فى مختصر المزنى ، وقال النووى رحمه الله : وفى صحيح مسلم عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش والتصرية » قال : وهذا يدل لرواية الجمهور يعنى للضبط فى الرواية كما تقدم (وأما) الاشتقاق والمعنى المختلف فيه بين الشافعى وغيره فليس فيه تعرض له ، لأنه يصح ذلك مع ابدال الراء ياء ، على أنه ليس فى كلام الشافعى رحمه الله تصريح بأن ذلك مأخوذ من الصر ، وانما مقصوده ومدلول كلامه أنه فسر التصرية بالأمور المذكورة فى كلامه من الربط والترك من الحلب حتى يجتمع اللبن والشك أن ذلك فيه معنى الربط والجمع معا ، فيحتمل أن تكون التسمية بذلك لأجل الجمع ، وذكر الربط لأنه المعتاد عند العرب على ما تقدم من كلام الخطابى ، ولأنه سبب فى احتباس اللبن .

واذا كان كذلك فليس فى كلام الشافعى مخالفة لغيره الا زيادة تبيين ما كانت العرب تفعله من ربط أخلاف الناقة والشاة ، ويحتمل أن يكون تسميتها بذلك لما اشتملت عليه من الصر والربط ، وحينئذ تتحقق المخالفة ، فالأقرب أن الشافعى انما أراد المعنى الأول ، وقد قال أبو حاتم السجستانى : الشافعى أعلم باللغة منا ، نقله عنه الثعلبى فى تفسير سورة النساء .

وروينا عن عبد الملك بن هشـــام قال : قول الشافعي حجة فى اللغة ، قال الربيع : وكان ابن هشـــام بمصر كالأصمعي بالعراق ، وقال أبو عبيد : الشـــافعي ممن يؤخذ عنه اللغة ــ أو من أهل اللغة ــ الشـــك من ابن أبى حاتم •

وقال المـــازنى : الشافعي عندنا حجة فى النحـــو ، وقال أبو الوليد ابن الجارود : ان للشافعي لغة جيدة يحتج بها كما يحتج بالبطن من العرب ، وقال ثعلب : ان الشـــافعي رحمه الله من بيت اللغة يجب أن يؤخذ عنه ، وقال أيوب بن ســـويد : خذوا عن الشافعي اللغة ، وقال ثعلب أيضـــا : انما يؤخذ الشـــافعي باللغة لأنه من أهلها ، وانما ذكرت هـــذه الأقوال كلها ليتبين قدر الشـــافعي عند أئمة اللغـــة وقد وقع فى كلامه رحمه الله أن التصرية أن يربط أخلاف الناقة والشـــاة ، وأخلاف جمع خلف ــ بكسر الخاء المعجمة وسكون اللام ــ قال ابن قتيبة : الخلف لكل ذات خف ، والطى للسباع وذوات الحافر وجمعه أطياء ، والضرع لكل ذات ظلف ، قال : وقد يجعل الضرع أيضا لذوات الخف • والخف لذوات الظلف ، والثدى للمرأة •

(**قلت**) فاطلاق الشـــافعي أخلاف الناقة والشـــاة ، اما أن يكون على هذا القول واما أن يكون من باب التغليب غلبنا الناقة على الشـــاة ، والله أعلم ، وفى التصرية لغة التصوية بدل الراء واو ، قال الهروى : التصـــوية والتصرية واحد • وهو أن تصرى الشـــاة أى تجفل ، قال يوسف بن اسماعيل بن عبد الجبار بن أبى الحجاج المقدسى فيما علقه من كتاب التنبيه على تصحيف أبى عبيد الهروى فى كتاب الغريبين تخريج ابن ناصر : قال الحافظ : هكذا رأيته فى عدة نســـخ : يصر الشاة بغير ياء ، والصـــواب أن يصرى باثبات الياء بعد الراء من حديث الناقة •

(فأما) قوله : أن يصر فمعناه أن يشـــد ، وذلك يجـــوز ، ولم ينه عنه النبى صلى الله عليه وسلم (قلت) ولم أره فى الغريبين الا بالراء والياء كما نقلته ، فلعـــل النســـخ التى وقعت لابن ناصر كانت مصحفة ، ولو كان الأمر على ما وقع له من النســـخ لكان ذلك قريبا من المعنى المنسوب للشافعي ، وقد تقدم الكلام فيه •

وما اعترض به من أن النهى لم يرد عن الصر ، فجوابه أن المراد أن يكون ذلك لأجل البيـــع على وجه الغش والخديعة ، كما دلت عليه رواية المزنى المتقدمة وكلا الأمرين الصر والتصرية حرام اذا قصـــد به ذلك ، وجائز اذا لم يقصـــد به ، ولم يترتب عليـــه خديعة ولا ضرر بالحيوان ، لكن الحكم المذكور من الرد وثبوت الخيار انما يكون فى حالة يحصل فيها اجتماع اللبن لا فى الصر المجـــرد لفهم المعنى ، والله أعلم •

واللقحة ــ بكسر اللام وفتحها ــ والكسر أفصح ، وجمعها لقـــح مثل قربة وقرب وهى الناقة القريبة العهـــد بالولادة نحو شهرين أو ثلاثة ، والمحفلة هى التى حفل اللبن فى ضرعها وهى المصراة (وقوله) بخير النظرين هو امساك المبيع أو يرده أيهما كان خيرا له فعـــله (والحلاب) هو الاناء يملؤه قدر حلبة ناقة ، ويقال له المحلب أيضا ، وبعضهم يطلق فيقول : الحلاب الاناء الذى يحلب فيه الألبان ويطلق على المحلوب وهو اللبن كالحراف لمـــا يحترف •

وقال أبو عبيدة : انمـــا يقال فى اللبن الاحلابة والمشهور عند العلمـــاء أن المراد بالحلاب فى الحديث وكذلك الحلبة فى بعض روايات الحديث اللبن نفســـه ، ومن الظاهرية من امتنع من ذلك ، ورأوا أن هـــذا من المجاز الذى لم يدل نص على ارادته ، وسيقع الكلام فى ذلك ان شاء الله تعالى فى الفصل الثانى عند قول المصنف : بدل اللبن التمر والحنطة والطعام فى بعض روايات الحديث •

وان كان مطلقا فالمراد به التمـــر ، واستدلوا على ذلك بأمرين (أحدهما) أنه كان الغالب على أطعمتهم (والثانى) لأن معظم روايات الأحاديث انما جاءت « وصاعا من تمر » ويحتمـــل وجها ثالثا من الاستدلال ، وهو حمل المطلق على المقيد وليس من شرط ذلك أن يكون هو الغالب ولا أن يترجح روايته ، هـــذا ما فى حديث الكتاب وطرقه من اللغـــة ، وتبويب المصنف المقصـــود به ذكر الأسباب المثبتة لخيار النقيصة ، وهو ما ثبتت بفوات أمر مظنون ينشـــأ فيه من تغرير فعلى كالتصرية ، أو نص عرفى كالعيب فان العرف يقتضى السلامة أو التزام شرطى كشرط الكتابة ونحوه اذا خرج بخلافه •

وقد ضمن المصنف هـذا الباب هذه الأقسـام الثلاثة على هذا الترتيب ، وقدم التصرية لأنها المنصوص عليها ، وذكر الرد بالعيب بعد ذلك ، وقاسه عليها ، كما سيأتى فى كلامه ، وقد أورد فيه حديثا نصا سنذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى ثم ذكر بعـده خيار الخلف الذى يثبت بفوات الالتزام الشرطى وجعـل مؤخرا عن الرد بالعيب (اما) لأنه ورد فيه حديث أيضـا أعنى الرد بالعيب ، واما لأن الرد بالعيب أكثر وقوعا ، وان كانا جميعا ثبتا بالقياس على التصرية كما اقتضـاه كلام المصنف ، ولولا التصرية ورد فيها النص لكان يقتضى أن يقـدم الالتزام الشرطى عليهما • لأن الملتزم بالشرط أوكد من حيث المعنى من الملتزم بالعرف أو بقرينة الحال ولذلك قال الغزالى : ان الالتزام الشرطى هو الأصـل وما عداه ملحق به ، يشير الى هذا المعنى ، فكان ذلك كنص فى فرع ليس فيه الا أصل واحـد ، فانه يتبين بذلك حكم ذلك الأصـل ، ويصـح أن يقال : ان حكم الفرع مأخوذ من ذلك الأصـل وان كان منصوصا ، وهذا المعنى ذكره القاضى حسين فى نص الشافعى على فرع يكون بهذه الصفة •

(وأما) اقتصار المصنف فى الترجمة على المصراة والرد بالعيب وسكوته على خيار الخلف ، وان كان الخلف ليس بعيب ، ولكنـه فوات فضيلة فلأجل استوائها فى النقص فيه بأحدهما على الآخـر ، ولأن التصرية والرد بالعيب فرعان لأصل بالمعنى الذى لحظه الغزالى كما تقـدم ، فذكرهما فى الترجمة منبه على أصلهما بطريق أولى ، ووضع المصنف هـذا الباب لأنه فرع من الأبواب المتضمنة شروط العقـد مطلقا فى باب ما يجـوز بيعه وشروطه فى الربويات وبيع الثمار أخذ فى أسباب الفسـخ واستدراك ما يقـع فى البيـع من العيب بالفسخ أو بالأرش ، وقول المصنف « أو بقرة » ليتبين أن الحـكم غير مقصور على الابل والغنم اللذين ضمنهما الحديث الذى ذكره ، بل هو شامل اما بالقياس اذا اقتصر على الحديث الذى أورده المصنف ، وذلك من باب الأولى ، لأن لبن البقـر أغزر وأكثر بيعـا من لبن الابل واما بالنص ، فان فى الروايات الصحيحة التى تقدمت « من اشترى مصراة » •

وقال بعض شارحى التنبيه : ان ذلك للرد على الظاهريين الذين

خصوا الحكم بالمنصوص عليه من الابل والغنم ، وهذا الذى نقله عن الظاهريين نقله القاضى أبو الطيب وغيره من أصحابنا عن داود ، فصرح ابن المغلس وابن حزم الظاهريان بأن شمول الحكم تمسكا بالنص العام وهو قوله « من اشترى مصراة » ولم يحكيا فى ذلك خلافا ، وهو اللائق بمذهبهم أخذا بعموم الخبر ، ولا يجب تقييد أحد الخبرين بالآخر ، لأن ذلك انما يكون فى المطلق ، والخبر ههنا عام لصيغة « من » .

لكن يعرض ههنا بحثان (أحدهما) أن هذا الخبر الذى فيه « من اشترى مصراة » من رواية ابن سيرين عن أبى هريرة كما تقدم ، وقد تقدم من روايته أيضا « من اشترى شاة مصراة » ، وهذه الرواية فيها زيادة ليست فى الأولى ، وزيادة العدل مقبولة ، فيجب العمل بها وعدم القول بالعموم ، فان الحديث واحد ومخرجه واحد ، ووجه ادراك الصواب فى هذا البحث أنا نظرنا الرواية العامة المذكورة التى ليست فيها الزيادة وهى قوله « من اشترى مصراة » فوجدناها من رواية سفيان بن عيينة عن أيوب عن ابن سيرين . وذلك فى مسلم ، ومن رواية هشام بن حسان عن ابن سيرين ، وذلك فى ابن ماجه بسند صحيح ، ومن رواية قرة بن خالد عن ابن سيرين ، وذلك فى الترمذى بسند صحيح ، وعن رواية محمد بن زياد عن أبى هريرة وذلك فى الترمذى بسند صحيح ، ومن رواية موسى بن يسار عن أبى هريرة ، وذلك فى النسائى .

ونظرنا الزيادة فوجدناها من طرق (منها) عبد الوهاب عن أيوب ، وفيها « من اشترى من الغنم » وهذا اختلاف عن أيوب عن سفيان وعبد الوهاب ، والراوى عنهما شخص واحد ، وهو العدنى (ومنها) قرة عن ابن سيرين وفيها « من اشترى شاة مصراة » وهذا اختلاف عن قرة أيضا وكذلك موسى بن يسار واختلف عنه أيضا ، واختلف أيضا عن هشام بن حسان وكلا السندين اليه على شرط الصحيح ، فلما رأينا هذه الروايات والاختلاف نظرنا ما يقتضيه النظر فى ذلك فقلنا : جميع أصحاب أبى هريرة الذين ذكرناهم ههنا اختلف عنهم فى ذلك الا محمد بن زياد والشعبى فانه لم يختلف منهما فيما

عنهما ، ولم يرد عنهما الا الصيغة العامة ، والا ثابت مولى عبد الرحمن فلم يرد عنه الا الطريق المثبتة الزيادة وهى قوله « من اشترى غنما مصراة » فقد يقال : ان كل واحد من الشعبى ومحمد بن زياد اجل من ثابت مولى عبد الرحمن ، وسفيان بن عيينه عن ايوب عن ابن سيرين اجل واحفظ واتقن ممن خالفه ، فتقدم روايه العموم لذلك •

وقد يقال : ان جانب الزيادة هنا ورد من طرق صحيحة ، واحتمال النقص فى رواية المثبت المتقن اولى من احتمال الخطأ والوهم بالزيادة فى حق الثقه ، والذى أقوله ان الحكم بالخطأ على راوى الزيادة ههنا بعيد ، فالأقرب أن تجعل الروايتان ثابتتين ، ولعل النبى صلى الله عليه وسلم تكلم بهما مرتين فرواهما أبو هريرة كذلك ويكون ذكر الغنم فى احدى الروايتين على سبيل المثال ولو كان الحكم مقصورا عليه لما ذكر فى الابل ، وقد صح فى الابل من حديث الأعرج عن أبى هريرة •

(والبحث الثانى) اذا ثبتت الروايتان عن كلام النبى صلى الله عليه وسلم فمفهوم الرواية التى فيها التقييد لم لا يخص به عموم الرواية الأخرى كما مثله فى قوله « اذا أفضى أحدكم بيده الى فرجه » مع قوله «من مس فرجه » حيث خصوا عموم الثانى بمفهوم الأول ، فلا ينتقض بغير الافضاء الذى هو المس بباطن الكف • وذلك ههنا (اما) من مفهوم الشرط لقوله « من اشترى » (واما) من مفهوم الصفة لقوله « من اشترى من الغنم » وكلا المفهومين حجة عند كثير من العلماء (منهم) الشافعى والمفهوم يخص به العموم كما قلنا فى المس •

(والجواب) عن هذا أن جانب المفهوم ههنا ضعف بثبوت الحكم المذكور فى الابل صريحا بحديث الأعرج عن أبى هريرة ، ويفهم المعنى من ذلك بخلاف الأحاديث ، فان مبناها على التعبد ، فهذان الأمران أضعفا اعتبار المفهوم من قوله « من اشترى شاة » وقوله « من اشترى من الغنم » والثانى وحده يضعف اعتبار المفهوم من قوله « اذا اشترى أحدكم نعجة أو شاة » وأما الظاهرية فانهم غير قائلين بالمفهوم ، فلايرد عليهم ، ويحتجون بالعموم لثبوته على ما تقدم ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

وقول المصنف « ولم يعلم أنها مصراة » شرط لابد منه على أصح الوجهين عند الجمهور • منهم القاضي أبو الطيب ، وفيه قول آخر مشهور في المذهب ان الخيار يثبت وان كان المشترى عالما بالتصرية حين العقد ، ويعبر عن الوجهين بأن هذا الخيار هل هو خيار عيب او خيار ثابت بالشرع ؟ وبناهما الرافعي وغيره على أن الخيار هل يمتد ثلاثة أيام او يكون على الفور ؟ (فان قلنا) بالاول ثبت مع العلم ، والا فلا ، وسيأتي الوجهان في كونه على الفور او الى ثلاثة ايام في كلام المصنف ان شاء الله تعالى (والصحيح) عند الرافعي ومن وافقه أن ذلك على الفور ، فالبناء حينئذ متجه •

(والمختار) أن يمتد ثلاثة أيام كما سيأتي ان شاء الله تعالى تقريره ، والجمهور ههنا أن متى علم المشترى بالتصرية حالة العقد لا يثبت الخيار ، وان ذلك خيار ثبت لأجل النقص • ومن العجب أن الظاهرية لم يثبتوا الخيار ههنا في حالة العلم ، ويحتاجون الى دليل في ذلك بأن اللفظ متأول ، وما ادعينا نحن من ظهور المعنى وفهمه هم لا يعتبرونه •

وقوله « فهو بالخيار •• الخ » هذا هو الحكم المقصود من هذا الفصل ، وممن قال به من الصحابة عبد الله بن مسعود وأبو هريرة من فتياه ، صح ذلك عنهما ولا مخالف لهما من الصحابة ، ونقل العبدري القول به أيضا عن ابن عباس وابن عمر وأنس • وممن قال به من الفقهاء بعدهم الشافعي ومالك والليث وابن أبي ليلى وأحمد وإسحاق وأبو ثور وداود وأبو يوسف وزفر ومسلم بن خالد الزنجي وأبو عبيد وجمهور أهل الحديث •

(واتفق) جميع أصحابنا على ذلك تبعا لامامهم ، وخالف في ذلك أبو حنيفة ومحمد ، ورويت رواية غريبة بذلك عن مالك ، ذكر العتبي من سماع أشهب عن مالك أنه سئل عن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « من ابتاع مصراة فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ان شاء أمسكها وان شاء ردها وصاعا من تمر » فقال سمعت ذلك وليس بالثابت ولا الموطأ عليه ، ولئن لم يكن ذلك أن له اللبن بما علف وضمن (قيل) له : فراك تضعف الحديث (فقال) كل شيء يوضع موضعه وليس بالموطأ ولا الثابت وقد سمعته • قال ابن عبد البر :

هذه رواية الله أعلم بصحتها عن مالك وما رواها عنه الا ثقة ، ولكنه عندى اختلاف من رأيه •

(قلت) وان صحت هذه الرواية عن مالك فينبغى أن يؤول قوله « ليس بالثابت » على الحكم لا على الحديث ، فانه صحيح عنده بلا اشكال ، وقد أودعه الموطأ المشهور عنه خلاف هذه الرواية ، فالقول بمقتضى الحديث •

وقال ابن القاسم : قلت لمالك : أتأخذ بهذا الحديث ؟ قال : نعم ، قال مالك : أو لأحد فى هذا الحديث رأى ؟ قال ابن القاسم : وأنا أخذته ، الا أن مالكا قال لى : أرى لأهل البلدان اذا أنزل بهم هذا أن يعطوا الصاع من عيشهم (قال) وأهل مصر عيشهم الحنطة وقال ابن عبد البر فى التمهيد : ان الصحيح عن مالك ما رواه ابن القاسم ، وان رواية أشهب منكرة • والله أعلم أما الاستدلال فدليلنا فى المسألة الأخبار المتقدمة وهى صريحة فى المقصود ، والمعنى فى ذلك صحيح مستقيم غير خارج عن الأصول ، على ما سنبين فى أجوبة المخالفين ان شاء الله تعالى •

ومن القياس على ما لو باع طاحونة حبس ماؤها زمانا ثم أرسله حالة البيع فظن المشترى أنه أبدا كذلك ، ثم علم ، فانا أجمعنا على ثبوت الخيار •

واعتمد المخالفون فى الاعتذار عن الحديث أمورا ضعيفة ترجع الى طريقتين طريقة الرد وطريقة التأويل ، الأول أن هذا خبر واحد مخالف لقياس من الأصول المعلومة ، وما كان كذلك لم يلزم العمل به ، أما كونه مخالفا لقياس الأصول المعلومة فمن وجوه :

(أحدها) أنه أوجب غرم اللبن مع امكان رده •

(وثانيها) أنه أوجب غرم قيمته مع وجود مثله •

(وثالثها) أنه جعل القيمة تمرا ، وهى انما تكون ذهبا أو ورقا •

(ورابعها) أنه جعلها مقدرة لا تزيد بزيادة اللبن ولا تنقص بنقصانه ، ومن حكم الضمان أن يختلف باختلاف المضمون فى الزيادة والنقصان •

(وخامسها) أن اللبن ان كان موجودا عند العقد فقد ذهب جزء من المعقود عليه وذلك يمنع الرد ، وان كان اللبن حادثا بعد الشراء فقد حدث على ملك المشترى فلا يضمنه وان كان مختلطا : فما كان موجودا منع الرد ، وما حدث لم يجب ضمانه •

(وسادسها) اثبات الخيار ثلاثا من غير شرط مخالف للأصول ، فان الخيارات الثابتة بأصل الشرع من غير شرط لا تقدر بالثلاث •

(وسابعها) يلزم من العمل بظاهره الجمع بين الثمن والمثمن للبائع فى بعض الصور ، وهو ما اذا كانت قيمة الشاة صاعا من تمر ، فانها ترجع اليه مع الصاع الذى هو مقدار ثمنها •

(وثامنها) أنه مخالف لقاعدة الربا فى بعض الصور ، وهو ما اذا اشترى شاة بصاع فاذا استرد معها صاعا من تمر فقد استرجع الصاع الذى هو الثمن ، فيكون قد باع شاة وصاعا بصاع ، وذلك خلاف قاعدة الربا عندكم ، فانكم تمنعون مثل ذلك •

(وتاسعها) أنه أثبت الرد من غير عيب ولا شرط ، لأن نقصان اللبن ليس بعيب ولا الرد به بدون التصرية •

(وعاشرها) أن اللبن كالحمل لا يأخذ قسطا من الثمن والا لجاز افراده بالعقد كالثمن ، واذا لم يأخذ قسطا من الثمن لا يضمن •

(وأما) المقام الثانى وهو أن ما كان من أخبار الآحاد مخالفا لقياس الأصول المعلومة لم يجب العمل به فلأن الأصول المعلومة مقطوع بها ، وخبر الواحد مظنون ، والمظنون لا يعارض المعلوم •

(العذر الثانى لكم) أن هذا الحديث من اخبار أبى هريرة ، وانما يقبل من أخباره ما فيه ذكر الجنة والنار (وأما) فى الأحكام فلا يقبل ، وتارة يقولون انه غير فقيه والحديث مخالف للقياس ، والصحابة ينقلون بالمعنى ، ولا ثقة برواية غير الفقيه •

(العذر الثالث) دعوى النسخ فى هذا الحديث أنه يجوز أن يكون ذلك حيث كانت العقوبة بالمال جائزة •

(العذر الرابع) أن هـذا حديث مضطرب لما وقع الاختلاف فى ألفاظه ، وهذه الأمور الأربعة لترك العمل به بالكلية .

(العذر الخامس) فى مخالفتهم لظاهر الحديث بتأويله واستعماله ، وحمله على ما اذا اشتراها فشرط أنها تحلب خمسة أرطال مثلا وشرط الخيار ، فالشرط فاسد ، فان اتفقا على اسقاطه فى مدة الخيار مع العقد ، وان لم يتفقا بطل (وأما) رد الصاع ، فلأنه كان قيمة اللبن فى ذلك الوقت .

والجواب فى ذلك (أما) الأول فبالظن فى المقامين جميعا (أما) قولهم انه مخالف لقياس الأصول فمن الناس من فرق بين مخالفة الأصول ومخالفة قياس الأصول،وخص الرد بخبر الواحد المخالف للأصول لا المخالف لقياس الأصول وهذا الخبر انما يخالف قياس الأصول ، وقياس الأصول يترك بخبر الواحد لأنه أقوى منه ، ولهذا قال أبو حنيفة رضى الله عنه : ان القياس أن الأكل ناسيا يفطر ، ولكن ترك القياس بخبر أبى هريرة « أطعمه الله وسقاه » وقبل أبو حنيفة خبر أبى فزارة فى جواز التوضىء بالنبيذ ، وخبر زاذان فى ابطال طهارة المصلى بالقهقهة مع أنهما انما خالفا قياس الأصول ، ورد خبر التصرية وبيع العرية لأنهما خالفا أصول القياس عنده ، وصاحب هـذه الطريقة ينازعه فى ذلك ويقول : ان ذلك انما هو مخالف لقياس الأصول كالأول ، ومن سلك هذه الطريقة يسلم أن الحديث المذكور مخالف لقياس الأصول (ومنهم) من لا يسلم أن مخالفة الأصول أيضا قادحة ، ويقول : أن ما ورد النص به فهو أصل بذاته ، لا يعتبر فيه موافقة الأصول كالدية على العاقلة ، والغرة فى الجنين وغير ذلك ، وليس ابطال أصل لمخالفته أصولا أخرى بأولى من ابطال تلك الأصول لمخالفتها ذلك الأصل .

(والصواب) العمل بها جميعا ، ويعتبر كل أصل بنفسه ، وصاحب هذه الطريقة يقول : انه لا فرق بين مخالفة قياس الأصول ومخالفة الأصول ، وكلاهما لا يوجب الرد ، والأحاديث التى ذكروها فى التصرية والقهقهة وغيرها سواء فى ذلك مع أن خبر التصرية أصح .

(واعلم) أن الأصول المختلف فى رد الخبر بها هى المستنبطة التى تكون فى نفسها محتملة (اما) الأصول المقطوع بها فنص الكتاب والتواتر والاجماع أو الأصول التى فى معناها كتحريم الضرب المستفاد من تحريم التاميف(١) فاذا ورد الخبر بخلافه رد ، ويعتقد أنه لم يصح ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لا يقول ما يخالف ذلك ، هكذا قاله الأستاذ أبو اسحاق الاسفراينى ، فهذان جوابان اجماليان عن دعوى مخالفة الأصول (ومنهم) من سلك فى الجواب عن ذلك طريق التفصيل ، ويتبين أن ذلك ليس مخالفا لقياس الأصول من الوجوه التى ذكروها ، بل فى الأصول ما يشهد له ويعاضده •

(أما) غرم القيمة مع امكان الرد فان رد اللبن فى التصرية غير ممكن لوجهين :

(أحدهما) نقص قيمته وذهاب كثير من منافعه بطول المكث •

(والثانى) أن لبن التصرية قد خالطه ما حدث فى الضرع بعده على ملك المشترى ، فلم يمكن رده مع الجهل بما خالطه •

(وعن الثانى والثالث والرابع) وهو غرامة القيمة مع وجود المثل ، وكونه تمرا وكونه مقدرا مع اختلاف قدره — ان كان مجهول القدر مجهول الوصف — جاز الرجوع فيه الى بدل مقدر فى الشرع . من غير مثل ولا تقويم ، وقد وجد ذلك فى مواضع (منها) الحر يضمن بمائة من الابل (ومنها) الجنين يضمن بالغرة • ويستوى فيه الذكر والأنثى (ومنها) المقدرات من جهة الشرع فى الشجاج كالموضحة(٢) مع اختلافها بالصغر والكبر (ومنها) جزاء الصيد فليس من شرط الضمان أن يكون بالمثل أو القيمة من النقدين ، ولا من شرط المثلى أن يضمن بالمثل ، والعدول فى الأمور التى لا تنضبط الى شىء معدود ولا يختلف من محاسن الشرع قطعا للخصومة والتشاجر ،

---

(١) لقوله تعالى : « فلا تقل لهما أف » (الاسراء : ٢٣) فتحريم التأفيف يجعل الضرب من باب أولى فيستفاد من تحريم التأفيف ما هو أشد منه وأكثر أذى •

(٢) الموضحة التى توضح ما تحتها من العظم •

(المطيعى)

وهذه المصلحة تقدر على تلك القاعدة الكلية ، والتمـر غالب أقواتهم كما قدرت الدية بالابل ، لأنها غالب أموالهم .

(وعن الخامس) وهو ايجاب الرد مع ما حدث فى يد المشترى من النقص من وجهين (أحدهما) أن النقص حادث فى اللبن دون الشاة ، وهو انما يرد الشاة دون اللبن (والثانى) أن النقص الحـادث الذى لا يتوصل الى معرفة العيب الا به لا يمنع من الرد ، كالذى يكون مأكوله فى جوفه اذا كسر .

(وعن السادس) وهو أن خيار الثلاث من غير شرطه مخالف للأصول ، بأن الشىء انما يكون مخالفا لغيره اذا كان مماثلا له ، وخولف فى حكمه ، وههنا الصـورة انفردت عن غيرها بأن الغالب أن هذه المدة هى التى يتبين بها لبن الحلبة المجتمع بأصـل الخـلقة ، واللبن المجتمع بالتدليس ، فهى مدة يتوقف على العـلم عليها غالبا بخلاف خيار الرؤية والعيب ، فانه يحصل من غير هذه المـدة فيهما ، وخيار المجلس ليس لاستعلام عيب ، وعلى أن لنا فى تقييد خيار المصراة خلافا سيأتى ان شاء الله تعالى .

وانما جاء السؤال والجواب على ظاهر الحديث والوجه الموافق له .

(وعن السابع) وهو لزوم الجمع بين البدل والمبدل من ثلاثة أوجه ، (أحدها) أن صاع التمر بدل عن اللبن لا عن الشـاة ، فلا يلزم الجمع بين العوض والمعوض (الثانى) أن الحديث وارد على العـادة والعادة أن لا تباع شاة بصاع (الثالث) أن ذلك غير ممتنـع كما اذا باع سلعة بعبد ، قيمة كل منهما ألف ، ثم زاد العبد وبلغت قيمته ألفين ، ووجـد المشترى بالسلعة عيبا فيردها ، ويسترجع العبد وقيمته ألفان ، وذلك قيمة الثمن والمثمن .

(وعن الثامن) وهو مخالفته لقاعدة الربا أن الربا انما يعتبر فى العقـود لا فى الفسوخ ولا فى ضمان المتلفات .

(وعن التاسع) وهو اثبات الرد من غير عيب ولا شرط أن الخيار ثبت بالتدليس ، كما لو باع رحى دائرة بمـاء قد جمعه لها ، وكما لو سود الشـعر ، فان العيب انما أثبت الخيار ، لأنه ينقص الثمن به ، والتدليس كذلك ، ونحن نقول : ان هذا التدليس نفسه عيب .

(وعن العاشر) وهو كون اللبن غير مقابل بقسط من الثمن بالمبيع ، وأن اللبن يقابله قسط من الثمن كاللبن فى الاناء (وقولهم) لو قابله قسط من الثمن لجاز افراده بالعقد ، منقوض بأساس الدار وأطراف الخشب التى فى البنـاء ، لا يجوز افرادها ، ويدخل فيه على سبيل البيع ويقابلها قسط من الثمن •

(وأما) الحمل قلنا : فيه قولان ، فعلى قولنا بأنه لا يأخذ قسطا يفرق بينهما بأن الحمل غير مقدور على استخراجه من الأم ، فهو بمنزلة اللحم المخلوق فى الجـوف بخلاف اللبن فانه مقدور عليه ، فهـذه الأجوبة دافعة لقولهم : انه مخالف لقياس الأصول •

ولئن سلمنا مخالفته لذلك (فالجواب) ما تقدم من أن المخالفة لا تضر لمـا تقدم (وقولهم) ان تقديم خبر الواحـد على الأصول المعلومة فيه تقديم المظنون على المقطوع ممنوع ، فان تنـاول تلك الأصول لمحل خبر الواحـد غير مقطوع به ، لجواز استثناء محـل الخبر عن ذلك الأصل ، فان تلك الأصـول عامة ، والخبر خاص ، والمظنون يخصص المعلوم •

(وأما العذر الثانى) وهو كونه من رواية أبى هريرة ، فلولا ذكره فى الكتب والاحتياج الى الجواب ، لكنا نستحى من ذكره ، ونجـل أبا هريرة أن يتكلم بذلك على سبيل الحكاية ، أو نسمعه فى أحـد من الصحابة ، وأبو هريرة من ثقته وأمانته وحفظه لسنة رسـول الله صلى الله عليه وسلم بالمحـل المعلوم ، ودعا له النبى صلى الله عليه وسلم أن يحببه الله وأمه الى كل مؤمن ومؤمنة ، وروى عن عثمـان أنه قال له حين روى لهم « امكثى فى بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله » حفظ الله عليك دينك كما حفظت علينا سنة نبينا صلى الله عليه وسلم • وفضـائل أبى هريرة ومناقبه مشـهورة ، والمخالفون فى حكم هـذه المسألة انما يتعللون بظنهم أنه ليس بفقيه ، وهـذا ليس بصحيح ، فان عمـر بن الخطاب رضى الله عنه استعمله على البحرين ولم يكن عمر رضى الله عنه ليولى غير فقيه ، وكان أبو هريرة على المدينة فى خلافة معاوية • أترى كان يحكم بغير فقه ؟ •

وقد نقلت عنه فتاوى . وقد روى عبد الرزاق فى مصنفه عن عمر بن راشد عن يحيى ابن أبى كثير عن محمد بن عبد الرحمن ابن ثوبان « أن رجلا من مزينة طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها ، فأتى ابن عباس يسأله وعنده أبو هريرة ، فقال ابن عباس : احدى المعضلات يا أبا هريرة ، فقال أبو هريرة : واحدة تبينها وثلاث تحرمها ، فقال ابن عباس زينتها يا أبا هريرة أو قال : نورتها أو كلمة تشبهها يعنى أصاب » ففتياه بحضور ابن عباس وقول ابن عباس فى ذلك دليل أيضا على فقهه ، ولو فرضنا وحاش لله أنه غير فقيه فاشتراط الفقه تحكم لا دليل عليه مع عدالة الراوى وضبطه وفهمه الذى يمنع من احالة المعنى ، ثم ان المخالف قبل خبر أبى هريرة فى مواضع من جملتها فى النهى عن الجمع بين المرأة وعمتها ، وبين المرأة وخالتها ولم يرو هذا الحديث من طريق صحيحة غير طريق أبى هريرة وقد روى من جهة غيره بطريق ضعيفة ، فقبلوا خبره فى ذلك وهو مخالف لعموم الكتاب قوله تعالى : « **وأحل لكم ما وراء ذلكم** »(١) فأيهما أعظم ؟ مخالفته لعموم الكتاب ؟ أو مخالفته لقواعد متنازع فى عمومها ؟ ومخالفته للقياس المتأخر عن الكتاب بمراتب ؟ .

ثم ان حديث المصراة قد روى من غير طريق أبى هريرة كما تقدم ، ومن جملتها طريق عن ابن مسعود ، الامام المجمع على فقهه وعلمه ، وان كنا قد رجحنا فيما تقدم أنه موقوف على ابن مسعود ، كما هو فى صحيح البخارى ، لكن طريق الرفع أيضا جيدة ، وعلى طريق كثير من الفقهاء غير المحدثين لا يبعد تصحيحها وقد روى رفعه من غير طريق الاسماعيلى المتقدمة ، ذكرها الماوردى عن أبى عثمان النهدى عن عبد الله بن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم وهذه اذا صح فيها الرفع طريق قوية جدا ، هذا مع متابعة الروايات المتقدمة مع ملاحظة الوجوه المتقدمة ، المبينة أن ذلك غير خارج عن القياس ، وان لم يصح طريق الرفع فى رواية فكونه من كلامه صحيح بلا اشكال ، وقول الصحابى عندهم حجة لاسيما ابن مسعود ، وطريق فقههم ترجع اليه ، فان لم يكن ههنا حجة فلا أقل من أن يكون

---

(١) النساء : ٢٤ .

عاضدا لحديث أبى هريرة على زعمهم (وأما) نحن فلا نقول : ان الحديث يحتاج الى شيء يعضده ، والله أعلم .

(وأما الاعتذار الثالث) وهو دعـوى النسخ فذلك من أضعف الاعتذارات لأنه دعوى نسخ بالاحتمال من غير دليل .

(وأما الاعتذار الرابع) بالاضطراب فان الألفاظ المختلفة التى وردت منها ما سنده ضعيف فلا اعتبار به ، ومنها ما هو صحيح لا منافاة فيه ، والألفاظ التى صحت كلها لا تناقض فيها ، بل الجمع بينها ممكن ظاهرا .

(وأما الاعتذار الخامس) واستعمالهم للحديث على وجه الاشتراط فذلك لا يصـح لأربعة أوجه (أحدها) أن النهى عن التصرية وما ذكره معه يقتضى تعليق الحكم بالتصرية ، وما استعملوه عليه يقتضى تعليق الحكم بفساد الشرط ، فصار ذكر التصرية لغوا (الثانى) أنه جعل الرد للمشترى وحده ، ولو كان لأجل الشرط لكان لهما لأن البيع حينئذ يكون فاسـدا ، قاله المـاوردى وغيره ، وفيه نظـر ، فانه اذا شرط فى الشـاة المبيعة أنها تحلب مقدارا فنقصت عنه فانما يثبت الرد للمشترى لا للبائع ، وذلك على وجه سيأتى فى كلام المصنف بصحة البيع (والشرط الثالث) أنه جعل الرضـا موجبا للامضـاء ، والسخط موجبا للفسـخ والرد ، ولم يجعـله متعلقا باسقاط الشرط (والرابع) أنه أوجب فيه رد صـاع من تمر ، واسقاط الشرط لا يوجب رد صاع من تمر ، قال هذه الأوجه المـاوردى رحمه الله ، وأقواها الوجـه الأول لكماله هو دون غيره . فقد بان بحمـد الله تعالى صحة ما ذهبنا اليه وجمهور العلماء واندفع ما تعلق به الخصم فى دفع ذلك .

(وأما) أن القياس هل هو معاضد للحديث فجماعة يدعـون ذلك ويثبتونه بما علم فى الأجوبة المتقـدمة ، وبعضهم يأبى ذلك ، ويروى الاستناد فى ذلك الى الحديث ، ويجعل الأجوبة المذكورة لدفع الاعتراضات فقط ، قال الغزالى فى المـآخذ : والانصـاف أولى من العناد ، ونحن نعلم أن حديث المصراة لو لم يرد لكنا لا نثبت الخيـار : وقد سلم ما وجد حالة العقـد ، ولم يتخلف الا منفعة فى المستقبل ، فالاعتمـاد على الحديث وهو صريح لا تأويل له ، والله أعلم .

وقول الغزالى هذا أنه لو لم يرد الحديث لكنا لا نثبت الخيار لا يضرنا فيما قدمناه ، فانا قد لا نسلم ذلك وندعى ثبوت الخيار كالعيب والشرط ، ولو سلمنا فحيث ورد الحديث فهو العمدة مع فهم المعنى فيه ، وأن ما اشتمل عليه من الأحكام من محاسن الشرع كما تقدمت الاشارة اليه • وهذا الذى قاله الغزالى خالف فيه الامام ، فانه قال فى النهاية : ان قاعدة مذهب الشافعى تدل على أن ثبوت الخيار جار على القياس • وذكر بيان ذلك بمسألة تجعيد الشعر وتلطيخ الثوب بالمداد وشبه ذلك عند الكلام فى هذه المسائل ان شاء الله تعالى (أما) رد الصاع فالامام موافق على أنه خارج على القياس ، والله تعالى أعلم • وقد ذكر القاضى أبو الطيب عن أبى عبيد القاسم ابن سلام أنه قال فى كتابه المسمى بالحجر والتفليس : ناظرت محمد ابن الحسن واحتججت عليه بحديث أبى هريرة « وأيما رجل مات أو أفلس » فقال : هذا من أخبار أبى هريرة ، فكان ما هرب اليه أشد عليه مما هرب منه •

قال القاضى أبو الطيب : فان قال — يعنى الذى رده — انه يكثر الحديث عن النبى صلى الله عليه وسلم (فالجواب) أن ذلك يوجب قبوله ويؤكد لزومه ، وغزارة حفظه وسعة علمه ، وكان الشيخ أبو محمد الباقى(١) يجيب عنه بقول البحترى :

اذا محاسنى اللاتى أدل بها صارت ذنوبى فقل لى كيف أعتذر ؟

وأبو هريرة نفسه قد أجاب عن اكثار الحديث ، فانه كان يلزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ودعا له النبى صلى الله عليه وسلم بالحفظ •

(فرع فى علة هذا الخيار) وجهان (أحدهما) التدليس الصادر من البائع (والثانى) الضرر الحاصل للمشترى باخلاف ما وطن نفسه عليه ، ويظهر أثر الوجهين فيما لو تحفلت بنفسها أو صرها غيره بغير اذنه (والأصح) عند صاحب التهذيب ثبوته ، وبه قطع القاضى حسين وقطع الغزالى بخلافه فى الوجهين فيما اذا تحفلت

---

(١) عبد الله بن محمد الخوارزمى ابو محمد الباقى •

بنفسها ، وفى الوسيط حكى الوجهين ، وجعل الأولى عدم الثبوت وحقيقة الوجهين ترجع الى الحاق خيار التصرية بخيار العيب أو بخيار الخلف المجمع على كل منهما (فرجح) البغوى والقاضى حسين الأول ، وهو مقتضى كلام الماوردى والعراقيين ، ممن صرحوا أن التصرية عيب ، وكذلك يقتضيه كلام الشافعى فى الأم فانه قال : « فاذا حلبها ثم أراد ردها بعيب التصرية » وقال أيضا : « فان رضى الذى ابتاع المصراة أن يمسكها بعيب التصرية » ورجح الغزالى الثانى ، وتبعه عبد الغفار القزوينى فى حاويه •

(والمراد) بتحفلها بنفسها أن يترك صاحبها حلبها أياما من غير شد لا عن قصد بل نسيانا أو لشغل عرض ، فان اللبن يجتمع فى ضرعها اذا لم يصل اليها ولدها أو يتفق شد أخلافها لحركتها بنفسها لا بصنع آدمى ، ولو ترك صاحبها حلبها ثلاثة أيام من غير شد الأخلاف لقصدغزارة اللبن ليراه المشترى فهو فى معنى الشد بلا خلاف •

قال ابن الرفعة : ولهذا قال بعض الشارحين : وليس شد الأخلاف شرطا بل هو الغالب وانما المعتبر أن يترك حلبها قصدا (قلت) وذاك داخل تحت الحديث على تفسير أبى عبيد ، وقد تقدم التوفيق بينه وبين تفسير الشافعى والتى صراها أجنبى بغير اذن البائع لا شك أنها داخلة تحت اسم المصراة عليها ، وان لم يصح اطلاق اسم المصراة عليها فهى كهى فى المعنى من جهة الظن الناشىء من رؤيتها ، فظن السلامة فى غيرها •

وأما الحاق ذلك بالخلف جعل ذلك كالالتزام فبعيد ، ولو صراها لا لأجل الخديعة ثم نسيها فقد حكى الشيخ أبو الفتح القشيرى المشهور بابن دقيق العيد عن أصحابنا فيه خلافا ، ولم أر ذلك فى كلامهم صريحا ، لكنه يتخرج على أنا هل ننظر الى أن المأخذ التدليس ؟ أو ظن المشترى ؟ •

فعلى الأول لا يثبت الخيار ، لأنه لم يقصد الخديعة والتدليس ، وعلى الثانى يثبت لحصول الظن (والراجح) من ذلك ثبوت الخيار

نظـرا الى المعنى وفوات ما ظنه المشترى ، ولو شـد أخلافها قصـدا لصيانة لبنها عن ولدها فقط ، قال ابن الرفعة : فهو بلا شك كما لو تحفلت بنفسها .

(قلت :) وهى كالمسـألة التى حكاها الشيخ أبو الفتح عن أصحابنا لكن فى تلك الزيادة النسـيان ، وهو ليس بشرط ، فانه اذا كان القصـد صحيحا لم يحصـل تدليس وخديعة وليس لقائل أن يقول : ان التدليس حاصل بعدم تبيينه وقت البيـع ، وهو عالم به ، لأن هـذا المعنى حاصل فيما اذا تحفلت بنفسـها وباعها وهو عالم بالحال لا فرق بين المسألتين ، وابن الرفعة سقط عليه من كلام القشيرى ، فنقـل المسألة عنه على أنه صراها لأجل الخديعة ثم نسيها ، ثم اعترض بأنه ينبغى أن يكون هـذه منصور الوفاق ، وهـذا الاعتراض ـ لو كان الأمر كما نقله ـ صحيح لأنه حينئذ يكون قد حصـل التدليس والظن ولا يفيد توسـط النسيان ، فاذن المسـألة ذكرها ابن الرفعة وخرجها على ما اذا تحفلت بنفسـها ، والمسألة التى نقلها القشيرى واحدة والمسألة التى نقلها ابن الرفعة عن القشيرى بحسب النسـخة التى وقعت له غلطا مسألة أخرى ينبغى الجزم بالخيار فيها ، فلذلك ذكرت المسألتين وأوجبت التنبيه عليهما ، لأنهما ليسا فى كلام الأصحاب صريحا فيما علمت ، والله أعلم .

(فـرع) لا خلاف أن فعل التصرية بهذا القصـد حرام لمـا فيها من الغش والخديعة ، والخـداع محرم فى الشريعة قطعا ، وهل يختص اثم فاعله بحالة علم التحريم أو لا ؟ لأنه ظاهر المفسـدة ، قال ابن الرفعة : يشبه أن يكون الكلام فيه كما فى النجش (قلت) والذى اختاره الرافعى فى النجش تخصيص معصية الناجش ممن عرف التحريم بعموم أو خصوص ، وحكى البيهقى من كلام الشافعى ما يقتضى ذلك ، والله أعلم .

وهذا الذى ذكرت من نفى الخلاف فى تحريم التصرية هو المشهور بين أصحابنا وغيرهم وحكى الشيخ أبو حامد صاحب العدة عن أبى حنيفة جوازه ، ولو حصلت التصرية لغير قصـد البيـع فقد رأيت فى كلام بعض الأصحاب أنها حرام ، وينبغى أن يحمل ذلك على ما اذا كانت

تضر بالحيوان ، أما اذا لم يحصل ضرر بالحيوان ولا يلتبس على أحد فلا معنى للتحريم ، وبعض الأصحاب الذى أشرت اليه هو صاحب التتمة ، فانه لما تكلم فى الباس العبد ثوب الكتان فرق بينه وبين التصرية ، قال : الباس ثوب الكتان من غير قصد البيع ممنوع بالشرع ، بل للسيد أن يلبس عبده كل ما يحل لبسه ، وأما ترك حلب اللبن من غير قصد اللبن ممنوع عنه بالشرع ، ويجب حمل ذلك على ما ذكرته •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واختلف أصحابنا فى وقت الرد فمنهم من قال : يتقدر الخيار بثلاثة أيام فان علم بالتصرية فيما دون الثلاث كان له الخيار فى بقية الثلاث للسنة (ومنهم) من قال : اذا علم بالتصرية ثبت له الخيار على الفور فان لم يرد سقط خياره لأنه خيار ثبت لنقص فكان على الفور كخيار الرد بالعيب) •

(الشرح) الذى قال بتقدير الخيار ثلاثة أيام هو القاضى أبو حامد المروروذى وعليه نص الشافعى فى اختلاف العراقيين فى باب الاختلاف فى العيب فى الجزء الخامس عشر من الأم ، قال : من قبل أن المصراة قد تعرف تصريتها بعد أول حلبة فى يوم وليلة وفى يومين ، حتى لا يشك فيها ، فلو كان الخيار انما هو ليعلم استبانة عيب التصرية أشبه أن يقال : الخيار حتى يعلم أنها مصراة قل ذلك أو قصر كما يكون له الخيار فى العيب اذا علمه بلا وقت قل ذلك أو قصر ، ونقله الرويانى عن نصه فى الاملاء أيضا ، ونقله الجورى وابن المنذر من كلام الشافعى صريحا ، ولم يذكر الجورى غيره وهو الصحيح عملا بالحديث ، ويقتضى ايراد الرويانى فى البحر وابن سراقة فى بيان ما لا يشيع جهله والشاشى فى الحلية ترجيحه وهو الذى قاله الغزالى فى الخلاصة ، وقطع به القشيرى والماوردى مع احتمال فى كلامه • والخيار على هذا القول يكون خيار تروية كخيار الشفعة على قول وكخيار الشرط •

(والثانى) وهو أنه على الفور على قول أبى على ابن أبى هريرة فيما نقله الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وغيرهما ، وصححه

الفارقى تلميذ المصنف والبغـوى فى التهذيب والرافعى والخوارزمى فى الكافى وابن أبى عصرون فى الانتصار .

وقال الرويانى فى الحلية : انه القياس والاختيار ، وهذان الوجهان متفقان على جواز الرد اذا اطلع على التصرية فى الثلاث ، وانما الخلاف بينهما فى كونهما على الفور أو يمتـد الى آخـرها ، وفى المسألة وجه ثالث قاله أبو اسحاق أنه لا يرد قبل انقضاء الثلاث ولا بعـدها أيضا وانما له الرد عند انقضـاء الثلاث وهذا الوجه بعيد ، وهكذا حكاه الرويانى والبندنيجى ، وسيأتى فى آخـر المسألة تنبيه على ما يتعلق بتحرير هذه الأوجه .

واعلم أن بين الأوجه الثلاثة اشتراكا وافتراقا والوجه الأول والثالث يشتركان فى اعتبار الثلاث فى التصرية فهى ثابتة بالشرع من غير شرط ويفترقان ، فأبو اسـحاق يقول : المقصـود بها الوقوف على عيب التصرية فانه لا يظهر بحلبة ولا بحلبتين فاذا حصـلت الحلبة الثالثة عرف الحال ، وكان الرد حينئذ الرد بالعيب على الفـور . وأبو حامد يجعـل الخيار فى الثلاث كالخيار الثابت بالشرط ، ويدل له قوله صلى الله عليه وسلم : « فهو بالخيـار ثلاثة أيام » جعل الثلاثة ظرفا للخيار ، وهو مخالف لمـا يقوله أبو اسـحاق ، وكلا الوجهين مباين لقول ابن أبى هريرة ، فان ابن أبى هريرة يقول : ان الخيـار ثلاثة أيام . انما يثبت بالشرط ويحمل الحديث على ذلك ، والتصرية موجبة للخيـار على الفور ، لأنها عيب من العيـوب ، فبين قول ابن أبى هريرة ، وقول أبى اسـحاق اشتراك فى جعـل خيار التصرية خيار عيب ثبت على الفور ، وافتراق فى أن ابن أبى هريرة لا يعتبر الثلاث عنـد عدم الشرط أصلا ، وأبو اسحاق يعتبرها ، ولذلك فانه اذا اطلع على التصرية بعـد الثلاث ثبت له الخيـار على الفور عند ابن أبى هريرة ولا يثبت عند أبى اسحاق .

وتأويل ابن أبى هريرة للحديث على الاشتراط لا دليل عليه ، وقول أبى حامد وابن أبى هريرة متباعدان جدا ، لكن بينهمـا اشتراك واحـد فى جعل الخيار فى الثلاثة الأيام فى صورة الشرط ، وتلخيص هـذا أن خيار التصرية عند أبى حامد خيار شرع ، وعند أبى اسـحاق

وابن أبى هريرة خيار عيب ، وخيار الثلاث عند أبى حامد بالشرع ، وعند ابن أبى هريرة بالشرط ، وعند أبى اسحاق بالعيب •

(وأصحهما وأوفقهما) للحديث ولنص الشافعى قول أبى حامد • والأصحاب نقلوا عنه أنه حكى ذلك على اختلاف العراقيين ، وقد رأيته فيه كما حكاه • وقد قدمت من حكاه أيضا •

ولأجل ذلك صححت هذا القول وخالفت الرافعى رحمه الله فى التصحيح ، فانى رأيت أكثر الأصحاب ممن حكى الخلاف لم يصحح شيئا ، والذين صححوا قد ذكرتهم ، وهم مختلفون فى التصحيح ، وليس يترجح أحد الجانبين على الآخر بكثرة ، والرافعى تبع فى ذلك البغوى ، وهو معارض بالصيمرى والجورى ، ومعناه الدليل من الحديث ، ونص الشافعى ، واعتذر البغوى عن الحديث بأنه بنى الأمر على الغالب لأن الغالب أنه لا يقف على التصرية قبل ثلاثة أيام ، ويحمل نقصان اللبن فى اليومين على تبدل المكان وتفاوت العلف وغير ذلك ، وهذا الاعتذار يوافق قول أبى اسحاق •

وأما ما قاله صاحب التهذيب من أنه ثبت الخيار على الفور اذا اطلع قبل مضى الثلاث فلا يناسب ذلك ، ولو كان الحديث على الغالب لقال : « فهو بالخيار ثلاثة أيام » فاذن هذا العذر مع تصليح هذا الوجه لا يجتمعان اجتماعا ظاهرا ، لكن ههنا تنبيهات •

(احداها) ما يمكن أن يكون مستندا لأبى اسحاق وابن أبى هريرة •

أما أبو اسحاق فيمكن أن يكون مستنده الحديث باللفظ الذى أورده المصنف رحمه الله ، وكذلك أورده جماعة من الأصحاب فى كتبهم الفقهية • وهو قوله : « فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ثلاثا » فان هذا اللفظ يحتمل أن يكون المراد بعد أن يحلبها ثلاث حلبات يثبت له الخيار ، فلا يكون له الخيار قبل انقضاء الثلاث لأن الحديث لم يدل عليه على هذا التقدير ، ولا يمتد بعد الثلاث ، بل يكون على الفور ، لأن الحديث على هذا التقدير انما دل على مطلق الخيار حينئذ فلا يمتد لأمرين (أحدهما) عدم الدليل عليه ، والأصل الملزوم (والثانى) القياس على ما سواه من العيوب •

لكنا قد بينا أن هـذه الرواية لم تصـح ولا رأيتها فى شىء من الروايات فتعـذر هـذا البحث ، وبتقدير الصـحة فذلك محتمل لاحتمـال أن يكون ثلاثا متعلق بخير النظرين ، ويكون الحلب مطلقـا غير مقيد بالثلاث ، ويؤيده الرواية التى فيها التصريح باثبات الخيـار ثلاثا ، لكنى سأنبه فى التنبيه الثانى على زيادة فى ذلك ، فليكن المستند فى رد ذلك عدم صحة الحديث .

وأما ابن أبى هريرة فمستنده أن التصرية عيب وخيار العيب على الفور ، فيحمـل ورود الثلاث فى الحديث على ما اذا شرط الخيـار ثلاثا ، وهذا منه يشبه ما ذهبت اليه الحنفية فى بعض اعتذاراتهم عن الحديث ، وان لم يكن موافقا فيما ذكروه فى رد الصـاع ، وقـوة الحديث تقتضى أن ذلك ثابت بالتصرية لا بالشرط ثم يقال لابن أبى هريرة: أنت من الموافقين على العمـل بالحديث وعدم الالتفـات الى مخالفة القياس ، فليكن معمـولا به فى أن هـذا الخيار يمتد الى ثلاثة أيام ، ولا يقاس على ما سواه من العيوب ، فان هذا الدليل أخص من الدليل الدال على أن خيار العيب على الفور .

بل ان لم يكن فى مسـألة العيب اجمـاع ولا نص يقتضى الفور فاللائق أن يجعـل الخيار فيه ثلاثا بالقياس على المصراة التى ورد فيها النص ، وان كان فيها نص أو اجمـاع فهو عام ، وهـذا خاص ، والخاص مقـدم على العـام ، فلا مستند حينئذ لهـذا الوجه ، وهو الذى صححه البغـوى والرافعى ، ولا لقول أبى اسحاق الذى قبله والصـواب الصحيح المنصوص قول أبى حامد المروروذى ، وقول ابن أبى هريرة يشـهد له من جهة المذهب شىء ، وهو أن فى كلام الشـافعى ما يقتضى أن خيـار الشرط ثلاثا فى البيوع ، مأخوذ من حديث المصراة ، فلو كان عنـد الشـافعى أن خيار المصراة ثابت بالشرع من غير شرط كيف كان ، يستنبط منه جواز اشتراط الخيار ثلاثا فى البيوع ، ويحتمـل أن يقـال : ان ثبوته بالشرع مع عدم الجهالة فيه مسوغ لاشتراطه ، وهـذا أقرب الى ظاهر الحـديث ، فانه ليس فيه تعرض للشرط ، والله تعالى أعلم .

(التنبيه الثانى) أن الحديث باللفظ الذى أورده المصنف رحمه الله

على الاحتمال المقابل لما أبديته فى مأخذ أبى اسحاق يقتضى اثبات الخيار ثلاثة أيام ، ابتداؤها بعد الحلب ، وهذا لا أعلم أحدا قال به ، لا أبا حامد ولا غيره ، الا أبا بكر ابن المنذر فانه قال : له خيار ثلاثة أيام بعد الحلب على ظاهر الحديث ، وانما قال أبو حامد بأنها من آثار العقد كخيار الشرط على ما سأذكره ان شاء الله تعالى ، لكن الحديث بهذا اللفظ لم يصح ، والله أعلم .

(التنبيه الثالث) أن الألفاظ الصحيحة فى الحديث ورد فيها « فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها » وفى الألفاظ الصحيحة فى رواية أخرى « فهو بالخيار ثلاثة أيام » فاللفظ الأول يقتضى أن الخيار بعد الحلب . واللفظ الثانى يقتضى أن مدة الخيار ثلاثة أيام . ويلزم من مجموع ذلك أن يكون الخيار ثلاثة أيام ابتداؤها من الحلب ، وهو الذى لم أعلم أحدا قال به غير ابن المنذر (وأما) أن يعمل بالحديثين ويجعل أحدهما مبينا للآخر ، فيلزم هذا الذى لم يقل به أحد فيما علمت غير ابن المنذر (وأما) أن يجعلا متعارضين ، فتقف الدلالة على ترجيح أن الخيار يمتد ثلاثة أيام .

(والجواب) عن هذا أن قوله « فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها » محمول على الغالب لأن الرضا والسخط انما يكون بعد الحلب ، وتبين الحال ، والحلب الغالب أنه يقع فى الثلاثة ، فاثبات الخيار ثلاثة أيام اقتضى زيادة على ما اقتضاه قوله : « بعد أن يحلبها » فعلمنا بالزائد المبين ، وحملنا الآخر على الغالب ، وهذا الحمل لا يأباه اللفظ بخلاف حمل قوله : « فهو بالخيار ثلاثا » على الغالب ، فانه يأباه اللفظ ، واللائق بارادة ذلك المعنى أن تقول : فهو بالخيار بعد ثلاث .

(التنبيه الرابع) أن الأصحاب يعبرون عن الخلاف فى هذه المسألة بأن الخيار هل هو خيار شرع أو خيار عيب ؟ فالأول قول أبى حامد ، والثانى قول أبى اسحاق ، ومنهم من يعبر بأنه هل هو خيار شرط أو خيار عيب ، والأول قول ابن أبى هريرة ، والثانى قول أبى اسحاق ، وقد علمت معنى ذلك فيما تقدم ، وأن ابن أبى هريرة يوافق أبا اسحاق فى أصل الخيار خيار عيب ، والثلاثة عنده ثابتة بالشرط لا لأجل التصرية ، بل بشرط المتعاقدين ، فكلام الأصحاب كلهم مصرح بأن الخيار

عند أبى حامد بالشرع لا بالعيب ، وفرعوا على ذلك فروعا سأذكرها ان شاء الله تعالى ، وكأنهم أخذوا بالتسليم أن خيار العيب لا يكون الا على الفور .

وأنت اذا تأملت ما قدمته فى جواب ابن أبى هريرة فى التنبيه الأول توجه ذلك المنع لذلك ، فانا نقول لا تنافى بين الأمرين ، وما المانع من أن يكون الشرع جعل خيار هذا العيب ثلاثة أيام كخيار الشرط ؟ لأنه غالبا انما يظهر فيها ، ولا يحتاج الى أكثر منها ، ولا يكون ذلك من باب التعبد المحض الذى لا يعقل له معنى ، فهذا أقرب الى المحافظة على اتباع النصوص والمعانى ، وقد قال الماوردى فى الاقناع : ان التصرية عيب يرد بها المشترى الى مدة ثلاثة أيام ، وظاهر هذا الجمع بين جعلها عيبا أو امتداد الخيار ثلاثا ، لكنه ليس نصا فيما أقوله ، فانه يحتمل أن يرتدا به أى وقت ظهر له التصرية فى الأيام الثلاثة يرد على الفور ولا يرد بعدها ، وهو قول أبى اسحاق ولذلك لم أورده ، ولم أروه ، ولذلك لم أذكره مع الموافقين لشيخه الصيمرى فى اثبات الثلاثة لأجل هذا الاحتمال كما قدمت الاشارة اليه ، وقد يظهر لهذا البحث أثر فى التفريع الذى سنذكره ان شاء الله تعالى .

(التنبيه الخامس) أنه تقدم عن الغزالى التردد فى الحاق خيار التصرية بخيار العيب أو بخيار الخلف . وههنا فى الأوجه الثلاثة جعلناها راجعة الى أنه هل هو خيار شرع أو شرط أو عيب ؟ ولم يذكر الخلف (فالجواب) أن خيار العيب وخيار الخلف يشتركان فى أن كلا منهما على الفور ، وانما لا يفترقان فيما لا يكون من فعل البائع كتحفل الشاة بنفسها ، هل يثبت أصل الخيار أو لا يثبت ؟ فالذى يقول ههنا بأنه على الفور ، لا يختلف نظره ، وكان التعبير عن ذلك بالعيب وبالخلف سواء .

(التنبيه السادس) أنه قد تقدم أن الأصح عند صاحب التهذيب وغيره ثبوت الخيار فيما اذا تحفلت بنفسها ، وتخريج ذلك على أنه يسلك به مسلك العيب ، وذلك مستمر على صحيح صاحب التهذيب هنا أنه على الفور (وأما) على ما صححته ونص الشافعى عليه وقاله

أبو حامد من أن الخيار بالشرع ، فهل يكون الحكم بثبوت الخيار ثلاثا مستمرا أو لا ؟ فان كان مستمرا فلا مستند له ، فان الحديث لم يشمل الا التى صريت ، والحاقه بالعيب لا يقتضى اثبات الثلاث ، وان لم يثبت خيار أصلا كان ذلك مخالفة لصاحب التهذيب ، وقد تقدم موافقته هناك ، وان ثبت الخيار على الفور كان ذلك موافقة له هنا ، فأحد الأمرين لازم (اما) مخالفة صاحب التهذيب هناك (واما) موافقته هنا •

(والجواب) أنه يثبت الخيار ثلاثا ، لأن المعنى الذى يثبت لأجله فى محل النص موجود هنا ، وهو فوات الظن ، وكونه من باب العيب لا يمنع اثبات الثلاث لما تقدم فى التنبيه الرابع أنه لا منافاة بين ذلك وان الدليل الدال على اثبات الثلاث هنا أخص من الدليل فيما سواه من العيوب ، فلا يلزم من موافقة صاحب التهذيب فى ثبوت الخيار هناك لوجود معنى الحديث موافقته ههنا فى عدم اعتبار الثلاث ، لما فى ذلك من مخالفة ظاهر الحديث •

(التنبيه السابع) أن قول أبى اسحاق المذكور وقع فى نقله ما ينبغى التثبت فيه ، فمنهم من يجعله كما حكيته فيما تقدم ، وأنه يمتنع عليه الرد قبل الثلاث وبعدها وانما له الرد عند انقضاء الثلاث ، صرح بذلك الرويانى وهو مقتضى كلام الشيخ أبى حامد • وظاهر هذا الكلام اذا أخذ على اطلاقه يشمل ما اذا علم التصرية قبل الثلاث باقرار البائع أو بينة ، وامتناع الرد اذا أقر البائع أو قامت بينة لسببه ، ففيه بعد •

والذى يقتضيه كلام القاضى حسين أن له الرد فى هذه الحالة على كل قول عند العلم ، فانه حكى الأوجه الثلاثة من غير تعيين قائلها ، فقال : منهم من قال هو خيار التصرية يمتد الى ثلاثة أيام ، لأنه لا يتحقق دونها حتى لو علم بعيب التصرية فى الحال ، بأن أقر به أو شهد له البينة يكون على الفور ، ومنهم من قال هو للتروية كما فى الشفعة فى قول يمتد الى ثلاثة أيام (ومنهم) من قال أراد به اذا شرط الخيار ثلاثا ، لأن خيار التصرية خيار عيب ونقيصة ، فهو على الفور • انتهى •

(والقول الثانى) فى كلامه هو قول أبى حامد المروروذى .

(والثالث) هو قول ابن أبى هريرة والأول هو — والله أعلم — قول أبى اسحاق وقد صرح عليه بثبوت الخيار اذا علم . وصاحب التتمة لم يحك الا قول أبى حامد وقول أبى اسحاق . وصرح على قول أبى اسحاق بأنه اذا علم التصرية باقرار أو ببينة وأخر الفسخ بطل خياره ، فتعين أن يحمل كلام غيرهما ممن حكى المنع عن أبى اسحاق كالرويانى وغيره ، على أنه يمتنع عليه الرد اذا ظهر له التصرية بحلبة أو حلبتين ، لأن ذلك لا يفيد العلم لاحتمال أن يكون بخلل فى العلف أو لبدل الأيدى .

(أما) اذا حصل العلم بقول البائع أو بينة — ولا مانع من ثبوت الخيار — وحينئذ يكون فى هذا موافقة لابن أبى هريرة فى ثبوت الخيار فى الثلاثة على الفور اذا حصل العلم ، لكنه مع ذلك يخالفه فى أن ابن أبى هريرة يثبت الخيار اذا حصل الاطلاع على التصرية بعد الثلاث . وأبو اسحاق لا يثبته على ما حكاه الرويانى ، ولم يتعرض القاضى حسين لذلك بموافقة ولا مخالفة . مع أن منع الرد بعد الثلاث أيضا مع وجود العيب بعيد . والذى حكاه الماوردى تفريعا على قول أبى اسحاق أن له الرد اذا اطلع بعد الثلاث ، ولم يحك الخلاف الا بين أبى حامد وأبى اسحاق ، قال : ثبت عن أبى اسحاق ما صرح به الرويانى ومن وافقه ، فالخلاف بين ابن أبى هريرة وأبى اسحاق متحقق ، وان كان أبو اسحاق يقول بالرد بعد الثلاث أيضا كما قاله الماوردى ، وقبلها ، كما قاله القاضى حسين . فحينئذ يتحد قوله وقول ابن أبى هريرة ، لكن الشيخ أبا حامد مصرح بما قاله الرويانى . ولم يحك الخلاف الا بين أبى اسحاق وابن أبى هريرة ، وأبو حامد لا يرد نقله ، فهى ثلاثة أوجه محققة ، ويبعد كل البعد أن يقال انها أربعة تمسكا بظاهر ما قاله الرويانى عن أبى اسحاق من امتناع الرد قبل الثلاث ، وبما حكاه القاضى حسين ولم ينسبه . فيكون ذلك قولا مغايرا للثلاثة ، وبه تصير أربعة . هذا بعيد لا ينبغى المصير اليه ، وليس ذلك الا للاختلاف فى النقل والتعبير عن وجه واحد وتنبيه كلام صاحب التتمة .

ولولا تصريح الشيخ أبى حامد وغيره بالخلاف بين أبى اسحاق وابن أبى هريرة لكنت أقول ان كلامهما يرجع الى معنى واحد ، وهو أن الخيار على الفور ، وأنه وجه واحد مقابل لوجه أبى حامد • وهما الوجهان اللذان ذكرهما المصنف ، لكن الأصحاب مطبقون على ذكر الخلاف بين أبى اسحاق وابن أبى هريرة ، والله تعالى أعلم •

(التنبيه الثامن) أن قول المصنف : « ومنهم من قال : اذا علم بالتصرية يثبت له الخيار على الفور » يحتمل أن يكون مرادة اذا علم بالتصرية فى الثلاثة الأيام ويحتمل مطلقا • فان كان المراد الثانى فالقول المذكور وهو قول ابن ابى هريرة كما ذكرناه فيما تقدم لأنه القائل بجواز الرد قبل الثلاث وبعدها على الفور • ويكون قول أبى اسحاق حينئذ قولا ثالثا فى المسألة لم يتعرض المصنف لحكايته • وان كان المراد الأول ، وان فرض المسألة فى الثلاث خاصة فالقول المذكور هو قول ابن أبى هريرة باتفاق الناقلين ، وهو قول أبى اسحاق أيضا على ما تقدم عن القاضى حسين ، فانه يوافق على الرد قبل الثلاث على الفور ، ولا يكون حينئذ فى مسألة الكتاب الا وجهان ، وتكون مسألة العلم بعد الثلاث مسكوتا عنها ، وفيها أيضا وجهان بين ابن أبى هريرة وأبى اسحاق ، فهما متفقان قبل الثلاث ، ويوافق أبا اسحاق فى امتناع الرد بعدها •

(التنبيه التاسع) أن اتفاق ابن أبى هريرة وأبى اسحاق على جواز الرد على الفور قبل الثلاث اذا حصل العلم باقرار البائع وببينة ظاهر لا اشكال فيه ، ولا شك أن أبا اسحاق لا يعتبر العلم بغير ذلك من ظهور التصرية بالحلبة والحلبتين كما تقدم ، وأما ابن أبى هريرة فلم يصرحوا عنه فى ذلك بشىء ، ويحتمل أن يكون موافقا لأبى اسحاق فى ذلك ، فان الحكم باحالة تناقص اللبن على التصرية مع احتمال احالته على اختلاف العلف وتبدل الأيدى غير مجزوم به ، ويحتمل أن يكون ابن أبى هريرة مخالفا لأبى اسحاق فى ذلك ، ويكتفى فى جواز الرد بظهور ذاك بالحلبة والحلبتين حيث لا معارض لذلك كما يعتمد عليه فى الثلاث ، فيكون ابن أبى هريرة وأبو اسحاق مختلفين قبل الثلاث من بعض الوجوه دون بعض •

(التنبيه العاشر) قول المصنف : « اذا علم » يحتمل أن يريد به حقيقة العلم باقرار البائع أو بالبينة . وذلك يسمى علما فى الحكم . وحينئذ يحصل الاتفاق بين ابن ابى هريرة وابى اسحاق فى جواز الرد قبل الثلاث ، ويحتمل أن يريد به مطلق الاطلاق ، ولو بدلالة الحلب ، فيعود فيه الكلام الذى قدمته الان ، والله أعلم .

(التفريع) لو اطلع على التصرية بعد الثلاث (فعلى) قول أبى حامد قالوا ليس له الرد ، لان ذلك خيار ثبت بالشرع للتروى كخيار الشرط ، فيفوت بانقضاء الثلاث (وعلى) قول ابن أبى هريرة وأبى اسحاق فقد تقدم حكمه ، وقال الجورى(١) : اذا علم بالتصرية بعد الثلاث فله الرد كسائر العيوب ، وانما جعل الثلاث فسحة له اذا علم فى أول يوم بالتصرية ، أو فى الثانى أن يؤخر الرد الى الثلاث وينقطع بآخر الرد بعد ثلاث .

وأما اذا لم يعلم فهو كسائر العيوب ، وهذا حسن ، ويوافقه ما سنذكره عن الابانة والوسيط ، ولو اشتراها وهو عالم بالتصرية ، فعلى قول ابن أبى هريرة وأبى اسحاق لا يثبت كسائر العيوب عندهم الا أبا حامد ، قالوا : يثبت له الخيار لأنه خيار شرع ، وشبهوه بما اذا تزوجت عنينا عالمة بعنته ، وعلى قول ابن أبى هريرة وأبى اسحاق لا يثبت كسائر العيوب وهو الأظهر فى المستظهرى .

واعلم أن الحكم بعدم الرد بعد الثلاثة وثبوته اذا اشتراها عالما بالتصرية ميل الى جانب التعبد ، وكل المفرعين ذكروا ذلك على قول أبى حامد حتى الماوردى ، وقد نبهت فيما تقدم على أنه لا تنافى بين اثبات الثلاث وجعل ذلك من باب العيب ، ويؤيده ما تقدم عن الشافعى رحمه الله أنه صرح فى الأم بأن التصرية عيب ، مع ما تقدم من الحكاية عن نصه أن الخيار ثلاثة أيام ، فالجمع بين هذين النصين يقتضى ما قلته ، ومقتضى ذلك أنه اذا اطلع بعد الثلاث له الخيار على الفور كسائر العيوب ، مع قولنا : ان الخيار يمتد

---

(١) يكثر فى النسخ فى ش و ق تصحيف اسم الامام على بن الحسين أبو الحسن الجورى بالراء المهملة الى اعجامها زايا (ط) .

الى ثلاثة أيام ، وان كان الزمن الذى قدره الشرع للخيار على سبيل التروى قد مضى ، كما يكون له الخيـار بعيب يطلع عليه بعد خيار الشرط ، وقد يتفق أن المشترى يغفل عن ملاحظتها فى مدة الثلاثة الأيام بأن يكون فى يد وكيله أو البائع أو غيرهما ، ثم يطلع بعـد الثلاث على التصرية دون تناقص اللبن فى الحلبات المـاضية .

وأما اذا اشتراها وهو عالم بالتصرية فيحتمـل أن يقال : ثبوت الخيار كما ذكروه فى التفريع على هـذا القول مع كونه عيبا ، لأن هـذا العيب لا يوقف على حقيقته فى العـادة الا بالثلاث ، فلا يفيـد العـلم بكونها مصراة حتى يحلبها ثلاثا ، فحينئذ يعـلم مقدار لبنها الأصلى ، وقبل ذلك يكون رضا بأمر مجهول ، كما يقول فى بيـع العين الغائبة اذا قلنا بصحته أنه ينفـذ فسخه قبل الرؤية ، ولا ينفـذ اجازته على الأصح على قول بيـع الغائب ، فكذلك ههنا ، وفى ذلك تمسـك بظاهر الحديث ومراعاة المعنى وبه يتجه اثبات الخيار مع العلم ، ولا يلزم منه اسقاط الخيار اذا اطلع على التصرية بعد الثلاث .

ومما يرشـد الى المعنى فى ذلك ما ورد فى الحديث « بيـع المحفلات خلابة ، ولا تحـل الخلابة لمسـلم » روى ذلك عن ابن مسعود مرفوعا الى النبى صلى الله عليه وسـلم وموقوفا على ابن مسـعود ، والوقف أصـح ، والرفع ضعيف ، ولكن يستأنس بذلك فى المعنى ، وهو يرشـد الى الحاق هـذا الخيار بخيار العيب ، كما ان من باع عينا علم عيبها ولم يبين فقد حصلت منه الخلابة (وهى الخديعة) وأما الذى يشترط وصـفا فى المبيع بحيث اذا ظهر خلافه يرد عليه ليس حاله حال المخادع ، فأفادنا الأثر المذكور أن الخديعة فى البيـع على تلك الصـورة ، وأن التصرية ــ وان لم تكن من البائع ــ تثبت الخيار ، لأنه بالبيـع معها من غير تبيين مخادع ، كما أن بائع العين المعيبة مخادع ، وان كان العيب ليس منه ، فهـذا المعنى يقتضى ثبوت الخيار ، أى وقت اطلع عليه .

ثم فى المصراة معنى آخـر ، وهو أنه لا يوقف على عيبهـا فى العـادة الا بثلاثة أيام فزيد فيهـا هذا الحكم ، ولم يسقط بالعـلم كغيرها من العيوب ، لأن العـلم بالتصرية لا يفيـد الغرض ، وينخرم به

الخدش على مقـــدار اللبن الأصلى ، فهـــذا ما ظهـــر لى فى هاتين المسألتين ، وأنه يثبت الخيار ثلاثا مع العـــلم ، ويثبت اذا اطلع على عيب التصرية بعد ثلاث على الفور ، وقد قدمت عن الجورى القول بذلك ، وابن المنذر لمـــا نقل عن الشـــافعى وناس من أهل الحديث أنهم يجعلون لمشتريه خيار ثلاثة أيام .

قال : وفى مذهب بعض المدنيين له الخيار ــ متى تبين له أنها مصراة ــ أن يردها (قلت) وهذا هو قول ابن أبى هريرة ، وقد خرج صاحب التتمة بأنه اذا علم التصرية لا خيار له وحكى الوجهين فيمـــا اذا توهمها أو أخبره بها من لا يثق بخبره ثم تحقيق ذلك عنـــده .

وقال الشيخ أبو حامد رحمه الله : اذا علم التصرية ثم لم يدم اللبن بل عاد الى ما كان عليه قبل التصرية ، فهل له الرد ؟ فيه وجهان ، وهذا الكلام يوهم أنه لو دام على ما أشـــعرت به التصرية لم يكن له الرد ، وأن الخلاف مقصور على ما اذا رجع الى ما كان عليه ، ويؤيده أنهم قد شـــبهوا ذلك بما اذا تزوجت عنينا عن غيرها على رجاء أن لا يكون عنينا عنها ، فاذا تحققت عنته عنها أيضـــا ثبت لهـــا الخيار ولا شك أنه لو لم يعن عنها لم يثبت لها خيار .

لكن الخلاف فى مسألة المصراة مطلق ، لأن مأخذ اثبات الخيـــار أنه خيار شرع ثابت بالحديث ، وذلك لا يختلف ، نعم يمكن أن يقال : ان جعلنا الخيار خيار شرع فيثبت فى حالة العـــلم بالتصرية ، سواء دام اللبن أو لم يدم ، وان جعلناه خيار عيب فيأتى فيه الخلاف كما أشعر به كلام أبى حامد ، وللمأخـــذ الذى ذكره من الالحاق بمسألة العنين .

وفى الابانة والوسيط الجـــزم بأنه ان كان بعد مضى الثلاث فالخيار على الفور وان كان قبله فوجهان ، وهـــذه العبارة قد يؤخذ منها أنه على أحد الوجهين يمتـــد الخيـــار الى ثلاثة أيام ، وأنه ان اطلع بعـــد الثلاث كان على الفور ، وهو الذى تقـــدم اختيارى له ، لكنى لا أعلم من قال بذلك من الأصحاب .

وما اقتضـــاه كلام الفورانى المذكور يقوى التمســـك به فى ذلك ، لأنه لم ينقـــل عن شخص معين أنه قال بمجمـــوع ذلك ، وانما اقتصرت

على قول الفورانى بعـد الثلاث ، وعلى الوجهين قبله ، وكان الأولى فى الترتيب فى الصنف خلافه ، الا أن يكون عنده وجه بذلك ، فيكون موافقا لمـا اخترته ، ويمكن أن يقال : لا حاجة الى نقله عن غيره ، بل كلام الفورانى وحده يكون فى اثبات طريقة فى المذهب فى الجـزم بالفور بعد الثلاث ، والتردد قبلها ، ومن ذلك يخـرج القول المختـار ففيه وجهان (أحدهما) له الخيار للتدليس (والثانى) لا ، لعدم الضرر •

(فـرع) اذا قلنا بأن الخيـار يمتـد الى ثلاثة أيام ، فهل ابتداؤها من حين العقـد ، أو من التفرق ، فيه الوجهـان فى خيار الشرط ، هكذا قال الرافعى رحمه الله تبعا للشيخ أبى محمد وصاحب التتمة (والأصح) من الوجهين فى خيار الشرط أن ابتـداءه من العقـد •

وقد قال الجـورى هنا : ان الأصح أن أول وقت الثلاث من التفرق ، قال : لأن الفرقة تبيح له التبسـط بالحلب وغير ذلك ، وقبل التفرق ممنوع من التصرف ، وخيـار المجلس لهما جميعـا ، واذا تفرقا بطل خيار البائع ، وحصـل للمشترى خيار الثلاث ، وفى المجـرد من تعليق أبى حامد أن ابتـداء الثلاث على مذهب المروزى التفرق ، وعلى مذهب ابن أبى هريرة على وجهين •

(فـرع) لو اشترط خيار الثلاث للبائع فى المصراة ، قال الجورى : لم يجـز لأن الخيار يمنع المشـترى من الحلب وسائر التصرف ، وترك الحلب والتصرف فى الشـاة يؤدى الى الاضرار بالشـاة ، هكذا قاله الجـورى ، ووقفت عليه فى كتابه ونقله ابن الرفعة عنه وسكت عنه ولك أن تقول : لم لا يكون الحلب وجواز التصرف لمن الملك له ؟ فان حكم بأن الملك للبائع فله الحلب والا فللمشترى ولا يحصـل بذلك اضرار بالشـاة ، نعم ذلك يؤدى الى محظـور على قولنا : ان الملك للبائع فى زمن الخيار ، لأن اللبن الحادث يكون تبعـا للملك وان تم العقد على الأصـح فاللبن الموجود عنـد العقـد للمشترى لدخوله فى العقـد واختلاطهما معلوم •

فلو شرط الخيـار للبائع وحكم بأن الملك له فى اللبن الحـادث للزم هـذا المحذور فيؤدى الى بطلان البيـع بخلاف خيار المجلس ،

فان مدته قصيرة غالبا ، وأيضـا فالقول بأن الملك للبائع فى خيـار المجلس ضعيف ، بخلاف خيار الشرط اذا كان للبائع وحـده • وقـد يقال : ان ما علل به الجـورى صحيح ، وان التصرف فى المبيـع أو فى جزئه ، وان حكمنا بأن الملك للبائع ممتنـع ، وان كان اذا تصرف يصـح كما ذكر الأصحاب فى بعض التصرفات • وأما الحل فلم يذكروه فان ثبت تحريم على التصرف لزم ما قاله الجـورى ، لأن التصرف بالحلب تصرف فى المبيـع واذا منعنـا من ذلك أدى الى الاضرار بالشـاة كما قال ، والله أعلم •

(فـرع) لو اشترط للمشترى وحـده • قال ابن الرفعـة : فيشبه أن يكون ابتـداء الثلاث فى التصرف من انقضـاء خيار الشرط للمشترى • اذا قلنا عنـد فقده : انه من انقضـاء خيار المجلس • حذرا من اجتماع متجانسين كالأجل ذلك • قلنا : ان ابتـداء خيار الشرط من حين التفـرق (قلت) وهذا بعيـد لأن التصرية تتبين فى الثلاثة الأولى ، فاثبات ثلاثة أخـرى لا وجه له ، والأولى أن نقول على هـذا القول انه لا حاجة الى شرط الخيـار للمشترى ، لأنه ثابت بالشرع ، فكان كما لو شرط خيار المجلس ، فان ذلك لغو لا فائدة فيه ، والله أعلم •

فان صح ذلك فتكون هـذه المسألة من المسـائل التى يثبت فيها خيار المجلس ولا يثبت فيها خيار الشرط للبائع وحده ، ولا للمشترى وحده ، وأما شرطه لهما فيحتمل أن يمتنع أيضا أخذا مما قاله الجورى ومما قلته ، ويحتمـل أن يجوز ، ولا يمتنع التصرف بالحلب ، لأن الأصل استمرار العقـد ومنه ثبتا ، وفى الصـورة التى ذكرها الجـورى نظر فى أنه اذا كان الخيـار للمشترى بالشرع لأجل التصرية ، فلو صححنا اشتراط الخيار مع ذلك للبائع هل يكون ثبوت الخيـار لهما بهـذين الشيئين كثبوته بالشرط حتى لا يحكم بالملك حينئذ أو لا ؟ لا ، لاختلاف سببهما وهو الظاهر ، والله أعلم •

(فـرع) اذا اشتراها وهى مصراة ولم يعـلم بها حتى ثبت لبنها على الحـد الذى أشـعرت به التصرية وصار عادة بتغير المرعى ، ففيه وجهان (أحدهما) له الخيـار للتدليس (والثانى) لا ، لعـدم

الضرر • قال القاضى أبو الطيب : والأول أصـــح (قلت) وهـــذا على رأيه فى أنه خيـــار عيب ، وشبهوا هذين الوجهين بالوجهين فيما اذا لم يعرف العيب القديم الا بعـــد زواله ، وبالقولين فيما اذا أعتقت الأمة تحت عبد ولم يعـــلم عتقها حتى عتق الزوج ، وفى تعليق سليم عن أبى حامد ، قال الشيخ : أما القولان فعلى ما قال • وكذلك مسألة العيب ، فأما هـــذه المســـألة فلا أعرف لاثبات الخيـــار وجها لأن نقصـــان اللبن ليس بعيب فى الأصل ، وانما كانت تثبت الخيار للجمع وقد استدام له ذلك •

(**قلت :**) وليس الأمر كذلك بل له وجه ظاهر ، لأن هـــذه الأمور العارضة على خلاف الجبلة لا يوثق بدوامها ، بخلاف اللبن المعتـــاد من أصل الخلقة • ومن المعـــلوم أن الكلام فى هـــذا الفـــرع اذا جعلنا له الرد من باب العيب • أما من يجعل الخيـــار بالشرع ويبين ذلك فى الثلاثة فله الرد بلا اشـــكال ، وبنى الجرجانى الوجهين على أن الخيـــار هل هو خيار خلف أو خيار عيب ؟ فان جعـــلناه خيار خلف فلا يثبت ههنا ، لأنه لم يخلف ، وان جعلنـــاه خيار عيب فينبنى على أن من اشترى سلعة وبها عيب فلم يعـــرف الا بعد زواله هل يثبت له الخيار ؟ •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان اختـــار رد المصراة رد بدل اللبن الذى أخـــذه ، واختلفت الرواية فيـــه ، فروى أبو هريرة « صاعا من تمـــر » وروى ابن عمـــر « مثل أو مثلى لبنهـــا قمحـــا » واختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو العباس ابن سريج : يرد فى كل بلد من غالب قوته ، وحمـــل حديث أبى هريرة على من قوت بلده التمـــر • وحديث ابن عمـــر على من قوت بلده القمـــح ، كما قال فى زكاة الفطـــر : « وصاعا من تمـــر أو صـــاعا من شعير » وأراد التمـــر لمن قوته التمـــر ، والشـــعير لمن قوته الشـــعير • وقال أبو اســـحاق : الواجب صاع من التمـــر لحديث أبى هريرة ، وتأول حديث ابن عمـــر عليه اذا كان مثل لبنهـــا من القمح أكثر قيمة من صاع التمر فتطـــوع به) •

(**أما الأحكام**) فالمشترى للمصراة اما أن يختار امساكها واما

(**الشرح**) رواية أبى هريرة وابن عمر تقدم بيانهما . وأن الرواية الى ابن عمر غير قوية •

أن يختار ردها . واذا اختار الرد فاما قبل الحلب واما بعده ، واذا كان بعده فاما مع بقاء اللبن واما بعد تلفه ؛ فهذه أربعة أحوال سكت المصنف عن الحالتين الأولتين لسهولة الأمر فيهما • وذكر الحالتين الآخرتين احداهما فى هذه القطعة من الفصل ؛ والأخرى فى القطعة التى ستأتى فى كلامه ان شاء الله تعالى ، فلنذكر الأحوال الثلاث ونقدم الصور التى فرضها المصنف وهى ما اذا أراد ردها •

وصورة المسألة اذا كان ذلك بعد الحلب ، وكان اللبن تالفا • فقد اتفق الأصحاب على جواز ردها ورد بدل اللبن ، ولا يخرج ردها على الخلاف فى تفريق الصفقة ، لتلف بعض المبيع وهو اللبن اتباعا للأخبار الواردة فى الباب ، على أن اللبن على رأى لا يقابله قسط من الثمن وسيأتى فى الحالة الثالثة تحقيق النقل فى هذا الرأى • ولا أعلم أحدا حكى خلافا فى جواز الرد ، الا ابن أبى الدم فانه قال : فيه وجه حكاه الامام أنه اذا حلب اللبن فتلف امتنع عليه رد الشاة ، قياسا على رد العبد القائم بعد تلف الآخر ، ولا وجه لهذا الوجه مع الحديث •

(**قلت** :)وهذا الوجه لم أقف عليه فى النهاية • ولعله اشتبه بالوجه الذىسنذكره فى الحالة الثالثة اذا ردها بعيب غير التصرية • قال ذلك الوجه فى النهاية ، أما ههنا فلا • ثم اختلفوا فى المضموم الى المصراة الرد فى جنسه وقدره لأجل اختلاف الأحاديث الواردة أما الجنس وهو الذى ذكره المصنف فقد حكى المصنف فيه وجهين ، والأول منهما نسبه الشيخ أبو حامد فيما علق سليم عنه والقاضى أبو الطيب الى ابن سريج كما نسبه المصنف رحمه الله ، وأن الواجب عنده فى كل بلد غالب قوتها ونسبه الماوردى الى أبى سعيد الاصطخرى ونسبه الرويانى اليهما •

وقال فى الحلية : انه القياس • ونسبه المحاملى والشيخ أبو حامد فى تعليق البندنيجى عنه الى ابن أبى هريرة وهو غريب ، ونسبه

الجورى لما تكلم فى مسألة الجارية الى ابن سلمة . قال : فكان ابن سريج وابن سلمة يردانها مع صاع من أقرب قوت البلد ، فان صحت هذه النقولات فلعلهم الأربعة قائلون بهذا الوجه . وظاهر كلام هؤلاء الناقلين أنه لا يجوز على هذا الوجه التمر اذا لم يكن غالبا . أو يكون حكمه كما لو عدل اليه عن القوت الواجب فى زكاة الفطر ، وفيه خلاف . والجورى جعل محل الخلاف فيما اذا علم الثمن فحكى فيه قولين (أحدهما) يعتبر غالب قوت البلد (والثانى) لا يجوز الا التمر . وصاحب التتمة قال : انه لا يختلف المذهب أنه لو رد التمر جاز وأنه لو رد بدله شيئا آخر كالحنطة أو الشعير ففيه وجهان (أحدهما) عليه رد الثمن ولا يجب على البائع قبول غيره (والثانى) يجوز أن يرد بدله صاعا من قوته وكلا هذين الصنفين يخالف ظاهر اطلاق الأولين وكلام الرافعى يوافق كلام صاحب التتمة فانه صور كلامه بأنه يرد التمر . ثم حكى الخلاف فى تعينه وقيام غيره مقامه ، والمراد بعدم الجواز هنا أنه لا يجبر البائع على قبوله . أما عند التراضى فسيأتى حكمه ان شاء الله تعالى .

فاذا جمعت ما قاله الجورى وصاحب التتمة مع اقتضاء كلام الأكثرين حصل لك فى رد الغالب من قوت البلد ثلاثة أوجه (أحدها) أنه واجب (والثانى) أنه جائز ، وهو مقتضى كلام الرافعى وصاحب التهذيب (والثالث) التفرقة بين أن يكون التمر موجودا فيمتنع ، أو معدوما فيجوز ، ويكون حينئذ هو الواجب ، ويحتمل أن تكون هذه ثلاثة أوجه محققة من قائلين مختلفين . ويحتمل أن يكون اختلافا فى تحقيق قول واحد .

أما عن بعض الأصحاب كابن سريج أو عن الشافعى كما اقتضاه اطلاق الجورى قولين ، وبالجملة فلك أن تعتمد على ذلك فى حكاية الخلاف على هذه المقالات الثلاث ، وكلها ضعيفة والصحيح خلافها كما سيأتى ان شاء الله تعالى .

وقد نقل الأئمة عن ابن سريج أنه جعل اختلاف الأحاديث على ذلك . وأن النبى صلى الله عليه وسلم اختلف لفظه لذلك فقال : « صاعا من تمر بالمدينة » لأن غالب قوتها التمر ، وكانت الحنطة بها عزيزة

وقال : « صاعا من طعام لاسمراء » حيث يكون الغالب من القوت الشعير أو الذرة أو الأرز ، وقال : « مثل لبنها قمحا » وأراد به الصاع لأن الغالب أنه مثل اللبن الذى فى الضرع • وقصد به اللبن الذى يكون ذلك غالب قوته •

ووراء هذه الأوجه الثلاثة غير القول بتعين التمر الذى ذكره المصنف رحمه الله وجه رابع أنه يرد صاعا من أى الأقوات المزكاة شاء • من تمر أو بر أو شعير أو زبيب ، ويكون ذلك على التخيير • نقله الماوردى عن ابن أبى هريرة وقد تقدم نقل المحاملى عنه للوجه الأول ، والله أعلم •

وقال الماوردى بعد حكاية هذا القول : وقوله : « مثلى لبنها قمحا » لأنه فى الغالب يكون صاعا لأن الغالب فى الغنم أن تكون الحلبة نصف صاع • يعنى ويكون تردد الرواية فى ذلك محمولا على التنويع ، مثل لبنها ان كان كثيرا ، قدر لبنها ان كان كبيرا قدر صاع ، أو مثلى لبنها ان كان قليلا ، وهو الغالب على الشياه فى بلادهم •

وممن ذهب الى هذا الوجه أبو بكر أحمد بن اسماعيل الاسماعيلى ، فانه قال فى كتابه المستخرج على صحيح البخارى : وفى قوله : « صاع من تمر لا سمراء » دليل على أن المعنى هو المقصود لا الاقتصار على اللفظ ، لأن التمر اسم لنوع معروف ، وقوله : « سمراء » لو كان نوع التمر هو المقصود لم يكن لقوله لا سمراء معنى ، فثبت أن المعنى التمر ، وما قام مقامه لا يكفى سمراء •

(قلت :) ولا يلزم ذلك • وليست (لا) متعينة فى الاخراج ، وانما هى هنا عاطفة ، مثلها فى قولك : جاءنى رجل لا امرأة والمعنى فى ذلك نفى توهم أن تكون السمراء مجزئة • فهذه الأوجه الأربعة مشتركة فى أن التمر غير متعين • بل يقوم مقامه غيره ، وهؤلاء الذين قالوا بأن غيره يقوم مقامه قصروا ذلك على الأقوات كما فى صدقة الفطر ، وانما الخلاف ههنا فى التخيير أو فى اعتبار الغالب من قوت البلد ، وهو الصحيح على القول بعدم التمر • قال الامام : لكن لا نتعدى هنا الى الأقط بخلاف ما فى صدقة الفطر للخبر • وهذا الذى قاله الامام يوافقه ما تقدم عن الماوردى فى نقل قول التخيير •

(وقوله :) ان ذلك فى الأقوات المزكاة وان كان قد أطلق النقل فى قول الاصطخرى ووراء هذه الأوجه الأربعة على القول بأن التمر لا يتعين وجه خامس عن حكاية الشيخ أبى محمد ، واختلف فى التعبير عنه (فقال ولده امام الحرمين) وهو أعرف بمراده : ذكر شيخى مسلكا غريبا زائدا على ما ذكره الأصحاب فى طرقهم فقال : من أصحابنا من قال : يجرى فى اللبن على قياس المضمونات فان بقى عينه ولم يتغير رده ، وليس عليه رد غيره ، وان تغير مثله . فان اللبن من ذوات الأمثال . فان أعوز المثل فالرجوع الى القيمة . وقد أومأ اليه صاحب التقريب ولم يصرح . وهذا عندى غلط صريح وترك لمذهب الشافعى رحمه الله ، بل هو حيد عن مأخذ مذهبه . ويبطل عليه مذهب الشافعى فى مسألة المصراة ، ولم يبق الا الخيار فان اعتمدنا فيه الخبر لم يبعد من الخصم حمله على شرط الغزارة مع تأكيد الشرط بالتحفيل ، فهو اذن هفوة غير معدودة من المذهب لا عود اليها . هذا ما ذكره الامام فى ذلك وهو أعرف بمراد والده ، والأمر فى تضعيفه كما ذكره فان ذلك مجانب للحديث والمذهب .

ويقتضى أن التمر ليس الواجب أصلا وأنه عند تلف اللبن الواجب رد مثله والرافعى رحمه الله صدر كلامه بأنه يرد التمر ثم جعل ما حكاه الشيخ أبو محمد رحمه الله على أنه يقوم مقام التمر غيره حتى لو عدل الى مثل اللبن أو الى قيمته عند اعواز المثل أجبر البائع على القبول اعتبارا بسائر المتلفات ، وفى هذا تأويل لكلام الشيخ أبى محمد رحمه الله وأن ايراده يرده ان شاء ، وليس عليه رده حتما ، وذلك موافق لما سيأتى فى الكتاب فى هذا الفصل أن البائع يجبر — على وجه — على قبول اللبن اذا كان باقيا ، ومال ابن الرفعة الى هذا التأويل ، وقال : ان كلام الشيخ أبى محمد رحمه الله فى السلسلة ينطبق عليه ، لكن هذا التأويل يأباه ظاهر حكاية الامام عنه . (وقوله) انه يجرى فى اللبن على قياس المضمونات ، وأيضا فان الوجه الذى سيأتى فى كلام المصنف رحمه الله انما هو فى حالة بقاء اللبن ، والامام — وان كان كلامه عن الشيخ أبى محمد فى حالة بقاء اللبن أيضا — لكن قوله : انه على قياس المضمونات نعم ، وأيضا كلام الرافعى فى ذلك : انما هو فى حالة التلف ، فان حمل على هذا التأويل على بعده وأن

الواجب الأصلى هو التمر وله أن يعدل عنه الى مثله فعلى بعده ليس على قياس المضمونات ، كما اقتضاه كلام الامام عنه ، وهو وجه آخر غير ما ذكره الأصحاب فى الحالتين أعنى حالة تلف اللبن ، وحالة بقائه خلافا لما قاله ابن الرفعة ، أن ذلك ليس خارجا عن كلام الأصحاب ، وان كان المراد ظاهر ما نقله الامام ، ففى ذلك مخالفة لما نقله الرافعى ، وهو فى غاية المصادمة للحديث والمذهب •

قال ابن الرفعة : لكن له وجه ، فان اللبن الكائن فى الضرع قبل الحلب يسير لا يتمول فصار تابعا لما فى الضرع كما اذا اختلط بالثمرة المبيعة ونحوها شىء من مال البائع لا قيمة له فانه لا يمنع وجوب التسليم عليه للمشترى ، ولهذا حكى الماوردى طريقة قاطعة بأنه اذا اشترى رطبة فلم يأخذها حتى طالت ان الزيادة تكون للمشترى ككبر الثمرة ، وقد حكى الامام مثل ذلك عن شيخه فيما اذا باع صاعا من اللبن الذى فى الضرع ، وقد رأى منه أنموذجا فقال : وكأن شيخى سابق فى التصوير ، ويقول : اذا ابتدر حلبه واللبن على كمال الدرة لم يظهر اختلاط شىء به ، له قدر به سألاه ، وان فرض شىء على ندور لمثله محتمل ، كما اذا باع جزة من قرظ •

قال ابن الرفعة : والخبر على هذا محمول على ما اقتضاه ظاهره ، فانه يقتضى أن الرد بعد ثلاث ، واللبن اذ ذاك يكون تالفا فى الغالب ، نعم المشكل قوله : عند تعيين اللبن ، يعنى بالحموضة بوجوب رد مثله •والخبراذا خرج مخرج الغالب يوجب رد غيره ، فالغرابة فى هذا ، لكنه قياس ايجاب رد اللبن عند عدم التغير نظرا الى جعل زيادة اللبن بالحلب تابعة ، واذا وجب رد المثل فتعذر كان الواجب قيمته •

(**قلت**) وهذا التكلف على طوله ليس فيه محافظة على ظاهر ما نقل عن الشيخ أبى محمد من الجرى على قياس المضمونات ، فان ما ذكره ابن الرفعة مقتصر على حالة بقاء اللبن ، وحمل الحديث على الغالب ، ثم ذلك غير متجه من وجهين (أحدهما) أن مقتضى ذلك أن لا يجوز الرد قبل ثلاث ، وهو لا يقول بذلك على ما هو المشهور من المذهب (والثانى) أن غاية ذلك ابداء وجه من القياس لرد اللبن ، ونحن

لا نذكر أن القياس قد يقتضى ذلك ولكن المتبع فى ذلك الحديث وهو عمدة المذهب فى ذاك فالعدول عنه خروج عن المذهب ، وكلام الشيخ أبى محمد فى السلسلة مقتصر بظاهره على حالة التلف فانه قال فى حكاية الوجه : للمشترى جبر البائع على قبول المثل ان كان المثل موجودا ، والا عدل الى الدراهم كسائر المتلفات ، والله تعالى أعلم .

فهذه الخمسة الأوجه على ما اقتضاه كلام الرافعى يجمعها القول بأن التمر لا يتعين ، وعلى ما يشعر به ظاهر كلام الامام الأربعة الأولى مشتركة فى ذلك ، وهذا الخامس لا يشاركها بل يتعين عليه رد اللبن أو مثله أو قيمته على الأحوال التى ذكرها ، ويقابل ذلك كله الوجه الثانى الذى ذكره المصنف عن أبى اسحاق المروزى اتباعا لحديث أبى هريرة رضى الله عنه ، ممن صحح هـذا الوجه الشيخ أبو محمد فى السلسلة ، والرافعى والنووى ، وممن نسبه الى أبى اسـحاق كما نسبه المصنف رحمه الله الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمـاوردى وابن الصباغ وغيرهم .

واختلف القائلون لهذا الوجه فقال المـاوردى : على هـذا لا يجوز العدول الى غير التمـر . ولو أعوز التمر أعطى قيمته . وفى قيمته وجهان (أحدهما) قيمته فى أقرب بلاد التمـر اليه (والثانى) قيمته بالمدينة . وقال القاضى أبو الطيب والبغـوى عن أبى اسحاق : انه ان عدل الى ما هو أعلى منه جاز ، وان عدل الى ما هو دونه لا يجـوز الا برضا البائع ، هكذا قال البغـوى وفيه التنبيه على أنه اذا عـدل الى الأعلى جاز من غير رضا البائع ، وكلام البغوى يقتضى أن الحنطة أعلى من التمـر ، وكلام أبى الطيب مصرح بأنها قد تكون أعلى وقـد تكون أدون ، وكأنه راعى فى ذلك القيمة ، وكأن البغـوى راعى فى ذلك الاقتيات فحصل من هذين النقلين عن أبى اسحاق وجهان .

والعجب أن الرافعى رحمه الله عمدته التهذيب : ولم يحـك عن أبى اسحاق ما حكاه البغوى فيه ، وانما حكى عن أبى اسحاق ما حكيناه عن نقل المـاوردى ، ولم يحك عن المـاوردى أيضا عند الاعواز الا اعتبار قيمة المدينة ، وكلام المصنف منطبق على ما حكاه القاضى أبو الطيب والبغوى ، فقد اجتمع فى جنس المردود مع المصراة سبعة أوجه ، ولك

فى ترتيبها طريقان (أحدهما) أن تقول فى الواجب ثلاثة أوجه . (احدها) على قياس المضمونات على ظاهر ما حكاه الامام .

(والثانى) التمـر (والثالث) جنس الأقوات (فان قلنا) بالتمر فهل نعدل الى أعلى منه أو الى غالب قوت البلد ، أو يفرق بين أن يكون التمر موجودا فتعين ، أو معدوما فيعـدل الى الغالب ؟ أربعة أوجه (وان قلنا) بالأقوات فهل يتعين الغالب أو يتخير ؟ وجهان .

(والطريقة الثانية) أن نقول : الواجب التمـر ، وهل يتعين ؟ وجهان (فان قلنا) يتعين فهل يعدل الى أعلى منه ؟ وجهـان (وان قلنا) لا يتعين ، فهل يقوم مقامه الأقوات ، أو الأقوات وغيرها ؟ وجهان (الثانى) قول الشيخ أبى محمد وان قلنا : الأقوات وحـدها ، فهل يتخير أو يتعين الغالب ؟ وجهان ، وهذه الطريقة مقتضى ترتيب الرافعى ، وليس فى كلام الرافعى رحمه الله الا أربعة أوجه ، ولم يحك وجه العدول الى الأعلى ولا التفرقة بين أن يكون التمـر موجودا أو معدوما ولا وجه الجرى على قياس المضمونات على ظاهر ما حكاه الامام ، وليس لك أن تأخذ من هـذا الكلام اثبات وجه ثامن جمعا بين ما اقتضاه كلام الامام وكلام الرافعى فى النقـل عن الشيخ أبى محمد ، لأن ذلك اختلاف فى فهم كلام رجل واحد من الأصحاب ، وانما يصح اثبات وجهين لو ثبتا جميعا عنه ، أو قائلين ، وليس الأمر ههنا على هـذه الصورة .

(**فان قلت :**) ما ذكرت أن الرافعى سكت عنه مما حكاه صاحب التهذيب عن أبى اسحاق قد شـمله قول الرافعى رحمه الله ، أن الاعتبار بغالب قوت البلد يعنى فى القيام مقام التمر ، فهـذا هو العدول من التمر الى أعلى منه .

(**قلت**) ليس كذلك ، لأنه ليس غالب قوت البلد أعلى من التمـر على الاطلاق لا فى الاقتيات ولا فى القيـمة ، فقد يكون بلد غالب قوته قوت هو أدنى من التمـر قوتا وقيمة ، وقد نقل الأصحاب عن أبى اسحاق أنه جعـل ترتيب الأخبار على القول المنقول عنه ، كما أشـار المصنف رحمه الله اليه ، فصرح بالتمـر فى حديث وفى آخـر قال : « من طعام »

وأراد التمر • وفى آخـر قال : « قمحا » وذلك اذا كان القمح أعز ، ورضى بذلك •

وحيث قال : « مثل » أو « مثلى لبنها » أراد اذا كان قدر ذلك صاعا ، وهذا الترتيب يوافق ما حكاه عنه المصنف والقاضى أبو الطيب والبغوى ، وهو مقتضى كلام الشيخ أبى حامد عنه (وأما) ما حكاه المـاوردى والرافعى فلا يوافقذلك ، لأنه لا يجوز اخراج غير التمر أصلا •

(**فان قلت**) ما الصحيح من هذه الأوجه ؟ قلت : الصحيح أن الواجب هو التمر ، لأن الأحاديث الصحيحة مصرحة بالتمر ، والتى فيها الطعام مطلقا محمولة عليه ، لأن المطلق محمول على المقيد •

وأما حديث ابن عمـر الذى فيه القمح فقد تقـدم التنبيه على ضعف طريقه ، ولا حاجة الى ما تأوله ابن سريج وأبو اسحاق عليه فيكون الصحيح أن الواجب هو التمـر لا شبهة فيه • لكن هل يتعين ولا يجـوز غيره كما نقله المـاوردى عن أبى اسحاق ؟ أو يقوم مقامه ما هو أعلى منه كما نقله الباقون ؟ هـذا محل النظر وقد قال الرافعى : ان الأصح عند الشيخ أبى محمد وغيره أنه يتعين التمـر ولا يعدل عنه ولم يحك الرافعى عن أبى اسحاق غير ذلك • وظاهر ذلك تصحيح لمـا نقله المـاوردى • وان غير التمر لا يجـوز • كذلك هو فى المحـرر • وصححه النووى أيضا ، وهو الذى يقتضيه ظاهر الحديث ، اللهم الا أن يكون ذلك برضا البائع وسيأتى حكمه ان شاء الله تعالى •

لكن قد يتوقف فى هـذا التصحيح لأمرين (أحدهما) أن حكاية الأكثرين عن أبى اسحاق أنه يجـوز العدول الى الأعلى ، كما اقتضـاه كلام المصنف وغيره ، وكثرة القائلين لذلك عن أبى اسحاق يقتضى على ما نقله المـاوردى عينه وتبين مراد أبى اسحاق ولا يبعـد أن يتناول كلام المـاوردى • وان كان خلاف الظاهر ليوافق كلام الأكثرين • واذا لم يتحقق هـذا الوجه عن أبى اسحاق • وليس منقولا عن غيره فكيف نقضى بصحته (الثانى) أن الأصحاب اتفقوا فى زكاة الفطر على أنه يجوز العدول عن القوت الواجب الى قوت أعلى منه • فاذا عدل عن التمر الى ما هو أعلى ينبغى أن يجوز •

(والأصح) أن الاعتبار بزيادة الاقتيات . والقمح أعلى بذلك الاعتبار . وان اعتبرنا القيمة على الوجه الأخير فقد يكون القمح فى بعض الأوقات أكثر من قيمة التمر . فلو كان التمـر فى المصراة متعينا حتى لا يجوز غيره ، وان كان أعلى .

(فالجواب) أما اختلاف النقل عن أبى اسحاق وكون ذلك يقتضى التوقف فى نسبة هـذا القول اليه أو الى غيره ، ويلزم من ذلك أن لا يكون متحققا ، فهو بحث صحيح . ولكن لنا أن نتمسك فى أن الواجب هو التمر بظاهر كلام الشافعى رحمه الله ، وقوله : أن يرد صاعا من تمر ، وقوله : أن ذلك ثمن واحد وقته رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا كان نص الحديث ونص صاحب المهذب يقتضى أن بدل اللبن هو التمـر فيمكن للمشترى من اعطاء بدله بغير رضا مستحقه على خلاف القواعد ، لا يدل عليه دليل . ويكفى التمسك فى الصحيح بنص صاحب المهذب المستند الى دليل . وأما من يشترط فى التصحيح موافقة معظم الأصحاب فيحتاج الى بيان ذلك ههنا فى هذه المسألة . ولم أقف من كلام الأصحاب على ما يقتضى ذلك ، ولا على نسبة القول المذكور الى غير أبى اسـحاق . نعم الامام قال : ذهب ذاهبون الى أن الأصـل التمر فلا معدل عنه . وهـذا الذى نقله الامام يوافق ما نقله المـاوردى عن أبى اسحاق ، فيحتمل أن يكون مراد الامام بالذاهبين أبا اسحاق ومتابعيه ، ويعود ما تقدم من جهة اختلاف النقل عنه .

وبالجملة فمستند من لم يقل من الأصحاب على كثرتهم بتعين التمر اختلاف الرواية ومجىء القمح فى بعض الروايات . وقال الامام : ان ذلك الذى مهد لأصحاب القوت مذهبهم ، والا فالأصل الاتباع ، وأنت اذا وقفت على ما تقـدم من التنبيه على ضعف رواية القمـح المطلق على المقيـد فى بقية الروايات التى أطلق فيها الطعـام تارة وذكر التمر أخـرى ، لم تبال بمخالفة كثير من الأصحاب اذا اتبعت الحديث ونص الشافعى من غير تأويل .

وأما الجواب عن اتفاق الأصحاب فى زكاة الفطـر على أنه يجوز العدول الى الأعلى ، فان المقصـود فى زكاة الفطـر سد خلة المساكين ، والحق فيها لله تعالى ، فلا يحصـل فيها من التنازع والخصومة ما يحصل

فى غيرها • وهذان الأمران مقصـــودان فى مسألة المصراة ، فان الحق فيها للآدمى مقصـــود الشارع فيها قطع النزاع مع ما فيها من ضرب تعبد • فقد بان ووضح لك أن الصحيح وجوب التمر وتعيينه ، ولا يجوز العدول عنه الى غيره ، ســـواء كان أعلى أو أدنى الا برضا البائع فسيأتى الكلام فيه • وهذا الصـــحيح خلاف الوجهين المذكورين فى الكتاب لمـــا تبين لك أن مراده عن أبى اسحاق أنه يعدل الى الأعلى ، وصحح ابن أبى عصرون فى الانتصـــار قول ابن سريج ، والله أعلم •

هذا الكلام فى جنس الواجب ، وأما مقداره ففيه وجهان (أصحهما) أن الواجب صاع قل اللبن أو كثر وان زادت قيمته على قيمة الصاع أم نقصت لظاهر الخبر • وهـــذا الذى نص الشافعى عليه رحمه الله فى الجزء السادس عشر من الأم قال الشيخ أبو محمد : واليه مال ابن سريج • والمعنى فيه قطع النزاع ، لأن الموجود عند البيع يختلط بالحادث بعده ، ويتعذر التمييز فتولى الشرع تعيين بدله قطعا للخصومة • وقد تقدم ذلك فى الجواب عن الوجه الرابع من أسئلة الحنفية التى ادعوا فيها خروج الحديث عن القياس •

(والثانى) أن الواجب يتقدر بقدر اللبن لرواية ابن عمـــر التى فيها : « مثل أو مثلى لبنها » • وعلى هـــذا فقد يزداد الواجب على الصاع وقد ينقص ، وأن الأمر بالصـــاع كان فى وقت علم أنه يبلغ مقدار اللبن • فاذا زاد زدنا واذا نقص نقصنا ، وهـــذا الوجه بعيد مخالف لنص الشافعى رحمه الله ولنص الحديث • وقد تقدم ضعف الرواية التى تمســـك بها • وهـــذان الوجهان حكاهما الفورانى والقاضى حسين والشيخ أبو محمـــد وغيرهم من الخراسانيين هكذا على الاطلاق ، ومقتضى ذلك أنا ننظر الى قيمة اللبن ، ونؤدى بقدرها على هـــذا الوجه ، وبه صرح الرويانى • وكذلك الشيخ أبو محمـــد فى السلسلة ذكر الوجهين فيمـــا اذا زاد لبن التصرية على قيمة صاع من تمـــر • وكذلك الامام فى النهاية ، وقال الرويانى : انه ضعيف ، والأمر كما قال ، فان كلام الشـــافعى رحمه الله فى الأم يصرح بخلافه فانه قال : ردها وصاعا من تمر ، كثر اللبن أو قل ، كان قيمته أو أقل من قيمته لأن ذلك شىء وقته رســـول الله صلى الله عليه وسلم بعد أن جمـــع فيه

بين الابل والغنم ، والعلم يحيط أن ألبان الابل والغنم مختلفة الكثرة والأثمان ، فان ألبان كل الابل وكل الغنم مختلفة .

وهذا الذى قاله الشافعى رحمه الله هو الحق الذى لا محيص عنه ولو كان الواجب يختلف باختلاف اللبن لفاوت النبى صلى الله عليه وسلم بين الابل والغنم فلما لم يفاوت بينهما وأوجب فيهما صاعا من تمر ، علم قطعا بطلان هذا الوجه . ولم أر لهذا الوجه ذكرا فى طريق العراقيين على هذا الاطلاق ، وانما فى كلامهم وكلام بعض الخراسانيين كالغزالى حكاية الخلاف فيما اذا زادت قيمة الصاع على قيمة نصف الشاة أو كلها كما سيأتى فى كلام المصنف ان شاء الله تعالى ، ولولا أن الرافعى اعتد بهذا الخلاف وحكاه ، وتصريح الشيخ أبى محمد والامام والرويانى لكنت أقول : انه يجب تنزيله على ما فى كتب العراقيين ، لكن هؤلاء الأئمة ذكروه صريحا . والرافعى حكى الأمرين فقال : ان منهم من خص هذا الوجه بما اذا زادت قيمة الصاع على نصف قيمة الشاة . وقطع بوجوب الصاع فيما اذا نقصت عن النصف ، ومنهم من أطلقه اطلاقا . وليس فى كلام الرافعى هذا ما يؤيد تنزيل هذا الاطلاق على ما فى كتب العراقيين . لكن ما حكاه الشيخ أبو محمد والامام والرويانى صريح ، وكذلك يقتضيه كلام القاضى حسين ، وفى كلام الامام كشف ذلك ، فانه حكى الوجهين فى أنه هل يتعين الصاع أو يجب من التمر بقيمة اللبن ؟ فان اعتبرنا الصاع فكانت قيمته بقدر الشاة أو أكثر ففى وجوبه وجهان عن العراقيين . فجعل حكاية العراقيين الوجهين تفريعا على اعتبار الصاع ، وأفاد كلامه حصول ثلاثة أوجه فى المسألة (أحدها) وجوب الصاع مطلقا (والثانى) وجوب قدر قيمة اللبن مطلقا (والثالث) الفرق بين أن تكون قيمة الشاة أو لا ، فان لم تكن بقيمة الشاة وجب الصاع والا وجب بالتعديل . والأوجه الثلاثة المذكورة متفقة على أن المردود هو التمر ، اما صاع أو أقل أو أكثر وسيأتى فى كلام المصنف رحمه الله ما يخالفه ، وكذلك قوله على الوجه الثالث باعتبار التعديل مخالف لكلام المصنف وأكثر الأصحاب كما ستعرفه هناك ان شاء الله تعالى ، وفى بعض شروح المهذب المجموعة من الذخائر وغيرها ذكر الوجهين المذكورين وذكر حديث ابن عمر ثم قال العراقيون : أراد الخبر أنه يجب المثل اذا كان

اللبن صاعا ويجب مثلاه اذا كان اللبن نصف صاع ، وهـذا يجب حمله على ما قاله الشيخ أبو محمد وغيره من اعتبار قيمة الصـاع الا أن يكون اللبن صاعا كما هو ظاهر هـذه العبارة ، وبالجملة فهذا الوجه فى غاية الضعف ، مخالف لصريح نص الشـافعى رحمه الله والحديث ، وممن حكاه أيضا ابن داود فى شرح المختصر ، والله أعلم •

واذا ضممت الخلاف فى المقـدار الى الخلاف فى الجنس ، زادت الأوجه فيما يرده بدل اللبن ، والله أعلم • وسأتعرض لذلك ان شاء الله فى فرع عند الكلام فيما اذا زاد الصاع على قيمة الشاة ، والله أعلم •

(فـرع) هذا كله فيما اذا لم يرض البائع ، فأما اذا تراضيا على غير التمر من قوت أو غيره أو ذهب أو ورق أو على رد اللبن المحلوب عند بقائه ، قال الرافعى : فيجوز بلا خلاف ، كذا قاله صاحب التهذيب وغيره ، وعبارة صاحب التهذيب أنه يجـوز على الوجهين ، قال الرافعى : ورأيت القاضى ابن كج حكى وجهين فى جواز ابدال التمر بالبر عند اتفاقهما عليه •

(قلت :) وقد قال ابن المنذر فى الاشراف : انه لا يجـوز أن يدفع مكان التمـر غيره ، لأن ذلك يكون بيع الطعـام قبل أن يستوفى ، وهو أحد قولى المـالكية ، وقول ابن المنذر ، وهذا يقتضى أن ذلك من باب الاعتياض ، فان كان كذلك فالمنـع من الاعتياض فى ذلك مخالف لنص الشـافعى رحمه الله ، فانه قال فى باب السـنة فى الخيار : ومن كان له على رجل طعام حال من غير بيع فلا بأس أن يأخذ به شيئا من غير صنفه ، اذا تقابضا من قبل أن يتفرقا ، واحترز الشافعى رحمه الله بالحال عن المؤجل •

وقد تقـدم فى باب الربا فى الاعتياض عن الطعـام المؤجل أن الشافعى رحمه الله نص على منعه ، وما ذكره ابن المنـذر هنا لم يتعرض الأصحاب له هناك فيحتمل أن يكون ابن كج موافقه فى المنع من الاعتياض عن الطعام مطلقا ، ويحتمل أن يخص ذلك بهذه المسألة لمـا فيها من ضرب من البعد ، فتلخص أن المذهب جواز الاعتياض عنه مطلقا ، وقول ابن المنذر المنع مطلقا ، وما حكاه ابن كج المنع فى اعتياض البر عن التمر • والظاهر أنه يعـدى ذلك الى كل مطعوم ، فأما أن يقول قولا

فارقا بين المطعوم وغيره فيكون قولا ثالثا ، واما أن يكون يعمم المنع فى الجميع تشبيها له بالثمن فى الذمة ، فيكون قد وافق ابن المنذر فى الحكم وخالفه فى المأخذ ، واما أن يكون موافقا له فى الحكم والمأخذ معا ، ويمنع الاعتياض عن الطعام فى الذمة وان كان حالا ، وهو خلاف نص الشافعى رحمه الله .

وليس فى عبارة صاحب التهذيب نفى الخلاف مطلقا كما ذكره الرافعى رحمه الله حتى يستدرك عليه كل خلاف ، وانما قال على خلاف الوجهين ، يعنى قول ابن سريج ، وقول أبى اسحاق رحمهم الله ، وليس فى كلامه أيضا فى النسخة التى وقفت عليها ذكر القوت ، وانما ذكر الذهب والفضة وما لا يقتات ورد اللبن وأما حكايته وحكاية الرافعى عنه الاتفاق على جواز رد اللبن عند بقائه ، فينبغى أن يكون صورة ذلك اذا تراضيا على أخذه بدلا عن الواجب ، ويشترط فى ذلك اللفظ . هذا اذا جعلنا ذلك من باب الاعتياض كما تقدم ، أما اذا اقتصر على الرد فهل يكفى لأنهما تراضيا عليه فيرد الرد عليهما أولا يكفى لأن الواجب غيره ، فليس ذلك من باب الرد على صورة الفسخ ، والله أعلم .وسنتعرض له فى كلام المصنف رحمه الله ان شاء الله تعالى . وفى فرع الآن فتنبه له .

(فرع) التمر الذى يجب رده هل يتعين نوع منه ؟ أو ذلك الى خيرة المشترى ما لم يكن معينا ؟ قال أحمد بن بشرى فيما نقله من نصوص الشافعى رحمه الله : صاعا من تمر البلد الذى هو به تمر وسط بصاع النبى صلى الله عليه وسلم فظاهر هذا الكلام يقتضى أنه لا يعطى تمرا دون تمر بلده ، وان كان سليما ولم أر من تعرض لذلك ولا اعتد به لا هنا ولا فى زكاة الفطر ، والذى اقتضاه النص من تعيين تمر البلد يشهد له ما ذكره فى الشاة الواجبة عن خمس من الابل ، وأنه لا يجوز العدول عن قيمة البلد على المذهب ، وما ذكر فى الدراهم المأخوذة فى الجبران فى الصعود أو النزول وأنه يتعين نقد البلد ، قطعا ، فاذا ثبت التعين ههنا فالتعيين فى زكاة الفطر أولى ، لأن أطماع الفقراء تمتد الى قوت البلد ونوعه .

نعم : ان كان فى البلد أنواع فقد ذكروا فى الشاة المخروجة عن خمس من الابل أوجها . نص الشافعى رضى الله عنه فيها ،

وهو الذى قطع به صاحب المهذب بتعين غالب البلد وأصحها على ما ذكره الرافعى أنه يخـرج من أى نوعين شاء ، وقياس ذلك أن يأتى ههنا ذلك الخلاف بعينه •

(**فان قلت :**) قد قال المـاوردى رحمه الله : انه اذا أعـوز التمـر أخرج قيمته بالمدينة على وجه ، وهو الذى اقتصر الرافعى على حكايته ، وهو الذى قاله المصنف على قول أبى اسحاق ، فيما اذا زادت قيمة الصـاع على الشاة ، واعتبار قيمة الحجاز يدل على أن المعتبر تمر الحجاز ، لأن القيمة بدل عنه ، فلو كان الواجب تمر البلد لأخرج قيمته (قلت) ما ذكره الشـافعى هنا من تعين تمر البلد وتأيد بالنظائر ، يدل على أن الأصح هو الوجه الثانى الذى نقله المـاوردى أنه عنـد اعواز التمـر يعتبر قيمته فى أقرب بلاد التمر اليه ، وان كان الرافعى لم يذكره •

وأما ما ذكره المصنف وغيره من الأصحاب على قول أبى اسحاق واقتصروا عليه ، وأن المعتبر قيمة الحجاز ، فذلك انمـا قالوه على قول أبى اسحاق ، وقد يكون أبو اسحاق لا يوافق على ما اقتضـاه النص من تعين البلد ، وهو بعيد أو يوافق على أن المعتبر عنـد الوجود تمر البلد ، فان أعـوز رجع الى قيمة الحجاز وهو بعيـد أيضا ولا يلزم من حكاية الأصحاب ذلك أنهم يعتبرون قيمة الحجاز عنـد الاعواز على المذهب ، ولا شك أن مقتضى قول أبى اسحاق اعتبارها ؛ فانه اذا اعتبرها فى غير حالة الاعواز ففى حالة الاعواز أولى ، فتخلص أن التمر الذى يجب رده هو تمر البلد على ظاهر النص ، وفيه على قول أبى اسحاق ما ذكرته •

واذا أوجبنا تمرا فعـدل الى تمر أعلى منه جاز ، كما قالوه فى زكاة الفطـر ، وفى الشـاة المخرجة عن الابل ، ولو عدل الى ما دونه لم يجزه ، كما ذكروه فى الشـاة • هـذا عند الوجود وعند الاعواز الواجب قيمته بأقرب البلاد اليه ، وقيل : بالمدينة ، وهو مقتضى قول أبى اسحاق ، وقد يقال : انه اذا عدل عنـد الوجود الى نوع أعلى ينبغى أن يكون كالعدول الى جنس آخـر ، كما قيل بمثله فى السـلم : ان اختلاف النوع كاختلاف الجنس ، وحينئذ فلا يجوز ههنا بغير

التراضى ، ويجوز بالتراضى لأن هـذا يجوز الاعتياض عنه على الأصح ، كما تقدم بخلاف المسلم فيه .

وأما العدول الى نوع أدنى فلا يجوز الا بالتراضى ، الا اذا فرعنا على قول التخيير ، وكذلك فى الزكاة اذا وجبت عليه الزكاة من نوع لم يعدل الى نوع دونه الا اذا اعتبرنا القيمة ، ففيه خلاف وكذا لا يخـرج عن الكرائم الا كريمة .

(فـرع) الصـاع الذى يجب رده بدل اللبن ، هل ينزل منزلة العين الأخـرى ، الذى شملها العقد ، حتى انه يتوقف الرد على رده مع الشـاة ، أو نقول : انه يرد الشـاة ، ويبقى بدل اللبن فى ذمته ؟ لم أقف فى ذلك على نقـل (وقوله) فى الحديث : « ومعها صاعا من تمر » يشعر بالأول ، ويؤيده أن افراد احدى العينين بالرد لا يجـوز فى غير هذا الكتاب ، فجعل التمر قائما مقام اللبن للرد عليهما أقرب الى المحافظة على ذلك ، واذا صح ذلك فلا يكون اتفاقهما على أخـذ بدل التمـر من باب الاعتياض حتى يحتاج الى لفظ كمـا تقـدم لأن التمر لا ثبوت له فى الذمة على هـذا البحث ، وانما يقام مقام اللبن ليرد الرد عليهما ، ويشكل أخذ بدله لا لأجل التعليل الذى قاله ابن المنذر ، بل لهذا المعنى ، وهذا الذى وعدت به فلتتنبه له .

(نعم) اتفاقهما على رد اللبن واضح على هـذا التقدير ، ولا يحتاج حينئذ الى اعتياض لأن ذلك هو الأصـل ، وانما عدل الى التمـر خوفا من اختلافهما ، فاذا تراضيا عليه جاز وورد الرد عليهما ، ويحصل الفسخ فى جمع المعقـود عليه ، ويخـرج من ذلك أنه يجوز اتفاقهما على رد اللبن ، ولا يجـوز اتفاقهما على بدل آخـر غيره لا يعدو الى غيره ، ولم أر أحدا صرح بمجموع هذا فلتتنبه لهذه الدقائق .

(فـرع) يمكن أن يقال : اذا جعلنـا التمـر قائما مقام اللبن على ما تقدم من البحث ، وتراضيا على رد الشـاة ، وأن يبقى التمـر فى ذمته ، يجوز كما يجوز فى الشـفعة ، حيث يكتفى برضا المشترى بذمة الشفيع عن تسـليم العوض ، ويمكن أن يقال : لا يكفى ذلك هنا ، لأن الشـفعة تملك جديد . وههنا رد ، والرد يعتمـد المردود ،

فعلى الاحتمال الأول يستمر ما قاله البغوى والرافعى رحمهما الله من أخـذ البدل عن التمـر ، لأنه قد صار فى الذمة ، فيأخذ عنه ما يقع الاتفاق من مقـدار غيره ، ويأتى فيه خلاف ابن المنذر وتعليله وعلى الاحتمـال الثانى يتعين ما تقـدم وأنه يتعين رد التمـر أو اللبن باتفاقهما لأنه الأصل ، و لايجوز غير ذلك لأن ذلك اقامة لغير المبيع مقام المبيع فى حكم الرد ، وذلك انما يكون من جهة الشرع •

(فـرع) ولو كانت المصراة اثنين أو أكثر ، هل يرد أداء الواجب بذلك ؟ لم أقف لأصحابنا على نقـل فى ذلك ، لكن أبو الفرج ابن أبى عمر الحنبلى رحمه الله نقل فى شرح المقنع على مذهبهم ، وعن الشـافعى وبعض المـالكية أنه يرد مع كل مصراة صاعا ، لقوله : « من اشترى غنما » •

(قلت) وممن ذهب الى ذاك ابن حزم الظاهرى وزعم ابن الرفعة أن ذلك ظاهر الحديث (قال) وما أظن أصحابنا يسـمحون بذلك ، وهـذا منه يدل على أنه لم يقف فى ذاك على ما نقل ، وكذلك أنا لم أقف على نقل الا ما قدمته من نقـل بعض الحنابلة عن الشـافعى رضى الله عنه ، وهو مقتضى المذهب ، وقال ابن عبد البر : ينبغى أن لا يجب فى لبن شياه عدة أو بقرات عدة الا الصاع عبادة وتسليما •

(فـرع) اتفق أصحابنا رحمهم الله وأكثر العلماء على أنه لا يجب رد مثل اللبن التالف • لأن الصـاع بدل اللبن بدليل قوله صلى الله عليه وسلم « ففى حلبتها صاع من تمر » ، ويفهم المعنى •

وقال ابن حزم : يجب رد مثـله مع التمـر ان كان تالفا ، وعينه ان كان باقيا ، وذاك فى اللبن الموجود عند العقـد ، وأجاب عن الحديث بأن الحلبة مصدر ، واطلاقه على المحلوب مجاز ، ولا دليـل عليه ؛ واتفقوا على أنه ليس عليه رد اللبن الحادث عنده ، والله أعلم •

وقد روى ابن أبى عدى حديث المصراة بلفظ فيه : « وان شـاء ردها وصاعا من تمر وكان بما احتلب من لبنها » وهو يدل على أنه بدل المحلوب ، ولكن فى سـنده سليمان بن أرقم وهو ضعيف •

فـــرع
فى مذاهب العلمـــاء

قال ابن أبى ليلى وأبو يوسف : يرد معهـــا قيمة اللبن هكذا نقل عنهما ابن المنذر وغيره • ونقل ابن حزم عنهمـــا أنه يرد قيمة صاع • وقال مالك فى أحد قوليه يؤدى أهل بلد صاعا من أغلب عيشتهم • وهكذا قول ابن سريج من أصحابنا • وقال أبو حنيفة ومحمد رضى الله عنهما : اذا كان اللبن تالفا ليس له ردها ، لكن يرجع بقيمة العيب فقط ، وان كان باقيا رده ، ولا يرد معها صاع تمـــر ولا شيئا هكذا نقـــل ابن حزم عنه • والمشـــهور عنه أنه اذا حلبها امتنع عليه الرد • ونقل بعض أصحابنا عن أحمد أنه اذا حلبها سقط خياره ، وتعين حقه فى الأرش • وهذا خلاف الحديث ، وعن بعض المـــالكية أنه لا يرد معها شيئا • لأن الخراج بالضمان •

(الحالة الثانية) أن يختار الرد قبل حلب اللبن • وهـــذا انما يكون على غير الوجه الذى نقله الشيخ أبو حامد والرويانى ومن وافقهما عن أبى اسحاق فى أنه يمتنع الرد قبل الثلاث ، والمشـــهور خلافه • فاذا أراد الرد قبل الحلب ردها ولا شىء عليه وفاقا • فان قوله : وان سخطها ردها وصاعا من تمر ، المراد به اذا كان بعد الحلب ، والجمـــع بين طرق الحديث يبين ذلك ، وأيضـــا المعنى يرشد اليه ، ونقل ابن عبد البر أنه لا خلاف فيه • ولا يعكر ذلك على قولنا : انه له الخيار قبل الحلب •

(الحالة الثالثة) أن يختار امساكها قال الشافعى رضى الله عنه : اذا رضى بامساكها ثم وجـــد بها عيبا قديما غير التصرية فله ردها بالعيب • ويرد بدل اللبن الموجـــود حالة العقـــد • وعلى رواية الشيخ أبى على وجه أنه كما لو اشترى عبدين وتلف أحدهما وأراد رد الآخر فيخرج على تفريق الصفقة ، والمذهب الأول ، وبه جزم كثيرون ، وهو الذى نص عليه الشافعى رحمه الله فى المختصر •

وقال الامام : قطع الامام وصاحب التقريب والصيدلانى اجوبتهم بذلك • وعنى بالامام والده الشـــيخ أبا محمد ثم استشكله من طريق القياس بأن المعنى يرشـــد الى أن الصـــاع بدل عن اللبن والبهيمة

مع اللبن فى ضرعها كالشجرة مع ثمرتها ، فاذا بلغت الثمـرة وأراد رد الشجرة دخل هذا فى تفريق الصفقة ، قال : هكذا حكم القياس •

ولكن الشـافعى رحمه الله وجميع الأصحاب حكموا بما ذكرناه يعنى من عدم التخريج على تفريق الصفقة (قال) والسبب فيه أن الرد بالعيب القديم فى معنى الرد بالخلف قطعا واللبن فى الواقعتين على قصة واحدة ، فرأى الشـافعى الحاق الواقعة بالواقعة ، كما رأى الحاق الأمة بالعبد فى قوله عليه السـلام : « من اشترى شركا له فى عبد » وذكر الشيخ أبو على فى شرح التلخيص أن من أصحابنا من رد هذه المسألة الى موجب القياس وخرجها على تفريق الصفقة •

(**قلت :**) وكلام الشافعى رضى الله عنه فى الرسـالة فى باب الاجتهاد ، يقتضى أن رد التمر فى هـذه الصورة بالحديث لا بالقياس ، لكن مراد الامام بالالحاق الالحاق فى أصل الرد ، لا فى ضمان بدل اللبن ، واعتذر الغزالى عن التخريج على تفريق الصفقة فى حالة رد المصراة بأن اللبن لا يقابله قسط من الثمن على رأى ، فهو فى حكم وصف آخر لا يوجب زواله عيب الباقى • بخلاف العيب الحادث •

فان قلنا : يقابله قسـط من الثمن فلا وجه لمخالفة الحديث ، فلنؤيد به جواز تفريق الصفقة ، فانه المختـار ، لاسيما فى الدوام ، وهذا الذى قاله الغزالى من أن اللبن لا يقابله قسـط من الثمن على رأى الامام ، ذكره فى لبن غير المصراة تخريجا على الحمـل فقال : الوجه أن نجعل اللبن كالحمل فى أنه هل يقابل بقسط من الثمن على رأى الامام ؟ ذكره فى لبن غير المصراة تخريجا على الحمل ، فقال : الوجه أن يجعل اللبن كالحمـل فى أنه هل يقابل بقسط من الثمـن ؟ وذكره الغزالى والرافعى هنا فى المصراة •

قال ابن الرفعـة : ولبن المصراة مخالف لذلك ، اذ هو مقصـود فيها بخلافه فى غيرها ، ولهـذا قال الشافعى رحمه الله : انه اذا أراد رد غير المصراة بعيب لا يرد بدل اللبن ولم يقل الشافعى ولا أحد من الأصحاب بذلك فى المصراة ، وقال ابن الرفعة : ان الغزالى أثبت احتمال الامام وجها ، ونقـله الى لبن المصراة ، وهو خلاف ما عليه الأصحاب ، وقال عما ذكره : انه ان قاله تبعا للغزالى فلا عبرة به ، والا ففيه تعضيد لمـا ذكره الغزالى •

(**قلت**) وما حكاه الامام عن الشيخ أبى على مفروض فى المصراة ، لكن فى هذه الحالة التى يتكلم فيها وهى ما اذا اختار امساكها ثم أراد الرد بعيب التصرية فلم يقل أحد فيما علمت بالتخريج على تفريق الصفقة ، لأن ذلك يكون مصادما للحديث ، واذا كان كلام الشيخ أبى على مفروضا فى المصراة كان مستندا لما نقله الغزالى فى المصراة من أن اللبن لا يقابله قسط من الثمن على رأى ، والا لم يخرج على تفريق الصفقة عند ارادته الرد بعيب آخر ، وأما امتناع التخريج عند ارادة الرد بالتصرية فيصد عنه الحديث ، فلذلك لم يصر اليه صائر ، ويبقى فيما عداه على مقتضى القياس ، فليس ما نقله الغزالى والرافعى خارجا عما عليه الأصحاب .

وأما نص الشافعى رحمه الله فى غير المصراة فسيأتى الكلام فيه ، وأن ظاهر المذهب خلافه ، وقد اعترض ابن الرفعة على ما نقله الشيخ أبو على من التخريج وقال الامام : انه القياس بأنا انما نخرج على تفريق الصفقة ما هو مقصود كله كأحد العبدين ونحوهما ، وما نحن فيه ليس كذلك ، فان اللبن غير مقصود كالشاة بل هى المقصودة ، واللبن ان قصد فتابع ، ولهذا اغتفرت الجهالة فيه ، والتوابع اذا فاتت لا تلحق بالمتبوعات ، ألا ترى أن المبيع اذا ظهر عيبه ، وامتنع رده ، لا نقول : يخرج القول فى الباقى على تفريق الصفقة ؟ وان كانت السلامة من العيب مقصودة ، لكنها تابعة لا تفرد بالعقد فاللبن مثلها .

(**قلت** :) وهذا أميل الى أنه لا يقابل بقسط من الثمن مع انكاره له ، والا فمقتضى المقابلة أنه اذا أراد بتفريق الصفقة يرده ، وقد حكى الجورى قولا يوافق ما حكاه الشيخ أبو على فى امتناع الرد ويخالفه فى المأخذ . فقال : ان ظهر على عيب التصرية فلم يرد حتى ظهر على عيب آخر بعد مدة ففيها قولان .

(أحدهما) لا يرد كما لا يرد سلعة اشتراها فظهر منها على عيب فلم يردها حتى ظهر منها على عيب آخر لأنه رضيها معيبة .

(والقول الثانى) يرد ، والفرق بينه وبين السلع أنه يرد معها صاعا بدلا للبن المصراة ، فكأنه يرده بعيب واحد وسائر السلع

لا يرد معها شيئا ، وكان قد رضيه فلا شيء له • قال الجورى : قد يجيء فى السلع أنه يرد المصراة ، لأنه رضى بعيب واحد دون الآخر •

(**قلت :**) وهـذا الاحتمال الذى قاله الجورى هو القياس ولا يلزم من الرضا بعيب الرضا بجميع العيوب ، والذى قاله أولا من أن سائر السلع غير المصراة اذا ظهر منها على عيب فلم يرد حتى ظهر على عيب آخـر أنه يمتنع الرد ، بعيـد لا وجه له ، وما أظن الأصـحاب يساعدونه على ذلك كما حكاه الجورى من القولين ، بل صرح المـاوردى والشيخ أبو حامد وغيرهما بخلافه ، فانهم قالوا فى هـذه المسألة : ان من رضى بعيب ثم وجد غيره لم يمنعه الرضـا بما علم من الرد بمـا لم يعـلم ، وجعلوا ذلك دليلا على الرد ههنا • لكنى رأيت فى تعليق الطبرى عن ابن أبى هريرة ما يوافقه ، فانه قال فى ذلك : منزلته منزلة المشترى سلعة ، فوجد بها عيبين فرضى بأحدهما ، كان له أن يرد بالعيب الثانى ، وقد قيل : انه لا يرد ولكن يرجع بأرش العيب الثانى ، قال : وهو ضعيف ، على أن قوله فى هذا الكلام : وقد قيل يحتمـل أن يكون فى المصراة فى المسألة المقيس عليها ، وبالجملة فالمذهب المشـهور أن ذلك غير مانع ونقله ابن بشرى فى منصوصات الشـافعى رضى الله عنه •

وقد حكى ابن الرفعة عن الجـورى هـذا عند الكلام فى بيـع البراءة • وقال : لعل وجهه أن فى رده ابطال عفوه عن الأول فلم يجز ، ولهـذا نظر يأتى فى الجنايات وما حكاه الجـورى من القولين فى المصراة قد وجه هـذا القول بالمنع منهما بالقياس على غيرهما من السـلع ، ونحن نمنعه حكم الأصل اما جزما واما على المذهب المشـهور ، ولئن سلم فالفرق ما ذكره • وتبين بذلك أن مأخذ القول بالمنـع الذى حكاه الجورى غير مأخذ الوجه الذى حكاه الشـيخ أبو على رحمه الله من التخريج على تفريق الصفقة قوى من جهة القياس ، والحديث يصـد عنه ، غير أن القول الذى حكاه الجورى على غرابته وضعفه يعتضـد به الوجه الذى حكاه الشيخ أبو على وان اختلفا فى المـأخذ لتواردهما على حكم واحد وهو امتناع الرد ، وكلاهما شاهد للرأى الذى حكاه الغزالى والرافعى من أن اللبن لا يقابله قسط من الثمن وهو مع ذلك ضعيف لمخالفته نص الشافعى رحمه الله •

ولا وجه لمنع التخريج على تفريق الصفقة الا اتباع الحديث ، والا فلقائل أن يقول : ان كان اللبن مقابلا بقسط من الثمن وجب أن لا يرد بدله ، وقد دل الحديث على رد البدل ، ولذلك جزم الشافعى رحمه الله وأكثر الأصحاب بأنه مقابل بقسط ، وقطعوا بذلك فى باب الربا ، واستدلوا له هناك بحديث المصراة كما تقدم ، والوجه الذى حكاه الشيخ أبو على والجورى فى غاية الغرابة ، وما قاله ابن الرفعة من كون اللبن تابعا تقدم الجواب عنه ، وليس أوصاف السلامة يتقسط الثمن عليها حتى اذا فات بعضها يتخرج على تفريق الصفقة بخلاف اللبن فانه يوافق علىأنه يقابله قسط من الثمن ، وكون الشيء مقابلا بقسط من الثمن أخص من كونه مقصودا • هذا ما ذكره كثير من الأصحاب •

وفصل الماوردى رحمه الله فقال : ان كان بعد العقد علم بالتصرية ورضى ثم وقف على عيب آخر فله الرد ، لا يختلف أصحابنا فيه ، ويرد معها صاعا من تمر وان كان علمه بالتصرية مع العقد ثم وقف على عيب آخر فوجهان ، خرجهما ابن أبى هريرة من تفريق الصفقة فتحصلنا فى هذه المسألة على ثلاث طرق ، وفى الرونق جزم بردها •

وحكى فى رد الصاع التمر معها قولين ، وهذه طريقة رابعة ، غريبة ، فهذه الأحوال الثلاث اللاتى تقدم الوعد بذكرهن ، والحالة الرابعة وهى ما اذا كان اللبن باقيا سيأتى فى كلام المصنف ان شاء الله تعالى •

(**فرع**) اذا قلنا بأنه لا يرد تخريجا على أنه لا تفرق الصفقة فله الأرش ، قاله البندنيجى فى غير المصراة كما سيأتى ان شاء الله تعالى وقياسه أن يأتى هنا •

(**فائدة**) قال الجورى : ان قال قائل : اذا كان الصاع انما يرده بدلا للبن التصرية الذى تضمنه العقد ، فقد ردت العين مع قيمة النقص ، فهلا كان هذا أصلا لكل نقص عند المشترى أنه يرده وقيمة النقص ؟ قيل : لأن المقصود فى الشاة عينها ، واللبن تابع فقد رد العين بكمالها ورد قيمة التالف ، واذا أراد شيئا نقصت عينه لم يرد العين بكمالها لأن الكل مقصود ، ولو جاز أن يردها وقيمة النقص لجاز أن يرد قيمتها كلها اذا تلفت (فان قيل) كذا نفعل لرد قيمتها كلها

وان تلفت وهو قول أبى ثور (قلنا) هـذا تدفعه السنة ، لأنه قيل « فهو بالخيار فيها ان شاء ردها وصاعا من تمر » ، فانما جعل له الخيار فى قيمتها ، والله أعلم .

(فـرع) اذا لم يعـلم بالتصرية الا بعد تلف الشـاة تعين الأرش ، وقد تقدم الآن عن أبى ثور أنه يرد قيمتها ، والله أعلم .

(فائدة) قول الغزالى رحمه الله فيما تقـدم قريبا فهو فى حكم وصف آخـر لا يوجب زواله عيب الباقى بخلاف العيب الحادث . قال ابن أبى الدم : انه كذلك وصوابه أن يقول بخلاف أحد العبدين الباقيين ، فان موت أحدهما يوجب فى الباقى عيبا ، وهو تفريق الصفقة ، وليس للعيب الحادث ههنا حدث ، بل العيب يمنع الرد بالعيب القديم . قال ولتكلف أن يتكلف تصحيح كلامه بجواب بعيد فيقول : مراده بالعيب الحادث الحاصل بتفريق الصفقة فى أحد العينين بعد تلف العين الأخرى ، وهذا تكلف بعيد . انتهى . ولم يتعرض ابن الرفعة لهذا السؤال .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان قيمة الصـاع بقيمة الشاة أو أكثر ففيه وجهـان ، قال أبو اسـحاق : يجب عليه قيمة صـاع بالحجـاز ، لأنا لو أوجبنـا صاعا بقيمة الشـاة حصـل للبائع الشـاة وبدلها ، فوجب قيمة الصاع بالحجـاز لأنه هو الأصـل . ومن أصحابنا من قال : يلزمه الصـاع ، وان كان بقيمـة الشـاة أو أكثر . ولا يؤدى الى الجمع بين الشـاة وبدلها ، لأن الصـاع ليس ببدل عن الشـاة ، وانمـا هو بدل عن اللبن . فجاز كما لو غصب عبـدا فخصـاه فانه يرد العبـد مع قيمته ، ولا يكون ذلك جمعـا بين العبـد وقيمته لأن القيمة بدل عن العضـو المتلف) .

(الشرح) هذا من بقية الكلام فى الحالة الأولى . وهى ما اذا أراد رد المصراة بعد تلف اللبن ، وتقـدم من المصنف رحمه الله اطلاق القول فى جنس الواجب وبينا الكلام فى مقداره وأن من الأصحاب من أطلق حكاية الخلاف فى تفاوت المقـدار ومنهم من خصص ، فمن المخصصين المصنف فيما ذكره هنـا ، وهو اذا كانت قيمـة الصـاع

الواجب قدر قيمة الشـــاة أو أكثر ففيه الوجهان اللذان حكاهما المصنف رحمه الله • وممن حكاهما كذلك مثل ما حكى المصنف شيخه القاضى أبو الطيب ، ولكنه فرض فيما اذا كان التمـــر يأتى على ثمن الشـــاة أو على الأكثر منه • فهـــذا يقتضى أنه اذا كانت قيمة الصـــاع أقل من قيمة الشـــاة ولكنه يأتى على أكثرها أنه يجـــرى الوجهان • وجوزت أن يكون ما وقفت عليه من تعليق أبى الطيب فيها زيادة لا يوافق كلام المصنف رحمه الله ابن الصباغ فى الشـــامل وهو كثير الاتباع للقاضى أبى الطيب •

وفرض المسألة فيما اذا كانت قيمته قيمة الشاة أو أكثر من نصف قيمتها فحصل الوقوف بما فى تعليق أبى الطيب ، لأن الأكثر من ثمن الشاة هو ما زاد على نصـــفه • وكذلك قال الرويانى والرافعى رحمهم الله : ان منهم من خص هـــذا الوجه بما اذا زادت قيمة الصـــاع على نصف قيمة الشـــاة • قطع بوجوب الصـــاع اذا نقصت عن النصف • هكذا حكاه الرافعى رضى الله عنه من غير تعيين ، وحكاه الرويانى عن أبى اسحاق • فهذه النقول متفقة على أن أبا اسحاق قائل بذلك فيما اذا زادت قيمة الصاع على نصف قيمة الشاة •

وقد حكى الامام عن العراقيين الوجهين ، وفرض المسألة فيما لو بلغت قيمة الصـــاع قيمة الشـــاة أو زادت • وذلك يوافق ما حكاه المصنف رحمه الله • ثم حكى عن العراقيين أيضـــا أنه ان زادت قيمة الصاع على مثل نصف قيمة الشـــاة فالوجهان جاريان وليس فى شىء من ذلك منافاة ، فان كلام المصنف رحمه الله ساكت عن حكم ما اذا زادت عن النصف ونقصت عن الشاة •

وكلام أبى الطيب ومن وافقه فيه زيادة بيان أن الخلاف فيهـــا أيضـــا ، والقطع فيها اذا نقص عن النصف • وقد تقـــدم عن بعضهم اطلاق حكاية الخلاف • ولو كانت قيمة الصـــاع مثل نصف قيمة الشاة أو أقل وجب رده عند أبى اسحاق • صرح به الشيخ أبو حامد وغيره • وقال سليم : انه لا خلاف فيه على المذهب • وفى تعليق أبى حامد من طريق البندنيجى والمجـــرد منها ذكر الوجهين فى النصف كالأكثر • وذكر العجلى فى كلامه على الوسيط والوجيز وجها بالتعـــديل أبدا أى أنه لا فرق بين أن يكون أقل من النصف أو أكثر ، وهـــذا هو الوجه

الذى تقدمت حكايته عن الخراسانيين فى ذكرهم للخلاف على الاطلاق فى تفاوت ذلك بتفاوت اللبن ، وزيادة قيمة التمـر على الشاة أو نصفها ، فرضوه فى بلاد يكون التمر بها عزيزا كخراسان .

والوجهان فى المسـألة على هذا الوجه المخصوص مشهوران فى طريقة العراقيين ولم يذكرهما غيرهم ، الا من حكاهما عنهم كالامام والغزالى ومن وافقهما ، وذكرهما على الاطلاق كما تقـدم لا يعرف الا فى طريقة الخراسانيين ، والعلة التى ذكرها المصنف رحمه الله للوجه الأول انما تظهر فى الفرض الذى فرضه هو . لا فيمـا فرضـه أبو الطيب وموافقوه.ولعل المصنف رحمه الله انما عدل عن الصورة التى فرضها أبو الطيب لذلك حتى يصح استدلاله . وفى كلام الامام تعليله بمعنى يمكن اطراده فيهما ، فانه قال : ان الرسول صلى الله عليه وسلم وان نص على الصـاع من التمـر فقد أفهمنا أنه مبذول فى مقابلة شىء فائت من المبيـع يقع منه موقع التابع من المتبوع ، فينبغى أن لا يتعدى على هذا حد التابع ، والغلو فى كل شىء مذموم ، وقد يغـلو المبيع للفظ الشارع فيقع فى مسلك أصحاب الظاهر .

ووجه الغزالى رحمه الله بأنا نعلم أنه عليه السـلام قدره به ، لأنه وقع فى ذلك الوقت قريبا من قيمة اللبن المجتمع فى الضرع ، ولك أن تقول : ان هـذا يقتضى أن لا يضبط ذلك بنصف قيمة الشـاة ، وانا اذا علمنا زيادة قيمة الصـاع على ما فى زمان النبى صلى الله عليه وسلم لم نوجبه ، وعلة العراقيين سالمة عن هـذا السؤال ، ولكن هذا يوافق الوجه الذاهب بأن الوجه من التمر بمقدار قيمة اللبن مطلقا ، وسيأتى فى التفريع ايضاح لهذا ان شاء الله تعالى.

وممن نسب هذا الوجه الى أبى اسحاق كما نسبه المصنف شيخه أبو الطيب والبندنيجى وسليم وابن الصباغ رحمهم الله . وقال سليم : انه أصح ، وهـذا الوجه يرى أنه لا يجب الصـاع فى هذه الحالة ، وسنذكر فى التفريع حقيقة ما يوجبه ، ونتعرض فيه الى لفظ المصنف ان شاء الله تعالى .

والوجه الثانى حكوه عن الأصحاب ، وهو الأصح ، وممن صححه

الجرجانى والرافعى وابن أبى عصرون أنه يلزمه الصاع وان زادت قيمته على قيمة الشاة للحديث ، واطلاق نص الشافعى رضى الله عنه أيضا يقتضى ذلك ، ولكنه غير مصرح به انما صرح أنه لا فرق بين ان يكثر اللبن أو يقل ، ولا فرق بين أن تكون قيمته وقيمة اللبن سواء أو متفاوتة كما تقدم عنه . وأما قيمة الصاع مع قيمة الشاة فلم يتعرض لها فى ذلك الكلام ، لكن اطلاقه يقتضى ان لا فرق أيضا ولأن الصاع بدل عن اللبن فلم يدل على مساواته له ، فاذا لم تعتبر مساواته له فقدم اعتبار مساواته للشاة أولى ، وقد تقدم عن حكاية الشيخ أبى محمد أن ابن سريج مال الى ذلك القول ، ولعله المراد ببعض الأصحاب هنا ، وقد أجاب المصنف عما تمسك به أبو اسحاق بما ذكره ، وهو حق ، والمسألة التى استشهد بها فيما اذا غصب العبد وخصاه صحيحة على القول الجديد ، أن جراح العبد تتقدر من قيمته كجراح الحر من ديته ، فانه على هذا يجب عليه كمال القيمة ، وعلى القديم وهو أنها لا تتقدر ، فالواجب ما نقص من القيمة ، فان لم ينقص شىء فلا شىء عليه وان نقص وجب عليه ذلك النقص وهذا مبين فى باب الغصب .

وقد يكون النقصان زائدا على نصف القيمة كما لو قطع يديه ورجليه ونقص من قيمته أكثر من النصف ، فانه على القديم يصح الاستشهاد بهذه المسألة أيضا فانه يرده ويرد أكثر من نصف قيمته على القديم ، والقاضى أبو الطيب لم يستشهد بما ذكره المصنف رحمه الله ، وانما استشهد بما اذا باع سلعة بعبد قيمة كل منهما ألف ، ثم يزيد العبد فتبلغ قيمته ألفين ، ويجد المشترى فى السلعة عيبا فيردها ويسترجع العبد ، وقيمته ألفان ، وذلك قيمة الثمن والمثمن . وما استشهد به المصنف رحمه الله تبع فيه الشيخ أبا حامد ، وهو أولى ، لأن الزيادة هنا فى القيمة فقط ، والعين المستردة واحدة لم يسترجع معها شيئا آخر ، ومسألة الغصب استرجع مع العبد الناقص قيمته فكان نظير استرجاع الشاة التى ذهب لبنها مع صاع يساوى قيمتها .

وقد يقول المنتصر لأبى اسحاق : ان الأصل فى المصراة ضمان اللبن التالف ببدله على قياس المتلفات ، لكن الشارع جعل الصاع بدلا لما فى ذلك من قطع النزاع مع قرب قيمة الصاع من قيمة اللبن

فى ذلك الوقت غالبا ، فاذا زادت قيمته على ذلك زيادة مفرطة فيعد اقامته بدلا عن لبن لا يساوى جزءا منه يقع موقعا بخلاف ضمان ما فات من العبد المغصوب فان ذلك واجب متأصل •

(والجواب) عن هذا أن الشرع لما أوجب فى لبن الغنم ولبن الابل مع العلم بتفاوتهما تفاوتا ظاهرا بدلا واحدا ، علم أن ذلك بدل فى جميع الأحوال والشرع اذا أناط الأمور المضطربة بشيء منضبط لا ينظر الى ما قد يقع نادرا ، واذا وقع ذلك النادر لا يلتفت اليه بل يجرى على الضابط الشرعى ، لاسيما والمشترى ههنا يتمكن من الامساك ، فان أراد فسبيله رد ما جعله الشرع بدلا •

وقول الامام : ان الغلو مذموم (جوابه) أن المعنى اذا ظهر وسلم وجب اعتباره ، واذا لم يسلم وجب اتباع اللفظ • ولا يسمى ذلك غلوا مذموما ، والمختص بأهل الظاهر الذى ذموا به هو التمسك باللفظ مع ظهور المعنى وصحته بخلافه ، والعالم فى الحقيقة هو الجامع بين اللفظ والمعنى ، والله أعلم •

وقال صاحب الوافى فيما أجاب به المصنف عن قول أبى اسحاق بأن الصاع — وان كان قيمة اللبن — الا أنه لم يكن مقصودا ، وانما كان على سبيل التبع ، ولا يزيد على قيمة المتبوع الذى هو الشاة ، وهذا الكلام ليس بالقوى بالنسبة الى ما تقدم ، ونقل الامام عن صاحب التقريب أنه قطع جوابه باعتبار قيمة الوسط فى صورة الوجهين •

(التفريع) ان قلنا بالأصح ووجوب الصاع للاتباع فلا اشكال (وان قلنا) بالوجه الأول ، وقول أبى اسحاق : انه لا يجب الصاع فى هذه الحالة فقد قال المصنف رحمه الله : انه يجب عليه قيمة صاع بالحجاز ، وهكذا قال جماعة من العراقيين والرافعى رحمه الله •

وقال القاضى أبو الطيب : انه يقوم بقيمة المدينة وهو أخص ، فان الحجاز يشمل مكة والمدينة واليمامة ومخاليفها ، كما فسره الشافعى والأصحاب رضى الله عنهم ، وذكره المصنف فى كتاب الجزية ، نسأل الله تعالى أن ييسر علينا الوصول الى ذلك المكان فى خير وعافية •

وقال ابن الرفعة : ان من أطلق الحجاز أراد المدينة كما قاله القاضى أبو الطيب لأن الخبر ورد فيها ، ويوافقه ما تقدم عن الماوردى

أنه عند الأعواز يرجع الى قيمة المدينة على أحد الوجهين • هذا ما ذكره العراقيون على قول أبى اسحاق وأما الأمام فانه قال : ان لم نر ايجاب الصاع فى هذه الصورة اعتبرنا القيمة الوسط للتمر بالحجاز واعتبرنا بحسب ذلك قيمة مثل ذلك الحيوان اللبون بالحجاز واذا نحن فعلنا هكذا جرى الأمر فى المبذول على الحد المطلوب ، وهكذا لكلام من الامام فيه اجمال •

وقال الغزالى فى الوسيط : على هذا الوجه يعدل بالقيمة ، فنقول قيمة الشاة وسط ، وقيمة صاع وسط فى أكثر الأحوال (فان قيل) هو عشر الشاة مثلا ، أوجبنا من التمر ما هو قيمة عشر الشاة ، وكذلك قال ابن عبد السلام فى اختصاره للنهاية : انه يعتبر قيمة تلك المصراة بالحجاز ، والقيمة المتوسطة للتمر بالحجاز فيجب من التمر بهذه النسبة ، وكلام الامام المذكور كالظاهر فى هذا المعنى وتنزيله عليه ، ولم يذكر الامام فى التفريع على الوجه الذى حكاه العراقيون فى هذه الصورة غير ذلك ، لأن الوجهين المذكورين على مقتضى نقله يتفرعان على أن الواجب هو الصاع •

وأما الوجه الآخر الذى حكاه فى صدر كلامه أن الواجب مقدار قيمة اللبن من التمر كيف كان ، فلم نذكره هنا ، لأنه قسيم الوجه الذى عليه يفرع ، فلذلك لم يذكر هنا الا وجه التعديل ، وعبارته بعد ذلك فى لبن الجارية المصراة قدر قيمة اللبن من التمر أو القوت لا يناقض ذلك ، لأن مقصوده به الوجه المذكور هناك فى صدر كلامه ، ولا يجىء عليه قول التعديل •

وقول الغزالى : اذا قيل : هو عشر الشاة مثلا أوجبنا من التمر ما هو قيمة عشر الشاة ، مراده — والله أعلم — بالشاة الأولى الشاة الوسط ، وبالشاة الثانية الشاة المصراة المبيعة ، مثاله اذا قيل : قيمة الصاع الوسط فى الغالب درهم وقيمة شاة وسط فى الغالب عشرة ، وقيمة الشاة المبيعة خمسة ، فانا نوجب من الصاع نصف عشر ما يساوى عشر قيمة الشاة ، كما اذا كان الصاع فى ذلك الوقت مثلا بخمسة ، فنوجب منه عشرة ، وهو يساوى نصف درهم ، وان كان الصاع فى ذلك الوقت يساوى ثلاثة ، فوجب سدسه ، لأنه يساوى عشر قيمة هذه الشاة وهو نصف درهم •

اذا عرف ذلك فقد نقل الرافعى رحمه الله عن الامام أنه يعتبر القيمة الوسط للتمر بالحجاز ، وقيمة مثل ذلك الحيوان بالحجاز ، فاذا كان اللبن عشر الشاة مثلا أوجبنا من الصاع عشر قيمة الشاة ، ولم أر فى النهاية الا ما حكيته قبل ذلك من الكلام الذى فيه اجمال ، ونسبت الكلام الذى فيه اجمال الى والكلام الذى بعده فى الجارية ، وقد ثبت أنه لا تناقض بينهما ، وأن كلام الامام الأول منزل على ما قاله الغزالى وبين الغزالى والرافعى اختلاف فان الغزالى ينسب قيمة الصاع من قيمة الشاة ، فاذا كان قيمة الصاع عشر قيمة الشاة أوجب عشر الصاع وأول كلام الرافعى رضى الله عنه يقتضى ذلك ، لكن آخره يقتضى نسبة اللبن من قيمة الشاة فانه قال : فاذا كان اللبن عشر الشاة مثلا أوجبنا من الصاع عشر قيمة الشاة ، واللبن لم يجر له ولا لتقويمه ذكر ، وانما ذكر التمر فالوجه أن يقول : فاذا كان التمر وقد جوزت أن يكون ذكر اللبن بدل التمر سهوا من ناسخ ، لكنه هكذا فيما وقفت عليه من النسخ وفى نسخ الروضة أيضا • فأول كلام الرافعى وآخره لا يلتئمان التئاما ظاهرا ، الا أن يكون المراد بقيمة اللبن على حذف مضاف ويكون المراد بقيمة اللبن التمر ، لأنه بدله ، وذلك تعسف على أنه يمكن أن يقال بالآخر فقط بأن يقوم اللبن وتقوم الشاة وينسب قيمة اللبن منها ، لكن صدر كلام الرافعى وكلام الامام يأبى ذلك ، ويقتضى تقويم التمر ، وأيضا لا أعلم أحدا من الأصحاب قال بتقويم اللبن ، ثم ان كلام الرافعى والغزالى رحمهما الله متفقان على أنا بعد النسبة نوجب من الصاع ما اقتضته النسبة ، فنوجب فى المثال المذكور أن يرد من الصاع تمرا يساوى عشر قيمة الشاة ، وذلك مخالف لما قاله جميع العراقيين من أن المردود فيه الصاع بالحجاز وبين الكلامين تفاوت ظاهر •

والظاهر من كلام العراقيين أنه لا يرد شيئا من التمر • قال ابن الرفعة : وهو الأشبه بمذهب أبى اسحاق فانه يرى أن الصاع من التمر أصل لأجل الخبر كيف كان الحال ، وأنه الواجب ، وما يوجد يكون بدلا عنه ولا يجوز أن يجعل بعض صاع بدلا من صاع •

(فرع) هو من تتمة الكلام فى ذلك • اشترى شاة بصاع تمر

ثم أراد ردها بالتصرية ففيه وجهان حكاهما الماوردى فى الحاوى وغيره •

(أحدهما) وهو الأصح يردها ويرد معها صاعا ، ولا اعتبار بزيادة الثمن ونقصه كما لا اعتبار بقلة اللبن وكثرته ، ولا يكون ذلك ربا ، لأن الربا فى العقـود لا فى الفسـوخ ، قال صاحب التتمة : الا أن ذلك سوء تدبير منه فى المـال فيقتضى الحجر (قلت) ومتى فرض الأمر كذلك فينبغى امتناع الرد ، لأنه سفه كما تقـدم لنا ، فيما اذا صارفه دراهم بدنانير على عينها ، وخرج ببعضها عيب كخشونة الفضة وقلنا بجواز التفريق •

(فان قلنا) الاجازة بكل الثمن قال القاضى أبو الطيب : لم يكن له حظ فى رد المعيب ، لأنه سفه فنبقيه على ملكه أصلح له ، وقـد تقدم ذلك ، وأن غير أبى الطيب يشعر كلامهم أنه يتعين العدول الى قول الاجازة بالقسط ، قياس ذلك أن يتفقوا على امتناع الرد ، ورد الصاع ، ثم اما أن يمنع الرد مطلقا وهو قياس قول أبى الطيب واما أن يرجع الى القول الآخـر الذى سيأتى ، وهو قياس الاحتمال الآخـر فى مسألة الصرف فراجعه هناك •

(والوجه الثانى) فى هـذا الفرع أنه يرد بقدر نقص التصرية من الثمن لأن الرد لاستدراك النقص ، فعلى هـذا يقوم الشـاة لو لم تكن مصراة فاذا قيل عشرة قومت مصراة ، فاذا قيل ثمانية ، علم أن نقص التصرية هو الخمس ، فيرد المشترى معها خمس الصـاع الذى اشتراها به ، فهـذا الوجه الذى فى هذه الصـورة هو موافق لمـا قاله الغزالى والرافعى ، فتأيد ما قالاه به •

قال ابن الرفعة : لا ، لأن ما قاله الغزالى فيما اذا ساوت قيمة الصـاع قيمة الشاة لا الثمن ، وما ذكره المـاوردى فيما اذا ساوى الصـاع الثمن وبينهما فرق ، لأن التمر قد يكون بقدر قيمة الشـاة ، وقد يكون أكثر منها ، وقد يكون أقل ، نعم الغالب مقاربة الثمن للقيمة ، وهذا الوجه قائله ناظر فيه الى الغلبة ، ومع هذا يصـح أن تعضـد الخلاف الذى ذكره الغزالى به • وفى هـذا الفرع وجه ثالث ذكره الجـورى أنه يرد الشـاة وقيمة اللبن ذهبا أو ورقا ، قياسا على ما اذا اشترى حليا بمثله من الذهب ، ثم وجد به عيبا وحدث عنـده

عيب • ووجه رابع مجزوم به فى تعليق الطبرى عن ابن أبى هريرة أنه يردها ولا شىء عليه •

(فــرع) هــذا الذى تقدم من اعتبار قيمة الحجاز أو المدينة • هو الذى ذكره أكثر العراقيين • وقد تقــدم عن المــاوردى فيما اذا أعوز التمر حكاية وجه أنه يعتبر قيمة أقرب البلاد اليه تفريعا على قول أبى اسحاق • وقياس ذلك أن يأتى هنا فانه لا فرق بين أن يعوز التمــر وبين أن يجوز له العدول الى القيمة ، فاذا ضممت ذلك وما قاله الغــزالى رحمه الله فى كلام المصنف رضى الله عنه حصل لك فى هــذه المسألة ــ أعنى مسألة الكتاب ــ أربعة أوجه (أصحها) وجوب الصاع (الثانى) وجوب قيمته بالمدينة (الثالث) وجوب قيمته بأقرب البلاد اليه (الرابع) وجوب بعض صاع لمقتضي التوزيع ، ليس فى الفــرع الذى قاله المــاوردى الوجهان اللذان ذكرهما عند امكان رد التمــر ، وما حكيناه عن الجورى وابن أبى هريرة ، وأما ان أعوز فسيأتى ان شاء الله تعالى •

(فــرع) اذا أوجبنا رد الصــاع التمر فيما اذا اشتراها بتمر وهو الأصح ، فلو أنه رضى بها ثم أراد الاقالة قال القاضى حسين وصاحب التتمة : ان قلنا الاقالة عقــد فلا يجوز لأنه يلزمه أن يرد بدل اللبن تمــرا ، فكأنه باع شاة وصاع تمر بتمر •

(وان قلنا) الاقالة فسخ جاز ، لأن الفســوخ لا ربا فيها (قلت) وهــذا الخلاف فى الاقالة يأتى على كل من الوجهين اللذين حكاهما المــاوردى ، وأما الذى حكاه الجورى أنه يرد قيمة اللبن نقــدا فيجوز ، سواء قلنا الاقالة بيع أو فسخ •

(فــرع) عن البندنيجى أنه يعتبر قيمة الرد كرجل أقرض رجلا صاعا من تمر بالحجاز ، ولقيه بخراسان ، له مطالبته بقيمة الحجاز يوم المطالبة ، وليس له مطالبته بالتمــر ، كذا ههنا ، وكذلك يقتضيه كلام الشيخ أبى حامد (قلت) فلو فرضنا قيمة التمــر يوم الرد بالحجاز كثيرة تزيد على نصف قيمة الشــاة لغلاء سعر التمــر ورخص الشاة ، فكيف الحال فى ذلك (يمكن) أن يقال يلزمه ذلك كما فى القرض • ويمكن أن يقال يتعين التمر لأنه الأصل ولا فائدة فى العدول عنه ،

وقد تقـدم من كلام الامام أنه يعتبر القيمة الوسط ، وينبغى أن يحمل ذلك على الوسط من الأنواع حتى يكون موافقا لكلام البندنيجى ، لكن قول الغزالى فى أكثر الأحوال ظاهر بخلافه ، وأنه لا يعتبر وقت الرد ، وما قاله العراقيون أقل .

(فـرع) الذى يقول بايجاب شىء من التمـر فيما اذا اشترى شاة بصـاع تمر وردها بالتصرية بمقتضى التوزيع . قال ابن الرفعة : ليت شعرى ماذا يقول عند فقد التمر فليته قال والظاهر أنه يقول : برد ما اقتضـاه التوزيع من القيمة ، وعلى ما ذكره العراقيون يكون الواجب قيمة صاع من تمـر الحجاز كما سلف ، وتقـدم وجه آخر عن الحاوى أنه يجب قيمة صاع تمر بأقرب بلاد التمـر اليه . (قلت) وما قاله انه ظاهر متعين على هذا الوجه وحينئذ يكون فى هذه الصورة أربعة أوجه (أصحها) ايجاب قيمة بعض الصـاع بالمدينة (والثانى) قيمة الصاع بأقرب البلاد (والثالث) ايجاب قيمة بعض الصـاع بالمدينة على ما اقتضـاه التوزيع (والرابع) ايجاب بعض قيمة صاع بأقرب البلاد اليه ، وقد تقـدم ما ذكره الجورى وابن أبى هريرة .

(فائدة) قول المصنف رحمه الله : لأنه هو الأصـل ، أى لأن التمـر هو الأصـل . كذلك صرح به الشـيخ أبو حامد ، فيحمل كلام المصنف عليه ، ويكون المعنى أن صاع التمـر بالحجاز هو الأصل ، فاذا تعذر رده رجعنا الى قيمته بالحجاز كمن أقرض تمرا بالحجاز ولقيه بخراسان فطالبه بقيمة الحجاز .

(فـرع) رأيت فى شرح التنبيه لابن يونس أنه اذا أراد قيمة الصاع فانا نوجب فيه صاعا من تمـر بالحجاز ، ويشبه أن يكون فى النسخة تصحيف ، ولعله يوجب قيمة صاع ، والله أعلم .

(فـرع) تقـدم فى جنس الواجب رده مع المصراة سبعة أوجه ، وفى مقداره أربعة أوجه (أصحها) صاع تمـر (والثانى) بقدر قيمة التمـر (والثالث) ان زاد الصـاع فيما يقتضيه التعديل والا وجب الصاع (والرابع) ان زاد فالواجب القيمة بالحجاز والا فالواجب الصـاع ، ولم يقل أحد فيمـا أعلمه أنه ان زاد الصاع فالواجب قيمة الصاع من التمر والا وجب التمـر ، فاذا خلطت الأوجه بعضها ببعض

وجمعتها حصـل لك فيما ترده مع المصراة خمسة وعشرون وجها من ضرب الأربعة فى ستة .

(وأما) السابع وهو ما حكاه أبو محمد فلا يأتى خلاف فى المقدار فيه ، وترتيبها هكذا (أصحها) أن الواجب صاع من تمر مطلقا ـ كثر اللبن أو قل ـ زادت قيمته أو نقصت (الثانى) صاع من القـوت الغالب (الثالث) صاع على التخيير بين الأقوات ما عـدا الأقط (الرابع) التمر أو ما هو أعلا منه (الخامس) التمـر أو غالب قوت البلد (السادس) لو كان التمـر موجودا فصاع منه والا فصاع من الغالب فهذه ستة ، ومثلها أن الواجب بقيمة اللبن من هـذه الأشياء على الخلاف فيها صارت اثنى عشر ، وستة ان زادت قيمة الصـاع على الشاة أو نصفها فالواجب ما يقتضيه التعـديل من هذه الأشياء الستة على الخلاف فيها وان لم تزد فالواجب الصاع من الأمور المذكورة فهذه ثمانية عشر وستة ، أنه ان زادت قيمة الصاع فالواجب قيمته والا فهذه الأشياء الستة على الخلاف ، والخامس والعشرون ما حكاه الشيخ أبو محمد من الجـرى على قياس المضمونات وهو أضعفها ، ولا يمكن أخذه مع الأربعة ، والله أعلم .

(فـرع) فان كان باع الشـاة المصراة بصاع من تمـر ، فيجىء فيها بمقتضى التركيب ثمانية وعشرون وجها ، هـذه الخمسة والعشرون المذكورة وثلاثة أخـرى (أحدها) أنه يجب من الصـاع بقدر نقص التصرية من التمـر (والثانى) يرد قيمة اللبن ذهبا أو فضـة (والثالث) يردها ولا شىء عليه ، فقد تقـدم ذلك ، واعلم أن تركيب هذه الوجوه ذكر لتستفاد ويعرف كيفية النظـر فى ذلك ولكن اثباتها لذلك متوقف على أن كل واحد من أصحاب الوجوه قائل بالوجوه التى تركب معها ، حتى يصح التركيب ، وقد فعـل الأصحاب مثل ذلك فى مواضع ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان ما حلب من اللبن باقيا فاراد رده ففيه وجهـان ، قال أبو اسـحاق : لا يجبر البائع على أخـذه لأنه صار بالحلب ناقصا لأنه يسرع اليه التغير فلا يجبر على أخـذه . ومن أصحابنا من قال : يجبر لأن نقصـانه حصـل لمعنى يسـتعلم به العيب فلم يمنـع الرد ،

ولأنه لو لم يجـز رده لنقصـانه بالحلب لم يجـز افراد الشـاة بالرد • لأنه افراد بعض المعقـود عليه بالرد ، فلمـا جاز ذلك ههنا ـ وان لم يجـز فى سائر المواضـع ـ جاز رد اللبن ههنا مع نقصانه بالحلب ، وان لم يجـز فى سائر المواضع) •

(**الشرح**) هذه الحالة الرابعة من أحوال رد المصراة ، وهى اذا أراد ردها بعـد الحلب واللبن باق ، وهـذا على قسمين (أحدهما) أن يكون قد حمض وتغير فلا خلاف أن البائع لا يكلف أخـذه (والثانى) أن لا يكون كذلك ، وهى صورة الكتاب ففيها وجهـان (أصحهما) وهو قول أبى اسحاق أنه لا يجب على البائع أخـذه لمـا ذكره المصنف رحمه الله وفيه تنبيه على أنه ليس من شرط المسألة أن يأتى عليه زمان ، بل لو كان عقب الحلب لم يجب أخذه ، لأنه صار يسرع اليه التغيير ، فنقص عمـا كان فى الضرع ، وقول المصنف رحمه الله بعـد ذلك : فلا يجبر على أخـذه ، تأكيد لأنه قد ذكر ذلك أولا ، ويمكن تعليـل هـذا الوجه أيضا بأن اللبن الموجود عند العقـد الذى يستحق بدله اختلط باللبن الحادث المختص بالمشترى ، فاذا سمح به لا يجبر البائع على قبوله ، وهـذا قد يخدشـه الخلاف المذكور فى الأخبار فى مسألة اختلاط الثمـار ومسألة النعل ، ومسألة الحنطة المختلطة ، فيكون الاقتصار على العلة الأولى أولى •

(وقد يقال) انه لا يصـار الى الأخبار فى المسـائل المذكورة الا للضرورة ، ألا ترى أن النعـل اذا لم يكن نزعه معيبا فلم ينزعه لا يجب قبوله ؟ وههنا لا ضرورة تدعـو الى قبول اللبن لامكان رد التمـر الذى قدره الشرع ، وممن صحح هـذا الوجه ابن أبى عصرون والرافعى رضى الله عنهما • وقال الرويانى فى البحـر : انه الأصح عند جمهور أصحابنا •وبه جزم المـاوردى •

(والوجه الثانى) أنه يجب على البائع قبوله ، ويجبر عليه لمـا ذكره المصنف • والاعتذار بكون ذلك لاستعلام العيب ، وهو الذى ذكره القاضى أبو الطيب • مستمر على الأظهر من القولين فى تلك المسألة ، وكأنه اذا كسر منه قدر ما يفرق به العيب فرده قهـرا ، وقاسوه على مسألة المصراة ، هـذا والقول الثانى فى تلك المسألة بمسألة المصراة التى قاسوا عليها رد الشـاة بدون اللبن ، فانه جائز

قولا واحـدا مع النقصـان الذى حصـل فيها بالحلب ، لأجل أن ذلك لاستعلام عيب الشـاة ، وليس مرادهم مسألة اللبن التى فيها . اذ لا يحسن تخريج قول على وجه ، وحينئذ فمسألة اللبن هـذه فرد من أفراد تلك المسائل المسندة الى رد المصراة بعد نقصها بالحلب .

(الثانى) أنه اذا كان النقص الذى يستقل به العيب غير مانع على الأظهر من القولين فى تلك المسـائل وبلا خلاف فى رد الشـاة نفسها بعـد الحلب ، فلم لا كان هنا فى رد اللبن كذلك ؟ ولم حكم الجمهور بأن الصحيح عدم الاجبار ؟ .

(فالجواب) أن اللبن لم يظهر فيه عيب قديم يقتضى رده بخلاف الشـاة ، وما لا يوقف على عيبه الا بكسره فانه مشـتمل على عيب قديم بسببه يرد ، فنقصـه لاستعلام عيبه ، واللبن نقصة لاستعلام عيب غيره وهو الشـاة والحاقه بما نقصـة لاستعلام عيبة يحتـاج الى بيان ، والتمييز بين النوعين كاف فى الفرق (وأيضـا) النقص لاستعلام العيب لو قلنا بأنه يمنـع فى غير هـذا الموضع لأدى الى بطلان رد المعيب ، وههنا لا يؤدى الى ذلك ، لأن الشرع جعل اللبن بدلا يرده مع الشـاةالمعيبة ، واللبن ليس بمعيب فلا يلزم من اغتفاره فى محل الضرورة اغتفاره حيث لا ضرورة .

(الثالث) أنا على القول بالرد فيما نقصت قيمته بكسره ، نقول بأنه يلزم الأرش على قول ، وان كان الأظهر خلافه ، وأما ههنا على الوجه بأن له رد اللبن لا نعلم أحـدا قال بأن المشترى يغـرم مع ذلك تفاوت ما بين قيمة اللبن فى الضرع وقيمته محلوبا . وهـذا يحرك لنا بحثا ، وهو أن التمـر يتقسط على الشـاة ، واللبن الذى فى ضرعها ، كما تقـدم ، وذلك باعتبار قيمتيهما ، فهل تعتبر قيمة اللبن فى الضرع أو بعـد الحلب ؟ وقد يقال انه فى الضرع لا يمكن تقويمه كالحمـل فى البطن ، لكنا اذا كنا نعـلم أنه بعـد الحلب أنقص ممـا فى الضرع ، وحين المقابلة كان فى الضرع ، والمعتبر فى التقسيط وقت العقـد ، فهذا البحث حركته لننظر فيه ، فان كان يعتبر قيمته فى الضرع وبالحلب ينقص عن ذلك ، فكان قياس ذلك الوجه ايجاب الأرش ، ولا أعلم من قال به ، وان كان يعتبر قيمته بعـد الحلب فلا نقص حينئذ ولا يحتاج أن يعتذر بأنه نقص حدث لاستعلام العيب .

(الرابع) أنا اذا قلنا بأن للمشترى رد اللبن فهل له امساكه ورد الشـــاة ؟ قال صاحب التتمة : ان كان قد أمسكها زمانا يحدث فى مثله لبن لا يكلف الرد ، لأن الحادث بعـــد العقـــد ملكه فلا يلزمه رده • وان حلب عقيب الشراء وقلنا على البائع قبول اللبن لأنه عين حقه • فعلى المشترى رده اذا أراد الفسخ • وليس له رد البدل • لأن حقه فى يده •

(الخامس) أن القائل بأن له ههنا أن يرد اللبن هل ذلك بطريق الفســـخ ؟ كما لو اشترى عينين فوجد باحداهما عيبا فان له أن يرد الجميع • ان كان كذلك فينبغى عنـــد هذا القائل أنه اذا أراد امساك اللبن ورد الشـــاة يجرى فيها الخلاف فيما اذا أراد أن يفرد احـــدى العينين بالرد فعلى قول يمتنع عليها الافراد بالرد ، وهو يوافق ما تقدم عن صاحب التتمة عنـــد عدم اختلاط اللبن بلبن جديد ، وعلى قول لا يمتنع ، وان لم يكن بطريق الفسخ فبمـــاذا يجبر البائع على قبوله ؟ وحقه فى التمـــر واللبن على ملك المشترى بمقتضى العقـــد ؟ فتلخص أن صاحب هـــذا الوجه يلزمه أن يوجب رد اللبن عند بقائه وهو خلاف ظاهر الحديث •

(السادس) أن رد اللبن هل يكون حكمه حكم رد المصراة ؟ اذا قلنا الخيـــار فيها على الفور حتى اذا أخر بطـــل اجبار البائع عليه ، ويقتصر على رد الشـــاة ، أو نقول رد الشـــاة على الفور واللبن الى خيرة المشترى ؟ لم أر فى ذلك نقـــلا ، وهو يلتفت على ما تقـــدم من البحث فى أن ذلك هل هو بطريق الفســـخ أو لا ، فان كان بطريق الفســـخ كان على الفور ، وكل هذه التفريعات المضطربة سببها ضعف هذا الوجه القائل بأن له رد اللبن قهرا •

(السابع) قول المصنف رحمه الله : « ولأنه لو لم يجـــز الرد » الى آخـــره هو الدليل الثانى فى كلامه الذى وعدت بالكلام عليه ، وهو دليـــل مستقل غير ناظر الى أن النقصـــان لأجل الاستعلام أو لا ، وبهـــذا يخالف ما قدمته من أن هـــذه المسألة ، ومسألة ما لا يوقف على عيبه الا بكسره جميعا ، يرجعان الى مسألة رد المصراة مع نقصها بالحلب ، وهـــذا الدليل الذى ذكره المصنف رحمه الله غير ذلك لأنه جعل امتنـــاع رد اللبن مستلزما لامتناع افراد الشـــاة بالرد ، وعلل الأول بالنقص بالحلب ، والثانى بأنه افـــراد بعض المعقـــود

عليه ، وذلك غير النقص بالحلب ، فلم يحصل الجمع بينهما به ، وانما مقصوده قياس النقصان بالحلب على النقصان بالافراد فان افراد بعض المعقود عليه نقص •

وسكت المصنف رحمه الله عن ذلك لوضوحه ولذكره فى موضع آخر وهو ما اذا اشترى عينين صفقة واحدة فانه لا يجوز افراد أحدهما بالرد ، اما جزما اذا كان العيب بهما ، أو على الأظهر اذا كان بأحدهما ، واذا كان افراد بعض المعقود عليه نقصا • فلو امتنع رد اللبن بنقصانه بالحلب لامتنع افراد الشاة لنقصانها بالافراد والجامع بينهما مطلق النقصان فلما جاز رد الشاة ههنا وافرادها عن اللبن اتفاقا ولم يجعل النقصان بالافراد مانعا — وان كان مانعا فى سائر المواضع — وجب أن يجوز رد اللبن ، ولا يجعل النقصان بالحلب مانعا — وان كان مانعا فى سائر المواضع — هذا تقرير هذا الدليل ، ولابد من الجواب عنه اذ الأصح فى المذهب خلافه •

وطريق الجواب أن الأصل أن النقص مانع ، ولا يلزم من مخالفة الأصل فى موضع مخالفته فى كل موضع الا أن يتبين أن المعنى الذى استثنى لأجله نقصان افراد الشاة بالرد عن سائر مواضع الافراد موجود فى النقصان بالحلب ههنا ، حتى يستثنى عن سائر مواضع النقص ، وصحة القياس متوقفة على ثبوت ذلك ، وهو غير بين •

(الثامن) أن الأصحاب أطبقوا على حكاية الوجهين كما حكاهما المصنف رحمه الله ، وكلام الشيخ أبى حامد يقتضى حكاية الوجهين عن أبى اسحاق ولذلك الرويانى قال : ان أبا اسحاق أشار فى الشرح الى وجهين ، والمصنف وابن الصباغ جعل القول بعدم الاجبار قول أبى اسحاق ، وكلام أبى الطيب محتمل لما قاله أبو حامد ، ولما قاله المصنف ، فانه قال:لا يجبر عليه ، ذكره أبو اسحاق فى الشرح وقال : لأنه صار معيبا ، وفيه وجه آخر أنه يجوز ، وبقية الأصحاب يذكرون الوجهين غير منسوبين ، والجمع بين ذلك كله أن أبا اسحاق ذكر فى شرحه الوجه الذى اختاره والوجه الآخر •

(التاسع) أن هذا كله فى رده على جهة القهر ، أما لو تراضيا على ذلك ، قال الماوردى والرويانى فى البحر : جاز ، وقد تقدم

ذلك عن البغـوى والرافعى رحمهما الله أنه لا خلاف فيه ، ونبهت هناك أنه هل هو من باب الاعتياض ؟ أو من باب الرد بالفسـخ ؟ وأن ابن المنذر خالف فيه ، ومقتضى كلامه المخالفة ههنا ، وهو أحـد قولى المـالكية ، وأن ابن المنذر جعـله من باب الاعتياض وذكرت بحثا هناك يقتضى أنه ليس كذلك وأنه يجـوز ، فلينظـر ذلك البحث فى فرع عند شرح قول المصنف « وان أجاز رد المصراة بدل اللبن » .

(فـرع) قسـم المرعشى العيب الحادث عند المشترى الى قسمين (أحدهما) المصراة يردها ناقصـة عما أخذت عليه من كون اللبن فى ضرعها ، وما سوى المصراة ثلاثة أضرب (أحدها) يرد قولا واحـدا كالعنب والخيـار يغمزه بعـود أو حديدة فيتبين أنه مر (والثانى) فيه قولان كالثوب يقطع ثم يعلم عيبه (والثالث) ثلاثة أقوال اذا كسرنا ما لا نوقف على عيبه الا بكسره ، وسيأتى ذلك ان شاء الله تعالى فى الرد بالعيب ، وفيه توقف نذكره هناك ان شاء الله تعالى .

(فـرع) اذا اشترى شاة وجز صوفها ، ثم وجد بها عيبا — ان كان الجز لاستعلام العيب — لم يمتنع الرد ، وجرى مجرى الحلب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى جارية مصراة ففيه أربعـة أوجه :

(أحدها) أنه يردها ويرد معها صاعا لأنه يقصـد لبنها فثبت بالتدليس له فيه الخيار ، والصاع كالشاة .

(والثانى) أنه يردها لأن لبنهـا يقصـد لتربية الولد ، ولم يسـلم له ذلك ، فثبت له الرد ولا يرد بدله ، لأنه لا يبـاع ولايقصد بالعوض .

(والثالث) لا يردها لأن الجارية لا يقصـد فى العـادة الا عينها دون لبنها .

(والرابع) لا يردها ، ويرجع بالأرش لأنه لا يمكن ردها مع عوض اللبن لأنه ليس للبنها عوض مقصـود ، ولا يمكن ردها من غير عوض ،

لأنه يؤدي الى اسقاط حق البائع من لبنها من غير بدل ، ولا يمكن اجبار المبتاع على امساكها بالثمن المسمى ، لأنه لم يبذل الثمن الا ليسلم له ما دلس به من اللبن ، فوجب أن يرجع على البائع بالأرش ، كما لو وجد بالمبيع عيبا وحدث عنده عيب) .

(الشرح) الكلام فى هذا الفصل ، والفصل الذى بعده يحتاج الى أصل ، وهو أن المنصوص عليه فى كلام الشافعى رحمه الله حكم الابل والغنم والبقر ، والصحيح المشهور أنه يعم جميع الحيوانات المأكولة ، والمصرح به من ذلك فى الحديث هو الابل والغنم (وكثير) من الأصحاب يجعلون حكم البقر ثابتا بالقياس وبه يشعر كلام الشافعى رحمه الله فى المختصر (ومنهم) من يأخذه من النص فى الحديث الذى لفظه « من اشترى مصراة » فانه عام ، وقد تقدم ذلك ، واتفقوا على اثبات الحكم فى البقر اما بالنص واما بالقياس ، فان القياس فيها ظاهر جلى وهى فى معنى الابل والغنم ، فلذلك اتفقوا على ثبوت الحكم فيها .

أما ما عدا ذلك من الحيوانات كالجارية والأتان ، فلا يظهر فيهما أنهما فى معنى الأصل المنصوص عليه ، وعقد المصنف رحمه الله هذا الفصل والذى بعده للكلام فيهما ، والذى تجرى أحكام المصراة عليهما فطريقه فى ذلك اما القياس وان كان ليس فى الجلاء والظهور كالأول ، واما ادراجها فى عموم قوله « من اشترى مصراة » والذى لا تجرى عليهما أحكام المصراة طريقه قطع القياس ، ويتبين أنهما غير داخلين فى عموم قوله : مصراة (اما) بأن الاسم غير صادق عليهما عند الاطلاق (واما) باخراجهما من اللفظ بدليل ، وقد يقال : ان من جملة ما يدل على اخراج الجارية قوله فى الحديث : « بعد أن يحلبها » فان ذلك يقتضى قصر الحكم على ما يصدق عليه اسم الحلب ، وفى اطلاق الحلب على الجارية نظر .

(واعلم) أن قاعدة مذهب الشافعى رضى الله عنه ، كما ذكره الامام ، يدل على أن ثبوت الخيار فى المصراة جار على القياس ، واذا كان كذلك فيسوغ الحاق غير المنصوص عليه بالمنصوص ، والمصنف رحمه الله وكثير من الأصحاب لم يذكروا الحديث الذى فيه صيغة

العمـــوم ، وانما ذكروا النص فى الابل والغنم ، وكان ما سوى المنصوص عليه على قسمين :

(قسم) التصرية موجودة فيه فى غير الابل والغنم (وقسم) فيه معنى يشبه التصريه ، فذكر المصنف رحمه الله الجاريه فى هـذا الفصـل والاتان فى الذى يعـده لانهما ملحقان عند من يقول بالالحاق بالابل والغنم لشـمول التصرية بالجميع ، وذلك يعـد تجعيـد شـعر الجاريه ، ولانه ملحق بالتصريه فلذلك اخره وله مراتب فى الظهـور كتجعيد الشعر ، فيلحق ، والخفاء كنقطة من المـداد على ثوب العبد فلا يلحق ، وبين ذلك ففيه خلاف •

ونذكر هـذه المراتب ان شاء الله تعالى عند كلام المصنف فى تجعيد شعر الجارية ، وذكر المـاوردى وجهين فى التصرية فى غير الابل والبقر والغنم ، فأحد الوجهين وهو قول البصريين أنها ليست بعيب (والثانى) وهو قول البغداديين أن التصرية فى كل الحيوان عيب •

(وأما) تصرية الجارية الذى هو محل كلام المصنف هنا ، فقال الامام : ان الخلاف فيه ليس من النمط المذكور ، فان التلبيس بالتصرية فى الجارية كالتلبيس بالتصرية فى البهيمة ، وانما نشأ الخلاف من أصل آخـر ، وهو أن الأصـل فى خيار الخلف أن يترتب على الشرط والفعل والموهم المدلس الخلف بالشرط ، وهو دونه وبقوى أثره فيما يظهر توجه القصد اليه ، فأما ما لا يتوجه القصـد اليه فلا يظهر التلبيس فيه ، قال : ويمكن أن يقال : هـذا مع التقريب يلتحق بما قدمناه من مواقع الخلاف ، يعنى من المرتبة التى بين الظهور والخفـاء كما أشرنا اليه من قبل ، فان الشىء اذا كان لا يقصـد مما يجرى من تلبيس فيه وفاقا لا توهم ، ويمكن أن يقـرب مما تقـدم من وجه آخر ، وهو أن الضرع والاخلاف يعتاد معاينتها ويدرك الفرق فيها ، وليس كذلك الثدى فى بنات آدم ، فان المشـاهدة لا تتعلق غالبا به وغرضنا تخريج الوفاق والخلاف على أصول ضابطة • انتهى •

ومقصود الامام أن الثدى اذا كان لا يرى غالبا ، ولا يحصـل فيه قصـد التغرير غالبا ، فلم يتحقق كضرع الناقة والشـاة الذى هو مرئى الغالب ، ومقصـوده بما قاله أولا من أن لبن الجارية غير

مقصود ، أي في الغالب لأنه لا يقصد الا على ندور لأجل الحضانة ، فلا يلتحق بما هو مقصود في كل الأحوال ولذلك لم يغتر برؤية الحلمة وهو الثدي • اذا عرف ذلك فهل التصرية في الجارية عيب أم لا ؟ على وجهين على ما تقدم عن الماوردي •

وقال الشيخ أبو حامد : انه لا خلاف أنها عيب لأمرين (أحدهما) الرغبة في رضاع الولد (والثاني) أن كثرة اللبن تحسن الثدي لأنه يعلو ولا يسترسل ، هكذا قال أبو حامد ، ولكن غيره مصرح بالخلاف في ذلك ، وشبهوه على أحد الوجهين بما اذا اشترى جارية فبانت أخته فلا خيار ، لأن الوطء في ملك اليمين غير مقصود •

اذا عرف ذلك فقد ذكر المصنف أربعة أوجه أصلها وجهان وقيل قولان (أحدهما) أنه يرد معها صاعا ، لما ذكره المصنف • وهذا قول ابن سريج وابن سلمة فيما حكاه الجوري (والآخر) يردها ولا يرد بدل اللبن لأنه لا يعتاض عنه في الغالب ، وان كان متقوما ، وهذا معنى قول المصنف رحمه الله أنه لا يقصد بالعوض ، ولم يرد أنه لا يباع منفردا ، لأن مذهبنا جواز بيعه • وهذا الوجه ذكره الصيدلاني وغيره على ما حكاه الامام ، وكلا الوجهين مذكور في الحاوي وفيما علقه سليم عن أبي حامد •

(والوجه الثاني) أنه لا يرد • وهذا قول أبي حفص ابن الوكيل على ما يقتضيه كلام الجوري ، وعلى هذا فوجهان (أحدهما) وهو الثالث في كلام المصنف رحمه الله أنه لا يرد ، أي ولا شيء له لما ذكره المصنف رحمه الله ، وهذا الوجه لم يذكره الرافعي ولكن ذكره القاضي أبو الطيب والقاضي حسين والماوردي وغيرهم ، وهو مفرع على أن التصرية في ذلك ليست بعيب (والآخر) وهو الرابع في كلام المصنف أنه لا يرد ويرجع بالأرش ، وصححه ابن أبي عصرون تفريعا على القول بعدم الرد •

واختلف في مأخذه ، فالشيخ أبو حامد ذكره فيما علقه البندنيجي عنه من قوله : انه لا خلاف في أنها عيب مستدلا بما ذكره المصنف وهو حسن • واستدل — لأنه لا يمكن ردها من غير عوض — بأنها نقصت عنده ، فهذا الوجه بهذا التعليل مع الوجهين الأولين ثلاثتها مفرعة

على القولين بأن التصرية فى ذلك عيب ، ولذلك ذكرها الشيخ أبو حامد مفرقة فى التعليقين • ونقل الرويانى عن الدارمى أنه على القول بأنه ليس بعيب ، فانه يرجع بالأرش ، وغلطه قال : لأن هذا القائل منع الرد لأنه ليس بعيب ، وقدر الداركى أنه لا يرد ، لأن الحلب عيب حادث ، فقال يرجع بالأرش (قلت) وينبغى أن يحمل كلام الدارمى على ما قاله الشيخ أبو حامد رحمه الله ، ولا يغلط ، ولا يظن به أنه فرع ذلك على أنه ليس بعيب • هذا ما ذكره الأصحاب رحمهم الله فى ذلك • وقال الامام : اذا أثبتنا الخيار بتصرية الجارية ، وان قدرنا التمر بقيمة اللبن فلم يكن للبن الجارية قيمة لم يجب شىء • وان أوجبنا الصاع فههنا وجهان ، هذا اذا لم يكن اللبن متقوما ، وان كان له قيمة فلابد من بدله • وهل يبدل بالصاع أو بقيمته من تمر أو قوت آخر ؟ فيه وجهان • وهذا التخريج حسن (والأصح) من هذه الأوجه عند الرافعى وصاحب التهذيب أنه يرد ، ولا يرد بدل اللبن ، وهو الثانى فى كلام المصنف رضى الله عنه • قال الرويانى فى البحر : وهذا أقرب عندى (والأصح) عند القاضى أبى الطيب والجرجانى أنه يردها ويرد معها صاعا بمنزلة تصرية الابل والغنم وقال ابن أبى عصرون : انه الأقيس به فى المرشد •

وقد تقدم فى باب الربا أن محمد بن عبد الرحمن الحضرمى نقل عن الشافعى رضى الله عنه أنه لو باع أمة ذات لبن بلبن آدمية جاز ، وهو رد ما صححه القاضىأبو الطيب هنا ، لأنه لو كان اللبن بمنزلة العين ويقابله قسط من الثمن لما صح بيعها بلبن آدمية ، كما لا يصح بيع شاة فى ضرعها لبن بلبن غنم ، وعلى ما تقدم من تخريج الامام رجع النظر الى تحقيق مناط ، وهو أن لبن الجارية هل له قيمة أو لا ؟ فان كان له قيمة تعين الحكم بوجوب بدله ، كما قال الامام ، قال : لأن نفى البدل فى هذا المقام لا يقتضيه خبر ولا يوجبه قياس •

(فرع) حكم الخيل حكم الجارية ، وذكره الماوردى ، ولم يذكر الماوردى فى الجارية الثلاثة الأوجه المذكورة أولا فى كلام المصنف رحمه الله • قال العبدرى : لنا فى تصرية لبن الجارية قولان ، وفى الأتان وجهان ، فاقتضى كلامه أن الخلاف فى الجارية منصوص عليه ،

وكذلك رددت القول فيما تقـدم فى ذلك هل هو وجهان أو قولان ؟ والله أعلم •

(فـرع) من جملة العلمـاء القائلين بأن حكم التصرية لا ينحصر فى الابل والغنم البخارى رحمه الله ، فانه قال فى تبويبه : باب النهى « للبائع أن لا يحفـل الابل والغنم والبقر وكل محفلة ، والمصراة التى صرى لبنها وحقن فيه وجمع فلم تحلب أياما » ولم يذكر فى الباب حديثا فيه صيغة عامة بنعته ، والله أعلم •

(فـرع) حكى المصنف فى التنبيه وجهين (أحدهما) أنه لا يرد (والثانى) أنه يرد ولا يرد بدل اللبن ، فالثانى فى التنبيه هو الثانى فى المهذب ، والأول فى الثانى يحتمل أن يكون هو الثالث فى المهذب ، وهو أنه لا يردها ، ولا شىء له ، ويحتمل أن يكون هو الرابع • وهو أنه لا يرد ويأخذ الأرش ، ويحتمـل أن يكون مقصـوده عدم الرد الذى هو مشترك بين الوجهين ، ويكون كل من الوجهين مفرعا عليه ، وهو الأول •

وقال ابن الرفعة فى قول التنبيه : انه لا يرد • قال : أى ويأخذ الأرش وقال : ان القول بأنه لا يرد ولا يرجع بالأرش هو ما ظن ابن يونس أنه القول الأول من كلام الشيخ (قلت) وأما تفسير ابن الرفعة لكلام الشيخ فممنوع لمـا تقـدم ، وأما كلام ابن يونس فمحتمل ، لأنه حكى الوجهين فيحتمل أن يكون جعلهما مفرعين على الوجه الذى حكاه الشيخ ، وهو الاحتمـال الذى قلت : انه الأولى ، وحينئذ لا ينسب الى ابن يونس حمل كلام الشيخ على أحد الوجهين دون الثانى ، والله سبحانه أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى أتانا مصراة ، فان قلنا بقول الاصطخرى : ان لبنها طاهر ، ردها ورد معها بدل اللبن كالشاة (وان قلنا) بالمنصوص : انه نجس ففيه وجهان (أحدهما) أنه يردها ولا يرد بدل اللبن ، لأنه لا قيمة له ، فلا يقابل ببدل (والثانى) يمسكها ويأخذ الأرش ،لأنه لا يمكن ردها مع البدل ، لأنه لا بدل له ولا ردها من غير بدل لمـا فيه من اسقاط

حق البائع من لبنهـا ، ولا امساكها بالثمن لأنه لم يبذل الثمن الا لتسلم له الأتان مع اللبن ولم تسـلم ، فوجب أن تمسك ويأخذ الأرش) .

(**الشرح**) الأتان الأنثى من الحمـر ، وقول الاصطخرى رحمه الله بطهارة لبنها معروف مشهور ، وهو يقول بطهارته وحل تناوله ، وعده الامام من هفوات بعض الأئمة . وحكى الامام أن من أصحابنا من حكم بطهارة لبنها وحرمته وهـذا بعيد ، والمذهب نجاسته ، وقد تقـدم أن تصرية الأتان هل هى عيب أم لا ؟ على وجهين ، وقال الشيخ أبو حامد : انه لا خلاف فى أنها عيب كما تقـدم أنه مثل ذلك فى الجارية ، اذا عرف ذلك ففى حكم تصرية الأتان طرق .

(احداها) ما ذكره المصنف رحمه الله أنه ان قلنا بطهارة لبنها ردها، ورد بدل اللبن (وان قلنا) بنجاسته فقيل : يردها ولا يرد معهـا شيئا . وقيل ، يمسكهاويأخذ الأرش ، وممن ذكر هذه الطريقة الشيخ أبو حامد .

(الطريقة الثانية) التى ذكرها المـاوردى من العراقيين ، والقاضى حسين من الخراسانيين : أنه هل يرد أو لا يرد ؟ فى المسألة وجهان (فان قلنا) بنجاسة لبنها ردها ولا يرد معها شيئا (وان قلنا) بطهارة لبنها . وهو قول الاصطخرى . فهل يرد معها صاعا من تمـر ؟ على وجهين كالجارية واناث الخيـل . وهذه عكس ما ذكره المصنف رحمه الله (والطريقة الثالثة) التى ذكرها الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب الجـزم بردها وتخريج رد بدل اللبن على الخلاف (فان قلنا) بطهارته رد بدله صاعا من تمـر (وان قلنا) بنجاسته لا يرد لأن النجس لا بدل له ولا قيمة ، وهـذه تخالف طريقة المـاوردى ، فان المـاوردى يتردد فى رد بدل اللبن على القول بطهارته ، وأبو حامد وأبو الطيب جازمان به ، وتخالف طريقة المصنف رحمه الله فى قوله انه يمسكها ويأخـذ الأرش ، وقد نقل الشاشى عن القاضى أبى الطيب أن الأوجه التى فى الجارية فى الأتان على قول الاصطخرى فهذه الطرق الثلاثة فى طريقة العراقيين ، وبعضها فى كلام الخراسانيين كما تقدم .

(والطريقة الرابعة) التى ارتضاها الامام أنه ان قلنا : اللبن نجس فلا يقابل بشىء ، ولكن لا يبعـد اثبات الخيار ، اذ قد يقصـد

غزارة لبنها لمكان الجحش ، فيلتحق هـذا الخيار بقبول التردد ، وان حكمنا بأنه طاهر فكذلك ، فان اللبن المحـرم لا يتقوم ، وان حكمنـا بحله فالقول فى تصرية الأتان كالقول فى تصرية الجارية ، وقد تقـدم كلامه فى الجارية ، وهذه الطريقة توافق طريقة المـاوردى فى الحاقها بالجارية على قول طهارة اللبن وحله ، وتخالفها فى أن المـاوردى لم يحك القول بتحريم اللبن مع طهارته ولا التفريع عليه ، وفى أن المـاوردى لم يبن الخلاف فى الرد على الخلاف فى النجاسة ، وانما حكى الخـلاف فى الرد وفى سائر الحيوانات غير الابل والبقر والغنم •

(**فان قلنا :**) بشـمول الحكم للجميع ، فالمـاوردى جازم على قولنا بنجاسة اللبن ، برد الأتان ولا شىء معهـا ، والامام مقتضى كلامه التردد فى ردها ، وطريقة الامام تخالف طريقة المصنف رحمه الله أيضـا ، ولأن الامام لم يتعرض لامساكها بالأرش ، والمصنف لم يتعرض لطهـارة اللبن مع تحريمه ، والله أعلم • ولم يتعرض ابن عبد السلام فى اختصـار النهاية لمـا أشار اليه الامام من التردد فى ثبوت الخيار ، فتخلص من هـذه الطرق أربعة أوجه :

(أحدها) أنه يردها ويرد معها بدل اللبن •

(والثانى) أنه يردها ولا يرد معها شيئا • وهـذا هو الصحيح عند الرافعى وغيره • وهو الذى جزم به المصنف رحمه الله فى التنبيه •

(والثالث) أنه لا يردها ويأخذ الأرش •

(الرابع) الذى دل عليه كلام الامام أنه لا يردها ولا شىء له ، لأنه جعـل ذلك من صور الخلاف • ومراده به الحاقه بالمرتبة المتوسطة بين المراتب الثلاث التى تقدمت الاشـارة اليها ، ويأتى ذكرها ان شاء الله تعالى عند كلام المصنف رحمه الله فى تجعيد شعر الجارية • واذا كان كذلك فيقتضى كلام الامام المذكور اثبات وجه كما قلناه أنه لا خيار له • وكذلك يقتضيه كلام المـاوردى حيث ألحق الأتان بالجارية • وحيث حكى الخلاف فى سائر الحيوان مطلقا غير الابل والبقر والغنم • كما تقـدم عن البصريين والبغداديين فى أن التصرية فيهـا عيب • أو ليست بعيب • وكلام غيره أيضـا • وهذا الوجه ليس مذكورا فى كلام المصنف

رحمه الله • والأوجه الثلاثة التى ذكرها المصنف ذكرها الشيخ أبو حامد أيضا مع قوله ان لا خلاف فى أنها عيب •

والوجه الرابع القائل بعدم الخيـــار مستمد من الوجه الذى تقدم عن البصريين أن التصرية فى ذلك ليست بعيب • فيجوزون الأوجـــه الأربعة ، وهى نظير الأوجه الأربعة التى ذكرها المصنف رحمه الله فى الجارية وان كانت المـــآخذ مختلفة • وقال ابن أبى عصرون على قول الاصطخرى بعد أن حكى كلام الأصحاب وقولهم فى التفريع عليه : انه يرد مثل بدل لبن الشـــاة قال : وعندى ينبغى أن يرد الأرش • لأن لبنها لا يســـاوى لبن الأنعـــام ولا يلحق به فى تقدير بدله • كما أن جنين البهيمة لمـــا لم يســـاو جنين الآدمية ضمن بها ويقضى من قيمة الأم • وهـــذا الذى ذكره لو ثبت كان زائدا على الأوجه الأربعة لكنه بعيد لأنه على القول بطهارته وجعله ممـــا يقابل بالعوض لا يفارق لبن الأنعـــام وان كان أنقص قيمة منهـــا فان بعض الأنعـــام لبنهـــا أنقص قيمة من بعض ، ولا اعتبار بذلك ، ويلزمه أن يقول بذلك فى الجارية ، ولم يقـــل به هنـــاك ، بل قال : ان الأقيس أنه يجب رد بدله ، والله أعلم •

(فـــرع) قول المصنف رحمه الله « لم يبذل الثمن الا لتســـلم له الأتان مع اللبن » وكذا قوله فيما تقـــدم فى الجارية « ولم يبذل الثمن الا ليسلم له ما دلس به من اللبن » رأيتها مضبوطة فى بعض النســـخ ــ بضم التاء وفتح السين وتشـــديد اللام المفتوحة ــ والأحسن أن يقرأ ــ بفتح التـــاء واسكان السين وفتح اللام المخففة ــ فان البائع سلم الأتان مع اللبن ، ولكن حصلت فى ذلك السلامة للمشترى •

(فـــرع) جزم المصنف فى التنبيه بأنه يرد الأتان ، ولا يرد بدل اللبن وتردد فى رد الجارية مع الجـــزم فيهـــا بأنه لا يرد بدل اللبن ، فأما جزمه برد الأتان وتردده فى رد الجارية فلأن لبن الأتان مقصـــود ولا يساويه لبن الجارية فى ذلك ، وعلى قوله فى المهذب : أنه لا يرد قال : انه بأخذ الأرش يكون اللبن فى الأتان مقصـــودا فلم يتردد قوله لا فى المهذب ولا فى التنبيه فى أن لبن الأتان مقصـــود ، ولكن امتناع رد بدله على الصحيح لأجل نجاسته وان كنا قد حكينا عن غير

المصنف رحمه الله وجها رابعا بعـدم الرد مطلقا ، وذلك يلزم منه القول بأنه غير مقصود •

وأما جزمه فى التنبيه بأنه لا يرد بدل لبن الأتان ، فانه تفريع على المذهب فى نجاسته ، وزعم ابن الرفعة أن ذلك سواء قلنا بنجاسته أو بطهارته كما ذهب اليه الاصطخرى ، قال : وقيل على القول بطهارته يجب الصاع ، وهـذا الذى قاله ابن الرفعة وان كان الخلاف ثابتا فيه كمـا تقـدم ، لكن لا يحسن أن نشرح به كلام التنبيه ، لأن صاحبه فى المهذب جازم على قول الاصطخرى : يرد بدل اللبن ، فيجب حمل كلامه فى التنبيه على المذهب ، فيكون موافقا لذلك ، ليس ذلك مما اختلفت فيه الطريقان حتى يحمـل كلامه فى التنبيه على طريقة وكلامه فى المهذب على طريقة أخـرى ، وقد تبين لك الطرق المذكورة فى ذلك ، والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا ابتـاع شـاة بشرط أن تحلب كل يوم خمسـة أرطال ، ففيه وجهـان ، بنـاء على القولين فيمن باع شـاة وشرط حملها (أحدهما) لا يصـح ، لأنه شرط مجهـول فلم يصـح (والثانى) أنه يصـح لأنه يعـلم بالعـادة فصـح شرطه ، فعلى هـذا اذا لم تحلب المشروط فهو بالخيار بين الامساك والرد) •

(الشرح) هذه المسألة جزم الرافعى رحمه الله فى باب البيوع المنهى عنها فيها بعـدم صحة البيـع ، وصرح فى الروضة بأنه يبطل البيع قطعـا لأن ذلك لا ينضبط فصـار كما لو شرط فى العبد أن يكتب كل يوم عشر ورقات ولم يتعرض الرافعى للمسألة فى باب التصرية ، وابن الصباغ ذكر المسـألة هنا وجزم فيها بالبطـلان ، وكذلك صاحب التتمة قبل هـذا الباب صرح وجزم بأن العقـد فاسـد ، وقال مع ذلك : انه اذا شرط أنها لبون فان كانت تدر لبنـا ـ وان قل ـ فلا خيار له ، وان لم يكن لها لبن أصـلا فله الخيـار ، وكذلك قال غيره ، ونقلوا عن أبى حنيفة رحمه الله أنه يقول بالبطلان فى هـذه أيضـا ولو شرط أنها غزيرة اللبن فتبين غزارته فله الرد ، قاله الرويانى •

وكلتا المسألتين لا اشكال فيهما بخلاف مسألة الكتاب ، وصرح صاحب العـــدة حكاية الوجهين فى مسألة الكتاب كما حكاهما المصنف رحمه الله حرفا بحرف ، ونقـــل بعض المصنفين مســـألة الكتاب وحكاية الوجهين فيها عن التتمة ، ولم أرهما فيهـــا بل الذى رأيت فيهـــا البطلان والمصنف المذكور هو يعقوب بن أبى عصرون وذلك وهم منه ، ولعله جاء يكتب المهذب كتب التتمة .

وقال الرويانى فى البحـــر : لو اشترى شاة على أنها تحلب كل يوم كذا وكذا ، قال أصحابنا : لا يصـــح قولا واحـــدا . قال : وقيل : فيه وجه أنه يصـــح ، وقال ابن أبى عصرون فى الانتصـــار : انه لا يصـــح البيع على أصح القولين ، فيحتمل أن يكون تابعا للمصنف فى حكاية الخلاف فى المســـألة ، وأطلق القولين على الوجهين ويحتمـــل أن يكون عنده نقـــل خارج ، وممن حكى الخلاف أيضـــا فى هـــذا الباب العمرانى ، ويحتمل أن يكون تابعا للمصنف ، وكذلك حكاه فيما اذا شرط أن الشـــاة تضع لرأس الشـــهر مثلا ، والمشهور فى المسألتين القطع بالفســـاد ، ولم أر الخلاف الا فى كلام المصنف والرويانى وصاحب العدة أيضا .

على أن المصنف رحمه الله وحده كاف فى النقـــل ، فهو الثقة الأمين ، ولا يستبعد ذلك من جهة المعنى ، فان ذلك قد يعـــلم بالعـــادة فان الشاة التى خبرها البائع وجربها دائمـــا وهى تدر كل يوم مقدارا معـــلوما أو أكثر منه ، فهـــذا العقد الذى جرب وجوده منها فى جميع الأيام يغلب على الظن دوامه ، أما وضع الحمـــل لرأس الشهر المنقول عن العمرانى فذلك بعيد الا على ارادة التقريب الكثير ، نعم ههنا كلامان .

(أحدهما) أن الفرق ظاهر بين اشتراط قدر معـــلوم من اللبن ، واشتراط الحمـــل ، فان اشتراط كونها حاملا نظيره اشتراط مقدار من اللبن ، ينبغى أن يكون كاشتراط مقدار أو وصف فى الحمـــل ، وذلك لا يمكن تصحيحه ، لأنه لا يمكن العلم به .

واعلم أن ههنا ثلاث مراتب (احداها) يشترط مقدار أو وصف فى الحمل وهـــذا لا يصـــح قطعا ، لأنه لا سبيل الى علمه ولا ظنه .

(الثانية) اشتراط أصل الحمل واللبن ، وهـــذا يصح على الأصح ، لأنه معلوم موجود عليه امارات ظاهرة .

(الثالثة) اشتراط مقـــدار من اللبن ، فهـــذا قدر يقوم عليه أمارة لعادة متقدمة ونحـــوها ، ومن هذا الوجه أشبه الحمل ويفارقه من جهة أنه متعلق بأمر مستقبل يخرم كثيرا فلذلك جرى التردد فيه •

(الثانى) أن بنـــاء المصنفين الوجهين على القولين فى اشتراط الحبل ، يقتضى أن يكون الصحيح صحة الشرط ههنا ، لأن الشرط صحه اشتراط الحبل ، لكن ابن أبى عصرون ممن وافق المصنف رحمه الله على حكاية الخلاف وصحح البطلان وأكثر الأصحاب قطعـــوا به ، والفرق ما قدمته وجعلته من رتبة منحطة غير رتبة أصل الحمل واللبن ، والله أعلم •

(**التفريع**) اذا قلنا بالصـــحة فى ذلك فأخلف فله الخيـــار بين الامســـاك والرد كما قال المصنف ، كالمصراة ، بل أولى من حيث المعنى ، لأن هـــذا بشرط صريح ، وذاك بما يقـــوم مقامه من التغرير ، ومقتضى الحاقها بالمصراة أنه ان حصـــل الخلف قبل الثلاث يجـــرى فيها الخلاف المذكور فى المصراة فى أنه يمتـــد الخيار الى ثلاثة أيام ، أو يكون على الفور أو لا يثبت الا عند انقضـــاء الثلاث على الأوجه السابقة فلو ظهر الخلف بعد الثلاث فيكون على الفور كالمصراة ، ولا يأتى ههنا قول أبى حامد : انه لا يثبت الخيار بعد الثلاث ، لأن هناك مأخذه أن الخيار ثابت بالشرع ، وههنا ثابت بالشرط ، وأيضـــا الخيار فى التصرية خيار عيب على قول كما تقدم ، وأما هنا فخيار خلف ليس الا •

نعم لو ظهر نقص اللبن ههنا بعد مدة فان كان ذلك بطرآن حادث يقتضى ذلك فلا اشكال فى أنه لا يثبت الخيـــار ، لأن ذلك غير لازم للبائع ، لأن سببه ما حدث فى يد المشترى ، وان لم يظهـــر حاله بحال نقص اللبن عليها فيحتمل أن يقال : انه لا أثر للنقص أيضـــا لأنه لمـــا دام اللبن وثبت على مقتضى الشرط حصل الوفاء بمقتضى الشرط • وعلم بذلك مزاج الحيوان ، والنقص بعـــد ذلك بمدة طويلة محمـــول على تغير طرأ ، وكذلك فى المصراة لدوام اللبن مدة ، ثم حصـــل نقص لم يتبين بذلك وجود التصرية • بل ذلك محمـــول على نقص حادث ، وانما يبقى ثبوت الخيار حينئذ اذا اعترف البائع أو قامت بينة أنه كان قد صراها وهذا الاحتمال متعين •

وأما مقـدار المـدة فيحتمل أن يقال : انه اذا حلبها ثلاثة أيام واللبن على حاله لم يتغير ، فتغيره بعـد ذلك لا يؤثر • وتكون الثلاثة ضابطا لذلك لاعتبار الشارع اياها فى هذا الباب • ويحتمـل أن لا يضبط بمدة معينة ، بل بما يظهر من شاهد الحال ودلالته على أن النقص لأمر أصلى أو طارىء • والله سبحانه أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واذا ابتـاع جارية قد جعـد شعرها ثم بان أنها سبطة ، أو سـود شـعرها ثم بان بياض شـعرها ، أو حمـر وجهها ثم بان صفرة وجهها ، ثبت له الرد لانه تدليس بما يختلف به الثمـن فثبت به الخيـار كالتصرية ، وان سبط شـعرها ثم بان أنها جعـدة ففيه وجهان :

(أحدهما) لا خيار له ، لأن الجعـدة أكمل وأكثر ثمنا •

(والثانى) أنه يثبت له الخيـار ، لأنه قد تكون السبطة أحب اليه وأحسن عنـده ، وهـذا لا يصـح ، لأنه لا اعتبـار به ، وانمـا الاعتبار بما يزيد فى الثمـن ، والجعـدة أكثر ثمنـا من السبطة ، وان ابتـاع صبرة ثم بان أنها كانت على صـخرة ، أو بان أن باطنها دون ظاهرها فى الجـودة ، ثبت له الرد لمـا ذكرناه من العـلة فى المسـالة قبلهـا) •

(الشرح) الفصـل يتضمن مسـائل من التغرير الفعلى ملحقة بالمصراة ، اما بلا خلاف واما على وجه ، وقد كنت أشرت فيمـا تقدم الى ذلك على ثلاث مراتب ووعدت بذكرها ههنا ، ولنجعـل ذلك مقدمة على مسائل الفصل •

قال الامام : ان أئمة المذهب نصـوا بأن كل تلبيس حال محـل التصرية من البهيمة اذا فرض اختلاف فيه ثبت الخيار ، فلو جعـد الرجل شـعرا تجعيدا لا يتميز عن تجعيـد الخلقة • ثم زال ذلك ثبت الخيـار للمشترى ، فنزلوا التجعيد منزلة اشتراط الجعـودة ، وقد طردت فى هـذا مسلكا فى الأساليب ، واذا جرى الحالف بشىء لا ظهور له فلا مبالاة به ، كما اذا كان على ثوب العبد نقطـة من مداد فهـذا

لا ينزل منزلة شرط كونه كاتبا ، ولو كان وقع المداد بحيث يعد من منزلة أن صاحب الثوب ممن يتعاطى الكتابة ، فاذا أخلف الظن ففى ثبوت الخيار وجهان واذا بنى الأمر على ظهور شىء فى العادة فما تناهى ظهوره يتأصل فى الباب وما لا يظهر يخرج عنه ، وما يتردد بين الطرفين يختلف الأصحاب فيه •

هذا كلام الامام ، وهو منبه على المراتب الثلاث التى يثبت الخيار فيها جزما والتى لا يثبت جزما ، والتى يتردد فيها ، ولم يذكر المصنف المرتبة التى يجزم بعدم الخيار فيها اقتصارا منه على ما يلحق بالتصرية جزما أو على وجه ، اذا عرف ذلك فقد ذكر المصنف رحمه الله من المرتبة الأولى أمثلة •

(منها) اذا اشترى جارية قد جعد شعرها ثم بان أنها سبطة اتفق الأصحاب على ثبوت الخيار قياسا على المصراة ، لأن الغرض يختلف بالجعودة والسبوطة (وأيضا) الجعودة قيل : انها تدل على قوة الجسد والسبوطة تدل على ضعفه ، وللمسألة شرطان •

(أحدهما) أن يكون المشترى قد رأى الشعر ، فلو لم يره ففى صحة العقد وجهان (أحدهما) وبه قال الأكثرون وابن أبى هريرة : انه لا يصح ويكون كبيع الغائب (والثانى) وبه قال القفال وجماعة ، وهو الأصح عند الماوردى الصحة ، فعلى الأول لا تأتى المسألة ، وعلى الثانى اذا لم يره لا يثبت الخيار الا اذا شرط • وقد قال الشافعى رحمه الله فى المختصر : ولو اشتراها جعدة فوجدها سبطة فله الرد ، فالأكثرون حملوه على مسألة الكتاب اذا كان البائع قد جعد شعرها بناء على الصحيح عندهم أنه لابد من رؤية الشعر ، وعلى الوجه الثانى يحتمل ذلك ويحتمل أن يكون المراد ما اذا شرط أنها جعدة ، وفى كلام الرافعى ما يقتضى جواز حمله على الاشتراط • وان فرعنا على الأصح لأن الشعر قد يرى ولا يعرف جعوده وسبوطته لعروض ما يستوى الحالتان عنده من الابتلال وقرب العهد بالتسريح ونحوهما ، ففى كون المسألة منصوصة للشافعى لهذا الاحتمال ، وعلى كل حال لا خلاف فى المذهب فيها •

قال القاضى حسين فى رؤية الشعر : نشأ من اختلاف أصحابنا فى قول الشافعى رحمه الله : « ولو اشتراها جعدة فوجدها سبطة فله الرد » من أصحابنا من حمله على الشرط • ومنهم من قال : أراد إذا جعد شعرها بالتدليس •

(الشرط الثانى) ما تقدم عن الامام أن التجعيد يكون بحيث لا يتميز عن تجعيد الخلقة ، والأكثرون ساكتون عن ذلك ، ولا شك أنه اذا كان التجعيد يسيرا بحيث يظهر لغالب الناس أنه مصنوع ، فالمشترى منسوب الى تفريط ، أما اذا كان التجعيد بحيث يوهم كونه خلقيا ، فهذا هو المثبت للخيار ، وهو مراد الأصحاب (وشرط ثالث) فيه نزاع أن يكون ذلك تجعيد البائع أو غيره باذنه فلو تجعد بنفسه جزم الفورانى فى الابانة بعدم الخيار والأشبه تخريجه على ما اذا تحفلت الشاة بنفسها • وقد تقدم أن فيها خلافا ، وفى الصحيح خلاف ، والأصح عند صاحب التهذيب وقضية كلام الأكثرين ثبوته هناك كما تقدم ، فينبغى أن يكون هنا كذلك •

وكلام ابن أبى عصرون فى الانتصار والمرشد يقتضى ثبوت الخيار فى ذلك ، فانه قال : ان نظر الى شعرها فرآه جعدا ثم بعد ذلك بان أنه سبط ثبت له الرد ، وهذه العبارة بعمومها تشمل ما اذا تجعد بنفسه وما اذا جعده ، وكذلك عبارة الماوردى فى الحاوى والفورانى أيضا فى العمدة وهو الظاهر ، فانه لا فرق بين تجعد الشعر بنفسه ، وبين أن تحفل الشاة بنفسها ، ولعل الأصحاب انما لم ينصوا على ذلك مثل ما نصوا على تحفل الشاة لأن تحفل الشاة بنفسها قد يقع كثيرا • وأما تجعد الشعر بنفسه فبعيد لا يتأتى فى العادة فأفرض وقوعه ، فهو كحفل الشاة بنفسها ، ولعل الفورانى من القائلين بعدم ثبوت الخيار فيما اذا تحفلت الشاة بنفسها كما رأى الغزالى فى الوجيز ، فيكون جزمه فى تجعيد الشعر بنفسه على ذلك •

• (تنبيه) المراد بالتجعيد ما يخرج الشعر عن السبوطة المكروهة عند العرب وهو ما يظهر اذا أرسل من التكسير والتقبض والالتواء ، وليس المراد أن يبلغ الجعد القطط ، فان ذلك مكروه أيضا • وأحسن

الشعر ما كان بين ذلك • وقد جاء فى وصف شعر النبى صلى الله عليه وسلم « أنه كان شعرا رجلا ، ليس بالجعد القطط ولا بالسبط » وفى رواية أخـــرى « لم يكن بالجعـــد القطط ولا بالسبط ، كان جعدا رجلا » وقوله « سبط » هو بفتح السين وباسكان الباء وفتحها وكسرها أى مسترسلة الشعر من غير تقبض ، والله أعلم •

(المسألة الثانية) من أمثلة المرتبة الأولى اذا سود شعر الجارية ثم بان بياض شعرها أو حمـــر وجهها ثم بان صفرة وجهها ثبت الخيـــار بلا خلاف ، والكلام فيه كالكلام فيمـــا اذا جعد شعرها حرفا بحرف • وقياس ما قاله الفورانى فيما اذا حصـــل ذلك بنفسه أن يأتى ههنا ، وتحمير الوجه والخدين يكون بالدمام وهو (الكلكون) قاله القاضى أبو الطيب • وهـــذه اللفظة مذكورة فى المهذب فى باب الاحداد وهى بكاف مفتوحة ثم لام مشدودة مفتوحة أيضـــا ثم كاف ثانية مضمومة ثم واو ساكنة ثم نون • وأصله كلكون بضم الكاف وسكون اللام ـــ و (الكل) الورد و (الكون) اللون • أى لون الورد • وهى لفظة عجمية معربة • هكذا قال النووى رحمه الله فى التهذيب • ومن مســـائل هذه المرتبة اذا بيض وجهها بالطلاء ثم اسمر • قاله القاضى أبو الطيب رحمه الله • والطلاوة بياض •

وكذلك اذا صبغ الحمـــار حتى حسن لونه أو نفخ فيه حتى صار بالنفخ كأنه دابة سمينة ، قالهما صاحب التتمة ، أو دهن شعر الدابة ، قاله المحاملى فى المقنع • وكذلك لو كان له رحى قليلة المـــاء فأراد العرض على البيـــع والاجارة(١) أرســـل ذلك المـــاء المحبوس حتى ظن المشترى أن الرحى كثيرة المـــاء ، شديدة الدوران ، ثم ظهر أن المـــاء قليل • اتفق الأصحاب عليها • وكلامهم يقتضى أن أبا حنيفة وافق عليها • كذلك اذا حبس ماء القناة ثم أطلقه عنـــد البيع أو الاجارة ، أعنى اجارة الأرض ، فكذا اذا أرســـل الزنبور فى وجه الجارية فانتفخ وظنها المشـــترى سمينة ثم بان خلافه ، أو لون جوهـــرا بلون البلخش أو العقيـــق أو الياقوت ، فظنه المشترى كذلك ثم بان زجاجا له قيمـــة بحيث يصـــح

---

(١) كذا ولعـــل فى العبارة حذفا يعرف من السياق تقديره : « فحبس فيها المـــاء ثم ••• » •

بيعه صح ، اتفق الأصحاب فى جميع هذه المسائل على ثبوت الخيار ، لما ذكره المصنف رحمه الله •

وقوله : « بما يختلف به الثمن » يحترز به مما لا يختلف به الثمن ، كالمسألة الثانية اذا سبطه فبان جعدا ، فان الثمن يزيد به وما أشبهها مما لا ينقص الثمن به ، ولو لم يخضب الشعر ولا شرط سواده ، ولكن باعها مطلقا فوجدها المشترى بيضاء الشعر ، فسيأتى حكمه بالرد بالعيب ان شاء الله تعالى • ولو لم يلون الجوهر وباعه مطلقا ، والمشترى يظنه عقيقا أو فيروزجا • قال القاضى حسين : لا خيار له كما لو اشترى بقرة وقد عظم بطنها فظنها المشترى حاملا ولم تكن فلا خيار ، ولك أن تقول : اذا ظن المشترى من غير اعتماد على أمر صحيح الجزم بعدم الخيار • وأما اذا عظم بطن البهيمة من غير فعل البائع ، وقلنا بأنه لو أكثر علفها حتى صارت كذلك ثبت الخيار على وجه سيأتى ان شاء الله تعالى • فينبغى أن يكون كما اذا تحفلت الشاة بنفسها فيجرى فيها ذلك الخلاف • وكذلك اذا تلون الجوهر من غير فعل البائع ، ينبغى أن يجرى فيه الخلاف ، ويكون حكمه حكم الشاة اذا تحفلت بنفسها ، لأن الظن فيه قوى بخلاف انتفاخ البطن •

(المرتبة الثانية) ما فى ثبوت الخيار فيها خلاف ، وهو على قسمين ، منه ما مثار الخلاف فيه من ضعف الظن ، ومنه ما مثار الخلاف فيه من خروجه على أكمل مما ظنه ، ولنقدم الكلام فى هذا ، فمن ذلك ما ذكره المصنف رحمه الله اذا سبط شعر الجارية ثم بان أنها جعدة الشعر ، فلاشك أن الجعد أشرف ، وقد يكون السبط أشهى الى بعض الناس ففى المسألة طريقتان (احداهما) ما ذكره المصنف وارتضاه الامام واقتصر الرافعى عليها ، أن فى المسألة وجهين كالوجهين فيما اذا اشترط أنها سبطة الشعر فبانت جعدة ، ففى الخيار بالخلف فى هذا الشرط الوجهان المذكوران فيما اذا شرط أنها ثيب فخرجت بكرا (أصحهما) فى المسائل الثلاث أنه لا خيار ، والذى حكاه الماوردى عن ابن سريج فى شرط السبوطة •

(والطريقة الثانية) أنه لا يثبت الخيار فى التدليس بالسبوطة وجها واحدا وان ثبت فى الخلف باشتراطها ، قال الصيدلانى : وجعل

ذلك ضابطا عاما أن كل ما لو كان مشروطا واتصل الخلف به اقتضى خيارا ، وجها واحدا ، فالتدليس الظاهر فيه كالشرط ، فاذا جعد شعر المملوك ثم بان سبطا ثبت الخيار وكل ما لو فرض مشهورا وصور الخلف فيه فكان فى الخيار وجهان ، فاذا فرض التدليس فيه ثم ترتب عليه خلف الظن ، قال : لا خيار وجها واحدا ، لضعف المظنون أولا وقصور الفعل فى الباب عن القول • قال الامام : وهذا تحكم لا يساعد عليه ، والتدليس فى ظاهر الفعل كالقول فى مجال الوفاق والخلاف على الاطراد والاستواء ، فاذا سبط الرجل شعر الجارية ثم بان أن شعرها جعد ففى الخيار الوجهان عندنا •

قال ابن الرفعة : ونك أن تعجب من قول الامام أن ما ذكره الصيدلانى تحكم عجبا ظاهرا من جهة أن مأخذ اثبات الخيار عند التغرير بالفعل التصرية بلا نزاع وقد حكى أن مأخذ اثبات الخيار فى المصراة عند بعض الأصحاب الحاق ذلك بالعيب ، واذا كان كذلك لم يحسن اثباته اذا خرج المبيع أجود مما رآه لأنه لا عيب ويكون حينئذ الصيدلانى فى قطعه ناظرا للمعنى المذكور ، ولعله هو قائله ، فان لم يكن هو قائله استفدنا من كلامه هذا أنه موافق له •

(قلت :) وهذا ضعيف لأمرين (أحدهما) أن الصيدلانى انما علل انتفاء الخيار لضعف الظن وقصور الفعل عن القول • وهذا المعنى لا فرق فيه بين الجعودة والسبوطة ؛ فان لم يكن الفعل والظن معتبرا فى الثانى لم يكن معتبرا فى الأول ، فلا يثبت الخيار فى واحد منهما ، وان قيل بمساواة ذلك القول فيثبت فيهما ، وان قيل باعتباره مع انحطاطه عن رتبة القول حتى يجرى الخلاف ، فيجب أن يكون ذلك فى الصورتين • أما الحكم بثبوت الخيار فى الأولى قطعا كالقول وعدمه فى الثانية قطعا لا وجه له • ولو كان الصيدلانى سكت عن التعليل لأمكن تحمل ذلك وأن الخيار ثابت فى الأولى بالعيب ومنتف فى الثانية لعدم العيب ، لكن كلامه ناص على أن التدليس كالشرط فى الصورة الأولى ، وعلى انتفاء الثانية لضعف الظن وقصور الفعل فلا جرم قال الامام : ان ذلك تحكم •

(الثانى) أن القائلين من الأصحاب بأن اثبات الخيار فى التصرية

مأخذه الالحاق بالعيب ، معناه الاكتفاء فى ثبوته بفوات الذى وطن المشترى نفسه عليه برؤيته للمبيع على تلك الصـــورة ، حتى يثبت فيما اذا تحفلت الشـــاة بنفســـها ومقابلة القول الذى يلحق ذلك بخيار الخلف حتى لا يثبت الخيـــار ، الا اذا كان حاصلا بتدليس من البائع كما تقـــدم ، واذا كان كذلك أمكن أن يقول بثبوت الخيـــار ههنا لأن المشترى وطن نفسه على السبوطة لمـــا رآها ، وقـــد يكون له فيها غرض ، فليس معنى الحاق ذلك بالعيب الا جعـــل دلالة الرؤية على هذا الوصف كدلالة الغلبة على وصف السلامة ، فخروجها على غير الوصف الذى رآه هو العيب ، وليس الوصف الذى رآه من الســـبوطة أو كبر الضرع من غير علم بالتصرية عيبا ، والذى يقول بأن الغرض قد يتعلق بالشعر السبط لا يمنع أن يجعل خروجه جعـــدا بمنزلة العيب ، اذا كان الغرض قد تعـــلق بسبوطته باشتراط أو برؤية لا فرق بينهما ، ويدلك على هـــذا أن الصحيح ــ كما تقدم ــ أن التصرية ملحقة بالعيب ، كما دل عليه كلام الشافعى رضى الله عنه والعراقيين ، ولذلك كان الصحيح ثبوت الخيار فيما اذا تحفلت بنفسها .

والطريقة الصحيحة ههنا جريان الوجهين ، فلو كان المـــأخذ فى ذلك الحاقه بالعيب من كل وجه لقطعوا بعدم الخيـــار ههنا . وأما كون الصحيح من الوجهين ههنا أنه لا خيار ، فلأن الصحيح من الوجهين فيما اذا أخلف الشرط لصفة أكمل كذلك ، والله أعلم . وبما ذكرناه يظهر لك أن هـــذا القسم متفق على الحاقه بالتصرية وانما الخـــلاف فى الرد بحكم ذلك ، فعلى وجه يرد كما فى التصرية ، وعلى الصحيح لا يرد لخروجه أكمل وهو لو شرط وصـــفا فخرج أكمل لم يرد على الصحيح . وبهـــذا التحقيق يتعين أن يكون هـــذا القسم من المرتبة الأولى ولا يكون من المرتبة المتوسطة التى تقدمت الاشـــارة اليها فى كلام الامام ، وانما ذكرته فى المرتبة الثانية لكونه من صور الخلاف فى الجملة ، نعم كلام الصيدلانى وما أشار اليه من ضعف الظن وتصـــور الفعل يقتضى التردد فى الحاقه بالتصرية ، وقد تقـــدم ما فيه . ثم ان المصنف رحمه الله رد الوجه الثانى بأنه لا اعتبار به أى لا اعتبـــار بغرض المشترى ، وانما الاعتبار بما يزيد فى الثمـــن ، لأنه المعتبر لعموم الناس ، وهـــذا سيأتى مثله أيضـــا فى كلام المصنف فيما اذا شرط أنها ثيب فخرجت

بكرا ، وقد حكى الروياني في البحر أنه لو صرح باشتراط السبوطة فخرجت جعدة ، قال بعض أصحابنا بخراسان : يثبت الخيار وجها واحدا لأجل التصريح ، وقيل : فيه وجهان • فحصل في كل من المسألتين طريقان (الصحيح فيهما) اجراء الوجهين وقيل في المسألة الشرط يثبت قطعا ، وقيل في مسألة التدليس لا يثبت قطعا •

(القسم الثاني من هذه المرتبة الثانية) التي هي محل الخلاف ما يضعف الظن فيه • والخلاف في هذا القسم في الحاقه بالتصرية لأجل التغرير والظن ، أولا لضعف الظن في هذا القسم وقصوره على الشرط والظن المستند الى أمر غالب ، فمن ذلك من جهة أن هذا يقرب استكشافه وجرت العادة به بخلاف تسويد الشعر ونحوه ، وكذلك الخلاف في هذا القسم ، فمن ذلك لو لطخ ثوب العبد بالمداد أو ألبسه ثوب الكتبة والخبازين ، أو سود أنامله وخيل كونه كاتبا أو خبازا فبان خلافه فوجهان (أحدهما) يثبت الخيار للتلبيس (وأصحهما) عند الرافعي وغيره لا خيار وبه جزم الجرجاني ، لأن الانسان قد يلبس ثوب غيره عارية ، فالذنب للمشتري حيث اغتر بما ليس فيه كثير تغرير ، وعلى هذا لو ألبسه ثوب الأتراك فظن المشتري أن المملوك تركي وكان روميا ، فالحكم على ما ذكرنا ، قاله صاحب التتمة ، وكذلك لو أكثر علف البهيمة حتى انتفخ بطنها ، فتخيل المشتري كونها حاملا قاله الامام والمتولي قولا عن الأصحاب والرافعي •

كذلك لو أرسل الزنبور في ضرعها حتى انتفخ ، وظنها المشتري لبونا قاله المتولي والرافعي أيضا ، لأن الحمل لا يكاد يلتبس على الخبير ، ومعرفة اللبن متيسرة بعصر الثدي ، بخلاف صورة التصرية ، وكثرة اللبن ، فانه لا سبيل الى معرفتها ، وقيل اثبات الخيار في مسألة تحمل الحمل منسوب الى أبي حامد ، وقال ابن الرفعة : وظاهر كلام الأصحاب في ذلك يدل على أنه مفرع على أن الحمل في الدواب ليس بعيب كما هو أظهر الوجهين في الرافعي في كتاب الصداق والموجود في أكثر الكتب •

أما اذا قلنا : انه عيب ، وهو ما أورده في التهذيب ، فيظهر أن يكون الكلام فيه كالكلام فيما اذا سبط شعر الجارية ثم بان أنها جعدة ،

لأن الأغراض تختلف به وان كان يعده وصف كمال ، وقد أسلفت ما فيه .

(قلت :) وكان مراده بذلك أن يأتى فيه على طريقة قاطعة بعدم الخيار . كما قال الصيدلانى هناك ، وانتصر له . وان كنت قد بينت هناك ما يرده من كلام الصيدلانى أما ههنا فلا يأتى ما تقدم من الاعتراض بكلام الصيدلانى ، ولكن قد يقال : الحمل وان كان عيبا فقد يقصده بعض العقلاء ، ويتعلق الغرض به ، ولهذا يصح اشتراطه فى الجارية على الأصح ، وان كان عيبا فيها ، ويثبت الخيار بعدمه كما قاله ابن يونس .

(والطريقة الصحيحة) اجراء القولين فى اشتراط حمل الجارية . والطريقة القاطعة بالصحة فيها لأجل أن الحمل فى الآدميات عيب ، وأن شرطه اعلام بالعيب ضعيف . والأصح أن الحمل فى الجارية والبهيمة زيادة ونقص كما ذكره فى كتاب الصداق ، فليس نقصا من كل وجه ، حتى يكون عدمه كعدم العيب ، بل عدمه يفوت به ما فيه من الزيادة . فلذلك يثبت به الخيار .

وقال ابن الرفعة فى كتاب البيع : انا اذا قلنا : انه عيب فأخلف فلا خيار له كما اذا شرط أنه سارق فخرج غير سارق . وفى كلام الرافعى رضى الله عنه ما يقتضى أن هذه طريقة ليست المذهب ، ولكن مع ذلك انما يأتى اذا قلنا الحمل عيب ونقص من كل وجه ، وهو بعيد . فانه قد يكون مقصودا للعقلاء ويرغب فيه فى بعض الأوقات لأغراض صحيحة بخلاف العيب المحض .

(المرتبة الثالثة) التى لا يثبت فيها الخيار قطعا ، وهو اذا جرى الخلف بشىء لا ظهور له ، كما اذا كان على ثوب العبد نقطة من مداد فهذا لا ينزل منزلة شرط كونه كاتبا ، هكذا ذكره الامام ، ونبه على أن محل الوجهين اللذين ذكرناهما فى المرتبة الثانية ، وأما اذا كان وقع المداد بحيث يعد من مثله أن صاحب الثوب ممن يتعاطى الكتابة ، وذكر الرويانى فيما اذا كان على الثوب أثر مداد فظنه كاتبا طريقين :

(أحدهما) أن فيه وجها واحـــدا ، لأنه يحتمـــل أن يكون استعار ثوبا ، فقد ظن فى غير موضعه ، فهـــذا الذى قاله الرويانى يحتمـــل أن يكون فى المســـألة من حيث الجملة ، ويحتمـــل أن يكون القطع فى محل ، والخلاف فى محل آخـــر على ما تقدم ، ويحتمـــل أن يكون الطريقان فى هذه المرتبة الأخيرة (والأفقه) التفصيل المتقـــدم ولم يذكر المصنف رحمه الله هذه المرتبة الأخيرة ولا شيئا من أمثلة القسم الثانى من المرتبة الثانية ، وانمـــا ذكر مسألة سبوطة الشعر وقد نبهت على أنها — وان كان فيها خلاف فى الرد — فليس ذلك اختلاف فى الحاقه بالمصراة ، بل لأجل خروجها على الوصف الأكمل .

فينبغى أن يحمل كلام المصنف رحمه الله على أنه لم يرد الا ذكر المصراة وما يلحق بها ، ولذلك ذكر بعـــده مسألة هى من المرتبة الأولى التى لا خلاف فى ثبوت الخيـــار فيها ، وهى اذا اشترى صبرة ثم بان أنها على صخرة ، أو بان أن باطنها دون ظاهرها فى الجودة ، أى وان كان الكل جيـــدا لا عيب فيه ، فأما مسألة الصبرة اذا بان أنها على صخرة وكان المشترى عند العقـــد يظن أنها على استواء الأرض ، فهل يتبين بطـــلان العقد ؟ وفيه وجهان (أصحهما) لا ، ولكن للمشترى الخيار كما ذكره المصنف رحمه الله تنزيلا لمـــا ظهر فى منزلة العيب والتدليس ، وهو الذى نص عليه الشافعى فى باب السنة فى الخيـــار فى الجزء السابع من الأم .

قال الرافعى رضى الله عنه : وهـــذا ما أورده صاحب الشامل وغيره (قلت) وممن جزم به المـــاوردى فى باب الشرط الذى يفســـد البيع ، والقاضى أبو الطيب قبل باب بيع المصراة .

(والثانى) وبه قال الشيخ أبو محمـــد يتبين بطلان العقـــد ، لأنا بنينا بالآخـــرة أن العيان لم يفـــد علما ، هـــذا اذا ظنها مســـتوية الأرض ، أما لو علم بالحال فثلاثة طرق (أصحها) أن فى صحة البيع قولى بيع الغائب (والثانى) القطع بالصحة (والثالث) القطع بالبطلان ، وهو ضعيف ، وأن كان منسوبا الى بعض المحققين .

(**فان قلنا :**) بالصـــحة فوقت الخيار هنا معرفة مقـــدار الصبرة أوالتمكن من تخمينـــه برؤية ما تحتهـــا ، والوجهـــان فى حـــالة الظن

الاستواء مفرعان على القول بالبطلان ههنا ، وأما اذا بان أن باطنها دون ظاهرها فى الجـودة ، فالتلبيس حاصل كمسألة المصراة ، وتجعيد الشـعر ، وشبهها من المسائل المجزوم بثبوت الخيـار فيها ولم أرها فى غير كلام المصنف رحمه الله ، أتبعه ابن أبى عصرون فى الانتصـار والمرشد ، وانما المشـهور فى كلام الأصحاب اذا وجد باطنها عفنا أو نديا أو معيبا ، أما اذا وجده دون ظاهرها فى الجـودة مع كونه غير معيب فقل من تعرض له ، لكن فى كلام الشيخ ما يحتمله ، فانه قال فى باب الشرط الذى يفسـد البيع : ان نقـلها فوجد أرضـها مستوية وباطن الطعـام كظاهره فالبيع لازم ، وان كانت على دكة أو خـرج الطعـام متغيرا كان له الخيار ، لأنه تدليس ، فهـذا الكلام يمكن أن يؤخذ منه ما ذكره المصنف ، وبالجملة فالحكم فيه واضح للتدليس ، وهذا فرع عن القول بصحة البيع •

وقد قال الامام عند الكلام فى بيع الغائب : ولو كان باطن الصبرة يخالف ظاهرها فحفظى عن الامام أن ذلك بيع غائب ، وفيه احتمـال ظاهر عندى ، وانما أخر المصنف هذه المسـألة بعد مسـألة تسبيط الشعر المختلف فيها حتى يجعل تسبيط الشعر بعـد تجعيده ، والخلاف فيها لغير الحاقها بالمصراة كما تقدم التنبيه عليه ، والله تعالى أعلم •

وقد يقال : ان العلم بباطن الصبرة مما يسـهل استكشافه بادخال يده فيها ونحـوه فهلا كان ذلك كعلف البهيمـة وارسـال الزنبور وأخواتها ؟ وقد تقـدم أن الأصح عدم ثبوت الخيار فيها لسهولة الاستكشاف •

(والجواب) أن الاستدلال بظاهر الصبرة على باطنها أمر معتاد ، لا ينسب صاحبه الى تفريط ويشق تقليب الصبرة بكمالها ، وأما انتفاخ بطن البهيمة وضرعها وأخواتها فلا يدل دلالة واضحة على الحمـل واللبن ، والمكتفى بدلالة ذلك على الحمـل واللبن ، ودلالة تلطخ الثوب بالمـداد على الكتابة منسـوب الى تفريط ، وقد نص الشافعى رحمه الله فيمـا نقله أحمد بن بشرى على أنه ان خلط حنطة بشـعير ثم جعل أعلاها حنطة لم يجـز ، وان خلطهما أو حنطتين احداهما أرفع فلا بأس ببيعها اذا كان ظاهره وباطنه واحـدا فالتقيد بذلك دليـل

على أنه اذا جعل ظاهرها أجود يثبت الخيار ، لأنه جعله من الغش المحرم ، والغش المحرم يثبت الخيار •

(فروع) اذا أسلم اليه فى جارية جعدة فسلم اليه جعدة فلا خيار له على أصح الوجهين ، قاله القاضى أبو الطيب •

اشترى جارية على أن شعرها أبيض فكان أسود ، ففى الرد وجهان فى الحاوى وغيره • قال فى المجرد من تعليق أبى حامد وغيره : الصحيح أنه لا يرد ، وقياسه أن يأتى الوجهان فيما اذا شاهد شعرها أبيض فبان أسود كما فى السبوطة ، وكذلك فى البحر • لكنه فى نسخة سقيمة لم أثق بها الخيار فى تلقى الركبان مستنده التغرير كالتصرية ، وكذا خيار النجش ان أثبتناه • ومن التدليس الذى لا يثبت به خيار أن يقول كاذبا طلب هذا الشىء منى بكذا ، أو اشتريته بكذا ، فان المشترى يغتر بما يقوله ويزيد فى الثمن بسببه ، قاله القاضى حسين وغيره ، والله تعالى أعلم •

(فرع) غير المصراة اذا حلب لبنها ثم ردها بعيب ، ذكر العراقيون هذا الفرع فى مناظرة جرت بين الشافعى ومحمد ابن الحسن بعضهم عن الأملاء وبعضهم عن القديم قال الشافعى : قال لى محمد بن الحسن : فما تقولون فيما اذا اشترى شاة ليست بمصراة ولكن فيها لبن فحلبها زمانا ثم وجد بها عيبا أله الرد ؟ •

(قلت :) نعم فقال : اذا رد أيرد شيئا لأجل اللبن ؟ •

(قلت :) لا ، هكذا نقل الشيخ أبو حامد هذه المناظرة قال : والفصل بينهما أن لبن المصراة متحقق فوجوده حالة العقد يتقسط عليه بعض الثمن فوجب رد قيمته على البائع عند تلفه وغير المصراة لا يتحقق وجود لبنها حالة العقد ، فلم يتقسط عليه شىء من الثمن فلم يجب رد قيمته •

واعترض الامام على ذلك بأنا اذا كنا نردد القول فى أن الحمل هل يعلم ؟ فاللبن معلوم فى الضرع ، قال : وكيف لا ؟ وقد تتكامل الدرة ، ويأخذ الضرع فى التقطير ، ولكن الوجه أن نجعل اللبن كالحمل فى مقابلته بقسط من الثمن (فان قلنا) لا يقابل بقسط ، فالجواب

ما حكوه (وان قلنا) يقابل ، فالوجه أن يرد بسبب اللبن شيئا ، وجزم صاحب التهذيب بأنه يرد معها صاعا من تمر • وحكى الرافعى ما قاله صاحب التهذيب ، وما حكاه أبو حامد عن النص ، وما رواه الامام عن التخريج على أنه هل يأخذ قسطا من الثمن ؟ قال : والصحيح الأخذ ، وذلك اشارة الى ترجيح طريقة الامام أو طريقة صاحب التهذيب على الطريقة المحكية عن النص ، وأن الأصح أنه يرد بدل اللبن •

وقال الماوردى : ان له الرد وعليه رد بدل اللبن ، ولكن لا يلزمه رد صاع لأن الصاع عوض لبن التصرية ، فان اتفقا على قدره فذاك ، والا فالقول قول المشترى ، فهذه أربع طرق ، وفى تعليق أبى على الطبرى عن ابن أبى هريرة أنه يردها قولا واحدا ، ويرد معها صاعا من تمر على أصح الوجهين ، وفى هذا موافقة لصاحب التهذيب ، وفى تعليق الشيخ أبى حامد التى بخط سليم ، وتعليق القاضى أبى الطيب وغيرهما تفصيل لابد منه ، وهو أنه اذا لم يمكن هناك رد اللبن المحلوب ولا رد شىء لأجله ، لأن اللبن لم يكن موجودا فى حالة العقد وانما حدث فى ملكه وان كان ينتج فى تلك الحالة شىء فذلك يسير لا حكم له ، وما حدث فى ملكه لا يمنعه من الرد ولا يوجب عليه بدلا كغلة العبد ، فهذا القسم لا يمكن الخلاف فيه ، لأنه ليس عند العقد لبن يقابل بقسط من الثمن ، فايجاب البدل لا يدل عليه معنى ولا يفيد أن فى ضرعها لبن(١) مجتمع لبن العادة لا لبن التصرية ، فحلبها ثم علم بها عيبا ، فان كان اللبن تالفا فلا رد ، لأنه تناوله لاستعلام العيب ، فلا يمكن له رد بعض المبيع •

ونقل القاضى أبو الطيب أن من أصحابنا من قال : له رد الشاة ولا يرد بدل اللبن ، وانه نص عليه فى القديم ، لأن لبن غير التصرية يسير ، قال أبو الطيب والشاشى : والأول أقيس ، واذا ضممت

---

(١) لبنَ هنا اسم لـ (انّ) بدونَ تنوينَ لأنه مضافٌ والمضافُ اليه مجتمع الذى أضيف اليه لبن العادة فهنا تتالى اضافات فانتبه •

(المطيعى)

ما ذكره الرافعى والمـاوردى الى ما اختاره هو لاجتمـع فى المسألة فى هـذا القسم خمس طرق :

(أحدها) امتناع الرد • وهو اختيار الشيخ أبى حامد والقـاضى أبى الطيب ومن وافقهما •

(والثانى) الرد فلا يرد بدل اللبن شيئا ، وهو المحكى عن نصه فى القديم • والرافعى نقله عن حكاية أبى حامد ، ولم أره فى تعليقه فى هـذا القسم صريحا ، وانما ذكره مطلقا • وأما أبو الطيب فانه صرح به فى هـذا القسم كما ذكرت •

(الطريق الثالث) قول صاحب التهذيب : انه يردها ويرد صاعا من تمر •

(الرابع) قول المـاوردى : انه يرد بدل اللبن ولا يرد الصاع •

(الخامس) قول الامام التخـريج على مقابلته بالقسط والأصح المقابلة ، فيلزم رد بدله ، لكن ماذا يرد هل هو التمـر ؟ كما قال صاحب التهذيب أو غيره ؟ كما قال المـاوردى ، لم يصرح الامام فى ذلك بشىء •

وان كان اللبن باقيا فعند الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب ومن وافقهما ينبنى على الوجهين المتقدمين ، فيمـا لو كان اللبن باقيا وطلب المشترى رده مع المصراة (ان قلنا) يرد رده وردها بالعيب (وان قلنا) لا يرد يرجع بالأرش ولم يتعرض الرافعى رحمه الله وصاحب التهذيب والامام والمـاوردى لحالة بقـاء اللبن بخصوصها ، والظاهر أن صاحب التهذيب القائل : يرد به الصـاع التمر • لا يفترق الحال عنده بين بقاء اللبن وتلفه كالمصراة على المذهب ، والمـاوردى يحتمل أن يكون كذلك ، وهو الظاهر لتعـذر العـلم بمقدار اللبن ، الا أن يتفقا على رده ، وقول الامام محتمـل لكلام صاحب التهذيب وكلام المـاوردى كما تقـدم ، فعلى هـذا يأتى فى حالة بقاء اللبن أيضـا ست طرق : امتناع الرد أو الرد ، ولا يرد معها شيئا ، والرد مع رد اللبن ، أو الرد مع رد التمـر ، أو الرد مع رد البدل غير التمـر ، أو التخريج على المقابلة بالقسط •

وفى هذه المسألة اذا قلنا برد الشاة مع اللبن عند مقابلة شيء ليس فى مسألة المصراة على ذلك القول ، وهو أنا هناك نقول له أن يرد ويجبر البائع على القبول وللمشترى مع ذلك أن لا يرد اللبن ويرد الشاة وحدها مع التمر • وأما هنا على هذا القول فانا نقول : اما أن يرد اللبن والشاة ، واما أن لا يرد شيئا ، ولا نقول ان له رد التمر ، لأنه لو كان تالفا لم يرد التمر ، وانما يمتنع ، فكذلك اذا كان باقيا ، واللبن عند هؤلاء لعين أخرى ورد عليها العقد فى غير التصرية ، والله أعلم •

(**تنبيه**) اعلم أن كل من قال بالرد ورد شيء بدل اللبن يقول بأن اللبن يقابله قسط من الثمن ، ومن يقول بأنه لا يرد أصلا يقول بأنه مقابل بالقسط ، فيشبه أن تكون اطلاقاتهم مخرجة على ذلك ، لا أن تكون طريقة مخالفة ، وحينئذ تعود الطريق الى القسم الأول الى أربعة فى الثانى الى خمسة ، وانما ذكرت طريقة الامام معهم لمغايرتها فى ظاهر العبارة ، والله أعلم •

واذا وقفت على ما تقدم علمت أن الذى ينبغى أن يكون هو الصحيح أحد قولين ، اما امتناع الرد فى القسم الأول كما اختاره الشيخ أبو حامد ، وقال القاضى أبو الطيب : انه الأقيس ، وذلك لأن الصحيح أن اللبن يقابله قسط من الثمن ، فليس له أن يرد من غير رد بدله ولا مع بدله ، لما فيه من تفريق الصفقة ، ورد الشاة بعد تعيبها بما ليس من ضرورة الوقوف على العيب ، ولأن الصاع الذى جعل بدلا عن اللبن ورد فى المصراة على خلاف القياس فلا يقاس غيره عليه ، وكذلك فى القسم الثانى ، لأنهم بنوه على الوجهين السابقين فى رد لبن المصراة عند بقائه ، والصحيح هناك أنه لا يجب على البائع قبوله ، ومقتضى البناء أن يكون الصحيح هنا أنه لا يرد ويأخذ الأرش ، وأخذ الأرش فى القسمين اذا قلنا بامتناع الرد ، سواء كان اللبن باقيا أو تالفا ، وان سكتوا عنه فالصحيح حينئذ امتناع الرد مطلقا فى القسمين •

وأما قول صاحب التهذيب انه يردها وصاعا من تمر مطلقا فى القسمين ففيه بعد • فان فى الحديث الوارد فى المصراة ان صح قياس

هذه عليه وجب أن يرد التمـر كما قال صاحب التهذيب ، وان لم يصـح قياسها على المصراة وجب أن يجـرى فيها على حكم القياس • فيمتنع الرد كما قاله أبو الطيب ومن وافقه فيقول : المـاوردى مخالف للأمرين جميعا • فأصح الأقوال وأحسـنها أحد القولين ، اما قول أبى الطيب ومن وافقه ، واما قول صاحب التهذيب • وفى كل منهمـا مرجح •

أما قول صاحب التهذيب فلأنه لمـا علم من الشـارع فى المصراة أن بدل اللبن صاع من تمـر وجب أن يكون ذلك بدلا له فى المصراة فى غيرها ، لاسيما والمعنى الذى ثبت لأجله من قطـع التنازع موجـود ههنا • فيثبت بالقياس على المصراة ، وأما قول الشيخ أبى حامد وأبى الطيب ومن وافقهما فيرجحه الجريان على القياس الكلى فى غير المصراة ، وقصر الحـكم الوارد فى الحديث على محل النص • لكونه مخالفا للقياس فلا يتعـدى به محله ، والمختارون لهـذا القول من العراقيين أكثر • وقال صاحب العـدة : انه ظاهر المذهب ، وعنـدى فى الترجيح بين القولين نظـر ، ان قوى القياس على المصراة يترجح قول صاحب التهذيب ، والا يرجح قول أبى الطيب ، وهو ومن وافقه يجيبون عن القياس على المصراة بأن المصراة حلبها لاستعلام العيب بخلاف هذه • والقلب الى ما قاله هؤلاء أميـل منه الى ما قاله صاحب التهذيب • والعجب أن الرافعى لم يتعرض لهـذا ولا حكاه • هـذا اذا كان عند العقـد لبن موجود له قيمة • فان لم يكن كذلك جاز رد الشـاة وحدها كما تقدم ذلك مما لا نزاع فيه •

واعلم أن اطلاق النص يقتضى أيضـا مخالفة قول الأكثرين • وقول صاحب التهذيب وقول المـاوردى وأنه يردها ولا يرد معها شـيئا ، فاما أن يكون ذلك من الأقوال القديمة كما اقتضـاه نقلهم له عن القديم ، واما أن يكون محمـولا على ما اذا كان لبن يسير • أما اللبن الكثير فهو مقابل بقسط من الثمـن على ما صرح به الشـافعى رضى الله عنه فى الأم وحكيناه فى غير موضع ، فلا يمكن القول بالرد بدون رد بدله ، والله أعلم • الا اذا قلنا بأنه لا يقابل بقسط من الثمن •

ويحتمل أن يحمـل قول الشافعى رضى الله عنه : لا يرد شيئا لأجل

اللبن ، أى اللبن الحادث ، فان فى نصه الذى حكاه ابن بشرى قال : « واذا اشترى شاة غير مصراة فاحتلبها شهرا أو أكثر ثم ظهر على عيب دلس له فيها ردها ولم يرد معها شيئا » وقوة هذا الكلام تشير الى أنه لا يرد معها شيئا عن ذلك الذى احتلبه طول الشهر ، وصاحب التهذيب فيما قاله فى هذه المسألة تابع للقاضى حسين فانه سئل عنها فقال : ينبغى أن يرد معها صاعا من تمر ، والله أعلم .

(فرع) اذا كانت الشاة غير مصراة وشككنا هل كان فى ضرعها حين البيع لبن له قيمة أو لا ؟ لم يرد معها شيئا . وعليه يحمل قول الشيخ أبى حامد ومن وافقه فيما تقدم أن غير المصراة لا يتحقق وجود لبنها حالة العقد فلم يتقسط عليه الثمن فلم يجب رد قيمته . والله أعلم .

(فرع) الكلام الى هنا فى بيع المصراة ، ومن الفصل الذى بعده فى الرد بالعيب والمزنى فى المختصر ، وأكثر الأصحاب جعلوا ذلك بابين ، فترجموا الأول بباب بيع المصراة ، وترجموا الثانى بباب الخراج بالضمان والرد بالعيوب . والمصنف رحمه الله جعل ذلك بابا واحدا لاشتراكهما فيما نبهت عليه أول الباب ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن ملك عيبا وعلم بها عيبا لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها . لما روى عقبة بن عامر رضى الله عنه قال : سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقول : « المسلم أخو المسلم ، فلا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا يعلم فيه عيبا الا بينه له » فان علم غير المالك بالعيب لزمه أن يبين ذلك لمن يشتريه لما روى أبو سباع قال : « اشتريت ناقة من دار واثلة بن الأسقع فلما خرجت بها أدركنا عقبة بن عامر فقال : هل بين لك ما فيها ؟ قلت : وما فيها ؟ انها لسمينة ظاهرة الصحة . فقال : أردت بها سفرا أم أردت بها لحما ؟ قلت : أردت عليها الحج قال : ان بخفها نقبا . قال صاحبها : أصلحك الله ما تريد الى هذا تفسد على ؟ !! قال : انى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا يحل لأحد يبيع

شيئا الا بين ما فيــه ، ولا يحــل لمن يعــلم ذلك الا بينه » فان باع ولم يبين العيب صــح البيــع • لأن النبى صلى الله عليه وسلم صحح البيــع فى المصراة مع التدليس بالتصرية) •

(الشرح) حديث عقبة بن عامر هــذا رواه ابن ماجه وأخرجه الحاكم فى المستدرك وقال : هــذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه • فأما حــكمه بصحته فصحيح ، لأن رواته كلهم ثقات من رجال الصحيح ولا يظهر فيه علة مانعــة ، وأما قــوله انه على شرط الشيخين ففيه نظــر، لأن فى رواته يحيى بن أيوب وهو الغافقى ، وشيخ شيخه عبد الرحمن بن شماسة وكلاهما لم يرو عنه البخارى ، وانما هما من أفراد مسلم •

وللحاكم شىء كثير مثــل هــذا ، وذلك محمــول منه ــ والله أعلم ــ على أن الرجال المذكورين فى اسناد هذا الحديث لا تقصر رتبتهم عن الرجال الذين اتفق الشيخان عليهم واثبات ذلك صعب ، فانه يتوقف على سبر جميع أحوال هؤلاء وهؤلاء ، والموازنة بينهما ، وان تأتى ذلك فى النادر فانه يصعب فى الأكثر ، ولعــل عند البخــارى شيئا من حال الشخص الذى لم يخــرج له لا نطلع نحن عليه ، فدعــوى أنه على شرطه فيهــا ما علمت • نعم هــذا الحديث على شرط مســلم لأن الرجلين المذكورين أخرج لهما مسلم والباقين متفق عليهم •

وقد ذكر البخارى فى جامعه الصحيح هــذا الحديث من كلام عقبة بن عامر فقال فى (باب اذا بين البيعــان ولم يكتما ونصحا • وقال عقبة بن عامر : « لا يحل لامرىء يبيع سلعة يعلم بها داء الا أخبره ») أورده هكذا معلقا ، وذلك لا يقــدح فى رواية من رواه مرفوعا ، وعقبة أفتى بذلك بمقتضى الحديث الذى ســمعه من النبى صلى الله عليه وسلم •

(واعلم) أن فى لفظ الحديث فى رواية كل من ابن ماجه والحاكم مخالفة يسيرة فى اللفظ لمــا ذكره المصنف رحمه الله فى الكتــاب ، فان لفظ ابن ماجه « المســلم أخو المســلم ، ولا يحل لمسلم باع لأخيه بيعا فيه عيب الا بينه له » ولفظ الحكام كذلك ، وكذلك البيهقى عنه « المسلم

أخو المسلم ، ولا يحل لمسلم ان باع من أخيه بيعا فيه عيب أن لا يبينه له » وليس فى شىء من الروايتين التقييد بالعلم كما فى كلام المصنف رحمه الله ، وان كان العلم لابد منه فى التكليف ، ولكن ترك ذكره كما فى الرواية أبلغ من الزجر عن ذلك ، وأدعى الى الاحتياط والاحتراز ، فانه قد يكون بالمبيع عيب لا يعلمه البائع ، ولكنه متمكن من الاطلاع عليه ، ولو بحث عنه واستكشفه لعلمه ، فاهماله لذلك وتركه الاستكشاف مع تجويزه له تفريط منه لا يمنع تعرضه للاثم بسببه ، نعم التقييد بالعلم مذكور فى الأثر الذى ذكره البخارى من كلام عقبة ، وبقية المخالفة فى اللفظ يسيرة لا يتعلق بها معنى ، وكل الألفاظ المذكورة تدل على أن الذى لا يحل هو الكتمان لا البيع ومعرفة هذا هنا نافعة فى صحة البيع كما سيأتى ان شاء الله تعالى فى آخر الفصل .

وروى هذا الحديث عقبة بن عامر بن عبس — بباء موحدة من تحت ساكنة — الجهنى ، وفى نسبه وكنيته اختلاف كثير ، والأصح فى كنيته أبو حماد سكن مصر وكان واليا عليها ، وتوفى بها فى آخر خلافة معاوية ، وروى عنه جماعة من الصحابة وخلق من التابعين ، وسند هذا الحديث من يحيى بن أيوب اليه ، وهم أربعة كلهم مصريون ، وقبر عقبة معروف مشهور بالقرافة .

وحديث واثلة بن الأسقع الذى ذكره المصنف رحمه الله أخرجه الحاكم فى المستدرك من طريق أبى سباع المذكور ، وقال : هذا حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه ، وفى حكمه بصحته نظر فانه من رواية أبى جعفر الرازى عن يزيد بن أبى مالك عن أبى السباع ، وأبو جعفر الرازى وهو عيسى بن عبد الله بن ماهان التميمى ، وثقه يحيى بن معين وأبو حاتم الرازى وتكلم فيه جماعة ، قال الفلاس : سيء الحفظ ، وقال أبو زرعة الرازى : يهم كثيرا وقال أحمد : ليس بقوى وقال مرة : مضطرب الحديث وقال مرة : صالح الحديث وعن الساجى أنه قال : صدوق ليس بمتقن وقال ابن حبان : كان ممن ينفرد بالمناكير عن المشاهير ، لا يعجبنى الاحتجاج بخبره الا فيما يوافق الثقات ولا يجوز الاعتبار بروايته فيما يخالف الأثبات .

وأما يزيد بن أبى مالك فقال يعقوب الفسوى : فى حديثه لين وابنه خالد ، هذا ما قاله الفسوى ، وقال أبو حامد : من فقهاء الشام وهو ثقة ، وسئل أبو زرعة عنه فأثنى عليه خيرا ، وهو يزيد ابن عبد الرحمن بن أبى مالك ، وقد روى عنه واثلة نفسه ، وما قاله أبو حاتم وأبو زرعة فيه أولى مما قاله الفسوى •

وأما أبو سباع فشامى تابعى لم أعلم من حاله غير ذلك ، وواثلة ابن الأسقع الراوى لهذا الحديث من الصحابة المشهورين وهو من بنى ليث بن بكر بن عبد مناف بن كنانة ، واختلف فى نسبه الى ليث ، ولا خلاف أنه من بنى ليث ، أسلم والنبى صلى الله عليه وسلم يتجهز الى تبوك ويقال انه خدم النبى صلى الله عليه وسلم ثلاث سنين ، وعلى هذا يكون اسلامه قبل تبوك ان كان المراد ثلاث سنين كوامل ، وكان من أهل الصفة سكن الشام بقرية يقال لها البلاط على ثلاثة فراسخ من دمشق ، وشهد المغازى بدمشق وحمص ، ثم تحول الى بيت المقدس ومات بها ، وهو ابن مائة سنة •

وقال ابن معين : توفى سنة ثلاث وثمانين وهو ابن مائة وخمس سنين ، كذا قال البخارى فى التاريخ الكبير ، ورواه فى الصغير عن ابن عياش ، وهو اسماعيل عن سعيد بن خالد ، وقيل : بل توفى بدمشق فى آخر خلافة عبد الملك سنة خمس أو ست وثمانين •

قال أبو مسهر : ويحيى بن بكير : مات سنة خمس وثمانين وهو ابن ثمان وتسعين سنة يكنى أبا الأسقع ، وقيل : أبو محمد ، وقيل : أبو قرصافة ، وهذا القول الثالث فى كنيته قال البخارى : انه وهم وقيل : أبو الخطاب نقله البغوى فى معجمه والصحيح فى نسبه واثلة بن الأسقع بن عبد العزى بن عبد ياليل بن ناشب ابن غيرة بن سعد بن ليث بن بكر والأسقع بقاف وغيره — بغين معجمة مكسورة وياء مثناة من تحت مفتوحة — ومن فضائله ما ذكره البخارى فى تاريخه عنه قال : لما نزلت « **انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس أهل البيت** »(١) فقال : وأنا من أهلك ؟ فقال : وأنت من أهلى ،

---

(١) الأحزاب : ٣٣ •

قال : فهـذا أرجا ما أرتجى ، وأكثر الناس يقولون فيـه : واثلة ابن الأسقع ، وروى عن مكحول قال هو واثلة بن عبد الله بن الأسقع .

وأبو السباع شامى تابعى ذكره الحـاكم أبو أحمد وابن عساكر من طريقه ولم يزد على ذلك ، وروى البيهقى هـذا الحديث فى السنن الكبير عن الحاكم وأبى بكر المخزومى معـا بذلك الاسناد ، ولفظ الحديث فى المسـتدرك وسنن البيهقى كما ذكره المصنف رحمه الله الا شيئا يسيرا فيه « فلمـا خرجت بها أدركنى واثلة ، وهو يجـر رداءه فقال : يا عبد الله اشتريت ؟ قلت : نعم قال : بين لك ما فيها ؟ » والباقى سـواء فى المعنى وهذان الحديثان اللذان ذكرهما المصنف رحمه الله عن عقبة وواثلة متفقـان على تحريم كتمان البائع العيب . ويزيد حديث واثلة بتحـريم ذلك على غير البائع أيضـا اذا علمه ، وقد وردت أحاديث فى المعنى غير ما ذكره المصنف منهـا عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم « مر على صبرة طعـام فأدخل يده فيهـا فنالت أصابعه بللا فقال : ما هـذا يا صاحب الطعام ؟ قال : أصابته السـماء يا رسول الله . قال : أفلا جعلته فوق الطعـام حتى يراه الناس ؟ من غش فليس منى » رواه مسـلم فى أول كتابه الصـحيح وأصحاب السنن .

وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « مر برجل يبيـع طعاما فقال : كيف تبيع ؟ فأخبره فأوحى الله اليه أن أدخل يدك فيه فأدخل يده فاذا هو مبلول ، فقال له رسـول الله صلى الله عليه وسلم : ليس منا من غش » رواه البيهقى . وعن العـداء : ـ بفتح العين وتشـديد الدال المهملة وبعدها ألف ممدودة ـ ابن خالد قال : كتب الى النبى صلى الله عليه وسلم « هـذا ما اشترى محمد رسول الله من العـداء بن خالد بيـع المسلم المسلم لا داء ولا خبثـة ولا غائلة » رواه البخارى تعليقا ، فقال : ويذكر عن العداء بن خالد .

وقال قتـادة : الغائلة الزنا والسرقة والاباق ـ وهكذا هو فى البخارى : « اشترى محمـد رسول الله من العـداء بن خالد » والخبثة ما كان غير طيب الكسب ، وسأل الأصمعى سعيد بن أبى عروبة عنها فقال : بيـع أهل عهـد المسلمين ، والأول أصح ، وهى ـ بكسر الخاء

وسكون الباء الموحـــدة وبالثاء المثلثة ـــ فكأنه يقول : لا مرض ولا حرام ولا شيء يغوله أي يملكه من اباق وغيره •

ورواه الترمذى وابن ماجه متصـــلا كلاهما عن محمد بن بشار عن عباد بن الليث عن عبد المجيـــد بن وهب قال : قال لى العـــداء ابن خالد بن هوذة : « ألا أقرؤك كتابا كتبه لى رســـول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قلت : بلى فأخرج لى كتابا : هـــذا ما اشترى العـــداء ابن خالد بن هوذة منمحمـــد رسول الله صلى الله عليه وســـلم اشترى منه عبدا أو أمة لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيـــع المسلم المسلم » قال الترمذى : هذا حديث حسن غريب ، وعن مكحول وسليمان بن موسى كليهما عن واثلة بن الأسقع قال : سمعت رسول الله صلى الله عليـــه وسلم يقول : « من باع عيبا ولم يبينه لم يزل فى مقت الله ولم تزل الملائكة تلعنه » رواه ابن ماجه •

وعن عمير بن سعيد عن عمه وهو الحارث بن ســـويد النخعى قال : « خرج رســـول الله صلى الله عليه وســـلم الى البقيع فرأى طعاما يباع فى غرائر فأدخل يده فأخرج شيئا كرهه فقال : من غشنا فليس منا » قال الحاكم فى المستدرك : هذا حديث صحيح •

وعن أبى الحمـــراء قال : « رأيت رسول الله صلى الله عليه وســـلم أمر بجنبات رجـــل عنده طعام فى وعـــاء فأدخل يده فيه فقال : لعلك غششت : من غشنا فليس منا » رواه ابن ماجه ، والأحاديث فى تحريم الغش ووجوب النصيحة كثيرة جـــدا ، وحكمها معلوم من الشريعة ، وكتمان العيب غش ، وفى حديث حكيم بن حـــزام الثابت فى الصحيحين عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « البيعـــان بالخيار ما لم يتفرقا فان صدقا وبينـــا بورك لهما فى بيعهما ، وان كذبا وكتمـــا محقت بركة بيعهما » •

وعن تميم الدارى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الدين النصحية » وعن جرير رضى الله عنه قال : « بايعت رســـول الله صلى الله عليه وسلم على اقامة الصـــلاة وايتاء الزكاة والنصح لكل مسلم » رواهما مسلم •

(**أما اللغة**) فالعيب ، قال الجوهرى : العيب والعيبة والعاب بمعنى واحد تقول عاب المتاع اذا صار ذا عيب ، وعيبته أنا يتعدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيوب أيضا على الأصل فيقول : ما فيه معابة ومعاب أى عيب ، والمعاب العيوب ، وعيبه نسبه الى العيب ، [وعيبه](1) جعله ذا عيب وتعييبه مثله .

وقال ابن فارس : العيب فى الشىء معروف وقد قسم أصحابنا العيب وأوضحوه وبينوه بيانا شافيا ، وسأذكر ذلك ان شاء الله تعالى عند قول المصنف : والعيب الذى يرد به المبيع ما يعده الناس عيبا .

والنقب ــ بفتح النون والقاف وبعدها باء موحدة ، وهو مصدر نقب بكسر القاف ينقب بفتحها ــ يقال : نقب خف البعير اذا رق وحفى ونقب الخف اذا تخرق ، ويقال نقب البيطار ــ بفتح القاف ــ سرة الدابة ليخرج منها ماء ، وتلك الحديدة منقب ، وذلك المكان منقب ، وقوله بخفها قال أهل اللغة : الخف للبعير والحافر للفرس والبغل والحمار ، وما ليس بمنشق القائم من الدواب ، والظلف للبقر والغنم والظباء ، وكل حافر منشق منقسم .

والتدليس المراد به اخفاء العيب مأخوذ من الدلسة وهى الظلمة ، وقال الأزهرى : التدليس أن يكون بالسلعة عيب باطن ولا يخبر البائع المشترى بذلك العيب الباطن ويكتمه اياه ، فاذا كتم البائع العيب ولم يخبر به فقد دلس ، ويقال فلان لا يدلس ولا يواكس أى لا يخادع ، وما فى فلان دلس ولا وكس ، أى ما فيه خبث ولا مكر ولا خيانة . هذا من كلام الأزهرى رحمه الله .

(**أما الأحكام**) فقد تضمن الفصل ثلاث مسائل : الأولى أن من ملك عينا وعلم بها عيبا لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها ، وهذا الحكم متفق عليه للنصوص المتقدمة لا خلاف فيه بين العلماء ، قال الشافعى رحمه الله فى آخر باب الخراج بالضمان من المختصر : « وحرام التدليس . وكذلك جميع الأصحاب » .

---

(1) بفتح العين وتشديد الياء المثناة مع الفتح .

وأما ما قاله الجرجانى فى الشافى والمحاملى فى المقنع أنه اذا كان مع الرجل سلعة وبها عيب يعلمه وأراد بيعها ، استحب له اظهاره ، فعبارة رديئة موهمة ، وأن ذلك غير واجب ، وذلك لا يقوله أحد له علم ، وتقييد المصنف رحمه الله بالعلم قد تقدم شىء من الكلام فيه • وان نص الحديث مطلق بخلاف ما أورده المصنف رضى الله عنه فى التنبيه • ومن علم بالسلعة عيبا لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها ، وذلك يشمل المالك والوكيل والولى • وعبارته هنا مختصة بالمالك ، لكن الوكيل والولى يندرج فى قوله هنا : وان علم غير المالك بالعيب لزمه أن يبين ، وقول المصنف رحمه الله فى الكتابين جميعا يدل على أن البيع عند كتمان العيب محرم • وعبارة الشافعى فى قوله : وحرام التدليس • وكذلك عبارة كثير من الأصحاب تدل على حرمة كتمان العيب ووجوب بيانه ، ولم يتعرض للبيع ، وكذلك ألفاظ الأحاديث فى ذلك •

وقد أشرت الى هذا المعنى فيما تقدم ، ولكن لا منافاة بين الكلامين ، وكلا الأمرين حرام وحرمتهما مختلفة ، فالتدليس حرام بالقصد فى نفسه ، والبيع ليس حراما لذاته ، ولكن حرام لغيره ، وضبط هذا نافع فيما سيأتى فى صحة البيع •

وفى عبارة المصنف والأصحاب وألفاظ الحديث تنبيه على أنه لا يكفى البائع العالم بالعيب أن يقول : هو معيب ، أو يبيعه بشرط البراءة من العيوب ، أو يقول : ان به جميع العيوب أو أنه لا يضمن غير الحل كما جرت عادة بعض الناس بفعل ذلك ، بل لابد من بيان العيب المعلوم بعينه ، والعبارات الأولى كلها فيها اجمال لا بيان ، وقد يظن المشترى سلامته عن ذلك ، فان البائع انما قال ذلك حذرا من العهدة بخلاف ما اذا نص له على العيب بعينه ، فانه يدخل فيه على بصيرة • واطلاق المصنف رحمه الله والأصحاب والشافعى حرمة التدليس ووجوب البيان يتناول ما اذا كان المشترى مسلما أو كافرا ، ولفظ الأحاديث التى ذكرت واستدل بها المصنف رحمه الله ، انما تدل على المسلم للمسلم ، وهذا كما تقدم ورد فى الخطبة على خطبة أخيه ، والسوم على سومه ، وجمهور العلماء رحمهم الله على أنه لا فرق فى ذلك بين المسلم والكافر •

وحكى الرافعى فى كتاب النكاح عن أبى عبيد بن حربوية من أصحابنا فى الخطبة أن المنع مخصوص بما اذا كان مسلما ، أما الذمى فتجوز الخطبة على خطبته قال : وبمثله أجاب فى السوم على السوم .

(قلت) فيحتمل أن يطرد ذلك هنا أيضا ، ويجعل تحريم الكتمان خاصا بما اذا كان المشترى مسلما ، ويوافقه ما تقدم فى الحديث ببيع المسلم المسلم ، لا داء ولا خبثة ، وفسر سعيد بن أبى عروبة الخبثة ببيع أهل العهد ، ويحتمل أن لا يطرد ابن حربويه مذهبه هنا ، وهو الأقرب ، ويفرق بأن الخطبة على الخطبة والسوم على السوم ليس فيه الا ايغار الصدور ، وذلك حاصل فى حق الكافر .

وأما كتمان العيب ففيه ضرر بين وأخذ المال الذى بذله المشترى ثمنا على ظن السلامة ، وله استرجاعه عند الاطلاع ، فكيف يحكم باباحة ذلك على ما لا يظن بأحد من العلماء القول به ؟ على أن قول ابن حربويه فى الخطبة على الخطبة والسوم على السوم مخالف لقول جمهور العلماء ، قالوا : تحرم الخطبة على خطبة الكافر أيضا ، وممن وافق ابن حربويه فى الخطبة على الخطبة الأوزاعى ، والظاهر أنه لا يطرد ذلك فى مسألتنا هنا للفرق المتقدم . ومن الحجة على تعميم الحكم فى مسألتنا وفى مسألة الخطبة والسوم على البيع قوله صلى الله عليه وسلم : « لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين » .

وأما التقييد فى هذه الأحاديث فانه خرج على الغالب ولا يكون له مفهوم ، أو أن المقصود التهييج والتنفير عن فعل هذه الأمور مع من يشاركه فى الاسلام والآخرة ، ويثبت عمومه بدليل آخر . والله أعلم .

(المسألة الثانية) أنه ان علم غير المالك بالعيب أن يبين ذلك لمن يشتريه للحديث الثانى الذى ذكره المصنف ، ولقوله صلى الله عليه

وسلم : « الدين النصيحة » والأحاديث فى ذلك كثيرة صحيحة صريحة • وممن صرح بهذه المسألة مع المصنف رحمه الله ابن أبى عصرون والنووى فى الروضة من زياداته ، وذلك مما لا أظن فيه خلافا لوجوب النصيحة • وقد دخل فى قول المصنف غير المالك البائع بوكالة أو ولاية الذى دل كلامه فى التنبيه عليه وغير البائع ومن ليس له تعلق بهما ، الا أنه اطلع على العيب وان كان أجنبيا ، كما فى قصة واثلة ابن الأسقع وله ثلاثة أحوال :

(أحدها) أن يعلم أن البائع أعلم المشترى بذلك ، فلا يجب عليه الاعلام فى هذه الحالة لحصول المقصود باعلام البائع •

(الحالة الثانية) أن يعلم أو يظن أو يتوهم أن البائع لم يعلمه فيجب عليه لاطلاق الحديث ، ولقصة واثلة ، فانه استفسر من المشترى هل أعلمه البائع ، فدل على أنه لم يكن جازما بعدم اعلامه ، وذلك لأنه من جملة النصح • لكن هذا انما يكون اذا كان التوهم بمحتمله ؛ فلو وثق بالبائع لدينه وغلب على ظنه أنه يعلم المشترى به ، وهى الحالة الثالثة ، فيحتمل أن يقال : لا يجب عليه الاعلام فى هذه الحالة لظاهر حال البائع • وخشية من التعرض لايغار صدره ، والبائع يتوهمه أنه أساء الظن به ، ويحتمل أن يقال انه يجب الاستفسار كما فعل واثلة بن الأسقع لأن الأصل عدم الاعلام ولا يجدون فى الاستفسار مع عموم الحديث فى وجوب التبيين • هذا كله اذا كان البائع عالما بالعيب ، فان كان الأجنبى عالما به وحده وجب عليه البيان بكل حال • وأما وقت الاعلام ففى حق البائع قبل البيع ، فلو باع من غير اعلام عصى كما تقدم ، وفى حق الأجنبى قبل البيع أيضا عند الحاجة ، فان لم يكن حاضرا عند البيع أو لم يتيسر له وجب عليه الاعلام بعده ، ليرد بالعيب كما فعل واثلة ، ولا يجوز له تأخير ذلك عن وقت حاجة المشترى اليه ، والله أعلم •

(فرع) قال الامام : الضابط فيما يحرم من ذلك أن من علم شيئا يثبت الخيار فأخفاه أو لم يوضح ما ينبغى فى تدليس فيه فقد

فعل محرما ، فان لم يكن السبب مسببا للخيار فترك التعرض له لا يكون من التدليس المحرم ولا يجب ذكر القيمة فان الغبن لا يثبت بمجرده خيار ، والله أعلم .

(المسألة الثالثة) ان باع ولم يبين العيب صح البيع مع المعصية . قال الشافعي رحمه الله في المختصر : « وحرام التدليس ولا ينقض به البيع » وجملة القول في ذلك أن البائع اذا باع سلعة يعلم أن فيها عيبا ، فاما أن يشترط فيها السلامة مطلقا أو عن ذلك العيب ، واما أن يطلق ، فان أطلق واقتصر على كتمان العيب ، وهي مسألة الكتاب ، فمذهبنا وجمهور العلماء أن البيع صحيح ، ونقل المحاملي والشيخ أبو حامد وغيرهما عن داود أنه لا يصح . ونقله ابن المغلس عن بعض من تقدم من العلماء أيضا .

واحتج أصحابنا بحديث المصراة كما ذكره المصنف رضي الله عنه ، فان النبي صلى الله عليه وسلم جعل مشتري المصراة بالخيار ان شاء أمسك وان شاء رد مع التدليس الحاصل من البائع بالتصرية وهي عيب مثبت للخيار بمقتضى الحديث ، فدل على أن التدليس بالعيب وكتمانه لا يبطل البيع . وبأن النهي لمعنى في العاقد والنهي اذا كان لمعنى في العاقد لا يمنع صحة البيع كالبيع على بيع أخيه ، وانما يبطل النهي اذا توجه الى المعقود عليه كالنهي عن الملامسة والمنابذة ، ألا ترى أن النهي عن بيع وقت النداء لما لم يرجع الى ذات العقد لم يقتض الفساد ، بل ما نحن فيه أولى بالصحة ، لأن البيع وقت النداء متوجه اليه ، وان كان معللا بأمر خارج . وأما هنا في المصراة فلم يرد النهي على البيع ، وانما ورد هنا على كتمان العيب كما أشرت اليه فيما تقدم وفي المصراة على التصرية ، فليس البيع منهيا عنه أصلا ، بل هو من حيث هو مباح ، والحرام هو الكتمان ، والبيع وقت الجمعة منهي عنه لاشتماله على التفويت ، فلتفهم الفرق بين الموضعين . وبهذا يجاب عن استدلال الظاهرية بقوله صلى الله عليه وسلم : « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد » فنقول : التدليس هو المنهي عنه ، وهو مردود .

(**فان قلت :**) قد تقدم أن البائع اذا لم يبين العيب حرام ،

وأن المصنف رحمه الله صرح به فى التنبيه ، واذا كان كذلك فهو مثل البيع وقت النداء ، فلم يكن أولى منه بالصحة (قلت) لا شك أن المراتب ثلاث •

(المرتبة الأولى) وهى أعلاها ما كان منهيا عنه لمعنى فيه ، كبيع الملامسة •

(المرتبة الثانية) ما كان منهيا عنه لا معنى فيه من حيث هو ، بل لاستلزامه أمرا ممنوعا كالبيع وقت النداء ، فهو مستلزم للتفويت الممنوع ، أو هو فرد من أفراد ما يحصل به التفويت ، والمتضمن أو المستلزم للممنوع ممنوع •

(المرتبة الثالثة) وهى أدناها ما لم ينه عنه أصلا ، ولكن به يتحقق ما هو منهى عنه ، فهذا لم يخرجه الشرع عن قسم الاباحة فهو كسائر المباحات اذا استلزم شىء منها محرما فى بعض الأوقات ، لا نقول : انه ينقلب من الاباحة الى التحريم ، ويوضح لك هذا أنه فى المرتبة الثانية اذا اشتغل بالبيع وفوت السعى للجمعة يأثم اثمين : اثم للبيع المنهى عنه ، واثم لتفويت الواجب ، وفى هذه المرتبة لا يأثم الا اثما واحدا على الغش وكتمان العيب على البيع ، ولا يأثم على البيع اثما آخر • واذا حكمنا على البيع المقارن للغش بالتحريم كذلك حكم على المجموع المتضمن للغش المحرم ، وليس المراد أن ذلك الفعل حرام ثم ، أى ليس البيع أصلا فى حالة من الأحوال مستلزما للكتمان ، لأن كل بيع يمكن أن يخبر معه بالعيب ، ولا يجوز الحكم على البيع بالتحريم الا على الوجه الذى بينته ، اذ يراد تحريم المجموع أعنى البيع مع الغش فليس البيع وحده منهيا عنه بطريق القصد ، ولا بطريق الاستلزام ، وقد وافق الظاهريون أو من وافق منهم على تصحيح البيع مع النجش قالوا : لأن البيع غير النجش ، وذلك يوافق ما قلناه هنا ، ووافقوا على تصحيح البيع مع تلقى الركبان ، ونص الحديث على ذلك ، فهو حجة لنا هنا أيضا •

والظاهرية فى المصراة ونحوها يجعلون ذلك خارجا بالنص ويتمسكون فيما عدا ذلك بما ذكروه ، وقد تبين الجواب عنه بحول الله

وقوته وذكر البيهقى فى باب صحة البيـــع الذى وقع فيه التدليس حديثا رواه البخارى « أن ابن عمر اشترى ابلا هيما(١) من شريك لرجل يقال له نواس من أهل مكة ، فأخبر نواس أنه باعها من شيخ كذا وكذا . فقال : ويلك ، فجاء نواس الى ابن عمـــر فقال : ان شريكى باعك ابلا هيما ولم يعرفك ، قال : فاستقها اذن ، فلمـــا ذهب ليستاقها قال ابن عمـــر : دعها .. رضينا بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم لا عدوى » ، والله أعلم .

(فـــرع) نقـــل المـــاوردى قبل باب : لا يبيع حاضر لباد ، عن أبى على ابن أبى هريرة أنه كان يقول : فى ثمن التدليس حـــرام ، لا ثمن المبيع ، ألا ترى أن المبيـــع اذا مات يرجع على البائع بأرش عيب التدليس ، فدل على أنه أخذ منه بغير استحقاق ، وهذا شىء عجيب ، كيف يكون الثمن حراما والبيع صحيحا ؟ وسيأتى فى باب المرابحة كلام فى ذلك فى مســـألة الاخبار بالزيادة ، ولعـــل مراد ابن أبى هريرة هنا أن القدر الزائد بسبب التدليس الذى يســـتحق استرجاعه عند فوات المبيع هو المحـــرم ، لا جملة الثمـــن ، وهو ظاهر كلامه ، ومع ذلك فيه نظـــر ، لأنه لو رضى المشترى بالعيب استقر ملك البائع على الثمن كله ولو لم يرض به — والمبيع قائم — استرجعه كله ، فان كان عـــدم استقراره موجبا للوصف بالتحريم فليكن جميعه حراما أو لا فلا يكون شىء منه حراما .

(فـــرع) هذا كله فى مسألة الكتاب اذا باع من غير شرط ، ولكنه كان عالمـــا بالعيب ، أما لو اشترط الســـلامة فكانت معيبة ، أو شرط وصفا وأخلف ، فالمشـــهور الصحة ، وثبوت الخيار كحالة الاطلاق .

وحكى الرافعى عن الحناطى أنه حكى قولا غريبا أن الخلف فى الشرط يوجب فســـاد البيع ، وهو يوافق ما تقـــدم عن الظاهرية ، وهم قائلون بذلك فى الشرط أيضـــا ، ولا يلزم طرد هـــذا القول الغريب هناك ، لأن تعـــلق الغرض بالوصف المشروط لفظا أقـــوى ، وعند الاطلاق العقـــد متعلق بالمتعين ، وان كان العـــرف يقتضى السلامة ، فهذا فرق على القول الذى حكاه الحناطى حتى لا يلزم طرده ، وان كان هو ضعيفا ، لأن مورد العقـــد المعين مع الشرط أيضا ، والله أعلم .

---

(١) الهيام : داء يصيب الابل كالحمى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان لم يعلم بالعيب واشتراه ثم علم بالعيب ، فهو بالخيار بين أن يمسك وبين أن يرد ، لأنه بذل الثمن ليسلم له مبيع سليم ولم يسلم له ذلك ، فثبت له الرجوع بالثمن كما قلنا فى المصراة) .

(**الشرح**) المشترى للعين المعيبة تارة يكون عالما بعيبها ، وتارة لا يكون .

(الحالة الأولى) ان كان عالما فلا خلاف أنه لا يثبت له الخيار لرضاه بالعيب ، ولا يأتى فيه الخلاف المتقدم فى المصراة اذا كان عالما بالتصرية ، لأن المستند فى ثبوت الخيار هناك عند من يقول به : التعبد ، وان ذلك خيار ثابت بالشرع كماتقدم ، وليس ههنا كذلك وهذه الحالة تؤخذ من مفهوم كلام المصنف رحمه الله ، فانه شرط فى الخلاف عدم العلم ، ومفهومه أن عند العلم لا خيار ، قال ابن حزم فى كتاب مراتب الاجماع : واتفقوا على أنه اذا بين له البائع بعيب فيه وحد مقداره ، ووقفه عليه ان كان فى جسم المبيع ، فرضى بذلك المشترى أنه قد لزمه ، والا رد له بذلك العيب .

(فرع) فلو كان المشترى قد علم به ، ولكن لم يعلم أنه عيب ينقص الثمن ، ويوجب الفسخ . قال الماوردى : ولا رد له ، لأنه قد كان يمكنه عند رؤيته أن يسأل عنه . ولأن استحقاق الرد حكم ، والجهل بالأحكام لا يسقطها . قال : فلو كان شاهد العيب قديما وقال : ظننت أنه قد زال فلا تأثير لهذا القول ، لأن الأصل بقاء العيب ، ولو اختلفا فى العلم بالعيب فالقول قول المشترى ، لأن الأصل عدمه ، قاله صاحب العدة .

(الحالة الثانية) اذا لم يعلم بالعيب وهى منطوق مسألة الكتاب يثبت الخيار لما ذكره المصنف رحمه الله . وقياس ذلك على المصراة ان كانت التصرية عيبا ظاهرا بالقياس . والجامع الذى ذكره المصنف ،

وقد قدمنا أن الصحيح أن التصرية عيب • وان لم تكن التصرية عيبا فمن باب الأولى • لأن الخيار اذا ثبت بالتدليس بما ليس بعيب ، فثبوته بالتدليس بالعيب المحقق أولى • هكذا ذكره القاضى أبو الطيب ، وفيه نظر • لأن الذى يقول بالتصرية ليس بعيب يجعلها كالشرط ويلحق الخيار فيها بخيار الخلف • وحينئذ قد يقال : لا يلزم من جعل التصرية التى هى من فعل البائع كالشرط جعل التدليس بالعيب الذى ليس من فعله • ولئن جعلنا التدليس بالعيب كذلك فالعيب اذا لم يعلم به البائع لا يمكن دعوى ذلك فيه ، ومع ذلك الخيار ثابت به • ولأجل ذلك الطريقة التى سلكها المصنف رحمه الله واقتصر عليها أولى فى الاستدلال ، وأسلم عن الاعتراض • نعم هو انما يأتى على قول الجمهور : أن التصرية عيب أما على القول الذى رجحه الغزالى فى الوجيز أن الخيار فيها ملحق بخيار الخلف فلا ، لأن سبب الخيار فى المصراة المقيس عليها اخلاف الشرط الملتزم ، ولم يوجد فى مسألتنا •

فالمصنف رحمه الله قد جعل الجامع بين المسألتين عدم حصول المبيع السليم فعلى ما اختاره الغزالى لا يأتى ، الا أن يجعل ذلك مقيسا على الالتزام الشرطى وكذلك فعل هو فى الوسيط تنزيلا لغلبة السلامة منزلة الاشتراط ، ثم لك أن تجعل الالتزام الشرطى أصلا يكتفى به كما اقتضاه كلامه فى الوسيط ، ولك أن ترده الى التصرية لورود النص فيها ، وقد اقتصر المصنف رحمه الله على الاستدلال بالقياس ، وفى المسألة حديث واجماع ، أما الحديث فالذى ذكره بعد هذا بفصل فى الخراج بالضمان ، فان فيه أنه خاصمه الى النبى صلى الله عليه وسلم « وأنه رده عليه بالعيب » وسنتكلم عليه هناك ان شاء الله تعالى •

وأما الاجماع فانه لا خلاف بين المسلمين فى الرد بالعيب على الجملة • واتفقوا على أن من اشترى شيئا ولم يبين له البائع العيب فيه ولا اشترط المشترى سلامة ولا اشترط الاخلاء به ، ولا بيع منه ببراءة ، فوجد به عيبا كان به عند البائع وكان ذلك العيب يمكن البائع معرفته وكان يحط من الثمن حطا لا يتغابن الناس بمثله فى مثل ذلك

المبيع ، فى ذلك الوقت ، يعنى وقت عقد البيع ، ولم يتلف عين المبيع ولا نقصها ، ولا تغير اسمه ولا تغير سوقه ، ولا خرج عن ملك المشترى كله ولا بعضه ، ولا أحدث المشترى فيه شيئا ولا وطئا ولا غيره ، ولا ارتفع ذلك العيب ، وكان البائع قد نقد فيه جميع الثمن فان للمشترى أن يرده ويأخذ ما أعطى فيه من الثمن ، وأن له أن يمسكه ان أحب ، واختلفوا فيما عدا كل ما ذكرناه بما لا سبيل الى ضبطه باجماع جاز • انتهى •

وادعى القاضى أبو الطيب اجماع المسلمين على التسوية بين الغاش الخائن وغيره ولعل المصنف رحمه الله انما اقتصر على القياس • ولم يذكر الحديث والاجماع ، لأن الحديث فيه رد بعيب ، وذلك حكاية حال لا دلالة لها على العموم ولا اجماع مقيد بالقيود المذكورة ، أو أكثرها فكان الاستدلال بالقياس أشمل ، وبالجملة الرد بالعيب فى الجملة لا شبهة فيه ، قال الشيخ أبو حامد : ولا يخفى أن المراد العيب الموجود عند العقد ، أما لو وجد العيب وزال قبل القبض فلا خلاف أنه لا حكم له ، وكذلك لو زال بعد البيع وقبل القبض •

(فرع) ولى الطفل اذا اشترى له شيئا فظهر به عيب ، فان كان الشراء بعين المال فهو باطل ، وان كان فى الذمة نفذ فى حق الولى ، فان اشترى سليما فحدث به عيب قبل القبض — فان كان الحظ فى الامساك — أمسك أو فى الرد رد ، فان ترك الرد — فان كان اشترى فى الذمة — انقلب اليه ، ولزمه الثمن من مال نفسه وان كان بغير مال الطفل بطل العقد ، قاله صاحب التتمة ، والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان ابتاع شيئا ولا عيب فيه ثم حدث به عيب فى ملكه — نظرت فان كان حدث قبل القبض — ثبت له الرد ، لأن المبيع مضمون على البائع ، فثبت له الرد بما يحدث فيه من العيب كما قبل العقد ، وان حدث العيب بعد القبض نظرت — فان لم يستند

الى سبب قبل القبض ـ لم يثبت له الرد ، لأنه دخل المبيع فى ضمانه فلم يرد بالعيب الحادث ، وان استند الى ما قبل القبض بأن كان عبدا فسرق أو قطع يدا قبل القبض ، فقطعت يده بعد القبض ، ففيه وجهان . (أحدهما) أنه يرد ، وهو قول أبى اسحاق لأنه قطع بسبب كان قبل القبض فصار كما لو قطع قبل القبض . (والثانى) أنه لا يرد ، وهو قول أبى على ابن أبى هريرة ، لأن القطع وجد فى يد المشترى ، فلم يرد كما لو لم يستند الى سبب قبله) .

(الشرح) الكلام الذى تقدم فى اثبات الخيار فى العيب الموجود عند البيع والكلام الآن فى العيب الحادث بعده ، وقد قسمه المصنف رحمه الله الى ثلاثة أقسام :

(القسم الأول) الحادث قبل القبض ، فحكمه حكم المقارن للعقد ، لأن المبيع مضمون قبل القبض على البائع بجملته ، فكذا أجزاؤه ، وضمان الجزء الذى لا يقابله قسط من الثمن لا يقتضى الانفساخ ، فأثبت الخيار ، والمصنف رضى الله عنه استغنى عن هذه الزيادة بجعله ما قبل القبض كما قبل العقد لاشتراكهما فى كون المبيع فيهما مضمونا على البائع ، بمعنى أنه اذا تلف تلف من كسبه ، وقد اتفق الأصحاب على هذا الحكم ، وأن العيب الطارىء قبل القبض كالمقارن للعقد ، وذلك منهم تفريع على ما هو متفق عليه فى المذهب وهو أن البيع قبل القبض من ضمان البائع ، وأنه اذا تلف قبل القبض انفسخ البيع ، ونص عليه الشافعى رحمه الله فى مواضع ، واستنبطه من بطلان عقد الصرف بالتفرق قبل التقابض كما تقدم التنبيه عليه فى باب الربا ، وذكره المصنف فى آخر باب اختلاف المتبايعين وهلاك المبيع ، وسنشرحه هناك ان شاء الله تعالى . أما على مذهب من قال : ان المبيع فى يد البائع أمانة ، كما هو مذهب مالك ولا خيار له ، وممن صرح به المتولى وصورة المسألة المجزوم بها هنا اذا كان حدوث العيب بآفة سماوية .

(أما) اذا حصل ذلك من جهة المشترى أو البائع أو الأجنبى ، فقد ذكر المصنف رحمه الله الأقسام كلها فى باب اختلاف المتبايعين

عند تقسيم تلف المبيع الى الأقسام المذكورة • وهناك أستوعب الكلام على ذلك بعون الله وتيسيره ان شاء الله تعالى ، وملخص ما هناك ما يتعلق بهذا المكان أنه متى حصل العيب بآفة سماوية أو من البائع أو من الأجنبى فللمشترى الخيار جزما ولكن يختلف أثره على تفصيل مذكور هناك ، ومن جملته ما اذا كان القاطع ابن المشترى ثم مات المشترى وورثه الابن ذكره صاحب البحر هناك ، وهناك أذكره ان شاء الله • ومتى حصل العيب من جهة المشترى فلا خيار له على الصحيح ، تفريعا على أن اتلافه قبض وهو الصحيح المشهور •

(وأما) من يقول من العلماء بأن المبيع قبل القبض من ضمان المشترى كما يقوله أبو ثور مطلقا ومالك فى المبيع جزافا ، فقياسه أن العيب الحادث قبل القبض لا أثر له • ومذهب أبى حنيفة رحمه الله فى تلف المبيع قبل القبض كمذهبنا •

(**واعلم**) أن هذا الحكم من كون العيب الحادث قبل القبض كالعيب المقارن للعقد هو المشهور الذى لا يكاد لا يعرف ، بل لا يعرف فيه خلاف بين الأصحاب ووراء ذلك أمران غريبان (أحدهما) أن الشافعى رحمه الله قال فى الأم فى الرهن الكبير فى جناية العبد المرهون على الأجنبيين • ولو بيع العبد المرهون ولم يتفرق البائع والمشترى حتى جنى كان للمشترى رده ، لأن هذا عيب حدث به وله رده بلا عيب ، ولو جنى ثم بيع فعلم المشترى قبل التفرق أو بعده بجنايته كان له رده ، لأن هذا عيب دلسه ، ولو بيع وتفرق المتبايعان أو أخبر أحدهما صاحبه بعد البيع ، فاختار امضاء البيع ثم جنى ، كان من المشترى ولم يرد البيع ، لأن هذا حادث فى ملكه بعدم تمام البيع بكل حال له •

قال ابن الرفعة : وهذا ان لم يحمل على ما بعد القبض فهو يقتضى باطلاقه أنه لا فرق فيه بين ما بعد القبض وقبله ، والعلة ترشد اليه ، لأنه فى الحالين ملكه عليه تام وان لم يستقر الا بالقبض • قال : وهذا ان صح يقتضى أن الجناية عمدا أو خطأ فى يد البائع بعد تمام الملك لا يثبت بها للمشترى خيار ، وان أثبت على نفسه ، ولكن الأصحاب لا يوافقون على ذلك •

(الأمر الثانى) أن فى مختصر البويطى قال أبو يعقوب : وان اشترى رجل من رجل عبدا أو ثوبا ولم يقبضه فجنى عليه البائع أو غيره جناية حرق أو غيره أو ما دون النفس أو النفس ، فهو مخير فى العبد ان شـاء أخذ الثوب وأخذ الجانى بجنايته ، وان شاء ترك ، فان كان ذلك بأمر من السـماء كان مخيرا أن يأخذه أو يدعه ، وليس له النقص اذا كان من السـماء كما لو مات • وقد قيل : يأخذه ويسـقط عنه ما نقصه بحصته من الثمـن ، وان كان ذلك بهزال فى يديه أو ما أشبهه كان مخيرا وقد قيل : اذا كان البائع الذى جنى عليه فى النفس فالبيع منفسخ • انتهى •

وهذه الأقوال الثلاثة التى نقـلها البويطى الأول والثالث معروفان فى المذهب والغريب الثانى ، وهو أنه يأخـذه ويسقط عنه حصته من الثمن • وكلامه المذكور يقتضى أن ذلك فيمـا يمكن التقسيط عليه كاليد ونحوها لا كالهزال وشبهه ، ولكن هـذا القول لم أعـلم أحدا من الأصحاب ذكره على أنه ليس فى كلام البويطى نسـبته الى الشافعى رحمه الله • ولا شىء من الكلام المذكور من حكاية كلام الشافعى رحمه الله ، وانما الأقوال الثلاثة من حكاية البويطى ، والمسـألة كلها كما يدل عليه أول كلامه ونسبته الى أبى يعقوب ، فلعله حكاه عن بعض العلمـاء غير الشافعى رحمه الله تعالى •

(فـرع) اذا وجد العيب قبل القبض ولكن بسبب متقـدم رضى به المشترى كما لو اشترى من وجب عليه القطع عالمـا به فقطع قبل القبض ، أو بكرا مزوجة فأزال الزوج بكارتها قبل القبض ، فهل تكون كعيب حدث فيرد بها ، كما أنه اذا اشترى مرتدا فقتل قبل القبض ينفسخ العقد أو لا ؟ لأن رضاه لسببه رضا به والخيـار لا يثبت مع الرضا بخلاف الانفساخ بالتلف ولم أر فى ذلك نقـلا • والأقـرب القطع بأنه لا يوجب الرد للرضـا بسببه ، ولكن القاضى حسين رحمه الله أطلق أن زوال البكارة فى يد البائع يثبت الخيار • ومثل هذا الاطلاق لا يوجد منه نقـل فى خصوص المزوجة ووطء الزوج بها •

(القسم الثانى) اذا حدث العيب بعد القبض ولم يسـتند

الى سبب قبل القبض فانه لا يثبت به الرد ، وهـذا اذا كان بعد القبض والتفرق • أما لو قبضه فى المجلس وحدث به عيب قبـل التفـرق والتخاير ، فالوجه فى ذلك بناؤه على تلف المبيع فى يد المشـترى فى مدة الخيار • وفيه طرق •

(احدها) وهى التى أوردها الغزالى وارتضـاها الامام ، واقتضى ايراد الرافعى ترجيحها •

أما ان قلنا الملك للبائع انفسخ ، والا فوجهان (أصحهما) عـدم الانفسـاخ • واذا تم العقـد لزم الثمن ، لأن القبض وجد الا أنه بقيت علقه فصـار كما لو اشترى مكايلة فقبض جزافا ، أو غصب المبيع من يد البائع وتلف فى يده ، قال هـذا التعليل صاحب التتمة (والثانى) ينفسخ لأن العقد لم يستقر كما بعد الخيار وقبل القبض •

(والطريقة الثانية) القطع بعـدم الانفسـاخ وأنه اذا حصلت الاجازة يلزم المشترى الثمن (وان قلنا) الملك للبائع • وهذه منسوبة للشيخ أبى حامد •

(الطريقة الثالثة) الا أنا اذا قلنـا : الملك للبائع وحصل امضاء البائع ضمنه المشترى بالقيمة • وهذه حكاها الامام عن العراقيين وبعض أصحاب القفال ، وهو مقتضى كلام المصنف حيث ذكر المسـألة فى أول كتاب البيوع ، ولذلك نسـبها العمرانى اليه •

(الطريقة الرابعة) طريقة المـاوردى ان كان التلف فى خيـار المجلس انفسـخ على الأقوال كلهـا ، وان كان فى خيار الشرط ، فان كان لهما أو للبائع وحده فكذلك ، وان كان للمشترى وحده (فان قلنا) يملك بانقضـاء الخيار أو موقوف ضمنه بالقيمة (وان قلنا) يملكه بنفس العقد فعلى وجهين (أحدهما) وهو ظاهر نصـه فى البيوع أنه ضامن بالقيمة دون الثمن (والثانى) وقد أشـار اليه فى الصداق أنه ضامن له بالثمن المسمى •

(الطريقة الخامسة) ما دل عليها كلام أبى الطيب أنه ان كان الخيار لهما أو للبائع وحـده انفسـخ قولا واحدا ، وان كان للمشترى

وحده ، فان قلنا : الملك له فوجهان والا لم ينفسخ وقال القاضى أبو الطيب : ان الذى نص عليه الشافعى رحمه الله فى كتبه أن البيع ينفسخ ويجب على المشترى قيمته • قال القاضى أبو حامد وقال الشافعى فى كتاب الصداق : يلزمه الثمن • واختلف أصحابنا فمنهم من قال : يلزمه القيمة ، والذى قال من الثمن ليس بثابت ، قال أبو الطيب : ويحتمل أن يكون أراد بالثمن ، لأن الشافعى يعبر عن القيمة بالثمن فى مواضع كثيرة • ومنهم من قال ما تقدم ، وادعى ابن الرفعة أن أكثر نصوص الشافعى على الانفساخ ، وذكر نصوصا تدل على ذلك من الجزء الثامن والعاشر من باب الدعوى فى المبيع ، ومن باب دعوى الولد فيه •

وقد رأيت أنا فى الجزء الخامس عشر أيضا أنه اذا باع العبد بالخيار ثلاثا أو أقل ، وقبضه فمات فى يد المشترى فهو ضامن لقيمته ، وان منعنا أن نضمنه ثمنه أن البيع لم يتم فيه • قال الشافعى : وسواء فى ذلك كان الخيار للبائع أو للمشترى لأن البيع لم يتم فيه حتى مات • وقد حكى عن نصه فى الصداق أن المبيع اذا تلف فى يده زمن الخيار يلزمه الثمن ، وبذلك قال المتولى ، وحصل قولان فى المسألة ، وهو فى ذلك تابع للقاضى حسين ، والنص المتقدم يدل على أن الانفساخ فى الأحوال الثلاثة اذا كان الخيار للمبتاع أو للبائع أو لهما ، فهذه خمس طرق ، والطريقة الأولى أفقه ، ولكن تصحيح عدم الانفساخ من الوجهين فيها فيه نظر والنصوص التى للشافعى ليس فيما وقفت عليه منها ما فيه تصريح بالانفساخ ولا بعدمه ، بل الأكثر الذى تمسك به ابن الرفعة ، والذى رأيته فى الأم فيه ايجاب القيمة ، والنص المعارض له فيه ايجاب الثمن ، فأكثر النصوص تدل لأحد أمرين اما القول بالانفساخ الذى هو أحد الوجهين من الطريقة الأولى ، كما ادعاه ابن الرفعة ، واما الطريقة التى نقلها الامام عن العراقيين (وقلت) ان مقتضى كلام المصنف فى أول البيع ، فالتمسك بذلك للانفساخ عيبا كما ادعى ابن الرفعة غير متعين • وترجيح عدم الانفساخ ولزوم الثمن موافق للنص المقتضى لوجوب الثمن ومخالف لأكثر النصوص • لكن اذا ثبت ما قاله القاضى أبو الطيب من اطلاق الشافعى رحمه الله الثمن على القيمة وما نقله من النصوص فى

كتبه يترجح القول بالانفساخ لاسيما مع ما أشعر به كلام القاضى أبى حامد أن ذكر الثمن ليس بثابت • اذا عرف بالعيب الحادث بعد القبض وقبل لزوم العقد يتعين بناؤه على هذا الخلاف •

فحيث نقول بالانفساخ اما على أن الملك للبائع ، أو مطلقا على أحد وجهى الطريقة الأولى، وظاهر أكثر النصوص ، أو على طريقة الماوردى والقاضى أبى الطيب على ما فيها من التفصيل والبناء ، فحدوث العيب حينئذ كحدوثه قبل القبض ، وبذلك صرح الماوردى عند الكلام فى وضع الجوائح • قال عن ابن أبى هريرة : ان المقبوض فى خيار الثلاث يستحق رده بما حدث من العيوب فى زمان الخيار ، وان كان القبض تاما وجب القول بعدم الانفساخ ، اما على الأصح عند الرافعى من وجهى الطريقة الأولى ، وعلى طريقة الشيخ أبى حامد أو على طريقة المصنف رحمه الله • أو فى بعض الأحوال على طريقتى الماوردى والقاضى أبى الطيب على التفصيل المذكور • أو على مقتضى النص المحكى فى ذلك ، فحينئذ لا يكون لحدوث العيب فى ذلك الوقت أثر فى اثبات الخيار •

ولا جرم — والله أعلم — أطلق المصنف رحمه الله أن حدوث العيب بعد القبض اذا لم يستند الى سبب قبل القبض لا يثبت الرد ، لأن اختياره أن القبض ناقل للضمان ، وان كان فى زمن الخيار كما تقدم ، وهو مستمر على الأصح عند الرافعى • وقد تقدمت الاشارة الى ما فى ذلك من النصوص •

(فرع) لا فرق بين يد المشترى ويد نائبه ، ولو كانت يد البائع كما لو قبض المبيع ، وأودعه اياه بعد القبض ، ونص عليه الشافعى رحمه الله والأصحاب • ولو أودع البائع المبيع عند المشترى وقلنا : لا يسقط حق الحبس بايداع فتلف ، كما لو تلف فى يد البائع على مقتضى ذلك • وعن القاضى أبى الطيب أنه صرح به فى أواخر كتاب الشفعة ، وعبارة المصنف رحمه الله سالمة عن ذلك فى الطرفين لاعتباره القبض ، وهو موجود فى الأول مفقود فى الثانى •

(فرع) هذا الذى تقدم من أن العيب الحادث بعد القبض

الذى لا يستند الى سبب قبله لا يرد به هو مذهبنا ومذهب جمهور العلماء . وقال مالك بذلك الا فى الرقيق فانه قال : ما أصاب الرقيق فى ثلاثة أيام بعد البيع من اباق أو عيب أو موت أو غير ذلك فمن ضمان البائع ، فاذا انقضت الثلاثة الأيام برىء البائع الا من الجنون والجذام والبرص ، فان هذه الأدواء الثلاثة ان اصاب شىء منها المبيع قبل انقضاء سنة من حين البيع ، كان له الرد بذلك ، قال : ولا يقضى بذلك الا فى البلاد التى جرت عادة أهلها بالحكم بها فيها .

وأما البلاد التى لم تجر عادة أهلها بالحكم بذلك فيها ، فلا نحكم عليهم بذلك ، قال : ومن باع بالبراءة بطل عنه حكم العهدة ، وكذلك يسقط حكم العهدة عنده فيما اذا باع السلطان لغريم أو من مال يتيم ، ولا عهدة فيه الا أن يكون علم عيبا فكتمه . وقال قتادة : ان رأى عيبا فى ثلاث ليال رده بغير بينة ، وان رأى عيبا بعد ثلاث لم يستطع أن يرده الا ببينة .

واحتج المالكيون بما رواه أبو داود من حديث الحسن البصرى عن عقبة بن عامر الجهنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « عهدة الرقيق ثلاث ليال » وفى رواية أخرى أربع ليال ، رواه أحمد فى مسنده ، وفى رواية أربعة أيام ، قال قتادة : وأهل المدينة يقولون ثلاثا .

قال سعيد : قلت لعبادة : كيف يكون هذا ؟ قال : اذا وجد المشترى عيبا بالسلعة فانه يردها فى تلك الأيام ولا يسئل البينة ، واذا مضت عليه أيام فليس له أن يردها الا ببينة أنه اشتراها ، وذلك العيب بها ، والا فيمين البائع أنه لم يبعه ويرد .

وعن الحسن عن سمرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « عهدة الرقيق ثلاث » رواه ابن أبى شيبة ، وقال هؤلاء : انما قضى بعهدة الثلاث لأجل حمى الربع فانها لا تظهر فى أقل من ثلاثة أيام ، هو عن عبد الله بن أبى بكر محمد بن عمرو بن حزم أنه سمع أبان ابن عثمان وهشام بن اسماعيل بن هشام يذكران فى خطبتهما

عهدة الرقيق فى الأيام الثلاثة ، من حين يشترى العيدان الوليدة وعهدة السنة ويأمران بذلك .

وعن عمر بن عبد العزيز أنه قضى فى عبد اشترى فمات فى الثلاثة الأيام ، فجعله عمر من الذى باعه ، وعن ابن شهاب قال : القضاة منذ أدركنا يقضون فى الجنون والجذام والبرص سنة .

قال ابن شهاب : وسمعت ابن المسيب يقول : العهدة من كل داء عضال نحو الجذام والجنون والبرص ، وعن يحيى بن سعيد الأنصارى رضى الله عنه قال : لم تزل الولاة بالمدينة فى الزمان الأول يقضون فى الرقيق بعهدة السنة من الجنون والجذام والبرص ، ان ظهر بالمملوك شيء من ذلك قبل أن يحول عليه الحول فهو رد عليه ، ويقضون فى عهدة الرقيق بثلاث ليال .

وقد أجاب أصحابنا وغيرهم عن الحديثين بأن الحسن لم يسمع من عقبة شيئا ولا سمع من سمرة الا حديث العقيقة عند أكثر الحفاظ ، فروايته فى هذا منقطعة لا يحتج بها . قال على بن المدينى : لم يسمع الحسن من عقبة بن عامر شيئا وكذلك قال أبو حاتم ، وقال البيهقى فى روايته عن سمرة فى ذلك : انه غير محفوظ .

(**قلت**) وقد حفظت من طريق ابن أبى شيبة ، فليس فيها الا النظر فى سماع الحسن من سمرة ، وأيضا ففيه عنعنة قتادة عن الحسن وهو مدلس ، وفى حديث عقبة مع الانقطاع والاضطراب ، ومن جملة ما أعل به أنه ورد عن الحسن على الشك بين عقبة وسمرة ، وهما وان كانا صحابيين فهو اضطراب ، وقد سأل الأثرم أبا عبد الله أحمد ابن حنبل عن العهدة فقال : ليس فى العهدة حديث نتثبته ، وقال الحاكم فى حديث عقبة : انه صحيح الاسناد غير أنه على الارسال ، لأن الحسن لم يسمع من عقبة ، والرواية عن عمر بن عبد العزيز فى قضائه بذلك ضعيفة ، وكذلك الرواية المذكورة عن يحيى بن سعيد الأنصارى وبقية ما ذكروه مع كونه ليس بحجة معارض بقول عطاء :

انه لم يكن فيمـا مضى عهـدة فى الأرض لا من هيام ولا من جذام ولا شىء • وبما(١) روى من طريق الشـافعى رضى الله عنه عن ابن جريج قال : سألت ابن شـهاب عن عهدة السـنة وعهدة الثلاث فقال : ما علمت فيها أمرا سالفا ، وعن ابن طاوس أنه كان لا يرى العهـدة شيئا لا ثلاثا ولا أقل ولا أكثر •

وما أشاروا اليه من أن ظهور ذلك فى هذه المدة يدل على تقدمه ممنوع ، فقـد يحدث الاباق وشبهه ، ولو سـلم لهم ذلك فيكون من القسم الذى سنذكره ، وهو ما يوجد بعد القبض ، ويكون سـببه متقدما ، لكن ذلك غير مسـلم لهم • على أن ابن الصباغ قال فى الجواب عن ذلك أن الداء الكامن لا اعتبار به وانما النقض بمـا يظهر لا ما كمن وفيما قاله بعـد ، لأن الكامن اذا دل عليه دليـل بعد ذلك وعلم به صار كالظاهر •

وذكروا أيضا أن عمر بن الخطاب وابن الزبير رضى الله عنهما سئلا عن العهدة فقالا : لا نجـد أمثل من حديث حبان بن منقذ « كان يخدع فى البيوع فجعل له النبى صلى الله عليه وسلم الخيـار ثلاثا ان شاء أخذ وان شاء رد » •

وعن على بن أبى طالب رضى الله عنه « أجل الجارية بها الجذام سنة » • فأما ما ذكروه عن عمـر وابن الزبير فلا حجة لهم فيه • لأن فى حديث حبان « ان شاء أخذ وان شاء رد » • ولم يقيـد ذلك بعيب ولا فى الرقيق دون غيره •

قال الشـافعى رضى الله عنه : والخبر فى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « جعل لحبان بن منقذ عهدة بثلاث » خاص • وما ذكروه عن على لا ينافيه ، وقد صـح عن ابن عمـر : ما أدركت الصـفقة حيا مجموعا فمن المبتاع • ولا نعـلم له مخالفا من الصحابة واستثنت

---

(١) معطوف على بان الحسن لم يسمع من عقبة شيئا (المطيعى) •

المالكية أيضا الثمار لقولهم فيها بوضع الجوائح وسنذكر مذهبنا ومذهبهم فى ذلك عند ذكر المصنف رحمه الله له فى آخر باب اختلاف المتبايعين ان شاء الله تعالى .

(القسم الثالث) العيب الحادث بعد القبض اذا أسند الى ما قبل القبض كما مثل به المصنف رحمه الله فيمن قطعت يده حدا أو قصاصا بعد القبض بسرقة أو قطع سابق عليه ، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون بعد العقد كما فرضه المصنف أو قبله ، فان بيع من وجب قطعه بقصاص أو سرقة صحيح بلا خلاف ، فاذا قطع فى يد المشترى بذلك السبب السابق على العقد أو على القبض — فان كان المشترى جاهلا بالحال ، ولم يعلم بالسرقة أو القطع حتى قطع وهى صورة مسألة الكتاب — ففيه وجهان كما ذكره المصنف .

(أحدهما) وهو قول أبى اسحاق ، وهو الأصح ، وهو قول ابن الحداد ، ونسبه الماوردى الى ابن سريج ، وبه قال أبو حنيفة فيما حكاه الماوردى ، وقال القاضى أبو الطيب : انه على قول الشافعى رضى الله عنه واطلاق نصه الذى نقله ابن بشرى يدل عليه : أن له أن يرد ويسترجع جميع الثمن ، كما لو قطع قبل القبض فانه لو قطع قبل القبض والحالة هذه ثبت له الرد قطعا ، وهذا القائل يجعله من ضمان البائع بالنسبة الى ذلك ، ولو تعذر الرد بسبب فالنظر فى الأرش الى التفاوت بين العبد سليما وأقطع ، قاله القاضى حسين والرافعى وغيرهما .

(والثانى) وهو قول ابن أبى هريرة وابن سريج فيما حكاه الأكثرون والقاضى أبو الطيب ونقله ابن بشرى عمن نقله عن نصه فى الاملاء ، ومال الماوردى اليه ، وبه قال أحمد وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله أنه من ضمان المشترى وليس له الرد ، ولكن يرجع على البائع بالأرش ، وهو ما بين قيمته مستحق القطع وغير مستحقه من الثمن ، وحمل النص الأول على ما قبل القبض . هذا اذا كان جاهلا ، فلو كان عالما بالسبب فليس له الرد ولا الأرش قطعا لدخوله فى العقد على بصيرة ان كان موجودا عند العقد ، أو لاطلاعه عليه وامساكه ان كان حدث قبل القبض .

قال الشيخ أبو على : ولا يجىء ههنا الوجه المحكى عن أبى اسحاق فى القتل ، يعنى سابقا ، وأنه يرجع بالثمن على رأى أبى اسحاق كما سنذكره ان شاء الله ، والأمر كما قال الشيخ أبو على كما سنبينه ان شاء الله تعالى ، فينبغى أن يقيد كلام المصنف بذلك ، وأن مراده اذا كان المشترى جاهلا ، وممن صرح به القاضى أبو الطيب والبغوى والرافعى ، وفى كلام ابن الصباغ ما يقتضى أن فيه خلافا ، لأنه قال : ان علم بذلك فقطع فى يده لم يرجع بشىء على المذهب ، وكأنه رأى أن وجه أبى اسحاق يأتى ههنا وهو بعيد ، وسنبين ذلك ان شاء الله تعالى فى أواخر الباب .

(فرع) عن أبى حنيفة رحمه الله أنه اذا قطع فى يد المشترى يرجع بنصف الثمن ووافق فى المسائل الثلاث التى ستأتى ان شاء الله تعالى أنه يرجع بالجميع ، لأنه من ضمان البائع ، ومن نظائر ذلك لو اشترى جارية مزوجة ولم يعلم بحالها حتى وطئها الزوج بعد القبض ، فان كانت ثيبا فله الرد وان كانت بكرا فنقص الافتضاض من ضمان البائع أو المشترى ففيه الوجهان ــ فان جعلناه من ضمان البائع ــ فللمشترى الرد بكونها مزوجة ، فان تعذر الرد بسبب رجع بالأرش ، وهو ما بين قيمتها بكرا غير مزوجة ، ومزوجة مفترعة من الثمن .

وان جعلناه من ضمان المشترى فلا رد له ، وله الأرش ، وهو ما بين قيمتها بكرا غير مزوجة وبكرا مزوجة من الثمن ، هكذا فى التهذيب والرافعى ، والروضة التى بخط المصنف ، وفى بعض نسخها سقط من قوله : غير مزوجة الى غير مزوجة فصار هكذا : غير مزوجة وبكرا غير مزوجة من الثمن ، وذلك غلط فى الحكم ، وترك للتفريع من جعله من ضمان المشترى ، والفرق بينهما ، فان على ضمان البائع الافراع مضمون عليه ، فلذلك يقدر من ضمان المشترى ليس المضمون على البائع الا سلامتها على التزويج ، وقد تقدم مثل ذلك فى تعذر الرد فى مسألة القطع ، وأنه يقدر على قول ضمان البائع سليما وأقطع ، لأن القطع مضمون عليه على الأصح وعلى القول الآخر ، يقدر مستحق القطع وغير مستحقه لأن المضمون عليه سلامته عن استحقاق القطع .

وقد وافق ابن الرفعة ما فى الروضة السقيمة(١) من الغلط فى الحكم ، وجعل الأرش على قول ضمان البائع ما بين قيمتها بكرا مزوجة وبكرا غير مزوجة • وان كان عالمـا بزواجها أو علم ورضى فلا رد له • فان وجـد بها عيبا قديما بعـد ما افتضت فى يده فله الرد ان جعلناه من ضمان البائع ، قاله القاضى حسين والبغوى والرافعى وخالفهم المتولى فقال : لا رد وهو الراجح لمـا سأنبه عليه ، وان جعلنـاه من ضمان المشترى رجع بالأرش ، وهو ما بين قيمتها مزوجة ثيبا سليمة ، ومثلهـا معيبة ، هكذا قال البغوى والرافعى ، ولك أن تقول ينبغى أن يكون ما بين قيمتها مزوجة بكرا سـليمة ، ومثلها معيبة ، فان القيمة المعتبرة قيمة يوم العقـد على قول ، ويوم القبض على قول وأقل القيمتين على المذهب ، وعلى كل قول تقـدر هنا بكرا ، لأنها بكر عنـد العقد وعند القبض • وانما حدثت الثيوبة بعد ذلك •

فان قال : ان ذلك لايختلف لأن نسبة البكر السـليمة من المعيبة كنسبة الثيب السـليمة من المعيبة وهو صحيح ، لكن ذلك يقتضى أن لا يعتـد فى كلامه بالثيب بل ينبغى أن يقول وهو ما بين قيمتها مزوجة سـليمة ومثلها معيبة ، وهكذا عباة القاضى حسين ، فقول الرافعى ثيبا حشـو لا فائدة فيه ان كان كذلك لا يختلف أو زيادة مفسـدة ان اختلف ، والله أعلم •

وان تعذر ردها بسبب من الأسباب على قولنا : انه من ضمان البائع فالنظـر فى الأرش يتجه أن يكون على ما ذكرناه الآن لا يختلف ، ولا يمكن أن يقال ما بين قيمتهـا بكرا مزوجة سـليمة وثيبا مزوجة معيبة لأن النقص الحاصـل بالثيوبة رضى به ، وصرح القاضى حسين بالمسـألة ، فقال : ان قلنا : من ضمان البائع يرجع بمـا بين كونها بكرا غير مزوجة وبكرا مزوجة نقيضه •

وان قلنا : من ضمان المشترى فيرجع بما بين كونها بكرا مزوجة وغير مزوجة وفى قوله بكرا مزوجة نقيضـه نظـر ، وذكر البغـوى

---

(١) النسخة التى نبه الشيخ السبكى على عيبها فيما سبق (المطيعى) •

رحمه الله فى التهذيب نظير المسألة وهو ما اذا اشترى سارقا عالما بسرقته فقطع فى يده ووجد به عيبا قديما • قال : له الرد ان جعلناه من ضمان البائع ، والا فيرجع بالأرش وهو ما بين قيمته سارقا غير مقطوع معيبا وغيب معيب ، فقوله : غير مقطوع نظيره هنا أن تقول بكرا وهو خلاف ما وقع فى عبارته وعبارة الرافعى هنا •

ثم اعلم أن ما قاله هؤلاء الأئمة القاضى والبغوى والرافعى رحمهم الله يقتضى أن الرضا بالعيب لا يبطل أثره بالكلية • بل يسقط الرد به وبما هو من سببه ويصير الواقع بسببه بعد القبض كالواقع قبل القبض فى عدم المبيع من الرد ، وهذا انما يتجه على قول أبى اسحاق القائل بأن القتل بعد القبض بالردة السابقة يبطل العقد ويوجب الرجوع الى الثمن ان صح جريان هذا الوجه فى مسألة القطع وشبهها ، وقد أنكره الشيخ أبو على كما تقدم • أما على المذهب الصحيح أنه اذا قتل بعد القبض وكان عالما بردته لا يرجع بشىء ، وكذلك فى القطع وزوال البكارة جزما كما تقدم ، فينبغى أن يكون القطع وزوال البكارة بعد القبض كعيب جديد مانع من الرد بعيب آخر •

(**فان قلت**) جعله من ضمان البائع على الصحيح يوجب مساواته لما وجد قبل القبض ، ولكن لا يرد به لرضاه بسببه ، فلا يمنع الرد كما لو كان عيبا قديما رضى به ، فانه لا يمنع الرد وان كان لا يرد به •

(**قلت**) لو جعلنا ما بعد القبض كما قبل القبض فى ذلك لوجب أن يبطل العقد بالقتل بعد القبض عند الجهل ، أما عند العلم فلا ، فاذا رضى بالعيب أبطل أثره • وكل ما وجد بعد ذلك وان كان من أثره فليس منسوبا الى البائع بل هو حادث فى يد المشترى ناشىء مما رضى به ، وليس احالته على المشترى لرضاه بسببه ، فينبغى أن يكون مانعا من الرد بالعيب القديم قاله المتولى ويرجع بالأرش •

(**فان قلت**) لعل كلام القاضى والرافعى والبغوى محمول على أنهم فرعوا ذلك على قول أبى اسحاق •

(**قلت**) لا •• لأمرين (أحدهما) أنهم لم يذكروا قول أبى اسحاق

فى هذه الصور مع العلم ، بل كلامهم وكلام غيرهم يقتضى القطع بعدم جريانه هنا •

(والثانى) أنهم قالوا : اذا قلنا من ضمان البائع وقدموا أن الصحيح أن ذلك من ضمان البائع فينبغى أن يتأمل هذا البحث • والجواب عنه ان أمكن لينتفع به فيما اذا باع جارية حاملا ونقصت بالولادة • وعلم بها عيبا ، وسيأتى ذلك ان شاء الله تعالى •

(فرع) زوال البكارة فى المسألة المذكورة لا شك فى أنه عيب ، سواء كانت الجارية مما يظن بكارتها فى العادة لصغر سنها أم لا ، لأنها لما دخلت فى العقد صارت مستحقة ، وان كانت مزوجة بدليل أنها تسلم له بعد الطلاق ، وقضية ذلك أنه اذا اشترى عبدا كاتبا أو متصفا بصفة تزيد فى ثمنه ثم زالت تلك الصفة بنسيان أو غيره فى يد البائع ثبت للمشترى الخيار ، وان لم يكن فواتها عيبا قبل وجودها • قال ابن الرفعة : وهذا لا شك فيه •

(فرع) اذا اشترى جارية حاملا ورضى بحملها ثم وضعت فى يده ونقصت بسبب الوضع ثم اطلع على عيب آخر بها ، فقياس ما تقدم فى الجارية المزوجة أن لا يكون نقصانها بالولادة مانعا من الرد على ما قال ابن الرفعة ، ويؤيده أن الرافعى حكى فيما اذا أصدق زوجته جارية حاملا ، فحملت فى يده ووضعت فى يدها ثم طلقها ، فالنقص الحاصل منسوب اليه أو اليها ؟ فيه وجهان • فى كلام الماوردى والرافعى ما يقتضى أنه مانع من الرد • وسنذكر المسألة عند ذكر المصنف لها ان شاء الله تعالى • وقد أشرت فيما تقدم الى ذلك •

وقد ذكر طائفة من الأصحاب منهم القاضى أبو الطيب والغزالى والرافعى رحمهم الله مع هذه المسائل أو بعضها مسائل تشاركها فى حصول عيب قبل العقد أو القبض ، ويوجد أثره بعد القبض كالقتل بردة أو محاربة أو بجناية عمد سابقة أو الموت بمرض سابق •

والمصنف رحمه الله أفرد لهذه المسائل فصلا فى أواخر هذا

الباب وهو أولى ، لأن كلامه هنا فى العيب الحادث بعد القبض اذا كان سببه متقدما ، والحادث فى هذه المسائل بعد القبض تلف يثبت الانفساخ عند من يقول انه لا عيب موجب للرد ، فلنؤخر الكلام فى شرح هذه المسائل الى الفصل الذى عقده المصنف لها ، فللمشاركة المذكورة ولأن التلف فى ذلك منزل منزلة العيب حتى يرجع عند الجهل بالأرش لتعذر الرد بالتلف ، ولذلك أدخله المصنف رحمه الله فى فصول الرد بالعيب كما سيأتى ان شاء الله تعالى ، ولفعل الأولين مرجح سأذكره قريبا ان شاء الله تعالى .

واعلم أن صورة مسألة الكتاب هنا فيما اذا لم يترتب على القطع تلف . أما لو اتفق ذلك فالحكم كما سيأتى فى هذه المسائل فى آخر الباب ان شاء الله تعالى .

(تنبيه) جزم المصنف بالتسوية بين قطع اليد بالسرقة وبالقصاص ، وكذلك شيخه القاضى أبو الطيب والرافعى . وقال الماوردى : ان فى القصاص لا يرد اتفاقا لأن القود لا يتحتم ويصح العفو عنه والقطع فى السرقة لا يصح العفو عنه .

(تنبيه آخر) نظر الأصحاب الخلاف فى هذه المسائل بالقولين فيما اذا علق فى حال الصحة بصفة ، ثم وجدت الصفة فى مرض الموت ، هل يعتبر من رأس المال أو من الثلث ؟ .

(تنبيه آخر) كثير من الأصحاب منهم القاضى أبو الطيب والقاضى حسين والرافعى ذكروا مسألة القطع مبنية على مسألة القتل بالجناية وأخواتها ، ولذلك قدموا الكلام فيها وقدموا مسألة القطع عليها بخلاف ما فعل المصنف ، فانه أخر مسألة الجناية . وحكى الخلاف فى كل منهما من غير بناء وترجح فعل الأولين بأن مسألة القطع غير منصوصة للشافعى فيما يظهر من كلامهم . ومسألة الجناية منصوص على أصلها ، وأبو الطيب يقول : ان قول أبى اسحاق فيها هو مذهب الشافعى ، وظاهر ذلك أنه منصوص عليه ، وسيقع الكلام فى ذلك عند ذكر المصنف له ان شاء الله تعالى .

وممن وافقهم على البناء المذكور الرويانى فى البحـــر ، وقال فيه : ان بعض أصحابنا بخراسان قال : اذا قلنا بالأول لا يرد بل يرجع بما بين قيمته سارقا مقطوعا وقيمته غير مقطـــوع بالسرقة من الثمن ، قال : وهذا ضعيف (قلت) ومراده بالأول قول أبى اسحاق • وعبر الرويانى عنه بأنه قول الشـــافعى ، لكن هذا الذى نقـــله عن بعض الخراسانيين لا يكاد يفهم •

(فـــرع) اذا رضى بالقطع واطلع على عيب آخـــر فله الرد ان جعلنا القطع من ضمان البائع والا فلا • قاله القاضى حسين •

(فـــرع) اذا كان عليه حد بالســـياط فاستوفى بعد القبض ، فان مات فالحكم كما سيأتى فى أواخـــر الباب ، وان سلم فالحكم كما مر فى السابق ، فاستحقاق الحد بالسياط كاستحقاق القطع بالسرقة والقصاص • قاله صاحب التتمة •

(فـــرع) عبد عليل به أثر السفر ، فقال سيده لرجل : اشتر منى هذا العبد فان مرضه من تعب السفر ويزول عن قريب ، فاشتراه فازداد مرضه ولم يزل ، قال القاضى حسين فى الفتاوى : ليس له الرد لأنه غرر بنفسه وما غروه البائع •

(فـــرع) اذا وجدت ازالة البكارة من الزوج أو قطع اليد قبل القبض ، وكان قد رضى بالزوجة والجناية • فقد تقـــدم أنى لم أر نقـــلا فى جواز الرد بذلك ، والأقرب القطع بأنه لا يوجب الرد ، فلو وجـــد مع ذلك عيب لم يرض به ، هل يكون زوال البكارة وقطع اليد مانعـــا من الرد بالعيب الآخـــر ، لرضاه بالسبب أم لا ؟ الذى يظهر أن يقال (ان) جعلنـــا وجود ذلك بعد القبض غير مانع مع العـــلم كما قاله الرافعى بناء على أنه من ضمان البائع فههنا أولى (وان) جعلنـــاه مانعا ، وأنه يرجع بالأرش فههنا احتمالان مأخذهما أن المنع بعـــد القبض لأجل وقوعه فى يد المشـــترى أو لأجل العـــلم ؟ (ان قلنا) بالأول لم يمتنع هنا لوقوعه فى يد البائع (وان قلنا) بالثانى امتنع لوجود العـــلم • ولم أر فى ذلك نقـــلا (والأظهر) أن المنع بعـــد القبض لأجل حدوثه فى يد المشترى مع العـــلم بسببه ، وهذا الممنوع منتف قبل القبض فلا يمنع الرد وان علم بالسبب ، لأن هـــذا عيب زائد على

ما علمه ولهذا أقول : انه لا يمتنع عليه الرد هنا ، وان كنت استشكلت عدم امتناع الرد بعد القبض كما تقدم ، والله أعلم .

(فـرع) عن أبى حنيفة أنه اذا قطع فى يد المشترى رجع بنصف الثمن ووافق فى مسائل التلف التى ستأتى ان شاء الله تعالى أنه يرجع بالجميع لأنه من ضمان المشترى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا وجد المشترى بالمبيع عيبا لم يخل اما أن يكون المبيع باقيا على جهته أو زاد أو نقص ، فان كان باقيا على جهته وأراد الرد لم يؤخره ، فان أخره من غير عذر سقط الخيار ، لأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال ، فكان على الفور كخيار الشفعة) .

(**الشرح**) للمبيع المعيب خمسة أحوال : أن يكون باقيا على جهته ، أو زائدا أو ناقصا ، أو زائدا من وجه وناقصا من وجه أو تالفا ، ذكر المصنف الثلاثة الأولى وعقد لكل منها فصلا . وذكر الخامسة فى فصل بعد ذلك ولم يذكره فى القسم هنا ، لأنه لا يقال وجد العيب بالمبيع بعد تلفه ، وهو يقسم فيما اذا وجد بالمبيع عيبا ، ولو أريد (وجد) العلمية التى تتعدى الى مفعولين صح اطلاقها بعد التلف ، لكن ظاهر كلامه أنها من وجدان الضالة . وذلك يستدعى موجودا .

وأما الزائد من وجه والناقص من وجه فاما أن يكون المراد أن الأمر لا يخلو عن ذلك ، فالقسمة حينئذ حاضرة ، واما أن يكون تركه لأن حكمه يعلم من القسمين ، وقلما يقع التعرض له ، وعطفه بأو على (أما) غير متضح من جهة العربية . وكثيرا ما يقع ذلك فى كلام المصنفين . وكذلك قوله : أو زاد . وكان الأولى أن يقول : زائدا عطفا على ما هنا(١) .

---

(١) كذا بالنسخة المطبوعة وتحريرها « عطفا على باقيا » وفات الشارح أن يقول : أو ناقصا أيضا ونقص فى عطفها على زاد متوجهة (المطيعى) .

(**أما الأحكام**) فاذا كان المبيع الذى ظهر به العيب باقيا بحاله ، فقد تقدم أنه يخير بين امساكه ورده ، فان أراد رده فخيار الرد على الفور عندكم وعند جمهور العلماء ، وكنت أحسب أن ذلك مجمع عليه حتى رأيت ابن المنذر نقل عن أبى ثور أنه لا يكون الرضا الا بالكلام ، أو يأتى من الفعل ما يكون فى المعقول فى اللغة أنه رضا ، فله أن يرد حتى تنقضى أيامه ويستمع لأنه ملكه ، وكذلك نقل ابن حزم فانه قال : لا يسقط الرد الا باحدى خمسة أشياء مطبقة بالرضا ، أو خروجه كله أو بعضه عن ملكه ، أو ايلاد الأمة ، أو موته ، أو ذهاب عين الشىء أو بعضه ، قال : وهو قول أبى ثور وغيره . انتهى .

ومن بعد أقوال أبى ثور وجوها يلزمه أن يجعل هذا وجها من المذهب ، وهو فى غاية الغرابة . ونقله ابن المنذر عن جماعة من العلماء المتقدمين فتاوى متحملة لئلا يكون الرد على الفور ومحتملة لخلافه ، فلذلك لم أذكرها ، ولعلى أذكرها بعد هذا فى تفصيل الأشياء المبطلة للخيار ان شاء الله .

وقد استدل الأصحاب بكون الرد على الفور بدليلين (أحدهما) أن الأصل فى البيع اللزوم ، وذلك متفق عليه ، ومن الدليل فيه قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث : « المتبايعان بالخيار وان تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع » متفق عليه ، وذلك يقتضى لزوم العقد من الجانبين ، وأنه لا خيار بعد التفرق ، ثم انا أثبتنا الخيار بالعيب بالدليل الدال عليه من الاجماع وغيره ، والقدر المحقق من الاجماع ثبوته على الفور ، والزائد على ذلك لم يدل عليه اجماع ولا نص ، فيجرى فيه على مقتضى اللزوم جمعا بين الدليلين ، وتقليلا لمخالفة الدليل ما أمكن ، ولأن الضرر الذى شرع الرد لأجله يندفع بالبدار ، وهو ممكن ، فالتأخير تقصير فيجرى عليه حكم اللزوم الذى هو الأصل .

(الدليل الثانى) ما ذكره المصنف رحمه الله من أن القياس على خيار الشفعة وفيه احترازات . قال ابن معن : احترز بقوله :

ثبت بالشرع من خيـــار الشرط فى البيع • وبقوله : لدفع الضرر عن المـــال عن خيـــار الأمة اذا عتقت تحت عبد (اذا قلنا) ليس الخيـــار على الفور ، ومن خيار المـــرأة بالمطالبة بالعنة أو الطلاق فى الايلاء • ومن الخيار بين القصـــاص والدية • وقد أجاد فى ذلك وزاد غيره خيار العنة أيضـــا كخيار الأمة • قال بعض الفضـــلاء : وهو منقوض بخيار المجلس فانه ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المـــال • وليس على الفور ، وهذا النقض مندفع بأن خيـــار المجلس ثبت رفقـــا بهما كما قاله المصنف رحمه الله فى أول البيع ، وذلك على وجه التروى والنظـــر فى المصلحة ، لا لدفع الضرر المحقق ، فانه قد لا يكون ثم ضرر أصلا ، ولا يستند الى ظهور وصف فى المبيع •

وبعد أن كتبت هـــذا رأيت هـــذا المعنى بعينه لأبى محمد عبد الله ابن يحيى الصعبى فى كلامه على المذهب الذى سماه « غاية المفيـــد ونهاية المستفيد » وجعل قوله لدفع الضرر احترازا من خيار المجلس ، فانه ثبت للارتياء والنظـــر ، وقد يرد على المصنف فى ذلك خيـــار التصرية على قول أبى حامد والمروالروذى كما تقدم ، فانه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المـــال ، ومع ذلك يمتـــد الى ثلاثة أيام عند أبى حامد ، وقد يجاب عن هـــذا بأن أبا حامد يجعل ثبوته ثلاثا بالحديث ، ولا يجعله لكونه عيبـــا بدليـــل أنه يثبته مع العـــلم ، واذا كان كذلك فلا يكون لدفع الضرر عن المـــال • وقد يورد على المصنف أيضـــا الخيار الذى أثبته النبى صلى الله عليه وسـلم لحبان بن منقـــذ • فان ذلك خيار ثابت بالشرع لدفع الضرر عن المـــال ، وهو يمتـــد ثلاثة أيام ، ويجاب عنه بأن ذلك مختص بحبان بن منقـــذ كما أشار اليه الشـــافعى رضى الله عنه فيما تقـــدم • ويجاب عن كل من هـــذا وخيار المصراة على قول أبى حامد بأنهما خارجان من مقتضى القياس المذكور بالنص على خلاف القياس ، فيبقى فيما سواهما على مقتضاه •

وقد يورد على المصنف أنه قاس فى باب الشـــفعة سقوط الخيار بتأخير الطلب من غير عذر على الرد بالعيب • وههنا قاس الرد بالعيب على الشفعة ، وأجابوا عن هـــذا بأن قياس الرد بالعيب على الشفعة ورود الخبر فيهـــا ، وقياس الشفعة على الرد بالعيب لأن الشـــفعة

نردد قول الشافعي فيها بخلاف الرد بالعيب ، فان أكثر العلماء اتفقوا على أنه على الفور ، وعدوا ذلك من محاسن المهذب • واذا تأملت كلام المصنف فى باب الشفعة حكمت بعدم صحة السؤال لأنه لما قال : انها على الفور على الجديد ، استدل له بالحديث ثم قال : فعلى هذا ان أخر الطلب من غير عذر سقط ، لأنه على الفور فسقط بالتأخير من غير عذر كالرد بالعيب وهذا الكلام يقتضى المغايرة بين الحكمين ، وأن سقوط الخيار بالتأخير هو المقيس على الرد بالعيب ، وهو غير كونه على الفور الثابت بالحديث وههنا فى الرد بالعيب ، المقصود اثبات كونه على الفور بالقياس على الشفعة ، فالمقيس هناك على الرد بالعيب غير المقيس هنا على الشفعة ، فلا سؤال ولا اشكال ولا حاجة الى الجواب المذكور • ولكن لك أن تقول : ان كان السقوط بالتأخير من غير عذر ظاهر اللزوم لكون الخيار على الفور ، ولا حاجة فى الشفعة الى قياسه على الرد بالعيب ، وان لم يكن كذلك فلا يكفى الرد بالعيب لثبوته ، ان ثبت أنه على الفور ، بالقياس على الشفعة ، كما هو مدلول كلام المصنف هنا • فيحتاج الى الجواب المذكور •

وقد خطر لى فى الجواب عن ذلك والاعتذار عن المصنف فى جعله سقوط الشفعة بالتأخير بعد تقرير كونه على الفور منشئا على الرد بالعيب مسألة غريبة نقلها أبو سعد الهروى عن تعليق البندنيجى ، أن الشافعى رضى الله عنه نص فى اختلاف العراقيين على القول الصحيح أن الشفعة على الفور للشفيع خيار المجلس لأنه قال : ولو عفا عن الشفعة ثم تركها ، ثم بدا له فأراد المطالبة بها ، كان له ما دام فى المجلس •

قال الهروى : ووجهه أن العفو تقرير لملك المشترى لجهة المعارضة ، فيعقب بخيار المجلس كالشراء وعكسه الابراء عن الدين فانه اسقاط محض ، ولم يتضمن تقرير ملك فى غيره •

(**قلت :**) فلعل المصنف رحمه الله اطلع على هذا النص القائل بأن الشفعة لا تبطل بالعفو ما دام فى المجلس على قول الفور ،

ولا شك أن التأخير أولى بعدم البطلان ، فأراد أن يدفع ذلك بالقياس على الرد بالعيب ، وهذا ينبغي السؤال عنه ، على أني نظرت باب الشفعة من اختلاف العراقيين نظر العجل(١) ، فلم أر هذا النص فيه ، وهو غريب مشكل ، ورأيت في كتاب احمد بن بشرى(٢) الذي جمع فيه من نصوص الشافعي ما يوافقه ، فانه قال : وتسليم الشفعة ان يقول سلمت شفعتي او تركتها او ما أشبهه ، ثم يفارق الشهود الذين قال بين أيديهم : قد سلمت شفعتي ، فان لم يفارقهم حتى يقول : انا على شفعتي ، فذلك له ، وهذا هو ذاك النص بعينه وايضا فقد اختلف الأصحاب في خيار المجلس في الشفعة ، وفسره بعضهم بأنه يخير بين الأخذ والترك في المجلس (وان قلنا) بالفور فما قاله المصنف يدفعه .

(فرع) اذا ادعى البائع أن المشتري أخر الرد بعد العلم ، وأنكر المشتري فالقول قول المشتري مع يمينه ، قاله الروياني عن جامع القاضي أبي حامد .

(فرع) أطلق المصنف رحمه الله أن التأخير من غير عذر يسقط الخيار ، والمراد بذلك أن يبادر على العادة . قال أصحابنا : فلا يؤمر بالعدو والركض ليرد ولو كان مشغولا بصلاة أو أكل أو قضاء حاجة فله الخيار الى أن يفرغ وكذا لو اطلع حين دخل وقت هذه الأمور فاشتغل بها فلا بأس ، وكذا لو لبس ثوبا وأغلق بابا . قال الماوردي والرافعي : ولو وقف عليه ليلا فله التأخير الى أن يصبح ، وقال الهروي في الاشراف : الى ضوء النهار ، وهما راجعان الى معنى واحد ، هكذا أطلق الماوردي والرافعي جازما بذلك اعتبارا بالعرف .

وقال صاحب التتمة : اذا اطلع بالليل ولم يتمكن من حضور مجلس الحكم ، ولا من استحضار الشهود ليفسخ بحضرتهم ولا من اخبار

---

(١) العجل : بفتح العين وكسر الجيم .

(٢) لم أجد ذكر لأحمد بن بشرى الذي كثر وروده في كلام السبكي في طبقات ولده فظننت أنه أحمد بن بشر المعروف بأبي حامد المروالروذي ولكن صرفني عنه نقله كثيرا عن أبي حامد بهذه الكنية والنسبة والله تعالى أعلم بالمراد (المطيعي) .

البائع بذلك ، فعامة أصحابنا قالوا : لابد أن يقول فى الوقت فسخت ، وإلا سقط حقه ، وكان القفال يقول : لا يبطل ، بل يؤخر حتى يحضر البائع أو الشهود أو يحضر مجلس الحكم • والظاهر أن صاحب التتمة يطرد هذا الخلاف فى تأخر الفسخ بالعذر مطلقا ، ويشمل ذلك الصور المتقدمة من الأكل وقضاء الحاجة ونحوه ، ويكون ذكر هذه الأعذار المتقدمة انما تستمر على رأى القفال ويحتمل أن يكون ذلك مختصا بالليل ، لما فيه من التأخير كما يقوله فى الغيبة والمرض انها الأعذار المتقدمة فلا يعد فى العرف تأخيرا ، وهذا الاحتمال الثانى أوفق لكلام الرافعى واشتراط صاحب التتمة عدم التمكن فى الليل يقتضى أنه متى تمكن فيه كان كالنهار ، وكذلك قال ابن الرفعة : لا فرق بين الليل والنهار اذا تمكن من المسير فيه من غير كلفة ، أما اذا كان فيه كلفة فله التأخير الى الصباح ، وهذا وان كان المعنى والفقه يقتضيه فلم أر التصريح به لغيره •

قال البغوى وابن أبى عصرون : انه فى الليل لا يلزمه تعجيل الفسخ ، ولا الاشهاد على نفسه بالرد فى أصح الوجهين ، وهذا الوجه الذى أشار اليه يسلكه مسلك الغيبة ، وسيأتى الكلام فيها ان شاء الله ، ولو لقى البائع فرد عليه قبل سلامه صح ، ولو رد عليه بعد سلامه صح أيضا ، خلافا لمحمد بن الحسن ، قاله الماوردى والرافعى وغيرهما ، وفى بعض الشروح للتنبيه حكاية وجهين فى كون السلام عذرا هو بعيد ، وان كان الامام قال فى الشفعة : ان من عده فى اشتراط قطع ما هو مشغول به من الطعام وقضاء الحاجة لا يبعد أن يشترط ترك الابتداء بالسلام ، ولو علم به وهو ممنوع بعته أو مرض كان على حقه الى أن يزول المنع • قاله الماوردى •

وسيأتى كلام كثير فى حالة الغيبة ، لو لم يتم الغرض الا باستيفائه فهذه كلها أعذار احترز عنها المصنف رحمه الله بقوله : من غير عذر • وقال الأئمة : ان الكلام فى المبادرة وما يكون تقصيرا وما لا يكون محله كتاب الشفعة ، وأحالوا الكلام هنا عليه ، وقد حكوا هناك وجها أنه يلزمه اذا اطلع على الشفعة قطع ما هو عليه من طعام ، والخروج من الحمام والنافلة ونحو ذلك ، تحقيقا للبدار ، قال ابن الرفعة : ومثله لا يبعد جريانه ههنا لأنهما فى قرن ، وعد ابن الرفعة من

الأعذار اباق العبد قبل القبض ، فان المشترى اذا اطلع عليه وأخر لا يسقط حقه ، بل لو صرح باسقاطه لم يسقط على الصحيح .

(قلت) والحكم كما ذكر ، ولكن ذلك لأن السبب متجدد فى كل وقت ، فلا يحصل حقيقة التأخير فلا يحسن عده فى جملة الأعذار .

(فرع) وأما الذى لا يكون عذرا فكثير (منها) لو بادر حين العلم بالعيب فلقى البائع فأخذ فى محادثته ، ثم أراد الرد فلا رد له ، قاله الماوردى والرافعى وغيرهما ولو أخر الرد مع العلم بالعيب ثم قال : أخرت لأنى لم أعلم أن لى حق الرد — فان كان قريب العهد بالاسلام ، أو نشأ فى برية لا يعرفون الأحكام — قبل قوله ، ومكن(١) والا فلا ، وعن الفروع حكاية قولين كالأمة اذا ادعت الجهالة بالحكم ، ولو قال : لم أعلم أنه يبطل بالتأخير قبل(١) قوله ، لأنه مما يخفى على العوام هكذا قال الرافعى .

وقال النووى : انما يقبل قوله ، ولم أعلم أن الرد على الفور ، وقول الشفيع : لم أعلم أن الشفعة على الفور ، اذا كان ممن يخفى عليه مثله ، وقد صرح الغزالى وغيره بهذا فى كتاب الشفعة .

(قلت) وفى الاطلاقين نظر ، ويتعين أن يقال : يقبل قوله اذا كان ممن يخفى عليه أو مجهول الحال ، أما من علم أنه لا يخفى عليه فلا يقبل قوله ، وعلى هذا يحمل اطلاقهم ، وحيث بطل حق الرد بالتقصير يبطل حق الأرش أيضا .

(فرع) لو اطلع على عيب قبل القبض ، تلزمه المبادرة على الفور أيضا ، على ما يظهر من كلامهم ، ولا يقال : ان له التأخير الى القبض لأن كل ما كان قبل القبض من ضمان البائع ، ودوام العيب عيب .

(فرع) فيه تحقيق الكلام فى الفور وكيفية الرد وحال الغيبة والمرض ؟ قال القاضى حسين عن عامة الأصحاب : ان عليه الفسخ على الفور . وعن الشيخ وهو القفال ان له التأخير الى حضور مجلس

---

(١) مكن ، وقبل : بضم اوله وكسر ثانيه بالبناء للمجهول .

الحكم ، هكذا رأيته فى تعليقه • وأراد أبو سعد الهروى فى النقل عن القاضى حسين أنه رد على القفال ، وقال : سبيله أن يفسخ الواقع منه لتيسر الاثبات له ، ويقرب منه ما تقدم عن صاحب التتمه ونقل عن عامة الأصحاب فى الليل أنه لابد من تلفظه بالفسخ • وعن القفال أنه يؤخر الى وجود البائع أو الشهود أو مجلس الحكم •

قال الامام : ان تمكن من الفسخ بين يدى قاض فلا عذر فى التاخير • وان لم يحضر خصمه ولم يتمكن من الاشهاد فليبتدر الرفع الى القاضى بحيث لا يعد تقصيرا فى العرف ، ولا يلزمه النطق بالفسخ قبل الحضور • فان رفع الى الحاكم مع حضور الخصم بطل حقه على المذهب ، وان لم يجد الغريم فامكنه أن يتلفظ بالرد ويشهد فلم يفعل ، ورفع الى القاضى فوجهان •

وقال الغزالى فى البسيط : ان نهض الى البائع كما اطلع لم يكن مقصرا ، وان لم يكن حاضرا ورفع الى القاضى فليس مقصرا ، وان فسخ فى بيته واشهد فليس مقصرا ، وان رفع الى القاضى مع حضور الغريم بطل حقه على المذهب ، وان لم يكن الغريم حاضرا وأمكن الاشهاد ، فلم يشهد ورفع الى القاضى فوجهان ، وهو موافق لكلام الامام ، وجزمه أولا بأنه اذا رفع الى القاضى ليس مقصرا محمول على ما اذا لم يمكن الاشهاد ، جمعا بين أول كلامه وكلام الامام أنه يرد على الغريم ، فان لم يحضر فالاشهاد ، أو يكتفى بالحاكم وجهان ، فعلى أحد الوجهين الغريم ثم الاشهاد ثم الحاكم ، وعلى الوجه الآخر الغريم ثم الاشهاد أو الحاكم فى رتبة واحدة ، وهذا اذا لم يكن حاضرا فى مجلس الحكم ، فان كان حاضرا بين يدى القاضى فلا يعذر فى التأخير ، كما قدمه الامام •

وقال فى الوسيط : ان كان العاقد حاضرا فليرد عليه فى الحال ، وان كان غائبا فليشهد على الرد اثنين ، فان عجز فليحضر مجلس القاضى فان رفع الى القاضى والخصم حاضر فمقصر ، وان كان الشهود حضورا فرفع الى القاضى فوجهان ، اذ فى الرجوع الى القاضى مزيد تأكيد ، فاقتضى هذا الترتيب الغريم ثم الاشهاد ثم الحاكم ، وقيل الغريم ثم الاشهاد أو الحاكم فى رتبة واحدة •

وقال فى الوجيز : ترد عليه فى الوقت ان كان حاضرا ، وان كان غائبا أشـــهد شاهدين حاضرين ، فان لم يكن حاضرا عنـــد القاضى فوافق ما فى الوسيط ، قال الرافعى : وفى الترتيب المذكور اشـــكال يعنى الذى فى الوسيط والوجيز • قال : لأن الحضـــور فى هذا الموضع اما أن يعنى به الاجتمـــاع فى المجلس ، أو الكون فى البلد فان كان الأول فاذا لم يكن البائع عنده ولا وجد الشهود ، ولم يســـع الى القاضى ولا سعى الى البائع واللائق لمن يمتنع من المبادرة الى القاضى اذا وجد البائع أن يمنع منها اذا أمكنه الوصول اليه وان كان الثانى فأى حاجة الى أن يقول شاهدين حاضرين ؟ •

ومعلوم أن الغائب عن البلد لا يمكن اشـــهاده ، ثم على التفسيرين فكون حضور مجلس الحـــكم مشروطا بالعجز عن الاشهاد بعيدا ، اما على الأول فلأن حضور مجلس الحـــكم قد يكون أســـهل عليه من احضـــار من يشهده أو الحضور عنده واما على الثانى فلأنه لو اطلع على العيب وهو حاضر فى مجلس الحـــكم ينفـــذ فسخه ولا يحتـــاج الى الاشـــهاد ، بل يتعين عليه ذلك ان أراد الفسخ ، فظهر أن الترتيب الذى يقتضيه ظاهر لفظ الكتاب غير مرعى • انتهى كلام الرافعى • ووافقه النووى على هذا الاشكال وقال : ان الترتيب الذى ذكره الغزالى مشكل خلاف المذهب وقال الرافعى : ان الذى فهمه من كلام الأصحاب أن البائع ان كان فى البلد رد عليـــه بنفسه أو بوكيله ، كذا لو كان وكيله حاضرا ولا حاجة الى المرافقة ، فلو تركه ورفع الأمر الى مجلس الحكم فهو زيادة توكيد وحاصل هذا تخييره بين الأمرين •

وان كان غائبا عن البلد دفع الأمر الى مجلس الحـــكم ، والى أن ينتهى الى الخصم أو القاضى فى الحالين لو تمكن من الاشـــهاد على الفسخ هل يلزمه ؟ وجهان • قطع صاحب التتمة وغيره باللزوم ، ويجرى مجـــرى الخلاف فيما اذا أخـــر بعذر من مرض أو غيره ، ولو عجز فى الحال عن الاشـــهاد فهل عليه التلفظ بالفسخ ؟ وجهان • (أصحهما) عند الامام وصاحب التهذيب لا حاجة اليه ، انتهى ما ذكره الرافعى وهو مخالف لـــما قاله الامام والغزالى فى كون الرفع الى القاضى مع حضـــور الخصم مبطلا ، كما يقوله الامام ، وعند الرافعى هو مخير بينهما ومخالف له أيضـــا فى الاكتفاء بالاشـــهاد عن الحضور الى الحاكم

كما يقتضيه كلام الغزالى فى البسيط والوجيز ، وصدر كلام الامام فى النهاية .

وعلى ما قاله الرافعى لا يكتفى بذلك جزما ، ولا يجوز التشاغل به عن الحاكم وزائد على كلام الامام والغزالى بلزوم الاشهاد عند الامكان الى ان ينتهى الى الخصم او القاضى فى الحالين على ما قطع به صاحب التتمة وغيره ، وان كان آخر كلام الامام والغزالى فى البسيط يمكن حمله على الوجهين فى ذلك الذى حكاهما الرافعى ، لكنه ان صح حمله على ذلك قاصر على الحاكم دون الخصم ، فهذه الأمور الثلاثة فى كلام الرافعى رحمه الله ، وفى كلام الامام زيادة بيان انه ان تمكن من الفسخ بين يدى قاض فلا عذر فى التأخير ، ومقتضى ذلك انه مقدم على الجميع ، وهو كذلك بلا نزاع ، فقول الرافعى انه يخير بين الأمرين ان أراد فى غير مجلس الاطلاع وهو الظاهر فبقيت عليه هذه الحالة لم يذكرها ، وان أراد مطلقا اقتضى أنه من الحاكم ، ويذهب الى البائع أو يترك البائع فى المجلس ويذهب الى الحاكم . وسنذكر عن ابن الرفعة مافيه . وما ذكره الرافعى من أن الأصح عند الامام وصاحب التهذيب أنه لا حاجة الى التلفظ بالفسخ عند العجز مخالف لما تقدم عن القاضى حسين ونقله عن عامة الأصحاب وموافق لما نقله عن القفال ، وفيما ذكره الرافعى من التخيير بحيث لابد من معرفته سأفرد له فرعا فى آخر الكلام ان شاء الله تعالى .

وقال ابن الرفعة فى الكفاية ، على سبيل الايراد على الغزالى : ان الامام ذكر فى الشفعة أن الشفيع لو ابتدر مجلس الحكم فهو فوق مطالبة المشترى ، وحكيا معا وجهين فيما اذا تمكن من الاشهاد وتركه ، ودفع الى القاضى ، وهذا يدل على أن المضى الى القاضى أقوى من لقاء الخصم ، وأن الاشهاد أقوى من المضى الى القاضى هكذا كلامه فى الكفاية . وقال فى المطلب : ان مراد الغزالى هنا فى الوسيط والوجيز بالحضور الحضور فى البلد ، وكذلك مراده فى البسيط هنا ويظهر على ذلك أن الرفع الى القاضى مع حضور الخصم فى البلد ليس بتقصير ، بل هو فوقه لاحتمال المنازعة .

وأما الرفع الى القاضى مع حضور الشهود مجلس الاطلاع ، ففيه الوجهان ، ثم قال ابن الرفعة : انه على قولنا لا يجب الفسخ بحضرة

الشهود ، فهل يجب عليه أن يشـــهد أنه طالب للرد ؟ يشبه أن يكون فيه وجهان كالشفعه • ومن ذلك ان صح ينتظم ثلاثة أوجه ، ثالثها الاشهاد يعتبر عند تيسره على طلب الرد ، لا على نفس الرد •

(**قلت :**) والصحيح كما تقدم عن الرافعي أنه يلزمه الاشهاد على نفس الرد ، وأما الاشهاد على أنه طالب الرد ولا يكفي فانه ههنا يمكنه انشاء الرد بحضرة الشهود وفي الشفعة لا يمكنه الأخذ الا بأمور هي مقصودة اذ ذاك ، فليس المقدور في حقه الا الاشهاد على الطلب ، ثم اعترض ابن الرفعة على نفسه بان الامام والغزالي في البسيط قالا في الشفعه : ان الشفيع اذا ترك مطالبة المشترى مع الحضور ، وابتدر الحاكم فهو فوق مطالبه المشترى • وهذا المعنى يجوز أن يقال في حالة حضور المشترى في البلد ، وحضوره مجلس الاطلاع على الشفعة ، ويجوز أن يقال مثله في الحالين في الرد بالعيب ، أجاب بأنه يحمـل ما ذكره في الشفعة على حالة غيبة المشترى عن مجلس الاطلاع عليها ، لأن في حالة الحضور لا خلف على الشريك في قوله : أنا طالب بالشفعة أو تملكت بها ، أو وجد بدل المـال ، فان نازعه المشترى اذ ذاك رفعه الى الحاكم ، وفي حال غيبة المشترى عن مجلس الاطلاع لابد من المضى اما له أو للحاكم ، فكان مخيرا بينهما [أيهما] أحوط ، وهكذا لا تباين بين الكلامين •

قال : وهذا قلته بناء على ما صار اليه معظم الأصحاب من أنه اذا أمن الرد على(1) لا يعذر بطلب الحاكم • أما اذا قلنا بما صار اليه القفال فيما حكى القاضي عنه فلا فرق بين الحالين في جواز تأخير الطلب الى وقت الحضور بين يدى القاضي كما [أن] ذلك مقتضى اطـلاق القاضي في تعليقه عنه ولا جرم ، قال الامام مشيرا الى هذا الوجه : لو كان المردود عليه حاضرا فابتدر القاضي فظاهر المذهب أنه يبطـل حقه ، لكن حكاية الهروى عن القفال لا تدخل حالة قصوره مع البائع ، بل حال غيبته وتمكنه فيها من الاشـهاد ، واذا كان كذلك ظهر صحة ما قال الغزالي من الجزم بأنه يقصر ، يعنى اذا رفع الى القاضي والخصم حاضر • أى في مجلس الاطلاع •

---

(1) بياض بالاصل ولعل السقط (طالب الشفعة فانه ..) •
(المطيعي)

(**قلت**) ما حكى الهروى عن الشيخ أبى حامد أن الرفع الى القاضى والطلب منه أن يحضر المشترى حتى يأخذ منه بالشفعة تطويل يبطل الحق • قال ابن الرفعة : وقد ينحل ما ذكرناه على ما يختاره من فهم كلام الوسيط اتباعا لما فى الوجيز أن تأخير الرد بحضرة القاضى قد جمعهما مجلس الاطلاع تقصير جزما • وكذا تأخيره اذا اجتمع هو والمالك فى مجلس الاطلاع وفيه ما سلف عن الامام ، وقد عرفت اندفاعه ، وعند عدم حضور البائع مجلس الاطلاع لكنه حاضر فى البلد ، هل يجعل بترك الاشهاد قبل الانتهاء اليه مقصرا ؟ وجهان جاريان فيما اذا كان غائبا عن البلد وترك الاشهاد قبل الانتهاء الى القاضى ، المفهوم منهما فى الوجيز أنه غير مقصر ، ولو لم يقدر على الاشهاد فى حال حضور البائع فى البلد أو غيبته عنها فلا تقصير الا باهمال طلب البائع أو القاضى •

وهل يكون طلب القاضى تقصيرا فى حال حضور البائع فى البلد وتيسر طلبه قبل طلب القاضى ؟ فيه الوجهان عن القفال وغيره ومع ذلك لا يتوجه على الغزالى ما ذكرته فى الكفاية وذكره الرافعى فيما يظنه فليتأمل •

(**قلت** :) وملخص ذلك أنه ان حضر البائع مجلس الاطلاع رد جزما ، وان حضر المشترى مجلس الاطلاع فكذلك ، لا على ما يفهمه كلام القاضى حسين من النقل عن القفال ، وان لم يحضر أحد منهما مجلس الاطلاع وحضر فى البلد فعلى ما قاله الرافعى ، واقتضى كلام الامام فى الشفعة أنه يكون مخيرا بين البائع والحاكم • وقال ابن الرفعة : انه فى هذه الصورة الوجهان عن القفال وغيره ، يعنى فيكون التخيير على رأى القفال خاصة • وعامة الأصحاب على خلافه ، وليس بصحيح لأنه قد وافق عند تأويل كلام الامام والغزالى فى الشفعة أن الرفع الى الحاكم أحوط • فهذه مناقشة فى كلام ابن الرفعة • وأيضا مناقشة ثانية ، هى أن كلام الغزالى فى الوسيط جعل الحضور الى القاضى عند العجز عن الشهود ، وذلك يوهم الاكتفاء بالشهود ، ولم يقل به أحد من الأصحاب فيما علمته عند القدرة على القاضى أو البائع • ومناقشة ثالثة وهى أن ما ذكره لا يدفع اعتراض الرافعى فى قوله : لم يسع الى القاضى ولا يسعى الى البائع كما يقتضيه كلام الغزالى •

(وقوله) ان حضور مجلس الحكم قد يكون أسهل من احضار الشهود ، فيكون الحضور الى القاضى مشروطا بالعجز عن الشهود [وهو] كما يقتضيه كلام الغزالى بعيد ، وما ادعاه ابن الرفعة من ارادة حضور مجلس الحكم صحيح ولكن لا يدفع سؤال الشافعى رحمه الله ، فقد ظهر أن اشكال كلام الغزالى باق بحاله ، فان اتضح بعض مراده وتلخيص الحكم على الصحيح الذى تحصل من كلام الرافعى وغيره ، وفى كل من الحالتين يجب الاشهاد اذا تيسر قبل الانتهاء الى البائع أو الحاكم على الأصح ، ولا يجب التلفظ بالفسخ قبله على الأصح ، وتلخيصه بأيسر من هذا على الصحيح •

وسأفرد للكلام فى ذلك فرعا ، ولك أن تعبر بعبارة مختصرة فتقول : تجب المبادرة الى البائع أو الحاكم ، فان مر فى طريقه الى أحدهما بالآخر ولقى شهودا وجب اشهادهم قبل ذلك فى الأصح ، واذا أردت تمييز المراتب فاعلم أن المرتبة الأولى أن يحضر مع الحاكم فى مجلس الاطلاع فيبادر ولا يؤخر قطعا ، على ما قاله ابن الرفعة واقتضاه كلام الامام •

(الثانية) أن يحضر البائع مجلس الاطلاع فكذلك لا على ما يقتضيه نقل القاضى حسين عن القفال أنه له التأخير الى حضور مجلس الحكم حذرا من انكار البائع •

(الثالثة) حضور الشهود مجلس الاطلاع فلا يعذر فى التأخير لامكان الاثبات بهم ، ولم أر تصريحا بنقلها الا ما تقدم من اطلاق أنه يجب الاشهاد قبل الانتهاء الى الحاكم والبائع ان أمكن على الأصح ، ومقتضى ذلك أن يأتى ذلك الوجه هنا أيضا ، وقد قدمت ما فيه ، ففى هذه الصور الثلاث متى أخر عن مجلس الاطلاع بطل حقه اما جزما أو على الأصح • وظاهر هذا الاطلاق يقتضى أنه لا فرق بين أن يكون الحاكم أبعد من البائع أو أقرب • وقد يقال ينبغى أنه اذا كان يمر فى مضيه الى أحدهما بالآخر يعذر ، كما لو كان معه فى مجلس الاطلاع فلا يعذر فى التأخير عنه الى أن ينتهى الى الآخر • وقد قدمت ذلك أيضا • وسنعيد الكلام فيه(١) •

---

(١) وانظر اين المرتبة الرابعة ؟ . (المطيعى)

(الخامسة) أن يكون الموجود فى البلد واحدا منهما ، اما الحاكم أو البائع فلا شك فى تعيينه •

(السادسة) اذا لم يكن واحد منهما فى البلد تعين الاشهاد •

(السابعة) اذا كان الشهود فى البلد وتيسر الاجتماع بهم قبل البائع أو الحاكم فيجب الاشهاد على الصحيح • وقال الغزالى فى الشفعة : ان المذهب أنه لا يجب •

(الثامنة) اذا كان الشهود فى البلد ولا تيسر بهم الاجتماع قبل البائع أو الحاكم فلا يجب المضى اليهم جزما •

(التاسعة) اذا كان الشهود فى البلد تيسر الاجتماع بهم قبل البائع أو الحاكم فيجب الاشهاد على الأصح ولا يكفى جزما •

(العاشرة) اذا لم يكن فى البلد شىء من الثلاثة فهل يجب أن يتلفظ بالفسخ ؟ يأتى فيه الوجهان المذكوران فى كلام الرافعى فى حالة العجز عن الاشهاد ، الأصح عدم الوجوب •

(فـرع) اذا رفع الأمر الى الحاكم عند غيبة الخصم على ما تقدم فكيف يدعى ؟ قال القاضى حسين فى فتاويه : يدعى شراء ذلك الشىء من فلان الغائب بثمن معلوم وأنه أقبضه الثمن ثم ظهر العيب ، وأنه فسخ البيع ويقيم البينة على ذلك فى وجه مسخر ينصبه القاضى ويحلفه القاضى مع البينة ، لأنه قضاء على الغائب ، ثم يأخذ المبيع منه ويضعه على يد عدل ، والثمن يبقى دينا على الغائب فيقضيه القاضى من ماله ، فان لم يجد له سوى المبيع باعه لقضاء دينه ، هكذا قاله القاضى ونقله الرافعى عنه •

وقوله فى الدعوى : انه فسخ البيع ، انما ذكره القاضى تفريعا على رأيه فى أنه لا يؤخر الفسخ حتى يحضر الى الحاكم ، بل يفسخ عند الشهود أو وحده ، وأما على الأصح أنه لا يجب عليه التلفظ بالفسخ اذا لم يوجد الشهود وحضر عند الحاكم على ذلك فانه ينشىء الفسخ عنده ، وتكون الدعوى التى يقيم البينة عليها بالشراء وقبض الثمن وظهور العيب فقط • وقوله : ينصب مسخرا • تفريع على رأيه أيضا فى الاحتياج اليه فى الدعاوى • والأصح عند غيره أنه لا يلزم القاضى

نصب المسخر وتحليفه بعد البينة على الأصح من المذهب فى الدعوى على الغائب • وقيل : يستحب •

وقوله : « يقضيه القاضى من ماله » يشمل النقـد وغيره • وهو فى النقد ظاهر وأما غير النقـد فيحتمل أن يقال انه مثل البيع • فيتخير القاضى فى بيع ما شاءمنهما ، ويحتمل أن يقال انه يتعين بيع المبيع لأنه أقرب الى مقصود البائع • فان عجز باع من غيره ليكمله • قال ابن الرفعة : وهوالذى يظهر • وليس كما قال لأنه ليس للبائع غرض فى أخذ الثمن من المبيع دون غيره ، بل هو وغيره سواء ، فينبغى أن يحمل كلام القاضى على ذلك ولا يحمل على ماله سوى المبيع ، لأنه لا يتعين فى ذلك ، والله تعالى أعلم •

(فـرع) فأما اذا رفع الى القاضى فى حال حضور الخصم فى البلد على ما تقدم أنه مخير أو كان عند الحاكم فى مجلس الاطلاع على العيب ، وقد تقدمأن المعتبر حينئذ المبادرة الى الحاكمجزما ، فالظاهر أنه لا فائدة فى ذلك الا اعلام الحاكم بالفسخ ، وطلب غريمه ليدعى عليه وحينئذ فالاكتفاء بذلك عند الاشهاد مستمر على الصحيحأن القاضىيقضى بعلمه ، أما اذا منعنـا من القضاء بالعلم فلا يفيـده اخبار الحاكم بذلك وحده ، قبل مجىء الغريم ، واذا جاء الغريم لا يمكنه أن يقول : انه الآن كما اطلع على العيب ليقدم اعترافه عند الحاكم ، ولا يقبل قوله فى قوله : الفسخ فى ذاك الوقت ، ولا يمكن الحاكم أن يحكم له به تفريعا على منع الحكم بالعلم فيقف وهذا يحسن أن يكون مأخذا لتقديم الاشهاد وأنه لا يرفع الى الحاكم عند العجز على الاشهاد على ما اقتضاه كلام الوسيط • لكن ذاك يقتضى تقديمه على النهوض الى البائع أيضا ، وقد عرف بما ذكرته من علم الحاكم بتقديم علمه بالعيب ، وعدم انتفاعه بعلمه بالفسخ ، والله أعلم •

(فـرع) الخصم الذى يرد عليه على وجه التعين أو التخير بينه وبين الحاكم من هو ؟ كلام المصنف ساكت عن ذلك ، واطلاق كلام الغزالى والرافعى أنه البائع ، وذلك يقتضى أنه لا فرق بين أن يكون عقد لنفسه أو لغيره •

قال ابن الرفعة : وفى الثانية نظر (اذا قلنا) لا عهدة تتعـلق بالوكيل ، وعلى كل حال فله الرد على الموكل (قلت) والكلام فى العهدة

معروف فى موضعه ، فلذلك حسن الاطلاق ههنا محالا على البيان ، ثم وقد صرح الرافعى فى آخـــر هذا الباب بأن له الرد على الوكيل وعلى الوصى ، يعنى اذا باشر الوصى أو الوكيل العقـــد وقد مر ذلك فيما اذا أوصى اليه ببيع عبده وشراء جارية بثمنه واعتاقها ففعل ، ثم وجـــد المشترى عيبا بالعبد ، قام الوصى ببيع العبد المردود ، ويدفع الثمن الى المشترى •

قال : ولو فرض الرد بالعيب على الوكيل فهل للوكيل بيعه ثانيا ؟ فيه وجهان (أحدهما) وبه قال أبو حنيفة رحمه الله كالوصى ليتم البيع على وجه لا يرد عليه (وأصحهما) لا ، لأنه امتثل المـــأمور ، وهـــذا ملك جديد فيحتاج الى اذن جديد ويخالف الايصاء فانه تولية وتفويض ، ولو وكله بأن يبيع بشرط الخيار للمشترى (فان قلنا) ملك البائع لم يزل ، فله بيعه ثانيا (وان قلنا) زال وعاد ، فهو كالرد بالعبـــد ، ثم اذا باعه الوصى ثانيا ، فان باعه بأقل من الثمن الأول فالنقصان على الوصى ، أو فى ذمة الموصى ؟ فيه وجهان (أصحهما) الأول ، وبه قال ابن الحداد •

وعلى هذا لو مات العبد فى يده كما رد غرم جميـــع الثمن ، ولو باعه بأكثر من الثمن الأول لزيادة قيمة أو راغب دفع قدر الثمن للمشترى والباقى للوارث ، وان لم يكن كذلك فقد بان بطلان البيع الأول للعين ويقع عتق الجارية عن الوصى ان اشتراها فى الذمة ، وان اشتراها بغير ثمن العبد لم ينفذ الشراء ولا الاعتاق وعليه شراء جارية أخرى واعتاقها بهذا الثمن على الموصى ، هكذا أطلقه الأصحاب ولابد فيه من تقييد لأن بيعه بالعين وتسليمه عن علمه بالحال ، حكاية ينعزل بها ، ولا يتمكن من شراء جارية أخرى ، هكذا قال الرافعى • قال النووى : الصورة مفروضة فيمن لم يعلم •

(وأما) قول ابن الرفعة : على كل حال له الرد على الموكل ، يوهم أن ذلك بلا خلاف ، وليس كذلك بل الخلاف فى العهدة فيهما جميعا ، فالصحيح مطالبتهما جميعا ، الوكيل والموكل ، وقيل : الوكيل دون الموكل ، وقيل : الموكل دون الوكيل والكلام هنا فى المردود عليه ، فظهر أنه كذلك ، وقد ذكره فى التحالف وذكروا خلافا فيه وفى ولى المحجور عليه اذا باشر العقـــد ، فأما الوكيل فلا شك فى اتجاه رد الاتلاف هنا كما قلنا من العهدة •

(وأما) ولى المحجور ففيه الجزم بالرد عليه ، والا فكيف الخلاص من رفع الجزم بالرد عليه الى الظلامة ، وكذلك القاضى ونائبه فى مال اليتيم •

وأما الوارث فانه يرد عليه وقد جزم أصحابنا بجريان التحالف معه • وأما الرد بالعيب هنا فقد ذكر الرافعى ما تقدم • وقد ذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وصاحب البحر المسألة أيضا • وأنه يرد على الوكيل أى جوازا • وهى من المسائل التى فرعها ابن سريج على الجامع الصغير لمحمد بن الحسن • والأصل فيها أن السلعة متى عادت الى الوكيل بغير اختياره فله ردها على الموكل ، ومتى عادت اليه باختياره فلا ، فان ردت عليه بعيب — فان كان بعيب لا يحدث مثله — فالوكيل يرده على الموكل ، وان لم يمكن تقدمه على القبض فقبله الوكيل لم يكن له رده على الموكل ، وان احتمل فان أقام المشترى بينة فالقول قول الوكيل ، فان حلف سقط الرد والا ردت على المشترى ، فان حلف ورد على الوكيل لم يرد على الموكل كما لو صدقه ، وقال القاضى الطبرى : ان قلنا : رد الثمن بمنزلة البينة له رده على الموكل ، قال الرويانى : وفيه نظر عندى يعنى لأنها لا تتعدى الى ثالث

(فــرع) الاشهاد الواجب أطلقه الرافعى وغيره • وقال الغزالى : يشهد اثنين • قال ابن الرفعة : وذلك على سبيل الاحتياط لأن الواحد مع اليمين كاف ، والأمر كما قال •

(فــرع) تقدم أنه اذا كان الخصم غائبا من البلد يرفع الأمر الى مجلس الحكم والغيبة المذكورة لا شك أنه يكفى فيها مسافة القصر ، وهل تكفى مسافة العدوى ؟ قال ابن الرفعة : يشبه أن يكون فيها الخلاف فى الاستعداء وقبول شهادة الفرع ، وكتاب القاضى الى القاضى ، والدعاء لأداء الشهادة ، قال : وقد يقال : غيبته عن البلد وان قلت المسافة كالغيبة البعيدة ، كما ذكر وجه فى بعض الصور السالفة ، لأن فى تكليف الخروج عنها مشقة لا تليق بما نحن فيه ، قال : وهذا ما يفهم كلام الرافعى الجزم به •

(قلت :) والجزم بذلك هو الظاهر ، واذا كان كلام الرافعى لا يقتضيه الا باطلاق الغيبة ، فان جزم الأصحاب فيما تقدم بأن عند حضور الحاكم مجلس الاطلاع تجب المبادرة اليه يبعد معه أن يكون

الحاكم حاضرا فى البلد ، فيجوز تركه والمضى الى البائع فى دون مسافة القصر أو مسافة العدوى ، فينبغى أن يعتبر مطلق الغيبة الا أن يكون موضع البائع خارج البلد ، أو أقــرب من موضع الحاكم فى البلد ، ففيه نظر .

(فــرع) تقــدم من كلام الرافعى أنه مخير بين البائع والحاكم ، وهذا باطلاقه يقتضى أنه يجد أحدهما ويعدل عنه الى الآخــر ، لاسيما قول الرافعى : انه ان ترك البائع ورفع الى الحاكم فهو زيادة تأكيد ، فانه دل على هذا المعنى لكن هــذا يرده تصريحهم : متى كان الحاكم فى مجلس الاطلاع لا يجوز التأخــر للبائع وبالعكس ، فيتعين حمــل هذه العبارة على ما سوى هــذه الصورة ، وأنه انما يجوز له الذهاب الى الآخــر اذا لم يتفق له لقــاء الآخــر قبله ، ثم بعد ذلك قد يكون موضع الحاكم والبائع متساويين فى القــرب والبعد ، فظهر التخير ، وقــد يكون أحدهما أقــرب من غير أن يمــر به بأن يكونا فى جهتين ، فهل نوجب المضى الى الأقــرب منهما أو يكون التخيير مستمرا ؟ اطلاق كلامهم يدل على الثانى وهــذا الفرع هو الذى وعدت به . ولأجل ما فيه قلت فيما تقــدم : انه اذا مر فى طريقه بأحدهما لا يعذر فى مجاوزته الى الآخر .

(فــرع) وروى محمد بن سيرين قال : ابتاع عبد الرحمــن ابن عوف جارية فقيل له : ان لها زوجا ، فأرسل الى زوجها فقال له : طلقها فأبى فجعل له مائتين فأبى ، فجعل له خمسمائة فأبى ، فأرسل الى مولاها أنه قد أبى أن يطلق فاقبلوا جاريتكم ، تمسك بعض الناس بهذا الأثر ، والمدعى أنه لا مخالف له من الصحابة وهو محتمل لأن يكون عبد الرحمن لا يرى الخيار على الفــور ، أو أنه لا يبطــل بمثل هــذا التأخير ، وليس فى الأثر أنه رد جبرا ، فيحتمل أن مالكها رضى بردها ، وان سقط بالتأخير فيكون اقالة ، وكل منهما مخالف للمذهب .

(فــرع) محل الذى تقــدم من وجوب الفور فى شراء الأعيان ، أما الموصوف المقبوض اذا وجد معيبا (فان قلنا) انه يملكه بالرضا فلا شك أن الرد ليس على الفــور (وان قلنا) يملك بالقبض فيجوز أن يقــال على الفور والأوجه المنع ، لأنه ليس معقودا عليه ، قاله الامام ونقله الرافعى عنه فى باب الكتابة ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان كان المبيع دابة فساقها ليردها فركبها فى الطريق ، أو علفها أو سقاها لم يسقط حقه من الرد ، لأنه لم يرض بالعيب ، ولم يوجد منه أكثر من الركوب والعلف والسقى ، وذلك حق له الى أن يرد فلم يمنع الرد) .

(**الشرح**) الانتفاع بالمبيع قبل العلم بالعيب ان لزم منه تأخير أو دفع فى زمن لو سكت فيه أبطل خياره فلا شك فى بطلان الرد لما تقدم فى اشتراط المبادرة فينبغى أن يستحضر أن جميع ما ذكره هنا المراد منه أن يكون مع المبادرة فى مدة طلب الخصم والقاضى ، وحينئذ أقول : هذا الذى ذكره المصنف رحمه الله فى الركوب والعلف والسقى نقل الشيخ أبو حامد والمحاملى فى التجريد أن ابن سريج فرعه فى جملة مسائل فى الرد بالعيب على الجامع الصغير لمحمد ابن الحسن وذكره هكذا كما ذكره المصنف رحمه الله حكما وتعليلا ، وقال : ان الذى يمنع من الرد أحد أمرين : حدوث نقص بالمبيع ، أو ترك الرد مع القدرة عليه ، ولم أر هذه المسألة فى تعليق أبى الطيب ، وذلك مما قد يرجح أن المهذب من تعليق أبى حامد .

وممن وافق المصنف على هذا الحكم ابن الصباغ فى الشامل ، والجرجانى فى الشافى ، واختاره الرويانى فى الحلية.وقال ابن الصباغ : قال أصحابنا : كذلك اذا حلبها فى طريقه لأن اللبن له ، فاذا استوفاه فى حال الرد جاز كمنافعها ، وهذا تصريح بجواز استيفاء المنافع فى حال الرد بالنقل عن الأصحاب ، وممن وافق على نقل ذلك من الأصحاب الرويانى فى البحر ، ونقل عن والده أنه قال على قياس هذا : لو كانت ثيبا فوطئها وهو حامل لها ينبغى أن لا يبطل حق الرد ، ومراده بأنه حامل لها حتى لا يحصل بالوطء تأخير ، فلو فرض ذلك فى وقت لا يمكن المسير فيه كالليل ، فالظاهر أنه يضطر وذلك فيه ولذلك أطلق الرافعى الحكاية عنه أنه يجوز وطء الثيب ، وصرح الجرجانى مع موافقته المصنف بأنه لا يجوز وطء الجارية ، ولا لبس الثوب ، وهذا هو الصحيح لأن ذلك يدل على الرضا .

وأفهم كلام صاحب الشامل أن المبطل للرد الاشتغال بما يدل على

الرضا ، وهذا الذى قاله المصنف وابن الصباغ والرويانى • وما اقتضاه كلامهم من جواز كل الانتفاعات نقل الرافعى عن الرويانى خاصه • وذهب هو وكثير من الأصحاب الذين وقفت على كلامهم الى خلافه ، وها أنا أذكر ما ذكروه (فاقول) الذى قاله ابن القاص فى التلخيص والمفتاح والماوردى والفورانى والقاضى حسين والمتولى والامام والغزالى والبغوى وابو الحسن بن خيران فى اللطيف والخوارزمى فى الكافى والرافعى والنووى أنه يشترط فى الرد بالعيب المبادرة اليه أن لا يستعمل المبيع بعد علمه بعيبه ، فان استعمله وكان رقيقا واستخدمه ، او دارا فسكنها بطل حقه من الرد والأرش معا ، لأن الاستعمال ينافى الرد •

واختلفوا فيما اذا كان يسيرا جرت العادة بمثله فى غير ملكه ، كقوله : اسقنى أو ناولنى الثوب او أغلق الباب ، ففى هذا وما جرى مجراه وجه جزم به الماوردى والرويانى فى البحر أنه لا أثر له ، ونقله الرافعى عن غير الماوردى أيضا ، والذى قاله القاضى حسين والامام وقاله الرافعى : ان الأشهر أنه لا فرق ، وتابعه النووى فى الروضه وقال : انه الأصح الأشهر •

ونقل عن القفال فى شرح التلخيص أنه لو جاءه العبد بكوز ماء فأخذ الكوز منه لم يضر ، لأن وضع الكوز فى يده كوضعه على الأرض ، فان شرب ورد الكوز اليه فهو استعمال ، أما اذا كانت دابة فركبها فان ركبها لا للرد بطل حقه وان ركبها للرد أو السقى — فان كانت جموحا يعسر سوقها وقودها — فهو معذور فى الركوب ، وان لم تكن جموحا ، ولكنه ركبها فى الطريق وهى مسألة الكتاب ففيه وجهان (أصحهما) على ما ذكره الرافعى والنووى البطلان ، لأنه انتفاع لم تجر العادة به فى غير ملكه الا باذن المالك •

(والثانى) وهو ما قطع به فى الكتاب ، ونسبه الماوردى الى ابن سريج ، وصححه ابن أبى عصرون ، واختاره الرويانى فى الحلية : لا يسقط حقه ، ويستدل له الماوردى وغيره بأن الركوب عجل له فى الرد وأصلح للدابة من القود • قال ولكن : لو كان ثوبا فلبسه ليرده لم يجز ، وكان هذا اللبس مانعا من الرد ، لأن العادة لم تجر به ، ولأن لا مصلحة للثوب فى لبسه ، وجعل الرافعى هذه المسألة دليلا على الأصح عنده فى مسألة الركوب ، ولكن ما ذكره الماوردى من

اعتبار العادة والمصلحة فارق ، ولو كان لابسا للثوب فاطلع على عيبه فى الطريق فتوجه ليرده لم ينزع فهو معذور ، لأن نزع الثوب فى الطريق لا يعتاد ، قاله الماوردى ونقله الرافعى عنه •

ولو ركب الدابة للانتفاع فاطلع على عيبها لم يجز استدامة الركوب ، وان توجه للرد على ما هو الأصح عند الرافعى ، ولو كان حمل عليها سرجا أو اكافا ثم اطلع على العيب فتركهما عليها بطل حقه ، لأنه استعمال وانتفاع • قاله الرافعى تبعا لصاحب التلخيص • قال الرافعى : ولولا ذلك لاحتاج الى حمل أو تحميل ، أى فتركهما يوفر عليه كلفة الحمل والتحمل فهى انتفاع فيمنع منه •

قال ابن الرفعة : ويشبه أن يكون هذا اذا لم يحصل بنزعه ضرر بالدابة ، فاذا حصل أو خيف منه كما اذا كانت عرقت وخيف من نزعه أن تهوى فلا يكون نزعه فى هذه الحالة تقصيرا ، اذ هو يعيبها فيكون مانعا من الرد •

(**قلت :**) وهو كذلك ، بل يجف بنفسه فى هذه الحالة كالنعل الى أن يجف العرق ويكون نزعه من مصلحتها • قال الرافعى : ويعذر بترك العذار واللجام لأنهما خفيفان لا يعد تعليقهما على الدابة انتفاعا ، ولأن القعود يعسر دونهما ، وهذا المعنى يقتضى جواز تعليقهما ابتداء فى مدة طلب الخصم وهو كذلك ولو أنعلها فى الطريق قال أبو حامد : ان كانت تمشى بلا نعل بطل حقه والا فلا ، ولو كان أنعلها ثم اطلع على عيب فنزعه بطل خياره • قاله صاحب التلخيص تخريجا وعلله البغوى • لأن نزعه يعيب الدابة بالنقب الذى يبقى • قال : فان كانت النقبة موجودة عند البائع فأنعلها المشترى فالنزع لا يبطل حقه من الرد • فتلخص من هذا أن اللجام والعذار والرسن يجوز تركه ونزعه • والنعل لا يجوز نزعه الا فى الصورة التى استثناها البغوى فكاللجام يجوز تركه ونزعه والاكاف لا يجوز تركه ، فهذا ما ذكره هؤلاء الأئمة رضى الله عنهم •

ونقل صاحب التتمة عن أبى حنيفة جواز الاستخدام ورد عليه • ونقل القاضى حسين وغيره أن الشافعى رحمه الله نص على أنه لو كانت دابة فركبها بطل حق الفسخ ، وقال أبو العباس : انما أراد به

اذا ركبها استعمالا ، فاذا ركبها ليسقيها ويردها على المالك أو كانت جموحا لا تسير بنفسها لم يبطل حقه من الفسخ • وان كانت ذلولا لا تحتاج فى سيرها الى الركوب بطل حقه من الفسخ ، كما لو قصد به الانتفاع بركوبها • وهذا النقل عن الشافعى باطلاقه ، وعن ابن سريج بتفصيله مخالف ما ذكر المصنف رحمه الله من جواز الركوب مخالف لما نقله الماوردى عن ابن سريج فيما تقدم •

قال ابن الرفعة : ولعل عنه وجهين ، أو أن هذا من تأويله للنص ، فيكون مذهبا للشافعى رحمه الله عنده ، ذاك من تخريجه فيما ذكره المصنف حينئذ ، وجزم مخالف لما قاله هؤلاء الأئمة ، ومخالف لما نسبوه الى نص الشافعى ، ولولا هذا النص الذى نقلوه لكنت أرجح ما ذكره المصنف لموافقة ابن الصباغ والجرجانى لاسيما نقل ابن الصباغ عن الأصحاب واستدلوا له بأنها لو ولدت فى هذه الحالة كان الولد للمشترى لبقاء ملكه ، ولعل طريقة العراقيين كما قاله المصنف ، فان القائلين بخلافه أكثرهم من الخراسانيين ، وأصلهم القاضى حسين والفورانى ، ولم أر من وافقهم من غيرهم الا صاحب التلخيص فيه ، وفى المفتاح وابن خيران الأخير • على أن أبا الخير بن جماعة المقدسى شارح المفتاح ذكر فيه أن ركوب الدابة فى الطريق لا يبطل حقه كما ذكره المصنف •

وبالجملة فالمعول عليه فى ذلك كما قاله الامام والغزالى العرف • فينبغى أن لا يحكم على شىء من الاستعمالات بقطع الخيار الا اذا دل دلالة ظاهرة على الرضا ، كالوطء ولبس الثوب والقرض على البيع وشبهه ، أما ما لا يدل عليه أو يتردد فيه فينبغى أن تستلزم معه أصل الخيار ، ولا نحكم بالرضا بغير ما يدل عليه ، فان خيار الرد ثبت قطعا ، والمبادرة حصلت ، والذى قارنها من الاستعمالات لا يدل على الرضا ، لأن فرض المسألة كذلك فالحكم بالرضا اذ ذاك يكون حكما بغير دليل وهذا كله اذا قلنا لا يجب التلفظ بالفسخ حالة الاطلاع على العيب ، أما اذا أوجبناه لا تأتى المسألة لأنه ان تلفظ به لم يجز الاستعمال بعد ذلك بخروجه عن ملكه، وان لم يتلفظ به بطل الرد بالتأخير •

ولما كان القاضى حسين يرى وجوب المبادرة الى التلفظ بالفسخ

لا جرم هو من القائلين بأن الاستعمال والاستخدام يبطل الرد ، والمبطل عنده فى الحقيقة هو التأخير ، لا خصوص الاستعمال ، فيجب التنبيه لذلك ، فان القاضى حسين رأس الخراسانيين ، وقال ذلك على رأيه ، والصحيح خلافه ، وأن التلفظ بالفسخ غير واجب والملك للمشترى باق فى زمن الرد ، فلا وجه لمنعه من تصرف لا يدل على الرضا • وهذا كله فى مسألة الركوب ونحوها والقائلون بأن الركوب مبطل يقولون : انه لو كان راكبا فاطلع على العيب ينزل على الفور ، فلو استدام بطل حقه لأن استدامة الركوب ركوب • أماالعلف والسقى فلا يضر • هكذا جزموا به ولا أظنه يجىء فيه خلاف ، لأن ذلك مصلحة خالصة للدابة ، لكن تعليل المصنف بأن ذلك حق له الى أن يردها يقتضى التفرقة بين ذلك وبين الركوب •

(وأما) مسألة الحلب فكذلك جزموا بها ، ونسبها بعض المصنفين الى بعض الأصحاب وينبغى التفصيل ، فان كان ترك الحلب يضر بها لكثرة اللبن فى ضرعها فلا يجىء فيه خلاف كالعلف والسقى ، فان لم يكن كذلك فهو كالركوب للانتفاع ، فعلى ما ذكره المصنف ومن وافقه يجوز ، وعلى ما صححه الرافعى والجمهور يمتنع ، ونسب الرويانى فى البحر جواز الحلب الى أصحابنا ، وقيده بأن تكون سائرة فلو وقفها للحلب بطل الرد •

(فرع) اذا كان فى رد المبيع مؤنة فالمؤنة على المشترى ، قاله صاحب التتمة وغيره • قال : لأن المبيع مضمون فى يده ، والمال اذا كان مضمون العين كان مضمون الرد (قلت) وهذا ظاهر اذا لم يتلفظ بالفسخ • أما اذا تلفظ بهحيث أمرناه ، اما اذا قدر على الشهود على الصحيح واما وحده على رأى القاضى حسين وبالفسخ خرج عن ملكه ، وقد صرح الرافعى بأن مؤنة الرد بعد الفسخ على المشترى • وصرح هو والمتولى بأنه لو هلك فى يده ضمنه • وقد يقال : ينبغى أن يكون حكمه حكم الأمانات الشرعية والعين المستأجرة بعد انقضاء المدة ، فيجب عليه الرد ، لكن ليست العين مضمونة عليه • وحكم المؤنة فى زمن الرد حكمها فى العين المستأجرة بعد انقضاء المدة ، لكن الجواب عن هذا أن أصل هذه اليد الضمان • فيستصحب حكمها كالعارية المؤقتة اذا

انقضت بخلاف العين المستأجرة ، فانها كانت أمانة ، وقد ذكر القاضى حسين فى فتاويه جملة من هذه المسائل .

(منها) اذا فسخ البيع بالعيب أو بخيار الشرط أو الافلاس ، فمؤنة الرد على المشترى ومؤنة رد المرهون على الراهن ، والقيم اذا ظهرت خيانته أو عـزل والمـال فى يده فمؤنه الرد اذا صار مضمونا على القيم ، واذا أراد الرد بعـد بلوغ الصبى فعلى الصبى ويرد مسـلم الموصى الى الموصى له على الموصى له ومؤنة رد العين المسـتأجرة بعد المدة على المـالك يعنى على خلاف فيه ، فالصداق الى الزوج اذا طلق قبل الدخول أو ارتدت أو فسخ النكاح على الزوج ، لأنه امانة فى يدها ، هكذا قال القاضى ، وهو طريق المراوزة وطريق العراقيين ، وهى الأصح أنه مضمون عليها .

ومنها أيضا مسألة ابتدأ بها القاضى هذه المسائل . وهى اذا سلم العبد الجانى ، واحتيج الى بيع رقبته فى أرش جنايته ، فمؤنة البيع من أجرة الدلال وغيره على من أجاب ، يحاص من ثمن العبد الجانى للمجنى عليه قدر أرش الجناية (قلت) فلو كانت الجناية تستغرق ثمن العبد فلم يتعرض القاضى لها ، وقد رأيت فى شرح المهذب لأبى اسحاق العراقى فيما اذا كسر ما لا يوقف على عيبه الا بكسره قال : اذا احتاج فى رده الى مؤنة .

(فان قلنا) ليس للمشترى الرد ويرجع بالأرش كانت مؤنة رده عليه لأنه ملكه (وان قلنا) له الرد كانت مؤنته على البائع لأنه عاد الى ملكه . وهذا كلام عجب، ولا أدرى من أين له ؟ والصواب ما تقدم .

(فـرع) اشترى عبدا فوجد به عيبا ففصده وقال : ظننت أنى لو فصدته أو حجمته زال عنه ذلك العيب ففصده فلم يزل ، قال القاضى حسين فى الفتاوى : يبطل حقه من الرد لأن فصده رضا منه بالعيب ، فان أراد التخلص من ظلامته يفسخ أولا ثم يفصد ، فان هلك فهو من ضمان المشترى بالقيمة .

(قلت) وفى جواز فصده بعد الفسخ ــ وهو ليس بملكه ــ اشكال ، قال جامع الفتاوى : انه على هذا عندى اذا فسخ بين يدى البائع ، أو فسخ واشتغل بطلبه (أما) اذا فسخ فى غيبته والتوانى فى رده بطل

حقه • قال : وهو مشكل • قلت : الاشكال الذى ذكرته فى جواز الفصد باق • وزاد فى هذا الكلام اشكالا آخـر وهو أنه بعد الفسخ يبطل حقه بالتوانى • والظاهر انه بعد الفسخ ينتقل الملك عنه ولا يبقى الا المنازعة • فان صدقه البائع أو كانت بينة فلا يضره التوانى • وانما تعتبر المبادرة عند من يرى التلفظ بالفسخ على الفور لأجل انكار المشترى فليتأمل كل من الكلامين فانه مشكل ، والله اعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وله أن يرد بغير رضـا البائع ، ومن غير حضـــوره ، لأنه رفع عقـد جعـل اليـه فلا يعتبر فيـه رضـا صاحبه ولا حضـــوره كالطلاق) •

(الشرح) الكلام المتقـدم فيما يحصل به المبادرة ، وأما الفسخ فانه يجوز للمشترى ولو فى حضور البائع ، وفى غيبته مع رضاه ، ومع عدمه ، ولا يفتقـر اليه ولا الى الحاكم ، وسواء أكان قبل القبض فيجوز أن يفسخه بحضرة البائع ، ولا يجوز فى غيبته ، وان كان بعد القبض فلا يجوز الا بحضـوره ورضاه أو بحكم الحاكم ، وهكذا قال أبو حنيفة فى خيار الشرط : انه لا يجوز لأحدهما الفسـخ الا بحضرة صاحبه ، لكنه لم يشترط هناك رضاه ، فالمسائل ثلاثة عند أبى حنيفة رحمه الله ، خيار الشرط يشترط فيه الحضور لا الرضا ، والرد بالعيب مثل القبض ، كذلك يشترط فيه الحضور لا الرضا ، وبعد القبض يشترط فيه الرضا أو حكم الحاكم •

ودليلنا فى خيار الشرط اطلاق حديث حبان بن منقذ ، وفى خيار العيب قبل القبض ، قال القاضى أبو الطيب : النكتة فيهـا أن من لا يعتبر رضاه فى رفع العقـد لا يعتبر حضوره كالمـرأة فى الطلاق ، وأما بعد القبض فلأنه رد مستحق بالعيب فلا يعتبر فيه رضـا البائع كما قبل القبض ، وقول المصنف رحمه الله : لا يعتبر فيه رضا صاحبه اشـارة الى ما بعد القبض •

(وقوله) ولا حضوره اشارة الى ما قبل القبض تنبيها على محل الخلاف فى الموضعين ، وقد قابل فى النكت لفظ الرفع بالقطع ، وهو

أحسن من جهة أن الطلاق قاطع لا رافع ، وما ذكره هنا أحسن من جهة أن الخصم لا يسلم اليه أن الرد قطع ، بل هو رفع لاسيما على قوله وقول عندنا أنه يرفع للعقد من أصله ، وقاس فى النكت على الموصى له أيضا •

(وقوله) جعل اليه احترازا من الاقالة فانها اليهما لا ينفرد بها أحدهما ، ولا يرد اللعان حيث يعتبر فيه حضور المرأة رضا للقاضى مع أن الفرقة تترتب على لعان الزوج وحده ، وهى فرقة فسخ عندنا ، لان الفرقة حكم شرعى رتبه الشرع على لعانه بغير اختياره ، فلا يندرج فى قوله رفع ، لأن الرافع الشرع لا هو ، وفى الرد بالعيب هو الفاسخ باختياره وقصده الرفع ، واستدل أصحابنا أيضا بالقياس على الرجعه والوديعة فانها تنفسخ فى غيبة المودع حتى اذا علم به وجب عليه الرد ، وان كان لا يضمن حتى يتمكن ويجب عليه طلب صاحبها ليسلمها اليه أو الحاكم ، فان لم يفعل وهلكت فى يده ضمنها •

(**واعلم**) أن قول المصنف : جعل اليه ظاهر فيما قبل القبض ، لأن أبا حنيفة رضى الله عنه لا يشترط فيه رضا البائع (وأما) بعد القبض فقد يقال : انه باشتراط رضاه يمنع أن الرفع حينئذ جعل للمشترى ليوقفه على رضا البائع مندفع عن المصنف ، لانه يعنى بقوله : جعل اليه أنه صادر منه وحده ، بخلاف الاقالة الصادرة منهما ، ومع ذلك يصح الاحتراز ، وان اشترط الخصم فيه شرطا آخر واستدل الحنفية بأنه رفع عقد بعيب فلا ينفرد به كالرد بالعنة ، وأجاب أصحابنا بأن ذلك يفتقر الى اقرار الزوج وبالعجز ، والى حكم الحاكم لأنه يختلف فيه بخلاف هذا ، ووافقنا أبو حنيفة فيما اذا كان خيار الشرط لأحدهما على جواز انفراده بالفسخ ، وانما خالف فيما اذا كان الخيار لهما هكذا نقله القاضى حسين ، وعلى هذا يلزمه ، فان الرد بالعيب ثابت لأحدهما ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان اشترى ثوبا بجارية فوجد بالثوب عيبا فوطىء الجارية ففيه وجهان (أحدهما) أنه ينفسخ البيع كما ينفسخ البيع فى مدة خيار الشرط بالوطء •

(والثانى) لا ينفسخ ، لأن الملك قد استقر للمشترى ، فلا يجوز فسخه الا بالقول) •

(**الشرح**) هذه المسألة ذكرها القاضى أبو الطيب فى باب خيار المتبايعين ، وبنى الوجهين فيها على الوجيز فى مسألة ذكرها هو والشيخ أبو حامد ، وهى ما اذا اشترى جارية بثمن ثم أفلس ، وثبت للبائع حق الفسخ فيها فوطئها ، هل يكون فسخا ؟ فيه وجهان •

(أحدهما) نعم كالوطء فى زمان الخيار ، فانه اذا صدر من البائع والخيار له أولهما كان فسخا على الصحيح المنصوص ، الذى قاله المحاملى فى التجريد أنه لا خلاف فيه • وقال القاضى أبو الطيب : على جميع الأقاويل والجامع بينهما أنه رد للملك ، وفسخ للبيع ، والملك يحصل بالقول والفعل ولا فرق فى الوطء فى زمان الخيار بين خيار المجلس وخيار الشرط ، وانما قيد المصنف بخيار الشرط لأنه فى مدة خيار المجلس •

قد يقال : ان تحريم العقد باق ، والعقد أضعف ، وذلك أيعين رأس المال ؟ والغرض فى الصرف فى خيار المجلس كالمعين فى العقد ولأجله ؟ قال بعض الأصحاب ان الحط والزيادة يلحقان فى المجلس دون خيار الشرط ، وان كان الأصح اللحوق فيهما فاذا كان الانفساخ بالوطء فى خيار الشرط ففى المجلس أولى فلذلك خصه المصنف بالذكر لأنه أقرب الى خيار الرد الطارىء بعد تحريم العقد لكن لك أن تقول : ان هذا القياس انما يتم عند القائلين بأن الملك فى زمان الخيار للمشترى ، وهو الصحيح عند الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب والامام أما اذا قلنا بأن الخيار للبائع أو موقوف ، فيظهر الفرق بينه وبين المبيع المعيب فانه ملك المشترى •

(والوجه الثانى) لا ينفسخ بالوطء والفرق بينه وبين المبيع فى زمان الخيار — حيث نقول ينفسخ بالوطء وان انتقل للمشترى — أن الملك فى زمان الخيار ضعيف والملك فى المعيب قد استقر بدليل أنه يجوز له التصرف فيه فكان أقوى من الملك فى زمان الخيار ، فلذلك يشترط فيه القول ، وهذا معنى ما ذكره المصنف وههنا أمور :

(أحدها) أن هذا انما يحتاج اليه اذا قلنا بالملك فى زمن الخيار للمشترى ، وقد تقدم التنبيه على ذلك •

(الثانى) ما الأصح من هذين الوجهين ؟ فاعلم أن الشافعى رحمه الله

القائل بأن الأشبه أن من كان الخيار له فالملك له ، وان كان لهما فموقوف يقتضى أن نقول هنا بأن الأصح الوجه الثانى عدم الانفساخ ، لأن القياس على زمان الخيار اذا كان الخيار لهما أو للبائع لا يحسن لأن الملك عنده لم يحكم بزواله ، فلم يشبه المعيب • واذا كان الخيار للمشترى لا يمكن القول بأن وطء البائع فسخ ، فانه اذا لم يملك الفسخ بالقول فعدم ملكه بالفعل أولى ، فعلى مقتضى كلام الرافعى ينبغى أن يكون الأصح هنا عدم الانفساخ وعلى ما صححه الشيخ أبو حامد وموافقوه من انتقال الملك بنفس العقد فقد ظهر الفرق بما ذكره المصنف رحمه الله ، فليكن الأصح أيضا عدم الانفساخ •

(الثالث) قول المصنف الملك قد استقر للمشترى ، والمشترى فى كلامه مشترى الثوب ، فيكون المعنى أن ملك الثوب قد استقر له ، فلا يجوز فسخه بوطء الجارية التى هى ثمن عنه ، وكذلك يقتضيه كلام القاضى أبى الطيب ، لكنه قال فى مسألة الفلس التى بنى عليها لأن ملك المشترى قد استقر على الجارية ، وهذا يناسب أن يقول هنا : لأن البائع استقر على الجارية ، لأن الراجع فى الفلس هو البائع والراجع فى العيب هو المشترى ، ولا شك أن تملك كل من البائع والمشترى مستقر وكل من المأخذين صحيح • ويظهر أن يقال ان مشترى الثوب اذا اطلع على عيبه فحقه فى رده وفسخ البيع فيه ، ويترتب على ذلك انفساخه فى مقابله ، فالذى يرد عليه الفسخ هو الثوب لا الجارية ، وكان التعليل باستقرار الملك فيه أولى ، وبذلك يظهر افتراق هذه مع المبيع فى زمان الخيار ، وفى هذا المأخذ أيضا ، لأن الفسخ هناك وارد على الجارية الموطوءة بغير واسطة ، وههنا بواسطة رد الثوب •

(الرابع) ان الوطء حرام على المذهب (وان قلنا) يحصل به الفسخ •

(الخامس) قال أبو على الفارقى فى هذا : أنا قصدنا بالوطء الفسخ ولا يجب عليه المهر ، لأنه وطىء فى ملكه ، فان لم يقصد به الفسخ لم يكن فسخا ، قولا واحدا ، ويجب المهر ولا حد عليه ، ونظير ذلك وطء الوالد الجارية المرهونة ، وان وطئها بقصد الاسترجاع فعلى الوجهين ، وان لم يقصد كان الوطء محرما ويلزمه المهر ولا حد للشبهة •

(السادس) فى جملة من نظائر هذه المسألة مما يجعل الفعل فيه كالقول فى مسألة الجارية المرهونة ، وقد تقدمت ، ومنها التقليد والاشعار هل يجعل كقوله جعلته هديا ؟ فيه خلاف ، ومنها لو لبد المحرم رأسه وعقصه ، وهذا لا يفعله الا العازم على الحلق ، فهل يتنزل الحلق ؟ على قولين (الجديد) لا ، وأما المعاطاة ونحوهما فذلك لقرينة ، لاللفعل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان زال العيب قبل الرد ففيه وجهان ، بناء على القولين فى الأمة اذا أعتقت تحت عبد ، ثم أعتق العبد قبل أن تختار الأمة الفسخ (أحدهما) يسقط الخيار ، لأن الخيار ثبت لدفع الضرر . وقد زال الضرر (والثانى) لا يسقط ، لأن الخيار ثبت بوجود العيب . فلا يسقط من غير رضاه) .

(الشرح) الوجهان مشهوران حكاهما جماعة من الأصحاب . والرافعى حكاهما أيضا فى باب التصرية كما تقدم عند استمرار لبن المصراة على كثرته ، ولكنه فى هذا المكان جزم بسقوط الخيار تبعا لصاحب التهذيب ، وقال : انه مهما زال العيب قبل العلم أو بعده وقبل الرد سقط حقه من الرد، وهما طريقان فى المذهب حكاهما القاضى حسين .

(احداهما) حكاية الوجهين بناء على القولين (والثانية) القطع بسقوط الخيار قال : وهذا [هو] المذهب . والفرق بينه وبين خيار العتق على أحد القولين ، ان خيار العتق لا يبطل بالتأخير على قول ، فلم يبطل بارتفاع السبب المثبت له ، بخلاف خيار العيب ، فلما اختلف الخياران فى الأصل اختلفا فى الصفة والبقاء بعد ارتفاع السبب .

وقال ابن الرفعة : ان هذا الفرق لا غناء فيه والأمر كما قال . وبالجملة الصحيح السقوط وكذلك هو الصحيح من القولين فى الأمة . ويحتمل أن يقال بعدم السقوط هنا وان قيل فى الأمة : لأن خيارها مقيد بما ينالها من الضرر بالاقامة يجب الفرق وقد زالت العلة وخيار المشترى معلل بغير البائع له ، وأنه بذل ذلك الثمن فى مقابلة ما ظنه سليما وأخلف ، وزال العيب فى يد المشترى [وهى] معه حاصلة له ولكنى لم أر من قال بهذه الطريقة . والامام فى كتاب النكاح ضعف الوجه فى المسألتين جدا ، وصحح السقوط فى المسألتين . وقال : ان الخلاف فيهما

يبتنى على قاعـدة ذكرها فى الشفعة أن الشفيع اذا لم يشعر بهـا حتى باع ملكه الذى استحق الشفعة به وانما ذكر الامام هـذا لأنه حكى الخلاف فى الشفعة قولين ، والأكثرون حكوهما وجهين ، فالوجه أن تكون مسألة العيب ومسألة الشفعة كلتاهما مبنيين على مسألة الأمة •

والأصح فى المسائل الثلاث السقوط • ومسألة الشفعة وخيار الأمة من واد واحد ، وبينهما وبين مسألة العيب ما ذكرته فى الاحتمـال المتقدم الذى لم يذكره أحد من الأصحاب فيمـا علمت ، وان كان المعنى الملاحظ فيه موجودا فى كلامهم ، وأكثر المصنفين يحكون الخلاف فى مسألة الكتاب وجهين الا صاحب البحـر فانه قال : لو زال العيب سقط الرد ، وقيل : فيه قولان منصوصان • وكلام المصنف باطلاقه يقتضى أنه لا فرق بين أن يكون زوال العيب قبل العلم به أو بعـد العلم به وقبل الرد بأن يكون فى مدة طلب الخصم والقاضى ، والأمر كذلك بلا نزاع ، وبه صرح الأصحاب ، ويقتضى أنه لا فرق بين أن يكون قبل القبض أو بعده • وقد يقال : الزائد قبل القبض أولى بالسقوط من الزائد بعـده ، وكلام أبى سعيد الهروى فى الاشراف جازم بأنه لا يرد ، لكنه أطلق فيما يوجـد فى يد البائع ، ولم ينص على أنه بعد البيع وقد صرح الامام بجريان الخلاف فيه ، فبقى كلام المصنف رحمه الله على اطلاقه • ذكر الامام ذلك فى كتاب التفليس •

(فـرع) اشترى جارية سمينة فهزلت قبل القبض ، ثم سمنت فردها ، هل للمشترى الفسخ ؟ فيه وجهان بناء على ما لو غصب شاة سمينة فهزلت ثم ردها ، هل يجب ضمان الثمن الأول أو يتخير بالثانى ؟ (ان قلنا) يتخير ولا يفسخ والا فله الفسخ ، قاله صاحب التهذيب وذلك بناء منه على الطريقة القاطعة بأن زوال العيب يمنع من الرد • أما على الوجه من الطريقة الأخرى فانه ينفسخ ، ولو قلنا : يتخير فيكون الترتيب هكذا (ان قلنا) لا ينجبر الثمن الأول بالثانى فسخ ، والا فوجهان (أصحهما) لا •

(فـرع) لو زال العيب القديم قبل العلم به ، ولكن حدث عيب مانع من الرد فعلى الأصح لا أرش ، وعلى الوجه الآخـر ينبغى أن يثبت له الأرش عن العيب القديم ، واليه صار ابن الرفعة ، وجزم الرافعى

بعدم الأرش • وذلك مستمر على جزمه فى هـذا الباب بسقوط الخيار • أما على طريقة الوجهين فيتعين جريانهما هنا وسيأتى ان شاء الله الكلام فى زوال العيب بعد أخذ أرشه فى آخـر الفصل الثانى لهذا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان قال البائع : أنا أزيل العيب مثـل أن يبيـع أرضـا فيهـا حجـارة مدفونة ، يضر تركهـا بالأرض ، فقال البائع : أنا أقـلع ذلك فى مـدة لا أجـرة لمثلهـا سـقط حق المشـترى من الرد ، لأن ضرر العيب يزول من غير اضرار) •

(الشرح) صورة المسألة أن يضر تركها ، ولا يضر قلعهـا ، وقد تقدم الكلام فيها فى باب بيع الأصول والثمار ، وظاهر كلام المصنف هنا أن الخيار ثبت ، ويسقط بقول البائع ذلك ، والذى تقـدم هناك وذكره الرافعى وغيره أنه يؤمر البائع بالقلع والنقل ولا خيار للمشترى ، والصواب ما قاله المصنف رحمه الله هنا وأنه يثبت الخيار ثم يسقط • وكلامهم هنا محمول على هذا ، ألا ترى أن الرافعى وغيره قاسوا ذلك على ما لو اشترى دارا يلحق بسقفها خلل يسير يمكن تداركه فى الحال ، أو كانت منسدة البالوعة فقال البائع : أنا أصلحه وأبيعها لا خيـار للمشترى فهذا الكلام ناطق بأن عدم الخيار مرتب على قول البائع ، ويظهر أثر هذا فيما لو بادر المشترى وفسخ قبل أن يقول البائع ذلك ، فعلى ما قلته ينفذ فسخه ولا عبرة بقول البائع بعد ذلك ، واطـلاق المصنف والرافعى وغيرهما أيضا السقوط بقول البائع : أنا أقلع • ينبغى أن يكون محمولا على ما اذا قلع • أما اذا اقتصر على القول فسقوط الخيار به غير متجه لبقاء العيب •

والعبارة المحررة ما ذكروه فى كتاب الاجارة ويقتضيه كلام الامام هنا أيضا أن الخيار ثابت الا اذا بادر المكترى الى الاصلاح • هذا اذا كان اشتمال الأرض على الحجارة المذكورة منقصا لها ، وهو ما يقتضيه ذكرهم لذلك فى العيوب ، فان فرض أن الحجارة المذكورة لقرب زمان نقلها لا يعد اشتمال الأرض عليها عيبا صح اطلاقه أنه لا خيار ويلزم البائع بنقلها ، ولكن ذلك خلاف المفروض وأيضا لا يبقى حينئذ بقول البائع : أنا أقلع أثر ، لأنه يلزم به ولا خيار للمشترى قبله ولا بعده •

فالصواب ما يوافق عباراتهم فى الاجارة ، فان الخيار ثابت الا اذا بادر البائع الى القلع فى مدة لا أجرة لمثلها • وحينئذ تكون العلة أن ضرر العيب زال •

وأما تعليل المصنف بأنه يزول فيناسب عدم ثبوت الخيار أصلا ، وهو لم يقل به ، ولا ينحى عن ذلك الا أن يقال : ان بقاء الأحجار مع امتناع البائع من قلعها عيب ، وبدون امتناعه ليس بعيب وهو بعيد ، اذ يقال : ان اشغال الأرض بالحجارة مانع من كمال صفة القبض فيها كما تقدم • وذلك عن بعض الأصحاب ، فامتناع الحجارة مع امتناع البائع من قلعها كالعيب الحادث قبل القبض • ولم يذهب أحد هنا الى ثبوت الخيار مع مبادرة البائع الى القلع أخذا من أن وجود الأحجار فى الأرض عيب ، وزوالها بقول البائع أو بفعله كزوال العيب قبل الرد ، وفيه وجه كما تقدم • وكأن الفرق ضعف الخيار ههنا ، لكون البائع مسلطا على اسقاطه ، أو لأنه زال قبل كمال القبض ، وليس كالعيب الزائل بعد القبض ، أو لأن هذا الزوال بفعل البائع ففيه استدراك للظلامة ، بخلاف الزوال بنفسه •

وبعد أن كتبت ذلك رأيت ابن معن أورده على المصنف رحمه الله وزعم أنه تناقض بين ما ذكره هنا وفى الاجارة من سقوط الخيار ، وبين ما تقدم من حكايته الوجهين فى زوال العيب قبل الرد ، وادعى الأولوية فى طرد الوجهين هنا ، وكذلك ابن الردى(١) قال : أرى أن تكون المسألة الثانية كالمسألة الأولى على وجهين ، بل أولى لأنه اذا كان بعد رد العيب وجهان ، فمع بقائه أولى • وما ذكرته جواب عنه ، وليس المصنف مختصا بذلك •

وقوله : لا أجرة لمثلها ، قيد لابد منه ليتحقق عدم الاضرار ، ولو كانت الحجارة يضر قلعها ، أو قلعها وتركها ، فقد تقدم الكلام فى ذلك فيما لا يضر فى باب بيع الأصول والثمار •

وقوله : مدفونة ، يحترز عن المخلوقة • وقد تقدم حكمها • ومن الواضحات أن فرض المسألة فى حالة جهل المشترى بالحجارة •

---

(١) كذا بالأصل ، ولعله ابن الرفعة . (المطيعى)

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان قال البائع : أمسك المبيع وأنا أعطيك أرش العيب لم يجبر المشترى على قبوله ، لأنه لم يرض الا بمبيع سليم بجميع الثمن ، فلم يجبر على امساك معيب ببعض الثمن • وان قال المشترى : أعطنى الأرش لأمسك المبيع لم يجبر البائع على دفع الأرش ، لأنه لم يبذل المبيع الا بجميع الثمن ، فلم يجبر على تسليمه ببعض الثمن) •

(الشرح) المسألتان واضحتان ، والأصل أن كل من وجب له شيء ليس له المطالبة بغيره ، ولا يجب عليه الانتقال الى غيره • وخرج عن هذا القصاص اذا عفا عنه يجب المال ، وان كان الواجب القود عينا • وعن أحمد أن للمشترى أخذ الأرش •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان تراضيا على دفع الأرش لاسقاط الخيار ففيه وجهان (احدهما) يجوز وهو قول أبى العباس ، لأن خيار الرد يجوز أن يسقطها الى المال ، وهو اذا حدث عند المشترى عيب فجاز اسقاطه الى المال بالتراضى ، كالخيار فى القصاص (والثانى) لا يجوز وهو المذهب ، لأنه خيار فسخ فلم يجز اسقاطه بمال كخيار الشرط وخيار الشفعة ، فان تراضيا على ذلك وقلنا : انه لا يجوز فهل يسقط خياره ؟ فيه وجهان (احدهما) انه يسقط ، لأنه رضى بامساك العين مع العيب (والثانى) لا يسقط وهو المذهب ، لأنه رضى باسقاط الخيار بعوض ولم يسلم له العوض فبقى الخيار) •

(الشرح) الوجهان فى جواز التراضى على اسقاط الخيار الى بدل ، سواء أكان ذلك البدل جزءا من الثمن أم غيره ، اتفقت الطرق على حكايتها • والجواب منسوب الى أبى العباس ابن سريج وعنه أنه حكاه عن القديم ، وبه قال أبو حنيفة ومالك • والمنع قال القاضى حسين : انه المنصوص ، وقال الامام : انه ظاهر النص والمصنف فى قوله : انه المذهب تابع للشيخ أبى حامد وقال القاضى أبو الطيب : انه ظاهر المذهب ، والماوردى وهو الذى صححه البغوى والرافعى

وغيرهما وفيه نظر ، فانهم قاسوه على خيار الشرط والشفعة • والفرق بينه وبين خيار الشرط والشفعة أن ههنا يأخذ الأرش فى مقابلة ما فات من المال ، ويسقط الى مال ، كما قال المصنف رحمه الله تعالى فهذان معنيان ليسا فى خيار الشفعة والشرط ، والمعنى الأول أحسن •

وصورة المسألة اذا لم يكن مانع من الرد ، ولا تأخر مسقط ، اما بأن يجهلا فورية الخيار ، أو يكون فى خيار المصراة على القول بامتداده ، أو أن التشاغل بالاتفاق على الأرش لا يعد اعراضا عن الرد • ونظر القاضى حسين وغيره هذه المسألة بحق الشفعة لا تصح المصالحة عنه على أصح الوجهين ، خلافا لأبى اسحاق المروزى ، وقد عرفت ما فيه •

قال القاضى حسين : وقال أبو اسحاق : ثلاث مسائل أخالف فيها أصحابى ، حد القذف ، وحق الشفعة ، ومقاعد الأسواق ، أجوز الصلح عنها ، ومنعها سائر الأصحاب لأنها ليست بمال وانما يصح الاعتياض عما هو مال ، فأما اذا كان حقا مجردا فلا • انتهى •

وقد عرفت أن جواز المصالحة هنا أولى من جوازها فى المسائل الثلاث للفرق المذكور • ولذلك ابن سريج لم ينقل عنه موافقة أبى اسحاق اذا خالف فى المسائل الثلاث يخالف فى حق الرد بالعيب ، فانه لا فرق بينهما ، أو للرد بالعيب أولى كما قدم • واكتفوا بنسبة الخلاف هنا الى ابن سريج • وانما قلت : ان المصالحة هنا أولى بالصحة من المسائل الثلاث ، لما أشار اليه المصنف من أن خيار الرد يجوز أن يسقط الى المال فى حال ، ولا كذلك الحقوق الثلاثة • ولأن الأرش مأخوذ فى مقابلة حال نائب ولا جرم • قال القاضى أبو الطيب هنا : انه لا يصح المصالحة عن الشفعة قولا واحدا • ولم يحك خلاف أبى اسحاق مع حكايته للخلاف هنا • وهو مقتضى كلام المصنف رحمه الله تعالى هنا ، فانه جعل الشفعة أصلا مقيسا • وقول المصنف فى تعليل الثانى خيار فسخ يحترز بالفسخ عن القصاص والوصف حاصل فى الأصل ، وهو خيار الشرط والشفعة فان فيهما فسخ وابطال حق المشترى للتنقص • لكن هذا القياس لا يكفى بدون الغاء الفرق المتقدم • والأصحاب يقولون : الأرض جزء من الثمن فى مقابلة الجزء الثابت كما سيأتى ومقتضى ذلك

أن يجوز والمصالحة عنه كما قال ابن سريج ، فانه ليس فى مقابلة حق مجرد ولا سلطة الرد ولذلك اتفقوا على جوازه عند حدوث عيب جديد •

(التفريع) وهو مذكور فى الكتاب (ان قلنا) بالصحيح ، وهو أنه لا يجوز فتراضيا على ذلك ، فان كان المشترى عالما ببطلان المصالحة بطل حقه قطعا ، وان ظن صحتها ، وعليه يحمل كلام المصنف (فوجهان) حكاهما الامام عن نقل العراقيين ، وتعليلهما ما ذكره المصنف والمذهب عدم السقوط كما قال وممن صححه القاضى أبو الطيب وابن الصباغ والقاضى حسين والبغوى والرافعى ومن التفريع أيضا أنا (ان قلنا) بجواز المصالحة سقط الخيار ، ويثبت الأرش أو ما اتفقا عليه على البائع ، والا فلا ، فان كان أخذه وجب عليه رده ، ولو صالح عن العيب على مال وجوزنا فزال العيب لا يجب رد المال لأنه أخذ على جهة المعاوضة ، قاله البغوى ، ولا فرق فى جواز المصالحة بين أن يكون الثمن ذهبا فيصطلحان على ذهب أو فضة أو حالا أو مؤجلا ، قاله الجورى •

(فائدة) الأرش فى اللغة أصله الهرش أبدلت الهاء همزة ، وأرش الجراحة ديتها ، وذلك لما يكون فيه من المنازعة ، وأرشت الجرب والنار اذا أرثتهما ، والنار من بين القوم الافساد بينهم ، وأما فى الشرع فقال بعضهم : هو عبارة عن الشىء المقدر الذى يحصل به الجبر عن الفائت (وقال) الرافعى : هو جزء من الثمن نسبته اليه نسبة ما ينقص العيب من قيمة المبيع لو كان سليما الى تمام القيمة •

(فرع) لنا صورة يرضى المشترى فيها بالعيب ، ولا يكون له مانع من الرد اذا اطلع على ذلك فى مرض موته ، ولا تنقطع مطالبة الورثة عن البائع على أحد الوجهين • وسنذكره عند الكلام فى الأرش •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان أراد أن يرد بعضه لم يجز ، لأن على البائع ضررا فى تبعيض الصفقة عليه ، فلم يجز من غير رضاه ، وان اشترى عبدين فوجد بأحدهما عيبا فهل له أن يفرده بالرد ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يجوز ، لأنه تبعيض صفقة على البائع فلم يجز

من غير رضاه (والثانى) يجوز ، لأن العيب اختص بأحدهما ، فجاز أن يفرده بالرد ، وان ابتاع اثنان عبدا فأراد أحدهما أن يمسك حصته وأراد الآخر أن يرد حصته جاز لأن البائع فرق الملك فى الايجاب لهما فجاز أن يرد عليه أحدهما دون الآخر كما لو باع منهما فى صفقتين) .

(الشرح) هذه ثلاث مسائل ، الأولى اذا كان المبيع عينا واحدة فى صفقة واحدة ، فان كانت باقية فى ملك المشترى فليس له أن يرد بعضها بغير رضا البائع لمعنيين (أحدهما) تفريق الصفقة (والثانى) أن الشركة عيب ، فاذا رد النصف كان معيبا ولا يجوز رد العين اذا حدث فيها عيب ، والمنع فى هذه الحالة لا يكاد يعرف فيه خلاف ، وصرح القاضى حسين أنه لا خلاف فيه .

قال الامام : ورأيت لصاحب التقريب طرد القولين فيه وهو خطأ غير بعيد وهذا الخلاف نقله القاضى حسين عن صاحبه فيما اذا باع النصف ، ومع ذلك غلطه ، وان كان قد باع بعض العين لغير البائع فكذلك عند الجمهور .

وقال الماوردى : ان جوزنا تفريق الصفقة فله رد ما بقى واسترجاع حصته ، والتوقف حتى ينظر ما يؤول اليه حاله . وحكى ذلك عن نقل الشيخ أبى على ، وحكاه القاضى حسين عن صاحبه كما تقدم وغلطه ، ولم يطرد الماوردى هذا فى حال بقاء الجميع فى ملكه ، بل جزم بالمنع .

(فان قلنا) بجواز الرد فذاك ، ويسترجع قسطه من الثمن بلا خلاف . قال الامام : اذ لو قلنا : يسترجع الجميع وباقى المبيع فى يده فكان مضيا الى اثبات شىء من المبيع فى يد المشترى من غير مقابل ، وأورد ابن الرفعة أنه لم لا يقال يبقى الباقى بجميع الثمن ولا يسترجع شيئا ؟ ويكون المردود كالتالف قبل القبض ويكون فائدة الرد التخلص عن عهدة المبيع ، كما قاله القاضى حسين فيما اذا أبرأ من الثمن ، قلت : فالقاضى حسين وافق الامام على ما قال ، وعلل بعدم الفائدة فى الرد لو قلنا : يمسك الجميع ، والله أعلم .

(وان قلنا) بالصحيح المشهور الذى جزم به المصنف انه لا يجوز

لهالرد ففى حالة بقائه كله فى ملكه لا أرش له ، لأنه متمكن من رد الجميع ، وفى حالة خروجه عن ملكه ان كان بالمبيع فقد حكى الماوردى عنه فى وجوب الأرش وجهين مبنيين على التعليلين فيما اذا باع الجميع (أصحهما) الوجوب ، وسنذكرهما فى كلام المصنف فى بيع الجميع بعد ثلاثة فصول ان شاء الله تعالى ، وفيما اذا خرج بغير المبيع بالوقف رجع بالأرش ، وبالعتق لا يمكن ، لأنه يسرى الى الباقى وبالهبه على ما سنذكره فى كلام المصنف فى خروج الجميع ، فان على القول بامتناع الرد فى النقص والعجز عن رد الجميع يكون الكلام فى الأرش كالكلام فى تعذر الرد فى الجميع ، حرفا بحرف ، والصحيح فيما اذا خرج بعضه بالبيع هنا أنه لا رد ولا أرش •

قال الشافعى رحمه الله فى المختصر : ولو كان باعها أو بعضها ثم [ردها] عليه بالعيب لم يكن له أن يرجع على البائع بشىء ، ولا من قيمته من العيب •

وقال فى الأم فى اختلاف العراقيين فى باب الاختلاف فى العيب : واذا اشترى الرجل من الرجل الجارية أو الثوب أو السلعة ، فباع نصفها من رجل ، ثم ظهر منها على عيب ، دله له البائع لم يكن له ان يرد النصف بحصته من الثمن على البائع ، ولا يرجع عليه بشىء من نقص العيب من أصل الثمن ، وذكر الشافعى رحمه الله كلاما أكثر من ذلك سأذكره عند بيع الجميع • فان فيه اشارة الى أن العلة كونه لم يأنس من الرد ، وهناك أذكره ان شاء الله تعالى •

وكلام المصنف رحمه الله يقتضى أنه اذا رضى البائع جاز ، ولنا فى افراد احدى العينين بالرد برضاء البائع وجهان (أصحهما) الجواز ، فليكن ما اقتضاه كلام المصنف رحمه الله جاريا على الأصح (اذا قلنا) بذلك ، فلو بذل المشترى أرش نقصان النقيض هل يجبر البائع عليه ؟ يحتمل أن يأتى فيه الخلاف فيما اذا طلب أحدهما الرد مع أرش العيب ، وطلب الآخر الامساك وغرامة الأرش ، فان قلنا : يجاب المشترى أجبناه وأجبرنا البائع ، ومن ذلك يأتى فى المسألة أوجه (أصحها) امتناع الرد الا برضاء البائع (والثانى) الامتناع مطلقا (والثالث) الجواز مع أرش التبعيض (والرابع) من غير أرش ، وهو ما يقتضيه كلام صاحب التقريب والماوردى ، والوجهان بعيدان والأكثرون على

القطع بخلافهما وقد أطلق أكثر الأصحاب هذا الحكم والخلاف فى جواز التبعيض ، ولم يفرقوا بين المتقوم والمثلى • ولا شك أن ما ذكروه يظهر فى المتقوم للمعنيين المذكورين •

(أما) المثلى فالحنطة ونحوها اذا اشترى صبرة حنطة فوجد بها عيبا فاراد رد بعضها ، قال صاحب التتمة : ان قلنا فى العبدين يجوز فههنا كذلك والا فوجهان والفرق أن رد البعض لا يؤدى الى تجهيل الثمن ، قلت : وينبغى بناؤهما على خلاف سيأتى أن المانع الضرر أو اتحاد الصفقة (ان قلنا) بالأول جاز ، لأنه لا ضرر (وان قلنا) بالثانى فالصفقة متحدة ، فينبنى على أنه هل يجوز تفريق الصفقة أو لا ؟ فعلى الأول يجوز ، وعلى الثانى يمتنع ، ولا يضر كون التفريق هنا اختياريا لكونه لا ضرر فيه •

وقد رأيت المسألة منصوصا عليها فى البويطى فى آخر باب الصرف ، وقال : ومن اشترى من رجل متاعا جملة مما لا يكال ولا يوزن فوجد ببعضه عيبا يرده جميعا أو يأخذه جميعا ، وان كان مما يكال ويوزن فهو مخير ان شاء أخذ الجيد بحصته ورد ما بقى ، وهذا صريح فى الجواز ، ودال على أن المراعى الضرر ، ولو باع المشترى للمشترى بعض العين الواحدة من البائع ثم وجد بالباقى عيبا • قال القاضى حسين : فالمذهب أن له الرد اذ ليس فيه تبعيض الملك على البائع وقيل : لا يرده (قلت) وينبغى بناء ذلك على أن المانع الضرر أو اتحاد الصفقة (ان قلنا) بالأول فله الرد (وان قلنا) بالثانى فتخرج على التفريق كما تقدم ، وسيأتى حكمه فى كلام المصنف فى بقية هذا الفصل ان شاء الله تعالى •

(فرع) لو مات المشترى فى هذه الصورة وخلف وارثين ، فهل لأحدهما رد نصيبه ؟ فيه ثلاثة أوجه •

(أحدها) ليس له الانفراد لاتحاد الصفقة ، وهو قول ابن الحداد ، والأصح عند الرافعى ، واستدلوا له بأنه لو سلم أحد الاثنين نصف الثمن لم يلزم البائع تسليم النصف اليه فعلى هذا هل يجب له الأرش ؟ فيه ثلاثة أوجه (ثالثها) ان أيس على الرد رجع والا فلا ، وهو الأصح عند القاضى حسين ، وقد ذكر الرافعى هذه المسألة عند ما اذا اشترى وكيل عن رجلين ، وسأذكر ما قاله هناك ان شاء الله تعالى •

(والثانى) يجوز أن ينفرد برد نصيبه لأنه جميع ماله • حكاه الرافعى •

(والثالث) أن البائع مخير بين أن يأخذ نصف المبيع ويعطى نصف الثمن وبين أن يعطى نصف الأرش ويخير الذى يريد الرد على اسقاط حقه ، قاله الماوردى ، وحكاه العمرانى أن أبا الطيب ذكره عن ابن الحداد فى شرح المولدات •

(المسألة الثانية) اذا اشترى عينين من رجل واحد صفقة واحدة ولها صور (احداها) ما ذكره المصنف أن يجد العيب باحداهما ، وهما باقيان فى يده فهل له افراد المعيبة بالرد ؟ فيه قولان (أظهرهما) عند الماوردى والرافعى ، وقال القاضى أبو الطيب والرويانى : انه ظاهر المذهب ، وقطع به الشيخ أبو حامد ، وهو المنصوص عليه فى الأم فى كتاب الصلح وهو قول جمهور الأصحاب أنه ليس له ذلك ، بل يردهما جميعا أو يمسكهما جميعا ، سواء أكان ذلك قبل القبض أم بعده وسواء أكان مما يتساوى قيمته كالكرين من الطعام ، أو يختلف كالعبدين والثوبين ، هكذا ذكره ، وقد تقدم عن مختصر البويطى أن من اشترى مما يكال ويوزن أنه يجوز التبعيض ، ومقتضى ذلك أن يجوز افراد أحد الكرين بالرد •

(والقول الثانى) الجواز ، واختاره الرويانى فى الحلية ، والقولان عند الماوردى والقاضى أبى الطيب والغزالى والرويانى وغيرهم مبنيان على تفريق الصفقة (ان قلنا) يفرق جاز ، والا لم يجز ، لكن قياس هذا البناء كما قال الرافعى أن يكون قول التجويز أظهر ، وأشار الى الجواب بأن الصفقة وقعت مجتمعة ، ولا ضرورة الى تفريقها فلا يفرق يعنى وليس كما اذا جمعت حلالا وحراما أو حلالين ، وتلف أحدهما قبل القبض فان التفريق هناك ليس اختياريا ، وحاول ابن الرفعة اثبات قول يمنع افراد المعيب بالرد •

وان قلنا : يجوز تفريق الصفقة وذكر من نص الشافعى فى الصلح ما يدل دلالة ظاهرة على ذلك ويمكن أن يؤخذ من كلام المصنف ما يدل له لأنه علل المنع بما يحصل من الضرر بتبعيض الصفقة فلم يجز من غير رضاه • وهذا الكلام يشعر بجواز تفريق الصفقة

اذا رضى ، فالراجح أن لا يجهل ، القولان مبنيين على تفريق الصفقة بل مرتبين ، بأن يقال : ان منعنا تفريق الصفقة منعنا هنا ، والا فقولان ، والترتيب أوفق لكلام الأئمة الذين أطلقوا البناء ، فانه قد يطلق البناء على الترتيب ويبعد جعلهما قولين برأسهما أوفق لكلام المصنف ، فانه علل قول الجواز بأن العيب أخص بأحدهما • وهذا يقتضى بمفهومه أن العيب اذا لم يختصر وكان فيهما لا يجوز الافراد مع القول بجواز تفريق الصفقة • فأفاد أول كلامه وآخره أن لنا قولا بالمنع •

وان جوزنا تفريق الصفقة لأجل الضرر وقولا بالجواز ، ومنعنا تفريق الصفقة ، قلت : تفريق الصفقة القهرى لا يمكن القول بالجواز مع منعه ، لأنه على ذلك القول يستحيل شرعا • وأما التفريق الاختيارى برد أحد العينين دون الأخرى فكلا القولين اللذين ذكرهما المصنف رحمه الله يفرعان على منعه ، بمعنى أن المشترى ممنوع منه • وعلى تجويز التفريق القهرى فان أريد بالتفريق القهرى فالترتيب صحيح كما اقتضاه كلام الأئمة ، وان أريد التفريق الاختيارى فلا ترتيب ، فلا بناء ، وهما القولان بعينهما • وعلة المصنف تقتضى عدم جريانهما فيما اذا كان المعيب فيهما ، وسأتعرض لذلك فى بقية الكلام ان شاء الله تعالى • ثم ان النص المذكور عن الصلح يدل دلالة قوية على المنع مع القول بتفريق الصفقة ولم أذكر لفظه خشية التطويل مع ظهوره ، فهو يرد التخريج على تفريق الصفقة والقول بالجواز مبنيا عليها الا أن يكون لنا نص فى موضع آخر على الجواز ، فى خصوص مسألة افراد المعيب ، ولم أقف عليه ، ولذلك قطع الشيخ أبو حامد بالمنع والذى يقول بالجواز هنا يقول فيما اذا اشترى شقصى دارين أنه يجوز للشفيع أن يأخذ أحدهما دون الآخر ، وقد يحتمل ذلك فى شقص دار واحدة أن يأخذ بعضه ويدع بعضه • قاله صاحب التلخيص •

قال الرافعى : والقولان مفروضان فى العبدين ، وفى كل شىء لا تتصل منفعة أحدهما بالآخر ، فأما فى زوجى خف ومصراعى باب ونحوهما فلا يجوز الافراد بحال ، وارتكب بعضهم طرد القولين فيه (قلت) وجعله صاحب التتمة مرتبا (ان قلنا) هناك لا يجوز فههنا وجهان ، وبناهما على أصل أشار القاضى حسين اذا غصب فرد خف

قيمة الزوج(١) عشرة فتلف فى يده ورجع قيمه لآخر الى درهمين ، هل يضمن خمسة أو ثمانية • ان قلنا : خمسة جاز له افراد أحدهما بالرد ، وان قلنا ثمانية فلا • واذا قلنا بالصحيح وانه لا يجوز الافراد ، فقال المشترى : رددت المعيب فهل يكون ذلك ردا لهما ؟ فيه وجهان (أصحهما) لا •• بل هو لغو ولو رضى البائع بافراده جاز على الأصح • هكذا أطلق الرافعى الخلاف ، وينبغى اذا قلنا بجواز تفريق الصفقة أن يجوز قطعا ، لأنه انما امتنع لضرر البائع وقد رضى • أما اذا منعنا تفريق الصفقة فيمتنع ، وان رضى • ولذلك قال الغزالى : انه أقيس الوجهين فيما اذا رضى المنع • قال : لأن استحالة تفريق الصفقة الواحدة لا يختلف بالتراضى ، وما ذكره الغزالى من أنه الأقيس جار على ما قرره من البناء على تفريق الصفقة ، وقد تقدم أن الراجح عدم البناء ، وأن الأولى أن يكون الخلاف مرتبا ، فكذلك الأصح الجواز اذا رضى ، وهو الذى نص الشافعى عليه فى كتاب الصلح •

والمشكل طريقة الماوردى فانه قطع بالجواز اذا رضى البائع مع بنائه القولين عند عدم رضاه على تفريق الصفقة ، ولو أراد رد السليم والمعيب معا على هذا القول المانع من الافراد جاز ، قال الامام : لم يختلف العلماء فيه ، وعلى القول الآخر المجوز للافراد (الأصح) الجواز ، وفيه وجه حكاه الامام والغزالى فى الوسيط أنه لا يردهما الا اذا كانا معيبين ، وضعفه الرافعى • وحكى ابن يونس أن الغزالى قال : (اذا قلنا) لا يرد يطالب بالأرش ، وتعتبر القيمة يوم العقد ، واعترض الناس عليه بأنه ليس فى الوسيط ــ الا فيما اذا تلف أحد العبدين ــ والأرش يتعين فى مسألة التلف بخلاف هذه المسألة اذ يمكن •

(**قلت** :) وهو كذلك ولا اتجاه لما قاله ابن يونس • نعم لو كان صاحب الوجه المذكور الذى يقول انه لا يردهما الا اذا كانا

---

(١) اذا اراد الشارح زوجين فانه لا يقال فى الفردين مجتمعين زوجا قال تعالى : « **ثمانية ازواج** » ولم يذكر الا اربعة أصناف فيكون اسم الفرد زوجا واسم الاثنين زوجين • واذا اراد واحدا على مذهب صاحب القاموس أن الزوج خلاف الفرد ، وفى المصباح : زوج نعال اثنين وزوجان أربعة ، وفى الوسيط : الزوج كل واحد معه آخر من جنسه • (المطيعى)

معيبين يقول : انه لا يرد المعيب وحده اتجه عنده طلب الأرش ، لكنه ينفيه قول الامام فيما اذا منعنا الافـراد : انه لم يختلف العلمـاء فى جواز رد الجميـع ، فتعين أن يكون الوجه الذى فى الوسيط بمنع ردهما تفريعا على جواز رد أحـدهما وحينئذ لا وجه لطلب الأرش لامكان الرد • ولو أراد رد السليم وحـده قطع المـاوردى بأنه لا يجوز • وقال ابن الرفعة : انه لا خلاف فيه ، لأنه انما يجـوز تبعا ، وقد فقدت التبعية ، والله أعلم • واذا جوزنا الافراد فرده اشترط قسطه من الثمن بلا خلاف • وقد تقدم من الامام تعليله واعتراض ابن الرفعة عند الكلام فى العين الواحدة •

(فـرع) قال أبو حنيفة رضى الله عنه بالجواز فيما بعد القبض ، ووافق فيما قبله • واحتج من نصر قوله بأنه تم العقـد فيهما ، وانفرد أحدهما بسبب الخيار ، وثبت فيه الخيار كما لو اشترى عبدين واشترط فى أحدهما خيار الثلاث ونقض أصحابنا عليه ذلك بما قبل القبض ، أو وجد العيب فيهما ، أو كانا مصراعى باب وزوجى خف ، أو مما تتساوى أجزاؤه مثل كرين من طعام فان أبا حنيفة رحمه الله قال فى هذه المواضع الأربعة مثل ما قلناه •

والجواب على شرط الخيار فى أحدهما من وجوه بالنقض بالمسائل المذكورة وبأن صاحبه قد رضى بالتبعيض لمـا شرط ، وبأن وصف تمام العقـد لا تأثير له فى الأصل ، لأنه يجـوز أن يرد الذى شرط فيه الخيار قبل القبض وبعده • فهذا الكلام فى ظهور العيب باحـدى العينين وهما باقيتان ، وهى مسألة الكتاب ، على أن اطلاق كلام المصنف رحمه الله يحتمل أن يشمل هذه الصورة والصورة الثالثة التى سنذكرها • وهى اذا كان السليم تالفا ، فان كان الأول وهو الظاهر ، فالأظهر من قولى الكتاب الأول ، وهو أنه لا يجوز الافـراد وان كان الباقى(١) الأولى المنـع وفى الثالثة الجـواز كما(٢) ويرجح حمـل كلام المصنف على

(١ ، ٢) بياض بالأصل فحرر ، قلت : ولعل صورة المسائل هكذا : « وان كان الباقى تالفا فان الأولى المنع ، وفى الثالثة(١) الجواز كما قال المصنف » .

---

(١) والثالثة هى ما اذا كان الباقى سليما فيجوز له والا فان الابقاء على السليم (المطيعى)

العموم(١) القولين فى الصورتين أن القاضى(٢) فى حكاية القولين بين ما اذا كان العيب فى أحدهما وما اذا كان فيهما وأحدهما تالف ولم يذكر الترتيب(٣) سنذكره(٤) .

(الصورة الثانيه) وجد العيب بهما جميعا ، وهما باقيان فله ردهما قطعا ، وفى افراد أحدهما بالرد القولان السابقان . هكذا قال القاضى حسين والامام والرافعى وغيرهم . وقد تقدم التنبيه على أن كلام المصنف يفهم القطع بالمنع فى هـذه الصورة ، وان كان ساكتا عن التصريح بها ، ولا شك أن الشيخ أبا حامد رحمه الله يقطع هذا بطريق الأولى ، وانما النزاع فى جريان الخلاف عند غيره . وقد نقل صاحب الاستقصاء عن صاحب الافصاح أنه لا يجوز افراد أحدهما بالرد اجماعا كالطعام الواحد .

(قلت :) وهذا ليس بصريح لأن نص الشافعى رحمه الله تقـدم فى المكيل والموزون أنه يرد بعضه على ما اذا كانا باقيين ، فأولى بالجواز لتعذر ردهما ، فمن جوز هناك فههنا أولى ، ومن منع هناك اما قطعا كالشيخ أبى حامد وغيره حكاية القولين ، وبنوهما على تفريق الصفقة ، ان قلنا : يفرق جاز والا فلا ، والبناء هنا ظاهر ، والمـراد بالتفريق المبنى على التفريق القهرى ان منعناه امتنع هنا ، وان جوزناه جاز لوجود الضرورة ، ومقتضى هـذا البناء أن يكون قول الجواز هنا أظهر ، والرافعى رحمه الله اقتصر فى باب تفريق الصفقة على ترتيب الخلاف ، وأولوا به الجواز ، وليس فى ذلك بيان الأصح .

وأعاد المسألة فى باب الرد بالعيب ، ولم يتعرض لحـكم رد الباقى هل يجوز أو لا ، وبما ذكرته من الترتيب يعرف أن الأظهر الجواز ، لكن النص الذى سنذكره عن البويطى والنص الذى سنذكره عن اختـلاف العراقيين كلاهما يدل على خلافه ، وهو ما يقتضى كلام المـاوردى أنه

(١ ـ ٤) بياض بالأصل فحرر : ولعل صورة المسائل هكذا : « ويرجح حمل كلام المصنف على العموم وفى كلا القولين فى الصورتين أن القاضى حسين فى حكاية القولين بين ما اذا كان العيب فى احدهما ، وما اذا كان فيهما واحدهما تالف ولم يذكر الترتيب الذى سنذكره ان شاء الله تعالى » . هذا ما الهمنى الله تعالى من تقديم العبارة والله أعلم سبحانه .
(المطيعى)

الأصح ، ولعل الأصح عند الماوردى امتناع تفريق الصفقة ، والمراد بالتلف اما حسا واما شرعا ، فان جوزنا الافراد رد الباقى ، واسترد من الثمن حصته بلا خلاف ، وقد تقدم تعليله عن الامام واعتراض ابن الرفعة بطريق التوزيع بتقدير العبدين سليمين وتقويمهما ويسقط المسمى على القيمتين • فلو اختلفا فى قيمة التالف فادعى المشترى ما يقتضى زيادة الرجوع على ما اعترف به البائع فالأظهر عند القاضى أبى الطيب والرافعى والمصنف حيث ذكر فى باب اختلاف المتبايعين أن القول قول البائع مع يمينه • أما بثمن ملكه فلا يرد منه ما اعترف به • وهذا القول نسبه القاضى أبو الطيب والرافعى الى نصه فى اختلاف العراقيين (والثانى) أن القول قول المشترى لأنه تلف فى يده فأشبه الغاصب مع المالك اذا اختلفا فى القيمة كان القول قول الغاصب الذى حصل اهلاك فى يده ، وهذا القول فى اختلاف العراقيين أيضا وقد رأيتهما فيه • ولكن هل هما تفريع على جواز الافراد أو على منعه ؟ فيه نظر سأنبه عليه فى آخر الكلام • والاعتماد فى حكايتهما هنا على نقل الأئمة • وقد اقتصر الرافعى رحمه الله وغيره على استرجاع حصة المردود من الثمن ، ولم يتعرضوا لشىء آخر • ولا شك أن التالف اذا كان معيبا أيضا يجب الأرش عليه لتعذر رده ، كما يجب الأرش اذا تلف المبيع كله وتبين عيبه ، وانما سكتوا عن ذلك احالة له على ذلك المكان واقتصارا على القدر المختص بهذا المكان •

وان لم يجز الافراد فقولان فيما حكاه القاضى حسين وطائفة (ووجهان) فيما حكاه آخرون واقتضى ايراد الرافعى والنووى ترجيحه (أصحهما) عند الرافعى وغيره وهو الذى ذكره الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب فى تعليقهما لا فسخ له ولكن يرجع بأرش العيب لأن الهلاك أعظم من العيب ، ولو حدث عنده عيب لم يتمكن من الرد • وهذا هو الذى نقله الربيع فى مختصر البويطى ، فعلى هذا ان اختلفا فى قيمة التالف عاد القولان لأنه فى الصورتين يرد بعض الثمن ، الا أنه على ذلك القول يرد حصة الباقى ، وعلى هذا القول يرد أرش العيب ، وهل النظر فى قيمة التالف فى الصورتين الى يوم العقد أو يوم القبض ؟ فيه الخلاف الذى فى اعتبار القيمة لمعرفة أرش العيب القديم ، وسيأتى ان شاء الله تعالى (والأصح منه) اعتبار أقل القيمتين •

(والوجه الثانى) أنه يضم قيمة التالف الى الباقى ويردهما ويفسخ العقد • قال الرافعى وهو اختيار القاضى أبى الطيب ، واحتج له بأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر المصراة برد الشاة بدل اللبن الهالك •

(**قلت :**) ولم أر ذلك فى تعليقة القاضى أبى الطيب ، بل الذى فيها أنا اذا قلنا لا يرد رجع بالأرش كما تقدم عنه ، ولم يحك فيه خلافا ، وانا ان قلنا له رده فيرده بحصته من الثمن •

قال : وقال بعض أهل خراسان : العقد على هذا القول فيهما جميعا ثم يرد الباقي وقيمة التالف ، ويسترجع كما فى المصراة ، قال القاضى أبو الطيب : وهذا خطأ ، ويخالف نص الشافعى ، لأنه نص على ذلك فى اختلاف العراقيين ، وقال : يرجع الى حصته من الثمن ، ثم فرع عليه ، وذكر الاختلاف ، فالعجب من الرافعى رحمه الله ، الا أن يكون القاضى أبو الطيب نقله عن بعض الخراسانيين كما رأيت ، لكنه جعله مفرعا على القول بالرد ، وحكاه الامام وغيره وجعله الغزالى والرافعى رحمهما الله مفرعا على قول المنع كما تقدم •

ولا تنافى بينه وبين ما فعله أبو الطيب ، فان أبا الطيب يقول : (ان قلنا) لا يرده أى أصلا يرجع بالأرش (وان قلنا) يرده فهل يفرده ؟ أو يضم معه قيمة التالف ؟ فيه وجهان وهؤلاء يقولون : (ان قلنا) يفرده استرد القسط ، والا فهل يمتنع عليه الرد ، أو يضم معه قيمة التالف ؟ (فيه وجهان) فالكلامان راجعان الى معنى واحد ، وانما النزاع فى نسبة الرافعى القول المذكور الى اختيار أبى الطيب ووافق الرافعى على ذلك ابن الرفعة وزاد ابن الرفعة أن ابن الصباغ نقل القولين فى ذلك ، أعنى فى ضم قيمة التالف الى الموجود كما حكاهما الامام وغيره ، ولم أر ذلك فى الشامل بل رأيت فيه ما يحتمل أن يكون سبب الوهم الذى عرض للرافعى وتبعه هو عليه فى النقل عن أبى الطيب•

قال ابن الصباغ قال : حكى أبو الطيب عن بعض أهل خراسان أنه يفسخ العقد قال : وهذا هو السنة لحديث المصراة • فلعل الرافعى طالع ذلك وظن أن الضمير فى قال لأبى الطيب وانما هو لبعض أهل

خراسان يبينه ما فى تعليق أبى الطيب ، وقد تقدم الرافعى فى ذلك العمرانى فنقل المسألة فى الزوائد من الشامل • وزاد فقال : وقال القاضى : هذا هو السنة • قال ابن الصباغ : وهذا ليس بصحيح [أنه] هو القاضى ، وابن الصباغ ناقل عنه أو موافق له ، وبالجملة فالقول منصوص عليه فى البويطى لأن فى مختصر البويطى : ولو اشترى ثوبين فى صفقة واحدة فقبضهما فهلك أحدهما وأصاب بالآخر عيبا فله أن يرد القائم وقيمة التالف ، ويرجع بأصل الثمن الذى أعطاه ، فان اختلفا فى القيمة فالقول قول البائع ، من قبل أن الثمن كله قد لزم المشترى ، وهو يريد اسقاط الشىء عنه لما يدعى من كثرة قيمة الغائب ولا أقبل دعواه •

قال الربيع : وله قول آخر : اذا اشترى شيئين فى صفقة واحدة فهلك واحد وأصاب بالآخر عيبا لم يكن له الى الرد سبيل من قبل أنه كان له أن يرد الشىء كما أخذ ، فلما لم يرده مثل ما أخذ كان لا رد له وليس أن ينقص عليه ما اشترى منه ، ويرجع عليه بقيمة العيب الذى وجده فى الثوب الباقى ، فهذا الكلام الذى فى مختصر البويطى يقتضى اثبات قولين :

(أحدهما) يضم قيمة التالف الى الباقى ويردهما •

(والثانى) يمتنع الرد ويرجع بالأرش ، وهما هذان القولان اللذان فرعناهما على عدم جواز الافراد • فهما متعاضدان فى منع الافراد كما قدمت لك أولا •

وقد تأملت نصه فى اختلاف العراقيين فلم أجده صريحا فى الرد واسترجاع القسط • وانما قال : اذا اشترى ثوبين صفقة واحدة فهلك أحدهما فى يده ووجد بالثانى عيبا واختلفا فى ثمن الثوبين فالقول قول البائع مع يمينه ، من قبل أن الثمن كله قد لزم المشترى • والمشترى ان أراد رد الثوب يرده بأكثر الثمن ، أو أراد الرجوع بالعيب رجع به بأكثر الثمن • ولا نعطيه بقوله الزيادة • قال الربيع : وفيه قول آخر أن القول قول المشترى من قبل أنه المأخوذ منه الثمن • قال الشافعى

رحمه الله : اذا اشترى شيئين فى صـــفقة فهلك أحدهما ووجد بالآخر عيبا فليس الى الرد سبيل فيرجع بقيمة العيب لأنه اشتراهما صفقة • فليس له أن ينقضها •

(**قلت :**) وهــذا هو معنى ما فى البويطى وليس فيه زيادة عليه الا القول الآخــر الذى حكاه الربيع أن القول قول المشترى وآخــر كلامه المذكور صريح فى عــدم الرد • وأول كلامه فيه احتمال لمــا قاله أبو الطيب • وما قاله فى مختصر البويطى • وانما احتجت الى ذلك لقول القاضى أبى الطيب انه قال : يرجع الى حصته من الثمن • وهذا بحسب ما فهمه من اختلاف العراقيين من منع التفريق • والقاضى أبو الطيب نقله عنه بلفظ آخــر صريح فى التفريق • فلعل له فى اختلاف العراقيين نصا آخــر • وأبدى ابن الرفعة فيما حكى عن اختلاف العراقيين نظــرا من وجهين :

(أحدهما) أنا نفرع على منع التفريق فالنص مصرح بالتفريق فكيف يرد به ؟ وهذا قاله ابن الرفعة بناء على ما نقله القاضى أبو الطيب ، ونقله ابن الرفعة عن ابن الصباغ اعتراضا عليه لكنك قد عرفت فيــه النص بلفظ وليس فيه تصريح بالتفريق • ولو ثبت ذلك فالعــذر عن أبى الطيب أنه لم يجعل ذلك تفريعا على منع التفريق حتى يعترض عليه بما ذكر ، بل انما قال : اذا جوزنا الرد كما تقدم النقل عنه فاذا نقل عن الشــافعى رحمه الله أنه قال : مع الرد يسترجع القسط ، يكون ذلك ردا على من يقول : لا يسترجع القسط ، بل يضم القيمة عن التالف ويسترجع جميع الثمن ردا ظاهرا •

(والوجه الثانى) من اعتراض ابن الرفعة على أبى الطيب أن اختلاف العراقيين قيل : انه من القديم ، وهــذا بعيد لأن ذلك من رواية الربيع(١) عن الشافعى رضى الله عنه ، وان فرعنا على هــذا الوجه

---

(١) والربيع بن سليمان المرادى وكذا الجيزى كلاهما من رواة الجديد ورواة القديم هم الكرابيسى والزعفرانى وأبو ثور واحمد بن حنبل رضى الله عنهم اجمعين . (المطيعى)

وأنه يضم قيمة التالف الى الباقى ويردها فاختلفا فى قيمة التالف فالقول قول المشترى مع يمينه لأنه حصـــل التلف فى يده وهو الغارم ، وبه جزم القاضى حسين مع حكاية القولين فى الصورتين الأوليين ، قال : وكل موضع كان الغارم هو المشترى فالقول قوله ، وكل موضع كان الغارم هو البائع فعلى القولين ، وفى التتمة حكاية وجه آخـــر أن القول قول البائع لأن المشترى يريد ازالة يده عن الثمن المملوك له وذكر فى الروضة أنه شاذ •

(**قلت**) فى مختصر البويطى بعد أن قال : انه يرد القائم وقيمـــة التالف ، قال : فان اختلفا فى القيمة فالقول قول البائع من قبل أن الثمن كله قد لزم المشترى ، وهو يريد اسقاط الشىء عنه لمـــا يدعى من كثرة قيمة الفائت ولا أقبل دعـــواه ، وهذا يدل على الوجه الذى قاله فى التتمة بل هو هو ، والقيمـــة هنا معروفة واعتبارها بيوم التلف على الأصح فليس كما تقدر على القـــدر الآخـــر حيث يعتبر أقل الثمنين على الأصح • أشار اليه الامام فى باب التخالف •

(**فـــرع**) اذا ظهر العيب بالتالف فقط لم يرد الباقى قطعـــا ، ويرجع بأرش التالف •

(**فـــرع**) لو ظهر العيب بأحدهما أو بهما بعد بيع أحدهما فقـــد جمع الرافعى بين ذلك وبين ما اذا كان أحدهما تالفا ، وجزم به الشيخ أبو حامد هنا أيضـــا بامتناع الرد ، لأنه لم يحصل اليأس من الرد ، وقد تقـــدم فيما اذا كان المبيع واحدا وخرج بعضه عن ملكه أن الصحيح امتناع رد الباقى فاشتركت صورة التلف وصورة البيع فى الترتيب ، على ما اذا كانا باقيين كما قال الرافعى رحمه الله ، لكن الصحيح فى الأولى الجواز ، وفى الثانية المنع ، وهـــذا الذى ذكرناه اذا باع أحدهما وكانا معيبين أو باع الصحيح ، وبقى المعيب •

(أما) لو باع المعيب وبقى الصحيح فلا يرد الباقى الآن قطعا ، والكلام فى الأرش على ما مر وتحقيق الصحيح فى ذلك يتوقف على

تحقيق العلة فيما اذا باع البعض هل هو عدم اليأس أو غيره ؟ وسيأتى ان شاء الله ذلك بعد ثلاثة فصول •

(فـــرع) استثنى صاحب التلخيص من وجوب الأرش على القول بمنع الافراد مسألة واحدة وهى أن يكون قد باع أحدهما ، قال : ينظـــر ، فان كان صحيحا لم يدلس فيه بعيب لم يرجع بنقصان العيب ، وان كان معيبا ففى هذا الموجود قولان (أحدهما) يرجع بنقصـــان العيب ، والآخر ليس له الرجوع •

(قلت) لعل مراده ان كان المبيع صحيحا من عيب حادث عنـــد المشترى ولم يدلس فيه على المشترى الثانى لشىء حدث عنـــده فليس له الرجوع بالأرش لعدم اليأس من رجوع المبيـــع اليه ، ويردهمـــا معا ، وذلك يوافق ما قاله الشيخ أبو حامد ، وهو يجىء على المذهب على ما سيأتى خلافا لأبى اسحاق وان كان معيبا بعيب حدث عنده ففى رجوعه بأرش العيب فى الثانى قولان ، كما لو تلف أحدهما أو أعتقه بناء على تفريق الصفقة •

(فـــرع) بما ذكرناه يتبين أن الخلاف فى الجميع ، ولكنها مراتب ففى العبدين اذا كان أحدهما تالفا ، الجواز قوى جـــدا ودونه اذا كان أحدهما معيبا ، والخلاف فيه قوى أيضا ، وان كان الأصح فيهما المنع ، ودونه اذا كانا باقيين فى ملكه ، والعيب بأحدهما ودونه اذا كانا باقيين ، والعيب بهما ودونه فى العبد الواحد اذا باع بعضه ، ودونه فى العبد اذا كان كله باقيا فى ملكه ، فهذه ست مراتب لا يرد على الصحيح الا فى الأولى •

(فـــرع) حكم نقص أحدهما حكم تلفه وعتقه وبيعه ، قال صاحب التلخيص : وينبغى أن يكون كذلك ما لم يرض البائع بأحدهما مع النقص الحادث ، فيصير كما لو لم يكن نقص •

(فائدة) أكثر الأصحاب يطلقون توزيع الثمن على العبدين باعتبار قيمتهما والرافعى فى هذا الباب قدا باعتبار قيمتهما الى سليمين ،

ولا يتأتى غير ذلك اذا كان المشترى جاهلا بالعيب ، فانه انما بذل الثمن على ظن السلامة ، ولو وزعنا الثمن عليهما على ما هما عليه من العيب أدى ذلك الى خبط وفساد دل عليه الامتحان ، فالصواب تقدير السلامة كما ذكره الرافعى هنا وهى فائدة عظيمة نافعة فى مسائل :

(منها) فى الشفعة حيث يأخذ الشخص بقسطه من الثمن وغيرها من المسائل •

(ومنها) فى المرابحة اذا وزع الثمن فيجبر بما يخصه من الثمن بوصف السلامة ، ويجبر بالعيب الذى ظهر له ، ولا يجوز أن يجبر بقسطه من الثمن باعتبار العيب •

(ومنها) مسألة تقدمت فى الربا فى الصرف ، اذا باع دينارين بدينارين فخرج أحدهما معيبا اختار القاضى أبو الطيب وجماعة البطلان ، لأنه تبين أنه من قاعدة مد عجوة ، وأطلق الشيخ أبو حامد وجماعة الصحة واستشكله فى ذلك الباب ، وانتدبت له مأخذا بعيدا ، وبهذه الفائدة هنا يترجح ، فظهر مأخذ حسن يحمل عليه ويتمسك به فيه ، ويقوى على أى طالب لأن الفساد فى قاعدة مد عجوة من جهة التوزيع ، والتوزيع ههنا لا يقتضى المفاضلة اذا وزع باعتبار السلامة ، وانما يقتضى اذا وزع عليها باعتبار العيب •

(ومنها) فى تفريق الصفقة فى الدوام اذا تلف أحد المبيعين قبل القبض •

(ومنها) فى غير ذلك ، ولا تخفى الفروع بعد بيان القاعدة ، وهى قاعدة مهمة يجب الاعتناء بها وملاحظتها فى مسائل كثيرة فى أبواب متعددة •

(فرع) لا خلاف أنه لو ظهر العيب بالتالف وحده فليس له الرد ، لأن التالف لا يقبل الفسخ مقصودا أو مسوغا ، وانما صح الفسخ

فى التالف تبعا ، قاله القاضى حسين ، وانما ذكرته وان كان واضحا لئلا يتوهم أن بقاء السليم مسوغ لورود الرد على المعيب فى الصفقة التى شملته ، وليس لتكلف المبيع جملة اذ لا مورد أصلا • فلذلك نبهت عليه •

(المسألة الثالثة من مسائل الكتاب) اذا اشترى اثنان من واحد عبدا ووجدا بها عيبا وأراد أحدهما امساك حصته والآخر رد حصته ، جاز على القول الظاهر المنقول عن نصه فى كتبه الجديدة ومعظم كتبه القديمة ، وبه قال أحمد ومالك فى رواية ، وأبو يوسف ومحمد وابن أبى ليلى • ومنه أخذ الصفقة تتعدد بتعدد المشترى ، وهو الأصح ، ووجهوه بأنه رد جميع ما ملك مجازا كالمشترى الواحد • قال الشافعى رحمه الله تعالى فى المختصر : ولو أصاب المشتريان صفقة واحدة من رجل بجارية عيبا فأراد أحدهما الرد والآخر الامساك فذلك لهما ، لأن المعهود فى شراء الاثنين أن كل واحد منهما مشترى النصف بنصف الثمن • انتهى •

(والقول الثانى) ويحكى عن رواية أبى ثور عن القديم وقال أبو داود : انه مرجوع عنه • وبه قال أبو حنيفة انه ليس له الانفراد بالرد ، لأن العبد خرج عن ملك البائع كاملا والآن يعود اليه بعضه ، وبعض الشىء لا يشترى بما يخصه من الثمن لو بيع كله ، وربما أوردوا ذلك بعبارة أخرى فقالوا : خرج عن ملكه مجتمعا أو صفقة واحدة • ومن هذا القول أخذ أن الصفقة وان تعدد المشترى متحدة على ما قاله الامام ، لكن الصحيح المشهور الذى جزم به كثيرون أن الصفقة متعددة ، وبذلك منعوا من قال : خرج عن ملكه صفقة • ومنعوا أيضا من قال : خرج مجتمعا أشار المصنف رحمه الله فى استدلاله من قوله : ان البائع فرق الملك فى الايجاب • أى فلم يخرج مجتمعا • وأما من قال : كلامك أن أريد بصفة الكمال فهى معنى ، وان أريد التأكيد فلا يفيد • ومن هنا نعلم أن المصنف رحمه الله جازم بأن الصفقة متعددة •

واعترض القائلون باتحادها وامتناع الانفراد بالرد ، ما لو قال : بعتكما هذا العبد بألف ، فقال أحدهما : قبلت نصفه بنصف الثمن ،

وبما اذا أحضر أحدهما نصف الثمن وأراد اجبار البائع على تسليم نصف العبد ، وبأن الشركة عيب • وأجاب الأصحاب عن الأول بأن عندنا فى المسألة وجهين (أحدهما) يصح وهو الذى جزم به القاضى أبو الطيب وجماعة من العراقيين ، وأنه يلزم البيع فى حقه سواء قبل صاحبه أو رده ، وقيل ان للشافعى رحمه الله نصا فى الخلع يشهد له وقال الامام : أنه الأظهر فى القياس ، ورجحه الرويانى فى الحلية (والثانى) وهو الأصح عند طائفة منهم الرافعى ، وهو الأظهر فى النقل على ما قاله الامام لا يصح (وان قلنا) بالتعدد فان صيغة ايجاب البائع تقتضى جوابهما ، فكأنها مشروطة بأن يجيباه معا ، فليس ذلك من حكم العقد ، وانما هو من مقتضى اللفظ عرفا • وفى هـذا نظـر من جهه أن اشتراط ذلك يقتضى الفساد •

وعن الثانى أن الحكم عندنا أن البائع يجبر على تسليم نصيبه ، وسيأتى ذلك فى كلام المصنف فى آخـر باب اختلاف المتبايعين ان شاء الله تعالى •

وعن الثالث بأن البائع هذا الذى شرط بينهما ، فلم يكن هذا العيب حادثا فى يد المشترى ، وقد عرفت بما ذكرته أن استدلال المصنف رحمه الله أمس بكلام المخالف من استدلال غيره بأنه رد جميع ما ملك ، وان كان الكل صحيحا • وقوله كما لو باع منهما فى صفقتين ، أى متعددتين لفظا ، فان هذه متعددة حكما لا لفظا •

وقال القاضى حسين : الأولى أن يفرض الكلام فيما لو مات أحد المشتريين والبائع وارثه ، أو عاد الى البائع نصيب أحدهمـا بالبيع أو بالهبة كى يسقط على كلامهم أن الشركة عيب ، ووافق أبو حنيفة رحمه الله على أنه اذااشترى رجلان شقصا من واحـد ، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما بالشفعة • وهذا الذى التزمه الأصحاب من أن العقد متعدد هو المشهور •

وقال أبو الظفر ابن السمعانى : ان هذه طريق سقيمة لا يمكن تمشيتها ، ومن اعتمد عليها فلضعفه فى المعانى ، لأن قوله : بعت منكما

فى جانبه كلمة واحدة • نعم فى جانب المشترى هى بمنزلة عقدين ولو جاز ان نجعل عقدين لتعدد المشترى لجاز ذلك لتعدد الجميع •

والمعتمد من الجواب أن الصفقة وان كانت واحدة ، لكن يجوز لأحدهما أن يرد ، لان الخيار ثابت لهما ، وهو حق مشروع ؟ فيمكن من استيفائه على وجه لا يؤدى الى تفويت واسقاط بعدم مساعدة الاخر له • وأجاب عن كون الشركة عيبا بان التى كانت بين المشتريين قد زالت ، والتى وجدت بين البائع والمشترى انما وجدت بعدم الرد ، والرد لا يعيب المبيع لكن يعيده الى ملك البائع ، ثم الشركة تثبت باختلاف الملك فلا يكون العيب الذى هو معلول الرد سابقا لعلته ، وما قاله أولا لا يمكن تمشيته ، فان من مقتضاه أن أخذ الوارثين لمشترى العين الواحدة مستقل بالرد ، وليس كذلك لما سيأتى ان شاء الله تعالى ، وما قاله ثانيا وان كان محتملا فيمكن الانفصال عنه • وقد ظهر لك بما تقدم أنا ان قلنا باتحاد الصفقة منعنا انفراد أحدهما بالرد (وان قلنا) بالتعدد فقولان (أحدهما) المنع لضرر التبعيض ، هذا اذا نظرت الى التعدد والاتحاد أولا فلك أن تجعل القولين أولا فى الانفراد فأحرزنا ، فمن ضرورته تجويز التفريق ، وان منعنا الانفراد هل ذلك لحكمنا بالاتحاد أو لضرر التبعيض ؟ وان كانت الصفقة متعددة ففيه وجهان ، وهذه الطريقة أوفق لكلامهم ، والأصح من الوجهين الثانى لما سيأتى من كلام البويطى •

التفريع على هذين القولين ان جوزنا الانفراد ، فانفرد أحدهما فتبطل الشركة بينهما ، ويخلص للممسك ما أمسك وللراد ما استرد ، أو تبقى الشركة بينهما فيما أمسكه الممسك واسترده الراد • حكى القاضى الماوردى فيه وجهين ، قال الرافعى : أصحهما أولهما • قلت والوجه الثانى بعيد جدا ، وكيف يقال ان نصف العبد الذى أمسكه الممسك يكون بينه وبين الراد والراد لم يبق على ملكه شيئا ، وكيف يقال ان نصف الثمن الذى استرجعه الراد يأخذ الممسك نصفه وهو لم يرد شيئا ؟ ووجهه الماوردى أنه لم يكن بينهما قسمة • وهذا توجيه ضعيف ، لأن ذلك يكون فى المعين لا فى المشاع ، فان النصف المشاع المردود مختص بالراد قطعا ، وحمله ابن الرفعة على ما اذا كان الثمن مشتركا

بينهما ، وهذا الحمل قد يقال : انه يصح معه الاشتراك فى المسترد من الثمن ، أما بقاء الشركة فى نصف العبد الباقى فلا والتحقيق أنه لا تصح الشركة فى المسترد من الثمن أيضا لأن الثمن الذى كان مشتركا بينهما ملكه البائع ثم انتقض ملكه فى نصفه الشائع المختص بالراد بحكم رده ويقسمه الراد والبائع وهو قسمة جديدة واردة على ملكيهما ، وليس للممسك فيها حظ ، ونصفه الشائع لم ينقض الملك فى شىء منه • فلا وجه لهذا الوجه أصلا •

نعم : قد تقدم لنا عن صاحب التقريب شذوذ فى جواز رد بعض العين الواحدة ، فعلى ذلك اذا قال الراد : رددت النصف ولم يعين أنه نصفه ، وقلنا بأن هذه الصيغة تحمل على الاشاعة كما هو فى العتق وغيره على أحد الوجهين فيصح الرد فى نصف نصيبه ، ولكن لا يبقى نصيب الممسك مشتركا ولا المسترد من الثمن مشتركا لعدم صحة الرد فى نصيب شريكه ، بل يبقى للراد ربع العبد وللممسك نصفه ، ويسترد الراد ربع الثمن ، وبالجملة فهذا الوجه الى الغلط أقرب • ومن التفريع على هذا القول أنه لا يلزم الراد ضم أرش التبعيض الى ما يرد ، لأن البائع الذى أضر بنفسه ، قاله الامام •

وان منعنا الانفراد فذاك فيما ينقص بالتبعيض (أما) ما لا ينقص كالحبوب ففيه وجهان مبنيان على أن المانع ضرر التبعيض أو اتحاد الصفقة ، فعلى الأول يجوز وعلى الثانى يمتنع وهو الذى جزم به القاضى حسين ، والتعليل الأول يمنع أخذ اتحاد الصفقة من هذا القول ، والوجهان المذكوران بيانهما حكاهما الرافعى والامام ، وقد تقدم عن نصه فى البويطى جواز ذلك فى المشترى الواحد ، ففى المشتريين أولى ، ولذلك أصلح بعضهم بعض نسخ التنبيه ، وجعل ان اشترى اثنان عبدا ، ولفظ مختصر المزنى شاهد له ، ونقله بعضهم عن المختصر سلعة مكان جارية ، فيكون شاهدا للنسخ المشهورة ، ويكون كلام البويطى الذى حكيته مفيدا لذلك •

وهذا اذا لم يقسماه ، فان اقتسماه فكذلك عند الامام ، وفيه فرض المسألة وبناه القاضى حسين فيما نقله ابن الرفعة على الخلاف

فى القسمة ان قلنا افراز (وان قلنا) بيع فكما لو اطلع على العيب بعد بيع بعضه • هكذا نقل ابن الرفعة عن القاضى ، ولم أره فى تعليقه هكذا ، لكنه لو قال فيما لو اشترى مشاعا كنصف عرصة ثم قاسم المبيع ثم وجد عيبا قديما ان قلنا القسمة افراز له الرد ، والا فلا ، كما لو باع بعض المبيع ، قال : وفيه نظر •

(**قلت :**) أما البناء على أن القسمة افراز أو بيع فمتجه متعين (وأما) منع الرد اذا قلنا : انها بيع فيما اذا قاسم البائع فمشكل على القاضى حسين لأنه تقدم عنه أن المذهب فيما اذا باع بعض العين من البائع أنه يرد فينبغى أن يكون هنا ، الصحيح الرد على البائع اذا قاسمه على القولين ، وذكر القاضى فى الفتاوى اذا اشترى شقصا من ربع وقاسم شريكه ثم وجد به عيبا قال (ان قلنا) القسمة افراز له الرد (وان قلنا) بيع فهو باع نصف ما فى يده بنصف ما فى يد شريكه • فيرد النصف الذى يملك من الشريك عليه ، فاذا رد يعود اليه النصف الذى يملك منه الشريك ثم يرد الكل بالعيب ، والا يبطل حقه ، لأن الرد يعقبه فسخ العقد لاختلاف الملك ، قال : وعلى هذا لو اشترى عبدا بدراهم ، وباعه بثوب ، ثم وجد بالثوب عيبا فرده واسترد العبد وبه عيب قديم ، فان كان قد علم به وهو فى يد المشترى الثانى له أن يرد ، لأنه قصد رد الثوب ، والعبد عاد لا باختياره ، وفيه وجه أنه لا يرد ، لأنه برد الثوب اختار ملك العبد معيبا •

(**قلت :**) هكذا قال القاضى ، وهو على رأيه الذى سنذكره فيما اذا باع المعيب ثم اشتراه عالما بعيبه أنه لا يرده على الأول ، والصحيح خلافه ، ولو أراد الممنوع من الرد الأرش • قال الامام : ان حصل اليأس من امكان رد نصيب الآخر بأن أعتقه وهو معسر فله أخذ الأرش ، وان لم يحصل نظر ان رضى صاحبه بالعيب فيبنى على أنه لو اشترى نصيب صاحبه وضمه الى نصيبه وأراد أن يرد الكل ويرجع بنصف الثمن ، هل يجبر على قبوله كما فى مسألة النعل ، وفيه وجهان (ان قلنا) لا ، أخذ الأرش (وان قلنا) نعم ، فكذلك فى أصح الوجهين ، لأنه توقع بعيد ، وانكان صاحبه غائبا لا يعرف الحال ففى الأرش وجهان عن حكاية صاحب التقريب من جهة الحيلولة الناجزة •

وقد بقى مسائل من هذا النوع لم يذكرها المصنف .

(منها) اذا تعدد البائع ، كما لو اشترى واحدا عينا من رجلين ، فله رد نصف المبيع على أحد البائعين ، وقاله القاضى حسين وغيره ، فان الصفقة تتعدد بتعدد البائع قطعا ، ووافقه أبو حنيفة رحمه الله فيه ، ولو اشترى واحد شقصين من رجلين فهل للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما ؟ فيه وجهان (أحدهما) نعم للتعدد (والثانى) لا ، للضرورة . قاله أبو حنيفة رحمه الله ، وقد تقدم مذهبنا ومذهبه فيما اذا تعدد المشترى . قال القاضى حسين : فمذهب أبى حنيفة فى الشفعة على عكس مذهبه فى الرد بالعيب .

(ومنها) اذا تعدد العاقدان بأن اشترى رجل عينا من رجلين فهو فى حكم أربعة عقود . وكان كل واحد منهما اشترى ربع المبيع من هذا والربع من ذلك . فله أن يرد نصيب أحد البائعين . وكذلك لصاحبه ، قال القاضى حسين وغيره . ولو اشترى ثلاثة أنفس من ثلاثة أنفس عبدا لكل واحد من الثلاثة أن يرد بيع العبد على كل واحد من البائعين الثلاثة ، لأن حكمها حكم العقود التسعة ، قاله الماوردى .

(ومنها) اذا تعدد المعقود عليه والعاقد معا بأن اشترى رجلان عبدين من رجلين فلكل واحد منهما رد الربع من العبدين على كل واحد من البائعين ، وهل له رد الربع من أحدهما على أحد البائعين ؟ على القولين فى تفريق الصفقة فى الرد . هكذا قال القاضى حسين .

وقال أيضا فى الصورة المذكورة بعينها فى هذا الموضع بعينه : هل لكل منهما رد النصف من أحدهما على أحد البائعين ؟ على القولين . هكذا رأيته فى النسخة ، وكأنها غلط ، والصواب أن يقال على البائعين اسقاط أحدهما فان كل واحد من المشتريين اشترى النصف من البائعين لا من أحدهما ، والتحقيق فى ذلك أن يقال : لهما رد العبدين على البائعين قطعا ، ورد نصفهما على أحد البائعين قطعا ، وهل لأحدهما رد نصفهما على البائعين ، أو ربعهما على أحد البائعين ؟ فيه الخلاف فيما اذا اشترى اثنان من واحد ، وهل لأحدهما رد الربع من أحدهما

على أحد البائعين على قولى التفريق فيما اذا اشترى عبدين من واحد ، هذا اذا كان كل من العبدين مشاعا بين البائعين •

(ومنها) اذا كان أحد العبدين لهـذا ، والآخـر لذاك ، وجمعا بينهما فى الصفقة وجوزناه على أحـد القولين ، فهل له رد أحد العبدين بالعيب ان جوزناه فيما اذا كانا لواحد فههنا أولى والا فوجهان ، والفرق أنه رد عليه جميع ما ملك من جهته ، قاله القاضى حسين ، وقد تقـدم عنه وعن غيره أنه يرد نصف العين الواحدة على أحـد البائعين ، فالقول هنا بأنه لا يرد بعيد •

(ومنها) اذا اشترى رجل عبدين من رجلين مشتركين بينهما ، فله أن يرد على أحدهما نصفى العبدين ، وليس له أن يرد نصفى العبدين عليهما ، ولو أراد رد نصف أحد العبدين على أحدهما فعلى قولين • ولو أراد رد ربع العبدين عليهما أو على أحدهما لم يجز بحال • قاله القاضى حسين • قال : والحد فيها أن فيما هو الخير يثبت الخيار وفيما هو الشر وجهان •

(ومنها) اشترى اثنان عبدين من واحد فحكمهما ظاهر فيما تقدم أنهما(١) رد العبدين قطعـا ولأحدهما رد حصته منهما على الأصح كأحد المشتريين الواحد ، وليس له رد نصف العبد الواحد على الأصح كأحد العبدين مع المشترى الواحد ، ولم أرها مسطورة •

(فـرع) جملة المسـائل المذكورة ترجع الى ثمانية أقسام ، أن يتحد الجميع • أو يتعدد المبيع فقط أو المشترى فقط • وهذه الثلاثة مذكورة فى الكتاب ، أو يتعـدد البائع فقط أو البائع والمبيع • أو البائع والمشترى • أو المبيع والمشترى أو يتعـدد الجميع • ووجه أنه اما أن يتعـدد الجميع أو يتحد الجميع • أو يتحد واحد فقط أو يتعدد واحد فقط • وفى كل من القسمين الآخرين ثلاثة •

---

(١) كذا فى ش و ق والراجح لضبط السياق : « أن لهما رد ... » (المطيعى)

(فـرع) لو اشترى شيئا واحدا فى صفقتين نصفه بصفقة ونصفه بصفقه أخرى من ذلك الرجل أو من غيره جاز له رد أحـد النصفين بالعيب دون الثانى بلا خلاف لتعـدد الصفقة •

(فـرع) هذا كله اذا تولى كل واحد منهما العقـد بنفسـه أو كان عن كل واحد وكيل واحد • أما اذا عقـد بالوكالة وحصل التعدد فى الوكيل أو فى الموكل • فهل الاعتبار فى تعـدد العقد واتحاده بالعاقد أو المعقود له ؟ فيه أوجه (أصحها) عند الأكثرين أن الاعتبار بالعاقد ، وبه قال ابن الحداد ، لأن أحكام العقـد تتعلق به وخيار المجلس يتعلق به دون الموكل ، ويعتبر رؤيته دون رؤية الموكل •

(والثانى) الاعتبار بالمعقود له وهو الموكل • قاله أبو زيد والخضرى ونسبه بعضهم الى أئمة العراق • وهو الأصح فى الوجيز •

(والثالث) الاعتبار فى طرف البيع بالمعقود له وفى الشراء بالعاقد • قاله أبو اسحاق المروزى ونسبه الرويانى الى القفال • والفـرق أن العقد يتم فى الشراء بالمباشر دون المعقود له • ولهذا لو أنكر المعقود له الاذن فى المباشرة وقع العقد للمباشر بخلاف طرف البيع • قال الامام رحمه الله : وهـذا الفرق فيما اذا كان التوكيل فى الشراء فى الذمة فان وكله بشراء عبد بثوب معين فهو كالتوكيل بالبيع •

(والرابع) قال فى التتمة : الاعتبار فى جانب الشراء بالموكل ، وفى البيع بهما جميعا ، فأيهما تعـدد تعـدد العقد اعتبارا بالشقص المشفوع ، فان العقد يتعدد بتعدد الموكل فى حق الشفيع ، ولا يتعدد بتعدد الوكيل حتى لو اشترى الواحد شقصا لاثنين ، فللشفيع أخـذ حصة أحدهما بالفلس ولو اشترى وكيلان شقصا لواحد لم يجـز للشفيع أخذ بعضه ، وفى جانب البيع حكم تعـدد الوكيل ، والموكل واحد ، حتى لو باع وكيل رجلين شقصا من رجل ليس للشفيع أخـذ بعضه ، واذا ثبت ذلك فى الشفعة ثبت فى سائر الأحكام •

قال صاحب التتمة : وهذا أبعـد الطرق ، لأن فى باب الشفعة

يأخذ من المشترى فاذا أخذ نصف ما فى يده أضر به ، وههنا يرد على البائع ، فاذا تعـدد البائع ورد على أحدهما ما كان له لم يتضمن ضررا ، واذا تعـدد الوكيل واتحـد البائع فرد عليه نصف ماله تضمن ضررا ، وهذا الذى قاله صاحب التتمة صحيح ، ومدرك الشفعة غير مدرك هـذا الباب ، ولذلك نقول فى الشفعة : ان الصفقة تتعدد بتعـدد المشترى جزما ، وفى البائع خلاف عكس ما فى هذا الباب ، ففى كل باب ينظـر الى المعنى المختص بذلك الباب .

(والخامس) اذا كان الوكيل من جهة المشترى فالعبرة بالموكل ، وان كان من جهة البائع فالعبرة بالعاقد ، وهـذا بالعكس مما قاله أبو اسحاق حكاه القاضى حسين فى تعليقه ، وهو مغاير لمـا حكاه صاحب التتمة ، فهذه خمسة أوجه فى تعـدد الصفقة واتحادها اذا جرت بوكالة ، ونقل صاحب التتمة عن القفال فيما اذا وكل رجلان رجلا فاشترى لهما عبدا .

قال : وقال القفال : ان كان البائع يعلم أنه وكيل رجلين فلأحدهما أن يرد نصيبه وان كان البائع يعتقد أنه يشترى لنفسه أو اعتقـد أنه وكيل لواحـد فليس لأحدهما أن يرد النصف ، وهذا ليس وجها سادسا فى التعـدد والاتحاد ، بل تفريع على القول بالتعـدد ، وهكذا يقتضيه كلام القاضى حسين وغيره ، وعلى هـذا مأخذه رضا البائع بالتبعيض وعدمه ، وهو من نص الشافعى رحمه الله فى الرهن اذا اشترى رجل له ولشريكه عبدا ورهن الثمن عينا مشتركة ، ثم وفـر أحد الشريكين نصيبه من الثمن انفك نصيبه من الرهن على أحد القولين ، وهل للبائع الخيار بخـروج بعض الرهن عن يده قبل كمال حقه ؟ .

قال الشافعى رحمه الله : ان كان البائع عالمـا بأنه مشتريه لنفسه ولشريكه وأن الرهن مشترك بينهما فلا خيار له ، وان كان يعتقـد أنه اشترى لنفسه على الخصوص أو لشريكه ، وأن الرهن لواحـد فله الخيار ، وكذلك فى هـذه المسألة ولا دليل فى ذلك ، على أن القفال يقول بالتعدد لتعدد الوكيل فى الشراء ، ولا يخالفه ، كما تقدمت الحكاية عنه فى موافقة أبى اسحاق ، ولكن مأخذه ما ذكر ، وانمـا ذكرت ما قاله

مع الأوجه فى تعـــدد الصفقة واتحادها ، لأنا نحتاج اليه فى هذا المكان ، اذ المقصـــود ههنا ما يترتب على هذا الأصـــل من الفروع فى الرد ، ولابد من التفريع عليه ، وقد يجىء فى بعض الفروع بسببه ستة أوجه ، وضعف القاضى حسين قول أبى اسحاق ، ورأى أن الصحيح مأخـــذ ابن الحداد ومأخذ أبى زيد ، وأن أصلهما أن وكيل الشراء هل يطالب بالثمن ؟ ووكيل البيع هل يطالب بتسليم المبيع ؟ •

(فـــروع) على هذا الأصل (منها) لو اشـــترى وكيـــل لرجل شيئا فخرج معيبا فان قلنا بالأصح وهو اعتبار العاقد مطلقا ، أو لقول أبى اسحاق ، فليس لأحد الوكيلين افراد نصيبه بالرد ، وبه قطع المـــاوردى ، وقاسه جماعة على ما لو اشترى ومات عن اثنين وخـــرج معيبـــا لم يكن لأحـــدهما افـــراد نصـــيبه بالرد ، وهل لأحـــد الموكلين والاثنين أخـــذ الأرش ؟ ســـيقع التعـــرض له ان شاء الله تعالى عند ذكر المصـــنف مســـألة الاثنين فى آخـــر الفصـــل ان شاء الله تعالى ، فهذا اذا قلنا بقول ابن الحداد وهو الأصح ، ويوافقه هنا قول أبى اسحاق ، وان قلنا بقول أبى زيد جاز لكل من الموكلين افراد نصيبه بالرد ، وكذلك على الوجه الذى حكاه صاحب التتمة ، والوجه الذى حكاه القاضى حسين على رأى القفال يفرق بين علم البائع وجهله ان علم جاز لأحدهما أن يرد نصيبه ، وان جهـــل فلا لأنه لم يرض بتبعيض الملك عليه كذلك تقدم عن صاحب التتمة ، وقاله القاضى حسين وصاحب التهذيب ولم يعينا قائله ، فحصل فى هذا الفرع ثلاثة أوجه •

(ومنها) لو وكل رجلان ببيع عبد لهما ، أو وكل أحد الشريكين صاحبه فباع الكل ، ثم خـــرج معيبا ، هل الأصح وهو قول ابن الحداد : لا يجوز للمشترى رد نصيب أحدهما ؟ وعلى الثلاثة الأوجه الأخـــر يجوز ، وعلى الخامس يقتضى أن لا يجوز • وحكى المـــاوردى الوجهين هنا مع قطعه بالمنع أن التوكيل بالشراء كما تقدم يخالف بين الصورتين ، وهو يقتضى طريقة بأن العبرة فى جانب الشراء بالعاقد ، وفى جانب البيع وجهان ، ولذلك أبديت فيما تقدم نظرا فى قول من نسب قول أبى زيد الى أئمة العراق •

(ومنها) لو وكل رجلين فى بيع عبده فباعه لرجل ، فعلى الوجه الأول يجوز للمشترى رد نصيب أحدهما ، وعلى الأوجه الأربعة الأخر لا يجوز •

(ومنها) على ما قاله الرافعى : لو وكل رجلان رجلا فى شراء عبد ، أو وكل رجلا فى شراء عبد له ولنفسه ففعل وخرج العبد معيبا ، فعلى الوجه الأول والثالث ليس للموكلين افراد نصيبه بالرد ، وعلى الثانى والرابع يجوز •

وقال القفال : ان علم البائع أنه يشترى لهما فلأحدهما رد نصيبه لرضا البائع بالتبعيض وان جهله ، قلت : وهـذا الفرع هو الأول بعينه ، وقد تكرر ذلك فى الشرح والروضة • وأظن الحامل على ذلك أن صاحب التهذيب ذكر هذا الفرع كما هو هنا ، وذكر الحكم فيه بالرد ثم أعاده لأجل الكلام فى الأرش ، وغير عبارته فقال : اذا اشترى رجل بوكالة رجلين لهما شيئا فذكرهما الرافعى بالعبارتين وقدم الثانى على الأول ، وذكر حكم الرد فى الموضعين ، وكان يستغنى بالأول عن الثانى • وتبعه فى الروضة على ذلك ، والله أعلم •

(فـرع) نقل ابن الرفعة هذا الفـرع المتقدم لو كان المشترى واحدا لنفسه ولموكله ، وصرح بذلك فى العقد ، فهل لأحدهما أن ينفرد بالرد ؟ فيه وجهان • واختيار أبى اسحاق لا •• والثانى وهو الأصح وبه قال ابن أبى هريرة نعم •• لأنهما بالذكر صارا كما لو باشرا ، حكاه صاحب البحر والقاضى أبو الطيب فى كتاب الشركة •

(قلت :) وذلك مخالف لما ذكر أنه لا يصح هنا (والأصح) ما ذكروه هنا ، لأن الأصح أن الوكيل مطالب بالعهدة وان صرح بالمباشرة •

(ومنها) لو وكل رجلان رجلا فى بيع عبد ، ورجلان رجلا فى شراء ، فتبايع الوكيلان فخـرج معيبا ، فعلى الأوجه (الأول) لا يجوز التفريق ، وعلى (الثانى) و (الرابع) يجوز فلهما أن يردا على أحد البائعين نصف العبد ، ولأحدهما أن يرد النصف عليهما ، وله رد الربع

من أحدهما لأنه جميع ما يملكه عليه ، وعلى (الثالث) فى جانب المشترى متحد دون البائع ، فيكون حكمه حكم الواحد يشترى من رجلين ، فلهما أن يردا نصيب أحد البائعين ، وليس لأحدهما أن يرد نصيبه عليهما ، وعلى (الخامس) يقتضى أنه كما لو اشترى اثنان من واحد عكس الثالث ، فلكل من الموكلين فى الشراء رد حصته بكمالها ، وليس له رد نصفها على أحد الموكلين فى البيع وعلى ما قاله القفال يفرق بين العلم والجهل كما تقدم ، فهذه خمسة أوجه فى هذا الفرع •

وصاحب التتمة حكى فيه خمسة أوجه أيضا ، لكنه لم يحك الوجه الذى قاله القاضى حسين ، وانما ذكر الوجه الذى تقدمت حكايته عنه ، والذى يظهر فى هذا الفرع أنه يتجه التفريع عليه ، وعلى الثانى كما قدمت •

وأما الرافعى رحمه الله فانه اختصر جدا • وقال : فعلى الوجه الأول لا يجوز التفريق ، وعلى الوجه الآخر يجوز ، هكذا رأيته فى النسخة ، الوجه الآخر والمراد به قول أبى زيد ، ويكون قد يدل التفريع على بقية الوجوه الأربعة التى ذكرها فى الروضة وبعض نسخ الرافعى ، وعلى الأوجه الأخر يجوز ، فمقتضاه أنه يجوز على الوجه الثانى والثالث والرابع • فأما جوازه على الثانى والرابع فصحيح على اطلاقه كما تقدم • وأما على الثالث فليس على اطلاقه وقد تقدم بيانه •

(ومنها) وكل رجل رجلين فى بيع عبد ، ووكل رجل آخرين فى شراه ، فتبايع الوكلاء ، فعلى الوجه الأول يجوز التفريق • قال الرافعى والنووى : وعلى الوجوه الأخر لا يجوز ، والأمر كما قالاه على الوجه الثانى مطلقا • وأما على الثالث فيكون كما لو اشترى اثنان من واحد ، وعلى الرابع كما لو اشترى واحد من اثنين ، وعلى الخامس كذلك ، ولا يخفى الحكم فى ذلك ، والرافعى رحمه الله لم يذكر الوجه الخامس فى أصل المسألة ، فحصل فى هذا الفرع أربع طرق • وهذه الفروع الخمسة ذكرها الرافعى رحمه الله وتقدمه بذكرها جماعة ، وهى فى الرافعى والروضة ستة للتكرار الذى تقدم التنبيه عليه •

(ومنها) ولم يذكره الرافعى : لو وكل الواحد رجلين فى الشراء دون البيع قال القاضى حسين : فعلى طريقة ابن الحداد والشيخ أبى اسحاق للموكل أن يرد النصف ، وعلى طريقة أبى زيد ليس له رد النصف • قلت : وعلى ما حكاه صاحب التتمة والذى حكاه القاضى حسين أيضا ليس له الرد ، ولا يأتى هنا الوجهان •

(فـــرع) اذا صدر العقـــد بالوكالة فذلك على ستة عشر قسما ، لأنه اما أن يتحد وكيل البيع ووكيل الشراء وموكلاهما ، واما أن يتعـــدد الجميع ، واما أن يتحد واحد فقط وهو أربعة • واما أن يتعـــدد واحد فقط ، وهو أربعة ، واما أن يتعـــدد اثنان وهو ستة تقدم من هذه الأقسام الستة عشر ستة فى الفروع الستة المذكورة ، وهى اذا تعـــدد واحد فقط بصوره الأربعة ، وقسمان من تعـــدد الاثنين وهما تعـــدد الوكيلين ، وتعدد الموكلين ، وبقيت عشرة منها اتحاد الجميع ولا حاجة اليه هنا ، والتسعة الباقية لا يخفى تدبرها وتفريعها على الفقيه ، واذا أخذ مع هذه الأقسام تعـــدد العين المبيعة واتحادها كانت الأقسام اثنين وثلاثين فرعا ويحتاج الفقيه فى حكم كل منها وتفريعه الى تيقظ ، والله أعلم •

(فـــرع) فأما اذا جرى العقد بوكالة من أحد الطرفين فقط فستة عشر مسألة لأن العاقد لنفسه اما واحد أو متعدد • وعلى التقديرين فالوكيل مع موكله أربع صور صارت ثمانية مضروبة فى تعـــدد المبيع واتحاده ، فهذه ستة عشر فى البائع ومثلها فى المشترى ، وقبلها اثنان وثلاثون ، وقبلها فيما اذا كان العقد بغير وكالة ثمانية ، وكل منها اما أن يفصل فيه الثمن أو لا ، ولولا التطويل لذكرت كلّ صورة من ذلك وحكمها وما يقتضيه التفريع فيها ، ولكن معرفة الأصل كافية للتبيين ، والله أعلم •

وانما ذكرت تعدد المبيع واتحاده وان لم يكن له أثر فى تعـــدد الصفقة ، لأن له أثرا فى الرد بالعيب الذى نتكلم فيه كما تقدم ، والله تعالى أعلم •

(فــرع) هذا كله اذا جرى العقد بصيغة واحدة ، فلو جــرى بصيغتين فلكل منهما حكمها ، وقد تقدم التنبيه على كل ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان مات من له الخيار انتقل الى وارثه لأنه حق لازم يختص بالمبيع فانتقل بالموت الى الوارث ، كحبس المبيع الى أن يحضر الثمن) •

(الشرح) قوله : لازم احتراز من الحقوق الجائزة التى تبطل بالموت كالوكالة والشركة وخيار القبول وخيار الاقالة وخيار المكاتب ونحو ذلك (وقوله) يختص بالمبيع احتراز من خيار الرجوع فى الهبة والعيب فى المنكوحة ، هكذا ذكره المتكلمون على المهذب •

وقال أبو الطيب فى تعليقه : يتعلق بعين المبيع وجعله احترازا من الأجل ، فانه يتعلق بما فى الذمة ، والأعيان لا تقبل التأجيل ، وصورة المسألة اذا مات المشترى قبل الاطلاع على العيب أو بعد الاطلاع وقبل التمكن من الرد أو يحدث العيب قبل القبض بعد موت المشترى ، ويقدر ثبوته للميت ثم ينتقل كما فى سائر الأمور التقديرية ، وهذا الحكم من كون خيار العيب ينتقل للوارث لا خلاف فيه ، وقل من صرح به هنا ، ولكن فى خيار الشرط حيث يذكرون الخلاف فيه بيننا وبين الحنفية يقيسونه على خيار العيب •

(قاعــدة) الحقوق فى المهذب (منها) ما يورث قطعا (ومنها) ما لا يورث قطعا (ومنها) ما فيه خلاف ، وجملة ما يحضرنى من الحقوق الآن خيار الرد بالعيب ، وخيار الشفعة ، وخيار الفلس ، وحق حبس المبيع والرهن والضمان ، ومقاعد الأســواق ، وخيار الشرط ، وخيار تلقى الركبان ، وخيار تفريق الصفقة وخيار الامتناع من العتق ، وخيار الخلف ، وحق الحجر ، وحق اللقطة ، وحق المــرور ، والاختصاص بالكلب ، وجلد الميتة ونحوهما • وخيار المجلس وقبول الوصية وحق القصاص وحد القذف والتعزير وخيار الرؤية اذا أثبتناه والتحالف والعارية والوديعة والوكالة والشركة والوقف والولاء ،

والخيار فى النكاح خيار القبول وخيار الاقالة ، وخيار الوكيل ، وحق الرجوع فى الهبة وحق الأجل والتعيين والتبيين فى ابهام الطلاق ، وفى نكاح المشرك ، وتفسير الاقرار بالمجمل ، والله تعالى أعلم •

(فــرع) لو قطع ابن المشترى يد العبد المبيع قبل القبض ثم مات المشترى قبل التمكن من الاختيار وانتقل الارث الى الابن القاطع ، هل له الخيار بحق الارث ؟ قال الرويانى : يحتمل أن يقال : له الخيار لأنه يستفيد الخيار عن المورث لا عن نفسه بدليل أنه لو رضى بالعيب فى حياة المورث ثم مات الأب كان له الخيار فاذا صح هذا فان اختار اجازة البيع لم يغرم شيئا للقطع لأنه ملكه • وان فسخ كان عليه نصف القيمة ويسترجع الثمن • وفى القول الآخــر يغرم نقصان القيمة الحاقا للمماليك بالأموال •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان كان له وارثان فاختــار أحدهما أن يرد نصيبه دون الآخــر لم يجز ، لأنه تبعيض صفقة فى الرد • فلم يجــز من غير رضا البائع كما لو أراد المشترى أن يرد بعض المبيع) •

(**الشرح**) هذا الذى ذكره المصنف رحمه الله هو الصحيح ، وهو قول ابن الحداد ، وقطع به جماعة منهم القاضى حسين والامام ، وممن صححه الرافعى والجرجانى ، وقال الفورانى : انه ظاهر المذهب • واستدلوا له بأن أحد الاثنين لو سلم نصف الثمن لم يلزم البائع تسليم النصف اليه ، وبأنهما قائمان مقام المورث ولم يكره له التبعيض • وهذا هو استدلال المصنف رحمه الله • واحترز بقوله : تبعيض عن خيار الشرط ، وبقوله الصفقة أى الواحدة عن المشترين وفيه وجــه أنه ينفرد أحد الوارثين برد نصيبه لأنه جميع ماله حكاه الرافعى • ونقله أبو اسحاق العراقى عن حكاية أبى على محتجا بالصحيح المشهور فى المكاتب اذا ورثه اثنان فأعتق أحدهما نصيبه أنه ينفذ والفــرق بينهما ظاهر • ونظره ابن الرفعة بقوله فى الراهن اذا مات وخلف اثنين فوفى أحدهما من الدين بقدر نصيبه أنه ينفذ نصيبه وبالجملة هــذا

الوجه ضعيف (واذا قلنا) به فلا أرش وعلى الأول هل يجب الأرش للذى منعناه من الرد ؟ فيه وجهـان (أحدهما) يجب ونسبه الرويانى الى ابن الحداد لتعـذر الرد كما بالتلف (والثانى) لا يجب ، لعدم اليأس ، فانه يرجو موافقة صاحبه ، قاله القاضى حسين ، والأصح التفصيل ان حصل اليأس بأن علم الآخر بالعيب وأبطل حقه ، أو توانى مع الانكار ، رجع هذا بالأرش ، وان كان يرجو موافقة صاحبه لغيبته أو حضوره مع عدم اطلاعه فلا • وهذا من القاضى رحمه الله قد يوهم أن فى المسألة ثلاثة أوجه (أحدها) أنه لا يجب الأرش مطلقا وان حصل اليأس ، لكن الذى قاله الامام وصاحب التهذيب والرافعى وجزموا به وجوب الأرش فى حالة اليأس ، وهو الظاهـر ، فليكن قول القاضى محمولا على انه أراد تنزيل الوجهين على ذلك • وعلته فى الوجه الثانى ترشـد الى أن محله عند عدم اليأس • وكلام الرويانى يدل على ذلك ، فانه حكى قول الرد وقول آخذ الأرش ، وقول التفصيل • كما قاله القاضى ونسبه الى القفال • وكذلك فعل صاحب التتمة قطع حالة اليأس بوجوب الأرش •

وحكى الوجهين حالة عدم اليأس لوجود التعذر والكلام فى الوارثين كما صرح به القاضى حسين • والرافعى أجاز تعيينه فيمـا اذا وكل اثنان واحدا بالشراء • ومنعنا كلا من الموكلين من الانفـراد برد نصيبه ، فهل له الأرش ؟ فيه الخلاف المذكور ، فيحصل بذلك مع الوجه الذى حكاه الرافعى رحمه الله فى مسألة الوارثين ثلاثة أوجه (أصحها) لا يرد ، ويأخذ الأرش ان أيس (والثانى) لا يرد الأرش (والثالث) يرد •

وقولنا هنا على الأول أنه يأخذ الأرش ، أى هل هو على سبيل التعيين ؟ أو للبائع أن يسقطه بالرضا بالرد الذى ذكره البغوى ، وكذلك قطع المـاوردى فى مسألة الوارثين بأن البائع بالخيار بين أن يسترجعه بنصف الثمن وبين أن يعطى نصف الأرش ، وهذا يقتضى أنه لا يكون هو الوجه الأول ، ويكون المراد أنه يأخذ الأرش أى ان لم يوافق البائع على الرد •

وليس المراد أنه يجب الأرش عينا ، رضى البائع أو سخط ، ويعضد

هـذا الاحتمال أن قول المنع الذي هو الصحيح منسوب الى ابن الحداد كما تقدم ، وهو مع ذلك قائل كما قاله القاضى أبو الطيب فى شرح الفروع أنه اذا طلب أحد الاثنين الأرش يجبر البائع ، كما قاله الماوردى ، فعلى هذا اذا رضى البائع بالرد وسقط حق المشترى من الأرش ، ويحتمل أن يكون كل من الكلامين محمولا على ظاهره فيكون فى المسألة أربعة أوجه ، والاحتمال الأول حتى يكون قول ابن الحداد مطبقا على ما هو الصحيح ، ويدل عليه كلام صاحب التهذيب ، والتحقيق فى ذلك أنا ان جعلنا المانع كون الصفقة متحدة ، ولا يقبل التفريق شرعا فيمتنع ويجب الأرش عينا ، وليس للبائع الرضا بالرد واسقاط حق المشترى من الأرش ، وان جعلنا المانع الضرر الحاصل للبائع بالتبعيض ، فاذا رضى بالرد فقد رضى بحصول الضرر له ، فيبطل حق المشترى من الأرش •

(وأما) الرافعى رحمه الله فانه قال تبعا لصاحب التهذيب فى مسألة الاثنين ، والموكلين فى الشرء اذا منعنا أحدهما عن الانفراد أنه حصل اليأس عند رد الآخر فان رضى به وجب الأرش ، هـذا وان لم يحصل فكذلك على الأصح ، فأما جزمه بالأرش عند اليأس الحقيقى فجيد وهو موافق لما تقدم عن الامام ، وقد تقدم أن كلام القاضى يوهم جريان الخلاف فيه وتأويله ، وأما بقية الكلام عليه ففيه مناسبة فى قوله : ان اليأس عن رد الآخر بأن رضى به وجب الأرش • هذا وان لم يحصل فلذلك يحصل برضا الآخر وقد تقدم هو عن الامام وقدمته عنه أن اليأس باعتاق الآخر وهو معسر •

(وأما) الرضا فانه قدم فيه خلافا عن الامام مبنيا على أنه لو اشترى نصيب صاحبه وضمه الى نصيبه وأراده رده والرجوع بنصف الثمن ، هل يجبر البائع على قبوله (ان قلنا) لا ، وجب الأرش والا فكذلك فى الأصح فقطعه هنا بأن الرضا يحصل به اليأس مخالف لما ذكر هناك •

وأما قوله : ان الأصح وجوب الأرش ــ اذا لم يحصل الرضا ــ فهو فيه موافق لصاحب التهذيب ، وذلك مخالف لما صححه القاضى

حسين ، والترجيح بين التصحيحين متوقف على تحقيق المأخذ فى وجوب الأرش وهل هو اليأس أو لا ؟ والأول هو الذى يقتضيه كلام الشافعى رضى الله عنه ، وسأذكره عند ما اذا باع المبيع ثم اطلع على عيبه ان شاء الله تعالى ، واذا تحقق ذلك ظهر أن الأصح ما قاله القاضى حسين والا فالأصح على ما قاله الرافعى والبغوى •

(فـــرع) اذا أوجبنا الأرش للممنوع من الرد ، فهل هو أرش النصف ، أو نصف الأرش ؟ قـــد تقدم فى كلام المـــاوردى فى الاثنين (الثانى) وهو كذلك فان الصفقة واحدة ، وأحد الوارثين يستحق نصف ما كان الميت يستحقه ، وهو مستحق عند تعذر الرد الأرش كاملا فيستحق أحد وارثيه عند تعذر الرد نصفه وأما أحد الموكلين فى الشراء فمن حيث كون الصفقة واحدة اعتبارا بالوكيل على الأصح لنسبة مسألة الاثنين ، وفيه نظر من جهة أنهما لا يتلقيان استحقاق الأرش من غيرهما حتى ينقسم بينهما ، وانما يثبت لكل واحد أرش نقصان ملكه وقد يكون أرش النصف أقل من نصف الأرش لأنا نثبته من قيمة النصف ، وقيمة النصف أقل من نصف القيمة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجـــد العيب وقـــد زاد المبيـــع نظرت ــ فان كانت الزيادة لا تتميز كالســـمن ــ واختـــار الرد مع الزيادة ، لأنهـــا لا تنفـــرد عن الأصل فى الملك ، فلا يجـــوز أن ترد دونهـــا) •

(الشرح) الزيادة المتصلة التى لا تتميز كالســـمن ، وتعلم العبد الحرفة والقرآن وكبر الشجر ، وكثرة أغصانها تابعة ، يرد الأصل ولا شىء على البائع بسببها ، ويجبر البائع على قبول العين زائدة ، وأوراق شجرة الفرصاد اختلف الأصحاب فى أنها كالأغصان أو كالثمار ، وأوراق سائر الأشجار كالأغصان ، قالهما الامام رحمه الله ، ولو اشترى غزلا فنسجه ، ثم علم به عيبا • قال المـــاوردى : حكى ابن سريج فيه قولين •

(أحدهما) يتخير المشترى بين الرد ولا أجرة له عن النسيج وبين الامساك وأخذ الأرش ، لأن النساجة أثر لا عين •

(والثانى) أن البائع ان بذل الأجـرة فله أن يسترده منسوجا ، وان امتنع لزمه الأرش ، لأن النساجة زيادة عمل فى مقابلة عوض ، قال الرويانى : وهذا أصح عندى ، ولا يجوز غيره ، قال المحاملى : وفى هذا نظـر وأن خيار البائع انما يترتب على امساك المشترى ، وطلب الأرش ، فكيف يجعل قولا ثانيا ؟ •

بل يتحـرر الجواب فى المسألة بأن نقول : المشترى بالخيار بين الرد ، ولا أجرة له وبين الامساك وأخذ الأرش ، فان اختار الامساك كان للبائع دفع أجرة النسج والرد ، فان اختار ذلك أجبر المشترى ، وان لم يختر أجبر البائع على دفع الأرش وقال صاحب التهذيب : لو زاد المشترى فى المبيع شيئا يصنعه بأن كانت دارا فعمرها أو ثوبا فصبغه ، ثم اطلع على عيب ان أمكنه نزع الزيادة من غير نقص نزعها ورد الأصل ، وان لم يمكنه ، فان رضى البائع بأن يرده ويبقى شريكا فى الزيادة رد ، وان امتنع أمسكه ، وأخذ الأرش ، وسيأتى فرع طويل فى الصبغ فيه زيادة على ما قال صاحب التهذيب هنا ، أذكره ان شاء الله عند الكلام فيما اذا نقص المبيع •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كانت زيادة منفصلة كاكساب العبد ، فله أن يرد ويمسك الكسب لمـا روت عائشة رضى الله عنها « أن رجلا ابتاع غلاما فأقام عنـده ما شـاء الله أن يقيم به ثم وجـد به عيبا فخاصمه الى النبى صلى الله عليه وسلم ورد عليه ، فقال الرجل : يا رسول الله •• قد استغل غلامى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الخراج بالضمان ») •

(**الشرح**) حديث عائشة هذا رواه أبو داود وابن ماجه والحاكم فى المستدرك وقال : صحيح الاسناد ولم يخرجاه • وقد روى حديث عائشة هذا مطولا كما ذكره المصنف رحمه الله ومختصرا فالمطول من رواية مسلم بن خالد الزنجى شيخ الشافعى عن هشـام بن عروة عن أبيه عن عائشة ، كذلك رواه الشافعى فى الأم ، ورواه الأئمـة المذكورون • وقد وثق يحيى بن معين رحمه الله مسلم بن خالد يسأله

العباس بن محمد عنه فقال : ثقة ، وكذلك قاله فى رواية الدارمى عنه ، لكن البخارى رحمه الله قال عنه : انه منكر الحديث ، وقال أبو داود عقب روايته لهذا الحديث : هذا اسناد ليس بذاك •

وأما المختصر فلم يذكر فيه القصة ، واقتصر على قول النبى صلى الله عليه وسلم : « الخراج بالضمان » رواه أيضا مسلم بن خالد عن هشام ، ورواه عنه الشافعى رحمه الله فى الأم ، وتابع مسلما على روايته هكذا عمر بن على المقدمى ، وهو ثقة متفق على الاحتجاج بحديثه • رواه الترمذى عن أبى سلمة يحيى بن خلف الجوبارى وهو ممن روى عنه مسلم فى صحيحه عن عمر بن على ، وهذا اسناد جيد ، ولذلك قال الترمذى فيه : هذا حديث حسن صحيح غريب من حديث هشام ابن عروة ولفظ الترمذى فى هذه الرواية : « أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى أن الخراج بالضمان » وقد روى مختصرا أيضا من طريق هى أشهر من هذه وان كانت هذه أحسن وأصح عن مخلد بن خفاف عن عروة ، رواه الشافعى رضى الله عنه فى الأم والمختصر • رواه المختصر عمن لا يتهم عن ابن أبى ذؤيب ، وفى الأم عن سعيد بن سالم عن أبى ذؤيب ، ورواه أبو داود والترمذى وقال : حسن والنسائى والحاكم فى المستدرك من جهة جماعة عن أبى ذؤيب عن مخلد •

وعن مخلد قال : ابتعت غلاما فاستغليته ثم ظهرت منه على عيب فخاصمته فيه الى عمر بن عبد العزيز ، فقضى له برده وقضى على برد غلته ، فأتيت عروة فأخبرته فقال : « أروح اليه العشية فأخبره أن عائشة أخبرتنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى مثلى هذا أن الخراج بالضمان فعجلت الى عمر فأخبرته ما أخبرنى عروة ، فقال عمر : فما أيسر على من قضاء قضيته ، الله يعلم أنى لم أر فيه الا الحق ، فبلغنى فيه بسنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فراح اليه عروة فقضى له أن أخذ الخراج من الذى قضى به على له » •

وقد تكلم فى مخلد واسناده هذا ، فقال الأزدى : مخلد بن خفاف

ضعيف وسيد(١) أبو حاتم عنه فقال : لم يرو عنه غير ابن أبى ذؤيب ، وليس هذا اسنادا تقوم به الحجة ، يعنى الحديث ، وعن البخارى أنه قال : هذا حديث منكر ولا أعرف لمخلد بن خفاف غير هذا الحديث ، قال الترمذى فقلت له : فقد روى هذا الحديث عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضى الله عنها ، فقال : انما رواه مسلم بن خالد الزنجى وهو راهب الحديث .

وقال الترمذى بعد رواية المقدمى : استغرب محمد بن اسماعيل — يعنى البخارى — هذا الحديث من حديث عمر بن على ، قلت : يراه تدليسا ، قال : لا ، واذا وقفت على كلام هؤلاء الأئمة رضى الله عنهم قضيت بالصحة على الحديث كرواية المقدمى ، لاسيما وقد صرح البخارى بانتفاء التدليس عنها ، وان كانت غريبة . وقضاء عمر ابن عبد العزيز بهذا كان فى زمن امرته على المدينة . قال الترمذى : والعمل على هذا عند أهل العلم ، قال : وتفسير « الخراج بالضمان » هو الرجل يشترى العبد فيستغله ثم يجد به عيبا فيرده على البائع ، فالغلة للمشترى ، لأن العبد لو هلك هلك من مال المشترى ونحو هذا من المسائل يكون فيه الخراج بالضمان . وقال الأزهرى : الخراج الغلة ، يقال خارجت غلامى اذا وافقته على شىء وغلة يؤديها اليك فى كل شهر ويكون مخلى بينه وبين كسبه وعمله .

قال الشيخ أبو حامد : ومنه خراج السواد لأن الفلاحين كانوا يعطون شيئا من الغلة عن الأرض . وقال الماوردى رحمه الله : الخراج اسم لما خرج من الشىء من عين ومنفعة وقال القاضى أبو الطيب : الخراج اسم للغلة والفائدة التى تحصل من جهة المبيع ، ويقال للعبد الذى ضرب عليه مقدار من الكسب فى كل يوم أو كل شهر : مخارج .

قال : وقولنا : « الخراج بالضمان » معناه أن الخراج لمن يكون المال يتلف من ملكه فلما كان المبيع يتلف من ملك المشترى لأن

---

(١) كذا بالأصل ولعلها عبارة ترادف : « وذكر ابو حاتم » والله أعلم . (المطيعى)

الضمان انتقل اليه بالقبض كان الخراج له ولا يدخل على هذا ضمان المغصوب على الغاصب لأنه ليس له وانمـا هو ملك المغصوب منه مضمون على الغاصب • والمراد بالخبر أن يكون ملكه مضمونا على المـالك ، وهو أن يكون تلفه من ماله فاذا كان تلفه من ماله كان خراجه له • ووزانه أن يكون خراج المغصوب للمغصوب منه ، لأن ملكه وتلفه منها من ماله •

والشيخ أبو حامد اعتذر عن هذا بأنه لم يقل الخـراج بالضمان مطلقا ، وانما قالت عائشة رضى الله عنها : « قضى فى مثل هـذا أن الخراج بالضمان » وفى ذلك الموضع كان الشىء ملكا له وقد حصـل فى ضمانه ، وكل موضع يكون ملكا والضمان منه تكون الغـلة له • والمغصوب والمستعار والوديعة اذا تعدى فيها كل هـذه المواضع لا ملك فلم تكن الغلة له • وهـذا المعنى من كون المراد أن الخراج تابع للملك والضمان هو المعتمد ، ولا خلاف أن عدم الملك لا يكون الخراج له • وقد رأيت فى كتاب الأزهرى على ألفاظ الشافعى رحمه الله أنه اذا اشترى الرجل عبدا بيعا فاسدا فاستغله أو اشتراه ببيع صحيح فاستغله زمانا ثم عثر منه على عيب فرده على صاحبه ، فان الغلة التى استغلها من العبد وهى الخراج طيبة للمشترى ، لأن العبد لو مات مات من ماله لأنه كان فى ضمانه فهذا معنى الخراج بالضمان • وهذا الذى قاله الأزهرى رحمه الله فى البيع الفاسد غلط لا يأتى على مذهبنا •

واعلم أن ما حكيته من كلام الأصحاب يقتضى أن اسم الخراج شامل للعين والمنفعة بالنص ، وكلام الشافعى رحمه الله فى الرسالة يقتضى خلاف ذلك ، وأنه قاس ما خـرج من تمر حائط وولد على الخراج ، وأن الشـاة المصراة اذا رضيها ثم اطلع على عيب آخـر بها بعد شهر ردها ، ورد بدل لبن التصرية معها صاعا ، وأمسك اللبن الحادث قياسا •

قال ابن المنذر : قال بظاهر قوله : « الخراج بالضمان » شريح والحسن البصرى وابراهيم النخعى وابن سيرين وسعيد بن جبير ،

وبه قال مالك والثورى والشافعى وأبو اسحاق وأبو عبيد وأبو ثور • قال مالك فى أصواف الماشية والشعور كذلك وقال فى أولاد الماشية يردها مع الأمهات(١) وقد ذكر أبو ثور عن أصحاب الرأى أنهم ناقضوا فقال فى المشترى : اذا كانت ماشية فحلبها أو نخلا أو شجرا فأكل من ثمرها لم يكن له أن يرد بالعيب ويرجع بالأرش ، وقال فى الدار والدابة والغلام : الغلة له ويرد بالعيب •

(قلت) قسم بعض أصحابنا الحاصل للمشترى من المبيع ، اما أن يكون غير متولد من العين أو متولدا منهما ، فالأول اما منافع كاستخدام العبد وتجارته وما اعتاد اصطياده واحتطابه واحتشاشه وقبول الهدية والوصية ووجدانه ركازا أو لقطة ، ومهر الجارية اذا وطئت بالشبهة وأجرة المبيع اذا أجره وأخذ أجرته ، فكل ما حصل من ذلك ــ نادرا كان أو معتادا ــ للمشترى أن يستأثر به ويمسكه ويرد المبيع وحده ، ويسترجع جميع الثمن قولا واحدا ، لا خلاف فى ذلك للحديث ، هكذا قاله جماعة •

وعن الرافعى فى تلف المبيع قبل القبض أن الموهوب والموصى به والركاز والكسب على الخلاف ، وسيأتى عن القاضى حسين ما يقتضى جريان الخلاف فى المهر قبل القبض عند التلف ، وقد حكى عن عثمان الليثى وعبد الله بن الحسن أنه يلزمه رد غلة العبد حقه ، وقال عبيد الله : ويرد الهبة التى وهبها أيضا • وكان شبهتهما أن الفسخ يرفع العقد من أصله ، وسيظهر الجواب عنه ان شاء الله تعالى • وعن أبى حنيفة أنه ان رد قبل القبض رد الكسب والغلة وجميع ما ليس من غير الأصل مع الأصل ، وان رد بعض القبض ولا يمنعه ذلك من الرد ، وما أظن أحدا يقول انه يجب عليه رد أجرة استخدامه للعبد وتجارته له ، وسكنى الدار ومركوب الدابة ونحوه مما هى منافع محضة لا أعيان فيها ، ولو قال : ان الفسخ يرفع العقد من أصله ، ووجه الاعتذار على ذلك لعله يتعرض له فيما بعد عند ذكر هذا الأصل ان شاء الله تعالى •

---

(١) سبق للامام النووى ترجيح قول من اطلق الأمات على الحيوان والأمهات فى الانسان • (المطيعى)

(**فائدة أخرى**) الموجود فى النسخ فى لفظ الحديث قد استعمل غلامين[1] ــ بالغين المعجمة واللام المشددة ــ وضبطه صاحب الاستقصاء ــ بالعين المهملة وميم بعدها وتخفيف اللام ــ وكل ما ذكر فى العبد فمثله فى الأمة الا الوطء فسيأتى حكمه ان شاء الله تعالى ، والى هذا القسم أشار المصنف رحمه الله بقوله : اكتساب العبد ، وكذلك سكنى وركوب الدابة ، كل ذلك أدخله الأصحاب فى اسم الغلة ، وان كان قد لا يشمله اسم الزوائد الذى تضمنه كلام المصنف ان شاء الله تعالى ، وأما المتولد فسيأتى حكمه فى كلام المصنف •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان المبيع بهيمة فحملت عنده وولدت أو شجرة فأثمرت عنده رد الأصل وأمسك الولد والثمرة ، لأنه نماء منفصل حدث فى ملكه فجاز أن يمسكه ويرد الأصل كغلة العبد) •

(**الشرح**) هذا هو القسم الثانى أن تكون الفوائد الحاصلة أعيانا متولدة من غير المبيع ، كالولد والثمرة واللبن والصوف الحادث بعد العقد ، وأوراق الفرصاد على أحد الوجهين كما تقدم ، وقد اختلف العلماء فى ذلك على ثلاثة مذاهب • مذهبنا أنه يمسك الثمار والفوائد الحاصلة ، ويرد الأصل بالعيب اذا لم يكن قد نقص بذلك ، يعنى فلا يغيره ، وبه قال أحمد وأبو حنيفة : لا يكون له الرد ويأخذ الأرش • وقال مالك : يرد مع الأصل الزيادة التى هى من جنس الأصل ، وهى الولد ، ولا يرد ما كان من غير جنسه كالثمرة ، بل يرد الأصل وحده ، فوافقنا على الرد وخالفنا فى امساك النتاج ، وأبو حنيفة رحمه الله خالفنا فى الرد ، ومعتمدنا فى جواز الرد وجود العيب • وفى امساك الفوائد الحديث ، فان الخراج يشمل كل ما خرج عينا كان أو منفعة ، وقد ورد فى رواية أخرى أن الغلة بالضمان ، والغلة تشمل الثمرة وغيرها والمصنف رحمه الله جعل الدليل فى ذلك القياس على غلة العبد التى ورد النص

---

(١) كذا بالأصل ولعله : « غلاما » .

(المطيعى)

فيها ، وأبو حنيفة يسلم الحكم فيها قبل القبض ، ومالك رحمه الله يسلم الحكم فيها مطلقا •

ومعتمد المخالفين أمران (أحدهما) أن الفسخ رفع للعقد من أصله ، وهذه قاعدة ينبنى عليها فروع هذا الفصل • وقد اختلف أصحابنا فيها ، والمذهب الصحيح وبه قال ابن سريج أن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله ، لان العقد لا ينعطف حكمه على ما مضى ، فكذلك الفسخ ، وبدليل أنه لا يسقط به الشفعة ولو انفسخ من الأصل لسقطت ، ولأنه لو باع عبد الجارية فأعتق الجارية ثم رد العبد بالعيب لم يبطل العتق به ، ولو كان فسخا من الأصل لبطل ، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الفسخ قبل القبض أو بعده • وفيه وجهان آخران (أحدهما) أنه ان اتفق قبل القبض يرفعه من أصله ، لأن العقد ضعيف بعد ، فاذا فسخ فكأنه لا عقد يخالف ما بعد القبض ، ولا فرق فى ذلك كما اقتضاه كلام الامام بين أن يكون العيب مقارنا للعقد أو حدث قبل القبض ، قال ابن الرفعة : وفى الثانى نظر ، كيف يتقدم على سببه ، ولعل ذلك لأن ما قبل القبض ملحق بما قبل العقد فى الضمان وفى ذلك أيضا •

(والثانى) أنه يرفعه من أصله مطلقا تخريجا من القول بوجوب مهر المثل اذا فسخ النكاح بعيب حدث بعد المنتبش ، وهذا الوجه حكاه الرافعى عن التتمة هكذا ، وهو فى التتمة لكن ليس فيها التصريح بقوله مطلقا ، ومراد الرافعى بالاطلاق بالنسبة الى ما قبل القبض وبعده (وأما) بالنسبة الى العيب المقارن والطارىء فلم يتعرض لذلك ، وفى التتمة توجيه الوجه الذى حكاه بأن سبب الفسخ قارن العقد وهو العيب ، فيستند الحكم اليه ، ويجعل كأنه جمع فى العقد بين موجود ومعدوم ، حتى يصير كأن العقد لم يكن •

قال ابن الرفعة : وهذا من كلام يقتضى اختصاص هذه الطريقة بالعيب المقارن وفى العيب الحادث ، يعنى قبل القبض اذا فسخ به بعد القبض ، ينبغى أن يضاف الفسخ تفريعا عليها الى وقت حدوث العيب ، لا الى أصل العقد كما نقله عن بعض الأصحاب فى فسخ النكاح •

(**قلت :**) وهذا جوابه ما قدمه هو من التسوية بين ما قبل القبض وما قبل العقد ، كما اقتضاه كلام الامام رحمه الله من التسوية بين العيب المقارن والطارىء فى جريان الخلاف قبل القبض ، فعلى الطريقة التى حكاها صاحب التتمة يكون كذلك ، ولو ثبت ما أشار اليه ابن الرفعة واقتضاه كلام صاحب التتمة لزم اثبات وجه باستناد الفسخ الى حالة حدوث العيب ، سواء حصل الفسخ قبل القبض أم بعده ، ولا نعلم من قال به فى شىء من الحالتين •

وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : الرد بالعيب قبل القبض يرفع العقد من أصله وأما بعد القبض — فاذا كان بالتراضى — فيرفعه من حينه ، وان كان بحكم الحاكم فيرفعه من أصله ، واستدل أبو حنيفة على أن الفسخ يستند الى الأصل بأنه لا تجب فيه الشفعة • وأجاب أصحابنا رحمهم الله بأن الاقالة لا تجب فيها الشفعة ومع ذلك لا ترفع العقد من أصله ، وجعلوا الرد فى كونه رافعا من حينه مقيسا على الاقالة ، ثم قالوا : لو كان الرد بالعيب يرفع العقد من أصله لأبطل حق الشفيع ، وهو لا يبطله ، فدل على أن الفسخ قطع للعقد من حينه •

(**اذا ثبت هذا الأصل**) فنحن نقول بأنه يرفع العقد من حينه ، فلذلك تكون الزيادة الحادثة فى ملك المشترى له ، ولا يمنعه ذلك من فسخ العقد كالاقالة ، وأبو حنيفة رحمه الله يقول : لما كان الرد بالعيب يرفع العقد من أصله لأنه جبر له بخلاف الاقالة أوجب ذلك أن يرد النماء الحادث ، لكنا أجمعنا أى نحن وأنتم على أنه لا يلزمه رد النماء ، فدل عى أنه لا يجوز الرد ، وأيضا قالوا : لا يجوز رده بدون النماء المنفصل كالمتصل ، ومالك رحمه الله يجرى قوله فى رد الولد على هذا الأصل ، لكنه يلزمه ذلك فى سائر الزوائد ، والثمرة أولى بالرد اذا كانت مؤبرة حين الرد لأنها متصلة ، والولد منفصل ، فلما وافق على عدم ردها لزمه ذلك فى النتاج •

وأما أبو حنيفة رحمه الله فيلزمه التسوية بين الكسب الحاصل من غير العين والنتاج والثمرة الحاصلة من العين ، وقد فرق بينهما فقال :

يجوز الرد وبقية الأكساب له بعد القبض دون ما قبله كما تقدم ، وقال هنا يمنع الرد ، وذلك تناقض ، بل كان اللائق بأصله أن يسوى بين الجميع ، وأن يجوز الرد ويرد الزوائد كلها •

(الأمر الثانى) أن الزيادة الحادثة بعد البيع مبيعة تبعا ، لأنه لا سبب للملك فيها الا سراية الملك من الأصل اليها ، والأصل مبيع ، فيسرى حكمه اليها على صفته ، ومع هذا الأصل لا يحتاج فى رد الفوائد الى أن العقد يرتفع من أصله ، بل يرد الفسخ على الولد مع الأصل ، وهذا قول للمالكية ، وبه تتمسك الحنفية أيضا ، ونحن نسلم أن سراية الملك من الأصل اليها والأصل مبيع ، فيسرى حكمه اليه(١) حاصلة ، ولكن سراية العقد لا معنى لها ، فان العقد لا يرجع الى وصف المحل المعقود عليه اذ لا معنى لكونه معقودا عليه الا لكونه مقابلا بالثمن بحكم صيغة العقد وهذه المقابلة لم تحصل الزيادة • وعلى هذا الأصل تخرج مسائل الأولاد فى الطرد والعكس •

أما ولد المرهونة فليس بمرهون عندنا ، فان التوثق بالمرهون لا يرجع الى صفة فيه • وولد المرهونة ليس مرهونا بالاتفاق حتى لا يتعدى حق الرجوع اليه لأن الرجوع سلطة للمنعم فيما أنعم به ولم ينعم الا بالأم • والولد متولد من الموهوب يسرى اليه ملك الهبة لا عقد الهبة ، وولد الأضحية المعيبة وولد المستولدة كأمهما ، لأن الملك فى المستولدة نقص بالاستيلاد ، وصار ذلك وصفا لها والشاة صارت كالمسلمة الى الله تعالى من وجه ، وكالناقة من وجه ، وهذا راجع لصفتها وولد المكاتب وولد المدبرة فيهما اختلاف قول ، ومنشؤه التردد فى أن نقصان الملك من المكاتبة هل يضاهى النقصان فى المستولدة ؟ أم يقال الكتابة حجر لازم كالحجر فى المرهون ؟ فتبين بهذا أنه انما يسرى الى الولد ما كان وصفا للأم والخصم يرد ذلك فى الرهن والبيع الى صفة فى المحل برغم أن ذلك وصف شرعى كالتضحية والاستيلاد •

فهذا فصل مفيد فى هذا المعنى من كلام الغزالى رحمه الله قال :

---

(١) بياض بالأصل فحرر قلت : ولعل السقط : « وسراية الملك حاصلة » . (المطيعى)

والنظـر فى الفرق والجمع فى هذه الصورة دقيق ، والطريق فيه ما نبهنا عليه • واذا تمهـد أن الزيادة ليست مبيعة بطل القول برد النتـاج والأكساب ، وبطل القول بذلك فيما قبل القبض أيضا ، وبطل منع الرد بسببها بعد القبض ، لأنها اذا لم تكن مبيعة فالبيع هو الأصل ، وقد تمكن من رد ما اشترى كما اشترى ، فليجز له الرد بعيب قديم لم يرض به كما اذا هلكت هذه الزوائد ، ثم على أبى حنيفة رحمه الله فى هذا الطريق مزيد اشكال ، فانه ان كان مبيعـا فليرد الأصل معها ، كما قال مالك ، وكما قال أبو حنيفة قبل القبض ، وان لم يكن مبيعـا فامتناع الرد بسببه لا معنى له • وعند هذا قد تم النظر فى مذهبنا •

هذا كلام الغزالى رحمه الله فى المـأخذ وقد تكلم الأصحاب فى الأولاد فى كتاب الرهن وهى ولد المرهونة وأم الولد والمكاتبة والمدبرة والمعتقة بصفة • والأضحية والمدبرة والجانية والضامنة والشـاهدة والوديعة والعارية والمستأجرة والمغصـوبة والمـأخوذة بالسـوم ، والموصى بها ، والزكاة ، وان يسر الله تعالى من الوصول الى الرهن أذكر تفصيلها هناك ان شاء الله تعالى وله أكمل(١) •

وههنا تنبيهات (أحدها) أن الذين قالوا من أصحابنا : أن الرد يرفع العقد من أصله لم نعلم أحدا منهم يقول بامتناع الرد كما يقوله أبو حنيفة ، لا قبل القبض ولا بعده ، وذلك يدل على أحد أمرين اما ضعيف القول المذكور ، واما أنه لا تلازم بينه وبين امتناع الرد كما تقدم فى البحث مع أبى حنيفة ، وفى كلام الامام والغزالى ما يشـعر بالملازمة بينهما فان كان كذلك فلعل سكوتهم عن طرد القول المذكور يضعفه •

(الثانى) أن مقتضى القول برفع العقد من أصله ، وان كان بعـد القبض أن يرد الزوائد والأصحاب رحمهم الله حكوا قولين فى رد الزوائد انكان الرد قبل القبض ، وبنوهما على الخلاف فى الطريقة المشهورة

---

(١) لم يقدر الله تعالى لشيخنا أن يصل الى هذه الأبواب وقد تناولناها على قدر ما يسر الله لنا ونسأله ان يلحقنا بأئمتنا ومشايخنا متبعين باحسان آمين • (المطيعى)

أن الفســخ رفع للعقد من أصله أو من حينه ، فعلى الأول يرد وعلى الثانى وهو الصحيح لا يرد (أما) اذا كان الرد بعد القبض فلم نعلم أحدا يقول برد الزوائد ، ومقتضى الطريقة التى نقلها صاحب التتمة أن يجرى الخلاف فيها أيضا ، وابن الرفعة اعتذر عن ذلك بأنه لعل من يقول بأنه يرفع العقــد من أصله ، وان أطلقه يريد به ما ذكره الغزالى رحمه الله فى كتاب الصداق حيث تكلم فى الفرق بين الزيادة المتصلة فيه وفى الصداق حيث تكلم فى الفرق بين الزيادة المتصلة فيه وفى الصداق وهو أن الرد بالعيب يرفع العقد من أصله بالاضافة الى حينه ثم اعترض على نفسه بأن مثل هذا يجوز أن يقال فى الرد قبل القبض ، ولم يقولوا به بل جزموا على القول بأنه يرفع العقد من أصله بأن الزوائد للبائع وأجاب بأن الذى أحوجهم اليه بعد القبض استقرار العقد والاستقرار معقود قبله •

(الثالث) أن كلام المصنف رحمه الله جازم بعدم رد الولد والثمرة من غير تفصيل ، وهو كذلك فيما اذا كان الرد بعد القبض ، أما قبل القبض ففيه الخلاف كما تقدم ، ولكن طريقة العراقيين كما جزم به المصنف رحمه الله من القطع بعدم رد الزوائد ، وأن الرد فسخ للعقد من حينه لا من أصله ، وانما الخلاف فى طريقة غيرهم ، والأصح عند غيرهم أيضا كما جزموا به •

(الرابع) قد علمت أنه لا خلاف أن الرد اذا وجد بعد القبض لا يرد معه الزوائد ولا فرق فى ذلك بين الزوائد التى حصلت بعد القبض والتى حصلت قبله بلا خلاف وانما محل الخلاف فى الزوائد قبل القبض اذا كان الرد قبل القبض وقد وقع فى الوجيز ما يوهم خلاف ذلك ، فانه قال : يسلم الزوائد للمشترى ان حصلت بعــد القبض وكذلك لو حصلت قبله على أقيس الوجهين ، وحملوا ذلك على أنه طغيان قلم بزيادة التاء ، ويكون المراد حصل أى الرد ويستقيم الكلام •

(الخامس) فى عبارة كثير من الفقهاء ومنهم الرافعى أن الفسخ رفع للعقد من حينه ، وقيل : من أصله ، وفى عبارة آخرين منهم القاضى حسين والامام أن الرد قطع للعقــد من حينه ، ولا يستند

ارتفاع العقد الى ما تقدم ، وفى عبارة المـاوردى شىء منه ، ويعرض فى ذلك بحثان •

(أحدهما) هل الرفع من حينه والقطع بمعنى واحد أو لا ؟ •

(والثانى) أن الرفع من أصله هل معناه تبين عدم العقد أو الملك أم لا ؟ (والجواب) أما الأول فالرفع والقطع ليسـا بمعنى واحد ، فان القطع صادق على قطع النكاح بالطلاق وقطع الملك بالبيع ، وكثير من أسباب الانتقالات ، ولا يسمى شىء من ذلك رفعا ، والرفع من حينه يسمى قطعا لأنه انقطع به الملك حقيقة ، فالرفع من حينه أخص من القطع فكل رفع من حينه قطع وليس كل قطع رفعا • ولذلك وقع كلام الامام والمـاوردى رحمهم الله تسميته بالقطع •

والسر فى الفرق بين الرفع والقطع الذى ليس برفع أن الرفع معناه ابطال أثر العقد المتقدم • واستصحاب ما كان قبله حتى ان الملك العائد بعد الفسخ من آثار السبب المتقدم على العقد السابق ، وليس ملكا جديدا بالفسخ بخلاف البيع وسائر أسباب الانتقالات ، فانهـا مقتضية ملكا جديدا هو من آثار هذه الأسباب وليس أثر السبب سابقا ولا أبطل العقد المتقدم على هذا انتقال ، بل هذا الانتقال بالبيع هو من آثار الشراء السابق فلفهم ذلك • فان الانسـان اذا اشترى عينا فكل تصرف يصدر منه فيها ببيع أو غيره هو مستفاد من شرائه (وأما) الفسخ فانه نقض لشرائه وابطال له •

(وأما الثانى) وهو أن الفسخ من الأصل • هل معناه تبين عدم الملك ؟ فهذا هو المتبادر الى الفهم لا بمعنى أنا نتبين أن العقـد لم يوجد فان العقد موجود حسـا بمعنى أنه يتبين ارتفاع أثره ، وأن الملك لم يحصل وهذا بهذا التأويل فى نهاية الاشكال • فان السبب الرافع للعقد هو الفسخ ، فكيف يتقدم المسبب على سببه ؟ ولا يخلص من ذلك أن نقول : انه بطريق التبيين ، لأنه يلزم أن يكون العقـد الصحيح قد وجد مستجمعا لشرائطه ولم يترتب أثره عليه ، ولا يقال : ان من شرطه عدم طريان الفسخ عليه ، لأن ذلك أمر لا غاية له ولا يرتبط

الحكم به ، ولا يشك أن الملك حاصل الآن اذا جمعت شروطه ، ولا يوقف الأمر فى ذلك على أمر مستقبل ولو كان الأمر على ذلك ـ وانما يتبين عدم الملك ـ لكان ينبغى أن يجب رد أجرة الاستخدام وسكنى الدار وركوب الدابة ، بل كان يلزم أن يجب على المشترى أجرة ملك المدة التى أقام المبيع تحت يده ، سواء فوتها أم فاتت بنفسها ، الا أن يقال ان ذلك مأذون فيه وقد أباحه له البائع •

لكنا نقول : انه انما أباحه وأذن فيه بمقتضى العقد هذا ، والعقد هو المتضمن للاباحة فاذا ارتفع ارتفعت ، وكان يلزم أن يتبين بطلان الهبة التى وهبت له اذا اشترطا اذن السيد فى القبول ، لأنه لم يأذن ، وأن يكون المهر اذا وطئت بالشبهة باقيا فى ذمة الواطىء وأما قبضه المشترى منه لم يقع الموقع لعدم ملكه وأن يكون ما أخذه المشترى من صيد وحطب وحشيش واستهلكه يجب عليه قيمته للبائع ، وقد تقدم من كلام الغزالى عن الحنفية ما يقتضى أن الزوائد الهالكة لا تمنع من الرد ، وأن امتناع بقاء الولد على ملك المشترى بعد الرد لأنه يصير مبيعا بغير عوض • وهذا يفهم أن المحذور من القول بقاء الولد على ملك المشترى أنه يصير ملكا لا سبب له ، على القول بارتفاع العقد من أصله ، وهو يفيد أن المقصود بارتفاع العقد من أصله ليس هوبطريق السهل ، بل كما قاله الغزالى رحمه الله فى كتاب الصداق ، أو أنه يرتفع من أصله بالاضافة أو الى حينه ، أى فى هذا الوقت بحكم ارتفاع جملة آثار العقد ، ومن جملة آثاره ملك النتاج والكسب الموجود ، فيرتفع الملك فيها على هذا القول ويعود الى البائع •

فيرجع حاصل القول بأنه يرتفع من أصله الى أن المراد ارتفاع جملة آثاره من الآن ، والمراد بارتفاعه من حيث انه لا ترفع آثاره وانما يرتفع الملك فى المبيع فقط ، وهذا تفسير لا يسبق الذهن اليه ، فان ثبت أن الزوائد الهالكة غير مضمونة ، وأن قبوله الهبة وتصرفه باذن المشترى صحيح ، وقبض المشترى لمهر الشبهة صحيح ، وجب الحمل على هذا المعنى ، وحينئذ لا يشكل عليه عدم وجوب أجرة الاستخدام والسكنى والركوب ، ولم أجد الأصحاب صرحوا فى هذه المسائل بشىء ، بل

كلامهم يقتضى كالصريح أنه لا يجب أجرة الاستخدام ونحوها ، وانما الخلاف فى الأكساب والأعيان الحادثة من نفس المبيع •

وأما الحنفية فعندهم الاكتساب والصيد لا يملك بملك الأصل ، بل باليد ، فلا يمنع الرد عندهم ، وكذلك أجرة الاستخدام ونحوها لا تجب على أصلهم ، ولكن ان وافقونا على عدم لزوم قيمة الولد الهالك ، والمسائل المتقدمة احتاجوا الى الحمل على المعنى المذكور كما احتجنا اليه • ونحن اليه أحوج لأجل عدم لزوم أجرة المدة الماضية ولا تمنع الزيادة الرد عند أبى حنيفة رحمه الله الا اذا كانت حادثة من نفس المبيع • وقال زفر : يجب رد مهر الشبهة الذى قبضه المشترى معها •

(السادس) أن مقتضى قوله الخراج بالضمان تبعية الخراج للضمان ، فينبغى أن تكون الزوائد قبل القبض للبائع ثم العقد أو الفسخ ، والأول لم يقل به أحد ، والثانى لم يقل به الا على وجه ضعيف فى بعض الصور ، وهى ما اذا حصل الرد قبل القبض فما وجه تعطيل دلالة الحديث فى ذلك ، والعمل بها فيما بعد القبض للمشترى ، والجواب أن محل الحكم الذى ورد فيه النص انما كان بعد القبض اذا حصل فسخ على ما تقدم من ألفاظ الأحاديث ، لاسيما قوله : قضى فى مثل هذا أن الخراج بالضمان • فيكون الخراج معللا بالضمان فى الملك • وذلك مفقود فى البائع وفيما قبل القبض •

(**فان قلت :**) المحل لا تأثير له ، والعلة التى ذكرها الشارع الضمان ، فيجب أن يدور الحكم معها وجودا وعدما ، فيكون الخراج قبل القبض للمشترى فيه نقض للعلة فى جانب البائع ، ووجود الحكم بدونها فى جانب المشترى •

(**قلت :**) قال الغزالى رحمه الله : ذكر هذه العلة فيما بعد القبض لقطع استبعاد السائل كون الخراج للمشترى وقبل القبض معلل بعلة أخرى ، وهو أن الزوائد حدثت فى ملكه ، والحكم قد يعلل بعلتين يعنى فاقتصر النبى صلى الله عليه وسلم على التعليل بالضمان لكونه

أظهر عند البائع وأقطع لطلبه ، فان الغنم فى مقابلة الغرم ، وان كانت العلة الأخرى وهى الملك حاصلة ، ولكن نفس البائع تنقاد للأولى أكثر ، والله أعلم •

(السابع) أن الخلاف المذكور فى رفع العقـــد من أصله أو من حينه ، هل هو خاص بالرد بالعيب ؟ أو عام فى سائر الفسوخ ؟ حتى يجرى فى الاقالة والفسخ بالتخالف ، والفسخ بخيار المجلس ، والشرط والانفساخ بتلف المبيع قبل القبض ؟ •

(والجواب) أن المشهور فى هذا الخلاف المذكور هنا اختصاصه بالرد بالعيب وأنه لا يجرى فى الاقالة ، ولذلك يقيسون الرد بالعيب على الاقالة فى كونها رفعا للعقـــد من حينه ، والرافعى رحمه الله أطلق القول هنا بأن الفسخ رفع للعقـــد من أصله أو من حينه ، والأقرب أن مراده الفسخ الذى الكلام فيه وهو الرد بالعيب وقد ذكر فى باب حكم المبيع قبل القبض وبعده وجهين فى الانفساخ بتلف المبيع قبل القبض (أصحهما) أنه من حينه كالرد بالعيب ، والزوائد مخرجة على الوجهين قال : وطردهما طاردون فى الاقالة اذا جعلناها فسخا وخرجوا عليهما الزوائد •

(**قلت :**) وذلك وان أطلقوه فلعل محله قبل القبض كما هنا فى الرد بالعيب ، فان الاقالة قبل القبض جائزة على القول بأنها فسخ ، ونقل القاضى حسين الخلاف فى تلف المبيع قبل القبض ، وحمل الوجهين فى الرد بالعيب مبنى عليها ، وعلى تلف المبيع فى يد المشترى فى زمن الخيار (ان قلنا) ينفسخ ارتفع ههنا ، والا فالولد هنا للمشترى ، وأما التخالف فمقتضى كلام صاحب التتمة فى باب التخالف جريان الخلاف فيه أيضا ، فان خرج اعتبار القيمة عليه اذا جرى التخالف بعد الهلاك وهو جار على طريقته فى طرد الخلاف بعد التقابض ، فان فرض التخالف كذلك ولذلك لا ترد الزوائد جزما كما لا ترد ههنا بعد القبض •

(**وان قلنا :**) انه يرتفع العقد من أصله لكن القول بالانفساخ من أصله بالتخالف مفرع على أنه ينفسخ بنفس التخالف كما هو فى

التتمة والنهاية ، ولم يتعرضوا له على القول بانشـــاء الفسخ ، والقياس جريانه • وأما خيار المجلس والشرط فقد ذكر فى بابه أنه اذا فسخ وقلنا الملك للمشترى فالأصح أن الأكســـاب تبقى له وذلك يدل على أن الأصح فيها أيضا أنه من حينه • والقول الآخـــر بأنه من أصله يجرى فيه بغير اشكال ، بل هو أولى بذلك ، فقد ظهر بذلك أن الخلاف فى الجميع وأن الأصح فيها كلها أنه من حينه ، لكنها ليست فى رتبة واحدة وأولاها بجريان الخلاف فيه زمان الخيار لأن العقد لم يلزم وأبعدها الاقالة ، لأنها فى حكم أمر جديد وليست جبرا للعقد الأول •

وبقى من المسائل انفساخ عقد الصرف بالتفريق قبل التقابض هل نقول انفسخ من أصله قطعا ؟ لأن التقابض شرط أو نقول حكمه حكم تلف المبيع قبل القبض ؟ على أنه لا فائدة لاجراء الخلاف فيه ، نعم عقد السلم اذا كان رأس المـــال جارية مثلا وكانت معيبة وحبلت فى المجلس وولدت ثم ماتت قبل أن يقبضها المسلم اليه ، فهل نقول انه فسخ من حينه حتى يسلم الولد المسلم اليه ؟ أو من أصله حتى يرجع الى البائع قطعا ؟ والأشبه جريان الخلاف فيه وأن يكون كتلف المبيع قبل القبض ، فان الشافعى رحمه الله استنبط انفساخ العقد بتلف المبيع قبل قبضه من عقد الصرف ، اذا تفرقا ولم يتقابضا ، كما تقدم ذلك فى باب الربا •

(الثامن) ان الطريقة المشهورة هنا الجزم بعدم جريان الخلاف فيما بعد القبض بل يكون بعد القبض رفعا من حينه قطعـــا ، خلافا لمـــا قاله صاحب التتمة وقد حكى الامام وغيره من الجازمين فيما اذا رد المسلم فيه العيب ، وكان عبدا استكسبه • أنه هل يجب رد الكسب والغلة • على قولين فالقول بأنه يرد الكسب معه فمقتضاه ارتفاع الملك فيه من أصله وهو بعد القبض فان قيل على الطريقة الضعيفة بارتفاعه من الأصل • والخلاف فى السلم مشهور • وقد تقدم له ذكر فى باب الربا •

(والجواب) أن الخلاف المذكور فى السلم مأخذه أمر آخـــر • وهو أن الملك على أحد القولين فى المســـلم فيه الشروط بالرضا أو بعد

الرد • فاذا رد تبينا أن الملك لم يحصل أصلا • فهذا هو القائل برد الأكساب ، والقول المقابل له ان الملك بالقبض • ثم انتقض بالرد • فعلى هذا ينبغى أن يكون كرد المبيع بالعيب بعد القبض لا يرد الأكساب• وهو رفع للملك من حينه على الطريقة المشهورة ويجىء فيه طريقة صاحب التتمة مع القول بعدم رد الكسب • فافهم ترتيب هذا التفريع فانه من محاسن الكلام •

وقد ذكر ابن أبى الدم أن الامام والغزالى ذكرا وجهين فيما اذا رد المسلم بعيب • هل هو رفع للعقـــد من حينه أو من أصله ؟ ومراد ابن أبى الدم الخلاف الذى قدمته ، والتحقيق ما نبهت عليه ولولا ذلك لاقتضى اشكالا على الامام ومن وافقه ممن قطع هنا بعد القبض بأنه من حينه ، واقتضى اشكالا على جميع الأصحاب فى قطعهم هنا بأن الأكساب بعد القبض لا ترجع ، والله أعلم •

(التاسع) الزيادات التى وقع الكلام فيها مشروطة بأمور (أحدها) أن لا يكون حصل بسببها نقص وقد تقدم التنبيه عليه (الثانى) ان تكون حادثة بعـــد العقد ولزومه ، فلو كانت موجودة كالحمل المقارن للعقـــد فسيأتى فى كلام المصنف فى بقية الفصـــل ان شاء الله تعالى (والثالثة) أن تكون انفصلت قبل الرد ، كالولد والصوف المجزوز واللبن المحلوب • أو صارت فى حكم المنفصل كالثمرة اذا أبرت ، أما لو لم تكن كذلك ، كما اذا ردها وهى حامل بحمـــل حدث بعد القبض ، حيث نقول : ان الحمل ليس بعيب ، أو رد الشـــجرة وقد أطلعت طلعا غير مؤبر أو الشـــاة وقد اشتراها ولا صوف عليها وهى مستفرغة الصوف • فحدث عليها صوف لم يجز ، أو حدث فى ضرعهـــا لبن ولم يحلب فما حكمه ؟ •

أما مسألة الحمل فنقل الامام فيها قولين كالفلس ، وجزم القاضى حسين رحمه الله هنا بردها لذلك ، ولا يســـلم له الحمل ان كانت علقت فى ملكه ، لأنه لا يمكن افراده بالبيع فهو كالثمن ، وعلى ذلك ينزل كلام المصنف رحمه الله لقوله : فحبلت عنده وولدت فجعـــل الولادة شرطا • وقال القاضى أبو حامد : انه أولى القولين ، وقال القاضى

وجماعة من الأصحاب : ان قلنا يأخذ قسطا بقى للمشترى ويأخذه اذا انفصل على الصحيح ، وفى وجه أنه للبائع لاتصاله عند الرد •

(وان قلنا :) لا يأخذ فهو للبائع ، وما ذكره القاضى حسين وأبو حامد موافق لما قاله الرافعى رحمه الله فى باب الفلس أن الأكثرين رجحوه فى رجوع غريم الفلس ، وما ذكره الرافعى هنا موافق للطريقة المشهورة هناك التى ذكرها المصنف وغيره من البناء على أن الحمل يقابله قسط أو لا ، لكن الرافعى رحمه الله مع ذلك عدل عن ذلك المأخذ لأجل تصحيح الأكثرين بتبعية الحمل الى الرجوع ، فيلزمه أن يقول هنا بالتبعية أيضا كما قاله القاضى أو يفرق بين المسألتين : مسألة الفلس ومسألة الرد بالعيب •

وأيضا فانه رجح فى الفلس تبعية الثمرة والحمل ، وجعلهما سواء ، وان كانت الثمرة أولى بالاستقلال لأجل أنهما تابعان فى البيع متتبعان فى الفسخ ، وهذا المعنى بعينه موجود فى الرد بالعيب •

ولو صح النظر الى المقابلة بالقسط لزم أن لا يتعدى الرجوع فى الفلس الى الثمرة ، لأنها مقابلة بالقسط قطعا على الطريقة الصحيحة المشهورة المنصوص عليها ، فدعوى الرافعى أن الأصح هنا أن الحمل يبقى للمشترى ، يحتاج الى جواب عن ذلك ، وقد صحح الرافعى هنا أن الثمرة فى أخذها قسطا على قولين كالحمل ، ومقتضاه أن يكون الأصح عنده أنها تبقى للمشترى أيضا قبل التأبير ، وأطلق بعضهم أن الحمل نقص ، لأنه فى الجارية يقل النشاط والجمال ، وفى البهيمة ينقص اللحم ويخل بالحمل والركوب •

(فاذا قلنا) هذا أو لم نقل به ، ولكن حصل بالحمل نقص رجع بالأرش ، قال القاضى أبو حامد : وهل للمشترى امساكها حتى تضع ويردها ان لم يكن تنقصها الولادة ؟ نقله ابن الصباغ ، واذا جوزنا له الرد فحبسها حتى تضع — فان قلنا : الحمل للمشترى — لم يمنعه ذلك من الرد بالعيب ، لأنه حبسها لأخذ ملكه منها (وان قلنا :) ان الحمل للبائع منعه ذلك من الرد • قاله القاضى الماوردى رحمه الله •

وأما الجارية فان كلامه يقتضى أنه يجوز له امساكها حتى تضع وردها فى الحال فانه ان ردها وهى حامل كان الحمل للبائع ، لان المشترى اختار ترك حقه فليس له استثناؤه ، فرق الجرى بين ذلك وبين ما اذا أوصى له بالحمل ثم اشترى الأم فوجد بها عيبا فردها ، لم يكن الحمل مردودا معها لان الحمل فى هذه الحالة لا يتبع ، وممن بنى الحمل على القولين فى المقابلة الماوردى ، والأصح عنده كما قال الرافعى •

وحكى مع ذلك وجها على قولنا : انه يقابله قسط من الثمن أنه للبائع لاتصاله بالأم عند الرد ، هذا حكم الحمل وأما الثمرة التى لم تؤبر ففيها وجهان (أحدهما) يردها مع الأصل ولا يمسك (والثانى) يمسكها أو يرد الأصل ، والفرق بينها وبين الحمل على هذا القول جواز افرادها بالبيع على أحد الوجهين ، ولم يصحح الرافعى رحمه الله من هذين الوجهين شيئا ، وقد تقدم ما اقتضاه تخريجه للثمرة على الحمل فالبحث معه فيهما ، والذى يتجه هنا أن يكون الأصح الأول ، وهو أن يردها مع الأصل قال القاضى حسين رحمه الله : والأصح الأول ، لأنه الأظهر الذى نقله المزنى فى رجوع البائع فى عين ماله اذا أفلس المشترى وعليها ثمرة غير مؤبرة ، وهو الأصح عند الرويانى والرافعى رحمهما الله ، فليكن هنا كذلك ، ولعل المصنف رحمه الله اختار الوجه الثانى ، ولذلك قال : فأثمرت ، ولم يقيد بقطع ولا تأبير ، وفى الفلس حكى القولين من غير ترجيح •

وأما اللبن الحادث فى الضرع أو الصوف الذى حدث بجزءيهما للمشترى ، وذكر القاضى هذه المسائل الأربع فى تعليقه مفرقة فى موضعين • وقال المتولى والبغوى والرافعى رحمهم الله : انه يرد الصوف تبعا وهو مقتضى ما قال القاضى حسين فى الفتاوى وفى كل من الكلامين نظر ، والصحيح ما سأذكره فى آخر الكلام ان شاء الله تعالى •

(واعلم) أن الحمل يندرج فى المعارضة قولا واحدا ، وفيما عداها من العقود والفسوخ قولان (فالأظهر) فى الرهن الاندراج بناء على أن له قسطا ، وفى الهبة كلام الرافعى يقتضى الجزم بالاندراج ،

والامام قال : ان الجديد عدمه ، وفى الرجوع فى الهبة بناه الرافعى على المقابلة ، كما فعل بها فى الرد بالعيب فيقتضى أن الأصح عدم الاندراج ، فالرافعى رحمه الله سلك طريقة البنـــاء فى المواضع كلها الا فى الفلس ، لمـــا وجد ميل الأكثرين ، ونص الشـــافعى رحمه الله فيه الى خلافها والقاضى حسين جرى فى الرد بالعيب والفلس على قاعـــدة واحدة لكنه سلك طريقة البنـــاء فى اندراج الحمل فى الرهن ، وهذه أمور مضطربة .

فالامام رحمه الله أجرى القولين فى جميع ذلك جريانه فى الرهـــن بطريق الأولى لكونه لا ينقل الملك ، وهو يشكل على القاضى حسين رحمه الله ، والذى يظهر فى ذلك أحد أمرين (اما) أن نقول : ان عهد المعاوضة لا يستتبع الحمل لفوته وفسخه لذلك ، وعلى هـــذا يستمر نصه المنقول فى الفلس على الاستتباع فى الرجوع (والجديد) الذى نقله الامام فى الهبة وعلى مقتضاه يكون الأصح الاستتباع فى الرهن (واما) أن نقول : بأن الحمل يتبع المواضع كلها لكونه جزءا أو لا ، وأما الصوف واللبن فالأقرب أنهما كالحمل فيندرجان ، لأنهما جزءان وان كان يمكن فصلهما الآن ، لعدم صحة افرادهما بالبيع ، وانما لم يدخلا فى الرهن على الصحيح لاقتضاء العرف جز المرهون وحلبه .

نعم اذا جز الصوف أو حلب اللبن فى مدة طلب البائع للرد ، بحيث لم يحصل تأخير ولا تعيب ، فانه حينئذ لا يصادف الرد ، فلا تتبع تفريعا على جواز ذلك وأنه لا يبطل الرد كما تقدم عن المصنف رحمه الله .

وقال القاضى حسين : ان جز الصوف ثم ردها بطل خيـــاره لاشتغاله بالجز بعد ما علم بالعيب ، وهذا على رواية فى أنه يشترط المبادرة الى التلفظ بالفسخ ، أما على المذهب فلا يتجه ذلك .

وقال القاضى حسين رحمه الله أيضـــا : ان ردها مع الصـــوف يجبر البائع على القبول وهذا يتجه على الصحيح فى أن الصوف تابع ، أما على رأيه فى أن الصوف يبقى للمشترى ، فاجبار البائع على القبول اذا ردها مع الصوف ينبغى أن يكون ، كما فى رد البهيمة مع النعـــل ان كان الجز غير معيب لها ، فاذا لم يجز لم يجب على البائع القبول

كما فى نظيره فى النعل وان كان معيبا لها فيصح القول بالاجبار ، ولكن ينبغى أن يأتى فيه الخلاف فى أن ذلك تمليك أو أعراض والأشبه فى مسألة النعل الثانى فليكن هنا كذلك حتى اذا جز بعد ذلك من غير زيادة كان للمشترى •

وأما قول الرافعى رحمه الله : انه يرد الصوف ، وأما الثمرة غير المؤبرة فهى أولى من الحمل بعدم الاندراج لأنه يجوز افرادها بالبيع على أحد الوجهين • وفيها طريقة قاطعه لأنها مقابلة بقسط من الثمن ، لكن الأصح فيها الاندراج أيضا لما تقدم ، وقد تقدم فى باب بيع الأصول والثمار من كلام الامام أحمد من هذه المسائل متعلقة بهذا الكلام فى التأبير ، فان أراد أنه اذا رد لا يبقى الصوف له فصحيح على ما قدمته ، وكذلك قال صاحب التتمة ، لكن يشكل على الرافعى فى قوله : ان الحمل يبقى للمشترى فان الحمل من جهة كونه أولى بالتبعية ، وكذلك الأصح عند الرافعى دخوله فى الرهن وعدم دخول الصوف ، وان أراد أنه يجب عليه رده ولا يجوز جزه — وفيه نظر مأخوذ من جواز الحلب والركوب فى طريق الرد — فقد تقدم من المصنف رحمه الله جوازه ، ومن الرافعى منعه • وتبين الراجح منهما ، ولم يذكر الرافعى رحمه الله مسألة اللبن ، وهل تتبع فى الرد أو لا وهو من جهة الاستئجار كالحمل ، ومن جهة قرب التناول كالصوف ، وكيفما كان فالأصح التبعية ، وعلى رأى الرافعى ينبغى أن يكون الأصح عدم التبعية لأنه يقابل بقسط من الثمن فهو كالحمل •

(فرع) من تتمة الكلام فى الحمل ، جزم الجورى بأن الحمل يكون للبائع اذا ردت عليه بالعيب ، سواء أكان حدوث الحمل عند البائع أم عند المشترى مع القول بأن الحمل له قسط من الثمن ، قال : لأنها اذا حملت عند المشترى له أن يمسكها حتى تلد ثم يردها ، فاذا اختار ردها حاملا فكأنه اختار ترك حقه ، فليس له استثناء الولد ، ثم اعترض بالجارية الموصى بحملها اذا بيعت من الموصى له بالحمل وردها بعيب ، لم يكن الولد مردودا • وأجاب أن حكم الولد حكم الأم ما لم يعقد على الولد عقد أو وصية أو هبة •

(فـــروع) لو اشتراها وعليها صوف وفى ضرعها لبن فطـــال الصوف وكثر اللبن ، ثم ردها بعيب قبل الجز والحلب ، وقلنا بأن الصوف تابع فى الرد ، فلا اشكال (وان قلنا) بما قاله القاضى حسين فى تعليقه من أن الصوف واللبن الحادثين للمشترى فمقتضى ذلك أن يصير ذلك مشتركا بينهما ، فان اتفقا فذاك ، والا فصلت الخصومة بطريقهما ، لكن الذى فى فتاويه كما سيحكيه خلاف ذلك ولو جز الصوف ثم أراد الرد بالعيب وكان اشتراها ولا صوف عليها فلا اشكال فى جـــواز الرد ، وبقاء الصوف له على ما مر ، ولو كان عليها صوف حين الشراء فجزه وهو على حاله ، ثم أراد الرد بعيب ، رد الصوف المجزوز ، قاله المـــاوردى والقاضى حسين والرافعى وغيرهم •

وقال الشيخ أبو حامد فى آخـــر باب بيع المصراة : انه اذا كان يمكنه التوصل الى معرفة العيب من غير جز الصوف امتنع عليه الرد • وان جزه ثانيا فالمجزوز ثانيا له مختص به ، فان لم يجـــزه حتى رد فحكمه ما تقدم فيمـــا اذا لم يكن عليها صوف حين العقـــد ثم حدث وفى هذه الصورة صرح بها القاضى حسين فى الفتاوى بأنه يرده وفرق بينه وبين القث والكراث كما سيأتى عن صاحب التهذيب وهو فى ظاهره مخالف لمـــا حكيته عن تعليقه الا أن تكون المســـألة التى فى الفتاوى من كلام جامعها وهو صاحب التهذيب ، وان جز الصوف الذى كان عليه بعد أن طال ثم اطلع على عيب فيزداد هنا أنه يصير بينهما شركة فى الصوف وقد يحصل نزاع فى مقدار ما لكل منهما وذلك عيب مانع من الرد ، ولم أر فى هذه المسألة نقلا •

وأما مسألة اللبن اذا كان منه شىء موجود عند العقد فيلتفت على أنه هل يرد الثمن فى غير المصراة ؟ وقد تقدم ذلك فى آخـــر الكلام فى التصرية ولو اشترى أرضـــا وبها أصول الكراث ونحوه وأدخلناها فى البيع فنبتت فى يد المشترى ثم علم بها عيبا يردها ويبقى النابت للمشترى ، هكذا قال البغوى والرافعى رحمهما الله وفرق بينهما وبين الصوف بأنها ليست جزء الأرض ، ألا ترى أن الظاهر منها فى ابتـــداء البيع لا يدخل فيه وهذا الفرق فى فتاوى القاضى أيضا كما تقدم •

(فــرع آخــر) اذا قلنا الزيادة تسلم للمشترى كما جزم به المصنف رحمه الله فليس للبائع حبس ما حدث فى يده بعد العقــد وقبل القبض من الزوائد لأجل الثمن فى صورة غير الفسخ •

(وان قلنا) بأنها ترجع بالفسخ الى البائع • قال الغزالى : له حبسها الى استيفاء الثمن ، والامام أطلق عن بعض الأصحاب الوجهين فى جواز حبسها من غير بناء ثم قال : ان ذلك ليس على حكم حبس المبيع بالثمن وانما ينقدح الاختلاف فيه قبل تعرض العقد للانفساخ والغزالى رحمه الله لاحظ ذلك فعلل بأنه يتوقع التعلق بها لكنه قال مع ذلك انه يحبسها للثمن •

قال ابن الرفعة : ولعل الغزالى رحمه الله قال : له حبسها لا للثمن ، قلت : أو يقال بأنه لمــا توقع عودها اليه صارت كالأصل فيجرى حكمه عليها فى الحبس بالثمرة ما دام الأصل نصفه يستحق حبسه فلو زال ذلك بأن سلم المشترى الثمن أو بتبرع البائع بتسليم المبيع يسقط حق الزوائد لسقوط حبس أصلها ، وأما مجرد توقع عودها اليه فكيف يقتضى جواز حبسها ولا تنافى بين كلام الامام وكلام الغزالى • وقول الامام ليس على حكم حبس المبيع بالثمن لعل مراده لكونه ليس مقابلا به • وقال القاضى حسين : لو اشترى حاملا فمخضت فى يد البائع فلا خلاف فى أنه ليس له حبس الولد لاستيفاء الثمن ، ولم يحك الخلاف الذى ذكره الامام والغزالى ولا شك أنه لو تلف الولد الحادث قبل القبض لا يسقط بتلفه شىء من الثمن قطعــا وليس كالولد الذى كان حملا عند العقد ، فان ذلك على قول ، وهو الصحيح قابله قسط من الثمن ، وهل يكون مثله فى جواز بيعه قبل القبض أو لا ؟ فيه نظر • والأقرب أنه مثله ، وهل نقول فى الحادث انه يجب على البائع تسليمه أو التمكين منه ؟ فى كلام القاضى أبى الطيب فى احتجاج الحنفية أنه دخل فى حق التسليم ؟ وأجاب بأنه لم يدخل فى حق التسليم المستحق بالمبيع ، وانما يجب تسليمه اليه بحق المــال وظاهر هذه العبارة يقتضى وجوب التسليم والأقرب أن المراد التمكين • وقد صرح البغوى رحمه الله بأنه أمانة فى يده ، ويحتمل أن يكون كالأمانات الشرعية حتى اذا هلك قبل التمكن من رده لا يضمنه والا ضمنه ان لم يقل له حق الحبس •

(فرع آخر) عن المزنى فى مسائله المنشورة : اشترى غنما بعشرة أقساط من لبن موصوف الى أمد فلم يتقابضا حتى حلب البائع منها عشرة أقساط لبن ثم ماتت الغنم يبطل البيع ويسقط الثمن من ذمة المشترى ويأخذ من البائع ما حلب من اللبن • قال الماوردى : وهذا صحيح لأن تلف المبيع قبل القبض يبطل البيع ولا يمنع من ملك النماء •

(قلت) وهذا على قولنا بأنه يرفع العقد من حينه ، وهو الذى جزم به العراقيون • أما اذا قلنا تلف المبيع قبل القبض يرفع البيع من أصله وأن الزوائد ترجع الى البائع فلا يأخذ المشترى من البائع شيئا ، وانما ذكر المصنف هنا حمل البهيمة ، لأن حمل الجارية سنذكره بعد ذلك والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان المبيع جارية فحملت عنده وولدت ثم علم بالعيب ردها وأمسك الولد لما ذكرناه • ومن أصحابنا من قال : لا يرد الأم بل يرجع بالأرش ، لأن التفريق بين الأم والولد فيما دون سبع سنين لا يجوز ، وهذا لا يصح لأن التفريق بينهما يجوز عند الضرورة ، ولهذا قال الشافعى رحمه الله فى الجارية المرهونة انها تباع دون الولد) •

(الشرح) اذا كانت الجارية حاملا عند البيع ثم حبلت عند المشترى وولدت ولم يطلع على العيب حتى بلغ الولد سبع سنين اذا اطلع(١) العيب ولم يتمكن من الرد الى هذه المدة فحكمها حكم البهيمة حرفا بحرف على ما تقدم بلا خلاف ، وفرض المسألة أن لا يكون حصل لها نقص بالولادة كما تقدم التنبيه عليه ، فلو حصل نقص منع

---

(١) اطلع تتعدى بنفسها لقوله تعالى : « **اطلع الغيب أم اتخذ عند الرحمن عهدا** » وتتعدى بالجر ايضا ..

(المطيعى)

من الرد ووجب الأرش وأما اذا اطلع على العيب وتمكن من الرد قبل بلوغ الولد سبع سنين فقد اختلف الأصحاب فى جواز الرد ، فالذى قاله المصنف رحمه الله ، ورجحه الجواز للضرورة ، وهو فى ذلك موافق للشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب هنا ، وقال انه أصح وأشهر فى المذهب ، ونسبه ابن الصباغ الى أكثر الأصحاب • وقال الرويانى رحمه الله انه المذهب ، ووافقهم ابن أبى عصرون وهو مقتضى اطلاق نص الشافعى رحمه الله ، فان الشيخ أبا حامد نقل أنه قال فى القديم : اذا اشترى جارية فولدت ثم أصاب بها عيبا كان له أن يرد الجارية ويمسك الولد اذا لم تكن نقصت بالحمل أو بالوطء ، وليس مراد الشيخ أبى حامد أن ذلك من القديم المخالف للجديد ، ولكن نقل هذه المسألة لم توجد منصوصة للشافعى رحمه الله الا فى القديم •

والوجه الآخر فرعه بعض الأصحاب على هذه المسألة كما قال الشيخ أبو حامد وصاحب التتمة ذكر فيها وجهين هنا من غير ترجيح والشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب ردا على الوجه الآخر الذى قاله بعض الأصحاب بما قاله المصنف رحمه الله ، لكن الرويانى فى البحر مع قوله عن الأول : انه المذهب قال : ان هذا الوجه أقيس ، وجزم به الجرجانى فى المعاياة ، وكذلك القاضى أبو الطيب وغيره فى كتاب السير على ما نقله ابن الرفعة • وكلام الرافعى رحمه الله يشعر بترجيحه فانه ذكر الوجهين فى ذلك وقال : وسنذكر نظيره فى الرهن •

ثم ذكر فى الرهن : اذا رهنت الأم دون الولد • ان صح أنهما متبايعان جميعا والا يفرق بينهما • وكذلك وافقه على تصحيح هذا فى الرهن القاضى حسين والماوردى والمحاملى فى التجريد من تعليقة أبى حامد والبغوى فى التهذيب والمتولى فى التتمة ، ومنهم من يقطع بذلك ، فاذا كان هؤلاء الأئمة قائلين بين قاطع ومرجح بأنهما يباعان معا ولا يفرق بينهما ، ولم يجعلوا ذلك ضروريا مسوغا للتفريق فينبغى ههنا كذلك ، وأن يكون الأصح هنا امتناع التفريق وامتناع الرد كما اقتضاه كلام الرافعى رحمه الله • وقال الجرجانى الا أن يفرق المصنف ومن وافقه بين البيع فى الرهن والرد بالعيب ، وسأذكر له فرقا ان شاء الله تعالى • وقد يقال : انه لو جاز التفريق ينبغى أن يمتنع

الرد هنا ، لأن رجوع الجارية بدون ولدها عيب ، وذلك بمنزلة عيب جديد يمنع بسببه الرد ، ولا شك أن أهل العرف يعدون ذلك عيبا وتقل الرغبات فيمن يكون لها ولد منفصل عنها •

وطريق الجواب عن المصنف فى ذلك أن يفرض فيما اذا رضى البائع بردها كذلك حتى لا يكون للمشترى الا الرد أو يرضى بها معيبة ولا يكون له المطالبة بالأرش ، ومتى لم نفرض المسألة كذلك تعين امتناع الرد ، ثم ههنا كلامان :

(أحدهما) ما استدل به المصنف والشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب على ضعف هذا الوجه من نص الشافعى رحمه الله هو فيه تابع للشيخ أبى حامد ، قاله هكذا حرفا بحرف وفيه نظر ، فان الشافعى رحمه الله له نصان فى المختصر •

(أحدهما) قوله ولا بأس أن يرهن الجارية ولها ولد صغير ، لأن هذا ليس بتفرقة وحمله جماعة من الأصحاب على أن معناه أن الرهن لا يوجب تفريقا ، ثم ما يتفق من بيع وتفريق فهو من ضرورة الجاء الرهن اليه ، وهؤلاء هم الذين جوزوا بيع المرهونة وحدها ، والتفريق بينها وبين ولدها ، لكن طائفة من الأصحاب قالوا : معناه أنه لا تفرقة فى الحال ، وانما التفرقة عند البيع ، وحينئذ يباعان معا • ويحذر من التفريق فان أراد المصنف هذا النص فالأصحاب يختلفون فى تفسيره كما رأيت • والتفسير الثانى هو الصحيح لعدم افضائه الى محذور • وليس فى النص المذكور تصريح بأنها تباع دون الولد كما فى لفظة الكتاب •

والنص الثانى فى المختصر أيضا قبل ذلك فيما اذا وطىء الراهن الجارية المرهونة قال الشافعى رحمه الله : فان أحبلها ولم يكن له مال غيرها لم تبع ما كانت حاملا ، فاذا ولدت بيعت دون ولدها ، وهذا النص أقرب الى لفظ المصنف رحمه الله ، لكنه يبعد ارادته ، لأن الولد ههنا فى هذه الصورة حر لأنه ابن الراهن المالك ، فالتفرقة ضرورية ، وبهذا فرق جماعة بين هذه الصورة والصورة الأولى حيث

لا يجـوز التفرقة على الأصح ، لأن الولد هناك مملوك وهنا حر ، واذا كان كذلك فلا يصح التمسك به ، لأن الولد هنا فى الرد بالعيب مملوك ، وهـذا لا يخفى عمن هو دون المصنف والشيخ أبى حامد وان أراد نصا آخـر فلم أعلمه ، والله أعلم .

لكن يدل على أن المصنف وأبا حامد أرادا هذا النص الثانى ، وأنه هو الذى وقع به الرد على صاحب هذا الوجه أن القاضى أبا الطيب قال فى الرد عليه : ولهذا قال الشـافعى رحمه الله : ان الجارية المرهونة اذا حبلت لم تبع ما دامت حاملا ، فاذا ولدت بيعت دون ولدها . وقال صاحب الشامل : اذا كانت جارية فولدت حرا يباع الرهن دون الولد ، لأنه موضـع حاجته . وقال صاحب التتمة : كالمرهونة اذا علقت بولد حـر ، والجارية الجانية اذا كان لها ولد حر بيعها دون الولد . وقال الرويانى : المذهب أنه يجوز هـذا التفريق كما قال الشـافعى رحمه الله فى الجارية المرهونة اذا ولدت حرا : تباع الأم لحق المرتهن دون الولد ، لأنه موضع حاجته فى الأم .

فكلام هؤلاء الأئمة يدل على أنهم انما ردوا على صاحب هذا الوجه بهذا النص وهو مشكل ، لأن الولد الحـر يجوز بيع أمه ، سواء أكانت مرهونة أم غير مرهونة ، لأنه لا يمكن بيعه معها أصـلا لضرورة فيه محققة وليس كالولد الرقيق ، وطريق حمل هذا الاشكال أن الجامع بين الصورتين الضرورة وان كان الولد هنا رقيقا وهنـاك حرا فانه لو لم يجز الرد ههنا أدى الى ابطال حق المشترى من الرد ويعترض على هذا بأن المحذور هو التفريق فى الملك ، واذا كان الولد حرا الفرقة حاصلة ، فلا تفريق ، بخلاف مسألتنا هنا فان الرد يوجب التفريق فى الملك وقياس التفريق على ما ليس بتفريق لا يظهر .

(الكلام الثانى) فى تخيل الفرق بين الرد بالعيب وبين البيـع فى الرهن ، قد يقال انتصار المصنف أن هنا أمرين مسـوغين للتفريق (أحدهما) الضرورة والا لأدى الى ابطال حق المشترى من الرد ، والزامه أخذ الأرش وبقاء المعيب فى عقد عسر ، فلا طريق له الا الرد . وأما الراهن فانه يجب عليه وفاء دينه ، فان كان مال غيره وفينا منه

ولم يبع ، لمـا قاله المـاوردى هناك ، وان لم يكن له مال الا الجارية المرهونة ، والشـارع منع من التفريق فصار كما لو كان الدين يحيط بقيمة الجارية وولدها ولا مال له غيرهما ، فانا نبيعهما توصلا الى وفاء الدين الذى التزمه وحجر على نفسه بسببه ، وهذا المعنى وحده كاف فى الفرق ومصحح لمـا ذكره المصنف رحمه الله •

(والأمر الثانى) أن هذا التفريق بالفسخ ، وقد اغتفروا فى الفسخ ما لم يغتفروا فى انشـاء العقود ، ألا ترى أن الأصـحاب رحمهم الله قالوا : لو باع الكافر عبدا مسـلما بثوب ، ثم وجد بالثوب عيبا [فان] له استرداد العبد فى أصح الوجهين ؟ ولو وجد مشترى العبد به عيبا فطريقان :

(أحدهما) القطع بالجواز •

(والثانى) على الوجهين • ولو تقابلا حيث لا عيب ، وقلنا الاقالة فسخ فعلى الوجهين ؟ فهذه المسـائل الثلاث اغتفروا فيها حصـول ملك الكافر على المسـلم بالفسخ ، وان كانوا لم يغتفروه بانشـاء العقد • وعلله الغزالى رحمه الله فى المسألة الأولى بأن الاختيار فى الرد اما عود العوض اليه فهو قهرى كما فى الارث واستشكله الرافعى ، ورأى أن الأصوب فى توجيهه أن الفسخ يقطع العقد فيكون نازلا منزلة استدامة الملك ، والامام علله بأن الرد يرد على العقد ، وارتداد العبد يترتب على انفساخ العقد •

وله فى رد الثوب غرض سوى تملك العبد ، أى وهو التخلص من عيبه وهـذا الغرض ــ وهو التخلص من العيب ــ حاصل فى الجارية اذا ولدت ثم اطلع على عيبها بخلاف الرهن فانه لا غرض الا التوصل الى وفاء دينه ، والراهن ألزم نفسه بذلك وملاحظة الضرورة لابد منها •

وأما الفسخ وحده فليس بكاف • ألا ترى أنهم جزموا فى الفلس بعدم التفريق لمـا كان مال المفلس كله معيبا ولا ضرورة تدعـو الى

التفريق ، وان كان الرافعى رحمه الله قال باحتمال جريان الخلاف الذى فى الرهن والرد بالعيب فيه ، وأن جزمهم يحتمل أن يكون على الأصح •

وحكى الماوردى وجها يوافق هذا الاحتمال ، وحكاه المتولى أيضا عند الكلام فى التفريق بالبيع ، وكذلك ملاحظة الفسخ لابد منها ، والضرورة وحدها لا تكفى ، ألا ترى أن فى رجوع الزوج فى شطر الصداق لم يجوزوا ذلك لأجل حق الزوج ؟ بل نقلوه الى نصف القيمة لأن استرجاع الشطر تملك جديد • هذا ما ظهر لى فى تقوية ما ذهب اليه المصنف رحمه الله • ومن وافقه على ما فيه ومع ذلك يحتاج الى ملاحظة ما يقدم التنبيه عليه فى فرض المسألة اذا رضى البائع بالرد ، أو نفرض أن ذلك لا تنقص به قيمتها ، وهو بعيد ، والأول أقرب ، والله أعلم •

(**التفريع :**) ان قلنا بجواز الرد كما قال المصنف فذاك (وان قلنا) بامتناع الرد فقد قال المصنف رحمه الله : انه يجب الأرش ، وكذلك قاله الجرجانى والرافعى ، وعلله الجرجانى بأن الرد كالميئوس منه ، ولك أن تقول : انه يمكن بأن يعتق الولد أو يموت أو يصل سن التفريق وقد يكون بقى منه زمن قليل أو كثير الا أنه تقدم لنا وجهان عن الامام فيما اذا كان البائع بعيدا حكيناه فيما اذا رضى أحد المشترين بالعيب تفريعا على منع الاستقلال بالرد • والأصح منهما الرجوع بالأرش ، فليكن الوجه الآخر جاريا هنا لكنه ضعيف مفرع على ضعفه ، ولنا خلاف هناك أنه لو رد أحدهما الجميع عند حصوله فى ملكه وأراد استرجاع نصف الثمن هل يجبر البائع عليه كما فى مسألة النعل ؟ (فان قلنا) بالاجبار فههنا أن يرد الولد معها يحتمل أن يكون كذلك فان لم يفعل سقط حقه من الرد وتعين الأرش ولا يعقل فى هذه المواضع كلها عن فرض المسألة فيما اذا لم يحدث عيب جديد •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان اشتراها وهى حامل فولدت عنده (فان قلنا) ان الحمل له حكم ، رد الجميع (وان قلنا) لا حكم للحمل ، رد الأم دون الولد) •

(الشرح) هذا بناء صحيح اتفق عليه الأصحاب والصحيح ، أن له حكما ويقابله قسط من الثمن ويحبسه على استيفاء الثمن • فالصحيح أنه يرد الجميع ، وعلى الثانى يكون الولد كالولد الحادث فيأتى فيه الخلاف فى الرد قبل بلوغه سن التفريق ، والأصح المنع كما تقدم ، خلافا للمصنف رحمه الله • ويأتى فيه أيضا ما تقدم فى الولد الحادث قبل القبض ان حصلت الولادة قبل القبض من الخلاف فى حبسه بالثمن ، ورجوعه الى البائع عند اتفاق فسخ أو انفساخ على ما تقدم ، وسواء قلنا له رد الجميع على الصحيح أو رد الأم دون الولد على القول الآخر ، فشرطه على ما قال الماوردى والرويانى والرافعى رحمهم الله وأفهم كلام ابن الصباغ أن يكون حصل لها بالوضع نقص ، فان حصل نقص فلا رد •

وقد تقدم أن ابن الرفعة قال : قياسه أن يتخرج على الوجهين ، يعنى فى العيب الذى تقدم سببه ، هل يكون من ضمان البائع ؟ أو من ضمان المشترى ؟ والأصح أنه من ضمان البائع ، فينبغى على ذلك أن يرد ، وان حصل نقص وأيد ذاك بما اذا أصدقها جارية حائلا ثم حملت فى يده ثم وضعت فى يدها ثم طلقها ، وأن الرافعى رحمه الله حكى فى نسبة النقص الحاصل اليه أو اليها وجهين ، وهذا الذى ذكره ابن الرفعة قوى وقياسه أن يكون الأصح أنه يرد ، ولكن الماوردى وابن الصباغ جزما بخلاف ذلك •

واعلم أنى قدمت عن القاضى حسين والبغوى والرافعى ما يقتضى أن الخلاف فى كون ذلك مع ضمان البائع ، أو من ضمان المشترى جار مع العلم ، وفرعوا عليه أنه يرد الجارية بعد زوال البكارة والعبد بعد قطع يده بعيب آخر قديم مع العلم بالتزوج والجناية على قولنا : ان ذلك من ضمان البائع ، وهو الصحيح الذى استشكله هناك وقلت : ينبغى أن يكون الرضا بالعيب قطعا لأثره حتى يكون ما يوجد فى يد المشترى ، وان كان من سببه منسوبا الى يد المشترى لرضاه لسببه دون البائع ، ولم أر من اعتضد به فى ذلك النقل ، ولا ما يرده الا كلام القاضى حسين ومن تبعه على سبيل التفريع ، فان كان الأمر كما قلت فقد اندفع الاشكال عن الماوردى وابن الصباغ هنا ، فان

المشترى عالم بالحمل ، فكذلك النقصان الحادث عنده منسوب اليه • وقد وجدت بعد ذلك بآخر التتمة صرح بامتناع الرد اذا علم بالزوجية ثم أزال الزوج بكارتها بعد القبض ، ووجد بها عيبا آخر وقد ألحقته هناك فاندفع السؤال •

نعم لو لم يعلم بالحمل كان ذلك من ضمان البائع ولا يمنع الرد حينئذ ولا يندفع الاشكال عن الرافعى لتصريحه بالحكمين فى المسألتين على أن الماوردى رحمه الله فى أصل المسألة مال الى أن ذلك من ضمان المشترى ، فلعله ذكر التفريع هنا على ما مال اليه هناك فلا يرد عليه شىء ، وان كان الأمر كما ذكره القاضى حسين ومن تبعه ، وأن الحادث الذى تقدم سببه منسوب الى البائع فى عدم منع الرد بغيره مع علم المشترى ، وان لم يكن يرد به فطريق الجواب يحتاج الى تأويل • والذى خطر لى الآن أن يحمل المنع من الرد على حالة يحصل فيها من الولادة نقصان عن قيمتها مع الحمل ، فانه رضى بها حاملا فالغالب أنها بالولادة تزيد قيمتها عن حالة الحمل فان الحمل عيب فاذا نقصت بالولادة عن قيمتها حاملا كان ذلك عيبا جديدا مانعا من الرد ، لأنه ليس الغالب حصوله بسبب الحمل والذى لا يغلب حصوله من السبب المتقدم تبعد نسبته اليه ، فلذلك لم يجعل من ضمان البائع فيكون مانعا من الرد بعيب آخر •

وأما مسألة الصداق فتحمل على أن المراد النقصان عن حالة الخيار ، وهى الحالة التى كانت عليها عند الاصداق ، ولا شك أن الجارية اذا حبلت وولدت تنقص قيمتها عما كانت عليه قبل ذلك ، والنقص بالحمل قد زال بالوضع وبقى النقص الآخر عن حالة الحبال ، فالولادة فى يد الزوجة وسببها فى يد الزوج وهو مما فعلت ، ولا يندر فيجرى فيه الخلاف ، فان فرض نقص بالولادة عن حالة الحمل الحاصل فى يد البائع ، فهو نقص جديد يتجه أن يكون من ضمان الزوجة ، كما فى المشترى ههنا ، هذا ما خطر لى فى ذلك ، وفيه نظر ، والله أعلم •

(فرع) أطلق الرافعى رحمه الله اشتراط عدم النقص بالولادة ، ولم يفرق بين ما بعد القبض وما قبله ، والماوردى وابن الصباغ

رحمهما الله فرضا المسألة فيما اذا كانت الولادة عند المشترى ، كما فرض المصنف رحمه الله ، ولا شك أنها اذا ولدت قبل القبض ولم يحصل نقص ترد اذا اطلع على عيب آخر ، أما اذا حصل نقص فقد قدمت كلاما فى أن العيب الحادث قبل القبض اذا استند الى أمر سابق علم المشترى هل يكون موجبا للرد أو لا ؟ وهل يكون مانعا من الرد بغير أو لا ؟ والذى ظهر أنه ليس موجبا ولا مانعا وقد صرح صاحب التتمة أنه اذا اشترى أمة مزوجة عالما بتزويجها ، فأزال بكارتها قبل القبض ، ثم اطلع على عيب بها ، هذا ما يقتضى تقييد كلام الرافعى رحمه الله ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان المبيع جارية ثيبا فوطئها ثم علم بالعيب فله أن يردها لأنه انتفاع لا يتضمن نقصا فلم يمنع الرد كالاستخدام) .

(الشرح) هذه مسألة مشهورة اختلف العلماء فيها على ثمانية مذاهب .

(أحدها) أن يردها كما ذكره المصنف ، ولا يرد معها شيئا ، وهو مذهبنا الذى نص عليه الشافعى والأصحاب ، ولم يختلفوا فيه ، وبه قال زيد بن ثابت فيما قيل وعثمان ومالك والليث بن سعد وأبو ثور ، ولا فرق عندنا فى ذلك بين أن يكون بعد القبض أو قبله ، ولا يكون بالوطء قابضا لها على المشهور ، ولا مهر عليه ان سلمت وقبضها ، فان تلفت قبل القبض فهل عليه المهر للبائع ؟ وجهان بناء على أن الفسخ قبل القبض رفع للعقد من أصله أو من حينه ؟ والصحيح لا مهر ولا فرق بين أن يكون المردود عليه ممن تحرم عليه بوطء المشترى كأب وابنه أو لا فان ذلك لا يمنع الرد .

(والمذهب الثانى) أنه لا يرد ولا يرجع بالأرش ، وهو قول أبى حنيفة والثورى وأبى يوسف واسحاق ، وروى ذلك عن عمر وعلى بن أبى طالب وابن سيرين والزهرى .

(والثالث) أنه يردها ويرد معها مهر مثلها ، وهو قول ابن أبى ليلى وشريح فى رواية ، وقيل : انه روى نحو ذلك عن عمر قال ابن المنذر : المهر فى قول ابن أبى ليلى يأخذ العشر من قيمتها ونصفا فيجعل المهر نصف ذلك يعنى يكون المهر ثلاثة أرباع عشر قيمتها • بذلك صرح عنه غيره •

(الرابع) يردها ويرد معها مهر مثلها بالغا ما بلغ ، وهو قول ابن شبرمة ، والحسن بن حى وعبد الله بن الحسن •

(والخامس) يردها ويرد معها نصف عشر ثمنها ، وهو قول شريح والنخعى وقتادة ، وروى من طريق الشعبى عن عمر •

(والسادس) يردها ويرد معها حكومة وهو قول الشعبى •

(والسابع) أنها لازمة ، لو صح ذلك عن الحسن وعمر ابن عبد العزيز ، وهى رواية عن على بن ابى طالب ، فلا يردها ولا يرجع بشىء على هذا القول •

(والثامن) يردها ويرد معها عشر ثمنها ، وهو قول ابن المسيب ، وروى عن ابن المسيب يرد معها عشرة دنانير ، ولعل ذلك كان عشر ثمنها فلذلك لم أعده مذهبا آخر دون تحقيق • هذا فى وطء الثيب • وأما البكر فسيأتى الكلام بها فى كلام المصنف ان شاء الله تعالى ، ومن هذه الأقوال التى حكيتها ما وردت مطلقة من غير تخصيص لثيب ولا بكر ، وهو قول الشعبى والحسن وابن المسيب وهذه المذاهب الثمانية ترجع الى أربعة أقوال يردها ولا شىء معها كمذهبنا ، أو بامتناع ردها والرجوع بالأرش ، كمذهب أبى حنيفة ، أو بامتناع ردها ولا يرجع بشىء كمذهب الحسن وعمر بن عبد العزيز ، أو يردها ويرد معها شيئا كمذهب الباقين •

فأما من يقول : يردها ورد شىء معها فالوجه تأخير الكلام عليه ، وتقديم الكلام على المذهبين الأولين عليه ، الثالث يشارك الثانى فى القول بامتناع الرد عليهما فى ذلك واحد ، فليجعل الكلام فى جواز الرد

وامتناعه ، ومعتمدنا فى ذلك أن وطء الثيب شىء لا ينقص من عينها ولا من قيمتها ولا يتضمن الرضا بعيبها فوجب أن لا يمتنع من ردها بالاستخدام ، وقولنا لا ينقص من عينها احتراز من قطع الطرف ومن قيمتها احتراز من حدوث عيب فى يد المشترى • وقلنا : ولا يتضمن الرضا بعينها احتراز من وطئها بعد العلم بعيبها وغير ذلك مما يوجب الرضا • وهذا الدليل الذى ذكره المصنف ، واستدلال الشافعى رضى الله عنه بأن الوطء أقل ضررا من الخدمة ، يعنى أن الوطء يمنع ويلد ويطرب والخدمة تلد وتزيت(١) وتتعب ، فاذا لم تمنع الخدمة من الرد فالوطء أولى أن لا يمنع ، فهذا الدليل هو الأول لكن بقياس الأولى • وأيضا بالقياس على وطء الزوج • وقد اتفقوا على أنه لا يمنع الرد • ولذلك اذا أكرهها انسان على الوطء فان كان وطء الثيب يقتضى وجوب ان يقع وطء الزوجة والمكرهه ، فان لم ينقص وجب أن لا يمنع وطء السيد ، وبالقياس على ما اذا غصبها المشترى من البائع فوطئها ثم ردها حتى يوفيه الثمن ، فلما وفاه وسلمها اليه وجد بها عيبا له ان يردها عندنا وعندهم ، فان اعتذروا عن وطء الزوج بأنه مستحق ، فوطء المشترى مستحق ، وأيضا يبطل بوطء الزوج بالبكر فانه مستحق • ومع ذلك قالوا بامتناع ردها ، فان اعتذروا بان منافع بضع الزوجة غير مملوكة بالشراء وانما يمتنع الرد بوطء السيد لانه كانه حبس بعض أجزاء المبيع فلذلك منع وطء السيد ولم يمنع وطء الزوج الثيب •

وأما البكر فجلدة البكارة مستحقة للمشترى لأنها عين حقيقة ، والنكاح محل المنافع الا أن تلك الجلدة تتلف للضرورة ، واذا كانت مستحقة بالبيع فأتلفها الزوج امتنع الرد لفوات بعض المبيع •

(**فالجواب**) أن منفعة البضع مملوكة بالشراء للسيد بدليل أن الزوج لو طلق كانت له ولو وطئت بشبهة استحق المهر وكون جلدة البكارة جزءا من المبيع مع كونها مستحقة الازالة للزوج لا يفيد ، لأنه مأذون فيها شرعا ، فلو لم تكن للنقص لما منع ذلك من الرد ، وقد تعلق

---

(١) قال فى القاموس : زاتهم أطعمهم اياه ، واستزات طلب الزيت . (المطيعى)

المخالفون فى ذلك بأمرين (أحدهما) أن الصحابة رضى الله عنهم فى هذه المسألة على قولين (أحدهما) أنه لا يرد ، وهو قول على بن أبى طالب رضى الله عنه (والثانى) يردها ويرد معها المهر • وهو قول عمر رضى الله عنه ، فالقول بأنه يردها ولا شىء معها احداث قول ثالث وهو غير جائز ، وأورده ابن السمعانى والغزالى ومحمد بن يحيى عنهم فقالوا : ان عليا وابن عمر رضى الله عنهم قالوا : لا يردها • وعمر وزيد بن ثابت رضى الله عنهما قالا : يردها ويرد معها نصف عشر قيمتها ، وايراده على الوجه الأول الأشهر ، وأقرب فى النقل ، والجواب عنه من وجوه :

(أحدها) ما أشار اليه الشافعى رضى الله عنه فى اختلاف الحديث فانه بحث مع من خالفه وحكى عنه أنه قال : روينا ذلك عن على • قال الشافعى : قلت : أفتيت عن على ؟ فقال بعض من حضره : لا •• فروينا عن عمر يردها • وذكر عشرا أو نحو ذلك • قال الشافعى : قلت : أو ثبت عن عمر ؟ قال بعض من حضره : لا •• قلت : وكيف تحتج بما لا يثبت وأنت تخالف عمر لو كان قاله ؟ وهذا الكلام من الشافعى رضى الله عنه اشارة الى أنه لم يثبت ذلك عن عمر ، ولا عن على رضى الله عنهما • وقد وقفت على الأسانيد وورود ذلك عنهما فرأيتها ضعيفة • وأمثلها الرواية عن على ، فانه لا يردها ويرجع بقيمة العيب ، وهى منقطعة لأنها من رواية على بن الحسين ولم يدرك جده ، ولولا ذلك لكانت صحيحة فانها من رواية ابن أبى شيبة عن حفص بن عنان عن جعفر بن محمد بن على بن الحسين عن أبيه عن جده عن على رضى الله عنهم •

ولعل حفص بن عنان أو مسلمة ممن كان حاضرا مناظرة الشافعى ، فانه كان قاضى الكوفة ، حنفيا جليلا ثقة ، ونقله البيهقى من طريق جماعة عن جعفر • ورويت متصلة بطريق ضعيفة ليست بمحفوظة • ونقل القاضى أبو الطيب أن الشافعى قال فى اختلاف الأحاديث : لا يثبت عن أحد من الصحابة فى ذلك شىء واذا كان كذلك سقط التمسك الذى ذكروه ، والذى رأيته فى اختلاف الحديث ما ذكرته ، ورأيت فى اختلاف العراقيين قال : ولا يعلم ثبت عن عمر ولا عن على ، ولا عن واحد

منهما أنه قال خلاف هذا القول يعنى قول الشافعى • وقال أبو المظفر ابن السمعانى : قد جهدت غاية الجهد أن أجد ما قالوه فى كتاب فلم أجده وانما هى حكاية أخذها أهل العلم من التعاليق ، وسعى السواد على البياض ، ولم يرد عن واحد من الصحابة شىء سوى على •

(الثانى) أنه قد روى مثل مذهبنا عن زيد بن ثابت • ذكره أبو على الطبرى فى مسائله الكثيرة فيما نقله أبو حامد عنه • قال القاضى أبو الطيب : وحكى لنا ذلك — يعنى الرواية عن زيد — أبو الحسن الماسرجسى — ونقله المصنف فى النكت • واذا اختلفت الصحابة وجب الرجوع الى القياس ، لكن أبا المظفر ابن السمعانى قال : ان هذا النقل عن زيد ليس بصحيح •

(الثالث) أنه قول صحابيين لم يعلم انتشاره ، والقياس بخلافه فيقدم عليه •

(الرابع) أن مذهبنا موافق لعمر ، فانه أثبت الرد فوافقناه فى أصل الرد • والاختلاف بعد ذلك فى أنه يرد معها شيئا أو لا ، اختلاف فى كيفية الرد •

(الخامس) أن احداث القول الثالث فيه خلاف وتفصيل مذكور فى أصول الفقه ، ونحن هنا وافقنا بعضهم فى جواز الرد وبعضهم فى اسقاط المهر ، فلم يكن ذلك خرقا للاجماع •

(الأمر الثانى) مما تعلقوا به القياس على وطء البكر ، لأن كلا مما يقرر المسمى فى النكاح ، وعلى ما اذا زنت ، وبأنه ينالها فى ذلك ابتذال وينقصها • فانه قد يكون المشترى أبا البائع أو ابنه فيحرم فتحرم عليه ، فمنع الرد كسائر العيوب • وتعلقوا أيضا بأن الوطء جناية ، لأنه لا يخلو عن عقر أو عقوبة فى الغالب ، ولا يباح بالاباحة فأشبه القطع • والرد رفع للعقد من أصله ، فلو ردها كان الوطء حاصلا فى ملك البائع ، وهذا لا يجوز ، لأن الوطء فى ملك الغير لا يخلو عن المهر ، ولا يجوز أن يوجب المهر ولا أن يردها بغير مهر • فبطل الرد •

وربما قالوا فى هـذا : انه اذا كان واقعا فى ملك الغير كان عيبا فيمنع الفسخ فلو نفذ الفسخ لمـا بعد • ونقلوا عن محمد بن الحسن أن الوطء لا يخلو عن عقـر او عقوبة الا اذا كان فى الملك ، وقد انتفيا عن المشترى بالاجماع • فلو فسخ لا يبقى الملك من أصله ، فلذلك وجب اسقاط الملك • وقوله : انه انتفيا عن المشترى بالاجماع ينبغى أن يؤول : فانه قد تقدم عن ابن أبى ليلى وغيره ايجاب المهر ، وبأن منافع البضع فى حكم الأجزاء ، والمشترى اتلفها ، فصار كما لو تلف الولد والزوائد ، ويعود البحث فى مسألة الزوائد •

وانما استدلوا به على أن الوطء تنقيص للملك وصرف مهر الجارية الموطوءة بالشبهة الى سيدها ، فلو كان المهر لصيانة البضع فقط لوجب لله كالكفارة ، فلما صرف الى السيد دل على أن منافع البضع كالأجزاء وان لم تنقص القيمة كيد الذكر والأنثيين ، يصرف للسيد وان لم تنقص المـالية بمنفعة البضع ، الحكم فى حكم الأجزاء وفوات الأجزاء يمنع الرد ، ومما يدل على أنها فى حكم الأجزاء أن الكافر لا يملكه على المسلمة ، ويمنع من الرد فى خيار الشرط بخلاف المنافع ، وذلك أن منافع البضع فى الشرع محترمة مشرفة ، لأنها سبب النسـل فى العالم ، فلشرفها وحرمتها التحقت بالأجزاء شرعا •

(**والجواب**) أن وطء البكر والزنا منقصـان للقيمة ، بل زوال البكارة وحدها بغير وطء منقص ، والابتذال ان سلمه كالاستخدام ، وكون المشترى أبا البائع أو ابنه لا يعتبر فى معيـوب شخص من الأشخاص ، بل المعتبر ما ينقص قيمة الشىء ولا يؤثر الا ما له أثر فى المـالية • وقولهم : انه جناية ممنوع ، لأن الجناية تنقص القيمة • وهذا بخلافه • ولو كان جناية لمنع من الأجنبى اذا وطىء مكرهة ومن الزوج •

وقولهم : لا يباح بالاباحة ، ينتقض بما دون الوطء • هكذا نقض بعض الأصحاب عليهم ونقـل بعضهم أن ما دون الوطء من الاستمتاعات مانع الرد أيضا ، فعلى هذا لا يتوجه النقض وعن قولهم : لا يخلو عن مال أو عقوبة أن الجناية قد تخلو من المـال ، والعقوبة

اذا قال الرجل : أقطع يدى فقطعها • وعن قولهم : الرد فسخ للعقد من أصله تقدم ثم اثر ذلك انما يظهر ذلك فى الأعيان اما المنافع البعضية فلا •

ثم لو كان ذلك صحيحا لما جاز الرد اذا رضى البائع ، وهو جائز وايجاب المهر فى البضع عن المنفعة ، والسيد يستحقها ، فلا ضرورة الى تقديرها جزءا وتقدير المهر بعيد ، مما يدل على أنه ليس بجزء أنه لا يجبر به فى المرابحة ، ولا يسقط به قبل القبض من الثمن شىء ، ولا يضمنه الغاصب عندهم ، وانما لم يملكه الكافر على المسلمة ، لأن فيه ادخال ذل على الاسلام ، والوطء فى خيار الشرط فيه وجهان ، فان سلمه فلأنه مع العلم بالخيار يتضمن الرضا ، فههنا وطىء قبل العلم بالخيار ، واعتذر أبو زيد عن الوطء قبل القبض بأنه وقع فى حكم ملك البائع • لأنه تصرف ولا ينتقل التصرف الا بالقبض فبقى على ملك البائع ، فلم يجر أن يجعل جناية • وهذا ضعيف ، فهذا ما تيسر ذكره •

وحرف المسألة أن أبا حنيفة لاحظ غرض البائع وما يحصل له من النفرة والتغير والأنفة ، والشافعى لاحظ الأمر العام وأن عادة التجار اذا علموا أن الجارية ثيب لا يبالون بقلة الوطئات وكثرتها ، ولا ينقص من قيمتها شيئا ، فان فرض وطء ينقص القيمة ، فليس فرض المسألة ، والله أعلم •

واعلم أن أصحابنا اختلفوا فى أن الرد رفع للعقد من أصله أو من حينه ، وقد اتفقوا هنا على جواز الرد ، وعلى أنه لا يجب المهر الا ما سنحكيه من مقتضى كلام القاضى حسين وهذا الاتفاق يدل على أن أثر ذلك عند من قال به انما هو فى الأعيان ، أما المنافع فلا ، وهو يقوى ما تقدم من البحث فيه ، والا فلو أثبتنا عدم الملك كان ينبغى وجوب المهر ، وقد حكى القاضى حسين فيما اذا وطىء المشترى الجارية المبيعة الثيب قبل القبض ، ثم ماتت ، أنه هل يغرم المشترى للبائع المهر ؟ على وجهين (ان قلنا) ينفسخ من الأصل غرم والا فلا ، وقياس ذلك أن يأتى فى الرد بالعيب ، ولم أرهم ذكروه ، وبتقرير ثبوته

فهو مختص بما قبل القبض لضعفه ملك المشتري ، وبقـاء علقة ملك البائع ، فلا يلزم من ذلك طرده بعد القبض على الطريقة الضعيفة الطاردة للقولين فيما بعد القبض ، وفيه نظر ، هذا ما يتعلق ممن يقول بمنع الرد •

وأما المذاهب النافية فمذهب ابن شبرمة أقربها لأنه يقول بردها مع مهر المثل بالغا ما بلغ ، وهو يتخـرج على ما تقدم من ارتفاع العقد من أصله تخريجا ظاهرا وجوابه ما تقدم • وأما من قال : يردها ويرد شيئا يتقدر معها فتحكمات لا دليل عليها • وأما من قال بامتناع ردها ولا يرجع بشيء فبعيد ، فان العيب القديم يجب الرجوع بأرشه اذا امتنع الرد • اللهم الا أن يطرد الجزء مذهبه ويمنع من أخذ الأرش ، والله أعلم •

(فـرع) هذا كله فى وطء المشترى ، فلو وطئها البائع أو الأجنبى بعد القبض بشبهة فهو كوطء المشترى لا يمنع الرد ، وان كانت مختارة فهو زنا وهو عيب حادث يمنع الرد ، وان كان قبل القبض ، فان كانت زانية فعيب يوجب الرد ، وان كانت شبهة أو مكرهة فليس بعيب ويجب المهر على الأجنبى للمشترى ، وأما البائع ففى وجوب المهـر عليه وجهان ، بناء على جناية البائع على المبيع قبل القبض (ان قلنا) كآفة سماوية لم يجب والا وجب ، وهما كالوجهين فى الانتفـاع بالمبيع قبل القبض ، فان ماتت بعد وطء البائع قبل القبض وقلنا العقـد يرتفع من أصله لم يغرم المهر (وان قلنا) من حينه فوجهان بناء على القولين فى جناية البائع ، قال ذلك القاضى حسين ، وان ماتت بعد وطء الأجنبى قبل القبض (فان قلنا) ينفسخ العقد من أصـله فالمهر للبائع (وان قلنا) من حينه فللمشترى ، قاله القاضى حسين • وفى وجوب الحـد على البائع اذا وطئها جاهلا بالتحريم وجهان فى التتمة ، هذا فى الثيب أما فى البكر ففيها زيادة أحكام ستأتى ان شاء الله تعالى •

(فـرع) ما ذكرناه من أن الوطء اذا كان على وجه الزنا عيب يمنع الرد • استثنى القاضى حسين منه ما اذا لم تنقص قيمتها بالزنا ، بأن كانت معروفة بالزنا واشتراها على ذلك ، فانه لا يمنع به الرد ،

ذكرت ذلك فى جوابه عن اعتراض الحنفية • وكذلك ذكره صاحب التتمة وطرده فى الاباحة والسرقة اذا حدثت ولم تنقص القيمة • قال : لأنها عيب من طريق الحكم ، يعنى بخلاف البرص ونحـــوه اذا زاد ، فانه عيب من حيث المشاهدة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجـــد العيب وقد نقص المبيع ــ نظـــرت فان كان النقص بمعنى لا يقف اســـتعلام العيب على جنســـه كوطء البكر وقطـــع الثوب وتزويج الأمة ــ لم يجـــز له الرد بالعيب لأنه أخـــذه من البائع وبه عيب ، فلا يجـــوز رده وبه عيبـــان من غير رضـــاه ، وينتقـــل حقه الى الأرش لأنه فات جـــزء من المبيـــع وتعـــذر الفســـخ بالرد فوجب أن يرجع الى بدل الجـــزء الفائت وهو الأرش) •

(الشرح) النقص الحاصل لرخص السعر ونحوه لا خلاف أنه لا يعتبر ، فلذلك قال المصنف : المعنى أى حاصل فى المبيع ، وامتناع الرد فى افتضاض البكر وقطع الثوب وتزويج الأمة اذا لم يكن لها سبب سابق ولا ضم معها الأرش ، لا خلاف فيه عندنا ، لأنها عيوب حادثة فى يد المشترى ، فلو رده وبه عيبان كما قال المصنف فى وطء البكر ومذاهب السلف ، قال ابن جريج والنخعى : يردها ونصف عشر ثمنها ، وتقدم فى وطء الثيب حكاية ثلاثة مذاهب مطلقة فى الوطء والظاهر أنها مطردة فى البكر ، وكلها ضعيفة ، واتفقـــوا فى البكر على أنها بعد الافتضاض لا ترد مجانا ، لأن المتقـــدمين أجمعوا على قولين (اما) امتناع الرد (واما) الرد مع الأرش ، وجعـــلوا ذلك مثالا لامتناع احداث القول الثالث كما هو رأى أكثر الأصوليين ولاسيما هنا فان فيه دفع ما أجمعوا عليه •

وقد تكلم الشافعى فى المختصر على افتضاض البكر فقال : وان كانت بكرا فافتضها لم يكن له أن يردها ناقصة بما بين قيمتهـــا صحيحة ومعيبة من الثمن • ثم تكلم بعد عن مســـائل ، تكلم عن حدوث العيب عند المشترى فقال : فان حدث عنده عيب كان له قيمة العيب الا أن

يرضى البائع أن يقبلها ناقصة ، فيكون ذلك له الا أن يشـاء المشترى حبسها ، ولا يرجع بشيء ، وتبعه الأصحاب على ذلك وتكلموا على كل من المسألتين وحدها ، وجزموا فى وطء البكر أنه مانع من الرد وقالوا فى مسألة حدوث العيب : انه يمنع الرد به .

وقال ابن سيرين والنخعى والزهرى على ما نقله ابن المنذر وغيره ، والثورى وأبو حنيفة وأصحابه وابن شبرمة ، وقال الشعبى : أبطل الآخـر الأول . وهذا يحتمل أن يكون موافقا لمـا قلناه ، ويحتمل أن يكون بمنع الرد ولا يرجع بشيء ، وذهب حماد بن أبى سليمان وأحمد وأبو ثور الى أنه يرد السلعة وأرش العيب الذى حدث عنده قياسا على المصراة .

وقال المـاوردى : ان أبا ثور روى ذلك عن الشافعى رضى الله عنه فى القديم وهـذا يرجع الى الوجه المشهور الذى فى طريقة الخراسانيين فيما اذا طلب المشترى الرد مع الأرش ، والبائع أعطاه الأرش وبقاء العقد ، وبالعكس من ايجاب كل منهما ، وسنذكره ان شاء الله تعالى .

ولذلك قال المرعشى : قطع الثوب من الصور التى فيها قولان :

(أحدهما) يرده وأرش القطع .

(والثانى) يأخذ الأرش ، فلا تنافى بين الكلامين ، ولكن هل نقول الواجب له ابتداء له الرد مع بدل الأرش ؟ أو يتخير بين ذلك وبين طلب الأرش ، أو ليس له أخذ الأرش الا أن يختار البائع كما يقتضيه ظاهر قول الشـافعى رضى الله عنه فى المختصر والأصحاب ؟ فيه بحث ينبنى عليه أنه هل تجب عليه المبادرة الى الرد وبدل الأرش أو لا ؟ (ان قلنا) بالأول وجب (وان قلنا) بالثانى أو الثالث لم يجب . وسيأتى الكلام فى ذلك ان شاء الله تعالى ، واحتمال رابع وهو ما يقتضيه كلام الرافعى أنه حقه أولا فى الرد وحده ، فان امتنع البائع جاءت هذه الاحتمالات وسنذكره ان شاء الله تعالى .

اذا عرفت ذلك فهل ذلك جار فى وطء البكر أو لا ؟ الأقرب الأول • واطلاق كلامهم يقتضيه ، وانما أفردت مسألة وطء البكر وحدها لأنهم ذكروه عقب وطء الثيب ، والبحث فيها مع الحنفية ، فانا نوافقهم على أن وطء البكر مانع ، ويحتمل على بعد أن يقال هما مسألتان فوطء البكر وشبهه مما فيه فوات جزء كالخصـــاء ، أو قطع طرف من أطرافه ، أو قطع اصبع زائدة ، سقط حقه من الرد ، وينتقل الى الأرش جزما الا أن يرضى البائع بالرد والعيوب التى تنقص القيمة فقط يجرى فيها خلاف أبى ثور ، والوجوه التى ستأتى ، فعلى الوجه الذى يقول باجابة المشترى لم يسقط حقه من الرد ، بل حقه فى الرد باق مع اعطـــاء الأرش ، اما على التعيين أو على التخيير بينه وبين أخذ الأرش كما تقدم ، وسيأتى اذا اتبعنا رأى المشترى •

ويؤيد هذا الاحتمال أن القاضى أبا الطيب نقل الاجماع على أنه اذا قطع طرف من أطرافه فى يد المشترى ثم وجد به عيبا قديما أنه لا يجوز له رده ، ووضع الشافعى والمصنف من الخلاف كابن المنذر وغيره مسألة الوطء وحدها ومسألة حدوث العيب وحدها ، وما تقدم عن الشعبى عامة قال فى الجارية توطأ : يردها ويرد معهـا حكومة ، وفى الجارية يحدث بها عيب مبطل للعيب الأول ، وهذا يقتضى التغاير بين المســألتين والأول أوفق لاطلاقهم ولعموم كلام الشافعى فى المسألة الثانية ، ولكلام المصنف فانه سوى بين وطء البكر وقطع الثوب وتزويج الأمة وليس فى الثانى والثالث فوات جــزء ولا ينحــل أن هذه الثلاثة مشتركة فى أنها صادرة من المشترى فتكون محل الجزم ، ويخص الخلاف بما لم يكن من جهة المشترى لنقل أبى الطيب الاجماع فى قطع الطرف فى يد المشترى ، فالأقرب أن العيوب كلها سواء فى منع الرد الذى لم يضم معه الأرش أما اذا ضم معه الأرش فعلى ما سيأتى •

وعلى رأى المصنف ــ وهو الصحيح على ما سيأتى ــ يمتنع مطلقا الا برضا البائع لأنه يجاب من طلب تقرير العقــد على الصحيح فلذلك صح اطلاق المصنف هنا ، ومحل الاتفاق أيضا ما لم يكن العيب الحادث له سبب متقدم ، فان كان له سبب متقدم فلا يمنع على الأصح كما تقدم مبحث حمل كلام المصنف على ما لا سبب له متقدما ، ومن ذلك ما اذا

اشترى بكرا مزوجة جاهلا فافتضها الزوج وقد تقـدم • وممن صرح به هنا القاضى حسين ، وتقـدم فيه بحث ، وجمع المصنف بين وطء البكر وقطع الثوب قيل : لأن أبا حنيفة وافق فى وطء البكر وخالف فى قطع الثوب ففيه قياس أحدهما على الآخـر ، وقوله : وطء البكر محمول على افتضاضها ، فلو كانت غوراء فوطئها ولم تزل بكارتها فهو كوطء الثيب بما يظهر •

واعلم أن زوال البكارة يفرض على وجوه مختلفة الأحكام ، سأفرد لها فرعـا فى آخـر الكلام ان شاء الله تعالى • وقوله : من غير رضاه مفهم أنه لو رضى البائع بالرد جاز وهو كذلك • لكن فيه بحث فان قوله فى أول الكلام نقص المبيع يدخل فيه جميع أنواع النقص والنقص قد يكون نقص صفة مخفية كقطع الثوب والتزويج وقد يكون نقصـان عين ، ولكنها فى حكم الوصف كزوال البكارة فان جلد البكارة — وان كانت عينا — لكنها لا تقابل بقسط من الثمن ، ولذلك لا يسقط من الثمن بزوالها قبل القبض شىء وقد يكون نقصـان عين مقابلة بجزء من الثمن ، كاحتراق بعض الثوب ، فأما القسمان الأولان فجواز الرد اذا تراضيا عليه ظاهر وأما القسم الثالث فينبغى أن يكون كما اذا رضى البائع أن يرد عليـه بعض المبيع ، والأصح جوازه ، وقد تقـدم فيه أنه لا يجـوز • اذا قلنا : لا يجـوز تفريق الصفقة وشرط النقص المـانع من الرد بالاتفاق أن لا يكون له أمد ينتظر • فلو كان قريب الزوال ففيه خلاف مذكور فى طريقة الخراسانيين سأذكره فى التنبيه الذى فى آخـر الكلام ان شاء الله تعالى •

(وقوله) وينتقل حقه الى الأرش ، ظاهره أنه لا حق للمشترى فى الرد لا على التعيين ، ولا على التخيير ، وهو أحد الاحتمـالات المتقدمة ، وسنعيد الكلام فيها ان شاء الله تعالى (وقوله) لأنه فات جزء من المبيع انما يظهر فى القسم الثانى والثالث المتقدمين •

(أما الأول) وهو ما فيه نقصـان صفة محضة فلا ، الا أن يتجوز فى اطلاق اسم الجـزء عليها ، ويدلك قوله : بدل الجـزء الفائت ، لكنه ههنا منزل منزلة الجـزء شرعا بدليل جبره بالأرش ، فلو لم يكن كالجزء لم يستحق الأرش فى مقابلته لكنه ليس جزءا

حقيقيا ، والا لزم أن يسقط من الثمن شيء فى مقابلته ، وان رضى المشترى بالرد ، وأن لا يصح بيع أصـــلا حتى يحصر الأوصـــاف التى يجب الأرش بفواتها ، وهى غير محصـــورة ويستثنى من قول المصنف ، وينتقل حقه الى الأرش ما اذا كان العيب القديم هو الخصاء ولم تنقص به القيمة ، فانه لا أرش له وسأذكر قريبا أن كلام المصنف دال على ذلك فيما سيأتى •

ويؤخذ من قول المصنف : ان الأرش بدل عن الجـــزء الفائت ، فيكون جزءا من الثمن ، فليس عرفا جديدا ، وسيأتى الكلام فى ذلك •

(**تنبيه**) هل يشترط المبادرة باعلام البائع ؟ قال المتـــولى والبغوى والرافعى : ان المشترى يعلم البائع بالحال فان رضى به معيبا قيل للمشترى : اما أن ترده ، واما أن تقنع به معيبا ، ولا شيء لك ، وان لم ترض فلابد من ضم الأرش ، صرح الرافعى والبغوى من بعد بأنه لو أخر الاعلام من غير عذر بطل حقه من الرد والأرش الا أن يكون العيب حادثا قريب الزوال غالبا كما سيأتى •

(**قلت**) وما ذكره يقتضى أن حقه أولا ثابت فى الرد ، فان امتنع البائع انتقل الى الأرش ، وهو خلاف ظاهر عبارة المصنف ، وما حكيته من عبارة الشافعى وكذلك عبارة كثير من الأصحاب فان ظاهرها أن حقه ثابت فى الأرش الا أن يرضى البائع بأخذه معيبا ، وقد قدمت أن الاحتمالات أربعة بكلام الرافعى ، هذا وما ذكره الرافعى يدل عليه كلام الغزالى هنا وكلام الامام فى باب السلم ، ويؤخذ من كلامه وجهان فى ذلك أرجحهما عنده أنه لا يثبت الأرش الا الطلب الجازم • وأما اذا كان العيب قريب الزوال كالصداع والحمى والرمد والعدة التى لزمتها من وطء شبهة ففى جواز التأخير قولان أو وجهان مذكوران فى طريقة الخراسانيين • عبر عنها البغوى بقولين والغزالى بوجهين •

(أحدهما) يعذر بالتأخير وله انتظار زواله ليرده سليما عن العيب الحادث من غير أرش •

(والثانى) لا ، كغيره من العيوب وعلله الغزالى بقدرته على طلب الأرش •

(**فان قلت**) هذان الوجهان يدلان على أنه فيما ليس قريب الزوال لا يعذر فى التأخير قطعا • ويكون الاعلام لطلب الرد والأرش على الفور وهو ما قاله الرافعى • قلت : يحتمل ذلك ويحتمل أن يكون هذان الوجهان فى أن له الرد بعد ذلك • وأن ذلك عذر فى تأخير الرد أم لا ؟ فان جعلناه عذرا كان بعد زواله الرد واسترجاع جميع الثمن • وان لم نجعله عذرا تعين حقه فى الأرش والاحتمال الأول أقرب الى كلام الغزالى وعليه جرى الرافعى • فان الغزالى صرح على قولنا أن لا يعذر أنه أبطل حقه • وظاهر ذلك حقه من الرد والأرش جميعا • فيقتضى أن طلب الأرش على الفور • فهم ابن الرفعة من كلام الغزالى أن الوجهين فى تأخير طلب المشترى الرد مع بدل الأرش •

ثم قال : انه لا يبعـــد جريان مثلهما فيما اذا قلنا : ان حقه فى طلب الأرش عن العيب القديم فأخر طلبه الى زوال الحادث • وبه صرح فى الشامل فى نظير ذلك اذا علم عيب الجارية بعدما حملت • والحمل ينقصها يرجع الأرش • وقيل للمشترى : أمسكها حتى تضع ويردها • وقد تقـــدم ذلك والذى أفهمه أن المسألة واحدة متى وجد عيب قديم وعيب جديد منتظر الزوال ، جرى الوجهان فى جواز التأخير الى الرد من غير أرش أو طلب الأرش الآن • لكن هل تتعين الفورية فى طلبه أو لا ؟ فيه ما سلف عن الغزالى والرافعى من وجوب الفورية وعن غيرهما من عدمها • ولا فرق بين طلب الرد مع بدل الأرش وبين طلب الأرش بخلاف ما أفهم كلام ابن الرفعة من أنهما مسألتان •

نعم يلتف ذلك على البحث الذى تقدمت الاشارة اليه هل حق المشترى أو لا فى الرد ؟ أو فى طلب الأرش (فان قلنا) بالأول يظهر الخلاف فى كون التأخير بهذا السبب عذرا أو لا (وان قلنا) بالثانى يظهر سقوط حقه من الرد • ولا يعين الأرش الا برضا البائع ، ولا تشترط الفورية • هذا ما يتضح عندى فى ذلك ، والله عز وجل أعلم •

والوجه الذى حكاه صاحب الشامل معناه أنه يؤخـر طلب الأرش • ويرد بعد الوضع • وأما تأخير طلب الأرش وحده بعد امتناع البائع من الرد فجائز قطعا ولا يجب المبادرة الى أخذ الأرش ، ولذلك صرح صاحب التهذيب بأن أخذ الأرش ، لا يكون على الفور ، بل متى شاء أخذ وكذلك صاحب التتمة •

(فـرع) زوال البكارة اذا كان بعد القبض فهو مانع من الرد ، سواء أكان بوطء المشترى أو البائع أو أجنبى وسواء أكان بآلة الافتضاض أو بغيرها كاصبع أو خشبة أو ظفره أو وثبة أو غير ذلك كل ذلك مانع من الرد(١) الا اذا اشترى أمة مزوجة فزالت بكارتها بعد القبض بوطء الزوج فقد تقدم فيه وجهـان وهما يثبتان هنا فى تعليقة القاضى حسين (أصحهما) عند الرافعى على ما تقدم هناك أنه غير مانع •

وقال صاحب التتمة : انه مانع فى صورة العلم دون الجهل ، وهو الأصح ، وان كان زوال البكارة قبل القبض — فان كان من الزوج — فان جهل المشترى الزوجية فلا اشـكال فى أن ذلك موجب للرد ، فضلا عن كونه غير مانع ، وان علم المشترى الزوجية فقد تقدم الكلام فى هذا الباب ، فى موضعين ، على كونه موجبا للرد بسببه أو مانعـا من الرد بغيره أو لا ؟ •

والذى ظهر أنه غير موجب ولا مانع وصرح صاحب التتمة بأنه غير مانع كما قلته ، وان كان من غيره فهو جناية على المبيع قبل القبض سواء أكانت مكرهة أو مطاوعة ، وسواء أكان الواطىء عالمـا أو جاهلا ، والتفصيل فيه أنه ان كان من أجنبى فان كان بغير آلة الافتضاض فعليه ما نقص من قيمتها ، وان افتضها بآلته فعليه المهر ، وهل يدخل فيه أرش البكارة ، أو يفرد ؟ فيه ثلاثة أوجه (أصحها) عند الرافعى هنا يدخل فعليه مهر مثلها بكرا (والثانى) يفرد ، فعليه أرش البكارة ومهر مثلها ثيبا (والثالث) يجب أرش البكارة ومهر مثلها بكرا وهو الذى

---

(١) بياض بالأصل ولعل السقط : « بعد القبض » .

(المطيعى)

جزم به الشيخ أبو حامد فى تعليقه فى باب الشرط الذى يفسد البيع والرافعى هناك أيضا •

ثم المشترى ان أجاز العقد فالجميع له ، هكذا أطلق الرافعى ، وهو كذلك ان تم العقد • وأما ان ماتت قبل القبض فقال القاضى حسين أرش البكارة للبائع وجها واحدا كما لو قطع أجنبى يدها ثم ماتت فى يد البائع فأرش القطع للبائع ، وفى مهر مثل الثيب وجهان (ان قلنا) ينفسخ من أصله فهو للبائع (وان قلنا) من حينه فللمشترى • وهذا الذى قاله القاضى حسين متعين ، وان فسخ المشترى العقد قال الرافعى : فقدر أرش البكارة للبائع لعودها اليه ناقصة والباقى للمشترى •

فأما قوله : أرش البكارة للبائع فهو شاهد لما قاله القاضى حسين • وأما قوله الثانى للمشترى فينبغى أن يكون ذلك على قولنا انه ينفسخ من حينه • أما اذا قلنا ينفسخ من حينه فيكون الجميع للبائع كما تقدم فى كلام القاضى عند التلف • وأما اذا افتضها البائع ، فان اختار المشترى فلا شىء على البائع ان قلنا جنايته كالآفة السماوية • وان قلنا كالأجنبى فحكمه حكمه • هكذا قال الرافعى تبعا لصاحب التهذيب •

واختلف جواب القاضى حسين فيها ، فمرة قال كذلك وهو آخر قوليه ومرة قال فيما اذا كان بغير آلة الافتضاض يسقط من الثمن ما بين كونها بكرا وثيبا وكذلك اختلف قوله : فيما لو قطع البائع يد العبد المبيع قبل القبض واندمل ، وقلنا جنايته كجناية الأجنبى انه هل يجب عليه كمال القيمة أو نصفها ؟ قال : كما لو باع عشرة آصع حنطة بعشرة دراهم ، ثم أتلف البائع صاعا منها قبل القبض ، يسقط عن المشترى عشر الثمن ، ولا يقول : يجب على البائع مثله ، لأنه عامد ، هكذا قاله القاضى ودعواه فى هذه الصورة ممنوعة أيضا ، بل مقتضى التفريع أنه اذا أجاز المشترى يجب عليه مثله •

قال القاضى حسين : فيما اذا وطئها البائع وافتضها ، وجعلنا جنايته كجناية الأجنبى ، وأجاز المشترى وقلنا : أرش البكارة ينفرد ،

ينظر كم نقص ذهاب البكارة من قيمتها ، فذلك القدر من الثمن يسقط ان نقص عشر قيمتها سقط من الثمن عشره ، ويجب من مهر مثلها ثيبا ان جعلناه كالأجنبى (وان قلنا) أرش البكارة لا يفـرد فيجب مهر مثلها بكرا مثلا مائة ، وثيبا ثمانين ، فخمس مهرها بكرا أرش البكارة ، ان جعلناها كجناية الأجنبى ، سقط من الثمن بحصته وفى أربعة أخماس الثمن وجهان ، فان ماتت فى يد البائع بعد افتضاضه سقط جميع الثمن ، وقدر ما يقابل أرش البكارة لا يجب على البائع • وهل يغرم مهر مثلها ثيبا ؟ (ان قلنا :) الفسخ رفع من أصله لم يغرم (وان قلنا :) من حينه ، وجناية البائع كالأجنبى غرم •

هذا التفريع للقاضى حسين ، فانه لم يفرع الا على قوله الأول ، وفيه مخالفة كما قاله الرافعى فى الحاقه بالأجنبى مطلقا ، وان فسخ المشترى فليس على البائع فسخ أرش البكارة وهل عليه مهر مثلها ثيبا ؟ ان افتض بآلته يبنى على أن جنايته كالآفة السماوية يجب أم لا ؟ وهكذا قال الرافعى ومقتضاه أنا ان قلنا : كالآفة السماوية لم يجب وهو صحيح •

(وان قلنا) كالأجنبى وجب وينبغى اذا قلنا ان جنايته كالأجنبى فيخرج على أن الفسخ رفع للعقد من أصله ، أو من حينه (ان قلنا :) من أصله لم يجب أيضـا والا وجب • وفى هذين القسمين زوال البكارة من البائع ومن الأجنبى قبل القبض لا يمنع الرد بالعيب القديم ، بل هذا عيب آخـر مثبت للرد ، وأما اذا افتضها المشترى قبل القبض فيستشعر عليه من الثمن بقدر ما نقص من قيمتها • وهو تعييب مانع من الرد بالعيب القديم ، فان سلمت حتى قبضها فعليه الثمن بكماله ، وان تلفت قبل القبض فعليه بقدر نقص الافتضاض من الثمن •

وهل عليه مهر ثيب ؟ يبنى على أن العقد ينفسخ من أصله أو من حينه ، هكذا قاله الرافعى ، وجعل القاضى حسين ذلك تفريعا على قولنا ان أرش البكارة يفرد عن المهر ، فان قلنا لا يفرد قال فيتقرر على المشترى من الثمن بقدر ما يقابله باعتبار القيمة • وفى الباقى من المهر الوجهان • وبين التقديرين اختلاف ، فانا اذا أفردنا أرش البكارة

وكان عشرين مثلا وهو عشر قيمتها قررنا عشر الثمن • واذا لم يفرد وكان مهرها بكرا مائة أو ثيبا ثمانين فأرش البكارة الخمس ، فيتقدر خمس الثمن ، ولنفرض القيمة واحدة فى المثالين ، فاذن ما ذكره الرافعى انما يجىء على القول الضعيف • فان الصحيح أن أرش البكارة يدخل فى المهر • وهذا كله اذا لم نجعل وطء المشترى كوطء الأجنبى • وهو الصحيح • وهذا التقرير على طريقة القاضى حسين والرافعى هنا • وأما على طريقة الشيخ أبى حامد والرافعى فى باب فساد البيع أنه يجب مهر بكر وأرش البكارة متعين ولا يخفى الحكم • وفى وجه افتضاض المشترى قبل القبض وافتضاض الأجنبى •

وفرق القاضى حسين بأن ضمان الجناية بالشرع ، فروعى فيه واجب الشرع ، وهذا ضمان معاوضة ، فروعى فيه موجب العقد ، والعقد اقتضى التقسيط على الأجزاء ، فلذا قال الفارقى تلميذ المصنف : تكلمت يوما فى هذه المسألة فى حلقة الدامغانى قاضى القضاة وهى من مفردات أحمد ، فقلت : قضية العقد التسوية بين المتعاقدين • وحق الرد ثبت للمشترى اذا لم يحدث عنده عيب ، لأنه بذل الثمن ليحصل على مبيع سليم ، فلما فات أثبتنا له الرد جبرا لحقه ، فانه لو أخذ منه الثمن الذى بذله فى مقابلة السليم وجعل على المعيب فكان اخلالا بالنظر ، وترك التسوية بينهما ، فلذلك اذا حدث عنده وجب أن يمنع عليه الرد ، لأنا لو جوزنا له ذلك أفضى الى الاضرار بالمنافع ، لأنه خرج المبيع عن ملكه سليما فلا يجوز رده اليه معيبا تسوية بين جانبه وجانب المشترى •

فقال لى(1) : هذا بيان التسوية بينهما وامتناع الرد ، فلم رجحت جانب البائع على جانب المشترى ، حتى ألزمت المشترى المعيب ؟ فقلت : هذا فى قضية النظر لا يلزمنى ، لأن مقصودى بيان امتناع الرد على المشترى ، وذلك يحصل بالمعاوضة لمراعاة حق البائع والتسوية بينهما ، فلا حاجة الى بيان الترجيح • ثم أشرع ببيانه (فأقول :) انما رجحت جانب البائع على المشترى ، لأن البائع اذا ألزمناه أخذ المبيع

---

(1) لا يزال المتكلم هنا هو الفارقى تلميذ المصنف . (المطيعى)

بعيبين عظم الضرر فى حقه ، لأنه خـرج المبيع عن ملكه سليما من هذا العيب لحدوثه • فانه جـزء من ملكه الذى كان ثابتا له ، والمشترى لم يكن فى ملكه شىء ففات عليه ، وانمـا قصد تحصيل شىء على صفة فلم يحصل على تلك الصفة ، وليس الضرر فى حق من فاته شىء كان له حاصلا ، كالضرر فى حق من لم يحصل له ما قصده •

(**قلت :**) قوله : انها من مفردات أحمد قد تقـدم أن ذلك قول أبى ثور • رواه عن الشافعى ويوافقه أحدالأوجه فى المذهب ، وهو مذهب مالك على تفصيل عنده •

(**فـرع**) أطلق المصنف أن تزويج الأمة مانع من الرد ويطرقه أمران :

(أحدهما) أنا سنحكى حكاية عن صاحب البيان ـ وجها ضعيفا ـ أن التزويج ليس بعيب وقياس ذلك يطرد ههنا •

(الثانى) لو قال الزوج لها : ان ردك المشترى بالعيب على البائع فأنت طالق فكان قبل الدخول ، ثم وجد بها عيبا قال الرويانى فى البحـر : قال والدى رحمه الله (الأظهر) عندى أن له الرد ، لأن الفرقة تقع عقب الرد بلا فصـل ، ولا يخلف النكاح عنده ، قال الرويانى : ويحتمل أن يقال : ليس له الرد بمقارنة العيب الرد وعلى ذهنى من كلام الغير ما يعضد هذا الاحتمـال ، وأنه لو زوجها المشترى للبائع ثم عيبها لم يكن له أن يردها عليه ، وان كان النكاح ينفسخ برده لوجود العيب الآن صرح بذلك صاحب التتمة •

وقد ترتب ذلك على أن العلة مع المعلول أو قبله (ان قلنا) بالأول فلم تصادف الزوجية الرد فتصح (وان قلنا) بالثانى فوجهان (أحدهما) لا يصح للمقارنة ، قال الرويانى : ولأنه قد يموت عقيب الرد فيلزمها عدة الوفاة ، ولا يقع الطلاق على المذهب الصحيح أى لمصـادفته زمان البينونة ، فيؤدى ايجاب القبول الى الحاق الضرر به (والثانى) يصح كما ذكره والد الرويانى ، ولأن الزوجية فى مثل هذا الحال لا تعد عيبا ،

والأقرب أنه يمتنع لما قاله الرويانى ، ولما قدمته ، وحينئذ يبقى كلام المصنف على اطلاقه •

(فرع) اذا وجد المشترى العيب فقبل رده مع كونه فى الرد جاء البائع وقطع يده ، ففيه وجهان :

(أحدهما) له الرد ، قال الرويانى : وهو الأظهر عندى ، لا لأنه عيب حدث فى يد المشترى (قلت) هكذا أطلق هذين الوجهين ، ويحتمل أن يكونا خاصين بهذه الصورة حتى لا يكون فعل البائع مانعا لما شرع فيه المشترى ، ومحل ذلك ان نظر فى جميع العيوب الحاصلة فى المشترى من جهة البائع فيطرد ذلك فى زوال البكارة من البائع وغيرها ، والكلام المتقدم فى زوال البكارة يخالفه •

(فرع) من جملة العيوب المانعة من الرد لو كان غلاما فحلق شعره ، لأنه ينقص من ثمنه ، قاله أبو عاصم العبادى •

(فرع) اشترى فرسا بحمار وخصى الفرس ثم وجد به عيبا ، فالظاهر ومقتضى قول الجمهور ، وبه قال البغوى أنه ليس له الرد الا برضا البائع ، وقال القاضى حسين فى فتاويه : ان لم تنقص قيمته له أن يرد ، وان نقصت استرد بقدر ما نقص من قيمته من عين الحمار لا من قيمته ، وان كان الحمار قد تلف استرد من قيمته •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان قال البائع : أنا آخذ المبيع مع العيب الحادث لم يلزمه دفع الأرش لأنه لم يكن له غير الرد وانما امتنع [من الرد] للعيب الحادث فى يده ، فاذا رضى به صار كأن لم يحدث عنده عيب ، فلم يكن له غير الرد ، وان قال المشترى : أرده وأعطى معه أرش العيب الحادث عندى لم يلزم البائع قبوله كما اذا حدث العيب به عند البائع فقال : خذه وأنا أعطيك معه أرش العيب لم يلزم المشترى قبوله) •

(الشرح) هذان نوعان من المسألة المتقدمة ، ولا شك أن للبائع والمشترى عند اجتماع العيب القديم والحادث أحوالا •

(أحدها) أن يرضى البائع برده من غير أرش للحادث ، فذلك له وليس للمشترى بعد ذلك الا ان يمسكه مجانا أو يرده ، ولا يكلف رده كما لا يكلف رده اذا انفرد العيب القديم ، ولا يكلف البائع الأرش ، وهذه الحالة هى المسألة الأولى من كلام المصنف هنا •

(وقوله) لأنه لم يكن له غير الرد يؤيد ما تقدم عن الرافعى ويقتضى أن حقه الأصلى هو الرد لا الأرش •

(الثانية) أن يتفقا على امساكه وأخذ أرش العيب القديم ، فذلك جائز بلا خلاف وهو الذى اقتضى كلام المصنف فيما تقدم أنه الواجب لكن بطريق الانتقال من الرد اليه ولا يأتى ههنا الخلاف المتقدم فى كلام المصنف فيما اذا تراضيا على دفع الأرش لاسقاط الخيار ، عند امكان الرد ، والفرق على أحد الوجهين أن الاعتياض هناك عن سلطة الرد ، وهى لا تقابل ، والمقابلة هنا عما فات من وصف السلامة فى المبيع •

(الثالثة) أن يتفقا على الرد مع الأرش وذلك جائز أيضا ، ولم يذكر المصنف هذه الحالة لكن ذكرها الرافعى ، وهل أخذ الأرش هنا بطريق الاعتياض ؟ فيرد السؤال المتقدم ، ويكون هنا أقوى ، لأنه فى مقابلة سلطة طلب الأرش ، أو ليس بطريق الاعتياض ولكن يجعل قائما مقام الجـزء الفائت بالعيب الحادث ، ويرد الرد عليها كما فى رد الصورة ، ويأتى ذلك البحث الذى هناك أو أنه لمـا فات ذلك الجـزء عند المشترى ، وهو مقابل ببعض الثمن فاذا رد الباقى برضا البائع انفسخ العقد فيما يقابل المردود من الثمن ، وبقى ما يقابل الجزء الفائت لم ينفسخ فيه العقد •

وتظهر فائدة هذا فيما لو كان الثمن عرضا أو نقدا باقيا بحاله أنه لا يسترجع منه مقدار أرش العيب الحادث ، وعلى التقديرين الأولين يسترجع جميع الثمن ويغرم من عنده الأرش أو أنه لمـا انفسخ

العقد فيه لزمه غرامة ما فات تحت يده كالمستلم ويكون من باب الغرامات المحضة ليس منسوبا من الثمن سيأتى فى كلام المصنف فى مسألة ما لا يوقفه على عيبه الا بكسره ما يدل لهذا الاحتمال الرابع ، وفى كلام الامام فى مسألة الحلى ما يشهد للاحتمال الثانى ، والله أعلم •

وقال : ان القائل بأن المبيع عند التنازع من يدعو الى الامساك يقول : اذا فرض التراضى على الرد وضم أرش العيب الحادث فسبيله سبيل الاقالة •

(**قلت :**) وذلك لا يدفع الاشكال ، فان الاقالة فسخ على المذهب فيعود البحث فيها ، ولا يجوز أن يقع الفسخ على شرط أن يضمن المشترى الأرش ، فان ثبت الاحتمال الثانى كما اقتضاه كلام الامام لم يكلف أن يبقى فى ذمة المشترى بل لابد من احضاره حتى يجاب كما يدل على ذلك كلام الامام فى مسألة الحلى ، وسأذكرها ان شاء الله تعالى ، وهو يبين ما تقدم من البحث فى المصراة من اشتراط رد الثمر معها ، وفى معرفة قدر الأرش الذى يرده المشترى عن العيب الحادث كلام سيأتى فى معرفة أرش العيب القديم ان شاء الله تعالى •

والذى قاله الأصحاب فى مسألة الغرم أن الرد يرد على العين مع الأرش المردود وفى كلام المصنف هنا ما يقتضى ذلك ، وسنبينه ان شاء الله تعالى • لكن الامام قال هناك : ومما يجب التنبيه له أنا اذا قلنا فى العيب الحادث حيث كان لازما فى الصفقة أن المشترى يضم أرش نقص العيب الحادث الى المبيع ، ويردهما ، فهذا فى أصل وضعه اشكال ، فان التمليك بالفسخ رد واسترداد حقه أن لا يتعدى المعقود عليه ، والرد كاسمه ، فتقدير ادخال ملك جديد فى التمليك بطريق الرد بعيد ولا وجه يطابق القاعدة الا أن يقول : الرد يرد على المعيب بالمعنيين فحسب من غير أن يقتضى تضمين المشترى أرش المعيب ، بتأويل تقدير الضمان فى حقه وتشبيه يده بالأيدى الضامنة ، ولكن لا يتعين المردود عليه بذمة الرد ، فيضم الأرش الى المبيع المردود ، فيكون المضموم مستحقا بالسبيل الذى أشرت اليه وليس أرش العيب الحادث مردودا •

ولو قال الراد : أرد ثم أبذل لم يكن له ذلك لعدم الثقة واذا رد مع الأرش جرى فى عين المضموم يتأول أنه ضمن وأقبض لا على أنه ملك بالرد شيئا لم يرد عليه العقـد ، وهذا يدل ــ لمـا سيأتى عن المصنف وغيره من الأصحاب ــ أن الأرش عن الحادث غرامة غير منسوبة من الثمن ، لكن الذى قاله المصنف والأصحاب هناك هو عام فى كل عيب حادث ، أو خاص بما لا يوقف على عيبه الا بكسره فيه نظر •

(الحالة الرابعة) ان تنازعا فيذعن أحدهما الى الرد مع أرش العيب الحادث ويذعن الآخـر الى الامسـاك وغرامة أرش العيب القديم ، وهذا يفرض على وجهين لأنه قد يكون طالب الرد هو المشترى ، وهى المسألة الثانية فى الكتاب وقـد قطع المصنف فيها بأن المجاب البائع ، وقد يكون طالب الرد هو البائع ، والمشترى يطلب الامساك وأخذ الأرش ولم يذكرها المصنف هنا ، ومقتضى اطلاقه فيمـا تقدم أن المجاب المشترى لأنه جعل الواجب له الأرش الا أن يرضى البائع بالرد أى مجانا ، وهو هنا لم يرض بالرد الا مع الأرش ، وما اقتضاه كلام المصنف فى الصورتين هو الصحيح الذى صححه الأصـحاب والرافعى وعبروا عنه بأن المتبع من يذعن الى الامساك لمـا فيه من تقرير العقـد ، ولأن الرجوع بأرش العيب القديم يستند الى أصل العقـد ، لأن قضيته أن لا يستقر الثمن بكماله الا فى مقابلة السليم وضم أرش العيب الحادث ادخال شىء جديد لم يكن فى العقد ، فكان الأولى أولى •

(**قلت**) وهذا فيه تقوية لمـا أبديته من الاشكال فى أخـذ الأرش من المشترى وقد تقدم ما فيه ، ووراء هذا وجهان آخـران فى طريقة الخراسانيين حكاهما غيره ــ (أحدهما) أن المتبع رأى المشترى ، ويجبر البائع على ما يقوله ، لأن الأصل أن لايلزمه تمـام الثمن الا بمبيع سليم ، فان تعذر ذلك فوضت الخيرة اليه ، ولأن البائع ملبس بترويج المبيع ، فكان رعاية جانب المشترى أولى ، ويروى هذا الوجه عن ابن أبى ليلى ومالك وأحمد ، قال الرافعى : وعن أبى ثور أنه نصه فى القديم •

(**قلت**)وقد تقدم ما نقله الأصحاب عن أبي ثور ، وأنه رواه في القديم ، لكن محله هناك في اجابة المشترى الى الرد ، وأما اجابته الى الامساك فلم أرهم ذكروها هناك (فان قلت :) اذا أجيب في الرد فاجابته في الامساك أولى للمعنيين المتقدمين (قلت) قد يكون أبو ثور يروى أنه ليس حق المشترى الا في الرد مع الأرش ، ولا يسوغ أخذ الأرش كما هو ظاهر قوله : انه يرد السلعه ، فأرش العيب (والوجه الثاني) وهو الثالث من الأصل أن المتبع رأي البائع ، لأنه اما غارم أو آخذ ما لم يرد العقد عليه وهذه الأوجه الثلاثة ، تحصل(١) في كل من الصورتين وجهان ، وهما في الثانية مستويان عند الصيدلاني •

وذكر الشيخ أبو محمد في السلسلة الصورة الأولى التي في الكتاب ، وهي اذا طلب المشترى الرد وغرامة أرش الحادث • وحكى الوجهين فيها وبناهما على القولين فيما اذا اشترى عبدين ومات أحدهما ووجد بالثاني عيبا وأراد ضم قيمة التالف اليه وانفسخ فيهما ان جوزنا هناك أجبنا هنا والا فلا ، بل يغرم البائع أرش القديم ، وهذا البناء يقتضي ضعف القول باجابة المشترى ، لأن الأصح هناك عدم اجابته في ضم قيمة التالف ، وأيضا فان القولين المذكورين مفرعان على امتناع افراد الموجود بالرد ، وقد تقدم فيه قولان مشهوران فهو خلاف على خلاف • وبنى الشيخ أبو محمد الوجهين في الصورة الثانية على القولين فيها اذا اشترى جوزا فكسره فوجده فاسدا ، وقلنا له رده هل للبائع الأرش ؟ قولان (ان قلنا :) له ، أجبنا البائع هنا ، والا فلا •

(**قلت :**) والأصح على ما سيأتي أنه ليس له الأرش كذلك هنا (الأصح) أنه لا يجاب البائع في هذه الصورة فيسأل الشيخ أبو محمد بالجواز المراد به ما يبقى له قيمة بعد الكسر على ما سيأتي مبينا ان شاء الله تعالى •

(**فروع**) (الأول) لو زال العيب الحادث قبل علمه بالعيب القديم ثم علمه فله الرد على الصحيح المنصوص في البويطي • وفيه وجه ضعيف جدا • وقال ابن الرفعة : ان الأشبه أن محله فيما لا يرجى زواله ، يعني عن قرب ، وأما ما يرجى زواله لو زال فلا يمنع من الرد

---

(١) بفتح الصاد مع التشديد ، وفتح اللام •

قولا واحدا ، ولو زال القديم بعد أخذ أرشه لم يأخذه ، وقد تقدم ما يقتضى اثبات خلاف فيه ، وكذلك هو فى التتمة ، وان زال القديم بعد أخذه أرشه رده على المذهب •

وقيل وجهان ، كما لو نبت سن المجنى عليه بعد أخذ الدية هل يردها ؟ • ولو زال العيب الحادث بعد ما أخذ المشترى أرش العيب القديم أو قضى به القاضى ولم يأخذه ، فهل له الفسخ ورد الأرش ؟ • فيه وجهان بناهما الشيخ أبو محمد فى السلسلة على الوجهين اذا قطع كامل الأنملة العليا من يد رجل ثم الأنملة الوسطى من يد آخـــر ، ويد المجنى عليه ثانيا بالطلب • فأعطيناه الأرش من غير عفو ، ثم قطع الأول الأنملة العليا وأراد الثانى رد الأرش وقطع الوسطى قال (والأصح) أنه ليس [له] ذلك •

(**قلت**) وكذلك الأصح أنه ليس له الفسخ بعد الأخذ • وكذلك بعد الحكم على ما صححه البغوى ، وجزم ابن الصباغ عن الأصحاب بعد الحكم والقبض أنه لا فسخ ، وجعل محل الوجهين بعد الحكم وقبل الأخذ ، ولو تراضيا وقضينا ، فالأصح أن له الفسخ • قال الرافعى : وكلما ثبت الرد على البائع لو كان عنده يمنع الرد اذا حدث عنـــد المشترى ، وما لا رد به على البائع لا يمنع الرد اذا حدث فى يد المشترى الا فى الأقل ، ولعله احترز بذلك عما اذا قطع اصبعه الزائدة ، فان القاضى أبا الطيب قال : عندى أنه يمتنع الرد ، وتبعه ابن الصباغ والعجلى ، لكنى رأيت فى التهذيب أنه لو باع أقلف فختنه البائع قبل التسليم وبرىء أو كان به سن شاغية(١) أو اصبع زائدة فقلع السن وقطع الاصبع قبل التسليم وبرىء فلا خيار للمشترى •

وهذا يقتضى أن زوال هذه الأجـــزاء مع البرء ليس بعيب ، ولذلك لم يرد به على البائع ، لكن فى كونه مانعـــا من الرد نظر اذا لم يكن

---

(١) سن شاغية اى زائدة أو مختلفة النبتة عما جاورها ، أو مخالفة طولا وعرضا لمـــا جاورها ودخولا وخروجا •

(المطيعى)

عيبا ، فان قيل : لأنه جزء من المبيع ورد عليه العقد وقد يتعلق بفواته غرض ، فينبغى أن يكون كذلك اذا حدث قبل القبض أن يثبت الرد به •

أما اذا وجد ذلك قبل العقد فصحيح أنه لا يثبت الرد به جزما ، فان صح ما قاله صاحب التهذيب مع ما قاله القاضى أبو الطيب تعين الاستثناء والاحتراز كما فعل الرافعى ، والا فيصح أن يقول : كما لا رد به على البائع اذا حدث فى يده قبل القبض يمنع الرد اذا حدث فى يد المشترى ، ويبقى الطرفان لا يستثنى منهما شىء ، وسيأتى • وصاحب التتمة خالف القاضى أبا الطيب ، ولو أخصى العبد ثم علم عيبا قديما فلا رد وان زادت القيمة ، ولو نسى القرآن أو صنعة ثم علم به عيبا قديما فلا رد لنقصان القيمة • ولو كانت الجارية رضيعة فأرضعتها أم البائع أو ابنته فى يد المشترى ثم علم عيبا فله الرد ، وان حرمت على البائع ، لأن القيمة لم تنقص بذلك ، وقد تقدم نظيرها فى وطء الثيب اذا كان البائع أبا المشترى أو ابنه ولو اطلع على العيب القديم بعد رهنه فلا رد فى الحال •

وفى وجوب الأرش وجهان ، ان عللنا باستدراك الظلامة فنعم ، وان عللنا بتوقع العود فلا • وعلى هذا فلو تمكن من الرد رد واذا اطلع على العيب القديم بعد الاجارة فان لم نجوز مع المستأجر فهو كالمرهون ، وان جوزناه فهو عيب يرجى زواله ، فان رضى البائع بأخذه مستأجرا رد عليه والا تعذر الرد ، ففى الأرش الوجهان • هكذا قال الرافعى وقاله القاضى حسين فى الدرس الثانى بعد أن كان قال : انه اذا رهنه أو أجره فهل يفسخ فى الحال أو لا حتى ينفك الرهن وتمضى مدة الاجارة ؟ فيه وجهان ان منعنا لم نجوز له الأرش لأن للرهن والاجارة غاية معلومة بخلاف التزويج ، وسواء صبر أو فسخ فى الحال فالأجرة للمشترى •

ولو تعذر الرد بغصب أو اباق قال الرافعى : انه يجرى فيه الوجهان اللذان ذكرهما فى الاجارة ، وسيأتى التعذر بالاباق فى كلام المصنف • وصرح صاحب التهذيب بحكاية الوجهين فى أخذ الأرش عند الاباق والغصب (أحدهما) نعم للتعذر (والثانى) لا لعدم اليأس

وقرار الرقيق على نفسه فى يد المشترى تدين المعاملة أو تدين الائتلاف مع تكذيب المولى لا يمنع الرد بالعيب القديم وان صدقه مشترى المولى على دين الائتلاف منع منه فان عفى المقر له بعد ما أخذ المشترى الأرش فهل له الفسخ ورد الأرش ؟ وجهان جاريان فيما اذا أخذ المشترى الأرش كرهنه العبد أو كتابته أو اباقته أو غصبه أو نحوها ان مكناه من ذلك ثم زال المانع من الرد • قال فى التهذيب (أصحهما) لا فسخ •

وان كان دبره أو علق عتقه بصفة ، فله الفسخ،لأن التدبير يقبل الفسخ• وكذا التعليق قابل للرفع بازالة الملك • قاله القاضى حسين ، وهو ظاهر • وان زوج الجارية أو العبد ثم علم بالعيب ولم يرض البائع بذلك قطع جماعة بوجوب الأرش ، لأن النكاح يراد للدوام فهو كعيب لا يرجى زواله • وقال الرافعى رحمه الله : ان بعضهم قطع بهذا • وأن الرويانى والمتولى اختاراه • وهذه العبارة قد تفهم أن بعضهم خرجه على الخلاف • قال ابن الرفعة : ولم أر من صرح به (وأما) الكتابة فحكى القاضى حسين فيها وجهين وقال : الأظهر على المعنى أنه لا يفسخ • وقال الماوردى : انه لا رد ولا أرش لعدم اليأس ولاستدراك الظلامة بالنجوم(١) •

وقال الرافعى : الأظهر أنه كالرهن وأنه لا يحصل الاستدراك بالنجوم ، يعنى لأنها فى الحقيقة ماله ، وقال فى التتمة : انه ان امتنع البائع من القبول أو قلنا تبع المكاتب لا يجوز ، فانه يجب الأرش (وقال) الرافعى رحمه الله تعالى : ان فى التتمة أن الكتابة كالتزويج • ومراده فى وجوب الأرش (وأما) فى جواز الرد فقد علمت بناء صاحب التتمة على جواز بيع المكاتب ، فليست كالتزويج مطلقا ، فقد اجتمع فى الكتابة أربع طرق (أصحها) أنه كالرهن فلا يفسخ فى الحال ولا يجب الأرش على الأصح ، وهى طريقة الرافعى •

---

(١) النجوم فى المكاتبة ان يؤدى العبد ثمنه لسيده اقساطا منجمة • (المطيعى)

(الثانى) أنه لا يرجع بالأرش فى الحال قطعـــا وهى طريقة المـــاوردى •

(الثالث) القطع بوجوب الأرش وهى طريقة صاحب التتمة •

(الرابع) أنه ينفسخ • وهو ما أشعر به كلام القاضى حسين فى قوله : الأظهر أنه لا فسخ ، وهذه العلة بنـــاء على جواز بيع المكاتب ، وأنه تبطل الكتابة ، وهو أحد الوجهين على القديم ، بل يتعين تفريعه على ذلك • وتكون الطرق الثلاث على امتناع بيعه ، ولو أخذ الأرش ثم عجز المكاتب أو طلق الزوج فعلى الوجهين المتقدمين فى زوال العيب بعد أخذ الأرش •

(فـــرع) لو أنعل الدابة ثم علم بها عيبا قديما ان لم يعبها نزع النعل ، بأن تكون كانت موجودة فى يد البائع وسمر المشترى النعل فيها ولم يكن يحدث بقلعها نزع فله نزعه والرد ، فان لم ينزع فى هذه الحالة لم يجب على البائع قبول النعل ، والفرق بين النزع هنا والنعل فى يده طلب الخصم أن ذلك اشغال يشبه الحمـــل عليها وهذا تفريع • وقد تقدم ما ذكره القاضى فى أن اشغال المشترى بجز الصوف مانع من الرد • وذكرت هناك هذه المسألة على سبيل الايراد عليه ، ولعله يطرده فيهما بل يتعين ذلك ، فان بابه وجوب المبادرة بالتلفظ بالفسخ ، وان كان نزع الحافر يخـــرم نقب المسامير ويعيب الحافر فنزع ، بطل حقه من الرد والأرش ، وفيه احتمال للامام •

ولو كان نزعه قبل الاطلاع على العيب ــ فان حصل به نقص ــ كان كسائر العيوب الحادثة فى الأرش ، ولو ردها مع النعل أجبر البائع على القبول ، وليس للمشترى طلب قيمة النعل ، ثم ترك النعل هل هو تمليك من المشترى ؟ فيكون للبائع لو سقط ، أو اعراض فيكون للمشترى ؟ (وجهان) أشبههما الثانى • هذا اذا جـــرى الترك وحده ، فان حصل لفظ الهبة حصل الملك ، وقيل بجريان الخلاف وقد تقـــدم ذلك فى الأحجار فى باب بيع الأصول والثمار ، وليس له على قولنا انه لا يملك المطالبة به ما دام متصـــلا ، ولو طلب نزعه قبل الرد بالعيب فله ذلك ،

وفيه دليل على أنه لا يجب عليه البدل ابتـــداء ، وبه صرح الامام • ولو قال المشترى لا أسمح بالنعل ، وطلب الأرش عن العيب القديم لأنه لا يلزمنى المسامحة وقلعه يقتضى حدوث تعيب • قال الغزالى : لم يكن ذلك فانه كالحصر فى مؤنة الرد •

(فـــرع) اذا صبغ المشـــترى الثوب ثم اطلع على عيب قديم ، فان نقصت قيمة الثوب بالصبغ فلا اشكال فى أن ذلك عيب حادث ، وحكمه ما تقدم عند الوفاق أو التنازع ، وأما اذا زادت القيمة فقد قال صاحب التقريب ، ثم الامام والغزالى والرافعى : انه ان رضى المشترى بالرد من غير أن يطالب بشىء فعلى البائع القبول وهذا لا نزاع فيه • وقد أطلق ابن الصباغ والبندنيجى أنه اذا صبغه لم يكن له رده مصبوغا ويرجع بالأرش ، وحمله ابن الرفعة على ما اذا حصل بالصبغ نقص توفيقا بينه وبين ما قال الامام ، والأولى عندى أن لا يحمـــل على ذلك لمـــا يدل عليه آخـــر كلامه ، بل مراده أنه ليس له الرد اذا لم يسمح بالصبغ فان سمح لم يتعرض له فهذه الحالة التى ذكرها صاحب التقريب والامام لم يتعرض لها ابن الصباغ وكلامه مطلق يجب تقييده •

قال الامام : ويصير الصبغ ملكا للبائع لأنه صفة للثوب لا تزايله ، وليس كالنعل (قلت) لكن فى ادخاله فى ملكه شبه من مسألة اختلاط الثمار ، وفيها خلاف لأجل المنة بخلاف النعل فانه تابع والصبغ فوق النعل ودون الثمار • ولو طلب المشترى أرش العيب القديم وقال البائع : رد الثوب لأغرم لك قيمة الصبغ ففيمن يجاب وجهان (أحدهما) وبه قطع الشيخ أبو حامد والمحاملى فى التجريد والمجموع وابن الصباغ والمتولى أن المجاب البائع ولا أرش للمشترى • (والثانى) وبه قال أبو حنيفة : ان للمشترى أن يطالب بالأرش وهذا مما يعين أن كلام ابن الصباغ فى الصبغ الذى حصـــلت به زيادة • وانما أهمل القسم الذى ذكره صاحب التقريب والامام • أو يكون لا يختـــار الاجبار على ذلك • ويفرق بينه وبين النعـــل فيبقى كلامه على اطلاقه • والفرق بين هذه المسألة حيث أجبنا البائع وبين ما اذا طلب أرش العيب الحادث حيث نجيب المشترى على الصحيح ظاهر • فان المشترى هنا يأخذ قيمة

الصبغ والثمن يستدرك ظلامته ، ولا يغرم شيئا هناك لو ألزمناه بالرد مع أرش الحادث ، غرمناه لا مقابلة شيء أخذه .

ونظير مسألتنا هذه أن يطلب البائع رده مع العيب الحادث من غير أرش ، فانه يجاب قطعا ، ولو أراد المشترى الرد وأخذ قيمة الصبغ مع الثمن ففى وجوب الاجابة على البائع وجهان (أصحهما) لا يجب ، وهذا الصحيح ينطبق عليه كلام ابن الصباغ قطعه بوجوب الأرش ان لم يحمل على صبغ تنقص به القيمة .

وقال الرافعى والنووى فى الروضة كما قال (أصحهما) لا يجب قال : لكن يأخذ المشترى الأرش ، والامام لم يتعرض لذلك ، وستأتى التنبيهات التى أذكرها الآن ان شاء الله تعالى ببيان الحال فيه ، وهل ذلك متحتم ؟ أو ثم طريق غيره ؟ وههنا تنبيهات فى هذا الفرع :

(أحدها) أن الامام لما حكى الخلاف فى الطرفين — أعنى طلب المشترى الامساك وأخذ الأرش أو الرد وأخذ قيمة الصبغ — شبهه بالخلاف فى الاجبار على ضم الأرش ورد المبيع ، وقال : فقد جرى الصبغ الزائد مجرى أرش العيب الحادث فى طرفى المطالبة قال الرافعى : ومعناه أنه اذا قال البائع رده مع الأرش وقال المشترى : أمسك وأخذ الأرش ، ففيمن يجاب ؟ وجهان ، وكذا اذا قال المشترى : أرد مع الأرش ، وقال البائع بل أغرم الأرش ، وهذا ظاهر للمتأمل فى الوجوه الثلاثة المذكورة هناك اذا أفرد أحد الجانبين بالنظر .

ووجه المشابهة بين الصبغ الزائد وأرش العيب الحادث أن ادخال الصبغ فى ملك البائع مع أنه دخيل فى العقد كادخال الأرش الدخيل فى العقد ، هذا كلام الرافعى رحمه الله ، ومراده ومراد الامام أن البائع والمشترى اذا طلب أحدهما الرد يعطى البائع قيمة الصبغ وطلب الآخر الامساك مع الأرش ، فمن المجاب ؟ وجهان (أصحهما) على ما تقدم أن المجاب البائع فى الحالتين (والثانى) أن المجاب المشترى فى الحالتين .

وقال الغزالى فى البسيط قريبا مما قاله الامام . وقال فى الوجيز :

ان ادخال الصبغ كادخال أرش العيب الحادث ، قال الرافعي رحمه الله تعالى : ظاهره يقتضي عود الأوجه الثلاثة ههنا ، ثم يقال : المجاب منها في وجه من يدعو الى فصل الأمر بالأرش القديم ، وقد صرح به في الوسيط ، ولكن رواية الوجه الثالث لا تكاد توجد لغيره ، وبتقدير ثبوته فقد بينا ثم أن الأصح الوجه الثالث وههنا قضية ايراد الأئمة أنه لا يجاب المشتري اذا طلب الأرش كما مر •

قلت : وكلامه في الوجيز ظهوره فيما قال الرافعي رحمه الله ، يمكن حمله على ما في النهاية والبسيط (وأما) كلامه في الوسيط فانه قال : ان طلب قيمة الصبغ فهل يجب على البائع في رد الثمن ؟ فيه وجهان •

(وان قلنا) لا نكلفه قيمته فهو كعيب حادث ، فتعود الأوجه فيه في أن تملك شيء حادث أولى أو تغريم أرش العيب القديم ، وهذا صريح كما قال الرافعي ولكن فيه زيادة اشكال في بادىء الرأي غير ما ذكره الرافعي ، وهو أنه جعل الأوجه الثلاثة مفرعة على القول بعدم اجبار البائع على بذل قيمة الصبغ ، ويستبق الرهن الى أن هذا هو القول باجابة البائع ، ولا يبقى بعده الا وجهان ، اجابة المشتري أو اجابة من طلب الأرش ، فكيف تأتى ثلاثة تفريعا على أحد الوجهين ؟ •

وحل هذا الاشكال بأن يكون المراد أنا اذا لم نجبر البائع على بذل قيمة الصبغ فالصبغ ملك المشتري والثوب تنقص قيمته باتصاله بصبغ لا يدخل معه في التقويم فهو عيب حادث ، فان تراضيا على أرش الحادث قوم الثوب وبه العيب القديم خاليا عن الصبغ ، فاذا قيل : عشرة قوم وبه العيب القديم ، وقد اتصل به الصبغ لم يدخل في التقويم ، فاذا قيل : تسعة ، علم أن الفائت درهم ، فيبذله للبائع مع الثوب ، ويسترجع ثمنه ، ويبقى الصبغ في الثوب للمشتري ، فان تراضيا على هذا المسلك أو على أرش العيب القديم فذلك ، وان تنازعا في هذين المسلكين فعلى وجه يجاب البائع ، فان اختار دفع الأرش عن القديم أو أخذ الأرش عن الحادث عرض على المشتري ، فان أباه سقط حقه ،

وعلى وجه يجاب المشترى ، فان طلب الأرش عن القديم ولم يرض البائع بأخذ الثوب معيبا بسبب الصبغ ولا يبذل قيمة الصبغ أجبر على بذل الأرش •

وان طلب الرد مع غرامة أرش العيب الحادث واستعادة الثمن أجبر على ذلك وعلى وجه يجاب الداعى الى الأرش القديم أخذا أو بدلا هكذا شرح ابن الرفعة ولم يلتزم بمقتضى كلام الامام من التشبيه • وقال : يجوز أن يقول : لا يجبر البائع على بذل قيمة الصبغ ، ويجبر على قبول أرش العيب الحادث ، والفرق أن الأرش غرامة عما فات من ملكه الذى خرج منه ، ومألوف فى الشريعة أن يجبر الانسان على أخذ ماله أو يبرأ منه ، واجبار البائع على بذل قيمة الصبغ اجبار على تملك شىء مبتدأ ، يبذل لا على طريق الغرامة ، ومثل ذلك غير مألوف فى الشرع ، ثم اعترض ابن الرفعة على نفسه بقول الغزالى بعد ذلك : ولم يذهب أحد الى أن المشترى يبقى شريكا بالصبغ ، وتأوله على أن المراد لم يذهب أحد الى أنه ليس له الا ذلك أو سقط حقه يعنى بل هو مخير بين ذلك وبين أخذ الأرش •

قلت : ويؤيد هذا التأويل فرق الغزالى بأن المشترى يتضرر بذلك ، بخلاف الغاصب ، والمشترى انما يتضرر بتعين هذه الطريق عليه كالغاصب لا بالتخيير ، وسأتكلم على ما يقوى التأويل أو يضعفه فى التنبيه الثانى ، فان صح هذا التأويل اندفع هذا الاشكال الثانى عن الغزالى ، ولم يبق الا ما ذكره الرافعى ، وحينئذ أقول ما ذكره الغزالى فى الوسيط من هذا الفرع الذى تجرى فيه الأوجه الثلاثة بين رد الثوب بدون الصبغ أو بينه وبين أخذ أرش العيب القديم ، هل يجاب فيه البائع أو المشترى ؟ أو طالب الأرش القديم ؟ فرع زائد ، وكلام النهاية والبسيط والوجيز ساكت عنه •

وليس ما صرح به فى الوسيط تصريحا بمقتضى ما ذكره فى الوجيز ، كما أشار اليه الرافعى رحمه الله ، بل كلامه فى الوجيز فى ادخال الصبغ فى ملك البائع قهرا ، وكذلك كلام النهاية والبسيط •

وأما كلامه فى الوسيط ففى ادخال الثوب مع أرشه بدون الصبغ فاين احدهما من الآخـــر ؟ فلا يكون ما ذكره فى الوسيط وجها ثالثا فى تلك المســـألة كما اقتضاه كلام الرافعى رحمه الله ، بل ثلاثة أوجه فى مسألة زائدة ، ويجوز أن يكون الأصح منها أيضا أن المجاب من يدعو الى الارش القديم كما هو الاصح هناك ، ولا ينافى ايراد الأئمة هنا أن المشترى لا يجاب اذا طلب الارش كما قال الرافعى رحمه الله أنه مر ، لأن الذى مر أنه لا يجاب المشترى اذا طلب الأرش وطلب البائع بذل قيمه الصبغ أما اذا طلب المشترى الأرش حالة امتناع البائع من بذل قيمة الصبغ فكما مر •

(التنبيه الثانى) قال الامام : لا صائر الى أنه يرد ويبقى شريكا فى الثوب كما فى المغصوب • والاحتمال متطرق اليه ، وأجاب الغزالى عن هذا الاحتمال بأن المشترى يتضرر بذلك بخلاف الغاصب ، فانه يبقيه شريكا ولا يلتفت الى تضرره لعدوانه ، وأعرض ابن خلكان بأن غريم المفلس يرجع فى الثوب التى زادت قيمتها بالصبغ ، ويكون شريكا ، ولم يحصل من المفلس عدوان وأجاب ابن الرفعة بأن المقصود فى الفلس دفع ضرر البائع ، فاذا رجع حصل الضرر للمفلس تبعا ، والمقصود فى الرد بالعيب دفع ضرر المشترى برده ، وجعله مشتركا يقع له ضرر مقصود أكثر من ضرر العيب •

وأنا أقول : ان غريم المفلس اذا رجع فى الثوب دون الصبغ لم يحصل ضرر للمفلس بالشركة ، لأن ماله مبيع كله ، وقد قال الأصحاب : ان الثوب يباع ويكون الثمن بينهما على ما تقتضيه القسمة ، على أنهم اختلفوا هل يكون كل الثوب للبائع وكل الصبغ للمفلس أو يشتركان فيهما جميعا ؟ على وجهين ، وفى الرد بالعيب لا يجب على أحد منهما البيع ، فيحصل الضرر تبعا للشركة •

واعلم أن هذا الاعتراض والجوابين عنه بناء على ما دل عليه كلام الغزالى من أن عدم القول بالشركة هنا لأجل ضرر المشترى ، وأن المقصود أنه لا يجب ذلك عليه كما أوله ابن الرفعة ، وعليه يدل تنظير الامام له بالغصب ، وأول كلام الامام وهو قوله : ولم يصر

أحـــد من الأصحاب الى أن المشترى يرد الثوب ويبقى شريكا محتمل له ، أى على سبيل الايجاب عليه كما يجب على الغاصب ، وعليه يستقيم فرق الغزالى ويأتى اعتراض ابن خلكان عليه بسبب أن المفلس يجبر على ذلك من جهة البائع ، ويأتى الجوابان المتقدمان •

لكن فى آخـــر كلام الامام ما يقتضى أن ذلك على سبيل الجواز ، فانه قال : وهـــذه المسألة ذكرها صاحب التقريب وأشار اليها العراقيون والاحتمال فيها من الجهة التى ذكرتها وهو تجويز الرد مع ملك المشترى فى عين الصبغ • فانا قد نجعل الغاصب اذا صبغ الثوب شريكا • انتهى •

فقول الامام هنا تجويز الرد يدل على أن ذلك ليس على سبيل الايجاب بل على سبيل الجواز ، وحينئذ لا يأتى تأويل الكلام الذى قاله الغزالى ، لأن مقتضى كلامه الآخـــر والأول لم يقل أحد بجواز الرد مع الشركة • فيتوقف التأويل المذكور • وحينئذ لا يبقى فرق الغزالى بضرر المشترى متجها ، لأنه قد يختار ذلك ، فلا يكون المنـــع حينئذ لضرره ، بل لضرر البائع وهو مثل ضرر المغصوب منه • والأولى اذا انتهينا الى هذا المقام أن نصحح تأويل كلام الغزالى فى الوسيط فانه أخبر لكلام امامه •

وأول كلام الامام محتمل ، ولفظة الجـــواز فى آخـــره ليست صريحة فى نفى الوجوب فيرد اليه ، فهذا أولى من أن يجعل فرق الغزالى واقعا فى غير وجه كلام الامام ويكون الذى اتفق الأصحاب عليه أنه لا يتعين حق المشترى فى أن يرد الثوب ويصير شريكا ، ويقتضى ذلك أنه لو دعى البائع لا يجب على المشترى [الرد] ، وفيه شىء مما ذكره عن صاحب التهذيب •

(التنبيه الثالث) أن صاحب التهذيب قال : ان لم يمكنه نزع الصبغ فان رضى البائع بأن يرده ويكون معه شريكا فى الزيادة رده ، وان أبى أمســـكه وأخذ الأرش وقد تقدم ذلك عن صاحب التهذيب ، ذكره هناك فقوله : ان رضى البائع بالشركة ان أراد يجوز للمشترى

أن يرده فصحيح • لأنهما اذا اتفقا على ذلك لا اشكال فى الجواز ، وان أراد أنه يجب على المشترى الرد أو يسقط حقه ، فهو الذى نقل الامام والغزالى أنه لم يقل به أحد من الأصحاب •

وأما قوله : وان أبى أمسكه فان أراد أن البائع اذا امتنع من الشركة تعين حق المشترى فى الأرش وأنه لا يجوز للمشترى الزامه وهو ظاهر كلامه فهو موافق لما قاله الرافعى ومخالف لما حكاه الغزالى فى الوسيط من جريان الأوجه الثلاثة • لكنه موافق للأصح منها ، وهو اجابة من يدعو إلى الأرش القديم ، فينبغى أن يكون معنى كلام صاحب التهذيب أنه ان أراد البائع أن يرد ويصير شريكا جاز للمشترى الرد وان امتنع البائع تعين على المشترى الامساك ، وأخذ الأرش ، يعنى على الصحيح والظاهر أن صاحب التهذيب لم يلاحظ الضرر الحاصل للمشترى من الشركة ، وانما النظر الى ضرر البائع • ويجب النظر الى كل منهما ، كما نظرنا الى كل منهما عند اجتماع العيب الحادث والقديم • فتلخص من ذلك ما أذكره أن شاء الله تعالى •

(التنبيه الرابع) الذى تخلص مما تقدم أن المشترى ان طلب الرد ، ولا يطالب بشىء أجيب قطعا وأجبر البائع عليه فان اتفقا على الرد مع قيمة الصبغ جاز قطعا • وان اتفقا على أخذ الأرش عن العيب القديم جاز قطعا ، وان اتفقا على رد الثوب مع بقاء الصبغ على ملك المشترى جاز على تعذر من كلام صاحب التهذيب والامام والغزالى على تأويله ، وذلك مع الأرش عن نقصان الثوب بالصبغ أو بدونه ان تراضيا على ذلك ، وان طلب المشترى قيمة الصبغ وامتنع البائع لم يجبر على الصحيح • وان طلب المشترى الأرش عن العيب القديم وامتنع البائع من بذل قيمة الصبغ أجبر البائع على اعطاء الأرش القديم على الصحيح الذى اقتضاه كلام الوسيط •

وان طلب المشترى الرد مع الشركة وأن يرد أرش نقص الثوب بالصبغ لم يجبر البائع على الصحيح • وان طلب المشترى الأرش عن القديم وطلب البائع بذل قيمة الصبغ ، فالمجاب البائع على الصحيح ، وقد تقدم الفرق بين هذه المسألة وبين بقية المسائل التى نجيب

فيها من طلب تقرير العقـــد ، وان طلب البائع الرد مع الشركة فى الصبغ لم يجبر المشترى عليها على ما تقدم عن الامام ، وفيه ما تقـــدم عن صاحب التهذيب •

(فـــرع) لو صبغ المشترى الثوب ثم باعه ثم علم بالعيب قطع ابن الصباغ ، والمحاملى فى التجريد بأنه ليس له الأرش لأن المشترى قد يرده عليه ويرضى البائع بأخذه ، وكذلك اذا كان ثوبا فقطعه وباعه ثم علم بالعيب •

(فـــرع) لو قصر الثوب ثم وقف على عيب فينبنى على أن القصارة عين أو أثر (ان قلنا) بالأول فهى كالصبغ (وان قلنا) بالثانى رد الثوب بلا شىء ، فهى كالزيادة المتصلة •

قال الرافعى رحمه الله : وقطع الزبيرى فى المقتضب بأن له الرد اذا زادت قيمته بالقصارة ، وليس فيه مخالفة لمـــا قاله الرافعى • ولو لبس الثوب فتغير باللبس امتنع الرد وله الأرش • قال الزبيرى أيضا : وهو ظاهر • لو اشترى شاة فذبحها ثم وجد بها عيبا فله الأرش ، فان رضى البائع بقبولها مذبوحة فلا أرش للمشترى لامكان الرد ولا أجرة على البائع للذبح ان ردت عليه ، لأن الذبح أثر هو نقص • هكذا قال المـــاوردى •

آخـــر(١) ان كان ثوبا فخاطه استحق الأرش ، فان رضى البائع بقبوله ان بذل الأجرة فله أن يرجع به مخيطا لأن فى الخياطة عيبا زائدا • قاله المـــاوردى •

آخـــر : لو اشترى عصيرا حلوا فلم يعلم بعيبه حتى صار خمـــرا فله الأرش • وليس له رد الخمـــر واسترجاع ثمنه • سواء أرضى البائع بقبوله أم لا • لتحريم المعاوضة على الخمـــر ، فلو صار الخمـــر

---

(١) يريد : « قول آخر او وجه آخر او نوع آخر » . (المطيعى) .

خلا فقال البائع : أنا أسترجع الخل وأرد الثمن ولا أدفع الأرش كان له ذلك ، لان الخل عين العصير ، ولا مانع من المعاوضة ولا للمشترى فيه عمل يفوت عليه • وهذا من تفريع أبى العباس بن سريج • قاله الماوردى والرافعى • ويحتمل أن يكون ذلك على ما خرجه ابن سريج من وجوب الارش اذا باع المبيع أو وهبه •

أما اذا قلنا بالمذهب وهو أنه لا يجب الأرش فى ذلك لعدم اليأس كما سيأتى فالرجوع بالأرش فى حالة كونه خمرا ينبغى أن يمتنع الآن لاحتمال أن يعود خلا كما اذا وهبه •

ثم قولهم للبائع أن يسترجع الخل ولا يدفع الأرش ، ظاهر ذلك يقتضى أنه ليس للمشترى حينئذ أن يطالبه بالأرش للعلة المذكورة ، ولكن العلة المذكورة وهى أن الخل هو عين العصير يقتضى أن المشترى أيضا اذا طلب الرد له ذلك • وان امتنع البائع وطلب الأرش ، ويكون ذلك كما لو كان باقيا بحاله ، ولم أجد فى النقل ما يوافق ذلك ولا ما يخالفه •

آخر : لو اشترى ذمى من ذمى خمرا ثم أسلما فوجد المشترى بالخمر عيبا ينقص العشر من ثمنه • قال أبو العباس ابن سريج : للمشترى الأرش وهو عشر الثمن ولا رد ، ولا يبطل ذلك اسلامهما • وهو قول محمد بن الحسن ، فان قال البائع : أنا آخذ الخل وأرد الثمن ، فله ذلك • ولو كان المشترى علم العيب قبل اسلامهما فلم يرد حتى أسلما لم يكن للمشترى بعد اسلامه الرد ولا الرجوع بالأرش • أما الرد فلحدوث الاسلام ، وأما الأرش فلامكان الرد قبل الاسلام ، فلو كان أسلم البائع وحده بعد تبايع الخمر لم يجز للمشترى رده عليه بالعيب • ولو كان المشترى أسلم وحده جاز ، لأن استرجاع البائع تملك للخمر • والمسلم لا يتملك الخمر • ورد المشترى ازالة الملك ، والمشترى يجوز أن يزيل ملكه عن الخمر • قاله الماوردى عن ابن سريج •

(فرع) اشترى جارية بعبد ، ثم وجد بالجارية عيبا قديما فردها ، ووجد بالعبد عيبا حادثا عند بائع الجارية قال ابن سريج :

يأخذ مشترى الجارية التى ردها العبد معيبا ، وليس له المطالبة لبائع الجارية بأرش العيب الحادث عنده ، أو يأخذ قيمته ان اختار عدم استرداده •

قال الامام : وهكذا نقل عن القاضى حسين ، وليس الأمر كذلك عندنا بل الوجه أن يرد الجارية ويسترد العبد ويطلب أرش العيب الحادث ، لأن العبد مضمون بالقيمة لا بالثمن ، لأنه بعد رد الجارية لو تلف العبد فى يد بائع الجارية فصاحب الجارية يرد قيمة العبد •

قال الامام : والذى قاله ابن سريج ليس بعيدا عن الصواب بدليل ان الزوج اذا أصدق زوجته عبدا ثم طلقها قبل المسيس وعاب العبد فى يد الزوجة تشطر العبد وعاد نصفه الى ملك الزوج ، والزوج بالخيار بين أن يرجع بنصف قيمة العبد سليما وبين أن يرضى بنصفه معيبا ، ولا يكلفها ضم أرش العيب الى نصف العين ، هكذا يمكن أن يقال فى مسألة العبد بالجارية ، لكن بين المسألتين فرق ظاهر لا يخفى • حكى الامام المسألة فى آخر الغصب ، ثم أعاد فى كتاب الصداق ، وذكر الفرق بين مسألة العبد والجارية وبين مسألة الصداق ، وذكر الغزالى مسألة العبد والجارية فى آخر كتاب الغصب ، وجزم القول بأنه اذا استرد العبد معيبا لم يجز له طلب الأرش ، بل عليه أخذه أو أخذ قيمته • ثم أعاد المسألة بعينها فى الصداق ، وقال يأخذ العبد معيبا وله طلب الأرش فناقض اختياره فى الوسيط •

وقال فى البسيط هنا بعد ذكر الحكم فى مسألة العبد والجارية ، انه يأخذ العبد معيبا ويطالب بالأرش • وفى الزوج اذا عاد اليه نصف العبد بالطلاق وهو معيب ، وعليه أن يقنع بالمعيب وفرق بينهما ، قال بعد ذلك : وسمعت الامام فى التدريس يقول : ان من أصحابنا من ذكر وجها فى الصداق فى مسألة العبد والجارية من مسألة الصداق أن لا يطالب بالأرش والظاهر الفرق ، ولست واثقا بالفعل ، وانى لم أصادفه فى مجموعه • قال أبو اسحاق ابراهيم بن عبد الله بن عبد المنعم ابن على بن محمد ، وهو ابن أبى الدم : قوله « فى مجموعه » يريد « نهاية المطلب » وذكر الامام مسألة العبد والجارية فى آخر النهاية

بعد أن فرغ من شرح سواد مختصر المزنى ، وذكر بعده مسائل مبددة سردا متنوعة • قال : انما ذكرتها خوفا من أن أكون أهملتها فى مواضعها ، فان كنت أهملتها فذكرها مفيد ههنا ، وان كنت ذكرتها لم تضر اعادتها قال : اذا باع عبدا بثوب ففصله صاحب الثوب وقطعه ، فوجد الثانى بالعبد عيبا قديما فله رده •

ثم اذا رده حكى الشيخ وجهين (أحدهما) يسترد الثوب مقطوعا ويسترد أرش النقص ، وهذا هو القياس ، لأن الثوب لو تلف فى يد آخذه ثم رد عليه العبد بالعيب غرم تمام القيمة ، فكذلك يجب ان يغرم أرش النقص (والوجه الثانى) انه اذا رد العبد وصادف الثوب معيبا فهو بالخيار ان شاء رضى بالثوب معيبا واسترده من غير أرش وان شاء ترك الثوب ورجع بقيمته غير معيب ، فان اختار أخذ الثوب فلا أرش له ، قال الشيخ : اشتهر من كلام الأصحاب أن المتبايعين اذا تخالفا وكان عاب المعقود عليه فى يد آحدهما فانهما يترادان ، ويرجع على من نقص العوض فى يده بأرش النقص عند التفاسخ ، فلا فرق بين هذه المسألة ومسألة العبد والثوب فان طرد صاحب الوجه الثانى مذهبه فى مسائل التخالف كان ذلك خرقا من الاجماع ، وان سلمه بطل هذا الوجه بالعيب أيضا • وتشبث الشيخ أبو على باجراء الخلاف فى مسألة التخالف • هذا كلام الامام فى النهايه ، وقول الشيخ فى ذكر الوجهين ، وفى قوله اشتهر من كلام الأصحاب • هكذا وجدته فى النهاية مطلقا • وفيما نقله ابن أبى الدم عن النهاية أنه أبو على فى الموضعين • وقد ذكر القاضى حسين فى الفتاوى اذا باع حمارا بفرس فمشترى الفرس أخصاه ، ثم وجد بالحمار عيبا ، قال ان لم ينقص الاخصاء منه شيئا استرده ، ولا شىء ، وان نقص بعض قيمته رد فرسه وأرش النقص • وفى هذا الكلام مخالفة لما تقدم فى صدر هذا الفرع من النقل عن القاضى •

وقال القاضى أيضا : لو باعه بفرس وعشرة دنانير وأخصى المشترى الفرس ورد الحمار بعيب ونقصت قيمة الفرس ، استرد الدنانير والفرس وأرش النقص وذكر الرافعى رحمه الله هذا الفرع وقال فيه : اذا رجع النقصان — يعنى فى الثمن — الى الصفة كالشلل ونحوه لم يغرم الأرش فى أصح الوجهين ، كما لو زاد زيادة متصلة يأخذها

مجانا ، وينبغى أن يحمل كلامه على موافقة ابن سريج فى تخير المشترى لا أنه يتحتم عليه أن يأخذ الثمن ناقصا •

وذكر النووى فى الروضة فى آخـــر مسألة من هذا الباب هذا الفرع من زياداته فقال : قال القفال والصيدلانى وآخـــرون : لو اشترى ثوبا وقبضه وسلم ثمنه ، ثم وجد بالثوب عيبا قديما فرده فوجـــد الثمن معيبا ناقص الصفقة بأمر حدث عند البائع يأخذه ناقصا ، ولا شىء له بسبب النقص •

وفيه احتمال لامام الحرمين ذكره فى باب تعجيل الزكاة ، وكل ما ذكره فيه مقيـــد ، غير أنه كان الأولى ذكره مع كلام الرافعى رحمه الله فيه ، فانه ليس مسألة زائدة عن الرافعى ، وما ذكره عن القفـــال وغيره هو الذى صححه الرافعى ، وما ذكره من احتمال الامام هو الوجه الآخـــر ، قال صاحب التتمة : ولا يمتنع عليه رد الجارية ، سواء أكان العيب الذى بالعبد مثل عيب الجارية أو أكثر من جنسه أو من غير جنسه ، كما لو كان العيب يساوى أضعاف ثمنه ، فان له الرد بالعيب ، وان كان الضرر فى الرد أكثر منه فى الامساك •

(**تنبيه**) قوة كلام المصنف تقتضى أن النقص حصل عند المشترى ، ولكنه لم يصرح به هنا كما صرح به فى التنبيه بقوله : وقد نقص المبيع عند المشترى ، وهو احتراز عما لو علم العيب قبل القبض وقد نقص ، فان ذلك لا يمنع الرد ، لأن النقص عند البائع مضمون عليه ، وهذا ظاهر فيما اذا لم يعلم المشترى بالنقص المذكور ، وكذلك لو علم ورضى به ثم علم عيبا آخـــر ، كما لو اشترى عينا علم بها عيبا ورضى به ، ثم وجد عيبا آخـــر •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واذا أراد الرجـــوع بالأرش قـــوم المبيـــع بلا عيب ، فيقال : قيمته مائة ثم يقـــوم مع العيب فيقال : قيمته تســـعون ، فيعـــلم أنه قد نقص العشر من بدله فيرجع على البائع بعشر الثمن ، ولا يرجع

بمـا نقص من قيمته ، لأن الأرش بدل عن الجـزء الفائت ، ولو فات المبيـع كله رجـع على البائع بجميـع الثمـن ، فاذا فات قـدر العشر منـه رجـع بعشر الثمـن كالجـزء لمـا ضمن جميعـه بالدية ، ضمن الجـزء منه بجـزء من الدية ، ولأنا لو قلنا : انه يرجـع بمـا نقص من قيمتـه أدى الى أن يجتمـع الثمـن والمثمن للمشـترى ، فانه قـد يشـترى ما يسـاوى مائة بعشرة فاذا رجع بالعشرة رجـع جميـع الثمـن اليه فيجتمـع له الثمـن والمثمـن وهـذا لا يجـوز) •

(**الشرح**) قد تقـدم تفسير الأرش ، وأنه جزء من الثمن نسبته اليه نسبة ما ينقص العيب من المبيع لو كان سليما الى تمام القيمة ، وبيان ذلك بالمثال الذى ذكره المصنف هنا ، وبه مثل الشافعى رحمه الله ، فان الذى نقصه العيب من المبيع السليم عشرة فيرجع بعشر الثمن ، فالقيمة معتبرة للنسبة خاصة ، ولا فرق عند الأصحاب بينه وبين ضمان الغصب والسـوم والجناية بأنا اذا ضممنا فى هذه المواضع ما نقص من القيمة لا يلزم الجمع بين البدل والمبدل ، وفى الأرش يلزم الجمع بين الثمن والمثمن •

قال الشيخ أبو حامد : انه معنى كلام الشـافعى ، والمعنى الأول قاله الأصحاب الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وغيرهما ، وقدموه فى الذكر كما فعل المصنف فان فيه بيـان المعنى الذى لأجله كان كذلك ، فيحصل به الشفاء أكثر ، ولكن فيه بحث ، فان قول المصنف بدل عن الجزء الفائت أى الذى اقتضـاه العقد ولم يسلمه البائع •

(وقوله) ولو فات المبيع كله أى تحت يد البائع قبل التسليم ، كذلك قاله القاضى أبو الطيب صريحا ، وهو ظاهر ، واذا كان كذلك فقد يقال : ان هـذا المعنى يقتضى جواز الرجوع الى الأرش ، وان لم يمنع الرد ، وطلب الأرش عند امكان الرد غير سائغ ، بل قد يقال : انه كان ينبغى على هـذا المعنى أن يتعين الرجوع الى الأرش ، ولو أراد المشترى الرد أو الرضا بالعيب كما أنه اذا فات بعض المبيع قبل القبض أو كله سقط ما يقابله من الثمن سواء أرضى المشترى أم لا ، وكما أنه اذا أخبر ﷺ، المرابحة أنه اشترى بمائة ، وكان بتسعين • فانا نحكم

بسقوط الزيادة وحصتها من الربح على أظهر القولين ، ولأجل ذلك والله أعلم قال الامام فى باب المرابحة عند الكلام فى كذب المشترى بالزيادة : ان الأرش المسترجع ، وان كان جزءا من الثمن ، فاسترجاعه انشاء نقص فى جزء من الثمن والدليل عليه أن المبيع اذا رد على معيب فموجب العيب الرد ، لا يجوز الرجوع الى الأرش مع القدرة على الرد فكأن الأرش بدل عن الرد واذا تعذر ولا ينتظم عندنا الا هذا ، وهذا الكلام من الامام أوله يقتضى أن الأرش جزء من الثمن ، يستدرك بانشاء نقص جديد ، وهذا موافق لكلام الأصحاب : وفيه زيادة بيان أن ذلك بطريق انشاء النقص ، وليس كالمرابحة وآخره قد يوهم أن الأرش ليس فى مقابلة الجزء الفائت ، ولكن فى مقابلة الرد عند تعذره وتأويله أن الشارع جعل له عند تعذر الرد استرجاع جزء من الثمن عن الجزء الفائت ، حيث فات عليه الرد ، ولذلك أتى بكأن التى هى حرف تشبيه • فلم يجعله بدلا عن الرد ، ولكن مشبها ، فان سلطة الرد لا تقابل بعوض •

ويجب تأويل كلام الامام كقوله أولا ان الأرش جزء من الثمن ، ولو كان بدلا عن الرد لم يختص بالثمن وعند هذا لا يكون فى كلام الامام جواب عن الاشكال الذى أوردته الا بما سأذكره ان شاء الله تعالى •

وقد ذكر الغزالى احتمالين فى أن الأرش غرم مبتدأ ، أو جزء من الثمن ، وسيأتى • فان قيل : ان الأرش غرم مبتدأ فلا اشكال فى هذا الوجه ، ويصير كأن البائع معيب لملك المشترى • قال الغزالى : ويشهد له أن مشترى الجارية بعبد معيب يعلم عيبه يستحل وطأها ، ولو كان جزءا منها يعرض العود الى بائع الجارية لو اطلع على عيب العبد لأورث توقعه شبهة ، وان قيل ان الأرش جزء من الثمن فالممكن فى فهمه ما قاله الغزالى أن يقال : ان المبيع فى مقابلة كل الثمن ان رضى ، والا فهو فى مقابلة بعضه ، فيخرج ذلك البعض عن المقابلة ، ويتعين لاستحقاقه ، قال : وهو ظاهر كلام الأصحاب •

وكأن المقابلة تغيرت ، ولكن جوز ذلك فيهما استبدال سبب فى أصل العقد وان كان لا يجوز ذلك بالتراضى عند الحاق الزيادة بالثمن

بعـد اللزوم ، فهذا الذى قاله الغزالى من دقيق الفقه كما قال ، ولكن ما الموجب لتغيير المقابلة فانه بالرضـا يتبين أن العقـد لم ينعقد الا على البعض ، أشكل بمسألة الجارية ، وبمـا قاله الامام فى المرابحة • وان كان بطريق الانتقاض كما تنتقض المقابلة فى تفريق الصفقة فى الدوام ــ اذا قلنا : يمسك بكل ــ فذلك قول ضعيف ، فلا يخـرج عليه ما اختاره أكثر الصحاب هنا •

ومقتضى كلام الامام فى مسـألة الحلى أن ذلك اقتضته الضرورة كالتوزيع • وليس العقد يقتضيه من الأصل • لكن هذا الذى يقوله الأصحاب على خلافه • اذ هم يقولون بأن العقـد فى أصله اقتضى التوزيع كما صور ذلك فى قاعـدة مد عجوة فكيف يستقيم على رأى الأصحاب أن الأرش جزء من الثمن • وتلخيص الاشكال أن الثمن ان كان مقابلا للمبيع وصفات السـلامة ، وأنه يتقسط عليها كما يتقسط على أجـزاء المبيع ، فينبغى عند فوات بعضها أن يسقط ما يقابله ، ولو رضى به معيبا ، وهذا خلاف الاجماع • بل كان ينبغى أن لا يصح العقد لأن تلك الصفات لا تنحصر فيكون ما قوبل بالثمن مجهولا ، وهو خلاف الاجماع أيضا • وان كان الثمن فى مقابلة المبيع على ظن السلامة ، والأوصاف ليست داخلة فى المقابلة ولا يقتضى فوات وصف منها سقوط بعض الثمن على الرد لفوات الظن • فاذا تعذر الرد ودل دليل على وجوب الأرش كان ذلك غرامة جديدة لا جـزء من الثمن • وأحسن ما يقال فيه ما تقـدم عن الغزالى • وقد يقال ان فوات ذلك الوصف موجب للرد واسترجاع جميع الثمن ، وقد تعذر الرد فيما قبضـه المشترى وهو المبيع المجـرد عن ذلك الوصف ، فيجعل ذلك الوصف فى حكم المقبوض المردود على البائع ويقسط الثمن عليه وعلى الذى تعـذر الرد فيه ، وهو المبيع المجـرد عنه استدراكا للظلامة ، وكأنه فسخ العقد فيه ، وهذا معنى قول الامام انه انشـاء نقص جديد ولعله يأتى فى مسألة الحلى زيادة على هـذا •

على أن القول بأنه غرم جديد أيضا ليس صافيا عن اشـكال ، فانه لو كان كذلك لوجب أن يرجع بما نقص من قيمته ، ولم يصرح أحد بأن الأرش غرم جديد من كل وجه ، فانه كان يلزم أن لا يتقدر من الثمن

ولا قائل به ، والامام حكى فى مسألة الحلى عن صاحب التقريب ما يقرب من أن الأرش غرم لكن ليس من كل وجه ، وسنذكره هناك ان شاء الله تعالى •

وقال صاحب الوافى : ان المصنف فى باب اختلاف المتبايعين قال : ان الثمن لا ينقسم على الأعضـــاء ، وههنا قال : الأرش بدل عن الجزء الفائت • قال : وليس بينهما تناقض ، لأن الثمن يقابل المبيع ، ولا يتقسط على أعضـــائه بمعنى أن اليد كعين والرجل كعين أخرى ، بل يقابل المبيع وهو ذو أجـــزاء فيقابلها من حيث كونها جزءا لا من حيث انها عين أخرى ، ثم اذا صادفها المشترى ناقصة له الرد استدراكا للظلامة ، فان لم يفسخ عند الامكان فلا شىء له ، لأن المقابل العين وهى باقية والضرر يزول بالفسخ ، فان سقط رده بحدوث عيب آخر دعتنا الضرورة الى تمييز ما نقص منها من حيث التقويم ليرجع بثمن ما فات من المبيع اذ لا يندفع الضرر الا بذلك • وهـــذا ليس فيه الا دعوى الضرورة ، وذلك لا شفاء فيه فى جعل ذلك •

(**قلت**) : جزءا من الثمن وتقدير علة المصنف والموضع مشكل ، وليس المصنف مختصا به ، والفارقى جعل وجوب الأرش على وفق القياس ، وشبهه بما اذا قال : بعتك هذه الصبرة ، وهى عشرة أقفزة ، فكيلت بعد البيع فخرجت تسعة ، فانه يسقط درهم ، كذا اذا قال : بعتك هـــذا العبد فخرج مقطوع اليد (قلت) ولو صح هذا التشبيه لوجب أن يجرى خلاف فى صحة البيع كما فى مسألة الصبرة •

وقول المصنف : كالجزء الى آخـــره اذا جنى عليه جناية ليس لها أرش مقدر ، فان نفيها من ديته فنقول : هـــذا لو كان عبدا صحيحا قيمته كذا ، ولو كان عبدا مع هذه الجراحة قيمته كذا فما بين القيمتين يؤخذ بنسبته من الدية ، والمصنف فى ذلك تابع للشيخ أبى حامد •

(**فائدة**) ادعى ابن الرفعة أن كلام الامام فى باب المرابحة يدل على أن الأرش فى مقابلة سلطنة الرد وفى غير ذلك يدل على أنه جزء وأن

ذلك مناقضة ، وليس الأمر كما قال لمن تأمل كلام الامام ، وقد أشرت الى ذلك وذكرت تأويله •

(فـــرع) مقتضى كلام المصنف وغيره أنه اذا لم تنقص القيمـــة لا رجوع بالأرش ، فاذا اشترى عبدا ووجده خصيا بعد أن وجـــد ما يمنع الرد فلا رجوع بالأرش أصلا ، وبه صرح الامام والغزالى فى البسيط والرافعى ، قال ابن الرفعة : الا أن يكون الاطلاع قبل الاندمال والجراح متألمة ، فان قيمته قد تنقص ، فان لم تنقص أيضا انسد طريق الأرش •

(فـــرع) مع قولنا بأن الأرش جزء من الثمن فالمشهور القطع بأنه لا يبطل العقد بأخذه ، وفى شرح الفروع للقاضى أبى الطيب فى كتاب السلم اذا اشترى حنطة معيبة بعبد معين ، وتسلم الحنطة وسلم العبد وأعتقه ، ثم وجد بالعبد عيبا قدر الأرش ، ورجع بقدره من الحنطة ، وانتقض البيع فيه ، وهل ينتقض فى الباقى ؟ اختلف أصحابنا فمنهم من قال على القولين فى تفريق الصفقة اذا كان العقد لم ينعقد فى البعض ، هكذا عبارته ، والأولى أن يخرج ذلك مع بعده على تفريق الصفقة فى الدوام ، فانه انتقاص طارىء لا بطريق التعيين • وقد تقدم البحث فى ذلك ، وسيأتى له تتمة ، وانما أوجب هذا الاشكال الذى قدمت التنبيه عليه ، فانظر كيف آل التفريع الى أن جعل أخذ الأرش مبطلا للعقد ، بل بمجرد الاطلاع على العيب •

(فـــرع) لو كان العيب فى عين قبضت عن دين ، هل يكون الأرش عنها كما قلناه هنا ؟ أو يعتبر بما يقابله بدل العين ؟ فيه وجهـــان مذكوران فى الكتابة عند خروج النجم معيبا بعد تلفه ، هل يتعين الأرش فى رقبة المكاتب ، أو ما ينتقص من النجوم المقبوضة بسبب العيب ؟ وهما فى كل عقد ورد على موصوف فى الذمة •

قال الامام : وأمثل من الوجهين أن يقال يغرم السيد ما قبض ، ويطالب بالمسمى بالصفات المشروطة (قلت) فتلخص ثلاثة أوجه فى كل مقبوض عما فى الذمة خرج معيبا ، وتعذر رده (أحدها) يرجع على

الدافع بأرشه بنسبته من العوض كما فى المعاوضات (والثانى) ما نقص من قيمته كالمغصوب والمستام (والثالث) يقدم القابض ما قبض ويطالب بالتسليم •

(فـــرع) فى فتاوى القاضى حسين : اشترى فى صحته بمائة ما يساوى مائة ، فوجد فى مرض موته به عيبا ينقص عشر قيمته ورضى ، اعتبر من الثلث قال : ويحتمل أن لا تعتبر من الثلث لأنه امتناع عن التكسب • قال جامع الفتاوى (قلت) وهو الأولى عندى فان اشترى ما يساوى خمسين بمائة فوجد فى مرض موته عيبا ينقص العشر ورضى ، اعتبر من الثلث خمس وخمسون ، لأنه لو رده لربح خمسا وخمسين ، قال جامع الفتاوى : وهذا أيضـــا كالأولى ، والأولى أن لا يعتبر من الثلث ، فان اشترى ما يساوى مائة بخمسين ، والحال كذلك ورضى ، فهل نعتبر الخمسة من الثلث ؟ الظاهر لا ، لأنه استعاد به أربعين (والثانى) يعتبر تلك الخمسة لأنه لو تلف فى يده أو بعد رده كان يأخذها •

(فـــرع) لو وجد بعينه بياضا وحدث عنده بياض آخـــر ثم زال أحد البياضين واختلفا ، فقال البائع : زال القديم ، وقال المشترى : زال الحادث حلفا وأخذ المشترى أرش أحد البياضين ، فان اختلف البياضان أخذ أرش أقلهما ، لأنه المتيقن والبائع يستفيد بيمينه درء الفسخ ، والمشترى يستفيد بيمينه أخذ الأرش نص عليه الشـــافعى والأصحاب ، وقال الرويانى : ليس للمشترى الرد لأنه اعترف بزوال حقه بحدوث العيب ، ويدعى عود الحق فلا يقبل فى العود الا بحجة وله الأرش لأنه كان ثابتا والبائع يدعى زواله •

(فـــرع) اذا ثبت الأرش فان كان الثمن بعد فى ذمة المشترى برىء من قدر الأرش ، وهل يبرأ بمجرد الاطلاع على العيب أم يتوقف على الطلب ؟ وجهان (أصحهما) الثانى ليبقى له طريق الرضا بالعيب بعد الفوات ، كما لو كان له عند البقاء وميل القاضى حسين الى الأول بخلاف ما لو قدر على الرد ، فان الفسخ لا يحصل دون طلب وقد

اقتصروا هنا على حكاية هذين الوجهين ، وكأن ذلك تفريع على أن الأرش جزء من الثمن •

(أما) اذا قلنا : غرم جديد فلا تحصل البراءة أيضا بالطلب ، بل للبائع أن يعطيه من(١) فان اتفق الدينان جرى التقاضى ، ولو كان قد وفاه الثمن وهو باق فى يد البائع ، فهل يتعين لحق المشترى أو يجوز ابداله لأنها غرامة لحقه ؟ وجهان (أصحهما) الأول ، هكذا قال الغزالى والرافعى ، وتعليله يقتضى أن الوجه الثانى مفرع على أن الأرش غرم مبتدأ ، أما اذا قلنا هو جزء من الثمن فيتعين جزء منه لحق المشترى ، وينتقل الى المشترى بمجرد الطلب أو الاطلاع ، فلا يسوغ للبائع ابداله ، لكنها فيما اذا كان فى الذمة — ثم يلاحظ القول بأنه غرم جديد كما تقدم — فيجب طرد هذا الوجه هناك ، كما تقدم أن يقال هنا (ان قلنا) ان الغرم جديد لم يتعين (وان قلنا) جزء من الثمن فوجهان ينبنيان على أن المقبوض عما فى الذمة هل يعطى حكم المعين فى العقد ؟ وفيه وجهان ذكرهما الرافعى بعد هذا بمسألة ، ولم يصحح منهما شيئا •

وان قلنا : يعطى حكم المعين فى العقد لم يجز ابداله والا جاز ابداله ، وذكر الرافعى رحمه الله مسألة ما اذا كان الثمن فى الذمة وفاه ، وهو باق بحاله ، ورد المبيع عليه ، هل يتعين لأخذ المشترى ؟ فيه وجهان بعد هذا بمسألة ، وهى غير المسألة الأولى ، لأن تلك فى الأرش وهذه فى الرد ، والمأخذ غير المأخذ ، لكن تصحيحه التعين فى الأولى فرع عن تصحيح التعين فى الثانية ، كما نبهت عليه ، وسأذكر المسألة ان شاء الله تعالى عند رد البيع ، والثمن تالف ، فانى هنا انما ذكرت ما يتعلق بالأرش ، وان كان الثمن معينا وهو باق فى يد المشترى ففيه وجهان فى النهاية الأصح تعينه ، ويجب بناؤهما على ما تقدم (ان قلنا) الأرش غرم لم يتعين ، وان قلنا : جزء من الثمن تعين أخذ الأرش منه تالفا ، فهو كما اذا رد المبيع والثمن تالف •

---

(١) كذا باقتضاب من غير معمولها ، ولعل المعمول من « غير طلب » . (المطيعى)

وسيأتى أنه يقوم مقام مثله ان كان مثليا ، وقيمته ان كان متقوما ان شاء الله تعالى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اختلفت قيمة المبيع من حال العقد الى حال القبض ، قوم بأقل القيمتين لأنه ان كانت قيمته وقت العقد أكثر ثم نقص كان ما نقص فى يده مضمونا عليه ، وما كان نقصانه فى ضمانه فلا يجوز أن يقوم على البائع ، وان كانت قيمته وقت العقد أقل ثم زادت فى يده فانها زيادة حدثت فى ملك المشترى لا حق للبائع فيها ، فلا يجوز ادخالها فى التقويم) .

(الشرح) تقدم أن القيمة تعتبر معنى لايجاب الأرش ، والاعتبار بأنه قيمة فيه طريقان (أصحهما) وهى التى جزم بها المصنف وشيخه أبو الطيب والماوردى والرويانى وغيرهم القطع بأن الاعتبار بأقل القيمتين ، من قيمة يوم العقد ويوم القبض ، فانه ان كان عند العقد أكثر فالنقصان من ضمان البائع ، وان كانت عند القبض أكثر فالزيادة حدثت فى ملك المشترى .

(والطريقة الثانية) أن فى المسألة ثلاثة أقوال (أصحها) هذا (والثانى) ونقل عن نصه فى موضع أن الاعتبار بقيمته يوم القبض ، وهو الذى صححه الغزالى فى باب التخالف ، وفرق بينه وبين التخالف ، ونقل عن الفورانى أن هذا القول من رواية عبد العزيز بن مقلاص ، ووجهه أن الثمن يومئذ قابل للمبيع .

(والثالث) نقله الرافعى عن رواية ابن مقلاص أن الاعتبار بقيمة يوم القبض وقد رأيته منصوصا فى باب الغصب من اختلاف العراقيين معللا بأنه يوم اذ تم البيع ، فأصحاب هذه الطريقة أثبتوا هذين القولين مع الأول الصحيح ، وممن اقتصر على ايراد هذه الطريقة الامام والغزالى الى أن قال الرافعى: والأكثرون قطعوا بالأول ، وحملوا كل نص على ما اذا كانت القيمة المذكورة أقل .

واعلم أن هذه المسألة معروفة بالاشكال لاسيما على عبارة المصنف تطيله وأنا ان شاء الله تعالى أذكر ما قيل فى ذلك من حيث المذهب ، وبيان الصحيح منه ، وأذكر ما اعترض به على المصنف وما قيل فى جوابه •

اعلم أن طائفة من الأصحاب أهملوا التعرض لوقت اعتبار القيمة ، وبعضهم زعم أن ذلك لا فائدة فيه وأن الأرش لا يختلف بذلك ، ذكر ذلك ابن أبى عصرون وسبقه اليه الشاشى فى الحلية ، والأكثرون اعتبروا ذلك وتكلموا فيه ، ونص الشافعى يدل لهم • ثم اختلفوا هل يعتبر يوم العقد أو يوم القبض ، أو أقل الأمرين وهو الصحيح ، ثم اختلفت عباراتهم عن هذا القول الثالث فالأكثرون يقولون كما قال المصنف انه يقوم بأقل القيمتين من يوم العقد ويوم القبض • وعلى ذلك جاءت عبارة الرافعى فى الشرح ، والمحرر والنووى فى الروضة وعبارة ثانية قالها الامام فى النهاية أن المعتبر ما هو أضر بالبائع فى الحالين ، ويعبر عنه بأن المعتبر كثرة النقصانين • وعبارة ثالثة قالها النووى فى المنهاج أنه يعتبر أقل قيمة من يوم العقد الى القبض •

(فأما) عبارة النووى فى المنهاج ، فأؤخر الكلام عنها حتى أفرغ من عبارة الأولين •

وأما عبارة الامام فادعى ابن الرفعة أنها راجعة لعبارة الأكثرين ، لأن اعتبار أقل القيمتين يقتضى أن يكون الواجب مع الأرش الأكثر فى الحالين ، فان المعنى بأقل القيمتين ، قيمة المبيع مع العيب فى حالة العقد وحالة القبض ، كما اذا كانت قيمته سليما عشرة فى الحالين ، ومعيبا يوم العقد ثمانية ، ، ويوم القبض تسعة ، فاعتبار أقل القيمتين يوجب الخمس من الثمن ، وهو أكثر من العشر ، وهذا الذى قاله فيه نظر ، وأول ما أقدم أن لنا قيمةمنسوبة اليها ، وهىقيمة السليم ، وقيمة منسوبة وهى قيمة العيب ، ونسبة بينهما بها يعرف قدر العيب من السليم ، فعبارة تكون تلك النسبة بين القيمتين يوم العقد ، كهى بينهما بعد ذلك ، وان كان حال المبيع مختلفا فى اليومين ، فههنا لا أثر للاختلاف مع اتحاد النسبة •

مثاله : قيمة السليم يوم العقد مائة ، ويوم القبض ألف أو عشرة ، وقيمة المعيب يوم العقد تسعون ، ويوم القبض تسعمائة أو تسعة ، فالنسبة فى اليومين العشر ، ولا اثر للاختلاف بالزيادة ولا بالنقصان ، ولا فرق بين اعتبار أقل القيمتين واعتبار أكثرها ، والساقط من الثمن على التقديرين العشر وان اختلفت النسبة ، فقد يكون ذلك لاختلاف قيمة المبيع مع بقاء قيمة السليم على حالها ، وقد تكون بالعكس ، وقد يكون ، باختلافهما معا .

(مثال الأول) قيمته فى اليومين سليما عشرة ، ومعيبا يوم العقد تسعه ، ويوم القبض ثمانيه . فالاختلاف ههنا فى المنسوب ، فان نسبنا قيمه يوم العقد كان الأرش التسع ، وان نسبنا أقل القيمتين كان الخمس وهو انفع للمشترى . وكلام الامام تصريح ، واطلاق كلام المصنف وغيره يقتضى انا نسلك هذه الطريقة التى هى انفع للمشترى ، فاعتبار اقل القيمتين هنا أوجب زيادة الأرش ، وايجاب أكثر النقصانين من الثمن لكنى سابين ان شاء الله تعالى فى آخر الكلام أن المصنف والاصحاب لم يريدوا هذا القسم ، ولا حاجة لهم اليه هنا ، لأنهم بينوا فى موضع اخر أن العيب الحادث قبل القبض من ضمان البائع ، والنقصان مع بقاء قيمة السليم لابد أن يكون بعيب ، والزيادة لابد ان تكون بنقصان العيب ، ونقصانه يمنع من ضمان ما نقص منه كزواله .

(ومثال الثانى) قيمته معيبا يوم العقد ويوم القبض ثمانية وسليما يوم العقد عشرة ويوم القبض تسعة أو بالعكس فالاختلاف ههنا فى القيمة المنسوب اليها فان نسبنا الى أقل القيمتين كان الأرش التسع ، وان نسبنا الى أكثرها كان الأرش الخمس فاعتبار الأقل هنا فيه نفع للبائع لا للمشترى ، فليس فيه ايجاب أكثر النقصانين بل أقلهما ، وهو التسع من الثمن وهذا القسم يظهر أنه مراد المصنف والأصحاب على ما سأوضحه ان شاء الله تعالى .

(ومثال الثالث) قيمته يوم العقد سليما عشرة ومعيبا تسعة ، ويوم القبض سليما تسعة ومعيبا ثمانية . فاعتبار الأقل يوجب أن الأرش التسع ، وهو أنفع للمشترى من العشر . وأكثر نقصانا من الثمن

أو تكون قيمته يوم العقد سليما عشرة ومعيبا تسعة ، ويوم القبض سليما اثنى عشر ومعيبا عشرة ، فاعتبار الأقل يقتضى أن الأرش التسع ، واعتبار الاكثر يقتضى أنه السدس ، وهو أنفع للمشترى وأكثر نقصانا من الثمن • أو تكون قيمته يوم العقد سليما عشرة ومعيبا خمسة ، ويوم القبض سليما سته ومعيبا اربعة فاعتبار أقل القيمتين يقتضى أن الارش الثلث ، واعتبار أكثرهما يقتضى أن الأرش النصف ، وهو أنفع للمشترى وأكثر نقصانا من الثمن •

واذا تأملت الذى ذكرته فى القسمين الأولين لم يخف عليك اختلاف الأمثله وأحكامها فى هذا القسم ان شاء الله تعالى •

اذا عرفت ذلك فأقول : ان الامام عبر عن الوجه الثالث الصحيح أن المراعى ما هو الأضر بالبائع فى الحالين ، والعبارة عنه بأن المعتبر أكثر النقصانين ، ومثله بأن يكون العيب القديم يوم العقد منقصا ثلث القيمة ، ويوم القبض منقصا ربعها وهذا الكلام من الامام رحمه الله انما يستمر مع عبارة المصنف والأصحاب اذا كان فرض المسألة فيما اذا كان الخلاف من جهة العيب ، وأن المراد بأقل القيمتين أقل قيمتى المعيب المنسوبة لا أقل قيمتى السليم المنسوب اليها ، وذلك فى القسم الأول يستقيم فيه أن المعتبر أقل القيمتين ، والواجب أكثر الأمرين ، ويبقى القسم الثانى والثالث مسكوتا عنهما ، هل يراعى فيهما الأضر بالبائع كما قاله فيقوم بالأكثر أم لا ؟ بل يقوم بالأقل دائما كما أطلقه الأصحاب ؟ فان ثبت أن نفع المشترى مراعى مطلقا فعبارة الامام فى قوله : أكثر النقصانين أحسن من قول الباقين أقل القيمتين لأن النقصان نسبة ، والمراد أكثر الأمرين نقصانا من السليم ، وأقل القيمتين راجع الى القيمة فى نفسها لا الى ما تنقصه من السليم ، وأيضا فى القسم الثانى يصح كلام الامام ، ونوجب أكثر النقصانين وليس هو باعتبار أقل القيمتين •

فعبارة الامام مطردة فى الأقسام الثلاثة ، هذا ان كان الحكم مساعدا له على ذلك فى جميع الأقسام • وأكثر الأصحاب لم يذكروا الا أقل القيمتين ، ولم يبينوا ما عدا ذلك ، وكأنهم رضوا بأن القيمة عن السليم سواء ، واختلفت قيمة المعيب بحسب زيادة وصف فى ذات

المبيع أو نقصـــان فيه ، فينسب النقص لأنه من ضمان البائع ، ولا تنسب الزيادة لأنها حادثة فى ملك المشترى ، والأمر المنســوب اليه وهو قيمة السليم لم يتكلموا فى حال اختلافها ويحتمل أن يكون المعتبر الأقــل مطلقا فاذا اختلفتا معا اعتبرنا أقل قيمتى المعيب ونسبناها الى أقل قيمتى السليم • وحينئذ يصح اطلاق كلام المصنف والأصحاب ، ولا يصح اطلاق عبارة الامام لمــا تقدم من المثالين الآخرين فى القسم الثالث ، وكذلك فى القسم الثانى أيضــا ، فالموافق لاطلاق الأصحاب ذلك ، ولا يبقى المراعى ضرر البائع مطلقا ، ولا ضرر المشترى مطلقا ، ولم أر فى ذلك نقلا صريحا •

الا أن فى تعليقة الشيخ أبى حامد قال : فأما وقت تقويمه سليما فهو أنقص الحالين قيمة من حالة العقد أو حالة القبض تقومه فى تلك الحالة ثم يقومه وبه العيب • وهــذا يدل على أن المراد أقــل قيمتى السليم المنسوب اليها ، لا أقل قيمتى المعيب • وفى هذه الصــورة وهى الثانى الذى ذكرته فى ذلك المثال يكون التقويم بأقل القيمتين أنفع للبائع ، وكذلك كلام المــاوردى يفهم منه ما يوافق الشيخ أبا حامد ، فانه قال فى مســألة الجارية تقوم فى أقــل الحالتين ، فاذا قيل قيمتها فى تلك الحال بكرا لا عيب بها مائة قومت بكرا وبها ذلك العيب فاذا قيل : تسعون كان ما بين القيمتين العشر ، فيرجع بعشر الثمن • فهذا وجه من الاشكال فى هذه المســألة قد انحل بحمد الله تعالى • وتبين بحمد الله أن المراد أقل قيمتى السليم ، وليس المراد قيمتى المعيب كما ظنه ابن الرفعة وغيره ، ولا يجب أن يكون المراعى هو الأضر بالبائع مطلقا كما قاله الامام ، وهــذا الذى لحظه أبو حامد هو الصحيح فان المنسوب اليه هو القيمة ، والمنسوب هو العيب الموجود قبل العقــد وبعده الى القبض ما لم يطلع البائع عليه ، فلا وجه لاعتبار اختلافه ، وانما المنســوب اليه هو المعتبر • وهو قد يقل وقد يكثر • وهذا الذى قاله الشيخ أبو حامد يعين معنى قول المصنف ، فلا يجوز أن يقوم على البائع وأنه صحيح • وسيأتى الكلام عليه ان شاء الله تعالى • وأما ما يختص بالصفة فنذكره فى ضمن فائدة •

(فائدة) قال الفارقى فى كلامه على المهذب : هذه المسألة يعنى

مسأله الكتاب التى ذكرها المصنف فاسدة الوضع والأصل ، وفاسدة التعليل ، وليس لنا فى الكتاب مسألة أظهر فسادا منها • أما فساد وضعها فانه يعتبر بأقل القيمتين على ما ذكر ، وانما يكون هذا الاعتبار صحيحا ومفيدا اذا كان الأرش اسقاط جزء من قيمة المبيع ، وليس الأمر كذلك ، وانما نحن نسقط من الثمن جزءا بقدر نسبة فوائد ما ينقص من قيمته بالعيب ، مثلا : اذا اشترى عبدا بمائة فوجده مقطوع اليد فانا نقومه صحيحا بمائة ومقطوعا بتسعين ، ونعلم أنه سقط عشر الأصل فيسقط فى مقابله عشر الثمن ولا فرق بين أن تكون قيمته مائة أو ألفا أو عشرة فان أثر العيب فى التنقيص واحد ، فانه اذا كان أثر العيب فى تنقيص عشرة من مائة نقص من الألف مائة ومن العشرة دينار ، فنسبة كل واحد من هذه الى أصله بالعشر فيسقط فى مقابله عشر الثمن ، وعشر الثمن ، لا يتفاوت على جميع الأحوال وانما يتفاوت عشر القيمة ، ونحن انما نوجب عشر الثمن ولا مبالاة باختلاف عشر القيمة وأكثرها •

بيان فساد التعليل أن حصر اعتبار القيمة من حال العقد الى حال القبض ، فعرفنا أن النقصان فى يد البائع ، وليس يريد نقصان القيمة باختلاف الرغبات وكثرة المبتاع وقلته ، وانما يريد فوائد المبتاع ، كهزال الدابة وتغير الثوب أو حدوث آفة به ، فقوله : كان ما نقص مضمونا عليه يعنى أن العين المبيعة مضمونة على البائع (وقوله) وكان نقصانها من ضمانه ، يعنى الجزء الفائت من الثمن ، أو فوات جزء يكون من ضمان البائع ، كما أن جملة المبيع من ضمانه •

(وقوله) فلا يجوز أن يقوم على البائع كلام يتناقض فى نفسه ، لأنه اذا كان الناقص ونقصانه مضمونا عليه ، وجب أن يكون مقوما أما أن لا يقوم عليه لأنه مضمون عليه ، فهذا كلام يتناقض لا فائدة فيه قال : وان كانت قيمته يوم العقد أقل الى آخره ، وهذا أيضا ظاهر الفساد والتناقض ، لأنه اذا كانت هذه الزيادة حق المشترى لا حق للبائع فيها فيجب تقويمها عليه حتى نوجب عليه قدر ما نقص من فواتها مضموما الى قدر الأرش ، فثبت بذلك بيان فساد التعليل والوضع جميعا ، هذا كلام الفارقى رحمه الله •

وزاد ابن معن فى حكاية عنه أن معرفة فساد التعليل يحتاج الى معرفة أمرين (الأول) أن الضمير فى قوله : لأنه ان كانت قيمته أكثر ثم نقص كان ما نقص مضمونا عليه ، فكان نقصانها من ضمانه ، فلا يجوز أن يقوم على البائع ، أما أن يكون عائدا الى البايع أو المشترى ، لا جائز أن يعود الى المشترى ، لأنه حصر اعتبار القيمة من يوم العقد الى يوم القبض ، ولا يتصور أن يكون فى يد المشترى الا بعد القبض ، ولو نزلنا جدلا أن الضمير يعود الى المشترى بطل قوله : من حين العقد الى حين القبض ، فتعين أن يكون المراد بقوله مضمونا عليه فكان النقصان من ضمان البائع لا غير ، هذا الأمر الأول .

(الأمر الثانى) أن المراد بالنقصان تغير أحوال المبيع كحدوث آفة فى الثوب أو الدابة لا بغيره ، لاختلاف القيمة باعتبار نقصان الرغبات وكثرتها وانخفاض الأسواق وارتفاعها ، وحينئذ قوله : فكان نقصانها من ضمانه فلا يجوز أن تقوم على البائع ، ظاهر التناقض لأنه نقصان جزء كما بيناه من الأمر الثانى ، وكما أن جملة المبيع من ضمان البائع كذلك جزؤه ، ولا يمكن أن يعود الضمير الى المشترى لما بيناه فى الأمر الأول ، هذا كلام ابن معن حاكيا عن الفارقى .

ولأجل كلام الفارقى هذا قال ابن أبى عصرون : انه لا فائدة فى اعتبار أقل القيمتين ، قال فى الانتصار : ونص الشيخ أبو اسحاق فى المهذب على أنه يقوم بأقل القيمتين ، وكذلك فى الحاوى وذكره القاضى أبو الطيب فى بعض كتبه ، ثم خط عليه وقد أوضحت وجه فساده وبفساده قول الشاشى الأخير ، ثم اختار أن تعتبر قيمته حال العقد لأنه موجب للضمان والقبض مقدر له كما فى الحكومة فى الجناية قال ابن أبى عصرون : وهذا — يعنى كلام الشاشى — رجوع عما اعترف بصحته ورده على غيره ، ثم لا وجه لما اختاره .

(وقوله) ان العقد هو الموجب للضمان مسلم لكن بماذا ؟ بالثمن أو بالقيمة فلا فائدة فى النظر الى قدرها وانما جعلت معيار المعرفة المستحق للرجوع به من الثمن فلا تختص بقيمته حالة العقد .

وأما الجناية على الجـزء فانما اعتبرت حالة الجناية لأنها حالة كمال المجنى عليه واعتبرت بعد الجناية لأنها حالة النقصـان ، ليعلم ما نقص من قيمته ولو كان عبدا ثم قال الشاشي معترضا : لو كانت قيمته حال العقـد تسعين ، والعيب ينقصه خمسة والخمسة من المـائة نصف عشر ، ومن التسعين أكثر لم تستمر النسبة فى المرجوع به ، ثم أجاب فقال : هذا التصوير تحكم ، لأن العيب الواحـد ينقص من الكثير القيمة بالنسبة الى ما ينقصه من قليل القيمة لاسيما والعين على صفة واحدة ، وانما التفاوت من جهة السوق •

قال ابن أبى الدم : وأنا أقول فى القلب من هذه المسألة ، وبما قاله هـذان الشيخان يعنى الفارقى وابن أبى عصرون حسيكة عظيمة ، وأنا أفـرغ الجهد فيما ذكر عندى فيها نقلا وبحثا ان شاء الله تعالى • ثم ذكر ابن أبى الدم بعد ذلك كلام المـاوردى والامام والغزالى وحكايتهما مع المراوزة الأقوال الثلاثة ، قال : فاختار الشيخ أبو اسحاق قولا منها ، وترجيحه لها لا يكون فاسـدا ولا غلطا كما ذكره الفارقى ، بل ما ذكره الفارقى من الايراد والاشكال غلط ، فان التقويم ما كان لايجاب عين القيمة ، بل لمعرفة نسبة ما يرجع به من الثمن ، فالقيمة معيار واذا كان كذلك فقد ظهر صحتها وافادتها •

(وقوله) ان أثر العيب فى التنقيص واحد خطأ ، لأنه اذا كان الثمن مائة فوجده مقطوع اليد يقوم سـليما ، فكانت قيمته يوم العقد ويوم القبض تسعين فان اعتبرنا يوم العقـد علم أنه نقص منه خمس قيمته فيرجع بخمس الثمن ، وان اعتبرنا قيمة يوم القبض علم أنه نقص عشر قيمته فيرجع بعشر الثمن ، فحصـل التفاوت الظاهر ، وهـذا واضح لا اشكال فيه وانما فهم الفارقى أنه جعـل قيمته معيبا تسعين وقيمته بالعوض مائة ، قال : فنعلم أن الناقص عشر القيمة ، فيرجع بعشر الثمن ، ونوهم أن ذلك لازم لا يتغير ، ولا شك أنه يمكن أن تكون قيمته معيبا يوم العقـد أكثر ، ويمكن أن تكون قيمته معيبا يوم القبض أقل ، واذا فرض تفاوت القيمة بالنسبة الى الزمانين وجب اعتبار أحدهما لاختلافها ، وقول الفارقى فى فساد التعليل ففيما ذكر من كلام الشيخ غنية عنه •

وعلى الجملة فهذا القول الذى صار اليه الشيخ أبو اسحاق ليس قولا له اخترعه وانمـا هو قول مقول عن أئمة المذهب ، فلا يليق بالمتاخر اظهار شناعة على من اختاره ، وذكره فى تصنيفه فانه فاسـد ليس فى كتابه شىء أظهر فسادا منه ، وانمـا اللائق به ان كان تكلم على دليله وأورد عليه بما يتوجه عليه من اشكال أو مباحثة أما الحكم عليه بانه أفسـد شىء فى كتابه فخطأ محض منه وسـوء أدب ، وممن اختار ما اختاره الشيخ أبو اسحاق : القاضى أبو الطيب والبغوى •

(قلت) وما قاله ابن أبى الدم من وجوب حفظ الأدب صحيح ، وما قاله المصنف هو بلفظه وحروفه فى تعليق القاضى أبى الطيب فلا اختصاص للمصنف به ، وقد علمت أن الشـافعى رحمه الله نص فى اختلاف العراقيين على اعتبار يوم القبض ، قال : وقيمتها يوم قبضها المشترى من البائع ، فلو لم يكن لاختلاف القيمة أثر لمـا قيد الشافعى بيوم القبض ، فيجب النظـر فى اختلاف القيمة وبيان كونه مؤثرا فى اختلاف الأرش ، وما فرضه ابن أبى الدم لعله من اختلاف قيمة المعيب مع تساوى قيمة السليم يوم العقـد ويوم القبض والعيب واحد ، كما مثل به من قطع اليد بعبد ، لأنه متى كانت قيمـة السليم يوم القبض سواء والعيب واحـد والمبيع واحد ، فكيف تختلف قيمة العيب ؟ لكن قد قدمت أمثلة تغنى عن ذلك من جملتهـا أن تتحـد قيمة السليم ، وتختلف قيمة المعيب لزيادة العين أو نقصانها ، واستبعاد الشاشى له •

وقوله : ان العيب ينقص من كثير القيمة بالنسبة الى ما ينقص من قليلها ، فالكلام عليه من وجهين (أحدهما) أن الشاشى قصر الكلام على اختلاف قيمة السليم المنسوب اليها واتحاد العيب المنسوب وذلك هو القسم الثانى الذى قدمته وقلت : ان كلام المصنف والأصحاب لم يشمله ، أو أن الأولى فيه عبارة الامام •

أما اذا فرضنا الكلام فى القسم الأول ، وهو أن قيمة السليم سواء ونقصت القيمة بحدوث عيب قبل القبض ، أو زادت بحدوث صفة ، فان النسبة تختلف قطعـا ، وهذا هو المراد بما قرره الفارقى فى كلامه ، فغير ذلك التقرير جوابه عن الأصحاب ، وان كان فى صورة الاعتراض ،

وذلك هو جواب عن المصنف الا فى قوله : فلا يجـوز أن يقوم على البائع ، فانه مشكل ، وسنزيد الكلام عليه •

(الوجه الثانى) من الكلام على الشاشى أن الأصحاب وان سكتوا عن قيمة السليم المنسوب اليها فلابد من اعتبارها ، فان قيمة المعيب زادت أو نقصت منسوبة اليها ، فالضرورة تحتاج أن يكون ذلك الشىء المنسوب اليه معلوما ، فان اتحـد فذلك ، وان اختلف فهذا مما قدمت أن الأصحاب سكتوا عنه الا الشيخ أبا حامد ، وبحث فيه هنـاك ، فاذا ثبت اعتبارها وأنها قد تختلف ، فاختلافها مع تعارض السلامة من غير زيادة انمـا يكون بحيث الأسعار(١) والرغبات ، وعند ذلك قد ينقص العيب من قليل القيمة نسبة لا ينقصها من كثيرها ، وذلك اذا غلا السـعر وضاق ذلك الصنف فان الرغبة تشتد فيه ، ويغتفرون ما به من عيب ، ولا يصير الناس يبالون بعيبه ، كما يبالون به فى حال الرفاهية •

وبعكس ذلك اذا رخصت الأسعار واتسع الصنف وبخست قيمته ، بحيث يصل الى السليم منه كل أحد صدت أكثر الناس عن المعيب لقدرتهم على ما هو خير منه ، وانحطت قيمته عن قيمة السليم بنسبة أكثر مما كانت قبل ذلك ، هـذا هو العرف بين الناس ، وان كان ذلك غير منقول ، ثم ان المسـائل التى تفرض فى الفقه ، والفروض المقدرة لا يلزم أن تكون واقعة غالبا ، بل ولا نادرا ، بل المقصود أنها ان وجدت كان هذا حكمها •

فان قال قائل : هذا انما جاء فى اختلاف الأسواق ، وفرض المسألة فيما اذا كان الاختلاف من جهة حدوث وصف فى المبيع •

(فالجواب) أن الاختلاف فى قيمة المعيب سببه حدوث الوصف بزيادة أو نقصان (وأما) الاختلاف فى قيمة السليم المنسوب اليها فليس له سبب الا اختلاف السـوق ، ولابد من اعتبارها •

---

(١) وهو ما يطلق عليه الاقتصاديون المعاصرون : « العرض والطلب » . (المطيعى)

وأما قول المصنف : ولا يجوز أن يقوم على البائع ففى غاية الاشكال وايراد الفارقى عليه قوى ، وهو كذلك فى تعليقة القاضى أبى الطيب وليس بمناسب فيما يظهر ، لأنا اذا أدخلنا الذى نقص فى التقـويم قبل الأرش وتضرر المشترى وانتفع البائع ، فلو قال المشترى لناسبه(١) من هذا الوجه وكان يفسـد من وجه آخـر لعـدم مناسبته لبقية تعليله بأنه مضمون على البائع لكن الجواب عن هذا أن هذا الاشكال انما هو بناء على أن الكلام فى العيوب المنسوبة ، وقد تبين فيما تقدم عن كلام الشيخ أبى حامد أن المراد قيمة السليم المنسوب اليها ، وعلى ذلك يصـح أن يقال : فلا يجـوز أن يقوم على البائع ، لأنا اذا نسبنا اليـه وأدخلناها فى التقويم كثر الأرش عليه ، وان تعلقوا بكلام الامام تعلقنا بكلام الشيخ أبى حامد وهو أصح لمـا تقدم .

(**فان قلت**) ذلك لا يلائم قوله : كان ما نقص فى يده مضمونا عليه ، وكان نقصانها من ضمانه (قلت) سيأتى تأويله عن صاحب البيان وقول الفارقى : انا نوجب على البايع قدر ما نقص بفواتها مضموما الى الأرش انما يصح تخيله على بطلانه ، لو زال بعد حدوثه قبل القبض ، وقد رأيت صاحب الوافى نقـل هذا الجواب الذى قلته عن شيخه ، ثم اعترض بأن المسألة تفرض فيما اذا زادت بين العقد والقبض ثم ذهبت الزيادة .

قال : فالجواب صحيح أن تلك المسألة لم تدخل فى ضمان البائع . وما ذكره من فرض المسألة قد يمنع منه الحـكم اذا فرضها كذلك ، وقد اعتذر صاحب البيان عن المصنف فى التعليل فقال : هذا مشكل ، لكن أراد أن النقصـان مضمون على البائع ، وقد سقط ضمانه برضا المشترى بقبض المبيع ناقصا ، فلو فرضناه وقت العقـد أدى الى ايجاب ضمان النقصـان على البائع ، وقد سقط عنه ، الا أن الشيخ عنى البائع فى أول كلامه ثم ذكره ظاهرا .

(**قلت**) : معناه أن المشترى قبضه ناقص القيمة باعتبار السلامة ،

---

(١) كذا بالأصل ولعله : « يناسبه » . (المطيعى)

فذلك القدر الزائد منها قد رضى باسقاطه فلا ينسب العيب الا الى الثانى ، وهو الأقل ، وفى ذلك نفع للبائع ، وهذا اعتذار عجيب فان فيه محافظة على تصحيح قول المصنف فلا يجوز أن يقوم على البايع ، لكن ذلك قد يقتضى عكس الحكم ، فان قيمة السليم اذا كانت مائة يوم العقد ويوم القبض ، وكانت قيمة المعيب يوم العقد تسعين ويوم القبض ثمانين ، فعلى ما قاله صاحب البيان : ينبغى بأن يقوم بأكثر قيمتى المعيب تسعون ، لأن العيب الزائد المنقص للعشرة الثانية لم يحسب على البايع ، فيكون الأرش العشر •

(والظاهر) من كلامهم أن الأرش فى هذه الصور الخمس ، لأن الثمانين أقل القيمتين ثم ان ذلك يقتضى الفرق بين أن يعلم بذلك أو يجهل ، فانه قد يحصل عيب قبل القبض منقص للقيمة ويقبضه المشترى من غير علم بذلك العيب ، ثم يحدث ما يمنع من الرد فله الأرش عن العيبين جميعا ، الذى كان قبل العقد والذى حدث قبل القبض •

وقال صاحب الوافى : معنى قوله كان مضمونا عليه ، أى يذهب من ضمان البائع وهو ناقص عليه فى حكم ما لم يبعه من أمواله اذا لم يبعه ليس مضمونا عليه للمشترى ، واذا كان كذلك لم يجز أن يقوم عليه للمشترى •

ورأيت فى تعليقة أبى اسحاق العراقى على المهذب : ولا يجوز أن يقوم على المشترى ، وهذا اما أن يكون غلطا فى النسخة ، واما أن يكون أحد ظن أن البائع غلط فأصلحه على ظنه ، وكل النسخ فيها البائع ، والفارقى أعرف بما فى المهذب وقد ظهر الجواب عن ذلك بحمد الله تعالى واندفاع الاشكال عنه ، وكذلك رأيت فى الاستقصاء كان ما نقص من القيمة غير مضمون عليه ، أى لأنه ليس بجزء ، وأظن ذلك كله اصلاحا لما أشكل عليهم • وتعليل الماوردى قريب من تعليل المصنف • كذلك أكثر من تكلم فى المسألة من الأصحاب ، ولم يختص المصنف من الاشكال الا بقوله : فلا يجوز أن يقوم على البائع ، وكذلك شيخه القاضى أبو الطيب الاشكال فى هذه اللفظة وأرد عليها •

(فــرع) وهذا الذى قلته وحملت كلام المصنف عليه ، من أن المراد ان اختلفت القيمة المنسوب اليها هو الصحيح المتعين • أما اذا اتحدت واختلفت قيمة العيب كما فى القسم الأول كانت قيمته معيبا تسعة عند العقــد ، ثم نقص فنقصانه مع بقــاء قيمة الســليم انما تكون لعيب آخــر ، فذلك العيب الآخــر ان اطلع عليه المشترى ورضى به صار وجوده كعدمه ، وينسب الذى كان حالة العقــد فقط ، وان لم يرض به كان الكل الى القبض مضمونا على البائع ينسب من القيمة وان زادت قيمة المعيب مع بقــاء قيمة السليم فذلك ، ان كان نقصــان العيب فقد برىء البائع بما نقص ، لأنه لو زال كله قبل القبض لم يثبت به الرد ولا الأرش فكذلك نقصــانه ، فلا يصح اعتبار أقل القيمتين هنا ، وان الحصول وصف زائد فى المبيع جبر النقصان الحاصل بالعيب ، فيقتضى ذلك زيادة قيمته سليما ، وقد فرضنا أن قيمته سليما باقية بحالها •

(فــرع) عبارة الرافعى والجمهور أقل القيمتين من يوم العقــد ويوم القبض وكذلك فى المحــرر ، وقد تقدم الكلام عليها وعلى عبارة الامام ، وقال النووى فى المنهاج : أقل قيمة من يوم العقــد الى يوم القبض ، وذلك يقتضى أنه اذا نقصت القيمة فيما بين العقد والقبض أن تعتبر تلك القيمة الناقصة المتوسطة ، وان كانت القيمة يوم العقــد ويوم القبض سواء • لأن المتوسطة حينئذ أقل ، وكذلك اذا كانت فى أحد اليومين أقل من الآخــر • وفيما بين ذلك أقل منهما أن يقوم بالمتوسطة التى هى أقل وعبارة الجمهور لا تقتضى ذلك • وتقتضى أن يقوم باحدى القيمتين فى يوم العقــد أو يوم القبض ، ان كانتا متساويتين فباحداهما وان اختلفتا فبالأقل منهما ، وهذه عكس الصورة التى فرض الكلام فيها فيما تقــدم عن صاحب الوافى • على أنه فى الروضة تابع للرافعى فى عبارته ، ونبه فى دقائق المنهاج على ذلك وأنه غيرها لهذا المعنى ، والذى يظهر عبارة الجمهور ، لأن العيب المنقص اذا وجــد وزال قبل القبض لا يثبت به خيار فلا اعتبار به ، وفيه نظــر فليتأمل • وقال فى التهذيب : أقل القيمتين من يوم العقــد الى يوم القبض ، فان كانت النسخة صحيحة ففيه موافقة للمنهاج من بعض الوجوه • لكن قوله أقل القيمتين يوافق الجمهور •

(فــرع) هذا الذى تقدم فى معرفة الأرش عن العيب القديم ، وكلام المصنف مفروض فى ذلك ، فانه قال فى أول الفصل : اذا أراد ، يعنى المشترى الرجوع بالأرش • أما الأرش المــأخوذ من المشترى عن العيب الحادث ، قال ابن الرفعة فالمنقول أنه يقوم وبه العيب القديم ، ثم يقوم وبه العيب الحادث والقديم ويجب ما بينهما ، فاذا كانت قيمته بالقديم عشرة وبه مع الحادث تســعة غرم درهما ، ولا تجعل القيمة فى هــذا الحال معيارا (قلت) وسيأتى هــذا فى كلام المصنف فيما لا يوقف على عيبه الا بكسره •

(فــرع) قال ابن عصرون : المتأخر فى مجموع له يتعرض فى بعضه لألفاظ المهذب قال (قوله) وان اختلفت قيمة المبيع قال : فيقال مثلا قيمته يوم العقــد بلا عيب ثلاثون ، وبالعيب عشرون ، فينقص عشرة • ويقال قيمته يوم القبض بلا عيب خمسة وعشرون وبالعيب عشرون ، فيرجع بأقل القيمتين وهو خمسة وكذلك لو قلت قيمته يوم العقــد وزادت يوم القبض كما اذا قلنا سائل يعنى أن ذلك فى السائل • وأيضا فقوله : يرجع بخمسة ، يجب تأويله على أن المراد نسبتها من الثمن •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان كان المبيــع اناء من فضــة وزنــه ألف وقيمتــه ألفــان فكسره ، ثم عــلم به عيبــا لم يجــز له الرجــــوع بأرش العيب ، لأن ذلك رجــوع بجــزء من الثمــن ، فيصير الألف بدون الألف ، وذلك لا يجــوز • فيفســخ البيــع ويســترجع الثمــن ثم يغــرم أرش الكسر • وحكى أبو القاسم الداركى وجهــا آخــر أنه يرجــع بالأرش لأن ما ظهر من الفضــل فى الرجــوع بالأرش لا اعتبــار به • والدليــل عليــه أنه يجــوز الرجــوع بالأرش فى غير هــذا ، ولا يقال ان هذا لا يجــوز • لأنه يصير الثمــن مجهــولا) •

(الشرح) هذا الفرع منسوب لابن سريج ، وفيه أوجه (أصحها) وهو قول الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب والمحاملى وهو الذى

صدر به المصنف كلامه أنه يفسخ المبيع ويرد الاناء ، ويغرم أرش النقص الحادث ، ولا يلزم الربا لأن المقابلة بين الاناء والثمن — وهما متماثلان — والعيب الحادث مضمون عليه ، كعيب المأخوذ على جهة السوم ، فعليه غرامته وغرامة الأرش عن الحادث هنا ليس كغرامته فى سائر الصور ، كما سننبه عليه • واستدلوا على تعذر أخذ الأرش بأن الثمن ينقص كما ذكره المصنف ، وعلى تعذر رده مع أرش العيب الحادث بأن المردود يزيد على الثمن ، وكلا الأمرين ربا ولا يستشكل هذا التقرير مع الحكم بأن المشترى يغرم الأرش حتى يقف على آخر الكلام فى التنبيه السادس •

(والوجه الثانى) ولم يذكره المصنف • وهو قول ابن سريج أنه يفسخ العقد لتعذر امضائه مع أخذ الأرش كما تقدم وبدونه لما فيه من ضرر المشترى ، ولا يرد الحلى على البائع لتعذر رده مع الأرش ودونه فجعل كالتالف ، فيغرم المشترى قيمته من غير جنسه معيبا بالعيب القديم سليما عن الحادث ، واختار الغزالى هذا الوجه وايراد صاحب البحر يقتضى ترجيحه ، وضعفه الامام وغيره • وقال الامام : انه أبعد الوجوه •

ونقل المحاملى عن ابن سريج تشبيهه بالمأخوذ على جهة السوم ، ثم رد عليه بأن المستام بمنزلة المغصوب اذا نقص يلزم أرش نقصانه لا قيمة جميعه •

(والثالث) الذى حكاه المصنف ثانيا ، وهو قول صاحب التقريب والداركى واختاره القاضى حسين والامام وغيره ، أنه يرجع بأرش العيب القديم كسائر الصور ، والمماثلة فى الربوى انما تشترط فى ابتداء العقد ، والأرش حق وجب بعد ذلك ، لا يقدح فى العقد السابق • قال الرافعى رحمه الله :

واعلم أن الوجه الأول والثانى متفقان على أنه لا يرجع بأرش العيب القديم وأنه يفسخ العقد ، وانما اختلافهما فى أنه يرد مع أرش النقص أو يمسك ويرد قيمته ، وأما صاحب الوجه الثالث فقياسه تجويز الرد مع الأرش أيضا كما فى سائر الأموال •

(قلت) وسيأتى بيان من هو الفاسخ عند ابن سريج ، وبه يتبين أنهما لم يتفقا الا على أصل الفسخ ، ويأتى أيضا أن ما قاله الرافعى لم يصر اليه أحد • وعلى هذا الوجه اذا أخذ الأرش فقد قيل : يجب أن يكون من غير جنس العرض كيلا يلزم ربا الفضل ، والأصح وهو الذى رجحه القاضى حسين والبغوى والرافعى أنه يجوز أن يكون من جنسهما ، لأن الجنس لو امتنع أخذه لامتنع أخذ غير الجنس ، لأنه يكون بيع مال الربا بجنسه مع شىء آخر ، وذلك من صور (مد عجوة) وأيضا لأن الأرش جزء من الثمن ، وقد غلط أبو اسحاق العراقى ، فجعل قول صاحب التقريب وجها رابعا ، وحكاه مع وجه الداركى بعبارتين متقاربتين ، ولم يتنبه لاتحادهما • ثم تنبه لأمور :

(أحدها) أن المصنف فرض المسألة فى الاناء ، وكذلك القاضى أبو الطيب فرضها فى ابريق وزنه مائة درهم ، وكذلك الشيخ أبو حامد فى التعليقة التى كتبها سليم عنه نقلها عن ابن سريج فيما اذا اشترى ابريقا فضة وزنه مائة درهم ، وقيمته مائة وعشرون بابريق من فضة وزنه مائة وقيمته مائة وعشرون • وفرضها الشيخ أبو حامد فى التعليقة التى أخذها البندنيجى فى مصوغ ، وكذلك الامام والغزالى فيما اذا اشترى حليا وزنه ألف بألف وفرضها فى الحلى حسن لا اعتراض عليه •

وأما فرض المصنف ومن وافقه فى الاناء — فان قلنا بجواز اتخاذ أوانى الفضة — فصحيح أيضا وأما اذا قلنا بتحريم اتخاذها — وهو الأصح — فان الصنعة فيها غير محترمة ، فلا يكون الكسر عيبا فيها ، فلا يمنع الرد والأرش ، كما لو لم يحدث شىء ، فلعل ابن سريج فرع هذا على جواز الاتخاذ ، وأيضا فذكر الكسر على سبيل المثال ، والمقصود حدوث عيب فى يد المشترى •

(الثانى) أن المصنف لم يذكر تمام صورة المسألة ، وهو أن يكون الثمن من جنس الاناء كما فعل ابن سريج والامام ، بل سكت عن الثمن بالكلية ، وكذلك القاضى أبو الطيب وكأنهما اكتفيا بشهرة المسألة والعلم بصورتها ، والمراد اذا اشتراه بوزنه من جنسه كذلك فرضها ابن الصباغ والامام وغيرهما ، والا فلو كان الثمن من غير النقود ،

أو من النقود من غير الجنس لم تأت المسألة ، لأنه لا يبقى محظور فى المفاضلة ، فالمشترى يرجع بأرش العيب القديم ، وممن صرح به ابن الصباغ والقاضى حسين ، وحكى أبو اسحاق العراقى فيه وجهين وأظنهما فى الذخائر ، وكأنهما مأخوذان مما سنذكره عن الحاوى فى التنبيه الثالث عشر وعلى كل حال فالأصح الجواز •

قال القاضى حسين : فان كان نقد البلد ذهبا والحلى المبيع من الفضة قوم الحلى بنقد البلد ، ثم يسترد الأرش من الثمن ، ان كان عرضا فمن العرض ، أوذهبا فمن الذهب ، فان كان نقد البلد فضة والحلى من الفضة ، قال القاضى حسين : يحتمل وجهين (أحدهما) يقوم نقد البلد ، فان كان الحلى من نقرة خشنة والدراهم المطبوعة تزيد عليه قوم بنقد آخر وهو الذهب ، كيلا يؤدى الى الربا ، هكذا رأيته فى النسخة وكأنه سقط منها شىء •

(الثالث) فى التنبيه على أمور واضحة ذكر القصة على سبيل المثال الربوى والذهب كذلك ، ولكن اناء الذهب حرام عند المصنف ، ولا يجرى فيه الخلاف فلذلك لم يقع التمثيل به ، وجعله قيمة العين مثالا لزيادتها على وزنه حتى يكون الكسر منقصا لها ، فيكون عيبا ، أما لو كانت القيمة مساوية للوزن ان أمكن فرض ذلك ، لم يكن الكسر منقصا ، لأن القيمة لا تعتبر حينئذ ، والكسر مثال لحدوث عيب ، فلو انكسر بنفسه كان الحكم كذلك[1] •

(الرابع) أن تعليل المصنف امتناع الرجوع بالأرش الذى اتفق عليه ابن سريج وأبو حامد والأكثرون بأن ذلك رجوع بجزء من الثمن موافق كما تقدم من المصنف وأكثر الأصحاب أن الأرش جزء من الثمن ، وقد تقدم عن الغزالى تردد فى أنه غرامة جديدة ، ولذلك قال الغزالى هنا كما حكى قول ابن سريج وقول صاحب التقريب ، قال : فتحصلنا على احتمالين فى حقيقة كل واحد من الأرشين أنه غرم مبتدأ أو فى مقابلة المعقود عليه ، ويعنى بالأرشين أرش القديم وأرش الحادث يعنى أن علة قول ابن سريج يكون الأرش عن القديم جزءا من الثمن

---

(١) بياض بالأصل . (المطيعى)

لما تقدم ، والأرش عن الحادث كذلك ، لأن ابن سريج يجعله فى مقابلة ما فات من المبيع ، وأن الفسخ فى غير الربوى يرد عليه اذا ضم مع المبيع ، كما يرد على المبيع وقول صاحب التقريب يقتضى أنه غرم مبتدأ •

فظهر لك بما قاله الغزالى أن مأخذ الوجهين الأولين أن الأرش جزء من الثمن ، ومأخذ الثالث أنه غرم مبتدأ ، لكن الامام قد اختار قول صاحب التقريب هنا ، وقد تقدم عنه قول بأن الأرش جزء من الثمن ، فطريق الجميع بأن القائل بأنه غرم مبتدأ لم يقل به من كل وجه ، بل من بعض الوجوه كما تقدم من كلام الامام فى أنه انتقاص جديد ، وقد نبهت على ذلك فيما تقدم ، وكذلك علل الامام فى هذه المسألة قول صاحب التقريب بالضرورة ، ولو كان الأرش غرما مبتدأ لم يحتج الى ذلك •

وقال الامام أيضا : ان كل مسلك من المسالك يعنى الأوجه الثلاثة ، لا يخلو عن حيد عن قانون فى القياس ، جار فى حال الاختيار ، ولم يصر أحد الى التخيير بين جميع هذه المسالك من حيث اشتمل كل واحد على ميل عن أصل والضرورة تحوج الى واحد منهما ، فهذا الكلام من الامام يدل على أن الأرش ليس غرما مبتدأ من كل وجه ، اذ لو كان كذلك لكان غير خارج عن القانون • وفى كلامه ، وفيما تقدم عنه ، وفى النظر ما يدل على ذلك أيضا • ولذلك قال فى توجيه كلام صاحب التقريب ان غرامة الأرش فى هذا المضيق تقدر كأرش مبتدأ ، مرتب على جناية على ملكه •

(الخامس) أن الفاسخ للبيع هو الحاكم • صرح به الشيخ أبو حامد وصاحب العدة وغيرهما • ويحتمل أن يقال على قول ابن سريج : ان للمشترى أن يفسخ أيضا كما يقول فى التخالف : ان لكل منهما أيضا أن يفسخ على الأصح (ان قلنا) بذلك كما ستعرفه فى بابه فانه عندنا فيه وقفة •

(وأما) على قول الأكثرين فيبعد الحاقه بالتخالف ، وانما هو

رد بالعيب ، لا مدخل للحاكم فيه ، غير أنه امتنع دخول الأرش فيه ، وجعل غرامة مبتدأة ، وبهذا تبين لك أن الوجهين لم يتفقا على كيفية الفسخ ، كما وعدت به من قبل .

(السادس) قول المصنف لم يغرمه أرش الكسر يريد به أن تغريم أرش الكسر متأخر عن الفسخ ، والفسخ يرد على الاناء خاصة ، وليس كسائر الأموال حيث يرد الأرش عن الحادث مع المبيع ، اذا ورد الرد عليها فى هذه الصورة أدى الى الربا ، وليس المراد باسترجاع الثمن قبضه بل رجوعه الى ملك المشترى ، وليس فى الأوجه من يقول بجواز رد الأرش مع المبيع ، الا ما قال الرافعى أنه قياس الوجه الثالث . فلذلك أتى المصنف بصيغة « ثم » المقتضية للترتيب . وعبارة الرافعى أنه يرده مع أرش النقصان. ويجب تأويلها على المعية فى الوجوب لا فى انسحاب حكم الرد عليها على أن الامام ذكر هنا كلاما بليغا فى تحقيق رد الأرش مع المعيب بالعيب الحادث . وأن ليس على تقرير ورود الفسخ عليهما أعنى فى جميع الصور ، وقد قدمت ذلك عنه عند الكلام فى أخذ الأرش عن العيب الحادث فى الفصل الذى قبل هذا .

(السابع) أن كلام المصنف يقتضى أن الوجه الأخير حكاه الداركى، وليس من قوله وكذلك حكاه الشاشى ، وكلام الرافعى يقتضى أنه عنه .

(الثامن) من قول المصنف فى تعليل قول الداركى لأن ما ظهر من الفضل فى الرجوع بالأرش لا اعتبار به . يفهم أن ذلك ليس مأخوذا من أن الأرش غرم مبتدأ ، بل هو جزء من الثمن بطريق الظهور ، ولكن لا يعتبر لما نذكره من الدليل . فقوله : ظهر ينفى كونه غرما مبتدأ ثم بعد ذلك اما أن يكون ذلك بطريق الشين أو بطريق انشاء نقص جديد . فيه ما تقدم من البحث الأقرب عبارة المصنف الأول والموافق لكلام الامام الثانى .

(التاسع) الدليل الذى ذكره على عدم اعتبار ذلك أنه يجوز الرجوع بالأرش فى غير هذا الموضع بالاتفاق . ولم يقل أحد بأنه

لا يجوز ، لأنه يصير الثمن مجهولا أى لأنا ظهر لنا أن الثمن الذى قابل المبيع ما بقى بعد الأرش ، وذلك لم يكن معلوما حالة العقد ، وجهالة الثمن موجبة لبطلان البيع ، فلو كان ما ظهر معتبرا لم يجز الرجوع بالأرش فى غير هذا الموضع ، لافضائه الى جهالة الثمن • وبطلان العقد من أصله ، لكن الرجوع بالأرش فى غير هذا الموضع جائز اتفاقا فلا يكون لما ظهر حكم ، وهذا بينه وبين ما ذكره الامام فى توجيه هذا القول لما حكاه عن صاحب التقريب بعض المخالفة ، فانه قال : انه فى هذا المضيق كأرش مبتدأ مرتب على جناية فاذن هذا القول واحد ، ومأخذه مختلف •

المصنف يشير الى أن المقابلة تغيرت ، لكن ليس لظهور تغيرها حكم ويطرد ذلك فى هذه المسألة وفى غيرها ، والامام يقول فى هذه المسألة : الضرورة تجعله كغرم مبتدأ ، ولا يخفى أن فى كل من الكلامين حيدا عن القانون كما قاله الامام ، فان المصنف يحتاج الى الاعتذار عن تخلف الحكم عما ظهر ، وليت شعرى هل الرجوع بالأرش مجمع عليه ؟ أو فيه نص أو لا ؟ فانه ان كان فيه نص أو اجماع كان عذرا فى أن يجعل أن ما ظهر لا حكم له ، أو يجعله كغرم مبتدأ اتباعا ، وان لم يكن فيه اجماع ولا نص فما المخلص عن هذه الاشكالات ؟ وما الموجب لارتكابها ؟ •

(العاشر) لا جواب ، وما استدل به الداركى أنه انما يلزم جهالة الثمن اذا كان ذلك بطريق العين ، أما اذا قلنا : ان المقابلة تغيرت بانتقاص جديد فلا • وهذا الذى يقول به بدليل حل الجارية وغير ذلك مما تقدم • واذا كان بطريق النقص صار له حكم فى المقابلة صارت الألف مقابلة بدون الألف الآن لا فيما مضى فامتنع الرجوع بالأرش كذلك •

قال الفارقى فى الجهالة : يفرق فيها بين الجهالة الحاصلة بفعل العاقل ابتداء والحاصل بغير فعله • ولهذا لو أسلم الى أجل مجهول بطل ولو مات المسلم اليه فى أثناء الأجل حل وصار الأجل بموته مجهولا وهو صحيح •

(الحادى عشر) أنه على الأصح الذى قاله المصنف أنه يرد ثم يغرم أرش النقص الذى حدث عنده وشبهوه بالمستام ، وفيه نظر •

لأن الرد يرفع العقد من حينه على الصحيح • فالعيب حدث على ملك المشترى فكيف يغرمه اذا لم يقدر ورود الرد عليه وليس كالمستام فان المستام ليس مملوكا له ، وأشار الامام الى أن ذلك على سبيل التقدير ، ونظره بقول منصوص للشافعى : اذا فسخ النكاح بعد الدخول أن الزوج يسترد المسمى ، ويرد اليها البضع ثم يغرم الزوج لها مهر المثل •

(الثانى عشر) مأخذ فسخ البيع على ما قال الشيخ أبو حامد من قول الشافعى فى الرجل يشترى ثمرة قبل بدو الصلاح بشرط القطع ، ثم لم يقطع حتى بدا الصلاح ثم أراد القطع فسخنا البيع ههنا لما يؤدى ذلك اليه من الاضرار بصاحبه أو بالمساكين ، هكذا رأيته فى تعليقته ولم أفهمه ، وانما يفسخ البيع فيما اذا حدثت ثمرة أخرى واختلطت ولم تتميز على أحد القولين • ثم فى مسألة اختلاط الثمار على أحد القولين • وهو الصحيح عند طائفة أن البيع ينفسخ بنفسه من غير فاسخ وليس ههنا كذلك •

(الثالث عشر) صورة المسألة اذا كان الاناء باقيا فلو عرف العيب القديم بعد تلفه عنده فالصحيح الذى ذكره العراقيون وصاحب التتمة أنه ينفسخ العقد ، ويسترد الثمن ويغرم قيمة التالف ان كان متقوما ، ومثله ان كان مثليا • ولا يمكن أخذ الأرش • وقال القاضى حسين : انه يأخذ الأرش • وصححه فى التهذيب وقد تقدمت المسألة فى باب الربا • وذكره القاضى حسين • وصاحب التهذيب هنا موافق لقول الداركى فى حالة البقاء ، ويلزمهما موافقته هناك • وما قاله العراقيون هنا موافق لقول ابن سريج فى حالة البقاء • وألجأهم الى ذلك امتناع الرد بالتلف ، واحتاجوا الى الفسخ هنا لامتناع أخذ الأرش عن القديم بخلاف تلف بيع المعيب فى غير هذه الصورة • حيث يكون أخذ الأرش ممكنا • قالوا : وتلف المبيع لا يمنع جواز الفسخ • وقد جوز الشافعى الاقالة بعد التلف ، وكذلك فى التخالف وصاحب التتمة جعل حالة التلف أصلا وأن ابن سريج يقول فى حالة البقاء كحالة التلف •

وذكر القاضى حسين فى هذا الباب ثلاثة أوجه • قال : وفى المسألة اشكال • وقد تقدم فى باب الربا اختياره ، وحكاية الأوجه الثلاثة• وفى الحاوى فى باب الربا عند التلف أنه ان كان بجنسه لم يرجع

بالأرش ، وان كان بغير جنسه من النقدين (فوجهان) أقيسهما الرجوع فيرجع بأرش الفضة ذهبا (والثانى) وهو قول الشيوخ من البصريين والجمهور من غيرهم لا يجوز ، لأن الصرف أضيق ، ولأن الأرش يعتبر بالأثمان فلا يكون داخلا فيها وقد تقدم ذلك ، وتفريعه عنه فى باب الربا ، وقياس ذلك أن يجرى هنا فى حالة البناء ، لكن الماوردى فرض ذلك فى الصرف ولم يفرضه حيث تكون القيمة زائدة عن الوزن •

(الرابع عشر) متى كان كسر الاناء من المشترى فلا فرق بين بعد القبض أو قبله ، ومتى كان من غيره ووجد بعد التقابض والتفرق فلا اشكال ، وفيه فرض الامام المسألة ، ومتى كان قبلهما فهو من ضمان البائع فلا تأتى المسألة ، ومتى كان بعد التقابض وقبل التفرق فيلتف على ما تقدم أن المشترى اذا قبض المبيع فى زمن الخيار هل يصير من ضمانه أم لا ؟ وفيه طرق تقدمت ، فان قلنا لا يصير من ضمانه وأنه ينفسخ بتلفه فى يده ، وهو ظاهر نص الشافعى ، فالعيب الحادث حينئذ مضمون على البائع لا يوجب الأرش ، فهو كما قبل التقابض فلا تأتى المسألة (وان قلنا) من ضمانه كما اقتضاه كلام المصنف فالحكم كما بعد التفرق والتقابض ولا جرم أطلق المصنف التصوير ، ولم أجد فى شىء من ذلك نقلا ولكنه قضية التفريع ، والطرق التى فى قبض المبيع فى زمن الخيار ، تقدمت فى هذا الباب عند حدوث تلف المبيع بعد القبض •

(الخامس عشر) اذا غرمناه قيمته على قول ابن سريج أو على قول الأكثرين عند تلفه ، فقد تقدم فى حكاية ابن سريج أنها تكون من غير جنسه • هكذا حكاه الرافعى ، يعنى اذا كان فضة يعطى قيمته ذهبا ، وان كان ذهبا يعطى قيمته فضة • وكذلك حكاه القاضى أبو الطيب عن ابن سريج ، وقاله القاضى أبو الطيب من عند نفسه فى حالة التلف أيضا ، والأكثرون لم يعتبروا ذلك ، بل أطلقوا القيمة • وهو أحسن هذه غرامة • وليست عقدا يجىء تحذر فيه من الربا ، وقد حكى العراقيون فيما اذا أتلفت آنية فضة قيمتها أزيد من وزنها ثلاثة أوجه (أصحها)

يضمن بالنقد الغالب (والثانى) يقوم بغير جنسه (والثالث) بمثل وزنه من جنسه ، والزيادة من غير جنسه •

قال أبو سعيد الهروى : وكان القاضى الحسين يعيب هـذا ويقول : الاتلاف ليس مقيسا على البيع فى أمر الربا (قلت) فقياس الأوجه الثلاثة أن يأتى مثلها هنا •

(السادس عشر) غرامة أرش النقصان الحادث على قول الأكثرين عند بقائه ، هل يكون من نقد البلد ؟ وان كان من الجنس قولا واحدا أو يجرى فيها الخلاف الذى فى الغصب (الظاهر) الثانى لأنهم شبهوه بالمستام •

(السابع عشر) قد تقدم من قول الامام أنه لم يصر أحد الى التخيير بين جميع هذه المسـالك بعد أن ذكر الأوجه الثلاثة ، واختار الثالث منها ، وكذلك قال الغزالى فى البسيط أنه لم يصر صائر الى التخيير بين أرش العيب القديم وضم أرش العيب الحادث • كما فى سائر العيوب ، وان كان محتملا بحكم التوجيه الذى ذكرناه للوجهين • لكن اعتقد كل فريق أن ما ذكره أبعـد من اقتحام الربا ، فلم يثبت الخيرة • وهذا الذى قاله الامام والغزالى يرد القياس الذى قال الرافعى انه قياس الوجه الثالث ، لاسيما وهو مختار الامام • وهو أعرف بقياسه ، ولا شك أن القياس كما قال الرافعى ، ولكن لعل صاحبه ترك القياس للمعنى المذكور وهو البعيد من الربا • ولو ثبت ما قاله الرافعى من القياس لكان لنا قائل بالتخيير والامام قد نفاه •

(الثامن عشر) صورة المسألة أن يكون العيب الذى ظهر بالاناء كالكسر ونحوه ، فلو كان يخرجه عن الجنس كالغش تبين بطـلان العقد للمفاضلة •

(التاسع عشر) أن الكلام المذكور لا اختصاص له بالاناء والحلى ، بل هو فى كل عقد اشتمل على جنس واحد من مال الربا من الجانبين ، كما اذا باع صاع حنطة بصاع ، واطلع أحدهما على عيب فيما أخـذه

بعد حدوث عيب فى يده أو تلفه وفيه غرض صاحب التتمة ، وقال ابن الحكم فى سائر أموال الربا كذلك • وكذلك قال غيره •

(العشرون) ان أرش الكسر الذى يغرمه يمكن أن يقال بأنه لا يكون منسوبا من الثمن ، بل ما نقص من القيمة هنا يقتضى تشبيهه بالمستام ، ويدل له ما سيأتى فيما لم يوقف على عيبه الا بكسره (وقال) أبو حامد بن يونس فى شرح الوجيز ، اعتراضا على جعله كالجناية بعد الفسخ : انه لو كان كذلك لغرم أرش ما نقص ، والمغروم جزء من الثمن ، وكلام الغزالى ساعده ، ولولا ذلك لم يحتج الى الفرار من الربا ، وسيأتى فيما لم يوقف على عيبه الا بكسره تمام هذا البحث ، والأقرب هنا ما قلناه أولا ، وهو أنه لا يكون منسوبا من الثمن بل من القيمة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجد العيب وقد نقص المبيع بمعنى يقف استعلام العيب على جنسه بأن كان جوزا أو بيضا أو غير ذلك مما لا يوقف على عيبه الا بكسره ــ فينظر فيه فان كسره فوجده لا قيمة للباقى كالبيض المذر والرمان العفن ــ فالبيع باطل لأن ما لا قيمة له لا يصح بيعه فيجب رد الثمن) •

(الشرح) تقدم الكلام فى النقص الذى لا يقف استعلام العيب على جنسه والكلام الآن فيما يقف ، وانما قال على جنسه ولم يقل عليه ليشمل ما اذا كسر منه قدرا لا يوقف على العيب بما دونه وما اذا كسر منه قدرا يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه ، وكلا القسمين سيأتيان فى كلامه ان شاء الله تعالى ، اذا عرفت ذلك فنقول : ما لا يوقف على عيبه الا بكسره مما مأكوله فى جوفه أو غيره ، كالبطيخ والرانج والرمان واللوز والجوز والبندق والبيض ، فكسره فوجده فاسدا لا قيمة له كالبيض المذر الذى لا يصلح لشىء ، والبطيخ الشديد التغير والرمان العفن والجوز والرانج والقثاء المدود ، فقد نص الشافعى رحمه الله والأصحاب أنه يرجع بجميع الثمن •

قال المزنى : سمعت الشافعى يقول : كل ما اشتريت مما يكون مأكوله فى جوفه فكسرته فأصبته فاسدا فلك رده ، وما بين قيمته فاسدا صحيحا وقيمته فاسدا مكسورا ، قال : وقال فى موضع آخـــر : فيها قولان •

(أحدهما) ليس له الرد الا ان شاء البائع ، وللمشترى ما بين قيمته صحيحا وفاسدا الا أن يكون له فاسدا قيمة ، فيرجع بجميع الثمن اذا لم يكن لفاسده قيمة والقولان هكذا ذكرهما الشافعى فى الأم فى الجزء الثامن فى باب ما اشترى مما يكون مأكوله داخله ، وما ذكره الشافعى رضى الله عنه من الرجوع بجميع الثمن اذا لم يكن لفاسده قيمة قطع بها الأصحاب كافة لكن اختلفوا فى طريقه فالجمهور من الأصحاب العراقيين ومعظم الخراسانيين ، على أنه تبين فساد البيع كما ذكر المصنف لوروده على غير متقوم • وعن القفال وطائفة أنه لا يتبين الفســـاد لكنه على سبيل استدراك الظلامة ، كما يرجع بجزء من الثمن عند نقص جزء من المبيع يرجع بكله عند فوات كل المبيع •

وتظهر ثمرة الخلاف فى أن القشـــور الباقية بمن تختص ؟ حتى يكون عليه تطهير الموضع عنها ، وكلام الشافعى محتمـــل لكل من الوجهين ، لكن القواعد تقتضى حمله على ما قاله الأصحاب ، ونقل القاضى حسين عن الشيخ وهو القفال أنه قيل له فى الدرس : اذا كان لا قيمة لفاسده غير مكسور وجب الحكم بفســـاد العقد كسائر ما لا يتقوم ، فقال : هو وان كان كذلك فلا ينفك عن أدنى قيمة ، وان قلت : لبقاء بعض المنافع فانها تقتضى لتنقش فيلعب بها الصبيان ، وخالف القاضى فى ذلك ، لأن القصد من شراء البيض الطعم ، وأحد لا يشترى البيض لينقش وتلعب به الصبيان ، والامام حكى قول القفال عن طائفة وأفســـده لكن بغير الطريق الذى أفسده بها القاضى ، فان مقتضى كلام القاضى أن هذه المنفعة لقلتها لا تعتبر ، وليست مسوغة لايراد العقد عليه كسائر المنافع التافهة ، والامام فرض الكلام حيث لا قيمة مع الصحة ، ومفهومه أنه اذا كانت له قيمة ، وان قلت نحكم بالصحة ، لكنه فى آخـــر كلامه يقول : لا وجه الا القطع بالفساد •

وقال الغزالى : انه اذا لم يبق له بعد الكسر قيمة ، قال الشافعى يسترد الثمن جميعه ، فقال الأصحاب : معناه أنه يسترد أرش النقصان ، لكن أرش كمال الثمن اذا لم يبق له قيمة (والوجه) أن يقال : تبين بطلان العقد ، فان فرض له قيمة قبل الكسر قيمة للنقش ولعب الصبيان ، فقد بطلت المـــالية الآن •

(فان قلنا) طريق الاطلاع من عهد البائع حتى لا يجب به أرش فههنا يتقدم أن يسترد تمام الثمن ويجعل كأنه لم يشتر الا ما بقى بعد الاطلاع وان جعل ذلك من ضمان المشترى فلا يتقدم معه أن يسترد تمام الثمن • هذا كلام الغزالى وما نقله عن الأصحاب هو قول القفال ومعظم الأصحاب قاطعون بخلافه أفهم كلامه فرض المســألة فيما اذا لم يكن له قبل الكسر قيمة أصـــلا ، كما اقتضاه كلام الامام ، وأن منفعة النقش ولعب الصبيان معتبرة ، وذلك خلاف ما قاله القاضى حسين ومقتضى كلام الغزالى فى هذه المســألة الحالة اذا كانت له قيمة ومنفعة للنقش ولعب الصبيان الجزم بصحة البيع ثم الاختلاف فى استرداد تمام الثمن أى بطريق الفسخ ، كما فى قتل العبد المرتد فى يد المشترى وأولى فيتحصل من كلامه وكلام الأصحاب أربعة أوجه (الأصح) أن البيع باطل •

(والثانى) أنه يصح وينفسخ بعد ذلك ، ويسترد جميع الثمن ، وهذا غير قول القفال لأن القفال يقول : ان ذلك بطريق استدراك الظلامة مع بقاء العقـــد كالأرش حتى تبقى القشـــور للمشترى ، ومقتضى هذا القول القائل بأن الانفساخ اذ ترجع القشور للبائع ، ويلزمه تنظيف المكان عنها •

(والثالث) أنه يصح ولا ينفسخ ، لكن يكون له أرش العيب ، وهو ههنا الثمن بكماله وهو قول القفال •

(والرابع) أن البيع صحيح ولا ينفسخ ولا يسترد الثمن بكماله ، بل يسترد الأرش وهو ما بين قيمته سالم الجوف وفاسده قبل الكسر ،

وهذا الوجه مخالف لنص الشافعى ، وطريقه أن يحمل النص على ما لا قيمة له مع فساده فى حال صحته فيحملها على مراتب •

(احداها) أن يتبين بالكسر أنه لم يكن له قيمة فى حال صحته أصلا • وهذه الحالة يتبين بطلان البيع فيها قطعا ، على ما اقتضاه كلام القاضى حسين ، ويجرى فيها وجهان على ما اقتضاه كلام الغزالى •

(الثانية) أن يتبين أنه كانت له قيمة تافهة كالنقش ولعب الصبيان • فهى محل الأربعة الأوجه المتقدمة والمذهب البطلان خلافا للقفال وطائفة والغزالى • فان كلامه يقتضى ذلك فى هذه •

(المرتبة الثالثة) أن يفرض له قيمة قبل الكسر معتبرة فى صحة ايراد العقد عليه ثم تبطل بالكسر • وهذا الفرض لم يذكره الأصحاب لأنه متعذر أو بعيد فلو قدر وجوده فلا يمكن القول بتبين البطلان ههنا • لكن يأتى الوجهان المفهومان من كلام الغزالى فى المرتبة الثانية (أحدهما) أن البيع ينفسخ ويرجع بالثمن ، ويجعل طريق الاطلاع من ضمان البائع، وان حصل فى يد المشترى •

(والثانى) أنه لا ينفسخ اذا قلنا ذلك ليس من ضمان البائع ، لكن يرجع المشترى على البائع بالأرش ، وهو ما بين قيمته سالما وفاسدا صحيح القشر ، وهذان الوجهان اذا فرض له قبل الكسر قيمة صحيحة للعقد لا اشكال فى جريانهما ويمكن صاحب الوجه الأول أن يحمل كلام الشافعى على ذلك ، وأنه يرجع بالثمن بطريق انفساخ العقد ، والخلاف فى كون طريق الاطلاع على العيب من ضمان البائع أو لا • سيأتى ان شاء الله تعالى فيما اذا كان له بعد الكسر قيمة •

(والأصح) أنه من ضمان البائع ، فيكون الأصح هنا من الوجهين اللذين قالهما الغزالى أنه ينفسخ (وان قلنا) ان العقد صحيح لكن الظاهر أن الغزالى لا يوافق على تصحيح أنه من ضمان البائع فى المسألة الآتية ، وشبه أيضا بالخلاف فى قتل المرتد فى يد المشترى بالردة السابقة ، هل يكون من ضمان البائع أو لا ؟ والصحيح أنه من ضمان

البائع • اذا عرفت ذلك رجعنا الى لفظ الكتاب قولُ المصنفَ : فوجـده لا قيمة للباقى أى بعد الكسر يشمل ما اذا كان له قبل الكسر قيمة تافهة أو كثيرة ، أو لا قيمة له أصـلا ، والأخير محل اتفاق •

(والثانى) تقدم الكلام فيه ، وبينت أنه فرض بعيد أو متعذر ، فلا نجعله مدرجا فى كلام المصنف ، فانه بذلك يشكلُ الحكم بالبطلان لمـا تقدم ، والأول وهو أن يكون له قيمة تافهة هو محلُ الخلاف بيننا وبين القفال ، فلذلك والله أعلم أتى المصنفَ بهذه العبارة حتى تشملُ القسمين الأولُ والثالث ، وتعليله بأنه لا قيمة له يقتضى الاقتصـار على القسم الثالث لكن الذى له قيمة تافهة كما لا قيمة له فالمراد لا قيمة له معتدا بها (وقوله) فيجب رد الثمن هو المنصوص للشافعى (وقوله) البيع باطل وما حمل معظم الأصحاب كلام الشافعى عليه •

(فـرع) قال ابن الرفعة : انه تظهر فائدة الخلافَ بين الأصحاب والقفال أيضا فى أن مجرد الاطلاع هلْ يوجب استرجاع الثمن أم لا ؟ فعلى القول بأنه استدراك للظلامة لا يكون له الا اذا طلبه على الفورَ ، كما تقدم ذكره فى المبيع الذى تعذر رده لحدوث عيب به عند المشترى • وعلى القول بتبين بطلان العقد يكون الثمن مستحقا من حين الكسر الذىَ زالت به المـالية •

(قلت) أما اذا قلنا : انه استدراك للظلامة لا يكون الا طلبه على الفور ، فانه قد تقدم أنه عند امتناع البائع من أخـذ المعيب وتعين الحق فى الأرش لا يجب أن المشترى يطلبه على الفورَ ، وقبلُ امتناع البائع تقدم عن الرافعى وغيره أنه يعلمه به على الفورَ ، فان شاء قبله فههنا ان كان الرد عند القفالَ سائغا وأنه اذا طلبه البائع يجب ، فالأمر كما قال ، فاذا لم يعلمه به بطل الرد والأرش لكن ذلك لا فائدة فيه أصلا ، ولا يحصل للبائع به مصلحة ، وأن الرد عند القفالَ ممتنع لخروجه عن المـالية ، فيكون الأرش متعينا ولا يجب طلبه على الفورَ ، وهذا هو الأظهر ، وأما قوله : على القولَ بتبين بطلان العقد يكون الثمن مستحقا من حين الكسر ، فمحمولَ على أن علمنا استحقاقه منَ حين

الكسر ، والا فهو مستحق من حين التسليم لعدم صحة البيع من أصله ، والله أعلم .

(فـرع) أطلق المصنف الكسر فى هـذا القسم . فيقتضى أن لا فرق بين أن يزيد فى الكسر أو يقتصر على قدر ما يعرف به العيب ، وهو كذلك على المذهب لأنه اذا تبين بطلان العقد لعدم كونه متقوما قبل الكسر ، فلا فرق ، أما على رأى القفال ومن وافقه فيظهر أن يقال : ان زاد فى الكسر وكان لو اقتصر على ما يعلم به العيب لبقيت تلك القيمة اليسيرة يكون الزائد من ضمان المشترى ، فلا يكون الأرش جميع الثمن وفيه نظر .

(فـرع) ان اختلفا فى تسليمه صحيحا أو فاسدا فالقول قول البائع مع يمينه قاله الشيخ أبو حامد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان كان له قيمة كبيض النعـامة والبطيخ الحامض ، وما دود بعضـه من المـاكول ـ نظرت فان كسر منـه قدرا لا يوقف على العيب بمـا دونه ـ ففيـه قولان (أحدهما) أنه لا يرد ، وهو قول المزنى لأنه نقص حدث فى يد المشـترى ، فمنع الرد كقطـع الثوب (والثانى) لا يمنـع الرد ، لأنه معنى لا يوقف على العيب الا به فلم يمنـع الرد كنشر الثوب (فان قلنا) لا يرد ، رجع بأرش العيب على ما ذكرناه (وان قلنا) يرد فهل يلزمه أن يدفع معه أرش الكسر ؟ فيه قولان (أحدهما) يلزمه كما يلزمه بدل لبن الشاة المصراة (والثانى) لا يلزمه ، لأن الكسر الذى يتوصل به الى معرفة العيب مستحق له فلا يلزمه لأجله أرش) .

(الشرح) اذا كسر ما لا يوقف على عيبه الا بكسره ، وكان للباقى بعد الكسر قيمة كما ذكره ، وكالرانج وغيره اذا بقيت له قيمة ، فان لم يزد على قدر ما يعرف به العيب مثل أن نقب الرمان فعرف حموضته أو قطعه قطعا يسيرا فعرف أنه مدود . قال القاضى أبو الطيب :

لأن التدويد لا يمكن أن يعرف بالنقب ، وان كان هكذا ففيه قولان • وقد تقدم ذكرهما عن مختصر المزنى • واتفقت الطرق على حكايتهما (أظهرهما) عند الأكثرين أنه لا يمنع الرد ، وهو ما أورده المصنف (ثانيا) وهو الذى حكى المزنى فى كلامه أولا أنه سمعه من الشافعى ، وبه قال مالك وأحمد فى رواية ، وممن رجحه الماوردى والرويانى والشيخ أبو حامد ومن تابعه على ما حكاه الرافعى وقاسوه على المصراة• هكذا قاسه الأكثرون ، والمصنف قاسه على نشر الثوب ، وسنذكر سبب ذلك ان شاء الله تعالى •

(والقول الثانى) أنه ليس له الرد قهرا كما لو عرف عيب الثوب بعد قطعه وبهذا قال أبو حنيفة والمزنى وصححه صاحب التهذيب ، قال المزنى بعد حكاية ما قدمته عن المختصر : هذا يعنى القول بأنه ليس له الرد أشبه بأصله ، لأنه لا يرد الرانج مكسورا ، كما لا يرد الثوب مقطوعا ، الا أن يشاء البائع ، وأجاب الأصحاب بأن للشافعى فى الرانج قولين أيضا (فان قلنا) لا يرد فهو كسائر العيوب الحادثة فيرجع المشترى بأرش العيب القديم • أو يضم أرش النقصان اليه ويرده كما سبق هكذا قال الرافعى • وهو مأخوذ من كلام الامام كما سنذكره فى آخر الكلام ، وعليه ينزل كلام المصنف والأصحاب ، فمن أطلق أنه يرجع بالأرش ، فاذا رجع بالأرش فيقوم صحيحا — وقشره صحيح — وفاسدا وقشره صحيح ، وينظر كم نقص من قيمته فيرجع به من الثمن • وهذا معنى قول المصنف على ما ذكرناه ، أى أنه يرجع من الثمن ، وليس كالأرش الذى يرده المشترى على ما سيأتى ان شاء الله تعالى ، ولا يقومه مكسورا ، لأن الكسر نقص حدث فى يده ، وانما يجرى تقويمه مع العيب الذى كان عند البائع • وطريق الاطلاع على العيب على هذا القول من ضمان المشترى لأنا منعناه من الرد (وان قلنا) يرد ، وهو الأظهر ، فهل يغرم أرش الكسر ؟ فيه قولان (أحدهما) نعم كالمصراة • وهذا هو الذى تقدم نقله عن المختصر فى قول الشافعى : لك رده ، وما بين قيمته فاسدا صحيحا وقيمته فاسدا مكسورا فهذا صريح فى وجوب الأرش على المشترى اذا رد • ورجح الغزالى هذا القول •

(والثانى) لا ، لأنه معذور فيه ، والبائع بالبيع كأنه سلطه عليه ،

وهذا أصح عند الجرجانى وصاحب التهذيب وابن أبى عصرون والرافعى فى المحرر • ولهذا قال فى الروضة : انه الأظهر ، ونقل الرافعى أنه أصح عند غير صاحب التهذيب أيضا • ونقل غيره أنه أصح عند الشيخ أبى حامد ، ولم أر ذلك فى تعليقته وطريق الاطلاع على هذا القول من ضمان البائع ، والفرق بينه وبين المصراة أن الكسر عيب حادث لم يفوت عينا على البائع بخلاف حلب المصراة فانه أظهر نقصا مع تفويت عين هكذا قال بعضهم : ومن مجموع ذلك تأتى ثلاثة أقوال جمعها أبو اسحاق المروزى والشيخ أبو حامد فمن بعده ، والغزالى جعلها أوجها (أحدها) أنه لا يرد ويرجع بالأرش (والثانى) يرد بغير أرش ، وهو الأظهر عند الرافعى وغيره (والثالث) يرد مع الأرش ، قال الغزالى : وهو الأعدل • ثم ننبه على أمور :

(أحدها) أن طريق الاطلاع على العيب اما أن يكون من ضمان البائع ، أو من ضمان المشترى ، ان كان الأول فليرد بغير أرش كما رجحه الرافعى ، وان كان الثانى فليمتنع الرد ، فالقول بأنه يرد مع الأرش خارج عن المأخذين ، مع أنه المنصوص فى المختصر ، وعلله الغزالى كما قال : انه الأعدل بأنه حتى لا يتضرر البائع أيضا ، وذلك من قبيل المصلحة المرسلة •

(الثانى) قال الرافعى فى المحرر : انه لا يمنع الرد ، واذا رد لم يغرم الأرش على الأظهر ، وتبعه فى المنهاج فقال : رد ولا أرش عليه فى الأظهر ، فان أراد أن الرد مجزوم به والخلاف فى الخلاف فى الأرش ، فهذه طريقة لم أعلم من قال بها • فالوجه أن يجعل قوله فى الأظهر غاية اليهما • ويكون المعنى أن الأظهر أنه يرد بغير أرش وهو القول الذى رجحه فى الشرح • ومقابله قولان عدم الرد مطلقا أو الرد مع الأرش (الثالث) قال الامام : مما يجب التنبيه له ــ ولا تتحقق الاحاطة بالمسألة دونه ــ أن المسألة التى نحن فيها لا تتميز أصلا عن تفصيل القول فى العيوب الحادثة الا على قولنا : ان المشترى يرد المعيب المكسور من غير أرش ، فان لم نسلك هذا المسلك فلا فرق • فانا اذا ذكرنا فى الكسر خلافا فى المنع من الرد وضم أرش الحادث من العيب ، فقد ذكرنا مثله فى كل عيب حادث ، فلا تنفصل هذه المسألة

عن غيرها الا اذا جوزنا الرد مع غير غرم أرش فى مقابلة عيب الكسر فلو قال قائل : مسألة الكسر أولى بأن يحتكم المشترى فيها بالرد مع غرامة الأرش كان هذا فرقا فى ترتيب مسألة عن مسألة •

هذا كلام الامام وهو فى نهاية الحسن ، لكنه يقتضى أنه عند التنازع يأتى الخلاف فيمن يجاب (فان قلنا) فى تلك المسائل يجاب المشترى فههنا أولى (وان قلنا) يجاب البائع مطلقا أو اذا طلب تقرير العقد فههنا خلاف ، والذى يدل عليه ظاهر النص الذى سمعه المزنى من الشافعى أن المجاب المشترى فى طلب الرد مع الأرش ، والفرق بينه وبين تلك المسائل اما على القول الذى اختاره المزنى بامتناع الرد فتتحد هى وتلك المسائل كما تقدم عن الرافعى ، والظاهر أنه أخذه من كلام الامام هنا •

(الرابع) أنه اذا اشترى ثوبا مطويا فنشره ووقف على عيب به ، فان لم ينقص بالنشر فلا يمنع الرد ، وان نقص — فان كان لا يوقف على عيبه الا به ، مثل أن يتولى ذلك من هو من أهل الصنعة ويرفق به — ففى المسألة الأقوال المذكورة ، وان لم يكن من أهل الصنعة ، ونقص نقصا زائدا فعلى ما سيأتى • فيما اذا زاد فى الكسر ، المذهب امتناع الرد • وقال أبو اسحاق : على الأقوال • وأطلق الأصحاب المسألة فصورها صاحب الحاوى فيما اذا كان مطويا على طاقين حتى يرى جميع الثوب من جانبيه ، فان كان على أكثر من طاقين لم يصح البيع ، ان لم تجوز خيار الرؤية • قال الرافعى : وهذا أحسن • لكن المطوى على طاقين لا يرى من جانبيه الا أحد وجهى الثوب ، وفى الاكتفاء به تفصيل وخلاف قد سبق •

وقال امام الحرمين : ان هذا الفرع مبنى على تصحيح بيع الغائب ، وذكر الرافعى تنزيلين آخرين (أحدهما) أن يفرض رؤية الثوب قبل الطى والطى قبل البيع (والثانى) أن ما ينقص بالنشر ينقص بالنشر مرتين فوق ما ينقص به مرة واحدة ، فلو نشر مرة وبيع وأعيد طيه ثم نشره المشترى فزاد النقصان بذلك انتظم الفرع •

اذا علم ذلك فالمصنف قاس بالنشر على نشر الثوب فان أراد الذى لا يحصل به نقص فالفرق ظاهر ، وان أراد ما يحصل به نقص وهى كالمسألة ، والخلاف فيها كالخلاف ، فكيف يجعلها أصلا ويقيس عليها ؟ • وكذلك صاحب التهذيب قاس على نشر الثوب والمصراة جميعا ، والظاهر أن المصنف انما قاس على نشر الثوب ولم يقس على المصراة• لأن المسألة خلافية بيننا وبين أبى حنيفة • وأبو حنيفة لا يسلم الحكم فى المصراة فلا يمكن الاحتجاج عليه بها فقاسها على نشر الثوب • وكذلك فعل فى النكت قال : كنشر الثوب وقلب الصبرة • وهذا يدلُ على أنه أراد النشر الذى لا يحصلَ به نقص • ولهذا لم يقل فى علته هنا : أنه نقص • بل قال : يعنى كأنه لكونه طريقا الى معرفة العيب لا يعد نقصا •

(الخامس) قال المرعشى : فى ترتيب الأقسام سبب ذكرته فيما تقدم مختصرا ولابد من ذكره هنا والتنبيه على ما فيه • وهو أن العيب الحادث فى المصراة على ثلاثة أضرب : ما فيه قولٌ واحد أنه يرد كالعيب والخيار • كغمزه بعود أو حديدة فيتبين الأرش • وما فيه ثلاثة أقوالٌ له أنه مر فله الرد • وما فيه قولان كالثوب يقطع ثم يتبين به حرق هل يرد ؟ ونقص القطع أو لا • ويأخذ الأرش وما فيه ثلاثة أقوال كالجوز واللوز وما لا يتوصل الى علمه الا بكسره • فاذا كسره فأصابه فاسدا ففيه ثلاثة أقوال (أحدها) يرده وما نقص (والثانى) يأخذ الأرش (والثالث) يرد ويأخذ جميع الثمن •

(**قلت**) فان كان مراده حيث لا نجعل فى العيب والخيار عيبا بذلك الغمز • فهو يخالف فرضه • وان حصل فيه بذلك عيب — فان لم تبق له قيمة — لم يأت الا الرد والرجوع بجميع الثمن كما قالَ • وحينئذ القسم الثالث فى كلامه ان لم تبق له قيمة فلا يأتى فيه الا قول واحد كذلك • وان بقيت له قيمة لم يأت فيه القولُ بالرجوع بجميع الثمن •

(السادس) قول المصنف لا يوقف على عيبه الا بكسره أحسن من قول من قال مأكوله فى جوفه ، فانه يشمل الثوب اذا نشره كما تقدم • وكذلك اذا اشترى قطعة خشب ليتخذ منها ألواحا فلما قطعها

وجدها عفنة • قال القاضى حسين فى الفتاوى : فيه قولان كما مأكوله فى جوفه (فان قلنا) لا رد له يأخذ الأرش من البائع • وهو ما بين قيمتها عفنة وغير عفنة ، قال : وبه أفتى (قلت) وهذا اختيار منه للقول المرجوح فى عدم الرد ، ولا جرم • صححه تلميذه وصاحب التهذيب كما تقدم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان قلنا : يلزمه الأرش قوم معيبا صحيحا ومعيبا مكسورا ، ثم يرجع عليه بما بين القيمتين ، لأنه لما رد انفسخ العقد فيه فصار كالمقبوض بالسوم ، والمقبوض بالسوم مضمون بالقيمة ، فضمن نقصانه بما نقص من القيمة ، ويخالف الأرش مع بقاء العقد لأن المبيع مع بقاء العقد مضمون بالثمن ، فضمن نقصانه بجزء من الثمن) •

(الشرح) اذا قلنا يلزم المشترى الأرش عند رد المكسور كما هو ظاهر نص المختصر على خلاف الذى رجحوه ، فالأرش ههنا هل هو كالأرش المأخوذ من البائع عند بقاء العقد ؟ وقد تقدم أنه جزء من الثمن نسبته اليه نسبة ما نقص العيب من قيمة السليم الى تمامها أو الأرش هنا مخالف لذلك الذى قاله المصنف هنا أنه مخالف ، وأن الأرش ههنا لا ينسب من الثمن ، بل هو ما نقص من قيمة السليم كما ذكره فى الكتاب ، ووافقه على ذلك أكثر الأصحاب المتقدمين والمتأخرين ، ومنهم الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وصاحب التتمة وصاحب التهذيب والرافعى وخلائق لا يحصون ، والظاهر أن ذلك لا اختصاص له بهذه المسألة ، بل بحيث أمرنا المشترى برد الأرش على البائع بعد الفسخ فى العيوب الحادثة ، ولذلك قال الرويانى فيما اذا تقايلا ثم وجد البائع بالمبيع عيبا حدث عند المشترى • وقلنا بأن الاقالة لا تنفسخ ، وهو الأصح عند الرويانى أنه يرجع البائع على المشترى بالأرش قال والأقرب أنه يلزمه نقصان القيمة لأن البيع مرتفع بينهما • وهذا الذى قاله المصنف والأصحاب يطرقه أمران (أحدهما) من جهة البحث (والثانى) من جهة النقل • أما الذى من جهة البحث فقال

مجلى فى الذخائر : فيه احتمـــال ، لأن الفسخ يرفع العقد بعد القبض من حينه ، فقد وجد العيب فى يده ، وهو مضمون عليه بالثمن ، فينبغى أن يكون فوات ذلك الجزء مضمونا بجزء من الثمن •

وأما الذى من جهة النقل فقال المصنف فى باب اختلاف المتبايعين : ان المشترى اذا قطع يد العبد فى يد البائع لم يجـز له الفسخ ، فان اندمل ثم تلف فى يد البائع رجع البائع على المشترى بأرش النقص ، فيقوم مع اليد ويقوم بلا يد ثم يرجع بما نقص من الثمن ، ولا يرجع بما نقص من القيمة ، فلذلك قال القاضى أبو الطيب فى شرح الفروع : ان المشترى اذا وطىء الجارية المبيعة البكر فى يد البائع ، ثم تلفت قبل القبض أنه يجب أرش البكارة منسوبا من الثمن ، وطرد ذلك فيما اذا قطع يد العبد ثم مات بآفة سماوية قبل القبض أنه يستقر نصف الثمن وقال : اذا قطع المشترى يد العبد أنه يستقر العقد بجملة الثمن ، حتى اذا تلف العبد بعد ذلك لا يرجع المشترى على البائع بشىء •

وفى الحاوى حكاية خلاف فى صورة قطع اليد ، فى أن البائع يرجع على المشترى عند تلف العبد بالأرش المقدر كالأجنبى ، أو بما نقص من القيمة لأن الجناية كانت فى ملكه بخلاف الأجنبى • وفى التهذيب هل يستقر على المشترى من الثمن نسبة ما انتقص من القيمة ؟ وهو المذهب فى تعليق القاضى حسين • والمجزوم به فى شرح الفروع للقفـــال • وقد قدمت ذلك عن القاضى حسين والقفال فى وطء البكر • فهذه النقول كلها الا ما فى الحاوى تدل على أن الأرش المـأخوذ من المشترى مقدر من الثمن كالأرش المـأخوذ من البائع • وذلك يؤيد ما قاله مجلى •

والجواب : أما ما ذكر من النقل فان ابن أبى الدم فرق بين مسألتنا هذه • وبين المسألة التى ذكرها المصنف فى اختلاف المتبايعين من وجهين (أحدهما) أن المشترى لمـا رد المبيع بالعيب فقد فسخ العقد باختياره ، فارتفع العقـد قولا واحدا وصار كأن العقـد لم يوجد ، ولا كأنه التزم ثمنه ، لأن العقـد انما انعقد بينهما على ظن المشترى السلامة التى يقتضيها مطلق العقد ، فاذا بان كونه معيبا صار كأنه أتلفه ، ولم يجـر عليه عقـد ، فكان الثمن فى هـذا بعيدا عن العقد ،

فلم ينسب القيمة اليه ، وهـذا معنى قول الشيخ فصار كالمقبوض على وجه السوم ، بخلاف مسألة العبد ، فان المشترى هو المفرط بقطع يد العبد وتعييبه ، ولم ينسب البائع فيه الى تقصير فى عيب أصلا ، فكأن المشترى رضى بالعقـد ، ورضى بالتزام الثمن فيه فيقترب الثمن من العقد ، فاعتبرت القيمة منسوبة الى الثمن •

(الفرق الثانى) أن نسبة يدى العبد كنسبة نفسه على مذهب الشافعى فى أن جراح العبد من قيمته ، كجراح الحر من ديته ، فيده كنصف نفسه ، فلو قتل المشترى العبد كان قابضا له قولا واحدا ، فاذا قطع يده فكأنه قبض نصف العبد تقديرا ، فاذا مات بعد الاندمال بيد البائع اعتبرت القيمة منسوبة الى الثمن لقرب العقد من الاستقرار ، وما ذكره القاضى أبو الطيب يقوى ما ذكرناه فى الفرق بين المسألتين ، ويفهم منه اختلاف ما بينهما ، وقول المـاوردى فى الوجه الأول انه يضمنه بالأرش المقرر كالأجنبى ، معناه أنه يضمنه بنصف قيمته تقديرا •

(وقوله) فى الوجه الثانى : انه يضمنه بما نقص ، معناه أنه يلحق بغير العبد كالبطيخ وغيره ، وكأن الوجه الأول مبنى على مذهب الشافعى فى جراح العبد (والثانى) مبنى على مذهب ابن سريج أنها غير مقدرة • بل الواجب فيها ما نقص من قيمتها كالواجب فى غير العبيد ، وذكر الامام فى الغصب خلافا فى أن المشترى اذا قطع يدى العبد هل يكون قابضا له ؟ ويسقط ضمان العقد فى الباقى واستضعف القول بالسقوط ، هذا جواب ابن أبى الدم رحمه الله ، وما لحظه فى الفرق الأول من التفريط وعدمه غير متضح ، وما ذكره فى الفرق الثانى من قرب الاستقرار أبعد ، لأن المسألة هنا بعد القبض المحقق وقد استقر العقـد وكان ينبغى أن ينسب من الثمن •

وقد مال ابن الرفعة الى ما قاله مجلى وأيده باتفاق الأصـحاب ، على أن غريم المفلس اذا رجع فى العين وقد نقصت فى يد المفلس بفعل مضمون يضرب مع الغرماء بقدر أرش النقص من الثمن ، واعتذر عما ذكره الأصحاب على اختلافهم احتمال مجلى بتخصيص ما ذكروه بحالة فوات وصف مجرد من المبيع ، ليس بجـزء وما ذكر من المسائل المنقولة

مما ذكره المصنف فى باب اختلاف المتبايعين وغيره فى بعض الأجـزاء ، وهى أقرب الى المقابلة من الصفات المجردة • فلذلك جعل مستوفيا لها ، وحسب بدلها عليه من الثمن بخلاف الصفات ، فان العبد اذا زنى أو سرق أو أبق لا يمكن أن يجعـل المشترى بذلك مستوفيا لصفة السلامة منه ، حتى يستقر عليه من الثمن بنسبة ما نقص من قيمته ، قال : وهذا من دقيق الفقة فليتأمل •

(قلت) وهو حسن ان سلم لكن يخدشه أمران (أحدهما) تعليل المصنف والأصحاب بأنه لمـا رد انفسخ العقد فيه ، وصار كالمقبوض بالسوم ، والمقبوض بالسـوم مضمون بالقيمة ، وذلك لا فرق فيه بين الأجزاء والأوصاف ، وكما أنا فى الأرش المـأخوذ من البائع لا نفرق فيه بين الأجزاء والأوصاف ، فكذلك هنا ومن يزعم أن الأرش جـزء من الثمن ويأخذه عن الزنا والاباق ونحوه من الأوصاف من البائع منسوبا من الثمن ، وان كانت ليست بمقابلته الا على وجه التقدير ان صح ، فكيف لا ينزلها فى جانب المشترى كذلك ، وأيضـا فانهم أطلقوا هنا وقد يكون الذاهب جزءا •

(والثانى) أن الغزالى رحمه الله فى مسألة الحلى بعد أن حكى قول ابن سريج والأصحاب قال فتحصلنا على احتمالين فى حقيقة كل واحـد من الأرشين أنه غرم ابتداء وفى مقابلة المعقود عليه ، والمشهور ما أشار اليه ابن سريج فيهما جميعا ، يعنى أنه جـزء من الثمن والفائت فى مسألة الحلى بالكسر وصف لا جـزء ، فكلام الغزالى هذا وان استشكلنا به قول ابن الرفعة فانه يشكل أيضـا على ما قاله المصنف والأصحاب هنا من أن الأرش من المشترى لا يثبت من الثمن ، بل من القيمة وذلك يخالف قول الغزالى : انه جزء من الثمن كالمـأخوذ من البائع على أحد الاحتمالين اللذين ذكرهما ، وقال : انه المشهور •

ولا شك أن المشهور الذى قال به معظم الأصحاب فى الأرش القديم ، فلم لا كان كذلك فى الأرش الحادث ؟ اللهم الا أن يقال : لا يلزم من كونه جـزءا من الثمن أن يكون منسـوبا منه وهو بعيد ، لأنه متى لم ينسب منه لا يكون جزءا منه ، فكلام الغزالى فى الأرش

الحادث مخالف لما قاله المصنف والأصحاب هنا ، ثم ان للغزالى أن يقول للأصحاب : أنتم منعتم رد الحلى مع أرش الكسر الحادث حذرا من الربا ، وقلتم : اما أن يرده وحده ويسترجع الثمن ، ثم يغرم أرش الحادث كالمستام ، كما تقدم عن أكثر الأصحاب ، واما أن يغـــرم قيمته كما قال ابن سريج ، واما أن يأخذ أرش القديم كما قال صاحب التقريب ، ومنعوه أن يضم أرش الحادث اليه فى الرد ، كما يفعـــل فى غيره ، فان كان الأرش حيث أخذ من المشترى لا يكون جزءا من الثمن فلا تخصيص لمسألة الحلى ، بل صارت هى وغيرها الأرش الذى يرده المشترى كالأرش الذى يغرمه المستام ، ولا يبقى محذور من جهة الربا فيه •

وان كان الأرش جزءا من الثمن كما اقتضاه كلامهم فى مســـألة الحلى ، وفروا الى أن جعلوه كالمستام لضرورة فرارا من الربا ، فدل على أنه فى غير ذلك الموضع يكون بخلافه ولا يخرج عن كونه منسوبا من الثمن ، وقد تقدم فى مسألة الحلى وغيرها أن الامام نبه على الأرش عن الحادث ، كيف يضم الى المبيع المعيب ؟ ويرد الرد عليهما جميعا ، واستشكال ذلك والخلاص عنه بما سبق •

فان صح ما يقوله المصنف والأصحاب هنا من أن أرش الحادث لا ينسب من الثمن خرجت مسألة الحلى فى رد الأرش الحادث معها عن الاشكال ، وبين ما قدمناه من الاحتمالات فى رد الأرش عن الحادث وأن سبيله سبيل الغرامات لا غير • لكن يبقى عليه ما ذكره مجلى من الاشكال • وعند هـــذا أقول : ان كلام المصنف والأصحاب هنا لم يريدوا به كل العيوب الحاصلة فى يد المشترى كالزنا والسرقة والاباق • فاذا فرض حصولها فى يد المشترى منعت الرد • فاذا اتفقـــا على الرد مع أرشها كان على حسب ما يتفقان عليه وفى تقدير ذلك بحث قدمته عند حدوث العيب وذكرت فيه أربعة احتمالات •

ومراد المصنف هنا والأصحاب بما يحصل بفعل المشترى ككسر البطيخ ونحوه مما هو يتكلم فيه ، فان ذلك مضمون على المستام بما نقص من القيمة ، وكذلك كسر الحلى ، فلذلك يضمنه ، وسائر صور

حدوث العيب غير مسألتنا هذه ، ومسألة الحلى ، الأمر فيها سهل اذا كانت على حسب التراضى فان المتبايعين على ما شاءا من قليل وكثير •

أما اذا قلنا : المجاب البائع أو المشترى ، ودعى الى الرد مع الأرش ، فيحتاج اليه • وكذلك فى هذه المسألة اذا كان الأمر على ما تقدم عن الرافعى ، أما على ما يظهر من عبارة المصنف وأكثر الأصحاب من أنا اذا قلنا بالرد ورد الأرش كان ذلك الى المشترى ، وله الزام البائع به ، وفسخ العقد • فيحتاج الى البيان فيه • ولا جرم لم يذكر المصنف وكثير من الأصحاب الكلام فى ذلك الا فى هذه المسألة وكأنهم رأوا أن المشترى يلزم البائع بالرد ثم يبقى الأرش لازما له فاحتاجوا الى بيانه •

ومسألة الحلى أولى بالبيان • لأن الأمر فيها على بيان الالزام فاذا تقرر فحيث قلنا بالالزام • وكلام المصنف هنا والأصحاب بل الشافعى فى المختصر يقتضى أن ذلك منسوب الى القيمة • وجزم الأصحاب غير مجلى بأنه ليس منسوبا من الثمن وهو مشكل بما قاله مجلى •

وأما كونه يرجع فى الفلس بجزء من الثمن فيظهر الفرق بينه وبين ما نحن فيه بأن المقصود فى الفلس وصول البائع الى الثمن فعند التعذر جوز له الرجوع الى عين ماله • فاذا فات منها جزء نسبناه من الثمن • لأنه الأصل المقصود هناك لا مقصود غيره فالمفلس مأخوذ منه بغير اختياره والمشترى هناك مراد اختياره ومقصوده نقض البيع الذى دلس عليه البائع فيه •

(**فرع** قال ابن الرفعة : على كل حال فأى وقت نعتبر القيمة فيه • فيه وجهان (أصلهما) ما اذا تعيب العين فى يد المستام (أحدهما) وقت حدوث العيب (والثانى) أكثر ما كانت من حين القبض الى حين حدوث العيب • وكذا فيما قد يظن انه يقتضى أن العقد اذا فسخ لا يرتفع من حينه لكنه على الأول يرتفع من حين حدوث العيب • وعلى الثانى يرتفع من حين القبض • وليس كذلك • بل هو مرتفع من حينه ،

ومن ارتفاعه من حينه لا يمكن أن يقال بتقدير جزء من الثمن ، فيتعين الرجوع الى القيمة وأقرب وقت تعتبر فيه عند الأول وقت حدوث العيب ، لأن الواجب أرشه فلذلك اعتبره ، والقائل الآخر يقول : قد انكشف الحال عن ضمان المعيب بالقيمة على المشترى ، وقد ثبتت يده على الفائت من حين القبض الى حين التلف فضمن أكثر القيمة فى ذلك •

قال : وعلى الجملة ففى التسوية بين المستام والمشترى فى هذا المقام نظر ظاهر مع لحاظ أن العقد لا يرتفع من أصله ، فهذان الوجهان يقربان من الوجهين فيما اذا فسخ العقد بالتخالف ، وقد نقص المبيع فى يد المشترى مع لحاظ أن العقد يرتفع من أصله ، والأصح منهما عند الغزالى اعتبار وقت التلف ، وليس الوجهان مثل الوجهين ، لأن الفائت فى التخالف جزء مقابل بالثمن كما هو مفروض هناك ، وهنا قد تقرر أن الفائت صفة ، ولكنهما قريبان منهما •

(**قلت**) وقد قال صاحب التتمة : اذا تحالفا والسلعة هالكة • وقلنا : العقد يرتفع من أصله صار كالمستام (وان قلنا) من حينه غرم أقل قيمتى يوم العقد والقبض ، والأصحاب أطلقوا أنه يغرم قيمة يوم التلف ، وما قاله ابن الرفعة يشهد لما قاله مجلى أن الأرش المأخوذ من المشترى ينبغى بناؤه على ذلك •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كسر منه قدرا يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه ففيه طريقان (أحدهما) لا يجوز الرد قولا واحدا لأنه نقص حدث بمعنى لا يحتاج اليه لمعرفة العيب فمنع الرد كقطع الثوب (والثانى) أنه على القولين لأنه يشق التمييز بين القدر الذى يحتاج اليه فى معرفة العيب وبين ما زاد عليه فسوى بين القليل والكثير) •

(**الشرح**) الطريقة الأولى : هى المذهب • كذلك قال الشيخ أبو حامد وغيره وحكاه الماوردى عن أبى حامد المروزى ، وجمهور

أصحابنا • والطريقة الثانية : حكاها أبو اسحاق المروزى عن بعض أصحابنا • فاذا قلنا : بالطريقة الأولى فذلك كسائر العيوب الحادثة كذلك قاله الرافعى أى فيأتى فيه ما تقدم من الخلاف عند التنازع اذا دعى أحدهما الى الأرش القديم والآخر الى خلافه (وان قلنا) بالثانية فعلى ما تقدم اذا لم يزد فى الكسر حرفا بحرف •

(فروع) اذا عرفت هذا قال أصحابنا : مكسور الجوز ونحوه • ونقب الرانج من صور الحال الأول الذى لا يقف على العيب بدونه ، وكسر الرانج وترصيص بيض النعام من صور الحال الثانى الذى يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه • وكذا تقوير البطيخ الحامض اذا أمكن معرفة حموضته بغرز شىء فيه ، وكذا التقوير الكبير اذا أمكن معرفته بالتقوير الصغير ، والتدويد لا يعرف الا بالتقوير وقد يحتاج الى الشق ليعرف • وقد يستغنى فى معرفة حال البيض بالقلقلة على الكسر • قال القاضى حسين وغيره : والرمان بمطلقه لا يقتضى حلاوة ولا حموضة ، فاذا شرط فيه الحلاوة فبان حامضا بالغرز رد ، وان بان بالشق فلا •

(فرع) روى أن مولى لعمرو بن حريث الصحابى اشترى لعمرو ابن حريث بيضا من بيض النعام أربعا أو خمسا فلما وضعهن بين يدى عمرو بن حريث كسر واحدة فاذا هى فاسدة ، ثم ثانية ، ثم ثالثة ، حتى تتابع منهن فاسدات ، فطلب الأعرابى يخاصمه الى شريح ، فقال شريح : أما ما كسر فهو ضامن له بالثمن الذى أخذه به وأما ما بقى فأنت يا أعرابى بالخيار ان شئت كسروا فما وجدوا فاسدا ردوه • وما وجدوه طيبا فهو بالسعر الذى بعتهم به •

وأخذ بعض الناس من هذا أن عمرو بن حريث رضى الله تعالى عنه كان رأيه جواز الرد •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان لم يعلم بالعيب حتى هلك المبيع أو أعتقه أو وقفه

ثبت له أرش العيب لأنـــه أيس من الرد فثبت له الرجـــوع بأرش العيب) •

(الشرح) امتناع الرد عند هذه الأمور لعدم امكانه لأن الرد يعتمد مردودا واتفقوا على أنه لا تقام قيمة التالف مقامه ليرد الرد عليها الا ما نقل عن أبى ثور وقد ذكرته عند الكلام فى المصراة من نقل الجوزى عنه • لكن ابن المنذر نقـــل عنه هنا لمذهب الشـــافعى • وبعضهم زعم أن الرد ورد على خلاف القياس • فيقتصر فيه على مورد النص فالاجماع ، ولم يحصل ذلك عند تلف العين ، وفرقوا بينه وبين التخالف حيث جاز عند هلاك العين بهذا • أو بان لنا فى الرد بالعيب طريقا آخـــر وهو الأرش بخلاف التخالف • وكذلك الفسخ بخيار المجلس أو الشرط عند تلف المبيع فى يد المشترى (اذا قلنا) بانتقال الضمان بقبضه فى زمان الخيار فانه يجـــوز كالتخالف والاقالة بعد تلف المبيع جائزة على الأصح (ان قلنا) انها فسخ ، وقيل لا • لعدم الحاجة اليها •

اذا عرف ذلك فالأرش واجب قطعا بعلتين :

(احداهما) ما ذكره المصنف أنه أيس من الرد ، وهذه مقتضى قول أكثر الأصحاب كما سيتبين لك فيما اذا باعه •

(والثانية) أنه لم تستدرك الظلامة ، وهو مقتضى علة أبى اسحاق فى مسألة البيع ، كما سيأتى ان شاء الله تعالى • ولم يتفقوا على أن كل واحدة علة مستقلة لاختلافهم فيما اذا تلف فى يد المشترى الثانى كما سيأتى • ولا جـــزء علة كذلك ، بل الأكثرون يعتبرون اليأس ولا يعتبرون العلة الأخـــرى ، وأبو اسحاق بالعكس فاذا وجد المعنيان أو انتفيـــا اتفقوا ، وان وجـــد أحدهما دون الآخـــر اختلفوا • وههنا اجتمع اليأس وعدم استدراك الظلامة ، فاتفقوا على الرجوع بالأرش ، فالمصنف تبع الأكثرين فى التعليل ، ولم يعتبر قول أبى اسحاق •

وقد ذكر المصنف ثلاث مسائل مشتركة فى الفوات (احداها) فى الفوات الحسى (الثانية والثالثة) فى الفوات الشرعى • أما الأولى

وهى هلاك المبيع ، فذلك يشـمل ما اذا هلك بنفسه ، كموت العبد ، واحتراق الثوب وشبههما ، وهذا لا خلاف فيه •

وممن قال به مالك وأحمد وأبو ثور على ما حكاه ابن المنذر • وروى ذلك عن الشعبى والزهرى • وحكى الامام قبيل كتاب الرهن فيما اذا قبض المسلم المسلم فيه قال : وذهب المزنى الى أن الرجوع بالأرش لا يثبت بعد تلف المقبوض قال ابن الرفعة وهو يجرى هنا بطريق الأول لأن غاية الأمر أن يجعل المعين عما فى الذمة كالمعين فى العقد •

(**قلت**) وليس كذلك • وقد كنت استغربت هذا القول عن المزنى فتبعت أثره فرأيت فى تعليق القاضى حسين قبيل كتاب الرهن أيضا ما يثبته ويبين مأخذه وأنه لا يطرد ههنا ، وذلك أنه قال : اذا أسلم فى طعام وقبض بعضه وأتلفه ثم قبض الباقى فاطلع على عيب به وادعى أن المتلف كان به هـذا العيب فالقول قول المسلم اليه ، فان نكل حلف المسلم ورجع عليه بالأرش •

قال المزنى : وجب أن لا يجـوز له الرجوع بالأرش لأنه يؤدى الى أن يأخذ بعض المسلم فيه وبدلا عن الباقى • قلنا : هذا ليس من الاستبدال فى شىء ، وانما هو فسخ العقد فى البعض ، لأنه كاحتباس جـزء ، ألا ترى أنه انما يثبت له حق استرداد ما يقـابل العيب من رأس المـال لو أسلم فى كر حنطة فقبضها وأتلفها • ثم اطلع على عيب قديم بها ينقص عشر قيمتها ، رجع على المسلم اليه بعشر رأس المـال ، فكلام القاضى هـذا يبين لنا أن مأخذ المزنى فى ذلك جعله من باب الاستبدال عن المسلم فيه ، والامام أخـذ ذلك عن القاضى واختصر وسكت عن مأخذه ، واقتصر على حكاية النقل عن المزنى ، فى حالة التلف ، فحصـل فى كلامه اشكال أوجب لابن الرفعة أن نقل ذلك هنا ، وبما ذكره القاضى اندفع ذلك ، ومقتضاه أن المزنى يمنع أخـذ الأرش عن المسلم فيه مطلقا عند التلف وغيره •

ثم ان القاضى أيضـا فرضها فى الاتلاف لا فى التلف ، فهذا ما يتعلق بهذا القسم الذى يحصل هلاك المبيع بنفسه ، وأما اذا قتل

العبد أو أكل الطعـــام ونحوه فكذلك عندنا ، ســـواء حصل ذلك بفعل المشترى أو أجنبى •

وقال أبو حنيفة : لا يرجع بالأرش فيهما لأنه فعل مضمون فأشبه ما اذا باعه أو أمسكه وقاس أصحابنا على الموت والاعتاق ، وأجابوا عن البيع بعدم اليأس • وعن الامساك بدلالته على الرضا بالعيب • وأما الثانية والثالثة ، وهى ما اذا أعتقه أو وقفه ، فاتفق أصحابنا أيضـــا على أنه يرجع بالأرش ، ووافقنا مالك وأحمد وأبو ثور والشعبى والزهرى فيما روى عنهما فى العتق ، وروى عن شريح والحسن أنهما قالا : اذا أعتقه فقد وجب عليه •

ومحل اتفاق أصحابنا على ما اذا كان العتق بانشاء المشترى ، كما تدل عليه عبارة المصنف ، وكان متبرعا بذلك • وفى معنـــاه انشاء وكيله • أما لو لم يكن بانشائه ، كمن اشترى من يعتق ثم اطلع على عيب ، أو كان بانشائه ولكنه كان اشتراه بشرط العتق ثم وجـــد به عيبا بعد العتق ، فنقل الرافعى عن ابن كج عن أبى الحسين وهو ابن القطـــان فى المسألة الأولى وجهين فى شراء القريب (الثانية) أنه لا أرش فى مسألة شرط العتق •

قال ــ يعنى ابن كج ــ وعندى أن له الأرش فى الصورتين ، فعلى هذا يكون قول المصنف أعتقه لأنه الغالب ، أو على سبيل المثال ، وليس المقصـــود به الاحتراز ، ولا يستثنى من كلامه شىء على رأى ابن كج ــ وهو الصحيح ــ وعلى رأى ابن القطان تستثنى مسألة شرط العتق والذى يترجح فى مسألة شرط العتق ما قاله ابن كج ، وأما شراء القريب فان كان مع جهل المشترى بالقرابة حين الشراء فكذلك ، وبه جزم الامام قبيل كتاب السلم ، وان علم المشترى حالة الشراء أنه قريبه الذى يعتق عليه فقد يقال : انه انمـــا بذل الثمن فى مقابلة العتق ، وليس المـــال مقصـــودا له ، لكن الأظهر الرجوع بالأرش أيضـــا لأن المقصود ان كان هو العتق فبذل ذلك الثمن بكماله انما كان فى مقابلة ما يظن من المبيع ، فاذا فات جزء صار المبيـــع الذى قصد عتقه مقابلا

لبعض الثمن فيرجع فى الباقى • وأطلق الرويانى فى الحلية أنه لا يجب الأرش فى شراء القريب ، قال : لأن المعنى فى العاقد لا فى العبد •

(**قلت**) وهذا المعنى لو سلم له يرد عليه فى انشـــاء العتق تبرعا ، وهو يوافق على أخذ الأرش • وقد أورد الأصحاب سؤالا ، وجوابه فيما اذا أعتقه مطلقا وان كان تبرعا قالوا (فان قيل) اذا أعتقه فقد حصـــل له الثواب (فالجواب) أن استدراك الظلامة بالمـــال دون الثواب على أنه انما حصـــل له ثواب عبد معيب وهو دون ثواب السليم ، لقوله صلى الله عليه وسلم لمـــا سألة أبو ذر رضى الله عنه : أى الرقاب أفضـــل ؟ قال : « أعلاها ثمنا وأنفسها عند أهلها » رواه البخارى ، فالجزء الفائت بالعيب لم يتناوله العتق ، ولا حصل له عنه ثواب فيرجع بأرشه •

(فان قيل) فيلزمه أن يتصدق به (قلنا) ليس هو بدلا عما وقع عليه العتق ، وانمـــا هو عن الجزء الفائت • هذا ذكره فى العتق المطلق ، وهو يأتى فى العتق المشروط • وأما عتق القريب فقد تبين فيه أيضا •

(**فـــرع**) يستثنى من اطلاق المصنف ما اذا منع مانع من أخذ الأرش كمسألة الحلى ، كما تقدم عن الأكثرين فيما اذا كان تالفا خلافا للقاضى حسين ، وصاحب التهذيب •

(**فـــرع**) استيلاد الجارية مانع من الرد ، وينتقل الى الأرش كما فى الثلاثة التى ذكرها المصنف • ورابعها تشترك فى عدم امكان النقل من شخص الى شخص مطلقا ، لكن الأول للهلاك الحسى ، والعتـــق خارج عن الملك وغير قابل للنقـــل شرعا ، والمستولدة غير قابلة للنقل ولكنها مملوكة والموقوف على الخلاف فى انتقال الملك فهو بين العتـــق والاستيلاد •

وأما ما لا يمنع النقل من شخص الى شخص مطلقـــا ، فاما أن يكون مع بقاء ملك المشترى ، أو مع زواله ان كان مع زواله • وسيأتى

فى كلام المصنف ان شاء الله تعالى ، وان كان مع مقابله ، فقد تقدم جملة منه عند الكلام فى العيب الحادث لأن منها ما هو عيب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان لم يعلم بالعيب حتى أبق العبد لم يطالب بالأرش ، لأنه لم ييأس من الرد فان رجع رده بالعيب وان هلك أخذ عنه الأرش) .

(الشرح) اذا أبق العبد فى يد المشترى ثم علم عيبه ، فان كان العيب القديم الذى علمه غير الاباق كالعرج والعور وغير ذلك ، ولم يكن قد أبق فى يد البائع ، فههنا الاباق فى يد المشترى عيب حادث مانع من الرد القديم وغير مضمون على البائع ، فله الرجوع بأرش العيب القديم ، لأنه أيس من الرد بحدوث العيب فى يده ، ولم تستدرك الظلامة ، فهذا لا خلاف فيه على المشهور ، ويجب تقييد كلام المصنف به .

وممن صرح به الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى وغيرهم ، وهو واضح وأغرب صاحب التتمة فقال : الصحيح ليس له الأرش ، لأنه يرجى أن يعود الى يده ، ويعرض الرأى على البائع فى قبوله على العيب ، واستثنى العجلى وابن الصباغ من قولنا بوجوب الأرش ما اذا قال البائع : أنا أرضى به العيب الحادث ، فلو يكون للمشترى المطالبة بالأرش وظاهر هذا يقتضى أنه يتعذر على المشترى حينئذ المطالبة الآن لأنه يسقط الأرش ، والرد غير ممكن فى حال الاباق فيصبر حتى يعود فيرد .

لكن فيما قاله العجلى هنا نظر ، والفرق بين طلب(١) البائع ، الرد هنا وفى غيره من المواضع ظاهر ، لما فيه من ضرر المشترى هنا ، وتأخر استدراك الظلامة مع قيام موجبها ورأيت فى الانتصار لابن أبى عصرون أنه ان رضى البائع برده فى اباقه سقط حق المشترى

(١) بياض بالأصل فحرر ولعل السقط : « قبول » لما يفيده السياق . (المطيعى)

من الأرش لتمكنه من الرد فهذا يقتضى أنه يرد فى الاباق ويزول به الاعتراض على العجلى وابن الصباغ وان كان العيب الذى اطلع عليه هو الاباق ويزول مثل أن يكون أبق مرة أخرى من يد البائع ، فذلك عيب قديم والاباق فى يد المشترى مسند اليه واذا كان الاباق عادة له لم ينقصه الاباق الحادث لكن المشترى لا يمكنه الرد ما دام آبقا ، ولا يجوز له الرجوع بأرش العيب لأنه لم ييأس من رده •

قال القاضى أبو الطيب وغيره : وهذا الموضع يدل على صحة هـذا التعليل ، يعنى أنه لو كانت العلة فى وجوب الأرش هو أنه لم يستدرك الظلامة كما قال أبو اسحاق لرجع بالأرش ههنا ، لأنه يستدرك الظلامة ، وهـذا الالزام يدل على أن أبا اسحاق يوافق على أنه لا يرد ولا يرجع بالأرش ما دام آبقـا ، وكذلك قال المحاملى : انه لا خلاف فيه بين أصحابنا ، ولكن صاحب التتمة حكى وجها مقابلا كما تقدم عنه أنه الصحيح عنده بأن له أخذ الأرش ، وعلله بعدم استدراك الظلامة ، وأطلقه فيما اذا اطلع على عيب العبد بعـد اباقه من غير تفصيل بين أن يكون العيب القديم أبقا أو غيره ، وان وجد به عيبا قديمـا غير الاباق وقد كان أبق فى يد البائع لم يكن له أن يرده ما دام آبقـا ولا يرجع بالأرش هكذا أطلق القاضى أبو الطيب وهو يشمل ما اذا كان المشترى قد رضى باباقه ، وهو صحيح فان الاباق الطارىء لا يكون عيبا جديدا ، ولا يمنع من الرد بغيره •

واتفق الجميع على أنه اذا رجع بالعيب وان هلك فى الاباق رجع على البائع بأرش العيب ، لا يختلف المذهب فى هـذا اذا أبق فى يد المشترى ، فان أبق فى يد البائع أو ضاع فى انتهاب العسكر قبل القبض ففى وجه ضعيف أنه ينفسـخ العقـد كالتلف والصحيح أنه لا ينفسخ لبقـاء المـالية لكنه عيب مثبت للخيار فيكون للمشترى الرد به ، واطلاق المصنف يقتضى أنه لا يتمكن من الرد فى مدة الاباق وقد تقـدم من ابن الرفعة أن الاباق قبل القبض عـذر فى تأخير الرد وأنه لو أسقط حقه منه لأسقط على الصحيح ، وذلك يقتضى جواز الرد فى مدة الاباق وهو صحيح ، فانه لم يدخل بعد فى ضمان المشترى ، ولا ترد هذه

المسألة على المصنف لأنه انما تكلم فيما بعد القبض بدليل حكمه بوجوب الأرش عند الهلاك •

قال الروياني : فلو قال البائع للمشترى : لا تفسخ فأنا آتيك به فلا خيار له • ولنرجع الى الكلام فى الاباق بعد القبض •

(**اعلم**) أن الأصحاب أطلقوا ههنا أنه لا يتمكن من الرد فى مدة الاباق فان كان المراد أنه لا يتمكن من الفسخ ــ وهو الظاهر من كلامهم ــ فما الدليل على ذلك مع وجود العيب ، وظاهر كلامهم الذى تقدم فى الثوب أنه لا يشترط حضـــور العين ، وأنه متمكن من التلفظ بالفسخ فى غيبة المشترى والحاكم والشهود ولكن هل يجب عليه ذلك ؟ فيه خلاف ، وان كان يشترط العين للمطالبة بالثمن فلو أن المشترى هنا فى مدة خيار الاباق تلفظ بالفسخ لم ينفذ اذا تلفظ به وحده •

(**فان قلت :**) هناك له فائدة اذا صدقه الخصم ، وههنا لا فائدة فيه (قلت) فائدته خروجه عن ملكه ويبقى مضمونا عليه ضمان يد لا ضمان عقد ، حتى اذا تلف يضمنه بقيمته ، ويسترد الثمن ، وقد يكون الثمن أكثر من القيمة ، فينبغى أن يتمكن من الفسخ أو أن يشهد عليه به ، وأن يرفع ذلك الى الحاكم حتى يثبته عنده ليطالب بالثمن عنـــد عـــود العبد ، وان كان المراد أن الاباق عذر فى التأخير لعدم امكان الرد صورة ، فلا عليه فى أن يفسخ عند الحاكم أو الشهود ، ويصير قبض الثمن موقوفا على عود العبد كما لم يجعـــلوا غيبة العين مع القدرة عليها عذرا ، فما الدليل على جعل الاباق عذرا ؟ والأقرب من حيث البحث أن يتمكن من الفسخ وان تأخر طلب الثمن ، وان كان ذلك بعيـــدا من عبارتهم •

فان قالوا : لا تمكن المطالبة عند الحاكم بالثمن المقبوض الا مع تسليم المعيب فعند غيبته تتعـــذر الدعوى ، لأنها لا تبقى ملزمة فنقول فينبغى أن يشهد ، وأيضـــا فلو كانت العين غائبة فى بلد آخـــر أو عن مجلس الحكم ليس نوجب عليه المبادرة الى الحاكم بالفسخ قبل أن يردها ، وممن ننبه عليه فى ذلك أن الاباق اذا تكرر فقد تنقص القيمـــة

أكثر مما اذا صدر مرة واحـــدة ، فالعبد الذى أبق فى يد البائع مرة ثم أبق فى يد المشترى يجب أن يكون اباقه الثانى عيبا جديدا اذا كان منقصـــا من القيمة نقصانا أكثر من الأول ، فلا كان مانعا من الرد .

(فان قيل) بأن الاباق الثانى مسند الى الأول أثبت له عـــادة (قلنا) يجب أن يخـــرج على أن العيب الحادث اذا استند الى سبب قديم هل يكون من ضمان البائع ؟ أو من ضمان المشترى ؟ (فان قلنا) بالثانى يمتنع الرد هنا ، ويرجع بأرش الأول ، وقد فرض القاضى حسين ذلك فيما اذا كان الاباق فى يد المشترى لا يزيد فى نقصان القيمة بأن كان قد تكرر ذلك منه فى يد البائع ، واشتهر به ، يعنى فلا يؤثر تكرر اباقه بعد ذلك ، وهـــذا يجوز حمل كلام من أطلق عليه ، وفيه عدم ملاحظة كونه من آثار الاباق السابق ، لأن ذلك لا يتحقق (والأولى) تبقية كلام الأصحاب على اطلاقه ، ومستندهم اسناد الثانى الى الأول ، وقلنا : ما أسند الى سبب قديم فهو من ضمان البائع .

(فـــرع) فى مذاهب العلماء فى هذه المسألة ، اذا اطلع بعد الاباق ان كان آبقا قال مالك : يأخذ المشترى بالثمن ولا يصبره أن لا يجده ، وقال سفيان الثورى : لا يقضى على البائع حتى يموت أو يرده وهذا كقولنا(١) .

واستدل أصحابنا بأنه لا مطالبة له فى حالة الاباق فان الاباق متردد بين البقاء والتلف فان كان باقيا استحق الرد واسترجاع الثمن ، وان كان تالفا استحق أخذ الأرش ، وما جهل استحقاقه لم تصح المطالبة به .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان لم يعـــلم بالعيب حتى باعه لم يجـــز له المطالبـــة بالأرش ، قال أبو اســـحاق : العـــلة فيـــه أنه اســـتدرك الظـــلامة فغبن كمـــا

---

(١) بياض بالأصل فحرر ولعل السقط : « التلف من ضمان البائع » ، والله اعلم .

(المطيعى)

غبن ، فزال عنـــه ضرر العيب ، وقال أكثر أصـــحابنا : العـــلة فيـــه أنه لم ييأس من الرد لأنه قـــد يرجـــع اليـــه فيرد عليه) .

(الشرح) اذا زال ملكه عن المبيع زوالا يمكن عـــوده . ثم علم بالعيب فلا خلاف أنه لا يرد فى الحال . وأما الرجوع بالأرش فان زال بعوض كالبيع كما مثل المصنف فقولان (أشهرهما) وهو الذى قطع به المصنف فى هـــذا الكتاب وشيخه أبو الطيب وشيخ شيخه أبو حامد والماوردى والمحاملى وابن الصباغ والجرجانى والشاشى وابن أبى عصرون من العراقيين والقاضى حسين والفورانى والبغوى من الخراسانيين أنه ليس له المطالبة بالأرش ، وبه قال جمهور العلمـــاء ، وهو الذى نص الشافعى عليه فى المختصر ، فقال : ولو باعها أو بعضها ثم علم لم يكن له أن يرجع على البائع بشىء ، واختلف أصحابنا فى علة هـــذا القول فقال أبو اسحاق وابن الحداد : لأنه استدرك الظلامة ، وروج كما روج عليه ، وتخلص منه ونسبه ابن الصباغ الى غيرهما أيضا .

وقال ابن أبى هريرة : لأنه ما أيس من الرد فربمـــا يعود اليه . ويتمكن من رده وهـــذا أصح المعنيين عند الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب والمحاملى ، وقال الرافعى : ورأيته منصوصا عليه فى اختلاف العراقيين .

(قلت) وهو كذلك فى باب الاختلاف فى العيب ، قال الشافعى : اذا اشترى الجارية أو الثوب فباع نصفها ثم ظهر منها على عيب لم يكن له أن يرد النصف ، ولا يرجع على البائع بشىء من نقص المعيب ، يقال له : ردها أو احبس ، وانمـــا يكون له أن يرجـــع بنقص العيب اذا ماتت أو أعتقت فصارت لا ترد بحال أو حدث عنده بها عيب فصار ليس له أن يردها عليه بحال ، فأما اذا باعها أو باع بعضها فقد يمكن أن يردها فيلزم ذلك البائع لم يكن له أن يردها . ويرجع بنقص العيب كما لا يكون له أن يمسكها بيده ويرجع بنقص العيب انتهى ، وسيأتى من نصه فى البويطى ما يشـــهد لقول أبى اسحاق فى المعنى الذى علل به ، واعترضوا على علة أبى اسحاق بأن غير البائع له لا يتخير بعيبه لغيره .

(القول الثانى) وهو من ترجيح ابن سريج له الأرش ، وبه قال ابن الحسن وابن أبى ليلى ، وهو الأصح عند المالكية ، وهذا القول حكاه المصنف فى التنبيه فقال : وقيل يرجع ، وليس بشىء ، وهذه التضعيفة تقتضى أنه وجه ، فان عنده أن الأقوال المخرجة لا تنسب الى الشافعى ، وهذا مخرج خرجه ابن سريج • والناقلون له قليل ، منهم الامام كما سنحكيه عنه ، والغزالى(١) وحكى ابن داود أن صاحب التقريب حكاه عن أصحابنا•وقال الرافعى : فى رواية البويطى ما يقتضيه : قال ابن الرفعة : وهو صحيح اذ فى مختصره اذا اشترى الرجل العبد فباع نصفه ثم أصاب عيبا فليس له أن يرجع بما نقص العيب ، الا أن يرده جميعا وقد قيل : يخير البائع فاذا أراد أن يأخذ النصف الذى فى يديه فيكون شريكا له به للمشترى ممن اشترى منه فذاك ، والا رجع عليه بقيمة العيب ، وهو أحب الى انتهى •

(**قلت**) وقد رأيت النص المذكور فى مختصر البويطى فى باب المتاع يشترى فيوجد به العيب ، ورأيت فيه أيضا قبل ذلك فى باب القراض ، واذا اشترى الرجل سلعة وقبضها فأشرك فيها رجلا فان أصاب بها عيبا فأراد أحدهما الرد ولم يرد الآخر لم يجب ذلك على البائع لأنه باع عبده مجموعا ، فليس له أن يبعضه عليه ، ويكون للشريك الرد على الذى أشركه ، فاذا رد عليه فله أن يرده ، وان أبى الشريك أن يرده فله أن يرجع على البائع بنصف قيمة العيب • وقيل : لا يرجع بشىء انتهى •

وهذا النص يقتضى أنه لا يرجع عند بيع الجميع ، لأنه حكم عند امتناع الشريك من الرد بنصف الأرش بأنه لا يرجع بشىء على القول الآخر ، فلو كان عند بيع الجميع ثبت له الأرش كاملا ، لكان ههنا أولى ، فلما لم يحكم الا بمقدار ما بقى فى يده دل على أنه لا أرش للخارج عن يده • وهذا النص ذكره ابن سريج مع نصه الذى فى مختصر المزنى لاختلافهما فيما اذا باع بعض العين ، وتحصلنا

---

(١) بياض بالأصل فحرر ه (المطيعى)

للشافعي فيما اذا باع نصف العين على قولين (أحدهما) أنه يطالب بنصف الأرش (والثانى) لا يطالب بشىء •

وأما النص الآخـر الذى تقدم عن البويطى ففيه قولان أيضا (أحدهما) أنه لا يرجع بشىء كالقول الذى هنا (والثانى) فيه احتمال ، وهو قوله : رجع عليه بقيمة العيب ، وهو أحب الى ، يحتمـل أن يريد بقيمة العيب فى النصف الباقى فى يده ، فيكون موافقا للنص الآخر الذى فى البويطى ، وحينئذ لا يدل على أنه اذا باع الجميـع يرجع بالأرش ، بل يدل على أنه لا يرجع • ويؤيد هذا أنه اذا قال : اذا أراد البائع أن يأخذه ويكون شريكا للمشترى فذاك • وظاهر ذلك أنه يأخذه بنصف الثمن وأنه لا يعطى أرشـا عن النصف المبيع ، فهـذان الأمران يدلان على تأويل نصه فى البويطى على هـذا ، جمعا بين الكلامين ، فلا يكون فيه ما يقتضى القول الذى خرجه ابن سريج كما للرافعى وابن الرفعة • بل يكون فيه النص الآخـر شاهدا على أحد القولين المذكورين فيه لمـا قاله أبو اسحاق من التعليل باستدراك الظلامة ، ولهذا أوجب أرش النصف فقط •

ولو كان اليأس هو العلة لمـا وجب شىء لامكان الرد ، أو لوجب الجميع ان كان هذا الامكان غير معين لبعده ، على أن النص الذى فى البويطى فى باب المتاع يسيرا فيؤخذ به العيب هو منقول من اختلاف العراقيين ، والموجـود فيه فى الأم من قول الشافعى وأبى حنيفة أنه لا يرجع بشىء ، ومن قول ابن أبى ليلى : أنه يرد بما يده على البائع بقدر ثمنه ، فان كان قوله فى البويطى : وقيل يجبر البائع • المراد به قول ابن أبى ليلى ، فلم يبق فى النص متمسك للتخريج ولا لاثباته قولا للشافعى ، ولا أعلم من عادة البويطى فعل مثل ذلك فى النقـل عن العلماء الذين ينقل عنهم الشـافعى ، أو أنه لابد من أن يصرح بأسمائهم ، وبالجملة فقد تقدم تأويله وثبوت الخلاف فى النصف ، تحقق بالنص الثانى مع ما فى مختصر المزنى •

أما فى الكل فالمنصوص عليه أنه لا يرجع بالأرش ، وفيه الوجه المنقول عن ابن سريج وعن حكاية صاحب التقريب • ولا أدرى بمـاذا

خرجه ابن سريج • وقد رأيت فى البويطى ما يمكن أن يكون سندا للرافعى قبل باب الشركة • قال من كلام الشافعى : وان اشترى سلعة وبها عيب ثم حدث عنده عيب آخر لم يرد عليه أبدا ويرجع بقيمة العيب من قبل أنه لا يقدر أن يرد مثل ما أخذ أبدا لما حدث عنده ، فان اشترى [سلعة] وبها عيب ثم حدث عنده عيب آخر ، ثم صح العيب الذى حدث عنده فله أن يرده • وقال أبو يعقوب وهو البويطى — ان باعه فكذلك يقتضى أن البيع كحدوث عيب ، فيأخذ الأرش ، وهذا ظاهره وهو يقتضى الوجه الذى خرجه ابن سريج ، كما قال الرافعى •

لكن هل ذلك من كلام البويطى نفسه أو عن الشافعى ؟ فيه نظر • والظاهر الأول والامام حكاه عن حكاية صاحب التقريب قولا ، لكن فيما اذا رضى المشترى الثانى بالعيب وقال ان القياس الرجوع ، واقتضى كلامه أننا اذا قلنا بعدم الرجوع اذا رضى المشترى الثانى فقبل اطلاعه ورضاه أولى ، وان قلنا بالرجوع اذا رضى فقبل اطلاعه وجهان ، كما اذا زال بالهبة ، وأولى بعدم الرجوع لأن رد المشترى الثانى بالعيب على المشترى الأول ممكن ظاهر الامكان ، يطرد على نظم المعاملة ، واذا كان الرد أمكن كان الرجوع بالأرش أبعد ، والقياس عند الامام فيما اذا زال بالهبة أنه يرجع بالأرش ، ونسبه الى مذهب طوائف من المحققين وبما ذكرناه ظهر لك أنه ينبغى أن يقال فى المسألة طريقان :

(أحدهما) القطع بعدم الرجوع بالأرش كما هو مقتضى النص وقول الأكثرين (والثانية) حكاية الخلاف ، ثم هو على الترتيب المتقدم ، وقد قال الغزالى : انه اذا اطلع على العيب بعد أخذ الشفيع فلا رد ولا أرش ، لأنه روج على غيره • وذلك يقتضى أن نقول بمثله فى البيع ، كما قال الأكثرون والنص ، ولكنه هنا خالف وقال : ان الأصح وجوبه ، وما قاله فى الشفعة أولى لموافقته للأكثرين •

(**فائدة**) قال الغزالى والامام قبله : ان الخلاف المذكور فى الرجوع بالأرش يقرب من القولين فى أن شهود الزور اذا شهدوا على انسان بمال ورجعوا بعد الحكم هل يغرمون ؟ على قولين ولا خلاف ، لكنهم يغرمون فى العتق والطلاق لأنه لا مستدرك لهما ، والحيلولة فى

المـال ممكنة الزوال بأن يعترف المشهود له يعنى وامتناع الرد هنا ممكن الزوال بعود الملك ، فيكون كالشهادة فى الأول ، والامام خـرج بالبناء عليه ، والصحيح أن الشهود يغرمون ، ومقتضى ذلك أن الأصح وجوب الأرش كما صححه الغزالى هنا • وقال الامام فى الصورة المتقدمة انه القياس ، لكن الأكثرون والنص وتصحيح الغزالى فى الشفعة على خلافه •

(فـرع) على تخريج ابن سريج : اذا أخـذ الأرش ثم رد عليه مشتريه بالعيب فهل يرده مع الأرش ويسترد الثمن ؟ فيه وجهان •

(فائدة) اذا عرفت ذلك فقول المصنف لم يجز له المطالبة بالأرش يشمل ما اذا اطلع المشترى الثانى على العيب ورضى به ، وما اذا لم يطلع وهو الأظهر فى الصورتين ، الموافق لمقتضى النص ، وفى كل منهما الخلاف ، لكن بالترتيب على ما اقتضاه كلام الامام ففى الثانية أبعد لقرب الامكان •

وينبغى أن يقال فى الترتيب هكذا : انا ان عللنا باستدراك الظلامة فلا يرجع بالأرش بعد بيعه الا بأن يرد عليه ، وان عللنا باليأس والبأس الحقيقى لم يحصل فى الصـورتين ، لكن حالة رضا المشترى الثانى قريبة من اليأس ، ليعود العود مع أنه ان عاد يعود بملك جديد ، فجرى فيها الخلاف ، وقبل الاطلاع ليس العود بعيدا ، ويتوقع على قرب أن يعود بالرد بالملك الأول فكان الخلاف فيها أقوى ، والقياس فى حالة رضا الثانى أو يرجع الأول بالأرش ، لأنه لا يلزم من تبرع الثانى سقوط حق الأول •

ومقتضى النص وقول الأكثرين عدم الرجوع فى الصورتين ، وانا لا نقول بسقوط حق الأول ، ولكن يترقب عوده اليه فيرده أو نواته بالكلية فيأخذ الأرش • وقال المـاوردى : انه اذا رضى الثانى بالعيب استقر سقوط الأرش والرد ، وهـذا الذى قاله انما يتجه على قول أبى اسحاق أو يؤول على أنه يستقر سقوطه ما دام زائلا عنه • وقد خرج من كلام المصنف ما اذا باعه بعـد العلم بالعيب فانه يبطل حقه ،

لان ذلك رضـــا بالعيب • وأفهم آخـــر كلام المصنف أن فرض المسألة ما دام المبيع زائلا عن ملك المشترى ، وهو باق فى ملك المشترى بحالة يمكن عوده ، فلو فقد شىء من هذه الأمور ، فسيأتى فى كلام المصنف ان شاء الله تعالى •

وفهم من كلامه أيضـــا أن اطلاعه على العيب وسكوته عليه وهو فى ملك المشترى الثانى لا يبطل حقه ، حتى لو كان باعه بشرط الخيار وعلم العيب فى زمان الخيار فلم يفسخ حتى فسخ المشترى أو رده بالعيب له رده على الأول ، وبترك الفسخ لا يبطل حقه من الرد قاله صاحب التهذيب (قلت) وفيه نظـــر اذا كان فى زمان الخيار للبائع أو لهما ، فانه متمكن من الرد ولاسيما اذا قلنا بأن الملك له •

(فـــرع) اشترى ثوبا فقطعه أو صبغه ثم باعه ثم علم بعيبه ، فلا يرجع بأرش العيب ، لأنه استدرك الظلامة ولم ييأس من الرد ، لأنه ان قبله البائع مع القطع أو الصبغ أعطاه قيمته • قاله القاضى أبو الطيب وغيره عن ابن سريج •

قال المصنف رحمه الله تعـــالى

(فان رد المشـــترى الثـــانى بالعيب على المشـــترى الأول رده على البائع لانه أمكنه الرد ولم يستدرك الظلامة) •

(الشرح) هذا لا خلاف فيه ، وهو معلل عند الأكثرين بالمعنى الأول • وعند أبى اسحاق بالثانى ، واتفق الأصحاب أنه لا يلفت الى زوال الملك وعوده ههنا وسببه أن الرد ينقض الجهة المتجددة ويرد الملك الذى كان ثابتا قبلها ، فليس ملكا جديدا وسبب الاختلاف فى الرد بعد زوال الملك وعوده فى الصورة التى سنذكرها عمن يقول بالمـــأخذ المذكور أنه يعتقد العائد ملكا جديدا ، وليس الرد كذلك • وعن أبى حنيفة أنه ان رده بقضـــاء القاضى ارتفع العقد من أصـــله ، وللمشترى الرد على الأول ، وان لم يرد بالتراضى ارتفع فى الحال ، فلم يكن له الرد • قال الفورانى : وعندنا كيفما كان يرتفع العقد من أصله •

(قلت) وهذه العبارة بظاهرها منكرة على الصحيح من المذهب ، ولكن بطريق الجواب أن يقال (وان قلنا) بأن العقد يرتفع من حينه فالعائد هو الملك الأول المستفاد من ذلك الشراء ، لأن الشراء الثانى انتقض • والرد فسخ لا سبب جديد لملك آخر •

وقد خالفنا أبو حنيفة وقال : اذا رده المشترى الثانى بالعيب لا يرده الأول بعد القبض ، الا أن يرد بحكم الحاكم ، وذلك على ما تقدم من أصله ، وهو يجعل الرد بدون الحاكم كالاقالة •

(فـــرع) ليس للمشترى الثانى رده على البائع الأول ، لأنه ما تلقى الملك عنه ، هكذا أطلق البغوى والرافعى وهو الصحيح • وفيه وجه آخـــر أنه اذا غاب البائع الثانى أو مات وكان الثمن من جنس الثمن الأول أن له الرد على البائع الأول ، لأن مال الغائب راجع اليه ، ولو كان حاضرا ورد عليه فالظاهر من حاله أنه يرد عليه أيضا • حكاه صاحب التتمة وقال صحيح •

قال المصنف رحمه الله تعـــالى

(وان حدث عند الثـــانى عيب فرجـــع على الأول بالأرش رجـــع هو على بائعه لأنه أيس من الرد ولم يستدرك الظلامة) •

(الشرح) جماعة من الأصحاب أطلقوا هكذا كما أطلقه المصنف أنه اذا رجع المشترى الثانى على الأول بالأرش رجع الأول على بائعه لأنه أيس من الرد ، أى بحدوث العيب ، وبأنه لم يستدرك الظلامة لأخذ الأرش منه ، وممن جزم بذلك كما جزم المصنف الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى • وقال ان ذلك على التعليلين معا ، وأما الرافعى رحمه الله فانه قال على القول المشهور المخالف لتخـــريج ابن سريج : انه اذا حدث عيب فى يد المشترى الثانى ثم ظهر عيب قديم ينظر أن قبله المشترى الأول مع العيب الحادث خير بائعه فان قبله فذاك ، والا أخذ الأرش منه •

وعن أبى الحسين ــ وهو ابن القطان ــ أنه لا يأخذه ، واسترداده رضا بالعيب •

وان لم يقبله وغرم الأرش للثانى ففى رجوعه بالأرش على بائعه وجهان (احدهما) لا يرجع به ، قال ابن الحداد : وهو الذى قاله الطورانى والماوردى ، لانه لو قبله وما قبله منه بائعه فكان متبرعا بغرامة الارش (واظهرهما) يرجع لانه ربما لا يقبله بائعه فيتضرر قال الشيخ ابو على : ويمكن بناء الوجهين على ما سبق من المعنيين ان قلنا بقول ابى اسحاق واذا غرم الأرش زال استدراك الظلامة فيرجع ، وان قلنا بقول الاكثرين وابن ابى هريرة فلا يرجع ، لانه ربما يرتفع العيب الحادث فيعود اليه •

قال الشيخ ابو على : وعلى الوجهين لا يرجع ما لم يغرم للثانى ، فانه ربما لا يصاب بشىء فيبقى مستدركا للظلامة ، وهذا ما ذكره الرافعى رحمه الله ، واصل الترتيب فى تعليقه القاضى حسين والتهذيب وتبع القاضى بموافقة ابن الحداد فى عدم الرجوع ، والبقية من زيادات الرافعى رضى الله عنه ، واورد ابن الرفعة على بناء الشيخ ابى على انه لو كان حدث لقال ابن الحداد بالثانى وهو قد قال بالاول فامتنع التخريج •

قال الرافعى : انه على قول ابن سريج الذى خرجه للمشترى الأول أخذ الأرش من بائعه ، كما لو لم يكن يحدث عيب ، ولا يخفى الحكم بينه وبين المشترى الثانى • انتهى •

(واقول) بعون الله تعالى : ما ذكره الرافعى والبغوى من الترتيب مبنى على ما تقدم عنهما فى أن الواجب عند حدوث العيب عرض الرأى على البائع ، فان قبله والا انتقل الى الأرش فالحق لا يثبت للمشترى فى الأرش حتى يمتنع البائع من قبوله ، فلا جرم سلك هذا الترتيب هنا وحسن جريان الخلاف اذا لم يقبله وقول ابن الحداد بعدم الرجوع وتعليله بانه متبرع بغرامة الأرش ، ولا ينافى هذا قوله بأن العلة عدم استدراك الظلامة لأنه اذا جعله بغرامة الأرش متبرعا كما صرح به الرافعى عنه ، فاستدراك الظلامة باق لا يرتفع بتبرعه •

وأما القول بالرجوع المقابل لقول ابن الحداد فى جعله متبرعا وان

وافقه فى أصل العلة ، وأما على القول بأن العلة فى الرجوع اليأس ـ فان كان المراد اليأس من الرد على سبيل الالزام ـ فان اليأس هنا غير موجـود ، لمـا قاله الشيخ أبو على من امكان ارتفاع الحادث ، وعوده اليه ، فيمكن من رده بالالزام حينئذ وربما يعـود اليه مع العيب الحادث ورضا البائع بقبوله ، فيتمكن المشترى من الرد على سبيل المراضاة ، وهو الذى وجب له ابتداء على رأى الرافعى ، فامكان الزام الرد موجود ان كان هذا الامكان معتبرا لاحتمال ارتفاع الحادث وعوده ، وامكان الرد بالتراضى موجـود باحتمال عوده ، فلم جعـل الرافعى هنا الأصح أنه يرجع بالأرش ؟ وسكت عن قول الشيخ أبى على ، ثم قوله عن الشيخ أبى على : انه على الوجهين لا يرجع ما لم يغرم الثانى هذا انما يظهر على التعليل باستدراك الظلامة .

أما اذا عللنا باليأس فليس لقرابته للثانى أثر ، فان امكان الرد بالتراضى لا ينقطع بها وامكان الرد بالالزام مع العيب الحادث ليس ممكنا قبلها ، وعلى تقدير ارتفاع العيب الحادث يمكن قبلها وبعدها فلا معنى لتقييد ذلك على اعتبار اليأس بالقرابة بل ينبغى ان كان له الرجوع رجع مطلقا ، وان لم يكن له الرجوع لم يرجع مطلقا وقد صحح أنه له الرجوع فليرجع ، وان لم يغرم على اعتبار اليأس وكلام الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب فى تعليقهما يقتضى باطلاقه أنه اذا حصـل به نقص عند الثانى فللأول الرجوع بالأرش على اعتبار اليأس وهـذا مما يدل على أن الوجهين المذكورين عن ابن الحداد وغيره مفرعان على قولنا : ان العلة استدراك الظلامة وعلى ذلك يصح قول الشيخ أبى على : انه على الوجهين لا يرجع ما لم يغرم ، أى على هذين الوجهين المفرعين على الوجه الضعيف ، لكن الذى ذكره أولا من البناء مشكل .

وظاهر كلام الشيخ أبى على أن الصحيح عنده امتناع الرجوع ان كان يوافق الأكثرين على التعليل باليأس ، وهو مخالف لمـا قاله المصنف وغيره من العراقيين والذى قالوه هو الصحيح بناء على ما تقدمته عن الأصحاب أن الواجب عند حدوث العيب هو الأرش ابتداء ، فانه يقتضى وجوب الأرش هنا مطلقا غرم أو لم يغرم ، وأما على ما تقدم

عن الرافعى وصاحب التهذيب أن الواجب الرد الا أأن يمتنع البائع فينتقل الى الأرش فيظهر أنه لا يرجع مطلقا ، غرم أو لم يغرم حتى يحصل اليأس •

واعلم أن تعليل المصنف والأصحاب الذين ذكرتهم موافقين له فى هذه المسألة باليأس يبين لنا أن المراد اليأس عن الرد على سبيل الالزام ، وأن توقع زوال العيب الحادث غير معتبر •

(فــرع) هذا الذى ذكرناه كله ما دام المبيع باقيا ، أما لو تلف بعد حدوث العيب أو دونه فأخذ الثانى الأرش من الأول رجع الأول على بائعه بلا خلاف •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان تلف فى يد الثــانى وقلنــا بتعليــل أبى اســحاق لم يرجــع لأنه اســتدرك الظلامة وان قلنــا بتعليــل غيره رجــع بالأرش لأنه قد أيس من الرد) •

(الشرح) اذا تلف فى يد المشترى الثانى أو كان عبدا فأعتقه ، أو أمة فاستولدها ، أو وقف المبيــع ، فقد حصل اليأس من الرد ، فيرجع على الأصح ، وعلى تعليل أبى اسحاق لا يرجع ، لأنه بالبيــع استدراك الظلامة ، والتخريج على المعنيين المذكورين واضح ، وممن صرح بالمسألة كذلك الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب ، وصــورة المسألة اذا تلف فى يد الثانى من غير حدوث عيب ، أو مع حدوثه ، ولكن لم يغرم المشترى الأول الأرش للمشترى الثانى ، اما لأنه أبرأه من الأرش ، أو لم يبرئه ، ولكن لم يغرم بعــد ، وقد صرح الرافعى بالمسألتين الأخيرتين وقال : ان عللنا باستدراك الظلامة فلا يرجع ما لم يغرم ، وان عللنا باليأس يرجــع ، أما اذا غرم الأرش للمشترى الثانى فان المشترى الأول يرجع بالأرش على بائعه بلا خلاف لوجود اليأس وعدم استدراك الظلامة • صرح به القاضى حسين والرافعى •

(وان رجع المبيع اليه ببيع أو هبة أو بارث لم يرد على تعليل أبى اسحاق لأنه استدرك الظلامة ، وعلى تعليل غيره يرد لأنه أمكنه الرد) •

(الشرح) طريقة العراقيين والجمهور البناء فى هذه المسائل وأخواتها على المعنيين المذكورين كما بناه المصنف ، ومن جملة أمثلة ذلك أن يرجع اليه بالاقالة أو الوصية ، ويقتضى البناء المذكور أن الأصح أن له أن يرد ، وهو كذلك ، ولأجل ذلك جزم به فى التنبيه ، ويزداد فى حالة رجوعه بالبيع نظر آخر وهو أنه ان لم يكن علم بالعيب قبل شرائه ثم علم به بعد الشراء الثانى فله الرد قطعا ولكن الخلاف فيمن يرد عليه ، فعلى قول أبى اسحاق لا يرد على الأول ، بل على الثانى فقط ، وعلى الأصح له الرد عليهما ، ان شاء رد على الأول ، وان شاء رد على الثانى، واذا رد على الثانى فله رده عليه ، وحينئذ يرده هو على الأول •

وقيل : لا يرده على الثانى لأن فيه تطويلا ، بل يرد على الأول ، كذا حكاه وقيل لا يرد على الأول بل يرد على الثانى لأنه الأقرب ، والرد عليه ممكن بخلاف ما اذا رجع بالهبة ونحوها ، حكاه الامام ، وان كان المشترى الأول حين الشراء من الثانى عالما بالعيب لم يكن له أن يرد على الثانى ، ورده على الأول يبنى على المعنيين ، والصحيح الرد •

وقال القاضى حسين : ليس له الرد ، لأنه باقدامه على الشراء مع العلم بالعيب صار راضيا به ، وقد تقدم عنه ما يشبه ذلك ، والذى قاله هو القفال على ما نقله الرويانى • وقال : انه الصحيح وان سائر الأصحاب لم يفصلوا هذا التفصيل •

وأما الاقالة فقال القاضى أبو الطيب وابن الصباغ : انها تقبل الفسخ • واختار الرويانى والرافعى بناءها على أنها بيع أو فسخ (فان قلنا) انها بيع أو قلنا بما اختاره القاضى أبو الطيب من جواز

فسخها احتمل أن يأتى فيها على الأوجه الثلاثة (وان قلنا) فسخ ولا يقبل الفسخ لم يتجه ذلك فيه •

وأما بقية طرق العود من الهبة ونحوها فلا تأتى فيها هذه الأوجه ، بل تتخـــرج على المعنيين فقط ولا أظن يأتى فيهـــا قول القاضى فى حالة العلم أيضـــا لعدم العوض وقد سلك الامام والغزالى فى بناء المسائل المذكورة غير الذى سلكه المصنف والجمهور فجعـــلا مأخذ الخلاف فى ذلك أن الزائل العائد بجهة أخرى هل هو كالذى لم يزل أو كالذى لم يعـــد ؟ وفيه جوابان مأخوذان كما يدل عليه كلام الشيخ أبى محمد فى السلسلة فى باب التفليس من قولين منصوصين للشافعى اذا قال لعبده : اذا جاء رأس الشهر فأنت حـــر ، ثم باعه ، ثم اشتراه ، ثم جاء رأس الشهر ففى العتق قولان ، وهما يشبهان الخلاف أيضـــا فيما اذا علق طلاق زوجته بصفة ، ثم أبانها ، ثم جدد نكاحها ، ثم وجدت الصفة ، وهذا أصل تخرج عليه مسائل •

(منها) لو أفلس بالثمن وزال ملكه عن المبيع وعاد هل للبائع الفسخ ؟ (ومنها) لو وهب لولده وزال ملك الولد وعاد للأب الرجوع (ومنها) اذا زال ملك المـــرأة عن الصداق ، ثم عاد اليها وطلقها زوجها قبل الدخول ؟ •

(ومنها) فى هذا الباب اذا زال الثمن عن ملك البائع وعاد ، ثم رد المشترى المبيـــع بعيب ، فهل يتعين لحق المشترى ؟ فيه طريقان (أحدهما) تخريجه على الخلاف (والثانية) القطع بأنه كالذى لم يزل ، لأنه ليس مقصودا بالرد ، والصحيح من ذلك كله فى هذه المســـائل أنه كالذى لم يزل الا الهبة ، فالصحيح فيها أنه كالذى لم يعد •

(واعلم) أن طريقة المصنف والجمهور فى البناء لا اشكال فيها ، وطريقة الامام المذكورة يحتاج فيها الى الفرق بين هذه الأبواب ، ثم المسائل المذكورة أعنى فى عـــود المبيع بالبيع والهبة والارث والاقالة ليست على وتيرة واحـــدة ، فان الهبة والبيع ملك جديد قطعا ، والارث — وان كان جديدا — لكنه اذا جعلنا الوارث يبنى على حول الموروث كان

ذلك هو الملك الأول ، والاقالة فسخ ، فالعائد بها هو الملك الأول ، وكان ينبغى أن لا يجرى الخلاف فيها كما لو رجع بالرد بالعيب .

وقد اعتذر بعضهم عن هـذا بأنها وان كانت فسخا فهى تشبهه بالتبع لأجل التراضى . ولهـذا يرد على طريقة القاضى أبى الطيب وهو اعتذار حسن ان سلم به ما قاله القاضى أبو الطيب ، وقد تقدم أن الرويانى اختار خلافه ، وبناها على أنها فسخ أو بيع ، وطريقة المصنف والجمهور سالمة عن الاعتراض أو تكون المسـائل كلها فى درجة واحدة لا ترتيب فيها .

نعم الاقالة لابد من الاعتذار المذكور فيها ليفرق بينها وبين الرد بالعيب عند الجميع ، ثم ان القاعـدة المذكورة التى بنى الامام عليها لم يلاحظوها فى كل مكان ، ألا ترى أنه لو باع النصاب فى أثناء الحول ، ثم استرده بسبب جديد ، لم يقل أحـد بأنه كالذى لم يزل حتى تجب الزكاة فى ذلك الحول وغير ذلك من المسـائل فما الضابط فى جريان الخلاف المذكور ؟ وما الداعى الى أن يجعله كالذى لم يزل ؟ أو كالذى لم يعـد ؟ ونحن نقطع بأنه زال وعـاد ، فلا جرم كانت طريقة الجمهور أقوم وأدخل فى المعنى ، ويحتمل أن يكون البناء الذى ذكره الامام مختصـا بالتفريق على اعتبار اليأس ، أى ان قلنا العلة استدراك الظلامة لم يرد ، وان قلنا العلة اليأس تبنى على الزائل العائد ، وعلى الجملة الصحيح جواز الرد ، وخالف الغزالى فى الخلاصة فجعل الصحيح المنع .

(فـرع) اعلم بأنا اذا قلنا : الزائل العائد كالذى لم يعد كما صححه الغزالى لم يبق لنا بعد بيع المشترى الأول طريق يتوقع بهـا العود والرد ، الا أن يرد المشترى الثانى فان فرض اطلاعه على ذلك العيب ورضاه انسـد طريق الرد ، وحينئذ يتعين وجوب الأرش عند القائلين باعتبار اليأس كما قال الغزالى ، لكنه عمم مع رضا الثانى ودونه . وكلا الأمرين ضعيف ، لأنا نمنع أن الزائل العائد كالذى لم يعـد . وأما المـاوردى رحمه الله فانه قال : اذا رضى البائع بالعيب يستقر سقوط الأرش والرد ، وهذا انما يستقيم على قول أبى اسحاق ، أما على الصحيح فلا يستقيم سقوط الرد ، وعلى رأى الامام والغزالى

لا يستقيم سقوط الأرش ، وقد ذكرت ذلك عن الماوردى فيما مضى وذكرت له تأويلا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان لم يعلم بالعيب حتى وهبه من غيره ، فان كان بعوض فهو كالبيع وقد بيناه) •

(الشرح) هذا بين لا اشكال فيه ، الا أن الهبة بعوض بيع ، وحينئذ تأتى فيها الأقسام والأحكام المذكورة كلها • وقول المصنف : وهبه من غيره • قال النووى رحمه الله فى تهذيب اللغات : وأما قول الغزالي وغيره فى كتب الفقه : وهبت من فلان كذا فهو مما ينكر على الفقهاء لادخالهم لفظة من ، وانما الجيد : وهبت زيدا مالا ، ووهبت له مالا • قال : وجوابه أن ادخال (من) هنا صحيح ، وهى زيادة ، وزيادتها فى الواجب جائزة عند الكوفيين من النحويين ، وعند الأخفش من البصريين ، وقد روينا أحاديث منها وهبت منه كذا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وهبه بغير عوض لم يرجع بالأرش لأنه لم ييأس من الرد) •

(الشرح) هذا هو الصحيح تفريعا على أن المعتبر اليأس ، أما اذا عللنا باستدراك الظلامة فيرجع بالأرش لأنه لم يستدرك ، ومنهم من حكى القطع هنا بعدم الرجوع اذا أريد أن العلة هى اليأس لاستدراك الظلامة ، وهذه الطريقة هى التى يشعر بها ايراد المصنف ، وبين ذلك أن القاضي أبا الطيب جزم بعدم الرجوع ، وعلله بعدم اليأس كما فعل المصنف • ثم قال : والتعليل الذى ذكره أبو اسحاق وهو استدراك الظلامة غير موجود ههنا ، واذا كان كذلك دل على أن هذا التعليل هو الصحيح دون ما قاله أبو اسحاق • وكذلك الشيخ أبو حامد قال قوم(١) من هذا الكلام • والروياني صرح فى البحر بأن أبا اسحاق وافقنا على

---

(١) بكسر الواو مع التشديد •

عدم الأرش هنا ، واستدل بذلك على بطلان علته ، لكن المحاملى صرح بأنه على تعليل أبى اسحاق له الأرش لأنه لم يستدرك الظلامة ، والماوردى أيضا صرح بالوجهين على مقتضى التعليلين • وحكى الرويانى ذلك عن بعض الأصحاب •

وهذه الطريقة أقوم الا أن يكون أبو اسحاق صرح(1) النقل عنه بذلك فيلزمه • وهاتان الطريقتان على القول المشهور أنه اذا باع لا يرجع بالأرش ، أما على ما خرجه ابن سريج من أنه يرجع فيرجع ههنا أيضا • كذلك صرح به الرافعى •

(تنبيه) الهبة قد يسمى فيها عوض ، ولا شك أن حكمها حكم البيع كما تقدم والهبة التى لا يسمى فيها عوض لنا فى اقتضائها الثواب قولان •

(فان قلنا) لا تقتضى الثواب اتجه ما قاله المصنف ، والتفريع المذكور من الأصحاب (وان قلنا) تقتضى الثواب فهى بمنزلة البيع • كذلك قاله القاضى أبو الطيب والمحاملى والماوردى خرجوا ذلك على الخلاف المذكور ، ولم يقولوا كما قال المصنف : اما أن تكون بعوض أو لا • والشيخ أبو حامد فعل كما فعله المصنف ، فلك فى كلام المصنف طريقان • اما أن تقول : انا اذا قلنا باقتضاء الهبة المطلقة الثواب صارت بعوض ، فدخلت فى قوله الأول : ان الهبة بعوض ولم تدخل فى قوله ههنا بغير عوض ، واما أن تقول : ان قوله ههنا مفرع على المذهب فى عدم اقتضاء الهبة الثواب •

(فرع) قال صاحب التهذيب : قال بعض أصحابنا : لو كان وهبه من ابنه فلا يرجع ، لأنه يمكنه أن يرجع فى الهبة ثم يرد كما لو لم يخرج عن ملكه ، قال : والصحيح أنه خارج عن ملكه (قلت) يعنى أن بعض أصحابنا أشار الى أنه لا يرجع بالأرش قولا واحدا ولا يخرج على المعنيين ، والصحيح أنه يخرج عليهما فلا يرجع على الصحيح ، ويرجع على قول أبى اسحاق ، وسنزيد لك أن للقطع

---

(1) بفتح الصاد وضم الراء وفتح الحاء .

فى هذه المسألة مأخذا آخر ، ويصلح ذلك أن يكون جوابا لأبى اسحاق عن اعتراض الأصحاب عائد بهذه المسألة ، لكن فى صورة واحدة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان رجع اليه ببيع أو هبة أو ارث فله الرد بلا خلاف ، لأنه أمكنه الردولم يستدرك الظلامة) •

(الشرح) اذا وهبه بلا عوض ثم رجع اليه فالمصنف قد تبع القاضى أبا الطيب فيما قاله جميعه من التمثيل ، وبقى الخلاف والتعليل • والشيخ أبو حامد قال : ان رجع اليه بأن يكون قد وهبه لابنه ورجع فيه ، كان له الرد • والامام حكى فيما اذا عاد بالهبة أو بجهة لا رد فيها وجهين (أحدهما) له الرد لأنه يرد ما ملك كما ملك (والثانى) لا • لأن الرد نقص للملك المستفاد من جهة ، وهذان الوجهان مأخذهما ما تقدم عنه من البناء على الدليل العائد ، والعراقيون والجمهور لم يلاحظوه كما تقدم ، وأطلق الرافعى الوجهين فيما اذا عاد لا بعوض وبناهما على أنه هل يأخذ الأرش ؟ اذ لم يعد (ان قلنا) لا ، فله الرد ، لأن ذلك لتوقع العود (وان قلنا) يأخذ فينحصر الحق فيه ، أو يعود الى الرد عند القدرة • فيه وجهان (قلت) والقول بانحصار حقه فيه بعيد ، ومع بعده انما يمكن القول به اذا كان قد علم بالعيب ، أما اذا لم يعلم حتى عاد فيصير كما لو لم يعلم بالعيب الحادث حتى زال القديم ، وحكمه الرد الا على وجه شاذ ، وههنا أولى بأن لا يجرى ذلك الوجه •

وأما اذا عاد بعوض كالشراء قال الرافعى (فان قلنا) لا رد فى الحالة الأولى فكذلك ههنا • ويرد على البائع الأخير (وان قلنا) يرد فههنا يرد على الأول والأخير أو يتخير ، فيه ثلاثة أوجه خارجة مما سبق (قلت) وهذا البناء والترتيب جيد ، والصحيح أن له الرد كما قال المصنف ، لكن مع حكاية الخلاف فى المسائل الثلاث التى ذكرها • وفى معناها الوصية والاقالة كما تقدم •

وأما اذا عاد بالرجوع فى هبة الوالد لولده فلم أرها مصرحا بها

الا فى كلام الشيخ أبى حامد ، ويحتمل أن يقال : انه لا يجـرى الخلاف فيها ، لأن الرجوع فى الهبة بقبض لها كالرد بالعيب ، والعائد هو المـالك ، فلا يتأتى تخريجه على الزائل العائد ، كما لم يخـرج عليه عند رجوعه بالرد بالعيب ، ويكون ههنا له الرد قولا واحدا •

ويحتمل أن يجـرى فيها الخلاف أيضـا كما يقتضيه اطلاق الامام والرافعى أخـذا مما ذكره الرافعى من انحصار حقه فيه • وقد تقدم التنبيه على ضعفه ، وقد اشتبه على بعضهم كلام المصنف هنا فظن أن الرجوع بعد البيع • واعترض عليه قولا وتعليلا ، ولا حاجة الى نقل كلامه ، وانما ذكرته لئلا يشتبه على غيره ، كما اشتبه عليه ، والرجوع بعد البيـع ذكره المصنف فيما تقدم ، وقد تكمل شرح مسائل الكتاب ، وبقيت فروع نذكرها ان شاء الله تعالى •

(فـرع) باع زيد عمرا شيئا ثم اشتراه منه وظهر فيه عيب كان فى يد زيد فان كانا عالمين بالحال فلا رد ، وان كان زيد عالمـا فلا رد له ولا أرش • وأما عمرو فلا رد له أيضا لزوال ملكه ولا أرش له على الصحيح المخالف لتخريج ابن سريج لاستدراك الظلامة ولتوقع العود ، فان تلف فى يد زيد أخـذ الأرش على التعليل الثانى دون الأول • وهكذا الحكم لو باعه زيد لغيره ، وان كان عمرو عالمـا فلا رد له ولزيد الرد • وان كانا جاهلين فلزيد الرد ان كان اشتراه بغير جنس ما باعه أو بأكثر منه • ثم لعمرو أن يرد عليه ، وان اشتراه بمثله فلا رد لزيد فى أحد الوجهين ، لأن عمرا يرد عليه ، فلا فائدة وله الرد فى أصحهما ، لأنه ربما يرضى به فلا يرد •

فلو تلفت فى يد زيد ثم عرف به عيبا قديما بحيث يرد لو بقى يرجع بالأرش وحيث لا يرجع • وعلى هذين الوجهين لو اشترى شيئا وباعه من غيره ثم اشتراه ثانيا واطلع على عيب قديم ولم يكن اطلع البائع الثانى عليه ، فعلى أى البائعين يرد ؟ على الوجهين (أحدهما) على الأول لأنه لا فائدة فى الرد على الثانى ورده (والثانى) على الثانى لأنه ربما يرضى به ، وربما يكون بين الثمنين تفاوت • قاله المتولى وغيره وعن أبى الطيب فى شرح الفـروع حكاية وجه أنه لا يرد

بالعيب أصلا ، لأنه لو رده لرده عليه ، ولا يكون له معنى • هكذا قاله صاحب العدة وفيه نظـــر • بل هذا تعليل من يقول : لا يرد على الثانى • وأما الرد على الأول فمأمون منه الرد • فليتأمل ذلك •

وفى المسألة الأولى لو حدث به عيب فى يد زيد فرجع بالأرش على عمرو كان لعمرو أيضـــا أن يرجع بالأرش عليه ، والفائدة فيه أنه قد يكون أحد الثمنين أكثر من الآخـــر فيستفيد فرق ما بين الثمنين : وفى باب الأرش كذلك لأنه بحصته من الثمن يرجع • قاله الشـــيخ أبو حامد • ولو اشترى شيئا وباعه من غيره وغاب البائع الثانى أو مات ثم وجد المشترى الثانى عيبا كان فى يد البائع الأول • فان كان الثمن لا من جنس الثمن الأول فليس له الرد • وكذا ان كان من جنسه على المذهب وفيه وجه قاله صاحب التتمة •

(فـــرع) لو تلف فى يد الموهوب له فللمشترى الواهب الرجـــوع بالأرش قولا واحدا • قاله القاضى حسين •

(فـــرع) هذه الأحكام المتقدمة فى كلام المصنف فيما اذا خـــرج المبيع كله عن ملك المشترى أما اذا خـــرج بعضه فقد تقدم أن الشافعى فى مختصر المزنى ساوى بينه وبين خروج الكل وأن فى مختصر البويطى قولين فى بيع نصف العين لواحد (أحدهما) يرجع بنصف الأرش للباقى فى يده (والثانى) لا يرجع بشىء • ويجىء فيه القول الذى خرجه ابن سريج أنه يرجع بجميع الأرش • والأول أصح عند صاحب التهذيب • وشبهه بحدوث العيب فى يده لا ينتظر زواله • وظاهر نصه فى المختصر وكلام كثير من الأصحاب يشـــهد للثانى • وهو الصحيح الذى صرح به كثيرون • وهو يقتضى التعليل باليأس •

وأما على التعليل باستدراك الظلامة فينبغى أن يرجع بأرش النصف الباقى فى يده • وأما الوجه الثالث فضعيف فى الأصل • وهو هنا أضعف • وهذا كله على المشـــهور الذى قطع به الأكثرون أنه لا يرد النصف الذى فى يده • وقد تقـــدم عن المـــاوردى فى ذلك خلاف ضعيف ، فيتحصل فى هـــذا الفرع بذلك أربعة أوجه (واذا قلنا) يرد النصف على ما ذكره

المـاوردى يعود الخلاف فى النصف الخارج عن ملكه ، هل يأخذ أرشه على قول ابن سريج أو على المذهب ؟ ولو باع نصف ما اشتراه من البائع فكذلك ليس له الرد عليه ، واذا كان نقصان الشركة يرتفع بالرد لأن وقت الرد يرده على الوجه الذى يملك به •

قال صاحب التتمة : وقال صاحب التهذيب انه الصحيح • ونظره صاحب التتمة بالجارية اذا زوجها من البائع وقد تقدم ذلك • وهل له أخذ الأرش للنصف الباقى ؟ على القولين فيما لو باع نصفه من غير بائعه ، ولو أن مشترى النصف أعتقه ثم ظهر عيب قديم رجع المشترى الأول على بائعه بأرش النصف الذى فى يده موسرا كان المعتق أو معسرا ، لأنه يقـــوم على المعتق عند الشراء به ناقصا والنصف الذى باعه ان رجع مشتريه عليه بأرشه ، رجع هو أيضا على بائعه والا فوجهان • قاله فى التهذيب ، يعنى على علة أبى اسحاق لا يرجع • وعلى المذهب يرجع ، ولو قاسم المشترى فقد تقدم ذلك عند الكلام فيما اذا اشترى اثنـــان عينا عن القاضى حسين •

والذى قاله صاحب التتمة هنا أنه (ان قلنا) القسمة افراز فله الرد (وان قلنا) بيع فلا ، قال : لأنه ان أراد الرد فسخ قسمه فيرد عليه غير ملكه ، وان أراد فسخ القسمة ثم يرد لم يجز ، لأنه تملك المعيب مع العلم بالعيب •

(قلت) وهـــذا نظير قول القاضى حسين هناك ، والمفهوم من كلام الأصحاب أن ذلك غير مانع ، لأن له الرد اذا رجع اليه بعد العيب والهبة ، وان كان بطريقته هو راض بهـــا ، وهو الأصح ، هذا اذا كانت العين واحدة باع بعضها ، فلو اشترى عينين فباع احداهما ووجد بها العيب أو بالباقية ، وقلنا لا يجـــوز افراد أحد العينين بالرد ، جزم جماعة منهم الشيخ أبو حامد بأنه ليس له الرد أيضـــا ولا أرش لعدم اليأس ، وينبغى على علة أبى اسحاق أن يرجع من الأرش بقدر ما يخص الباقى ، وهو مقتضى تفريع المـــاوردى ، فان تلفت العين فى يد المشترى الثانى ففى رد الباقى فى يده القولان فى نظيره اذا كان التلف فى يده ، وأن العيب بالذى باعه فقط لم يرجع بالأرش لاستدراك الظلامة وللتوقع •

(فــرع) لو لم يخــرج المبيع عن الملك ، ولكن تعلق به حق كرهن أو كتابه وغير ذلك فقد تقدم حكمه ، وجملة من مسائله فيما اذا حصل فى المبيع نقص •

(فــرع) لو كان المبيــع باقيا بحاله فى يد المشترى وملكه والثمن تالف جاز الرد اذا اطلع على عيب فى المبيع ، ويأخذ مثل الثمن ان كان مثليا ، وقيمته ان كان متقوما أقل ما كانت من يوم البيع الى يوم القبض ، لأنها ان كانت يوم العقــد أقل فالزائد حدث فى ملك البائع ، وأن كانت يوم القبض أقل فالنقصان من ضمان المشترى • قال الرافعى : ويشبه أن يجىء فيه الخلاف المذكور فى اعتبار الأرش •

(قلت) وصرح البغوى والرافعى هنا بأنه من يوم العقــد الى يوم القبض ، كعبارة النووى فى المنهاج هناك ، وقد تقدم التنبيه على أن عبارة غيره • بخلافها ، فاما أن تكونا سواء كما قال النووى • واما أن يفرق ، ويجوز الاستبدال عنه بالعرض ، وخروجه عن ملكه بالبيع ونحوها كالتلف ، ولو خــرج وعاد فهل يتعين لأحد ؟ المشترى أو البائع ابداله ؟ •

قال الرافعى : فيه وجهان (أصحهما) أولهما وقال الامام : منهم من خرج استرداده على الوجهين ، يعنى فى الزائل العائد ، ومنهم من قطع بأنه يسترد ، والفارق عند هذا القائل ان المسترد ليس مقصودا ، فلا يشترط فيه ما شرط فى المردود والمقصود •

(قلت) وهذا كله فى الثمن المعين فى العقــد ، واذا كان باقيا أخذه بلا خلاف وأما اذا كان فى الذمة ونقده ، ففى تعيينه لأخذ المشترى وجهان ، لم يصحح الرافعى منهما شيئا • وذكر فى الرجوع بالأرش فى نظيرها ما يقتضى أن الأصح التعين ، وقد تعرضت له هناك • ولم يفرقوا ههنا بين أن يكون التعين فى المجلس أو فى غيره •

وقد يقال : ان المعين فى المجلس أولى بالتعيين من المقبوض بعده ، لأن المعين فى المجلس كالمعين فى العقــد على الأصح المذكور فى السلم ،

وكيفما كان ، فالأصح التعين ، لأنه يرد المبيع فيرتفع ملك البائع عن الثمن ، فلا وجه لتجويز ابداله • هذا اذا كان الثمن نقـدا أو موصوفا فعيبه • أما اذا أخذ عنه عوضا كقوت ونحوه فسيأتى • ولو أبرأ البائع المشترى من بعض الثمن ، ثم رد المبيع بعيب ، فان كان الابراء بعـد التفرق رجع بتمام الثمن •

قال الرويانى : وفيه قول يرجع بما أدى كالزوجة اذا أبرأت من الصداق قبل الطلاق وان كان الابراء قبل التفرق فذلك لاحق بالبيـع على المذهب فلا يرجع الا بما بقى ، ولو أبرأه من جميـع الثمن جزم القاضى حسين بجواز الرد للتخلص عند حفظ المبيع ، وقياس من يقول : يرجع بتمام الثمن عند الابراء عن البعض أن يقول : يرجع بالثمن هنا ولو وهب البائع المشترى الثمن فقيل : يمتنع الرد بالعيب ، وقيل : يرد ولا يطالب ببدل الثمن •

وان كان الثمن باقيا فى يد البائع لكن ناقصا نظـر ان تلف بعضه أخذ الباقى وبدل التالف وان رجع النقصـان الى الصفة كالشلل ونحوه لم يغرم الأرض فى أصح الوجهين ، كما لو زاد زيادة متصلة يأخذها مجانا • هكذا قال البغوى والرافعى وقد قدمت المسـألة فى فرع فيما اذا رد المبيع وهو ناقص ، والمنقول فيه عن ابن سريج أنه يتخير بين أخذه ناقصا وقيمته ، وعن غيره الرجوع بالأرش واطلاق الرافعى هنا ليس على ظاهره ، بل يجب تأويله على أنه لا يغـرم الأرش ويتخير البائع كما يقول ابن سريج ، وقد نقل النووى هذا الفـرع عن القفال والصيدلانى مع كلام الرافعى •

(فـرع) الثمن المعين اذا خـرج معيبا يرد بالعيب كالمبيع ، وان لم يكن معينا وكان فى عقد لا يشترط فيه التقابض فى المجلس يستبدل ، ولا يفسخ العقد ، قال المتولى والرافعى : سواء أخـرج معيبا بخشونة أو سواد ، أو ظهر أن سكته مخالفة لسكة النقد الذى تناوله العقد ، أو خرج نحاسا أو رصاصا •

(قلت) : وهذا فى غير المعين صحيح ، وأما المعين اذا خرج نحاسا

أو رصاصا وكان قد اشترى به على أنه دراهم فانه يبطل العقـد على الأصح كما تقدم فى باب الربا وسيأتى ان شاء الله تعالى فى كلام المصنف فى الفصل الذى بعد هذا بفصل ، وقد تقدم فى باب الربا جملة من أحكام العيب فى عوض الصرف •

(فـرع) باع عبدا بألف وأخذ بالألف ثوبا ثم وجد المشترى بالعبد عيبا ورده فعن القاضى أبى الطيب أنه يرجع بالثوب ، لأنه انما ملكه بالثمن واذا فسخ البيع سقط الثمن عن ذمة المشترى فينفسخ بيع الثوب به •

وقال الأكثرون منهم المـاوردى : يرجع بالألف لأن الثوب مملوك بعقد آخـر وفى المجرد من تعليق أبى حامد أن الشافعى قاله نصـا • ولو ظهر العيب بالثوب رد ورجع بالألف لا بالعبد ، ولو مات العبد قبل القبض وانفسخ البيع فعن ابن سريج أنه يرجع بالألف دون الثوب ، لأن الانفساخ بالتلف يقطع العقد ويرفعه من أصله ، وهو الأصح ، وفيه وجه آخر •

(فـرع) اختلفا فى الثمن بعد رد المبيـع ، فعن ابن أبى هريرة قال : أعيتنى هذه المسـألة ، والأولى أن يتخالطا وتبقى السلعة فى يد المشترى ، وله الأرش على البائع من القـدر المتفق عليـه • قال أبو اسحاق : وحكى أبو محمد الفارسى عن أبى اسحاق أن القول قول البائع لأنه الغارم ، كما لو اختلفا فى الثمن بعد الاقالة قال الرافعى : وهذا هو الصحيح •

(فـرع) لو احتيج الى الرجوع بالأرش فاختلفا فى الثمن ، فعن رواية القاضى ابن كج فيه قولان • الأظهر أن القول قول البائع ، قاله الرافعى •

(فـرع) من زيادات النووى فى الروضة اشترى سلعة بألف فى الذمة فقضاه عنه أجنبى متبرعا فرد السلعة بعيب لزم البائع رد الألف وعلى من يرد ؟ وجهان (أحدهما) على الأجنبى لأنه الدافع (والثانى) على

المشترى لأنه تقدر دخوله فى ملكه ، فاذا رجع المبيع رد اليه ما قابله . وبهذا الوجه قطع صاحب المعاياة ذكره فى باب الرهن .

(قلت) وذكر الرويانى فى البحر الوجهين (وقال) ان الأصح الثانى . قال : ولو خرجت السلعه مستحقه رد الالف على الأجنبى قطعا لأنه تعين أن لا ثمن ولا بيع الا اذا لم يعلم بالعيب حتى وجبت فيه الزكاة ، فعن ابن الحداد له الرد ، وعن ابى على لا ، لنقصانه بالشركة على قول أو الرهن على قول ، وأما بعد اخراج الزكاة فان أخرجها من غيره وقلنا : التعليق بالذمة ، فله الرد . وان قلنا بالشركه ، فقيل : كالرجوع بعد البيع ، وقيل : بالرد قطعا ، لعدم استدراك الظلامة واذا حرج من الحال ولم نجوز تفريق الصفقة امتنع الرد ووجب الأرش عند من يعتبر اليأس وهوالأصح ، وان جوزنا التفريق رد بقسطه ، وقيل : يرد الباقى وقيمة التالف ، ولو اشترى عبدين فى صفقتين أحدهما بعشرة ، والاخر بخمسة ثم رد أحدهما بعيب ثم اختلفا . فقال المشترى : رددت الذى بعشرة فالقول قول البائع لأن الأصل براءة الذمة ، ولو اشترى ثوبا من رجل ثم ثوبا من آخـــر ووجد بأحدهما عيبا ولم يدر أن المعيب من أيهما اشتراه ، فلا رد له على واحد منهما ، قالهما القاضى حسين فى الفتاوى .

(فـــرع) اتفق الشافعى وأكثر العلمـــاء على أن المشترى اذا رد المبيع بعيب وكان الثمن باقيا أنه يأخذه ، واذا كان تالفا أخذ قيمة الثمن على ما تقدم ، لا فرق بين الحيوان والعروض وغيرهما .

وقال ابن أبى ليلى : اذا اشترى جارية بعبد ثم وجد بالجارية عيبا فردها ، فان ما له قيمة الجارية ، ولا يأخذ العبد ، وكذلك نقلوه عنه فى الجارية بالجارية ولا أدرى أيطرد فى بقية الحيوان والعروض أم لا ؟

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والعيب الذى يرد به المبيع ما يعده الناس عيبا ، فان خفى منه شىء رجع فيه الى أهل الخبرة بذلك الجنس) .

[الشرح] لما تقدمت أحكام العيب احتاج الى تعريفه ، فعقد هذا الفصل لبيان ما هو عيب وما ليس بعيب ، ولما كانت الأمة لا تخلو عن عيب لم يكن الضابط فيها ، وما ذكره من الضابط سديد ، فان المدرب في ذلك العرف ، وهو ذلك واقتضى العرف سلامة المبيع حتى جعل ذلك مشروطا لما ثبت الرد ، فلذلك جعل ضابطه راجعا الى العرف ، فما عده الناس واهل العرف عيبا كان عيبا ، وما لا فلا ، ولكن الاحالة على العرف قد يقع فيها في بعض الاوقات الباس ، فلاجل ذلك ضبطه غير المصنف بضابط ابين ، واحسن شيء فيه ما اشار له الامام رحمه الله ، ولخصه الرافعي انه يقال : ما ثبت الرد بكل ما في المعقود عليه من نقص القيمة او العين نقصا ما ، يفوت به غرض صحيح بشرط ان يكون في أمثال ذلك المبيع عدمه .

واخصر من ذلك أن يقال : ما نقص القيمة أو العين نقصانا يفوت به غرض صحيح ، ويغلب على أمثاله عدمه ، وبعضهم قال : ما نقص القيمة او العين من الخلقة التامة . قال الرافعي : فانما اعتبرنا نقصان العين بمسألة الخصى ، يعنى فانه يرد به ، وان لم ينقص القيمة ، لكنه نقص العين ، وانما لم يكتف بنقص العين واشترط فوات غرض صحيح ، لأنه لو قطع من فخذه أو ساقه قطعة يسيرة لا تورث شينا ولا يفوت غرض لا يثبت الرد قال : ولهذا قال صاحب التقريب : ان قطع من أذن الشاة ما يمنع التضحية ثبت الرد ، والا فلا ، وفيه احتراز أيضا عما اذا وجد العبد والجارية مختونين ، فانه فات جزء من أصل الخلقة لكن فواته مقصود دون بقائه فلا رد به اذا كان قد اندمل . وانما اشترط أن يكون الغالب على أمثاله عدمه . لأن البقاء به مثلا في الاماء ينقص القيمة لكن لا رد بها لأنه ليس الغالب فيهن عدم الثيابة اذا كانت الأمة كبيرة في سن لا يغلب فيه ذلك .

وأما الذى زاد من الخلقة التامة فاحترز عما اذا نقص زائد من أصل الخلقة كالاصبع ونحوها ، بأن قطعها البائع ولم يبق شين ثم باعها . فلا يثبت بزوالها رد . هكذا قاله صاحب التتمة . وهذا فيه نظر . فان القاضى أبا الطيب قال في ذلك : اذا حدث في يد المشترى وجب أن يمنع من الرد في يد عندى ، وتابعه على ذلك ابن الصباغ . فان كان

ذلك عيبا مانعا من الرد ــ كما قاله أبو الطيب ــ وجب أن يوجب الرد اذا حصل فى يد البائع وان لم يكن عيبا موجبا للرد كما قال صاحب التتمة وجب أن لا يمنع اذا حدث فى يد المشترى لا يمنع الرد • فطرد قاعدته وجل ما لا يثبت بفواته فى يد البائع خيار لا يمنع الرد اذا حدث عند المشترى فحصل الخلاف بين أبى الطيب والمتولى فى امتناع الرد بحدوثه •

وأما ثبوت الرد بوجوده فى يد البائع فيمكن أن يكون أبو الطيب يقول به ، ويجعله عيبا ويطرد قاعدته ، وحينئذ يحصل الخلاف بينهما فى المسألتين ، ويمكن أن يقال : ان زوال الاصبع الزائدة ونحوها وان لم يكن عيبا ، الا أن ذلك الزائد اذا كان موجودا عند العقد استحقه المشترى ، وصار جزءا من المبيع المقابل بالثمن ، فلو رده المشترى بدونه لرد المبيع ناقصا عما ورد العقد عليه ، فلذلك قال القاضى أبو الطيب : انه يمنع الرد لا بسبب أن ذلك عيب ، نعم اذا حصل زوال هذه الاصبع الزائدة ونحوها فى يد البائع بعد البيع وقبل القبض مساق هذا البحث أن يثبت للمشترى الرد لزوال بعض ما شمله العقد ، وان لم يكن عيبا • ألا ترى أنه تقدم لنا أن من اشترى عبدا كاتبا فنسى الكتابة قبل القبض أنه يثبت الخيار لفوات ما كان موجودا عند العقد وان لم يكن عيبا • بل فوات كمال •وهذا ان لم يكن كمالا فقد تعلق به غرض وقد صار مستحقا بالعقد •

لكنه تقدم عن صاحب التهذيب أنه قال بعدم ثبوت الخيار فى حصول ذلك قبل القبض ، وهو الذى يشعر به كلام صاحب التتمة الذى حكيته الآن • وهو مخالف لما قلته من البحث • ولما قاله القاضى أبو الطيب ولصاحب التهذيب وصاحب التتمة أن يقولا : ان ذلك الزائد وان كان شمله العقد الا أنه لا غرض فيه • فزواله مع البرء لا يحصل به نقص يفوت به غرض صحيح بخلاف فوات الكتابة بالنسيان ، وعلى هذا يكون كل ما أثبت الرد على البائع منع الرد من المشترى • وان أبقينا كلام أبى الطيب على حاله وطردناه فيما قبل القبض فكذلك يستمر هذا الضابط •

وان جمعنا بين ما قاله أبو الطيب بعد القبض وما قاله صاحب التهذيب قبله كما تقدمت الاشارة اليه فى موانع الرد فيفصل فى فوات هذه الزيادة فى يد البائع بين أن تكون بعد البيع فيثبت الخيار أو قبله فلا • اذا لم يبق بسببها نقص • ويكون كل ما يوجب الرد اذا كان البيع يمنع الرد اذا حصل عند المشترى ولا ينعكس ، فكل ما يوجب الرد اذا حدث بعد البيع وقبل القبض يمنع الرد اذا حدث فى يد المشترى وبالعكس ، وكل عيب مثبت للرد وليس كل مثبت للرد عيبا ، كما مثلناه فى فوات صفة الكمال قبل القبض ، فليس عيبا داخلا تحت هذا الضابط الا أنه باستحقاقه بالعقد صار فواته عيبا •

وأصل هـــذا الضابط الذى ذكره الرافعى وأشار اليه الامام للقاضى حسين ، فانه قال : الحد فيه أن كلّ معنى ينقص العين بأصـــل الخلقة أو القيمة أو يفوت غرضا مقصودا شرطه ، أو فات بتدليس من جهة البائع يثبت الخيار • وما خرج من هذه الجملة فلا يثبت الخيار ، وقصد القاضى بهذا حد كل ما يثبت الرد من الأسباب الثلاثة المذكورة فى هذا الباب التصرية والعيب والخلف ، والضابط الذى تقدم كفاية • وبه تعرف ما يرد على حد القاضى •

وقال الغزالى : العيب كلّ وصف مذموم اقتضى العرف سلامة المبيع عنه غالبا وقد يكون ذلك نقصان وصف أو زيادته ، وقد يكون نقصان عين كالخصى أو زيادتها كالاصبع الزائدة والخصى ، فان زادت قيمته ولكن ما كان منه مقصودا تتعلق به مالية ، وانما الزيادة بالجب لغرض آخر حصل به ، فلم ينقل عن نقصان وأشار الغزالى بهذا الى أن نقصان القيمة حاصل من وجه كونه يضعف البنية ، ولكنه انجبر بزيادتها من جهة الرغبة فى دخوله على الحريم عند من يجوزه فكان كذلك لعبد كانت زادت قيمته بسبب الكتابة ، ونقصت بسبب العيب دون ما زادت ؛ تلك الزيادة لا تخرجه عن كونه عيبا •

وفى هذا الكلام محاولة أن المعتبر نقصـــان القيمة • ولذلك قال الشافعى رضى الله عنه فى باب العيب فى الرهن : والعيب الذى يكون به الخيار كلّ ما نقص ثمنه من شىء ــ قلّ أو كثر ــ حتى الأثر الذى

لا يضر بعمله ، والفعل • فهذا النص شاهد لاعتبار القيمة ، ومراد الشافعى ــ والله أعلم بالثمن ــ القيمة •

وقال قبل ذلك بأربعة أسطر : اذا كان بالرهن عيب فى بدنه أو عيب فى فعله ينقص ثمنه وعلم المرتهن العيب قبل الارتهان به فلا خيار له ، والرهن والبيع ثابتان • وهذا النص مثل الأول •

وقول المصنف : والعيب الذى يرد به المبيع • قد يقول قائل لو قال : الذى يرد به ــ كما قال فى التتمة ــ لشمل المبيع والثمن •

(**والجواب**) عن هذا أن الثمن اذا كان معيبا فحكمه حكم المبيع ، لا شك أنه هنا انما يقصد تعريف العيب فى المنع وما فى حكمه ، فسواء أذكره أم تركه المراد معلوم ، ولنا عيوب أخر فى غير المبيع مفسرة بغير هذا التفسير • وقال النووى رحمه الله فى تهذيب اللغات : العيب ستة أقسام : عيب فى المبيع ، وفى رقبة الكفارة ، والغرة ، وفى الأضحية والهدى والعقيقة • وفى أحد الزوجين ، وفى الاجارة • وحدودها مختلفة ، فالعيب المؤثر فى المبيع الذى يثبت بسببه الخيار هو ما نقصت المالية أو الرغبة به أو العين ، والعيب فى الكفارة ما أضر بالحمل اضرارا بينا • والعيب فى الأضحية والهدى والعقيقة ما نقص به اللحم ، والعيب فى النكاح ما ينفر عن الوطء وبكسر سورة(١) التواق ، والعيب فى الاجارة ما يؤثر فى المنفعة تأثيرا يظهر به تفاوت الأجرة لا ما يظهر به تفاوت قيمة الرقبة ، لأن العقد على المنفعة ، فهذا تقريب ضبطها ، وهى مذكورة فى هذه الكتب بحقائقها وفروعها وعيب الغرة فى الجنين كالمبيع • هذا كلام النووى رحمه الله •

(**قلت**) والعيب فى الزكاة كالبيع على الأصح • وقيل كالأضحية ، وفى الصداق اذا طلق قبل الدخول ، النظر فيه الى ما يفوت به غرض صحيح ولا نظر الى القيمة ولا نقصان العين ، ولذلك يقول : الحمل فى البهائم فى البيع زيادة ليس بعيب ، وفى الصداق زيادة ونقص يمنع من الرجوع القهرى ، فجملة أنواع العيب ستة وان تكثرت أبوابها ،

---

(١) بفتح السين وتسكين الراء وفتح التاء المربوطة •

والموهوب بعوض حكمه حكم المبيع ، وقال أبو ثور : لا يرد بالعيب ولا يرجع بشيء ، وهو بعيد .

(فـرع) قد تبين لك زوال الصفة الكاملة بعد البيع وقبل القبض يثبت الخيار وذلك غير داخل فى الضابط المذكور ، والاعتذار عن ذلك بأن يفوت الخيـار لا لكونه عيبا ، بل لفوات بعض المستحق ، كما تقدمت الاشـارة اليه ، والله أعلم . وقول المصنف : رجع فيه الى أهل الخبرة بذلك الجنس ، قال صاحب التهذيب : ان قال واحد من أهل العلم به انه عيب ثبت الرد به ، وكذلك يقتضيه كلام صاحب العدة . واعتبر صاحب التتمـة شهادة اثنين : ولو اختلفـا فى بعض الصفات هل هو عيب ؟ وليس هناك من يرجع اليه فالقول قول البائع مع يمينه .

(فائدة) الرجوع فى العيب الى العرف له نظائر فى الفقه ، منها طول المجلس المـانع من البناء على الصـلاة ، وكثير النجاسة المجاوز لحد العفو . وقدر الصفة فى الاناء والتفرق القاطع للخيـار والقبض والحرز والاحياء ، ومواضع كثيرة الحكم فيهـا يحال على العرف ، اما قطعا ، أو على خلاف . وقد اشتهر على ألسنة الفقهاء أن ما ليس له حد فى الشرع ولا فى اللغة يرجع فيه الى العرف ، وليس هـذا مخالفا لمـا يقوله الأصوليون من أن لفظ الشـارع يحمل على المعنى الشرعى ، ثم العرفى ثم اللغوى ، والجمع بين الكلامين أن مـراد الأصوليين اذا تعارض معنـاه فى العرف ومعناه فى اللغة قدمنا العرف ، ومراد الفقهاء اذا لم يعـرف حده فى اللغة ولم يقولوا ليس له معنى ، فالمـراد أن معناه فى اللغة لم ينصوا على حده بما يثبته ، فيستدل بالعرف عليه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان اشـترى عبـدا فوجـده أعمى أو أعـرج أو أصـم أو أخـرس أو مجـذوما أو أبرص أو مريضا أو أبخـر أو مقطـوعا أو أقـرع أو زانيـا أو سـارقا أو آبقـا ثبت له الرد ، لأن هـذه عاهات يقتضى مطـلق العقـد السـلامة منها ، فلا يلزمه العقد مع وجودها) .

(**الشرح**) ذكر المصنف والأصحاب جملة من أمثلة العيوب وان كانت لا تنحصر ولا مطمع فى استيعابها ، ولكن المقصود زيادة فى البيان على ما استفيد من الضـابط المتقدم ، فمما ذكر المصنف كون الرقيق أعمى أو أعـرج أو أصم أو أخرس أو مجذوما أو أبرص ، وهذه الستة لا خلاف فيها ، ولا تفصيل فى البرص والجذام المستحكم وغيره ، أو مريضا • وسواء المرض المخوف وغيره ، ما يرجى زواله وما لا يرجى زواله فى الرقيق وغيره من الحيوان • هكذا قال صاحب التتمة وغيره • نعم اذا كان المرض قليلا كصداع يسير وما أشبهه ففى الرد به نظـر ، وقال ابن يونس وابن الرفعة : ان المرض وان قل عيب •

وقال العجلى : اذا أصاب العبد مرض وكان يزول بالمعالجة السريعة فلا خيار كما لو غصب وأمكن البائع رده سريعا ، وهذا حسن ، أو أبخر ، والبخر الذى هو عيب هو اليأس من تغير المعدة دون ما يكون بقلح الأسنان ، فان ذلك يزول بتنظيف الفم • واعترض مجلى بأن ذلك لا يسمى بخرا فلا حاجة الى الاحتراز عنه • وفى التجـريد أن الجارية ترد بتغير النكهة ، وهو محمول على البخر الذى تقدم تفسيره ، ولا فرق بين العبد والجارية ، فان الجارية قد تقصد للاستمتاع • والعبد قد يقصد للمسارة •

وقوله « أو مقطوعا » أى مقطوع عضو من أعضائه كيد أو رجل أو اصبع أو أنملة أو غيرها ، واطلاق ذلك يشمل الأصيل وغيره ، وقد تقدم استثناء قطع الاصبع الزائدة وشبهها ، وقطع شىء يسير من الفخـذ اذا لم يحصل بشىء من ذلك نقص ، أو أقـرع وهو الذى ذهب شعر رأسه من آفة ، ويشترط فى هـذه الأمور أن تكون مستمرة ، فلو وجدت فى يد البائع قبل البيع وزالت وانقطع أثرها فلا رد بها ، وذلك انما يكون فى غير القطع أو زانيا أو سارقا أو آبقـا ، وهـذه أيضا لا خلاف فيها ، ولا تفصيل عندنا فى ذلك بين العبيد والاماء ولا فرق بين أن يكون قد أقيم عليه الحد فى الزنا والسرقة أو لم يقم ، ووافقنا على الرد بعيب الزنا مطلقـا مالك وأحمد واسحاق وأبو ثور وابن المنذر •

وقول أبى حنيفة : ان العبد لا يرد بعيب الزنا بخلاف الأمة • فان زناه يؤدى الى اختلاط نسبه بنسب غيره • وأجاب أصحابنا بأن زنا العبد يوجب الحد وينقص قيمته ، وقد يموت تحت الحد ، ولا فرق بين الصغير والكبير ، وان كان الحد لا يجب على الصغير لأنه يتعود ذلك فيفعله بعد الكبر ، نص الأصحاب على أنه لو زنا مرة واحدة فى يد البائع فللمشترى الرد وان تاب وحسنت حالته ، لأن تهمة الزنا لا تزول ، ولهذا لا يعود احصان الحر الزانى بالتوبة •

وقال الغزالى فى الوسيط : اعتياد الاباق والسرقة والزنا عيب ، فأشعر باشتراط الاعتياد فى الثلاثة أو فى الاباق ، أو فيه وفى السرقة • ولو لم يكن من كلام الغزالى الا ذلك أمكن تأويله بأن السرقة والزنا معطوفان على اعتياده ، ولا يكون الاعتياد شرطا فيهما ، لكنه فى الوجيز قال : اعتياده الزنا والاباق والسرقة فهذا صريح لا يقبل التأويل ، وقريب منه قوله فى البسيط : أباقا أو سراقا أو زناء فأتى فى الثلاثة بصيغة المبالغة ، فأما الزنا فقد تقدم نص الأصحاب فيه ، ولا نعلم أحدا صرح فيه بخلاف ، والسرقة كذلك ، وأما الاباق فان الامام قال فى أوائل كتاب السلم فى جواب سؤال : ان اعتياد الاباق عيب ، واتفاق الاباق لا يلتحق بالعيوب • وهذا الذى صرح به الامام كلام الجمهور يدل على خلافه ، ووراء ذلك ثلاثة أمور •

(أحدها) أن هذه الثلاثة اذا تكررت فى يد البائع واشتهرت ثم وجدت فى يد المشترى ولم يكن علم بها فله الرد ، لأن وجودها فى يد المشترى عيب حادث بعد تكررها وان وجدت فى يد البائع مرة واحدة ثم وجدت فى يد المشترى ، فالمفهوم من كلام كثير من الأصحاب أن له الرد ، وبه صرح أبو سعيد الهروى فى الثلاثة وغيره فى الاباق ، ولا فرق فى ذلك بين البالغ والصبى المميز ، وقال القاضى حسين : يأخذ الأرش لأن الاباق فى يد المشترى عيب حادث ، وقد تقدم ذلك عند الكلام فيما اذا لم يعلم بالعيب حتى أبق •

وان وجدت فى يد البائع مرة واحدة ، لم توجد فى يد المشترى

فان كان صبيا مميزا فالذى يدل عليه كلام صاحب التتمة وغيره أنه يرد •

وقال أبو سعيد الهروى : لا يرد • والأول أصح وان كان كبيرا يرد ، لأن العادة فى حال الكبر يتعذر الاقلاع عنها ، وفيه فى الاباق خاصة وجه حكاه الهروى عن الثقفى أنه لا يرد كالصغير • والصحيح الأول • وهو قول الزجاجى والقاضى حسين • وقيل : ان للشافعى ما يدل عليه •

قال القاضى حسين : الفعلة الواحدة فى الاباق يجوز أن تعد عيبا أبدا كالوطء فى ابطال الحضانة •

وصرح فى الفتاوى بأنه لا يرتفع ذلك بالتوبة وطول المدة كالزنا • وفرع الهروى على قول الثقفى أنه لا يمين على البائع • لأن جواز الرد يعتمد وجود العيب فى يد المشترى • هذا ما تلخص لى من كلام الأصحاب فى ذلك •

وحيث قلنا : له الرد فى الاباق فمحله فى حال حضوره ، وأما فى حال اباقه فلا على ما تقدم وما ذكره أبو سعيد الهروى فى الصغير ، واقتضاه كلام الثقفى فى اباق الكبير أنه لا يرد بالمرة الواحدة الا اذا وجد فى يد المشترى عجب ، فانه ان كان ذلك عيبا فلا حاجة الى شىء آخر ، وان لم يكن عيبا فوجوده فى يد المشترى ان لم يكن مانعا فلا أقل من أن يكون مقتضيا ، اللهم الا أن يلاحظ أن وجوده فى يد المشترى دال على أن ذلك صار عادة ، وأنه من ضمان البائع لاستناده الى سابق •

(فرع) لو وجد الاباق والسرقة والزنا ونحو ذلك فى يد البائع وارتفع مدة مديدة بحيث يغلب على الظن زوالها ، ثم وجدت فى يد المشترى ، قال الهروى : قال الثقفى والزجاجى أبو على : لا يجوز الرد ، لاحتمال أن تلك المعانى ارتفعت ثم حدثت فى يد المشترى ، فصار ذلك كالمرض الحادث فى يده •

(فــرع) لا يشترط أن توجد هذه الأشياء فى يد البائع بل لو وجدت فى يد من تلقى البائع الملك منه أو قبله ، كان حكمها كذلك ، قاله القاضى حسين والمتولى فى الاباق ، وهو يجرى فى الأخيرين بلا شك بخلاف الأمور السابقة من الأمراض .

(فــرع) الحواء كالسارق ، ولا يشترط تكرر الجناية منه أيضا ، وانما ذكرته بهذه الصيغة تبعا للامام .

(فــرع) فى مذاهب العلماء .

قال الثورى واسحاق فى الصبى يسرق ويشرب الخمر ويأبق : لا يرد بعيب حتى يحتلم وقال أحمد : اذا جاوز عشر سنين فهو عيب .

(فــرع) قول المصنف : عبد على سبيل المثال ، فالأمة كذلك ، وبعض العيوب المذكورة يشترك فيها سائر الحيوانات أيضا كالعمى والعرج والقطع .

(فــرع) ومن أمثلة العيوب أيضــا الجب ، وهو داخل فى قول المصنف : مقطوعا ، والصئبان فى العبيد والاماء اذا كان مستحكما مخالفا للعادة دون ما يكون لعارض عرق أو حركة عنيفة أو اجتمــاع وسخ ، ولا يشترط كونه لا يقبل العلاج بل اذا كان لا يندفع الا بعلاج مخالف للمعتاد فهو عيب ، وعند القاضى حسين لا يثبت بالصبيان صئبان وينبغى أن يحمل كلامه على ما ليس خارجا عن العادة ، والجنــون سواء المتقطع وغيره ، وكونه مختلا أو أبله أو أشل أو أعور ، وزعم بعضهم أن ذلك يندرج فى العمى ، لأنه عمى فى أحد العينين ، فيكون داخلا فى قول المصنف ، وليس كذلك . لأن العمى عند الاطلاق انما ينصرف الى العينين نعم العور فى اللغة ذهاب البصر ، فقد يطلق على الأعمى ، ولهذا يعبر بأعور اليمنى أو اليسرى ولكن صار عند الاطلاق أيضا انما يفهم منه ذهاب البصر من احداهما .

(ومنها) كون الرقيق أخفش وهو نوعان (أحدهما) ضعيف البصر خلقة (والثانى) يكون بعلة حدثت ، وهو الذى يبصر بالليل دون النهار المعين ، وفى يوم الغيم دون الصحو وكلاهما عيب ، وكونه أجهر بالجيم وهو الذى لا يبصر فى الشمس أو أعشى . وهو الذى يبصر بالنهار

ولا يبصر بالليل ، والمـرأة عشواء أو أعمش قاله القاضى حسين • أو أخشم • وهو الذى فى أنفه داء لا يشم شيئا أو أبقم وهو المعـوج الفم أو أرت لا يفهم — والارت بفتح الراء وتشديد التاء المثنـاة من فوق • وهو الذى فى كلامه عجمة ، وهذا تفسير أهل اللغة •

وقال الفقهاء فى صفة الأأمه : هو الذى يدغم حرفا فى حرف على خلاف الادغام الجائز فى العربية • والرتة بضم الراء فكلا الأمرين فى هذا الموضع ينبغى النظـر فيه الى جنس ذلك الرقيق ، فان كان الغالب فيه عدمه كان عيبا • وان لم يكن الغالب فيه عدمه كالزنج وغيرهم لم يكن عيبا •

وقد أطلق الأصحاب هنا الأرت الذى لا يفهم • ويمكن أن يبقى ذلك على اطلاقه ويكون المراد الذى لا يفهم عنه بلغته ولا بغير لغته • وقال القاضى حسين : اذا وجده ألثغ أو أرت لا يثبت الخيـار اذا كان يستظرف بكلامه • فان كان لا يستظرف بكلامه فله الرد • وكأن مراده ان كان يفهم كلامنا فلا رد • وان لم يفهم فله الرد فيهما • كما قال الأصحاب وهذا بعيد عن مراده فى الأرت •

(ومنها) كونه فاقد الذوق أو شىء من الحواس الخمس وان كان بعضها تقدم والشعر أو الظفر أو له اصبع زائدة أو سن ساغية وهى الزائدة المخالفة لباقى الأسنان أو يد زائدة أو رجل زائدة أو مقلوع بعض الأسنان أو أدرد ، وكون البهيمة درداء الا فى السن المعتاد ، ونقل القاضى حسين فى الفتاوى هذا التقيد عن العبادى ، بعد أن أطلق أن له الرد والتقيد لابد منه وهو الذى أورده الرافعى وحكى القاضى حسين أيضا أنه هل يشترط رؤية السن فى العقد ؟ قال : يحتمـل وجهين ، فليكن الكلام فى الرد تفريعا على أحد الوجهين ، أو يأتى فيه ما تقدم فى الشعر •

(ومنها) كونه ذا قروح أو ثآليل كثيرة أو بهق ، وهو بياض يعترى الجلد يخالف لونه ليس ببرص ، أو أبيض الشعر فى غير أوانه ، ولا بأس بحمرته •

(ومنها) كونه نماما ، أو ساحرا ، أو قاذفا للمحصنات ، أو كذابا او به نفخه طحال ، كما قال الماوردى والرويانى ، أو مقامرا أو تاركا للصلاة ، او شاربا الخمر وفى وجه ضعيف لا رد بالشرب وترك الصلاة ، حكاه الرافعى عن الرقم للعبادى وعن القاضى أبى الطيب تقييد الشرب بأن يسكر ، ولا حاجه اليه ، لانه بالشرب يجب الحد ، نبه عليه مجلى ، وايضا يتخذ ذلك عادة ، وفى التهذيب أن الشرب المتقادم الذى تاب عنه لا يثبت الرد بخلاف الزنا ، لان سمة الشرب تزول عنه بخلاف الزنا ، وقد تقدم عن القاضى حسين أن الاباق لا يسقط أثره بالتوبة والظاهر انه كالشرب ، فيحتمل ان يكون القاضى مخالفا هنا وصاحب التهذيب مخالفا هناك الا أن يفرق .

(ومنها) كونه خنثى مشكلا أو غير مشكل (قال) الرافعى : وعن بعض المتاخرين انه ان كان رجلا ، وكان يبول من فرج الرجال فلا رد (قلت) وهذا حكاه العمرانى عن القاضى حسين انه قاله فى باب الجنايات .

(ومنها) كونه وصل شعره بشعر غيره ، قاله القاضى حسين والأليق هذا فى صور التلبيس كالتصرية .

(ومنها) كون العبد مخنثا أى ممكنا من نفسه من عمل قوم لوط ، والمخنث بكسر النون وفتحها والكسر أفصح ، والفتح أشهر وهو الذى خلقه كخلق النساء فى حركاته وهيئته وكلامه ونحو ذلك ، وتارة يكون ذلك خلقة له فلا يأثم به وتارة يتصنعه فهو مأثوم مذموم ملعون .

(ومنها) كون الجارية رتقاء أو قرناء أو مستحاضة أو معتدة عن زوج أو وطء بشبهة خلافا لأصحاب الرأى ، ونقل ابن أبى عصرون أن صاحب الحاوى قال فى المعتدة : انها لا ترد لقرب المدة ، وأن الشاشى قال : ما كان نقصا يستوى فيه القريب والبعيد ، وينبغى لو كان بقى من عدتها يوم أن يثبت الخيار .

قال ابن أبى عصرون : وهذا حسن (قلت) والذى رأيته فى الحاوى أن الخيار يثبت فى المعتدة وانما ذكر التعليل بالقرب فى الصائمة بعد

ذلك ، فلعل ذكر الصائمة سقط بين ذلك من بعض النسخ التى وقعت له ، ولم أر ذلك فى حلية الشاشى أيضا وهو عجيب ، والذى أقوله انه ينبغى التفصيل فى المعتدة ان كان قد بقى من العدة زمن يسير لا يكون عيبا ، ويكون ذلك بمنزلة ما اذا كان العيب يسيرا يمكن البائع ازالته عن قرب ، وقد قالوا فيه : انه لا خيار للمشترى ، وان كان زمنا كثيرا لمثله أجرة كيوم يثبت الخيار ، كما تقدم اعتبار مثل ذلك فى الأحجار أو بها لخن بفتح اللام والخاء المعجمة ، وهو تغيير رائحة الفرج قاله الرويانى عن ابن المرزبان أو على لسانها نقطة سوداء اذا قال أهل الخبرة : ان ذلك نقص • قاله القاضى حسين أو تأكل الطين وقد أثر فيها قاله القاضى أيضا ولا فرق فى ذلك بين الجارية والعبد أو كون الجارية مساحقة •

(ومنها) وقد تعرض له الشافعى أن يكون كل منهما : العبد والأمة أحرم باذن السيد • ثم باعه • ثم علم المشترى فى زمن الاحرام فله الخيار • لأنه ليس له تحليله • نص عليه فى الأم فى كتاب الحج ، وان كان أحرم بغير اذن سيده ثم باعه فللمشترى تحليله كالبائع ، قاله الجرجانى والنووى عنه ولا يثبت له خيار •

(قلت) ولنا وجه أنه ليس للبائع تحليله • وان كان بغير اذنه فعلى هذا ليس للمشترى أيضا ، ويثبت له الخيار • وينبغى التفصيل فى الاحرام • فان كان قد بقى زمن يسير كطواف أو حلق أو رمى فى آخر الأيام لا يكون له الخيار • والا كان له الخيار اذا لم يمكن التحليل •

(ومنها) على ما قال الجوزى : اذا باع عبدا قد نذر صوم شهر بعينه ، لأنه ليس له منعه بعد الدخول فيه ، قال : فان كان بالذمة من الصوم متفرقا فلا خيار لأنه له منعه ، وهو فى ذمة العبد •

(قلت) وهذا يقتضى أن يطرد فى كل صوم وجب على الفور يكون عيبا اذا كان طويلا يضر لشهر ونحوه كما مثل به • أما اليوم ونحوه فلا • والذى لا يجب عليه الفور يحتمل أن لا يكون عيبا كما قال ، ويحتمل أن يكون عيبا لأنه يضيق عليه اذا توقع الموت وعلى قياس ما قال لو كان

فانه صوم رمضان بعذر أو بغير عذر ينبغي أن يثبت الخيار ، لأنه لا يجوز له تأخيره عن رمضان آخر ، فيصير متعينا بعينه وهو قريب الحصول •

(ومنها) تعلق الدين برقبتهما ، ولا رد بما يتعلق بالذمة ، ومثله المتولي والروياني بدين القرض ، وحسن ان التجاره والشراء في الذمة خلافا لأصحاب الرأي ومالك ، ولو بان كون العبد المبيع مبيعا في جنايه عمد وقد تاب عنها فوجهان فان لم يتب فعيب (علت) ينبغي ان يكون عيبا مطلقا كالسرقه والزنا وقد جاء صاحب الاستقصاء وجها ، وجنايه الخطا ليست بعيب الا ان يكثر وهذا معناه اذا لم يكن ارشها باقيا •

(ومنها) الكعبين وانقلاب القدمين الى الوحشي والخيلان الكثيرة وآثار الشجاج والقروح والكي وسواد الأسنان وذهاب الأشفار والكلف المغير للبشره وكون احد ثديي الجارية أكبر من الآخر ، والحفر في الانسان وهو تراكم الوسخ الفاحش في أصولها ، ذكر هذه الأحد عشر القاضي ابو سعيد في فصل في عيوب العبيد والجواري في شرح أدب القاضي لأبي عاصم ، ونقله الرافعي عنه ، ولو وجد الجاريه لا تحيض وهي صغيرة او ايسه فلا رد ، وان كانت في سن يحيض النساء في مثله غالبا فله الرد ، وضبطه القاضي حسين بعشرين سنة ، ولو تطاول طهرها وجاوزت العادات الغالبة للنساء فله الرد ، هكذا قاله المتولي والرافعي • وقال القاضي حسين : اذا انقطع سنة فأكثر فان كانت لها عادة معلومة فعيب ، وان لم يكن لها عادة فليس بعيب ، وفي عبارة الروياني اعتبار عادة البلد ونسبه الى النص ، والحمل في الجارية عيب وفي سائر الحيوانات ليس بعيب على الصحيح الذي اقتضاه ايراد الرافعي هنا وقطع به المتولي وقال في التهذيب : عيب • وقال ابن الرفعة في الكفاية : ان الرافعي قال في الصداق انه أظهر الوجهين ، والذي قاله الرافعي في الصداق أنه أظهر الوجهين انما كان في الجواري زيادة من وجه ونقصانا من وجه ، لأنه يضر بطيب اللحم في المأكول وبالحمل في غير المأكول • وفي التناقض بين تصحيح الرافعي نظر ، فان النظر في الصداق في الزيادة والنقص الى حصول غرض صحيح أو فواته ، ولا نظر الى القيمة ولا نقصان العين كما هو الضابط ههنا ، فقد لا يكون

الحمل فى الحيوانات عيبا فى البيع . لأنه لا ينقص من العين ولا من القيمة ، ويكون نقصا فى الصداق من وجه لفوات غرض به وفيه نظر •

ومن العيوب كون الدابة جموحا او عضوضا أو رموحا أو حثيثة المشى بحيث يخاف منها السقوط ، وشرب البهيمة لبن نفسها ، وقلة أكل الدابة • وشرط المتولى والرويانى فى الجموح ان لا تنقاد الا باجتماع الناس عليها ، وهو بعيد ، وان كان فى كلام القاضى حسين ما يفهمه • قال القاضى حسين : ولو كانت ترهب من كل شىء تراه فله الرد أيضا •

وقال الهروى : من عيوب الدواب الحران وأن يكون اذا أعلم قبل الرحال وهو محل ومن العيوب كون الدار أو الضيعة منزل الجند • قال القاضى حسين فى فتاويه : هذا اذا اختصت من بين ما حواليها بذلك ، فان كان ما حولها من الدور بمثابتها فلا رد ، وكونها ثقيلة الخراج، وان كنا لا نرى أصل الخراج فى تلك البلاد وتفاوت الرغبة والقيمة ، ونعنى بثقل الخراج كونه فوق المعتاد فى أمثالها وفى وجه عن حكاية أبى عاصم لا رد لثقل الخراج ولا بكونها منزل الجند ، والحق فى التتمة بهاتين الصورتين ما اذا اشترى فوجد بقربها قصارين يؤذون بصوت الدق ، ويزعزعون الأبنية ، وأرضا فوجد بقربها خنازير تفسد الزرع ، وحكى الرويانى فى هاتين المسألتين وجهين ، وأطلق القاضى حسين فى الفتاوى انه اذا اشترى أرضا فوجدها مرتع الخنازير أن له الرد قال : وقال العباد : ليس له الرد •

ولو اشترى أرضا يتوهم أن لا خراج عليها فبان خلافه ، فان لم يكن على مثلها خراج فله الرد وان كان على مثلها ذلك القدر فلا رد • هكذا فى التتمة والرافعى وفى فتاوى القاضى حسين • وهذا يقتضى تفسير الخراج بشىء غير أجرة الأرض فانه اذا لم يعلم أن على الأرض أجرة وظن أن الأرض ملك البائع وورد العقد عليها ثم خرجت بخلاف ذلك تخرج على تفريق الصفقة لا لأجل الخراج ، بل لخروج بعض المبيع مستحقا • وقال صاحب التتمة : لو شرط أن لا خراج عليها فبان عليها خراج فله الرد قل أو كثر ، يعنى ولو كان على أمثالها وهو ظاهر •

وقال الغزالي في الفتاوى : لو اشترى أرضا فبان أنها تبير اذا بارت رجله(١) ويضر بالزرع فله الرد ان قلت الرغبة بسببه •

ومن العيوب كون الماء مسخنا على أصح الوجهين ، ولو باع الظاهر من الأواني بالاجتهاد لزمه تعريف المشترى ، فان لم يعرف فهل له الخيار ؟ وجهان حكاهما الروياني ، ولو باع عشرين صاعا من ماء في بئر فاستقى منها تسعة عشر فلما اخرج الصاع الأخير وجد فيه فأرة ميتة ولم يتغير الماء بها فأريق هذا النجس ، وقال البائع : استلم الصاع من الباقي في البئر لانه كثير ، وطلب المشترى فسخ البيع فان له الفسخ لان هذا الماء نجس عند بعض الفقهاء فتعافه النفس ، فيصير كعيب أصابه بما اشتراه ، نص عليه الشافعي ، ونقله عنه الروياني • والرمل تحت الارض ان كانت مما يطلب للبناء ، والاحجار ان كانت مما يطلب للزرع والغرس وقد تقدم الكلام في ذلك في باب بيع الاصول والثمار ، فلينظر هناك •

ومن العيوب نجاسة المبيع اذا كان ينقص بالغسل وظهور ماله يوقف المبيع وعليها خطوط المتقدمين ، وليس في الحال من يشهد بذلك عيب ، ونقل ذلك عن العدة ، وقال صاحب البحر : وفرضهما فيما اذا علم أنها ليست مزورة • ونقلها عن بعض أصحابنا بالعراق وعن اختيار مشايخ طبرستان • قال الروياني : وكذلك اذا ادعى مدع يعول على دعواه وفقيها يحتمل أن يقال ذلك عيب • وهذا اذا سبقت الدعوى البيع وان بعد البيع وقبل القبض •

(فـرع) قال الهروى : فصل في عيوب العبيد والجوارى التى اجتمع عليها البحاثون وأفتى بها المفتون التابع في الخلق وتغير الأظفار والخلف هذا في العنين والسعال والصكك وهو اصطكاك القدمين • هذا لابن أبى ليلى والكوع وهو خروج العرقوب عن القدم في اليمين والشمال ، والفرع وهو يتوسط القدم والنقرة والشامات الا شامة بيضاء والغدد والعقد والكسف ، وهى دائرة في قصاص الناصية

---

(١) رجلة ورجلى — كسكرى — يتعثر فيها الراجل اى الماشى على قدميه • (المطيعى)

والعس والجماجم فى غير مواضعها والدشف فى الحبل أكتواه فى عسيبا دنبه ، والسلوم فى الاسنان والسماق فى اليدين والرجلين واختلاف الاصابع والاسنان وجرم البسوق ، والاذن اذا اسمعت ثم حيضت ، والنمس والسمط وانار جلد خطوط السياط واحل الطين ، هذا لشريك القاضى وخضاب الشعر وتجعيده والوشوم والعنه فى الصوت • وهذا لحفص بن غياث والترس احمى من البرص واللواط والابنه والحول والقدح ودهاب الاشعار وان لا يبيت عامتها حدث فى زمان ابى عمر القاضى المالكى وان يكون شتاما حدابا •

(فـرع) قال الزبيرى فى المقتضب : لو اشترى دارا بحدودها ثم علم ان احد حيطانها ليس لها فله الخيار •

(قلت) وينبغى أن يكون ذلك على تفريق الصفقة ، لأن الاشارة تشمل الجميع ومن جملتها الجدار الذى تبين أنه ليس لها • وقال الصيمرى : لو اشترى عبدا فبان أنه أخو المشترى أو عمه فله الخيار لأن النفس لا تكاد تطيب باسترقاقه ، وفيه نظر ، لأن هذا معنى خاص بالمشترى ، وقد صرح البغوى والرافعى بأنه لو اشترى جارية فبانت أخته من النسب فلا خيار ، وقال ابن الصباغ : لو كانت محرمة عليه بنسب فلا خيار •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجـده يبول فى الفراش — فان كان صغيرا — لم يرد ، لأن بول الصغير معتـاد فلا يعـد عيبا ، وان كان كبيرا رد ، لأن ذلك عاهة ونقص) •

(الشرح) اذا كان صغيرا فلا خلاف فى أنه ليس بعيب ، سواء فى ذلك الطفل والطفلة ، وقدره صاحب التهذيب بما دون سبع سنين ، وكثير من الأصحاب لم يضبطوا ذلك بمقدار ، بل لا يكون مثله يتحرز منه كذلك قال القاضى أبو الطيب ، وان كان كبيرا ، وهو ما زاد على ذلك فهو عيب فى العبد والأمة ، وعن أبى حنيفة أن له الخيار فى الجارية

دون العبد • لأن الجارية يتخذها للفراش فيتأذى به وليس كذلك العبد ، وأجاب أصحابنا بأن العبد يغسل الثياب التى ينام فيها ويحتاج الى من يغسلها وينظفها ، وهذا نقص فيه • وزعم الفارقى ان المصنف لم يذكر العله بتمامها وان كان معتادا من الصبى لا يخرج عن كونه عيبا • وتمام العله ان يقول : هو معتاد من الصبى ومآله الى الزوال فكان فى حكم الزائل •

ولو اشترى عبدا وكان يبول فى فراشه ولم يعلم الا بعد كبر العبد ، قال الرويانى : لم يكن له الرد ويرجع بالارش لان علاجه بعد الكبر عيب ، فصار كبره عنده كالعيب الحادث ، هكذا قاله الرويانى ، وكأنه فرض المسالة فيما اذا كبر الى سن عالية فوق كبره حاله المبيع بحيث يكون علاجه أصعب • أما البول فى حاله الصغر فليس بعيب سواء أكبر عند المشترى أو لم يكبر ، لا رد به ولا أرش •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجده خصيا ثبت له الرد ، لأن العقد يقتضى سلامة الأعضاء وهذا ناقص) •

(الشرح) الخصى الذى نزعت خصيتاه وسلتا ، وقيل : من قطعت أنثياه مع جلدتهما • فعلى هذا التفسير قد دخل فى قول المصنف فيما مضى : او مقطوعا • فيكون قد نص عليه ليكون أصرح • وعلى كل تقدير هو عيب كما ذكره المصنف وقد ذكر عند الضابط فى أول الفصل زيادة كلام فيه • وأن زيادة قيمته لا تمنع من كونه عيبا • فاذا اشترى عبدا مطلقا فخرج فحلا لم يثبت الرد • وان خرج خصيا ثبت الرد • وكذلك البهيمة اذا وجدها خصيا ثبت الرد • قاله الجرجانى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجده غير مختون — فان كان صغيرا — لم يثبت له الرد لأنه لا يعد ذلك نقصـــا فى الصغير ، لأنه لا يخاف عليه منه ، وان كان

كبيرا أثبت له الرد لأنه يعـد نقصا لأنه يخاف عليه منه ، وان كانت جارية لم ترد ، صغيرة كانت أو كبيرة لأن ختانها سليم لا يخاف عليها منه) •

(الشرح) هذا كما قال : وضبط الرويانى الصغر هنا بسبع سنين فما دونها ، وفيه وجه أن ذلك لا يكون نقصا فى العبد الكبير أيضا • ووجه ثالث حكاه الرويانى وقطع به المتولى ان كان الكبير من سبى الوقت من قوم لا يختتنون فلا خيار• وحكيا فى الجارية وجهين • قال : قالا : والصحيح أنه يثبت الخيار لأنه لو كان فيهـا اصبع زائدة ثبت الخيار ولا يستحق قطعها ، فلأن يثبت ههنا وتستحق ازالة هذه الجلدة أولى •

والجواب عما قالاه أن الاصبع الزائدة وجودها نقص ، ويخشى من ازالتها ، وهى خلاف الأصل ، بخلاف ما يقطع من الجارية • وفى كلام المصنف اشارة الى أنه اذا وجده مختونا فلا خيار ، سواء أكان صغيرا أم كبيرا ، وهو كذلك اذا لم يحصل بالختان نقص ولم يكن شرط أنه أقلف ، فاذا كان قد شرط ذلك فبان مختونا قال المتولى ان كان فيه غرض بأن كان الغلام مجوسيا ، أو علم أن المجوس يرغبون فيه فله الخيار ، وان كان بخلافه فلا خيار •

ولو اشترى عبدا أقلف فختنه وان قل الموضع ثم وجد به عيبا قديما فله رده لأن الختان زيادة فضيلة وليس بعيب • قاله صاحب التتمة والرويانى ، ويحتاج المتولى الى فرق بين هذا والمسألة السابقة اذا شرط أنه أقلف فخرج مختونا • حيث فصل ويمكن الفرق •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى جارية فوجدها مغنية لم ترد ، لأنه لا تنقص به العين ولا القيمة ، فلم يعد ذلك عيبا) •

(الشرح) هذا مذهبنا • وحكى أصحابنا عن مالك أن له الخيار ، لأن الغناء حرام • وذلك نقص فيها • ومنع بعض أصحابنا تحريمه •

وبتقدير تسليمه فالمحرم فعله • فله أن يمنعها من استعماله • وأما معرفته فليست بحرام • حتى قال الروياني : لو شرط أنها مغنية فكانت مقرئة فله الخيار ــ يعني لأن له غرضا في ذلك ــ والقراءة فضيلة لكن لا يحصل غرضه كما لو شرط أنه خصي فخرج فحلا •

وقول المصنف : لا تنقص به العين ، احتراز من الخصاء به ، وحكم العبد في ذلك حكم الأمة ، فلو وجده زامرا أو عالما بالمعزف أو العود فليس له الرد ، والسيد قادر على منعه من العمل ، وما ذكرناه من أن الغناء ليس بعيب عندنا هو المشهور (وقال) الهروي في الاشراف : واذا كانت مغنية فاختلف فيها الحموي وغيره من أصحابنا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجدها ثيبا أو مسنة لم يثبت له الرد ، لأن الثيوبة والكبر ليس بنقص وانما هو عدم فضيلة) •

(الشرح) كثير من الأصحاب أطلقوا هذا الحكم وقالوا : اذا لم يشرط بكارتها ولا ثيوبتها فخرجت بكرا أو ثيبا لم يكن له الخيار لأنه لم يحصل شرط ولا تدليس ولا عرف غالب يدل على ذلك ، وذلك الاطلاق محمول على ما اذا كانت في سن يغلب فيه الاستمتاع بها ، أما اذا كانت صغيرة وكان المعهود في مثلها البكارة ، فخرجت ثيبا ، ثبت الرد ، وممن قاله المتولي والرافعي ، وأشعر كلام الروياني في ذلك خلافا ، فانه حكى الاطلاق ثم قال : ومن أصحابنا من قال : ان كان مثلها يكون بكرا في العادة فوجدها ثيبا له الخيار ، لأنه وجدها على خلاف المعهود ، قال : وهذا أصح عندي (قلت) والأولى أن ينزل ذلك الاطلاق على هذا ، ولا يكون في المسألة خلاف •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان وجد المملوك مرتدا أو وثنيا ثبت له الرد ، لأنه لا يقر على دينه) •

(الشرح) الردة عيب قطعا فى المملوك الذكر والأنثى ، وما سواها من الكفر • فالكتابى قد ذكره المصنف بعد هذا ، وما بين هذين من أنواع الكفر الأصلى كالتوثن والتمجس قيل : لا رد ، لا فى العبد ولا فى الاماء ، وبهذا قطع صاحب التتمة •

وقال صاحب التهذيب : ان وجد الجارية مجوسية أو وثنية فله الرد ، لأنهما محرمة على كافة(١) الناس ، وان وجد العبد كافرا أصليا أى كفر كان فلا رد ان كان قريبا من بلاد الكفر ، بحيث لا تقل الرغبة فيه ، وان كان فى بلاد الاسلام بحيث تقل الرغبة فى الكافر وتنقص قيمته فله الرد ، وصحح الرافعى والنووى ما قاله فى التهذيب • وقال القاضى أبو الطيب : انه اذا اشترى عبدا مطلقا فخرج كافرا لم يكن له خيار ، وهذا الاطلاق أقرب الى موافقة صاحب التتمة •

وفصل القاضى حسين بين دار الاسلام كما نقل صاحب التهذيب ، وما قاله المصنف يظهر أنه مخالف للوجهين ، فانه أطلق الرد بالتوثن ، وتعليله بأنه لا يقر عليه يقضى أن العبد الوثنى يقبل ، والمعروف فى المذهب خلافه ، ومن كلام المصنف وكلام صاحبى التتمة والتهذيب يخرج فى العبد ثلاثة أوجه •

(أحدها) أنه لا يرد بالكفر الأصلى مطلقا ، وهو قول صاحب التتمة • (والثانى) وان كان فى بلاد الاسلام يرد به والا فلا • وهو قول صاحب التهذيب (والثالث) يرد ان كان وثنيا ، وهو قول المصنف ، ويحتمل أن يكون المصنف يوافق صاحب التهذيب فى المجوسى ان كان فى بلاد الاسلام فرض أن قيمته تنقص بذلك •

وأما الجارية فما ذكره صاحب التهذيب فيها يتعين لنقصها بالنسبة الى امتناع وطئها على كل أحد ، سواء أكانت مجوسية أو وثنية ، والكتابية سيأتى حكمها ، والمرتدة لا اشكال فى كونها ترد ، لأنها لا تفرق ،

---

(١) سبق التنبيه على خطأ هذه العبارة والصواب : مجىء (كافة) حالة ، فيقول : الناس كافة ــ بلا اضافة • (المطيعى)

وأطلق الشيخ أبو حامد فى الجارية ، والقاضى أبو الطيب فى العبد انه لا يرد بالكفر ، وأطلق الامام الكلام اذا اشترى عبدا فخرج كافرا • ونقل عن عامة الأصحاب أنه عيب • وعن العراقيين أنهم ذكروا وجهـا أنه ليس بعيب • وفصل هو ان كان الاسلام غالبا فى موضع العبد والكفر منقص قيمته فهو عيب ، وان لم يكن الايمان غالبا فى العبيد ، بل كانوا منقسمين • وكان الكفر منقصا للقيمة ، فهذا فيه تردد ، وظاهر القياس أنه ليس بعيب ، والظاهر النقل أنه عيب ، وان لم يكن الكفر منقصا والعادات مضطربة فالوجه القطع بأن الكفر لا يكون عيبا • وقال قبل باب بيع حبل الحبلة اذا اشترى المسلم عبدا فخرج كافرا ان اشتراه فى بلاد الاسلام فله رده ، فانه نادر فى هذه الديار ، وان اشتراه فى دار الحرب فخرج كافرا فالذى ذهب اليه الأكثرون أنه لا يرد ، وكان شيخى يقول : يثبت الخيار ، ومما ذكره الامام يخرج وجه رابع أن الكفر عيب مطلقا ، وما نقله عن الأكثرين هنا موافق لمـا قاله صاحب التهذيب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجده كتابيا لم يثبت له الرد ، لأن كفره لا ينقص من عينه ولا من ثمنه) •

(الشرح) هذا موافق لصاحب التتمة • ومخالف لصاحب التهذيب والرافعى فى التفصيل بين أن يكون فى بلاد الاسلام وقيمة الكافر أنقص فيثبت الرد أو لا فلا فرق عند صاحبى التتمة والتهذيب فى ذلك بين العبد والأمة ، صاحب التتمة يقول : انه لا يرد فيها وصاحب التهذيب يطـرد تفصيله المذكور فيها • ولعل اطلاق المصنف وغيره محمول على ما قال صاحب التهذيب ، حيث لا تكون القيمة تنقص بذلك ، فان تعليلهم يرشد اليه • وقد تقدم أن الامام أطلق الكلام فى الكفر ، ونقله عن عامة الأصحاب أنه عيب • والأصح ما نقـله قريبا من باب بيع حبل الحبلة هو التفصيل الموافق لصاحب التهذيب وهو قد خالف مالكا رحمه الله فقال : انه يثبت الرد بالكفر لأنه نقص • وأجاب الأصحاب بأن الكفر نقص فى الدين ، والبيع انما يقصـد به المـال • وكفر الكتابى سبب فى تكثير ماليته • لأنه يشتريه الكافر والمسلم وكثرة الطالبين تقتضى

كثرة الثمن • قال الفارقى : وقد ثبت هـذا المعنى فى اعتاق الكافر فى الظهار أنه يعتبر فيه الاسلام ككفارة القتل • ولا يفرق بالتغليظ لما تبين أن المسلم أقل قيمة من الكافر ، ومحل التكفير وهو الرقبة واحد ، فيستوى بين الكفارتين فيه كما يستوى بينهما وبين كفارة اليمين فى محل الصوم فلا يجوز فى يوم العيد والحيض وان اختلفا فى مقداره •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى أمة فوجدها مزوجة ، أو عبدا فوجده مستأجرا ، ثبت له الرد ، لأن اطلاق البيع يقتضى سلامة المنافع للمشترى ، ولم يسلم له ذلك ، فثبت له الرد) •

(الشرح) هذا كما قال ، لأن المزوجة يستحق الزوج تسليمها فى بعض الأوقات فيفوت على السيد منفعتها فى ذلك الوقت ، والمستأجر منفعته فائتة الى انتهاء مدة الاجارة ، وقد صح أن عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه اشترى من عاصم بن عدى جارية فأخبر أن لها زوجا فردها ، وورد فى سنن البيهقى فى الأمة تباع ولها زوج أن عثمان قضى أنه عيب ترد منه ، ونقل ابن المنذر الاجماع عليه ، وفى البيان حكاية وجه فى التزويج وهو ضعيف ، بل باطل لنقل ابن المنذر •

ولو قال زوجها لها : ان برىء المشترى من الثمن فأنت طالق ، وكان قبل الدخول ثم علم المشترى بالتزويج ، هل له الخيار ؟ فيه احتمالان فى البحر • (أحدهما) نعم ، لثبوت العيب وجواز موت الزوج قبل براءة المشترى ، فيلزمها عدة الوفاة (والثانى) لا ، لعدم الضرر ، لأن عدة الوفاة ان وجبت ثبت الخيار بها ، لأنها عيب حادث ، أى من سبب متقدم فى يد البائع لم يقع الرضا به ، وحكم تزويج العبد حكم تزويج الأمة يرد به أيضا الا أن الاجماع المنقول فى الأمة خاصة وأطلق كثير من الأصحاب ذلك •

وقال صاحب التتمة : انه اذا كان تزوج بغير اذن سيده ودخل بها وقلنا : المهر يتعلق برقبته كان حكمه حكم العبد الجانى ، ويجب

تقييد اطلاق غيره بذلك • قال صاحب التهذيب : ولو علم العبد ذا زوج ، ولكن لم يعلم أن عليه مهرا ولم يعلم قدره فله الرد ، كما لو اشتراه عالمـا بالعيب ولم يعلم مقداره له الرد •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى شيئا فتبين أنه غبن فى ثمنه لم يثبت له الرد ، لمـا روى « أن حبان بن منقـذ كان يخدع فى البيع ، فذكر ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فقال : اذا بعت فقل : لا خلابة ، ولك الخيـار ثلاثا » ولم يثبت له خيار الغبن ، ولأن المبيع سليم ولم يوجـد من جهة البائع تدليس ، وانما فرط المشترى فى ترك الاستظهار فلم يجز له الرد) •

(الشرح) هذا الحديث قد ذكره المصنف فى أول كتاب البيوع ، فيكتفى بما تقدم من كلام النووى عليه ، والأصح أن الذى كان يخدع منقذ والد حبان ، والحديث صحيح فى الجملة ، ومعنى لا خلابة : لا غبن ولا خديعة ، وجعلها الشرع لاثبات الخيار اذا قالها ثبت الخيار ، صرح باشتراطه أم لا •

وقوله صلى الله عليه وسلم : « ولك الخيار » اعلام منه بثبوت الخيار (وقوله) ولم يثبت له خيار الغبن من كلام المصنف ، وليس من الحديث ، ووجه الدلالة منه ظاهر • لأنه لو كان يثبت الخيار بالغبن لبينه النبى صلى الله عليه وسلم ولم يحتج أن يعد اشتراط خيار الثلاث أو أن يجعل له الخيار ثلاثا ، بقوله «لا خلابة» وقد ورد أن حبان كان اذا اشترى فرجع الى أهله فيقولون له : اردده فانك قد غبنت أو غششت فيرجع الى بيعه ، فيقول خذ سلعتك ورد دراهمى فيقول : لا أفعل قد رضيت فذهبت به حتى يمر الرجل من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فيقول : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قـد جعله بالخيار فيما يبتاع ثلاثا ، فترد عليه دراهمه ويأخذ سلعته •

فلو كان الخيار ثابتا بالغبن لكل أحد لم يكن الخيار خصوصية

بذلك فظاهر قضية حبان أنه كان بالخيار ثلاثا ، سواء عين أو لم يعين ، وهل ذلك خاص به لأن النبى صلى الله عليه وسلم جعله بالخيار ؟ أو هو ثابت بالشرط كما هو فى حق غيره ؟ مساق هذه القصة التى حكيتها يشعر بالأول ، فانه لو عرف البائع شرط الخيار لم يخالفه والى ذلك ذهب بعضهم • وقيل : ان ذلك بالشرط وهو عام له ولغيره ، وكيفما كان فالدلالة منه ظاهرة فى عدم ثبوت الخيار بالغبن ، وما ذكره المصنف من المعنى ظاهر أيضا ، فان المبيع لا عيب فيه ، ولا تدليس • لأن الفرض كذلك فانتفى موجب الخيار •

وقال أصحابنا : لا يثبت الخيار بالغبن سواء أتفاحش أم لا • وان اشترى زجاجة بثمن كثير وهو يتوهمها جوهرة فلا خيار له ولا نظر الى ما يلحقه من الغبن لأن التقصير منه ، حيث لم يراجع أهل الخبرة • ونقل المتولى وجها شاذا أنه كشراء الغائب ، ويجعل الرؤية التى لا تفيد المعرفة ولا تنفى الغرر كالمعدومة • قال أصحابنا : وثبوت الخيار فى المعيب للنقص لا للغبن ، ولهذا لو كان مع العيب يساوى أضعاف ثمنه ثبت له الرد ، ولو تعيب فى يد البائع ثبت الخيار • ولو نقصت قيمته بانخفاض الأسواق فلا • ويخالف تلقى الركبان لأن هناك وجه منه تغرير بالاخبار عن السعر على خلاف ما هو • ولا طريق الى الاستكشاف •

ويخالف الغبن فى مسألة الرابحة لأن هناك علق العقد الثانى بالأول ، والمخالف لنا فى هذه المسألة مالك وأحمد وأبو ثور ، أما مالك فقال : ان غبن بأقل من الثلث فلا خيار له ، وان كان بالثلث أو أكثر فله الخيار • هكذا نقل أصحابنا عنه ، وهو قول بعض أصحابه • قال القاضى عبد الوهاب : ولم يجد مالك فى ذلك حدا ، ومذهبه اذا خرج من تغابن الناس فى قبيل تلك السلعة ، ثم أصحابنا نقلوا هذا مطلقا ، وشرطه عند المالكية أن يكونا أو أحدهما غير عارف بتقلب السعر وتغيره فى عقده ، فان كانا جميعا من أهل البصر بتلك السلعة وأسعارها فى وقت البيع فلا خيار ، سواء أكان الغبن قليلا أو كثيرا • قاله القاضى عبد الوهاب •

وأما أحمد فقال : ان كان المشترى مسترسلا غير عارف بالبيع ، واذا عرف لا يعرف ثبت له الخيار بالغبن ، وان كان من أهل المعرفة لو تأمل فيه لعرف أن قيمته لا تبلغ ذلك المبلغ فلا خيار له • وأما أبو ثور فأطلق عنه النقل باثبات الخيار وأنه ان فاتت السلعة رجع المغبون بقدر الغبن ونقل ابن المنذر عنه أن البيع ــ فيه غبن لا يتغابن الناس بمثله ــ فاسد ، وهذا النقل عنه أثبت عندنا من الأول •

ونقل أصحابنا عن المالكية أنهم احتجوا بحديث «لا تلقوا الركبان» وكونه أثبت الخيار بالغبن ، وبحديث «لا ضرر ولا ضرار» ، وبالقياس على الغبن بالبيع ، وأجاب الأصحاب عن الأول بأن الخيار ثبت للتغرير ، فان المشترى غره • وعن الثانى بأنا نقول بموجبه ، وعن الثالث بأن خيار العيب لم يكن للغبن ، بل لاقتضاء البيع السلامة ، وبأن العيب يستوى فيه الموجود عند العقد والحادث قبل القبض وههنا لا خيار اذا حدث نقصان القيمة قبل القبض اتفاقا بأن العيب لا فرق فيه بين الثلث أو أقل أو أكثر ، وهم لا يقولون به هنا ، وقد قال أصحابنا : يكره غبن المسترسل ، واطلاق الكراهة فى ذلك محمول على ما اذا لم يستنصحه المسترسل ، أما اذا استنصحه فيجب نصحه ، ويصير غبنه اذ ذاك خديعة محرمة ، هكذا اعتقده من غير نقل •

والمنقول عن مذهبنا ومذهب أبى حنيفة من القول بلزوم العقد لعله لا ينافى التحريم ، أو محمول على ما اذا لم يستنصحه كما تقدم ، قال ابن المنذر : وقال بعضهم : كل بيع باعه رجل من مسترسل واختدعه فيه ، أو كذبه فالمشترى فى ذلك بالخيار اذا تبين له ذلك •

(فرع) فيما نتوهم أنه عيب ، وليس بعيب لا رد فيه ، فكون الرقيق رطن الكلام أو غليظ الصوت أو يسىء الأدب أو ولد زنا ، خلافا لأبى ثور ، وسواء أكان مجلوبا أو مولدا خلافا لأبى حنيفة ، ولا بكونه يقتل النفس أو بطىء الحركة أو فاسد الرأى أو حجاما أو أكولا أو قليل الأكل بخلاف الدابة فى قلة الأكل بحيث ترد وعن القاضى حسين الا أن تكون قلة أكل العبد لعلة • ولا يحتاج الى ذلك لأن تلك العلة كافية فى الرد ولا بكون الأمة عقيما وكون العبد عنينا ، وعن الصيمرى اثبات

الرد بالتعنين وهو الأصح عند الامام • ولا يكون الرقيق ممن يعتق على المشترى ولا تكون الامة أخته أو غيرها ممن يحرم عليه من الرضاعة أو النسب كما قاله القاضى حسين والماوردى والبغوى وغيرهم او المصاهرة كابنة امرأته أو موطوءة ابيه أو ابنه • بخلاف المحرمة والمعتدة ، لأن التحريم هناك عام فتقل الرغبة • وهنا خاص به ، وفى وجه رواه ابن كج يلحق ما نحن فيه بالمحرمة والمعتدة • حكاه الرويانى فى موطوءة الأب وضعفه •

وقد تقدم عن الصيمرى اثبات الخيار فيما اذا بان أن العبد أخو المشترى او عمه ، وقياسه بغير شك أن يقول هنا فيما اذا بانت أخته من النسب بالخيار ، وهو موافق فى الرضاع على عدم الخيار • وكذلك فى المصاهرة • ولا أثر لكونها صائمة على الصحيح • وفيه وجه (قال) الرافعى ضعيف • وقال النووى باطل • ولو وجد العبد فاسقا قال الرويانى : لا خيار بالاجماع • قال ذلك عند الكلام مع الحنفية فى الكفر ، وينبغى أن يقيد ذلك ، فان من أسباب الفسق ما يرد به ، وقد تقدم كثير منه •

قال ابن الرفعة : انه اذا كان العبد مرتدا حال العقد وقد تاب قبل العلم لا يرد به على المذهب ، يعنى فى ارتفاع العيب قبل العلم به — وفيه نظر — لأن ذلك قد ينفر عنه لتوهم سوء سريرته • والأولى ما قاله فى الحاوى فى كتاب الرهن أن ذلك عيب فى الحال • قال ابن الرفعة بعد حكاية ذلك : وأما اذا قلنا انه ليس بعيب فهل له الرد به ؟ فيه وجهان • وهذا كلام عجيب • كيف يكون له الرد بما ليس بعيب • ولو اشترى شيئا فبان أن بائعه باعه بوكالة أو وصاية أو ولاية أو أمانة حاكم ، فهل له الرد لخطر فساد النيابة ؟ فيه وجهان حكاهما الماوردى • قال النووى: (الأصح) لا رد •

ولو اشترى شقصا من عقار على ظنه أن الباقى للبائع فبان أنه لغيره وأن له الشفعة فلا خيار له لعدم الضرر على تقدير الأخذ أو الترك • قال المتولى : ولو كان الرقيق أصلع • قال القاضى حسين فلا رد بخلاف الأقرع ، وفيه نظر ، وقد تقدم بأنه لا رد بكون الرقيق

فى ذمته مال وكذلك قاله المـــاوردى • قال : وقال العراقيون : له الرد ، وليس بصحيح وأراد بالعراقيين أبا حنيفة وأصحابه • فنبهت على ذلك لئلا يتوهم من لا معرفة له أنهم العراقيون من أصحابنا •

ولو اشترى فلوسا فكسرت قبل القبض ، ومنع السلطان المعاملة بها لم ينفسخ العقد ، خلافا لأبى حنيفة • قاله فى العـــدة ونقله العمرانى عنه • فهذه جملة مما يرد به وما لا يرد ، ولم أذكر منها شيئا الا منقولا ، ولا سبيل الى حصولها ، وفى الضابط المتقدم كفاية •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى عبدا بشرط أنه كاتب فوجده غير كاتب ، أو على أنه يحسن صنعة فوجده لا يحسن ، ثبت له الرد لأنه أنقص مما شرط فجاز له الرد) •

(الشرح) هذا الفصل للسبب الثالث من أسباب الخيار ، وهو اخلاف ما ظن بالالتزام الشرطى ، والغزالى يرى أنه الأصل للســببين المـــاضيين ، وهمـــا التغرير الفعلى وانتفاء الغرض • وقد تقدم الكلام فى ذلك ، وقد بنى المصنف كلامه على صحة البيع مع خلف الشرط ، وذلك هو المشهور عندنا وعند جمهور العلماء ، وقد تقدم أن الحناطى حكى قولا غريبا أن الخلف فى الشرط يوجب فساد البيع والتفريع على المشهور ، فاذا شرط أنه كاتب أو يحسن صنعة فخرج بخلاف ذلك ثبت له الرد • وقول المصنف « لأنه أنقص مما شرط » أى فصـــار كالمعيب الذى يخرج أنقص مما اقتضاه العرف ، ولهذ يعبر الغزالى وغيره بخيار النقيصة فى الأسباب الثلاثة المذكورة فى هذا الباب • واكتفى المصنف بالأمثلة عن الضـــابط وقد ذكر الامام والغزالى والرافعى ضابطا • واختلفت عباراتهم فيه ، وجملته أن الصفات على ثلاثة أقسام :

(الأول) التى تتعلق بها زيادة مالية يصح التزامها ويثبت الخاير بالخلف فيها (الثانى) ما يتعلق بها غرض صحيح غير المـــال ، والخلف فيها يثبت الخيار وفاقا أو على خلاف فيه ، وذلك تحت قوة الغرض

وضعفه • هكذا قال الرافعى • واطلق الامام والغزالى جريان الخلاف فى هـذا القسم (والثالث) ما لا تتعلق به ماليه ولا غرض مقصـود ، فاشتراطه لغو ولا خيار بفقده ، واجاد النووى فى الروضه فجعلها قسمين (احدهما) يتعلق به غرض مقصود والخلف فيه يثبت الخيار وفاقا او على خلاف •

(والثانى) لا يتعلق به غرض مقصود فاشتراطه لغو • وهذه العباره اولى فانه قد يفوت الغرض دون المـال ، ويثبت الخيار قطعـا ويفوت المـال دون الغرض ، فيجرى الخلاف كما يأتى فى الخصى والفحل •

فالمعتبر الغرض وبفوته يحصل الوفاق ، وبضعفه يحصل الخلاف ، وبانتفائه بالكلية يقطع بعدم الخيار ، ومسائل الفصـل منزلة على هذا الضابط • فالمثالان اللذان ذكرهما المصنف هنا من القسم الأول يفوت بهما مالية وغرض قوى • وكذلك لا خلاف فيهما • قال الأصحاب : ويكفى أن يوجد من الصفة المذكورة ما ينطلق عليه الاسم ولا يشترط النهاية فيها • بقى شرط الكتابة عند الاطلاق يكفى اسم الكتابة وان لم يكن مستحسنا • ولو شرط حسن الخط • فان كان غير مستحسن فى العادة فله الخيار • وان كان مستحسنا فلا خيار له •

قال صاحب التتمة : والكلام فى كون هذا الخيار على الفـور • وفى كيفية الفور على ما تقدم فى العيب سواء • ممن صرح بهـذا صاحب التهذيب ، وان اختلفا فقال المشترى : اشتريت بشرط الكتابة • وأنكر البائع تحالفا ، وقيل القول قول البائع مع يمينه • قاله فى التهذيب •

(فـرع) قال القاضى حسين : ولو شرط أنه حجام فأخلف ثبت الخيار ، وان كان صادقا فى جملة الحرف غير الحجامة •

واعلم أن هـذا الفرع الذى ذكره القاضى يحتمل أن يكون مجزوما به ، ويدل ذلك على أنه لا عبرة بزيادة المـالية من جهة أخرى ، مع فواتها من الجهة المشروطة وكذلك شرط الكتابة قد يخلف ويكون متصفا

بصفات تزيد على قيمة الكتابة فلا يمنع ذلك من قولنا انه فات غرض ومالية ، على أنى نبهت أن الأجود اعتبار قوة العرض وضعفه دون اعتبار المال ، والعرض قد يتعلق بصفة ولا يقوم غيرها مقامها وان كان المال منها من جهة أخرى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشتراه على انه فحل فوجده خصيا ثبت له الرد ، لأن الخصى أنقص من الفحل فى الخلقة والبطش والعمل ، وان شرط انه خصى فوجده فحلا ثبت له الرد ، لأن الفحل دون الخصى فى الانس والدخول الى الحرم) .

(الشرح) المسألة الاولى لا خلاف فيها لفوات العرض القوى ، وان فاتت المالية . قال القاضى حسين : وان كانت قيمته أضعاف قيمة الفحل ، ولا فرق فى ذلك بين العبد وغيره من الحيوان ، والثانية ذكر الرافعى عن أبى الحسن العبادى أنه لا رد فيها ، لأن الفحولة فضيلة ، والصحيح ما ذكره المصنف بفوات المال والغرض جميعا ، وجريان الخلاف فيها مع فوات المال يدل لما قدمته من حسن عبارة النووى ، وأنه ليس كل ما تفوت به مالية نقطع فيه بثبوت الخيار . بل قد يفوت المال مع جريان الخلاف كما فى هذه الصورة وقد لا يفوت المال ويحصل الوفاق كما فى الصورة الأولى .

وكلام المصنف يشعر بأنه يرى جواز دخول الخصى على الحرم . والذى قاله الرافعى فى كتاب النكاح فى النظر : ان الخصى الذى بقى ذكره ، والمجبوب الذى بقى أنثياه كالفحل وفى الممسوح (وجهان) الأكثرون أنه كالمحرم ، فعلى هذا ما ذكره المصنف من أن الفحل دون الخصى فى الدخول على الحرم ، والا فهو أضعف فى العمل ، فان كان المصنف أطلق الخصى على الممسوح استمر كلامه . وكذلك غيره من الأصحاب حيث أطلق هذا الحكم ، والا فمتى شرط أنه خصى بالمعنى المذكور فى كتاب النكاح فبان فحلا ، ينبغى أن لا يثبت الرد ، لأنه لم يفت غرض (والظاهر) أن المصنف والأصحاب هنا انما أرادوا بالخصى هنا الممسوح ، لأنه فى العرف يطلق عليه كثيرا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشتراه على أنه مسلم فوجده كافرا ثبت له الرد ، لأن الكافر دون المسلم فى الدين) •

(الشرح) هذه أيضا لا خلاف فيها لفوات الغرض المقصود القوى ، وان كانت المالية قد لا تفوت ، بل تكون أكثر ، كما اذا شرط أنه فحل فخرج خصيا • وكذا لو شرط تهود الجارية أو تنصرها فبانت مجوسية • قاله المتولى والرافعى • لو اشتراه على أنه مجوسى فكان يهوديا • قال الرويانى : يثبت الخيار • وقيل : ان كانت لا تنقص قيمته فى العادة لا خيار ، وان كانت تنقص بأن كانت الغالب المجوس فى تلك الناحية يثبت الخيار ، وهو قول صاحب التتمة ، ولا فرق فى هذا الفصل بين العبد والأمة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما ثبت له الرد ، وقال المزنى : لا يثبت له الرد ، لأن المسلم أفضل من الكافر ، وهذا لا يصح ، لأن المسلم أفضل فى الدين ، الا أن الكافر أكثر ثمنا لأنه يرغب فيه المسلم والكافر ، والمسلم لا يشتريه الكافر) •

(الشرح) المذهب ثبوت الرد فى ذلك ، وبه قال أحمد لا لنقيصة ظهرت ، ولكن لأنه قد يكون غرضه التجارة ومالية الكافر أكثر ، لما ذكره المصنف ، وما نقله عن المزنى نقله عنه القاضى أبو الطيب وغيره ، وبه قال أبو حنيفة ، ومن أصحابنا من وافق المزنى فى ذلك • ورأى مذهبه قولا مخرجا معدودا من المذهب وحكى ذلك الامام فى كتاب النكاح ، وهناك تكلم المزنى عليها فى المختصر • وان تزوجها على أنها كتابية فاذا هى مسلمة لم يكن له فسخ النكاح ، لأنها خير من الكتابية • قال المزنى : هذا يدل على أن الأمة اذا اشتراها على أنها نصرانية فاذا هى مسلمة لا خيار ، واذا اشتراها على أنها مسلمة فاذا هى نصرانية له أن يردها فى قياس قول الشافعى •

وفى المسلمة وجه ثالث أنه إن كان قريبا من بلاد الكفر ، أو فى جانبه أغلب أهلها الذميون ، ثبت الخيار ، وإلا فلا ، وهو اختيار القاضى حسين ، وجزم به الرافعى فى ذلك ، وقد جمع الإمام الأوجه الثلاثة فى كتاب النكاح ، وذكر الإمام فى الانتصار لقول المزنى أن القيمة إن كانت تزيد من وجه رغبة الكفار فقلت رغبة بإطلة مستندها الكفر وتسميته واعتقاد دونه هنا ، فيكاد أن يكون ذلك الزيادة بمثابة كسر الخمر .

قال الإمام : ويتجه الجزم أن هذا العبد لو أتلف فمذهب جماهير الأصحاب أنه يجب على المتلف أن يغرم قيمته اعتبارا بما بطلت به ، وإن كانت بأكثر مما يشترى به المسلم ، وذهب المزنى ومن يوافقه إلى أن الزائد لا يضمن لما أشرنا إليه ، وهو بمثابة ازدياد قيمة الجارية بأن تعتبر عوادة ، فلا يكاد يخفى أن القيمة تزداد فى المغنية فى العادة ضعف ما تكون الجارية الناسكة ، ومن اشتراها لم يعترض عليه ، فإن اشتراه يرد على عينها ولكن لو أتلفت لم يضمن منفعها إلا قيمة مثلها لو كانت لا تحسن الغناء ، هذا كلام الإمام فى كتاب المنهاج ، مع أنه فى كتاب البيع استبعد القول بعدم ثبوت الخيار مطلقا كما هو مذهب المزنى ، واختار الوجه الثالث ، وما ذكره فى الانتصار لقول المزنى جوابه أن زيادة قيمة الكافر ليست للرغبة فى كفره ، بل لكثرة طلابه ، فإن المسلم لا يتمكن الكافر من شرائه ثم قال الإمام هنا : إن هذا إذا كان الكافر أكثر قيمة ، فإن لم يكن الأمر كذلك فخلف الشرط فيه بمثابة خلف الشرط فى الثيابة والبكارة والجودة والتوسط ، وهذا كأنه قال على ما اختاره ، ويحتمل أن يكون تقييدا للمسألة وجريان الخلاف فيها .

(فرع) هذه المسألة أيضا مما يشهد لرجحان عبارة النووى على عبارة الرافعى وغيره لجريان الخلاف فيها مع فوات الغرض المعلق بزيادة ماليته ، ووجه جريان الخلاف فيها ضعف الغرض عند المزنى ، وانغماره بالنسبة إلى ما فى الإسلام من الفضل ، والكلام والخلاف فى هذه المسألة يقرب من الخلاف فيما إذا شرط أنه خصى فوجده فحلا ، والمخالف هنا أبو الحسن العبادى ، فيحتمل أن يكون العبادى يوافق المزنى هنا ، والمزنى يوافقه هناك ، ويحتمل ألا يكون كذلك ، ويفرق

كل منهما (أما) العبادى فان الخصاء عيب عند الاطـلاق ففواته كمال ؛ والكفـر عند الاطلاق لا يزد به (وأما) المزنى فلان فضيله الاسلام عظيمه لا يوازنها شىء فيجبر ما فات من العرض المـالى اليسير بخلاف الفحوبة فان العرض فيها وفى الخصاء متقاربان فينبع ما شرطه •

(فـرع) الفرق بين البيع والنكاح حيث لم يثبت الخيـار فى النكاح على الاصح أن النكاح بعيد عن قبول الخيار ولهذا لم يثبت فيه خيار المجلس ولا خيار الشرط ، وهذا الفرق انما يحتاج اليه اذا قلنا بصحة النكاح وهو الاظهر ولنا قول آخـر أنه غير صحيح لاعتمـاد الصفات فتنتفى المسألة •

(فـرع) صورة مسألة الكتاب فيما اذا كان المشترى مسـلما والبائع مسلما فلو كان المشترى كافرا اكتفت على شراء الكافر للمسلم (والاصح) فسـاده • ولو كان البائع كافرا ففى رد العبد المسلم عليه بالعيب خلاف (الأصح) جوازه فيأتى فيه أيضا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى جارية على أنها بكرا فوجدها ثيبا ثبت له الرد ، لأن الثيب دون البكر) •

(الشرح) هذا لا خلاف فيه لفوات الغرض ونقصان المـالية ، وهى من القسم الأول لشرط الكتابة وحسن الصنعة ، والمشهور أنه لا فرق بين أن تكون الجارية المشتراة بهذا الشرط مزوجة أو غير مزوجة • وعن أبى الحسين أن أبا اسـحاق قال : لا خيار اذا كانت مزوجة ، لأنها وان كانت بكرا فالافتضاض مستحق للزوج ولا غرض للمشترى فى بكارتها (والصحيح) الأول ، لأن الزوج قد يطلقها أو يموت فيحصل له ذلك •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشتراها على أنها ثيب فوجدها بكرا لم يثبت له الرد لأن البكر افضل من الثيب ، ومن اصحابنا من قال : يثبت له الرد ، لانه قد يكون ضعيفا لا يطيق وطء البكر فكانت الثيب أحب اليه ، والمذهب الأول ، لأنه لا اعتبار بما عنده وانما الاعتبار بما يزيد فى الثمن والبكر أفضل من الثيب فى الثمن) .

(الشرح) القول بأنه لا يثبت الرد وهو الأصح عند القاضى أبى الطيب والرافعى وغيرهم ، والوجه الآخر مستنده ما ذكره المصنف ، وهذه المسألة الفائت فيها الغرض دون المالية ، فهى تشارك فى ذلك شرط الفحولة والاسلام لكن فى تينك المسألتين لا خلاف أن الخلف مثبت للخيار لقوة الغرض ، وههنا الغرض ضعيف ، فانه خاص به وليس بعام ، وكان شرطه السبوطة فى الشعر أو البياض ، فيخرج جعدا أو أسود فى كل منهما خلاف كمسألتنا هذه . الصحيح أنه لا رد فى المسائل الثلاث كما لو شرط كون العبد أميا فبان كاتبا ، أو كونه فاسقا فبان عفيفا .

ولو شرط الجعود والسواد فبان سبطا أو أبيض . فثبت الخيار وجها واحدا ولو شرط البكارة فأتت ثيبا ، وان استنكرت اشتراط الجعود وغيرها فى الشعر من جهة أن الشعر يجب رؤيته (فالجواب) عنه قد تقدم فى أول الباب عند قول المصنف : اذا اشترى جارية وقد جعد شعرها ثم بان أنها سبطة ، ولو أنه اشترى على أنه عدل فبان فاسقا ثبت الخيار وعكسه لا خيار بلا خلاف ، قاله الرويانى .

(فرع) لو شرط كونه مختونا فبان أقلف فله الرد ، وبالعكس لا رد . قال فى التتمة : الا أن يكون العبد مجوسيا ، وهناك مجوس يشترون الأقلف بزيادة . فله الرد ، وقد تقدم هذا وسؤال عليه قريبا ، ولو شرط كونه أحمق أو ناقص الخلقة فهو لغو ، وهو من القسم الأخير الذى لا مالية فيه . ولا غرض مقصود .

(فــرع) اذا ظهر الخلف فى "صفة المشترطة ، وقد تقــدم فسخ العقد بهلاك أو حدوث عيب ، فله أخذ الأرش على التفصيل الذى تقدم ، قاله صاحب التتمة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باعه حيوانا على أنه بغــل فوجده حمــارا ، أو على أنه حمــار فوجده بغــلا ففيه وجهان (أحدهما) أن البيع صحيح ، لأن العقــد وقع على العين ، والعين موجودة ، فصح البيع وثبت له الرد ، لأنه لم يجده على ما شرط (والثانى) أن البيع باطل ، لأن العقد وقع على جنس فلا ينعقد فى جنس آخــر) •

(**الشرح**) الشروط المتقدمة كانت فى الصفات ، ولا شك أن تبدل الصفة والخلف أسهل من ذلك فى الجنس ، فذكر المصنف هنا اشتراط الجنس ، ومثل بالمثالين المذكورين ليعــلم أنه لا فرق بين أن يجده أعلى من الجنس الذى شرطه أو دونه ، وفيها جميعا وجهان ، وقد حكيتها وأطلقت الكلام فيها فى باب الربا فى الصرف العين (والمذهب) الصحيح المنصوص البطلان ــ والوجه الآخر محكى عن صاحب الافصاح •

ولو باعه على أنه ذكر فبان أنه جارية • قال العمرانى فى الزوائد : صح البيع وله الخيار فى أحد الوجهين • وقال أبو حنيفة : لا ينعقد ، وقد سبق فى باب الربا عن المــاوردى البطلان ، وذكر الرافعى فى كتاب النكاح فيما اذا قال : بعتك فرسى هــذا ، وهو بغل ، أن الظاهــر الصحة ، وهو يخالف ما قدمناه فى باب الربا وكذلك قال عن الرويانى فى البحــر أنه لو قال : زوجتك هــذا الغلام وأشار الى ابنته صح النكاح • ولو باعه عبدا على أنه تركى فاذا هو من جنس آخــر فهو من اختلاف الوصف ، فالبيع صحيح ، قاله الامام فى باب بيع الغرر •

اذا عرف ذلك (فان قلنا) فى اختلاف الجنس بالبطلان فلا كلام • وان قلنا : العقــد صحيح ، وثبت الخيار فقد أطلقوا ذلك سواء أكان ذلك أجود أم أردأ ، كما نبه المصنف بالمثالين عليه • ولو قيل : انه

اذا خرج أجـود يكون كما لو شرط أنها ثيب فخرجت بكرا لم يبعد ، لأن القول هذا على الأجناس والصفات .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى ثوبا او أرضا على أنه عشرة اذرع فوجده تسـعة فهو بالخيـار بين أن يأخـذه بجميع الثمن وبين أن يرده ، لأنه دخل في العقـد على أن تسـلم له العشرة ، ولم تسـلم له فثبت له الخيار ، كمـا لو وجد بالمبيـع عيبا . وان وجـده أحد عشر ذراعا ففيه وجهان (أحدهما) أن البائع بالخيار بين أن يفسـخ البيع وبين أن يسلمه بالثمن ويجبر المشترى على قبوله ، كما أجبرنا البائع اذا كان دون العشرة . (والثانى) أن البيع باطل لأنه لا يمكن اجبار البائع على تسليم ما زاد على عشرة ، ولا اجبار المشترى على الرضـا بما دون الثوب والمساحة من الأرض ، لأنه لم يرض بالشركة والتبعيض ، فوجب أن يبطل العقد ، فان اشترى صبرة على أنها مائة قفيز فوجـدها دون المـائة ، فهو بالخيـار بين أن يفسخ لأنه لم يسـلم له ما شرط ، وبين أن يأخـذ الموجود بحصته من الثمن ، لأنه يمكن قسـمة الثمن على الأجـزاء لتسـاويها في القيمة ، وبخالف الثوب والأرض لأن أجزاءها مختلفـة فلا يمكن قسمة الثمن على أجزائها لأنا لا نعـلم كم قيمة الذراع الناقصة لو كانت موجودة لنسـقطها من الثمن ، وان وجـد الصبرة أكثر من مائة قفيز أخـذ المـائة بالثمن وترك الزيادة ، لأنه يمكن أخـذ ما عقد عليه من غير اضرار) .

(الشرح) الذراع فيه لغتان التذكير والتأنيث كما ذكره جماعة من أهل اللغة وقال سيبويه : الذراع مؤنثة فعلى لغة التذكير جاء قول المصنف عشرة أذرع ، فوجده تسعة ، وعلى لغة التأنيث عشر أذرع فوجده تسعا .

(أما الأحكام) فاعلم أنه تقدم الكلام في خلف الشرط في الصفة والجنس ، والكلام الآن في المقدار . وذكر المصنف فيه قسـمين (أحدهما) ما يكون قسمة الثمن على المبيع فيه بالقيمة (والثانى)

ما يكون بالأجزاء وقسم كلا من القسمين الى ما يحصل الخلف فيه بالنقصـــان ، والى ما يحصل بالزيادة فهى أربع مسائل ، وطريقة العراقيين فى ذلك تحتاج الى تأويل وفكر • وأنا ان شاء الله تعـــالى أذكر طريقهم وطريق غيرهم فى ذلك ثم أبين وجه الاشكال ثم أردفه بما ييسره الله تعالى •

(الطريقة الأولى) التى ذكرها المصنف وجمهور العراقيين ، منهم القاضى أبو الطيب القطع بالصحة فى حالة النقصـــان فى المتقوم والمثلى مع ثبوت الخيار للمشترى ، والقطع بالصحة فى حالة الزيادة فى المثلى فى القدر المشروط خاصة بلا خيار ، والتردد فى الزيادة فى حالة المتقوم ، هل يصح ويكون للبائع الخيار ، وهو الأصح أو يبطل ؟ وهذه الطريقة هى التى أوردها القاضى حسين فى آخـــر باب الشرط الذى يفسد البيع ، وفرضها فى الثوب خاصة ، وصححها الشاشى ، وعلى هذه الطريقة الصحة فى القـــدر المشروط من المثلى بحصته من الثمن قولا واحدا • وأما المتقوم فجمهورهم على أنه اذا أجاز يجيز بجميع الثمن • واختلف كلام القاضى أبى الطيب ، ففى التعليق وافق ذلك : وفى المجرد قال : يجب بالقسط • قال ابن الصباغ : والأول أصح •

(الطريقة الثانية) ذكرها الشيخ أبو حامد ولم يصرح بها الا فى الثوب خاصة قال : لو قال : بعتك هـــذا الثوب وهو عشر أذرع فخرج تسعا ثبت الخيار للمشترى فى أن يمسك بكل الثمن أو يرد • ولو خرج احدى عشر فالمنصوص أن الخيار يثبت للبائع • ومن أصحابنا من خرج ههنا قولا آخـــر أن البيع يبطل ، وهـــذا اذا قال له بعتك هذا الثوب وهو عشر أذرع ، وأما اذا قال بعتك على أنه عشر أذرع فخـــرج تسعا أو احدى عشرة ، ففى صحة البيع قولان ، كما لو تزوجها على أنها بكر فخرجت ثيبا • هكذا رأيته فى تعليقته التى عندى بخط مسلم الدارى تلميذه ، مع أن الذى فى التجـــريد للمحاملى يوافق ما ذكره المصنف والجمهور ، والتجريد مأخوذ من تعليقة البندنيجى عنه •

(الطريقة الثالثة) طريقة صاحب التقريب والخراسانيين والقاضى حسين على ما ذكرته فى باب الربا ، والشيخ أبو محمد والامام والغزالى

والرافعى اطلاق الخلاف فى حالتى النقصـــان والزيادة فى المتقـــوم والمثلى ، وفرضها الامام فى الأرض والقاضى حسين فى الصبرة والغزالى فى الصبرة أيضـــا ، والرافعى فى الأرض ، ثم قال : ويقال بهذه المسألة ما اذا باع الثوب عن أنه عشر أذرع أو القطيع على أنه عشرون شاة ، أو الصبرة على أنها ثلاثون صاعا وحصل نقص أو زيادة • ومنهم من يحكى الخلاف فى ذلك وجهين ، وأكثرهم يحكيه قولين •

(وأظهرهما) عندهم الصحة تغليبا للاشارة وتنزيلا لخلف الشرط فى المقدار منزلة خلفه فى الصفات ، وبهذا قال أبو حنيفة (والثانى) أن البيع باطل لأن قضية قوله بعتك هذه الأرض أن لا يكون غيرها مبيعا وقضية الشرط أن تدخل الزيادة فى البيع ، فوقع التضـــاد وتعذر التصحيح ، فعلى طريقة هؤلاء (ان قلنا) بالبطلان فذاك (وان قلنا) بالصحة ففى حالة النقصان أن يكون الخيار للمشترى ، واذا أجاز فهل يجيز بجميع الثمن أو بالقسط ؟ فيه قولان (أظهرهما) هنا الأول بخلاف نظائره من تفريق الصفقة • وفى حالة الزيادة اختلف هؤلاء فى الصبرة ، هل تكون الزيادة للبائع أو للمشترى ؟ على وجهين حكاهما صاحب التتمة وغيره واقتضاء كلام صاحب التتمة التسوية بين الأرض وبينها ، لكن فى كون الزيادة للبائع فى مسألة الأرض والثوب اشكال لابهام المبيع ، وسيأتى فى كلام المـــاوردى ما يدفع هذا الاشكال وينبغى أن يحمل على الاشـــاعة لكنه مشكل من جهة أخرى ، فاذا قلنا : الزيادة للبائع فى مسألة الصبرة أو فى الجميع ان أمكن القول به ، فهل للمشترى خيار ؟ وجهان •

(أحدهما) نعم لأنه لم يسلم له المشـــار اليه (والثانى) لا ، لأنه شرط عشرة وقد سلمت له ، وهذا موافق لمـــا قاله المصنف فى الصبرة •

(وان قلنا) الزيادة للمشترى فلا خيار له ، ولم يذكر الرافعى غير هذا • وهل يثبت الخيار للبائع ؟ فيه وجهان (أصحهما) نعم • وهذا هو القول الأول الذى ذكره المصنف فى الثوب والأرض فى حالة الزيادة ، وهو الذى صححه فيها ابن أبى عصرون وغيره ، فاذا أجاز

كانت كلها للمشترى • ويطالبه للزيادة بشىء (والثانى) واختاره صاحب التهذيب أنه لا خيار للبائع ، ويصح البيع فى الجميع بجميع الثمن ، وينزل شرطه منزلة شرط كون المبيع جيفا فيخرج سليما لا خيار له فاذا قلنا بالصحيح فقال المشترى : لا نفسخ فأنا أقنع بالقدر المشروط شائعا ولك الزيادة • فقد حكى صاحب التقريب فى ذلك قولين ، وحكاهما غيره وجهين (أظهرهما) أنه لا يسقط • ورجح ابن سريج السقوط فى جوابات الجامع الصغير لمحمد(١) ولو قال : لا تفسخ حتى أزيدك فى الثمن لما زاد لم يكن له ذلك • ولم يسقط به خيار البائع بلا خلاف • هذا تهذيب الطرق المنقولة • وأما بيان الاشكال والترجيح بين الطرق فيتوقف على مقدمات •

(أحدها) أن هذه المسألة يتجاوز بها أربعة أصول مستفادة من كلام الامام رحمه الله فى باب النهى عن بيع الغرر (أحدها) خلف شرط جنس المبيع • والصحيح البطلان (والثانى) خلف شرط الوصف فيه والتفريع على الصحة • ولا تفريع على القول القريب الذى حكاه الحناطى (والثالث) خلف شرط الصفة فى النكاح ، وفيه قولان (أظهرهما) الصحة (والرابع) تفريق الصفقة من جهة الحاق القدر بالجزء على ما سأبينه •

(الثانية) أن الغرض المتعلق بجنس المبيع قوى جدا ، فان الجنس هو الأصل والمقادير والأوصاف تطرأ عليه وتزول ، فاذا أخلف فالصحيح البطلان لفوات مورد العقد ، وليس ذلك نظرا الى العبارة فقط ، بل لمجموع الاشارة والعبارة ودلالتهما على ما ليس بموجود ، والتعليل الآخر ينظر الى الاشارة وحدها ، ويلغى العبارة وهو بعيد وأما الوصف فى المبيع فليس فى هذه الرتبة وان كان مقصودا ، ولكنه قد يطرح ويغتفر ومورد العقد هو الجنس المعين فلذلك عند فوات الوصف لم يبطل المبيع • وأما المقدار فالغرض يتعلق به أكثر من الوصف وأقل من الجنس فهو متردد بينهما وله شبه بالجزء ، لأن المقدار يصح أن يكون موردا للعقد بخلاف الوصف فى النكاح من

---

(١) يعنى محمد بن أحمد الدارمى • (المطيعى) •

جهة أن الغرض الأعظم فى المنكوحة الأوصاف (الثالثة) قد عرفت بهذه المقدمة الثانية انحطاط الغرض فى المقدار عن الجنس • وذلك يوجب أن هذه المسألة أولى بالصحة من تلك ، ثم ان ألحقنا المقدار بالوصف فى المبيع اقتضى الصحة فى جميع الصور ، وأنه عند ظهور الزيادة لا يكون للبائع خيار • كما قاله صاحب التهذيب •

وان ألحقناه بالوصف فى النكاح وجب أن يجرى الخلاف فى حالة النقصان فى المتقوم والمثلى ، وأن يصح حالة الزيادة فيهما من غير خيار ، والعراقيون قطعوا بالصحة حالة النقصان ، وقطعوا فى زيادة المثلى بالصحة ، وأن الزيادة البائع ، وترددوا فى زيادة المتقوم ، وهذا السؤال كما أنه وارد على العراقيين هو وارد على الخراسانيين فى قول بعضهم : ان الزيادة للبائع ، وقول بعضهم : انها للمشترى وللبائع الخيار كما قاله الرافعى فان الوصف ليس هكذا ، بل اذا خرج زائدا كان للمشترى قطعا بغير خيار ، فما مشى على جعله كالوصف من كل وجه الا صاحب التهذيب على أنه يلزمه أن يقول عند النقصان : انه اذا أجاز فى المثلى يجيز بكل الثمن ، وما أظنه يقول به •

وان ألحقنا المقدار بالجزء ففى حال النقصان قد اقتضى الشرط ادخال شىء مع الموجود فى البيع ، فكأنه باع موجودا ومعدوما فيتخرج على تفريق الصفقة ، وينبغى على هذا البطلان على الأصح فى تفريق الصفقة أنه اذا جمع بين معلوم ومجهول يبطل ، فان المعدوم لا يعرف فيمنعه ، وفى حال الزيادة والاشارة شاملة للجميع ، والعبارة فى الشروط مخرجة للزائد فيبطل فيه ، وفى الباقى قولا تفريق الصفقة وينبغى على هذا أنه فى المثلى يصح على الأصح ، وفى المتقوم يبطل الابهام فانه غير مميز ولا يمكن تقويمه ، وهذا أيضا وارد على العراقيين — أما العراقيون فظاهر لفظهم بالصحة فى الصور الثلاث • وتصحيحهم الصحة فى الصورة الثانية — وأما الخراسانيون فلأنهم يصححون الصحة فى الجميع ، مع اجراء الخلاف •

وقال الامام بعد ذكره الأصول المذكورة : ان خلف المقدار فى المبيع أولى بالخلاف من خلف الصفات فى النكاح (قال) والبيع أقبل للفساد

بالشرط ، ثم قال الامام : فالذى يقتضيه الترتيب بعد تمهيد ما ذكرناه ترتيب مسألتنا فى الصحة والفساد على التفريق فى الصفقة ، وهذه المسألة أولى بالصحة ، وان رتبناها على خلف الصفات فى النكاح فمسألتنا أولى بالفساد ، قال : والذى به الفتوى صحة البيع ، هذا كلام الامام ، وأما كلام الغزالى فانه اختار فى حال الزيادة التخريج على تفريق الصفقة ، وفى حالة النقصان التخريج على الاشارة والعبارة ومقتضى ذلك أنه عند الزيادة لا يصح فى القدر الزائد قطعا ، ويصح فى الباقى على الأصح وهذا سيأتى له فى الصبرة ، وهى التى تكلم فيها •

أما المتقوم فلا يأتى على هذا التخريج الآن فساده كما تقدم — وأما تخريجه فى حالة النقصان على الاشارة والعبارة ، فالاشارة والعبارة مختلفة ، ففى الجنس اذا قال : بعتك هذه الشاة • وكانت بقرة الأصح البطلان ، والفتيا هنا على خلافه وفى النكاح اذا قال : زوجتك هذه عائشة فكانت فاطمة ، الأصح الصحة ، لكن مقتضاه أن يصح فى جميع الصبرة ولم يقولوا به على الأصح ، وقد استشكل الامام قول العراقيين وقال : ذكر العراقيون هذه المسألة ، وحكموا بأن المساحة اذا نقصت عن المقدار المذكور صح البيع قولا واحدا ، وان زادت ففى صحة البيع قولان ، ولا يكاد يظهر فرق بين النقصان والزيادة ، وطرد صاحب التقريب ، وسيجىء القولان فى الصورتين •

(**قلت**) وهذا على ما هو المشهور عن العراقيين ، وقد تقدمت طريقة عن الشيخ أبى حامد بأحد القولين فى الصورتين فى الصيغة المصرحة بالشرط ، فهذا تلخيص الاشكال فى هذه المسألة ، وتلخيصه فى ثلاثة اشكالات •

(أحدها) على المشهور عن العراقيين فى فرقهم بين النقصان والزيادة ، وهو سؤال الامام ، وفى فرقهم فى الزيادة بين المتقوم والمثلى •

(الثانى) على الشيخ أبى حامد فى فرقه بين أن يقول : انها عشرة أذرع ، فيجرى القولان ، وبين أن يقول : وهى عشرة أذرع ، فيفرق

بين النقصان والزيادة ، وان كانت هذه الصيغة شرطا فينبغى الخلاف فيها ، أو لا فلا ينبغى الخلاف فيها .

(الثالث) عليهم وعلى الامام والخراسانيين أو زيادة الصبرة ، تكون عند بعضهم للبائع ، وقول الرافعى وبعضهم انها للمشترى ، وللبائع الخيـــار ، وعلى الامام أعظم حيث اختار التخريج على تفريق الصفقة ، ومع ذلك اختار الفتوى بالصحة مطلقا ، وقد عرفت أن التخريج فى بعض الصور يقتضى خلاف ذلك ، وصاحب التهذيب سالم من هذه الاشكالات ، لكن قوله مخالف للأكثرين .

اذا عرفت هذا فنقول : ان الشافعى رحمه الله نص فى البويطى على ما نقله القاضى أبو الطيب وغيره من الأصحاب : على أنه اذا اشترى صبرة على أنهـــا مائة كد فلم يصب الا خمسين ، فهـــو مخير ان شاء أخذها بحصتها ، وان شـــاء فسخ البيع فهذا النص يرد القول بالبطلان ، ويقتضى الصحة اما قطعا ــ كما قال العراقيون ــ واما أنه الراجح ، ويقتضى أيضـــا رد القول بأنه يخير بكل الثمن فى المثلى ، كما يقتضيه اطلاق الرافعى ومن تقدمه من الخراسانيين ، فمن جهة اقتضائه الصحة يرد القولين بتخريجه على تفريق الصفقة ، والقول بالنظر الى العبارة وحدها وقطعها عن خلف الشرط فى الجنس ، ومن جهة قوله : انه يجيز بالحصة يقتضى عدم الحاقها باشتراط الوصف من كل وجه ، اذ لو كان كذلك لأجاز بالكل كما اذا اشترى شيئا على شرط السلامة أو زيادة وصف فخرج بخلاف ذلك .

فانه اذا أجاز لا يسقط من الثمن شىء ، وكان ذلك لمـــا قدمته من ارتفاع الغرض فى القدر عن الوصف ، وانحطاطه عن الجنس ، فجعل له حكم بحصته وألحق فى الصحة بالوصف من جهة أن الصبرة المشاهدة المعينة باقية بحالها ، فلم تكن كاخلاف الجنس وأثبتنا الخيار للمشترى لفوات غرض مقصود ، وألحق فى الاجازة بالقسط بالجزء لشدة الغرض فيه ، ولم يجعل كتفريق الصفقة من جهة أنه لم يجعل موردا للعقـــد ، وانما أتى به على صورة الشرط والمبيع الصبرة المشـــاهدة لا الصبرة وشىء آخـــر ، فلذلك كان الحكم المذكور من الصحة والاجازة بالقسط مقطوعا به عند الكثير من العراقيين على وفق النص .

وقال أبو الطيب : انه لا يختلف أصحابنا فيه وإذا ثبت الخلاف عند غيرهم فالاصح كذلك الصحة ، كما صرحوا به ، والاجازة بالقسط حكمها كما يفهمه اطلاق الرافعي — هذا في حالة النقص اذا كان المبيع مثليا ، فان كان متقوما فالحكم بالصحة باق لهذا المعنى ، والحكم بالاجازة بالقسط متعذر ، لانه لا يمكن قسمة الثمن على أجزائها كما قاله المصنف ، فخيرنا المشترى بين الاجازة بالجميع والفسخ واما في حالة الزيادة فيجب المحافظة على هذين المعنيين ، وهما الالحاق بالوصف من وجه ، وبالجزء من وجه فمن جهة الحاق المقدار بالجزء يقتضى ان ذلك المقدار الزائد لا يسلم للمشترى كاوصاف السلامة اذا شرط عدمها ، وكانت موجوده ، بل يكون هذا الزائد يبقى للبائع لأنه مستقل ، يمكن ايراد العقد عليه فان أمكن ذلك كما في المثلى ابقيت الزائد للبائع ، وقلنا الحاقه بالجزء لتعلق غرض البائع به كما يتعلق غرض المشترى به في حالة النقصان ، ويكون المقدار المشروط من المثلى للمشترى لتطابق الاشارة والعبارة عليه ، ولا يسقط من الثمن شيء لأنه لم يقف عليه شيء مقصود وخروج بعض الصبرة المشاهدة مع حصول جنس المبيع وقدره الذي تعلق العرض به لا يزيد ، ولا يثبت خيارا ، لأنه لم يفت غرض مقصود عن المشترى ، ولا محذور في ذلك ، فان المشترى يكون شريكا للبائع في الصبرة ويتقاسمانها بغير حذر •

وأما في المتقوم فالقول بالتصحيح يؤدى الى أن يكون مورد العقد منهما وهو فاسد ، ومشاعا ويؤدى الى ضرر القسمة ، فترددنا بعد ذلك ، فمن قائل يقول : انا في هذه الصورة نجعل البيع باطلا لهذا المعنى ، وهذا هو القول المخرج ، وهو ظاهر بهذا التقرير ، ولا يلزم طرده في بقية الصور ، ومن قائل يقول : ان هذا المحذور يندفع اذا رضى البائع بتسليم الجميع بالثمن فيصح ويثبت الخيار للبائع ، لكن ههنا يجب على القول بالصحة وعلى القول بالبطلان ، أما على القول بالصحة وهو المنسوب الى النص فهل انه صح في الجميع بالثمن وللبائع الخيار ؟ أو صح في المقدار المشروط ؟ واذا تبرع البائع بتسليم الجميع لزم ان قلنا بالأول فلم لا قيل بذلك في الصبرة اذا خرجت زائدة ؟ •

وظاهر كلامهم وقولهم أن يأخذ المقدار ويترك الزيادة أن العقد

ثم يسمى الزيادة ويحتمل أن يكون العقد شملها ، ويكون مرادهم أنه لا يلزم البائع بتسليمها لمن الصبرة في قوله هذا المعنى ، وإن قلنا بالثاني كان ذلك مسلما في الصبرة ، ولكن في الثوب والأرض مشكل ، لأن العقد يكون قد ورد على مبهم مجهول ، فيكون باطلا من أصله ولا يجبر ذلك بإرضاء البائع بتسليم الجميع ، فطريق الخلاص عن هذا الإشكال بما سيأتي عن الماوردي أنه على قول الصحة يصح في جزء مشاع ، لكن ذلك فيما إذا ذكر الثمن مقدارا لا مجملا ، أما إذا ذكره مجملا فسيأتي ، وأما على القول بالبطلان عند زيادة المقوم فهل معنى ذلك أن العقد باطل من أصله ؟ أو أنه يتضح عند التشاحح لتعذر امتحانه ؟ .

إن قلنا بالأول وهو الأسبق إلى الفهم من كلام الأصحاب فعلة المصنف لا تقتضي ذلك ، لأنه علل بأنه لا يمكن إجبار البائع ، ولا إجبار المشتري ، ومقتضى ذلك أنهما إذا تراضيا صح وأقر العقد ، كما قال هو واختار الأصحاب في بيع الصبرة بالصبرة حيلا بحيل إذا خرجتا متفاضلتين ، وليسا من جنس واحد ، فيحتمل أن ينزل القول بالبطلان على هذا المعنى ، وحينئذ لا يلزم طرده في شيء من الصور الثلاث وينزل قول الصحة على أنه يصح في الجميع ثم يسترجع البائع في المثلي ، إن شاء الزيادة بغير تقسيط ، وفي المتقوم لا يمكنه استرجاع الزيادة وحدها فيفسخ ، هذا ما ظهر لي في ذلك ، وأظنه صوابا وإن كان الأسبق إلى الفهم من كلام الأصحاب خلافه .

(فائدة) قد نبهت بما تقدم على السبب الذي اقتضى الإجازة ههنا في المتقوم بجميع الثمن بخلاف أخواته من صور تفريق الصفقة ، وعلى أنه في المثلي يجيز بالقسط من غير خيار ، بخلاف ما يقتضيه كلام الرافعي من أنه يجيز بالكل ، ونص الشافعي في المثلي بخلافه .

(فائدة أخرى) صورة هذه المسائل ليست على إطلاقها ، بل هي على ثلاثة أحوال ، (أحدها) أن يذكر الثمن جملة من غير تفصيل ، كقوله : بعتك هذه الأرض بعشرة دراهم على أنها عشر أذرع ، فالحكم على ما تقدم .

(الثانية) أن يذكره مفصلا ولا يذكره مجملا كقوله : بعتك هذه الأرض على انها عشر اذرع كل ذراع بدرهم ، فقد ذكرها صاحب التتمة على ما تقدم ومثل بالارض والثوب والعصيع • وقال الماوردى فى الارض والثوب : ان خرجت تسعة ثبت للمشترى الخيار بين الفسخ والاجازة بحسابه من الثمن • وهو فى ذلك موافق لما تقدم عن القاضى أبى الطيب فى المجرد ، والصحيح خلافه ، وأنه يجيز بكل الثمن • قال الماوردى : وان خرجت أحد عشر فقولان (احدهما) يبطل العقد (والثانى) يصح فى عشرة ، ويكون البائع شريكا بالباقى على الاشاعة ، ويثبت للمشترى الخيار ، والماوردى فى هذا أيضا موافق لأحد الوجهين أن الزيادة تكون للبائع ، وفيه ما تبين أن القائل بذلك يقول بالشركة فى الثوب والأرض ، فيندفع عنه اشكال الابهام ، وكأنه يجعل ذلك كما لو باع ذراعا من دار وهما يعلمان ذرعانها ، لكن هذا ظاهر فيما اذا ذكر تفصيل الثمن فقط ولم يذكر جملته ، أما اذا ذكر جملته ولم يذكر تفصيله فينبغى على قول الماوردى أنه يجيز بالقسط ، والذى ذكره المصنف والأصحاب يقتضى أنه يجيز بالكل •

(الحالة الثالثة) أن يذكر جملة الثمن وتفصيله مقسطا على الأذرع كقوله بعتك هذه الأرض بعشرة دراهم على أنها عشر أذرع كل ذراع بدرهم ، فقد تقدم نظير ذلك فى كلام المصنف فى باب الربا فيما اذا باع صبرة حنطة بصبرة شعير كيلا بكيل ، وخرجتا متفاضلتين وتقدم هناك طريقان (أحدهما) عن المصنف وأكثر الأصحاب أنه اذا رضى صاحب الزيادة بتسليم الزيادة أقر العقد وأجبر الآخر على القبول ، وان رضى صاحب الناقصة بقدر صبرته من الزائدة أقر العقد ، وان تشاحا فسخ ، وقياس ذلك أن نقول هنا : اذا فصل الثمن على المبيع كما مثلناه سواء أكان معينا أم فى الذمة أن يأتى التفصيل المذكور هنا ، اما أن يتشاحا أم لا ، ووجه ترتيب الحكم بين •

(والطريق الثانى) عن صاحب التهذيب حكاية قولين (أصحهما) البطلان وقياسها أن تأتى هنا أيضا ، فعلمنا أن فرض المسائل فيما اذا لم يجمع بين جملة الثمن وتفصيله ، وكلام المصنف ظاهر فى أنه انما أراد حالة ذكر الثمن جملة فقط ، ألا ترى الى قوله بجميع الثمن ؟ والثمن الفصل لا يعرف جميعه •

(**فائدة أخرى**) فرض هذه المسائل فى شىء واحد مكتوب أو أرض ونحوهما فلو باعه رزمة ثياب بعد رؤية ما فيها ، كل ثوب بدينار على أن فيها عشرة أثواب فكان فيها تسعة قال الماوردى : البيع جائز للمشترى أن يأخذها بالقسط من الثمن • قال : ولو زادت ثوبا فالبيع فى جميعها باطل قولا واحدا ، بخلاف الأرض والثوب اذا بيعا مذارعة ، لأن الثياب قد تختلف وليس يمكن أن يكون الثوب الزائد مشاعا فى جميعها ومساويا لباقيها ، وما زاد فى الثوب الواحد والأرض فمقارب لباقيه ، ويمكن أن يكون مشاعا فى جميعه •

(**قلت**) وقوله فى النقصان أن يأخذ بالقسط ، موافق لما تقدم عنه فى الثوب الواحد ، والأصح هناك خلافه ، وقوله فى حالة الزيادة : يلتفت على البحث المتقدم على قول التصحيح فى الثوب الواحد أن جعلناه على سبيل الاشاعة كما قال الماوردى فبنسبتها قاله هنا ، وان جعلنا الصحة فى الجميع فلا ، والله أعلم •

(**فائدة أخرى**) القائل بالبطلان عند الزيادة هو ابن سريج نقله عن القاضى حسين قبل باب بيع حبل الحبلة صورها فى الصبرة ونسب الصحة الى النص ثم قال وكذلك حكم الثوب ، وقال أبو حنيفة : فى الصبرة يجيز العقد فى ذلك القدر بحصته من الثمن ، وفى الثوب يأخذ الجميع بجميع الثمن ، وفرق بأن الذرع صفة فى الثوب كالطول والقصر ، وأما مالية الحنطة والشعير فمقاديرها ، ولهذا أوجب الشرع التساوى فى المقدار فى بيع بعضها ببعض والثمن يتقسط على المقادير دون الصفات ، وأجاب الأصحاب بأن الذرع طريق للتقدير فى العادة ، كالكيل والوزن ، فلا فرق بينهما •

(**فائدة أخرى**) النص المنقول عن البويطى رأيت مثله فى الأم فى آخر باب الثنيا عقب الكلام الذى سأحكيه عنه ، فى بيع العبد الجانى اذا قتل فى يد المشترى قال الشافعى : لأن العيوب فى الأبدان مخالفة بعض العدد — ولو كان المشترى كيلا معينا كان هكذا ، واذا كان ناقصا فى الكل أخذ بحصته من الثمن ان شاء صاحبه وان شاء فسخ فيه البيع انتهى — وهذا فيه زيادة فائدة ، وهو نصه على الفرق بين الوصف

والمقدار كما قلته أولا ، لقوله : ان العيوب فى الأبدان مخالفة نقص العدد •

(فائدة أخرى) أكثر الأصحاب انما صوروا ذلك فى الأرض والثوب ، وصورها الزبيرى فى المتقضب فى الدار فاستفيد منه أن حكم الدار حكم الأرض وقطع بالبطلان فى حالة الزيادة كما هو الوجه الثانى فى الكتاب •

(فرع) مر خلف الشرط قال أبو عاصم العبادى : اذا اشترى أرضا عليها خراج بحق ثلاثة دراهم بشرط أن عليها درهما اذا علم المشترى ذلك فالبيع باطل وان لم يعلم فهو بالخيار (قلت) وكذلك قاله ابن القطان فى المطارحات ، وفى البطلان اذا علم نظر وينبغى أن يكون هذا الشرط لا أثر له ، ولعل مأخذ ذلك أن مقتضى الشرط أن لا يلزم بأكثر من ذلك ، وحينئذ يتجه البطلان ، والله تعالى أعلم •

(فرع) المشهور فى المذهب أنه اذا باع جارية وشرط حملها بطل البيع وقيل : يصح فى الآدميات ، لأنه عيب ، ولهذا ألغى ، قال المرعشى فى ترتيب الأقسام : يصح من البائع ولا يصح من المشترى •

(قلت) فاذا قلنا بهذا واشترطه فأخلف هل نقول : ليس للمشترى الرد كما لو شرط أنه معيب وخرج سليما أو له الرد ، لأن الحمل يقاربه قسط من الثمن فيه نظر واحتمال ، وهذا الذى قاله المرعشى هنا يوافق التفصيل فى شرط ترك الوطء فى النكاح ، وذلك أن الشارط هو الذى له غرض فى اثبات ذلك الشرط والمشروط عليه ليس له غرض الحمل ، وانما الغرض للبائع فى براءته من العهدة بسببه ، وعلى هذا الا اسعاف الشارط ، وليس المشروط مقصودا له وهذا معنى صحيح ، وان كان الرافعى استشكله هناك ، فالمشترى هنا ليس له غرض فى يقوى أنه اذا أخلف لا يثبت الرد والله أعلم • أما اذا كان الشارط هو المشترى فيظهر أن له الرد ، لأن الحمل — وان قلنا : انه عيب — الا أنه زيادة من وجه كما صرحوا به فى الصداق •

(وان باع عبدا جانيا ففيه قولان (أحدهما) أن البيع صحيح ، وهو اختيار المزنى ، لأنه ان كانت الجناية عمدا فهو عبد تعلق برقبته قتل فصـــح بيعه كالعبد المرتد ، أو يخشى هلاكه وترجى سلامته ، فجاز بيعه كالمريض ، وان كان خطأ فلأنه عبد تعلق برقبته حق بغير اختياره ، فلا يمنع من بيعه (والقول الثانى) أن البيع باطل لأنه عبد تعـلق برقبته دين آدمى فلا يصح بيعه كالمرهون) .

(**الشرح**) ذكر المصنف بيع العبد الجانى فى التنبيه فى باب ما يجوز بيعه وذكره فى المهذب فى هـذا الموضع ، وكذلك المزنى والأصحاب ومقصودهم بذلك التفريع الذى عليه ، فانه مقصود فى هذا الباب ، والقولان منصوصان . قال الشافعى فى مختصر المزنى : ولو باع عبده وقد جنى ففيها قولان (أحدهما) أن البيع جائز كما يكون العتق جائزا ، وعلى السيد الأقل من قيمته وأرش جنايته (والثانى) البيع مفسوخ من قبل أن الجناية فى عنقه كالرهن فيرد البيع ويباع ، فيعطى رب الجناية جنايته ، وبهذا أقول ، الا أن يتطوع السيد بدفع الجناية أو قيمة العبد ان كانت جنايته أكثر ، كما يكون هذا فى الرهن قال المزنى : كما يكون العتق جائزا تجويز منه للعتق وقد سوى فى الرهن بين ابطال البيع والعتق ، فاذا جاز العتق فى الجناية فالبيع جائز مثله انتهى — والقول بالجواز مذهب أبى حنيفة وأحمد ، واختيار المزنى ، ورجحه الغزالى ، والقول بالبطلان اختيار الشافعى كما نص عليه فى الأم ، هذا كلامه لقوله : وبهذا أقول : وكذلك صححه الجمهور ، واحتجوا للجواز بما ذكره المصنف من الحاقه اما بالمرتد واما بالمريض ، وكلاهما يصح بيعه ، هذا ان كانت الجناية عمدا ، وان كان خطأ فتعلق العتق برقبته بغير اذن السيد ، وبهذا فارق المرهون . واحتج المزنى بالعتق وأن الشافعى جوزه أى فى العبد الجانى ، فليجز البيع وبأن الشافعى سوى بينهما فى البطلان فى الرهن فليسو بينهما هنا فى الصحة .

واحتج أبو حنيفة بأن الأرش فى رقبته غير مستقر ، لأن للسيد أن يفتديه وبهذا يفارق الرهن أيضا ، واحتجوا للبطلان بالقياس على

الرهن كما ذكره المصنف بأن الجناية آكد من الرهن ، لأن العبد المرهون اذا جنى بيع فى الجناية وبطل الرهن ، فاذا كان الرهن يمنع صحة البيع فالجنايه أولى ، وأجاب الاصحاب عن الزام المزنى للشافعى بأن البيع فيه قولان (فان قلنا) البيع جائز فالعتق أولى (وان قلنا) البيع لا يجوز ففى العتق الاقوال الثلاثه التى فى المرهون ، فليس العتق متفقا عليه حتى يقاس عليه •

(قلت) وهـذا الجواب فيه نظر ، فان المزنى ما أراد قياس البيع على العتق ابتداء من عند نفسـه حتى يرد عليه بالخلاف فيه ، بل لمـا قاس الشافعى عليه استدل من كلام الشافعى على أنه يجوزه ، فالزمه بتجويز البيع ، والطريق فى الجواب على هذا التقرير أن كلام الشافعى يقتضى أن يكون قائل القول الاول يرى العتق جائزا فشبه به البيع ، اما بطريق التشبيه ، واما بطريق القياس عند ذلك القائل والشافعى قد قال : ان القول الثانى قوله ، وسكت عن العتق ، فلا يلزمه أنه هو جازم أو مرجح لجواز العتق حتى يلزم به ، ولعل هذا مراد الأصحاب بجوابه •

وأما قول المزنى : ان الشافعى سوى بين البيع والعتق فى الرهن فى الابطال فليسو بينهما هنا يعنى وقد قال بصحة العتق فليقـل بصحة البيع لتحصل التسوية وأجاب الأصحاب بجوابين (أحـدهما) أن الشافعى لم يسو بينهما فى الرهن ، بل خالف بينهما لأن البيع فى المرهون يبطل قولا واحدا ، وفى عتقه ثلاثة أقوال هكذا ، بحيث يختلف هذا الجواب •

(الثانى) أن هذا الاستدلال بالعكس ، ولا يلزم الجواب عنه ، هكذا قال الشيخ أبو حامد ، وفيه نظـر ، لأن قياس العكس على هذه الصورة صحيح لأنه لو لم يصح بيع الجانى لمـا صح عتقه كالرهن ، فانا نقيس الجانى على المرهون فى التسوية بينهما ، ثم التسوية بينهما اما فى المنع ولم نقل به لتجويزه العتق فليكن فى الجواز وأجاب هذا أنا نمنع أنه لم يقل به لمـا تقدم أنه ليس فى كلام الشافعى تصريح على القول الثانى بجواز العتق قال الأصحاب : ولا يلزم من جواز العتق

جواز البيع • لأن الآبق والمغصوب والمجهول والمبيع قبل القبض يجوز عتقهم ، ولا يجوز بيعهم • قال الماوردى : ان قياس العكس قال به

أكثر الفقهاء ، وان خالفهم أكثر المتكلمين ، وهو اثبات بعض حكم الأصل فى الفرع باعتباره علة •

(**قلت**) ومن المانعين من الاحتجاج بقياس العكس أبو حامد الاسفراينى كذلك نقل عنه أبو الوليد الباجى فى الأصول ، فلذلك منع هنا على طريقته ، وفرق القاضى حسين بينه وبين المرتد ، بأن المرتد مملوك منتفع به ارتكب كبيرة واستحق بها عقوبة الله تعالى ، فلم يزل بها ملك المالك عنه ، ولا تدفع المزاحمة فيما يحدث بالشراء ، وهو الملك لكونه مملوكا لمالكه ، يعنى والمستحق فى الجناية وقعت فيه مزاحمة وحق المجنى عليه ، وهذا المعنى فارق بينه وبين المريض أيضا ، وفى كلام بعضهم طريقة قاطعة بالبطلان لقول الشافعى : وبهذا أقول ، وجعل القول بالجواز مخرجا ومسندا لتخريج الزام المزنى لما فهم عن الشافعى القطع بالبطلان ، وحكى صاحب التتمة أن بعض أصحابنا خرج قولا ثالثا أن العقد موقوف ، فان قدر نفذ ، وان لم يقدر بطل كالمفلس اذا باع بعض أعيان أمواله وقد تعرض الشيخ أبو حامد لهذا ، وأنه اشتبه على بعض أصحابنا حتى خرج هذا القول وليس بشىء والاشتباه من قول الشافعى : يرد البيع الى قوله : الا أن يتطوع السيد ، وتأويل ذلك أنه يرد المبيع وهو العبد • وقوله « يتطوع السيد » يعنى بدفع الأرش أو القيمة ، فلا يباع العبد ، وليس معناه أنه الا أن يتطوع فيصح البيع ، هكذا ذكره الشيخ أبو حامد والقاضى حسين حكى ما نقله صاحب التتمة قولا مطلقا من غير نسبة الى تخريج قال فاذا بيع وقلنا موقوف ، فان أدى الأرش صح بيعه ولزم ، والا بيع ان استغرقه الأرش ، وان لم يستغرقه بيع بقدر الأرش وثبت الخيار للمشترى فى الباقى ، فان أجاز فبحصته من الثمن ، وقد نقل ابن داود قول المصنف هذا ، وبين أنه فى جناية الخطأ يسير الى أنه لا يجرى فيه جناية العمد ، قال : ومنهم من أنكره •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وفى موضع القولين ثلاث طرق (أحدها) أن القولين فى العمد والخطأ ، لأن القصاص حق آدمى فهو كالمال ، ولأنه يسقط الى مال بالعفو فكان كالمال ، (والثانى) أن القولين فى جناية لا توجب القصاص • فأما فيما يوجب القصاص فلا تمنع البيع قولا واحدا ، لأنه كالمرتد ، والثالث أن القولين فيما يوجب القصاص فاما فيما يوجب المال فلا يجوز قولا واحدا لأنه كالمرهون) •

(الشرح) الطرق الثلاث حكاها الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب،وقال الشيخ أبو حامد : ان الطريق الثانى هو مذهب الشافعى لأنه قال فيها قولان (أحدهما) البيع جائز ، وعلى السيد الأقل من قيمته وأرش الجناية • وألزم السيد المال ، ولو كان ذلك فى الجناية الموجبة للقصاص لقال : والولى بالخيار ، ثم قال : والقول الثانى ان البيع مفسوخ ويباع ويعطى رب الجناية جنايته الا أن يتطوع السيد بدفع الجناية ، وكل ذلك يكون فى الجناية الموجبة للمال •

(قلت) وهذا استدلال جيد على ضعف الطريقة الثالثة ، وأما الطريقة الأولى فلا يبقى فى كلام الشافعى دلالة عليها ، لأنه لم يتعرض للعمد • يبقى ولا اثبات ، فاجراء الخلاف فيه انما يكون بالتخريج ان صح القياس أو بنقل آخر ، أما هذا فلا ، ولا جرم كانت هذه الطريقة الثانية هى الصحيحة ، وان الخلاف مقصور على حالة ايجابها المال فقط وممن صححه الرافعى ، وقال ابن أبى عصرون : ان الطريقة الثالثة أصح الطرق وهو بعيد لما تقدم • والطريقة الأولى فى الرافعى ما يقتضى نسبتها لابن خيران • ومن القائلين بها من بنى القولين فى العمد على أنه موجب ماذا ؟ ان قلنا : القود المحض صح بيعه كالمرتد وان قلنا أحد الأمرين فهو كبيع المرهون • وكلام الرويانى يدل على اختيارها ، فانه قال : ان الأصح بطلان البيع عمدا أو خطأ •

ومن القائلين بالبناء المذكور ابن أبى هريرة ، ومن الأصحاب من قال : ولو جعلنا موجب العمد أحد الأمرين فحكمه هنا كما اذا جعلنا

موجبه القصاص لا غير لأنا على هذا القول لا نثبتها بشاهد ويمين ، وشاهد وامرأتين • حكاه القاضى حسين مطلقا ، وعزاه ابن داود لصاحب التقريب • وأنه قال بجواز البيع فى الجانى عمدا على القولين ، وهذا فى الحقيقة اختيار للطريقة الثانية •

وهذا كله حيث لا عفو ، فان عفا عن القصاص على مال ثم عرض البيع كان حكمه كالخطأ يجرى فيه طريقان خاصة ، اما جريان القولين ، واما القطع بالمنع وحكم شبه العمد والعمد الذى لا قصاص فيه فى ذلك حكم الخطأ • وكذلك اذا أتلف العبد مالا •

واعلم أنه قد تقدم ما يقتضى الفرق بين الجانى والمرتد من كلام القاضى حسين ، والفرق بينه وبين المرهون من جهة أن الراهن حجر على نفسه ، والفرقان يقتضيان وجهين (الطريقة الأولى) الا أن يلغى الفرق بينه وبين المرتد وأما المرهون فالفرق ظاهر • قال الشيخ أبو حامد : كل حق تعلق بعين مال لانسان باختياه يمنع البيع قولا واحدا كالرهن ، وكل حق تعلق بعين مال لانسان من غير اختياره فهل يمنع البيع أم لا ؟ على قولين كما ذكرنا ههنا • وكما قلنا فى المال اذا وجبت فيه الزكاة فباع رب المال قبل اخراج الزكاة بعد وجوب الحق فيه من غير اختياره ، كان على قولين(١) •

يعنى اذا قلنا : انها تتعلق بالمال تعلق رهن أو تعلق جناية بعينه ، محل هذا الخلاف والطرق اذا كانت الجناية متعلقة برقبته كما تقدم ، وباعه قبل الفداء وهو موسر • فلو كانت موجبة المال فى ذمته لم يمنع بيعه بحال ، وان تعلقت برقبته وباعه وهو معسر بطل • ومنهم من طرد الخلاف فيه ، وحكم بأن الخيار للمجنى عليه ان صححنا ، وان باعه وهو موسر فان كان بعد الفداء صح ، وان كان قبله وقبل اختياره فهو محل الخلاف ، وان كان قبل الفداء ولكن بعد اختيار الفداء فاطلاق صاحب التهذيب يقتضى الصحة ، واطلاق الماوردى يقتضى طرد الخلاف ، وهو الأقيس ، لأن اختيار الفداء ليس بالتزام ، فله الرجوع عنه ولا يلزمه به شىء ، بل لو صرح بالتزام الفداء لم يلزمه على أصح

---

(١) بياض بالأصول .

الوجهين فى الوسيط فى آخـــر العاقلة قبيل القسم الرابع فى دية الجنين ، بل لو قلنا باللزوم فغاية ذلك أنه ضمان ، فلم ينقطع التعلق بالرقبة به حتى يصح بيعها ، ولو باع العبد الجانى باذن ولى المجنى عليه فلا اشكال فى الصحة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فاذا قلنا : ان البيع صحيح فى قتل العمـــد فقتل العبد فى يد المشترى ففيه وجهان قال أبو العباس وأبو على ابن أبى هريرة : ان علم المشترى بالجناية فى حال العقد لم يرجع عليه بالأرش ، وان لم يعلم رجع بأرش العيب ، لأن تعلق القتل برقبته كالعيب لأنه ترجى سلامته ويخشى هلاكه ، فهو كالمريض ، واذا اشترى المريض ومات وكان قد علم بمرضه لم يرجع بالأرش وان لم يعلم رجع . فكذلك ههنا ، فعلى هذا اذا لم يعلم بحاله وقتل قوم وهو جان ، وقوم غير جان فيرجع بما بينهما من الثمن . وقال أبو اسحاق : وحدود(١) القتل بمنزلة الاستحقاق وهو المنصوص ، فاذا قتل انفسخ البيع ورجع بالثمن على البائع ، علم بالجناية حال العقـــد أو لم يعلم ، لأنه أزيلت يده عن الرقبة بسبب كان فى يد البائع فاشبه ما اذا استحق ، ويخالف المريض ، فانه لم يمت بالمرض الذى كان فى يد البائع ، وانما مات بزيادة مرض حدث فى يد المشترى ، فلم يرجع بجميع الثمن) .

(الشرح) بدأ المصنف بالتفريع الذى هو المقصود ، فوضع المسألة فى هذا الباب واقتصر على التفريع على القول بصحة البيع لذلك ، فان التفريع على البطلان لا تعلق له يختص بهذا الباب ، وقد قال الأصحاب : اذا ان أبطلنا بيع العبد الجانى رده واسترجع الثمن ، وتبقى الحكومة بين السيد والمجنى عليه ، فان كانت الجناية توجب القصاص واقتص الولى فذاك ، وان عفـــا على مال أو كانت توجب مالا فالسيد على خيرته ان شاء فداه من ماله ، فان سلمه فان بيع بقدر الجناية فذاك ، وان بيع بأقل فلا يلزم السيد غيره ، وان بيع بأكثر فالفاضل يدفع الى السيد البائع ، واذا أفدى فالأظهر أنه يفديه بأقل الأمرين من الأرش وقيمة العبد .

---

(١) فى بعض النسخ : « وجود » بدل « وحدود » .

(والثانى) يتعين الأرش وان كثر ، الا أن يسلم العبد ليباع فانه قد يرغب فيه راغب بأكثر ، وان قلنا بصحة البيع ، فان كانت الجناية توجب المال فظاهر مذهب الشافعى أن السيد ملتزم للفداء ببيعه ، مع العلم بجنايته ، فيجبر على تسليم الفداء كما لو أعتقه أو قتله ، وقيل هو على خيرته ان فدى أمضى البيع والا فسخ قال هذا القائل : وهذا لأن ذلك ليس بأكثر من أن يختار الفداء ولو اختار أن يفديه ثم قبل أن يخرج أرش الجناية رجع عن ذلك كان له • هكذا قال الشيخ أبو حامد • ويقتضيه كلام أبى الطيب فى النقل عن صاحب هذا الوجه ، وشبهه أبو الطيب بما اذا قال الراهن أنا أقضى الدين من غير الرهن أو من قيمة الرهن لا يجب عليه الوفاء بذلك ، وهذا النقل نستفيد منه أن عند اختيار الفداء لا يلزم ، وهو كذلك على الأصح ، وبه يضعف ما اقتضاه اطلاق التهذيب فيما تقدم من جواز البيع عند اختيار الفداء • ولا يضعف به جعل البيع التزاما للفداء ، لأن المأخذ فى ذلك الحيلولة كالعتق والقتل ، فلا يلزم من كون صريح الالتزام غير ملزم أن لا يكون هذا ملزما ، فان قلنا بالأول فطريقان (أحدهما) يفديه ههنا بأقل الأمرين قولا واحدا ، هكذا قال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب ، وعزاها ابن داود الى النص (والثانية) ذكرها ابن داود وابن أبى هريرة ، ويقتضيها كلام الماوردى جريان القولين فيه ، ووجه الطريقة الأولى أنه لا يقدر على تسليمه للبيع ، ولذلك اذا قبله يفديه بأقل الأمرين خاصة • ومنهم من أجرى فيه الخلاف ، فان تعذر تحصيل الفداء أو تأخر لافلاسه أو غيبته أو صبره على الحبس فسخ البيع وبيع فى الجناية لأن حق المجنى عليه سبق حق المشترى •

وان قلنا بالثانى وهو أنه لا يلزمه بالبيع الفداء • وهو قول أبى اسحاق المروزى فهو بالخيار بين الفداء وتسليمه المبيع • وفى الفداء ههنا القولان لأنه قادر على تسليمه • وان كانت الجناية موجبة خيار القصاص ، فان عفا الولى فالحكم على ما تقدم ، وان طلب القصاص قتله ونظر ، فان كان قبل القبض انفسخ البيع ، وان كان بعده ، وهى مسألة الكتاب ، والمقصود فى هذا الباب وهو تفريع على الصحيح أن الجناية الموجبة للقصاص لا تمنع من البيع ، فاذا قتل فى يد المشترى بالجناية السابقة ، فأحد الوجهين أن ذلك بمنزلة العيب ، فان كان قد علم

به قبل الشراء أو بعده ، ولم يفسخ حتى قتل فلا شيء له • وان لم يعلم رجع بأرش العيب وهو ما بين قيمته جانيا وغير جان منسوبا من الثمن ، ويعبر عن ذلك بأنه من ضمان المشترى ، وهذا نسبه الجمهور الى ابن سريج وابن أبى هريرة ، كما نسبه المصنف ، بل أكثرهم ينسبه لابن سريج ولا يذكر غيره ، ونسبه الماوردى لابن أبى هريرة خاصة ، ولم ينسب لابن سريج فى هذه المسألة شيئا ونسب اليه فى مسألة القطع بالسرقة السابقة أنه من ضمان البائع كما يقوله فى القول الثانى وهو غريب ، وقد تقدم ذلك عنه ولا فرق بين المسألتين فى هذا المعنى •

وقد تقدم أن ابن بشرى نقل ما يوافق قول ابن أبى هريرة عن نصه فى الاملاء وبهذا القول قال أبو يوسف ومحمد ، ومال الماوردى اليه فى القطع بالسرقة ، والثانى وهو قول أبى اسحاق وابن الحداد ، وهو مذهب الشافعى على ما قاله الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وغيرهما ، وهو نصه كما ذكره المصنف ، ولفظه فى آخر باب الفتيا من الجزء الثامن من الأم •

قال الشافعى : من باع رجلا غنما قد حال عليها الحول ، أو بقرا أو ابلا فأخذت الصدقة منها فللمشترى الخيار فى رد البيع لأنه لم يسلم له ما اشترى كاملا وأخذ ما بقى بحصته من الثمن ، ولكن من باعه ابلا دون خمسة وعشرين فالبيع جائز ، وعلى البائع صدقة الابل التى حال عليها الحول فى يده ، ولا صدقة على المشترى فيها • قال : ومثل هذا الرجل يبيع العبد وقد حل دمه عنده بردة أو قتل عمد أو قطع يده فى سرقة ، فاذا قتل ينفسخ البيع ويرجع بما أخذ منه • واذا قطع فله الخيار فى فسخ البيع وامساكه لأن العيوب فى الأبدان مخالفة نقص العدد • ا هـ • وقد وجهوا هذا القول بأن السبب كان فى يد البائع وأحيل الهلاك عليه ، وان وجد فى يد غيره كما لو أحبل المشترى الجارية المبيعة بيعا فاسدا وردها الى بائعها وماتت من الطلق • وبهذا القول قال أبو حنيفة •

ويعبر عن هذا القول بأنه من ضمان البائع ، ويعبر عنه أيضا

بأنه كالاستحقاق أى جعل التلف فى يد المشترى بالسبب السابق كظهور الاستحقاق فى المبيع بسبب سابق ، وهـذا الشبه يوهم أنه تبين بطلان البيع ، ولم يريدوا ذلك بل ينفسخ بالتلف ووقع الشبه فى الحكم بالبطلان من حيث الجملة ، وقد تقدم أن المـاوردى نقل ما يوافق هذا القول عن ابن سريج فى مسألة القطع • وذلك خلاف المشهور • وأما تمسك القائلين بالوجه الأول بمسألة المرض وهى فيما اذا اشترى عبدا مريضا وتمادى المرض الى أن مات فى يد المشترى طريقان (أحدهما) أنه على الخلاف ويحكى هذا عن الحليمى وغيره ، وسيأتى عن القاضى أبى الطيب ما يقتضيه ، فعلى هـذا يسقط الاحتجاج بها (وأشهرهما) القطع بأنه من ضمان المشترى ، وعلى هذا ، الفرق ظاهر لأن المرض يزداد شيئا فشيئا الى الموت ، فليس الموت بالمرض السابق على البيع بل بما تجدد بخلاف الجناية فانها سبب كامل للقصاص ، وهذا معنى الفرق الذى ذكره المصنف ، ويكتفى فى ذلك بمجرد الاحتمال فانه يمنع من الحاقه بالمرض القديم ، فكيف والظاهر حدوث سبب جديد ، والأصل صحة العقد ولزومه •

ونظير ذلك اذا اشترى جارية حاملا ولم يعلم بحملها فماتت من الطلق يرجع بأرش العيب لأنها ماتت من أوجاع الطلق ، وهى حادثة فى يد المشترى كالمريض اذا مات ، قاله القاضى أبو الطيب ، وحكم الجراحة السارية حكم المرض ، ذكره فى التهذيب وجعلها على الوجهين • وبين أن ذلك فى المرض المخوف • أما غير المخوف كالصداع والحمى فيرجع بالأرش اذا ازدادفى يده ومات ، وكذلك ذكره القاضى حسين • وحكم القولنج حكم المرض المخوف على ما ذكره القاضى حسين والبغـوى حينئذ موافقين للحليمى • وهذا كله اذا لم يعلم المشترى بالجناية حتى قتل فى يده ، فلو علم قبل العقـد أو بعده ولم يفسخ فقد صرح المصنف بأن الحكم كذلك ، قال الرافعى : ويحكى عن أبى اسحاق واختيار أبى حامد (قلت) وهو الشيخ أبو حامد الاسفراينى فانه كذلك فى تعليقه علم به أو لم يعلم وتبعه المصنف • أما القاضى أبو الطيب فانه نسب ذلك الى بعض أصحابنا • وقال : انه غلط ، وان مذهب الشافعى لا يختلف أنه بمنزلة العيب •

ونقل عن نص الشافعى فى كتاب الرهن أنه بمنزلة العيب الذى قد رضى به • ولا شىء له • قال الرافعى : انه الأصح عند الجمهـور • وهو قول ابن الحداد أنه لا يرجع بشىء لدخوله فى العقـد على بصيرة وامساكه مع العلم بحاله كما قال القاضى أبو الطيب قال : وليس هو كظهور الاستحقاق من كل وجه • ولو كان كذلك ما صح بيعه أصلا وممن اختار هذا ابن الصباغ وابن أبى عصرون ، وتحصل من ذلك أنه عند الجهل ينزل منزلة الاستحقاق ، وعند العلم ينزل منزلة العيب ، فاذا رضى به سقط أثره ، وهو أقوى فى المعنى ، وفى الحقيقة هو عيب فى الحالين ، ولكن فى حالة العلم سقط أثره ، وفى حالة الجهل القتـل من أثره ، فلذلك نزل منزلة الاستحقاق لكونه لم يرض به • غير أن النص الذى تمسك به أبو الطيب من كتاب الرهن ان كان هو الذى نقلته فيما تقدم عند طرءآن العيب قبل القبض ، وهو قول الشافعى : أنه عيب دلس به ، فهذا لا دليل فيه ، لأن الشافعى ما تكلم فى حالة القصاص ، وانما ذلك اذا طلع عليه قبل القصاص ، قال : له أن يرد لأنه عيب وهذا لا نزاع فيه ، انما النزاع فى كونه اذا لم يرد حتى قتل هل ينفسخ أو لا ؟ •

(فـرع) أما ثبوت الخيار للمشترى اذا صححنا البيع ولم يحصل القصاص فان كان بعد الفـداء فقد سبق حكمه فى العيوب والتفصيل فى العمـد بين أن يتوب أو لا وفى الخطأ بين أن يكثر أو لا ، وادعى ابن الرفعة أن نص الشافعى فى البويطى فى كتاب الغصب يدل على أنها ــ وان كثرت ــ لا يثبت الخيار اذا كان خطأ ، وفيه نظـر ، وقد تأملت فى كتاب الغصب فى البويطى ، وفيه ما يحتمل ذلك بالمفهـوم لا بالمنطوق ، وليس بقوى التمسك به •

وقال ابن الرفعة : انه بين التمسك به فى كتاب الغصب ، أما اذا كانت قبل الفداء ، قال ابن الرفعة : شبه أن يثبت الخيار سواء أقلنا يلزم السيد فداؤه أم لا وهو كما قال ، وهـذا حيث يقول : ان مجرد الجناية لا يكون عيبا اما عند التوبة أو عدم التكرار أما اذا كانت عيبا فهى كافية فى ثبوت الخيار •

(فــرع) اذا باعه ولا جناية منه ، ولكنه كان قد حفــر بئرا فى محل عدوان قبل البيع فتردى فيها ، من يجب ضمانه بعد البيع ؟ يشبه أن يكون كما لو كان قد جنى جناية توجب قصاصا ثم بعد البيع عفى على مال ، وقد تقدم .

(فــروع) وطء الجارية الجانية لا يكون التزاما للفادى ، وفيه وجه مذكور فى الديات من الرافعى . ولو قال لعبده : اذا جاء رأس الشهر فأنت حر ، فجنى العبد ثم جاء رأس الشهر عتق ولزم السيد الفداء ، قاله القاضى عنه فى باب الأمة تغرس نفسها ، ولو قال : ان دخلت الدار فأنت حــر ، فجنى العبد ثم دخل الدار تعلق الأرش بذمة المعتق ، والفرق أنه فى هذه عتق بفعله ، ولم يوجد من السيد فعل ، وفى الأولى لم يوجد من العبد شىء ، فصــار السيد متلفا بالعتق المعلق ومثل ذلك اذا قال : اذا قدم زيد فأنت حر ، فانه لا فعل من العبد .

قال ابن الرفعة : ينبغى على قولنا بعدم نفوذ عتق الجانى ، وأن الاعتبار بحال الصفة لا يحكم بعتقه ببينة لو نقص الأرش عن الرقبة ، هل يكون الحكم كما تقدم ؟ ولا يمتنع البيع الا فى مقدار الأرش ؟ ظاهر نص الشافعى الأول ، وحاول ابن الرفعة تخريج خلاف وقال : وقد ذكره الغزالى فى الزكاة وأيده بقول العراقيين : ان بيع العبد الجانى كبيع الوارث التركة قبل قضاء الدين ، وبأن الرافعى فى الوصايا عند الكلام فى الدور الواقع فى الجنايات ، اذا جنى عبد على حر وعفا المجنى عليه ومات ، فان أجازته الورثة فذاك والا نفذ فى الثلث وانفك العبد عند تعلق العبد ، وأشار الامام فيه الى وجه آخــر كما أن شيئا من المرهون لا ينفك ما بقى شىء من الدين .

(فائدة) أجمعوا اذا كان فى يد العبد مال وهو مأذون أن الدين فى ماله والجناية فى رقبته ، فاذا عجزت الرقبة عن احتمال الجناية لم يرد الا ما فى يده ، وكذلك اذا عجز ما فى يده عن الدين لم يرد الى الرقبة .

(فــرع) لو اشترى عبدا وبه مرض أو جراحة ، فزاد ذلك فى يد المشترى ولم يعلم ثم علم حال الاستقصاء ، قال القاضى أبو الطيب :

قياس قول أبى بكر بن الحداد المصرى تصير الزيادة كأنها حصلت فى يد البائع وللمشترى الخيار فى الرد والرجوع بجميع الثمن ، وعلى قول سائر أصحابنا زيادة المرض فى يده تمنع من الرد ، وله الرجوع بالأرش بقدر ما بين قيمته صحيحا ومعيبا ، بالعيب الذى كان فى يد البائع دون الزيادة التى حدثت فى يد المشترى ، لأن هذه الزيادة حدثت بسبب المرض الذى كان عند البائع فكان على وجهين كالقطع فى السرقة وان لم يعلم بالمرض أو الجراحة حتى سرت الى النفس ، فعلى قول ابن الحداد ينفسخ البيع ، ويرجع بالثمن ، وعلى قول ابن سريج وأبى على لا ينفسخ ويرجع بالأرش ، ولو اشترى جارية حاملا ولم يعلم بالحمل حتى ماتت من الولادة فعن القاضى أبى الطيب أنه على الوجهين •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى عبدا مرتدا فقتل فى يده ، ففيه وجهان فى قول أبى اسحاق ينفسخ البيع ويرجع بالثمن ، وعلى قول أبى العباس وأبى على ابن أبى هريرة كان قد علم بالردة لم يرجع بالأرش ، وان لم يعلم رجع بالأرش — ووجههما ما ذكرناه فى الجانى عمدا) •

(الشرح) بيع العبد المرتد صحيح على المذهب كبيع العبد المريض المشرف على الهلاك ، وعن الشيخ أبى على حكاية وجه أنه لا يصح تخريجا من الخلاف فى العبد الجانى ، والمشهور القطع بالأول ، وكذلك يقاس الجانى عليه وقد تقدمت الاشارة الى الفرق ، لأن رقبة الجانى مستحقة لآدمى وله العفو على مال فكان تعلق المال حاصل بخلاف المرتد ، وقال القاضى حسين : ان الوجه المذكور خطا لأن الشافعى نص أن رهن المرتد والقاتل جائز ، فاذا فرعنا على صحته فقتل قبل القبض انفسخ العقد على ما تقدم ، وان قتل فى يد المشترى بالردة السابقة فعلى الخلاف المتقدم فى الجانى على قول أبى اسحاق وابن الحداد ، والمنصوص للشافعى ، ينفسخ البيع ويرجع بالثمن ان كان المشترى جاهلا بردته •

وفيما اذا كان عالما وجهان ، رأى المصنف والشيخ أبى حامد وأبى اسحاق أنه كذلك ، ولهذا أطلق هنا ، ورأى ابن الحداد وهو

الأصح على ما تقدم أنه لا ينفسخ البيع ، ولا يرجع بشيء . قال الامام : كان يقرب من ذلك الوجه ، يعنى الذى يقول بأنه ينفسخ مطلقا كما يقوله المصنف أن يقال بالوقف حتى يقال ان قتل المرتد تبينا أن بيعه لم يصح ، وان عاد الى الاسلام تبينا الصحة ، قال : ولم أر ذلك لاحد (وأما) على قول ابن سريج وابن أبى هريرة ، فان كان علم بالردة لم يرجع بالأرش ، لأنها عيب رضى بها ، وان لم يعلم رجع ، كتعذر الرد ، فيرجع بأرش العيب القديم كسائر العيوب ، فيتموم مرتدا وغير مرتد ، ويرجع بما بينهما منسوبا من الثمن ، قال الاصحاب : فان قيل : المرتد قتل لاقامته على الردة ، وذلك حادث فى يد المشترى (فالجواب) أنه انما قتل بالردة السابقة لأنه لو قتله انسان قبل الاستتابه لم يضمنه ، فاقامته على الردة لم توجب القتل لكن استيفاء ما وجب عليه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان قتل العبد فى المحاربة وانحتم قتله فقد ذكر الشيخ أبو حامد الاسفرايني رحمه الله فى التعليق : ان البيع باطل لأنه لا منفعه فيه ، لأنه مستحق القتل ، فلا يصح بيعه كالحشرات . وقال شيخنا القاضى أبو الطيب : يصح بيعه ، لان فيه منفعة ، وهو أن يعتقه فصح بيعه كالزمن ، فعلى هذا اذا قتل فى يد المشترى فحكمه حكم القاتل عمدا فى غير المحاربة ، وقد بيناه) .

(الشرح) اذا قتل فى المحاربة فان تاب قبل أن يقدر عليه فالقود ههنا متحتم بل هو الى ولى الدم والحكم فيه على ما تقدم فى جناية العبد ، وان قدر عليه قبل أن يتوب وقلنا : تسقط العقوبة بالتوبة بعد الظفر فكذلك (فان قلنا) لا تسقط فثلاث طرق (احداها) قال الشيخ أبو حامد : لا يجوز البيع قولا واحدا ، لأن قتله محتم ويفارق المريض والمرتد والقاتل فى غير المحاربة لرجاء برء المريض واسلام المرتد والعفو عن القاتل ووافقه المحاملى فى المجموع ، ونسب الرافعى هذه الطريقة الى اختيار الشيخ وطبقته ، ونسبه الامام وغيره الى أبى عبد الله الحسين ، ولم أر فى تعليق أبى حامد التعليل بعدم المنفعة ، بل يتحتم

القتـــل فجاز أن يقول منفعة هذه مع كونه غير باق ألا يتخلص به لعبادة الله تعالى غير مقصودة وأما الدين فانه باق يتخلص بالعتـــق للعبادة ، ومنافع الدنيا والاخـــرة ، واختار ابن أبى عصرون ما قاله الشيخ أبو حامد ، وقطع به فى المرشـــد وقال : جواز عتقه لا يستدل به على جواز بيعه ، بدليل الابق والمجهول ، والمعنى فيه أن فى العتق قوة وسرايه •

(الطريقة الثانية) ما قاله القاضى أبو الطيب أنه كبيع الجانى يعنى عمدا فيصح على الأصح وتوجيهها ما ذكره المصنف ، وقد علمت ما يرد عليه •

(والثالثة) قال الرافعى . انها الأظهر عند كثير من الأئمة أن بيعه كبيع المرتد ، ولا شك انها اظهر مما قاله القاضى أبو الطيب ، لان جنايه العمـــد قد تصير الى المـــال بخلاف هذا ، لكن يرد على الحاقه بالمرتد ما قدمته من أن المرتد مرجو البقاء بالاســـلام ، بخلاف المحارب الذى تحتم قتله أنه لا شك انه اولى بالمنع منه ، ويبقى النظر فى منفعه العتق فى هذه الحالة ، هل هى مقصودة مما يتوصل اليها بالأغراض ؟ فتكون كبيع المرتد المشهور بصحته ، ويأتى فيه ما حكاه الشيخ أبو على • وان قلنا هـــذه المنفعة لا تعتبر فيقوى ما قاله الشيخ أبو حامد ، وفيه نظـــر والأقرب الأول لأن العتق كيفما كان فيه أجـــر ، والأجـــر مقصود متوصل اليه بالأموال فعلى طريقة أبى الطيب يكون حكمه حكم القاتل عمدا فى غير المحاربة ، وقد تقدم تفصيله ، وعلى الطريقة التى قال الرافعى : أنها أظهر عند كثير من الأئمة يكون كالمرتد ، وقد تقـــدم أيضا وعلى طريقة الشيخ أبى حامد البيع باطل ولا كلام •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا باع عينا بشرط البراءة من العيب ففيـــه طريقان (أحدهما) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى : ان المســـألة على ثلاثة أقـــوال (أحدها) أنه يبرأ من كل عيب لأنه عيب رضى به المشترى فبرىء منه البائع كما لو أوقفه عليه • (والثانى) لا يبرأ من شىء من العيوب لأنه شرط يرتفق به أحد المتبايعين فلم يصح مع الجهالة كالأجل المجهـــول

والرهن المجهول • (والثالث) أنه لا يبرأ الا من عيب واحد وهو العيب الباطن فى الحيوان الذى لا يعلم به البائع لما روى سالم أن أباه باع غلاما بثمانمائة بالبراءة من كل آفة فوجد الرجل به عيبا فخاصمه الى عثمان رضى الله عنه فقال عثمان لابن عمر : احلف لقد بعته وما به داء تعلمه • فأبى ابن عمر أن يحلف وقبل الغلام فباعه بعد ذلك بألف وخمسمائة » فدل على أنه يبرأ مما لم يعلم ولا يبرأ مما علمه • قال الشافعى رحمه الله : ولأن الحيوان يفارق ما سواه لأنه يغتذى بالصحة والسقم وتحول طبائعه ، وقلما يبرأ من عيب يظهر أو يخفى ، فدعت الحاجة الى التبرى من العيب الباطن فيه ، لأنه لا سبيل الى معرفته ، وتوقيف المشترى عليه وهذا المعنى لا يوجد فى العيب الظاهر ولا فى العيب الباطن فى غير الحيوان • فلم يجز التبرى منه مع الجهالة •

(والطريق الثانى) أن المسألة على قول واحد ، وهو أنه يبرأ من عيب باطن فى الحيوان لم يعلم به ولا يبرأ من غيره ، وتأول هذا القائل ما أشار اليه الشافعى من القولين الآخرين على أنه حكى ذلك عن غيره ولم يختره لنفسه •

(فان قلنا) ان الشرط باطل فهل يبطل البيع ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يبطل البيع ويرد المبيع لحديث عثمان رضى الله عنه فانه أمضى البيع (والثانى) انه يبطل البيع لأن هذا الشرط يقتضى جزءا من الثمن تركه البائع لأجل الشرط ، فاذا سقط وجب أن يرد الجزء الذى تركه بسبب الشرط وذلك مجهول والمجهول اذا أضيف الى معلوم صار الجميع مجهولا ، فيصير الثمن مجهولا ففسد العقد • والله أعلم) •

(الشرح) هذا الفصل باب مستقل بوب عليه المزنى والأصحاب بباب بيع البراءة وكثير من الأصحاب أدرجوه فى هذا الباب لأنه من مسائله • وقضاء عثمان هذا رواه مالك فى الموطأ عن يحيى بن سعيد عن سالم « ولفظه أن عبد الله بن عمر باع غلاما له بثمانمائة وباعه بالبراءة ، فقال الذى ابتاعه لعبد الله بن عمر : بالعبد داء لم تسمه لى ، فاختصما الى عثمان بن عفان ، فقال الرجل : باعنى عبدا وبه داء لم

يســـمه لى • قال عبد الله بن عمر : بعته بالبراءة ، فقضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر أن يحلف له لقد باعه العبد وما به داء يعلمه • فأبى عبد الله بن عمر أن يحلف وارتجع العبد ، فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم » ورواه البيهقى فى سننه ، وفى المعرفة من رواية مالك كذلك •

وفى رواية تعليق أبى حامد وغيره من الفقهـاء أن المشترى من ابن عمر زيد بن ثابت • وأنهما اللذان اختصما الى عثمان • وقيل ان ذلك الداء زال عند عبد الله وصح منه • وقال ابن عمر : تركت اليمين لله تعالى فعوضنى الله ، وقد روى عن زيد بن ثابت وابن عمـر أنهما كانا يريان البراءة من كل عيب جائزة ، واسناده ضعيف •

قال البيهقى : انما رواه شريك عن عاصم بن عبيـد الله عن عبد الله بن عامر عنهمـا ، وقال يحيى بن معين : حديث شريك عن عاصم ابن عبد الله عن زيد بن ثابت : البراءة من كل عيب براءة ليس يثبت ، تفرد به شريك ، وكان فى كتابه عن أشعث بن سوار • وسئل عبد الله عن حديث شريك عن زيد بن ثابت فى البيع بالبراءة فقال : أجاب شريك على غير ما كان فى كتابه ، ولم نجد لهذا الحديث أصلا •

قال البيهقى : أن أصح ما رواه فى الباب حديث سالم ، وهو المذكور من رواية مالك فى قضـاء عثمان ، وعن شريح القاضى أنه كان لا يبرأ من الداء حتى يريه اياه فيقول : برئت من كذا وكذا ، وعنه لا يبرأ حتى يضع يده على الداء ، وعن عطاء بن أبى رباح وطاوس والحسن مثله ، وعن أبى عثمان النهدى قال : ما رأيتهم يجيزون من الداء الا ما يثبت ووضعت يدك عليه ، وأبو عثمان النهدى كبير ، أدرك جميع الصحابة وفاتته الصحابة بشىء يسير ، والاسناد اليه فى هـذا جيد وعن ابن سيرين أنه لا يبرأ الا من عيب يسميه ويريه • هـذا ما فى هذه المسألة من الاثبات عن الصحابة والتابعين •

وأما العلماء فاختلفوا على مذاهب (أحدها) أن يبرأ من كل عيب علمه البائع أو لم يعلمه • وهو مذهب أبى حنيفة وأبى ثور ، كما روى

عن ابن عمر وزيد (والثانى والثالث) أنه لا يبرأ من شىء من العيوب ، واختلفت عبارة هؤلاء فمنهم من يقول : حتى يسميه ، وهو مذهب ابن أبى ليلى وسفيان الثورى والحسن بن حى وداود ، ونقله ابن المنذر عن ابن أبى ليلى والثورى هكذا مقيدا ، ونقله غيره عن الحسن بن حى وداود مطلقا وظاهر النقل عن هؤلاء أنه اذا سمى كفى سواء أكان العيب مما يعاين أم لا ، وهو موافق لما يقوله القاضى حسين من أصحابنا على ما سيأتى .

(والثالث) أنه لا يبرأ من شىء حتى يضع يده عليه كما تقدم عن شريح وعطاء وهو مذهب أحمد فى رواية عنه واسحاق ، ويشبه أن يكون ذلك الاطلاق فيما يمكن كما فصله أصحابنا كما سيأتى ، لكن قولهم : انه يضع يده ان كان المراد المعاينة فهو قول أصحابنا فيما يمكن رؤيته ، وان كان يراد ظاهره من وضع اليد عليه فهو قول آخر وهو بعيد .

(الرابع والخامس والسادس) أنه لا يبرأ من العيب الباطن الذى لم يعلم به فى الحيوان خاصة كقول عثمان ، وهو مذهب مالك الذى ذكره فى الموطأ هنا .

قال مالك : الأمر المجتمع عليه عندنا فمن باع عبدا أو وليدة أو حيوانا بالبراءة فقد برىء من كل عيب فيما باع ، الا أن يكون علم فى ذلك عيبا ، فان كان علم عيبا فكتمه لم تنفعه تبرئته وكان ما باع مردودا عليه . وهذا القول يخرج منه عند أصحابنا فى تحريره ثلاثة أقوال كما سيأتى ان شاء الله تعالى .

(السابع) قول ثان لمالك — وقال ابن عبد البر : ان مالكا رجع اليه — أنه لا يبرأ بذلك الا فى الرقيق خاصة فيبرأ مما لم يعلم ولا يبرأ مما علم فكتم ، وبعضهم قيد ذلك بأن يكون البيع من الفحاش لأن الفحاش تشترى لتربح — وأما فى سائر الحيوان وغير الحيوان فلا يبرأ به عيب أصلا .

(والثامن) قول ثالث لمالك ، وقيل : انه الذى رجع اليه أنه

لا ينتفع بالبراءة الا فى ثلاثة أشياء فقط ، وهو بيع السلطان للمغنم أو على مفلس • قال بعضهم : أو فى ديون الميت (والثانى) العيب الخفيف فى الرقيق خاصة لكل أحد (والثالث) فيما يصيب الرقيق فى عهدة الثلاث خاصة •

(والتاسع) أن البيع باطل كما هو قول فى المذهب خارج من التفريع على القول الثانى • ولا أعرفه صريحا عن أحد من السلف الا عن مذهبنا وبعض الظاهرية وان صح أن أحـــدا يقول لابد من وضع اليد كما هو ظاهر النقل عن شريح وغيره كانت المذاهب عشرة • هذه جمـلة المذاهب •

(وأما) تفصيل مذهبنا فقد اختلف الأصحاب عن طرق أشهرها ، وبه قال ابن سريج وابن الوحيل والأصطخرى : أنه على ثلاثه اقوال وهى المذكورة فى الكتاب وأظهر الاقوال الثالث منها • وهو أنه يبرأ فى الحيوان مما لا يعلمه البائع من الباطن دون الظاهر ودون ما يعلمه من الباطن ، ولا يبرأ فى غير الحيوان بحال وحاصل هذه الطريقة أن فى الحيوان ثلاثه اقوال ، وفى غير الحيوان قولين • ولا يجىء الثالث فى غير الحيوان لأنه لا باطن له • كما قاله القاضى أبو الطيب والقاضى حسين وغيرهما •

(والطريق الثانى) القطع بهذا القول الثالث والى ذلك ذهب ابن خيران وأبو اسحاق المروزى على ما حكاه المـــاوردى وغيره ، وقال ابن أبى عصرون : انها الأصح ، وقال الامام انها الأليق بكلام الشافعى مع قوله : ان الأولى أشهر وفى المجـــرد من تعليق أبى حامد نسبتها الى عامة أصحابنا • (والطريق الثالث) حكاه المـــاوردى عن ابن أبى هريرة أنه يبرأ فى الحيوان من غير المعلوم دون المعلوم ، ولا يبرأ فى غير الحيوان من المعلوم • وفى غير المعلوم قولان ، وقـــد رأيتها كذلك فى تعليق أبى على الطبرى عن ابن أبى هريرة •

(والطريق الرابع) يخرج من منقول الامام ، وهى اثبات ثلاثة أقوال فى الحيوان وغيره (ثالثها) الفرق بين المعلوم وغير المعلوم •

(والطريقة الخامسة) القطع فى الحيوان بالفرق بين المعلوم وغيره ، واجراء الأقوال الثلاثة فى غير الحيوان ، وهى تخـرج من نقل سلام شارح المفتاح • والطريقة الثالثة والرابعة والخامسة مقتضاها عدم التفرقة بين الباطن والظاهر ، وكذلك طرد التفصيل فى غير الحيوان ، وهو لا باطن له كما تقدم عن القاضى أبى الطيب ، وذلك يوافق ما حكاه الامام والمـاوردى والرافعى أن منهم من اعتبر نفس العلم ، والأكثرون جعلوا العيوب الظاهرة من الحيوان كالمعلومة لسهولة الاطلاع عليها والبحث عنها • قال الامام : واذا جمع جامع الحيوان الى غيره انتظم له أقوال (أحدها) الصحه فى الجميع (والثانى) الفساد فى الجميع (والثالث) الفرق بين الحيوان وغيره (والرابع) الفرق بين ما علمه البائع وكتمه ، وبين ما لم يعلم ، وقد ذكرنا البعض الظاهر والباطن فقد يجرى من خلاف الأصحاب فيه قول خامس (وقال) الغزالى فى البسيط : ان مجموعها سبعة أقوال (أحدها) صحه الشرط مطلقا (والثانى) فساده مطلقا (والثالث) فساده فيما علمه ، وصحته فيما لم يعلمه (والرابع) فساده فيمـا علمه أو يسهل العـلم به (والخامس) فساده فى غير الحيوان وصحته فى الحيوان (والسادس) فساده اذا ابهم العيب وصحته اذا عينه (والسابع) فساده فيما سيحدث فى يد البائع اذا ذكر مقصـودا وصحته فيما عداه (قلت) وفى الخامس نظـر لأنه يقتضى الصحة فى الحيوان مطلقا من غير تفصيل فتحرير العبارة فيه أن يقال يفسـد فى غير الحيوان ويصح فى الحيوان فيما لم يعلم أو لم يسهل العلم به • والسابع صحيح لمـا سيأتى عن القاضى حسين مع جريان الخلاف مع التبيين (والثامن) صحيح أيضا لمـا سياتى ، ويأتى فيه وجه ثامن بالفساد فيما سيحدث فى يد البائع اذا ذكر ولو تابعا (والوجه التاسع) بطلان العقـد وسبب اختلاف الأصحاب على هذه الطرق أن الشافعى قال على ما حكاه المزنى فى المختصر : اذا باع لرجل شيئا من الحيوان بالبراءة ، فالذى أذهب اليه قضاء عثمان ابن عفان رضى الله عنه أنه برىء من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ من عيب علمه ولم يسمه ويقفه عليه تقليدا ، وأن الحيوان يفارق ما سواه لأنه يغتذى بالصحة والسقم وتحول طبائعه وقلما يبرأ من عيب يخفى أو يظهر • وان صح فى القياس لولا ما وصفنا من افتراق الحيوان وغيره أن لا يبرأ من عيوب لم يرها ولو سماها لاختلافها ، أو يبرأ

من كل عيب ، والأول أصح • وهذا النص نقله المزنى من اختلاف العراقيين من الأم ، فان فيه فى باب الاختلاف فى العيب قال الشافعى : واذا باع الرجل العبد أو شيئا من الحيوان بالبراءة من العيوب ، فالذى نذهب اليه والله أعلم قضاء عثمان بن عفان رضى الله عنه أنه برىء من كل عيب لم يعلمه ولم يبرأ من عيب علمه ولم يسمه البائع ويقفه عليه ، وانما ذهبنا الى هذا تقليدا ، وأن فيه معنى من المعانى يفارق فيه الحيوان ما سواه وذلك أن ما كانت فيه الحياة فكان يغذى بالصحة والسقم وتحول طبائعه قلما يبرأ من عيب يخفى أو يظهر ، فاذا خفى على البائع أتراه يبرئه منه ؟ واذا لم يخف عليه فقد وقع اسم العيوب على ما نقصه يقل ويكثر ويصغر ويكبر ، وتقع القسمة على ذلك ولا يبرأ منه الا أن يقفه عليه • وان صح فى القياس لولا التقليد وما وصفنا من مفارقة الحيوان غيره أن لا يبرئه من عيب كان به لم يره صاحبه ولكن التقليد وما وصفنا أولى بما وصفنا ، هذا كلام الشافعى رحمه الله فى اختلاف العراقيين ، وفيه زيادة فائدة على ما قاله المزنى عنه وهو قوله : العبد أو شيئا من الحيوان فان فيه تصريحا بالتسوية فى ذلك بين العبد الذى يخبر عن نفسه وبينه على العيب الذى به ، وبين غيره من الحيوان الذى لا يمكن فيه ذلك ، وهذه فائدة جليلة ، وليس كما وقفت عليه من اختلاف العراقيين ، ذكر الذى قاله المزنى آخرا من أنه يبرأ من كل عيب اذا عرف ذلك فالأكثرون قالوا : ان هذا الكلام من الشافعى يقتضى التردد بين القول الأول الموافق لقضاء عثمان وبين القولين الأخيرين اللذين أشار اليهما بقوله : وان صح فى القياس لولا ما وصفنا أن لا يبرأ أو يبرأ من كل عيب ، فهذه ثلاثة أحوال •

ومنهم من منع ذلك وقال : وان كان الشافعى أشار الى ذلك ولكنه اختار القول وقال : لولا قضاء عثمان ومفارقة الحيوان لغيره لكان القياس هذا ولكن تركت القياس لقول عثمان ، والفرق بين الحيوان وغيره • قال القاضى أبو الطيب (قلت) أنا : قال الشافعى فى كتابه اختلافه ومالك : ولو ذهب ذاهب الى أن من باع بالبراءة برىء مما علم ومما لم يعلم لكان مذهبا يجد فيه حجة ، وهذا مثل قول

أبى حنيفة • وقد نص عليه فى هـذا الكتاب ، وهـذا يبطل قول من قال : ان مذهبه لا يختلف فيه ، وأنه قول واحد • انتهى •

والجوزى نقـل هذا النص عن رواية حرملة والمـاوردى ذكر هذا النص • وقال ابن خيران وأبو اسحاق لم يخرجا ذلك قولا لاجماله (قلت) والاجمال فيه ظاهر ، وقـد اختار المصنف فى اللمع أن مثل هـذه العبارة لا تجوز أن يجعل ذلك قولا له ، والمشـهور طريقة اثبات الأقوال لمـا تقدم ، وفى الاستذكار لابن عبد البر أن الشافعى قال فى الكتاب العراقى ببغداد بأنه لا يبرأ الا من عيب يريه للمشترى ، فاستفدنا بهذا النقل اثبات القول بعدم البراءة ، وأنه فى القديم •

وأضعف الطرق الطريقة الرابعة المـأخوذة من الامام ، فانها لم تفرق بين الحيوان وغيره ، وذلك خلاف صريح قول الشافعى • وطريقة ابن أبى هريرة محتملة • ولو ذهب ذاهب الى طريقة سادسة — وهو أنه فى الحيوان يقطع بالقول الثالث ، وفى غير الحيوان قولان : (أحدهما) يبرأ مطلقا (والثانى) لا يبرأ مطلقا • لكان ذلك وجهـا • وهذه غير طريقة ابن أبى هريرة • لأنه يقطع بأنه لا يبرأ من غير المعلوم فى الحيوان • وهذه الطريقة التى أقولها مقتضاها اجراء القولين فى غير الحيوان فيما علمه وفيما لم يعلمه والقطع بالتفصيل فى الحيوان • ووجه هذه الطريقة اختيار الشافعى لقضاء عثمان •

وقوله : أنه لولا ذلك والفرق بين الحيوان وغيره لكان يبرأ أو لا يبرأ • يعنى كان فيه قولان • وهـذا دليل على ثبوت القولين فيما عدا المحل الذى فيه تقليد عثمان • والفرق المذكور وهو غير الحيوان • بالطريقة القاطعة بأنه لا يبرأ فيه من عيب أصلا ، كما تقتضيه طريقة ابن خيران وأبى اسحاق لا دليل عليها من كلام الشافعى ، وانما غاية كلام الشافعى على مقتضى استدلالهم أن يدل على القطع فى الحيوان خاصة ، فهذه طريقة لم أر أحدا ذهب اليها ، ولها وجه ظاهر من كلام الشافعى • وقول الشافعى فى المختصر : والأول أصح ، الظاهر أنه يريد به الأول من الاحتمالين اللذين ذكرهما لولا تقليد عثمان ومفارقة الحيوان لغيره أى أن القول انه لا يبرأ على ذلك التقدير أصح من

القول بأنه يبرأ من كل عيب لأجل ذلك ، والله أعلم • اقتصر عليه فى اختلاف العراقيين ، ويحتمل أن يكون المراد بالأول ما قاله موافقا لقضاء عثمان ويكون فى ذلك تقوية لأن فى المسألة ثلاثة أقوال فى الحيوان وقولين فى غيره كما هو الطريقة المشهورة •

(فرع) قسم الماوردى البيع بشرط البراءة الى ثلاثة أضرب :

(أحدها) يبرأ من عيوب سماها ووقف المشترى عليها ، فهذه براءة صحيحة وبيع جائز ، لانتفاء الجهالة ولزوم الشرط فى العقد ، فان وجد المشترى بالمبيع غير تلك العيوب فله الرد ، وان لم يجد الا تلك فليس له الرد •

(الضرب الثانى) أن يبرأ من عيوب سماها ، ولم يقف المشترى عليها ، فهذا على نوعين (أحدهما) أن تكون العيوب مما لا يعين كالسرقة والاباق ، فتصح البراءة فيها بالتسمية ، لأنها غير مشاهدة ، فلم يمكن الوقوف عليها ، واكتفى بالتسمية فيها فان ذكرها اعلام واطلاع عليها •

(والنوع الثانى) أن تكون مما يعاين كالبرص والقروح • فلا تكفى التسمية حتى يقف عليها ويشاهدها لأن لنقص العيب قسطا من الثمن يزيد بزيادته العيب وينقص بنقصه فصارت التسمية لها عند عدم مشاهدتها جملا بها •

(قلت) وهذا معنى قوله فى المختصر : ولو سماها لاختلافها ، وكذلك قوله فى اختلاف العراقيين : ولا يبرأ منه الا أن يقفه عليه • وكلام الماوردى يقتضى أن هذا الضرب ليس محل الخلاف • ولا شك أن القائل بالبراءة مطلقا اذا أطلق شرط البراءة يقول هنا عند التسمية وان لم يقفه عليها بطريق الأولى • وكذلك اذا كان البرص ونحوه فى باطن فان الأصح أن يبرأ منه اذا لم يعلمه عند الاطلاق ففى حالة التسمية كذلك ، وكذلك قال الرافعى : انه ان أراه موضع البرص وقدره صح وان لم يره فهو كشرط البراءة مطلقا ، وكذلك يقتضيه كلام

الامام والفورانى والمتولى والبغوى ، وينبغى أن يحمل كلام المـاوردى على هذا المعنى •

قال الرافعى : هكذا فصلوه ، وكأنهم تكلموا فيما يعرفه فى المبيع من العيوب وأما ما لا يعرفه ويريد البراءة عنه لو كان ، فقد حكى الامام تفريعا على فساد الشرط فيه خلافا مخرجا على ما ذكره من المعنيين ، يعنى أن العلة فى فساد الشرط الجهالة أو كونه من مقتضى العقـد (ان قلنا) بالأول صح لانتفاء الجهالة (وان قلنا) بالثانى فلا ، ومثل صاحب التتمة بتسمية العيب بأن يقول على أنه برىء من الزنا والاباق والسرقة ، وهـذا الذى تقدم من أن الذى تمكن معاينته لا تكفى فيه التسمية هو قول الأصحاب •

قال القاضى حسين : وعنه يكون يصح فى هـذا الموضع لقـلة الجهالة ، وهـذا مخالف لمـا تقدم من كلام الشافعى ، ومثل القاضى هذا النوع باخباره بمثل الجدار وانكساح الجذع •

(فـرع) ادعى الرافعى أنه لا خلاف فى البراءة اذا شرط البراءة من الزنا والسرقة والاباق ، لأن ذكرهما اعلام ، وفى كلام القاضى حسين فى الفتاوى ما يقتضى المنازعة فى هذا الاطلاق ، وأنه ان قال : هو آبق وبعتكه بشرط أنى برىء من عيب الاباق برىء قطعا ، ولو قال : لا أعلمه آبقا وبعتكه بشرط أنى برىء من عيب الاباق قال : فلهـذه المسألة مقدمة ، وهى أنه لو اشتراه ولم يعلمه آبقا فقال : أبرأتك من عيب الاباق ، فبان آبقا هل له الرد ؟ وجهان كما لو باع مال ابنه على ظن أنه حى فبان ميتا •

(فان قلنا) يبرأ برىء هنا (وان قلنا) لا يبرأ فالبيع بهذا الشرط هل يصح ؟ على قولين (فان قلنا) يصح ففى صحة الشرط جوابان ـ وان قال : بعتكه بشرط أنى برىء من الاباق ، يعنى لو لم يعلم شيئا قال : فالظاهر أنه ليس له رده ، لأن الشرط اعلام •

وان قال : لا أعلم هل هو آبق أو لا ، ولم يرد عليه ، يعنى ولم يشترط فوجده آبقا فله الرد ، ذكر هذه المسائل القاضى حسين فى فتاويه•

(الضرب الثالث) أن يبرأ البائع من كل عيب من غير أن يسميها ، ولا يقف المشترى عليها فهو محل الأقوال والطرق المتقدمة •

(فـــرع) فى الاستدلال للأقوال المذكورة غير القول الظاهر من المذهب أو أجوبتها • أما القول الأول وهو أنه يبرأ من كل عيب ، وهو مذهب أبى حنيفة فلقوله صلى الله عليه وسلم : «المؤمنون عند شروطهم» وبأن الابراء من المجهول صحيح لقوله صلى الله عليه وسلم لرجلين تخاصما عنده فى موراثث درست : « أسهما وأوجبا وليحلل أحدكما صاحبه » رواه البيهقى فى كتاب الصلح ، وبأنه اسقاط حق لا تسليم فيه فيصح فى المجهول كالطلاق والعتق ، وبأن خيار العيب انما يثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامة ، فاذا صرح بالبراءة ارتفع الاطلاق •

(والجواب) عن الأول أنه روى فى هذا الحديث ما وافق الحق منها ، على أن الحديث المذكور فيه كلام ، ومنع بعضهم صحته ، ثم هو معارض لقوله صلى الله عليه وسلم : « كل شرط ليس هو فى كتاب الله فهو باطل » ونهيه عن بيع وشرط (وعن الثانى) بأن التحليل يصح بأن يصيره معلوما • فيقول : من كذا وكذا (وعن الثالث) بأن الطلاق والعتق يصح تعليقهما ، فصحا فى المجهول بخلاف الرد بالعيب • وأما القول الثانى وهو أنه لا يبرأ من شىء من العيوب الا بالتسمية والتوقيف فالنهى عن بيع وشرط • وعن الغرر •

ومن القياس أنه رفق فى البيع لا يثبت الا بالشرط ، فلا يثبت مع الجهالة كالأجل والرهن والضمان ، ولأنه عيب لم يقف عليه المشترى فيثبت له رد المبيع على صفته كما اذا لم يبرأ منه وفيه احتراز عن حدوث العيب والرضا به ، وبأن الابراء من المجهول لا يصح لأنه تبرع لا يصح تعليقه فلا يصح فى المجهول كالهبة وبأنه خيار ثابت بالشرع فلا ينفى بالشرط كسائر مقتضيات العقد •

وملخص هذه الأقيسة الدالة لهذا القول ترجع الى سببين (أحدهما) التعليل بالجهالة (والثانى) بمخالفة مقتضى العقد ، ووضع الشرع فى الرد بالعيب • فان قالوا : الهبة فيها تسليم والجهالة تمنع من التسليم ،

انتقض عليهم بالوصية والاقرار وفيهما تسليم واجب ، ويصحان فى المجهول ، وفى الاستدلال طريقة أخرى بأن تفرض المسألة فيمن شرط البراءة مما يحدث فى يده من عيب ، لأنه ابراء من الضمان قبل التسليم ، فلم يجـز كالابراء من ضمان جميع الثمن اذا تلف فى يده ، وأما القولان الرابع والخامس فضعيفان جدا لا دليل لهما ، والسادس وهو مذهب أحمد قريب من الثالث الذى هو ظاهر المذهب .

(فـرع) فى الاستدلال للقول الظاهر من المذهب ، الحجة فى ذلك ما ذكره الشافعى رضى الله عنه من قضاء عثمان رضى الله عنه مع مفارقة الحيوان لمـا سواه كما بينه ، فلو حكمنا بأن البيع والشرط لا يصح لأدى الى أن لا يستقر بيع فى حيوان أصلا ، والتمسك به من وجهين (أحدهما) أن ابن عمر من كبار الصحابة وزيد بن ثابت أيضا كذلك ، وقد قيل انه المشترى منه وترافعهما الى امام الوقت فى خصومة ويقضى بينهما بقضاء ، الظاهر أن ذلك يعسر ، ولم يثبت عن أحد منهم الانكار فكان اجماعا ، واعترض على هـذا بأن ابن عمر مخالف ، فانه علم بالعيب واعتقد أنه لا يثبت الرد (أما) علمه فلامتناعه من اليمين (وأما) اعتقاده فلو لم يكن كذلك لقبله .

وأجاب الأصحاب بأنه يحتمل أن لا يكون علم وامتنع عن اليمين تورعا (قلت) وهـذا الجواب والاحتمال يعتضد بما تقدم عن البيهقى أنه لم يثبت عن ابن عمـر القول بالبراءة ، لكن الشافعى رحمه الله فى اختلافه مع مالك قال : وقد اختلف عثمان وابن عمـر فى العبد يبتاع ويبرأ صاحبه من العيب ، فقضى عثمان على ابن عمر رضى الله عنهم بأن يحلف ما كان به داء علمته ، وقد رأى ابن عمـر أن التبرى يبرئه مما علم وما لم يعلم ، قال الشافعى يخاطب من سأله : فاخترت قول ابن عمر وسمعت من أصحابك من يقول : عثمان الخليفة وقضاؤه بين المهاجرين والأنصار كأنه قول عامتهم ، وقوله بهذا كله أولى أن يتبع من ابن عمر . انتهى .

ذكر الشافعى هذا فيما روى مالك عن عثمان وخلافه . فهذا الكلام من الشافعى يقتضى اعتقاده أن ابن عمر مخالف لعثمان ، وحينئذ يعتضد

الاستدلال بهذا الوجه الذى ذكره الأصحاب — وممن ذكره الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب ، وان كان ما ذكروه من الاحتمال صحيحا ، لكن لا يستقيم الاستدلال للشافعى بذلك ، وهو قائل بخلافه • نعم يصح لمن ينظر من حيث الجملة ، ولا يتقيد بكلام الشافعى أن يقوله •

ومما يضعف التمسك بهذا الوجه للمذهب أن الشافعى عضد قول عثمان رضى الله عنه بما ذكره من مفارقة الحيوان لغيره ، وعلى هذا الوجه لا يحتاج الى ذلك وأيضا لو كان كذلك لما سماه تقليدا ، وأيضا فانه مشى على أن قول الصحابى اذا انتشر ولم يعرف له مخالف يكون كالاجماع السكوتى ، وفيه نزاع ، فانه أنزل رتبة مما يتحقق فيه سكوت الباقين • (وان قلنا) بأن الاجماع فى السكوت حجة لاسيما هذه المسألة مع الاحتمال القوى فى مخالفة ابن عمر وورود الرواية عنه وعن زيد بذلك من غير هذه الطريق وان كانت ضعيفة ، فان ذلك يخرم الظن بعدم الخالف • وذكر الامام ههنا معترضا على التمسك بهذا الوجه أن مذهب الشافعى فى الجديد أنه لا ينسب الى ساكت قول •

(الوجه الثانى) من الاستدلال ما ذكره الشافعى وأشار اليه من اعتضاد قول عثمان رضى الله عنه بالقياس • ومثل هذا يكون حجة عند الشافعى على القديم فلأن قول الصحابى حجة يقدم على القياس •

وأما على الجديد فلأنه يرى أن قول الصحابى مع القياس الضعيف المسمى عند الماوردى بقياس التقريب يقدم على القياس القوى المسمى عند الماوردى بقياس التحقيق ، وهل المراد بالضعيف الذى لا تجتمع فيه شروط القياس فيشكل اعتضاد ما ليس بحجة بما ليس بحجة • ويأتى فيه البحث الذى تقدم فى المرسل فى مسألة بيع اللحم بالحيوان ، أو الذى اجتمعت فيه شروط القياس لكنه خفى لو انفرد يقدم القياس القوى عليه ، وهذا هو الذى ينبغى أن يكون المراد •

وقد فسر الماوردى فى كتاب الايمان مراده بقياس التقريب وقياس التحقيق وههنا مباحث :

(أحدها) أطلق الشيخ أبو حامد هنا أن قول الصحابى على القديم حجة مقدمة على القياس واقتضى كلامه أن ذلك مطلق وان لم ينتشر • وقيده الماوردى بالمنتشر الذى لم يعلم خلافه ، وهما قولان فى القديم منقولان عن الشافعى فى كتب الأصول — وقال ابن الصباغ : انه فى القديم حجة ، وفى الجديد ليس بحجة الا أن ينتشر ، فاقتضى ذلك أنه اذا انتشر يكون حجة فى الجديد •

وقال الجوزى : ان قول الصحابى الذى ليس له مخالف انما يكون حجة فى الجديد اذا اعتضد بضرب من القياس وأنه فى القديم حجة ، فاذا احتمل المسألة أصلا كان ما وافقه أولى ، وهو أدون الاجتماعات ، وأعلى منه الاجماع الذى تعرفه الخاصة كتحريم النكاح فى العدة وأعلى منه ، وهو اجماع الخاصة والعامة لكون الظهر أربعا ، هذا مختصر كلام الجوزى •

وقال البندنيجى فى مقدمة كتاب الذخيرة : قال الشافعى فى أدب القاضى : ولا يجوز لأحد من أهل العلم أن يقلد أحدا غير رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يرد الشافعى أن النبى صلى الله عليه وسلم قوله يسمى تقليدا ، وانما أراد قبول قوله فى صورة التقليد — فأما الصحابة فان قال علماؤها قولا كان حجة مقطوعا على معيتها وان قال واحد منهم قولا وانتشر فى الباقين فان صوبوه أو قالوا ما يدل على الرضا فهو اجماع أيضا ، وحجة مقطوع على معيتها ان بلغهم وسكتوا ، ولم يكن منهم ما يدل على نص ولا انكار فاذا انقرض العصر كان حجة أيضا مقطوعا على معيتها فى اطلاق اسم الاجماع عليه من ناحية العبارة وجهان ظاهر قول الشافعى أنه لا يسمى اجماعا • وقال داود ، وأكثر المتكلمين : ليس بحجة •

وان قال واحد منهم قولا ولم ينتشر قال فى القديم : هو حجة ، وهو قول مالك وأبى حنيفة ، وقال فى الجديد : ليس بحجة (فان قلنا) ليس بحجة — فان عاضده قياس وان ضعف — كان قوله مقدما على القياس القوى ، وان لم يعضده قياس كان بمنزلة قول التابعى يقدم القياس عليه ، ولا يخص بقوله العموم (وان قلنا) حجة قدم

على القياس القوى الا أن يكون القياس فى معنى الأصل ، فيكون هذا القياس مقدما عليه ، وهل يخص به العموم ؟ وجهان ، هذا فى قول الصحابى على سبيل الفتيا •

اما حكمه فان كان بعد استشارة الصحابة فاجماع ، والا فان انتشر ولم ينكر فالذى سمعت الشيخ يقول : ليس بحجه ، وهو بمنزلة قول الواحد اذا لم ينتشر على قولين ، لان حجم الحاكم لا يسع خلافه ، فلا يدل السكوت على الرضا ، ورايت ابا على الطبرى فى الافصاح يقول : هذا حجه قولا واحدا ، ولكن هل يقع على معيتها ؟ على وجهين : (احدهما) نعم كالفتوى (والثانى) لا ، واذا انتشر قول التابعى فى التابعين لم يكن كانتشـــار قول الصحابى فى الصحابة على الأصح وهو قول أبى العباس ؛ هذا تلخيص كلام البندنيجى وكثير مما ذكره شاركه فيه المصنف وأكثر الأصحاب ، ولكن فى كلامه زيادة فوائد ، فلذلك رأيت نقله ، واختار المصنف على قولنا : أنه ليس بحجة أنه اذا عضده قياس ضعيف لا يصير حجة لأن كلا منهما بانفراده ليس بحجة •

وقال الصيرفى : يصير حجة ، وهو الذى قاله المصنف فى الأصول يخالف ما قاله الشيخ أبو حامد والمـــاوردى هنا أن ذلك حجة على القديم والجديد ، وقد قدمت أنه ينبغى تفسير الضعيف بما يكون حجة الا أن يكون ثم قياس أقوى منه فيقدم هو مع قول الصحابى على القياس القوى ، وحينئذ يتجه ما قاله الشيخ أبو حامد ولا يرد ما قاله المصنف الا أن يكون فهم عن الصيرفى أنه يقول بظاهر عبارته وحينئذ لا يكون قادحا فى دعوى عدم الخلاف فى مسألتنا ، اذا فسرنا الضعيف بالتفسير الذى ذكرته •

وقد رأيت كلام أبى بكر الصيرفى فى كتابه المسمى بالاجمـــاع والاختلاف ، وهو يشعر بما قلناه ، ويشير الى أن ذلك تأويل قول الشافعى فى القديم أنه حجة كأنه يرى أنه اذا لم ينتشر ولا يعضده شىء لا يقول الشافعى به فى قديم ولا جديد ، وان اعتضد أو انتشر قال به فى القديم والجديد •

قال القاضى حسين فى أول تعليقته : انه اذا اقترن بقول الصحابى قياس خفى قدم على القياس الجلى قولا واحدا ، وهذا يوافق ما قلته وما قاله الشيخ ابو حامد وغيره ، ويؤيده قول الشافعى فى اختلاف الحديث ، وروى عن على بن ابى طالب رضى الله عنه انه صلى فى ليلة ست ركعات فى كل ركعة ست سجدات ، قال : لو ثبت ذلك عن على لقلت به ، فانه لا مجال للقياس فيه ، فالظاهر أنه فعله توقيفا •

فهذا النص من الشافعى يدل على أنه يقول بقول الصحابى فى بعض المواضع وان لم يكن ذلك عين المسالة التى نحن فيها ، وانه انما يرده اذا دل دليل على خلافه والأصوليون ذكروا هذا النص من تفاريع الشافعى فى القديم ، وعندى فى ذلك أن اختلاف الحديث من كتبه الجديدة ، وقد رويناه من طريق المصريين عنه • وقال الأستاذ أبو اسحاق الاسفراينى : قول الصحابى اذا انتشر حجة مقطوع بها وهل يسمى اجماعا ؟ فيه وجهان ، وان لم ينتشر فليس بحجة فى الجديد وهو حجة فى القديم ، فعلى القديم فى تخصص العموم به وجهان ويقدم القياس الجلى عليه •

وفى القياس الخفى وهو الشبه وجهان (أحدهما) يقدم على قول الصحابى • (والثانى) يقدم قول الصحابى عليه ، وهو قول أبى حنيفة ، ومن لا خبرة له من أصحابه يقول : انه يقدم على القياس الجلى ، وأما على الجديد فلا يخص به العموم قطعا ، وفى ترجيح أحد القياسين المتعارضين به وجهان (الثانى) أن هذا القول اذا لم يكن وحده حجة فالقياس الذى عضده من الفرق بين الحيوان وغيره ان لم يكن حجة أيضا لم تثبت الدلالة باجتماعهما وان كان الفرق المذكور كافيا فى القياس وتقدم الحجة ، فالحجة فيه لا فى القول المذكور •

(والجواب) أن القياس القوى يقتضى أن لا يبرأ مطلقا أو يبرأ مطلقا كما قال الشافعى ، وقد أشار الشافعى بقوله : وأنه أصح فى القياس ، يشير بذلك الى أن هذا قياس أصح ، وأن ما ذكره من المعنى بين الحيوان وغيره قياس صحيح فلو انفرد هذان القياسان لقلنا بالقياس الأصح لكن لما جاء قضاء عثمان رضى الله عنه قوى هو

والقياس الصحيح على القياس الأصح • ولا يمنع اذا لم يكن قول الصحابى حجة أن لا يقوى به لاسيما عثمان وقضاؤه فى هذا •

(الأمر الثالث) أنه اذا كان الأمر كذلك فلم سماه الشافعى تقليدا ؟ وقبول قول الصحابى على القديم أو اذا اعتضد بما ذكرتم على الجديد حجة وقبول الحجة لا يسمى تقليدا لقبول الخبر •

(والجواب) أن الواجب اتباعه ، وقيام الحجة به وهو مجموع ما حصل من قول عثمان مع القياس الفارق والموصوف بالتقليد هو قول عثمان رضى الله عنه وحده ، واطلاق التقليد عليه وحده صحيح ، لأنه لا يجب قبوله وحده ولا يدرى من أين قاله ، وهذان هما حد التقليد ، فاجتمع هنا تقليد ودليل ، والممتنع عندنا هو التقليد بغير دليل ، والرويانى قال : انه ما قصد بهذه العبارة محض التقليد ، بل أراد الاستئناس كما قال فى الفرائض انه قلد زيد بن ثابت فى الاخوة مع الجد ثم عقبه بالقياس •

(الرابع) فى قول مالك رضى الله عنه فى ذلك الأمر المجتمع عليه عندنا هو فى هذا الموضع وغيره من هذه المشكلات التى استشكلها امامنا الشافعى وغيره ، ففى الأم من كلام الربيع أو من كلام البويطى ، الله أعلم ، فى اختلاف الشافعى ومالك (فقلت) للشافعى : ان لنا كتابا قد صرنا الى اتباعه ، وفيه ذكر أن الناس اجتمعوا فيه ، والأمر المجتمع عندنا وفيه الأمر عندنا ، فقال الشافعى : قد أوضحنا لك ما يدلك على دعوى الاجماع بالمدينة أو فى غيرها ، وطول الشافعى فى البحث فى ذلك والايراد ، نحو ثلاث ورقات ثم قال : وما كلمت منكم أحدا قط فرأيته يعرف معناها ، وما ينبغى لكم أن تجهلوا كيف موضع الأمر عندنا ان كان يوجد فيه ما ترون •

(**قلت**) وقد قال أبو الوليد الباجى المالكى فى كتابه الذى ألفه فى أصول الفقه ، وقد روى اسماعيل بن أبى أويس رحمه الله عن مالك بيان قوله : الأمر المجتمع عليه (فقال) اسماعيل ابن أبى أويس : سألت خالى مالكا عن قوله فى الموطأ الأمر المجتمع عليه والأمر عندنا

يفسره لى ، فقال : أما قولى : الأمر المجتمع عليه عندنا ، الأمر الذى لا اختلاف فيه ، فهذا ما لا اختلاف فيه قديما ولا حديثا • وأما قولى : المجتمع عليه فهو الذى اجتمع عليه من أرضى من أهل العلم واقتدى به ، وان كان فيه بعض الخلاف •

وأما قولى : الأمر عندنا وما سمعت أهل العلم فهو قول من أرتضيه واقتدى به ، وما اخترته من قول بعضهم ، هذا معنى قول مالك دون بعضه (قال) وتأويل مالك لهذه الألفاظ على هذا الوجه وترتيبها مع تجاربها فى الألفاظ يدل على تجوزه فى العبارة ، وانه يطلق لفظ الاجماع ، وانما يريد به ترجيح ما يميل اليه من الرتبة •

(التفريع) وقد ذكره المصنف (ان قلنا) الشرط باطل ففى بطلان البيع به وجهان • وقال الامام : قولان (اظهرهما) عند القاضى حسين والامام والرويانى وابن داود والرافعى ، وهو قول ابن سريج على ما حكاه الماوردى ، وفى المجموع للمتاملى والتجريد له ، وهو من كلام الشيخ أبى حامد انه ظاهر المذهب ، وقال فى العدة : انه ظاهر قول الشافعى ، وهو الذى قدمه المصنف هنا انه لا يبطل لحديث عثمان رضى الله عنه ، فانه صحح البيع لكن هذا الاستدلال فيه نظر لأن الشافعى استدل لصحة الشرط بأثر عثمان ، فكيف يستدل به لصحة البيع مع بطلان الشرط ؟

واعلم أن قضاء عثمان على ابن عمر رضى الله عنهم باليمين أنه ما علم • نص منه فى أن البيع صحيح ، وقد يقول القائل بعد ذلك : انه ليس فيه أن الشرط صحيح ، لاحتمال أن يكون عثمان عنده أن الشرط باطل ، وأن ظهور العيب موجب للرد على ابن عمر ولو كان غير ذلك من العيوب ، أو فى غير الحيوان ، لقضى فيه بهذا أيضا ، وهذا الاحتمال هو الذى لاحظه صاحب هذا الوجه ، والله أعلم •

لكن يشكل عليه قول عثمان : تحلف أنك ما علمت ؟ وعندنا وعند صاحب هذا لأنا لا نعرف خلافا فى هذا ــ المذهب فيه أن من حلف فى العيب فى غير هذه المسألة يحلف على البت ، ولا يحلف على نفى

العلم : فان خالف صاحب هذا الوجه فى ذلك لم يستقم له على قاعدة الشافعى ، وقد ظهر لك بهذا أن أثر عثمان صحيح فى صحة البيع ، وفى أحد أمرين بعده ، اما فى صحة الشرط والفرق بين العلم وغيره ، كما قاله الشافعى ، واما فى أن من حلف على نفى العيب يحلف على نفى العلم ، فانه قد يكون مذهب عثمان ذلك وهـذا يبين لنا اشكالا فى التمسك به ، الظاهر من المذهب والامام تمسك له بأن الشرط فى وضعه ليس مخالفا لمقتضى العقـد ، لأن الغرض من العقد النفوذ ، فالشرط يتضمن تأكيد اللزوم والظاهر السلامة ، واعترض على هذا المعنى بأنه لو صح لوجب الحكم بصحة الشرط من وجهة موافقة مقصود العقد •

وفرق المتولى بين شرط البراءة وسائر الشروط الفاسدة ، بأن قضية الامتناع من التزام سبب يفضى الى رفع العقد ، فكان موافقـا موضوع العقد ، لكن يرد عليه فى هـذا الشرط أن المبيع لا يكون فى ضمانه قبل القبض ، والمنقول فيه أن العقد يبطل •

(والوجه الثانى) وهو الذى قدمه فى التنبيه • وقال المـاوردى : انه قول جمهور أصحابنا ، وقال الرويانى وغيره من الأصحاب : انه القياس ، وجزم به الرويانى فى الحلية أنه يبطل العقد كسائر الشروط الفاسدة ، ولأنه يختلف ما يقتضيه العقـد من الرد بالعيب ، ولأنه يفضى الى جهالة الثمن بالطريقة التى قدرها المصنف وسيأتى أن ابن أبى عصرون اختار هذا أيضا ومال الغزالى اليه ، وفى المجرد من تعليق أبى حامد أن الأول ليس بشىء •

(وان قلنا) بصحة الشرط فكذلك فى العيوب الموجودة عنـد العقد ، أما الحادث بعده وقبل القبض فيجوز الرد به ، قاله المـاوردى والمتولى والرافعى وغيرهم ، وقال القاضى حسين : انه لا خلاف على المذهب فيه ، نقـل صاحب التتمة وغيره عن أبى يوسف أنه يجوز ، ونقله البغوى عن أبى حنيفة ، وقد وهم بعضهم فزعم أن كلام الغزالى فيه اشارة الى الحاق الحادث بعـد العقد وقبل القبض بالحادث قبلها فى البراءة عنه وليس فى كلام الغزالى الحاق ذلك الا فى صحة اشتراط البراءة عنه ، فلا تعتبر بذلك ، وفى شرط البراءة عن العيوب الكائنة

والتي تحدث ففيه طريقان فى تعليقة القاضى حسين (احداهما) القطع بالبطلان (والثانية) على قولين بالكائنة ، وقال الرافعي : فيه وجهان (أصحهما) يذكر •

وقال الأكثرون غيره : انه فاسد ، قال القاضى حسين : ويبطل البيع بهذا الشرط وصاحب التتمة قال فى هذه الصورة : انه اذا فسد الشرط فالحكم فى بطلان العقد على ما سبق ، يعنى فيصح العقد على المذهب ، فان أفرد ما سيحدث بالشرط فهو بالفساد أولى • قال الرافعي : ومقتضى ذلك مجيء الخلاف فيه بالترتيب • وقال الامام : المذهب أن الشرط يبطل بخلاف ما ذكرناه فى المسألة الأولى يعنى اذا جمع بين الكائنة والتي ستحدث •

وصرح الامام بثلاثة أوجه (أحدها) صحة البراءة فى العيوب الحادثة مطلقا • (والثانى) الفساد مطلقا (والثالث) الفرق بين أن يذكر تابعا أو مقصودا ، وهذا معنى الأولوية التى ذكرها الرافعي ، وحيث فرقنا بين الحادث والقديم •

فلو اختلفا فى عيب هل هو حادث أو قديم ؟ قال الماوردى : ففيه وجهان من اختلاف أصحابنا فى اختلاف العلة فيما اذا ادعى البائع فى غير هذه الصورة الحدوث ، وادعى المشترى القدم ، فالقول قول البائع ، فمنهم من قال : ان العلة أن الحدوث تعين والتقدم مشكوك فيه ، فههنا لا يبرأ منه البائع ، ويكون القول قول المشترى — ومنهم من قال : العلة أن ما أوجب الامضاء أولى ، فالقول هنا قول البائع ، ويمنع المشترى من الفسخ — وان فرعنا على القول الثالث فلا يبرأ مما علمه وكتمه ، ولا عما لم يعلمه من العيوب الظاهرة من الحيوان على الأصح ، ومنهم من اعتبر نفس العلم كما تقدم ، وهما وجهان حكاهما الماوردى ، هل المراد ما لم يكن معلوما لخفائه ؟ وان علمه البائع ؟ أو ما لم يعلمه لجهله ؟ ومقتضى كلام الرويانى نسبة الأول الى المحصلين من أصحابنا ، وأنه الصحيح ، ونسبة الثانى الى حكاية أبى على فى الافصاح والقاضى أبى حامد فى الجامع وأنه غلط ، والرويانى قال هذا دفعا لمن زعم أن الحيوان يأتى فيه التفصيل بين المعلوم ، وهو المحكى فى

الافصاح والجامع ، وحيث حكى الوجهين من كلام الماوردى لم يتعرض له ، هل يلحق ما مأكوله فى جوفه بالجواز ؟ قيل : نعم لعسر الوقوف •

وقال الأكثرون ، منهم الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والقاضى حسين وغيرهم : لا وقال المحاملى انه لا خلاف فيه ، وكذلك الرويانى قال انه لا خلاف فيه وجماعة حكوا الخلاف كما تقدم ، منهم الجرجانى والرافعى وغيرهما لتبدل حال الحيوان ، فان العيب الذى به قد يزول بنفسه وبأنه لا يمكن معرفة العيب الذى فى باطن الحيوان ، وهذا يمكن بادخال عود ونحوه ، وبأن الحيوان يغتذى بالصحة والسقم فلا يخلو فى الغالب عن عيب بخلاف هذا فعلى هذا قال الشيخ أبو حامد : ان (قلنا) بطريقة الاصطخرى كان فيه قولان (وان قلنا) بالطريقة الأخرى لم يصح الشرط قولا واحدا (قلت) وهذا على الطريقة المشهورة ، وتأتى فيه الطرق المتقدمة •

(فـرع) قد اجتمع فى الشرط مع العقد ثلاثة أقوال يصحان ويفسدان ، يصح العقد ويفسد الشرط • قال الامام والقاضى حسين قبله : وهذا كاختلاف الأقوال فى شرط نفى خيار المجلس والرؤية اذا جوزنا بيع الغائب ، وفيها الأقوال الثلاثة كما وصفناها ، وخيار الرد بالعيب خيار شرعى يتضمنه مطلق العقد ، كخيار المجلس ، وخيار الرؤية (قلت) لكن الأصح فى نفى خيار المجلس بطلان العقد (والأصح) هنا صحته عند الامام والرافعى ، فيحتاج الى الفرق ، وأما على ما نسبه الماوردى الى الجمهور فلا • قال القاضى حسين : فعلى هذا الترتيب يجتمع فى الحيوان أربعة أقوال هذه الثلاثة ورابع وهو التفصيل •

(تنبيه) عرفت بما تقدم أن المذهب فساد الشرط فى غير الحيوان وصحته فى الحيوان مع التفصيل فى البراءة ، فان سقط ذلك فى غير الحيوان • قال ابن أبى عصرون : فالشرط والبيع باطلان ، وهذا منه كأنه اختيار لقوله : البطلان ، اذا قلنا بفساد الشرط (أما) على القول الذى صححه الرافعى وغيره من أنه اذا فسد الشرط يصح العقد ، فينبغى أن يكون كذلك ، ولا فرق بين الحيوان وغيره فى ذلك اذا قلنا

بفساد الشرط بالحيوان ، وكذلك أطلق صاحب التتمة أن المذهب أن العقد صحيح .

(فـرع) لو شرط أن لا يرد المبيع بالعيب القديم والحادث فى ضمانه قال القاضى حسين يبطل البيع قولا واحدا وتبعه المتولى فقال : اذا شرط أن لا يرد عليه اذا وجد به عيبا فالعقد باطل وعلاه بأنه منع تصرف فى حق ثبت له بمقتضى العقد بخلاف شرط البراءة ، فانه بشرط البراءة منع ثبوت الحق وخالف الرافعى ما جرى فيه الخلاف وهو أظهر .

وان ما ذكره القاضى فى شرط البراءة يمكن أن يقال مثله فى شرط عدم الرد ولو اختلفا فى شرط مبيع البراءة فادعاه البائع وأنكر المشترى (فان قلنا) البيع صحيح مع شرط البراءة تحالفا على الصحيح وقيل : القول قول المشترى مع يمينه لأن الأصل عدم الشرط ، وهو قول القاضى أبى حامد ، ولم يذكر الرويانى فى البحر غيره ، وقال : فيحلف أنه لم يعلم ولم يرض .

(وان قلنا) فاسد ، ففى التهذيب أن القول قول البائع بيمينه ، وينبغى أن يخرج على الاختلاف فى دعوى الصحة والفساد ، ومن المعلوم الظاهر أنه اذا باع بشرط البراءة من عيب علمه المشترى ورآه أن البيع صحيح ولا أثر للشرط المذكور فى هذه الحالة ومن جملة الاطلاق أن يقول له : هذه هى العيوب وأبرئنى منها (واذا قلنا) بالصحيح فقال المشترى : علمت هذا العيب وكتمته . وقال البائع : لم أعلم فالقول قول البائع مع يمينه ، فيحلف بالله بعته وما علمت به عيبا كتمته ، بدليل حديث عثمان ، قاله فى التهذيب .

(فـرع) شغف بعض الوراقين فى هذا الزمان بأن يجعل بدل شرط البراءة : أعلم البائع المشترى أن بالمبيع جميع العيوب ورضى به ، وظنوا أن ذلك يجوز منهم عن بطلان البيع ، والشرط على بعض الأقوال فى شرط البراءة ، وهـذا جهل لا يجوز فعله ولا يفيد . (أما) أنه لا يجوز فعله فلأنه كذب ، لأنه لا يمكن اجتماع جميع العيوب فى محل ،

ومنها ما هو متضاد (وأما) أنه لا يفيد ، فلما تقدم أن الصحيح عندنا أنه لا يكفى بالتسمية فيما يمكن معاينته كالزنا والسرقة والاباق ، فذكره مجملا بهذه العبارة كذكر ما يمكن معاينته بالتسمية من غير رؤية ، فقياسه أنه لا يفيد فيه أيضا ، فهذا فعل باطل وشهادة باطلة ، قصدت التحذير عنها لأن كثيرا ما يغيرها ولا يجوز للحاكم الزام المشترى بمقتضى هذا الاقرار للعلم بكذبه وبطلانه ، واذا وقع ذلك يكون حكمه حكم ما لو شرط البراءة ، فيفسد العقد على أحد القولين ، ويصح على الآخر ، ويبرأ من العيب الباطل المجهول فى الحيوان دون غيره .

(فـرع) يختم به الباب ، قال النووى فى الروضـة : قال أصحابنا : اذا انعقـد البيع لم يتطرق اليه الفسخ الا بأحد سبعة أسباب : خيار المجلس ، والشرط ، والعيب ، وخلف الشرط المقصود ، والاقالة والتحالف وهلاك المبيع قبل القبض .

(قلت) والتصرية لمـا كانت ملحقة عند الأكثرين بالعيب ، وعند بعضهم بالخلف لم تكن خارجة عن ذلك ، ولكن قد بقى عليه رجوع البائع عند افلاس المشترى ، وله أن يلحقه بالعيب ، لكن مثل هـذا التكلف يقتضى عد العيب والخلف شيئا واحدا ، فالوجه جعل ذلك قسما آخر ، وبقى عليه أيضا الافتراق فى الربويات قبل التقابض ، وهو راجع الى هلاك المبيع ، وبقى أيضا تعذر امضاء العقد كما فى اختلاط الثمار ، وبيع الصبرة بالصبرة المخالفة لها مكايلة ، كما تقدم على اختلاف فيها .

(وأما) الخيار الحاصل بسبب الاجبار فى المرابحة فهو راجع الى العيب لأنه كالعيب فى المبيع ، وقد ذكر المصنف فى التنبيه مسألة الاختلاف فى قدم العيب وحدوثه ، واذا باعه عصيرا أو سلمه ، ولم يذكرهما فى المهذب فى هذا الباب ، وذكر المسألة الأولى فى باب اختلاف المتبايعين ، وسنشرحهما هناك ان شاء الله تعالى بعون الله وتيسيره .

* * *

قال المصنِّف رحمه الله تعالى

باب بيع المرابحة

﴿ من اشترى سلعة جاز له بيعها برأس المال ويقل منه وبأكثر منه ، لقوله ﷺ « إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم » .

ويجوز أن يبيعها مرابحة ، وهو أن يبين رأس المال وقدر الربح بأن يقول : ثمنها مائة ، وقد بعتكها برأس مالها وربح درهم فى كل عشرة ، لما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه كان لا يرى بأساً بده يازده وده دوازده ، ولأنه ثمن معلوم فجاز البيع به ، كما لو قال : بعتك بمائة وعشرة ، ويجوز أن يبيعها مواضعة بأن يقول : رأس مالها مائة ، وقد بعتك برأس مالها ووضع درهم من كل عشرة لأنه ثمن معلوم فجاز البيع به ، كما لو قال : بعتك بمائة إلا عشرة ، ويجوز أن يبيع بعضه مرابحة ، فإن كان مما لا تختلف أجزاؤه كالطعام والعبد الواحد قسم الثمن على أجزائه وباع ما يريد بيعه منه بحصته ، وإن كان مما يختلف كالثوبين والعبدين قومهما وقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما ثم باع ما شاء منهما بحصته من الثمن ، لأن الثمن ينقسم على المبيعين على قدر قيمتهما . ولهذا لو اشترى سيفاً وشِقْصًا بألف قسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما ، ثم أخذ الشفيع الشقص بما يخصه من الثمن على قدر قيمته ﴾ .

الشرح : الحديث أخرجه أحمد ومسلم والنسائى وابن ماجه من حديث عبادة ابن الصامت بلفظ « الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يداً بيد ، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم ، إذا كان يداً بيد » ورواه أبو داود بنحوه وفى آخره « وأمرنا أن نبيع البر بالشعير والشعير بالبر يداً بيد كيف شئنا » .

وأثر عبد الله بن مسعود أخرجه ابن حزم عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر وابن مسعود هو سادس من أسلم .

عبد الله بن مسعود الصحابى رضى الله عنه متكرر هو أبو عبد الرحمن بن مسعود بن غافل بالغين المعجمة والفاء ابن حبيب بن سمح بن فار بالفاء وتخفيف الراء بن مخزوم بن صاهلة بالصاد المهملة والهاء بن كاهل بن الحارث بن تميم بن سعدبن هزيل بن مدركة بن إلياس بن

مضر بن نزار الهذلى حليف بنى زهرة الكوفى وأمه أم عبد بنت عبدون بن سواء بن هزيل أيضاً أسلمت وهاجرت فهو صحابى بين صحابية أسلم عبد الله قديماً حين أسلم سعيدين زيد قبل عمر بن الخطاب بزمان ، جاء عنه قال : لقد رأيتنى سادس سقة ما على الأرض مسلم غيرنا . رواه الطبرانى بإسناده . وهاجر إلى الحبشة ثم إلى المدينة وشهد مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بدراً وأحداً والخندق وبيعة الرضوان ، وسائر المشاهد مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وشهد اليرموك وهو الذى أجهز على أبى جهل يوم بدر ، وشهد له رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالجنة ، وهو صاحب فعل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كان يلبسه إياها إذا قام فإذا خلعها وجلس جعلها ابن مسعود فى ذراعه ، وكان كثير الولوج على رسول الله صلى الله وآله وسلم والخدمة له ، وثبت فى صحيح مسلم عنه قال : قال لى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : آذنك على أن ترفع الحجاب وتسمع سوادى حتى أنهاك والسِّواد بكسر السين السرار ، وكان يعرف بصاحب السواد والسواك والنعل روى له عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ثمانمائة وثمانية وأربعون حديثاً . اتفق البخارى ومسلم منها على أربعة وستين وانفرد البخارى بأحد وعشرين ومسلم بخمسة وثلاثين روى عنه ابن عمرو ابن عباس وابن الزبير وأبو موسى الأشعرى وأنس وجابر وأبو سعيد وعمران بن الحصين وعمرو بن حريث وأبو هريرة وغيرهم من الصحابة وخلائق لا يحصون من كبار التابعين نزل الكوفة فى آخر أمره وتوفى بها سنة ثنتين وثلاثين وقيل سنة ثلاث وثلاثين وقيل عاد إلى المدينة واتفقوا على أنه توفى وهو ابن بضع وستين سنة . والذين قالوا توفى بالمدينة قالوا : دفن بالبقيع قيل وصلى عليه عثمان وقيل الزبير بن العوام وقيل : عمار ا بن ياسر وكان من كبار الصحابة وساداتهم وفقهائهم ومقدَّمِهم فى القرآن والفقه والفتوى وأصحاب الخلق ، وأصحاب الاتباع فى العلم .

ثبت فى صحيحى البخارى ومسلم عن أبى موسى قال : قدمت أنا وأخى من اليمن فمكثنا حيناً لا نرى ابن مسعود وأمه إلا من أهل بيت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لما نرى من كثرة دخوله ودخول أمه على رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ولزومه له ، وفى صحيح البخارى عن عبد الرحمن بن زيد قال : قلنا لحذيفة : أخبرنا برجل قريب السمت والدل والهدى من رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نأخذ عنه فقال : ما نعلم أحداً أقرب سمتا وولا وهديًا برسول الله من ابن أم عبد ولقد علم المحفوظون من أصحاب محمد صلى الله عليه وآله وسلم أن ابن أم عبد أقربهم إلى الله وسيلة . وفى الصحيحين عن ابن مسعود قال علمنى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم التشهد كفى بين كفيه كما يعلمنى السورة

من القرآن .

وفى الصحيحين عن ابن مسعود عنه قال : بينما نحن مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بمنى إذا انفلق القمر فلقتين فلقة وراء الجبل وفلقة دونه فقال لنا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : اشهدوا . وفى الصحيحين عنه قال : قال لى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : اقرأ علىّ القرآن فقلت : يا رسول الله أقرأ عليك وعليك أنزل قال : إنى أحب أن أسمعه من غيرى ، فقرأت عليه سورة النساء ، حتى جئت إلى هذه الآية ﴿ فكيف إذا جئنا من كل أمة بشهيد وجئنا بك على هؤلاء شهيداً ﴾ قال : حسبك الآن ، فالتفت إليه ، فإذا عيناه تذرفان .

وفى الصحيحين عن مسروق قال : ذكر عند عبد الله بن عمرو يعنى ابن العاص عبد الله بن مسعود فقال : لا أزال أحبه سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول : خذوا القرآن من أربعة بن عبد الله وسالم مولى أبى حذيفة ومعاذ وأبى بن كعب ، وفى رواية تقديم أبى على معاذ رضى الله عنهم ، وفى صحيح مسلم عن ابن مسعود قال : والذى لا إله غيره ما من كتاب الله سورة إلا أنا أعلم حيث نزلت وما من آية إلا أنا أعلم فيما نزلت ،ولا أعلم أحدًا هو أعلم بكتاب الله منّى تبلغه الإبل لركبت إليه .

وفى غير الصحيحين عن حُذيفة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : « تمسكوا بعهد ابن أم عبد » وبعثه عمر بن الخطاب رضى الله عنه إلى الكوفة ، وكتب إليهم : بعثت إليكم عمّارًا أميرًا وعبد الله بن مسعود معلمًا ووزيرًا وهما من النجباء من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ومن أهل بدر فاقتدوا بهما ، وقد آثرتكم بعبد الله على نفسى .

وقال فيه عمر : كنيف ملئ علمًا ، وكان إذا هدأت العيون قام فيسمع له دوى كدوى النحل حتى يصبح . وقال أبو الدرداء حين توفى ابن مسعود : ما ترك بعدى مثله . وقال أبو طيبة : مرض ابن مسعود فعاده عثمان فقال : ما تشتكى ؟ قال : ذنوبى ، فقال : فما تشتهى ؟ قال : رحمة ربى قال : ألا آمر لك بطبيب ؟ قال : الطبيب أمرضنى قال : ألا آمر لك بعطاء ؟ قال : لا حاجة لى فيه . قال : يكون لبناتك . فقال : أتخشى على بناتى الفقر ؟ إنى أمرتهن أن يقرأن فى كل ليلة سورة الواقعة ، إنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول : « من قرأ سورة الواقعة فى كل ليلة لم تصبه فاقةٌ أبدًا » .

وكان لابن مسعود ثلاثة بنين عبد الرحمن وبه كان يكنى وعتبة وأبو عبيدة واسم أبى عبيدة

عامر وقيل اسمه كنيته ، واتفقوا على أن أبا عبيدة لم يسمع أباه ورواياته عنه كثيرة ، وكلها منقطعة ، وأما عبد الرحمن فقال علىّ بن المدينى والأكثرون : سمع أباه وقال أحمد بن حنبل : توفى ابن مسعود ولابنه عبد الرحمن ست سنين وقال يحيى بن معين : لم يسمع أباه والله أعلم . انتهى كلام النووى .

والمرابحة فى اللغة مصدر رابح من الربح وهو الزيادة ، واصطلاحًا بيع السلعة بثمنها التى قامت به من ربح بشرائط مفصلة فى الأحكام ومذاهب العلماء .

أما قوله (ده ويازده ودوازده) فإن (ده) بالفارسية عشرة و (يازده) أحد عشر و (دوازده) اثنا عشر ، أى لا يرى بأسًا أن يبيع ما اشتراه بعشرة ، بأحد عشرة أو بإثنى عشر .

(**أما الأحكام**) : فقال النووى رحمه الله فى الروضة : لبيع المرابحة عبارات أكثرها دورانًا على الألسنة ثلاث (إحداهن) بعت بما اشتريت أو بما بذلت من الثمن وربح كذا (الثانية) بعت بما قام على وربح كذا ، ويختلف حكم العبارتين فيما يدخل تحتهما ، وفيما يجب الإخبار عنه كما سنفصله إن شاء الله تعالى ، فإن قال : بعت بما اشتريت لم يدخل فيه سوى الثمن ، فإذا قال : بما قام علىَّ ، دخل فيه مع الثمن أجرة الكيال والدلال والحمال والحارس والقصار والرفاء والصباغ وقيمة الصبغ وأجرة الختان وتطيين الدار وسائر المؤن التى تلتزم الاسترباح وألحق بها كراء البيت الذى فيه المتاع ، وأما المؤن التى يقصد بها استبقاء الملك دون الاسترباح كنفقة العبد وكسوته وعلف الدابة فلا تدخل على الصحيح (فقلت) ويقع ذلك فى مقابلة الفوائد المستوفاة من المبيع كتشحيم السيارة وملئها بالوقود وزيادة الهواء إطارها لكن النفقات الزائدة على المعتاد كرسوم الرخصة وتركيب الأرقام المعدنية على السيارة وعقد التأمين القائم على الإذعان فهذه تضاف إلى الثمن .

وقد قال أبو سعد المتولى فى التتمة : المكس الذى يأخذه السلطان (الجمرك) يدخل فى لفظ القيام .

ولو قصر الثوب بنفسه أو كال أو حمل أو طلا الدار بالملاط بنفسه لم تدخل الأجرة فيه ، لأن السلعة إنما تعد قائمة عليه بما بذل ، وكذا لو كان البيت ملكه ، أو تبرع أجنبى بالعمل أو بإعارة البيت فإن أراد استدراك ذلك فطريقه أن يقول : اشتريت أو قام علىَّ بكذا أو عملت فيه ما أجرته كذا وقد بعتكه بهما وربح كذا .

العبارة الثالثة : بعتك برأس المال وربح كذا فالصحيح : أنه كقوله : بما اشتريت .

وقال القاضى أبو الطيب : هو كقوله : بما قام علىّ ، واختاره ابن الصباغ ، وكذا قال الماوردى فى الحاوى فى المجلد السادس من النسخة الخطية ورقة ٢٢٦ وما بعدها : (وأما بيع المرابحة وهو أن يقول : أبيعك هذا الثوب مرابحة على أن الشراء مائة درهم وأربح فى كل عشرة واحدًا فهذا بيع جائز لا يكره ، وحكى عن عبد الله بن عمر ، وعبد الله بن عباس رضى الله عنهما أنهما كرها ذلك ، مع جوازه ، وحكى عن إسحاق بن راهويه أنه أبطله ومنع من جوازه ، استدلالا بأن الثمن مجهول وأن كذبه فى إخبار الشراء غير مأمون .

والدليل على جوازه قوله تعالى : ﴿ وأحلَّ الله البيع وحرم الربا ﴾ ولأن الثمن فى بيع المرابحة معلوم كما أنه فى بيع المساومة معلوم ، إذ لا فرق بين قوله : بعتك هذا الثوب بمائة وعشرة وبين قوله : بعتك بمائة وربح كل عشرة واحد ، ، إذ كلا الثمنين مائة وعشرة ، وإن اختلفت العبارتان . ثم قال : ولا وجه لما ذكر بأن كذب البائع فى الثمن غير مأمون لأن الأصل صدقه ، على أن المروى عن ابن عباس أنه كره قولهم : (ده دوازده) وفيه تأويلان (أحدهما) أنه كره لأنها عجمية ، وعدولهم عن العربية (والثانى) كره لحمل ذلك منهم على بيع الدراهم جواز العشرة بالاثنى عشرة .

فإذا ثبت أن عقد المرابحة جائز فلا بد من الإخبار بالثمن مع نفس العقد بعد تحرى الصدق فيه ، فإن لم يخبر بثمن عليه وقال : قد بعته بالثمن الذى أبيعه وربح العشرة واحد لم يجز ، وكذا لو قال : بما يخرج به الحساب من ثمنه علىّ وربح العشرة واحد لم يجز لأنهما لم يعقداه بثمن معلوم وقت العقد ، ولا بما يصير به الثمن معلومًا بعد العقد . وقد يجوز أن يختلفا فى قدر الثمن الذى يذكره بعد العقد ولا يرجعان إلى ما ينفى الجهالة عنهما ويمنع من اختلافهما ، فصار العقد باطلا للجهل بالثمن فيه ، فإذا ثبت أنه لا بد من ذكر الثمن مع العقد فلا يخلو حال البائع من ثلاثة أحوال : إما أن يزيد بالإخبار بالثمن مع الذى ابتاعه أو يزيد الإخبار بالثمن وحده وكان قدره مائة درهم فله الإخبار عنه بإحدى ثلاث عبارات ، إما أن يقول : اشتريته بمائة درهم أو يقول : رأس مالى فيه مائة أو يقول : قام علىّ بمائة . فبأى هذه العبارات الثلاث عبَّر عنه جاز .

وإذا أراد الإخبار بثمنه ومؤنة لزمته عليه من صبغ أو قصارة أو علوفة ماشية أو أجرة حمولة كأن اشتراه بمائة درهم ولزمته مؤنة الصبغ أو القصارة عشرة دراهم فله أن يخبر عن الثمن بإحدى العبارات الثلاث وهو أن يقول : قام علىّ بمائة درهم وعشرة دراهم ولا يجوز أن يقول : اشتريته بمائة وعشرة ولا أن يقول : قام علىّ بمائة وعشرة (ولم يقل بمائة درهم وعشرة دراهم) لأن رأس المال فى المبيعات غير ما هو الثمن الذى عقد به البيع وإن أراد الإخبار

بثمنه مع عمله فيه لنفسه ، مثل أن اشتراه بمائة ويقصر له بنفسه فصار له قدر أجرته عشرة لم يجز أن يخبر عنه بإحدى هذه العبارات الثلاث ولا يجوز أن يقرر اشتريته بمائة وعشرة ولا رأس مالي فيه مائة وعشرة ، ولا يقول : قام عليَّ بمائة وعشرة ، لأن عمل الإنسان لنفسه لا يقوم عليه ، وإنما يقوم عليه عمل غيره ، ألا ترى أن العامل فى المضاربة لو استأجر لحمولة المتاع كان فى مال المضاربة ، ولو حمله بنفسه لم يرجع بأجرته فى مال المضاربة .

وإذا لم يجز أن يخبر عنه بإحدى هذه العبارات الثلاث فليس له إلا أن يقول : اشتريته بمائة وعملت فيه بنفسى عملا يساوى عشرة وأربح فى كل عشرة واحدًا فيسلم من الكذب ويصل إلى الغرض .

وبالجملة فإن بيع المرابحة يصح سواء قال له : بعتك هذه السلعة بثمنها الذى اشتريتها به وهو مائة مثلا وربح عشرة أو قال له : بعتك هذه السلعة بربح جنيه عن كل عشرة من ثمنها ، ثم إن كان المشترى يعلم الثمن ويعلم ما أنفقه على السلعة زيادة على الثمن كنفقات الشحن وعقود التأمين الإذعانية التى لا تحمل الناقلات البضائع إلا بموجبها ـــ حتى يحل نظام إسلامى محلها على تفصيل سيأتى إن شاء الله فى كتاب الشركة ـــ فإنه يدخل فى قوله : بعتك بثمنها وربح كذا وإن لم يبينها ، إلا أجرة عمل البائع نفسه أو عمل متطوع له يعمل مجانًا فإنه لا يدخل إلا إذا بينه البائع ، وكذلك الثمن إذا كان عرضًا ولم يعلم به المشترى ، فإنه يلزم أن يبينه البائع كأن يقول له : بعتك هذا الثوب بثمنه الذى اشتريته به وهو عرض كذا قيمته كذا ، أما إذا كان المشترى يعلم به فلا يلزم بيانه على أنه إن بينه يقع العقد صحيحًا ، إنما البيان لدفع الكذب المحرم ، أما إذا كان الثمن نقدًا أو مثليًا كالمكيلات ونحوها فإنه لا يلزم بيانه .

(فرع) : إذا اشترى شيئين صفقة واحدة ثم أراد بيع أحدهما مرابحة أو اشترى اثنان شيئًا فتقاسماه ، وأراد أحدهما بيع نصيبه مرابحة بالثمن الذى أداه فيه فذلك يجوز بيعه بحصته من الثمن لأن الثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمته بدليل ما لو كان المبيع شقصًا وسيفًا أخذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن .

فرع فيما ذهب العلماء فيما تقدم

(الظاهرية) : قال الإمام أبو محمد بن حزم فى المحلى (مسألة) ولا يحل البيع على أن تربحنى للدينار درهما ولا على أن أربح معك فيه كذا وكذا درهما فإن وقع فهو مفسوخ أبدًا . فلو تعاقدا لبيع دون هذا الشرط لكن أخبره البائع بأنه اشترى السلعة بكذا وكذا وأنه لا يربح

معه فيها إلا كذا وكذا فقد وقع البيع صحيحا فإن وجده قد كذب فيما قال لم يضر ذلك البيع شيئًا ولا رجوع له بشيء أصلا إلا من عيب فيه أو غبن ظاهر كسائر البيوع . والكاذب آثم فى كذبه فقط برهان ذلك على أن البيع على أن تربحنى كذا شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل والعقد فيه باطل ، وأيضا فإنه بيع بثمن مجهول لأنهما إنما تعاقدا لبيع على أنه يربح معه للدينار درهما ، فإن كان شراؤه دينارًا غير ربع كان الشراء بذلك والربح درهما غير ربع درهم فهذا بيع الغرر الذى نهى عنه رسول الله ﷺ والبيع بثمن لا يدرى مقداره ، فإذا سلم البيع من هذا الشرط فقد وقع صحيحا كما أمر الله تعالى ، وكذبة البائع معصية لله تعالى ليست معقودًا عليها البيع لكن كزناه لو زنى أو شربه لو شرب الخمر ولا فرق . روينا من طريق وكيع نا سفيان الثورى عن عبد الأعلى عن سعيد بن جبير عن ابن عباس أنه كره بيع ده ودوازده معناه أربحك للعشرة اثنى عشر وهو بيع المرابحة . ورويناه عن ابن عباس أنه قال : هو ربا . ومن طريق وكيع وعبد الرزاق قالا جميعًا : نا سفيان الثورى عن عمار الدهنى عن ابن أبى نعم عن ابن عمر أنه قال : بيع ده دوازده ربا ، وقال عكرمة هو حرام ، وكرهه الحسن ، وكرهه مسروق وقال : بل أشتريه بكذا أو أبيعه بكذا . وروينا عن ابن مسعود أنه أجازه إذا لم يأخذ للنفقة ربحا . وأجازه ابن المسيب وشريح وقال ابن سيرين : لا بأس بده دوازده وتحسب النفقة على الثياب ، ولمن أجازه تطويل كثير فيمن ابتاع نسيئة وباع نقدًا ، وفيمن اشترى فى نفاق وباع فى كساد ، وما يحسب كراء الشد والطى والصباغ والقصارة وما أطعم الحُرفاء وأجرة السمسار ، وإذا ادعى غلطا وإذا انكشف أنه كذب وكله رأى فاسد لكن نقول : من امتحن بالتجارة فى بلد لا ابتياع فيه إلا هكذا فليقل قام على بكذا ويحسب نفقته عليه أو يقول : ابتعته بكذا ولا يحسب فى ذلك نفقة ثم يقول : لكنى لا أبيعه على شرائى تريد أخذه منى بيعًا بكذا وكذا وإلا فدع . فهذا بيع صحيح لا داخلة فيه . وقد روينا من طريق ابن أبى شيبة نا جرير — هو ابن عبد الحميد — عن أبى سنان عن عبد الله بن الحارث قال : « مر رجل بقوم فيهم رسول الله ﷺ فرجع فقال : يا رسول الله ابتعته بكذا وكذا بدون ما كان له ، فقال له رسول الله ﷺ : تصدَّق بالفضل » وهم يقولون : المرسل كالمسند ، وهذا مرسل قد خالفوه لأنه لم يرد بيعه ولا حط عنه شيئًا من الربح اهـ من المحلى ومن المحلى نقلته .

مذهب الحنفية

قالوا يصح البيع بالمرابحة أى بالثمن الأول مع ربح بشرطين :

(الأول) أن يكون المبيع عرضًا فلا يصح بيع النقدين مرابحة ، فإذا اشترى جنيهين من الذهب بفضة ثم باعهما بمقدار الفضة الذى اشتراهما به مع زيادة قروش أو ريالات مرابحة لأن الجنيهات لا تتعين بالتعيين لأن الجنيهين بعينهما لا يملكان بالشراء إذ يجوز أن يبيعهما ثم يردها إلى كيسه ويخرج غيرهما فالجنيه لا يملك بالشراء ولا يتعين بالتعيين أما العرض فللبائع أن يضم إلى أصل الثمن كل ما أنفقه على السلعة بما جرت به عادة التجار سواء كان عينًا قائمة بذات المبيع كصبغ الثوب وخياطته وتطريزه وفتل الصوف والقطن وغزلهما وحفر الأنهار والمساقى أو كان خارجًا عن المبيع غير قائم به كأجرة حمله وإطعام الحيوان بلا تبذير وأجرة السمسار . وهل يلزم أن يشترط البائع ضم ما أنفقه من ذلك إلى أصل الثمن وبينه أو لا ؟ فيه خلاف عندهم والراجح أن المرجع فى ذلك للعرف ، مما جرت به عادة التجار فى الثمن يضم وإلا فلا .

(الثانى) أن يكون الثمن مثليا كالجنيه والريال والدولار والدينار والليرة ، وكذلك المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة . أما المعدودات المتفاوتة فإنها ليست مثلية فإذا اشترى بعيرًا بعشرة جنيهات فإنه يصح أن يبيعه بثمنه مع ربح معين ، وكذلك إذا اشتراه بعشرة أرادب من القمح فإنه يصح أن يبيعه بها وربح إردب من جنسها وكذلك إذا اشترى إردبا من القمح بصفيحة من السمن زنتها ثلاثون رطلا فإنه يصح أن يبيعه بثمنه مع زيادة القطعة التى اطلع عليها المتعاقد ورضى بالبيع بمقابلها وتسمى (العيِّنة) فإذا كان الثمن غير مثلىّ بل كان قيميا أى يباع بالتقويم لا بالكيل ونحوه كالحيوان والثوب والعقار فإنه لا يصح البيع به مرابحة إلا بشرطين (الشرط الأول) أن يكون ذلك الثمن هو بعينه الذى بيعت به السلعة أولا .

مثال ذلك أن يشترى زيد من عمرو ثوبًا بشاة ثم يشترى محمد الثوب من زيد بنفس الشاة التى اشتراه بها بعد أن يملكها محمد من عمرو .

(الشرط الثانى) أن يكون الربح معلومًا كأن يقول له : اشتريت منك هذا الثوب بالشاة التى اشتريتها مع ربح عشرة قروش أو مع ربح كيلة من القمح ، أما إذا كان الربح غير معين كأن يقول له : اشتريت منك هذا الثوب بالشاة المذكورة مع ربح خمسة فى المائة من ثمنه فإنه لا يصح ، لأن ثمن الثوب غير معين فى هذه الصورة .

مذهب المالكية

ويقول المالكية : المرابحة بيع سلعة بثمن اشتراها به مع زيادة ربح معلوم للبائع والمشترى ، وهو خلاف الأولى لأنه يحتاج إلى بيان كثير قد يتعذر على العامة ، فيقع البيع فاسدًا ؛ لأن البائع ملزم بأن يبين المبيع وكل ما أنفقه عليه زيادة على ثمنه ، وربما يفضى إلى نزاع ، ومثله بيع الاستئمان وهو أن يشترى السلعة على أمانة البائع بأن يقول له : بعنى هذه السلعة كما تبيع للناس لأنى لا أعرف ثمنها ، وكذلك بيع المزايدة وهو أن يتزايد اثنان فأكثر فى شراء سلعة قبل أن يستقر ثمنها ويتفق عليه البائع مع أحدهما وإلا كان ذلك حرامًا لأنه سوم على سوم الغير فى هذه الحالة .

قالوا : ثم إن بيع المرابحة على وجهين : (الوجه الأول) أن يساومه السلعة على أن يعطيه ربحا على كل مائة عشرة مثلا أو أكثر أو أقل ويشتمل هذا الوجه على صورتين :

(الصورة الأولى) أن يكون البائع قد اشترى السلعة بثمن معين ولم ينفق عليها شيئا زيادة على الثمن وهذه أمرها ظاهر ، فإن على المشترى أن يدفع الثمن مضافًا إليه الربح بالحساب الذى يتفقان عليه .

(الصورة الثانية) أن يكون البائع قد أنفق على السلعة زيادة على ثمنها الذى اشتراها به ، وتشمل هذه ثلاثة أمور . الأول : أن يكون ما أنفق عليه عينًا ثابتة قائمة بالسلعة كما إذا اشترى ثوبًا أبيض فصبغه ، أو اشترى صوفًا منفوشًا ففتله ، أو اشترى ثوبا فخاطه أو طرّزه ، فإن الصبغ والفتل والتطريز والخياطة صفات قائمة بالثوب . وحكم هذا أنه يكون كالثمن فيضاف إلى الثمن ويحسب له الربح بنسبته ، إنما يشترط أن يبينه البائع كما يبين الثمن فيقول : قد اشتريت الثوب بكذا أو صنعته بكذا أو صبغته بكذا أو خطته بكذا . فإذا كان قد تولى ذلك بنفسه كأن كان خياطًا فخاط ثوبه أو صبّاغا فصبغه ، فإنه لا يحتسب له شيء من أجرة وربح . (الثانى) : أن يكون ما أنفق عليه غير قائم بالبيع ولا يختص به كأجرة خزنه فى داره وحمله وحكم هذا لا يحسب من أصل الثمن ، ولا يحسب له ربح ، أما إذا اكترى له دارًا مخصوصة ليخزنه فيها ولولاه ما احتاج إلى هذه الدار ، فإن أجرتها تحسب من الثمن ولا يحسب لها ربح ، ومثل ذلك أجرة السمسار إذا كانت العادة تحتم الشراء به . (الثالث) : أن يكون غير قائم بالمبيع ولكنه يختص به . فهذا إن كان مما يعمله التاجر بنفسه عادة كطى الثوب وشده ، ولكنه قد استأجر عليه غيره ، فإنه لا يحسب ما أنفقه لا فى الثمن ولا فى الربح .

هذا كلام متأخرى المالكية ، أما ما ذكر الإمام مالك رضى الله عنه فى المدونة فإليك نصه بحروفه : (قال مالك فى البُرّ يُشترى فيحمل إلى بلد آخر . قال : أرى أن لا يحمل عليه أجر السماسرة ولا النفقة ولا أجر الشد ولا أجر الطى ، ولا كراء بيت . فأما كراء الحمولة فإنه يحسب فى أصل الثمن ولا يجعل لكراء المحمولة ربح إلا أن يعلم البائع من يساومه بذلك كله فإن ربحوه بعد العلم بذلك فلا بأس بذلك ، وتحمل القصارة على الثمن والخياطة والصبغ ويحمل عليها الربح كما يحمل عليها الثمن .

أما إن كان مما لا يتولاه التاجر بنفسه كالنفقة على الحيوان . فإنه يحسب فى أصل الثمن ولا يحسب له ربح ، ويشترط أن يبينه أيضا ، فإذا اشترط البائع على المشترى أن يعطيه ربحا على كل ما أنفقه سواء كان له عين قائمة بالمبيع كالصبغ وما ذكر معه . أو ليست له عين ثابتة غير مختصة كأجرة الحمل أو مختصة ولكن العادة جرت بأن يفعلها البائع بنفسه أو العكس ، فإنه يعمل بشرطه إذا سماها جميعها ، ومن هنا يتضح لك أن تسمية الثمن وتسمية النفقة على السلعة سواء كان قائما فيها أو لا شرط على أى حال ، فإذا قال له : أبيعك هذه السلعة على أن أربح بالمائة عشرة مثلا ثم ذكر له الثمن مضافا إليه ما أنفقه على السلعة ولم يسم له ما يصح إضافته إلى الثمن بربح وما يصح إضافته بدون ربح وما لا يصح إضافته إلى الثمن أصلا ، فإن العقد يقع فاسدًا بجهل المشترى فى هذه الحال .

(الوجه الثانى) : من وجهى البيع بالمرابحة ، أن يبيعه السلعة بربح معين على جملة الثمن كأن يقول له : أبيعك هذه السلعة بثمنها مع ربح عشرة أو خمسة ،ويشترط فى هذه الحالة أيضًا أن يسمى الثمن وما يتبعه مما أنفقه على السلعة سواء كان قائما بها كالصبغ ونحوه أو لا كأجرة خزنها أو حملها وهكذا مما لا يضاف إلى الثمن مع ربح ويضاف بدون ربح أو لا يضاف أصلا ، وفى هذه الحالة يصح البيع ولكنه يطرح على المشترى وما أنفقه البائع على السلعة مما لا يضاف إلى الثمن كأجرة الحمل ونحوها إلا أن يشترط حسبانه فإنه يصح ولا فرق فى الثمن أن يكون ذهبًا أو فضة ونحوها أو يكون قيميا . فإذا اشترى ثوبا بشاة فإنه يصح أن يبيعها بشاة مماثلة للشاة التى اشتراها بها فى صفتها ويزيده ربحًا معلومًا ، ولكن يشترط أن تكون الشاة التى يريد شراءه بها مملوكة له عنده أو ليست عنده ولكنها مضمونة بحيث يمكنه الحصول عليها ، أما إذا لم تكن كذلك فإنه لا يصح .

مذهب الحنابلة

الحنابلة قالوا : إذا كان الربح معلومًا والثمن كذلك صح بيع المرابحة المذكور بدون كراهة . فإذا قال : بعتك هذه الدار بما اشتريتها به وهو مائة جنيه مع ربح عشرة فإنه يصح . أما إذا قال له : بعتك هذه الدار على أن أربح فى كل عشرة من ثمنها جنيهًا ولم يبين الثمن فإنه يصح مع الكراهة ، وعلى البائع أن يبين الثمن على حدة وما أنفقه على المبيع على حدة ، فإذا اشتراه بعشرة وأنفق عليه عشرة وجب عليه أن يبينه على هذا الوجه ويقول : اشتريته بعشرة وصبغته أو كلته أو وزنته أو علفته بكذا وكذا . وقال ابن قدامة فى المغنى : المرابحة هو البيع برأس المال وربح معلوم . ويشترط علمهما برأس المال فيقول : رأس مالى فيه أو هو علىَّ بمائة بعتك بها وربح عشرة ، فهو جائز لا خلاف فى صحته ولا نعلم عند أحد فيه كراهة ، وإن قال : بعتك برأس مالى فيه وهو مائة وأربح فى كل عشرة درهمًا أو قال : ده يازده أو ده داوزده فقد كرهه أحمد ، وقد رويت كراهته عن عمر وابن عباس ومسروق والحسن وعكرمة وسعيد بن جبير وعطاء بن يسار ، وقال إسحاق : لا يجوز لأن الثمن مجهول العقد فلم يجز كما لو باعه بما يخرج به فى الحساب ، ورخص فيه سعيد بن المسيب وابن سيرين وشريح والنخعى والثورى والشافعى وأصحاب الرأى وابن المنذر ، ولأن رأس المال معلوم والربح معلوم فأشبه ما لو قال : وربح عشرة دراهم ووجه الكراهة أن ابن عمر وابن عباس كرهاه ولم يكن لهما فى الصحابة مخالف ، ولأن فيه نوعًا من الجهالة ، والتحرز عنها أولى وهذه كراهة تنزيه والبيع صحيح لما ذكرنا ، والجهالة يمكن إزالتها بالحساب ، فلم تضر كما لو باعه صبرة كل قفيز بدرهم . وأما ما يخرج به فى الحساب فمجهول له فى الجملة والتفصيل اهـ .

(**فرع**) : فى مسألة ما إذا اشترى شيئين صفقة واحدة ثم أراد بيع أحدهما .

سبق أن ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يجوز بيعه بحصته من الثمن لأن الثمن ينقسم على المبيع قدر قيمته ، وقال أحمد : لها قسمان (أحدهما) أن يكون البيع من المتقومات التى لا ينقسم الثمن عليها بالأجزاء كالثياب والحيوان والشجرة المثمرة وأشباه ذلك ، فهذا لا يجوز بيع بعضه مرابحة حتى يخبر بالحال على وجهه نص عليه أحمد فقال : كل بيع اشتراه جماعة ثم اقتسموه لا يبيع أحدهم مرابحة إلا أن يقول : اشتريناه جماعة ثم اقتسمناه ، وبهذا قال الثورى وإسحاق وأصحاب الرأى . (القسم الثانى) : أن يكون المبيع من المتماثلات التى ينقسم الثمن عليها بالأجزاء كالبُر والشعير المتساوى ، فيجوز

بيع بعضه مرابحة بقسطه من الثمن ، وبهذا قال أبو ثور وأصحاب الرأى ، ولا نعلم فيه خلافًا ، لأن ثمن الجزء معلوم يقينًا ، ولذلك جاز بيع قفيز من الصبرة ، وإن أسلم فى ثوبين بصفة واحدة فأخذهما على الصفة ، وأراد بيع أحدهما مرابحة بحصته من الثمن . فالقياس جوازه لأن الثمن ينقسم عليهما نصفين لا باعتبار القيمة ، وكذلك لو أقاله فى أحدهما أو تعذر تسليمه كان له نصف الثمن من غير اعتبار قيمة المأخوذ منهما ، فكأنه أخذ كل واحد منهما منفردًا ، ولأن الثمن وقع عليهما متساويًا لتساوى صفتهما فى الذمة ، فهما كقفيزين من صبرة ، وإن حصل فى أحدهما زيادة على الصفة جرت مجرى الحادث بعد البيع والله أعلم .

قال المصنِّف رحمه الله تعالى

(فصـل) : ولا يخبر إلا بالثمن الذى لزم به البيع . فإن اشترى بثمن ثم حط البائع عنه بعضه ، أو ألحق به زيادة ، نظرت فإن كان بعد لزوم العقد لم يلحق ذلك بالعقد ، ولم يحط فى بيع المرابحة ما حط عنه، ولا يخبر بالزيادة فيما زاد ، لأن البيع استقر بالثمن الأول ، فالحط والزيادة تبرع لا يقابله عوض فلم يتغير به الثمن ، وإن كان ذلك فى مدة الخيار لحق بالعقد وجعل الثمن ما تقرر بعد الحط والزيادة . وقال أبو على الطبرى : إن قلنا إن المبيع ينتقل بنفس العقد لم يلحق به لأن المبيع قد ملكه بالثمن الأول فلم يتغير بما بعده ، والمذهب الأول لأنه وإن كان قد انتقل المبيع إلا أن البيع لم يستقر ، فجاز أن يتغير الثمن بما يلحق به . وإن اشترى ثوبًا بعشرة وقصره بدرهم ورفاه بدرهم وطرزه بدرهم ، قال هو علىَّ بثلاثة عشر ، أو قام علىَّ بثلاثة عشر وما أشبه ذلك ، ولا يقول اشتريته بثلاثة عشر ، ولا يقول ثمنه ثلاثة عشر ؛ لأن ذلك كذب .

وإن قال : رأس مالى ثلاثة عشر ففيه وجهان : (أحدهما) لا يجوز أن يقول لأن رأس المال هو الثمن ، والثمن عشرة (والثانى) يجوز لأن رأس المال ما وزن فيه ، وقد وزن فيه ثلاثة عشر ، وإن عمل فيه ذلك بيده قال : اشتريته بعشرة ، وعملت فيه ما يساوى ثلاثة ، ولا يقول هو علىَّ بثلاثة عشر ، لأن عمله لنفسه لا أجرة له ، ولا يتقوَّم عليه .

وإن اشترى عينًا بمائة ووجد بها عيبًا وحدث عنده عيبًا آخر فرجع بالأرش وهو عشرة دراهم . فقال : هو علىَّ بتسعين أو تقوم علىَّ بتسعين ، ولا يجوز أن يقول الثمن مائة لأن الرجوع بالأرش استرجاع جزء من الثمن ، فخرج عن أن يكون الثمن مائة ، ولا يقول اشتريتها بتسعين ، لأنه كذب .

إن كان المبيع عبدًا فجنى ففداه بأرش الجناية لم يضف ما فداه إلى الثمن ، لأن الفداء جعل لاستبقاء الملك فلم يضف إلى الثمن كعلف البهيمة ، وإن جنى عليه فأخذ الأرش ففيه وجهان :

(أحدهما) : أنه لا يحط من الثمن قدر الأرش ، لأنه كما لا يضيف ما فدى به الجناية إلى الثمن لا يحط ما أخذ عن أرش الجناية عن الثمن (والثانى) أنه يحط لأنه عوض عن جزء تناوله البيع فحط من الثمن كأرش العيب .

وإن حدثت من العين فوائد فى ملكه كالولد واللبن والثمرة لم يحط ذلك من الثمن لأن العقد لم يتناوله ، وإن أخذ ثمرة كانت موجودة عند العقد أو لبنًا كان موجودًا حال العقد حط من الثمن ، لأن العقد تناوله وقابله قسط من الثمن ، فأسقط ما قابله ، وإن أخذ ولدًا كان موجودًا حال العقد ، فإن قلنا : إن الحمل له حكم فهو كاللبن والثمرة ، وإن قلنا لا حكم له لم يحط من الثمن شيئًا ، وإن ابتاع بثمن مؤجل لم يخبر بثمن مطلق ، لأن الأجل يأخذ جزءًا من الثمن ، فإن باعه مرابحة ولم يخبره بالأجل ثم علم المشترى بذلك ثبت له الخيار لأنه دلّس عليه بما يأخذ جزءًا من الثمن ، فثبت له الخيار ، كما لو باعه شيئًا وبه عيب ولم يعلمه بعيبه .

وإن اشترى شيئًا بعشرة وباعه بخمسة ، ثم اشتراه بعشرة أخبر بعشرة ولا يضم ما خسر فيه إلى الثمن ؛ فإن اشترى بعشرة وباع بخمسة عشر ، ثم اشتراه بعشرة أخبر بعشرة ، ولا يحط ما ربح من الثمن ، لأن الثمن ما ابتاع به فى العقد الذى هو مالك به ، وذلك عشرة ، وإن اشترى بعشرة ثم واطأ غلامه فباع منه ثم اشتراه منه بعشرين ليخبر بما اشتراه من الغلام كره ما فعله ، لأنه لو صرح بذلك فى العقد فسد العقد ، فإذا قصده كره ، فإن أخبر بالعشرين فى بيع المرابحة جاز لأن بيعه من الغلام كبيعه من الأجنبى فى الصحة فجاز أن يخبر بما اشترى به منه ، فإن علم بذلك المشترى لم يثبت له الخيار ، لأن شراءه بعشرين صحيح ﴾ .

(الشـرح) : إذا أراد الإخبار بثمن السلعة فإن كانت بحالها لم تتغير ؛ أخبر بثمنها ، وإن حط البائع بعض الثمن عن المشترى أو اشتراه بعد لزوم العقد لم يجزئه ، ويخبر بالثمن الأول لا غير ، ولأن ذلك هبة من أحدهما للآخر لا يكون عوضًا ، وإن كان ذلك فى مدة الخيار لحق بالعقد وأخبر به فى الثمن ، فإن تغير سعرها دونها فإن غلت لم يلزمه الإخبار بذلك لأنه زيادة فيها ، وإن رخصت فإنه لا يلزمه الإخبار بذلك لأنه صادق بدون الإخبار

به ، ويحتمل أن يلزمه الإخبار بالحال ، فإن المشترى لو علم ذلك لم يرضها بذلك الثمن ، فكتمانه له تغرير به ، فإن أخبر بدون ثمنها ولم يتبين الحال لم يجز لأنه يجمع بين الكذب والتغرير

قال النووى : ينبغى أن يكون بيع المرابحة مبنيا على الأمانة ، فعلى البائع الصدق فى الإخبار عما اشترى به ، وعما قام به عليه إن باع بلفظ القيام ، ولو اشترى بمائة وخرج عن ملكه ، ثم اشتراه بخمسين فرأس ماله خمسون ، ولا يجوز ضم الثمن الأول إليه ، ولو اشتراه بمائة وباعه بخمسين ثم اشتراه ثانيا بمائة فرأس ماله مائة ولا يجوز أن يضم إليه خسارته أولا فيخبر أنه بمائة وخمسين ، ولو اشتراه بمائة وباعه بمائة وخمسين ثم اشتراه بمائة فإن باعه مرابحة بلفظ رأس المال أو بلفظ ما اشتريت أخبر بمائة ، وإن باعه بلفظ : قام علىَّ فوجهان (أحدهما) يخبر بمائة (والثانى) يخبر بخمسين .

(فرع) : ينبغى أن يكون رأس المال أو ما قامت به السلعة معلومًا عند المتبايعين مرابحة فإن جهله أحدهما ، لم يصح العقد على الأصح كغير المرابحة فعلى هذا لو زالت الجهالة فى المجلس لم ينقلب صحيحًا على الصحيح ، والثانى من الوجهين الأولين يصح لأن الثمن الثانى مبنى على الأول ومعرفته سهلة ، فصار ك الشفيع يطلب الشفعة قبل معرفة الثمن لسهولتها ، فعلى هذا ، فى اشتراط زوال الجهالة فى المجلس وجهان . ومهما كان الثمن دراهم معينة غير معلومة الوزن ففى جواز بيعه مرابحة الخلاف المذكور ، الأصح : البطلان . [أفاده النووى فى الروضة] .

(فرع) : يكره أن يواطىء صاحبه فيبيعه بما اشتراه ثم يشتريه منه بأكثر ليخبر به فى المرابحة ، فإن فعل ذلك قال ابن الصباغ : ثبت للمشترى الخيار ، وخالفه غيره . قال النووى : قلت : ممن خالفه صاحب المهذب وغيره وقول ابن الصباغ أقوى .

(فرع) : لو اشترى سلعة ثم قبل لزوم العقد ألحقا بالثمن زيادة أو نقصًا وصححناه ، فالثمن ما استقر عليه العقد ، وإن حط عنه بعض الثمن بعد لزوم العقد ، وباع بلفظ (ما اشتريت) لم يلزمه حط المحطوط عنه ، وإن باع بلفظ (قام علىَّ) لم يخبر إلا بالباقى ، فإن حط الكل لم يجز بيعه مرابحة بهذا اللفظ ، ولو حط عنه بعض الثمن بعد جريان المرابحة لم يلحق الحط المشترى منه على الصحيح ، وفى وجه : يلحق كما فى التولية والاشتراك . هكذا أفاده النووى فى الروضة .

(فرع) : فإذا تمهد ما ذكرنا من مسائل هذا الباب فصورة مسألة الكتاب فى رجل باع

ثوبًا مرابحة بربح واحد فى كل عشرة وأخبر أن الثمن مائة درهم فأخذه المشترى بمائة وعشرة دراهم ثم إن البائع عاد فذكر أنه غلط فى الثمن ، وأنه كان اشتراه بتسعين درهمًا فالبيع صحيح وقد أبان البائع عن أمانته ، وللمشترى أن يأخذ الثوب بتسعين وحصَّتها من الربح فيكون تسعة وتسعين درهمًا ويرجع على البائع بالنقصان وحصته من الربح وذلك أحد عشر درهمًا ثم المذهب الخيار للمشترى فيه . ثم خرج قولا آخر أن له الخيار فى الفسخ أو المقام من مسألة ما بقى ، وهو أن تقوم البينة بخيانة البائع فى الثمن على ما سنذكره من شرح المذهب وترتيبه ، ثم إذا أخذه المشترى بالتسعين وحصَّتها من الربح فمذهب الشافعى أن يأخذه بالعقد الأول ، وقال بعض أصحابنا : بل يأخذه بعقد مستأنف وهذا غلط ، لأنه لو أخذه بعقد مستأنف لبطل العقد الأول ولافتقر إلى اشتراط قدر الربح فيه كما افتقر إليه فى الأول .

(فائدة) : يقسم الماوردى فى الحاوى البيع إلى ثلاثة أضرب (ضرب) هو بيع المساومة (والثانى) هو بيع المرابحة وهو موضوع الباب (والثالث) وهو بيع المخاسرة .

يقول رحمه الله تعالى : وأما بيع المخاسرة فصورته أن يقول : شراء هذا الثوب علىَّ مائة درهم وقد بعتك مخاسرة بنقصان العشرة واحد منها ، فهذا جائز كبيع المرابحة .

(فرع) : فإذا اشترى ثوبًا وعمل فيه عملا مثل أن يقصرها أو يرفوها أو يجملها أو يخيطها . فهذه متى أراد أن يبيعها مرابحة أخبر بالحال على وجهه سواء عمل ذلك بنفسه أو استأجر من عمله . بناء على ما قلناه مما يقصد به استبقاء الملك دون الاسترباح وقد مضى تفصيل ذلك آنفا .

(فرع) : إذا تغير بنقص كنقصه بمرض أو جناية عليه أو تلف بعضه أو بدلالة أو عيب أو بأخذ المشترى بعضه كالصوف واللبن الموجود ونحوه فإنه يخبر بالحال على وجهه لا نعلم فيه خلافًا ، وإن أخذ أرش العيب أو الجناية أخبر بذلك على وجهه وماذا يقول ؟ فيه وجهان ، (أحدهما) : لا يجوز أن يقول رأس مالى كذا أو تقوم علىَّ بكذا ، لأن رأس المال هو الثمن . (والثانى) يحط ما أخذه من الثمن ويقول : تقوَّم علىَّ بكذا لأنه صادق فيما أخبر به فأشبه ما لو أخبر بالحال على وجهه .

(فرع) : فى مذاهب العلماء فيما تقدم : قلنا إنه إذا باع شيئًا وعمل فيه عملا كالتقصير أو الرفو أو الخياطة أخبر بالحال . فهذا مذهبنا وهو ظاهر مذهب أحمد ، فإنه قال : يبين ما اشتراه وما لزمه ولا يجوز أن يقول : تحصَّلت علىَّ بكذا وبه قال الحسن وابن

سيرين وسعيد بن المسيِّب وطاوس والنخعي والأوزاعي وأبو ثور . قال ابن قدامة : ويحتمل أن يجوز فيما استأجر عليه أن يضم الأجرة إلى الثمن ويقول : تحصلت عليَّ بكذا لأنه صادق ، وبه قال الشعبي والحكم والشافعي ، ولكن ما ذهب إليه ابن قدامة بعد ذلك أنه يرى أن هذا تغرير بالمشترى فإنه عسى أن لو علم أن بعض ما تحصلت به لأجل الصناعة لا يرغب فيه لعدم رغبته في ذلك ، فأشبه ما ينقص بالحيوان في مؤنته وكسوته وعلى المبتاع في خزنه ، أما ما يتعلق بالنقص والعيب فقد قال أبو الخطاب من الحنابلة : يحط أرش العيب من الثمن كمذهبنا ، والظاهر من مذهب أحمد أن الإخبار على وجهه أبلغ في الصدق وأقرب إلى البيان ونفي التغرير بالمشترى والتدليس عليه فلزمه ذلك كما لو اشترى شيئين بثمن واحد وقسَّط الثمن عليهما ، وقياس أرش الجناية عليه فهو بمنزلة ثمن جزء منه باعه ، وكقيمة أحد الثوبين إذا تلف أحدهما ، والنماء والكسب زيادة لم ينقص بها المبيع ، ولا هي عوض عن شيء منه ، فأما إن جنى المبيع ففداه المشترى لم يلحق ذلك بالثمن ولم يخبر به في المرابحة بغير خلاف نعلمه ، لأن هذا الأرش لم يزد به المبيع قيمة ولا ذاتًا ، وإنما هو مزيل لنقصه بالجناية والعيب الحاصل بتعلقها برقبته فأشبه الدواء المزيل لمرضه الحادث عند المشترى ، فأما الأدوية والمؤنة والكسوة وعمله في السلعة بنفسه أو عمل غيره له بغير أجرة فإنه لا يخبر بذلك في الثمن وجهًا واحدًا ، وإن أخبر بالحال على وجهه فحسن .

وقالت المالكية : إن ما ينوب البائع على السلعة ينقسم إلى ثلاثة أقسام : قسم يعد في أصل الثمن ويكون له حظ من الربح ، وقسم يعد في أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح ، وقسم لا يعد في أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح .

فأما الذي يحسبه في رأس المال ويجعل له حظًّا من الربح فهو ما كان مؤثرًا في عين السلعة مثل الخياطة والصبغ ، وأما الذي يحسبه في رأس المال ولا يجعل له حظًّا من الربح فما لا يؤثر في عين السلعة مما لا يمكن البائع أن يتولاه بنفسه كحمل المتاع من بلد إلى بلد وكراء البيوت التي توضع فيها ، وأما ما لا يحتسب فيه في الأمرين جميعًا فما ليس له تأثير في عين السلعة مما يمكن أن يتولاه صاحب السلعة بنفسه كالسمسرة والطي والشد . وقال أبو حنيفة : بل يجعل على ثمن السلعة كل ما نابه عليها . وقال أبو ثور : لا تجوز المرابحة إلا بالثمن الذي اشترى به السلعة فقط إلا أن يفصل ويفسخ عنده إن وقع قال : لأنه كذب لأنه يقول له : ثمن سلعة كذا وكذا وليس الأمر كذلك وهو عنده من باب الغش .

(فرع) :في كلام الإمام الكاساني في بدائع الصنائع في مذهب أبي حنيفة قال : ولو اشترى ثوباً بعشرة دراهم ورقّمه اثني عشر فباعه مرابحة على الرقم من غير بيان جاز إذا

كان الرقم معلوماً والربح معلوماً ولا يكون خيانة ، لأنه صادق لكن لا يقول : اشتريته بكذا لأنه يكون كاذباً فيه . وروى عن أبي يوسف أن المشترى إذا كان لا يعلم عادة التجار وعنده أن الرقم هو الثمن لم يبعه مرابحة على ذلك من غير بيان . وكذلك لو ورث مالا فرقمه ثم باعه مرابحة على رقمه يجوز لما قلنا ، ولو اشترى شيئاً ثم باعه بربح ثم اشتراه فأراد أن يبيعه مرابحة فإنه يطرح كل ربح كان قبل ذلك فيبيعه مرابحة على ما يبقى من رأس المال بعد الطرح ، فإن لم يبق منه شيء بأن استغرق الربحُ الثمنَ لم يبعه مرابحة وهذا عند أبي حنيفة ، وأما عند أبي يوسف ومحمد يبيعه مرابحة على الثمن الأخير من غير بيان ، ولا عبرة بالعقود المتقدمة ربح فيها أو خسر ، وبيان ذلك إذا اشترى ثوباً بعشرة فباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة ، فإنه يبيعه مرابحة على خُمسهِ عنده ، وعندهما يبيعه مرابحة على عشرة .

(وجه قولهما) إن العقود المتقدمة لا عبرة بها لأنها ذهبت وتلاشت بنفسها وحكمها فأما العقد الأخير فحكمه قائم وهو الملك ، فكان هذا المعتبر فيبيعه على الثمن الأخير ، ولأبي حنيفة عليه الرحمة أن الشراء الأخير كما أوجب ملك الثوب ، فقد أكد الربح وهو خمسة ، لأنه كان يحتمل البطلان بالرد بالعيب أو بغيره من أسباب الفسخ ، فإذا اشترى فقد خرج عن احتمال البطلان فتأكد ، وللتأكد شبهة الإثبات فكان مشترياً للثوب وخمسه الربح بعشرة من وجه فكان فيه شبهة أنه اشترى شيئين ثم باع أحدهما مرابحة على ثمن الكل وذا لا يجوز من غير بيان لأن الشبهة في هذا الباب لها حكم الحقيقة ، ألا ترى أنه لو اشترى ثوبا بعشرة نسيئة ثم أراد أن يبيعه مرابحة على عشرة نقداً لم يبعه مرابحة من غير بيان احترازاً عن الشبهة لأن للأجل شبهة أن يقابله الثمن على ما مر فوجب التحرز عنه بالبيان كذا هذا ، فإذا باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة صار كأنه اشترى ثوباً وعشرة بعشرة فيكون العشرة بالعشرة ، ويبقى الثوب خالياً عن العوض في عقد المعاوضة فيتمكن فيه شبهة الربا فلم يبعه مرابحة والله سبحانه وتعالى أعلم ا هـ ومن البدائع نقلته .

ولنا ما حكاه الماوردي بقوله :

فلو اشترى ثوباً بمائة درهم فوجد به عيباً وأخذ أرشه عشرة دراهم لم يجز أن يخبر بالمائة ولزمه أن يخبر بالتسعين بإحدى العبارات الثلاث (التي سبق ذكرها في أول الباب) أن الأرش استرجاع جزء من الثمن قابل جزءاً فائتاً من المبيع . وإن اشترى عبداً بمائة درهم فجنيت عليه جناية أخذ أرشها عشرة ففي قدر ما يخبر به عن ثمنه وجهان (أحدهما) يلزمه أن يخبر أن الثمن تسعون درهماً لأن أرش الجناية في مقابلة جزء من العين فصارت

كأرش العيب (والوجه الثانى) يجوز له أن يخبر بأن الثمن مائة درهم لأن المأخوذ بأرش الجناية ليس يرتفع إلى العقد وإنما هو بسبب حادث بعد العقد فشابه الكسب ، وإن أخبر على الوجه الأول بأن الثمن تسعون درهماً ثم علم المشترى بحال الجناية فلا خيار له ، وإن أخبر على الوجه الثانى بأن الثمن مائة درهم ثم علم المشترى بحال الجناية فإن الخيار له .

ولكن لو اشترى حماراً فاستعمله أو ماشية فحلبها أو نخلا فأخذ ثمرها لم يلزمه إذا أخبر بالشراء أن يثبت منه قدر ما أخذ من الغلة والثمرة والنتاج واللبن ، بل له أن يخبر بجميع الثمن لا يختلف أصحابنا فيه ، لأنه إيجاد حادثة بعد العقد فلم يقابل شيئاً من الثمن إلا لبن التصرية فعليه أن يسقط قدر قيمته من الثمن لأنه مما يتعين عليه الثمن .

(**فائدة**) : إذا اشترى مديون مأذون بعشرة وباعه من سيده بخمسة عشر أو بالعكس فإنه يرابح على عشرة ، لأن العقد بينهما وإن كان صحيحا ولكن له شبهة العدم ، لأن العبد ملكه ، وما فى يده لا يخلو عن حقه ، فصار كأنه اشتراه للمولى بعشرة فيعتبر هذا لا غير . وقولنا « مديون » فمن باب أولى أن يرابحه مع عدم الدين لوجود ملك المولى فيه بالإجماع والمكاتب كالعبد المأذون له .

أما المضارب بالنصف لو شرى بعشرة وباع من رب المال بخمسة عشر يرابح رب المال اثنى عشر ونصفاً ، ويرابح بلا بيان لو أعورت المبيعة أو وطئت وهى ثيب ، أو أصاب الثوب قرض فأرة أو حرق نار ، فلا يجب عليه البيان عند أبى حنيفة . أى لا يجب أن يقول إنى شريتها سليمة بكذا فأعورت فى يدى ، أو أصاب الثوب قرض فأرة مثلا ، لأن جميع ما يقابله الثمن قائم ، لأن الفائت وصف فلا يقابله شيء من الثمن إذا فات بلا صنع أحد ، هذا فيما يتعلق ببيان الثمن قبل العيب . أما العيب نفسه فيجب بيانه بالكتاب والسنة والإجماع لحديث العداء بن خالد الذى رواه الجماعة ، كتب لى رسول الله ﷺ : « هذا ما باع محمد رسول الله ﷺ العداء بن خالد بيع المسلم المسلم لا داء ولا خبثة ولا غائلة » . فيجب بيان العيب بغير أن يبين أنه اشتراه سليما بكذا من الثمن ثم أصابه العيب ، وهذا كله فيما إذا كان العيب يسيراً ، أما إذا كان العيب كبيراً كبراً يتغابن الناس فيه فإنه لا يجوز بيعه مرابحة . أما إذا وطئت وهى بكر أو تكسر الثوب من طيه ونشره لزم البيان ، وإن اشترى بنسيئة ورابح بلا بيان خيّر المشترى ، فإن أتلفه ثم علمه لزم كل ثمنه ، وكذا التولية . وهو أن يقول : ولنى ما اشتريته بالثمن . فقال : وليتك ، صح إذا كان الثمن معلوما لهما ، فإن جهله أحدهما لم يصح .

(**فائدة**) : لو اشترى ثوبين صفقة كلا بخمسة لا يجوز بيع أحدهما مرابحة بخمسة بلا بيان ، لأنه لو كان واحداً جاز بيع نصفه مرابحة اتفاقا ، ولو باع بالزائد على الخمسة لا يجوز . ولا يصح بيع المنقول قبل قبضه ، ويصح فى العقار ، خلافا لمحمد ابن الحسن من أصحاب أبى حنيفة . ومن اشترى كيليا لا يجوز له بيعه ولا أكله حتى يكيله . ويكفى كيل البائع بعد العقد بحضرة المشترى لا فى غيبته ، ومثل ذلك الوزنى والعددى لا المذروع ولا المقيس بالأمتار أو الياردة ، فقد مر فى كلام السبكى رحمه الله فى عدم وجوب ذلك فى الأثواب المنضدة المختومة لما يترتب على قياسها من تكسير وإتلاف ويتعلق الاستحقاق بكل ذلك فيرابح ويولى على كل ذلك إن زيد ، وعلى ما بقى إن حُطّ .

قَالَ المصَنِّفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصـل) : إذا قال : رأس المال مائة وقد بعتكه برأس المال وربح درهم فى كل عشرة أو بربح ده يازده ، فالثمن مائة وعشرة ، وإن قال بعتك برأس المال ووضع ده يازده ، فالثمن أحد وتسعون درهما إلا جزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم لأن معناه بعتك بمائة على أن أضع درهماً من كل أحد عشر درهما ، فسقط من تسعة وتسعين درهما تسعة دراهم ، لأنها تسع مرات أحد عشر ويبقى من رأس المال درهم فيسقط منه جزء من أحد عشر جزءاً فيكون الباقى أحداً وتسعين درهما إلا جزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم . وإن قال : بعتك على وضع درهم من كل عشرة ففى الثمن وجهان : (أحدهما) أن الثمن أحد وتسعون درهما إلا جزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم ، وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمه الله (والثانى) أن الثمن تسعون درهما وهو قول شيخنا القاضى أبى الطيب الطبرى وهو الصحيح لأن المائة عشر مرات عشرة ، فإذا وضع من كل عشرة درهما بقى تسعون ﴾ .

(**الشـرح**) : هذا الفصل مضى بعض ما يتضمنه مشروحاً فى الفصلين السابقين وقوله : (وربح درهم فى كل عشرة أو بربح ده يازده) فهذا جائز وكرهه أحمد وقد رويت كراهته عن ابن عمر وابن عباس ومسروق والحسن وعكرمة وسعيد بن جبير وعطاء بن يسار . وقال إسحاق : لا يجوز لأن الثمن مجهول حال العقد فلم يجز ، كما لو باعه بما يخرج به فى الحساب . قال ورخص فيه سعيد بن المسيب وابن سيرين وشريح والنخعى والثورى والشافعى وأصحاب الرأى وابن المنذر . ولأن رأس المال معلوم فأشبه ما لو قال وربح عشرة

دراهم . ووجه الكراهة أن ابن عمر وابن عباس كرهاه ولم نعلم لهما فى الصحابة مخالفاً ، ولأن فيه نوعاً من الجهالة ، والتحرز عنها أولى . وهذه كراهة تنزيه والعقد صحيح ، والجهالة يمكن إزالتها بالحساب ، كما لو باعه صبرة كل قفيز بدرهم . وأما ما يخرج به فى الحساب فمجهول فى الجملة والتفصيل .

إذا ثبت هذا فنقول : متى باع شيئاً برأس ماله وربح عشرة ثم علم بتنبيه أو إقرار أن رأس ماله تسعون فالبيع صحيح ، لأنه زيادة فى الثمن ، فلم يمنع صحة العقد كالعيب وللمشترى الرجوع على البائع بما زاد فى رأس المال وهو عشرة وحطها من الربح وهو درهم فيبقى على المشترى بتسعة وتسعين درهما ، وبهذا قال الشافعى فى الجديد ، وبه قال الثورى وابن أبى ليلى : وقال أبو حنيفة : هو مخير بين الأخذ بكل الثمن أو يترك قياساً على المعيب .

وحكى الشافعى فى أحد قوليه أنه إذا باعه برأس ماله وما قدره من الربح ، فإذا بان رأس ماله قدراً كان مبيعاً به ، وبالزيادة التى اتفقا عليها ؛ والمعيب كذلك عند الحنابلة فإن له أخذ الأرش ، ثم المعيب لم يرض به إلا بالثمن المذكور ، وههنا رضى فيه برأس المال والربح المقرر . وهل للمشترى خيار ؟ فعند الشافعى فى أحد قوليه نعم لأن المشترى لا يأمن الخيانة فى هذا الثمن أيضاً ، ولأنه ربما كان له غرض فى الشراء بذلك الثمن بعينه لكونه حالفا أو وكيلا أو غير ذلك . والمنصوص عن أحمد أن المشترى مخير بين أخذ المبيع برأس ماله وحصته من الربح ، وبين تركه قولا واحداً . نقله حنبل . قال فى المغنى :

وظاهر كلام الخرقى أنه لا خيار له (قلت) وهو مخالف للإمام كما نقله حنبل والقول الآخر عند الشافعية لا ؛ لأنه رضيه بمائة وعشرة ، فإذا حصل له بتسعة وتسعين فقد زاده خيراً ، فلم يكن له خيار ، كما لو اشتراه على أنه معيب فبان صحيحاً ، أو أمى فبان صانعاً ، أو كاتباً ، أو وكل فى شراء معين بمائة فاشتراه بتسعين ، وأما البائع فلا خيار له ، لأنه باعه برأس ماله وحصته من الربح ، وقد حصل له ذلك .

وإذا اشترى سلعة وأراد بيعها فحط له بائعها من ثمنها بعد لزوم العقد أخبر بثمنها قبل أن يحط البائع منها . قال الشافعية وأصحاب أحمد وأبى حنيفة : له أن يخبر بالثمن الأول لا غير ، ولأن ذلك هبة من أحدهما للآخر لا يكون عوضا ، وقال أبو حنيفة : يلحق بالعقد ويخبر به فى المرابحة . أما إذا كان هذا الحط من مدة الخيار وقبل لزوم العقد وجب الإخبار به فى المرابحة باتفاق . وفى تغيير السلعة بنقص ، كأن تتغير بتلف بعضها أو بولادة أو عيب أو أخذ البائع بعضها كالصوف واللبن الموجود ونحو ذلك فإنه يخبر بالحال على

وجهه ، وإن أخذ أرش العيب أو الجناية أخبر بذلك على وجهه .

وقال أبو الخطاب من الحنابلة يحط أرش العيب من الثمن ويخبر بالباقى ، لأن أرش العيب عوض ما فات به ، فكان ثمن الموجود هو ما بقى ، وفى أرش الجناية وأرش العيب ، قال الشافعى : يحطمها من الثمن ويقول : تقوم علىَّ بكذا ، لأنه صادق فيما أخبر به ، فأشبه ما لو أخبر بالحال على وجهه .

فأما إن جنى المبيع ففداه المشترى لم يلحق ذلك بالثمن ولم يخبر به فى المرابحة لأن هذا الأرش لم يزد به المبيع قيمة ، فأشبه الدواء المزيل لمرضه الحادث عند المشترى ، وإنما هو مزيل لنقصه بالجناية ، والعيب الحاصل بتعلقها برقبته فأشبه الدواء كما قلنا . وأما التغير بالزيادة فكالزيادة فى نمائها وسمنها أو تعلم صنعة أو ولادة أو ثمرة مجتناة ، أو كسب عمل يدوى ؛ فهذا إن أراد أن يبيعها مرابحة أخبر بالثمن من غير زيادة لأنه القدر الذى اشتراها به .

وإن أخذ النماء المنفصل كالولد أو الثمرة المجتناة أو استخدام الأمة أو وطء الثيب أخبر برأس المال ولم يلزمه تبيين الحال لأن ذلك بمثابة الخدمة . وروى ابن المنذر عن أحمد أنه يلزمه تبيين ذلك كله ، وهو قول إسحق . وقال أصحاب الرأى فى الغلة يأخذها : لا بأس أن يبيع مرابحة وفى الولد والثمرة لا يبيع مرابحة حتى يبين ولأنه من موجب العقد . وعند ابن قدامة من الحنابلة أنه إن كان صادقا من غير تغرير جاز كما لو لم يزد ، ولأن الولد والثمرة نماء منفصل فلم يمنع من بيع المرابحة بدون ذكره كالغلة . وراجع ما سبق نقله عن الماوردى فى آخر شرح الفصل السابق .

قَالَ المصنِّفُ رَحِمَهُ الله تعَالَى

(فصل) : إذا أخبر أن رأس المال مائة وباع على ربح درهم فى كل عشرة ثم قال : أخطأت أو قامت البينة أن الثمن كان تسعين فالبيع صحيح . وحكى القاضى أبو حامد وجها آخر أن البيع باطل ، لأنه بان أن الثمن كان تسعين وأن ربحها تسعة ، وهذا كان مجهولا حال العقد ، فكان العقد باطلا ، والمذهب الأول ، لأن البيع عقد على ثمن معلوم ، وإنما سقط بعضه بالتدليس ، وسقوط بعض الثمن لا يفسد البيع كسقوط بعض الثمن بالرجوع بأرش العيب . وأما الثمن الذى يأخذه به ففيه قولان : (أحدهما) أنه مائة وعشرة ، لأن المسمى فى العقد مائة وعشرة ، فإذا بان تدليس من جهة البائع لم يسقط

من الثمن شيء ، كما لو باعه شيئاً بثمن فوجد به عيبا . (الثانى) أن الثمن تسعة وتسعون ، وهو الصحيح ، لأنه نقل ملك يعتبر فيه الثمن الأول ، فإذا أخبر بزيادة وجب حط الزيادة كالشفعة والتولية ، ويخالف العيب ، فإن هناك الثمن هو المسمى فى العقد ، وههنا الثمن هو رأس المال وقدر الربح . وقد بان أن رأس المال تسعون والربح تسعة .

فإن قلنا : إن الثمن مائة وعشرة فهو بالخيار بين أن يمسك المبيع بالثمن وبين أن يفسخ لأنه دخل على أن يأخذ المبيع برأس المال . وهذا أكثر من رأس المال فثبت له الخيار . وإن قلنا : إن الثمن تسعة وتسعون فهل يثبت له الخيار ؟ اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال : فيه قولان (أحدهما) أن له الخيار ، لأنه إن كان قد أخطأ فى الخبر الأول لم يأمن أن يكون قد أخطأ فى الثانى ، وأن الثمن غيره ، وإن كان قد خان فى الأول فلا يأمن أن يكون قد خان فى الثانى ، فثبت له الخيار (والقول الثانى) وهو الصحيح أنه لا خيار له ، لأن الخيار إنما يثبت لنقص وضرر ، وهذا زيادة ونفع ، لأنه دخل على أن الثمن مائة وعشرة وقد رجع إلى تسعة وتسعين ، فلا وجه للخيار ، ومنهم من قال : إن ثبتت الخيانة بإقرار البائع لزم المشترى تسعة وتسعون ولا خيار له ، وإن ثبتت بالبينة فهل له الخيار أم لا ؟ فيه قولان ، لأنه إذا ثبتت بالإقرار دل على أمانته ، فلم يتهم فى خيانة أخرى ، وإذا ثبتت بالبينة كان متهما فى خيانة أخرى فثبت له الخيار . قال أصحابنا : القولان إذا كانت العين باقية ، فأما إذا تلفت العين فإنه يلزم البيع بتسعة وتسعين قولا واحداً ، لأنا جوزناه له فسخ البيع مع تلف العين رفعنا الضرر عنه وألحقناه بالبائع ، والضرر لا يزال بالضرر ، ولهذا لو هلك المبيع عنده ثم علم به عيبًا لم يملك الفسخ ، فإن قلنا : لا خيار له ، أو قلنا : له الخيار فاختار البيع فهل يثبت للبائع الخيار ؟ فيه وجهان (أحدهما) يثبت له الخيار ، لأنه لم يرض إلا بالثمن المسمى وهو مائة وعشرة ، ولم يسلم له ذلك .

(والثانى) لا خيار له لأنه رضى برأس المال وربحه وقد حصل له ذلك ﴾ .

(الشـرح) : لو قال : اشتريت بمائة وباعه مرابحة ثم بان أنه اشتراه بتسعين بإقراره أو ببينة فالبيع صحيح على الصحيح ، فعلى هذا كذبه ضربان : خيانة وغلط . وفى الضربين قولان أظهرهما : يحكم بسقوط الزيادة وحصتها من الربح ، والثانى : لا تسقط ، فإن قلنا بالسقوط ففى ثبوت الخيار للمشترى طريقان (أصحهما) على قولين (أظهرهما) لا خيار (والثانى) يثبت . (والطريق الثانى) إن بان كذبه بالبيِّنة فله الخيار ، وإن بان بالإقرار فلا ، لأنه إذا ظهر بالبينة لا يؤمن خيانة أخرى . والإقرار يشعر بالأمانة ، فإن قلنا :

لا خيار أو قلنا به فأمسك بما بقى بعد الحط فهل للبائع خيار ؟ وجهان ، وقيل : قولان أصحهما : لا ، وقيل الوجهان فى صورة الخيانة .

وأما فى صورة الغلط فله الخيار قطعًا ، وإن قلنا بعدم السقوط فللمشترى الخيار إلا أن يكون عالمًا بكذب البائع فيكون كمن شترى معيبًا وهو يعلمه . وإذا ثبت الخيار فقال للبائع : لا تفسخ فإنى أحط عنك الزيادة . ففى سقوط خياره وجهان . وجميع ما ذكرناه إذا كان المبيع باقيا ، فأما إذا ظهر الحال بعد هلاك المبيع فقطع الماورد بسقوط الزيادة وربحها ، والأصح طرد القولين .

قال النووى : وهذا الذى قطع به الماوردى ، نقله صاحب المهذب والشاشى من أصحابنا مطلقًا . والله أعلم .

فإن قلنا بالسقوط فلا خيار للمشترى ، وأما البائع فإن لم يثبت له الخيار عند بقاء السلعة فكذا هنا ، وإلا فيثبت هنا ، وإن قلنا بعدم السقوط فهل للمشترى الفسخ ؟ وجهان ، أصحهما : لا كما لو علم العيب بعد تلف المبيع ، لكن رجع بقدر التفاوت وحصته من الربح كما يرجع بأرش العيب . ولو اشتراه بمؤجل فلم يبين الأجل لم يثبت فى حق المشترى الثانى ولكن له الخيار ، وكذا إذا ترك شيئًا مما يجب ذكره ، قال الغزالى إذا لم يخبر عن العيب ففى استحقاق حط قدر التفاوت القولان فى الكذب ــ ولم أر لغيره تعرضًا له ــ فإن ثبت الخلاف ، فالطريق على قول الحط النظر إلى القيمة وتقسيط الثمن عليها .

قلت : المعروف فى المذهب أنه لا حط بذلك ويندفع الضرر عن المشترى بثبوت الخيار . والله أعلم . هكذا أفاده النووى فى الروضة كأصلها للرافعى .

(**فرع**) : إذا كذب بالنقصان فقال : كان الثمن أو رأس المال أو ما قامت به السلعة مائة وباع مرابحة ثم قال : غلطت إنما هو مائة وعشرة فينظر إن صدقه المشترى فوجهان (أحدهما) يصح البيع كما لو غلط بالزيادة وبه قطع الماوردى والغزالى فى الوجيز وأصحهما عند الإمام والبغوى : لا يصح لتعذر إمضائه .

قلت : الأول : أصح وبه قطع المحاملى والجرجانى وصاحب المهذب هنا والشاشى وخلائق . والله أعلم .

فإن قلنا بالأول فالأصح : أن الزيادة لا تثبت لكن للبائع الخيار ، والثانى : أنها تثبت مع ربحها ، وللمشترى الخيار ، وإن كذبه المشترى فله حالان : أحدهما : أن لا يبين الغلط وجها محتملا ، فلا يقبل قوله ، ولو أقام بينة لم تسمع . فلو زعم أن المشترى عالم بصدقه

وطلب تحليفه أنه لا يعلم فهل له ذلك ؟ وجهان . قلت : أصحهما : له تحليفه ، وبه قطع الحاملى فى المقنع وغيره . فإن قلنا : يحلفه فنكل ففى رد اليمين على المدعى وجهان .

قلت : أصحهما : ترد . والله أعلم .

وإذا قلنا : يحلف المشترى حلف على نفى العلم ، فإن حلف أمضى العقد على ما حلف عليه ، وإن نكل ورددنا اليمين فالبائع يحلف على القطع ، وإذا حلف فللمشترى الخيار بين إمضاء العقد بما حلف عليه ، وبين الفَسخ ، كذا أطلقوه . ومقتضى قولنا : إن اليمين المردودة مع نكول المدعى عليه كالإقرار ، أن يعود فيه ما ذكرنا فى حالة التصديق .

الحال الثانى : أن يبين للغلط وجهًا محتملًا بأن يقول : إنما اشتراه وكيلى وأخبرت أن الثمن مائة فبان خلافه ، أو رد علىَّ منه كتاب فبان مزوَّرًا أو كنت راجعت جريدتى فغلطت من ثمن متاع إلى آخره ، فتسمع دعواه للتحليف . وقيل بطرد الخلاف فى التحليف . فإن قلنا : لا يحلف أو تسمع بينته ، وإلا سمعت على الأصح .

إذا ثبت هذا فإذا زعم لبائع أنه ذكر أقل من الثمن الذى اشترى به غلطًا فإنه لا يكون له حق فى الزيادة التى ادعاها ، ولكن إذا صدقه المشترى فى قوله يكون للبائع الخيار فى إمضاء العقد أو فسخه ، أما إذا كذبه المشترى فإذا بيَّن البائع وجهًا للغلط يحتمل وقوعه كأن قال : رجعت إلى الدفتر فوجدت ثمنه أكثر مما ذكرت أو نحو ذلك سمعت بينته إن كانت له بينة ، فإذا صدقته البينة يكون له ــ أى البائع ــ الخيار ولا تثبت له الزيادة . أما إذا لم يبين وجهًا محتملًا لغلطه فإن بينته لا تسمع مطلقًا ، وقيل لا تسمع بينته على أى حال سواء بين وجها محتملا أو لم يبين لتناقضه فى قوله . والمعتمد الأول . وللبائع أن يحلف المشترى بأنه لا يعرف أن الثمن زائد عما ذكره البائع له أو لا . فإن أقر المشترى فإن الحكم يكون كما إذا صدقه فيثبت للبائع الخيار لا الزيادة ، وإن حلف بأنه لا يعرف مضى العقد على ما هو عليه فلا يكون لواحد منهما خيار ، وإن نكل عن اليمين ردت اليمين على البائع ، فإن حلف كان للبائع الخيار فى أخذ السلعة بالثمن الذى حلف عليه البائع وبين ردها .

(**فرع**) : إذا ظهر كذب البائع فى المرابحة بأن أخبر أنه اشتراها بمائة فظهر بالبرهان أو الإقرار أنه اشتراه بأقل فإن للمشترى الحق فى إسقاط الزائد من أصل الثمن وما يقابله من الربح .

(**فرع**) : فى مذاهب العلماء . قال علماء الحنفية : إذا ظهر كذبه ببرهان أو إقرار أو نكول عن اليمين فإن للمشترى الحق فى أخذ المبيع بكل ثمنه الذى اشتراه به أو رده ، وله أن

يقتطع من الثمن الذى دفعه ما يزيد عليه كذبًا فى البيع بالتولية فقط ، أما المرابحة فليس له فيها إلا خيار رد البيع أو إمساكه كل الثمن ، وبعضهم يقول : إن له أن يقتطع ما زاد عليه فيها أيضًا ، فإذا باع ثوبًا بعشرة مع ربح خمسة واتضح أن ثمنه ثمانية لا عشرة فللمشترى أن ينقص اثنين من أصل الثمن وما يقابلهما من الربح وهو قرش ، وإذا هلك المبيع أو استهلكه المشترى أو حدث فيه عيب وهو عنده قبل رده سقط خياره ولزمه بكل الثمن .

وقالت المالكية : البائع فى المرابحة إن لم يكن صادقًا فهو إما أن يكون غاشًا أو كاذبًا أو مدلّسًا . فأما الغاش فهو الذى يوهم أن فى السلعة صنعة موجودة يرغب فى وجودها ، وإن كان عدمها لا ينقص السلعة أو العكس بأن يوهم بأن السلعة جديدة واردة من معملها حديثا وهى قديمة لها زمن طويل عنده أو يوهم أن هذا الثوب وارد من معمل كذا وهو ليس كذلك بشرط ألا يكون ذلك منقصا لقيمة السلعة وإلا كان عيبا له الحكم المتقدم فى خيار العيب . أما حكم الغش المذكور فى المرابحة فهو أن المشترى بالخيار بين أن يمسك المبيع وبين أن يرده ، وأما الكاذب فهو الذى يخبر بخلاف الواقع فيزيد فى الثمن كأن يقول : إنه اشتراها بثلاثين مع أنه اشتراها بعشرين ، وفى هذه الحالة يكون للمشترى الحق فى أن يسقط ما زاده البائع عليه من الثمن وما يقابله من الربح ولا يلزمه المبيع إلا بذلك فإن لم يقبل البائع ذلك يكون المشترى مخيرًا بين إمساك المبيع ورده .

وإذا عرض على السلعة أمر يفوت ردها كنماء أو نقص أو نزل عليها السوق ففى حالة الغش يلزم المشترى بأقل الأمرين من الثمن والقيمة يوم قبضها ولا يقدر للسلعة ربح وفى حالة الكذب فإن المشترى يخير بين أن يأخذ السلعة بالثمن الحقيقى مع ربحه ، وبين أن يأخذها بقيمتها يوم قبضها إلا إذا زادت قيمتها عن ثمنها المكذوب وربحه ، فإنه لا يلزم بدفع الزيادة عند ذلك لأن البائع رضي بالثمن المكذوب فارتفاع قيمة السلعة لا يكسبه حقا خصوصا أنه زاد فى الثمن كذبًا ، وأما المدلس فهو الذى يعلم أن بالسلعة عيبا ويكتمه وحكم المدلس فى المرابحة حكمه فى غيرها . وقد تقدم فى مباحث الخيار من أن المشترى يكون بالخيار بين الرد ولا شيء عليه ، وبين إمساك المبيع ولا شيء له إلا أن بيع المرابحة إذا حصل فيه كذب أو غش أو تدليس فإنه يكون شبيها بالعيب الفاسد ، فإذا هلك المبيع قبل أن يقبضه المشترى لا يكون ملزمًا به بخلاف غيرها من بيع المزايدة أو المساومة فإنه إذا كان فيها كذب أو غش ونحوهما وهلكت قبل قبضها فإن ضمانها يكون على المشترى لمجرد العقد . وقال أصحاب أحمد بن حنبل : إذا بايع شيئًا تولية أو مرابحة ثم ظهر أنه كاذب فى الثمن فإن للمشترى الحق فى إسقاط ما زاده البائع كذبا فى التولية والمرابحة من أصل الثمن

وإسقاط ما يقابله من الربح فى المرابحة وينقص الزائد مع المواضعة أيضا ، ويلزم البيع فى الباقى فلا خيار للمشترى بعد ذلك وإذا قال البائع : إننى غلطت فى ذكر الثمن لأنه أزيد مما ذكرت فالقول قوله مع يمينه بأن يطلب المشترى تحليفه فيحلف أنه لم يعلم وقت البيع أن ثمنها أكثر مما أخبر به ، وبعد حلف البائع يخير المشترى بين رد المبيع وبين دفع الزيادة التى ادعاها البائع . فإن نكل عن اليمين فليس له إلا ما وقع عليه العقد ورجح بعضهم أنه لا يقبل قول البائع بالزيادة إلا ببينة ما لم يكن معروفا بالصدق على الأظهر .

(فرع) : فى عرض ما مضى بإيجاز قاله ابن رشد فى بداية المجتهد : واختلفوا فيمن ابتاع سلعة مرابحة على ثمن ذكره ثم ظهر بعد ذلك إما باقراره وإما ببينة أن الثمن كان أقل والسلعة قائمة . فقال مالك وجماعة : المشترى بالخيار ، إما أن يأخذ بالثمن الذى صح أو يترك إذا لم يلزمه البائع وجب أخذها بالثمن الذى صح وإن ألزمه لزمه . وقال أبو حنيفة وزفر : بل المشترى بالخيار على الإطلاق ولا يلزمه الأخذ بالثمن الذى إن ألزمه البائع لزمه . وقال الثورى وابن أبى ليلى وأحمد وجماعة : بل يبقى البيع لازماً لهما بعد حط الزيادة ، وعن الشافعى القولان : القول بالخيار مطلقاً ، والقول باللزوم بعد الحط ، فحجة من أوجب البيع بعد الحط أن المشترى إنما أربحه على ما ابتاع به السلعة لا غير ذلك ، فلما ظهر خلاف ما قال وجب أن يرجع إلى الذى ظهر كما لو أخذه بكيل معلوم فخرج بغير ذلك الكيل أنه يلزمه توفية ذلك الكيل ، وحجة من رأى أن الخيار مطلقاً تشبيه الكذب فى هذه المسألة بالعيب . أعنى أنه كما يوجب العيب بالخيار كذلك يوجب الكذب .

قَالَ المصَنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصل) : وإن أخبر أن الثمن مائة وربحه عشرة ، ثم قال : أخطأت والثمن مائة وعشرة لم يقبل قوله ، لأنه رجوع عن إقرار متعلق به حق آدمى فلم يقبل ، كما لو أقر له بدين . وإن قال : لى بينة على ذلك لم تسمع ، لأنه كذب بالأقرار السابق ببينته فلم تقبل .

فإن قال : أحلفوا لى المشترى أنه لا يعلم أن الثمن مائة وعشرة ، ففيه طريقان :

(أحدهما) أنه إذا قال ابتعته بنفسى لم يحلف المشترى لأن إقراره يكذبه ، وإن قال ابتاعه وكيل لى فظننت أنه ابتاع بمائة وقد بان لى أنه ابتاع بمائة وعشرة حلف لأنه الآن لا يكذبه إقراره .

(والثانى) أنه ينى على القولين فى يمين المدعى مع نكول المدعى عليه ، فإن قلنا إنه كالبينة لم يعرض اليمين ، لأنه إذا نكل حصلنا على بينة والبينة لا تسمع وإن قلنا : إنه كالإقرار عرضنا اليمين لأنه إذا نكل حصلنا على الإقرار ، وإقراره مقبول ﴾ .

(الشـرح) : صورة مسألة الكتاب فى رجل باع ثوباً مرابحة بربح فى العشرة واحداً وأخبر أن الثمن مائة درهم فأخذه المشترى بمائة وعشرة دراهم ثم عاد البائع فذكر أنه غلط فى إخبار الشراء وأن الثمن مائة وعشرون فللمشترى حالتان : حال يصدقه على ما ذكر من غلطه وحال يكذبه ، فإن صدقه على أن الثمن مائة وعشرون درهماً قيل للمشترى أنت بالخيار بين أن تأخذه بهذا الثمن وحصته من الربح ، وذلك مائة واثنان وثلاثون درهماً ، وبين أن تفسخ البيع فيه ، وإن كذبه فالقول المشترى ، فإن كان البائع حين أخبر فى الأول أن الثمن مائة ثم ذكر أنه اشتراه لنفسه لم تسمع له بينة بما ادعاه فى الثانى من الثمن أنه مائة وعشرون لأنه مكذب لنفسه بالقول الأول ، ومن حفظ عليه إكذاب بينته ردت عليه ولم يسمع منه ، فإن طلب البائع يمين المشترى على أن الثمن مائة درهم ففى جواز إحلافه طريقان أى وجهان مخرجان من اختلاف قولين فى يمين المدعى بعد نكول المدّعى عليه ، هل يجرى مجرى البينة ؟ أو يجرى مجرى الإقرار ؟ وجب إحلافه لأن المشترى لو أقر بما ادعاه البائع حين أخبر فى الأول بأن الثمن مائة درهم أخبر بذلك عن شراء وكيله أو عبده المأذون له فى التجارة ثم عاد فذكر أن الوكيل أخطأ وأن العبد غلط وأن الثمين مائة وعشرون ؛ فهل تسمع منه البينة بما ادعاه من ذلك ؟ على وجهين (أحدهما) لا تسمع بينته ، كما لو أقر أنه اشتراه لنفسه لا يتعدى كذبه بما تقدم من قوله ، فعلى هذا فى وجوب إحلاف المشترى وجهان (والوجه الثانى) أن بينة ما ادعاه مسموعة يحكم بها على المشترى ويجعل بالخيار بين أن يأخذه بالثمن الذى قامت البينة به ، وبحصته من الربح أو الفسخ ، فإن عدم البائع البينة كان له إحلاف المشترى وجهاً واحداً ، فإن حلف كان له أخذ الثوب بالثمن الأول وحصته من الربح وذلك مائة وعشرة دراهم ، فإن نكل ردت اليمين على البائع فإذا حلف قيل للمشترى أنت بالخيار فى أخذ الثوب بالثمن الثانى وحصته من الربح وذلك إثنان وثلاثون درهماً وبين أن تفسخ .

(فـرع) : قال الشافعى : إذا باع الرجل سلعته مرابحة ثم أقام البينة أن ثمنها أكثر مما ذكره وأنه وهم فى ذلك وهى قائمة لا يسمع من تلك البينة لأنه كذبها وقال مالك : يسمع منها ويجبر المبتاع على ذلك الثمن . وهذا بعيد لأنه بيع آخر . وقال مالك فى هذه المسألة : إذا فاتت السلعة أن المبتاع مخير بين أن يعطى فدية السلعة يوم قبضها أو أن

يأخذها بالثمن الذى صح ، فهذه هى مشهورات مسائلهم فى هذا الباب ، ومعرفة أحكام هذا البيع تنبنى فى مذهب مالك على معرفة أحكام ثلاث مسائل وما تركب منها حكم مسألة الكذب وحكم مسألة الغش وحكم مسألة وجود العيب ، فأما حكم الكذب فقد تقدم . وأما حكم الرد بالعيب فهو حكمه فى البيع المطلق ، وأما حكم الغش عنده فهو تخيير للبائع مطلقاً وليس للبائع أن يلزمه البيع وإن حط عنه مقدار الغش كما له ذلك فى مسألة الكذب هذا عند ابن القاسم ، وأما عند أشهب فإن الغش عنده ينقسم قسمين قسم مؤثر فى الثمن وقسم غير مؤثر . فأما غير المؤثر فلا حكم له عنده وأما المؤثر فحكمه عنده حكم الكذب ، وأما التى تتركب فهى أربع مسائل كذب وغش ، وكذب وتدليس ، وغش وتدليس بعيب ، وكذب وغش وتدليس بعيب . وأصل مذهب ابن القاسم فيها أنه يأخذ بالذى بقى حكمه إن كان فات بحكم أحدهما أو بالذى هو أرجح له إن لم يفت حكم أحدهما إما على التخيير حيث يمكن التخيير أو الجمع حيث يمكن الجمع والله تعالى أعلم .

مسائل فى المرابحة

(أولها) إذا اشترى سلعة بثمن مؤجل وأراد بيعها مرابحة كان عليه فى إخبار الشراء أن يذكر تأجيل الثمن فإن لم يذكر تأجيله فقد نقل الماوردى فى الحاوى فى الجزء السادس من مخطوطة دار الكتب والوثائق تحت رقم ٨٢ ورقة ٢٢٨ مصورة فى خزانتى عن سفيان الثورى أن السلعة لو كانت باقية كان المشترى بالخيار ، وإن كانت تالفة لزمه الثمن حالاً ، وحكى عن أحمد وإسحاق أن للمشترى حبس الثمن عن البائع بقد ذلك الأجل ثم قال :

ومذهب الشافعى جواز البيع ويخير المشترى بين فسخ البيع أو إمضائه بالثمن الحال لأن الأجل ومؤنة المشترى لا يتعلق بزيادة ولا نقص .

(ثانيها) قوله فى المرابحة : بعتك بكذا يقتضى أن يكون الربح من جنس الثمن الأول ولكن يجوز جعل الربح غير جنس الأصل .

ولو قال : اشتريت بكذا دولاراً وبعتك به وربح ريال على كل عشرة فالربح يكون من نقد البلد إلا إذا راج الريال رواج نقد البلد واشتد الطلب له ، ويكون الأصل مثل الثمن سواء كان من نقد البلد أو من نقد بلد أجنبى .

ثالثها) لو اتهب غير عوض لم يجز بيعه مرابحة إلا أن يبين القيمة ويبيع بها مرابحة . ولو اتهب بشرط الثواب(١) ذكره وباع به مرابحة ، وإذا أجر داراً لعبد أو نكحت على عبد أو خالعها على عبد أو صالح من دم عليه ، لم يجز بيع العبد مرابحة بلفظ الشراء ويجوز بلفظ قام علىّ ، ويدخل فى الإجارة أجرة مثل الدار وفى النكاح والخلع مهر المثل وفى الصلح الدية .

(رابعها) اطلقوا على تصوير المرابحة فيما إذا قال : بعتك بما اشتريت وربح كذا وبما قام على ، ولم يذكروا فيه خلافاً ، وذكروا فيما إذا قال : أوصيت له بنصيب ابنى وجها أنه لا يصح ، وإنما يصح إذا قال : بمثل نصيب ابنى فكأنهم اقتصروا هنا على الأصح ، وإلا فلا فرق بين البابين .

(قلت) هذا التأويل خلاف مقتضى كلامهم والفرق ظاهر ، فإن السابق إلى الفهم من قوله بما اشتريت أن معناه بمثل ما اشتريت وحذفه اختصار ولا يظهر هذا التقدير فى الوصية .

(خامسها) فيما يطلق من الألفاظ فى المبيع وهى ستة :

« الأول » لفظ الأرض وفى معناها البقعة والساحة والعرصة ، فإذا قال : بعتك هذه الأرض وكان فيها ابنية وأشجار ــ نظرت إن قال : دون ما فيها من الشجر والبناء لم تدخل الأشجار والأبنية فى البيع ، وإن قال : بما فيها دخلت ، وكذا إن قال : بعتكها بحقوقها على الصحيح ، فإن أطلق ونص هنا أنها تدخل ، ونص فيما لو رهن الأرض وأطلق أنها لا تدخل ، وللأصحاب طرق (أصحها) عند الجمهور تقرير النصين ، (والثانى) فيهما قولان (والثالث) القطع بعدم الدخول فيهما ، قاله ابن سريج واختاره الإمام والغزالى وأفاده النووى فى الروضة (سادسها) الزرع ضربان (الأول) ما يؤخذ دفعة واحدة كالحنطة والشعير فلا يدخل فى مطلق بيع الأرض ، ويصح بيع الأرض المزروعة على المذهب ، كما لو باع داراً مشحونة بأمتعته . وقيل : يخرج على القولين فى بيع المستأجرة ــ فإذا قلنا بالمذهب ــ فللمشترى الخيار إن جهل الحال ، بأن كانت رؤية الأرض سابقة على البيع وإلا فلا ، وهل يحكم بمصير الأرض فى يد المشترى ودخولها فى ضمانه إذا خلا البائع بينه وبينها ؟

---

(١) جرت عادة الناس فى بلادنا أنهم يهبون لبعضهم فى المناسبات كالزواج والولادة وتكون هذه الهبات مرادًا بها أن تعاد للواهب فى مناسبة أخرى وتكون فى عرف العامة كأنها ديون فى ذمتهم حتى إنهم يوصون بها عند موتهم لتكون ذمة الميت بريئة بانتقالها إلى أوليائه من بعده ، فهذه هى الهبة بقصد الثواب .

(وجهان) أحدهما : لا ، لأنها مشغولة فأشبهت المشحونة بأمتعته .

(وأصحهما) نعم ، لحصول تسليم الرقبة المبيعة ، ويخالف الدار ، فإن تفريغها ممكن فى الحال وقد سبق فيها خلاف .

(**فرع**) : إذا كان فى الأرض جزراً أو فجل أو سلق أو ثوم لم يدخل فى بيع الأرض كالحنطة . واعلم أن كل زرع لا يدخل عند الإطلاق لا يدخل ، وإن قال : بحقوقها لا يؤمر البائع بقطع زرعه فى الحال ، بل له تركه إلى أوان الحصاد ، فعند وقت الحصاد يؤمر بالقطع والتفريغ ، وعليه تسوية الأرض وقلع العروق التى يضر بقاؤها الأرض كعروق الذرة تشبيها بما إذا كان فى الدار أمتعة لا يتسع لها باب الدار فإنه ينقص ، وعلى البائع ضمانه .

(الضرب الثانى)[1] ما تؤخذ ثمرته مرة بعد أخرى فى سنتين أو أكثر كالقطن الحجازى والنرجس والبنفسج فالظاهر من ثمارها عند بيع الأرض يبقى للبائع ، وفى دخول الأصول الخلاف السابق فى الأشجار ، وحكى وجه فى النرجس والبنفسج أنهما من الضرب الأول وأما ما يجز مراراً كالقت والقصب والهندباء والنعنع والكرفس والطرخون فتبقى جزتها الظاهرة عند البيع للبائع ، وفى دخول الأصول الخلاف . وعن الشيخ أبى محمد الجوينى : القطع بدخولها فى بيع الأرض ، وإذا قلنا بدخولها فيشترط على البائع قطع الجزة الظاهرة لأنها تزيد فيشتبه المبيع بغيره ، وسواء كان ما ظهر بالغاً أوان الجزّ أم لا . قال فى التتمة القاضى أبو سعد المتولى : إلا القصب يكلف قطعه إلا أن يكون ما ظهر قدراً ينتفع به ، وكان فى الأرض أشجار فهى كالقصب .

(سابعا) وجرت بعض المصارف الإسلامية التى تحرم نظمها وقوانينها التعامل بالربا على نحو فيه تكلف واحتيال على تطويع عقد المرابحة ليدخل فيه من يريد خطاب ضمان لدى مؤسسة فى الخارج يريد أن يستورد منها بضائع معمرة كالسيارات والثلاجات أو بضائع مستهلكه فإن المصرف يتولى سداد الثمن باسم العميل ثم إذا وردت البضائع استولى عليها ضماناً لما دفعه ثم يبيعها لمن اشتريت باسمه مرابحة ، وهذه صورة صحيحة من حيث الظاهر ولكنها مكروهة فهى أشبه بالعينة . وعقد العينة صحيح عندنا مع الكراهة ، وإن كان باطلا عند غيرنا وكان على المصرف إذا أراد أن يؤدى عملا كهذا أن يقوم به كوكيل لعميله فى الاستيراد باسمه وفحص البضاعة والتخليص عليها ثم تسليمها لعميله نظير أجر عن هذه الوكالة التى بذل فيها مكاتبات واتصالات وتكليف مندوبيه ومراسليه فى مصادر الواردات ومراكزها بالاتصال بها وسداد أثمانها ثم تكليف مندوبيه فى الثغور للتخليص على البضائع وتسلمها فيكون عميله مدينا بثمن البضائع وما أنفقه المصرف عليها من نفقات ثم يقوّم خدماته التى أداها بأجْر يضيفه إلى مديونية عميله ، ويكون هذا الأجر متفقاً عليه بينهما

---

(١) راجع (سادسا) .

فى العقد بعد وضوح قدر العمل الذى سيقوم به المصرف ، وهذا يبعد عن المصرف شبهةالاحتيال بتحويل من جاءت البضاعة باسمه إلى مشتر جديد يشتريها ممن جلبها لحسابه ، والذى تعاقد عليها بادىء ذى بدء مع المصدر لها ، لأنه ـــ أعنى المصرف ـــ تولى دفع ثمنها وقام بباقى الأعمال لتوصيلها إليه وفيه شميمة قرض جر نفعاً ، والسبب الذى جعل هذه المصارف تتجر فى صورة واحدة أو صورتين كالمضاربة والقراض ، ضاربين عرض الحائط بباقى العقود الشرعية المتاحة التى لا بد أن يدخل كل صورة من صور التعامل المستحدثة تحت عقد من هاتيك العقود الشرعية كالوكالة والحوالة والجعالة وعقد المقاولة وعقد السمسار هو حداثة هذه النظم وحاجتها إلى نظرة واسعة من القائمين على رقابتها الشرعية حتى تقنع العملاء بوضوح العقود والابتعاد عن التكلف فى تطويع الصور لتلائم ما لا يتلاءم معها شرعاً وقالت المالكية : ومنع للتهمة ما كثر قصده وشرح الخرشى هذه العبارة بقوله : أى ومنع كل[1] بيع جائز فى الظاهر مؤد إلى ممنوع فى الباطن للتهمة بأن يكون المتبايعان قصدا بالجائز فى الظاهر التوصل إلى ممنوع فى الباطن ، وذلك فى كل ما كثر قصده للناس ، وفى بعض النسخ قصدا فيكون الفاعل ضميراً مستتراً فى كثر عائداً إلى (ما) وقصداً تمييز محول عن الفاعل أى ما كثر القصد إليه ، ويحتمل النصب على الحال أى ما كثر حالة كونه مقصوداً كبيع وسلف بمنفعة أى كتهمة بيع وسلف ، وتهمة سلف بمنفعة فإن قصد الناس إلى ذلك يكثر فنزلت التهمة عليه كالنص عليه .

وقال ابن حزم فى المحلى مسألة ١٥٠١ : « والقواعد فى بيع الذهب بالذهب أو بالفضة وفى بيع الفضة بالفضة وفى سائر الأصناف الأربعة بعضها ببعض جائز ، تبايعا بعد ذلك أو لم يتبايعا ، لأن القواعد ليس بيعًا ، وكذلك المساومة أيضًا جائزة ، تبايعا أو لم يتبايعا ، لأنه لم يأت نهى عن شىء من ذلك ، وكل ما حرم علينا فقد فصل باسمه ، قال تعالى : ﴿ وقد فصَّل لكم ما حرَّم عليكم إلا ما اضطررتم إليه ﴾[2] فكل ما لم يفصل لنا تحريمه فهو حلال بنص القرآن ، إذ ليس فى الدين إلا فرض أو حلال أو حرام ، فالفرض مأمور به فى القرآن والسنة ، والحرام مفصَّل باسمه فى القرآن والسنة ، وما عدا هذين فليس فرضًا ولا حرامًا ، فهو بالضرورة حلال ، إذ ليس هنالك قسم رابع وهذا الذى قاله ابن حزم مقرر فى جميع المذاهب فعند المالكية فى كتابه المقدمات على المدونة : « البيوع الجائزة هى التى لم يحظرها الشرع ولا ورد فيها نهى لأن الله تعالى أباح البيع لعباده ، وأذن لهم فيه فى غير ما آية من كتابه ، من ذلك قوله تعالى :

---

(١) الخرشى على مختصر خليل جـ ٥ ص ٩٣ .

(٢) الأنعام الآية ١١٩ .

﴿ وأحلَّ الله البيع وحرَّم الربا ﴾ ولفظ البيع عام لأن الاسم المفرد إذا دخل عليه الألف واللام صار من ألفاظ العموم ، واللفظ العام إذا ورد يحمل على عمومه إلا أن يأتى ما يخصصه ، فإن خص منه شيء بقى ما بعد المخصوص على عمومه أيضًا ، فيندرج تحت قوله تعالى ﴿ وأحلَّ الله البيع ﴾ كل بيع إلا ما خص منه بالدليل فبقى ما عداها على أصل الإباحة .

وعند الحنفية : نجد صاحب الهداية يقول فى باب المرابحة والتولية : « المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن مع زيادة ربح » والتولية : « نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح » قال : والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز ، والحاجة ماسة إلى هذا النوع من البيع ، لأن الغبى الذى لا يهتدى فى التجارة يحتاج إلى أن يعتمد فعل الذكى المهتدى ، وتطيب نفسه بمثل ما اشترى ، وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ، ولهذا كان مبناها على الأمانة اهـ .

وقد قال الكمال بن الهمام : ولا يخفى أنه لا يحتاج إلى دليل خاص لجوازها بعد الدليل المثبت لجواز البيع مطلقًا بشروطه المعلومة هو دليل جوازها .

عقد المرابحة فى البنوك الإسلامية

فتوى الشيخ بدر لمتولى عبد الباسط

تقدم الأستاذ أحمد بزيغ الياسين رئيس مجلس إدارة بيت التمويل الكويتى بالسؤال التالى إلى الشيخ :

نرجو إفتاءنا فى مدى جواز قيامنا بشراء السلع والبضائع نقدًا بتكليف من الآخرين وبيعها لهم بالآجل وبأسعار أعلا من أسعارها النقدية ، ومثال ذلك أن يرغب أحد الأشخاص فى شراء سلعة أو بضاعة معينة لكنه لا يستطيع دفع ثمنها نقدًا فيطلب منا شراءها له ، ودفع ثمنها نقدًا ثم بيعها عليه بالآجل مقابل ربح معين متفق عليه مسبقًا ؟

فأجاب الشيخ قائلا :

إن ما صدر من طالب الشراء يعتبر وعدًا ، ونظرًا لأن الأئمة اختلفوا فى هذا الموعد هل هو ملزم أم لا ؟ فإنى أميل إلى رأى ابن شبرمة رضى الله عنه الذى يقول : إن كل وعد بالتزام لا يحل حرامًا ولا يحرم حلالا ، يكون وعدًا ملزمًا قضاء وديانة .

وهذا ما تشهد له ظواهر النصوص القرآنية والأحاديث النبوية ، والأخذ بهذا المذهب

أيسر على الناس ، والعمل به يضبط المعاملات ، ولهذا ليس هناك مانع من تنفيذ مثل هذا الشرط والله ولى التوفيق ، صدرت هذه الفتوى فى الرابع من جمادى الآخرة عام ١٣٩٩ هـ .

فتوى مؤتمر العلماء بالمصرف الإسلامى بدبى

اجتمع فى هذا المؤتمر تسعة وخمسون عالمًا من شتى أنحاء العالم الإسلامى وعرض على المؤتمر المسألة التالية :

يطلب المتعامل من المصرف شراء سلعة يحدد جميع أوصافها ويحدد من المصرف الثمن الذى سيشتريها به المتعامل من البنك بعد إضافة الربح الذى يتفق عليه بينهما .

فجاءت توصية المؤتمر بما يلى :

إن هذا التعامل يتضمن وعدًا من عميل المصرف بالشراء فى حدود الشروط المنوه عنها ووعدًا آخر من المصرف بإتمام هذا البيع بعد الشراء طبقًا للشروط .

إن مثل هذا الوعد ملزم للطرفين قضاءً طبقًا لأحكام المذهب المالكى ، وهو ملزم للطرفين ديانة طبقًا لأحكام المذاهب الأخرى ، وما يلزم ديانة يمكن الإلزام به قضاءً إذا اقتضت المصلحة ذلك ، وأمكن القضاء والتدخل فيه .

فتوى مؤتمر المصرف الإسلامى الثانى بالكويت

اجتمع هذا المؤتمر بمدينة الكويت من ٦ إلى ٨ من جمادى الآخرة سنة ١٤٠٣ ، وشاركت فيه اثنتا عشرة مؤسسة مالية إسلامية وحضره عدد من كبار العلماء ، وقدمت فيه مجموعة من الأبحاث ، وبعد مناقشتها واجتماع لجنة العلماء المحكمين صدرت عن المؤتمر عدة توصيات ، يتعلق بهذا الموضوع التوصيتان الثامنة والتاسعة ونصهما :

٨ ــ يقرر المؤتمر أن المواعدة على بيع المرابحة للآمر بالشراء بعد تملك السلعة المشتراة وحيازتها ثم بيعها لمن أمر بشرائها بالربح المذكور فى الموعد السابق هو أمر جائز شرعًا ، طالما(١) كانت تقع على المصرف الإسلامى مسئولية الهلاك قبل التسليم ، وتبعه الرد فيما يستوجب الرد بعيب خفى .

---

(١) طالما هنا جاءت شرطية على معنى ما دامت وورودها بهذا المعنى خطأ واضح ، وإنما تأتى طالما على صورتها ومعناها من كونها مركبة من كلمتين طال ما فتأتى صحيحة على قولك طالما نصحتك ، وطالما سعيت إليك ، وطالما أساء فلان التصرف وهكذا .

وأما بالنسبة للوعد وكونه ملزمًا للآمر أو المصرف أو كليهما ، فإن الأخذ بالإلزام أمر مقبول شرعًا ، وكل مصرف مخير في الأخذ بما يراه في مسألة القول بالإلزام حسبما تراه هيئة الرقابة الشرعية لديه .

٩ ــ يرى المؤتمر أن أخذ العربون في عمليات المراجعة وغيرها جائز بشرط أن لا يحق للمصرف أن يستقطع من العربون المقدم إلا بمقدار الضرر الفعلي المتحقق عليه من جراء النكول .

فتوى سماحة الشيخ عبد العزيز بن باز

١٦ من جمادى الآخرة ١٤٠٢

السؤال

إذا رغب عميل البنك الإسلامي شراء بضاعة ما تكلفتها ألف ريال سعودي وأراها البنك الإسلامي ، أو وصفها له ووعده بشرائها منه مرابحة بالأجل لمدة سنة بربح قدره مائة ريال سعودي لتكون القيمة الكلية ألفًا ومائة ريال سعودي وذلك بعد أن يشتريها البنك من مالكها بدون إلزام العميل بتنفيذ وعده المذكور أو المكتوب ، فما رأيكم في هذه المعادلة ؟ وجزاكم الله خيرًا .

فأجاب الشيخ بما يلي :

والجواب : إذا كان الواقع ما ذكر في السؤال فلا حرج في المعاملة المذكورة إذا استقر المبيع في ملك البنك الإسلامي وحازه إليه من ملك بائعه لعموم الأدلة الشرعية .

وفَّق الله الجميع لما يرضيه .

وأنا إلى الفتوى الأخيرة أميل ، وإلى الأخذ بها تشد الأيدي حيث تنتفي منها كل صور الشبهات التي تعتري الفتاوى السابقة خصوصًا فتوى الشيخ بدر المتولي الذي ترضَّى فيها على ابن شبرمة بما يوهم أنه صحابي دون أن يذكر تاريخ ميلاده ووفاته وهو من الطبقة الخامسة مات سنة ١٤٤ هـ .

قالَ المُصنِّفُ رحِمَهُ الله تعالَى

باب النَّجَش

والبيع على بيع أخيه وبيع الحاضر للبادى وتلقِّى الركبان والتسعير والاحتكار .

﴿ ويحرم النجش وهو أن يزيد فى الثمن ليغر غيره والدليل عليه ما روى ابن عمر أن النبى ﷺ « نهى عن النجش » ولأنه خديعة ومكر ، فإن اغتر الرجل بمن ينجش فابتاع فالبيع صحيح ، لأن النهى لا يعود إلى البيع فلم يمنع صحته ، كالبيع فى حال النداء ، فإن علم المبتاع بذلك نظرت فإن لم يكن للبائع فيه صنع لم يكن للمبتاع الخيار لأنه ليس من جهة البائع تدليس . وإن كان النجش بمواطأة من البائع ففيه قولان : (أحدهما) أن له الخيار بين الإمساك والرد ، لأنه دلَّس عليه فثبت له الرد ، كما لو دلَّس عليه بعيب (والثانى) لا خيار له ، لأن المشترى فرط فى ترك التأمل وترك التفويض إلى من يعرف ثمن المتاع ﴾ .

الشرح : حديث ابن عمر متفق عليه وهذا الباب يشتمل على الأنواع الآتية :

(النجش) وهو فى اللغة بفتح النون وسكون الجيم بعدها شين معجمة وقد تفتح الجيم وهو تنفير الصيد واستثارته من مكانه ليصاد يقال : نجشت الصيد أنجشه ـــ من باب قصر ـــ وفى الشرع الزيادة فى السلعة ويقع ذلك بمواطأة البائع فيشتركان فى الاثم ، ويقع ذلك بغير علم المشترى ، فيستفيد الناجش ، وقد يختص به البائع ، كمن يخبر بأنه اشترى سلعة بأكثر مما اشتراها به ليغر بذلك غيره وقال ابن بطال الركبى فى شرح غريب المهذب : الناجش الذى يحوش الصيد والنجش أن تزيد فى البيع ليقع غيرك وليس من حاجتك ، وفى الحديث « لا تناجشوا » وقال ابن قتيبة : النجش الختل والخديعة ـــ وفى القاموس : النجش أن يواطىء رجلًا إذا أراد بيعاً أن يمدحه قال الشافعى : النجش أن يحضر السلعة تباع فيعطى بها الشىء وهو لا يريد شراءها ليقتدى به السّوام ، فيعطون بها أكثر مما كانوا يعطون لو لم يسمعوا سومه ، وقال ابن قتيبة : النجش الختل والخديعة ومنه قيل للصائد ناجش ، لأنه يختل الصيد .

وقال ابن بطال : أجمع العلماء على أن الناجش عاص بفعله ، واختلفوا فى البيع إذا وقع على ذلك : ونقل ابن المنذر عن طائفة من أهل الحديث فساد ذلك البيع إذا وقع على

ذلك ، وهو قول أهل الظاهر ، ورواية عن مالك وهو المشهور عند الحنابلة إذا كان بمواطأة البائع أو صنعته ، والمشهور عند المالكية فى مثل ذلك ثبوت الخيار وهو قول الحنفية ، وقد اتفق أكثر العلماء على تفسير النجش فى الشرع بما تقدم ، وقد فسره ابن عبد البر وابن حزم وابن العربى بأن تكون الزيادة المذكورة فوق ثمن المثل ووافقهم على ذلك بعض المتأخرين من الشافعية وهو تقييد للنص بغير مقتض للتقييد .

قال ابن رشد : وأما نهيه ﷺ عن النجش فاتفق العلماء على منع ذلك وأن النجش هو أن يزيد أحد فى سلعة وليس فى نفسه شراؤها يريد بذلك أن ينفع البائع ويضر المشترى . واختلفوا إذا وقع هذا البيع فقال أهل الظاهر : هو فاسد وقال مالك : هو كالعيب والمشترى بالخيار إن شاء أن يرد رد وإن شاء أن يمسك أمسك . وقال أبو حنيفة والشافعى : إن وقع أثم وجاز البيع وسبب الخلاف هل يتضمن النهى فساد المنهى عنه وإن كان النهى ليس فى نفس الشيء بل من خارج فمن قال يتضمن فسخ البيع لم يجزه ومن قال : ليس يتضمن أجازه والجمهور على أن النهى إذا ورد لمعنى فى المنهى عنه يتضمن الفساد مثل النهى عن الربا والغرر ، وإذا ورد الأمر من خارج لم يتضمن الفساد ويشبه أن يدخل فى هذا الباب نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الماء لقوله ﷺ فى بعض ألفاظه إنه نهى عن بيع فضل الماء ليمنع به الكلأ وقال أبو بكر بن المنذر : ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم « نهى عن بيع الماء ، ونهى عن بيع فضل الماء ليمنع به الكلأ » وقال : « لا يمنع وهو بئر ، ولا بيع ماء » واختلف العلماء فى تأويل هذا النهى فحمله جماعة من العلماء على عمومه فقالوا : لا يحل بيع الماء بحال كان من بئر أو غدير أو عين فى أرض مملكة أو غير مملكة غير أنه إن كان متملكا كان أحق بمقدار حاجته منه ، وبه قال يحيى بن يحيى قال : أربع لا أرى أن يمنعن : الماء والنار والحطب والكلأ . وبعضهم خصص هذه الأحاديث لمعارضة الأصول لها ، وهو أنه لا يحل مال أحد إلا بطيب نفس منه كما قال عليه الصلاة والسلام وانعقد عليه الإجماع .

والذين خصصوا هذا المعنى اختلفوا فى جهة تخصيصه فقال قوم : معنى ذلك أن البئر يكون بين الشريكين يسقى هذا يوماً وهذا يوماً ، فيروى زرع أحدهما فى بعض يومه ولا يروى فى اليوم الذى لشريكه زرعه ، فيجب عليه أن لا يمنع شريكه من الماء بقية ذلك اليوم ، وقال بعضهم : إنما تأويل ذلك فى الذى يزرع على مائه فتنهار بئره ولجاره فضل أنه ليس لجاره أن يمنعه فضل مائه إلى أن يصلح بئره ، والتأويلان قريبان ووجه التأويلين أنهم حملوا المطلق فى هذين الحديثين على المقيد ، وذلك أنه نهى عن بيع الماء مطلقاً ثم نهى

عن منع فضل الماء فحملوا المطلق فى هذا الحديث على المقيد وقالوا : الفضل هو الممنوع فى الحديثين .

وأما مالك فأصل مذهبه أن الماء متى كان فى أرض متملكة منبعه فهو لصاحب الأرض له بيعه ومنعه ، إلا أن يرد عليه قوم لاثمن معهم ويخاف عليهم الهلاك ، وحمل الحديث على آبار الصحراء التى تتخذ فى الأرضين غير المتملكة فرأى أن صاحبها ــ أعنى الذى حفرها ــ أولى بها ، فإذا روت ماشيته ترك الفضل للناس ، وكأنه رأى أن البئر لا تتملك بالإحياء .

ومن هذا الباب التفرقة بين الوالدة وولدها لثبوت قوله ﷺ « من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة » أخرجه أحمد فى مسنده والترمذى فى جامعه والحاكم فى المستدرك عن أبى أيوب الأنصارى رضى الله عنه .

واختلفوا من ذلك فى موضعين فى وقت جواز التفرقة ، وفى حكم البيع إذا وقع ، فأما حكم البيع فقال مالك : يفسخ . وقال الشافعى وأبو حنيفة : لايفسخ وأثم البائع والمشترى . وسبب الخلاف هل النهى يقتضى فساد المنهى إذا كان لعلة من خارج .

وأما الوقت الذى ينتقل فيه المنع إلى الجواز فقال مالك : حد ذلك الإثغار ، وقال الشافعى : حد ذلك سبع سنين أو ثمان ، وقال الأوزاعى : حده فوق عشر سنين وذلك أنه إذا نفع نفسه واستغنى فى حياته عن أمه ، ويلحق بهذا الباب إذا وقع فى البيع غبن لا يتغابن الناس بمثله هل يفسخ البيع أم لا ، فالمشهور فى المذهب أنه أن لا يفسخ ، وقال عبد الوهاب : إذا كان فوق الثلث رد وحكاه عن بعض أصحاب مالك ، وجعله على الصلاة والسلام الخيار لصاحب الجلب إذا تلقى خارج المصر دليل على اعتبار الغبن ، وكذلك ما جعل لمنقذ بن حبان من الخيار ثلاثاً لما ذكر له أنه يغبن فى البيوع ، ورأى قوم من السلف الأول أن حكم الوالد فى ذلك حكم الوالدة وقوم رأوا ذلك فى الإخوة . هكذا أفاده ابن رشد فى بداية المجتهد ونهاية المقتصد .

وقال ابن العربى بعد أن ذكر بيان مالك رضى الله عنه أن النجش أن تعطيه فى سلعته أكثر من ثمنها وليس فى نفسك اشتراؤها ليقتدى بك غيرك :

والذى عندى إن بلغها به الناجش قيمتها ورفع الغبن عن صاحبها فهو مأجور ولا خيار لمبتاعها قال الخرشى : وكان بالكتبيين بتونس رجل مشهور بالصلاح عارف بالكتب يستفتح للدلالين ما يبنون عليه فى الدلالة ولا غرض له فى الشراء ، فهو جائز على تفسير مالك واختاره ابن العربى لا على ظاهر تفسير المازرى ثم حصل فيمن لم يزد على القيمة

لمنع الظاهر قول الأكثر ، والجواز لدليل قول مالك :

والاستحباب لابن العربى واستبعدا ابن عبد السلام إن كان لا يريد الشراء لإتلافه مال المشترى وإلا فليس بناجش وقال الخرشى : واللام فى قوله : ليغر للعافية والمآل للتعليل ، والنهى يتعلق بالبائع حيث علم بالناجش وإن لم يعلم به تعلق بالناجش فقط فإن علم البائع بالناجش ولم ينكره ولم تزجره فللمشترى رد المبيع مطلقاً ، فإن كان المبيع قائماً رد ذاته وإن فات فله دفع القيمة يوم القبض وله الماسك به بالثمن أى ثمن النجش وحينئذ فقوله : وإن فات فالقيمة ليس المراد منها أنها متحتمة بل إن أرادها .

قَالَ المصَنِّفُ رحِمَهُ الله تعَالى

﴿ فصـل : ويحرم أن يبيع على بيع أخيه ، وهو أن يجيء إلى من اشترى شيئاً فى مدة الخيار فيقول : افسخ فإنى أبيعك أجود منه بهذا الثمن ، أو أبيعك مثله بدون هذا الثمن ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال : « لا يبع الرجل على بيع أخيه » ولأن فى هذا إفساداً وإنجاشا فلم يحل ، فإن قبل منه وفسخ البيع واشترى منه صح البيع ، لما ذكرناه فى النجش ﴾ .

(**الشـرح**) : وأما حديث أبى هريرة فهو متفق عليه ، وللنسائى : من طريق ابن عمر « لا يبع أحدكم على بيع أخيه حتى يبتاع أو يذر » وفى رواية أحمد عن ابن عمر « لا يبع أحدكم على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له » وقد تتابعت أحاديث النهى عن أبى هريرة عند الشيخين وعن عقبة بن عامر عند مسلم وقوله : (لا يبع) الأكثر بإثبات الياء على أن لا نافية ، ويحتمل أن يكون استثناء من الحكمين ، ويحتمل أن يختص بالأخير ، والخلاف فى ذلك وبيان الراجح مستوفى فى الأصول .

ويدل على الثانى فى خصوص هذا المقام رواية البخارى التى ذكرناها (قوله) « لا يخطب الرجل إلخ » فسيأتى الكلام على الخطبة فى المناكحات إن شاء الله تعالى .

(أما حكم المسألة) فإن السوم على سوم غيره والبيع على بيع غيره محرم عندنا باتفاق الأصحاب على أنه يدخل فى مفهوم أخيه المسلمون وأهل الذمة على سبيل التغلب وقالوا : إنه لو خطب كتابى ، كتابية فإنه لا يحل للمسلم خطبتها بمقتضى هذا النهى وكرهه أبو حنيفة كراهة تحريم مع الصحة حيث أخرجه عن حكم الفاسد مع اشتراكهما فى حكم

المنع الشرعي والإثم ، وذلك أنه دون الفاسد من حيث صحته وعدم فساده ، لأن النهي باعتبار معنى مجاور للبيع لا في صلبه ولا في شرائط صحته ، ومثل هذا النهي لا يوجب الفساد بل الكراهية كما في الدر ، وفيها أنه أيضاً أنه لا يجب فسخه ، ويملك المبيع قبل القبض ويجب الثمن لا القيمة لكن في النهر عن النهاية أن فسخه واجب على كل منهما أيضاً صوناً لهما عن المحظور وعليه مشى الشارح(١) .

قال : والسوم على سوم غيره وكذا البيع على بيع غيره ففي الصحيحين من حديث ابن عباس : (نهى رسول الله ﷺ عن تلقي الركبان ولا يبع حاضر لباد) وفي صحيح البخاري وسنن أبي داود والنسائي من حديث أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم « لا تلقوا الركبان للبيع ولا يبع بعضكم على بيع بعض ، ولا تناجشوا ، ولا يبع حاضر لباد ، ولا تصروا الغنم ومن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر » .

قال ابن عابدين : وصورة السوم أن يتراضيا بثمن ويقع الركون به فيجيء آخر فيدفع للمالك أكثر أو مثله ، وصورة البيع أن يتراضيا على ثمن سلعة فيقول آخر : أنا أبيعك مثلها بأنقص من هذا الثمن ، وقوله في الدر المختار (بل لزيادة التنفير) قال في رد المحتار : لأن السوم على السوم يوجب إيحاشاً وإضراراً وهو في حق الأخ أشد منعاً قال في : كقوله في الغيبة : « ذكرك أخاك بما يكره إذ لا خفاء في منع غيبة الذمي . وقد « باعَ النبي ﷺ قدحاً وحِلْساً بيع من يزيد » رواه أصحاب السنن الأربعة في حديث مطول ذكره في الفتح . وفي المصباح الحلس كساء يجعل على ظهر البعير تحت رحله جمعه أحلاس كحمل وأحمال ، والحلس بساط يبسط في البيت .

قَالَ المصَنِّفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصل) : ﴿ويحرم أن يدخل على سوم أخيه ، وهو أن يجيء إلى رجل أنعم لغيره في بيع سلعة بثمن فيزيده ليبيع منه ، أو يجيء إلى المشتري فيعرض عليه مثل السلعة بدون ثمنها أو أجود منها بذلك الثمن ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : « لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ، ولا يسم على سوم أخيه » ولأن في ذلك إفساداً

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٣١ ، ١٣٢

أيضاً وإنجاشًا فلم يحل ، فأما إذا جاء إليه فطلب منه متاعاً فلم ينعم له جاز لغيره أن يطلبه ، لأنه لم يدخل على سومه وإن طلبه منه فسكت ولم يظهر منه رد ولا إجابة ففيه قولان (أحدهما) يحرم (والثانى) لا يحرم ، كالقولين فى الخطبة على خطبة أخيه وأما إذا عرضت السلعة فى النداء جاز لمن شاء أن يطلبها ويزيد فى ثمنها ، لما روى أنس رضى الله عنه « عن رجل من الأنصار أنه أصابه جهد شديد هو وأهل بيته ، فأتى رسول الله ﷺ وذكر ذلك له فقال : « ما عندى شيء اذهب فأتنى بما كان عندك ﴾ فذهب فجاءه بحلس وقدح ، فقال : يا رسول الله هذا الحلس والقدح . فقال : « من يشترى هذا الحلس والقدح ؟ » فقال رجل : أنا آخذهما بدرهم ، فقال : « من يزيد على درهم ؟ » فسكت القوم قال : « من يزيد على درهم ؟ » فقال رجل : أنا آخذهما بدرهمين . قال : « هما لك » ، ثم قال : « إن المسألة لا تحل إلا لثلاثة : لذى دم موجع ، أو فقر مدقع ، أو غرم مفظع » ؛ ولأن فى النداء لا يقصد رجلا بعينه ، فلا يؤدى إلى النجش والإفساد ﴾ .

(**الشرح**) : حديث أبى هريرة رضى الله عنه رواه مسلم بلفظ : « لا يخطبِ الرجل على خطبة أخيه ولا يسوم على سومه ، ولا تنكح المرأة على عمتها ، ولا على خالتها ، ولا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفئ صحفتها ولْتُنْكِح ، فإنما لها ما كتب الله لها » وأما حديث أنس فقد رواه أحمد والترمذى وحسَّنه وقال : لا نعرفه إلا من حديث الأخضر بن عجلان عن أبى بكر الحنفى عنه ، وأخرجه أيضًا أبو داود والنسائى ، وأعلَّه ابن القطان بجهل حال أبى بكر الحنفى ، والحنفى هنا نسبة إلى بنى حنيفة لا إلى المذهب ، ونقل عن البخارى أنه قال : لم يصح حديثه ، ولفظ الحديث عند أبى داود وأحمد: « أن النبى ﷺ نادى على قدح وحلس لبعض أصحابه فقال رجل : هما علىَّ بدرهم ، ثم قال آخر : علىَّ بدرهمين » وفيه : « إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة » .

والحِلْس بكسر الحاء المهملة وسكون اللام : كساء رقيق يكون تحت برذعة البعير قاله الجوهرى ، والحلس البساط أيضًا ومنه حديث : « كن حلس بيتك حتى يأتيك يد خاطئة أو ميتة قاضية » كذا فى النهاية لابن الأثير :« فيمن يزيد » ؟ فيه دليل على الصفة التى فعلها النبى (ﷺ) .

وحكى البخارى عن عطاء أنه قال : أدركت الناس لا يرون بأسا فى بيع المغانم فيمن يزيد ، ووصله ابن أبى شيبة عن عطاء ومجاهد ، وروى هو وسعيد بن منصور عن مجاهد قال : لا بأس ببيع من يزيد ، وكذلك كانت تباع الأخماس ، وقال الترمذى عقب حديث

أنس المذكور : والعمل على هذا عند بعض أهل العلم لم يروا بأسًا ببيع من يزيد فى الغنائم والمواريث ، وقال ابن العربى : لا معنى لاختصاص الجواز بالغنيمة والميراث فإن الباب واحد والمعنى مشترك .

قال الإمام الشوكانى : ولعلهم جعلوا تلك الزيادة التى زادها ابن خزيمة وابن الجارود والدارقطنى قيدًا لحديث أنس المذكور ولكن لم ينقل أن الرجل الذى باع عنه ﷺ القدح والحلس كانا معه من ميراث أو غنيمة فالظاهر الجواز مطلقًا ، إما لذلك وإما لإلحاق غيرهما بهما ويكون ذكرهما خارجا مخرج الغالب على ما كانوا يعتادون البيع فيه مزايدة ، وممن قال باختصاص الجواز بهما الأوزاعى وإسحاق .

ثم قال الشوكانى رحمه الله تعالى : وروى عن النخعى أنه كره بيع المزايدة ، واحتج بحديث جابر الثابت فى الصحيح أنه ﷺ قال فى مدبر : « من يشتريه منى ؟ فاشتراه نعيم ابن عبد الله بثمانمائة درهم » واعترضه الإسماعيلى فقال ليس فى قصة المدبر بيع المزايدة ، فإن بيع المزايدة أن يعطى به واحدا ثمنًا ثم يعطى به غيره زيادة عليه ، نعم يمكن الاستدلال له بما أخرجه البزار من حديث سفيان بن وهب قال : « سمعت النبى ﷺ ينهى عن بيع المزايدة » لكن فى إسناده ابن لهيعة وهو ضعيف .

قوله : « ولا يسوم » صورته أن يأخذ شيئًا ليشتريه فيقول المالك : رده لأبيعك خيرًا منه بثمنه ، أو يقول المالك : استرده لأشتريه منك بأكثر ؛ وإنما يمنع من ذلك بعد استقرار الثمن ، وركون أحدهما إلى الآخر ، فإن كان ذلك تصريحًا فقد قال فى فتح البارى : لا خلاف فى التحريم ، وإن كان ظاهرًا ففيه وجهان فى المذهب ، وقال ابن حزم : إن لفظ الحديث لا يدل على اشتراط الركون ، وتعقب بأنه لا بد من أمر مبين لموضع التحريم فى السوم لأن السوم فى السلعة التى تباع فيمن يزيد لا يحرم اتفاقا كما حكاه فى الفتح عن ابن عبد البر فتعين أن السوم المحرم ما وقع فيه قدر زائد على ذلك ، وأما صورة البيع على البيع ، والشراء على الشراء فهو أن يقول لمن اشترى سلعة فى زمن الخيار : افسخ لأبيعك بأنقص ، أو يقول للبائع افسخ لأشترى منك بأزيد . قال فى فتح البارى : وهذا مجمع عليه .

وقد اشترط بعض أصحابنا فى التحريم أن لا يكون المشترى مغبونًا غبنًا فاحشًا وإلا جاز البيع على البيع ، والسوم على السوم لحديث : « الدين النصيحة » .

وأجيب عن ذلك بأن النصيحة لا تنحصر فى البيع على البيع والسوم على السوم لأنه

يمكن أن يعرفه أن قيمتها كذا فيجمع بذلك بين المصلحتين . كذا فى الفتح . قال الشوكانى : وقد عرفت أن أحاديث النصحية أعم مطلقًا من الأحاديث القاضية بتحريم أنواع من البيع فيبنى العام على الخاص .

واختلفوا فى صحة البيع المذكور فذهب الجمهور إلى صحته مع الإثم ، وذهبت الحنابلة والمالكية إلى فساده فى إحدى الروايتين عنهم وبه جزم ابن حزم فى المحلى وابن تيمية فى فتاواه الكبرى . والخلاف يرجع إلى ما تقرر فى الأصول من أن النهى المقتضى للفساد هو النهى عن الشىء لذاته ، ولوصف ملازم لا لخارج .

قالَ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ الله تعالَى

(فصـــل) : ﴿ ويحرم أن يبيع حاضر لباد ، وهو أن يقدم رجل ومعه متاع يريد بيعه ويحتاج الناس إليه فى البلد ؛ فإذا باع اتسع ؛ وإذا لم يبع ضاق ، فيجىء إليه سمسار فيقول : « لا تبع حتى أبيع لك قليلا قليلا ، وأزيد فى ثمنها » لما روى ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يبتع حاضر لباد . قلت : ما لا يبع حاضر لباد . قال : لا يكون سمسارًا » . وروى جابر رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يبع حاضر لباد ، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » فإن خالف وباع له صح البيع ، لما ذكرناه فى النجش ، فإن كان البلد كبيرًا لا يضيق على أهله بترك البيع ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز للخبر (والثانى) يجوز لأن المنع لخوف الإضرار بالناس ، ولا ضرر هاهنا ﴾ .

(الشـــرح) : حديث ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله ﷺ أخرجه الجماعة إلا الترمذى ، وفى رواية مسلم : « قال طاوس : فقلت لابن عباس ما قوله حاضر لباد ؟ قال : لا يكون سمسارًا » وقوله : « حاضر لباد » الحاضر ساكن الحضر والبادى ساكن البادية . قال فى القاموس : الحاضر والحاضرة والحضارة وتفتح خلاف البادية ، والحضارة الإقامة فى الحضر ؛ وتبدى أقام فى البادية ؛ والنسبة بداوى وبدوى ؛ وبدا القوم خرجوا إلى البادية .

وأما حديث جابر فقد رواه الجماعة إلا البخارى ، وفى مسند أحمد من طريق عطاء ابن السائب عن عكيم بالعين المهملة مصغرًا ابن أبى يزيد عن أبيه حدثنى أبى قال : قال رسول الله ﷺ : « دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض ، فإذا استنصح الرجل فلينصح

له » ورواه البيهقي من حديث جابر مثله .

قال الشافعي في الأم بعد سوق الحديثين : حديث ابن عمر وحديث جابر : « وليس في النهي عن بيع حاضر لباد بيان معنى ؛ والله أعلم لم نهى عنه ؛ إلا أن أهل البادية يقدمون جاهلين بالأسواق ؛ ولحاجة الناس إلى ما قدموا به ، ومستثقلي المقام فيكون أدنى إلى ما يبيع الناس من سلعهم ؛ ولا بالأسواق فيرخصوها لهم ، فنهوا ــ والله أعلم ــ لئلا يكون سببًا لقطع ما يرجى من رزق المشترى من أهل البادية لما وصفت من إرخاصه منهم ، فأى حاضر باع لباد فهو عاص إذا علم الحديث ، والبيع لازم غير مفسوخ بدلالة الحديث نفسه ، لأن البيع لو كان مفسوخًا لم يكن في بيع الحاضر للبادى إلا الضرر على البادى من أن يحبس سلعته ، ولا يجوز فيها بيع غيره حتى يلي هو أو باد مثله بيعها ، فيكون كسدًا لها ، وأحرى أن يرزق مشتريه منه بإرخاصه إياها بإكسادها بالأمر الأول من رد البيع وغرة البادى الآخر ، فلم يكن ههنا معنى يمنع من أن يرزق بعض الناس من بعض فلم يجز فيه ــ والله أعلم ــ إلا ما قلت من أن يبيع الحاضر للبادى جائز غير مردود والحاضر منهى عنه . اهـ .

والشوكاني يرى أن أحاديث الفصل تدل على أنه لا يجوز للحاضر أن يبيع للبادى من غير فرق بين أن يكون البادى قريبًا له أو أجنبيًا ، وسواء كان في زمن الغلاء أو لا ، وسواء كان يحتاج إليه أهل البلد أم لا ، وسواء باعه له على التدريج أم دفعة واحدة ، وقالت الحنفية : إنه يختص المنع من ذلك بزمن الغلاء وبما يحتاج إليه أهل المصر ، وقالت الشافعية ووافقتهم الحنابلة : إن الممنوع إنما هو أن يجيء البلد بسلعة يريد بيعها بسعر الوقت في الحال فيأتيه الحاضر فيقول : ضعه عندى لأبيعه لك على التدريج بأغلى من هذا السعر .

وقال الحافظ ابن حجر في فتح الباري « فجعلوا الحكم منوطا بالبادى ومن شاركه في معناه ، قالوا : وإنما ذكر البادى في الحديث لكونه الغالب فألحق به من شاركه في عدم معرفة السعر من الحاضرين ، وجعلت المالكية البداوة قيدًا ، وعن مالك لا يلتحق بالبدوى في ذلك إلا من كان يشبهه فأما أهل القرى الذين يعرفون أثمان السلع والأسواق فليسوا داخلين في ذلك .

وحكى ابن المنذر عن الجمهور أن النهى للتحريم إذا كان البائع عالما ، والمبتاع بما تعم الحاجة إليه ، ولم يعرضه البدوى على الحضرى ، ويخفى أن تخصيص العموم بمثل هذه

الأمور من التخصيص بمجرد الاستنباط ، وقد ذكر ابن دقيق العيد فيه تفصيلا حاصله أنه يجوز التخصيص به حيث يظهر المعنى لا حيث يكون خفيًّا .

على أن الشوكانى رحمه الله من مجتهدى الهادوية يتردد فى قبول هذه القاعدة التى أخذ بها الجمهور ، فيقول : فاتباع اللفظ أولى ولكنه أى الاستنباط لا يطمئن الخاطر إلى التخصيص به مطلقًا ، ثم يقول : فالبقاء على ظواهر النصوص الأولى فكون بيع الحاضر للبادى محرما على العموم ، وسواء كان بأجرة أم لا .

وروى عن البخارى أنه حمل النهى على البيع بأجرة لا بغير أجرة ، فإنه من باب النصيحة، وروى عن عطاء ومجاهد وأبى حنيفة أنه يجوز بيع الحاضر للبادى مطلقا ، وتمسكوا بأحاديث النصيحة ، وروى مثل ذلك عن الهادى وقالوا : إن أحاديث الباب منسوخة ، واستظهروا على الجواز بالقياس على توكيل البادى للحاضر فإنه جائز ، وردد الشوكانى رفضه لهذا الجواز بقوله : ويجاب عن تمسكهم بأحاديث النصيحة بأنها عامة مخصصة بأحاديث .

ثم قال : إن قيل : إن أحاديث النصيحة وأحاديث الباب بينها عموم وخصوص عن وجه لأن بيع الحاضر للبادى قد يكون على غير وجه النصيحة ، فيحتاج حينئذ إلى الترجيح من خارج كما هو شأن الترجيح بين العمومين المتعارضين ، فيقال : المراد بيع الحاضر للبادى الذى جعلناه أخص مطلقًا هو البيع الشرعى بيع المسلم للمسلم الذى بيَّنه الشارع للأمة ، وليس بيع الغش والخداع داخلا فى مسمى هذا البيع الشرعى ، كما أنه لا يدخل فيه بيع الربا وغيره مما لا يحل شرعًا ، فلا يكون البيع باعتبار ما ليس بيعًا شرعيا أعم من وجه حتى يحتاج إلى طلب مرجح بين العمومين ، لأن ذلك ليس هو البيع الشرعى .

ويجاب عن دعوى النسخ بأنها إنما تصح عند العلم بتأخر الناسخ ، ولم ينقل ذلك ، ويرفض الشوكانى القياس لأنه فاسد الاعتبار لمصادمته النص ، ثم يجعل حكم البيع حكم الشراء مستندًا إلى ما أخرجه أبو عوانة فى صحيحه عن ابن سيرين قال : لقيت أنس بن مالك فقلت : لا يبيع حاضر لباد ، أنهيتم أن تبيعوا أو تبتاعوا لهم ؟ قال : نعم . قال محمد : « صدق » إنها كلمة جامعة .

على أن الشافعى رضى الله عنه عنه فى تصحيحه للبيع مع الإثم يستدل بالحديث نفسه ولا يستدل بقياس أو قرينة فيقول : فأى حاضر باع لباد فهو عاص إذا علم الحديث ، والبيع لازم غير مفسوخ بدلالة الحديث نفسه ؛ لأن البيع لو كان يكون مفسوخا لم يكن فى بيع

الحاضر للبادى إلا الضرر على البادى من أن يحبس سلعته إلى آخر ما أورد في الأم ، وسبق نقله .

قال ابن رشد فى بداية المجتهد : وأما نهيه ﷺ عن بيع الحاضر للبادى فاختلف العلماء فى معنى ذلك ، فقال قوم : لا يبع أهل الحضر لأهل البادية قولا واحدًا .واختلف عنه فى شراء الحضرى للبدوى فمرة أجازه وبه قال ابن حبيب ومرة منعه ، وأهل الحضر عنده هم الأمصار وقد قيل عنه فى شراء الحضرى للبدوى فمرة أجازه وبه قال ابن حبيب ومرة منعه ، وقد قيل عنه إنه لا يجوز أن يبيع أهل القرى لأهل العمود المنتقلين ، وبمثل قول مالك قال الشافعى والأوزاعى . وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا بأس أن يبيع الحاضر للبادى ويخبره بالسعر ، وكرهه مالك ، أعنى أن يخبر الحضرى البادى بالسعر وأجازه الأوزاعى والذين منعوه اتفقوا على أن القصد بهذا النهى هو إرفاق أهل الحضر لأن الأشياء عند أهب البادية أيسر من أهل الحاضرة ، وهى عندهم أرخص بل أكثر ما يكون مجانا عندهم أى بغير ثمن ، فكأنهم رأوا أنه يكره أن ينصح الحضرى للبدوى ، وهذا مناقض لقوله عليه الصلاة والسلام « الدين النصيحة » وبهذا تمسك فى جوازه أبو حنيفة . وحجة الجمهور حديث جابر أخرجه مسلم وأبو داود وقال : قال رسول الله ﷺ « لا يبع حاضر لباد ، ذروا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » وهذه الزيادة انفرد بها أبو داود فيما أحسب والأشبه أن يكون من باب غبن البدوى لأنه يرد والسعر مجهول عنده ، إلا أن تثبت هذه الزيادة ويكون على هذا معنى الحديث الثابت .

واختلفوا إذا وقع فقال الشافعى : إذا وقع فقد تم وجاز البيع لقوله عليه الصلاة والسلام : « دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » واختلف فى هذا المعنى أصحاب مالك فقال بعضهم : يفسخ وقال بعضهم لا يفسخ ا هـ قلت : وقد ذهب ابن حزم فى المحلى إلى الفسخ أبداً بقوله فى الجزء ٨ ص ٤٥٣ المسألة ١٤٦٩ : لا يجوز أن يتولى البيع ساكن مصر أو قرية أو مجشر لخصاص لا فى البدو ولا فى شىء مما يجلبه الخصاص إلى الأسواق والمدن والقرى أصلا ولا أن يبتاع له شيئاً لا فى حضر ولا فى بدو ، فإن فعل فسخ البيع والشراء أبداً وحكم فيه بحكم الغضب ، ولا خيار لأحد فى إمضائه لكن يدعه يبيع لنفسه أو يشترى لنفسه أو يبيع له خصاص مثله ويشترى له كذلك ، لكن يلزم الساكن فى المدينة أو القرية أو المجشر أن ينصح للخصاص فى شرائه وبيعه ويدله على السوق ويعرفه بالأسعار ويعينه على رفع سلعته إن لم يرد بيعها وعلى رفع ما يشترى وجائز للخصاص أن

يتولى البيع والشراء لساكن المصر والقرية والمجشر وجائز لساكن المصر والقرية والمجشر أن يبيع ويشترى لمن هو ساكن فيها ثم ساق الأحاديث والأخبار التى ذكرناها آنفا والله أعلم .

وللمالكية بحث فى هذه المسألة ، وذلك أنهم نصوا على النهى عن بيع حاضر لعمودى ـــ والمقصود بالعمودى هنا هم أهل الخيام أخذاً من قيام سرادق البيت على فسطاط فى وسط الخيمة هو عمودها فقالوا لساكنى الخيام عموديين ـــ متى لا يبيع حاضر لعمودى شيئاً من السلع التى حصلت لهم بلا ثمن أو بلا عمل مشق من حطب وسمن وغيرها ، وسواء كان جاهلا بالأسعار أم لا ، أما فى سلع نالوها بثمن أو كسب أى عمل مشق فذلك جائز . ومحل النهى فى سلع ليست مأخوذة للتجارة وإلا فيجوز تولى بيعها له ، وليس النهى عن البيع للعمودى خاصة بما إذا توجه العمودى بمتاعه إلى الحضرى ، بل ينزل منزلة ذلك ما إذا وجه العمودى متاعه مع رسول إلى الحضرى ليبيعه له وإليه أشار خليل فى مختصره بقوله (ولو بارساله له) قال الخرشى فى شرحه عليه : ويفسخ إن وقع خلافاً للأبهرى فى جواز البيع فى هذه الحالة ، لأنها أمانة اضطر إليها وبعبارة : ولو بارساله ، أى ولو بارسال العمودى للحضرى السلعة فحذف المفعول لأنه لا حاجة إليه ، والضمير فى بارساله للعمودى وهو من إضافة المصدر إلى فاعله ، قالوا : وهل النهى مخصوص بالبادى لا يتعداه أم لأهل القرى التى لا يفارقها أهلها أو متناول له ولقروى قولان عندهم ـــ أعنى المالكية ـــ وبعبارة المراد بالقرى خلاف المدن ، وانظر حكم المشترك بين حاضر وباد هل يقسم حيث يمكن قسمه ، ويجرى كل على حكمه ، أو يصبر الحاضر حتى يبيع البادى حصته ؟ تأمل قالوا : وإذا وقع بيع الحاضر لمن يمنع بيعه له فإنه يفسخ إن كان المبيع قائماً وإلا فلا شىء فيه ويؤدب كل من الحاضر والمالك والمشترى حيث علم ، ولا أدب على الجاهل ، وهل الأدب مطلقاً ـــ وهو الظاهر ـــ أو أن اعتاده على قولين .

ويجوز الشراء للعمودى إذا قام به الحاضر أو للقروى على أحد القولين بمنع البيع له ، ومحل الجواز إذا لم يكن الشراء بسلع نالها بغير ثمن ، وإلا فلا يجوز لأن العلة ، فى منع البيع له تأتى حينئذ .

قَالَ المصنفُ رحِمَهُ الله تعَالىَ

(فصـل) : ﴿ ويحرم تلقى الركبان ، وهو أن يتلقى القافلة ويخبرهم بكساد ما معهم من المتاع ليغبنهم ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ « نهى أن تتلقى السلع حتى يهبط بها الأسواق » ولأن هذا تدليس وغرر فلم يحل ، فإن خالف

واشترى صح البيع لما ذكرناه فى النجش ، فإن دخلوا البلد فبان لهم الغبن كان لهم الخيار لما روى أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « لا تلقوا الجلب ، فمن تلقاها واشترى منهم فصاحبه بالخيار إذا أتى السوق » ولأنه غرهم ودلس عليهم فثبت لهم الخيار كما لو دلس عليهم بعيب .

وإن بان لهم أنه لم يغبنهم ففيه وجهان (أحدهما) أن لهم الخيار للخبر (والثانى) لا خيار لهم لأنه ما غر ولا دلس ، وإن خرج إلى خارج البلد لحاجة غير التلقى فرأى القافلة فهل يجوز أن يبتاع منهم ؟ فيه وجهان . (أحدهما) يجوز ، لأنه لم يقصد التلقى . (والثانى) لا يجوز ، لأن المنع من التلقى للبيع ، وهذا المعنى موجود وإن لم يقصد التلقى فلم يجز ﴾ .

(**الشـرح**) : هذا فصل تحريم تلقى الركبان فإن حديث ابن عمر رواه الشيخان ورويناه أيضا من طريق عبد الله بن مسعود رضى الله عنه بلفظ « نهى رسول الله ﷺ عن تلقى البيوع » ورواه الجماعة إلا البخارى عن أبى هريرة رضى الله عنه بلفظ « نهى النبى ﷺ أن يتلقى الجلب ، فإن تلقاه إنسان فابتاعه فصاحب السلعة فيها بالخيار إذا ورد السوق » وقد ذكره الشافعى فى الأم بسنده ، وعند ابن ماجه من حديث ابن عمر (نهى ﷺ عن تلقى الجلب) .

(**أما اللغات**) : فقوله (بكساد) من باب قتل كساداً لم ينفقُ لقلة الرغبات ، فهو كاسد وكسيد ، ويتعدى بالهمزة فيقال أكسده الله ، وكسدت السوق فهى كاسد بغير هاء فى الصحاح ؛ وبالهاء فى التهذيب ، ويقال أصل الكساد الفساد .

قوله (الجلب) بفتح اللام مصدر بمعنى اسم المفعول المجلوب ، يقال جلب الشىء جاء به من بلد إلى بلد للتجارة . قوله (الركبان) جمع راكب ، والمراد قافلة التجارة التى تجلب الأرزاق والبضائع . وذكر الركبان خرج مخرج الغالب فى أن من يجلب الطعام يكونون عدداً ركباناً ، ولا مفهوم له ، بل لو كان الجالب عدداً مشاة أو واحداً ، راكباً أو ماشياً لم يختلف الحكم .

(**أما الأحكام**) : ففى هذه الأحاديث دليل على أن التلقى محرم ؛ وقد اختلف فى هذا النهى هل يقتضى الفساد أم لا ؟ فقيل يقتضى الفساد وقيل لا ، وهو الظاهر ، وقد عقب الشيخ مجد الدين أبو البركات ابن تيمية (الجد) فى كتابه المنتقى على حديث أبى هريرة بقوله : وفيه دليل على صحة البيع . قال الشوكانى رحمه الله تعالى : لأن النهى ها هنا لأمر

خارج ، وهو لا يقتضيه كما تقرر فى الأصول ، وقد قال بالفساد المرادف للبطلان بعض المالكية وبعض الحنابلة ، وقال بعضهم بعدم الفساد لما سلف .

قال الشافعى فى الأم : وقد سمعت فى هذا الحديث ـــ يعنى حديث أبى هريرة بعد أن ساقه أخبرنا مالك عن أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال : لا تلقوا السلع فمن تلقى فصاحب السلعة بالخيار بعد أن يقدم السوق ـــ وبهذا نأخذ إن كان ثابتاً . ففى هذا دليل على أن الرجل إذا تلقى السلعة فاشتراها فالبيع جائز ، غير أن لصاحب السلعة بعد أن يقدم السوق الخيار لأن تلقيها حين يشترى من البدوى قبل أن يصير إلى موضع المساومين من الغرر له يوجد النقص من الثمن ، فإذا قدم صاحب السلعة فهو بالخيار بين إنفاذ البيع ورده ولا خيار للمتلقى لأنه هو الغار لا المغرور . ا هـ .

قال العلامة ابن القيم فى كتابه الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية : (ومن المنكرات تلقى السلع قبل أن تجىء إلى السوق ، فإن النبى ﷺ نهى عن ذلك لما فيه من تغرير البائع فإنه لا يعرف السعر فيشترى منه المشترى بدون القيمة ، ولذلك أثبت له النبى ﷺ الخيار إذا دخل السوق ، ولا نزاع فى ثبوت الخيار له مع الغبن . وأما ثبوته بلا غبن ففيه عن أحمد روايتان . (إحداهما) : يثبت وهو قول الشافعى لظاهر الحديث . (والثانية) : لا يثبت لعدم الغبن : ولذلك ثبت الخيار للمشترى المسترسل إذا غبن . وفى الحديث : « غبن المسترسل ربا » وفى تفسيره قولان . (أحدهما) : أنه الذى لا يعرف قيمة السلعة ، (والثانى) وهو المنصوص عن أحمد أنه الذى لا يماكس ؛ بل يسترسل إلى البائع ويقول : أعطنى هذا . وليس لأهل السوق أن يبيعوا المماكس بسعر ويبيعوا المسترسل بغيره . وهذا مما يجب على والى الحسبة إنكاره ؛ وهذا بمنزلة تلقى السلع ، فإن القادم جاهل بالسعر . ثم قال ابن القيم :

ومن هذا تلقى سوقة الحجيج الجلب من الطريق ، وسبقهم إلى المنازل يشترون الطعام والعلف ثم يبيعونه كما يريدون فيمنعهم والى الحسبة من التقدم لذلك حتى يقدم الركب ، لما فى ذلك من مصلحة الركب ومصلحة الجالب ، ومتى اشتروا شيئا من ذلك منعهم من بيعه بالغبن الفاحش . ومن ذلك « نهى النبى ﷺ أن يبيع حاضر لباد ، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » قيل لابن عباس : ما معنى قوله : « لا يبيع حاضر لباد ؟ » قال : لا يكون له سمساراً » وهذا النهى لما فيه من ضرر المشترى فإن المقيم إذا وكله القادم فى بيع سلعة يحتاج الناس إليها ، والقادم لا يعرف السعر أضر ذلك بالمشترى كما أن النهى عن تلقى الجلب لما فيه من الأضرار بالبائعين . ا هـ .

(قلت) وقد ذهب إلى الأخذ بظاهر الحديث الجمهور فقالوا : لا يجوز تلقى الركبان ، واختلفوا هل هو محرم أو مكروه فقط ؟ وحكى ابن المنذر عن أبى حنيفة أنه أجاز التلقى وتعقبه الحافظ ابن حجر بأن الذى فى كتب الحنفية أنه يكره التلقى فى حالتين (الأولى) أن يضر بأهل البلد (والثانية) أن يلبس السعر على الواردين . والتنصيص على الركبان فى بعض الروايات خرج مخرج الغالب ، وحكم الماشى حكم الراكب من غير فرق . دليلنا حديث أبى هريرة المذكور فإن فيه النهى عن تلقى الجلب من غير فرق . وكذلك حديث ابن مسعود المذكور ، فإن فيه النهى عن تلقى البيوع . وقد أوضحنا فى الخيار قول ابن القيم ، ونزيدك إيضاحاً بما قاله ابن دقيق العيد فى شرح عمدة الأحكام .

(تلقى الركبان) من البيوع المنهى عنها ، لما يتعلق به من الضرر ، وهو أن يتلقى طائفة يحملون متاعاً فيشتريه منهم قبل أن يقدموا البلد فيعرفوا الأسعار . والكلام فيه فى ثلاثة مواضع :

(أحدها) التحريم ، فإن كان عالماً بالنهى قاصداً للتلقى فهو حرام . وإن خرج لشغل آخر فرآهم مقبلين فاشترى ؛ ففى إثمه وجهان للشافعية : أظهرهما التأثيم

(الموضع الثانى) صحة البيع أو فساده ، وهو عند الشافعى صحيح ، وإن كان آثماً ، وعند غيره من العلماء : يبطل ومستنده : أن النهى للفساد ، ومستند الشافعى أن النهى لا يرجع إلى نفس العقد ، ولا يخل هذا الفعل بشىء من أركانه وشرائطه ، وإنما هو لأجل الإضرار بالركبان ، وذلك لا يقدح فى نفس البيع .

(الموضع الثالث) إثبات الخيار ، فحيث لا غرور للركبان ، بحيث يكونون عالمين بالسعر فلا خيار ، وإن لم يكونوا كذلك فإن اشترى منهم بأرخص من السعر فلهم الخيار وما فى لفظ بعض المصنفين من (أنه يخبرهم بالسعر كاذباً) ليس بشرط فى إثبات الخيار . وإن اشترى منهم بمثل سعر البلد أو أكثر فى ثبوت الخيار لهم وجهان للشافعية : منهم من نظر إلى انتفاء المعنى وهو الغرر والضرر ، فلم يثبت الخيار ، ومنهم من نظر إلى لفظ حديث ورد بإثبات الخيار لهم ، فجرى على ظاهره ولم يلتفت إلى المعنى . وإذا أثبتنا الخيار ؛ فهل يكون على الفور ؟ أو يمتد إلى ثلاثة أيام ؟ فيه خلاف لأصحاب الشافعى ، والأظهر الأول .

وأما قوله : « ولا يبع بعضكم على بيع بعض » فقد فسر فى المذهب بأن يشترى شيئاً فيدعوه غيره إلى الفسخ ليبيعه خيراً منه بأرخص ، وفى معناه الشراء على الشراء ، وهو أن

يدعو البائع إلى الفسخ ليشتريه منه بأكثر ، وهاتان الصورتان إنما تتصوران فيما إذا كان البيع في حالة الجواز وقبل اللزوم . وتصرف بعض الفقهاء في هذا النهي وخصصه بما إذا لم يكن في الصورة غبن فاحش فإن كان المشترى مغبوناً غبناً فاحشاً فله أن يعلمه ليفسخ ويبيع منه بأرخص ، وفي معناه : أن يكون البائع مغبوناً فيدعوه إلى الفسخ ، ويشتريه منه بأكثر . ا هـ .

قلت : وقد صرح ابن عبد البر بأن مالكاً وأصحابه فسروا البيع على البيع بالسوم على السوم وهو أن يأخذ شيئاً ليشتريه ، فيقول له إنسان : رده لأبيع منك خيراً منه وأرخص ، أو يقول لصاحبه استرده لأشتريه منك بأكثر ا هـ .

وللتحريم في ذلك عند أصحابنا الشافعية شرطان (أحدهما) استقرار الثمن فأما ما يباع فيمن يزيد : فللطالب أن يزيد على الطالب ويدخل عليه (والثاني) أن يحصل التراضي بين المتساومين صريحاً ، فإن وجد ما يدل على الرضى من غير تصريح فوجهان وليس السكوت بمجرده من دلائل الرضى عند الأكثرين منهم .

(إذا ثبت هذا) فإن قوله في حديث أول الباب (ولا تناجشوا) هو من المنهيات لأجل الضرر كما قررنا ، وهو أن يزيد في سلعة تباع ليغرَّ غيره ، وهو راغب فيها .

وكما عرفت في أول الباب ـــ اختلاف الناس في اشتقاق اللفظة ، فقيل : إنها مأخوذة من معنى الإثارة ، كأن الناجش يثير همة من يسمعه للزيادة ، وكأنه مأخوذ من إثارة الوحش من مكان إلى مكان ، وقيل : أصل اللفظة مدح الشيء وإطراؤه ولا شك أن هذا الفعل حرام ، لما فيه من الخديعة . وقال بعض الفقهاء بأن البيع باطل ، ومذهب الشافعي : إن البيع صحيح مع الإثم وهو قول الحنفية ولفظ الشافعي : (فمن نجش فهو عاصي بالنجش إن كان عالماً بالنهي ، والبيع جائز لا تفسده معصية رجل نجش عليه) . وأما إثبات الخيار للمشترى الذى غُرَّ بالنجش ، فإن لم يكن النجش عن مواطأة من البيع فلا خيار عند الشافعي رحمه الله تعالى .

(فرع) : وأما بيع الحاضر للبادى ، فمن البيوع المنهى عنها لأجل الضرر ، وصورته :

أن يحمل البدوى أو القروى متاعه إلى البلد ليبيعه بسعر يومه ويرجع ، فيأتيه البلد فيقول : ضعه عندى لأبيعه على التدريج بزيادة سعر . وذلك إضرار بأهل البلد ، وحرام إن علم بالنهي ، وتصرف بعض الفقهاء من أصحاب الشافعي في ذلك فقالوا : شرطه أن يظهر

لذلك المتاع المجلوب سعر فى البلد ، فإن لم يظهر ، لكثرته فى البلد ، أو لقلة الطعام المجلوب ، ففى التحريم وجهان ، ينظر فى أحدهما إلى ظاهر اللفظ وفى الآخر إلى المعنى ، وهو عدم الإضرار ، وتفويت الربح ، أو الرزق على الناس ، وهذا المعنى منتف ، وقالوا أيضاً : يشترط أن يكون المتاع مما تعم الحاجة إليه ، دون مالايحتاج إليه إلا نادراً ، وأن يدعو البلدى البدوى إلى ذلك ، فإن التمسه البدوى منه ، فلا بأس ، ولو استشاره البدوى فهل يرشده إلى الإدخار والبيع على التدريج ؟ فيه وجهان .

واعلم أن أكثر هذه الأحكام قد تدور بين اعتبار المعنى واتباع اللفظ ، ولكن ينبغى أن ينظر فى المعنى إلى الظهور والخفاء ، فحيث يظهر ظهوراً كثيراً فلا بأس باتباعه وتخصيص النص به ، أو تعميمه على قواعد القياسين ، وحيث يخفى ، ولا يظهر ظهوراً قويا ، فاتباع اللفظ أولى ، وأما ما ذكر من اشتراط أن يلتمس البلدى ذلك ، فلا يقوى لعدم دلالة اللفظ عليه ، وعدم ظهور المعنى فيه ، فإن الضرر المذكور الذى علل به النهى لا يفترق الحال فيه بين سؤال البدوى وعدمه ظاهراً . وأما اشتراط أن يكون الطعام مما تدعوا إليه الحاجة ؛ فمتوسط فى الظهور وعدمه ؛ لاحتمال أن يراعى مجرد ربح الناس فى هذا الحكم على ما أشعر به التعليل ، من قوله صلى الله عليه وآله وسلم « دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » أخرجه مسلم والترمذى وأبو داود والنسائى عن جابر وأما اشتراط أن يظهر لذلك المتاع المجلوب سعر فى البلد ، فكذلك أيضاً ، أى أنه متوسط فى الظهور لما ذكرناه من احتمال أن يكون المقصود مجرد تفويت الربح والرزق على أهل البلد .

وهذه الشروط منها ما يقوم الدليل الشرعى عليه كشرطنا العلم بالنهى ، ولا إشكال فيه ومنها ما يؤخذ باستنباط المعنى ،فيخرج على قاعدة أصولية ؛ وهى أن النص إذا استنبط منه معنى يعود عليه بالتخصيص ، هل يصح أولا ؟ ويظهر لك هذا باعتبار ما ذكرناه من الشروط هكذا أفاده ابن دقيق العيد فى شرح عمدة الأحكام .

خلاصة مذاهب أئمة الأنصار فى المسألة

ذكرنا أن مذهبنا أن النهى عن تلقى الركبان هو للمحافظة على حق البائع لئلا يغبنه المتلقى ، لأن البائع يجهل سعر البلد ، وكان الشافعى رضى الله عنه يقول : إذا وقع فرب السلعة بالخيار إن شاء أتفذالبيع أورده . وقال مالك رضى الله عنه : إن المقصود بذلك أهل الأسواق لئلا ينفرد المتلقى برخص السلعة دون أهل الأسواق ، ورأى أنه لا يجوز أن يشترى أحد سلعة حتى تدخل السوق . هذا إذا كان التلقى قريباً ، فإن كان بعيداً فلا بأس به ،

وحد القرب فى مذهب مالك بنحو من ستة أميال ، ورأى أنه إذا وقع جاز ولكن يشرك المشترى أهل الأسواق فى تلك السلعة التى من شأنها أن يكون ذلك سوقها وقال الخرشي فى شرحه على مختصر خليل عند قول خليل (وكتلقى السلع أو صاحبها كأخذها فى البلد بصفة) : يعنى أنه ينهى عن تلقى السلع الواردة لبلد مع صاحبها قبل وصول سوقها أو البلد إن لم يكن لها سوق أو تلقى صاحبها بعد أن وصلت السلعة ولم يصل صاحبها أو تقدم صاحبها عليها ولم تصل فيلقاه رجل فيشترى منه ما سيصل بعد كما يمنع أخذ السلع فى البلد بصفة من صاحبها المقيم فى البلد ، واختلف هل النهى عن التلقى تعبد أو معقول المعنى ، وعليه فهل الحق لأهل البلد وهو قول مالك أو للجالب وهو قول الشافعى أولهما وهو قول ابن العربى ا هـ قال خليل : (ولا يفسخ) أى لا يفسخ البيع الناشىء عن التلقى قال ابن المواز : واختلف قول مالك فى شراء المتلقى فروى عنه ابن القاسم : ينهى فإن عاد أدب ولا ينزع منه شىء قال المازرى : وهذا هو المشهور ، وقال عياض عن مالك وأكثر أصحابه : عرضها على أهل السوق فإن لم يكن سوق فأهل المصر فيشترك فيها من شاء منهم قال الخرشي رحمه الله تعالى :

(تنبيه)(١) لم يذكر المؤلف فى هذه أنه يؤدب ، وقد أمر أنه ينهى فإن عاد أدب ، وهو يقتضى أنه لا أدب عليه فى فعله ذلك ابتداء ، ولو فعله عالماً بتحريمه وهو يخالف ما يأتى للمؤلف من قوله وعذر الإمام لمعصية الله أو لحق آدمى ، ثم إن ما يأتى لا يغنى عن النص على الأدب هنا ، لأنك قد علمت أنه هنا فى حالة خاصة ، فقول من قال : استغنى المؤلف عن ذكره هنا بما يأتى ، غير صحيح ا هـ .

(قلت) سبق أن ذكرنا أن من قول مالك رضى الله عنه أن التلقى المحرم شرعاً أن يكون قريباً وحد القرب عنده أن يكون على مسافة ستة أميال ونزيد المسألة إيضاحاً بأن هذه المسافة إنما تجوز بشروط :

(أولها) أن يكون الخارج للتلقى منزله أو قريته خارجة عن البلد المجلوب إليه السلع بعيدة عنه على كستة .

(ثانيها) أن يكون محتاجاً إلى السلعة لقوته .

(ثالثها) أن لا يكون قصده من التلقى التجر .

(رابعها) يمنع من باب أولى من كان دون الستة أميال ولو اشترى لقوته .

---

(١) الجزء الخامس صفحة ٨٤ من شرح الخرشي على مختصر خليل من أمهات كتب المالكية رضى الله عنهم .

(خامسها) أن من اشترى بعد الأميال الستة إلى يومين فله ذلك بلا نزاع ولا بعد هذا من التلقى الممنوع ولو كان للتجارة .

(سادسها) ليس من التلقي الخروج للبساتين لشراء ثمر الخوائط ونحوها التى تلحق أربابها الضرورة بتفريق بيعها ، وكذلك شراء الطعام وغيره من السفن بالسواحل إلا أن يأتى من ذلك ضرر وفساد كاحتكاره هذا هو بسط كلام المالكية فى المسألة والله المحمود على نعمته .

ثم إن علماء الأمصار اختلفوا هل يثبت له الخيار مطلقًا ؟ أو بشرط أن يقع له فى البيع غبن ؟ ذهبت الحنابلة إلى الأول وهو الأصح عند الشافعية وهو الظاهر ، وظاهره أن النهى لأجل صفة البائع ، وإزالة الضرر عنه ، وصيانته ممن يخدعه . قال ابن المنذر : وحمله مالك على نفع أهل السوق لا على نفع رب السلعة ، وإلى ذلك جنح الكوفيون والأوزاعى وقال : والحديث حجة للشافعى لأنه أثبت الخيار للبائع لا لأهل السوق اه .

وقد احتج مالك ومن معه بما وقع فى رواية من النهى عن تلقى السلع حتى تهبط الأسواق . وهذا لا يكون دليلا لمدعاهم لأنه يمكن أن يكون ذلك رعاية لمنفعة البائع ، لأنها إذا هبطت الأسواق عرف مقدار السعر فلا يخدع ولا مانع من أن يقال : العلة فى النهى مراعاة نفع البائع ، ونفع أهل السوق .

وقال ابن رشد فى بداية المجتهد ونهاية المقتصد :

« وأما نهيه عن تلقى الركبان للبيع فاختلفوا فى مفهوم النهى ما هو فرأى مالك أن المقصود بذلك أهل الأسواق لئلا ينفرد المتلقى برخص السلعة دون أهل الأسواق ، ورأى أنه لا يجوز أن يشترى أحد سلعة حتى تدخل السوق ، هذا إذا كان التلقى قريبًا ، فإن كان بعيدًا فلا بأس به ، وحد القرب فى المذهب نحو من ستة أميال ، ورأى أنه إذا وقع جاز ولكن يشرك المشترى أهل الأسواق فى تلك السلعة التى من شأنها أن يكون ذلك سوقها .

وأما الشافعى فقال : إن المقصود بالنهى إنما هو لأجل البائع لئلا يغبنه المتلقى ، لأن البائع يجهل سعر البلد وكان يقول : إذا وقع قرب السلعة بالخيار إن شاء أنفذ البيع أو رده . ومذهب الشافعى هو نص فى حديث أبى هريرة الثابت عن رسول الله ﷺ أنه قال عليه الصلاة والسلام : « لا تلقوا الجلب فمن تلقى شيئًا فاشتراه فصاحبه بالخيار إذا أتى السوق » خرجه مسلم وغيره اه . (قلت) : وأخرجه أحمد فى مسنده والترمذى والنسائى وابن ماجة عن أبى هريرة رضى الله عنه وعند البخارى وأبى داود والنسائى عنه رضى الله عنه

أيضًا : « لا تلقوا الركبان للبيع ولا يبع بعضكم على بيع بعض ولا تناجشوا ، ولا يبع حاضر لباد ولا تصروا الغنم ومن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعًا من تمر » ، وفى الصحيحين من حديث ابن عباس مرفوعًا أيضًا : « لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد » .

واعلم أنه لا يجوز تلقيهم للبيع منهم ، كما لا يجوز للشراء منهم لأن العلة التى هى مراعاة نفع الجالب أو أهل السوق أو الجميع حاصلة فى ذلك ، ويدل على ذلك ما رواه البخارى بلفظ « لا يبع » فإنه يتناول البيع لهم والبيع معهم ، وظاهر النهى المذكور فى الباب عدم الفرق بين أن يبتدىء المتلقى بطلب الشراء او البيع او العكس ، وشرط بعض الشافعية النهى أن يكون المتلقى هو الطالب ، وبعضهم اشترط أن يكون المتلقى قاصدا لذلك ، وشرط بعض الشافعية فى النهى أن يكون المتلقى الجالب بطلب الشراء أو البيع أو العكس فلو خرج للسلام على الجالب أو للفرجة أو لحاجة أخرى ، فوجدهم فبايعهم لم يتناوله النهى ، ومن نظر إلى المعنى لم يفرق ، وهو الأصح عند الشافعى ، وشرط إمام الحرمين فى النهى أن يكذب المتلقى فى سعر البلد ويشترى منهم بأقل من ثمن المثل .

وشرط المتولى من الأصحاب[1] أن يخبرهم بكثرة المئونة عليهم فى الدخول ، وشرط المصنف رحمه الله تعالى أن يخبرهم بكساد ما معهم . قال الشوكانى : والكل من هذه الشروط لا دليل عليه ، والشوكانى يوهم كلامه وكلام أضرابه أن مجتهدى المذاهب يمتحون من أهوائهم وهذا وهم كبير ، فإن المتأمل فى صيغة النهى لا بد أن يلتمس تأويله إن كان لحماية البائع أو لحماية أهل السوق وأى ألوان التعامل وصيغتها أدعى للبيان ، والظاهر من النهى أيضًا أنه يتناول المسألة القصيرة والطويلة ، وهو ظاهر إطلاق الأصحاب .

وقال بعض المالكية : ميل ، وقال بعضهم أيضًا : فرسخان ، وقال بعضهم يومان ، وقال بعضهم : مسافة قصر ، وبه قال الثورى ، وأما ابتداء التلقى فقيل الخروج من السوق ، وإن كان فى البلد ، وقيل الخروج من البلد ، وهو قول أصحابنا ، وبالأول قال أحمد وإسحاق والليث والمالكية .

وقول المصنف رحمه الله تعالى « ولأن هذا تدليس وغرر » قلت : التدليس كتم البائع عيب السلعة من المشترى وإخفائه ، ويقال أيضًا : دلس دلسًا من باب ضرب والتشديد

---

(١) إذا قلت : الأصحاب أو أصحابنا فى عزو الأقوال قصدت الأئمة من فقهاء المذهب .

أشهر في الاستعمال . قال الأزهرى : سمعت أعرابيا يقول : ليس لى فى الأمر ولس ولا دلس : أى لا خيانة ولا خديعة ، والدلسة بالضم الخديعة أيضًا ، وقال ابن فارس وأصله من الدلس وهو الظلمة .

أما التدليس عند المحدثين فهو ينقسم إلى خمسة أقسام :

(أولها) تدليس فى الإسناد وهو بأن يروى عن معاصر ما لم يحدثه به ويأتى بلفظ يوهم اتصالا كعن ، وأن ، وقال . فإذا قال الراوى عن فلان فإن كان يروى ذلك عن شخص لم يعاصره أو عاصره وثبت أنه لم يلاقه جزمنا بأن روايته منقطعة ، وإن كان معاصرًا له ـــ ولم نعلم إن كان لقيه أو لا : أو علمنا أنه لقيه ولكن كان الراوى مدلسا توقفنا فى روايته ولم نحكم لها بالاتصال إلا إذا ثبت اللقاء والتحديث .

(ثانيها) تدليس الأشياخ أن يسمى شيخه أو شيخ شيخه باسم أو كنية أو لقب غير ما اشتهر به وعرف وذلك الستر ضعفه وفى ذلك تفصيل عند المحدثين إذ منه ما هو حرام ومنه ما هو مكروه)[1] .

(ثالثها) تدليس التسوية وهو أن يسقط غير شيخه لضعفه أو صغره فيصير الحديث ثقة عن ثقة .

(رابعها) تدليس العطف وهو مثل أن يقول حدثنا فلان وفلان وهو لم يسمع من الثانى وهو لم يسمع من المعطوف .

(خامسها) تدليس السكوت ، كأن يقول : حدثنا أو سمعت ثم يسكت ثم يقول : وهشام بن عروة أو الأعمش موهمًا أنه سمع منهما وليس كذلك .

أما الغرر فهو فى اللغة الخطر ، وغرته الدنيا غرورًا أى خدعته فهى غرور مثل رسول اسم فاعل مبالغة ، وفى اصطلاح الفقهاء كل بيع يحتمل فيه غبن المبتاع لحديث أبى هريرة الذى رواه الجماعة إلا البخارى « أن النبى ﷺ نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر » وحديث ابن مسعود عند أحمد وفى روايته يزيد بن أبى زياد عن المسيب بن رافع ، وقال البيهقى : فيه إرسال بين المسيب وعبد الله والصحيح وقفه على ابن مسعود كما قال ذلك الدراقطنى فى العلل والخطيب وابن الجوزى ولفظه « لا تشتروا السمك فى الماء فإنه غرر » وقد روى أبو بكر ابن أبى عاصم عن عمران بن حصين حديثا مرفوعا وفيه النهى عن بيع السمك فى الماء وهو شاهد لهذا .

---

(١) راجع كتابنا (تبسيط علوم الحديث وأدب الرواية) وهو من سلسلة تحت راية السنة .

وقد مر فى أول البيوع من شرح المهذب تفسير وتفصيل بيع الحصاة ، وهو أن يقول بعتك من هذه الأثواب ما وقعت عليه هذه الحصاة ويرمى الحصاة أو فى الأرض ما انتهت إليه الحصاة . والغرر ثبت النهى عنه فى أحاديث منها المذكور عن أبى هريرة وابن مسعود ومنها عن ابن عمر عند أحمد وابن حبان ، ومنها عن ابن عباس عند ابن ماجة ، ومنها عن سهل بن سعد عند الطبرانى . ومن جملة بيع الغرر بيع السمك فى الماء ، وبيع الطير فى الهواء ، وبيع المعدوم ، وبيع المجهول ، وبيع الغائب ، وبيع الآبق ، وكل ما دخل فيه الغرر بوجه من الوجوه .

قال النووى : للنهى عن بيع الغرر أصل من أصول الشرع يدخل تحته مسائل كثيرة جدًّا ، ويستثنى من بيع الغرر أمران : (أحدهما) ما يدخل فى المبيع تبعًا بحيث لو أفرد لم يصح بيعه ، (والثانى) ما يتسامح بمثله ، إما لحقارته ، أو للمشقة فى تمييزه ، ومن جملة ما يدخل تحت هذين الأمرين بيع أساس البناء واللبن فى ضرع الدابة ، والحمل فى بطنها ، والقطن المحشو فى الجبة اهـ .

(قلت) ومن جملة الغرر بيع حبل الحبلة فقد نهى عنه رسول الله ﷺ فيما أخرجه أحمد ومسلم والترمذى من حديث ابن عمر ، وفى رواية عند أبى داود لفظها أكثر تفصيلًا منهم حيث فيها : « نهى عن بيع حبل الحبلة » وحبل الحبلة تنتج الناقة ما فى بطنها ثم تحمل التى نتجت ، وعند الشيخين رواية أكثر تفصيلا من أبى داود لفظها « وكان أهل الجاهلية يتاعون لحوم الجزور إلى حبل الحبلة » وحبل الحبلة أن تنتج الناقة ما فى بطنها ثم يحمل التى نتجت فنهاهم ﷺ عن ذلك . والأحاديث المذكورة تقضى ببطلان البيع لأن النهى يستلزم ذلك كما تقرر فى الأصول . قال شيخ الإسلام ابن تيمية الحفيد :

ومن القواعد التى أدخلها قوم من العلماء فى الغرر المنهى عنه أنواع من الإجارات والمشاركات ، كالمساقاة والمزارعة ونحو ذلك . فذهب قوم من الفقهاء إلى أن المساقاة والمزارعة حرام باطل ، بناء على أنها نوع من الإجارة ؛ لأنها عمل بعوض ، والإجارة لا بد أن يكون فيها الأجر معلومًا لأنها كالثمر . وسيأتى لهذين بابان مستقلان فى الكتاب إن شاء الله تعالى .

قَالَ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى

(فصـل) : ﴿ ولا يحل للسلطان التسعير ، لما روى عن أنس رضى الله عنه قال : غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقال الناس : يا رسول الله سعِّر لنا ، فقال عليه السلام : إن الله هو القابض والباسط والرازق والمسعر ، وإنى لأرجو أن ألقى الله وليس أحد يطالبنى بمظلمة فى نفس ولا مال ﴾ .

(**الشرح**) : دليل تحريم التسعير على السلطان حديث أنس الذى رواه أبو داود والترمذى وصححه .

أما لغات الفصل : فإن التسعير جعل سعر معلوم ينتهى إليه ثمن الشيء وأسعرته بالألف لغة ، ويقال له سعر إذا زادت قيمته ، وليس له سعر إذا أفرط رخصه والجمع أسعار مثل حمل وأحمال .

(**أما أحكام الفصل**) : فقد قال العلامة ابن القيم فى كتابه الطرق الحكمية :

وأما التسعير فمنه ما هو ظلم محرم ، ومنه ما هو عدل جائز ، فإذا تضمن ظلم الناس وإكراههم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه ، أو منعهم مما أباح الله لهم فهو حرام وإذا تضمن العدل بين الناس مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل ، ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ الزيادة على عوض المثل ، فهو جائز بل واجب .

فأما القسم الأول فمثل رواية أنس (التى ساقها المصنف) فإذا كان الناس يبيعون سلعهم على الوجه المعروف من غير ظلم منهم وقد ارتفع السعر ــ إما لقلة الشيء ــ وإما لكثرة الخلق ــ فهذا إلى الله ، فإلزام الناس أن يبيعوا بقيمة بعينها ، إكراه بغير حق . وأما الثانى فمثل أن يمتنع أرباب السلع من بيعها مع ضرورة الناس إليها إلا بزيادة على القيمة المعروفة ، فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل ، ولا معنى للتسعير إلا إلزامهم بقيمة المثل ، فالتسعير ههنا إلزام بالعدل الذى ألزمهم الله به .

ثم قال ابن القيم رحمه الله تعالى :

ومن ذلك أن يلزم ألا يبيع الطعام أو غيره من الأصناف إلا ناس معروفون ، فلا تباع تلك السلع إلا لهم ، ثم يبيعونها هم بما يريدون فلو باع غيرهم ذلك منع وعوقب ، فهذا من البغى فى

الأرض والفساد ، والظلم الذى يحبس به قطر السماء وهؤلاء يجب التسعير عليهم ، وألا يبيعوا إلا بقيمة المثل ولا يشتروا إلا بقيمة المثل بلا ترد فى ذلك عند أحد من العلماء ، لأنه إذا منع غيرهم أن يبيع ذلك النوع أو يشتريه ، فلو سوغ لهم أن يبيعوا بما شاءوا أو يشتروا بما شاءوا ، كان ذلك ظلماً للناس ، ظلماً للبائعين ، الذين يريدون بيع تلك السلع ، وظلماً للمشترين منهم .

فالتسعير فى مثل هذا واجب بلا نزاع ، وحقيقته إلزامهم بالعدل ومنعهم من الظلم ، وهذا كما أنه لا يجوز الإكراه على البيع بغير حق ، فيجوز أو يجب الإكراه عليه بحق ، مثل بيع المال لقضاء الدين الواجب ، والنفقة الواجبة ، ومثل بيع المضطر إلى طعام أو لباس ، ومثل الغراس والبناء الذى فى ملك الغير فإن لرب الأرض أن يأخذه بقيمة المثل ، ومثل الأخذ بالشفعة ، فإن للشفيع أن يمتلك الشقص بثمنه قهراً . وكذلك السراية فى العتق ، فإنها تخرج الشقص من ملك الشريك قهراً ، وتوجب على المعتق المعاوضة عليها قهراً . وكل من وجب عليه شيء من الطعام أو اللباس والرقيق والمركوب ـــ بحج أو كفارة أو نفقة ـــ فمتى وجده بثمن المثل وجب عليه شراؤه ، وأجبر على ذلك ، ولم يكن له أن يمتنع حتى يبذل له مجاناً ، أو بدون ثمن المثل . ثم عقد ابن القيم فصلا آخر قال :

ومن ههنا منع غير واحد من العلماء كأبى حنيفة وأصحابه القسامين الذين يقسمون العقار وغيره بالأجرة أن يشتركوا ، فإنهم إذا اشتركوا[1] والناس يحتاجون إليهم أغلوا عليهم الأجرة ، ثم قال :

(قلت) : وكذلك ينبغى لوالى الحسبة أن يمنع مغسلى الموتى والحمالين لهم من الاشتراك لما فى ذلك من إغلاء الأجرة عليهم ، وكذلك اشتراك كل طائفة يحتاج الناس إلى منافعهم ، كالشهود والدلالين وغيرهم ، على أن فى شركة الشهود مبطلا آخر ، فإن عمل كل واحد منهم متميز عن عمل الآخر ، لا يمكن الاشتراك فيه ، فإن الكتابة متميزة والتحمل متميز والأداء متميز ، لا يقع فى ذلك اشتراك ولا تعاون ، فبأى وجه يستحق أحدهما أجرة عمل صاحبه ؟ وهذا بخلاف الاشتراك فى سائر الصنائع فإنه يمكن أحد الشريكين أن يعمل بعض العمل والآخر بعضه ، ولهذا إذا اختلفت الصنائع لم تصح الشركة على أحد الوجهين ، لتعذر اشتراكهما فى العمل ، ومن صححها نظر إلى أنهما يشتركان فيما تتم به صناعة كل واحد منهما من الحفظ والنظر إذا خرج لحاجة ، فيقع الاشتراك فيما يتم به عمل كل واحد منهما ، وإن لم يقع فى عين العمل .

---

(١) أى كونوا لهم رابطة أو اتحادًا .

وأما شركة الدلالين ففيها أمر آخر ، وهو أن الدلال وكيل صاحب السلعة فى بيعه ؛ فإذا شارك غيره فى بيعها كان توكيلا له فيما وكل فيه ، فإن قلنا : ليس للوكيل أن يوكل ، لم تصح الشركة ، وإن قلنا له أن يوكل صحت . فعلى والى الحسبة أن يعرف هذه الأمور ويراعيها ، ويراعى مصالح الناس ، وهيهات وهيهات ، ذهب ما هنالك . والمقصود أنه إذا منع القسامون ونحوهم من الشركة ، لما فيها من التواطؤ علي إغلاء الأجرة ، فمنع البائعين الذين تواطأوا على ألا يبيعوا إلا بثمن مقدر أولى وأحرى .

وكذلك يمنع والى الحسبة المشترين والاشتراك فى شيء لا يشتريه غيرهم ، لما فى ذلك من ظلم البائع . وأيضاً فإذا كانت الطائفة التى تشترى نوعاً من السلع أو تبيعها ، قد تواطأوا على أن يهضموا ما يشترونه ، فيشتروه بدون ثمن المثل ، ويبيعوا ما يبيعونه بأكثر من ثمن المثل ، ويقتسموا ما يشتركون فيه من الزيادة . كان إقرارهم على ذلك معاونة لهم على الظلم والعدوان ، وقد قال تعالى : ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ﴾ ثم قال ابن القيم رضى الله عنه : ولا ريب أن هذا أعظم إثماً وعدواناً من تلقى السلع وبيع الحاضر للبادى ، ومن النجش .

ثم عقد ابن القيم فصلا لتسعير الأجور خلص منه إلى أن الناس يحتاجون إلى صناعة طائفة متخصصة ، كالفلاحة والنساجة والبناء وغير ذلك ، فلوليّ الأمر أن يلزمهم بذلك بأجرة مثلهم ، فإنه لا تتم مصلحة الناس إلا بذلك .

والمقصود أن هذه الأعمال متى لم يقم بها إلا شخص واحد صارت فرضاً معينا عليه ، فإذا كان الناس محتاجين إلى فلاحة قوم أو نساجتهم أو بنائهم ، صارت هذه الأعمال مستحقة عليهم ، يجبرهم ولى الأمر عليها بعوض المثل ، ولا يمكنهم من مطالبة الناس بزيادة عن عوض المثل ، ولا يمكن الناس من ظلمهم بأن يعطوهم دون حقهم ، كما إذا احتاج الجند المرصدون للجهاد إلى فلاحة أرضهم ، وألزم مَنْ صناعتُه الفلاحة أن يقوم بها ، ألزم الجند بأن لا يظلموا الفلاح ، كما يلزم الفلاح بأن يفلح . ولو اعتمد الجند والأمراء مع الفلاحين ما شرعه الله ورسوله وجاءت به السنة وفعله الخلفاء الراشدون ، لأكلوا من فوقهم ومن تحت أرجلهم ، ولفتح الله عليهم بركات من السماء والأرض ، وكان الذى يحصل لهم من المغل أضعاف ما يحصلونه بالظلم والعدوان ، ولكن يأبى جهلهم وظلمهم إلا أن يرتكبوا الظلم والإثم ، فيمنعوا البركة وسعة الرزق ، فيجتمع لهم عقوبة الآخرة ونزع البركة فى الدنيا .

(فإن قيل) وما الذى شرعه الله ورسوله ، وفعله الصحابة ، حتى يفعله من وفقه الله قبيل المزارعة العادلة التى يكون فيها المقطع والفلاح على حد سواء من العدل لا يختص أحدهما عن الآخر بشيء من هذه الرسوم التى ما أنزل الله بها من سلطان وهى التى خربت البلاد ، وأفسدت العباد ، ومنعت الغيث وأزالت البركات ، وعرضت أكثر الجند والأمراء لأكل الحرام . وإذا نبت الجسد على الحرام فالنار أولى به ا هـ . فإذا تأملنا كلام الفقيه الحنبلى وجدناه يقر ما نسميه نحن الآن بأمر التكليف ، الذى يصدره الحاكم لبعض التخصصات كالمهندسين والأطباء بتكليفهم إجباريا بالعمل فى بعض المرافق أو تكليف أصحاب المطابع بطبع كتب التعليم التى يتسلمها التلاميذ حين ينتظمون فى المدارس وهكذا يصف الفقيه ابن القيم حال البلاد الشامية والمصرية على عهد أمراء المماليك حين يسخرون الفلاحين فى خدمة الأرض ويستغل المقطوعون أو ذوو الإقطاعات جهود الفلاحين أسوأ استغلال تمتص الأرض عرقهم ، ويأكلون هم وطبقتهم ثمرات هذا العرق ،حتى ألهم الله ابن القيم أن يلهب ظهورهم بسوط الشرع كما ألهبوا ظهور الفلاحين بسياط الجبروت ، فمرحى لابن القيم مرحى .

ثم مضى فى هذا الاستطراد من أمور المساقاة والمزارعة والجعالة ما ندعه لسوقه فى موطنه ، لأنه يقول :

وهذه المسألة ذكرت استطراداً ، وإلا فالمقصود أن الناس إذا احتاجوا إلى أرباب الصناعات كالفلاحين وغيرهم ـــ أجبروا على ذلك بأجرة المثل ، وهذا من التسعير الواجب فهذا تسعير فى الأعمال . وأما التسعير فى الأموال ، فإذا احتاج الناس إلى سلاح للجهاد وآلات فعلى أربابه أن يبيعوه بعوض المثل ولا يمكّنوا من حبسه إلا بما يريدونه من الثمن ، والله تعالى قد أوجب الجهاد بالنفس والمال ، فكيف لا يجب على أرباب السلاح بذله بقيمته ؟ ومن أوجب على العاجز ببدنه أن يخرج من ماله ما يحج به الغير عنه ولم يوجب على المستطيع بماله أن يخرج ما يجاهد به الغير فقوله ظاهر التناقض . وهذا إحدى الروايتين عن أحمد وهو الصواب . ثم قال الفقيه العلامة مستطرداً :

(**فصل**) : وإنما لم يقع التسعير فى زمن النبى ﷺ بالمدينة لأنهم لم يكن عندهم من يطحن ويخبز بكراء ، ولا من يبيع طحيناً وخبزاً ، بل كانوا يشترون الحب ويطحنونه ويخبزونه فى بيوتهم ، وكان من قدم بالحب لا يتلقاه أحد ، بل يشتريه الناس من الجالبين ؛ ولهذا جاء الحديث « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » وكذلك لم يكن فى المدينة

حائك ، بل كان يقدم عليهم بالثياب من الشام واليمن وغيرهما فيشترونها ويلبسونها . ثم قال (فصل فى التسعير) .

وقد تنازع العلماء فى التسعير فى مسألتين :

(إحداهما) إذا كان للناس سعر غالب فأراد بعضهم أن يبيع بأغلى من ذلك فإنه يمنع من ذلك عند مالك ، وهل يمنع من النقصان ؟ على قولين .

واحتج مالك رحمه الله بما رواه فى موطئه عن يونس بن يوسف عن سعيد بن المسيب « أن عمر بن الخطاب مر بحاطب بن أبى بلتعة وهو يبيع زبيبا له بالسوق . فقال له عمر إما أن تزيد فى السعر وإما أن ترفع من سوقنا » .

قال ملك : لو أن رجلا أراد فساد السوق فحط عن سعر الناس ، لرأيت أن يقال له : إما لحقت بسعر الناس وإما رفعت ، وأما أن يقول للناس كلهم : لا تبيعوا إلا بسعر كذا فليس ذلك بالصواب . وكذا حديث عمر بن عبد العزيز في أهل الأُبُلَّة ، حين حط سعرهم لمنع البحر ، فكتب : « خل بينهم وبين ذلك ، فإنما السعر بيد الله » .

قال ابن رشد فى كتاب البيان :

أما الجلابون فلا خلاف فى أنه لا يسعر عليهم شيء مما جلبوه ، وإنما يقال لمن شذ منهم فباع بأغلى مما يبيع به العامة : إما أن تبيع بما تبيع به العامة ، وإما أن ترفع من السوق كما فعل عمر بن الخطاب بحاطب بن أبى بلتعة ، إذ مر به وهو يبيع زبيباً له فى السوق فقال له « إما أن تزيد فى السعر وإما أن ترفع من سوقنا » لأنه يبيع بالدرهم الواحد أقل مما كان يبيع به أهل السوق .

وأما أهل الحوانيت والأسواق الذين يشترون من الجلابين وغيرهم جملة ، ويبيعون ذلك على أيديهم مقطعا مثل اللحم ، والأدم ، والفواكه ، فقيل : إنهم كالجلابين ؛ لا يسعر لهم شيء من بياعاتهم ، وإنما يقال لمن شذ منهم وخرج عن الجمهور : إما أن تبيع كما يبيع الناس وإما أن ترفع من السوق ، وهو قول مالك فى هذه الرواية (قلت) وهو ما يشبه الغلق الإدارى فى زماننا .

وممن روى عنه ذلك من السلف عبد الله بن عمر ، والقاسم بن محمد ، وسالم بن عبد الله قيل : إنهم فى هذا بخلاف الجالبين ، لا يتركون على البيع باختيارهم إذا أغْلَوْا على الناس ، ولم يقتنعوا من الربح بما يشبه .

وعلى صاحب السوق الموكل بمصلحته أن يعرف ما يشترون به ، فيجعل لهم من الربح ما يشبه ، وينهاهم أن يزيدوا على ذلك ، ويتفقد السوق[1] أبداً ، فيمنعهم من الزيادة على الربح الذى جعل لهم فمن خالف أمره عاقبه وأخرجه من السوق وهذا قول مالك فى رواية أشهب ، وإليه ذهب ابن حبيب . وقال به ابن المسيب ويحيى بن سعيد ، والليث وربيعة ، ولا يجوز عند أحد من العلماء أن يقول لهم : لا تبيعوا إلا بكذا وكذا ، ربحتم أو خسرتم من غير أن ينظر إلى ما يشترون به ولا أن يقول لهم فيما قد اشتروه لا تبيعوه إلا بكذا وكذا مما هو مثل الثمن أو أقل . وإذا ضرب لهم الربح على قدر ما يشترون ، لم يتركهم أن يغلوا فى الشراء وإن لم يزيدوا فى الربح على القدر الذى حدد لهم ، فإنهم قد يتساهلون فى الشراء إذا علموا أن الربح لا يفوتهم .

وأما الشافعى فإنه عارض ذلك بما رواه عن الدراوردى عن داود بن صالح التمار عن القاسم بن محمد رضى الله عنه « أنه مر بحاطب بن أبى بلتعة بسوق المصلى ، وبين يديه غرارتان فيهما زبيب ، فسأله عن سعرهما ، فقال له : مدين لكل درهم ، فقال له عمر : قد حدثت بعير جاءت من الطائف تحمل زبيبا ، وهم يغترون بسعرك ، فإما أن ترفع فى السعر وإما أن تدخل زبيبك البيت ؛ فتبيعه كيف شئت ، فلما رجع عمر حاسب نفسه ثم أتى حاطبا فى داره فقال : إن الذى قلت لك ليس عزمةً منى ، ولا قضاءً إنما هو شىء أردت به الخير لأهل البلد ، فحيث شئت فبع وكيف شئت فبع » . قال الشافعى : وهذا الحديث مستقصى وليس بخلاف لما رواه مالك . ولكنه روى بعض الحديث أو رواه عنه من رواه . وهذا أتى بأول الحديث وآخره وبه أقول . لأن الناس مسلطون على أموالهم ، ليس لأحد أن يأخذها أو شيئا منها بغير طيب أنفسهم إلا فى المواضع التى تلزمهم . وهذا ليس منها .

وعلى قول مالك فقال أبو الوليد الباجى : الذى يؤمر به من حط عنه أن يلحق به هو

---

(١) فى كلام ابن رشد هنا ما يرسم صورة صادقة لما يقوم به مفتشو وزارة التموين فى القضاء على السوق السوداء واختزان السلع وحجبها عن محتاجها لإغلاء سعرها واحتكارها وهى ظاهرة يظنون أنها حضارية عصرية وهم فى الحقيقة لم يبلغوا شأو الإسلام فى رسم أسباب العدل والرحمة ويا حبذا لو أخذ الناس فى طرائق العيش أخذ أسلافهم لانعدم الجشع الأشعبى بين التجار .

السعر الذى عليه جمهور الناس ، فإذا انفرد منه الواحد والعدد اليسير بحط السعر أمر باللحاق بسعر الناس أو ترك البيع فإن زاد فى السعر واحد أو عدد يسير لم يؤمروا باللحاق بسعره . لأن المراعى حال الجمهور وبه تقوم المبيعات . وهل يقام من زاد فى السوق ــ أى فى قدر المبيع بالدراهم ــ كما يقام من نقص منه ؟

قال ابن القصار من المالكية : اختلف أصحابنا فى قول مالك (ولكن من حط سعراً) فقال البغداديون : أراد من باع خمسة بدرهم والناس يبيعون ثمانية ، وقال قوم من البصريين : أراد من باع ثمانية ، والناس يبيعون خمسة فيفسد على أهل السوق بيعهم ، وربما أدى إلى الشّغب والخصومة . قال : وعندى أن الأمرين جميعا ممنوعان ، لأن من باع ثمانية ــ والناس يبيعون خمسة ــ أفسد على أهل السوق بيعهم ، وربما أدى إلى الشغب والخصومة فمنع الجميع مصلحة . قال أبو الوليد الباجى : ولا خلاف أن ذلك حكم أهل السوق .

وأما الجالب ، ففى كتاب محمد ــ يعنى ابن الحسن ــ لا يمنع الجالب أن يبيع فى السوق دون بيع الناس . وقال ابن حبيب : ما عدا القمح والشعير بسعر الناس وإلا رفعوا وأما جالبوا القمح والشعير فيبيعوا كيف شاءوا ، إلا أن لهم فى أنفسهم حكم أهل السوق ، إن أرخص بعضهم تركوا ، وإن أرخص أكثرهم ، قيل لمن بقى : إما أن تبيع كبيعهم ، وإما أن ترفعوا . قال ابن حبيب : وهذا فى المكيل والموزون ، مأكولا كان أو غيره ، دون مالا يكال ولا يوزن ، لأنه لا يمكن تسعيره ، لعدم التماثل فيه . قال أبو الوليد : هذا إذا كان المكيل والموزون متساوياً . فإذا اختلف لم يؤمر صاحب الجيد أن يبيعه بسعر الدون .

(وأما المسألة الثانية) التى تنازعوا فيها من التسعير ، فهى أن لا يحد لأهل السوق حداً لا يتجاوزونه مع قيامهم بالواجب ، فهذا منع منه الجمهور ، حتى مالك نفسه فى المشهور عنه . ونقل المنع أيضا عن ابن عمر وسالم والقاسم بن محمد . وروى أشهب عن مالك فى صاحب السوق يسعر على الجزارين لحم الضأن بكذا ولحم الإبل بكذا ، وإلا أخرجوا من السوق . قال : إذا سعر عليهم قدر ما يرى من شرائهم فلا بأس به ، ولكن أخاف أن يقوموا من السوق .

واحتج أصحاب هذا القول بأن فى هذا مصلحة الناس بالمنع من إغلاء السعر عليهم ولا يجبر الناس على البيع . وإنما يمنعون من البيع بغير السعر الذى يحده ولى الأمر على حسب ما يرى من المصلحة فيه للبائع والمشترى .

وأما الجمهور فاحتجوا بما رواه أبو داود وغيره من حديث العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : « جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله سعر لنا ، فقال : بل أدعو الله ، ثم جاءه رجل فقال : يا رسول الله سعر لنا ، فقال : بل الله يرفع ويخفض ، وإني لأرجو أن ألقى الله وليست لأحد عندى مظلمة » قالوا : ولأن إجبار الناس على ذلك ظلم .

وأما صفة ذلك عند من جوّزه ؛ فقال ابن حبيب : ينبغي للإمام أن يجمع وجوه أهل سوق ذلك الشيء ويحضر غيرهم ، استظهاراً على صدقهم ، فيسألهم كيف يشترون وكيف يبيعون ؟ فينازلهم إلى ما فيه لهم وللعامة سداد حتى يرضوا به ، ولا يجبرهم على التسعير ولكن عن رضى (وهو أشبه بقرارات الغرف التجارية فى عصرنا هذا) .

قال أبو الوليد الباجى : ووجه هذا أن به يتوصل إلى معرفة مصالح البائعين والمشترين ، ويجعل للباعة فى ذلك من الربح ما يقوم بهم ، ولا يكون فيه إجحاف بالناس ، وإذا سعر عليهم من غير رضا ، بما لا ربح لهم فيه ، أدى ذلك إلى فساد الأسعار وإخفاء الأقوات وإتلاف أموال الناس .

قال[1] ابن تيمية (الحفيد) فهذا الذى تنازعوا فيه ، وأما إذا امتنع الناس من بيع ما يجب عليهم بيعه فهنا يؤمرون بالواجب ويعاقبون على تركه ، وكذلك كل من وجب عليه أن يبيع بثمن المثل فامتنع . قال ابن القيم :

ومن احتج على منع التسعير مطلقاً بقول النبى ﷺ : « إن الله هو المسعّر القابض الباسط ، وإني لأرجو أن ألقى الله وليس لأحد منكم أن يطلبنى بمظلمة فى دم ولا مال » قيل له هذه قضية معينة وليست لفظاً عاماً ، وليس فيها أن أحداً امتنع من بيع ما الناس يحتاجون إليه ، ومعلوم أن الشيء إذا قل رغب الناس فى المزايدة فيه ، فإذا بذله صاحبه ـــ كما جرت به العادة ، ولكن الناس تزايدوا عليه ـــ فهنا لا يسعر عليهم .

وقد ثبت فى الصحيحين أن النبى ﷺ منع من الزيادة على ثمن المثل فى عتق الحصة من العبد المشترك فقال : من أعتق شركاً له فى عبد ـــ وكان له من المال ما يبلغ ثمن العبد قوّم عليه قيمة عدل ، لا وكس ولا شطط » فأعطى شركاءه خصصهم وعتق عليه العبد ،

---

(١) قصدنا بالحفيد شيخ الإسلام واسمه أحمد ، لقبه تقى الدين ، كنيته أبو العباس بن عبد الحليم بن عبد السلام وعبد السلام هذا هو ابن تيمية الجد وكنيته أبو البركات ولقبه مجد الدين .

فلم يمكن المالك أن يساوم المعتق بالذى يريد ، فإنه لما وجب عليه أن يملك شريكه المعتق نصيبه الذى لم يعتقه لتكميل الحرية فى العبد ، قدر عوضه بأن يقوّم جميع العبد قيمة عدل ويعطيه قسطه من القيمة ، فإن حق الشريك فى نصف القيمة ، لا فى قيمة النصف عند الجمهور .

وصار هذا الحديث أصلا فى أن ما لا يمكن قسمة عينه فإنه يباع ويقسم ثمنه إذا طلب أحد الشركاء ذلك ، ويجبر الممتع على البيع . وحكى بعض المالكية ذلك إجماعاً . وصار ذلك أصلا فى جواز إخراج الشيء من ملك صاحبه قهراً بثمنه للمصلحة الراجحة كما فى الشفعة ؛ وأصلا فى وجوب تكميل العتق بالسراية مهما أمكن .

والمقصود أنه إذا كان الشارع يوجب إخراج الشيء عن ملك مالكه بعوض المثل ، لمصلحة تكميل العتق ، ولم يمكن المالك من المطالبة بالزيادة على القيمة ، فكيف إذا كانت الحاجة بالناس إلى التملك أعظم ، وهم إليها أعوز ؟ مثل حاجة المضطر إلى الطعام والشراب واللباس وغيره .

وهذا الذى أمر به النبى ﷺ من تقويم الجميع قيمة المثل ، هو حقيقة التسعير . كذلك سلط الشريك على انتزاع الشّقص المشفوع فيه من يد المشترى بثمنه الذى ابتاعه به لا بزيادة عليه لأجل مصلحة التكميل لواحد ، فكيف بما هو أعظم من ذلك ؟ فإذا جوز له انتزاعه منه بالثمن الذى وقع عليه العقد لا بما شاء المشترى من الثمن لأجل هذه المصلحة الجزئية فكيف إذا اضطر إلى ما عنده من طعام وشراب ولباس وآلة حرب ؟

وكذلك إذا اضطر الحاج إلى ما عند الناس من آلات السفر وغيرها ، فعلى ولى الأمر أن يجبرهم على ذلك بثمن المثل ، لا بما يريدونه من الثمن ، وحديث العتق أصل فى ذلك كله .

وقد عقد ابن القيم فصلا نختم به بحثنا فى التسعير قال :

(**فصل**) : فإذا قدر أن قوماً اضطروا إلى السكنى فى بيت إنسان لا يجدون سواه ، أو النزول فى خان مملوك ، أو استعارة ثياب يستدفئون بها ،أو رحى للطحن ، أو دلو لنزع الماء ؛ أو قدر أو فأس أو غير ذلك ، وجب على صاحبه بذله بلا نزاع ، لكن هل له أن يأخذ عليه أجراً ؟ فيه قولان للعلماء ، وهما وجهان لأصحاب أحمد ، ومن جوز له أخذ الأجرة حرم عليه أن يأخذ زيادة على أجرة المثل .

قال شيخنا ــ يعنى شيخ الإسلام ابن تيمية ــ : والصحيح أنه يجب عليه بذل ذلك

مجاناً ، كما دل عليه الكتاب والسنة . قال تعالى : ﴿ فويل للمصلين الذين هم عن صلاتهم ساهون ، الذين هم يراءون ، ويمنعون الماعون ﴾ .

قال ابن مسعود وابن عباس وغيرهما من الصحابة : هو إعارة القدر والدلو والفأس ونحوهما ، وفى الصحيحين عن النبى ﷺ ـــ وذكر الخيل ـــ قال : « هى لرجل أجر ، ولرجل ستر ، وعلى رجل وزر . فأما الذى هى له أجر فرجل ربطها فى سبيل الله ، وأما الذى هى له ستر ، فرجل ربطها تغنياً وتعففًا ، ولم ينس حق الله فى رقابها ، ولا فى ظهورها » . وفى الصحيحين عنه ﷺ أيضاً : « من حق الإبل إعارة دلوها ، وإطراق فحلها » وفى الصحيحين عنه ﷺ « أنه نهى عن عسب الفحل » أى عن أخذ الأجرة عليه ، وفى الصحيحين عنه ﷺ أنه قال : « لا يمنعن جار جاره أن يغرز خشبة فى جداره » .

ويمضى ابن تيمية فيقول كما يحكيه عنه تلميذه وصنو حياته وعلمه :

ولو احتاج إلى إجراء مائه فى أرض غيره من غير ضرر لصاحب الأرض ، فهل يجبر على ذلك ؟ روايتان عن أحمد ، والإجبار قول عمر بن الخطاب وغيره من الصحابة رضى الله عنهم . وقد قال جماعة من الصحابة والتابعين : (إن زكاة الحلى عاريته ، فإذا لم يعره فلا بد من زكاته) وهذا وجه فى مذهب أحمد .

(قلت) وهو الراجح ، وأنه لا يخلو الحلى من زكاة أو عارية . والمنافع التى يجب بذلها نوعان . منها ما هو حق المال ، كما ذكرنا فى الخيل والإبل والحلى ، ومنها ما يجب لحاجة الناس . وأيضًا فإن بذل منافع البدن تجب عند الحاجة ؛ كتعليم العلم وإفتاء الناس ، وأداء الشهادة والحكم بينهم والجهاد ، والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وغير ذلك من منافع الأبدان . وكذلك من أمكنه إنجاء الإنسان من مهلكة وجب عليه أن يخلصه ، فإن ترك ذلك ـــ مع قدرته ـــ أثم وضمنه ، فلا يمتنع وجوب بذل منافع الأموال للمحتاج ، وقد قال تعالى : ﴿ ولا يأب كاتب أن يكتب كما علّمه الله فليكتب ﴾ وقال تعالى : ﴿ ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا ﴾ .

وللفقهاء فى أخذ الجعل على الشهادة أربعة أقوال ، وهى أربعة أوجه فى مذهب أحمد (أحدها) أنه لا يجوز مطلقا . (والثانى) أنه يجوز عند الحاجة . (والثالث) أنه لا يجوز إلا أن يتعين عليه . (والرابع) أنه يجوز ، فإن أخذه عند التحمل لم يأخذ عند الأداء .

والمقصود أن ما قدره النبي ﷺ من الثمن في سراية العتق هو لأجل تكميل الحرية ، وهو حق الله تعالى وما احتاج إليه الناس من حاجة عامة ، فالحق فيه لله ، وذلك في الحقوق والحدود . فأما الحقوق فمثل حقوق المساجد ومال الفيء والوقف على أهل الحاجات ، وأموال الصدقات والمنافع العامة ، وأما الحدود فمثل حد المحاربة والسرقة والزنا وشرب الخمر المسكر .

وحاجة المسلمين إلى الطعام واللباس وغير ذلك مصلحة عامة ، ليس الحق فيها لواحد بعينه ، فتقدير الثمن فيها بثمن المثل على من وجب عليه البيع أولى من تقديره لتكميل الحرية ، لكن تكميل الحرية وجب على الشريك المعتق ، ولو لم يقدر فيها الثمن لتضرر بطلب الشريك الآخر ، فإنه يطلب ما شاء ، وهنا عموم الناس يشترون الطعام والثياب لأنفسهم وغيرهم ، فلو مكن من عنده سلع يحتاج الناس إليها أن يبيع بما شاء كان ضرر الناس أعظم ، ولهذا قال الفقهاء : إذا اضطر الإنسان إلى طعام الغير ، وجب عليه بذله له بثمن المثل .

وأبعدُ الأئمة عن إيجاب المعاوضة وتقديرها هو الشافعي ، ومع هذا فإنه يوجب على من اضطر الإنسان إلى طعامه أن يبذله له بثمن المثل ، وتنازع أصحاب الشافعي في جواز تسعير الطعام إذا كان بالناس إليه حاجة ، ولهم فيها وجهان :

وقال أصحاب أبي حنيفة : لا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس إلا إذا تعلق به حق ضرر العامة ، فإذا رفع إلى القاضي أمر المحتكر ببيع ما فضل من قوته وقوت أهله ، على اعتبار السعر في ذلك ، ونهاه عن الاحتكار ، فإن أبى حبسه وعزره على مقتضى رأيه ، زجرًا له ودفعًا للضرر عن الناس .

قالوا : فإن تعدى أرباب الطعام وتجاوزوا القيمة تعديًا فاحشًا ، وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير ، سعره حينئذ بمشورة أهل الرأي والبصيرة ، وهذا على أصل أبي حنيفة ظاهر لا يرى الحجر على الحر .

ومن باع منهم بما قدره الإمام صح لأنه غير مكره عليه .

قالوا : وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه ؟ على الخلاف المعروف في بيع مال المدين ، وقيل ههنا بالاتفاق ، لأن أبا حنيفة يرى الحجر لدفع الضرر العام والسعر لما غلا على عهد النبي ﷺ وطلبوا منه التسعير فامتنع ، لم يذكر أنه كان هناك من

عنده طعام امتنع من بيعه ، بل عامة من كان يبيع الطعام إنما هم جالبون يبيعونه إذا هبطوا السوق ، ولكن نهى النبى ﷺ أن يبيع حاضر لباد ، أى أن يكون له سمسارًا ، وقال : « دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » .

فنهى الحاضر العالم بالسعر أن يتوكل للبادى الجالب للسلعة ، لأنه إذا توكل له ــ مع خبرته بحاجة الناس ــ أغلى الثمن على المشترى فنهاه عن التوكل له ، مع أن جنس الوكالة مباح لما فى ذلك من زيادة السعر على الناس ، ونهى عن تلقى الجلب وجعل للبائع إذا هبط السوق الخيار ، ولهذا كان أكثر الفقهاء على أنه نهى عن ذلك لما فيه من ضرر البائع هنا ، فإذا لم يكن قد عرف السعر ، وتلقاه المتلقى قبل إتيانه إلى السوق اشتراه المشترى بدون ثمن المثل فغبنه ، فأثبت النبى ﷺ لهذا البائع الخيار .

ثم فيه عن أحمد روايتان كما تقدم (إحداهما) أن الخيار يثبت له مطلقا ؛ سواء غبن أو لم يغبن وهو ظاهر مذهب الشافعى (والثانية) أنه إنما يثبت عند الغبن وهو ظاهر مذهب الحنابلة . وقالت طائفة : بل نهى عن ذلك لما فيه من ضرر المشترى إذا تلقاه المتلقى فاشترى منه ، ثم باعه ، وفى الجملة فقد نهى النبى ﷺ عن البيع والشراء الذى جنسه حلال حتى يعلم البائع بالسعر ، وهو ثمن المثل ، ويعلم المشترى بالسلعة .

وصاحب القياس الفاسد يقول : للمشترى أن يشترى حيث شاء ، وقد اشترى من البائع كما يقول ؛ فله أن يتوكل للبائع الحاضر وغير الحاضر ، ولكن الشارع راعى المصلحة العامة ، فإن الجالب إذا لم يعرف السعر كان جاهلا بثمن المثل ، فيكون المشترى غاراً له .

وألحق أحمد ومالك بذلك كل مسترسل ، فإنه بمنزلة الجالب الجاهل بالسعر ، فتبين أنه يجب على الإنسان ألا يبيع مثل هؤلاء إلا بالسعر المعروف ، وهو ثمن المثل ، وإن لم يكونوا محتاجين إلى الابتياع منه ، لكن لكونهم جاهلين بالقيمة أو غير مماكسين ، والبيع يعتبر فيه الرضى ، والرضى يتبع العلم ، ومن لم يعلم أنه غبن فقد يرضى ، فإذا علم أنه رضى فلا بأس بذلك .

وفى السنن « أن رجلا كانت له شجرة فى أرض غيره ؛ وكان صاحب الأرض يتضرر بدخول صاحب الشجرة ، فشكا ذلك إلى النبى ﷺ فأمره أن يقبل بدلها أو يتبرع له بها ، فلم يفعل فأذن لصاحب الأرض أن يقلعها ، وقال لصاحب الشجرة : إنما أنت مضار »

وصاحب القياس الفاسد يقول : لا يجب عليه أن يبيع شجرته ولا يتبرع بها ، ولا يجوز لصاحب الأرض أن يقلعها ، لأنه تصرف فى ملك الغير بغير إذنه ، وإجبار على المعاوضة عليه ، وصاحب الشرع أوجب عليه إذا لم يتبرع بها أن يبيعها لما فى ذلك من مصلحة صاحب الأرض بخلاصه من تأذيه بدخول صاحب الشجرة ، ومصلحة صاحب الشجرة بأخذ القيمة ، وإن كان عليه فى ذلك ضرر يسير ، فضرر صاحب الأرض ببقائها فى بستانه أعظم ، فإن الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما ، فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة ، وإن أباه من أباه ، والمقصود : أن هذا دليل على وجوب البيع عند حاجة المشترى ، وأين حاجة هذا من حاجة عموم الناس إلى الطعام وغيره ؟

والحكم فى المعاوضة على المنافع إذا احتاج الناس إليها ــ كمنافع الدور ، والطحن والخبز ، وغير ذلك ــ حكم المعاوضة على الأعيان . وبعد فقد استعرضنا ملخصًا وافياً مركزًا لما عرض له ابن القيم وشيخه . قال ابن القيم : وجماع الأمر أن مصلحة الناس إذا لم تتم إلا بالتسعير . سعر عليهم تسعير عدل لا وكس ولا شطط ، وإذا اندفعت حاجتهم وقامت مصلحتهم بدونه لم يفعل ، وبالله التوفيق .

وقد قال الشوكانى فى النيل فى باب النهى عن التسعير : وقد استدل بالحديث وما ورد فى معناه على تحريم التسعير ، وأنه مظلمة ، ووجهه أن الناس مسلطون على أموالهم والتسعير حجر عليهم والإمام مأمور برعاية مصلحة المسلمين وليس نظره فى مصلحة المشترى برخص الثمن أولى من نظره فى مصلحة البائع بتوفير الثمن ، وإذا تقابل الأمران وجب تمكين الفريقين من الاجتهاد لأنفسهم وإلزام صاحب السلعة أن يبيع بما لا يرضى به مناف لقوله تعالى : ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم ﴾ وإلى هذا ذهب جمهور العلماء . وروى مالك أنه يجوز للإمام التسعير وأحاديث الباب ترد عليه . ثم قال يشرح وجهة نظره فى منع التسعير : وفى وجه الشافعية جواز التسعير فى حالة الغلاء . وهذا الرأى فى نظره مردود وما أوردناه فيه القول الفصل الذى يجعل التسعير يدور مع المصلحة حيث دارت ويقيد ولى الأمر بمراعاة الطرفين المتبايعين وإحقاق العدل بينهما وعدم تغليب طرف على آخر . ومعظم الناس بائعون ومشترون ، فالفاكهى يحتاج إلى شراء الثياب واللحمان وأدوات المدرسة لأولاده ، والورَّاق يشترى من الفاكهى ، والبدَّال والموظف فى ديوان الحكومة يأخذ رزقه بقدر فإذا باع التجار بالربح الفاحش فقد ضيق على العاملين عيشهم فتعين على ولىِّ الأمر أن يسعر مع منح التجار قدرًا مجزيًا من الربح ، ويتيح للتجارة أن تنفق وتزدهر بجلب أنواع البضاعة ليتوفر للناس ما تقوم به حياتهم والله تعالى أعلم .

قَالَ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللهُ تعالَى

(فصـــل) : ﴿ ويحرم الاحتكار فى الأقوات ؛ وهو أن يبتاع فى وقت الغلاء ويمسكه ليزداد فى ثمنه ، ومن أصحابنا من قال : يكره ولا يحرم ، وليس بشىء ، لما روى عمر رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » وروى معمر العذرى قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يحتكر إلا خاطىء » فدل على أنه حرام . فأما إذا ابتاع فى وقت الرخص أو جاءه من ضيعته طعام فأمسكه ليبيعه إذا غلا فلا يحرم ذلك لأنه فى معنى الجالب ، وقد روى عمر رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال : « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » وروى أبو الزناد قال : قلت لسعيد بن المسيب : « بلغنى عنك أنك قلت : إن رسول الله ﷺ قال : لا يحتكر بالمدينة إلا خاطىء ، وأنت تحتكر ؟ قال : ليس هذا الذى قال رسول الله ﷺ إنما قال رسول الله ﷺ :أن يأتى الرجل السلعة عند غلائهما فيغالى بها ، فأما أن يأتى الشىء وقد اتضع فيشتريه ، ثم يضعه فإن احتاج الناس إليه أخرجه ، فذلك خير » وأما غير الأقوات فيجوز احتكاره ، لما روى أبو أمامة رضى الله عنه قال : « نهى رسول الله ﷺ أن يحتكر الطعام » فدل على أن غيره يجوز ، ولأنه لا ضرر فى احتكار غير الأقوات فلم يمنع منه ﴾ .

(**الشـرح**) : حديث عمر رضى الله عنه قد رواه ابن ماجة بلفظ « سمعت رسول الله ﷺ يقول : « من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجذام والإفلاس » وفى إسناده الهيثم بن رافع ، قال أبو داود : روى حديثًا منكرًا ، قال الحافظ الذهبى : هو الذى خرجه ابن ماجة ، يعنى هذا ، وفى إسناده أيضًا أبو يحيى المكى ، وهو مجهول .

وللحديث شواهد أخرى أقوى منه وأصح ، كحديث سعيد بن المسيب عن معمر بن عبد الله العدوى أن النبى ﷺ قال : « لا يحتكر إلا خاطىء » رواه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذى وغيرهم . وحديث معقل بن يسار قال قال رسول الله ﷺ : « من دخل فى شىءمن أسعار المسلمين ليغليه عليهم كان حقًا على الله أن يقعده بعظم من النار يوم القيامة » . رواه أحمد والطبرانى فى معجميه الكبير والأوسط ، وفى إسناده زيد بن مرة أبو المغلى . قال فى مجمع الزوائد : ولم أجد من ترجمه وبقية رجاله رجال الصحيح .

وقال النووى فى تهذيب الأسماء واللغات : قوله فى المهذب فى آخر باب النجش فى تحريم الاحتكار وروى معمر العذرى قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يحتكر إلا خاطىء » هكذا وجد فى أصل المصنف وكذا هو فى النسخ معمر العذرى بعين مضمومة وذال معجمة ساكنة ، ثم راء وهو غلط وتصحيف وصوابه العدوى بفتح العين والدال المهملتين وبالواو منسوب إلى عدى بن لؤى .

وقال رحمه الله فى ترجمة معمر : (معمر العدوى الصحابى) مذكور فى المهذب فى باب الزنا وفى آخر باب النجش وهو معمر بن عبد الله بن نضلة بن عبد العزى بن خُرْثان (بضم الخاء المهملة وإسكان الراء المهملة والثاء) بن عوف بن عبيد (بفتح العين وكسر الباء) بن عوج (بفتح العين وكسر الواو والجيم) بن عدى بن كعب بن لؤى بن غالب القريشى العدوى يلتقى مع رسول الله ﷺ فى كعب ، ويقال له : معمر بن أبى معمر معدود فى أهل المدينة ، أسلم رضى الله عنه قديمًا وهاجر الهجرة الثانية إلى الحبشة وقدم المدينة عام خيبر مع أصحاب السفينتين ، وعاش عمرا طويلا ، قيل : إنه حلق شعر سول الله صلى الله عليه وآله وسلم فى حجة الوداع ، وهذه منقبة عظيمة لم يصل إليها غيره . ثم قال :

روى لمعمر سبعة أحاديث عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم ، ، روى له مسلم فى صحيحه منها واحدًا وهو الحديث المذكور فى المهذب « لا يحتكر إلا خاطىء » روى عنه سعيد بن المسيب ، وبُسر بن سعيد بضم الموحدة ، ووقع فى المهذب فى باب النجش معمر العذرى بضم العين وإسكان الذال المعجمة وبالراء ، وهو خطأ وتصحيف وصوابه العدوى بفتح العين والدال المهملة وبالواو نسبة إلى جده عدى .

وحديث أبى هريرة قال قال رسول الله ﷺ : « من احتكر حكرة يريد أن يغلى بها على المسلمين فهو خاطىء » رواه أحمد والحاكم وزاد « وقد برئت منه ذمة الله » وفى إسناده أبو معشر وهو ضعيف وقد وثقه بعضهم ، وحديث ابن عمر مرفوعًا « الجالب مرزوق ، والمحتكر ملعون » رواه ابن ماجة والحاكم وإسحاق بن راهويه والدارمى وأبو يعلى والعقيلى فى الضعفاء وضعف إسناده الحافظ ابن حجر ، ومنها حديث آخر عن ابن عمر عند أحمد والحاكم وابن أبى شيبة والبزار وأبى يعلى بلفظ « من احتكر الطعام أربعين ليلة فقد برىء من الله وبرىء الله منه » زاد الحاكم « وأيما أهل عرصة أصبح فيها امرؤ جائع فقد برئت منهم ذمة الله » وفى إسناده أصبغ بن زيد وكثير بن مرة ، والأول مختلف فيه ، والثانى قال ابن حزم

إنه مجهول ، وقال غيره : معروف ، ووثقه ابن سعد ، وروى عنه جماعة ، واحتج به النسائى . قال الحافظ بن حجر : ووهم ابن الجوزى فأخرج هذا الحديث فى الموضوعات وحكى ابن أبى حاتم عن أبيه أنه منكر اهـ .

أما أحكام الفصل : فهذه الأحاديث بمجموعها لا شك أنها تنتهض حجة للاستدلال على عدم جواز الاحتكار لو فرض عدم ثبوت شيء منها ، وأخذت بمجموعها ، فكيف وحديث معمر المذكور في صحيح مسلم ، والتصريح بأن المحتكر خاطىء كاف فى إفادة عدم الجواز ، لأن الخاطىء هو المذنب العاصى وهو فاعل من خطىء من باب علم إذا أثم فى فعله قاله أبو عبيدة وقال : سمعت الأزهرى يقول : خطىء إذا تعمد ، وأخطأ إذا لم يتعمد .

قال الأصحاب من الشافعية : إن المحرم إنما هو احتكار الأقوات خاصة لا غيرها ، ولا مقدار الكفاية منها ، وإلى ذلك ذهب الزيدية أيضًا ، وذهب الشوكانى إلى أن الأحاديث ظاهرها يحرم الاحتكار من غير فرق بين قوت الآدمى والدواب ، وبين غيره والتصريح (بالطعام) فى بعض الروايات لا يصلح لتقييد بقية الروايات المطلقة ، ويمكن الرد عليه بأن المقرر فى قواعد الأصول أن المطلق يحمل على المقيد وأن العام يحمل على الخاص إلا أن الشوكانى يخرج من هذا المأزق بقوله : إنه من باب التنصيص على فرد من الأفراد التى يطلق عليها المطلق ، وذلك لأن نفى الحكم عن غير الطعام إنما هو لمفهوم اللقب ، وهو غير معمول به عند الجمهور ، وما كان كذلك لا يصلح للتقييد على ما تقرر فى الأصول أيضًا .

ويفرق العلماء بين الاحتكار والادخار ، فالاحتكار اختزان السلعة وحبسها عن طلابها حتى يتحكم المختزن فى رفع سعرها لقلة المعروض منها أو انعدامه ، فيتسنى له أن يغليها حسبما يشاء وهذا حرام بالإجماع فى ضرورات الحياة ، مكروه فى كمالياتها ، ويمكن أن يلحق بالأقوات ما يترتب على احتكاره من تلف وهلاك يصيب الناس ، كاحتكار الثياب فى وقت البرد الشديد مع حاجة الناس إليه ، وحبس وسائل النقل للجند فى إبان الجهاد لما فى ذلك من إضعاف لقوة المسلمين وإتاحة الفرصة لتفوق العدو عليهم وغلبته ، أما الادخار فقد قال ابن رسلان فى شرح السنن : ولا خلاف فى أن ما يدخره الإنسان من قوت وما يحتاجون إليه من سمن وعسل وغير ذلك جائز لا بأس به اهـ . ويقول الشوكانى

نقلا عن أئمة الشافعية : إنما المحرم هو احتكار الأقوات خاصة لا غيرها ولا مقدار الكفاية منها ، ويدل على ذلك ما ثبت أن النبى ﷺ كان يعطى كل واحدة من زوجاته مائة وسق من خيبر .

قال ابن رسلان فى شرح السنن : وقد كان رسول الله ﷺ يدخر لأهله قوت سنتهم من تمر وغيره . قال أبو داود : قيل لسعيد ــ يعني ابن المسيب ــ فإنك تحتكر . قال : ومعمر كان يحتكر ، وكذا فى صحيح مسلم . قال ابن عبد البر وآخرون : إنما كانا ــ يعنى ابن المسيب ومعمراً ــ يحتكران الزيت ، وحملا الحديث على احتكار القوت عند الحاجة . وكذلك حمله الشافعي وأبو حنيفة وآخرون .

قال الشوكانى : ويدل على اعتبار الحاجة وقصد إغلاء السعر على المسلمين قوله فى حديث معقل : « من دخل فى شيء من أسعار المسلمين ليغليه عليهم » وقوله فى حديث أبى هريرة « يريد أن يغلى بها على المسلمين » قال أبو داود : سألت أحمد بن حنبل ما الحكرة ؟ قال : ما فيه عيش الناس ، أى حياتهم وقوتهم . وقال الأثرم : سمعت أبا عبد الله ــ يعنى أحمد بن حنبل ــ يسأل عن أى شيء الاحتكار ؟ فقال : إذا كان من قوت الناس فهو الذى يكره . وهذا قول عمر . وقال الأوزاعى : المحتكر من يعترض السوق ، أى ينصب نفسه للتردد إلى الأسواق ليشترى منها الطعام الذى يحتاجون إليه ليحتكره .

قال السبكى : « الذى ينبغى أن يقال فى ذلك أنه إن منع غيره من الشراء وحصل به ضيق حرم . وإن كانت الأسعار رخيصة وكان القدر الذى يشتريه لا حاجة بالناس إليه ، فليس لمنعه من شرائه وادخاره إلى وقت حاجة الناس إليه معنى » قال القاضى حسين والرويانى « وربما يكون هذا حسنة لأنه ينفع به الناس » وقطع المحاملى فى المقنع باستحبابه . قال أصحاب الشافعى « الأولى بيع الفاضل عن الكفاية » . قال السبكى : « أما إمساكه حالة استغناء أهل البلد عنه رغبة فى أن يبيعه إليهم وقت حاجتهم إليه ، فينبغى أن لا يكره ، بل يستحب .

قال الشوكانى : « والحاصل أن العلة إذا كانت هى الإضرار بالمسلمين لم يحرم الاحتكار إلا على وجه يضربهم ، ويستوى فى ذلك القوت وغيره لأنهم يتضررون بالجميع » وقال الغزالى فى الإحياء : « ما ليس بقوت ولا معين عليه فلا يتعدى النهى إليه ، وإن كان مطعوماً وما يعين على القوت كاللحم والفواكه وما يسد مسد شيء

من القوت فى بعض الأحوال ، وإن كان لا يمكن المداومة عليه فهو فى محل النظر . فمن العلماء من طرد التحريم فى السمن والعسل والشيرج والجبن والزيت وما يجرى مجراه . وقال السبكى : « إذا كان فى وقت قحط كان فى ادخار العسل والسمن والشيرج وأمثالها إضرار ، فينبغى أن يُقضى بتحريمه وإذا لم يكن إضرار فلا يخلو احتكار الأقوات عن كراهة » . وقال القاضى حسين : « إذا كان الناس يحتاجون الثياب ونحوها لشدة البرد أو لستر العورة فكره لمن عنده ذلك إمساكه » قال السبكى : « إن أراد كراهة تحريم فظاهر ، وإن أراد كراهة تنزيه فبعيد » .

وحكى أبو داود عن قتادة أنه قال : « ليس فى التمر حكرة » وحكى أيضاً عن سفيان أنه سئل عن كبس القت فقال : « كانوا يكرهون الحكرة » والكبس بفتح الكاف وإسكان الباء الموحدة ، والقت بفتح القاف وتشديد التاء الفوقية ، وهو اليابس من القضب . قال الطيبى : إن التقييد بالأربعين يشير إلى حديث ادخار الطعام أربعين يوماً ، اليوم غير مراد به التحديد . قال الشوكانى : « ولم أجد من ذهب إلى العمل بهذا العدد » .

ونختم هذا الفصل بما أورد الإمام النووى رضى الله عنه فى شرحه لصحيح مسلم عند حديث معمر بن عبد الله مرفوعاً : « من احتكر فهو خاطىء » قال النووى : قال أهل اللغة « الخاطىء بالهمز هو العاصى الآثم » وهذا الحديث صريح فى تحريم الاحتكار فى الأقوات خاصة ، وهو أن يشترى الطعام فى وقت الغلاء للتجارة ولا يبيعه فى الحال بل يدخره ليغلو ثمنه . فأما إذا جاءه من قريته أو اشتراه فى وقت الرخص وادخره ، أو ابتاعه فى وقت الغلاء لحاجته إلى أكله ، أو ابتاعه ليبيعه فى وقته فليس باحتكار ولا تحريم فيه .

قال : وأما غير الأقوات فلا يحرم الاحتكار فيه بكل حال ، هذا تفصيل مذهبنا قال العلماء : « والحكمة فى تحريم الاحتكار دفع الضرر عن عامة الناس ، كما أجمع العلماء على أنه لو كان عند إنسان طعام واضطر الناس إليه ولم يجدوا غيره أجبر على بيعه دفعاً للضرر عن الناس » .

وأما ما ذكر فى الكتاب ــ يعنى فى صحيح مسلم ــ عن سعيد بن المسيب ومعمر راوى الحديث أنهما كانا يحتكران ، فقال ابن عبد البر وآخرون : إنما كانا يحتكران الزيت ، وحملا الحديث على احتكار القوت عند الحاجة إليه والغلاء ، وكذا حمله الشافعى وأبو حنيفة وآخرون . وهو الصحيح والله تعالى أعلم .

قالَ المُصنِّفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

باب اختلاف المتبايعين وهلاك المبيع

﴿ إذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن ، ولم تكن بينة تحالفا ، لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « لو أن الناس أُعطوا بدعاويهم لا دَّعى ناسٌ من الناس دماءَ ناس وأموالهم ، لكن اليمين على المدَّعى عليه » فجعل اليمين على المدعى عليه والبائع مدعى عليه بيع بألف والمشترى مدعى عليه بيع بألفين ، فوجب أن يكون على كل واحد منهما اليمين لأن كل واحد منهما مدعى عليه ولا بينة فتحالفا ، كما لو ادعى رجل دينارًا وادعى الآخر على المدعى درهماً ﴾ .

(**فصل**) : قال الشافعي ــ رحمه الله ــ في البيوع : يبدأ بيمين البائع . وقال في الصداق : إذا اختلف الزوجان يبدأ بيمين الزوج . والزوج كالمشترى . وقال في الدعوى والبينات : إن بدأ بالبائع خُير المشترى ، وإن بدأ بالمشترى خُيِّر البائع ، وهذا يدل على أنه مخيّر بين أن يبدأ بالبائع وبين أن يبدأ بالمشترى ، فمن أصحابنا من قال : فيها ثلاثة أقوال : (أحدها) يبدأ بالمشترى ؛ لأن جَنَبَته أقوى ، لأن المبيع على ملكه فكان بالبداية أولى . (والثاني) يبدأ بمن شاء منهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر في الدعوى فتساويا ، كما لو تداعيا شيئاً في يديهما . (والثالث) أنه يبدأ بالبائع وهو الصحيح ، لما روى ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : « إذا اختلف البيعان فالقول ما قال البائع ، والمبتاع بالخيار » فبدأ بالبائع ثم خير المبتاع ، ولأن جنبته أقوى لأنه إذا تحالفا رجع المبيع إليه فكانت البداية به أولى ومن أصحابنا من قال : هي على قول واحد أنه يبدأ بالبائع ويخالف الزوج في الصداق لأن جنبته أقوى من جنبة الزوجة ، لأن البضع بعد التحالف على ملك الزوج فكان بالتقديم أولى ، وها هنا جنبة البائع أقوى لأن المبيع بعد التحالف على ملك البائع فكان البائع بالتقديم أولى ، والذى قال في الدعوى والبينات ليس بمذهب له ، وإنما حكى ما يفعله الحاكم باجتهاده لأنه موضع اجتهاد فقال : إن حَلَّف الحاكمُ البائع باجتهاده خَيّر المشترى ، وإن حَلّف المشترى خيّر البائع ﴾ .

(**الشـرح**) : حديث ابن عباس رضى الله عنهما رواه مسلم فى صحيحه بلفظ « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه» وفى رواية أن النبى ﷺ « قضى باليمين على المدعى عليه » هكذا روى هذا الحديث البخارى ومسلم فى صحيحيهما مرفوعاً من رواية ابن عباس . وهكذا ذكره أصحاب السنن وغيرهم ، قال الإمام النووى رضى الله عنه فى شرح مسلم :

قال القاضى عياض رضى الله عنه ، قال الأصيلى : لا يصح مرفوعاً ، إنما هو قول ابن عباس ، كذا رواه أيوب ونافع الجمحى عن ابن أبى ملكية عن ابن عباس رضى الله عنهما ، قال القاضى : قد رواه البخارى ومسلم من رواية ابن جريج مرفوعاً هذا كلام القاضى . قال النووى (قلت) وقد رواه أبو داود والترمذى بأسانيدهما عن نافع بن عمر الجمحى عن ابن أبى ملكيه عن ابن عباس مرفوعاً . قال الترمذى : حديث حسن صحيح . وجاء فى رواية البيهقى وغيره باسناد حسن أو صحيح زيادة عن ابن عباس أن النبى ﷺ قال : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ، ولكن البينة على المدعى ، واليمين على من أنكر » ا هـ . (قلت) وسيأتى استقصاء طرق هذا الحديث فى القسامة إن شاء الله تعالى .

أما حديث ابن مسعود رضى الله عنه ، فقد أخرجه أحمد وأبو داود والنسائى وابن ماجه بلفظ « إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فالقول ما يقول صاحب السلعة أو يترادّان » وزاد ابن ماجه « والبيع قائم بعينه » وكذلك أحمد فى رواية « والسلعة كما هى » وللدارقطنى عن أبى وائل عن عبد الله قال : « إذا اختلف البيعان والبيع مستهلك فالقول قول البائع » قال ابن تيمية الجد : ورفع الحديث إلى النبى ﷺ ولأحمد والنسائى عن أبى عبيدة : « وأتاه رجلان تبايعا سلعة فقال هذا : أخذت بكذا وكذا ، وقال هذا : بعت بكذا وكذا ، فقال أبو عبيدة : أتى عبد الله فى مثل هذا فقال : حضرت النبى ﷺ فى مثل هذا فأمر بالبائع أن يستحلف ثم يخيّر المبتاع إن شاء أخذ وإن شاء ترك » .

وحديث ابن مسعود هذا أخرجه أيضاً الشافعى من طريق سعيد بن سالم عن ابن جريج عن اسماعيل بم أمية عبد الملك بن عمير عن أبى عبيدة عن أبيه عبد الله بن مسعود ، وقد اختلف فيه على إسماعيل بن أمية ثم على ابن جريج وقد اختلف فى صحة سماع أبى عبيدة من أبيه .

وقال الماوردى فى الحاوى جـ ١ ورقة ٢٣٨ تحت رقم ٨٢ مخطوطات دار الوثائق : قال الشافعى رحمه الله : أخبرنا سفيان عن محمد بن عجلان بن عون بن عبد الله عن

عبد الله بن مسعود أن رسول الله ﷺ قال : « إذا اختلف البيعان فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار » .

ورواه من طريق أبى عبيدة أحمد والنسائى والدارقطنى وقد صححه الحاكم وابن السكن ، ورواه أيضاً الشافعى من طريق سفيان بن عجلان عن عون بن عبد الله بن عتبة عن ابن مسعود ، وفيه أيضاً انقطاع ، لأن عوناً لم يدرك ابن مسعود . ورواه الدارقطنى من طريق القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه عن جده . وفيه إسماعيل بن عياش عن موسى بن عقبة . ورواه أبو داود من طريق عبد الرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث بن قيس عن أبيه عن جده عن ابن مسعود .

وأخرجه أيضاً من طريق محمد بن أبى ليلى عن القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه عن عبد الله بن مسعود ، ومحمد بن أبى ليلى لا يحتج به وعبد الرحمن لم يسمع من أبيه . ورواه ابن ماجه والترمذى من طريق عون بن عبد الله أيضاً عن ابن مسعود وهو منقطع .

قال العلامة ابن القيم : وأما الحديث المشهور عن ألسنة الفقهاء « البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » فهذا قد روى ولكن ليس له إسناده فى الصحة والشهرة مثل غيره ولا رواه عامة أصحاب السنن المشهورة ، ولا قال بعمومه أحد من علماء الأمة ، إلا طائفة من فقهاء الكوفة مثل أبى حنيفة وغيره ، فإنهم يرون دائماً اليمين فى جانب المنكر ، حتى فى القسامة يحلفون المدعى عليه ولا يقضون بالشاهد واليمين ، ولا يردون اليمين على المدعى عند النكول ، واستدلوا بعموم الحديث .

ثم ساق ابن القيم نماذج من أحكام الرسول ﷺ توافق معنى هذا الحديث فى المعاملات ، ولا تأخذ به فى الجنايات .

قال البيهقى : وأصح إسناد روى فى هذا الباب رواية أبى العميس عن عبد الرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث بن قيس عن أبيه عن جده ، ورواه أيضا الدارقطنى من طريق القاسم بن عبد الرحمن ، قال الحافظ ابن حجر : ورجاله ثقات إلا أن عبد الرحمن اختلف فى سماعه من أبيه .

ورواية التراد رواها أيضا مالك بلاغا والترمذى وابن ماجه باسناد منقطع ، ورواه أيضاً

الطبرانى بلفظ « البيعان إذا اختلفا فى البيع ترادًّا » قال الحافظ ابن حجر : رواته ثقات لكن اختلف فى عبد الرحمن بن صالح يعنى الراوى له عن فضيل بن عياض عن منصور عن إبراهيم عن علقمة عن ابن مسعود قال : وما أظنه حفظه ، فقد جزم الشافعى أن طرق هذا الحديث عن ابن مسعود ليس فيها شيء موصول . ورواه أيضاً النسائى والبيهقى والحاكم من طريق عبد الرحمن بن قيس بالإسناد الذى رواه عنه أبو داود كما سلف ، وصححه من هذا الوجه الحاكم ، وحسنه البيهقى ، ورواه عبد الله بن أحمد فى زيادات المسند من طريق القاسم بن عبد الرحمن عن جده بلفظ : إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ، ولا بينة لأحدهما تحالفا » ورواه من هذا الوجه الطبرانى والدارمى ، وقد انفرد بقوله : (والسلعة قائمة) محمد بن أبى ليلى وهو ضعيف لسوء حفظه .

قال الخطابى : إن هذه اللفظة يعنى (والسلعة قائمة) لا تصح من طريق النقل مع احتمال أن يكون ذكرها من التغليب ، لأن أكثر ما يعرض النزاع حال قيام السلعة ، كقوله تعالى : ﴿ فى حجوركم ﴾ ولم يفرق أكثر الفقهاء بين القائم والتالف ا هـ .

قال ابن عبد البر : إن هذا الحديث منقطع إلا أنه مشهور الأصل عند جماعة تلقوه بالقبول ، وبنوا عليه كثيراً من فروعه ، وأعله ابن حزم بالانقطاع وتابعه عبد الحق ، وأعله ابن القطان بالجهالة فى عبد الرحمن وأبيه وجده .

وقال الخطابى : هذا حديث قد اصطلح الفقهاء على قبوله ، وذلك يدل على أن له أصلا وإن كان فى إسناده مقال ، كما اصطلحوا على قبول : لا وصية لوارث وإسناده فيه ما فيه ا هـ .

(**أما لغات الفصل**) : فقوله (جنبته) أى جانبه و (البُضع) بضم الباء الموحدة وسكون الضاد المعجمة وجمعه أبضاع مثل قفل وأقفال يطلق على الفرج والجماع وقيل البضع مصدر أيضاً مثل السكر والكفر ، وأبضعت المرأة إبضاعاً زوجتها وتستأمر النساء فى أبضاعهن ، ويقال : ملك بُضعها أى جماعها ، والبضاع الجماع وزناً ومعنى ، وهو اسم من باضعها مباضعة .

(**أما أحكام الفصل**) : فقد اتفق الأئمة الأربعة على أنه إذا حصل بين المتبايعين اختلاف فى قدر الثمن ولا بينة تحالفا أى يحلف كل منهما على نفى دعوى صاحبه مع تحقيق دعواه ويتفاسخان هذا ما وجدته فى مسائل الاتفاق فى هذا الفصل . وأما ما اختلفوا فيه ، فمن ذلك قول الإمام الشافعى : إنه يبدأ بيمين البائع ، وهو ما عبر

عنه المصنف بقوله : ولأن جنبته أقوى . أما أبو حنيفة وبعض الأصحاب من الشافعية فقالوا : يبدأ بيمين المشترى ، ويبدو أن اختلاف المتبايعين يجعل كل واحد منهما يريد أن يكون له الحظ الأوفر من حكم القاضى لنفسه دون أخيه ، ومثل ذلك أنه إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ، فقال البائع : بعتك بعشرين ، وقال المشترى : بل بعشرة ولأحدهما بينة حكم بها ، وإن لم يكن لهما بينة تحالفا، وقال الإمام الزنجانى فى كتابه تخريج الفروع على الأصول فى مسألة (المعدول عن القياس يجوز أن يقاس عليه ما فى معناه عند الشافعى) ويتفرع عن هذا الأصل مسائل منها :

إذا اختلف المتبايعان والسلعة هالكة فى يد المشترى أو خرجت من ملكه أو صارت بحال لا يقدر على ردها بالعيب يتحالفان عند الشافعى رضى الله عنه ويترادان القيمة لأن كل واحد منهما يدعى عقدا غير العقد الذى يدعيه صاحبه ، فيحلف كل واحد على نفى دعوى صاحبه كما فى حال قيام السلعة اهـ . وبهذا قال الشافعى وأبو حنيفة ومالك فى رواية عنه ، وشريح ؛ وفى رواية عن مالك : القول قول المشترى مع يمينه وبه قال أبو ثور وزفر ؛ لأن البائع يدعى عشرة زائدة ينكرها المشترى ، والقول قول المنكر ، وقال الشعبى : القول قول البائع أو يترادان .

وقالت المالكية : فعن المدونة إن اختلفا فى الصفة فالقول للبائع أن انتقد مع يمينه. أى قبض نقدا ــ وإن لم ينتقد فللمبتاع أى بيمينه . وقال الخرشى : ويبدأ اليمين بالبائع ، ولا فرق فى ذلك بين كون المبيع قائمًا أو فائتًا ، وجد شبه منهما أو من أحدهما أولًا ولكن يرد المشترى السلعة مع القيام وبرد القيمة مع الفوات اهـ .

قال ابن قدامة فى المغنى : ويحتمل أن يكون معنى القولين واحدًا ، وأن القول قول البائع مع يمينه ، فإذا حلف فرضى المشترى بذلك أخذ به ، وإن أبى حلف أيضًا وفسخ البيع بينهما ، لأن فى ألفاظ حديث ابن مسعود أن النبى ﷺ قال : « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ، ولا بينة لأحدهما تحالفا » ولأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه ، فإن البائع يدعى عقدًا بعشرين ينكره المشترى ، والمشترى يدعى عقدًا بعشرة ينكره البائع ، والعقد بعشرة غير العقد بعشرين فشرعت اليمين فى حقهما .

قال الرملى فى نهاية المحتاج شرح المنهاج : عند الاختلاف فى قدر الثمن أو صفة المبيع : والأصح تصديق البائع أو الأجل بأن أثبته المشترى ونفاه البائع أو قدره كشهر أو شهرين أو قدر المبيع كمد من هذه الصبرة ، مثلا بدرهم ، فيقول : بل مدين ، ولا بينة

لأحدهما يعول عليها ، فشمل ما لو أقام كل بينة وتعارضتا لإطلاقهما أو إطلاق أحدهما فقط ، أو لكونهما أرختا بتاريخين متفقين تحالفا ، لخبر مسلم « اليمين على المدعى » وكل منهما مدع ومدعى عليه اهـ .

وأما ما استند إليه القائلون بعدم التحالف كابن المقرى فى بعض نسخ الروض من إمكان الفسخ فى زمنه فقد رد بأن التحالف لم يوضع للفسخ ، بل عرضت اليمين رجاء أن ينكل الكاذب فيتقرر العقد بيمين الصادق ، فإذا اختلفا فى الصحة أو العقد هل هو بيع أو هبة فلا تحالف كما سيأتى من كلام المصنف . فإذا كان لأحدهما بينة قضى بها ، فإن كان بينتان مؤرختان بتاريخين مختلفين فإنه يقضى بالأولى منهما ، ولو اختلفا فى الثمن أو المبيع بعض القبض مع الإقالة أو التلف الذى ينفسخ به العقد فلا تحالف ، بل يحلف مدعى النقص ، لأنه غارم ، ولهذا زاد بعضهم قيدًا ، وهو بقاء العقد إلى وقت التنازع احترازًا عما ذكر وعند أبى حنيفة وأبى يوسف كما فى فتح القدير (٦ / ١٩٠) وفى كشف الحقائق (٢/ ١١٠) لا يتحالفان ، لأن التحالف على القبض على وفاق من حيث أن البائع يدعى زيادة على ألف والمشترى ينكرها والمشترى يدعى وجوب التسليم عند أداء الألف والبائع ينكره فيتحالفان . أما بعد القبض فالتحالف على خلاف القياس فلا يلتحق به هلاك السلعة .

وأورد على الضابط اختلافهما فى عين المبيع والثمن معا مثل : بعتك هذه السيارة الركوب بمائة دينار ، فيقول : بل النقل بمائتى دينار فلا تحالف جزمًا إذ لم يتواردا على شىء واحد ؛ مع أنهما اتفقا على بيع صحيح واختلفا فى كيفيته فيحلف كل على نفى ما ادعى عليه على الأصل .

قال الشافعى فى مختصر المزنى بعد أن أورد حديث ابن مسعود من طريق سفيان ومالك الذى رواه مالك بلاغا ــ يعنى قال : بلغنى عن ابن مسعود إلخ . قال الشافعى : « قضى رسول الله ﷺ أن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » فإذا تبايعا عبدًا فقال البائع : بألف والمشترى بخمسمائة فالبائع يدعى فضل الثمن ، والمدعى يشترى فضل السلعة بأقل من الثمن ، فيتحالفان ، فإن حلفا معًا قيل للمشترى : أنت بالخيار فى أخذه بألف أو رده ، ولا يلزمك مالا تقر به ، فأيهما نكل عن اليمين وحلف صاحبه حكم له .

قال الشافعى رضى الله عنه : وإذا حكم النبى ﷺ وهما متصادقان على البيع ومختلفان فى الثمن ينقض البيع ، ووجدنا الغائب فى كل ما نقض فيه القائم منتقضًا ، فعلى المشترى رده إن كان قائمًا أو قيمته إن كان فائتًا . كانت أقل من الثمن أو أكثر . قال المزنى : يقول : صارا فى معنى من لم يتبايع ، فيأخذ البائع عبده قائمًا أو قيمته متلفًا ، قال : فرجع محمد بن الحسن إلى ما قلنا وخالف صاحبيه ـــ يعنى أبا حنيفة وأبا يوسف ـــ وقال : لا أعلم ما قالا إلا خلاف القياس والسنة . قال : والمعقود إذا تناقضاه وهى فائتة ؛ لأن الحكم أن يفسخ العقد فقائم وفائت سواء .

قال المزنى : ولو لم يختلفا وقال كل واحد منهما : لا أدفع حتى أقبض فالذى أحب الشافعى من أقاويل وصفها أن يؤمر البائع بدفع السلعة ، ويجبر المشترى على دفع الثمن من ساعته ، فإن غاب وله مال أشهد على وقف ماله وأشهد على وقف السلعة ، فإذا دفع أطلق عنه الوقف ، وإن لم يكن له مال فهذا مفلس والبائع أحق بسلعته ولا يدع الناس يتمانعون الحقوق وهو يقدر على أخذها منهم اهـ .

(**فائدة**) : لقن القاضى حسينُ حسانَ بن سعيد المنيعى مسألة ليغالط بها فقهاء مرو إذا قدم عليهم وصورتها : رجل غصب حنطة فى زمن الغلاء وفى زمن الرخص طالبه المالك فهل يطالب بالمثل أو القيمة ؟ فمن قال : إنه يطالب بالمثل فقط غلط ومن قال : يطالب بالقيمة غلط لأن فى المسألة تفصيلا :

إذا تلفت الحنطة فى يده كما هى قبل الطحن كما إذا احترقت وجب المثل ، وإن طحن وعجن وخبز وأكل فعليه القيمة لأن الطحن والعجن والخبز من ذوات القيم (نقل ذلك أبو سعد الهروى فى الإشراف والرافعى فى الشرح الكبير للوجيز) والقاضى حسين ابن محمد المروزى وحسان بن سعيد المنيعى أحد الذين تفقهوا على القاضى حسين .

قَالَ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ الله تعالَى

(فصل) : ﴿ ويجب أن يجمع كل واحد منهما فى اليمين بين النفى والإثبات لأنه يدعى عقدًا وينكر عقدًا ، فيجب أن يحلف عليهما ، ويجب أن يقدم النفى على الإثبات . وقال أبو سعيد الاصطخرى : يقدم الإثبات على النفى كما قدمنا الإثبات على النفى فى اللعان ، والمذهب الأول ؛ لأن الأصل فى اليمين أن يبدأ بالنفى ، وهى

يمين المدعى عليه ، فوجب أن يبدأ ههنا أيضًا بالنفى ، ويخالف اللعان فإنه لا أصل له فى البداية بالنفى ، وهل يجمع بين النفى والإثبات بيمين واحدة أم لا ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يجمع بينهما بيمين واحدة ، وهو المنصوص فى الأم ، لأنه أقرب إلى فصل القضاء ، فعلى هذا يحلف البائع أنه لم يبع بألف ، ولق باع بألفين ويحلف المشترى أنه ما اشترى بألفين ولقد شترى بألف ، فإن نكل المشترى قضى للبائع وإن حلف فقد تحالفا .

(والثانى) أنه يفرد النفى بيمين والإثبات بيمين ؛ لأنه دعوى عقد وإنكار فافتقر إلى يمينين ؛ ولأنا إذا جمعنا بينهما بيمين واحدة حلَّفنا البائع على الإثبات قبل نكول المشترى عن يمين النفى ، وذلك لا يجوز ، فعلى هذا يحلف البائع أنه ما باع بألف ، ثم يحلف المشترى أنه ما ابتاع بألفين ، فإن نكل المشترى حلف البائع أنه ما باع بألفين وقضى له ، فإن حلف المشترى حلف البائع أنه باع بألفين ثم يحلف المشترى أنه ابتاع بألف ، فإن نكل قضى للبائع ، وإن حلف فقد تحالفا ﴾ .

(الشرح) : هذا الفصل بيَّن كيفية اليمين ومضمونها لأن كل واحد من المتبايعين ينطوى موقفه على حالتى إثبات ونفى ، ومن ثم أن يكون حلفه مشتملا على أركان الدعوى من إثبات ونفى ، فمثلا المبتدىء باليمين يحلف ما بعته بعشرة وإنما بعته بعشرين ، فإن شاء المشترى أخذه بما قاله البائع ، وإلا يحلف ما اشتريته بعشرين ، وإنما اشتريته بعشرة وبهذا قال الشافعى فى الأم ، وقال أبو حنيفة : يبتدىء بيمين المشترى لأنه منكر ، واليمين فى جنبته أقوى ولأنه يقضى بنكوله وينفصل الحكم ، وما كان أقرب إلى فصل الخصومة كان أولى .

ولنا قول النبى ﷺ « فالقول ما قال البائع » وفى لفظ « ما قال البائع ، والمشترى بالخيار » رواه أحمد ومعناه إن شاء أخذ وإن شاء حلف ؛ ولأن البائع أقوى جنبة ، لأنهما إذا تحالفا عاد المبيع إليه ، فكان أقوى كصاحب اليد وقد بينا أن كل واحد منهما منكر من وجه فيتساويان فى هذا الوجه ، والبائع إذا نكل فهو بمنزلة نكول المشترى يحلف الآخر ويقضى له فهما سواء .

وإذا حلف البائع فنكل المشترى عن اليمين قضى عليه ، وإن نكل البائع حلف المشترى وقضى له ، وإن حلفا جميعًا لم ينفسخ البيع لأن العقد صحيح ، والتحالف لا يفسخ العقد ، كما لو أقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه ، لكن إن رضى أحدهما بما قال صاحبه أقر العقد بينهما ، وإن لم يرضيا فلكل واحد منهما الخيار ، أما على المذهب.تفصيلا فهل يستحب الحلف من البائع أو لا أم المشترى ؟ على أربعة أقوال (أصحها) يبدأ فى اليمين بالبائع لأن جانبه أقوى بعود المبيع الذى هو المقصود بالذات إليه بالفسخ الناشىء عن التحالف ، ولأن ملكه على الثمن قد تم بالعقد ، وملك المشترى على المبيع لا يتم إلا بالقبض ولأنه يأتى بصورة العقد ، وصورة المسألة أن المبيع معين والثمن فى الذمة ، ومن ثم بدىء بالمشترى فى عكس ذلك لأنه أقوى حينئذ ، ويخبر الحاكم بالبداءة بأيهما أداه إليه اجتهاده فيما إذا كانا معينين أو فى الذمة ، والزوج فى الصداق كالبائع ، فيبدأ به لقوة جانبه ببقاء التمتع له ، ولأن أثر التحالف يظهر فى الصداق إلا فى البضع وهو باذله فكان كبائعه ، والخلاف فى الاستحباب لحصول المقصود بكل تقدير (الثانى) يبدأ فى اليمين بالمشترى لقوة جانبه بالمبيع ، وهو قول أبى حنيفة ووجه عند الأصحاب باعتبار أن رب السلعة فى الحال هو المشترى ، وللحديث ، فالقول ما يقول رب السلعة .

(الثالث) يتساويان لأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه ، فلا ترجيح فيتخير الحاكم فيمن يبدأ به منهما (الرابع) يقرع بينهما فمن قرع بدىء به ، وذلك لأن القرعة سبيل لحسم النزاع عند التشاح .

قال الغزالى فى الوجيز : أما كيفية اليمين فالبداءة بالبائع ، وفى السلم بالمسلم إليه وفى الكتابة بالسيد ، لأنهما فى رتبة البائع ، وفى الصداق بالزوج لأنه فى رتبة بائع الصداق ،وأثر التحالف يظهر فيه لا فى البضع ، وقيل : إنه يبدأ بالمشترى وهو مخرج ، وقيل : يتساويان فيقدم بالقرعة أو برأى القاضى اهـ .

وفى كيفية اليمين أقوال :

(أحدها) أن يجمع بين النفى والإثبات بيمين واحدة مطلقا ، والصيغة التى اتفقوا عليها أن يقول : والله ما بعت بكذا ولقد بعت بكذا ، ويقول المشترى : والله ما اشتريت بكذا ، ولقد اشتريت بكذا ، أو يأتى بلفظ (وإنما) بدل (ولقد) وأباه بعضهم لما فيه

من إبهام اشتراط الحصر ، وفى رأى شمس الدين الرملى ـــ وهو الملقب بالشافعى الصغير ـــ لا يكفى قوله ما بعت إلا بكذا ، لأن الأيمان لا يكتفى فيها باللوازم ، بل لا بد من الصريح ، لأن فيها نوعا من التعبد ، ومن هنا كان قولا ثانيًا وهو :

(ثانيها) أن يبدأ بالنفى ثم الإثبات بيمين واحدة لكليهما .

(ثالثها) أن يبدأ بالإثبات ثم بالنفى بيمين واحدة لكليهما ، لأنه دعوى عقد وإنكار عقد فافتقر إلى يمينين .

(رابعها) أن يبدأ بالنفى بيمين ثم بالإثبات بيمين أخرى ، وهو المستحب فى قول الرملى فى نهاية المحتاج .

(خامسها) أن يبدأ بالإثبات بيمين ثم بالنفى بيمين أخرى .

(سادسها) أن يبدأ بما شاء منهما بيمين والآخر بيمين أخرى .

والصواب أن يبدأ القاضى ـــ إذ ترافعا إليه أو أحدهما ـــ بيمين البائع وحسبه فى ذلك أن يقول : والله ما بعت بكذا ولقد بعت بكذا . والله تعالى أعلم .

على أن الاختلاف يشمل المبيع والثمن ، لأن قوله : إذا اختلف المتبايعان مع حذف المتعلق مشعر بالتعميم فى مثل هذا المقام ، على ما قرره علماء المعانى ، فيعم الاختلاف فى المبيع وفى الثمن وفى كل أمر فرجع إليهما ، وفى سائر الشروط المعتبرة . والتصريح بالاختلاف فى الثمن فى بعض الروايات ، كما وقع فى أحاديث الباب لا ينافى هذا العموم المستفاد من الحذف .

وفى حديث ابن مسعود عند أحمد ، فالقول ما يقول صاحب السلعة ، وصاحب السلعة هو البائع كما وقع التصريح به فى سائر الروايات ، فلا وجه لما روى عن البعض من أن رب السلعة فى الحال هو المشترى . والاختلاف بين المتبايعين فى أمر من أمور العقد لا علاج له إلا يمين البائع فإذا حلف المشترى فقد تحالفا ولا يكون لهما خلاص من هذا النزاع إلا التفاسخ .

على أن سبب الاختلاف بين الفقهاء هو قوله ﷺ « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » لأنه يدل بعمومه ، على أن اليمين على المدعى عليه والبينة على المدعى من غير فرق بين أن يكون أحدهما بائعًا والآخر مشتريًا أو لا ، وحديث ابن مسعود يدل

على أن القول قول البائع مع يمينه والبينة على المشترى من غير فرق بين أن يكون البائع مدعيًا أو مدعى عليه . فبين الحديثين عموم وخصوص من وجه ، فيتعارضان باعتبار مادة الاتفاق ، وهى حيث يكون البائع مدعيًا فينبغى أن يرجع فى الترجيح إلى الأمور الخارجية ، وحديث « إن اليمين على المدعى عليه » رواه أحمد ومسلم ، وهو أيضًا فى صحيح البخارى فى الرهن وفى باب اليمين على المدعى عليه . وفى تفسير آل عمران . وأخرجه الطبرانى بلفظ « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » وأخرجه الإسماعيلى بلفظ : « ولكن البينة على الطالب واليمين على المطلوب » . وأخرجه البيهقى بلفظ « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم ، ولكن البينة على المدعى واليمين على من أنكر » وهذه الألفاظ كلها فى حديث ابن عباس فمن رام الترجيح بين الحديثين لا يصعب عليه ذلك ، وفى الصحيحين ومسند أحمد وسنن ابن ماجة عن ابن عباس مرفوعًا « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » .

وسيأتى مزيد بحث فى القسامة إن شاء الله تعالى وهى فى الجزء التاسع عشر .

قالَ المُصَنِّفُ رَحِمهُ اللهُ تعالَى

(فصل) . ﴿ وإذا تحالفا وجب فسخ البيع لأنه لا يمكن إمضاء العقد مع التحالف وهل ينفسخ بنفس التحالف أم لا ؟ فيه وجهان (أحدهما) أنه ينفسخ بنفس التحالف كما ينفسخ النكاح فى اللعان بنفس التحالف ، ولأن بالتحالف صار الثمن مجهولا والبيع لا يثبت مع جهالة العوض فوجب أن ينفسخ (والثانى) أنه لا ينفسخ إلا بالفسخ بعد التحالف وهو المنصوص لأن العقد فى الباطن صحيح لأنه وقع على ثمن معلوم فلا ينفسخ بتحالفهما ، ولأن البينة أقوى من اليمين ، ثم لو أقام كل واحد منهما بينة على ما يدعيه لم ينفسخ البيع ، فَلأَن لا ينفسخ باليمين أولى . وفى الذى يفسخه وجهان (أحدهما) أنه يفسخه الحاكم لأنه مجتهد فيه فافتقر إلى الحاكم كفسخ النكاح بالعيب (والثانى) أنه ينفسخ بالمتعاقدين لأنه فسخ لاستدراك الظلامة فصح من المتبايعين كالرد بالعيب ﴾ .

(**الشرح**) : قوله : « وإذا تحالفا وجب فسخ البيع » لسبق قولنا إنه يشجب التراضى المنصوص عليه فى قوله عز وجل : « عن تراض منكم » ولقولنا : والاختلاف

بين المتبايعين فى أمر من أمور العقد لا علاج له إلا يمين البائع . فإذا حلف البائع ثم حلف المشترى فلا يكون لهما مناص من التفاسخ ليخرجا من مخارج النزاع ، ولكن هل ينفسخ بنفس التحالف أم لا ؟ وجهان :

(أحدهما) أنه يفسخ بنفس التحالف لأنه ذروة النزاع المفضى إلى الفسخ كما ينفسخ النكاح فى اللعان بنفس التحالف ، واللعان من العقود التى تفسخ بالتحالف فيقع الفسخ ظاهرًا وباطنًا ، لأنه فسخ لاستدراك الظلامة ، ولأن الثمن بعد التحالف صار مترددًا بين ادعاءى كل من المتبايعين مما يسبغ عليه جهالة تخل بالعقد خللا ينقضه ، لأن الثمن حينئذ يصير مجهلا لا مجهولا ، لأنه معلوم عندهما باطنا ، ولكن عراه التجهيل باختلافهما عليه إن كان الاختلاف فى مقدار الثمن . وكذلك اختلافهما فى مقدار المبيع كما سيأتى إن شاء الله تعالى ، ولأن الثمن عوض عن المبيع فلا يلبث العقد مع جهالة الثمن .

(والثانى) إنه لا ينفسخ بمجرد التحالف ولكن يفسخه قصدًا بعده ، وهو المنصوص فى المذهب . قال المزنى فى المختصر فى باب اختلاف المتبايعين : والمعقول إذا تناقضاه والسلعة قائمة تناقضاه وهى فائتة لأن الحكم أن يفسخ العقد فقائم وفائت سواء .

ولنا أن العقد لا ينفسخ بنفس التحالف ، لأن كل واحد منهما يقصد بيمينه إثبات الملك فلم يجز أن تكون موجبة لفسخ الملك لأنهما ضدان ، فعلى هذا لو فسخه المتبايعان فأيهما فسخ صح اعتبار بفسخ العيوب التى تكون موقوتة على المتعاقدين دون غيرهما ، (والوجه الثانى) أن الفسخ لا يقع إلا بفسخ الحاكم كالفسخ بالعنة وعيوب الزوجين لأنها عن اجتهاد . فعلى هذا لو فسخه المتبايعان لم ينفسخ حتى يفسخه عليهما الحاكم بعد تحالفهما عنده ، وتخيير كل منهما فى قبول قول الآخر . فإن قبل صح البيع .

قال الشافعى فى الأم فيما يتعلق باختلاف المتبايعين :

(وإذا تبايع الرجلان عبدًا وتفرقا بعد البيع ثم اختلفا ، فقال البائع : بعتك على أنى بالخيار ثلاثًا ، وقال المشترى بعتنى ولم تشترط خيارًا تحالفًا ؛ وكان المشترى بالخيار فى فسخ البيع ، أو يكون للبائع الخيار وهذا والله أعلم كاختلافهما فى الثمن ، نحن ننقض البيع باختلافهما بالثمن وننقضه بادعاء هذا أن يكون له الخيار ، وأنه لم يقر بالبيع

إلا بخيار ، وكذلك لو ادعى المشترى الخيار كان القول فيه هكذا اهـ .

ومرادنا من سوق هذا النص : قوله رضى الله عنه : نحن ننقض البيع باختلافهما بالثمن ، والنقض هنا نقض الظاهر ، أما النقض فى الباطن فلا ؛ لأنه يمكن أن يتراضيا بغير عقد جديد فيمضى العقد على سننه ، وذلك هو قول المصنف (لأن العقد فى الباطن صحيح) قوله « ولأن البينة أقوى من اليمين » لأنها مقدمة عليه ولأنه بقيامها لا يسوغ اليمين لأن وسائل الإثبات إذا كانت كتابية وممهوزرة بخاتم أو توقيع البائع أو المشترى أو كليهما كان لا محل لليمين هنا ، ولأن العقد وقع بين المتبايعين بالقواعد العامة المقررة شرعا من التراضى بين ذوى أهلية للتعاقد ، ويكفينا أن نقول : إنه يجب أن يقع التراضى على الأمور الثلاثة وهى : ماهية العقد ، والبيع ، والثمن .

فيجب لانعقاد البيع أن تتجه الإرادتان إلى البيع والشراء ، أما إذا لم تتقابل الإرادتان فى هذا المعنى بأن قصد أحد المتبايعين البيع والثانى عقدًا آخر لم ينعقد عقد بيع ولا عقد آخر وإذا قصدا معًا إلى عقد آخر غير البيع طبقت أحكام هذا العقد ولو سمياه بيعًا .

ومن هنا كان اتفاق الإرادتين على الشىء المبيع ذاته ، كان العقد صحيحًا باطنًا وظاهرًا ، فإذا اختلفا فقد أخلا بظاهره دون باطنه لسبق إرادتيهما على عقده ، أما إذا كانت هناك بينة ثم اختلفا وترافعا إلى القاضى ، فإن القاضى يفسر بحكمه إرادة المتعاقدين ، فإذا تعذر ذلك لعدم توفر الخصائص الذاتية المميزة للتعاقد بموجب البينة المقدمة إليه ، كما لو كانت وثيقة مزورة ، أو شهادة مفتعلة ، أو أمارات لا ينتهض لإقناعه بتوفر العناصر الأساسية للعقد واستحال على القاضى إعطاء الوصف الشرعى لصحة العقد أمر بفسخه ، وهل يأمر بفسخه على الفور ؟ أم على التراخى ؟

الصحيح أنه إذا خشى تلف المبيع ، أو فوات مصلحة تتعلق بنُفُوقه أو كساده كان قضاؤه على الفور ، أما إذا ترتب على التراخى عدم ما ذكرنا مع توقع تقدم أحد طرفى النزاع أو كليهما بالبينة أو (المستندات) كان له إصدار الحكم مع توقيت حينه بتأجيل النطق به إلى الوقت المناسب مناسبة مطابقة لجميع الأحوال مع اتقاء المضارة ، وغنى عن البيان أن عوض المبيع لا يشترط أن يكون نقداً مع الرجوع إلى أحكام الربويات التى مرت للمصنف والشارحين النووى والسبكى رحمهما الله .

ورجح ابن الرفعة أن لا يكون فسخ القاضى على الفور ، ولا يشكل عليه ما مر من إلحاقه بالعيب وبقاء المنازعة ، فقد يفرق بأن التأخير غير مشعر بالرضى للاختلاف فى وجود المقتضى بخلافه كتراضيهما به أى بلفظ الإقالة ومنازعة الأسنوى فى قياس ما تقرر على الإقالة الذى نقله المزنى والبويطى وأقراه ، بأن كلا لو قال ـــ ولو بحضور صاحبه بعد البيع ـــ : فسخته ، لم ينفسخ ولم يكن إقالة ، إذ لا تحصل إلا إن صدرت بإيجاب وقبول ، بشرط المار مردودة بأن تمكين كل بعد التحالف من الفسخ فالقياس صحيح وأن لكل الابتداء ، وبه صرح الرافعى على ما سيأتى : قال الرملى فى النهاية (وهو الملقب بالشافعى الصغير) رحمه الله تعالى :

وإذا تحالفا فالصحيح أن العقد لا ينفسخ بنفس التحالف ، لأن البينة أقوى من اليمين . وللخبر الثانى فإن تخييره فيه بعد الحلف صريح فى عدم الانفساخ به ، ولو أقام كل منهما بينة لم ينفسخ ، فبالتحالف أولى . بل إن أعرضا عن الخصومة أعرض عنهما ولا ينفسخ وإن تراضيا على ما قال أحدهما أقر العقد ، وينبغى للحاكم ندبهما للتوافق ما أمكن . ولو رضى أحدهما بدفع ما طلبه صاحبه أجبر الآخر عليه ، وإلا بأن لم يتفقا على شيء واستمرا على النزاع فيفسخانه أو أحدهما ، لأنه فسخ لاستدراك الظلامة ، فأشبه الفسخ بالعيب ، أو الحاكم لقطع المنازعة . ثم فسخ الحاكم والصادق منهما ينفذ ظاهراً وباطناً كالإقالة ، وغيره ينفذ ظاهراً فقط . ورجح ابن الرفعة عدم وجوب الفور هنا ؛ ولا يشكل عليه ما مر من إلحاقه بالعيب ، فقد يفرق بأن التأخير غير مشعر بالرضا للاختلاف فى وجود المقتضى ثَمّ .

قال : وقيل إنما يفسخه الحاكم لأنه مجتهد فيه كالفسخ بالعُنَّة ، وكأنهم اقتصروا فى الكتابة على فسخ الحاكم احتياطاً لسبب العتق المتشوف إليه الشارع وبعده أيضاً على أوجه الوجهين لبقاء ملكه ، بل قضية تعليلهم جوازه بعد الفسخ إذا لم يزل به ملك المشترى وهو كذلك . على أن لليمين فوائد :

(منها) تخويف المدعى عليه سوء عاقبة الحلف الكاذب ، فيحمله ذلك على الإقرار بالحق . (ومنها) القضاء عليه بنكوله عنها على ما قدمنا من القضاء عليه إذا نكل عن اليمين . (ومنها) انقطاع الخصومة والمطالبة فى الحال ، وتخليص كل من الخصمين من ملازمة الآخر ، ولكنها لا تسقط الحق ، ولا تبرىء الذمة باطناً

ولا ظاهراً ، فلو أقام المدعى بينة بعد حلف المدعى عليه ، سمعت وقضى بها . وكذا لو ردت اليمين على المدعى فنكل[1] ، ثم أقام المدعى بينة ، سمعت وحكم بها . (ومنها) إثبات الحق بها إذا ردت على المدعى أو أقام شاهداً واحداً . (ومنها) تعجيل عقوبة الكاذب المنكر لما عليه من الحق ، فإن اليمين الغموس تدع الديار بلاقع ، فيشتفى بذلك المظلوم عوض ما ظلمه بإضاعة حقه . (ومنها) أن تشهد قرائن الحال بكذب المدعى ، فمذهب مالك أنه لا يلتفت إلى دعواه ، ولا يحلف له ، وهذا اختيار الإصطخرى من الشافعية ، ويخرج على مذهب أحمد مثله . وذلك مثل أن يدعى الدنىء استئجار أمير أو ذى هيئة وقدّر لعلف دوابه ، وكنس بابه ، ونحو ذلك .

وروى عن شيخ الإسلام ابن تيمية أنه كان عند نائب السلطان فى دمشق[2] يجلس إلى جانبه ، فادعى بعض الحاضرين أن له قبل ابن تيمية وديعة ، وسأل إجلاسه معه وإحلافه فقال لقاضى المالكية ــ وكان حاضراً ــ أتسوغ هذه الدعوى ؟ وتسمع ؟ فقال : لا ، فقال ابن تيمية : فما مذهبك فى مثل ذلك ، قال : تعزير المدعى . قال ابن تيمية : فاحكم بمذهبك ، فأقيم المدعى وأخرج .

(**فرع**) : إذا أقيمت الدعوى وقدمت البينة لا ينفسخ العقد إلا بصدور حكم القاضى بالفسخ ، وهنا كان عدم انفساخه باليمين أولى . وقوله : وفى الذى يفسخه وجهان ، وعند الحنابلة طريقان :

(أولهما) وهو الأصح عند الشافعى وأصحابه أن الذى يفسخه هو الحاكم لأنه مجتهد فيه ، أعنى لأن أمر النزاع محل اجتهاد فافتقر إلى من يبذل وسعه ؛ ومن يبلغ بعلمه وإحاطته تغطية عناصر النزاع ، ومن هنا افتقر أمر الفسخ إلى الحاكم كما يفتقر فسخ النكاح بالعيب إليه .

قال ابن قدامة فى المغنى :

---

(١) نكل عن الشىء : امتنع عنه خوفًا أو جبنًا ، ومشروعية اليمين هنا لحكمة كبرى ، وهى إعطاء المتخاصمين فرصة من الوقت يراجع فيها ضميره إذا كان على غير الحق .

(٢) كانت مصر والشام والحجاز واليمن يحكمها سلطان واحد مقره فى القلعة بمصر ، وله نائب على دمشق ، ونائب على حلب ، ونائب على الحجاز ، ونائب على اليمن ، وذلك على عهد المماليك الأيوبية وهم أبناء قلاوون .

ويحتمل أن يقف الفسخ على الحاكم ؛ وهو ظاهر مذهب الشافعى ، لأن العقد صحيح وأحدهما ظالم ، وإنما يفسخه الحاكم لتعذر إمضائه فى الحكم ، فأشبه نكاح المرأة إذا زوّجها الوليان وجهل السابق منهما ا هـ .

(وأما الوجه الثانى) على المذهب أو الطريق الأصح عند أحمد فهو أن يفسخه المتعاقدان ، لأنه يقع منهما صحيحاً كالرد بالعيب ، وكل ما كان فيه استدراك للظلامة وهو ظاهر الحديث وإذعان له « أو يترادان البيع » وظاهره استقلالهما بذلك ، وفى قصة (بيع ابن مسعود الأشعث بن قيس رقيقاً من رقيق الإمارة ، فقال عبد الله : بعتك بعشرين ألفاً . فقال الأشعث : اشتريت منك بعشرة آلاف ، فقال عبد الله : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة . والمبيع قائم بعينه ، فالقول قول البائع ، أو يترادان البيع . قال : فإنى أرد البيع » رواه سعيد بن منصور عن هشيم عن ابن أبى ليلى عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابن مسعود وفى سنن أبى داود والنسائى والحاكم فى المستدرك عن ابن مسعود مرفوعاً « إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فهو ما يقول رب السلعة أو يتتاركان »وعند ابن ماجه عنه رضى الله عنه بلفظ « إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة والمبيع قائم بعينه فالقول ما قال البائع أو يتركان البيع » ومن هنا لا يتوقف ذلك على فسخ الحاكم ، إلا إذا لجأ أحدهما إلى المرافعة لديه .

وحديث عبد الملك بن عبيدة قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا اختلف المتبايعان استحلف البائع ، ثم كان المشترى بالخيار ، إن شاء أخذ وإن شاء ترك » وهذا ظاهر عند الحنابلة فى أنه يفسخ من غير حاكم ، لأنه جعل الخيار إليه ، فأشبه من له خيار الشرط أو الرد بالعيب ، لأنه هنا لا يشبه النكاح لأن لكل واحد من الزوجين الاستقلال بالطلاق . ويمكن أن يرد على مفهوم هذين الخبرين على هذا النحو بما يأتى :

(أولا) إن متعلق النزاع بين ابن مسعود والأشعث هو رقيق الإمارة ، والإمارة كانت لعبد الله بن مسعود ؛ فكان هو بمثابة القاضى الذى طبق النص ، وأوضحه لصاحبه إذ لم يكن بهما حاجة إلى حاكم ، وصاحب الشأن حاكم ثقة يحمل الدليل اللاحب فلا يفيد الخبر استقلال المتبايعين بالفسخ عند التحالف وليس نصاً قاطعاً فى هذا المفهوم .

(ثانياً) : خبر عبد الملك بن عبيدة لا يفيد ذلك أيضاً ــ أعنى ليس دليلا على

استقلال المتبايعين بالفسخ دون الرجوع إلى القاضى ـــ فإن الخبر ينص بمنطوقه ومفهومه أيضاً على عكس ذلك ، فقوله (استحلف) دليل على طلب الحلف المستفاد من السين والتاء ، ولا يكون الطلب إلا من غيرهما ، وليس سوى الحاكم هو الذى يستحلف البائع والله أعلم .

(**مسألة**) : قال الشافعى فى باب المكاتب : إذا اختلف الزوجان فى المهر وتحالفا بدأت بالزوج ا هـ .

(قلت) : وهذا مخالف لقاعدة البدء بالبائع لأن الزوج يحل محل المشترى .

وقال الشافعى فى كتاب الدعوى والبينات وآداب القضاة : إن بدأ البائع باليمين خُيّر المشترى ، وإن بدأ بها المشترى خير البائع .

(قلت) وهذا يدل على أن للحاكم تقديم أيهما شاء . ولعل أقوال الشافعى فى الأم جعلت الأصحاب يخرّجون المسألة على الأقاويل الثلاثة المعروفة : (أحدها) أن يبدأ الحاكم بإحلاف البائع لأنه أقوى جانباً . (والثانى) باحلاف المشترى لأنه أقوى جانباً لمشابهته الزوج . (والثالث) وهو أصح الأقوال عند الأصحاب أن الحاكم يبدأ بإحلاف البائع قبل المشترى ويمكن أن يجاب عن اختلاف الأقاويل بأن ظاهر النص فى البيوع بإحلاف البائع قبل المشترى وظاهر النص فى الصداق باحلاف الزوج قبل الزوجة ، والفرق بينهما أن تحالفهما فى البيع يرد المبيع إلى يد بائعه فبدىء باحلافه ، وتحالفهما فى المهر لا يرفع ملك الزوج عن البضع ، وهو بعد التحالف على ملكه فبدىء باحلافه .

وأما ما قاله الشافعى فى الدعوى والبينات فإنما أراد به أن الحاكم إن أداه اجتهاده إلى تقديم المشترى جاز ، وإن أداه اجتهاده إلى تقديم البائع جاز ، لأن تقديم أحدهما طريقه الاجتهاد دون النص ، فجاز أن يؤدى الاجتهاد إلى تقديم كل واحد منهما ، وليس كاللعان الذى ورد النص بتقديم الزوج ولا يجوز خلافه .

فإذا ثبت أن يبدأ بيمين البائع على ما شرحنا من المذهب فهل تقديمه فى اليمين من طريق الأولى إلى طريق الاستحقاق ؟ على وجهين : (أحدهما) أن تقديمه على طريق الاستحقاق فإن قدم عليه المشترى لم يجز إلا أن يؤدى اجتهاد الحاكم إلى ذلك .

(والوجه الثانى) تقديمه عن طريق الأولى ، فإن قدم عليه المشترى جاز وإن لم يؤده

اجتهاده إليه ، ولما كان الحاكم منصوباً لاستيفاء الحقوق وقطع التخاصم ، لأنه مجتهد ، يجب تسليم المبيع والثمن إليه حتى إذا قضى بينهما سلم المبيع إما إلى المشترى وإما رده إلى بائعه وسلم الثمن إما إلى البائع وإما رده إلى المشترى .

قَالَ المصنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصل) وإذا فسخ أو انفسخ فهل ينفسخ ظاهراً أو باطناً أم لا ؟ فيه ثلاثة أوجه : (أحدها) ينفسخ ظاهراً وباطناً لأنه فسخ بالتحالف فوقع ظاهراً وباطناً كفسخ النكاح باللعان ، ولأنه فسخ بيع لاستدراك الظلامة فصح ظاهراً وباطناً كالرد بالعيب . (والثانى) أنه ينفسخ فى الظاهر دون الباطن ، لأن سبب الفسخ هو الجهل بالثمن ، والثمن معلوم فى الباطن مجهول فى الظاهر ، فلما اختصت الجهالة بالظاهر دون الباطن اختص البطلان بالظاهر دون الباطن . (والثالث) أنه إن كان البائع هو الظالم وقع الفسخ فى الظاهر دون الباطن ، لأنه يمكنه أن يصدق المشترى ، ويأخذ منه الثمن ، ويسلم إليه المبيع ، فإذا لم يفعل كان ممتنعاً من تسليم المبيع بظلم ، فلم ينفسخ البيع ، وإن كان البائع مظلوماً انفسخ ظاهراً وباطناً ، لأنه تعذر عليه أخذ الثمن ، ووجد عين ماله فجاز له أن يفسخ ويأخذ عين ماله ، كما لو أفلس المشترى ووجد عين ماله . فإن قلنا : إن الفسخ يقع فى الظاهر والباطن عاد المبيع إلى ملك البائع وإلى تصرفه . وإن قلنا : إن الفسخ فى الظاهر دون الباطن نظرت ، فإن كان البائع هو الظالم لم يجز له قبض المبيع والتصرف فيه ، بل يلزمه أن يأخذ ما أقر به المشترى من الثمن ويسلم المبيع إليه ، وإن كان مظلوماً لم يجز له التصرف فى المبيع بالوطء والهبة ، لأنه على ملك المشترى . ولكن يستحق البائع الثمن فى ذمة المشترى ، ولا يقدر على أخذه منه فيبيع من المبيع بقدر حقه ، كما تقول فيمن له على رجل دين لا يقدر على أخذه منه ووجد شيئاً من ماله ﴾ .

(الشرح) : العقد له ظاهر وهو الإيجاب والقبول والتقابض من الماديات الظاهرة . أما الباطن فهو إلتقاء إرادة كل من المتبايعين ، ووجود العلم بحقيقة النزاع ولكن فى ضمير كل منهما . ومن هنا انفسخ العقد بصورة مما أسلفنا فهل ينفسخ ظاهراً

وباطناً ؟ أم ظاهراً فقط ؟ على ثلاثة أوجه عند الشافعية ، ووجهان عند أصحاب أحمد ، ووجه عند أحمد .

(أولها) ينفذ الفسخ ظاهراً وباطناً بهذا التحالف ، كفسخ النكاح باللعان . ولأنه فسخ بيع لاستدراك الظلامة فوقع ظاهراً وباطناً وهو كالرد بالعيب . أو فسخ عقد بالتحالف . وهذا الوجه هو ظاهر كلام أحمد بن حنبل .

(ثانيها) ينفذ الفسخ فى الظاهر دون الباطن لأن سبب الفسخ هو الجهل بالثمن والثمن معلوم فى ضميرهما مجهول فى الظاهر . ولأن انفساخ العقد سببه الجهالة بالثمن . ولأن الجهالة قاصرة على الظاهر دون الباطن انحصر الانفساخ فى ظاهر العقد واختص البطلان بالظاهر . وكان العقد فى الباطن صحيحاً ، وكان القاضى الذى يحاسب المتبايعين على هذا التحالف والنزاع هو الله رب العالمين .

وكأى عقد من العقود التى فى ذمة المسلم واجبة الوفاء يكون للعقد طرفان ظاهران وطرف آخر فى الباطن يعلمه الذى لا تخفى عليه خافية . ولقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ وهو الذى يتولى جزاء الناكثين والناقضين بغير حق يسوغ لهم النقض . ولأنه لو أراد أحد طرفى النزاع أن يوافق الآخر على رأيه ويتنازل عن دعواه . فإنهما لا يفتقران إلى عقد جديد أو إيجاب وقبول آخرين . ومن هنا يتحرك العقد المنقدح من ضميرهما إلى تنفيذ وإمضاء فى الظاهر ، ولأنه يحرم عليه أمام الله التصرف فى المبيع إن كان ظالماً لصاحبه . وهذا الوجه هو وجه عند أصحاب أحمد أيضاً .

قال أبو الخطاب من الحنابلة : إن كان البائع ظالماً لم ينفسخ العقد فى الباطن لانه كان يمكنه إمضاء العقد واستيفاء حقه فلا ينفسخ العقد فى الباطن ولا يباح له التصرف فى المبيع لأنه غاصب . فإن كان المشترى ظالمًا انفسخ البيع ظاهراً وباطناً لعجز البائع عن استيفاء حقه ، فكان له الفسخ ، كما لو أفلس المشترى .

قال الماوردى فى الحاوى[1] فى المجلد الخامس من النسخة الخطية بمصر ، وهى ذات الأربعة والعشرين مجلداً بالخزانة العربية : لا يفسخ العقد بنفس التحالف لأن كل واحد منهما يقصد بيمينه إثبات الملك لأنهما ضدان ؛ فعلى هذا بماذا يكون الفسخ بعد التحالف ؟ فيه وجهان :

---

(١) المجلد الخامس من النسخة الخطية بدار الكتب تحت رقم ٨٢ فقه شافعى على أن هناك نسخة خطية أخرى تقع فى أربعة عشر مجلدًا تحت رقم ٨٣ وهى غير كاملة .

(أحدهما) أن الفسخ يكون لكل واحد من المتبايعين ، فأيهما فسخ صح اعتباراً بفسخ العيوب التى تكون موقوفة على المتعاقدين دون غيرها .

(والوجه الثانى) أن الفسخ لا يقع إلا بفسخ الحاكم كالفسخ بالعنة وعيوب الزوجين ، لأنها عن اجتهاد ، فعلى هذا لو فسخه المتبايعان لم ينفسخ حتى يفسخه عليهما الحاكم ، ولا يجوز للحاكم أن يفسخه بغير تحالفهما بعد عرض ذلك على كل واحد منهما ، كما يعرض على الثانى بعد تخيير الأول ، ثم يفسخه بينهما حينئذ ، فلو تراضيا بعد تحالفهما صح البيع .

وهل يقع الفسخ ظاهراً وباطناً ؟ أو يقع فى الظاهر دون الباطن ؟ على ثلاثة أوجه : (أحدها) أن الفسخ قد وقع ظاهراً وباطناً ، سواء كان البائع ظالماً أو مظلوماً ، كالفسخ باللعان ، وكالفسخ عند تحالف الزوجين فى نكاح الولى . فإن ذلك يقع ظاهراً وباطناً ، كذلك فى البيع ، فعلى هذا إذا عادت السلعة إلى البائع كان له أن يتصرف فيها بما شاء من أنواع التصرف كما يفعل فى سائر أحوله وإن كانت جارية جاز أن يطأها . (والوجه الثالث) أن الفسخ يقع فى الظاهر دون الباطن ، سواء كان البائع ظالماً أو مظلوماً لأنهما يتفقان مع الاختلاف على صحة العقد وانتقال الملك ، وحكم الحاكم لا يحيل الأمور عما هى عليه فى الباطن لقوله ﷺ : « إنما أحكم بالظاهر ويتولى الله السرائر » .

فعلى هذا إذا عاد المبيع إلى البائع قيل له : إن كنت تعلم فيما بينك وبين الله أنك كاذب ، وأن المشترى صادق ، فليس لك أن تتصرف فى المبيع بوجه لأنه ملك لغيرك ، وأنت غير ممنوع من ثمنه فإن تصرفت فيه كنت كمن تصرف فى ملك غيره متعدياً ، وإن كنت تعلم أنك صادق وأن المشترى كاذب فالمبيع للمشترى وأنت ممنوع من ثمنه ، فليس لك أن تطأه إن كان المبيع جارية وأن لا تهب ، وتكون كمن له مال على غيره لا يقدر على أخذه منه أو أى شيء من ماله فيتبع السلعة لتصل إلى حقك من ثمنها وفى المتولى لبيعها ؛ والثانى تولاه الحاكم ، فإذا بيعت فإن كان الثمن بقدر حقك فلك أخذ حقك ، وإن كان أكثر من حقك فعليك رد الباقى ، وإن كان الثمن أقل من حقك فالباقى دين لك فى ذمة المشترى .

(والوجه الثالث) إن كان البائع مظلوماً والمشترى ظالماً وقع الفسخ فى الظاهر والباطن . وقد أشار إلى هذا الوجه أبو إسحاق المروزى تعلقاً بأن الملك للمشترى

بالعقد ، وإن كان لم ينتقل ملكه . وإن كان ظالما صار بالظلم مانعاً من ثمنها فصار أسوأ حالا من الجنس الذى يزال ملكه بالأولى لتعذر الثمن . فكذلك هذا يزال ملكه بالظلم لتعذر الوصول إلى الثمن . فعلى هذا إن كان البائع مظلوماً فقد وقع الفسخ ظاهراً وباطناً وجاز للبائع إذا عادت السلعة إليه أن يتصرف كيف شاء ا هـ .

قَالَ المُصنِّفُ رَحمَهُ الله تعَالى

(فصـل) : وإن اختلفا فى الثمن بعد هلاك السلعة فى يد المشترى ، تحالفا وفسخ البيع بينهما ، لأن التحالف يثبت لرفع الضرر واستدراك الظلامة ، وهذا المعنى موجود بعد هلاك السلعة ، فوجب أن يثبت التحالف ، فإذا تحالفا رجع بقيمته ومتى تعتبر قيمته ؟ فيه وجهان : (أحدهما) تجب قيمته يوم التلف . (والثانى) تجب قيمته أكثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم التلف ، وقد ذكرنا دليل الوجهين فى هلاك السلعة فى البيع الفاسد ، فإن زادت القيمة على ما ادعاه البائع من الثمن وجب ذلك ، وحكى عن أبى على بن خيران أنه قال : مازاد على الثمن لا يجب ، لأن البائع لا يدعيه فلم يجب ، كما لو أقر لرجل بما لا يدعيه والمذهب الأول : لأنه بالفسخ سقط اعتبار السلعة ؛ فالقول قول المشترى لأنه غارم . فكان القول قوله كالغاصب ، فإن تقابلا أو وجد بالمبيع عيباً فرده واختلفا فى الثمن ، فقال البائع ؛ الثمن ألف ، وقال المشترى : الثمن ألفان ، فالقول قول البائع ، لأن البيع قد انفسخ ، والمشترى مدع ، والبائع منكر ، فكان القول قوله ﴾ .

(الشـرح) : إذا هلكت السلعة فى يد المشترى واختلفا فى الثمن تحالفا ، ولا اعتبار باليد ، إلا أن يكون تلفها قبل القبض . أما إذا كان تلفها بعد القبض وتلفت فى يد المشترى فأبو حنيفة يرى أنه إذا تلف المبيع فى خيار الثلاث بعد لزوم العقد ، فالقول قول المشترى ولا تحالف لأن تلف السلعة يمنع من التحالف ويوجب قبول قول المشترى لما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « إذا اختلف المتبايعان ولا بينة لواحد منهما والسلعة قائمة تحالفا أو ترادًّا » فشرط التحالف بقاء السلعة فاقتضى عدم قيام التحالف مع تلف السلعة . قال : ولأنه فسخ ثبت مع نقل المبيع ، فوجب أن يسقط مع تلفه كالرد بالعيب . قال : ولأنه تلف عن عقد صحيح

فوجب أن يبقى عند الفسخ . قال : إذا تلف المبيع فى خيار الثلاث بعد لزوم العقد ، فهل يستمر العقد أو ينفسخ ؟ قال : ولأن المبيع أقبض وصار فى يد المشترى فهو مضمون على مشتريه بالثمن ، فلو جاز تحالفهما بعد الثمن لصار مضموناً عليه بالقيمة دون الثمن ، وهذا مما ينافى ضمان العقد .

ولنا أن الدلالة على صحة ما ذهبنا إليه من تحالفهما مع نقل السلعة وتلفها ما روى فى الخبر : « البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » .

وقد مر لنا بيان طرقه ودرجته وتقعيد العمل به ، وكل واحد من المتبايعين منكر ومدع ، لأن البائع يقول : بعت بألف ولم أبع بخمسمائة . ويقول المشترى عكس ذلك ، فكل واحد منهما يجوز أن يقيم البينة ، والبينة إنما تسمع من المدعى دون المنكر ، فدل على أن كل واحد منهما مدع منكر ، فوجب أن يتحالفا ، لأن التحالف يثبت لرفع الضرر واستدراك الظلامة ، وهذا المعنى موجود بعد هلاك السلعة ، فوجب أن يثبت التحالف .

ويدل على ذلك أيضاً الحديث الذى رواه الشافعى وغيره عن ابن مسعود : « إذا اختلف البيعان فالقول قول البائع ، والمبتاع بالخيار » ولم يفرق بين بقاء السلعة وتلفها . فإن قيل : فقد شرط بقاء السلعة فى التحالف فى الخبر الآخر ، فصار هذا الإطلاق محمولا على ذلك التقييد ، كما حملتم إطلاق العتق فى كفارة الظهار على تقييد العتق فى كفارة القتل ، قيل : هذا ليس من المقيد الذى يحمل إطلاق جنسه عليه ، لأن إطلاق خبر ربما يوجب تحالفهما مع بقاء السلعة وتلفها ، فصار قوله : إذا اختلفا والسلعة قائمة تحالفا مع استواء الحكم فى قيامها وتلفها . قيل يحتمل وجوهاً .

(أحدها) البينة على حكم التحالف مع التلف ، لأن بقاء السلعة يمكن معه اعتبار قيمتها ، فيغلب به قول من كانت دعواه أقرب إليه ، ومع التلف لا يمكن ، فلما سقط اعتبار هذا وأوجب التحالف مع قيام السلعة ، كان وجوب التحالف مع تلفها أولى .

(والثانى) أنه نص على بقاء السلعة ، إسقاطاً لاعتبار اليد ، بخلاف مالك ، حتى إذا تحالفا مع وجوب اليد كان تحالفهما مع زوال السلعة ، لأن تلفها قد يكون مكملا للعقد ـــ إذا كان قبل القبض ـــ وبقاؤها ليس يبطل العقد معه ، فيتحالفان مع بقائها ، ولا يتحالفان مع تلفها .

(فإن قيل) فلا دلالة لكم فى هذا الخبر لأنه جعل القول قول البائع ، وأنتم

لا تقولون به ، قيل قد جعل المشترى بعده بالخيار ؛ ومن جعل القول قول البائع على الإطلاق لم يجعل للمشترى خياراً ، وإذا ثبت خيار المشترى بعد يمين البائع فخياره فى قبوله للسلعة بما حلف عليه البائع ، أو يحلف بعده ، ويفسخ البيع وكذا نقول فى تحالفهما . وإنما خص رسول الله ﷺ البائع بالذكر لأنه المبتدىء باليمين ، ويدل عليه فى المسألة من طريق المعنى أنه اختلاف فى صفة عقد بيع صحيح فاقتضى أن يوجب التحالف إذا كانت السلعة قائمة ، ولأن ما يوجب فسخ العقد يستوى فيه الباقى والتالف كالاستحقاق ، ولأنه فسخ لا يفتقر إلى تراضيهما ، فإذا صح مع تراد الأعيان صح مع تراد القيم .

وإذا اشترى عبداً بجارية وتقابضا ثم تلفت الجارية فوجد بالعبد عيباً فله رده بالعيب واسترجاع قيمة الجارية لفسخ العقد بعد تلفها كما كان له فسخه مع بقائها . (وأما الجواب) عن استدلال أبى حنيفة بحديث ابن مسعود فقد مضى فى معارضته الخبر الذى رواه الشافعى .

(وأما الجواب) عن قياسه على الرد بالعيب فالمعنى فيه أن العيب مما تلف يقدر على استدراك ظلامته بالأوفق فلم يفسخ ، وليس كذلك فى اختلافهما ، لأن كل واحد منهما لا يقدر على استدراك ظلامته إلا بالتحالف ، فجاز أن يتحالفا مع التلف ، ولا وجه لقوله إن السلعة بعد تلفها لا تقبل الفسخ ، كما لا تقبل ابتداء العقد . وإن إقالة العبد الآبق لا تصح ولا تقبل الإقالة ، كما لا يقبل ابتداء العقد . لأنه يقول فيمن ابتاع عبداً وقتل فى يد البائع إن المشترى بالخيار بين أن يفسخ ويسترجع الثمن . أو يقيم على البيع ويأخذ من القاتل قيمة العبد ، فقد جعل العقد بعد التلف قابلا للفسخ ، كذلك فيما جعلناه أصلا معه من بيع العبد بالجارية إذا تلفت ووجد بالعبد عيباً أن له رده بالعيب واسترجاع قيمة الجارية ، فجعل العقد بعد التلف قابلا للفسخ كما قبل التلف .

(وأما الجواب) عن قياسهم على خيار الثلاث فحكم الأصل غير مسلم فلم نسلم .

(وأما الجواب) عن قولهم : إن المقبوض عن البيع الصحيح مضمون بالثمن دون القيمة فهو أن هذا الاستدلال باطل بمبتاع العبد بالجارية إذا تلفت ووجد بالعبد عيباً ، لأن الجارية قد كانت مضمونة بالعبد الذى هو الثمن ، ثم صارت بعد الفسخ بالعيب

مضمونة بالقيمة دون الثمن . ومقصد الفصل أن المتبايعين إذا اختلفا فى قدر الثمن بعد هلاك المبيع فى يد المشترى تحالفاً وفسخ البيع ورجع بقيمة المبيع إن كان متقوماً ، وإن كان مثلياً وجب على المشترى مثله . وهذا هو قول الشافعى ، ومالك وأحمد فى إحدى روايتيهما ، ومتى تعتبر قيمته ؟ وهل يقوّم من حين قبضه ؟ أم يقوّم من حين هلاكه ؟ وجهان .

(أحدهما) يقوم ، وتجب قيمته يوم التلف ، وقد مر بيان ذلك فى هلاك السلعة فى البيع الفاسد . فإذا زادت القيمة على ما ادعاه البائع من الثمن وجب ذلك خلافاً لأبى على بن خيران بناء على قاعدة عدم إعطاء البائع ما ليس يدعيه وليس بمذهب .

(**فرع**) إذا كان الهلاك معنوياً بأن وقف المشترى المبيع أو أعتقه أو باعه أو تعلق به حق لازم ككتابة صحيحة ــ كما سيأتى فى المكاتبة إن شاء الله تعالى ــ أو كان حسياً كأن مات لزمه قيمته إن كان متقوماً ، وكثيراً ما يعبرون بالقيمة ويريدون بها البدل شرعاً ، ولو تلف بعضه رد الباقى وبدل التالف ، وهذه القيمة هى قيمة يوم التلف فى أظهر الأقوال كما رجحه الرملى فى نهاية المحتاج ، وإن كان المصنف ، رحمه الله ذكر قولا ثانياً وهو وجوب قيمته أكثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم التلف .

وموضوع الفسخ العين ، والقيمة بدل عنها ، ثم تعتبر عند فوات أصلها ، وفارق اعتبارها بما ذكر اعتبارها لمعرفة الأرش بأقل قيمتى العقد والقبض ، والنظر إليها هناك لا للغرم بل ليعرف منها الأرش ، وهنا المغروم القيمة فكان اعتبار حالة الإتلاف أليق . قاله الرافعى وجعل الرملى القول الأول للمصنف قولا ثانياً عنده فقال (والثانى) قيمة يوم القبض لأنه يوم دخوله فى ضمانه . (والثالث) أقل القيمتين يوم العقد والقبض . وجعل الرملى القول الثانى للمصنف رابعاً فقال : (والرابع) أقصى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف لأن يده يد ضمان فتعتبر أعلى القيم ، وإن تعيب ــ أى أصابه عيب ــ رده مع أرشه وهو ما نقص من قيمته لأن الكل مضمون على المشترى بالقيمة ، فكان بعضه مضموناً ببعضها .

(**فرع**) : فرق بين اعتبار قيمة يوم التلف هنا وبين ما لو باع عيناً فردت عليه بعيب وقد تلف الثمن المتقوم بيد البائع فإنه يضمنه بالأقل من العقد أو القبض بأن سبب الفسخ هنا حلف البائع ، فنزل منزلة إتلافه ، فتعين النظر ليوم التلف .

وثم الموجب للقيمة هو مجرد ارتفاع العقد من غير نظر لفعل أحد ، فتعين النظر لقضية العقد وما بعده إلى القبض .

(**فرع**) : وطء الثيب ليس بعيب فلا أرش له ، وإن كان قد رهنه أى المبيع خير البائع بين أخذ قيمته أو انتظار فكاكه ، ولا ينافى ذلك ما ذكر فى الصداق أنه لو طلقها قبل الوطء وكان الصداق مرهوناً ، وقال : أنتظر الفكاك للرجوع فلها إجباره على قبول نصف القيمة لما عليها من خطر الضمان ، فقياسه هنا إجباره على أخذ القيمة ، لأنا نقول : المطلقة قد حصل لها كسر بالطلاق ، فناسب جبرها بإجابتها بخلاف المشترى وذلك للرفق بها ودفع ما أصابها من الكسر .

وإن كان قد أجره رجع فيه مؤجراً ، ولا ينتزعه من يد المكترى حتى تنقضى المدة والمسمى للمشترى ، وعليه للبائع أجرة المثل للمدة الباقية من وقت الفسخ إلى انقضائها ، ولو كان معجلة ــ وتعيب ــ فلا أرش أو جعله المشترى مثلا ــ صداقاً ــ وتعيب فى يد الزوجة واختار الرجوع إلى الشطر فلا أرش فيه ، ولو دبره المشترى لم يمنع رجوع البائع أخذاً مما ذكره المصنف فى الفلس على ما سيأتى من أنه لا يمنع فيه . قال فى الحاوى :

إذا فسخ البيع وجب رد السلعة على بائعها سواء قيل : إن الفسخ قد وقع ظاهراً وباطناً ، أو وقع فى الظاهر دون الباطن ، فإن كانت السلعة تالفة فلا يخلو حالها من أحد أمرين : إما أن تكون مما لها مثل أو مما لا مثل لها ، فإن كانت مما لا مثل لها وجب رد قيمتها وفى اعتبار القيمة وجهان : (أحدهما) وقت التلف . (والثانى) مما كانت قيمته من وقت القبض إلى التلف ، فإن اختلفا فى قدر القيمة فالقول قول المشترى مع يمينه اعتباراً بها فى ذمته ، وسواء كانت القيمة أكثر مما ادعاه البائع أو أقل لبطلان ما ادعاه واستحقاق المبيع ، وإن كانت السلعة المبيعة مما له مثل كالحنطة والشعير ففيه وجهان :

(أحدهما) عليه رد مثله كالمغصوب . (والثانى) وهو الأصح أن

عليه غرم قيمته لأنه لم يضمنه وقت القبض بالمثل ، وإنما ضمنه بالعوض دون المثل بخلاف الغصب .

قال : فأما ما أخذه المشترى من المبيع قبل الفسخ من غلة أو ثمرة أو نتاج فكله على ملك المشترى لا يلزمه رد شيء منه على البائع ، لأنه كان مالكا حين استغله ، وإنما زال ملكه بما حدث من الفسخ ا هـ .

وإن تقايلا وأعفى كل منهما صاحبه من إلتزامه ، أخذ البائع سلعته وأخذ المشترى ثمنه ، فإذا اختلفا فى الثمن ؛ فقال البائع : الثمن ألف ، وقال المشترى : ألفان ، فالقول قول البائع ، لأنه لا يربطهما عقد لانفساخ البيع ، فيكون المشترى بمجرد فسخ البيع مدعياً عليه البينة ، فإن أتى بالبينة كان القول قوله ، فإن لم تكن له بينة كان القول قول البائع لأنه منكر بيمينه . ومثل التقايل الرد بالعيب ، وذلك إذا اختلفا فى الثمن ، فإن العقد بمجرد الرد بالعيب يعد مفسوخاً وينسحب كل منهما من الوصف ما ذكرناه فى التقايل فالمشترى مدع عليه بالبينة والمشترى منكر .

(**فرع**) : فى مذاهب العلماء : ذكرنا أن مذهبنا أنهما إذا اختلفا فى ثمن السلعة بعد تلفها يتحالفان مثل ما لو كانت قائمة وبهذا قال أحمد فى إحدى الروايتين عنه ومالك فى إحدى روايتيه أيضا (والأخرى) قول المشترى مع يمينه اختارها أبو بكر من أصحاب أحمد ، وهذا قول النخعى والثورى والأوزاعى وأبو حنيفة لقوله ﷺ فى الحديث « والسلعة قائمة » .

فمفهومه أنه لا يشرع التحالف عند تلفها ، ولأنهما اتفقا على نقل السلعة إلى المشترى ، واستحقاق عشرة فى ثمنها ، واختلفا فى عشرة زائدة ، البائع يدعيها والمشترى ينكرها ، والقول قول المنكر ، وتركنا هذا القياس حال قيام السلعة للحديث الوارد فيه ، ففيما عداه يبقى على القياس . ووجه الرواية الأولى عموم قوله : « إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع . «والمشترى بالخيار » . وقال أحمد : ولم يقل فيه والمبيع قائم إلا يزيد بن هرون ، قال أبو عبد الله وقد أخطأ رواة الحلف عن المسعودى ، لم يقولوا هذه الكلمة ، ولكنها فى حديث معن ، ولأن كل واحد منهما مدع ومنكر ، فيشرع

اليمين كحال لقيام السلعة ، وما ذكروه من المعنى يبطل بحال قيام السلعة ، فإن ذلك لا يختلف بقيام السلعة وتلفها . وقولهم تركناه للحديث . قلنا : ليس فى الحديث تحالفا ، وليس ذلك بثابت فى شىء من الأخبار . قال ابن المنذر : وليس فى هذا الباب حديث يعتمد عليه ا هـ .

وعلى أنه إذا خولف الأصل لمعنى وجب تعديته بتعدى ذلك المعنى فنقيس عليه ، بل يثبت الحكم بالبينة ، فإن التحالف إذا ثبت مع قيام السلعة مع أنه يمكن معرفة ثمنها للمعرفة بقيمتها فإن الظاهر أن الثمن يكون بالقيمة ، فمع تعذر ذلك أولى .

فإذا تحالفا فإن رضى أحدهما بما قال الآخر لم يفسخ العقد لعدم الحاجة إلى فسخه ، وإن لم يرضيا فلكل واحد منهما فسخه ، كما له ذلك فى حال بقاء السلعة ، ويرد الثمن الذى قبضه البائع إلى المشترى ، ويدفع المشترى قيمة السلعة إلى البائع فإن كانا من جنس واحد وتساويا بعد التقابض تقاصا . وينبغى ألا يشرع التحالف ولا الفسخ فيما إذا كانت قيمة السلعة مساوية للثمن الذى ادعاه المشترى ، ويكون القول قول المشترى مع يمينه ، لأنه لا فائدة من يمين البائع ولا فسخ البيع ، لأن الحاصل بذلك الرجوع إلى ما ادعاه المشترى وإن كانت القيمة أقل فلا فائدة للبائع فى الفسخ فيحتمل أن لا يشرع له اليمين ولا الفسخ لأن ذلك ضرر عليه من غير فائدة . ويحتمل أن يشرع لتحصيل الفائدة للمشترى .

ومتى اختلفا فى قيمة السلعة رجعا إلى قيمة مثلها موصوفاً بصفاتها ، فإن اختلفا فى الصفة فالقول قول المشترى مع يمينه لأنه غارم ، والقول قول الغارم . وإن تقايلا المبيع أو رد بعيب بعد قبض البائع الثمن ثم اختلفا فى قدره ، فالقول قول البائع لأنه منكر لما يدعيه المشترى بعد انفساخ العقد ، فأشبه ما لو اختلفا فى القبض .

قَالَ المُصنف رَحمَه الله تعَالى

(فصل) : وإن مات المتبايعان فاختلف ورثتهما تحالفوا لأنه يمين فى المال ، فقام الوارث فيها مقام الموروث كاليمين فى دعوى المال ، وإن كان البيع بين وكيلين واختلفا فى الثمن ، ففيه وجهان : (أحدهما) يتحالفان لأنهما عاقدان فتحالفا كالمالكين . (والثانى) لا يتحالفان لأن اليمين تعرض حتى يخاف الظالم منهما فيرجع ، والوكيل إذا أقر ثم رجع لم يقبل رجوعه فلا تثبت اليمين فى حقه ﴾ .

(الشـرح) : اعلم أن هذا الفصل يتضمن ما يقع من الاختلاف بين من يحل محل المتبايعين والحال محل المتبايعين إما أن يكون وارثاً وإما أن يكون وكيلا ، وفى هذه الحال يقوم الوارث مقام الموروث قولا واحداً . أما الوكيلان فوجهان : (أحدهما) يتحالفان كالمالكين والوارثين (والثانى) لا يتحالفان لعدم وقوع الظلم من أحدهما للآخر .

وقد يموت أحد المتبايعين وله وكيل فيجرى عليه الوجهان ، أو وارث فهو حال محل الموروث فى الظلامة والتحالف ، فكما أن الوارث يأخذ مال موروثه فله أن يأخذ ما عساه يصير لازماً عليه .

(فـرع) : ما ذكرناه لا نعلم فيه خلافاً بين أهل العلم . قال ابن قدامة فى المغنى : وإن مات المتبايعات فورثتهما بمنزلتهما فى جميع ما ذكرناه ، لأنهم يقومون مقامهما فى أخذ ماليهما وإرث حقوقهما ، فكذلك ما يلزمهما أو يصير لهما ا هـ . والله تعالى أعلم .

قَال المُصنِّفُ رَحمَه الله تعَالى

(فصـل) : وإن اختلف المتبايعان فى قدر المبيع تحالفا لما ذكرنا فى الثمن . وإن اختلفا فى عين المبيع بأن قال البائع : « بعتك هذا العبد بألف . وقال المشترى : بل اشتريت هذه الجارية بألف » ففيه وجهان : (أحدهما) يتحالفان لأن كل واحد منهما يدعى عقداً ينكره الآخر ، فأشبه إذا اختلفا فى قدر المبيع . (والثانى) أنهما لا يتحالفان ، بل يحلف البائع أنه ما باعه الجارية ويحلف المشترى أنه ما اشترى العبد ، وهو اختيار أبى حامد الإسفراينى رحمه الله ، لأنهما اختلفا فى أصل العقد فى العبد والجارية ، فكان القول فيه قول من ينكر ، كما لو ادعى أحدهما على الآخر عبداً والآخر جارية من غير عقد ، فإن أقام البائع بينة أنه باعه العبد وجب على المشترى الثمن ، فإن كان العبد فى يده أقر فى يده ، وإن كان فى يد البائع ففيه وجهان : (أحدهما) يجبر المشترى على قبضه ، لأن البينة قد شهدت له بالملك . (والثانى) لا يجبر لأن البينة شهدت له بما لا يدعيه ، فلم يسلم إليه ، فعلى هذا يسلم إلى الحاكم ليحفظه .

(**فصل**) : وإن اختلفا فى شرط الخيار أو الأجل أو الرهن أو فى قدرها تحالفا لما ذكرناه فى الثمن ، فإن اختلفا فى شرط يفسد البيع ففيه وجهان ، بناء على القولين فى شرط الخيار فى الكفالة : (أحدهما) أن القول قول من يدعى الصحة ، لأن الأصل عدم ما يفسد . (والثانى) أن القول قول من يدعى الفساد ، لأن الأصل عدم العقد فكان القول قول من يدعى ذلك ؛ فإن اختلفا فى الصرف بعد التفرق . فقال أحدهما : تفرقنا قبل القبض وقال الآخر : تفرقنا بعد القبض ، ففيه وجهان : (أحدهما) أن القول قول من يدعى التفرق قبل القبض ، لأن الأصل عدم القبض (والثانى) أن القول قول من يدعى التفرق بعد القبض ، لأن الأصل صحة العقد .

وإن اختلفا بعد التفرق فقال أحدهما : تفرقنا عن تراض ، وقال الآخر : تفرقنا عن فسخ البيع ففيه وجهان : (أحدهما) أن القول قول من يدعى التراضى ؛ لأن الأصل عدم الفسخ وبقاء العقد . (والثانى) أن القول قول من يدعى الفسخ لأن الأصل عدم اللزوم ومنع المشترى من التصرف ، فأما إذا اختلفا فى عيب المبيع ومثله يجوز أن يحدث فقال البائع : عندك حدث العيب ، وقال المشترى : بل حدث عندك ، فالقول قول البائع . لأن الأصل عدم العيب . فإن اختلفا فى المردود بالعيب فقال المشترى هو المبيع ، وقال البائع : الذى بعتك غير هذا ، فالقول قول البائع لأن الأصل سلامة المبيع ، وبقاء العقد ، فكان القول قوله ، فإن اشترى عبدين فتلف أحدهما ووجد بالآخر عيباً فرده وقلنا : إنه يجوز أن يرد أحدهما واختلفا فى قيمة التالف ففيه قولان : (أحدهما) وهو الصحيح أن القول قول البائع . لأنه ملك جميع الثمن فلا يزال ملكه إلا عن القدر الذى يقر به كالمشترى والشفيع إذا اختلفا فى الثمن . فإن القول قول المشترى ، لأنه ملك الشقص فلا يزال إلا بما يقر به (والثانى) أن القول قول المشترى لأنه كالغارم فكان القول قوله . فإن باعه عشرة أقفزة من صبرة وسلمها بالكيل فادعى المشترى أنها دون حقه ففيه قولان :

(أحدهما) أن القول قول المشترى ، لأن الأصل أنه لم يقبض جميعه .

(والثانى) أن القول قول البائع ، لأن العادة فيمن يقبض حقه بالكيل أن يستوفى جميعه فجعل القول قول البائع ﴾ .

(**الشرح**) : اعلم أن اختلاف المتبايعين على ضربين (أحدهما) أن يختلفا فى أصل العقد . (والثانى) فى صفته ، فإن كان اختلافهما فى أصل العقد مثل أن يقول البائع : بعتك هذا الشيء بألف ، فيقول الآخر : ما اشتريتُ ، أو يقول المشترى : اشتريتُ منك هذا الشيء بألف ، ويقول المالك : ما بعت ، فالقول قول منكر العقد مع يمينه بائعًا كان أو مشتريًا إلا أن يقيم مدعى العقد بينة ولا تحالف بينهما لقوله ﷺ : « البينة على من ادعى » وإن كان اختلافهما فى صفة العقد ، كاختلافهما فى قدر الثمن أو صفته أو فى قدر المثمن أو فى صفته ، فهذا هو :

(الضرب الثانى) أن يكون اختلافهما مما قد يخلو من العقد كاختلافهما فى الأجل وفى قدره أو فى الخيار أو فى قدره أو فى الرهن أو فى التمييز أو فى عينه .

فأما النوع الأول وهو أن يكون اختلافهما مما يكون يخلو منه العقد من قدر الثمن أو صفته ، فالاختلاف فى صفة المثمن أن يقول البائع : بعتك عبدًا ، ويقول المشترى : بل جارية ، فإن كان اختلافهما فيما ذكرنا وشبهه ، فقد اختلف الفقهاء فى العقد على خمسة مذاهب قد جئنا عليها فى الفصول السابقة . قال فى نهاية المحتاج ما حاصله :

وإن اختلفا فى الأجل بأن أثبته المشترى ونفاه البائع ، أو قدره كشهر أو شهرين ، أو قدر المبيع كمد من هذه الصبرة مثلا بدراهم ، فيقول : بل مدين به ولا بينة لأحدهما يعول عليها ، فشمل ما لو أقام كل بينة وتعارضتا لإطلاقهما أو إطلاق أحدهما فقط أو لكونهما أرختا بتاريخين متفقين تحالفا لخبر مسلم « اليمين على المدعى عليه » ولا يشكل الخبران المتقدمان لأنه عرف من هذا الخبر زيادة عليهما وهى حلف المشترى أيضًا فأخذنا بها ، وشمل كلامه ما لو وقع الاختلاف فى زمن الخيار فيتحالفان ، وهو كذلك كما صرح به ابن يونس والنسائى والأذرعى وغيرهم . وقد قال الشافعى والأصحاب بالتحالف فى الكتابة مع جوازها فى حق الرقيق ، وفى القراض والجعالة مع جوازهما من الجهتين ، وأما ما استند إليه القائل بعد التحالف لابن المقرى فى بعض نسخ الروض من إمكان الفسخ فى زمنه رد بأن التحالف لم يوضع للفسخ ، بل عرضت اليمين رجاء أن ينكل الكاذب فيتقرر العقد بيمين الصادق .

والاختلاف فى الأجل أو الرهن أو فى قدرهما أو فى شرط الخيار أو غير ذلك من

الشروط الصحيحة ففيها للفقهاء طريقان : (أحدهما) وهو قول الشافعي يتحالفان ؛ لأنهما اختلفا في صفة العقد فوجب أن يتحالفا قياسًا على الاختلاف في الثمن ، (والثاني) القول قول من ينفي ذلك مع يمينه ، وهو قول أبي حنيفة ، لأن الأصل عدمه ، فالقول قول من ينفيه ، كأصل العقد لأنه منكر ، والقول قول المنكر ، فإن اختلفا في شرط يفسد العقل فقال : بعتك بخمر ، أو خيار مجهول ، فقال : بعتني بنقد معلوم أو بخيار ثلاث ؛ فالقول قول من يدعي الصحة مع يمينه ، لأن ظهور تعاطي المسلم للصحيح أكثر من تعاطيه للفاسد ؛ وإن قال بعتك مكرهًا ، فأنكره فالقول قول المشتري ، لأن الأصل عدم الإكراه وصحة البيع ، وإن قال : بعتك وأنا صبي فالقول قول المشتري ، كل ذلك قول الشافعي وأحمد والثوري وإسحاق ، إلا أن الشافعي يسوي بين المسلم والكافر في تعاطي الصحة ، قالوا : لأن المتبايعين اتفقا على أصل العقد ، واختلفا فيما يفسده ، فكان القول قول مدعي الصحة .

ويحتمل أن يقبل قول من يدعي الصغر لأنه الأصل ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، ويفارق ما إذا اختلفا في شرط فاسد أو إكراه لوجهين : (أحدهما) أن الأصل عدمه ، وههنا الأصل بقاؤه ، (والثاني) أن الظاهر من المكلف أنه لا يتعاطى إلا الصحيح ، وها هنا ما ثبت أنه كان مكلفًا ، وإن قال : بعتك وأنا مجنون . فإن لم يعلم له حال جنون فالقول قول المشتري ، لأن الأصل عدمه ، وإن ثبت أنه كان مجنونًا فهو كالصبي .

قال شمس الدين الرملي : ولو ادعى أحد العاقدين صحة البيع أو غيره من العقود وادعى الآخر فساده لانتفاء ركن ، أو شرط على المعتمد ، كأن ادعى أحدهما رؤيته وأنكرها الآخر على المعتمد أيضًا ، كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى خلافًا لما في فتاوى الشيخ . فالأصح تصديق مدعي الصحة بيمينه غالبًا . مسلمًا كان أو كافرًا . لأن الظاهر في العقود الصحة ؛ وأصل عدم العقد الصحيح يعارضه عدم الفساد في الجملة . ومن غير الغالب ما لو باع ذراعًا من أرض معلومة الذرع ثم ادعى إرادة ذراع معين ليفسد البيع ، وادعى المشتري شيوعه فيصدق البائع بيمينه أيضًا لأن ذلك لا يعلم إلا من جهته ، وما لو زعم أحد متصالحين وقوع صلحهما على إنكار فيصدق بيمينه أيضًا لأنه الغالب ، وما لو زعم أنه عقد وبه نحو صبا وأمكن ، أو جنون أو حجر وعرف له ذلك فيصدق بيمينه كما ذكره الروياني .

ثم قال : وأما كلام الأصحاب فى الجنايات والطلاق فليس من الاختلاف فى صحة العقد وفساده ، وفارق ما ذكرناه ما سيأتى فى الضمان بأن المعاوضات يحتاط فيها غالباً ، والظاهر أنها تقع بشروطها . وفى البيان للعمرانى : لو أقر بالاحتلام لم يقبل رجوعه عنه ، ويؤخذ من ذلك أن من وهب فى مرضه شيئاً فادعت ورثته غيبة عقله حال الهبة لم يقبلو إلا إن علم له غيبة قبل الهبة وادعوا استمرارها إليها وجزم بعضهم بأنه لا بد فى البينة بغيبة العقل ـــ إن تبين ما غاب به ـــ أى لئلا تكون غيبته بما يؤاخذ به كسكر تعدّى به ، وما لو قال المرتهن : أذنت فى البيع بشرط رهن الثمن . وقال الراهن : بل مطلقاً ، فالمصدّق المرتهن ، كما قال الزركشى وغيره ، وهو كما قال ، ولكن ليس هذا مما نحن فيه ، لأن الاختلاف المذكور لم يقع من العاقدين ولا نائبهما .

ولو صبه فى ظرف المشترى فظهرت فيه فأرة فادعى كل أنها من عند الآخر صدق البائع لدعواه الصحة ، ولأن الأصل فى كل حادث تقديره بأقرب زمن ؛ والأصل أيضاً براءة البائع كما فى نظيره من السلم إذا اختلفا هل قبض المسلم إليه رأس المال قبل التفرق أو بعده ؟ فلو أقاما فى المسئلتين ببينتين قدمت بينة مدعى الصحة . وقول ابن أبى عصرون : إن كان مال كل بيده حلف المنكر وإلا فصاحبه مردود . وقال الرملى :

ولو اشترى عبداً مثلا معيناً وقبضه فجاء بعبد معيب ليرده فقال البائع : (ليس هذا المبيع) صدق البائع بيمينه ، لأن الأصل السلامة وبقاء العقد ، وفى مثله فى المبيع فى الذمة والسلم بأن قبض المشترى أو المسلم المدفوع عما فى الذمة ثم أحضر معيباً ليرده ، فقال البائع أو المسلم إليه : ليس هذا هو المقبوض ، يصدق المشترى والمسلم بيمينه فى الأصح أنه المقبوض عملا بأصل بقاء شغل ذمة البائع والمسلم إليه إلى وجود قبض صحيح ، ويجرى ذلك فى الثمن ، فيحلف المشترى فى المعين ، والبائع فيما فى الذمة ، ومقابل الأصح يصدق المسلم إليه كالبيع .

ولو قبض المبيع مثلا بالكيل أو الوزن ثم ادعى نقصه فإن كان قدر ما يقع مثله فى الكيل أو الوزن عادة صدق بيمين لاحتماله مع عدم مخالفته الظاهر وإلا فلا لمخالفته الظاهر ولأنهما اتفقا على القبض والقابض يدعيالخطأ فعليه البينة كما لو اقتسما ثم جاء أحدهما وادعى الخطأ فيه تلزمه البينة ، ولو باع شيئاً فظهر كونه لابنه أو موكله فوقع اختلاف ، كأن قال الابن : باع أبى مالى فى الصغر لنفسه معدياً ، وقال الموكل : باع

وكيلى مالى متعدياً ، وقال المشترى : لم يتعد الولى ولا الوكيل ، صدق المشترى بيمينه ، لأن كلا من الأب والوكيل أمين ولا يتهم إلا بحجة . ا هـ .

(**أما اللغات**) : فالشقص القطعة من الأرض والطائفة من الشيء . قوله : (فإن باعه عشرة أقفزه من صبرة)فالقفيز مكيال . قال فى الصحاح هو ثمانية مكاكيك والجمع أقفزة وقفزان . قال : والمكوك مكيال هو ثلاث كيلجات ، والكيلجة منا وسبعة أثمان منا ، والمنا رطلان ، ويمكن بهذا أن نعرف أن الكيلجة هى الكيلو بلغة العصر فيكون القفيز أربعة وعشرين كيلو جرام تقريباً بالوزن ، وقد مرَّ فى قاعدة مد عجوة أن الوزن مقدم على الكيل لأنه أدق وأعدل إلا ما كان اطراد الكيل فيه لخفة تجعله غير صالح للوزن ، فتنطبق عليه قاعدة الكيل فيما يكال والوزن فيما يوزن .

قال الشافعى فى باب جماع السلف فى الوزن :

والميزان مخالف للمكيال فى بعض معانيه ، والميزان أقرب من الإحاطة وأبعد من أن يختلف فيه أهل العلم من المكيال ، لأن ما يتجافى ولم يتجاف فى الميزان سواء ؛ لأنه إنما يصار فيه كله إلى أن يوجد بوزنه ، والمتجافى فى المكيال يتباين تبايناً بيناً ، فليس فى شيء مما يوزن اختلاف فى الوزن ، ثم قال الشافعى : فإن قال قائل : كيف كان يباع فى عهد النبى ﷺ ؟ قلنا : الله أعلم ، أما الذى أدركنا المتبايعين عليه ؛ فأما ما قل منه فيباع كيلا والجملة الكثيرة تباع وزناً ، ودلالة الأخبار على مثل ما أدركنا الناس عليه . قال عمر رضى الله عنه : لا آكل سمناً ما دام يباع بالأوراقى ، وتشبه الأواقى أن تكون كيلا . اهـ .

قَالَ المصَنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصـل) : إذا باعه سلعة بثمن فى الذمة ثم اختلفا فقال البائع : لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن ، وقال المشترى ، لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع ؛ فقد اختلف أصحابنا فيه ، من قال : فيه ثلاثة أقوال : (أحدهما) يجبر البائع على إحضار المبيع ، والمشترى على إحضار الثمن ، ثم يسلم إلى كل واحد منهما ماله دفعة واحدة ، لأن التسليم واجب على كل واحد منهما ، فإذا امتنعا أجبرا كما لو كان لأحدهما على الآخر دراهم ، وللآخر عليه دنانير . (والثانى) : لا يجبر واحد

منهما ، بل يقال من يسلم منكما ما عليه أجبر الآخر على تسليم ما عليه ، لأن على كل منهما حقاً فى مقابلة حق له ، فإذا تحالفا لم يجبر واحد منهما ، كما لو نكل المدعى عليه فردت اليمين على المدعى فنكل . (والثالث) : أنه يجبر البائع على تسليم المبيع ، ثم يجبر المشترى وهو الصحيح ، لأن حق المشترى متعلق بعين ، وحق البائع فى الذمة ، فقدم ما تعلق بعين كأرش الجناية مع غيرها من الديون ، ولأن البائع يتصرف فى الثمن فى الذمة ، فوجب أن يجبر البائع على التسليم ليتصرف المشترى فى المبيع ، ومن أصحابنا من قال : المسألة على قول واحد ، وهو أن يجبر البائع على تسليم المبيع كما ذكرناه ، وما سواه من الأقوال ذكره الشافعى عن غيره ، ولم يختره ، فعلى هذا ينظر فيه فإن كان المشترى موسراً نظرت ، فإن كان ماله حاضراً أجبر على تسليمه فى الحال وإن كان فى داره أو دكانه حُجِرَ عليه فى المبيع ، وفى سائر أمواله ، إلى أن يدفع الثمن لأنه إذا لم نحجر عليه لم نأمن أن يتصرف فيه ، فيضر بالبائع .

وإن كان غائباً منه على مسافة يقصر فيها الصلاة فللبائع أن يفسخ البيع ويرجع إلى عين ماله ، لأن عليه ضرراً فى تأخير الثمن ، فجاز له الرجوع إلى عين ماله ، كما لو أفلس المشترى ، وإن كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة ففيه وجهان (أحدهما) ليس له أن يختار عين ماله لأنه فى حكم الحاضر . (والثانى) له أن يختار عين ماله لأنه يخاف عليه الهلاك فيما قرب كما يخاف عليه فيما بعد ، وإن كان المشترى معسراً ففيه وجهان (أحدهما) تباع السلعة ويقضى دينه من ثمنها ، والمنصوص أنه يرجع إلى عين ماله لأنه تعذر الثمن بالإعسار . فثبت الرجوع إلى عين ماله كما لو أفلس بالثمن وإن كان الثمن معيناً ففيه قولان (أحدهما) يجبران (والثانى) لا يجبر واحد منهما ويسقط القول الثالث أنه يجبر البائع لأن الثمن كالمبيع فى تعلق الحق بالعين والمنع من التصرف فيه قبل القبض ﴾ .

(الشـرح) : فى هذا الفصل بيان حكم اختلافهما عند البيع بثمن فى الذمة فيه ثلاثة أقوال عند المصنف (أصحها) يجبر البائع على تسليم السلعة ثم يجبر المشترى على تسليم الثمن . وذلك أنهما إن تمانعا أجبر الحاكم كل واحد منهما على إحضار ما عليه من مبيع أو ثمن ثم ينصب عليهما أميناً عدلا يأمر كل واحد منهما بتسليم

ما بيده إليه . حتى إذا صار الجميع معه سلم المبيع إلى المشترى والثمن إلى البائع . قال الماوردى . وحكى هذا القول عن سعيد بن سالم القداح . وقال أبو إسحاق المرْوَزى . يجعلى هذا والقول الأول واحداً . وتخرج المسألة على ثلاثة أقاويل . وامتنع سائر أصحابنا من جعلهما واحداً ، وأن كل واحد منهما مخالف لصاحبه .

قلت : والقول الأول الذى أراد أبو إسحاق المروزى مزجه بقول سعيد بن سالم القداح هو قول المصنف : أحدهما : يجبر البائع على تسليم المبيع والمشترى على تسليم الثمن ثم أعطى كل واحد منهما ماله دفعة واحدة فى لحظة واحدة لتساوى الوجوب فى التسليم وعدم اختصاص أحدهما بقدر أكثر من الإذعان من صاحبه .

وامتنع أكثر الأصحاب من جعلهما قولا واحداً لما يأتى :

(أولا) لأن حق المشترى متعلق بعين وحق البائع فى الذمة ، فقدم ما تعلق بعين كأرش الجناية مع غيرها من الديون ، ولأن البائع يتصرف فى الثمن فى الذمة فوجب أن يجبر البائع على التسليم ليتصرف المشترى فى المبيع .

(ثانياً) أن الدفع والتسليم فى القول الأول إلى الحاكم وكان بحكمه ، وها هنا الحكم منه فى ذمة الأمين والأمر بالتسليم منه .

ومن هنا قول المصنف : من الأصحاب من قال فيه ثلاثة أقوال يذكرنا بقول الماوردى فيه أربعة أقوال . ذلك القول الرابع هو تعيين الأمين العدل . وهذا القول وإن كان قولا رابعاً عندنا فإنه ظاهر مذهب الحنابلة فيما إذا كان عرضاً بعرض أو عيناً بعين . قال ابن قدامة فى المغنى :

وإن اختلفا فى التسليم ، فقال البائع : لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن . وقال المشترى : لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع والثمن فى الذمة ، أجبر البائع على تسليم المبيع ، ثم أجبر المشترى على تسليم الثمن ، فإن كان عيناً أو عرضاً بعرض جعل بينهما عدل ، فيقبض منهما ثم يسلم إليهما ، وهذا قول الثورى وأحد قولى الشافعى وعن أحمد ما يدل على أن البائع يجبر على تسليم المبيع على الإطلاق ، وهو القول الثانى للشافعى . وقال أبو حنيفة ومالك : يجبر المشترى على تسليم الثمن لأن البائع حبس المبيع على تسليم الثمن ، ومن استحق ذلك لم يكن عليه التسليم قبل الاستيفاء

كالمرتهن . ثم قال رأيه الذى يدل على موافقته لما ذهبنا إليه من تساوى المبيع ، سواء كان الثمن عيناً أم نقداً فقال :

ولنا أن تسليم المبيع يتعلق به استقرار البيع وتمامه ، فكان تقديمه أولى سيما مع تعلق الحكم بعينه ، وتعلق حق البائع بالذمة ، وتقديم ما تعلق بالعين أولى لتأكده . ولذلك يقدم الدين الذى به الرهن فى ثمنه على ما تعلق بالذمة ، ويخالف الرهن فإنه لا تتعلق به مصلحة عقد الرهن ، والتسليم ها هنا يتعلق به مصلحة عقد البيع . وأما إذا كان الثمن عيناً فقد تعلق الحق بعينه أيضاً كالمبيع فاستويا . وقد وجب لكل واحد منهما على صاحبه حق قد استحق قبضه فأجبر كل واحد منهما على إيفاء صاحبه حقه . ا هـ قوله ﴿ وما سواه من الأقوال ﴾ ذكره الشافعى عن غيره ولم يختره ، فعلى هذا ينظر فيه .

(قلت) الذى فى لمزنى يدل على اختيار الشافعى لهذا الرأى وتعبيره بكلمة (أحب الشافعى من أقاويل) قال المزنى فى باب اختلاف المتبايعين « وإذا قال كل واحد منهما : لا أدفع حتى أقبض » . « ولو لم يختلفا وقال كل واحد منهما لا أدفع حتى أقبض فالذى أحب الشافعى من أقاويل وصفها أن البائع يدفع السلعة ويجبر المشترى على دفع الثمن من ساعته فإن غاب وله مال أشهد على وقف ماله وأشهد على وقف السلعة ، فإذا دفع أطلق عنه الوقف ، وإن لم يكن له مال فهذا مفلس ، والبائع أحق بسلعته ، ولا يدع الناس يتمانعون الحقوق وهو يقدر على أخذها منهم » .

قوله ﴿ وإن كان غائباً ﴾ قال الماوردى : وإن كان ماله غائباً فله ثلاثة أحوال (أحدها) أن يكون على مسافة أقل من يوم وليلة ، فهذا فى حكم الحاضر ، وينتظر له حضور ماله بعد الحجر عليه فى المبيع وسائر ماله ، فإذا أحضر الثمن فك حجره وأطلق تصرفه (والثانى) أن يكون على مسافة ثلاثة أيام فصاعداً فلا يلزم انتظار ماله لبعده عنه ، وأنه فى حكم المعسر (والثالث) أن يكون على مسافة أكثر من يوم وليلة وأقل من ثلاثة أيام فعلى وجهين : (أحدهما) ينتظر حضور ماله ، كما لو كانت على أقل من يوم وليلة ، ويحجر عليه فى المبيع حتى يحضر الثمن (والوجه الثانى) لا ينتظر لبعد المسافة ، وأنها فى حكم ما زاد على الثلاث ، فعلى هذا ما الذى يستحقه البائع إذا لم ينتظر ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يجعل كالمفلس ويخير البائع بين أن يرجع بغير ماله وبين أن يصير بالثمن فى ذمة المشترى إلى حين وجوده (والوجه الثانى) أن حكم المفلس منفى عنه

لوجود المال ، وإن بعد منه ، ولكن تباع السلعة المبيعة ليصل البائع إلى حقه منها ، فإن بيعت بقدر ما للبائع من الثمن دفع إليه ذلك وقد استوفى حقه ، وإن بيعت بأكثر رد الفاضل على المشترى ، وإن بيعت بأقل كان الباقى ديناً للبائع فى ذمة المشترى .

(قلت) فإن هرب المشترى ولم يكن له مال فسخ البيع لأنه إذا جاز فسخه مع حضوره للإعسار ففى هربه أولى .

قَالَ المصنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصل) : وإن باع من رجل عيناً فأحضر المشترى نصف الثمن ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يجبر البائع على تسليم شيء من المبيع ، لأنه محبوس بدين ، فلا يسلم شيء منه بحضور بعض الدين كالرهن (والثانى) أنه يجبر على تسليم نصف المبيع لأن كل واحد منهما عوض عن الآخر ، وكل جزء من المبيع فى مقابلة جزء من الثمن . فإذا سلم بعض الثمن وجب تسليم ما فى مقابلته ، ويخالف الرهن فى الدين فإن الرهن ليس بعوض من الدين ، وإنما هو وثيقة به فجاز له حبسه إلى أن يستوفى جميع الدين ، وإن باع من اثنين عبداً بثمن فأحضر أحدهما نصف الثمن وجب تسليم حصته إليه لأنه أحضر جميع ما عليه من الثمن . فوجب تسليم ما فى مقابلته من المبيع ، كما لو اشترى عيناً وأحضر ثمنها . والله أعلم ﴾ .

(الشرح) : هذا الفصل يبنى على أن العقد إذا لزم فى الصفقة كلها كان بعض ما أداه المشترى من ثمنها غير مسوغ لتجزئ المبيع بقدر ما أدى المشترى فلا يجبر على تسليم ما يقابله أم يجبر على تسليم ما يساوى ما أداه المشترى ؟ فيقع الثمن منجما والمبيع منجما ، وذلك لمخالفته الرهن ، لأنه إذا احتجز الصفقه عنده كلها فى مقابلة ما بقى من الثمن فقد أشبه الرهن .

(قلت) إذا ترتب على تجزىء الصفقه تلف باقيها أو نقصه نقصاً يبخس ثمنها كما لو أدى بعض الثمن من كتاب له أجزاء مطبوعة فإذا أخذ ما يساوى ما أداه من الثمن من

أجزاء ترتب على ذلك خرم الكتاب عند البائع لم يجبر البائع على تسليم بعض الكتاب وجاز له حبسه حتى يستوفى الثمن كله ، والله أعلم .

قَالَ المصنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصـل) : إذا تلف المبيع فى يد البائع قبل التسليم لم يخل إما أن يكون ثمرة أو غيرها ، فإن كان غير الثمرة نظرت ــ فإن كان تلفه بآفة سماوية ــ انفسخ البيع ، لأنه فات التسليم المستحق بالعقد فانفسخ البيع ، كما لو اصطرفا وتفرقا قبل القبض فإن كان المبيع عبداً فذهبت يده بآكلة فالمبتاع بالخيار بين أن يرد وبين أن يمسك فإن اختار الرد رجع بجميع الثمن ، وإن اختار الإمساك أمسك بجميع الثمن ، لأن الثمن لا ينقسم على الأعضاء فلم يسقط بتلفها شىء من الثمن ، وإن أتلفه أجنبى ففيه قولان :

(أحدهما) أنه ينفسخ البيع لأنه فات التسليم المستحق بالعقد فانفسخ البيع ، كما لو تلف بآفة سماوية (والثانى) أن المشترى بالخيار بين أن يفسخ البيع ويرجع بالثمن ، وبين أن يقر البيع ويرجع على الأجنبىّ بالقيمة ، لأن القيمة عوض عن المبيع فقامت مقامه فى القبض ، فإن كان عبداً فقطع الأجنبى يده فهو بالخيار بين أن يفسخ البيع ويرجع بالثمن ، وبين أن يجيزه ويرجع على الجانى بنصف قيمته .

فإن أتلفه البائع ففيه طريقان : قال أبو العباس : فيه قولان كالأجنبى ، وقال أكثر أصحابنا ينفسخ البيع قولا واحداً لأنه لا يمكن الرجوع على البائع بالقيمة لأن المبيع مضمون عليه بالثمن فلا يجوز أن يكون مضموناً عليه بالقيمة بخلاف الأجنبى ، فإن المبيع غير مضمون عليه بالثمن فجاز أن يضمنه بالقيمة . فإن كان عبداً فقطع البائع يده ففيه وجهان :

قال أبو العباس : المبتاع بالخيار إن شاء فسخ البيع ورجع بالثمن وإن شاء أجازه ورجع على البائع بنصف القيمة ، وقال أكثر أصحابنا : هو بالخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء أجازه ولا شىء له لأنه جزء من المبيع فلا يضمنه البائع بالقيمة قبل القبض ، كما لو ذهب بآكلة . فإن أتلفه المشترى استقر عليه بالثمن لأن الإتلاف كالقبض ، ولهذا لو أعتقه جعل إعتاقه كالقبض فكذلك إذا أتلفه ، فإن كان عبداً

فقطع يده لم يجز له أن يفسخ لأنه نقص بفعله ، فإن اندمل ثم تلف فى يد البائع رجع البائع على المشترى بأرش النقص فيقوّم مع اليد ويقوّم بلا يد ثم يرجع بما نقص من الثمن ولا يرجع بما نقص من القيمة لأن المبيع مضمون على المشترى بالثمن فلا يجوز أن يرجع عليه بما نقص من القيمة وإن كان المبيع ثمرة فإن كان على الأرض فهو كغير الثمرة وقد بيناه . وإن كانت على الشجر نظرت فإن تلفت قبل التخلية فهى كغير الثمرة إذا هلك قبل أن يقبض وقد بيناه ، فإن تلفت بعد التخلية ففيه قولان :

(أحدهما) أنها تتلف من ضمان المشترى ، لأن التخلية قبض يتعلق به جواز التصرف فدخل فى ضمانه كالنقل فيما ينقل (والثانى) أنها تتلف من ضمان البائع ، لما روى جابر رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال : « إن بعت من أخيك تمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً ، بم تأخذ مال أخيك بغير حق ؟ » وروى جابر أيضاً أن النبى ﷺ « أمر بوضع الجوائح » فإن قلنا بهذا فاختلفا فى الهالك فقال البائع : الثلث ، وقال المشترى النصف ، فالقول قول البائع ، لأن الأصل عدم الهلاك ، وإن بلغت الثمار وقت الجداد فلم ينقل حتى هلكت كان هلاكها من ضمان المشترى ، لأنه وجب عليه النقل فلم يلزم البائع ضمانها ، والله أعلم ﴾ .

(الشرح) : حديث جابر الأول رواه مسلم وأبو داود والنسائى وابن ماجه ، وحديث جابر الثانى رواه الشافعى فى الأم ، قال : سمعت سفيان يحدث هذا الحديث كثيراً فى طول مجالستى له لا أحصى ما سمعته يحدثه من كثرته لا يذكر فيه « أمر بوضع الجوائح » لا يزيد على أن النبى ﷺ « نهى عن بيع السنين» ثم زاد بعد ذلك « وأمر بوضع الجوائح » .

قال الشافعى : قال سفيان : وكان حميد يذكر بعد بيع السنين كلاماً قبل وضع الجوائح لا أحفظه ، فكنت أكف عن ذكر وضع الجوائح لأنى لا أدرى كيف كان الكلام . وفى الحديث « أمر بوضع الجوائح » أخبرنا سفيان عن أبى الزبير عن جابر عن النبى ﷺ مثله (قلت) وحديث « أمر بوضع الجوائح » رواه مسلم وأحمد والنسائى وأبو داود ، وروى عن أنس وعائشة ، وقد مر فى بيع الثمرة قبل بُدُوِّ صلاحها ، قال الربيع : أخبرنا الشافعى قال : أخبرنا مالك عن أبى الرجال محمد بن عبد الرحمن عن أمه عمرة

أنه سمعها تقول : « ابتاع رجل ثمر حائط فى زمان رسول الله ﷺ فعالجه وأقام فيه حتى تبين له النقصان ، فسأل رب الحائط أن يضع عنه فحلف أن لا يفعل ، فذهبت أم المشترى إلى رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له ، فقال رسول الله ﷺ : تألَّى ألا يفعل خيرًا . فسمع بذلك رب المال ، فأتى إلى رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله هو له » .

(**أما اللغات**) : فالآفة العاهة ، وقد إيف الزرع بالبناء للمجهول أى أصابته آفة فهو مئوف على وزن مقول ومعوف ، والجوائح جمع جائحة ، وهى الآفة التى تصيب الثمار فتهلكها . يقال : جاحهم الدهر واجتاحهم بتقديم الجيم على الحاء فيها إذا أصابهم بمكروه عظيم (والآكِلَةُ) داء فى العضو يأكل منه وهو على وزن فرحة .

(**أما الأحكام**) : فقد قال الماوردى رحمه الله فى الحاوى[1] :

اعلم أن اختلاف المتبايعين على ضربين (أحدهما) اختلافهما فى أصل العقد قبل أن يقول البائع : بعتك عبدى بألف فيقول الآخر : ما اشتريته ، أو يقول المشترى : المشترى اشتريت منك عبدك بألف فيقول المالك : ما بعته ، فالقول قول منكر العقد مع يمينه .

فقوله ﷺ « البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » وهكذا لو ادعى أحدهما العقد على وجه يصح وادعاه الآخر على وجه يفسد مثل أن يقول أحدهما: بعتك عبدى هذا بألف حالَّة ، ويقول الآخر : بألف مؤجلة إلى العطاء أو بخيار شرط فالقول فى هذا العقد قول من ادعى فساده دون صحته ، لأن دعواه تضمنت نفى العقد فصار كالمنكر .

(**فرع**) : وإن كان اختلافهما فى صفة العقد دون أصله فعلى ضربين (أحدهما) أن يكون اختلافهما فيما لا يخلو منه العقد كاختلافهما فى قدر الثمن أو صفته أو فى قدر المثمن أو فى صفته .

(والضرب الثانى) أن يكون اختلافهما مما قد يخلو منه العقد كاختلافهما فى الأجل أو فى قدره أو فى الخيار أو فى قدره أو فى الرهن أو فى قدره أو فى الضمين أو فى عينه .

---

(١) جـ ٥ مخطوطة ٨٢ لوحة ٢٣٨ ، ٢٣٩ ، ٢٤٠ دار الكتب والوثائق .

(فأما الضرب الأول) وهو أن يكون اختلافهما فيما لا يخلو منه العقد من قدر الثمن أو صفته أو قدر المثمن أو صفته ، فالاختلاف فى قدر الثمن أن يقول البائع بعتك هذا العبد بألف درهم ويقول المشترى بخمسمائة فالاختلاف فى صفته أن يقول البائع : بدراهم صحاح ويقول المشترى : مكسرة ، ويقول البائع بدراهم بيض ويقول المشترى : بدراهم سود ، والاختلاف فى قدر المثمن أن يقول البائع : بعتك كذا من طعام بألف ويقول المشترى : بل كذا بألف ، ويقول البائع : بعتك هذا العبد بألف فيقول المشترى : بل بعتنى العبد مع الفرس بألف ، والاختلاف فى صفة المثمن أن يقول : أسلمت إليك درهمًا فى طعام سدر فيقول بل فى طعام شامى أو فى ثياب مروى فيقول : بل فى هروى ، فإذا كان اختلافهما فيما ذكرت فقد اختلف الفقهاء فى العقد على خمسة مذاهب :

(أحدهما) وهو مذهب شريح والشعبى أن القول فيه قول البائع ، لأن المبيع على ملكه .

(والمذهب الثانى) وهو مذهب أبى ثور وداود أن القول قول المشترى اعتباراً ببراءة ذمته .

(والمذهب الثالث) وهو مذهب مالك أن القول قول من الشىء فى يده ، لأن فيه دلالة على ملكه .

(والمذهب الرابع) وهو مذهب أبى حنيفة أنه إن كانت تالفة فالقول قول المشترى ، وإن كانت باقية فالقول قول المشترى .

ومذهب الشافعى يتحالفان بكل حال سواء أكانت السلعة قائمة أو تالفة ولا اعتبار باليد إلا أن يكون تلفها قبل القبض كان ذلك مبطلًا للعقد ،واستدل أبو حنيفة على أن تلف السلعة يمنع من التحالف ، ويوجب قبول قول المشترى لما روى ابن مسعود عن النبى ﷺ أنه قال :« إذا اختلف المتبايعان ولا بينة لواحد منهما والسلعة قائمة تحالفا أو ترادا » .

ولأنه فسخ ثبت مع بقاء المبيع فوجب أن يسقط مع تلفه كالرد بالعيب . قال : ولأنه بيع تلف عن عقد صحيح فوجب أن يبقى عند الفسخ أصله إذا تلف المبيع فى جدار البيت

بعد لزوم العقد ، وبطل إذ يستحق مع تلفه الفسخ ، قال : ولأن المبيع إذا قبض فهو مضمون على مشتريه بالثمن فلو جاز تحالفه بعد الثمن لصار مضمونًا عليه بالقيمة دون الثمن ، وهذا مما ينافى ضمان العقد والدلالة على صحة ما ذهبنا إليه من تحالفهما مع بقاء السلعة وتلفها ما روى عن النبى ﷺ أنه قال : « البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » وكل واحد من المتبايعين منكر ومدع ، لأن البائع يقول : بعته بألف ولم أبع بخمسمائة والمشترى يقول : اشتريته بخمسمائة ولم أشتره بألف ومعنى ذلك أن كل واحد منهما يجوزأن يقيم البينة ، والبينة إنما تسمع من المدعى دون المنكر ، فدل على أن كل واحد منهما مدع ثم يجوز أن يتحالفا مع بقاء السلعة لوفاق أبى حنيفة . واليمين عند أبى حنيفة إنما تكون على المنكر دون المدعى ، فثبت أن كل واحد منهما منكر فصار كل واحد منهما مدعيًا منكرًا فوجب أن يتحالفا ، ويدل على ذلك أيضًا الحديث الذى رواه الشافعى عن ابن مسعود رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال : « إذا اختلف البيعان[1] فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار » ولم يفرق بين بقاء السلعة وتلفها .

فإن قيل : فقد شرط بقاء السلعة فى التحالف فى الخبر الأخذ فصار هذا الإطلاق محمولا على ذلك التعبير كما حملتم إطلاق العتق فى كفارة الظهار على تقييد العتق فى كفارة القتل ، قيل : ليس هذا كسبب عن المقيد الذى يحمل إطلاق جنسه عليه ، لأن إطلاق جنس إنما يوجب تحالفهما مع بقاء السلعة وتلفها فصار قوله : « والسلعة قائمة » بعض ما تناوله إطلاق خبرنا فى ذلك فلا يوجب التخصيص لأنه لا ينافيه .

(فإن قيل) : فما الفائدة فى قوله : (إذا اختلفا والسلعة قائمة تحالفا) مع استواء الحكم فى قيامها وتلفها ؟ (قيل) : يحتمل وجوهًا (أحدها) البينة على حكم التحالف مع التلف لأن بقاء السلعة يمكن مع اعتبار قيمتها ، فيغلب به قول من كانت دعواه أقرب إليه ، ومع التلف لا يمكن ، فلما أسقط اعتبار هذا وأوجب التحالف مع قيام السلعة كان وجوب التحالف مع تلفها أولى (والثانى) أن النص على بقاء السلعة إسقاط لاعتبار اليد بخلاف قول مالك رضى الله عنه حتى إذا تحالفا مع وجوب اليد كان تحالفهما مع زوال اليد أولى (والثالث) إن نص على بقاء السلعة فى يده بما قد يكون مبطلا للعقد إذا كان قبل القبض ، وأما بعده فليس يبطل معه العقد فيتحالفان مع بقائها

---

(١) والحديث أخرجه الترمذى فى جامعه والبيهقى فى السنن الكبرى (المطيعى) .

وقد يتحالفان مع تسليمها ، فإن قيل : فلا دلالة لكم فى هذا الخبر لأنه جعل القول قول البائع ، وأنتم لا تقولون به ، قيل : قد جعل المشترى بعده بالخيار ، ومن جعل القول قول البائع على الإطلاق لم يجعل للمشترى خيارًا ، وإذا ثبت خيار المشترى بعد يمين البائع فخياره فى قبول السلعة بما حلف عليه البائع أو يحلف بعده ويفسخ البيع ، وكذا مقول فى تحالفهما ، وإنما خص النبى ﷺ البائع بالذكر لأنه المبتدىء باليمين ، ويدل على هذه المسألة من طريق المعنى أنه اختلاف فى صفة عقد بيع صحيح فاقتضى أن يوجب التحالف ، أصله إذا كانت السلعة قائمة ولأن ما يوجب فسخ العقد يستوى فيه الباقى والتالف كالاستحقاق ، ولأنه فسخ لا يفتقر إلى تراضيهما ، فإذا صح مع تراد الأعيان صح مع تراد القيمة اهـ . ملخصًا من الحاوى للماوردى رحمه الله تعالى والكلام فى فساد البيع بالشرط أو عدم فساده مضى فى الجزء التاسع والله الهادى إلى سواء السبيل .

وقال الشافعى : قال سفيان فى حديثه عن جابر عن النبى ﷺ فى وضع الجوائح ما حكيت . فقد يجوز أن يكون الكلام الذى لم يحفظه سفيان من حديث حميد يدل على أن أمره بوضعها على مثل أمره بالصلح على النصف ، وعلى مثل أمره بالصدقة تطوعًا حضًّا على الخير لا حتما ، وما أشبه ذلك .

ثم قال الشافعى : وحديث مالك عن عمرة مرسل ، وأهل الحديث ونحن لا نثبت مرسلا ، ولو ثبت حديث عمرة كانت فيه ــ والله تعالى أعلم ــ دلالة على أن لا توضع الجائحة لقولها : قال رسول الله ﷺ : « تألَّى أن لا يفعل خيرًا » ولو كان الحكم عليه أن يضع الجائحة لكان أشبه أن يقول ذلك لازم له حلف أو لم يحلف ، وذلك أن كل من كان عليه حق قيل : هذا يلزمك أن تؤديه إذا امتنعت من حق فأخذ منك بكل حال (قال) ولو لم يكن سفيان وهَّن حديثه بما وصفت وثبتت السنة بوضع الجائحة ، وضعت كل قليل وكثير أصيب من السماء بغير جناية أحد عليه . فأما أن يوضع الثلث فصاعدًا ولا يوضع ما دون الثلث فهذا لا خبر ولا قياس ولا معقول .

فإن قال قائل : فما منعك أن تجعل ثمرة النخل قياسًا على ما وصفت من كراء الأرض ، وأنت تجيز بيع ثمر النخل فيترك إلى غايته فى نخله كما تجيز أن يقبض الدار ويسكنها إلى مدة ، قال : فقيل له : إن شاء الله الدار تكترى سنة ثم تنْهد من قبل تمام

السنة مخالفة للثمرة تقبض من أن سكناها ليس بعين ترى إنما هى بمدة تأتى . فكل يوم منها يمضى بما فيه وهى بيد المكترى يلزمه الكراء فيه وإن لم يسكنها إذا خلى بينه وبينها ، والثمرة إذا ابتيعت وقبضت ، وكلها فى يد المشترى يقدر على أن يأخذها كلها من ساعته ، ويكون ذلك له ، وإنما يرى تركه إياها اختيارًا لتبلغ غاية ما يكون له فيها أخذه قبلها ، وقد يكون رطبًا يمكنه أخذه وبيعه وتيبيسه ، فيتركه ليأخذه يومًا بيوم رطبًا ليكون أكثر قيمة إذا فرقه فى الأيام وأدوم لأهله ، فلو زعمت أنى أضع الجائحة بعد أن يرطب الحائط كله أو أكثره ويمكن فيه أن يقطع كله فيباع رطبًا ، وإن كان ذلك أنقص لمالك الرطب أن ييبس تمرًا ، وإن كان ذلك أنقص على مالكه زعمت أنى أضع عنه الجائحة وهى تمر ، وقد ترك قطعه وتمييزه فى وقت يمكنه فيه إحرازه ، ثم قال : وجماع الجوائح كل ما أذهب الثمرة أو بعضها بغير جناية آدمى .

ثم قال الشافعى : وكان شبيهًا أن يقول جملة القول فيه أن يكون الثمر المبيع فى شجره المدفوع إلى مبتاعه من ضمان البائع حتى يستوفى المشترى ما اشترى منه لا يبرأ البائع من شىء منه حتى يأخذه المشترى أو يأخذه بأمره من شجره ، كما يكون من ابتاع طعامًا فى بيت أو سفينة كله على كيل معلوم ، فما استوفى المشترى برىء منه البائع ، وما لم يستوف حتى يسرق أو تصيبه آفة فهو من مال البائع ، وما أصابه من عيب فالمشترى بالخيار فى أخذه أو رده . ويجعل الشافعى المشترى مسئولا عن المبتاع إذا كان مسلَّطًا عليه مسيطرًا على المبيع ، وليس على البائع من الضمان شىء ما دام يملك أخذها وقطعها وبقاءها ، فلوتلفت ــ فى يد البائع بآفة سماوية ــ فلا ضمان على البائع ؛ لأن المشترى مقصر فى قبضها .

(فرع) : فى مذاهب العلماء فى الجوائح

قلنا : إن مذهبنا منع القضاء بها على الجديد ، وبهذا قال أبو حنيفة والثورى والليث ، وقال مالك وأصحابه بالقضاء بها وعمدة من قال بوضعها حديثا جابر اللذان مضى ذكرهما وهو عند ابن رشد قياس الشبه وذلك أنه مبيع بقى على البائع فيه حتى توفية بدليل ما عليه من سقيه إلى أن يكمل ، فوجب أن يكون ضمانه من أصله كسائر المبيعات التى بقى فيها حق توفية ، والفرق عندهم بين هذا المبيع وبين سائر البيوع أن هذا بيع وقع فى الشرع والمبيع لم يكمل بعد ، فكأنه مستثنى من النهى عن بيع ما لم

يخلق ، فوجب أن يكون فى ضمانه مخالفاً لسائر المبيعات ، وأما عمدة من لم يقل بالقضاء بها فتشبيه هذا البيع بسائر المبيعات ، وأن التخلية فى هذا البيع هو القبض ، وقد اتفقوا على أن ضمان المبيعات بعد القبض من المشترى ومن طريق السماع أيضاً حديث أبى سعيد الخدرى (رض) : « اجتيح رجل فى ثمار ابتاعها وكثر دينه ، فقال رسول الله ﷺ : خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك قالوا : « فلم يحكم بالجائحة » قال ابن رشد :

فسبب الخلاف فى هذه المسألة هو تعارض الآثار فيها وتعارض مقاييس الشبه ، وقد رام كل واحد من الفريقين صرف الحديث المعرض للحديث الذى هو الأصل عنده بالتأويل فقال : من منع الجائحة يشبه أن يكون الأمر بها إنما ورد قبل النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها . قالوا : ويشهد لذلك أنه لما كثر شكواهم بالجوائح أمروا ألا يبيعوا الثمر إلا بعد أن يبدو صلاحه ، وذلك فى حديث زيد بن ثابت المشهور . وقال : من أجازها فى حديث أبى سعيد : يمكن أن يكون البائع عديماً ، فلم يقض عليه بجائحة ، وأن يكون المقدار الذى أصيب من الثمر مقداراً لا يلزم فيه جائحة أو أن يكون أصيب فى غير الوقت الذى تجب فيه الجائحة ، مثل أن يصاب بعد الجذاذ أو بعد الطيّب .

وأما الشافعى فروى حديث جابر عن سليمان بن عتيق عن جابر وكان يضعفه ويقول : إنه اضطرب فى ذكر وضع الجوائح فيه ، ولكنه قال : إن ثبت الحديث وجب وضعها فى القليل والكثير ولا خلاف بينهم فى القضاء بالجائحة والعطش ، وقد جعل القائلون بها اتفاقهم فى هذا حجة على إثباتها ، والكلام فى أصول الجوائح على مذهب مالك ينحصر فى أربعة فصول : ١ ــ فى معرفة الأسباب الفاعلة للجوائح . ٢ ــ فى محل الجوائح من المبيعات . ٣ ــ فى مقدار ما يوضع منه فيه . ٤ ــ فى الوقت الذى توضع فيه .

فأما الأولى فإذا كان من السماء كالبرد والقحط فلا خلاف عند المالكية أنه جائحة وكذلك العطش . وأما ما كان من صنع الآدميين ، فقد ذهب بعض المالكية إلى اعتباره جائحة ، ولم يره بعضهم جائحة ، والذين رأوه جائحه انقسموا قسمين : فبعضهم رأى منه جائحة ما كان غالباً كالجيش ولم ير ما كان منه بمفاجأة جائحة كالسرقة ، وبعضهم يرى كل ما يصيب الثمرة من جهة الآدميين جائحة ، فمن جعلها فى أمور السماء فقط اعتمد ظاهر قوله ﷺ : « أرأيت إن منع الله الثمرة » ، ومن جعلها فى

أفعال الآدميين شبهها بالأمور السماوية ، ومن استثنى اللص قال : يمكن أن يتحفظ منه .

وأما محل الجوائح فهى الثمار والبقول ، وأما المقدار الذى تجب فيه الجائحة ، أما فى الثمار فالثلث ، وأما فى البقول فقيل فى القليل والكثير . وابن القاسم يعتبر ثلث الثمر وبالكيل وأشهب يعتبر الثلث فى القيمة ، فإذا ذهب من الثمر ما قيمته الثلث من الكيل عند أشهب وضع الثلث من الثمن ، وسواء كان ثلثاً فى الكيل أو لم يكن ، وأما ابن القاسم فإنه إذا ذهب من الثمن الثلث من الكيل ، فإن كان نوعاً واحداً ليس تختلف قيمة بطونه حط عنه من الثمن الثلث . والمالكية يحتجون فى مصيرهم إلى التقدير فى وضع الجوائح ، وإن كان الحديث الوارد فيها مطلقاً بأن القليل فى هذا معلوم من حكم العادة أن يخالف الكثير ، إذ كان معلوماً أن القليل يذهب من كل ثمر ، فكأن المشترى دخل على هذا الشرط بالعادة وإن لم يدخل بالنطق . قال ابن رشد : وإن كان المذهب يضطرب فى هذا الأصل ــ يعنى مذهب مالك ــ فمرة يجعل الثلث من حيز الكثير كجعله إياه ههنا ، ومرة يجعله فى حيز القليل ولم يضطرب فى أنه الفرق بين القليل والكثير والمقدرات بعسر إثباتها بالقياس عند جمهور الفقهاء ، ولذلك قال الشافعى : لو قلت بالجائحة لقلت فيها بالقليل والكثير وكون الثلث فرقاً بين القليل والكثير هو نص فى الوصية فى قوله ﷺ : « الثلث والثلث كثير » وأما زمان القضاء بالجائحة فاتفق المذهب على وجوبها فى الزمان الذى يحتاج فيه إلى تبقية الثمر على رءوس الشجر حتى يستوفى طيبه . واختلفوا إذا أبقاه المشترى فى الثمار ليبيعه على النضارة وشيئا شيئا ، فقيل فيه الجائحة تشبيهًا بالزمان المتفق عليه وقيل ليس فيه جائحة تفريقا بينه وبين الزمان المتفق على وجوب القضاء بالجائحة فيه ، وذلك أن هذا الزمان يشبه الزمان المتفق عليه من جهة ويخالفه من جهة ، فمن غلّب الاتفاق أو وجب فيه الجائحة ومن غلّب الاختلاف لم يوجب فيه الجائحة ، ومن لم ير الأمر فيهما واحداً قال : ليس فيه جائحة ، ومن ههنا اختلفوا فى وجوب الجوائح فى البقول . والله تعالى أعلم بالصواب .

قَالَ المصنَفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

باب السلم

﴿ السلم جائز لقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فكتبوه ﴾ قال ابن عباس : أشهد أن السلف المضمون إلى أجل قد أجله الله في كتابه وأذن فيه فقال : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ﴾ .

(**فصل**) : ولا يصح السلم إلا من مطلق التصرف فى المال لأنه عقد على مال فلا يصح إلا من جائز التصرف كالبيع ؛ قال الشافعى رحمه الله : ويصح السلم من الأعمى . قال المزنى رحمه الله : أعلم من نطقه أنه أراد الأعمى الذى عرف الصفات قبل أن يعمى . قال أبو العباس : هذا الذى قاله المزنى حسن ، فأما الأكمه الذى لا يعرف الصفات فلا يصح سلمه لأنه يعقد على مجهول وبيع المجهول لا يصح ، وقال أبو إسحاق : يصح السلم من الأعمى وإن كان أكمه لأنه يعرف الصفات بالسماع ﴾ .

(**الشرح**) : قال الشافعى رحمه الله ، فى باب السلف ، والمراد به السلم :

قال الله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل » إلى قوله : ﴿ وليتق الله ربه ﴾ قال الشافعى : فلما أمر الله عز وجل بالكتاب ثم رخص فى الإشهاد إن كانوا على سفر ولم يجدوا كاتباً ، احتمل أن يكون فرضا وأن يكون دلالة ، فلما قال الله جل ثناؤه : ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ والرهن غير الكتاب والشهادة ، ثم قال : ﴿ فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذى اؤتمن أمانته وليتق الله ربه ﴾ دل كتاب الله عز وجل على أن أمره بالكتاب ثم الشهود ثم الرهن إرشاد لا فرض عليهم ، لأن قوله : ﴿ فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذى اؤتمن أمانته ﴾ إباحة لأن يأمن بعضهم بعضا ؛ فيدع الكتاب والشهود والرهن ، قال : وأحب الكتاب والشهود لأنه إرشاد من الله ونظر للبائع والمشترى ، وذلك أنهما إن كانا أمينين فقد يموتان أو أحدهما ، فلا يعرف حق البائع على المشترى فيتلف على البائع أو ورثته حقه ، وتكون التباعة على المشترى فى أمر لم يرده ، وقد يتغير عقل المشترى فيكون فى هذا ضرر البائع ، وقد يغلط المشترى فلا يقر فيدخل فى الظلم من حيث لا يعلم ويصيب ذلك

البائع فيدعى ما ليس له فيكون الكتاب والشهادة قاطعا هذا عنهما وعن ورثتهما ، ولم يكن يدخل ما وصفت انبغى لأهل دين الله اختيار ما ندبهم الله إليه إرشاداً ، ومن تركه فقد ترك حزماً وأمراً لم أحب تركه من غير أن أزعم أنه محرم عليه بما وصفت من الآية بعده .

قال الشافعى : قال الله عز وجل : ﴿ ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله ﴾ يحتمل أن يكون حتما على من دعى للكتاب ، فإن تركه تارك كان عاصيا ، ويحتمل أن يكون كما وصفنا فى كتاب جماع العلم : على من حضر من الكتاب أن لا يعطلوا كتاب حق بين رجلين فإذا قام به واحد أجزأ عنهم ، كما حق عليهم أن يصلوا على الجنائز ويدفنوها فإذا قام بها من يكفيها أخرج ذلك من تخلف عنها من المأثم ، ولو ترك كل من حضر من الكتاب خفت أن يأثموا ، بل كأنى لا أراهم يخرجون من المأثم ، وأيهم قام به أجزأ عنهم ، وهذا أشبه معانيه به والله تعالى أعلم .

أما حديث ابن عباس فقد قال الشافعى : أخبرنا سفيان عن أيوب عن قتادة عن أبى حسان الأعرج عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : أشهد إلى آخر ما أورده المصنف هكذا موقوفا على ابن عباس ورواه سعيد بن منصور أيضا هكذا .

(**أما اللغات**) : فإن السلم بفتحتين هو الاستسلام ، وسلم إليه الشيء بتشديد اللام تسليما فتسلمه أى أخذه . والتسليم بذل الرضى بالحكم . والتسليم أيضا السلام وأسلم فى الطعام أسلف فيه ؛ والتسالم التصالح ، ولمادة السين واللام والميم معانيها الكثيرة من السلامة والسلامى والسلم واستلام الحجر ما مكانه معاجم اللغة . وقال الماوردى : السلم لغة أهل الحجاز ، والسلف لغة أهل العراق .

فالسلم على هذا الاسم من أسلمت وهو تسليم رأس المال ، والسلف كل ما قدمه الإنسان قبله ، ومنه السلف الذين تقدموا من الآباء وغيرهم والأكمه هو الذى يولد أعمى . قال الشاعر :

هرجت فارتداد الأكمه

وقال شيخنا النووى رضى الله عنه فى تهذيب الاسماء واللغات : الأكمه المذكور فى باب السلم من المهذب المراد به من خلق أعمى وهذا هو المشهور فى معناه وقد ذكر البخارى فى صحيحه فى باب قول الله تعالى ﴿ وإذ قالت الملائكة يا مريم إن الله

يشرك ﴾ قال : قال مجاهد : الأكمه يبصر بالنهار ولا يبصر بالليل .

وفى الاصطلاح الفقهى : السلم أن يسلم عوضا حاضراً فى عوض موصوف فى الذمة إلى أجل ، ويسمى سلما وسلفا وهذا السلف يهمز ويجرد فيقال : أسلف وسلف ، وهو نوع من البيع على وجه ، ويعتبر فيه من الشروط ما يعتبر فى البيع ، وهو جائز بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقد ذكرناه والمصنف من آية الدَّين ولفظها يصلح للسلم ويشمله بعمومه . وأما السنة فقد روى الشيخان عن ابن عباس رضى الله عنهما عن رسول الله ﷺ « من أسلف فى شيء فليسل فى كيل معلوم ووزن معلوم ، إلى أجل معلوم » ، وروى البخارى عن محمد ابن أبى المجالد قال « أرسلنى أبو بردة وعبد الله بن شداد إلى عبد الرحمن بن أبزى وعبد الله ابن أبى أوفى فسألتهما عن السلف ؟ فقالا : كنا نصيب المغانم مع رسول الله ﷺ فكان يأتينا أنباط من أنباط الشام فنسلفهم فى الحنطة والشعير والزبيب ، فقلت : أكان لهم ؟ أم لم يكن لهم زرع ؟ قال : ما كنا نسألهم عن ذلك » . وفى رواية عند الترمذى والنسائى وابن ماجه « كنا نسلف على عهد النبى ﷺ وأبى بكر وعمر فى الحنطة والشعير والزيت والتمر وما نراه عندهم » وعن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « من أسلم فى شيء فلا يصرفه إلى غيره » رواه أبو داود وابن ماجه .

وعن ابن عمر رضى الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ « من أسلم شيئا فلا يشرط على صاحبه غير قضائه » وفى لفظ « من أسلف فى شيء فلا يأخذ إلا ما أسلف فيه أو رأس ماله » رواهما الدارقطنى ، وفى إسناده عطية العوفى ، قال ابن المنذر : لا يحتج بحديثه وهو وارد فى عموم السلم متابع لهذا العموم .

وأما الإجماع فقال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز ، قلت : وخالف سعيد بن المسيب فى جوازه . وقد اتفق الأئمة ــ ما عدا ابن المسيب ــ على أن السلم يصح بستة شروط أن يكون فى جنس معلوم ، بصفة معلومة وبقدر معلوم وبأجل معلوم ، ومعرفة مقدار رأس المال ، وتسمية مكان التسليم إذا كان لحملة مؤونة لكن أبا حنيفة يسمى هذا التابع شرطا وباقى الأئمة يسمونه لازما .

قوله : لا يصح إلا من جائز التصرف كالبيع ، أى أنه لا يصح إسلام الكافر فى

الرقيق المسلم كما سبق فى شرح المجموع للنووي ورد النووى على الماوردى فى تصحيحه له وتبعه السبكى ، ومثل الرقيق المسلم المرتد كما مر فى البيوع ومثل ذلك كل ما يمتنع تملك الكافر له كالمصحف وكتب العلم والسلم فى السلاح من الحربى .

أما صحة السلم من الأعمى الذى يعرف الصفات إذا كان عماه مسبوقاً بإبصار أو كان أكمه يعرف الصفات بكثرة السماع فإنه إذا كان الأمر كذلك ، فإن بيان ذلك ما يأتى :

إذا عرفنا أن التنازع والاختلاف يحتمل أن يقع بين المتبايعين مع توفر صحة الإبصار فلأن يقع فى السلم أولى ، ولأن يقع التنازع مع فقدان البصر أيسر ، وأيسر منه وقوعه مع الأكمه . ولذلك استشكل بعض فقهاء الشافعية صحة السلم من الأعمى واتفقوا على أنه إذا صح سلمه فإنه لا يصح قبضه بل قد يتعين توكيله ، ويرد إشكال آخر وهو اشتراط معرفة المتعاقدين الصفات ، ويمنع هذا الإشكال بأن المراد بمعرفتها تصورها ولو بوجه من وجوه التصور ، والأعمى يتصورها كذلك ، وينبغى لاشتراط صحة العقد وجود عدلين بمحل التسليم أو أكثر ، ويكتب العقد بلغة يفهمها العاقدان وعدلان ثم يقع الختم به بعد كل ذلك ، ليكون مناطا عند التنازع وليست الكتابة واجبة فى قول الشافعى ، وإنما هى إذعان مباح لقوله تعالى ﴿ فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ﴾ وقوله تعالى ﴿ وأشهدوا إذا تبايعتم ﴾ .

ونعود إلى آية الدين فنقول عما تناولته من أحكام مستندين إلى تفصيل السنة لما أجملته فى هذه الآية اثنتان وأربعون مسألة .

الأولى : قال سعيد بن المسيب . بلغنى أن أحدث القرآن بالعرش آية الدين . وقال ابن عباس . هذه الآية نزلت فى السلم خاصة . قال القرطبى . معناه أن سلم أهل المدينة كان سبب الآية ، وقد استدل بها بعض علمائنا على جواز التأجيل فى القروض على ما قاله مالك إذ لم يفصل بين القروض وسائر العقود فى المداينات ، وخالف فى ذلك الشافعية وقالوا : الآية ليس فيها جواز التأجيل فى سائر الديون وإنما فيها الأمر بالإشهاد إذا كان ديناً مؤجلا ، ثم يعلم جواز التأجيل فى الدين وامتناعه بدلالة أخرى .

(الثانية) قوله تعالى ﴿ بدين ﴾ للتأكيد ، وحقيقة الدين عبارة عن معاملة كان أحد

العوضين فيها نقداً والآخر فى الذمة نسيئة . وقد بين الله هذا المعنى بقوله ﴿ إلى أجل مسمى ﴾

(الثالثة) قوله تعالى ﴿ إلى أجل مسمى ﴾ قال ابن المنذر : دل قوله تعالى على أن السلم إلى الأجل المجهول غير جائز .

(الرابعة) حدَّ العلماء السلم فقالوا هو بيع معلوم فى الذمة محصور بالصفة بعين حاضرة أو ما هو فى حكمها إلى أجل معلوم .

(الخامسة) السلم والسلف عبارتان عن معنى واحد ، والسلم بيع من البيوع الجائزة مستثنى من نهيه ﷺ عن بيع ما ليس عندك ، فإن صاحب رأس المال محتاج إلى أن يشترى الثمرة وصاحب الثمرة محتاج إلى ثمنها قبل إبانها لينفقها عليها ، فظهر أن بيع السلم من المصالح الحاجية ، وقد سماه الفقهاء بيع المحاويج وقدِ اعترض بعض الفقهاء على مذهب الشافعى فى جواز السلم حالا بقولهم : فإن جاز حالا بطلت هذه الحكمة وارتفعت هذه المصلحة ، ولم يكن لاستثناء ما ليس عندك فائدة .

(السادسة) شروط السلم المتفق عليها والمختلف فيها وهى تسعة ، ستة فى المسلم فيه وثلاثة فى رأس مال السلم . أما الستة التى فى المسلم فيه ، فأن يكون فى الذمة ، وأن يكون موصوفا ، وأن يكون مقدراً ، وأن يكون مؤجلا عند من يشترطه ، وأن يكون الأجل معلوماً ، وأن يكون موجوداً عند محل الأجل .

وأما الثلاثة التى فى رأس مال السلم فأن يكون معلوم الجنس مقدراً نقداً .

وهذه الشروط الثلاثة متفق عليها إلا النقد فخالف فيه المالكية .

قال ابن العربى فى أحكام القرآن : وأما الشرط الأول وهو أن يكون فى الذمة فلا إشكال فى أن المقصود منه كونه فى الذمة لأنه مداينة . ولولا ذلك لم يشرع دينا ولا قصد الناس إليه ربحاً ورفقاً ، وعلى ذلك اتفق الناس . بيد أن مالكا قال لا يجوز السلم فى العين إلا بشرطين (أحدهما) أن يكون قرية مأمونة (والثانى) أن يشرع فى أخذه كاللبن من الشاة والرطب من النخلة ، ولم يقل ذلك أحد سواه .

وهاتان المسئلتان صحيحتان فى الدليل لأن التعيين امتنع فى السلم مخافة المزابنة والغرر لئلا يتعذر عند المحل .

(السابعة) ليس من شرط السلم أن يكون المسلم إليه مالكا للسلم فيه لما رواه البخارى عن محمد بن المجالد قال : بعثنى عبد الله بن شداد وأبو بردة إلى عبد الله بن أبى أوفى — إلى قوله (قلت) إلى من كان أصله عنده ؟ قال : ما كنا نسألهم عن ذلك . ثم بعثانى إلى عبد الرحمن بن أبزى فسألته فقال : كان أصحاب النبى ﷺ يسلفون على عهد النبى ﷺ ولم نسألهم ألهم حرث أم لا .؟ »

وشرط أبو حنيفة وجود المسلم فيه من حين العقد إلى حين الأجل ، مخافة أن يطلب المسلم فيه فلا يوجد فيكون ذلك غرراً ، وخالفه سائر الفقهاء ، وقالوا : المراعى وجوده عند الأجل .

وشرط الكوفيون والثورى أن يذكر موضع القبض . وقال الأوزاعى : هو مكروه . وعند المالكية لو سكتوا عنه لم يفسد العقد ؛ ويتعين موضع القبض ، وبه قال أحمد وإسحاق وطائفة من أهل الحديث لحديث ابن عباس وليس فيه ذكر المكان الذى يقبض فيه السلم ولو كان من شروطه لبينه النبى ﷺ كما بين الكيل والوزن والأجل ، ومثله حديث ابن أبى أوفى . (الثامنة) حديث أبى سعيد مرفوعاً « من أسلف فى شىء فلا يصرفه إلى غيره » وفيه عطية العوفي . وقد أخذ به مالك ، مستدلا بأنه إذا أخذ غير الثمن الذى دفع إليه أو صرفه في سلعة غير الطعام الذى ابتاع منه فهو بيع طعام قبل أن يستوفى ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن ذلك .

(التاسعة) قوله تعالى ﴿ فاكتبوه ﴾ يعنى الدين والأجل ، وقد أمرنا بالكتابة لئلا ننسى . روى أبو داود الطيالسى فى مسنده عن حماد بن سلمة عن على بن زيد عن يوسف ابن مهران عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ فى قول الله عز وجل ﴿ إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ﴾ إلى آخر الآية ﴿ إن أول من جحد آدم ، إن الله أراه ذريته ، فرأى رجلا أزهر ساطعاً نوره ، فقال يارب من هذا ؟ قال : هذا ابنك داود قال : يارب فما عمره ؟ قال ستون سنة قال يارب زد في عمره . قال : لا ، إلا أن تزيده من عمرك ، قال : وما عمرى ؟ قال : ألف سنة ، قال آدم : فقد وهبت له أربعين سنة . قال : فكتب الله عليه كتاباً وأشهد عليه ملائكته ، فلما حضرته الوفاة جاءته الملائكة . قال : إنه بقى من عمرى أربعون سنة . قالوا : إنك قد وهبتها لابنك داود . قال : ما وهبت لأحد شيئا . قال : فأخرج الله تعالى الكتاب وشهد عليه ملائكته — فى رواية « وأتم لداود مائة سنة ولآدم عمره ألف سنة » أخرجه أيضاً الترمذى .

وفى قوله تعالى ﴿ فاكتبوه ﴾ إشارة ظاهرة إلى أنه يكتبه بجميع صفته المبينة له المعربة عنه للاختلاف المتوهم بين المتعاملين . المعرِّفة للحاكم ما يحكم به عند ترافعهما إليه .

(العاشرة) هل الكتابة فى الديون واجبة . اختيار الطبرى وجوبها . وقال ابن جريج « من ادَّان فليكتب ، ومن باع فليشهد » وقال الشعبى كانوا يرون أن قوله « فإن أمن » ناسخ لأمره بالكتب . وحكى نحوه ابن جريج ، وذهب الربيع إلى أن ذلك واجب بهذه الألفاظ ، ثم خففة الله تعالى بقوله ﴿ فإن أمن بعضكم بعضاً ﴾ . وقال الجمهور : الأمر بالكتابة ندب إلى حفظ الأموال ، وإزالة الريب ، وإذا كان الغريم تقياً فما يضره الكتاب ، وإن كان غير ذلك فالكتاب ثقاف له فى دينه ، وحاجة صاحب الحق .

(الحادية عشرة) قوله ﴿ وليكتب بينكم كاتب بالعدل ﴾ قال عطاء وغيره واجب على الكاتب أن يكتب . وقال الشعبى : وذلك إذا لم يوجد كاتب سواه ، فواجب عليه أن يكتب .

(الثانية عشرة) قوله تعالى ﴿ بالعدل ﴾ أى بالحق والمعدلة أى لا يكتب لصاحب الحق أكثر مما قاله ولا أقل ، وإنما قال بينكم ولم يقل أحدكم ، لأنه لما كان الذى له الدين يتهم فى الكتابة الذى عليه الدين ، وكذلك العكس ، شرع سبحانه كاتباً غيرهما يكتب بالعدل ، لا يكون فى قلبه ولا قلمه انحياز لأحدهما . (الثالثة عشرة) الباء فى قوله تعالى ﴿ بالعدل ﴾ متعلقة بقوله ﴿ وليكتب ﴾ وليست متعلقة بكاتب لأنه كان يلزم أن يكتب الوثيقة كاتب عدل فى نفسه ، وقد يكتبها صبى وعبد إذا فقهوا ، أما المنتصبون للكتابة ــ من الكتبة العموميين ــ فلا يجوز الترخيص لهم بالكتابة إلا إذا كانوا عدولا مرضيين . قال مالك (لا يكتب الوثائق بين الناس إلا عارف بها عدل فى نفسه مأمون ، لقوله تعالى ﴿ وليكتب بينكم كاتب بالعدل ﴾) .

(الرابعة عشرة) قوله تعالى ﴿ ولا يأب كاتب أن يكتب ﴾ نهى الله لكاتب عن الإباء ، فقال الربيع : واجب على الكاتب إذا أمر أن يكتب ، وقال الحسن : ذلك واجب عليه فى الموضع الذى لا يقدر عليه كاتب غيره فيضر صاحب الدين إن امتنع ، فإن كان كذلك فهو فريضة ، وإن قدر على ذلك غيره فهو سعة إذا قام به غيره ، وحكى المهدوى عن الربيع والضحاك أن قوله : ﴿ ولا يأب ﴾ منسوخ بقوله : ﴿ ولا يضار كاتب ولا شهيد ﴾ وللقرطبى بحث لطيف فى ذلك حيث يقول :

(هذا ـــ الوجوب يتمشى على قول من رأى أو ظن أنه قد كان وجب فى الأول على من اختاره المتبايعان أن يكتب ، وكان لا يجوز له أن يمتنع حتى نسخه قوله تعالى : ﴿ ولا يضار كاتب ولا شهيد ﴾ فإنه لم يثبت وجوب ذلك على من أراده المتبايعان كائنًا من كان ، ولو كانت الكتابة واجبة ما صح الاستئجار بها لأن الإجارة على فعل القروض باطلة ، ولم يختلف العلماء فى جواز أخذ الأجرة على كتب الوثيقة) .

(الخامسة عشرة) قوله تعالى : ﴿ كما علمه الله فليكتب ﴾ المعنى كتْبًا كما علمه الله ، أى فليفضل كما أفضل الله عليه .

(السادسة عشرة) قوله تعالى : ﴿ وليملل الذى عليه الحق ﴾ وهو المديون المطلوب يقر على نفسه بلسانه ، والإملاء والإملال لغتان أمل وأملى ، فأمل لغة الحجاز وبنى أسد ، أما تميم فتقول : أمليت ، وجاء القرآن باللغتين ﴿ فهى تملى عليه بكرة وأصيلا ﴾ وأمره تعالى بالتقوى فيما يمل ، ونهاه عن أن يبخس شيئًا من الحق ، والبخس النقص .

(السابعة عشرة) قوله : ﴿ فإن كان الذى عليه الحق سفيهًا أو ضعيفًا أو لا يستطيع أن يُملَّ ﴾ فالذى عليه الحق إما مستقل بنفسه فهذا يُملّ ، وإما سفيه مهلهل الرأى فى المال لا يحسن الأخذ لنفسه ولا الإعطاء مأخوذ من الثوب السفيه وهو الخفيف النسج .

(الثامنة عشرة) والضعيف قد مر فى البيوع والربا مزيد إيضاح له فى سوق حديث أبى داود والترمذى عن أنس « أن رجلا على عهد النبى ﷺ كان يبتاع وفى عقله ضعف ، فأتى أهله نبى الله ﷺ فقالوا : يا نبى الله احجر على فلان فإنه يبتاع وفى عقله ضعف فدعاه النبى ﷺ فنهاه عن البيع ، فقال : يا رسول الله إنى لا أصبر عن البيع ساعة . فقال رسول الله ﷺ : إن كنت غير تارك فقل : ها وها ولا خلابة » وهذا الرجل هو حبان بن منقذ الأنصارى والد يحيى وواسع ابنى حبان وذكره البخارى فى التاريخ .

(التاسعة عشرة) والذى لا يستطيع أن يُملَّ كالأخرس ، والعَيّ ، والأبله وما أشبه ذلك ، واختلاف العلماء فيمن يخدع فى البيوع وعمدتهم فى ذلك الروايات المستفيضة لقصة حبان بن منقذ ، واختصاصه بالخيار ثلاثا كما أورد ذلك النووى فى الجزء التاسع من المجموع .

(الموفية عشرين) قوله تعالى : ﴿ فليملل وليه بالعدل ﴾ ذهب الطبرى إلى أن

الضمير فى ﴿ وليه ﴾ عائد على الحق ، وأسند فى ذلك عن الربيع وعن ابن عباس وقيل هو عائد على الذى عليه الحق وهو الصحيح ، وكيف تشهد البينة على شيء وتدخل مالا فى ذمة السفيه بإملاء الذى له الدين ، إلا أن يمل صاحب الحق ويسمع الذى عجز عن الإملاء ، إذا لم يعجز عن الاعتراض إذا تحيف صاحب الحق .

(الحادية والعشرون) قوله : ﴿ فليملل الذى عليه الحق ﴾ يدل على أنه مؤتمن فيما يورده ، ويصدره ؛ وسيأتى فى الرهن قبول قول الراهن مع يمينه إذا اختلف هو والمرتهن فى مقدار الدين والرهن قائم إن شاء الله تعالى .

(الثانية والعشرون) إذا ثبتت صفة الولى كان إقراره جائزًا على يتيمه كما سيأتى فى الرهن والفرائض إن شاء الله تعالى .

(الثالثة والعشرون) فساد تصرف الصبى والمحجور عليه وفسخه كما سيأتى فى الحجر إن شاء الله تعالى .

(الرابعة والعشرون) قوله تعالى : ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ﴾ اختلف الناس هل هى فرض أو ندب ، والصحيح أنها ندب .

قال الشافعى فى باب السلم : وأحب الشهادة فى كل حق لزم من بيع وغيره نظرًا فى المتعقب لما وصفت وغيره من تغير العقول .

(الخامسة والعشرون) قوله تعالى : ﴿ شهيدين ﴾ كل ما يترتب على الشهادة من الحقوق المالية والبدنية والحدود جعل لها شهيدين ما عدا الزنا .

(السادسة والعشرون) قوله تعالى : ﴿ من رجالكم ﴾ نص فى رفض الكفار والصبيان والنساء والعبيد ، واختار القاضى أبو إسحاق المروزى أن المراد به الأحرار لنقص الرق وأجاز الشعبى والنخعى فى الشيء اليسير ، وقوله : ﴿ من رجالكم ﴾ يعنى الذين يتداينون ولهم إرادة كاملة فى التصرف ، ولا يتفق هذا مع الرقيق وفى الشهادة بحث سيأتى :

(السابعة والعشرون) قوله تعالى : ﴿ فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ﴾ وفى شهادة المرأة فيما لا يحسن الشهادة فيه غيرها بحث سيأتى إن شاء الله تعالى .

(الثامنة والعشرون) جواز شهادة الصبى عند بعض الفقهاء لشهادة الصبيان فى

الجراح ، وهو قول مالك فيما إذا لم يختلفوا ولم يفترقوا فى شهادتهم على الكبير ، أما شهادتهم فيما بينهم فقد قضى بها عبد الله بن الزبير ، ومنع الشافعى شهادة الصبيان ، وكذلك أبو حنيفة وأصحابه ، وسيأتى مزيد إن شاء الله تعالى .

(التاسعة والعشرون) عند الشافعى ومالك لما جعل الله سبحانه شهادة امرأتين بشهادة رجل وجب أن يكون حكمهما حكمه ، وسيأتى حكم اليمين فى الشهادة واختلاف الفقهاء فى ذلك .

(الموفية ثلاثين) شهادة النساء محصورة فى المال المحض من غير خلاف ، لأن حقوق الأموال أحفظ من حقوق الأبدان ، ولا تقبل شهادتهن فى النكاح والطلاق المحضين على تفصيل سيأتى .

(الحادية والثلاثون) قوله تعالى : ﴿ ممن ترضون من الشهداء ﴾ هذه الآية وإن كان الخطاب فيها لجميع الناس ولكن المتلبس بحكمها هم ولاة الأمور .

(الثانية والثلاثون) يدل أيضًا قوله تعالى : ﴿ ممن ترضون من الشهداء ﴾ على أن فى الشهود من لا يرضى ، على تفصيل سيأتى .

(الثالثة والثلاثون) الشهادة ولاية عظيمة ومرتبة شريفة هى قبول قول الغير على الغير ، ولذا شرط فيها الله تعالى الرضى والعدالة ، لأنه يحكم بشغل ذمة المطلوب بشهادته .

(الرابعة والثلاثون) ﴿ أن تضل إحداهما ﴾ والضلال عن الشهادة نسيان جزء منها وذكر جزء ، ومن نسى الشهادة جملة فليس يقال : ضالا .

(الخامسة والثلاثون) ﴿ فتذكر ﴾ خفف الذال والكاف ابن كثير وأبو عمرو وعليه فيكون المعنى أن تردها ذكرًا فى الشهادة وفيه بعد ، إذ لا يحصل فى مقابلة الضلال الذى معناه النسيان إلا الذكر ، وهو معنى قراءة الجماعة بالتشديد .

(السادسة والثلاثون) قوله تعالى : ﴿ ولا يَأْبَ الشهداءُ إذا ما دُعُوا ﴾ قال الحسن : جمعت هذه الآية أمرين وهما : ألا تأبى إذا دعيت إلى تحصيل الشهادة ، ولا إذا دعيت إلى أدائها ، قال ابن عباس : وفى استدعائهم أو المجىء إليهم . قال الشافعى فى باب السلم : ويحتمل أن يكون فرضًا على من حضر الحق أن يشهد منهم من فيه الكفاية للشهادة ، فإذا شهدوا أخرجوا غيرهم من المأثم ، وإن ترك من حضر الشهادة خفتُ حرجهم بل لا أشك فيه ، وهذا أشبه معانيه به والله أعلم .

(السابعة والثلاثون) أداء الشهادة مندوب إذا لم يدع لقوله ﷺ « خير الشهداء الذى يأتى بشهادة قبل أن يسألها » فإذا خيف ضياع الحق وجب أداؤها بغير استدعاء لقوله تعالى : ﴿ وأقيموا الشهادة لله ﴾ وقوله تعالى : ﴿ إلا من شهد بالحق وهم يعلمون ﴾ وفى الحديث : « انصر أخاك ظالمًا أو مظلومًا » .

(الثامنة والثلاثون) من وجبت عليه شهادة فلم يؤدها ، وترتب على ذلك الذهاب بحق من الحقوق سقطت عدالته فلا يصح أداؤه الشهادة بعد ذلك ، قال فى الأم : فأما من سبقت شهادته بأن شهد أو علم حقًا لمسلم أو معاهد فلا يسعه التخلف عن تأدية الشهادة متى طلبت منه فى موضع مقطع الحق .

(التاسعة والثلاثون) قوله تعالى : ﴿ ولا تسأموا أن تكتبوه صغيرًا أو كبيرًا إلى أجله ﴾ فهذا النهى عن السآمة إنما جاء لتردد المداينة عندهم فخيف عليهم أن يملوا الكتابة ، ويقول أحدهم : هذا قدر يسير لا احتياج إلى كتابته ، فأكد الله تعالى حفظ القليل والكثير .

(الموفية الأربعين) قوله تعالى : ﴿ ذلكم أقسط عند الله ﴾ يعنى أن يكتب القليل والكثير ويشهد عليه ذلك أعدل وأحفظ .

(الحادية والأربعون) قوله تعالى : ﴿ وأقوم للشهادة ﴾ دليل على أن الشاهد لا يؤدى إلا ما يعلم ، فإذا لم يعلم قال : هذا خطى ولا أذكر الآن ما كتبت .

(الثانية والأربعون) قوله تعالى : ﴿ إلا أن تكون تجارةً حاضرةً تديرونها بينكم ﴾ فى هذه الآية رفع الجناح عن عدم الكتابة فى كل مبايعة بنقد ؛ يدًا بيد ، وقد مر فى البيوع المرسلة .

(الثالثة والأربعون) قوله تعالى : ﴿ تديرونها بينكم ﴾ يقتضى التقابض والبينونة بالمقبوض ولا يتسنى ذلك فى الرباع والأرض . وكثير من الأشياء الثمينة لا يقبل البينونة ولا يغاب عليه ، لذلك حسن الكتابة فيها ، ولحقت فى ذلك مبايعة الدين والسلم . قال الشافعى : البيوع ثلاثة : بيع بكتاب وشهود ، وبيع برهان ، وبيع بأمانة وقرأ هذه الآية . وكان ابن عمر إذا باع بنقد أشهد ، وإذا باع بنسيئة كتب .

(الرابعة والأربعون) قوله تعالى : ﴿ وأشهدوا ﴾ سبق بيان ذلك فى أول الباب . وقد روى عن ابن عباس أنه قال لما قيل له : إن آية الدَّين منسوخة . قال : لا والله . إن آية

الدَّين محكمة ليس فيها نسخ . قال الطبرى : والإشهاد إنما جعل للطمأنينة ، وذلك أن الله تعالى جعل لتوثيق الدين طرقًا ، منها الكتاب ، ومنها الرهن ، ومنها الإشهاد ، ولا خلاف بين علماء الأمصار أن الرهن مشروع بطريق الندب لا بطريق الوجوب ، فيعلم من ذلك مثله فى الإشهاد ، وما زال الناس يتبايعون حضرًا وسفرًا ، وبرًّا وبحرًا ، وسهلا وجبلا من غير إشهاد مع علم الناس بذلك من غير نكير ؛ ولو وجب الإشهاد ما تركوا النكير اهـ . وقد مر تفصيل ذلك فى البيوع وما ورد فيه من الأحاديث .

(الخامسة والأربعون) وقوله تعالى : ﴿ ولا يضار كاتب ولا شهيد ﴾ قد تشمل هذه الآية درء كل ما يؤدى إلى مضارة الشاهد ، كأن يوقف أمام الحكام زمنًا يلحقه من جرائه مضارة ، أو يخاطب بلهجة تنم عن ازدرائه وخدش حيائه إن كان من أهل الفضل والعلم ، فإذا دعى إلى الشهادة واعتذر بمشاغله ، فلا يهان أو يعنف ، أو يكره على الشهادة .

(السادسة والأربعون) وقوله تعالى : ﴿ وإن تفعلوا فإنه فسوق بكم ﴾ يعنى مضارة الشاهد ، قال سفيان الثورى : إن أذية الكاتب والشاهد إذا كانا مشغولين معصية وخروج عن الصواب من حيث المخالفة لأمر الله ، وقوله ﴿ بكم ﴾ أى فسوق حال بكم .

(السابعة والأربعون) قوله تعالى : ﴿ واتقوا الله ويعلمكم الله والله بكل شىء عليم ﴾ وعد من الله بأن من اتقاه علمه وجعل فى قلبه نورًا يفهم به ما يلقى إليه . وقد يجعل فى قلبه فرقانًا وفيصلا بين الحق والباطل . والله تعالى أعلم .

والحق أن هذه الآيات فى السلف بلغت من شمول الأحكام واستيعاب صور العمل مع السنة الشريفة ما جعل الشافعى يقول : وما كتبت من الآثار بعد ما كتبت من القرآن والسنة والإجماع ليس لأن شيئًا من هذا يزيد سنة رسول الله ﷺ قوة ولا لو خالفها ولم يحفظ معها وهنها ، بل هى التى قطع بها العذر ، ولكنا رجونا الثواب فى إرشاد من سمع ما كتبنا ، فإن فيما كتبنا بعض ما يشرح قلوبهم لقبوله ، ولو تنحت عنهم الغفلة لكانوا مثلنا فى الاستغناء بكتاب الله عز وجل ثم سنة نبيه ﷺ وما احتاجوا إذا أمر الله عز وجل بالرهن فى الدين إلى أن يقول قائل : هو جائز فى السلف أكثر ما فى السلف أن يكون دينًا مضمونًا اهـ .

قالَ المُصَنِّفُ رحمهُ اللهُ تعالَى

(فصـل) : ﴿ وينعقد بلفظ السلف والسلم ، وفى لفظ البيع وجهان من أصحابنا من قال : لا ينعقد السلم بلفظ البيع ، فإذا عقد بلفظ البيع كان بيعًا لا يشترط فيه قبض العوض فى المجلس ، لأن السلم غير البيع فلا ينعقد بلفظه ، ومنهم من قال : ينعقد لأنه نوع بيع يقتضى القبض فى المجلس فانعقد بلفظ البيع كالصرف ﴾ .

(**الشـرح**) : هذا الخلاف لفظى ؛ لأن صورة السلم يمكن أن تكون نوعًا من أنواع البيوع مستثنى منها بإطلاق لفظ السلف أو السلم عليه ، ولا يؤثر الخلاف اللفظى فى جوهره إلا أنهم قضوا فى حالة ما إذا عقد بلفظ البيع ولم يقبضه فى المجلس خرج بذلك عن أن يكون سلمًا ، وكلام الشافعى فى السلم فى كل أنواعه يطلق عليه لفظ البيع فهو نوع خاص من أنواع البيوع أبيح فيه بعض ما هو ممنوع فى صور البيوع الأخرى ومنع فيه بعض ما أبيح فى البيوع الأخرى .

قال الشافعى فى (باب السلف فى السلعة بعينها حاضرة أو غائبة) :

ولو سلف رجل رجلا مائة دينار فى سلعة بعينها على أن يقبض السلعة بعد يوم أو أكثر كان السلف فاسدًا ، ولا تجوز بيوع الأعيان على أنها مضمونة على بائعها بكل حال ، لأنه لا يمتنع من فوتها ولا بأن لا يكون لصاحبها السبيل على أخذها متى شاء هو لا يحول بائعها دونها إذا دفع إليه ثمنها ، وكان إلى أجل لأنها قد تتلف فى ذلك الوقت ، وإن قل ، فيكون المشترى قد اشترى غير مضمون على البائع بصفة موجودة بكل حال يكلفها بائعها ، ولا ملكه البائع شيئا بعينه يتسلط على قبضه حين وجب له وقدر على قبضه .

أما منطوق ما جاء فى الفصل فتأويله :

إن تسليم رأس المال فى مجلس العقد شرط ، فلو تفرقا قبل قبضه بطل العقد ، ولو تفرقا قبل قبض بعضه بطل فيما لم يقبض ، وسقط بقسطه من المسلَم فيه ، والحكم فى المقبوض كمن اشترى شيئين فتلف أحدهما قبل القبض . ولا يشترط تعيين رأس المال عند العقد ، بل لو قال : أسلمت إليك دينارًا فى ذمتى فى كذا ثم عين وسلم فى المجلس فوجهان (أصحهما) عند الأصحاب : الجواز .

(والثانى) المنع ، لأن الوصف فيه يطول بخلاف الصرف ، فلو قبض رأس المال ثم أودعه عند المسلم قبل التفرق جاز ، ولو رده إليه عن دين ـــ قال أبو العباس الروياني ـــ : لا يصح لأنه تصرف قبل انبرام ملكه ، فإذا تفرقا فعن بعض الأصحاب أنه يصح السلم لحصول القبض وانبرام الملك ، ويستأنف إقباضه للدين . ولو كان له فى ذمة رجل دراهم فقال : أسلمت إليك الدراهم التى لى فى ذمتك فى كذا . فإن أسلم مؤجلا أو حالا ولم يقبض المسلم فيه قبل التفرق ـــ فهو باطل ، وكذا إن أحضره وسلمه فى المجلس على الأصح ، وأطلق صاحب التتمة الوجهين فى أن تسليم المسلم فيه فى المجلس وهو حالّ ، هل يغنى عن تسليم رأس المال ؟ والأصح المنع . هكذا أفاده النووى فى الروضة ومنها نقلته .

(**فرع**) : قال الرافعى فيما إذا عقد السلم بلفظ الشراء كقوله : اشتريت ثوبًا صفته كذا فى ذمتك بعشرة دراهم فى ذمتى : إن جعلناه سلمًا وجب تعيين الدراهم وتسليمها ، ومن نبه على ذلك المحاملى وأبو على الفارقى وإسماعيل الحضرمى . أفاده الشيخ عبد الوهاب السبكى فى الطبقات الوسطى فى ترجمة أبو على الفارقى جـ ٧ ص ٥٩ .

قالَ المصنِّفُ رحمهُ اللهُ تعالَى

(**فصل**) : ﴿ **ويثبت فيه خيار المجلس لقوله ﷺ : « المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا » ولا يثبت فيه خيار الشرط لأنه لا يجوز أن يتفرقا قبل تمامه ، ولهذا لا يجوز أن يتفرقا قبل قبض العوض ، فلو أثبتنا فيه خيار الشرط أدى إلى أن يتفرقا قبل تمامه** ﴾ .

(**الشرح**) : حديث « المتبايعان بالخيار » رواه الشيخان عن ابن عمر وحكيم ابن حزام ، ورواه الشيخان وأصحاب السنن إلا ابن ماجه بلفظ « البيع والمبتاع » عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، ورواه أبو داود عن أبى برزة ، وعن سمرة عند النسائى ، وعن ابن عباس عند ابن حبان .

(**أما الأحكام**) : فإنه لا يجوز فى عقد السلم أن يتفرقا قبل توفر شروطه أن يكون فى جلس معلوم بصفة معلومة ومقدار معلوم وأجل معلوم ، وتسليم رأس المال فى المجلس وتسمية مكان التسليم . قوله : ولهذا لا يجوز أن يتفرقا قبل قبض العوض ،

وذلك العوض هو رأس المال وهو الثمن الذى يجب تسليمه فى المجلس الذى وقع العقد به قبل التفرق منه وقبل لزومه ، لأن لزومه كالتفرق إذ لو تأخر لكان فى معنى بيع الدَّين بالدَّين إن كان رأس المال فى الذمة ، ولأن فى السلم غرراً ، فلا يضم إليه غرر تأخير رأس المال ، فلا بد من حلول رأس المال كما قاله القاضى أبو الطيب كالصرف ، ولا يغنى عنه شرط تسليمه فى المجلس ، فلو تفرقنا قبل قبض رأس المال أو ألزماه بطل العقد ، وكذلك إذا سلم بعضه بطل فيما لم يقبض ، وفيما يقابله من المسلم فيه ، وصح فى الباقى بقسطه ، كما لو اشترى شيئين فتلف أحدهما قبل القبض فيؤخذ منه ثبوت الخيار . هذا ما أخذ به الرملى عن صاحب الأنوار وخالف فيه السبكىّ ، ولو اختلفا فقال المسلم : أقبضتك بعد التفرق ، وقال المسلم إليه : قبله ، ولا بينة صدق مدعى الصحة ، كما علم مما مر فإن أقاما بينتين قدمت بينة المسلم إليه ؛ لأنها مع موافقتها للظاهر ناقلة والأخرى مستصحبة ، ولا يكفى قبض المسلم فيه الحالُ فى المجلس عن قبض رأس المال لأن تسليمه فيه تبرع ، وأحكام البيع لا تبنى على التبرعات وكذا لو قال : أسلمت إليك المائة التى فى ذمتك مثلا فى كذا فإنه لا يصح السلم .

قال الرملى : فلو أطلق رأس المال عن تعيينه فى العقد ، كأسلمت إليك ديناراً فى ذمتى فى كذا ثم عين وسلم فى المجلس قبل التخاير جاز ، أى حل العقد وصح ، لأن المجلس حريم العقد فله حكمه . فلو أحال المسلم به المسلم إليه أو عكسه على ثالث له عليه دين فالحوالة باطلة بكل تقدير كما يعلم ذلك فى بابه ــ أعنى الحوالة ــ فإذا قبضه المحيل وهو المسلم إليه فى الصورة الأولى فى المجلس نص عليه ليعلم منه حكم ما لم يقبض فيه بالأولى فلا يجوز ، ومن ثم لو قبضه المحيل من المحال عليه أو من المحتال بعد قبضه بإذن له وسلمه فى المجلس صح بخلاف ما لو أمره المسلم بالتسليم للمسلم إليه ، لأن الإنسان فى إزالة ملكه لا يصير وكيلا لغيره ، لكن المسلم إليه حينئذ وكيل للمسلم فى القبض فيأخذه منه ثم يرده كما تقرر ، ولا يصح قبضه من نفسه خلافاً للقفال . قال : ولو قبضه المسلم إليه وأودعه المسلم وهما بالمجلس جاز ، ولو رده إليه قرضاً أو عن دين جاز أيضاً على المعتمد من تناقض فيه ، لأن تصرف أحد المتعاقدين فى مدة خيار الآخر إنما يمتنع إذا كان مع غير الآخر ، ولأن صحته تقتضى إسقاط ما ثبت له من الخيار أما معه فيصح ، ويكون ذلك إجازة منهما .

قَالَ المصنِّفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصـل) : ﴿ ويجوز مؤجلا للآية ويجوز حالًا لأنه إذا جاز مؤجلا فلأن يجوز حالا وهو من الغرر أبعد أولى ويجوز في المعدوم إذا كان موجوداً عند المحل ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه قال : « قدم رسول الله ﷺ المدينة وهم يسلفون في الثمرة السنتين والثلاث فقال : أسلفوا في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم فلو لم يجز السلم في المعدوم لنهاهم عن السلم في الثمار السنتين والثلاث ويجوز السلم في الموجود لأنه إذا جاز السلم في المعدوم فلأن يجوز في الموجود أولى لأنه أبعد من الغرر ﴾ .

(الشـرح) : قوله (للآية) قصد قوله تبارك وتعالى : ﴿ إلى أجل مسمى ﴾ أما حديث ابن عباس فقد رواه الجماعة .

(أما الأحكام) : فجوازه مؤجلا أمر مجمع عليه ، أما جوازه حالا فجمهور المذاهب على خلافه ، ويستدلون بحديث ابن عباس « إلى أجل معلوم » على اعتبار الأجل في السلم شرطاً ، وفقهاء المذهب لم يختلفوا على جوازه حالا وهم يجيبون على إستدلال المخالفين بأن ذكر الأجل في الحديث ليس للاشتراط ، بل معناه إن كان لأجل فليكن معلوماً ، وتعقب بالكتابة فإن التأجيل شرط فيها ، وأجيب بالفرق لأن الأجل في المكاتبة شرع لعدم قدرة العبد غالباً ، واستدل المخالفون بما أخرجه الشافعي عن ابن عباس أنه قال : أشهد أن السلف المضمون إلى أجل قد أحله الله في كتابه وأذن فيه ثم قرأ قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ﴾ .

وأجيب بأن هذا يدل على جواز السلم إلى أجل ، ولا يدل على أنه لا يجوز إلا مؤجلا ، واستدل المخالفون بما أخرجه ابن أبي شيبة عن ابن عباس أنه قال : « لا تسلف إلى العطاء ولا إلى الحصاد واضرب أجلا » .

وأجيب بأن هذا ليس بحجة لأنه موقوف على ابن عباس ، وكذلك يجاب عن قول أبي سعيد الذى علقه البخارى ، ووصله عبد الرزاق بلفظ « السلم بما يقوم به السعر رباً ولكن السلف في كيل معلوم إلى أجل » .

وقد اختلف الأئمة فى مقدار الأجل من ساعة إلى الميسرة ولو بلغت سنين ، والحق ما ذهبنا إليه من عدم اعتبار الأجل لعدم ورود دليل يدل عليه . وأما ما يقال من أنه يلزم مع الأجل أن يكون بيعاً للمعدوم ولم يرخص فيه إلا فى السلم ولا فارق بينه وبين البيع إلا الأجل ، فيجاب عنه بأن الصيغة فارقة وذلك كاف .

قوله (ويجوز السلم فى الموجود إلخ) قلت : قال ابن رسلان : أما المعدوم عند المسلم إليه وهو موجود عند غيره فلا خلاف فى جوازه ا هـ . وقد اختلف العلماء فى جواز السلم فيما ليس بموجود فى وقت السلم إذا أمكن وجوده فى وقت حلول الأجل ، فذهب جمهور الفقهاء فى جوازه قالوا : ولا يضر انقطاعه قبل الحلول ، وقال أبو حنيفة : لا يصح فيما ينقطع قبله ، بل لا بد أن يكون موجوداً من العقد إلى المحل ، فلو أسلم فى شيء فانقطع فى محله لم ينفسخ عند الجمهور ، وفى وجه عندنا ينفسخ ، واستدل أبو حنيفة ومن معه بما أخرجه أبو داود عن ابن عمر « أن رجلا أسلف رجلا فى نخل فلم يخرج تلك السنة شيئاً فاختصما إلى النبى ﷺ فقال : « بما تستحل ماله ؟ اردد عليه ماله » ، ثم قال : « لا تسلفوا فى النخل حين يبدو صلاحه » وهذا نص فى الثمر ، وغيره يقاس عليه ، ولو صح هذا الحديث لكان المصير إليه أولى لدلالته على المطلوب بخلاف حديث عبد الرحمن بن أبزى وعبد الله بن أبى أوفى ، فليس فيه إلا مظنة الإقرار منه ﷺ ، ولكن حديث ابن عمر هذا فى إسناده مجهول ، فإن أبا داود رواه عن محمد بن كثير عن سفيان عن أبى إسحاق عن رجل نجرانى عن ابن عمر ، ومثل هذا لا حجة فيه ولو صح هذا الحديث لحمل على بيع الأعيان أو على السلم الحال الذى يقول به أصحابنا ، أو على ما قرب أجله .

قَالَ المصنِّفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصل) : ويجوز السلم فى كل مال يجوز بيعه وتضبط صفاته كالأثمان والحبوب والثمار والثياب والدواب والعبيد والجوارى والأصواف والأشعار والأخشاب والأحجار والطين والفخار والحديد والرصاص والبلّور والزجاج وغير ذلك من الأموال التى تباع وتضبط بالصفات والدليل عليه حديث ابن عباس فى الثمار ، وروى عبد الله بن أبى أوفى قال : « كنا نسلف ورسول الله ﷺ فينا فى

الزيت والحنطة » وروى عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنه أن النبى ﷺ أمره أن يجهز جيشاً ، فنفدت الإبل ، فأمره أن يأخذ على قلاص الصدقة وكان يأخذ البعير بالبعير إلى إبل الصدقة » . وعن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال فى السلم فى الكرابيس : « إذا كان ذرعا معلوماً إلى أجل معلوم فلا بأس » وعن أبى النضر قال : « سئل ابن عمر رضى الله عنه عن السلم فى السُّرَّق قال : لا بأس » والسرق الحرير . فثبت جواز السلم فيما رويناه بالأخبار وثبت فيما سواه مـ ـياع ويضبط بالصفات بالقياس على ما ثبت بالأخبار لأنه فى معناه ﴾ .

(**الشـرح**) : حديث ابن عباس فى الثمار مضى تخريجه فى أول الباب وحديث عبد الله بن أبى أوفى أخرجه البخارى فى كتاب السلم بلفظ « عن محمد بن أبى المجالد قال : « بعثنى عبد الله بن شداد وأبو بردة إلى عبد الله بن أبى أوفى رضى الله عنهما . فقالا : سله هل كان أصحاب النبى ﷺ فى عهد النبى ﷺ يسلفون فى الحنطة ؟ قال عبد الله : كنا نسلف نبيط أهل الشام فى الحنطة والشعير والزيت فى كيل معلوم إلى أجل معلوم » . أما حديث عبد الله بن عمر رضى الله عنهما ، فقد رواه أبو داود فى سننه ، وله شاهد عند سعيد بن منصور فى سننه عن أبى معشر عن صالح بن كيسان عن الحسن بن محمد « أن علياً باع بعيراً يقال له : عصيفر بأربعة أبعرة إلى أجل » والأثران عن ابن عباس وابن عمر رواهما أصحاب السنن .

(**أما لغات الفصل**) : قوله :الفخار بتشديد الخاء المعجمة الذى تصنع منه الأوانى والأصواف والأشعار من الضأن والمعز ، وقوله : الأشعار جمع شعر والواحدة شعرة والمقصود هنا ما ينبت على جلود المعز والوبر ما ينبت على جلود الإبل ، وقوله : فنفدت الإبل أى ذهبت ولم يبق منها شيء ، وقوله : قلاص جمع قلوص وهو من الإبل بمنزلة الشابة من النساء ، وقوله : الكرابيس جمع كرباس وهو نسيج خشن ، وقوله : السُّرَّق هى شقق الحرير وهى بضم السين الشمسية أى المشددة والراء المشددة المفتوحة .

(**أما الأحكام**) : فقوله (فى كل مال يجوز بيعه) خرج بذلك الخمر والخنزير والكلب وكل ما هو غير محترم من الحيوان ، وقوله (وتضبط صفاته) يعنى مما يمتنع الخلاف فيه إذا وصفت ، ويمكن تمييزها عن غيرها إذا وصفت بصفاتها قال الشافعى

فى باب ما يجوز من السلف : وأن يشترط عليه أن يسلفه فيما يكال كيلا أو فيما يوزن وزناً ومكيال وميزان معروف عند العامة ، فأما ميزان يريه إياه أو مكيال يريه فيشترطان عليه فلا يجوز وذلك لأنهما لو اختلفا فيه أو هلك لم يعلم ما قدره ، ولا يبالى كان مكيالا قد أبطله السلطان أو لا إذا كان معروفا وإن كان تمراً قال : تمر صيحانى أو بردى أو عجوة أو جنيب أو صنف من التمر معروف فإن كان حنطة ، قال شامية أو ميسانية أو مصرية أو موصلية أو صنفا من الحنطة موصوفاً ، وإن كان ذرة قال : حمراء ، ثم قال : وإن كان فى بعير قال : بعير من نعم بنى فلان ثنى غير مودّن نقى من العيوب سبط الخلق أحمر مجفر الجنبين إلخ ، وهذه الدواب يصفها بنتاجها وجنسها وألوانها وأسنانها وأنسابها وبراءتها من العيوب إلا أن يسمى عيباً يتبرأ البائع منه ثم قال : وهكذا النحاس يصفه أبيض أو شبهاً أو أحمر ثم قال : وأقل ما يجوز فيه السلف من هذا أن يوصف ما سلف فيه بصفة تكون معلومة عند أهل العلم إن اختلف المسلف والمسلف ، فكل ما وقعت عليه صفة يعرفها أهل العلم بالسلعة التى سلف فيها جاز السلف ؛ وكذلك قال الشافعى فى باب السلف فى الكيل : ولا خير فى السلف فى مكيل إلا موصوفا ، ثم قال فى السلف فى الذرة : والذرة كالحنطة توصف بجنسها ولونها وجودتها ورداءتها وجدتها وعتقها وصرام عام كذا أو عام كذا ومكيلتها وأجلها ، فإن ترك من هذا شيئاً لم يجز ، وقال : لا يجوز السلف فى الحنطة فى أكمامها وما يكون من الذرة فى حشرها لأن الحشر والأكمام غلافان فوق القشرة التى هى من نفس الحبة التى هى إنما هى للحبة بقاء لأنها كمال خلقتها كالجلد تكمل به الخلقة لا يتميز منها إلى أن قال : فإن شبه على أحد بأن يقول فى الجوز واللوز يكون عليه القشر فالجوز واللوز مما له قشر لا صلاح له إذا رفع إلا بقشره ، لأنه إذا طرح عنه قشره ثم ترك عجل فساده .

وقال (وإن سلف فى وزن ثم أراد إعطاءه كيلا لم يجز من قبل أن الشيء يكون خفيفاً ويكون غيره من جنسه أثقل منه فإذا أعطاه إياه بالمكيال أقل أو أكثر مما سلفه فيه فكان أعطاه الطعام الواجب متفاضلا أو مجهولا ، وإنما يجوز أن يعطيه معلوما ، فإن أعطاه حقه فذلك الذى لا يلزمه غيره ، وإن أعطاه حقه وزاده تطوعا منه على غير شيء كان فى العقب فهذا نائل من قبه ، فإن أعطاه أقل من حقه وأبرأه المشترى مما بقى عليه فهذا شيء تطوع به المشترى فلا بأس به .

وقال فى تفريع الوزن من العسل : فإن سلف فى عسل فجاءه بعسل رقيق أريه أهل العلم بالعسل ، فإن قالوا : هذه الرقة فى هذا الجنس من هذا العسل عيب ينقص ثمنه لم يكن عليه أن يأخذه . وإن قالوا هكذا يكون هذا العسل . وقالوا : رق لحر البلاد أو لعلة غير العيب فى نفس العسل لزمه أخذه . وقال : ألا ترى أنى لو أسلمت فى سمن ووصفته ولم أصف جنسه فسد من قبل أن سمن المعزى مخالف سمن الضأن ، وأن سمن الغنم كلها مخالف البقر والجواميس ، فإذا لم تقع الصفة على الجنس فسد السلف . وقال فى باب السلف فى السمن : والسمن فيه ما يدخن وما لا يدخن ، فلا يلزم المدخن لأنه عيب .

وقال فى السلف فى الزيت : وما اشترى وزنا بظروفه لم يجز شراؤه بالوزن فى الظروف لاختلاف الظروف ، وأنه لا يوقف على حد وزنها إلى أن قال : وإن يرضيا وأراد اللازم لهما وزنت الظروف قبل أن يصب فيها الإدام ثم وزنت بما يصب فيها ثم يطرح وزن الظروف ، وإن كان فيها زيت وزن فرغت ثم وزنت الظروف ثم ألقى وزنها من الزيت ، وما أسلف فيه من الإدام فهو له صاف من الرب والعكر وغيره مما خالف الصفاء (قلت) والظرف يشبه العلب التى يباع فيها الزيت فى زماننا هذا .

وقال فى السلف فى اللبن : يجوز السلف فى اللبن كما يجوز فى الزبد . ويفسد كما يفسد فى الزبد بترك أن يقول ما هو ما عز أو ضأن أو بقر ، وإن كان إبلا أن يقول : لبن غواد أو أوراك ، ويقول فى هذا كله لبن الراعية والمعلفة لاختلاف ألبان الرواعى والمعلفة ، وتفاضلها فى الطعم والصحة والثمن ، فأى هذا سكت عنه لم يجز معه السلم ، ولم يجز إلا بأن يقول « حليباً » أو يقول « لبن يومه » لأنه يتغير فى غده .

وقال فى السلف فى الجبن رطبا ويابسا : والسلف فى الجبن كالسلف فى اللبن لا يجوز إلا بأن يشرط صفته حين يومه ــ إلى أن قال ــ ولا خير فيه إلا بوزن ــ إلى أن قال ــ ويشترط فيه جبن ماعز أو بقر أو ضائن ــ إلى أن قال ــ وكل ما كان عيبا فى الجبن عند أهل العلم من إفراط ملح أو حموضة طعم أو غيره لم يلزم المشترى .

وقال فى الصوف والشعر : ولا خير فى أن يسلم فى صوف غنم بأعيانها ، ولا شعرها إذا كان ذلك إلى يوم واحد فأكثر وذلك أنه قد تأتى الآفة عليه فتذهبه أو تنقصه ، إلى أن قال : ولا خير فى أن يسلم فى ألبان غنم بأعيانها ولا زبدها ولا سمنها ولا لبنها ولا جبنها .

(فرع) : نوهنا بكلام الشافعي في شرحنا لهذا الفصل بجواز السلف في اللبن كما يجوز في الزبد . وقد عقد في الروضة فصلا في اللبن قال :

يجوز السلم في اللبن ، ويبين فيه ما يبين في اللحم سوى الأمر الثالث والسادس ، ويبين نوع العلف لاختلاف الغرض به ، ولا حاجة إلى ذكر اللون والحلاوة ، لأن المطلق ينصرف إلى الحلو ، بل لو أسلم في اللبن الحامض لم يجز ، لأن الحموضة عيب ، وإذا أسلم في لبن يومين أو ثلاثة فإنما يجوز إذا بقي حلواً في تلك المدة .

وإذا أسلم في السمن يبين ما يبين في اللبن ، ويذكر أنه أبيض أو أصفر ، وهل يحتاج إلى ذكر العتيق والجديد ؟ وجهان . قال الشيخ أبو حامد : لا بل العتيق نعيب لا يصح السلم فيه . وقال القاضي أبو الطيب : العتيق المتغير هو المعيب لا كل عتيق فيجب بيانه . وفي الزبد يذكر ما يذكر في السمن وأنه زبد يومه أو أمسه .

ويجوز في اللبن كيلا ووزناً لكن لا يكال حتى تسكن رغوته ويوزن سكونها . والسمن يكال ويوزن ، إلا إذا كان جامداً يتجافى في المكيال فيتعين الوزن ، وليس في الزبد إلا الوزن ، وكذا اللبأ المجفف ، وقبل الجفاف هو كاللبن .

وأما المخيض الذي فيه الماء فلا يجوز السلم فيه . نص الشافعي رضي الله عنه : وإن لم يكن فيه ماء جاز ، وحينئذ لا يضر وصف الحموضة لأنها مقصودة فيه . هكذا أفاده النووي في الروضة .

(فرع) : إذا أسلم في الصوف قال : صوف بلد كذا ، وذكر لونه وطوله وقصره وأنه خريفي أو ربيعي من ذكور أو إناث ، لأن صوف الإناث أشد نعومة ، واستغنوا بذلك عن ذكر اللين والخشونة ، ولا يقبل إلا خالصاً من الشوك والبعر ، فإن شرط كونه مفسوك جاز ، إلا أن يعيبه الغسل والشعر والوبر كالصوف ، ويضبط الجميع وزناً .

قال البلقيني : المراد ألا يسلم في صوف غنم معينة أو شعرها أو في غير معينة غير الصوف والشعر ا هـ .

(فرع) : قال الشافعي : ولا بأس أن تسلف في شيء ليس في أيدي الناس حين تسلف فيه إذا شرطت محله في وقت يكون موجوداً فيه بأيدي الناس . وقال في صفة اللحم وما يجوز فيه وما لا يجوز : من أسلف في لحم فلا يجوز فيه حتى يصفه : لحم

ماعز خصى أو ذكر ثنى فصاعداً أو جدى رضيع أو فطيم إلى أن قال : ويشترط الوزن إلى أن قال : وإن شرط موضعا من اللحم وزن ذلك الموضع بما فيه من العظم لأن العظم لا يتميز من اللحم كما يتميز التبن والمدر والحجارة من الحنطة (وقاسه على النوى فى التمر) .

وقال عن لحم الوحش والحيتان والرءوس والأكارع والسلف فى العطر وزنا ومتاع الصيادلة واللؤلؤ وغيره من متاع أصحاب الجوهر والتبر غير الذهب والفضة وصمغ الشجر والطين الأرمنى وطين والبحيرة والمختوم إلى أن وصل إلى السلف فى الحيوان قال : أخبرنا مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار عن أبى رافع أن رسول الله ﷺ استسلف بكراً فجاءته إبل من الصدقة فقال أبو رافع : فأمرنى رسول الله ﷺ أن أقضى الرجل بكرة ، فقلت : يا رسول الله إنى لم أجد فى الإبل إلا جملا خياراً رباعيا . فقال رسول الله ﷺ « أعطه إياه فإن خيار الناس أحسنهم قضاء » فهذا الحديث الثابت عن رسول الله ﷺ وبه آخذ وفيه أن رسول الله ﷺ ضمن بعيراً بصفة وجنس وسن ، فكالدنانير بصفة وضرب ووزن ، وكالطعام بصفة وكيل ، وفيه دليل على أنه لا بأس أن يقضى أفضل مما عليه متطوعاً من غير شرط ، وفيه أحاديث سوى هذا ثم روى بإسناده عن أبى الزبير عن جابر قال : « جاء عبد فبايع رسول الله ﷺ على الهجرة ولم يسمع أنه عبد ، فجاء سيده يريده ، فقال النبى ﷺ : بعد فاشتراه بعبدين أسودين ، ثم لم يبايع أحداً بعده حتى يسأله : أعبد هو أم حر ؟ » قال وبهذا نأخذ ، وهو إجازة عبد بعبدين ، وإجازة أن يدفع ثمن شيء فى يده فيكون كقبضه ، ثم روى الشافعى بإسناده «أن النبى ﷺ بعث مصدقاً له فجاءه بظهر مسن ، فلما رآه النبى ﷺ قال : هلكت وأهلكت ، فقال يا رسول الله إنى كنت أبيع البكرين والثلاثة بالبعير المسن يداً بيد ، وعلمت من حاجة النبى ﷺ إلى الظهر ، فقال النبى ﷺ فذاك إذن » .

ومذهبنا أنه لا ربا فى الحيوان « وإنما النهى عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة مما كان أهل الجاهلية يتبايعونه » وهو مفصل فى أبواب الربا التى سبقت فى موطنها .

(**فرع**) : اختلف الفقهاء فى السلم فى الحيوان ؛ فروى لا يصح السلم فيه وهو قول الثورى وأصحاب الرأى . وروى ذلك عن عمر وابن مسعود وحذيفة وسعيد بن جبير والشعبى والجوزجانى ، لما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال : إن من

الربا أبواباً لا تخفى ، وإن منها السلم فى السن » ولأن الحيوان يختلف اختلافاً متبايناً فلا يمكن ضبطه ، وإن استقصى صفاته التى يختلف بها الثمن ، مثل أزج الحاجبين ، أكحل العينين أقنى الأنف أشم العرنين ، أهدب الأشفار ألمى الشفة ، بديع الصفة تعذر تسليمه لندرة وجوده على تلك الصفات ومذهبنا ومذهب أحمد صحة السلم فيه .

قال ابن المنذر : وممن روينا عنه أنه لا بأس بالسلم فى الحيوان ابن مسعود وابن عباس وابن عمر وسعيد بن المسيب والحسن والشعبى ومجاهد والزهرى والأوزاعى والشافعى وإسحاق وأبو ثور ، وحكاه الجوزجانى عن عطاء والحكم ، لأن أبا رافع قال « استسلف النبى ﷺ من رجل بكرا » رواه مسلم وقد سقناه عن الأم قبل . فأما حديث عمر فلم يذكره أصحاب الاختلاف ، ثم هو محمول على أنهم يشترطون من ضراب فحل بنى فلان . قال الشعبى « إنما كره ابن مسعود السلف فى الحيوان لأنهم اشترطوا نتاج فحل معلوم » رواه سعيد ابن منصور . وقد روى عن على أنه باع جملا يدعى عصيفير بعشرين بعيراً إلى أجل ، ولو ثبت قول عمر فى تحريم السلم فى الحيوان فقد عارضه قول من سمينا ممن وافقنا .

(فرع) : قال الشافعى : « وإن كان السلف فى خيل أجزأ فيها ما أجزأ فى الإبل وأحب إن كان السلف فى الفرس أن يصف شيته مع لونه ، فإن لم يفعل فله اللون بهيماً ، وإن كان له شية فهو بالخيار فى أخذها وتركها ، والبائع بالخيار فى تسليمها وإعطائه اللون بهيماً » إلى أن قال : « وإن أتى على السن واللون والجنس أجزأه ، وإن ترك واحداً من هذا فسد السلف » إلى أن قال : « ولا يحل أن يسلف فى ذات رحم من الحيوان ــ على أن يوفاها وهى حبلى ــ من قبل أن الحمل ما لا يعلمه إلا الله ، وأنه شرط شيئاً فيها ليس فيها ، وهو شراء ما لا يعرف ؛ وشراؤه فى بطن أمه لا يجوز ، لأنه لا يعرف ولا يدرى أيكون أم لا . ولا خير فى أن يسلف فى ناقة ومعها ولدها موصوفاً ولا فى وليدة ولا فى ذات رحم من حيوان كذلك . ولكن إن أسلف فى وليدة أو ذات رحم من الحيوان بصفة ووصف بصفة ؛ ولم يقل ابنها أو ولد ناقة أو شاة ، ولم يقل ولد الشاة التى أعطاها جاز ، وسواء أسلفت فى صغير أو كبير موصوفين بصفة وسن تجمعهما أو كبيرين كذلك .

قال ولو سلف فى ذات لبون على أنها لبون كان فيها قولان (أحدهما) أنه جائز .

وإذا وقع عليها أنها لبون كانت له واللبن يتميز منها ولا يكون بتصرفها ؛ إنما هو شيء يخلقه الله عز وجل فيها ، كما يحدث فيها البعر وغيره ، فإذا وقعت على هذا صفة المسلف كان فاسداً كما يفسد أن يقول : أسلفك فى ناقة يصفها ، ولبن معها غير مكيل ولا موصوف . قال : وكل ما أسلفت من حيوان وغيره وشرطت معه غيره فإن كان المشروط معه موصوفا يحل فيه السلف على الانفراد فسد السلف ، ولا يجوز أن يسلف فى حيوان موصوف من حيوان رجل بعينه أو بلد بعينه ولا نتاج ماشية رجل بعينه ، ولا يجوز أن يسلف فيه إلا فيما لا ينقطع من أيدى الناس كما قلنا فى الطعام وغيره . قال الشافعى فى باب الاختلاف فى أن يكون الحيوان نسيئة أو يصلح منه اثنان بواحد .

فخالفنا بعض الناس فى الحيوان فقال : « لا يجوز أن يكون نسيئة أبداً » قال وكيف أجزتم أن جعلتم الحيوان ديناً وهو غير مكيل ولا موزون ، والصفة تقع على العبدين ومعهما دنانير وعلى البعيرين وبينهما تفاوت فى الثمن ؟ قال نقلناه ، قلنا أولى الأمور بنا أن نقول به بسنة رسول الله ﷺ فى استسلامه بعيراً وقضائه إياه ، والقياس على ما سواها من سنته ، ولم يختلف أهل العلم فيه .

قال فاذكر ذلك (قلت) أما السنة النص ، فإنه استسلف بعيراً . وأما السنة التى استدللنا بها فإنه قضى بالدية مائة من الإبل ؛ ولم أعلم المسلمين اختلفوا أنها بأسنان معروفة ، وفى مضى ثلاث سنين . وأنه ﷺ افتدى كل من لم يطب عنه نفساً من قسم له من سبى هوازن بإبل سماها ست أو خمس إلى أجل .

قال : « أما هذا فلا أعرفه » قلنا فما أكثر ما لا تعرفه من العلم . قال : أفثابت ؟ قلت نعم ولم يحضرنى إسناده . قال : ولم أعرف الدية من السنة . قلت وتعرف مما لا تخالفنا فيه أن يكاتب الرجل على الوصفاء بصفة ، وأن يصدق الرجل المرأة العبيد والإبل بصفة ؟ قال نعم . وقال : ولكن الآية تلزم الإبل ، إبل العاقلة وسن معلومة وغير معيبة ، ولو أراد أن ينقص من أسنانها سناً لم تجز ، فلا أراك إلا حكمت بها مؤقتة ، وأجزت فيها أن تكون ديناً . وكذلك أجزت فى صداق النساء لوقت وصفة ، وفى الكتابة لوقت وصفة . ولو لم يكن روينا فيها شيئاً إلا ما جامعتنا عليه من أن الحيوان يكون ديناً فى هذه المواضع الثلاث أما كنت محجوجاً بقولك « لا يكون الحيوان ديناً وكانت علتك فيه زائلة ؟ »

قلت : قد جعله رسول الله ﷺ ديناً فى السلف والدية ؛ ولم تخالفنا فى أنه يكون فى

موضعين آخرين ديناً فى الصداق والكتابة ، فإن قلت : ليس بين العبد وسيده ربا ، قلت : أيجوز أن يكاتبه على حكم السيد ، وعلى أن يعطيه ثمرة لم يبد صلاحها ؟ إلى أن قال : وقلت لمحمد بن الحسن : أنت أخبرتنى عن أبى يوسف عن عطاء بن السائب عن أبى البخترى أن بنى عم لعثمان أتوا وادياً فصنعوا شيئاً فى إبل رجل قطعوا به لبن إبله ، وقتلوا فصالها ، فأتى عثمان وعنده ابن مسعود فرضى بحكم ابن مسعود فحكم أن يعطى بواديه إبلا مثل إبله وفصالا مثل فصاله فأنفذ ذلك عثمان ، فيروى عن ابن مسعود أنه يقضى فى حيوان بحيوان مثله ديناً لأنه إذا قضى به بالمدينة وأعطيه بواديه كان ديناً ، ويزيد أن يروى عن عثمان أنه يقول بقوله ، وأنتم تروون عن المسعودى عن القاسم بن عبد الرحمن قال : أسلم لعبد الله ابن مسعود فى وصفاء أحدهم أبو زائدة مولانا ، فلو اختلف قول ابن مسعود فيه عندك فأخذ رجل ببعضه دون بعض ألم يكن له ؟ قال : بلى ، قلت : ولو لم يكن فيه غير اختلاف قول ابن مسعود ؟ قال : نعم ، قلت : فلم خالفت ابن مسعود ومعه عثمان ومعنى السنة والإجماع ؟ قال : فقال منهم قائل : فلو زعمت أنه لا يجوز السلم فيه ويجوز إسلامه ، وأن يكون دية وكتابة ومهراً وبعيراً ببعيرين نسيئة ، قلت : فقله إن شئت . قال . فإن قلته ؟ قلت : يكون أصل قولك لا يكون الحيوان ديناً خطأ بحاله . قال : فإن انتقلت عنه ؟ قلت : فأنتم تروون عن ابن عباس أنه أجاز السلم فى الحيوان ، وعن رجل آخر من أصحاب النبى ﷺ قال : إنا لنرويه .

قلت : فإن ذهب رجل إلى قولهما أو قول أحدهما دون قول ابن مسعود أيجوز له ؟ قال : نعم ، قلت : فإن كان مع قولهما أو قول أحدهما القياس على السنة والإجماع ؟ قال : فذلك أولى أن يقال به ، قلت : فتجد مع من أجاز السلم فى الحيوان القياس فيما وصفت ؟ قال . نعم .

(فرع) : وقال الشافعى فى السلف فى الثياب : فإن شرطه صفيقاً ثخيناً لم يكن له أن يعطيه دقيقاً وإن كان خيراً منه ، لأن الثياب علة الصفيق الثخين يكون أدفأ فى البرد وأكنّ فى الحر ، وربما كان أبقى فهذه علة تنقصه ، وإن كان ثمن الأدق أكثر فهو غير الذى أسلف فيه وشرط لحاجته . وتكلم الشافعى عن السلف فى الإهب والجلود فلم يجزه سلماً ولا بيعاً إلا منظوراً إليه . قال : وذلك أنه لم يجز لنا أن نقيسه على الثياب لأنا لو قسناه على الثياب لم يحل إلا مذروعاً مع صفته ، وليس يمكن فيه لاختلاف خلقته عن أن يضبط بذرع بحال وسيأتى فى الفصل التالى إن شاء الله .

وأجاز الشافعى السلف فى الخشب وأجازه خشباً بخشب ، بناء على قاعدة لا ربا فيما عدا الكيل والوزن من المأكول والمشروب كله والذهب والورق ، وما عدا هذا فلا بأس بالفضل فى بعضه على بعض يداً بيد ونسيئة ، سلماً وغير سلم كيف كان إذا كان معلوماً ، والسلف فى الخشب مذروعاً ومقيساً بالسنتى أو البوصة أو المتر ؛ وفى الكثير منها بالطن والمتر والقليل منها بالوزن والقياس .

(فـرع) : تكلم الشافعى عن السلف فى الحجارة والأرحية وغيرها حتى تكلم على أصنافها ، ومنع أن يسلف فى أنقاض البيوت للمجازفة وعدم الدقة فى قدرها . أما السلف فى العدد فقد جعله الشافعى لا يجوز إلا مع مراعاة ما وصف من الحيوان الذى يضبط سنه وصفته وجنسه ، والثياب التى تضبط بجنسها وحليتها وذرعها ، والخشب الذى يضبط بجنسه وصفته وذرعه وما كان فى معناه ، ولم يجز الشافعى السلف فى البطيخ ولا القثاء ولا الخيار ولا الرمان ولا السفرجل ولا الموز ولا الجوز ولا البيض ــ أىّ بيض كان ، دجاج أو حمام أو غيره ــ ولا البرتقال ولا اليوسفى ، وكذلك ما سواه مما يتبايعه الناس عدداً وما كان فى معناه لاختلاف العدد ، واختلافه فى الوزن لأن بعضها قد يزن الكيلو منها عدداً يختلف بعضه عن بعض فلا يضبط بعدد ولا وزن ، وما كان مما لا يضبط من صفة أو بيع عدد فيكون مجهولا إلا أن يقدر على أن يكال أو يوزن فيضبط بالكيل والوزن كأن يقال : أسلفتك فى طن من الموز المغربى يزن اثنى عشر ألف أصبع أو طن من البطيخ لا تزيد حباته على ما تتين من النوع الفلانى ، لأن هذه الأنواع كلما قل عددها وزناً دل ذلك على كبر حجمها وجودة نوعها غالباً ، وتلحق بالمأكول من البقول حيث قال : وإن كان منه شىء يختلف صغاره وكباره لم يجز إلا أن يسمى صغيراً أو كبيراً كالقنبيط تختلف صغاره وكباره ، وكالفجل وكالجزر وما اختلف صغاره وكباره فى الطعم والثمن .

(فـرع) : وكذلك لا يجوز فى القصب عداً ويجوز وزناً على الصفة التى أسلفناها كل ذلك فور قطعه ، ولو حفظ شىء من ذلك بالثلاجات فزاد وزنه من فعل الرطوبة فسد السلف . وإن جف فى الشمس فنقص ذلك من وزنه أو من مذاقه فسد السلف ، ولا يجوز السلف فيما يفسد من تلقاء نفسه بمرور الزمن ، إذا لم يتميز عن حديث العهد بصنعته كالأسمنت فإنه يفسد من تلقاء نفسه فلا يصلح للبناء ولا يمكن تمييزه من الصالح للبناء للاتفاق فى الصفات الظاهرة . والله تعالى أعلم .

(فرع) : فى مذاهب العلماء فى تعريف السلم

ذكرنا أن مذهبنا أن السلم بيع شيء موصوف فى ذمة بلفظ سلم كأن يقول : أسلمت إليك عشرين ديناراً فى عشرين أردباً من القمح الموصوف بكذا ، على أن أقبضها بعد شهر مثلا . أما إذا كان بلفظ البيع كأمر قال : بعنى عشرين إردبا من القمح الموصوف بكذا أقبضها بعد مدة بعشرين ديناراً ففيه خلاف . وجواز استبداله بغيره وشرط الخيار فيه . وبعضهم يقول : إنه سلم لأن العقد فى معنى السلم ولا نظر للفظ ، فيصح استبدال ثمنه بغيره ، فإذا كان الثمن ذهبا فلا يصح أن يعطيه حنطة كما لا يصح استبدال الثمن ــ وهو المسلَم فيه ــ فإذا أسلم فى حنطة فلا يصح أن يدفع بدلها ذرة ، وكذلك لا يصح تأجيل قبض الثمن عن المجلس ، ولا يصح شرط الخيار فيه ، ولكن المعتمد أن السلم لا يتحقق إلا إذا ذكر لفظ السلم فإذا ذكر لفظ البيع كان بيعا ، وهذا أحد أمور ثلاثة تتوقف على لفظ مخصوص وهى : السلم والنكاح والكتابة .

وللإمام الأزهرى فى كتابه الزاهر شرح غريب مختصر المزنى قوله : قول جميع أهل اللغة أن سلَّم وأسلم وسلَّف وأسلف بمعنى واحد وهذا قول جميع أهل اللغة إلا أن السلف يكون قرضاً أيضاً ، وفى حديث النبى ﷺ : « أنه تسلف بكراً » معناه أنه اقترضه ليرد مثله وكذلك استسلفه ا هـ ص ٢١٧ طبعة أوقاف الكويت .

أما مذهب أبى حنيفة فإنه يقول : السلم هو شراء آجل بعاجل ويسمى صاحب النقدين الذهب والفضة (مسلِمٌ) وصاحب السلعة المؤجلة (مسلَم إليه) وتسمى السلعة (مسلَم فيه) ويسمى الثمن (رأس مال السلم) ولا يشترط فى البيع أن يكون بلفظ السلم ولا بلفظ السلف بل ينعقد بلفظ البيع كما ينعقد البيع والشراء بلفظ السلم أيضا .

فتوى حنفية

وقد أفتى الشيخ أحمد هريدى مفتى الديار المصرية فى بيع السلم على مذهب أبى حنيفة فى الفتوى رقم ٩٨٢ المنشورة بالمجلد السادس من الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية .

المبادئ

١ ــ السلم بيع آجل بعاجل بشرط أن يتم التسليم فى مدة أقلها شهر ، وهو جائز شرعاً متى استوفى العقد أركانه وشروطه .

٢ ــ لا يجوز للمشترى فيه توكيل البائع فى بيع ما اشتراة قبل تسلمه منه ودخوله فى ملكه ، لأنه توكيل بيع ما لا يملك وهو غير جائز شرعاً .

٣ ــ لا يجوز للبائع إعطاء المشترى ثمن المبيع على أساس السعر الحاضر لأيلولة ذلك إلى بيع ثمن بثمن مع الزيادة فيكون ربا وهو محرم شرعاً .

٤ ــ اتفاقهما على فسخ العقد يقتضى رد الثمن الذى قبضه البائع فقط .

سئل : من السيد / ....

بالطلب المقيد برقم ٧٦٠ سنة ١٩٦٥ م المتضمن السؤال الآتى :

اعتاد بعض الناس شراء الأرز وهو فى بداية زراعته بمبلغ ١٢ جنيها للضريبة على أساس أن يتسلم منه المحصول بعد حصاده أرزا ، أو يوكل البائع فى بيع الأرز نيابة عنه بالثمن الذى كان محدداً قبل هذا العام وهو ١٧ جنيها للضريبة ، وهذا على أساس أنه بيع سلم كما قال بعض العلماء وأفتوا بحله وأخرجوه عن دائرة الربا . وفى هذا العام تسلم البائعون ثمن الأرز ١٢ جنيها للضريبة كما هى العادة إلا أن سعر الأرز ارتفع هذا العام وأصبح ٢٠ جنيها للضريبة ، فامتنع البائعون عن تسليم الأرز على أساس ١٧ جنيها كما هو المعتاد وطلب السائل عن حكم هذا البيع شرعاً علماً بأنه عند التسليم زادت قيمة الضريبة إلى عشرين جنيها

أجاب :

إن بيع آجل من أرز ونحوه بثمن عاجل هو المعروف عند الفقهاء ببيع السلم وهو جائز شرعاً على أن يتم تسليم المبيع بعد مدة أقلها شهر ، والواجب على المسلم إليه أن يُسْلِمَ المُسْلَمَ ضرائب الأرز حسب عقد السَّلَم متى كان العقد قد وقع صحيحاً ومستوفياً أركانه وشروطه شرعاً ، بأن يذكر فى العقد ما يفيد كمية المبيع ونوعه وصفته ومقداره ووقت التسليم ومكانه والثمن المقبوض بما يرفع الجهالة ويمنع وقوع النزاع ولا يجوز للمشترى أن يوكل البائع « صاحب الأرز » فى بيع القدر المتفق عليه قبل أن يتسلمه منه ويدخل فى ملكه لأنه قبل ذلك يكون توكيلا فى بيع ما لا يملكه وهو لا يجوز شرعاً ، كما لا يجوز للبائع أن يعطى المشترى ثمن القدر المتفق عليه على أساس السعر الحاضر وقت ظهور المحصول وهو عشرون جنيها للضريبة أو سبعة عشر جنيها لأنه يؤول إلى بيع ثمن بثمن مع الزيادة فيكون ربا وهو حرام شرعاً ، وإنما الجائز أن يرد الثمن الذى قبضه فقط إذا اتفقا على فسخ العقد ، وإذا لم يتفقا على الفسخ فيجب على البائع « صاحب الأرز » أن يسلم المشترى القدر المتفق عليه من الأرز ، وبهذا علم الجواب عن السؤال والله أعلم .

أما المالكية : فقد ذهبوا إلى أن السلم عقد معاوضة يوجب شغل ذمة بغير عين ولا منفعة غير متماثل العوضين . وخرج بقوله (بعين) كالإجارة فإن العوض منفعة ، وخرج بقوله غير متماثل العوضين (السلف) فإن المقترض يرد رأس المال كما هو .

وقال أحمد وأصحابه : السلم عقد على شيء يصح بيعه موصوف فى الذمة إلى أجل . ويصح بلفظ البيع كأن يقول : ابتعت منك قمحا صفته كذا وكيله كذا أقبضه بعد شهر مثلا ، كما يصح بلفظ سلم وسلف ، بل يصح بكل ما يصح به البيع كتملكت واتهبت ونحوه .

(فرع) : فى مذاهب العلماء فى ذكر صفات المسلم فيه

ذكرنا أن مذهبنا أن ذكر الجودة ليس بشرط وكذلك الرداءة ، فإذا أطلق ينصرف الجيد إلى العرف وينزل على أقل درجاته ، ولكن يجوز أن يشترط الجودة والرداءة بشرط أن يكون للمسلَم فيه صفات تضبطه وتعينه ويعرف بها ، على أن تكون هذه الصفات كثيرة الوجود ، فإن كانت نادرة فلا يصح السلم . فمثال ما له صفات كثيرة الوجود الحبوب فى البلاد الزراعية والحيوان وغيرهما ، وعلى هذا تكون شروط السلم شروط البيع ما عدا رؤية المبيع ، فإنها شرط فى صحة البيع — كما تقدم — بخلاف رؤية المسلم فيه ، فإنها ليست بشرط لأنه رخصة مستثنى من منع بيع المعدوم ويزيد السلم على البيع شروطا أخرى بعضها يتعلق برأس مال السلم ، وبعضها يتعلق بالمسلم فيه ، وكلها شروط لصحة عقد السلم ، فلا يصح إذا تخلف شرط منها ، فأما الذى يتعلق برأس المال فهو شرطان :

(الأول) : أن يكون رأس مال السلم حالا غير مؤجل فلا يصح تأجيله .

(الثانى) : تسليمه بالمجلس لأنه لو تأخر يكون بيع دين بدين ، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون رأس المال عيناً أو منفعة ، كأن يقول : أسلمت إليك سكنى دارى مدة كذا فى نظير كذا من الغنم ، فلا بد من تسليمها ، وأما الذى تتعلق بالمسلم فيه فهى :

(أولا) بيان مكان تسليم المسلم فيه إن لم يكن المكان الذى حصل فيه العقد صالحا للتسليم سواء كان السلم حالا أو مؤجلا . أما إذا كان المكان صالحا للتسليم ، فإن كان نقله يحتاج إلى نفقات وجب البيان فى السلم المؤجل دون الحال . وإذا كان نقله لا يحتاج إلى نفقات فلا يجب البيان سواء كان السلم حالا أو مؤجلا .

(ثانيا) : القدرة على تسليم المسلَم فيه عند حلول الأجل إن كان مؤجلا أو بالعقد إن كان حالا ، فإذا أسلم فى فاكهة وأجل إلى أمد لا توجد فيه فلا يصح السلم .

(ثالثا) : أن يكون المسلم فيه مقدوراً على تسليمه عند وجوبه بلا مشقة ، ويجب التسليم فى السلم الحال بالعقد ، وفى المؤجل بحلول الأجل ، وهذا الشرط من شروط البيع أيضا ، فليس بزائد عليها ، وإنما يترتب عليه شيء آخر زائد على شروط البيع وهو ما إذا أسلم فى شيء يندر وجوده كالجواهر الكبار والياقوت ، فإنه لا يصح السلم فيها ، كما سيأتى في الفصل بعد هذا .

وأما الحنفية فقالوا(١) شروط السلم تنقسم إلى قسمين : قسم منها يرجع إلى العقد ، وقسم يرجع إلى البدل ، فأما الذى يرجع إلى العقد فهو شرط واحد ، وهو أن يكون العقد عارياً عن شرط الخيار للعاقدين أو لأحدهما . أما إذا كان رأس المال مستحقاً للغير وليس ملكا لرب المسلم إليه فى المجلس ثم تفرقا ، فللمالك الخيار فى إجازة العقد وفسخه فلو أجازه صح السلم ، وأما الذى يرجع إلى البدل فهو خمسة عشر شرطا منها ستة فى رأس المال وعشرة فى المسلم فيه .

فأما التى فى رأس المال فهى :

١ ــ بيان جنسه إن كان من النقدين الجنيهات أو غيرها من أنواع العملة أو كان عيناكالقمح أو الشعير أو غير ذلك .

٢ ــ بيان نوعه كأن يبين أن هذا الجنيه (مصرى أو انجليزى) أو هذا قمح (بعلى) أو مسقى .

٣ ــ بيان صفته كأن يقول : هذا جيد أو ردىء أو متوسط .

٤ ــ بيان قدره كأن يقول : خمسة جنيهات أو عشرة أرادب من القمح أو الشعير . وهل تقوم الإشارة مقام بيان القدر أولا ؟ نعم تقوم مقامه إذا كان الثمن من المزروعات أو المعدودات المتفاوتة ، فإذا قال له : أسلمت لك هذا أو هذه الصبرة من البطيخ فى كذا فإنه يصح وإن لم يبين عدد أذرع الثوب ولا عدد الصبرة من البطيخ . أما إذا كان الثمن من المكيلات أو الموزونات فإن فيه خلافاً فقيل : الإشارة تكفى ، وقيل : لا تكفى ، ولا بد من بيان القدر .

٥ ــ أن يكون مقبوضا فى مجلس السلم وقد تقدم .

وأما العشرة التى فى المسلم فيه فمنها الأربعة الأولى التى فى رأس المال وهى بيان الجنس

---

(١) الفقه على المذاهب الأربعة للشيخ عبد الرحمن الجزيرى .

والنوع والوصف والقدر ، والخامس أن يكون مؤجلا ، وقد تقدم بيانه ، والسادس : أن يكون الصنف موجوداً فى الأسواق والسابع أن يكون مما يتعين بالتعيين . والثامن : بيان مكان الدفع فيما يحتاج إلى نفقات كالبر ونحوه . والتاسع : ألا يشتمل البدلان على علة ربا الفضل وهى القدر والجنس كما تقدم . والعاشر : أن يكون من الأجناس الأربعة المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة والذرعيات .

وكذلك بيان قدره فلا بد أن يكون معلوم القدر بالكيل أو الوزن أو العدد أو الذراع فأما المكيلات فإنه يصح فيها السلم سواء كانت حبوباً أو عسلا أو لبنا أو سمنا أو تمراً ، وهل يصح أن يسلم فيها بالوزن أو لا ؟ خلاف . والمعتمد أنه يصح لأن المعول عليه إنما هو الضبط . ولا بد أن يكون قدرالمكيال معروفاً بين الناس فلا يصح أن يقول له : أسلمت إليك ديناراً فى عشرين قصبة من القمح إذا لم تكن القصبة مكيالا معروفا بين الناس كالكيلة ونحوها ، وأما الموزونات فإنه يصح فيها السلم إلا إذا كانت أثمانا وهى النقدان من الذهب والفضة فلا يصح أن يقول : أسلمت إليك هذا الثوب فى دينار زنته كذا آخذه بعد شهر مثلا ، لأن الدينار لا يصح أن يسلما فيه لأن شرط السلم أن يكون المسلم فيه مما يتعين . وقد عرفت أن النقدين من الذهب والفضة لا تتعين بالتعيين . وهل يعتبر ذلك بيعا للثوب بأن يجعل الثوب مبيعا والدينار ثمنا مؤجلا أولا ؟ على قولين ، فقيل : يعتبر ورجحه بعضهم . وقيل : لا . وصححه بعضهم .

وأما المعدودات فإنه يصح السلم فى المتقاربة منها كالجوز فإن آحاده متقاربة حتى إذا استهلك أحد شيئاً منها كان لمالكه الحق فى أخذ مثله . أما المتفاوتة إذا استهلكت فإنه يكون لمالكها قيمتها . ومن المتفاوت القرع والرمان فلا يصح أن يقول : أسلمت إليك ديناراً فى مائة بطيخة أو مائتى رمانة لأن آحاده متفاوتة فلا يمكن ضبطها ، ومن المتقارب بيض الدجاج لأنه وإن كان بعضه أكبر من بعض ولكن الكمية التى يحتوى عليها البياض والصفار متقاربة ومثله بيض النعام إذا كان الغرض من شرائه أكله . إما إذا كان الغرض استعمال قشره زينة فإنه يكون متفاوتاً لأن بعض قشره كبير وبعضه صغير . ومن المعدود المتقارب الفلوس كالقروش المعدنية المليمات فيجوز فيها السلم فيصح أن يسلم إليه ديناراً فى مائة وعشرين قرشاً يأخذها بعد شهر هكذا نص عليه الشيخ عبد الرحمن الجزيرى فى الجزء الثانى من الفقه على المذاهب الأربعة ص ٤٠٤ طبعة مطبعة الحضارة الشرقية .

ومن المعدود المتقارب اللَّبِن (الطوب النيء) وكذلك الآجر فيصح فيه السلم بشرط بيان صفة القالب الذى يضرب به كأن يقول حجمه كذا طولا وعرضاً ونوع تربته . وأما

المذروع كالثياب والبسط والحصر فإنه يصح فيها السلم أيضاً بشروط .

١ ــ أن يبين مقدار طوله وعرضه .

٢ ــ أن يبين صفته كأن يقول : ثوب غير مخيط من قطن أو كتان أو صوف أو حرير .

٣ ــ أن يبين محل صنعه مصرى أو صينى أو باكستانى ، وإن كان حريراً طبيعياً ذكر وزنه وطوله وعرضه .

قالوا ــ ولا يزال هذا الكلام للحنفيين ــ : ويصح السلم فى السمك المجفف الذى فيه الملح كالرنجة والبكلاه ثم إن كان كبيراً فإنه يصح فيه السلم بالعدد وإن كان صغيراً فإنه يصح فيه وزنا وكيلا فيصح أن يسلمه ديناراً فأكثر على أن يأخذ به عدداً معينا من سمك البكلاه الموصوف بالأوصاف التى تعينه كفرنساوى أو نرويجى إن كان كبيراً أما إذا كان صغيراً كالسردين المجفف المملوح فإنه يجوز وزنا وكيلا(١) .

قالوا : وكذلك يصح السلم فى السمك الطرى ولكن إن كان لا ينقطع فى وقت من الأوقات صح فيه بدون قيد . أما إن كان ينقطع فى بعض الأحيان كالجهات التى يتجمد فيها الماء فى الشتاء فلا يوجد فيها السمك فإن الأجل يجب أن يكون ملاحظا فيه وجود السمك فلا يصح امتداده إلى الزمن الذى ينقطع فيه .

ولا يصح السلم فى الحيوان مطلقا ، وهل يصح فى أطرافه بعد ذبحه كالأكارع والرأس على خلاف المشهور أنه لا يصح أيضا كالحيوان وقال بعضهم : لا بأس به وزنا بعد ذكر النوع وباقى الشروط . وكذلك اللحم فيه خلاف والفتوى عندهم صحة السلم فى الحطب بالقت أو الوزن ولا يصح السلم فى الحشيش الأخضر والبرسيم ، وإذا ضبط بما لا يؤدى إلى نزاع فإنه يجوز . ولا يصح السلم فى العقيق والبلور ونحوهما لتفاوت آحادهما تفاوتا كبيراً وكذا لا يصح فى اللآلئ الكبار ، أما اللآلئ الصغيرة التى تباع وزنا فإنه يصح فيها السلم فيجوز أن يقول للصائغ ونحوه أسلمتك مائة دينار فى لؤلؤة صفتها كذا وزنتها كذا .

(**أما الحنابلة**) : فقد جعلوا شروط السلم سبعة :

١ ــ أن يصف المسلم فيه بما يختلف به الثمن اختلافا ظاهراً بأن يذكر جنسه ونوعه ولونه وبلده وكونه قديما أو جديداً .

---

(١) هذا الحكم فى غاية الغرابة إذ أن الأسماك المجففة تتجافى فى الكيل فلا يمكن ضبطها ولا تحديد المكيل منها . (ط) .

٢ـ أن يذكر قدره ولا بد أن يكون المكيال معروفا عند العامة .

٣ـ أن يشترط أجلا معلوما .

٤ـ أن يكون المسلم فيه كثير الوجود فى وقته أما إن كان نادراً كالعنب فى غير وقته فإنه لا يصح .

٥ـ أن يكون رأس المال مضبوطا فى مجلس العقد .

٦ـ أن يكون المسلم فيه دينا فى الذمة ، فإذا أسلم فى دار أو عين موجودة فإنه لا يصح .

٧ـ أن يكون المسلم فيه من الأمور التى تضبط صفاتها كالمكيلات والموزونات والمعدودات والمذروعات فأما المكيلات فيصح السلم فيها سواء كانت حبوبا أو غيرها كالألبان والأدهان والعسل ونحوه فإن أسلم فى حبوب فإنه يشترط أن يصفه بأربعة أمور :

(١) ذكر النوع فيقول مثلا قمح بعلى أو مسقى أو موانى .

(٢) ذكر البلد فيقول قمح مكسيكى أو استرالى أو هندى أو صعيدى .

(٣) ذكر قدر الحب من الصغر والكبر .

(٤) ذكر القديم والجديد وكذلك العدس يذكر نوعه كصحيح أو مجروش وكونه قديما أو جديداً وهكذا .

ولا يصح السلم فى القمح إلا إذا فصل من تبنه ومثله باقى الحبوب . فإذا أسلم فى تمر فإنه يشترط أن يذكره فيقول تمر ويذكر لونه فيقول أحمر أو أصفر وجودته ورداءته واليابس أو الرطب . وإذا أسلم فى عسل ضبط فصله ومرعاه برتقالى أو قطنى أو برسيمى أو وردى ومصفى أو بشمعه . وإذا أسلم فى سمن ضبط نوعه وهل هو ضأنى أو بقرى أو جاموسى وأخضر أو أبيض أو أصفر ويذكر بلده منوفى أو صعيدى ولا معنى لذكر قدمه لأن القدم عيب يرد به . ويصف الزبد بأوصاف السمن ويزيد عليها زبد يومه أو أمسه . وإذا أسلم فى لبن ضبطه بنوع الحيوان ومرعاه ولا يحتاج إلى ذكر اللون أو اليوم لأنه إذا أطلق انصرف إلى حلب اليوم .

(فرع) : وأما الموزونات فإنه يصح فيها السلم كالخبز والفاكهة واللحم النىء ولو مع عظمه أو رصاصا أو نحاساً أو غير ذلك . فإذا أسلم فى لحم فينبغى بيان نوعه من بقر أو جاموس أو ضأن أو معز وبيان سنّه وذكورته وأنوثته وكونه خصيا أو فحلا وكونه رضيعاً أو فطيماً معلوفاً وراعياً سمينا أو هزيلا فإن كان السلم فى لحم طير فإنه لا حاجة فيه إلى

ذكر الأنوثة والذكورة إلا إذا كانت تختلف قيمته بهما كلحم الدجاج فإن الديك الرومى أعلا ثمنا من أنثاه والديك البلدى أقل ثمنا من أنثاه فلا حاجة إلى أن يبين موضع القطع فيقول من الفخذ مثلا ، إلا إذا كان الطير كبيراً يؤخذ بعضه كلحم النعام فإنه يبين موضع القطع لاختلاف العظم ولا يصح السلم فى اللحم المطبوخ أو المشوى وإذا أسلم فى السمك فينبغى أن يذكر نوعه من بلطى أو بورى أو شيلان أو غير ذلك وكبره وصغره وسمنه وهزاله وكونه طريا أو مملوحا (بكلاه) .

(**فرع**) : وإذا أسلم فى معدن كالرصاص والنحاس والحديد فإنه يضبطه بذكر نوعه ولونه وكل ما يختلف به ثمنه كالنحاس الأصفر والأحمر والأبيض ونعومته وخشونته ومن الحديد كونه زهراً أو صلبا أو فولاذاً . ولا يصح السلم فى الفلوس وزنا بشىء موزون فإن كانت الفلوس وزنية فلا يصح أن يسلم فيها بشىء يباع بالوزن ، كأن يقول : أسلمت إليك ثوبا من الحرير كذا وزنه فى قروش من معدن النيكل وزنها كذا فإنه لا يصح تحقق علة ربا النسيئة فيها وهو الوزن الذى لا يحل بيع موزون مع التفاضل نسيئة أما إن كانت الفلوس عددية فإنه يصح السلم فيها على الأصح لأنه عرض لا ثمن . وقيل : لا يصح على أنه يصح السلم فى الأثمان الخالصة بشرط أن يكون رأس المال غير سلم ، فيصح أن يقول له : أسلمتك هذا الثوب فى دينار آخذه بعد شهر . أما إذا قال له : أسلمتك هذا الجنيه فى ستة من الريالات آخذها بعد شهر مثلا فإنه لا يجوز لأنه يكون ربا .

(**فرع**) : وأما المعدود المختلف الذى تتفاوت آحاده فإنه لا يصح السلم فيه إلا فى الحيوان لأنه هو الذى يمكن ضبط صفاته . فلا يصح فى بيض ولا رمان ولا بطيخ إلى غير ذلك من الأشياء المختلفة التى تباع عدًّا . وقيل : يصح فى المتقارب منها كالجوز وبيض الدجاج ويضبط الحيوان بذكر سنه وذكورته وأنوثته وسمنه وهزاله وكونه راعيا أو معلوفا ويذكر لونها وفى الإبل يذكر نتاج بنى فلان والسن بنت مخاض أو بنت لبون ويذكر لونها وكونها ذكراً أو أنثى وتذكر الخيل بذكر أوصاف الإبل الأربعة ويذكر فى اللبن التراب الذى ضرب منه وكذلك يذكر فى الثياب ما يترتب على ذكره وعدمه من اختلاف فى الثمن اختلافا ظاهراً .

واختلفت الحنابلة فيما يباع كيلا بالوزن كأن قال : أسلمتك جنيها فى قنطارين من القمح على وجهين (أحدهما) يصح (والثانى) لا . واختار الأول أكثرهم .

وقالت المالكية : شروط السلم الزائدة على شروط صحة البيع سبعة :

١ ــ قبض رأس المال كله . ويجوز شرط الخيار فى رأس المال أو فى المسلم إليه قبل قبض رأس المال مدة ثلاثة أيام لا أكثر ، ولو كان رأس المال داراً على المعتمد . فإن نقد رأس المال فسد للعقد بشرط الخيار وذلك لأنه بعد أن يقبض المسلم إليه (الذى هو فى حكم البائع) رأس المال الذى هو فى حكم الثمن مع شرط الخيار كان رأس المال متردداً بين كونه سلفا يصح أن يأخذه من دفعه ، وبين كونه ثمنا فلا ينعقد السلم . وإذا شرط نقد رأس المال مع شرط الخيار بطل العقد أيضاً ، وإن لم ينعقد بالفعل ، لأن المشروط لازم للشرط حتى ولو نزل عن الشرط ، فإنّ العقد لا يرجع صحيحا . وإذا تطوع رب السلم ونقده رأس المال ، فإن كان معينا كثوب معين أو حيوان معين فإنه يصح . أما إن كان غير معين كالجنيه فإنه لا يصح .

ويصح أن يكون رأس المال منفعة شيء معين كسكنى دار أو استخدام حيوان فإذا قال له : أسلمتك سكنى دارى مدة كذا فى عشرين نعجة آخذها بعد شهر مثلا فإنه يصح . أما جعل المنفعة بدلا عن الدين ففيه خلاف . فإذا كان عند نجار دين فكلفه بعمل صندوق واحتسب له ففى جوازه قولان ولا بد من قبض الدار عندهم التى جعلت منفعتها رأس مال قبل تمام ثلاثة أيام . أما الحيوان فيجوز تأخيره أكثر بدون أن يشترط التأخير لأن الحيوان يجوز تأخيره كذلك سواء جعل رأس المال أو جعله منفعة . أما إذا شرط التأخير فإنه لا يجوز .

قَالَ المصَنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصل): ﴿ وأما ما لا يضبط بالصفة فلا يجوز السلم فيه لأنه يقع البيع فيه على مجهول وبيع المجهول لا يجوز ، قال الشافعى رحمه الله : ولا يجوز السلم فى النبل لأن دقته وغلظه مقصود وذلك لا يضبط ولا يجوز فى الجواهر كاللؤلؤ والعقيق والياقوت والفيروزج والمرجان لأن صفاءها مقصود ، وعلى قدر صفائها يكون ثمنها وذلك لا يضبط بالوصف ولا يجوز السلم فى الجلود لأن جلد الأوراك غليظ وجلد البطن رقيق ولا يضبط قدر رقته وغلظه ولأنه مجهول المقدار لأنه لا يمكن ذرعه

لاختلاف أطرافه ولا يجوز فى الرق لأنه لا يضبط رقته وغلظه ويجوز فى الورق لأنه معلوم القدر معلوم الصفة ﴾ .

(**الشـرح**) : قوله : الفيروزج هو من الجواهر الثمينة سماوى اللون والنسبة إليه فيروزى ، والمرجان صغار اللؤلؤ ، والرق بفتح الراء وتشديد القاف جلد رقيق يكتب عليه .

أما أحكام الفصل : فى باب السلف فى الإهب والجلود . قال الشافعى : ولا يجوز السلف فى جلود الإبل ولا البقر ولا إهْب الغنم ولا جلد إهاب من رَقٍّ ولا غيره ولا يباع إلا منظوراً إليه ، قال : وذلك أنه لم يجز أن نقيسه على الثياب لأنا لو قسناه عليها لم يحل إلا مذروعا مع صفته ، وليس يمكن فيه الذرع لاختلاف خلقته عن أن يضبط بذرع بحال ، ولو ذهبنا نقيسه على ما أجزنا بصفة لم يصح لنا ، وذلك أنا إنما نجيز السلف فى بعير من نعم بنى فلان ثِنْى أو جذع موصوف فيكون هذا فيه كالذرع فى الثوب ، ويقول : رباع وبازل ، وهو فى كل سن من هذه الأسنان أعظم منه فى السن قبله حتى يتناهى عظمه وذلك معروف مضبوط كما يضبط الذرع وهذا لا يمكن فى الجلود ــ إلى أن قال رحمه الله ــ : هكذا الجلود لا حياة فيها وإنما تفاضلها فى ثخانتها وسعتها وصلابتها ، ومواضع منها ، فلما لم نجد خبراً نتبعه ولا قياساً على شىء مما أجزنا السلف فيه لم يجز أن نجيز السلف فيه .

أما الجواهر الثمينة فقد قال الشافعى رحمه الله فى باب السلف فى اللؤلؤ وغيره من متاع أصحاب الجوهر : لا يجوز عندى السلف فى اللؤلؤ فى الزبرجد ولا فى الياقوت ولا فى شىء من الحجارة التى تكون حليا من قبل أنى لو قلت : سلفت فى لؤلؤة مدحرجة صافية وزنها كذا وكذا وصفتها مستطيلة ووزنها كذا ، كان الوزن فى اللؤلؤة مع هذه الصفة تستوى صفاته وتتباين ، لأن منه ما يكون أثقل من غيره فيتفاضل بالثقل والجودة وكذلك الياقوت وغيره ، فإذا كان هكذا فيما يوزن كان اختلافه لو لم يوزن فى اسم الصغير والكبير أشد اختلافا . ولو لم أفسده من قبل الصفاء ، وإن تباين وأعطيته أقل ما يقع عليه اسم الصفاء أفسد من حيث وصفت ، لأن بعضه أثقل من بعض ، فيكون الثقيلة الوزن بينا وهى صغيرة وأخرى أخف منها وزنا بمثل وزنها وهى كبيرة ، فيتباينان فى الثمن تباينا متفاوتا ولا أضبط أن أصفها بالعظم أبداً إذا لم توزن ا هـ .

قال النووى فى المنهاج : ولا يصح فيما لو استقصى وصفه عن وجوده كاللؤلؤ الكبار واليواقيت وجارية وأختها أو ولدها . وخرج بقوله « اللؤلؤ الكبار » الأنواع الصغيرة الدقيقة التى لا تستعمل فى الزينة ، وإنما التى تطلب للتداوى ، وضبطها الجوينى بسدس دينار ، ولا يصح فى العقيق كما قال الماوردى ، بخلاف البللور ، فإنه لا يختلف ، ومعياره إن كان مسطحا بقياس مساحته وسمكه .

(**فرع**) : السلف فى الرءوس والأكارع فيها قولان (أحدهما) لا ، وهو أحد قولى الشافعى وقول أبى حنيفة لعدم انضباطه بكيل أو وزن ، كما مضى فى ذكر السلم عند أبى حنيفة ، ولا عدد منفرد . وذلك قد يشتبه ما يقع عليه اسم الصغير وهو متباين ، وما يقع عليه اسم الكبير وهو متباين . (والقول الثانى) : نعم . وهو قول أحمد ومالك والأوزاعى وأبى ثور ، لأنه لحم فيه عظم يجوز شراؤه ، فجاز السلم فيه كبقية اللحم ، وهو أحد القولين عند الشافعى . قال فى الأم :

ولا يجوز عندى السلف فى شىء من الرءوس من صغارها ولا كبارها ولا الأكارع ــ إلى أن قال ــ ولو تحامل رجل فأجازه لم يجز عندى أن يؤمر أحد بأن يجيزه إلا موزونا . ثم قال : ولإجازته وجه يحتمل بعض مذاهب أهل الفقه ما هو أبعد منه . ا هـ .

قوله : « ويجوز فى الْوَرق » قلت : إذا كان السلم فيه فى نوع مقدور عليه للناس جاز ، ولا يجوز أن يسلم فى ورق يابانى حيث لا يوجد إلا (راكتا) وهو ورق مصنوع فى مدينة الإسكندرية ولا يسلم فى وزن من الورق الراكتا لا يقوم المصنع بإشاعاته فى السوق وتمكين من أراده من نيله . وصفات الورق ومصادره وأوزانه وأحجامه فى زماننا هذا ينبغى أن يتحرز التجار فيها ، وأكثرهم يشيع بينهم السلم فى تجارة الورق ، فلا يصح إلا موصوفا بوزنه وبلده ولونه وعلامته[1] ، فيقول كذا طن من الورق الرومانى من ٧٠ جراما أو ٧٥ جراما بوبين أو رزم فى صناديقها أو جزائرى وزن كذا أو صينى أو غير ذلك إن قدر عليه ، وإلا فسد السلم ، لأن العلم إما بالرؤية وإما بالوصف ــ لأنه فى الذمة ــ فينبغى مراعاة ما ذكرنا وهو متفق عليه عند الشافعى وأحمد ومالك وأبى حنيفة قولا واحداً .

---

(١) العلامة التى يقال لها الماركة كالبوريجار والفبريانو والمانيفولد والستانيه والطبع إلى آخر أصناف الورق التى لا حصر لها .

قَال المصَنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصـل) : ﴿ ولا يجوز فيما عملت فيه النار كالخبز والشواء ، لأن عمل النار فيه يختلف فلا يضبط ؛ واختلف أصحابنا فى اللبأ المطبوخ ، فقال الشيخ أبى حامد الإسفراينى ، رحمه الله : لا يجوز لأن النار تعقد أجزاءه فلا يضبط ، وقال القاضى أبو الطيب الطبرى رحمه الله : يجوز لأن ناره لينة ﴾ .

(الشـرح) : قوله : « لا يجوز فيما عملت فيه النار » وهو قول الأصحاب . قال النووى رحمه الله تعالى : ولا يصح فى المطبوخ والمشوى ، ولا يضر تأثير الشمس ، والأظهر منعه فى رءوس الحيوان ا هـ . والظاهر أن منع السلم فيما مسته النار علته عدم انضباط تأثير النار فيها ، وإلا لو أمكن انضباط ذلك صح السلم فيه لجواز السلم فى الصابون والسكر والفانيذ واللبأ والدبس ، وقد نبه المصنف على تصحيح ذلك فى كتابه التنبيه فى كل ما دخلته نار خفيفة ، ومثل ببعض المذكورات ، وإن خالف فى ذلك ابن المقرى تبعاً للأسنوى ، ويؤيد صحة ذلك تصحيحهم للسلم فى الآجر المطبوخ . قال الشربينى الخطيب فى المغنى من كتب المذهب : وعليه يفرق بين بانى الربا والسلم بضيق باب الربا .

فإن قيل : قول النووى كغيره (إن نار ما ذكر لطيفة) خلاف المشاهد . وهو كلام من لا عهد له بعمل السكر . أجيب بأن مراده اللطيفة المضبوطة ، كما عبرت به ، وصرح الإمام ببيع الماء المغلى بمثله ، فيصح السلم فيه وفى ماء الورد لأن ناره لطيفة كما جزم به الماوردى وغيره . وكذلك أجازوا السلم فى العسل المصفى بالنار ، لأن تصفيته بها لا تؤثر ؛ لأن ناره لطيفة للتمييز . ويجوز فى الشمع والقند ــ وهو السكر الخام ــ والخزف والفحم .

وقول النووى (والأظهر منعه فى رءوس الحيوان) ، وذلك لاحتوائها على أجزاء مختلفة من المناخر والمشافر وغيرها ــ ويتعذر ضبطها ــ أى حرارة الشمس وتأثيرها .

وقد منع النووى السلم فى البرمة المعمولة ، وهى القدر ، ولا يصح فى القمقم والطنجير والكوز والطست أو الطشت ونحوها كالأباريق والخابية والأسطال الضيقة الفتحات لندرة اجتماع الوزن مع الصفات المشروطة ولتعذر ضبطها إما لاختلاف الأجزاء فى الدقة والغلظ فتكون كالجلد ، أو المخالفة أعلاها أو وسطها لأسفلها ، أما الجلد المقطع ، فقد قال

الشربينى الخطيب فى المغنى : يجوز فيها وزناً لانضباطها لأن جملتها مقصودة ، وما فيها من التفاوت يجعل عفواً ، ولا يصح فى الرق لما ذكر .

(**مسألة**) : إذا كانت البرمة المعمولة لا يجوز فيها السلم ، فهل يصح فى البرمة المصبوبة فى قالب ؟ الراجح جوازه . قال الأشمونى : « والمذهب جواز السلم فى الأوانى المتخذة من الفخار » وهذا محمول على ما إذا ضبط بالقوالب ولم تختلف أجزاؤه اختلافاً يصعب وصفه منضبطاً ، وذلك لأن المعمولة هى التى تحفر بالآلات . والله أعلم .

قَالَ المصَنفُ رحِمَهُ الله تعَالى

(فصل) : ﴿ ولا يجوز فيما يجمع أجناساً مقصودة لا تتميز كالغالية والنّد والمعجون والقوس والخف والحنطة التى فيها الشعير لأنه لا يعرف قدر كل جنس منه ، ولا يجوز فيما خالطه ما ليس بمقصود من غير حاجة كاللبن المشوب بالماء والحنطة التى فيها الزوان لأن ذلك يمنع من العلم بمقدار المقصود ، وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة العقد ، ويجوز فيما خالطه غيره للحاجة . كخل التمر وفيه الماء والجبن وفيه الإنفحة والسمك المملوح وفيه الملح ، لأن ذلك من مصلحته فلم يمنع جواز العقد ويجوز فى الأدهان المطيبة ، لأن الطيب لا يخالطه وإنما تعبق به رائحته ولا يجوز فى ثوب نسج ثم صبغ لأنه سلم فى ثوب وصبغ مجهول ، ويجوز فيما صبغ غزله ثم نسج لأنه بمنزلة صبغ الأصل ، ولا يجوز فى ثوب عمل فيه من غير غزله كالقرقوبى لأن ذلك لا يضبط . واختلف أصحابنا فى الثوب المعمول من غزلين ، فمنهم من قال : لا يجوز لأنهما جنسان مقصودان لا يتميز أحدهما عن الآخر فأشبه الغالية ، ومنهم من قال : يجوز لأنهما جنسان يعرف قدر كل واحد منهما ، وفى السلم فى الرءوس قولان : (أحدهما) يجوز لأنه لحم وعظم فهو كسائر اللحوم . (الثانى) لا يجوز لأنه يجمع أجناساً مقصودة لا تضبط بالوصف ، ولأن معظمه العظم وهو غير مقصود ﴾ .

(**الشرح**) : قوله : « الغالية » طيب مختلط فيه المسك بماء الورد والكافور والعنبر ؛ وأول من سماها بذلك سليمان بن عبد الملك « والند » بفتح النون نوع من الطيب معرب ، وهو من العود كما فى المصباح ، والصواب أنه مزيج من المسك والعنبر والعود ، وأما الزوان فهو حب يخالط الحنطة فيكسبها رداءة ، والمعجون خليط كثيف من الطيب ، والقوس معروف .

أما الأحكام : فقد قال الشافعى فى باب السلف فى الشيء المصلح لغيره :

(كل صنف حل السلف فيه وحده فخلط منه شيء بشيء غير جنسه مما يبقى فيه فلا يزايله بحال سوى الماء ، وكان الذى يختلط به قائما فيه ، وكان مما يصلح فيه السلف ، وكانا مختلطين لا يتميزان ، فلا خير فى السلف فيهما من قبل أنهما إذا اختلطا فلم يتميز أحدهما من الآخر لم أدر كم قبضت من هذا وهذا ، فكنت قد أسلفت فى شيء مجهول ، وذلك مثل أن أسلم فى عشرة أرطال سويق لوز فليس يتميز السكر من دهن اللوز ، ولا اللوز إذا خلط به أحدهما ، فيعرف القابض المبتاع كم قبض من السكر ودهن اللوز واللوز ، فلما كان هكذا بيعاً كان مجهولا ، وهكذا إن أسلم إليه فى سويق ملتوت مكيل ، لأنى لا أعرف قدر السويق من الزيت ، والسويق يزيد كيله باللتات ، ولو كان لا يزيد كان فاسداً ، من قبل أنى ابتعت سويقا وزيتاً والزيت مجهول ، وإن كان السويق معروفا ا هـ .

(قلت) : ويجوز أن يسلف فى لحم مقدد كالبسطرمة إذا تحدد صنفها من الحيوان ؛ وكونها سمينة أو حمراء مع فصل ما يغشاها من البهار ، ويفسد السلم إذا أخفى هذا البهار أوصافها ، ويعفى عنه إذا لم يخف أوصافها ، لأنه كالملح فى السمك المملح وهو مما يصلحه فجاز به . ويعفى عن مس الشمس له والأظهر منعه فى رءوس الحيوان لتعدد أجزائها وأشفارها كما نص على ذلك النووى فى المنهاج . ولا يجوز فى لحم مشوى أو مطبوخ (أولا) : لدخوله النار . (وثانيا) : لخفاء أوصافه ولعدم تقدير ما أخذت منه النار . وخالف أصحاب أحمد ومالك والأوزاعى وأبو ثور ، فجعلوا حكم ما مسته النار من ذلك حكم غيره ما عدا بعض الحنابلة وهو ضعيف عندهم .

ويجوز فى الثياب كالقطن أو الكتان أو الصوف إن كانت هذه الأصناف خالصة من الخلط ، أو كان خلطها مما يمكن تقديره وضبطه بدقة . على أن يذكر فى العقد النوع والبلد الذى ينسج فيه إن اختلف به الغرض . وقيل يغنى ذكر النوع عنه وعن الطول ، وهو اختيار الشربينى الخطيب ، على أن يذكر الطول والعرض والغلظ والدقة ، والصفاقة والرقة والنعومة والخشونة ، لاختلاف الغرض بذلك ، وذكر فى البسيط اشتراط اللون فى الثياب وقال الأذرعى : هو متعين فى الثياب كالحرير والقز والوبر . وكذا القطن ببعض البلاد منه أبيض ومنه أشقر خلقة ، وهو عزيز وتختلف الأغراض والقيم بذلك ، ويجوز فيما صبغ غزله قبل النسج قال الماوردى : يجوز إذا بين ما صبغ به وكونه فى الشتاء أو الصيف واللون وبلد الصبغ .

أما المصبوغ بعد النسج فقد ذهب النووى فى المنهاج إلى أنه الأقيس وليس الأصح ، والأصح منعه ، وبه قطع الجمهور ، وهو المنصوص فى البويطى ، وفرق فى الأم بينه وبين ما صبغ غزله ثم نسج بأن الغزّال إذا صبغ ثم نسج يكون السلم فى الثوب ، وإذا صبغ بعد النسج فكأنه أسلم فى الثوب والصبغ معاً والصبغ مجهول . وهو قول أصحاب أحمد

قال الماوردى : ولا يجوز السلم فى الكتان على خشبه ويجوز بعد دقه ، أى وبعد نفضه ، ويجوز أن يكون قصده النفض ، فيذكر بلده وطوله ونعومته وخشونته ، ويصح السلم فى التمر ولا يصح فى المكنوز منه كالعجوة فى القواصر كما نقله الماوردى عن الأصحاب ولو أسلم فى تمر منزوع النوى ففى صحته وجهان فى الحاوى يظهر منهما الصحة .

قال النووى : والحنطة كسائر الحبوب كالتمر ، أعنى فى الشروط المطلوبة فيبين نوعها كالشامى والمصرى والصعيدى والبحيرى ، وأبيض أو أحمر أو أسمر . قال السبكى : وعادة الناس اليوم ــ أى على عهده رحمه الله تعالى ــ لا يذكرون اللون ولا صغر الحبات وكبرها ، وهى عادة فاسدة مخالفة لنص الشافعى والأصحاب ، فينبغى أن ينبه عليها ا هـ . ولأصحاب أحمد فى ذكر الصفات واستقصائها . قال ابن قدامة : ولا يجب استقصاء كل الصفات لأن ذلك يتعذر ، وقد ينتهى الحال فيها إلى أمر يتعذر تسليم المسلم فيه ، إذ يبعد تسليم المسلم فيه عند المحل بتلك الصفات كلها ، فيجب الاكتفاء بالأوصاف الظاهرة التى يختلف الثمن بها ظاهراً .

قلنا : يجمعنا مع القائلين بذلك ما هو مقرر عندنا وعندهم من اشتراط أن يكون السلم عام الوجود عند المحل ، فإذا تحقق هذا مع الصفات كلها مستقصاة صح السلم . أما إذا تعذر وجوده عامًّا فلا يصح التعاقد ابتداء والصفات التى نذكرها إنما ترد إذا كان لذكرها أثر فى القيمة أو الثمن أو الجودة أو الرداءة فبطل الخلاف ، والله أعلم .

قال النووى فى المنهاج : ولا يصح فيما لو استقصى وصفه عز وجوده اهـ .

وإذا رجعنا إلى تفصيل الصفات فى المسلم فيه عند ابن قدامة ، رحمه الله ، وجدناه يقول : ويصف البر بأربعة أوصاف ، النوع ، فيقول سبيلة أو سلمونى ، والبلد فيقول : حورانى أو بلقاوى أو سمالى ، وصغار الحب أو كباره . وحديث أو عتيق ، وإن كان النوع الواحد يختلف لونه ذكره ولا يسلم فيه إلا مصفى ، وكذلك الحكم فى الشعير والقطنيات وسائر الحبوب . (قلت) : وبهذا قلنا . قال النووى بعد ذلك الصفات فى الحيوان

تفصيلا ، وكله على التقريب . وقد مضى تفصيل مذهب أحمد ومالك وأبى حنيفة وبسطه آنفاً .

قوله : والخف ، وكذلك النعل بالأولى لعدم انضباط أجزائها ، ولأن النعل يشتمل على الجلد وغير الجلد من القماش والورق والخيط والمواد اللاصقة . لأن بها ظهارة وبطانة وحشواً والعقد لا يفى بذكر أوضاعها وأقدارها . قال الشربينى الخطيب فى المغنى :

وأما الخفاف المتخذة من شيء واحد ومثلها النعال فيصح السلم فيها إن كانت جديدة واتخذت من غير جلد كالثياب المخيطة والأمتعة ، وكذلك لا يجوز السلم فى القسى ــ جمع أقوس ويجمع على أقواس ــ وهى تصنع من خشب وعظم وعصب ، وكذلك النبل المريش ــ بفتح الميم وكسر الراء ــ لاختلاف وسطه وطرفيه دقة وغلظة ؛ وتعذر ضبطه ، وهو أحد القولين عند الحنابلة ، أما النبل قبل خرطه وتريشه فيصح لتيسر ضبطه قولا واحداً .

ولا يصح السلم فى الكشك ــ وهو بفتح الكاف ، وتنطقه العامة بكسرها ــ لعدم ضبط حموضته . ولا يصح السلم فى الخبز وذلك عند أكثر الأصحاب ، وإن صح عند مالك والشافعى وأحمد وأبى ثور والأوزاعى بناء على اعتبار أن ما مسته النار لا يفارق ما لم تمسه النار إذا انضبط ، قال الأصحاب فى الخبز : لا يصح لتأثير النار فيه تأثيراً لا ينضبط ، ولأن ملحه يقل ويكثر ، والقول الثانى صحته ، وصححه الشافعى ومن تبعه ، وحكاه المزنى عن النص الصحة لأن ناره مضبوطة والملح غير مقصود والله تعالى أعلم .

قَالَ المصَنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصل) : ﴿ ولايجوز السلم فى الطير لأنه لايضبط بالسن ولايعرف قدره بالذرع ولا يجوز السلم فى جارية وولدها ولا فى جارية وأختها لأنه يتعذر وجود جارية وولدها أو جارية وأختها على ما وصف ، وفى الجارية الحامل طريقان : (أحدهما) : لا يجوز السلم فيها لأن الحمل مجهول (والثانى) : يجوز لأن الجهل بالحمل لا حكم له مع الأم كما نقول فى بيع الجارية الحامل وفى السلم فى شاة لبون قولان : أحدهما لا يجوز لأنه سلم فى شاة ولبن مجهول والثانى : يجوز لأن الجهل باللبن لا حكم له مع الشاة كما

نقول فى بيع شاة لبون ﴾ .

(الشـرح) : قد قال النووى ــ خلافاً للمصنف ــ ويصح السلم فى الطير ويذكر النوع والصغر ، وكبر الجثة .

قال الشربينى فى شرح المنهاج : والسن إن عرف ، ويرجع فيه للبائع كما فى الرقيق ؛ والذكورة أو الأنوثة إن أمكن التمييز وتعلق به الغرض .

(فـرع) قال الأذرعى : الظاهر أنه لا يجوز السلم فى النحل ، وإن جوزنا بيعه ، لأنه لا يمكن حصره بعدد ولا وزن ولا كيل وأنه يجوز السلم فى إوزة وأفراخها ، ودجاجة وأفراخها إذا سمى عددها . قال الرملى وتابعه تلميذه الشربينى : وما قاله فى هذه مردود، يعنى فى الأوزة والدجاجة وأفراخهما إذ هى داخلة فى قولهم : حكم البهيمة وولدها حكم الجارية وولدها . قوله : « لا يجوز السلم فيها لأن الحمل مجهول » قال الشافعى : أخبرنا مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال : « لا ربا فى الحيوان وإنما نهى من الحيوان عن ثلاث عن المضامنين والملاقيح وحبل الحبلة » والمضامين ما فى ظهور الجمال والملاقيح ما فى بطون الإناث وحبل الحبلة بيع كان أهل الجاهلية يتبايعونه ، كان الرجل يبتاع الجزور إلى أن تنتج الناقة ثم ينتج ما فى بطنها . قال الشافعى ولا خير فى أن يسلم فى جارية بصفة على أن يوفاها وهى حبلى ، ولا فى ذات رحم من الحيوان على ذلك من قبل أن الحمل لا يعلمه إلا الله ا هـ .

قوله « وفى السلم فى شاة لبون قولان » قال الشافعى فى باب صفات الحيوان إذا كانت ديناً : ولو سلف فى ذات در على أنها لبون كان فيها قولان (أحدهما) أنه جائز ، وإذا وقع عليها أنها لبون كانت له ، كما قلنا فى المسائل قبلها ، وإن تفاضل اللبن كما يتفاضل المشى والعمل (والثانى) لا يجوز من قبل أنها شاة بلبن لأن شرطه ابتياع له ، واللبن يتميز منها ولا يكون بتصرفها ، إنما هو شىء يخلقه الله عز وجل فيها كما يحدث فى البعر وغيره ، فإذا وقعت على هذا صفة المسلف كان فاسداً ، كما يفسد أن يقول : أسلفك فى ناقة يصفها ولبن معها غير مكيل ولا موصوف ، وكما لا يجوز أن أسلفك فى وليدة حبلى ، وهذا أشبه القولين بالقياس والله أعلم هـ .

(فـرع) : قال النووى فى المنهاج : ولا يصح السلم فيما يندر وجوده كلحم الصيد بموضع العزة ، ولا فيما لو استقصى وصفه عز وجوده كاللؤلؤ الكبار والياقيت وجارية وأختها أو ولدها ا هـ . ويلحق بالجارية وولدها الشاة وولدها أو سخلتها والله أعلم .

قَالَ المصَنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصـل) : ﴿ وفى السلم فى الأوانى المختلفة الأعلى والأسفل كالإبريق والمنارة والكُرَّاز وجهان (أحدهما) لا يجوز لأنها مختلفة الأجزاء فلم يجز السلم فيها كالجلود (والثانى) يجوز لأنها يمكن وصفها فجاز السلم فيها كالأسطال المربعة والصحاف الواسعة ، واختلف أصحابنا فى السلم فى الدقيق فمنهم من قال : لا يجوز وهو قول أبى القاسم الداركى رحمه الله لأنه لا يضبط ، والثانى : يجوز لأنه يذكر النوع والنعومة والجودة فيصير معلوماً ولا يجوز السلم فى العقار لأن المكان فيه مقصود والثمن يختلف باختلافه فلابد من تعيينه والعين لا تثبت فى الذمة ﴾ .

(الشـرح) : قوله : الكراز ـــ بضم الكاف وفتح الراء مخففة ومشددة ثم ألف فزاى ـــ زنة غراب ورمان ، وهو القارورة أو كوز ضيق الرأس .

أما أحكام الفصل : فقد قال النووى رحمه الله تعالى : ولا يصح فى مختلف كبرمة معمولة وجلد وكوز وطسى وقمقم ومنارة وطنجير ونحوها ، ويصح فى الأسطال المربعة وفيما صب منها فى قالب . (قلت) عدم صحة السلم فيما ذكر بسبب اختلاف بعض الآنية من حيث شكلها وقوامها ففى البرمة المعمولة وهى المحفورة بآلة وفى الإبريق الذى يختلف أسفله عن أعلاه فى سعته من أسفل ثم ينساب ضيقه إلى أعلى قليلا قليلا ثم يبلغ غاية الضيق المناسب لشكله عند الرقبة ثم يعوج صنبوره إلى الأمام كرقبة الأوزة وذلك مع امتداد عنقه إلى أعلا ، وقد يكون له غطاء متحرك ، وفى الكراز كذلك اتساع من أسفل وضيق من وسطه وأعلاه ، وفى الطسى أو الطست حافة كالطوق تتدلى من طرفه الأعلى مع اختلاف فى أسفله عن أعلاه . كل هذه الأصناف التى وصفناها هل يجوز فيها السلم ؟ قولان (أصحهما) لا ، وذلك لعدم استطاعة المتعاقدين تحديد وصفها بالعبارة ، وهذا قول أصحاب أحمد . أما الأسطال المربعة والصحاف الواسعة فيجوز فيها قولا واحداً .

قال ابن قدامة : وإن أسلم فى الأوانى التى يمكن ضبط قدرها وطولها وسمكها ودورها ، كالأسطال القائمة الحيطان والطسوت جاز ا هـ .

قلت : لا يشترط عندنا ذكر الجيد أو الردىء فى العقد ويحمل مطلقه على أجودها .

(فـرع) : اختلف الأصحاب فى الدقيق فذهب أبو القاسم الداركى إلى عدم الجواز لأنه لا يضبط ، والقول أنه يجوز لإمكان ذكر النعومة والجودة والنوع وبذلك يصير معلوماً مقدوراً عليه ، فلو أسلم فى دقيق (علامة أو زيرو[1]) جاز لانضباط النوع وإمكان القدرة عليه لدى عامة الناس فإذا تعذر ذلك على الناس فسد السلم فيه والله أعلم .

(فـرع) : استحدثت فى أزماننا هذه من أسباب الصنعة أدوات لم تكن معروفة عند أئمتنا السابقين رضوان الله عليهم كالمذياع والمرناة وهو جهاز يأتيك بالصورة والصوت (تليفزيون) من بعيد والثلاجة الكهربية والغسالة الكهربية وكل نوع من هذه الأنواع له من التركيب وتنوع القطع وتباين الأجزاء ما يصعب على المتعاقدين ضبطه ، فإن أمكن تحديد النوع والعلامة وكان مع الجهاز دليل مطبوع مكتوب يوضح أجزاءه ومقاديرها وأبعادها وقوتها وكان المتعاقدان خبيرين بأسرارها كوكيل لمؤسسة لصنع الأجهزة أو توزيعها جاز السلم بينهما ، أما إذا لم يكن عليماً بدقائق هذه الأجهزة بحيث يمكن تغيير مصباح ، أو محرك جيد ووضع بدله أقل جودة أو قديم فسد السلم لانعدام العلم والإحاطة بدقائق الجهاز ويؤخذ من قول الشافعى فى الأم فى باب لحم الوحش جواز سؤال أهل العلم به . فإن بينوا عيباً رد بالعيب ، وإلا فلا .

كما يجوز السلم فى السيارة عن طريق الحجز متى عرف المشترى نوعها وعلامتها وتاريخ إخراجها كقولهم فيات أو سيات موديل كذا ورقم كذا .

(فـرع) : لا يجوز السلم فى أنواع الأثاث إذا كان يشتمل على الخشابا والأسلاك اللولبية والقطن والكارينا والجلد والقماش والطلاء وما أشبه ذلك لعدم إمكان انضباطه وتشابه الردىء منها بالجيد والله أعلم .

(فـرع) : العقار يختلف مكانه من شارع كبير إلى أزقة ضيقة إلى نواصى الطرقات إلى واجهة فى ميدان فسيح مما يجعل كل مكان يختلف ثمنه باختلاف موقعه ، وقد يكون مكان مكتظ بالسكان والأهلين وهو أقل سعراً من مكان لا كثافة فيه بالأهلين . ومن هنا كان اختلاف الثمن مع اختلاف الغرض يجعل ثبوت العين بالصفات المطلوبة فى الذمة

---

(١) الدقيق العلامة أو الزيرو وهو أجود الدقيق وأعلاه صنفاً ويصنع منه الفطائر وأنواع الحلوى .

أمراً مستحيلًا ، ومن ثم لا يجوز السلم فى العقار كما قال المصنف . ومع ذلك فمما تغابن الناس به للضرورة حجز الشقق فى العمارات وشراؤها للمأوى لذوى الحاجة مع العلم بمساحتها وموقعها ودرجتها التى تقوم بها كالعادى والاقتصادى والمتميز والمتوسط والممتاز وفوق الممتاز وتاريخ تسليمها والاطلاع على رسمها الهندسى الموضح لتفاصيلها ومرافقها وقد يكون الرسم صورة مصغرة لها كالواقع الحقيقى سواء بسواء .

قالَ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ الله تعالى

(فصل) : ﴿ ولا يجوز السلم إلا فى شيء عام الوجود مأمون الانقطاع فى المحل فإن أسلم فيما لا يعم كالصيد فى موضع لا يكثر فيه أو ثمرة ضيعة بعينها أو جعل المحل وقتاً لا يأمن انقطاعه فيه لم يصح لما روى عبد الله بن سلام رضى الله عنه أن زيد بن سنعه قال لرسول الله ﷺ : « يا محمد هل لك أن تبيعنى تمراً معلوماً إلى أجل معلوم من حائط بنى فلان ؟ فقال : لا يا يهودى ولكن أبيعك تمراً معلوماً إلى كذا وكذا من الأجل » ولأنه لا يؤمن أن يتعذر المسلم فيه وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة العقد ﴾ .

(الشرح) : حديث عبد الله بن سلام مرَّ ذكره فى البيوع وبيان درجته وفى بابه لأنس فى الطبرانى فى الكبير والبزار وفيه موسى بن عبيدة الربذى وهو ضعيف أورده الهيثمى فى مجمع الزوائد . وزيد بن سعْنَة كان من أحبار اليهود ، أسلم وشهد مع النبى ﷺ مشاهد كثيرة وتوفى فى غزوة تبوك مقبلا إلى المدينة روى عنه عبد الله بن سلام ، وكان عبد الله بن سلام يقول : قال زيد بن سعية ــ بالياء ــ ما من علامات النبوة شيء إلا وقد عرفته فى وجه محمد ﷺ وشرف وكرم ، وهذه الرواية وقعت قبل أن يسلم زيد . والرسول ﷺ لم يقل ليهودى بعد إسلامه : يا يهودى ، فعرف أنها كانت قبل إسلامه . وقال النووى فى التهذيب : هو أحد أحبار اليهود وأكثرهم علماً ومالًا أسلم وحسن إسلامه وشهد مع النبى ﷺ مشاهد كثيرة ، وخبر إسلامه طويل مشهور وأبوه سعية بسين مهملة مفتوحة ، وقال القلعى إنها مضمومة وهو غريب وهو بالنون ويقال بالياء حكاهما أبو عمر ابن عبد البر وغيره ، قال ابن عبد البر : النون أكثر واقتصر الجمهور على النون . اهـ .

(أما أحكام الفصل) : فإنه مكمل لما سبق أن بيناه من أقوال الفقهاء فى أن السلم لا يصح فى شيء يندر وجوده ، ونتيجة لذلك لا يصح إلا فى عام الوجود مأمون الانقطاع فى

المحل المحدد لتسليمه فيه وفى الوقت المعين ، فإن كان موسميا ، أعنى يكثر فى وقت من العام إلى أجل ما ، ثم يقل فى الأسواق أو يندر أو ينقطع فيصح السلم فيه إلى موسمه الذى يكثر فيه ويعم الأسواق ، ويصح السلم فى الأصناف المستوردة فى وقت السِّلْم ، وتعرض السفن فى البحار للمخاطر نادر الحدوث ، وهو أشبه بتعرض القوافل التى تحمل السلع فى الماضى لمخاطر الطريق ، ولم يمنع ذلك من السلم ، أما وقت الحروب فيمتنع السلم فيها .

قال النووى : ولو أسلم فيما يعم فانقطع فى محله لم ينفسخ على الأظهر فيتخير المسلم بين فسخه وبين الصبر حتى يوجد ، فلو علم قبل المحل انقطاعه عنده فلا خيار قبله فى الأصح اهـ .

أما السلم فى الصيد فقد أجازه الشافعى فى لحمه كلحم الأنيس ، قال فى الأم :

ولحم الوحش كله كما وصفت من لحم الأنيس إذا كان ببلد يكون بها موجوداً لا يختلف فى الوقت الذى يحل فيه بحال جاز السلف فيه ، وإذا كان يختلف فى حال ويوجد فى أخرى لم يجز السلف فيه إلا فى الحال التى لا يختلف فيها ، قال : ولا أحسبه يكون موجودًا فى بلد إلا هكذا . وذلك أن من البلدان ما لا وحش فيه وإن كان به منها وحش فقد يخطئ صائده ويصيبه . والبلدان وإن كان منها ما يخطئه لحم يجوز فيه كل يوم أو بها بعض اللحم دون بعض ، فإن الغنم تكاد أن تكون موجودة والإبل والبقر ، فيؤخذ المسلف البائع بأن يذبح فيوفى صاحبه حقه ، لأن الذبح له ممكن بالشراء ، ولا يكون الصيد له ممكناً بالشراء فيه فى الوقت الذى يتعذر فيه لحم الأنيس أو شيء منه فى الوقت الذى يسلف فيه ، لم يجز فى الوقت الذى يتعذر فيه ، ولا يجوز السلف فى لحم الوحش إذا كان موجودًا ببلد إلا على ما وصفت من لحم الأنيس أن يقول : لحم ظبى أو أرنب أو تيل أو بقر وحش أو حمر وحش أو صنف بعينه ويسميه صغيراً أو كبيراً ، ويوصف اللحم كما وصفت ، وسميناً أو منقياً كما وصفت فى اللحم لا يخالفه فى شيء يكون معه لحمه غير طيب ، شرط صيد كذا دون صيد كذا ؛ فإن لم يشرط سئل أهل العلم به ، فإن كانوا يبينون فى بعض اللحم الفساد ، فالفساد عيب ولا يلزم المشترى ، فإن كانوا يقولون : ليس بفساد ولكن صيد كذا أطيب ، فليس هذا بفساد ، ولا يرد على البائع ، ويلزم المشترى .

قال الشافعى : ويجوز السلم فى لحم الطير كله لسن وسمانة وإنقاء ووزن غير أنه لا سن ، وإنما يباع بصفة مكان السن بكبير أو صغير ، وما احتمل أن يباع مبعضاً بصفة

موصوفة وما لم يحتمل يبعض لصغره وصنف طائره وسمانته ، وأسلم فيه بوزن لا يجوز أن يسلم فيه بعدد وهو لحم ؛ إنما يجوز العدد فى الحى دون المذبوح ، والمذبوح طعام لا يجوز إلا وزناً ، وإذا أسلم فى لحم طير وزناً لم يكن عليه أن يأخذ فى الوزن رأسه ولا رجليه من دون الفخذين ، لأن رجليه لا لحم فيهما ، وأن رأسه إذا قصد اللحم كان معروفاً أنه لا يقع عليه اسم اللحم المقصود قصده اهـ .

قَالَ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ الله تعالى

(فصـل) : ﴿ ولا يجوز السلم إلا فى قدر معلوم لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال : « أسلفوا فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » . فإن كان فى مكيل ذكر كيلا معروفاً ، وإن كان فى موزون ذكر وزناً معروفاً ؛ وإن كان مذروع ذكر زرعاً معروفاً ، فإن علق العقد على كيل غير معروف كملء زبيل لا يعرف ما يسع أو ملء جرة لا يعرف ما تسع أو زنة صخرة لا يعرف وزنها أو ذراع رجل بعينه لم يجز لأن المعقود عليه غير معلوم فى الحال لأنه لا يؤمن أن يهلك ما علق عليه العقد فلا يعرف قدر المسلم فيه ، وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة العقد ، كما لو علقه على ثمرة حائط بعينه ، وإن أسلم فيما يكال بالوزن وفيما يوزن بالكيل جاز لأن القصد أن يكون معلوماً والعلم يحصل بذلك ، وإن أسلم فيما لا يكال ولا يوزن كالجوز والبيض والقثاء والبطيخ والبقل والرءوس إذا جوزنا السلم فيها أسلم فيها بالوزن ، وقال أبو إسحاق يجوز أن يسلم فى الجوز كيلا لأنه لا يتجافى فى المكيال والمنصوص هو الأول ﴾ .

(الشـرح) : حديث ابن عباس مر ذكره ، وقد رواه الجماعة بلفظ « قدم رسول الله ﷺ المدينة وهم يسلفون فى الثمار السنة والسنتين ، فقال : من أسلف فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » .

(أما الأحكام) : فقوله : فإن كان مكيلا ذكر كيلا معلوما ، أعنى معروفاً للنَّاس ؛ ولو كان السلطان قد أبطله ، إلا أن الناس ظلوا يتعاملون به فيما بينهم كان السلم فيه صحيحاً ولا يصح فى كيل أو وزن غير معروفين للناس ، ولو كان السلطان فرضهما ولكن الناس لم يتعاملوا بهما ، والعبرة بشيوع المكيال والميزان عند عامة الناس ، فإذا أعطى

السلطان مهلة للناس لتصفية ما عندهم من موازين ومكاييل وحددها بأجل ينتهى فيه العمل بهذه المكاييل وجب على الناس طاعة السلطان ألا يسلفوا فى المكيال أو الميزان اللذين تحدد أجل العمل بهما إلا فيما قبل مهلة الإبطال لاحتمال أن يتعرضوا للعقاب عند المخالفة . قوله : « وإن كان فى مذروع » أى كان القياس فيه بالذراع ، ومثله المتر والياردة والقدم فى عصرنا هذا ويجرى على المقياس ما يجرى على الميزان والمكيال .

(**فرع**) : العلم بالمقدار شرط من شروط عقد السلم ، والعلم يكون بالكيل أو الوزن أو الذرع أو العد ، ويجوز السلم فى المكيل وزناً وفى الموزون كيلا إذا تأتى كيله ، وفى وجه ضعيف : لا يجوز فى الموزون كيلا ، وحمل إمام الحرمين إطلاق الأصحاب جواز كيل الموزون على ما يعد الكيل فى مثله ضابطاً حتى لو أسلم فى فتات المسك والعنبر ونحوهما كيلا ، لم يصح .

وأما البطيخ والقثاء والبقول والسفرجل والرمان والباذنجان والرانج والبيض فالمعتبر فيها الوزن . ويجوز السلم فى الجوز واللوز وزناً إذا لم تختلف قشورة غالباً ، ويجوز كيلا على الأصح ، وكذا الفستق والبندق . هكذا نقلت هذا الفرع من روضة الطالبين .

(**فرع**) : لا يجوز أن يسلم فى المذروع وزنا ، ولا بد من تقدير المذروع بالذّرع بغير خلاف نعلمه . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز فى الثياب بذرع معلوم اهـ ، وفيما عدا المكيل والموزون والمذروع فعلى ضربين ، معدود وغيره ، فالمعدود نوعان : (أحدهما) لا يتباين كثيراً كالبيض والبقل والرءوس من الأنواع التى ذكرها المصنف ؛ لأن القثاء والبطيخ يباعان فى زماننا هذا بالوزن فى أكثر البلدان ، فيسلم فى الأنواع المذكورة عدداً ، وقد نص الفقهاء على جواز السلم فى الجوز كيلا ووزناً ولا يجوز عدداً .

قال النووى : ويشترط الوزن فى البطيخ والباذنجان والقثاء والسفرجل والرمان ، ويصح فى الجوز واللوز بالوزن فى نوع يقل اختلافه ، وكذا كيلا فى الأصح . قال السبكى : ويجوز الكيل والوزن فى البندق واللوز والفستق . قال : ولا أظن فيها خلافاً .

(قلت) ويجوز فى المشمش كيلا ووزنا وإن اختلف نواه كبراً وصغراً ، والله أعلم .

فالذى لا يتباين كثيراً من المعدود يسلم فيه عدداً ، وهو قول أبى حنيفة والأوزاعى ، وقال الشافعى : يسلم فى البيض والجوز كيلا ووزنا ولا يجوز عدداً لأن ذلك يتباين ويختلف

فلم يجز عدداً كالبطيخ ،فإن فيه الكبير والصغير ، ولأصحاب أحمد قول أنه إذا كان التفاوت يسيراً ويذهب باشتراط الكبر والصغر والوسط ، ذهب التفاوت وإن بقى شى يسير عفى عنه ، ويفارق البطيخ فإن التفاوت فيه كبير فلا ينضبط بالعدد .

(الضرب الثانى) : ما يتفاوت كالرمان والسفرجل والقثاء والخيار فهذا حكمه حكم ما ليس بمعدود من البطيخ والبقول ففيه وجهان : (أحدهما) يسلم فيه عدداً ويضبطه بالصغر والكبر لأنه يباع هكذا ، وهو قول أحمد ومالك ، (والثانى) لا يسلم فيه إلا وزناً . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى لأنه لا يمكن تقديره بالعدد ، لأنه يختلف كثيرًا ويتباين جداً فلم يمكن تقديره بغير الوزن ، فتعين تقديره به . والله أعلم .

(فـرع) : لا يجوز أن يسلم فى ثمرة بستان بعينه ، ولا قرية صغيرة ، لأنه لا يؤمن تلفه وانقطاعه . قال ابن المنذر : إبطال السلم إذا أسلم فى ثمرة بستان بعينه كالإجماع من أهل العلم ، وممن حفظنا أنه قال ذلك الثورى ومالك والأوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى وإسحاق ، وهو مذهب أحمد ، والله أعلم .

قالَ المُصَنِّفُ رحِمَهُ الله تعالى

(فصـل) : ﴿ ولا يجوز حتى يصف المسلم فيه بالصفات التى تختلف بها الأثمان كالصغر والكبر ، والطول والعرض ؛ والدور والسمك ، والنعومة والخشونة ، واللين والصلابة ، والرقة والصفاقة ، والذكورية والأنوثية ، والثيوبة والبكارة ، والبياض والحمرة ، والسواد والسمرة ، والرطوبة واليبوسة ، والجودة والرداءة ، وغير ذلك من الصفات التى تختلف بها الأثمان ، ويرجع فيما لا يعلم من ذلك إلى نفسين من أهل الخبرة ، وإن شرط الأجود لم يصح العقد ، لأنه ما من جيد إلا ويجوز أن يكون فوقه ما هو أجود منه ، فيطالب به فلا يقدر عليه ، وإن شرط الأردأ ففيه قولان : (أحدهما) لا يصح لأنه ما من ردىء إلا ويجوز أن يكون دونه ما هو أردأ منه فيصير كالأجود (والثانى) أنه يصح لأنه إن كان ما يحضره هو الأردأ فهو الذى أسلم فيه ، وإن كان دونه أردأ منه فقد تبرع بما أحضره فوجب قبوله فلا يتعذر التسليم .

وإن أسلم فى ثوب بالصفات التى يختلف بها الثمن ، وشرط أن يكون وزنه قدرًا معلوما ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح ، وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى لأنه

لا يتفق ثوب على هذه الصفات مع الوزن المشروط إلا نادراً فيصير كالسلم فى جارية وولدها وكالسلم فيما لا يعم وجوده (والثانى) أنه يجوز ، لأن الشافعى رحمه الله ، نص على أنه إذا أسلم فى آنية وشرط وزناً معلوماً جاز فكذلك هٰهنا ﴾ .

(**الشـرح**) : معرفة الأوصاف شرط يعنى أن ذكر أوصاف المسلم فيه فى العقد شرط ، فلا يصح السلم فيما لا تنضبط أوصافه ، أو كانت تنضبط فتركا بعض ذكره ، ثم من الأصحاب من يشترط التعرض للأوصاف التى يختلف بها الغرض ، ومنهم من يعتبر الأوصاف التى تختلف بها القيمة ، ومنهم من يجمع بينهما ، وليس شىء منها على إطلاقه ، فإن كون العبد قويا فى العمل أو ضعيفاً أو كاتباً أو أمياً وما أشبه ذلك ، أوصاف يختلف بها الغرض والقيمة ، ولا يجب التعرض لها ، ولتعذر الضبط أسباب منها : الاختلاط ، والمختلطات أربعة أنواع :

(الأول) المختلطات المقصودة الأركان ولا ينضبط أقدار أخلاطها وأوصافها كالهريسة ، ومعظم المرق ، والحلوى والمعجونات والغالية المركبة من المسك والعود والعنبر والكافور والقسى ، فلا يصح السلم فيها ، ولا يجوز فى الخفاف والنعال على الصحيح .

والترياق المخلوط كالغالية ، فإن كان نباتاً واحداً أو حجراً جاز السلم فيه ، والنبل بعد الخرط ، والعمل عليه لا يجوز السلم فيه ، وقبلهما يجوز ، والمغازل كالنبال .

(الثانى) المختلطات المقصودة الأركان التى تنضبط أقدارها وصفاتها كثوب العتابى والخز المركب من الأبريسم والوبر ، ويجوز السلم فيها على الصحيح المنصوص لسهولة ضبطها ، ويجرى الوجهان فى الثوب المعمول عليه بالإبرة بعد النسج من غير جنس الأصل ، كالإبريسم على القطن والكتان ، فإن كان تركيبها بحيث لا تنضبط أركانها فهى كالمعجونات .

(الثالث) : المختلطات التى لا يقصد منها إلا الخليط الواحد ، كالخبز فيه الملح ، لكنه غير مقصود فى نفسه ، وفى السلم فيه وجهان : (أصحهما) عند الجمهور : لا يصح ، (وأصحهما) عند الإمام والغزالى : الصحة .

ويجوز السلم فى الجبن والأقط وخل التمر والزبيب والسمك الذى عليه شىء من الملح على الأصح فى الجميع لحقارة أخلاطها ، وأما الأدهان المطيبة كدهن البنفسج والبان والورد فإن خالطها شىء من جرم الطيب لم يجز السلم فيها ، وإن تروح السمسم بها واعتصر جاز ، ولا يجوز فى المخيض الذى يخالطه الماء ، نص عليه .

وفى التتمة لأبى سعد المتولى رحمه الله أن المصل كالمخيض لأنه يخالطه الدقيق .

(الرابع) المختلطات خلقة كالشهد ، والأصح صحة السلم فيه ، والشمع فيه كنوى التمر ، ويجوز فى العسل والشمع ، والله أعلم .

(**فرع**) : لو أسلم فى جارية وولدها أو أختها أو عمتها ، أو شاة وسخلتها لم يصح لندور اجتماعهما بالصفات ، هكذا أطلقه الشافعى رضى الله عنه والأصحاب ، وقال الإمام : لا يمتنع ذلك فى الزنجية التى لا تكثر صفاتها وتمتنع فيمن تكثر ، ولو أسلم فى عبد وجارية وشرط كونه كاتبا وهى ماشطة جاز ، ولو أسلم فى جارية وشرط كونها حاملا بطل السلم فى المذهب .

وقيل : قولان بناء على أن الحمل هل له حكم أم لا ؟ إن قلنا : نعم جاز ، وإلا فلا .

ولو أسلم فى شاة لبون ففى صحته قولان (أظهرهما) : المنع ، وبه أجاب البغوى .

(فرع) : إذا أسلم فى الثياب ذكر جنسها من أبريسم أو قطن أو كتان والنوع والبلد الذى ينسج فيه إن اختلف به الغرض ، وقد يغنى ذكر النوع عنه وعن الجنس أيضًا ، وبين الطول والعرض والغلظ والدقة والنعومة والخشونة ، ويجوز فى المقصود ، والمطلق محمول على الخام ولا يجوز فى الملبوس لأنه لا ينضبط ، ويجوز فيما صبغ غزله قبل النسيج كالبرود . والمعروف فى كتب الأصحاب أنه لا يجوز فى المصبوغ بعد النسج وفيه وجه : أنه يجوز قاله طائفة منهم الشيخ أبو محمد وصاحب الحاوى وهو القياس . قال الصيمرى : يجوز السلم فى القُمُصِ والسراويلات إذا ضبطت طولا وعرضاً وسعة وضيقا .

(**فرع**) : الخشب أنواع ، منها الحطب فيذكر نوعه وغلظه ودقته وأنه من نفس الشجر أو من أغصانه ووزنه ، ولا يجب التعرض للرطوبة والجفاف والمطلق محمول على الجاف ويجب قبول المعوج والمستقيم ، ومنها ما يطلب للبناء كالجذوع فيذكر النوع والطول والغلظ والدقة ولا يشترط الوزن على الصحيح ، وشرطه الشيخ أبو محمد ، ولو ذكر جاز ، بخلاف الثياب .

ولا يجوز فى المخروط ، لاختلاف أعلاه وأسفله ، ومنها ما يطلب ليغرس فيذكر العدد والنوع والطول والغلظ ، ومنها ما يطلب ليتخذ منه القسىّ والسهام فيذكر فيه النوع والدقة والغلظ ، وزاد بعضهم كونه سهليا أو جبليا ، لأن الجبلى أصلح ، ومنهم من شرط الوزن فيه وفى خشب البناء .

قالَ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ الله تعالى

(فصـل) : ﴿ فإن أسلم فى مؤجل وجب بيان أجل معلوم لحديث ابن عباس أن النبى ﷺ قال : « أسلفوا فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » ولأن الثمن يختلف باختلافه فوجب بيانه كالكيل والوزن وسائر الصفات والأجل المعلوم ما يعرفه الناس كشهور العرب وشهور الفرس وشهور الروم وأعياد المسلمين والنيروز والمهرجان ؛ فإن أسلم إلى الحصاد أو إلى العطاء أو إلى عيد اليهود والنصارى لم يصح لأن ذلك غير معلوم لأنه يتقدم ويتأخر ، وإن جعله إلى شهر ربيع أو جمادى صح وحمل على الأول منهما ، ومن أصحابنا من قال لا يصح حتى يبين ؛ والمذهب الأول لأنه نص على أنه إذا جعل إلى النفر حمل على النفر الأول ، فإن قال إلى يوم كذا كان المحل إذا طلع الفجر . فإن قال إلى شهر كذا كان المحل إذا غربت الشمس ومن الليلة التى يرى فيها الهلال ، فإن قال محله فى يوم كذا أو شهر كذا أو سنة كذا فيه وجهان : قال أبو على ابن أبى هريرة : يجوز ويحمل على أوله ، كما لو قال لامرأته أنت طالق فى يوم كذا أو شهر كذا أو سنة كذا فإن الطلاق يقع فى أولها (والثانى) لا يجوز وهو الصحيح لأن ذلك يقع على جميع أجزاء اليوم والشهر والسنة ؛ فإذا لم يبين كان مجهولا ويخالف الطلاق فإنه يجوز إلى أجل مجهول وإذا صح تعلق بأوله بخلاف السلم ، فإن ذكر شهوراً مطلقة حمل على شهور الأهلة لأن الشهور فى عرف الشرع شهور الأهلة فحمل العقد عليها فإن كان العقد فى الليلة التى رؤى فيها الهلال اعتبر الجميع بالأهلة وإن كان العقد فى أثناء الشهر اعتبر شهراً بالعدد وجعل الباقى بالأهلة فإن أسلم فى حال وشرط أنه حال صح العقد وإن أطلق ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يصح لأنه أحد محلى السلم فوجب بيانه كالمؤجل (والثانى) أنه يصح ويكون حالا لأن ما جاز حالا ومؤجلا حمل إطلاقه على الحال كالثمن فى المبيع وإن عقد السلم حالا ثم جعله مؤجلا أو مؤجلا فجعله حالا أو زاد فى أجله أو نقص نظرت فإن كان ذلك بعد التفرق لم يلحق بالعقد لأن العقد استقر فلا يتغير وإن كان قبل التفرق لحق بالعقد ، وقال أبو على الطبرى : إن قلنا إن المبيع انتقل بنفس العقد لم يلحق به والصحيح هو الأول وقد ذكرناه فى الزيادة فى الثمن ﴾ .

(**الشرح**) : حديث ابن عباس رواه الجماعة كما سبق تخريجه وضبطه لفظاً .

(**أما لغات الفصل**) : فشهور العرب هى : المحرم وصفر وربيع الأول وربيع الآخر وجمادى الأولى وجمادى الآخرة ورجب وشعبان ورمضان وذو القعدة وذو الحجة .

أما شهور الفرس فقد كان معمولا بها فى الدولة العباسية وتبدأ سنتها من عيد النيروز وهو نزول الشمس برج الميزان ، والمهرجان بكسر الميم نزولها برج الحمل .

أما الشهور الرومية فهى : كانون الثانى (يناير) وشباط (فبراير) وآذار (مارس) ونيسان (إبريل) وأيار (مايو) وحزيران (يونيو) وتموز (يوليو) وآب (أغسطس) وأيلول (سبتمبر) وتشرين الأول (أكتوبر) وتشرين الثانى (نوفمبر) وكانون الأول (ديسمبر) وهذه أسماؤها بالسريانية والفرنجية .

أما أحكام الفصل : فقد قال النووى فى المنهاج : فإن عين شهور العرب أو الفرس أو الروم جاز ، وإن أطلق حمل على الهلالى ، فإن انكسر شهر حسب الباقى بالأهلة ، وتمم الأول ثلاثين . وقال فى الروضة :

التوقيت بشهور الفرس والروم جائز كشهور العرب ، لأنها معلومة ، وكذا التوقيت بالنيروز والمهرجان جائز على الصحيح ، وفى وجه لا يصح . قال الإمام : لأنهما يطلقان على الوقتين اللذين تنتهى الشمس فيهما إلى أوائل برجى الحمل والميزان ، وقد يتفق ذلك ليلا ، ثم ينحبس مسير الشمس كل سنة قدر ربع يوم وليلة .

ولو وقت بفصح النصارى ؛ نص الشافعى رضى الله عنه : أنه لا يصح .

فقال بعض الأصحاب بظاهره ، اجتناباً لمواقيت الكفار ، وقال جمهور الأصحاب : إن اختص بمعرفة الكفار ، لم يصح ، لأنه لا اعتماد على قولهم ، وإن عرفه المسلمون جاز كالنيروز ثم اعتبر جماعة فيهما معرفة المتعاقدين ، وقال أكثر الأصحاب : يكفى معرفة الناس ، وسواء اعتبرنا معرفتهما أم لا . فلو عرفا كفى على الصحيح ، وفى وجه : يشترط معرفة عدلين من المسلمين سواهما ، لأنهما قد يختلفان ، فلا بد من مرجع ، وفى معنى الفِصْح سائر أعياد أهل الملل كفطير اليهود ونحوه .

قلت : الفِصْح بكسر الفاء وإسكان الصاد والحاء المهملتين وهو عيد لهم معروف ، وهو لفظ عربى ، والفطير عيد اليهود ، ليس عربيا ، وقد طرّد صاحب الحلوى

الوجه فى الفصح فى شهور الفرس وشهور الروم والله أعلم .

(فرع) : لو وقتا بنفر الحجيج وقيدا بالأول أو الثانى جاز ، وإن أطلقا فوجهان .

(أحدهما) : لا يصح (والأصح) المنصوص صحته ، ويحمل على النفر الأول لتحقق الاسم به ، ويجرى الخلاف فى التوقيت بشهور ربيع أو جمادى أو العيد ، ولا يحتاج إلى تعيين السنة إذا حملنا المذكور على الأول وفى الحاوى وجه : أن التوقيت بالنفر الأول لا يجوز لغير أهل مكة ، لأن أهل مكة يعرفونه دون غيرهم .

ويمكن القول فى عصرنا هذا بالجواز لغير أهل مكة من أهل الأرض جميعاً ، إذا كانت لبلادنا بعثة إعلامية تنقل تحركات الحجيج بالصوت والصورة فتراها على شاشة التلفاز رأى العين مرسلة عبر الأثير على الفور ، وكل ما حدث أنا لم نفعل هذه المظاهر الحضارية وأثرها ، وأخذنا بعين الاعتبار أداءها فى نقل الوقائع والأحداث والأخبار مصورة متحركة والله خلقكم وما تعملون فتبارك الله أحسن الخالقين .

(فرع) : ذكر الماوردى وجهين فى التوقيت بيوم القَرّ لأهل مكة ، لأنه لا يعرفه إلا خواصهم قال الرافعى : وهذا الذى قاله ضعيف لأنا إن اعتبرنا علم العاقدين فلا فرق ، وإلا فهى مشهورة فى كل ناحية عند الفقهاء وغيرهم .

قلت : يوم القَرّ (بفتح القاف وتشديد الراء) وهو الحادى عشر من ذى الحجة سمى به لأنهم يقرون فيه بمنى ، وينفرون بعده النفرين فى الثانى عشر والثالث عشر قال النووى : وهذا الوجه الذى ذكره فى الحاوى قوى . ودعوى الإمام الرافعى رحمه الله شهرته عند غير الفقهاء ومن فى معناهم لا تقبل بل ربما لا يعرف القَرّ كثير من المتفقهين والله أعلم .

قلت : ويشترط لصحة السلم فى شهور الفرس معرفة المسلمين بها فإن كانت قد أهملت وترك الناس العمل بها كما هو واقع فى زماننا لا يصح التوقيت بها فى السلم ؛ والعبرة بمعرفتها لدى المسلمين ، ولذلك قال الشربينى فى المغنى : يجوز بعيد الكفار (كالكريسماس) وكفصح النصارى وفطير اليهود إن عرفها المسلمون ، ولو عدلان منهم أو المتعاقدان بخلاف ما إذا اختص الكفار بمعرفتها إذ لا يعتمد قولهم ا هـ . قال الرملى فى النهاية : نعم إن كانوا عددا كثيراً يمتنع تواطؤهم على الكذب جاز كما قاله ابن الصباغ لحصول العلم بقولهم ا هـ .

نعم لو انعقد فى أول ليلة آخر الشهر اكتفى بالأشهر بعده بالأهلة ، وإن نقص بعضها ولا يتمم الأول مما بعدها لأنها مضت عربية كوامل ، هذا إن نقص الشهر الأخير ، وإلا لم يشترط انسلاخه ، بل يتمم منه المنكسر ثلاثين يوماً لتعذر اعتبار الهلال فيه حينئذ . فإذا قال : أسلفتك إلى شهر ربيع أو جمادى ولم يبين أى الربيعين أو أى الجمادين ، حمل على الأول أعنى على ربيع الأول وعلى جمادى الأولى ، وكذلك إذا قال إلى العيد فإن كان بعد الفطر وقبل الأضحى حمل على الأضحى ، وإن كان بعد الأضحى حمل على الفطر ، ومن أصحابنا من قال : لا يصح حتى يبين ، والمذهب الأول ، وهو اختيار المصنف والنووى والرملى والشربينى الأرجح ودليل ذلك أنه نص على أنه إذا جعله إلى النفر حمل على النفر الأول .والله أعلـــم .

كل هذا لأن العلم بالأجل شرط فلو قال : إلى الحصاد أو الميسرة أو قدوم الحاج أو طلوع الشمس لم يصح ، ولو قالا : أول فصل الشتاء وقصدوا يوم الثانى والعشرين من كانون الثانى وهو أول الشتاء على ما قرره علماء الهيئة ، أو قالا : أول فصل الربيع ، وقصدا الحادى والعشرين من آذار ، أو أول فصل الصيف وقصدا الثانى والعشرين من جزيران ، أو أول الخريف وقصدا الثالث والعشرين من تشرين الأول لم يصح لاحتمال أن يجحد أحدهما . ولأن أول الفصل قد يبلغ الشهر أو أكثر فلم يصح إلا على قول أبى على ابن أبى هريرة فى حمل الإطلاق على الأول قياساً على النفر والعيد وربيع وجمادى وهو قياس غير مقبول عند الأصحاب .

فإذا قال : إلى أول أو آخر رمضان . قال الإمام والبغوى : إن قال إلى أول أو آخر رمضان ينبغى أن يصح ويحمل على الجزء الأول من كل نصف كما فى النفر .

قال فى الشرح الصغير : وهو الأقوى . وقال السبكى : وهو الصحيح ، ونقله الأذرعى عمن ذكر وغيره عن نص الأم وقال : إنه الأصح نقلا ودليلا . وقال الزركشى : إنه المذهب ، وقد سوى الشيخ أبو حامد بين إلى رمضان وإلى غرته وإلى هلاله وإلى أوله ، فإن قال : إلى أول يوم من الشهر حل بأول جزء من أول اليوم ، وكذا الماوردى . وقال الرملى : وما ذكراه آخراً بعد الصحة من حمله على الجزء الأول من كل نصف رأى مرجوع فى آخره . أما على الراجح فيحمل على آخر جزء منه ، ولو قال : فى رمضان لم يصح . لأنه جعل جميعه ظرفاً فكأنهما قالا : يحل فى جزء من أجزائه وهو مجهول ،

وإنما جاز ذلك فى الطلاق ، لأنه لما قبل التعليق بالمجهول كقدوم زيد قبله بالعام ثم تعلق بأوله لصدق اللفظ به ، فوجب وقوعه فيه لكونه قضية الوضع والعرف .

وأما السلم فلما لم يقبل التأجيل بالمجهول لم يقبله بالعام ، وإنما قبله بنحو العيد لأنه وضع لكل من الأول والثانى بعينه فدلالته على كل منهما أقوى من دلالة الظرف على أزمنته ، لأنه لم يوضع لكل منهما بعينه ، بل لزمن مبهم منها ا هـ . وقال الشافعى فى الأم : وكذلك لو قال : أجلك فيه شهر كذا أوله وآخره لا يسمى أجلا واحداً ، فلا يصلح حتى يكون أجلا واحداً ، ولو سلفه إلى شهر كذا ، فإن حبسه فله كذا كان بيعاً فاسداً ، وإذا سلف فقال : إلى شهر رمضان من سنة كذا كان جائزا والأجل حين يرى هلال شهر رمضان أبداً حتى يقول : إلى انسلاخ شهر رمضان أو مضيه أو كذا وكذا يوماً يمضى منه إلى أن قال : ولو قال إلى عقب شهر كذا كان مجهولا فاسداً .

وكلام المصنف مشعر ببطلان العقد إذا أطلق الشهر ولم يحدد اليوم خلافاً لأبى على ابن أبى هريرة ، لأن الإطلاق فى الشهر يقع على جميع أجزائه ، وإذا أطلق فى السنة يقع على جميع أجزائها وقد رفض الأصحاب هذا القول .

(فرع) : إذا أحضر المسلم إليه المسلم فيه قبل محله ــ بكسر الحاء ــ أى وقت حلول الأجل ، فامتنع المسلم من قبوله لغرض صحيح ، كأن كان حيواناً يحتاج لمؤنة ونفقة إلى حلول الأجل ، أو كان يترقب زيادة سعره عند المحل ــ فيما يظهر ــ أو وقت إغارة لو قبلها هلكت . أو كان يريد أكله طرياً فى محله إن كان فى لحم ونحوه ــ وكان المؤدى فى ذلك كله يريد أن يفوت على المسلم مصلحة أو يلحق به ضرراً ــ لم يجبر على قبوله . وإن كان للمؤدى غرض صحيح ، كفك رهن ، أو براءة ضامن ــ كما لو كان المسلم فيه توقع عليه حجز وأراد استشكال هذا الحجز ، ثم يرفع قضية استرداد لتسليم المسلم فيه المحجوز عليه للمسلم ، أو كان يخاف انقطاع الجنس عند حلول الأجل ، أو كان المسلم ليس له غرض صحيح فى الامتناع ، أو كان يريد إلحاق الضرر بالمؤدى ، أو كان المؤدى يريد مجرد إبراء الذمة ، أجبر المسلم لأن امتناعه حينئذ للتعنت . وفى حالة إرادة مجرد إبراء الذمة فما قررناه فيها هو أظهر القولين . والثانى : لا يجبر للمنة ، وسيأتى مزيد فى باب تسليم المسلم فيه إن شاء الله تعالى .

وسيأتى مزيد فى باب تسليم المسلم فيه إن شاء الله تعالى .

(**فرع**) : إذا أطلق المتعاقدان فى محل ــ بكسر الحاء ــ السلم فلم يذكرا وقتاً ولم يحددا أجلا انصرف إلى كونه حالا ، لأن ما جاز حالاً ومؤجلا حمل إطلاقه على الحال ، وهذا هو قول الشافعى وابن المنذر وأبى ثور .

(**فرع**) : إذا أراد أحدهما أن يجعل الحال مؤجلا ، أو أراد أن يزيد فى الأجل نظرت ، فإن كان ذلك بعد التفرق وهو لزوم العقد لم يلحق بالعقد ، لأن العقد استقر فلا يتغير . وإذا أراد أحدهما أن يجعل المؤجل حالا ــ نظرت ــ فإن كان ذلك من المؤدى وهو المسلم إليه ؛ أجرينا عليه ما قلناه فيما إذا أحضر المسلم فيه قبل محله فى فرع سبق من هذا الفصل ، وإن كان بنقص فى الأجل وكان ذلك بعد لزوم العقد أو بعد التفرق فلا يلحق بالعقد لأن العقد قد استقر ، وإن كان ذلك كله ، أعنى الزيادة فى الأجل أو النقصان فيه أو جعله حالا ؛ قبل التفرق أو قبل لزوم العقد لحق ذلك بالعقد والله أعلم .

قَالَ المصَنفُ رحمهُ الله تعَالَى

(فصل) : ﴿ وإن أسلم فى جنسين إلى أجل أو فى جنس إلى أجلين ، ففيه قولان (أحدهما) أنه لا يصح لأن ما يقابل أحد الجنسين أقل مما يقابل الآخر ، وما يقابل أحدهما أجلا أقل مما يقابل الآخر وذلك مجهول فلم يجز (والثانى) أنه يصح وهو الصحيح لأن كل بيع جاز فى جنس واحد وأجل واحد جاز فى جنسين وفى أجلين كبيع الأعيان ، ودليل القول الأول يبطل ببيع الأعيان فإنه يجوز إلى أجلين وفى جنسين مع الجهل بما يقابل كل واحد منهما ﴾

(**الشرح**) : إذا أسلم فى جنسين إلى أجل ، وصورة ذلك أن يسلم ديناراً فى قميص وكتاب ولم يبين ثمن كل واحد منهما على حدة ، فقد جوزه مالك وأحد القولين عند الشافعى ومنعه أحمد ، والقول الآخر عند الشافعى ، والقول المجيز يحتج بأن كل عقد جاز على جنسين فى عقدين جاز عليهما فى عقد واحد كبيوع الأعيان لما يشتمل عليه من مبان وغيرها على النحو الذى سبق فى بيوع الأعيان وهو كما لو بين ثمن أحدهما . ويقول المانعون : إن ما يقابل كل واحد من الجنسين مجهول ، فلم يصح كما لو

عقد عليه مفرداً بثمن مجهول ، ولأن فيه غرراً أثر مثله فى السلم ، وبمثل هذا عللوا معرفة صفة الثمن وقدره ، والوجه الآخر أنه لا يشترط لأنه لما جاز أن يسلم فى شيء واحد إلى أجلين ، ولا يبين ثمن كل واحد منهما ، كذا ههنا . قال ابن موسى : ولا يجوز أن يسلم خمسة دنانير وخمسين درهما فى كُرّ حنطة حتى يبين حصة ما لكل واحد منهما من الثمن ، والأولى صحة هذا ، لأنه إذا تعذر بعض المسلم فيه رجع بقسطه منهما وأمكن معرفة ثمن كل منهما مادام موصوفاً بصفاته من ثمن مثله فى أجله .

كذلك إذا أسلف فى جنس واحد إلى أجلين . فقد قال الشافعى : إذا أسلم فى جنس واحد إلى أجلين ففيه قولان : (أحدهما) لا يصح ، لأن ما يقابل أبعدهما أجلا أقل مما يقابل الآخر وذلك مجهول فلم يجز ، قلت : ولنا أن كل بيع جاز إلى أجل واحد جاز فى أجلين ، وقد أجازه أحمد وأصحابه فى أكثر من أجلين إلى آجال ، كبيوع الأعيان . فإذا قبض البعض وتعذر قبض الباق ففسخ العقد رجع بقسطة من الثمن ولا يجعل للباق فضلا عن المقبوض ، لأنه مبيع واحد متماثل الأجزاء فيقسط على أجزائه بالسوية كما لو اتفق أجله والله تعالى أعلم .

(فرع) : قلنا : لو أسلم فى جنس إلى أجلين أو جنسين إلى أجل صح على الأظهر من القولين ثم إن القدرة على التسليم شرط ولكنه ليس من خواص السلم بل يعم كل بيع ، وإنما تعتبر القدرة على التسليم عند وجوبه وذلك فى البيع والسلم الحالّ فى الحال ، وفى السلم المؤجل عند المحلّ . فلو أسلم فى منقطع لدى المحل كالرطب فى الشتاء أو فيما يعز وجوده كالصيد حيث يعز لم يصح ، فلو غلب على الظن وجوده لكن لا يحصّله إلا بمشقة عظيمة كالقدر الكثير فى الباكورة وقبل التكاثر فوجهان (أقربهما) إلى كلام الأكثرين البطلان .

وسنأتى على مزيد فى تسليم المسلم فيه إن شاء الله تعالى .

قَالَ المصَنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصل) : ﴿ وأما بيان موضع التسليم فإنه إن كان العقد فى موضع لا يصلح للتسليم كالصحراء وجب بيانه ، وإن كان فى موضع يصلح للتسليم ففيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) : يجب بيانه لأنه يختلف الغرض باختلافه فوجب بيانه كالصفات .
(والثانى) :لا يجب بل يحمل على موضع العقد كما نقول فى بيع الأعيان .
(والثالث) : أنه إن كان لحمه مؤنة وجب بيانه لأنه يختلف الثمن باختلافه فوجب بيانه كالصفات التى يختلف الثمن باختلافها ، فإن لم يكن لحمله مؤنة لم يجب بيانه لأنه لا يختلف الثمن باختلافها فلم يجب بيانه كالصفات التى لا يختلف الثمن باختلافها ﴾ .

(**الشـرح**) : قال النووى رحمه الله تعالى : « المذهب أنه إذا أسلم بموضع لا يصلح للتسليم أو يصلح ، ولحمله مؤنة اشترط محل التسليم وإلا فلا . قال الرملى فى النهاية : المذهب أنه إذا أسلم سلما حالا أو مؤجلا وهما بموضع لا يصلح للتسليم . أو سلماً مؤجلا وهما بمحل يصلح له ولكن لحمله ــ أى المسلم فيه ــ مؤنة اشترط بيان محل ، بفتح الحاء ، أى مكان التسليم للمسلم فيه لتفاوت الأغراض فيما يراد من الأمكنة فى ذلك ، وإلا بأن كان صالحاً للتسليم ، والسلم حال أو مؤجل ، ولا مؤنة لحمل ذلك إليه فلا يشترط ما ذكر ، ويتعين محل العقد للتسليم للعرف فيه ، فإن عينا غيره تعين بخلاف المبيع ، لأن السلم لما قبل شرطاً يقتضى تأخير التسليم ، ولو خرج المعين للتسليم عن الصلاحية تعين أقرب محل صالح له ، ولو أبعد منه ، ولا أجرة له فيما يظهر لاقتضاء العقد له فهو من تتمة التسليم الواجب ، ولا يثبت للمسلم خيار ، ولا يجاب المسلم إليه لو طلب الفسخ ورد رأس المال ، ولو لخلاص ضامن وفك رهن خلافاً للبلقينى ومن تبعه .

(قلت) : والمسألة فيها ثلاثة أوجه عند المصنف فى الصالح فقط ، وستة طرق عند الرملى فى الصالح وغيره ، وسبعة عند الشبراملسى ، فالمنصوص الاشتراط وعدمه ، فقيل : هما مطلقاً ، وقيل : هما فى حالين . قيل : فى غير الصالح ومقابله ، وقيل : هما فى الصالح . ويشترط فى غيره . وقيل هما فيما لحمله مؤنة ، ولا يشترط فى مقابله . وقيل هما فيما ليس لحمله مؤنة ، ويشترط فى مقابله .

والمدار هنا على ما يليق بحفظ المال والمؤن ، والغالب استواء المحلة فيهما . ويشهد لذلك قولهم : المراد بمحل العقد هنا محلته لا خصوص محله فيهما ؛ ولهذا قالوا : لو قال : تسلمه لى فى بلدة كذا وهى غير كبيرة كفى إحضاره فى أولها وإن بعد عن

منزله ، أو فى أى محل شئت منه صح ما لم يتسع ، ومتى اشترط التعيين فتركه لم يصح العقد ، ومن ثم عرف صحة كلام ابن الرفعة : إن محل قولهم السلم الحال يتعين فيه موضع العقد للتسليم مطلقاً ، حيث كان صالحاً له ، وإلا كأن أسلم فى كثير من الشعير وهما سائران فى البحر ، فالظاهر اشتراط التعيين كما هو ظاهر كلام الأئمة ، وإن توقف فيه بعضهم ، إذ هو ظاهر ، وجزم به غيره لأم من شرط الصحة القدرة على التسليم وهو حال وقد عجز عنه فى الحال ، وحينئذ فلا فرق بين الحال والمؤجل إذا لم يكن الموضع صالحاً فى اشتراط التعيين . ويدل عليه كلام الماوردى أيضاً ، والكلام فى السلم المؤجل . أما الحال فيتعين فيه موضع العقد للتسليم ، أى إذا كان صالحاً وإلا اشترط بما فيه من التفصيل ، وحينئذ فقد افترق الحال والمؤجل من بعض الوجوه ، وذلك كاف فى صحة المفهوم .

وقد اختلف أئمة المذاهب فى تعيين مكان الإيفاء ، فقال ابن المنذر : لا يشترط تعيين مكان الإيفاء . وحكاه عن أحمد وإسحاق وطائفة من أهل الحديث . وبه قال أبو يوسف ومحمد وهو أحد قولى الشافعى لقوله ﷺ « فى كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم » ولم يذكر مكان الإيفاء ، فدل على أنه لا يشترط .

وفى الحديث الذى فيه « إن اليهودى أسلم إلى النبى ﷺ ، فقال النبى ﷺ : أما من حائط بنى فلان فلا ، ولكن كيل مسمى إلى أجل مسمى » رواه ابن ماجه ولم يذكر مكان الإيفاء ، ولأنه عقد معاوضة فلا يشترط فيه مكان الإيفاء كبيوع الأعيان .

وقال الثورى : يشترط ذكر مكان الإيفاء ، وهو القول الثانى للشافعى ، وقال الأوزاعى : هو مكروه ، لأن القبض يجب بحلوله ولا يعلم موضعه حينئذ ، فيجب شرطه لئلا يكون مجهولا ، وقال أبو حنيفة وهو قول أصحابنا : إن كان لحمله مؤنة وجب شرطه ، وإلا فلا يجب ، لأنه إذا كان لحمله مؤنة اختلف فيه الغرض بخلاف ما لا مؤنة فيه ، وقال ابن أبى موسى : إن كانا فى برية لزم ذكر مكان الإيفاء ، وإن لم يكونا فى برية فذكر مكان الإيفاء حسن ، وإن لم يذكراه كان الإيفاء مكان العقد ، فإذا ترك ذكره مجهولا كان مجهولا ، وإن لم يكونا فى برية اقتضى العقد التسليم فى مكان العقد ، فاكتفى بذلك عن ذكره . وللفقهاء أقوال حول هذا أجملناها بما يوفى

المقصود والله أعلم .

وقد قال الرافعى فيما لخصه عنه النووى رحمهما الله فى الروضة :

الشرط الرابع : بيان محل التسليم . فى اشتراط بيان مكان تسليم المسلم فيه المؤجل اختلاف نص وطرق للأصحاب .

(أحدها) : فيه قولان مطلقاً .

(والثانى) : إن عقدا فى موضع يصلح للتسليم ، لم يشترط التعيين وإلا اشترط .

(والثالث) : إن كان لحمله مؤنة اشترط وإلا فلا .

(والرابع) : إن لم يصلح الموضع اشترط ، وإلا فقولان .

(والخامس) : إن لم يكن لحمله مؤنة لم يشترط ، وإلا فقولان .

(والسادس) : إن كان له مؤنة اشترط وإلا فقولان .

قال الإمام : وهذا أصح الطرق ، وهو اختيار القفال ، والمذهب الذى يفتى به من هذا كله : وجوب التعيين إن لم يكن الموضع صالحاً ، أو كان لحمله مؤنة وإلا فلا .

ومتى شرطنا التعيين فتركاه بطل العقد . وإن لم نشرطه فعين تعين . وعند الإطلاق يحمل على مكان العقد على الصحيح .

وفى التتمة لأبى سعد المتولى : إذا لم يكن لحمله مؤنة سلمه فى أى موضع صالح شاء وحكى وجهاً : أنه إذا لم يكن الموضع صالحاً للتسليم حمل على أقرب موضع صالح ، ولو عين موضعاً فخرب وخرج عن صلاحية التسليم فأوجه .

(أحدها) : يتعين ذلك الموضع .

(والثانى) : لا وللمسلم الخيار .

(والثالث) : يتعين أقرب موضع صالح .

قال النووى : قلت : الثالث أقيسها والله أعلم .

قَالَ المُصنف رحِمَهُ الله تعَالى

(فصـل) : ﴿ ولا يجوز تأخير قبض رأس المال عن المجلس لقوله ﷺ : « أسلفوا فى كيل معلوم » والإسلاف هو التقديم ، ولأنه إنما سمى سلماً لما فيه من تسليم رأس المال فإذا تأخر لم يكن سلماً فلم يصح ، ويجوز أن يكون رأس المال فى الذمة ثم يعينه فى المجلس ويسلمه ، ويجوز أن يكون معيناً ، فإن كان فى الذمة نظرت ، فإن كان من الأثمان حمل على نقد البلد ، وإن كان فى البلد نقود حمل على الغالب منها ، وإن لم يكن فى البلد نقد غالب وجب بيان نقد معلوم . وإن كان رأس المال عرضاً وجب بيان الصفات التى تختلف بها الأثمان لأنه عوض فى الذمة غير معلوم بالعرف فوجب بيان صفاته كالمسلم فيه ، وإن كان رأس المال معيناً ففيه قولان : (أحدهما) يجب ذكر صفاته ومقداره لأنه لا يؤمن أن ينفسخ السلم بانقطاع المُسلم فيه ، فإذا لم يعرف مقداره وصفته لم يعرف ما يرده . (والثانى) لا يجب ذكر صفاته ومقداره لأنه عوض فى عقد لا يقتضى رد المثل فوجب أن تغنى المشاهدة عن ذكر صفاته ومقداره كالمهر والثمن فى البيع ، وإن كان رأس المال مما لا يضبط بالصفة كالجواهر وغيرها ، فعلى القولين إن قلنا يجب ذكر صفاته لم يجز أن يجعل ذلك رأس المال لأنه لا يمكن ذكر صفاته وإن قلنا لا يجب جاز أن يجعل ذلك رأس المال ، لأنه معلوم بالمشاهدة والله أعلم ﴾ .

(الشـرح) : الحديث هو حديث ابن عباس الذى دار عليه أكثر الفصول السابقة وأوضحناه بلفظه وتخريجه قريباً .

(**أما أحكام الفصل**) : فإنه لا يجوز تأخير قبض رأس المال عن مجلس العقد لأن الإسلاف هو التقديم فكان لازمه تسليمه قبل الصيغة وقال الخرقى من الحنابلة : ويقبض الثمن كاملا وقت السلم قبل التفرق .

قوله : ويجوز أن يكون رأس المال فى الذمة ثم يعينه فى المجلس خلافاً لابن المنذر الذى قال : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أنه إذا كان له فى ذمة رجل دينار فجعله سلماً فى طعام إلى أجل لم يصح ا هـ . وحكى هذا ابن قدامة عن مالك والأوزاعى والثورى وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأى والشافعى . وعن ابن عمر أنه قال :

لا يصح ذلك ، وذلك لأن المسلم فيه دين ، فإن جعل الثمن ديناً كان بيع دين بدين ولا يصح ذلك ، قلت وقد مرَّ بك فى أول الباب مناقشة هذا الرأى .

والمهم فى هذا جواز أن يكون رأس المال فى الذمة ولكن يجب إحضاره إلى المجلس عند تعيينه ، فإن كان ما فى الذمة من الأثمان حمل على نقد البلد ، وإن كان فى البلد أكثر من نقد حمل على النقد الغالب فيها وإن لم يكن فى البلد نقد غالب وجب بيان نقد معلوم . وما دام رأس المال حاضراً فى المجلس فإن المشاهدة تغنى عن ذكر صفاته ومقداره ، كما لو كان رأس المال من الجواهر والأحجار الكريمة مما يصعب وصفه ، فإن كان من الجواهر والأحجار الكريمة مما يصعب وصفه ، فإذا كان من الجواهر الثمينة وقلنا بأنه يجب ذكر صفاته لم يجز أن يكون ذلك رأس مال لتعذر وصفه ، وإن قلنا لا يجب جاز لمشاهدته فى المجلس . والله تعالى أعلم .

قَالَ المصَنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

باب تسليم المسلم فيه

إذا حل دين السَّلَم وجب على المُسلَم إليه تسليم المُسلَم فيه على ما اقتضاه العقد ، فإن كان المُسلَمُ فيه تمراً لزمه ما يقع عليه اسم التمر على الإطلاق ، فإن أحضر حشفاً أو رطباً لم يقبل منه ، فإن كان رطباً لزمه ما يقع عليه اسم الرطب على الإطلاق ولا يقبل منه بسر ولا منصَّف ولا مذنب ولا مشدخ ، وإن كان طعاماً لزمه ما نقى من التبن ؛ فإن كان فيه قليل تراب نظرت ، فإن كان أسلم فيه كيلا قبل منه لأن القليل من التراب لا يظهر فى الكيل ، وإن كان أسلم فيه وزناً لم يقبل منه لأنه يظهر فى الوزن فيكون المأخوذ من الطعام دون حقه ، وإن كان عسلا لزمه ما صفى من الشمع ، فإن أسلم إليه فى ثوب فأحضر ثوباً أجود منه لزمه قبوله ، لأنه أحضر المسلم فيه وفيه زيادة صفة لا تتميز فلزمه قبوله ، فإن جاءه بالأجود وطلب عن الزيادة عوضاً لم يجز لأنه بيع صفة والصفة لا تفرد بالبيع ؛ فإن أتاه بثوب ردىء لم يجبر على قبوله لأنه دون حقه ، فإن قال : خذه وأعطيك للجودة درهما لم يجز لأنه بيع صفة ولأنه بيع جزء من المسلم فيه قبل قبضه فإن أسلم فى نوع من جنس فجاءه بنوع آخر من ذلك الجنس كالمعقلى عن البرنى والهروى عن المروى

ففيه وجهان . قال أبو إسحاق : لا يجوز لأنه غير الصنف الذى أسلم فيه فلو يجز أخذه عنه كالزبيب عن التمر . وقال أبو على ابن أبى هريرة : يجوز لأن النوعين من جنس واحد بمنزلة النوع الواحد . ولهذا يحرم التفاضل فى بيع أحدهما بالآخر ، ويضم أحدهما إلى الآخر فى إكمال النصاب فى الزكاة . فإن اتفق أن يكون رأس المال على صفة المسلم فيه فأحضره ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز قبوله لأنه يصير الثمن هو المثمن ، والعقد يقتضى أن يكون الثمن غير المثمن . (والثانى) أنه يجوز لأن الثمن هو الذى سلم إليه والمثمن هو الموصوف .

وإن كان أسلم إلى مَحلٍ فأحضر المسلم فيه قبله أو شرط أن يُسْلِم إليه فى مكان فأحضر المسلم فيه فى غير ذلك المكان فامتنع المسلم من أخذه ، نظرت فإن كان له غرض صحيح فى الامتناعة من أخذه بأن يلزمه فى حفظه مؤن أو عليه فى حمله مشقة أو يخاف عليه أن يهلك أو يؤخذ لم يلزمه أخذه ، وإن لم يكن له غرض صحيح فى الامتناع لزمه أخذه ، فإن لم يأخذه رفع إلى الحاكم ليأخذه عنه ، والدليل عليه ما روى « أن أنساً رضى الله عنه كاتب عبداً له على مال إلى أجل فجاءه بمال قبل الأجل فأبى أن يأخذه فأتى عمر (رضى الله عنه) فأخذه منه وقال له : اذهب فقد عُتِقْتَ » ولأنه زاده بالتقديم خيراً فلزمه قبوله ، وإن سأله المسلم أن يقدمه قبل المحل فقال : أنقصنى من الدَّين حتى أقدمه ففعل لم يجز لأنه بيع أجل والأجل لا يفرد بالبيع ، ولأن هذا فى معنى ربا الجاهلية ، فإنه كان فى الجاهلية يقول مَن عليه الدَّين : زدنى فى الأجل أزدك فى الدين ﴾ .

(الشـرح) : الخبر الذى ساقه المصنف عن أنس المذكور فى الفصل لم أحفظه بهذه الصورة ، وإنما الذى أحفظه ما رواه الأثرم عن أبى بكر بن حزم : « أن رجلا أتى عمر فقال : يا أمير المؤمنين إنى كاتبت على كذا وكذا ، وإنى أيسرت بالمال فأتيته به فزعم أنه لا يأخذها إلا نجومًا . فقال عمر : يأبى ؟ وأمر عامله على بيت المال : فخذ هذا المال فاجعله فى بيت المال وأد إليه نجومًا فى كل عام وقد عتق هذا ، فلما رأى ذلك سيده أخذ المال » ورواه عثمان بن منصور فى سننه عن عمر وعثمان جميعاً ، والذى ثبت فيه ذكر أنس حديث أخرجه البخارى عن موسى بن أنس « أن سيرين ــ أبا محمد وإخوته ــ سأل أنس بن مالك المكاتبة ، وكان كثير المال ، فأبى ، فانطلق إلى عمر فقال : كاتبه ، فأبى ، فضربه عمر بالدرة وتلا عمر : ﴿ فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا ﴾ وأحاديث أخرى مع باب المكاتبة ستأتى فى الباب إن شاء الله تعالى .

(**أما لغات الفصل**) : فالبسر من ثمر النخل ما قبل الرطب ، وبقية لغات الفصل فى الأحكام .

(**أما أحكام الفصل**) : فإنه إذا حل دين المسلم وجب على المسلم إليه تسليم المسلم فيه على ما اقتضاه العقد فإن كان المسلم فيه تمرًا . قال الشافعى رحمه الله تعالى : فليس على المسلم أن يأخذه إلا جافا ، قال أصحابنا : ولم يرد بهذا أن يكون مشمساً وإنما أراد به إذا بلغ إلى حالة الادخار فعليه أن يأخذه ، وهو إذا وقع عليه اسم الجفاف وإن لم يتناه جفافه ، وإن كان المسلم فيه رطباً لزمه ما يقع عليه اسم الرطب ، ولا يلزمه أن يقبل بسراً ولا مذنباً ، ولا منصفاً ، ولا مشدخاً . فأما المذنب فهو الذى أرطب فى أذنابه لا غير ، وأما المنصف فهو الذى صار نصف بسره رطباً ونصفها بسراً ، وأما المشدَّخ فذكر الشيخ أبو حامد أن المشدخ هو الذى ضرب بالخشب حتى صار رطباً فلا يلزمه قبوله لأنه لا يتناوله اسم الرطب وإن تناوله فيكون رطباً مفتوتاً .

وقيل : إنهم يشمسون البسر ثم يدلكونه بكسى صوف غليظ وما أشبهه فيصير طعمه طعم الرطب ، يفعلون ذلك استعجالا لأكل الرطب من البسر قبل الإرطاب ، ولعل الشيخ أبا حامد أراد أنهم يضربون البسر بالخشب ليصير طعمه طعم الرطب . وإن كان المسلم فيه طعاماً لزمه أن يدفع إليه طعاماً نقياً من الشعير والزوان وعقد التبن ؛ لأن هذه الأشياء تنقصه عن الكيل والوزن ، وإن كان فيه قليل تراب أو شىء من دقاق التبن — نظرت — فإن أسلم فيه كيلا لزمه قبوله ؛ لأن ذلك لا يؤثر فى الكيل ، وإن أسلم فيه وزنا لم يلزمه قبوله لأن ذلك يؤثر فى الوزن فيكون المقبوض دون حقه .

فإذا أسلم إليه فى شىء فأتى المسلم إليه بالمسلم فيه لم يخل من ثلاثة أحوال :

إما أن يأتيه بالمسلم فيه على الصفة المشروطة وإما أن يأتيه بأردأ منه ، وإما أن يأتيه بأعلى منه ، فإن أتى به على الصفة المشروطة وعلى صفة المسلم فيه ، بأن أسلم إليه فى طعام جيد فأتاه بطعام يقع عليه اسم الجيد ، وإن كان غيره أجود منه لزمه أن يقبل منه وإن أتاه بأردأ من المسلم فيه ، بأن أتاه بطعام ردىء لم يلزمه قبوله ، لأنه دون ما شرط ، وإن قال المسلم إليه : خذ هذا وأعطيتك عن الجودة عوضا لم يجز ، لأنه بيع جزء من المسلم فيه قبل القبض ، وإن أتاه بأعلى من المسلم فيه فلا تخلو الزيادة من أربعة أحوال :

إما أن تكون زيادة فى الصفة ، أو فى العدد ، أو فى الجنس ، أو فى النوع ، فإن كانت الزيادة فى الصفة مثل أن يسلم إليه فى طعام ردىء فجاء بطعام جيد ، فإن رضى المسلم إليه بتسليمه عما فى ذمته لزم المسلم قبوله ، لأنها زيادة لا تتميز أى لا تنفصل عن الطعام لأنها صفة فيه ، فإذا رضى المسلم إليه بتسليمها لزم المسلم قبولها كما لو أصدق امرأته عينا فزادت فى يدها زيادة تتميز ، ثم طلقها قبل الدخول ، ورضيت المرأة بتسليم نصف العين مع زيادتها فإن الزوج يلزمه قبولها . وإن لم يتطوع المسلم إليه بتسليمها بل طلب عن الجودة عوضاً لم يصح لأن الجودة صفة فلا يجوز إفرادها بالعقد ، وإن كانت الزيادة فى العدد مثل أن يسلم إليه خمسة أرادب من القمح فجاءه بعشرة أرادب من القمح لم يلزم المسلم قبول ما زاد على الخمسة ، لأن ذلك ابتداء هبة فلم يجبر على قبولها .

وإن كانت الزيادة فى الجنس مثل أن يسلم إليه ذرة فأعطاه عن الذرة قمحا أو عدسا لم يلزمه قبول ذلك ، فإن قبله لم يصح لما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال : « من أسلم فى شىء فلا يصرفه إلى غيره » .

وإن كانت الزيادة فى النوع مثل أن يسلفه على قمح هندى فجاءه بقمح شامى ، أو ذرة صفراء فجاءه عنها بذرة بيضاء ، فحكى الشيخ أبو حامد وجهين (أحدهما) يلزم المسلم قبوله وهذا الوجه يستند أصحابه إلى دلالة قول الشافعى رحمه الله وأصل ما يلزم المسلف قبول ما سلف فيه هو أن يأتيه به من جنسه ، وهذا قد أتى به من جنسه ، ولأنه قد أعطى من جنس حقه ، وفيه زيادة لا تتميز ، فأشبه ما لو أسلم فى نوع ردىء فأعطاه من ذلك النوع جيداً ، فإنه يلزمه قبوله ؛ ولأنه يمكنه إكمال نصاب الزكاة به . (والوجه الثانى) لا يلزمه قبوله لأنه لم يأت به على الصفة التى اشترط عليه فلا يلزمه قبوله كما لو أتاه بجنس آخر ، وهذا الوجه يقول أصحابه : إنه يجوز أن يقبله إن رضى بغير إلزام لأنه من جنس حقه . قال العمرانى فى البيان :

قال القاضى أبو الطيب : الوجهان فى الجواز ، فأما الوجوب فلا يجب عليه قبوله وجها واحداً ، وهو اختيار الشيخ أبى إسحاق فى المهذب ، وإن أسلم إليه بذرة بيضاء فجاءه عنها بذرة حمراء فلا يلزمه قبولها وجهاً واحداً . قال العمرانى : وهل يلزمه قبولها ؟ يحتمل أن يكون على وجهين اهـ .

قلت : وقوله ــ أعنى المصنف رحمه الله فى الفصل ــ « وإن أسلم إلى محل الخ » .

قلت : إن أسلم إليه فى شىء إلى محل فجاءه المسلم إليه به قبل المحل فامتنع المسلم من قبضه ، فإن كان المسلم فيه مما يلحقه التغير والتلف إلى وقت المحل ، بأن كان لحماً أو رطباً ؛ أو من أنواع الفواكه الرطبة لم يلزم المسلم قبوله ، لأن له غرضاً فى تأخيره أن يحتاج إلى أكله أو إطعامه فى ذلك الوقت ، وكذلك إذا كان المسلم فيه حيوانا لم يلزمه قبوله قبل المحل لأنه يخاف عليه التلف ، ويحتاج إلى العلف إلى ذلك الوقت .

وإن كان لا يخاف التغير ولا التلف ولكن يحتاج إلى مكان يحفظ فيه وكان يلزمه عليه مؤنة حفظه كالقمح والقطن لم يلزمه قبوله ، لأن عليه ضرراً فى المؤنة فى حفظه إلى وقت المحل ، فإن كان يحتاج إلى مؤنة فى حفظه كالحديد والنحاس وغيرها من المعادن وكانت مغلقة محفوظة مأمونة يلزمه قبوله ، لأنه لا ضرر عليه فى قبوله ، فإن لم يقبله قبله الحاكم ، لحديث أبى بكر بن حزم الذى رواه الأثرم ورواية عثمان بن منصور عن عمر وعثمان ، وحديث أبى سعيد المقبرى الذى رواه الدارقطنى بنحو حديث أبى بكر بن حزم .

وإن سأل المسلم المسلم إليه أن يقدم المسلم فيه قبل المحل لم يلزم المسلم إليه تقديمه ، لأن ذلك يبطل فائدة التأجيل . فإن قال المسلم إليه : أنقصنى من الدين حتى أقدمه لك ففعل لم يصح القبض لأنه بيع أجل والأجل لا يفرد بالبيع . فإن جاء المسلم إليه بالمسلم فيه بعد حلول الدَّين على صفته فامتنع المسلم من قبضه قال له الحاكم : إما أن تقبضه أو يبرأ المسلم إليه منه ، وإن كان هناك غرض ، وسواء كان المسلم غرض فى الامتناع أو لا غرض له ، لأن للمسلم إليه غرضاً فى الدفع ؛ وهو أن يبرأ مما عليه من الحق ، وقد حل الحق ، فإن لم يفعل المسلم ذلك قبضه الحاكم عنه ، وبرئ المسلم إليه ، لأن الحاكم ينوب عن الممتنع ، ولا يملك الحاكم الإبراء لأنه لا نظر للمسلم فى الإبراء عنه ولا حظ له فى حفظ ماله عنده .

(**فرع**) : إذا تعين موضع التسليم بإطلاق العقد أو بالشرط لأنه إذا أطلق العقد تعين موضع التعاقد ، وإذا اشترط موضعاً بعينه فقد تعين بالشرط ، فإذا جاءه به فى غير ذلك الموضع لم يلزمه قبوله ، ولم يجز له أخذ الأجرة ، لأن بدل العوض عن المسلم فيه لا يجوز ؛ فكذلك فى تسليمه فى موضع ، وإن جعله نائباً عنه فى حمله إلى ذلك

الموضع ، لم يكن المسلم قابضاً له بهذه النيابة ، بل يفتقر إلى تسليمه فى الموضع المعين أو فى غيره إذا رضى المسلم بذلك .

قَالَ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ الله تعالى

(فصـل) ﴿ وإن أسلم إليه فى طعام بالكيل أو اشترى منه طعاماً بالكيل فدفع إليه الطعام من غير كيل لم يصح القبض ، لأن المستحق قبض بالكيل فلا يصح قبض بغير الكيل ، فإن كان المقبوض باقياً رده على البائع ليكيله له ، وإن تلف فى يده قبل الكيل تلف من ضمانه ، لأنه قبض عن حقه ، وإن ادعى أنه كان دون حقه فالقول قوله ، لأن الأصل أنه لم يقبض إلا ما ثبت بإقراره ، فإن باع الجميع قبل الكيل لم يصح ، لأنه لا يتحقق أن الجميع له ، وإن باع منه القدر الذى يتحقق أنه له ففيه وجهان (أحدهما) يصح ، وهو قول أبى إسحاق ، لأنه دخل فى ضمانه فنفذ بيعه فيه كما لو قبضه بالكيل (والثانى) لا يصح ، وهو قول أبى على ابن أبى هريرة ، وهو المنصوص فى الصرف ، لأنه باعه قبل وجود القبض المستحق بالعقد ؛ فلم يصح بيعه كما لو باعه قبل أن يقبضه ، فإن دفع إليه بالكيل ثم ادعى أنه دون حقه فإن كان ما يدعيه قليلا قبل منه ، وإن كان كثيراً لم يقبل لأن القليل يخس به ، والأصل عدم القبض والكثير لا يخس به فكان دعواه مخالفا للظاهر فلم يقبل ﴾ .

(الشـرح) : إذا أسلم إليه فى شىء كيلا فأعطاه إياه وزناً ، أو أسلم فيه وزناً فأعطاه كيلا لم يصح القبض ، لأن الكيل والوزن يختلفان ، لأن الرزين الرصين الثقيل يقل كيله ويكثر وزنه ، والخفيف يقل وزنه ويكثر كيله ، وهذا ما اتفق عليه أئمتنا وأئمة المذاهب .

قال ابن قدامة فى المغنى من الحنابلة : ولا يقبض المكيل إلا بالكيل ، ولا الموزون إلا بالوزن ، ولا يقبضه جزافاً ولا بغير ما يقدر به ، لأن الكيل والوزن يختلفان ، فإن قبضه بذلك فهو كقبضه جزافاً ، فيقدره بما أسلم فيه ، ويأخذ قدر حقه ويرد الباقى ، ويطالب بالعوض ، وهل له أن يتصرف فى قدر حقه منه قبل أن يعتبره ؟ على وجهين —

مضى ذكرهما فى بيوع الأعيان ـــ وإن اختلفا فى قدره فالقول قول القابض مع يمينه اهـ .

وقال الشافعى ، رضى الله عنه : لو أعطاه طعاماً فصدقه فى كيله لم يجز ، فإن قبض فالقول قول القابض مع يمينه ، وجملة ذلك أنه إذا كان له فى ذمة رجل طعام أو اشترى منه عشرة أقفزة[1] من صبرة [2] بعينها ، فسلم إليه من عليه الطعام طعاماً من غير كيل ، وأخبره بكيله فصدقه على كيله أو لم يصدقه لم يجز له قبضه بغير كيل ؛ لأن المستحق عليه القبض بالكيل ، فإذا قبض من غير كيل لم يصح القبض .

فإن كان الطعام باقياً رده على البائع ثم يكيله على المسلم ، فإن كان أكثر من حقه كانت الزيادة للمسلم إليه ، فإن تلف الطعام فى يد القابض قبل أن يكال عليه ، تلف من ضمانه ، لأنه قبضه لنفسه ، فإن اتفقا على قدره فلا كلام ، وإن اختلفا فى قدره ، فادعى القابض أنه كان دون حقه وادعى مالك الطعام أنه قدر حقه أو أكثر ، فالقول قول القابض مع يمينه ، سواء ادعى نقصاناً قليلا أو كثيراً ، نص عليه الشافعى رضى الله عنه فى الصرف ، لأن الأصل عدم القبض وبقاء الحق فلا تبرأ ذمة من عليه الحق إلا من القدر الذى يقر به القابض ، فإن قيل : كيف سمعت دعوى القابض فى النقصان ، وقد قال الشافعى رضى الله عنه فى المسألة فيصدقه فى كيله ؟ (قلنا) لم يرد الشافعى ، رحمه الله ، أنه اعترف بصحة الكيل ، وإنما هو قبول قول المخبر ، وحمله قوله على الصدق ، فإذا بان له خلافه سمعت دعواه .

قال الشيخ أبو حامد فيما نقله عنه العمرانى فى البيان : (إذا ثبت هذا : فإنه يكون قبضاً فاسداً ، فإن المسلم إذا قبضه ، وكان قدر حقه وزيادة عليه فإنه يملك قدر حقه بالقبض وينتقل الضمان إليه ؛ وتبرأ ذمة البائع عنه) اهـ وهل يجوز للقابض التصرف فيه ؟ نظرت ، فإن أراد أن يتصرف فى الجميع لم يجز ، لأن للبائع فيه تعلقاً ، لأنه ربما إذا كيل خرج زيادة على قدر ما يستحق القابض فلم يصح تصرفه فى الجميع ، فإن أراد أن يبيع منه قدر ما يتحقق أنه له بأن باع نصف قفيز منه وله قفيز ففيه وجهان :

---

(١) القفيز : مكيال معتبر عندهم كانوا يقولون عنه : إنه ثمانية مكاكيك .

(٢) الصبرة : الكومة من أى شىء ، وقد نجد فى أسواق القرى من يبيعون التمر أو العنب أكواماً جزافاً بغير كيل ولا وزن فهذه هى الصبرة .

(الأول) قال أبو إسحاق : يصح ، لأن ذلك الشيء فى ملكه وانتقل الضمان إليه ، ويعلم أنه قدر حقه فجاز بيعه فيه .

(الثانى) قال أبو على ابن أبى هريرة : لا يصح بيعه ، وهو المنصوص فى الصرف عند الشافعى فى الأم ، لأن العلقة باقية بينه وبين البائع فيه ، لأن ماله غير متميز عن مال البائع فلم يصح بيعه .

قالَ المُصَنِّفُ رحمهُ الله تعالى

(فصل) : ﴿ فإن أحاله على رجل له عليه طعام لم يصح لأن الحوالة بيع ، وقد بينا فى كتاب البيوع أنه لا يجوز بيع المسلم فيه قبل القبض ، وإن قال : لى عند رجل طعام فاحضر معى حتى أكتاله لك فحضر واكتاله له لم يجز ، لما روى جابر رضى الله عنه أن النبى ﷺ « نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان ؛ صاع البائع وصاع المشترى » وهذا لم يجر فيه الصاعان ، وهل يصح قبض المسلم إليه لنفسه ؟ فيه وجهان بناء على القولين فيمن باع دين المكاتب فقبض منه المشترى فإن قبض المشترى لنفسه لا يصح وهل يصح القبض للسيد ؟ فيه قولان :

(أحدهما) يصح لأنه قبضه بإذنه فصار كما لو قبضه وكيله .

(والثانى) لا يصح لأنه لم يأذن له فى قبضه له ، وإنما أذن له فى قبضه لنفسه فلا يصير القبض له ، ويخالف الوكيل فإنه قبضه لموكله ، فإن قلنا : إن قبضه لا يصح اكتال لنفسه مرة أخرى ثم يكيله للمسلم ، وإن قلنا : إن قبضه يصح كاله للمسلم ؛ فإن قال : احضر معى حتى أكتاله لنفسى وتأخذه ففعل ذلك صح القبض للمسلم إليه لأنه قبضه لنفسه قبضاً صحيحاً ، ولا يصح للمسلم لأنه دفعه إليه من غير كيل ، وإن اكتاله لنفسه وسلم إلى المسلم وهو فى المكيال ففيه وجهان : (أحدهما) لا يصح لما روى جابر رضى الله عنه أن النبى ﷺ « نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان » وهذا يقتضى كيلا بعد كيل ، وذلك لم يوجد . (والثانى) أنه يصح لأن استدامة الكيل بمنزلة ابتدائه ، ولو ابتدأ بكيله جاز فكذلك إذا استدامه ﴾ .

(**الشرح**) : حديث جابر رواه ابن ماجه والدارقطنى ، ورواه البزار عن أبى هريرة .

(**أما الأحكام**) : فقد قال الشافعى ، رحمه الله تعالى : ولو أسلم فى طعام وباع طعاماً آخر فأحضر المشترى من اكتاله من بائعه وقال : أكتاله لك . لم يجز ، لأنه بيع الطعام قبل القبض . واختلف أصحابنا فى صورة هذه المسألة ، فمنهم من قال : صورتها أن يسلم زيد إلى عمرو فى طعام ، فلما حل الأجل باع زيد الطعام الذى له ذمة عمرو من خالد قبل قبضه ، فإن هذا لا يصح ، لما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه ، أن النبى ﷺ قال : « من أسلف فى شىء فلا يصرفه إلى غيره » ولأن بيع الطعام للمشترى قبل القبض لا يصح ، وإن كان معيناً ، فبأن لا يصح فيه قبل القبض أولى . قال : وتعليله يدل عليه ، لأنه باع ذلك الطعام من آخر . وقال أكثر أصحابنا : ما ذكره القائل صحيح فى الفقه ، ولكن ليس هذا صورة المسألة التى ذكرها الشافعى ، رضى الله عنه ، وإنما صورتها : لزيد طعام فى ذمة عمرو سلم ، وفى ذمة زيد لخالد طعام سلم ، فقال زيد لخالد : احضر اكتيال ما لى عند عمرو لأكتاله لك ، فإنه لا يصح . لما روى جابر ، رضى الله عنه ، أن النبى ﷺ « نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان ، صاع البائع وصاع المشترى » .

ولو كان الشافعى يريد ذلك الطعام لقال : وباع ذلك الطعام آخر ، ولأنه قال بعدها ، ولو قال أكتاله لنفسى وحدَّه بالكيل لم يجز ، ولو كان قد باعه لم يكن لحضوره واكتياله لنفسه معنى ، قالوا : وأما تعليله فإنما أراد أن هذا مثل بيع الطعام قبل القبض ، لأنه يقبضه قبل أن يضمنه بقبضه خالصاً له ، كما لا يجوز بيعه قبل قبضه . إذا ثبت هذا ففيه خمس مسائل :

(الأولى) يقول زيد لخالد احضر معى حتى أكتاله لك ، فاكتاله زيد لخالد من عمرو فلا يصح القبض لخالد وجهاً واحداً لحديث جابر أن النبى ﷺ « نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان ، صاع البائع وصاع المشترى » وهذا لم يجر فيه الصاعان ، ولأنه لا يستحق على عمرو شيئاً فلم يصح القبض له منه ، وهل يصح القبض لزيد من عمرو ؟ فيه وجهان بناء على القولين فى السيد إذا باع نجوم المكاتب ، وقلنا لا يصح البيع فقبض النجوم ، فهل يعتق المكاتب ؟ فيه قولان ، فإن قلنا يصح

قبض زيد ما كاله لخالد مرة ثانية ، وإن قلنا لا يصح قبض زيد لنفسه رد الطعام إلى عمرو ليكيله لزيد ثم يكيله زيد لخالد ، فإن اختلف زيد وعمرو فى المقبوض فالقول قول زيد مع يمينه ، وإنما يقبل قوله مع اليمين إذا كان ما يدعيه محتملا ، فأما إذا ادعى تفاوتاً كثيراً لم يقبل قوله ، لأن هذا القدر لا يتفاوت كثيراً ، وهكذا لو اختلف زيد وخالد فيما قبض خالد ، فالقول قول خالد مع يمينه ، إذا كان ما يدعيه تفاوتاً يسيراً ، وإن كان تفاوتاً كثيراً لم يقبل قوله ، لأن مثل ذلك لا يتفاوت .

(المسألة الثانية) أن يقول زيد لخالد : اذهب فاكتل لنفسك من عمرو ففعل ، فإن قبض خالد لنفسه لا يصح وجهاً واحداً لأنه لا شيء له فى ذمة عمرو .

وهل يصح قبض خالد من عمرو لزيد ؟ على الوجهين طبقاً لما ذكرناه فى المسألة الأولى .

(المسألة الثالثة) أن يقول زيد لخالد احضر معى حتى أكتال من عمرو لنفسى ثم يأخذ بذلك الكيل فحضرا فاكتاله زيد لنفسه ثم سلمه زيد إلى خالد جزافاً من غير كيل صح قبض زيد لنفسه لأنه قبضه لنفسه قبضاً صحيحاً ولا يصح قبض خالد من زيد لأنه قبضه من غير كيل .

(المسألة الرابعة) إذا اكتاله زيد لنفسه من عمرو ، ثم كاله زيد لخالد مرة ثانية صح القبضان ، لأن الطعام قد جرى فيه الصاعان .

(المسألة الخامسة) أن يكتاله زيد لنفسه من عمرو ثم يسلمه إلى خالد عما عليه له ، وهو فى المكيال ، فإن قبض زيد لنفسه من عمرو صحيح ، وهل يصح قبض خالد من زيد ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يصح لحديث جابر « حتى يجرى فيه الصاعان » وهذا يقتضى كيلا بعد كيل . (والثانى) يصح لأن استدامة الكيل بمنزلة ابتدائه ، بدليل أنه لو أسلم إليه بذهب طعاماً ، فابتدأ المسلم إليه وكاله للمسلم صح ، ولو كان الطعام فى الذهب عند المسلم فسلمه إليه صح . فكذلك هاهنا ، والله أعلم .

قال المصنِّفُ رحمهُ الله تعالى

(فصـل) : ﴿ وإن دفع المسلم إليه إلى المسلم دراهم وقال : اشتر لى بها مثل ما لك على واقبضه لنفسك ففعل لم يصح قبضه لنفسه ، وهل يصح للمسلم إليه على الوجهين المبنيين على القولين فى دَين المكاتب ، فإن قال : اشتر لى واقبضه لى ثم اقبضه لنفسك ففعل صح الشراء والقبض المسلم إليه ولا يصح قبضه لنفسه لأنه لا يجوز أن يكون وكيلا لغيره فى قبض حق نفسه ﴾ .

(**الشـرح**) : الأحكام : لو كان لزيد فى ذمة عمرو طعام من سلم فدفع عمرو إلى زيد دراهم وقال اشتر بها لنفسك طعاما مثل الطعام الذى لك علىّ ففعل لم يجز ، لأن الدراهم ملك لعمرو فلا يجوز أن تكون ـ عوضاً ـ ملكا لزيد ، فإن اشترى الطعام بقيمة الدراهم لم يصح الشراء ، وإن اشترى زيد الطعام بدراهم فى ذمته ثم سلم تلك الدراهم عما فى ذمته صح الشراء لنفسه ولا تبرأ ذمته بتسليم تلك الدراهم لأنه لا يملكها وعليه ضمانها . وإن قال عمرو لزيد اشتر بها لى طعام واقبضه لنفسك فإن الشراء يصح لعمرو لأنه اشتراه له ، ولا يصح القبض لزيد لأنه لا يصح أن يكون قابضا لنفسه من نفسه . وهل يصح القبض لعمرو ؟ فيه وجهان كالوجهين فى المسألة قبلها .

(**فرع**) : وإن كان لزيد فى ذمة عمرو طعام من جهة القرض ، ولخالد فى ذمة زيد طعام من جهة السلم ، وأحال زيد خالداً بالطعام الذى له عليه على عمرو لم تصح الحوالة ، لأن خالداً يبيع طعامه الذى له على زيد من السلم بالطعام الذى لزيد من جهة القرض ، وقد بينا أن بيع المسلم فيه قبل القبض لا يصح ، فالفساد ها هنا من جهة خالد ؛ فإن كان الطعامان من جهة القرض ، فهل تصح الحوالة بهما ؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد (أحدهما) يصح . وهو الصحيح . لأن بيع العوض قبل القبض يصح ، وكل واحد قرض ، وكل واحد منهما مستقر فى الذمة فجاز أن يعتاض من ذمة إلى ذمة بخلاف السلم ، والباقى لا يصح لأن الحوالة لو صحت فى الطعام إذا كان من جهة القرض لصحت وإن كانت من جهة البيع كالدراهم والدنانير لما جازت الحوالة بهما ؛ إذا كانا من جهة القرض جازت أيضاً إذا كانا من جهة البيع ، فلما لم تجز الحوالة بالطعام إذا كان من جهة البيع لم تجز إذا كان من جهة القرض .

(**فرع**) : ولا تجوز التولية والشركة فى المسلم فيه قبل القبض ، والشركة أن يقول لغيره أشركتك فى النصف المسلم فيه بنصف الثمن ، فيكون ذلك بيعاً لنصف المسلم فيه . والتولية أن يقول « وليتك بجميع الثمن أو وليتك نصفه بنصف الثمن .

(**فرع**) : ذكر الشافعى فى الصرف أربع مسائل : (الأولى) لو كان فى ذمة رجل لغيره طعام ، فسأل من عليه الطعام من له الطعام أن يبيعه طعاماً بشرط أن يقبض ما له عليه منه فباعه منه بهذا الشرط ، فالبيع باطل ، لأن هذا تبايع بمقتضى العقد فأبطله . (الثانية) إذا اشترى منه طعاما مطلقاً وسها أن يقبضه منه صح البيع لأنه بيع مطلق . (الثالثة) أن يقول من له الطعام لمن عليه : اقض مالى عليك على أن أبيعك فقضاه صح ، لأن هذا قبض مستحق عليه ، فإذا قضاه وقع عن المقبوض والقابض بالخيار بين أن يبيعه منه أو لا يبيعه ، لأن هذا وعد وعده ، فكان بالخيار فى الوفاء به . (الرابعة) أن يقول من له الطعام : اقضنى أكثر مما أستحقه ، أو أجود منه بشرط أن أبيعه منك فقضاه كذلك لم يصح القبض ، لأن هذا مستحق عليه فكان قبضا فاسداً ، فيجب عليه أن يرد الزيادة ، وإن قضاه من غير جنس حقه رده وأخذ قدر حقه من جنسه ، ثم إن شاء باعه منه ، وإن شاء لم يبعه والله أعلم .

قَالَ المصَنفُ رحِمَهُ الله تعَالى

(فصل) : إذا قبض المسلم فيه ووجد به عيباً فله أن يرده لأن إطلاق العقد يقتضى مبيعاً سليما فلا يلزمه قبول المعيب فإن رد ثبت له المطالبة بالسليم لأنه أخذ المعيب عما فى الذمة فإذا رده رجع إلى ماله فى الذمة وإن حدث عنده عيب رجع بالأرش لأنه لا يمكنه رده ناقصا عما أخذ ولا يمكن إجباره على أخذه مع العيب فوجب الأرش ﴾ .

(**الشرح**) : الأحكام : إذا قبض المسلم المسلم فيه فوجد به عيباً فهو بالخيار بين أن يرضى به معيبا وبين أن يرده ويطالب بالمسلم فيه سليما ، لأن إطلاق العقد يقتضى التسليم ، فإذا أخذ المعيب ورده رجع إلى الذى فى ذمة المسلم إليه ، وإن حدث عند المسلم بالمقبوض عيب آخر فله أن يطالب بأرش العيب الموجود قبل القبض إلا أن يرضى المسلم إليه بأخذه معيبا فلا يثبت للمسلم المطالبة بالأرش .

وقال أبو حنيفة رحمه الله : ليس للمسلم المطالبة بالأرش لأن رجوعه بالأرش أخذ عوض عن الجزء الفائت ، وبيع المسلم فيه لا يجوز ، دليلنا أنه عوض يجوز رده بالعيب فإذا سقط الرد لحدوث عيب ثبت له الرجوع بالأرش كبيع الأعيان . وأما قوله إن الرجوع بالأرش أخذ عوض عن الجزء الفائت ، وبيع المسلم فيه لا يجوز مثل القبض فغير صحيح ، لأن بيع المبيع المعين قبل القبض لا يصح وقد جاز أخذ الأرش عنه ، ولأن ذلك فسخ العقد فى الجزء الفائت ، وليس ببيع ، ولهذا يكون بحسب الثمن المسمى فى العقد .

قَالَ المُصنف رَحمَه الله تعَالى

(فصل) : ﴿ فإن أسلم فى ثمرة فانقطعت فى محلها أو غاب المسلم إليه فلم يظهر حتى نفدت الثمرة ففيه قولان (أحدهما) أن العقد ينفسخ لأن المعقود عليه ثمرة هذا العام ، وقد هلكت فانفسخ العقد كما لو اشترى قفيزاً من صبرة فهلكت الصبرة (والثانى) أنه لا ينفسخ لكنه بالخيار بين أن يفسخ وبين أن يصبر إلى أن توجد الثمرة فيأخذ لأن المعقود عليه ما فى الذمة لا ثمرة هذا العام ، والدليل عليه أنه لو أسلم إليه فى ثمرة عامين ، فقدم فى العام الأول ما يجب له فى العام الثانى جاز ، وما فى الذمة لم يتلف وإنما تأخر فثبت له الخيار كما لو اشترى عبداً فأبق ﴾ .

(الشرح) : الأحكام : إذا أسلم فى شىء مؤجل إلى وقت : الغالب فيه وجود المسلم فيه فى ذلك الوقت فجاء ذلك الوقت ولم يوجد ذلك الشىء كالثمرة إذا انقطعت أو تعذر القبض حتى نفد ذلك الشىء المسلم فيه ، ففيه قولان : (أحدهما) ينفسخ السلم ، لأن المعقود عليه قد تعذر تسليمه فانفسخ العقد كما لو اشترى منه قفيزاً من صبرة فتلفت الصبرة قبل القبض ولأنه لو أسلم إليه فى ثمرة بلد معين كبغداد أو أسيوط صح السلم ، ولم يكن للمسلم إليه أن يدفع إليه من ثمرة غير أسيوط أو بغداد ، فكذلك إذا أسلم إليه فى ثمرة عام لم يكن له أن يدفع إليه من ثمرة غير ذلك العام .

(والقول الثانى) : لا ينفسخ السلم ولكن يثبت للمسلم الخيار بين أن ينفسخ العقد وبين أن لا ينفسخ ويصبر إلى أن يوجد المسلم فيه ، وبه قال أبو حنيفة رحمه الله ، وهو الصحيح لأن المعقود عليه فى الذمة لم يتلف ، بدليل أنه لو أسلم إليه فى الرطب من

ثمرة عامين فقدم المسلم إليه فى العام الأول ما يجب فيه ، وفى العام الثانى جاز . وإن انقطع بعض المسلم فيه ووجد البعض ، فإن قلنا : السلم ينفسخ إذا عدم جميع المسلم فيه انفسخ السلم ها هنا فى قدر المفقود المسلم فيه وهل ينفسخ فى الموجود منه فيه طريقان ، كما قلنا فيمن اشترى بقرتين فتلفت إحداهما قبل القبض ، من أصحابنا من قال : فيه قولان ، ومنهم من قال : لا ينفسخ قولا واحداً .

فإذا قلنا : ينفسخ فلا كلام ، وإذا قلنا : لا ينفسخ ثبت للمسلم الخيار فى الفسخ ، لأن الصفقة تفرقت عليه ، فإن فسخ فلا كلام ، وإن لم يفسخ أخذ الموجود ، وهل يأخذه بجميع الثمن أو بحصته ؟ فيه قولان حكاهما الشيخ أبو حامد وابن الصباغ . قلت : وعلى قياس ما ذكره المصنف أنه يأخذه بحصته من الثمن وهو رأس مال السلم قولا واحداً ، فإذا قلنا : يأخذه بحصته فهل للمسلم إليه الخيار ؟ فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ . وإن قلنا : إن المسلم فيه إذا نقطع جميعه لا ينفسخ ، بل يثبت للمسلم الخيار ، ثبت له أيضاً هاهنا الخيار ليأخذ بعض حقه ، فإن اختار فسخ السلم فى المفقود والموجود جاز ليفرق حقه عليه ، وإن اختار أن يفسخ السلم فى المفقود ويقره فى الموجود فهل له ذلك ؟ فيه قولان بناء على القولين فى تفريق الصفقة ، فإن قلنا : يجوز فسخ السلم فى المفقود ، فبكم يأخذ الموجود ؟ فعلى ما مضى من قولنا حكاية عن الشيخ أبى حامد وابن الصباغ والله تعالى أعلم .

قَالَ المُصنف رَحمَه الله تعَالى

(فصل) : ﴿ يجوز فسخ عقد السلم بالإقالة لأن الحق لهما ، فجاز لهما الرضا بإسقاطه ، فإذا فسخا أو انفسخ بانقطاع الثمرة فى أحد القولين أو بالفسخ فى القول الآخر رجع المسلم إلى رأس المال ، فإن كان باقياً وجب رده ، وإن كان تالفاً ثبت بدله فى ذمة المسلم إليه ، فإن أراد أن يسلمه فى شىء آخر لم يجز لأنه بيع دين بدين ، وإن أراد أن يشترى به عيناً نظرت ، فإن كان تجمعهما علة واحدة فى الربا كالدراهم بالدنانير ، والحنطة بالشعير لم يجز أن يتفرقا قبل القبض ، كما لو أراد أن يبيع أحدهما بالآخر عيناً بعين ، وإن لم تجمعهما علة واحدة فى الربا كالدراهم بالحنطة والثوب بالثوب . ففيه وجهان : (أحدهما) : يجوز أن يتفرقا من غير قبض

كما يجوز إذا باع أحدهما بالآخر عينا بعين أن يتفرقا من غير مقبض (والثانى) : لا يجوز ، لأن المبيع فى الذمة فلا يجوز أن يتفرقا قبل عوضه كالمسلم فيه والله تعالى أعلم ﴾ .

(**الشـرح**) : الأحكام : الإقالة فسخ وليست ببيع على المشهور من المذهب سواء كان قبل القبض وبعده ، وبه قال أبو حنيفة رحمه الله ، لأنه يقول : هى بيع فى حق غير المتعاقدين ، فتثبت بها الشفعة ، وقال أبو يوسف ، رحمه الله : إن كان قبل القبض فهى فسخ وإن كان بعد القبض فهى بيع ، وقال مالك رحمه الله ، هى بيع بكل حال . وحكى القاضى أبو الطيب أنه قول قديم للشافعى ، رحمه الله ، وأما أبو حامد فحكاه وجهاً لبعض أصحابنا . دليلنا أن المبيع عاد إلى البائع بلفظ لا ينعقد به البيع ، فكان فسخاً كالرد بالعيب .

إذا ثبت هذا : فإن سلم رجل إلى غيره شيئاً فى شىء ثم تقايلا فى عقد السلم صح ، وقد وافقنا مالك ، رحمه الله ، على ذلك وهذا أوضح دليل على أن الإقالة فسخ ، لأنها لو كانت بيعاً لما صح فى المسلم فيه قبل القبض ، كما لا يصح بيعه ، وإن أقاله فى بعض المسلم صح فى القدر الذى أقاله .

وقال ابن أبى ليلى : يكون إقالة فى الجميع . وقال ربيعة ومالك لا يصح ، دليلنا أن الإقالة مندوب إليها بدليل قوله ﷺ : « من أقال نادماً فى بيع أقاله الله نفسه يوم القيامة » وما جاز فى جميع المبيع جاز فى بعضه كالإبراء والإنظار ، وإن أقاله بأكثر من الثمن أو بأقل منه إلى جنس آخر لم تصح الإقالة ، وقال أبو حنيفة : تصح الإقالة : ويجب رد الثمن المسمى فى العقد ، دليلنا أن المسلم والمشترى لم يسقط حقه من المبيع إلا بشرط العوض الذى شرطه ، فإذا لم يصح له العوض لم تصح له الإقالة ، كما لو اشترى منه داره بألف بشرط العوض الذى شرطه ، فإذا لم يصح له العوض لم تصح له الإقالة ؛ كما لو اشترى منه داره بألف بشرط أن يبيعه سيارته بألف .

(**فـرع**) : قال السيوطى فى الأشباه والنظائر : السلم يتطرق إليه الفسخ بالإقالة وانقطاع المسلم فيه عند الحلول ووجود المسلم إليه فى مكان غير محل التسليم ولنقله مؤنه . جاء هذا فى القاعدة الخامسة فى فسوخ البيع والله أعلم .

(**فـرع**) : وإن ضمن ضامن عن المسلم إليه المسلم فيه ثم إن الضامن صالح المسلم عما فى ذمة المسلم إليه بمثل رأس مال السلم يصح الصلح ، ولأن الضامن

لا يملك المسلم فيه فيعوض عنه ، فأما إذا أكد المسلم إليه بمثل رأس مال السلم . قال أبو العباس صح الصلح وكان إقالة ، لأن الإقالة هو أن يشترى ما دفع ويعطى ما أخذ . وهذا مثله .

(فرع) : وإذا انفسخ عقد السلم بالفسخ أو الانفساخ سقط المسلم فيه عن ذمة المسلم إليه ، ورجع المسلم إلى رأس مال السلم ، فإن كان باقياً أخذه ، وإن كان تالفاً رجع إلى مثله إن كان له مثل ، وإن كان لا مثل له رجع إلى قيمته ، وإن أراد أن يسلم فى شيء آخر لم يجز لأنه بيع دين بدين ، وإن أراد أن يأخذ ما هو من جنسه جاز أن يأخذ مثله ، ولم يجز أن يأخذ أكثر منه ولا أقل منه ، ولا يصح أن يتفرقا قبل قبضه ، وإن أراد أن يأخذ عنه من غير جنسه إلا أنه لا يصح أن يتفرقا قبل قبضه كما قلنا فى البيع ، وإن أراد أن يأخذ منه عوضاً ليس من أموال الربا ، كالثياب والدواب ، أو كان رأس المال من غير أموال الربا صح ذلك أيضاً .

وهل يشترط فيه القبض قبل التفرق ؟ فيه وجهان : (أحدهما) أنه يشترط ذلك ؛ فلا يفترقان والعوض والمعوض فى ضمان واحد . (والثانى) لا يشترط ذلك ، كما لو اشترى أحدهما بالآخر ، وإن اختلفا فى قدر رأس مال السلم ، فالقول قول المسلم إليه مع يمينه ، لأن الأصل براءة ذمته مما زاد على ما أقر به ، وإن اختلفا فى قدر المسلم فيه أو الأجل أو فى قدره تحالفا ، اتفقا على الأجل واختلفا فى انقضائه وادعى المسلم انقضاء الأجل ، وادعى المسلم إليه بقاءه ، فالقول قول المسلم إليه مع يمينه لأن الأصل بقاؤه . والله أعلم .

قَالَ المصَنفُ رحِمَهُ الله تعَالى

باب القرض

﴿ القرض قربة مندوب إليه لما روى أبو هريرة ، رضى الله عنه ، إن النبى ﷺ قال : « من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ، والله فى عون العبد مادام العبد فى عون أخيه » . وعن أبى الدرداء رضى الله عنه أنه قال : « لأن أقرض دينارين ثم يردا ثم أقرضهما أحب إلىّ من أن أتصدق بهما » وعن ابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهما أنهما قالا : « قرض مرتين خير من صدقة مرة » .

(فصـــل) : ﴿ولا يصح إلا من جائز التصرف لأنه عقد على المال فلا يصح إلا من جائز التصرف كالبيع ، ولا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول لأنه تمليك آدمي فلم يصح من غير إيجاب وقبول كالبيع والهبة ؛ ويصح بلفظ القرض والسلف لأن الشرع ورد بهما ، ويصح بما يؤدى معناه ، وهو أن يقول ملكتك هذا على أن ترد علىّ بدله . فإن قال ملكتك ولم يذكر البدل كان هبة ، فإن اختلفا فيه فالقول قول الموهوب له لأن الظاهر معه ؛ فإن التمليك من غير ذكر عوض هبة فى الظاهر ، وإن قالوا : أقرضتك ألفاً وقبل وتفرقا ثم دفع إليه ألفاً ، فإن لم يطل الفصل جاز لأن الظاهر أنه قصد الإيجاب ، وإن طال الفصل لم يجز حتى يعيد لفظ القرض لأنه لا يمكن البناء على العقد مع طول الفصل ﴾ .

(الشـرح) : حديث أبى هريرة رضى الله عنه رواه مسلم بلفظ « من نفس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ، ومن يسر على معسر يسر الله عليه فى الدنيا والآخرة . ومن ستر مسلماً ستره الله فى الدنيا والآخرة . والله فى عون العبد ما كان العبد فى عون أخيه . ومن سلك طريقا يلتمس فيه علما سهل الله له به طريقاً إلى الجنة . وما اجتمع قوم فى بيت من بيوت الله تعالى يتلون كتاب الله تعالى ويتدارسونه بينهم إلا نزلت عليهم السكينة وغشيتهم الرحمة وحفتهم الملائكة ، وذكرهم الله فيمن عنده ، ومن بطّأ به عمله لم يسرع به نسبة » وفى حديث طويل عن ابن عمر رضى الله عنه : « ومن فرج عن مسلم كربة فرج الله عنه بها كربة من كرب يوم القيامة . ومن ستر مسلماً ستره الله يوم القيامة » رواه البخارى ومسلم . والأثر عن أبى الدرداء فى مسند أحمد .

وأما ما روى عن ابن مسعود فقد جاء مرفوعا وموقوفا بلفظ « ما من مسلم يقرض مسلماً قرضاً مرتين إلا كان كصدقتها مرة » المرفوع رواه ابن ماجه . وفى إسناده سليمان ابن بشير وهو متروك . وقال الدارقطنى « الصواب أنه موقوف على ابن مسعود وأما حديث أنس فقد أخرجه ابن ماجه مرفوعا ونصه « رأيت ليلة أسرى بى على باب الجنة مكتوباً : الصدقة بعشر أمثالها والقرض بثمانية عشر فقلت : يا جبرائيل ما بال القرض أفضل من الصدقة قال : لأن السائل يسأل وعنده ، والمستقرض لا يستقرض إلا من حاجة » وفى إسناده خالد بن يزيد بن عبد الرحمن الشامى . قال : النسائى

« ليس بثقة » وهو باب من أبواب البر لقوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى » وقد كان القرض خيراً من الصدقة لأنها قد تدفع إلى من هو غنى عنها ، أما القرض فلا يسأله إنسان إلا وهو يحتاج إليه .

أما اللغات : فالقرض القطع والقرض فى المكان العدول عنه ، ومنه قوله تعالى : « وإذا غربت تقرضهم ذات الشمال » وقرضت الوادى جزته ، وقرض فلان مات ، وقرضت الشعر نظمته . قال ابن دريد : (وليس فى الكلام يقرض على وزن ينصر ألبتة وإنما الكلام على وزن يضرب) والقرض ما تعطيه غيرك من المال لتقضاه ، والجمع قروض ، واستقرض طلب القرض واقترض أخذه . ولأنه قطع له من ماله قطعة .

أما الأحكام : فإن القرض مندوب إليه ، يعنى مأمور به من غير إيجاب .

ولا يصح القرض إلا من جائز التصرف فى المال ، لأنه عقد على المال فلا يصح إلا من جائز التصرف فيه كالبيع ، ولا يصح إلا بالإيجاب والقبول ؛ لأنه تمليك آدمى فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالبيع والهبة . وفيه احتراز من العتق ؛ وينعقد بلفظ القرض والسلف لأنه قد ثبت له عرف الاستعمال ؛ ويمكن انعقاده بما يؤدى معنى ذلك . فإن قال : ملكتك هذا على أن ترد إلى بدله كان قرضاً . وإن قال : ملكتك هذا ولم يذكر البدل فهو هبة ، وإن اختلفا فيه فالقول قول الموهوب له لأن الظاهر معه ، ولأن التمليك من غير عوض هبة .

وأركان القرض أربعة : العاقدان ، والصيغة ، والشيء المُقْرَضُ ، فلا يصح إلا من أهل التبرع ، وأما الصيغة فالايجاب لا بد منه وهو أن يقول : أقرضتك أو أسلفتك أوخذه واصرفه فى حوائجك وردَّ بدله ، أو ملكتك على أن ترد بدله ، فلو اقتصر على « ملكتكه » فهو هبة ، فإن اختلط فى ذكر البدل فالقول قول الآخذ .

قال النووى رحمه الله : وحكى وجه أن القول قول الدافع ، وهو متجه ، وفى التتمه وجه أن الاقتصار على (مَلَّكْتُكَهُ) قرض والله أعلم .

قَالَ المصَنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصـل) : ﴿ وإن كتب إليه وهو غائب أقرضتك هذا ، أو كتب إليه بالبيع ففيه وجهان (أحدهما) ينعقد لأن الحاجة مع الغيبة داعية إلى الكتابة . (والثانى) لا ينعقد لأنه قادر على النطق فلا ينعقد عقده بالكتابة ، كما لو كتب وهو حاضر ، وقول القائل الأول إن الحاجة داعية إلى الكتابة لا يصح لأنه يمكنه أن يوكل من يعقد العقد الأول بالقول ﴾ .

(الشـرح) : الأحكام : إن كتب إليه وهو غائب إلى آخر الصورة التى حكاها المصنف فى انعقاد القرض وصحته وجهان (أصحهما) ينعقد ، لأنا قلنا فى الفصل قبله : ويمكن انعقاده بما يؤدى معنى ذلك ، ولأنه عقد ارفاق وقربة .

والشرع لا يرد بتحريم المصالح التى لا مضرة فيها ؛ بل بمشروعيتها ، ولأن هذا ليس بمنصوص على تحريمه ، ولا فى معنى المنصوص فوجب الإبقاء على الإباحة . وقد أصبح علم الكتابة وحركة اليد بالقلم وضبط الزوايا وحركة القلم على الورق من الفنون التى لها خبراؤها فى المحاكم ويمكن للخبير أن يميز كل خط ثم ينسبه إلى صاحبه الذى كتبه ، وأصبحت التوقيعات والامضاءات أهم البينات وأعظمها فى الإثبات ولذا كان للعرف حكمه وللعصر وتطوره أثره فى نظرة الفقه إلى حكم الكتابة فإن الكتابة إذا توجت بالتوقيع والإمضاء كانت بينة يتحتم الحكم بموجبها إلا إذا طعن المدعى عليه بالتزوير فيها وهنا يحيل القاضى السند (موضوع الدعوى) إلى خبير الخطوط . وهو يقوم مقام الشاهد فى الدعاوى وفى هذا المقام بحث فى الأوراق المالية نسوقه فيما يلى :

إن الأوراق التجارية هى الكمبيالة والسند الإذنى ، فأما الكمبيالة فهى صك يأمر فيه الساحب شخصاً يسمى المسحوب عليه بدفع مبلغ من النقود فى تاريخ معين لإذن شخص معين أو لحامل الصك ويطلق عليه المستفيد . والسند الإذنى صك يتعهد فيه شخص يسمى المحرر بدفع مبلغ معين فى تاريخ معين لإذن شخص آخر يسمى المستفيد وظاهر من ذلك أن هناك فرقًا بين الكمبيالة والسند الإذنى ، فبينما تقوم الكمبيالة على وجود أشخاص ثلاثة هم الساحب والمسحوب عليه والمستفيد فإن السند الإذنى يفترض وجود شخصين فقط هما المحرر والمستفيد . أما الشيك فهو صك يأمر فيه الساحب المسحوب

عليه بدفع مبلغ من النقود من حسابه لديه إما إلى الساحب نفسه وإما إلى شخص آخر وإما لحامله ويشبه الشيك الكمبيالة من حيث وجود أشخاص ثلاثة لكل منهما هم الساحب والمسحوب عليه والمستفيد ، ولكن يختلف الشيك عن الكمبيالة فى أن الأول أداة وفاء وتقوم مقام النقود ولذلك يقتضى حصول الدفع بمجرد الاطلاع . فى حين أن الكمبيالة أداة ائتمان ووفاء ولذلك يختلف فيها تاريخ السحب عن تاريخ الوفاء ، وقد بينت المادة الثانية من القانون التجارى حكم المواد التجارية بالنسبة للكمبيالة والسند الإذنى ولكنها سكتت عن الكلام على الشيك (راجع القانون التجارى للدكتور على حسن يونس) .

على أنا إذا أجزنا الحكم بالسند الإذنى والشيك والكمبيالة فى إثبات الحقوق فإنما نستمد ذلك من أصل عظيم وهو أمره تبارك وتعالى بكتابة الدَّين فى آية الدَّين ونهيه الكاتب عن إباء الكتابة ، ولا يستطيع أحد فى عصرنا هذا أن ينكر الحقوق المستندة إلى وثيقة أمضاها بيده .

قال المصنِّفُ رحمهُ اللهُ تعالى

(فصـل) : ﴿ ولا يثبت فيه خيار المجلس وخيار الشرط ، لأن الخيار يراد للفسخ وفى القرض يجوز لكل واحد منهما أن يفسخ إذا شاء فلا معنى لخيار المجلس وخيار الشرط ولا يجوز شرط الأجل فيه لأن الأجل يقتضى جزءاً من العوض والقرض لا يحتمل الزيادة والنقصان فى عوضه فلا يجوز شرط الأجل فيه ويجوز شرط الرهن فيه ، لأن النبى ﷺ « رهن درعه على شعير أخذه لأهله » ويجوز أخذ الضمين فيه لأنه وثيقة فجاز فى القرض كالرهن ﴾ .

(**فصـل**) : الحديث رواه أحمد والبخارى والنسائى وابن ماجه عن أنس .

(**أما أحكام الفصل**) : فإنه لا يثبت فى القرض خيار المجلس ولا خيار الشرط ، لأن الخيار يراد للفسخ وكل واحد منهما يملك فسخ القرض متى شاء . فلا معنى لإثبات الخيار قال السيوطى فى الأشباه والنظائر فى القاعدة الخامسة : « القرض يتطرق إليه الفسخ بالرجوع فيه قبل التصرف » اهـ . ولو أقرضه شيئاً إلى أجل مَّا ، يلزم الأجل وكان حالا ، وهكذا لو كان له عنده عقد له ثمن حال فأجله ، أو كان مؤجلا فزاد فى أجله لم يلزم ذلك .

وقال مالك : يدخل الأجل فى ابتداء القرض بأن مقبوضه إلى أجل ، ويدخل فى انتهائه بأن يقرضه حالا ثم يؤجله له فيتأجل ، ووافقنا أبو حنيفة أن الأجل لا يدخل فى القرض . وأما الثمن الحال فيتأجل بالتأجيل .

دليلنا على مالك رحمه الله تعالى أن الأجل يقتضى جزءاً من القرض ، والقرض لا يحتمل الزيادة والنقصان فى عوضه فلم يجز شرط الأجل فيه ، وأما الدليل على أبى حنيفة فقوله ﷺ « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل » وتأجيل الحال ليس فى كتاب الله تعالى فكان باطلا ، ولأنه حق مستقرفلم يتأجل بالتأجيل كالقرض .

وقولنا (مستقر) احتراز من الثمن فى مدة الخيار ، ولأنه إنظار تبرع فلم يلزمه ، كالمرأة إذا وجدت زوجها عنينا فأجلته ثم رجعت من ذلك ، فإن لها ذلك وقال أصحاب أحمد : لا يجوز له الرجوع لأن العقد لازم فى حق المقرض جائز فى حق المقترض ، فلو أراد المقرض الرجوع فى عين ماله لم يملك ذلك . وقال الشافعى رحمه الله : له ذلك ، لأن كل ما يملك المطالبة بمثله ملك أخذه إذا كان موجوداً كالمغصوب والعارية .

(**فرع**) : يجوز شرط الرهن فى القرض ، لأن النبى ﷺ « رهن درعاً عند يهودى بالمدينة وأخذ منه شعيراً لأهله » ولحديث عائشة أن النبى ﷺ « اشترى طعاماً من يهودى إلى أجل ورهنه درعاً من حديد » وفى رواية « توفى ودرعه مرهونة عند يهودى بثلاثين صاعاً من شعير » أخرجهما البخارى ومسلم ولأحمد والنسائى وابن ماجه مثله من حديث ابن عباس . قال ابن تيمية أبو البركات « وفيه من الفقه جواز الرهن فى الحضر ومعاملة أهل الذمة » وسيأتى تفصيل ذلك فى الرهن .

قالَ المُصَنِّفُ رحمهُ الله تعالى

(فصل) : ﴿ وفى الوقت الذى يملك فيه وجهان (أحدهما) أنه يملكه بالقبض لأنه عقد يقف التصرف فيه على القبض فوقف الملك فيه على القبض كالهبة فعلى هذا إذا كان القرض حيوانا فنفقته بعد القبض على المستقرض فإن اقترض أباه وقبضه عتق عليه . (والثانى) أنه لا يملكه إلا بالتصرف بالبيع والهبة والإتلاف لأنه لو ملك قبل التصرف لما جاز للمقرض أن يرجع فيه بغير رضاه ، فعلى هذا تكون نفقته على المقرض فإن اقترض أباه لم يعتق عليه قبل أن يتصرف فيه . واختلف أصحابنا فيمن قدم طعاما إلى رجل

ليأكله على أربعة أوجه (أحدها) أنه يملكه بالأخذ (والثانى) أنه يملكه بتركه فى الفم (والثالث) أنه يملكه بالبلع (والرابع) أنه لا يملكه بل يأكله على ملك صاحب الطعام ﴾ .

(الشـرح) : الأحكام : متى يملك المستقرض العين التى استقرضها ؟ قال فى الروضة (فصل فيما يملك به المقرض (بفتح الراء) قولان منتزعان من كلام الشافعى رضى الله عنه أظهرهما بالقبض والثانى بالتصرف ، فإن قلنا : بالقبض ، فهل للمقرض أن يلزمه رده بعينه ما دام باقيا ، أم للمستقرض رد بدله مع وجوده ؟ فيه وجهان من أصحابنا من قال : لا يملكها إلا بالتصرف بالبيع أو الهبة أو يتلفها أو تتلف فى يده ، لأن المقرض له أن يرجع فى العين ولأن المستقرض له أن يردها ، ولو ملكها المستقرض بالقبض لم يملك واحد منهما فسخ ذلك فعلى هذا إن استقرض حيواناً كانت نفقته على المقرض إلى أن يتلفه المستقرض . قوله : فإن اقترض أباه ؛ قال أحمد : أكره قرضهم ؛ وقال ابن قدامة : يحتمل كراهية تنزيه ، ويصح قرضهم ، وهو قول ابن جريج والمزنى لأنه مال يثبت فى الذمة سلماً فصح قرضه كسائر الحيوان ، ويحتمل أنه أراد كراهة التحريم ، فلا يصح قرضهم . اختاره القاضى ، ويصح قرض العبيد دون الإماء ، وهو قول مالك والشافعى إلا أن يقرضهن من ذوى محارمهن ، لأن الملك بالقرض ضعيف ، وسيأتى بيان ذلك إن شاء الله . ومنهم من قال : يملكها المستقرض بالقبض . قال الشيخ أبو حامد : وهو الصحيح ، لأنه بالقبض يملك التصرف فيها فى جميع الوجوه ، فلو لم يملكها بالقبض لما ملك التصرف فيها بما فيه حظ ، وبما لا حظ فيها .

وأما الرجوع فى العين المقترضة ، فلا خلاف بين أصحابنا أن للمستقرض أن يردها على المقرض، أما المقرض فهل له أن يرجع فيها وهى فى يد المستقرض ؟ فإن قلنا إن المستقرض لا يملكها إلا بالتصرف فللمقرض أن يرجع فيها ، ومنهم من قال للمقرض أن يرجع فيها بكل حال ، وهو المنصوص عليه فى الأم .

ولا يكون جواز رجوع المقرض فيها مانعاً من ثبوت الملك للمستقرض فيها قبل التصرف ، ألا ترى أن الأب إذا وهب لابنه هبة وأقبضه إياها فإن الابن قد ملكها ؛ وللأب أن يرجع فيها ، وكذلك إذا اشترى سلعة بسلعة ثم وجد كل واحد منهما بما صار إليه عيبا ، فإن لكل واحد منهما أن يرجع فى سلعته ، وإن كانت ملكاً للآخر ، ويبطل بما لو تصرف

هذا المستقرض بالعين المستقرض ثم رجعت إليه ، فإن للمقرض أن يرجع فيها ، ولا يدل ذلك على أن المستقرض لم يكن مالكاً للعين وقت التصرف فيها ، فعلى هذا إذا اقترض حيوانًا وقبضه كانت نفقته على المستقرض ، وإن اقترض أباه وقبضه عتق عليه .

(فرع) : واختلف أصحابنا فيمن قدم إلى غيره طعاماً ؛ وأباح له أكله حتى يملكه المقدم إليه ، فمنهم من قال : يملكه بالتناول ، فإذا أخذ لقمة بيده ملكها ، كما إذا وهبه شيئاً وأقبضه إياه ، فعلى هذا لو أراد المقدم أن يسترجعها منه بعد أن يأخذها بيده لم يكن له ذلك . ومنهم من قال : يملكه بتركه فى الفم ، فعلى هذا للمقدم أن يرجع فيه ما لم يتركه المقدم إليه فى فمه ، ومنهم من قال : لا يملكه إلا بالبلع . والرابع الذى حكاه المصنِّف أنه لا يملكه بالأكل ، بل بأكله وهو على ملك صاحبه ، فإذا قلنا إن المقدم إليه ملكه بأخذه باليد أو بتركه فى الفم ، فهل له أن يبيح لغيره أو يتصرف فيه بغير ذلك ؟ فيه وجهان . قال عامة أصحابنا : لا يجوز له ذلك ، لأنه أباح له انتفاعًا مخصوصًا ، فهل يجوز له أن ينتفع به بغيره كما لو أعاره ثوباً لم يكن له أن يعيره .

وقال الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب : له أن يفعل ما شاء من وجوه التصرفات مثل البيع والهبة لغيره ، لأنه ملكه ، فهو كما لو وهبه شيئاً وأقبضه إياه قال ابن الصباغ : وهذا الذى قالاه لا يجىء على أصولهما ، لأن من شرط الهبة عندهما الإيجاب والقبول والإذن بالقبض إلا أن يتضمنها لقوله ، ولم يوجد ذلك هاهنا ، ولأن الإذن بالتناول إنما تضمن إباحة الأكل فلا يصح أن يحصل به الملك ، ولو كان ذلك صحيحاً لجاز له تناول جميع الذى قدم إليه ، ويتصرف به إلى بيته ، وكذلك إذا قلنا بتركه فى فمه فإنه لم يحصل الأكل المأذون فيه ، وإنما يملكه بالبلع . قال : وعندى أن بالبلع يبطل معنى الملك فيه ، ويصير كالتالف . قال : والأوجه فى ذلك أن يكون إذنًا فى الإتلاف لا تمليك فيه والله تعالى أعلم .

قالَ المُصَنِّفُ رحمهُ الله تعالى

(فصل) : ﴿ ويجوز قرض كل مال يملك بالبيع ويضبط بالوصف لأنه عقد تمليك يثبت العوض فيه فى الذمة فجاز فيما يملك ويضبط بالوصف كالسلم ، فأما ما لا يضبط بالوصف كالجواهر وغيرها ، ففيه وجهان : (أحدهما) لا يجوز لأن

القرض يقتضى رد المثل وما لا يضبط بالوصف لا مثل له (والثانى) يجوز لأن ما لا مثل له يضمنه المستقرض بالقيمة ، والجواهر كغيرها فى القيمة ولا يجوز إلا فى مال معلوم القدر ، فإن أقرضه دراهم لا يعرف وزنها ، أو طعاماً لا يعرف كيله لم يجز لأن القرض يقتضى رد المثل ، فإذا لم يعلم القدر لم يمكن القضاء ﴾ .

(**الشـرح**) : الأحكام : يصح القرض فى كل عين يصح بيعها وتضبط صفتها كما قلنا فى السلم وأما ما لا يضبط بالصفة كالجواهر وما عملت فيه النار ، فهل يصح قرضها ؟ فيه وجهان بناء على الوجهين فيما يجب رده بالقرض فيما لا مثل له ، فإن قلنا : يجب رد القيمة جاز قرض هذه الأشياء ، وإن قلنا : يجب رد المثل فيها لم يجز قرضها ويأتى توجيهها فى رد المثليات .

(**فـرع**) : قلنا إن الشيء المقرض هو ما صح بيعه وضبطه بالصفة فهو المال على كل حال وهو ضربان ذكرهما الرافعى (أحدهما) يجوز السلم فيه ، فيجوز إقراضه حيواناً كان أو غيره ، لكن إن كان جارية ــ نظر ، إن كانت محرَّماً للمستقرض بنسب أو رضاع أو مصاهرة ــ جاز إقراضها قطعاً ، وإن كانت حلالا لم يجز على الأظهر المنصوص قديماً وجديداً .

قال النووى معقباً على الرافعى : قلت : هذا الذى جزم به من جواز إقراض المحرّم هو الذى قطع به الجماهير ، وقال فى الحاوى : إن كانت ممن لا يستبيحها المستقرض بأن اقترضها محرم أو امرأة فوجهان . قال البغداديون : يجوز ، وقال البصريون : لا يجوز جنساً لا يجوز قرضه . اهـ .

(والضرب الثانى) ما لا يجوز السلم ، فجواز إقراضه يبنى على أن الواجب فى المتقومات رد المثل أو القيمة ــ إن قلنا بالأول ــ لم يجز ، والثانى جاز .

وفى إقراض الخبز وجهان كالسلم فيه (أصحهما) فى التهذيب للبغوى : لا يجوز ، واختار ابن الصباغ فى الشامل وغيره : الجواز . وأشار العراقى فى البيان إلى ترتيب الخلاف ــ إن جوزنا السلم جاز هنا ــ ، وإلا فوجهان . قال : فإن جوزناه رد مثله وزنا إن أوجبنا فى المتقومات المثل ، وإن أوجبنا القيمة وجبت هنا . فإن شرط المثل فوجهان : .

قال النووى معقباً على ما أفاده الرافعى بقوله :

قلت : قطع صاحب التتمة (أبو سعد المتولى) والمستظهرى بجواز قرضه وزناً واجتمع صاحبا الشامل والتتمة بإجماع أهل الأمصار على فعله فى الأعصار بلا إنكار ، وهو مذهب أحمد رضى الله عنه وأبى يوسف ومحمد ، وذكر صاحب التتمة أبو سعد المتولى من أصحابنا وجهين فى إقراض الخمير الحامض (أحدهما) : الجواز لاطراد العادة .

وفى فتاوى القاضى حسين : لا يجوز إقراض الروبة ، لأنها تختلف بالحموضة ، قال : ولا يجوز إقراض المنافع ، لأنه لا يجوز السلم فيها ، ولا إقراض ماء القناة لأنه مجهول .

(فـرع) : قال الصيمرى : ولا يجوز قرض الدراهم المزيفة ، ولا الزرنيخية ، ولا المحمول عليها ، ولو تعامل بها الناس ، فلو أقرضه دراهم أو دنانير ثم حرمت لم يكن له إلا ما أقرض ، وقيل : قيمتها يوم حرمت ، ولا يصح القرض إلا فى مال معلوم ، فإن أقرضه دراهم غير معلومة الوزن أو طعاماً غير معلوم الكيل لم يصح ، لأنه إذا لم يعلم قدر ذلك لم يمكنه القضاء .

قالَ المصنِّفُ رحمهُ الله تعالى

(فصـل) : ﴿ ويجوز استقراض الجارية لمن لا يحل له وطؤها ولا يجوز لمن يملك وطأها ، وقال المزنى رحمه الله : يجوز لأنه عقد يملك به المال ، فجاز أن يملك به من يحل له وطؤها كالبيع والهبة والمنصوص هو الأول لأنه عقد إرفاق جائز من الطرفين فلا يستباح به الوطء كالعارية ويخالف البيع والهبة ، فإن الملك فيها تام لأنه لو أراد كل واحد منهما أن ينفرد بالفسخ لم يملك والملك فى القرض غير تام لأنه يجوز لكل واحد منهما أن ينفرد بالفسخ فلو جوزنا فيمن يحل له وطؤها أدى إلى الوطء فى ملك غير تام وذلك لا يجوز ، وإن أسلم جارية فى جارية ففيه وجهان ، قال أبو إسحاق : لا يجوز لأنا لا نأمن أن يطأها ثم يردها عن التى تستحق عليه ، فيصير كمن اقترض جارية فوطئها ثم ردها ، ومن أصحابنا من قال : يجوز وهو المذهب ، لأن كل عقد صح فى العبد بالعبد صح فى الجارية بالجارية كالبيع ﴾ .

(الشـرح) : الأحكام : يجوز قرض غير الجوارى من الحيوان كالعبيد والأنعام وغيرهما مما يصح بيعها ويضبط وصفها ، وقال أبو حنيفة : لا يصح قرضها وبنى ذلك على أصله أن السلم فيها لا يصح . دليلنا ما روى أبو رافع أن رسول الله ﷺ :

« استسلف من أعرابى بكراً فأمرنى أن أقضيه فقلت : لم أجد فى الإبل إلا جملا خياراً رباعياً . فقال : اقضه ، فإن خير الناس أحسنهم قضاء » رواه الجماعة إلا البخارى ، ولأن ما صح أن ثبت فى الذمة مهراً صح أن يثبت فيه قرضاً كالثياب ، وأما استقراض الجوارى فيجوز ذلك لمن لا يحل له وطؤها بنسب أو رضاع أو مصاهرة كغيرها من الحيوان ، ولا يجوز لمن يحل له وطؤها . وقال المزنى وابن داود وابن جرير الطبرى : يجوز ، وحكى الطبرى عن بعض أصحابنا الخراسانيين أنه يجوز قرضها ولا يحل للمستقرض وطؤها .

دليلنا أنه عقد إرفاق لا يلزم كل واحد من المتعاقدين فلم يملك به الاستمتاع كالعارية فقولنا عقد إرفاق احتراز من البيع إذا اشترى جارية بجارية ووجد كل واحد بما صار إليه عيباً ، فإن لكل واحد منهما أن يطأ جاريته وليس بعقد إرفاق ،ولا ينتقض بالرجل إذا وهب لابنه جارية ، لأن الهبة تلزم جهة الموهوب ، ولا تلزم جهة الواهب ، ويقول ابن قدامة من الحنابلة :

ولنا أن عقد ناقل للملك فاستوى فيه العبيد والإماء كسائر العقود ولا نسلم ضعف الملك ، فإنه مطلق كسائر التصرفات بخلاف الملك فى مدة الخيار ، وقولهم متى شاء المقترض ردها ، ممنوع ، فإننا إذا قلنا : الواجب رد القيمة لم يملك المقترض رد الأمَة ، وإنما يرد قيمتها ، وإن سلمنا ذلك ، لكن متى قصد المقترض هذا لم يحل له فعله ، ولا يصح اقتراضه كما لو اشترى أمَة ليطأها ثم يردها بالمقابلة أو بعيب فيها . وإن وقع هذا بحكم الاتفاق لم يمنع الصحة كما لو وقع ذلك فى البيع اهـ .

قالَ المصنِّفُ رحمهُ الله تعالى

(فصـل) : ﴿ ولا يجوز قرض جر منفعة مثل أن يقرضه ألفاً على أن يبيعه داره أو على أن يرد عليه أجود منه أو أكثر منه أو على أن يكتب له بها سفتجة يربح فيها خطر الطريق ، والدليل عليه ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ : « نهى عن سلف وبيع ، والسلف هو القرض فى لغة أهل الحجاز » ، ويروى عن أبىّ بن كعب وابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهم « أنهم نهوا عن قرض جر منفعة » ولأنه عقد إرفاق فإذا شرط فيه منفعة خرج عن موضوعه ، فإن شرط أن يرد عليه دون ما أقرضه ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يجوز ، لأن مقتضى الغرض رد المثل ، فإذا شرط النقصان عما أقرضه فقد شرط ما ينافى مقتضاه فلم يجز كما لو شرط الزيادة . (والثانى) يجوز ، لأن القرض جعل رفقًا بالمستقرض وشرط الزيادة يخرج به عن موضوعه فلم يجز ، وشرط النقصان لا يخرج به عن موضوعه فجاز ، فإن بدأ المستقرض فزاده أو رد عليه ما هو أجود منه أو كتب له سفتجة أو باع منه داره جاز لما روى أبو رافع رضى الله عنه قال : « استسلف رسول الله ﷺ من رجل بكراً فجاءته إبل الصدقة فأمرنى أن أقضى الرجل بكراً ، فقلت : لم أجد فى الإبل إلا جملًا خياراً رباعياً ، فقال النبى ﷺ : أعطه ، فإن خياركم أحسنكم قضاء » .

وروى جابر بن عبد الله رضى الله عنه قال : « كان لى على رسول الله ﷺ حق فقضانى وزادنى » فإن عرف لرجل عادة أنه إذا استقرض زاد فى العوض ، ففى إقراضه وجهان :

(أحدهما) لا يجوز إقراضه إلا أن يشترط رد المثل لأن المتعارف كالمشروط ولو شرط لزيادة لم يجز فكذلك إذا عرف بالعادة . (والثانى) أنه يجوز وهو المذهب لأن الزيادة مندوب إليها فلا يجوز أن يمنع ذلك صحة العقد ، فإن شرط فى العقد شرطاً فاسداً بطل الشرط . وفى القرض وجهان : (أحدهما) أنه يبطل لما روى أن النبى ﷺ قال : « كل قرض جر منفعة فهو ربا » ولأنه إنما أقرضه بشرط ولم يسلم الشرط ، فوجب ألا يسلم القرض . (والثانى) أنه يصح ، لأن القصد منه الإرفاق ، فإذا زال الشرط بقى الإرفاق » .

(**الشرح**) : حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رواه ابن خزيمة والحاكم وابن حبان بلفظ « لايحل سلف وبيع ولا شرطان فى بيع » وقد رواه من طريق ابن عمر صاحب المنتقى وقال : رواه الخمسة إلا ابن ماجه ، فخطأ الشوكانى روايته عن ابن عمر وقال : الصحيح إثبات الواو ، فتكون رواية عن عبد الله بن عمرو ، وبذلك تستقيم الروايات فإن عمرو بن شعيب جد أبيه عبد الله بن عمرو . والله تعالى أعلم .

(**أما اللغات**) : فقوله : سفتجة فارسية ، وهى ما يقال لها بلغة عصرنا (كمبيالة) وقوله « بكراً » هى الثنى من الإبل ، وفى قول أبى عبيد إنه من الإبل بمنزلة الفتى من الناس ، وقوله « خياراً » أعنى مختاراً عند الطلب وقضاء الأمور .

(**أما الأحكام**) : فلا يجوز بيع وسلف ، وهو أن يقول : بعتك هذه الدار بمائة على أن تقرضني خمسين لرواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : « نهى النبي ﷺ عن بيعتين في بيعة ،وعن ربح ما لم يضمن وبيع ما ليس عندك » .

ولا يجوز أن يقرضه دراهم على أن يعطيه بدلها في بلد آخر ، ويكتب له بها صحيفة (كمبيالة) فيأمن خطر الطريق ومؤنة الحمل ، وهو مذهبنا ؛ وخالفنا أحمد وغيره مستدلين بأن عبد الله بن الزبير كان يقترض ويعطي من أقرضه صحيفة يأخذ قيمتها من مصعب أخيه واليه على العراق ، وفي المعنى مزيد بيان . ودليل أصحاب أحمد وخلاصته أنه عقد إرفاق . دليلنا أن أمن الطريق منفعة ، وكل قرض جر نفعًا فهو رباً . ولا يجوز أن يقرضه شيئاً بشرط أن يرد عليه درهمين ، ولأن هذا ربا عند تماثل البدلين فهو كالبيع فلا يجوز فيه التفاضل عند التماثل ، نعم إن كان ذلك في غير أموال الربا كالثياب والحيوان ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد (أحدهما) يجوز لما روى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال : « أمرني رسول الله ﷺ أن أجهز جيشاً فنفدت الإبل ، فأمرني أن آخذ بعيرا ببعيرين إلى أجل » وهذا استسلاف مر بك في أبواب السلم .

(والثاني) لا يجوز وهو المذهب للحديث « كل قرض جر منفعة فهو حرام » ولأن هذه زيادة لا يقابلها عوض فلم يصح ، كما لو باعه داره بمائة على أن يعطيه مائة وعشرة ، ولأنه لو اشترط زيادة في الجودة لم يصح ، فلأن لا يجوز اشتراط الزيادة في العود أولى ، وأما الخبر في الحيوان فهو وارد في السلم بدليل أنه قال : « كنت آخذ البعير بالبعيرين إلى أجل » والقرض لا يدخل الأجل ، وإن أقرضه شيئا وشرط أن يرد عليه دون ما أقرضه ، ففيه وجهان حكاهما المُصنِّف (أحدهما) لا يجوز لأن مقتضى القرض رد المثل ، فإذا شرط النقصان عما أقرضه فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد فلم يصح كما لو شرط الزيادة ، (والثاني) يجوز لأن القرض جعل رفقاً بالمستقرض وبشرط الزيادة يخرج القرض عن موضوعه فلم يجز وبشرط النقصان لا يخرجه عن موضوعه فجاز ، والله تعالى أعلم .

(**فرع**) : إذا اقترض من غيره درهما فرد عليه درهمين ، أو درهما أجود منه كأن أخذ منه جنيها مصريا فرد عليه جنيها استرلينيا ، أو باع منه داره أو كتب له بدراهمه صحيفة (كمبيالة) إلى بلد آخر من غير شرط ولا جرت للمقرض عادة بذلك جاز . ومن أصحابنا من قال : لا يجوز ذلك في أموال الربا ويجوز في غيرها ، وليس بصحيح لما روى أن

النبى ﷺ « أقرض نصف صاع فرد صاعاً واقترض صاعاً فرد صاعين ، واقترض من الأعرابى بكراً فرد عليه أجود منه وقال ﷺ خيار الناس أحسنهم قضاء » .

وقال جابر رضى الله عنه : « كان لى على رسول الله دين فقضانى وزادنى » ولأنه متطوع بالزيادة فجاز ، كما لو وصله بها كصلة ، وكذلك لو اقترض رجل شيئاً فرد أنقص مما أخذ وطابت نفس المقترض بذلك ، فإن كان الرجل معروفاً إذا اقترض رد أكثر مما اقترض أو أجود منه ، فهل يجوز إقراضه مطلقاً ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يصح إقراضه إلا بشرط أن يرد عليه مثل ما أخذ لأن ما علم بالعرف كالمعروف بالشرط (والثانى) وهو الصحيح أنه يجوز إقراضه من غير شرط لأن الزيادة مندوب إليها فى القضاء ، فلا يمنع من جواز العقد .

فأما ما كان معروفاً من جهة العرف فلا يمنع جواز الإقراض ألا ترى أنه لو وجدت عادة رجل أنه إذا اشترى من إنسان تمراً أطعمه منه أو أطعم البائع من غيره لم يضر ذلك بمنزلة المشروط فى بطلان البيع منه . قال العمرانى : وإن أقرضه شيئاً بشرط فاسد بأن أقرضه إلى أجل أو أقرضه درهماً بدرهمين بطل الشرط لقوله ﷺ « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل » وهل يبطل القرض ؟ فيه وجهان (أحدهما) يبطل . فعلى هذا لا يملكه المقترض ، لأن القرض إنما وقع بهذا الشرط ، فإذا بطل الشرط بطل العقد كالبيع بشرط فاسد (والثانى) لا يبطل لأن القرض عقد إرفاق ، فلم يبطل بالشرط الفاسد بخلاف البيع . وقال ابن قدامة فى المغنى : « إن شرط فى القرض أن يوفيه أنقص مما أقرضه وكان ذلك مما يجرى فيه الربا لم يجز لإفضائه إلى فوات المماثلة فيما هى شرط فيه ، وإن كان فى غيره لم يجز أيضاً وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، وفى الوجه الآخر يجوز لأن القرض جعل للرفق بالمستقرض ؛ وشرط النقصان لا يخرجه عن موضوعه بخلاف الزيادة .

قالَ المصنِّفُ رحمهُ اللهُ تعالى

(فصل) : ويجب على المستقرض رد المثل فيما له مثل ، لأن مقتضى القرض رد المثل ، ولهذا يقال : الدنيا قروض ومكافأة فوجب أن يرد المثل ، وفيما لا مثل له وجهان :

(أحدهما) يجب عليه القيمة ، لأن ما ضمن بالمثل إذا كان له مثل ضمن بالقيمة إذا لم يكن له مثل كالمتلفات .

(والثانى) يجب عليه مثله فى الخلقة والصورة ؛ لحديث أبى رافع أن النبى ﷺ « أمره أن يقضى البكر بالبكر » ولأن ما ثبت فى الذمة بعقد السلم ثبت بعقد القرض قياساً على ما له مثل ، ويخالف المتلفات ، فإن المتلف متعد فلم يقبل منه إلا القيمة لأنها أحصر ، وهذا عقد أجيز للحاجة فقبل فيه مثل ما قبض كما قبل فى السلم مثل ما وصف ، فإن اقترض الخبز وقلنا يجوز إقراض مالا يضبط بالوصف ففى الذى يرد وجهان (أحدهما) مثل الخبز ، (والثانى) ترك القيمة ، فعلى هذا إذا أقرضه الخبز وشرط أن يرد عليه الخبز ففيه وجهان : (أحدهما) يجوز لأن مبناه على الرفق ، فلو منعناه من رد الخبز شق وضاق (والثانى) لا يجوز لأنه إذا شرط صار بيع خبز بخبز وذلك لا يجوز ﴾ .

(**الشـرح**) : الأحكام : إذا أقرض شيئاً له مثل كالحبوب والأدهان والدراهم والدنانير وجب على المقترض رد مثلها لأنه أقرب إليه ، وإن اقترض منه ما لا مثل له كالثياب والحيوان ففيه وجهان (أحدهما) يجب رد قيمته ، وهو اختيار الشيخ أبى حامد ولم يذكر غيره ، لأنه مضمون بالقيمة فى الإتلاف ، فكذلك فى القرض (والثانى) يضمنه بمثله فى الصورة ، وهو اختيار القاضى أبى الطيب الطبرى لحديث أبى رافع رضى الله عنه فى قضاء البكر ، ولأن طريق القرض الرفق فسومح فيه بذلك ، ألا ترى أنه يجوز فيه النسبة فيما فيه الربا ؟ ولا يجوز ذلك فى البيع بخلاف المتلف فإنه متعد ، فأوجبت عليه القيمة لأنها أحصر .

قال ابن الصباغ : فإذا قلنا يجب القيمة فإن قلنا إنه يملك بالقبض وجبت القيمة حين القبض ، وإن قلنا : إنه لا يملك إلا بالتصرف وجبت عليه القيمة أكثر ما كانت من القبض إلى حين التلف ، وإن اختلفا فى قدر القيمة أو صفة المثل ، فالقول قول المستقرض مع يمينه لأنه غارم .

(**فـرع**) : وأما إقراض الخبز ، فإن قلنا : يجوز قرض ما لا يضبط بالصفة كالجواهر جاز قرض الخبز ؛ وإن قلنا : لا يجوز قرض ما لا يضبط بالوصف ففى قرض الخبز وجهان (أحدهما) لا يجوز ، وبه قال أبو حنيفة كغيره مما لا يضبط بالوصف (والثانى) يجوز ، قال ابن الصباغ : لإجماع أهل الأمصار على ذلك ، فإنهم يقترضون الخبز ، فإذا قلنا : يجوز — فإن قلنا يجب فيما لا مثل له رد مثله فى الصورة — رد مثل الخبز وزناً ، وإن قلنا

يجب رد قيمة ما لا مثل له رد قيمة الخبز ، فعلى هذا إن شرط أن يرد مثل الخبز فيه وجهان : (أحدهما) يصح ، لأن الرفق باقتراض الخبز لا يحصل إلا بذلك ، (والثانى) لا يصح كما لا يجوز بيع الخبز بالخبز والله تعالى أعلم .

قالَ المُصنِّفُ رحمهُ اللهُ تعالى

(فصـل) : ﴿ إذا أقرضه دراهم بمصر ثم لقيه بمكة فطالبه بها لزمه دفعها إليه ، فإن طالبه المستقرض بأن يأخذها وجب عليه أخذها لأنه لا ضرر عليه فى أخذها ، فوجب أخذها ، فإن أقرضه طعاماً بمصر فلقيه بمكة فطالبه به لم يجبر على دفعه إليه ، لأن الطعام بمكة أغلى ، فإن طالبه المستقرض بالأخذ لم يجبر على أخذه لأن عليه مؤنة فى حمله فإن تراضيا جاز ، لأن المنع لحقهما وقد رضيا جميعاً ، فإن طالبه بقيمة الطعام بمكة أجبر على دفعها لأنه بمكة كالمعدوم وماله مثل إذا عدم وجبت قيمته ويجب قيمته بمصر لأنه يستحقه بمصر ، فإن أراد أن يأخذ عن بدل القرض عوضاً جاز لأن ملكه عليه مستقر فجاز أخذ العوض عنه كالأعيان المستقرة وحكمه فى اعتبار القبض فى المجلس حكم ما يأخذه بدلا عن رأس مال السلم بعد الفسخ ، وقد بيناه والله أعلم ﴾ .

(الشـرح) : قال الشافعى فى الصرف : فإذا اقترض طعاماً بمصر فلقيه بمكة وطالبه ، لأن عليه ضرراً فى نقل الطعام من مصر إلى مكة ، ولأن الطعام بمكة أكثر قيمة ، وإن طالبه المستقرض بأخذها لم يلزم المقرض أخذه لأن عليه مؤنة فى حمله إلى مصر ، وإن تراضيا على ذلك جاز لأن الحق لهما ، وإن طالب المقرض المستقرض بقيمة طعامه بمكة أجبر المقترض على دفع قيمة الطعام ، لأن الطعام بمكة كالمعدوم وماله مثل إذا عدم وجبت قيمته .

قال الشيخ أبو حامد : ويأخذ قيمة الطعام بمصر يوم المطالبة لا بمكة ، لأنه إنما وجب عليه دفع القيمة يوم المطالبة ، وهكذا إن غصب منه طعاما بمصر ، أو أسلم إليه بطعام مصر فلقيه بمكة كان الحكم فيه كالحكم فى القرض ، إلا أن الغاصب إذا دفع القيمة للطعام بمكة ، وكان الطعام باقيا لم يملكه الغاصب ، بل إذا رجع إلى مصر رد الطعام الذى غصبه واسترجع القيمة ، فإذا كان فى ذمته له دراهم أو دنانير من قرض أو غصب أو سلم

بمصر فطالبه بقضائها فى مكة وجب عليه القضاء لأنه ليس لنقلها مؤنة ، ولا يختلف باختلاف البلد .

(**فرع**) : وإن اقترض من رجل شيئاً وقبضه وتصرف فيه أو أتلفه ثم أراد أن يعطيه عن بدل القرض عوضاً جاز لأنه مستقر فى الذمة ، لا يخشى انتقاصه بهلاكه فجاز تصرفه فيه قبل القبض كالمبيع بعد القبض بخلاف المسلم فيه ، فإنه غير مستقر يخشى انتقاصه بهلاكه ، وحكمه فى اعتبار القبض حكم ما يأخذ عوضاً عن رأس مال السلم بعد الفسخ وقد مضى بيانه ، وإن كانت العين المقترضة باقية فى يد المقترض فإنه لا يجوز أخذ العوض عنها لأنا إن قلنا : إن المقترض قد ملكها بالقبض فلا يجوز أخذ العوض ، لأن ملك المقرض قد زال عن العين ، ولم يستقر بدلها فى ذمة المستقرض أن يرجع فى العين ، وإن قلنا : إن المقترض لا يملك العين إلا بالتصرف لم يجز للمقترض أخذ بدل العين ، لأن ملكه عليها ضعيف بتسليط المقترض عليه هكذا .

(**مسألة**) : تفرق القوانين الوضعية بين المعاملات التجارية والمعاملات المدنية ، فما يقع بين التجار تحكمه القوانين التجارية التى تختلف عن القوانين المدنية فى حسمها وسرعة نفاذ أحكامها وصرامتها وطريقها المباشر إلى الحكم بالإفلاس وعقد الصلح الواقى من الإفلاس على ما سنفصله فى الفلس إن شاء الله تعالى ، والله أعلم بالصواب .

خطاب الاعتماد من المصارف لجلب البضاعة

قال الشيخ عبد بن زيد آل محمود أقضى قضاة قطر ورئيس محاكمها : لكن هنا أمر ينبغى أن لا نغفل عنه لعموم البلوى به وهو أن التجار الذين يستوردون أصناف البضائع من الخارج مثل البلدان الأوربية وأمريكا واليابان والصين والهند وغيرها فإنهم بداعى الضرورة يحتاجون إلى فتح اعتماد عن طريق أحد البنوك فيشترون النقود التى يريدون تحويلها بما يسمونها العملة الصعبة من البنوك بحيث تدفع فى محل ما يستوردون منه البضائع بنقود حاضرة ويأخذ صاحب البنك عليها شيئا من النقود اليسيرة فى سبيل قيامه بإجراء عملية التحويل كأجرة .

وهى نفس شراء النقودالغائبة بنقود حاضرة لكنها أقل منه ضرراً وخطراً لأنها ليست من البيع بالنسيئة الذى نهى عنه النبى ﷺ وإنما هى من باب شراء نقود بنقود حاضرة ثم إجراء

عملية التحويل فى هذه النقود إلى البلد الذى يريده فلو قيل بالمنع لتعطلت أعمال ومعاملاتهم وكسدت تجاراتهم ، إذ من المعلوم أن السفر بالنقد ممنوع ، ومن نصوص الفقه أن الضرورة تقدر بقدرها ، وإذا ضاق الأمر اتسع والمشقة تجلب التيسير ، ويجوز ارتكاب أدنى الضررين لدفع أعلاهما .

لهذا نرى أنه لا بأس لهؤلاء التجار من شراء النقود الغائبة بالنقود الحاضرةلدعاء الحاجة إلى ذلك ، فيشترى من النقود قدر حاجته قليلا كان أو كثيرا ، كما يجوز للتاجر والصراف البيع عليه بهذه الصفة ، وتكون هذه القضية كالمستثناة للضرورة لثبات الرخصة الشرعية فى أشياء من ربا الفضل مما تدعو إليه الحاجة ، كبيع العرايا بخرصها من التمر مع جهالة التماثل ، وكبيع السيف بفضة ، إذ لو قلنا بالمنع تمشيا مع النهى بدون نظر إلى الضرورة لتعطلت أعمال الناس ومعاملاتهم . قال العلامة ابن القيم فى الإعلام (ص ٢٦٧ — جـ ٢) :

وأما ربا الفضل فتحريمه من باب سد الذرائع فمنعوا منه لما يخاف عليهم من ربا النسيئة ، وذلك أنهم إذا باعوا دراهم بدراهم أكثر منها تدرَّجوا بالربح المعجل فيها إلى الربح المؤخر وهو عين ربا النسيئة ، فمن حكمة الشارع أن سد عليهم هذه الذريعة ومنعهم من بيع درهم بدرهمين نقداً ونسيئةوهذه حكمةمعقولة تسد عليهم باب المفسدة ، وسر المسألة أنهم منعوا من التجارة فى الأثمان أى النقود بجنسها متفاضلا أو نسيئة ، لأن ذلك يفسد عليهم مقصود الأثمان ، ويقودهم إلى ربا النسأ فى الجنس والجنسين . وربا الفضل فى الجنس الواحد ، وأن تحريم هذا تحريم المقاصد ، وتحريم الآخر أى ربا الفضل تحريم الوسائل وسد الذرائع ، ولهذا لم يبح شىء من ربا النسيئة .

أما ربا الفضل فأبيح منه ما تدعو الحاجة إليه كالعرايا ، لأن ما حرم سدًّا للذريعة أخف مما حرم تحريم المقاصد ، بل إن ما حرم سدًّا للذريعة أبيح للمصلحة الراجحة كما أبيحت العرايا ، وكذلك تحريم الذهب والحرير على الرجال سدًّا لذريعة التشبه بالنساء ، وقد أبيح منه ما تدعو الحاجة إليه ، كما رخَّص النبىُّ ﷺ للزبير بن العوام وعبد الرحمن بن عوف فى لباس الحرير من حكة كانت بهما ، وكذلك عرفجة بن أسعد قطع أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفاً من ذهب ، وكذا ينبغى أن يباح بيع الحلية المصنوعة صياغة ، مباحة بأكثر من وزنها وتجعل الزيادة فى مقابلة الصنعة اهـ .

قلت : وجد بعض المشتغلين بشئون البنوك الإسلامية أن نظام خطاب الضمان الذى

تقوم به البنوك التجارية مفض إلى الربا ، وهو من باب القرض الذى جر نفعاً ، فاحتالوا على التخلص من الصورة الربوية المهيمنة عليه فى أعرق هذه البنوك إسلاماًوتوخياً للبعد عن شميمة الربا فوضعوا نظاماً آخر ، ذلك هو الدخول مع مستورد السلعة بعقد استيراد السلعة لحساب البنك ثم يقوم ببيعها ــ أعنى البنك ــ لصاحبها الذى استوردها بعقد مرابحة ثم يكون الثمن ديناً عليه بغير ربا يسترده البنك من التاجر من بيع البضاعة المستوردة ، وهى فى حقيقتها تكلف وتحايل ولا يطهر العقد من شبهة الإرباء .

وقد نصحت بعض القائمين علىّ هذه البنوك ، إذا أرادوا تجنب ما تقوم به البنوك التجارية من خطاب الضمان الذى أجازه الشيخ عبد الله بن زيد آل المحمود كما نقلنا ذلك عنه آنفاً أن يعملوا عقد وكالة بين المصرف وبين التاجر ، فيقوم البنك باستيراد السلعة ودفع ثمنها كوكيل ملىء ، على أن يستوفى ثمنها مع نفقات حملها ونقلها ومعاينتها بواسطة خبراء ينتدبهم المصرف من عنده ثم يقدر لهذا العمل الذى قام به أجراً على عمله هذا يستوفيه من التاجر الذى وكله ، وبذلك تنتفى شبهة التحايل على الربا فى صورتيه التجارية التى أباحها الشيخ والتى أباحها للبنوك الإسلامية علماء الرقابة الشرعية . والله أعلم .

(**فرع**) : فى قرض جر منفعة كمن يعطى دراهم قرضاً لآخر وينتفع المعطى بعقار الآخر مدة مقام الدراهم فى ذمته ، فإذا أعاد الدراهم إليه أعاد إليه العقار ، فهذا حرام بلا ريب ، وهذا دراهم بدراهم مثلها ومنفعة الدار وهو الربا البين .

وقد اتفق العلماء على أن المقرض متى اشترط زيادة على قرضه كان ذلك حراماً ، وكذلك إذا تواطآ على ذلك فى أصح قول العلماء ، وقد صح عن النبى ﷺ أنه قال : « لا يحل سلف وبيع ولا شرطان فى بيع ولا ربح ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك » رواه أحمد وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه والحاكم عن عبد الله بن عمرو .

حرَّم النبى ﷺ الجمع بين السلف والبيع لأنه إذا أقرضه وباعه حاباه فى البيع لأجل القرض ، وكذلك إذا آجره وباعه وما يظهرونه من بيع الأمانة الذى يتفقون فيه على أنه إذا جاءه الثمن أعاد إليه المبيع ؛ هو باطل باتفاق الأئمة سواء شرطه فى العقد أو تواطآ عليه قبل العقد ، والواجب فى مثل هذا أن يعاد العقار إلى ربه والمال إلى ربه ويعذر كل من الشخصين إن كانا علما بالتحريم .

والقرض الذى جر منفعة قد ثبت النهى عنه عن غير واحد من الصحابة كأبىّ بن

كعب وابن عباس وعلى بن أبى طالب وعبد الله بن سلام وأنس بن مالك ورواه مرفوعاً ابن ماجه وغيره .

وفى صحيح البخارى عن عبد الله بن سلام : « إنك بأرض الربا فيها فاش ، فإذا أقرضت رجلا قرضاً فأهدى لك جمل تبن أو حمل أو حمل قت فاحسبه له من قرضه » وقال رجل لابن عباس : « إنى أقرضت سماكاً عشرين درهماً فأهدى لى سمكة فقومتها ثلاثة عشر درهماً فقال : لا تأخذ منه إلا سبعة دراهم » وفى الحديث : « استسلف النبى ﷺ من رجل بكراً فجاءته إبل الصدقة فأمرنى أن أقضى الرجل بكراً فقلت : لم أجد فى الإبل إلا جملا خياراً رباعيا فقال النبى ﷺ : أعطه فإن خياركم أحسنكم قضاء » .

فإذا وفاه المقرض خيراً من قرضه بلا مواطأة جاز ذلك ، وإن وافاه أكثر من قرضه ففيه مذهبان للعلماء ، وذلك لأن هذا زيادة بعد وفاء القرض ، بخلاف ما إذا أهدى إليه قبل الوفاء ، فإنه إذا لم يحسبه من القرض كان القرض باقيا فى ذمته ، على أن يأخذه مع الهدية ، والهدية إنما كانت بسبب القرض ، وقد قال النبى ﷺ : « ما بال الرجل نستعمله على العمل مما ولانا الله فيقول : هذا لكم وهذا أهدى لى ، أفلا قعد فى بيت أبيه أو أمه فينظر أيهدى إليه ؟ أم لا ؟ » .

فبين ﷺ أن الهدية إذا كانت بسبب ألحقت به ، فلهذا كان المأثور عن الصحابة وجمهور الأئمة أن الهدية قبل الوفاء تحسب لصاحبها بخلاف زيادة الصفة فى الوفاء .

مسألة مذاهب العلماء فى

هل يتعامل الناس مع من فى ماله شبهة حرام أو عقود فيها شبهة فساد

إن العقود والشروط لا تخلو إما أن يقال : لا تحل ولا تصح إن لم يدل على حلها دليل شرعى خاص من نص أو إجماع أو قياس عند الجمهور ، كما ذكرناه من القول الأول ، أو يقال : لا تحل وتصح حتى يدل على حلها دليل سمعى ، وإن كان عاما . أو يقال : تصح ولا تحرم إلا أن يحرمها الشارع بدليل خاص أو عام .

والقول الأول باطل ، لأن الكتاب والسنة دلا على صحة العقود والقبوض التى وقعت فى حال الكفر وأمر الله بالوفاء بها إذا لم يكن فيها بعد الإسلام شىء محرم ، فقال سبحانه فى آية الربا : ﴿ يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين ﴾ فأمرهم بترك

ما بقى لهم من الربا فى الذمم ، ولم يأمرهم برد ما قبضوه بعقد الربا ، بل مفهوم الآية ـــ الذى اتفق العمل عليها ـــ يوجب أنه غير منهى عنه ؛ وكذلك النبى ﷺ أسقط عام حجة الوداع الربا الذى فى الذمم ، ولم يأمرهم بالمقبوض وقال ﷺ : « إنما قسم قسم فى الجاهلية فهو على ما قسم ، وأيما قسم أدركه الإسلام فهو على قسم الإسلام » وأقر الناس على أنكحتهم التى عقدوها فى الجاهلية ، ولم يستفصل أحداً : هل عقد به فى عدة أو غير عدة ؟ بولى أو بغير ولى ؟ بشهود أو بغير شهود ؟ ولم يأمر أحداً بتجديد نكاح ولا بفراق امرأته ، إلا أن يكون السبب المحرم موجوداً حين الإسلام ، كما أمر غيلان بن سلمة الثقفى الذى أسلم وتحته عشر نسوة « أن يمسك أربعاً ويفارق سائرهن » ، وكما قال فيروز الديلمى الذى أسلم وتحته أختان أن يختار إحداهما ويفارق الأخرى ، وكما أمر الصحابة من أسلم من المجوس « أن يفارقوا ذوات المحارم » .

ولهذا اتفق المسلمون على أن العقود التى عقدها الكفار محكم بصحتها بعد الإسلام إذا لم تكن محرمة على المسلمين ، وإن كان الكفار لم يعقدوها بإذن الشارع ، ولو كانت العقود عندهم كالعبادات لا تصح إلا بشرع ، لحكوا بفسادها أو بفساد ما لم يكن أهله مستمسكين فيه بشرع .

فإن قيل : قد اتفق فقهاء الحديث وأهل الحجاز على أنها إذا عقدت على وجه محرم فى الإسلام ثم أسلموا بعد زواله مضت ولم يؤمروا باستئنافها ، لأن الإسلام يجب ما قبله ، فليس ما عقدوه بغير شرع بدون ما عقدوه مع تحريم الشرع وكلاهما عندكم سواء .

قلنا : ليس كذلك ، بل ما عقدوه مع التحريم إنما يحكم بصحته إذا اتصل به القبض ، وأما إذا أسلموا قبل التقابض فإنه يفسخ ، بخلاف ما عقدوه بغير شرع فإنه لا يفسخ ، لا قبل القبض ولا بعده ، ولم أر الفقهاء من أصحابنا وغيرهم اشترطوا فى النكاح القبض ، بل سووا بين الإسلام قبل الدخول وبعده ، لأن نفس عقد النكاح يوجب أحكاماً بنفسه ، وإن لم يحصل به القبض من المصاهرة ونحوها .

كما أن نفس الوطء يوجب أحكاماً وإن كان بغير نكاح . فلما كان كل واحد من العقد والوطء مقصوداً فى نفسه ـــ وإن لم يقترن بالآخر ـــ أقرهم الشارع على ذلك بخلاف الأموال ، فإن المقصود بعقودها هو التقابض ، فإذا لم يحصل التقابض لم يحصل مقصودها ، فأبطلها الشارع لعدم حصول المقصود .

فتبين بذلك أن مقصود العباد من المعاملات لا يبطله الشارع إلا مع التحريم لأنه لا يصححه إلا بتحليل ، وأيضاً فإن المسلمين إذا تعاقدوا بينهم عقوداً ولم يكونوا يعلمون لا تحريمها ولا تحليلها ، فإن الفقهاء جميعهم ـــ فيما أعلمه[1] ـــ يصححونها إذا لم يعتقدوا تحريمها .

وإن كان العاقد لم يكن حينئذ يعلم تحليلها لا باجتهاد ولا بتقليد ، ولا يقول أحد لا يصح العقد إلا الذى يعتقد أن الشارع أحله ، فلو كان إذن الشارع الخاص شرطاً فى صحة العقود لم يصح عقد إلا بعد ثبوت إذنه كما لو حكم الحاكم بغير اجتهاد ، فإنه آثم وإن كان قد صادف الحق .

وأما إن قيل : لا بد من دليل شرعى يدل على حلها سواء كان خاصاً أو عاماً فعنه جوابان :

(أحدهما) المنع كما تقدم . (والثانى) أن نقول : قد دلت الأدلة الشرعية العامة على حل العقود والشروط جملة إلا ما استثناه الشارع ، وما عارضوا به سنتكلم عليه إن شاء الله . فلم يبق إلا القول الثالث وهو المقصود .

وأما قوله ﷺ : « من اشترط شرطا ليس فى كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط ، كتاب الله أحق ، وشرط الله أوثق » فالشرط يراد به المصدر تارة والمفعول أخرى ، وكذلك الوعد الخلف ، ومنه قولهم : درهم ضرب الأمير ، والمراد به هنا ـــ والله أعلم ـــ المشروط ، لا نفس المتكلم ، ولهذا قال : « وإن كان مائة شرط » أى وإن كان مائة مشروط ، وليس المراد تعديد التكلم بالشرط ، وإنما المراد تعديد المشروط ، والدليل على ذلك قوله : « كتاب الله أحق ، وشرط الله أوثق » أى كتاب الله أحق من هذا الشرط ، وشرط الله أوثق منه ، وهو إنما يكون إذا خالف ذلك الشرط كتاب الله وشرطه ، بأن يكون المشروط مما حرمه الله تعالى .

وأما إذا كان المشروط مما لم يحرمه الله فلم يخالف كتاب الله وشرطه ، حتى يقال : « كتاب الله أحق ، وشرط الله أوثق » فيكون المعنى : من اشترط أمراً ليس فى حكم الله أو فى كتابه ، بواسطة أو بغير واسطة ، فهو باطل لأنه لا بد أن يكون المشروط مما يباح فعله بدون الشرط ، حتى يصح اشتراطه ويجب بالشرط ، ولما لم يكن فى كتاب الله أن الولاء لغير

---

(١) الفتاوى لابن تيمية جـ ٣٠ .

المعتق أبداً كان هذا المشروط ـــ وهو ثبوت الولاء لغير المعتق ـــ شرطاً ليس فى كتاب الله .

فانظر إلى المشروط إن كان فعلا أو حكماً ، فإن كان الله قد أباحه جاز اشتراطه ووجب ، وإن كان الله تعالى لم يبحه لم يجز اشتراطه ، فإذا شرط الرجل أن لا يسافر بزوجته ، فهذا المشروط فى كتاب الله ، لأن كتاب الله يبيح أن لا يسافر بها ، فإذا شرط عدم السفر فقد شرط مشروطاً مباحاً فى كتاب الله .

فمضمون الحديث أن المشروط إذا لم يكن من الأفعال المباحة أو يقال : ليس فى كتاب الله ، أى ليس فى كتاب الله نفيه كما قال : « وسيكون أقوام يحدثونكم بما لم تعرفوا أنتم ولا آباؤكم » أى : بما تعرفون خلافه ، وإلا فما لا يعرف كثير .

ثم نقول : لم يرد النبى ﷺ العقود والشروط التى لم يبحها الشارع تكون باطلة ، بمعنى : أنه لا يلزم بها شىء لا إيجاب ولا تحريم ، فإن هذا خلاف الكتاب والسنة ، بل العقود والشروط المحرمة قد يلزم بها أحكام فإن الله قد حرم عقد الظهار فى نفس كتابه ، وسماه ﴿ منكراً من القول وزوراً ﴾ ثم إنه أوجب به على من عاد : الكفارة ومن لم يعد : جعل فى حقه مقصود التحريم من ترك الوطء وترك العقد ، وكذا النذر فإن النبى ﷺ نهى عن النذر كما ثبت ذلك عنه من حديث أبى هريرة وكذلك من حديث ابن عمر وقال : « إنه لا يأتى بخير » ثم أوجب الوفاء به إذا كان طاعة فى قوله ﷺ : « من نذر أن يطيع الله فليطعه ، ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه » .

فالعقد المحرم قد يكون سبباً لإيجاب أو تحريم ، نعم لا يكون سبباً لإباحة ، كما أنه نهى عن بيع الغرر ، وعن عقد الربا ، وعن نكاح ذوات المحارم ، ونحو ذلك ، لم يستفد المنهى بفعله لما نهى عنه الاستباحة ، لأن المنهى عنه معصية ، والأصل فى المعاصى أنها لا تكون سبباً لنعمة الله ورحمته ، وإن كانت قد تكون سبباً للإملاء ، ولفتح أبواب الدنيا لكن ذلك قدر ليس بشرع ، بل قد يكون سبباً لعقوبة الله تعالى ، والإيجاب والتحريم قد يكون عقوبة . كما قال تعالى : ﴿ فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم ﴾ وإن كان قد يكون رحمة أيضاً كما جاءت شريعتنا الحنيفية .

والمخالفون فى هذه القاعدة من أهل الظاهر ونحوهم قد يجعلون كل ما لم يؤذن فيه إذن خاص ، فهو عقد حرام ، وكل عقد حرام فوجوده كعدمه ، وكلا المقدمتين ممنوعة .

(فرع) : إذا قال صاحب حانوت : أبيع الأشياء المضمنة وحدى ولا أمكن أحداً غيرى من مزاولة بيعها فهل يجوز الشراء من هذا الإنسان من هذه الأعيان التى يبيعها ، مع التمكن من مشترى غيرها من جنسها أم لا ؟ وهل يجوز استعمال شيء منها بالأعيان باعتبار مشقة عقد تحصيل غير ذلك الشيء أم لا ؟ سواء كانت الضرورة داعية إلى ذلك الاستعمال أم لا ؟

وقد أجاب الإمام تقى الدين أبو العباس ابن تيمية بقوله :

أما مع الغنى عن الاشتراء منه فينبغى أن لا يشترى منه ، فإنه ظالم يمنع غيره لو لم يكن فى ماله شبهة فمجانبته وهجره أولى بحسب الإمكان .

وأما الشراء منه ــ لا سيما مع الحاجة ــ فلا يحكم بتحريمه ، ولا يحكم بتحريمه مع إمكان الشراء من غيره ولكن مع الحاجة لا يكره الشراء منه ، فإن هذا له مال يشترى به ويبيع ، لكن إذا منع غيره واحتاج الناس إلى الشراء منه باعهم بأغلى من السعر فظلمهم ، وغايته أن يكون بمنزلةما يضعه الظلمة على الناس من البضائع بأكثر من قيمته ، فيشترونه مكرهين ، فإن هذا لا يحرم على المشترى ما اشتراه ولكن يحرم على البائع ما أخذ بغير حق ؛ لكن قد يقال : إن هذا قد اختلط بماله من تلك الزيادات المحرمة فصار فى ماله شبهة . فيقال أولا : من غلب على ماله الحلال جازت معاملته ، كما ذكره أصحاب الشافعى وأحمد ، وإن غلب الحرام فهل معاملته محرمة أو مكروهة ؟ على وجهين : ثم يقال : تلك الزيادات ليس لها مستحق معين يعرف ، والواجب عند جمهور العلماء فيما لا يعرف مالكه أن يصرف فى مصالح المسلمين ، وهذا إنما منعناه من الزيادة لئلا يظلم الناس ، فلو جعلنا ما يشتريه الناس منه حراماً لكنا قد زدنا الضرر على الناس إذا احتاجوا أن يشتروا منه بأكثر من القيمة ، والذى اشتروه حرام ، وهم لا يطيقون الشراء من غيره ، وهذا لا يجوز أن يقال ، بل يجوز الشراء من مثل هذا ، والمشترى منه لم يظلم أحداً ، فإن ما اشتراه قد أعطاه عوضه وزيادة ، والمستحق للعوض هو المستحق لما معه من المال ، فإذا كان المستحق لذلك جماعة من المسلمين أو معين منهم فهو نفسه قد ظلم أولئك جميعهم بما أخذه منهم بغير حق ، وأما المشترى منه الذى اعطاه العوض وزيادة ، فلم يظلم أحداً .

وهذا إذا كان ماله مختلطاً بعضه ببعض لا يتميز منه ما أخذه حراماً ، فإن حق المظلومين ثبت فى ذمته ، وهذه الأعيان التى فى يده لا يستحقها بعينها المظلومون ،

فمعاوضته عليها جائزة ، وعليه أن يعطى المظلوم ما أخذه بغير حق ، وبهذا أفتى فى مثل هذا من شاء من العلماء ، وهذا كسائر من عليه دين للناس وهو ظالم بمطله للغرماء فإن النبى ﷺ قال : « مطل الغنى ظلم » .

ثم مع هذا إذا عاوض على ما فى يده بمعاوضة المثل وزيادة جاز باتفاق العلماء ، ولم يكره الشراء منه ، ولكن لو تبرع تبرعاً يتعذر معه أداء الدَّين الواجب ففى نفوذ تبرعه قبل الحجر عليه قولان للعلماء ، ولكن يقال : هذا الظالم لما أخذ الزيادة واشترى بها ، فقد تعلق حق المظلوم بما اشتراه بماله ، بخلاف الدَّين الذى حصل برضا الغريم ، فإن صاحبه لا حق له فى غير مال المدين ، فيقال : هذا ينبنى على أصول : (أحدها) أن الدراهم التى أخذها زيادة بغير حق ، هل يتعين حق صاحبها فيها ، أو للغاصب أن يعطيه من حيث شاء .

وللعلماء مذهبان فى الدراهم هل تتعين بالتعيين فى العقود والقبوض حتى فى الغصب والوديعة ؟ فقيل : تتعين مطلقاً كقول الشافعى وأحمد فى إحدى الروايتين ، وقيل : لا تتعين مطلقاً كقول ابن قاسم ، وقيل : تتعين فى الغصب والوديعة دون العقد كقول أبى حنيفة وأحمد فى الرواية الأخرى ، فإذا خلط المغصوب بمثله على وجه لا يتميز كما تخلط الأدهان والألبان والحبوب وغيرها ـــ فهل يكون الخلط كالإتلاف ، حتى يبقى حق المظلوم فى الذمة ، فيعطيه الظالم من حيث شاء ؟ أو حقه باق فى العين ، فله أن يأخذ من عين الخلط بالقسمة بالقسمة فيه وجهان مذهب الشافعى وأحمد .

ومعلوم أن تلك الدراهم الزائدة ليست متعينة ، سواء اشترى منه دراهم فى الذمة أو منفعة ، فإن المظلوم أخذ منه القدر الزائد على عوض المثل ، وليس هو متعيناً ، ولو كان متعيناً ثم خلطه بما لا يتميز منه سقط حقه من التعيين فى أحد القولين ، فكيف إذا لم يكن متعيناً فى الأصل ؟ فعلى قول كثير من العلماء ليس حقه إلا فى ذمة الظالم .

وهذا نظير قول من يقول : إن المضارب والمودع إذا مات ولم يعين الوديعة والمضاربة صارت ديناً فى ذمته ، ولم يجعلوا لصاحب المال حقا فى غير التركة ، فإن تفريط المودع حين لم يميز الوديعة من غيرها موجب لضمانه ، لكن هؤلاء أسقطوا حق المالك من عين مال الميت فلم يقدموه بعين ماله على الغرماء ، بل جعلوه غريماً من الغرماء ، وإن كان عين ماله مختلطاً . والظلم يكون بترك الواجب ، وفعل المحرم ، فترك المودع ما يجب عليه من التمييز ظلم منه .

وهذا القول ــ وهو سقوط حق المالك من العين ــ وإن كنا لا نبصره ، لكن المقصود بيان مأخذ هذه المسألة على أصول العلماء ، ولهذا لما فرع هذه المسألة من فرعها من المالكية ، بنوا الأمر على أن حق المظلوم تعلق بالذمة دون العين .

(والأصل الثانى) : أن الظالم فى العادة إنما يشتري فى الذمة ، ثم ينفذ عين المال ، وفى صحة مثل هذا قولان معروفان للعلماء :

(الأصل الثالث) : أن نسلم أن حق المظلوم يتعلق بعين مال الظالم ، وإن فاتت العين ،لكون هذا بدل ماله . وهذا القول الذى نزعه ، وهو أن يخير المظلوم بين المطالبة بشطر حقه ، وبين أن يكون حقه متعلقاً بعين المال ، ويكون ما يزيد من المال من نماء وربح وغيره له المطالبة به ، لكن يقال على هذا : المظلوم ليس له إلا قدر حقه ، وأما الزيادة الثانية التى حصلت بتصرف الظالم فهى مبنية على وقف العقود ، فمن قائل : إن العقود لا توقف ، يقول : ما قبضه البائع الظالم من المشترى لم يملكه ، لأنه قبضه بعقد فاسد ، والثمن الذى أداه وقد عصبه هو فى ذمته ، فيكون عليه دون الناس الذين ظلمهم ، وما فى يده لا يملكه بل هو لأناس مجهولين لا يعرفهم ، ولا يتصرف فى مالهم إلا بإذنهم ، وعلى هذا ففيه مذهبان :

(أحدهما) : إن ولى الأمر كالحاكم وغيره ممن له ولاية التصرف على الغائبين ، يقضى الديون التى وجبت عليهم للبائع بالأموال التى فى يده لهم .

(والآخر) : إن البائع له أن يستوفى دينه الذى عليهم مما لهم فى يده من المال ، ولا يحتاج إلى استئذان حاكم ، وهذا المذهب أصح ، فإن المعلوم لصاحبه أن يستوفيه من مال من هو عليه ، ولا يحتاج إلى إذن الحاكم ، كما أذن النبى ﷺ للضيف المظلوم أن يأخذ حقه من زرع المضيف بغير إذنه ، وكما أمر المرأة أن تأخذ ما يكفيها وولدها بالمعروف بلا إذن الزوج ، لكن إذا كان الحق مجحوداً فقد قال : « أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » فكيف إذا كان الإنسان قد باع غيره سلعة بيعاً فاسداً وقبض منه الثمن ، فله أن يستوفى منه هذه السلعة بطريق الأولى والأحرى .

وأما على قول جمهور العلماء القائلين بوقف العقود حتى توفى التبرعات عند الحاجة ، فيقولون : من بيده مال غصب ، أو وديعة ، أو عارية ، وهو لا يعلم عين مالكه ، يتصدق

به عنه ، وهذا قول مالك وأبى حنيفة وأحمد بن حنبل وغيرهم ولكن لصاحبه إذا ظهر أن لا ينفذ ذلك .

وأما المعاوضة على ذلك فليس لصاحبه إذا عرف أن يردها بل تثبت الولاية على المعاوضة شرعاً للحاجة ، كما لو مات رجل فى موضع ليس فيه وصى ولا وارث ولا حاكم ، فإن رفقته فى السفر تثبت لهم الولاية على ماله ، فيحفظونه ، ويبيعون ما يرون بيعه مصلحة ، وينفذ هذا البيع ، ولهم قبض ما باعوه ، ولا يقف ذلك على إجازته الورثة ، وليس هذا من التصرف الفضولى ، بل هو يعرف بولاية شرعية للحاجة ، كما ثبت لهم ولاية غسله وتكفينه من ماله ، ودفنه وغير ذلك فإن المؤمنين بعضهم أولياء بعض .

وإذا عرف هذا فالبائع الذى باع ما اشتراه بتلك الزيادة وقبض الثمن من المشترى ، إذا قيل : البيع فاسد لا يقف على الإجازة ، ولا على المشترى ، رد ما قبض منه ، وعليه رد ما قبض من الثمن ، فإذا تعذر رد المشترى ما قبض ، كان له أن يأخذ نظير ذلك ، وقد يكون أكثر من الثمن أو أقل ، والغالب أنه مثله .

وكذلك ما اشتراه : تلك الزيادة عليه ردها إلى صاحبه ، وعلى صاحبه رد الزيادة إلى صاحبها ، فقابض الزيادة الظلمية إذا لم يردها كان للمظلوم الأول أن يأخذ من ماله الذى صار بيد البائع نظير ذلك ، وقابضها الذى باع بها ماله ــ إذا لم يرد ماله ــ كان له أن يأخذ بقدره من تلك الزيادة ، وهذا احتمال كل من تبايعا بيعاً فاسداً وتقابضاه ، إذا قيل : إن المقبوض بالعقد الفاسد لا يملك ، فكل منهما له عند الآخر ما قبضه الآخر منه ، وللآخر عنده ما قبضه منه ، فإذا تعذر الرد كان له أن يأخذ قدر حقه ، سواء كان من جنس الحق أو من غير جنسه .

وعلى هذا فما صار بيد هذا الضامن الظالم من الزيادات الظلمية من أموال المشترين المختلطة لتى لا تتميز : إذا اشترى بها شيئاً وأقبض المشترين ملك الزيادة وقبض ما اشتراه كان ما حصل بيده من أموالهم بإزاء ما قبضوه من الزيادة إلى مستحقها ، فلا يكون الشراء منه بثمن المثل حراماً فكيف من اشترى منه بزيادة ، بخلاف ما يؤخذ منه تبرعاً ، فهذا فيه كلام آخر ليس هذا موضعه ،فإن ابن مسعود سئل عن رجل يعامل بالربا إذا أضاف غيره ، فإن ابن مسعود قال : « كل فإن مهناه لك وحسابه عليه » وهذا للعلماء فيه كلام ، وليس هذا موضعه ، وينبنى على هذا أصول متعددة : منها المقبوض بالعقد الفاسد هل يملك أو لا يملك ؟

ومنها إذا تصرف فى العين تصرفاً يمنع ردها بعينها فهل ينتقل الحق إلى ذمته ؟

أو هو باق فى ماله الذى اختلط به العين والذى عاوض به عن العين ؟ وغير ذلك من المسائل .

وأما إذا قلنا بوقف العقود ــ لا سيما مع تعذر الاستئذان ــ كما هو مذهب الثلاثة(١) ــ فالأمر فى ذلك أظهر ، فإن العادة الغالبة أن الناس يرضون ببيع مثل هذه الأموال التى أعدوها للبيع بالزيادة بخلاف ما أعدوه للقنية .

وأيضاً فالمظلوم وإن كان له فى هذا المال حق قليل بسبب الزيادة التى ظلمها ، فبعضه لصاحب الحانوت الظالم ، ولا يتميز هذا عن هذا ، ومثل هذا إذا طلب أحد الشريكين بيعه أجبر الممتنع عن البيع لأجل شريكه ، فمن كان بينهما مال لا يقبل القسمة ــ كحيوان ــ إذا طلب أحد الشريكين بيعها وقسمة الثمن أجبر الآخر على ذلك عند جمهور العلماء ، وهو مذهب مالك وأبى حنيفة وأحمد .

وذكر بعض المالكية أن هذا إجماع ، لأن حق الشريك فى نصف قيمة الجميع لا فى قيمة النصف بدليل قول النبى ﷺ فى الحديث الصحيح : « من أعتق شركاً له فى عبد ، وكان له من المال ما يبلغ ثمن العبد ، قوّم عليه العبد ، وإلا فقد عتق منه ما عتق » فجعل حق الشريك فى نصف قيمة الجميع ، وأمر بتقويم جميع العبد لا بتقويم حصة الشريك فقط .

فإذا كان كذلك فمعلوم أن الزيادة الظلمية لا تتميز عن المزيد ، ولا يمكن القسمة بينهما إلا بقسمة العين أو قسمة بدلها ، والعين قد تعذر ردها فتعين قيمة بدلها ، فدل على أنه يجوز أن يعاوض صاحب الحانوت على ما فى يده من الأموال ، وعليه أن يعطى الشركاء المظلومين حقوقهم ، وأنه إما أن يقال : إن حق المظلومين فى ذمته فقط ، أو أنها متعلقة بالأعيان مع جواز المعاوضة لتوفية حقوقهم ، إذ لا سبيل إلى توفية حقوقهم بالعدل إلا مع ذلك ، وعلى هذا فالمشترون تسلموا ما اشتروه شراء حلالا جائزاً .

وعلى هذا أدلة أخرى تبين أن الناس المشترين لم يظلموا أحداً إذا اشتروا ، وأن شراءهم جائز ، وأن منع الناس من الشراء من هؤلاء ظلم لم يأمر الله به ولا رسوله . وعلى هذا فمع الحاجة إلى الشراء منه لا يكره الشراء منه فضلا عن أن يحرم .

---

(١) أبو حنيفة ومالك وأحمد .

وأما إذا قدر أن الذى باعه عين المعقود ، فهذا ينبنى على وقف العقود ، وعلى التصرف فى مال المالك المجهول بغير إذنه للمصلحة ، وأكثر العلماء على القول بوقفها لا سيما عند الحاجة ، وهو مذهب مالك وأبى حنيفة وكذلك أحمد عند الحاجة ، مثل أن يتعذر استئذان المالك لعدم العلم به وفى ذلك بدون الحاجة روايتان . واختار الخرقى القول بوقفها كمذهب مالك وأبى حنيفة ، وهو قول الشافعى فيكون تصرفه فى مال الغير موقوفاً على إجازته إذا أمكن استئذانه ، وأما المجهول الذى لا يعرف فلا يفتقر ذلك إلى استئذانه ، بل ينفذ التصرف له بالمصلحة ، ولو عرف بعد ذلك لم يكن له رد المعاوضات ، وإنما له رد التبرعات كصاحب اللقطة .

وقد عرف من حيث العادة أن أرباب مثل هذه الأموال المسئول عنها ليس لهم غرض فى شىء بعينه ولا يكره أحدهم أن تباع سلعته بزيادة ، فإنهم يختارون بيع المشترى ، ولكن البائع هو الذى ظلمهم ، وهو هنا لما لم يعرف المالك جاز التصرف بالعقد والقبض ، بخلاف ما إذا عرف المالك فإنه لا بد من استئذانه فى القبض باتفاق العلماء .

وهذا كاللقطة التى لا يعرف مالكها . قال النبى ﷺ : « فهو مال الله يؤتيه من يشاء » فإذا تصدق بها الملتقط كان ذلك موقوفًا على إجازة المالك إذا عرف عند جمهور العلماء ، وقبل أن يعرف يكون التصدق نافذاً غير موقوف ، ولكن الملتقط البائع ليس بظالم ، وهنا البائع ظالم ؛ لكن المشترى ليس بظالم ، والمال لا يمكن إتلافه ، وهو بيد البائع الظالم ، فأخذ الشراء له بالزيادة حرام للمالك المجهول ، فالشارع ينفذ الملك لمصلحة المشترى ، والمالك المجهول المظلوم ، إن كان البائع ظالماً . كما لو قدر أمر ناظر الوقف ووصى اليتيم والمضارب والشريك خانوا ثم تصرفوا مع ذلك ، فلا بد من تصحيح تصرفهم فى حق المشترى منهم ، وحق رب المال ، وإلا فلو أبطل ذلك فسد عامة أموال الناس التى يتصرف فيها بحكم الوكالة والولاية ، لغلبة الخيانة على الأولياء والوكلاء لا سيما ويدخل فى ذلك من تصرفات ولاة الأمور ما لا يمكن إبطاله ـــ والشريعة جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها ، وتعطيل المفاسد وتقليلها ـــ فلا يجوز لأحد رعاية حق مجهول فى عين حصل عنها بدل خير له .

منها أن يحرم عليه وعلى المشترين أموالهم ، فإن هذا بمنزلة من يهدم مصراً ويبنى قصراً ، وبسط هذه المسألة وتوابعها له مكان آخر ، قد ذكر فى ذلك من الشواهد وكلام العلماء والصحابة والتابعين ما لا يتسع له هذا الموضع .

الرد على من قال : الحلال فى هذا الزمان متعذر أو معدوم

اعلم أن الورع من قواعد الدين ففى الصحيح عن النعمان بن بشير أن النبى ﷺ قال : « الحلال بيِّن والحرام بيِّن وبينهما أمور مشتبهات لا يعلمهن كثير من الناس ، فمن ترك الشبهات استبرأ لدينه وعرضه ، ومن وقع فى الشبهات وقع فى الحرام كالراعى يرعى حول الحمى يوشك أن يواقعه ألا وإن لكل ملك حمى ألا وإن حمى الله محارمه ، ألا وإن فى الجسد مضغة إذا صلحت صلح الجسد كله ، وإذا فسدت فسد الجسد كله ألا وهى القلب » رواه الجماعة ، وفى الحديث الآخر : « دع ما يريبك إلى ما لا يريبك » رواه أحمد عن أنس والنسائى عن الحسن بن على رضى الله عنهما والطبرانى فى الكبير عن وابصة بن معبد والخطيب البغدادى عن ابن عمر وفى رواية أخرجها الطبرانى فى الأوسط عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه مرفوعاً : « الحلال بيِّن والحرام بيِّن فدع ما يريبك إلى ما لا يريبك » .

ورأى ﷺ تمرة ساقطة فقال : « لولا أنى أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها » .

واعلم أيضاً أنه ينبغى أن نذكر مع هذا المدخل أصول :

(أحدها) أنه ليس كل ما اعتقد فقيه معين أنه حرام كان حراماً ، إنما الحرام ما ثبت تحريمه بالكتاب أو السنة أو الإجماع أو قياس مرجح لذلك ، وما تنازع فيه العلماء ، رد إلى هذه الأصول . ومن الناس من يكون نشأ على مذهب إمام معين أو استفتى فقيها معيناً أو سمع حكاية عن بعض الشيوخ فيريد أن يحمل المسلمين كلهم على ذلك وهذا غلط ، ولهذا نظائر . منها : مسألة المغانم فإن السنة أن تجمع وتخمس وترى هذا مبسوطاً فى الجهاد والسير .

(الأصل الثانى) إن المسلم إذا عامل معاملة يعتقد هو جوازها وقبض المال جاز لغيره من المسلمين أن يعامله فى مثل ذلك المال ، وإن لم يعتقد جواز تلك المعاملة ، فإنه قد ثبت أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه رفع إليه أن بعض عماله يأخذ خمراً من أهل الذمة عن الجزية ، فقال : قاتل الله فلاناً ، أما علم أن رسول الله ﷺ قال : « قاتل الله اليهود ، حرمت عليهم الشحوم فجملوها وباعوها وأكلوا أثمانها » ثم قال عمر : ولوهم بيعها ، وخذوا منهم أثمانها . فأمر عمر أن يأخذوا من أهل الذمة الدراهم التى باعوا بها الخمر لأنهم

يعتقدون جواز ذلك فى دينهم ، ولهذا قال العلماء : إن الكفار إذا تعاملوا بينهم بمعاملات يعتقدون جوازها ، وتقابضوا الأموال ثم أسلموا كانت تلك الأموال لهم حلالا ، وإن تحاكموا إلينا أقررناها فى أيديهم سواء تحاكموا قبل الإسلام أو بعده ، وقد قال تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين ﴾ فأمرهم بترك ما بقى فى الذمم من الربا ، ولم يأمرهم برد ما قبضوه لأنهم كانوا يستحلون ذلك ، والمسلم إذا عامل معاملات يعتقد جوازها كالحيل الربوية التى يفتى بها من يفتى من أصحاب أبى حنيفة وأخذ ثمنه ، أو زارع على أن البذر من العامل ، أو أكرى الأرض بجزء من الخارج منها ، ونحو ذلك ، وقبض المال جاز لغيره من المسلمين أن يعامله فى ذلك المال ، وإن لم يعتقد جواز تلك المعاملة بطريق الأولى والأحرى ، ولو أنه تبين له فيما بعد رجحان التحريم لم يكن عليه إخراج المال الذى كسبه بتأويل سائغ ، فإن هذا أولى بالعفو والعذر من الكافر المتأول ، ولما ضيق بعض الفقهاء هذا على بعض أهل الورع ألجأه إلى أن يعامل الكفار ، ويترك معاملة المسلمين ، ومعلوم أن الله ورسوله لا يأمر المسلم أن يأكل من أموال الكفار ، ويدع أموال المسلمين ، بل المسلمون أولى بكل خير ، والكفار أولى بكل شر .

(الأصل الثالث) أن الحرام نوعان :

(النوع الأول) : حرام لوصفه كالميتة والدم ولحم الخنزير ، فهذا إذا اختلط بالماء والمائع وغيره من الأطعمة وغير طعمه أو لونه أو ريحه حرمه ، وإن لم يغيره ففيه نزاع ليس هذا موضعه .

(والثانى) الحرام لكسبه | كالمأخوذ غصباً أو بعقد فاسد ، فهذا إذا اختلط بالحلال لم يحرمه ، فلو غصب الرجل دراهم أو دنانير أو دقيقاً أو حنطة أو خبزاً ، وخلط ذلك بماله لم يحرم الجميع لا على هذا ، ولا على هذا ، بل إن كانا متماثلين أمكن أن يقسموه ، ويأخذ هذا قدر حقه ، وهذا قدر حقه ، وإن كان قد وصل إلى كل منهما عين مال الآخر الذى أخذ الآخر نظيره ، وهل يكون الخلط كالإتلاف ؟ فيه وجهان فى مذهب الشافعى ، وأحمد وغيرهما :

(أحدهما) : أنه كالإتلاف ، فيعطيه مثل حقه من أين أحب .

(والثانى) أن حقه باق فيه فللمالك أن يطلب حقه من المختلط ، فهذا أصل نافع ، فإن كثيراً من الناس يتوهم أن الدراهم المحرمة إذا اختلطت بالدراهم الحلال حرم الجميع ،

فهذا خطأ ، وإنما تورع بعض العلماء فيما إذا كانت قليلة ، وأما مع الكثرة فما أعلم فيه نزاعاً .

(الأصل الرابع) : المال إذا تعذر معرفة مالكه صرف فى مصالح المسلمين عند جماهير العلماء ، كمالك وأحمد وغيرهما ، فإذا كان بيد الإنسان غصوب أو عوارى أو ودائع أو رهون قد يئس من معرفة أصحابها فإنه يتصدق بها عنهم ، أو يصرفها فى مصالح المسلمين ، أو يسلمها إلى قاسم عادل يصرفها فى مصالح المسلمين ، المصالح الشرعية .

ومن الفقهاء من يقول : توقف أبداً حتى يتبين أصحابها ، والصواب الأول ، فإن حبس المال دائماً لمن لا يرجى لا فائدة فيه ، بل هو تعرض لهلاك المال ، واستيلاء الظلمة عليه « وكان عبد الله بن مسعود قد اشترى جارية فدخل بيته ليأتيه بالثمن فخرج فلم يجد البائع ، فجعل يطوف على المساكين ويتصدق عليهم بالثمن ، ويقول : اللهم عن رب الجارية ، فإن قبل فذاك وإن لم يقبل فهو لى وعلىَّ له مثله يوم القيامة » .

قلت : وقد علم عبد الله رضى الله عنه أنه ضامن لما فى ذمته لرب الجارية ، وهو مطالب بدفع ثمنها مرة أخرى إذا جاءه بائع الجارية يستوفيه حقه من ثمنها ويكون ما تصدق به تبرعاً منه لا يمنع ضمانه للبائع .

وكذلك أفتى بعض التابعين من غلّ من الغنيمة ، وتاب بعد تفرقهم أن يتصدق بذلك عنهم ، ورضى بهذه الفتيا الصحابة والتابعون الذين بلغتهم كمعاوية وغيره من أهل الشام وهذا يبين :

(الأصل الخامس) : وهو الذى يكشف سر المسألة وهو أن المجهول فى الشريعة كالمعدوم والمعجوز عنه فإن الله سبحانه وتعالى قال : ﴿ لا يكلف الله نفساً إلا وسعها ﴾(١) وقال تعالى : ﴿ فاتقوا الله ما استطعتم ﴾(٢) وقال النبى ﷺ : « إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » رواه مسلم عن أبى هريرة . فالله إذا أمرنا بأمر كان ذلك مشروطاً بالقدرة عليه والتمكن من العمل به ، فما عجزنا عن معرفته أو عن العمل به سقط عنا ، ولهذا قال ﷺ فى اللقطة : « فإن جاء صاحبها فأدها إليه ، وإلا فهى مال الله يؤتيه من يشاء » فهذه اللقطة كانت ملكاً لمالك ووقعت منه ، فلما تعذر معرفة مالكها قال النبى ﷺ : « هى مال الله يؤتيه من يشاء » فدل ذلك على أن الله شاء أن

يزيل عنها ملك ذلك المالك ويعطيها لهذا الملتقط الذى عرفها سنة ، ولا نزاع بين الأئمة أنه بعد تعريف السنة يجوز للاقط التصدق بها وكذلك له أن يمتلكها إن كان فقيراً ، وهل له التملك مع الغنى ؟

مذهب الشافعى وأحمد رضى الله عنهما أنه يجوز ذلك ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز للغنى أن يتملكها .

وإذا تبين أن أموالا مغصوبة أو مقبوضة بعقود لا تباح بالقبض إن عرفه المسلم اجتنبه ، فمن علمت أنه سرق مالا أو خانه فى أمانته أو غصبه فأخذه من المغصوب قهراً بغير حق لم يجز لك أن تأخذه منه لا بطريق الهبة ولا بطريق المعاوضة ، ولا وفاء عن أجرة ولا ثمن مبيع ، ولا وفاء عن قرض فإنه عين مال ذلك المظلوم .

وأما إذا كان ذلك المال قبضه بتأويل سائغ فى مذهب بعض الأئمة جاز لك أن تستوفيه من ثمن المبيع والأجرة والقرض ، وغير ذلك من الديون ، وإن كان مجهول الحال كالمعدوم ، والأصل فيما بيد المسلم أن يكون ملكاً له إن ادعى أنه ملكه ، أو يكون وليا عليه كناظر الوقف وولى اليتيم وولى بيت المال ، أو يكون وكيلا فيه ، وما تصرف فيه المسلم أو الذى بطريق الملك أو الولاية جاز تصرفه .

فإذا لم تعلم حال ذلك المال الذى بيده بنيت الأمر على الأصل ، ثم إن كان ذلك الدرهم فى نفس الأمر قد غصبه هو ولم تعلم أنت كنت جاهلا بذلك والمجهول كالمعدوم ، فليس أخذك لثمن المبيع وأجرة العمل وبدل القرض بدون أخذ لك اللقطة فإن اللقطة أخذتها بغير عوض ثم لم تعلم مالكها ، وهذا المال لم تعلم له مالكاً غير هذا وقد أخذته عوضاً عن حقك فكيف يحرم هذا عليك ؟ لكن إن كان ذلك الرجل معروفاً ـــ بأن فى ماله حراماً ـــ ترك معاملته ورعاً ، وإن كان أكثر ماله حراماً ففيه نزاع بين العلماء .

وأما المسلم المستور فلا شبهة فى معاملته أصلًا ومن ترك معاملته ورعاً كان قد ابتدع فى الدين بدعة ما أنزل الله بها من سلطان .

(هكذا أفاده الإمام ابن تيمية رحمه الله تعالى) .

ويقول الدكتور صديقى (محمد نجاة الله) الحائز على جائزة الملك فيصل فى الدراسات الإسلامية فى بحث أهدانيه المركز العالمى لأبحاث الاقتصاد الإسلامى بجامعة الملك عبد العزيز بجدة فيما ترجمه له الدكتور رفيق المصرى بعنوان « لماذا المصارف الإسلامية » .

دعنا ننظر أولًا إلى العلاقة « دائن / مدين » من وجهة نظر الدائن . إن أكثر ما يعنيه بالطبع هو الاطمئنان إلى استرداد أصل القرض مع فائدته المشروطة . وأفضلُ ضمانٍ لذلك هو تسليفُ النقود إلى المقترضين ذوى الجدارة الائتمانية (المَلاءة) فقط أى الذين يملكون موجوداتٍ كافيةً للوفاء بالتزاماتهم . ولا يعنى هذا أن الممول لا يفحصُ المشروعَ الذى يستثمر فيه مبلغ القرض ، بهدف الاطمئنان إلى سلامته . فلا ريب أنه يقوم بذلك ، ولكن هذا العمل يبقى فى المقام الثانى من اعتباره . ومن جهة أخرى ربما يتجاهل الاحتمالاتِ المريبةَ للمشروعَ المنتظَر ، إذا كان المقترض فى وضعٍ يسمح له بتقديم ضمانٍ قوى ، وكان من ذوى المَلاءة الكاملة . فالديون تتجه عموماً إلى أكثر الأشخاص ملاءةً ، لا إلى الأشخاص الذين يقومون بأكثر المشروعات واعديّةً the most promising projects فإذا ما حصل الممولون على السعر السوقى للفائدة كما هو مشروط فى عقدهم مع المقترض ، لم تَعُدْ توقعات المنظم بتحقيق متوسطِ ربحٍ أعلى تهمهم مباشرة . إن أكثر ما يهمهم هو الأمان ، الذى يمكن فى أحسن الأحوال أن يتطلب توقعاً معقولًا من الأرباح الكافية لدفع الفائدة الثابتة تعاقدياً . أما احتمالاتُ أرباحٍ أعلى ، وهى المعيار الاقتصادى[1] الذى يجتذب أموالًا استثماريةً إلى مشروعٍ ما دون مشروعاتٍ أخرى يُتوقع أن تدرّ معدلًا أدنى من الربح ، فقد فشلت فى تحقيق تأثيرٍ حاسم على الممولين ، لأن عائداتِهم الخاصةَ لم تتحسن بمثل هذه الاحتمالات .

من أجل تقدير الآثار الاقتصادية تقديراً أوضح ، دعنا نتخيل ، فى وقتٍ معين ، وجودَ عددٍ كبير من المشروعات يحمل كل منها معدلًا متوقعاً من الربح أعلى من معدل الفائدة السوقى ، وذلك حسب تقدير المنظم والممول . ولنفترض تبسيطاً أن درجة عدم اليقين Uncertainty المرتبطة بكل التوقعات واحدةٌ . وبهذا يمكن ترتيب المشاريع ترتيباً تنازلياً حسب معدل الربح المتوقع لكل منها . كما يمكن ترتيبُ المشاريع نفسِها ترتيباً تنازلياً حسب مَلاءة المنظمين الذين يقدمونها . ومن الواضح للعِيان أن مشروعاً ما يمكن أن لا يحتل الموقع

(١) نفترض هنا ، مع بقاء الأشياء الأخرى على حالها ، وذلك لغرض هذه الدراسة ، إذ يمكن أن تكون هناك أولوياتٌ اجتماعية ومعاييرٌ أخرى مثل : خلق فرص العمل ، إنتاج السلع الأساسية .. إلخ .. مما يوجِّه (أو يجب أن يوجه) المموِّل أو المنظِّم أو كليهما معاً . فهذه الدراسة لا تأخذ هذه الأمور بالاعتبار لدى المقارنة بين فاعلية نظام المشاركة بالأرباح وفاعلية النظام القائم على الفائدة .

نفسه فى كلا الترتيبين ، وأن مصالح المجتمع تتحقق بدرجة أفضل إذا ما تم تمويل المشروعات حسب الترتيب الأول ، وهو الترتيب المؤسس على الربحية . على أن تدفق التمويل على أساس مدفوعات فائدةٍ ثابتةٍ تعاقدياً إنما يتبع إلى حد كبير الترتيب الثانى الذى يقوم على مَلاءة المقترضين ، ولكنه يستتبع انحرافاً عن التخصيص الأمثل للموارد . ففى نظام مَبنىٌّ على الفائدة تكفّ الربحيةُ المتوقعةُ عن التأثير فى إيجاب تخصيصٍ فاعلٍ للأموال المستثمرة ، لأن الشروط التى قدمت بها هذه الأموال إنما هى شروط ثم يمضى فيقول : القروض التى تحمل فائدة(١) .

دعنا الآن ننظر إلى العلاقة « دائن / مدين » من وجهة نظر المدين . فإن مَن يستخدم الأموالَ المستثمرة يحرص بالطبع عن استخدامها استخداماً مربحاً ما وسعه ذلك . وهذا يستلزم فى بعض الأحيان تجديداً innovation فى وسائل الانتاج وتمرساً بالوسائل الجديدة منها . غير أن الالتزام التعاقدى بردّ الأصل ودفع الفائدة ، بمعزلٍ عن نتائج أعمال المشروع ، يعتبر قيداً قياسياً ، ولا سيما فى حالة المشاريع الصغيرة الحجم ، والمزارع الصغيرة التى لا يملك أصحابُها أيةَ احتياطياتٍ خاصةٍ بهم لإنقاذ أنفسهم ، إذا ما اعتمدوا تطبيقاتٍ جديدةً لا تدرّ أرباحاً مجزية .

لذلك من الممكن أن تُحجم الأموالُ الاستثماريةُ عن التدفق فى قنواتٍ واعدةٍ بمعدلٍ ربحي منتظرٍ أعلى ، ولكنها منطوية على درجةٍ كبيرةٍ من عدم اليقين ، لما أن المشروع واقع تحت التزام ردّ رأس المال مقروناً بعائدٍ محددٍ تعاقدياً . وهكذا فإن رفض مُورِّدِ رأس المال اقتسامَ طوارىءِ عدمِ اليقين المرتبطة باستثماره يحرم المجتمع من مكاسبَ ممكنةٍ لإنتاجية رأس المال عن طريق التجديد واستخدام تقنياتٍ جديدة(٢) .

وبهذا نصل ثانية إلى النتيجة نفسها أعلاه ، من حيث أن الربحية المنتظرة فى نظامٍ قائمٍ على

---

(١) لذلك من الصعب قبول الادعاء بأن سعر الفائدة السوق له فى العادة وظيفتان ، إحداهما توزيع عرض السلع الرأسمالية المتاحة فى المجتمع بين الاستخدامات التى تحقق أعلى إنتاجيةٍ صافية ... » بول ساملسون ، **الاقتصاد** ، الطبعة العاشرة ، ص ٦٠٢ .

(٢) لفظ التجديد أشمل من عبارة استخدام تقنيات جديدة ، كما هو معلوم لدى الاقتصاديين ذلك بأن الأول يشمل بالإضافة إليها كل ما يدخل فى المفهوم الحقوق للابتكار ، من إنتاج سلع جديدة ، أو اكتشاف أسواقٍ جديدة ... إلخ .

الفائدة لتمويل المشروع الانتاجي تتوقف عن أن تكون ذات أثرٍ فى تحقيقِ تخصيصٍ فعّالٍ للأموال الاستثمارية ، وذلك بسبب الشروط التى اقترن بها تقديم هذه الأموال . ولا يزال الدكتور صديقى هو الباحث حيث يقول :

القطاع الاستثمارى وعدم عدالة التمويل بالدَّين

بيّنا أعلاه أن تمويل المشروع الانتاجى بقروضٍ حاملةٍ للفائدة لا ينجح فى جذب الأموال الاستثمارية إلى الاتجاهات الأكثر انتاجيةً . ونريد أن نبيّن الآن أن هذه الطريقة التمويلية طريقة جائرة ، ومؤديةٌ إلى زيادة توزيع الدخل والثروة سوءاً فى المجتمع .

إن رأس المال النقدى الذى يحصل عليه المنظّم من الممول يُستخدم لشراء تلك السلع والخدمات التى تعتبر لازمةً لإدارة المشروع الانتاجى . فهذا المشروع يشترى خاماتٍ (موادَّ أوليةً) وآلاتٍ ويستخدم عمالًا وموظفين ، ويستأجر عمائرَ وأراضىَ ، لها جميعاً تكاليفُ ثابتةٌ بعقودٍ . ولا يظهر إيراده إلا بعد إنجاز عملية الانتاج ، وتسويقِ المنتجات . كما أن الثمن الذى تباع به هذه المنتجات غير معروفٍ معرفةً يقينيةً مؤكدةً ، مسبقاً فى بدء العملية . وتنبنى مخاطرتُه على تقديرِ أن يكون ثمنُ البيع كافياً لمواجهة تكاليف الانتاج وتركِ فائضٍ (ربح) .

لكن هذا التقدير يمكن أن يصدِّقَه الواقعُ أو لا يصدّقه . وهذا يعنى أن الالتزام التعاقدى بردِّ القرض مع الفائدة لا يتلاءم مع الأمر الواقع . فلا مُسَوِّغَ إذن لإلزام المنظم بدفع الفائدة، إذا لم يكن هناك عائدٌ إيجابى لرأس المال النقدى المستثمر .

وادعاءُ العكس ، كما هو السائد فى النظام المرتكز إلى الفائدة ، يستلزم أن ينظر إلى رأس المال النقدى على أنه أساساً منتجٌ للقيمة ، مع أن الأمر ليس كذلك .

فالقيمة ظاهرة سوقية ، وليست لازمةً ذاتيةً من لوازم رأس المال النقدى . فبالنظر لعدمِ يقينيةِ أثمانِ المنتجات ، يمكن أن تكون القيمةُ الكليةُ الناجمةُ من استعمال رأس المال النقدى فى الانتاج أكبرَ من قيمته (قيمةِ رأسِ المال) أو مساويةً لها أو أقلَ منها . وهذا صحيح بصرف النظر عمن يستخدم رأس المال النقدى ، هل هو صاحبُه نفسُه أم هو شخص آخر اقترضه . وهو صحيح أيضاً بصرف النظر عن الشروط التى تم بها التسليف ، هل هى بمعدلٍ فائدةٍ ثابت ، أم على أساسٍ آخر .

الافتراض الوحيد المعقول بشأن المنظم هو أنه يبذل ما فى وسعه لتحقيق أرباح ، لأن جزاءه

يتوقف دائماً على ذلك . بيد أن إمكانية الخسارة فى مشروعات الأعمال تنشأ لا من مستوى التنظيم فحسب ، بل أيضاً من طبيعة العالَم الذى يُدار فيه المشروع . نعم قد يُوصفُ التنظيمُ بأنه سيىء ، إلا أنه لا يمكن أن يوصف بذلك إلا بعد وقوع الواقعة ، أى فى ضوء الخسائر الفعلية التى لحقت بالمشروع . فليس من العدل إذن تجاهلُ هذه الحقيقة عندما يُسلَف رأس المال النقدى لاستخدامه فى مشروعٍ إنتاجى ينتظر أن يحقق أرباحاً . وبعبارة أخرى ، لا مُسَوِّغَ لتحديدِ عائدٍ مضمونٍ عندما تكون طبيعة الأشياء غير مضمونة ، أى أن رأس المال النقدى الباحث عن عائدٍ إيجابى من خلال العمل لا بد أن يتحمل عدم الضمان هذا .

عندما يتعرض المشروع لخسارةٍ ما ، فالمنظم هو الذى يتحمل هذه الخسارة ، ويدفع الفائدة من موجوداته الخاصة . وربما يؤدى هذا إلى عجزٍ دائمٍ أو مؤقتٍ ، يصيب أنشطةَ المنظمِ المستقبَلة . إن هذا الأمرُ مؤسف جداً من وجهة النظر الفردية ، مثلما هو مؤسف جداً كذلك من وجهة النظر الاجتماعية . فإن وقوع الخسارة ، كما أشرنا أعلاه ، لا يعبّر بالضرورة عن تنظيمٍ سيىء . ذلك أن من طبيعةِ عالَمنا أن تَفشل أحياناً بعض المشاريع . فيكفي تحذيرُ المنظمين بأنهم فى حال الفشل لا يجدون أية مكافأةٍ على خدماتهم ، ولا يكسبون أية أرباحٍ . لا بد أن هذا سيجعلهم أكثر فطنةً فى المستقبل .

أما أنْ يُعاقبوا بحرمانهم من جزءٍ من موجوداتهم المتراكمة فى الماضى فهذا ما يصعب تبريره . ذلك أنه يشجع أصحابَ الثروات على التصرف كمقرضين ومؤجرين أكثر مما يشجعهم على تعريض ثرواتهم لمخاطر التنظيم entrepreneurial risks، سواء باستثمارها استثماراً مباشراً فى مشاريع خاصةٍ بهم ، أو غيرَ مباشر بتقديمها ضماناتٍ فى مقابل قروضٍ يحصلون عليها لقيامهم بمشروعٍ ما . إن نظاماً يكون فيه الدَّينُ هو الشكلَ السائدَ من أشكال التمويل الخارجى للمشروع الانتاجى إنما يشجع على الانتظار السلبى ، ويضع عنصرَ العملِ التنظيمى فى وضعٍ سيىء . ذلك بأن أصحابَ الثروات الذين يختارون الاقراض والانتظار يصبحون بالتدريج وباطّرادٍ أثرى مع الزمن ، فى حين أن أصحاب الثروات الذين يختارون تعريض ثرواتهم وقدراتهم لمخاطر المشروع الانتاجى لا تكون لهم مثل هذه الضمانة .

وعلى مستوى الاقتصاد الكلى ، يؤدى الترتيب الحالى إلى تدفق الثروة من المنظمين الذين يتعرضون للخسارة (لأن هناك دائماً مَن يتعرض للخسارة) إلى دائنيهم .

فيصير مِن شأنِ الثروة أن تجلب مزيداً مِن الثروة ، بينما يجب على عنصر التنظيم أن يُجابِهَ الطقسَ السيىءَ ، بتعويض خسائرِهِ من الأرباح التى كسبها فى السابق .

وهذه الثروة الإضافية المتدفقة إلى الدائنين من المشاريع الخاسرة لم تنشأ من أية ثروةٍ إضافيةٍ خلقها استخدامُ رأسِ المالِ النقدى الذى استلفتْهُ هذه المشاريع ، فهل تعنى الخسائر شيئاً آخر سوى أن العملية الانتاجية الخاسرة قد فشلت فى خلقِ ثروةٍ إضافية ؟ وبهذا فإن إعادة توزيع الثروة الموجودة لصالح مُلّاك رأسِ المال النقدى أمر غير عادل . فإذا ما أخذنا هذا الظلم الملازم لنظام الفائدة بعين الاعتبار ، زاد توزيعُ الدخلِ والثروةِ ظلماً مع مرورِ الزمن . وهذه الحتمية لا بد وأن تُضعِفَ طبقةَ المنظمين وتقوّى طبقةَ الممولين .

وفى بعض الأحيان ، يؤدى الاستخدامُ المنتِج لرأس المال المقترضَ من المصارف إلى أرباحٍ طائلة تعود لرجال الأعمال ، ولا يذهب منها إلى المصارف إلا قسطٌ هزيلٌ فى صورةِ فائدة . وعليه فإن استبدال الشروط التى يتم بها تقديم رأس المال ، بحيث يتناسب عائد رأس المال مع الأرباح المتحققة فعلًا ، لا بد وأن يوطّد العدالة ، ولا بد أن يسهم أيضاً فى تحسين فاعلية التخصيص ، بحمل المصارف على التطلع إلى المشروعات التى تحمل أرباحاً منتظرةً أعلى ، لتُمَوِّلَها . كما أن مطالب العدالة لا بد أن تتحقق بالكامل عندما يحدث تغيير مماثل فى الشروط التى تحصل بها المصارف على الودائع من الجمهور ، بحيث تصبح العائداتُ على الودائع متناسبةً مع الأرباح التى حققتها المصارف فعلًا . فأرباح المصارف الأعلى سوف تؤدى ، فى هذه الحالة ، إلى أرباحٍ توزيعيةٍ أعلى تُدفع إلى المُودِعين .

وتجدر الإشارة إلى هذا أن الظلمَ الكامنَ فى نظام الفائدة ، بحق المدخرين والدائنين ، يزداد حدّةً فى وضعٍ تضخمي ، عندما يتخلف ارتفاع معدل الفائدة وراء ارتفاعِ الأثمان والأرباح . فيمكن أن يحصل المودِعون فعلياً على عائدٍ سلبي ، إذا كان معدل الفائدة أدنى من الارتفاع المئوى فى الأثمان . ويتعذر على المصارف الحفاظ على فارقِ النسبةِ (أو السرعةِ) بين معدلات فوائد الاقراض وبين ارتفاع الأثمان ، تاركةً لرجال الأعمال أن يحققوا أرباحاً تضخمية وعليه . فإن العُدول عن الفائدة إلى المشاركة النسبية فى الأرباح سوف يخلو من هذا الظلم .

دَين المستهلك :

تظهر القروض فى القطاع الاستهلاكى لسببين مختلفين . فهناك أولًا حالة المستهلك

المحتاج الذى لا يمكنه أن يدفع قائمةَ حسابٍ (فاتورةَ) البقال أو المستشفى .

وهناك ثانياً حالة المستهلك الذى يودّ الحصولَ على سيارةٍ أو منزل ، ولا يستطيع دفعَ الثمن الكامل ، لكنه يأمل أن يكون قادراً عليه بعد فترةٍ زمنيةٍ ما .

إذا ما نظرنا أولًا إلى حالة المستهلك المحتاج ، أدركنا أنه لا تماثلَ بين هذه الحالة وحالة ذلك المنظم الساعى وراء الأموال الاستثمارية . فليست هناك أية إمكانيةٍ لعائدٍ نقدىٍ على المبلغ النقدى المسلف إلى هذا المستهلك . وليست هناك أية انتاجية صافيةٍ فى هذه الحالة . على أن المجتمع الإنسانى منذ وقتٍ طويلٍ اعترف بها على أنها مسئولية جتماعية ، كما أن دولة الرفاهية الحديثة اتخذت منها الموقف نفسه . والمشكلة الحقيقية فيها هى كيف يمكن تقديم إعانةٍ بدون تشجيع أية بطالةٍ إرادية ، أو أيةِ ظاهرةٍ من ظواهر عدم الفاعلية ، أو أى ضربٍ آخرَ من ضروب المساوئ . لا شك أن القروض التى تحمل فائدةً لا تصلح لهذا الغرض ، لأنها تؤدى إلى نقصان المنفعة الصافية لهذه الإعانة ، أو إلى إزالتها بالكليَّة .

من السهل أن نرى كذلك ، أنه إذا ما وُضع ثمنٌ على الأموال الاقراضية funds loanable فى القطاع الإنتاجى ، فلا بد أن يحمل ذلك ثمناً ما إلى القطاع الاستهلاكى أيضاً ، وذلك على الرغم من عدمِ وجودِ إنتاجيةٍ صافيةٍ لرأس المال فى هذا القطاع ، كما زعموا فى القطاع الإنتاجى . وهذا الثمن فى القطاع الاستهلاكى يقدّم أرضيةً مثاليةً لمقرِض النقود التقليدى ، ويشكل مَصدرَ إلمٍ كبيرٍ لفقراء المجتمع . كما أنه ينبوعُ نزاعٍ كثير ، يؤدى عادةً إلى تحويل الموجودات القليلة التى يملكها المدينون إلى ثروة الدائنين .

الحالة الثانية ، حالة المستهلك الراغب فى قرضٍ لشراء سلعٍ استهلاكيةٍ معمِّرةٍ ، لئن أمكن أن يُنظر إليها على أنها استثمار ، قد يؤدى إلى مزيدٍ من الفاعلية ، ومزيدٍ من قدرة المستهلك على كسب الدخل ، إلا أن هذا لا ينطبق على كل حالات الشراء الاستئجارى (البيع الايجارى) hire purchase أو الائتمان بالتقسيط instalment credit الشائعة فى الوقت الحاضر .

فيدخل فى هذه الحالات كثير من المواد التَرَفيَّة (= الكمالية) والأدوات التى قد تحقق بعضَ الأشباع ، لكنها لا تكاد تَزيد القدرةَ على الكسب .

نعم فى الحدود التى يُنظر فيها إلى بعض السلع الاستهلاكية المعمّرة على أنها استثمار يؤدى إلى زيادة قدرة المستهلك على كسب الدخل ، يمكن من حيث المبدأ قبولُ فكرةِ عائدٍ

على هذا الاستثمار ، إلا أن العائدات تبقى غير مؤكدةٍ وغير قابلةٍ للقياس ، إلى حدٍ هو فى هذه الحالة أكبرُ منه فى حالة الاستثمار فى الإنتاج ، فليس هناك « مُنْتَج » ملموسٌ قابلٌ للتسويق . والزيادة المحتملة فى الدخل قد تحصل فعلًا وقد لا تحصل ، وحتى عندما تحصل ، فإن هناك عدداً من العناصر غير القابلة للوزن الدقيق ، مما يجعل القيام بإعطاء عائدٍ للسلعة الاستهلاكية المعمّرة عمليةً صعبةً جداً . وبهذا فإن عدم اليقين فى العائدات القيمية ، للاستثمار فى سلعٍ استهلاكيةٍ معمّرةٍ ، يُبطل دعوى المعدل الثابت للفائدة على القرض الممنوح لهذا الغرض .

لقد سُجلت مؤخراً زيادةٌ هائلة فى حجم الائتمان الاستهلاكى فى معظم الأقطار المتقدمة . فخمسون بالمائة من الأسر فى الولايات المتحدة الأميركية تستفيد من هذا النوع من الائتمان[1] ، وبلغت مدفوعات أداء الدين الاستهلاكى ما يقرب من ربع الدخل التصرفى (المُتَاح) disposable income عام ١٩٧٩[2] .

ولأسبابٍ معروفةٍ تتطلب تكاليفُ خدمة المبيعات بالتقسيط معدلًا للفائدة عالياً جدًا على الائتمان التقسيطى instalment credit. فالثمن الذى يدفعه المستهلك فعلًا على هذه الأصناف هو أعلى من ثمن السوق . لذلك ليس عجيباً أو يؤدى اللجوء إلى الائتمان الاستهلاكى أحياناً إلى مستوىً معيشي أخفض[3] .

إن تيسيرَ إتاحة السلع ، وترويجَ المبيعات ترويجاً عدوانياً ، والدعايةَ لها دعايةً عاليةَ الضغطِ ، يدفع كثيراً من الأسر إلى الاستدانة إلى حدودٍ يصعب تبريرها بما تملكه من أموالٍ حاضرةٍ ، أو بما تنتظره من إيراداتٍ مستقبَلةٍ .

فَأَنْ تُخططَ لشراءِ سيارةٍ وتدخر ثمنَها شيءٌ ، وأَنْ تكون مُتَاحةً لطالبِها ولا يستلزم ذلك أكثر من عددٍ قليلٍ من التواقيع ، ذلك شيء آخر[4] .

---

(١) دافيد كابلوفتز : « **المستهلكون فى قلق** » المطابع الحرة ، نيويورك ١٩٧٤ ص IX .

(٢) مجلة تايم ١٧ شباط (فبراير) ١٩٧٠ ، ص ٤٦ .

(٣) دافيد كابلوفيتز ، سبق ذكره ، ص ٢٨٦ .

(٤) يقول ستان بنسون Stan Benson ، مستشار الائتمان الاستهلاكى فى لوس أنجلوس : « ليس من الغريب أن نرى شخصاً عمره ٢٦ سنة ، ومتوسط راتبه الصافى لا يتجاوز ١٠٠٠ دولار شهرياً ، تبلغ مديونيته ١٠٠٠٠ ــ ١٢٠٠٠ دولار ، لعشرة دائنين أو خمسةَ عشرَ دائناً » مجلة تايم ١٨ شباط (فبراير) ١٩٨٠ ، ص ٤٦ .

إن إتاحة الائتمان الاستهلاكى تؤدى إلى زيادةٍ أولى فى الطلب، لا يمكن أن تستمر إلا بمزيدٍ من النموِ الأسّي exponential growth فى الائتمان . وهناك جهد مستمر لاجتذابِ عددٍ متزايدٍ من الناس ، عن طريق تخفيض الدفعة النقدية ، والتساهلِ فى بعض الشروط الأخرى . لكن من الواضح أن هذه العملية لا يمكن أن تتواصل طويلًا ، وإن كانت فى الوقت الحاضر لا تزال باقية ، بل إنها تمتد بفعل التضخم . ذلك أن ارتفاع الأثمان المنتظر يُغرى المستهلكين بالمضى فى مزيدٍ من عمليات الشراء الائتمانية . وهذا ما يَزيد بدوره من حدّة النزعة التضخمية فى الأثمان ، ويؤدى إذن إلى تفاقم الوضع ، وتعميق الأزمة عندما تقع .

لا ريبَ أن مؤسسةَ الائتمانِ الاستهلاكى السهل مسئولة عن عددٍ كبيرٍ من العلل التى تصيب هؤلاء المتورطين فيها مباشرة ، هذا إلى جانب آثارها القاتلة على مستوى الاقتصاد الكلى . فإنها تضع الأسر المدينة تحت ضغوطٍ نفسيةٍ كبيرةٍ ، تؤدى إلى خراب البيوت وإلى المرض ، وحتى إلى فقدان الأعمال . فليس من المستبعد أن ينتهى المدين إلى الانهيار الكامل ، من الناحية الاقتصادية وغيرها(١) .

إن التدخل الاجتماعى لاتّقاء هذه المصائب يصعب نجاحه بدون استئصال تلك المؤسسة . ولقد سبق أن رأينا أنْ ليس ثَمَّةَ حكمة من وجودِ عبء الفائدة الثابتة على الائتمان الاستهلاكى . فإذا كان مرغوباً تسهيلُ شراءِ السلع الاستهلاكية المغمّرة ، وجب على المجتمع إيجاد بعض الطرق البديلة لتحقيق هذا الغرض . ذلك بأن شرور النظام الحالى لا يمكن استبعادها من خلال « إصلاحاتٍ » لا تستأصل جذور الشر (يعنى الفائدة) . ثم ينتقل من الدين بين الأفراد للدين العام أو الدين على الحكومات بواسطة السندات التى تطرح فى الأسواق وسماها :

الدين العام :

إن حاجة الحكومة الحديثة للدّين العام إنما تنشأ أساساً لثلاثة أسبابٍ مختلفة . فهذه الحكومة تحتاج أولًا إلى تمويل قصيرِ الأجلِ لردمِ الهوة بين الوقت الذى يحدث فيه الانفاق والوقت الذى يحصل فيه الايراد . وتُغَطّى هذه الحاجةُ حالياً عن طريقِ بيع أذوناتِ الخزينة . كما أن تلك الحكومة تحتاج ثانياً إلى تمويل متوسطِ الأجلِ وطويله لصناعاتِ القطاع العام وللمرافق العامة كالكهرباء ، والنقل ، وغير ذلك . وأخيراً تحتاج الحكومة إلى مواردَ

---

(١) دافيد كابلوفيتز ، سبق ذكره .

ماليةٍ هائلةٍ لمواجهة كوارث الطبيعة ولتعبئة (الأموال اللازمة لسدِّ) [1] نفقات الدفاع خلال حربٍ من الحروب .

ليس هناك فى الحالة الأولى إنتاجية صافية أو عائدات فعليَّة يمكن أن يُخصَّصَ سهمٌ منها لرأس المال النقدى المقترض .

ما أن يوضع سعر على الأموال الاقراضية loanable funds فى سوق الاستثمار ، حتى يتوجب على الحكومة أن تدفع فائدة على هذه القروض القصيرةِ الأجل التى يتحتم الحصول عليها عادةً عن طريق بيع أذونات الخزينة التى قَرُبَ موعِدُ استحقاقِها ، وتدفع الفائدة فى نهاية الأمر من الإيرادات الضريبية ، غير أن تكلفة إدارة الضريبة ، فى حدود علاقتها بالفائدة المدفوعة ، تعتبر تبديداً اجتماعياً ، كما أنها تشكل عبئاً إضافياً على هذه الطبقة ، كل ذلك بسبب هذا الترتيب غير الرشيد .

إن تمويل صناعاتِ ومرافقِ القطاع العام بالقروض الربوية ، فى الحالة الثانية ، إنما يشكو من نفس الخلل الذى يصاحب الاستثمارَ فى القطاع الخاص . فالإنتاجية القيمية للإستثمار فى القطاع العام إنتاجية غير يقينية ، كما هى الحال فى القطاع الخاص سواء بسواء ، ومن ثَمَّ يُعتبر ضمانُ عائدٍ إيجابىّ لمقدَّمِ رأسِ المالِ النقدى أمراً غير عادل . فهو يؤدى إلى تحميل العبء الكاملِ للخسائر الممكنة على المجتمع ككل ، على حين أنه يؤمن لأصحاب رأس المال النقدى زيادةً مضمونةً فى ثرواتهم .

إن غالبية الديون العامة الضخمة التى ترزح تحتها الدولُ الحديثةُ فى الحالة الثالثة ، قد نشأت خلال الحروب التى تم تمويلها بمزيدٍ من القروض الربوية . ومعظم هذه القروض يتم تدويره باستمرار . فالسندات القديمة تحلّ محلّها عند الاستحقاق سنداتٌ جديدةٌ ، والفائدة تدفع من الحصيلة الضريبية ، وهذه الحصيلة الضريبية كانت لازمةً بدورها لأن هناك ثمناً وُضع على القروض فى سوق الاستثمار ، إن طبيعة الحاجة نفسها ، وحقيقة الاستخدام الفعلية للموارد المعبأة تمنعان أية زيادةٍ (أى ربح)فى القيمة ، وكما فى الحالة الأولى أعلاه ، يمكن أن نفترض أن الضريبة تُفرض على نفس الأشخاص القادرين لكى تُدفع لهم فوائدُ على السندات التى يملكونها ، ولا بد أن تكون الضرائب فى الحقيقة أعلى من الفائدة المستحقة ، بحيث يمكن كذلك تغطية كلفة إدارة الضريبة .

---

(١) ما وضعناه بين قوسين هو للتوضيح ، ولم يَرِد فى النص الأصلى ، ويمكن حذفه فى العربية أيضاً مع بقائه مُقَدَّراً . (المترجم) .

وبما أن حجم الديون الحالية كبير جداً ، فإن سدادها النهائى لا يُنظر إليه نظرةً جدّيةً أبداً . فالوسائل التاريخية الوحيدة لإطفاء هذا الثقل (يعنى الدَّين الثقيل) إنما يقدمها التضخم . غير أن هذا التضخم قد خَلق مصلحةً راسخةً لاستمراره ، مما يؤدى إلى تعويقِ الحكوماتِ المدينةِ بديونٍ باهظةٍ عن متابعةِ سياساتِ التثبيتِ الفعلية .

إن مفهوم الدولة كمؤسسةِ رفاهٍ ، تمثل الشعب وتعمل على تأمين صالحه بجهودِ أفرادِه التعاونية ، إنما يتناقض مع واقع دفع الفائدة على الأموال التى يتم الحصول عليها لمواجهة مثل طوارىء الحرب ، أو المجاعة ، أو الطوفان . فذلك تناقضٌ تاريخىٌّ موروثٌ من رأسماليةٍ دَعْهُ يَعمل ، ومن عصر الفردية المتطرفة .

وإن البحث عن علاجٍ من خلال التضخم إنما يعنى تجاهلَ آثارهِ الاجتماعيةِ والاقتصادية المدمّرةِ للمجتمع . ثم عرج على الديون التى تكون بين الحكومات فقال :

الدَّين الدولى :

سجّل الدّينُ الدوليُّ زيادةً هائلةً فى العقود الزمنية الثلاثة الأخيرة . وقد تراكم معظم هذه الديون خلال عملية « التنمية » التى تمر بها كل أقطار العالم إلا عشرين قطراً . إن التمويل بالدَّين سواء كان حكومياً أم خاصاً أم كان عن طريق وكالات « المعونة » الدولية ، يُفترض فيه أن يساعد على زيادة الانتاج فى الأقطار المدينة ، التى يجب أن تكون فى نهاية المطاف فى وضعٍ يُمَكِّنها من إيفاء الدين مع فائدته . ويبررون هذه العملية بالاستناد إلى الانتاجية الصافية المزعومة لرأس المال . لكن يبدو واضحاً أن عدم التيقن من الانتاجية القيمية لرأس المال هو أكثر حدّةً فى هذا القطاع ، وذلك لعددٍ من الأسباب .

فالديون التى تحصل عليها الأقطار الفقيرة لا تذهب جميعاً لتمويل التنمية ، بل يذهب قسم منها لتمويل الاستهلاك الضرورى ، وفى بعض الحالات لتمويل نفقات الحكومة ، وفى معظم الحالات يجرى ذلك لخدمة الحفاظ على نظامٍ غيرِ شعبي فى السلطة ، يخدم مصالح الدائنين . هذه الاستعمالات غير المنتِجة قد لا تسمح بردِّ الأصل ، فضلًا عن خلقِ قيمةٍ إضافيةٍ لتبرير أداءِ الفائدة .

وإذا ما استُعملتِ القروضُ الخارجية فى أغراضٍ انتاجية ، صاحبتْها كالعادة ظروف تحدّ إلى حدٍّ كبير من فاعليتها فى خدمة المصالح الطويلة الأجل للأقطار المدينة .

إذ يفرض الدائنون استراتيجياتٍ مصمّمةً لخدمة مصالحهم الخاصة أكثر من خدمة

مصالح البلدان المتلقّية للمعونة ، وربما اقترنتِ المعونةَ بقيودٍ تحدّ من حرية هذه البلدان فى اختيار مصادر التوريد ونوعية التقنيات .

وثَمة آثارٌ سلبيةٌ أخرى للتنمية « المُعَانَة » لا تزال تؤدى إلى مزيدٍ من سوء توزيع الدخل ، مع ما ينجم عن ذلك من اضطرابٍ اجتماعي وتزايدٍ فى تبديد الموارد ، هذا إلى جانب آثار التغريب westernization الثقافية المميتة .

أما من وجهة نظر الأقطار الدائنة وشركاتها المتعددة الجنسيات ، فإنها مناورة لخلقِ أسواقٍ جديدةٍ لصادراتها ، ولزيادةِ تبعية الاقتصادات المدينة لاقتصاداتها الخاصة . والمعونة ، وهى تعبير ملطّف عن القروض التى تحمل فائدة ، حاجتُهم إلى منحها أكثر من حاجة البلدان الأخرى إلى تلقّيها ، لأن نمو بلدانهم يصعب استمراره بدون توسيعِ الأسواق الخارجية . وليست صناعة الأسلحة فى الأقطار المتقدمة إلا مثالًا نموذجياً فى هذا الصدد .

وهناك شيءٌ حدث فى هذا القطاع (الدولى) شبيه أيضاً بما حدث فى القطاع الاستهلاكى . فالأقطار الفقيرة لا تزال مرهقة بالديون إلى حدودٍ تتجاوز إمكاناتها ، وهذا ما يُغريها باستخدام الموارد التى تحصل عليها من هذا الطريق فى استخداماتٍ طائشة . فقد تعلمت أن تعيش بأكثر من وسائلها ، ولم تتعلم أن تشدَّ أحزمتها ، بأن تدخر وأن تقتصد وأن تعمل بجدٍّ لبناءِ مستقبلٍ أفضل . فإن تيسيرَ الاقتراضِ وإمكانيةَ الاستمرارِ فيه ، مع فقدان رؤية فُرَصِ الوفاء ، قد أدَّيَا إلى تفاقم الوضع . ويقع اللوم الأساسى على الأساس الذى يقوم عليه تنفيذ هذه الصفقات : الالتزام بإعادة الأصل مع الفائدة ، دون مراعاةِ الناتج الفعلى من استخدام هذه الموارد .

إن هذا الأسلوب فى التعامل النقدى الدولى يخلق باعثاً قوياً على الاقراض ، ويجعل الاقتراض ميسوراً للساسة الضيقى الأفق ولأصحاب المصالح . وإن السبيل الوحيد الذى يجعل ذلك الأسلوب ممكناً لأمةٍ من الأمم المثقلةِ بالدَّين هو الاستمرارُ فى الاقتراضِ ، الاقتراضِ لخدمة الديون القديمة ، والاقتراضِ لتأخير يوم الحساب النهائى . ولا يمكن لأحد أن يتصور سبيلًا آخر يمكن أن يستمر فيه مثل هذا العبث . فإذا ما تركنا جانباً الديون المحمّلة بالفائدة ، فإن البديل الحيوى الوحيد هو ذلك البديل المستند إلى تدفق الموارد من الغنى إلى الفقير بدفعٍ تحويلي مباشرٍ direct transfer payment ونوعٍ من المشاركة . فيجب أن تستخدم أموال المعونة لزيادة الانتاج ، وردّها من الناتج ، واقتسام « العائدات » الفعلية

للاستثمار مع مقدّم الأموال . إننا نرجىء النظر فى البدائل إلى فصلٍ لاحقٍ لكن من الواضح أن هذه البدائل لم تكن لتؤدى إلى الوضع الراهن .

لقد قاد النظامُ الحاليُّ لقروض الفائدة الأقطارَ الناميةَ إلى استدانةٍ بلغ رصيدها ٤٠٠ بليون دولار أميركى[١] ، بفائدة وقسط استهلاك تجاوزا ٤٠ بليون دولار أميركى فى السنة[٢] . ولمّا تتمكن ثلاثة عقودٍ زمنيةٍ من التمويلِ بالدّين من جعل الأقطار المدينة مكتفيةً ذاتياً ، أو أقل تبعية على الأقل ، فضلًا عن تمكنها من تحقيق فائضٍ للوفاء . وهذا ما وضع النظام الاقتصادى العالمى تحت ضغوطٍ ثقيلة . ولقد بدأت الأقطار النامية تنظر إلى المعونة على أنها استغلال أكثر منها معونة ، كما أن الحكمة من الدين الربوى فى سياق التعاون الاقتصادى الدولى قد طُرحت طرحاً جدّياً ، ولكن دون أن تُعطى حقها من النظر . ويمكن القول بأن مؤسسة القروض ذات الفائدة تدين هى نفسها إلى نظرةٍ للملكية الفردية أنانيةٍ مُتَمَحْوِرَةٍ على الذات self centered individualistic view of ownership تكاد حقائق العالم المعاصر لا تُبقى عليها . ذلك أنها تتعامى عن طبيعة هبة الموارد على الأرض ، وعن الطبيعة العارضة (العابرة) للدول الأمم ، وعن أحداث التاريخ الماضى ، وعن مقتضيات التعايش السلمى ، والتحابّ بين شعوب العالم . إن المجتمع العالمى كله قد بات مقتنعاً بالحاجة إلى نظامٍ اقتصاديٍ جديدٍ يختلف اختلافاً جذرياً عن النظام الحالى . لكن هذا المجتمع العالمى لم يشعر بعدُ للأسف بأولويةِ إلغاءِ الفائدة فى المعاملات المالية بين الغنى والفقير ، كخطوة أولى فى اتجاه مثل هذا التغيير ، ثم انتهى من بحثه إلى النتائج التالية :

تفاقم سوء توزيع الدخل والثروة

بعد بيان آثار الفائدة فى بعض القطاعات الهامة فى الاقتصاد ، دعنا نلتفت الآن إلى إيجاز أثرها على توزيع الدخل والثروة فى المجتمع . إن مؤسسة دفع الفائدة الثابتة تؤمن تدفقاً مستمراً للموارد من المدينين الذين هم كثرة ، إلى الدائنين الذين هم قلّة . وفى كثيرٍ من الحالات ، لا يؤدى القرض إلى خلقِ ثروةٍ إضافيةٍ يمكن دفع الفائدة منها إلى المقرض .

---

(١) **نيوزويك** ٣١ آذار (مارس) ١٩٨٠ ، ص ٤١ .

(٢) مؤشرات اقتصادية واجتماعية ، وثائق تقرير البنك الدولى رقم ٧٩/٧٠٠ ، تاريخ ٤ تشرين الأول (أكتوبر) ١٩٧٩ ، تعطى الرقم ٣٧,٦ بليون دولار لعام ١٩٧٨

وهذا يصدق على قروض الاستهلاك[1] ومعظم القروض الممنوحة إلى الحكومة ، كما يصدق أيضاً على بعض القروض إلى قطاع الأعمال ، عندما يصاب المشروع التجارى بخسائر ، أو ينتهي إلى أرباح يقل معدلها عن معدل الفائدة . فى كل هذه الحالات ، تعتبر مؤسسة الفائدة مسئولة عن حدوث تحويل صافٍ للموارد الحالية من المدينين إلى الدائنين . وفى حالةٍ واحدةٍ فقط ، هى حالة المنظمين الذين يحققون ربحاً أعلى من معدل الفائدة ، لا يكون هناك تحويلٌ صافٍ للموارد الحالية ، لأن الفائدة تُدفع من الثروة الإضافية التى خلقها استخدام الأموال المقترَضة .

يضاف إلى ذلك أن معظم الائتمان الذى تقدّمه المصارف إنما يُخلق خصيصاً لهذا الغرض . فهو نقد جديد يظهر مع عملية الاقراض وبسببها . هذا النقد الجديد الذى لا تقابله مواردُ حقيقيةٌ فى المرحلة الأولى ، يعمل كأداةٍ لإعادة قسمٍ من ثروة المجتمع إلى المقرضين . وكما أشرنا أعلاه ربما يكون هناك جزءٌ فقط من الثروة محوّل بهذه الطريقة أتى من الثروة الاضافية التى خلقها الاستخدام المنتِج للائتمان المصرفى . وهكذا تعتمد مؤسسة الفائدة المقترنة بخلق الائتمان على أن عملية الاقراض التى تقوم بها المصارف تمكن المموّلين من التحكم بالتدفق المستمر لثروة المجتمع ، الموجودة أو المولودة (المضافة) .

وهذا الحكم يصدق أيضاً على عمليات الإقراض الجارية على الصعيد الدولى . فإن صندوق النقد الدولى ، مثلاً ، يُحمِّل مدينيه فى الوقت الحاضر فائدة ٢٥ر١٠ ٪ ، ويدفع إلى دائنيه فائدة ٢٢٥ر٩ ٪[2] ، وهؤلاء الدائنون هم من الأمم الغنية التى تطلب الأمم الفقيرة « عملتَها الصعبة » لسدّ العجز فى موازين مدفوعاتها .

وعلى هذه الشاكلة نفسها تسرى القروض فى البنك الدولى ، وفى وكالات المعونة المختلفة . ولقد رأينا أعلاه كيف ، ولماذا ، تفشل هذه القروض أحياناً فى خلق ثروةٍ إضافيةٍ فى الأقطار المتلقّية لها . فإذا فشلت فى ذلك ، جَرَّ دفعُ الفائدة تحويلاً للموارد الموجودة من الأقطار الفقيرة إلى الغنية . ولا يُتصور هذا فى نظامٍ ترتبط فيه العائدات بالإضافات الفعلية للثروة ، ولا تُحَدَّد مسبقاً كما فى نظام الفائدة .

نظام الفائدة عامل أساسى مسئول عن جعل توزيع الدخل والثروة أكثر سوءاً فى الأمة الواحدة وبين الأمم . ولم تنجح التدابير المالية العامة المتخذة لتلطيف الوضع ، فى بعض الأقطار ، فى مقاومة هذه النزعة ، ويمكن النظر إليها ، فى أحسن الأحوال ، على أنها أدويةٌ مُكْلِفة لمرضٍ هو إحدى خلائق النظام .

---

(١) غير أن الائتمان الممنوح للسلع الاستهلاكية المعمِّرة يمكن أن يؤدى إلى زيادة الفاعلية ، التى تزيد بدورها من الإنتاج فى المستقبل .

(٢) الصحيفة اليومية الإنكليزية «سعودى جازيت» **Saudi Gazette** ، جدّة ، ٣٠ آذار (مارس) ١٩٨٠ .

إن زيادة تركيز الثروة واستمرار تدفقها من الكثرة إلى القلّة ، سواء ضمن الأمة الواحدة أم بين الأمم ، لا يزالان يولّدانِ توتراتٍ اجتماعيةٍ وسياسية ، يؤدى تراكمُها إلى اضطراباتٍ صغيرةٍ وكبيرةٍ ، فى صورة ثورات فلّاحيةٍ ، وإضراباتٍ عمّالية ، وحروبٍ أهلية وعالمية ، ذلك أن الفجوة المتنامية بين القلة القليلة من الأقطار الثريّة (أقطار الشمال) والكثرة الكاثرة من الأقطارِ الفقيرةِ (أقطارِ الجنوب) إنما تشكل تهديداً للسلام العالمى والاستقرار . .

تركيز السلطة :

لئن كانت السلطة إلى حدٍ ما تابعةً للثروة ، فإنها اليومَ فى المجتمع المادى الحديث أكثرُ تبعيةً لها . ومع تركيز الثروة يمضى تركيز السلطة ، سواء كانت اقتصاديةً أم سياسية . ففى مجتمعٍ كالولايات المتحدة « ليس أساس السلطة الاقتصادية هو الخبرة ، بل الملكية وتحكم رأس المال المجرَّد capital abstract مما يعنى أن السلطة النهائية تكمن فى يد أصحاب المصارف الذين هم المُلّاك الرئيسُون لأسهمِ رأس المال فى الشركات الكبرى الحديثة أو هم دائنوها »[1] لدى بحثه فى مدلول تحكم المصارف بالشركات الكبيرة يختم كوتز كلامَه فى عملٍ له أحدثَ من العمل السابق بأن « لهذا التحكمِ آثارَه على الدرجة السائدة من التركيز التجميعى الفعلى للسلطة الاقتصادية والسياسية »[2] .

« لقد أصبحت المصارف التجارية من كبار حَمَلَةِ أسهمِ رأس المال ، ومن كبار مُقرِضى رأس المال »[3] ، كما لاحظ المؤلف المذكور .

تتركز الثروة فى يد القلّة ، فتجلب لهم مزيداً من الثروة ، ليس لأنّ أربابَها يملكون خبرةً ، ومخاطرةً ، ومهارةً أعظمَ من الغير ، بل لأن لهم ثروةً ، يعود الفضل فيها لمؤسسة الفائدة . فالسلطة تصاحب الثروة ، ويزداد ميلُها فى الحقيقة إلى التركز . فكلما أصبحت الكثرة أفقر ، ازدادت سلطتهم إلى أبعد حدّ . وهذا ما يصنع صورةً مزيفةً للديمقراطية ، لأن الصحافة ، والمنبر ، والحزب ، مثل كل المؤسسات الأخرى للمجتمع القائم على الفائدة ، تخضع للجهود المنظمة لأصحاب الثروة والسلطة ، وتُستغَل لمصلحتهم الخاصة .

---

(١) دافيد م. كوتز David M. Kotz : « **التحكم المصرفى بالشركات الكبيرة فى الولايات المتحدة** » بركلى ، مطابع جامعة كاليفورنيا ، ١٩٧٨ ص ١٤٨ .

(٢) دافيد م. كوتز : « **مدلول التحكم المصرفى بالشركات الكبيرة** » صحيفة المسائل الاقتصادية ، المجلد XIII رقم ٢ ، حزيران (يونيو) ١٩٧٩ ص ٤٢ .

(٣) نفسه ، ص ٤٢٣ .

النزعة إلى التضخم :

واحدٌ من أكثر آثار الفائدة جدّيةً هو النزعةُ الراسخة لدى المصارف فى التوسع الائتمانى المفرط . ويكمن السبب فى الطريقة التى يتم بها خلق النقود فى نظامٍ قائمٍ على الفائدة ، كما يتعلق هذا السبب بطبيعة عمليات الإقراض فى المصارف التجارية[1] . فالاقراض عملية تتعلق أساساً بملاءةِ المقترض أو سمعتِه الائتمانية فى ضمان الوفاء مع الفائدة ، وأفضلُ مؤشرٍ لذلك هو ثروته الصافية ، أى الأموال التى يملكها فى تاريخ الاقتراض . أما توقعات المشروع الذى تُستخدَم فيه الأموال المقترَضة فإنها لا تظهر فى حسابات المقرض إلا فى الخط الدفاعى الثانى . فإنتاجية المشروع المنتظر ليست هى الهمَّ الأوّلَ للمقرض ، ومن ثَم ليس هناك ارتباط بين خلق النقود الجديدة وخلق الثروة الجديدة من خلال استخدامها المنتِج . وبذلك فإن الزيادة فى عرض النقود من طريق خلق الائتمان فى المصارف التجارية لا تؤدى بالضرورة إلى الزيادة فى عرض السلع والخدمات . فإنها لم تنشأ لهذا الغرض ، فى المقام الأول . وثانياً هناك عدد من الأنشطة غيرِ المنتِجة يمكن ، من نواحٍ أخرى ، مع ذلك أن تكون مؤهلةً للقروض المصرفية ، لا لشيءٍ إلا لملاءةِ هؤلاء الذين يبحثون عنها ، مثالُ ذلك المضاربة .

ولما كانت أرباح المصرف الناجمة من الاقراض وخلق الائتمان لا تتوقف على الاستخدام المنتِج لهذه الأموال ، ومن ثَم على خلق الثروة الاضافية ، فإنها تستمر حتى ولو لم تكن التوقعات مواتية . فيمكن أن تأتى أرباحها ، فى مثل هذه الحالة ، من الارتفاع فى الأسعار فحسب . وهذا ما يخلق مصلحةً راسخةً فى التضخم ، فلا شيءَ يؤمنُ ارتفاعَ أرباحِ المصارفِ أفضل من ارتفاع مستوى الأسعار . فلماذا تقلق المصارف إذا كان ثمةَ مؤشر بأن عرضَ النقود يتجاوز عرضَ السلع والخدمات ؟

هناك علاقة أكيدة ، بين خلق النقود وخلق الثروة ، يمكن أن تنشأ بإخضاع عملية خلق الائتمان للاستثمار المنتِج الذى ترتبط عائداتُه بالنتائج الفعلية للمشروع المنتِج ، كما هو مبين فى الفصل التالى . ثم خلص الباحث إلى البديل الذى ينبغى المصير إليه لإنقاذ الأفراد والمجتمعات من غائلة الربا وكان المخرج هو القراض أو المضاربة وقد نقلناه فى كتاب القراض حيث اللائق به .

---

(١) إن قيام المصرف المركزى بخلق النقود ذات الطاقة العالية High powered money يتوقف جزئياً أيضا على إقراضه إلى الحكومة ، لكن لما كان المصرف المركزى لا يقوم نشاطُه على باعث الربح ، فإن المبادرة تبقى كليةً بيد الحكومة التى تتخذ قراراتُها طابعاً سياسياً .

قَالَ المصنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

كتاب الرهن

﴿ ويجوز الرهن على الدين فى السفر لقوله عز وجل : « وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة » ويجوز فى الحضر لما روى أنس رضى الله عنه « أن النبى ﷺ رهن درعا عند يهودى بالمدينة وأخذ منه شعيرا لأهله » .﴾

(**الشرح**) : قوله تعالى : ﴿ وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة ﴾ يعنى إذا تداينتم إلى أجل مسمى وأنتم مسافرون ولم تجدوا كاتبا يكتب قال ابن عباس : أو وجدوه ولم يجدوا قرطاساً أو دواة أو قلماً فليكن بدل الكتابة رهان مقبوضة فى يد صاحب الحق ، وقد استدل بقوله تعالى ﴿ فرهان مقبوضة) على أن الرهن لا يلزم إلا بالقبض كما هو مذهب الشافعى والجمهور ، واستدل بها آخرون على أنه لا بد أن يكون الرهن مقبوضاً فى يد المرتهن وهو رواية عن الإمام أحمد وذهب إليه طائفة ، واستدل آخرون من السلف بهذه الآية على أنه لا يكون الرهن مشروعاً إلا فى السفر . قاله مجاهد وغيره .

أما حديث أنس فرواه أحمد والبخارى والنسائى وابن ماجه وبعد :

وقوله : عند يهودى هو كما بينه الشافعى والبيهقى من طريق جعفر بن محمد عن أبيه « أن النبى ﷺ رهن درعا عند أبى الشحم اليهودى رجل من بنى ظفر ، فى شعير » وأبو الشحم بفتح المعجمة وسكون المهملة كنيته ، وظفر بفتح الظاء والفاء بطن من الأوس وكان حليفاً لهم ، وضبطه بعض المتأخرين بهمزة ممدودة وموحدة مكسورة اسم فاعل من الإباء وكأنه التبس عليه بآبى اللحم الصحابى .

وفى الحديث الذى روته عائشة رضى الله عنها عند البخارى ومسلم ولأحمد والنسائى وابن ماجه مثله « توفى ﷺ ودرعه مرهونة عند يهودى بثلاثين صاعا من شعير » فى رواية للترمذى والنسائى من هذا الوجه « بعشرين » وقال فى فتح البارى : لعله كان دون الثلاثين فجبر الكسر تارة وألغى الجبر أخرى .

(**أما اللغات**) : فالرهن بفتح الراء وسكون الهاء الاحتباس من قولهم : رهن الشىء إذا دام وثبت ، ومنه قوله تعالى ﴿ كل نفس بما كسبت رهينة ﴾ وفى الشرع جعل مال

وثيقة على دين ليستوفى منه الدين عند تعذره ممن عليه ويطلق أيضاً على العين المرهونة تسمية للمفعول به باسم المصدر وأما الرهن بضّمتين فالجمع ، ويجمع أيضاً على رهان بكسر الراء ككتب وكتاب ، وقرىء بهما . والرهن هو الثبوت ومنه الحالة الراهنة .

(**أما الأحكام**) : فإن الرهن مجمع على جوازه ، وفيها أيضا دليل على صحة الرهن فى الحضر وهو قول الجمهور ، والتقييد بالآية فى السفر ﴿ وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة ﴾ خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له لدلالة الأحاديث على مشروعيته فى الحضر ، وأيضا السفر مظنة فقد الكاتب فلا يحتاج إلى الرهن غالبا إلا فيه ، وخالف مجاهد والضحاك فقالا : لا يشرع إلا فى السفر حيث لا يوجد الكاتب وبه قال داود وأهل الظاهر ، والأحاديث ترد عليهم وقال ابن حزم : إن شرط المرتهن الرهن فى الحضر لم يكن له ذلك ، وإن تبرع به الراهن جاز وحمل أحاديث الباب على ذلك . قال العمرانى فى البيان .

دليلنا على جوازه فى حضر ما روى « أن النبى ﷺ اقترض من أبى الشحم اليهودى ثلاثين صاعاً من شعير لأهله بعد ما عاد من غزوة تبوك بالمدينة ، ورهن عنده درعه فكانت قيمتها أربعمائة درهم » ففى هذا الخبر فوائد .

(منها) : جواز الرهن لأن النبى ﷺ رهن . (ومنها) جواز الرهن فى الحضر ، لأن ذلك كان بالمدينة وكانت موطن النبى ﷺ .

(ومنها) أنه يجوز معاملة من فى ماله حلال وحرام إذا لم يعلم عين الحلال والحرام ، لأن النبى ﷺ عامل اليهودى ، ومعلوم أن اليهود يستحلون ثمن الخمر ويربون .

(ومنها) أن الرهن لا ينفسخ بموت الراهن لأن النبى ﷺ مات ودرعه مرهونة .

(ومنها) أن الإبراء يصح وأن يقبل المبرأ ، لأن النبى ﷺ لم يعدل عن معاملة مياسير الصحابة رضى الله عنهم وأرضاهم مثل عثمان وعبد الرحمن رضى الله عنهما وأرضاهما إلا لأنه كان يعلم أنه لو استقرض منهم أبروه ، فلو كانت البراءة لا تصح إلا بقبول المبرأ لكان لا تقبل البراءة فعدل النبى ﷺ إلى اليهودى الذى يعلم أنه يطالبه بحقه ، ولأنه وثيقة فى السفر فجازت فى الحضر كالضمان والشهادة اهـ .

وقال ابن المنذر : لا نعلم أحداً خالف فى الرهن فى الحضر إلا مجاهد قال : ليس الرهن إلا فى السفر لأن الله تعالى شرط السفر فى الرهن . قال الشافعى رحمه الله ، بعد أن ساق

قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ﴾ وقوله تعالى : ﴿ وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة ﴾ قال : فكان بيناً فى الآية الأمر بالكتاب فى الحضر والسفر ، وذكر الله تبارك وتعالى الرهن إذا كانوا مسافرين لم يجدوا كاتبا فكان معقولا ــ والله أعلم ــ فيها أنهم أمروا بالكتاب والرهن احتياطا لمالك الحق بالوثيقة والمملوك عليه بأن لا ينسى ويذكر ، لا أنه فرض عليهم أن يكتبوا ، ولا أن يأخذوا رهنا لقول الله عز وجل : ﴿ فإن أمن بعضكم بعضاً ﴾ فكان معقولا أن الوثيقة فى الحق فى السفر والإعواز غير محرمة ــ والله أعلم ــ فى الحضر وغير الإعواز ، ولا بأس بالرهن فى الحق الحال والدَّين فى الحضر والسفر وما قلت من هذا مما لا أعلم فيه خلافا ، أورد أحاديث رهن النبى ﷺ درعه عند أبى الشحم ، ثم قال : والدين حق لازم ؛ فكل حق مما يملك أو لزم بوجه من الوجوه جاز الرهن فيه ، ولا يجوز الرهن فيما لا يلزم ، فلو ادعى رجل على رجل حقا فأنكره وصالحه ورهنه به رهناً كان الرهن مفسوخاً لأنه لا يلزم الصلح على الإنكار اهـ .

قالَ المُصَنِّفُ رحمهُ الله تعالى

(فصل) : ﴿ ولا يصح الرهن إلا من جائز التصرف فى المال لأنه عقد على المال فلم يصح إلا من جائز التصرف فى المال كالبيع ﴾ .

(الشرح) : الأحكام : لا يصح الرهن إلا من جائز التصرف فى المال ، فأما الصبى والمجنون والمحجور عليه ، فلا يصح منه الرهن لأنه عقد على المال فلم يصح منهم كالبيع . وقال الشافعى رضى الله عنه : كل من جاز بيعه من بالغ حر غير محجور عليه جاز رهنه ومن جاز له أن يرهن أو يرتهن من الأحرار فإذا جازت هبته فى ماله جاز له رهنه بلا نظر ، ولا يجوز أن يرتهن الأب لابنه ، ولا ولى اليتيم له ، إلا بما فيه فضل لهما ، ويصح الرهن بكل حق لازم فى الذمة كديون السلم ، وبذل القرض ، وثمن المبيعات ، وقيم المتلفات ، والأجرة والمهر وعوض الخلع والأرش على الجانى ، وأما الدية على العاقلة ،فإن كان قبل الحول لم يصح لأنه لم يجب عليهم شىء ، وإن كان بعد حول الحول صح .

(فرع) : فى مذاهب العلماء فيما تقدم

أجمع كل من نعرف إلا ابن حزم فى المحلّى على جواز الرهن فى السفر والحضر ، وقال ابن حزم : إن اشتراط الرهن شرط والرسول ﷺ قال : « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة شرط ، من اشترط شرطاً ليس فى كتاب الله فليس له » ، وصح عن مجاهد أنه لا يجوز الرهن إلا فى السفر ، ثم يقول ابن حزم : ليس فى حديث رهن درعه ﷺ من يهودى دليل على اشتراط الرهن ، ونحن لا نمنع من الرهن بغير أن يشترط فى العقد لأنه تطوع من الراهن حينئذ ، والتطوع بما لم ينه عنه حسن اهـ .

وفى أركان الرهن ثلاثة :

١ ــ عاقد ويشمل الطرفين : الراهن وهو المالك والمرتهن وهو صاحب الدين الذى أخذ الرهن فى نظير دينه .

٢ ــ معقود عليه ويشمل أمرين : العين المرهونة والدين المرهون به .

٣ ــ الصيغة إلا أن أبا حنيفة لم يجعل للرهن إلا ركناً واحداً وهو الإيجاب والقبول لأنه هو حقيقة العقد ، وأما غيره فهو خارج عن ماهيته كما جاء ذلك فى البيع .

أما شروط الرهن فأن يكون الراهن والمرتهن ممن تحققت فيهما أهلية البيع فلا يصح عقد الرهن من مجنون وصبى غير مميز .

وقد قسم المالكية شروط الرهن إلى أربعة أقسام : قسم يتعلق بالعاقدين ، وقسم يتعلق بالمرهون ، وقسم يتعلق بالمرهون به وهو دين الرهن ، وقسم يتعلق بالعقد . فأما الأول فهو كل من يقع بيعه صحيحاً فكذلك رهنه ، ومن لزمه بيعه لزمه رهنه ، فيشترط لصحة الرهن أن يكون الراهن مميزاً ، فلا يصح من مجنون ولا من صبى لا يميز ، أما المميز والسفيه ونحوهما فإن رهنهم يقع صحيحا ولكن لا يكون لازماً إلا إذا أجازه المولى ، ويشترط ذكر ذلك فى صيغة العقد كأن يقول : بعتك هذه السلعة بثمن قدره كذا مؤجلا لمدة كذا برهن كذا أو أقرضتك مبلغ كذا برهن كذا ، على أن هناك فرقاً بين البيع وبين الرهن فى حالة المرض ، فإن المريض إذا استدان وهو سليم فلا يصح أن يرهن فى نظير ذلك الدَّين وهو مريض بخلاف البيع فإن له أن يقترض مالا وهو سليم ثم يبيع به عيناً وهو مريض .

أما إذا استدان وهو مريض فله ان يرهن فى نظير ذلك الدين وهو مريض كما أن له بيعه ، ويشترط للزوم الرهن التكليف فلا يلزم من الصبى ويلزم من وليه ، وكذا ولى المحجور عليه إذا كان الرهن لمصلحة المحجور عليه ولا يصح الرهن لمصلحة الولى ، ولا يصح أن يبيع مال المحجور عليه إلا بإذن الحاكم ، ولا يأذن الحاكم له إلا إذا علم أن فى البيع مصلحة المحجور عليه .

أما القسم الثانى : وهو ما يتعلق بالمرهون فهو أن كل ما صح بيعه صح رهنه وبالعكس فلا يصح رهن النجس كجلد الميتة ولو بعد دبغه ، ولا رهن الخنزير ولا الكلب لأنه لا يجوز بيع ذلك ، ولا الخمر سواء كانت ملكاً لمسلم ورهنها عند مسلم أو ذمى أو كانت ملكاً لذمى ورهنها عند مسلم فإن رهنها فاسد على أىّ حال .

وقد ذكر النووى تبعا للرافعى فى الروضة أركان الرهن أربعة (أولها) المرهون وهو كونه عيناً لا ديناً ولا منفعة (ثانيها) المرهون به وهو كونه ديناً فلا يصح بالأعيان المضمونة بحكم العقد كالمبيع أو بحكم اليد كالمغصوب والمستعار (ثالثها) الصيغة ، فيعتبر الإيجاب والقبول اعتبارهما فى البيع والخلاف فى المعاطاة والاستيجاب والإيجاب عائد كله هنا (رابعها) العاقدان فيعتبر فيهما التكليف لكن الرهن تبرع فإن صدر من أهل التبرع فيما له فذاك وإلا فالشرط وقوعه على وفق المصلحة .

وقد قسم أصحاب أبى حنيفة شروط الرهن إلى ثلاثة أقسام :

١ ــ شرط انعقاد . ٢ ــ شرط صحة ، ويسمى شرط الجواز .

٣ ــ شرط لزوم .

فأما القسم الأول وهو شرط الانعقاد ، فهو أن يكون المرهون مالا ز، وأن يكون المرهون به المقابل له وهو دين الرهن مضموناً فمثال ما ليس بمال : الميتة والدم ونحوهما من كل ما لا يعتبره الشرع مالا فلا يصح أن يكون شىء منه مرهوناً ومثال المرهون به غير المضمون الأمانات والوديعة ، فإذا وضع شخص أمانة عند آخر فلا يصح أن يرهن بها عيناً ، فإذا فعل وقع الرهن باطلا ، لأن الأمانة إذا هلكت عند الأمين بآفة سماوية فلا يضمنها ولا يلزم بشىء لصاحبها ،وإذا استهلكت بفعل فاعل لم تكن أمانة ، وإنما تكون مغصوبة . وعلى كل حال فلا تصلح بعنوان كونها أمانة أن تكون سبباً فى الرهن . ومثل الأعيان غير المضمونة الأعيان الشبيهة بالمضمونة ، وتسمى الأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع قبل قبضه ، فإذا باع

شخص لآخر سلعة ولم يقبضها المشترى فإنه لا يجوز للبائع أن يرهن للمشترى سلعة أخرى فى مقابلها حتى يسلمها له ، فإذا فعل يقع الرهن باطلا .

أما الثانى فكل ما يصح بيعه يصح رهنه إلا فى أمور أهمها المشاع والمشغول بحق الرهن والمتصل بغيره كالزرع المتصل بالأرض ، ولا يصح رهن الخمر بين مسلمين والمتعلق بالعاقدين العقل فلا يصح الرهن من المجنون والصبى غير المميز . أما الصبى المميز والسفيه اللذان يعرفان معنى المعاملة فإن تصرفهما فى ذلك يكون صحيحاً بإذن الولى ، فالبلوغ ليس شرطاً فى صحة الرهن ومثله الحرية ، وحكم الرهن الفاسد أن يكون مضموناً بقبضه بخلاف الرهن الباطل فإنه لا يكون مضموناً .

أما القسم الثالث وهو شرط اللزوم فهو قبض ، فإذا حصل الإيجاب والقبول مع شرط الانعقاد انعقد الرهن صحيحاً ولكنه لا يكون لازماً إلا بالقبض على أصح الوجهين ، فللراهن أن يرجع فى رهنه قبل أن يسلم المرهون ، فهو نظير الهبة ، فإن للواهب الحق فى الرجوع عن هبته قبل أن يقبضها الموهوب له ، أما بعد قبضها فإنه ليس له الرجوع إلا برضى الموهوب له أو بالقضاء . ومن شروط اللزوم الرشد والتكليف .

ولنا معشر الشافعية أن شروط الرهن تنقسم إلى قسمين ، الأول : شرط لزوم المرهون ، فإذا رهن داراً ولم يستلمها المرتهن لم يلزمه العقد فيصح للراهن أن يرجع فيه ، وإذا كانت العين المرهونة تحت يد المرتهن قبل العقد سواء كان ذلك بإجازة أو إعارة أو غصب أو غير ذلك فإنها تكون مقبوضة له بعد العقد إذا مضى زمن يمكن قبضها فيه ، ويشترط لصحة القبض إذن الراهن .

القسم الثانى : شروط الصحة وهى أنواع :

١ ــ يتعلق بالعقد وهو ألا يكون معلقاً على شرط لا يقتضيه العقد عند حلول الدين فإن هذا يبطل الرهن . أما إذا اشترط شرطا يقتضيه العقد كشرط تقدم المرتهن على غيره من الغرماء فى الاختصاص بالعين المرهونة ، فإنه لا يضر .

٢ ــ يتعلق بالعاقدين . الراهن والمرتهن ، وهو أهلية العاقدين بأن يكون كل منهما بالغا عاقلا غير محجور عليه ، ولو بإذن الولى على أنه لا يجوز للولى أن يتصرف فى مال المحجور عليه بالرهن إلا فى حالتين :

(الأولى) : أن تكون هناك ضرورة تدعو إلى الرهن كاحتياج المحجور عليه لطعام أو

كسوة أو تعليم أو نحو ذلك بشرط ألا يجد الولى وسيلة للانفاق عليه سوى رهن ماله .

(الثانية) : أن يكون فى الرهن مصلحة مالية تعود على المحجورعليه كما إذا وجد عيناً تباع وفى شرائها ربح للمحجور عليه ولم يجد مالا يشتريها به ، فيصح له أن يرهن ملكه ليشترى به هذه العين حرصا على فائدة المحجور عليه . أما بقية أنواع شروط الصحة فتأتى فى الفصول الآتية وبكل ما مضىٰ من الشروط قال أصحاب أحمد بن حنبل رضى الله عنه .

قالَ المُصَنِّفُ رحمهُ اللهُ تعالى

(فصـل) : ﴿ ويجوز أخذ الرهن على دين السلم وعوض القرض للآية والخبر ، ويجوز على الثمن والأجرة والصداق وعوض الخلع ومال الصلح وأرش الجناية وغرامة المتلف ، لأنه دين لازم فجاز أخذ الرهن عليه كدين السلم وبدل القرض ، ولا يجوز أخذه على دَين الكتابة لأن الرهن إنما جعل ليحفظ عوض ما زال عنه ملكه من مال ومنفعة وعضو ، والمعوض فى الكتابة هو الرقبة ، وهى باقية على ملكه لا يزول ملكها عنه إلا بالأداء فلا حاجة به إلى الرهن ، ولأن الرهن إنما يعقدلتوثيق الدَّين حتى لا يبطل ،والكاتب يملك أن يبطل الدَّين بالفسخ إذا شاء فلا يصح توثيقه ، فأما مال الجعالة قبل العمل ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز أخذ الرهن به لأنه مال شرط فى عقد لا يلزم فلا يجوز أخذ الرهن به كمال الكتابة . (والثانى) يجوز لأنه دين يؤول إلى اللزوم فجاز أخذ الرهن به كالثمن فى مدة الخيار . وأما مال السبق والرمى ففيه قولان (أحدهما) : أنه كالإجارة فيجوز أخذ الرهن به . (والثانى) أنه كالجعالة فيكون على الوجهين . وأما العمل فى الإجارة فإنه إن كانت الإجارة على عمل الأجير فلا يجوز أخذ الرهن به ، لأن القصد بالرهن استيفاء الحق منه عند التعذر ، وعمله لا يمكن استيفاؤه من غيره ، وإن كانت الإجارة على عمل فى الذمة جاز أخذ الرهن به ، لأنه يمكن استيفاؤه من الرهن بأن يباع ويستأجر بثمنه من يعمل ﴾ .

(الشـرح) : قال الشيخ أبو حامد : ويحكى عن بعض الناس أنه قال : لا يصح الرهن إلا فى دين السلم وهو خلاف الإجماع ا هـ . قلت : قد يكون الدين فى الذمة ثمناً ، وقد يكون فيها مثمنا ،ولأنه حق ثابت فى الذمة فجاز أخذ الرهن كالسلم ، ويجوز أخذ الرهن بالدين الحال ، لأن النبى ﷺ « رهن درعه ببدل القرض » وهو حال ، ولا يصح الرهن

بدين الكتابة . وقال أبو حنيفة : يصح . دليلنا أنه وثيقة يستوفى منها الحق فلم يصح فى دين الكتابة كالضمان ، ولأن الرهن إنما جعل لكى يستوفى منه من له الحق إذا امتنع من عليه الحق . وهذا لا يمكن فى الكتابة ، لأن للمكاتب أن يعجّز نفسه أى وقت شاء . ويسقط ما عليه ، فلا معنى للرهن به .

وأما الرهن بمال الجعالة بأن يقول : من رد لى فرسى الجامح فله دينار ، فإن رده رجل استحق الدينار وصح أخذ الرهن به . وهل يصح أخذ الرهن به قبل الرد ؟ فيه وجهان : (أحدهما) لا يصح وهو اختيار أبى على الطبرى والقاضى أبى الطيب لأنه حق غير لازم ، فهو كمال الكتابة (والثانى) يصح لأنه يؤول إلى اللزوم فهو كالثمن فى مدة الخيار .

وأما مال السبق والرمى فإن كان بعد العمل صح أخذ الرهن به ، وإن كان قبل العمل ــ فإن قلنا : إنه كالإجارة صح أخذ الرهن به ، وإن كان قبل العمل ، فإن قلنا : إنه كالإجارة صح أخذ الرهن به . وإن قلنا : إنه كالجعالة فعلى الوجهين فى الجعالة . وأما العمل فى الإجارة فهل يصح أخذ الرهن به ؟ ينظر فيه ، فإن كانت الإجارة على عمل الأجير بنفسه لم يصح أخذ الرهن به لأنه لا يمكن استيفاء عمله من الرهن ، وإن كانت الإجارة على تحصيل عمل فى ذمته صح أخذ الرهن به ، لأنه يمكن استيفاء العمل به من الرهن لأنه يباع الرهن ويستأجر منه من يعمل .

(**فرع**) : لا يصح أخذ الرهن باليمين والأجرة والصداق وعوض الخلع ، ــ إذا كان معيناً ــ ولا بالعين المغصوبة ولا المعارة ، ولا بالعين المأخوذة بالسوم . وقال أبو حنيفة : كل عين كانت مضمونة بنفسها جاز أخذ الرهن بها ، وأراد بذلك أن ما كان مضموناً بمثله أو قيمته جاز أخذ الرهن به ، لأن المبيع لا يجوز أخذ الرهن به لأنه مضمون بفساد العقد ، ويجوز عنده أخذ الرهن بالمهر وعوض الخلع لأنه يضمن بمثله أو قيمته .

دليلنا أنه قبل هلاك العين فى يده يثبت فى ذمته دين فلا يصح أخذ الرهن به كالمبيع .

وعند أحمد ومالك مثل ما عند أبى حنيفة . قال ابن قدامة : فإذا رهنه المضمون كالمغصوب والعارية والمقبوض فى بيع فاسد أو على وجه السوم صح وزال الضمان ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة اهـ . وقال الشافعى رضى الله عنه : لا يزول الضمان ويثبت فيه حكم الرهن ، والحكم الذى كان ثابتاً فيه يبقى بحال لأنه لا تنافى بينهما ، بدليل أنه لو تعدى فى الرهن صار مضموناً ضمان الغصب ، وهو رهن كما كان فكذلك ابتداؤه ، لأنه أحد حالتى الرهن .

قَالَ المصَنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصـل) : ﴿ ويجوز عقد الرهن بعد ثبوت الدين ، وهو أن يرهن بالثمن بعد البيع ، ويعوض القرض بعد القرض ، ويجوز عقده مع العقد على الدين ، وهو أن يشترط الرهن فى عقد البيع وعقد القرض ، لأن الحاجة تدعو إلى شرطه بعد ثبوته وحال ثبوته ، فأما شرطه قبل العقد فلا يصح لأن الرهن تابع للدين فلا يجوز شرطه قبله ﴾ .

(**الشـرح**) : الأحكام : يجوز عقد الرهن بعد ثبوت الدين ، مثل أن يقرضه شيئاً أو يسلم فى شيء فيرهنه بذلك لأنه وثيقة بالحق بعد لزومه فصح كالشهادة والضمان . ويجوز شرط الرهن مع ثبوت الحق بأن يقول : بعتك هذا بدينار فى ذمتك بشرط أن ترهنني كذا أو أقرضك هذا بشرط أن ترهنني كذا ، لأن الحاجة تدعو إلى شرطه فى العقد ، فإذا شرط هذا الشرط لم يجب على المشترى الرهن ، أى لا يجبر عليه ، ولكن متى امتنع منه ثبت للبائع الخيار فى فسخ البيع . ولا يجوز عقد الرهن قبل ثبوت الحق . مثل أن يقول : رهنتك هذا على عشرة دراهم تقرضنيها ، أو على عشرة أبتاع بها منك . وقال مالك وأبو حنيفة رحمهما الله تعالى : يصح دليلنا أنه وثيقة بحق فلم يجز أن يتقدم عليه كالشهادة بأن تقول : اشهدوا أن له علىَّ ألفاً أقترضها منه غداً .

قَالَ المصَنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصـل) : ﴿ ولا يجوز أخذ الرهن على الأعيان كالمغصوب والمسروق والعارية والمأخوذ على وجه السوم ، لأنه إن رهن على قيمتها إذا تلفت لم يصح ، لأنه رهن على دين قبل ثبوته ، وإن رهن على عينها لم يصح ، لأنه لا يمكن استيفاء العين من الرهن ﴾ .

(**الشـرح**) : الأحكام : إن نقلت السفينة لقوم فى البحر متاعاً وخافوا الغرق ، فقال رجل لغيره : ألق متاعك فى البحر وعلىَّ ضمانه ، فإن كان المتاع غير معلوم لم يصح أخذ الرهن به قبل الإلقاء لأنه رهن بدين قبل وجوبه ، وهل يصح الضمان به ؟ فيه وجهان حكاهما الصيمرى (أحدهما) : لا يصح الرهن به ولا الضمان به . وهذا هو المشهور

لأن القيمة لا تجب قبل الإلقاء . (والثانى) يصحان ، ويمكن أن يكون للمسألة وجه ثالث : يصح الضمان ولا يصح الرهن .

وأما إذا ألقاه فى البحر وجبت القيمة فى ذمة المستدعى وصح أخذ الرهن بها والضمان لأنها دين واجب . فإذا رهنه المضمون ، كالمغصوب والعارية والمقبوض فى بيع فاسد أو على وجه السوم لم يصح عندنا ؛ وعند أصحاب أحمد ومالك وأبى حنيفة صح وزال الضمان . ولأنه مأذون له فى إمساكه رهناً لم يتجدد منه فيه عدوان فلم يضمنه كما لو قبضه منه ثم أقبضه إياه أو أبراه من ضمانه ، ويقولون عن التنافى بينهما إنه ممنوع لأن الغاصب يده عادية يجب إزالتها ، ويد المرتهن يد أمانة ، ويد الغاصب والمستعير ونحوهما يد ضامنة ؛ وهم ينقضون قول الإمام الشافعى رضى الله عنه فى قوله : « ولا يزول الضمان ويثبت فيه حكم الرهن ، والحكم الذى كان ثابتاً فيه يبقى بحاله لأنه لا تنافى بينهما ، بدليل أنه لو تعدى فى الرهن صار مضموناً ضمان الغصب وهو رهن كما كان ، فكذلك ابتداؤه لأنه أحد حالتى الرهن .

قَالَ المصَنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصل) : ﴿ ولا يلزم الرهن من جهة المرتهن ، لأن العقد لحظه ، لاحظ فيه للراهن ، فجاز له فسخه إذا شاء ، فأما من جهة الراهن فلا يلزم إلا بقبض ، والدليل عليه قوله عز وجل : ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ فوصف الرهن بالقبض ، فدل على أنه لا يلزم إلا به ، ولأنه عقد إرفاق يفتقر إلى القبول والقبض فلم يلزم من غير قبض كالهبة ، فإن كان المرهون فى يد الراهن لم يجز للمرتهن قبضه إلا بإذن الراهن . لأن للراهن أن يفسخه قبل القبض فلا يملك المرتهن إسقاط حقه من غير إذنه ، فإن كان فى يد المرتهن فقد قال فى الرهن : إنه لا يصير مقبوضاً بحكم الرهن إلا بإذن الراهن ؛ وقال فى الإقرار والمواهب إذا وهب له عيناً فى يده صارت مقبوضة من غير إذن ، فمن أصحابنا من نقل جوابه فى الرهن إلى الهبة وجوابه فى الهبة إلى الرهن فجعلهما على قولين .

(أحدهما) لا يفتقر واحد منهما إلى الإذن فى القبض لأنه لما لم يفتقر إلى نقل مستأنف لم يفتقر إلى إذن مستأنف . (والثانى) أنه يفتقر وهو الصحيح لأنه عقد

يفتقر لزومه إلى القبض فافتقر القبض إلى الإذن ، كما لو لم تكن العين فى يده ، وقولهم : إنه لا يحتاج إلى نقل مستأنف لا يصح ، لأن النقل يراد ليصير فى يده وذلك موجود ، والإذن يراد لتمييز قبض الهبة والرهن عن قبض الوديعة والغصب ، وذلك لا يحصل إلا بإذن ، ومن أصحابنا من حمل المسألتين على ظاهرهما ، فقال فى الهبة : لا تفتقر إلى الإذن ، وفى الرهن يفتقر ، لأن الهبة عقد يزيل الملك فلم يفتقر إلى الإذن لقوته ، والرهن لا يزيل الملك فافتقر إلى إذن لضعفه ، والصحيح هو الطريق الأول ، لأن هذا الفرق يبطل به إذا لم تكن العين فى يده فإنه يفتقر إلى الإذن فى الرهن والهبة مع ضعف أحدهما وقوة الآخر . فإن عقد على عين رهناً وإجارة وأذن له فى القبض عن الرهن والإجارة صار مقبوضاً عنهما ، فإن أذن له فى القبض عن الإجارة دون الرهن لم يصر مقبوضاً عن الرهن ، لأنه لم يأذن له فى قبض الرهن ، فإن أذن له فى القبض عن الرهن دون الإجارة صار مقبوضاً عنهما لأنه أذن له فى قبض الرهن ، وقبض الإجارة لا يفتقر إلى الإذن لأنه مستحق عليه ﴾ .

(الشرح) : الأحكام : قال السيوطى فى القاعدة الخامسة من الأشباه والنظائر : « الرهن يتطرق إليه الفسخ بالإقالة وهو معنى قولهم : وينفك بفسخ المرتهن وبتلف المرهون ، وبتعليق حق الجناية برقبته وباختلاط الثمرة المرهونة » ومن ثم فإنه لا يلزم الرهن من جهة المرتهن بحال ، بل متى ما شاء فسَخَه لأنه عقد لحسابه أو لحظه فجاز له إسقاطه متى شاء كالإبراء من الدين . وأما من جهة الراهن فلا يلزم قبل القبض سواء كان مشروطاً فى عقد أو غير مشروط ، وبه قال أبو حنيفة وقال مالك ، رحمه الله تعالى : يلزم من جهة الراهن بالإيجاب والقبول ، فمتى رهن شيئا أجبر على إقباضه ، وكذلك قال فى الهبة .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿ وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة ﴾ فوصف الرهن بالقبض ، فدل على أنه لا يكون رهناً إلا بالقبض ، كما أنه وصف الرقبة المعتوقة بالأعيان ثم لا يصح على الكفارة إلا عتق رقبة مؤمنة ، ولأنه عقد إرفاق احتراز من البيع ، فإنه عقد معاوضة ، وقولنا : من شرطه القبول ، احتراز من الوقف .

إذا ثبت هذا : فالعقود على ضربين :

ضرب لازم من الطرفين كالبيع والحوالة والإجارة والنكاح والخلع . وضرب جائز من

الطرفين كالوكالة والشركة ، والمضاربة والرهن قبل القبض ، والضمان ، والكتابة ، والله تعالى أعلم .

قَالَ المصَنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصـل) : ﴿ وإن أذن له فى قبض ما عنده لم يصر مقبوضا حتى يمضى زمان يتأتى فيه القبض ، وقال فى حرملة : لا يحتاج إلى ذلك كما لا يحتاج إلى نقل ، والمذهب الأول ، لأن القبض إنما يحصل بالاستيفاء أو التمكين من الاستيفاء ، ولهذا لو استأجر داراً لم يحصل له القبض فى منافعها إلا بالاستيفاء ، أو بمضى زمان يتأتى فيه الاستيفاء ، فكذلك ههنا ، فعلى هذا إن كان المرهون حاضراً فبأن يمضى زمان لو أراد أن ينقله أمكنه ذلك ، وإن كان غائبا ، فبأن يمضى هو أو وكيله ويشاهده ثم يمضى من الزمان ما يتمكن فيه من القبض ، وقال أبو إسحاق : إن كان مما ينتقل كالحيوان لم يصر مقبوضاً إلا بأن يمضى إليه لأنه يجوز أن يكون قد انتقل من المكان الذى كان فيه فلا يمكنه أن يقدر الزمان الذى يمكن المضى فيه إليه من موضع الإذن إلى موضع القبض ، فأما ما لا ينتقل فإنه لا يحتاج إلى المضى إليه بل يكفى أن يمضى زمان لو أراد أن يمضى ويقبض أمكنه ، ومن أصحابنا من قال : إن أخبره ثقة أنه باق على صفته ومضى زمان يتأتى فيه القبض صار مقبوضاً ، كما لو رآه وكيله ومضى زمان يتأتى فيه القبض ، والمنصوص هو الأول وما قال أبو إسحاق لا يصح لأنه كما يجوز أن ينتقل الحيوان من مكان إلى مكان فلا يتحقق زمان الإمكان ، ففى غير الحيوان يجوز أن يكون قد أخذ أو هلك ، وما قال القائل الآخر من خبر الثقة لا يصح ، لأنه يجوز أن يكون بعد رؤية الثقة حدث عليه حادث فلا يتحقق إمكان القبض ويخالف الوكيل ، فإنه قائم مقامه فقام حضوره مقام حضوره ، والثقة بخلافه ﴾ .

(**الشـرح**) : الأحكام : إن عقد الرهن على عين فى يد الراهن لم يجز للمرتهن قبضها إلا بإذن الراهن ، لأن للراهن أن يفسخ الرهن قبل القبض فلم يجز للمرتهن إسقاط حقه من ذلك بغير إذنه . وإن كانت العين المرهونة فى يد المرتهن وديعة أو عارية فإن الرهن يصح ، لأنه إذا صح عقد الرهن على ما فى يد الراهن ، فلأن يصح على

ما بيد المرتهن للراهن أولى ، فأما القبض فيها فقد قال الشافعي فى الأم فى باب ما يتم به الرهن من القبض : فلما كان معقولا أن الرهن غير مملوك الرقبة للمرتهن ملك البيع ؛ ولا مملوك المنفعة له ملك الإجارة لم يجز أن يكون رهنا إلا بما أجازه الله عز وجل به من أن يكون مقبوضا . وإذا لم يجز فللراهن ما لم يقبضه المرتهن منه منعه منه . وكذلك لو أذن له فى قبضه فلم يقبضه المرتهن حتى رجع الراهن فى الرهن كان ذلك له لما وصفت من أنه لا يكون رهنا إلا بأن يكون مقبوضا ، وكذلك ما لم يتم إلا بأمرين فليس يتم بأحدهما دون الآخر مثل الهبات التى لا تجوز إلا مقبوضة وما فى معناها ، ولو مات الراهن قبل أن يقبض المرتهن الرهن كان المرتهن والغرماء فيه أسوة سواء ا هـ .

وقال فيما يكون قبضا فى الرهن : وإذا أقر الراهن أن المرتهن قد قبض الرهن وادعى ذلك المرتهن حكم له بأن الرهن تام بإقرار الراهن ودعوى المرتهن . ولو كان الرهن فى الشقص غائبا فأقر الراهن أن المرتهن قد قبض الرهن وادعى ذلك المرتهن أجزت الاقرار ، لأنه قد يقبض له وهو غائب عنه فيكون قد قبضه بقبض من أمره بقبضه له . ا هـ وقال أيضا « إذا وهب له عينا فى يد الموهوب له فقبلها تمت الهبة ولم يعتبر الإذن بالقبض » .

واختلف أصحابنا فيها على ثلاثة طرق فمنهم من قال : لا يلزم واحد منهما إلا بالقبض ولا يصح قبضهما إلا بالإذن . وما قال الشافعي رحمه الله فى الهبة ، فأراد إذا أذن ، وأضمر ذلك ، وصرح به فى الرهن ومنهم من نقل جواب كل واحدة منها إلى الأخرى وخرجهما على قولين : (أحدهما) لا يفتقر واحد منهما إلى الإذن بالقبض ، ولأنه لما لم يفتقر إلى إذن مستأنف لم يفتقر إلى إذن : (والثانى) يفتقر إلى الإذن . قال المصنف : وهو الصحيح . قلت : لأنه قبض يلزمه به عقد غير لازم فلم يحصل إلا بإذن ، كما لو كانت العين فى يد الراهن .

ومنهم من حمل المسئلتين على ظاهرهما ، فقال فى الهبة . لا يفتقر إلى الإذن بالقبض فيها ، وفى الرهن لا بد من الإذن بالقبض فيه ، لأن الهبة عقد قوى يزيل الملك ، فلم يفتقر إلى الإذن فيها ، والرهن عقد ضعيف لا يزيل الملك فافتقر إلى الإذن بالقبض فيه .

إذا ثبت هذا : فرهنه ما عنده فإنه لا يحتاج إلى نقله بلا خلاف على المذهب وهل

يحتاج إلى الإذن بالقبض ؟ على الطرق المذكورة وسواء قلنا : يفتقر إلى الإذن فلا بد من مضى مدة يتباين فيها القبض فى مثله إن كان مما ينتقل فبمضى زمان يمكنه نقله ، وإن كان مما يخلى بينه وبينه فبمضى زمان يمكنه التخلية فيه . قال الشيخ أبو حامد : وحكى عن حرملة نفسه أنه قال : لا يحتاج إلى مضى مدة ، بل يكفيه العقد والإذن ، إذا قلنا : إنه شرط إلى العقد لا غير ، وإن قلنا إن الإذن ليس بشرط ـــ لأن يده ثابتة عليه ، فلا معنى لاعتبار زمان ابتداء القبض ، وهذا غلط ، لأن القبض لا يحصل إلا بالفعل أو بالإمكان ، ولم يوجد واحد منهما ؛ فعلى هذا إن كان المرهون معه فى المجلس أو بقربه وهو يراه أو يعلم به فإن القبض فيه مضى مدة لو قبضه فيها أمكنه وإن كان الرهن فى صندوق فى البيت وهو فى البيت وتحقق كونه فيه فقبْضُه أن يمضى مدة لو أراد أن يقوم إلى الصندوق ويقبضه أمكنه ، وإن كان الرهن غائبا عن المجلس بأن يكون فى البيت والمرتهن فى المسجد أو السوق ، فنقل المزنى عن الشافعى رحمه الله أنه لا يصير مقبوضا حتى يصير المرتهن إلى منزله والرهن فيه ، فقال المصنف : هذا فيما يزول بنفسه مثل العبد أو البهيمة ، فأما ما لا يزول بنفسه مثل الثوب والدار فلا يحتاج إلى أن يصير إلى منزله ، ويكفى أن يأتى عليه زمان يمكنه القبض فيه .

قال القاضى أبو الطيب : وقد نص الشافعى على مثل ذلك فى الأم ، لأن ما يزول بنفسه لا يعلم مكانه ، وأما الشيخ أبو حامد فقال : غلط أبو إسحاق ، وقد نص الشافعى رحمه الله فى الأم على أنه لا فرق بين الحيوان وغيره . ولأنه يجوز أن يحدث على غير الحيوان التلف من سرقة أو حريق أو غرق فهو بمنزلة الحيوان ، وحكى المصنف أن من أصحابنا من قال أخبره ثقة بأنه باق على صفته بمضىّ زمان يتأتى فيه القبض ، وليس بشىء لأنه يجوز أن يكون قد تلف بعد رؤية الثقة : قال الشافعى رحمه الله : لا يكون القبض إلا ما حضره المرتهن أو وكيله . قال أصحابنا : هذا الكلام يحتمل تأويلين :

(أحدهما) أن هذه مسألة مبتدأة ، أى أن القبض لا يحصل فى الرهن إلا أن يقبضه المرتهن أو وكيله ، يقصد بهذا بيان جواز الوكالة فى القبض لأن القبض هو نقله من يد الراهن إلى يد المرتهن ، وهو لا يوجد إلا بحضور المرتهن أو وكيله ، وقد فرع الشافعى رحمه الله على هذا فى الأم أن المرتهن لو وكل الراهن فى قبض الرهن له من نفسه لم يصح لأنه لا يجوز أن يكون وكيلا لغيره على نفسه فى القبض .

(والتأويل الثانى) أن هذا عطف على المسألة المتقدمة إذا رهنه وديعة عنده غائبة عنه فلا يكون مقبوضاً حتى يرجع المرتهن أو وكيله ويشاهدها . قالوا : وهذا أشبه لأنه اعتبر مجرد الحضور لا غير ، وإنما يكفى ذلك فيما كان عنده ، وأما ما كان فى يد المرتهن فلا بد من النقل فيه . والله أعلم .

(فرع) : إذا أذن الراهن للمرتهن فى قبض الرهن ومضت مدة يتأتى فيها القبض صار مقبوضاً عن الرهن ولا يزول عن الغاصب ضمان الغصب إلا بالرهن يسلمه إلى المغصوب منه عن الضمان فى أحد الوجهين . وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد والمزنى رحمهم الله تعالى : يزول ضمان الغصب عن المرتهن .

دليلنا : أنه لم يتخلل بين الغصب والرهن أكثر من عقد الرهن وقبضه . والرهن لا ينافى الغصب لأنهما قد يجتمعان ، بأن يرتهن عينا ويتعدى فيها ، فإن ارتهن عارية فى يده وأذن له فى قبضها عن الرهن صح ، وكان له الانتفاع بها لأن الرهن لا ينافى ذلك ؛ ويكون ضمان العارية باقياً عليه ، فإن منعه المعير من الانتفاع فهل يزول عن المستعير الضمان ؟ فيه وجهان (أحدهما) يزول لأنها خرجت عن أن تكون عارية (والثانى) لا يزول عنه الضمان لأن يده لم تزل ؛ وإن أودعها المعير عند المستعير ، والمغصوب منه عند الغاصب فهل يزول عنه الضمان ؟ فيه وجهان (أحدهما) : لا يزول عنه الضمان لبقاء يده (والثانى) : يزول لأن الإيداع ينافى الغصب والعرية .

وقال الشافعى : والقبض فى العبد والثوب مما يحول . يأخذه مرتهنه من يد راهنه ، وقبض ما لا يحول من أرض أو دار أن يسأله بلا حائل . وهذا كما قال : القبض فى الرهن كالقبض فى البيع ، فإذا رهنه ما ينقل مثل الدراهم والثياب فقبضها كان له أن يتناولها وينقلها من مكان إلى مكان . وكذا إذا رهنه بهيمة فقبضها له أن يسوقها أو يقودها من مكان إلى مكان وكذلك صبرة جزافا أو مكيالا من صبرة وقبضه بالكيل ، وإن رهنه ما لا ينقل كالأرض والدكان والدار ، فالقبض فيها أن يزيل الراهن يده عنها بأن يخرج منها ويسلمها إلى المرتهن ولا حائل بينه وبينه ، فإن كانا فى الدار وخرج الراهن منها صح القبض ، وقال أبو حنيفة : لا يصح حتى يخلى بينه وبينها بعد خروجه منها ، لأنه إذا كان فى الدار فيده عليها فلا تصح التخلية ، وهذا ليس بصحيح لأن التخلية تحصل بقوله وبرفعه يده عنها ألا ترى أن بخروجه من الدار لا تزول يده عنها ، وبدخول

دار غيره لا تثبت يده عليها ، ولأنه بخروجه محقق لقوله ، فلا معنى لإعادة التخلية ، هكذا ذكره ابن الصباغ ، وإن خلى بينه وبين الدار وفيها قماش للراهن صح التسليم فى الدار فقط . وقال أبو حنيفة : لا ، لأنها مشغولة بملك الراهن ، وكذلك يقال فى دابة عليها حمل ، لو رهنه الحمل دون الدابة وهو عليها صح ، لأن كل ما كان قبضاً فى البيع كان قبضاً فى الرهن . وقال أبو حنيفة : إذا رهنه سرج دابة ولجامها وسلمها بذلك لم يصح القبض ، وهذا يناقض قوله فى الحمل .

(**فرع**) : ولو أمر الراهن وكيله ليقبض المرتهن فأقبضه وكيله جاز . قال الصيمرى : ولو قال الراهن للمرتهن وكّل عنى رجلا لقبضك أو ليقبض وكيلك عنى جاز ولو أمر الراهن وكيله ليقبض المرتهن فأقبض وكيله جاز .

(**فرع**) : قال الشافعى : والإقرار بقبض الرهن جائز إلا فيما لا يمكن فى مثله اهـ .

(قلت) : وهذا كما إذا أقرا بزمان أو مكان لا يمكن صدقهما فيه ، كأن زعما أنهما تراهنا داراً بيافا وهما فى القاهرة ويافا فى يد اليهود لم يصح ، أما إذا أقرا أنهما تراهنا داراً اليوم بأسوان وهما فى القاهرة وأمكن انتقالهما بالطائرة وعودتهما صح والله تعالى أعلم .

(تنبيه) قول المصنف (قال فى حرملة إلخ) هو فى الشرح الكبير للرافعى (قال حرملة) وفرق بينهما كالفرق بين أن يكون هذا النقل قولا للشافعى رواه عنه حرملة ، وبين أن يكون قولا لحرملة بن يحيى مذهباً له ، ولذا قال النووى فى الروضة تعقيباً على الرافعى حين قال : ص ٦٦ جـ ٤ من روضة الطالبين .

(**فرع**) : أودع عند رجل مالا ثم رهنه عنده فظاهر نصه (أى نص الشافعى) أنه لا بد من إذن جديد فى القبض ، ولو وهبه له فظاهر نصه (أى نص الشافعى) حصول القبض بلا إذن فى القبض ، وللأصحاب طرق (أصحها) : فيهما قولان (أظهرهما) اشتراط الإذن فيهما .

(والطريق الثانى) تقرير النصين ، لأن الرّهن توثيق ، وهو حاصل بغير القبض ، والهبة تمليك ومقصوده الانتفاع ، ولا يتم ذلك إلا بالقبض ، فكانت الهبة لمن فى يده رضا بالقبض .

(والثالث) القطع باعتبار الإذن فيهما ، قاله ابن خيران . وسواء شرط الإذن الجديد أم لا ، فلا يلزم العقد ما لم يمض زمان يتأتى فيه صورة القبض ، لكن إذا شرط الإذن فهذا الأمان يعتبر من وقت الإذن ، وإن لم يشترطه فمن وقت العقد . وقال حرملة : لا حاجة إلى مضيّ هذا الزمان ، ويلزم العقد بنفسه ، والصحيح الأول ــ وهنا عقب النووى فقال :

(قلت) : قوله : قال فى حرملة معناه : قاله حرملة مذهباً لنفسه ، لا نقلا عن الشافعى رضى الله عنه كذا صرح به الشيخ أبو حامد وآخرون ، وإنما نبهت على هذا لئلا يغتر بعبارة صاحب المهذب فإنها صريحة أو كالصريحة فى أن حرملة نقله عن الشافعى رضى الله عنه ، فحصل أن المسألة ذات وجهين لا قولين والله أعلم .

قَالَ المصنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصل) : ﴿ وإن أذن له فى القبض ثم رجع لم يجز أن يقبض لأن الإذن قد زال فعاد كما لو لم يأذن له ، وإن أذن له ثم جن أو أغمى عليه لم يجز أن يقبضه لأنه خرج عن أن يكون من أهل الإذن ويكون الإذن فى القبض إلى من ينظر فى ماله ، فإن رهن شيئاً ثم تصرف فيه قبل أن يقبضه نظرت ، فإن باعه أو جعله مهراً فى نكاح أو أجرة فى إجارة أو وهبه وأقبضه أو رهنه وأقبضه أو كان عبداً فكاتبه أو أعتقه انفسخ الرهن ، لأن هذه التصرفات تمنع الرهن فانفسخ بها الرهن ، فإن دبره فالمنصوص فى الأم أنه رجوع . وقال الربيع : فيه قول آخر أنه لا يكون رجوعاً . وهذا من تخريجه ، ووجهه أنه يمكن الرجوع فى التدبير ، فإذا دبره أمكنه أن يرجع فيقبضه فى الرهن ويبيعه فى الدين . والصحيح هو الأول ، لأن المقصود بالتدبير هو العتق ، وذلك ينافى الرهن ، فجعل رجوعا كالبيع والكتابة ، فإن رهن ولم يقبض ، أو وهب ولم يقبض كان ذلك رجوعا على المنصوص ، لأن المقصود منه ينافى الرهن . وعلى تخريج الربيع لا يكون رجوعا لأنه يمكنه الرجوع فيه . وإن كان المرهون جارية فزوجها لم يكن ذلك رجوعا لأن التزويج لا يمنع الرهن فلا يكون رجوعا فى الرهن ، وإن كان داراً فأجرها ــ نظرت ــ فإن كانت الإجارة إلى مدة تنقضى قبل محل الدين لم يكن رجوعا لأنها لا تمنع البيع عند المحل ، فلم ينفسخ بها كالتزويج ، وإن

كانت إلى مدة يحل الدين قبل انقضائها ، فإن قلنا : إن المستأجر يجوز بيعه لم يكن رجوعاً لأنه لا يمنع البيع عند المحل ، وإن قلنا : لا يجوز بيعه كان رجوعا لأنه تصرف ينافى مقتضى الرهن فجعل رجوعا كالبيع ﴾ .

(**الشرح**) : الأحكام : إن رهن عيناً وأذن له بقبضها فقبل أن يقبضها المرتهن رجع الراهن عن الإذن لم يكن للمرتهن قبضها ، لأنه إنما يقبضها بإذن الراهن وقد بطل إذنه برجوعه ، وإن رهنه ثم جن الراهن أو أغمى عليه أو أفلس أو حجر عليه لم يصح قبضه إلا بإذن الراهن ، وقد خرج عن أن يكون من أهل الإذن . وكذلك إذا أذن له فى القبض فقبل أن يقبض طرأ على الراهن الجنون أو العمى أو الحجر بطل إذنه بذلك ولا يبطل الرهن بذلك .

إذا ثبت هذا : فإن الولى عن المجنون والمغمى عليه ينظر ، فإن كان الحظ بإقباض الرهن مثل أن يكون شرطاه فى بيع يستضير بفسخه وما أشبه ذلك أقبضه عنهما ، وإن كان الحظ فى تركه لم يقبضه ، وإن كان للمحجور عليه غرماء غير المرتهن قال ابن الصباغ : لم يجز للحاكم تسليم الرهن إلى من رهنه عنده قبل الحجر لأنه ليس له أن يبتدىء عقد الرهن فى هذه الحالة ؛ فكذلك تسليم الرهن .

(**فرع**) : وإن رهن عنده غيره رهناً ثم تصرف فيه الراهن قبل القبض نظرت ، فإن باعه أو أصدقه أو جعله عوضاً أو رهنه وأقبضه ، أو كان عبداً فأعتقه أو كاتبه بطل عقد الرهن لأنه يملك فسخ الرهن قبل القبض فجعلت هذه التصرفات اختياراً منه للفسخ ، فإن كانت أمة فزوجها أو عبداً فزوجه لم يبطل الرهن لأن التزويج لا ينافى الرهن ، ولهذا يصح رهن الأمة المزوجة والعبد المزوج ، وإن أجر الرهن — فإن قلنا يجوز بيع المستأجر — لم ينفسخ الرهن بالإجارة ، وإن قلنا : لا يجوز بيع المستأجر ؛ فإن كانت مدة الإجارة تنقضى قبل حلول الدين لم ينفسخ الرهن ، وإن كان الدين يحل قبل انقضاء مدة الإجارة انفسخ الرهن بها ، وإن دبر الراهن العبد المرهون فالمنصوص أن الرهن ينفسخ .

(**فرع**) : استدامة القبض فى الرهن ليس بشرط فى الرهن ، وقال أبو حنيفة ومالك : الاستدامة شرط فيه . دليلنا أنه عقد يعتبر فيه القبض فلم تكن استدامته شرطاً كالهبة مع أبى حنيفة والقرض مع مالك .

قَالَ المصَنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصـل) : ﴿ وإن مات أحد المتراهنين فقد قال فى الرهن : إذا مات المرتهن لم ينفسخ ، وقال فى التفليس : إذا مات الراهن لم يكن للمرتهن قبض الرهن ، فمن أصحابنا من جعل ما قال فى التفليس قولا آخر إن الرهن ينفسخ بموت الراهن ، ونقل جوابه فيه إلى المرتهن وجوابه فى المرتهن إليه ، وجعلهما على قولين (أحدهما) ينفسخ بموتهما لأنه عقد لا يلزم بحال ، فانفسخ بموت العاقد ، كالوكالة والشركة . (والثانى) لا ينفسخ لأنه عقد يؤول إلى اللزوم فلم ينفسخ بالموت كالبيع فى مدة الخيار . ومنهم من قال : يبطل بموت الراهن ، ولا يبطل بموت المرتهن ، لأن بموت الراهن يحل الدين ويتعلق بالتركة ، فلا حاجة إلى بقاء الرهن ، وبموت المرتهن لا يحل الدين ، فالحاجة باقية إلى بقاء الرهن .

ومنهم من قال : لا يبطل بموت واحد منهما قولا واحداً ، لأنه إذا لم يبطل بموت المرتهن على ما نص عليه والعقد غير لازم فى حقه بحال ، فلأن لا يبطل بموت الراهن والعقد لازم له بعد القبض أولى ، وما قال فى التفليس لا حجة فيه لأنه لم يرد أن الرهن ينفسخ ، وإنما أراد أنه إذا مات الراهن لم يكن للمرتهن قبض الرهن من غير إذن الورثة ﴾

(الشـرح) : الأحكام : إن عقد الرهن ثم مات أحد المتراهنين قبل القبض فقد نص الشافعى أن الرهن لا ينفسخ بموت المرتهن بل الراهن بالخيار بين أن يقبض ورثة المرتهن ولا يقبضهم . وحكى الداركى أن الشافعى رحمه الله قال فى موضع آخر : إن الرهن ينفسخ بموت الراهن قبل التسليم . واختلف أصحابنا فى المسألة على ثلاثة طرق فمنهم من نقل جوابه فى كل واحدة منهما إلى الأخرى وخرجهما على قولين .

(أحدهما) : ينفسخ بموت أحدهما لأنه عقد جائز فبطل بالموت كالوكالة والشركة .

(والثانى) : لا ينفسخ بموت واحد منهما لأنه عقد يؤول إلى اللزوم فلم ينفسخ بالموت كالبيع بشرط الخيار .

ومنهم من قال : ينفسخ بموت الراهن ولا ينفسخ بموت المرتهن ، لأن بموت الراهن يحل الدين المؤجل عليه ، فإذا كان عليه دين غير دين المرتهن كان للمرتهن أسوة الغرماء ،

ولا يجوز للورثة تخصيص المرتهن بالرهن ، وإن لم يكن عليه دين غير المرهون به فقد تعلق بجميع التركة ، فلا وجه لتسليم الرهن به . وليس كذلك المرتهن ، فإن ماله من الدين لا يحل بموته ، فالحاجة باقية إلى الاستيثاق بالرهن . ومن أصحابنا من قال : لا يبطل الرهن بموت واحد منهما قولا واحداً ، لأن الرهن إذا لم ينفسخ بموت المرتهن والعقد لا يلزم من جهته بحال ، فلأن لا يبطل بموت الراهن ــ والعقد قد يلزم من جهته ــ بعد القبض أولى .

وأنكر الشيخ أبو حامد ما حكاه الداركى وقال : بل كلام الشافعى رحمه الله يدل على أن الرهن لا ينفسخ بموت الراهن لأنه قال فى الأم : وإذا رهن عند رجل شيئاً ثم مات الراهن قبل أن يقبض الرهن ، فإن كان عليه دين كان أسوة الغرماء وإن لم يكن عليه دين فوارثه بالخيار بين أن يقبض الرهن المرتهن أو يبقيه ، وإن مات أحدهما بعد القبض لم ينفسخ الرهن بلا خلاف ، ويقوم وارث كل واحد منهما مقامه ، لأن الرهن لازم من جهة الراهن والعقد اللازم لا ينطل بالموت كالبيع والإجارة . والله أعلم .

قال فى الروضة : (النوع الثانى) من الطوارئ المؤثرة فى العقد قبل القبض ما يعرض للمتعاقدين ، فإن مات أحدهما قبل القبض فنص أنه يبطل بموت الراهن دون المرتهن وفيهما طرق (أصحها) فيهما قولان . (أظهرهما) : لا يبطل فيهما لأن مصيره إلى اللزوم ، فلا يبطل بموتهما كالبيع (والثانى) : يبطل ، لأنه جائز فبطل كالوكالة (والطريق الثانى) تقرير النصين لأن المرهون بعد موت الراهن ملك لوارثه ، وفى إبقاء الرهن ضرر عليهم ، وفى موت المرتهن يبقى الدين والوارث محتاج إلى الوثيقة حاجة ميته . (والثالث) القطع بعدم البطلان فيهما ، فإذا قلنا بالقولين فقيل : هما مختصان برهن التبرع . فأما المشروط فى بيع فلا يبطل قطعاً لتأكده (والمذهب) طردهما فى النوعين ، وبه قال الجمهور .

فإذا أبقينا الرهن قام وارث الراهن مقامه فى الإقباض ، ووارث المرتهن فى القبض ، وسواء أبطلناه أم لا ، ولم يتحقق الوفاء بالرهن المشروط ، ثبت الخيار فى فسخ البيع ، ولو جُنّ أحدهما أو أغمى عليه قبل القبض ــ فإن قلنا : لا يبطل بالموت ــ فهنا أولى ، وإلا فوجهان . فإن لم نبطله فجن المرتهن قبض من ينظر فى ماله ، فإن لم يسلمه الراهن وكان مشروطاً فى بيع فعل ما فيه المصلحة من الفسخ والإجازة .

وإن جن الراهن ــ فإن كان مشروطاً فى بيع ــ وخاف الناظر فسخ المرتهن إن لم يسلمه

والحظ فى الإمضاء سلمه ، وإن لم يخف أو كان الحظ فى الفسخ أو كان رهن تبرع لم يسلمه ، كذا أطلقوه . ومرادهم إذا لم يكن ضرورة ولا غبطة.، لأنهما تجوّزان رهن مال المجنون ابتداء ، فالاستدامة أولى ولو طرأ على أحدهما حجر سفه أو فلس لم يبطل على المذهب (الروضة جـ ٤ ص ٧٠) .

قَالَ المصنِّفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصـل) : ﴿ إذا امتنع الراهن من تسليم الرهن ، أو انفسخ العقد قبل القبض نظرت ، فإن كان الرهن غير مشروط فى العقد على البيع ، بقى الدين بغير رهن ، وإن كان الرهن مشروطاً فى البيع ثبت للبائع الخيار ، بين أن يمضى البيع من غير رهن أو يفسخه ، لأنه دخل فى البيع بشرط أن يكون له بالثمن وثيقة ، ولم تسلم له ، فثبت له الخيار بين الفسخ والإمضاء ﴾ .

(الشـرح) : الأحكام : إذا امتنع الراهن من الإقباض أو انفسخ عقد الرهن قبل القبض نظرت ، فإن كان الرهن غير مشروط فى العقد بقى الدين بغير رهن ، ولا خيار للمرتهن ، وإن كان الرهن مشروطاً فى بيع ثبت للبائع الخيار بين فسخ البيع وبين إمضائه لأنه دخل فى البيع بشرط الوثيقة ولم تسلم له الوثيقة ، فثبت له الخيار بقوله تعالى : ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ فما لم يقع القبض لم يلزم الرهن .

(فـرع) : القبض ركن فى لزوم العقد ــ ولو رهن ولم يقبض فله ذلك ــ فإن كان شرط فى بيع فللبائع الخيار ، ثم من صح ارتهانه صح قبضه، وتجرى النيابة فى القبض جريانها فى العقد ، لكن لا يصح أن يستنيب الراهن ، ولا عبده ومدبره وأم ولده قطعاً ولا عبده المأذون على أصح الأوجه وفى الثالث إن ركبته ديون صحت استنابته لانقطاع سلطة السيد عما فى يده كالمكاتب ، وإلا فلا ، وتصح استنابة المكاتب لاستقلاله باليد والتصرف أفاده فى الروضة .

قلت : قال ابن رشد فى بداية المجتهد : ورهن المكاتب والمأذون عند مالك . قال سحنون : فإن ارتهن فى مال أسلفه لم يجز وبه قال الشافعى واتفق مالك والشافعى على أن المفلس لا يجوز رهنه وقال أبو حنيفة : يجوز .

قَالَ المصَنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصـل) : ﴿ إذا أقبض الراهن الرهن لزم العقد من جهته ، ولا يملك فسخه لأنه عقد وثيقة ، فإذا تم لم يجز فسخه من غير رضا من له الحق كالضمان ، ولأنا لو جوزنا له الفسخ من غير رضا المرتهن بطلت الوثيقة ، وسقط فائدة الرهن ﴾ .

(**الشـرح**) : الأحكام : إذا قبض الراهن الرهن لزم من جهته فلم يملك فسخه قال ابن الصباغ : وهو إجماع لا خلاف فيه ، ولأنه يراد للوثيقة ، فلو جاز له الفسخ لم يحصل بذلك وثيقة ، وإذا قبض الرهن فإنه يكون وثيقة بالدين وبكل جزء منه ، فإذا رهنه عينين بألف وقبضهما المرتهن ثم تلفت إحداهما كان الباقى رهناً بجميع الألف ، وبه قال أبو حنيفة فيما روى عنه فى الأصول ، وروى عنه فى الزيادات أن الدين يتقسط على الرهن . وروى عن أحمد أن العقد ينفسخ فى التالفة إذا كان قبل القبض ويبقى فى الباقية لأن العقد كان صحيحا فيهما ، وإنما طرأ انفساخ العقد فى إحداهما فلم يؤثر ، كما لو اشترى شيئين ثم رد أحدهما بعيب أو خيار أو إقالة ، والراهن مخير بين إقباض الباقية وبين منعها ، وإن كان بعد القبض للأخرى فقد لزم الرهن فيها ، ولو تلفت إحداهما بعد القبض فلا خيار للبائع إذا كان الرهن مشروطاً ببيع ، لأن الرهن لو تلف كله لم يكن له خيار ، فإذا تلف بعضه أولى .

دليلنا أنه مال محبوس بحق فوجب أن يكون محبوساً بالحق وبكل جزء منه كما لو مات وخلف تركة ودِيناً عليه، فإن التركة محبوسة بالدين وبكل جزء منه ، ولأنه وثيقة بحق ، فكان وثيقة بالحق وبكل جزء منه كالشهادة والضمان ، فإذا قضى الراهن الدين أو أبرأه منه المرتهن ، والرهن فى يد المرتهن بقى فى يده أمانة ، وقال أبو حنيفة : إن قضاه الرهنَ كان الرهن مضموناً على المرتهن ، وإن أبرأه المرتهن أو هبه ثم تلف الرهن فى يده لم يضمنه استحساناً لأمر البراءة ، والرهن لا يقتضى الضمان ، وكان هذا منًّا منه ، لأن القبض المضمون عنده لم يحول ولم يبرئه منه .

قَالَ المصَنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصـل) : ﴿ ولا ينفك من الرهن شيء حتى يبرأ الراهن من جميع الدين لأنه وثيقة محضة ، فكان وثيقة بالدين وبكل جزء منه ، كالشهادة والضمان ، فإن رهن اثنان عند رجل عيناً بينهما بدين له عليهما فبرىء أحدهما ، أو رهن رجل عند اثنين عيناً بدين عليه لهما فبرىء من دين أحدهما انفك نصف العين من الرهن ، لأن الصفقة إذا حصل فى أحد شطريها عاقدان فهما عقدان ، فلا يقف الفكاك فى أحدهما على الفكاك فى الآخر ، كما لو فرق بين العقدين ، وإن أراد الراهنان فى المسألة الأولى أن يقتسما أو الراهن فى المسألة الثانية أن يقاسم المرتهن الذى لم يبرأ من دينه نظرت ، فإن كان مما لا ينقص قيمتها بالقسمة كالحبوب جاز ذلك من غير رضا المرتهن ، وإن كان ما ينقص قيمته ففيه وجهان :

(أحدهما) : لا يجوز من رضا المرتهن ، لأنه يدخل عليه بالقسمة ضرر فلم يجز من غير رضاه (والثانى) يجوز لأن المرهون عنده نصف العين فلا يملك الاعتراض على المالك فيما لا حق له فيه ﴾ .

(الشـرح) : قال فى الروضة : إنما يتصور انفكاك بعض المرهون بأحد أمور :

(أحدها) تعدد العقد بأن رهن نصف العبد بعشرة ونصفه الآخر في صفقة أخرى .

(الثانى) أن يتعدد مستحق الدين بأن رهنه عند رجلين صفقة واحدة ثم برئ من دين أحدهما بأداء أو إبراء ، انفك الرهن بقسط دينه ـــ وفى وجه : إن اتحدت جهة دينيهما ، بأن أتلف عليهما مالا أو ابتاع منهما ـــ لم ينفك شيء بالبراءة عن أحدهما ، وإنما ينفك إذا اختلفت الجهة والصحيح الانفكاك مطلقاً .

(الثالث) أن يتعدد من عليه الدين بأن رهن رجلان عند رجل فإذا برئ أحدهما انفك نصيبه .

(الرابع) إذا وكل رجلان رجلًا برهن عبدهما عند زيد بدينه عليهما ثم قضى أحد الموكلين دينه فقيل : قولان .

(والمذهب) القطع بانفكاك نصيبه ، ولا نظر إلى اتحاد الوكيل وتعدده ، قال الإمام :

لأن مدار الباب على اتحاد الدين وتعدده ، ومتى تعدد المستحق أو المستحق عليه تعدد الدين ويخالف هذا البيع والشراء حيث ذكرنا خلافاً فى أن الاعتبار فى تعدد الصفقة واتحادها بالمتبايعين أم بالوكيل لأن الرهن ليس عقد ضمان حتى ينظر فيه إلى المباشر .

(الخامس) إذا استعار عبداً من مالكيه ليرهنه فرهنه ثم أدى نصف الدين وقصد به الشيوع من غير تخصيص بحصة أحدهما لم ينفك من الرهن شيء ، وإن قصد أداء عن نصيب أحدهما بعينه ينفك نصيبه ففى انفكاكه أقوال (ثالثها) أنه إن علم المرتهن أن العبد لمالكين انفك ، وإلا فلا ، حكاه المحاملى وغيره .

قال الإمام : ولا نعلم لهذا وجهاً ، لأن عدم الانفكاك لاتحاد الدين والعاقدين ، ولا يختلف ذلك بالجهل والعلم ، وإنما أثر الجهل إثبات الخيار ، ثم فى عيون المسائل ما يدل على أن الأظهر الانفكاك .

قلت : صرح صاحب الحاوى وغيره بأن الانفكك أظهر والله أعلم .

(**فرع**) : إن أسلم فى طعام فأخذ به رهناً ثم تقايلا عقد السلم برىء المسلم إليه من الطعام ووجب عليه رد رأس مال المسلم ، وبطل الرهن لأن الدين الذى ارتهن به قد بطل ، ولا يكون له حبس الرهن إلى أن يأخذ رأس المال لأنه لم يرهنه به ، وإن اقترض منه ألفا ورهنه بها رهنا ثم أخذ المقرض بالألف عيناً سقطت الألف عن ذمة المقترض وبطل الرهن ، وإن تلفت العين فى يد المقترض قبل أن يقبضها المقرض انفسخ القضاء وعاد الرهن والقرض لأنه متعلق به وقد عاد . قال الشيخ أبو حامد : وإن باع من رجل كُرّ(١) طعام بألف درهم إلى أجل وأخذ بالثمن رهناً ، فإذا حل الأجل أو كان حالا فللبائع أن يأخذ منه بدل الثمن دنانير ، فإذا أخذها انفسخ الرهن ، وإن تفرقا قبل القبض بطل القضاء ، وعاد الثمن إلى ذمة المشترى ، ويعود الرهن لأن الرهن من حق ذلك الثمن فسقط بسقوطه ، فإذا عاد الثمن عاد بحقه ، وإن ابتاع منه مائة دينار بألف درهم فى ذمته ودفع عن الدراهم رهناً صح ، فإن تقابضا فى المجلس صح الصرف ، وانفك الرهن ، وإن تفرقا من غير قبض بطل الصرف والرهن .

---

(١) الكر واحد الأكرار : ما يخزن فيه القمح ومنه قول العامة عن غرفة فى البيت فيها مخزونه من الطعام (غرفة الكرار) وصوابه الكر أو الأكرار .

(فـرع) : وإن كان للرجل على رجلين دين فرهناه ملكاً بينهما مشاعاً جاز ، كما لو باعا ذلك منه ، فإذا اقتضاه أحدهما ما عليه له أو أبرأ المرتهن أحدهما انفك نصف الرهن ، لأن الصفقة إذا حصل فى أحد شطريها عاقدان فهما عقدان فلا يقف الفكاك فى أحدهما على الفكاك فى الآخر ، فإن طلب من انفك نصيبه القسمة نظرت ، فإن كان الرهن مما لا تتساوى أجزاؤه كالثياب والحيوان أو كانا دارين فأراد من انفك نصيبه أن يجعل كل دار سهماً لم يجز ذلك من غير إذن المرتهن . لأن ذلك مناقلة ، والرهن يمنع من ذلك .

وإن كان الرهن مما يتساوى أجزاؤه كالطعام فله مطالبته بقسمته لأنه لا ضرر على المرتهن بذلك ، وهكذا إذا كانت الأرض متساوية الأجزاء فهى كالطعام وإن كان الرهن تنقص قيمته بالقسمة كالحجرة الواحدة ، إذا قسمتها نصفين أو الشقة إلى شقتين فهل للمرتهن أن يمتنع ؟ فيه وجهان (أحدهما) له أن يمتنع لأن الضرر يدخل عليه بذلك (والثانى) ليس له أن يمتنع لأن المرهون عنده النصف فلا يملك الاعتراض على المالك فيما لا حق له فيه . وهذا نقل البغداديين من أصحابنا ، وقال المسعودى : إن قلنا إن القسمة قدر النصيبين جازت القسمة ؛ وإن قلنا إنها بيع لم يجز ، وإن رهن رجل ملكاً له عند رجلين بدين لهما عليه فقضى أحدهما دينه أو أبرأه أحدهما عن دينه انفك نصف الرهن ، لأن فى أحد شطرى الصفقة عاقدين فيهما كالعقدين ، والحكم فى القسمة ما سيأتى فى كتابها إن شاء الله تعالى .

(فـرع) : قال النووى فى الروضة نقلا عن الرافعى :

إذا كان المرهون لمالكين وانفك نصيب أحدهما بأداء أو إبراء فأراد القسمة ــ فإن كان مما ينقسم بالأجزاء كالمكيل والموزون ــ فله أن يقاس المرتهن بإذن شريكه. نص عليه . وإن كان مما لا ينقسم بالأجزاء كالثياب والعبيد ، قال العراقيون : لا يجاب إليه ، وإن كان أرضاً مختلفة الأجزاء كالثياب والعبيد قال العراقيون : لا يجاب إليه وإن كان أرضاً مختلفة الأجزاء كالدار ، قالوا : لزم الشريك أن يوافقه ، وفى المرتهن وجهان (أصحهما) له الامتناع لما فى القسمة من التبعيض وقلة الرغبة ، هذا ما ذكره العراقيون فى طرقهم ، وزاد آخرون ، منهم أصحاب القفال فقالوا : تجوز القسمة حيث جوزناه مبنى على أن القسمة إفراز حق ــ فإن

جعلناه بيعا ـــ فهو بيه المرهون بغيره ، وهو ممتنع ، والجمهور أطبقوا على تجويز القسمة هنا ، وجعلوا تأثير كونها بيعاً لفتقارها إلى إذن المرتهن .

ثم إذا جوزنا القسمة فطريق الطالب أن يراجع الشريك ـــ فإن ساعده فذاك ـــ وإلا فيرفع الأمر إلى القاضى ليقسم ، وفى وجه : لا حاجة إلى إذن الشريك فى المتماثلات ، لأن قسمتها إجبار ، والصحيح الأول .

ولو قاسم المرتهن وهو مأذون له من جهة المالك أو الحاكم عند امتناع المالك جاز ، وإلا فلا ، وإذا منعناها فرضى المرتهن فالمفهوم من كلام الجمهور صحتها ، قال الإمام : لا يصح وإن رضى ، لأن رضاه إنما يؤثر فى فك الرهن ، فأما فى بيعه بما ليس برهن ليصير رهناً فلا . وهذا إشكال قوى ، قال الإمام النووى تعقيباً على هذا القول :

(قلت) ليس بقوى لمن تأمله ولا يسلّم الحكم الذى ادعاه ، فالمعتمد ما قاله الأصحاب والله أعلم .

ولو أراد الراهنان القسمة قبل انفكاك شيء من الرهن فعلى التفصيل الذى بيناه ، ولو رهن واحد عند اثنين وقضى نصيب أحدهما ثم أراد القسمة ليمتاز ما بقى رهناً ، ففى اشتراط رضى الذى بقى رهنه ما ذكرناه اهـ .

قال المصنِّفُ رحمه الله تعالى

(فصـــل) : ﴿ وإذا قبض المرتهن الرهن ثم وجد به عيباً كان قبل القبض نظرت فإن كان فى رهن عقد بعد عقد البيع لم يثبت له الخيار فى فسخ البيع ، وإن كان فى رهن شرط فى البيع فهو بالخيار بين أن يفسخ البيع وبين أن يمضيه ، لأنه دخل فى البيع بشرط أن يسلم له الرهن ، فإذا لم يسلم له ثبت له الخيار ، فإن لم يعلم بالعيب حتى هلك الرهن عنده أو حدث به عيب عنده لم يملك الفسخ ، لأنه لا يمكنه رد العين على الصفة التى أخذ ، فسقط حقه من الفسخ كما قلنا فى المبيع إذا هلك عند المشترى أو حدث به عيب عنده ، ولا يثبت له الأرش ، لأن الأرش بدل على الجزء الفائت ، ولو فات الرهن بالهلاك لم يجب بدله ، فإذا فات بعضه لم يجب بدله ، والله أعلم ﴾ .

(الشـرح) : الأحكام : إذا قبض المرتهن الرهن ثم وجد به عيباً كان موجوداً فى يد الراهن نظرت ، فإن كان الرهن غير مشروط فى عقد البيع فلا خيار فى فسخ البيع لأن

الراهن متطوع بالرهن ، فإن كان الرهن مشروطاً فى عقد البيع ثبت للبائع الخيار فى فسخ البيع ، لأنه لم يسلم له الشرط ، وإن لم يعلم بالعيب حتى هلك الرهن عنده أو حدث به عنده عيب لم يثبت له الخيار لأنه لا يمكنه رد الرهن كما أخذ ، ولا يثبت له أرش العيب كما ثبت للمشترى أرش العيب ، والفرق بينهما أن المبيع يجبر البائع على إقباضه فأجبر على دفع الأرش ، والراهن لا يجبر على إقباض الرهن فلم يجبر على دفع الأرش .

وبهذا قال أحمد وأصحابه وابن المنذر ، ولأن المبيع لو تلف جميعه فى يد البائع قبل التسليم لوجب عليه ضمانه بالثمن ، وها هنا لو تلف الرهن فى يد الراهن قبل التسليم لم يجب عليه بدله ، ولأنا لو قلنا : لا أرش للمشترى لأسقطنا حقه ، وها هنا لا يسقط حق المرتهن لأن حقه فى ذمة الراهن . قال الشيخ أبو حامد : فلو باعه شيئاً بشرط أن يرهنه عبدين فرهنهما عنده وأقبضه أحدهما وتلف عند المرتهن وامتنع الراهن من إقباض الثانى أو تلف فى يد الراهن لم يكن للمرتهن الخيار فى فسخ البيع لأنه لا يمكن رد العبد الذى قبض فيمضى البيع بلا رهن ، والله تعالى أعلم .

قال المصنِّفُ رحمه الله تعالى

باب ما يجوز رهنه وما لا يجوز

﴿ ما لا يجوز بيعه كالوقف وأم الولد ، والكلب والخنزير لا يجوز رهنه ، لأن المقصود من الرهن أن يباع ويستوفى الحق منه ، وهذا لا يوجد فيما لا يجوز بيعه فلم يصح رهنه ﴾ .

(**الشـرح**) : الأحكام : كل عين جاز بيعها جاز رهنها لأن مقصود الرهن الاستيثاق بالدَّين للتوصل إلى استيفائه من ثمن الرهن ، وإن تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن وهذا يتحقق فى كل عين جاز بيعها ، ولأن ما كان محلا للبيع كان محلا لحكمة الراهن ، ومحل الشيء محل لحكمته إلا أن يمنع مانع من ثبوته ، أو يفوت شرط فينتفى الحكم لانتفائه كالمشاع ، فإنه استثنى من هذه القاعدة فيجوز رهن المشاع لذلك . وبه قال ابن أبى ليلى ومالك والبتى والأوزاعى وسوار والعنبرى وأبو ثور وابن خزم الظاهرى . وقال أصحاب الرأى : لا يصح إلا أن يرهنها من شريكه أو يرهنها الشريكان من رجل واحد ، لأنه عقد تخلف عنه مقصوده لمعنى اتصل به فلم يصح كما لو تزوج أخته من الرضاع .

ولنا أنها عين يجوز بيعها فى محل الحق فيصح رهنها كالمفرزة ، ولا نسلم أن مقصوده الحبس بل مقصوده استيفاء الدين من ثمنه عند تعذره من غيره ، والمشاع قابل لذلك ، والغريب أن أصحاب الرأى يمنعون هذا ويجيزون رهن القاتل والمرتد والمغصوب ورهن ملك غيره بغير إذنه من غير ولاية .

قالَ المصنِّفُ رحمهُ الله تعالى

(فصـل) : وما يسرع إليه الفساد من الأطعمة والفواكه الرطبة التى لا يمكن استصلاحها ، يجوز رهنه بالدين الحال والمؤجل الذى يحل قبل فساده لأنه يمكن بيعه واستيفاء الحق من ثمنه ، فأما ما رهنه بدين مؤجل إلى وقت يفسد قبل محله فإنه ينظر فيه ، فإن شرط أن يبيعه إذا خاف عليه الفساد جاز رهنه ، وإن أطلق ففيه قولان :

(أحدهما) لا يصح وهو الصحيح ، لأنه لا يمكن بيعه بالدَّين فى محله فلم يجز رهنه كأم الولد . (والثانى) يصح ، وإذا خيف عليه أجبر على بيعه ويجعل ثمنه رهناً ، لأن مطلق العقد يحمل على المتعارف ويصير كالمشروط ، والمتعارف فيما يفسد أن يباع قبل فساده ، فيصير كما لو شرط ذلك ، ولو شرط ذلك جاز رهنه ، فكذلك إذا أطلق ، فإن رهن ثمرة يسرع إليها الفساد مع الشجر ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال : فيه قولان ، كما لو أفرده بالعقد ، ومنهم من قال : يصح قولا واحداً لأنه تابع للشجر ، فإذا هلكت الثمرة بقيت الشجرة » .

(**الشـرح**) : الأحكام : إن رهنه شيئاً رطباً يسرع إليه الفساد ، فإن كان مما يمكن تجفيفه كالرطب والعنب صح رهنه ، ووجب على الراهن مؤنة تجفيفه ، كما يجب عليه مؤنة حفظه وعلف الحيوان ، فإن احتاج إلى ثلاجة ليحفظ فيها كان على الراهن استهلاك الثلاجة من الثلج أو الكهرباء ، وإن كان مما لا يمكن تجفيفه أو حفظه فى الثلاجات نظرت ، فإن رهنه بحق حال أو مؤجل قبل فساده صح الرهن لأن الغرض يحصل بذلك ، وإن شرط الراهن أن لا يباع إلا بعد حلول الحق لم يصح الرهن لأنه يتلف ولا يحصل المقصود ، وإن أطلقا ذلك ففيه قولان . (أحدهما) يصح الرهن ، فإذا خيف عليه الفساد بيع وجعل ثمنه رهناً ، لأن العقد يبنى على عرف الناس ، وفى عرفهم أن المالك لا يترك من ماله ما يخاف عليه الفساد ليفسد (والثانى) لا يصح الرهن وهو الصحيح .

وقال فى التحفة على منهاج النووى : ولو رهن ما يسرع فساده فإن أمكن تجفيفه كرطب وعنب يجيء منهما تمر وزبيب ولو على أمهما ولو قبل بدو الصلاح وإن لم يشرط القطع ، على تفصيل فى ذلك فى الروضة وغيرها اهـ .

وقال فى الروضة : إذا رهن ما يتسارع إليه الفساد ــ فإن أمكن تجفيفه كالرطب والعنب صح رهنه وجفف ، وإن لم يمكن كالثمرة التى لا تجفف والريحان والجمد ــ فإن رهنه بدين حال صح ، ثم إن بيع فى الدين أو قضى الدين فى موضع آخر فذاك ، وإلا بيع وجعل الثمن رهناً ، فلو تركه المرتهن حتى فسد قال فى التهذيب : إن كان الراهن أذن له فى بيعه ضمن وإلا فلا .

ويجوز أن يقال : عليه الرفع إلى القاضى ليبيعه . قال النووى رحمه الله تعالى : قلت : هذا الاحتمال الذى قاله الإمام الرافعى رحمه الله قوى أو متين .. وقد قال صاحب التتمة فى هذه الصورة : إن سكتا حتى فسد أو طلب المرتهن بيعه فامتنع الراهن فهو من ضمان الراهن ، وإن طلب الراهن بيعه فامتنع المرتهن فمن ضمان المرتهن والله أعلم .

(**فرع**) : وإن رهنه بدينٍ مؤجل فله ثلاثة أحوال :

(أحدها) أن يعلم أن حلول الأجل قبل فساده فهو كرهنه بالحالّ .

(الثانى) أن يعلم عكسه ــ فإن شرط فى الرهن بيعه عند الإشراف على الفساد ، وجعل ثمنه رهناً ــ صح ولزمَ الوفاء بالشرط ، فلو شرط أن لا يباع بحال عند حلول الأجل ، بطل الرهن لمناقضته مقصود الرهن ، وإن لم يشرط ذا ولا ذاك فهل هو كشرط البيع أم كشرط عدم البيع ؟ قولان (أظهرهما) عند العراقيين الثانى ، وميل غيرهم إلى الأول . قال النووى : قلت : قال الإمام الرافعى فى المحرر : لا يصح الرهن والله أعلم .

(الثالث) أن لا يعلم واحد من الأمرين وهما محتملان ، فالمذهب : الصحة ، ولو رهن ما لا يسرع إليه الفساد فحدث ما عرَّضه للفساد قبل الأجل بأن ابتلَّت الحنطة وتعذر تجفيفها ، لم ينفسخ بحال .

ولو طرأ ذلك قبل قبض المرهون ففى الانفساخ وجهان ، كما فى حدوث الموت والجنون ، وإذا لم ينفسخ ، بيعَ وجعل الثمن رهناً مكانه .

(قلت) الأرجح أنه لا ينفسخ وهذا الذى قطع به من أنه إذا لم ينفسخ يباع ، وهو المذهب .

ونقل الإمام : أن الأئمة قطعوا بأنه يستحق بيعه ، ونقل صاحب الحاوى فيه قولين :
(أحدهما) أنه يجبر الراهن على بيعه حفظاً للوثيقة كما يجبر على نفقته .
(والثانى) لا ، لأن حق المرتهن فى حبسه فقط ، وهذا ضعيف ، والله أعلم .

قال فى التحفة : وفارق هذا بيعه بأن تقدير الجائحة الغالب وقوعها حينئذ يبطل سبب البيع وهو المالية دون سبب الرهن وهو الدين وكلحم صح الرهن مطلقاً وإن لم يشرط التجفيف ، إذ لا محذور .

ثم إن رهن بمؤجل لا يحل قبل فساده بأن كان يحل بعده أو معه أو قبله بزمن لا يسع البيع ، فعل ذلك التجفيف عند خوف فساده ، أى فعله المالك ومؤنته عليه حفظاً للرهن ، فإن امتنع أجبر عليه ، فإن تعذر أخذ شيء منه باع الحاكم جزءاً منه وجفف بثمنه ، ولا يتولاه المرتهن إلا بإذن الراهن إن أمكن ، وإلا راجع الحاكم .

أما إذا كان يحل قبل فساده بزمن يسع البيع فإنه يباع وإلا يمكن تجفيفه ، فإن رهنه بدين حالّ أو مؤجل يحل قبل فساده بزمن يسع بيعه على العادة أو يحل بعد فساده أو معه لكن شرط فى هذه الصورة بيعه ، أى عند إشرافه على الفساد لا الآن ، وإلا بطل . قاله الأذرعى كالسبكى وأفاد ذلك العلامة ابن حجر المكى ثم قال :

واعترضا بأنه مبيع بأنه مبيع قطعاً ، وبيعه الآن أحفظ لقلة ثمنه عند إشرافه ، وقد يجاب بأن الأصل فى بيع المرهون قبل المحل المنع إلا لضرورة ، وهى لا تتحقق إلا عند الإشراف ، وجعل الثمن رهناً مكانه . قال الإسنوى : قضية هذا أنه لا بد من اشتراط هذا الجعل وفيه نظر اهـ ويرد بأنه من مصالح المرتهن ، لئلا يتوهم من شرط بيعه انفكاك رهنه ، فوجب لرد هذا التوهم . صح الرهن فى الصور الثلاث لانتفاء المحذور مع شدة الحاجة للشرط فى الأخيرة ، وبه فارق ما يأتى أن الإذن فى بيع المرهون بشرط جعل ثمنه رهناً لا يصح . ويباع المرهون فى تلك الثلاث وجوباً ، أى يرفعه المرتهن للحاكم عند نحو امتناع الراهن لبيعه عند خوف فساده حفظاً للوثيقة . فإن أخره حتى فسد ضمنه ، ويكون ثمنه فى الأخيرة رهناً من غير إنشاء عقد عملا بالشرط ، ويجعل ثمنه رهناً فى الأولين بإنشاء العقد .

فإن شرط منع بيعه قبل الفساد لم يصح الرهن لمنافاة الشرط لمقصود التوثق ، وإن أطلق فلم يشرط بيعاً ولا عدمه فسد الرهن فى الأظهر ، لتعذر استيفاء الحق من المرهون عند المحل لفساده قبله ، والبيع قبله ليس من مقتضيات الرهن (والثانى) يصح ويباع عند الإشراف

على الفساد ، لأن الظاهر أن المالك لا يقصد إتلاف ماله . ونقله فى الشرح الصغير عن الأكثرين ، ومن ثم اعتمده الإسنوى وغيره .

وإن لم يعلم هل يفسد المرهون قبل حلول الأجل صح الرهن المطلق فى الأظهر ، إذ الأصل عدم فساده قبل الحلول ، وفارقت هذه نظيرتها السابقة فى المعلق عتقه بصفة يحتمل سبقها الحلول ، وتأخرها عنه بتشوف الشارع للعتق .

(فرع) : وإن رهن بمؤجل ما لا يسرع فساده فطرأ ما عرَّضه للفساد قبل الحلول كحنطة ابتلت ــ وإن تعذر تجفيفها ــ لم ينفسخ الرهن ، وإن طرأ ذلك قبل قبضه لأنه يغتفر فى الدوام ما لا يغتفر فى الابتداء فيباع فيهما عند تعذر تجفيفه قهراً على الراهن إن امتنع وقبض المرهون ، ويجعل ثمنه رهناً مكانه حفظاً للوثيقة ، هكذا أفاده النووى فى المنهاج وشرحه لابن حجر . والله أعلم .

(فرع) : فى مذاهب العلماء

من شروط صحة الرهن ألا تكون العين سريعة الفساد والدَّين مؤجل إلى أمد بعيد بحيث يلحق العين الفساد قبل حلول الأجل سواء اشترط عدم بيعها أو لم يشترط شيئاً . أما إذا اشترط بيعها قبل أن يلحقها الفساد أو كانت لا تفسد قبل حلول الأجل فإنه يصح رهنها ، ومثال ما لا يصح رهنه أن يرهن لدائنه ثلجا فى نظير دين يحل موعده بعد شهر وشرط ألا يبيع الثلج أو يشترط شيئا فإن الرهن فاسد إلا إذا أمكن حفظ الثلج كل هذه المدة ، أما إذا رهن له بلحا يمكن تجفيفه وحفظه فإنه يصح ، وعلى الراهن نفقة تجفيفة ، كذلك لا يصح رهن غير الظاهركالنجس والمتنجس على ما تقدم فى البيع ، وكذلك أن يكون منتفعاً به انتفاعاً شرعياً ولو فى المستقبل كالحيوان الصغير فإنه يصح رهنه لكونه ينتفع به مستقبلا وغير ذلك من الشروط المذكورة فى البيع . فكل ما يصح بيعه يصح رهنه إلا المنفعة فإنه يصح بيعها ولا يصح رهنها ، فلا يصح أن يرهن منفعة حق المرور ولكن يصح بيعها كما تقدم .

وقد فرق مالك بين ما يغاب عليه فلا يطرأ عليه الفساد وبين ما لا يغاب عليه لسرعةالفساد إليه . قال ابن رشد : هذا استحسان من مالك ، ومعنى ذلك أن التهمة تلحق فيما يغاب عليه ولا تلحق فيما لا يغاب عليه ، وقد اختلفوا فى معنى الاستحسان الذى يذهب إليه مالك كثيراً فضعفه قوم وقالوا : إنه مثل استحسان أبى حنيفة ، وحدُّوا

الاستحسان بأنه قول بغير دليل . ومعنى الاستحسان عند مالك هو جمع بين الأدلة المتعارضة ، وإذا كان ذلك كذلك فليس هو قول بغير دليل ، والجمهور على أنه لا يجوز للراهن بيعه ولا هبته ، وأنه إن باعه فللمرتهن الإجازة أو الفسخ ، قال مالك : وإن زعم أن إجازته ليتعجل حقه حلف على ذلك ، وكان له . وقال قوم : يجوز بيعه ، وإذا كان الرهن غلاماً أو أمَة وأعتقها الراهن فعند مالك أنه إن كان الراهن موسراً جاز عتقه وعجل للمرتهن حقه ،وإن كان معسراً بيعت وقضى الحق من ثمنها ، وعند الشافعى ثلاثة أقوال : الرد ، والإجازة ، والثالث مثل قول مالك .

وأما اختلاف الراهن والمرتهن فى قدر الحق الذى به وجب الرهن ، فإن الفقهاء اختلفوا فى ذلك فقال مالك : القول قول المرتهن فيما ذكره من قدر الحق ما لم تكن قيمة الرهن أقل من ذلك ،فما زاد على قيمة الرهن فالقول قول الراهن . وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وجمهور فقهاء الأمصار : القول فى قدر الحق قول الراهن . وعمدة الجمهور أن الراهن مدعى عليه ، والمرتهن مدع ، فوجب أن تكون اليمين على الراهن على ظاهر السنة المشهورة ، وعمدة مالك هٰهنا أن المرتهن ــ وإن كان مدعياً ــ فله هٰهنا شبهة بنقل اليمين إلى حيزه ، وهو كون الرهن شاهداً له ، ومن أصوله أن يحلف أقوى المتداعيين شبهة وهذا لا يلزم عند الجمهور ، لأنه قد يرهن الراهن لشيء وقيمته أكثر من المرهون فيه ، وأما إذا تلف الرهن واختلفوا فى صفته فالقول هٰهنا عند مالك قول المرتهن لأنه مدعى عليه ، وهو مقر ببعض ما ادعى عليه ، وهذا على أصوله ، فإن المرتهن أيضاً هو الضامن فيما يغاب عليه ، وأما على أصول الشافعى فلا على المرتهن يمين إلا أن يناكره الراهن فى إتلافه ، وأما عند أبى حنيفة فالقول قول المرتهن فى قيمة الرهن وليس يحتاج إلى صفة ، لأن عند مالك يحلف على الصفة وتقوم تلك الصفة ، وإذا اختلفوا فى الأمرين جميعاً أعنى فى صفة الرهن وفى مقدار الرهن كان القول قول المرتهن فى صفة الرهن وفى الحق ما كانت قيمته الصفة التى حلف عليها شاهدة له ، وفيه ضعف ، وهل يشهد الحق لقيمة الرهن إذا اتفقا فى الحق واختلفا فى قيمة الرهن فى المذهب المالكى فيه قولان والأقيس الشهادة لأنه إذا شهد الرهن للدين شهد الدين المرهون .

قال المصنِّف رحمهُ الله تعالى

(فصـل) : ﴿ وإن علق عتق عبد على صفة توجد قبل محل الدين لم يجز رهنه ، لأنه لا يمكن بيعه فى الدين . وقال أبو على الطبرى رحمه الله : إذا قلنا يجوز رهن ما يسرع إليه الفساد جاز رهنه ، وإن علق عتقه على صفة يجوز أن توجد قبل محل الدين ويجوز أن لا توجد ، ففيه قولان (أحدهما) يصح لأن الأصل بقاء العقد ومكان البيع ؛ ووقوع العتق قبل محل الدين مشكوك فيه ، فلا يمنع صحة الرهن كجواز الموت فى الحيوان المرهون (والثانى) لا يصح لأنه قد توجد الصفة قبل محل الدين فلا يمكن بيعه ، وذلك غرر من غير حاجة ، فمنع صحة الرهن ﴾ .

(**الشـرح**) : الأحكام : إن علق عتق عبده على صفة ثم رهنه ، ففيه ثلاث مسائل:

(الأولى) إذا قال : إذا جاء رأس الشهر فأنت حر ، وكان قد رهنه بحق حالّ أو مؤجل قبل مجئ رأس الشهر فيصح الرهن قولا واحداً ، لأنه يمكن استيفاء الحق من ثمنه .

(الثانية) أن يرهنه بحق مؤجل توجد الصفة قبله ؛ فقد قال عامة أصحابنا لا يصح قولا واحداً . وقال أبو على الطبرى : فيه قولان ، كرهن ما يسرع إليه الفساد ، والصحيح هو الأول ، لأن الطعام الرطب الظاهر من جهة الراهن يجوز بيعه إذا خيف عليه الفساد وجعل ثمنه رهنا ، والظاهر ممن علق على عتق عبده على صفة أنه أراد إيقاع العتق بذلك .

(الثالثة) إذا علق عتقه على صفة يجوز أن توجد قبل محل الدَّين ، ويجوز أن يحل دين قبلها ، بأن يقول : إذا قدم زيد فأنت حر ، وإذا دخلت الدار أو كلمت زيداً فأنت حر ؛ فهل يصح رهنه ها هنا بعد ذلك ؟ فيه قولان . (أحدهما) : يصح الرهن لأن وقوع العتق قبل محل الدين مشكوك فيه . (والثانى) : لا يصح ، لأن الصفة قد توجد قبل محل الدين فيبطل الرهن ، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز ، هذا قول عامة أصحابنا ، وقال أبو على فى الإفصاح لا يصح رهنه قولًا واحداً لأنه عقد الرهن على غرر .

قالَ المصنِّفُ رحمهُ الله تعالى

(فصـل) : واختلف أصحابنا فى المدبر فمنهم من قال : لا يجوز رهنه قولا واحداً ، لأنه قد يموت المولى فجأة فيعتق فلا يمكن بيعه ، وذلك غرر من غير حاجة ، فمنع صحة الرهن ، ومنهم من قال : يجوز قولًا واحداً لأنه يجوز بيعه فجاز رهنه كالعبد القن ، ومنهم من قال : فيه قولان ؛ بناء على القولين فى أن التدبير وصية أو عتق بصفة ، فإن قلنا : إنه وصية جاز رهنه ، لأنه لا يجوز الرجوع فيه بالقول ، فجعل الرهن رجوعاً ، وإن قلنا : إنه عتق بصفة لم يجز رهنه ، لأنه لا يجوز الرجوع فيه بالقول ، وإنما يجوز الرجوع فيه بتصرف يزيل الملك ، والرهن لا يزيل الملك . قال أبو إسحاق : إذا قلنا : إنه يصح رهنه فحل الحق وقضى سقط حكم الرهن وبقى العبد على تدبيره ، وإن لم يقض قيل له : أترجع فى التدبير ؟ فإن اختار الرجوع بيع العبد فى الرهن ، وإن لم يختر فإن كان له مال غيره قضى منه الدين ، ويبقى العبد على التدبير ، وإن لم يكن له مال غيره ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه يحكم بفساد الرهن ، لأنه إنما صححنا الرهن لأنا قلنا لعله يقضى الدين من غيره أو يرجع فى التدبير ، فإذا لم يفعل حكمنا بفساد الرهن ، (والثانى) أنه يباع فى الدين وهو الصحيح ، لأنا حكمنا بصحة الرهن ، ومن حكم الرهن أن يباع فى الدين وما سوى ذلك من الأموال كالعقار والحيوان وسائر ما يباع يجوز رهنه ، لأنه يحصل به مقصود الرهن وما جاز رهنه جاز رهن البعض منه مشاعاً ، لأن المشاع كالمقسوم فى جواز البيع فكان كالمقسوم فى جواز الرهن ، فإن كان بين رجلين دار فرهن أحدهما نصيبه من بيت بغير إذن شريكه ففيه وجهان : (أحدهما) يصح كما يصح بيعه ، (والثانى) لا يصح لأن فيه إضراراً بالشريك بأن يقتسما فيقع هذا البيت فى حصته فيكون بعضه رهناً ﴾ .

(الشـرح) : الأحكام : قال الشافعى رحمه الله : (ولو دبره ثم رهنه كان الرهن مفسوخاً) وجملة ذلك أنه إذا قال لعبده : إذا مت فأنت حر ثم رهنه بعد ، فاختلف أصحابنا فى صحة الرهن على ثلاث طرق ، فمنهم من قال : إن قلنا : إن التدبير وصية صح الرهن وبطل التدبير ، لأن الوصية يجوز الرجوع فيها بالقول ، فجعل الرهن رجوعا .

وإن قلنا : إن التدبير عتق بصفة لم يصح ، لأنه لا يصح الرجوع فيه ، إلا بتصرف يزيل الملك ، قالوا : وقول الشافعي : كان الرهن مفسوخاً أراد على هذا القول ، ومنهم من قال : لا يصح الرهن قولا واحداً ، وعليه يدل ظاهر قوله فى الأم ، لأنه قال : إذا دبر عبده ثم رهنه كان الرهن مفسوخاً ، ولو قال : كنت رجعت قبل الرهن عن التدبيرفهل يصح الرهن ؟ فيه قولان . وهذا نص فى أنه لا يصح الرهن قبل الرجوع قولا واحداً ، ولأنا ــ وإن قلنا : إن التدبير وصية ــ إلا أنه أقوى من الوصية بدليل أنه يتحرر بالموت من غير قبول بخلاف الوصية . ومنهم من قال : يصح الرهن قولا واحداً ، ولا يبطل التدبير ، لأن الشافعي رحمه الله قال : كل ما جاز بيعه جاز رهنه كالمدبر يجوز بيعه قولا واحداً فكذلك رهنه . قال ابن الصباغ : والطريقة الأولى أصح (والثانية) ظاهر كالأمة (والثالثة) مخالفة للنص والقياس .

فإذا قلنا : بالطريقة الأولى ، وأن الرهن يصح ــ إذا قلنا : إن التدبير وصية ــ فإن التدبير يبطل ، وهو اختيار المزنى ، فإن قضى الحق من غيره فلا كلام ولم يعتق العبد بالموت إلا بتدبير ثان أو عتق ، وإن لم يقضه من غيره بيع العبد فى الدين ، وإن قلنا بالطريقة الثانية إن الرهن صحيح نظرت ، فإن حل الحق وقضى الحق من غير الرهن بقى العبد فى الدين ، وإن لم يختر الرجوع فيه ، فإن كان له مال غير العبد أجبر على قضاء الدين وبقى العبد على التدبير ، وإن لم يكن له مال غيره ففيه وجهان من أصحابنا من قال : يحكم بفساد الرهن ، لأنا إنما صححنا الرهن رجاء أن يرجع فى التدبير فيباع ، وتأول قول الشافعى (كان الرهن مفسوخاً) على هذا الموضع ؛ ومنهم من قال : يباع فى الدين ، وهو الصحيح ، لأنه إذا حكمنا بصحة الرهن لم يتعقبه الفساد بامتناع الراهن ، ومن حكم الرهن أن يباع فى الدين .

(**فرع**) : وإن رهن عبده ثم دبره فإن دبره قبل أن يقبض كان فسخا للرهن على المنصوص ، وعلى تخريج الربيع لا يكون فسخا له ، وقد مضى ذكره ، وإن أقبضه ثم دبره قال الشافعى رحمه الله أوقفت التدبير ، فإن حل الحق وقضى الدين من غير الرهن خرج العبد من الرهن وكان مدبراً ، وإن لم يقضه من غيره ــ وإن باعه ــ صح وبطل التدبير ، وإن لم يختر الرجوع فى التدبير ــ فإن كان له مال غيره ــ أجبر على قضائه منه وبقى العبد على التدبير ، وإن لم يكن له مال غير العبد بيع فى الدَّين وبطل التدبير ، وإن مات الراهن قبل قضاء الدين فقد حل الدين بموته ، وإن خلف تركة تفى الدَّين عن العبد قضى الدَّين

منها وعتق العبد من ثلث ما بقى ، وإن لم يكن له مال غيره ، فإن كان الدَّين يستغرق قيمته بيع العبد فى الدَّين ؛ وإن كانت قيمته أكثر من الدَّين بيع منه بقدر الدَّين ، وعتق ثلث ما بقى بالتدبير ، فإن أجازه الورثة عتق باقيه .

(**مسألة**) : وما صح رهنه صح رهن جزء منه مشاعاً سواء كان مما ينقسم كالدور والأرضين ، أو مما لا ينقسم كالجواهر ، وسواء رهنه من شريكه أو من غيره ، وقد مضى تفصيل الخلاف فيه والرد على أبى حنيفة وأصحاب الرأى فى أول الباب فراجعه ، وتتمة القول : إن كان بين رجلين عمارة فيها شقق فرهن أحدهما نصيبه من شقة من غير شريكه فإن كان بإذن شريكه صح الرهن ، وإن كان بغير إذنه ففيه وجهان : (أحدهما) : يصح كما يصح بيعه ، (والثانى) لا يصح ، لأن فى ذلك ضرراً على الشريك لأنهما قد يقتسمان فتقع هذه الشقة فى حق شريكه فيكون قد رهن ملك غيره بغير إذنه بخلاف البيع ، فإنه إذا باع زال ملكه فيه ، ولا يملك المقاسمة على ما باع .

(**إذا ثبت هذا**) : ورهن سهماً مشاعاً فى عين بينه وبين غيره ــ فإن كان مما لا ينقل ــ فإن الراهن يخلى بينه وبين المرتهن سواء حضر الشريك أو لم يحضر ، وإن كان مما ينقل كالجواهر والبضائع والدواب وما أشبهها فإن القبض لا يحصل إلا بالنقل ، ولا يمكنه تناولها إلا بإذن الشريك ، فإن رضى الشريك تناولها وإن امتنع ــ فإن رضى المرتهن أن يكون فى يد الشريك ــ جاز ، وناب عنه فى القبض ؛ وإن تنازعا فإن الحاكم ينصب عدلا وهو ما يسمى فى العرف الحاضر حارساً أميناً يكون فى يده لهما ، وإن كان مما له أجرة ومنفعة (رسوم أتعاب) كانت عليهما .

قَالَ المصَنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصل) : ﴿ ولا يجوز رهن مال الغير بغير إذنه ، لأنه لا يقدر على تسليمه ولا على بيعه فى الدين ، فلم يجز رهنه ، كالطير الطائر والعبد الآبق ، فإن كان فى يده مال لمن يرثه وهو يظن أنه حى فباعه أو رهنه ، ثم بان أنه قد مات قبل العقد ، فالمنصوص أن العقد باطل لأنه عقد ، وهو لاعب فلا يصح . ومن أصحابنا من قال يصح لأنه صادف ملكه فأشبه إذا عقد وهو يعلم أنه ميت ﴾ .

(**الشـرح**) : سبق للنووى رحمه الله أن أخذ على المصنف تعريفه لغير بالألف واللام ، فكان الأصح ثم الأفصح أن يقول : « مال غيره » وإن كان سلفنا السبكى رحمه الله تعالى تجوز فى استعمالها فى شوطه فى التكملة .

أما أحكام الفصل : فإنه لا يجوز رهن مال غيره بغير إذنه لأنه لا يقدر على تسليمه ، فهو كما لو رهنه سمكة فى البحر ، وإن كان فى يده مال لمن يرثه فباعه أو رهنه قبل أن يعلم بموته ثم بان أنه كان قد مات قبل البيع والرهن ففيه وجهان . (أحدهما) : وهو المنصوص أنه لا يصح ، لأنه باع ورهن مالا يعتقده ملكه فكان متلاعباً فى ذلك فلم يصح (والثانى) يصح لأنه بان أنه ملكه ، قال الشيخ أبو حامد : وهكذا لو وكل رجلا يشترى له شيئاً بعينه فباعه الموكل أو رهنه قبل الشراء ، وقال بعتك هذا الشىء إن كان لى فبان أنه كان له ، وإن كان له مال فى صندوق وقد رآه المرتهن فرهنه أو باعه وهو لا يتحقق كونه فيه ، ثم بان أنه كان فيه ، فعلى الوجهين المنصوص أنه لا يصح .

(**فـرع**) : وإن رهنه سكنى دار لم يصح ، لأن الدين إن كان مؤجلا فالمنافع تتلف إلى وقت الحلول ، وإن كان الدين حالا لم يحصل الاستيثاق ، والرهن لا يلزم إلا بالقبض والقبض لا يمكن فى السكنى إلا بإتلافه ، فكأنه رهنه ما لا يمكنه إقباضه ، فإن قال : أردت به إنْ أجَّرتُها كانت الأجرة رهناً ، لم يصح أيضا لأنه لا يدرى بكم يؤاجرها فكان باطلا ، أما فى المساكن التى تحددت أجرتها بأوامر السلطات والحكام طبقاً لقواعد المثلية أو نفقات البناء أو غير ذلك من مراعاة العدل بين الناس ، فقد تعين للمرتهن قدر إجارتها ، فصح أن تكون الأجرة من قيمة الرهن . والله أعلم .

قال الشيخ ابن حجر فى تحفة المحتاج : فلا يصح رهن المنفعة لأنها تتلف شيئاً فشيئاً ولا رهن الدين ولو ممن هو عليه لأنه قبل قبضه لا وثوق به وبعده لم يبق ديناً نعم بدل نحو الجناية على المرهون محكوم عليه فى ذمة الجانى بأنه رهن فيمتنع على الراهن الإبراء منه ، ومن مات مدينه وله منفعة أو دين تعلق الدين بتركته ومنها دينه ومنفعته تعلق رهن ولا رهن وقف ومكاتب وأم ولد ا هـ .

قَالَ المُصنف رَحمَهِ الله تعَالَى

(فصـل) : ﴿ وإن رهن مبيعاً لم يقبضه نظرت ، فإن رهنه قبل أن ينقد ثمنه لم يصح الرهن لأنه محبوس بالثمن فلا يملك رهنه كالمرهون ، فإن رهنه بعد نقد الثمن ففيه وجهان . (أحدهما) : لا يصح ، لأنه عقد يفتقر إلى القبض ، فلم يصح فى المبيع قبل القبض كالبيع . (والثانى) يصح ، وهو المذهب ، لأن الرهن لا يقتضى الضمان فجاز فيما لم يدخل فى ضمانه بخلاف البيع ﴾ .

(**الشـرح**) : الأحكام : إن اشترى عيناً فرهنها قبل أن يقبضها ، فإن كان قبل أن يدفع الثمن لم يصح الرهن لأنها مرهونة بالثمن . وكذلك إن رهنها بثمنها لم يصح لأنها قد صارت مرهونة به ، وإن نقد الثمن ثم رهنها ففيه وجهان . (أحدهما) : لا يصح لأن عقد الرهن يفتقر إلى القبض فلم يصح من المبيع قبل القبض ، كما لو باعه وفيه احتراز من العتق والتزوج . (والثانى) : يصح ، وهو الصحيح لأن الرهن لا يقتضى الضمان على المرتهن فصح فيما لم يدخل فى ضمانه بخلاف البيع .

(**فـرع**) : قال الشيخ ابن حجر فى تحفة المحتاج : ولا يصح الرهن بما ليس بثابت سواء وجد سبب وجوبه كنفقة زوجته فى الغد أم لا ، كرهنه على ما سيقرضه أو سيشتريه ، لأنه وثيقة حق فلا تتقدم عليه كالشهادة . وقد يغتفر تقدم أحد شقى الرهن على ثبوت الدين لحاجة التوثق كما لو قال : أقرضتك هذه الدراهم وارتهنت بها عبدك هذا أو الذى صفته كذا ، فقال : اقترضت ورهنت ، أو قال : بعتكه بكذا وارتهنت بثمنه هذا بثمنه هذا الثوب أو ما صفته كذا فقال : اشتريت ورهنت صح فى الأصح ، لجواز شرط الرهن فى ذلك فمزجه أولى ، لأن التوثق فيه آكد ، إذ قد لا يفى بالشرط ، وفارق بطلان : كاتبتك بكذا وبعتك هذا بدينار فقبلهما بان الرهن من مصالح البيع والقرض ، ولهذا جاز شرطه فيهما مع امتناع شرط عقد فى عقد بخلاف البيع والكتابة .

قال القاضى : ويقدر فى البيع وجوب الثمن وانعقاد الرهن عقبه كما يقدر الملك للملتمس فى البيع الضمنى ا هـ .

والذى يتجه أنه لا يحتاج لذلك هنا لاغتفار التقدم فيه للحاجة ، كما تقرر بخلاف ذاك ، فإنه لا بد منه فيه ، واستفيد من صنيع المتن أن الشرط وقوع أحد شقى الرهن بين

شقى نحو البيع ، والآخر بعدهما ، فيصح إذا قال : بعنى هذا بكذا ورهنت به هذا فقال : بعت وارتهنت .

قَالَ المُصنف رَحمَه الله تعَالى

(فصـل) : ﴿ فى رهن الدين وجهان (أحدهما) : يجوز ، لأنه يجوز بيعه فجاز رهنه كالعين . (والثانى) : لا يجوز لأنه لا يدرى هل يعطيه أم لا ، وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة العقد ﴾ .

(الشـرح) : الأحكام : وفى بيع الدين المسقر وهبته ورهنه من غير من هو عليه قال المصنف وجهان وقال صاحب البيان ثلاثة أوجه . (أحدهـا) لا يصح واحد منها ، لأنه غير مقدور على تسليمه فلم يصح كالسمك فى الماء . (والثانى) يصح الجميع منها وهو اختيار ابن الصباغ ، لأن الذمم تجرى مجرى الأعيان ، ألا ترى أنه يصح أن يشترى بثمن فى ذمته ويبيع فيها ، كما يجوز أن يشترى الأعيان ويبيعها ، إلا أن البيع لا يفتقر لزومه إلى القبض . وفى الهبة والرهن لا يلزمـان من غير قبض ، ولا يصح الرهن لأن البيع والهبة يصحان ، ويلزمان من غير قبض ، (الثالث) لا يصح الرهن لأن البيع والهبة تمليك فجرى مجرى الحوالة بخلاف الرهن .

قَالَ المصَنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصـل) : ﴿ ولا يجوز رهن المرهون من غير إذن المرتهن ، لأن ما استحق بعقد لازم لا يجوز أن يعقـد عليه مثله من غير إذن من له الحق ، كبيع ما باعه وإجارة ما أجره ، وهل يجوز رهنه بدين آخر عند المرتهن ؟ فيه قولان (قال فى القديم) (يجوز) وهو اختيار المزنى ، لأنه إذا جاز أن يكون مرهوناً بألف ثم يصير مرهوناً بخمسمائة جاز أن يكون مرهوناً بخمسمائة ، ثم يصير مرهوناً بألف . وقال فى الجديد : لا يجوز لأنه رهن مستحق بدين ، فلا يجوز رهنه بغيره ، كما لو رهنه عند غير المرتهن ، فإن جنى العبد المرهون ففداه المرتهن ، وشرط على الراهن أن يكون رهنـا بالديـن والأرش ، ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال هو على القولين ؛ ومنهم من قال يصح ذلك قولا واحداً ، والفرق بين الأرش وبين سائر الديون أن الأرش متعلق بالرقبة ، فإذا

رهنه به فقد علق بالرقبة ما كان متعلقاً بها ، وغيره لم يكن متعلقاً بالرقبة فلم يجز رهنه به ، ولأن فى الرهن بالأرش مصلحة للراهن فى حفظ ماله ، وللمرتهن فى حفظ وثيقته ، وليس فى رهنه بدين آخر مصلحة ، ويجوز للمصلحة ما لا يجوز لغيرها ، والدليل عليه أنه يجوز أن يفتدى العبد بقيمته فى الجناية ليبقى عليه ، وإن كان لا يجوز أن يشترى ماله بماله ﴾ .

(**الشرح**) : الأحكام : إذا رهن عبداً عند رجل وأقبضه إياه فقبضه ثم رهنه الراهن عند آخر بغير إذن الأول لم يصح الرهن الثانى لأن ما استحق بعقد لازم لا يجوز أن يعقد عليه مثله من غير إذن من له الحق ، كما لو باع عيناً من زيد ولزم البيع ثم باعها من عمرو ، فقوله بعقد لازم احتراز من الرهن قبل القبض ، ومن إعارة ما أعاره وقوله : « لا يجوز أن يعقد عليه مثله » احتراز من عقد الإجارة على الرهن ، فإنه يصح بغير إذن المرتهن . وقوله : من غير إذن من له الحق ، لأن المرتهن لو أذن فى رهنه من غيره صح ، وإن رهن رجلا عبداً بألف درهم ثم رهنه عنده بألف أخرى ففيه قولان . قال فى القديم « يصح » وبه قال مالك وأبو يوسف رحمهم الله تعالى ؛ لأنه لما جاز أن يزيد فى الحق الواحد رهناً آخر جاز أيضاً أن يرهن الرهن الواحد بحق آخر .

ولأن الرهن وثيقة كالضمان ، فلما جاز أن يضمن من غيره حقاً ثم يضمن عنه حقا جاز فى الرهن مثله ، وقال فى الجديد « لا يصح » وبه قال أبو حنيفة لأنه رهن لازم بدين آخر ، كما لو رهنه عند غيره ، وفيه احتراز من رهنه قبل القبض ، فعلى هذا إذا كان أراد أن يرهنه بألفين فسخ الأول ثم يرهنه بالألفين ؛ فإن رهنه بألف ثم رهنه بألف وأقر أنه رهنه بألفين كان الإقرار صحيحا فى الظاهر والباطن على القديم . وأما الجديد فيكون رهنا بالألفين حكما ظاهراً . وأما فى الباطن فلا يكون الأمر مرهوناً بألف ، فإن ادعى المقر أنه رهنه بألف ثم رهنه بألف ، وادعى المقرّ له أنه رهنه بهما معا ؛ فالقول قول المقر له مع يمينه ، لأن الظاهر صحة الإقرار .

(**فرع**) : وإن شهد شاهدان على عقد الرهنين ثم أراد أن يقيما الشهادة ، فإن كانا يعتقدان صحة القول الجديد ـــ شهدا أنه رهنه بألف ثم رهنه بألف فإن كانا يعتقدان صحة القول القديم ففيه وجهان (أحدهما) يجوز أن يشهدا أنه رهنه بألفين ، ويطلقا ذلك ، لأنهما يعتقدان صحة ما يشهدان به . (والثانى)

لا يجوز أن يشهدا إلا على ما وقع عليه العقدان ، لأن الاجتهاد فى ذلك إلى الحاكم .

(فـرع) : قال الشيخ ابن حجر فى تحفة المحتاج على منهاج النووى : ولا يجوز أن يرهنه المرهونَ ـــ مفعول ثان ـــ عنده بدين آخر موافق لجنس الأول أولا فى الجديد ، وإن وفى الدينين ، وفارق ما قبله بأن ذاك شغل فارغ فهو زيادة فى التوثقة ، وهذا شغل مشغول فهو نقص منها ،نعـم لو فدى المرتهن مرهوناً جنى أو أنفق عليه بإذن الراهن أو الحاكم ؛ لنحو غيبة الراهن أو عجزه ليكون مرهوناً بالفداء أو النفقة أيضاً صح ، لأن فيه مصلحة حفظ الرهن .

قَال المُصنف رَحمَه الله تعَالى

(فصـل) : ﴿ وفى رهن العبد الجانى قولان . واختلف أصحابنا فى موضع القولين على ثلاث طرق ، فمنهم من قال القولان فى العمد ، فأما فى جناية الخطأ فلا يجوز قولا واحداً . ومنهم من قال : القولان فى الجميع ، وقد بينا وجوههما فى البيع ﴾ .

(فصـل) : ﴿ ولا يجوز رهن ما لا يقدر على تسليمه كالعبد الآبق والطير الطائر لأنه لا يمكن تسليمه ولا بيعه فى الدين فلم يصح رهنه ﴾ .

(فصـل) : ﴿ وما لا يجوز بيعه من المجهول لا يجوز رهنه ، لأن الصفات مقصودة فى الرهن للوفاء بالدين كما أنها مقصودة فى البيع للوفاء بالثمن ، فإذا لم يجز بيع المجهول وجب أن لا يجوز رهن المجهول ﴾ .

(الشـرح) : فى رهن العبد الجانى قولان وفى موضع القولين ثلاث طرق مضى ذكر ذلك فى البيع ، ولا يجوز رهن ما لا يقدر على تسليمه كالطير الطائر والعبد الآبق ، ولا رهن عبد من عبد كما لا يجوز بيع ذلك .

(فـرع) : وإن جنى العبد المرهون ـــ لم يخل إما أن يجنى على الأجنبى أو على المولى أو على مملوك للمولى ـــ فإن كانت الجناية على أجنبى تعلق حق المجنى عليه برقبته ، ويقدم على حق المرتهن أولى ، ولأن حق المجنى يقدم على حق المالك ، فلأن يقدم على حق المرتهن أولى ، ولأن حق المجنى عليه يختص بالعين فلو قدمنا حق المرتهن عليه أسقطنا حقه ، وحق المرتهن يتعلق بالعين والذمة ، فإذا قدمنا حق المرتهن عليه لم

يسقط حقه فوجب تقديم حق المجنى عليه ــ فإن سقط حق المجنى عليه بالعفو أو الفداء بقى حق المرتهن ــ لأن حق المجنى عليه لم يبطل الرهن.، وإنما قدم حق المجنى عليه لقوته ، فإذا سقط حق المجنى عليه بقى حق المرتهن ، وإن لم يسقط حق المجنى عليه ــ نظرت ــ فإن كان قصاصاً فى النفس اقتص له وبطل الرهن ، وإن كان فى الطرف اقتص له ، وبقى الرهن فى الباقى ــ وإن كان مالا وأمكن أن يوفى حقه ببيع بعضه بيع منه ما يقضى به حقه ، وإن لم يمكن إلا ببيع جميعه بيع .

فإن فضل من حق المجنى عليه شىء من ثمنه تعلق به حق المرتهن ، وإن كانت الجناية على المولى ــ نظرت ، فإن كان فيما دون النفس ــ اقتصر منه إن كان عمداً ، وإن كان خطأ أو عمداً فعفى عنه على مال لم يثبت له المال .

وقال أبو العباس بن سريج : فيه قول آخر أنه يثبت له المال ، ويستفيد به بيعه ، وإبطال حق المرتهن من الرهن . ووجهه أن من يثبت له القصاص فى العمد ثبت له المال فى الخطأ كالأجنبى ، والصحيح هو الأول ، لأن المولى لا يثبت له المال على عبده ، ولهذا لو أتلف له مالا لم يستحق عليه بدله ، ووجه الأول يبطل بغير المرهون ، فإنه يجب له القصاص فى العمد ، ولا يجب له المال فى الخطأ .

وإن كانت الجناية على النفس ــ فإن كانت عمداً ــ ثبت للوارث القصاص ، فإن اقتص بطل الرهن ، وإن كانت خطأ أو عمداً وعفى على مال ففيه قولان :

(أحدهما) : لا يثبت له المال ، لأن الوارث قائم مقام المولى ، والمولى لا يثبت له فى حق رقبة العبد مال فلا يثبت أن تقوم مقامه .

(والثانى) : أنه يثبت له ، لأنه يأخذ المال عن جناية حصلت ، وهو فى غير ملكه ، فصار كما لو جنى على من يملكه المولى .

وإن كانت الجناية على مملوك للمولى ــ فإن كانت على مملوك غير مرهون ــ فإن كانت الجناية عمداً ــ فللمولى أن يقتص منه وإن كانت خطأ أو عمداً وعفا على مال ، لم يجز ، لأن المولى لا يستحق على عبده مالا ، وإن كانت الجناية على مملوك مرهون عند مرتهن آخر فإن كانت الجناية عمداً فللمولى أن يقتص منه ، فإن اقتص بطل الرهن . وإن كانت خطأ أو عمداً وعفى على مال ثبت المال لحق المرتهن الذى عنده

المجنى عليه ، لأنه لو قتله المولى لزمه ضمانه فإذا قتله عبده تعلق الضمان برقبته . فإن كانت قيمته أكثر من قيمة المقتول وأمكن أن يقضى أرش الجناية ببيع بعضه بيع منه ما يقضى به أرش الجناية ويكون الباقى رهناً . فإن لم يمكن إلا ببيع جميعه بيع . وما فضل من ثمنه يكون رهناً . فإن كانت قيمته مثل قيمة المقتول أو أقل منه ففيه وجهان .

(أحدهما) : أنه ينقل القاتل إلى مرتهن المقتول ليكون رهناً مكانه ، لأنه لا فائدة فى بيعه . (والثانى) أنه يباع لأنه ربما رغب فيه من يشتريه بأكثر من قيمته فيحصل عند كل واحد من المرتهنين وثيقة بدينه .

وإن كانت الجناية على مرهون عند المرتهن الذى عنده القاتل ـــ فإن كانت عمداً فاقتص منه بطل الرهن ، وإن كانت خطأ أو عمداً وعفى عنه على مال نظرت ؛ فإن اتفق الدينان فى المقدار والحلول والتأجيل ، واتفقت قيمة العبدين ترك على حاله ، لأنه لا فائدة فى بيعه ؛ وإن كان الدين الذى رهن به المقتول حالا ، والدين الذى رهن به القاتل مؤجلا بيع لأن فى بيعه فائدة ، وهو أن يقضى الدين الحال ، فإن اختلف الدينان واتفقت القيمتان نظرت ، فإن كان الدين الذى ارتهن به القاتل أكثر لم يبع لأنه مرهون بقدر ، فإذا بيع صار مرهوناً ببعضه .

وإن كان الدين الذى ارتهن به القاتل أقل نقل ، فإن فى نقله فائدة ، وهو أن يصير مرهوناً بأكثر من الدين الذى هو مرهون به ، وهل يباع وينقل ثمنه ؟ أو ينقل بنفسه ؟ فيه وجهان ، وقد مضى توجيههما ، وإن اتفق الدينان بأن كان كل واحد منهما مائة ، واختلفت القيمتان نظر فيه ، فإن كانت قيمة المقتول أكثر لم يبع ، لأنه إذا ترك كان رهناً بمائة ، وإذا بيع كان ثمنه رهناً بمائة ، فلا يكون فى بيعه فائدة ، وإن كانت قيمة القاتل أكثر بيع منه بقدر قيمة المقتول ويكون رهناً بالحق الذى كان المقتول رهناً به وباقيه على ما كان ﴾ .

(فرع) : إذا جنى العبد المرهون على إنسان أو على مال إنسان تعلقت الجناية برقبته فكانت مقدمة على حق المرتهن لا نعلم فى هذا خلافاً ، وذلك لأن الجناية مقدمة على حق المالك والملك أقوى من الرهن فلأن يقدم على الرهن أولى ـــ فإن قيل : فحق المرتهن أيضاً يقدم على حق المالك قلنا : حق المرتهن ثبت من جهة المالك بعقده وحق الجناية ثبت

بغير اختياره مقدماً على حقه فيقدم على ما ثبت بعقده ، ولأن حق الجناية مختص بالعين يسقط بفواتها وحق المرتهن لا يسقط بفوات العين ولا يختص بها فكان تعلقه بها أخف وأدنى . فإن كانت الجناية موجبة للقصاص فلولى الجناية استيفاؤه . فإن اقتص سقط الرهن كما لو تلف ، وإن عفا على مال تعلق برقبة العبد وصار كالجناية الموجبة للمال فيقال للسيد : أنت مخير بين فدائه وبين تسليمه للبيع . فإن اختار فبكم يفديه ؟ على وجهين عندنا وروايتين عند أحمد (أحدهما) بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته ، لأنه إن كان الأرش أقل فالمجنى عليه لا يستحق أكثر من أرش جنايته ، وإن كانت القيمة أقل فلا يلزمه أكثر منها لأن ما يدفعه عوض عن العبد فلا يلزم أكثر من قيمته كما لو أتلفه (والثانى) يفديه بأرش جنايته بالغاً ما بلغ لأنه ربما يرغب فيه راغب فيشتريه بأكثر من قيمته ، فإذا فداه بإذن الراهن رجع به عليه لأنه أدّى الحق عنه بإذنه فرجع به كما لو قضى دينه بإذنه حتى إذا فداه تبرعاً فإنه لا يرجع إلا بإذنه وقال أحمد وأصحابه فيها وجهان بناء على ما لو قضى دينه بغير إذنه ، وإن زاد فى الفداء على الواجب لم يرجع به وجهاً واحداً .

(**فرع**) : ذهب أبو حنيفة إلى أن ضمان جناية الرهن على المرتهن ، فإن فداه لم يرجع بالفداء . وإن فداه الراهن أو بيع فى الجناية سقط دين الرهن إن كان بقدر الفداء وبناء على أصله فى أن الرهن من ضمان المرتهن .

(**فرع**) : إذا لم يفد الجانى فبيع فى الجناية التى تستغرق قيمته بطل الرهن وإن لم تستغرقها بيع منه بقدر أرش الجناية وباقيه رهن إلا أن يتعذر بيع بعضه فيباع الكل ويجعل بقية الثمن رهناً . وقد اكتفينا بهذا القدر لنصل إلى الأحكام العملية التى ينبغى الإسهاب فى شرحها والله أعلم .

(**فرع**) : إذا قال رهنتك هذا الصندوق بما فيه ، أو هذا البيت بما فيه ، أو هذه الحقيبة بما فيها فقد نص الشافعى رحمه الله فى الأم أن الرهن لا يصح بما فى هذه الأشياء ، قال الشيخ أبو حامد : وهل يصح الرهن فى الحق . بضم الحاء المهملة ، والبيت والجراب والخريطة ؟ فيه قولان بناء على القولين فى تفريق الصفقة ، وإن قال : رهنتك هذا الحق دون ما فيه . وهذا البيت دون ما فيه أو هذا الجراب دون ما فيه ، أو هذه الخريطة دون ما فيها صح الرهن فى هذه الأشياء دون ما فيها . وإن قال رهنتك هذا الحق أو هذا البيت أو هذا الجراب أو هذه الخريطة ولم يقل دون ما فيه ولا بما فيه ، فنص الشافعى رحمه الله أن الرهن

يصح فى البيت والحق والجراب ، ولا يصح فى الخريطة ، والخريطة وعاء من أدم وغيره تشرج على ما فيها كما فى الصحاح ، وفى ديارنا يسمى أهل الريف كيساً خشن النسيج يطوونه على فلوسهم خريطة . قال لأن الحق والبيت والجراب لها قيمة تقصد فى العادة . والخريطة ليس لها قيمة مقصودة فى العادة ، وإنما المقصود ما فيها .

قال الشيخ أبو حامد : ولأصحابنا فى هذا تخليط . ومنصوص الشافعى رحمه الله ما ذكرته .

(فرع) : قال الشافعى رحمه الله : وإن رهنه أرضا من أرض الخراج فالرهن مفسوخ ، لأنها غير مملوكة ، واختلف أصحابنا فى تأويل هذا فقال أبو سعيد الإصطخرى : أراد الشافعى رحمه الله بذلك سواد العراق ، وذلك أن أمير المؤمنين عمر (رض) افتتحها وأخرجها من أيدى المجوس وقسمها بين الناس واستغلوها سنتين أو ثلاثاً ، ثم رأى أنهم قد اشتغلوا بالأرض عن الجهاد فسألهم أن يردوها عليه ، فمنهم من طابت نفسه بالرد بغير عوض ، ومنهم من لم يطب نفساً إلا بعوض . ثم وقفها أمير المؤمنين على المسلمين وأجرها ممن هى فى يده على كل نوع من الغلات أجرة معلومة لا إلى غاية[1] ، فعلى هذا لا يجوز بيعها أو رهنها ، وهذا ظاهر النص .

وقال أبو العباس بن سريج : لما استردها أمير المؤمنين من المسلمين باعها ممن هى فى يده ، وجعل منها جعلا هو الخراج الذى يؤخذ منهم ، فيجوز بيعها ورهنها ، لأن الناس من وقت أمير المؤمنين إلى وقتنا هذا يبيعونها ويبتاعونها من غير منكر . وأما قول الشافعى رحمه الله فمحمول عليه لو أوقف الإمام أرضا وضرب عليها الخراج ، فإن قيل : فهذا الذى قلتموه فى فعل أمير المؤمنين من التأويلين جميعاً لا يصح على مذهب الشافعى ولا غيره ، ولأن الإجارة لا تجوز إلى غير مدة معلومة ولا بأجرة غير معلومة . وكذلك البيع لا يجوز إلى أجل غير معلوم ، ولا بثمن غير معلوم .

فالجواب أن هذا إنما لا يصح إذا كانت المعاملة فى أموال المسلمين ، فأما إذا كانت فى أملاك المشركين فيصح ، ألا ترى أن رجلا لو قال من جاء بعبدى الآبق ، فإن له عبداً وثوباً وهما غير موصوفين ، لم يكن هذا جعلا صحيحا ؛ ولو قال الإمام من دلنا على القلعة

---

(١) فى الجزء الثامن عشر فى الجهاد والسير مزيد تفصيل . (ط) .

الفلانية فله منها جارية كان جعلا صحيحا ا هـ فإن كان فى الخراج بناء أو غراس ، فإن كان محدثاً فى أرض الخراج من غيرها صح بيعه ورهنه مفرداً ؛ وإن باعه أو رهنه مع أرض الخراج ، وقلنا : لا يصح بيعها ورهنها بطل فى الأرض ؛ وهل يصح فى البناء والغراس ؟ فيه قولان ، بناء على القولين فى تفريق الصفقة ، وقد مضى ذكر ذلك ، وإن كان البناء والغراس من أرض الخراج لم يصح بيعه ورهنه .

وقال الشافعى رحمه الله : فإن أدى عنه الخراج كان متطوعا لا يرجع به إلا أن يكون دفع بأمره فيرجع ، وهذا كما قال : إذا رهن أرضا من أرض الخراج وأجرها فإن الخراج الذى يجب فى الأرض يجب على راهن الأرض الذى رهنها وأجرها ، فإن دفع المرتهن أو المستأجر الخراج الواجب فيها نظرت ، فإن كان بغير أمر وجب عليه أو قضى الدين عن غيره بغير إذنه لم يرجع عليه بشىء . وقال مالك رحمه الله : يرجع عليه .

دليلنا : أنه متطوع بالدفع عنه فلم يرجع بشىء كما لو وهبه شيئا ، وإن قضى بإذنه وشرط عليه البدل . والثانى : لا يرجع عليه بشىء وهو اختيار ابن الصباغ لأن الشافعى رحمه الله قال : ولو دفع ثوباً إلى قصار فقصره لا أجرة له لأنه لم يشرطها له ، ولأنه لم يشرط الرجوع فلم يرجع عليه بشىء كما لو وهبه شيئا ، والله تعالى أعلم .

قَالَ المصَنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصـل) : ﴿ وفى رهن الثمرة قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع قولان : (أحدهما) لا يصح لأنه عقد لا يصح فيما لا يقدر على تسليمه فلم يجز فى الثمرة قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع كالبيع . (والثانى) أنه يصح لأنه إن كان بدين حال فمقتضاه أن تؤخذ فتباع فيأمن أن تهلك بالعاهة ، وإن كان بدين مؤجل فتلفت الثمرة لم يسقط دينه وإنما تبطل وثيقته والغرر فى بطلان الوثيقة مع بقاء الدين قليل فجاز بخلاف البيع ، فإن العادة فيه أن يترك إلى أوان الجذاذ فلا يأمن أن يهلك بعاهة فيذهب الثمن ولا يحصل المبيع فيعظم الضرر فلم يجز من غير شرط القطع ﴾ .

(الشـرح) : الأحكام : إذا رهنه نخلا وعليها طلع مؤبر لم يرهنه الثمرة صح الرهن فى النخل دون الثمرة لأنه لو باعه نخلا عليها طلع مؤبر ، ولم يرهنه الثمرة صح الرهن فى النخل دون الثمرة لأنه لو باعه نخلا عليها طلع مؤبر ، ولم يشترط دخوله فى البيع لم يدخل ،

فكذلك فى الرهن ، وإن كان عليها طلع غير مؤبر ، ولم يشترط دخوله فى الرهن ولا خروجه من الرهن فهل يدخل الطلع فى الرهن ؟ المنصوص أنه لا يدخل . قال الربيع : وفيه قول آخر أنه يدخل كالبيع ، فمن أصحابنا من قال : فيه قولان . (أحدهما) : يدخل فى الرهن كما قلنا فى البيع (والثانى) : لا يدخل وهو الأظهر ، كما لا تدخل الثمرة الحادثة بعد الرهن ، ومنهم من قال : لا يدخل قولا واحداً وهو اختيار أبى حامد لما ذكرناه .

وقال أبو حنيفة : تدخل الثمرة فى الرهن بكل حال بخلاف قوله فى البيع ، وهذا ليس بصحيح ، لأن البيع أقوى من الرهن ، فإذا لم تدخل الثمرة فى البيع ، فلأن لا تدخل فى الرهن أولى .

وإن قال : رهنتك النخل والثمرة صح ، سواء كان قبل التأبير أو بعده كما قلنا فى البيع ثم ينظر فيه ، فإذا رهن ذلك بحق حال أو بمؤجل يحل قبل إدراك الثمرة أو مع إدراكها صح ذلك ، لأنه لا يمكن استيفاء الحق منها ، وإن كان الحق مؤجلا لا يحل إلا بعد إدراك الثمرة نظرت فى الثمرة ، فإن كان مما يمكن استصلاحها وتجفيفها كالتمر والزبيب صح ذلك ، ولزم الراهن مؤنة تجفيفها ، وإن كانت ثمرة لا يمكن تجفيفها كالتفاح والكمثرى ؛ فمن أصحابنا من قال فيه قولان كما قلنا فى رهن ما يسرع إليه الفساد ، ومنهم من قال : يصح الرهن قولا واحداً لأن الثمرة تابعة للأصول فصح رهنها كما يجوز بيع الثمرة التى يبدو صلاحها مع الأصول ، ولا يجوز بيعها مفردة .

فإذا قلنا : يبطل الرهن فى الثمرة فهل يبطل فى الأصول ، يبنى على القولين فى تفريق الصفقة ، وقد مضى ذكره ، وإن رهنه الثمرة مفردة ، فإن كان بعد بدو صلاحها فهو بمنزلة رهن الأشياء الرطبة ــ وقد مضى ذكره ، وإن كان قبل بدو صلاحها سواء كانت قد أبرت أو لم تؤبر ، فإن كان الدين حالا وشرط القطع صح الرهن ، كما يصح البيع ، وإن لم يشرط القطع ففيه قولان . (أحدهما) لا يصح الرهن كما لا يصح البيع . (والثانى) يصح الرهن ، لأن رهنه بالدين الحال يوجب القطع ، وصار كما لو شرط القطع ، وإن رهنها بدين مؤجل فإن كان بشرط القطع . فقد قال ابن الصباغ كان بمنزلة رهن البقول والفواكه .

وذهب أصحاب أحمد إلى صحة الرهن فى الثمرة دون الأصول قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع ، وكذلك الزرع الأخضر وهو اختيار القاضى منهم وذكره ابن قدامة .

قال أصحابنا : أطلق جواب ذلك . وإن رهنها مطلقاً ففيه ثلاثة أقوال :

(أحدهما) لا يصح الرهن كما لا يصح البيع (والثانى) يصح ، لأن البيع إنما لم يصح لما فيه من الغرر ، وليس فى الرهن غرر ، لأنه يتلف إن تلف مال صاحبه (والثالث) نقله المزنى إن شرط القطع عند حلول الأجل صح ، وإن أطلق لم يصح . إذ أن الإطلاق يوجب بقاءه إلى حال الجذاذ . وذلك تأخير للدين عن محله . هذا ترتيب ابن الصباغ كما حكاه العمرانى فى البيان . وأما الشيخ أبو حامد فذكر أنها على القولين الأولين شرط القطع أو لم يشرط .

قَالَ المصَنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصـل) : ﴿ وإن كان له أصول تحمل فى السنة مرة بعد أخرى كالتين والقثاء فرهن المحل الظاهر ، فإن كان بدين يستحق فيه بيع الرهن قبل أن يحدث الحمل الثانى ويختلط به جاز لأنه يأمن الغرر بالاختلاط ، وإن كان بدين لا يستحق البيع فيه إلا بعد حدوث الحمل الثانى واختلاطه به نظرت فإن شرط أنه إذا خيف الاختلاط قطعه جاز لأنه منع الغرر بشرط القطع . وإن لم يشترط القطع ففيه قولان . (أحدهما) : أن العقد باطل لأنه يختلط بالمرهون غيره فلا يمكن إمضاء العقد على مقتضاه (والثانى) : أنه صحيح لأنه يمكن الفصل عند الاختلاط بأن يسمح الراهن بترك ثمرته للمرتهن أو ينظر كم كان المرهون فيحلف عليه ويأخذ ما زاد فإذا أمكن إمضاء العقد لم يحكم ببطلانه ﴾ .

(الشـرح) : إذا رهن ثمرة شجر يحمل فى السنة حملين لا يتميز أحدهما من الآخر فرهن الثمرة الأولى إلى محل تحدث الثانية على وجه لا يتميز فالرهن باطل . ومثال ذلك النباتات الزاحفة ، وهى التى يمتد شجرها على الأرض كالباذنجان والقثاء والخيار والدباء والبطيخ ، وإذا كانت شجرة تحمل فى السنة حملين فرهن الشجرة والحمل الأول أو رهن الحمل الأول منفرداً نظرت ، فإن كان بحق حال أو بمؤجل يحل قبل حدوث الثمرة الثانية صح الرهن وكذلك إن رهنه بحق مؤجل لا يحل إلا بعد حدوث الثانية إلا أنهما اشترطا أنه إذا خيف اختلاطا الثانية بالأولى قطعت الأولى ، أو كانت الثانية إذا اختلطت بالأولى تميزت عنها ، فالرهن صحيح ، لأن الرهن لا يختلط بغيره . وإن رهنه بحق مؤجل لا يحل إلا بعد حدوث الثانية ولا تتميز إحداهما عن الأخرى ، فذكر أبو حامد وابن الصباغ أن الرهن

لا يصح ، لأنه لا يمكن استيفاء الحق من الرهن لأنه يختلط بغيره فيصير مجهولا . وذكر المصنف أنها على قولين . (أحدهما) : لا يصح الرهن لما ذكرناه (والثانى) : يصح لأنه يمكن الفصل عند الاختلاط بأن يسمح الراهن بترك الثمرة للمرتهن ، أو ينظر كم كان المرهون فيحلف عليه ، فلم يحكم ببطلان الرهن . قال الشيخ أبو حامد : فإذا رهنه لحق حال فتوانى فى قطع الثمرة الأولى حتى حدثت الثانية ، واختلطت ولم تتميز ففيه قولان :

(أحدهما) : يبطل الرهن ، لأن الرهن قد صار مجهولا ، لاختلاطه بما ليس برهن .

(والثانى) لا يبطل لأنه كان معلوماً عند العقد ، وعند حلول الحق فلا يبطل بالجهالة الحادثة ، فإذا قلنا يبطل فلا كلام ، وإذا قلنا لا يبطل ، قلنا للراهن أتسمحُ بترك الثمرة الثانية لتكون رهناً ؟ فإن سَمُحَ[1] فلا كلام ، وإن لم يسْمُحْ ، فإن اتفقوا على قدر الأولى فلا كلام ، وإن اختلفا فى قدر الأولى فالقول قول الراهن مع يمينه فى قدر الأولى ، وسواء كانت الثمرة فى يده أو فى يد المرتهن ا هـ .

وقال المزنى : إن كانت الثمرة فى يد المرتهن فالقول قوله مع يمينه . قال العمرانى : وهذا غلط لأنهما اتفقا على أن الحادثة ملك للراهن وإنما يختلفان فى قدر المرهون منها ، فكان القول قول الراهن مع يمينه لأنه مدعى عليه .

(**فرع**) : وإذا رهنه ثمرة قال الشافعى رحمه تعالى : على الراهن سقيها وصلاحها وجذاذها وتشميسها ، كما يكون عليه نفقة العبد ، وقال فى موضع آخر : ليس عليه تشميسها . قال أصحابنا : ليس التشميس على قولين ، وإنما هو على اختلاف حالين ، فالموضع الذى عليه التشميس إذا بلغت الثمرة أوان الجذاذ قبل حلول الحق ، والذى قال ليس عليه التشميس إذا كان الحق قد حل مع تكامل صلاح الثمرة لأنها تباع فى الحق ، وليس لأحدهما أن يطالب بقطعها قبل أوان قطعها إلا برضى الآخر ، لأن على كل واحد منهما ضرراً بقطعها قبل وقت قطعها فلم يجز ذلك من غير رضاهما .

---

(١) كظرف يظرف ، وشرف يشرف ، وكرم يكرم ، وعلى هذا الوزن كل ما كان من أفعال الشمائل غالباً (ط) .

قَالَ المُصَنف رَحمَه الله تعَالَى .

(فصل) : ويجوز أن يرهن الجارية دون ولدها لأن الرهن لا يزيل الملك فلا يؤدى إلى التفريق بينهما . فإن حل الدين ولم يقضه بيعت الأم والولد ويقسم الثمن عليهما فما قابل الأم تعلق به حق المرتهن فى قضاء دينه ، وما قابل الولد يكون للراهن لا يتعلق به حق المرتهن ﴾ .

(**الشرح**) : الأحكام : إذا رهن الجارية ولها ولد صغير من زوج ، أو زنا ولم يرهن الولد معها صح الرهن ، لأن الرهن لا يزيل الملك فلا يكون فيه تفرقة بينهما فإذا حل الحق فإن قضى الراهن الدين من غير الرهن انفسخ الرهن ، وإن لم يقضه وكان الولد صغيراً يومئذ بيعت الجارية والولد ، لأنه لا يجوز التفرقة بينهما ، ويقسم الثمن على قدر قيمتهما ، فما قابل الأم تعلق به حق المرتهن ، وما قابل الولد تعلق به حق الراهن . قال الشيخ أبو حامد : وكيف ذلك ؟ أن يقال : كم قيمة هذه الجارية ولها ولد دون ولدها ، لأنها إذا كانت ذات ولد كانت قيمتها أنقص ، فإن قيل : قيمتها مثلا مائة ؟ قيل فكم قيمة ولدها ؟ فإن قيل : خمسون ، تعلق حق المرتهن بثلثى ثمنهما ، وللراهن ثلث ثمنهما . وهذا إذا علم المرتهن بولد حال الرهن أو بعد ورضى به . وإن لم يعلم ثم علم ثبت له الخيار فى فسخ البيع المشروط به الرهن .

وأما إذا رهنه جارية حائلا ثم حملت فى يد المرتهن من زوج أو وزنا ، فإن الولد خارج من الرهن ، فإذا أراد البيع بيعت الجارية وولدها الصغير ، ويكون للمرتهن حصتها من الثمن ، وللراهن حصة الولد ؛ وكيفية التقسيط أن يقال : كم قيمة هذه الجارية خالية من الولد ثم يقسم الولد ويقسم الثمن على قدر قيمتها ، والفرق بينهما أن المرتهن رضى فى الأولة بكون الجارية التى لها ولد صغير رهناً ، وها هنا لم يرض بكونها لها ولد صغير رهنا . وهذا كما قال الشافعى رحمه الله : إذا رهن أرضاً فحدث فيها نخل وشجر ، إذا بيعت الأرض والشجر برضاهما فإن الأرض تقوَّم بيضاء لا شجر فيها ا هـ .

قَالَ المصنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصـل) : ﴿ وفى جواز رهن المصحف وكتب الأحاديث والعبد المسلم عند الكافر طريقان . قال أبو إسحاق والقاضى أبو حامد : فيه قولان كالبيع (أحدهما) يبطل . (والثانى) يصح ويجبر على تركه فى يد مسلم . وقال أبو على الطبرى فى الإفصاح : يصح الرهن قولا واحداً ويجبر على تركه فى يد مسلم ؛ ويفارق البيع بأن البيع ينتقل الملك فيه إلى الكافر وفى الرهن المرهون باق على ملك المسلم ﴾ .

(**الشـرح**) : الأحكام : قال فى الروضة : (الشرط الثانى) مختلف فيه وهو صلاحية المرتهن لثبوت اليد عليه ، فإن رهن عبداً مسلماً أو مصحفاً عند كافر أو السلاح عند حربى أو جارية حسناء عند أجنبى ، صح على المذهب فى جميعها ، فيجعل العبد والمصحف فى يد عدل (قلت) : وإذا صححنا رهن العبد والمصحف عند الكافر ففى (تهذيب الشيخ نصر المقدسى الزاهد وغيره : أن العقد حرام وفى (التهذيب) للبغوى : أنه مكروه ، ذكره فى كتاب الجزية والله أعلم ا هـ .

أما المصحف فقد روى عن أحمد روايتان ، الأولى : (لا أرخص فى رهن المصحف) والثانية : (إذا رهن مصحفاً لا يقرأ فيه إلا بإذنه) ومن هنا كان لمذهبه قولان . أما أصحابنا فقد جعلوا فى رهن المصحف وكتب الفقه والحديث والعبد المسلم من الكافر طريقين . قال أبو إسحاق والقاضى أبو حامد : فيه قولان (أحدهما) لا يصح (والثانى) يصح ويوضع ذلك على يد مسلم ــ كقولهم فى البيع ــ وقال أبو على فى الإفصاح : يصح الرهن قولا واحداً ويوضع على يد مسلم ، لأن الكافر لا يملك الرهن بخلاف البيع (قلت) لما كان الرهن يصح عندنا بثلاثة شروط (الأول) أن يكون عيناً فإنه لا يجوز أن يرهن الدين (الثانى) ألا يمتنع إثبات يد الراهن المرتهن عليه كالمصحف . وقد أجاز مالك رهن المصحف ولا يقرأ فيه المرتهن والخلاف مبنى على البيع (الثالث) أن تكون العين قابلة للبيع عند حلول الأجل .

قَالَ المصَنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصـل) : ﴿ فإن شرط فى الرهن شرطاً ينافى مقتضاه مثل أن يقول : رهنتك على أن لا أسلمه أو على ألا يباع فى الدين أو على أن منفعته لك ، أو على أن ولده لك ، فالشرط باطل لقوله ﷺ : « كل شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل ، ولو كان مائة شرط » وهل يبطل الرهن ؟ ينظر فيه ، فإن كان الشرط نقصاناً فى حق المرتهن كالشرطين الأولين ، فالعقد باطل لأنه يمنع المقصود فأبطله ، وإن كان زيادة فى حق المرتهن كالشرطين الآخرين ففيه قولان . (أحدهما) : يبطل الرهن وهو الصحيح . لأنه شرط فاسد قارن العقد فأبطله ، كما لو شرط نقصاناً فى حق المرتهن (والثانى) : أنه لا يبطل لأنه شرط جميع أحكامه وزاد فبطلت الزيادة وبقى العقد بأحكامه ، فإذا قلنا إن الرهن يبطل ؛ فإن كان الرهن مشروطاً فى بيع فهل يبطل البيع ؟ فيه قولان :

(أحدهما) أنه لا يبطل لأنه يجوز شرطه بعد البيع ، وما جاز شرطه بعد تمام العقد لم يبطل العقد بفساده كالصداق فى النكاح . (والثانى) أنه يبطل وهو الصحيح ، لأن الرهن يترك لأجله جزء من الثمن ، فإذا بطل الرهن وجب أن يضم إلى الثمن الجزء الذى ترك لأجله وذلك مجهول ، والمجهول إذا أضيف إلى معلوم صار الجميع مجهولا ، فيصير الثمن مجهولا . والجهل بالثمن يفسد البيع ﴾ .

(**الشـرح**) : الحديث متفق عليه من حديث عائشة رضى الله عنها ، وأخرج الطبرانى فى الكبير عن ابن عباس مرفوعاً : « كل شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل وإن كان مائة شرط » .

(**أما أحكام الفصل**) : فإنه إذا اشترط المتراهنان شرطا نظرت ،فإن كان يقتضيه كأن شرطا أن يباع المرهون فى الدين عند حلول الدين أو أن يباع بثمن المثل أو على أن منفعته للراهن صح الشرط والرهن ، لأن العقد يقتضى ذلك ، فكان هذا الشرط تأكيداً ، وإن كان شرطا لا يقتضيه العقد ــ فلا يخلو ــ إما أن يكون نقصاناً فى حق المرتهن أو زيادة فى حقه ، فإن كان نقصاناً فى حقه مثل أن رهنه رهناً على أن لا يباع فى الدين ، أو على أن لا يباع إلا بأكثر من ثمن مثله ، أو على أن لا يباع إلا بما يرضى به الراهن فالشرط باطل ، لأنه ينافى مقتضى العقد ، ويبطل الرهن ، لأنه يمنع مقصود الرهن ، وإن كان الرهن زيادة

فى حق المرتهن كأن يرهنه شيئاً بشرط أن يباع قبل محل الحق ، أو على أن يباع بأى ثمن كان ، وإنه كان أقل من ثمن المثل ، فالشرط باطل لأنه ينافى مقتضى الرهن .

وهل يبطل الرهن ؟ فيه قولان (أحدهما) يبطل الرهن ، وهو اختيار الشيخ المصنف لأنه شرط فاسد قارن عقد الرهن فأبطله كما لو كان نقصانا فى حق المرتهن . (والثانى) لا يبطل لأن المقصود من الرهن الوثيقة ، وهذه الشروط لا تقدح فى الوثيقة ، لأنها زيادة فى حق المرتهن بخلاف الشروط التى تقتضى نقصاناً فى حق المرتهن ، فإذا قلنا : الرهن غير مشروط فى بيع بقى الدين بغير شرط ، وإن شرط ذلك فى البيع ، بأن قال : بعتك سيارتى هذه بألف على أن ترهننى دارك هذه بألف على أن لا تباع فى الدين ، فهل يبطل البيع ؟ فيه قولان :

(أحدهما) لا ، لأن البيع ينعقد منفرداً عن الرهن فلم يبطل البيع ببطلان الرهن ، كالصداق فى النكاح لأنه قد يتزوجها من غير صداق ثم يفرض لها صداقاً بعد ذلك ثم لا يفسد النكاح لفساد الصداق ، وإن قارنه ، فكذلك الرهن مع البيع ، (الثانى) يبطل البيع وبه قال أبو حنيفة لأنه شرط فاسد قارن عقد البيع فأفسده كما لو باعه شيئا بشرط أن لا يسلمه .

(**فرع**) : إذا قال لغيره : بعنى سيارتك هذه بألف على أن أرهنك دارى هذه ، ويكون منفعة الدار لك ، فإن كانت منفعة الدار مجهولة المدى كان الرهن والبيع باطلين قولا واحداً ، لأنه باع السيارة بألف وبمنفعة مدة غير معلومة والبيع بثمن مجهول باطل لأن منفعة الدار جزء من الثمن ، وإن كانت منفعة الدار معلومة ، فقد قال القاضى أبو الطيب فى مثل هذه الصورة : هذه صفقة بيعاً وإجارة فهل يصحان ؟ فيه قولان .

وقال أبو حامد : شرط منفعة المرهون للمرتهن باطل لأنه ينافى مقتضاه وهل يبطل به الرهن ؟ فيه قولان لأنه زيادة فى حق المرتهن ، فإذا قلنا : إنه باطل فهل يبطل البيع ؟ فيه قولان . فإذا قلنا : إن الرهن صحيح ، أو قلنا إنه باطل ولا يبطل البيع ثبت للبائع الخيار فى البيع ، لأنه لم يسلم له فأشرط ، وهذا ظاهر كلام الشافعى رحمه الله تعالى .

وإن قال لغيره : بعنى سيارتك بألف على أن يكون دارى رهنا به ومنفعتها رهنا أيضاً به ، فإن المنفعة لا تكون رهنا ، لأنها مجهولة ، ولأنه لا يمكن إقباضها ، فإذا بطل رهن المنفعة فهل يبطل الرهن فى أصل الدار ؟ فيه قولان بناء على القولين فى تفريق الصفقة ، فإذا

قلنا : إن الرهن لا يفسد فى أصل الدار لم يفسد البيع ، ولكن ثبت للبائع الخيار ، لأنه لم يسلم له جميع الرهن ، وإن قلنا : يفسد فى أصل الدار فهل يبطل البيع ؟ فيه قولان .

(فرع) : وإن كان لشخص على آخر ألف بغير رهن فقال من عليه الألف : بعنى سيارتك هذه بألف على أن أعطيك دارى رهنا بها وبالألف الذى لك على بغير رهن ، فقال : بعتك . كان البيع باطلا ، لأن ثمن السيارة مجهول لأنه باعها بألف ومنفعة ، وهو أن يعطيه رهنا بالألف التى لا رهن بها ، ولأنه بيعتان فى بيعة ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن ذلك كما سبق فى كتاب البيوع .

(فرع) : إذا قال لغيره : أقرضنى ألف جنيه على أن أعطيك سيارتى هذه رهنا وتكون منفعة لك ، فأقرضه فالقرض باطل لأنه قرض جر منفعة ، ، وهكذا لو كان عليه ألف بغير رهن فقال له : أقرضنى ألفا على أن أعطيك سيارتى هذه رهنا بها ، وبالألف التى لا رهن ، فأقرضه فالقرض فاسد ، لأنه قرض جر نفعا ، والرهن باطل فيهما ، لأن الرهن إنما يصح بالدين ولا دين له فى ذمته . وإن قال : أقرضنى ألفا على أن أرهنك دارى به وتكون منفعته رهنا بها أيضا لم يصح شرط رهن المنفعة ، ، لأنها مجهولة ، ولأنه لا يمكن اقباضها ، فإذا ثبت أنه لا يصح هذا الشرط ، فإنه زيادة فى حق المرتهن ، وهل يبطل به الرهن ؟ فيه قولان :

(فرع) : لو رهنه شيئا وشرط على المرتهن ضمان الرهن ، فإن الرهن غير مضمون عليه على ما يأتى بيانه ، ويكون هذا شرطا فاسداً لأنه يخالف مقتضاه ، وهل يفسد الرهن بهذا الشرط ؟ فمن أصحابنا من قال : يفسد قولا واحداً لأن ذلك نقصان فى حق المرتهن ، قال أبو على فى الإفصاح : هل يبطل الرهن ؟ فيه قولان ، لأن شرط الضمان يجرى مجرى الحقوق الزائدة فى الرهن لأنه لم ينقص حق المرتهن . قال ابن الصباغ : والأول أصح .

(فرع) : قال ابن الصباغ : إذا أقرضه ألفاً برهن وشرط أن يكون نماء الرهن داخلا فيه فالشرط باطل فى أشهر القولين . وهل يفسد الرهن ؟ فيه قولان ، لأنه زيادة فى حق المرتهن ، وأما القرض فصحيح ، لأنه لم يجر منفعة ، وإنما الشرط زيادة فى حق الاستيثاق ، ولم يثبت .

(فرع) : إذا كان له دين مستقر فى ذمته متطوع بالرهن به فقال : رهنتك هذه

النخلة على أن ما تثمر يكون داخلا فى الرهن ، أو هذه الماشية على أن ما ينتج داخل فى الرهن ؛ فهل يصح الرهن فى الثمرة والنتاج ؟ فيه قولان :

(أحدهما) يصح الرهن فيهما ، لأنهما متولدان من الرهن ، فجاز أن يكونا رهنا معا . (والثانى) لا يصح الرهن فيهما ، وهو الصحيح لأنه رهن معدوم ومجهول ، فعلى هذا فهل يبطل الرهن فى النخلة والماشية ؟ فيه قولان بناء على القولين فى تفريق الصفقة ، وإن قال : بعتك سيارتى هذه بألف على أن ترهننى نخلتك هذه على أن ما تثمر داخل فى الرهن . فإن قلنا : يصح الرهن فى الثمرة صح البيع ، وإن قلنا لا يصح الرهن فى الثمرة ، فإن قلنا : لا يبطل الرهن فى النخلة لم يبطل البيع فى السيارة ، ولكن يثبت لبائعها الخيار ، لأنه لم يسلم جميع الرهن المشروط ، وإن قلنا : يبطل الرهن فى النخلة فهل يبطل البيع فى السيارة ؟ فيه قولان . فإن قلنا : لا يبطل ثبت للبائع الخيار ، لأنه لم يسلم له جميع الرهن المشروط ، فيحصل فى هذه المسألة أربعة أقوال (أحدها) يصح الرهن فى الكل ويصح البيع (والثانى) يبطل الرهن والبيع صحيح ، وللبائع الخيار والله أعلم .

(**فرع**) : إذا اشترى سلعة بشرط أن يجعلها رهنا بالثمن فالرهن باطل لأنه رهن ما لا يملك والبيع باطل ، لأنه فى معنى من باع عيناً واستثنى منفعتها ، فكان باطلا ، ولأن هذا شرط يمنع كمال تصرف المشترى ، لأن من اشترى شيئاً فله أن يبيعه ويهبه ، والرهن يمنع ذلك فأبطل البيع ، وسواء شرطا أن يسلمها البائع إلى المشترى ثم يرهنها منه أو لم يشرطا تسليمها إليه فالحكم واحد لما ذكرناه ، وإن كان لرجل على آخر دين إلى أجل فقال من عليه الدين : رهنتك درَّاجتى هذه بدينك لتزيدنى فى الأجل ، لم يثبت الأجل المزيد لأن التأجيل لا يلحق بالدَّين ، والرهن باطل ، لأنه جعله فى مقابلة الأجل ، وإذا لم يسلم له الأجل لم يصح الرهن ، والله تعالى أعلم .

قالَ المصنِّفُ رحمهُ الله تعالى

(فصل) : ويجوز أن يجعل الرهن فى يد المرتهن ، ويجوز أن يجعل فى يد عدل لأن الحق لهما فجاز ما اتفقا عليه من ذلك ، فإن كان المرهون أمة لم توضع إلا عند امرأة أو عند محرم لها ، أو عند من له زوجة لقوله ﷺ : « لا يخلونَّ أحدكم بامرأة ليست له بمحرم ، فإن ثالثهما الشيطان » فإن جعل الرهن على يد عدل ثم أراد أحدهما أن ينقله

إلى غيره لم يكن له ذلك ، لأنه حصل عند العدل برضاهما ، فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بنقله ، فإن اتفقا على النقل إلى غيره جاز لأن الحق لهما ، وقد رضيا ، فإن مات العدل أو اختل فاختلف الراهن والمرتهن فيمن يكون عنده أو مات المرتهن أو اختل والرهن عنده فاختلف الراهن ، ومن ينظر فى مال المرتهن فيمن يكون الرهن عنده رفع الأمر إلى الحاكم فيجعله عند عدل ، فإن جعلا الرهن على يد عدلين ، فأراد أحد العدلين أن يجعل الجميع فى يد الآخر ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يجوز لأن ما جعل إلى اثنين لم يجز أن ينفرد به أحدهما كالوصية . (والثانى) يجوز لأن فى اجتماع الاثنين على حفظه مشقة ، فعلى هذا إن اتفقا على أن يكون فى يد أحدهما جاز . وإن تشاحا نظرت ـــ فإن كان مما لا ينقسم ـــ جعل فى حرز لهما ، وإن كان مما ينقسم جاز أن يقتسما فيكون عند كل واحد منهما نصفه ، فإن اقتسما ثم سلم أحدهما حصته إلى الآخر ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لأنه لو سلم إليه قبل القسمة جاز ، فكذلك بعد القسمة ، (والثانى) لا يجوز لأنهما لما اقتسما صار كل واحد منهما منفرداً بحصته فلا يجوز أن يسلم ذلك إلى غيره كما لو جعل فى يد كل واحد منهما نصفه والله أعلم ﴾ .

(**الشرح**) : الحديث مر فى كتاب الصلاة وقبله فى كتاب الحيض ، وفى كتاب الحج بجميع طرقه ورواياته ، وأصحهن رواية الصحيحين عن ابن عباس رضى الله عنهما عن النبى ﷺ : « لا يخلون رجل بامرأة إلا مع ذى محرم » .

(**أما أحكام الفصل**) : فإنهما إذا شرطا فى البيع رهن عبد معلوم أو موصوف نظرت فإن شرطا أن يكون الرهن على يد عدل جاز ، وإن شرطا أن يكون على يد المرتهن صح ، لأن الحق لهما فجاز ما اتفقا عليه من ذلك ، وإن أطلقا ذلك ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد . (أحدهما) أن الرهن باطل لأن كون الرهن فى يد أحدهما ليس بأولى من الآخر فإذا لم يذكر ذلك بطل الرهن . (والثانى) : يصح الرهن ويدفع إلى الحاكم ليجعله على يد عدل إن اختلفا فيمن يكون عنده .

وإن كان الرهن جارية ولم يشرطا كونها عند أحد قال الشيخ أبو حامد : صح الرهن وجهاً واحداً ، وجعل على يد امرأة ثقة ، لأنه ليس لها جهة يوضع فيها غير هذه بخلاف غير الجارية ، فإن شرطا أن تكون هذه الجارية عند المرتهن أو عند عدل نظرت ، فإن كان

محرما لها جاز ذلك . قال القاضى أبو الطيب : وكذلك إن كانت صغيرة ولا يشتهى مثلها جاز تسليمها إلى المرتهن أو العدل لأنه لا يخشى عليها منه ، وإن كانت كبيرة فاشترطا وضعها على يد المرتهن والعدل وليس بذى محرم لها ، فإن كانت له زوجة أو جارية قال الشيخ أبو حامد : وفى داره نساء تكون هذه المرهونة معهن جاز تركها معه لأنه لا يخشى عليها أن يخلو بها ، فإن لم يكن له زوجة ولا جارية لم يجز وضعها على يده للحديث . فإذا شرطا ذلك بطل الشرط ولم يبطل الرهن ، ولأن هذا الشرط لا يؤثر فى الرهن ويسرى هذا على الخنثى المشكل على تفصيل بين أن يكون كبيراً أو صغيراً لا لحاجة بنا للإطالة فى هذا لعدم الحاجة .

(**فرع**) : إذا اتفق المتراهنان على وضع الرهن على يد عدل ثم أقر أن العدل قد قبض الرهن وأنكر العدل ذلك لزم الرهن وأنكر العدل ذلك لزم الرهن لأن الحق لهما دون العدل ، فإن رجع أحدهما وصدّق العدل أنه لم يقبض لم يقبل رجوعه لأن إقراره السابق يكذبه ، وإن أقر الراهن والعدل بالقبض وأنكر المرتهن فالقول قول المرتهن ، لأن الأصل عدم القبض ، ولا يقبل قول العدل عليه لأنه يشهد على فعل نفسه ، وإن قبض العدل الرهن بإذن المرتهن صح . وبه قال أبو حنيفة . وقال ابن أبى ليلى : لا يصح توكيل العدل فى القبض ، دليلنا أن من اشترى شيئاً صح أن يوكل فى قبضه فكذلك فى الرهن ، وإذا حصل الرهن عند العدل باتفاق المتراهنين فإن نقلاه إلى عدل غيره جاز ، وإن أراد أحدهما أن ينقله إلى غيره لم يجز من غير رضا الآخر ، لأنه حصل فى يده برضاهما فلا يخرج عن يده إلا برضاهما ، فإن دعا أحدهما إلى نقله وامتنع الآخر رفع الأمر إلى الحاكم ، فإن كان العدل ثقة لم ينقل عنه ، وإن تغير عن الأمانة أو حدثت بينه وبين أحدهما عداوة جاز للحاكم نقله إلى غيره .

وإذا كان الرهن عند المرتهن فمات أو أحيل بجناية أو فلس أو حجر عليه نقل الرهن من يده إلى غيره ، ولا يجوز للعبد حفظه ولا بيعه سواء بأجر أو بغير أجر عندنا وعند أصحاب أحمد .

وإذا أراد العدل رد الرهن على المتراهنين فإن كانا حاضرين رده عليهما ، ووجب عليهما قبوله ؛ لأنه أمين متطوع فلا يلزمه المقام على ذلك ، فإن امتنعا من أخذه رفع الأمر فى ذلك إلى الحاكم ليجبرهما على تسليمه ، فإن رده العدل على الحاكم قبل أن يرده عليهما ضمن

العدل وضمن الحاكم ، لأنه لا ولاية للحاكم على غير ممتنع ، وكذلك إن أودعه العدل عند ثقة ، قال ابن الصباغ : جاز ، فإن امتنع أحدهما فرفعه إلى الآخر ضمن ، وإن كانا غائبين ـــ فإن كان العدل عذر مثل أن يريد سفراً أو به مرض يخاف منه أو قد عجز عن حفظه ـــ دفعه إلى الحاكم وقبضه الحاكم أو نصب عدلا ليكون عنده ، وإن لم يكن هناك حاكم جاز أن يرفعه إلى ثقة . ومع وجود الحاكم فيه وجهان يذكران فى الوديعة إن شاء الله ، وإن لم يكن له عذر فى الرد ، فإن كانت غيبتهما إلى مسافة يقصر فيها الصلاة وقبض الحاكم منه أو نصب عدلا ليقبضه لأن للحاكم أن يقضى عليهما فيما لزمهما من الحقوق ، فإن لم يكن حاكم أودعه عند ثقة ، وإن كانت غيبتهما إلى مسافة لا يقصر فيها الصلاة ، فهو كما لو كانا حاضرين فإن كان أحدهما حاضراً والآخر غائباً ، لم يجز تسليمه إلى الحاضر ، وكان كما لو كانا غائبين ، فإن رد على أحدهما فى موضع لا يجوز الرد إليه . قال الشيخ أبو حامد : ضمن الآخر قيمته .

وذكر المسعودى أنه إن رد على الراهن ضمن للمرتهن الأقل من قيمة الراهن وقدر الدَّين الذى رهن به ، وإن رده على المرتهن ضمن الراهن قيمته . قال العمرانى : وهذا التفصيل حسن . قال ابن الصباغ : إذا غصب المرتهن من العدل وجب عليه رده إليه ،فإذا رده إليه زال الضمان عنه . ولو كان الرهن فى يد المرتهن فتعدى فيه ثم زال التعدى لم يزل عنه الضمان ، لأن الاستئمان قد بطل . قال العمرانى فى البيان :

إذا تركا الرهن فى يد عدلين فهل لأحدهما أن يفوض حفظ جميعه إلى الآخر ؟ فيه وجهان (أحدهما) ليس له ذلك ، لأن المتراهنين لم يرضيا إلا بأمانتهما جميعاً فهو كما لو أوصى إلى رجلين فليس لأحدهما أن ينفرد بالتصرف ، فعلى هذا عليهما أن يحفظا الرهن فى حرز يدهما عليه ، إما بملك أو عارية أو إجارة ، وإن سلم أحدهما جميعه إلى الآخر ضمن نصفه . (والثانى) يجوز لأن عليهما مشقة فى الاجتماع على حفظه ، فإن كان مما لا يقسم جاز لأحدهما أن يسلمه إلى الآخر ، وإن كان مما ينقسم فاقتسما فهل لأحدهما أن يسلم إلى الآخر ما حصل بيده بعد الاقسم ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجوز لأنه لو سلم إليه ذلك قبل القسمة صح ، فكذلك بعد القسمة (والثانى) : لا يجوز لأنهما لما اقتسما صار كما لو قسمه المتراهنان بينهما اهـ .

(فرع) : فى مذاهب العلماء

قال أبو يوسف ومحمد : إذا رضى أحدهما بإمساك الآخر ــ فيما يمكن قسمته جاز ، وقال أبو حنيفة : إن كان مما ينقسم اقتسماه وإلا فلكل واحد منهما إمساك جميعه ، لأن اجتماعهما على حفظه يشق عليهما . وقال أصحاب أحمد : إن المتراهنين إذا لم يرضيا إلا بحفظهما لم يجز لأحدهما الانفراد بذلك كالوصيين لا ينفرد أحدهما بالتصرف ، وقالوا فى المشقة : إنه يمكن لكل واحد منهما أن يضع قفله على المخزن فلا يشق عليهما ذلك ؛ فكان كالقول عندنا .

أما مذهبنا فدليله أن المالك لم يرض إلا بأمانتهما ، فلم يكن لأحدهما أن ينفرد بحفظه جميعه كالوصية ، وإذا وضعا الرهن على يد عدل ووكلاه فى بيعه عند حلول الدين صح التوكيل ، ولا يكون هذا تعليقاً للوكالة على شرط ، وإنما هو تعليق التصرف . قال ابن الصباغ : وإذا حل الحق لم يجز للعدل أن يبيعه حتى يستأذن المرتهن ، لأن البيع لحقه ، فإذا لم يطالب به لم يجز بيعه ، فإذا أذن المرتهن ذلك فهل يحتاج إلى استئذان الراهن ليجدد له الإذن ؟ فيه وجهان :

قال أبو على ابن أبى هريرة : لا بد من استئذانه كما يفتقر إلى تجديد إذن المرتهن ؛ ولأنه قد يكون له غرض فى أن يقضى الحق من غيره . وقال المصنف : لا يفتقر إلى استئذانه لأن الإذن الأول كاف ويفارق المرتهن لأن البيع يفتقر إلى مطالبة بالحق ، وأما غرض الراهن فلا اعتبار به لأنه ما لم يغير الإذن الأول فهو راض به ، وإن عزل الراهن العدل انعزل ولم يجز له البيع ، وبه قال أحمد رحمه الله ، وقال مالك وأبو حنيفة : لا ينعزل . دليلنا أن الوكالة عقد جائز فانعزل بعزله كسائر الوكالات ، وإن عزله المرتهن ففيه وجهان ، من أصحابنا من قال : ينعزل لأن الشافعى رحمه الله قال : ولكل واحد منهما منعه من البيع ، ولأنه أحد المتراهنين فملك عزل العدل كالراهن . وقال أبو إسحاق : لا ينعزل لأنه وكيل الراهن فلا ينعزل بعزل غيره ، وتأول كلام الشافعى رحمه الله أنه أراد أن لكل واحد منهما منعه من البيع ، لأن للمرتهن أن يمنعه من البيع ، لأن البيع إنما يستحق بمطالبته ، فإذا لم يطالب به ومنع منه لم يجز ، فأما أن يكون فسخاً فلا .

قال الشيخ أبو حامد فى تعليقته : إذا كان الرهن مشروطاً أن يكون فى يد عدل ووكل

العدل فى بيعه ولم يقبضه فلا يجوز للعدل أن يبيعه فى محل الحق لأنه وكله فى بيعه رهناً وهذا رهن لم يلزم لأنه لم يقبضه ؛ اللهم إلا أن يقبضه الآن فيكون له بيعه . وذكر الطبرى فى العدة أنه إن وكله فى بيعه رهناً لم يكن له بيعه لأنه لا يصير رهناً إلا بالقبض ، فإن كان له الإذن فى بيعه مطلقاً كان له أن يبيعه ، لأن للوكيل بيع الشىء وهو فى يد الموكل . ويجوز أن يتراهن المسلمان على يد ذمى أو ذميان على يد مسلم أو المسلم والذمى على يد مسلم أو ذمى جاز ، أما إذا اقترض مسلم من ذمى ورهنه خمراً ووضعها على يد ذمى ووكلاه فى بيعه لم يصح ، لأنه بيع خمر على مسلم . وكذلك الذميان إذا تراهنا ووضعا الخمر على يد مسلم ووكلاه فى البيع فباعه لم يصح لأنه بيع خمر من مسلم ، وإن اقترض ذمى من مسلم ورهنه خمراً وجعلاه على يد ذمى ووكلاه فى بيعه فباعه فهل يجبر المسلم على قبض حقه منه ؟ فيه وجهان : (أحدهما) لا يجبر ، لأنه ثمن خمر وثمن الخمر محرم على المسلم (والثانى) يجبر ، فيقال له : إما أن تأخذه ، وإما أن تبرئه من قدره من الدين ، لأن أهل الذمة إذا تقابضوا فى ثمن الخمر وما أشبهه من العقود الفاسدة أقروا عليها وصار ذلك مالا من أموالهم .

(**فرع**) : إذا وكل العدل فى بيع الرهن وكان الثمن فى يده كان ضمانه على الراهن إلى أن يصل ليد المرتهن ، وبه قال أحمد ، وقال مالك وأبو حنيفة : هو من ضمان المرتهن . دليلنا : أن العدل وكيل الراهن فى البيع ، والثمن ملك الراهن ، وكان من ضمانه كالموكل فى غير الرهن ، فإن تلف الثمن فى يده وخرج المبيع مستحقا ، فعلى من يرجع المشترى ؟ ننظر فى العدل ، فإن أطلق البيع ولم يذكر أن يبيعه على ذمة الراهن رجع المشترى على العدل ، لأن الظاهر أنه باع مال نفسه فلزمه الضمان بحكم الظاهر ، وإن ذكر عند البيع أنه يبيعه على حساب الراهن أو صدقه المشترى على ذلك . فإن المشترى يرجع بالعهدة على الراهن دون العدل ، فإن العقد له ، فإن قبض العدل الثمن وسلمه إلى المرتهن ثم وجد المشترى بالرهن عيباً ، فإن لم يذكر العدل أنه يبيعه للراهن فإن المشترى يرجع بالثمن على العدل ويرجع العدل على الراهن ، لأنه وكيله ، ولا يسترجع الثمن من المرتهن لأن الرهن لما بيع حصل ثمنه للراهن وهو مالكه ، وعندما أخذ المرتهن فقد استوفى دينه من ملك الراهن فزال حينئذ ملك الراهن عنه ، فإن لم يكن للعدل ولا للراهن مال غير الرهن بيع وقضى حق المشترى من ثمنه وما بقى يكون ديناً للمشترى على العدل وللعدل على الراهن . وللبحث تتمة فى البيوع فليراجع .

(**فرع**) : إذا شرطا أن يبيع المرتهن الرهن فالشرط باطل ، فإذا حل الحق لم يجز للمرتهن بيع الرهن إلا أن يحضر الراهن ، وهل يبطل الرهن بهذا الشرط ؟ قولان لأنه زيادة فى حق المرتهن ، وقد مضى ذكر مثل ذلك . فأما إذا رهنه رهناً صحيحاً وأقبضه إياه فلما حل الحق وكل الراهن المرتهن ببيع الرهن لم تصح الوكالة ، وإذا باع المرتهن كان البيع باطلا . وبذلك قال أحمد . وقال مالك وأبو حنيفة : يصح التوكيل والبيع . دليلنا أنه توكيل يجتمع فيه غرضان متضادان ، وذلك أن الراهن يريد التأنى فى البيع للاستقصاء فى الثمن ، والمرتهن يريد الاستعجال فى البيع ليستوفى دينه فلم يجز كما لو كان قد وكله ببيع الشيء من نفسه ، فإن كان الراهن حاضراً فهل يصح بيع المرتهن بإذنه ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يصح ، وهو ظاهر النص قال فى الأم : « إلا أن يحضر رب الرهن » ولأنه بحضوره سمع تقدير الثمن فانتفت التهمة عن المرتهن فصح بيعه » .

(والثانى) وهو اختيار الطبرى فى العدة أنه لا يصح البيع لأنه توكيل فيما يتعلق به حقه فلم يصح ، كما لو كان غائباً . ويجيب عن قول الشافعى رحمه الله (إلا أن يحضر رب الرهن) بقوله : معناه فيبيعه بنفسه ، ألا ترى أنه قال : فإن امتنع أمره الحاكم ببيعه ، فإن قيل : هلا قلتم يصح البيع وإن كانت الوكالة فاسدة كما قلتم فى سائر الوكالات الفاسدة ؟ فالجواب أن الوكالة الفاسدة إنما يصح البيع فيها لأن الفساد غير راجع إلى الإذن ، وإنما هو راجع إلى معنى فى العوض . وها هنا الفساد راجع إلى الإذن نفسه فهو كما لو وكله أن يبيع من نفسه فباع ، والله أعلم .

قال المصنِّفُ رحمه الله تعالى

باب ما يدخل فى الرهن وما لا يدخل وما يملكه الراهن وما لا يملكه

(**فصل**) : ﴿ **ما يحدث من عين الرهن من النماء المتميز ، كالشجر والثمر واللبن والولد والصوف والشعر ، لا يدخل فى الرهن لما روى سعيد بن المسيب عن أبى هريرة أن النبى ﷺ قال : « لا يُغْلِقُ الرَّهْنُ الرَّهْنَ من راهنه الذى رهنه له غُنْمُهُ وعليه غُرْمُهُ » والنماء من الغنم فوجب أن يكون له . وعن ابن عمر وأبى هريرة مرفوعا :**

« الرهن محلوب ومركوب » ومعلوم أنه لم يرد أنه محلوب ومركوب للمرتهن ، فدل على أنه أراد به محلوب ومركوب للراهن ، ولأنه عقد لا يزيل الملك فلم يسر إلى النماء المتميز كالإجارة ، فإن رهن نخلا على أن ما يتميز داخل فى الرهن ، أو ماشية على أن ما تنتج داخل فى الرهن ، فالمنصوص فى الأم أن الشرط باطل .

وقال فى الأمالى القديمة : لو قال قائل : إن الثمرة والنتاج يكون رهناً كان مذهباً ، ووجهه أنه تابع للأصل فجاز أن يتبعه كأساس الدار ، والمذهب الأول وهذا مرجوع عنه لأنه رهن مجهول ومعدوم فلم يصح ، بخلاف أساس الدار فإنه موجود ، ولكنه شق رؤيته فعفى عن الجهل به ، وأما النماء الموجود فى حال العقد ينظر فيه ، فإن كان شجراً فقد قال فى الرهن : لا يدخل فيه ، وقال فى البيع يدخل ، واختلف أصحابنا فيه على ثلاث طرق وقد بيناها فى البيوع ، وإن كان ثمراً نظرت ــ فإن كان ظاهراً كالطلع المؤبر وما أشبهه من الثمار ــ لم يدخل فى الرهن، لأنه إذا لم يدخل ذلك فى البيع وهو يزيل الملك فلأن لا يدخل فى الرهن وهو لا يزيل الملك أولى ، وإن كان ثمراً غير ظاهر كالطلع الذى لم يؤبر وما أشبهه من الثمار ففيه طريقان : من أصحابنا من قال فيه قولان ، (أحدهما) : يدخل فيه قياساً على البيع (والثانى) لا يدخل فيه وهو الصحيح ، لأنه لما لم يدخل فيه ما يحدث بعد العقد لم يدخل الموجود حال العقد ؛ ومنهم من قال لا يدخل فيه قولا واحداً . ويخالف البيع ، فإن فى البيع ما يحدث بعد العقد ملك للمشترى ، والحادث بعد العقد لا حق للمرتهن فيه ، ولأن البيع يزيل الملك فيدخل فيه النماء ، والرهن لا يزيل الملك فلم يدخل فيه .

واختلف أصحابنا فى ورق التوت والآس وأغصان الخلاف ، فمنهم من قال : هو كالورق والأغصان من سائر الأشجار فيدخل فى الرهن ، ومنهم من قال : إنها كالثمار من سائر الأشجار فيكون حكمها حكم الثمار . وإن كان النماء صوفاً أو لبناً فالمنصوص أنه لا يدخل فى العقد . وقال الربيع : فى الصوف قول آخر أنه يدخل . فمن أصحابنا من قال : فيه قولان ، ومنهم من قال : لا يدخل قولا واحداً ، وما قاله الربيع من تخريجه ﴾ .

(**الشرح**) : الحديث عزاه المصنف لابن عمر وفيه نظر ذلك أن هذا الحديث رواه الجماعة إلا مسلماً والنسائى عن أبى هريرة رضى الله عنه بلفظ « أن النبى ﷺ كان يقول الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً ، وعلى الذى يركب ويشرب النفقة » وفى لفظ رواه أحمد « إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن

علفها ، ولبن الدر يشرب وعلى الذى يشرب نفقته » وللدارقطنى والحاكم وصححه من طريق الأعمش عن أبى صالح عن أبى هريرة مرفوعاً « الرهن مركوب ومحلوب » وقال ابن أبى حاتم : قال أبى : رفعه مرة ثم ترك الرفع بعد . يعنى أبا معاوية ، ورجح البيهقى أيضاً الوقف وقال الحافظ ابن حجر فى التلخيص : ورجح الدارقطني ثم البيهقى رواية من وقفه على من رفعه ، وهى رواية الشافعى عن سفيان عن الأعمش عن أبى صالح عن أبى هريرة .

وقال الشافعى وأبو حنيفة ومالك وجمهور العلماء : هذا الحديث ورد على خلاف القياس من وجهين (أحدهما) التجويز لغير المالك أن يركب ويشرب بغير إذنه (والثانى) تضمينه ذلك بالنفقة لا بالقيمة . قال ابن عبد البر : هذا الحديث عند جمهور الفقهاء ترده أصول مجمع عليها ، وآثار ثابتة لا يختلف فى صحتها ، ويدل على نسخه حديث ابن عمر عند البخارى وغيره بلفظ « لا تحلب ماشية امرىء بغير إذنه » قال الشوكانى : ويجاب عن دعوى مخالفة هذا الحديث الصحيح للأصول بأن السنة الصحيحة من جملة الأصول فلا ترد إلا بمعارض أرجح منها بعد تعذر الجمع . وعن حديث ابن عمر بأنه عام وحديث الباب خاص فيبنى العام على الخاص ، والنسخ لا يثبت إلا بدليل يقضى بتأخر الناسخ على وجه يتعذر معه الجمع لا بمجرد الاحتمال مع الإمكان .

وقال الأوزاعى والليث وأبو ثور : إنه يتعين حمل الحديث على ما إذا امتنع الراهن من الإنفاق على المرهون ، فيباح حينئذ للمرتهن ، وأجود ما يحتج به للجمهور حديث هريرة الذى رواه الشافعى والدارقطنى وقال : هذا إسناد حسن متصل « لا يغلق الرهن من صاحبه الذى رهنه ، له غنمه وعليه غرمه » . وفى أحاديث هذا الباب تفصيل فى كتب الحديث ، وهذا الذى أوردته منها نقلته .

أما لغات الفصل : فالآس نوع من النبات يقال له الهدس يستخرج منه الطيب ومثله أغصان الخلاف ، والخلاف ككتاب وشده لحن . صنف من الصفصاف وليس به .

أما أحكام الفصل : فإنه إذا رهنه أرضاً فيها بناء أو شجر فإن شرط دخول ذلك فى الرهن أو قال . رهنتكها بحقوقها دخل البناء والشجر فى الرهن مع الأرض ، وهكذا إن قال : رهنتك هذا البستان أو هذه الدار دخل الشجر والبناء فى الرهن وإن قال : رهنتك هذه الأرض وأطلق فهل يدخل البناء والشجر ؟ فيه ثلاث طرق ذكرها المصنف فى البيع ، وإن باعه شجرة أو رهنها منه صح البيع والرهن فى الشجرة ، وهل يدخل قرارها فى الرهن

والبيع ، ذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ أن قرارها لا يدخل فى الرهن وجهاً واحداً .

وهل يُدخل فى البيع ؟ فيه وجهان . وذكر الطبرى فى العدة أن البيع والرهن على وجهين . (أحدهما) : لا يدخل لأن المسمى فى العقد هو الشجرة ، وهذا ليس بشجر . فعلى هذا إذا انقلعت الشجرة لم يكن للمشترى أن يغرس مكانها غيرها . (والثانى) يدخل فيه قرار الشجرة ، لأن قوام الشجرة به ، فهو كعروق الشجرة تحت الأرض ، فعلى هذا إذا انقلعت هذه الشجرة كان للمشترى أن يغرس مكانها .

وأما نماء الرهن فضربان موجود حال الرهن ، وحادث بعد الرهن ، فأما الموجود حال الرهن ، فإن كان ثمرة فقد سبق بيانه ، واختلف أصحابنا فى ورق التوت وأغصان الخلاف والآس ، فمنهم من قال : هو كالأغصان من سائر الأشجار فيدخل فى الرهن . ومنهم من قال : هو كالثمار من سائر الأشجار وقد سبق بيانه ، وإن رهنه ماشية وفيها لبن أو صوف فالمنصوص أنه لا يدخل فى الرهن ، وقال الربيع : فى الصوف قول آخر أنه يدخل ، فمن أصحابنا من قال : فى الصوف قولان ؛ ومنهم من قال : لا يدخل قولا واحداً ، وما ذكره الربيع من تخريجه .

وأما النماء الحادث بعد الرهن كالولد والثمرة واللبن وسائر منافعه فاختلف أهل العلم فيه . مذهبنا أنه ملك للراهن وأنه لا يدخل فى الرهن ، وللراهن أن ينتفع بالرهن ، وقال قوم من أصحاب الحديث : نماء الرهن ومنافعه ملك لمن ينفق عليه فإن كان الراهن هو الذى ينفق عليه فالنماء ملك له . وقال أحمد : الرهن ملك للمرتهن فله حلبه وشربه ، وقال أبو حنيفة : الثمرة والولد واللبن الحادث بعد الرهن ملك للراهن إلا أنه يدخل فى الرهن . وقال أيضاً : ليس للراهن ولا للمرتهن الانتفاع بالرهن بل تترك المنافع تتلف ، وقال مالك : الولد الحادث يكون رهناً كقول أبى حنيفة . وأما الثمرة فلا تكون رهناً كقولنا .

دليلنا على أصحاب الحديث وعلى أحمد ما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال « لا يغلق الرهن الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه ، وقد رواه الشافعى والدارقطنى والحاكم والبيهقى وابن حبان وابن ماجه وصحح أبو داود والبزار والدارقطنى إرساله عن سعيد ابن المسيب . فمن قال : إنه ملك للمرتهن فقد خالف نص الحديث .

وروى الشعبى عن أبى هريرة أن النبى ﷺ قال « من رهن دابة فعليه نفقتها وله ظهرها ونتاجها » ولأن الرهن ملك للراهن فكان نماؤه ملكا له كما لو لم يكن مرهوناً ، وعلى أبى

حنيفة ما روى الأعمش عن أبى هريرة مرفوعا « الرهن محلوب ومركوب للراهن » وبالإجماع بيننا وبين أبى حنيفة أنه محلوب ومركوب للمرتهن ، فثبت أنه محلوب ومركوب للراهن ، وحديث « الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه » وغنمه نماؤه ، فمن قال : إنه رهن فقد خالف الأحاديث ، ولأن الرهن عقد لا يزيل الملك عن الرقبة فلم يسر إلى الولد كالإجارة ، ولأن الرهن حق تعلق بالرقبة ليستوفى من ثمنها ، فلم يسر إلى الولد كأرش الجناية .

قَالَ المصَنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصـل) : ﴿ ويملك الراهن التصرف فى منافع الرهن على وجه لا ضرر فيه على المرتهن ، كخدمة العبد وسكنى الدار وركوب الدابة وزراعة الأرض . لقوله ﷺ « الرهن محلوب ومركوب » ولأنه لم يدخل فى العقد ولا يضر بالمعقود له ، فبقى على ملكه وتصرفه كخدمة الأمة المزوجة ، ووطء الأمة المستأجرة ، وله أن يستوفى ذلك بالإجارة والإعارة ، وهل له أن يستوفى ذلك بنفسه ؟ قال فى الأم : له ذلك . وقال فى الرهن الصغير : لا يجوز ، فمن أصحابنا من قال فيه قولان (أحدهما) لا يجوز لأنه لا يأمن أن يجحد فيبطل حق المرتهن (والثانى) يجوز وهو الصحيح ، لأن كل منفعة جاز أن يستوفيها بغيره جاز أن يستوفيها بنفسه كمنفعة غير المرهون ، ودليل القول الأول يبطل به إذا أكره من غيره فإنه لا يؤمن أن يجحد ثم يجوز ومنهم من قال : إن كان الراهن ثقة جاز ، لأنه يؤمن أن يجحد ، وإن كان غير ثقة لم يجز ، لأنه لا يؤمن أن يجحد ، وحمل القولين على هذين الحالين ﴾ .

(الشـرح) : الأحكام : إذا ثبت أن منافع الرهن ملك للراهن فله أن يستوفيها على وجه لا ضرر فيه على المرتهن ، فإن كان الرهن دابة فله أن يعيرها من ثقة . وله أن يؤاجرها من ثقة إلى مدة تنتهى قبل حلول الحق . وهل له أن يستخدمها بنفسه أو يركبها ؟ قال الشافعى رحمه الله : له ذلك . وقال فى موضع آخر : ليس له ذلك ، فمن أصحابنا من قال فيه قولان (أحدهما) لا يجوز ، لأنه لا يؤمن أن يجحده (والثانى) يجوز وهو الصحيح ، لأنه لما جاز أن يستوفيه بغيره جاز أن يستوفيه بنفسه كغير الرهن . ومنهم من قال : إن كان الراهن ثقة جاز أن يستوفيه بنفسه ، وإن كان غير ثقة لم يجز أن يستوفى بنفسه ، لأن الثقة يؤمن منه أن يجحد ، وحمل القولين على هذين الحالين والطريق الصحيح

الطريق الأول ، ومن هنا له أن يعير الرهن ويؤاجره ويستوفى ذلك بنفسه بحيث لا يخرجه من سلطان المرتهن مثل أن يفعل ذلك فى بلده بحيث يمكن رده إلى المرتهن أو إلى العدل ، فلا يؤاجر لمسافر ، ولا يسافر هو به ، وعلى الطريقين أيضاً فى سكناه فيها ، ففى الدابة عليه أن يسلمها للمرتهن ليلا . أما الدار فله أن يسكنها ليلا ونهاراً ما دامت فى سلطان المرتهن . أما الثوب فليس له أن يلبسه ولا يعيره ولا يؤاجره لأنه مفض إلى إتلافه .

(فرع) : فى مذاهب العلماء فى الانتفاع بالمرهون

مذهبنا أن الراهن هو صاحب الحق فى منفعة المرهون على أن المرهون تحت يد المرتهن ولا ترفع يده إلا للانتفاع بالمرهون فترد العين المرهونة للراهن مدة الانتفاع إن لم يمكن استثمارها وهى تحت يد المرتهن ، ثم إذا لم يأتمن المرتهن الراهن على إعادة المرهون إليه ثانياً فإنه يشهد عليه . ويجوز للراهن أن ينتفع بكل ما لا ينقص العين المرهونة كسكنى الدار وركوب الدابة بدون إذن المرتهن للحديث « الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً » .

وإذا اشترط المرتهن أن تكون منفعة المرهون له فى عقد الرهن يفسد على الراجح وقيل : إن الذى يفسد هو الشرط والعقد صحيح وعلى كل حال فلا يحل للمرتهن أن ينتفع بالعين المرهونة إذا اشترطها فى العقد . أما إذا أباح الراهن للمرتهن منفعة العين التى يريد رهنها قبل العقد فإنه يحل له الانتفاع بها بعد العقد كما إذا أعطاه مالا قبل عقد القرض بدون ذكر للقرض ثم عقد معه قرضاً بعد ذلك فإنه يصح .

ثم إن الزيادة التى تتعلق بالمرهون تنقسم إلى متصلة ومنفصلة فإن كانت منفصلة فلا تدخل فى المرهون كالبيض والثمر والولد المنفصل . أما إذا رهن له دابة حاملا ولم تلد عند بيعها لسداد الرهن فإنها تباع بحملها ويكون الولد تابعاً لها لأنه متصل . وكذلك لو ولدت فإنه يباع تبعاً لها على الصحيح ، أما لو حملت بعد الرهن فإنه يكون داخلا فى المرهون على الأظهر . ومثله الزيادة المتصلة كالسمن وكبر الدابة والشجر فإنه يدخل فى المرهون تبعاً . ويبطل الرهن بإعادته للراهن باختيار المرتهن ، فإذا تصرف فيه الراهن ببيع ونحوه صح تصرفه . أما إذا لم يتصرف فيه فإن للمرتهن أن يأخذه ثانياً بعد أن يحلف أنه جاهل بأن ذلك نقص للرهن .

هذا واعلم أن الزيادة المتعلقة بالمرهون إن كانت منفصلة كاللبن والسمن والزبد وعسل النحل والبيض وأجرة الدار ونحوها فهى للراهن ولا تدخل فى المرهون إلا بالشرط . وقد

عرفت ما يصح للمرتهن الانتفاع به منها وما لا يصح . وأما الزيادة المتصلة كالجنين فى بطن الدابة سواء حملت به وقت الرهن أو بعده وقيل النخل ، فإنه يندرج فى المرهون تبعاً . أما الصوف على ظهر الغنم فإنه إذا كان تاماً فإنه يندرج فى المرهون لأن تركه على ظهرها بعد تمامه من غير جزٍّ دليل على أن المقصود رهنه مع الغنم . أما إذا كان ناقصاً لا يمكن جزه فإنه يكون كالزيادة المنفصلة فلا يتبع المرهون فللراهن جزه بعد تمامه .

أما أصحاب أبى حنيفة : فإنهم يجوِّزون للراهن أن ينتفع بالمرهون بأى وجه من الوجوه إلا بإذن المرتهن فلا يصح له أن يستخدم دابة ولا يسكن داراً ولا يؤجرها ولا يلبس ثوباً ولا يعير شيئاً منها ما دامت مرهونة إلا بإذن المرتهن ولا فرق بين أن يكون استعمال المرهون منقصاً لقيمته أولا . فإذا أذنه المرتهن فإنه يصح . على أن منافع المرهون وثمرته الناشئة منه من حقوق الراهن فما يتولد من المرهون كالولد والثمر واللبن والبيض والصوف والوبر ونحو ذلك من حقوق الراهن ، فإذا بقى إلى فكاك الدين حسب بقسط من الدين . أما ما كان بدلا عن منفعة كأجرة الدابة المرهونة فإنه ليس من حقوق الراهن أما المرتهن فإن فى جواز انتفاعه بالمرهون نظراً ولو أذنه الراهن سواء كان سبب الدين بيعاً أو قرضاً لأنه يستوفى دينه كاملا فتبقى له المنفعة زيادة بدون مقابل ، وهذا هو عين الربا . ولكن الأكثر على أنه يجوز انتفاع المرتهن بالمرهون إذا أذنه الراهن بشرط ألا يشترط ذلك فى العقد لأنه إذا شرطه يكون قرضاً جرّ نفعاً وهو ربا .

ونظير هذا ما لو اقترض من شخص مالا ثم أهدى له هدية فإن كانت الهدية مشروطة فإنها تكون مكروهة . أما إذا كانت بدون شرط فإنها جائزة فإذا أذنه فليس له الرجوع . فإذا استعمل المرتهن المرهون بإذن الراهن وهلك أثناء استعماله فإنه يهلك أمانة فلا شىء على المرتهن ويبقى دينه . أما إذا هلك بعد استعماله أو قبله فإنه يهلك بالدين . وإذا تصرف الراهن فى المرهون بالبيع بدون إذن المرتهن فإن بيعه لا ينفذ إلا إذا قضاه دينه وإذا لم يجز المرتهن البيع فإنه لا يملك فسخ البيع بل يبقى موقوفا ويكون للمشترى الخيار بين أن يصير إلى فكاك وبين أن يرفع الأمر للقاضى ليفسخ البيع وله حق الخيار سواء كان عالماً بأنه مرهون قبل أن يشتريه أو لا على الصحيح .

وكذلك إذا باعه المرتهن بدون إذن الراهن فإن أجازه الراهن نفذ وإلا فلا ، وله أن يبطله ويعيده رهناً ، وهذا هو الصحيح . وبعضهم يقول : ينفذ بيع المرتهن بدون إذن الراهن .

فإذا أذن الراهن المرتهن فى بيع المرهون يبقى ثمنه مرهوناً بدله سواء قبض الثمن من المشترى أو لا لقيامه مكان العين والثمن . وإن كان لا يصح رهنه ابتداء لأنه دين والدين لا يصح رهنه كما تقدم ولكن يصح فى هذه الحالة لأنه لم يرهن الدَّيْن ابتداء .

وحاصل ما يقع من التصرفات فى المرهون ستة : ١ ــ العارية ٢ ــ الوديعة ٣ ــ الرهن ٤ ــ الإجارة ولها حالتان :

(الحالة الأولى) : أن يكون المستأجر هو الراهن كما إذا رهن محمد لخالد فداناً ثم استأجره محمد منه وحكم هذه الحالة أن الإجارة تكون باطلة ، وأن المرهون يكون كالمستعار أو المودع فلا ضمان بهلاكه وللمرتهن أن يسترده متى أراد .

(الحالة الثانية) : أن يكون المستأجر هو المرتهن وجدد استلام المرهون للإجارة أو يكون المستأجر أجنبياً عنهما بإذنهما ، وفى هذه الحالة يبطل عقد الرهن وتكون الأجرة للراهن . ويقبضها من باشر العقد منهما إذا كانت الإجارة لأجنبى ولا يعود المرهون مرهوناً إلا بعقد جديد .

٥ ــ البيع وقد عرفت حكمه . ٦ ــ الهبة وهى مثل البيع فإذا أذن الراهن المرتهن فى أن يهب المرهون بطل الرهن ولا يبطل الرهن بموت الراهن ولا المرتهن ولا بموتهما ويبقى المرهون عند الورثة على حاله .

أما أصحاب أحمد بن حنبل : فإن المرهون إما أن يكون حيواناً فيركب ويحلب أو غير حيوان فإن كان محلوباً أو مركوباً فللمرتهن أن ينتفع بركوبه ولبنه بغير إذن الراهن نظير الإنفاق عليه وعليه أن يتحرى العدل فى ذلك . أما إن كان المرهون غير محلوب ومركوب فإنه يجوز للمرتهن أن ينتفع بالمرهون بإذن الراهن مجاناً بدون عوض ما لم يكن سبب الرهن قرضاً فإنه لا يحل للمرتهن الانتفاع به ولو بإذن الراهن . وكذلك لا يصح للراهن أن يتصرف فى المرهون بدون إذن المرتهن فلا يصح له أن يجعله وقفاً أو يهبه لأحد أو يرهنه ثانياً أو يبيعه كما لا يصح له أن ينتفع به بالسكنى والإجارة والإعارة وغير ذلك بغير رضا المرتهن . وكذلك لا يملك المرتهن شيئاً من ذلك بغير رضا الراهن فإذا لم يتفقا تعطلت منافع المرهون فإذا كان داراً أغلقت وإن كان أرضاً تعطلت منفعتها حتى يفك الرهن فلا يصح أن ينفرد أحدهما بالتصرف . وما يتولد من المرهون سواء كان متصلا أو منفصلا عنه كاللبن والبيض والصوف وما يسقط من الليف والسعف والعراجين وما قطع من

الشجر من حطب وأنقاض الدار كل ذلك يكون رهناً فى يد المرتهن أو وكيله أو من اتفقا عليه فيباع مع الأصل إذا بيع ، فإن كان مما لا يمكن بقاؤه فإنه يباع ويجعل ثمنه رهناً كما تقدم .

ويصح أن يأذن المرتهن فى بيع المرهون وهو على ثلاث صور (الصورة الأولى) أن يأذنه قبل حلول الدين مع اشتراط جعل الثمن رهناً وفى هذه الحالة يصح البيع والشرط (الصورة الثانية) أن يأذنه فى بيعه بعد حلول جزء من الدين وفى هذه الحالة يصح البيع ويأخذ من ثمنه قيمة ما حل من الدين ويبقى الباقى رهناً إن شرط ذلك .

(الصورة الثالثة) : أن يأذن بالبيع قبل حلول شيء من الدين بدون أن يشترط شيئاً وفى هذه الحالة يبطل الرهن وينفذ البيع ويبقى دين المرتهن بلا وثيقة .

قَالَ المصَنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصـل) : ﴿ وأما ما فيه ضرر بالمرتهن فإنه لا يملك لقوله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » فإن كان المرهون مما ينقل فأراد أن ينتفع به فى السفر ، أو يكريه ممن يسافر به لم يجز ، لأن أمن السفر لا يوثق به فلا يؤمن أن يؤخذ فيه ، فيدخل على المرتهن الضرر ، وإن كان ثوباً لم يملك لبسه لأنه ينقص قيمته وإن كان أمة لم يملك تزويجها ، لأنه ينقص قيمتها ، وهل يجوز وطؤها ينظر فإن كانت ممن تحبل لم يجز وطؤها ، لأنه لا يؤمن أن تحبل فتنقص قيمتها وتبطل الوثيقة باستيلادها . وإن كانت ممن لا تحبل لصغر أو كبر ففيه وجهان ، قال أبو إسحاق يجوز وطؤها لأنا قد أمنا الضرر بالإحبال . وقال أبو على ابن أبى هريرة : لا يجوز ، لأن السن الذى لا تحبل فيه لا يتميز عن السن الذى تحبل فيه مع إختلاف الطباع . فمنع الجميع كما قلنا فى شرب الخمر لما لم يتميز ما يسكر مما لا يسكر مع اختلاف الطباع فى السكر حرم الجميع ، فإذا منعنا من الوطء منعنا من الاستخدام لأنه لا يؤمن أن يطأها ، وإذا لم يمنع من الوطء جاز الاستخدام فإن كان أرضا فأراد أن يغرس فيها أو يبنى لم يجز ، لأنه يراد للبقاء وينقص به قيمة الأرض عند القضاء ، فإذا خالف وغرس أو بنى ــ والدين مؤجل ــ لم يقلع فى الحال لأنه يجوز أن يقضى الدين من غير الأرض ، وربما لم تنقص قيمة الأرض مع الغراس والبناء عن الدين ، فلا يجوز الإضرار بالراهن فى الحال ، لضرر

متوهم بالمرتهن فى ثانى الحال ، فإن حل الدين ولم يقض وعجزت قيمة الأرض مع الغراس والبناء عن قدر الدين قلع ، فإن أراد أن يزرع ما يضر بالأرض لم يجز ، وإن لم يضر بالأرض نظرت ، فإن كان يحصد قبل محل الدين جاز ، وإن كان لا يحصد إلا بعد محل الدين ففيه قولان .

(أحدهما) : لا يجوز لأنه ينقص قيمة الأرض فيستضر به المرتهن .

(والثانى) : يجوز لأنه ربما قضاه الدين من غير الأرض ، وربما وفت قيمة الأرض مع الزرع بالدين فلا يمنع منه فى الحال ، وإن أراد أن يؤجر إلى مدة يحل الدين قبل انقضائها لم يجز له لأنه ينقص قيمة الأرض .

وقال أبو على الطبرى رحمه الله : فيها قولان كزراعة مالا يحصد قبل محل الدين . وإن كان فحلا وأراد أن ينزيه على الإناث جاز ، لأنه انتفاع لا ضرر فيه على المرتهن فلم يمنع منه كالركوب ، فإن كان أنثى أراد أن ينزى عليها الفحل نظرت فإن كانت تلد قبل محل الدين جاز ، لأنه لا ضرر على المرتهن ، وإن كان الدين يحل قبل ولادتها وقبل ظهور الحمل بها جاز ، لأنه يمكن بيعها ؛ وإن كان يحل بعد ظهور الحمل ــ فإن قلنا إن الحمل لا حكم له ــ جاز لأنه يباع معها ، وإن قلنا له حكم لم يجز لأنه خارج من الرهن ، فلا يمكن بيعه مع الأم ، ولا يمكن بيع الأم دونه فلم يجز ﴾ .

(الشرح) : حديث « لا ضرر ولا ضرار » رواه أحمد والطبرانى عن ابن عباس والبيهقى فى السنن عن عبادة بن الصامت والطبرانى وأبو نعيم عن ثعلبة بن مالك القرظى . وفى لفظ عند مالك عن عمر بن يحيى المازنى مرسلا والدارقطنى والحاكم والبيهقى عن أبى سعيد الخدرى بلفظ : « لا ضرر ولا ضرار من ضار ضاره الله ، ومن شاق شاق الله عليه » وعند أحمد وعبد الرزاق فى مصنفه عن ابن عباس بلفظ : لا ضرر ولا ضرار ، وللرجل أن يضع خشبة فى حائط جاره والطريق الميتاء سبعة أذرع » وللعجلونى فى كشف الخفاء : « لا ضرر ولا ضرار » رواه مالك والشافعى عنه وعن يحيى المازنى مرسلا وأحمد وعبد الرزاق وابن ماجه والطبرانى عن ابن عباس وفى سنده جابر الجعفى ، وأخرجه ابن أبى شيبة والدارقطنى عنه وفى الباب عن أبى سعيد وأبى هريرة وجابر وعائشة وغيرهم ا هـ .

(أما الأحكام) : وإن كان الرهن أرضاً فأراد الراهن أن يزرع فيها نظرت ، فإن كان

زرعا يضر بها كزراعه ورد النيل[1] لم يكن له ذلك ، لقوله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » وإن كان لا يضر بالأرض نظرت فإن كان محصوله قبل حلول الدين لم يمنع منه وإن كان بعد حلول الدين فالمنصوص أنه ليس له ذلك .

قال الشيخ أبو حامد : ليس له أن يزرع الأرض قولا واحداً .

وإن حدث أن زرع أو بنى فى الأرض قليس يجوز قلعها أو هدمها لأنه لا يجوز الاضرار به ، لأنه قد يقضى الدين فى موعده .

وإن حل الدين ولم يقضه من غير الرهن ، نظرت فإن كانت قيمة الأرض وحدها تفى بالدين بيعت بغير الغراس والبناء ، فإن نقصت قيمتها بالغراس والبناء فالراهن بالخيار بين أن يقلع ويهدم ما عليها وبين أن يبيعها بما عليها ثم يوفى المرتهن حقه . وإن كان الراهن محجوراً عليه وبيعت الأرض بما عليها لم يجز للمرتهن أخذ الثمن جميعه بل يأخذ ثمن الأرض وللغرماء ثمن الغراس والبناء ، فإن كان ثمن الأرض والغراس معاً مائتين ، وثمن الأرض وحدها مائة وثمن الغراس وحده خمسين بيعت بما عليها للزيادة فى الخمسين فتعلق حق المرتهن بثلثى الخمسين الزائدة وللراهن ثلثها وخمسون للغرماء ومائة للمرتهن .

(**فرع**) : إذا أراد الراهن أن يؤاجر الرهن إلى مدة لا تنقضى إلا بعد محل الدين ، فإن قلنا لا يجوز بيع المستأجر لم يكن له ذلك ، لأن ذلك يمنع من بيعه ، وإن قلنا يجوز بيع المستأجر ففيه طريقان ، قال عامة أصحابنا : لا يكون له ذلك لأن ذلك ينقص من قيمته عند البيع . وقال أبو على الطبرى : فيه قولان كالقولين فى زراعة ما لا يحصد إلا بعد محل الدين .

وإن كان الرهن فحلا وأراد الراهن أن يُنْزِيَهُ على ماشيته أو ماشية غيره ؛ قال الشافعى رحمه الله : جاز ، لأن هذا منفعة ولا ينقص به كثيراً ، وإن كان أتاناً وأراد ينزى عليها الفحل — فإن كانت تلد قبل حلول الدين أو مع حلول الدين — جاز له استيفاء منفعة لا ضرر على المرتهن بها ، وإن كانت لا تلد إلا بعد حلول الدين — فإن قلنا : لا حكم لحمل — كان له ذلك لأن الحق إذا حل وهى حامل صح له بيعها مع حملها . وإن قلنا : للحمل حكم لم يكن له ذلك لأن الحمل لا يدخل فى الرهن ولا يمكن بيعها دون الحمل . هكذا ذكر الشيخ أبو حامد فى تعليقته من غير تفصيل .

---

(١) ورد النيل نبات تكافحه مصر لخطره على الأنهار والأراضى وهو نبات يتليف ويتكاثر ويتماسك بسرعة شديدة تؤدى إلى طمس معالم الأرض والماء وقتل المحاصيل ووقف تيار الماء الجارى .

قَالَ المصَنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصـل) : ﴿ ويملك الراهن التصرف فى عين الرهن بما لا ضرر فيه على المرتهن كودج الدابة وتبزيغها ، وفصد العبد وحجامته ، لأنه إصلاح مال من غير إضرار بالمرتهن ، وإن أراد أن يختن العبد ، فإن كان كبيراً لم يجز ، لأنه يخاف منه عليه وإن كان صغيراً نظرت ، فإن كان فى وقت يندمل الجرح فيه قبل حلول الدين جاز ، وإن كان فى وقت يحل الدين قبل اندمال جرحه لم يجز لأنه ينقص ثمنه وإن كانت به آكلة يخاف من تركها ولا يخاف من قطعها جاز أن يقطع وإن كان يخاف من تركها ويخاف من قطعها لم يجز قطعها ، لأنه جرح يخاف عليه منه فلم يجز ، كما لو أراد أن يجرحه من غير آكلة ، وإن كانت ماشية فأراد أن يخرج بها فى طلب لكلأ ــ فإن كان الموضع مخصباً ــ لم يجز له ذلك ، لأنه يغرر به من غير حاجة ، وإن كان الموضع مجدباً جاز له ، لأنه موضع ضرورة ، وإن اختلفا فى موضع لنجعة فاختار الراهن جهة واختار المرتهن أخرى ، قدم اختيار الراهن ، لأنه يملك العين والمنفعة وليس للمرتهن إلا حق الوثيقة ، فكان تقديم اختياره أولى ، وإن كان الرهن عبداً فأراد تدبيره جاز ، لأنه يمكن بيعه فى الدين ، فإن دبره وحل الدين فإن كان له مال غيره لم يكلف بيع المدبر ، وإن لم يكن له مال غيره بيع منه بقدر الدين وبقى الباقى على التدبير ، وإن استغرق الدين جميعه بيع الجميع ﴾ .

(**الشـرح**) : فى الفصل لغات منها قوله : ودج الدابة بتشديد الدال وتخفيفها وهو منها كالفصد للإنسان ، ويسميه العامة فى ديارنا الخزام ، وقوله : تبزيغها مثله وفى المصباح : بزغ البيطار والحاجم بزغاً من باب قتل شرط الدم وأساله ، وفى الأحكام مزيد بيان لنا .

(**أما الأحكام**) : فإن الراهن يملك التصرف فى عين الرهن بما لا ضرر فيه على المرتهن كإجراء الودج أو التبزيغ للحيوان أو ملء الساعة ، أو تشحيم السيارة أو حقن آلة الطباعة أو نحوها بالزيت أو وضع مركبات النفتالين فى الثياب حتى لا تأتى عليها العثة فتبلى وكل ما هو من شأنه إصلاح المرهون وكماله ولا ضرر فيه على المرتهن جاز قولا واحداً ، ولا يجوز للمرتهن منعه ، وإن أراد الراهن أن يقطع شيئا من جوارح الحيوان ــ فإن كان فى

قطعه منفعة ، وفى تركه خوف عليه لفساد دب فى هذا العضو ويخشى أن يمتد المرض فيتلف غيره أو يصيب الحيوان بالتسمم . فإن للراهن أن يقطع ذلك بغير إذن المرتهن ، لأن فى ذلك مصلحة من غير خوف . وإن كان يخشى من قطعه كما يخشى من بقائه ففيه وجهان إن كان الرهن دابة ، واحتاجت إلى التودج وهو فتح عرقين عريضين عن يمين تفرع النحر ويسارها ويسميان الوريدين أو إلى التبزيغ وهو فتح الراهصة من حافره فللراهن أن يفعل ذلك بغير إذن المرتهن ، وإن أراد الراهن أن يفعل شيئاً من هذا بغير إذن المرتهن . قال الشافعى : فكل ما فيه مصلحة ولا تتضمن المضرة أصلا جاز مثل أن يدهن الجرب بالقطران ، أما ما كان فيه منفعة وقد يضر كشرب الدواء ـــ ومثله إعطاء الحقن فى العضل أو الوريد ـــ فليس للمرتهن أن يفعل ذلك بغير إذن الراهن ـــ وقد استغرب الشيخ أبو حامد هذا فى التعليق .

(**فرع**) : للراهن أن يرعى ماشيته وليس للمرتهن منعه وذلك لأنها تأوى بالليل إليه ، وإن أراد الراهن أن ينتجع بها ـــ أي يحملها أو يسوقها إلى موضع بعيد طلباً للمرعى ، فإن اتفقا عليه جاز ، وإن امتنع أحدهما نظرت ، فإن كان الموضع مخصباً ـــ أى موضع المرتهن ـــ فله أن يمنعه لأنه رهنها فليس له نقلها بغير مسوغ أو ضرورة وإن كان الموضع مجدباً ، فإن اتفقا على النجعة واختلفا فى المكان . قال الشيخ أبو حامد : وكان المكانان متساويين فى الخصب والأمن قدم قول الراهن لأنه هو المالك للرقبة ، وإن اختلفا فى النجعة أجبر الممتنع من النجعة عليها ، لأن المرتهن إن كان هو الممتنع قيل له : ليس لك ذلك لما فيه من الإضرار بالماشية ، فإما أن تخرج معها أو تبعث بعدل أو ينصب الحاكم عدلا ، وإن كان الممتنع هو الراهن قيل له : ليس لك ذلك لأنك تضر بالمرتهن ، وإما أن تبعث بعدل يأخذ لبنها ويرعاها ويحفظها .

(**فرع**) : وإن كان الرهن نخلا فأطلعت كان للراهن تأبيرها من غير إذن المرتهن ؛ لأنه مصلحة من غير ضرر ؛ وما ينزع من السعف والليف فهو للراهن فهو كالثمرة ولا يدخل فى الرهن . فإن قيل : هذا قد تناوله عقد الرهن وليس بحادث فالجواب أن ما يجد وينمو من السعف والليف يقوم مقامه ، فصار هذا بمنزلة المنفعة خارجة عن الأصول ، فإن خرجت الفسلان فى جذع النخل قال ابن الصباغ : فعندى أن ذلك يكون للراهن لا حق للمرتهن فيه لأنه كالولد للماشية ، وكذلك إن ازدحمت أرض الرهن بالفسلان وأراد الراهن أن يحسن توزيعها فى الرهن . قال الشافعى : جاز له ذلك بغير إذن المرتهن مادام فى ذلك مصلحة للباقى ، وكذلك إن ازدحمت أرض الرهن وأراد تخفيفها ، بالقطع أو القلع وكان فى ذلك مصلحة لزيادة نمو الباقى جاز للراهن بغير إذن المرتهن وكانت أخشابها من الرهن ، وإن أراد الراهن تحويلها إلى أرض أخرى أو قطع جميعها لم يكن له ذلك للضرر . قال الشافعى : لو أراد تحويل المساقى ـــ فإن كان يضر بالرهن لم يكن له . وقال الشيخ أبو حامد : وإذا أراد المرتهن ذلك لم يكن له .

قالَ المُصنِّفُ رحمهُ الله تعالى

(فصـل) : ﴿ ولا يملك التصرف فى العين بما فيه ضرر على المرتهن لقوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » فإن باعه أو وهبه أو جعله مهراً فى نكاح أو أجرة فى إجارة أو كان عبداً فكاتبه لم يصح ، لأنه تصرف لا يسرى إلى ملك الغير يبطل به حق المرتهن من الوثيقة فلم يصح من الراهن بنفسه كالفسخ ، وإن أعتقه ففيه ثلاثة أقوال :

(أحدها) يصح لأنه عقد لا يزيل الملك فلم يمنع صحة العتق ، كالإجارة .

و (الثانى) أنه لا يصح ، لأنه قول يبطل الوثيقة من عين الرهن ، فلم يصح من الراهن بنفسه كالبيع ، (والثالث) وهو الصحيح أنه إذا كان موسراً صح ؛ وإن كان معسراً لم يصح لأنه عتق فى ملكه يبطل به حق غيره ، فاختلف فيه الموسر والمعسر كالعتق فى العبد المشترك بينه غيره ، فإن قلنا : إن العتق يصح ، فإن كان موسراً أخذت منه القيمة وجعلت رهنا مكانه لأنه أتلف رقه فلزمه ضمانه كما لو قتله ، وتعتبر قيمته وقت الإعتاق لأنه حالة الإتلاف ، ويعتق بنفس اللفظ ، ومن أصحابنا من قال : فى وقت العتق ثلاثة أقوال :

(أحدها) بنفس اللفظ (والثانى) بدفع القيمة (والثالث) موقوف : فإن دفع القيمة حكمنا أنه عتق من حين الإعتاق ، وإن لم يدفع حكمنا أنه لم يعتق فى حال الإعتاق ، كما قلنا فيمن أعتق شركاً له فى عبد أنه يسرى ، وفى وقت السراية ثلاثة أقوال ــ وهذا خطأ ــ لأنه لو كان كالعتق فى العبد المشترك لوجب أن لا يصح العتق من المعسر ، كما لا يسرى العتق بإعتاق المعسر فى العبد المشترك ، وإن كان معسراً وجبت عليه القيمة فى ذمته ، فإن أيسر قبل محل الدين طولب بها لتكون رهنا مكانه ، وإن أيسر فى محل الدين طولب بقضاء الدين ، وإن قلنا : إن العتق لا يصح ففكه أو بيع فى الدين ثم ملكه ، لم يعتق عليه . ومن أصحابنا من قال : يعتق فى الحال لحق المرتهن ، وقد زال حق المرتهن فنفذ العتق ، كما لو أحبلها ثم فكها أو بيعت ثم ملكها والمذهب الأول لأنه عتق لم ينفذ فى الحال فلم ينفذ بعد ذلك ، كما لو أعتق المحجور عليه ثم فك عنه الحجر ، ويخالف الإحبال فإنه فعل ، وحكم الفعل أقوى من حكم القول ، ولهذا لو أحبل المجنون جاريته نفذ إحباله وثبت لها حق الحرية ، ولو أعتقها لم يصح ، وإن قلنا : إنه يصح العتق إن كان موسراً ولا يصح إذا كان معسراً ؛ فقد بينا حكم الموسر والمعسر .

وإن كان المرهون جارية فأحبلها فهل ينفذ إحباله أم لا ؟ على الأقوال الثلاثة ، وقد بينا وجوهها فى العتق ، فإن قلنا إنه ينفذ فالحكم فيه كالحكم فى العتق وإن قلنا : إنه ينفذ إحباله صارت أم ولد فى حق الراهن لأنها علقت بحرٍّ فى ملكه ، وإنما لم ينفذ لحق المرتهن ، فإن حل

الدين وهى حامل لم يجز بيعها لأنها حامل بحر ، وإن ماتت من الولادة لزمه قيمتها لأنها هلكت بسبب من جهته ، وفى القيمة التى تجب ثلاثة أوجه (أحدها) تجب قيمتها وقت الوطء ، لأنه وقت سبب التلف ، فاعتبرت القيمة فيه ، كما لو جرحها وبقيت ضنيئة إلى أن ماتت (والثانى) تجب قيمتها أكثر ما كانت من حين الوطء إلى حين التلف ، كما قلنا فيمن غصب جارية وأقامت فى يده ثم ماتت .

(والثالث) أنه تجب قيمتها وقت الموت لأن التلف حصل بالموت والمذهب الأول ، وما قال الثانى لا يصح ، لأن الغصب موجود من حين الأخذ إلى حين التلف ، والوطء غير موجود من حين الوطء إلى حين التلف ، وما قال الثالث يبطل به إذا جرحها ثم ماتت فإن التلف حصل بالموت ثم تجب القيمة وقت الجراحة ، وإن ولدت نظرت ، فإن نقصت بالولادة وجب عليه أرش ما نقص ، وإن حل الدين ولم يقضه فإن أمكن أن يقضى الدين بثمن بعضها بيع منها بقدر ما يقضى به الدين وإن فكها من الرهن أو بيعت وعادت إليه ببيع أو غيره صارت أم ولد له ، وقال المزنى : لا تصير كما لا تعتق إذا أعتقها ثم فكها أو ملكها ، وقد بينا الفرق بين الإعتاق والإحبال فأغنى عن الإعادة ﴾ .

(**الشرح**) : الحديث سبق تخريجه فى الفصل السابق وهو حديث حسن وأكثر طرقه فيها جابر الجعفى ولكنه ينجبر بما خلا منه ، والحديث أصل من أصول الأحكام ، لا يستغنى عنه المفتى والمستفتى .

(**أما اللغات**) : ففى النهاية : الضر ضد النفع ضره يضره ضرراً وضراراً ، وأضر به يُضيرا إضراراً ، فمعنى قوله « لا ضرر » أى لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئاً من حقه والضرار فعال من الضرر ، أى لا تجازيه على إضراره بإدخال الضرر عليه والضرر فعل الواحد ، والضرار فعل الاثنين ، أو الضرر ابتداء الفعل ، والضرار الجزاء عليه .

(**أما الأحكام**) : فإن أزال الراهن ملكه عن الرهن بغير إذن المرتهن نظرت فإن كان ببيع أو هبة أو ما أشبهها من التصرفات لم يصح للحديث لأن فيها إضراراً على المرتهن ، ولأنه تصرف لا يسرى إلى ملك الغير احترازاً من العتق .

وقوله : « يبطل به حق المرتهن من الوثيقة » احترازًا من إجارته وإعارته ، وقوله : « بغير إذن المرتهن » احتراز منه إذا أذن ، وإن كان الرهن رقيقاً فأعتقه الراهن بغير إذن المرتهن . قال الشافعى فى الأم : إذا كان موسراً فقد عتقه ، وإن كان معسراً فعلى قولين ، وقال فى

القديم : قال عطاء : لا ينفذ عتقه موسراً كان أو معسراً ، ولهذا وجه . ثم قال : قال بعض أصحابنا : ينفذ إن كان موسراً ولا ينفذ إن كان معسراً .

واختلف أصحابنا فى ترتيب المذهب ، فقال أبو على الطبرى وابن القطان : فى المسألة ثلاثة أقوال (أحدها) ينفذ إعتاقه موسراً كان أو معسراً (والثانى) لا ينفذ موسراً كان أو معسراً (والثالث) ينفذ إن كان معسراً وهذه الطريقة اختيار المصنف وابن الصباغ .

قالَ المصنفُ رحمه الله تعالى

(فصـل) : وإن وقف المرهون ففيه وجهان (أحدهما) أنه كالعتق لأنه حق لله تعالى لا يصح إسقاطه بعد ثبوته فصار كالعتق (والثانى) أنه لا يصح لأنه تصرف لا يسرى إلى ملك الغير فلا يصح كالبيع والهبة ﴾ .

(الشـرح) : الأحكام : إذا تصرف الراهن بغير العتق كالبيع والإجارة والهبة والوقف وغيره فتصرفه باطل ، لأنه تصرف يبطل حق المرتهن من الوثيقة غير مبنى على التغليب والسراية فلم يصح بغير إذن المرتهن كفسخ الرهن ، فإن أذن فيه المرتهن صح وبطل الرهن ، لأنه إذن فيما ينافى حقه ، فيبطل بفعله كالعتق ، وإن زوج الأم المرهونة لم يصح ، وهذا هو مذهبنا ومذهب مالك وأحمد ، والله أعلم .

قالَ المصنِّفُ رحمهُ الله تعالى

(فصـل) : ﴿ وما منع منه الراهن لحق المرتهن كالوطء ، والتزويج وغيرهما إذا أذن فيه جاز له فعله ، لأن المنع لحقه فزال بإذنه ، وما يبطل لحقه كالبيع والعتق وغيرهما إذا فعله بإذنه صح ، لأن بطلانه لحقه فصح بإذنه ، فإن أذن فى البيع أو العتق ثم رجع قبل أن يبيع ، أو قبل أن يعتق لم يجز البيع والعتق لأنه بالرجوع سقط الإذن فصار كما لو لم يأذن ، فإن لم يعلم بالرجوع فباع أو أعتق ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه يسقط الإذن ويصير كما إذا باع أو أعتق بغير الإذن .

(والثانى) أنه لا يسقط الإذن بناء على القولين فى الوكيل إذا عزله الموكل ولم يعلم حتى تصرف .

(الشـرح) : فيما سبق فى الفصل قبله الكفاية .

قالَ المُصنِّفُ رحمهُ الله تعالى

(فصـل) : ﴿ وإن أذن له فى العتق فأعتق أو فى الهبة فوهب وأقبض بطل الرهن لأنه تصرف ينافى مقتضى الوثيقة فعله بإذنه فبطلت به الوثيقة ، فإن كان له فى البيع لم يخل إما أن يكون فى دين حالّ أو فى دين مؤجل ، فإن كان فى دين حالّ تعلق حق المرتهن بالثمن ، ووجب قضاء الدين منه ، لأن مقتضى الرهن بيعه واستيفاء الحق منه ، وإن كان فى دين مؤجل نظرت ، فإن كان الإذن مطلقاً فباع بطل الرهن وسقط حقه من الوثيقة ، لأنه تصرف فى عين الرهن لا يستحقه المرتهن ، فعله بإذنه فبطل الرهن ، كما لو أعتقه بإذنه ، وإن أذن له فى البيع بشرط أن يكون الثمن رهناً ففيه قولان .

قال فى الإملاء : يصح ، ووجهه أنه لو أذن له فى بيعه بعد المحل بشرط أن يكون ثمنه رهناً إلى أن يوفيه جاز .

وقال فى الأم : لا يصح ، لأن ما يباع به من الثمن مجهول ، ورهن المجهول لا يصح ، فإذا بطل الشرط بطل البيع ، لأنه إنما أذن فى البيع بهذا الشرط ولم يثبت الشرط فلم يصح البيع ، وإن أذن له فى البيع بشرط أن يعجل الدين فباع لم يصح البيع .

وقال المزنى : يبطل الشرط ويصح العقد ، لأنه شرط فاسد سبق البيع ، فلم يمنع صحته كما لو قال لرجل : بع هذه السلعة ولك عُشر ثمنها . وهذا خطأ ، لأنه إنما أذن له بشرط أن يعجل الدين وتعجيل الدين لم يسلم له . فإذا لم يسلم له الشرط بطل الإذن فيصير البيع بغير إذن ، ويخالف مسألة الوكيل ، فإن هناك لم يجعل العوض فى مقابلة الإذن ، وإنما جعله فى مقابلة البيع وهٰهنا جعل تعجيل الدين فى مقابلة الإذن ، فإذا بطل التعجيل بطل الإذن ، والبيع بغير إذن المرتهن باطل . وحكى عن أبى إسحاق أنه قال : فى هذه المسألة قول آخر أنه يصح البيع ويكون ثمنه رهناً ، كما لو أذن له فى البيع بشرط أن يكون ثمنه رهناً ﴾ .

(الشـرح) : الأحكام : بيانه فى الفصول السابقة .

قالَ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ الله تعالى

(فصل) : ﴿ وما يحتاج إليه الرهن من نفقة وكسوة وعلف وغيرها فهو على الراهن لما روى أبو هريرة أن النبى ﷺ قال : « الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً وعلى الذى يركب ويشرب نفقته » والذى يركب ويشرب هو الراهن فوجب أن يكون النفقة عليه ، ولأن الرقبة والمنفعة على ملكه فكانت النفقة عليه وإن احتاج إلى شرب دواء أو فتح عرق فامتنع لم يجبر عليه لأن الشفاء بيد الله تعالى ، وقد يجىء من غير قصد ولا دواء ويخالف النفقة فإنه لا يبقى دونها فلزمه القيام بها ﴾ .

(**الشرح**) : حديث أبى هريرة رواه الجماعة إلا مسلماً والنسائى . وفى لفظ : « إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها ولبن الدر يشرب وعلى الذى يشرب نفقته » قال الحافظ فى تلخيص الحبير : وهذا أتم : ورواه أبو داود بلفظ يجلب مكان « يشرب » .

أما أحكام الفصل : فإن مؤنة الرهن من طعامه وكسوته ومسكنه وحافظه وحرزه ومخزنه وإجارة (الجراش) للسيارة لقوله ﷺ « الراهن لراهنه له غنمه وعليه غرمه » وبهذا قال مالك وأحمد والعنبرى وإسحاق بن راهويه . وقال أبو حنيفة : أجرة المسكن والحافظ على المرتهن لأنه مؤنة إمساكه وإرتهانه دليلنا قوله ﷺ « الراهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه » ولأن الرهن ملك للراهن فكان عليه مسكنه وحفظه كغير الرهن .

(**فرع**) : إذا أبق العبد فأجرة من يرده على الراهن . بهذا قال أحمد بن حنبل وأصحابه وقال أبو حنيفة : يكون بقدر الأمانة على الراهن وبقدر الضمان على المرتهن وإن احتيج إلى مداواته لمرض أو جرح فذلك على الراهن وقال أبو حنيفة : هو كأجر من يرده من إباقه وبنى ذلك على أصله فى أن يد المرتهن يد ضمان بقدر دينه فيه ، وما زاد فهو أمانة عنده .

(**فرع**) : إذا احتاج إلى فصد أو احتاجت الدابة إلى توديج ومعناه فتح الودجين حتى الدم وهى عرقان غليظان من جانبى ثغرة النحر أو تبزيغ وهو فتح الرهصة كان له ذلك بإذن المرتهن فإن لم يأذن بذلك أو أذن وامتنع الراهن من الفصد والعلاج لم يجبر أحدهما على ذلك ، الراهن على العلاج والمرتهن على الإذن وبذلك قال أحمد وأصحابه

إلا القاضي أبا بكر فإنه قال : للراهن ذلك بغير إذن المرتهن لأن له معالجة ملكه وقال : ولو أراد المرتهن مداواتها بما ينفعها ولا يخشى ضرره لم يمنع لأنه فيه إصلاح حقه بما لا يضر بغيره ، وإن خيف منه الضرر لم يمكن منه ، لأن فيه خطراً بحق غيره .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـل) : ﴿ فإن جنى العبد المرهون بإذن المولى نظرت ــ فإن كان بالغاً عاقلًا ــ فحكمه حكم ما لو جنى بغير إذنه فى القصاص والأرش ــ على ما بيناه ــ ولا يلحق السيد بالإذن إلا الإثم ، فإنه يأثم لما روى عن النبى ﷺ أنه قال « من أعان على قتل مسلم ولو بشطر كلمة جاء يوم القيامة مكتوباً بين عينيه آيس من رحمة الله » فإن كان غير بالغ نظرت فإن كان مميزاً يعرف أن طاعة المولى لا تجوز فى القتل كان كالبالغ فى جميع ما ذكرناه إلا فى القصاص . فإن القصاص لا يجب على الصبى وإن كان صغيراً لا يميز أو اعجمياً لا يعرف أن طاعة المولى لا تجوز فى القتل لم تتعلق الجناية برقبته بل يتعلق حكم الجناية بالمولى . فإن كان موسراً أخذ منه الأرش ، وإن كان معسراً فقد قال الشافعى رحمه الله : يباع العبد فى أرش الجناية ، فمن أصحابنا من حمله على ظاهره.وقال : يباع لأنه قد باشر الجناية فبيع فيها ومنهم من قال : لا يباع لأن القاتل فى الحقيقة هو المولى ، وإنما هو آلة كالسيف وغيره وحمل قول الشافعى رحمه الله على أنه أراد إذا ثبت بالبينة أنه قتله فقال المولى أنا أمرته فقال : يؤخذ منه الأرش إن كان موسراً بحكم إقراره ، وإن كان معسراً بيع العبد بظاهر البينة والله أعلم . ﴾

(فصـل) : ﴿ وإن جنى على العبد المرهون فالخصم فى الجناية هو الراهن ، لأنه هو المالك للعبد ، ولما يجب من بدله ، فإن ادعى على رجل أنه جنى عليه فأنكره ولم تكن بينة فالقول قول المدعى عليه مع يمينه . فإن نكل عن اليمين ردت اليمين على الراهن ، فإن نكل فهل ترد اليمين على المرتهن ؟ فيه قولان ؛ بناء على القولين فى المفلس ، إذا أردت عليه اليمين فنكل ، فهل ترد على الغريم ؟ فيه قولان (أحدهما) لا ترد ، لأنه غير مدع .

(والثانى) ترد ، لأنه ثبت له حق فيما يثبت باليمين . فهو كالمالك . فإن أقر المدعى عليه أو قامت البينة عليه أو نكل وحلف الراهن أو المرتهن على أحد

القولين ـــ فإن كانت الجناية موجبة للقود ـــ فالراهن بالخيار بين أن يقتص وبين أن يعفو . فإن اقتص بطل الرهن . وإن قال : لا أقتص ولا أعفو ففيه وجهان قال أبو على ابن أبى هريرة : للمرتهن إجباره على اختيار القصاص أو أخذ المال لأن له حقا فى بدله فجاز له إجباره على تعيينه .

وقال أبو القاسم الداركى : إن قلنا : إن الواجب بقتل العمد هو القود لم يملك إجباره لأنه إذا ملك إسقاط القصاص فلأن يملك تأخيره أولى . وإن قلنا : إن الواجب أحد الأمرين أجبر على التعيين لأن له حقا هو القصاص وللمرتهن حقا هو المال فلزمه التعيين وإن عفى على مال أو كانت الجناية خطأ وجب الأرش . وتعلق حق المرتهن به . لأن الأرش بدل عن المرهون . فتعلق به حق المرتهن . وإن أسقط المرتهن حقه من الوثيقة سقط . لأنه لو كان الرهن باقياً فأسقط حقه منه سقط ، فكذلك إذا أسقط من بدله ، فإن أبرأ المرتهن الجانى من الأرش لم يصح إبراؤه لأنه لا يملكه فلا ينفذ إبراؤه فيه ، كما لو كان الراهن باقياً فوهبه . وهل يبطل بهذا الإبراء حقه من الوثيقة ؟ فيه وجهان (أحدهما) يبطل ، لأن إبراءه تضمن إبطال حقه من الوثيقة ، فإذا سقط الإبراء بقى ما تضمنه من إبطال الوثيقة . (والثانى) لا يبطل لأن الذى أبطله هو الإبراء ، والإبراء لم يصح ، فلم يبطل ما تضمنه ، فإن أبرأه الراهن من الأرش لم يصح إبراؤه ، لأنه يبطل حق المرتهن من الوثيقة من غير رضاه فلم يصح ، كما لو كان الرهن باقياً فأراد أن يهبه فإن أبرأه ثم قضى دين المرتهن أو أبرأه المرتهن منه فهل ينفذ إبراء الراهن للجانى من الأرش ؟ فيه وجهان (أحدهما) ينفذ ، لأن المنع منه لحق المرتهن ، وقد زال حق المرتهن فينفذ إبراء الراهن (والثانى) أنه لا ينفذ لأنا حكمنا ببطلانه فلا يجوز أن يحكم بصحته بعد الحكم ببطلانه ، كما لو وهب مال غيره ثم ملكه .

وإن أراد أن يصالحه عن الأرش على حيوان أو غيره من غير رضا المرتهن لم يجز ، لأن حق المرتهن يتعلق بالقيمة ، فلا يجوز إسقاطه إلى بدل من غير رضاه ، كما لو كان الرهن باقيا فأراد أن يبيعه من غير رضاه ، فإن رضى المرتهن بالصلح فصالح على حيوان تعلق به حق المرتهن ، وسلم إلى من كان عنده الرهن ليكون رهنا مكانه ، فإن كان مما له منفعة انفرد الراهن بمنفعته ، وإن كان له نماء انفرد بنمائه كما كان ينفرد بمنفعة أصل الرهن ونمائه ، فإن كان المرهون جارية فجنى عليها فأسقطت جنينا ميتاً وجب عليه عشر قيمة

الأم ويكون خارجا من الرهن لأنه بدل عن الولد والوالد خارج من الرهن ، فكان بدله خارجا منه . وإن كانت بهيمة فألقت جنيناً ميتا وجب عليه ما نقص من قيمة الأم ويكون رهنا ، لأنه بدل عن جزء من المرهون ، فإن ألقته حياً ثم مات ففيه قولان : (أحدهما) يجب عليه قيمة الولد حياً لأنه يمكن تقويمه ، فيكون للراهن ، فإن عفا عنه صح عفوه (والثانى) يجب عليه أكثر الأمرين من قيمته حياً أو ما نقص من قيمة الأم ، فإن كان قيمته حياً أكثر وجب ذلك للراهن وصح عفوه عنه ، وإن كان ما نقص من قيمة الأم أكثر كان رهناً ﴾ .

(فصـل) : ﴿ وإن جنى على العبد المرهون ولم يعرف الجانى فأقر رجل أنه هو الجانى ، فإن صدقه الراهن دون المرتهن ؛ كان الأرش له ولا حق للمرتهن فيه وإن صدقه المرتهن دون الراهن كان الأرش رهناً عنده ، فإن لم يقضه الراهن الدين استوفى المرتهن حقه من الأرش ، فإن قضاه الدين أو أبرأه منه المرتهن رد الأرش إلى المقر ﴾ .

(الشـرح) : حديث « من أعان على قتل مؤمن بشطر كلمة لقى الله مكتوباً بين عينيه : آيس من رحمة الله » أخرجه ابن ماجه من حديث الزهرى عن سعيد بن المسيب عن أبى هريرة رضى الله عنه ورواه البيهقى وفى إسناده يزيد بن زياد وهو ضعيف وقد روى عن الزهرى معضلا أخرجه البيهقى من طريق فرج بن فضالة عن الضحاك عن الزهرى يرفعه ، وفرج مضعف وبالغ ابن الجوزى فذكره فى الموضوعات ، لكنه تبع فى ذلك أبا حاتم فإنه قال فى العلل : إنه باطل موضوع . وقد رواه أبو نعيم فى الحلية من طريق حكيم بن نافع عن خلف بن حوشب عن الحكم بن عيينة عن سعيد بن المسيب : سمعت عمر فذكره وقال : تفرد به حكيم عن خلف ، ورواه الطبرانى من حديث ابن عباس نحوه ، وأورده ابن الجوزى من طريق أخرى منها عن أبى سعيد الخدرى بلفظ توبع هكذا أفاده الحافظ فى التخليص ثم قال : يجئ القاتل يوم القيامة مكتوبا بين عينيه آيس من رحمة الله ، وأعله بعطية العوفى ، ومحمد ابن عثمان بن أبى شيبة ، ومحمد لا يستحق أن يحكم على أحاديثه بالوضع ، وأما عطية فضعيف ، لكن حديثه يحسنه الترمذى .

(تنبيه) قال الخطابى : قال ابن عيينة : شطر الكلمة مثل أن يقول : ا ق من قوله : اقتل ا هـ قال المناوى : كناية عن كونه كافراً إذ لا ييأس من روح الله إلا القوم الكافرون وهذا زجر وتهويل أو المراد يستمر هذا حاله حتى يطهر بالنار ثم يخرج وقال الحفنى : إن استحل ذلك فهو كافر . ا هـ (قلت) وما مضى من الفصول فعلى وجهها .

قَالَ المصَنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصـل) : ﴿ فإن كان المرهون عصيراً فصار فى يد المرتهن خمراً زال ملك الراهن عنه وبطل الرهن ، لأنه صار محرما لا يجوز التصرف فيه فزال الملك فيه وبطل الرهن كالحيوان إذا مات ، فإن تخللت عاد الملك فيه لأنه عاد مباحاً يجوز التصرف فيه فعاد الملك فيه كجلد الميتة إذا دبغ ، ويعود رهنا لأنه عاد إلى الملك السابق ، وقد كان فى الملك السابق رهناً فعاد رهنا ، فإن كان المرهون حيواناً فمات وأخذ الراهن جلده ودبغه فهل يعود الرهن ؟ فيه وجهان . قال أبو على بن خيران : يعود رهناً كما لو رهنه عصيراً فصار خمراً ثم صار خلا . وقال أبو إسحاق : لا يعود الرهن لأنه عاد الملك فيه بمعالجة وأمر أحدثه فلم يعد رهناً بخلاف الخمر فإنها صارت خلا بغير معنى من جهته ﴾ .

(**الشـرح**) : الأحكام : إذا رهنه عصيراً صح رهنه كالثياب ، ولأن أكثر ما فيه أنه يخشى تلفه بأن يصير خمراً ، وينفسخ الرهن ، وذلك لا يمنع صحة الرهن ، كالحيوان يجوز رهنه ، وإذا جاز أن يموت ، فإذا رهنه عصيراً فاستحال خلا أو ما لا يسكر كثيره فالرهن فيه بحاله لأنه يتغير إلى حالة لا تخرجه عن كونه مالا فلم يخرجه من الرهن ، كما لو رهنه عبداً شاباً فصار شيخاً ، فإذا رهنه عصيراً فاستحال خمراً زال ملك الراهن عنه وبطل الرهن فيه . وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا يزول ملك الراهن عنه ، ولا يبطل الرهن به لأنه يجوز أن تصير له قيمة . دليلنا أن كونه خمراً يمنع صحة التصرف فيه والضمان على متلفه ، فبطل به الملك والرهن ، كموت الشاة .

إذا ثبت هذا : فإنه يجب إراقته ، فإن تلف فلا كلام ؛ ولا خيار للمرتهن فى البيع إن كان شرط رهنه فيه ـــ إذا كان انقلابه بيده ، لأن التلف حصل بيده وإن استحال الخمر خلا بنفسه من غير معالجة عاد الملك فيه للراهن بلا خلاف ، وعاد الرهن فيه للمرتهن . لأنا إنما حكمنا بزوال ملك الراهن عنه وبطلان الرهن بحدوث الإسكار ، وقد زالت تلك الصفة من غير أن تخلف نجاسة فوجب أن يعود إلى سابق ملكه كما كان . فإن قيل : أليس العقد إذا بطل لم يصح حتى يبتدأ ، والرهن قد بطل فكيف عاد من غير أن يجدد عقده ؟ قيل إنما يقال ذلك إذا وقع العقد فاسداً ، وأما وقد وقع العقد صحيحا ابتداء ثم طرأ عليه

ما أخرجه عن حكم العقد فإنه إذا زال ذلك المعنى عاد العقد صحيحا ، كما نقول : إذا أسلمت زوجة الكافر يحرم عليه وطؤها فإذا أسلم الزوج قبل انقضاء العدة عاد العقد كما كان .، وكذلك إذا ارتد الزوجان أو أحدهما ، فإذا استحال الخمر خلا بصنعة آدمى يطهر بذلك . بل تزول الخمرية عنه ، ويكون خلا نجساً لا يحل الائتدام به ، ولا يعود امتلاكه ولا رهنه . وقال أبو حنيفة : يكون طاهراً يحل شربه والرهن فيه بحاله .

دليلنا ما روى أبو طلحة رضى الله عنه قال : لما نزل تحريم الخمر قلت : يا رسول الله إن عندى خمراً لأيتام ورثوه ، فقال النبى ﷺ أرقه قلت : أفلا أخلله ؟ قال : لا ، فنهاه عن تخليله ، وهذا يقتضى التحريم ، فإن كان مع رجل خمر فأراقه فأخذه آخر وصار فى يده خلا أو وهبه لغيره فصار فى يد الموهوب خلا ، ففيه وجهان .

من أصحابنا من قال : يكون لمن أراقه ، لأنه يعود إلى سابق ملكه ، والملك للمريق ، فهو كما لو غصب من رجل خمراً وصار فى يده خلا (والثانى) يكون ملكا لمن هو فى يده ، لأنه إذا أراقه صاحبه فقد رفع يده عنه ، فإذا جمعه الآخر صارت له عليه يد والأول أصح . قال ابن الصباغ : إذا رهنه عصيراً فصار خمراً فى يد الراهن قبل القبض بطل الرهن ، فإن عاد خلا لم يعد الرهن ، ويخالف إذا كان بعد القبض لأن الرهن قد لزم ، وقد صار مانعاً للملك وكذلك إذا اشترى عصيراً فصار خمراً فى يد البائع ،عاد خلا فسد العقد ولم يكن ملكا للمشترى بعوده خلا ، والفرق بينه وبين الرهن أن الرهن عاد تبعا لملك الراهن ، وهاهنا يعود لملك البائع لعدم العقد .

(فرع) : إذا رهن عند رجل شاة وأقبضه إياها فماتت زال ملك الراهن وبطل الرهن فيها لأنها خرجت عن أن تكون مالا ، فإن أخذ الراهن جلدها فدبغها عاد ملكه على الجلد بلا خلاف ، وهل يعود رهناً ؟ فيه وجهان قال ابن خيران : إنما عاد بمعالجته ، ومعنى أحدثه بخلاف الخمر ، وسئل أبو إسحاق عن رجل ماتت له شاة ، فجاء آخر وأخذ جلدها فدبغه ، فقال : إذا لم يطرحها مالكها فإن الجلد لمالك الشاة دون الدابغ ، لأن الملك وإن عاد بمعنى أحدثه الدابغ إلا أن يد المالك كانت مستقرة على الجلد وجوز له استصلاحه فإذا غصبه غاصب ودبغه لم ينقل يد المالك كما لو كان له جرو كلب يريد تعليمه الصيد فغصبه إنسان وعلمه ، فإن المغصوب منه أحق به ، لأن يده كانت مستقرة عليه ، قال : فأما إذا طرح صاحب الشاة شاته على المزبلة فأخذ رجل جلدها ودبغه ملكه

لأن المالك قد أزال يده عنها . قيل له : أليس من يحجر مواتا يكون أحق بإحيائها من غيره ثم جاء غيره فأحياها ملكها ، فقال : الفرق بينهما أن من يحجر على شيء من الموات صار به بمعنى أثره فيه ، وهو الحجر ويده ضعيفة لاستبدال ملك ، فإذا وجد سبب الملك وهو الإحياء بطلت يده ، وكذلك من ماتت له شاة لأن يده مقرة عليها بالملك .

قَالَ المصَنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصـل) : وإن تلف الرهن فى يد المرتهن من غير تفريط تلف من ضمان الراهن ولا يسقط من دينه شيء لما روى سعيد بن المسيب رضى الله عنه قال : « قضى رسول الله ﷺ أن لا يغلق الرهن ممن رهنه » ولأنه وثيقة بدين ليس بعوض منه فلم يسقط الدين بهلاكه كالضامن ، فإن غصب عيناً ورهنها بدين ولم يعلم المرتهن وهلكت عنده من غير تفريط فهل يجوز للمالك أن يغرمه ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يغرمه لأنه دخل على الأمانة (والثانى) له أن يغرمه لأنه أخذه من يد ضامنه ، فإن قلنا : إنه يغرمه فغرمه فهل يرجع بما غرم على الراهن ؟ فيه وجهان (أحدهما) يرجع لأنه غَرَّهُ (والثانى) لا يرجع لأنه حصل التلف فى يده فاستقر الضمان عليه ، فإن بدأ وغرم الراهن ، فإن قلنا : إن المرتهن إذا غرم رجع على الراهن لم يرجع الراهن على المرتهن بما غرمه ، وإن قلنا : إن المرتهن إذا غرم لا يرجع على الراهن رجع عليه الراهن بما غرمه ، فإن رهن عند رجل عيناً وقال : رهنتك هذا إلى شهر فإن لم أعطك مالك فهو لك بالدين فالرهن باطل لأنه وقته والبيع باطل لأنه علقه على شرط ، فإن هلك العين قبل الشهر لم يضمن لأنه مقبوض بحكم الرهن فلم يضمنه كالمقبوض عن رهن صحيح ، وإن هلك بعد الشهر ضمنه لأنه مقبوض بحكم البيع فضمنه كالمقبوض عن بيع صحيح ﴾ .

(الشـرح) : الحديث مرّ تخريجه فى غير موضع وقد ساقه المصنف هنا مرسلا وهو موصول عن أبى هريرة عند ابن ماجه وعند الحاكم من طرق موصولة وصحح أبو داود والبزار والدارقطنى ويحيى بن سعيد القطان إرساله وصحح ابن عبد البر وصله .

أما الأحكام : فإنه إذا قبض المرتهن الرهن فهلك فى يده من غير تفريط لم يلزمه ضمانه ولا يسقط من دينه شيء ؛ وبه قال الأوزاعى وعطاء وأحمد وأبو عبيد وهى إحدى الروايتين عن على بن أبى طالب رضى الله عنه ، وذهب الثورى وأبو حنيفة وأصحابه إلى أن الرهن

مضمون على المرتهن بأقل الأمرين من قيمته ، أو قدر الدين ، فإذا هلك فإن كان الدين مائة وقيمة الرهن تسعين ضمنه بتسعين وبقى له من الدين عشرة ، وإن كان الدين تسعين وقيمة الرهن مائة فهلك الرهن سقط الرهن وسقط جميع دينه ، ولا يرجع الراهن عليه بشيء لسقوط الدين ، وروى ذلك عن عمر رضى الله عنه .

وذهب إسحاق بن راهويه إلى أن الرهن مضمون على المرتهن بكمال قيمته ، ثم يترادان وهى الرواية الثانية عن على رضى الله عنه . وذهب الشعبى والحسن البصرى إلى أن الرهن إذا هلك فى يد المرتهن سقط جميع دينه ، سواء كانت قيمته أكثر من قدر الدين أو أقل أو كانا متساويين . وقال مالك : إن هلك الرهن هلاكا ظاهراً ، مثل أن كان عبداً فمات أو داراً فاحترقت فهو غير مضمون على المرتهن ، وإن هلك هلاكا خفيا ، مثل أن يدعى المرتهن أنه هلك ، فهو مضمون كما قال إسحاق بن راهويه .

دليلنا ما روى سعيد بن المسيب عن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال « لا يغلق الرهن من راهنه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه » فهذا الحديث دليل فى ثلاثة أمور :

(أحدها) قوله ﷺ : « لا يغلق الرهن » وله ثلاثة تأويلات ، (أحدها)لا يكون الرهن للمرتهن بحقه إذا حل الحق (والتأويل الثانى): لا يسقط الحق بتلفه ، (والثالث) أى لا ينغلق حتى لا يكون الراهن فكه عن الرهن بل له فكه ، فإن قيل : فهذا حجة عليكم لأن قوله ﷺ : « لا يغلق الرهن » أى لا يملك بغير عوض . قال زهير :

وفارقتك رهـــن لا فكـــاك له يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا

يعنى ارتهن فخلبه الحب يوم الوداع فأمسى وقد غلق الرهن ، أى هلك بغير عوض . قلنا : هذا غلط لأن القلب لا يهلك وإنما معناه أن القلب صار رهناً بحقه وقد انغلق انغلاقاً لا ينفك .

(الثانى) قوله ﷺ « من راهنه » يعنى من ضمانه ، قال الشافعى رضى الله عنه : وهذه أبلغ كلمة للعرب فى أنهم إذا قالوا : هذا الشيء من فلان يريدون من ضمانه .

(الثالث) قوله ﷺ « له غنمه وعليه غرمه » قال الشافعى رضى الله عنه : وغرمه هلاكه وعطبه ، ولأنه مقبوض عن عقد لو كان فاسداً لم يضمن فوجب إذا كان صحيحاً أن لا يضمن أصله ، كالوديعة ومال المضاربة والوكالة والشركة ، وعكسه المقبوض عن البيع والقرض .

وإن غصب رجل من رجل عيناً فرهنها عند آخر وقبضها المرتهن فأتلفها أو تلفت عنده بغير تفريط ، فإن كان عالماً بأنها مغصوبة فللمغصوب منه أن يرجع بقيمتها على الغاصب أو المرتهن لأنه أتلفها ولأنه كان عالما بغصبها فيستقر عليه الضمان لحصول التلف فى يده ، وإن رجع المغصوب منه على المرتهن لم يرجع المرتهن على الراهن لأن الضمان استقر عليه ، وإن كان المرتهن غير عالم لكونها مغصوبة وتلفت عنده من غير تفريط فللمغصوب منه أن يرجع على الغاصب لأنه أخذها من مالكها متعدياً وهل للمالك أن يرجع على المرتهن ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يرجع عليه لأنه أخذها على وجه الأمانة (والثانى) يرجع عليه لأنه أخذها من يد ضامنة .

وإذا قلنا : يرجع على المرتهن ، فهل للمرتهن أن يرجع بما ضمنه على الراهن ؟ قال أبو العباس بن سريج من أئمتنا : لا يرجع لأنه تلف فى يده فاستقر الضمان عليه ، وفيه وجه آخر . ولم يقل الشيخ أبو حامد فى التعليق غيره أنه يرجع عليه ، لأن المرتهن أمين فلا يضمن بغير تعد ، فيكون تلف الرهن من ضمان الراهن ، فرجع بالقيمة عليه لأنه غره ، وإن بدأ المغصوب منه المرتهن أنه لا يرجع على الراهن رجع الراهن ها هنا على المرتهن .

وقال فى الأم : « ولو رهنه رهناً على أنه إذا دفع الحق وقضاه أخذ الرهن ، وإن لم يقض له بدينه فالرهن والبيع فاسدان » وهذا صحيح . قال العمرانى : أما الرهن فبطل لأنه مؤقت لمحل الدين ومن شأنه أن يكون مطلقاً ، وأما البيع فبطل لأنه معلق بزمان مستقبل فيكون هذا الرهن فى يد المرتهن إلى أن يحل الحق غير مضمون عليه لأنه مقبوض عن رهن فاسد ، وحكم المقبوض فى الضمان عن العقد الفاسد كالمقبوض عن العقد الصحيح ، فإن تلف الرهن لم يضمن وإذا حل الحق كان مضموناً على المرتهن لأنه مقبوض عن بيع فاسد فضمنه كالمقبوض عن بيع صحيح . فعلى هذا إذا تلف فى يده لزمه ضمانه سواء فرط فيه أو لم يفرط .

قال المصنِّفُ رحمهُ الله تعالى

باب اختلاف المتراهنين

﴿ إذا اختلف المتراهنان فقال الراهن : ما رهنتك ، وقال المرتهن : رهنتني فالقول قول الراهن مع يمينه لأن الأصل عدم العقد ﴾ .

(فصـل) : ﴿ إذا اختلفا في عين الرهن فقال الراهن رهنتك العبد وقال المرتهن بل رهنتني الثوب فالقول قول الراهن أنه لم يرهن الثوب فإذا حلف خرج الثوب عن أن يكون رهناً بيمينه وخرج العبد عن أن يكون رهناً برد المرتهن ﴾ .

(**الشـرح**) : **الأحكام** : (أولا) إذا اختلف المتراهنان ، فقال أحدهما للآخر : لقد رهنتني عيناً بدين لي عليك ، فقال الآخر : ما رهنتكها ـــ ولم تكن ثم بينة ، فالقول قول من عليه الدين مع يمينه أنه ما رهنه ، لأن الأصل عند الرهن .

(ثانيا) اختلفا في عين الرهن فادعى المرتهن أنه ارتهن راديو (مذياع) فقال الراهن : ما رهنتك هذا المذياع وإنما رهنتك مرناة (تليفزيون) حلف الراهن أنه ما رهنه الراديو وإنما رهنه التليفزيون . فخرج المذياع عن أن يكون رهناً بيمين الراهن وخرج التليفزيون عن أن يكون رهناً بإنكار المرتهن له .

(ثالثا) اختلفا في قدر الرهن ، فقال المرتهن : رهنتني هاتين الدراجتين بعشرة جنيهات فقال الراهن : بل رهنتك إحداهما بعشرة .

(رابعا) اختلفا في قدر الدين المرهون به فقال المرتهن : رهنتني هذه السيارة بمائة لي عليك ، وقال الراهن : بل رهنتكها بخمسين ، فالقول في الثالث والرابع قول الراهن مع يمينه في كل من المثلين ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد رضي الله عنهما ، وقال مالك رضي الله عنه : القول قول من الظاهر معه ، فإن كانت الدراجة التي أقر الراهن رهنها تساوي عشرة أو دونها ويرهن مثلها بعشرة فالقول قول الراهن ، وإن كانت لا تساوي عشرة ولا يرهن مثلها في العادة بعشرة فالقول قول المرتهن وكذلك في السيارة القول قول المرتهن في قدر الرهن إن كانت قيمة السيارة مائة ، وإن كانت قيمتها أكثر من مائة فالقول قول الراهن .

دليلنا قوله ﷺ : « البينة على من ادعى واليمين على المدعى عليه » وهذا الراهن منكر فيهما ، ولأنهما لو اختلفا في أصل العقد لكان القول قول الراهن ، فكذلك إذا اختلفا في قدر المعقود عليه .

(خامسا) إن كان له عليه ألف مؤجلة وألف معجلة فرهنه سيارة بألف ثم اختلفا ، فقال المرتهن : رهنتنيها بالألف الحالّ ، وقال الراهن : بل رهنتكها بالألف المؤجل ، فالقول قول الراهن مع يمينه ، لما ذكرناه في المسائل قبلها .

قالَ المُصَنِّفُ رحمهُ الله تعالى

(فصــل) : ﴿ وإذا اختلفا فى قدر الرهن فقال الراهن رهنتك هذا العبد وقال : بل رهنتنى هذين العبدين فالقول قول الراهن ، لأن الأصل عدم الرهن إلا فيما أقر به ، ولأن كل من كان القول قوله إذا اختلفا فى أصله كان القول قوله إذا اختلفا فى قدره كالزوج فى الطلاق فإن رهنه أرضاً وأقبضه ووجد فيها نخيل يجوز أن يكون حدث بعد الرهن ، ويجوز أن يكون قبله فقال الراهن حدث بعد الرهن فهو خارج من الرهن ، وقال المرتهن : بل كان قبل الرهن ورهنتيه مع الأرض فالقول قول الراهن . وقال المزنى : القول قول المرتهن لأنه فى يده وهذا خطأ لما ذكرناه فى العبدين .

وقوله : (إنه فى يده) لا يصح لأن اليد إنما يقدم بها فى الملك دون العقد ، ولهذا لو اختلفا فى أصل العقد كان القول قول الراهن ، وإن كانت العين فى يد المرتهن ، فإن رهن حمل شجرة تحمل حملين وحدث حمل آخر وقلنا : إنه يصح العقد فاختلفا فى مقدار الحمل الأول ، فالقول قول الراهن . وقال المزنى : القول قول المرتهن ، لأنه فى يده ، وهذا لا يصح ، لأن الأصل أنه لم يدخل فى العقد إلا ما أقر به ، وأما اليد فقد بينا أنه لا يرجح بها فى العقد ﴾ .

(الشــرح) : الأحكام : إذا رهنه أرضاً ووجد فيها نخل أو شجر ، فقال المرتهن : كان هذا موجوداً وقت الرهن فهو داخل فى الرهن ، وقال الراهن : بل حدث بعد الرهن فهو خارج من الرهن ، فإن كان ما قاله المرتهن غير ممكن كأن يكون النخل صغيراً وكان العقد من مدة لا تسمح بأن يكون النخل باقياً على صغره لحداثة مظهره ، فلا يجوز من ثم أن يكون النخل موجوداً وقت العقد فالقول قول الراهن من غير يمين ، لأنه لا يمكن صدق المرتهن ، وإن كان ما قاله الراهن غير ممكن ، كأن يكون لعقد الرهن مدة لا يمكن حدوث النخل بعدها لكبر النخل وقصر مدة العقد وما إلى ذلك فالقول قول المرتهن بلا يمين لأن ما يقوله الراهن مستحيل فلم يقبل قوله .

وإنْ كان يمكن صدق كل منهما كأن يكون احتمال وجود النخل مساوياً لاحتمال حدوثه بعد العقد ، قال الشافعى رضى الله عنه : فالقول قول الراهن مع يمينه. قال المزنى قولا ضعيفاً فى المذهب : القول قول المرتهن ؛ لأنه فى يده ، والمذهب الأول ، لأن المرتهن قد

اعترف للراهن بملك النخل ، وقد صار يدعى عليه عقد الرهن ، والراهن ينكر ذلك ، فكان القول قول الراهن ، كما لو ادعى عليه عقد الرهن فى النخل منفرداً دون الأرض وأما اليد التى تعلل بها المزنى فلا يرجح بها فى دعوى العقد وإنما يرجح بها فى دعاوى الملك فإذا حلف الراهن نظرت فإن كان الرهن فى القرض أو كان متطوعاً به فى الثمن غير مشروط فى البيع بقى الرهن فى الأرض ولا كلام ، وإن كان الرهن مشروطاً فى البيع فإن هذا الاختلاف يوجب التحالف وقد حلف الراهن وخرج الرهن عن الراهن ، فإن رضى المرتهن بذلك فلا كلام ، وإن لم يرض حلف المرتهن أن النخل كان داخلا فى الرهن ، وهل ينفسخ البيع والرهن بنفس التحالف أو بالفسخ ؟ على الوجهين فى التحالف ، فإن قلنا : لا ينفسخ فتطوع الراهن بتسليم النخل رهناً فليس للمرتهن فسخ البيع .

قالَ المصنِّفُ رحمهُ الله تعالى

(فصـل) : ﴿ وإن اختلفا فى قدر الدين فقال الراهن : رهنتك هذا العبد بألف وقال المرتهن : بل رهنتيه بألفين فالقول قول الراهن ، لأن الأصل عدم الألف فإن قال : رهنته بألف وزادنى ألفاً آخر على أن يكون رهناً بالألفين ، وقال المرتهن : بل رهنتنى بالألفين ، وقلنا : لا تجوز الزيادة فى الدين فى رهن واحد ففيه وجهان (أحدهما) أن القول قول الراهن لأنهما لو اختلفا فى أصل العقد كان القول قوله فكذلك إذا اختلفا فى صفته ، (والثانى) أن القول قول المرتهن ، لأنهما اتفقا على صحة الرهن والدين ، والراهن يدعى أن ذلك كان فى عقد آخر ، والأصل عدمه ، فكان القول قول المرتهن فإن بعث عبده مع رجل ليرهنه عند رجل بمال ففعل ، ثم اختلف الراهن والمرتهن فقال الراهن : أذنت له فى الرهن بعشرة ، وقال المرتهن : بل بعشرين نظرت ، فإن صدق الرسول الراهن حلف الرسول أنه ما رهن إلا بعشرة ، ولا يمين على الراهن ، لأنه لم يعقد العقد ، وإن صدق الرسول المرتهن فالقول قول الراهن مع يمينه ، فإذا حلف بقى الرهن على عشرة ، وعلى الرسول عشرة ، لأنه أقر بقبضها ﴾ .

(**الشـرح**) : إذا اختلفا فقال الراهن : رهنتك شيئاً بمائة بعقد ثم زدتنى مائة أخرى فعقدت الرهن بها على هذا الشيء قبل فسخ العقد ، إذا حدث هذا وقلنا : لا يصح

ذلك ، وقال المرتهن : بل ارتهنته منه بالمائتين بعقد واحد ففيه وجهان .

(أحدهما) القول قول الراهن مع يمينه ، لأنهما لو اختلفا فى أصل العقد لكان القول قوله ، فكذلك إذا اختلفا فى صفته (والثانى) القول قول المرتهن مع يمينه ، لأنهما اتفقا على عقد الرهن ، والراهن يدعى معنى يقتضى بطلانه ، والأصل عدم ما يبطله .

(**فرع**) : إذا قال الرجل لغيره : هذه السيارة التى عندى هى لك رهنتنيها بألف لى عليك ، فقال له : هذه السيارة لى وديعة لى عندك ، وإنما رهنتك بألف على سيارة أخرى أحرقتها ، وأنا أستحق عليك قيمتها ، فالقول قول المقر مع يمينه ، أنه ما أحرق له سيارة ولا شيء له عليه من القيمة لأن الأصل براءة ذمته ، والقول قول المقر له مع يمينه أنه ما رهنه هذه السيارة ، وعليه الألف لأنه مقر بوجوبها .

(**فرع**) : قل الشافعى رضى الله عنه فى الأم : « إذا قال الرجل لغيره رهنتك عبدى هذا بألف درهم لك على ، فقال المرتهن : بل رهنتنيه أنا وزيداً بألفى درهم ألف درهم لى وألف درهم لزيد ، وادعى زيد بذلك ، فالقول قول الراهن أنه ما رهن زيداً شيئاً ، فإذا حلف كان العبد رهناً عند الذى أقر له به » قال الشيخ أبو حامد : وهذا لا يجئ على أصل الشافعى رحمه الله لأن المالك أقر للمرتهن برهن جميع العبد ، وهو لا يدعى نصفه ، وإنما ادعى وقد حلف له المالك ، فيجب ألا يبقى عند المقر له إلا نصف العبد مرهوناً .

قال الشافعى رحمه الله : وأما إذا قال لغيره : رهنتك عبدى هذا بألف درهم لك على ، فقال المرتهن : هذا الألف الذى أقررت أنه لى رهنتنى به العبد هو لى ولزيد قبل ذلك لأنه إقرار فى حق نفسه فقبل ،فيكون بينه وبين زيد . قال الشيخ أبو حامد : ولم يذكر الشافعى رحمه الله حكم الرهن هاهنا ، ولكن يكون العبد رهنا بالألف لأن المرتهن اعترف بالحق الذى أرهن به أنه له ولغيره فقبل إقراره فى ذلك ، كما لو كان له ألف برهن ، فقال : هذا الألف لزيد ، كان له الألف بالرهن ، كذلك هذا مثله .

قالَ المصنِّفُ رحمهُ الله تعالى

(فصل) : قال فى الأم : « إذا كان فى يد رجل عبد لآخر فقال : رهنتنيه بألف ، وقال السيد : بعتكه بألف حلف السيد أنه ما رهنه بألف ، لأن الأصل عدم الرهن ، ويحلف الذى فى يده العبد أنه ما اشتراه ، لأن الأصل عدم الشراء ، ويأخذ

السيد عبده ، فإن قال السيد : رهنتكه بألف قبضتها منك قرضا ، وقال الذى فى يده العبد : بل بعتنيه بألف قبضتها منى ثمنا ، حلف كل واحد منهما على نفى ما ادعى عليه ، لأن الأصل عدم العقد ، وعلى السيد الألف لأنه مقر بوجوبها ، فإن قال الذى فى يده العبد : بعتنيه بألف ، وقال السيد : بل رهنتكه بألف حلف السيد أنه ما باعه ، فإذا حلف خرج العبد من يد من هو فى يده لأن البيع قد زال والسيد معترف بأنه رهن ، والمرتهن ينكر ، ومتى أنكر المرتهن الرهن زال الرهن ﴾ .

(**الشرح**) : ذكر الشافعى رحمه الله فى باب الرسالة من الأم أربع مسائل :

(الأولى) إذا دفع لرجل ثوباً ، وأرسله ليرهنه له بحق عند رجل فرهنه ، ثم اختلف الراهن والمرتهن ، فقال المرتهن : جاءنى برسالتك فى أن أسلفك عشرين فأعطيته إياها فكذبه الرسول ، فالقول قول الرسول والمرسل ، ولا أنظر إلى قيمة الرهن . قال العمرانى : فيحلف الرسول أنه ما رهنه إلا بعشرة ولا يمين على المرسل لأن الرسول هو الذى باشر العقد . قال ابن الصباغ : وعندى أن المرتهن إذا ادعى مع المرسل أنه أذن له فى ذلك وقبض منه عشرين بإذنه أن له أن يُحْلِفه ، لأن المرسل لو أقر بذلك لزمه ما قاله ، فإذا أنكره حلف له .

(الثانية) ولو صدقه الرسول فقال : قد قبضت منك عشرين ودفعتها إلى المرسل ، وكذبه المرسل ، كان القول قول المرسل مع يمينه ما أمره إلا بعشرة ولا دفع إليه إلا هى ، وكان الرهن بعشرة ، وكان الرسول ضامناً للعشرة التى أقر بقبضها مع العشرة التى أقر بها المرسل ــ بكسر السين ــ بقبضها . قال ابن الصباغ : وعندى أن المرتهن إذا صدق الرسول أن الراهن أذن له فى ذلك لم يكن له الرجوع على الرسول لأنه يقر أن الذى ظلمه هو المرسل .

(الثالثة) قال الشافعى : ولو دفع إليه ثوباً فرهنه عند رجل ، وقال الرسول : أمرتنى برهن الثوب عند فلان بعشرة فرهنته ، وقال المرسل : أمرتك أن تستسلف من فلان عشرة بغير رهن ولم آذن لك فى رهن الثوب ، فالقول قول صاحب الثوب والعشرة حالة عليه . ولو كانت المسألة بحالها فقال : أمرتك بأخذ عشرة سلفا فى عبدى فلان ، وقال الرسول : بل فى ثوبك هذا أو عبدك هذا العبد غير الذى أقر به الآمر ، فالقول قول الآمر والعشرة حالة عليه . ويسوق العمرانى فى البيان المسألة بصورة أخرى فيقول : إذا دفع إليه ثوباً وعبداً وأمره

أن يرهن أحدهما عند رجل بشيء يأخذه له منه فرهن الرسول العبد ثم قال المرسل : إنما أذنت له فى رهن الثوب ، وأما العبد فوديعة ، وقال الرسول أو المرتهن : إنما أذنت له فى رهن العبد . حلف المرسل أنه ما أذن له فى رهن العبد ، وخرج العبد عن الرهن بيمينه ، وخرج الثوب عن الرهن لأنه لم يرهن .

(الرابعة) إذا قال المرسل : أمرتك برهن الثوب ونهيتك عن رهن العبد ، وأقام على ذلك بينة ، وأقام الرسول بينة أذن له فى رهن العبد فيصح ، وإذا احتمل هذا وهذا فقد وجد من الرسول عقد الرهن على العبد ، والظاهر أنه عقد صحيح ، فلا يحكم ببطلانه لأمر محتمل .

قالَ المُصَنِّفُ رحمهُ الله تعالى

(فصـل) : ﴿ وإن اتفق على رهن عين ، ثم وجدت العين فى يد المرتهن ، فقال الراهن قبضته بغير إذنى ، وقال المرتهن بل قبضته بإذنك فالقول قول الراهن لأن الأصل عدم الإذن ، ولأنهما لو اختلفا فى أصل العقد والعين فى يد المرتهن كان القول قول الراهن ، فكذلك إذا اختلفا فى الإذن ، فإن اتفقا على الإذن فقال الراهن رجعت فى الإذن قبل القبض ، وقال المرتهن : لم يرجع حتى قبضت فالقول قول المرتهن ، لأن الأصل بقاء الإذن وإن اتفقا على الإذن واختلفا فى القبض فقال الراهن : لم تقبضه ، وقال المرتهن : بل قبضت فإن كانت العين فى يد الراهن فالقول قوله لأن الأصل عدم القبض ، وإن كان فى يد المرتهن فالقول قوله لأنه أذن فى قبضه والعين فى يده ، فالظاهر أنه قبضه بحق ، فكان القول قوله ، وإن قال رهنته وأقبضته ثم رجع ، وقال : ما كنت أقبضته حلفوه أنه قبض ، فالمنصوص أنه يحلف . وقال أبو إسحاق : إن قال وكيلى أقبضه وبان لى أنه لم يكن أقبضه حلف ، وعليه تأول النص ، وإن قال : أنا أقبضته ثم رجع لم يحلف لأن إقراره المتقدم يكذبه . وقال أبو على بن خيران وعامة أصحابنا : إنه يحلف لأنه يمكن صدقه بأن يكون قد وعده بالقبض فأقر به ، ولم يكن قبض ﴾ .

(الشـرح) : إذا كان فى يد رجل شيء لغيره فقال من بيده الشيء للمالك : رهنتنى هذا بألف هى لى عليك قرضاً . وقال المالك : بل بعتكه بألف هى لى عليك ثمنا ، حلف المالك أنه ما رهنه هذا الشيء ، لأن الأصل عدم الرهن ، ويحلف من بيده الشيء أنه

ما اشتراه ، لأن الأصل عدم الشراء ، ويبطل العقدان ويسقط المالان ويرد الشيء إلى صاحبه ، فإن قال من بيده الشيء رهنتيه بألف أقبضتكها ، وقال المالك : بل رهنتكه بألف لم أقبضها ــ فالقول قول المالك مع يمينه ــ لأن الأصل عدم القبض .

قال العمرانى فى البيان : وإن قال من بيده العبد (إن كان الرهن عبداً) بعتنيه بألف وقال السيد : رهنتكه بألف . حلف السيد أنه ما باعه العبد ، فإذا حلف خرج العبد من يد من هو بيده لأن المبيع زال بيمين السيد . وبطل الرهن ، لأن المالك يقر له به والمرتهن ينكره ، ومتى أنكر المرتهن الرهن زال الرهن ثم قال : قال الشيخ أبو إسحاق هنا فى المهذب ، والمحاملى فى المجموع : فإن قال السيد : رهنتكه بألف قبضتها منى ثمناً حلف كل واحد منهما على نفى ما ادعى عليه لأن الأصل عدم العقد ، وعلى السيد الألف لأنه مقر بوجوبها قلت : والذى يقتضى القياس عندى أنه لا يمين على الذى بيده العبد لأنه ما ارتهن العبد لما ذكرناه فى المسألة قبلها .

قالَ المصنِّفُ رحمهُ الله تعالى

(فصـل) : ﴿ وإن رهن عصيراً أو أقبضه ، ثم وجده خمراً فى يد المرتهن فقال : أقبضتنيه وهو خمر ، فلى الخيار فى فسخ البيع ، وقال الراهن : بل أقبضتكه وهو عصير فصار فى يدك خمراً ، فلا خيار لك ، ففيه قولان . (أحدهما) أن القول قول المرتهن ، وهو اختيار المزنى ، لأن الراهن يدعى قبضاً صحيحاً ، والأصل عدمه ، (والثانى) أن القول قول الراهن ، وهو الصحيح ، لأنهما اتفقا على العقد والقبض ، واختلفا فى صفة يجوز حدوثها فكان القول قول من ينفى الصفة ، كما لو اختلف البائع والمشترى فى عيب بعد القبض وإن اختلفا فى العقد فقال المرتهن : رهنتنيه وهو خمر . وقال الراهن : بل رهنتكه وهو عصير ، فصار عندك خمراً فقد اختلف أصحابنا فيه ، فقال أكثرهم : هى على قولين .

وقال أبو على ابن أبى هريرة : القول قول المرتهن قولا واحداً ، لأنه ينكر العقد والأصل عدمه فإن رهن عبداً فأقبضه فى محمل أو ملفوفاً فى ثوب ووجد ميتًا ، فقال المرتهن : أقبضتنيه وهو ميت ، فلى الخيار فى فسخ البيع ، وقال الراهن : أقبضتكه حيا ثم مات عندك فلا خيار لك ، ففيه طريقان ، (أحدهما) وهو الصحيح : أنه على القولين

كالعصير (والثانى) وهو قول أبى على الطبرى أن القول قول المرتهن ، لأن هذا اختلاف فى أصل القبض لأن الميت لا يصح قبضه ، لأنه لا يقبض إلا ظاهراً ، بخلاف العصير ، فإنه يقبض فى الظرف ، والظاهر منه الصحة ﴾ .

(**الشرح**) : الأحكام : إذا باعه شيئاً بشرط أن يرهنه عصيراً فرهنه العصير ، وقبض المرتهن فوجد خمراً . فقال المرتهن : أقبضتنيه خمراً فلى الخيار فى فسخ البيع ، وقال الراهن : بل صار خمراً بعد أن أخذته فى يدك فلا خيار لك ، ففيه قولان ، (أحدهما) : أن القول قول المرتهن مع يمينه ، وهو قول أبى حنيفة والمزنى لأن الراهن يدعى قبضا صحيحا والأصل عدمه ، (والثانى) : أن القول قول الراهن وهو الصحيح لأنهما قد اتفقا على العقد والتسليم ، واختلفا فى تغير صفته ، والأصل عدم التغيير ، وبقاء صفته كما لو باعه شيئا وقبضه فوجد به عيب فى يد المشترى يمكن حدوثه بيده ، فإن القول قول البائع ، وإن قال المرتهن : رهنتنيه وهو خمر ، وقال الراهن : رهنتكه وهو عصير ، وقبضته عصيراً وإنما صار خمراً فى يدك ، فاختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو على ابن أبى هريرة : القول قول المرتهن قولا واحداً ، لأنه ينكر أصل العقد ، وقال عامة أصحابنا : هى على قولين كالتى قبلها وهو المنصوص فى مختصر المزنى والله تعالى أعلم .

(**فرع**) : إذا رهنه عيناً فوجدت فى يد المرتهن ، فقال المرتهن : قبضتها بإذنك رهناً ، وقال الراهن : لم آذن لك بقبضها ، وإنما غصبتنيها أو أجرتها منك ، فقبضتها على الإجارة فالقول قول الراهن مع يمينه ، لأن الأصل عدم الإذن ، وإن اتفقا على الرهن والإذن والقبض ، ولكن قال الراهن : رجعت فى الإذن قبل أن يقبض ، وقال المرتهن : لم ترجع ، ولم تقم بينة على الرجوع فالقول قول المرتهن مع يمينه أنه ما يعلم أنه رجع ، لأن الأصل عدم الرجوع .

وإن اتفقا على الرهن والإذن ، واختلفا فى القبض ، فقال الراهن : لم تقبض وقال المرتهن : بل قبضت قال الشافعى فى موضع : القول قول المرتهن ، وقال فى موضع : القول قول الراهن قال أصحابنا : ليست على قولين وإنما هى على حالين فإن كانت العين فى يد الراهن فالقول قول الراهن لأن الأصل عدم القبض والذى يقتضى المذهب عندى أن يحلف أنه ما يعلم أنه قبض ، لا يحلف على نفى فعل غيره ، وإن كانت العين فى يد المرتهن حلف أنه قبض ، لأن الظاهر أنه يقبض بحق .

(فرع) : وإن أقر أنه رهن عند غيره عينا وأقبضه إياها ثم قال الراهن : لم يكن قبضها ، وأراد منعه من القبض لم يقبل رجوعه عن إقراره بالقبض ، لأن إقراره لازم ، فإن قال الراهن للمرتهن : احلف أنك قبضتها . قال الشافعي رضي الله عنه : أحلفته . قال في البيان : واختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق : إن كان المرهون غائباً فقال : أقررت بالقبض لأن وكيلي أخبرني أنه أقبضه ثم بان لي أنه لم يقبضه أحلف المرتهن لأنه لا يكذب لنفسه ، وإنما يدعي أمراً محتملا . فأما إذا كان الرهن حاضراً أو أقر أنه أقبضه بنفسه ثم رجع . وقال : لم يقبض لم تسمع دعواه ، ولم يحلف المرتهن لأنه يكذب نفسه .

وقال أبو علي ابن خيران وعامة أصحابنا : ويحلف المرتهن بكل حال وهو ظاهر نص الشافعي رضي الله عنه ، أما مع غيبة الرهن فلما ذكر الشيخ أبو إسحاق مع حضوره فلأنه قد يستنيب غيره بالإقباض ، فيخبره بأن المرتهن قد قبض ، ثم يبين له أنه خان في إخباره ، وأيضاً فإنه قد يعده بالإقباض ويقر له به قبل فعله ، فكانت دعواه محتملة . قالوا : وهكذا لو أن رجلا أقر بأنه أقبض من رجل ألفاً ثم قال بعد ذلك : لم أقبضها ، وإنما وعدني أن يقرضني فأقررت به ثم لم يفعل استحلف المقرض ، لأنه لا يكذب نفسه ، فأما إذا شهد شاهدان بأنه رهنه عبده وأقبضه ثم ادعى أنه لم يقبضه ، وطلب يمين المرتهن لم تسمع دعواه ، ولم يحلف المقر له ، لأن في ذلك قدحا في البينة اهـ .

قالَ المُصَنِّفُ رحمهُ الله تعالى

(فصل) : ﴿ وإن كان لرجل عبد ، وعليه ألفان لرجلين لكل واحد منهما ألف فادعى كل واحد منهما أنه رهن العبد عنده بدينه ، والعبد في يد الراهن أو في يد العدل نظرت ، فإن كذبهما فالقول قوله مع يمينه ، لأن الأصل عدم الرهن ، وإن صدقهما وادعى الجهل بالسابق منهما فالقول قوله مع يمينه ، فإذا حلف فسخ الرهن على المنصوص لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر فبطل ، كما لو زوج امرأة وليان من رجلين ، وجهل السابق منهما . ومن أصحابنا من قال : يجعل بينهما نصفين ، لأنه يجوز أن يكون مرهوناً عندهما بخلاف الزوجة ، وإن صدق أحدهما وكذب الآخر أو صدقهما وعين السابق منهما ، فالرهن للمصدق ، وهل يحلف للآخر ؟ فيه قولان ، (أحدهما) يحلف (والثاني) لا يحلف بناء على القولين فيمن أقر بدار لزيد ، ثم أقر بها لعمرو ،

فهل يغرم لعمرو شيئا أم لا ؟ فيه قولان . فإن قلنا : لا يغرم لم يحلف ، لأنه إن نكل لم يغرم فلا فائدة فى عرض اليمين ، وإن قلنا : يغرم حلف لأنه ربما نكل فيغرم الثانى قيمته ، فإن قلنا لا يحلف فلا كلام ، وإن قلنا يحلف نظرت ، فإن حلف انصرف الآخر ، وإن نكل عرضت اليمين على الثانى ، فإن نكل انصرف ، وإن حلف بنينا على القولين فى يمين المدعى مع نكول المدعى عليه . فإن قلنا : إنها كالبينة نزع العبد وسلم إلى الثانى ، وإن قلنا : إنه كالإقرار ، ففيه ثلاثة أوجه ، (أحدها) إنه ينفسخ لأنه أقر لهما وجهل السابق منهما ، (والثانى) يجعل بينهما لأنهما استويا ، ويجوز أن يكون مرهونا عندهما فجعل بينهما ، (والثالث) : يقر الرهن فى يد المصدق ويغرم للآخر قيمته ، ليكون رهنا عنده ، لأنه جعل كأنه أقر بأنه حال بينه وبين الرهن فلزمه ضمانه ، وإن كان العبد فى يد أحد المرتهنين نظرت ، فإن كان فى يد المقر له أقر فى يده ، لأنه اجتمع له اليد والإقرار ؟ وهل يحلف للثانى ؟ على القولين ، فإن كان فى يد الذى لم يقر له فقد حصل لأحدهما اليد وللآخر الإقرار ، وفيه قولان . (أحدهما) يقدم الإقرار لأنه يخبر عن أمر باطن ، (والثانى) يقدم اليد وهو قول المزنى ، لأن الظاهر معه ، والأول أظهر ، لأن اليد إنما تدل على الملك لا على العقد ؛ وإن كان فى يدهمافللمقر له الإقرار ، واليد على النصف ، وفى النصف الآخر له الإقرار ، وللآخر يد ، وفيه قولان . (أحدهما) : يقدم الإقرار فيصير الجميع رهنا عند المقر له ،(والثانى) يقدم اليد فيكون الرهن بينهما نصفين ﴾ .

(فصـــل) : ﴿ وإن رهن عبداً وأقبضه ثم أقر أنه جنى قبل الرهن على رجل وصدقه المقر له ، وأنكر المرتهن ففيه قولان (أحدهما) أن القول قول المرتهن وهو اختيار المزنى لأنه عقد إذا تم منع البيع فمنع الإقرار كالبيع (والثانى) أن القول قول الراهن ، لأنه أقر فى ملكه بما لا يجر نفعا إلى نفسه فقبل إقراره كما لو لم يكن مرهوناً ، ويخالف هذا إذا باعه لأن هناك زال ملكه عن العبد فلم يقبل إقراره عليه وهذا باق على ملكه فقبل إقراره عليه . فإن قلنا : إن القول قول الراهن فهل يحلف ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يحلف لأن اليمين إنما يعرض ليخاف فيرجع إن كان كاذباً والراهن لو رجع لم يقبل رجوعه ، فلا معنى لعرض اليمين ، ولأنه أقر فى ملكه لغيره فلم يحلف عليه كالمريض إذا أقر بدين (والثانى) يحلف لأنه يحتمل أن يكون كاذباً بأن واطأ المقر له ليسقط بالإقرار حق المرتهن فحلف ، فإذا ثبت أنه رهنه وهو جان ففى رهن الجانى

قولان (أحدهما) أنه باطل (والثانى) أنه صحيح ، وقد بينا ذلك فى أول الرهن ، فإن قلنا : إنه باطل وجب بيعه فى أرش الجناية ؛ فإن استغرق الأرش قيمته بيع الجميع ، وإن لم يستغرق بيع منه بقدر الأرش . وفى الباقى وجهان .

(أحدهما) أنه مرهون لأنه إنما حكم ببطلانه لحق المجنى عليه ، وقد زال ، (والثانى) أنه لا يكون مرهوناً لأنا حكمنا ببطلان الرهن من أصله فلا يصير مرهوناً من غير عقد ، وإن قلنا : إنه صحيح فإن استغرق الأرش قيمته بيع الجميع ، وإن لم يستغرق بيع منه بقدر الأرش ويكون الباقى مرهونا ، فإن اختار السيد أن يفديه على هذا القول فبكم يفديه ؟ فيه قولان (أحدهما) يفديه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش الجناية (والثانى) يفديه بأرش الجناية بالغاً ما بلغ أو يسلم المبيع . فإن قلنا : إن القول قول المرتهن لم يقبل قوله من غير يمين ، لأنه لو رجع قبل رجوعه فحلف فإذا ثبت أنه غير جان فهل يغرم الراهن أرش الجناية ؟ فيه قولان بناء على القولين فيمن أقر بدار لزيد ثم أقر بها لعمرو . (أحدهما) يغرم لأنه منه بالرهن حق المجنى عليه . (والثانى) لا يغرم لأنه إن كان كاذباً فلا حق عليه ؛ وإن كان صادقاً وجب تسليم العبد ، فإن قلنا : إنه لا يغرم فرجع إليه تعلق الأرش برقبته كما لو أقر على رجل أنه أعتق عبده ثم ملك العبد فإنه يعتق عليه . وإن قلنا يغرم فبكم يغرم ؟ فيه طريقان . من أصحابنا من قال : فيه قولان كالقسم قبله . ومنهم من قال : يغرم أقل الأمرين قولا واحداً لأن القول الثانى إنما يجئ فى الموضع الذى يمكن بيعه فيمتنع . وههنا لا يمكن بيعه فصار كجناية أم الولد ، وإن نكل المرتهن عن اليمين فعلى من ترد اليمين ؟ فيه طريقان (أحدهما) ترد على الراهن وإن نكل ؛ فهل ترد على المجنى عليه ؟ فيه قولان كما قلنا فى غرماء الميت .

ومن أصحابنا من قال : نرد اليمين على المجنى عليه أولا ، فإن نكل فهل ترد على الراهن ؟ على قولين لأن المجنى عليه يثبت الحق لنفسه وغرماء الميت يثبتون الحق للميت ﴾ .

(**الشرح**) : الأحكام : فى هذين الفصلين وإن كان المثل فيها بالعبد ، وكان المثل لا يقتضيه ولا يسوغه عصرنا ، لما قام عليه الإجماع البشرى من تحرير الرقاب الآدمية ، وكان هذا من مقاصد الشريعة السمحة ، وأهدافها وغاياتها ، على ما سنبينه إن شاء الله تعالى فى أبواب العتق ، فإنه يمكن أن ينطبق الحكم على نحو شىء آخر يمتلك ويرتهن ويقع

عليه الخلاف احتمالا ، فنقول وبالله التوفيق :

إذا كان لرجلين على رجل مائتا دينار ، ولكل واحد منهما مائة وله سيارة ، فادعى عليه كل واحد منهما أنه رهن عنده السيارة وأقبضه إياها ولا بينة لهما ، فإن كذبهما حلف لكل واحد منهما يمينا ، لأن الأصل عدم الرهن ، سواء كانت السيارة فى أيديهما أو فى يده لأن اليد لا ترجح بها فى العقد ، وإن صدق أحدهما وكذب الآخر حكم بالرهن للمصدق وسواء كانت السيارة فى يد المصدق أو المكذب ، وهل يحلف الراهن للمكذب ؟ فيه قولان بناء على من أقر بدار لزيد ثم أقر بها لعمرو ، هل يغرم لعمرو قيمتها ؟ فيه قولان فإن قلنا : يغرم حلف هاهنا لجواز أن يخاف اليمين فيقر للمكذب فيثبت له القيمة .

(فإن قلنا) لا يغرم لم يحلف ، لأنه لو أقر له بعد الإقرار الأول لم يحكم له بشىء فلا فائدة فى تحليفه ، وإن أقر لهما بالرهن والتسليم فادعى كل واحد منهما أنه هو السابق بالرهن والتسليم رجع إلى الراهن ، فإن قال : لا أعلم السابق منكما بذلك فإن صدقاه أنه لا يعلم ولا بينه لهما ففيه وجهان (أحدهما) وهو المنصوص أن الرهن ينفسخ لأنهما قد استويا فى ذلك ، والبيان من جهته قد تعذر ، فحكم بانفساخ العقدين كما تقول فى المرأة إذا زوجها وليا لها من رجلين ، وتعذر معرفة السابق منهما (والثانى) يقسم بينهما لأنه يمكن قسمته بينهما ، ويمكن أن يكون رهن عند كل واحد منهما نصفه .

وإن كذباه وقالا : بل نعلم السابق من العقدين والتسليم فيه فالقول قول الراهن مع يمينه لأن الأصل عدم العلم ، قال الشيخ أبو حامد : فيحلف لكل منهما يميناً أنه لا يعلم أنه السابق ، فإذا أحلف لهما كانت على وجهين سبق ذكرهما ، حيث قلنا : المنصوص أنه ينفسخ العقدان . والوجه الثانى يقسم بينهما . وإن نكل عن اليمين ــ أى خاف منها وامتنع من أدائها ــ عرضنا اليمين عليهما فإن حلف كل واحد منهما أن الراهن يعلم أنه السابق . قال ابن الصباغ : كانت على الوجهين الأولين . المنصوص أن الرهنين ينفسخان . والثانى : يقسم بينهما ، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر حكم بالرهن للحالف دون الآخر .

وإن اعترف الراهن أنه يعلم السابق منهما . وقال هذا هو السابق ــ لم يخل إما أن يكون الرهن فى يد الراهن أو فى يد أجنبى ، أو فى يد المقر له بالسبق حكم بالرهن للمقر له لأنه اجتمع له اليد والإقرار ، وهل يحلف الراهن للآخر ؟ فيه قولان . وحكاهما الشيخ أبو

حامد وجهين : المنصوص أنه لا يحلف له لأنه ربما خاف من اليمين وأقر للثانى لم ينزع الرهن ، فتؤخذ منه القيمة فيكون رهناً مكانه . فإذا قلنا : لا يمين عليه فلا كلام ؛ وإن قلنا : عليه اليمين نظرت ، فإن حلف للثانى انصرف ، وإن أقر للثانى أنه رهنه أولا وأقبضه وخاف من اليمين رفضنا هذا الإقرار فى حق المقر له أولا بانتزاع الرهن منه ، ولكن يؤخذ من المقر قيمة الرهن وتجعل رهناً عند المقر له الثانى ، لأنه حال بينه وبينه بإقراره المتقدم . قال فى البيان : وإن نكل عن اليمين ردت على الثانى ، وإن لم يحلف قلنا له : اذهب فلا حق لك ؛ وإن حلف ، فإن قلنا : إن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالبينة انتزع الرهن من الأول وسلم إلى الثانى .

قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ : إلا أن أصحابنا لم يفرعوا على هذا القول وهذا يدل على ضعفه . قال العمرانى : وإن قلنا : إن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالإقرار فذكر الشيخ أبو إسحاق فى المهذب فى هذا ثلاثة أوجه (أحدها) ولم يذكر فى التعليق والشامل غيره ، أن الرهن لا ينزع من يد الأول ، ويلزم المقر أن يدفع قيمته إلى المقر له الثانى ليكون رهناً عنده لأنه حال بينه وبينه بإقراره الأول . (والثانى) يجعل بينهما لأنهما استويا فى الإقرار ؛ ويجوز أن يكون مرهوناً عنده منهما (والثالث) ينفسخ الرهنان لأنه أقر لهما وجهل السابق منهما ، وإن كان الرهن فى يد الذى لم يقر له ، فقد حصل لأحدهما الإقرار وللآخر اليد ، وفيه قولان (أحدهما) أن صاحب اليد أولى ، فيكون القول قوله مع يمينه أنه السابق كما لو قال « بعت هذا العبد من أحدهما » وكان فى يد أحدهما فالقول قوله مع يمينه (والثانى) أن القول قول الراهن أن الآخر هو السابق ، لأنه إذا اعترف أن السابق هو الآخر فهو يقر أنه لم يرهن من بيده شيئاً ، ومن بيده يدعى ذلك ، كما لو ادعى عليه أنه رهنه .

فإذا قلنا بهذا فهل يحلف الراهن لمن بيده ؟ على القولين فيمن أقر لزيد بدار ثم أقر بها لعمرو على سبق ، وإن كان الرهن فى يد المرتهنين فقد اجتمع لأحدهما اليد والإقرار فى النصف ، فيكون أحق به ، وهل يحلف للآخر عليه ؟ على القولين وأما النصف الذى فى يد الآخر فهل اليد أقوى أم الإقرار ؟ على القولين الأولين ، فإن قلنا : إن اليد أقوى حلف من هو بيده عليه وكان رهناً بينهما ، وهل يحلف لمن يقر له على النصف الذى بيد المقر له ؟ على القولين . (فإن قلنا) الإقرار أولى انتزع الرهن فجعل رهناً للمقر له . وهل يحلف

للآخر على جميعه ؟ على القولين فيمن أقر بدار لزيد ، ثم أقر بها لعمرو ، والمنصوص أنه لا يحلف .

قَالَ المصَنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصل) : وإن أعتق الراهن العبد المرهون ثم اختلفا فقال الراهن : أعتقه بإذنك ، وأنكر المرتهن الإذن فالقول قوله لأن الأصل عدم الإذن ، فإن نكل عن اليمين حلف الراهن وإن نكل الراهن فهل ترد على العبد ؟ فيه طريقان .

(أحدهما) : أنه على قولين بناء على رد اليمين على غرماء الميت . قال فى الجديد : لا ترد لأنه غير المتراهنين فلا ترد عليه اليمين ، وقال فى القديم : ترد لأنه يثبت لنفسه حقاً باليمين ومن أصحابنا من قال : ترد اليمين على العبد قولا واحداً لأن العبد يثبت باليمين حقاً لنفسه وهو العتق خلاف غرماء الميت ﴾ .

(فصل) : ﴿ وإن كان المرهون جارية فادعى الراهن أنه وطئها بإذن المرتهن ، فأتت بولد لمدة الحمل وصدقه المرتهن ، ثبت نسب الولد وصارت الجارية أم ولد وإن اختلفا فى الإذن أو فى الولد أو فى مدة الحمل فأنكر المرتهن شيئاً من ذلك فالقول قوله ، لأن الأصل فى هذه الأشياء العدم ﴾ .

(**الشرح**) : الأحكام : إذا أعتق الراهن العبد المرهون ــ فإن قلنا : إنه ليس للراهن عتق الرهن وهو أحد الأقوال الثلاثة للشافعى رضى الله عنه ــ فإنه يؤخذ إن كان له مال بقيمة المعتق فيكون رهناً وينفذ العتق موسراً كان أو معسراً وبه قال الحسن بن صالح وشريك بن عبد الله وأصحاب الرأى وهو نص أحمد بن حنبل . وإن قلنا : إن عتقه يسقط حق المرتهن من الوثيقة من عين الرهن وبدلها قضينا بألا ينفذ العتق لما فيه من الإضرار بالمرتهن ، ولأنه عتق يبطل حق غير المالك فنفذ من الموسردون المعسر كعتق شرك له من عبد ، وقال عطاء وعثمان البتى وأبو ثور : لا ينفذ عتق الراهن موسراً كان أو معسراً وهو القول الثالث للشافعى لأنه معنى يبطل حد الوثيقة من الرهن فلم ينفذ كالبيع . وقال أبو حنيفة : يستسعى العبد فى قيمته إن كان المعتق معسراً ، وعن أحمد رواية أخرى : لا ينفذ عتق المعسر نقلها عنه الشريف أبو جعفر وهو قول مالك .

فإن أعتقه بإذن المرتهن فلا نعلم خلافاً فى نفوذ عتقه لأن المنع كان لحق المرتهن وقد أذن

فيسقط حقه من الوثيقة موسراً كان العتق أو معسراً ، فإن رجع عن الإذن قبل العتق كان كمن لم يأذن ، وإن لم يعلم الراهن برجوعه فأعتق ففيه وجهان بناء على عزل الوكيل بدون علمه ، وإن رجع بعد العتق لم ينفذ رجوعه والقول قول المرتهن مع يمينه ، ولأن الأصل عدم الإذن .

(فرع) : إذا اختلف الراهن وورثة المرتهن فالقول قول ورثة المرتهن أيضاً إلا أن أيمانهم على نفى العلم لأنها على فعل الغير ، وإن اختلف المرتهن وورثة الراهن فالقول قول المرتهن مع يمينه ، وإن لم يحلف قضى عليه بالنكول .

(فرع) : إذا كان المرهون جارية ، فأولدها الراهن بإذن المرتهن خرجت من الرهن ولا شيء للمرتهن وإن لم تحبل فهى رهن بحالها فإن قيل : إنما أذن فى الوطء ولم يأذن فى الإحبال قلنا : الوطء هو المفضى إلى الإحبال ولا يقف ذلك على اختياره ، فالإذن فى سببه إذن فيه ، وإن اختلفا فى الإذن فالقول قول المرتهن .

وإن أقر المرتهن بالإذن وأنكر كون الولد من الوطء المأذون فيه أو قال : هو من زوج أو زنا فالقول قول الراهن بأربعة شروط ١ ــ أن يعترف المرتهن بالإذن ٢ ــ أن يعترف بالوطء ٣ ــ أن يعترف بالولادة ٤ ــ أن يعترف بمضى مدة بعد الوطء يمكن أن تلد فيها فحينئذ لا يلتفت إلى إنكاره ويكون القول قول الراهن بغير يمين لأننا لم نلحقه به بدعواه بل بالشرع ، فإن أنكر شرطاً من هذه الشروط فقال : لم آذن أو قال : أذنت فما وطئت أو قال : لم تمض مدة تضع فيها الحمل منذ وطئت أو قال : ليس هذا ولدها ، وإنما إستعارته فالقول قوله ، لأن الأصل عدم ذلك كله وبقاء الوثيقة صحيحة حتى تقوم البينة ، وبهذا قال أحمد وأصحابه وأفاده ابن قدامة فى المغنى .

قَالَ المصَنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصل) : ﴿ فإن كان عليه ألف برهن وألف بغير رهن فدفع إليه ألفا ثم اختلفا نظرت ، فإن اختلفا فى اللفظ فادعى المرتهن أنه قال : هى عن الألف التى لا رهن بها . وقال الراهن بل قلت هى عن الألف التى بها الرهن ، فالقول قول الراهن لأنه منه ينتقل إلى المرتهن ، فكان القول قوله فى صفة النقل . وإن اختلفا فى النية فقال الراهن : نويت أنها عن الألف التى بها الرهن . وقال المرتهن : بل نويت أنها عن الألف

التى لا رهن بها فالقول قول الراهن لما ذكرناه فى اللفظ ، ولأنه أعرف بنيته ، وإن دفع إليه الألف من غير لفظ ولا نية ففيه وجهان . قال أبو إسحاق : يصرفه إلى ما شاء منهما ، كما لو طلق إحدى المرأتين . وقال أبو على ابن أبى هريرة يجعل بينهما نصفين لأنهما استويا فى الوجوب فصرف القضاء إليهما ﴾ .

(فصـل) : ﴿ وإن أبرأ المرتهن الراهن عن الألف ثم اختلفا نظرت ، فإن اختلفا فى اللفظ فادعى الراهن أنه قال : أبرأتك عن الألف التى بها الرهن ، وقال المرتهن : بل قلت أبرأتك من الألف التى لا رهن بها فالقول قول المرتهن ، لأنه هو الذى يبرىء ، فكان القول فى صفة الإبراء قوله ؛ فإن اختلفا فى النية فقال الراهن : نويت الإبراء عن الألف التى بها الرهن ، وقال المرتهن : نويت الإبراء عن الألف التى لا رهن بها ، فالقول قول المرتهن ، لما ذكرناه فى اللفظ ، ولأنه أعرف بنيته . فإن أطلق صرفه إلى ما شاء منهما فى قول أبى إسحاق ، وجعل بينهما فى قول أبى على ابن أبى هريرة ﴾ .

(الشـرح) : الأحكام : إذا كان على رجل ألفان أحدهما برهن والآخر بغير رهن فقضى ألفاً وقال : قضيت دين الرهن وقال المرتهن . بل قضيت الدين الآخر ، فالقول قول الراهن مع يمينه ، سواء اختلفا فى نية الراهن بذلك أو فى لفظه ، لأنه أعلم بنيته وصفة دفعه ولأنه يقول : إن الدين الباقى بلا رهن ؛ والقول قوله فى أصل الرهن فكذلك فى صفته ، وإن أطلق القضاء ولم ينو شيئاً فقال أبو بكر : له صرفها إلى أيهما شاء كما لو كان له مال حاضر وغائب فأدى قدر زكاة أحدهما كان له أن يعين عن أى المالين شاء .

وقال أبو على ابن أبى هريرة : يقع الدفع عن الدينين معاً عن كل واحد منهما نصفه ، لأنهما تساويا فى القضاء فتساويا فى وقوعه عنهما .

(فـرع) : ﴿ إذا أبرأه المرتهن من أحد الدينين واختلفا فالقول قول المرتهن على التفصيل الذى سقناه فى الراهن ﴾ .

قَالَ المصَنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصـل) : ﴿ وإن ادعى المرتهن هلاك الرهن فالقول قوله مع يمينه ، لأنه أمين ، فكان القول قوله فى الهلاك كالمودع ، وإن ادعى الرد لم يقبل قوله ، لأنه قبض العين لمنفعة نفسه فلم يقبل قوله فى الرد كالمستأجر .

(فصـــل) : ﴿ وإن كان الرهن على يد عدل قد وكل فى بيعه فاختلفا فى النقد الذى يبيع به باعه بنقد البلد ، فإن كان فى البلد نقدان متساويان باع بما هو أنفع للراهن لأنه ينفع الراهن ولا يضر المرتهن ، فوجب به البيع ؛ فإن كانا فى النفع واحداً فإن كان أحدهما من جنس الدين باع به ، لأنه أقرب إلى المقصود ، وهو قضاء الدين ، فإن لم يكن واحد منها من جنس الدين باع أيهما شاء ، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر ثم يصرف الثمن فى جنس الدين ﴾ .

(**الشـرح**) : المرء إما أمين وإما ضامن فالمستودع أمين والمرتهن أمين وعامل القراض أمين وكل من كانت له يد على شيء إذا ضاعت أو تلفت بغير تقصير منه فهو أمين ، فإذا ادعى المرتهن هلاك الرهن كان القول قوله مع يمينه كالمودَع سواء بسواء ، بخلاف ما إذا ادعى أنه ردها فإنه لم يسمع له ولم يقبل قوله ، لأن وضعه بالنسبة لعين الرهن كالمستأجر لامتلاكه منفعة الوثاقة بحقه .

(**فـرع**) : إذا اختلفا فى النقد الذى يبيع به من وكله الراهن فى بيعه وكان نقد البلد الجنيه باعه بنقد البلد وهو الجنيه فإن كان فى البلد نقدان متساويان باع بما هو أنفع للراهن والأحظ له مادام لا ضرر فى ذلك على المرتهن فوجب تعيين البيع به ، فإن كانا فى النفع لا فرق بينهما ولا تفاضل ـــ فإن كان أحدهما من جنس الدين ـــ باع به ؛ لأنه أقرب إلى المطلوب للمرتهن وهو حقه فى قضائه ، فإن لم يكن أحد النقدين من جنس الدين فلا يتعين عليه واحد منهما وإنما كان له الخيار لعدم المزية لأحدهما على الآخر ثم يوجبه ثمن الرهن فى جنس الدين والله تعالى أعلم .

قَالَ المصَنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

باب التفليس

﴿ وإذا كان على رجل دين ، فإن كان مؤجلا لم يجز مطالبته ، لأنا لو جوزنا مطالبته سقطت فائدة التأجيل . فإن أراد سفراً قبل محِلّ الدين ، لم يكن للغريم منعه ، ومن أصحابنا من قال : إن كان السفر مخوفا كان له منعه ، لأنه لا يأمن أن يموت فيضيع دينه ، والصحيح هو الأول ، لأنه لا حق له عليه قبل محل الدين ، وجواز أن يموت لا يمنع من التصرف فى نفسه قبل المحل ، كما يجوز فى الحضر أن يهرب ثم لا يملك حبسه لجواز الهرب ، وإن قال : أقم لى كفيلا بالمال لم يلزمه ، لأنه لم يحل عليه الدين فلم يملك المطالبة بالكفيل ، كما لو لم يرد السفر ، وإن كان الدين حالًّا نظرت ، فإن كان معسراً لم يجز مطالبته لقوله تعالى ﴿ وإن كان ذو عسرة فنظرةٌ إلى ميسرة ﴾ ولا يملك ملازمته لأن كل

دين لا يملك المطالبة به لم يملك الملازمة عليه كالدين المؤجل ، فإن كان يحسن صنعة فطلب الغريم أن يؤجر نفسه ليكسب ما يعطيه لم يجبر على ذلك لأنه إجبار على التكسب فلم يجز كالإجبار على التجارة ، وإن كان موسراً جازت مطالبته . لقوله تعالى ﴿ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ﴾ .

فدل على أنه إذا لم يكن ذا عسرة لم يجب إنظاره ؛ فإن لم يقضه ألزمه الحاكم ، فإن امتنع ــ فإن كان له مال ظاهر ــ باعه عليه لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال « ألا أن الأسيفع أسيفع جهينه رضى من دينه أن يقال : سبق الحاج فادّان معرضا فأصبح وقد رِيْنَ به ، فمن له دين فليحضر ، فإنا بائعو ماله وقاسموه بين غرمائه » وإن كان له مال كتمه حبسه وعزره حتى يظهره ، فإن ادعى الإعسار نظرت ، فإن لم يعرف له قبل ذلك مال فالقول قوله مع يمينه . لأن الأصل عدم المال . فإن عرف له مال لم يقبل قوله ، لأنه معسر إلا ببينة ، لأن الأصل بقاء المال ، فإن قال : غريمى يعلم أنى معسر ، أو أن مالى هلك فحلفوه حلف ، لأن ما يدعيه محتمل ، فإن أراد أن يقيم البينة على هلاك المال قبل فيه شهادة عدلين .

فإن أراد أن يقيم البينة على الإعسار لم يقبل إلا بشهادة عدلين من أهل الخبرة والمعرفة بحاله ، لأن الهلاك يدركه كل أحد والإعسار لا يعلمه إلا من يخبر باطنه ، فإن أقام البينة على الإعسار وادعى الغريم أن له مالا باطنا فطلب اليمين عليه ، ففيه قولان (أحدهما) لا يحلف ، لأنه أقام البينة على ما ادعاه فلا يحلف ، كما لو ادعى ملكا وأقام عليه البينة (والثانى) يحلف لأن المال الباطن يجوز خفاؤه على الشاهدين ، فجاز عرض اليمين فيه عند الطلب ، كما لو أقام عليه البينة بالدين وادعى أنه أبرأه منه ، وإن وجد فى يده مال فادعى أنه لغيره نظرت ، فإن كذبه المقر له بيعَ فى الدين لأن الظاهر أنه له ، وإن صدقه سلم إليه . فإن قال الغريم : أحلفوه لى أنه صادق فى إقراره ففيه وجهان (أحدهما) يحلف لأنه يحتمل أن يكون كاذباً فى إقراره (والثانى) لا يحلف وهو الصحيح ، لأن اليمين تعرض ليخاف فيرجع عن الإقرار ، ولو رجع عن الإقرار لم يقبل رجوعه فلا معنى لعرض اليمين ﴾ .

(الشرح) : خبر عمر رضى الله عنه رواه مالك فى الموطأ والدارقطنى وابن أبى شيبة والبيهقى وعبد الرزاق بألفاظ سنوردها .

أما لغات الفصل : فإن الفلس مأخوذ من الفلوس وهو أخس مال الرجل ، لأن أقل صنوف النقود هو الفلس وهو عند إخواننا أهل العراق والشام ويساوى مليماً عند أهل مصر والسودان والهلله عند إخواننا أهل الحجاز ونجد ، والبقشة عند إخواننا أهل اليمن ، وقد دخل لفظ الفلس فى لغات أهل أوربا بلهجتهم ، فقالوا : البنس والبيزا : قال فى المصباح : وبعضهم يقول : أفلس

الرجل أى صار ذار فلوس بعد أن كان ذادراهم فهو مفلس ؛ والجمع مفاليس ، الانتقال من حالة اليسر إلى حالة العسر ، وفلسه القاضى تفليسا نادى عليه وشهره بين الناس بأنه صار مفلسا ، والفلس الذى يتعامل به جمعه فى القلة أفلُس وفى الكثرة فلوس . ومن هنا كان المفلس هو الذى يملك مالا تافها ، وقد ورد فى الحديث هو الذى لا مال له ، فقد أخرج مسلم أن الرسول ﷺ قال « أتدرون من المفلس ؟ قالوا : يا رسول الله المفلس فينا من لا درهم له ولا متاع ، قال : ليس ذلك المفلس . ولكن المفلس من يأتى يوم القيامة بحسنات أمثال الجبال ، ويأتى وقد ظلم هذا ولطم هذا وأخذ من عرض هذا ، فيأخذ هذا من حسناته وهذا من حسناته فإن بقى عليه شىء أخذ من سيئاتهم فرد عليه ثم صك له صك إلى النار » فقولهم ذلك إخبار عن حقيقة المفلس والرسول ﷺ لم يرد نفى الحقيقة . بل أراد أن فلس الآخرة أشد وأعظم بحيث يصير مفلس الدنيا بالنسبة إليه كالغنى ، وذلك نحو قوله ﷺ « ليس الشديد بالصرعة ولكن الشديد الذى يغلب نفسه عند الغضب » وقوله ﷺ « ليس الغنى عن كثرة العرض ، ولكن الغنى غنى النفس » وقوله « ليس السابق من سبق بعيره . وإنما السابق من غفر له » وقول الشاعر :

ليس من مات فاستـــــراح بميت إنما الميت ميت الأحيـــــــاء

وسموه مفلساً لأن ماله مستحق . وفى اصطلاح الفقهاء : من دينه أكثر من ماله وخرجه أكثر من دخله . الصرف فى جهة دينه فكأنه معدوم . وقوله الأسيفع تصغير أسفع والأنثى سفعاء . والسفعة سواد مشرب بحمرة . وقال الشيخ ابن حجر فى تحفته : التفليس هو لغة النداء على المدين الآتى وشهره بصفة الإفلاس المأخوذ من الفلوس التى هى أخس الأموال ، وشرعاً حجر الحاكم على المدين بشروطه .

أما أحكام الفصل : إذا كان على الرجل دين فلا يخلو إما أن يكون حالا أو مؤجلا . فإن كان حالا فإن كان معسراً لم تجز مطالبته لقوله تعالى : ﴿ فنظرة إلى ميسرة ﴾ ولا يجوز لغريمه ملازمته وبه قال مالك . وقال أبو حنيفة : ليس للغريم مطالبته ولكن له ملازمته فيسير معه حيث سار ويجلس معه حيث جلس إلا أنه لا يمنعه من الاكتساب . وإذا رجع إلى داره فإن أذن لغريمه بالدخول معه دخل معه وإن لم يأذن له بالدخول كان للغريم منعه من الدخول .

دليلنا قوله تعالى : ﴿ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ﴾(١) فأمر بإنظار المعسر فمن قال : إنه يلازمه خالف ظاهر الآية . وروى أن معاذاً رضى الله عنه ابتاع ثمرة فأصيب بها فقال النبى ﷺ « تصدقوا عليه فتصدقوا عليه فلم يف بما عليه . ثم قال : تصدقوا عليه فتصدقوا عليه فلم يف بما عليه . فقال النبى ﷺ لغرمائه : خذوا ما وجدتم ،

---

(١) الآية ٢٨٠ من سورة البقرة .

ما لكم غيره » وهذا نص ، ولأن كل من لا مطالبة له لم يجز ملازمته ، كما لو كان الدين مؤجلا ، فإن كان الذى عليه الدين يحسن صنعة لم يجبر على الاكتساب بها ليحصل ما يقضى به دينه . وهذا من أعظم مقاصد الشريعة الغراء فى أن الحرية الشخصية أثمن من كل شيء فلا يعد لها مال ولا دَين ، ولا يقيدها غريم ولا سلطان ، بل إن اكتسب وحصل معه مال يفضل عن نفقته ونفقة من تلزمه نفقته قضى به الدين . وبه قال مالك وأبو حنيفة وعامة أهل العلم ما دام معسراً .

وقال أحمد وإسحق بن راهويه يجبر على الاكتساب لقضاء الدين ، وبه قال عمر بن عبد العزيز وعبيد الله بن الحسن العنبرى وسوار القاضى .

« دليلنا حديث معاذ بن جبل رضى الله عنه الذى ابتاع الثمرة فأمر النبى ﷺ غرماءه أن يأخذوا ما معه » وقال : « خذوا ما وجدتم ، ما لكم غيره » ولم يأمره بالاكتساب لهم ، ولأن هذا إجبار على الاكتساب فلم يجب ذلك ، كما لا يجبر على قبول الوصية ، وكذلك لو تزوج امرأة بمهر كبير لم يجبر على طلاقها قبل الدخول ليرجع إليه نصفه ، فإن كان موسراً جازت مطالبته لقوله تعالى : ﴿ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ﴾ فأوجب إنظار المعسر ، فدل على أن الموسر لا يجب إنظاره ، فإن لم يقضه أمره الحاكم بالقضاء ، فإن لم يفعل ــ فإن كان له مال ظاهر ــ باع الحاكم عليه ماله وقضى الغريم ، وإن قضى الحاكم الغريم شيئاً من مال من عليه الدين جاز ، وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : لا يجوز أن يبيع ماله عليه ولكن يحبسه حتى يقضى الدين بنفسه .

(**فرع**) : وإن كان الدين مؤجلا لم يجز مطالبته به قبل حلول الأجل ، لأن ذلك يسقط فائدة التأجيل ، فإذا أراد أن يسافر قبل حلول الدين سفراً يزيد على الأجل نظرت فإن كان لغير الجهاد لم يكن للغريم منعه ولا مطالبته بأن يقيم له كفيلا بدينه ولا أن يعطيه رهناً . قال الشافعى رضى الله عنه : ويقال له حقك حيث وضعته ، يعنى أنك رضيت حال العقد أن يكون مالك عليه بلا رهن ولا ضمين ، وحكى أصحابنا عن مالك رحمه الله أنه قال : له مطالبته بالكفيل أو الرهن .

دليلنا أنه ليس له مطالبته بالحق فلم يكن له مطالبته بالكفيل والرهن ، كما لو لم يرد السفر .

(**فرع**) : وإن كان السفر للجهاد ففيه وجهان ، من أصحابنا من قال : له منعه

إلى أن يقيم ، له كفيلا أو يعطيه رهناً بدينه ، لأن الشافعى رحمه الله قال : ولا يجاهد إلا بإذن أهل الدَّين ، ولم يفرق بين الحال والمؤجل ، ولأن المجاهد يعرض نفسه للقتل طلباً للشهادة ، فلم يكن بد من إقامة الكفيل أو الرهن ، ليستوفى صاحب الدين دينه منه . فإذا حق الدين وكان له مال ظاهر باع الحاكم عليه ماله وقضى الدين . دليلنا ما روى أن عمر رضى الله عنه صعد المنبر وقال : « ألا إن الأسيفع أسيفع جهينة رضى من دينه ، فادَّان معرضاً فأصبح وقد رين به ، فمن كان له دين فليحضر فإنا بائعوا ماله » . وروى : « رضى من دينه وأمانته أن يقال : سابق الحاج » ، وروى « سبق الحاج فادَّان معرضاً فأصبح قَدْ رِينَ به ، فمن كان له عليه دين فليحضر غداً فإنا بايعوا ماله وقاسموه بين غرمائه » . وروى : « فمن كان له دين فليعد بالغداة فلنقسم ماله بينهم بالحصص » . وكان هذا بمجمع من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينكر عليه أحد ، فدل على أنه إجماع .

قوله « فادَّان معرضاً » أى أنه يتعرض الناس فيستدين ممن أمكنه ويشترى به الإبل الجياد ، ويروح فى الحاج فيسبق الحاج . وقوله « فأصبح قد رين به » يقال رين بالرجل إذا وقع فيما لا يستطيع الخروج منه ولا قبل له به ، ويقال إنما عليك وعلاك قد ران بك وران عليك . قال الله تعالى : ﴿ كلا بل ران على قلوبهم ما كانوا يكسبون ﴾(١) قال الحسن : هو الذنب على الذنب حتى يسودَّ القلب..

وإن امتنع من عليه الدين من القضاء وكتم ماله عزَّره الحاكم وحبسه إلى أن يظهر ما له ، والدليل عليه قوله ﷺ « لىّ الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته » رواه الشيخان وأبو داود والنسائى والبيهقى والحاكم وابن حبان وصححه عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن النبى ﷺ قال وكيع : عرضه شكايته ، وعقوبته حبسه .

(قلت) : لم يرد أن يقذفه أو يطعن فى نسبه ، إنما يوصف بالظلم والعدوان . وقوله « لىّ الواجد » اللى المطل . يقال لويته ألويه ليا .

وأما إذا لم يكن له مال وقال : أنا معسر وكذبه الغريم نظرت ، فإن حصل بمعاوضة كالديون التجارية وهى تختلف فى عصرنا هذا عن الديون المدنية ، وهى فى عرف الفقهاء أعنى ديون المعاوضة مثل البيع والسلم والقرض فتشمل الديون المدنية والتجارية ، أما غير المعاوضة فهى الديون الجنائية ومهر الزوجة ، أقول : إذا كان الدين من الصنف الأول ، وأنه

---

(١) سورة المطففين آية ١٤ .

قد صرف له قبل ذلك لم تقبل دعواه أنه معسر ، لأنه قد ثبت ملكه للمال ، والأصل بقاؤه ، فلا نقبل قوله فى الإقرار ، بل يحبسه الحاكم ـــ وهو ما يعمل به فى المحاكم الوضعية من الحكم بالسجن على المتفالس فى الديون التجارية الذى يأخذ أموال الناس وبضائعهم ويدعى الإفلاس فيسقط اعتباره ويسجن إلى خمس سنين ـــ فإن قال : غريمى يعلم أنى معسر أو أن مالى هلك . فإن صدقه الغريم على ذلك خلى من الحبس .

وإن كذبه حلف الغريم أنه ما يعلم أنه معسر أو ما يعلم أن ماله هلك وحبس من عليه الدين ، فإن أراد أن يقيم البينة على الإعسار لم تقبل إلا من شهادة شاهدين من أهل الخبرة والتحقيق واستقصاء أوجه الدخل والخرج كمحاسبين أمينين وهذا هو نصهم « من أهل الخبرة » فإن كانت البينة من أهل الخبرة الباطنة سمعت .

وقال مالك رضى الله عنه : لا تسمع لأنها شهادة على النفى فلم تقبل .

دليلنا حديث قبيصة بن المخارق الهلالى عند مسلم أن النبى ﷺ قال « يا قبيصة بن مخارق لا تحل المسألة إلا لثلاثة ، رجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يؤديها ثم يمسك ، ورجل أصابته فاقة وحاجة حتى شهد أو تكلم ثلاثة من ذوى الْحِجَى من قومه أن به حاجة ، فحلت له المسألة حتى يصيب سداداً من عيش أو قواما » وما ذكر من أنها شهادة نفى غير صحيح ، لأنها وإن كانت تتضمن النفى فهى تثبت حالة تظهر ويقف عليها الشاهد كما لو شهد أن لا وارث له غير هذا .

وإن أراد أن يقيم البينة على تلف ماله ، قبلت شهادة عدلين سواء كانا من أهل الخبرة أم لا ، لأن التلف أمر يدركه كل واحد من خلطائه أو المباشرين له أو من كانوا من المال عن كثب ، كأن كانوا عمالا عنده أو عند جيرانه أو مالك العين التى يشغلها فى عمله أو متجره ، أو كان من عملائه والمترددين عليه أو نحوهم ممن تربطهم بالاطلاع على التلف أسباب ، فإن طلب الغريم يمينه مع ذلك لم يحلف لأن فى ذلك تكذيباً للشهود ، وقدحاً فى البيِّنة .

(**إذا ثبت هذا**) : فإن البينة فى كلتا الحالتين تسمع فى الحال ويخلى سبيله من الحبس . وقال أبو حنيفة : تسمع فى الحال ويحبس من عليه الدين شهرين ، وروى ثلاثة أشهر ، وروى أربعة أشهر . وقال الطحاوى : « يحبس شهرين » والمقصود من حبسه أن يغلب على ظن الحاكم أنه لو كان له مال لأظهره ، وهذا ليس بصحيح لأن كل بينة جاز

سماعها بعد مدة جاز سماعها حالا كسائر البينات .

وكم عدد البينة التى تقبل فى الإعسار ؟ قال أصحابنا البغداديون : تقبل فيه شهادة ذكرين عدلين كشهادة التلف مع زيادة الخبرة بباطن حال المفلس ، وهو قول أصحاب أحمد . وقال المسعودى : لا تقبل أقل من ثلاثة رجال ويحلف معهم ولعله يحتج بخبر قبيصة ابن المخارق ، الهلالى فى عددهم . فإن أقام البينة على الإعسار فقال للغريم : له مال باطن لا تعلم به البينة ، وطلب يمينه على ذلك ؛ ففيه قولان (أحدهما) لا يجب عليه أن يحلف وهو قول أبى حنيفة ، لأن فيه تكذيباً للشهود (والثانى) يجب عليه أن يحلف ، ، فإن لم يحلف حبس .

وقال الخرقى من أصحاب أحمد : ومن وجب عليه حق فذكر أنه معسر به حبس إلى أن يأتى ببينة تشهد بعسرته . وقال ابن المنذر : أكثر من نحفظه عنه من علماء الأمصار وقضاتهم يرون الحبس فى الدَّين ، منهم مالك والشافعى وأبو عبيد والنعمان وسوار وعبيد الله بن الحسن ، ولم يذكر الشيخ أبو حامد من أصحابنا فى التعليق غيره أنه يجب عليه أن يحلف ؛ فإن لم يحلف حبس ، لأنه يجوز أن يكون له مال باطن خفى على البينة ، وقد يكون لرجل مال لا يعلم به أقرب الناس إليه ، وقد يكون لأحد الزوجين مال ولا يعلم به الآخر .

(**فائدة**) : اعتبر قانون العقوبات المصرى فى الباب التاسع المادة ٣٢٨ ــ كل تاجر وقف عن دفع ديونه يعتبر فى حالة تفالس بالتدليس فى الأحوال الآتية :

١ ــ إذا أخفى دفاتره أو أعدمها أو غيَّرها .

٢ ــ إذا اختلس أو خبأ جزءاً من ماله إضراراً بدائنيه .

٣ ــ إذا اعترف أو جعل مديناً بطريق التدليس بمبالغ ليست فى ذمته حقيقة سواء كان ذلك ناشئاً عن مكتوباته أو ميزانيته أو غيرهما من الأوراق أو عن إقراره الشفاهى أو عن امتناعه من تقديم أوراق الإيضاحات مع علمه بما يترتب على ذلك الامتناع من مادة :

٣٢٩ ــ يعاقب المتفالس بالتدليس ومن شاركه فى ذلك بالسجن ٣ سنوات إلى خمس .

وهناك عقوبة معنوية هى نزع أهليته للتعامل مدة خمس عشرة سنة .

(**فرع**) : وإذا ثبت عليه الدَّين فى غير معاوضة مثل جنايته على غيره أو إتلافه عليه ماله ولم يعلم له قبل ذلك مال ، وادعى أنه معسر فالقول قوله مع يمينه أنه معسر ، لأن الأصل الفقر حتى يعلم اليسار وفى الحديث الشريف : « إن ابن آدم خلق ليس عليه شىء

إلا قشرتاه ، ثم يرزقه الله » .

فإذا حلف ثم ظهر له غريم آخر ، قال الصيمرى : لم يحلف له ألبتة لأنه قد ثبت إعساره باليمين الأولى ، وإن كان فى يده مال فقال : هو لزيد وديعة أو مضاربة فإن كان المقر له غائباً حلف من عليه الدين وسقطت عنه المطالبة ، لأن الأصل عدم العسر ، وما ذكره الصيمرى ممكن جداً ، وإن كان المقر له حاضراً رجع إليه ، فإن كذبه قسم المال بين الغرماء ، وإن صدقه حكم للمقر له ، فإن طلب يمين المقر أنه صادق فى إقراره فهل يجب إحلافه ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) : لا يجب إحلافه لأنه لو رجع عن إقراره لم يقبل فلا معنى لإحلافه .

(والثانى) أنه يجب إحلافه ؛ فإن لم يحلف حبس لجواز أن يكون واطئاً المقر له على ذلك ، فإن طلب الغريم يمين المقر له أن المال له . قال ابن الصباغ : فعندى أنه يحلف لأنه لو أكذب المقر ثبت المال للغرماء ، فإذا صدقه حلف .

(**إذا ثبت هذا**) : فكل من حكمنا بإعساره بالبينة ، فإنه لا يحبس ، وكل من لم يحكم بإعساره يحبس ولا غاية للحبس عندنا ، بل يحبس حتى ينكشف ثلاثة أيام أو أربعة أيام فإذا ثبت إعساره خلى ، ولا تمنع المسألة عنه .

وقال أبو حنيفة فى الأصول : يحبس أربعة أشهر ، وقال فى موضع : ثلاثة أشهر ، وقال فى موضع : ثلاثين يوماً . وقال أصحابه : ليس هذا على سبيل التحديد ، وإنما هو على قدر حال المفلس ، فإن كان ممن لا يعلم بحاله إلا بحبس أربعة أشهر حبس قدر ذلك ، وكذلك إذا كان لا يعلم بحاله إلا بحبس ثلاثة أشهر حبس قبل ذلك .

دليلنا : أنه لا سبيل إلى العلم بحاله من طريق القطع ، وإنما يعلم بحاله من طريق الظاهر وذلك يعلم بحبس ثلاثة أيام أو أربعة ، وما أشبه ذلك ، وإذا حبسه الغريم فليس له حبسه عن النوم والأكل .

وفى نفقته بالحبس وجهان ، حكاهما الصيمرى فى الإيضاح (المذهب) أنها فى مال نفسه (والثانى) أنها على الغريم ، فإن كان المحبوس ذا صنعة ـــ قال الصيمرى : قد قيل : يُمَكَّن منها لأنه يقضى بما يحصل منها دينه ، وقيل : يمنع منها إذا علم أن ذلك يراخى أمره ولا معصية عليه بترك الجمعة والجماعة ، وإن كان معسراً . وقيل يلزمه استئذان الغريم عند ذلك حتى يمنعه ، فيسقط عنه الحضور .

(**فرع**) : إذا مرض فى الحبس ولم يجد من يخدمه فيه أخرج ؛ وإن وجد من يخدمه ويقوم على تمريضه وعلاجه فى الحبس ، فهل يجب إخراجه ؟ فيه وجهان حكاهما الصيدلانى وإن جُنَّ فى الحبس أخرج ، وإذا حبس بطلب جماعة من الغرماء لم يكن لواحد منهم أن يخرجه حتى يجتمعوا على إخراجه وإن حبس بطلب غريم ، ثم حبس غريم آخر فطلب أن يخرجه ليدعى عليه أحضر ؛ فإذا ثبت له عليه حق وطلب أن يحبس له حبس ، ولا يجوز إخراجه إلا باجتماعهما ، وإن ثبت إعساره أخرجه الحاكم من غير إذن الغريم . قال الصيدلانى : وإذا لم يكن للمعسر مال فهل له أن يحلف أنه لا حق عليه ؟ فيه وجهان : (أحدهما) له أن يحلف وينوى أن ليس عليه اليوم حتى يلزمه الخروج إليه منه (والثانى) ليس له أن يحلف لأن الحاكم إذا كان عادلا لا يحبسه إلا بعد الكشف عن حاله اهـ ، والله تعالى أعلم .

(**فائدة**) : إن الحبس فى الدين وهو إكراه بدنى للوفاء والأداء لحقوق الناس يجعل الإنسان لا يقدم على الاستدانة إلا مع علمه بتمكنه من الوفاء ، وهذا مما يشيع الثقة بين الناس ويجعل كل الناس مستعدين لإعانة بعضهم والرفق بهم بعقود الدين لعلم كل واحد بصرامة الأحكام الشرعية وثقته فى وصول حقوقهم إليهم مما أغنى المجتمع المسلم عن التعامل بالربا حتى تعطلت هذه الأحكام الجادة ففشا الربا وفشت النهبة ، وقد نظمت الأحكام الشرعية فى دولة السودان ونصوا على حبس المدين المماطل حتى يؤدى ما عليه من الدين ، وقد وفق الله حكام ذلك البلد للعودة إلى الحكم بكتاب الله وسنة رسوله ﷺ وقد لمسوا فائدة هذه الأحكام باستتباب الأمن واستقرار النظام والسكينة إلا من بعض حوادث قليلة ، ومعارضة من النصارى تأبى أن تعيش فى ظل الرحمة المهداة فى شرع الله لأنهم أثروا من الحرام بالاتجار فى الخمور وغيرها والله غالب على أمره .

قالَ المُصنِّفُ رحمهُ الله تعالى

(**فصل**) : ﴿ **وإن ركبته الديون ورفعه الغرماء إلى الحاكم ، وسألوه أن يحجر عليه نظر الحاكم فى ماله ، فإن كان له مال يفى بالديون لم يحجر عليه لأنه لا حاجة به إلى الحجر ، بل يأمره بقضاء الدين على ما بيناه ، فإن كان ماله لا يفى بالديون حجر عليه وباع ما له عليه لما روى عبد الرحمن بن كعب بن مالك قال : « كان معاذ بن جبل من أفضل شباب قومه ولم يكن يمسك شيئاً فلم يزل يدان حتى أغرق ماله فى الدين ، فكلم**

النبى ﷺ غرماءه فلو ترك أحد من أجل أحد لتركوا معاذاً من أجل رسول الله ﷺ فباع لهم رسول الله ﷺ ماله حتى قام معاذ بغير شيء » وروى كعب بن مالك : « أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ وباع عليه ماله » وإن كان ماله يفى بالديون إلا أنه ظهرت عليه أمارة التفليس بأن زاد خرجه على دخله ففيه وجهان (أحدهما) لا يحجر عليه لأنه ملئ بالدين فلا يحجر عليه كما لو لم يظهر فيه أمارة المفلس (والثانى) يحجر عليه لأنه إذا لم يحجر عليه أتى الخرج على ماله فذهب ودخل الضرر على الغرماء ﴾ .

(**الشـرح**) : حديث عبد الرحمن بن كعب بن مالك روى متصلا ، أخرجه الدار قطنى والبيهقى والحاكم وصححه من طريق كعب بن مالك أبى عبد الرحمن . أما مرسل عبد الرحمن الوارد فى الفصل فقد أخرجه أبو داود وعبد الرزاق . قال عبد الحق : المرسل أصح وقال ابن الطلاع فى الأحكام : هو حديث ثابت ، وقد أخرج الحديث الطبرانى ويشهد له ما عند مسلم وغيره من حديث أبى سعيد الخدرى قال : « أصيب رجل على عهد رسول الله ﷺ » .

أما قوله : « ملئ » أى غنى كثير المال ، ولكنه كثير المال الذى لغيره فهو ملئ بالدين .

(**أما الأحكام**) : فإذا ثبتت الديون على رجل إما بالبينة أو باعترافه أو بأيمان المدعى عند نكوله ، وسأل الغرماء الحاكم أن يحجر عليه ، نظر الحاكم فى ماله ، فإن كان يفى بما عليه من الدين لم يحجر عليه ، بل يأمره بقضاء الدَّين ، فإن امتنع باع عليه الحاكم ماله ، وقضى أصحاب الديون خلافا لأبى حنيفة . وقد سبقت هذه المسألة فى الفصل الذى مضى . وهل تقوَّم الأعيان التى هى عليه بأثمانها ؟ وجهان حكاهما ابن الصباغ : (أحدهما) لا يقومها لأن لأربابها الرجوع فيها ولا يحتسب أثمانها عليه فلا يقومها مع باقى ماله ، والثانى : يقومها لأن أصحابها بالخيار أن يرجعوا فيها أو لا يرجعوا فيها . والوجه الأول يتيح للغريم أن يأخذ عين ماله ومذهب أحمد رضى الله عنه مستدلا بقوله ﷺ : « من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به » رواه الشيخان عن أبى هريرة رضى الله عنه .

قال الإمام أحمد رضى الله عنه : لو أن حاكماً حكم أنه أسوة الغرماء ــ أى سوى بين الغرماء فى عين المال أو فى ثمنه بعد بيعه ــ ثم رفع إلى رجل يرى العمل بالحديث . جاز له نقض حكمه .

(قلت) جملة القول فى هذا أن المفلس متى حجر عليه فوجد بعض غرمائه سلعته التى باعه إياها بعينها بالشروط التى يذكرها ملك فسخ البيع وأخذ سلعته وروى ذلك عن عثمان وعلى وأبى هريرة ، وبه قال عروة ومالك والأوزاعى والشافعى والعنبرى وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر ، وقال الحسن والنخعى وابن شبرمة وأبو حنيفة : هو أسوة الغرماء .

وإن قُوِّم ماله فوجدوه لا يفى بديونه لم يحجر الحاكم عليه قبل سؤال الغرماء ذلك لأنه لا ولاية له عليه فى ذلك ، وإن سأل الغرماء أو بعضهم الحجر عليه بعد ذلك حجر عليه ، وباع عليه ماله ، وبه قال مالك ومحمد وأبو يوسف ، وقال أبو حنيفة : لا يحجر عليه ولا يبيع عليه ماله ؛ بل يحبسه حتى يقضى ما عليه . قاله العمرانى فى البيان .

دليلنا ما روى أن معاذ بن جبل رضى الله عنه « ركبه دين على عهد رسول الله ﷺ فكلم غرماءه رسول الله ﷺ فحجر عليه وباع عليه ماله حتى قام معاذ بغير شىء » وفى رواية أن النبى ﷺ « خلع ماله لهم » ـ يعنى لغرمائه ـ وهذا يحتمل تأويلين (أحدهما) أن ماله لم يف بالدين فحجر عليه ، فيكون معنى قوله « خلع » أى حجر عليه (والثانى) أن معنى قوله خلع ماله لهم ، أى باع ماله لهم .

وروى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه أن رجلا أصيب فى ثمار ابتاعها ، فقال رسول الله ﷺ : « تصدقوا عليه » فلم يف بما عليه ، فقال رسول الله ﷺ : « خذوا ماله ليس لكم إلا ذلك » رواه الجماعة إلا البخارى .

ولم يُرِدْ رسول الله ﷺ بقوله « خذوا ماله » انهبوا ماله ، وإنما أراد ﷺ خذوه بالحصص ، وأبو حنيفة يقول : ليس لهم أن يأخذوه إلا أن يعطيهم إياه . وهذا يخالف الخبر الصحيح . وإن كان ماله يفى بدينه إلا أن إمارات الإفلاس بادية ، فإن كان ماله بإزاء دينه ولا وجه لنفقته إلا مما بيده ، أو كان له وجه كسب إلا أنه قدر نفقته أكثر مما يجعل له بالكسب ، فهل للحاكم أن يحجر عليه إذا سأله الغرماء ذلك ؟ حكى المصنف فى ذلك قولين ، وحكاهما الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وجهين :

(أحدهما) لا يجوز الحجر عليه بل يأمره الحاكم بقضاء الدَّين على ما بيناه ، لأن الحجر إنما يكون على المفلس وهذا ليس بمفلس ، لأنه ملىء بالدين .

(والثانى) يحجر عليه لأن الظاهر من حاله أن ماله يعجز عن الوفاء بديونه والحجر يجوز بالظاهر ، ألا ترى أن السفيه يجوز الحجر عليه ، لأن الظاهر من حاله التبذير والإسراف ، وإن كان يجوز أن لا يبذر .

قالَ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ الله تعالَى

(فصـل) : ﴿ والمستحب أن يُشهد على الحجر ليعلم الناس حاله فلا يعاملوه إلا على بصيرة ، فإذا حجر عليه تعلقت ديون الغرماء بماله ومنع من التصرف فيه فإن اقترض أو اشترى فى ذمته شيئاً صح لأنه لا ضرر على الغرماء فيما يثبت فى ذمته ومن باعه أو أقرضه بعد الحجر لم يشارك الغرماء فى ماله ، لأنه إن علم بالحجر فقد دخل على بصيرة ، وأن ديون الغرماء متعلقة بماله ، وإن لم يعلم فقد فرط حين دخل فى معاملته على غير بصيرة فلزمه الصبر إلى أن يفك عنه الحجر ، فإن تصرف فى المال بالبيع والهبة والعتق ففيه قولان .

(أحدهما) أنه صحيح موقوف لأنه حجر ثبت لحق الغرماء فلم يمنع صحة التصرف فى المال كالحجر على المريض (والثانى) لا يصح وهو الصحيح لأنه حجر ثبت بالحاكم فمنع من التصرف فى المال كالحجر على السفيه ، ويخالف حجر المريض لأن الورثة لا تتعلق حقوقهم بماله إلا بعد الموت ، وهـهنا حقوق الغرماء تعلقت بماله فى الحال فلم يصح تصرفه فيه كالمرهون . فإن قلنا : يصح تصرفه وقف ، فإن وفى ماله بالدين نفذ تصرفه ؛ وإن لم يف فسخ ، لأنا جوزنا تصرفه رجاء أن تزيد قيمة المال أو يفتح عليه بما يقضى به الدين ، فإذا عجز فسخ كما نقول فى هبة المريض .

قال أصحابنا : وعلى هذا ينقض من تصرفه الأضعف فالأضعف فأضعفها الهبة لأنه لا عوض فيه ثم البيع لأنه يلحقه الفسخ ثم العتق ، لأنه أقوى التصرفات ، ويحتمل عندى أنه يفسخ الآخر فالآخر ، كما قلنا فى تبرعات المريض إذا عجز عنها الثلث ﴾ .

(الشـرح) : إذا حجر الحاكم فيستحب أن يشهد على الحجر ، ويعمل على نشر نبأ الحجر بوسائل الإعلام المناسبة كالنشر فى الصحف اليومية ، أو الإعلان بنشره فى ديوان الشرطة ، أو على حائط المكان الذى يقيم فيه المحجور عليه ، وهى الوسائل المستحدثة للإعلام فى عصرنا هذا حيث كان يقوم فى الماضى مناد من قبل الحاكم ينادى فى الأسواق (ألا إن الحاكم قد حجر على فلان ابن فلان) لأنه إذا لم يعلم الناس اغتروا به فعاملوه فيؤدى ذلك إلى الإضرار به وبهم ، فإذا عاملوه بعد إعلامهم بحاله كانوا قد عاملوه ــ وهم على بينة من أمره وعلى بصيرة من أمر أنفسهم ــ ولأن هذا الإعلام تسجيل وإشهار لحكم صدر

من الحاكم يأخذ صورة النفاذ ، فإذا تقلد أمر القضاء حاكم آخر كان حكم سلفه معروفاً له ، توفرت له أسباب العلنية التى تحول بينه وبين الغموض فى أمر المحجور عليه ، فيباشر تنفيذ الحكم الذى صدر من سلفه ولا يحتاج إلى ابتداء الحجر من جديد ، فإذا صدر حكم القاضى بالحجر على المفلس تعلقت ديون الغرماء بماله ومنع من التصرف فى هذا المال . وقال أبو حنيفة : لا تتعلق الديون بماله ، ولا يمنع من التصرف ، بل يحبسه الحاكم حتى يوفى ما عليه من الدين .

دليلنا : «أن معاذ بن جبل ركبته الديون على عهد النبى ﷺ فلم يزل يدّانُ حتى غرق ماله كله فى الدين ، فأتى النبى ﷺ فكلمه ليكلم غرماءه ، فباع لهم رسول الله ﷺ ماله حتى قام معاذ بغير شىء » رواه سعيد بن منصور فى سننه عن عبد الرحمن بن كعب .

(**إذا ثبت هذا**) : فإن المفلس إذا تصرف فى ماله بعد الحجر عليه نظرت فإن تصرف فى ذمته ، فإن اقترض أو اشترى شيئاً بثمن فى ذمته ، أو أسلم إليه فى شىء صح ذلك ، لأن الحجر عليه فى أعيان ماله ، وهذا يعدل الحجز القضائى أو الإدارى فى عصرنا هذا على موجودات المدين وممتلكاته ، ولا يؤثر ذلك فى صحة معاملاته وعقوده وقروضه وبيعه وسلمه ، لأنه لم يحجر عليه فى ذمته ، لأنه لا ضرر على الغرماء فيما ثبت عليه بذمته ، ومن عامله بعد ذلك فباعه أو أقرضه لم يشارك الغرماء فى ماله ، لأنه إن علم بالحجر فقد دخل على بصيرة ، وإن لم يعلم به فقد فرط فى ترك التحرى .

وهل تقسم الأعيان التى اشتراها بعد الحجر عليه بثمن فى ذمته بين الغرماء الأولين ؟ أو يكون بائعوها أحق بها ؟ فيه وجهان سنذكرهما إن شاء الله .

وإن تصرف المفلس فى أعيان ماله بأن باع أو وهب أو أقرض أو أعتق فهل يصح تصرفه بها ؟ فيه قولان (أحدهما) أن تصرفه موقوف فإن كان فيما بقى من ماله وفاء بدينه نفذ تصرفه ، وإن لم يف بدينه لم ينفذ تصرفه ، وهو أضعف القولين على المذهب ، لأن من صح ابتياعه فى ذمته صح بيعه لأعيان ماله كغير المفلس ، ولأنه حجر عليه لحق الغير فكان تصرفه موقوفاً كالحجر على المريض ، وفيه احتراز من تصرف المحجور عليه للسفه (والقول الثانى) أن تصرفه باطل ، وهو قول ابن أبى ليلى والثورى ومالك رضى الله عنهم ، وهو اختيار المزنى وهو الصحيح ، لأنه حجر ثبت بالحاكم فلم يصح تصرفه كالسفيه ، ولأن كل من تعلق بماله حق الغير وجب أن يكون ممنوعاً من التصرف فيه كالرهن لا يصح تصرف الراهن به .

وإذا قلنا إن تصرفه باطل فى أعيان ماله ، رد جميع ما باع ووهب وأعتق ، وقسم ماله بين الغرماء ، فإن وفى ماله بدينه بأن زادت قيمته أو أبرىء من بعض دينه ، وفصل ما كان تصرف فيه عن الدين لم نحكم بصحة تصرفه الأول ، لأنه وقع باطلا . فعلى هذا إن باع عيناًمن أعيان ماله من غريمه بدينه الذى له عليه فهل يصح ؟ فيه وجهان حكاهما فى العدة .

(الأول) قال صاحب التلخيص (يصح) لأن الحجر عليه للدين . فبيعه بذلك الدين يوجب سقوطه .

(والثانى) لا يصح ، وهو قول الشيخ أبى زيد ، لأن الحجر على المفلس ليس بمقصور على هذا الغريم ، لأنه ربما ظهر له غريم آخر ، وإن قلنا : إن تصرفه صحيح موقوف قسم ماله فإن وفى ماله بدينه غير الذى تصرف فيه نفذ تصرفه ، وإن لم يف ماله إلا أن ينقضى جميع ما تصرف فيه نقض جميعه ، وإن لم يف بدينه إلا بعض الأعيان التى تصرف فيها نقض منها شىء بعد شىء ، وما الذى ينقض أولا ؟ فيه وجهان .

قال الشيخ أبو حامد وعامة أصحابنا : ينقض الأضعف فالأضعف وإن كان متقدماً فى التصرف فعلى هذا ينقض الهبة أولا ، لأنها أضعف ، لأنه لا عوض فيها ، ثم البيع بعدها لأنه يلحقه الفسخ . قال ابن الصباغ : ثم العتق ثم الوقف . قال العمرانى فى البيان : والذى يقتضى القياس عندى على هذا أن الوقف ينقض أولا قبل العتق ، لأن العتق أقوى من الوقف ، بدليل أنه يسرى إلى ملك الغير والوقف لا يسرى إلى ملك الغير . (الوجه الثانى) وهو قول المصنف إنه ينقض الآخر فالآخر من تصرفه ، عتقاً كان أو هبة أو غيرهما ، كما قلنا فى تبرعات المريض المنجزة إذا عجز عنها الثلث فإنه ينقض الآخر فالآخر .

قالَ المُصَنِّفُ رَحِمَهُ الله تعالى

(فصل) : قال الشافعى رحمه الله : ولو باع بشرط الخيار ثم أفلس فله إجازة البيع ورده ، فمن أصحابنا من حمل هذا على ظاهره ، وقال : له أن يفعل ما يشاء ، لأن الحجر إنما يؤثر فى عقد مستأنف ، وهذا عقد سبق الحجر فلم يؤثر الحجر فيه وقال أبو إسحاق : إن كان الحظ فى الرد لم يجز ، وإن كان فى الإجازة لم يرد ، لأن الحجر يقتضى طلب الحظ ، فإذا طرأ فى بيع فى بيع الخيار أوجب طلب الحظ ، كما لو باع

بشرط الخيار ثم جن ، فإن الولى لا يفعل إلا ما فيه الحظ من الرد والإجازة ومن أصحابنا من قال : « إن قلنا إن المبيع انتقل بنفس العقد لم يجب الرد ، وإن كان الحظ فى الرد لأن الملك قد انتقل فلا يكلف رده ، وحمل قول الشافعى رحمه الله على هذا القول . وإن قلنا : إن المبيع لم ينتقل أو موقوف لزمه الرد إن كان الحظ فى الرد ، لأن المبيع على ملكه فلا يفعل إلا ما فيه الحظ ﴾ .

(**الشـرح**) : قال الشافعى رحمه الله : ولو تبايعا بالخيار ثلاثاً ، ففلسا أو أحدهما فلكل واحد منهما إجازة البيع ورده دون الغرماء ، لأنه ليس بمستحدث (قلت) وهذا كما قال : إذا تبايع الرجلان وبينهما خيار الثلاث أو خيار المجلس ، ثم حجر عليهما أو على أحدهما وحكم عليهما بالإفلاس . وقد اختلف أصحابنا فى هذه المسألة على طرق ، فمنهم من حملها على ظاهرها وقال لكل واحد منهما أن يفسخ البيع وله أن يجيزه سواء كان الحظ فيما فعله من ذلك أو فى غيره ، لأن الحجر إنما يمنع تصرفه فى المستقبل لا فيما مضى ، ولأن المفلس لا يجبر على الاكتساب ، فلو قلنا : يلزمه أن يفعل ما فيه الحظ لألزمناه الاكتساب .

وقال أبو إسحاق : إن كان الحظ فى الفسخ لزمه أن يفسخ ، وإن أجازه لم تصح إجازته وإن كان الحظ (أو الفائدة) فى الإجازة لزمه أن يجيز ، وإن لم يصح الفسخ ، لأن الحجر يقتضى طلب الحظ ، فلم يفعل إلا ما فيه الحظ ، كما لو باع بشرط الخيار ثم جن ، فإن الولى لا يفعل إلا ما فيه الحظ . وتأول كلام الشافعى على هذا الذى بينا ، ومنهم من قال : يبْنى ذلك على وقت انتقال الملك إلى المشترى ، وصورتها إذا باع بشرط الخيار وأفلس البائع ؛ فإن قلنا : إن الملك انتقل إلى المشترى بنفس العقد ، فللبائع أن يجيز البيع ، وإن كان الحظ فى الفسخ فله أن يفسخ ، وإن كان الحظ فى الإجازة فإن قلنا : إن البيع لا ينتقل إلا بشرطين أو قلنا : إنه موقوف فليس له أن يفعل إلا ما فيه الحظ ، على القولين .

قال ابن الصباغ : والطريقة الأولى أشد عند أصحابنا ، لأن التصرف من المحجور عليه لا ينفذ ، سواء كان الحظ فيه أو لم يكن . وذكر الشيخ أبو حامد فى التعليق طريقة رابعة ، وقال : الصحيح عندى أنه لا يملك فسخ العقد ولا إجازته بعد الحجر عليه بكل حال ، لأنه عندما ينقطع تصرفه بالحجر عليه بدلالة أنه إذا باع شيئاً ثم حجر عليه قبل قبض الثمن لم يكن له قبض ، اللهم إلا أن يكون الإمام أمر من يقوم بأمره وينظر فى مصالحه فرأى الحظ له فى الفسخ ، فإنه يفعل اهـ . والله تعالى أعلم .

قالَ المُصَنِّفُ رحمهُ الله تعالى

(فصـل) : ﴿ وإن وهب هبة تقتضى الثواب ، وقلنا : إن الثواب مقدر بما يرضى به الواهب ، ثم أفلس ، فله أن يرضى بما شاء ، لأنا لو ألزمناه أن يطلب الفضل لألزمناه أن يكتسب ، والمفلس لا يكلف الاكتساب ﴾ .

(الشـرح) : إذا وهب هبة بشرط أن يرد إليه ثوابها من الموهوب له ثم أفلس الواهب فبذل الموهوب له ثواب الهبة لزمه قبوله ولم يكن له إسقاطه لأنه أخذه على سبيل العوض عن الموهوب فلزمه قبوله كالثمن فى المبيع ، وليس له إسقاط شىء من ثمن بيع أو أجرة فى إجارة ولكن له أن يقبضه بما شاء بالقليل والكثير ولا نجبره على أن يطلب الفضل لأنه لو ألزمناه بطلب الفضل لألزمناه بالاكتساب وذلك لا يلزمه ، وليس له قبض المسلم فيه دون صفاته وكذلك إسقاط شىء من ثمن المبيع ، ولا قبضه رديئاً إلا بإذن غرمائه . والله أعلم .

قالَ المُصَنِّفُ رحمهُ الله تعالى

(فصـل) : ﴿ وإن أقر بدين لزمه قبل الحجر لزم الإقرار فى حقه ، وهل يلزم فى حق الغرماء ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يلزم ، لأنه متهم ؛ لأنه ربما واطأ المقر له ليأخذ ما أقر به ويرد عليه (والثانى) أنه يلزمه وهو الصحيح ، لأنه حق يستند ثبوته إلى ما قبل الحجر فلزم فى حق الغرماء كما لو ثبت بالبينة ، وإن ادعى عليه رجل مالا وأنكر ، ولم يحلف ؛ وحلف المدعى . فإن قلنا : إن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالبينة شارك الغرماء فى المال ؛ وإن قلنا : كالإقرار فعلى القولين فى الإقرار ، وإن أقر لرجل بعين لزمه الإقرار فى حقه ، وهل يلزم فى حق الغرماء ؟ فيه قولان . (أحدهما) لا يلزم (والثانى) يلزم ، وتسلم العين إلى المقر له ، ووجه القولين ما ذكرناه فى الإقرار بالدين ﴾ .

(الشـرح) : الأحكام : إذا أقر المحجور عليه بدين لزمه قبل الحجر ، وصادقه المقر له ، وكذبه الغرماء ، تعلق الدين بذمته قولا واحداً ، وهل يقبل إقراره فى حق الغرماء ؟ ليشاركهم المقر له ؟ فيه قولان .

(أحدهما) أنه لا يقبل فى حقهم ولا يشاركهم ، لأنه مال تعلق به حق الغير فلم يقبل إقرار من عليه الحق فى ذلك المال كالراهن إذا أقر بدين لم يبطل به حق المرتهن ، ولأنه لا يؤمن أن يواطئ المفلس من يقر له بالدين ليشاركه الغرماء ، ثم يسلمه إلى المفلس .

(والثانى) أن إقراره مقبول فى حق الغرماء ، فشاركهم المقر له ، وهو الصحيح لأنه حق ثبت بسبب منسوب إلى ما قبل الحجر فوجب أن يشارك صاحب الحق بحقه الغرماء ، كما لو ثبت حقه بالبينة ، ولأن المريض لو أقر لرجل بدين لزمه فى حال الصحة لشارك من أقر له فى حال المرض ، كذلك هذا المفلس لو أقر بدين قبل الحجر لشارك الغرماء وكذلك إذا أقر بدين بعد الحجر وأضافه إلى ما قبل الحجر يكون كما لو أقر به قبل الحجر ، وكذلك إذا أقر بدين بعد الحجر .

وإن كان فى يد المفلس عين وقال : هذه العين عارية عندى لفلان ، أو غصبتها منه أو أودعنيها ، فهل يقبل إقراره فى حق الغرماء ؟ على القولين (أحدهما) لا يقبل فإن لم يف مال المفلس بدينه إلا ببيع تلك العين بيعت ؛ ووزع ثمنها على الغرماء وكان هذا الثمن ديناً على المفلس فى ذمته (والقول الثانى) وهو الصحيح : أنه يقبل إقراره فيها على الغرماء ، وتسلم العين إلى المقر له . قال الشيخ أبو حامد : وقد شنع الشافعى رحمه الله على القول الأول وقال : من قال بهذا أدى إلى أن القصار (أى الحائك أو الخياط) إذا أفلس وعنده ثياب لقوم فأقر أن هذا الثوب لفلان ، وهذا لفلان ، فلا يقبل منه ، وكذلك الصباغ والصايغ إذا أقر بمتاع لأقوام بأعيانهم لا تقبل ، وهذا لا سبيل إليه ، وكذلك لو قال : عندى عبد آبق ولم يقبل قوله ، فبيع العبد رجع بعهدته على المفلس فيكون قد رجع عليه بعهدة عند إقراره أنه أبق وباعه بهذا الشرط وهذا لا سبيل إليه ، لأنه إبطال لأصول الشرع ، فلذلك قلنا : نقبل إقراره .

(**فرع**) : وإن ادعى رجل على المفلس بدين فى ذمته أو فى يده فجحده فإن أقام المدعى بينة شارك الغرماء بالدين وأخذ العين ، وإن لم يقم بينة فالقول قول المفلس مع يمينه ، فإن حلف له انصرف المدعى وإن نكل المفلس عن اليمين فحلف المدعى فهل يشارك الغرماء فى الدين ؟ ويأخذ العين ؟ فيه طريقان ، قال الشيخان أبو حامد والمصنف رحمهما الله تعالى : إن قلنا إن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالبينة شارك الغرماء بالدَّين وأخذ العين ، وإن قلنا إنه كالإقرار كان على القولين الأولين فى إقرار المفلس . وقال ابن الصباغ : يشارك الغرماء قولا واحداً ، كما لو ثبت ذلك بالبينة . والله تعالى أعلم .

قالَ المُصنِّفُ رحمهُ الله تعالى

(فصـل) : ﴿ وإن جنى على رجل جناية توجب المال وجب قضاء الأرش من المال ، لأنه حق لزمه بغير رضى من له الحق فوجب قضاؤه من المال ، وإن جنى عليه جناية توجب المال تعلق حق الغرماء بالأرش كما يتعلق بسائر أمواله ﴾ .

(فصـل) : ﴿ وإن ادعى على رجل مالا وله شاهد فإن حلف استحق وتعلق به حق الغرماء وإن لم يحلف فهل تحلف الغرماء أم لا ؟ قال فى التفليس : لا يحلفون وقال فى غرماء الميت : إذا لم يحلف الوارث مع الشاهد ففيه قولان ، أحدهما : يحلفون ، والثانى : لا يحلفون . فمن أصحابنا من نقل أحد القولين من غرماء الميت إلى غرماء المفلس ، فجعل فيهما قولين . (أحدهما) يحلفون لأن المال إذا ثبت استحقوه ، (والثانى) لا يحلفون لأنهم يحلفون لإثبات المال لغيرهم وذلك لا يجوز ومن أصحابنا من قال : لا تحلف غرماء المفلس وفى غرماء الميت قولان ، لأن الميت لم يمتنع من اليمين فحلف غرماؤه ، والمفلس امتنع من اليمين فلم تحلف غرماؤه ، ولأن غرماء الميت أيسوا من يمين الميت فحلفوا ، وغرماء المفلس لم ييأسوا من يمين المفلس فلم يحلفوا ، وإن حجر عليه وعليه دين مؤجل فهل يحل ؟ فيه قولان (أحدهما) يحل لأن الدين تعلق بالمال فحل الدين المؤجل كما لو مات . (والثانى) لا يحل وهو الصحيح لأنه يملك التصرف فى الذمة فلم يحل عليه الدين ، كما لو لم يحجر عليه ﴾ .

(الشـرح) : الأحكام : إذا جنى المحجور عليه على غيره أو أتلف عليه مالا شارك المجنى عليه والمتلف عليه الغرماء لأن ذلك ثبت بغير رضا من له الحق ، وإن جنى أحد على المفلس جناية خطأ تعلق حق الغرماء بالأرش ، لأن الأرش مال له ، فيتعلق به حق الغرماء كسائر أمواله . وإن جنى عليه أحد جناية عمد توجب القصاص فالمفلس بالخيار بين أن يقتص وبين أن يعفو ، وليس للغرماء أن يطالبوه بالعفو على مال ، لأن ذلك اكتساب للمال ، وقد سبق أن قلنا : إنه لا يلزمه ذلك ، ولأنا لو ألزمناه ذلك لصار ذلك ذريعة للجناية عليه مرة بعد أخرى ، فلم يلزمه ، فإن عفا فى مقابل مال تعلق به حق الغرماء وإن عفا مطلقاً ـــ فإن قلنا إن موجب العمد القود لا غير ـــ لم يجب المال ، وإن قلنا : إن موجبه أحد الأمرين ثبت المال وتعلق به حق الغرماء ، وإن عفا على غير مال ـــ فإن قلنا :

إن موجب العمد القود لا غير صح عفوه ولم يجب المال . وإن قلنا إن موجبه أحد الأمرين فقد ذكر فى التعليق والشامل أن المال ثبت ؛ ويتعلق به حق الغرماء، ولا يصح عفوه .

(فرع) : إذا ادعى المفلس على غيره بدين وأنكره المدعى عليه ، فأقام المفلس شاهداً فإن حلف معه استحق ما ادعاه وقسم على الغرماء لأنه ملك له ، وإن لم يحلف فهل يحلف الغرماء ؟ قال الشافعى فى المختصر : لا يحلف الغرماء ، وقال صاحب الشامل : إذا مات وخلف ورثة وعليه دين وله دين على آخر له به شاهد ولم يحلف الورثة ، فهل يحلف الغرماء ؟ على قولين ، فمن أصحابنا من قال : المسألتان على قولين ، ومنهم من قال : لا يحلف غرماء المفلس قولا واحداً ، وفى غرماء الميت قولان ، والفرق بينهما أن المفلس يرجى أن يخاف فلم يحلف غرماؤه ، والميت لا يرجى أن يحلف فحلف غرماؤه ، والصحيح أنهما على قولين :

(أحدهما) يحلفون لأن حقوقهم تتعلق بما ثبت للمفلس فكان لهم أن يحلفوا كالورثة ، ولأن الإنسان قد يحلف ليثبت مالا لغيره ، كما نقول فى الوكيل إذا أحلفه العاقد له فإن الوكيل يحلف وثبت للموكل ، كذلك هذا مثله .

(الثانى) لا يحلفون ، وهو الصحيح ، لأنهم يثبتون بأيمانهم ملكا لغيرهم ، تتعلق به حقوقهم بعد ثبوته ، وهذا لا يجوز ، كما لا تحلف الزوجة لإثبات مال زوجها ، وإن كان إذا ثبت تعلقت به نفقتها فأشبهت الورثة لأنهم يثبتون ملكا لأنفسهم بأيمانهم ، وأما الوكيل فإنما حلف لأن اليمين متعلقة بالعقد ، فلما كان هو العاقد توجهت اليمين عليه ، وإن ادعى المفلس على غيره بدين أو عين ولا بينة له ، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه ، فإن حلف فلا كلام ، وإن نكل المدعى عليه عن اليمين ردت على المفلس ، فإن حلف ثبت المال ، وقسم على الغرماء ، وإن لم يحلف المفلس ، فهل يحلف الغرماء ؟ قال ابن الصباغ : هما على قولين كاليمين مع الشاهد ؛ وإن حلفوا فإن المال الذى ثبت بأيمانهم يقسم بينهم على قدر ديونهم .

(فرع) : إذا كان على رجل دين مؤجل فليس لغرمائه أن يسألوا الحاكم أن يحجر عليه هذه الديون ، وإن كان ماله أولى من ديونهم ، لأنه لا حق لهم قبل حلول الأجل . وإن كان عليه دين حالّ ودين مؤجل ، فرفع أصحاب الديون الحالّة أمره إلى الحاكم، فنظر إلى ما عليه من الديون ، وإلى ما معه من المال ، فوجد ماله لا يفى بالديون الحالة ، فحجر عليه

بناء على مسألتهم . فهل تحل عليه الديون المؤجلة ؟ فيه قولان (أحدهما) تحل ، وبه قال مالك ، لأن ما يتعلق بالمال بالحجر ، أسقط الحجر الآجل كالموت ، يحل الدين الآجل . (الثانى) لا يحل ، وهو اختيار المزنى ، وهو الأصح ، لأنه دين مؤجل على حى ، فلم يحل قبل حلول أجله ، كما لو لم يحجر عليه ، ويفارق الميت ، لأن ذمته انعدمت بموته ، وهذا له ذمة صحيحة .

قال المصنِّفُ رحمهُ الله تعالى

(فصـل) : ﴿ وإن لم يكن له كسب ترك له ما يحتاج إليه للنفقة إلى أن يفك الحجر عنه ، ويرجع إلى الكسب لقوله ﷺ : « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » فقدم حق نفسه على حق العيال ، وهو دين ، فدل على أنه يقدم على كل دين ، ويكون الطعام على ما جرت به عادته ، ويترك له ما يحتاج إليه من الكسوة من غير إسراف ولا إجحاف ، لأن الحاجة إلى الكسوة كالحاجة إلى القوت ، فإن كان له من تلزمه نفقته من زوجة أو قريب ترك لهم ما يحتاجون إليه من النفقة والكسوة بالمعروف ، لأنهم يجرون مجراه فى النفقة والكسوة ولا تترك له دار ولا خادم ؛ لأنه يمكنه أن يكترى داراً يسكنها وخادماً يخدمه وإن كان له كسب جعلت نفقته فى كسبه لأنه لا فائدة فى إخراج ماله فى نفقته ، وهو يكتسب ما ينفق ﴾ .

(الشـرح) : حديث « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » رواه الطبرانى عن حكيم بن حزام رضى الله عنه .

(أما الأحكام) : فإذا حجر الحاكم على المفلس ومنعه من التصرف فى ماله فمن أين تكون نفقته إلى أن يبيع ماله ويقسمه على الغرماء ؟ ينظر فيه ، فإن كان له كسب كانت نفقته من كسبه ، وإن لم يكن له كسب ، فإن على الحاكم أن يدفع إليه نفقته من ماله لما روى أن النبى ﷺ قال للرجل الذى جاءه بالدينار : « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » فأمره أن يبدأ بنفقته على من يعول ، ومعلوم أن فيمن يعول من تجب نفقته ، وتكون ديناً عليه ، وهى الزوجة .

فعلم أن نفقته مقدمة على الدين ، ويكون طعامه على ما جرت به عادته ويدفع إليه نفقته كل يوم ، وآخرها اليوم الذى يقسم فيه الحاكم ماله ، فيدفع إليه نفقته ذلك اليوم ؛ لأن

النفقة تجب فى أوله ، ويترك له ما يحتاج إليه من الكسوة لأنه لا بد له أن ينصرف ، فلو قلنا : إنه لا يكتسى لامتنع الناس عن معاملته ، هكذا قال صاحب البيان عن نصه فى الأم ويترك له من الكسوة ما يكفيه على ما جرت به عادته ، أو ما تدعو إليه ضرورة الزمن إن كان صيفاً أو شتاء .

قال الشافعى رضى الله عنه : يكفيه قميص وسراويل ورداءان ، إن كان ممن يرتدى وحذاءان لرجله هذا إذا كان صيفاً ، وإن كان فى الشتاء زيد على القميص جبة محشوة وخف بدل النعل ، وإن كان من عادته أن يتطيلس دفع إليه الطيلسان ، وأما جنس ثيابه فمعتبر بحاله ، وإن كان من عادته لبس الشُّرب والدَّيْبقى ترك له ذلك ، وإن كانت عادته أن يلبس غليظ الثياب ترك له ذلك ، وقال الشافعى رضى الله عنه : إن كانت له ثياب غوال بيعت . قال أصحابنا : وأراد إذا كان من عوام الناس وله ثياب غالية جرت العادة أن يلبسها ذوو الأقدار بيعت ، ويشترى له ثياب جرت العادة أن يلبسها مثله ، ويصرف الباقى من ثمنها إلى الغرماء .

(**فرع**) : وإن كان للمفلس من تلزمه نفقته كالزوجة والوالدين والمولودين ترك لهم ما يحتاجون من نفقة وكسوة كما قلنا عن المفلس ، لأنهم يجرون مجرى نفسه لأن الأقارب يعتقون عليه إذا ملكهم كما يعتق نفسه إذا ملكها ، ونفقة الزوجة آكد من نفقة الأقارب لأنها تجب بحكم المعاوضة .

(**فرع**) : فإن مات المفلس كانت مؤنة تجهيزه وكفنه من ماله ، لما روى أن النبى ﷺ « قدمت عليه جنازة ليصلى عليها فقال : هل على صاحبكم دين ؟ فقالوا : نعم ، فقال : صلوا على صاحبكم » ولا محالة أنه كان قد كفن ، فعلم أن الذى كفن به مقدم على حقوق الغرماء ، لأنه لم يتعرض له ، وإن مات من تلزمه نفقته ـــ فإن كانت زوجة ـــ فهل يجب كفنها ومؤنة تجهيزها عليه ، أو فى مالها ؟ فيه وجهان سبق ذكرهما فى الجنائز للإمام النووى رضوان الله عليه ونفعنا بعلمه آمين .

وإن كان من الوالدين أو المولودين وجب مؤنة تجهيزه وكفنه على المفلس ، ويقدم ذلك على الغرماء كما قلنا فى نفس المفلس ، وكم القدر الذى يجب فى الكفن من ثوب أو ثوبين أو ثلاثة ؟ قال المصنف رحمه الله تعالى : ما يستر العورة لا غير .

(فـرع) : إذا كان للمفلس دار يسكنها أو سيارة يركبها بيعتا عليه ، وصرف ثمنها للغرماء ، لأنه يمكنه أن يستأجر داراً يسكنها ، ويركب المرافق العامة من وسائل المواصلات التى تنبث فى كل فج ، وتصل إلى حيث يشاء راكبها ، وقد جرت عادة الناس بذلك ، وذلك بخلاف الثياب ، فإن العادة لم تجر باكترائها ، ولذا لا تباع إلا فى صورة خاصة مضى بيانها والله تعالى أعلم .

قالَ المُصَنِّفُ رحمهُ الله تعالى

(فصـل) : ﴿ وإذا أراد الحاكم بيع ماله فالمستحب أن يحضره لأنه أعرف بثمن ماله ، فإن لم يكن من يتطوع بالنداء استؤجر من ينادى عليه من سهم المصالح ، لأن ذلك من المصالح فهو كأجرة الكيال والوزان فى الأسواق ، فإن لم يكن سهم المصالح اكترى من مال المفلس ، لأنه يحتاج إليه لإيفاء ما عليه ، فكان عليه ، ويقدم على سائر الديون ، لأن فى ذلك مصلحة له ، ويباع كل شىء فى سوقه ، لأن أهل السوق أعرف بقيمة المتاع ، ومن يطلب السلعة فى السوق أكثر ، ويبدأ بما يسرع إليه الفساد لأنه إذا أخر ذلك هلك ، وفى ذلك إضرار ، وقد قال ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » ثم بالحيوان لأنه يحتاج إلى علف ويخاف عليه التلف ويتأنى بالعقار لأنه إذا تأنى به كثر من يطلبه ، ولا يتأنى به أكثر من ثلاثة أيام ، لأن فيما زاد إضراراً بالغرماء فى تأخير حقهم .

فإن كان فى المال رهن أو عبد تعلق الأرش برقبته بيع فى حق المرتهن والمجنى عليه ، لأن حقهما يختص بالعين فقدم ، وإن بيع له متاع وقبض ثمنه فهلك الثمن واستحق المبيع ، رجع المشترى بالعهدة فى مال المفلس ، وهل يقدم على سائر الغرماء ؟ روى المزنى أنه يقدم وروى الربيع أنه أسوة الغرماء ، فمن أصحابنا من قال : فيه قولان :

(أحدهما) يقدم ، لأن فى تقديمه مصلحة فإنه متى لم يقدم تجنب الناس شراء ماله خوفاً من الاستحقاق فإذا قدم رغبوا فى شراء ماله .

(والثانى) أنه أسوة الغرماء لأن هذا دين تعلق بذمته بغير رضى من له الحق فضرب به مع الغرماء كأرش الجناية ومنهم من قال : إن لم يفك الحجر عنه قدم لأن فيه مصلحة له ، وإن فك الحجر عنه كان كسائر الغرماء ، وحمل رواية الربيع على هذا ﴾ .

(**الشرح**) : حديث : « لا ضرر ولا ضرار » مضى تخريجه .

(**أما الأحكام**) : فإنه يستحب أن يشهد المفلس مجلس بيع المال أو الرهن لأجل :

(أولا) لأنه يعرف قيمة أمواله وأثمانها عليه التى اشتراها بها .

(ثانيا) ليحصى ثمنه ويضبطه .

(ثالثا) لأنه إذا حضر احتاط أكثر من غيره لحرصه على أن تباع بأكبر قيمة ممكنة .

(رابعا) لأن ذلك أطيب لنفسه . كذلك يستحب أن يحضره الغرماء لأجل :

(أولا) لأنه ربما كان منهم من يشترى شيئاً من مال المفلس .

(ثانيا) كثرة المبتاعين ، فيكون ذلك أوفر للثمن .

(ثالثا) معرفة كل منهم لعين ماله ، فربما باع الحاكم سهواً عين ماله فيستدركه .

(رابعاً) لأنه أطيب لنفوسهم ، فإن باع الحاكم ماله بغير حضور المفلس أو الغرماء صح البيع ، لأن المفلس لا تصرف له ، والغرماء لا ملك لهم .

(**فرع**) : إذا أراد الحاكم بيع مال المفلس فلا بد من دلّال وهو الذى ينادى على المتاع فيمن يريد ، ويستحب أن يقول الحاكم للمفلس والغرماء : ارتضوا برجل ينادى على بيع المتاع ، لأنهم أعرف بمن يصلح لذلك الأمر ، ولأن فى ذلك تطييباً لأنفسهم ، فإن لم يستأذنهم الحاكم فى ذلك ، ونصب مناديا من قبله جاز لأن المفلس قد انقطع تصرفه ، والغرماء لا ملك لهم .

قال الشافعى رضى الله عنه : ولا يقبل إلا ثقة — وفى بعض نسخ المزنى — ولا يقبل إلا من ثقة ، فمن قبل — ولا نقبل إلا ثقة — معناه إذا نصب المفلس والغرماء من ينادى على ثمن المتاع لم يقبله الحاكم إلا أن يكون ثقة .

والفرق بين هذا وبين الرهن إذا اتفق المتراهنان على وضع الرهن على يد من ليس بثقة ، لم يعترض الحاكم عليهما ، لأن الحق فى الرهن للمتراهنين لا يتعداهما ، وههنا النظر للحاكم لأنه ربما ظهر غريم آخر ، وأما من قبل ولا يقبل إلا من ثقة فمعناه إذا نودى على مال المفلس فزاد فى ثمنه إنسان فإنه لا يقبل الزيادة إلا من ثقة مخافة أن يزيد فيترك فتفسد .

فإن تطوع الدلال بالنداء من غير أجرة لم يستأجر الحاكم من ينادى لأنه لا حاجة إلى ذلك ، وإن لم يوجد من يتطوع بذلك استؤجر بأقل ما يوجد ، فإن كان فى بيت المال

فضل أعطى الأجير أجره منه ، لأن فى ذلك مصلحة ، فهو كأجرة الكيال والوزان فى الأسواق .

وإن لم يكن فى بيت المال فضل استوفى من مال المفلس كذلك ، لأن العمل له قال أبو على فى الإفصاح : فأما أجرة النفاذ فعلى الغريم لا على المفلس ، فإن اختار المفلس رجلا ينادى على المتاع واختار الغرماء غيره ، قدم الحاكم الثقة منهما ، فإن تساويا فى التوثيق قدم المتطوع منهما لأنه أوفر مؤنة ، فإن كانا متطوعين ضم أحدهما إلى الآخر ، وإن كان يجعل قدم أعرفهما وأوثقهما ، ويرى أصحاب أحمد أن نفقة النفّاذ على المفلس ، وفى قول آخر عندهم تدفع من بيت المال ، وعندنا على القولين فى أن يعطى من الغرماء أو من بيت المال ، كما سبق بيانه .

(**فرع**) : ويباع كل شىء من الأمتعة فى سوقه ، فتباع الكتب فى سوق الوراقين والبز فى سوق البزازين ، والطعام فى سوق الطعام ، وهذا إذا كان فى البلد أسواق متخصصة يتوفر أربابها على نوع معين من السلع كسوق العطارين وسوق العقاديـن وغيرهما من الأسواق النوعية ، وذلك لتفادى ألا يتناول شراءها من لا يعرف قيمتها فيبخسها ، كل ذلك إذا أمن عند نقلها عدم التلف أو ضياع شىء منها ، فإذا كان مكانها صالحا لبيعها بيعت حيث هى ، أما العقار وغيره من الأعيان الثابتة فإنه يمكن أن يكتفى بالنشر فى صحيفة يومية ، ولا ينادى الدلال فى جلسة البيع كالأمتعة ، وإنما يومىء إيماء بالثمن الذى يعرض من المبتاعين ، وذلك أعز للعقار وأدعى إلى حفظه لحقّ المفلس .

ويباع ما هو معرض للتلف أولا ، كالرطب والهريس ونحوهما ، ثم الحيوان لأنه معرض للتلف إذا لم يجد من يقوم على مؤنة حفظه وغذائه ، ثم الثياب والأقمشة .

وهكذا بالترتيب .

قال الشافعى رضى الله عنه : فإن كان بقرب ذلك البلد قوم يشترون العقار فى ملك المفلس أنفذ إليهم وأعلمهم بذلك ليحضروا فيشتروا فيتوفر الثمن على المفلس .

(**فرع**) : ويباع مال المفلس بنقد البلد ، وإن كان من غير جنس حق الغرماء بأن كانت الديون عليه بالدينار العراق أو الجنيه الاسترلينى أو الليرة السورية وكان المفلس فى العراق بيع عليه بالدينار ، ولو كان الدين بالليرة أو بالجنيه ، لأن ذلك أيسر وأوفر ، فإن كان حق الغرماء من نقد البلد دفعه إليهم وإن كان من غير نقد البلد فإن كان حقهم ثبت

من غير جهة السلم دفع إليهم عوضه إن رضوا بذلك . وإن لم يرضوا اشترى لهم من جنس حقوقهم ، فإن كان حقهم ثبت من جهة السلم لم يجز أخذ العوض عن ذلك ، وإنما يشترى لهم حقهم .

(فرع) : إذا كان فى مال المفلس رهن بدأ ببيعه لأن حق المرتهن يختص بالعين وحقوق الغرماء لا تختص بالعين ، ولأنه ربما زاد ثمن الرهن على حق المرتهن ، فتفرق الزيادة على الغرماء ، وربما نقص ثمنه عن حق المرتهن فاختلط مع الغرماء بما بقى له ، فاحتيج إلى بيعه لذلك .

(فرع) : فإن باع شيئا من مال المفلس . فإن كان دينه لواحد فإنه يدفع كلما باع شيئا وقبضه إلى الغريم لأنه لا حاجة به إلى التأخير .

وإن كان الدين لجماعة نظرت فإن بيع جميع ما له دفعة واحدة قبض ثمنه ووزعه على الغرماء بالحصص على قدر ديونهم .

وإن لم يمكن بيع ماله إلا بشىء بعد الشىء نظرت فيما يباع به أولا ــ فإن كان ثمنه كثيراً يمكن قسمته على الغرماء قسم بينهم لأنه لا حاجة إلى التأخير . وإن كان قليلا يتعذر قسمته ــ أو يكون القسم منه يراد ــ أخرت قسمته على الغرماء .

فإن وجد الحاكم ثقة مليئا (أى غنياً) . فقد قال الشافعى رضى الله عنه : أقرضه إياه حالا . فإذا تكامل بيع المال أخذه من الذى أقرضه إياه وقسمه بين الغرماء ، ويكون ذلك أولى من إيداعه . لأن القرض مضمون على المقبوض . والوديعة أمانة يخاف تلفها . فإن لم يجد ثقة مليئا يقرضه إياه أودعه عند ثقة .

فإن قيل : فلم قال الشافعى رضى الله عنه : يقرضه حالًا . والقرض عنده لا يكون إلا حالًا ؟ فقال أكثر أصحابنا : وصف القرض بذلك لأنه شرط . وقصد بذلك الرد على مالك رضى الله عنه حيث قال : يصح القرض مؤجلا .

وقال العمرانى : وقال بعض أصحابنا : أراد حالا بغير تشديد يعنى يقرضه فى الحال ، وهذا ليس بشىء .

فإن قيل : فقد قال الشافعى رضى الله عنه : لا يجوز إقراض مال اليتيم إلا فى حال الضرورة ، وهو أن يكون فى بحر ومعه مال اليتيم ويخاف عليه الغرق أو يخاف عليه النهب أو

الحريق ، ولا يقرضه فى ذلك وإنما يودعه . فما الفرق بينه وبين المفلس ؟

قلنا الفرق بينهما أن مال الصبى معد لمصلحة تظهر من شراء عقار أو تجارة ، وقرضه يتعذر معه المبادرة إلى ذلك . ومال المفلس معد للغرماء خاصة فافترقا .

(**فرع**) : وإذا باع الحاكم مال المفلس وانصرم البيع بالتفرق وانقضاء الخيار ثم جاء إلى الحاكم وزاد فى الثمن . قال العمرانى : استحب للحاكم أن يسأل المشترى الإقالة ليطلب الفضل ، فإن أقاله المشترى باع الحاكم من الطالب بالزيادة وإن لم يفعل لم يجبر على ذلك ، لأن البيع قد لزم .

(**فرع**) : وإن نصب الحاكم أميناً لبيع مال المفلس وقبض ثمنه فباع شيئاً من مال المفلس وقبض ثمنه ثم تلف فى يده من غير تفريط ، تلف من ضمان المفلس لأن العدل أمين له .

وإن باع العدل شيئا من مال المفلس وقبض ثمنه ثم أتى رجل ادعى على المشترى أن العين التى اشتراها ملكه وأقام بينة على ذلك ، أخذها من يد المشترى فإن كان الثمن باقياً فى يد العدل ، رجع به إلى المشترى ، وإن كان المال قد تلف فى يد العدل من غير تفريط رجع المشترى بالعهدة فى مال المفلس ، ووافقنا أبو حنيفة فى هذا ، وخالفنا فى العدل إذا تلف الرهن فى يده .

وفى الوكيل والوصى إذا تلف المال فى أيديهم بغير تفريط أن الضمان يجب عليهم ، فنقيس تلك المسائل على هذه ونقول : لأنه باع مال الغير فإذا تلف فى يده من غير تفريط لم يضمن قياساً على أمين الحاكم فى مال المفلس .

وهل يقدم المشترى على سائر الغرماء أو يكون أسوتهم ؟ نقل المزنى أنه يقدم عليهم ، ونقل الربيع أنه يكون أسوة لهم ، واختلف أصحابنا فيه على طريقين .

فمنهم من قال : فى المسألة قولان (أحدهما) أنه يقدم عليهم لأن فى ذلك مصلحة لمال المفلس ، لأن المشترين إذا علموا أنهم يقدمون بالثمن إذا استحق ما اشتروه رغبوا فى الشراء فيكثر المشترون وتزيد الأثمان ، وإذا علموا أنهم لا يقدمون تجنبوا الشراء خوفاً من الاستحقاق . فتقل الأثمان .

(الثانى) لايقدم ، بل يكون أسوة الغرماء ، لأنه تعلق بذمة المفلس بغير اختيار من له

الحق ، فكان أسوة الغرماء كما لو جنى على رجل .

ومنهم من قال : هى على حالين فالموضوع الذى قال يكون أسوتهم أراد به إذا كان بعد القسمة فى حجر ثان مثل أن يقسم المال بين الغرماء ، ثم استحق شيء من أعيان ماله .

ثم حجر عليه ثانيا ، فإن المشترى يكون أسوة الغرماء ، لأن حقة ثبت فى ذمته قبل الحجر كسائر الغرماء . هكذا ذكر الشيخ أبو حامد هذا التفصيل على هذا الطريق .

قال العمرانى : وأما صاحب المهذب فقال : إن لم ينفك عنه الحجر قدم ، لأن فيه مصلحة له ، وإن فك عنه الحجر كان كسائر الغرماء ، ولم يذكر الحجر الثانى ا هـ . والله تعالى أعلم .

(فروع فى مسائل ذكرها الشيخ ابن حجر فى تحفة المحتاج) :

ويحجر وجوباً على ما وقع لشيخنا فى شرح المنهج والذى صرح به الأذرعىّ وغيره الجواز بطلب المفلس أو وكيله بعد ثبوت الدين عليه ، ولو بعلم القاضى ، وقضية ذلك توقف ثبوته على دعوى الغريم وهو محتمل ثم رأيت السبكى قال : صورة المسألة أن يثبت الدين بدعوى الغرماء وإقامة البينة مثلا ، ولم يطلبوا الحجر ويطلبه هو أما بدون ذلك فلا يكفى طلب المفلس ا هـ وهو صريح فيما ذكر فى الأصح ، لظهور غرضه فيه من وفاء ديونه بصرف ما له فيها ، فإذا حجر عليه بطلب أو دونه تعلق حق الغرماء بماله عيناً ودينا ولو مؤجلا على الأوجه ، فلا يصح إبراؤه منه ، ومنفعة ليحصل الغرض المقصود من الحجر فلا ينفذ تصرفه فيه بما يضرهم ، ولا يزاحمهم فيه دين حادث ، نعم يقدم عليهم مستأجر بمنفعة ما تسلمه قبل الفلس ، ولعاقد حجر عليه زمن الخيار فسخ ، وإجازة على خلاف المصلحة لعدم أو ضعف تعلق حقهم بالمعقود عليه حينئذ ، ويؤخذ منه أنه لا يشترط التسلّم قبل الفلس فى مسألة الإجارة بل يكفى سبق عقدها عليه ، وخرج بحق الغرماء حق الله تعالى غير الفورى كزكاة وكفارة ونذر فلا يتعلق بمال المفلس .

وليُشْهِدِ الحاكم ندباً على حجره ــ أى المفلس ــ ويسن أن يأمر بالنداء عليه بأن الحاكم حجر عليه ، ليحذر فى المعاملة وبالحجر يمتنع عليه التصرف فى أمواله ولو ما اكتسبه بعد الحجر ، وحينئذ لو باع أو وهب أو أبرأ من دين له ولو مؤجلا كما مر ، أو أعتق أو وقف أو آجر ففى قول يوقف تصرفه المذكور وإن أثم به .

فإن فضل ذلك عن الدين لنحو إبراء أو ارتفاع قيمة نفذ حالا منه ، أى بَانَ نفوذه ، وإلا لغا ، أى بان إلغاؤه والأظهر بطلانه حالا ، لتعلق حق الغرماء بما يصرفه فيه ، نعم يصح تصرفه فيما يتقدم به عليهم كثياب بدنه . وفيما يدفعه القاضى لنفقته ونفقة ممونه بأن يصرفه فيها كما بحثه الأذرعى وتدبيره ووصيته لتعلقهما لما بعد الموت ، وكذا إيلاده كما رجحه ابن الرفعة ، وخالفه السبكى كإيلاد الراهن المعسر . وفرق غيره بأن الراهن هو الذى حجر على نفسه بخلاف المفلس وبأن حجر الرهن أقوى لأنه يقدم به على مؤن التجهيز ، بخلاف المفلس يتقدم بها على الغرماء ، ويقبض مدين مفلس أقبضه دينه بعد الحجر ، وإن جهله أو أذن له فيه حاكم ، إلا إن كان مذهبه ذلك .

فلو باع ما له كله أو بعضه لغرمائه بدينهم أو بعضه ، أو لغريم بدينه كما بأصله ــ وحذفه لأنه معلوم مما ذكره بالأولى ــ بطل إن لم يأذن فيه الحاكم فى الأصح ، وإن وجدت شروط البيع السابقة لبقاء الحجر عليه ــ أما بإذنه فيصح جزماً ا هـ .

قَالَ المصنفُ رَحمَه الله تعَالَى

(فصـل) : ﴿ وإن كان فى الغرماء من باع منه شيئاً قبل الإفلاس ولم يأخذ من ثمنه شيئاً ، ووجد عين ماله على صفته ، ولم يتعلق به حق غيره فهو بالخيار بين أن يترك ويضرب مع الغرماء بالثمن ، وبين أن يفسخ البيع ويرجع فى عين ماله لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال « من باع سلعة ثم أفلس صاحبها فوجدها بعينها فهو أحق بها من الغرماء » وهل يفتقر الفسخ إلى إذن الحاكم ؟ فيه وجهان .

قال أبو إسحاق : لا يفسخ إلا بإذن الحاكم ، لأنه مختلف فيه فلم يصح بغير إذن الحاكم كفسخ النكاح بالإعسار بالنفقة .

وقال أبو القاسم الداركى : لا يفتقر إلى الحاكم ، لأنه فسخ ثبت بنص السنة فلم يفتقر إلى الحاكم كفسخ النكاح بالعتق تحت العبد ، فإن حكم حاكم بالمنع من الفسخ فقد قال أبو سعيد الإصطخرى : ينقض حكمه ، لأنه حكم مخالف لنص السنة ، ويحتمل ألا ينقض لأنه مختلف فيه فلم ينقض وهل يكون الفسخ على الفور ؟ أو على التراخى ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) أنه على التراخى لأنه خيار لا يسقط إلى بدل ، فكان على التراخى كخيار الرجوع فى الهبة .

(والثانى) أنه على الفور لأنه خيار ثبت لنقص فى العوض فكان على الفور كخيار الرد بالعيب ، وهل يصح الفسخ بالوطء فى الجارية ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) كما يصح الفسخ بالوطء فى خيار الشرط .

(والثانى) : أنه لا يصح لأنه ملك مستقر فلا يجوز رفعه بالوطء ، وإن قال الغرماء : نحن نعطيك الثمن ولا نفسخ لم يسقط حقه من الفسخ ، لأنه ثبت له حق الفسخ فلم يسقط ببذل العوض كالمشترى إذا وجد بالسلعة عيبا وبذل له البائع الأرش ﴾ .

(الشرح) : الحديث رواه الشيخان عن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى ﷺ « من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به » .

أما الأحكام : إذا كان فى الغرماء من باع من المفلس قبل الإفلاس ولم يقبض الثمن ووجد عين ماله على صفته خالياً من حق عين ، فالبائع بالخيار بين أن يضرب مع الغرماء فى الثمن ، وبين أن يرجع فى غير ماله ، وبه قال عثمان وعلى وأبو هريرة رضى الله عنهم ، ومن التابعين عروة بن الزبير ثم مالك والأوزاعى والشافعى ومحمد بن الحسين العنبرى وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر وأحمد ، وخالفنا الحسن والنخعى وابن شبرمة وأبو حنيفة فقالوا « هو أسوة الغرماء » .

دليلنا ما روى عمرو بن خلدة الزرقى قاضى المدينة قال : أتينا أبا هريرة رضى الله عنه فى صاحب لنا أفلس فقال : هذا الذى قضى فيه رسول الله ﷺ « أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه » .

وفى رواية أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام رضى الله عنهم عن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال « أيما رجل باع متاعا على رجل فأفلس المبتاع ثم وجد البائع متاعه بعينه ، فصاحب المتاع أحق به من دون الغرماء » وقد أخرجه أحمد عن الحسن عن سمرة بلفظ « من وجد متاعه عند مفلس بعينه فهو أحق به » ورواه الستة عن أبى هريرة بلفظ « من أدرك ما له بعينه عند رجل أفلس أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره »

وعند لمسلم والنسائى عن أبى هريرة بلفظ « إذا وجد عنده المتاع ، ولم يفرقه أنه لصاحبه الذى باعه » وحديث أبى هريرة عند أحمد بلفظ « أيما رجل أفلس فوجد رجل عنده ماله ، ولم يكن اقتضى من ماله شيئاً فهو له » وروى مالك فى الموطأ وأبو داود ، الأول بطريق الإرسال والثانى بطريق الإسناد والمرسل أصح عن أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام بلفظ « أيما رجل باع متاعا فأفلس الذى ابتاعه ولم يقبض الذى باعه من ثمنه شيئاً ، فوجد متاعه بعينه ، فهو أحق به ، وإن مات المشترى فصاحب المتاع أسوة الغرماء » .

(قلت) ولأن عقد البيع يلحقه الفسخ بالإقالة فجاز فيه الفسخ لتعذر العوض أو القيمة أو الثمن ، كالمسلم فيه إذا تعذر ، ولأنه إذا شرط فى البيع رهنا ، فعجز عن تسليمه استحق الفسخ ، وهو وثيقة بالثمن ، فالعجز عن تسليم الثمن بنفسه أولى .

ويفارق المبيع الرهن ، فإن إمساك الرهن إمساك مجرد على سبيل الوثيقة وليس ببدل ، والثمن ههنا بدل عن العين ، فإن تعذر استيفاؤه رجع إلى المبدل .

(فإن قيل) إنهم تساووا — أعنى الغرماء جميعاً من وجد عين ماله ومن لم يجد فى سبب الاستحقاق ، قلنا : لكن اختلفوا فى الشرط فإن بقاء العين — شرط لملك الفسخ ، وهو موجود فى حق من وجد متاعه دون من لم يجده .

إذا ثبت هذا : فإن البائع بالخيار ، إن شاء رجع فى السلعة ، وإن شاء لم يرجع وكان أسوة الغرماء ، وسواء كانت السلعة مساوية لثمنها أو أقل أو أكثر ، لأن الإعسار سبب جواز الفسخ ، فلا يوجبه كالعيب والخيار ولا يفتقر الفسخ إلى حكم حاكم ، لأنه فسخ ثبت بالنص فلم يفتقر إلى حكم حاكم ، كفسخ النكاح لعتق الأمة ، وهل خيار الرجوع على التراخى ؟ على وجهين بناء على خيار الرد بالعيب ، وفى ذلك روايتان .

(إحداهما) هو على التراخى ، لأنه حق رجوع يسقط إلى عوض ، فكان على التراخى كالرجوع فى الهبة .

(والثانى) هو على الفور ، لأنه خيار يثبت فى البيع لنقص فى العوض ، فكان على الفور كالرد بالعيب ، ولأن جواز تأخيره يفضى إلى الضرر بالغرماء لإفضائه إلى تأخير حقوقهم ، فأشبه خيار الأخذ بالشفعة ، وأخذ القاضى من الحنابلة بهذا الوجه . وحكى ابن قدامة الوجهين كهما عندنا .

(**فرع**) : وإن اشترى رجل سلعة بثمن فى ذمته وكانت قيمة السلعة مثل الثمن أو أكثر ، ولا يملك المشترى غير هذه السلعة ولا دين عليه غير هذا الثمن ، فهل يجعل هذا

المشترى مفلساً ؟ فيكون للبائع الرجوع إلى عين ماله ؟ فيه وجهان حكاهما فى الإفصاح أبو على الطبرى .

(أحدهما) يكون مفلساً ، فيكون البائع بالخيار إلى الرجوع فى عين ماله .

(والثانى) : لا يكون مفلسا ، ولكن تباع السلعة ويعطى منها حقه والباقى للمشترى .

(**فرع**) : وإن كان ماله يفى بدينه ولكن ظهرت فيه أمارة الفلس — وقلنا : يجوز الحجر عليه ، فحجر عليه — فهل يجوز لمن باع منه شيئاً ولم يقبض ثمنه ، ووجد عين ماله أن يرجع إلى عين ماله ؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد .

(أحدهما) له أن يرجع إلى عين ماله لقوله « أيما رجل باع متاعا على رجل ثم أفلس المبتاع » الحديث ، وهذا قد أفلس ، لأنه محجور عليه بحق الغرماء فجاز لمن وجد عين ماله الرجوع إليه ، كما لو كان ماله أقل من دينه .

(والثانى) ليس له الرجوع إلى عين ماله ، لأنا إنما نجعل للبائع الرجوع إلى عين المال فى المواطن التى لا يتمكنون فيها من الوصول إلى كمال حقهم ، وهذا يتمكن من أخذ جميع حقه فلم يكن له الرجوع إلى عين ماله .

(**فرع**) : وهل يصح فسخ البائع من غير إذن الحاكم ؟ فيه وجهان :

(الأول) قاله المصنف : لا يصح إلا بإذن الحاكم ، لأنه فسخ مختلف فيه فلم يصح إلا بالحاكم كفسخ النكاح بالإعسار بالنفقة .

(والثانى) قاله صاحب البيان : يصح بغير إذن الحاكم ، لأنه فسخ ثبت بنص السنة فهو كفسخ نكاح المعتقة تحت عبد . فإن حكم حاكم بالمنع ففيه وجهان (أحدهما) يصح حكمه ، لأنه مختلف فيه (والثانى) لا يصح لأنه حكم مخالف لنص السنة .

وهل يشترط أن يكون الفسخ على الفور ، أو يجوز على التراخى ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجوز على التراخى ، لأنه خيار لا يسقط إلى بدل فجاز على التراخى ، كرجوع الأب فيما وهب لابنه ، وفيه احتراز من الرد بالعيب ، لأنه قد يسقط إلى بدل وهو الأرش (والثانى) يشترط أن يكون على الفور ، لأنه خيار لنقص فى العوض ، فكان على الفور كالرد بالعيب ؛ وفيه احتراز من رجوع الأب فى هبته لابنه .

(**فرع**) : إذا رهن البائع المبيع فى يد المفلس عند ثبوت الرجوع له فهل يجعل رهنه

فسخاً للبيع ؟ فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ فى الرهن وحكاية وطء البائع الجارية المبيعة جعلوا فى فسخ البيع وجهين (أحدهما) يكون فسخا كوطء البائع مبيعته فى مدة الخيار (والثانى) لا يكون فسخا . لأن ملك المشترى مستقر فلا يرفع إلا بالقول .

(**فرع**) : إذا بذل الغرماء للبائع جميع ما له على أن لا يرجع بالعين المبيعة لم يجبر على ذلك . وجاز له الرجوع إلى عين ماله . وقال مالك رضى الله عنه : لا يجوز له الرجوع إلى عين ما له . وقال أحمد وأصحابه كقولنا .

دليلنا : الحديث ، ولم يفرق بين ما إذا عرض الثمن أو لم يعرض ولأنه تبرع بالحق غير من عليه الحق فلم يلزم من ثبت له الفسخ إسقاط حقه من الفسخ . كالزوج إذا أعسر بالنفقة فجاء أجنبى فبذل لها النفقة ليترك الفسخ ، فإنه لا يلزمها ذلك والله تعالى أعلم .

قَالَ المُصنف رَحمَهُ الله تعَالى

(فصل) : ﴿ وإن كان قد باعه بعد الإفلاس ؛ ففيه وجهان (أحدهما) : أن له أن يفسخ ، لأنه باعه قبل وقت الفسخ ، فلم يسقط حقه من الفسخ كما لو تزوجت امرأة بفقير ثم أعسر بالنفقة . (والثانى) : أنه ليس له أن يفسخ لأنه باعه مع العلم بخراب ذمته ، فسقط خياره ، كما لو اشترى سلعة مع العلم بعيبها ﴾ .

(**الشرح**) : الأحكام : إذا اشترى عينا بعد أن حجر عليه بثمن فى ذمته فقد ذكرنا أن شراءه صحيح ، وهل ثبت للبائع الرجوع إلى عين ما له ؟ فيه وجهان . (أحدهما) لا يثبت له الرجوع إلى عين ما له ، لأنه باعه مع العلم بخراب ذمته ، فلم يثبت له الفسخ كما لو اشترت سلعة ، معيبة مع العلم بعيبها (والثانى) يثبت له الفسخ . كما لو تزوجت امرأة بفقير مع العلم بحاله ، فإن لها أن تفسخ النكاح إذا أعسر بالنفقة .

قَالَ المصَنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصل) : ﴿ وإن وجد المبيع وقد قبض من الثمن بعضه ، رجع بحصة ما بقى من الثمن لأنه إذا رجع بالجميع إذا لم يقبض جميع الثمن رجع فى بعضه إذا لم يقبض بعض الثمن ، وإن كان المبيع عبدين متساويى القيمة وباعهما بمائة ، وقبض من الثمن خمسين ، ثم مات أحد العبدين ، وأفلس المشترى ، فالمنصوص فى التفليس أنه يأخذ

الباقى بما بقى من الثمن ، ونصّ فى الصداق : إذا أصدقها عبدين فتلف أحدهما ثم طلقها قبل الدخول ، على قولين .

(أحدهما) أمه يأخذ الموجود بنصف الصداق مثل قوله فى التفليس . (والثانى) أنه يأخذ نصف الموجود ونصف قيمة التالف ، فمن أصحابنا من نقل هذا القول إلى البيع ، وقال : فيه قولان (أحدهما) أنه يأخذ نصف الموجود ويضرب مع الغرماء بنصف ثمن التالف ، وهو اختيار المزنى رحمه الله ، لأن البائع قبض الخمسين من ثمنهما ، وما قبض من ثمنه لا يرجع به (والثانى) أنه يأخذ الموجود بما بقى ، لأن ما أخذ جميعه لدفع الضرر إذا كان باقيا أخذ الباقى إذا هلك بعضه كالشقص فى الشفعة .

ومن أصحابنا من قال : يأخذ البائع الموجود بما بقى من الثمن قولا واحداً ، وفى الصداق قولان . والفرق بينهما أن البائع إذا رجع بنصف الموجود ونصف بدل التالف لم يصل إلى كمال حقه لأن غريمه مفلس ، والزوج إذا رجع بنصف الموجود ونصف قيمة التالف وصل إلى جميع حقه ، لأن الزوجة موسرة فلم يجز له الرجوع بجميع الموجود بنصف المهر ﴾

(الشـرح) : الأحكام : إذا باع من رجل عيناً بمائة أو عينين بمائة ، فقبض البائع من الثمن خمسين والعين المبيعة باقية أو العينان باقيتان ، سواء كانت قيمتهما مختلفة أو متساوية ، فهل للبائع أن يرجع من المبيع بقدر ما بقى من الثمن ؟ .

حكى ابن الصباغ فيه قولين ، قال فى القديم : سقط حق البائع من الرجوع إلى الغير ويضرب مع الغرماء بالثمن .

وحكى الشيخ أبو حامد أن هذا هو مذهب مالك ولم يحكه عن القديم . وقال ابن الصباغ : مذهب مالك إذا قبض شيئاً من الثمن والعين باقية كان بالخيار بين أن يرد ما قبض من الثمن ويرجع فى العين المبيعة ، وبين أن لا يرجع فى العين ويضرب مع الغرماء فيما بقى .

ووجه القول القديم حديث أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحرث بن هشام الذى أتينا على طرقه وألفاظه فيما سبق من فصول هذا الباب ولأن فى رجوعه فى بعض العين تبعيضا للصفقة على المشترى وإضراراً به ، فلم يكن ذلك للبائع .

وقال فى الجديد : يثبت له الرجوع بخصم ما بقى من الثمن — وهو الصحيح — لأنه سبب يرجع به العاقد إلى جميع العين فجاز أن يرجع به إلى بعضها كالفرقة قبل الدخول ، وذلك أن الزوج يرجع تارة بجميع الصداق ، وهو ما إذا ارتدت أو وجد أحدهما بالآخر عيبا ، وتارة بالنصف ، وهو ما إذا طلقها .

قال فى البيان : والخبر عن أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام مرسل ، لأن أبا بكر ليس بصحابى ، وإن صح فمعنى قوله « فهو أسوة الغرماء » إذا رضى بذلك .

وإن باعه عينين متساويى القيمة بمائة ، فقبض البائع من الثمن خمسين وتلف أحد العينين وأفلس المشترى ، فإن اختار البائع أن يضرب مع الغرماء بالثمن الذى بقى له فلا كلام ، وإن اختار الرجوع إلى عين ما له على الجديد فبكم يرجع ؟ قال الشافعى : يرجع هنا فى العين الباقية بما بقى من الثمن . وقال فى الصداق : « إذا أصدقها عبدين فتلف أحدهما وطلقها قبل الدخول أنها على قولين .

(أحدهما) تأخذ نصف قيمة التالف (والثانى) أنه بالخيار بين أن يأخذ نصف الموجود ونصف قيمة التالف . وبين أن يترك الموجود ويأخذ نصف قيمته وقال فى الزكاة : « إذا أصدقها خمساً من الإبل فحال عليها الحول فباعت منها بقدر شاة وأخرجتها ثم طلقها قبل الدخول كان له أن يأخذ بعيرين ونصفاً » فحصل فى الصداق ثلاثة أقوال :

(أحدها) يأخذ نصف الصداق من الباق ، وهذا موافق لما قاله فى المفلس . (والثانى) يأخذ نصف الموجود ونصف قيمة التالف ، (والثالث) أنه بالخيار بين أن يأخذ الموجود بنصف الصداق وبين أن يترك الموجود ويأخذ نصف قيمتها .

واختلف أصحابنا فى مسألة المفلس ، فمنهم من قال فى المفلس أيضاً قولان : (أحدهما) يأخذ الباق من العينين بما بقى له من الثمن ، ويكون النصف الذى أخذ حصة التالف ؛ لأنه إنما جاز للبائع أخذ جميع المبيع ، إذا وجده كله جاز له أن يأخذ بعضه إذا تعذر جميعه ، كما قلنا فى الشفيع .

(والثانى) يأخذ نصف الموجود بنصف ما بقى له ، ويضرب مع الغرماء بنصفه ، لأنه إذا باع شيئين متساويى القيمة بمائة فقد باع كل واحد منهما بخمسين فإذا قبض خمسين من مائة فقد قبض من ثمنهما مجتمعين ، بدليل أنهما لو كانا قائمين لرجع فى نصفهما ، فإذا تلف أحدهما رجع فى نصف الباق بنصف ما بقى ، وضرب مع الغرماء بحصة ما تلف من

الذى لم يقبضه ، قال هذا القائل : ولا يجىء هاهنا القول الثالث فى الصداق ، وهو أن يترك الموجود ويأخذ نصف قيمتها ؛ لأن ذمة الزوجة مليئة وذمة المفلس خربة ، فلا يمكن ترك الشىء كله والرجوع إلى القيمة ، لأنه لا يصل إليها .

ومن أصحابنا من حمل المسألتين على ظاهرهما فقال فى الصداق ثلاثة أقوال ، وفى المفلس يأخذ البائع العين الباقية بما بقى له من الثمن قولا واحداً ، والفرق بينهما أنا إذا قلنا فى الصداق : يأخذ الزوج نصف الموجود ونصف قيمة التالف فلا ضرر عليه لأنه يصل إلى حقه لأن ذمة الزوجة مليئة ، وفى المفلس لو قلنا : يأخذ البائع نصف الباقى بنصف ما بقى له ، ويضرب مع الغرماء بنصف ما بقى له لم يأمن ألا يصل إلى الكمال من حقه ، لأن ذمة المفلس خربة .

قالَ المُصنِّفُ رحمهُ الله تعالى

(فصـل) : ﴿ وإن وجد البائع عين ماله وهو رهن لم يرجع به لأن حق المرتهن سابق لحقه فلم يملك إسقاطه بحقه فإن أمكن أن يقضى حق المرتهن ببيع بعضه ، بيع منه بقدر حقه ويرجع البائع بالباقى ، لأن المنع كان لحق المرتهن وقد زال ﴾ .

(الشـرح) : الأحكام : إذا وجد البائع عين ماله مرهونة عند آخر لم يكن له أن يرجع فيها لأن المشترى قد عقد على ما اشتراه عقداً منع نفسه من التصرف فيه ، فلم يكن لبائعه الرجوع فيه ، كما لو باعها المشترى أو وهبها .

(إذا ثبت هذا) : فإن حق المرتهن مقدم على حق البائع لأنه أسبق فإن كان الدَّين المرهون به مثل قيمة العين أو أكثر بيعت العين فى حق المرتهن ولا كلام ، وإن كان الدَّين المرهون به أقل من قيمة الرهن بيع من الرهن بقدر دين المرتهن وكان للبائع أن يرجع فى الباقى منها ، لأنه لا حق لأحد فيما بقى منها ، وإن لم يمكن بيع بعض الرهن بحق المرتهن من ثمن الرهن ، وبقى من الثمن بعضه ، فالذى يقتضى المذهب أن البائع لا يكون أحق بالباقى من الثمن ، بل يصرف ذلك إلى جميع الغرماء ، لأن حقه يختص بالعين دون ثمنها .

قالَ المُصَنِّفُ رحمهُ الله تعالى

(فصـل) : ﴿ وإن كان المبيع شقصاً تثبت فيه الشفعة ففيه ثلاثة أوجه : (أحدها) أن الشفيع أحق ، لأن حقه ثابت ؛ فإنه يثبت بالعقد ، وحق البائع ثبت بالحجر ؛ فقدم حق الشفيع ، (والثانى) أن البائع أحق ، لأنه إذا أخذ الشفيع الشقص زال الضرر عنه وحده ، وإذا أخذه البائع زال الضرر عنهما ؛ لأن البائع يرجع إلى عين ماله والشفيع يتخلص من ضرر المشترى فيزول الضرر عنهما ، (والثالث) أنه يدفع الشقص إلى الشفيع ويؤخذ منه ثمنه ، ويدفع إلى البائع لأن فى ذلك جمعاً بين الحقين ، وإذا أمكن الجمع بين الحقين لم يجز إسقاط أحدهما ﴾ .

(الشـرح) : قوله « شقصاً » الشقص الطائفة من الشيء ، والجمع أشقاص مثل حمل وأحمال ، وهو مأخوذ من المشقص ، سهم فيه نصل عريض أو أن هذا مأخوذ منه .

(أما أحكام الفصل) : فإنه إذا اشترى رجل شقصاً من دار أو أرض فثبت فيه الشفعة فأفلس المشترى وحجر عليه قبل أن يأخذ الشفيع ، فهل البائع أحق بالشقص أم الشفيع ؟ فيه ثلاثة أوجه : (أحدها) أن الشفيع أحق ويكون الثمن بين الغرماء ، لأن حق الشفيع أسبـــق لأن حقه يثبت بالبيع ، وحق البائع يثبت بالحجر ؛ فقـدم السابق ، (والثانى) أن البائع أحق بالشقص لأنه إذا رجع فى الشقص زال الضرر عنه وعن الشفيع لأنه عاد كما قبل البيع ولم يتجدد شركة غيره ، قال الشيخ أبو حامد : وهذا مدخول ؛ لأن من باع شقصا وثبتت فيه الشفعة ثم استقاله البائع فأقاله قبل أن يأخذ الشفيع ، فإن البائع عاد للشفيع شريكاً كما كان ، ومع ذلك له الأخذ بالشفعة ، (والثالث) أن الشفيع أولى بالشقص ، ويؤخذ منه الثمن ، ويسلم إلى البائع دون سائر الغرماء ، لأن فى ذلك جمعاً بين الحقين ، وإزالة الضرر عنهما .

قالَ المُصَنِّفُ رحمهُ الله تعالى

(فصـل) : ﴿ وإن كان المبيع صيداً والبائع محرم لم يرجع فيه ، لأنه تمليك صيد فلم يجز مع الإحرام كشراء الصيد ﴾ .

(الشـرح) : الأحكام : إذا باع صيداً ثم أحرم وأفلس المشترى لم يكن للبائع أن يرجع فى الصيد كما لا يجوز أن يبتاعه وبهذا قال العلماء كافة. قال ابن قدامة فى المغنى : وإن كان المبيع صيداً وأفلس المشترى والبائع محرم لم يرجع فيه لأنه تملك لصيد فى الحل فأفلس المشترى فللبائع الرجوع فيه ، لأن الحرم إنما يحرم الصيد الذى فيه وهذا ليس من صيد فلا يحرم ولو أفلس المحرم وفى ملكه صيد بائعه حلال فله أخذه لأن المانع غير موجود فى حقه اهـ .

قالَ المُصَنِّفُ رحمهُ الله تعالى

(فصـل) : ﴿ وإن وجد عين ماله ودينه مؤجل ، وقلنا إن الدين المؤجل لا يحل وديون الغرماء حالَّة ، فالمنصوص أنه يباع المبيع فى الديون الحالة لأنها حقوق حالة فقدمت على الدَّين المؤجل ، ومن أصحابنا من قال : لا يباع ، بل يوقف إلى أن يحل فيختار البائع الفسخ أو الترك ، وإليه أشار فى الإملاء ، لأن بالحجر تتعلق الديون بماله فصار المبيع كالمرهون فى حقه بدين مؤجل فلا يباع فى الديون الحالة ﴾ .

(الشـرح) : الأحكام : إذا اشترى رجل أعياناً بأثمان مؤجلة فحجر على المشترى بديون حالّة عليه ، وكانت الأعيان التى اشتراها بالمؤجل باقية فى يده لم يتعلق به حق غيره ، فإن قلنا : إن الدين المؤجل لا يحل بالحجر ، فما الحكم فى الأعيان التى اشتراها بالأثمان المؤجلة ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) وهو المنصوص ولم يقل الشيخ أبو حامد غيره أنها تباع وتفرق أثمانها على أصحاب الديون لأنها حقوق حالة فقدمت على الديون المؤجلة ، وتبقى الديون فى ذمته إلى الأجل ، فإذا أيسر طالبوه ، وإلا كانت فى ذمته إلى أن يوسر .

(الثانى) حكاه المصنف أنها لا تباع ، بل توقف إلى أن تحل الديون المؤجلة فيخير بائعوها بين فسخ البيع فيها أو الترك قال : وإليه أشار فى الإيلاء ، لأن بالحجر تعلقت الديون بماله ، فصار المبيع كالمرهون فى حقه بدين مؤجل فلم يبع فى الديون الحالة وأما إذا إذا قلنا : إن الديون المؤجلة تحل بالحجر فما الحكم فى الأعيان المشتراة بها ؟ فيه وجه حكاه صاحب الفروع ، وهو قول أبى إسحاق أن تلك الأعيان لا تباع فى حق أصحاب الديون المعجلة ولا تسلم إلى بائعها أيضاً ، بل توقف .

قالَ المُصَنِّفُ رحمهُ الله تعالى

(فصـل) : ﴿ وإن وجد المبيع وقد باعه المشترى ويرجع إليه ، ففيه وجهان : (أحدهما) أن له أن يرجع فيه ، لأنه وجد عين ماله خالياً من حق غيره ، فأشبه إذا لم يبعه . (والثانى) لا يرجع ، لأن هذا الملك لم ينتقل إليه منه فلم يملك فسخه ﴾ .

(الشـرح) : الأحكام : إذا اشترى عيناً بثمن فى ذمته فباعها من غيره أو وهبها له وأقبضها ثم أفلس المشترى لم يكن للبائع إلا الضرب مع الغرماء لأنها خارجة عن ملك المشترى ، فهو كما لو تلفت ، وإن رجعت إلى ملك المشترى بإرث أو هبة أو وصية فأفلس فهل يرجع البائع بها ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) : لا يرجع لأن هذا الملك انتقل إليه من غير البائع (والثاني)للبائع أن يرجع فيها ، لأنه وجد عين ماله خالياً عن حق غيره ، فهو كما لو لم يخرج عن ملك المشترى ، فإذا قلنا بهذا الوجه ، وكان المشترى قد اشتراها ممن هى فى يده بثمن فى ذمته ، فأفلس بالثمنين وحجر عليه ، فأى البائعين أحق بالعين ؟ فيه ثلاثة أوجه ، حكاها المسعودى :

(أحدها) البائع الأول أحق بها ، لأن حقه أسبق ، (الثانى) البائع الثانى أحق بها ، لأنه أقرب ، (والثالث) أنهما سواء لأنهما متساويان فى سبب الاستحقاق .

قَالَ المصَنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصـل) : ﴿ وإن وجد المبيع ناقصا نظرت ، فإن كان نقصان جزء ينقسم عليه الثمن كعبدين ، تلف أحدهما أو نخلة مثمرة تلفت ثمرتها ، فالبائع بالخيار بين أن يضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يفسخ البيع فيما بقى بحصته من الثمن ويضرب مع الغرماء بثمن ما تلف ، لأن البائع يستحق المبيع فى يد المفلس بالثمن كما يستحق المشترى المبيع فى يد البائع بالثمن ؛ ثم المشترى إذا وجد أحد العينين فى يد البائع والآخر هالكاً كان بالخيار بين أن يترك الباقى ويطالب بجميع الثمن ، وبين أن يأخذ الموجود بثمنه ويطالب بثمن التالف ، فكذلك البائع ؛ وإن كان المبيع نخلا مع ثمرة مؤبرة فهلكت الثمرة قُوِم النخل مع الثمرة ، ثم يقوَّم بلا ثمرة ، ويرجع بما بينهما من

الثمن ، وتعتبر القيمة أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض .

فإن كانت قيمته وقت العقد أقل قوم وقت العقد ، لأن الزيادة حدثت فى ملك المشترى فلا تقوَّم عليه ، وإن كانت فى وقت القبض أقل قوم فى وقت القبض ، لأن ما نقص لم يقبضه المشترى ، فلم يضمنه ، فإن كان نقصان جزء لا ينقسم عليه الثمن كذهاب يد وتأليف دار ، نظرت ، فإن لم يجب لها أرش بأن أتلفها المشترى أو ذهبت بآفة سماوية فالبائع بالخيار بين أن يأخذه بالثمن وبين أن يتركه ويضرب بالثمن مع الغرماء كما نقول فيمن اشترى عبداً فذهبت يده ، أو داراً فذهب تأليفها فى يد البائع ؛ فإن المشترى بالخيار بين أن يأخذه بالثمن ، وبين أن يتركه ويرجع بالثمن .

فإن وجب لها أرش بأن أتلفها أجنبى فالبائع بالخيار بين أن يترك ويضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يأخذ ويضرب بما نقص من الثمن لأن الأرش فى مقابلة جزء كان البائع يستحقه فاستحق ما يقابله كما نقول فيمن اشترى عبداً فقطع الأجنبى يده : إنه بالخيار بين أن يتركه ويرجع بالثمن ، وبين أن يأخذه ويطالب الجانى بالأرش غير أن المشترى يرجع على الجانى بقيمة اليد ، لأنها تلفت فى ملكه فوجب له البدل ، والبائع يرجع بحصة اليد من الثمن لأنها تلفت فى ملك المفلس فوجب الأرش له ، فيرجع البائع عليه بالحصة من الثمن لأن المبيع مضمون على المفلس بالثمن ، فإن كان المبيع نخلا عليه طلع غير مؤبر فهلكت الثمرة ثم أفلس بالثمن فرجع البائع فى النخل . ففيه وجهان (أحدهما) يأخذها بجميع الثمن لأن الثمرة تابعة للأصل فى البيع فلم يقابلها قسط من الثمن (والثانى) يأخذها بقسطها من الثمن ويضرب بحصة الثمرة مع الغرماء ، لأن الثمرة يجوز إفرادها بالبيع فصارت مع النخل بمنزلة العينين ﴾ .

(**الشرح**) : الأحكام : الذى ذكرناه فى الفصل الذى قبل هذا إذا وجد البائع القيمة المبيعة بحالها لم تنقص ولم تزد ، فأما فى هذا الفصل فإنه إذا وجدها ناقصة فلا يخلو إما أن يكون نقصان جزء ينقسم عليه الثمن ، ويصح إفراده بالبيع فإن كان نقصان جزء ينقسم عليه الثمن بأن باعه شيئين بثمن فقبضهما المشترى فتلف أحدهما وأفلس قبل أن يقبض البائع الثمن أو كان ثوباً فتلف بعضه أو نخلة مثمرة مؤبرة فتلفت الثمرة قبل أن يقبض البائع الثمن فالبائع بالخيار بين أن يترك ما بقى من المبيع ويضرب بجميع الثمن مع الغرماء وبين أن يرجع فيما بقى من المبيع بحصته من الثمن . ويضرب مع الغرماء بحصة

ما تلف من المبيع من الثمن . سواء تلف بآفة سماوية أو بفعل المشترى أو بفعل أجنبى ، فالحكم واحد فى رجوع البائع وإنما كان كذلك لأن البائع يستحق المبيع فى يد المفلس بالثمن كما يستحق المشترى المبيع فى يد البائع بالثمن ثم المشترى إذا وجد بعض المبيع كان له أن يأخذه بحصته من الثمن فكذلك هذا مثله . فإن كان المبيع ثوبين أو دابتين وتلف أحدهما ، وأراد بسط الثمن عليهما قوم كل واحد منهما بانفراده ، وقسم الثمن المسمى على قيمتهما فما قابل التالف ضرب به مع الغرماء وما قابل الباقى رجع فى الباقى منهما لما قابله وإن باعه نخلة عليها ثمرة مؤبرة ، واشترط المشترى دخول الثمرة فى البيع ثم أتلف المشترى الثمرة ، أو أتلفت وأفلس ، واختار البائع الرجوع فى النخلة ، فإنه يرجع فيها بحصتها من الثمن ، ويضرب مع الغرماء بما يقابل الثمرة من الثمن .

وحكى المحاملى عن بعض أصحابنا أنه يرجع فى النخلة بحصتها من الثمن . وقال العمرانى فى البيان : قال صاحب المهذب : فيكفيه ذلك أن يقوم النخلة مع الثمرة ثم يقوم النخلة من غير ثمرة ، ويرجع بما بينهما من الثمن .

وأما الشيخ أبو حامد وابن الصباغ فقد قالا : تقوم النخلة مفردة فإن قيل قيمتها تسعون ، ثم يقوم الثمرة مفردة ، فإن قيل قيمتها عشرة ، علمنا أن قيمة الثمرة العشرة فيعلم أن الذى يقابل الثمرة عشر الثمن المسمى ، فيضرب به مع الغرماء ويأخذ بتسعة أعشار الثمن ا هـ .

قال الشافعى رضى الله عنه : وتقوم يوم قبضها . قال أصحابنا : وليس هذا على إطلاقه ، وإنما يقوم بأقل الأمرين من يوم العقد ، لأن الزيادة حدثت فى ملك المفلس فلا يكون للبائع فيها حق ، فإن كانت القيمة يوم القبض أقل قوِّم يوم القبض ، لأن ما نقص فى يد البائع كان مضموناً عليه ، فلا يرجع البائع على المفلس بما نقص فى يده ، وإن اشترى منه نخلة عليها طلع غير مؤبر . فإن الطلع يدخل فى البيع ، فإن أتلف المشترى الثمرة أو تلفت فى يده وأفلس واختار البائع الرجوع فى النخلة ، فهل يضرب مع الغرماء بحصة الثمرة من الثمن لأنها ثمرة يجوز إفرادها بالعقد ، فرجع بحصتها من الثمن ، كما لو كانت مؤبرة ؟ فعلى هذا كيفية التقسيط على ماضى فى المؤبرة وهو وجه (والثانى) لا يضرب بحصة الثمرة مع الغرماء ؛ بل يأخذ النخلة بجميع الثمن ويضرب به مع الغرماء لأن الطلع غير المؤبر يجرى مجرى جزء من أجزاء النخلة بدليل أنها تدخل فى العقد

بالاطلاق ، فصارت كالسعف . ولو أفلس وقد تلف شيء من السعف لم يضرب بحصتها من الثمن ، فكذلك هذا مثله وأصله هذا ، هل الطلع قبل التأبير مما يتميز أو غير متميز ؟ فيه وجهان ، هكذا ذكر الشيخ أبو حامد . وإن كان النقصان مما لا ينقسم عليه الثمن بأن كان المبيع ثوباً صحيحاً فوجده البائع مخروقاً أو داراً ذهب تأليفها فى يد المشترى فصارت غير مألوفة لما طرأ عليها من تصدع أو وحشة فإن اختار البائع أن يضرب مع الغرماء بالثمن فلا كلام . وإن اختار أن يرجع بعين ماله نظرت ــ فإن لم يجب فى مقابلة ما ذهب أرش بأن ذهب ذلك بآفة سماوية ، أو بفعل المشترى ، فإن البائع يرجع فى البيع ناقصاً بجميع الثمن كما قلنا فيمن اشترى دابة فذهبت عينها بآفة سماوية فى يد البائع ــ فإن المشترى إذا اختار إجازة البيع أخذه بجميع الثمن .

وإن وجب للنقصان أرش ، فإن ذهب ذلك بفعل أجنبى فإن البائع يرجع فى البيع بحصته من الثمن . ويضرب مع الغرماء بحصة ما تلف من العين المبيعة من الثمن ، ويرجع المشترى على الأجنبى بالأرش وإنما كان كذلك لأن الأرش الذى يأخذه المشترى من الأجنبى بدل عن الجزء الفائت من المبيع ، ولو كان ذلك الجزء موجوداً لرجع به البائع ، فإذا كان معدوماً رجع بما قابله من الثمن .

فإن قيل : هلا قلتم : إن البائع يأخذ ذلك الأرش ؟ قلنا : لا نقول ذلك ، لأن البائع لا يستحق الأرش ، وإنما استحق ما قابل ذلك الجزء من الثمن ؛ كما أن الأجنبى لو أتلف جميع المبيع لم يرجع البائع بما وجب على الجانى من القيمة ؛ أو بما يرجع بالثمن ، وبيان ما يرجع به أن يقال : كم قيمة هذه العين قبل الجناية عليها ؟ فإن قيل : مائة ، قيل : فكم قيمتها بعد الجناية عليها ؟ فإن قيل : تسعون علمنا أن النقص عشر القيمة ، فيضرب البائع مع الغرماء بعشر القيمة .

وأما المفلس فيرجع على الجانى بالأرش . فإن كان المبيع من غير الرقيق رجع بما نقص من قيمته بالجناية . وإن كان من الرقيق ــ وهو اليوم غير قائم فى زماننا هذا ــ نظر إلى ما أتلفه منه . فإن كان مضمونا من الحر بالدية كان مضمونا من الرقيق بالقيمة . وإن كان مضموناً من الحر بالحكومة كان مضموناً من الرقيق بما نقص من القيمة ويكون ذلك للغرماء سواء أكثر مما رجع به البائع أو أقل .

(**فرع**) : وإن وجد البائع المبيع وقد أجره المشترى ، ولم تنقض مدة الإجارة

واختار البائع الرجوع فى العين ، كان له ذلك ، واستوفى المستأجر مدة الإجارة ولا يأخذ البائع الإجارة ولا شيئاً منها ، لأن المبتاع ملك ذلك بالعقد ، فصار ذلك كالعيب وهكذا إن كان المبيع مكاتبا للمبتاع لم يكن للبائع الرجوع فيه ، لأنه عقد لازم من جهة المشترى فإن عجز العبد نفسه عن الوفاء كان للبائع أن يرجع فيه كما إذا رهن المبتاع العين المبيعة ثم زال حق المرتهن عنها والله أعلم .

قَالَ المصَنفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصـل) : ﴿ وإن وجد المبيع زائدا نظرت فإن كانت زيادة غير متميزة كالسِّمَن والكبر . واختار البائع الفسخ . رجع فى المبيع مع الزيادة ، لأنها زيادة لا تتميز فتبعت الأصل فى الرد . كما قلنا فى الرد بالعيب . وإن كان المبيع حباً فصار زرعاً أو زرعاً فصار حباً أو بيضاً فصار فرخاً ففيه وجهان . (أحدهما) لا يرجع به لأن الفرخ غير البيض والزرع غير الحب (والثانى) يرجع وهو المنصوص . لأن الفرخ والزرع عين المبيع . وإنما تغيرت صفته فهو كالوَدِىِّ إذا صار نخلا . والجدى إذا صار شاة . وإن كانت الزيادة متميزة نظرت . فإن كانت ظاهرة كالطلع المؤبر وما أشبهه من الثمار ، رجع فيه دون الزيادة . لأنه نماء ظاهر متميز حدث فى ملك المشترى فلم يتبع الأصل فى الرد . كما قلنا فى الرد بالعيب . فإن اتفق المفلس والغرماء على قطعها قطع . وإن اتفقوا على تركها إلى الجداد ترك لأنه ملك أحدهما وحق الآخر وإن دعا أحدهما إلى قطعها والآخر إلى تركها وجب القطع . لأن من دعا إلى القطع تعجل حقه . فلا يؤخر بغير رضاه . وإن كانت الزيادة غير ظاهرة كطلع غير مؤبر وما أشبهه من الثمار . ففيه قولان ، روى الربيع أنه يرجع فى النخل دون الطلع ، لأن الثمرة ليست عين ماله فلم يرجع بها ، وروى المزنى أنه يرجع لأنه يتبع الأصل فى البيع فتبعه فى الفسخ كالسمن والكبر ، فإذا قلنا بهذا فأفلس وهو غير مؤبر فلم يرجع حتى أبرّ لم يرجع فى الثمرة لأنها أبرت وهى فى ملك المفلس فإن اختلف البائع والمفلس فقال البائع : رجعت فيه قبل التأبير فالثمرة لى . فقال المفلس : رجعت بعد التأبير فالثمرة لى ، فالقول قول المفلس مع يمينه لأن الأصل بقاء الثمرة على ملكه فإن لم يحلف المفلس فهل يحلف الغرماء ؟ فيه قولان ، وقد مضى دليلهما فإن كذبوه فحلف واستحق وأراد

أن يفرقه على الغرماء ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه لا يلزمهم قبوله لأنهم أقروا أنه أخذ بغير حق . (والثانى) يلزمهم قبوله أو الإبراء من الدين ، وعليه نص فى المكاتب إذا حمل إلى المولى نجما فقال المولى : هو حرام ، أنه يلزمه أن يأخذه أو يبرئه منه ، فإن صدقه بعضهم وكذبه البعض فقد قال الشافعى رحمه الله : يفرق ذلك فيمن صدقه دون من كذبه . فمن أصحابنا من قال : لا يجوز أن يفرقه إلا على من صدقه ، لأنه لا حاجة به إلى دفع ذلك إلى من يكذبه وقال أبو إسحاق : إذا اختار المفلس أن يفرق على الجميع جاز ، كما يجوز إذا كذبوه . وحمل قول الشافعى رحمه الله إذا اختار أن يفرق فيمن صدقه . وإن قال البائع رجعت قبل التأبير فالثمرة لى فصدقه المفلس وكذبه الغرماء ففيه قولان . (أحدهما) يقبل قول المفلس لأنه غريمتهم (والثانى) لا يقبل لأنه تعلق به حق الغرماء فلم يقبل إقراره فيه . فإذا قلنا بهذا فهل يحلف الغرماء ؟ فيه طريقان من أصحابنا من قال : هى على القولين كما قلنا فى القسم قبله ، ومنهم من قال : يحلفون قولا واحداً ، لأن اليمين ههنا توجهت عليهم ابتداء ، وفى القسم قبله توجهت اليمين على المفلس ، فلما نكل نقلت إليهم ﴾ .

(الشـرح) : قوله « كالودى » بفتح الواو وكسر الدال بعدها ياء مشددة صغار الفسيل الواحدة ودية .

أما الأحكام : فإنه إذا وجد البائع عين ماله زائدة نظرت ، فإن كانت الزيادة غير متميزة كالسمن والكبر وما أشبههما ، واختار البائع الرجوع فى العين رجع فيها مع زيادتها ، لأنها زيادة لا تتميز ، فتبعت الأصل فى الرجوع بها كالرد بالعيب . فإن باعه نخلا عليها طلع مؤبر ، واشترط المشترى دخول الثمرة فى البيع فأدركت الثمرة فى يد المشترى وحدها وجففها ثم أفلس والجميع فى حوزته لم يتعلق به حق غيره ، فإن للبائع أن يرجع فى النخل والثمرة ، وإن كان مجففا ، لأن هذه زيادة غير متميزة فهى كسمن البهمية ، وإن باعه نخلا عليها طلع غير مؤبر فأبرها المشترى ثم أفلس ؛ فهل للبائع الرجوع فيها . قال المسعودى : فيه قولان بناء على أن الثمرة هل تعلم قبل التأبير ؟ وفيه قولان : قال فى البيان : وتشبه أن يكون على طريقة أصحابنا البغداديين على وجهين بناء على أن الثمرة قبل التأبير إما متميزة أو غير متميزة .

وإن باعه أرضا وفيها بذر مودع فيها واشترط دخول البذر فى البيع ، فهل يصح بيع البذر ؟ قال الشيخ أبو حامد : فيه قولان ، وغيره من أصحابنا قال : فيه وجهان وقد مضى ذلك فى البيوع مفصلا .

فإذا قلنا : يصح البيع فى البذر فأفلس المشترى ، فإن كان قبل أن يخرج البذر عن الأرض رجع البائع فى الأرض وفى البذر ولا كلام ، وإن أفلس بعد أن صار البذر زرعا فإنه يرجع فى الأرض ، وهل يرجع فى الزرع أو يضرب بحصة البذر من الثمن مع الغرماء ؟ فيه وجهان من أصحابنا من قال : يرجع فى الأرض وحدها ويضرب مع الغرماء بثمن البذر ، لأن البائع إنما يرجع لعين ماله إذا كانت باقية بحالها وهذا الزرع خلقه الله تعالى ولم يكن موجوداً حال البيع .

(والثانى) يرجع فى الزرع مع الأرض ، وهو المنصوص فى الأم . لأن هذا الزرع عين البذر ، وإنما حوله الله تعالى من حالة إلى حالة ، فرجع به كالودى إذا صار نخلا . وإن اشترى منه أرضا فيها زرع أخضر واشترط دخول الزرع فى البيع صح البيع قولا واحداً فإن أفلس المشترى بعدما استحصد الزرع واشتد حبه أو كان قد حصده فعلا ودرّاه ونقاه فهل للبائع أن يرجع فى الأرض مع هذا الزرع ؟ قال عامة فقهائنا فيه وجهان كالتى قبلها .

وقال الشيخ أبو حامد : إن قلنا بالمنصوص فى التى قبلها فللبائع ههنا أن يرجع فيهما ، وإن قلنا بالوجه الثانى لبعض أصحابنا فيها فهاهنا وجهان (أحدهما) لا يرجع (الثانى) يرجع لأنه تميز ماله وإنما تغير صفتها فزادت . قالوا : وهكذا لو تغير الزرع من خضرة إلى صفرة . هكذا فى الروضة والحاوى والبيان .

وإذا باعه أرضاً فيها نواء مدفونة ، واشترط دخول النوى فى البيع . فيه وجهان ، المذهب أنه يدخل ، فإن أفلس المشترى وقد صار النوى نخلا فهل يرجع البائع فيها مع النخل ؟ فيه وجهان كالبذر إذا صار زرعاً ، وإن اشترى منه بيضا فحضنه تحت دجاجة حتى صار فرخاً ثم أفلس المشترى ، فهل يرجع البائع فى الفراخ ؟ فيه وجهان كالبذر إذا صار زرعا ، تعليلهما على ما سبق ذكره والله أعلم .

(**فرع**) : وإذا كانت الزيادة متميزة كاللبن وولد البهيمة رجع البائع فى عين المبيعة دون الزيادة لأنها زيادة متميزة فلم تتبع الأصل فى الرد ــ كما قلنا فى الرد بالعيب ــ فإن كان المبيع أرضاً فارغة فزرعها المشترى ، أو نخلا لا ثمر

عليها فأثمرت فى يد المشترى أو أبرت ثم أفلس المشترى ، واختار البائع الرجوع فى عين ماله فإنه يرجع فى الأرض دون الزرع ، وفى النخل دون الثمرة لأنها زيادة متميزة حدثت فى يد المشترى فلم يكن للبائع فيها حق .

إذا ثبت هذا : فليس للبائع أن يطالب المشترى والغرماء بحصاد الزرع ولا بجداد الثمرة قبل وقته ، لأن المشترى زرع فى أرضه فليس بظالم ، والثمرة أطلعت فى ملكه ، فهو كما لو باع أرضاً وفيها زرع أو نخلة وعليها طلع ، فإنه لا يجبر على قطعه قبل أوانه ولا يجب للبائع أجرة الأرض ؛ ولا النخل إلى أوان الجداد والحصاد ، كما لا يجب ذلك للمشترى على البائع إذا اشترى أرضاً فيها زرع أو نخلا عليها طلع ، ثم ينظر فى المفلس والغرماء ، فإن اتفق على قطع الثمر والزرع قبل أوان قطعهما جاز ، لأن الحق لهم ؛ وإن اتفقوا على تركه إلى وقت الحصاد والجداد جاز . وإن دعا بعضهم إلى القطع قبل أوانه ، ودعا البعض إلى تركه ففيه وجهان (وأحدهما) وبه قال عامة أصحابنا وهو المذهب : أنه يجاب قول من دعا إلى القطع . لأن الغرماء إن كانوا هم الطالبين القطع أجيبوا ، لأنهم يقولون : حقوقنا معجلة فلا يجب علينا التأخير ، وإن كان المفلس هو الطالب للقطع أجيب ، لأنه يستفيد بذلك إبراء ذمته ، ولأن فى التبقية غررا ، لأنه قد يتلف ، فأجيب من دعا إلى القطع .

(والوجه الثانى) وهو قول أبى إسحاق : إنه يفعل ما فيه الحظ من القطع أو التبقية قال ابن الصباغ : وهذا لا بأس به لأنه قد يكون من الثمرة والزرع ماله قيمة تافهة أو مالا قيمة له ، والظاهر سلامته . ا هـ .

(**فرع**) : إذا باعه نخلا لا ثمرة عليها فأطلعت فى يد المشترى وأفلس قبل التأبير فهل للبائع أن يرجع فى الثمرة مع النخل ؟ فيه قولان (أحدهما) رواه المزنى أنه يرجع فى الثمرة مع النخل ، لأنه لو باعه نخلة عليها طلع غير مؤبرة تبعت الثمرة النخلة فى المبيع . فتبعتها أيضاً فى الفسخ ، كالثمن فى الجارية .

(والثانى) رواه الربيع أنه لا يرجع فى الثمرة لأنه يصح إفرادها فى البيع فلم تتبع النخلة فى الفسخ كالطلع المؤبر ، ويفارق البيع أنه زال ملكه عن النخلة باختياره ، وههنا زال بغير اختياره .

قال أصحابنا : كل موضع زال ملك المالك عن أصل النخلة وعليها طلع غير مؤبر باختيار المالك ، وكان زوال ملكه عنها بعوض ، فإن الثمرة تتبع الأصل ، وذلك كالبيع والصلح والأجرة فى الإجارة والصداق وما أشبه ذلك .

وكل موضع زال ملكه عن أصل النخلة بغير اختياره فهل تتبع الثمرة الأصل ؟ فيه قولان وذلك مثل مسألتنا هذه والمفلس، ومثل أن يشترى نخلة لا ثمر عليها بثمن معين فتُطْلِع النخلة فى يد المشترى ثم يجد البائع بالثمن عيباً فرده قبل التأبير ، فهل يرجع فى الثمرة مع النخلة ؟ على قولين .

وكذلك إذ اشترى شقصاً فى أرض فيها نخل فأطلعت النخل فى يد المشترى ثم علم الشفيع قبل التأبير فشفع . فهل يأخذ الثمرة مع النخل ؟ على هذين القولين وكذلك كل موضع زال ملكه عن الأصل إلى غيره باختياره بغير عوض . فهل يتبع المطلع الذى ليس بمؤبر الأصل ؟ فيه قولان أيضاً . وذلك مثل أن يهب الرجل لغيره نخلة عليها طلع غير مؤبر وكذلك إذا زال ملكه عن الأصل بغير عوض بغير اختياره أيضاً مثل أن يهب الأب لابنه نخلة فأطلعت فى يد الابن ورجع الأب فيها قبل التأبير فهل يتبع الثمرة الأصل ؟ فيه قولان .

إذا ثبت ما ذكرناه فإذا باعه نخلة لا ثمرة عليها فأطلعت فى يد المشترى وأفلس قبل أن تؤبر الثمرة فرجع البائع فى عين ماله ، فإن قلنا : إن الثمرة لا تتبع النخلة فى الفسخ كانت الثمرة للمفلس . فإن اتفق المفلس والغرماء على تبقيتها إلى أوان جدادها كان لهم ذلك . وليس لبائع النخلة أن يطالبهم بقطعها قبل ذلك . وإن اتفقوا على قطعها جاز . وإن دعا بعضهم إلى قطعها . وبعضهم إلى تبقيتها ففيه وجهان . قال عامة أصحابنا يجاب من دعا إلى قطعها . وقال المصنف : يفعل ما فيه الأحظ وقد مضى دليل الوجهين . وإن قلنا إن الثمرة تكون للبائع للنخل فلم يرجع البائع حتى أبرت النخل كانت الثمرة للمفلس والغرماء قولا واحداً . لأنها صارت نماء متميزاً . فالحكم فى قطعها وتبقيتها على ماضى .

فإن قال بائع النخل : قد كنت رجعت فيها قبل التأبير . فإن صدقه المفلس والغرماء على ذلك أو كذبوه وأقام على ذلك بينة حكم له بالثمرة وإن كذبه المفلس والغرماء ولا بينة فالقول قول المفلس مع يمينه ، لأن الأصل عدم الرجوع . فإذا حلف المفلس كانت الثمرة ملكا له وقسمت على الغرماء . وإن نكل عن اليمين فهل يحلف الغرماء ؟ فيه قولان مضى بيانهما فإذا قلنا : يحلفون فحلفوا قسمت الثمرة بينهم . وإن نكلوا أو قلنا لا يحلفون عرضت اليمين على البائع فإن حلف ثبت ملك الطلع له . وإن نكل قال ابن الصباغ : سقط حقه وكانت الثمرة للمفلس وقسمت بين الغرماء ، وإن صدق الغرماء البائع وكذبوا المفلس نظرت فى الغرماء فإن كان فيهم عدلان فشهدا للبائع أنه رجع قبل التأبير قبلت شهادتهما له . وحكم بالثمرة للبائع لأنهما لا يجران إلى أنفسهما نفعاً بهذه الشهادة

ولا يدفعان عنهما ضرراً . وكذلك إن كان فيهم عدل واحد حلف مع البائع حكم له بالثمرة . هكذا فى الروضة والتحفة والحاوى من كتب المذهب . وإن كانوا فساقاً أو لم تقبل شهادتهم للبائع لسبب من الأسباب المانعة فالقول قول المفلس مع يمينه .

قال العمرانى : قلت : والذى يقتضيه المذهب أنه يحلف : ما يعلم أن البائع رجع فيها قبل التأبير . وكذلك الغرماء إذا حلفوا ، لأنه يحلف على نفى فعل الغير فإذا حلف المفلس ملك الثمرة ، فإن لم يختر دفع الثمرة إلى الغرماء ولا بيعها لهم لم يجبر على ذلك ، ولا لهم أن يطالبوه بذلك لأنهم يقرون أنها ملك للبائع دون المفلس ؛ ولكن يصرف إليهم سائر أمواله ، ويفك عنه الحجر ، ويتصرف فى الثمرة كيف شاء ا هـ .

فإن اختار المفلس دفع الثمرة إلى الغرماء ، فهل يجبر الغرماء على قبولها ؟ فيه وجهان (أحدهما) وهو المذهب ، ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره : أنهم يجبرون فيقال لهم : إما أن تقبلوها أو تبرئوه من قدرها من دينكم كما قال الشافعى فى المكاتب إذا حمل إلى سيده مالا عن كتابته . وقال للسيد : هو حرام ، إنه يلزمه أن يأخذه أو يبرئه من قدره مما له عليه . (والثانى) لا يلزمهم ذلك ، لأنهم يقرون أن المفلس لا يملك ذلك ، ويفارق سيد المكاتب ؛ لأنه يريد الإضرار بالعبد ورده إلى الرق ، فلم يقبل منه ولا ضرر على المفلس فى ذلك .

فإذا قلنا بالأول : وقال الغرماء : نحن لا نأخذ الثمرة ولكنا نفك الحجر عنه ونبريه من حقوقنا ، فهل للمفلس الامتناع ؟ فيه وجهان حكاهما المسعودى ، فإن اختار الغرماء أن يبرئوا المفلس من قدر الثمرة من الدين ، فأبروه من ذلك فلا كلام ، وإن لم يختاروا أن يبروه فإن كان دينهم من جنس الثمرة ، وجب عليهم أخذها وكذلك إذا لم يكن دينهم من جنس الثمرة ، واختاروا أخذ الثمرة عن دينهم ، فإن كان دينهم من غير السلم جاز ، وبرئت ذمة المفلس من ذلك فإذا أخذوا ذلك لم يملكوه ، ولكن لزمهم رد ذلك إلى البائع ؛ لأنهم قد أقروا أنها ملكه وإنما لم نقبل إقرارهم لحق المفلس . فإذا زال حقه لزمهم حكم إقرارهم الأول كما لو شهد رجلان على رجل أنه أعتق عبده فلم نقبل شهادتهما عليه ، ثم انتقل العبد إليهما أو إلى أحدهما بارث أو بيع ، فإنه يعتق عليهما بإقرار السابق ، وإن كانت حقوقهم من غير جنس الثمرة ، فإنه لا يلزمهم قبول الثمرة بعينها ولكن تباع الثمرة ويدفع الثمن . قال ابن الصباغ : ولا حق للبائع فى الثمن .

وإن صدق بعض الغرماء البائع وكذبه بعضهم مع المفلس ـــ فإن كان فيما صدق

البائع عدلان فشهدا له أو عدل وحلف مع شاهده ـــ حكم للبائع بالثمرة ولا كلام ، وإن لم يكن فيهم من يقبل شهادته له ، فإن القول قول المفلس مع يمينه لما ذكرناه فإذا حلف ملك الثمرة ، فإن أراد أن تقسم الثمرة على من صدقه دون من كذبه جاز ، وإن اختار قسمتها على الجميع فقد قال الشافعى رضى الله عنه : يدفعها إلى الذين صدقوه دون الذين كذبوه .

واختلف أصحابنا فيها على وجهين ، فقال أبو إسحاق : هى كالأول ، وأن للمفلس أن يفرق ذلك على الجميع أو بين من يكذبه عما يخصه من الثمرة من الدين لما ذكرناه فى التى قبلها وما ذكره الشافعى رضى الله عنه فمعناه إذا رضى أن يفرقه فيمن صدقه دون من كذبه .

ومنهم من قال : لا يجبر من كذبه على قبض شىء من الثمرة ولا الإبراء عن شىء من دينه ، وجهاً واحداً بخلاف الأولى لأنه مع تكذيب جماعتهم له ، به حاجة إلى قضاء دينه ، فأجبروا على أخذه .

وفى مسألتنا يمكنه دفعه إلى المصدقين له دون المكذبين له ، فإذا قلنا بالأول لزم المصدقين للبائع أن يدفعوا ما خصم من الثمرة إليه ، ولا يلزم المكذبين له ، والذى يقتضى المذهب ، أن البائع لو سأل من كذبه من الغرماء أن يحلف له أنه ما يعلم أنه رجع قبل التأبير لزم المكذب أن يحلف ، لأنه لو خاف من اليمين فأقر لزمه إقراره هذا إذا كان المفلس مكذباً للبائع ، فأما إذا كان المفلس مصدقاً للبائع أنه رجع قبل التأبير ، وقال الغرماء : بل رجع بعد التأبير فهل يقبل إقرار المفلس ؟ فيه قولان كالقولين فيه إذا قال : هذه العين غصبتها من فلان ، أو ابتعتها منه بثمن فى ذمتى ، فهل يقبل فى العين ؟ قولان

فإذا قلنا : يقبل كانت الثمرة للبائع ولا كلام ، وإذا قلنا : لا يقبل فقد قال الشافعى رضى الله عنه : يحلف الغرماء للبائع أنه ما رجع قبل الإبار فمن أصحابنا من قال : فيها قولان ، كما إذا ادعى المفلس مالا ، وأقام شاهداً ولم يحلف معه ، فهل يحلف غرماؤه ؟ فيه قولان ، وما ذكر الشافعى ههنا فهو أحدهما ، ومنهم من قال : يحلفون ههنا قولا واحداً ، وهناك على قولين ، لأن هناك توجهت اليمين على غيرهم ، ثم نقلت إليهم ، وههنا توجهت عليهم ابتداء ، والله تعالى أعلم .

قَال المُصنِّف رَحمَه الله تعَالى

(فصـل) : ﴿ وإن كان المبيع جارية فحبلت فى ملك المشترى نظرت فإن أفلس بعد الوضع رجع فى الجارية دون الولد كما قلنا فى الرد بالعيب ولا يجوز التفريق بين الأم والولد فإما أن يزيد البائع قيمة الولد فيأخذه مع الأم أو تباع الأم والولد فيأخذ البائع ثمن الأم ويأخذ المفلس ثمن الولد . ومن أصحابنا من قال : إما أن يزن قيمة الولد فيأخذه مع الأم وإما أن يسقط حقه من الرجوع والمذهب الأول . لأنه وجد عين ما له خالياً عن حق غيره فثبت له الرجوع . وإن أفلس قبل الوضع فإن قلنا لا حكم للحمل رجع فيهما لأنه كالسمن وإن قلنا إن الحمل له حكم رجع فى الأم دون الحمل لأنه كالحمل المنفصل ، فإن باعها وهى حبلى ثم أفلس المشترى ــ نظرت فإن أفلس قبل الوضع ــ رجع فيهما وإن أفلس بعد الوضع ــ فإن قلنا للحمل حكم ــ رجع فيهما لأنهما كعينين باعهما وإن قلنا : لا حكم للحمل رجع فى الأم دون الحمل لأنه نماء تميز من ملك المشترى فلم يرجع فيه البائع ولا يفرق بين الأم والولد على ما ذكرناه ﴾ .

(الشـرح) : الأحكام : إذا باع من رجل بهيمة حائلا فحملت فى يد المشترى ثم أفلس المشترى بعد أن ولدت فللبائع أن يرجع فى البهيمة لأنها عين ما له ولا حق له فى ولدها لأنه نماء متميز ، وحكم الجارية حكم البهيمة إلا أنه لا يجوز التفريق بين الجارية وولدها إذا كان صغيراً فإن قال بائع الجارية : أنا أدفع قيمة الولد وأملكه مع الأم كان له ذلك وينبنى على عدم التفريق بين الجارية وولدها من التقسيط بين الغرماء أقوال الشيخ أبى حامد وابن الصباغ وأبى إسحاق الشيرازى والعمرانى آثرنا الإشارة إليها جرياً على نهجنا فى الاقتضاب عند عرض الأحكام غير العملية . وفى كلام المصنف غناء لمن شاء والله تعالى أعلم .

قَالَ المصَنِّفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصـل) : ﴿ وإن كان المبيع طعاماً فطحنه المشترى أو ثوبا فقصره ثم أفلس نظرت فإن لم تزد قيمته بذلك واختار البائع الرجوع رجع فيه ولا يكون المشترى شريكا له بقدر عمله ، لأن عمله قد استهلك ولم يظهر له أثر . وإن زادت قيمته بأن كانت

قيمته عشرة فصارت قيمته خمسة عشر ففيه قولان (أحدهما) أن البائع يرجع فيه ولا يكون المشترى شريكا له بقدر ما عمل فيه وهو قول المزنى لأنه لم يضف إلى المبيع عيناً وإنما فرق بالطحن أجزاء مجتمعة وفى العصارة أظهر بياضاً كان كامناً فى الثوب فلم يصر شريكا للبائع فى العين كما لو كان المبيع جوزاً فكسره ولأنه زيادة لا تتميز فلم يتعلق بها حق المفلس كما لو كان المبيع غلاماً فعلمه أو حيواناً فسمنه . (والثانى) أن المشترى يكون شريكا للبائع بقدر مازاد بالعمل ويكون حكم العمل حكم العين وهو الصحيح لأنها زيادة حصلت بفعله فصار بها شريكا كما لو كان المبيع ثوبا فصبغه ولأن القصار يملك حبس العين لقبض الأجرة كما يملك البائع حبس المبيع لقبض الثمن فدل على أن العمل كالعين بخلاف كسر الجوز وتعليم الغلام وتسمين الحيوان فإن الأجير فى هذه الأشياء لا يملك حبس العين لقبض الأجرة . فعلى هذا يباع الثوب فيصرف ثلث الثمن إلى الغرماء والثلثان إلى البائع وإن كان قد استأجر المشترى من قصر الثوب وطحن الطعام ولم يدفع إليه الأجرة دفع الأجرة إلى الأجير من ثمن الثوب لأن الزيادة حصلت بفعله فقضى حقه من بدله

(فصل) : وإن اشترى من رجل ثوباً بعشرة ومن آخر صبغاً بخمسة فصبغ به الثوب ثم أفلس نظرت فإن لم تزد ولم تنقص بأن صار قيمة الثوب خمسة عشر فقد وجد كل واحد من البائعين عين ماله فإن اختار الرجوع صار الثوب بينهما لصاحب الثوب الثلثان ولصاحب السبع الثلث . وإن نقص فصار قيمة الثوب إثنى عشر فقد وجد بائع الثوب عين ماله ووجد بائع الصبغ بعض ماله لأن النقص دخل بهلاك بعضه فإن اختار الرجوع كان لبائع الثوب عشرة ولبائع الصبغ درهمان ويضرب بما هلك من ماله وهو ثلاثة مع الغرماء وإن زاد فصار يساوى الثوب عشرين درهما بنينا على القولين في أن زيادة القيمة بالعمل كالعين أم لا ؟ فإن قلنا : إنها ليست كالعين حصلت الزيادة فى ماهما فيقسط بينهما على الثلث والثلثين لصاحب الثوب الثلثان ولصاحب الصبغ الثلث . وإن قلنا إنها كالعين كانت الزيادة للمفلس فيكون شريكا للبائعين بالربع ﴾.

(الشرح) : إذا اشترى حنطة من رجل أو ثوباً خاماً أو غزلا فطحن الحنطة أو خاط الثوب أو قصره ، أو نسج الغزل ثم أفلس فللبائع أن يرجع فى الدقيق والثوب المقصور أو المخيط والغزل المنسوج بلا خلاف على المذهب لأنه وجد عين ماله خالياً عن حق

غيره ، فإن لم تزد قيمة الثوب والحنطة بذلك فلا شيء للمفلس لأن العمل قد استهلك ، فإن كان المفلس قد عمل ذلك بنفسه سقط عمله ، وإن استأجر من عمل ذلك ولم يدفع الأجرة لم يكن للأجير أن يشارك بائع الثوب بشيء ، وإنما يضرب مع باقي الغرماء فيما عدا الثوب من مال المفلس لأن عمله لم يظهر له قيمة ، وهكذا الحكم إذا نقصت قيمة الثوب والحنطة بذلك واختار البائع الرجوع فلا شيء عليه لأجل النقصان ، لأن المفلس نقص من ماله بيده فإذا اختار الرجوع لم يكن له شيء لأجل النقصان ، كما لو وجد الحيوان مريضاً ، ولا شيء للمفلس ولا يشارك الأجير بائع الثوب بشيء ، لأن عمله قد استهلك ولكن يضرب مع الغرماء بأجرته .

وأمّا إذا زادت قيمة الثوب أو الحنطة بذلك ففيه قولان :

(أحدهما) يرجع البائع بالثوب أو الدقيق ولا يشاركه المفلس بشيء ، وهو اختيار المزني ، لأن المشتري لم يضف إلى المبيع عيناً ، وإنما فرق بالطحن أجزاء مجتمعة وأزل بالقصارة ، ونسج الثوب فلم يشارك البائع ، كما لو اشترى حيوانا مهزولا فسمن في يده . (والثاني) أن هذه الآثار تجرى مجرى الأعيان ، فيشارك المفلس البائع بقدر الزيادة — وهو الصحيح — لأن الشافعي رضي الله عنه قال : « وبه أقول إنها زيادة من فعل المشتري حصلت في المبيع فكان له أن يشاركه ، كما لو صبغ الثوب » . ولأن الطحن والقصارة أجريت مجرى الأعيان ، بدليل أن للطحان والقصار والخياط والنساج أن يمسك هذه الأعيان المعمول فيها إلى أن يستوفى الأجرة ، فأجريت مجرى الأعيان فيما ذكرناه .

إذا ثبت هذا : فإن قلنا بالقول الأول فاختار البائع الرجوع في عين ماله رجع فيها بزيادتها ؛ فإن كان المفلس قد استأجر من عمل ذلك ولم يستوف الأجير أجرته لم يكن للأجير أن يشارك بائع العين بشيء بل يضرب مع الغرماء بقدر أجرته ، وإن قلنا بما اختاره الشافعي من أنها آثار تجرى مجرى الأعيان ، فإن كان المفلس تولى العمل بنفسه أو استعان بمن عمل ذلك بغير أجرة ، أو استأجر من عمل ذلك وقد وفى الأجير أجرته فإنه يشارك البائع بقدر ما زادت العين بالعمل مثل أن كان الثوب يساوى قبل قصارة[1] عشرة فصار مقصوراً يساوى خمسة عشر ، فللمفلس في الثوب خمسة .

---

(١) يبدو أن الثياب كانت تباع على عصر الشافعي رضي الله عنه مخيطة ولكي تتناسب مع كل قامة وقوام كانت تكون طويلة ويشتريها من يريد ارتداءها ثم يذهب بها إلى القصار فيهندمها بالتقصير على حسب قامته ، ومن ثم كانت القصارة صناعة رائجة كالخياطة والنساجة .

قال ابن الصباغ : فإن اختار بائع الثوب أن يدفع الخمسة أجير المفلس والغرماء على قبولها ، كما إذا غرس المشترى فى الأرض المبيعة أو ابتاعها فلبائع الأرض أن يدفع قيمة الغراس والبناء ويتملكه مع الأرض . وإن لم يختر بائع الثوب أن يدفع ذلك بيع الثوب ، وكان ثلثا الثمن للبائع ، والثلث للمفلس ، وإن كان المفلس قد استأجر من عمل ذلك ولم يدفع إليه شيئا من الأجرة تعلق حق الأجير بالزيادة ، لأنا قد جعلناها كالعين ، فإن كانت الزيادة قدر أجرته بأن كانت أجرته خمسة دراهم اختص الأجير بالزيادة وشارك البائع بها ، وإن كانت الزيادة أكثر من أجرته بأن كانت الزيادة عشرة فى حين أن أجرته خمسة كانت الزيادة على مقدار الأجرة من حق المفلس تصرف إلى باقى الغرماء ، وإن كانت الزيادة أقل من الأجرة بأن كانت قيمة الثوب قبل القصارة عشرة ، فصارت قيمته مقصوراً ثلاثة عشر وأجرة القصار خمسة ، فإن القصار يشارك بائع الثوب بثلاثة دراهم ويضرب مع الغرماء بدرهمين .

(**فرع**) : وإن اشترى غلاماً فعلمه صنعة مباحة ، أو علمه القرآن ، ثم أفلس المشترى وقد زادت قيمة الغلام بذلك ، فاختلف أصحابنا فى ذلك على قولين كالقصار ، لأنه يجوز الاستئجار على ذلك ، وخالف الشيخ أبو حامد وعامة الأصحاب وكذلك السمن فى البهيمة ، لأنه كان نتيجة علفها ، وهو أمر محتم لبقائها ، وسمنها مرجعه بعد ذلك إلى الله تعالى .

قَالَ المصَنِّفُ رحِمَهُ الله تعَالى

(فصل) : ﴿ وإن كان المبيع أرضا فبناها أو غرسها ، فإن اتفق المفلس والغرماء على قلع البناء والغراس ثبت للبائع الرجوع فى الأرض ، لأنه وجد عين ماله خالياً عن حق غيره ، فجاز له الرجوع فإن رجع فيها ثم قلعوا البناء والغراس لزم المفلس تسوية الأرض وأرش نقص إن حدث بها من القلع ، لأنه نقص حصل لتخليص ماله ، ويقدم ذلك على سائر الديون ، لأنه يجب لإصلاح ماله فقدم كعلف البهائم وأجرة النقال . وإن امتنعوا من القلع لم يجبروا لقوله ﷺ « ليس لعرق ظالم حق » وهذا غرس وبناء بحق ، فإن قال البائع : أنا أعطى قيمة الغراس والبناء وآخذه مع الأرض ، أو أقلع وأضمن أرش النقص ، ثبت له الرجوع لأنه يرجع فى عين ماله من غير إضرار . وإن امتنع المفلس والغرماء من القلع وامتنع البائع من بذل العوض وأرش النقص ، فقد

روى المزنى فيه قولين (أحدهما) أنه يرجع (والثانى) أنه لا يرجع ، فمن أصحابنا من قال : إن قيمة الغراس والبناء أقل من قيمة الأرض فله أن يرجع لأن الغراس والبناء تابع ، فلم يمنع الرجوع ، وإن كانت قيمة الغراس والبناء أكثر من قيمة الأرض لم يرجع لأن الأرض صارت كالتبع للغراس والبناء ، وحمل القولين على هذين الحالين وذهب المزنى وأبو العباس وأبو إسحاق إلى أنها على قولين (أحدهما) يرجع لأنه وجد عين ما له مشغولا بملك المفلس ، فثبت له الرجوع كما كان المبيع ثوبا فصبغه المفلس بصبغ من عنده . (والثانى) لا يرجع لأنه إذا رجع فى الأرض بقى الغراس والبناء من غير طريق ومن غير شِرْب ، فيدخل الضرر على المفلس والضرر لا يزال بالضرر ، فإن قلنا إنه يرجع وامتنع البائع مع بذل العوض وأرش النقص وامتنع المفلس والغرماء من القلع فهل يجبر البائع على البيع ؟ فيه قولان (أحدهما) يجبر لأن الحاجة تدعو إلى البيع لقضاء الدين ، فوجب أن يباع كما يباع الصبغ مع الثوب ، وإن لم يكن الصبغ له ويباع ولد المرهونة مع الرهن ، وإن لم يدخل فى الرهن (والثانى) لا يجبر لأنه يمكن إفراد كل واحد منهما بالبيع ، ولا يجبر على بيعها مع الغراس والبناء ﴾ .

(الشرح) : حديث « ليس لعرق ظالم حق » أخرجه أبو داود والدارقطنى والشافعى عن عروة بن الزبير عن النبى ﷺ مرسلا ، وأخرجه أحمد والترمذى وحسنه وأعله بالإرسال والنسائى وأبو داود من طريق سعيد بن زيد . ورجح الدارقطنى إرساله أيضا . وقد اختلف من ترجيح الإرسال من هو الصحابى الذى روى من طريقه ، فقيل جابر ، وقيل : عائشة وقيل : عبد الله بن عمر ورجح ابن حجر العسقلانى الأول وقد اختلف فيه على هشام بن عروة اختلافا كثيراً . ورواه أبو داود الطيالسى من حديث عائشة وفى إسناده زمعة وهو ضعيف ، فقد أخرج له مسلم مقروناً بآخر . ضعفه أحمد وابن معين وقال أبو زرعة : واهى الحديث وقال البخارى : يخالف فى حديثه ، تركه ابن المهدى أخيراً وقال النسائى : ليس بالقوى كثير الغلط عن الزهرى وقال أبو داود : ضعيف . ورواه ابن أبى شيبة وإسحق ابن راهويه فى مسنديهما من حديث كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه عن جده ، وعلقه البخارى .

ولفظ حديث سعيد بن زيد قال : قال رسول الله ﷺ « من أحيا أرضا ميتة فهى له ، وليس لعرق ظالم حق » .

وفى حديث رواه جعفر الصادق رضى الله عنه عن أبيه عن سمرة بن جندب رضى الله عنه « أنه كانت له عضد من نخل فى حائط رجل من الأنصار ، قال ومع الرجل أهله ، قال : وكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به الرجل ، ويشق عليه ، فطلب إليه أن يناقله فأبى ، فأتى النبى ﷺ فذكر ذلك له ، فطلب إليه النبى ﷺ أن يبيعه فأبى ، فطلب إليه أن يناقله فأبى ، قال : فهبه لى ، ولك كذا وكذا أمراً رغبه فيه ، فأبى . فقال : مضار فقال ﷺ للأنصارى : اذهب فاقلع نخله » وفى سماع محمد الباقر أبى جعفر من سمرة نظر ، والله تعالى أعلم .

إذا ثبت هذا : فإنه إذا ابتاع أرضاً من رجل بثمن فى ذمته فغرسها من عنده أو بنى فيها بناء بأدوات من عنده ثم أفلس قبل دفع الثمن ؛ فأراد البائع الرجوع فى أرضه ، فإن اتفق المفلس والغرماء على قلع الغراس والبناء من الأرض جاز لهم ذلك . لأن الحق لهم ، ولبايع الأرض أن يرجع فيها لأنها عين ما له يتعلق بها حق غيره ، فإذا رجع البائع فيها ثم قلعوا البناء والغراس لزمهم تسوية الأرض ، وأرش ما نقص إن حصل بها بسبب القلع ، لأن ذلك حدث لتخليص ملكهم ، وهو كما لو دخل فصيل إلى دار رجل ولم يخرج إلا بنقض الباب ، فلرب الفصيل نقض الباب وإخراج فصيله ، وعليه إصلاح الباب ، ويكون ذلك مقدماً على حق سائر الغرماء .

فإن قيل : أليس قد قلتم : إن البائع إذا وجد عين ما له ناقصة فرجع فيها ، فإنه لا شىء له . قلنا : الفرق بينهما أن النقص حصل فى ملك المشترى فلم يضمنه إلا فيما يتقسط عليه الثمن وهاهنا حدث النقص بعد رجوع البائع فى أرضه ، والنقص حصل لتخليص ملكهم فضمنوه ، وإن لم يرض المفلس والغرماء بقلع الغراس والبناء ، لم يكن لبايع الأرض إجبارهم على ذلك للحديث « ليس لعرق ظالم حق » وهذا ليس ظالماً لأنه غرس أو بنى فى ملكه .

إذا ثبت هذا : فإنهم لا يجبرون ، فإن بذل البائع قيمة الغراس والبناء ، ليملكه مع الأرض ، أو قال : أنا أقلع ذلك وأضمن أرش ما دخل بالقلع من النقص أجبر المفلس والغرماء على ذلك ، وكان لبائع الأرض الرجوع فيها ؛ لأن الضرر يزول عن الجميع بذلك . وإن قال بائع الأرض : أرجع فيها وأقر الغراس والبناء وأخذ أجرة الأرض قال المسعودى كان له ذلك وإن امتنع المفلس والغرماء من القلع وامتنع بائع الأرض من بذل قيمة الغراس والبناء وأرش ما حصل بالقلع فهل له أن يرجع فى أرضه ؟ قال الشافعى رضى الله عنه فى موضع :

له أن يرجع فيها . وقال فى موضع : يسقط حقه من الرجوع فيها . واختلف أصحابنا فيها فمنهم من قال فيها قولان . (أحدهما) للبائع أن يرجع فى أرضه وإن لم يبذل قيمة الغراس والبناء لقوله ﷺ « صاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه » ولم يفرق ولأن أكثر ما فيه أنه وجده مشغولا بملك غيره ، وذلك لا يسقط حقه فى الرجوع كما لو باع ثوباً فصبغه المشترى بصبغ من عنده . (والثانى) ليس له الرجوع فى أرضه لأن الأرض قد صارت مشغولة بملك غيره فسقط حقه من الرجوع فيها كما لو اشترى من رجل مسامير وسمر بها باباً ثم أفلس البائع فإنه ليس للبائع للمسامير أن يرجع فيها ولأن رجوع البائع فى عين ما له إنما جعل له لإزالة الضرر عنه ، فلو جوزنا له الرجوع ههنا لأزلنا عنه الضرر . وألحقناه بالمفلس والغرماء لأنه لا يبقى لهما طريق إلى غراسهم وبنائهم . ومنهم من قال : ليست على قولين ، وإنما هى على حالين . فالموضع الذى قال فيه « يرجع فى أرضه ولا يدفع قيمة الغراس والبناء » محمول على ما إذا كانت قيمة الأرض أكثر فى قيمة الغراس والبناء . لأن الغراس والبناء تابعان للأرض والموضع الذى قال فيه « لا يرجع فى الأرض » إذا كانت قيمة الغراس والبناء أكثر من قيمة الأرض . لأن الأرض تكون تابعة للغراس والبناء .

والصحيح أنها على قولين . لأن البائع لو بذل قيمة الغراس والبناء لكان له الرجوع فى أرضه . سواء كانت قيمة الأرض أكثر من قيمة الغراس والبناء أو أقل . فإذا قلنا : ليس له الرجوع فى أرضه فلا كلام وإن قلنا : له الرجوع فى أرضه وإن لم يدفع قيمة الغراس والبناء فرجع فيها نظرت فإن اتفق الغرماء والمفلس والبائع على بيع الأرض والغراس والبناء بيعا وقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما وكيفية ذلك أن يقال : كم قيمة الأرض ذات غراس أو بناء ؟ فإن قيل خمسون ، قيل وكم قيمة الغراس أو البناء منفرداً ؟ فإن قيل : عشرون ، كان لبائع الأرض ثلاثة أخماس القيمة وللمفلس والغرماء الخمسان .

وإن امتنع من بيع الأرض ففيه قولان (أحدهما) يجبر على بيعها مع البناء والغراس ويقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما على ما ذكر من التقسيط لأن الحاجة تدعو إلى البيع لقضاء الدين فبيع الجميع كما لو كان المبيع ثوباً فصبغه المفلس بصبغ من عنده فرجع بائع الثوب فيه ، وامتنع من دفع قيمة الصبغ ، فإن الثوب يباع مع الصبغ ، وكذلك إذا كان المبيع جارية فولدت فى يد المشترى ورجع بائع الجارية فيها فإنها تباع مع الولد ، وكذلك إذا كانت مرهونة فولدت فى يد المرتهن فإنه يباع معها .

(القول الثانى) لا يجبر على بيع أرضه ، وهو المشهور ، لأنه يمكن إفراد الغراس والبناء

بالبيع ، فلم يجبر البائع على بيع أرضه . قالوا فى البيان والروضة والحاوى : بخلاف الصبغ ، فإنه لا يمكن إفراده بالبيع ، وكذلك ولد الجارية إنما وجب بيعه لأنه لا يجوز التفريق بينها وبين ولدها الصغير ، لقوله ﷺ « لا توله والدة بولدها » وحكى الشيخ أبو حامد أن من أصحابنا من قال : تؤاجر الأرض والغراس ثم يكون ما قابل الأرض فى الأجرة لبائعها وما قابل الشجر للمفلس والغرماء قال الشيخ أبو حامد : وهذا خطأ لأن إجارة الشجر لا يجوز ، ولهذا لو غصب شجرة وأقامت فى يده لم تجب عليه أجرتها .

قالَ المُصنِّفُ رحمهُ الله تعالى

(فصـل) : ﴿ وإن كان المبيع أرضاً فزرعها المشترى ثم أفلس ، واختار البائع الرجوع فى الأرض جاز له ، لأنه وجد عين ما له مشغولا بما ينقل ، فجاز له الرجوع فيه كما لو كان المبيع داراً وفيها متاع للمشترى ، فإن رجع فى الأرض نظرت فى الزرع ، فإن استحصد وجب نقله ، وإن لم يستحصد جاز تركه إلى أوان الحصاد من غير أجرة ؛ لأنه زرعه فى ملكه ، فإذا زال الملك جاز ترك الزرع إلى أوان الحصاد من غير أجرة ؛ كما لو زرع أرضه ثم باع الأرض ﴾ .

(**الشـرح**) : كلام المصنِّف فى هذا الفصل مضى بيانه فى الفصل قبله ، وهو بمجرده واضح ، ويزاد عليه من الأحكام ما هو منه ، فنقول : إذا اشترى من رجل أرضاً بثمن فى ذمته ، ومن آخر غراساً فى ذمته ، فغرسه فى الأرض ثم أفلس قبل تسليم الثمنين فلكل واحد من البائعين الرجوع فى عين ماله ، فإذا رجعا نظرت ، فإن أراد صاحب الغراس قلع غراسه كان له ذلك ، ولم يكن لبائع الأرض منعه منه ، فإذا قلعه كان عليه تسوية الأرض وأرش النقص إن حصل بها ، لأن ذلك حصل لتخليص ملكه ، وإن أراد صاحب الأرض قلع الغراس ؛ ويضمن أرش النقص أو بذل قيمة الغراس ليتملكه مع الأرض ، كان له ذلك ، لأنه متصل بملكه فكان له إسقاط حقه منه بدفع قيمته ، وإن أراد صاحب الأرض قلع الغراس من غير ضمان ، فهل يجبر بائع الغراس على ذلك ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) ليس له ذلك ، لأنه ليس بعرق ظالم ، ولأنه لو كان باقياً على ملك المفلس لم يكن لصاحب الأرض أن يطالب بقلعه من غير ضمان ، فكذلك من انتقل إليه منه .

(والثانى) له ذلك لأنه إنما يباع منه الغراس مقلوعاً ، فكان عليه أن يأخذه مقطوعاً ويفارق المفلس لأنه غرسه فى ملكه ، فثبت حقه فى ذلك .

قال ابن الصباغ : إذا اشترى من رجل حبًّا فزرعه فى أرضه ، ومن آخر ماء فسقاه به فنبت وأفلس ، فإنهما يضربان مع الغرماء بثمن الماء والحب ، ولا يرجعان بالزرع ، لأن عين مالهما غير موجودة فيه ، فهو كما لو اشترى طعاماً فأطعمه عبده حتى كبر ، فإنه لا حق له فى العبد ، ولأن نصيب الماء غير معلوم لأحد من الخلق . قال العمرانى : قلت : وقد مضى فى البذر وجه آخر أنه يرجع فيهما فيحتمل أن يكون لابن الصباغ اختيار أحدهما .

قَالَ المصَنِّفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصـل) : ﴿ وإن كان المبيع من ذوات الأمثال كالحبوب والأدهان فخلطه بجنسه نظرت ، فإن خلطه بمثله كان للبائع أن يرجع ، لأن عين ماله موجود من جهة الحكم ويملك أخذه بالقسمة ، فإن رجع واتفقا على القسمة قسم ودفع إليه مثل مكيلته ، فإن طلب البائع البيع فهل يجبر المفلس ؟ فيه وجهان : (أحدهما)لا يجبر لأنه يمكن القسمة فلا يجبر على البيع كالمال بين الشريكين (والثانى) يجبر لأنه إذا بيع وصل البائع إلى بدل ماله بعينه ، وإذا قسم لم يصل إلى جميع ماله ولا إلى بدله ، وإن خلطه بأردأ منه فله أن يرجع لأن عين ماله موجودة من طريق الحكم فملك أخذه بالقسمة ، وكيف يرجع ؟ فيه وجهان . قال أبو إسحاق : يباع الزيتان ويقسم ثمنه بينهما على قدر قيمتهما ، لأنه إن أخذ مثل زيته بالكيل كان ذلك أنقص من حقه ، وإن أخذ أكثر من زيته كان ربا فوجب البيع ، (والثانى) وهو المنصوص أنه يأخذ مثل زيته بالكيل لأنه وجد عين ماله ناقصاً فرجع فيه مع النقص ، كما لو كان عين ماله ثوباً ، فحدث به عيب عند المشترى ، فإن خلطه بأجود منه ففيه قولان (أحدهما) يرجع وهو قول المزنى لأنه وجد عين ماله مختلطاً بمالا يتميز عنه فأشبه إذا خلطه بمثله أو كان ثوباً فصبغه (والثانى) أنه لا يرجع لأن عين ماله غير موجود حقيقة لأنه اختلط بمالا يمكن تمييزه منه لا حقيقة ولا حكما ، لأنه لا يمكن المطالبة بمثل مكيلته منه ، ويخالف إذا خلطه بمثله ، لأنه تمكن المطالبة بمثل مكيلته ، ويخالف الثوب إذا صبغه ، لأن الثوب موجود وإنما تغير لونه ، فإن قلنا : إنه يرجع ؟ فكيف يرجع ؟ فيه قولان (أحدهما) يباع

الزيتان ويقسم ثمنه بينهما على قدر قيمتهما لأنه لا يمكن أن يأخذ مثل زيته بالكيل ، لأنه يأخذ أكثر من حقه ، ولا يمكن أن يأخذ أقل من زيته بالكيل لأنه ربا فوجب البيع . (والثانى) يرجع من الزيت بقيمة مكيلته ، فيكون قد أخذ بعض حقه وترك بعضه باختياره ﴾ .

(**الشـرح**) : (**الأحكام**) : إذا ابتاع شيئاً من ذوات الأمثال فخلطه بجنسه ولم يتميز ففيه ثلاث مسائل :

(المسألة الأولى) أن يخلطه بأجود ، مثل أن يشترى كيلو من زيت بذر القطن يساوى عشرة قروش فخلطه بكيلو من زيت الزيتون يساوى أربعين قرشاً وأفلس المشترى قبل دفع الثمن ، فهل للبائع أن يرجع فى عين ماله ؟ فيه قولان : (أحدهما) له أن يرجع وهو اختيار المزنى لأنه ليس فيه أكثر من أنه وجد عين ماله مختلطا بمال المفلس وذلك لا يمنع الرجوع ، كما لو اشترى ثوباً فصبغه بصبغ من عنده ، فإن لبائع الثوب أن يرجع فيه . (والثانى) ليس له أن يرجع فى عين ماله . قال الشافعى رضى الله عنه : وهذا أصح وبه أقول ، لأنه لا يجوز له أن يرجع بمثل مكيله ، لأن ذلك أكثر قيمة من عين ماله ، ولا بقيمة صاعه لأن ذلك أنقص من حقه ، فإذا قلنا بهذا ضرب مع الغرماء بالثمن ، وإذا قلنا بالأول فكيف يرجع ؟ فيه قولان حكاهما المصنِّف وابن الصباغ ، وأما الشيخ أبو حامد فحكاهما وجهين (أحدهما) هو قول المصنِّف واختيار ابن الصباغ : يباع الزيتان وتؤخذ قيمة أربعة أخماس الزيت وهو الأربعون قرشاً ، لأنا لو قلنا له الرجوع فى أربعة أخماس الزيت لكان ربا . (والثانى) وهو اختيار الشيخ أبى حامد ، وهو المنصوص فى الأم أنه يرجع فى أربعة أخماس الزيت لأنه ليس ببيع . وإنما وضع ذلك عن وزن زيته وتقويمه .

(المسألة الثانية) أن يخلطه بمثله ، مثل أن يشترى كيلو من زيت يساوى عشرة قروش كزيت بذر القطن مخلطه بكيلو من زيت البقل يساوى عشرة قروش . وأفلس المشترى قبل دفع الثمن ، فللبائع أن يرجع فى عين ماله لأنها موجودة من جهة الحكم ، فإن طلب البائع قسمة الزيت أجبر المفلس والغرماء على القسمة ، كما لو ورث جماعة زيتاً وطلب واحد منهم قسمته فإنه يقسم ويجبر الممتنع ، وإن طلب البائع بيع الزيت وقسمته فإنه يقسم ويجبر الممتنع ، وإن طلب البائع بيع الزيت وقسم ثمنه فهل يجبر المفلس على ذلك ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجبر على البيع ، لأن البائع يمكنه الوصول إلى حقه من جهة القسمة فلم

يكن له المطالبة بالبيع ، كما لو ورث جماعة زيتاً وطلب واحد منهم البيع فإن شركاءه لا يجبرون على البيع (والثانى) يجبر المفلس على البيع لأن بالقسمة لا يصل إلى عين ماله ، وربما كان له غرض فى أن لا يأكل من زيت المشترى .

(المسألة الثالثة) إذا خلطه بأردأ من زيته بأن اشترى كيلا من زيت الزيتون يساوى أربعين قرشا فخلطه بكيل من زيت السمسم يساوى عشرين قرشا ثم أفلس فللبائع أن يرجع فى عين ماله قولا واحداً ، لأن عين ماله موجودة بطريق الحكم ، فإن رضى البائع بأخذ كيل منه أجبر المفلس على ذلك لأنه أنقص من حقه وإن لم يرض البائع بذلك ففيه ثلاثة أوجه حكاها الشيخ أبو حامد .

(أحدها) ليس له إلا قدر وزنه ، لأنه وجد عين ماله ناقصا ، فإذا اختار الرجوع فيه لم يكن له غيره ، كما لو كان المبيع ثوباً فلبسه المشترى ونقص

(والثانى) وهو قول المصنِّف ، ولم يذكر ابن الصباغ غيره أن الزيتين يباعان ويدفع إلى البائع قيمة الكيلو الخاص به ، وهو أربعون قرشاً كما قال فى المسألة الأولى لأنه إن أخذ بمثل كيل زيته كان أنقص من حقه ، وإن أخذ أكثر من مكيلة زيته كان ربا .

(والثالث) حكاه ابن المرزبان : أن له أن يأخذ منه كيلا وثلث كيل بقيمة كيل من زيته . كما قال الشافعى فى المسألة الأولى والأول أصح والله أعلم .

قال المُصنِّفُ رحمه الله تعالى

(فصـل) : ﴿ وإن أسلم إلى رجل فى شىء وأفلس المسلم إليه وحجر عليه ، فإن كان رأس المال باقيا فله أن يفسخ العقد ، ويرجع إلى عين ماله لأنه وجد عين ماله خاليا من حق غيره ، فرجع إليه كالمبيع ، وإن كان رأس المال تالفا ضرب مع الغرماء بقدر المسلم فيه ، فإن لم يكن فى ماله الجنس المسلم فيه اشترى ودفع إليه لأن أخذ العوض عن المسلم فيه لا يجوز . وقال أبو إسحاق : إذا أفلس المسلم إليه فللمسلم أن يفسخ العقد ويضرب مع الغرماء برأس المال لأنه يتعذر تسليم المسلم فيه فثبت الفسخ كما لو أسلم فى الرطب فانقطع . والمذهب أنه لا يثبت الفسخ لأنه غير واجد لعين ماله فلم يملك الفسخ بالإفلاس كما لو باعه عيناً فأفلس المشترى بالثمن والعين تالفة ، ويخالف إذا أسلم وانقطع الرطب لأن الفسخ هناك لتعذر المعقود عليه قبل التسليم ،

وههنا الفسخ بالإفلاس ، والفسخ بالإفلاس إنما يكون لمن وجد عين ماله ، وهذا غير واجد لعين ماله فلم يملك الفسخ ﴾ .

(الشـرح) : (الأحكام) : إذا أسلم رجل إلى غيره فى شىء على صفة ، ثم أفلس المسلم قبل أن يأخذ المسلم فيه بدون الصفة التى أسلم فيها لم يجز من غير رضا الغرماء ، لأن حقوقهم تعلقت بماله ، وإن رضى المفلس والغرماء بذلك جاز ، لأن الحق لهم ولا يخرج عنهم . (فإن قيل) ما الفرق بين هذا وبين المكاتب إذا أذن له سيده فى أن يبرئه عن الدين أنه لا يصح إبراؤه فى أحد القولين ؟

(قلنا) الفرق بينهما على هذا القول أن المفلس كامل الملك إلا أنه منع من التصرف فى ماله لتعلق حق الغير بماله ، فإن أذن له ذلك الغير فى التصرف بماله صح تصرفه كالمرتهن إذا أذن له الراهن ، وليس كذلك المكاتب فإن المنع لنقصان ملكه ، فإذا أذن له سيده لم يتكامل ملكه بذلك فإن كان المفلس هو المسلم إليه فحجر عليه قبل أن يقبض المسلم المسلم فيه ، فإن كان المسلم فيه موجوداً فى مال المسلم إليه أخذه من ماله منه ، وإن كان معدوماً اشترى له بما يخصه من ماله من جنس المسلم فيه ، لأن أخذ العوض عن المسلم فيه لا يجوز .

قال أبو إسحاق : المسلم بالخيار بين أن يقيم بالعقد ويضرب مع الغرماء بقدر المسلم فيه ، وبين أن يفسخ العقد ، فيضرب مع الغرماء برأس مال السلم كما قال الشافعى رضى الله عنه ، والمنصوص أنه لا يملك فسخ العقد ، بل يضرب مع الغرماء بقدر المسلم فيه ، كما أن البائع إذا وجد المبيع تالفا ليس له أن يفسخ البيع ويضرب بقيمة العين المبيعة ، ويفارق إذا انقطع المسلم فيه ، لأن له غرضاً فى الفسخ ، وهو أنه يرجع برأس ماله فى الحال ـــ وعليه مشقة فى التأخير ـــ إلى وجود المسلم فيه .

(إذا ثبت هذا) : فضرب مع الغرماء بقيمة المسلم فيه وعزل ما يخصه ليشترى له المسلم فيه ، فإن أسلم فى مائة أردب ذرة وكانت قيمتها مائتى جنيه عند القسمة ، فعزل له ذلك ، فرخص السعر حتى صارت المائة الإردب قبل الابتياع تساوى مائة جنيه ، اشترى له مائة أردب وقسمت المائة جنيه على باقى الغرماء ، إن بقى لهم من دَينهم شىء ، أو ردت على المفلس إن استوفى أصحاب الديون حقوقهم . وإن غلا الطعام عند الابتياع فصارت المائة تساوى ثلاثمائة جنيه اشترى بالمائتين المعزولة بقدرها ذرة . قال الشيخ أبو حامد :

ويكون الباقى فى ذمة المسلم إليه . وقال ابن الصباغ : يرجع على الغرماء بما يخصهم من ذلك لأنه بان أن حقه فى المسلم فيه دون القيمة ، والله أعلم . .

قال المُصنِّفُ رحمهُ الله تعالى

(فصـل) : ﴿ وإن أكرى أرضاً فأفلس المكترى بالأجرة ، فإن كان قبل استيفاء شيء من المنافع فله أن يفسخ لأن المنافع فى الإجارة كالأعيان المبيعة فى البيع ، ثم إذا أفلس المشترى والعين باقية ثبت له الفسخ ، فكذلك إذا أفلس المكترى والمنافع باقية وجب أن يثبت له الفسخ ، وإن أفلس وقد استوفى بعض المنافع وبقى البعض ضرب مع الغرماء بحصة ما مضى ، وفسخ فيما بقى ، كما لو ابتاع عبدين وتلف عنده أحدهما ثم أفلس فإنه يضرب بثمن ما تلف مع الغرماء ويفسخ البيع فيما بقى فإن فسخ وفى الأرض زرع لم يستحصد نظرت ، فإن اتفق الغرماء والمفلس على تبقيته بأجرة إلى وقت الحصاد لزم المكرى قبوله لأنه زرع بحق ، وقد بذل له الأجرة لما بقى فلزمه قبولها ، وإن لم يبذل له الأجرة جاز له المطالبة بقطعه لأن التبقية إلى الحصاد لدفع الضرر عن المفلس والغرماء ، والضرر لا يزال بالضرر . وفى تبقيته من غير عوض إضرار بالمكرى ، وإن دعا بعضهم إلى القطع وبعضهم إلى التبقية نظرت ، فإن كان الزرع لا قيمة له فى الحال كالطعام فى أول ما يخرج من الأرض لم يقطع لأنه إذا قطع لم يكن له قيمة ، وإذا ترك صار له قيمة ، فقدم قول من دعا إلى الترك ، وإن كان له قيمة كالقصيل الذى يقطع ففيه وجهان : (أحدهما): يقدم قول من دعا إلى القطع لأن من دعا إلى القطع تعجل حقه فلم يؤخر (والثانى) وهو قول أبى إسحاق أنه يفعل ما هو أحظ ، والأول أظهر ﴾ .

(**الشـرح**) : قوله : القصيل ، فعيل من القصل وهو القطع وبابه ضرب ، وقصل الدابة علفها قصيلا ، وبابه ضرب . والقصل بفتحتين فى الطعام مثل الزوان ، والقصالة بالضم ما يعزل من البُرّ إذا بقى ثم يداس الثانية .

(**أما أحكام الفصل**) : فإنه إذا اكترى منه أرضا بأجرة فى ذمته فأفلس المكترى بالأجرة قبل دفعها ، فإن كان بعد استيفاء مدة الإجارة ضرب المكرى بالأجرة مع الغرماء ، وإن كان قبل أن يمضى شيء من مدة الإجارة فالمكرى بالخيار بين أن يضرب مع الغرماء

بالأجرة فيقر العقد ، وبين أن يفسخ عقد الإجارة ويرجع إلى منفعة أرضه ، لأن المنفعة كالعين المبيعة فجاز له الرجوع إليها ، وإن كان بعد مضى شيء من مدة الإجارة فالمكرى بالخيار بين أن ينفذ العقد ويضرب مع الغرماء بالأجرة ، وبين أن يفسخ عقد الإجارة فيما بقى من المدة ، ويضرب مع الغرماء بالأجرة لما مضى ، كما نقول فيمن باع عبدين بثمن فتلف أحدهما فى يد المشترى وبقى الآخر .

(**إذا ثبت هذا**) : فإن اختار فسخ عقد الإجارة وفى الأرض زرع ، فإن كان قد استحصد ـــ أعنى تهيأ للحصاد ـــ فله أن يطالب المفلس والغرماء بحصاده وتفريغ الأرض وإن كان الزرع لم يستحصد ـــ فإن اتفق المفلس والغرماء على قطعه جاز ، سواء كانت له قيمة أو لم تكن ، ولا يعترض عليهم الحاكم لأن الحق لهم وإن اتفق على تركه وبذلوا للمكرى أجرة مثل الأرض إلى الحصاد لزمه قبول ذلك ولم يكن له مطالبتهم بقلعه ، لأنه (ليس بعرق ظالم) .

وإن امتنع المفلس والغرماء من بذل الأجرة كان للمكترى مطالبتهم بفعله أعنى بحصده لأنا قد جوزنا له الرجوع إلى عين ماله ، وعين ماله هو المنفعة فلا يجوز تفويتها عليه بغير عوض ، بخلاف ما لو باع أرضا وزرعها المشترى وأفلس ، ثم رجع بائع الأرض فيها فإنه يلزمه تبقية الزرع إلى الحصاد بغير أجرة ، لأن المعقود عليه فى البيع هو العين ، والمنفعة تابعة لا يقابلها عوض ، وإنما دخل المشترى فى العقد على أن يكون بغير عوض ، وفى الإجارة المعقود عليه هو المنفعة ، فلا يجوز استيفاؤها بغير عوض .

وإن اختلف المفلس والغرماء ، فقال بعضهم : يقلع ، وقال بعضهم : يبقى إلى الحصاد فإن كان الزرع لا قيمة له ، كالزرع أول خروجه قُدِّم قول من دعا إلى التبقية ، لأن من دعا إلى القطع دعا إلى الإتلاف فلا يجاب إلى ذلك وإن كان الزرع ذا قيمة كالقصيل ففيه وجهان . قال أبو إسحاق : يفعل ما فيه الأحظ ، لأن الحجر يقتضى طلب الحظ .

وقال أكثر أصحابنا : يجاب قول من دعا إلى القطع ، وقد مضى دليلنا ، فإن قيل : فما الفرق بين هذا وبين من ابتاع أرضاً وغرسها ثم أفلس المبتاع ، وأخذ البائع عين ماله وهو الأرض ، وصار الغراس للمفلس والغرماء . فقال بعضهم : تقلع ، وقال بعضهم : يبقى ، فإنه يقدم قول من قال : يبقى ؛ قلنا : الفرق بينهما على هذا الوجه أن من دعا إلى قلع الغراس يريد الإضرار بغيره ، لأن بيع الغراس فى الأرض أكثر لثمنه ، فلم يجب قول من دعا

إلى قلعه ، وليس كذلك فى الزرع ، فإن من دعا إلى القلع فيه منفعة من غير ضرر ؛ لأن الزرع إذا بقى قد يسلم وقد لا يسلم .

(**إذا ثبت هذا**) : فإن اتفقوا على تبقية الزرع إلى الحصاد واحتاج إلى زرع ومؤنة ، فإن اتفق الغرماء والمفلس على أن ينفقوا عليه من مال المفلس الذى لم يقسم ، ففيه وجهان : (أحدهما) لا ينفق منه أحد ، لأن حصول هذا الزرع مظنون ، فلا ينبغى أن يتلف عليه مال موجود . (والثانى) وهو المذهب أن ينفق منه لأن ذلك من مصلحة المال ، ويقصد به تنمية المال فى العادة .

وإن دعا الغرماء المفلس إلى أن ينفق عليه وأبى المفلس ذلك لم يجبر عليه لأنه لا يجب عليه تنمية المال للغرماء ، فإن تطوع الغرماء أو بعضهم بالإنفاق عليه من غير إذن المفلس والحاكم لم يرجعوا بما أنفقوا عليه لأنهم متطوعون به ، وإن أنفق بعضهم بإذن الحاكم أو المفلس على أن يرجع على المفلس بما أنفق جاز ذلك وكان له ديناً فى ذمة المفلس ، لا يشارك به الغرماء ، لأنه وجب عليه بعد الحجر ، وإن أنفق عليه بعض الغرماء بإذن باقى الغرماء على أن يرجع عليهم ، رجع عليهم بما أنفق من مالهم .

(**فرع**) : قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم : ولو اكترى ظهراً لتحمل له طعاماً إلى بلد من البلدان فحمله وأفلس المكترى قبل دفع الأجرة ضرب المكرى مع الغرماء بالأجرة ، فإن أفلس قبل أن يصل إلى البلد نظرت ، فإن كان الموضع الذى بلغ إليه آمناً كان له فسخ الإجارة فيما بقى من المسافة ، ويضع الطعام عند الحاكم . قال ابن الصباغ : وإن وضعه على يد عدل بغير إذن الحاكم ففيه وجهان ، كالمودع إذا أراد السفر فأودع الوديعة بغير إذن الحاكم فهل تضمن ؟ فيه قولان والصحيح وجهان ، وإن كان الموضع مخوفاً لزمه حمل الطعام إلى الموضع الذى أكراه ليحمله أو إلى موضع دونه يأمن عليه لأنه استحق منفعته بحق الإجارة قبل الحجر .

وإن اكترى منه ظهراً فى ذمته فأفلس المكرى ، فإن المكترى يضرب مع الغرماء بقيمة المنفعة إن كان لم يستوف شيئا منها أو بقيمة ما بقى منها إن استوفى بعضها ، لأن حقه متعلق بذمته ، كما لو باعه عيناً فى ذمته ، فإن كان ما يخصه من مال المفلس لا يبلغ ما اكترى به ، وكانت الأجرة باقية فللمكترى أن يفسخ الإجارة ويرجع إلى عين ماله ، إن كان لم يستوف شيئاً من المنفعة أو إلى بعضها إن استوفى شيئاً من المنفعة ، لأن الأجرة كالعين المبيعة والله تعالى أعلم .

قَالَ المصَنِّفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصـل) : ﴿ إذا قسم مال المفلس بين الغرماء ففى حجره وجهان (أحدهما) يزول الحجر لأن المعنى الذى لأجله حجر عليه حفظ المال على الغرماء ، وقد زال ذلك فزال الحجر كالمجنون إذا أفاق (والثانى) لا يزول إلا بالحاكم لأنه حجر ثبت بالحاكم فلم يزل إلا بالحاكم كالحجر على المبذر ﴾ .

(**الشـرح**) : الأحكام : إذا قسم مال المفلس بين غرمائه ففى حجره وجهان . (أحدهما) يزول عنه من غير حكم الحاكم لأن الحجر كان لأجل المال ، وقد زال المال فزال الحجر بزواله ، كما أن المجنون محجور عليه بالجنون ، فإذا زال الجنون زال الحجر . (والثانى) لا يزول الحجر إلا بحكم الحاكم ، لأنه حجر ثبت بحكم الحاكم فلم يزل إلا بحكمه كالحجر على السفيه .

قَالَ المصَنِّفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصـل) : ﴿ ومن مات وعليه ديون تعلقت الديون بماله كما تتعلق بالحجر فى حياته ، فإن كان عليه دين مؤجل حل الدين بالموت لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال : « إذا مات الرجل وله دين إلى أجل وعليه دين إلى أجل فالذى عليه حال والذى له إلى أجله » ولأن الأجل جعل رفقاً بمن عليه الدين، والرفق بعد الموت أن يقضى دينه وتبرأ ذمته ، والدليل عليه ما روى أبو هريرة أن النبى ﷺ قال : « نفس المؤمن مرتهنة فى قبره بدينه إلى أن يقضى عنه » ﴾ .

(**الشـرح**) : الحديث الأول حديث ابن عمر لم أعثر عليه فيما تحت يدى من كتب الحديث . أما الحديث الثانى وهو حديث أبى هريرة ، فقد أخرجه أحمد فى مسنده ، والترمذى وابن ماجه والحاكم فى المستدرك بلفظ « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه » وله شواهد من حديث البراء عند الطبرانى فى الأوسط وابن النجار بلفظ « صاحب الدين مأسور بدينه فى قبره يشكو إلى الله الوحدة » ومن حديث أبى سعيد الخدرى فى مسند الفردوس للديلمى بلفظ « صاحب الدين مغلول فى قبره لا يفكه إلا قضاء دينه »

ومن حديث أنس عند أبى يعلى بلفظ « إن جبريل نهانى أن أصلى على رجل عليه دين وقال : إن صاحب الدين مرتهن فى قبره حتى يقضى عنه دينه » وكذلك أخرجه الشافعى بلفظ المصنف .

(**أما أحكام الفصل**) : فقد قال الشافعى رضى الله عنه فى باب حلول دين الميت والدين عليه من الأم : وإذا مات الرجل وله على الناس ديون إلى أجل ، فهى إلى أجلها لا تحل بموته ، ولو كانت الديون على الميت إلى أجل فلم أعلم مخالفاً حفظت عنه ممن لقيت بأنها حالة يتحاص فيها الغرماء ، فإن فَضَل فضْل كان لأهل الميراث ووصايا إن كانت له قال : ويشبه — والله أعلم — أن يكون من حجة من قال هذا القول مع تتابعهم عليه أن يقولوا لما كان غرماء الميت أحق بماله فى حياته منه ، كانوا أحق بماله بعد وفاته من ورثته ، فلو تركنا ديونهم إلى حلولها كما يدعها فى الحياة كنا منعنا الميت أن تبرأ ذمته ، ومنعنا الوارث أن يأخذ الفضل عن دين غريم أبيه ، ولعل من حجتهم أن يقولوا إن رسول الله ﷺ قال : « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه دينه » أخبرنا إبراهيم بن سعد عن أبيه عن عمرو بن أبى سلمة عن أبيه عن أبى هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله ﷺ : « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه دينه » .

قال الشافعى رضى الله عنه : ﴿ فلما كان كفنه من رأس ماله دون غرمائه ونفسه معلقة بدينه وكان المال ملكا له ، أشبه أن يعجل قضاء دينه ، لأن نفسه معلقة بدينه ، ولم يجز أن يكون مال الميت زائلا عنه ، فلا يصير إلى غرمائه ولا إلى ورثته وذلك أنه لا يجوز أن يأخذه ورثته دون غرمائه ولو وقف إلى قضاء دينه علق روحه بدينه ، وكان ماله معرضاً أن يهلك ؛ فلا يؤدى عن ذمته ولا يكون لورثته ، فلم يكن فيه منزلة أولى من أن يحل دينه ثم يعطى ما بقى ورثته ا هـ ﴾ .

ونعود إلى كلام المصنف رحمه الله تعالى فنقول وبالله العون والتوفيق : ومن مات وعليه ديون تعلقت بماله ، وبهذا قال عثمان وعلى وأبى هريرة رضى الله عنهم ، وقال مالك وأبو حنيفة : لا يتعلق بماله .

دليلنا حديث ابن عمر فى الفصل ولائه لا وجه لبقاء تأجيله لأنه لا يخلو إما أن يبقى فى ذمة الميت أو فى ذمة الورثة أو متعلقاً بأعيان المال ، فبطل أن يبقى فى ذمة الميت لأن ذمته خربت بموته وبطل أن يبقى فى ذمة الورثة لأن صاحب الدين لم يرض بذممهم ،

لأنه لو تعلق بذممهم ــ إذا كان للميت مال ــ تعلق بذممهم وإن لم يكن للميت مال وبطل أن يقال : يبقى مؤجلا متعلقاً بأعيان ماله لأن ذلك إضرار بصاحب الدين . لأن أعيان المال ربما تلفت ، وإضرار بالميت لأن ذمته لا تبرأ حتى يقضى عنه . لحديث أبى هريرة المسوق فى الفصل وفى كلام الشافعى . فإذا بطلت هذه الأقيسة لم يبق إلا القول بحلوله .

قَال المُصنِّف رَحمَه الله تعَالى

(فصل) : ﴿ فإن تصرف الوارث فى التركة قبل مضى الدين ففيه وجهان : (أحدهما) لا يصح لأنه مال تعلق به دين فلا يصح التصرف فيه من غير رضى من له الحق كالمرهون (والثانى) يصح لأنه حق تعلق بالمال من غير رضا المالك فلم يمنع المالك فلم يمنع التصرف كمال المريض . وإن قلنا : إنه يصح فإن قضى الوارث الدين نفذ تصرفه وإن لم يقض فسخنا . وإن باع عبداً ومات وتصرف الوارث فى التركة ثم وجد المشترى بالعبد عيباً فرده ، أو وقع فى بئر كان حفرها بهيمة ففى تصرف الورثة وجهان (أحدهما) أنه يصح لأنهم تصرفوا فى ملك لهم لا يتعلق به حق أحد (والثانى) يبطل لأنا تبينا أنهم تصرفوا والدين متعلق بالتركة ، فإن كان فى غرماء الميت من باع شيئاً ووجد عين ماله ــ فإن لم تف التركة بالدين ــ فهو بالخيار بين أن يضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يفسخ ويرجع فى عين ماله لما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه أنه قال فى رجل أفلس : « هذا الذى قضى فيه رسول الله ﷺ أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه » فإن كانت التركة تفى بالدين ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى رحمه الله أن له أن يرجع فى عين ماله ، لحديث أبى هريرة (والثانى) لا يجوز أن يرجع فى عين ماله وهو المذهب . لأن المال يفى بالدين فلم يجز الرجوع فى الميت كالحى الملئ وحديث أبى هريرة قد روى فيه أبو بكر النيسابورى : « وإن خلف وفاء فهو أسوة الغرماء » ﴾ .

(**الشرح**) : حديث أبى هريرة رضى الله عنه أخرجه الشافعى وأبو داود وابن ماجه والحاكم وأصحه أنه قال فى مفلس أتوه به : « لأقضين فيكم بقضاء رسول الله ﷺ : من أفلس أو مات فوجد الرجل متاعه فهو بعينه أحق به » وفى إسناده أبو المعتمر قال أبو داود

والطحاوى وابن المنذر : هو مجهول ولم يذكر له ابن أبى حاتم إلا راوياً واحداً هكذا أفاده الشوكانى فى نيل الأوطار . قال محمد نجيب المطيعى : وقد رأيته فى علل ابن أبى حاتم هكذا : « سألت أبى عن حديث رواه عمرو بن عثمان بن سعيد بن كثير بن دينار عن اليمان بن عدى الحضرمى عن الزبيدى عن الزهرى عن أبى سلمة عن أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « أيما امرئ أفلس وعنده مال امرئ بعينه لم يقبض منه شيئاً فهو أحق بعين ما له ، فإن كان قبض منه شيئاً فهو أسوة الغرماء . وأيما امرئ مات وعنده مال امرئ بعينه اقتضى منه شيئاً أو لم يقتض فهو أسوة الغرماء » قال ابن أبى حاتم : قال أبى : هذا خطأ إنما هو الزهرى عن أبى بكر بن عبد الرحمن أن النبى ﷺ واليمان هذا شيخ ضعيف الحديث ا هـ جـ ١ ص ٣٨٣ الحديث ١١٤٣ . قلت : وذكره ابن حبان فى الثقات وهو للدارقطنى والبيهقى من طريق أبى داود الطيالسى عن ابن أبى ذئب ، وحديث أبى بكر بن عبد الرحمن هو مرسل لأن أبا بكر تابعى لم يدرك النبى ﷺ ووصله أبو داود من طريق أخرى ، وقد مضى لنا مزيد من القول فى هذا الحديث عند الكلام على من باع غرماؤه شيئاً من ماله قبل أن يفلس فراجعه .

(أما أحكام الفصل): فإذا تصرف الوارث بالتركة أو ببعضها قبل قضاء الدين فهل يصح تصرفه ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يصح سواء بقى من التركة ما يفى فى الدين أو لم يبق . لأن مال الميت تعلق به ما عليه من الدين فلم يصح تصرف الوارث فيه . كالراهن إذا تصرف فى الرهن قبل قضاء الدين . (والثانى) يصح تصرفه لأنه حق تعلق بالمال بعد رضاء المالك فلم يمنع صحة التصرف كتصرف المريض فى ماله ، فإذا قلنا بهذا فإن قضى الدين نفذ تصرفه . وإن لم يقض الدين لم ينفذ تصرفه . لأنا إنما صححنا التصرف تصحيحاً موقوفاً على قضاء الدين كما صححنا من تصرفه تصرفاً موقوفاً ، فإن باع عبداً ثم مات البائع . أو وجد المشترى بالعبد الذى اشتراه عيباً فرده ، فإن كان الثمن باقياً بعينه استرجعه . وإن كان تالفاً رجع المشترى بالثمن فى تركة الميت .

فإن كان الوارث قد تصرف بالتركة قبل ذلك . أو كان حفر الرجل بئراً فى طريق المسلمين ومات وتصرف وارثه بتركته ثم وقع فى تلك البئر بهيمة أو إنسان وجب ضمان ذلك فى تركة الميت . وهل يصح تصرف الوارث قبل ذلك ؟ إن قلنا فى المسألة قبلها : إنه يصح تصرفه فههنا أولى . وإن قلنا هناك لا يصح ، ففى هذه وجهان (أحدهما) يصح تصرفه

لأنه تصرف فى مال له لم يتعلق به حق أحد (والثانى) لا يصح ، لأنا بينا أنه تصرف والدين معلق بالتركة .

(**فرع**) : إذا كان فى غرماء الميت من باع منه عيناً ، ووجد عين ماله ، ولم يقبض ثمنها ، فإن كانت التركة لا تفى بالدين فللبائع أن يرجع فى عين ماله . وقال مالك وأبو حنيفة : لا يرجع فيها ، بل يضرب مع الغرماء بدينه .

دليلنا ما روى عمرو بن خلدة الزرقى . وقد مضى تخرجنا له آنفاً ، قال : أتينا أبا هريرة رضى الله عنه فى صاحب لنا أفلس فقال : « هذا الذى قضى فيه رسول الله ﷺ : أيما رجل مات أو أفلس ، فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه » وهذا نص فى موضع الخلاف وإن كان ماله يفى بالدين ففيه وجهان . قال أبو سعيد الإصطخرى : للبائع أن يرجع بعين ماله لحديث أبى هريرة رضى الله عنه ، فإنه لم يفرق . (الثانى) ليس له أن يرجع بعين ماله وهو المذهب ، لأن ماله يفى بدينه ، فلم يكن للبائع الرجوع بعين ماله كما لو كان حياً . وأما الخبر فمحمول عليه إذا مات مفلساً مع أنه قد روى أبو بكر النيسابورى بإسناده عن أبى هريرة : « وإن خلف وفاء فهو أسوة الغرماء . فيكون حجة لنا . وقد زعم بعض أصحابنا أنه حجر ﷺ على معاذ بالتماس منه دون طلب الغرماء » كما أفاد ذلك الحافظ فى تلخيص الحبير عن إمام الحرمين ، وقد رد هذا الزعم قائلا : هذا شىء ادعاه إمام الحرمين فقال فى النهاية قال العلماء : ما كان حجر رسول الله ﷺ على معاذ من جهة استدعاء غرمائه والأشبه أن ذلك جرى باستدعائه وتبعه الغزالى وهو خلاف ما صح من الروايات المشهورة ففى المراسيل لأبى داود التصريح بأن الغرماء التمسوا ذلك ، وأما ما رواه الدارقطنى أن معاذاً أتى رسول الله ﷺ فكلمه ليكلم غرماءه فلا حجة فيها أن ذلك لالتماس الحجر وإنما فيه إلتماس الرفق منهم .

قَالَ المصنِّفُ رحِمَهُ الله تعَالَى

(فصـل) : ﴿ إذا قسم مال المفلس أو مال الميت بين الغرماء ثم ظهر غريم آخر رجع على الغرماء وشاركهم فيما أخذوه على قدر دينه ، لأنا إنما قسمنا بينهم بحكم الظاهر أنه لا غريم له غيرهم ، فإذا بان بخلاف ذلك وجب نقض القسمة كالحاكم إذا حكم بحكم ثم وجد النص بخلافه .

وإن أكرى رجل داره سنة وقبض الأجرة وتصرف فيها ثم أفلس وقسم ماله بين الغرماء ثم انهدمت الدار فى أثناء المدة فإن المكترى يرجع على المفلس بأجرة ما بقى ، وهل يشارك الغرماء فيما اقتسموا به أم لا ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يشاركهم لأنه دين وجب بعد القسمة فلم يشارك به الغرماء فيما اقتسموا كما لو استقرض مالا بعد القسمة .

(والثانى) يشاركهم لأنه دين وجب بسبب قبل الحجر ، فشارك به الغرماء ، كما لو انهدمت الدار قبل القسمة ، ويخالف القرض لأن دينه لا يستند ثبوته إلى ما قبل الحجر ، وهذا استند إلى ما قبل الحجر ، ولأن المقرض لا يشارك الغرماء فى المال قبل القسمة ، والمكترى يشاركهم فى المال قبل القسمة فشاركهم بعد القسمة ﴾ .

(الشـرح) : الأحكام : إذا قسم مال المفلس أو مال الميت بين غرمائه ثم ظهر له غريم آخر كان مستحقاً لدينه قبل الحجر ، رجع الغريم على سائر الغرماء بما يخصه ، وقال مالك رضى الله عنه : يرجع غريم الميت ولا يرجع غريم المفلس .

دليلنا أن الحاكم إنما فرق فى غرمائه ، وعنده أنه لا غريم له سواهم ، فإذا ظهر له غيرهم نقض الحكم كالحاكم بحكم ثم وجد النص بخلافه ، ولأنه لما كان لغريم الميت أن يرجع على الباقين كان لغريم المفلس مثله .

(فـرع) : وإن فك الحجر عن المفلس ، وبقى عليه دين فادعى غرماؤه أنه قد استفاد مالا بعد الحجر ، سأله الحاكم عن ذلك ، فإن أنكر ولا بينة لهم ، فالقول قوله مع يمينه ، لأن الأصل بقاء العسرة ، فإن ثبت له مال إما بالبينة أو بإقراره وطلب الغرماء الحجر عليه ، نظر الحاكم فيه ، وفيما عليه من الدين ، فإن كان يفى بالدين لم يحجر عليه ، بل

يأمره بقضاء الدين ، وإن كان أقل حجر عليه وقسم ماله بين الغرماء ، وإن تجدد عليه دين بعد الحجر الأول ثم ظهر له مال ، فإن بان أن المال كان موجوداً قبل الحجر الأول قال أبو محمد الجوينى : اختص به الغرماء الأولون دون الآخرين ، لأن المال كان موجوداً تحت الحجر الأول ، وإن اكتسب هذا المال بعد فك الحجر الأول اشترك فيه الغرماء الأولون والآخرون على قدر ديونهم . وقال مالك : يختص به الغرماء الآخرون .

(فـرع) : وإن أكرى داره من رجل مدة ثم أفلس المكرى قبل انقضاء الأجل ، فإن المكترى أحق بالمنفعة دون الغرماء ، لأنه قد ملك المنفعة بعقد الإجارة قبل الحجر فكان أحق بها ، كما لو باع شيئاً من ماله ثم أفلس ، فإن أراد المكترى فسخ الإجارة لم يكن له ذلك ، لأن الفسخ إنما يكون فى الموضع الذى يدخل عليه ضرر ولا يصل إلى كمال حقه ، وههنا يصل إلى كمال حقه فلم يكن له الفسخ .

فإن انهدمت الدار قبل انقضاء مدة الإجارة انفسخت فيما بقى من المدة ، فإن كانت الأجرة قد قبضت ـــ فإن كانت باقية ـــ رجع منها بما يخص ما بقى من المدة بعد القسمة فلم يشارك الغرماء ؛ كما لو استدان بعد الحجر .

(والثانى) يشاركهم ، وهو الصحيح لأن سبب وجوبه كان قبل الحجر فشاركهم ، كما لو انهدمت الدار قبل القسمة . ويخالف إذا استدان بعد الحجر . فإن ذلك لم يسند إلى سبب يحل الحجر ، فلذلك لم يشاركهم . والله أعلم .

الإفلاس فى نظر القوانين الوضعية

لا يعد المفلس مفلساً إلا إذا كان تاجراً ، فليس هناك إفلاس إلا على من كان تاجراً أو صانعاً فرداً أو جماعة تنتظمهم شركة من تلك الشركات التى سنأتى على تفاصيلها فى كتاب الشركة ولا يتم إجراء الحكم على التاجر أو على الشركة بالإفلاس إلا بعد إطلاع الخبير على دفاتر الحسابات والقيد الخاصة بالتاجر أو الشركة .

ويقصد من تمكين الخبير من الاطلاع على الدفاتر فى حالة الإفلاس هو مقابلة حقوق التفليسة وخصومها من أجل معرفة النصيب الذى يتقرر لكل واحد من الدائنين فى قسمة الغرماء ، ولا يكون الاطلاع جائزاً فى هذه الحالة إلا بعد صدور حكم الإفلاس . ولا يتقرر الحق فى الاطلاع للدائنين ، ولكن ينوب عنهم الخبير فى ذلك بسبب منع الدائنين من رفع

الدعاوى أو اتخاذ الاجراءات الانفرادية بعد صدور حكم الافلاس .

والمسائل التى أجاز المشرع الوضعى الاطلاع فيها فى المادة ١٦ تجارى وردت على سبيل الحصر ، فلا يسوغ فيها الزيادة أو القياس عليها . وهذه المسائل هى المنازعات التجارية ومواد الشركات ، ومواد الأموال المشاعة وقسمة الشركات ، وحالة الإفلاس .

كذلك أجازت المادة ٨١ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ م الخاص بفرض ضريبة على إيرادات رءوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح التجارية والصناعية وعلى كسب العمل ، وهى التى خولت مصلحة الضرائب الاطلاع على دفاتر الممولين ، كما أوجبت المادة ٦٩ مدنى على رب العمل أن يأذن للعامل أو لشخص موثوق به يعينه ذوو الشأن أو يعينه القاضى بالاطلاع على دفاتره إذا نص العقد على أن يكون للعامل فوق الأجر المتفق عليه أو بدلا منه حق فى جزء من أرباح رب العمل أو فى نسبة مئوية من جملة الإيراد ، أو من مقدار الإنتاج أو من قيمة ما يتحقق من وفر أو ما شاكل ذلك ونظراً لأن ذوى النفوس المريضة تستشرف نفوسهم لنهب الأموال التى فى ذمتهم للدائنين كان هذا الخبير نائباً عن جميع أصحاب الحقوق ، وهذا الضرب من التصرف يسمى فى قانون العقوبات (التفالس) وهو تصنع الإفلاس ، بغية أكل الأموال بالباطل إلا أن القوانين الوضعية فى هذا الجرم لا تكفى لردع أصحاب هذا النوع من الجرائم فهى تكتفى بحبسه مدة ثم تحرمه لمدة خمسة عشر عاماً من أهلية التعامل مع الناس

(فصـل) : فى حجر الفساد على المفلس والمبذر

مما أفاده الخصاف وشرحه الجصّاص

من أدب القاضى لاستقصاء هذا الباب إن شاء الله تعالى

فنقول وبالله التوفيق عرض **الخصاف** فى هذا الباب لقول أبى حنيفة رحمه الله تعالى : « الحجر على الحر باطل » قال : وهذا صحيح من مذهبه لا نعرف عنه خلافاً فى هذا ، سواء كان الحجر لأجل السفه أو التبذير أو الافلاس . وعند **أبى يوسف ومحمد** جاز الحجر على الحر فى هذه الوجوه الثلاثة كلها ، قال الجصاص : أما المفلس فحكمه ما بينا من الخلاف ووجه قولهم . وأما التبذير فهو أن لا يعرف الرجل التصرف فيعين فيه ، وأما السفه فهو أن يفسد ماله ويسرف فيه ويضيعه بما لا ينبغى أن يفعله مع معرفته بالتصرف ، وقدرته على ضبطه ، فللقاضى أن يحجر عليه ، ويمنعه من التصرف عندهما ، ولا يجوز ذلك عند **أبى حنيفة** . ووجه قوله ما بينا فى الإفلاس من جهة الكتاب والنظر ، ووجه قولنا قوله تعالى :

« **فإن كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل** »[1] الآية .

فأخبر الله تعالى أن من كان سفيها أو ضعيفاً فى التصرف ، فلا يحسن الإملاء ، يتولى ذلك وليه . ولا يجوز للولى أن يتولى مع بقاء ولايته ، فلما أجاز الله تعالى ولاية الولى عليه دل على أنه لا يملك التصرف فى ماله ، وهذا لا يكون إلا محجوراً عليه ويحتجان بالخبر المروى عن النبى ﷺ :

« **أن رجلا كان فى عقدته ضعف ، فجاءوا به إلى النبى ﷺ فقالوا : يا رسول الله ، احجر عليه فإن فى عقدته ضعفاً ، فحجر عليه . فقال : يا رسول الله إنى لا أصبر عن البيع ، فقال النبى ﷺ : إذا بعت فقل : لا خلابة** » أخرجه **أحمد** فى مسنده[2] وأبو داود فى سننه وفيه : « **إن كنت غير تارك البيع فقل : هاء وهاء ولا خلابة** » أى لا تغابن . فلما حجر عليه النبى ﷺ على ذلك لأجل التبذير كان لنا أن

---

(١) سورة البقرة : ٢٨٢ (٢) المسند : جـ ٣ ــ ص ٢١٧ ، وأبو داود فى البيوع ــ ص ٦٦

نحجر على المبذر .

والجواب عن الآية أن نفس الآية ـــ كما يقول **الجصاص** تدل على صحة مذهب **أبي حنيفة** . وذلك أن الله تعالى أجاز مداينة السفيه والضعيف الذى لا يستطيع أن يمل بقوله : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ﴾ ثم عطف عليه قوله تعالى : ﴿ فإن كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفاً ﴾(١)

ولو كان السفه يوجب الحجر على الحر لما أجاز عقد مداينة السفيه كما لا يجوز عقد مداينة المجنون ، فلما أثبت الله تعالى عقد مداينة السفيه دل على أن الآية لا توجب الحجر . وأيضاً فإن الله تعالى جمع فى الآية السفيه والضعيف والعاجز عن الإملاء ، ثم عطف عليه قوله : ﴿ فليملل وليُّه بالعدل ﴾ فنحن نقول : إن المعطوف معطوف على العاجز عن الإملاء دون السفيه والضعيف ، وأراد به أن الذى عليه الحق إذا كان عاجزاً عن إملاء الشرط يملى وليه الشرط . وقال المخالف **لأبى حنيفة** فى هذا : هو معطوف على السفيه والعاجز والضعيف جميعاً ، فعليه إقامة الدلالة على صحة دعواه أن المعطوف راجع إلى جميع المذكورين فى الآية : على أنه إذا ثبت أن المراد بالمعطوف جميع المذكورين لم يكن فى ذلك دلالة على خلاف ما ذهب إليه **أبو حنيفة** . وذلك أن الهاء فى قوله وليه يحتمل أن تكون كناية عن العقد ويحتمل أن تكون كناية عن ولى الذى عليه الحق ، فإذا احتُمِلَ الأمران لم يكن لهما دلالة فى الظاهر من الآية ، ولم يكونا بها أولى بصرفها إلى ولى الذى عليه الحق ، من أبى حنيفة بصرفه إلى ولى العقد ، وصار كأنه قال : فإن كان الذى عليه الحق سفيها وضعيفاً ، ولا يحسن أن يملل فليملل ولى العقد ، وهو الذى له الحق بالعدل ، وإذا كان كذلك سقط احتجاج أبى يوسف ومحمد . فظاهر الآية لأبى حنيفة .

والجواب عن الخبر ، فهو أن الخبر يدل أيضاً على إبطال الحجر على الحر البالغ ، وذلك أن النبى ﷺ لما قال له الرجل : إنى لأصبر عن البيع ، لم يمنعه من البيع ، وأجاز بيعه وإن كان قال له : « **قل : لا خلابة** » ولو كان تصرفه غير جائز لم يطلقه النبى ﷺ فى التصرف لأجل أنه لا يصبر عن البيع ، كما لا يطلق المجنون والصبى الذى لا يحسن أن يتصرف فى المال ، فلما أطلقه دل على أنه لم يحجر عليه حجراً يمنع التصرف وإنما قال له : لا تبع ، على وجه الرفق به والشفقة عليه ، لا على وجه المنع من التصرف .

---

(١) الآية ٢٨٢ من سورة البقرة .

وقال **أبو حنيفة** : (وإن كان الرجل غير رشيد ولم يبلغ خمساً وعشرين سنة لم يدفع إليه ماله حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة ، وعندهما لا يدفعه إليه بعد خمس وعشرين سنة أيضاً حتى يؤنس منه الرشد)

لأبي حنيفة في منع المال عنه قبل خمس وعشرين سنة قوله تعالى : ﴿ **فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم** ﴾[1] وهذا لم يؤنس منه الرشد ، فلا يستحق أخذ المال . وهذا العموم يتناول جميع أحواله إلا في موضع تقوم الدلالة عليه ، وهذا اعتماد **أبي يوسف ومحمد** ، وحجتهما على **أبي حنيفة** بعد خمس وعشرين سنة .

وأما بعد خمس وعشرين سنة فإنما يستحق أخذ ماله وإن كان غير رشيد لقوله تعالى : ﴿ **ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده** ﴾[2] والأشد عند **أبي حنيفة** خمس وعشرون ، وإن كان قد قيل : أربعون سنة . وقيل : دون خمس وعشرين سنة فإنه قد صح عنده أن بلوغ الأشد خمس وعشرون سنة . وإن كان كذلك وجب أن يستحق أخذ ماله إذا بلغ هذا المبلغ بهذه الآية وإن لم يؤنس منه الرشد .

وإن أونس منه الرشد استحق أخذ ماله قبل هذا المبلغ بقوله : ﴿ **فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم** ﴾ حتى نكون مستعملين للآيتين جميعاً ، فإن قيل : فما الدليل على أن بلوغ الأشد خمس وعشرون سنة حتى تصح المسئلة ؟ قيل له : الكلام في هذا خارج عن مسئلتنا ، إذ كانت في أنه لم يستحق أخذ ماله بعد خمس وعشرين سنة ، وهذه المسئلة في أنه لم يكن بلوغ الأشد خمساً وعشرين سنة ، فإذا كان كذلك سلم لنا حجاج المسئلة الأولى ، والدليل أن الرجل قد يكون جدًّا لخمس وعشرين سنة ، وغير جائز أن يكون جدًّا وهو لم يبلغ الأشد ، فيكون في حد الصغر لاستحالة اجتماع حد الشيخوخة وحد الصغر .

وإنما قلنا : إنه يجوز أن يكون جدًّا لخمس وعشرين سنة ، لأن أقل ما يبلغ فيه الرجل اثنتا عشرة سنة ، وأقل الحمل ستة أشهر ، فإن كان كذلك ، يحتمل أن يبلغ هو عند استكمال الاثنتي عشرة سنة ، وقد تزوج امرأة فدخل بها فتلد امرأته لستة أشهر ، ويبلغ ولده في اثنتي عشرة سنة أيضاً ، ويتزوج امرأة ويدخل بها فتلد أيضاً لستة أشهر فذلك كمال خمس وعشرين سنة ، فبان لك واتضح .

(**فصل**) : فإن باع هذا المحجور عليه أو اشترى نظر الحاكم في ذلك ، فإن

---

(١) سورة النساء : ٦ (٢) سورة الأنعام : ١٥٢

كانت إجازته خيراً له أجاز ذلك إذا كان فى ذلك توفير عليه وزيادة لماله ، وإن كان رد ذلك خيراً له رده ـــ وهذا على قولهما ـــ أى الصاحبين ـــ لأن القاضى إنما حجر عليه لئلا يتلف ماله ، فإذا كان فى تصرفه خير له لم يُبْطَل عليه ، وإن كان شر له أبطله .

قال : والمفسد لماله والذى لم يبلغ سواء إلا فى أشياء . أما هذا الذى بلغ فإنه يخرج من ولاية الوصى عليه ، ولا يجوز أمر الوصى عليه فى شيء ، وإن أعتق مملوكاً جاز عتقه ، ويسعى المعتق فى قيمته له . وكذلك إذا دبر جاز تدبيره ، فإن مات المعتق غير رشيد سعى المدبَّر فى جميع قيمته ، وتجوز وصاياه فيما يتقرب بها إلى الله تعالى ، من قبل أن الذى أوجب عليه الحجر كونه مفسداً للمال فيحجر عليه لئلا يبقى مفلساً فيحتاج أن يسأل الناس ، ومعنى الإفساد والاحتياج إلى السؤال معدوم بعد موته ، فيجوز تصرفه بعد موته من الثلث وهو القدر الذى يحكم له بالملك بعد الموت .

وأما العبد المدبر فإنه يسعى فى قيمته وإن كان تدبيره وصية ، لأن حكم التدبير قد استقر فيه قبل موت المحجور عليه ، ألا ترى أنه لا يصح الرجوع فيه ؟ فإذا كان كذلك صار مثل العتق فيلزمه السعاية ، وإنما يسعى فى قيمته مدبَّرا ولم يسع فى قيمته عبداً غير مدبر ، لأن المدبَّر لا يحصل فى يد نفسه إلا بعد موت المدبِّر ، فإذا كان كذلك حصل المدبَّر فى يد نفسه وقيمة رقبته ناقصة بالتدبير ، فلا يجب عليه قيمة رقبته غير مدبَّرة .

(**فصل**) : ولو طلق وقع الطلاق على امرأته ، لأن هذا مكلف لم يزل عنه التكليف بالحجر فيلزمه حكم قوله فى هذه العقود كلها ، إلا أن يبطل من العقود وغيره ما يلحقه الفسخ بالإقالة لكونه محجوراً ، فصار كأن القاضى أبطله بعد إثباته ، ولا يبطل ما لا يلحقه الفسخ ، لأن القاضى لو قصد إلى إبطاله بعد ثبوته لم يكن له أن يبطله ، فلذلك لا يبطل ، وذلك مثل الطلاق والعتاق والتدبير ، والاستيلاد والنسب والنكاح مثل هذا قياساً على هذه العقود ، وإن كان مما يلحقه فسخ القاضى ، لأنه لا ينفسخ بالإقالة ، فصار مثل ما ذكرنا من المعانى التى لا يلحقها الفسخ . والعلة منع الفسخ فيه بالإقالة والردّ بالعيب .

(**فصل**) : قال : ولو حنث فى يمين أجزأه الصوم ، ولم يكن له أن يكفّر من ماله . ولو ظاهر كان عليه الصوم ، وإن أعتق عن الظهار عبداً جاز العتق ولم يجز عن الكفارة . وكذلك كفارة القتل ، وذلك لأن هذا محكوم بإبطال التصرف فى ماله فصار كلا مالك فيما يلزمه نفسه كالإقرار بالمال للغير ـــ إنه لا يجوز عليه ، لأنه بقوله أراد إثباته ، فكذلك الكفارة والنذر مثل هذا ، وكما قلنا فى الهبة والصدقة ـــ إنه لا يجوز

عليه ، فكذلك لا يجوز العتق ولا الإطعام وإنما عليه الصيام فى ذلك كله ، كالعبد إذا أذن له مولاه فى الحج يلزمه الفدية من طعام أو صيام ـــ إن عليه الصيام دون الإطعام ، وكالعبد إذا حنث أو ظاهر من امرأته ـــ إن عليه الصوم ولا يجوز عنه العتق ، كذلك هذا مثله .

وأيضاً فإن هذا لما كان ممنوعاً من التصرف فى ماله صار ماله كالغائب ، فيصوم عن الكفارة ، كابن السبيل لما كان ماله غائباً عنه جاز أن يصوم عن الكفارة فى اليمين .

وأما العتق فإنما لم يجز عن الظهار والكفارة ، لأن العبد يلزمه السعاية ، فصار كالعتق على مال ، ولو أعتق على مال لا يجزى عن الكفارة ، كذلك هذا . وأما حجة الإسلام وزكاة الأموال فلا تسقط عنه ، ويلزمه لأن لزومه لم يكن من جهته ، وإنما هو من جهة الله تعالى ، فلا يبطل حكمه بالحجر ، وأما ما لزمه فى الحج من كفارة وجناية فلا يجوز فيه غير الصوم كالعيد ، لأن لزومه ذلك أيضاً من جهته ، فصار مثل هبة يهبها هو .

والمرأة المفسدة فى هذا كالرجل ، لأن المعنى الذى يوجب الحجر على الرجل موجود فى المرأة ، وهو الإسراف والتبذير ، فلا فرق بينهما .

قال الشيخ : والقاضى إنما يحجر على المفسدة لماله لكى لا يفتقر فيسأل الناس فيتأذون بسؤاله إياهم . ويحتمل أن يكون حجر عليه لأجل أنه إذا افتقر ولا يكون قادراً على الكسب ، ولا أحد ينفق عليه ، يلزمه النفقة من بيت المال ، فللإمام أن يمنعه من ذلك لئلا يؤدى إسرافه إلى استحقاق النفقة من بيت المال .

قال الخصاف : قال **محمد ـــ هو ابن الحسن الشيبانى ـــ** : (إذا بلغ الغلام مبلغ الرجال ، وهو مفسد غير مصلح فهو محجور عليه ، حجر القاضى عليه أو لم يحجر) . ولم يذكر قول **أبى يوسف** ، وعند **أبى يوسف** لا يكون محجوراً عليه حتى يحجر عليه القاضى . والأصل فى هذا أن **أبا يوسف ومحمداً** قد اتفقا جميعاً أن المفلس لا يصير محجوراً عليه بنفس الإفلاس ، والمريض يكون محجوراً عليه بالمرض عند الجميع . فقاس **أبو يوسف** مسألتنا على الحجر بالإفلاس لكونهما مكلفين فى حقوق الله تعالى .

ومحمد قاسها على حجر المريض لوجود السبب الموجب للحجر وهو الإفساد فى المال ها هنا والمرض فى مسألة المريض . والجواب عن هذا لأبى يوسف أن المريض ليس محجوراً عليه فى حال المرض ، وإنما يصير محجوراً عليه بالموت . ألا ترى أنه لو برأ من المرض جاز جميع تصرفه ؟ فقد علمت أن المرض لم يوجب الحجر ولا يصير به

محجوراً ويكون تصرفه موقوفاً على الموت . فإن مات صار تصرفه مثل تصرف وصي الميت فيما أوصى إليه به ، فإذا كان كذلك لم يجز لمحمد قياس مسألتنا على مسألة المريض ، وجاز **لأبي يوسف** قياسها على مسألة حجر الإفلاس .

وأما فَرْقُ **محمد** بين مسألتنا وبين مسألة الإفلاس أن الإفلاس إنما هو حكم من الحاكم ، ألا ترى أنه يأمره بأداء حق الطالب ، فإن امتنع من ذلك حينئذ حجر عليه ، ويمنعه من التصرف في ماله ، ويحكم بالإفلاس إن كان ماله مستغرقاً بدينه ؟

وليس كذلك حجر المفسد ، لأن الإفساد في المال حاصل ، حكم عليه الحاكم أو لم يحكم ؟ فالمعنى الموجب للحجر وهو الإفساد حاصل ، فينبغي أن يصير محجوراً عليه بنفس الإفساد ، والأخبار المروية تشهد لأبي يوسف على محمد إذا لم نحملها على مواقف مذهب **أبي حنيفة** .. وذلك أن الرجل الذى « أتى إلى النبى ﷺ وفى عقدته ضعف ، فقيل للنبى ﷺ فى حَجْره فحجر عليه النبى ﷺ » فلو كان الإفساد نفسه صار حجراً لم يكن يحجر رسول الله ﷺ على الرجل ، بمعنى بل كان يقول : أنت قد صرت محجوراً بالإسراف ، وكذلك خبر عليّ رضى الله عنه مع عبد الله بن جعفر . لو كان الإسراف حجراً لما أمر عليّ رضى الله عنه عثمان رضى الله عنه بحجره على عبد الله ، فبان .

(**مسألة**) : قال : (ولو أن القاضى أمر هذا المفسد بعد الحجر عليه أن يبيع شيئاً من ماله ويشترى ، فباع واشترى وقبض الثمن ، جاز جميع ما صنع من ذلك ، وكان أمر القاضى إخراجاً له من الحجر — فإن وهب أو تصدق لم يجز ذلك) . أما إطلاقه عن الحجر بأمره بالشراء والبيع ، فكما قلنا فى العبد المأذون والصبى المأذون إذا أمر المولى أو الأب واحداً منهما بالشراء والبيع ، كان إذناً فى التصرف ، كذلك هذا . وأما بطلان هبته وصدقته فلأن إطلاقه عن الحجر إنما جوز له التصرف فى التجارة ، ولم يوجب جواز الهبة والصدقة كما قلنا فى إذن العبد والصبى . فإن قيل : لما كان المانع من الهبة والصدقة فى مسألتنا هو الحجر ، والحجر قد ارتفع بإطلاق القاضى فلم لا تجوز الهبة والصدقة ؟ قيل له : من قبل أن هذا الإطلاق لمنفعته ، فلو كان ذلك موجباً لجواز هبته وصدقته لم يكن فى ذلك حفظ لماله . قال : (ولو أمره القاضى ببيع عبد له بعينه أو شيء بعينه لم يكن هذا إخراجاً له من الحجر) كما قلنا فى المأذون : إنه لا يكون بذلك مأذوناً فى التصرف .

(**مسألة**) : قال : (ولو قال له : قد أذنت لك فى التجارة بمحضر من أهل

سوقه ، ولا أجيز عليك من ذلك إلا ما كان بمعاينة من الشهود . فأما ما كان من إقرار لم أجزه ، فهو كما قال القاضى) . فلا يجوز إقراره ولا ما يتصرف به من غير معاينة الشهود . ولا يشبه هذا المأذون من قبل أن القاضى حجر عليه لاستفساده فى ماله ، لا لمعنى غير ذلك ، فله أن يمنعه مما يوجب الاستفساد فى المال من الإقرار وغير ذلك ، ولا يمنعه مما يوجب الاستصلاح فى المال .

وأما العبد والصبى فلم يكن الحجر عليهما لأجل الاستفساد ، وإنما كان الصبى محجوراً عليه لأنه غير مكلف فلا يكون قوله قولا فيما يتعلق به من الأحكام ، وكذلك لا يكون قوله قولا فيما يلزم المولى ، فإذا أذن له فى بعض التجارات صار قوله قولا صحيحاً ، فلا يختص بعض التجارات دون بعض .

قال : (ولو أن غلاماً أدرك وهو مصلح لماله ، فاتجر فى ماله وأقر بديون ووهب وتصدق ثم أفسد بعد ذلك ، وصاروا إلى حال من يستحق الحجرَ ، جاز ما صنع من ذلك فى حال الصلاح) . وأما فعله فى حال الفساد ـــ يعنى أن القاضى إذا رفع إليه أمره أجاز ما صنع ويبطل ما صنعه فى حال الفساد ، لأن التصرف فى حال الفساد لم يصح على قول أبى يوسف . بل تصرفه واقع ، إلا أن القاضى ينظر فيه ، فما كان ردُّه خيراً له ، ردَّه ، وما كان إمضاؤه خيراً له أمضاه . وأما ما صنعه فى حال الصلاح فهو ماض ليس لأحد عليه الاعتراض . وأما على قول **محمد** فما صنعه فى حال الفساد باطل لأنه يصير محجوراً عليه بنفس الإفساد عنده ، فلا يجوز تصرفه بعد ذلك .
قال : (والفساد الذى يستحق الحجر ، كل من كان مفسداً لماله مضيعاً لا يبالى بما صنع به ، سواء كان ذلك الإسراف فى المال فى الفجور والملاهى ، أو فى غير ذلك من الإسراف والتبذير .

فأما من كان فاسداً فى دينه ، فاجراً فى نفسه ، إلا أنه حافظ لماله لم يستحق الحجر) لأن الحجر إنما وجب ها هنا لأجل تلف المال لا لغير ذلك ، فلا يحجر على غير متلف لماله على وجه السفه والتبذير .

قال : (ولو أن قاضيا حجر على رجل مسلم مفسد لماله ، فجاء قاض آخر فاطلق عن حجره ، وأجاز ما صنع فى ماله قبل الإطلاق ، فهو جائز ، إلا أن تكون عقوداً رفعت إلى القاضى المعزول فأبطلها ، فلا يجوز للثانى أن يجيزها ، وتبطل حكم الأول) .
وذلك لأن ما لم يبطله القاضى الأول من التصرف كان موقوفاً لم يجر عليه الحكم بالجواز ولا بالبطلان ، فللثانى أن يجيزه إذا كان ذلك قبله الاجتهاد ، وأدى اجتهاده إلى

جوازه ، ولم يكن فى ذلك إبطال حكم .

وأما ما أبطله الأول فإنما لم يجز للثانى إنفاذه ، لأن القاضى الأول قد حكم بإبطاله فى موضع يسوغ الاجتهاد فيه ، إذ كانت مسألة الحجر مما يسوغ فيها الاجتهاد — فلا يجوز لأحد أن يتعقبه بإبطال ذلك الحكم بالاجتهاد ، كما أن الصلاة إذا أديت باجتهاد لا يجوز أن تبطل باجتهاد .

قال : (فإن لم ينفذ هذا الثانى قضاء الأول بإبطال تصرف المحجور عليه ، وأجاز تصرفه ، ثم جاء قاض آخر ، فإن القاضى الثالث ينبغى أن ينفذ حكم الأول بإبطال العقود التى أبطلها ، ويُبطل حكم الثانى) لأن حكم الأول قد وقع باجتهاد منه فى موضع يسوغ له الاجتهاد ، فيكون صحيحاً ، وحكم الثانى كان فاسداً ، لأنه حكم بما لا يسوغ له فيه الاجتهاد ، إذ ليس بين الناس خلاف أن حكم الحاكم إذا كان باجتهاد وفى موضع يسوغ الاجتهاد فيه ، لا ينقض أبداً .

قال : (فإن باع هذا المفسد المحجور عليه شيئاً من ماله ، وقبض ثمنه ، لم يكن للذى دفع إليه المال أن يرجع عليه بماله) .

كذا قال الخصاف ولم يبين أن المبيع هو فى يدى المشترى أو فى يدى البائع المفسد أو هو قائم أو هالك ، وأن الثمن فى يدى البائع أوْلا ؟

وقال محمد فى كتاب الحجر فى المفسد لماله إذا باع شيئاً ببينة ثم رفع ذلك إلى القاضى نظر فيه — فإن رأى ما باع رغبة — أجازه ، إن كان الثمن قائماً ، وإن كان ضاع فى يده لم يجزه القاضى . قال : لأنه إذا أجازه جاز قبضه الثمن .

قال : وكذلك لو كان قبض الثمن بدفع المشترى إليه ، واستهلكه بين يدى الشهود ، فإنه ينقض بيعه ، ولا يلزم المحجور عليه شىء من الثمن . قال : فإن كان المحجور عليه حين قبض الثمن أنفقه على نفسه نفقة مثله فى مثل تلك المدة ، أو حج به حجة الإسلام ، أو أدى منه زكاة ماله ، ثم رفع إلى القاضى ، نظر فيه ، فإن كان البيع رغبة ، أو كانت قيمته مثل الثمن الذى أخذه أجاز البيع ، وأبرأ المشترى من الثمن ، وإن كان فيه محاباة فأبطله القاضى لم يبطل الثمن عن المحجور عليه ، ولكن القاضى يقضيه من ماله .

فبيّن محمد بهذا أن الثمن إذا كان مستهلكا بما يجوز للمحجور عليه أن يفعله ، كالإنفاق على نفسه بنفقة مثله ، وكأداء الحج به وأداء الزكاة ، وكأداء مهر المرأة إن قبضه للثمن قبض صحيح ، وعلى القاضى أن يرد على المشترى مثله من مال المحجور

عليه إن أبطل البيع لأجل المحاباة . وإن أجاز البيع لرغبة فيه ، لم يلزم المشترى ثمن آخر غير ما نقده للمحجور عليه ، وهذا بيّن على ما قاله ، لأنه ليس فى ذلك إفساد لماله إذ الحج لازم له ، وكذلك الزكاة ومهر المرأة ونفقة مثله .

فإذا فعل ما يستحقه ، ولم يكن القاضى منعه منه صار فى ذلك مثل غير المحجور . ويجوز له استقراضه لذلك ، لأنه جاز قبض الثمن وإنفاقه على ذلك الوجه ، وأما إذا لم ينفقه على الوجه الذى بينا ، ولكنه استهلكه على وجه الإفساد فإنه قال : ينبغى أن يبطل القاضى بيعه ، وإن لم يكن فيه محاباة للمشترى . قال : ينبغى أن يبطل القاضى بيعه وإن لم يكن فيه محاباة للمشترى . قال : لأنه لو أجاز له البيع جاز قبضه الثمن ، إذ لا يلزمه من ضمان الشيء شيء .

قال : وكذلك لو قبضه واستهلكه بمحضر من الشهود لم يلزمه ضمانه . قال : وإن كان الثمن قائمًا بعينه وكان فى البيع رغبة أجازه من قبل أنه لا يلزمه ضمان الثمن الذى هو قيمة المبيع الحاصل فى يده ، ولم يذكر إذا كان فيه محاباة للمشترى والثمن مستهلك على وجه الإفساد كيف يكون حكمه ؟ ينبغى أن لا يضمن شيئا إذا أبطل القاضى بيعه ، كما قلنا فى غير المحاباة . فصار تحصيل هذا أن المحجور إذا قبض الثمن واستهلكه على الوجه الذى له فعله كالنفقة فى الحج والزكاة والمهر ، كان قبضه قبضاً صحيحاً . فإن أجاز القاضى البيع لم يجب على المشترى غير ما نقده إلى المحجور عليه من الثمن . وإن أبطل القاضى البيع ففى ماله مثل ما قبض من الثمن ، وقد بيّنا وجه هذا .

وإن كان استهلاكاً على غير الوجه الذى بيّنا ، وكان فى البيع محاباة أو لم يكن ، فإن قبضه الثمن باطل ، وليس عليه شيء مما استهلكه من الثمن — ولا للقاضى أن يجيز البيع كان فيه محاباة أو لم يكن)

وينبغى أن يكون هذا على قول **محمد** خاصة . فأما على قول **أبى يوسف** فينبغى أن يقبض مثل ما قبض من الثمن ، كما قال فى استقراض الصبى من البالغ الحر .

إن الصبى لا يضمن ما استهلك من القرض عند **محمد** ، وهو قول **أبى حنيفة** . وعند **أبى يوسف** يضمن ، كذلك هذا ينبغى أن يكون على ذلك الخلاف الذى بين **أبى يوسف** و**محمد** . وعلى قول **أبى حنيفة** هو مثل غير المحجور عليه يجوز تصرفه ، لأن الحجر عليه باطل ، ووجه قول **محمد** فى مسألة القرض — وهو قول **أبى حنيفة** — أن قول الصبى كلا قول إذا كان محجوراً .

فصار كأنه قبض المال المستقرض ولم يضمن له رد مثله ، فلا ضمان عليه إذ قد سلطه القرض على استهلاكه ، لأن القرض يوجب التمليك وجواز التصرف فيه . وإذا كان القرض قد سلط الصبى على استهلاكه ، ولم يكن من الصبى قول يوجب ضمان مثله ، إذ قوله كلا قول ، لم يلزم الصبى شيء ، كرجل دفع مالا إلى صبى قاصر ، وأمره بالإنفاق على نفسه من غير إيجاب الضمان عليه ، فلا يجب على المدفوع له شيء للدافع ، فإذا صح هذا فى مسئلة القرض ، بنى محمد هذه المسئلة على تلك ، لأن قول المحجور عليه كلا قول ، فيما يلزمه الضمان فى ماله ، وقد وجد من المشترى تسليطه على الثمن .

وإذا استهلكه بأمره من غير إيجاب قول يوجب الضمان عليه لم يلزمه شيء . وعند أبى يوسف : لما كان الصبى ضامنا لما استهلكه على وجه القرض كذلك هذا ، ما استهلكه على وجه البيع يكون ضامنا إذ الدافع لم يوجب تسليطه عليه إلا على وجه البدل ، فإذا لم يحصل له البدل رجع عليه بالمدفوع . وأما إذا كان الثمن قائما بعينه ، فإن المشترى يأخذه متى ما أبطل القاضى البيع .

وإن أجاز القاضى البيع سلم القاضى المبيع للمشترى ، وسلم الثمن للمحجور عليه ، لأن العقد إذا ارتفع عاد ملك كل واحد منهما أن يرجع على صاحبه بما قبضه منه ، فهذه الوجوه كلها داخلة تحت مسئلة الكتاب . وقد أجل الخصاف جوابها وقال :

(لا ضمان عليه فيما قبضه من الثمن) وهذا غلط على هذا الإجمال . والجواب على ما فسرنا .

مسئلة

وقال محمد فى المحجور عليه يزوج ابنته أو اخته وهما صغيرتان قال : (تزويجه باطل) من قبل أن عندنا كل من لا يملك ولاية نفسه فى التصرف لا يلى على غيره ، بدلالة المجنون والصبى لمّا لم يليا التصرف فى ماليهما لم يليا عقد النكاح على غيرهما . فإن قيل : إن هذا يلى عقد النكاح بدلالة أن له أن يتزوج ، فلذلك ينبغى أن يزوّج ، قيل له : إن يجز عقده للنكاح فهو ليس لأنه يلى عقد النكاح . ألا ترى أنه لو تزوج بأكثر من مهر مثلها لم يجز عليه الفضل ؟ فإذا كان كذلك قلنا : إن جواز عقد النكاح بمهر المثل بمنزلة شراء شيء بمثل القيمة ، إن للقاضى أن يجوّزه ، وإن لم يكن ذلك دليلا على جواز التصرف فى ماله ، كذلك جواز النكاح لنفسه بمهر المثل ، لا يدل على كونه وليا فى إيقاع عقد النكاح على غيره .

قال : (ولو اختلف المحجور عليه والمشترى فى البيع فقال المحجور عليه :

اشتريتَه منى فى حال الحجر ، وقال المشترى : اشتريتُه منك فى حال الصلاح ، فالقول قول المحجور عليه) لأن المدعى يدعى تاريخا متقدما ، ولا يعلم ذلك إلا بقوله ، والمحجور عليه يدعى الحال فالقول قوله لكون الظاهر معه .

قال : (فإن أقاما البينةَ على دعواهما فالبينة بينة المشترى) لأنه قد أثبت تاريخا متقدما ببينة تنكر بينة المحجور عليه ، فتكون بينة الإثبات أولى .

(ولو أطلق عنه الحجر ثم اختلفا كذلك فقال المحجور عليه : اشتريتَه منى فى حال الحجر ، وقال المشترى : اشتريتُه منك قبل الحجر ، كان القول قول المحجور عليه) للعلة التى ذكرناها ، وهى أن المشترى يدعى إثبات تاريخ متقدم للحجر ، والمحجور عليه ينكر ذلك فالقول قوله .

(فصل)

(ولو اختلفا فقال المحجور عليه : اشتريتَه منى فى حال الحجر ، وقال المشترى : اشتريتُه منك بعد ما أُطلق عنك الحجر ، فالقول قول المشترى) .

ولا يشبه هذا المسئلة الأولى من قبل أن المشترى ها هنا لم يدع إثبات تاريخ قبل الحجر ، وإنما ادعى شراءه بعد إطلاق الحجر عنه ، والمحجور عليه ادعى إثبات تاريخ قبل الإطلاق ، ولا يعلم هذا التاريخ ، فصار الظاهر ها هنا مع المشترى ، وصار المحجور عليه هو المدعى بخلاف الظاهر فعليه البينة على دعواه ، والقول قول المشترى على نفى تاريخ متقدم للإطلاق . وفى المسئلة الأولى ادعى المشترى الشراء قبل الحجر ، وادعى ذلك إثبات تاريخ متقدم للحجر ، والمحجور عليه ينكر ذلك ، وادعى أنه لم يقع العقد إلا فى حال الحجر ، والقول قوله إذ الظاهر معه والله تعالى أعلم . سبحان ربك رب العزة عما يصفون وسلام على المرسلين ، والحمد لله رب العالمين .

تم بحمد الله الجزء الثانى عشر
ويليه الجزء الثالث عشر وأوله
باب الحجر

بسم الله الرحمن الرحيم

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الحجر

(اذا ملك الصبى أو المجنون مالا حجر عليه فى حاله ، والدليل عليه قوله تعالى : « وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح ، فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم » (١) .

فدل على أنه لا يسلم اليه المال قبل البلوغ والرشد) ..

الشرح الحجر فى اللغة المنع والتضييق ، ومنه سمى الحرام حجراً . قال الله تعالى « ويقولون حجرا محجورا » (٢) أى حراماً محرماً ، ويسمى العقل حجراً . قال تعالى : « هل فى ذلك قسم لذى حجر » (٣) سمى حجراً لمنعه صاحبه من ارتكاب القبائح ، وما يضر العاقبة ، وسمى حجر البيت حجراً لأنه يمنع من الطواف به . وفى الشريعة منع الانسان من التصرف فى ماله بسبب خاص ، وهو اما لمصلحة الغير ومنه حجر المفلس لحق الغرماء والراهن للمرتهن والمريض للورثة بالنسبة لتبرع زاد على الثلث أو الوارث وللغرماء مطلقاً ، واما لمصلحة النفس وهو مقصود الباب .

أما الأحكام فالمحجور عليهم ثمانية ، ثلاثة حجر عليهم لحق أنفسهم ، وخمسة حجر عليهم لحق غيرهم ، فالذين حجر عليهم لحق أنفسهم : فالصبى والمجنون والسفيه ، والمحجور عليهم لحق غيرهم فهم المفلس الذى يحجر عليه لحق الغرماء ، والمريض لحق الورثة ، والعبد القن ، والمكاتب ، بفتح التاء لحق المكاتب بكسرها ، والمرتد لحق المسلمين .

---

(١) من الآية ٦ من سورة النساء .

(٢) من الآية ٢٢ من سورة الفرقان .

(٣) الآية ٥ من سورة الفجر .

والأصل فى ثبوت الحجر على الصبى قوله تعالى : [1] « وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم ، ولا تأكلوها اسرافاً وبداراً أن يكبروا » والابلاء : الاختبار • قال تعالى : « هو الذى خلق الموت والحياة ليبلوكم أيكم أحسن عملا » [2] أى ليختبركم •

واليتيم من مات أبوه وهو دون البلوغ • قال صلى الله عليه وسلم : « لا يتم بعد الحلم » وقوله تعالى : « اذا بلغوا النكاح » ، فوضع الايناس موضع العلم ، كما وضع الايناس موضع الرؤية فى قوله تعالى « آنس من جانب الطور ناراً » [3] أى رأى •

روى أنها نزلت فى ثابت بن رفاعة وفى عمه « لما توفى رفاعة وترك ابنه صغيراً ، أتى عم ثابت الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : ان ابن أخى يتيم فى حجرى فما يحل لى من ماله ؟ ومتى أدفع اليه ماله ؟ فأنزل الله تعالى هذه الآية » •

قال الشافعى رضى الله عنه : فلما علق الله تعالى دفع المال الى اليتيم بالبلوغ ، وايناس الرشد ، علم أنه قبل البلوغ ممنوع من ماله محجور عليه فيه ، والدليل على ثبوت الحجر على السفيه والصبى والمجنون قوله تعالى : « فان كان الذى عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل » [4] والسفيه يجمع المبذر لماله والمحجور عليه لصغر ، والضعيف يجمع الشيخ الكبير الفانى والصغير المجنون •

فأخبر الله تعالى بأن هؤلاء ينوب عنهم أولياؤهم فيما لهم وعليهم فدل على ثبوت الحجر عليهم • واختلفوا فى الحجر على غير العليم الفاقه بأحكام الحلال والحرام ، فرجح بعضهم وجوب الحجر عليه • قال القرطبى فى جامع الأحكام : وأما الجاهل بالأحكام وان كان غير محجور عليه لتنميته لماله وعدم تدبيره فلا يدفع اليه المال لجهله بفاسد البياعات وصحيحها وما يحل وما يحرم

---

(١) الآية ٦ من سورة النساء .
(٢) الآية ٢ من سورة الملك .
(٣) من الآية ٢٩ من سورة القصص
(٤) من الآية ٢٨٢ من سورة البقرة .

منها ، وكذلك الذى مثله فى الجهل بالبياعات ولما يخاف من معاملته بالربا وغيره . والله أعلم . ا هـ .

(فائدة) فى أهلية الأداء : ان الأهليـــة هى صـــلاحية الشخص المكلف لصدور الفعل عنه على وجه يعتد به شرعاً وتتم به العقود . وقد نص القانون المدنى فى مادته ٤٦ « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون » وقســـم الدكتور السنهورى فى الوسيط ص ٢٦٨ العقود من حيث الأهلية الى أربعة أقسام : ١ ــ عقود اغتناء كالهبة بالنسبة للموهوب له . ٢ ــ عقود ادارة ، وهى عقود ترد على الشىء لاستغلاله كالايجار بالنسبة الى المؤجر . ٣ ــ عقود تصرف كالبيع . ٤ ــ عقود تبرع كالهبة بالنسبة للواهب ، فمن كانت له أهلية أداء كاملة صلح لمباشرة الاغتناء والادارة بمفرده ، ولا يصلح وحده لمباشرة عقود التصرفات ، ولا يصلح أصلا لمباشرة عقود التبرع . وأما اذا كانت الأهلية منعدمة كالصبى غير المميز ، فانه لا يصلح لشىء من هـــذه الأقسام الأربعة ا هـ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وينظر فى ماله الأب ثم الجد لانها ولاية فى حق الصغير فقدم الأب والجد فيها على غيرهما كولاية النكاح ، فان لم يكن اب ولا جد نظر فيه الوصى نائب عن الأب والجد فقدم على غيره ، وان لم يكن وصى نظر السلطان ، لأن الولاية من جهة القرابة قد سقطت فثبتت للسلطان كولاية النـــكاح ، وقال أبو سعيد الاصطخرى : فان لم يكن اب ولا جد نظرت الأم لانها أحـــد الأبوين فثبتت لها الولاية فى المال كالأب ، والمذهب أنه لا ولاية لها لانها ولاية ثبتت بالشرع فلم تثبت للأم كولاية النكاح) .

الشرح الأحكام : اذا ملك الصبى مالا ، فان الذى ينظر فى ماله أبوه ان كان عدلا ، فان لم يوجد الأب أو كان ممن لا يصلح للنظر ، كان النظر الى الجد أبى الأب اذا كان عدلا ، لأنه ولاية فى حق الصغير فقـــدم الأب والجد فيها على غيرهما كولاية النكاح فان مات الأب وأوصى الى رجل

بالنظر فى مال ابنه وهناك جد يصلح للنظر ، ففيه وجهان (المذهب) أنه لا تصلح الوصية اليه ، بل النظر الى الجد . (الثانى) حكاه فى الابانة ، وبه قال أبو حنيفة : ان النظر الى الوصى لأنه قائم مقام الأب ، وليس بشىء . لأن الجد يستحق الولاية بالشرع فكان أحق من الوصى ، فان لم يكن أب ولا جد نظر الوصى من قبلهما . فان لم يكونا ولا وصيهما فهل تستحق الأم النظر ؟ فيه وجهان ، قال أبو سعيد الاصطخرى : تستحق النظر فى مال ولدها، لأنها أحد الأبوين ، وقال أحمد بن حنبل : ان عمر أوصى الى حفصة (والثانى) وهو المذهب : أنه لا وصية لها ، بل النظر الى السلطان ، وروى عن عطاء بن أبى رباح أنه قال فى رجل أوصى الى امرأته قال : لا تكون المرأة وصيا ، فان فعل حولت الى رجل من قومه اهـ . (قلت) ولأنها ولاية بالشرع فلم تستحقها الأم كولاية النكاح ، ولأن قرابة الأم لا تتضمن تعصيباً ، فلم تتضمن ولاية لقرابة الخال ، فان قلنا بقول أحمد والاصطخرى . فهل يستحق أبوها وأمها الولاية عند عدمها ؟ فيه وجهان حكاهما الصيمرى والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا يتصرف الناظر فى ماله الا على النظر والاحتياط ، ولا يتصرف الا فيما فيه حظ واغتباط ، فاما مالاحظ فيه كالعتق والهبة والمحاباة فلا يملكه ، لقوله تعالى « ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن » ولقوله صلى الله عليه وسلم : [ولا ضرر ولا ضرار] وفى هذه التصرفات اضرار بالصبى فوجب أن لا يملكه ، ويجوز ان يتجر فى ماله . لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : [من ولى يتيماً وله مال فليتجر له بماله ولا يتركه حتى تأكله الصدقة] .

الشرح حديث عبد الله بن عمرو « من ولى يتيماً له مال فليتجر له ، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة » رواه عبد الرزاق وابن جرير عنه بسند صحيح ، وسبق للامام النووى استقصاء رواياته فى كتاب الزكاة .

اما الأحكام فلا يجوز للناظر فى مال الصبى أن يعتق منه ، ولا أن

يكاتب ، ولا يهب ولا يجابى فى البيع لقوله تعالى : « [1] ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن » وليس فى شىء من هذه الأشياء « أحسن » .

فـــرع قال الشافعى رضى الله عنــه : وأحب أن يتجــر الوصى بأموال من يلى عليه ولا ضمان . وجملة ذلك أنه يجوز للناظر فى مال الصبى أن يتجر فى ماله ، سواء كان التاجر أباً أو جداً أو وصياً أو ميتاً من قبــل الحاكم لما روى عبد الله بن عمرو أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من ولى يتيماً له مال فليتجر له ، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة » .

(قلت) ولأن ذلك أحظ للمولّى عليه لتكون نفقته من الربح . هكذا قال عامة أصحابنا الا الصيمرى ، فانه قال : لا يتجر له فى هذا الزمان لفساده وجور السلطان على التجار ، بل يشترى له الأرض ، أو ما فيه منفعة ، فان اتجر له لم يتجر له الا فى طريق مأمون ولا يتجر له فى البحر فانه مخوف ، فان قيل فقد روى أن عائشة أم المؤمنين رضى الله عنها أبضعت أموال بنى محمد بن أبى بكر رضى الله عنهم (قلنا) يحتمل أن يكون ذلك فى موضــع مأمون قريب من الساحل أو يحتمل أنهــا فعلت ذلك وجعلت ضــمانه على نفسها ان هلك ، قال الصيمرى : ولا يبيع له الا بالحال ، أو بالدين على ملىء ثقة ، ا هـ . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصــل) ويبتاع له العقار لأنه يبقى وينتفع بغلته ، ولا يبتاعه الا من مأمون لأنه اذا لم يكن مأموناً لم يأمن أن يبيع مالا يملكه ولا يبتاعه فى موضع قد أشرف على الخراب أن يخاف عليه الهلاك لأن فى ذلك تفريراً فى المال ويبنى له العقــار ويبنيه بالآجر والطين ولا يبنيه باللبن والجص ، لأن الآجر يبقى واللبن يهلك والجص يجحف به والطــين لا ثمــن له والجص يتناثر ويذهب ثمنــه والطين لا يتناثر ، وان تناثر فلا ثمن له ولأن الآجر لا يتخلص من الجص اذا أراد نقضه ويتلف عليه ويتخلص من الطين فلا يتلف عليه ولا يبيع له بالعقار فى موضعين (أحدهما) أن تدعو اليه ضرورة بان يفتقر الى نفقة وليس له مال غيره ولم

---

(١) من الآية ٣٤ من سورة الاسراء .

يجد من يقرضه . (والثانى) أن يكون له فى بيعه غبطة ، وهو أن يطلب منه باكثر من ثمنه فيباع له ويشترى ببعض الثمن مثله ، لأن البيع فى هذين الحالين فيه حظ وفيما سواهما لا حظ فيه فلم يجز ، وان باع العقار وسأل الحاكم ان يسجل له نظر ، فان باعه الأب او الجد سجل له ، لأنهما لا يتهمان فى حق الولد ، وان كان غيرهما لم يسجل حتى يقيم بينة على الضرورة او الغبطة لأنه تلحقه التهمة فلم يسجل له من غير بينة ، فان بلغ الصبى وادعى انه باع من غير ضرورة ولا غبطة ، فان كان الولى أباً أو جداً فالقول قوله وان كان غيرهما لم يقبل الا ببينة لما ذكرناه من الفرق ، فان بيع فى شركته شقص ، فان كان الحظ فى اخذه بالشفعة لم يترك ، وان كان الحظ فى الترك لم ياخذ ، لانا بينا أن تصرفه على النظر والاحتياط ، فلا يفعل الا ما يقتضى النظر والاحتياط، فان ترك الشفعة والحظ فى تركها ثم بلغ الصبى وأراد أن ياخذه ، فالمنصوص انه لا يملك ذلك لأن ما فعل الولى مما فيه نظر لا يملك الصبى نقضه كما لو اخذ والحظ فى الأخذ فبلغ وأراد أن يرد .

ومن اصحابنا من قال : له أن ياخذ ، لأنه يملك بعد البلوغ التصرف فيما فيه حظ ، وفيما لاحظ فيه ، وقد بلغ فجاز أن ياخذ ، وان لم يكن فيه حظ وهذا خطأ ، لأن له ان يتصرف فيما لاحظ فيه اذا كان بانياً ، وهنا قد سقط بعفو الولى فسقط فيه اختياره ، فان بلغ وادعى انه ترك الشفعة من غير غبطة فالحكم فيه كالحكم فى بيع العقار وقد بيناه) .

الشرح الأحكام : يجوز أن يبتاع له العقار لأنه أقل غرراً ، لأنه ينتفع بغلته مع بقاء أصله . قال أبو على فى الافصاح : ولا يشتريه الا من ثقة أمين يؤمن جحوده فى الثمن وحيلته فى افساد البيع لاتباعه فى موضع قد أشرف على الهلاك بزيادة ما أوقعته بين طائفتين ، فان ذلك تغرير بماله . ويجوز أن يبنى له العقار اذا احتاج اليه الا أن يكون الشراء أحظ له فيشترى له ذلك . واذا احتاج الى البناء . قال الشافعى رضى الله عنه : يبنى له بالآجر والطين ، ولا يبنى له باللبن والحصى ، لأن اللبن يهلك ، والآجر يبقى والحصى يلزق ، فربما احتيج الى نقض شىء من الآجر فلا يتخلص من الحصى ، ولأن الحصى يجحف به ، والطين لا يجحف به ، قال فى البيان تعليقاً على قول الشافعى : « وهذا أولى من الآجر ، لأنها أكثر بقاء ، وأقل مؤنة » .

(قلت) فاذا كان الناظر فى مال الصبى عدلا ذا مهارة ورأى أن يبنى

بالخرسانة المسلحة ، وكان فى ذلك ما يعود على الصبى بفائدة مع حفظ ماله ـ لاسيما فى زماننا هذا ـ الذى يكون للتعمير والبناء صيانة ونماء ، كان له ذلك بل كان هو الأفضل ، والله تعالى أعلم .

فـــرع وان ملك الصبى عقاراً لم يبع عليــه الا فى موضــعين . (أحدهما) أن يكون له فى بيعه غبطة كأن يكون له شركة من غــيره ، أو مجاورة لغيره فيبذل الغير فيه بذلك أكثر من قيمته ، ويوجد له مثل بأقــل مما باع به فيجوز له بيع العقار عليه لذلك ، وكذلك اذا كان له عقار قـــد أشرف على الهلاك بالغرق أو بالخراب ، فيجوز له بيعه عليه لأن النظر له فى ذلك البيع ، فاذا باع الأب أو الجد عليه عقاراً فرفع ذلك الى الحاكم وسأله امضاءه وتسجيله عليه أمضاه وسجله له ، لأن الظاهر من حالهما أنهما لا يبيعان الا ما له فيه حظ .

وهل يحتاج الحاكم الى ثبوت عدالتهما عنده ؟ قال ابن الصباغ : سمعت القاضى أبا الطيب يقول : فيه وجهــان (أحدهما) لا يحتــاج الى ذلك ، بل يكتفى بالعدالة الظاهرة ، كما قلنا فى شهود النكاح . (والثانى) يحتاج الى الثبوت لولايتهما عنده كما يحتاج الى ثبوت عدالة الشهود عنده . وأما اذا رفع الوصى أو أمين الحاكم البيع اليه والتسجيل عليه وامضاءه ففيه وجهان (أحدهما) وهو المشهور أنه لا يمضى ذلك حتى تقــوم عنــده البينــة على الحظ أو الغبطة له . لأن غير الأب والجد يلحقه التهمة فلم يقبل قول مــن غير بينة بخلاف الأب أو الجد . (والثانى) ذكر القاضى أبو الطيب فى المجرد أنه يقبل قولهما من غير بينة ، كالأب والجد . قال ابن الصــباغ : وهذا له عندى وجه لأنه اذا جاز لهما التجارة فى ماله فيبيعان ويشتريان ولا يعترض الحاكم عليهما جاز أيضاً فى العقار ، فان بلغ الصبى وادعى أن الأب أو الجد باع عليه عقاراً فى غير غبطة ولا حاجة ، فان أقام بينة على ما ادعاه حــكم له به ، وان لم تقم بينة فالقول قول الأب أو الجد مع يمينه . وان باع غير الأب والجد عليه كالوصى وأمين الحاكم . فلما بلغ ادعى أنه باع عليه من غير بينة ، لأن التهمة تلحقه ، وبهذا لا يجوز له أن يشترى مال الولى عليه فى نفسه فلم يقبل قوله من غير بينة ، بخلاف الأب والجد .

فـــرع وان بيع شقص فى شركة الصبى ، فان كان للصبى حظ فى الأخذ بأن كان له مال يريد أن يشترى له به عقاراً ، أخذ له بالشفعة ، وان كان الحظ له بالترك بأن كان لا مال له يريد أن يشترى له به ، أو كان ذلك فى موضع قد أشرف على الهلاك ، أو بيع بأكثر من قيمته لم يأخذ له بالشفعة، وان كان الحظ له بالترك بأن كان لا مال له يريد أن يشترى له به ، أو كان ذلك فى موضع قد أشرف على الهلاك ، أو بيع بأكثر من قيمته لم يأخذ له بالشفعة ، فان أخذ له الولى فى موضع يرى له الحظ فى الأخذ ، فبلغ الصبى وأراد أن يرد ما أخذ له الولى لم يملك ، لأن ما فعله الولى مما فيه الحظ لا يملك الصبى بعد بلوغه رده ، واذا ترك الولى الأخذ له فى موضع رأى الحظ له فى الترك ، فأراد الصبى بعد بلوغه أن يأخذه ففيه وجهان :

من أصحابنا من قال له ذلك ، لأنه بعد بلوغه يملك التصرف فيما فيه حظ ، وفيما لا حظ له ، والمنصوص ليس له ذلك ، لأ نالولى قد اختار الترك بحسن نظره ، فلم يكن له نقض ذلك كما لو أخذ له ــ والحظ فى الأخذ ــ فانه لا يملك الصبى بعد البلوغ الرد ، فان ادعى بعد البلوغ أن الولى أخذ ــ والحظ فى الترك ــ أو الترك والحظ فى الأخذ ، فان أقام بينة على ذلك حكم له به ، وان لم يقم بينة فان كان الولى أباً أو جداً ، فالقول قولهما مع يمينهما ، وان كان غيرهما من الأولياء لم يقبل قوله من غير بينة ، كما ذكرنا من الفرق قبل هذا والله تعالى أعلم .

قال على بن عبد الكافى السبكى فى فتاويه : ومن مصالح الصبى أن الولى يصونه عن أكل ما فيه شبهة وعن أن يخلط ماله به ، ويحرص على اطعامه الحلال المحض وعلى أن يكون ماله كله منه ، وهى مصلحة أخروية ودنيوية ، أما أخروية فظاهر لأنه وان لم يكن مكلفاً لكن الجسد النابت من الحلال الطيب أزكى عند الله وأعلى درجة فى الآخرة من غيره . وأما دنيوية ، فان الجسد الناشىء على الحلال ينشأ على خير ، فيحصل له مصالح الدنيا والآخرة .

وقد يكون بتركه اجتناب الشبهات يبارك الله له فى القليل الحلال فيكفيه

ويرزقه من حيث لا يحتسب ، فهذه المصالح محققة ، والفائدة الدنيوية التى يكتسبها بالمعاملة دنيوية محضة فتعارضت مصلحتان أخروية ودنيوية ، ورعاية الآخرة أولى من رعاية الدنيا ، فكان الأحوط والأصلح لليتيم ترك هـــذه المعاملة ، فقد يقال يكون المستحب تركها ، وقد يزاد فيقال يجب تركها لقوله تعالى : « ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن » [1] فالأحسن فى الدنيا والآخرة حلال قطعاً ، وغير الأحسن فيهما يمنع قطعاً ، والأحسن فى الآخـرة دون الدنيا اذا راعينا مصلحة الآخرة وقدمناها على الدنيا صار أحسن مـن الآخرة ، فهو أحسن مطلقاً ، فان تيسر متجر ابتغى فعله ، والا فلا يكلف الله نفساً الا وسعها ، ويأكل ماله خير من أن يأكله غيره ، والله أعلم ا هـ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل)ولا يبيع ماله بنسيئة من غير غبطة ، فان كانت السلعة تســاوى مائة نقداً ومائة وعشرين نسيئة فباعها بمائة نســيئة ، فالبيــع باطل لانه باع بدون الثمن . وان باعها بمائة وعشرين نسيئة من غير رهن لم يصح البيــع لانه غرر بالمال ، فان باع بمائة نقداً وعشرين مؤجلا واخذ بالعشرين رهناً جاز ، لانه لو باعها بمائة نقداً جاز فلان يجوز وقد زاده عشرين اولى ، وان باعها بمائة وعشرين نسيئة واخذ بها رهناً ففيه وجهان ، (احدهما) لا يجوز لانه اخرج ماله من غير عوض . (والثانى) يجوز ، وهو ظاهر النص . وقول ابى اسحاق لانه باع بربح واستوثق بالرهن فجاز .

(فصـــل)ولا يكاتب عبده ولو كان باضعاف القيمة لانه ياخذ العوض مـن كسبه وهو مال له فيصير كالعتق من غير عوض) .

الشرح الأحكام : ينبغى أن لا يبيع ماله بنسيئة من غير غبطة أى راحة نفس ، فان كانت له سلعة يريد بيعها ، وهى تساوى مائة نقداً ، أو مائة وعشرين نسيئة ، فان باعها بمائة نسيئة لم يصح بيعها ، سواء أخذ بها رهناً أو لم يأخذ ، لأن ذلك دون ثمن المثل ، فان باعها بمائة نقداً وعشرين نسيئة وأخذ بالعشرين رهناً جاز ، لأنه قد زاد خيراً ووثيقة .

---

(١) من الآية ٣٤ من سورة الاسراء .

وان باعها بمائة وعشرين نسيئة ولم يأخذ بها رهناً لم يجز ؛ لأنه غـرر بماله • وان باعها بمائة وعشرين نسيئة وأخذ بالجميع رهناً ففيه وجهان •

(أحدهما) : لا يجوز ؛ لأن فى ذلك تغريراً بالمال ، وقد يتلف الرهن •

(والثانى) : يصح • وهو قول أبى اسحق وأكثر أصحابنا ، لأنه مأمور بالتجارة وطلب الربح ولا يمكنه الا ذلك ، فعلى هذا يشترط أن يكـون المشترى ثقة مليئاً لأنه ان لم يكن ثقة ربما رهن مالا يملكه ، واذا لم يكن مليئاً فربما تلف الرهن فلا يمكن استيفاء الحق منه •

ويشترط أن يكون الرهن يفى بالدين أو أكثر لأنه ربما أفلس أو تلف ما فى يده ، فاذا لم يمكن استيفاء الحق من الرهن كان وجود الرهن كعدمه •

وهل يشترط الاشهاد مع ذلك ؟ فيه وجهان حكاهما الصيمرى •

فـــرع قال الصيمرى : ولا يجوز أن يشترى له متاعاً بالدين ويرهن من ماله لأن الدين مضمون والرهن أمانة ، فان فعل كان ضامنا • والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) ولا يسافر بماله من غير ضرورة لأن فيه تغريرا بالمال ، ويروى « ان المسافر وماله على قلت » أى على هلاك • وفيه قول الشاعر :

بغاث الطـير أكثرها فراخا وأم البـــاز مقـلات نزور

(فصـــل) فان دعت اليه ضرورة بأن خاف عليه الهلاك فى الحضر لحريق او نهب جاز أن يسافر به لأن السفر ههنا أحوط) •

الشرح قوله «قَلَتَ» اذا قلتها بفتح القاف وسكون اللام كانت النقر فى الجبل واذا قلتها بفتح القاف وكسر اللام كانت الهلاك • والمقلتـة المهلكة ، والمقلات الناقة التى تضع واحداً ثم لا تحمـل ، والبيت للعبـاس ابن مرداس • وقال : فى اللسان هو قول كثير أو غيره وآخذ على المصـنف استشهاده بهذا البيت فى المعنى الذى أراده ؛ فان معناه أن بغاث الطير ؛ وهو طائر دون الرخَمة بطىء الطيران ، وهو طير لايصيد ولا يرغب أحد فى صيده

لحقارة شأنه . ومنه المثل « استنسر البغاث » فيمن يلبس غير لباسه متظاهراً بالشجاعة وهو جبان ، وعليه قول من قال :

ان البغاث بأرضنا يستنسر .

أى ان الضعيف يصير بأرضنا قوياً تكثر فراخه فى حين أن أم الصقر مقلات نزور .

أما اللغات وقوله « نزور » أى قليلة الفراخ جداً ، والمقابلة والمشاكلة بين بغاث الطير فى كثرة فراخها ، وبين أم الصقر وهى قليلة الفراخ واضحة ، وليس فيها معنى أن المقلات هى المهلكة .

أما الأحكام فانه لا يجوز أن يسافر بماله من غير ضرورة ؛ لأن فى ذلك تغريراً بالمال وتعريضاً له للهلاك ، وقد قيل (ان المسافر وماله على قلت) أى هلاك ، ويؤخذ على المصنف قوله (روى) وهو ما يوهم أنها خبر أو أثر والصواب أنها ليست حديثا صحيحا أو غير صحيح الا ما أخرجه السلفى من أخبار أبى العلاء المعرى ، وكذلك الديلمى فى مسند الفردوس من هذا الوجه أيضاً والصواب ما قاله ابن منظور صاحب لسان العرب فى مادتها : (وقال أعرابى : ان المسافر ومتاعه لعلى قَلَت) **فان دعت اليه ضرورة بأن** خاف من نهب أو غرق أو حريق جاز أن يسافر به الى حيث يأمن عليه ، لأن ذلك أمر تسوغه الضرورة وتدعو اليه . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا يودع ماله ولا يقرضه من غير حاجة ، لأنه يخرجه من يده فلم يجز ، فان خاف من نهب أو حريق أو غرق ؛ أو أراد سفراً وخاف عليه جاز له الايداع والاقراض ، فان قدر على الايداع دون الاقراض أودع ، ولا يودع الا ثقة ، وان قدر على الاقراض دون الايداع أقرضه ، ولا يقرضه الا ثقة مليئا ، لأن غير الثقة يجحد ، وغير المليء لا يمكن أخذ البدل منه ؛ فان أقرض وراى اخذ الرهن عليه أخذ ، وان ترك الرهن لم يأخذ . وان قدر على الايداع والاقراض فالاقراض أولى ، لأن القرض مضمون بالبدل والوديعة غير مضمونة

فكان القرض احوط ، فان ترك الاقراض واودع ففيه وجهان (احدهما) يجوز لأنه يجوز كل واحد منهما ، فاذا قدر عليهما تخير بينهما (والثانى) لا يجوز لقوله تعالى : « ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن » (١) والاقراض ههنا احسن فلم يجز تركه ، ويجوز أن يقترض له اذا دعت اليه الحاجة ويرهن ماله عليه لأن فى ذلك مصلحة له فجاز) ..

الشرح اذا خاف على ماله من نهب أو غرق أو حريق ولم يقدر الولى على المسافرة به ، أو أراد الولى السفر الى موضع لا يمكنه نقل المال اليه ، أو يحتاج فى نقله الى مؤنة مجحفة جاز أن يودعه أو يقرضه فى هذه الأحوال ، فان قدر على الايداع دون الاقراض أودعه ثقة ، وان قدر على الاقراض دون الايداع أقرضه ثقة مليئاً وأشهد عليه ، لأن غير الثقة يجحد وغير المليء لا يمكن أخذ المال منه أو بدله اذا تلف ، فان رأى أن المصلحة والحظ فىأخذ الرهن أخذه ، وان رأى أن « التى هى أحسن » فى ترك الرهن تركه ولم يأخذه بأن يكون الموضع مخوفاً وكان الولى ممن يرى سقوط الحق بتلف الرهن ، لأنه لاحظ له فى أخذ الرهن مع ذلك . وان قدر على الاقراض ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لأن كل واحد منهما يجوز فيميز بينهما (والثانى) لا يجوز ، لأن الاقراض أحظ له ، فاذا نزل الأحظ ضمن .

فرع فأما الاقراض له فيجوز اذا دعته الى ذلك حاجة للنفقة عليه والكسوة أو النفقة على عقاره المتهدم اذا كان له مال غائب فتوقع قدومه أو ثمرة ينتظرها يفى بذلك ، وان لم يكن له شيء ينتظر فلا حظ له فى الاقراض ، بل يبيع عليه شيئاً من أصوله ويصرف فى نفقته .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل)وينفق عليه بالمعروف من غير اسراف ولا اقتار ، لقوله تعالى « والذين اذا انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما » (٢) وان رأى أن يخلط ماله بماله فى النفقة جاز لقوله تعالى : « (٣) ويسئلونك عن اليتامى قل

---

(١) الآية ٣٤ من سورة الاسراء .
(٢) من الآية ٦٧ من سورة الفرقان .
(٣) من الآية ٢٢٠ من سورة البقرة

اصلاح لهم خير وان تخالطوهم فاخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح » فان بلغ الصبى واختلفا فى النفقة فان كان الولى هو الاب أو الجد فالقول قوله . وان كان غيرهما ففيه وجهان (أحدهما) يقبل ، لأن فى اقامة البينة على النفقة مشقة فقبل قوله (والثانى) لا يقبل قوله كما لا يقبل فى دعوى الضرر والغبطة فى بيع العقار) .

الشرح ينبغى أن ينفق عليه ويكسوه من غير اسراف ولا اقتار لقوله تعالى « والذين اذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما » وان كان الصبى مكتسبا قال أبو اسحق المروزى : أجبره الولى على الاكتساب لنفقته وحفظ عليه ماله ، لأن ذلك أحظ له .

فـــرع فاذا رأى الولى أن الحظ للمولى عليه يخلط نفقته مع نفقته ، بأن كان اذا خلط دقيقه بدقيقـه كان أرفق به فى المؤنة وأكثر له فى الخبز ، جاز له الخلط ، لما روى أنه لما نزل قوله تعالى « ان الذين يأكلون أمـوال اليتامى ظلماً انما يأكلون فى بطونهم ناراً،وسيصلون سعيراً [1]»تجنب أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم اليتامى وأفردوهم عنهم ، فنزل قوله تعالى « وان تخالطوهم فاخوانكم ، والله يعلم المفسد من المصلح،ولو شاء الله لأعنتكم[2]» أى لضيق عليكم ، لأن العنت الضيق وان كانت الفائدة والمصلحة فى افراده لم تجز الخلطة لقوله تعالى : « ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن»[3]

فـــرع فان بلغ الصبى واختلف هو والولى فى قدر نفقته ، فان كان الولى أباً أو جدا ــ فان ادعى أنه أنفق عليه زيادة على المنفعة بالمعروف ــ لزمهما ضمان تلك الزيادة لأنه مفرط ، وان ادعيا النفقة بالمعروف فالقـول قولهما مع أيمانهما لأنهما غير متهمين .

وان كان الولى غيرهما كالوصى وأمين الحاكم . وادعيا النفقة بالمعروف ، فهل يقبل قولهما من غير بينة ؟ فيه وجهان . (أحدهما) : لا يقبل قولهما من غير بينة ، كما لا يقبل ذلك منهما فى دعوى بيع العقار . (والثانى) : يقبـل

---

(١) الآية ١٠ من سورة النساء .

(٢) الآية ٢٢٠ من سورة البقرة

(٣) الآية ٣٤ من سورة الاسراء .

قولهما مع أيمانهما . قال ابن الصباغ : وهو الأصح لأن اقامة البينة على ذلك تتعذر بخلاف البيع فانه لا يتعذر عليه اقامة البينة عليه (قلت) ويجب على الولى اذا كان فى البلد نظام يسود فيه التوثيق والتسجيل ، وكان من السهل على الولى أن يحمل للنفقات والابتياعات وثائق كالفواتير الصادرة عن أطراف البائعين فيجب عليه حينئذ أن يتبع ابتياعاته بوثائقها الدالة عليها لا يختلط ماله بمال الصبى ولا ينسى شيئاً يكون قد أنفقه عليه أو يترك لذاكرته أمر استحضار ما اشتراه له فيضرب فى عمايات الجزاف ، فيقرب مال اليتيم بغير التى هى أحسن . وقوله تعالى : « الا بالتى هى أحسن » تفضى ـ ولا شك ـ الى اتباع النظام على أحسن صوره ، وأدق وسائله وأضبط أسبابه ، ومن ثم تكون الآية نصاً فى الأخذ بنظام الوثائق المكتوبة ، لأنها هى الأحسن ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان أراد أن يبيع ماله بماله فان كان اباً او جداً جاز ذلك لأنهما لا يتهمان فى ذلك لكمال شفقتهما ، وان كان غيرهما لم يجز لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا يشترى الوصى من مال اليتيم » ولأنه متهم فى طلب الحظ له فى بيع ماله من نفسه فلم يجعل ذلك اليه) .

الشرح حديث : « لا يشترى الوصى من مال اليتيم » لفظه فى سنن الدارمى من قول مكحول : حدثنا محمد بن المبارك حدثنا يحيى بن حمزة عن ابن وهب عن مكحول قال : « أمر الوصى جائز فى كل شىء الا فى الابتياع ، واذا باع بيعا لم يقبل » قال الدارمى : وهو رأى يحيى بن حمزة.

اذا ثبت هذا فانه يجوز للأب والجد أن يبيعا ما لهما من الصبى ويشتريا ما له لأنفسهما اذا رأيا الحظ فى ذلك لأنهما لا يتهمان فى ذلك . قال الصيمرى : فيحتاج أن يقول : قد اشتريت هذا لنفسى من ابنى بكذا ، وبعت ذلك عليه ، فيجمع بين لفظ البيع والشراء ، قال : وغلط بعض أصحابنا وقال : تكفيه النية فى ذلك من غير قول ، لأنه لا يخاطب نفسه . قال العمرانى : وليس بشىء ، لأنا قد أقمناه مقام المشترى فى لفظ الشراء ومقام البائع فى

لفظ البيع ، ولو احتاج الى قرض فأقرضه أبواه أو جده وأخذ من ماله رهناً ، قال الصيمرى : فيه وجهان ، الأصح : أنه يجوز الا أن يكون أقرضه متطوعاً ، ثم أحب أن يأخذ بعد ذلك منه رهناً ، فلا يكون له .

وأما غير الأب والجد من الأولياء ، كالوصى وأمين الحاكم (الحارس أو الناظر) فلا يجوز أن يبيع ماله من الصبى ، ويتولى هو وحده طرفى العقد ، ولا يجوز أن يشترى ماله بنفسه وقد استدل المصنف بخبر « لا يشترى الوصى من مال اليتيم » ولأن غير الأب والجد يتهم فى ذلك فلم يجز .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان أراد أن يأكل من ماله نظرت ، فان كان غنيا لم يجز ، لقوله تعالى : « ومن كان غنياً فليستعفف » (١) وان كان فقيراً جاز أن يأكل ، لقوله تعالى : « (٢) ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف » وهل يضمن البدل ؟ فيه قولان :

(أحدهما) لا يضمن ، لأنه أجيز له الأكل بحق الولاية فلم يضمنه كالرزق الذى يأكله الامام من أموال المسلمين (والثانى) أنه يضمن ، لأنه مال لغيره أجيز له أكله للحاجة ، فوجب ضمانه كمن اضطر الى مال غيره) .

الشرح عن عائشة رضى الله عنها فى قوله تعالى : « ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف » أنها نزلت فى ولى اليتيم اذا كان فقيراً أنه يأكل منه مكان قيامه عليه بالمعروف . وفى لفظ « أنزلت فى ولى اليتيم الذى يقوم عليه ويصلح ماله ان كان فقيراً أكل منه بالمعروف » متفق عليه .

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : انى فقير ليس لى شىء ، ولى يتيم . فقال : كل من مال يتيمك غير مسرف ولا مبذر ولا متأثل » رواه البخارى ومسلم وأحمد فى مسنده ، والنسائى وأبو داود وسكت عنه أبو داود . وقال ابن حجر فى الفتح : اسناده قوى .

(١) ، (٢) الآية ٦ من سورة النساء .

واختلف الجمهور فى الأكل بالمعروف ما هو ؟ فقال قوم هو القرض اذا احتاج ، ويقضى اذا أيسر ، قاله عمر بن الخطاب وابن عباس وعبيدة وابن جبير والشعبى ومجاهد وأبو العالية ، وهو قول الأوزاعى ، ولا يتسلف أكثر من حاجته •

قال عمر رضى الله عنه : « ألا انى أنزلت نفسى من مال الله منزلة الولى من مال اليتيم ، ان استغنيت استعففت ، وان افتقرت أكلت بالمعروف • فاذا أيسرت قضيت » • روى عبد الله بن المبارك عن عاصم الأحول عن أبى العالية « ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف » قال : قرضاً • ثم تلا قوله تعالى : « فاذا دفعتم اليهم أموالهم فأشهدوا عليهم » [1] وقول ثان روى عن ابراهيم وعطاء والحسن البصرى والنخعى وقتادة : لا قضاء على الوصى الفقير فيما يأكل • لأن ذلك حق النظر • قال القرطبى وعليه الفقهاء • قال الحسن : هو طعمة من الله له ، وذلك أنه يأكل ما يسد جوعته ويكسو عورته ، ولا يلبس الرفيع من الكتان ولا الحلل ، وقال زيد بن أسلم : ان الرخصة فى هذه الآية منسوخة بقوله تعالى : « [2] ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً انما يأكلون فى بطونهم ناراً » •

وذهب أبو يوسف الى أنها منسوخة بقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم»[3]وهذا ليس بتجارة ، وبقول أبى يوسف قال من قبله مجاهد ، ومن بعده الكليا الطبرى • وعليه اذا أراد الولى أن يأكل من مال الصبى أو المولى عليه ، فان كان الولى غنيا لم يجز له أن يأكل منه ، وان كان فقيراً وقد انقطع عن أى عمل الا على مال المولى عليه ، وليس له مورد للكسب لنفسه ؛ فقد قال الشافعى رضى الله عنه : فله أن يأخذ من ماله أقل الأمرين من كفايته • أو أجرة عمله لقوله تعالى : « وابتلوا اليتامى » الى قوله تعالى : « ولا تأكلوها

---

(١) الآية ٦ من سورة النساء •
(٢) الآية ١٠ من سورة النساء •
(٣) الآية ٢٩ من سورة النساء

اسرافاً وبداراً أن يكبروا ، ومن كان غنياً فليستعفف ، ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف » [1] .

فمعنى قوله تعالى : (بداراً أن يكبروا) أى لا تأكلوا أموال اليتامى مبادرة لئلا يكبروا فيأخذوها . ولأنه يستحق ذلك بالعمل والحاجة . هكذا ذكر عامة أصحابنا وذكر المصنف أنه اذا كان فقيراً جاز له أن يأكل ــ من غير تفصيل ــ ولعله أراد باطلاقه ما ذكر غيره . وهل يضمن الولى ما أكله بالبدل؟ قال العمرانى فى البيان : فيه وجهان . (أحدهما) يجب عليه ضمانه فى ذمته ، (والثانى) لا يجب لأن الله أباح له الأكل ولم يوجب الضمان . ولأن ذلك استحقه بعمله فى ماله ، فلم يلزمه رد بدله كالمستأجر ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصــل) ولا يفك الحجر عن الصبى حتى يبلغ ويؤنس منه الرشد ، لقوله تعالى : « حتى اذا بلغوا النكاح ، فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهــم أموالهم » فأما البلوغ فانه يحصل بخمسة أشياء ، ثلاثة يشترك فيها الرجل والمرأة ، وهى الانزال والسن والانبات واثنان تختص بهما المرأة ، وهما الحيض والحبل .

فأما الانزال فهو انزال المنى ، فمتى أنزل صار بالغاً ، والدليل عليه قوله تعالى : « واذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا [2] » فأمرهم بالاستئذان بعد الاحتلام ، فدل على أنه بلوغ . وروى عطية القرظى : « عُرِضْنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم زمن قريظة ، فمن كان محتلماً أو نبتت عانته قتل » فلو لم يكن بالغاً لما قتل ، وأما السن فهو أن يستكمل خمس عشرة ســنة والدليل عليه ما روى ابن عمر رضى الله عنه قال : « عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزنى ولم يرنى بلغت ، وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة سنة فرآنى بلغت فاجازنى » .

وأما الانبات فهو الشعر الخشن الذى ينبت على العانة ، وهو بلوغ فى حق الكافر ، والدليل عليه ما روى عطية القرظى قال : « كنت فيمن حكم فيهم سعد

---

(1) الآية ٦ من سورة النساء .

(2) من الآية ٥٨ من سورة النور .

ابن معاذ رضى الله عنه ، فشكوا فى أمن الذرية أنا ام من المقاتلة ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انظروا فان كان قد أنبت والا فلا تقتلوه ، فنظروا فاذا عانتى لم تنبت ، فجعلونى فى الذرية ولم أقتل » وهل هو بلوغ فى نفسه ؟ أم دلالة على البلوغ ؟ فيه قولان (أحدهما) أنه بلوغ ، فعلى هذا هو بلوغ فى حق المسلم ، لأن ما كان بلوغاً فى حق الكافر كان بلوغاً فى حق المسلم كالاحتلام والسن (والثانى) أنه دلالة على البلوغ ، فعلى هذا هل يكون دلالة فى حق المسلم ؟ فيه وجهان (أحدهما) أنه دلالة لما روى محمد بن يحيى بن حبان « أن غلاماً من الأنصار شبب بامرأة فى شعره فرفع الى عمر رضى الله عنه فلم يجده أنبت . فقال لو أنبتَ الشعر لحددتك » .

(والثانى) أنه ليس بدلالة فى حق المسلم وهو ظاهر النص ، لأن المسلمين يمكن الرجوع الى أخبارهم ، فلم يجعل ذلك دلالة فى حقهم ، والكفار لا يمكن الرجوع الى أخبارهم ، فجعل ذلك دلالة فى حقهم ، ولأن الكافر لا يستفيد بالبلوغ الا وجوب الجزية ، ووجوب القتل ، فلا يتهم فى مداواة العانة بما ينبت الشعر ، والمسلم يستفيد بالبلوغ التصرف والكمال بالأحكام فلا يؤمن أن يداوى العانة بما ينبت الشعر ، فلم يجعل ذلك دلالة فى حقه . فأما الحيض فهو بلوغ ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لأسماء بنت أبى بكر الصديق رضى الله عنهما « ان المرأة اذا بلغت المحيض لا يصلح أن يرى منها الا هذا وهذا » وأشار الى الوجه والكف ، فعلق وجوب الستر بالمحيض وذلك تكليف ، فدل على أنه بلوغ يتعلق به التكليف وأما الحبل فهو دليل على البلوغ ، فاذا حبلت حكمنا بأنها بالغ ، لأن الحبل لا يكون الا بانزال الماء ، فدل على البلوغ ، فاذا كانت المرأة لها زوج فولدت حكمنا بأنها بالغ من قبل الوضع بستة أشهر ، لأن ذلك أقل مدة الوضع ، وأن كانت مطلقة وأتت بولد يلحق الزوج ، حكمنا بأنها بالغ من قبل الطلاق . وان كان خنثى فخرج المنى من ذكره أو الدم من فرجه لم يحكم بالبلوغ ، لجواز أن يكون ذلك من العضو الزائد ، فان خرج المنى من الذكر ، والدم من الفرج فقد بلغ ، لأنه ان كان رجلا فقد أمنى ، وان كان امرأة فقد حاضت) .

الشرح قوله تعالى : « حتى اذا بلغوا النكاح » أى الحلم لقوله تعالى : « واذا بلغ الأطفال منكم الحلم [1] » وحال النكاح والبلوغ يكون بخمسة أشياء . ثلاثة يشترك فيها الرجال والنساء ، واثنان يختصان بالنساء ،

---

(1) من الآية ٥٨ من سورة النور .

وهما الحيض والحبل • فأما الحيض والحبل فلم يختلف العلماء فى أنه بلوغ، وأن الفرائض والأحكام تجب بهما •

أما حديث ابن عمر « عرضت على النبى صلى الله عليه وسلم وأنا ابن أربع عشرة سنة الحديث » فقد أخرجه البخارى فى الشهادات، والمغازى ، ومسلم فى الامارة ، وأبو داود فى الحدود ، وابن ماجه فى الحدود ، وأحمد فى مسنده جـ ٣ ص ٢٩٤ • وأما حديث عطية القرظى فسيأتى بعد قليل ، وأما حديث « اذا بلغت المرأة المحيض » الحديث فقد أخرجه أبو داود حدثنا يعقوب ابن كعب الانطاكى ومؤمل بن الفضل الحرانى قالا : حدثنا الوليد عن سعيد ابن بشير عن قتادة عن خالد قال يعقوب : ابن دريك عائشة رضى الله عنها أن أسماء دخلت على النبى صلى الله عليه وسلم وعليها ثياب رقاق ، فأعرض عنها وقال لها : « يا أسماء ، ان المرأة اذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها الا هذا وهذا • وأشار الى وجهه وكفيه » • قال أبو داود : هذا مرسل خالد بن دريك لم يدرك عائشة رضى الله عنها • وأما محمد بن يحيى بن حبان بن منقذ الأنصارى المدنى فقد توفى سنة احدى وعشرين ومائة وهو ابن أربع وسبعين ومعنى ذلك أن بينه وبين عصر عمر قريباً من الأربعين سنة ، ولذا جاء الخبر مشوباً بعدم الدقة • اذ الغلام ليس من الأنصار وانما هو عمر بن أبى ربيعة المخزومى فهو قرشى مكى ، وكانت أكثر تشبيباته فى مكة وهو من أهلها ، فهو ليس من المهاجرين ولا من الأنصار يعنى لا فى العير ولا فى النفير •

واختلفوا فى الثلاث ، فأما الانبات والسن فقال الأوزاعى والشافعى وابن حنبل : خمس عشرة سنة بلوغ لمن لم يحتلم ، وهو قول ابن وهب وأصبغ وعبد الملك بن الماجشون وعمر بن عبد العزيز وجماعة من أهل المدينة • واختاره ابن العربى فى أحكام القرآن ، وتجب الحدود والفرائض عندهم على من بلغ هذه السن •

واحتجوا بحديث ابن عمر الذى أخرجه البخارى ومسلم وأحمد وأصحاب السنن الأربعة • اذ عرض يوم الخندق وهو ابن خمس عشرة سنة فأجيز ، ولم يجز يوم أحد ، لأنه كان ابن أربع عشرة سنة • قال أبو عمر ابن عبد البر : هذا فيمن عرف مولده • وأما من جهل مولده وعدم سنه أو

جحده فالعمل فيه بما روى نافع عن أسلم عن عمر بن الخطاب أنه كتب الى أمراء الأجناد « ألا تضربوا الجزية الا على من جرت عليه المواسى » وقال عثمان رضى الله عنه فى غلام سرق « انظروا ان كان قد اخضر مبرزه فاقطعوه» وقال عطية القرظى ، وهو من صغار الصحابة ، ولم يعرف له نسب وليس له سوى هذا الحديث : « عرض رسول الله صلى الله عليه وسلم بنى قريظة فكل من أنبت منهم قتله بحكم سعد بن معاذ ، ومن لم ينبت منهم استحياه ، فكنت فيمن لم ينبت فتركنى » رواه البخارى ومسلم وأحمد وأبو داود والترمذى وصححه •

وقال مالك مرة : بلوغه بغلظ صوته وتنشق أرنبته ، وعن أبى حنيفة رواية أخرى تسع عشرة وهى الأشهر ، وقال فى الجارية : بلوغها لسبع عشرة سنة وعليها النظر ، وقال داود الظاهرى : لا يبلغ بالسن ما لم يحتلم ، ولو بلغ أربعين سنة ؛ فأما الانبات فمنهم من قال : يستدل به على البلوغ ، روى عن ابن القاسم وسالم ، وقال مالك مرة ، والشافعى فى أحد قوليه ، وبه قال أحمد واسحاق وأبو ثور • وقيل : هو بلوغ الا أن يحكم به فى الكفار فيقتل من أنبت ، ويجعل من لم ينبت فى الذرارى ، قاله الشافعى فى القول الآخر لحديث عطية القرظى ، ولا اعتبار فى الخضرة والزغب ، وانما يترتب الحكم على الشعر •

وقال مالك : العمل عندى على حديث عمر بن الخطاب : « لو جرت عليه المواسى لحددته » قال أصبغ : قال لى ابن القاسم : وأحب الىّ أن لا يقام عليه الحد الا باجتماع الانبات والبلوغ ، قال ابن العربى : اذا لم يكن حديث ابن عمر دليلا فى السن فكل عدد يذكرونه من السنين فانه دعوى ، والسن التى أجازها رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى من سن لم يعتبرها ، ولاقام فى الشرع دليل عليها ، وكذلك اعتبر رسول الله صلى الله عليه وسلم الانبات فى بنى قريظة ، فمن عذيرى ممن ترك أمرين اعتبرهما النبى صلى الله عليه وسلم فيتأوله ، ويعتبر ما لم يعتبره النبى صلى الله عليه وسلم لفظاً ، ولا جعل الله له فى الشريعة نظراً على أن ابن العربى تبعاً لأمير المؤمنين عمر ابن عبد العزيز تأول حديث ابن عمر فى الأنفال وأن موجبه الفرق بين من

يطيق القتال ويسهم له وهو ابن خمس عشرة سنة ومن لا يطيقه فلا يسهم له فيجعل فى العيال ، وهو الذى فهمه عمر بن عبد العزيز من الحديث والله تعالى أعلم •

وأما سعد بن معاذ الذى حكّمه الرسول فى أمر بنى قريظة ورضوا به حكماً فهو أبو عمر سعد بن معاذ بن النعمان بن امرىء القيس بن يزيد بن عبد الأشهل بن جشم بن الحارث بن الخزرج بن عمرو بن مالك بن الأوس الأنصارى الأوسى الأشهلى المدنى سيد الأوس • وأمه كبشة بنت رافع أسلمت ولها صحبة أسلم سعد على يد مصعب بن عمير رضى الله عنه حين بعثه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم مهاجراً الى المدينة يعلم المسلمين أمور دينهم ، فلما أسلم سعد قال لبنى عبد الأشهل : كلام رجالكم ونسائكم علىّ حرام حتى تسلموا فأسلموا ، وكان من أعظم الناس بركة فى الاسلام ، ومن أنفعهم لقومه ، وشهد بدراً وأحداً والخندق وقريظة ، ونزلوا على حكمه ، فحكم فيهم بقتل الرجال وسبى الذرية فقال النبى صلى الله عليه وسلم : لقد حكمت فيهم بحكم الله تعالى ، وتوفى شهيداً عام الخندق من جرح أصابه من قتال الخندق وثبت فى صحيحى البخارى ومسلم عن جابر رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : (اهتز عرش الرحمن لموت سعد بن معاذ) وفى صحيح مسلم عن أنس رضى الله عنه مثله • قال العلماء :اهتزاز العرش فرح الملائكة بقدومه لما رأوا من منزلته •

وفى الصحيحين عن البراء بن عازب قال : « أهدى لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ثوب حرير فجعلنا نلمسه وتتعجب منه فقال النبى صلى الله عليه وسلم : والذى نفسى بيده لمناديل سعد بن معاذ فى الجنة خير من هذا وألين » وفى الصحيحين عن أنس مثله وفى رواية قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (والذى نفسى بيده لمناديل سعد بن معاذ فى الجنة أحسن من هذا) وفى الصحيحين عن أبى سعيد رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « حين بعث الى سعد بن معاذ فجاء على حمار فبلغ قريباً من المسجد قال : قوموا الى سيدكم • أو قال : خيركم » وفى الترمذى عن أنس قال :

لما حملت جنازة سعد بن معاذ قال المنافقون : ما أخف جنازته وذلك لحكمه في قريظة فقال النبي صلى الله عليه وسلم (ان الملائكة كانت تحمله) قال الترمذي : هذا حديث صحيح ومناقب سعد كثيرة مشهورة وأنشدوا .

وما اهتز عرش الله من موت هالك

سمعنا به الا لسعد أبي عمرو

وروى له البخاري حديثاً من رواية ابن مسعود فيه معجزة من معجزات النبي صلى الله عليه وسلم .

فرع قال العمراني في البيان : فأما الانزال فمتى خرج منه المني وهو الماء الأبيض الدافق الذي يخلق منه الولد في الجماع أو في النوم أو اليقظة فهو بلوغ لقوله تعالى : « واذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا » فلما أمر الأطفال بالاستئذان اذا احتلموا دل على أنهم قد بلغوا لأنهم قبل ذلك لم يكونوا يستأذنون . وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « رفع القلم عن ثلاث ، عن النائم حتى يستيقظ ، وعن المبتلى حتى يبرأ ، وعن الصبي حتى يحتلم » رواه أحمد في مسنده ، وأبو داود في سننه والحاكم عن علي وعمر رضي الله عنهما .

- وهل يكون الاحتلام بلوغا من الصبية ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يكون بلوغا لقوله صلى الله عليه وسلم : « وعن الصبي حتى يحتلم » فخص الصبي بالاحتلام (والثاني) وهو طريقة أصحابنا البغداديين أنه بلوغ ، كما روت أم سلمة أم المؤمنين رضي الله عنها قالت : « سألت النبي صلى الله عليه وسلم عن المرأة ترى في منامها ما يرى الرجل ، فقالت عائشة رضي الله عنها : فضحت النساء ، أو يكون ذلك ؟ فقال صلى الله عليه وسلم فبم يشبهها ولدها ؟ » ، وفي رواية « فبم الشبه » ثم قال صلى الله عليه وسلم : « اذا رأت ذلك فلتغتسل » رواه الجماعة فأمرها بالاغتسال ، فثبت أنها مكلفة ، وأما السن فهو أن يستكمل الرجل والمرأة خمس عشرة سنة .

وحكى المسعودي وجها لبعض أصحابنا أن البلوغ يحصل بالطعن في أول

سنة الخمس عشرة ، والأول أصح ، وبه قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن رحمهما الله ، وقال أبو حنيفة لا يبلغ الغلام الا بتسع عشرة سنة وهى رواية محمد رضى الله عنه ، وفى رواية الحسن اللؤلؤى عنه اذا بلغ ثمان عشرة سنة. أما الجارية فتبلغ اذا بلغت تسع عشرة سنة . وقال مالك كقـول داود ليس البلوغ حد فى السن .

دليلنا حديث ابن عمر رضى الله عنهما : « عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم عام أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فردنى وعرضت عليه عام الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازنى فى المقاتلة » ولا يجاز فى المقاتلة الا بالغ ، فدل على ما قلناه ، وروى أنس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا استكمل الغلام خمس عشرة سنة كتب ما له وما عليه ، وأخذت منه الحدود » رواه البيهقى ، قال فى التلخيص : وسنده ضعيف .

وأما الانبات فهو انبات الشعر القوى الذى يحتاج الى الموسى ، لا الزغب الأصفر حول العانة وحول الفـرج ، ولا يختلف المذهب أنه اذا ثبت ذلك للكافر حكم ببلوغه ، وهل هو بلوغ فيه ؟ أو لا دلالة له على البلوغ ؟ فيه قولان : (أحدهما) أنه بلوغ فى نفسـه ، لأن ما حكم به بالبلوغ كان بلوغاً بنفسه كالاحتلام (والثانى) أنه ليس ببلوغ فى نفسـه ، وانمـا دلالة على البلوغ ، لأن العادة جرت أنه لا يظهر الا فى وقت البلوغ ، فاذا قلنـا : انه بلوغ فى حق الكافر كان بلوغا فى حق المسلم ، لأن ما كان بلوغا فى حـق الكافر كان كذلك فى حق المسلم كالاحتلام ، واذا قلنا : أنه ليس ببلوغ فى حق الكافر وانما هو دلالة على البلوغ فهل يجعل ذلك دلالة فى حق المسلم ؟ منهم من قال : فيه وجهان ، ومنهم من قال : فيه قولان : (أحدهما) أنه دلالة على بلوغه ، لأن ما كان دلالة على البلوغ فى حق الكافر كان دلالة وعلما على البلوغ فى حق المسلم كالحمل . (والثانى) أنه لا يكون دلالة على البـلوغ عند المسلم ، لأنه يمكن الرجوع الى معرفة سـن المسـلم ؛ لأنه مولود بين المسلمين ، ولا يمكن ذلك فى سن الكافر هكذا قال صاحب البيان .

(قلت) وهو دليل على أن النظام عند المسلمين فى عنفوان مجدهم جعلهم يؤرخون لمواليدهم فى زمن كانت تسود العالم الفوضى والعشوائية حتى فى

تحديد سن الذرية بين غير المسلمين ، فمتى يعود المسلمون الى سابق مجدهم فيسبقوا أمم الأرض بنظامهم وعلومهم وقوتهم وايمانهم ؟ وتلك لعمرى عمد المجد الذى تدين الدنيا لهم بها ، فاللهم بصرنا وافتح قلوبنا للايمان . ولقد رأيت شعوباً وقبائل من المسلمين لا يعرف الواحد متى ولد ، ولا يعرف كم مضى من سنى عمره ، وعندما يريد السفر يملى أى سن يروقه ، وقد يقتطع من حقيقة سنه بضعة أعوام تجعله فى سن أبنائه .

وقال أبو حنيفة : الانبات لا يكون بلوغاً ولا دلالة على البلوغ فى حق المسلم والكافر .

دليلنا ما روى عطية العوفى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « حكّم سعد بن معاذ رضى الله عنه فى بنى قريظة فحكم بسبى ذراريهم ونسائهم ، وقسم أموالهم . وقتل من جرت عليه الموسى فأمر أن يكشف عن مؤتزريهم فمن أنبت منهم فهو من المقاتلة ، ومن لم ينبت فهو من الذرارى فبلغ ذلك النبى صلى الله عليه وسلم فقال : لقد حكمت فيهم بحكم الله من فوق سبعة أرقعة » .

قال الصيمرى : وكيف يعرف الانبات ؟ قيل : يدفع اليهم شمع أو طين رطب يلزقونه الموضع ، وقيل يلمس ذلك من فوق ثوب ناعم . وقيل يكشف حالا بعد حال وهو الصحيح لأن سعداً رضى الله عنه أمر بكشف بنى قريظة . وأما خضرة الشارب ، ونزول العارضين ونبات اللحية ، وخشونة الحلق ، وقوة الكلام ، وانفراج مقدم الأنف ، ونهود الثدى ، فليس شىء من ذلك بلوغاً لأنه قد يتقدم على البلوغ وقد يتأخر عنه .

وأما الحيض فهو بلوغ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يقبل الله صلاة امرأة تحيض الا بخمار » فجعلها مكلفة بوجود الحيض ، فدل على أنه بلوغ ، وأما الحمل فانه ليس ببلوغ فى نفسه ، وانما هو دلالة على البلوغ ، فاذا حملت المرأة علمنا أنه قد خرج منها المنى لقوله تعالى : « خلق من ماء دافق يخرج من بين الصلب والترائب » .

فاذا وضعت المرأة الحمل حكمنا بأنها بلغت قبل الوضع بستة أشهر ،

ان كانت ذات زوج ، لأن ذلك قدر مدة الحمل عندنا ، وان كانت مطلقة فأتت بولد يلحق الزوج حكمنا أنها كانت بالغة قبل الطلاق • وأما الغلام الذى شبب فى شعره فهو عمر بن أبى ربيعة وكانت له جولات فى الغزل على عهد عمر ومن بعده • وقوله (شبب بامرأة فى شعر) التشبيب النسيب يقال هو يشبب بها أى يذكرها فىشعره واشتقاق التشبيب من وجهين (أحدهما) من الشبيبة وأصلها الارتفاع عن حال الطفولية (والآخر) أن يكون من الجلاء يقال شب وجه الجارية اذا جلاه وأبدى ما يخفى من محاسنه •

فـــرع وأما الخنثى المشكل فاذا استكمل خمس عشرة سنة أو نبت له الشعر الخشن على عانته حكم ببلوغه ، لأنه يستوى فى ذلك الرجل والمرأة ، فان حمل زال اشكاله ، وبان أنه امرأة ، وحكم بأنه بالغ قبل الوضع ، وان خرج المنى منه من أحد الفرجين لم يحكم ببلوغه لجواز أن يكون خرج منه من الفرج الزائد ، وان خرج منه الدم من فرج النساء لم يحكم ببلوغه لجواز أن يكون رجلا • وهذا عضو زائد ، وان خرج منه المنى من الفرجين حكم ببلوغه • لأن خروج المنى من فروج الرجال والنساء بلوغ •

قال الشافعى رضى الله عنه : وان حاض وأمنى لم يبلغ •

واختلف أصحابنا فيه فقال الصيمرى : اذا حاض من فرج النساء وأمنى من فرج الرجال لم يحكم ببلوغه • وقال الشيخ أبو حامد وعامة أصحابنا : يحكم ببلوغه ، لأنه ان كان رجلا فقد احتلم ، وان كانت امرأة فقد حاضت ، وما ذكره الشافعى رضى الله عنه فله تأويلان (أحدهما) أنه أراد أمنى وحاض من فرج واحد (والثانى) أراد حاض وأمنى • فان قيل : هلا جعلتم خروج المنى منه من أحد الفرجين ، دليلا على بلوغه ؟ كما جعلتم خروج البول دليلا على ذكوريته وأنوثيته ، فالجواب أن البول لا يخرج الا من الفرج المعتاد • والمنى قد يخرج من المعتاد وغيره •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) فأما ايناس الرشد فهو اصلاح الدين والمال ، فاصلاح الدين أن لا يرتكب من المعاصي ما يسقط به العدالة ، واصلاح المال أن يكون حافظاً لماله غير مبذر ويختبره الولى اختبار مثله من تجارة ان كان تاجراً أو تناء ان كان تائناً أو اصلاح أمر البيت ان كانت امرأة . واختلف أصحابنا فى وقت الاختبار فمنهم من قال : لا يختبر فى التجارة الا بعد البلوغ ، لأن قبل البلوغ لا يصـح تصرفه ، فلا يصح اختباره ، ومنهم من قال : يختبر قبل البلوغ لقوله تعالى : « وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح » فأمر باختبار اليتامى وهم الصغار ، فعلى هذا كيف يختبر ؟ فيه وجهان (أحدهما) أنه يسلم اليه المال فاذا ساوم وقرر الثمن عقد الولى لأن عقد الصبى لا يصح (والثانى) أنه يتركه حتى يعقد لأن هذا موضع ضرورة .

(فصـــل) وان بلغ مبذراً استديم الحجر عليه لأن الحجر عليه انما يثبت للحاجة اليه لحفظ المال والحاجة قائمة مع التبذير فوجب أن يكون الحجـــر باقياً ، وان بلغ مصلحا للمال فاسقا فى الدين استديم الحجر عليه لقوله تعالى : « فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم » والفاسق لم يؤنس منـــه الرشد ، ولأن حفظه للمال لا يوثق به مع الفسق لأنه لا يؤمن أن يدعوه الفسق الى التبذير فلم يفك الحجر عنه ، ولهذا لم تقبل شهادته وان كان معـــروفاً بالصدق لأنا لا نأمن أن يدعوه الفسق الى الكذب وينظر فى ماله من كان ينظر فى حال الصغر وهو الأب والجد والوصى والحاكم لأنه حجر ثبت من غير قضاء فكان النظر الى ما ذكرنا كالحجر على الصبى والمجنون .

الشرح قوله « آنستم » مرّ بك بعض معانيه . وقال الأزهرى : تقول العرب : اذهب فاستأنس هل ترى أحداً معناه تبصر . قال النابغة :

كأن رحلى وقد زال النهار بنا ... يوم الجليل على مستأنس وحد

أراد ثوراً وحشـيا يتبصر هل يرى قانصـا فيحـذره ، وقيـل آنست وأحسست ووجدت بمعنى واحد ، وقراءة العامة « رشـداً » بضـم الراء وسكون الشين . وقرأ السلمى وعيسى الثقفى وابن مسعود « رشداً » بفتح الراء والشين ، وقيل رشداً مصدر رشد وبابه سما يسمو ، ورشداً بفتـح الشين مصدر رشد ، وبابه علم . وكذلك الرشاد .

واختلف العلماء فى تأويل « رشداً » فقال الحسن وقتادة وغيرهما صلاحا فى الدين والعقل وقال ابن عباس والسدى والثورى صلاحا فى العقل وحفظ المال • قال سعيد بن جبير والشعبى ان الرجل ليأخذ بلحيته وما بلغ رشده ، فلا يدفع الى اليتيم ماله وان كان شيخا حتى يؤنس منه رشده • وقال مجاهد : (رشدا) يعنى فى العقل خاصة ، وقال الضحاك : لا يعطى اليتيم ماله ان بلغ مائة سنة حتى يعلم منه اصلاح ماله • وأكثر العلماء على أن الرشد لا يكون الا بعد البلوغ ، واذا لم يرشد بعد بلوغ الحلم وان شاخ لا يزول الحجر عنه • وهو مذهب مالك • وقال أبو حنيفة لا يحجر على الحر البالغ اذا بلغ مبلغ الرجال ، ولو كان أفسق الناس وأشدهم تبذيراً اذا كان عاقلا • وبه قال زفر بن الهذيل • وهو مذهب النخعى • واحتجوا فى ذلك بما رواه قتادة عن أنس « أن حبان بن منقذ كان يبتاع وفى عقله ضعف • فقيل : يا رسول الله احجر عليه فانه يبتاع وفى عقله ضعف ، فاستدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « لا تبع » فقال : « لا أصبر » فقال : « اذا بايعت فقل : لا خلابة • ولك الخيار ثلاثا » قالوا : فلما سأله القوم الحجر عليه لما كان من تصرفه من الغبن ولم يفعل عليه السلام ، ثبت أن الحجر لا يجوز ، وهذا لا حجة لهم فيه ، لأنه مخصوص بذلك على أوجه ساقها شيخنا النووى فى أول البيوع •

قال الامام الشافعى رضى الله عنه : (ان كان مفسداً لماله ودينه ، أو كان مفسداً لماله دون دينه حجر عليه) وان كان مفسداً لدينه مصلحا لماله فعلى وجهين (أحدهما) وهو اختيار أبى العباس بن سريج : يحجر عليه (والثانى) لا حجر عليه ، وهو اختيار أبى اسحاق المروزى ، والأظهر من مذهب الشافعى • قال الثعلبى : وهذا الذى ذكرناه من الحجر على السفيه قول عثمان وعلى والزبير وعائشة وابن عباس ، وعبد الله بن جعفر رضوان الله عليهم ومن التابعين شريح ، وبه قال من الفقهاء مالك وأهل المدينة والأوزاعى وأهل الشام وأبو يوسف ، ومحمد وأحمد واسحاق وأبو ثور • قال الثعلبى: وادعى أصحابنا الاجماع فى هذه المسألة •

قال صاحب البيان : وأما ايناس الرشد فهو اصلاح الدين والمال ،

فاصلاح الدين يكون بأن لا يرتكب من المعاصى ما ترد به شهادته ، واصلاح المال أن لا يكون مبذراً ، وقال مالك وأبو حنيفة رحمهما الله تعالى : اذا بلغ الرجل مصلحا لماله دفع اليه ماله ، وان كان مفسداً لدينه . ا هـ .

دليلنا قول الله تعالى « فان آنستم منهم رشداً » قال ابن عباس : الرشد الحلم والعقل والوقار ، والحلم والوقار لا يكونان الا لمن كان مصلحا لماله ودينه ، وهكذا قال الحسن البصرى ؛ ولأن افساده لدينه يمنع رشده ، والثقة فى حفظ ماله ، كما أن الفسق يسقط عدالته ويمنع من قبول قوله وان عرف عنه الصدق فى القول .

اذا ثبت هذا فبلغ غير مصلح لماله ولدينه ؛ فانه يستدام عليه الحجر ، وان صار شيخا ، وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : « اذا بلغ غير مصلح لماله لم يدفع اليه ، لكن ان تصرف فيه ببيع أو عتق أو غيره نفذ تصرفه ، فاذا بلغ خمساً وعشرين سنة انفك عنه الحجر ودفع اليه ماله ، وان كان مفسداً لدينه وماله .لأنه قد آن له أن يصير جدا لأنه قد بلغ باثنتى عشرة سنة فيتزوج ويولد له ولد ويبلغ ولده لاثنتى عشرة سنة ويولد له . قال : وأنا أستحيى أن أمنع الجد ماله » .

دليلنا قوله تعالى « حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم » وقد بينا الرشد ما هو ، وهذا لم يؤنس منه الرشد فلم يفك عنه الحجر ولم يدفع اليه ماله كما لو كان ابن أربع وعشرين سنة . وأما قوله (انه آن له أن يصير جداً ، ألا ترى أن المجنون يستدام عليه الحجر مادام مجنونا ، وان كان جداً) .

اذا ثبت هذا فانه ينظر فى ماله من كان ينظر فيه قبل البلوغ ، لأنه حجر ثبت عليه من حاكم فكان الى الناظر فيه قبل البلوغ ، كالنظر فى مال الصغير .

فرع وأما اصلاح المال فلا يعلم الا بالاختبار ، وفى وقت الاختبار وجهان (أحدهما) لا يصح الا بعد البلوغ ، لأن الاختبار أن يدفع اليه المال ليبيع ويشترى فيه وينفقه . وهذا لا يصح الا بعد البلوغ ، فأما

قبل هذا فهو محجور عليه للصغر (والثانى) يصح لقوله تعالى : « وابتلوا اليتامى الخ » وهذا يقتضى أن يكون الاختبار قبل بلوغ النكاح ، ولأن تأخير الاختبار الى البلوغ يؤدى الى الحجر على رشيد ، لأنه قد يبلغ مصلحا لماله ودينه ، فلو قلنا : ان الاختبار لا يجوز الا بعد البلوغ لاستديم الحجر على رشيد ومنع من ماله ، لأنه لا يدفع اليه الا بعد الاختبار •

فاذا قلنا بهذا فكيف يختبر بالبيع والشراء ؟ فيه ثلاثة أوجه : (أحدها) يأمره الولى أن يساوم فى السلع ويقدر الثمن ، وليس يعقد ، لأن عقد الصبى لا يصح ، ولكن يعقد الولى ، ومنهم من قال : يشترى الولى سلعة ويدعها بيد البائع ويواطئوه على بيعها من الصبى ، فان اشتراها منه بثمنها عرف رشده • ومنهم من قال يجوز عقد الصبى لأنه موضع ضرورة • وأما كيفية الاختبار فان كان من أولاد التجار وأصحاب المهن الذين يخرجون الى السوق فاختباره أن يدفع اليه شىء من ماله ليبيع ويشترى فى السوق ، أو تترك له مناسبة يباشر فيها مهنة أبيه مستقلا تحت نظر الولى واشرافه • فان كان ضابطا جازما فى البيع والشراء والحرفة دل على رشده ، وان عيى عما لا يتغابن الناس بمثله فهو غير رشيد •

وان كان من أولاد الحكام وأبناء الذين يصانون عن الأسواق قال الشيخ أبو حامد : فاختبارهم أصعب من الأول ، واختبار الواحد منهم أن يدفع اليه شىء من المال ويجعل اليه نفقة الأسرة مدة شهر مثلا أو ما أشبه ذلك ، لشراء متطلبات الدار واحتياجاتها ، فان كان ضابطا حافظا يحسن انفاق ذلك علم رشده ، وان كان غير ضابط لم يعلم رشده ، أو كما قال • قال الصيدلانى : وولد البناء يختبر بالدراعة • هذا اذا كان المختبر غلاماً ، فان كان امرأة قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ : لا تختبر بالبيع والشراء ، لأن العادة جرت أنها لا تباشر ذلك ، وانما تختبر فى البيت بأن يدفع اليها شىء من المال ويتولى نساء ثقات الاشراف على فعلها ، وتؤمر بانفاق ذلك فى الخبز والملح واللحم والخضر ، والوقود واصلاح أدوات المطبخ وصيانة أثاث البيت ، وما الى ذلك ، أو كما قال الصيمرى : ان كانت مبتذلة تعامل الخباز والصباغ اختبرت بالبيع والشراء • وقال الصيمرى : ولا يعلم رشده

حتى يتكرر ذلك منه التكرر الذى يؤمن أن يكون ذلك اتفاقاً (مصادفة) . قال الشافعى فى الأم . وقد رأيت من الحكام من أمر باختبار من لا يوثق بحاله تلك الثقة بأن يدفع اليه القليل من ماله ، فان أصلح فيه دفع اليه ما بقى ، وان أفسد فيه كان الفساد فى القليل أيسر منه فى الكل ، ورأينا هذا وجهاً من الاختبار حسناً والله أعلم .

فرع فيمن قامت بينة برشده ثم قامت بينة أخرى بسفهه . كتب السبكى على بن عبد الكافى رحمه الله تعالى رداً على سؤال من ابنه الامام تاج الدين صاحب طبقات الشافعية فى امرأة سفيهة تحت الحجر قامت بينة برشدها ثم حضر وصيها فأقام بينه بسفهها ، فهل تسمع بينته ويعاد الحجر عليها ؟ واختلف ابنه مع غيره من الفقهاء ، فقال على رحمه الله :

أما كون بينة السفه لا تقبل الا مفسرة فينبغى ذلك ، لأن الناس مختلفون فى أسباب السفه والرشد ؛ فمن الناس من يرى صرف المال الى الأطعمة النفيسة التى لا تليق بحاله سفهاً ، والصحيح أنه ليس بسفه ، ولكن صرفها فى الحرام سفه ، ومن الناس من يرى أن الصبى اذا بلغ وهو يفرط فى انفاق المال فى وجوه الخير من الصدقات ونحوها يكون سفيها لذلك ، والصحيح أنه لا يكون بذلك سفيهاً . ومن الناس من يرى أن الرشد هو الصلاح فى المال فقط . وعندنا ليس كذلك ، بل لابد من الصلاح فى الدين والمال ، وخالف فيه بعض أصحابنا وجماعة من العلماء . ومن السفه ما يكون طارئاً ومنه ما يكون مستداماً ، والشاهد قد يكون عامياً وقد يكون فقيها ويرى سفها ما ليس بسفه عند القاضى . وكذلك الرشد . فكيف تقبل شهادته مطلقة ؟ فينبغى أن لا تقبل الشهادة بالسفه حتى يبين سببه ، ولا بالرشد حتى يبين أنه مصلح لدينه وماله كما هى عادة المحاضر التى تكتب بالرشد . وقال الماوردى : اذا أقر الراهن والمرتهن عند شاهدين أن يؤديا ما سمعاه مشروحا ، فلو أراد أن لا يشرحا بل شهدا أنه رهن بألفين ، فان لم يكونا من أهل الاجتهاد لم يجز ، وكذا ان كان من أهل الاجتهاد فى الأصح ، لأن الشاهد ناقل ، والاجتهاد الى الحاكم .

وقال ابن أبى الدم : الذى تلقيته من كلام المراوزة وفهمته من مدارج

مباحثاتهم المذهبية أن الشاهد ليس له أن يرتب الأحكام على أسبابها ، بل وظيفته نقل ما سمعه أو شاهده فهو سفير الى الحاكم فيما ينقله من قول سمعه أو فعل رآه • وقد اختلف أصحابنا فى الشهادة بالردة ، هل تقبل مطلقة أو لابد من البيان ، والمختار عندى أنه لابد من البيان وفاقا للغزالى لاختلاف المذاهب فى التكفير ، ولجهل كثير من الناس ، وان كان الرافعى رجح قبولها مطلقة لظهور أسباب الكفر • وهذه العلة لا يأتى مثلها فى السفه والرشد • فيترجح أنه لابد من البيان كالجرح ؛ وليس الرشد كالتعديل حتى يقبل مطلقا، نعم هو مثله فى الاكتفاء فى الاطلاق فى صلاح الدين ، والاطلاق فى صلاح المال لعسر التفصيل فيه •

أما اطلاق الرشد من غير بيان الدين والمال فلا يكفى ، وبعد أن أوضح العلامة رحمه الله تقديم بينة الرشد على بينة السفه مقيدة بالتاريخ قال : وأما اذا قبلناها مطلقة فالذى بحثه الولد ــ يعنى ابنه ــ صحيح • ويشهد له ما قاله الشيخ تقى الدين أبو عمرو بن الصلاح رحمه الله فى فتاويه فى ثلاث مسائل متجاورة فى أول كتاب التدليس • احداها فيمن علم يسار شخص فى زمان متقادم هل له أن يشهد الآن بيساره ؟ وهل يسأله الحاكم عن كونه موسراً حال أداء الشهادة • وعليه الشهادة ؟ كذلك أجاب رضى الله عنه يعنى ابن الصلاح ــ أن له أن يشهد الآن بيساره معتمداً على الاستصحاب • الا أن يكون قد طرأ ما أوجب اعتقاده بزواله أو جعله فى صورة التشكيك فى بقائه وزواله ، والاعتماد فى هذا على الاستصحاب السالم عن طارىء • فحدثه كالاعتماد على مثله فى الملك ولا يشترط فيه الخبرة الباطنة كما هنالك، وما علل به ذلك من أنه لا طريق له الا الاستصحاب فى الباطن لا دليل له من الاستصحاب موجود هنا • قال : ومما يدل من كلامهم على جريانه فى نظائره قولهم فى البينة الناقلة فى الدين فى مسألة الابنين المسلم والنصرانى وفى غيرهما أنها ترجح على المنفية ، لأنها اعتمدت على زيادة علم ، والأخرى ربما اعتمدت على الاستصحاب • وهذا تجويز منهم لذلك ، والا لكان ذلك قد جاء فيها لا من قبيل الترجيح ، بل يكتفى الحاكم بالشهادة أنه موسر ، فانه يتناوله الحال ؛ فان أحوجه الى ذكر الحالة الراهنة فله أن يشهد لذلك معتمداً على الاستصحاب المذكور ، بل لا ينبغى أن يفصح بذلك فى الشهادة ، فانه

لابد من الدين بما شمل الحال الحاضرة • هـكذا نقل السـبكى كلام ابن الصلاح ، والله أعلم •

قال المسعودى : ولا يضمن الولى المال الذى يدفعه اليه للاختبار ، لأن ذلك موضع حاجة اليه ا هـ •

فـــرع اذا بلغت المرأة مرتبة من الادراك والتصـون تجعلهـا مصلحة لمالها ودينها فك عنها الحجر ودفع اليها مالها ، سواء تزوجت أو لم تتزوج ثم يكون لها التصرف فى جميع مالها بغير اذن زوجها • وبه قال أبو حنيفة رضى الله عنه • وقال مالك رضى الله عنـه : لايفك عنها الحجـر حتى تتزوج ويدخل بها ، واذا تزوجت لم يجز لها أن تتصرف بأكثر من ثلث مالها بغير معاوضة الا باذن زوجها •

دليلنا ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه خطب فى العيد فلما فرغ من خطبته أتى النساء فوعظهن وقال : « تصدقن ولو من حليكن ، فتصدقن بحليهن » رواه الشيخان • فلو كان لا ينفذ تصرفهن بغير اذن أزواجهن لما أمرهن النبى صلى الله عليه وسلم بالصدقة ، ولا محالة أنه كان فيهن من لهـا زوج ومن لا زوج لها ولو أنها حرة بالغة رشيدة فليس تمنع من مالها كمـا لو تزوجت •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان بلغ مصلحا للدين والمال فك عنه الحجر لقوله تعالى : « فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم » وهل يفتقر فك الحجر الى الحاكم ؟ فيه وجهان : (أحدهما) لا يفتقر الى الحاكم ، لأنه حجر ثبت من غير حكم فزال من غير حكم كالحجر على المجنون • (والثانى) أنه يفتقر الى الحاكم لأنه يحتاج الى نظر واختبار ، فافتقر الى الحاكم كفك الحجر عن السفيه) •

الشرح الأحـكام : اذا بلغ مصلحا لماله ودينه فك عنه الحجر ، وهل يفتقر فكه الى الحاكم ؟ فيه وجهان : (أحدهما) لا يفتقر الى الحاكم ، لأنه حجر لم يفتقر ثبوته الى الحاكم فلم يفتقر فكه الى الحاكم كالحجر على المجنون ، وفيه احتراز من حجر السـفيه (والثـانى) لا ينفك الا بحـكم

الحاكم ، لأنه يفتقر الى نظر واجتهاد فافتقر الى الحاكم كالحجر على السفيه • هذا هو المشهور • وقال الصيمرى : ان كان الناظر فى ماله هو الأب أو الجد لم يفتقر الى الحاكم وان كان الناظر فيه أمين الحاكم (الحارس) لم ينفك الا بالحاكم • وان كان الناظر فيه هو الحاكم ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يفتقر الى الحاكم ، كما لو كان الناظر فيه الأب والجد • (والثانى) يفتقر الى الحاكم ، كما لو كان الناظر فيه أمين الحاكم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان فك عنه الحجر ، ثم صار مبذرا حجر عليه ، لما روى « أن عبد الله بن جعفر رضى الله عنه ابتاع ارضاً سبخة بستين ألفا فقال عثمان : ما يسرنى أن تكون لى بنعلى معا ، فبلغ ذلك علياً كرم الله وجهه ، وعزم أن يسأل عثمان ان يحجر عليه فجاء عبد الله بن جعفر الى الزبير ، وذكر ان عليا يريد أن يسأل عثمان رضى الله عنهما أن يحجر عليه ، فقال الزبير : انا شريكك فجاء على الى عثمان رضى الله عنهما وسأله أن يحجر عليه فقال : كيف احجر على من شريكه الزبير ؟ » فدل على جواز الحجر ولأن كل معنى اقتضى الحجـر اذا قارن البلوغ اقتضى الحجر اذا طرأ بعد البلوغ ، كالجنون ، فان فك عنـه الحجر ثم صار فاسقا ففيه وجهان • قال أبو العباس : يعاد عليه الحجر ، لأنه معنى يقتضى الحجر عند البلوغ ، فاقتضى الحجر بعده كالتبذير • وقال أبو اسحاق : لا يعاد عليه الحجر لأن الحجر للفسق لخوف التبذير ، وتبذير الفاسق ليس بيقين ، فلا يزال به ما تيقنا من حفظه للمال ، ولا يعاد عليـه الحجر ، لأنه معنى يقتضى الحجر عند البلوغ ، فاقتضى الحجر بعده كالتبذير • وقال أبو اسحاق : لا يعاد عليه الحجر لأن الحجر للفسق لخوف التبـذير ، وتبذير الفاسق ليس بيقين ، فلا يزال به ما تيقنا من حفظه للمال ، ولا يعـاد عليه الحجر بالتبذير الا بالحاكم ، لأن علياً كرم الله وجهه أتى عثمان رضى الله عنه وسأله أن يحجر على عبد الله بن جعفر ، ولأن العلم بالتبـذير يحتاج الى نظر ، فان الغبن قد يكون تبذيرا ، وقد يكون غير تبذير ، ولأن الحجر للتبذير مختلف فيه فلا يجوز الا بالحاكم ؛ فاذا حجر عليه لم ينظر فى ماله الا الحاكم ؛ لأنه حجر ثبت بالحاكم فصار هو الناظر كالحجر على المفلس •

ويستحب أن يشهر على الحجر ليعلم الناس بحاله وأن من عامله ضـيع ماله ، فان أقرضه رجل مالا أو باع منه متاعا لم يملكه ، لأنه محجور عليـــه

لعدم الرشد ، فلم يملك بالبيع والقرض . كالصبى والمجنون ، فان كانت العين باقية ردت . وان كانت تالفة لم يجب ضمانها لأن المالك ان علم بحاله فقد دخل على بصيرة وأن ماله ضائع ، وان لم يعلم فقد فرط حين ترك الاستظهار ، ودخل فى معاملته على غير معرفة .

وان غصب مالا واتلفه وجب عليه ضمانه ؛ لأن حجر العبد والصبى آكد من حجره ، ثم حجر العبد والصبى لا يمنع من وجوب ضمان المتلف ، فلأن لا يمنع حجر المبذر أولى ، فان أودعه مالا فاتلفه ففيه وجهان : (احدهما) انه لا يجب ضمانه ، لأنه فرط فى التسليم اليه . (والثانى) يجب ضمانه ، لأنه لم يرض بالاتلاف ، فان أقر بمال لم يقبل اقراره لانه حجر عليه لحظه فلا يصح اقراره بالمال كالصبى ، ولأنا لو قلنا : يصح اقراره توصل بالاقرار الى ابطال معنى الحجر ، ومالا يلزمه بالاقرار والابتياع لا يلزمه اذا فك عنه الحجر ، لأنا أسقطنا حكم الاقرار والابتياع لحفظ المال ، فلو قلنا : انه يلزمه اذا فك عنه الحجر لم يؤثر الحجر فى حفظ المال ، وان طلق امرأته صح الطلاق، لأن الحجر لحفظ المال ، والطلاق لا يضيع المال ، بل يتوفر المال عليه وان خالع جاز ، لأنه اذا صح الطلاق بغير مال فلأن يصح بالمال أولى .

ولا يجوز للمرأة ان تدفع اليه المال فان دفعته لم يصح القبض ، ولم تبرأ المرأة منه ، فان تلف كان ذلك من ضمانها ، وان تزوج من غير اذن الولى فالنكاح باطل لأنه يجب به المال ، فاذا صححنا من غير اذن الولى تزوج من غير حاجة ، فيؤدى الى اتلاف المال ، فان تزوج باذنه صح ، لأن الولى لا يأذن الا فى موضع الحاجة . فلا يؤدى الى اتلاف ماله ، فان باع باذنه ففيه وجهان : (احدهما) يصح ، لأنه عقد معاوضة فملكه بالاذن كالنكاح . (والثانى) لا يصح ، لأن القصد منه المال ، وهو محجور عليه فى المال ، فان حلف انعقدت يمينه ، فاذا حنث كفر بالصوم ، لأنه مكلف ممنوع من التصرف بالمال ، فصحت يمينه ، وكفر بالصوم كالعبد ، وان احرم بالحج صح احرامه لأنه من أهل العبادات ، فان كان فرضاً لم يمنع من اتمامه ، ويجب الانفاق عليه الى أن يفرغ منه لأنه مال يحتاج اليه لأداء الفرض فوجب .

وان كان تطوعاً ــ فان كان ما يحتاج اليه فى الحج لا يزيد على نفقته ــ لزمه اتمامه ــ وان كان يزيد على نفقته ــ فان كان له كسب اذا اضيف الى النفقة ، أمكنه الحج ، لزمه اتمامه ، وان لم يمكنه حلله الولى من الاحرام ، ويصير كالمحصر ويتحلل بالصوم دون الهدى ، لأنه محجور عليه فى المال ، فتحلل بالصوم دون الهدى كالعبد ، وان أقر بنسب ثبت النسب ، لأنه حق

ليس بمال فقبل اقراره به كالحد وينفق على الولد من بيت المال ، لأن المقر محجور عليه فى المال ، فلا ينفق عليه من المال كالعبد ، وان وجب له القصاص فله أن يقتص ويعفو . لأن القصد منه التشفى ودرك الغيظ ، فان عفا عن مال وجب المال ، وان عفا مطلقاً أو عفا على غير مال ، فان قلنا : أن القتل يوجب احد الأمرين من القصاص او الدية وجبت الدية ، ولم يصح عفوه عنها . وان قلنا : انه لا يوجب غير القصاص سقط ولم يجب المال) .

الشرح قصة عبد الله بن جعفر رواها الشافعى فى مسنده عن محمد بن الحسن عن أبى يوسف القاضى عن هشام بن عروة عن أبيه ؛ وأخرجها أيضاً البيهقى وقال : يقال ان أبا يوسف تفرد به ، وليس كذلك ، ثم أخرجها من طريق الزهرى المدنى القاضى عن هشام نحوه ، ورواها أبو عبيدة فى كتاب الأموال عن عفان بن مسلم عن حماد بن زيد عن هشام بن حسان عن ابن سيرين قال : قال عثمان لعلى رضى الله عنه ألا تأخذ على يد ابن أخيك ــ يعنى عبد الله بن جعفر ــ وتحجر عليه ؛ اشترى سبخة ــ أى أرضاً لا تنبت ــ بستين ألف درهم ما يسرنى أنها لى ببغلى ، وقد ساق القصة البيهقى فقال : اشترى عبد الله بن جعفر أرضاً سبخة فبلغ ذلك علياً رضى الله عنه ، فعزم على أن يسأل عثمان الحجر عليه فجاء عبد الله بن جعفر الى الزبير فذكر له ذلك ، فقال الزبير : أنا شريكك ، فلما سأل على عثمان الحجر على عبد الله بن جعفر قال : « كيف أحجر على من شريكه الزبير » ؟ وفى رواية للبيهقى أن الثمن ستمائة ألف ..

وقال الرافعى : الثمن ثلاثون ألفاً . قال الحافظ : لعله من غلط النساخ ، والصواب بستين ألفاً اهـ . (قلت) وقد ورد التصحيف أيضاً فى قول عثمان رضى الله عنه : ما يسرنى أن تكون لى ببغلى فوردت ببغلى ، ووردت بنعلى ، وروى القصة ابن حزم فى المحلى فقال : بستين ألفاً .

اما احكام الفصل فقد استدل بهذه الواقعة من أجاز الحجر على من كان سيء التصرف ، وبه قال على وعثمان وعبد الله بن الزبير وعبد الله ابن جعفر وشريح وعطاء والشافعى ومالك وأبو يوسف وأبو محمد . قال الحافظ ابن حجر فى فتح البارى : والجمهور على جواز الحجر على الكبير

وخالف أبو حنيفة وبعض الظاهرية ، ووافق أبو يوسف ومحمد . قال الطحاوى : ولم أر عن أحد من الصحابة منع الحجر على الكبير ، ولا عن التابعين الا عن ابراهيم وابن سيرين .

وحكى صاحب البحر الزخار عن العترة أنه لا يجوز مطلقاً ، وعن أبى حنيفة أنه لا يجوز أن يسلم اليه ماله الا بعد خمس وعشرين سنة ، ولا يعاد عليه الحجر اذا أسلم اليه ماله بعد خمس وعشرين ، سواء أفسد دينه وماله أو أحدهما . قال العمرانى فى البيان : اذا بلغ الصبى مصلحاً لماله ودينه ففك عنه الحجر ودفع اليه ماله ، ثم صار مفسداً لدينه وماله أو لماله ، فأنه يعاد الحجر عليه بلا خلاف على المذهب . فأما افساد الدين فمعروف ، وأما افساد المال ، قال الشيخ أبو حامد فيكون بأحد أمرين : اما بأن ينفقه فى المعاصى . مثل الزنا وشرب الخمر وغير ذلك . والثانى أن ينفقه فيما لا مصلحة له فيه ولا غرض ، مثل أن يشترى ما يساوى درهما بمائة درهم . فأما اذا أكل الطيبات ولبس الناعم من الثياب ، وأنفق على الفقهاء والفقراء فهذا ليس فيه افساد للمال ا هـ .

وأما اذا عاد مفسداً لدينه وهو مصلح لماله فهل يعاد الحجر عليه ؟ فيه وجهان : قال أبو العباس : يعاد عليه الحجر لقوله تعالى : « فان كان الذى عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل » فأثبت الولاية على السفيه وهذا سفيه . ولأنه معنى لو قارن البلوغ لمنع فك الحجر عنه ، فاذا طرأ بعد فك الحجر عنه ، اقتضى ذلك اعادة الحجر عليه كالتبذير . وقال أبو اسحاق المروزى : لا يعاد عليه الحجر لأن الحجر يراد لحفظ ماله ، فاذا كان مصلحا لماله لم يعد عليه الحجر ، ويخالف اذا قارن افساد الدين البلوغ لأن الحجر اذا ثبت لم يزل عنه الا بأمر قوى ، فكذلك اذا فك عنه الحجر لم يعد عليه الا بأمر قوى . هذا مذهبنا ، وأنه اذا عاد مفسداً لماله ودينه عاد عليه الحجر ، وبه قال عثمان وعلى والزبير وعبد الله بن جعفر وعائشة أم المؤمنين وشريح ومالك وأبو يوسف ومحمد . وقد مضى خلاف أبى حنيفة لهم جميعاً .

دليلنا ما مضى فى قوله تعالى : « فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل » •

قال الشافعى رضى الله عنه : والسفيه هو المفسد لماله ودينه ، والضعيف هو الصبى والشيخ الفانى ، والذى لا يستطيع أن يمل المجنون • والسفيه اسم ذم يتناول المبذر ، فأما قوله تعالى : « سيقول السفهاء من الناس » الآية • فأراد اليهود • وقيل أراد المنافقين • وقيل أراد اليهود والنصارى •

وقوله تعالى : « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم » الآية • قيل : أراد به النساء ، وهو قول مجاهد ، وهذا القول لا يصح ، وانما تقول العرب للنساء سفائه أو سفيهات • لأنه الأكثر فى جمع فعيلة •

وروى عن عمر رضى الله عنه : من لم يتفقه فلا يتجر فى سوقنا ، قال القرطبى فكذلك قوله تعالى « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم » يعنى الجهال بالأحكام ، وقوله تعالى : « أموالكم » أى أموالهم ، كقوله تعالى : « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » أى أموال بعضكم • ويدل على ما ذكرناه أن حبان بن منقذ أصابه فى عقله ضعف ، فأتى أهله الى النبى صلى الله عليه وسلم فسألوه أن يحجر عليه ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : « لا تبع ، فقال انى لا أصبر ، فقال صلى الله عليه وسلم : من بايعته فقال : لا خلابة ولك الخيار ثلاثا » فلو كان الحجر لا يجوز على البالغ لأنكر رسول الله صلى الله عليه وسلم عليهم سؤالهم ، وانما لم يجبهم الى الحجر لأنه يحتمل أن يكون الذى يغبن به مما يتغابن الناس بمثله •

ويدل على ما ذكرناه اجماع الصحابة فى قصة عبد الله بن جعفر حين قال عثمان رضى الله عنه : كيف أحجر على من شريكه الزبير ؟ وانما قال هذا لأن الزبير بن العوام رضى الله عنه كان معروفاً ببصره فى التجارة ، فدل على أن الحجر جائز عندهم بالاجماع • وروى أن عائشة رضى الله عنها كانت تنفق نفقة كثيرة • فقال ابن الزبير لتنهين عائشة أو لأحجرن عليها • فبلغها ذلك فحلفت ألا تكلمه » فأتاها ابن الزبير واعتذر اليها ، فكفرت عن يمينها وكلمته، فلم ينكر عليه أحد • ويقول : ان عائشة رضى الله عنها بالغة رشيدة ، فكيف

يحجر عليها ؟ ولأن كل معنى لو قارن البلوغ منع من تسليم المال اليه ، فاذا طرأ بعد البلوغ اقتضى اعادة الحجر عليه كالمجنون .

فـــرع بعض الناس يكون شحيحا على نفسه جداً مع يسـاره وامتلائه ، فهل يحجر عليه . فيه وجهان حكاهما الصيمرى . الصـحيح أنه لا يحجر عليه .

فـــرع أما فى حالة التبذير والاسراف اذا صار ذلك منه بعـد فك الحجر عنه ، فانه لا يعيد الا الحاكم . وبه قال أبو يوسف . وقال محمد : يصير بذلك محجوراً عليه ، وهو قول بعض أصحابنا الخراسانيين .

دليلنا أن عليا رضى الله عنه سأل عثمان رضى الله عنه أن يحجر على عبـد الله بن جعفر بن أبى طالب ، فدل على أنه لا يصير محجوراً عليه الا بالحاكم ، ولأن الحجر بالتبذير مختلف فيه فافتقر الى الحاكم ، كالطلاق بالعنّة لا يثبت الا بالحاكم لموضع الاختلاف فيـه . فاذا حجر عليـه لم ينظـر فى ماله الا الحاكم ، لأنه حجر ثبت بالحاكم ، فكان هو الناظر فيه كالحجر على المفلس . ويستحب أن يشهر الحاكم على ذلك ، فيشهر هذا الحجر بوسائل الاشـهار العرفية حسب كل زمان ومكان . ففى القرى مثلا أو فى البلاد المتبدية يكون بالمنادى أو الاعلان الملصق ، وفى المـدن الكبرى يكون بالنشر فى الصحف المقروءة ، حتى لا يغتر الناس بمعاملته .

فـــرع فاذا باع أو اشترى بعد الحجـر كان ذلك باطلا ، فان حصل له فى يد غيره مال استرجعه الحاكم منه ان كان باقيا ، أو استرجع بدله ان كان تالفا . وان حصل فى يد المحجور عليه مال لغيره ببيع أو غيره استرده الحاكم منه ورد على مالكه وان باعه غيره شيئا أو أقرضه اياه ، ثم تلف فى يده أو أتلفه فانه لا يجب عليه ضمانه ، سواء علم بحجره أو لم يعلم ، لأنه ان علم بحجره فقد دخل على بصيرة ، وان لم يعلم بحاله فقد قصر وفرط حيث بايع من لا يعلم حاله ، ولا يلزمه اذا فك عنه الحجر ، لأن الحجر عليه لحفظ ماله، فلو ألزمناه ذلك بعد الحجر لبطل معنى الحجر ، وهذا فى ظاهر الحكم . وهل يلزمه ضمان فيما بينه وبين الله تعالى ؟ فيه وجهان ، حكاهما فى الافصاح :

(أحدهما) يلزمه ذلك • وبه قال الصيدلانى والعمرانى ، لأن الحجر لا يبيح له مال غيره •

(والثانى) لا يلزمه • قال فى الافصاح : وهو الأصح ، وان غصب فى يده عينا فتلفت فى يده أو أتلفها فى يده أو يد مالكها وجب عليه ضمانها ، لأن السفيه أحسن حالا من الصبى والمجنون لأنه مكلف اذا أتلفا على غيرهما مالا وجب عليهما الضمان ، فكذلك هذا مثله ، وان أودعه رجل عينا فأتلفها ، فهل يجب عليه الضمان ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجب عليه ضمانها لأن صاحبها عرضها للاتلاف بتسليمها اليه • (والثانى) يجب عليه الضمان لأن مالكها لم يرض باتلافها ، لأن غير المحجور عليه لا يلزمه ذلك فالمحجور عليه أولى •

وان أقر لغيره بعين فى يده أو دين فى ذمته لم يلزمه ذلك فى الحال ، ولا بعد فك الحجر ، لأنا لو قبلنا اقراره لبطلت فائدة الحجر ، والحجر يقتضى حفظ ماله •

فرع وان طلق السفيه أو خالع صح طلاقه وخلعه ، الا أن المرأة لا تسلم المال اليه ؛ بل تسلم الى وليه ، فان سلمته اليه فتلف فى يده أو أتلفه وجب عليها الضمان كما قلنا فى البيع • ولو أذن ولى السفيه للمرأة بتسليم المال الى السفيه فسلمته اليه فهل تبرأ ؟ فيه وجهان : (أحدهما) تبرأ كما لو سلمت المرأة المال الى العبد باذن سيده • (والثانى) لا تبرأ لأنه ليس من أهل القبض • هذا مذهبنا وبه قال عامة أهل العلم •

وقال ابن أبى ليلى والنخعى وأبو يوسف : لا يصح طلاقه وخلعه • دليلنا قوله تعالى : « الطلاق مرتان ، فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » ، ولم يفرق بين السفيه وغيره ، ولأنه يستفيد بالطلاق ، فانه ان كان قبل الدخول رجع اليه نصف المهر ، وان كان بعد الدخول سقطت عنه النفقة والكسوة والمصالح ويحصل له ذلك بالخلع وما بذلت له •

فرع ولا يصح نكاحه بغير اذن الولى ، لأن النكاح يتضمن وجوب المال فلم يصح بغير اذن الولى ، وان احتاج الى النكاح فالولى بالخيار

ان شاء زوجه بنفسه وتولى العقد ، وان شاء أذن له ليعقد بنفسه ، لأنه عامل مكلف ، وانما حجر عليه لحفظ ماله بخلاف الصبى .

وان تزوج السفيه بغير اذن الولى ودخل بها فما الذى يلزمه ؟ قال المسعودى : فيه ثلاثة أقوال (أحدهما) لا يلزمه شىء كما لو اشترى شيئاً بغير اذن وليه وأتلفه . (والثانى) يلزمه مهر المثل ، كما لو جنى على غيره . (والثالث) يلزمه أقل شىء يستباح به البضع لأن البضع لا يستباح بالاباحة. وأما البغداديون من أصحابنا فقالوا : هى على وجهين (أحدهما) لا يلزمه شىء . (والثانى) يلزمه مهر المثل .

فرع وان اذن الولى فى البيع والشراء فباع أو اشترى فهل يصح ؟ فيه وجهان (أحدهما) يصح كما يصح النكاح اذا أذن له فيه . (والثانى) لا يصح لأن البيع والشراء يختلف حكمه ساعة فساعة ، لأنه قد يزيد سعر السوق وينقص ، فافتقر الى عقد الولى ، ولأن البيع والشراء يتضمن المال لا غير ، وهو محجور عليه فى المال بخلاف النكاح .

فرع وان حلف انعقدت يمينه ، فان حنث كفر بالصوم ، ولا يكفر بالمال لأنه محجور عليه فى المال ، وان أحرم بالحج صح احرامه لأنه من أهل التكليف ، فان كان فرضاً لم يمنع من اتمامه وأنفق عليه من ماله ما يحتاج اليه وان كان متطوعاً — فان كانت نفقته على اتمامه لا تزيد على نفقة الحضر — لم يجز تحليله ، وان كانت تزيد على نفقة الحضر ، فان كان له كسب وقال : أنا أتمم النفقة بالكسب لم يحلل ، وان لم يكن له كسب حلله الولى ويصير كالمحصر ، فيتحلل بالصوم دون الهدى لأنه محجور عليه فى المال ، فأشبه المفلس فى هذه الأمور كلها . وبهذا قال أصحاب أحمد رضى الله عنه .

فرع وان أقر بنسب يلحقه فى الظاهر ثبت النسب ، لأن ذلك لا يتضمن اتلاف المال وان أقر بنسب من يلزمه نفقته لم ينفق عليه من ماله بل ينفق عليه من بيت المال . وان وجب له القصاص فله أن يقبض لأن الغرض منه التشفى ، وان عفا عنه على مال كان الأمر له . وان عفا مطلقاً أو على غير مال . فان قلنا ان الواجب القصاص لا غير صح عفوه . وان قلنا ان الواجب

أحد الأمرين لم يصح عفوه عن المال ، وان أقر بجناية العمد صح اقراره لأنه غير متهم فى ذلك ، فان أراد المقر له العفو على المال • قال الطبرى : فان قلنا : ان موجب العمد القود ثبت المال ، لأن الذى ثبت باقراره هو القتل والقطع دون المال ، وان قلنا ان موجبه أحد الأمرين فهل يثبت ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : فيه قولان كالعبد اذا أقر بالسرقة فانه يقبل فى القطع ، وهل يقبل فى المال ؟ فيه قولان • ومنهم من قال : له أخذ المال قولا واحداً ، لأن الواجب أحدهما لا بعينه ، وكل واحد منهما بدل عن الآخر ، وتعلقهما بسبب واحد • وأما السرقة ففيها حكمان (أحدهما) القطع لله تعالى لأنه حق الله تبارك وتعالى ، والآخر للآدمى فجاز ثبوت أحدهما دون الآخر • ولهذا لو شهد رجل وامرأتان على السرقة ثبت المال دون القطع ؛ ولو شهدا على القطع لم يثبتا •

وان دبر السفيه أوصى ــ على ما سنفصله ان شاء الله فى أحكام المدبر ــ فاختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : فيه قولان كالصبى ، ومنهم من قال : يصح قولا واحداً • قال الطبرى : وهو الصحيح ؛ لأن الصغير لا حكم لقوله ولا يصح شىء من اقراره بخلاف السفيه فانه يصح اقراره بالنسب •

فرع المرتد اذا قلنا : ان ملكيته باقية على ماله فانه محجور عليه • وهل يفتقر الى حجر الحاكم ؟ فيه قولان • واذا زال السفه فانه لا ينفك الحجر عنه الا بحكم الحاكم ، لأنه حجر ثبت بالحاكم فلم يزل من غير حكمه • والله تعالى أعلم وهو الموفق للصواب •

فرع ذكر ابن حجر فى تحفته : غاب يتيم فبلغ ولم يعلم رشده لم يجز لوليه النظر فى ماله معتمداً استصحاب الحجر للشك فى الولاية عند العقد وهى شرط وهو لابد من تحققه ، فان تصرف اثم ، ثم ان بان غير رشيد نفذ التصرف والا فلا ، وقد ينافيه ما يأتى من الولى فى دوام الحجر ، لأنه الأصل ، الا أن يقال : محل ذلك فى حاضر لأنه يعرف حاله غالباً بخلاف الغائب ، وليس قول المولى : قبضت مهرها باذنها ، ولا قوله : اضمنى اقراراً بالرشد فلا ينعزل به والبلوغ فى الذكر والأنثى انما يتحقق فى أحد شيئين :

(أحدهما) يسمى بلوغاً بالسن باستكمال خمس عشرة سنة قمرية تحديداً من انفصال جميع الولد بشهادة عدلين خبيرين ، وشذ من قال بخلاف ذلك . قال الشافعى رضى الله عنه : رد النبى صلى الله عليه وآله وسلم سبعة عشر صحابيا وهم أبناء أربع عشرة سنة لأنه لم يرهم بلغوا ، وعرضوا عليه وهم أبناء خمس عشرة سنة فأجازهم منهم : زيد بن ثابت ورافع بن خديج وابن عمر ، وقصة ابن عمر صححها ابن حبان ، وأصلها فى الصحيحين .

(ثانيهما) ويسمى بلوغا بالاحتلام خروج المنى كما قال النووى : (أو خروج منى) من ذكر أو أنثى لقوله تعالى : (واذا بلغ الأطفال منكم الحلم) مع خبر رفع القلم عن ثلاث : (عن الصبى حتى يحتلم) والحلم الاحتلام ، وهو ما يراه النائم وكنى به هنا عن خروج المنى ولو يقظة بجماع أو غيره ويشترط تحققه ، فلو أتت زوجة صبى بلغ تسع سنين بولد للامكان لحقه ، لأن النسب يكتفى فيه بمجرد الامكان ، ولم يحكم ببلوغه لأنه لابد من تحقق خروج المنى ، وخرج بخروجه ما لو أحس بانتقاله من صلبه فأمسك ذكره فرجع فلا يحكم ببلوغه كما لا غسل ، وبحث الزركشى ومن تبعه الحكم ببلوغه بعيد ، والفرق بأن مدار البلوغ على العلم بانزال المنى ، والغسل على حصوله فى الظاهر بالتحكم أشبه . على أنه لا يتصور العلم بأنه منى قبل خروجه ، اذ كثيراً ما يقع الاشتباه فيما يحس بنزوله ثم رجوعه .

ووقت امكانه فيهما استكمال تسع سنين قمرية تقريباً نظير ما مر فى الحيض ، ونبات العانة الخشن بحيث تحتاج ازالته للحلق ، وظاهره أنها اسم للمبت لا للنابت وفيه خلاف لأهل اللغة ، والأشهر أنها النابت ، وأن المنبت شِعْرة" (بكسر أوله) ووقته وقت الاحتلام يقتضى الحكم ببلوغ ولد الكافر بالسن أو الاحتلام . ومثله ولد من جهل اسلامه لا من عدم من يعرف سنه على الأوجه للخبر الصحيح أن عطية القرظى رضى الله عنه كان فى سبى بنى قريظة ، فكانوا ينظرون من أنبت الشعر قتل ، ومن لم ينبت الشعر لم يقتل ، وأنهم كشفوا عن عانته فوجدوها لم تنبت فجعلوه فى السبى . وخرج بها نبات نحو اللحية فليس بلوغاً ، كما صرح فى الشرح الصغير فى

الابط ، وألحق به اللحية والشارب بالأولى • فان البغوى ألحق الابط بالعانة دونهما ، وفى كل ذلك نظر ، بل الشعر الخشن من ذلك كالعانة فى ذلك وأولى الا أن يقال : ان الاقتصار عليها أمر تعبدى •

وأفهم قوله : يقتضى الحكم أنه أمارة على البلوغ بأحدهما ، نعم ان ثبت أن سنه دون خمس عشرة سنة ولم يحتلم لم يحكم ببلوغه ، ويقبل قوله بيمينه ، وان لم يحلف الصبى احتياطاً لحقن الدم استعجلته بدواء ان كان ولد حربى سبى لا ذمى طولب بالجزية •

ويحل النظر للخبر • وأفهم قوله ــ يعنى النووى فى المنهاج ــ كالروضة ولد ، أنه لا فرق فى ذلك بين الذكر والأنثى ، وهو كذلك ، وان كان قضية المحرر اخراج النساء لأنهن لا يقتلن ، ونقله السبكى عن الجوزى ، والخنثى لابد أن ينبت على فرجيه معاً ، لا المسلم فى الأصح لسهولة مراجعة أقاربه المسلمين غالباً ، ولأنه متهم باستعجاله تشوفاً للولايات بخلاف الكافر ، لأنه يفضى به الى القتل أو الجزية أو ضرب الرق فى الأنثى ، وما مر عام فى الذكر والأنثى كما تقرر ، وتزيد المرأة عليه حيضاً فى سنه السابق اجماعاً وحبلا ، لكنه دليل على سبق الامناء ، لأن الولد يخلق من الماءين ، فبالوضع يحكم ببلوغها قبله بستة أشهر ولحظة ، ما لم تكن مطلقة وتأتى بولد يلحق المطلق فيحكم ببلوغها قبل الطلاق بلحظة •

ولو حاض الخنثى بفرجه وأمنى بذكر حكم ببلوغه ، فان وجد أحدهما فلا عند الجمهور ، ولا يشكل عليهم ما مر أن خروج المنى من الزائد يوجب الغسل فيقتضى البلوغ ، لأن محله مع انسداد الأصلى ، وهذا غير موجود هنا ، وخالفهم الامام ما لم يظهر خلافه فيغير • قالا : وهو الحق ، وقال المتولى : ان تكرر فنعم والا فلا • قال المصنف : وهو حسن غريب •

والرشد صلاح الدين والمال معاً كما فسر به ابن عباس وغيره الآية السابقة ، ووجه العموم فيه مع أنه مثبتة وقوعه فى سياق الشرط ، قالوا : ولا يضر اطباق الناس على معاملة من لا يعرف حاله مع غلبة الفسق ، لأن الغالب عروض التوبة فى بعض الأوقات التى يحصل فيها الندم ، فيرتفع

الحجر بها ثم لا يعود بعود الفسق ، ويعتبر فى ولد الكافر ما هو صلاح عندهم ديناً ومالا •

قال ابن الصلاح : ولا يلزم شاهد الرشد معرفة عدالة الشهود له باطناً فلا يكفى معرفتها ظاهراً ولو بالاستقامة • واذا شرطنا صلاح الدين فلا يفعل مجرماً مما يبطل العدالة بارتكاب كبيرة مطلقاً ، أو صغيرة ولم تغلب طاعاته معاصيه ، وخرج بالمحرم خارم المروءة ، فلا يؤثر فى الرشد ، وان حرم ارتكابه لكونه تحمل شهادة لأن الحرمة فيه لأمر خارج • واذا شرطنا صلاح المال لم يحصل الا أن كان بحيث لا يبذر بأن يضيع المال ــ أى جنسه ــ باحتمال غبن فاحش ــ وسيأتى فى الوكالة ــ بخلاف اليسير فى المعاملة ، كبيع ما يساوى عشرة بتسعة ، لأنه يدل على قلة عقله ، ومن ثم لو أراد به المحاباة والاحسان لم يؤثر لأنه ليس بتضييع ولا غبن ، ولو كان بغبن فى بعض التصرفات لم يحجر عليه ، كما رجحه القمولى لبعد اجتماع الحجر وعدمه ، لكن الذى مال اليه الأذرعى اعتبار الأغلب أو رميه ولو فلساً ، وظاهر كلامهم أنه لا يلحق به الاختصاص فى هذا وهو محتمل ، ويحتمل خلافه فى بحر لقلة عقله ، أو انفاقه ولو فلساً أيضا فى محرم فى اعتقاده ولو فى صغيره ، والانفاق هنا مجاز عن خسر أو غرم أو ضيع ، اذ هذا هو الذى يقال فى المخرج فى المعصية ، والأصح أن صرفه فى الصدقة ووجوه الخير عام بعد خاص ، والمطاعم والملابس والهدايا التى لا تليق به ليس بتبذير ، لأن له فيه غرضاً صحيحاً هو الثواب أو التلذذ ، ومن ثم قالوا : لا سرف فى الخير ، كما لا خير فى السرف •

وفرق الماوردى بين التبذير والسرف بأن الأول الجهل بمواقع الحقوق ، والثانى الجهل بمقاديرها • وكلام الغزالى يقتضى ترادفهما ، ويوافقه قول غيره : حقيقة السرف مالا يقتضى حمداً عاجلا ، ولا أجراً آجلا ، ولا ينافى ما هنا عد الاسراف فى النفقة معصية ، لأنه مفروض فيمن يقترض لذلك من غير رجاء ، وفاء من جهة ظاهرة مع جهل المقرض بحاله •

ويختبر من جهة الولى ولو غير أصل رشد الصبى فيهما لقوله تعالى : (وابتلوا اليتامى) أما فى الدين فبمشاهدة حاله من فعل الطاعات ، وتوقى

المحرمات ومن زاد على ذلك توقى الشبهات ، أراد لا الاشتراط كما عرف من شرط الرشد السابق ، وقد جوزا للشاهد به إعتماد العدالة الظاهرة ، وان لم يحط بالباطنة . وأما فى المال فهو يختلف بالمراتب ، فيختبر ولد التاجر والسوقى بالبيع والشراء ، أى بمقدوماتهما ، فعطفه ما بعدهما عليهما من عطف الرديف أو الأخص ، وذلك لما يذكره بعد من عدم صحتهما منه ، فلا اعتراض عليه خلافاً لمن زعمه .

والمماكسة فيهما بأن يطالب أنقص مما يريده البائع وأزيد مما يريده المشترى ، ويكفى اختباره فى نوع من أنواع التجارة عن باقيها .

وولد الزارع بالزراعة والنفقة على القوام بها ، أى بمصالحها كحرث وحصد وحفظ أى اعطائهم الأجرة ، وولد نحو الأمير بالاتفاق على أتباع أبيه ، والفقيه بذلك ، ونحو شراء الكتب .

والمحترف بما يتعلق بحرفته (يصح جره ، وعليه يرجع ضمير حرفته للمضاف اليه وهو سائغ ، وتكون فائدته أنه تعميم بعد تخصيص) ويؤيده قول الكافى يختبر الولد بحرفة أبيه وأقاربه (ورفعه وهو الأولى ، لافادته أن ما مر فى ولد نحو التاجر محله اذا لم يكن للولد حرفة ، واختبر حينئذ بحرفة أبيه ، لأن الغالب حيث لا حرفة له أنه يتطلع لحرفة أبيه ، والا اختبر الولد بما يتعلق بحرفة نفسه ولم ينظر لحرفة أبيه ، لأنه لا يتطلع اليها ، ولا يحسنها حينئذ وتختبر المرأة من جهة الولى أيضاً كما هو ظاهر ، ولا ينافيه النص ، على أن النساء والمحارم يختبرونها ، لأن الولى ينيبهم فى ذلك وعليه قيل يكفى أحدهما وهو الأوجه ، وقيل : لابد من اجتماعهما ، وقضية هذا النص أنه لا تقبل شهادة الأجانب لها بالرشد وبه أفتى ابن خلكان ، لكن خالفه التاج الفزارى . قال : وانما تعرض الشافعى للطريق الغالب فى الاختبار دون الزيادة اهـ .

ويؤيده ما يأتى فى الشهادة أن الشاهد عليها لا يكلف السؤال عن وجه تحمله عليها الا أن كان عاميا لأنه قد يظن صحة التحمل عليها اعتماداً على صوتها بما يتعلق بالغزل أى بفعله ان تخدرت ، والا فببيعه يطلق على المصدر والمغزول والقطن حفظاً وبيعاً ، كما تقرر .

فان لم يليقا بها أو لم تعتدهما فيما يعتاده أمثالها ، قال الصيمرى : والمرأة المبتذلة بما يختبر به الرجل ، وصون الأطعمة عن الهرة ، لأن بذلك يتبين الضبط وحفظ المال وعدم الانخداع ، وذلك قوام الرشد . ونحوها ــ أى الهرة ــ كالفأرة (والأطعمة) كالأقمشة ، واذا ثبت رشدها نفذ تصرفها بغير اذن زوجها ، وخبر (لا تتصرف المرأة الا باذن زوجها) أشار الشافعى الى ضعفه ، وبفرض صحته حملوه على الندب ، واستدل له بأن ميمونة زوج النبى صلى الله عليه وسلم أعتقت ولم تُعْلِمْه فلم يعبه عليها وفيه ما فيه ، اذ قول مالك رضى الله عنه : لا تعطى الرشيدة مالها حتى تتزوج ، وحينئذ لا تتصرف فيما زاد على الثلث بغير اذنه ما لم تصر عجوزاً لا ينافى ذلك ، والخنثى يختبر بما يختبر به النوعان .

ويشترط تكرر الاختبار مرتين أو أكثر حتى يغلب على الظن رشده ، لأنه قد يصيب مرة لا عن قصد . ووقت الاختبار قبل البلوغ ، لاناطة الاختبار فى الآية باليتيم ، وهو انما يقع حقيقة على غير البالغ ، فالمختبر هو الولى ، والمراد بقبله قبيله (بالتصغير) حتى اذا ظهر رشده وبلغ سلم له ما له فوراً ، وقيل بعده لبطلان تصرف الصبى أى بالنسبة لنحو البيع ، فعلى الأول المعتمد الأصح (بالرفع) أنه لا يصح بيعه ، بل يمتحن فى المماكسة ، فاذا أراد العقد عقد الولى ، لعدم صحته من المولى وعلى الوجهين يعطيه الولى مالا قليلا ليماكس به ، ولا يضمنه ان تلف عنده ، لأنه مأمور بالتسليم اليه . كذا أطلقوه ، ولو قيل بأن تلزمه مراقبته بحيث لا يكون اغفاله له حاملا له على تضييعه والا ضمنه لم يبعد .

فرع ليس للولى أخذ شىء من مال ان كان غنيا مطلقاً ، فان كان فقيراً أو انقطع بسببه عن كسبه أخذ قدر نفقته عند الرافعى ، ورجح المصنف أنه يأخذ الأقل منها ومن أجرة مثله ، واذا أيسر لم يلزمه بدل ما أخذه ، قال الاسنوى : هذا فى وصى أو أمين ، أما أب أو جد فيأخذ قدر كفايته اتفاقاً ، سواء الصحيح وغيره ، واعترض بأنه ان كان مكتسباً لا تجب نفقته ، ويرد بأن المعتمد أنه لا يكلف الكسب ، فان فرض أنه اكتسب مالا يكفيه لزم فرعه تمام كفايته ، وحينئذ فغاية الأصل هنا أنه اكتسب مالا يكفيه لزم فرعه تمام

كفايته ، وحينئذ فغاية الأصل هنا أنه اكتسب دون كفايته ، فيلزم الولد تمامها ، فاتجه أن له أخذ كفايته ، البعض فى مقابلة عمله ، والبعض لقرابته ، وقيس بولى اليتيم فيما ذكر ، من جمع مالا لفك أسير مثلا فله ان كان فقيراً الأكل منه ، كذا قيل ، والوجه أن يقال : فله أقل الأمرين ، وللأب والجد استخدام محجوره فيما لا يقابل بأجرة ، ولا يضربه على ذلك على الأوجه ، خلافاً لمن جزم بأن له ضربه عليه ، واعارته لذلك ، ولخدمة يتعلم منه ما ينفعه ديناً أو دنيا ، وان قوبل بأجرة كما يعلم مما يأتى أول العارية .

وبحث أن علم رضا الولى كاذنه ، وأن للولى ايجاره بنفقته ، وهو محتمل أن له فيها مصلحة ، لكون نفقته أكثر من أجرته عادة ، وأفتى المصنف بأنه لو استخدم ابن بنته لزمه أجرته الى بلوغه ورشده ، وان لم يكرهه لأنه ليس من أهل التبرع بمنافعه المقابلة بالعوض ، ومن ثم لم تجب أجرة الرشيد الا ان أكره . ويجرى هذا فى غير الجد للأم ، قال الجلال البلقينى : ولو كان للصبى مال غائب فاتفق وليه عليه من مال نفسه بنية الرجوع اذا حضر ماله رجع ان كان أباً أو جداً ، لأنه يتولى الطرفين بخلاف غيرهما أى حتى الحاكم ، بل يأذن لمن ينفق ثم يوفيه وأفتى القاضى بأن الأب لو حفظ مال الابن سنين فمات واشتبه على الحاكم أنه أنفق على الطفل من ماله أو مال نفسه حمل على أنه من مال الطفل احتياطاً لئلا يضر باقى الورثة ا هـ .

وبمثله أفتى البلقينى وعلله بأن الوالد ولى متصرف والأصل براءة ذمته ، والظاهر يقتضى ذلك ، والأمين اذا مات وضمناه فذلك حيث لم يظهر ما يسقط التعلق بتركته ا هـ نعم لذى المال أن يحلف بقية الورثة على أن أباه أنفق عليه ما كان له تحت يده ، وأفتى جمع فيمن ثبت له على أبيه دين فادعى انفاقه عليه بأنه يصدق هو ووارثه أى باليمين . والبلقينى يقول بجواز الشرب على وجه لا يحتفل به من نحو عين ونهر لقاصر فيه شركة ولقط سنابل من زرعه كسرة له ساقطة ، وخالفه الزركشى فى الثانية ، أى لأنها كالثالثة ، القائل هو بامتناعها ، وخرج بما قيد به شرب يضر نحو زرعه فيمتنع ، وأفتى القاضى فيما لو اشترى ضيعة من قيم يتيم وسلمه الثمن فكمل المولى ، وأنكر كون ذلك القيم وليا له واشترى الضيعة ثم اشتراها منه بأنه لا يرجع

بالثمن على البائع لأنه صدقه على الولاية ، كما لو اشترى من وكيل ودفع له الثمن فأنكر الموكل الوكالة وأخذ المبيع فاشتراه منه ، لا يرجع على الوكيل بالثمن ، لأنه صدقه على الوكالة وأخذ المبيع فاشتراه منه ، لا يرجع على الوكيل بالثمن لأنه صدقه على الوكالة ، واستشكله الغزى بأنه مخالف لقولهم اذا اشترى شيئاً وصدق البائع على ملكه ، ثم استحق رجع عليه بالثمن لأنه انما صدقه بناء على ظاهر الحال فكذا هنا •

وأجاب شيخنا بأن البائع فى تلك مقصر ببيعه ما هو مستحق ا هـ وفيه نظر فان الملحظ انما هو التصديق على الملك وهو موجود فى الكل ، فكما عذر فى هذه باسناد تصديقه الى الظاهر ، فكذا فى تينك ، على أن القيم والوكيل مقصران أيضاً ببيعهما قبل ثبوت ولايتهما ، ومن ثم جزمت بخلاف كلام القاضى قبيل الوديعة •

كلام أبى حنيفة وأصحابه فى حجر الفساد من كتاب أدب [1] القاضى للخصاف [2] وشرحه للجَصَّاص [3]

قال الخصاف : قال أبو حنيفة رحمه الله : الحجر على الحر باطل • وهذا صحيح من مذهب أبى حنيفة لا نعرف عنه خلافاً فى هذا ، سواء كان الحجر لأجل السفه أو التبذير أو الافلاس • وعند أبى يوسف ومحمد جاز الحجر على الحر فى هذه الوجوه الثلاثة كلها •

أما المفلس فحكمه ما بينا من الخلاف ووجه قولهم • وأما التبذير فهو أن لا يعرف الرجل التصرف فيعين فيه ، وأما السفه فهو أن يفسد ماله ويسرف فيه ويضيعه بما لا ينبغى أن يفعله مع معرفته بالتصرف وقدرته على ضبطه ، فللقاضى أن يحجر عليه ويمنعه من التصرف عندهما • ولا يجوز ذلك عند أبى حنيفة • ووجه قوله ما بينا فى الافلاس من جهة الكتاب والنظر ، ووجه قولهما قوله تعالى : « فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفاً أو

---

(١) تحقيق فرحات زيادة رئيس قسم دراسات الشرق الأدنى جامعة واشنطن •

(٢) هو الامام ابو بكر أحمد بن عمرو بن مهير الشيبانى المعروف بالخصاف المتوفى سنة ٢٦١ هـ ٨٤٧ م

(٣) هو الامام ابو بكر بن على الرازى المعروف بالجصاص المتوفى سنة ٣٧٠ هـ ٩٨٠ م

لا يستطيع أن يمل هو » [1] الآية . فأخبر الله تعالى أن من كان سفيها أو ضعيفاً فى التصرف فلا يحسن الاملاء يتولى ذلك وليه .

ولا يجوز للولى أن يتولى مع بقاء ولايته فى ماله ، وهذا لا يكون الا محجوراً عليه ، ويحتجان أيضاً بالخبر المروى عن النبى صلى الله عليه وسلم « أن رجلا كان فى عقدته ضعف فجاءوا به الى النبى صلى الله عليه وسلم فقالوا : يارسول الله احجر على هذا فان فى عقدته ضعفاً ، فحجر عليه فقال : يارسول الله ، انى لا أصبر عن البيع ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : اذا بعت [2] فقل : لا خلابة » أى لاتغابن ، فلما حجر النبى صلى الله عليه وسلم على ذلك الرجل لأجل التبذير كان لنا أن نحجر على المبذر ، والجواب عن الآية أن نفس الآية تدل على صحة مذهب أبى حنيفة ، وذلك أن الله تعالى أجاز مداينة السفيه والضعيف الذى لا يستطيع أن يمل بقوله تعالى « يأيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى » [3] ثم عطف عليه قوله « فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا » [4] الآية . ولو كان السفه يوجب الحجر على الحجر لما أجاز عقد مداينة السفيه كما لا يجوز عقد مداينة المجنون ، فلما أثبت الله تعالى عقد مدانية السفية والضعيف والعاجز عن الاملاء ، ثم عطف عليه قوله « فليملل وليه بالعدل » فنحن نقول : ان المعطوف على العاجز عن الاملاء دون السفيه والضعيف ، وأراد أن الذى عليه الحق اذا كان عاجزاً عن املاء الشرط يملى وليه الشرط .

وقال المخالف فى هذا لأبى حنيفة : هو معطوف على السفيه والعاجز والضعيف جميعاً ، فعليه اقامة الدلالة على صحة دعواه أن المعطوف راجع الى جميع المذكورين فى الآية ، على أنه لو ثبت أن المراد بالمعطوف جميع المذكورين ، لم يكن فى ذلك دلالة على خلاف ما ذهب اليه أبو حنيفة . وذلك أن الهاء فى قوله تعالى : وليه ، يحتمل أن تكون كناية عن ولى العقد ،

---

(١) الآية ٢٨٢ من سورة البقرة .

(٢) رواه فى المسند جـ ٣ ص ٢١٧ بلفظ : « ان كنت غير تارك البيع فقل هوها ولا خلابة ، ولاها لاخلابة » فى سنن أبى داود فى كتاب البيوع « أن كنت غير تارك البيع فقل هاء وهاء ولا خلابة » .

(٣ ، ٤) من الآية ٢٨٢ من سورة البقرة .

ويحتمل أن تكون كناية عن ولى الذى عليه الحق ، فاذا احتمل الأمران لم يكن لهما دلالة فى ظاهر الآية ، ولم يكونا بها أولى بصرفها الى ولى الذى عليه الحق من أبى حنيفة بصرفه الى ولى العقد ، وصار كأنه قال : كان الذى عليه الحق سفيها وضعيفاً ولا يحسن أن يملل ، فليملل ولى العقد ، وهو الذى له الحق بالعدل ، واذا كان كذلك سقط اجتجاج أبى يوسف ومحمد ، فظاهر الآية لأبى حنيفة •

والجواب عن الخبر ، فهو أن الخبر يدل أيضاً على ابطال الحجر على الحجر البالغ ، وذلك أن النبى صلى الله عليه وسلم لما قال له الرجل : انى لا أصبر عن البيع لم يمنعه من البيع ، وأجاز بيعه ، وان كان قال له : « قل لا خلابة » ولو كان غير جائز لم يطلقه النبى صلى الله عليه وسلم فى التصرف لأجل أن لا يصبر عن البيع كما لا يطلق المجنون والصبى الذى لا يحسن أن يتصرف فى المال ، فلما أطلقه دل على أنه لم يحجر عليه حجراً يمنع التصرف وانما قال له : لا تبع ، على وجه الرفق به والشفقة عليه ، لا على وجه المنع من التصرف •

وقال أبو حنيفة : وان كان الرجل غير رشيد ولم يبلغ خمساً وعشرين سنة لم يدفع اليه ماله حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة ، وعندهما لا يدفعه اليه بعد خمس وعشرين سنة أيضاً حتى يؤنس منه الرشد • لأبى حنيفة فى منع المال عنه قبل خمس وعشرين سنة قوله تعالى : « فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم » [1] وهذا لم يؤنس منه الرشد فلا يستحق أخذ المال ، وهذا العموم يتناول جميع أحواله الا فى موضع تقوم الدلالة عليه ، هذا اعتماد أبى يوسف ومحمد ، وحجتهما على أبى حنيفة بعد خمس وعشرين سنة ، فانما يستحق أخذ ماله ، وان كان غير رشيد لقوله تعالى : « ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن حتى يبلغ أشده » [2] والأشد عند أبى حنيفة خمس وعشرون سنة ، وان كان قد قيل : أربعون سنة ، وقيل دون خمس وعشرين سنة ، فانه قد صح عنده أن بلوغ الأشد خمس وعشرون سنة • وان

---

(١) الآية ٦ من سورة النساء •
(٢) الآية ١٥٢ من سورة الأنعام •

كان كذلك وجب أن يستحق أخذ ماله اذا بلغ هذا المبلغ بهذه الآية وان لم يؤنس منه الرشد ، واذا أونس منه الرشد استحق أخذ ماله اذا بلغ هذا المبلغ بهذه الآية وان لم يؤنس منه الرشد ، واذا أونس منه الرشد استحق أخذ ماله قبل هذا المبلغ بقوله « فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم » [1] حتى نكون مستعملين للآيتين جميعاً ، فان قيل : فما الدليل على أن بلوغ الأشد خمس وعشرون سنة حتى تصح المسألة ؟ قيل له : الكلام فى هذا خارج عن مسألتنا اذ كانت فى أنه لم يستحق أخذ ماله بعد خمس وعشرين سنة ، وهذه المسئلة فى أنه لم يكن بلوغ الأشد خمساً وعشرين سنة ، فاذا كان سلم حجاج المسئلة الأولى والدليل أن الرجل قد يكون جداً لخمس وعشرين سنة ، وغير جائز أن يكون جداً وهو لم يبلغ الأشد ، فيكون فى حد الصغر لاستحالة اجتماع حد الشيخوخة وحد الصغر، وانما قلنا انه يجوز أن يكون جداً لخمس وعشرين سنة لأن أقل ما يبلغ فيه الرجل أثنتا عشرة سنة ، وأقل الحمل ستة أشهر ، فان كان كذلك يحتمل أن يبلغ هو استكمال الاثنتى عشرة ، وقد تزوج امرأة فدخل بها فتلد امرأته لستة أشهر ، ويبلغ ولده فى اثنتى عشرة سنة أيضاً ، ويتزوج امرأة ويدخل بها فتلد أيضاً لستة أشهر فذلك جمال خمس وعشرين سنة فبان لك هذا واتضح ••

فصل

فان باع هذا المحجور عليه أو اشترى نظر الحاكم فى ذلك ــ فان كانت اجازته خيراً له أجاز ذلك اذا كان فى ذلك توفير عليه وزيادة لماله ، وان كان رد ذلك خيراً له رده • وهذا على قولهما لأن القاضى انما حجر عليه لئلا يتلف ماله ، فاذا كان فى تصرفه خير له لم يبطل عليه ، وان كان شر له أبطله •

قال الجصاف : والمفسد لماله والذى لم يبلغ سواء الا فى أشياء ، أما هذا الذى بلغ فانه يخرج من ولاية الوصى عليه ، ولا يجوز أمر الوصى عليه فى

---

(١) الآية ٦ من سورة النساء .

شيء ، وان أعتق مملوكاً جاز عتقه ، ويسعى المعتق فى قيمته له ، وكذلك اذا دبر جاز تدبيره ، فان مات المعتق غير رشيد سعى المدبَّر فى جميع قيمته ، وتجوز وصاياه فيما يتقرب به الى الله تعالى من قبل أن الذى أوجب عليه الحجر كونه مفسداً للمال فيحجر عليه لئلا يبقى مفلساً ، فيحتاج أن يسأل الناس ، ومعنى الافساد والاحتياج الى السؤال معدوم بعد موته ، فيجوز تصرفه بعد موته من الثلث ، وهو القدر الذى يحكم له بالملك بعد الموت ، وأما العبد المدبر فانه يسعى فى قيمته وان كان تدبيره وصية ، لأن حكم التدبير قد استقر فيه قبل موت المحجور عليه ، ألا ترى أنه لا يصح الرجوع فيه ، فاذا كان كذلك صار مثل العتق فيلزمه السعاية ، وانما يسعى فى قيمته مدبراً ، ولم يسع فى قيمته عبداً غير مدبر ، لأن المدبر لا يحصل فى يد نفسه الا بعد موت المدبِّر • فاذا كان كذلك حصل المدبَّر فى يد نفسه وقيمة رقبته ناقصة بالتدبير ، فلا يجب عليه قيمة رقبته غير مدبَّرة •

فصل

لو طلق وقع الطلاق على امرأته ، لأن هذا مكلف لم يزل عنه التكليف بالحجر فيلزمه حكم قوله فى هذه العقود كلها ، الا أنه يبطل من العقود وغيره ما يلحقه الفسخ بالاقالة لكونه محجوراً عليه ، فصار كأن القاضى أبطله بعد اثباته ، ولا يبطل ما لا يلحقه الفسخ ، لأن القاضى لو قصد الى ابطاله بعد ثبوته لم يكن له أن يبطله ، فلذلك لا يبطل بالحجر ، وذلك مثل الطلاق والعتاق والتدبير والاستيلاد والنسب ، والنكاح مثل هذا قياساً على هذه العقود وان كان مما يلحقه الفسخ ، والعلة منع الفسخ فيه بالاقالة والرد بالعيب •

فصل

قال الخصاف : ولو حنث فى يمين أجزأه الصوم ولم يكن له أن يكفر من ماله ، ولو ظاهر كان عليه الصوم ، وان أعتق عن الظهار عبداً جاز العتق ولم يجز عن الكفارة وكذلك كفارة القتل ، وذلك لأن هذا محكوم بابطال التصرف فى ماله فصار كلا مالك فيما يلزمه نفسه كالاقرار بالمال للغير — انه

لا يجوز عليه ، لأنه بقوله أراد اثباته فكذلك الكفارة والنذر مثل هذا • وكما قلنا فى الهبة والصدقة ــ انه لا يجوز عليه ، فكذلك لا يجوز العتق ولا الاطعام ، وانما عليه الصيام فى ذلك كله ، كالعبد اذا أذن له مولاه فى الحج يلزمه الفدية من طعام أو صيام ــ ان عليه الصيام دون الاطعام ، وكالعبد اذا حنث أو ظاهر من امرأته ــ ان عليه الصوم ولا يجوز عنه العتق ، كذلك هذا مثله ــ •

وأيضاً لما كان هذا ممنوعاً من التصرف فى ماله غائباً عنه جاز أن يصوم عن الكفارة فى اليمين • وأما العتق فانما لم يجز عن الظهار والكفارة لأن العبد يلزمه السعاية بالعتق فصار كالعتق على مال ، ولو أعتق على مال لا يجزى عن الكفارة ، كذلك هذا ، وأما حجة الاسلام وزكاة الأموال فلا تسقط عنه ويلزمه ، لأن لزومه لم يكن من جهته ، وانما هو من جهة الله تعالى فلا يبطل حكمه بالحجر ــ وأما ما لزمه فى الحج من كفارة وجناية فلا يجوز فيه غير الصوم كالعبد ، لأن لزومه ذلك أيضا من جهته فصار مثل هبة يهبها هو •

قال الخصاف : والمرأة المفسدة فى هذا كالرجل قال الجصاص : لأن المعنى الذى يوجب الحجر على الرجل موجود فى المرأة ، وهو الاسراف والتبذير فلا فرق بينهما •

قال الشيخ : والقاضى انما يحجر على المفسد لماله لكيلا يفتقر فيسأل الناس فيتأذون بسؤاله اياهم ، ويحتمل أن يكون حجر عليه لأجل أنه اذا افتقر ولا يكون قادراً على الكسب ولا أحد ينفق عليه يلزمه النفقة من بيت المال ، فللامام أن يمنعه من ذلك لئلا يؤدى اسرافه الى استحقاق النفقة من بيت المال •

مسألة

قال : قال محمد ــ يعنى ابن الحسن الشيبانى ــ اذا بلغ الغلام مبلغ الرجال وهو مفسد غير مصلح فهو محجور عليه ، حجر القاضى عليه أو لم يحجر • قال الجصاص : ولم يذكر قول أبى يوسف • وعند أبى يوسف

لا يكون محجوراً عليه حتى يحجر عليه القاضى • والأصل فى هـذا أن أبا يوسف ومحمد قد اتفقا جميعاً أن المفلس لا يعيـد محجـوراً عليـه بنفس الافلاس ، والمريض يكون محجوراً بالمرض عند الجميع ، فقاس أبو يوسف مسئلتنا على الحجر بالافلاس لكونهما مكلفين فى حقوق الله تعالى ، ومحمد قاسها على حجر المريض لوجود السبب الموجب للحجر ، وهو الافساد فى المال هاهنا ، والمريض فى مسئلة المريض ، والجواب عن هـذا لأبى يوسف أن المريض ليس محجوراً عليه فى حال المرض ، وانما يصير محجوراً عليه بالموت• ألا ترى أنه لو برأ من المرض جاز جميع تصرفه ؟ فقـد علمت أن المرض لم يوجب الحجر ، ولا يصير به محجوراً عليه ويكون تصرفه موقوفاً على الموت، فان مات صار تصرفه مثل تصرف وصى الموت فيما أوصى اليه به ، فاذا كان كذلك لم يجز لمحمد قياس مسئلتنا على مسئلة المريض ، وجاز لأبى يوسف قياسها على مسئلة حجر الافلاس •

وأما فرق محمد بين مسئلتنا وبين مسئلة الافلاس ، أن الافلاس انما هو حكم من الحاكم ، ألا ترى أنه يأمره بأداء حق الطالب ، فان امتنع من ذلك حينئذ حجر عليه ويمنعه من التصرف فى ماله ، ويحكم بالافلاس ان كان ماله مستغرقاً بدينه ؟ وليس كذلك حجر المفسد ، لأن الافساد فى المال حاصل حكم عليه الحاكم أو لم يحكم • فالمعنى الموجب للحجر وهو الافسـاد حاصـل ، فينبغى أن يصير محجوراً عليه بنفس الافساد ، والأخبار المروية تشهد لأبى يوسف على محمد اذا لم نحملها على موافق مذهب أبى حنيفة • وذلك أن الذى أتى الى النبى صلى الله عليه وسلم وكان فى عقدته ضعف فقيل للنبى صلى الله عليه وسلم فى حجره فحجر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فلو كان الافساد نفسه صار حجراً ولم يكن يحجر رسـول الله صلى الله عليـه وسلم على الرجل ، بمعنى بل كان يقول : أنت قد صرت محجـوراً عليـه بالاسراف ، وكذلك خبر علىّ رضى الله عنه مع عبد الله بن جعفر : لو كان الاسراف حجراً لما أمر على رضى الله عنه عثمان بن عفان بحجره على عبد الله فبان •

مسـألة

قال الخصاف : ولو أن القاضى أمر هذا المفسد بعد الحجر عليه أن يبيع شيئاً من من ماله ويشترى ، فباع واشترى وقبض الثمن ، جاز جميع ما صنع من ذلك وكان أمر القاضى اخراجاً له من الحجر ، فان وهب أو تصدق لم يجز ذلك .

قال الجصاص تعقيباً : أما اطلاقه عن الحجر بأمره بالشراء والبيع كان اذناً فى التصرف كذلك هذا ، وأما بطلان هبته وصدقته فلأن اطلاقه عن الحجر انما جوز له التصرف فى التجارة ولم يوجب جواز الهبة والصدقة كما قلنا فى اذن العبد والصبى ، فان قيل : لما كان المانع من الهبة والصدقة فى مسئلتنا هو الحجر ، والحجر قد ارتفع باطلاق القاضى فلم لا تجوز الهبة والصدقة ؟ قيل له : من قبل أن هذا الاطلاق انما أوجب له الاذن فى التجارة ولم يوجب أكثر من ذلك ، اذ كان المعنى للحجر موجوداً ، وانما أذن له فى التصرف بهذا الاطلاق لمنفعته ، فلو كان ذلك موجباً لجواز هبته وصدقته لم يكن فى ذلك حفظ لماله . قال الخصاف : ولو أمره القاضى ببيع عبد له بعينه أو شىء بعينه لم يكن هذا اخراجاً له من الحجر . قال الجصاص : كما قلنا فى المأذون : انه لا يكون بذلك مأذوناً فى التصرف .

مسـألة

قال الخصاف : ولو قال له : قد أذنت لك فى التجارة بمحضر من أهل سوقه ولا أجيز عليك من ذلك الا ما كان بمعاينة من الشهود ، فأما ما كان من اقرار لم أجزه فهو كما قال القاضى ــ وقال الجصاص تعقيباً : فلا يجوز اقراره ولا ما يتصرف به من غير معاينة الشهود ، ولا يشبه هذا المأذون من قبل أن القاضى حجر عليه لاستفساده فى ماله لا لمعنى غير ذلك فله أن يمنعه مما يوجب الاستفساد فى المال من الاقرار وغير ذلك . ولا يمنعه مما يوجب الاستصلاح فى المال . وأما العبد والصبى فلم يكن الحجر عليهما لأجل الاستفساد ، وانما كان الصبى محجوراً لأنه غير مكلف ، فلا يكون قوله

قولا فيما يتعلق به من الأحكام ، وكذلك العبد لا يكون قوله قولا فيما يلزم المولى ، فاذا أذن له فى بعض التجارات صار قوله قولا صحيحاً ، فلا يختص بعض التجارات دون بعض •

قال الخصاف : ولو أن غلاماً أدرك وهو مصلح لماله فأتجر فى ماله وأقر بديون ووهب وتصدق ثم أفسد بعد ذلك وصار الى حال من يستحق الحجر جاز ما صنع من ذلك فى حال الصلاح • وقال الجصاص تعليقاً : وأما فعله فى حال الفساد ــ يعنى أن القاضى اذا رفع اليه أمره أجاز ما صنع فى حال الصلاح ، ويبطل ما صنعه فى حال الفساد لأن التصرف فى حال الفساد لم يصح على قول أبى يوسف ، بل تصرفه واقع الا أن القاضى ينظر فيه ، فما كان رده خيراً له رده ، وما كان امضاؤه خيراً له أمضاه ، وأما ما صنعه فى حال الصلاح فهو ماض ليس لأحد عليه الاعتراض • وأما على قول محمد فما صنعه فى حال الفساد باطل لأنه يصير محجوراً عليه بنفس الافساد عنده ، فلا يجوز تصرفه بعد ذلك •

الخصاف : والفساد الذى يستحق الحجر كل من كان مفسداً لماله مضيعاً لا يبالى بما صنع به ، سواء كان ذلك الاسراف فى المال فى الفجور والملاهى أو فى غير ذلك من الاسراف والتبذير • فأما من كان فاسداً فى دينه فاجراً فى نفسه الا أنه حافظ لماله لم يستحق الحجر •

الجصاص : لأن الحجر وجب ههنا لأجل تلف المال لا لغير ذلك ، فلا يحجر على غير متلف لماله على وجه السفه والتبذير •

الخصاف : ولو أن قاضيا حجر على رجل مسلم مفسد لماله فجاء قاصد آخر فأطلقه عن حَجْره وأجاز ما صنع فى ماله قبل الاطلاق فهو جائز ، الا أن تكون عقوداً رفعت الى القاضى المعزول فأبطلها ، فلا يجوز للثانى أن يجيزها ويبطل حكم الأول •

الجصاص : وذلك لأن ما لم يبطله القاضى الأول من التصرف كان موقوفاً

لم يجز عليه الحكم بالجواز ، ولا بالبطلان ، فللثانى أن يجيزه اذا كان ذلك قبله الاجتهاد ، وأدى اجتهاده الى جوازه ، ولم يكن فى ذلك ابطال حكم . وأماما أبطله الأول فانما لم يجز للثانى انفاذه ، لأن القاضى الأول قد حكم بابطاله فى موضع يسوغ الاجتهاد فيه ، اذ كانت مسألة الحجر مما يسوغ فيها الاجتهاد ، فلا يجوز لأحد أن يتعقبه بابطاله ذلك الحكم بالاجتهاد كما أن الصلاة اذا أدّيت باجتهاد لا يجوز أن تبطل باجتهاد .

الخصاف : فان لم ينفذ هذا الثانى قضاء الأول بابطال تصرف المحجور عليه وأجاز تصرفه ، ثم جاء قاض آخر ــ فان القاضى الثالث ينبغى أن ينفذ حكم الأول بابطال العقود التى أبطلها ، ويبطل حكم الثانى .

الجصاص : لأن حكم الأول قد وقع باجتهاد منه فى موضع يسوغ له الاجتهاد فيكون صحيحا ، وحكم الثانى كان فاسداً ، لأنه حكم بما لا يسوغ فيه الاجتهاد ، اذ ليس بين الناس خلاف أن حكم الحاكم اذا وقع باجتهاد فى موضع يسوغ الاجتهاد فيه لا ينقض أبداً .

الخصاف : فان باع هذا المفسد المحجور عليه شيئاً من ماله وقبض ثمنه لم يكن للذى دفع اليه المال أن يرجع عليه بماله .

الجصاص : كذا قال الخصاف ولم يبين أن المبيع هو فى يدى المشترى أو فى يدى البائع المفسد ، أو هو قائم أو هالك ، وأن الثمن فى يدى البائع أولا ؟ وقال محمد فى كتاب الحجر فى المفسد لماله : اذا باع شيئاً ببينة ثم رفع ذلك الى القاضى نظر فيه ــ فأن رأى ما باع رغبة أجازه ان كان الثمن قائماً ، وان كان ضاع فى يده لم يجزه القاضى ــ قال : لأنه اذا أجازه جاز قبضه الثمن قال : وكذلك لو كان قبض الثمن بدفع المشترى اليه واستهلكه بين يدى الشهود ، فانه ينقض بيعه ، ولا يلزم المحجور عليه شىء من الثمن قال : فان كان المحجور عليه حين قبض الثمن أنفقه على نفسه نفقه مثله فى مثل تلك المدة ، أو حج به حجة الاسلام أو أدى منه زكاة ماله ، ثم رفع الى القاضى ــ نظر فيه ــ فان كان البيع رغبة أو كانت قيمته مثل الثمن الذى أخذه أجاز

البيع وأبرأ المشترى من الثمن ، وان كان فيه محاباة فأبطله القاضى لم يبطل الثمن عن المحجور عليه ، لكن القاضى يقضيه من مال •

فبين محمد بهذا أن الثمن اذا كان مستهلكا بما يجوز للمحجوز عليه أن يفعله كالانفاق على نفسه بنفقه مثله ، وكأداء الحج به ، وأداء الزكاة ، وكأداء مهر المرأة ، ان قبضه للثمن قبض صحيح ، وعلى القاضى أن يرد على المشترى مثله من مال المحجور عليه ، ان أبطل البيع لأجل المحاباة •

وان أجاز البيع لرغبة فيه لم يلزم المشترى ثمن آخر غير ما نقده للمحجور عليه ــ وهذا بين على ما قاله لأنه ليس فى ذلك افساد لماله اذ الحج لازم له ، وكذلك الزكاة ومهر المرأة ونفقة مثله ، فاذا فعل ما يستحقه ولم يكن القاضى منعه صار فى ذلك مثل غير المحجور ، ويجوز له استقراضه لذلك لأنه جاز قبض الثمن واتفاقه على ذلك الوجه •

وأما اذا لم ينفقه على الوجه الذى بينا ولكنه استهلكه على وجه الافساد فانه قال : ينبغى أن يبطل القاضى بيعه وان لم يكن فيه محاباة للمشترى •

قال : لأنه لو أجاز له البيع جاز قبضه الثمن ، اذ لا يلزمه من ضمان الثمن شيء • قال : وكذلك لو قبضه واستهلكه بمحضر من الشهود لم يلزمه ضمانه • قال : وان كان الثمن قائما بعينه » وكان فى البيع رغبة أجازه من قبل أنه لا يلزمه ضمان الثمن الذى هو قيمة المبيع الحاصل فى يده • ولم يذكر اذا كان فيه للمشترى والثمن مستهلك على وجه الافساد كيف يكون حكمه ، ينبغى أن لا يضمن شيئاً اذا أبطل القاضى بيعه كما قلنا فى غير المحاباة ، فصار تحصيل هذا أن المحجوز اذا قبض الثمن واستهلكه على الوجه الذى له فعله كالنفقة فى الحج والزكاة والمهر كان قبضه قبضاً صحيحاً ، فان أجاز القاضى البيع ففى ماله مثل ما قبض من الثمن ، وقد بينا وجه هذا •

وان كان استهلاكه على غير الوجه الذى بينا ، وكان فى البيع محاباة أو لم يكن ، فان قبضه الثمن باطل وليس عليه شيء مما استهلكه من الثمن ، ولا للقاضى أن يجيز البيع كان فيه محاباة أو لم يكن • وينبغى أن يكون هذا

على قول أبى يوسف فينبغى أن يضمن مثل ما قبض من الثمن كما قال فى استقراض الصبى من البالغ الحر ، ان الصبى لا يضمن ما استهلك من القرض عند محمد ، وهو قول أبى حنيفة ، وعند أبى يوسف يضمن ، كذلك هذا ينبغى أن يكون على ذلك الخلاف بين أبى يوسف ومحمد ، وعلى قول أبى حنيفة هو مثل غير المحجور عليه يجوز تصرفه لأن الحجر عليه باطل ، ووجه قول محمد فى مسئلة القرض ، وهو قول أبى حنيفة ، أن قول الصبى كلا قول اذا كان محجوراً ، فصار كأنه قبض المال المستقرض ، ولم يضمن له رد مثله فلا ضمان عليه ، اذ قد سلطه القرض على استهلاكه ، لأن القرض يوجب التمليك وجواز التصرف فيه • واذا كان القرض قد سلط الصبى استهلاله ولم يكن من الصبى قول يوجب ضمان مثله اذ قوله كلا قول ، لم يلزم الصبى شىء ، كرجل دفع مالا الى صبى قاصر وأمره بالانفاق على نفسه من غير ايجاب الضمان عليه ، فلا يجب على المدفوع له شىء للدافع • فاذا صح هذا فى مسئلة القرض بنى محمد هذه المسئلة على تلك ، لأن قول المحجور عليه كلا قول فيما يلزمه من الضمان فى ماله وقد وجد من المشترى تسليطه على الثمن •

واذا استهلكه بأمره من غير ايجاب قول يوجب الضمان عليه لم يلزمه شىء ، وعند أبى يوسف : لما كان الصبى ضامناً لما استهلكه على وجه القرض كذلك هذا ، ما استهلكه على وجه البيع يكون ضامناً اذ الدافع لم يوجب تسليطه عليه الا على وجه البدل ، فاذا لم يحصل له البدل رجع عليه بالمدفوع، وأما اذا كان الثمن قائماً بعينه فان المشترى يأخذه متى ما أبطل القاضى البيع وان أجاز القاضى البيع سلم القاضى المبيع للمشترى ، وسلم الثمن للمحجور عليه ، لأن العقد اذا ارتفع عاد ملك كل واحد منهما أن يرجع على صاحبه بما قبضه منه • فهذه الوجوه كلها داخلة تحت مسألة الكتاب ، وقد أجمل الخصاف جوابها وقال : (لا ضمان عليه فيما قبض من الثمن) وهذا غلط على هذا الاجماع والجواب على ما فسرنا •

الخصاف : وقال محمد فى المحجور عليه يزوج ابنته أو أخته وهما صغيرتان ، قال : تزويجه باطل •

الجصاص : من قبل أن عندنا كل من لا يملك ولاية نفس فى التصرف لا يلى على غيره بدلالة المجنون والصبى لما لم يليا التصرف فى ماليهما لم يليا عقد النكاح على غيرهما • فان قيل : ان هذا يلى عقد النكاح بدلالة أن له أن يتزوج فلذلك ينبغى أن يزوج ، قيل له : ان يجر عقده للنكاح فهو ليس لأنه يلى عقد النكاح • ألا ترى أنه لو تزوج بأكثر من مهر مثلها لم يجز عليه الفضل ؟ فاذا كان كذلك قلنا : ان جواز عقد النكاح بمهر المثل بمنزل شراء شىء بمثل القيمة ، ان للقاضى أن يجوزه ، وان لم يكن ذلك دليلا على جواز التصرف فى ماله • كذلك جواز النكاح لنفسه بمهر المثل لا يدل على كو نه وليا فى ايقاع عقد النكاح على غيره •

الخصاف : ولو اختلف المحجور عليه والمشترى فى البيع فقال المحجور عليه : اشتريته منى فى حال الحجر ، وقال المشترى : اشتريته منك فى حال الصلاح فالقول قول المحجور عليه •

الجصاص : لأن المشترى يدعى تاريخاً متقدماً ، ولا يعلم ذلك الا بقوله ، والمحجور عليه يدعى الحال ، فالقول قوله لكون الظاهر معه •

الخصاف : فان أقاما البينة على دعواهما فالبينة بينة المشترى •

الجصاص : لأنه قد أثبت تاريخاً متقدماً ببينته تنكر بينة المحجور عليه فتكون بينة الاثبات أولى •

الخصاف : ولو أطلق عنه الحجر ثم اختلفا كذلك ، فقال المحجور عليه : اشتريتهُ فى حال الحجر ، وقال المشترى : اشتريتهُ قبل الحجر ، كان القول قول المحجور عليه •

الجصاص : للعلة التى ذكرناها وهى أن المشترى يدعى اثبات تاريخ متقدم للحجر ، والمحجور عليه ينكر ذلك فالقول قوله •

الخصاف : ولو اختلفا فقال المحجور عليه : اشتريته منى فى حال الحجر ، وقال المشترى : اشتريته منك بعد ما أطلق عنك الحجر ، فالقول قول المشترى •

الجصاص : ولا تشبه هذه المسئلة الأولى من قبل أن المشترى هاهنا لم يدع اثبات تاريخ قبل الحجر ، وانما ادعى شراءه بعد اطلاق الحجر عنه ، والمحجور عليه ادعى اثبات تاريخ قبل الاطلاق ولا يُعْلم هذا التاريخ ، فصار الظاهر ها هنا مع المشترى ، وصار المحجور عليه هو المدعى بخلاف الظاهر فعليه البينة على دعواه ، والقول قول المشترى على نفى تاريخ متقدم للاطلاق، وفى المسألة الأولى ادعى المشترى الشراء قبل الحجر ، وادعى ذلك اثبات تاريخ متقدم للحجر ، والمحجور عليه ينكر ذلك وادعى أنه لم يقع العقد الا فى حال الحجر ، والقول قوله اذا الظاهر معه انتهى من كتاب أدب القاضى.

* * *

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب الصـــلح

اذا كان لرجل عند رجل عين فى يده ، او دين فى ذمته ، جاز ان يصـالح منه والدليل عليه ما روى ابو هريرة رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « المسلمون على شروطهم ، والصلح جائز بين المســلمين » فان صالح عن المال على مال ، فهو بيع يثبت فيه ما يثبت فى البيع من الخيار ، ويحرم فيه ما يحرم فى البيع من الغرر ، والجهالة ، والربا ، ويفسد بما يفسد به البيع من الشروط الفاسدة ، لأنه باع ماله بمال ، فكان حكمه حكم البيـع فيما ذكرناه ، وان صالحه من دين على دين وتفرقا قبل القبض لم يصح ، لأنه بيع دين بدين تفرقا فيه قبل القبض ، فان صالحه من دين على عين ، وتفرقا قبل القبض ، ففيه وجهان :

(احدهما) لا يصح ، لانهما تفرقا والعوض والمعوض فى ضمان واحـد ، فاشبه اذا تفرقا عن دين بدين . (والثانى) يصح ، لانه بيع عين بدين فصار كبيع العين بالثمن فى الذمة وان صالح عن المال على منفعة فهو اجارة يثبت فيه ما يثبت فى الاجارة من الخيار . ويبطل بما تبطل به الاجارة من الجهالة . لأنه استاجر منفعة بالمال فكان حكمه فيما ذكرناه حكم الاجارة .

فصـــل وان صالح من دار على نصفها ففيه وجهان (احدهما) لا يصح ، لانه ابتاع ماله بماله (والثانى) يصح ، لانه لما عقد بلفظ الصلح صار كانه وهب النصف واخذ النصف ، وان صالحه من الدار على سكناها سنة ففيه وجهان : (احدهما) لا يصح لانه ابتاع داره بمنفعتها . (والثانى) يصح ، لانه لما عقـد بلفظ الصلح صار كما لو اخذ الدار واعاره سكناها سنة ، وان صالحه مـن الف درهم على خمسمائة ففيه وجهـان (احـدهما)لا يصح ، لانه بيع الف بخمسمائة (والثانى) انه يصح لانه لما عقد بلفظ الصلح جعل كانه قال : ابرأتك من خمسمائة واعطنى خمسمائة) .

الشرح حديث أبى هريرة أخرجه أبو داود والحاكم من طريق كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبى هريرة . قال الحاكم : على شرطهما وصححه ابن حبان . ورواه الترمذى وحسنه بزيادة « المسلمون على شروطهم الا شرطاً حرم حلالا أو أحل حراماً » عن عمرو بن عوف . وقال الترمذى :

هذا حديث حسن صحيح • ورواه أبو داود وابن ماجه والترمذى أيضاً عن عمرو بن عوف بلفظ أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الصلح جائز بين المسلمين الا صلحاً حرم حلالا أو أحل حراماً » وأخرجه الحاكم وابن حبان فى اسناده عند هؤلاء جميعاً كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه وهو ضعيف جداً ، قال فيه الشافعى وأبو داود : هو ركن من أركان الكذب ، وقال النسائى : ليس بثقة • وقال ابن حبان : له عن أبيه عن جده نسخة موضوعة ، وتركه أحمد ، وقد نوقش الترمذى فى تصحيحه لهذا الحديث • قال الذهبى : فروى من حديثه « الصلح جائز بين المسلمين » وصححه ، فلهذا لا يعتمد العلماء على تصحيحه •

وقال ابن كثير فى ارشاده : قد نوقش أبو عيسى الترمذى فى تصحيحه هذا الحديث وما شاكله وقد اعتذر له الحافظ ابن حجر العسقلانى فقال فى بلوغ المرام : وكأنه اعتبره بكثرة طرقه ، وقد صححه ابن حبان من طريق أبى هريرة ، وقال فى الفتح : وكأنه اعتبره بكثرة طرقه ، وذلك لأنه رواه أبو داود والحاكم من طريق كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبى هريرة ا هـ•

وأخرجه أيضاً الحاكم من طريق أنس ، وأخرجه أيضاً من حديث عائشة ، وكذلك الدارقطنى • وأخرجه أحمد من حديث سليمان بن بلال عن العلاء عن أبيه عن أبى هريرة وأخرجه ابن أبى شيبة عن عطاء مرسلا • وأخرجه البيهقى موقوفا على عمر كتبه الى أبى موسى الأشعرى ، وقد صرح الحافظ ابن حجر بأن اسناد حديث أنس واسناد حديث عائشة واهيان ، وضعف ابن حزم حديث أبى هريرة الذى ساقه المصنف ، وكذلك ضعفه عبد الحق •

وقد روى من طريق عبد الله بن الحسين المصيصى ، وهو ثقة ، وكثير بن زيد المذكور قا لأبو زرعة : صدوق ، ووثقه ابن معين ، والوليد بن رباح صدوق أيضاً ، ولا يخفى أن الأحاديث المذكورة ، والطرق يشهد بعضها لبعض • قال الشوكانى : فأقل أحوالها أن يكون المتن الذى اجتمعت عليه حسنا •

وقال الحافظ فى التلخيص الحبير :

حديث أبى هريرة « الصلح جائز بين المسلمين الا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالا » أبو داود وابن حبان والحاكم من طريق الوليد بن رباح عنه بتمامه ، ورواه أحمد من حديث سليمان بن بلال عن العلاء عن أبيه عن أبى هريرة دون الاستثناء • وفى الباب عن عمرو بن عوف وغيره كما سيأتى قريباً ، قوله : ووقف هذا الحديث على عمر أشهر ، البيهقى فى المعرفة من طريق أبى العوام البصرى قال : كتب عمر الى أبى موسى فذكر الحديث وفيه : « والصلح جائز » فذكره بتمامه ، ورواه فى السنن من طريق أخرى الى سعيد ابن أبى بردة قال : هذا كتاب عمر الى أبى موسى فذكره فيه ، وسيأتى فى كتاب القضاء تاما ان شاء الله قلت لم أجده ذكره فى كتاب القضاء والله أعلم

أما لغات الفصل فالصلح هو التوفيق ، ومنه صلح الحديبية ، والصلاح هو الخير والصواب وفلان صالح للأمر أى له أهلية القيام به وفى الدين أقسام : صلح المسلم مع الكافر • والصلح بين الزوجين والصلح بين الفئتين الباغية والعادلة والصلح بين المتقاضين • والصلح فى الجراح كالعفو على المال • والصلح لقطع الخصومة اذا وقعت المزاحمة اما فى الأملاك أو فى المشتركات وهذا الصلح الأخير هو الذى يتكلم فيه أصحابنا من أهل الفروع•

أما أحكام الفصل فان الأصل فى جواز الصلح الكتاب والسنة والاجماع •

أما الكتاب فقوله تعالى : (وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما) الآية فأمر الله تعالى بالصلح بين المؤمنين • وقوله تعالى : (وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير) وقوله تعالى : (وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما) فدلت هذه الآيات على جواز الصلح •

أما السنة : فقد روى البخارى وأحمد والترمذى وصححه عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من كانت عنده مظلمة لأخيه من عرضه أو شىء فليتحلل منه اليوم قبل أن لا يكون

دينار ولا درهم ان كان له عمل صالح أخذ منه بقدر مظلمته وان لم تكن له حسنات أخذ من سيئات صاحبه فحمل عليه » لفظ البخاري هكذا ، أما الآخران فقالا فيه « مظلمة من مال أو عرض » .

وحديث أبي هريرة الذى ساقه المصنف وأحاديث أخرى تأتى فى فصول الصلح الآتية ان شاء الله تعالى .

وأما الاجماع فان الأمة أجمعت على جوازه .

اذا ثبت هذا فان الصلح فرع على غيره ، وهو ينقسم على خمسة أقسام : قسم هو فرع على البيع ، وهو أن يدعى عليه عيناً فى يده فيقر له بها فيصالحه من ذلك على عين أو دين ، فهذا حكمه حكم ما لو اشترى منه عينا بعين أخرى أو بدين ، فيعتبر فيه ما يعتبر فى البيع من الربا . ويبطل بما يبطل فيه البيع من الغرر وثبت فيه ما ثبت فى البيع من الخيار ، لأن ذلك مع تلفظ الصلح .

وان ادعى عليه ديناً فى ذمته فأقر له به ثم صالحه منه على ذمته وتفرقا قبل القبض ، لم يصح الصلح ، كما لا يصح فى بيع الدين بالدين ، وان صالحه منه على عين وقبض العين قبل التفرق صح الصلح ـ اذا كان الدين مما يصح أخذ العوض عنه وان افترقا عن المجلس قبل قبض العين فهل يصح ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يصح لأنهما افترقا والعوض فى ضمان واحد فلم يصح ، كما لو صالحه من دين على دين وتفرقا قبل القبض (والثانى) يصح كما يصح فى بيع العين بالدين .

(القسم الثانى) صلح هو فرع على الاجارة ، وهو أن يدعى عليه عينا فى يده أو دينا فى ذمته فيقر له به ، ثم يصالحه من ذلك على سكنى داره شهراً ، أو استعمال سيارته مدة معلومة ، ويملك المقر ما ادعى عليه به ، ويملك المقر له منفعة الدار والسيارة ، كما لو استأجر منه ذلك ، ويشترط فيه ما يشترط فى الاجارة على ما يأتى بيانه فى موضعه ان شاء الله تعالى .

(القسم الثالث) صلح هو فرع على الابراء والحطيطة ، وهو أن يدعى

عليه ألفا فى ذمته فيقر له بها فيصالحه على بعضها • قال الشيخ أبو حامد : فهذا ينقسم قسمين (أحدهما) أن يقول الذى عليه الحق لمن له الحق : أدفع اليك خمسمائة بشرط أن تسقط عنى الخمسمائة الأخرى ، أو يقول صاحب الحق : ادفع الىّ خمسمائة على أن أسقط عنك الخمسمائة الأخرى فهذا لا يجوز • فاذا فعلا ذلك كان باطلا ، وكان لصاحب الألف المقر له أن يطالب بالخمسمائة الأخرى ، لأنه دفع اليه بعض حقه وشرط شرطاً لا يلزمه ، فسقط الشرط ، ووجب الألف بالاقرار (والثانى) أن يقول أدفع اليك خمسمائة وأبرئنى من خمسمائة أو يقول الذى له الحق : أدفع الىّ خمسمائة فقد أبرأتك من الخمسمائة الأخرى ، فان هذا يجوز ، اذا لم يدخل فيه حرف الشرط • وهو قوله على أن تبرئنى ، أو بشرط أن تبرئنى لأنه كان له حق فأخذ بعضه وأبرأ من البعض • ا هـ •

وقد قال المصنف : وان صالحه من ألف على خمسمائة ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح كما لو باع ألفاً بخمسمائة (والثانى) يصح لأنه لما عقد بلفظ الصلح صار كأنه قال أبرأتك من خمسمائة وأعطنى خمسمائة •

وقال المسعودى : اذا ادعى عليه ألف درهم حالة فأقر له بها ثم صالحه على خمسمائة مؤجلة صح الصلح ولا يلزم الأجل • وان ادعى عليه ألف درهم مؤجلة فأقر له بها ثم صالحه عنها على خمسمائة حالة لم يصح ، لأنه جعل الخمسمائة التى تركها عوضاً للحلول • وذلك لا يجوز أخذ العوض عليه • وان ادعى عليه ألف درهم صحاحا فأقر له بها ثم صالحه على خمسمائة مكسرة قال المسعودى : صح الصلح ، ولا يلزمه أخذ المكسرة ، بل يجب له خمسمائة صحاح ، لأن الصحة صفة فلا يصح الابراء منها • ا هـ •

(القسم الرابع) صلح هو فرع على الهبة ، وهو أن يدعى عليه داراً فيقر بها • فقال المقر : أدفع اليك نصفها ووهبتك النصف الآخر صحت الهبة ، لأنها مجردة غير معلقة على شرط ، وان كان بلفظ الصلح بأن قال المقر للمقر له : صالحنى من هذه الدار بنصفها فذكر المصنف أنها على وجهين (أحدهما) لا يصح ، لأنه باع ماله بماله (والثانى) ولم يذكر ابن الصباغ غيره أنه

يصح ، لأنه لما عقد بلفظ الصلح صار كما لو قال : ادفع الى نصفها ووهبتك النصف الثانى •

(القسم الخامس) صلح هو فرع على العارية بأن يدعى عليه داراً فى يده فأقر له بها ثم قال المقر له للمقر : صالحنى عن هذه الدار بسكناها سنة ، فقال المقر صالحتك ، صح الصلح ، ويكون كأن المقر له أعار المقر أن يسكنها سنة قال المسعودى « وللمقر له أن يرجع فى عاريته » وذكر المصنف أنها على وجهين • (أحدهما) هذا (والثانى) لا يصح لأنه ابتاع داره بمنفعتها •

فرع قال الشافعى رضى الله عنه « فان صالح الرجل أخاه من مورثه ، فان عرفا ما صالحه عليه بشىء يجوز فى البيع جاز • وهذا كما قال اذا ورث اثنان من ابنهما أو أخيهما مالا فصالح أحدهما الآخر عن نصيبه ، فان هذا فرع للبيع ، فاذا شاهد التركة وعرف العوض صح الصلح كما لو اشتراه بلفظ الشراء » •

فرع وان صالحه عن الدراهم على دنانير أو على الدنانير على دراهم ، فان ذلك صرف ، ويشترط فيه قبض العوض فى المجلس كما قلنا فى الصرف •

فرع اذا أتلف عليه ثوباً أو حيوانا قيمته دينار فأقر له به ، ثم صالحه من ذلك على أكثر منه ، لم يصح الصلح •

دليلنا أن الواجب فى ذمته قيمة المتلف فلم يصح الصلح على أكثر منه ، كما لو غصب منه ديناراً ثم صالحه على أكثر منه ، وان صالحه عن قيمة الحيوان بعوض وجعله مؤجلا لم يتأجل العوض ولم يصح الصلح • وقال أبو حنيفة : يصح •

دليلنا أن الواجب هو دين حال فى ذمته ، فاذا كان العوض عنه مؤجلا كان بيع الدين بالدين • وذلك لا يجوز • وان ادعى عليه مالا مجهولا فأقر له به وصالحه عليه بعوض لم يصح الصلح ، وقال أبو حنيفة : يصح •

دليلنا : أن ذلك معاوضة ، ولهذا ثبت بالشقص فيه الشفعة ، فلم يصح فى المجهول كالبيع .

قال الشافعى رضى الله عنه « اذا ادعى على رجل شيئاً مجملا فأقر له به ثم صالحه منه على شىء صح الصلح » قال الشيخ أبو حامد أراد اذا كان المعقود عليه معلوما فيما بين المتعاقدين فيصح وان لم يسمياه ، كما اذا قال : بعت منك الشىء الذى أعرفه أنا وأنت بكذا فقال : ابتعت فانه يصح والله تعالى أعلم .

وقد أجمل الخرقى من الحنابلة الصلح الجائز عندهم بقوله : والصلح الذى يجوز هو أن يكون للمدعى حق لا يعلمه المدعى عليه فيصطلحان على بعضه ، فان كان يعلم ما عليه فجحده فالصلح باطل . ا هـ . وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والثورى أن الصلح على الانكار صحيح ، ولكن الشافعى قال : لا يصح لأنه عاوض على ما لم يثبت له ، فلم تصح المعاوضة كما لو باع مال غيره ، ولأنه عقد معاوضة خلا عن العوض فى أحد جانبيه ، فبطل كالصلح على حد القذف .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان ادعى عليه عيناً فى يده او دينا فى ذمته فانكر المدعى عليه فصالحه منه على عوض لم يصح الصلح ، لان المدعى اعتاض عما لا يملكه فصار كمن باع مال غيره . والمدعى عليه عارض على ملكه ، فصار كمن ابتاع مال نفسه من وكيله . فان جاء اجنبى الى المدعى وصدقه على ما ادعاه وقال : صالحنى منه على مال لم يخل اما ان يكون المدعى عينا او دينا ، فان كان دينا نظرت فان صالحه عن المدعى عليه صح الصلح ، لانه ان كان قد وكله المدعى عليه فقد قضى دينه باذنه ، وان لم يوكله فقد قضى دينه بغير اذنه . وذلك يجوز فان صالحه عن نفسه وقال : صالحنى عن هذا الدين ليكون لى فى ذمة المدعى عليه ، ففيه وجهان بناء على الوجهين فى بيع الدين من غير من عليه .

(احدهما) لا يصح ، لانه لا يقدر على تسليم ما فى ذمة المدعى عليه .

(والثانى) يصح كما لو اشترى وديعة فى يد غيره ، وان كان المدعى عينا ، فان صالحه عن المدعى عليه وقال : قد اقر لك فى الباطن ووكلنى فى مصالحتك،

فصدقه المدعى صح الصلح ، لأن الاعتبار بالمتعاقدين وقد اتفقا على ما يجوز العقد عليه فجاز . ثم ينظر فيه فان كان قد أذن له فى الصلح ملك المدعى عليه العين لانه ابتاعه له وكيله ، وان لم يكن اذن له فى الصلح لم يملك المدعى عليه العين لانه ابتاع له عينا بغير اذنه فلم يملكه . ومن أصحابنا من قال : يملكه ويصير هذا الصلح استنقاذاً لماله ، كما قال الشافعى رحمه الله فى رجل فى يده دار فجعلها مسجداً ، ثم ادعاها رجل فانكر فاستنقذه الجيران من المدعى بغير اذن المدعى عليه أنه يجوز ذلك . وان صالحه لنفسه فقال : أنا اعلم انه لك فصالحنى فانا اقدر على اخذه ، صح الصلح لانه بمنزلة بيع المغصوب ممن يقدر على اخذه ، فان اخذه استقر الصلح ، وان لم يقدر على اخذه فهو بالخيار بين ان يفسخ ويرجع الى ما دفع وبين ان يصبر الى ان يقدر ، كمن ابتاع عبداً فابق قبل القبض) .

الشرح الأحكام : اذا ادعى عليه عيناً فى يده أو دينا فى ذمته فأنكره المدعى عليه ثم صالحه على عين أو دين فى ذمته لم يصح الصلح بلا خلاف على المذهب ، لأنه ابتاع ملكه ، وان ادعى عليه ألف درهم فى ذمته ، فأنكره ، ثم صالحه على خمسمائة منها وقلنا : يصح صلح الحطيطة فهل يصح هذا الصلح ؟ فيه وجهان حكاهما فى الابانة . (أحدهما) لا يصح ، لأنه صلح على الانكار فلم يصح ، كما لو ادعى عليه عينا فأنكره (والثانى) يصح ، والفرق بينهما أن فى صلح المعاوضة يحتاج الى ثبوت العوضين برضى المتعاقدين وليس العين المدعى بها ثابتة للمدعى حتى يأخذ عليها عوضاً ، وههنا هو ابراء فلا يحتاج الى رضاء صاحبه ، هذا مذهبنا ، وأن الصلح على الانكار لا يصح . وقال ابن أبى ليلى : ان أنكره لم يصح الصلح ، وان سكت صح الصلح .

دليلنا : قوله تعالى « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » والصلح على الانكار من أكل المال بالباطل ، لأن من ادعى على غيره داراً فى يده فأنكر ذلك المدعى عليه ثم صالحه عنها بعوض فقد ابتاع ماله بماله ، وهذا لا يجوز ، وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لبلال ابن الحارث « يا بلال اعلم أن الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما » .

وهذا المدعى لا يخلو اما أن يكون كاذباً أو صادقاً ، فان كان كاذباً فهذا

الصلح الذى يصالح به يحل له ما هو حرام عليه ، وان كان صادقاً فانه يستحق جميع ما يدعيه ، فاذا أخذ بعضه بالصلح فالصلح حرم عليه الباقى الذى كان حلالا له ، فوجب أن لا يجوز ، هكذا ذكر الشيخ أبو حامد ، ولأن البيع لا يجوز مع الانكار وهو أن يدعى عينا فى يد غيره فينكره فيبيعها من غيره ، فان البيع لا يصح فكذلك الصلح .

اذا ثبت هذا فادعى على رجل ألفا فى ذمته فأنكره عنها ، ثم ان المدعى أبرأه منها صحت البراءة ، وهل يشترط فى صحة البراءة القبول ؟ على وجهين يأتى ذكرهما بعد ان شاء الله تعالى .

وانما صحت البراءة على الانكار لأنها ليست بمعاوضة . والذى جعل المالكية والحنفية والحنابلة يجيزون الصلح مع الانكار . ولا يفرقون بين الابراء والشرط قاعدتهم فى أن الصلح يبيح لكل واحد منهما ما كان محرماً عليه قبله ، كالصلح بمعنى الهبة ، فانه يحل للموهوب له ما كان حراماً عليه ، والاسقاط يحل له ترك أداء ما كان واجباً عليه ، وقالوا : ان هذا لا يدخل فى حديث « الا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالا » لأن الصلح الفاسد لا يحل الحرام وانما معناه ما يتوصل به الى تناول المحرم مع بقائه على تحريمه ، كما لو صالحه على استرقاق حر ، أو احلال بضع محرم ، أو صالحه بخمر أو خنزير ، وليس ما نحن فيه كذلك .

(قلت) فان ادعى عليه ألفاً فى ذمته فأنكره عنها ثم صالحه على بعضها وقبض ذلك وأبرأه عن الحق الذى عليه . قال الشافعى رضى الله عنه : فالصلح باطل والابراء لا يلزم ، فأما الصلح فيبطل لأنه صلح على انكار وعلى المصالح رد ما أخذه ، وأما البراءة فلا تلزمه لأنه انما أبرأه براءة قبض واستيفاء وهو أن يسلم له ما أخذه ، فاذا لم يسلم له ذلك لم تلزمه البراءة .

هذا اذا لم يعلم المدعى بفساد الصلح ، وأما اذا علم بفساد الصلح فأبرأ صحت براءته وهذا كما تقول فى رجل اشترى عبداً شراء فاسداً . فقال البائع للمشترى : اعتق هذا العبد ولم يعلم البائع بفساد البيع فأعتقه ــ قال الشيخ أبو حامد : لم يصح العتق ، لأن البائع لم يأمره باعتاقه عن نفسه ، وانما أمره

أن يعتقه فظن أنه قد ملكه بالشراء ، وان علم البائع بفساد البيع فأمر المشترى باعتاقه فأعتقه صح العتق ، وان علم أن عليه ألفاً فى ذمته فأقر له بها فصالحه عنها صلح حطيطة ، وأبرأه على خمسمائة فان قبض منها خمسمائة ، وأبرأه عن الباقى ثم خرجت الخمسمائة التى قبض مستحقه ــ قال الشيخ أبو حامد فانه يرجع عليه بالخمسمائة التى أخذها والابراء صحيح ، لأنه لم يبرئه ليسلم له ما قبض بل أبرأه عن حق هو مقر له به والابراء صادف حقه المقر به فنفذ ذلك وليس يتعلق بسلامة ما قبضه وعدم سلامته •

فــــرع واذا ادعى عيناً فصالحه منها على عوض ثم اختلفا فقال المدعى : انما صالحت منها على الانــكار فالصلح باطل ، ولى الرجــوع الى أصل الخصومة • وقال المدعى عليه : لا ، بل كنت أقررت لك بها ثم أنكرت ثم صالحت منها • قال الشيخ أبو حامد : فالقول قول المدعى لأن الأصــل هو الصلح على الانكار الذى قد عرف الى أن تقوم البينة باقراره لها قبــل ذلك •

فــــرع وان ادعى رجل على رجل حقاً فأنكر فجاء أجنبى الى المدعى وقال : أنت صادق فى دعواك فصالحنى عليه ــ فلا يخلو اما أن يكون المدعى ديناً أو عيناً ، فان كان المدعى ديناً نظرت ، فان صالحه عن المدعى عليه صح الصلح لأنه ان كان أذن له فى ذلك فهو وكيــله والتوكيل فى الصــلح جائز ، وان لم يكن وكيله ولم يوكله المدعى عليه ، فقد قضى عن غيره ديناً ؛ ويجوز للانسان أن يقضى عن غيره ديناً بغير اذنه ، فاذا أخذ المدعى المال ملكه وانقطعت دعواه • وهل للأجنبى أن يرجع على المدعى عليه بما دفع ؟ ينظر فيه، فان صالح عنه باذنه ودفع باذنه رجع عليه ، وان صالح عنه باذنه ، ودفع بغير اذنه لم يرجع عليه بشىء لأنه متطوع بالدفع • وان صالح الأجنبى ليكــون الدين له ، فان الشيخ أبا اسحاق (المصنف) قال : هل يصح الصــلح ؟ فيه وجهان بناء على جواز بيع الدين من غير من هو عليه ، وقال ابن الصباغ : لا يجوز وجهاً واحداً ، واليه أشار الشيخ أبو حامد ؛ لأن الوجهين فى بيــع الدين مع الاقرار ، فأما مع الانكار فلا يصــح وجهاً واحــداً كبيــع العين المغصوبة ممن لا يقدر على قبضها •

وقال أصحاب أحمد : وان صالح عند المنكر أجنبى صح ، سواء اعترف للمدعى بصحة دعواه أو لم يعترف ، وسواء كان باذنه أو بغير اذنه ، لأن عليا وأبا قتادة رضى الله عنهما قضيا عن الميت فأجازه النبى صلى الله عليه وسلم وقالوا وفى الموضعين ــ أعنى ان كان باذنه أو بغير اذنه ــ لم يرجع عليه بشىء ، لأنه أدى عنه مالا يلزمه أداؤه ، أما اذا أذن له بالأداء عنه رجع اليه ، وهذا كله كقولنا فى المذهب .

(قلت) وان كان المدعى عيناً ، فصالح عن المدعى عليه بأن يقول للمدعى: المدعى عليه مقر لك بها فى الباطن ، وقد وكلنى فى مصالحتك . فصالحه عنه صح الصلح ، لأن الاعتبار بالمتعاقدين ، وقد اتفقا على ما يجوز العقد عليه فاذا صالحه ملك المدعى ما يأخذه وانقطع حقه من العين ، وهل يملك المدعى العين المدعى بها ؟ ينظر فيه ، فان كان قد وكل الأجنبى ملك العين : فان كان الأجنبى قد دفع العوض من مال نفسه باذن المدعى عليه رجع عليه به ، وان دفع بغير اذنه لم يرجع عليه كالدين ، لأنه متطوع ، لأنه انما أذن له فى العقد دون الدفع .

وان كان المدعى عليه لم يوكل الأجنبى فى الصلح فهل يملك العين ؟ فيه وجهان المنصوص أنه لا يملكها . وحكى أبو على فى الافصاح أنه يملكها كما قال الشافعى رضى الله عنه : اذا اشترى رجل أرضاً وبناها مسجداً ، وجاء رجل فادعاها ، فان صدقه لزمه قيمتها ، وان كذبه فجاء رجل من جيران المسجد فصالحه صح الصلح لأنه بذل مال على وجه البر . قال العمرانى فى البيان : وهذا ليس بصحيح لأنه لا يجوز أن يملك غيره بغير ولاية ولا وكالة ، قال : فعلى هذا يكون الصلح باطلا فى الباطن ، صحيحاً فى الظاهر .

(قلت) وأما المسألة المذكورة فى المسجد فلا تشبه هذه ، لأن الواجب على المدعى عليه القيمة ، لأنه قد وقفها ، ويجوز الصلح عما فى ذمة غيره بغير اذنه كما سبق أن بينا ذلك وان قال الأجنبى للمدعى : المدعى عليه منكر لك ولكن صالحنى عما ادعيت لتكون العين له . فهل يصح الصلح ؟ قال المسعودى : فيه وجهان . وأما اذا قال الأجنبى : أنت صادق فى دعواك ، فصالحنى لتكون هذه العين الىّ فانى قادر على انتزاعها فيصح الصلح كما

يصح أن تبتاع شيئاً فى يد غاصب ، فان قدر الأجنبى على انتزاعها استقر الصلح ، وان لم يقدر كان له الخيار فى فسخ الصلح ، كمن ابتاع عيناً فى يد غاصب ولم يقدر على انتزاعها .

اذا ثبت هذا فان المدعى عليه قد وكل الأجنبى فى أن يصالح عنه ، فهل يصح هذا التوكيل وهذا الصلح فيما بينه وبين الله تعالى ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو العباس : لا يجوز له الانكار لأنه كاذب ، الا أنه يجوز له بعد ذلك أن يوكل ليصالح عنه على ما ذكرناه . قال المصنف : لا يجوز له ذلك بل يلزمه الاقرار به لصاحبه ، ولا يجوز له الوكالة للمصالحة عنه اذا غصب العين أو اشتراها من غاصب وهو يعلم ذلك .

فأما اذا مات أبوه أو من يرثه وخلف له هذه العين ، فجاء رجل فادعاها وأنكره ولا يعلم صدقه وخاف من اليمين ، وخاف ان أقر بها للمدعى أن يأخذها فيجوز أن يوكل الأجنبى فى الصلح على ما بيناه ، لتزول عنه الشبهة .

فرع اذا صالح الأجنبى عن المدعى عليه بعوض بعينه ، فوجد المدعى بالعوض الذى قبضه من الأجنبى عيباً كان له الرد بالعيب ، ولا يرجع ببدله عليه ولكن ينفسخ عقد الصلح ويرجع الى خصومة المدعى عليه ، وكذلك اذا خرج العوض مستحقاً ، كما لو ابتاع من رجل عيناً فوجد فيها عيباً فردها أو خرجت مستحقة ، فانه لا يطالبه ببدلها ، وان صالحه على دراهم أو دنانير فى ذمته . قال العمرانى : ثم سلم اليه دراهم أو دنانير فوجد بها عيباً فردها أو خرجت مستحقة فله أن يطالبه ببدلها كما قال النووى رضى الله عنه فى البيع على ما مضى فى المجموع .

فرع وان ادعى عيناً فى يد رجل فانكره المدعى عليه ، فقال المدعى : أعطيك ألف درهم على أن تقر لى بها ففعل لم يكن صلحاً ولا يلزم الألف ، وبدله حرام ، وأمده حرام ، وهل يكون اقراراً ؟ فيه وجهان حكاهما الطبرى فى العدة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) اذا أقر المدعى عليه بالحق ثم أنكر جاز الصلح فان انكر فصولح ثم اقر كان الصلح باطلا ، لأن الاقرار المتقدم لا يبطل بالانكار الحادث فيصح الصلح اذا أنكر بعد اقراره لوجوده بعد لزوم الحق ، ولم يصح الصلح اذا كان عقيب انكاره وقبل اقراره لوجوده قبل لزوم الحق .

(فصل) فلو أنكر الحق فقامت عليه البينة جاز الصلح عليه للزوم الحق بالبينة كلزومه بالاقرار لفظاً ويقاس عليه ما لو نكل المدعى عليه فحلف المدعى من طريق الأولى ، اذ اليمين المردودة كالاقرار على أحد القولين) .

الشرح اذا أقر المدعى عليه بالحق فقد لزم الحق فاذا أنكر جاز أن يعقدا عقد الصلح على ما مر من أمر المنكر ابتداء ، فاذا عقد الصلح بينهما بعد الانكار ثم أقر بأن عاد الى اعترافه الأول كان الصلح باطلا لأن الاقرار تقدم على الانكار وكان الانكار حادثاً ، فيصح الصلح اذا أنكر بعد الاقرار لحدوث الانكار بعد لزوم الحق ، ولأن الصلح على الاقرار هضم للحق . ولأن الحق ثبت قبل انكاره والصلح من بواعثه وأسبابه وقوع النزاع بالانكار .

فرع اذا أنكر المدعى عليه ثم قامت البينة فقد لزم الحق كلزومه بالاقرار ومن ثم يجوز الصلح ، ومثله لو نكل المدعى عليه عن اليمين فحلف المدعى فقد لزم الحق وثبت للمدعى . لأن اليمين المردودة كالاقرار وكالبينة ، ومن ثم جاز الصلح . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان ادعى عليه مالا فانكره ، ثم قال : صالحنى عنه لم يكن ذلك اقراراً له بالمال ، لأنه يحتمل انه اراد قطع الخصومة ، فلم يجعل ذلك اقرارا ، فان قال بعنى ذلك ففيه وجهان : (احدهما) لا يجعل ذلك اقرارا . وهو قول الشيخ ابى حامد الاسفراينى ، لأن البيع والصلح واحد ، فاذا لم يكن الصلح اقراراً لم يكن البيع اقراراً . (والثانى) وهو قول شيخنا القاضى أبى الطيب انه يجعل ذلك اقراراً لأن البيع تمليك ، والتمليك لا يصح الا ممن يملك) .

الشرح اذا ادعى على رجل ديناً فى ذمته أو عيناً فى يده فأنكره المدعى عليه ثم قال : صالحنى عن ذلك بعوض لم يكن ذلك اقراراً من المدعى عليه ؛ لأن الصلح قد يراد به المعاوضة وقد يراد به قطع الخصومة والدعوى ، فاذا كان الأمر يحتملهما لم نجعل ذلك اقراراً . وان قال المدعى عليه للمدعى : بعنى هذه العين أو ملكنى اياها ، فحكى المصنف وابن الصباغ فى ذلك وجهين :

(أحدهما) وهو قول الشيخ أبى حامد أنه لا يكون اقراراً لأن الصلح والبيع بمعنى واحد . فاذا لم يكن قوله صالحنى اقراراً ، فكذلك قوله بعنى.

(والثانى) يكون اقراراً ، وهو قول القاضى أبى الطيب ، ولم يذكر الشيخ أبو حامد فى التعليق غيره . وهو قول أبى حنيفة رضى الله عنه . لأن قوله : بعنى أو ملكنى يتضمن الاقرار له بالملك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان اخرج جناحاً الى طريق لم يخل ، اما أن يكون الطريق نافذاً او غير نافذ ، فان كان الطريق نافذاً نظرت فان كان الجناح لا يضر بالمارة جاز ، ولم يعترض عليه . واختلفوا فى علته . فمن أصحابنا من قال يجوز ، لانه ارتفاق بما لم يتعين عليه ملك أحد من غير اضرار فجاز كالمشى فى الطريق . ومنهم من قال يجوز لأن الهواء تابع للقرار ، فلما ملك الارتفاق بالطريق من غير اضرار ملك الارتفاق بالهواء من غير اضرار ، فان وقع الجناح او نقضه وبادر من يحاذيه ؛ فاخرج جناحاً يمنع من اعادة الجناح الأول جاز ، لأن الأول ثبت له الارتفاق بالسبق الى اخراج الجناح ، فاذا زال الجناح ، جاز لغيره ان يرتفق ، كما لو قعد فى طريق واسع ثم انتقل عنه) .

الشرح قوله « جناحا » فعله جنح أى مال ، وبابه خضع ودخل والجوانح الأضلاع التى تحت الترائب ، وجناح الطائر يده . وقد شبه به البناء الناتىء البارز من جدار البيت معلقاً فى الهواء .

اما الأحكام فانه اذا أخرج جناحا أو روشناً ، وهو نافذة تشبه الشرفة (أو البلكونة) الى شارع نافذ نظرت فان كان لا يضر بالمسلمين جاز

ولم يمنع من ذلك • وبه قال مالك والأوزاعى وأحمد واسحاق وأبو يوسف ومحمد • وقال أبو حنيفة له اخراجه الى أن يمنعه المسلمون أو واحد منهم ؛ فاذا منعه واحد من المسلمين لم يجز اخراجه فان أخرجه أزيل أو قلع •

دليلنا ما روى أن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه « مر بميزاب للعباس رضى الله عنه فقطر عليه فأمر بقلعه فخرج اليه العباس رضى الله عنه فقال له : خلعت ميزاباً ركبه رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده ، فقال عمر : والله لا يصعد من ينصبه الا على ظهرى ، فصعد العباس على ظهره ونصبه » • فاذا ثبت هذا فى الميزاب ثبت فى الروشن مثله لأن الميزاب خشبة واحدة ــ على عهدهم أو قضيب مجوف على عهدنا ــ أما الروشن أو الجناح فهو بناء متكامل مركب من قطع كثيرة ، فشغله لحيز أكبر من الميزاب لاشك فيه ولا فرق بيّن ولأن الناس يخرجون الرواشن من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير انكار اللهم الا ما تحتمه قواعد النظام الذى تأخذ بأسبابه مؤسسات الاسكان والمجالس البلدية فى المدن والحواضر فى عصرنا هذا الذى يجعل للجناح المتمارض أو البارز من البيت تناسبا مع اتساع الشارع ، فان كان الشارع عريضاً أو كان ميدانا فسيحا سمح لصاحب البناء من واقع الرسم المرخص به أن يكون الجناح أو الروشن مترا ونصف المتر ، وان كان الشارع ضيقا كان البروز أقل ، وذلك حتى يتسنى للناس ممارسة شئونهم وانتقالاتهم بأسباب الانتقال الكهربية أو البخارية أو غيرها بدون أن تعترضهم الرواشن والشرفات فتعيق مصالحهم •

فدلّ ذلك كله على أن الاجماع منعقد على جواز ذلك فى الحدود والصفات التى يرسم بها الامام أو الحاكم ، ولأنه ارتفاق بما لم يتعين عليه ملك أحد من غير أضرار فجاز ، كما لو مشى فى الطريق •

قال العمرانى فى البيان : اذا أخرج جناحا أو روشنا فى شارع نافذ فانه لا يملك ذلك المكان وانما يكون أحق به لسبقه اليه ، فان انهدم روشنه أو هدمه فبادره من يحاذيه فمد خشبة تمنعه من اعادة الأول لم يكن للأول منعه من ذلك ، لأن الأول كان أحق به لسبقه اليه ، فاذا زال روشنه سقط حقه وكان لمن سبق اليه ، كما تقول فى المرور بالطريق • ثم قال : وان أخرج

من يحاذيه روشنا تحت روشنه الأول جاز ولم يكن للأول منعه من ذلك ، لأنه لا ضرر عليه فى ذلك فان أراد الثانى أن يخرج روشناً فوق روشن الأول قال ابن الصباغ فان كان الثانى عاليا لا يضر بالمار فوق روشن الأول جاز ، وان كان يضر بالمار فوق روشن الأول منع من ذلك ، كما لو أخرج روشنا يضر بالمار فى الشارع ، فانه يمنع من ذلك ، اهـ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) فان صالحه الامام عن الجناح على شىء لم يصح الصلح لمعنيين : (احدهما) أن الهواء تابع للقرار فى العقد فلا يفرد بالعقد كالحمل (والثانى) ان ذلك حق له فلا يجوز أن يؤخذ منه عوض على حقه كالاجتياز فى الطريق ، وان كان الجناح يضر بالمارة لم يجز ، واذا اخرجه وجب نقضه ، لقوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » ولانه يضر بالمارة فى طريقهم فلم يجز كالقعود فى المضيق ، وان صالحه الامام من ذلك على شىء لم يجز لمعنيين (احدهما) أن الهواء تابع للقرار فلا يفرد بالعقد (والثانى) أن ما منع منه للاضرار بالناس لم يجز بعوض كالقعود فى المضيق والبناء فى الطريق) .

الشرح حديث « لا ضرر ولا ضرار » رواه أحمد فى مسنده وابن ماجه عن ابن عباس رضى الله عنه ، وأخرجه أيضا ابن ماجه من حديث عبادة بن الصامت رضى الله عنه ، وقد مضى شرحنا له .

أما أحكام الفصل فانه اذا صالحه الامام على هذا الجناح الذى لا يضر بعوض أو برسم من المال يؤديه لينفق من هذا ومثله على تعبيد الطرق ورصف الشوارع ، وتيسير الارتفاق على المسلمين فانه يجوز ذلك ، أما اذا صالحه الامام أو أحد المسلمين على مال يؤديه بدون ذلك لم يجز أن يؤخذ عليه عوض لأن الهواء تابع للقرار ، كما لا يجوز أن يؤخذ منه عوض على المرور فى الطريق ، الا اذا كان يمر فى طريق غير مسموح بالمرور فيه فى وقت تنظيم المرور لما يؤدى هذا الى الاضرار به أو بغيره بأن كان يركب سيارة تسير بسرعة زائدة عن الحد المعقول أو المعتاد فى شوارع تزدحم بالمارة ووقع الحاكم عليه عقوبة المخالفة حتى لا يعود الى تعريض سلامته وسلامة غيره للأضرار أو المخاطر فان ذلك يجوز ، لقوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » .

فـــرع وان أراد اخراج روشن أو جناح الى شارع نافذ يضر بالمنار منه لم يجز ؛ فان فعل ذلك أزيل للحديث الشريف ، وليس له الانتفاع بالعرصة • وهى ما أمام بيته بما فيه ضرر على المسلمين ، بأن يبنى فيها دكة أو يتخذ منها مجلسا له يشغل طريق المارة ويعيقهم فيؤذيهم بذلك ، وكذلك ليس له الانتفاع بالهواء بما يضر به عليهم ، فان صالحه الامام أو بعض الرعية على ذلك بعوض لم يصح الصلح لأنه افراد الهواء بالعقـد ، ولأن فى ذلك اضراراً بالمسلمين ، وليس للامام أن يفعل ما فيه الحاق الضرر بهم ، هـكذا قال العمرانى فى البيان •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويرجع فيما يضر وفيما لا يضر الى حال الطريق ، فان كان الطريق لا تمر فيه القوافل ، ولا تجوز فيه الفوارس ، لم يجز اخراج الجناح الابحيث يمر الماشى تحته منتصباً لأن الضرر يزول بهذا القدر ولا يزول بمـا دونه وان كان الطريق تمر به القوافل وتجوز فيه الفوارس لم يجز الا عاليـاً بمقدار ما تمر العمارية تحته ويمر الراكب منتصباً •

وقال ابو عبيد بن حربوية : لا يجوز حتى يكون عالياً يمر الراكب ورمحـه منصوب ، لأنه ربما ازدحم الفرسان فيحتاج الى نصب الرماح ، ومتى لم ينصبوا تأذى الناس بالرماح والأول هو المذهب ؛ لأنهم يمكنهم أن يضـــعوا اطرافها على الاكتاف غير منصوبة فلا يتأذوا) •

الشرح الأحكام : أما كيفية الضرر ، فان ذلك معتبر بالعادة فى ذلك الشارع ، فان كان شارعا لا تمر فيـه القوافل والجيوش والركبان أو الترولى أو الترام فيشترط أن يكون الجناح عالياً بحيث يمر الماشى تحتـه منتصباً ، فان كان الشارع تمر فيـه الجيوش أو القـوافل أو الركبـان أو المركبات الكهربية والبخارية اشترط أن يكون الجناح أعلا بحيث يمر الركبان فى السكة بدون عوائق تصطدم بسطح المركبات •

وقال أبو عبيد بن حربويه : يشترط أن يمر الفـارس تحتـه ورمحـه منصوب بيده لأن الفرسان قد يزدحمون فيحتاجون الى نصب الرماح ، قال المصنف رداً على ابن حربويه ما يفيد أن هذا ليس بصحيح لأنه يمكنـه أن يحط رمحه على كتفه • ولأن الرمح لا غاية لطوله •

قوله « العمارية » من وسائل الهجوم فى الجيوش الاسلامية فى عصر المصنف وهى أشبه بعربة تجرها الجياد مصنوعة من الخشب السميك ومصفحة بالفوذ يتترس بها المهاجمون وقد ترتفع الى حد يتسلق منها المقاتلون الى أسوار الحصون . والعمارة القبيلة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان اخرج جناحا الى دار جاره من غير اذنه لم يجز . واختلف اصحابنا فى تعليله ، فمنهم من قال : لا يجوز لأنه ارتفاق بما تعين مالكه فلم يجز بغير اذنه من غير ضرورة ، كأكل ماله . ومنهم من قال : لا يجوز ، لأن الهواء تابع للقرار والجار لا يملك الارتفاق بقرار دار الجار . فلا يملك الارتفاق بهواء داره ، فان صالحه صاحب الدار على شىء لم يجز لأن الهواء تابع فلا يفرد بالعقد) .

الشرح الأحكام : اذا أراد أن يخرج جناحا أو روشنا فوق دار غيره أو شارع جاره بغير اذنه لم يجز لأنه لا يملك الارتفاق بقرار أرض جاره الا باذنه فكذلك الارتفاق بهواء أرض جاره ، فان صالحه صاحب الدار أو الشارع على ذلك بعوض لم يصح لأنه لا يجوز افراد الهواء بالعقد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان أخرج جناحاً الى درب غير نافذ نظرت فان لم يكن له فى الدرب طريق لم يجز ، لما ذكرناه فى دار الجار ، وان كان له فيه طريق ففيه وجهان (أحدهما) يجوز ، وهو قول الشيخ ابى حامد الاسفراينى ، لأن الهواء تابع للقرار ، فاذا جاز أن يرتفق بالقرار بالاجتياز جاز أن يرتفق بالهواء باخراج الجناح (والثانى) لا يجوز ، وهو قول شيخنا القاضى أبى الطيب رحمه الله لأنه موضع تعين ملاكه فلم يجز اخراج الجناح اليه كدار الجار ، فان قلنا يجوز اخراج الجناح لم يجز الصلح ، لما ذكرناه فى الصلح على الجناح الخارج الى الشارع ، وان قلنا لا يجوز اخراجه لم يجز الصلح لما ذكرناه فى الصلح على الجناح الخارج الى دار الجار) .

الشرح وان أراد أن يخرج جناحا أو روشنا الى درب غير نافذ وله طريق فى هذا الدرب ، فان كان يضر بالمارة لم يجز من غير اذن أهل

الدرب ، كما لا يجوز اخراج جناح يضر الى شارع نافذ الا اذا استأذنوا بذلك أهل الدرب •

وقال القاضى أبو الطيب : لا يجوز له ذلك بغير اذنهم لأنه مملوك لقوم معينين فلم يجز له اخراج الجناح اليهم بغير اذنهم ، والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان أراد أن يعمل ساباطاً ويضع أطراف أجذاعه على حائط الجار المحاذى لم يجز ذلك من غير اذنه ، لأنه حمل على ملك الغير من غير ضرورة فلم يجز من غير اذنه كحمل المتاع على بهيمة غيره ؛ فان صالحه منه على شىء جاز اذا عرف مقدار الأجذاع ، فان كانت حاضرة نظر اليها ، وان لم تحضر وصفها فان أراد أن يبنى عليها ذكر سمك البناء ، وما يبنى به فان أطلق كان ذلك بيعاً مؤبداً لمغارز الأجذاع ومواضع البناء وان وقت كان ذلك اجارة تنقضى بانقضاء المدة) •

الشرح ان أراد أن يعمل ساباطاً ــ وهو سقيفة بين حائطين تحتها طريق والجمع سوابيط وساباطات ــ على جدار جاره وصفته أن يكون له جدار وبحذائه جدار جاره وبينهما شارع ، فيمد جذوعا من جداره الى جدار جاره ، فلا يجوز له ذلك الا باذن جاره ، لأنه حمل على ملك غيره بغير اذنه ، من غير ضرورة فلم يجز كما لو أراد أن يحمل على بهيمة غيره بغير اذنه •

وقولنا : من غير ضرورة احتراز من السقيف على الحائط الرابع لجاره على ما يأتى بيانه ، فان صالحه على ذلك بعوض صح الصلح ، ولابد أن تكون الأخشاب معلومة اما بالمشاهدة أو بالصفة ، فيقول : صالحنى على أن أضع هذه الأخشاب بكذا ، قال الشيخ أبو حامد : وهكذا اذا قال : خذ منى مالا وأقر لى حقا فى أن أضع على جدارك جذوعى هذه أو نصفها ، فاذا أقر له بذلك وأخذ العوض جاز • فان أراد أن يبنى عليها ذكر طول البناء وعرضه وما يبنى به ، لأن الغرض يختلف بذلك ، فان أطلقا ذلك ولم يقدراه بمدة كان ذلك تبعاً لمغارز الجذوع ، وان قدرا ذلك بمدة كان اجارة تنقضى بانقضاء المدة ، هكذا ذكر الشيخان أبو حامد وأبو اسحاق والقاضى أبو الطيب أيضاً •

وقال ابن الصباغ : لا يكون ذلك بيعاً بحال، لأن البيع ما يتناول الأعيان، وهذا الصلح على وضع الخشب لا يملك به الواضع شيئاً من الحائط الذى يضع عليه لأنه لو كان بيعاً لملك جميع الحائط ولكان اذا تهدم يملك أخذ الأنقاض ، وهذا لا يقوله أحد ، قال فان قيل : انما يكون بيعاً لموضع الوضع خاصة قيل : لا يصح ذلك لأن موضع الوضع محمل بقية الحائط الذى لغيره وتلك منفعة استحقها ، واذا بطل أن يكون تبعاً كان ذلك اجارة بكل حال . قال : فان قيل : فكيف يكون الاجارة الى مدة غير معلومة ؟ فالجواب أن المنفعة يجوز أن يقع العقد عليها فى موضع الحاجة غير مقدرة كما يقع عقد النكاح على منفعة غير مقدرة ، والحاجة الى ذلك ، لأن الخشب وما يشبهه مما يراد للتأبيد ، ويضر به التقدير ، بخلاف سائر الاجارات ، ولأن سائر الأعيان لو جوزنا فيها عقد الاجارة على التأبيد بطل فيها معنى الملك ، وهاهنا وضع الخشب على الحائط لا يمنع مالكه أن ينتفع به منفعة مقصودة ، والأول أصح ، لأن الشافعى رضى الله عنه ، قال فى المختصر : ولو اشترى علو بيت على أن يبنى على جدرانه ويسكن على سطحه أجزت ذلك اذا سميا منتهى البنيان ، لأنه ليس كالأرض فى احتمال ما يبنى عليها .

اذا ثبت هذا فان أقر صاحب الحائط لصاحب الخشب أن له حق الوضع على جداره لزم ذلك فى الحكم . فان تقدمه صلح لزم ظاهراً وباطنا وان لم يتقدمه صلح لزم فى الظاهر دون الباطن . والله تعالى أعلم .

فرع فى مذاهب العلماء . قلنا : ان مذهبنا أنه يجوز الوضع على جدار جاره اذا لم يضر بالمارة وبه قال مالك والأوزاعى وأبو يوسف ومحمد وقد اشترطوا عدم الضرر بالمارة وبه قلنا فكان جائزا كالمشى فى الطريق والجلوس فيها .

وقال أصحاب أحمد : لا يجوز أن يشرع الى طريق نافذ جناحا ، وهو الروشن سواء كان ذلك يضر بالمارة أو لا يضر ، وسواء أذن الامام أو لم يأذن ، ولا يجوز الساباط من باب الأولى ، ولو كان الحائط ملكه . وقال ابن عقيل من الحنابلة : ان لم يكن فيه ضرر جاز باذن الامام لأنه نائبهم فجرى اذنه مجرى اذن المشتركين فى الدرب الذى ليس بنافذ وهذا القول

ضعيف عندهم لأن الضرر لابد أن يتحقق ولو بحجب الضـوء عن الطريق ، أو الهواء ، وليس كالجلوس أو المرور فانهـما طارئان . وقال أبو حنيفـة : يجوز من ذلك مالا ضرر فيه ، وان عارضه رجل من المسلمين وجب قلعه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا يجوز ان يفتح كوة ، ولا يسمر مسماراً فى حائط جاره الا باذنه ، ولا فى الحائط المشترك بينه وبين غيره الا باذنه . لأن ذلك يوهى الحائط ويضر به ، فلا يجوز من غير اذن مالكه ، ولا يجوز أن يبنى على حائط جاره ولا على الحائط المشترك شيئاً من غير اذن مالكه ولا على السطحين المتلاصقين حاجزا من غير اذن صاحبه ، لأنه حمل على ملك الغير فلم يجـز من غير اذن كالحمل على بهيمته ، ولا يجوز ان يجرى على سطحه ماء من غير اذنه ، فان صالحه منه على عوض جاز ، اذا عرف السطح الذى يجرى ماؤه لانه يختلف ويتفاوت) .

الشرح الأحـكام : لا يجوز أن يفتح كوة ، ولا يدق وتداً فى حائط الجار ولا فى الحائط المشترك بينـه وبين غيره بغـير اذن ، لأن ذلك يضعف الحائط ، ولا يجوز أن يبنى عليه من غير اذن كما لا يجوز أن يحمل على بهيمة غيره بغير اذنه .

فـرع ولا يجوز أن يجرى الماء فى أرض غيره ولا على سطحه بغير اذنه . هذا قوله فى الجديد ، وقال فى القديم : اذا سـاق رجل عيناً أو بئراً فلزمته مؤنة ودعته الضرورة الى اجرائه فى ملك غيره ولم يكن على المجرى فى ملكه ضرر بين فقد قال بعض أصحابنا يجبر عليه ، فأومأ الى أنه يجبر لما روى أن الضحاك ومحمد بن مسلمة اختلفا فى خليج أراد الضحاك أن يجريه فى أرض محمد بن مسلمة فامتنع فترافعا الى أمير المؤمنين عمر رضى الله عنه فقال : والله لأمرنه ولو على بطنك . قال العمرانى : والأول هو المشهور فى المهذب للشيخ أبى اسحاق ، لأنه حمل على ملك غيره فلم يجز من غير اذنه ، كالحمل على بهيمته قال : وأما الخبر فيحتمل أنه كان له رسم اجراء الماء فى أرضه فامتنع منه فلذلك أجبره أمير المؤمنين على ذلك .

(قلت) فاذا صالح رجلا على موضع قناة من أرضه يجرى فيها ماء وبينا

موضعها وعرضها وطولها جاز ، لأن ذلك بيع موضع من أرضه ، ولا حاجة الى بيان عمقه ، لأنه اذا ملك الموضع كان له الى تخومه ، فله أن يترك فيه ما شاء ، وان صالحه على اجراء الماء فى ساقية من أرض رب الأرض مع بقاء ملكه عليها فهذاجارة للأرض فيشترط تقدير المدة لأن هذا شأن الاجارة •

فرع اذا كانت الأرض فى يد رجل باجارة جاز أن يصالح رجلا على اجراء الماء فيها فى ساقية محفورة مدة لا تجاوز مدة اجارته ، وان لم تكن الساقية محفورة لم يجز أن يصالحه على ذلك ، لأنه لا يجوز احداث ساقية فى أرض فى يده باجارة • فأما ان كانت الأرض فى يده وقفاً عليه فهو كالمستأجر ، له أن يصالح على اجراء الماء فى ساقية محفورة فى مدة معلومة ، وليس له أن يحفر فيها ساقية لأنه لا يملكها انما يستوفى منفعتها كالأرض المستأجرة سواء وقال أصحاب أحمد : يجوز له حفر الساقية لأن الأرض له ، وله التصرف فيها كيفما شاء ما لم ينقل الملك الى غيره ، بخلاف المستأجر فانه انما يتصرف فيها بما أذن له فيه ، فكان الموقوف عليه بمنزلة المستأجر اذا أذن له فى الحفر ، فان مات الموقوف عليه فى أثناء المدة ، فهل لمن انتقل اليه فسخ الصلح فيما بقى من المدة ؟ على وجهين •

فرع اذا ادعى على رجل مالا فأقر له به ثم قال : صالحنى فيه على أن أعطيك مسيل ماء فى ملكى ، قال الشافعى رضى الله عنه « فان بينا الموضع وقدر الطول والعرض صح ، لأن ذلك بيع لموضع من أرضه ولا يحتاجان أن يبينا عمقه لأنه اذا ملك الموضع كان له النزول الى تخومه » وهل يملك المدعى عليه هذه الساقية ؟ فيه وجهان حكاهما الصيدلانى (أحدهما) يملكها تبعاً للأرض (والثانى) لا يملكها فعلى هذا لا يمنع مالك الأرض من بناء فوق المسيل •

قال ابن الصباغ : وان صالحه على أن يجرى الماء فى ساقية فى أرض للمصالح قال فى الأم : فان هذا اجارة يفتقر الى تقدير المدة • قال أصحابنا : انما يصح اذا كانت الساقية محفورة ، فاذا لم تكن محفورة لم يجز لأنه لا يمكن المستأجر من اجراء الماء الا بالحفر ، فليس له الحفر فى ملك غيره ، لأن ذلك اجارة لساقية غير موجودة ، فان حفر الساقية وصالحه جاز قال

العمرانى : وان كانت الأرض فى يد المقر باجارة جاز له أن يصالحه على اجراء الماء فى ساقية فيها محفورة مدة لا تجاوز مدة اجارته ، وان لم تكن الساقية محفورة لم يجز أن يصالحه على ذلك ، لأنه لا يجوز له احداث ساقية فى أرض فى يده باجارة ، وكذلك اذا كانت الأرض وقفاً عليه جاز أن يصالحه على اجراء الماء فى ساقية فى أرض فى يده وان أراد أن يحفر ساقية لم يكن له ذلك لأنه لا يملكها ، وانما له أن يستوفى منفعتها كالأرض المستأجرة ، وان صالحه على اجراء الماء على سطحه جاز اذا كان السطح الذى يجرى ماؤه فيه معلوما ، لأن الماء يختلف بكبر السطح وصغره .

وقال ابن الصباغ : ولا يحتاج الى ذكر المدة ، ويكون ذلك فرعا للاجارة لأن ذلك لا يستوفى به منافع السطح بخلاف الساقية فانه يستوفى منفعتها فكانت مدتها مقدرة ولأنهما يختلفان أيضاً فان الماء الذى يجرى فى الساقية لا يحتاج الى تقدير لأنه لا يجرى منه لأنه يجرى فيها أكثر من ملئها ، ويحتاج الى ذكر السطح الذى يجرى منه لأنه يجرى فيه القليل والكثير . وان صالحه على أن يسقى زرعه أو ماشيته من مائه سقية أو سقيتين لم يصح ، لأن القدر من الماء الذى يسقى به الزرع والماشية مجهول ، فان صالحه على ربع العين أو ثلثها صح كما قلنا فى البيع .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وفى وضع الجذوع على حائط الجار والحائط الذى بينه وبين شريكه قولان ، قال فى القديم (يجوز) فاذا امتنع الجار أو الشريك أجبر عليه اذا كان الجذع خفيفا لا يضر بالحائط ، ولا يقدر على التسقيف الا به ، لما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يمنعن أحدكم جاره أن يضع خشبة على جداره » قال أبو هريرة رضى الله عنه « انى لأراكم عنها معرضين ، والله لأرمينها بين أظهركم » ولأنه اذا وجب بذل فضل الماء للكلأ لاستغنائه عنه وحاجة غيره وجب بذل فضل الحائط لاستغنائه عنه وحاجة جاره . وقال فى الجديد : لا يجوز بغير اذن ، وهو الصحيح : لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يحل مال امرىء مسلم الا بطيب نفس منه » ولأنه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلا يجوز بغير اذنه كالحمل على بهيمته ، والبناء فى أرضه ، وحديث أبى هريرة نحمله على الاستحباب . وأما الماء فانه غير مملوك فى قول بعض أصحابنا . والحائط مملوك ، ولأن الماء لا تنقطع مادته ، والحائط بخلافه .

فان كان الجذع ثقيلا يضر بالحائط لم يجز وضعه من غير اذنه قولا واحداً لأن الارتفاق بحق الغير لا يجوز مع الاضرار ، ولهذا لا يجوز أن يخرج الى الطريق جناحاً يضر بالمارة . وان كان لا حاجة به اليه لم يجبر عليه ، لأن الفضل انما يجب بذله عند الحاجة اليه ، ولهذا يجب بذل فضل الماء عند الحاجة اليه للكلأ ولا يجب مع عدم الحاجة (فان قلنا) يجبر عليه فصالح منه على مال لم يجز ، لأن من وجب له حق لا يؤخذ منه عوضه ، وان قلنا : لا يجبر عليه فصالح منه على مال جاز على ما بيناه فى أجذاع السباط .

(فصل) اذا وضع الخشب على حائط الجار أو الحائط المشترك ، وقلنا: انه يجبر فى قوله القديم ، أو صالح عنه على مال فى قوله الجديد فرفعه جاز له أن يعيده ، فان صالحه صاحب الحائط عن حقه بعوض ليسقط حقه من الوضع جاز لأن ما جاز بيعه جاز ابتياعه كسائر الأموال) .

الشرح حديث أبى هريرة رضى الله عنه رواه البخارى ومسلم وأحمد والترمذى وأبو داود وابن ماجه : وقد أخرجه أيضاً ابن ماجه والبيهقى وأحمد والطبرانى وعبد الرزاق من طريق ابن عباس بلفظ : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار ، وللرجل أن يضع خشبة فى حائط جاره : واذا اختلفتم فى الطريق فاجعلوه سبعة أذرع » وأخرجه أحمد وابن ماجه أيضاً من حديث عكرمة بن سلمة بن ربيعة « أن أخوين من بنى المغيرة أعتق أحدهما أن لا يغرز خشباً فى جداره ، فلقيا مجمع بن يزيد الأنصارى ورجالا كثيراً فقالوا : نشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا يمنع جار جاره أن يغرز خشباً فى جداره فقال الحالف : أى أخى قد علمت أنك مقضى لك على ، وقد حلفت فاجعل اسطوانا دون جدارى ففعل الآخر ، فغرز فى الاسطوان خشبة » وهو أيضاً عند ابن ماجه والحاكم والبيهقى من حديث أبى سعيد ، وعند البيهقى من طريق عبادة . وعند الطبرانى فى الكبير وأبى نعيم من حديث ثعلبة بن مالك القرظى ، وما جاء فى بعض ألفاظه من جعل الطريق سبعة أذرع ثبت فى الصحيحين من حديث أبى هريرة ، وعكرمة ابن سلمة بن ربيعة مجهول .

وقوله « لا يمنع » بالجزم على النهى . وفى رواية لأحمد « لا يمنعن » وفى لفظ للبخارى بالرفع على الخبرية المقدمة ، وهى فى معنى النهى . وقوله « خشبة » قال القاضى عياض رويناه فى مسلم وغيره من الأصول بصيغة

الجمع والافراد ، ثم قال : وقال عبد الغنى بن سعيد : كل الناس تقوله بالجمع الا الطحاوى ، فانه قال عن روح بن الفرج : سألت أبا زيد والحرث بن بكير ويونس بن عبد الأعلى عنه • فقالوا كلهم : خشبة بالتنوين ، ورواية مجمّع تشهد لمن رواه بلفظ الجمع • ويؤيدها أيضاً ما رواه البيهقى من طريق شريك عن سماك عن عكرمة عن ابن عباس بلفظ «اذا سأل أحدكم جاره أن يدعم جذوعه على حائطه فلا يمنعه » قال القرطبى : وانما اعتنى هؤلاء الأئمة بتحقيق الرواية فى هذا الحرف ، لأن أمر الخشبة الواحدة يخف على الجار المسامحة به بخلاف الأخشاب الكثيرة •

أما أحكام الفصل فان هذه الأحاديث تدل على أنه لا يحل للجار أن يمنع جاره من غرز الخشب فى جداره ، ويجبره الحاكم اذا امتنع وبهذا قال الشافعى فى القديم وأحد قولى الجديد ، وأحمد واسحاق وابن حبيب من المالكية وأهل الحديث •

وقال الشافعى فى أحد قولى الجديد والحنفية ومالك والجمهور من الفقهاء : انه يشترط اذن المالك ، ولا يجبر صاحب الجدار اذا امتنع ، وحملوا النهى على التنزيه جمعاً بينه وبين الأدلة القاضية بأنه « لا يحل مال امرىء مسلم الا بطيبة من نفسه » •

وأجيب بأن هذا الحديث أخص من تلك الأدلة مطلقاً فيبنى العام على الخاص قال البيهقى : لم نجد فى السنن الصحيحة ما يعارض هذا الحكم الا عمومات لا يستنكر أن يخصها ، وحمل بعضهم الحديث على ما اذا تقدم استئذان الجار ، كما وقع فى رواية لأبى داود بلفظ « اذا استأذن أحدكم أخاه » وفى رواية لأحمد « من سأله جاره » وكذا فى رواية لابن حبان فاذا تقدم الاستئذان لم يكن للجار المنع الا اذا لم يتقدم ، وبهذا يصح الجمع بين الأحاديث العامة والخاصة ، والمطلقة والمقيدة والله تعالى أعلم •

والمذهب أنه اذا أراد رجل أن يضع أجذاعه على حائط جاره أو حائط مشترك بينه وبين غيره بغير اذنه ، فان كان به الى ذلك حاجه ، مثل أن يكون له براح من الأرض ويحيط له بالبراح ثلاثة جدر ولجاره أو شريكه جدار

رابع ، أو أراد صاحب الجدر الثلاثة أن يضع عليها سقفاً فهل يجبر صاحب الجدار الرابع على تمكينه من ذلك ؟ فيه قولان :

قال فى القـديم : يجبر اذا كان ما يضعه لا يضر بالحائط ضرراً بيناً • وبه قال أحمد وغيره ممن مضى ذكرهم لحديث أبى هريرة الذى نكس فيه القوم رءوسهم ، فقال أبو هريرة مالى أراكم عنها معرضين ؟ والله لأرمينهـا بين أظهركم ، يعنى هذه السنة التى أنتم عنها معرضون • فاذا قلنا بهذا فلم يبذل الجار له أجبره الامام أن يضع خشبه على جداره •

وقال فى الجديد : لا يجبر على ذلك • قال العمرانى : وهو الصحيح ، وبه قال أبو حنيفة لحديث « لا يحل مال أمرىء مسلم الا بطيب نفس منه » ولأنه انتفاع بملك من غير ضرورة فلم يجز من غير اذنه ، كزراعة أرضه والبناء فى أرضه •

(قلت) قد ذهب المصنف الى أن للخبر تأويلين (أحدهما) أنه محمول على الاستحباب (والثانى) أن معناه اذا أراد الرجل أن يضع خشبه على جدار له لاخراج روشن أو شرفة أو جناح الى شارع نافذ فليس لجاره المحاذى له أن يمنعه من ذلك ، لأنه قال : « لا يمنع أحدكم جاره أن يضع على جداره » والضمير يرجع الى أقرب مذكور وهو الجار •

فأما اذا أراد أن يبنى على حائط أو يضع عليه خشباً يضر به ضرراً بيناً أو جداراً آخر يمكنه أن يسقف عليه ، لم يجبر الجار قولا واحداً ، فاذا قلنابقوله فى الجديد فأعاره صاحب الحائط فوضع الخشب عليه لم يكن لصاحب الحائط أن يطالبه بقلعه ، لأن اذنه يقتضى البقاء على التأبيد فان قلع المستعير خشبة أو سقطت فهل له أن يعيد مثلها ؟ فيه وجهان (أحدهما) له ذلك لأنه قداستحق دوام بقائها (والثانى) ليس له بغير اذن مالك الحـائط وهو الصـحيح ، لأن السقف اذا سقط فلا ضرر على المعير فى الرجوع • وان أراد صاحب الحائط هدم حائطه ، فان لم يكن مستهدما لم يكن له ذلك ، لأن المسـتعير قد استحق تبقية خشبه عليه وان كان مستهدماً فله ذلك وعلى صاحب الخشب نقله ، فاذا أعاد صاحب الحائط حائطه ــ فان بنـاه بمادة أخرى ــ لم يكن لصاحب الخشب اعادة خشبه من غير اذنه ، لأن هذا الحائط غير الأول •

وقالت الحنابلة : يجوز اعادة وضعه بغير اذنه . وان بناه بمـادته الأولى بعينها بأن كانت عضادته خشباً فأقامه أو حجراً فرصه ، فهل له أن يعيد خشبه بغير اذن ؟ على الوجهين الأولين ، فان صالحه بمال ليضع أجذاعه على جداره فى قوله الجديد أو قلنا : يجبر الجار على تمكينه من وضعها على القـديم فصالح مالك الجدار مالك الخشب ليضع عن جداره الخشب صح الصلح ، لأن ما صح بيعه صح ابتياعه كسائر الأموال ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـل) وان كان فى ملكه شجرة فاستعلت وانتشرت أغصانها وحصلت فى دار جاره جاز للجار مطالبته بازالة ما حصل فى ملـكه ، فان لم يزله جاز للجار ازالته عن ملكه ، كما لو دخل رجل الى داره بغير اذنه ، فان له ان يطالبه بالخروج ، فان لم يخرج أخرجه ، فان صالحه منه على مال فان كان يابساً لم يجز لأنه عقد على الهواء ، والهواء لا يفرد بالعقد ، وان كان رطبا لم يجـز لما ذكرناه ولأنه صلح على مجهول ، لأنه يزيد فى كل وقت .

الشرح الأحكام : اذا كانت له شجرة فى ملكه فانتشرت أغصانها فوق ملك جاره فللجار أن يطالب مالك الشجرة بازالة ما انتشر فوق ملكه لأن الهواء تابع للقرار ، وليس له أن ينتفع بقرار أرض جاره بغـير اذنه ، فكذلك هواء أرض جاره ، فان لم يزل مالك الشجرة ذلك فللجار أن يزيل ذلك عن هواء أرضه بغير اذن الحاكم كما لو دخلت بهيمة لغيره الى أرضه فله أن يخرجها بنفسه وقال أصحاب أحمد : اذا امتنع مَنْ الملك له من ازالته لم يجبر لأن ذلك ليس من فعله ، وعلى كلا الأمرين اذا امتنع من ازالته كان لصاحب الهواء ازالته مع عدم الاتلاف ، فاذا أتلف شيئاً ضمنه كما لو دخلت البهيمة داره فعليه اخراجها بغير اتلاف فاذا أتلفهـا ضـمنها ، فان لم يمكنه ازالتها الا بالاتلاف فلا شيء عليه لأنه لا يلزمه اقرار مال غيره فى ملكه .

قال العمرانى فى البيان : ينظر فيه فان كان ما انتشر لينا يمكنه أن يزيل ذلك عن ملكه من غير قطع ، لواه عن ملكه ، فان قطعه لزمه أرش ما نقصت الشجرة بذلك لأنه متهم بالقطع ، وان كان يابسا لا يمكنه ازالة ذلك عـن ملكه الا بقطعه فله ذلك ولا ضـمان عليه ا هـ . (قلت) فان صـالحه على

اقرارها بعوض معلوم ، فان كان غير معتمد على حائطه لم يجز ذلك لأنه افراد للهواء بالعقد ان كان يابسا ، وان كان رطبا لم يجز أيضاً لهذه العلة ، ولأنه يزيد فى كل وقت بنمو الأغصان •

وقال أصحاب أحمد كابن حامد وابن عقيل وابن قدامة : يجوز ذلك رطبا كان الغصن أو يابسا ، لأن الجهالة فى المُصَالَح عنه لا تمنع الصحة لكونها لا تمنع التسليم بخلاف العوض فانه يفتقر الى العلم لوجوب تسليمه ، لأن الحاجة داعية الى الصلح عنه لكون ذلك يكثر فى الأملاك المتجاورة وفى القطع اتلاف وضرر قالوا : والزيادة المتجددة يعفى عنها كالسمن الحادث فى المستأجرة للركوب (قلت) والصلح لا يجوز عندنا الا فى حالة ما اذا كان الغصن يابسا معتمداً على حائط الجار ، كما لو صالحه على وضع خشبة على حائطه ، وأما الرطب فانه يمكن ليه ، ويمكن تهذيبه •

فـــرع اذا كان سطح داره أعلا من سطح دار جاره لم يجبر من علا سطحه على بناء سترة • وقال أحمد رضى الله عنه : يجبر من علا سطحه على بناء سترة ، لأنه اذا صعد سطحه أشرف على دار جاره ، والانسان ممنوع من الانتفاع بملكه على وجه يستضر به غيره ، كما لا يجوز أن يدق فى ملكه ما يهتز به حائط جاره •

دليلنا : أنه حاجز بين ملكيهما فلا يجبر أحدهما على سترة كالأسفل وما ذكره فغير صحيح ، لأن الأعلى ليس له أن يشرف على الأسفل ، وانما يستضر الأسفل بالاشراف عليه دون انتفاعه بملكه ، ويخالف الدق ، لأنه يضر بملك جاره ، قاله فى البيان •

فـــرع قال الشيخ أبو حامد الاسفراينى : يجوز للانسان أن يفتح فى ملكه كوة مشرفة على جاره ، وعلى جسر عليه ، ولا يجوز للجار منعه لأنه لو أراد رفع جميع الحائط لم يمنع فكذلك اذا رفع بعضه لم يمنع اهـ • (قلت) الا اذا ترتب على ذلك اضرار بجاره وازالة للجدار الفاصل بين المسكنين مما يترتب عليه كشف سوءات البيت أو تعريض المال للضياع أو زوال صفة الصلاحية للسكنى أجبر على ازالة ذلك فان كان كوة سدها ، وان كان جداراً أقامه ، وسيأتى مزيد لذلك والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وان كان لرجل فى زقاق لا ينفذ دار ، وظهرها الى الشـــارع ففتح باباً من الدار الى الشارع جاز ، لأن له حق الاستطراق فى الشارع فجاز ان يفتح اليه باباً من الدار ، وان كان باب الدار الى الشارع وظهرها الى الزقاق ففتح باباً من الدار الى الزقاق نظرت ، فان فتحه ليستطرق الزقاق لم يجز لانه يجعل لنفسه حق الاستطراق فى درب مملوك لأهله لا حق له فى طريقه ، فان قال : افتحه ولا اجعله طريقا ، بل اغلقه واســـمره ، ففيـــه وجهـــان : (احدهما) ان له ذلك ، لانه اذا جاز له ان يرفع جميع حائط الدار ، فلأن يجوز ان يفتح فيه باباً اولى . (والثانى) لا يجوز ، لأن البـــاب دليـــل على الاستطراق ، فمنع منه . وان فتح فى الحائط كوة الى الزقاق جاز ، لانه ليس بطريق ولا دليل عليـــه ، فان كان له داران فى زقاقين غير نافذين ، وظهـــر كل واحدة من الدارين الى الاخرى ، فانفذ احدى الدارين الى الأخرى ففيـــــه وجهان :

(احدهما) لا يجوز ، لانه يجعل الزقاقين نافذين ، ولانه يجعل لنفســـه الاستطراق من كل واحد من الزقاقين الى الدار التى ليست فيه ، ويثبت لأهل كل واحد من الزقاقين الشفعة فى دور الزقاق الآخـــر على قـــول مـــن يوجب الشفعة بالطريق (والثانى) يجوز ، وهو اختيار شيخنا القاضى رحمه الله ، لان له ان يزيل الحاجز بين الدارين ، ويجعلهما داراً واحدة ، ويترك البابين على حالهما . فجاز ان ينفذ احداهما الى الأخرى) .

الشرح الأحكام : اذا كان لرجل دار فى زقاق غير نافذ وظهر الدار الى شارع عام فأراد أن يفتح باباً فى ظهر بيته الى الشارع فان فتحه وسدالباب الذى فى الزقاق جاز له ذلك قولا واحداً ، أما اذا أبقى الباب الذى فى الزقاق نظرت فاذا جعله لاستطراق المارة من الشارع الى الزقاق لم يجز له ذلك ، لأن الدرب مملوك لأهله لا يعبر أحد أجنبى من زقاقهم ، فاذا استأذن أصحاب الزقاق وقال لهم : أفتحه ولا أجعله طريقاً ، بل أجعل بابى ذا أقفال وترابيس لا يمر فيه الا أهل بيتى وضيفانى ففيه وجهان :

(أحدهما) يجـــوز ، لأنه اذا جاز أن يهـــدم الحائط جاز له أن يهـــدم بعضه .

(والثانى) لا يجوز ، لأن الباب ثغرة يمكن أن يستدل منها المارة على الاستطراق الى الزقاق فمنع منه • وقالت الحنابلة : يجوز له ذلك قولا واحداً، ولأنه يرتفق بما لم يتعين ملك أحد عليه •

وعلى القول بالجواز ان قيل : فى هذا اضرار بأهل الدرب ؛ لأنه يجعله نافذا يستطرق اليه من الشارع (قلنا) لا يصير نافذاً ، وانما تصير داره نافذة، وليس لأحد استطراق داره ، فأما ان كان باب داره الى الشارع ، وليس له باب الى الدرب فأراد أن يفتح باباً فى ظهر داره الى الزقاق للاستطراق لم يكن له ذلك ، لأنه ليس له حق فى الدرب الذى قد تعين ملك أربابه ، ويحتمل الجواز كما ذكرنا فى الوجه الذى تقدم •

فـــرع اذا أراد أن يفتح الى الدرب كوة أو شباكاً لم يمنع منه، لأنه يتصرف فى ملكه ، وربما أراد ذلك للهواء أو النور أو الشمس •

فـــرع فان كان لرجل داران وباب كل واحدة منهما الى زقاق غير نافذ وظهر كل واحدة منهما الى ظهر الأخرى ، فان أراد صاحب الدارين رفع الحائط بينهما وجعلهما داراً واحدة جاز ، وان أراد أن يفتح من احداهما باباً الى الأخرى ليدخل من كل واحدة من الدارين الى الأخرى ، ويدخل من كل واحدة من الدارين ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد وأكثر أصحابنا انه لا يجوز ، لأنه يجعل لكل واحدة من الدارين طريقا من كل واحدة من الدارين ، ويجعل الدار كالدرب الواحد ، ولأنه يثبت الشفعة لكل واحد من الدربين لأهل الدرب الآخر فى قول من يثبت الشفعة فى الدار لاشتراكهما فى الطريق ، وهذا لا يجوز • وقال القاضى أبو الطيب الطبرى شيخ المصنف رحمهما الله : يجوز ، لأنه يجوز له أن يرفع الحائط كله ، فجاز له أن يفتح فيه باباً •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) اذا كان لداره باب فى وسط درب لا ينفذ ، فاراد ان ينقل الباب نظرت فان أراد نقله الى اول الدرب جاز له لأنه يترك بعض حقه من الاستطراق وان اراد ان ينقله الى آخر الدرب ففيه وجهان :

(احدهما) لا يجوز ، لأنه يريد ان يجعل لنفسه حق الاستطراق فى موضع لم يكن له (والثانى) يجوز ، لأن حقه ثابت فى جميع الدرب ، ولهذا لو أرادوا قسمته كان له حق فى جميعه ، فان كان بابه فى آخر الدرب وأراد أن ينقل الباب الى وسطه ، ويجعل الى عند الباب دهليزاً ـ ان قلنا : ان من بابه فى وسط الدرب ـ يجوز أن يؤخره الى آخر الدرب ، لم يجز لهذا أن يقدمه ، لأنه مشترك بين الجميع ، فلا يجوز أن يختص به ، وان قلنا : لا يجوز جاز لهذا ان يقدمه لأنه يختص به) .

الشرح الأحكام : اذا كان لرجلين داران فى زقاق غير نافذ وباب دار أحدهما قريب من أول الدرب ، ولداره فناء يمتد الى آخر الدرب ، وباب دار الآخر فى وسط الدرب ، فان أراد من باب داره قريب من أول الدرب أن يقدم بابه الى أول الدرب جاز لأنه يترك بعض ما كان له من استحقاق ، وان أراد أن يؤخر بابه الى داخل الدرب الذى له فناء داره هناك ففيه وجهان :

(أحدهما) له ذلك لأن فناء داره يمتد فكان له تأخير بابه الى هناك ، ولأن له يداً فى الدرب ، فكان الجميع فى يدهما .

(الثانى) ليس له ذلك وهو الصحيح ، لأنه يريد أن يجعل لنفسه الاستطراق فى موضع لم يكن له . وان أراد مَنْ باب داره فى وسط الدرب أن يقدم بابه ، قال الشيخ أبو حامد : فان أراد أن يقدمه الى الموضع الذى لا فناء لصاحبه فيه كان له ذلك وجها واحداً وان أراد أن يقدمه الى الموضع الذى لصاحبه هناك فناء فهل له ذلك ؟ يبنى على الوجهين الأولين .

(فان قلنا) ليس لمن باب داره فى أول الدرب أن يؤخر بابه فلمن باب داره فى وسط الدرب أن يقدم بابه وهو الصحيح . وان قلنا لمن باب داره فى أول الدرب أن يؤخر بابه الى وسط الدرب ، فليس لمن باب داره فى وسط الدرب أن يقدم بابه الى فناء دار جاره . وقال ابن الصباغ : ينبغى له أن يقدم بابه فى فناء صاحبه وجهاً واحداً لأنه انما يفتح الباب فى فناء نفسه ، ولا حق له فيما جاوز ذلك .

وقال أصحاب أحمد : اذا كان لرجلين بابان فى زقاق غير نافذ أحدهما قريب من باب الزقاق والآخر فى داخله ، فللقريب من الباب نقل بابه الى ما يلى باب الزقاق ، لأن له الاستطراق الى بابه القديم ، فقد نقص من استطراقه ، ومتى أراد رد بابه الى موضعه الأول جاز لأن حقه لم يسقط ، وان أراد نقل بابه تلقاء صدر الزقاق لم يكن له ذلك . قال ابن قدامة : نص عليه أحمد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) اذا كان بين رجلين حائط مشترك فانهدم ، فدعا احدهما صاحبه الى العمارة وامتنع الآخر ، ففيه قولان . قال فى القديم : يجبر لأنه انفاق على مشترك يزول به الضرر عنه وعن شريكه فاجبر عليه كالانفاق على العبد ، وقال فى الجديد : لا يجبر لأنه انفاق على ملك لو انفرد به لم يجب ، فاذا اشتركا لم يجب كزراعة الأرض . فان قلنا بقوله القديم أجبر الحاكم الممتنع على الانفاق ، فان لم يفعل وله مال باعه وانفق عليه ، فان لم يكن له مال اقترض عليه وانفق عليه ، فاذا بنى الحائط كان بينهما كما كان . ومن له رسم خشب أو غيره أعاده كما كان .

وان اراد الشريك أن يبنيه لم يمنع منه ، لأنه يعيد رسما فى ملك مشترك فلم يمنع منه ، كما لو كان على الحائط رسم خشب فوقع ، فان بنى الحائط من غير اذن الحاكم نظرت فان بناه بآلته ونقضه معاً عاد الحائط بينهما كما كان برسومه وحقوقه لأن الحائط عاد بعينه وليس للبانى فيه الا أثر فى تاليفه ، وان بناه بغير آلته كان الحائط للبانى ، لا يجوز لشريكه أن ينتفع من غير اذنه ، فان اراد البانى نقضه كان له ذلك لأنه ملكه لا حق لغيره فيه فجاز له نقضه فان قال له الممتنع : لا تنقض وأنا اعطيك نصف القيمة لم يجز له نقضه ، لأن على هذا القول يجبر على البناء . فاذا بناه أحدهما وبذل له الآخر نصف القيمة وجب تبقيته وأجبر عليه ، كما أجبر على البناء .

وان قلنا بقوله الجديد فاراد الشريك أن يبنيه لم يمنع ، لأنه يعيد رسماً فى ملك مشترك وهو عرصة الحائط فلم يمنع منه ، فان بناه بآلته فهو بينهما ، ولكل واحد منهما أن ينتفع به ويعيد ما له من رسم خشب . وان بناه بآلة اخرى فالحائط له ، وله أن يمنع الشريك من الانتفاع به ، وان أراد نقضه كان له ، لأنه لا حق لغيره فيه . فان قال له الشريك : لا تنقضه وأنا أعطيك نصف القيمة لم يمنع من نقضه ، لأن على هذا القول لو امتنع من البناء فى

الابتداء لم يجبر . فاذا بناه لم يجبر على تبقيته . وان قال : قد كان لى عليه رسم خشب وأعطيك نصف القيمة واعيد رسم الخشب ، قلنا للبانى : اما أن تمكنه من اعادة رسمه وتأخذ نصف القيمة . واما ان تنقضه ليبنى معك ، لأن القرار مشترك بينهما ، فلا يجوز أن يعيد رسمه ، ويسقط حق شريكه) .

الشرح الأحكام : اذا كان بينهما حائط مشترك فانهدم أو هدماه ، فدعا أحدهما الى بنائه وامتنع الآخر ، فهل يجبر الممتنع ؟ فيه قولان . وهكذا لو كان بينهما نهر عظيم أو بئر ، فاجتمع فيه الطين ، فهل يجبر الممتنع من كسحها على ذلك ؟ فيه قولان . وقال أبو حنيفة : لا يجبر الممتنع على بناء الحائط ، ويجبر على كسح النهر والبئر . وقال أحمد لا يجبر على البناء لأنه اذا كان الممتنع مالكه لم يجبر على البناء فى ملكه المختص به ، وان كان الممتنع الآخر لم يجبر على بناء ملك غيره ولا المساعدة فيه . وقال مالك وأبو ثور ، وهو أحد القولين عندنا : يجبر .

قال العمرانى فى البيان : وعندنا الجميع على قولين ــ وهو يعنى بالجميع الحائط والبئر والنهر فى البناء وكسح الطين . قال فى القديم : يجبر الممتنع منهما . وبه قال مالك رحمه الله تعالى . واختاره ابن الصباغ لقوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » .

فاذا لم يجبر الممتنع أضررنا بشريكه ، ولأنه انفاق على ملك مشترك لازالة الضرر فأجبر الممتنع منهما ، كالانفاق على الحيوان المشترك ، وقال فى الجديد : لا يجبر الممتنع ، لأنه انفاق على ملك لو انفرد بملكه لم يجبر عليه . فاذا كان مشاركا لغيره لم يجبر عليه كما لو كان بينهما براح من الأرض لا بناء عليه فدعا أحدهما الآخر الى البناء فامتنع فانه لا يجبر ، وعكس ذلك البهيمة والعبد المشتركين ، لما لزم صاحبه الانفاق عليه عند الانفراد بملكه ، أجبر على الانفاق عليه اذا شارك غيره .

وأما الخبر فلا حجة فيه ، لأنا لو أجبرنا الشريك لأضررنا به ، والضرر لا يزال بالضرر ، فاذا قلنا بقوله القديم فطالب الشريك شريكه بالبناء لزمه الانفاق معه بقسط ما يملك من الحائط ، فان امتنع أجبره الحاكم ، فان كان

له مال أخذ الحاكم منه وأنفق عليه ما يخصه ، وان كان معسراً اقترض له الحاكم من الشريك أو من غيره •

وان بناه الشريك باذن الحاكم الممتنع كان الحائط ملكا بينهما كما كان ويرجع الذى بناه على شريكه بحصته من النفقة ، وان بناه بغير اذن شريكه ولا اذن الحاكم لم يرجع بما أنفق ، لأنه متطوع بالانفاق ، ثم ينظر فان بنى الحائط بآلته ومادته الأولى كان ملكا بينهما كما كان ، لأن المنفق انما أنفق على التأليف ، وذلك أثر لا عين يملكها • وان أراد الذى بناه نقضه لم يكن له ذلك لأن الحائط ملك لهما ، وان بنى له بآلة أخرى كان الحائط للذى بناه ، وله أن يمنع شريكه من الارتفاق به ، فان أراد الذى بناه نقضه كان له ذلك لأنه منفرد بملكه •

وان قال له الممتنع : لا تنقض وأنا أدفع ما يخصنى من النفقة أجبر الذى بناه على التبقية ، لأنه لما أجبر الشريك على البناء أجبر الذى بنى على التبقية ببذل النفقة وان كان بينهما نهر أو بئر وأنفق أحدهما بغير اذن شريكه أو اذن الحاكم فانه لا يرجع بما أنفق ، وليس له أن يمنع شريكه من نصيبه من الماء لأن الماء ينبع فى ملكيهما ، وليس له الا نقل الطين ، وذلك أثر لا عين بخلاف الحائط • وان قلنا بقوله الجديد ، لم يجبر الممتنع منهما • فان أراد أحدهما بناءه لم يكن للآخر منعه من ذلك لأنه يزول به الضرر عن الثانى فان بناه بآلته كان الحائط ملكا لهما كما كان ، فلو أراد الذى بناه أن ينقضه لم يكن له ذلك لأن الحائط ملكهما ، فهو كما لو لم ينفرد ببنائه •

وان بناه بآلة له فهو ملك الذى بناه وله أن يمنع شريكه من الارتفاق به• فان أراد الذى بناه أن ينقضه كان له ذلك لأنه ملك له ينفرد به ، فان قال له الممتنع : لا تنقض وأنا أدفع اليك ما يخصنى من النفقة لم يجبر الذى بنى على التبقية ، لأنه لما لم يجبر على البناء فى الابتداء لم يجبر على التبقية فى الانتهاء •

فان طالب الشريك الممتنع بنقضه لم يكن له ذلك الا أن يكون له خشب

فيقول له :اما أن تأخذ منى ما يخصنى من النفقة وتمكننى من وضع خشبى أو تقلع حائطك لتبنيه جميعاً فيكون له ذلك لأنه ليس للذى بناه ابطال رسوم شريكه ، هذا اذا انهدم أو هدماه من غير شرط البناء • فأما اذا هدماه على أن يبنيه أحدهما ، أو هدمه أحدهما متعديا • قال الشافعى رضى الله عنه : أجبرته على البناء • واختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : هى على قولين ، كما لو هدماه من غير شرط والذى نص عليه الشافعى رضى الله عنه انما هو على القول القديم ، وهو اختيار المحاملى ، لأن الحائط لا يضمن بالمثل ؛ ومنهم من قال : يجبر قولا واحداً • قال الشيخ أبو حامد : وهو الصحيح ، لأن الشافعى رضى الله عنه نص على ذلك فى الجديد ، ولأنه هدمه بهذا الشرط فلزمه الوفاء به •

فرع وان كان الحائط بينهما نصفين فهدماه أو انهدم ثم اصطلحا على أن يبنياه وينفقا عليه بالسوية ويكون لأحدهما ثلث الحائط وللآخر ثلثاه ، ويحمل عليه كل واحد منهما ما شاء فلا يصح هذا الصلح ، لأن الصلح هو أن يترك بعض حقه بعوض • وههنا قد ترك أحدهما لصاحبه سدس الحائط بغير عوض فلم يصح كما لو ادعى على رجل داراً فأقر له بها ثم صالحه المدعى منها على سكناها فلا يصح لأنه ملكه الدار والمنفعة ، ثم مصالحته على منفعتها ترك حق له بلا عوض كذلك ههنا مثله ، ولأن هذا شرط فاسد ، لأن كل واحد منهما شرط أن يحمل عليه ما شاء والحائط لا يحمل ما شاء فلم يصح ، كما لو صالحه على أن يبنى على حائطه ما شاء فانه لا يصح لأن ذلك مجهول •

وان اصطلحا على أن يبنيا وينفق عليه أحدهما ثلث النفقة ، وينفق عليه الآخر ثلثى النفقة ، ويحمل على الحائط خشباً معلومة ، فقد قال الشيخ أبو حامد فى دراسة أولى يصح الصلح ، لأنه لما زاد فى الانفاق ترك الآخر بعض حقه بعوض • وقال فى درسه مرة ثانية : لا يصح هذا الصلح لأن النفقة التى تزيد على نفقة حقه مجهولة ، والصلح على عوض مجهول لا يصح • ولأنه صلح على ما ليس بموجود ، لأن الحائط وقت العقد معدوم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وان كان لأحدهما علو وللآخر سفل والسقف بينهما ؛ فانهـدم حيطان السفل لم يكن لصاحب السفل ان يجبر صاحب العلو على البناء قولا واحداً لأن حيطان السفل لصاحب السفل فلا يجبر صاحب العلو على بنائه ، وهل لصاحب العلو اجبار صاحب السفل على البناء ؟ فيه قولان . فان قلنا : يجبر الزمه الحاكم ، فان لم يفعل وله مال باع الحاكم عليه ماله وانفق عليه ، وان لم يكن له مال اقترض عليه ، فاذا بنى الحائط كان الحائط ملكا لصاحب السفل لأنه بنى له وتكون النفقة فى ذمته ويعيد صاحب العلو غرفته عليـــه وتكون النفقة على الغرفة وحيطانها من ملك صاحب العلو دون صاحب السفل لأنها ملكه لا حق لصاحب السفل فيه وأما السقف فهو بينهما وما ينفق عليه فهو من مالهما ، فان تبرع صاحب العلو وبنى من غير اذن الحاكم لم يرجـع صاحب العلو على صاحب السفل بشيء ، ثم ينظر فان كان قد بناها بآلتها ـ كانت الحيطان لصاحب السفل لأن الآلة كلها له وليس لصاحب العلو منعه من الانتفاع بهـا ولا يملك نقضـها لأنها لصاحب السـفل وله أن يعيد حقـه من الغرفة ، وان بناها بغير آلتها كانت الحيطان لصاحب العلو وليس لصـــاحب السفل أن ينتفع بها ولا أن يتد فيها وتداً ولا يفتح فيها كوة من غير اذن صاحب العلو ، ولكن له أن يسكن فى قرار السفل لأن القرار له ولصـاحب العـلو أن ينقض ما بناه من الحيطان لانه لا حق لغيره فيها ، فان بذل صاحب السـفل القيمة ليترك نقضها لم يلزمه قبولها ، لأنه لا يلزمه بناؤها قولا واحداً فلا يلزمه تبقيتها ببذل العوض . والله أعلم) .

الشرح قوله « يتد » مثل يعد ويزن ، وهو الفعل المسمى عند النحاة بالمثال تحذف فاء مضارعه .

أما أحكام الفصل فان كان حيطان العلو لرجل وحيطان السفل لآخر، والسقف بينهما فانهدم الجميع فليس لصاحب السفل أن يجبر صاحب العلو على البناء قولا واحداً ، لأن حيطان السفل لصاحب السفل فلا يجبر غـيره على بنائها ، وهل لصاحب العـلو المطالبة باجبـار صاحب السفل على بنـاء السفل ؟ على القولين فى الحائط ، فان قلنا بقوله القديم أجبر الحاكم صاحب السفل على البناء ، وان لم يكن له مال اقترض عليه من صاحب العلو ومـن غيره وبنى له سقفه ، وكان ذلك ديناً فى ذمته الى أن يوسر . وهكذا اذا بنى صاحب العلو حيطان السفل باذن صاحب السفل أو باذن الحاكم جا ز، وكانت

حيطان السفل لصاحب السفل ولصاحب العلو أن يرجع بما أنفقه على حيطان السفل على صاحب السفل ، ثم يعيد علوه كما كان •

فان أراد صاحب العلو أن يبنى من غير اذن الحاكم واذن صاحب السفل لم يمنع من ذلك لأنه يستحق الحمل على حيطان السفل ، ولا يرجع بما أنفق عليها لأنه متطوع ، فان بنى السفل بآلته كان ملكا لصاحب السفل كما كان ، ويرجع لصاحب العلو نقضها ، ولكن يعيد علوه عليها • وان بناه بآلة أخرى كانت الحيطان ملكا لصاحب العلو ، وليس لصاحب السفل أن يضع عليها شيئاً ، ولا يتد فيها وتداً ، ولكن له أن يسكن فى قرار السفل ، لأن ذلك قرار ملكه ، فان أراد صاحب العلو نقض ذلك كان له ذلك لأنه له أن يسكن فى قرار السفل ، لأن ذلك قرار ملكه ، فان أراد صاحب العلو نقض ذلك كان له ذلك لأنه ملكه • فان بذل صاحب السفل ما أنفق ولا ينقض لم يجبر صاحب العلو على التبقية لأنه لم يجبر على البناء فى الابتداء فلم يجبر على التبقية فى الانتهاء •

مسألة : قال الشافعى رضى الله عنه : ولو ادعى على رجل بيتاً فى يده فاصطلحا بعد الاقرار على أن يكون لأحدهما سطحه ،والبناء على جدرانه بناء معلوما فجائز ، واختلف أصحابنا فى صورة هذه المسألة ، فقال أبو العباس بن سريج : وصورتها أن يدعى رجل على رجل داراً فى يده علوها وسفلها فيقر له بها ، ثم اصطلحا على أن يكون السفل والعلو للمقر له • ويبنى المقر على العلو بناء معلوما • فيصح الصلح ، ويكون ذلك فرعا للعارية وليس بصلح معاوضة ، لأن صلح المعاوضة اسقاط بعض حقه بعوض ، وهذا ترك بعض حقه بلا عوض ، لأنه ملك العلو والسفل بالاقرار ، ثم ترك المقر له للمقر العلو بغير عوض فيكون عارية ، له الرجوع فيها قبل البناء ، وليس له الرجوع بعد البناء ، كما قال الشافعى رضى الله عنه : اذا ادعى على رجل داراً فأقر له بها ثم صالحه منها على سكناها فلا يكون صلحا وانما يكون عارية •

ومنهم من قال: صورتها أن يدعى رجل على رجل سفل بيت عليه علو

ويقر أن العلو للمدعى عليه فيقر المدعى عليه للمدعى بالسفل ، ثم اصطلحا على أن يكون السفل للمدعى عليه ، على أن المدعى يبنى على العلو غرفة معلومة البناء فيصح •

قال الشيخ أبو حامد الاسفراينى : وهذا أصح التأويلين ، وقال ابن الصباغ : الأول أشبه بكلام الشافعى رحمه الله تعالى •

مسالة ثانية اذا ادعى رجل داراً فى يد رجلين فأقر له أحدهما بنصفها، وأنكر الآخر وحلف له ، فصالح المقر للمدعى عن نصف الدار على عوض وصار ذلك النصف للمقر ، فهل لشريكه المنكر أن يأخذ ذلك بالشفعة ؟

قال الشيخ أبو حامد : ان كان ملكا بجهتين مختلفتين ، مثل أن كان أحدهما ورث ما بيده والآخر ابتاع ما بيده ، فللشريك المنكر الشفعة ، لأن الجهتين اذا اختلفتا أمكن أن يكون نصيب أحدهما مستحقا ، فيدعيه صاحبه فيعطيه ثم يملكه بالصلح فتثبت فيه الشفعة •

وان اتفقت جهة الملك لهما بالارث مثلا أو الابتياع ، ففيه وجهان •

(أحدهما) ليس للمنكر الأخذ بالشفعة ، لأنه يقر بأن أخاه أقر بنصف الدار بغير حق ولم يملكه بالصلح ، وهذا يمنعه من المطالبة بالشفعة •

(والثانى) له المطالبة بالشفعة وهو الصحيح ، لأنه قد حكم بنصفها للمقر له وحكم بأنه انتقل الى المقر له بالصلح ؛ مع أنه يحتمل أن يكون قد انتقل اليه نصيب المقر من غير أن يعلم الآخر • وأما ترتيب ابن الصباغ فيها فقال : ان كان انكار المنكر مطلقاً ، كأن أنكر ما ادعاه فله الأخذ بالشفعة• وان قال : هذه الدار لنا ورثناها عن أبينا ، فهل له الأخذ بالشفعة ؟ فيه وجهان•

مسالة ثالثة قال الشافعى رضى الله عنه : اذا أقر أحد الورثة فى دار فى أيديهم بحق لرجل ثم صالحه منه على شىء بعينه فالصلح جائز ، والوارث المقر متطوع ولا يرجع على اخوته بشىء ، واختلف أصحابنا فى صورتها ، فمنهم من قال : صورتها أن يدعى رجل على جماعة ورثة لرجل داراً فى أيديهم

كان أبوهم قد غصبه اياها فأقر له أحدهم بذلك وقال صدقت فى دعواك • وقد وكلنى شركائى على مصالحتك بشيء معلوم ؛ فحكم هذا فى حق شركائه حكم الأجنبى اذا صالح عن المدعى عليه عينا مع الانكار ، على ما مضى بيانه •

وقال أبو على الطبرى : تأويلها أن يدعى رجل على جماعة ورثة ديناً على مورثهم ، وأن هذه الدار رهن عنده بالدين ، فيقر له أحدهم بصحة دعواه ويصالحه عن ذلك بشيء فحكمه حكم الأجنبى اذا صالح عن المدعى عليه بالدين مع انكاره • قال : لأن الشافعى رحمه الله قال : وأقر أحد الورثة فى دار فى أيديهم بحق • ولو أقر بالدار يقال : أقر بالدار ، وانما أراد رهن الدار ، وأيهما كان فقد مضى حكمه • قال الشيخ أبو حامد : والتأويل الأول أصح ، وقد بين الشافعى رحمه الله ذلك فى الأم •

مسألة رابعة قال الشافعى فى الأم : ولو ادعى رجل على رجل زرعا فى الأرض فصالحه من ذلك على دراهم فجائز ، وهذا كما قال : اذا ادعى رجل على رجل زرعا فى أرض فأقر له به فصالحه منه بعوض ، فان كان بشرط القطع صح الصلح ، وان كانت الأرض للمقر كان له تبقية الزرع ، لأن الزرع له ، والأرض له • فان قيل : هلا كان للمدعى اجباره على القطع ، لأن له عوضاً فى ذلك ، وهو أنه ربما أصابته جائحة فرفعه الى الحاكم ، يرى ايجاب وضع الجوائح فيضمنه ذلك ؟

قال ابن الصباغ : فالجواب أن ذلك انما يكون اذا لم يشرط القطع فاما مع شرط القطع فلا يضمن البائع الجوائح ، وان صالحه من غير شرط القطع، فان كانت الأرض لغير المقر لم يصح الصلح ، وان كانت الأرض للمقر فهل يصح الصلح ؟ فيه وجهان مضى ذكرهما فى البيع • وان كان الزرع بين رجلين؛ فادعى عليهما رجل به فأقر له أحدهما بنصفه وصالحه منه على عوض ، فان كانت الأرض لغير المقر لم يصح ، سواء كان مطلقاً أو بشرط القطع ، لأنه ان كان مطلقاً فلا يصح لأنه زرع أخضر فلا يصح بيعه من غير شرط القطع ، وان كان شرط القطع لم يصح أيضاً لأن نصيبه لم يتميز عن نصيب شريكه ، ولا يجبر شريكه على قلع زرعه ، هكذا ذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ ،

وقد مضى ذكر أقوالهما فى البيوع • وذكر القاضى أبو الطيب أن ذلك يبنى على القولين فى القسمة ، هل هى بيع أو افراز حق ؟ وان كانت الأرض للمقر فان قلنا : من اشترى زرعاً فى أرضه يصح من غير شرط القطع ، صح الصلح ههنا ، وانقلنا : لا يصح أن يشترى زرعا فى أرضه الا بشرط القطع لم يصح ههنا •

فـــرع قال ابن الصباغ : وان ادعى على رجل زرعا فى أرضه فأقر له بنصفه ثم صالحه منه على نصفه على نصف الأرض لم يجز ، لأن من شرط بيع الزرع قطعه • وذلك لا يمكن فى المشاع ؛ وان صالحه منـــه على جميع الأرض بشرط القطع على أن يسلم اليه الأرض فارغة لأن قطع جميع الزرع واجب نصفه بحكم الصلح والباقى لتفريغ الأرض فأمكن القطع وجرى مجرى من اشترى أرضا فيها زرع وشرط تفريغ الأرض فانه يجوز ، كذلك ههنا •

وان أقر له بجميع الزرع وصالحه من نصفه على نصف الأرض ليكون الزرع والأرض بينهما نصفين ، وشرط القطع فى الجميع ، فان كان الزرع زرع فى الأرض بغير حق جاز الصلح لأن الزرع يجب قطع جميعه ، وان كان الزرع زرع لحق لم يصح الصلح ، لأنه لا يمكن قطع الجميع •

وذكر الشيخ أبو حامد الاسفراينى فى التعليق أن أصحابنا قالوا : اذا كان له زرع أرض غيره فصالح صاحب الزرع صاحب الأرض من نصف الزرع على نصف الأرض بشرط القطع جاز ، لأن نصف الزرع قد استحق قطعـــه بالشرط ، والنصف الآخر قد استحق أيضاً قطعه لأنه يحتاج الى تفريغ الأرض ليسلمها فوجب أن يجوز قال : وهذا ضعيف أما النصف فقد استحق قطعه ، وأما النصف الآخر فلا يحتاج الى قطعه ، لأنه يمكن تسليم الأرض وفيهـــا زرع •قال ابن الصباغ : ولأن باقى الزرع ليس يمنع فلا يصح شرط قطعه فى العقد ، ويفارق ما ذكرناه اذا أقر بنصف الزرع وصالحه على جميع الأرض، لأنه بشرط تفريغ المبيع ، والله أعلم وبه التوفيق ومنه العون سبحانه •

كتـــاب الحـــــوالة

الحوالة فى عرف الفقهاء فى القانون الوضعى هى انتقال الحق من ذمة الى أخرى ، وفى اصطلاح فقهاء الشرع الحنيف نقل الدين من ذمة الى ذمة أخرى مشغولة بمثل ذلك نقلا تبرأ به الذمة الأولى ، وهذا التعريف هو الذى اتفق عليه جمهور العلماء من أصحابنا ، وبه قالت المالكية والحنابلة وأهل الظاهر • وقال أصحاب الرأى : هى نقل الدين من ذمة المدين المحيل الى ذمة أخرى وهو المحال عليه ، ويعرّف الشيعة الحوالة بأنها عقد شرع لانتقال الحق من ذمة الى أخرى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(تجوز الحوالة بالدين لما روى أبو هريرة رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « مطل الغنى ظلم فاذا أتبع احدكم على ملىء فليتبع ») •

الشرح الحول : الحيلة أو القوة أو السنة ، وحال الغلام وحالت الدار أتى عليها الحول ، وحالت القوس اعوجت ، وحال اللون تغير • والحال الطين ، والتحول التنقل والاسم الحول ، ومنه قوله تعالى ﴿ لا يبغون عنهـا حولا) وذكر الأزهرى عن الزجاج أن الحِوَل مصدر كالصغر ، وأحال الرجل أتى بالمحال ، وأحال عليه بدينه ، والاسم الحوالة بفتح الحاء ، المحـــالة فى قولهم : لا محالة ، أى لا بد • والملىء : الغنى الواسع الثراء ، ومـــن هنـــا تكون الحوالة نقل حق من ذمة الى ذمة من قولهم : حولت الشىء من موضع الى موضع اذا نقله اليه • وسيأتى بقية البحث •

أما حديث أبى هريرة رضى الله عنه فرواه البخارى ومسلم وأبو داود والنسائى والترمذى وابن ماجه باللفظ الذى ساقه المصنف ، ورواه أحمـــد بلفظ « مطل الغنى ظلم ، ومن أحيل على ملىء فليحتل » وعند ابن ماجه من حديث ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم « مطل الغنى ظلم واذا أحلت

على ملىء فاتبعه » واسناده : حدثنا اسماعيل بن توبة ثنا هشيم عن يونس ابن عبيد عن نافع عن ابن عمر • واسماعيل بن توبة قال ابن أبى حاتم : صدوق وبقية رجاله رجال الصحيح • وقد أخرجه الترمذى وأحمد أيضاً •

أما الأحكام والحوالة لا تتم الا بثلاثة أنفس ، محيل ، وهو من يحيل بما عليه ، ومحتال ، وهو من يحتال بما له من الحق ، ومحال عليه وهو من ينتقل حق المحتال اليه • واختلفوا هل هى بيع دين بدين ؟ ورخص فيه فاستثنى عن بيع الدين بالدين • أو هى استيفاء ؟ أوجه ، وقيل هى عقد ارفاق مستقبل ، ويشترط فى صحتها رضا المحيل بلا خلاف • والمحتال عند الأكثر ، والمحال عليه عند بعضهم ، ويشترط أيضاً تماثل التقدير فى الصفات وأن يكون فى شىء معلوم ، ومنهم من خصها بالنقدين ومنعها فى الطعام لأنها بيع طعام قبل أن يستوفى •

فرع فى لغات الفصل وغريبه • الحوالة فى اللغة بمعنى التحول والانتقال من مكان الى مكان وفى الحديث : « من أحال دخل الجنة » يريد من أسلم لأنه تحول من الكفر والحوالة أيضاً تحويل ماء من نهر الى نهر والحائل المتغير اللون يقال : رماد حائل ونبات حائل ورجل حائل اللون اذا كان أسود متغيراً • والحول الحركة ومنه « لا حول ولا قوة الا بالله » وفى الحديث « اللهم بك أصول وبك أحول » وحالات الدهر وأحواله صروفه ، وأحال الغريم زجاه عنه الى غريم آخر والاسم الحوالة ويقال : أحلت فلانا على فلان بدراهم أحيله احالة واحالا ويقال للذى يحتال عليه بالحق (حيل)•

قوله « مطل الغنى » الجمهور على أنه من اضافة المصدر الى الفاعل ، والمعنى أنه يحرم على الغنى القادر أن يمطل صاحب الدين ، بخلاف العاجز • وقيل : هو من اضافة المصدر الى المفعول ، أى يجب على المستدين أن يوفى صاحب الدين • ولو كان المستحق للدين غنياً فان مطله ظلم ، فكيف اذا كان فقيراً ، فانه يكون ظلما بالأولى ، ولا يخفى بُعْدُ هذا • كما قال الحافظ ابن حجر •

والمطل فى الأصل المد • وقال الأزهرى : المدافعة يقال : مطل الحديدة

يمطلها وأنشد الأصمعى لبعض الرجّاز : كأن صاباً آل حتى أمطلا ، والمطل فى الحق والدين مأخوذ منه وهو تطويل العدة التى يضربها الغريم للطالب يقال : مطله وماطله بحقه .

قال الحافظ ابن حجر فى فتح البارى:والمراد هنا تأخير ما استحق أداؤه بغير عذر . قوله « واذا أتبع » بهمزة القطع المضمومة واسكان التاء المثناة الفوقية على البناء للمجهول قال الامام النووى : هذا هو المشهور فى الرواية واللغة. وقال القرطبى : أما أتبع فبضم الهمزة وسكون التاء مبنيا لما لم يسم فاعله عند الجميع وأما فليتبع فالأكثر على التخفيف . وقيده بعضهم بالتشديد ، والأول أجود ، وتعقب الحافظ ما ادعاه من الاتفاق بقول الخطابى : ان أكثر المحدثين يقولونه . يعنى اتبع بتشديد التاء والصواب التخفيف . والمعنى اذا أحيل فليحتل كما وقع فى الرواية الأخرى .

قوله « على ملىء » قيل هو بالهمز ، وقيل بغير همز ، ويدل على ذلك قول الكرمانى : الملىّ كالغنى لفظا ومعنى . وقال الخطابى : انه فى الأصل بالهمز . ومن رواه بتركها فقد سهله . قوله (فاتبعه) قال الحافظ ابن حجر : هذا بتشديد التاء بلا خلاف .

اما الأحكام فان حديث أبى هريرة وحديث ابن عمر يدلان على أنه يجب على من أحيل بحقه على ملىء أن يحتال ، والى هذا ذهب أهل الظاهر وأكثر الحنابلة وأبو ثور وابن جرير ، وحمله الجمهور على الاستحباب . قال ابن حجر : ووهم من نقل فيه الاجماع .

وقد اختلف فى المطل من الغنى هل هو كبيرة أم لا ؟ وقد ذهب الجمهور الى أنه موجب للفسق ، واختلفوا هل يفسق بمرة أو يشترط التكرار ؟ وهل يعتبر الطلب من المستحق أم لا ؟ قال فى فتح البارى : وهل يتصف بالمطل من ليس القدر الذى عليه حاضراً عنده ، لكنه قادر على تحصيله بالتكسب مثلا ؟ قولان عندنا (أولهما) عدم الوجوب (والثانى) الوجوب مطلقاً ، وفصل أصحاب قول ثالث بين أن يكون أصل الدين بسبب يعصى به فيجب والا فلا.

قال الشوكانى : والظاهر الأول لأن القـــادر على التكسب ليس بملىء ، والوجوب انما هو عليه فقط ، لأن تعليق الحكم بالوصف مشعر بالعلية •

فـــرع أفاد الدكتور السنهورى فى الوسيط لمحة فى التطـور التاريخى لانتقال الالتزام كذلك أفاده الدكتور محمد ســـلام مدكور فى رسالته فى الفقه الاسلامى ، قد يتصور أحد أنه بالموت ينتقل الالتزام مـن ذمة المورث الى ذمة الورثة لكن بالتأمل يظهر أن ما على المورث من التزامات يبقى بعد موته معلقاً بذمته ، وكان لصاحب الحق أن يستوفى حقه من التركة اذ حق الورثة لا يتعلق بها الا بثلثى الباقى بعد سداد الدين • ان كان هناك وصايا والا فبكل الباقى لأن الله تعالى يقول (من بعد وصية توصون بهـا أو دين) ولذا وجدت فى الفقه الاسلامى قاعدة وهى لا تركة الا بعد سداد الدين وهى قاعدة عادلة لكن بالنسبة للدائن اذا مات فان حقه قبـل المدين ينتقل الى ورثته ويكون الموت سبباً من أسباب انتقال الحق بلا شك وعلى هذا يمكن للالتزام أن ينقسم اذا نقل الحق الى ورثة الدائن ــ ولقد كان القانون الرومانى يجبر انتقال الالتزام من الوارث الى المورث سواء مـن ناحية الدائن أو المدين • اذ كان يعتبر شخصية الوارث استمراراً لشخصية المورث وكان القانون الفرنسى والقوانين التى تدور فى فلكه على هذا غـير أنه لما تبين للمشرع عندهم عدم عدالة هـذه القاعدة جنح الى ناحية قاعـدة الفقه الاسلامى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) ولا تجوز الا على دين يجـوز بيعـه ، كعوض القرض ، وبدل المتلف ، فأما مالا يجوز بيعه كدين السلم ومال الكتابة فلا تجوز الحوالة به ؛ لأن الحوالة بيع فى الحقيقة ، لأن المحتال يبيع ماله فى ذمة المحيل بما له فى ذمة المحال عليه والمحيل يبيع ماله فى ذمة المحال عليه بما عليه من الدين ، فلا يجوز الا فيما يجوز بيعه) •

الشرح الأحكام : تجوز الحوالة بعوض القرض وبدل المتلف ، لأنه حق ثابت مستقر فى الذمة ، فجازت الحوالة به كبيعه • قال الشيخ أبو حامد الاسفراييني : وتجوز الحوالة بثمن المبيع لأنه دين مستقر • وهـل

تجوز الحوالة بالثمن فى مدة الخيار ؟ فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ (أحدهما) وهو قول القاضى أبى حامد : لا تصح الحوالة به لأنه ليس بثابت .

(والثانى) يصح لأنه يؤول الى اللزوم . ولا تجوز الحوالة بالمبيع لأنه غير مستقر ، لأنه قد يتلف قبل القبض فيبطل البيع فيه .

فرع لا تجوز الحوالة بدين السلم ولا عليه ، لأن دين السلم غير مستقر لأنه يعرضه للفسخ انقطاع المسلم فيه ، ولا تصح الحوالة به لأنها لم تصح الا فيما يجوز أخذ العوض عنه ، والسلم لا يجوز أخذ العوض عنه وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم « من أسلم فى شىء فلا يصرفه الى غيره » .

وأما المكاتب اذا حصلت عليه ديون لغير سيده من المعاملة ، وله ديون جاز أن يحيل بعض غرمائه على بعض ، وجاز لغرمائه أن يحيلوا عليه بما لهم فى ذمته . لأن الحق ثابت فى ذمته . وأما ما فى ذمته من مال الكتابة فلا يجوز لسيده أن يحيل به عليه ، لأنه غير مستقر ، لأن له أن يعجز نفسه متى شاء ، فلا معنى للحوالة به ، وان أراد المكاتب أن يحيل سيده بمال الكتابة الذى عليه على غريم للمكاتب قال ابن الصباغ : صحت الحوالة .

(قلت) وقد قال أصحاب أحمد كقولنا فى كل ما ذكرنا وفى المدين على المكاتب وله حكمه حكم الأحرار ، وكذلك ما فى ذمته من مال الكتابة له أن يحيل سيده على غرمائه وتبرأ ذمته من مال الكتابة بهذه الحوالة ، ويكون ذلك بمنزلة القبض ، ولا يصح لسيده أن يحيل مال الكتابة الى غرمائه لأنه يستطيع أن يعجز نفسه .

واشترط المحاملى صاحب المجموع أن يكون النجم قد حل لأنه بمنزلة أن يقضيه ذلك من يده ، وان كان لسيده عليه مال من جهة المعاملة فهل يجوز للسيد أن يحيل غريماً له عليه ؟ فيه وجهان حكاهما الطبرى (أحدهما) يصح . ولم يذكر ابن الصباغ غيره ، لأنه دين لازم (والثانى) لا يصح

الوسيط للدكتور السنهورى جـ ٣ ص ٤١٢ ، ٤١٤ .

لأنه قد يعجز نفسه فيسقط ما فى ذمته لنفسه من دين للمعاملة وغيرها ، لأن السيد لا يثبت له مال على العبد قال الصيمرى : وان أحاله رجل على عبده فان كان مأذوناً له فى التجارة ــ جاز ، وان كان غير مأذون ففيه وجهان ، الأصح لا تصح الحوالة .

فــــرع اذا أحالت المرأة على زوجها بصداقها قبل الدخول لم يصح لأنه دين غير مستقر ، وان أحالها الزوج به صح ، لأنه له تسليمه اليها وحوالته به تقوم مقام تسليمه ، وان أحالت به بعد الدخول صح لأنه مستقر.

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصــل) واختلف اصحابنا فى جنس المال الذى تجوز به الحوالة ، فمنهم من قال : لا تجوز الا بماله مثل ، كالاثمان والحبوب وما اشبهها ، لان القصد بالحوالة اتصال الغريم الى حقه على الوفاء من غير زيادة ولا نقصان ، ولا يمكنه ذلك الا فيما له مثل ؛ فوجب أن لا يجوز فيما سواه ، ومنهم من قال : تجوز فى كل ما يثبت فى الذمة بعقد السلم كالثياب والحيوان ، لأنه مال ثابت فى الذمة يجوز بيعه قبل القبض ، فجازت الحوالة به كذوات الأمثال .

(فصــل) ولا تجوز الا بمال معلوم ، لأنا بينا انه بيع فلا تجوز فى مجهول واختلف اصحابنا فى ابل الدية ، فمنهم من قال : لا تجوز وهو الصحيح لأنه مجهول الصفة فلم تجز الحوالة به كغيره . ومنهم من قال : تجوز لأنه معلوم العدد والسن فجازت الحوالة به) .

الشرح الأحكام : تجوز الحوالة بالدراهم والدنانير وبما له مثل كالطعام والأدهان ، وما استحدث فى عصرنا هذا من صناعات بخارية وكهربية كالسيارة والثلاجة والغسالة والمرناة (التلفزيون) والمذياع بشرط أن تكون جديدة محددة الصفات حتى تتحقق المثليــة ، فاذا كانت مســتعملة وأمكن تحديد الأرش من حيث زمن الاستعمال وقدر الأرش وضبطه ووجد المثيل بشهادة الخبير الأمين من غير زيادة أو نقصان جازت الحوالة ، لأن القصــد بالحوالة ايفاء الغريم حقه من غير زيادة ولا نقصان ، وذلك يحصل بما ذكرناه

وهل تصح الحوالة بما لا مثل له مما يضبط بالصفة كالثياب والحيوان والعروض التى يصح السلم عليها ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يصح ، لأنه مال ثابت فى الذمة مستقر فصحت الحوالة به ، كالدراهم والدنانير •

(والثانى) لا يصح ، لأن المثل فيه لا ينحصر ، ولهذا لا يضمن بمثله فى الاتلاف • فاذا قلنا بهذا لم تجز الحوالة بابل الدية • واذا قلنا بالأول فهل تصح الحوالة بابل الدية ؟ فيه وجهان مخرجان من القولين للشافعى رضى الله عنه : اذا جنت امرأة على رجل موضحة فتزوجها على خمس من الابل فى ذمتها له أرش جنايتها عليه ، وكذلك قال فى الصلح : اذا كان له فى ذمته أرش جناية خمس من الابل فصالح عنها ، فهل يصح ؟ فيه قولان (أحدهما) يصح لأنه دين مستقر فى الذمة معلوم العدد والسن • (والثانى) لا يصح وهو الصحيح ، لأنها مجهولة الصفة ، لا يتعين على من وجبت عليه أن يسلمها بخصوصها •

وقال أصحاب أحمد : لا تصح الحوالة فيما لا يصح السلم فيه ، لأنه لا يثبت فى الذمة ؛ ومن شرط الحوالة تساوى الدينين ، فأما ما يثبت فى الذمة سلماً غير المثليات كالمذروع والمعدود ، ففى صحة الحوالة به وجهان (أحدهما) لا يصح لأن المثل فيه لا يتحرر ، ولهذا لا يضمنه بمثله فى حالة الاتلاف • (الثانى) يصح ، ذكره القاضى أبو بكر من الحنابلة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا تجوز الا أن يكون الحقان متساويين فى الصفة والحلول والتاجيل ، فان اختلفا فى شىء من ذلك لم تصح الحوالة ، لأن الحوالة ارفاق كالقرض ، فلو جوزنا مع الاختلاف صار المطلوب منه طلب الفضل ، فتخرج عن موضوعها ، فان كان لرجل على رجلين الف على كل واحد منهما خمسمائة، وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه خمسمائة ، فأحال عليهما رجلا له عليه الف ، على أن يطالب من شاء منهما بالف ففيه وجهان (احدهما) تصح ، وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمه الله ، لأنه لا يأخذ الا قدر حقه •• (والثانى) لا تصح ، وهو قول شيخنا القاضى أبى الطيب رحمه الله لأنه يستفيد بالحوالة زيادة فى المطالبة ، وذلك لا يجوز ؛ ولأن الحوالة بيع فاذا خيرناه بين الرجلين صار كما لو قال : بعتك أحد هذين العبدين) •

الشرح ولا تصح الحوالة الا ان كان الحقان من جنس واحد ، فان كان عليه لرجل دنانير فأحاله بها على رجل له عليه دراهم ، أو حال من له عليه حنطة على من له شعير أو ذرة أو حال من له عليه ريالات سعودية على من عنده جنيهات مصرية أو غيرها من صنوف النقد لم تصح الحوالة ، لأن موضوع الحوالة أنها لا تفتقر الى رضى المحال عليه ، فلو صححناها بغير جنس الحق لاشترط فيها رضاه ، لأنه لا يجبر على تسليم غير الجنس الذى عليه ، ولأن الحوالة تجرى مجرى المقاصة ، لأن المحيل سقط ما فى ذمته بما له فى ذمة المحال عليه ، ثم المقاصة لا تصح من جنس بجنس آخر ، وكذلك الحوالة ، ولا تصح الحوالة الا ان كان الحقان من نوع واحد لما ذكرناه فى الجنس ، فان كان له على رجل ألف صحاح فأحاله بها على من له عليه ألف مكسرة ، أو كان بالعكس من ذلك لم تصح الحوالة ، لأن الحوالة فى الحقيقة بيع دين بدين ، وبيع الدراهم بالدراهم صرف من شرطه القبض فى المجلس الا ان جوزنا تأخير القبض فى الحوالة ، لأنه عقد ارفاق معروف ، فاذا دخل فيه الفضل صار بيعاً وتجارة ، وبيع الدين بالدين لا يجوز • ألا ترى أن القرض فى الحقيقة صرف ، لأنه يعطى درهماً بدرهم ، ولكن جوز تأخير القبض فيه لأنه ارفاق • ولو قال أقرضتك هذه الدراهم المكسرة لتردها على صحاحاً لم يصح • وكذلك هذا مثله • واذا قال : أقرضتك هذه الجنيهات لتردها على دولارات لم يصح القرض •

فرع وان كان لرجل على رجلين ألف درهم كل واحد خمسمائة ، وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه ، فأحاله أحدهما على آخر بألف برئت ذمتهما مما له عليهما وان أحال عليهما رجلا له عليه ألف ليأخذ من كل واحد منهما خمسمائه صح • وان أحاله عليهما على أن يطالب من شاء منهما بالألف فهل تصح الحوالة ؟ فيه وجهان حكاهما أبو العباس بن سريج (أحدهما) تصح الحوالة ، وهو اختيار الشيخ أبى حامد الاسفراينى، لأن المحتال لا يأخذ الا قدر حقه ، لأن الزيادة انما تكون فى القدر أو الصفة ، ألا ترى أنه يجوز أن يحيل على من هو أملأ منه (والثانى) لا تصح الحوالة ، وهو اختيار القاضى أبى الطيب لأنه يستفيد بهذه الحوالة زيادة فى

المطالبة ، لأنه كان يطالب واحداً فصار يطالب اثنين ، ولأن الحوالة بيع فاذا كان الحق على اثنين كان المقبوض منهما مجهولا فلم يصح والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) ولا يجوز الحوالة الا على من له عليه دين ، لانا بينا أن الحوالة بيع ما فى الذمة بما فى الذمة ، فاذا أحال من لا دين له عليه كان بيع معـــدوم فلم تصح • ومن أصحابنا من قال تصح اذا رضى المحال عليه ، لأنه تحمل دين يصح اذا كان عليه مثله فصح ، وان لم يكن عليه مثله كالضمان فعلى هـــذا يطالب المحيل بتخليصه ، كما يطالب الضامن المضمون عنه بتخليصه ، فان قضاه باذنه رجع على المحيل ، وان قضاه بغير اذنه لم يرجع) •

الشرح الأحكام : اذا كان لرجل على رجل حق فأحاله على من لا حق عليه ؛ فان لم يقبل المحال عليه الحوالة لم تصـــح الحـــوالة ولم يبرأ المحيل لأنه لا يستحق شيئاً على المحال عليه • وان قبل المحال عليه الحوالة فهل تصح الحوالة ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا تصح • وهو قول أكثر أصحابنا ، وهو ظاهر كلام المزنى لأن الحوالة معاوضة ، فاذا كان لا يملك شيئاً فى ذمة المحال عليه لم يصح ، كما لو اشترى شاة حية بشاة ميتة • ولأنه لو أحال على من له عليه دين غير لازم أو غير مستقر أو مخالف لصفة دينه لم يصح ، فلأن لا تصح الحوالة على من لا دين له عليه أولى (الثانى) تصح الحوالة • وهو قول أبى حنيفة وأصحابه ، لأن المحال عليه اذا قبل الحوالة صار كأنه قال لصاحب الحق : أسقط عنه حقك وأبرئه وعلى عوضه • ولو قال ذلك للزمه لأنه استدعى اتلاف ملك بعوض فكذلك هذا مثله فاذا قلنا بهذا فللمحال عليه أن يطالب المحيل بتخليصه ، كما يطالب الضامن المضمون عنه بتخليصه •

وان قبض المحتال الحق من المحال عليه باذن المحيل ، ثم وهبه المحتـــال للمحال عليه فهل يرجع المحال عليه على المحيل بشىء ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يرجع عليه بشىء ، لأنه لم يغرم شيئاً ، لأن ما دفع اليه رجع اليه (الثـــانى) يرجع عليه وهو المذهب ، لا أنه قد غرم ؛ وانما يرجع عليه بسبب آخـــر • وان كان عليه حق مؤجل فأحال به على رجل لا شىء له عليه ، وقبل المحـــال عليه الحوالة ــ وقلنا :تصح ــ فان قضاه المحال عليه الحق فى محله باذن المحيل

رجع عليه ، وان قضاه قبل حلول الحق لم يرجع على المحيل قبل محل الدين ، لأنه متطوع بالتقديم •

فان اختلف المحيل والمحال عليه فقال المحال عليه : أحلت على ولا حق لك على ، فأنا أستحق الرجوع عليك لأنى قضيت باذنك ، وقال المحيل : بل أحلت بحق لى عليك ، فالقول قول المحال عليه مع يمينه ، لأن الأصل براءة ذمته من الدين • والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا تصح الحوالة من غير رضا المحتال ، لأنه نقل حق من ذمة الى غيرها فلم يجز من غير رضا صاحب الحق ، كما لو اراد ان يعطيه بالدين عيناً ، وهل تصح من غير رضا المحال عليه ؟ ينظر فيه فان كان على من لا حق له عليه وقلنا : انه تصح الحوالة على من لا حق له عليه لم تجز الا برضاه ، وان كان على من له عليه حق ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى واختيار المزنى انه لا تجوز الا برضاه لأنه أحد من تتم به الحوالة فاعتبر رضاه فى الحوالة كالمحتال (والثانى) وهو المذهب انه تجوز ، لأنه تفويض قبض فلا يعتبر فيه رضى من عليه ، كالتوكيل فى قبضه ، ويخالف المحتال فان الحق له فلا ينقل بغير رضاه كالبائع ، وههنا الحق عليه فلا يعتبر رضاه كالعبد فى البيع) •

الشرح الأحكام : اعتبار رضى المحتال ، هو مذهبنا ومذهب مالك رضى الله عنه وقال أصحاب أبى حنيفة : اذا لزم المحال عليه بالحق بغير التزام منه كان مكرها فاذا قبلها مع الاكراه فسدت الحوالة ألا ترى أنه سيصبح المدين والملتزم ؟ وقد اشترط كذلك الامام جعفر بن محمد أنه لابد من تحقيق رضاء المحال عليه فى مجلس عقد الحوالة وقد يكون المحال عليه غير مدين ففى جوازه بغير رضاه نظر • أما المدين للمحيل ففى جوازه وجهان • وسيأتى ، أما ما ابتدأ المصنف به فصله من أنه لا تصح الحوالة من غير رضا المحتال فصحيح ، لأن بعض ذوى المروءات تأبى عليهم همهم أن يتحمل غيرهم دينهم • وقال أحمد وأصحابه وداود وأهل الظاهر : لا يعتبر الرضا • قال الخرقى : ومن أحيل بحقه على ملىء فواجب عليه أن يحتال •

وقال ابن قدامة قال أحمد فى تفسير الملىء « كأن الملىء عنده أن يكون مليئاً بماله » وقوله : وبدنه ونحو هذا فاذا أحيل على من هذه صفته لزم المحتال والمحال عليه القبول ولم يعتبر رضاهما وقال : أبو حنيفة : يعتبر رضاهما لأنها معاوضة فيقتضى الرضى من المتعاقدين .

(قلت) ودليل أحمد وداود وأهل الظاهر قوله صلى الله عليه وسلم : « اذا أحيل على ملىء فليحتل » وهذا أمر ، والأمر يقتضى الوجوب .

أما دليلنا فان الحق قد تعلق بذمة المحيل فلا يملك نقله الى غير ذمته بغير رضى من له الحق ، كما لو تعلق بعين فليس له أن ينقله الى عين أخرى بغير رضى من له الحق . وأما الحديث فمحمول على الاستحباب وأما المحيل فان البغداديين من أصحابنا قالوا يعتبر رضاه لأن الحق عليه فلا يتعين عليه جهة قضائه ، كما لو كان له دراهم فى كيسه فليس لصاحب الحق أن يطالب باجباره على أن يقضيه حقه من كيس معين .

وأما الخراسانيون فقالوا : هل يعتبر رضى المحيل ؟ فيه وجهان . وصورتها أن يقول المحتال عليه لرجل أحلتك على نفسى بالحق الذى لك على فلان ، فاذا قال : قبلت فهل يصح ؟ على الوجهين بناء على الوجهين فيما لو قال :ضمنت عنه بشرط أن تبرئه . وعندى أن هذين الوجهين انما يتصوران فى المحال عليه اذا لم يكن على المحيل عليه حق للمحيل ــ وقلنا : تصح الحوالة على من لا حق له عليه برضاه ــ فأما اذا كان عليه حق للمحيل فهل يعتبر فى صحة الحوالة ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول ابن القاص وأبى سعيد الاصطخرى أن الحوالة لا تصح الا برضاه وهو قول الزهرى ، لأنه أحد من تتم به الحوالة فاعتبر رضاه كالمحيل والمحتال .

(والثانى) وهو المذهب أن الحوالة تصح من غير رضاه لأن المحيل أقام المحتال مقامه فى القبض فلم يعتبر رضى من عليه الحق ، كما لو وكل من له الحق وكيلا فى القبض فانه لا يعتبر رضى من عليه الحق .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : ان الحوالة تصرف على المحال عليه بنقل الحق الى ذمته فلا يتم الا بقبوله ورضاه ، بخلاف التوكيل بقبض الدين لأنه ليس تصرفا عليه بنقل الواجب اليه ابتداء ، بل هو تصرف بأداء الواجب فلا يشترط قبوله ورضاه ، ولأن الناس فى اقتضاء الديون والمطالبة بها على التفاوت بعضهم أسهل مطالبة واقتضاء ، وبعضهم أصعب ، فلا بد من قبوله ليكون لزوم ضرر الصعوبة مضافاً الى التزامه • هكذا أفاده الكاسانى فى البدائع ومنه نقلته والله الموفق والمعين •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) اذا احال بالدين انتقل الحق الى المحال عليه وبرئت ذمة المحيل، لأن الحوالة اما ان تكون تحويل حق أو بيع حق ، وايهما كان وجب أن تبرأ به ذمة المحيل •

(فصل) ولا يجوز شرط الخيار فيه ، لأنه لم يبن على المغابنة فلا يثبت فيه خيار الشرط ، وفى خيار المجلس وجهان (احدهما) يثبت لأنه بيع فيثبت فيه خيار المجلس كالصلح (والثانى) لا يثبت ، لأنه يجرى مجرى الابراء ولهذا لا يجوز بلفظ البيع ، فلم يثبت فيه خيار المجلس) •

الشرح الأحكام • قال الشيخ أبو حامد الاسفراينى : اختلف أصحابنا فى الحوالة هل هى بيع أو رفق ؟ على وجهين ، فمنهم من قال : انها رفق لقوله صلى الله عليه وسلم « فاذا أحيل أحدكم على ملىء فليحتل » فندب الى الحوالة • والبيع مباح لا مندوب اليه ، وانما المندوب اليه الرفق لقوله صلى الله عليه وسلم فى القرض : « قرض درهم خير من صدقة » ولأن الحوالة لو كانت بيعاً لدخل فيها الفضل ، ولما صحت بالدين ، ومنهم من قال: ان الحوالة بيع ، لأن البيع ضربان : ضرب بلفظ البيع فيدخله الربح والفضل والمغابنة ، وضرب منه بغير لفظ البيع القصد منه الرفق فلا يدخله الفضل والمغابنة ولا يقتضى التمليك كالبيع ، لأن المحيل يملك المحتال ماله فى ذمة المحال عليه الا أنهما اختلفا فى الاسم ليعرف به المطلوب من كل واحد منهما •

فاذا قلنا : انها رفق لم يدخلها خيار المجلس كالقرض • واذا قلنا : انها بيع دخلها خيار المجلس فى الصرف وأما خيار الثلاث فلا يدخلها بالاجماع •

وعندى أن الوجهين فى الحوالة على من لا حوالة عليه برضى المحال مأخوذان من هذا (فاذا قلنا) ان الحوالة رفق صحت (وان قلنا) انها بيع لم تصح .

وقد ذهب أبو حنيفة وأصحابه الى القول بأن الحوالة فيها معنى المعاوضة وعلى هذا لا تصح بغير رضى المحيل لأن الحوالة ابراء فيها معنى التمليك فلا تصح بغير رضاه أو بالاكراه كسائر التمليكات والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان احاله على ملىء فافلس أو جحد الحق وحلف عليه لم يرجع الى المحيل ، لانه انتقل حقه الى مال يملك بيعه فسقط حقه من الرجوع ، كما لو أخذ بالدين سلعة ثم تلفت بعد القبض ، وان أحاله على رجل بشرط أنه ملىء فبان أنه معسر فقد ذكر المزنى أنه لا خيار له ، وأنكر أبو العباس هـذا وقال : له الخيار ، لانه غره بالشرط فثبت له الخيار ، كما لو باعه عبداً بشرط أنه كاتب ثم بان أنه ليس بكاتب . وقال عامة أصحابنا : لا خيار له لأن الاعسار نقص فلو ثبت به الخيار لثبت من غير شرط كالعيب فى المبيع ويخالف الكتابة فان عدم الكتابة ليس بنقص ، وانما هو عدم فضيلة فاختلف الامر فيه بين أن يشرط وبين الا يشرط) .

الشرح الأحكام . اذا أحال بالحق انتقل الحق من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ، وبرئت ذمة المحيل ، وهو قول العلماء كافة . وقال زفر : لا ينتقل الحق من ذمة المحيل ، وانما يكون له مطالبة أيهما شاء كالضمان وقال : الحوالة لا توجب براءة المحيل والحق فى ذمته بعد الحوالة على ما كان عليه قبلها كالكفالة سواء . قال الكاسانى : وجه قوله أن الحوالة شرعت وثيقة للدين كالكفاله وليس من الوثيقة براءة الأول فى مطالبة الثانى مع بقاء الدين على حاله فى ذمة الأول من غير تغيير كما فى الكفالة سواء .

ولنا أن الحوالة مشتقة من التحويل وهو النقل فكان معنى الانتقال لازماً فيها . والشىء اذا انتقل الى موضع لا يبقى فى المحل الأول ضرورة ، ومعنى الوثيقة يحصل بسهولة الوصول من حيث الملاءة والانصاف واختلف متأخرو الحنفية فى كيفية النقل مع اتفاقهم على ثبوت أصله موجباً للحوالة ، قال بعضهم : انها نقل المطالبة والدين جميعاً ، وقال بعضهم انها نقل المطالبة فحسب . فأما أصل الدين فباق فى ذمة المحيل .

قلت : ان الحوالة مشتقة من تحويل الحق ، والضمان مشتق من ضم ذمة الى ذمة فيجب أن يعطى كل لفظ ما يقتضيه • اذا ثبت أن الحق انتقل من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ، فان الحق لا يعود الى ذمة المحيل بافلاس المحال عليه ، ولا بموته ولا بجحوده ويمينه ، وبه قال مالك والليث وأحمد رضى الله عنهم ، وروى ذلك عن على كرم الله وجهه •

وقال أبو حنيفة : يرجع اليه فى حالين اذا مات المحال عليه مفلساً ، واذا جحد الحق وحلف وقال أبو يوسف ومحمد : يرجع اليه فى هذين الحالين ، وفى حالة ثالثة اذا أفلس المحال عليه وحجر عليه وقال الحكم : يرجع عليه فى حالة واحدة اذا مات المحال عليه مفلساً وأيس من الوصول الى حقه لقوله صلى الله عليه وسلم « مطل الغنى ظلم ، واذا أتبع على ملىء فليتبع » •

وقد حمل الامام ابن حزم حملة قاسية على هذا الرأى بقوله : قال أبو محمد : هذا قول فاسد (وهو يعنى قول أبى حنيفة مع قول أبى يوسف ومحمد) لمخالفته أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأنهم مجمعون معنا على أن الحوالة اذا صح أمرها فقد سقط الحق عن المحيل ، واذ قد أقروا بسقوطه فمن الباطل رجوعه ، ومن الباطل رجوع حق سقط بغير نص يوجب رجوعه ولا اجماع يوجب رجوعه ، فان قالوا : قد روى عن عثمان أنه قال فى الحوالات (ليس عن مسلم تو) [1] ومن طريق عبد الرزاق عن معمر أو غيره عنه عن قتادة عن على بن أبى طالب أنه قال فى الذى أحيل لا يرجع على صاحبه الا أن يفلس أو يموت وهو قول شريح والحسن والنخعى والشعبى كلهم يقول : ان لم ينصفه رجع على المحيل ، وعن الحكم : لا يرجع على المحيل الا أن يموت المحال عليه قبل أن ينتصف فانه يرجع الى المحيل ، قلنا : لا حجة فى أحد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم فكيف وقد رويناه منا من طريق حماد بن سلمة عن محمد بن اسحق عن على بن عبيد الله عن سعيد ابن المسيب « أنه كان لأبيه المسيب دين على انسان ألف درهم ولرجل آخر على على بن أبى طالب ألف درهم فقال ذلك الرجل للمسيب : أنا أحيلك على على وأحلنى أنت على فلان ففعل فانتصف المسيب من على وتلف مال الذى

---

(١) التو : الهلاك •

أحاله المسيب عليه فأخبر المسيب بذلك على بن أبى طالب فقال له على : أبعده الله » فهذا خلاف الرواية عن عثمان والذى ذكرنا عن على وهذه موافقة لقولنا . واذا اختلف السلف فليس بعض ما روى عنهم بأولى من بعض باتفاقكم معنا فى ذلك ولسنا نرى احالة من لا حق للمحال عنده لأنه أكل مال بالباطل ، وانما يجوز عندنا مثل فعل على والمسيب رضى الله عنهما على الضمان ، فاذا ضمن كل واحد من الغريمين ما على الآخر من شرط جاز ذلك ولزم وتحول الحق الذى على كل واحد منهما على الآخر . وقال أبو حنيفة ومالك : لا يجبر المحال على قبول الحوالة . واحتجوا فى ذلك بأن قالوا : لو وجب اجباره لوجب أيضاً اذا أحاله المحال عليه على آخر أن يجبر على اتباعه ثم اذا أحاله ذلك على آخر يجبر أيضاً على اتباعه وهكذا أبداً . قال أبو محمد : هذه معارضة لأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى هذا ما فيه، فكيف والذى اعترضوا به فاسد لأنه مطل من غنى ، أو حوالة على غير ملىء، « ومطل الغنى ظلم » والحوالة على غير ملىء لم يؤمر بأن يقبلها اهـ .

وقال أصحاب أحمد رضى الله عنه : لأنه شرط ما فيه المصلحة للعقد فى عقد معاوضة . فيثبت الفسخ بفواته ويرجع على المحيل ، كما لو شرط صفة فى المبيع وقد يثبت بالشرط مالا يثبت باطلاق العقد ، بدليل اشتراط صفة فى المبيع ، وقال الشافعى رضى الله عنه : فلما ندب المحتال الى اتباع المحال عليه بشرط أن يكون المحال عليه مليئا علم أن الحق يتحول عن المحيل الى ذمة المحال عليه تحولا يمنع المحتال من الرجوع الى المحيل ، اذ لو كان له الرجوع اليه لم يكن لعقد هذا الشرط ضرورة ، وقال الربيع بن سليمان : أخبرنا الشافعى فى الاملاء قال : والقول عندنا ــ والله أعلم ــ ما قال مالك ابن أنس ، ان الرجل اذا أحال الرجل على الرجل بحق له ، ثم أفلس المحال عليه أو مات لم يرجع المحال على المحيل أبداً ، فان قال قائل : ما الحجة فيه ؟ قال مالك بن أنس أخبرنا عن أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مطل الغنى ظلم ، واذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع » فان قال قائل : وما فى هذا مما يدل على تقوية قولك ؟ قيل : أرأيت لو كان المحال يرجع على المحيل كما قال محمد بن الحسن اذا أفلس المحال عليه فى الحياة أو مات مفلساً ، هل يصير المحال على

من أحيل ؟ أرأيت لو أحيل على مفلس وكان حقه نائباً عن المحيل هل كان يزداد بذلك الا خيراً ان أيسر المفلس ، والا فحقه حيث كان ؟ ولا يجوز الا أن يكون فى هذا • ثم قال : أما قولنا : اذا برئت من حقك وضمنه غيرى فالبراءة لا ترجع الى أن تكون مضمونة ، واما ألا تكون الحوالة جائزة ، فكيف يجوز أن أكون بريئاً من دينك اذا أحلتك لو حلفتَ وحلفتُ ما لك على حق بررنا ، فان أفلس عدت على بشىء بعد أن برئت منه بأمر قد رضيت به جائزاً بين المسلمين •

واحتج محمد بن الحسن بأن عثمان قال فى الحوالة والكفالة : يرجع صاحبه لا توى على مسلم ، وهو فى أصل قوله يبطل من وجهين ، ولو كان ثابتاً عن عثمان لم يكن فيه حجة انما شك فيه عثمان ، ولو ثبت ذلك عن عثمان احتمل حديث عثمان خلافه •

واذا أحال الرجل على الرجل بالحق فأفلس المحال عليه أو مات ولا شىء له لم يكن للمحتال أن يرجع على المحيل ، من قبل أن الحوالة تحول حق من موضعه الى غيره ، وما تحول لم يعد ، والحوالة مخالفة للحمالة ، ما تحول عنه لم يعد الا بتجديد عودته عليه ، ونأخذ المحتال عليه دون المحيل بكل حال • ا هـ •

قال أصحابنا : ولأن عموم الخبر يدل على أنه يتبع أبداً ، وان مات مفلساً أو جحد فحلف ، فروى أن جد سعيد بن المسيب كان له على علىّ بن أبى طالب رضى الله عنه حق فسأله أن يحيل به على رجل فأحاله به عليه فمات المحال عليه فعاد جد سعيد يسأل علياً رضى الله عنه حقه فقال له على : « اخترت علينا غيرنا أبعدك الله » وقد سبق نقلها فى كلام ابن حزم فثبت أنه اجماع لأنه لم ينكر على على رضى الله عنه أحد من الصحابة رضى الله عنهم ، ولأنه لا يخلو اما أن يكون بالحوالة سقط حقه من ذمة المحيل ، أو لم يسقط ، فان لم يسقط حقه عنه كان له الرجوع عليه ، سواء مات المحال عليه أو لم يمت ، وسواء أفلس أو لم يفلس وان كان قد سقط حقه عنه فكيف يرجع بالاعسار والجحود ؟ لأن الحوالة كالقبض للحق فلم يرجع على المحيل، كما لو قبض عن حقه عوضاً فتلف فى يده •

فـــرع إذا كان عليه دين لرجل فأحاله على من له عليه دين ، ثم ان المحيل قضى المحتال صح القضاء ، ولا يرجع المحيل على المحال عليه بشيء اذا قضى بغير اذنه • وقال أبو حنيفـة رضى الله عنه وأصـحابه : يكون له الرجوع عليه •

دليلنا أن الحوالة قد صحت ، وانما يتبرع بالقضاء ، فلم يرجع عليـه بشيء ، ولأنه لا يملك ابطال الحوالة فكان بدفعه متبرعا ، كما لو قضى عنه أجنبى •

فـــرع فان أحاله على رجل ولم يشترط أنه مليء أو معسر فبان أنه معسر لم يرجع المحتال على المحيل سواء علم باعساره أو لم يعلم ، وبه قال أبو حنيفة • وقال مالك : اذا لم يعلم باعساره كان له الرجوع على المحيل•

دليلنا أن الاعسار لو حدث بعد الحوالة وقبل القبض لم يثبت للمحتال الخيار فكذلك اذا ثبت أنه معسر حال العقد ، وأما اذا أحاله على رجل بشرط أنه مليء قال الشيخ أبو حامد : فان قال أحلتك على فلان الموسر أو على فلان وهو موسر فقبل الحوالة ، ثم بان أنه معسر فقد روى المزنى عن الشـافعى أنه لا يرجع على المحيل أبداً ، سواء كان المحال عليه غنياً أو فقيراً أفلس أو مات معدما ، غره أو لم يغره •

واختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو العباس بن سريج : له أن يرجع على المحيل كما لو باعه سلعة بشرط أنها سليمة من العيب فبانت بخلافها ، قال : وما نقله المزنى فلا أعرفه للشافعى رحمه الله فى شيء من كتبـه • وقال أكثر أصحابنا : ليس له أن يرجع عليه كما نقله المزنى ، لأن الاعسار لو كان غنيا فى الحوالة لثبت له به الخيار من غير شرط كالعيب فى المبيع لأن التفريط فى البيع من جهة البائع حيث لم يبين العيب فى سلعته • فاذا لم يبين ثبت للمشترى الخيار • والتفريط ههنا من جهة المحتال حيث لم يختبر حال المحال عليـه • ولأن السلعة حق للمشترى فاذا وجدها ناقصة كان له الرجوع الى الثمن • وليس كذلك ذمة المحال عليه لأنها ليست بنفس حق المحتال وانما هى محل لحقه فوجود الاعسار بذمة المحال عليه ليس بنقصان فى حقه ، وانما يتأخر

حقه ، ألا ترى أنه قد يتوصل الى حقه من هذه الذمة الخربة • بأن يوسر أو يستدين فيقضيه حقه بخلاف المبيع اذا وجده معيبا • والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان اشترى رجل من رجل شيئاً بالف ، واحال المشترى البائع على رجل بالألف ، ثم وجد بالمبيع عيبا فرده فقد اختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو على الطبرى : لا تبطل الحوالة ، فيطالب البائع المحال عليه بالمال ويرجع المشترى على البائع بالثمن لأنه تصرف فى احد عوضى البيع فلا يبطل بالرد بالعيب كما لو اشترى عبداً بثوب وقبضه وباعه ، ثم وجد البائع بالثوب عيبا فرده •

وقال أبو اسحاق : تبطل الحوالة ، وهو الذى ذكره المزنى فى المختصر ، فلا يجوز للبائع مطالبة المحال عليه ، لأن الحوالة وقعت بالثمن ، فاذا فسخ البيع خرج المحال به عن ان يكون ثمناً فاذا خرج عن ان يكون ثمناً ولم يتعلق به حق غيرهما وجب أن تبطل الحوالة ويخالف هذا اذا اشترى عبداً وقبضه وباعه لأن العبد تعلق به حق غير المتبايعين وهو المشترى الثانى ، فلم يمكن ابطاله ، والحوالة لم يتعلق بها حق غيرهما ، فوجب ابطالها • وان أحال الزوج زوجته بالمهر على رجل ، ثم ارتدت المرأة قبل الدخول ففى الحوالة وجهان بناء على المسئلة قبلها • وان أحال البائع رجلا على المشترى بالالف ، ثم رد المشترى المبيع بالعيب لم تبطل الحوالة وجهاً واحداً ، لانه تعلق بالحوالة حق غير المتعاقدين ، وهو الأجنبى المحتال ، فلم يجز ابطالها) •

الشرح الأحكام : اذا اشترى رجل من رجل سيارة بألف ثم أحال المشترى البائع بالألف على رجل عليه للمشترى ألف ، ثم وجد المشترى بالسيارة عيبا فردها • فان ردها بعد قبض البائع مال الحوالة انفسخ البيع ولم تبطل الحوالة بلا خلاف على المذهب • بل تثبت فى ذمة المحال عليه ويرجع المشترى على البائع بالثمن • وان رده قبل قبض البائع مال الحوالة فقد ذكر المزنى فى المختصر أن الحوالة باطلة • وقال فى الجامع الكبير : الحوالة ثابتة• واختلف أصحابنا فيها على أربع طرق • فقال أبو العباس بن سريج وأبو على ابن أبى هريرة : تبطل الحوالة كما ذكر فى المختصر ، لأن الحوالة وقعت بالثمن فاذا رد المبيع بالعيب انفسخ البيع فسقط الثمن فبطلت الحوالة • وقال أبو على فى الافصاح لا تبطل الحوالة كما ذكر فى الجامع الكبير ، لأن الحوالة

كالقبض فلم تبطل برد المبيع ، كما لو قبض المحتال مال الحوالة ثم وجد المشترى بالمبيع عيباً فرده ولأن المبتاع دفع الى البائع بدل ماله فى ذمته وعاوضه بما فى ذمة المحال عليه ، فاذا انفسخ العقد الأول لم ينفسخ الثانى ، كما لو أعطاه بالثمن ثوباً وسلمه اليه ثم وجد بالمبيع عيباً فرده فان العقد لا ينفسخ فى الثوب .

ومنهم من قال : هى على حالين . فحيث قال : الحوالة باطلة أراد اذا رد المبيع قبل أن يقبض البائع مال الحوالة . وحيث قال : الحوالة لا تبطل أراد اذا رد المبيع بعد قبض البائع مال الحوالة . ومنهم من قال : هى على حالين أخريين . فحيث قال تبطل الحوالة أراد اذا ادعى المشترى وجود العيب فصدقه البائع ، لأن الحوالة تمت بهما جميعاً فانحلت بهما .وحيث قال:لاتبطل أراد دعوى المشترى أن الغيب كان موجوداً حال العقد ،وقال البائع:بل حدث فى يدك وكان مما يمكن حدوثه فلم يحلف البائع وحلف المشترى ، فان الحوالة لا تنفسخ ، لأن الحوالة تمت بهما فلم ينفسخ بأحدهما ، هذا اذا كان الرد بغير مدة الخيار .

فأما اذا كان الرد فى مدة الخيار فان البيع ينفسخ بأحدهما ، هذا اذا كان الرد بغير مدة الخيار ، فأما اذا كان الرد فى مدة الخيار فان البيع ينفسخ والحوالة تبطل وجهاً واحداً . سواء كان قبل القبض أو بعده ، لأن البيع لا يلزم قبل انقضاء الخيار ، واذا لم يلزم لم تلزم الحوالة لأنها متعلقة بالثمن، هكذا ذكر الشيخ أبو حامد ، وهذا بدل من قوله : ان الحوالة بالثمن فى مدة الخيار تصح ، وقد مضى فيها وجهان .

فرع وان أحال الزوج زوجته بالمهر ثم ارتدت قبل الدخول ، أو وجد أحدهما بالآخر عيباً ففسخ النكاح ، فاذا كان ذلك بعد أن قبضت المرأة مال الحوالة لم تبطل الحوالة ، وأن كان ذلك قبل القبض فعلى الخلاف المذكور فى البيوع .

فرع وان أحال البائع رجلا بالثمن على المشترى ثم وجد المشترى بالمبيع عيباً فرده لم تنفسخ الحوالة وجهاً واحداً ، لأنه تعلق بالحوالة

حق غير المتعاقدين وهو الأجنبي فلم يبطل حقه بغير رضاه ، وهكذا لو أحالت الزوجة بمهرها على الزوج رجلا ثم ارتدت قبل الدخول لم تبطل الحوالة ، لأنه تعلق بالحوالة حقٌ أجنبي وهو المحتال فلا يبطل من غير رضاه ، والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان أحال البائع على المشترى رجلا بألف ثم اتفقا على أن العبد كان حراً فان كذبهما المحتال لم تبطل الحوالة ، كما لو اشترى عبداً وباعه ثم اتفق البائع والمشترى انه كان حراً فان اقاما على ذلك بينة لم تسمع لأنهما كذبا البينة بدخولهما فى البيع ، وان صدقهما المحتال بطلت الحوالة لانه ثبتت الحرية وسقط الثمن فبطلت الحوالة) •

الشرح الأحكام : لو اشترى رجل عبداً بألف ثم أحال البائع رجلا له ألف على المشترى ثم صادف البائع والمشترى أن العبد كان حراً وقت البيع فان صدقهما المحتال على حرية العبد وقت البيع وأن الحوالة وقعت بالثمن حكم ببطلان الحوالة وكان للمحتال أن يطالب البائع بما له عليه لأن الحوالة وقعت بالثمن وقد صدقهما أنه لا ثمن للبائع على المشترى • وان كذبهما المحتال ولم يكن هناك بينة فالقول قول المحتال مع يمينه لأن الحوالة تمت بالمحيل والمحتال فلا يتحلل الا بهما • كما أن البيع لما تم بالبائع والمشترى لا ينفسخ البيع الا بهما • ولأنه قد تعلق بالثمن حق غير المتعاقدين فلا يبطل حقه بقول المتبايعين كما لو اشترى عبداً فقبضه وباعه من آخر ثم اتفق المتبايعان الأولان أن العبد كان حراً فانهما لا يحيلان على المبتاع الثانى • فاذا حلف المحتال قبض المال من المشترى وهل يرجع المشترى على البائع بذلك ؟ فيه وجهان •

قال صاحب الفروع : يرجع عليه • لأن المشترى قضى عن البائع دينه باذنه فرجع عليه • وقال الطبرى فى العدة : لا يرجع عليه لأن المشترى يقر أن المحتال ظلمه بأخذ ذلك منه فلا يرجع به على غير من ظلمه وان أقام البائع والمشترى بينة فهل تسمع ؟ فيه وجهان •

قال الشيخ أبو اسحاق : لا تسمع ، لأنهما كذبا البينة بدخولهما فى

البيع ، وقال الشيخ أبو حامد وصاحب الفروع : ان شهدت البينة أن العبد حر الأصل ، وأن الحوالة وقعت بالثمن أو شهدت بأنه حر الأصل وأقر المحتال بأن الحوالة وقعت بالثمن بطلت الحوالة ، لأنه اذا ثبت أنه حر تبينا أنه لم يتعلق بذمة المشترى شيء فحكم ببطلان الحوالة ، وان أقام العبد بينة بحريته ، قال ابن الصباغ : تثبت حريته وبطلت الحوالة ، ولم يذكر له وجها. والذى يقتضى المذهب أن الحوالة لا تبطل بذلك فكذلك اذا أقام العبد بينة. ولأن المتبايعين اذا كانا مقرين بحريته فلا حاجة به الى اقامة البينة فلا تبطل الحوالة باقامته البينة .

وان صدقهما المحتال أنه كان حراً وادعى أن الحوالة وقعت بغير الثمن وقالا : بل وقعت بالثمن أو أقاما البينة أن العبد كان حراً ، ولم يذكر البينة أن الحوالة وقعت بالثمن ، فالقول قول المحتال مع يمينه ، لأنهما يدعيان ما يفسدها ، والأصل صحتها . قال الشيخ أبو حامد : ويحلف على العلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) اذا أحال رجل رجلا له عليه دين على رجل له عليه دين ثم اختلفا فقال المحيل : وكلتك ، وقال المحتال : بل أحلتنى نظرت ، فان اختلفا فى اللفظ فقال المحيل وكلتك ، بلفظ الوكالة ، وقال المحتال : بل أحلتنى ؛ بلفظ الحوالة ، فالقول قول المحيل ، لأنهما اختلفا فى لفظه ، فكان القول فيه قوله ، وان اتفقا على لفظ الحوالة ثم اختلفا فقال المحيل : وكلتك ، وقال المحتال : بل أحلتنى ففيه وجهان .

قال أبو العباس : القول قول المحتال ، لأن اللفظ يشهد له . ومن أصحابنا من قال : القول قول المحيل ، وهو قول المزنى ، لأنه يدعى بقاء الحق فى الذمة والمحتال يدعى انتقال الحق من الذمة ، والأصل بقاء الحق فى الذمة . فان قلنا بقول أبى العباس ، وحلف المحتال ثبتت الحوالة وبرىء المحيل وثبتت له مطالبة المحال عليه ، وان قلنا بقول المزنى فحلف المحيل ثبتت الوكالة فان لم يقبض المال انعزل عن الوكالة بانكاره فان كان قد قبض المال أخذه المحيل وهل يرجع هو على المحيل بدينه ؟ فيه وجهان : (أحدهما) لا يرجع ، لأنه اقر ببراءة ذمته من دينه . (والثانى) له أن يرجع لأنه يقول : ان كنت محتالا فقد استرجع منى ما أخذته بحكم الحوالة ، وان كنت وكيلا فحقى باق فى ذمته فيجب أن يعطينى ، وان هلك فى يده لم يكن للمحيل الرجوع عليه ، لأنه يقر

بأن ماله تلف فى يد وكيله من غير عدوان ، وليس للمحتال أن يطالب المحيل بحقه لأنه يقر بأنه استوفى حقه وتلف عنده ، وان قال المحيل : أحلتك ، وقال المحتال : بل وكلتنى ، فقد قال أبو العباس : القول قول المحيل ؛ لأن اللفظ يشهد له .

وقال المزنى : القول قول المحتال ، لأنه يدعى بقاء دينه فى ذمة المحيل ، والأصل بقاؤه فى ذمته . فان قلنا بقول أبى العباس فحلف المحيل برىء من دين المحتال ، وللمحتال مطالبة المحال عليه بالدين ، لأنه ان كان محتالا فله مطالبته بمال الحوالة ، وان كان وكيلا فله المطالبة بحكم الوكالة . فاذا قبض المال صرف اليه ، لأن المحيل يقول : هو له بحكم الحوالة ، والمحتال يقول : هو لى فيما لى عليه من الدين الذى لم يوصلنى اليه . وان قلنا بقول المزنى وحلف المحتال ؛ ثبت أنه وكيل ، فان لم يقبض المال كان له مطالبة المحيل بماله فى ذمته ، وهل يرجع المحيل على المحال عليه بشىء ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) لا يرجع ، لأنه مقر بأن المال صار للمحتال . (والثانى) يرجع ، لأنه ان كان وكيلا فدينه ثابت فى ذمة المحال عليه وان كان محتالا فقد قبض المحتال المال منه ظلما . وهو مقر بان ما فى ذمة المحال عليه للمحتال فكان له قبضه عوضاً عما أخذه منه ظلما . فان كان قد قبض المال ـ فان كان باقياً ـ صرف اليه ، لأنه قبضه بحوالة فهو له ، وان قبضه بوكالة فله ان يأخذ عماله فى ذمة المحيل . وان كان تالفاً نظرت ، فان تلف بتفريط لزمه ضمانه ، وثبت للمحيل عليه مثل ما ثبت له فى ذمته فتقاصا ، وان تلف من غير تفريط لم يلزمه الضمان ، لأنه وكيل ، ويرجع على المحيل بدينه ، ويبرأ المحال عليه ، لأنه ان كان محتالا فقد وفاه حقه وان كان وكيلا فقد دفع اليه) .

الشرح الأحكام : قال أبو العباس بن سريج : اذا كان لرجل عند رجل ألف فقال من له الدين لرجل لا شىء له عليه : أحلتك على فلان بألف ، فهذا توكيل منه فى القبض ، وليس بحوالة ، لأن الحوالة انما تكون عمن له حق ، ولا حق للمحتال ههنا فثبت أن ذلك توكيل .

وان كان لزيد على عمرو ألف درهم ولعمرو على خالد ألف ، فاختلف زيد وعمرو ، فقال زيد : أحلتنى بالألف التى عليك لى بالألف التى لك على خالد بلفظ الحوالة . وقال عمرو : بل وكلتك بأن تقبضها لى منه بلفظ الوكالة ، فالقول قول عمرو لأنهما اختلفا فى لفظه ، وهو أعلم بلفظه ، ولأنه قد ثبت استحقاق عمرو الألف فى ذمة خالد ، وزيد يدعى أن ملكها قد انتقل اليه بالحوالة ، والأصل بقاء ملك عمرو عليها ، وعدم ملك زيد .

فان قال عمرو لزيد : أحلتك على خالد بالألف التى لى عليه ، فقبل زيد ثم اختلفا فقال عمرو : وكلتك لتقبضها لى منه • ومعنى قولى أحلتك أى سلطتك عليه وقال زيد : بل أحلتنى عليه بدينى الذى لى عليك ، فاختلف أصحابنا فقال المزنى : القول قول المحيل وهو عمرو •

وقال الشيخ أبو حامد والطبرى : وبه قال المصنف وأبو العباس بن سريج وأكثر أصحابنا ، وهو قول أبى حنيفة • لأنهما قد اتفقا على ملك عمرو للألف التى فى ذمة خالد ، واختلفا فى انتقالها الى زيد وهو المحتال كان القول قول عمرو لأن الأصل بقاء ملكه عليها ، وان كان الظاهر مع زيد ؛ كما لو كان لرجل سيارة فى يد آخر فادعى من هى بيده أن مالكهـا وهبها منه • وقال المالك : بل أعرتكها فالقول قول المالك •

وكما لو كانت دار فى يد رجل فادعى رجل أنه ورثها من أبيه أو ابتاعها ، وأقام على ذلك بينة ، وادعى من هى بيده أنها ملكه فانه يحكم بها لصاحب البينة لأنه قد عرف له أصل ملك ، وان كان الظاهر مع صاحب اليد •

(والوجه الثانى) حكاه المصنف وابن الصباغ عن أبى العباس بن سريج أن القول قول زيد وهو المحتال ، لأن اسم الحوالة موضوع لتحويل الحق من ذمة الى ذمة ، فكان اللفظ يشهد له ، كمـا لو تنازعا داراً وهى فى يـد أحدهما فوجهان فذهب بعض أصحابنا الى أنه لا يرجع عليه (والثانى) له أن يرجع عليه ، لأن المحتال ان كان صادقا فالذى فى ذمة المحال عليه يمكنه أخذه عن حقه ، فاذا قلنا : يرجع عليه لأن المحال ان كان صادقا فالذى فى ذمة المحال عليه للمحيل ؛ وان كان المحتال كاذباً فقد استحق المحيل على المحتال ما أخذه منه ظلما ، وللمحتال حق على المحال عليه يمكنه أخذه عن حقه •

فاذا قلنا : يرجع عليه ، فالذى يقتضى المذهب أنه يرجع عليه بأقل الأمرين مما أخذ منه المحتال أو الدين الذى على المحال عليه لأنه ان أعطى المحتـال أكثر من حقه فلم يستحق الرجوع على المحال عليه بأكثر ممـا عنـده ، وان أعطى المحتال أقل من حقه فهو يقر أن جميع ما على المحال عليـه للمحتال ، وانما يرجع من ماله بالقدر الذى أخذه منه ، وما زاد عليه يقر به المحتـال •

وان قلنا:القول قول المحيل فحلف فبرىء من دين المحتال ،وكان للمحتال مطالبة المحال عليه اما بحكم الحوالة أو الوكالة فاذا أخذ منه المال أمسكه بحقه لأن المحيل يقول : هو له بحق الحوالة ، والمحتال يقول : هو للمحيل ولى عليه مثله وهو غير قادر على حقه من جهة المحيل ، فكان له أخذه .

مسألة اذا كان لزيد على عمرو ألف درهم ، ولخالد على زيد ألف درهم فجاء خالد الى عمرو وقال : قد أحالنى زيد بالألف التى عليك له فان صدقه وجب عليه دفع المال اليه ثم ينظر فى زيد فان صدقه فلا كلام ، وان كذبه كان القول قوله مع يمينه ، لأن الأصل عدم الحوالة ، فاذا حلف رجع زيد بالألف على عمرو ، ولا يرجع خالد على زيد بشىء ، لأنه ان كان قد قبض حقه من عمرو فقد استوفى ، وان لم يقبضه فله أن يطالبه بحقه ،لأنهما متصادقان على الحوالة .

وان كذب عمرو خالداً ولا بينة فالقول قول عمرو مع يمينه ، لأن الأصل عدم الحوالة فاذا حلف سقطت دعوى خالد ، ولم يكن لخالد الرجوع على زيد بشىء لأنه يقر أن ذمته قد برئت من حقه ، ثم ينظر فى زيد فان كذب خالداً كان له مطالبة عمرو بدينه ، وان صدق خالداً ففيه وجهان .

قال عامة أصحابنا : يبرأ من دين زيد لأنه قد أقر بذلك . وقال ابن الصباغ اذا قلنا : ليس من شرط الحوالة رضى المحال عليه ، فان الحوالة ثبتت بتصادق المحيل والمحتال .

فرع اذا كان لرجل على رجل ألف درهم فطالبه بها فقال من عليه الدين أحلت بها على فلان الغائب ، فأنكر المحيل فالقول قوله مع يمينه ، لأن الأصل عدم الحوالة ، فان أقام من عليه الدين بينة بالحوالة . قال ابن الصباغ : سمعت البينة لاسقاط حق المحيل عليه ، ولا يثبت بها الحق للغائب، لأن الغائب لا يقضى له بالبينة فاذا قدم الغائب وادعى فانما يدعى على المحال عليه دون المحيل وهو مقر له بذلك فلا يحتاج الى اقامة البينة . ولو ادعى رجل أنه أحاله على فلان الغائب ، وأنكر المدعى عليه فالقول قوله مع يمينه ، وان أقام المدعى بينه ثبتت فى حق الغائب ، لأن البينة يقضى بها على الغائب،

فان شهد للمحتال ابناه لم تقبل شهادتهما لأنهما يشهدان لأبيهما ، وان شهد له ابنا المحال عليه أو ابنا المحيل قبلت شهادتهما لأنهما يشهدان على أبيهما ، والله تبارك وتعالى أعلم •

فرع فى مذهب الحنفية فى تعريف الحوالة

سبق فى أول الكتاب أن قلنا : ان الحوالة معناها لغة النقل من محل الى محل ، والمعنى اللغوى هنا عام يشمل نقل العين كنقل الكتاب من مكان الى مكان ، ونقل الدين من ذمة الى ذمة•والحوالة فى حقيقتها عندنا عشرة أوجه أصحها : بيع دين بدين جوّز للحاجة ، وقيل : عين بعين وقيل : عين بدين ، وقيل ليست بيعاً ، بل استيفاء وقرض ، وقيلَ : لا يمحض واحد وانما الخلاف فى المغلب فان غلب البيع جرت الأوجه السابقة • فهذه تسعة ، والعاشر : ضمان بابراء • أفاده فى الأشباه والنظائر •

والحوالة اسم مصدر أحال يحيل احالة ، واسم الفاعل محيل واسم المفعول محال ومحتال عليه أو محتال عليه والمال محال به •

وأما المعنى الشرعى فهو نقل الدين من ذمة الى ذمة أخرى بدين مماثل له ، فتبرأ بذلك النقل الذمة الأولى وضرب الجزيرى مثلا لذلك فقال : فاذا كان لزيد مائة جنيه على عمرو يحل موعد دفعها بعد ثلاثة أشهر مثلا ، ولعمرو مثل هذه المائة على خالد يحل موعدها فى ذلك الوقت ،فأحال عمرو زيداً على خالد بالشرائط الآتية فان ذمة عمرو تبرأ من دين زيد وتشغل ذمة خالد به بدل عمرو •

ونأتى الى شرح مفهوم الحوالة عند أبى حنيفة وأصحابه فى هذا البحث قالوا :

فى تعريف الحوالة رأيان (أحدهما) أنها نقل المطالبة فقط من ذمة المديون الى ذمة الملتزم ، فاذا كان لشخص دين عند آخر فأحاله على آخر وقبل المحال عليه ذلك الدين والتزم به ، فان مطالبة الدائن بدينه تنتقل من ذمة المديون الأصلى الى ذمة المحال عليه الذى التزم بسداده عن المديون ، وأما الدين فهو باق بذمة المدين الأصلى •

(ثانيهما) أنها نقل المطالبة ونقل الدين معاً بمعنى أن ذمة المدين الأصلى تبرأ بحوالة الدائن الى الشخص الملتزم بدفع الدين •

وقد يوجد من يقول بأنها نقل المطالبة فقط بأمور :

(منها) أن المدين الأصلى وهو المحيل اذا أراد أن يسدد الدين بنفسه فان صاحب الدين يجبر على قبوله ، ولو انتقل الدين الى ذمة المحال عليه لم يجبر صاحب الدين على قبوله منه ، لأن المديون الأصلى فى هذه الحالة يكون متبرعاً بالسداد ولا يجبر شخص على قبول التبرع من غيره •

(ومنها) أن صاحب الدين وهو المحال ، لو برأ المحال عليه بالدين فانه لا يصح له أن يرد ذلك بخلاف ما اذا وهبه ذلك الدين فان له أن يرد هذه الهبة ، ولو كان الدين قد انتقل الى ذمته لكان له حق الابراء والهبة ، ولكنه لما لم ينتقل الدين وكان باقياً بذمة المحيل ، لم يكن من حق المحال عليه رد الابراء منه بخلاف هبته ، فانه صاحب الحق فى عدم قبولها ، ونظير ذلك ما اذا كفل شخص آخر فى دين فأبرأ الدائن الكفيل فانه ليس له أن يرد ذلك الابراء ، لأن الدين متعلق بالأول على الصحيح كما سيأتى •

أما اذا وهبه الدين فان له أن يرد هبته ، لأن الهبة مقصورة على الكفيل ، فهو صاحب الحق فى قبولها أو ردها (ومنها) أن صاحب الدين وهو المحال اذا أبرأ المحال عليه فان ذمة المدين الأصلى تبرأ ، وليس للمحال الحق فى مطالبته ثانياً • أما اذا وهبه الدين فان للمحال عليه الحق فى أخذ الدين من المدين الأصلى ان لم يكن للمدين الأصلى دين عليه يقع فى مقابلته قصاصاً • (ومنها أن صاحب الدين المحال) اذا وكل المدين الأصلى وهو المحيل على أن يقبض الدين من المحال عليه فانه لا يصح ، ولو كان الدين قد انتقل من ذمته لصح توكيله بالقبض ، لأنه يكون أجنبيا فى هذه الحالة •

(ومنها) أنه يصح فسخ الحوالة ، فلو انتقل الدين من ذمة الى ذمة لكانت الحوالة لازمة فلا يصح لأحدهما فسخها (ومنها) اذا اشترى سلعة ولم يدفع ثمنها وأحال البائع بالثمن على شخص آخر ، فان للبائع أن يحبس السلعة عن المشترى ولا يسلمها اياه الا اذا أعطاه ثمنها ، فلو كان الدين قد انتقل

الى ذمة المحال لما صح للبائع حبس السلعة عن المشترى وقد استدل من يقول : انها نقل المطالبة والدين معاً بأن صاحب السلعة وهو المحال اذا أبرأ المحال عليه من الدين فانه لا يصح ، فلو كان الدين باقياً بذمة المدين الأصلى وهو المحيل لصح ابراؤه منه وهبته اياه .

وقد اتفقوا على هذه الأحكام فكيف التوفيق بينها وبين التعريف على القولين ؟

(والجواب) أن الحوالة تارة تعتبر تأجيلا للدين فتكون نقلا للمطالبة كما فى الأحكام التى تفيد أنها نقل المطالبة فقط ، وتارة تعتبر ابراء للمدين الأصلى ، فتكون نقلا للدين والمطالبة ، كما فى الصورة الأخيرة ، وعلى هذا فيصح أن يقال : انها نقل المطالبة فقط ، ولا ضرر من التنويع فى مثل هذه المفهومات الاصطلاحية لأنها ليست حدوداً حقيقية .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى تعريف الضمان

مذهبنا أن أركان الحوالة ستة ، وأن شروطها ستة فأما أركانها الستة فهى : محيل ، ومحال ، ومحال عليه ، ودينان : دين للمحال على المحيل ، ودين للمحيل على المحال عليه ، وصيغة ، وهى الايجاب والقبول ، كأن يقول : أحلتك على فلان بالدين الذى لك على ، أو احلتك على فلان بعشرين جنيها ولم يذكر الدين ، أو يقول : نقلت حقك الى فلان أو جعلت ما استحقه على فلان لك ، أو ملكتك الدين الذى لى عليك بحقك أو نحو ذلك ،مما يؤدى معنى الحوالة فلا يشترط أن يكون بلفظ الحوالة ولا تصح الحوالة بلفظ البيع ، ولا تدخلها الاقالة .

وأما الشروط الستة فبيانها هكذا وهى خلاصة ما تقدم فى شرح فصول الكتاب :

(الأول) رضا المحيل الذى عليه الدين فان لم يرض فلا تصح الحوالة ، ثم ان أريد بالرضا عدم الاكراه كان عده شرطاً ظاهراً أما اذا أريد به الايجاب وهو قوله أحلتك ونحوه فيكون عده شرطاً تسامحاً ، لأن الايجاب جزء من الصيغة وقد عرفت أن الصيغة ركن لا شرط .

(الثانى) رضا المحال ، وهو صاحب الدين فاذا لم يقبل الحوالة لا يجبر عليها ، ولا تصح بدون رضاه • أما المحال عليه فلا يشترط رضاه لأن صاحب الدين له أن يستوفيه بنفسه وبغيره ، كما اذا وكل عنه من يستوفى دينه فليس للمحال عليه أن يمتنع عن أداء الحق الذى عليه للمحال ، وهذا القول هو الأصح ، وقيل : يشترط رضا المحال عليه أيضاً •

(الثالث) أن يكون الدين المحال به معلوماً قدراً أو صفة ، فلو كان الدين مجهولا عند العاقدين أو أحدهما فان الحوالة تكون باطلة •

(الرابع) أن يكون الدين المحال به لازماً فى الحال أو فى المآل ، فالدين اللازم هو الذى لا يسقط عن المدين فى وقت من الأوقات ، كصداق المرأة بعد الدخول بها ، وثمن المبيع بعد انقضاء مدة الخيار ، أما الدين الذى يؤول الى اللزوم كصداق المرأة قبل الدخول بها وثمن المبيع قبل انقضاء مدة الخيار ، فكل ذلك تصح به الحوالة •

واذا شخص سلعة بالخيار وقبل أن تمضى مدة الخيار أحال ذلك المشترى بائع السلعة بثمنها على شخص آخر بطل خياره ، لأن عقد الحوالة لازم لا يقبل الاقالة ، فمتى رضى البائع والمشترى بالاحالة فقد اتفقا على لزوم البيع ، فاذا بقى الخيار بطل ما تقتضيه الحوالة من اللزوم ،وكذا لو باع شخص سلعة بالخيار ولم يقبض ثمنها ثم أحال شخصاً آخر على المشترى ليأخذ منه الثمن ــ فانه يبطل خياره •

أما المشترى فانه لا يبطل خياره الا اذا رضى بالحوالة ، فاذا لم يرض بها لم يبطل خياره على المعتمد ، وتصح الحوالة بدين الكتابة ، اذا كانت من العبد ، فمن كاتب عبده بمال يدفعه أقساطاً فأحاله العبد المكاتب على شخص ثالث ، فانه يصح ، لأن الكتابة لازمة فى حق السيد ، فلا يصح له الرجوع عنها •

أما اذا أحال السيد شخصاً على العبد فان الحوالة لا تصح وذلك دين الكتابة غير لازم بالنسبة للعبد •

(الخامس) أن يساوى الدين الذى على المحيل بالدين الذى على المحال عليه فى الجنس والقدر والحلول والتأجيل والصحة والتكسير ، فلا تصح الحوالة بالجنيهات على القروش والريالات لاختلاف الجنس ، ولا تصح الحوالة بخمسة على عشرة ، أو بعشرة على خمسة لاختلاف القدر . نعم تصح بخمسة من العشرة التى على فلان ، وكذا لا تصح بدين حل موعده على دين لم يحل موعده وبالعكس ، وكذا لا تصح بقروش مكسرة على ريالات صحيحة وعكسه .

ولا يشترط التساوى فى التوثق ، فاذا كان لزيد دين على عمرو ، وكان عند زيد رهن على دينه ، أو كان له كفيل به ، وكان لعمرو دين على خالد بدون رهن وكفيل ثم أحال عمرو زيداً على خالد ، فان الحوالة تصح ، وينتقل الدين بدون رهن أو كفيل ، وينفك الرهن ويبرأ الكفيل ، لأن الحوالة بمنزلة القبض ، ألا ترى أنه لو اشترى شخص من آخر سلعة ولم يعطه ثمنها فلم يسلم البائع للمشترى لعدم قبض الثمن ، فاذا أحاله المشترى بالثمن على آخر ورضى به فانه لا يكون له حق فى منع السلعة لأن الحوالة بمنزلة القبض

وكذا اذا أحال الزوج زوجه بالصداق على آخر ورضيت بذلك ، فانه لا يكون لها حق منع نفسها عنه ، واذا شرط المحال ــ وهو صاحب الدين ــ أن يأتى له المحيل برهن أو كفيل لم تصح الحوالة ، لأن المحيل يبرأ بمجرد الحوالة ، فلا معنى لاشتراط ما يكفل الدين .

أما اذا اشترط الرهن أو الكفيل على المحال عليه ، فان الحوالة تصح ولا يلزم المحال عليه بتنفيذ الشرط .

(السادس) أن يكون دين المحيل ودين المحال عليه من الديون التى يصح بيعها واستبدالها بغيرها ، فلا تصح الحوالة بدين السلم ، سواء كان رأس المال أو كان المسلم فيه ، فاذا قال شخص لآخر أسلمت اليك عشرين جنيها فى عشرين اردبا من القمح فانه لا يجوز للمسلم وهو صاحب رأس المال أن يحيل المسلم اليه وهو صاحب السلعة على شخص آخر ليقبض منه رأس مال السلم ، لأنه لا يمكن أن يستبدل بغيره ، فان المحال عليه اذا دفع

المبلغ للمحال فانما يدفعه عن نفسه وهو غير صاحب رأس مال السلم وهو المسلم •

نعم يجوز أن يحيل المسلم اليه وهو صاحب السلعة شخصاً له عليه دين ليأخذ رأس مال السلم من المسلم فى المجلس لأن المسلم فى هذه الحالة يدفع رأس مال السلم عن نفسه •

ومثل ذلك المسلم فيه وهو السلعة ، لأنه لا يصح بيعها واستبدالها ، ومثال مال المسلم مال الزكاة ، فانه لا يصح لرب المال أن يحيل الفقير على غيره ، ليأخذ منه مال الزكاة ، لأن الزكاة لا يصح بيعها •

أما أركان الحوالة عند مالك وأصحابه فهى : محيل ، ومحال عليه ، وصيغة ، ولا تنحصر صيغة الحوالة فى لفظ مشتق من الاحالة ، فتصح بكل ما يدل على نقل الدين كقوله : خذ حقك من فلان وأنا برىء منه ، كما تصح بقوله : أحلتك على فلان وحولت حقك عليه ، أنت محال على فلان ، ونحو ذلك ، وتكفى الاشارة الدالة على الحوالة من الأخرس لا من الناطق •

وأما شروطها فستة اذا اعتبرنا الصيغة ركنا ، واذا اعتبرنا الصيغة شرطا فسبعة ، أما الستة فهى :

(أولا) رضا المحيل والمحال ، أما المحال عليه فلا يشترط رضاه على المشهور ، كما لا يشترط حضوره واقراره ، نعم اذا ثبت أن بينه وبين المحال عداوة فان الحوالة لا تصح على المشهور ، فاذا طرأت العداوة بعد الاحالة فان المحال يمنع من أخذ الدين من المحال عليه فى هذه الحالة ، حتى لا يتفاقم الشر وتزيد الخصومة التى نهى عنها الشارع •

(ثانيا) أن يكون للمحال دين على المحيل ، وأن يكون للمحيل دين على المحال عليه ، فاذا لم يكن للمحال دين على المحيل ، كان عقد وكالة لا حوالة، لأنه طلب ممن ليس له دين عليه أن يتقاضى له من المحال عليه ماله عنده وذلك هو معنى الوكالة ، واذا لم يكن للمحيل دين على المحال عليه كان عقد مجالة ، لأن المحال عليه احتمل سداد الدين عن المحيل للمحال ، وفى هذه الحالة لو أفلس المحال عليه لأنه ترك حقه باختياره ، وبعضهم يقول : اذا

أفلس المحال عليه أو مات فان للمحال أن يرجع على المحيل حتى ولو شرط عليه البراءة ، ثم انه دفع المحال عليه الدين بالفعل فهل له أن يرجع به على المحيل ليأخذه منه ؟

(والجواب) أنه اذا قامت قرينة على أنه متبرع به لم يكن له حق الرجوع ، والا فله حق الرجوع لجواز أن يكون قد دفعه بطريق القرض للمحيل .

(ثالثاً) أن يكون أحد الدينين حالا ، فان كان الذى على المحيل مؤجلا والدين الذى على المحال عليه مؤجلا مثله ، فان الحوالة لا تصح لما يترتب عليه من بيع الدين بالدين الممنوع .

أما اذا كان كل منهما معجلا أو كان أحدهما معجلا والآخر مؤجلا فانه يصح لعدم بيع الدين بالدين .

(رابعاً) أن يكون الدين لازماً فلا تصح الحوالة بدين غير لازم كما اذا أحال السيد دائنه على عبده المكاتب لأن الدين غير لازم على المكاتب . أما اذا أحال المكاتب سيده على من يقبض له دينه فانه يصح .

(خامساً) أن يساوى الدين الذى على المحيل الدين الذى على المحال عليه فى القدر والصفة (ومعنى التساوى فى القدر) أنه لا يجوز أن يأخذ من المحال عليه أكثر مما يستحقه عند المحيل . فاذا كان لشخص دين عند آخر قدره خمسة ، فأحاله المدين على شخص عنده عشرة ، فيجب أن يحيله بالخمسة فقط بحيث لا يأخذ أكثر منها ، لأنه اذا كان الدين قرضاً كانت الزيادة فى الحوالة ربا ، واذا كان الدين ثمن سلعة باعها له فانه ــ وان كان يصح أن يعطيه أكثر من ثمنها ــ ولكنه يكون من باب بيع الدين بالدين ، الذى لم يرخص فيه ، وكذا لا يصح أن يختلف الدينان فى الصفة فلا تصح الاحالة بالجنيهات المتساوية فى القدر المختلفة فى الجنس مثلا كالجنيه الاسترلينى والمصرى اذا فرض تساويهما فى القيمة .

(سادساً) أن لا يكون الدينان (**دين المحيل ودين المحال عليه**) حاصلين من بيع الطعام كالحبوب ونحوها ، فاذا أسلم زيد الى بكر عشرين جنيها فى

قمح ، وأسلم بكر الى خالد مثلها عشرين جنيها فى قمح أيضاً ، فانه لا يجوز لبكر أن يحيل زيداً على خالد ليأخذ منه القمح المسلم فيه • أما اذا اقترض بكر من زيد عشرين اردبا من القمح ، واقترض خالد من بكر عشرين اردبا كذلك فانه يجوز لبكر أن يحيل زيداً على خالد ليأخذ منه قمحه •

ففى الصورة الأولى كان الدينان من بيع سلم ، وفى الصورة الثانية كان الدينان من قرض ، والأول ممنوع لما يلزم عليه من بيع الطعام قبل قبضه، وهو ممنوع فى الطعام المستبدل ، والثانى جائز • فاذا كان أحد الدينين من بيع والآخر من قرض فانه يجوز ، فاذا أسلم زيد لبكر عشرين اردبا وأقرض بكر خالداً مثلها أو أكثر أو أقل فانه يجوز لبكر أن يحيل زيداً على خالد ليأخذ منه حقه من الغلة بشرط أن يكون الذى عند بكر حالا لا مؤجلا ، ومثل ذلك ما اذا كان الدينان من قرض فانه يشترط أن يكون الدين المحال به حالا •

وبعضهم يقول : انه لا يجوز مطلقاً اذا ترتب عليه بيع طعام المقاوضة قبل قبضه ، فلا تجوز الحوالة فى صورة ما اذا كان أحدهما دين قرض والآخر دين سلم ، فليس لبكر أن يحيل زيداً بدين الطعام الذى أسلم فيه ليأخذ دين القرض الذى أقرضه بكر لخالد ، لأن فيه بيع طعام القرض الذى يستحقه بكر عند خالد لزيد قبل قبضه • نعم يجوز احالة صاحب القرض على دين البيع ، فاذا أقرض زيد عشرين اردباً لبكر وأسلم بكر لخالد عشرين جنيها فى عشرين اردبا فانه يصح لبكر أن يحيل زيداً على خالد ليأخذ منه حقه ، وذلك لأنه لا يجوز القرض بطعام البيع ، اذ ليس فيه بيع الطعام قبل قبضه بل فيه سداد القرض ، هذا ما ورد من شروط الحوالة عند المالكية •

أما أركان الحوالة عند أحمد بن حنبل وأصحابه رضى الله عنهم فهى : ما تتحقق به من محيل ومحال به وعليه وصيغه الخ •

ولا يشترط فى الصيغة أن تكون بلفظ الحوالة ، بل تصح بمعناها كما اذا قال شخص لآخر : أتبعك بدينك على زيد وشروط الحوالة خمسة :

(أحدها) أن يتفق الدين المحال به مع دين المحال عليه فى الجنس والصفة والحلول والأجل ، فيلزم أن يحيل الدين من ذهب على مثله فاذا أحال ذهباً على فضة فانه لا يصح ، لاختلاف الجنس . وكذا لا يصح أن يحيل بدين مكسور على دين صحيح لاختلاف الصفة ولا يحيل ديناً حل دفعه مؤجل وبالعكس .

(ثانيها) أن يكون قدر كل من الدينين **دين المحال به ودين المحال عليه** معلوماً قدره فاذا كان مجهولا فلا تصح الحوالة .

(ثالثها) أن يكون الدين المحال به مستقرا فلا تصح أن تحيل المرأة المدينة دائنها على صداقها قبل الدخول لأنه غير مستقر ، وكذا لا يصح للسيد الذى يكاتب عبده أن يحيل دائنه على العبد ليأخذ منه دين الكتابة ، لأن دين الكتابة غير لازم اذ للعبد أن ينقضه .

(رابعها) أن يكون الدين المحال عليه يمكن ضبطه بأن يكون مما يوزن أو يكال أو يعد أو يقدر بالذراع .

(خامسها) رضا المحيل ، أما المحال فلا يشترط رضاه اذا كان المحال عليه قادراً على السداد وغير مماطل لحديث النبى صلى الله عليه وسلم « ليُّ الواجد ظلم » وكذلك المحال عليه فانه يشترط رضاه .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى براءة ذمة المدين بالحوالة

مذهبنا أنه يترتب على الحوالة براءة ذمة المحيل من دين المحال عليه ،وبراءة ذمة المحال عليه من دين المحيل ، ولكن يتحول نظير دين المحيل الى ذمة المحال عليه للمحال ، وليس للمحال الحق فى الرجوع الى المحيل بعد الحوالة على أى حال ، سواء أفلس المحال عليه أو مات أو أنكر ما عليه من الدين ، ومثل

ذلك ما اذا أنكر الدين قبل الحوالة ، سواء علم المحال بذلك أو لم يعلم ، وذلك لأن قبول المحال عليه الحوالة اقرار ضمنى بالدين ، فانكاره لا يضر المحال ، وكذا اذا كان المحال عليه مفلساً قبل الحوالة ، فانه لا حق للمحال فى الرجوع •

نعم اذا أنكر الدين قبل الحوالة وحلف ثم أحاله بعد ذلك فللمحال أن يحلف المحيل بأنه لم يكن يعلم ببراءة ذمة المحال عليه بيمينه فان حلف المحيل فلا حق للمحال فى الرجوع ، وان لم يحلف حلف المحال وبطلت الحوالة ، وكذا لو قامت بينة على أن المحال عليه قد أعطى المحيل دينه •

اما الحنفية فانهم يبرئون المدين باحالة الدائن براءة مؤقته ، ومعناه أن المحال بالدين ليس له حق الرجوع على المحيل الا فى حالة أن يفلس المحال عليه أو يموت ففى هذه الحالة يصح للمحال أن يرجع على المديون الأول ــ المحيل ــ ويترتب على براءة المحيل أنه اذا مات لا يأخذ المحال الدين من ورثته بل له الحق فى المطالبة بكفيل من الورثة يحفظ له حقه من الضياع ، فاذا أفلس المحال عليه أو مات أو أنكر بعد الحوالة لا يكون للمحال الحق بذلك فى الرجوع على المحيل ــ المدين له الأصلى ــ أما اذا أنكر المحال عليه الدين الذى للمحيل عنده قبل الحوالة ولا بينة عليه ، فان الحوالة لا تصح أصلا ، لأن من شروط صحتها أن يكون الدين ثابتاً ، فاذا كان المحال عليه مفلساً قبل الحوالة ولا بينة عليه ، فان الحوالة لا تصح أصلا لأن من شروط صحتها أن يكون الدين ثابتاً ، فاذا كان المحال عليه مفلساً قبل الحوالة فان الحوالة تكون صحيحة ، ولكن اذا كان المحال ــ صاحب الدين ــ عالماً بافلاسه وقبل الحوالة ، فلاحق له فى الرجوع على المحيل سواء كان المدين عالماً بافلاس المحال عليه أولا ، فاذا لم يعلم صاحب الدين بذلك الافلاس وعلم به المديون ، كان لصاحب الدين الرجوع عليه بدينه لأنه غره ، واذا اختلفا فى العلم فقال المحال : ان المحيل يعلم بأفلاسه ، وأنكر ، فانه يحلف ان كان ممن يظن فيه الكذب والا فلا يحلف ، وان اتهمه المحال •

اما المالكية فقد قالوا : يتحول حق المحال على المحال عليه بمجـرد الحوالة وتبرأ بذلك ذمة المدين .

اما الحنابلة فعندهم أنه متى توفرت شروط الحوالة التى أشرنا اليها آنفاً وأتينا عليها تفصيلا فان المحيل يبرأ من الدين بمجرد الحوالة ، سـواء أفلس المحال عليه أو مات أو أنكر الدين ـ أما اذا لم تتوفر الشروط فان الحوالة لم تصح وتكون وكالة حكمها حكم الوكالة ، ومثل ذلك ما اذا أحال شخصاً لا دين له عليه على شخص مدين له ، فان ذلك وكالة وان كان بلفظ الحوالة .

واذا أحال شخصاً لا دين له عليه على شخص غـير مدين له ، فان ذلك ـ وان كان بلفظ الحوالة ـ كان وكالة فى اقتراض منه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب الضـــمان [1]

الشرح اللغة : الضمان مشتق من ضـم ذمة الى ذمـة • وقال فى البسيط : هو مشتق من التضمين ومعناه تضمين الدين فى ذمة مـن لا دين عليه • وقد غلط من قال : هو مأخوذ من الضم ، فان النون أصلية فيه ،وهذا لام فعل منه ميم وأصله ضمم والضمان لام فعل منه نون • ويسمى حمالة وكفالة • واصطلاحاً هـو التزام مكلف عاقل غير محجور عليه لسـفه على ما سيأتى :

أما الأحكام فالأصل فى جواز الضمان الكتاب والسنة والاجماع •

اما الكتاب فقوله تعالى « قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنابه زعيم » [2] • قال ابن عباس : الزعيم الكفيل • ومنه قوله صلى الله عليه وسلم « أنا زعيم ببيت فى رَبضِ الجنة لمن ترك المراء وهو محق » وثمة ست مسائل :

(الأولى) قال علماؤنا : آية يوسف نص فى جواز الكفالة • وقال القاضى أبو اسحق المروذى : ليس هذا من باب الكفالة فانها ليس فيها كفالة انسان عن انسان وانما هو رجل التزم عن نفسه وضمن منها وذلك جائز لغة ، لازم شرعاً قال الشاعر :

فلست بآمر فيهـا بسلم ولكنى على نفسى زعيم

---

(١) الضمان عندنا كتاب مستقل وبعض المالكية يجعله بابا من كتاب الغصب كما صنع ابن رشد فى بداية المجتهد .

(٢) الآية ٢٢ من سورة يوسف .

وقال غيره :

وانى زعيم ان رجعت مملكا بسير ترى منه العرانق أزورا

قال الامام أبو بكر بن العربى : هـذا الذى قاله القـاضى أبو اسحق صحيح ، بيد أن الزعامة فيه نص ، فاذا قال : أنا زعيم فمعناه انى ملتزم ، وأى فرق بين أن يقول : ألتزمه عن نفسى أو التزمت به عن غيرى ؟

(الثانية) قوله : (وأنابه زعيم) [1] انما يكون فى الحقوق التى تجوز النيابة فيها ، وأما كل حق لا يقوم فيه أحد عن أحد كالحدود فلا كفالة فيها ، وتركب على هذا مسألة وهى :

(الثالثة) اذا قال :أنا زعيم لك بوجه فلان . قال مالك : يلزمـه وقال الشافعى : لا يلزمه لأنه غرر اذ لا يدرى هل يجحده أم لا ؟ والدليـل على جوازه أن المقصود بالزعامة تنزيل الزعيم مقام الأصل ، والمقصود من حضور الأصل أولا المال ، فكذلك الزعيم .

(الرابعة) كما أن لفظ الآية نص فى الزعامة فمعناها نص فى الجعـالة ، وهى نوع من الاجارة ، لكن الفرق بين الجعالة والاجارة أن الاجارة يتقدر فيها العوض والمعوض من الجهتين ، والجعالة يتقدر فيها الجعل والعمل غير مقـدر .

ودليله أن الله سبحانه شرع البيع والابتياع فى الأموال لاختلاف الأغراض وتبدل الأحوال ، فلما دعت الحاجة الى انتقال الأملاك شرع لها سبيل البيع وبين أحكامه ، ولما كانت المنافع كالأموال فى حاجة الى استيفائها اذ لا يقـدر كل أحد أن يتصرف لنفسه فى جميع أغراضه نصب الله الاجارة فى اسـتيفاء المنافع بالأعواض لما فى ذلك من الأغراض .

(الخامسة) فاذا ثبت هذا فقد يمكن تقدير العمـل بالزمان كقـوله : تخدمنى اليوم . وقد يقول : تخيط لى هذا الثوب فيقدر العمل بالوجهين ، وقد يتعذر تقدير العمل كقوله : من جاءنى بضالتى فله كذا ، فأحد العوضين

---

(١) من الآية ٧٢ من سورة يوسف .

لا يصح تقديره والعوض الآخر لابد من تقديره فان ما يسقط بالضرورة لا يتعدى سقوطه الى مالا ضرورة فيه والأصل فيه الحديث الذى ورد من أخذ الأجرة على الرقبة ، وهو عمل لا يتقدر ، وقد كانت الاجارة والجعالة قبل الاسلام فأقرتهما الشريعة ، ونفت عنهما الغرر والجهالة .

(السادسة) فى حقيقة القول فى الآية : أن المنادى لم يكن مالكاً ولكن كان نائباً عن يوسف ورسولا له ، فشرط حمل البعير على يوسف لمن جاء بالصواع ، وتحمل هو به عن يوسف فصارت فيه ثلاث فوائد :

(الأولى) الجعالة . وهى عقد يتقدر فيه الثمن ولا يتقدر فيه المثمن .

(الثانية) الكفالة . وهى ههنا مضافة الى سبب موجب على وجه التعليق بالشرط ، وقد اختلف الناس فيها اختلافاً متبايناً تقريره فى المسائل قال المالكية: وهذا دليل على جوازه فانه فعل نبىٍّ ولا يكون الا شرعاً . وقد اختلف الأئمة فى الكفالة ، فجوزها أصحاب أبى حنيفة محالة على سبب كقوله : ما كان لك على فلان فهو على . أو اذا أهل الهلال فلك على عنه كذا بخلاف أن تكون معلقة على شرط محض ، كقوله : ان قدم فلان ، وان كلمت زيداً . وقال الشافعى رضى الله عنه : لا يجوز بشىء من ذلك ، وهذه الآية ، نص على جوازها محالة على سبب الوجوب .

(الثالثة) جهالة المضمون له . فقالت المالكية : هى جائزة وتجوز عندهم أيضاً مع جهالة الشىء المضمون أو كليهما وهذا يخالف ما ذهب اليه أصحابنا الشافعية ووافقنا فيه الحنفيون من أنهم لا تجوز عندهم الكفالة مع جهالة المكفول له . وادعى أصحاب أبى حنيفة أن هذا الخبر منسوخ من الآية خاصة

وقال الأصحاب من أئمة مذهب الشافعى : هذه الآية دليل على جواز الجعل وهى شرع من قبلنا وقالوا أيضاً : ان معرفة المضمون عنه والمضمون له فيه ثلاثة أقوال :

(أحدها) أنه لابد من معرفتهما ، أما معرفة المضمون عنه فليعلم هل هو أهل للاحسان أم لا ؟ وأما معرفة المضمون له فليعلم هل يصلح للمعاملة أم لا؟

(الثانى) أنه افتقر الى معرفة المضمون له خاصة ، لأن المعاملة معه خاصة .

(الثالث) أنه لا يفتقر الى معرفة واحد منهما وهو الصحيح فى حديث أبى قتادة « أنه ضمن عن الميت » ولم يسأله النبى صلى الله عليه وسلم عن المضمون له ولا عن المضمون عنه ، والآية نص فى جهالة المضمون له ، وحمل جهالة المضمون عليه أخف .

وقال القرطبى : ان قيل : كيف ضمن حمل البعير وهو مجهول ، وضمان المجهولة لا يصح ؟ قيل له :

حمل البعير كان معيناً معلوما عندهم كالوسق فصح ضمانه ، غير أنه بذل مال للسارق ولا يحل للسارق ذلك ، فلعله كان يصح فى شرعهم ، أو كان هذا جعالة ، وبذل مال لمن يفتش ويطلب ثم قال :

قال بعض العلماء : فى هذه الآية دليلان (أحدهما) جواز الجعل وقد أجيز للضرورة ثم ساق كلام الشافعى الذى سبق ايراده (الثانى) جواز الكفالة على الرجل لأن المؤذن الضامن هو غير يوسف . قال : قال علماؤنا : اذا قال الرجل : تحملت أو تكفلت أو ضمنت أو أنا حميل لك أو زعيم لك أو كفيل لك أو ضامن أو قبيل ، أو هو لك عندى أو على أو الىّ أو قبلى ، فذلك كله حمالة لازمة . والزعامة لا تكون الا فى الحقوق التى تجوز النيابة فيها مما يتعلق بالذمة فى الأموال وكان ثابتاً مستقراً فلا تصح الحمالة ، بالكتابة لأنها ليست بدين ثابت مستقر ، لأن العبد ان عجز رق وانفسخت الكتابة ، وأما كل حق لا يقوم به أحد عن أحد كالحدود فلا كفالة فيه ، ويسجن المدعى عليه الحدّ حتى ينظر فى أمره .

وشذ أبو يوسف ومحمد فأجازا الكفالة فى الحدود والقصاص وقالا : اذاقال المقذوف أو المدعى القصاص : بينتى حاضرة كفله أيام ، واحتج الطحاوى لهم بما رواه حمزة بن عمرو عن عمر وابن مسعود وجرير بن عبد الله والأشعث أنهم « حكموا بالكفالة بالنفس بمحضر الصحابة رضى الله عنهم » .

واما السنة ففى حديث أبى هريرة عنـد أبى داود والترمذى وقال : حديث حسن وأن النبى صلى الله عليه وسلم خطب يوم مكة فقال : « ألا ان الله تعالى قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث ، ولا تنفق امرأة شيئاً من بيتهما الا باذن زوجها ، والعارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضى والزعم غارم » فلولا أن الضمان يلزمه اذا ضمن لم يجعله رسول الله صلى الله عليه وسلم غارماً • وروى قبيضة بن المخارق الهلالى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا تحل المسألة الا لثلاثة ، فذكر رجلا تحمل بحمالة فحلت المسألة حتى يؤديها ثم يمسك » فأباح له الصدقة حتى يؤدى ، فدل على أن الحمالة قد لزمته وروى عن سلمة بن الأكوع « أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى برجل ليصلى عليه فقال : هل عليه دين ؟ قالوا : نعم ديناران قال : هل ترك لهما وفاء ؟ قالوا لا فتأخر فقيل : لم لا تصلى عليه ؟ فقال : ما تنفعه صلاتى وذمته مرهونة الا ان قام أحدكم فضمنه فقام أبو قتادة فقال : هما على يارسول الله ، فصلى عليه النبى صلى الله عليه وسلم » رواه البخارى وأحمد والترمذى وصححه ، والنسائى وابن ماجه وقالا : فقال أبو قتادة : « أنا أتكفل به » •

وقد أخرجه أحمد وأبو داود والنسائى عن جابر بن عبد الله وأخرجه أيضاً ابن حبان والدارقطنى والحاكم فيه : «أنا أولى بكل مؤمن من نفسه فمن ترك ديناً فعلى ، ومن ترك مالا فلورثته » وفى معناه عند الدارقطنى والبيهقى عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه وفيه أن عليا قال: « أنا ضامن، من ثم دعا له الرسول صلى الله عليه وسلم ثم قال : « ما من مسلم فك رهان أخيه الا فك الله رهانه يوم القيامة » قال الحافظ ابن حجر : فى اسناده ضعف • وعن سلمان عند الطبرانى بنحو حديث أبى هريرة رضى الله عنه وزاد : « وعلى الولاة من بعدى من بيت مال المسلمين » وفى اسناده عبد الله بن سعيد الأنصارى متروك ومتهم ، وعن أبى أمامة عند ابن حبان فى ثقاته وفيه ضعف •

والحكمة فى ترك رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلاة على من عليه دين تحريض الناس على قضاء الديون فى حياتهم والتوصل الى البراءة ، وقد توسع أمامنا النووى رضى الله عنه فى كتاب الجنائز من المجموع فارجع اليه واشدد به يديك •

واما الاجماع فان أحداً من العلماء لم يخالف فى صحة الضمان ، وان اختلفوا فى فروع منه على مابيناه فى أقوالهم فى الكتاب ويسمى هـذا فى القوانين الوضعية بالالتزام ولها كتب تسمى (نظرية الالتزام) على ما يأتى

اذا ثبت هذا فانه يقال : ضمين وكفيل وقبيل وحميل وزعيم وصبير كلها بمعنى واحد .

ولابد فى الضمان من ضامن ومضمون عنه ومضمون له ولابد من رضى الضامن ، فاذا أكره على الضمان لم يصح ، ولا يعتبر رضى المضمون ، لا نعلم فى ذلك خلافاً ، لأنه لو قضى الدين بغير اذنه ورضاه صح ، فكذلك اذا ضمن عنه ولا يعتبر رضى المضمون له . وقال أبو حنيفة : يعتبر الرضى لأنه اثبات مال لآدمى فلم يثبت الا برضاه أو رضى من ينوب عنه كالبيع والشراء والله تعالى أعلم بالصواب .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى تعريف الضمان

مذهبنا أن الضمان شرعاً عقد يقتضى التزام حق ثابت فى ذمة الغير أو احضار عين مضمونة ، أو احضار بدن من يستحق حضوره .

ومعنى التعريف أن الضمان ثلاثة أقسام :

(القسم الأول) ضمان الدين ومعناه أن الضامن يلتزم ما فى ذمة المديون من حق ، بحيث تشغل به ذمته ، كما شغلت ذمة المديون ، واذا دفع أحدهما برئت ذمة الآخر ، وهذا معنى قوله : التزام حق ثابت .

(القسم الثانى) ضمان رد العين المضمونة كالعين المغصوبة ، والعين المستعارة ، فاذا اغتصب زيد من عمرو سلعة فانه يصح لخالد أن يضمن زيدا الغاصب فى رد تلك السلعة المغصوبة ، ويكون ملزماً بردها مادامت باقية ، أما اذا هلكت فلا شىء عليه ، ومثل ذلك ما اذا استعار منه عيناً .

(القسم الثالث) التزام احضار شخص ضمنه فى ذلك ، فان كان لزيد عند عمرو دين فانه يصح لخالد أن يضمن احضار نفس المدين عند الحاجة ، وهذا الضمان يسمى كفالة ، فالكفالة نوع من الضمان وهى خاصة بضمان الأبدان .

(وقال مالك وأصحابه) : الضمان والكفالة والحمالة بمعنى واحد ، وهو أن يشغل صاحب الحق ذمة الضامن مع ذمة المضمون سواء كان شغل الذمة متوقفاً على شيء أو لم يكن متوقفاً ، وبيان ذلك أن الضمان عندهم ينقسم الى ثلاثة أقسام :

(القسم الأول) ضمان المال ، فاذا ضمن شخص آخر فى مال فان ذمته تشغل بذلك المال كما شغلت به ذمة الأصيل بدون أن يتوقف على أمر آخر .

(القسم الثانى) ضمان الوجه وهو التزام الاتيان بالغريم الذى عليه الدين عند الحاجة . فهذا الضمان لم يصح فى غير المال ، ولا تشغل ذمة الضامن بالمال الا اذا لم يحضر المديون ، أما اذا أحضره فلا يلزم بالدين ، فهذا القسم يتوقف فيه شغل الذمة بالحق على عدم احضار المضمون .

(القسم الثالث) ضمان الطلب ، وهو أن يلتزم الضامن طلب الغريب والتفتيش عليه . وهذا القسم يصح فيه ضمان غير المال ، ولا تشغل ذمة الضامن بالمال اذا ثبت تفريطه فى الاتيان بالمضمون أو فى الدلالة عليه بأن علم موضعه وتركه فشغل ذمة الضامن فى هذا القسم تتوقف ويتوقف على عدم الاتيان بالمضمون فى ضمان الوجه ، ويتوقف على تفريط الضامن فى ضمان الطلب ، فالتعريف على الوجه الذى ذكر يشمل أقسام الضمان الثلاثة .

(وقال احمد واصحابه) : الضمان هو التزام ما وجب أو يجب على الغير مع بقائه على المضمون أو التزام احضار من عليه حق وهو أربعة أقسام :

(القسم الأول) ضمان الديون الثابتة فاذا ضمن شخص آخر فى دين فقد شغلت ذمته بذلك الدين كذمة المدين الأصلى فلم ينتقل الدين من ذمة المضمون الى الضامن ، بل هو باق مع شغل ذمة الضامن ولصاحب الدين

الحق فى مطالبة الاثنين ، فاذا برئت ذمة المضمون الأصلى بقضاء أو حوالة فقد برئت ذمة الضامن لأنه تابع للمضمون .

أما اذا برئت ذمة الضامن من الضمان فان المضمون لم تبرأ ذمته ، مثلا اذا قضى الحاكم ببراءة ذمة الضامن أو أحال الضامن صاحب الدين بدينه ، فان المديون الأصلى لا تبرأ ذمته بذلك ، ويكون لصاحب الدين حق مطالبته .

أما اذا قبض دينه من أحدهما فعلا فان ذمتهما تبرأ من دينه ثم اذا دفع الضامن ونوى الرجوع على المضمون صح له أن يرجع ، أما اذا لم ينو فليس له حق الرجوع .

(القسم الثانى) ضمان ما يؤول الى الوجوب وان لم يكن واجبا بالفعل وذلك كالأعيان المغصوبة والمستعارة ، فان مثل هذه الأعيان وان لم تكن واجبة فى ذمة الغاصب أو المستعير بالفعل ولكنها تؤول الى الوجوب لأنها يجب ردها أو ضمان قيمتها عند هلاكها .

ومثل الأعيان المغصوبة والمستعارة الأعيان المقبوضة على سوم الشراء ، ومعنى الأعيان المقبوضة على سوم الشراء هو أن يساوم شخص فى شراء سلعة ولم يتعاقد معه نهائيا سواء قطع معه ثمنها وقبضها ولم يسلمه الثمن أو لم يقطع معه ثمنها ، ولكن قبضها ليطّلع عليها أهله أو أصحابه ، فمثل هذه السلعة تكون مضمونة كالعارية والعين المغصوبة بحيث اذا هلكت وجب عليه رد قيمتها والا ردها بعينها .

أما اذا أخذ العين بغير مساومة الأعيان غير المضمونة كالوديعة ومال الشركة والعين المستأجرة فانها لا يصح فيها الضمان ، وذلك لأنه لا يجب على من وضع عليها يده أن يردها ، فكذا لا يجب على ضامنه ، نعم لا يصح ضمان التعدى عليها بمعنى أنه ان تعدى عليها من كانت بيده فانها تجب عليه فكذا ضامنه .

(القسم الثالث) ضمان الديون التى تجب فى المستقبل بأن يضمن

ما يلزمه من دين ، مثلا : اذا كان شخص يعامل تاجراً فان له أن يأتى بضامن يضمنه فيما يلزمه من دين التجارة التى يأخذها شيئاً فشيئاً .

(القسم الرابع) أن يضمن احضار من عليه حق مالى عند الحاجة وهى الكفالة ، فالتعريف قد شمل كل هذه الأقسام .

(أما اصحاب ابى حنيفة) فان لهم فى تعريف الكفالة رأيان مع العلم بأن الحنفية لا يفرقون بين الكفالة والضمان .

(أحدهما) أنها ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة بنفس أو دين أو عين ، فالأقسام ثلاثة : كفالة بالنفس وكفالة بالدين وكفالة بالعين .

(ثانى الرأيين) أنها ضم ذمة الى ذمة فى أصل الدين ، ولكن التعريف الأول أصح من الثانى ، وذلك لأنه عام يشمل أقسام الكفالة الثلاثة .

أما الأول فانه مقصور على الكفالة فى الدين فقط ، بيان ذلك أنه اذا كان لشخص عند آخر دين فان له أن يطالبه بكفيل موثوق به عنده ليضمه الى المدين الأصلى ، وهنا اختلفت آراء علماء الحنفية فمنهم من يقول : ان ضم الكفيل الى الأصيل يجعل لصاحب الدين الحق فى مطالبته بالدين من غير أن تشغل ذمته بذلك الدين ، لأن الدين مشغولة به ذمة الأصيل فقط .

وصاحب هذا الرأى يستدل عليه بأننا اذا قلنا : ان ضم ذمة الكفيل الى الأصيل يترتب عليها شغل ذمة الكفيل ، لا يكون التعريف جامعاً لكل أقسام الكفالة ، فان الضمان بالنفس ليس فيه شغل لذمة الكفيل بلا خلاف ، فليس لصاحب الدين الا أن يطالبه باحضار الشخص المدين بذاته ، ومثل ذلك الكفالة بالأعيان وهى ثلاثة أقسام :

(الأول) الأعيان المضمونة بنفسها .

(الثانى) الأعيان المضمونة بغيرها .

(الثالث) الأعيان غير المضمونة .

فأما الأعيان المضمونة بنفسها فهى التى يجب على من أخذها أن يردها بعينها ان كانت موجودة ، فان هلكت كان عليه أن يأتى بمثلها ان كان لهـا مثل ، والا فعليه قيمتها ، وذلك كالمغصوب والمبيع بيعاً فاسداً ، فاذا غصب شخص من آخر بقرة مثلا فانـه يجب على الغاصب أن يرد البقـرة مادامت موجودة ، فاذا ماتت وجب عليه أن يشترى مثلها لصاحبها واذا اغتصب جوهرة ليس لها مثل وفقدت فان عليه أن يرد لصاحبها قيمتها متى ثبت ضياعها ببينة أو اقرار ، وكذلك اذا اشترى سلعة بعقد فاسد كما سيأتى فى مبحث شروط الكفالة ان شاء الله تعالى .

أما الأعيان المضمونة بغيرها فهى الأعيـان التى يجب تسـليمها مادامت موجودة ، فاذا هلكت لا يجب تسليم مثلها ولا قيمتها فانه مضمون بغيره وهو الثمن ، فاذا اشترى سلعه وأعطاه ثمنها ولم يقبضها وكفلها شخص للمشترى فان الكفيل لا يلزم برد مثلها ولا قيمتها ، ومثل ذلك الرهن ، فانه مضمون بغيره وهو الدين ، فاذا كان لشخص عند آخر دين وأعطاه سلعة رهناً عن ذلك الدين ثم كفل السلعة آخر وهلكت السلعة لا يلزم الكفيل بثمنها ولا قيمتها، فالأعيان المضمونة بنفسها والمضمونة بغيرها تصح كفالتها ، ولكن ذمة الكفيل لا تشغل بها اتفاقاً ، فليس لصاحبها الا أن يطالب الكفيل باحضارها فى حال وجودها ، وبدفع قيمتها أو رد مثلها اذا هلكت فى الأعيان المضمونة بنفسها، ولا يطالب بشىء عند هلاك الأعيان المضمونة بغيرها فمن أجل ذلك قلنا : ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة ليشمل التعريف أقسام الكفالة الثلاثة .

أما الأعيان غير المضمونة لا بنفسها ولا بغيرها فانها لا يجب تسليمها ، ولا تصح كفالتها ، وهى الأمانات ، كالوديعة ، ومال المضـاربة ، والشركة ونحوها .

وقد اعترض على التعريف الثانى ، وهو : ضم ذمة الى ذمة فى الدين ، بأن هذا التعريف يستلزم تعدد الدين ومضاعفته ، فاذا كان لشـخص دين عند آخر قدره ألف ثم كفله فيه غيره ، وشغلت ذمة الكفيل به كان فى ذمة كل منهما ألف ولكن هذا الاعتراض ليس بشىء ، لأن الدين وان شغلت به ذمة الكفيل الا أنه ليس لصاحبه أن يأخذ دينه الا من أحدهما فقط ، ومتى

دفعه أحدهما فقد برئت ذمة الآخر منه فلا يلزم من شغل الذمتين به أن يأخذه من اثنين ، ونظير هذا الغصب من الغاصب ، فان كلا من زيد الغاصب الأول ، وخالد الغاصب الثانى منه ، يكون ضامناً لتلك السلعة لا يتعدد حقه بذلك ، فليس له الا أن يستوفى حقه من أحدهما ، الا أنه فى مسألة الغاصب تبرأ ذمة أحدهما اذا اختار صاحب السلعة الثانى وضمنه سلعته ، بخلاف الكفالة فى الدين فانه لا تبرأ الذمة لمجرد اختيار واحد منهما الا ليضمن له دينه ، بل لا تبرأ الا بالقبض فعلا .

فوجهة نظر من يقول : ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة فقط ، هى جعل التعريف عاماً يشمل الأقسام الثلاثة .

أما من قال : انها ضم فى نفس الدين مع المطالبة أيضا فقد استدل بأدلة منها :

أن صاحب الدين اذا وهبه للكفيل فانه يصح ، ويكون للكفيل الحق فى أن يرجع به على الأصيل ، فلو لم تكن ذمة الكفيل مشغولة بالدين لما صح أن يهبه له الدائن ، لأن الدين لا تصح هبته لمن ليس عليه الدين الا اذا أمره بقبضه كما يأتى فى الهبة ، فدل ذلك على ان ذمة الكفيل مشغولة بالدين ، وأيضا فان صاحب الدين اذا اشترى من الكفيل سلعة بدينه ، فانه يصح مع أن الشراء بالدين لا يصح الا ممن عليه الدين ، وأيضا فان الكفيل اذا مات يؤخذ الدين من تركته ولو كانت ذمته غير مشغولة بالدين ، فان المطالبة تسقط عنه بموته .

وهذه المسائل متفق عليها فكيف تقولون أنها ضم فى المطالبة فقط ؟

والجواب عن ذلك أن من قال : ان الكفالة هى الضم فى المطالبة ، لا ينفى أنها قد تكون ضما فى أصل الدين وتعريفها بذلك ناقص لأنه لا يشمل أقسامها الثلاثة التى ذكرناها ، وذلك لأن الذى يتصور فيه ضم ذمة الى ذمة فى أصل الدين هو الكفالة فى الدين فقط .

أما القسمان الآخران فانه لا يتصور فيهما ذلك اتفاقاً ولا يقال : ان من

عرفها بأنها ضم ذمة فى نفس الدين لاحظ تعريف قسم واحـد ، فان ذلك لا يمنع كون التعريف ناقصاً ، وأن الأصح التعريف بما يشمل الأقسام الثلاثة وعلى هذا يكون الخلاف فى التعريف لا ثمرة له .

أما كون ثمرته تظهر فى اليمين لأن من حلف أن لا دين عليه يحنث على القول بأن ذمته مشغولة بالدين ، ولا يحنث على أن ذمته مشغولة بالمطالبة ، فهذا مما لا معنى له .

هذا والمراد بالذمة العهد المتعلق بالانسان ، فقولهم فى ذمته كذا أى فى نفسه باعتبار عهدها المتعلق بها فقولهم : ضم ذمته الى ذمة ، معناه ضـم شخص الى شخص فى التعهد بالحق ، وبعضـهم يقـول : انها وصف شرعى تتحقق به الأهلية لوجوب ماله وعليه ، والأول أوضح وكما سبق أن قلنـا : ان الكفالة والضمان بمعنى واحد عند الحنفية .

اذا ثبت هذا فان الكفالة لا تصح الا اذا أمر بها المدين كما سـيأتى ، واذا كانت الكفالة بالأمر فانها توجب ديناً ومطالبة للكفيل على المدين بعد أن يدفع دينه ، ومطالبة فقط لصاحب الدين على كفيل فهى توجب دينين وثلاث مطالبات . والله تعالى أعلم .

(فرع) فى اركان الضمان

أركان الضمان عندنا خمسة قال فى الروضة :

الركن الأول : المضمون عنه ، ولا يشترط رضاه بالاتفاق لأن قضـاء دينه بغير اذنه جائز ، فضمانه أولى . وكما يصح الضمان على الميت اتفاقاً سواء خلف وفاء أم لا . ولا يشترط معرفة المضمون عنه على الأصح .

قلت : وسواء كان المضمون عنه حراً أم عبداً أم معسراً والله أعلم .

الركن الثانى : المضمون له ، ويشترط معرفته على الأصح ، وعلى هذا لا يشترط رضاه على الأصح وقول الأكثرين ــ فان شرطناه ــ لم يشترط قبوله لفظاً على الأصح ، وان لم نشرطه ، جاز أن يتقدم الرضا على الضمان ،

ما بين الايجاب والقبول فى سائر العقـود ، فان شرطنـاه فليكن بينـه وبين الضمان ما بين الايجاب والقبول فى سائر العقود وان لم نشترطه ، جاز أن يتقدم الرضى على الضمان ، فان تأخر عنه فهو اجازه ان جوزنا وقف العقود ، قاله الامام ، وفرع على قولنا : لا يشترط رضاه ، فقال : اذا ضمن بغير رضاه ـ نظر ، ان ضمن بغير اذن المضمون عنه ـ فالمضمون له بالخيار ، ان شاء طالب الضامن وان شاء تركه • وان ضمن باذنه فحيث قلنا : يرجع الضامن على المضمون عنه يجبر المضمون له على قبوله ، لأن ما يؤديه فى حكم المضمون عنه•وان قلنا : لا يرجع فهو كما لو قال لغيره : أد دينى ، ولم يشترط الرجوع، وقلنا : لا يرجع ، وهل لمستحق الدين والحالة هذه أن يمتنع من القبول ؟ وجهان بناء على أن المؤدى يقع فداء أم موهوباً لمن عليه الدين ـ ان قلنـا بالثانى ـ لم يكن عليه الامتناع وهو الاشهر ، فحصل فى معرفة المضـمون عنه ، وله أوجه ، أصحها يشترط معرفة المضمون فقط ، والثانى : يشترط معرفتهما ، والثالث : لا ، والرابع حكاه الامام : يشترط معرفة المضـمون عنه فقط ، وهو غريب ضعيف •

قلت : واذا شرطنا قبول المضمون له ، فللضامن الرجوع عن الضـمان قبل قبوله ، قاله فى الحاوى لأنه لم يتم الضمان فأشبه البيع والله أعلم •

الركن الثالث : الضامن وشرطه : صحة العبارة وأهلية التبرع •
أما صحة العبارة فيخرج منه الصغير والمجنون والمبرسم الذى يهذى فلا يصح ضمانهم • ولو ضمن انسان ، ثم قال : كنت صبيا يوم الضمان ، وكان محتملا، قبل قوله مع يمينه ، وكذا لو قال : كنت مجنوناً ، وقد عرف له جنون سابق، أو أقام بينة ، والا فالقول قول المضمون له مع يمينه • وفى ضمان السكران الخلاف المذكور فى تصرفاته • قلت : هذا فى السكران بمعصية ، فأما السكران بمباح فكالمجنون والله أعلم •

وأما الأخرس فان لم يكن له اشارة مفهومة ولا كتابة لم نعرف ضـمن حتى نصحح أو نبطل ، وان كانت له اشارة مفهومة صح ضمانه بها كبيعه وسائر تصرفاته ، وفى وجه : لا يصح ضمانه ، اذ لا ضرورة اليه بخـلاف

سائر التصرفات • ولو ضمن الكتابة فوجهان ، سواء أحسن الاشارة أم لا (أصحهما :) الصحة ، وذلك عند القرينة المشعرة ويجرى الوجهان فى الناطق وفى سائر التصرفات •

وأما أهلية التبرع فلا يصح ضمان المحجور عليه لسفه ، وان أذن الولى ، لأنه تبرع ، وتبرعه لا يصح باذن الولى • كذا قال الامام والغزالى : ان الضمان تبرع ، انما يظهر هذا حيث لا رجوع ، وأما حيث ثبت الرجوع فهو قرض محض ، ويدل عليه نص الشافعى رضى الله عنه أنه لو ضمن فى مرض موته بغير اذن المضمون عنه حسب من ثلثه ، وان ضمن باذنه فمن رأس المال لأن للورثة الرجوع على الأصيل ، وهو — وان لم يكن تبرعاً — فلا يصح لسفه كالبيع وسائر التصرفات المالية • فان أذن فيه الولى فليكن كما لو كان فى البيع •

قلت : الذى قاله الامام هو الصواب ، وقد صرح الأصحاب بأنه لا يصح ضمانه من غير فرق بين الاذن وعدمه • وقول الرافعى : انه ليس تبرعاً فاسد ، فانه لو سلم أنه كالقرض كان القرض تبرعاً • وقوله : اذا أذن الولى كان كالبيع ، يعنى فيجرى فيه الوجهان ، فاسد أيضاً ، فان البيع انما صح على وجه ، لأنه لا يأذن الا فيما فيه ربح أو مصلحة ، والضمان غرر كله بلا مصلحة •

وأما ضمان المريض ، فقال صاحب الحاوى : هو معتبر من الثلث لأنه تبرع ، فان كان عليه دين مستغرق فالضمان باطل ، وان خرج بعضه من الثلث صح فيه ، فلو ضمن فى مرضه ثم أقر بدين مستغرق قدم الدين ، ولا يؤثر تأخر الاقرار به • والله أعلم •

فرع ضمان المرأة صحيح مزوجة أو غير مزوجة ، ولا حاجة الى اذن الزوج كسائر تصرفاتها •

الركن الرابع : الحق المضمون ، وشرطه ثلاث صفات : كونه ثابتاً ، لازماً ، معلوماً •

الصفة الأولى : الثبوت وفيها مسائل :

(احداها) : اذا ضمن ما لم يجب وسيجب بقرض أو بيع وشبههما ، فطريقان • (أحدهما) القطع بالبطلان ، لأنها وثيقة ، فلا تسبق وجوب الحق كالشهادة ، وأشهرهما على قولين : الجديد البطلان ، والقديم الصحة ، لأن الحاجة قد تدعو اليه • ونقل الامام فروعا على القديم :

(أحدها) : اذا قال : ضمنت لك ثمن ما تبيع فلاناً ، فباع شيئاً بعد شيء ، كان ضامناً للجميع ، لأن (ما) من أدوات الشرط ، فتقتضي التعميم ، بخلاف ما اذا قال : اذا بعت فلاناً ، فأنا ضامن ، لا يكون ضامناً الا ثمن ما باعه أولا ، لأن اذا ليست من أدوات الشرط •

(الثاني) : ان شرطنا معرفة المضمون له عند ثبوت الدين فهنا أولى ، والا فوجهان • وكذا معرفة المضمون عنه •

(الثالث) : لا يطالب الضامن ما لم يجب الدين على الأصيل ، وليس له الرجوع بعد لزومه ، وأما قبله ، فعن ابن سريج أن له الرجوع ، وقال غيره : لا ، لأن وضعه عند اللزوم ، وأما اذا قلنا بالجديد ، فقال : أقرض فلاناً كذا وعلى ضمانه ، فأقرضه فالصحيح ، أنه لا يجوز ، وجوزه ابن سريج •

(المسألة الثانية) : ضمان نفقة المدة الماضية للزوجة صحيح ، سواء كانت نفقة الموسرين أو المعسرين ، وكذا ضمان الأدم ونفقة الخادم وسائر المؤن • ولو ضمن نفقة اليوم فكمثل ، لأنها تجب بطلوع الفجر ، وفي ضمان نفقة الغد والشهر المستقبل قولان بناء على أن النفقة تجب بالعقد أم بالتمكين ــ ان قلنا بالأول وهو القدم صح، وان قلنا بالثاني وهو الجديد الأظهر فلا ، هكذا نقله عامة الأصحاب • وأشار الامام الى أنه على قولين مع قولنا : ضمان ما لم يجب باطل ، لأن سبب وجوب النفقة ناجز وهو النكاح ، فان جوزنا ضمان نفقة المستقبل ، فله شرطان :

(أحدهما) : أن يقدر مدة ، فان أطلق لم يصح فيما بعد الغد ، وفيه وجهان كما لو قال : أجرتك كل شهر بدرهم ، هل يصح في الشهر الأول ؟

(الشرط الثانى) : أن يكون المضمون نفقة المعسر ، وان كان المضمون عنه موسراً لأنه ربما أعسر ، وفى التتمة وجه أنه يجوز ضمان نفقة الموسر والمتوسط ، لأن الظاهر استمرار حاله .

فرع لا يجوز ضمان نفقة القريب لمدة مستقبلة ، وفى نفقة يومه وجهان ، لأن سبيلها سبيل البر والصلة ، ولهذا تسقط بمضى الزمان وبضيافة الغير .

(المسألة الثالثة) : باع شيئا فخرج مستحقا ، لزمه رد الثمن ، ولا حاجة فيه الى شرط والتزام . قال القفال : ومن الحماقة اشتراط ذلك فى القبالات وان ضمن عنه ضامن ليرجع المشترى عليه بالثمن لو خرج المبيع مستحقا ، فهذا ضمان ويسمى ضمان الدرك وسيأتى تفصيل فى فصول صحة ضمان الدرك ان شاء الله تعالى .

(الركن الخامس) : الصيغة وفيه مسائل :

(الأولى) : لا بد من صيغة دالة على التزام ، كقوله : ضمنت لك مالك على فلان ، أو تكفلت ببدن فلان ، أو أنا باحضار هذا المال أو هذا الشخص كفيل أو ضامن أو زعيم ، أو حميل ، أو قبيل ، وفى (البيان للعمرانى) وجه أن لفظ القبيل ليس بصريح ويطرد هذا الوجه فى الحميل ، وما ليس بمشهور فى العقد . وقال : خل عن فلان ، والدين الذى لك عليه عندى ، فليس بصريح فى الضمان ، ولو قال : دين فلان الى فوجهان .

قلت : أقواهما : ليس بصريح والله أعلم .

ولو قال : أؤدى المال ، أو أحضر الشخص ، فهذا ليس بالتزام ، وانما هو وعد ، ولو تكفل فأبرأه المستحق ثم وجده ملازماً للخصم فقال : خله وأنا على ما كنت عليه من الكفالة ، صار كفيلا .

(الثانية) : لو شرط الضامن أو الكفيل الخيار لنفسه لم يصح الضمان ، فلو شرط للمضمون له لم يضر ، لأن الخيار فى المطالبة والابراء له أبداً .

(الثالثة) : لو علق الضمان بوقت أو غيره فقال : اذا جاء رأس الشهر فقد ضمنت ، أو ان لم يؤد مالك غداً فأنا ضامن ، لم يصح على المذهب ، كما لا يصح مؤقتا ، كقوله : أنا ضامن الى شهر ، فاذا مضى ولم أغرم فأنا برىء. وعن ابن سريج أنه اذا جاز على القديم ضمان المجهول وما لم يجب جاز التعليق . قال الامام : ويجىء فى تعليق الابراء القولان ، لأنه اسقاط ، فاذا قلنا بالقديم فقال : اذا بعت عبدك بألف فأنا ضامن للثمن ، فباعه بألفين ، قال ابن سريج : لا يكون ضامناً لشىء ، وفى وجه يصير ضامناً لألف ولو باعه بخمسمائة ففى كونه ضامناً لها الوجهان . ولو قال : اذا أقرضته عشرة فأنا ضامن لها ، فأقرضه خمسة عشر فهو ضامن للعشرة على الوجهين ، لأن من أقرض خمسة عشر فقد أقرض عشرة ، والبيع بخمسة عشر ليس بيعاً بعشرة ، وان أقرضه خمسة ــ فعن ابن سريج تسليم كونه ضامناً لها ــ قال الامام : وهو خلاف قياسه ، لأن الشرط لم يتحقق.ولو علق كفالة البدن بمجىء الشهر ــ فان جوزنا تعليق المال ــ فهى أولى ، والا فوجهان ، كالخلاف فى تعليق الوكالة ، والفرق أن الكفالة مبنية على المصلحة والحاجة . ولو علقها بحصاد الزرع فوجهان مرتبان ، وأولى بالمنع لانضمام الجهالة وان علقها بقدوم زيد فأولى بالمنع ، للجهل بأصل حصول القدوم ، فان جوزنا فوجد الشرط المعلق صار كفيلا .

(الرابعة :) لو وقت كفالة البدن فقال : أنا كفيل به الى شهر ، فاذا مضى برئت فوجهان ، وقيل قولان أصحهما : البطلان كضمان المال ، ولو نجز الكفالة وشرط التأخير فى الاحضار شهراً جاز للحاجة كمثله فى الوكالة ، وتوقف فيه الامام ، وجعل الغزالى فى الوسيط هذا التوقف وجهاً ، فاذا صححنا فأحضره قبل المدة وسلمه ، وامتنع المكفول له من قبوله نظر ، هل له غرض فى الامتناع بأن كانت بينته غائبة أو دينه مؤجلا أم لا ؟ وحكم القسمين على ما سبق فيمن سلمه فى غير المكان المعين ، ولوشرط لاحضاره أجلا مجهولا كالحصاد ففى صحة الكفالة وجهان أصحهما : المنع .

(الخامسة :) لو ضمن الدين الحال حالا ، أو أطلق لزمه حالا ، وان ضمن المؤجل بأجل أو أطلق لزمه لأجله ، وان ضمن الحال مؤجلا بأجل

معلوم فوجهان ، أحدهما : لا يصح الضمان للاختلاف ، وأصحهما : الصحة للحاجة ، وعلى هـذا فالمذهب ثبوت الأجل فلا يطالب الا كما التزم ، وبهذا قطع الجمهور • وشذ امام الحرمين فادعى اجماع الأصحاب على أن الأجل لا يثبت ، وأن فى فساد الضمان لفساده وجهين • أصحهما : الفسـاد • أما لو ضمن المؤجل حالا ، والتزم التبرع بالتعجيل مضموناً الى التبرع بأصـل الضمان فوجهان كعكسه ، أصحهما : الصحة ، وعلى هذا ، هل يثبت الأجل فى حقه مقصوداً ، أم تبعا ؟ فيه وجهان ـ وفائدتهما فيما لو مات الأصـيل والحالة هذه • ولو ضمن المؤجل الى شهرين مؤجلا الى شهر ، فهو كضمان المؤجل حالا •

(السادسة) : لو تكفل ببدن رجل أو نفسه أو جسمه أو روحه صح ، وان تكفل بعضو منه فأربعة أوجه :

(أحدها) : أنه باطل كالبيع والاجارة بخلاف العتق والطلاق ، لأن لهما قوة وسراية ، وبهذا قال الشيخ أبو حامد ، والقاضى أبو الطيب ، واختـاره ابن الصباغ •

(والثانى) : يصح •

(والثالث) : ان كان عضواً لا يبقى البدن دونه كالرأس والقلب والكبد والدماغ صح • وان بقى دونه كالرجل واليد لم يصح ، وقال فى التهذيب : هذا أصح •

(والرابع) : ما عبّر به عن جميع البدن كالرأس والرقبة يصـح ومالا كاليد والرجل فلا ـ قال القفال : هذا أصح ، وللوجه حكم سائر الأعضاء ، كذا قاله الجمهور • وقال الامام : يصح قطعاً لشهرة هذا العقد بكفالة الوجه، واما الجزء الشائع كالنصف والثلث ، فكالجزء الذى لا يبقى البدن دونه ، فيكون فيه وجهان •

قلت : قطع صاحب الحاوى بصحة الكفالة فيما لو كفل برأسه أو وجهه أو عينه أو قلبه وفؤاده وغيرها مما لا يبقى دونه أو جزء شائع والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

يصح ضمان الدين عن الميت لما روى ابو قتادة قال : « اقبل بجنازة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : هل على صاحبكم من دين ؟ فقالوا : عليه ديناران قال صلى الله عليه وسلم : صلوا على صاحبكم فقال ابو قتادة : هما على يا رسول الله فصلى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم » ويصح عن الحى لأنه دين لازم فصح ضمانه كالدين على الميت .

الشرح الحديث مضى تخريجه آنفاً فى شرح الترجمة .

أما الأحكام فانه يصح ضمان الدين عن الميت سواء خلف وفاء بدينه أو لم يخلف ، وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد . وقال الثورى وأبو حنيفة: لا يصح الضمان عن الميت اذا لم يخلف وفاء بماله أو بضمان ضامن . دليلنا ما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال : « كان النبى صلى الله عليه وسلم يؤتى بالميت وعليه دين فيقول : هل خلف لدينه قضاء ؟ وروى : وفاء ؟ فاذا قيل له : لم يخلف وفاء قال للمسلمين : صلوا عليه . فلما فتح الله الفتوح قال : من خلف مالا فلورثته ، ومن خلف ديناً فعلى قضاؤه » فضمن النبى صلى الله عليه وسلم القضاء . وكذلك حديث جابر رضى الله عنه الذى أشرنا الى تخريجه فى شرح ترجمة هذا الكتاب ولفظه « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يصلى على رجل مات عليه دين فأتى بميت فسأل : هل عليه دين ؟ قالوا : نعم ديناران قال : صلوا على صاحبكم » . الحديث . وهى أحاديث تدل على جواز الضمان عن الميت ، ولأنه لم يكن يمتنع من الصلاة الا على من مات وعليه دين ، ولم يخلف وفاء ، ولأن صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم رحمه والدين يحجبها بدليل ما روى أنس رضى الله عنه قال : « من استطاع منكم أن يموت وليس عليه دين فليفعل ، فانى شهدت النبى صلى الله عليه وسلم وقد أتى بجنازة فقالوا : صل عليها فقال : أليس عليه دين ؟ فقالوا : بلى فقال : ما ينفعكم صلاتى عليها وهو مرتهن فى قبره ، فان ضمنه أحدكم قمت وصليت عليه » .

قال فى البيان بعد أن ساق هذا الحديث : « فكانت صلاتى تنفعه » لأن

كل من صح الضمان عنه اذا كان له وفاء بما عليه صح الضمان عنه وان لم يكن له وفاء كالحى .

فـــرع قال أبو على الطبرى : لو قال : تكفلت لك بما لك على فلان صح ، وان قال : أنا به قبيل لم يكن صريحاً فى أحـد الوجهين خلافاً لأبى حنيفة ، لأن القبيل بمعنى قابل كالسميع بمعنى سامع ، وايجاب الضمان لا يكون موقوفاً على قبوله فلم يصح . وان قال : الىّ دين فلان ، لم يكن صريحاً فى الضمان فى أحد الوجهين خلافاً لأبى حنيفة . دليلنا أنه يحتمل قوله : الىّ بمعنى اذن عنه ، ويحتمل مرجعه الىّ بحق أستحقه . ولو قال : خل عن فلان والدين الذى عليه لك عندى لم يكن صريحاً فى الضـمان خلافاً لأبى حنيفة ، لأن كلمة عندى تستعمل فى غير مضمون كقولهم : الوزير عند الأمير .

(**قاعدة**) ما صح الرهن به صح ضمانه ، وما لا فلا .

ويستثنى من الثانى :

ضمان العهـدة ، ورد الأعيان المضمونة ، يصح ضمانها الا الرهن بها .

(**ضابط**): ليس لنا ضمان دين بعقد فى عين لا يتعدى الى غيرها ، الا فيما أعاره شيئاً ليرهنه .

(**قاعدة**) من ضمن بالاذن رجع ، وان أدى بلا اذن ، ومن لا فلا ، وان أدى باذن . ويستثنى من ذلك صور :

احداها : أن يكون الضمان بالاذن قد ثبت بالبينة وهو منكر ، كمـا اذا ادعى على زيد وعلى غائب ألفاً ، وأن كلا منهما ضمن ما على الآخـر ، فأنكر زيد ، فأقام المدعى بينة بذلك ، وأخذ من زيد ، فلا رجوع لزيد على الغائب فى الأصح لأنه مظلوم بزعمه فلا يطالب غير ظالمه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) ويصح ذلك من كل جائز التصرف فى ماله ، فاما من يحجـر عليه لصغر أو جنون أو سفه فلا يصح ضمانه ، لأنه ايجاب مال بعقد فلم يصح من الصبى والمجنون والسفيه كالبيع . ومن حجر عليه للفلس يصح ضمانه ، لأنه ايجاب مال فى الذمة بالعقد فصح من المفلس كالشراء بثمن فى الذمة . واما العبد فانه ان ضمن بغير اذن المولى ففيه وجهان . قال أبو اسحاق : يصـح ضمانه ويتبع به اذا عتق لأنه لا ضرر فيه على المولى ، لأنه يطالب به بعـد العتق ، فصح منه كالاقـرار باتلاف ماله . وقال أبو سـعيد الاصـطخرى : لا يصح لأنه عقد تضمن أيجاب مال فلم يصح منه بغير أذن المولى كالنكاح ، فان ضمن باذن مولاه صح ضمانه ، لأن الحجر لحقه فزال باذنه ، ومن أين يقضى ؟ ينظر فيه فان قال له المولى : اقضه من كسبك قضاه منه ، وان قال : اقضه مما فى يدك للتجارة قضاه منه لأن المال له ، وقد اذن له فيه ، وان لم يذكر القضاء ففيه وجهان (أحدهما) يتبع به اذا أعتق لأنه اذن فى الضمان دون الأداء .

(والثانى) يقضى من كسبه ان كان له كسب او مما فى يده ان كان ماذونا له فى التجارة ، لأن الضمان يقتضى الغرم كما يقتضى النكاح المهر ، ثم اذا اذن له فى النكاح وجب قضاء المهر مما فى يده فكذلك اذا اذن له فى الضمان وجب قضاء الغرم مما فى يده ، فان كان على الماذون له دين وقلنا : ان دين الضمان يقضيه مما فى يده ، فهل يشارك فيه الغرماء ؟ فيه وجهان :

(احدهما) يشارك به ، لأن المال للمولى وقد اذن له فى القضاء منه ، اما بصريح الاذن او من جهة الحكم فوجب المشاركة به .

(والثانى) انه لا يشارك به لأن المال تعلق به الغرماء فلا يشـــارك بمال الضمان كالرهن . واما المكاتب فانه ضمن بغير اذن المولى فهو كالعبد الفن ، وان ضمن باذنه فهو تبرع ، وفى تبرعات المكاتب باذن المولى قولان نذكرهما فى المكاتب ان شاء الله تعالى) .

الشرح الأحكام : يصح الضمان من كل جائز التصرف فى المال ، فأما الصبى والمجنون والسفيه فلا يصح ضمان أحد منهم لأنه ايجـاب مال بعقد فلم يصح كالبيع فقوله : بعقد احتراز من ايجاب المال عليه بالجناية ومن نفقته من تجب عليه نفقته والزكاة ــ وهو التزام مكلف ــ من اضافة المصدر لفاعله ، وأما المحجور عليه للافلاس فيصح ضمانه لأنه ايجاب مال فى الذمة بالعقد فصح من المفلس كالشراء بثمن فى ذمته كما مضى فى التفليس . وأما

المرأة فانه يصح الضمان منها اذا كانت جائزة التصرف • وقال مالك : لا يصح الا أن يكون باذن زوجها • دليلنا أن كل من لزمه الثمن فى البيع والأجرة فى الاجارة صح ضمانه كالرجل •

فـــرع ولا يصح الضمان من المبرسم ــ على ما لم يسم فاعله ــ والبرسم علة تصيب الأعصاب ــ الذى لا يعقل لأنه لا حكم لكلامه ، فأما الأخرس فان لم يكن له اشارة مفهومة وكناية معقولة أو كتابة مقروءة لم يصح ضمانه ، وان كانت له اشارة مفهومة وكناية معقولة لأنه حصـــل مع الكناية اشارة مفهومة ، والا فالكتابة المقروءة تنفرد مكانهما أو مكان النطق مادام ذلك يؤدى الى فهم قصده من الضمان على أحد القولين • وان انفردت اشارته المفهومة بالضمان صح ، وان انفردت الكتابة فى الضمان عن اشارة يفهم بها أن قصده الضمان قال ابن الصباغ : لم يصح الضمان ، لأن الكتابة قد تكون عبثاً أو تجربة للقلم أو حكاية للخط ، فلم يلزمه الضمان بمجردها•

فـــرع اذا ضمن العبد ديناً لغير سيده فان كان غير مأذون له فى التجارة ــ نظرت فان كان بغير اذن سيده ــ فهل يصح ضمانه ؟ فيه وجهان : (أحدهما) يصح ضمانه لأنه مكلف له قول صحيح ، وانما منع من التصرف فيما فيه ضرر على السيد ولا ضرر فى ضمانه ، فهو كما لو أقر لغيره بمال ، فعلى هذا يثبت فى ذمته الى أن يعتق (والثانى) لا يصح لأنه اثبات مال لآدمى بعقد ، فلم يصح من العبد بغير اذن سيده كالمهر • فقولنا : لآدمى ، احتراز من النذر • وقولنا : بعقد احتراز من الاقرار لأنه اجبار ، ومن الجناية على غير سيده وان ضمن باذن سيده صح ، لأن المنع منه لحق السيد ، وقد أذن فيه • فان أذن فيه أن يؤديه من كسبه قضاه منه ، وان أطلق الاذن ففيـــه وجهان :

(أحدهما) يقضيه من كسبه كما لو أذن له سيده فى النكاح ، فان المهر والنفقة يقضيان من كسبه •

(والثـــانى) لا يقضـــيه من كســـبه ، ولكن يتبـــع به اذا أعتق ، لأن الســـيد انما أذن فى الضـــمان دون التضاء فيعلق ذلك بذمة العبد لأنهـــا

محل للضمان ، ويفارق المهر والنفقة فانهما يجبان عوضاً من الاستمتاع المعجل ، وكان ما فى مقابلهما معجلا ، وحكى أبو على السنجى وجهاً آخر أنه يتعلق برقبته ــ وليس بشىء ــ وان كان العبد مأذوناً له فى التجارة فلا يخلو اما أن يضمن باذن السيد أو بغير اذنه ، فان ضمن بغير اذنه نظرت ــ فان قال : ضمنت لك حتى أؤدى من هذا المال لم يصح الضمان • لأن السيد انما أذن له فى التجارة فيما ينمى المال لا فيما يتلفه ، وان ضمن له مطلقاً فهل يصح ضمانه ؟ على الوجهين فى غير المأذون ، فاذا قلنا : لا يصح فلا كلام ، وان قلنا : يصح فانه يجوز له أن يقضى مما فى يده من مال التجارة ، ولكن يثبت فى ذمته الى أن يعتق • وان ضمن باذنه صح الضمان •

فان كان اذن السيد بالضمان مطلقاً فمن أين يقضى العبد دين الضمان ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) من كسبه (والثانى) يثبت فى ذمته الى أن يعتق • وان أذن له السيد بالضمان فى المال الذى فى يده فقال : ضمنت لك حقك الذى لك على فلان حتى أؤدى من المال الذى فى يدى صح الضمان ولزمه أن يؤدى من المال الذى فى يده للتجارة ، لأن المنع منه لأجل السيد ، وقد أذن فجاز • فاذا قال الحر : ضمنت لك دينك على فلان فى هذا المال لم يصح الضمان • والفرق بينهما أن العبد ضمن الحق فى ذمته ، وانما علق الأداء فى مال بعينه ، والحر لم يضمن الحق فى ذمته ، وانما ضمنه فى المال بعينه ، فوزانه أن يقول الحر : ضمنت لك دينك على فلان ، وأزنه من هذا المال ، فيصح الضمان ، فان كان على المأذون له (العبد) دين يستغرق ما بيده ثم أذن له السيد بالضمان والقضاء مما فى يده من مال التجارة ، أو قلنا : يلزمه القضاء منه ، على أحد الوجهين ، فهل يشارك المضمون له الغرماء ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يشاركهم لأن المال للسيد ، وقد أذن بالقضاء منه اما بصريح القول أو من جهة الحكم • (والثانى) لا يشاركهم لأن حقوق أصحاب الديون متعلقة بما فى يده فصار ذلك كالمرهون بحقوقهم ، نرى أن السيد لو أراد أخذ ذلك قبل قضاء الغرماء لم يكن له ذلك •

فـــرع وان كان فى ذمة العبد دين فضمن عنـه ضامن صـح الضمان لأن الدين فى ذمته لازم ، وانما لا يطالب به لعجزه فى حال رقه فصح الضمان عنه كالدين على المعسر • قال الصيمرى : لو ثبت على عبده دين بالمعاملة فضمنه عنه سيده صح ضمانه كالأجنبى •

فـــرع وأما المكاتب فانه اذا ضمن ديناً على سيده ــ فان كان بغير اذنه ــ فهل يصح ؟ فيه وجهان كما قلنا فى غير المكاتب ، وان قلنـا : لا يصح فلا كلام ، وان قلنا : يصح كان ذلك فى ذمته الى أن يعتق • وان ضمن باذن سيده ، فان قلنا يجوز للمكاتب أن يهب شيئاً من ماله باذن سيده على ما مضى من بياننا لحكمه ، وان قلنا : لا يجوز للمكاتب أن يهب شيئاً لغيره بغير اذن سيده فالذى يقتضى المذهب أن يصح الضمان ويتبع به اذا عتق ولا يقضى من المال الذى بيده قبل أداء الكتابة والله أعلم •

فـــرع فى رأى فقهاء القانون الوضعى (وهم يزعمون اقتباسه من الشريعة السمحة الاسلامية) ويسمون هذا بنظرية الالتزام وهو ينقسم الى ايجابى وسلبى •

Obligation Positive et Obligation Négative

الالتزام باعطاء ويقصد به التزام بنقل الملكية أو أى حق عينى •

وهناك أحوال يتعين فيها الكلام فى الالتزام باعطاء حق فى العقود التى أعدت لنقل الملكية وذلك عندما يوجد ما يحول دون تحقق هذا الالتزام من تلقاء نفسه ، ويشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكاً للشىء الذى وفى به (المادة ٣٢٥ مدنى مصرى) •

ويقولون : اذا كان الأداء قيمياً فلا يجوز أن يقوم شخص آخر بالتنفيذ بدلا من المدين وللدائن أن يرفض التنفيذ الحاصل من غير المدين وتقول المادة ٢٠٨ اذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين •

أما الالتزام السلبى فهو التزام يقتضى المدين أن يمتنع عن اتيان عمـل

كان يجوز له أن يقوم به لولا وجود هذا الالتزام كما ينقسم الى التزام عينى وشخصى •

ويرتبون على الوفاء الحاصل من الغير آثاراً معينة سواء فى علاقة المدين بالدائن ، أو فى علاقة الغير بالدائن • وتنص المادة ٣٥٩ من التقنين المدنى المصرى على ما يأتى :

١ ــ تتم الانابة اذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى يلتزم بوفاء الدين مكان المدين • وهذه المادة تقتضى اشتراك ثلاثة أشخاص : المنيب Délégant والمناب Délégué والمناب لديه Delegataire وهذا العقد يعتبر بنص المادة ٣٥٩ تصرفاً واحداً متعدد الأطراف ، الا أنه يتبين عند التحقيق أن دور المنيب ليس ضرورياً أو منشئاً فى العلاقة التى يمكن أن تنشأ بين المناب والمنيب لديه بمعنى أنه يمكن أن تنشأ العلاقة دون تدخل المنيب ويعتبر القانونيون المنيب احتياطياً والمناب مديناً أصليا ، لأنهم يعتبرون الانابة انشاء التزام جديد وفى نظرية الالتزام بحوث مكانها كتاب القرض ، وفقهنا أغنى وأعدل وأقوم من هذا الفقه الذى يعتبر النائب مديناً أصلياً والمنوب عنه مدينا احتياطيا وفى نظرية الالتزام من البحث ما يتصل بكتاب القرض والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويصح الضمان من غير رضى المضمون عنه لأنه لما جاز قضاء دينه من غير رضاه جاز ضمان ما عليه من غير رضاه • واختلف أصحابنا فى رضى المضمون له ، فقال أبو على الطبرى : يعتبر رضاه لأنه اثبات مال فى الذمة بعقد لازم ، فشرط فيه رضاه كالثمن فى البيع • وقال أبو العباس : لا يعتبر ، « لأن أبا قتادة ضمن الدين عن الميت بحضرة النبى صلى الله عليه وسلم » ولم يعتبر النبى صلى الله عليه وسلم رضى المضمون له •

(فصل) وهل يفتقر الى معرفة المضمون له والمضمون عنه ؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يفتقر الى معرفة المضمون عنه ليعلم أنه هل هو ممن يسدى اليه الجميل ويفتقر الى معرفة المضمون له ليعلم هل يصلح لمعاملته أم لا يصلح ؟ كما يفتقر الى معرفة ما تضمنه من المال هل يقدر عليه أم لا يقدر

عليه (والثانى) انه يفتقر الى معرفة المضمون له ، لأن معاملته معه ، ولا يفتقر الى معرفة المضمون عنه لأنه لا معاملة بينه وبينه (والثالث) انه لا يفتقر الى معرفة واحد منهما لان أبا قتادة ضمن عن الميت ولم يساله النبى صلى الله عليه وسلم عن المضمون له والمضمون عنه) .

الشرح حديث وفاء أبى قتادة أخرجه البخارى والنسائى من حديث سلمة بن الأكوع وفيه قوله صلى الله عليه وسلم : « صلوا على صاحبكم فقال أبو قتادة : صل عليه يا رسول الله وعلىّ دينه فصلى عليه » وأورده الترمذى وأبو داود .

أما الأحكام فانه يصح الضمان من غير رضى المضمون عنه ، لأن عليا رضى الله عنه وأبا قتادة ضمنا عن الميت بحضرة النبى صلى الله عليه وسلم والميت لا يمكن رضاه ، ولأنه لما جاز له أن يقضى الدين بغير اذنه جاز أن يضمن عنه الدين بغير اذنه ، وأما المضمون له فهل يعتبر رضاه ؟ فيه وجهان قال أبو على الطبرى : يعتبر رضاه ، وهو قول أبى حنيفة كما سبق فى شرح ترجمة الباب الا فى مسألة واحدة ، وهو اذا قال المريض لبعض ورثته : اضمن عنى دينا لفلان الغائب ضمن عنه بغير اذن المضمون له وان لم يسم الدين استحساناً لأنه اثبات مال لآدمى فلم يصح الا برضاه أو من ينوب عنه كالبيع والشراء .

فقولنا : لآدمى ، احتراز كما قلنا من النذر ، وقال أبو العباس بن سريج : يصح من غير رضاه ، ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره ، وبه قال أبو يوسف لأن علياً وأبا قتادة ضمنا فى حضرة النبى صلى الله عليه وسلم بغير رضى المضمون له ولأن الضمان وثيقة بالحق فلم يفتقر الى رضى من له الوثيقة كما لو أشهد من عليه الدين بنفسه فصحت الشهادة وان لم يرض المشهود له .

أما ضمان أبى قتادة فقد مضى تخريجه آنفا وأما ضمان على فقد أخرجه البيهقى من طرق ضعيفة من حديث أبى سعيد الخدرى وفيه قوله صلى الله عليه وسلم « جزاكَ الله عن الاسلام خيراً وفك رهانك كما فككت رهان أخيك . ما من مسلم فك رهان أخيه الا فك الله رهانه يوم القيامة » .

وأما معرفة الضامن للمضمون له والمضمون عنه فهل يفتقر الى ذلك ؟ فيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) أنه لا يفتقر الى معرفة واحد منهما وانما يضمن بالاسم والنسب ، ووجهه ضمان أبى قتادة وعلى ولم يسأل النبى صلى الله عليه وسلم هل يعرفان عين المضمون له والمضمون عنه أم لا ، ولو كان الحكم يختلف بذلك لبينه النبى صلى الله عليه وسلم ولأن الواجب أداء الحق فلا حاجة الى معرفة ما سوى ذلك .

(والثانى) أنه لا يصح حتى يعرف الضامن عينهما . لأن معاملته المضمون له فلابد من معرفته بعينه ليعلم هل هو أهل لأن يسدى اليه الجميل أم لا ؟ .

(والثالث) أنه يفتقر الى معرفة عين المضمون له لأن معاملته معه،ولا يفتقر الى معرفة المضمون عنه لأنه لا معاملة بينه وبينه . قال المحاملى : فاذا قلنا بهذا افتقر الى قبوله ، فان قيل : لزم الضمان وان رد بطل ، وان رجع الضامن قبل قبول المضمون له صح رجوعه .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى شروط الضمان

مذهبنا أن شروط الضمان تنقسم الى أربعة أقسام :

(القسم الأول :) يرجع الى الضامن فيشترط فيه شروط :

أحدها : أن يكون عاقلا فلا يصح ضمان المجنون بخلاف الذى غاب عقله بسبب السكر فان ضمانه يصح .

ثانيها : أن يكون بالغاً فلا يصح ضمان الصبى .

ثالثها : ألا يكون محجوراً عليه لسفه ، فلا يصح ضمان المحجور عليه بسبب السفه ، أما المحجور عليه بسبب الافلاس فان ضمانه يصح ، وكذا ضمان السفيه الذى لم يحجر عليه .

رابعها : أن لا يكون مريضاً مرض الموت وهو لا يصح ضمانه بشرطين :

(الأول) أن يكون عليه دين يستغرق كل ماله ، فان لم يكن عليه دين مستغرق فان ضمانه يصح .

(الثانى) أن لا يطرأ له مال جديد بعد الموت فلو ظهر أن له استحقاقاً فى مال بعد موته فانه يصح الضمان بالنسبة له ، ويؤخذ المضمون من ذلك المال • أما الذى يبرأ من مرضه فان ضمانه يصح •

(القسم الثانى :) يرجع الى المضمون له وهو صاحب الحق ، ويشترط أن يكون معروفاً للضامن بشخصه فلا تكفى معرفة اسمه لتفاوت الناس فى المطالبة شدة ولينا ، وهل تكفى معرفة شخص وكيل المضمون له ؟ نعم تكفى على المعتمد •

ولا يشترط رضاء المضمون له ، لأن الضمان لا يضره اذ هو التزام يزيد دينه تأكيداً •

وكذا لا يشترط معرفة المضمون عليه ، وهو الذى عليه الحق ، ولا رضاه، فيجوز للانسان أن يضمن دين الميت الذى لا يعرفه ، وهذا فى غير ضمان النفس ، فانه يشترط فيه رضاء المكفول ، لأنه لا يلزمه أن يذهب معه للتسليم الا اذا أذنه بأن يكفله ، ومن ضمن بغير اذن كان متبرعاً فلا رجوع له •

(القسم الثالث :) يرجع الى الصيغة فيشترط شرطان :

أحدهما : أن يكون لفظاً يشعر بالالتزام كأن يقول : ضمنت دينك الذى لك علىّ أو تكلفت لك ببدن فلان ونحو ذلك مما يدل على أنه قد التزم بالشىء الذى ضمن به •

أما اذا أتى بصيغة لا تشعر بالالتزام كما اذا قال : أؤدى المال الذى لك عند فلان أو أحضر الشخص الذى لك عنده كذا فمثل هذه الصيغة لا تكون ضماناً وانما تكون وعداً الا اذا نوى به الضمان فانها تكون ضماناً •

ثانيهما : أن لا تكون معلقة أو مؤقتة ، فاذا قال : ان جاء الغد ضمنتك أو قال : أنا ضامن من مال فلان شهراً أو كافل بدنه أسبوعاً فانه لا يصح • نعم اذا كفل دين فلان الحال أن يدفعه مؤجلا بعد شهر مثلا فانه يصح ، نعم اذا كفل دين فلان الحال أن يدفعه مؤجلا بعد شهر مثلا فانه يصح • فاذا كان لشخص دين عند آخر أجل موعد دفعه ثم كفله شخص على أن يدفع ذلك

الدين بعد شهر صحت الكفالة ويثبت الأجل للكفيل لا للأصيل ، حتى لو مات الأصيل لم يحلّ الدين على الكفيل .

أما اذا كان الدين مؤجلا ثم ضمنه على أن يدفعه حالا ، فان الضامن لا يلزم بدفعه حالا ، لأن الأجل ثابت فى حق الأصيل استقلالا ، وفى حق الكفيل تبعاً ، فلا يطالب أحد منهما قبل حول الأجل ، فاذا مات الأصيل حل الدين عليهما معاً .

(القسم الرابع) : يرجع الى المضمون به سواء كان ديناً أو عيناً أو نفساً فيشترط فى الدين أن يكون لازما فى الحال أو المآل . ومثال الدين اللازم فى الحال القرض ، وثمن السلعة المبيعة ونحو ذلك .

والدين الذى يؤول للزوم ثمن السلعة فى مدة الخيار ، فانه ــ وان لم يلزم فى الحال ولكنه يلزم مآلا ــ فيصح ضمانه ــ وكذا يشترط أن يكون الدين معلوماً فلا يصح ضمان المجهول قدراً أو جنساً أو صفة ، فلابد من بيان ذلك ، كأن يقول : ضمنت مالك على زيد من دين قدره عشرون جنيها مصريا أو استرلينيا أو نحو ذلك ، فلو قال : ضمنت مالك على زيد من دين وسكت أو قال : ضمنت لك العشر من الذى عند زيد ولم يبين ، أو قال : ضمنت لك العشرين جنيها ولم يبين صفتها فانه لا يصح ، ويستثنى من ذلك ابل الدية ، فانه يصح ضمانها مع عدم ذكر صفتها ، لأنها معروفة السن والعدد، ويرجع فى صفتها الى غالب ابل البلاد فلا حاجة الى ذكر صفتها .

أما الأعيان فانها تنقسم الى قسمين مضمونة كما تقدم فى التعريف ، فيشترط لصحة ضمان الأعيان أن تكون مضمونة يجب ردها الى مالكها فمعنى ضمانها ضمان ردها الى مالكها .

أما ضمان قيمتها اذا تلفت فانه لا يصح لأنها لم تتلف وقت الضمان لتثبيت قيمتها فى الذمة ، فان تلفت بالفعل فانه يصح ضمان قيمتها بعد تلفها لثبوته فى الذمة حينئذ .

ومثال العين المضمونة العين المغصوبة والمستعارة . ومثال العين غير المضمونة المودعة والموصى بها والمؤجرة ، فهذه الأعيان لا يصح ضمان ردها ،

لأن ردها لا يجب على واضع اليد ، وانما الذى يجب هو أن يخلى بينهـا وبين مالكها • وأما كفالة النفس فيشترط لصحتها أن يكون على المكفول ببدنه حق لآدمى مالا كان أو عقوبة •

(أما مذهب المالكية) : فانهم قالوا : يشترط للكفالة شروط بعضها يتعلق بالمكفول عنه ، وبعضها يتعلق بالكفيل ، وبعضها يتعلق بالمال المكفول به ، وبعضها يتعلق بالصيغة ، فيشترط فى المكفول عنه ألا يكون محجوراً عليـه بسفه فى الشيء الذى يضمن فيه ، وذلك لأن تصرف السـفيه ينقسم الى قسمين :

أحدهما : أن يشترى أو يبيع أو ينفق شيئاً لازماً له لابد منه فى ضروريات أموره •

ثانيهما : أن يتصرف كذلك فيما ليس بلازم له ، بل يمكنه الاستغناءعنه• فاذا انصرف شيء لازم له فانه يصح كفالته فى ذلك الشيء ، واذا دفعه الكفيل يرجع به على المحجور عليه ، ويؤخذ من ماله على الراجح ، أما اذا تصرف فى شيء مستغنى عنه فان الكفالة فيه لا تصح ، ولا يرجع على المحجور عليه •

وهل يلزم الكفيل أن يدفع المال الذى ضمنه لصاحب الدين أولا ؟ فى ذلك تفصيل هو أن الضامن اذا كان يعلم أنه محجور عليه ثم ضمنه بعـد ذلك وكان المضمون له لا يعلم فان الضامن يدفع المال الذى ضمن به اتفاقاً ويضيع ما دفعه عليه ، فلا حق له فى الرجوع على المحجور عليه •

أما اذا كان العكس ، وهو أن الضامن لا يعلم بأن المضمون له ، ــ وهو صاحب المال ــ يعلم أنه محجور عليه أو كانا لا يعلمان شيئاً فان فى ذلك خلافاً، فبعضهم يقول : يلزم الضامن أن يدفع ما ضمن به وبعضهم يقول : لا يلزمه شيء ، فاذا ضمن بحق بغير أمر وليه صح الضمان ، ويرجع الضامن بما دفعه فى مال الصبى ، ومثل ذلك ما اذا كسر الصبى زجاجاً ونحوه أو أتلف شيئاً فدفع أحد قيمته لصاحبه ، فان له أن يرجع بمادفعه فى مال الصبى الا اذا كان الصبى صغيراً جداً مثل ابن ستة أشهر لا ينزجر بالزجر ، لأن ما يتلفـه فى هذه الحالة لا يلزم به •

ولا يشترط فى المكفول عنه (المديون) أن يكون قادراً على تسليم المكفول به فيصح كفالة الميت المفلس ، بمعنى حمل الدين عنه ، لا بمعنى ضم ذمة الكفيل الى ذمة الميت ، لأن ذمة الميت قد انتهت ، ثم اذا كان الضامن يعلم أنه لا مال ثم طرأ للميت مال لم يكن فى الحسبان فليس للضامن أن يأخذ منه لأنه دفع متبرعاً . أما اذا كان يظن أن له مالا أو يشك ثم ظهر أن له مالا ، فانه يرجع عليه ، والقول فى ذلك للكفيل الا اذا قامت قرينة على أنه متبرع .

ويشترط فى الكفيل أمور :

أولا : أن يكون بالغاً فلا يصح للصبى أن يضمن غيره .

ثانيا : أن يكون عاقلا فلا يصح كفالة المجنون .

ثالثاً : أن لا يكون محجوراً عليه لسفه فلا يصح للسفيه أن يضمن غيره .

رابعاً : أن لا تكون امرأة متزوجة اذا أرادت أن تضمن فى مقدار يزيد عن ثلث مالها بغير اذن زوجها ، فاذا تكفلت المرأة بشىء أكثر من ثلث مالها فلزوجها الحق فى رد الكفالة ، أما اذا تكفلت بمقدار يساوى ثلث مالها فان كفالتها تصح ، ولو لم يأذن زوجها ، ومثل ذلك ما اذا تصدقت أو وهبت أو أعتقت أو نحو ذلك ، فان تصرفها ينفذ فى مقدار الثلث فقط ، فان فعلت أكثر من ذلك بدون زوجها فان له الحق فى رد كل ما تصرفت فيه .

خامساً : أن يكون مريضاً (خطراً) اذا أراد أن يضمن فى أكثر من ثلث ماله ، فاذا ضمن المريض فى أكثر من ثلث ماله بشىء يزيد على الدينار ، فان ضمانه لا ينفذ الا اذا أجازته الورثة .

واعلم أن الشرطين الرابع والخامس من شروط النفاذ لا من شروط الصحة، فان الكفالة بدونهما تصح ، ولكن لا تنفذ الا بأذن الزوج والورثة .

أما الأول والثانى والثالث فهى شروط صحة ، ومن شروط النفاذ أيضاً أن لا يكون رقيقاً ، فاذا ضمن العبد بغير اذن سيده فان ضمانه يصح ولا ينفذ الا اذا أجازه السيد ، واذا عتق العبد فان الضمان يلزمه بعد العتق .

سادساً : أن لا يكون الضامن عليه دين يستغرق جميع ماله فان كان عليه دين يستغرق جميع ماله فان كفالته لا تصح ، ولا يكون أهلا للتبرع ويشترط فى المال المكفول به أن يكون ديناً ، فلا تصح الكفالة فى الأمانات ــ كالعين المستعارة ، والعين المودعة ــ وكذا مال المضاربة والشركة ، فاذا استعار أحد سلعة من آخر وأتى له بضامن يضمنه فى رد تلك السلعة فانه لا تصح ، وكذا اذا أودع عند آخر وديعة أو مالا يعمل به مضاربة ، نعم يصح أن يأتى بضامن يضمن قيمتها له اذا فقدت بسبب تعد أو تفريط فى المحافظة عليها ، واذا فرط المستعير فى العارية أو الشريك فى مال شريكه أو أتلفه بتعديه لزم الضامن قيمة ما أتلفه المضمون .

ويشترط فى الدين أن يكون لازماً أو يؤول الى اللزوم فمثال اللازم الذى يصح ضمانه دين القرض ، وثمن السلعة المبيعة ، فاذا اشترى شخص سلعة من آخر بثمن مؤجل وأتى بضامن ثمنها فانه يصح ويلزم مثل ذلك ما اذا استأجر أرضاً بأجرة معلومة وأتى بضامن فانه يصح الضمان ويلزم .

ومثال الدين غير اللازم الذى لا يصح ضمانه دين الصبى بغير اذن وليه والسفيه المحجور عليه على التفصيل المتقدم ، ودين الرقيق بغير اذن سيده ، ودين المكاتب فاذا أتى بضامن فانه لا يصح لأن دينه غير لازم . اذ يجوز له أن يبطل عقد الكتابة ، فهذا الدين لا يصح ضمانه لأنه لا يلزم المدين ان بقى به .

ومثال الدين الذى لا يلزم فى الحال ولكن يلزم فى المآل دين الجعل ، فان من جعل لآخر جعلا على عمل يعمله فان الجعل يلزم بعد الفراغ من ذلك العمل ، فيصح ضمانه ، لأنه ــ وان لم يلزم فى الحال لكن ــ يلزم فى المآل ، فاذا قال شخص لآخر : ان جئتنى بابلى الضالة فلك عشرة جنيهات ، وأتى له بضامن يضمنه فيها ، يصح وان لم يشرع فى العمل ، لأنه ان جاء بها ثبت له المبلغ فى ذمة الأصيل ، فكذلك فى ذمة الكفيل ، وان لم يأت بها لم يثبت له شىء وهذا هو الراجح ، وبعضهم يقول : دين الجعل قبل الشروع فى العمل كدين الكتابة لا تصح كفالته .

ويصح ضمان الدين الحال مؤجلا كما اذا كان لزيد عشرة جنيهات عند

عمرو وحل موعد سدادها فانه يجوز لخالد أن يقول لزيد أجل له الدفع شهراً أو نحو ذلك ، وأنا ضامن لك ذلك الدين ، وانما يصح ذلك اذا تحقق واحد من أمرين :

أحدهما : أن يكون المدين موسراً وقت الضمان بحيث يمكن لصاحب الدين أن يأخذ منه .

أما اذا كان معسراً حين الضمان فانه لا يصح وذلك لأنه يكون التأجيل سلفاً جر نفعاً وهو ممنوع ، وذلك لأن صاحب الدين فى الحالة الأولى ضامن لحقه وقادر على أخذه فاذا أجله بضامن لا تكون له فائدة من الضامن،فرضاؤه بمد الأجل يكون بمنزلة القرض بدون منفعة تعود عليه .

أما اذا كان المدين معسراً فان صاحب الدين لم يكن قادراً على أخذ دينه ، فاذا أجل له الدين نظير انتفاعه بالضامن فانه يكون قد أسلفه بفائدة .

ثانيهما : أن لا يكون المدين موسراً وقت الضمان ،ولكن الضامن ضمنه مدة لا يتصور أن يطرأ عليه فيها يسر بل يظل معسراً الى انتهائها ، وذلك لأن صاحب الدين يجب عليه أن ينتظر المدين الى ميسرته بطبيعة الحال ، فالضمان لم يفده شيئاً .

أما اذا أيسر فى أثناء المدة فانه لا يجوز ، فانه اذا كان لشخص عند آخر عشرة حل موعد دفعها اليوم فطلب منه أن يؤجلها له ثلاثة أشهر بضمانة الغير ــ فان كان للمديون ما يسد به العشرة قبل حلول الأجل عادة ــ فان الضمان يصح .

أما اذا أيسر بعد شهر أو شهرين كأن كان مستحقا فى وقف ينتظر الحصول على غلته أو موظفا بوظيفة ينتظر قبض راتبها فان الضمان لا يصح ، وذلك لأن صاحب الدين فى هذه الحالة يكون قد أجل دينه فى نظير أنه ينتفع بالضامن المدة التى يكون فيها معسراً ، وقد يقال : انه قد انتفع فى الصورة الأولى بالضامن فى مدة الاعسار جميعها فأى فرق ؟ .

وكذا يصح ضمان الدين المؤجل حالا كما اذا كان لشخص دين عند آخر

مؤجلا الى شهرين مثلا فقال له المدين : انه تنازل عن الأجل وصار الدين حالا، ثم جاء له بضامن يضمنه ، وهذه الصورة غير عملية ، اذ لا يعقل أن يتنازل المدين عن المدة التى يحل فيها دينه ، ثم يأتى بضامن يضمنه خوفاً من المماطلة ، ولهم فى ذلك تفصيل لا فائدة من ذكره •

ولا يشترط فى المضمون به أن يكون معيناً ، فاذا قال شخص لآخر : داين فلاناً وأنا ضامن له ، فانه يصح الضمان فيما داينه به ببينة ، واقراره لا يكون حجة على الضامن ، وهل يلزمه ضمان جميع ما استدانه مهما بلغ قدره ؟ أو يلزمه ضمان ما يعامل به مثله فقط ؟ قولان وللضامن فى هذه الحالة أن يرجع عن الضمان ــ قبل المعاملة لا بعدها ــ فان عامله فى البعض لزم الضمان فيما عامل به فقط •

وأما الصيغة فيشترط فيها أن تدل على الحفظ والحياطة عرفاً مثل قوله : أنا حميل بفلان أو زعيم أو وكيل أو قبيل أو هو لك عندى أو الىّ أو قبلى أو أنا قبيل به أو أدين أو عوين أو صبير أو كوين ونحو ذلك فهذه كلها ألفاظ ينعقد بها الضمان •

ولاستعمال الصيغة ثلاثة أحوال :

(الحالة الأولى) أن يذكر لفظ الضمان مطلقاً غير مقيد بما يدل على أنه ضمان عن المال أو النفس ، كما اذا قال : أنا ضامن لفلان ، ولم يقل : فى المال الذى عليه ، أو فى احضاره بنفسه ، وفى هذه الحالة خلاف ، فبعضهم يقول : انها تحمل على الضمان بالمال ، وبعضهم يقول : بل تحمل على الضمان بالنفس •

(الحالة الثانية) أن يذكر لفظ الضمان مقيداً بما يدل على المضمون به لفظاً كأن يقول له : أنا ضامن لما على فلان من الدين أو ضامن لنفس فلان ، وهذه الحالة لا خلاف فى معاملة الضامن بما قيد به الصيغة من ذلك •

(الحالة الثالثة) أن يذكر لفظ الضمان مقيداً بما يدل على المضمون به فيه ، كأن يقول : أنا ضامن لفلان وينوى دينه أو نفسه ، وحكم هذه

الحالة أن الضامن يعامل بما نواه ويصدق فى ذلك لأنه متبرع ، والأصل براءة ذمته والله أعلم .

(أما مذهب الحنابلة) : فانهم قالوا : يشترط للضمان شروط منها ما يتعلق بالضمان فيشترط فيه أن يكون أهلا للتصرف ، فلا يصح ضمان المجنون والصغير والسفيه ، ويصح ضمان المفلس ، لأن الضمان يتعلق بالذمة ، وكذا يشترط رضاء الضامن ، فلا يصح ضمان المكره ولا يشترط فى الضامن أن يعرف المضمون له ، وهو صاحب الحق ، كما لا يشترط أن يعرف الضامن عنه ، وهو الذى عليه الحق ، فيجوز أن يضمن من لا يعرفه حيا كان أو ميتاً .

ومنها ما يتعلق بالمضمون به وهو الدين أو العين أو النفس فيشترط لصحة الضمان بالدين أن يكون الدين لازماً حالا أو مآلا ، والأول : كالقرض وثمن المبيع الذى لا خيار فيه ، والثانى : كثمن المبيع قبل مضى مدة الخيار فانه يئول للزوم ، فلا يصح الضمان بالدين غير اللازم كدين الكتابة ، فان للمكاتب أن ينقض العقد ويمتنع عن الأداء فدينه ليس بلازم لا حالا ولا مآلا

ويشترط لصحة ضمان العين أن تكون مضمونة على من هى فى يده كالعين المغصوبة والمستعارة .

ومعنى ضمان هذه الأعيان ضمان ردها أو قيمتها عند تلفها ، أما الأعيان غير المضمونة فانه لا يصح ضمانها كالوديعة والعين المؤجرة ومال الشركة والمضاربة والعين المدفوعة الى الخياط والصباغ ونحو ذلك . نعم يصح ضمان التعدى عليها كما تقدم فى التعريف مفصلا .

ومنها ما يتعلق بالصيغة ويشترط فيها أن تكون بلفظ يفهم منه الضمان عرفاً كقوله : أنا ضمين وكفيل وحميل وصبير وزعيم ونحو ذلك .

ويصح الضمان بلفظ معلق ومنجز كقوله : ان أعطيت فلانا كذا فأنا ضامنه كقوله : وأنا ضامن لفلان ، وكذلك يصح أن يكون بلفظ مؤقت كأن يقول : اذا جاء رأس الشهر فأنا ضامن لفلان .

ويصح أن يضمن شخص ديناً حالا الى أجل معلوم ، فاذا كان لزيد عند عمرو دين حل موعد دفعه فضمنه خالد على أن يدفعه بعد سنة فانه يصح ويثبت الأجل فى حق الضامن بحيث لو مات المضمون لا يحل موعد دفعه •

(اما مذهب ابى حنيفة) : فان شروط الكفالة عندهم تنقسم الى خمسة أقسام :

(القسم الأول) يرجع الى الكفيل ، فيشترط فى الكفيل أن يكون عاقلا بالغاً ، فلا تنعقد كفالة المجنون ولا الصبى أصلا الا فى حالة واحدة ، يصح للصبى أن يكفل ذلك المال لا بالنفس ، وهى ما اذا كان الصبى يتيما واستدان وليه ، سواء كان أبا أو غيره لينفق على ذلك الصبى فيما لا بد له منه ، فانه يجوز للصبى أن يكفل ذلك المال بأمر وليه ، وتصح كفالته فى هذه الحالة ويطالب بالمال كما يطالب وليه بذلك •

أما اذا أمره أن يكفل نفس الولى لصاحب المال بمعنى أن الصبى يحضر الولى عند الحاجة ، فان الكفالة لا تصح ، لأن الصبى فى كفالة المال الذى أنفق فى ضرورياته ملزم به ، فكفالته للولى فى ذلك المال تزيد فى تأكيده ، بخلاف كفالته فى النفس ، فانها محض تبرع منه ، وهو ليس أهلا للتبرع • وكذا يشترط فى الكفيل أن يكون حرا ، وهذا شرط نفاذ لا شرط انعقاد ، فان كفالة العبد تصح ، ولكن لا تنفذ الا باذن السيد أو بعد عتقه ، فاذا عتق كان ملزماً بما كفل به وهو رقيق ، وكذا تشترط الصحة فيما زاد عن ثلث المال ، فلا يصح للمريض أن يكفل ديناً يزيد عن ثلث ماله ، واذا كان عليه دين يستغرق جميع ماله بطلت كفالته ، ولا يصح للمريض أن يكون كفيلا لوارث أو عن وارث أصلا ، ولو كان الدين أقل من ثلث ماله فيشترط فى الكفيل البلوغ والعقل شرطا انعقاد ، والحرية وهى شرط نفاذ ، والصحة وهى شرط فيما زاد عن الثلث من ماله •

(القسم الثانى) : يرجع الى الأصيل وهو المدين ، فيشترط فيه أن يكون قادراً على تسليم المكفول به بنفسه أو نائبه ، فاذا كفل ميتاً مفلساً لا تصح كفالته ، لأن الميت المفلس عاجز عن تسليم المكفول به بنفسه وبنائبه من

الورثة لأنه مفلس ، فاذا ترك الميت مالا فانه يصح الكفالة عنه بقدر ذلك المال ، وهذا القول هو الصحيح •

وكذا يشترط فى الأصيل أن يكون معلوماً ، فلا تصح كفالة المجهول اذا كانت الكفالة فى المستقبل ، وتسمى مضافة ، فاذا قال شخص لآخر : كفلت لك ما تبيعه للناس بالدين فان الكفالة لا تصح ، وقد يقع هذا فيما اذا أراد شخص أن يعلم ولده التجارة ويجلب له الناس الذين يشترون منه فيقول له : بع للناس ولو بالدين وأنا أضمن لك ما تبيعه من ذلك ، فهذه الكفالة غير صحيحة ، لأن الناس الذين كفلهم مجهولون •

ومثل ذلك ما اذا قال له : ان غصب منك أحد شيئاً فأنا كافل ، وتسمى هذه كفالة معلقة بالشرط ، وهى فى معنى الكفالة المضافة فالمراد بالمضافة والمعلقة ما يقع فى المستقبل ، ويقابلهما الكفالة المنجزة الواقعة فى الحال ، وهذه لا يشترط فيها أن يكون الأصيل الذى يراد كفالته معلوماً • ومثال ذلك أن يقول له : كفلت لك بما ثبت لك على الناس فهذه صحيحة ، ويلزمه أن يقوم بما ثبت له فى الماضى على الناس الذين يعينهم المكفول له صاحب الدين ، لأن بذلك يكون له الحق فى تعيين من له عليه الدين •

ولا يشترط فى الأصيل المكفول عنه أن يكون حرا بالغاً عاقلا ، فتصح كفالة الصبى بالمال والنفس سواء كان مميزاً أولا ، وسواء كان مأذوناً له فى التجارة أولا ، ثم ان كانت الكفالة بأمر الولى يجبر الصبى على الحضور مع الكفيل فى الكفالة بالنفس ، ويرجع الكفيل بما غرم على مال الصبى •

أما اذا لم تكن بأمر الولى فان كانت بأمر الصبى وكان مأذوناً بالتجارة غير محجور عليه ــ فان الكفيل يرجع بما غرم على مال الصبى فى كفالة المال، ويجبر الصبى على الحضور معه فى كفالة النفس والا فلا •

(القسم الثالث) : يرجع الى المكفول له وهو صاحب الدين ، فيشترط أن يكون معلوماً فلا يصح للشخص أن يكفل شخصاً لمن يجهله ، وأن يكون عاقلا فلا تصح الكفالة عند المجنون ومثله الصبى الذى لا يعقل ، لأن المكفول

له لا تتم له الكفالة الا بقبوله على الصحيح ، فيجب أن يكون من أهـــل القبول ، ولا تصح الكفالة بقبول وليهما عنهما • أما حرية المكفول له فانها ليست بشرط •

(**القسم الرابع**) : يرجع الى المكفول به سواء كان ديناً أو عيناً أو نفسا فيشترط لصحة الكفالة فى الدين شرطان :

(الشرط الأول) : أن يكون ديناً صحيحاً ، والدين الصحيح هو الذى لا يسقط الا بأدائه لصاحبه أو بالبراءة منه ، بأن يسامح فيه صاحبه ، ويقوم مقام الابراء منه أن يفعل صاحبه ما يستلزم سقوطه ، مثال ذلك : مهر الزوجة قبل الدخول ، فانه يسقط اذا رضيت لابنه البالغ أن يقبلها بشهوة ، فهى وان لم تبرئه حقيقة ولكنها بفعلها هذا أبرأته حكماً •

فالدين الصحيح هو الذى لا يسقط الا بقضائه أو الابراء منه حقيقـة أو حكماً ، وهذا هو الدين الذى يصح ضمانه ، أما غيره فانه لا يصح كدين الكتابة ، فان للمدين وهو العبد المكاتب أن يفسخ عقد الكتابة متى شـاء ، ويستثنى من ذلك الدين المشترك بين اثنين فانه ــ وان كان صحيحا ــ ولكن لا يصح لأحد الشريكين أن يضمنه •

مثلا : اذا اشترى شخص من تاجرين شريكين سلعة بعشرين جنيها الى أجل فانه لا يصح لأحد الشريكين أن يضمن المشترى فى الثمن لأنه ان ضمنه مع بقاء الشركة بأن ضمنه فى نصف شائع كان ضامناً لنفسه ، لأن كل جـزء يؤديه الكفيل أو يؤديه الأصيل يكون له فيه نصيب ، وان ضمنه فى نصف صاحبه بدون شيوع كان معناه قسمة الدين قبل قبضه ، وهى لا تجوز ، لأن معنى القسمة هى أن يفرز كل منهما نصيبه ويحرزه ، وذلك لا يتصـور فى الدين قبل قبضه لأنه شغل ذمة المدين ، وهو أمر معنوى ، فاذا كان الضامن أجنبيا فانه يصح مع بقاء الشركة ، فمن اشترى سلعة من تاجرين وأتى لهما بضامن فانه يصح ، ويكون ما يدفعه الضامن بمنزلة ما يدفعه الأصيل ، وكذا استثنى النفقة المقررة بالقضاء أو بالتراضى ، فانها دين غير صحيح ، لأنهـا تسقط بالموت أو بالطلاق ، ومع ذلك يصـح ضـمانها ومحل كون النفقـة

تسقط بالموت أو الطلاق اذا لم تكن مستدانة بأمر القاضى ، والا فهى دين صحيح لا يسقط أصلا •

(الشرط الثانى) : أن يكون الدين قائماً ، ومعنى كونه قائماً أن يكون باقياً غير ساقط ، فاذا كان له دين على ميت مفلس فانه لا يصح ضمانه لان الميت المفلس سقط عنه الدين ، ولا يشترط أن يكون الدين معلوماً بل تصح الكفالة بالمجهول ، ولم يدفع ثمنها ، ثم كفله شخص فيها ومثال الدين الصحيح القرض وثمن المبيع بعقد صحيح ، فاذا اشترى شخص سلعة من آخر ودفع ثمنها ثم ظهر فساد العقد بعد ذلك كان الكفيل مخيراً بين أن يرجع بما دفعه على البائع أو على المشترى •

أما اذا كان عقد البيع صحيحاً وقت الكفالة ، ثم أضيف اليه شرط أفسده بعد ذلك ، فان الكفيل يرجع بما دفعه على المشترى فقط ، والمشترى يرجع على البائع ، والفرق أن البائع فى الحالة الأولى قبض ما يستحقه لأن العقد وقت الكفالة كان فاسداً ، فيصح للكفيل أن يرجع عليه •

أما الحالة الثانية فان البائع قد قبض ما يستحقه ، لأن العقد كان صحيحاً، والكفيل يرجع على المشترى لا على البائع •

ويشترط فى كفالة الأعيان أن تكون مضمونة بنفسها أو بغيرها كما ذكرنا فى تعريف الكفالة • ومن الأعيان المضمونة بنفسها المبيع على سوم الشراء ، فاذا ساوم شخص آخر على سلعة سمى له ثمنها ثم استلمها على أن ينظر اليها أهله مثلا قبل أن يبت فى شرائها ، فان كفالتها تصح •

أما اذا لم يسم ثمنها فانها تكون أمانة ، ولا تصح بما ليس مضموناً كالوديعة ومال المضاربة والشركة ، فان هذه لا يجبر على تسليمها فلا تصح فيها الكفالة ، وهناك قسم آخر وهو الأعيان التى يجب تسليمها ولكنها أمانة كالعارية ، والمستأجر (بالبناء على المفعول) فى يد المستأجر (بالبناء للمعلوم كاسم فاعل) وهذه تصح كفالتها ، ولكن اذا هلكت لا يجب على الكفيل قيمتها ، فاذا استأجر شخص دابة من آخر وضمنه فيها شخص ثم هلكت

الدابة فى يد المستأجر فان الكفيل لا تلزمه قيمتها ، ثم ان الكفالة وان كانت لا تصح بنفس الأعيان غير المضمونة كما ذكرنا ولكنها تصح بتسليمها ، فاذا كفل شخص لآخر تسليم الوديعة التى عند فلان فانها تصح ، ومثل ذلك ما اذا كفل له بتسليم العارية التى عنده ، ويشترط فى الكفالة بالنفس أن تكون النفس مقدورة التسليم ، فلا يصح أن يكفل شخصاً غائباً لا يدرى مكانه لأنه لا يقدر على احضاره وتسليمه • ومثل ذلك ما اذا اتفق شخص مع آخر على أن يبنى له داراً بشرط أن يتولى بناءها بنفسه ، فانه لا يصح كفالة الشخص الذى يتولى العمل بنفسه لأنه ليس فى قدرة الكفيل أن يرغمه على العمل ، نعم تصح كفالته بنفسه بحيث يتولى الكفيل احضاره عند الحاجة •

ومن الشروط التى ترجع الى المكفول به أن لا يكون حدا أو قصاصاً ، فلا تصح الكفالة بهما ، لأنهما لا يمكن تسليمهما ، وانما تصح كفالة الشخص الذى وجب عليه حد أو قصاص بمعنى احضاره عند اللزوم •

(القسم الخامس) : يرجع الى الصيغة ، فيشترط لها أن لا تكون معلقة على شرط غير موافق للكفالة كأن يقول له أكفل لك مالك على فلان من دين ان نزل المطر أو هبت الريح ونحو ذلك فمثل هذه الصيغة لا تصح بها الكفالة ، لأنها معلقة على شرط غير محقق الوقوع والغرض من الكفالة التأكيد ، فهذا الشرط لا يناسبها ، أما المعلقة على شرط موافق فهى صحيحة، ويكون الشرط موافقا للكفالة بواحد من أمور ثلاثة :

(الأول) : أن يكون الشرط سبباً للزوم الحق ، كأن يقول له أكفل لك هذه السلعة المبيعة ان ظهر أنها ملك لغير بائعها فالشرط هنا وهو ظهور كون المبيع ليس ملكا للبائع سبباً للزوم الحق المكفول به ، وهو وجوب الثمن للبائع على المشترى •

ومثل ذلك ما اذا قال له : أكفل لك السلعة المودعة عند فلان ان أنكرها ، وذلك لأن انكارها سبب لوجوب ثمنها عليه وهكذا • بخلاف ما اذا قال له : امش فى طريق كذا ، وان أكلك سبع فأنا ضامن فانه ضمان غير صحيح ، لأن فعل السبع غير مضمون •

(الأمر الثانى) : أن يكون سبباً لسهولة تمكن الكفيل من استيفاء المال من الأصيل ، كقوله : ان قدم زيد فعلىّ ما عليه من الدين ، فالشرط فى هذا المثال وهو قدوم زيد سبب فى تسهيل استيفاء صاحب الدين حقه من القادم الذى عليه الدين وهو زيد ، ويشترط أن يكون زيد القادم مديناً للمكفول له كما ذكرنا أو مضارباً أو غاصباً أو نحو ذلك ، أما اذا كان أجنبيا كأن يقول : ضمنت لك ما على زيد عند حضور عمرو من سفره فانه لا يصح لأن عمراً الأجنبى الذى ليس مديناً ولا علاقة له بالدين لا يصح التعليق على حضوره .

(الأمر الثالث) : أن يكون سبباً لتعذر الاستيفاء نحو ان غاب زيد عن البلد فعلىّ ، فالشرط وهو غياب زيد سبب لتعذر استيفاء الدين منه ، فيصح أن يكفله فيه .

ومثل ذلك ما اذا قال : ضمنت لك ما على فلان من الدين ان مات ولم يترك شيئاً ونحو ذلك .

وحاصل هذا المقام أن تعليق الكفالة الى أجل مجهول جهالة شديدة كما اذا قال له : أكفل لك نفس زيد عند هبوب الريح ، أو نزول المطر ، وفى هذه الحالة تثبت الكفالة ويبطل الأجل .

أما اذا أجل الى أجل مجهول جهالة يسيرة كما اذا قال له : كفلت لك زيداً الى الحصاد أو الى موسم النيروز ونحو ذلك فانه يصح ، وثبتت الكفالة والأجل .

أما اذا أجل الكفالة الى وقت معين كما اذا قال له : أكفل لك زيداً أو ما على زيد من هذه الساعة الى شهر فانه يكون كفيلا مدة شهر بلا خلاف أما اذا قال له : أكفله لك شهراً بدون أن يذكر (من و الى) ،فان فيه خلافا،فبعضهم يقول : انه يكون كفيلا دائماً ، وبعضهم يقول : انه كفيل فى المدة التى ذكرها ، ولا يكون كفيلا بعد ذلك ، أما اذا قال : أكفل الى شهر فقط بدون

ذكر : (من) فكذلك فيها الخلاف فبعضهم يقول : انها كالأول وبعضهم يقول: انها كالثانى :

والتحقيق فى ذلك أن صيغ الكفالة مبنية على العرف ، فاذا كان العرف جارياً على أن هذه الصيغ لا يقصد منها الا تأجيل الكفالة بأجل معلوم فانها تحمل عليه ، ولا فرق بين أن يذكر (من والى) أو لم يذكر شيئاً منهما ، فلو قال : كفلته لك شهراً يكون كفيلا له فى هذه المدة فقط ولا يكفله بعد ذلك الا اذا قامت قرينة على خلاف العرف فيعمل بها •

وكما أن الكفالة نفسها لا تصح اذا علقت على شرط غيرملائم ، فكذلك البراءة منها لا تصح اذا علقت على شرط غير ملائم ، فاذا قال صاحب الدين للكفيل : ان جاء الغد فأنت برىء من الدين لا تصح البراءة ، ويكون لصاحب الدين مطالبة الكفيل كما كان من قبل • والمراد بالشرط غير الملائم هنا هو كل شرط لا يستفيد منه صاحب الدين شيئاً كما مثّلنا ، وكقوله ان دخلت النار فأنت برىء من الكفالة ونحو ذلك من الشروط التى لم يتعارف عليهاالناس ، أما الشروط المتعارفة التى يستفيد منها صاحب الدين فانه يصح تعليق البراءة من الكفالة عليها ، كقوله : ان دفعت لى بعض الدين فأنت برىء من الكفالة فى الباقى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان باعه بشرط أن يضمن الثمن ضامن لم يجز حتى يعين الضامن ، لأن الغرض يختلف باختلاف من يضمن ، كما يختلف باختلاف ما يرهن من الرهون ، وان شرط أن يضمنه ثقه لم يجز حتى يعين ، لأن الثقات يتفاوتون ، فان لم يف له بما شرط من الضمين ثبت للبائع الخيار ، لانه دخل فى العقد بشرط الوثيقة ولم يسلم له الشرط فثبت له الخيار ، كما لو شرط له رهناً ولم يف له بالرهن •

وان شرط أن يشهد له شاهدين جاز من غير تعيين ، لأن الأغراض لا تختلف باختلاف الشهود ، فان عين له شاهدين فهل يجوز ابدالهما بغيرهما ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يجوز ، كما لا يجوز فى الضمان (والثانى) يجوز لأن الغرض لا يختلف) •

الشرح الأحكام : اذا باع رجل من غيره شيئاً بثمن فى ذمته بشرط أن يضمن له بالثمن ضامن معين صح البيع والشرط ، لأن الحاجة تدعو الى شرط الضمين فى عقد البيع لأنه انما دخل فى البيع بهذا الشرط ، فاذا لم يف له المشترى بالشرط ثبت للبائع الخيار ، وان أتاه المشترى بضمين غير الضمين المعين لم يلزم البائع قبوله ، بل يثبت له الخيار ، وان كان الذى جاءه به أملأ من المعين لأنه قد يكون له غرض فى ضمانة المعين ، وان شرط فى البيع أن يضمن له بالثمن معه لم يصح الشرط وبطل البيع لأن الثقات يتفاوتون ، واذا كان الشرط مجهولا بطل البيع .

فـــرع وان باعه سلعة بثمن بشرط أن يشهد له شاهدين جاز من غير تعيين وان كان عليه أن يشهد له شاهدين معينين فأشهد له شاهدين عدلين غير المعينين ، فهل يسقط خيار الآخر ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يلزم الآخر قبول ذلك بل يثبت له الخيار فى فسخ البيع ، كما قلنا فى الضمين المعين (والثانى) يلزم قبول ذلك ولا خيار له لأنه لا غرض له فى أعيان الشهود اذا حصلت العدالة ، ولهذا قلنا : لابد فى شرط الضمين من تعيينه وفى الشهادة يجوز شرط شاهدين عدلين وان كانا غير معينين ، والذى يقتضى المذهب أن هذا الشرط فى الشهادة يصح أن يكون وثيقة لكل واحد من المتبايعين ويثبت لكل واحد منهما الخيار اذا شرط ذلك على الآخر ولم يف الآخر له بذلك ، لأن للبائع غرضاً فى الاستيثاق بالشهادة خوفاً أن يستحق عليه المبيع فيرجع بالثمن على البائع .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) ويصح ضمان كل دين لازم كالثمن والأجرة وعوض القرض ودين السلم وأرش الجناية وغرامة المتلف لأنه وثيقة يستوفى منها الحق فصح فى كل دين لازم كالرهن ، وأما مالا يلزم بحال وهو دين الكتابة فلا يصح ضمانه لأنه لا يلزم المكاتب أداؤه فلم يلزم ضمانه ، ولأن الضمان يراد لتوثيق الدين ، ودين الكتابة لا يمكن توثيقه لأنه يملك اسقاطه اذا شاء فلا معنى لضمانه ، وفى مال الجعالة والثمن فى مدة الخيار ثلاثة أوجه .

(أحدها) لا يصح ضمانه لأنه دين غير لازم فلم يصح ضمانه كدين الكتابة (والثانى) يصح لأنه يؤول الى اللزوم فصح ضمانه (والثالث) يصح ضمان الثمن فى مدة الخيار ولا يصح ضمان مال الجعالة لان عقد البيع يؤول الى اللزوم وعقد الجعالة لا يلزم بحال . فأما المال المشروط فى السبق والرمى ففيه قولان (أحدهما) انه كالاجارة فيصح ضمانه (والثانى) انه كالجعالة فيكون فى ضمانه وجهان) .

الشرح الأحكام : قال أصحابنا : الحقوق على أربعة أضرب :

(أحدها) حق لازم كالثمن فى الذمة بعد قبض المبيع ، والأجرة فى الذمة بعد انقضاء الاجارة ومال الجعالة بعد العمل ، والمهر بعد الدخول أو نصفه بعد العقد وقبل الدخول وعوض القرض وقيم المتلفات فهذا يصح ضمانه لأنه دين لازم مستقر .

(الضرب الثانى) دين لازم غير مستقر كالمهر قبل الدخول وثمن المبيع قبل قبض المبيع والأجرة قبل انقضاء الاجارة ودين السلم ، فهذا يصح ضمانه أيضاً . وقال أحمد بن حنبل فى احدى الروايتين : لا يصح ضمان المسلم فيه. لأنه يؤدى الى استيفاء المسلم فيه من غير المسلم عليه فهو كالحوالة ودليلنا أنه دين لازم فصح ضمانه كالمهر بعد الدخول .

(الضرب الثالث) دين ليس بلازم ولا يئول الى اللزوم وهو دين الكتابة فلا يصح ضمانه لأن المكاتب يملك اسقاطه بتعجيز نفسه فلا معنى لضمانه ، ولأن ذمة الضامن فرع لذمة المضمون ، فاذا لم يلزم الأصل لم يلزم الفرع ، ومن حكم الضمان أن يكون لازماً ، وان كان على المكاتبة دين لأجنبى صح ضمانه لأنه دين لازم عليه ، وان كان عليه لسيده دين من غير جهة الكتابة فهل يصح ضمانه ؟ فيه وجهان (أحدهما) يصح ضمانه ، لأنه يجبر على أدائه (والثانى) لا يصح ضمانه لأنه قد يعجز نفسه فيسقط ما فى ذمته لسيده . قال العمرانى : وأصلهما الوجهان ، هل يستدام ثبوت الدين فى ذمته لسيده بعد أن يصير ملكا له ؟ فيه وجهان (فان قلنا) يستدام ثبوته صح ضمانه ، وان قلنا : لا يستدام ثبوته لم يصح ضمانه .

(الضرب الرابع) دين غير لازم الا أنه يئول الى اللزوم وهو مال الجعالة

قبل العمل بأن يقول : من رد ضالتى فله دينار ، فان أضمن عنه غيره ذلك قبل رد الضالة هل يصح ؟ فيه وجهان (أحدهما) يصح لقوله تعالى : (قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنابه زعيم [1]) فضمن المنادى مال الجعالة وحمل البعير معلوم (والثانى) لا يصح لأنه دين غير لازم فلا يصح ضمانه كمال الكتابة ، ومنهم من قال : لم يضمن المنادى وانما أخبر عن الملك أنه بذل لمن رده حمل البعير ، وأن الملك قال : وأنابه زعيم •

وأما ضمان ثمن المبيع فى مدة الخيار فاختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : فيه وجهان كمال الجعالة قبل العمل ، ومنهم من قال : يصح ضمانه وجها واحداً لأنه يئول الى اللزوم ، ولأن الثمن قد لزم ، وانما له اسقاطه لأنه دين لازم مستقر ، فهو كالمهر بعد الدخول ، وأما قبل العمل ــ فان كان المخرج للسبق أحدهما أو أجنبيا ــ فهل يصح ضمانه ؟ فيه وجهان كمال الجعالة ــ وان كان مال السبق منهما وبينهما محلل ــ فان قلنا : ان ذلك كالاجارة ــ صح ضمانه ، كضمان الأجرة قبل انقضاء مدة الاجارة ، وان قلنا : انها كالجعالة كان فى ضمان المال عنهما أو عن أحدهما وجهان كمال الجعالة •

فرع وأما أرش الجناية والدية ــ فان كان دراهم أو دنانير مثل أن جنى على عبد أو كانت الابل معدومة ، أو قلنا يجب ألف مثقال أو اثنا عشر ألف درهم صح ضمانها ، وان كان الواجب الابل فهل يصح ضمانها ؟ فيه وجهان بناء على القولين فى جواز بيعها •

فرع وأما ضمان نفقة الزوجة ــ فان ضمن عنه نفقة مدة قد مضت ــ صح ضمانها ، لأنه دين لازم مستقر فهى كالمهر بعد الدخول ، وان ضمن عنه نفقة يومه الذى هو فيه صح أيضاً لأنه دين لازم فصح ضمانه ، وان كان غير مستقر كضمان المهر قبل الدخول لم يصح ، وان ضمن عنه نفقة مدة مستقبلة معلومة فهل يصح ؟ فيه قولان بناء على أن النفقة تجب بالعقد

---

(١) الآية ٧٢ من سورة يوسف ...

أو بالعقد والتمكين من الاستمتاع ، فقال فى القديم : يجب بالعقد وانما يجب استيفاؤها يوماً بيوم ، فعلى هذا يصح أن يضمن نفقة مدة معلومة،ولكن لا يضمن الا نفقة المعسر ، وان كان الزوج وقت الضمان موسراً ، لأن نفقة المعسر متحققه وما زاد على ذلك مشكوك فيه • وقال فى الجديد : لا تجب النفقة الا بالعقد والتمكين من الاستمتاع فعلى هذا لا يصح أن يضمن نفقة مدة مستقبلة بحال • وقد مضى تفصيل ذلك آنفا فى فرع أركان الضمان فى المسألة الثانية من مسائل الركن الرابع من روضة الطالبين للامام النووى رضى الله عنه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا يجوز ضمان المجهول لانه اثبات مال فى الذمة بعقد لآدمى فلم يجز مع الجهالة كالثمن فى البيع ، وفى ابل الدية وجهان (احدهما) لا يجوز ضمانه ، لانه مجهول اللون والصفة (والثانى) انه يجوز لانه معلوم السن والعدد ويرجع فى اللون والصفة الى عرف البلد •

(فصل) ولا يصح ضمان ما لم يجب وهو ان يقول : ما تداين فلانا فانا ضامن له ، لانه وثيقة بحق فلا يسبق الحق كالشهادة) •

الشرح الأحكام : لا يصح ضمان مال المجهول ، وضمان ما لم يجب ، وقال أبو العباس بن سريج : وهو قول الشافعى فى القديم كما قال الشافعى فى القديم : يصح ضمان نفقة الزوجة عن مدة مستقبلة ، وهذا ضمان ما لم يجب وضمان مجهول ، وهو طريقة الخراسانيين أنها على قولين • قال الشيخ أبو حامد : خالف سائر أصحابنا ذلك وقالوا : لا يصح قولا واحداً ، وما قاله الشافعى رحمه الله فى القديم انه يصح ضمان نفقة الزوجة مدة مستقبلة ، فانما أجازه لأن النفقة تجب على هذا بالعقد فقد ضمن ما وجب ، ولا يصح منها الا ضمان شىء مقدر وليس بمجهول •

دليلنا على أنه لا يصح ضمانها : أنه اثبات مال فى الذمة بعقد لازم فلم يصح مع جهله ، ولا قبل ثبوته كالثمن فى البيع والمهر فى النكاح ، فقولنا :

فى الذمة احتراز ممن غصب من رجل شيئاً مجهولا ، وقولنا : بعقد ، احتراز ممن أتلف على غيره مالا أو وطىء امرأة بعقد فاسد ، فان ذلك يثبت فى ذمته مالا وان كان لا يعلم قدره •

فـــرع قال فى الابانة : فلو جهـل مقـدار الدين الا أنه قال : ضمنت لك من درهم الى عشرة ــ وقلنا : لا يصح ضمان المجهول فهل يصح هذا ؟ فيه قولان (أحدهما) قال : وهو الأشهر : يصح ، لأن جملة ما ضمن معلومة (والثانى) وهو الأقيس : انه لا يصح ، لأن مقدار الحق مجهول •

فـــرع فأما اذا قال الرجل لغيره ضمنت لك ما تعطى وكيلى وما يأخذ منك فانه يلزمه ذلك لا من جهة الضمان ولكن من جهة التوكيل ، وذلك أن يد الوكيل يد الموكل •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) ولا يجوز تعليقه على شرط ، لأنه ايجاب مال لآدمى بعقـــد فلم يجـز تعليقه على شرط كالبيـع ، وان قال : الق متاعك فى البحر وعلى ضمانه صح ، فاذا القاه وجب ما ضمنه ، لأنه استدعاء اتلاف بعوض لغرض صحيح فاشبه اذا قال : طلق امرأتك او اعتق عبدك على الف ــ وان قال : بع عبدك من زيد بخمسمائة ولك على خمسمائة أخرى فباعه ففيه وجهـــان (احدهما) يصح البيع ويستحق ما بذله لأنه مال بذله فى مقابلة ازالة الملك فاشبه اذا قال : طلق امرأتك أو اعتق عبدك على الف (والثانى) لا يصـــح لأنه بذل مال لغرض غير صحيح فلم يجز ، ويخالف ما بذله فى الطلاق والعتق ، فان ذلك بذل مال لغرض صحيح وهو تخليص المرأة من الزوج وتخليص العبد من الرق) •

الشرح الأحكام : لا يصح تعليق الضمان على شرط بأن يقول : اذا جاء رأس الشهر فقد ضمنت لك دينك على فلان ــ وحكى المسعودى أن أبا حنيفة قال : يصح •

دليلنا أنه ايجاب مال لآدمى بعقد فلم يصح تعليقه على شرط كالبيـع •

وقوله (لآدمى) احتراز من النذر كما سبق تقريره ، وقولنا : بعقد ، احتراز من وجوب النفقة للقريب والزوجة فانه معلق بشرط .

فـــرع اذا قال لغيره فى البحر عند هيجان الموج وخوف الغرق : ألق متاعك فى البحر وعلىّ ضمانه فألقاه وجب على المستدعى ضمانه . وقال أبو ثور : لا يصح ضمان ما لم يجب .

دليلنا أنه استدعاء اتلاف ملك لغرض صحيح فصح ، كما لو قال : طلق امرأتك بمائة درهم علىّ وكان الغرض صحيحاً لحسم نزاع أو درء مضـــارة صح الضمان ، وكذا لو قال : اعتق عبدك بمائة علىّ فان ذلك غرض صحيح لأن فيه فكاكا لآدمى من الرق وهو قربة الى الله تعالى ومقصد من مقاصـــد الشريعة السمحة .

فان قال لرجل بع عبدك من زيد بألف وعلىّ خمســـــمائة فباعه ، قال الصيدلانى : وقاله فى العقد فهل يصح العقد ؟ فيه وجهان لأبى العباس بن سريج (أحدهما) يصح البيع ويستحق البائع على المشترى خمسمائة وعلى المستدعى خمسمائة ، لأنه مال بذله فى مقابلة ازالة ملكه فيصح (والثانى) لا يصح ولا يستحق على الباذل شيئاً لأن الثمن يجب أن يكون جميعه على المشترى ، فاذا شرط بعضه على غيره لم يصح .

واذا قال : بع سيارتك من فلان بألف علىّ ان أذن منه خمسمائة ــ جاز وينظر ــ فان ضمن قبل المبيع ــ لم يلزمه ، لأنه ضامن قبل الوجوب . وان ضمنه بعده لزمه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) ويجوز أن يضمن الدين الحال الى اجل لانه رفق ومعـــروف فكان على حسب ما يدخل فيه وهل يجوز ان يضمن المؤجل حالا ؟ فيه وجهان :

(احدهما) يجوز ، كما يجوز ان يضمن المال مؤجلا .

(والثانى) لا يجوز لأن الضمان فرع لما على المضمون عنه ، فلا يجوز ان يكون الفرع معجلا والأصل مؤجلا) .

الشرح الأحكام : اذا كان لرجل على غيره دين حال فضمنه عنه ضامن الى أجل معلوم صح الضمان وكان معجلا على المضمون ، مؤجلا على الضامن ، لأن الضمان رفق ومعروف ، فكان على حسب الشرط ، وكذلك اذا كان الدين مؤجلا الى شهر فضمنه عنه ضامن مؤجلا الى شهرين كان مؤجلا على المضمون عنه الى شهر وعلى الضامن الى شهرين ، فان قيل : فعندكم الدين الحال لا يتأجل فكيف تأجل على هذا الضامن .

فالجواب : أن الدين لم يثبت على الضامن حالا ـ وانما ثبت عليه مؤجلا، والدين يتأجل فى ابتداء ثبوته ، وان كان الدين على رجل مؤجلا فضمنه ضامن حالا أو كان مؤجلا على من هو عليه الى شهرين فضمنه عنه ضامن الى شهر ففيه ثلاثة أوجه حكاها المحاملى وابن الصباغ :

(أحدها) يصح الضمان ويلزم الضامن تعجيل الدين دون المضمون عنه، لأنه ضمن له ديناً بعقد فكان على حسب ما ضمنه كما لو ضمن المعجل مؤجلا .

(والثانى) لا يصح الضمان ، لأن الضامن فرع للمضمون عنه ، فلا يجوز أن يستحق مطالبة الضامن دون المضمون عنه .

(والثالث) يصح الضمان ولا يلزمه التعجيل كأصله .

اذا ثبت هذا فضمن الحالّ مؤجلا فمات الضامن ، حل عليه الدين ووجب دفع ذلك من تركته ، ولو لم يكن لورثته الرجوع على المضمون عنه حتى يحل الأجل . وقال زفر : يرجعون عليه فى الحالّ ، لأنه أدخله فى ذلك مع علمه أنه يحل بموته .

دليلنا : أن المضمون عنه لم يأذن فى الضمان عنه الا الى أجل ؛ فلا يستحق الرجوع عليه فى الحال . وان مات المضمون عنه ـ فان اختار المضمون له الرجوع على الضامن لم يطالبه قبل حلول الأجل ، وان اختار المطالبة من تركة المضمون عنه كان له ذلك فى الحال وبه قال أحمد وأصحابه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا يثبت فى الضمان خيار ، لأن الخيار لدفع الغبن وطلب الحظ والضامن يدخل فى العقد على بصيرة أنه مغبون ، وأنه لاحظ له فى العقد ، ولهذا يقال الكفالة أولها ندامة ، وأوسطها ملامة ، وآخرها غرامة) .

الشرح قوله : الكفالة أولها الخ لعلها من الكلام الذى يعبر به الانسان المكروث بسبب قيامه بالمعونة والرفق لمن لا وفاء عنده ، وليس هذا الكلام على اطلاقه بصحيح .

أما أحكام الفصل فانه لا يجوز شرط الخيار فى الضمان ، فاذا شرط فيه أبطله .

لأن الخيار يراد لطالب الحظ . والضامن يعلم أنه مغبون لا من جهة المال بل من جهة الثواب . ولهذا يقال : الكفالة أولها ندامة ، وأوسطها ملامة وآخرها غرامة ، واذا ثبت أنه لا وجه لشرط الخيار فيه . قلنا عقد لا يدخله خيار الشرط فأبطله كالصرف والسلم .

فرع فى مذاهب العلماء . يتضح مما سبق أنه لا يدخل الضمان والكفالة خيار لأن الخيار جعل ليعرف ما فيه الحظ والضمين والكفيل على بصيرة أنه لا حظ لهما ، ولأنه عقد لا يفتقر الى القبول فلم يدخله خيار كالنذر وبهذا قال أبو حنيفة وأحمد قال فى المغنى من الحنابلة : ولا نعلم عن أحد خلافهم والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويبطل بالشروط الفاسدة ، لأنه عقد يبطل بجهالة المال فبطل بالشرط الفاسد كالبيع ، وان شرط ضمانا فاسداً فى عقد بيع فهل يبطل البيع ؟ فيه قولان كالقولين فى الرهن الفاسد اذا شرطه فى البيع ، وقد بينا وجه القولين فى الرهن) .

الشرح الأحكام : يبطل الضمان بالشروط الفاسدة ، لأنه عقد

يبطل بجهالة المال فبطل بالشروط الفاسدة كالبيع ، وفيه احتراز من الوصية ، فان قال : بعتك سيارتى بألف على أن يضمن لى فلان عليك على أنه بالخيار ؛ فهذا شرط يفسد الضمان ، وهل يفسد البيع فى السيارة بذلك ؟ فيه قولان كالقولين فيمن شرط رهناً فاسداً فى بيع ؛ وقد سبق توجيههما فى الرهن •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويجب بالضمان الدين فى ذمة الضامن ولا يسقط عن المضمون عنه ، والدليل عليه ما روى جابر رضى الله عنه قال « توفى رجل منا فأتينا النبى صلى الله عليه وسلم ليصلى عليه ، فخطا خطوة ثم قال : أعليه دين ؟ قلنا : ديناران فتحملهما أبو قتادة ، ثم قال بعد ذلك بيوم : ما فعل الديناران ؟» قال : « انما مات أمس ثم اعاد عليه بالغد ؛ قال : قد قضيتهما ، قال : الآن بردت عليه جلده » ولأنه وثيقة بدين فى الذمة فلا يسقط الدين عن الذمة كالرهن ، ويجوز للمضمون له مطالبة الضامن والمضمون عنه ، لأن الدين ثابت فى ذمتهما فكان له مطالبتهما ، فان ضمن عن الضامن ثالث جاز لأنه ضمان دين ثابت فجاز كالضمان الأول ، وان ضمن المضمون عنه عن الضامن لم يجز لأن المضمون عنه أصل والضامن فرع ، فلا يجوز أن يصير الأصل فرعاً والفرع أصلا ، ولأنه يضمن ما فى ذمته ولأنه لا فائدة فى ضمانه وهو ثابت فى ذمته) •

الشرح حديث جابر رضى الله عنه ولفظه « توفى رجل فغسلناه وحنطناه وكفناه ثم أتينا به النبى صلى الله عليه وسلم فقلنا : تصلى عليه ؟ فخطا خطوة ثم قال : أعليه دين ؟ قلنا : ديناران فانصرف ، فتحملهما أبو قتادة، فأتيناه فقال أبو قتادة : الديناران علىّ ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : قد أوفى الله حق الغريم وبرىء منه الميت ؟ قال : نعم • فصلى عليه ، ثم قال بعد ذلك بيوم : ما فعل الديناران ؟ انما مات أمس • قال فعاد اليه من الغد فقال : قد قضيتهما ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم الآن بردت عليه جلده » رواه أحمد وأبو داود والنسائى والدارقطنى وصححه ابن حبان والحاكم •

وفى قوله « أتينا به النبى صلى الله عليه وسلم » زاد الحاكم « ووضعناه حيث توضع الجنائز عند مقام جبريل عليه السلام » قوله « فانصرف » لفظ

البخارى فى حديث أبى هريرة : فقال النبى صلى الله عليه وسلم « صلوا على صاحبكم » .

قال الحافظ فى التلخيص : حديث « أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى بجنازة ليصلى عليها فقال : هل على صاحبكم من دين ؟ فقالوا : نعم ديناران فقال أبو قتادة : هما على يا رسول الله قال : فصلى عليه صلى الله عليه وسلم» رواه البخارى من حديث سلمة بن الأكوع مطولا ، وفيه « أن الدين كان ثلاثة دنانير » ورواه أحمد وأبو داود والنسائى وابن حبان من حديث جابر وفيه : « أن الدين كان دينارين » وزاد أحمد والدارقطنى والحاكم أن النبى صلى الله عليه وسلم قال له لما قضى دينه : «الآن بردت عليه جلده » وفى رواية « قبره » ورواه النسائى والترمذى وصححه من حديث أبى قتادة بدون تعيين الدين،وابن ماجه وأحمد وابن حبان من حديثه بتعيينه : سبعة عشر درهما ، وفى رواية لأبن حبان : ثمانية عشر ، وروى ابن حبان أيضا من حديث أبى قتادة : « أن الدين كان دينارين » وروى فى ثقاته من حديث أبى أمامة نحو ذلك،وأبهم القائل قال: « فقام رجل من القوم فقال:أنا أقضيهما عنه » قوله. انه لما ضمن أبو قتادة عن الميت قال النبى صلى الله عليه وسلم « هما عليك حق الغريم وبرىء الميت ؟ وقال : نعم فصلى عليه » رواه الدارقطنى بنحوه والبيهقى بلفظه وفى آخره عنده « الآن بردت عليه جلده » ثم قال : ثم نقل العلماء أن هذا كان أول الاسلام فلما فتح الله الفتوح قال « أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم » .

قلت : وفى حديث أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه ما يعضد حديث أبى قتادة ويشهد له : « كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى جنازة فلما وضعت قال صلى الله عليه وسلم : هل على صاحبكم من دين ؟ قالوا : نعم درهمان . قال : صلوا على صاحبكم فقال على : يا رسول الله هما علىّ وأنا لهما ضامن ، فقام فصلى عليه ثم أقبل على علىّ وقال : جزاك الله عن الاسلام خيراً ، وفك رهانك كما فككت رهان أخيك » رواه الدارقطنى والبيهقى من طرق بأسانيد ضعيفة ، وفى آخره « ما من مسلم فك رهان أخيه الا فك الله

رهانه يوم القيامة » وفى جميعها « أن الدين كان دينارين » وفيه زيادة فقال بعضهم : « هذا لعلى خاصة أم للمسلمين عامة ؟ فقال : للمسلمين عامة » .

أما الأحكام فانه اذا ضمن عن غيره دينا تعلق الدين بذمة الضامن ولا يبرأ المضمون عنه بالضمان ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأهل العلم . وقال ابن أبى ليلى وابن شبرمة وداود ، وأبو ثور : تبرأ ذمة المضمون عنه بالضمان ويتحول الحق الى ذمة الضامن ، واحتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم لأبى قتادة رضى الله عنه : « حق الغريم عليك والميت منه برىء ؟ قال نعم » ، ولقوله صلى الله عليه وسلم لعلى رضى الله عنه : « فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك » ودليلنا ما روى جابر رضى الله عنه الحديث الذى سقناه وفيه « الآن بردت عليه جلده » فلو كان قد تحول الدين عن المضمون عنه بالضمان لكان قد برد جلده بالضمان ، ولأن الضمان وثيقة بدين ، فلم يتحول الى الوثيقة ويسقط عن الذمة كالرهن والشهادة .

وأما قوله صلى الله عليه وسلم لأبى قتادة رضى الله عنه « والميت منه برىء ؟ » يريد به من الرجوع فى تركته . وأما قوله صلى الله عليه وسلم لعلى رضى الله عنه « فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك » أراد به لامتناعه صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه لأجل ما عليه من الدين فلماضمنهما عنه فك رهانه لصلاة النبى صلى الله عليه وسلم لأن صلاته رحمة .

اذا ثبت هذا فيجوز للمضمون له مطالبة من شاء من الضامن والمضمون عنه وبه قال أبو حنيفة ، وقال مالك : لا يطالب الضامن الا اذا تعذرت مطالبة المضمون عنه . دليلنا أن الحق متعلق بذمة كل واحد منهما ، فكان له مطالبة كل واحد منهما كالضامنين .

فرع قال العمرانى فى البيان : فان ضمن عن الضامن ضامن أجنبى صح الضمان لأنه دين لازم عليه كالضمان الأول ، وان ضمن عن الضامن المضمون عنه لم يصح ضمانه ، لأن الضمان يستفاد به حق المطالبة ، ولا فائدة فى هذا الضمان لأن الحق ثابت فى ذمته قبل الضمان ، ولأن الضامن فرع المضمون عنه فلا يجوز أن ينقلب الأصل فرعا والفرع أصلا . اهـ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وان ضمن عن رجل ديناً بغير اذنه لم يجز له مطالبة المضمون عنه بتخليصه ؛ لأنه لم يدخل فيه باذنه فلم يلزمه تخليصه ، وان ضمن باذنه نظرت ، فان طالبه صاحب الحق جاز له مطالبته بتخليصه ، لأنه اذا جاز أن يغرمه اذا غـــرم جاز أن يطالبـــه بما طولب ، وان لم يطالب ففيـــه وجهـــان : (احدهما) : له أن يطالبه ، لأنه شغل ذمته بالدين باذنه فجاز له المطالبة بتفريغ ذمته ، كما لو اعاره عينا ليرهنها فرهنها (والثانى) : ليس له ، وهو الصحيح ، لأنه لما لم يغرمه قبل أن يغرم لم يطالبه قبل أن يطالب ، ويخالف اذا أعاره عينا ليرهنها فرهنها لأن عليه ضرراً فى حبس العين والمنع من التصرف فيها ولا ضرر عليه فى دين فى ذمته لا يطالب به ، فان دفع المضمون عنه مالا الى الضامن وقال : خذ هذا بدلا عما يجب لك بالقضاء ، ففيه وجهان :

(أحدهما) يملكه ، لأن الرجوع يتعلق بسببين : الضمان والغرم ، وقد وجد أحدهما فجاز تقديمه على الآخر ، كاخراج الزكاة قبل الحول ، واخراج الكفارة قبل الحنث ، فان قضى عنه الدين استقر ملكه على ما قبض ، وان أبرىء من الدين قبل القضاء وجب رد ما أخذ . كما يجب رد ما عجل مـــن الزكاة اذا هلك النصاب قبل الحول .

(والثانى) لا يملك لأنه اخذه بدلا عما يجب فى الثانى فلا يملكه ، كمـــا لو دفع اليه شيئاً عن بيع لم يعقده فعلى هذا يجب رده ، فان هلك ضـــمنه لأنه قبضه على وجه البدل فضمنه كالمقبوض بسوم البيع) .

الشرح الأحكام : اذا ضمن الرجل ديناً عن رجل آخر بغير اذنه لم يكن للضامن مطالبة المضمون عنه بتخليص ذمته لأنه لم يدخل فيه باذنه فلزمه تخليصه ، وان ضمن عنه باذنه ، فان طالب المضمون له الضامن بالحق كان للضامن أن يطالب المضمون عنه بتخليصه لأنه دخل فى الضمان باذنه وان لم يطالب المضمون له الضامن فهل للضامن أن يطالب عنه ؟ قال الشيخ أبـــو حامد : نظرت فان قال : أعطنى المال الذى ضمنته عنك ليكون عندى حتى اذا طالبنى المضمون له أعطيته ذلك ، لم يكن له ذلك ، لأنه لم يغرم .

وان قال : خلصنى من حق المضمون له وفك ذمتى من حقه ، كما أوقعتنى فيه فهل له ذلك ؟ فيه وجهان (أحدهما) له ذلك لأنه لزمه هذا الحق من جهته وبأمره فكان له مطالبته بتخليصه كما لو استعار كتاباً ليرهنه فرهنه فللمعير أن يطالب المستعير بقضاء الدين وفك الرهن عن الكتاب . (والثانى) ليس له

ذلك ، لأنه اذا لم يطالبه المضمون له ، فلا ضرر عليه فى كون الحق فى ذمته ، فلم يكن له مطالبته بذلك ، ويفارق الكتاب المرهون لأن على صاحب الكتاب بقع الضرر فى كون الكتاب مرهونا •

قال المسعودى : وأصل هذين الوجهين ما قال ابن سريج : هل ينعقد بين الضامن والمضمون عنه حكم بنفس الضمان ؟ على قولين • ولهذا خمس فوائد : (احداهن) هذه المسألة المتقدمة •

(الثانية) اذا دفع المضمون عنه الى الضامن مال الضمان عوضاً عما سيغرم فهل يملكه الضامن ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يملكه لأن الرجوع يتعلق بسببين بالضمان والغرم ، وقد وجد أحدهما فجاز تقديمه على الآخر ، كاخراج الزكاة بعد النصاب وقبل الحول ؛ فعلى هذا اذا قضى الحق استقر ملكه على ما قبض ، وان أبرأه من الدين قبل القضاء وجب رد ما أخذ •

(الثانى) لا يملك ما قبض لأنه أخذه بدلا عما يجب فى الثانى فلا يملكه، كما لو دفع اليه شيئاً عن بيع لم يعقد ، فعلى هذا يجب رده ، وان تلف ضمنه لأنه قبضه على وجه البدل فضمنه كالمقبوض بسوم البيع •

(الفائدة الثالثة) لو أبرأ الضامن المضمون عنه عما سيغرم ، هل يصح ؟ على الوجهين •

(الفائدة الرابعة) لو ضمن الضامن ضامن عن المضمون عنه ؛ هل يصح ؟ فيه وجهان وعلى قياس هذا اذا رهن المضمون عنه الضامن بما ضمن عنه • هل يصح ؟ على الوجهين •

(الفائدة الخامسة) لو ضمن فى الابتداء بشرط أن يعطيه المضمون عنه ضامناً معينا بما ضمن هل يصح ؟ على الوجهين •

وعلى قياس هذا اذا ضمن عنه باذنه بشرط أن يرهنه رهناً معلوما هل يصح ؟ على الوجهين ، والله تعالى الموفق للصواب •

فرع فى مذاهب العلماء قال الأمام أبو جعفر الطحاوى فى

مختصره : ولا تجوز الكفالة ولا الضمان ولا الحمالة ولا تجب فى قول أبى حنيفة الا بعد قبول المكفول له والمضمون له والمتحمل بها له كان ذلك من الضامن أو من الحميل أو من الكفيل مخاطباً له بذلك الا فى خصلة واحدة فان أبا حنيفة كان يجيز الضمان فيها بغير قبول ممن ضمن له وهى أن يحضر رجلا الوفاة فيقول لورثته ان علىّ ديوناً فاضمنوها عنى فيضمنونها بغير محضر من أهلها ثم يموت الذى هى عليه لهم فيكون الضمان عنده بذلك جائزاً استحساناً وأما أبو يوسف ومحمد رضى الله عنهما فكانا يجيزان الضمان والكفالة والحمالة بغير قبول من المكفول له ومن المضمون له ومن المتحمل له فى جميع ما ذكرنا قال الطحاوى : وبه نأخذ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان قبض المضمون له الحق من المضمون عنه ، برىء الضامن لأنه وثيقة بحق فانحلت بقبض الحق كالرهن ، وان قبضه من الضامن برىء المضمون عنه ، لأنه استوفى الحق من الوثيقة فبرىء من عليه الدين ، كما لو قضى الدين من ثمن الرهن . وان أبرىء المضمون عنه برىء الضامن ، لأن الضامن وثيقة بالدين ، فاذا أبرىء من عليه الدين انحلت الوثيقة ، كما ينحل الرهن اذا أبرىء الراهن من الدين ، وان أبرىء الضامن لم يبرأ المضمون عنه لأن ابراءه اسقاط وثيقة من غير قبض ؛ فلم يبرأ به من عليه الدين كفسخ الرهن) .

الشرح الأحكام : اذا قبض المضمون له حقه من المضمون عنه برىء الضامن ، لأن الضمان وثيقة بالحق فانحلت باستيفاء الحق ، كما لو استوفى المرتهن الحق من غير الرهن فان قبض الحق من الضامن برىء المضمون عنه لأنه قبض الحق من الوثيقة فبرىء من عليه الحق كالمرتهن اذا استوفى حقه من ثمن الرهن ، وان أبرأ المضمون له المضمون عنه ، برىء المضمون عنه وبرىء الضامن ، لأن المضمون عنه أصل والضامن فرع ، فاذا برىء الأصل برىء الفرع .

وان أبرأ الضامن برىء الضامن ولم يبرأ المضمون عنه كالمرتهن اذا أسقط حقه من الرهن فان الراهن لا يبرأ . قال المسعودى : وان قال المضمون له

للضامن : وهبت الحق منك • أو تصدقت به عليك كان ابراء منه للضـــامن • وقال أبو حنيفة : يكون كما لو استوفى منه الحق •

دليلنا أن الاستيفاء منه هو أن يغرم الضامن ولم يغرم شيئا هنا •

فـــرع وان ضمن عن الضامن ثم ضمن عن الثانى ثالث ثم رابع عن الثالث صح ذلك ، فاذا قبض المضمون له الحق حقـه من أحدهم برىء الجميع ، لأنه قد استوفى حقه • وان أبرأ المضمون له المضـمون أولا برئوا جميعاً ، وان أبرأ أحد الضمناء برىء وبرىء فرعه وفرع فرعه ، ولا يبـرأ أصله ، لما ذكرناه فى المسألة قبلها ، ولأنه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها فلم تبرأ ذمة الأصل كالرهن اذا انفسخ من غير استيفائه ، وأى الضامنين قضى الحق برىء الباقون من المضمون له لأنه حق واحد • وبهـذا كله قال أصحاب أحمد والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـل) وان قضى الضامن الدين نظرت ، فان ضمن باذن المضـمون عنه وقضى باذنه رجع عليه ، لأنه أذن له فى الضمان والقضاء ، وان ضمن بغير اذنه وقضى بغير اذنه لم يرجع لأنه تبرع بالقضاء فلم يرجع ، وان ضمن بغير اذنه وقضى باذنه ففيه وجهان ، من أصحابنا من قال : يرجع لأنه قضى باذنه (والثانى) لا يرجع وهو المذهب ، لأنه لزمه بغير اذنه فلم يؤثر اذنه فى قضائه ، وان ضمن باذنه وقضى بغير اذنه فالمنصوص أنه يرجع عليه ، وهو قول أبى على بن أبى هريرة ، لأنه اشتغلت ذمته بالدين باذنه فاذا استوفى منه رجع ، كما لو أعاره مالا فرهنه فى دينه وبيع فى الدين •

وقال أبو اسحاق : ان امكنه أن يستأذنه لم يرجع لأنه قضاه باختياره • وان لم يمكنه رجع لأنه قضاه بغير اختياره ، وان أحاله الضامن على رجل له عليه دين برئت ذمة المضمون عنه ، لأن الحوالة بيع فصار كما لو أعطاه عـن الدين عوضاً ، وان أحاله على من لا دين له عليه وقبل المحـال عليـه وقلنا : يصح برىء الضامن ، لأن بالحوالة تحول ما ضمن ، ولا يرجع على المضـمون عنه لأنه لم يغرم ، فان قبضه منه ثم وهبه له ، فهل يرجع على الضـامن ؟ فيه وجهان بناء على القولين فى المرأة اذا وهبت الصداق من الزوج ثم طلقها قبل الدخول •

(فصل) وان دفع الضامن الى المضمون له ثوباً عن الدين فى موضـع

يثبت له الرجوع رجع باقل الأمرين من قيمة الثوب او قدر الدين ، فان كان قيمة الثوب عشرة والدين عشرين لم يرجع بما زاد على العشرة ، لانه لم يغرم ، وان كان قيمة الثوب عشرين والدين عشرة لم يرجع بما زاد على العشرة لانه تبرع بما زاد فلا يرجع به ، وان كان الدين الذى ضمنه مؤجلا فعجل قضاءه لم يرجع به قبل المحل لانه تبرع بالتعجيل) .

الشرح الاحكام : اذا قضى الضامن الحق فهل يرجع على المضمون عنه . فيه أربع مسائل :

(الأولى) ان قال : اضمن عنى هذا الدين أو أنفذ عنى رجع عليه ، وان قال : اضمن هذا الدين أو أنفذ هذا الدين ولم يقل : عنى لم يرجع عليه ، الا أن يكون بينهما خلطة . مثل أن كان يودع أحدهما الآخر أو يستقرض أحدهما من الآخر ، أو يكون ذا قرابة أو مصاهرة فالاستحسان أن يرجع عليه .

لأنه ضمن عنه بأمره ، وقضى عنه بأمره ، فرجع عليه ، كما لو قال : اضمن عنى أو كان بينهما قرابة .

(الثانية) أن يضمن عنه بغير أمره ويقضى عنه بغير اذنه فانه لا يرجع عليه وبه قال أبو حنيفة . وقال مالك وأحمد رضى الله عنهما : له أن يرجع .

دليلنا أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يكن يصلى على من عليه دين ، وقد ضمن على وأبو قتادة عن الميتين بحضرة النبى صلى الله عليه وسلم بغير اذنهما فصلى عليهما النبى صلى الله عليه وسلم ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال لأبى قتادة « الآن بردت عليه جلده » فلو كان اذا قضى عنه يستحق عليه الرجوع لم يبرد عليه جلده ، ولأنه ضمن عنه بغير اذنه وقضى عنه بغير اذنه فلم يرجع ، كما لو علف دوابه أو أطعم خادمه .

(الثالثة) اذا ضمن بغير اذنه ثم قضى باذنه فهل يرجع عليه ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يرجع عليه وهو المذهب ، لأنه لزمه بغير اذنه وأمره بالقضاء انصرف الى ما وجب عليه بالضمان (والثانى) يرجع عليه لأنه أدى عنه بأمره فرجع عليه كما لو ضمن عنه باذنه ، وأصل هذين الوجهين من قال لغيره : اقض

عنى دينى ، فقضى عنه فهل له أن يرجع عليه ؟ فيه وجهان • قال المسعودى والصيمرى : الا أن الأصح ههنا أن يرجع ، والأصح فى الأولى أن لا يرجع ، والفرق بينهما أن فى الضمان وجب فى ذمته بغير اذنه ، وفى القضاء لم يتعلق الحق بذمته ، بل حصل القضاء باذنه • وان قال : اقض الدين ولم يقل : عنى فان قلنا : لا يرجع عليه فها هنا أولى أن لا يرجع ، وان قلنا هناك : يرجع فها هنا فيه وجهان حكاهما الصيمرى الصحيح لا يرجع •

وان قال : اقض عنى دينى لترجع علىّ فقضى عنه رجع عليه وجهاً واحداً لقوله صلى الله عليه وسلم « المؤمنون عند شروطهم » وان قال اقض عن فلان دينه فقضى عنه ، قال المسعودى : لم يرجع عليه وجهاً واحداً لأنه لا غرض عليه فى ذلك •

(الرابعة) اذا ضمن عنه بأمره وقضى بغير أمره ، فهل له أن يرجع عليه ؟ فيه ثلاثة أوجه ــ حكاها الشيخ أبو حامد : (أحدها) يرجع عليه وهو المذهب ، لأنه دين لازم باذنه ، فرجع عليه كما لو ضمن باذنه وقضى باذنه (والثانى) لا يرجع عليه لأنه أسقط الدين عنه بغير اذنه فلم يرجع عليه ، كما لو ضمن بغير اذنه وقضى بغير اذنه (والثالث) وهوقول أبى اسحاق ان كان الضامن مضطراً الى القضاء مثل أن طالبه المضمون له والمضمون عنه غائب أو حاضر معسر فقضى المضمون له رجع الضامن لأنه مضطر الى القضاء• وان كان غير مضطر الى القضاء ، مثل أن كان المضمون عنه حاضراً موسراً يمكنه أن يطالبه بتخليصه من الضمان ، فقضى لم يرجع لأنه متطوع بالأداء ، وكل موضع ثبت للضامن الرجوع على المضمون عنه ، فأحال الضامن المضمون له بالحق على من له عليه دين فانه يرجع على المضمون عنه فى الحال، لأن الحوالة كالقبض •

وان أحاله على من لا حق له عليه وقبل المحال عليه ــ وقلنا : يصح برىء الضامن والمضمون عنه ولا يرجع الضامن على المضمون عنه بشىء فى الحال لأنه لم يغرم شيئاً ، فان قبض المحتال من المحال عليه ورجع المحال عليه على الضامن رجع الضامن على المضمون عنه ، وان أبرأ المحتال المحال

عليه من مال الحوالة لم يرجع المحال عليه على المحيل وهو الضامن بشيء ، ولم يرجع الضامن على المضمون عنه ، لأنه لم يغرم واحد منهما شيئاً • وان قبض المحتال الحق من المحال عليه ثم وهبه منه ؛ أو قبض المضمون له الحق من الضامن ثم وهبه منه فهل لهما الرجوع ؟ فيه وجهان ، بناء على القولين فى المرأة اذا وهبت صداقها من الزوج ثم طلقها قبل الدخول •

فـــرع اذا كان لرجل على رجلين ألف دينار على كل واحـــد منهما ضامن عن صاحبه ، فلمن له الدين أن يطالب بالألف من شاء منهما ؛ فان قبض من أحدهما ألفاً برئا جميعاً ، وكان للدافع أن يرجع على صـــاحبه بخمسمائة ان ضمن باذنه وقضى باذنه • وان قبض من أحدهما خمسمائة ، فان قال الدافع : خذها عن التى علىَّ لك أصلا لم يرجع الدافع على صاحبه بشيء ، وان قال : خذها عن التى ضمنت برئا منها وكان رجوعه على صاحبه على ما مضى •

وان دفعها اليه وأطلق ، فاختلف الدافع والقابض فقال الدافع دفعتهـــا وعينتها عن التى ضمنتها أو نويتها عنها ، وقال المضمون له : بل عينتها أو نويتها عن التى هى أصل عليك ، فالقول قول الدافع مع يمينه لأنه أعـــلم بقوله ونيته•وان اتفقا أنه لم يعينها عن أحدهما ولا نواها ؛ ثم اختلفا فى جهة صرفها ، ففيه وجهان •

(أحدهما) يصرف اليهما نصفين •

(والثانى) للدافع أن يصرفها الى أيهما شاء • وقد مضى دليل الوجهين فى الرهن • وان أبرأه المضمون له عن خمسمائة واختلفا فيما وقعت عليـــه البراءة ، ففى هذه المسائل القول قول المضمون له فيما أبرأ عنه اذا اختلفـــا فى تعيينه أو نيته وان أطلق ففيه وجهان (أحدهما) ينصرف اليهما (والثانى) يعينه المضمون له فيما شاء •

فـــرع اذا ضمن عن غيره ألف درهم • قال العمرانى فى البيان : وكانت هذه الألف مكسرة فدفع اليه ألفاً صحاحاً فى موضع يثبت له الرجوع على المضمون عنه فانه لا يرجع عليه بالصحاح لأنه تطوع بتسليمها وانما يرجع

بالمكسرة ، قال : وان ضمن عنه ألف درهم صحاحا فدفع ألفاً مكسرة لم يرجع الا بالمكسرة لأنه لم يغرم غيرها ، وان صالح الضامن عن الألف على ثوب ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو المشهور أنه يرجع على المضمون عنه بأقل الأمرين من قيمة الثوب أو الألف ، لأنه ان كانت قيمة الثوب أقل لم يرجع بما زاد عليه لأنه لم يغرم غير ذلك • وان كانت قيمة الثوب أكثر من الألف لم يرجع بمازاد على الألف لأنه متطوع بالزيادة عليه •

(والوجه الثانى) حكاه المسعودى والشيخ أبو نصر المروذى أنه يرجع بالألف وهو قول أبى حنيفة رحمه الله ، كما لو اشترى رجل شقصا بألف ثم أعطاه عن الألف ثوباً يساوى خمسمائة فان المشترى يرجع على الشفيع بألف•

وأما اذا صالح الضامن المضمون له عن الألف على خمسمائة ؛ وقلنا : يصح ، فان الضامن والمضمون عنه يسقط عنهما الألف كما لو أخذ بالألف ثوبا يساوى خمسمائة • قال المسعودى : ولا يرجع الضامن على المضمون عنه الا بخمسمائة وجهاً واحداً ، لأنه لم يغرم غيرها •

فـــرع اذا كان على مسلم لذمى ألف درهم فضمن عنه ذمى ، ثم ان الضامن صالح المضمون له عن الدين الذى ضمنه على المسلم على خمر أو خنزير • فهل يصح الصلح ؟ فيه وجهان •

(أحدهما) لا يصح ولا يبرأ واحد منهما عن حق المضمون له لأنه متصل بحق المسلم •

(والثـانى) يصـح لأن المعـاملة بين ذمتين ، فاذا قلنا بهـذا فبماذا يرجع الضامن على المسلم ؟ ان قلنا انه اذا صالحه على ثوب يرجع عليه بأقل الأمرين، لم يرجع ها هنا بشىء ، وان قلنا : يرجع بالألف رجع ها هنا فيهـا أيضاً •

فـــرع اذا ضمن غيره ديناً مؤجلا باذنه ثم ان الضامن عجـل الدين المضمون له قبل أجله لم يرجع على المضمون عنه قبل حلول الأجـل

لتطوعه بالتأجيل ، فاذا ضمن رجل صداق امرأة فأداه اليها الضامن فارتدت قبل الدخول سقط مهرها .

قال المسعودى : وترد المرأة ما قبضت من الصداق الى الزوج ثم ترده الى الضامن .

فـــرع اذا ضـــمن رجـل عـــن غيره ألف درهم باذنه ، ثم ادعى الضامن أنه دفعها الى المضمون له وأنكر المضمون له ذلك ولم يكن هنـــاك بينة فالقول قول المضمون له مع يمينه ، لأن الأصل عدم القبض ، فاذا حلف كان له أن يطالب أيهما شاء ، لأن حقه ثابت فى ذمتهما ، فان أخذ الألف من المضمون عنه برئت ذمته وذمة الضامن وهل للضامن أن يرجع بالألف الأولى على المضمون عنه ؟ لا يخلو اما أن يكون دفع بغير محضر المضـــمون أو بمحضره فان دفع بغير محضره فلا يخلو اما أن يشهد على الدفع أو لم يشهد على الدفع ، فان لم يشهد نظرت فى المضمون عنه ، فان صدق الضامن أنه دفع ، فهل له الرجوع عليه ؟ فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ .

(أحدهما) وهو قول أبى على بن أبى هريرة : انه يرجع عليه لأنه قد صدقه أنه أبرأ ذمته بدفع الألف فكان له الرجوع عليه . كما لو كان دفع بحضرته .

(والثانى) وهو قول أبى اسحاق أنه لا يرجع عليه بشىء وهو المشهور ، ولم يذكر الشيخ أبو حامد الاسفراييني غيره ، لأنه يقول : ان دفعت فلم تدفع دفعاً يبرئنى من حقه ، لانك لم تسقط عنى بذلك المطالبة ، فلم تستحق على بذلك رجوعا .

قال صاحب البيان : ويخالف اذا كان بحضرته ، فان المفرط هو للمضمون عنه ، وان كذبه المضمون عنه فهل عليه اليمين . ان قلنا : لو صدقه كان له الرجوع كان على المضمون عنه أن يحلف أنه ما يعلم أنه دفع . وان قلنا لو صدقه لا رجوع له عليه ، فلا يمين عليه .

وان اختار المضمون له أن يرجع على الضـــامن فيرجع عليـــه برئت ذمة

المضمون عنه والضامن ، وهل للضامن أن يرجع عن المضمون عنه اذا صدقه فى دفع الأولة • ان قلنا بقول أبى على بن أبى هريرة أن للضامن أن يرجع بالأولة على المضمون عنه اذا رجع المضمون له على المضمون عنه رجع الضامن ههنا بالألف الأولة على المضمون عنه ، ولا يرجع عليه بالثانية لأنه يعترف أن المضمون له ظلم بأخذها فلا يرجع بها على غير من ظلمه •

وان قلنا بالشهود وأنه لا يرجع عليه فى الأولة فهل يرجع ها هنا بشىء ؟ فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ : (أحدهما) لا يرجع عليه بشىء • أما الأولة فقد ذكرنا الدليل عليها • وأما الثانية فلا يرجع بها ، لأنه يعترف أن المضمون له ظلم بأخذها ، فلا يرجع بها على غير من ظلمه (والثانى) يرجع عليه ، ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره ، لأنه قد أبرأ المضمون عنه بدفعه عنه ظاهراً وباطناً فكان له الرجوع عليه كما لو دفع بالبينة ، فاذا قلنا بهذا فبأيتهما يرجع ؟ فيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) وهو قول أبى حامد الاسفراييني أنه يرجع عليه بالثانية ، لأن المطالبة عن المضمون عنه سقطت بها فى الظاهر •

(والثانى) يرجع بالأولة لأن براءة الذمة حصلت بها فى الباطن •

(والثالث) وهو قول ابن الصباغ : أنه يرجع بأقلهما لأنه ان كان قد ادعى أنه دفع فى المرة الأولة ثوباً قيمته دون الألف وفى الثانية دفع الألف ، فقد أقر بأن الثانية ظلمه بها المضمون له فلا يرجع بها على غير من ظلمه ، وان كان يدعى أنه دفع فى المرة الأولة ألف درهم ، وفى المرة الثانية ثوباً قيمته دون الألف لم يرجع الا بقيمة الثوب ، لأنه لم يستحق الرجوع بالأولة فلم يستحق الا قيمة الثوب • فان كان الضامن حين دفع الألف الأولة بغير محضر المضمون عنه قد أشهد على الدفع ، فان كانت البينة قائمة حكم على المضمون له ولم يقبل يمينه ويكون للضامن أن يرجع على المضمون عنه •

وان كانت البينة غيرقائمة وصدقه المضمون له أنه قد دفع وأشهد نظرت، فان كان قد أشهد شاهدين عدلين الا أنهما غابا أو ماتا أو فسقا فان المضمون

له اذا حلف كان له أن يرجع على أيهما شاء ، فان رجع على المضمون عنه كان للضامن أن يرجع أيضاً على المضمون عنه بالألف التى قد دفعها عنه ، لأنه قد اعترف أنه دفع عنه دفعاً يبرئه ولا صنع له فى تعذر الشهادة • وان رجع المضمون له على الضامن لم يرجع بالثانية لأنه ظلمه بها ، وانما يرجع بالأولة لما ذكرناه • وان أشهد شاهدين كافرين أو فاسقين ظاهرى الفسق فهو كما لو لم يشهد ، هل له أن يرجع على المضمون عنه ؟ على الوجهين ، اذا صدقه على الدفع ولم يشهد على ما مضى فى الأولة من التفريع •

وان أشهد شاهدين ظاهرهما العدالة ثم بان أنهما كانا فاسقين ففيه وجهان :

(أحدهما) يرجع الضامن على المضمون عنه ، لأنه لم يفرط فى الاشهاد ، وليس عليه المعرفة فى الباطن ، فعلى هذا حكمه حكم ما لو أشهد عدلين ثم ماتا •

(والثانى) حكمه حكم ما لو لم يشهد لأنه أشهد من لا يثبت الحقوق بشهادته وان أشهد شاهداً واحداً عدلا حراً ، فان كان موجوداً حلف معه ، وكان كما لو أشهد عدلين وحكم بشهادتهما • وان كان ميتاً أو غائباً أو طرأ الفسق عليه ، ففيه وجهان : (أحدهما) حكمه حكم ما لو أشهد عدلين ثم فسقا لأنه دفع بحجته ، وانما عدمت كالشاهدين •

(والثانى) حكمه حكم ما لو لم يشهد ، لأنه فرط حيث اقتصر على بينة مختلف فى قبولها ، فهو كما لو لم يشهد •

وأما اذا دفع الضامن الألف الأولة بمحضر من المضمون عنه ، فان أشهد على الدفع فان كانت البينة قائمة أقامها وحكم بها ، وان كانت غير قائمة فعلى ما مضى وان لم يشهد فحلف المضمون له رجع على من يشاء منهما • وهل للضامن أن يرجع على المضمون عنه ؟ فيه وجهان • من أصحابنا من قال : حكمه حكم ما لو لم يشهد ، فكان الدفع بعين المضمون عنه على ما مضى ، لأنه فرط فى ترك الاشهاد فصار الدفع بعين المضمون عنه • لأنه فرط فى ترك الاشهاد فصار كما لو دفع فى عين المضمون عنه •

(والثانى) وهو المنصوص أنه يرجع عليه ، لأن المفرط فى ترك الاشهاد هو المضمون عنه •

وان ادعى الضامن أنه دفع الحق الى المضمون له فأنكر ذلك المضمون له، والمضمون عنه • ولم تكن هناك بينة فالقول قول المضمون له مع يمينه ، فان لم يحلف ردت اليمين على الضامن ، فان حلف بنينا على القولين فى يمين المدعى مع نكول المدعى عليه • فان قلنا : انه كالبينة برىء الضامن والمضمون عنه من دين المضمون له • وكان للضامن أن يرجع على المضمون عنه •

وان قلنا : ان يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كاقرار المدعى عليه ، فهو كما لو صدق المضمون له الضامن على الدفع ، وأنكر المضمون عنه الدفع ، فانه لا مطالبة للمضمون له على أحدهما ، لأنه قد استقر باستيفاء الحق •

وهل للضامن أن يرجع بشىء على المضمون عنه ؟ فيه وجهان لأبى العباس ابن سريج (أحدهما) القول قول المضمون عنه مع يمينه ، ولا يرجع الضامن عليه بشىء ، لأن الضامن يدعى القضاء ليرجع ، فلن يقبل ، لأن الأصل عدمه ، والمضمون له يشهد على فعل نفسه فلم يقبل • (والثانى) يرجع الضامن على المضمون عنه ، لأن قبض المضمون له يثبت مرة بالبينة ومرة بالاقرار ، ولو ثبت القبض بالبينة لرجع عليه • وكذلك اذا ثبت بالاقرار ، والله تبارك وتعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويصح ضمان الدرك على المنصوص ، وخرج أبو العباس قولا آخر أنه لا يصح لأنه ضمان ما يستحق من المبيع • وذلك مجهول ، والصحيح أنه يصح قولا واحداً ، لأن الحاجة داعية اليه لأنه يسلم الثمن ولا يأمن أن يستحق عليه المبيع ، ولا يمكنه أن يأخذ على الثمن رهناً ، لأن البائع لا يعطيه مع المبيع رهناً ولا يمكنه ان يستوثق بالشهادة ، لأنه قد يفلس البائع فلا تنفعه الشهادة ، فلم يبق ما يستوثق به غير الضمان ، ولا يمكن أن يجعل القدر الذى يستحق معلوما فعفى عن الجهالة فيه ، كما عفى عن الجهل بأساس الحيطان • ويخالف ضمان المجهول لأنه يمكنه أن يعلم قدر الدين ثم يضمنه ، وفى وقت ضمانه وجهان :

(احدهما) لا يصح حتى يقبض البائع الثمن لأنه قبل أن يقبض ما وجب له شيء ؛ وضمان ما لم يجب لا يصح .

(والثانى) يصح قبل قبض الثمن ، لأن الحاجة داعية الى هذا الضمان فى عقد البيع فجاز قبل قبض الثمن . وان اشترى جارية وضمن دركها فخرج بعضها مستحقاً ـ فان قلنا ان البيع يصح فى الباقى ـ رجع بثمن ما استحق ، وان قلنا يبطل البيع فى الجميع رجع على الضامن بثمن ما استحق ، وهل يرجع عليه بثمن الباقى ؟ فيه وجهان :

(احدهما) يرجع عليه ، لأنه بطل البيع فيه لأجل الاستحقاق ، فضمن كالمستحق .

(والثانى) لا يرجع لأنه لم يضمن الا ما يستحق فلم يضمن ما سواه ، وان ضمن الدرك فوجد بالمبيع عيباً فرده فهل يرجع على الضامن بالثمن ؟ فيه وجهان :

(احدهما) لا يرجع ، وهو قول المزنى وابى العباس ، لانه زال ملكه عنه بأمر حادث فلم يرجع عليه بالثمن ، كما لو كان شقصا فاخذه الشفيع .

(والثانى) يرجع لأنه رجع اليه الثمن بمعنى قارن العقد ، فثبت له الرجوع على الضامن ، كما لو خرج مستحقاً ، وان وجد به العيب وقد حدث عنده عيب فهل يرجع بأرش العيب ؟ على ما ذكرناه من الوجهين) .

الشرح قوله « الدرك » التبعة بفتح الراء وسكونها ، قال فى الصحاح : يقال ما لحقك من درك فعلى خلاصه .

أما الأحكام فانه يصح ضمان العقد على المنصوص فى الأم ، وهو أن يشترى رجل عيناً بثمن فى ذمته فيضمن رجل عن البائع الثمن ان خرج المبيع مستحقا ، وخرج أبو العباس بن سريج قولا آخر أنه لا يصح . وبه قال ابن القاص ، لأنه ضمان ما لم يجب ، ولأنه ضمان مجهول لأنه لا يعلم هل يستحق المبيع أو بعضه . والصحيح أنه يصح ، لأن البائع لا يعطيه مع المبيع رهنا ، والشهادة لا تفيد لأن البائع قد يفلس فلا تفيد الشهادة ، فلم يبق ما يستوثق المشترى به غير الضمان . وأما قول ابن القاص : انه ضمان ما لم يجب وضمان مجهول فغير صحيح ، لأنه ان لم يكن المبيع مستحقا فلا ضمان أصلا ، وان كان مستحقا فقد ضمن الحق بعد وجوبه ، وانما صح الضمان هاهنا مع جهالة ما يستحقه المشترى لأن الحاجة تدعو الى ذلك .

وقال أبو يوسف : اذا ضمن له العهد كان ضامنا لنكبات الابتيـاع • قال الماوردي في الحاوي : وهذا ليس بصحيح لأن العرف قد صار في العهد عبارة عن الدرك وضمان الثمن فانصرف الاطلاق اليـه ، فاذا قلنا : يصـح ضمان العهد صح بعد قبض الثمن وجهاً واحداً ، لأنه ضـمان الحـق بعد وجوبه ، وهل يصح ضمانه قبـل أن يقبض البـائع الثمن ؟ فيه وجهـان : (أحدهما) يصح لأن الحاجة تدعو الى هذا الضمان قبل قبض الثمن كمـا تدعو اليه بعد قبضه (والثاني) ولم يذكر ابن الصباغ غيره أنه يصح لأنه ضمان الحق قبل وجوبه فلم يصح •

قال ابن الصباغ : وألفاظه أن يقول : ضمنت عهدته أو ثمنه أو دركه او يقول للمشتري : ضمنت خلاصك منه أو يقول : متى خرج البيع مستحقـاً فقد ضمنت لك الثمن ، فان قال : ضـمنت لك خلاص المبيع لم يصـح لأن التقدير على ذلك متى خرج مستحقاً • قال ابن سريج : لا يضمن درك المبيع الا أحمق •

اذا ثبت هذا فانه اذا ضمن له عهدة دار اشتراها أو خلاصها فاستحقت رجع بالثمن على الضامن ان شاء الخلاص الحال يسلم اليه ، فتأول أصحابنا ذلك تأويلين (أحدهما) أنه أراد خلاصك به (والثاني) أنه أراد وخلاصها ، وقـد جاءت (أو) بمعنى الواو قال تعـالى (وأرسـلناه الى مائة ألف أو يزيدون) [1] وقال تعالى : (ولا تطع منهم آثماً أو كفوراً) [2] •

وأما (ما) فتكتب في الوثائق : ضمن فلان البائع لفلان بن فلان المشتري قيمة ما أحدث في المبيع من غراس أو بناء أو غير ذلك اذا خـرج مستحقا • قال أصحابنا : فان هذا ضمان باطل بلا خلاف على المذهب ، لأنه ضمان ما لم يجب وضمان مجهول ، فان قيد ذلك وقال : من درهم الى درهم لم يصـح لأنه ضمان ما لم يجب وضمان مجهول ، فان قيد ذلك وقال : من درهم الى ألف لم يصح لأنه ضمان ما لم يجب •

---

(١) الآية ١٤٧ من سورة الصافات •

(٢) الآية ٢٤ من سورة الانسان •

وقال أبو حنيفة رحمه الله : يصح ضمان هذا • وقال الامام أبو جعفر الطحاوى من أصحابه فى المختصر : ومن ضمن لرجل عهدة فى دار ابتاعها فان أبا حنيفة قال : ضمانه باطل ، وقال : ضمان العهدة عندى انما هو ضمان الصحيفة • وقال أبو يوسف ومحمد : الضمان فى ذلك جائز وهو ضمان الدرك فى الدار المبيعة ، فان استحقت كان لمبتاعها آن يرجع بثمنها على بائعها، وبقيمة بناء ان كان أحدثه فيها قائمة على بائعه ، فاذا قضى له بذلك عليه كان له أن يطالب به كل واحد من بائعه ومن الضامن له العهدة على بائعه وبه نأخذ •

قال محمد نجيب المطيعى بن الشيخ ابراهيم بن عبد الرحمن بن أحمد ابن بخيت غفر الله له ولآبائه : وضمان العهدة فى كلام الطحاوى هو ضمان الصحيفة يعنى ضمان الصك وهو غير مضمون على البائع حتى يصح الضمان به • فان ضمن خلاص المبيع أو ضمن قيمة ما يحدث فى المبيع من بناء أو غراس ــ فان كان فى غير عقد البيع نظرت فان أفرد ذلك عن ضمان العهدة لم يبطل البيع ولا ضمان العهدة ، بل يبطل ضمان خلاص المبيع وضمان ما يحدث فيه من بناء أو غراس • وان قرنه مع ضمان العهدة بطل خلاص المبيع وما يحدث فيه ، وهل يبطل ضمان العهدة ؟ فيه قولان بناء على القولين فى تفريق الصفقة •

وان شرط ذلك فى البيع بأن قال : بعنى هذه الأرض بمائة دينار بشرط أن يضمن لى فلان خلاصها وقيمة ما أحدثته فيها من بناء أو غراس اذا استحقت فقال : بعتك • أو كان هذا الشرط فى زمان الخيار فسد البيع لأنه بيع بشرط فاسد • قال الشيخ أبو حامد : ويجىء فيه قول آخر أنه لا يبطل البيع اذا شرط ضمان قيمة ما يحدث فى الأرض كما قلنا فيمن شرط رهناً فاسداً فى البيع ، والأول أصح •

فــرع اذا ضمن رجل لرجل العهدة واستحق جميع المبيع على المضمون له وقد دفع الثمن الى البائع فالمشترى بالخيار ان شاء طالب البائع بالثمن ، وان شاء طالب به الضامن ، وان خرج بعضه مستحقاً بطل البيع فيما خرج منه مستحقاً وكان للمشترى آن يطالب الضامن بثمن القدر الذى

خرج منه مستحقاً ، وهل يبطل البيع فى الباقى ؟ فيه قولان ، فاذا قلنا : يبطل البيع أو قلنا : لا يبطل الا أن المشترى اختار فسخ البيع فيه فهل للمشترى أن يرجع بثمن ذلك القدر على الضامن ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يرجع عليه ، لأنه ثبت له بسبب الاستحقاق .

(والثانى) لا يرجع عليه لأنه لم يضمن الا ثمن ما استحق ، وانما بطل البيع فيه لأنه لا يفرق الصفقة ، ويفسخه المشترى .

وان وجد المشترى بالمبيع عيباً فرده فهل له أن يطالب الضامن بالثمن ؟ قال أصحابنا : ان قال الضامن : ضمنت لك درك ما يلحقك فى المبيع ، أو ضمنت لك درك المبيع لكل عيب تجد فيه ، فله أن يرجع بالثمن على الضامن وجهاً واحداً ، وكذلك ان حدث عند المشترى عيب وقد وجد به عيباً فله أن يرجع بالأرش على الضامن ، لأن ضمانه يقتضى ذلك .

وان ضمن درك المبيع أو عهدته لا غير ، فهل له أن يرجع بالثمن على الضامن اذا وجد به عيباً ؟ أو بالأرش ان حدث عنده عيب آخر ؟ فيه وجهان (أحدهما) يرجع عليه بالثمن ، لأن الثمن رجع اليه بمعنى قارن عقد البيع بتفريط من البائع فرجع به على الضامن كما لو استحق المبيع .

(والثانى) لا يرجع به عليه بل يرجع به على البائع وهو قول المزنى وأبى العباس بن سريج ، لأنه زال ملكه عن المبيع بغير الاستحقاق فلم يرجع بالثمن على الضامن ، كما لو كان المبيع شقصاً فأخذه الشفيع .

فرع فان ضمن العهدة فبان أن البيع كان باطلا بغير الاستحقاق فهل للمشترى أن يرجع بالثمن على الضامن ؟ فيه وجهان حكاهما فى الابانة .

(أحدهما) يرجع به عليه ، لأنه رجع اليه الثمن لمعنى قارن عقد البيع ، فصار كما لو استحق . (والثانى) لا يرجع عليه به لأنه يمكنه أن يمسك العين المبيعة الا أن يسترجع ما دفع من الثمن ، فلم يرجع به على الضامن ، بخلاف ما لو استحق المبيع فى يد البائع قبل القبض أو فسخ المبيع ، أو كان شقصاً فأخذه الشفيع بالشفعة ، فان المشترى لا يرجع بالثمن على الضامن ،

لأن الثمن رجع اليه بمعنى حادث بعد العقد ولم يضمن الضامن الا الثمن عند استحقاق المبيع وسيأتى لهذه الفروع مزيد فى فرع فى مسائل تتعلق بضمان الدرك من الروضة فاشدد به يديك والله الموفق •

فـــرع قال المسعودى : لو اشترى رجل شيئاً بثمن وسلمه وضمن رجل للبائع نقصان الوزن أو رداءة الثمن ، فخرج الثمن ناقصاً أو رديئاً أو معيباً فله أن يطالب الضامن بما نقص من الثمن ، وله أن يرد الردىء والمعيب على المشترى ويطالب الضامن بالثمن ، ا هـ •

فـــرع فى مذهب أبى حنيفة فيما تقدم • قال الامام على بن محمد الاسبيجانى فى شرح مختصر الطحاوى : ولو أن المشترى بنى فى الدار ثم استحقها رجل بالبينة ونقض عليه بناءه فللمشترى أن يرجع على البائع بالثمن وبقيمة بنائه مبنياً اذا سلم النقض الى البائع ، وان حبس النقض ولم يسلمه الى البائع لا يرجع عليه الا بالثمن خاصة • وروى عن أبى يوسف أنه قال : يرجع عليه بالثمن وبقيمة بنائه مبنياً •قال الطحاوى : أن يأخذ بهما جميعاً أيهما شاء ان شاء أخذهما من البائع وان شاء أخذهما من الكفيل بالدرك ويرجع الكفيل على البائع ان كانت كفالته بأمره ، وجعل الطحاوى هذا غير سديد • وذكر محمد فى ظاهر الرواية أن قيمة البناء على البائع خاصة ولم يؤاخذ بها الكفيل الخ ا هـ • وقال فى موضع آخر بعد هذا : وبيان ذلك أن من ضمن لرجل عن رجل بما ذاب له عليه أو ما قضى له عليه أو ضمن ثمن ما بايعه أو ما أقرضه أو ضمن له ما استهلك من ماله فان هذه الكفالة صحيحة ، وان لم يكن الضمان ما ينافى الحال ، لأنه أضيف الى سبب مضمون به والمضمون له وعنه معلوم مقدور على الايفاء ، فان قال الكفيل : ما بايعت فلاناً قيمته على ، أو قال : كلما بايعت فلاناً أو قال : الذى بايعت فانه يقع ذلك فى جميع ما بايعه ولو لم تكن الكفالة بهذه الألفاظ الثلاثة ولكنه قال : ان بايعته قيمته علىّ أو قال : اذا بايعته أو قال: متى بايعته فانما يؤاخذ الكفيل بثمن أول المبايعة ولا يؤاخذ بثمن ما بايعه بعدها • ولو قال له : ما ذاب لك على أخذ من الناس فهو علىّ فانه لا يصح لجهالة المضمون عنه • وكذلك لو قال : ماذاب عليك لأحد من الناس فهو على فانه لا يصح لجهالة المضمون عليه •

(فرع) فى مسائل تتعلق بضمان الدرك من الروضة

(احداها) : من ألفاظ هذا الضمان أن يقول للمشترى : ضمنت لك عهدته أو دركه ، أو خلاصك منه ، ولو قال : ضمنت لك خلاص المبيع ، لم يصح لأنه لا يستقل بتخليصه اذا استحق ، ولو ضمن عهدة الثمن وخلاص المبيع معاً لم يصح ضمان الخلاص ، وفى العهدة قولا الصفقة ، ولو شرط فى البيع كفيلا بخلاص المبيع بطل ، بخلاف ما لو شرط كفيلا بالثمن •

(الثانية) : يشترط أن يكون قدر الثمن معلوماً للضامن ، فان لم يكن قدر الثمن فى المرابحة معلوماً •

(الثالثة) : يجوز ضمان المسلم فيه للمسلم اليه لو خرج رأس المال مستحقا بعد تسليم المسلم فيه مستحقا ، لأن المسلم فيه فى الذمة ، والاستحقاق لا يتصور فيه ، وانما يتصور فى المقبوض ، وحينئذ يطالبه المسلم بمثله لا برأس المال •

(الرابعة) اذا ظهر الاستحقاق فالمشترى يطالب من شاء من البائع والضامن ، ولا فرق فى الاستحقاق بين أن يخرج مستحقا ، أو كان شقصاً ثبت فيه شفعة ببيع سابق ، فأخذه الشفيع بذلك البيع ، ولو بان فساد البيع أو غيره ففى مطالبته الضامن وجهان :

(أحدهما) نعم كالاستحقاق • (والثانى) : لا ، للاستغناء عنه بامكان حبس المبيع حتى يسترد الثمن ، ولو خرج المبيع معيباً فرده المشترى ففى مطالبته الضامن بالثمن وجهان ، وأولى بأن لا يطالب ، لأن الرد هنا بسبب حادث ، وهو مختار فيه ، فأشبه الفسخ بخيار مجلس أو تقايل ، هذا اذا كان العيب مقروناً بالعقد •

أما اذا حدث فى يد البائع بعد العقد ففى (التتمة) أنه لا يطالب الضامن بالثمن وجها واحداً ، لأنه لم يكن سبب رد الثمن مقروناً بالعقد • ولم يكن من البائع تفريط فيه ، وفى العيب الموجود عند العقد سبب موجود عند العقد ، والبائع مفرط بالاخفاء ، فالتحق بالاستحقاق على رأى •

قلت : أصح الوجهين الأولين : لا يطالب • ولو خرج معيبا وقد حدث عند المشترى عيب ففى رجوعه بالأرْش على الضامن الوجهان • والله أعلم •

فرع ولو تلف المبيع قبل القبض بعد قبض الثمن وانفسخ العقد ، هل يطالب الضامن بالثمن ؟ ان قلنا : ينفسخ من أصله فهو كظهور الفساد بغير الاستحقاق • وان قلنا : من حينه فكالرد بالعيب ، ولو خرج بعض المبيع مستحقا ففى صحة البيع فى الباقى قولا الصفقة • وان قلنا : يصح وأجاز المشترى ــ فان قلنا : يجيز بجميع الثمن ــ لم يطالب الضامن بشىء ، وان قلنا بالقسط ، طالبه بقسط المستحق من الثمن ، وان فسخ طالبه بالقسط ، ومطالبته بحصة الباقى من الثمن ، كمطالبته عند الفسخ بالعيب ، وان قلنا : لا يصح ففى مطالبته بالثمن طريقان :

(أحدهما) أنه كما لو بان فساد العقد بشرط ونحوه •

(والثانى) القطع بتوجه المطالبة لاستناد الفساد الى الاستحقاق ، هذا كله اذا كانت صيغة الضمان كما ذكرنا فى المسألة الأولى ، أما اذا عين جهة الاستحقاق فقال : ضمنت لك الثمن متى خرج المبيع مستحقا ، فلا يطالب بجهة أخرى ، وكذا لو عين جهة غير الاستحقاق لم يطالب عند الاستحقاق •

(الخامسة) : اشترى أرضاً وبنى فيها أو غرس ثم خرجت متسحقه ، فقلع المستحق البناء والغراس ، فهل يجب أرش النقص على البائع وهو ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً ؟ وجهان : الأصح المنصوص وجوبه ، فعلى هذا لو ضمنه ضامن ــ نظر ، ان كان قبل ظهور الاستحقاق أو بعده وقبل القلع ــ لم يصح ، وان كان بعدهما ، صح ان كان قدره معلوماً ، ولو ضمن رجل عهدة الأرض وأرش نقص البناء والغراس فى عقد واحد لم يصح فى الأرش ، وفى العهدة قولا الصفقة •

ولو كان المبيع بشرط أن يعطيه كفيلا بهما فهو كما لو شرط فى البيع رهناً فاسداً • وقال جماعة من الأصحاب : ضمان نقص البناء والغراس ، كما لا يصح من غير البائع ، لا يصح من البائع ، وهذا ان أريد به أنه لغو ، كما

لو ضمن العهدة لوجوب الأرش عليه من غير التزام ، فهو جار على ظاهر المذهب ، والا فهو ذهاب منهم الى أنه لا أرش عليه •

الصفة الثانية : اللزوم • والديون الثابتة ضربان :

(أحدهما) : ما لا يصير الى اللزوم بحال ، وهو نجوم الكتابة ، فلايصح ضمانها على الصحيح ، ولو ضمن رجل عن المكاتب غير النجوم ــ فان ضمن لأجنبي ــ صحّ ، واذا غرم رجع على المكاتب ان ضمنه باذنه • وان ضمنه لسيده ، بنى على أن ذلك الدين هل يسقط بعجزه ؟ وفيه وجهان ــ ان قلنا : نعم وهو الأصح ــ لم يصح كضمان النجوم •

(الضرب الثانى) : ماله مصير الى اللزوم ، فان كان لازماً فى حال الضمان صح ضمانه سواء كان يستقر أم لا كالمهر قبل الدخول ، والثمن قبل قبض المبيع ، ولا نظر الى احتمال سقوطه ، كما لا نظر الى احتمال سقوط المستقر بالابراء والرد بالعيب وشبههما • وان لم يكن لازماً حال الضمان فهو نوعان :

أحدهما : الأصل فى وضعه اللزوم ، كالثمن فىمدة الخيار ، وفى ضمانه وجهان (أصحهما) الصحة • قال فى (التتمة) : هذا الخلاف اذا كان الخيار للمشترى أولهما •أما اذا كان للبائع فقط ، فيصح قطعاً ، لأن الدين لازم فى حق من عليه ، وأشار الامام الى أن تصحيح الضمان مفرع على أن الخيار لا يمنع نقل الملك فى الثمن الى البائع ، أما اذا منعه فهو ضمان ما لم يجب ، النوع الثانى : ما الأصل فى وضعه الجواز كالجعل فى الجعالة ، وفيه وجهان كما سبق فى الرهن به ، وموضع الوجهين بعد الشروع فى العمل وقبل تمامه كما سبق هناك ، وضمان مال المسابقة ــ ان جعلناها اجارة ــ صح والا كالجعل •

الصفة الثالثة : العلم وفيه صور :

(احداها) : ضمان المجهول فيه طريقان ، كضمان ما لم يجب ــ فان صححناه ــ فشرطه بأن يمكن الاحاطة به ، بأن يقول : أنا ضامن ثمن ما بعته

فلاناً ، وهو جاهل به ، لأن معرفته متيسرة • أما اذا قال : ضمنت لك شيئاً مما لك على فلان ، فباطل قطعاً • والقولان فى صحة ضمان المجهول يجريان فى صحة الابراء عنه • وذكروا للخلاف فى الابراء مأخذين :

أحدهما : الخلاف فى صحة شرط البراءة عن العيوب ، فان العيوب مجهولة الأنواع والأقدار •

والثانى : أن الابراء هل هو اسقاط كالاعتاق ؟ أم تمليك المديون ما فى ذمته ثم اذا ملكه سقط ؟ وفيه رأيان ــ ان قلنا : اسقاط ــ صح ، والا فيشترط علمه كالمتهب ، ومنها : لو كان له دين على هذا ، ودين على هذا فقال : أبرأت أحدكما ــ ان قلنا : اسقاط ــ صح ، وأخذ بالبيان ، والا فلا ، كما لو كان له فى يدكل واحد عبد ، فقال :ملكت أحدكما العبد الذى فى يده، ومنها : لو كان لأبيه دين على رجل فأبرأه منه وهو لا يعلم موت الأب ، ان قلنا : اسقاط صح ، كما لو قال لعبد أبيه : أعتقك ، وهو لا يعلم موت الأب ــ ان قلنا : تمليك ، فهو على الخلاف فيما لو باع مال أبيه على ظن أنه حى ، فبان ميتاً ، ومنها : أنه لا يحتاج الى القبول ان جعلناه اسقاطاً • وان جعلناه تمليكاً لم يحتج اليه على الصحيح المنصوص ، فان اعتبرنا القبول ارتد بالرد والا فوجهان •

قلت : أصحهما : لا يرتد والله أعلم •

وهذه المسائل ذكرها فى (التتمة) مع أخوات لها ، واحتج للتمليك بأنه لو قال للمديون : ملكتك ما فى ذمتك صح وبرئت ذمته من غير نية وقرينة ، ولولا أنه تمليك ، لافتقر الى نية أو قرينة ، كما اذا قال لعبده : ملكتك رقبتك • أو لزوجته : ملكتك نفسك فانه يحتاج الى النية •

فرع لو اغتابه فقال : اغتبتك فاجعلنى فى حل ففعل ، وهو لا يدرى ما اغتابه به ، فوجهان ، أحدهما : يبرأ لأنه اسقاط محض ، كمن قطع عضواً من عبد ثم عفا سيده عن القصاص ، وهو لا يعلم عين المقطوع ، فانه يصح •

والثانى : لا ، لأن المقصود رضاه ، ولا يمكن الرضى بالمجهول ، ويخالف القصاص ، فانه مبنى على التغليب والسراية بخلاف اسقاط المظالم •

(الصورة الثانية) : ضمان أروش الجنايات ، صحيح ان كان دراهم أو دنانير ، وفى ضمان ابل الدية ــ اذا لم نجوز ضمان المجهول ــ وجهان • ويقال : قولان • أصحهما : الصحة • وقيل : يصح قطعاً كما يصح الابراء عنها ، واذا دفع الحيوان وكان الضمان يقتضى الرجوع ، فهل يرجع بالحيوان ؟ أم بالقيمة ؟ قال الامام : لا يبعد أن يجرى فيه الخلاف المذكور فى اقراض الحيوان ولا يجوز ضمان الدية عن العاقلة قبل تمام السنة ، لأنها غير ثابتة بعد •

(الصورة الثالثة) : اذا منعنا ضمان المجهول ، فقال : ضمنت مما لك على فلان من درهم الى عشرة ، فوجهان • وقيل : قولان •

أصحهما : الصحة لانتفاء الغرر ، فعلى هذا يلزمه عشرة على الأصح ، وقيل : ثمانية ، وقيل : تسعة •

قلت : الأصح تسعة ، وسنوضحه فى الاقرار ان شاء الله تعالى والله أعلم•

فرع وان قال : ضمنت لك ما بين درهم وعشرة ، فان عرف أن دينه لا ينقص عن عشرة ، صح وكان ضامناً لثمانية ، والا ففى صحته فى الثمانية القولان أو الوجهان • ولو قال : ضمنت لك الدراهم التى لك على فلان ، وهو لا يعرف مبلغها ، فهل يصح الضمان فى ثلاثة لدخولها فى اللفظ على كل حال ؟ وجهان ، كما لو أجر كل شهر بدرهم ، فهل يصح فى الشهر الأول ، وهذه المسائل بعينها جارية فى الابراء •

فرع يصح ضمان الزكاة عمن هى عليه على الصحيح ، وقيل : لا ، لأنها حق لله تعالى ، ككفالة بدن الشاهد لأداء الشهادة فعلى الصحيح يعتبر الاذن عند الأداء على الأصح •

فـــرع يجوز ضمان المنافع الثابتة فى الذمة كالأموال . أفاد هذا كله النووى رحمه الله فى الروضة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وتجوز كفالة البدن على المنصوص فى الكتب ، وقال فى الدعاوى والبينات : ان كفالة البدن ضعيفة ، فمن أصحابنا من قال : تصح قولا واحداً ، وقوله ضعيفة أراد من جهة القيـــاس ، ومن أصحابنا من قال : فيه قولان : (احدهما) أنها لا تصح ، لأنه ضمان عين فى الذمة بعقد فلم يصح كالســـلم فى ثمرة نخلة بعينها (والثانى) يصح ، وهو الأظهر لما روى أبو اسحاق السبيعى عن حارثة بن مضرب قال ((صليت مع عبد الله بن مسعود الغداة فلما سلم قام رجل فحمد الله وأثنى عليه وقال : أما بعد فوالله لقد بت البارحة وما فى نفسى على أحد احنة ، وانى كنت استطرقت رجلا مـــن بنى حنيفـــة وكان أمرنى أن آتيه بفلس فانتهيت الى مسجد بنى حنيفة ، مســـــجد عبد الله بن النواحه ؛ فسمعت مؤذنهم يشهد ان لا اله الا الله ، وأن مسيلمة رســـول الله ، فكذبت سمعى وكففت فرسى حتى سمعت أهل المســـــجد قد تواطأوا على ذلك فقال عبد الله بن مسعود : على بعبد الله بن النواحة ، فحضر واعترف ، فقال له عبد الله : أين ما كنت تقرأ من القرآن ؟ قال : كنت اتقيكم به ، فقال له : تب فأبى ، فأمر به فأخرج الى السوق فجز رأسه ثم شاور اصحاب محمـــد ﷺ فى بقية القوم ، فقال عدى بن حاتم : ثؤلول كفر قد أطلع راسه فاحسمه)) .

وقال جرير بن عبد الله والأشعث بن قيس : ((استتبهم فان تابوا كفلهم عشائرهم فاستتابهم فتابوا ، وكفلهم عشائرهم)) ولأن البدن يستحق تسليمه بالعقد فجاز الكفالة به كالدين ، فان قلنا : تصح جازت الكفالة ببدن كل من يلزمه الحضور فى مجلس الحكم بدين ، لأنه حق لازم لآدمى فصحت الكفالة به كالدين ، وان كان عليه حد فان كان لله تعالى لم تصح الكفالة به ، لأن الكفالة للاستيثاق وحق الله تعالى مبنى على الدرء والاسقاط ؛ فلم يجز الاستيثاق بمن عليه ، وان كان قصاصاً أو حد قذف ففيه وجهان :

(أحدهما) لا تصح ، لأنه لا تصح الكفالة بما عليه فلم تصح الكفالة به ، كمن عليه حد لله تعالى . (والثانى) تصح لأنه حق لآدمى فجازت الكفالة ببدن من عليه كالدين . ومن عليه دين غير لازم كالمكاتب لا تجوز الكفالة ببدنه ، لأن الحضور لا يلزمه فلا تجوز الكفالة به كدين الكتابة) .

الشرح حديث أبى اسحاق السبيعى أخرجه أبو داود من طريق حارثة بن مضرب وهو بتشديد الراء المكسورة ــ العبدى الكوفى ، وهو ثقة

من الطبقة الثانية ، وقد غلط من نقل عن المدينى أنه تركه • هكذا فى التهذيب لابن حجر ، أنه أتى عبد الله بن مسعود فقال « ما بينى وبين أحد من العرب احنة ، وانى مررت بمسجد لبنى حنيفة فاذا هم يؤمنون بمسيلمة ، فأرسل اليهم عبد الله فجىء بهم فاستتابهم غير ابن النواحة قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لولا أنك رسول لضربت عنقك ، فأنت اليوم لست ، برسول ، فأمر قرظة بن كعب فضرب عنقه فى السوق ، ثم قال : من أراد أن ينظر الى ابن النواحة قتيلا فى السوق » •

وترجع قصة ابن النواحة هذا الى أيام النبى صلى الله عليه وسلم حين أرسله مسيلمة مع آخر هو ثمامة بن أثال ــ بضم الهمزة بعدها مثلثة ــ فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم « أتشهدان أنى رسول الله ؟ قالا : نشهد أن مسيلمة رسول الله ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم آمنت بالله ورسوله ، ولو كنت قاتلا رسولا لقتلتكما • قال عبد الله : فمضت السنة أن الرسل لا تقتل » رواه أحمد وأبو داود والحاكم والنسائى مختصراً من حديث عبد الله بن مسعود ، وليس فى رواية من الروايات أن ابن النواحة قد أسلم ، وانما كان هناك من الصحابة عندما أعلن مسيلمة أكذوبته من انضم اليه وارتد عن الاسلام ، مع أنه كان من حفظة القرآن وهو الفقية الخوان الأثيم ، القارىء للقرآن الرجّال بن عنفوة • وقد كان على مقدمة جيش مسيلمة حين هاجمهم المسلمون بقيادة خالد بن الوليد ، وقد قتل فى هذه المعركة وعجل الله به الى النار •

أما ابن النواحة فلعله كان قد أسلم ثم ارتد مع مسيلمة ثم ظل على ولائه لمسيلمة عصبية جاهلية لأنهم كانوا يقولون : كذاب ربيعة خير من صادق مضر •

فلما لم يقتل النبى صلى الله عليه وسلم الرسولين وفيهما ابن النواحة،وبعد حروب الردة « ذهب عبد الله بن مسعود يستطرق لفرسه ذكراً من بنى حنيفة• وقد اتفق مع صاحب الفرس الذكر أن يأتيه بغلس فانتهى الى مسجد للقوم وكان الذى بناه عبد الله بن النواحة ، فسمع المؤذن يشهد لمسيلمة بالرسالة ، حتى اذا استيقن عبد الله من هذه المفاجأة المذهلة واستوضحه فاعترف «وكان

رأى الصحابة الذين استشارهم أن ثؤلول كفر ـ والثؤلول بضم الثاء واسكان الهمزة والثآليل أورام خبيثة تظهر كالدرن فى الجسم ـ قد أطلع رأسه ويجب أن يحسم » •

قوله (عدى بن حاتم الطائى) كان ممن ثبت على الاسلام فى الردة وحضر فتوح العراق ، وحارب مع على ومات سنة ثمان وستين ، وكان أبوه مضرب المثل فى الكرم •

قوله (جرير بن عبد الله) هو ابن جابر البجلى صحابى مشهور ويكنى أبا عمرو ، ويقال له : الشليل بن مالك من ولد أنمار بن نزار ، ولم يختلف النسابون أن بجيلة أمهم نسبوا اليها ، وهى بجيلة بنت صعب • وكان جرير سيد قبيلته ، وكان اسلامه فى العام الذى توفى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد قال هو عن نفسه أنه « أسلم قبل موت النبى صلى الله عليه وسلم بأربعين يوما » وفيه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا أتاكم كريم قوم فأكرموه » وفى جرير قال الشاعر :

لولا جرير هلكت بجيلة نعم الفتى وبئست القبيلة

فقال عمر بن الخطاب رضى الله : « ما مدح من هجمى قومه » وكان عمر يقول : « جرير بن عبد الله يوسف هذه الأمة » يعنى فى حسنه • وكان جرير رسول على بن أبى طالب الى معاوية فحبسه مدة طويلة روى عنه أنس ابن مالك وقيس بن أبى حازم وهمام بن الحارث والشعبى • وروى عنه بنوه عبيد الله والمنذر وابراهيم •

ونذكر هنا ما قاله الحافظ النووى فى تهذيب الأسماء واللغات قال رضى الله عنه : جرير بن عبد الله الصحابى تكرر فى المختصر والمهذب ، هو أبو عمرو جرير بن عبد الله بن جابر بن مالك بن نصر بن ثعلبة البجلى الأحمس بالمهملتين الكوفى وبجيلة هى بنت صعب بن سعد العشيرة أم ولد أنمار ابن أراش نسبوا اليها • نزل جرير الكوفة ثم تحول الى قرقيسيا وتوفى بها سنة احدى وخمسين ، روى له عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم

مائة حديث اتفقا منها على ثمانية وانفرد البخارى بحديث ومسلم بستة ، وروى عنه أنس بن مالك وقيس بن أبى حازم والشعبى وبنوه الثلاثة ، عبيد الله وابراهيم والمنذر ، بنو جرير وآخرون • قال ابن قتيبة :«قدم جرير على النبى صلى الله عليه وسلم سنة عشر من الهجرة فى شهر رمضان فبايعه وأسلم»وقال: «وكان عمر بن الخطاب رضى الله عنه يقول : جرير يوسف هذهالأمة لحسنه»• قال : وكان طويلا يصل الى سنام البعير ، وكانت نعله ذراعاً ويخضب لحيته بزعفران بالليل ، ويغسلها اذا أصبح • واعتزل عليا ومعاوية وأقام بالجزيرة ونواحيها حتى توفى سنة أربع وخمسين رضى الله تعالى عنه •

روينا فى صحيحى البخارى ومسلم عن أنس قال : «خرجت مع جرير فى سفر فكان يخدمنى فقلت له : لا تفعل فقال : انى رأيت الأنصار تصنع برسول الله صلى الله عليه وسلم أشياء آليت ألا أصحب أحداً منهم الا خدمته »•وكان جرير أكبر من أنس رضى الله تعالى عنهما •

وروينا فى صحيحهما عن جرير قال : « بايعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على اقام الصلاة وايتاء الزكاة والنصح لكل مسلم » • وفى صحيحيهما عن جرير قال : « ما حجبنى [1] رسول الله صلى الله عليه وآلهوسلم منذ أسلمت ولا رآنى الا تبسم فى وجهى ، ولقد شكوت اليه أنى لا أثبت على الخيل فضرب بيده على صدرى وقال : اللهم ثبته واجعله هادياً مهديّاً » وفى صحيحيهما عن جرير قال : قال لى النبى صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع : « استنصت لى الناس » وفى صحيحيهما عن جرير قال (كان فى الجاهلية بيت لخثعم يقال له : ذو الخلصة والكعبة اليمانية فقال لى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : هل أنت مريحى من ذى الخلصة والكعبة اليمانية ، فنفرت اليه فى مائة وخمسين فارساً من أحمس فكسرناه وقتلنا من وجدنا عنده فأتيناه فأخبرناه فدعا لنا ولأحمس) وفى رواية قال : (انطلق فحرقها بالنار ثم بعث جرير الى رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا يبشره فبرك رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على خيل أحمس ورجالها خمس مرات) ومناقبه كثيرة ، ومن مستطرفاتها « أنه اشترى له وكيله فرساً

(١) أى رآه بحاجبه وهو كناية عما يجاور الحاجب وهو العين •

بثلاثمائة درهم فرآها جرير فتخيل أنها تساوي أربعمائة درهم فقال لصاحبها أتبيعها بأربعمائة درهم قال : نعم ثم تخيل أنها تساوى خمسمائة فقال :أتبيعها بخمسمائة قال : نعم ثم تخيل أنها تساوى ستمائة درهم ثم سبعمائة درهم ثم ثمانمائة درهم فاشتراها بثمانمائة رضى الله عنه » .

(أما الأشعث بن قيس)فقد قال الحافظ النووى فى التهذيب : الأشعث ابن قيس مذكور فى كتاب المهذب فى كفالة البدن ، وذكره فى الوسيط فى أول النكاح هو أبو محمد الأشعث بن قيس بن معديكرب جد معاوية بن جبلة ابن عدى بن ربيعة بن الحارث بن معاوية بن الحارث الأصغر بن معاوية بن الحارث الأكبر بن معاوية بن ثور بن مرتع (بضم الميم وفتح الراء وكسر التاء المثناة فوق المشددة) بن معاوية بن ثور بن عفير الكندى وثور بن عفير هو كندة وانما قيل له كندة لأنه كند أباه النعمة أى كفرها . ومنه قول الله سبحانه وتعالى:(ان الانسان لربه لكنود)[1] وفد الأشعث الى النبى صلى الله عليه وسلم سنة عشر من الهجرة فى وفد كندة ، وكانوا ستين راكباً ، فأسلموا ورجع الى اليمن وكان الأشعث ممن ارتد بعد النبى صلى الله عليه وسلم فبعث أبو بكر رضى الله عنه الجنود الى اليمن فأسروه فأحضروه بين يديه فأسلم وقال : استبقنى لحربك وزوجنى أختك فأطلقه أبو بكر وزوجه أخته ، وهى أم محمد بن الأشعث ، وشهد الأشعث اليرموك بالشام ثم بالقادسية بالعراق والمدائن وجلولا ونهاوند ، وسكن الكوفة وشهد صفين مع علىّ رضى الله عنه ، وشهد الحكمين بدومة الجندل ، وكان عثمان استعمله على آزربيجان وكان الحسن بن على تزوج ابنته .

روى له عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تسعة أحاديث اتفق البخارى ومسلم على حديث منها . روى عنه قيس بن أبى حازم وأبو وائل والشعبى وآخرون . نزل الكوفة وتوفى بها بعد قتل على بن أبى طالب بأربعين ليلة وقيل : بعده ، سنة ثنتين وأربعين .

وقد ساق نسبه ابن منده وأبو نعيم هكذا : الأشعث بن قيس بن

---

(١) الآية ٦ من سورة العاديات .

معديكرب بن معاوية بن ثعلبة بن عدى بن ربيعة الكندى وكنيته أو محمد. ثم قال :

وفد الى النبى صلى الله عليه وسلم سنة عشر من الهجرة فى وفد كندة وكانوا ستين راكباً فأسلموا • وقال الأشعث لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنت منا فقال : « نحن بنو النضر بن كنانة لا نقفو أمنا ولا ننتفى من أبينا » فكان الأشعث يقول : « لا أوتى بأحد ينفى قريشاً من النضر بن كنانة الا جلدته » • ولما أسلم خطب أم فروة أخت أبى بكر الصديق رضى الله عنه ثم عاد الى اليمن •

شهد اليرموك وفقئت عينه ، ثم سار الى العراق فشهد القادسية والمدائن وجلولاء ونهاوند ، وسكن الكوفة وشهد صفين مع على ، وكان ممن ألزم علياً بالتحكيم ، وشهد الحكمين بدومة الجندل ، وكان عثمان قد استعمله على أذربيجان وكان الحسن بن على تزوج ابنته ، فقيل هى التى دست السم له فمات منه • روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أحاديث وروى عنه قيس بن أبى حازم وأبو وائل •

وقد نزل فى الأشعث بن قيس قوله تعالى « ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلا » [1] الآية • لأنه خاصم رجلا فى بئر ، توفى سنة ثنتين وأربعين وصلى عليه الحسن بن على • وقال ابن منده : هذا وهم ، لأن الحسن لم يكن بالكوفة ، وانما كان قد سلم الأمر الى معاوية ثم رجع الى المدينة • ولكن أبا نعيم يؤكد أنه توفى بعد على بأربعين ليلة وصلى عليه الحسن •

أما أحكام الفصل فان المنصوص للشافعى رضى الله عنه فى أكثر كتبه أن الكفالة بالبدن تصح • وقال فى الدعوى والبينات : كفالة الوجه عندى ضعيف واختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : تصح الكفالة بالبدن قولا واحداً ، وقوله فى الدعوى والبينات ضعيف ، يريد فى القياس ، وهو قوى فى الأثر ، وذهب المزنى وأبو اسحاق الى أن المسألة على قولين (أحدهما)

---

(١) الآية ١٧ من سورة آل عمران •

لا يصح لأن الكفالة بعين فلم تصح كالكفالة بالزوجة وبدن الشاهد ، ولأنه ضمان عين فى الذمة بعقد فلم يصح ، كما لو أسلم فى ثمرة نخلة بعينها •

فقوله (فى الذمة) احتراز من البائع فانه يضمن العين المبيعة فى يده لا فى ذمته فلو تلفت قبل القبض لم يضمنها فى ذمته • وقوله (بعقد) احتراز من الغاصب ، فانه يضمن العين المغصوبة فى يده وفى ذمته •

(والقول الثانى) أن الكفالة بالبدن صحيحة ، وهو قول شريح والشعبى ومالك وأبى حنيفة والليث بن سعد وعبد الله بن الحسن وأحمد رضى الله عنهم • وهو الصحيح لقوله تعالى : « فخذ أحدنا مكانه انا نراك من المحسنين » [1] ولحديث عبد الله بن مسعود الذى استشار فى الذين كانوا يضجون فى مسجدهم بمسيلمة استشار أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فأشار عليه جرير بن عبد الله والأشعث بن قيس أن يستتابوا ويتكفل بهم عشائرهم ، فاستتابهم فتابوا وكفلهم عشائرهم فدل على أن الكفالة بالبدن كانت سائغة عند الصحابة رضوان الله عليهم ؛ اذ لم ينكر عليه أحد من الصحابة ذلك ؛ وان كان هذا الموضع لم يتوجه عليهم فيه حق فلم يكن موضعا تصح فيه الكفالة بالبدن ، الا أن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه وأصحابه الذين معه أرادوا بهذا الاستظهار على هؤلاء المارقين •

فاذا قلنا : لا تصح الكفالة بالبدن فلا تفريع عليه ، واذا قلنا تصح ، فانما تصح ببدن كل من يلزمه الحضور الى مجلس الحكم بدين • لأنه لازم فصحت الكفالة بها ببدن من عليه كالدين •

فرع وأما الكفالة ببدن من عليه جلد ــ فان كان لله تعالى كحد الزنا وحد شرب الخمر وما أشبههما ــ لم يصح لمعنيين :

(أحدهما) أنه لما لم تصح الكفالة بما عليه من الحق لم تصح الكفالة ببدن من عليه •

(والثانى) لا ، لأن الكفالة وثيقة وحدود الله لا يستوثق بها لأنها تسقط

---

(١) الآية ٧٨ من سورة يوسف •

بالشبهات وان كان الحد للآدمى كحد القذف والقصاص ، فهل تصح الكفالة ببدن من عليه ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا تصح ، لأنها لا تصح الكفالة بما عليه من الحق ، فلم تصح الكفالة ببدنه . كمن عليه حد الزنا .

(والثانى) تصح الكفالة ببدنه لأن عليه حقاً لآدمى فصحت الكفالة ببدنه . كما لو كان له عليه دين .

فرع وان تكفل ببدن مكاتب السيدة لأجل مال الكتابة لم يصح ، لأن الحق الذى عليه غير لازم له فلم تصح الكفالة . قال ابن الصباغ: وان تكفل ببدن صبى أو مجنون صحت الكفالة لأن الحق يجب عليهما . وقد يحتاج الى احضارهما للشهادة عليهما للاتلاف . وان رهن رجل شيئاً ولم يسلمه فتكفل رجل عليه بتسليمه لم يصح ، لأن تسليمه غير لازم له فلم تصح الكفالة به ، وان ادعى على رجل حقاً فأنكره جازت الكفالة ببدنه ، لأن عليه حق الحضور ، والكفالة واقعة على احضاره .

فرع اذا قال رجل لرجل : تكفل بفلان لفلان ففعل كانت الكفالة لازمة على الذى باشر الكفالة دون الآمر . لأن المتكفل فعل ذلك باختياره ، والأمر بذلك حث على المعروف . وهكذا فى الضمان مثله . والله تعالى الموفق للصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان كان عليه دين مجهول ففيه وجهان . قال ابو العباس : لا تصح الكفالة ببدنه لانه قد يموت المكفول به فيلزمه الدين ، فاذا كان مجهولا لم تكن المطالبة (والثانى) انه تصح ، وهو المذهب . لأن الكفالة بالبدن لا تعلق لها بالدين .

(فصل) وتصح الكفالة ببدن الكفيل كمايصح ضمان الدين عن الضمين).

الشرح الأحكام . اذا تكفل ببدن رجل لرجل له عليه دين فمات المكفول به بطلت الكفالة ولم يلزم الكفيل ما كان على المكفول به من الدين.

وبه قال أبو حنيفة رضى الله عنه • وقال مالك رضى الله عنه وأبو العباس ابن سريج : يلزم الكفيل ما كان على المكفول به من الدين المكفول له ، لأن الكفالة وثيقة بالحق ، فاذا تعذر الحق من جهة من عليه الدين استوفى من الوثيقة كالرهن •

دليلنا : أنه تكفل ببدنه لا بدينه فلم يلزمه ما عليه من الدين ، كما لو غاب • ويفارق الرهن لأنه علق به الدين فاستوفى منه وها هنا لم يتكفل الا باحضاره ، وقد تعذر احضاره بموته • فاذا قلنا بالمذهب صحت الكفالة ببدن من عليه دين مجهول عند الكفيل • وان قلنا بقول أبى العباس لم تصح الكفالة ببدن من عليه دين مجهول عند الكفيل •

فرع وان تكفل ببدن رجل وشرط أنه متى لم يحضر فعليه الحق الذى عليه أو قال : على كذا وكذا لم تصح الكفالة ولم يجب عليه المال المضمون به ، وبه قال محمد بن الحسن • وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: ان لم يحضره عليه المال •

دليلنا : أن هذا حظر فلم يجز تعليق الضمان عليه ، كما لو قال : ان جاء المطر فأنا ضامن ببدنه • وان قال : تكفلت لك ببدن زيد على ان جئت به ، والا فأنا كفيل لك ببدن عمرو ، لم يصح ، لأنه لم يلتزم باحضار أحدهما فصار كما لو تكفل بأحدهما لا بعينه • وان تكفل ببدن رجل بشرط الخيار لم تصح الكفالة • وقال أبو حنيفة : يفسد الشرط وتصح الكفالة •

دليلنا :أنه عقد لا يجوز فيه شرط الخيار ، فاذا شرط فيه الخيار أفسده كالصرف • ولو أقر رجل فقال : انما تكفلت لك ببدن فلان على أن لى الخيار ، ففيه قولان :

(أحدهما) يقبل اقراره فى الجميع فيحكم ببطلان الكفالة ، كما لو قال : له على ألف درهم الا خمسمائة •

(والثانى) يقبل اقراره فى الكفالة ولا يقبل فى أنه كان بشرط الخيار ،

لأنه وصل اقراره بما يسقط فلم يصح ، كما لو قال : له على ألف درهم الا ألف درهم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وتجوز الكفالة حالا ومؤجلا ، كمـــا يجوز ضمان الدين حالا ومؤجلا ، وهل يجوز الى أجل معلوم ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يجوز ، لأنه تبرع مـــن غير عوض فجـــاز فى المجهـــول كاباحة الطعام .

(والثانى) لا يجوز لأنه اثبات حق فى الذمة لآدمى فلا يجوز الى أجـــل مجهول كالبيع ، ويخالف الاباحة فانه لو أباحه أحد الطعامين جاز ، ولو تكفل ببدن أحد الرجلين لم يجز) .

الشرح الأحكام : اذا تكفل ببدن رجل ــ نظرت ، فان شرط احضاره حالا ــ لزمه احضاره فى الحال ، كما لو تكفل ببدنه وأطلق اقتضى ذلك احضاره فى الحال ، كما قلنا فيمن باع بثمـــن وأطلق فان ذلك يقتضى الحلول ، وان تكفل ببدنه الى أجل معلوم صحت الكفالة ، ولا يلزمه احضاره قبل ذلك ، كما اذا ضمن الدين الى أجل معلوم .

وان تكفل ببدنه الى أجل مجهول فهل يصح ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يصح ، كما تصح العارية الى أجل مجهول .

(والثانى) لا يصح وهو الصحيح ، لأنه اثبات حق فى الذمة لآدمى فلم يصح الى أجل مجهول ، كضمان المال . ويخالف العارية فانها لا تلزم . ولهذا لو أعاره الى مدة كان له الرجوع فيها قبل انقضائها ، ولو تكفل له ببدنه الى أجل معلوم لم تكن له المطالبة به قبل حلول الأجل ، ولأن العارية تجوز من غير تعيين . ولهذا لو قال : أعرتك أحد هـــذين الكتابين جاز ، ولو قال : تكفلت لك ببدن أحد هذين الرجلين لم يجز والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وتجوز الكفالة به ليسلم فى مكان معين ، وتجوز مطلقاً ، فان

اطلق وجب التسليم فى موضع العقد كما تجوز حالا ومؤجلا ، واذا أطلق وجب التسليم فى حال العقد) .

الشرح الأحكام : وتجوز الكفالة ببدن رجل ليسلمه فى مكان معين ، كما يصح السلم بشرط أن يسلم المسلم فيه فى موضع معين ، وتجوز الكفالة ببدن رجل وان لم يذكر موضع التسليم ، فعلى هذا فى موضع العقد ، كما تصح الكفالة بالبدن حالا ومؤجلا ، واذا أطلق اقتضى الحلول ، فاذا تكفل له ببدن رجل ليسلمه اليه فى موضع معين ، فسلمه اليه فى غير ذلك البلد لم يلزم المكفول له قبوله لأن عليه مشقة فى تسلمه فى غير ذلك البلد ، وقد يكون له غرض بتسليمه فى ذلك البلد . وان تكفل له ببدنه ليسلمه فى موضع معين من البلد ، بأن يقول فى مجلس القاضى أو فى مسجده : سلمه اليه فى ذلك البلد فى غير ذلك الموضع المعين ، فهل يلزمه قبوله ؟ فيه وجهان لأبى العباس بن سريج :

(أحدهما) لا يلزمه قبوله ، كما لو سلمه فى غير ذلك البلد .

(والثانى) يلزمه قبوله ، لأن العادة أنه لا مؤنة عليه فى نقله من موضع فى البلد الى موضع فيه والله الموفق والمعين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا تصح الكفالة بالبدن من غير اذن المكفول به ، لأنه اذا تكفل به من غير اذنه لم يقدر على تسليمه ، ومن أصحابنا من قال : تصح كما تصح الكفالة بالدين من غير اذن من عليه الدين) .

الشرح الأحكام : اذا تكفل ببدن رجل باذن المكفول به صحت الكفالة فاذا سأل المكفول له لكفيل احضار المكفول به وجب على الكفيل أن يحضره ووجب على المكفول أن يحضر لأنه يكفل به باذنه ، وان لم يطالبه المكفول له ، فقال الكفيل للمكفول به : احضر معى لأردك الى المكفول له لتبرىء ذمتى من الكفالة ، كان عليه أن يحضر معه ، لأنه قد تعلق عليه احضاره بأمره ، فلزمه تخليصه منه .

وان تكفل رجل لرجل ببدن رجل بغير اذن المكفول به ، فهل يصح ؟ فيه وجهان : قال عامة أصحابنا : لا يصح ، لأن المقصود بالكفالة بالبدن احضار المكفول به عند المطالبة • فاذا كان ذلك بغير اذنه لم يلزمه الحضور معه فلا تفيد الكفالة شيئاً • فعلى هذا اذا تكفل ببدن صبى أو مجنون لم يصح ذلك الا باذن وليه ، لأن الصبى والمجنون لا اذن لهما •

وقال أبو العباس بن سريج : تصح الكفالة بالبدن من غير اذن المكفول به كما يصح الضمان عليه بالدين من غير اذنه • قال أبو العباس : فعلى هذا اذا قال المكفول له للكفيل أحضر المكفول به ، وجب على الكفيل أن يطالب المكفول به بالحضور ، فاذا طالبه وجب على المكفول به الحضور من غير جهة الكفالة بل لأن صاحب الحق قد وكل الكفيل باحضاره •

وان قال المكفول له للكفيل : أخرج الى من كفالتك ، أو رد على كفالتى ، فهل يلزم المكفول به الحضور ؟ فيه وجهان (أحدهما) يلزمه ، لأن ذلك يتضمن الاذن فى احضاره • فهو كما لو كلفه باحضاره (والثانى) لا يلزمه الحضور • لأنه انما طالبه بما عليه من الاحضار • قال أبو العباس : فعلى هذا للمكفول له حبس الكفيل ، قال ابن الصباغ : وهذا يدل عندى على فساد ما قاله ، لأنه يحبس على مالا يقدر عليه • والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان تكفل بعضو منه ففيه ثلاثة اوجه :

(أحدها) انه يصح لأن فى تسليمه تسليم جميعه •

(والثانى) لا يجوز ، لأن افراد العضو بالعقد لا يصح ، وتسريته الى الباقى لا تمكن لأنه لا سراية له فبطلت •

(والثالث) ان كان العضو لا يبقى البدن دونه كالرأس والقلب جاز لأنه لا يمكن تسليمه الا بتسليم البدن ، وان كان عضواً يبقى البدن دونه كاليد والرجل لم يصح ، لأنه قد يقطع فيبرأ مع بقائه) •

الشرح الأحكام : اذا تكفل بعضو رجل كيده أو رجله أو رأسه أو بجزء مشاع منه كنصفه ، أو ثلثه ، أو ربعه ، ففيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) يصح لأنه لا يمكن تسليم نصفه أو ثلثه الا بتسليم جميع البدن ، ولا يسلم اليد والرجل الا على هيئتها عند الكفالة ، وذلك لا يمكن الا بتسليم جميعه .

(والثانى) وهو قول القاضى أبى الطيب ، وحكاه ابن الصباغ عن الشيخ أبى حامد . أنه لا يصح لأن مالا يسرى اذا خص به عضو أو جزء مشاع لم يصح كالبيع منه ، والاجارة والوصية ، وفيه احتراز من العتق والطلاق .

(والثالث) ان تكفل بمالا يبقى البدن الا به كالرأس والقلب والكبد ، والنصف والثلث ، فانه يصح لأنه لا يمكن تسليم ذلك الا بتسليم جميع البدن ، وان تكفل بما يبقى البدن دونه كاليد والرجل لم يصح ، لأنه قد يقطع منه ويبقى البدن ، ولافائدة فى تسليمه وحده ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان أحضر المكفول به قبل المحل او فى غير الموضع الذى شرط فيه التسليم ، فان كان عليه فى قبوله ضرر ، أو له فى رده غرض ، لم يلزمه قبوله ، وان لم يكن عليه ضرر ولا له فى رده غرض وجب قبوله ، فان لم يتسلمه احضره عند الحاكم ليتسلم عنه ويبرأ كما قلنا فى دين السلم . وان احضره وهناك يد حائلة لم يبرأ ، لأن التسليم المستحق هو التسليم من غير حائل ، ولهذا لو سلم المبيع مع الحائل لم يصح تسليمه ، وان سلمه وهو فى حبس الحاكم صح التسليم ولأن حبس الحاكم ليس بحائل ، ويمكن احضاره ومطالبته بما عليه من الحق .

وان حضر المكفول به بنفسه ؛ وسلم نفسه برىء الكفيل كما يبرأ الضامن اذا أدى المضمون عنه الدين ، وان غاب المكفول به الى موضع لا يعرف خبره ، لم يطالب به ، وان غاب الى موضع يعلم خبره لم يطالب به حتى يمضى زمان يمكن فيه الذهاب والمجىء ، لأن ما لزم تسليمه لم يلزم الا بامكان التسليم .

فان مضى زمان الامكان ولم يفعل حبس الكفيل الى ان يحضره ، فان ابراه المكفول له من الكفالة برىء كما يبرأ الضامن اذا ابراه المضمون له ، فان جاء رجل وقال أبرىء الكفيل وانا كفيل بمن تكفل به ، ففيه وجهان :

قال ابو العباس : يصح ، لأنه نقل للضمان الى نفسه فصار كما لو ضمن رجل مالا فأحال الضامن المضمون له على آخر . وقال الشيخ ابو حامد والقاضى ابو الطيب الطبرى رحمهما الله لا يصح لأنه تكفل بشرط أن يبرأ الكفيل . وذلك شرط فاسد فمنع صحة العقد .

وان تكفل ببدن رجل لنفسين ، فسلمه الى أحدهما لم يبرأ من حق الآخر . لأنه ضمن تسليمين فلم يبرأ بأحدهما ، كما لو ضمن لهما دينين فادى دين أحدهما ، وان تكفل اثنان لرجل ببدن رجل فأحضره أحدهما ، فقد قال شيخنا القاضى أبو الطيب رحمه الله : انه لا يبرأ الآخر ، لأنه لو ابرىء أحدهما لم يبرأ الآخر فاذا سلمه احدهما لم يبرأ الآخر ، وعندى انه يبرأ ، لان المستحق احضاره وقد حصل فبرئا ، كما لو ضمن رجلا ديناً فأداه أحدهما ، ويخالف الدين عوضاً . وان أحاله على من لا دين له عليه وقبل المحال عليه وقلنا : الابراء فان الابراء مخالف للأداء ، والدليل عليه أن فى ضمان المال لو أبرىء أحد الضامنين لم يبرأ الآخر ، ولو ادى احد الضامنين برىء) .

الشرح الأحكام : اذا تكفل ببدن ليحضره الى أجل ، فأحضره الكفيل قبل الأجل ــ فان قبل المكفول له ــ برىء الكفيل . وان امتنع المكفول له من القبول ــ نظرت ، فان كان عليه فى قبوله ضرر ، بأن كان حقه مؤجلا ، أو كان حقه حالا الا أن له بينة غائبة ــ فانه لا يلزمه قبوله لأن عليه ضرراً فى قبوله ، فان امتنع من تسلمه ، قال الشيخ أبو حامد : رفعه الكفيل الى الحاكم وسلمه الى المكفول له ليبرأ ، وان لم يجد حاكما أحضر شاهدين يشهدان بتسليمه أو امتناع المكفول له .

وذكر القاضى أبو الطيب أنه يشهد على امتناعه رجلين ، قال ابن الصباغ: وهذا أقيس لأنه مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه الى من ينوب عنه من حاكم أو غيره . وان أحضره الكفيل وهناك يد سلطان لا يقدر عليه يمنع منه لم يبرأ الكفيل بذلك ، لأن المستحق تسليمه من غير حائل . وان سلمه وهو فى حبس الحاكم لزمه تسليمه ، لأن حبس الحاكم لا يمنعه من استيفاء حقه . فان كان حقه قد ثبت عليه بالبينة وطلب احضاره . فان الحاكم يحضره ليحكم بينهما ، فان ثبت عليه وطلب حبسه فان الحاكم يحبسه به وبالحق الأول .

فاذا سقط حق أحدهما لم يجز تخليته الا بعد سقوط حق الآخر . وان

جاء المكفول به الى المكفول له وسلم نفسه اليه برىء الكفيل كما يبرأ الضامن اذا دفع المضمون عنه مال الضمانة •

فرع اذا تكفل ببدن رجل ثم ارتد المكفول به ولحق بدار الحرب ؛ أو حبس بحق لزم الكفيل احضاره فيخرج الى دار الحرب لاحضاره، والمحبوس يمكنه أن يقضى عنه الحق ويطلق من الحبس •

فرع اذا غاب المكفول به ــ نظرت ، فان كانت غيبته الى موضع معلوم ــ فعلى الكفيل أن يحضره • فاذا مضت مدة يمكنه فيها الذهاب اليه والمجىء به ، ولم يأت به حبسه الحاكم ، هذا قولنا • وقال ابن شبرمه : يحبس فى الحال ، لأن حقه قد توجه عليه ، وهذا ليس بصحيح لان الحق وان كان قد حل ؛ فانه يعتبر فيه امكان التسليم • وانما يجب عليه احضار الغائب عند امكان ذلك وان كان غائبا غيبة منقطعة ، لا يعلم مكانه لم يطالب الكفيل باحضاره وان أبرأ المكفول به من الحق برىء المكفول به كما قلنا فى المضمون له اذا أبرأ الضامن •

فرع اذا تكفل ببدن رجل ثم جاء رجل الى المكفول له وقال تكفلت لك ببدن فلان المكفول به على أن تبرىء فلانا الكفيل ففيه وجهان : قال أبو العباس : تصح كفالة الثانى ويبرأ الأول ، لأن الثانى قد حول الكفالة الى نفسه فبرىء الأول كما لو كان له حق فاحتال به على آخر ، وقال الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب : تصح الكفالة الثانية ، ولا يبرأ الأول لأن الكفالة والضمان لا يحول الحق ، فكفالة الثانى لا تبرىء الأول من كفالته ، واذا لم يبرأ الأول فلم يتكفل به الثانى الا بهذا الشرط ، واذا لم يصح الشرط لم تصح الكفالة •

فرع وان تكفل رجل لرجلين بعقد فرد على أحدهما برىء من حقه ولم يبرأ من حق الآخر حتى يرد عليه ، لأن العقد مع اثنين بمنزلة العقدين فهو كما لو تكفل لكل واحد منهما بعقد منفرد • وان تكفل رجلان لرجل ببدن رجل فأحضره أحدهما الى المكفول له برىء الذى أحضره • وهل يبرأ الكفيل الآخر ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول المزنى والشيخ أبى اسحاق هنا فى المهذب أنه يبرأ كما لو ضمن رجلان لرجل دينا على رجل فأداه أحدهما ، فان الآخر يبرأ •

(والثانى) وهو قول أبى العباس والشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب وابن الصباغ أنه لا يبرأ الآخر ، لأن الحق باق لم يسقط ، والكفيلان وثيقتان فلا تنفك احدى الوثيقتين بانفكاك الأخرى ، كما لو كان الحق مرهونا فانفك أحدها مع بقاء الحق فانه لا ينفك الباقى منها • ويفارق اذا قضى أحد الضامنين المال المضمون به • فان الحق هناك قد سقط ، فانفكت الوثيقة ، وههنا الحق لم يسقط •

فرع اذا تكفل رجل لرجل ببدن رجل فقال المكفول له : مالى قبل المكفول به حق • قال أبو العباس : ففيه وجهان :

(أحدهما) يبرأ المكفول به مما عليه • وتبطل الكفالة لأن قوله لا حق لى قبله نفى فى سياق نكرة فاقتضى العموم •

(والثانى) يرجع اليه • فان قال : أردت به لا شىء لى عليه بطلت الكفالة • وبرىء المكفول • وان قال : أردت به لا حق لى عليه من عارية أو وديعة ، وصدقه الكفيل والمكفول به قبل قوله ، وان كذباه أو أحدهما فالقول قوله مع يمينه لأنه أعلم بنيته • وان قال لا حق لى فى ذمته ولا فى يده برئا جميعاً ، قيل للشيخ أبى حامد : فاذا كان لرجل على رجل دين ، فقال : لا حق لى قبله ، فقال : هو على هذين الوجهين •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان تكفل ببدن رجل فمات المكفول به برىء الكفيل • وقال ابو العباس : يلزمه ما على المكفول به من الدين لأنه وثيقة • فاذا مات من عليه الدين وجب أن يستوفى الدين منها كالرهن ، والمذهب الأول ، لأنه لم يضمن الدين فلا يلزمه •

(فصل) وان تكفل بعين ـ نظرت ، فان كان أمانة كالوديعة ـ لم يصح، لأنه اذا لم يجب ضمانها على من هى عنده ، فلأن لا يجب على من يضمن عنه

أولى ، وان كان عينا مضمونة كالمغصوب والعارية والمبيع قبل القبض ففيه وجهان ، بناء على القولين فى كفالة البدن . فان قلنا انها تصح فهلكت العين فقد قال أبو العباس : فيه وجهان (أحدهما) يجب عليه ضمانها . (والثانى) لا يجب ، وقال الشيخ أبو حامد : لا يجوز بناء ذلك على كفالة البدن ، فان البدن لو تلف لم يضمن بدله ، ولو هلكت العين ضمنها) .

الشرح الأحكام . اذا تكفل رجل ببدن رجل لرجل فأبرأ المكفول له الكفيل ثم رآه ملازماً له فقال له : خل عنه وأنا على ما كنت عليه من الكفالة ، أو على مثل ما كنت عليه ، قال أبو العباس بن سريج : صحت كفالته لأنه اما أن يكون هذا اخباراً عن كفالته ، أو اقراراً به ، أو ابتداء كفالة فى الحال ، وأنها كانت فوجب أن يصح .

وان تكفل رجل ببدن رجل ، ورابع بالثالث ، فيصح الجميع ، فان أحضر المكفول به الأول نفسه أو أحضره الكفيل برىء جميع الكفلاء ، وان مات المكفول به الذى عليه الدين برىء الكفلاء على المذهب ، فان مات الكفيل الأول برىء جميع الكفلاء . وان مات الكفيل الثانى برىء الثالث والرابع . وان مات الثالث برىء الرابع ولم يبرأ الأولون ، وان مات الرابع بطلت كفالته وحده وحكم البراءة حكم الموت ، وان مات المكفول به سقطت الكفالة ولم يلزم الكفيل شىء وبهذا قال شريح والشعبى وحماد بن أبى سليمان وأبو حنيفة وأحمد .

وقال الحكم ومالك والليث : يجب على الكفيل غرم ما عليه .

وحكى ذلك عن ابن سريج ، لأن الكفيل وثيقة بحق ، فاذا تعذرت من جهة من عليه الدين استوفى من الوثيقة كالرهن ، ولأنه تعذر احضاره فلزم كفيله ما عليه كما لو غاب .

دليلنا :أن الحضور سقط عن المكفول به فبرىء الكفيل ، كما لو برىء من الدين ولأن ما التزمه من أجله سقط عن الأصل فبرىء الفرع ، كالضامن اذا قضى المضمون عنه الدين أو أبرىء منه ، وفارق ما اذا غاب ، فان الحضور لم يسقط عنه ، ويفارق الرهن فانه علق به المال فاستوفى منه .

فـــرع اذا ضمن الرجل فى مرض موته عن غيره ديناً ، فان ذلك معتبر من ثلث ماله لأنه تبرع ، فهو كما لو ذهب لغيره مآلا .

اذا ثبت هذا فاذا ضمن رجل فى مرض موته عن غيره تسعين درهما باذنه ومات الضامن ، وخلف تسعين درهما لا غير ومات المضمون عنه ، ولا يملك غير خمسة وأربعين درهما ، فان طالب المضـــمون له بحقـــه من تركة الضامن وقع فى هذه المسألة دور ، والعمل فيه أن يقول : يذهب بالضمان من التسعين شيء ، ولكنه يرجع اليهم نصف شيء ، لأن ما خلفه المضمون عنـــه مثل نصف تركة الضامن فيعلم أنه ما ذهب عنهم بالضمان الا نصف شيء ، ويجب أن تكون هذه التسوية الا نصف شيء الباقية معهم تعدل شيئاً كاملا مثلى ما ذهب عنهم بالضمان فأجبر التسعين بنصف الشيء الناقص عنها ، ثم رده على الشيء الكامل ، فيكون تسعون تعدل شيئاً ونصف شيء ، ثلثاها وهو ستون ، فيأخذ المضمون ستين من تركة الضامن ، ويســـــتحق ورثة الضامن الرجوع فى تركة المضمون عنه بها ، لأن الضمان باذنه ويبقى للمضمون له من دينه ثلاثون ، فيرجع بها فى تركة المضمون عنه وتركته أقل من ذلك فيقاسم المضمون له ورثة الضامن الخمسة والأربعين على قدر حقهم ، فيكون لورثة الضامن ثلثاها ، وهو ثلاثون ، وللمضمون له ثلثها ، وهو خمسة عشر ، فيجتمع لورثة الضامن ستون ، وخرج منهم بالضمان ثلاثون ، فقد بقى معهم مثلا ما خرج عنهم .

فاذا تقرر هذا ، وعرف ما يستحقه المضمون له من تركة الضامن بالعمل فهو بالخيار ، ان شاء فعل ما ذكرناه ، وان شاء أخذ من ورثة الضامن خمسة وسبعين ورجع ورثة الضامن بجميع تركة المضمون عنه ، فان كانت بحالها الا أن المضمون عنه خلف ثلاثين درهما لا غير ، فالعمل فيه يخرج من التسعين شيء بالضمان ، ويرجع اليهم ثلث شيء ، لأن تركة المضـــمون له ثلث تركة الضامن ، فيبقى مع ورثة الضامن تسعون الا ثلثى شيء يعـــدل شيئاً وثلث شيء .

فاذا أجبرت التسعون عدلت شيئين الشيء نصفها وهو خمسة وأربعون ، فيأخذها من تركة الضامن ويرجـــع المضـــمون له وورثة الضـــامن فى تركة

المضمون عنه بنصفين لاستواء حقهما فيرجع الى ورثة الضامن خمسة عشر فيجتمع لهم ستون ، ويخرج منهم ثلاثون ، ويجتمع للمضمون له ستون ؛ ويسقط من دينه ثلاثون ؛ فان شاء فعل ما ذكرناه ، وان شاء آخذ الستين كلها من تركة الضامن ورجع ورثة الضامن بجميع تركة المضمون عنه ، وان شاء المضمون له أخذ جميع تركة المضمون عنه وهو ثلاثون ، وأخذ من تركة الضامن من ثلثها ، وهو ثلاثون ، ويبقى لهم ستون مثلا ما خرج منهم ، فان خلف المضمون عنه ستين فان المضمون له لا ينقص شيء من دينه ههنا ، والعمل فيه على قياس ما مضى والله تبارك وتعالى المستعان •

مسألة اذا ادعى رجل على رجل حاضر أنه ابتاع منه هو ورجل غائب سيارة بألف دينار على كل واحد منهما خمسمائة ، وقبضاها وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه فان أقر الحاضر بذلك لزمه أن يدفع الى المدعى ألفاً • فاذا قدم الغائب فان صدق الحاضر رجع عليه الحاضر بما قضى عنه ، وهو خمسمائة ، وان كذبه فالقول قوله مع يمينه ، فاذا حلف سقط حق الحاضر ، وان أنكر الحاضر المدعى فان لم يكن للمدعى بينة ، فالقول قول الحاضر مع يمينه فاذا حلف سقطت عنه المطالبة •

فاذا قدم الغائب فادعى عليه البائع ــ فان أنكره ــ حلف له أيضاً ولا كلام وان أقر بما ادعاه عليهما لزم القادم الخمسمائة التى أقر أنه اشترى هو بها • وهل يلزمه الخمسمائة التى أقر شريكه أنه اشترى بها وضمن هو عليه ؟ فيه وجهان • قال القاضى أبو الطيب : لا يلزمه لأنا قد حكمنا بسقوطها عن الحاضر بيمينه •

وقال ابن الصباغ : يلزم القادم لأن اليمين لم تبرئه من الثمن ، وانما سقطت عنه المطالبة فى الظاهر ، فاذا أقر أنه الضامن لزمه ، ولهذا لو أقام بينة عليه بعد يمينه لزمه الثمن ، ولزم الضامن فثبت أن الحق لم يسقط عن الحاضر وعن الغائب •

فاذا أقام المدعى بينة على الحاضر بأنهما اشتريا منه السيارة بألف وقبضاها وضمن كل واحد منهما عن صاحبه الخمسمائة فللمدعى أن يطالب الحاضر

بجميع الألف ، لأن البينة قد شهدت عليه بذلك ، وهل للحاضر أن يرجع بنصفها على الغائب اذا قدم ؟ نقل المزنى أنه يرجع بالنصف على الغائب • واختلف أصحابنا فى ذلك ، فمنهم من قال : لا يرجع عليه بشىء ؛ ولم يذكر ابن الصباغ غيره • لأنه منكر لما شهدت له البينة ، مقر أن المدعى ظالم له فلا يرجع على عين من ظلمه ، ومن قال بهذا تأول ما نقله المزنى أربع تأويلات:

(أحدها) يحتمل أن يكون الحاضر صدق المدعى فيما ادعى غير أن المدعى قال : وأنا أقيم البينة أيضاً فأقامها ، فيرجع ههنا ، لأنه ليس فيه تكذيب البينة•

(الثانى) أن يكون الحاضر لم يقر ولم ينكر ، بل سكت ، فأقام المدعى البينة فليس فيه تكذيب •

(الثالث) أن يكون الحاضر أنكر شراء نفسه ، ولم يعرض لشراء شريكه فقامت عليه البينة •

(الرابع) أن يكون الحاضر أنكر شراءه وشراء شريكه وضمانهما الا أن الحاضر لما قامت البينة وأخذ من المدعى الألف ظلما ثبت على الغائب خمسمائة بالبينة ، وقد أخذ المدعى من الحاضر خمسمائة ظلماً فيكون للحاضر أن يأخذ ما ثبت للمدعى على الغائب •

ومن أصحابنا من وافق المزنى وقال : يرجع الحاضر على الغائب بخمسمائة وان أنكر الشراء والضمان لأنه يقول : كان عندى اشكال فى ذلك ، وقد كشفت هذه البينة هذا الاشكال وأزالته ، فهو كمن اشترى شيئاً وادعاه عليه آخر بأنه له وأنكر المشترى ذلك ، وأقام المدعى بينة وانتزع منه فان له أن يرجع على البائع بالثمن ، ولا يقال : ان باقراره أن المدعى ظالم يسقط حقه من الرجوع •

وقال الشيخ أبو حامد فى التعليق : ينظر فى الحاضر فان تقدم منه تكذيب البينة مثل أن قال من يبيع منك شيئاً ولا يستحق علينا شيئاً ثم قامت البينة بذلك فانه لا يرجع على صاحبه بشىء لأنه قد كذب البينة بما شهدت وأن

هذا المدعى ظالم قيل له : فان قدم الغائب واعترف بصدق المدعى وقال : لا يرجع عليه بشيء لأنه يقر له بمالا يدعيه . وان لم يتقدم منه تكذيب البينة مثل أن قال : مالك عندى شيء . فانه يرجع على صاحبه بخمسمائة لأنه ضمن عنه باذنه ودفع عنه (قلت) ولعل صاحب الوجه الأول لا يخالف تفصيل الشيخ أبى حامد فى جواب الحاضر وأن الحكم يختلف باختلاف جوابه كما ذكر والله الموفق والمعين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان ضمن عنه ديناثم اختلفا فقال الضامن : ضمنت وانا صبى، وقال المضمون له : ضمنت وأنت بالغ ، فالقول قول الضامن ، لأن الأصل عدم البلوغ ، وان قال : ضمنت وانا مجنون ، وقال : بل ضمنت وانت عاقل ، فان لم يعرف له حالة جنون فالقول قول المضمون له ، لأن الأصل العقل وصحة الضمان ، وان عرف له حالة جنون فالقول قول الضامن ، لانه يحتمل أن يكون الضمان فى حالة الافاقة . ويحتمل أن يكون فى حالة الجنون ، والاصل عدم الضمان وبراءة الذمة .

وان ضمن عن رجل شيئاً وأدى المال ثم ادعى انه ضمن باذنه وادى باذنه ليرجع ، وانكر المضمون عنه الاذن لم يرجع عليه ، لأن الأصل عدم الاذن ، وان تكفل ببدن رجل ثم ادعى انه تكفل به ولا حق عليه فالقول قول المكفول له لان الكفيل قد اقر بالكفالة ، والكفالة لا تكون الا بمن عليه حق فكان القول قول المكفول له ، فان طلب الكفيل يمين المكفول له على ذلك ففيه وجهان :

(أحدهما) يحلف ، لأن ما يدعيه الكفيل ممكن ، فحلف عليه الخصم .

(والثانى) لا يحلف ، لان اقراره بالكفالة يقتضى وجوب الحق وما يدعيه يكذب اقراره ، فلم يحلف الخصم . وان ادعى الضامن انه قضى الحق عن المضمون عنه . واقر المضمون له . وانكر المضمون عنه . ففيه وجهان :

(احدهما) ان القول قول المضمون عنه . لان الضامن يدعى القضاء ليرجع فلم يقبل قوله . والمضمون له يشهد على فعل نفسه انه قبض فلم تقبل شهادته . فسقط قولهما وحلف المضمون عنه (والثانى) ان القول قول الضامن لأن قبض المضمون له يثبت بالاقرار مرة وبالبينة اخرى . ولو ثبت قبضه بالبينة رجع الضامن . فكذلك اذا ثبت بالاقرار) .

الشرح الأحكام . اذا ضمن عن رجل ديناً ثم اختلفا ، فقال الضامن:

ضمنت وأنا صبى • وقال المضـــمون له : بل ضمنت وأنت بالغ فان أقام المضمون له بينة أنه ضمن وهو بالغ حكم بصحة الضمان ، وان لم تكن بينة فالقول قول الضامن لأن الأصل عدم البلوغ • وان قال الضامن : ضمنت وأنا مجنون ، وقال المضمون له : بل ضمنت وأنت عاقل ، فان أقام المضمون له بينة أنه ضمن له وهو عاقل حكم له بصحة الضمان • وان لم تكن له بينة ــ فان لم يعرف للضامن حال جنون ــ فالقول قول المضمون له مع يمينه ، لأن الأصل صحة الضامن • وان عرف له حال جنون فالقول قول الضـــامن مع يمينه لأنه يحتمل أنه ضمنه فى حال الجنون ، ويحتمل أنه ضمن فى حال الافاقة ، والأصل براءة ذمته •

فـــرع وان ادعى الضامن أن المضمون له أبرأه عن الضـــمان وأنكر المضمون له البراءة ، فأحضر الضامن شاهدين أحدهما المضمون عنه • قال الصيمرى : فان لم يأمره بالضمان عنه قبلت شهادته ، وان أمره بالضمان عنه لم تقبل شهادته •

فـــرع وان ادعى على رجل أنه ضـــمن له دينا على غائب معين وأنكر الضامن وأحضر المضمون له بينة تشهد بالضمان ، فان بين قدر المال المضمون له وشهدت معه البينة بذلك حكم بها ، وان ادعى الضمان بمـــال معلوم والمضمون مجهول وشهدت له بينة بذلك فهـــل تســـمع بينته ؟ فيـــه وجهان :

(أحدهما) لا تسمع هذه البينة ولا يحكم له على الضامن بشىء ، لأن الذى عليه الحق اذا كان مجهولا لم يثبت حقه ، واذا لم يثبت على الأصـــل لم يثبت على الضامن •

(والثانى) يحكم له على الضامن لأن البينة قد قامت عليه بذلك ، ألا ترى أنها لو شهدت بأن عليه ألفاً من جهة الضامن سمعت ، فكذلك هذا مثله •

فـــرع اذا ضمن الرجل لغيره ديناً وقضاه ، وادعى الضامن على المضمون منه أنه ضمن باذنه وقضى باذنه فليرجع عليه ، وأنكر المضمون عنه

الاذن ، فان أقام الضامن بينة حكم له بالرجوع على المضمون عنه ، وان لم يقم بينة فالقول قول المضمون عنه مع يمينه لأن الأصل عدم الاذن •

فـــرع فان قال : تكفلت لك ببدن فلان مؤجلا ، وقال المكفول له : تكفلت به معجلا • وأقام كل واحد منهما شاهداً واحداً بما قال • ففيه قولان حكاهما الصيدلانى (أحدهما) لا يلزمه الا مؤجلا لأنه لم يقر بغيره (والثانى) يحلف كل واحد منهما مع شاهده ويتعارضان ويسقطان ويبقى الضمان معجلا •

فـــرع اذا ادعى الكفيل أن المكفول به برىء من الحق ، وأن الكفالة قد سقطت ، وأنكر ذلك المكفول له ولم تكن بينة ، فالقول قـول المكفول له مع يمينه لأن الأصل بقاء الحق ، لأنه لا يبرأ بيمين غيره • وان قال الكفيل : تكفلت به ولا حق لك عليه فالقول قول المكفول له لأن الظاهـر صحة الكفالة • وهل يحلف ؟ قال أبو العباس : فيه وجهـــان (أحدهما) لا يحلف ، لأن دعوى الكفيل تخالف ظاهر قوله •

(والثانى) يحلف لأن ما يدعيه الكفيل ممكن ، فان حلف فلا كلام ، وان نكل رد اليمين على الكفيل لأنه لا يجوز أن يعـلم أنه لا حق للمكفـول له باقراره ، والله تعالى أعلم •

(فرع) مذاهب العلماء فى أحكام تؤخذ مما مضى

علمنا مما مضى من مذهبنا من أحكام ما هى :

منها : أنه لا يصح الضمان بشرط براءة المضـمون الأصـلى ، فاذا قال شخص : ضمنت الدين الذى على فلان بشرط براءة المضمون الأصلى فاذا قال شخص : ضمنت الدين الذى على فلان بشرط براءة ذمته ، فانه لا يصح، لأن عقد الكفالة يقتضى شغل ذمة المدين والضامن معاً • ومثل ذلك الكفالة ، فاذا كان لشخص كفيل فجاء آخر وقال : اننى أكفله بشرط براءة الكفيل الأول ، فانه لا يصح •

ومنها : أن لصاحب الدين أو وارثه مطالبة الضامن والمضمون معاً ، أو مطالبة أحدهما بكل الدين أو ببعضه ، فاذا دفع أحدهما برئت ذمة الآخر كما تقدم لأن الذمتين قد شغلتا بدين واحد ، فالدين بمنزلة فرض الكفاية يتعلق بذمة المتعدد ، ويسقط بأداء البعض .

ومنها : أن براءة المدين الأصلى تستلزم براءة الضـــامن ، فاذا برىء الضامن بأن أدى الدين أو أبرأه صاحب الدين أو غير ذلك فان ذمتـــه تبرأ بذلك .

أما براءة الكفيل بغير دفع الدين ، فانها لا تستلزم براءة الأصيل . أما اذا برئت ذمة الضامن ــ فان كانت البراءة بدفع الدين فانها تستلزم براءة ذمة المديون الأصلى . أما اذا كانت بغير الدفع كأن أبرأ صاحب الدين ــ فان كانت براءته من الضمان فقط فانها لا تستلزم براءة ذمة المدين ، أما ان كانت من المدين فانها تستلزم براءة الأصيل ان قصد صاحب الدين ابراءه أيضـــا والا فلا .

ومنها : أن الدين المؤجل يحل بموت المدين أو موت الضامن ، فان مات المدين الأصلى فلصاحب الدين أخذ دينه من تركته قبل حلول أجل الدين ، فان تأخر عن أخذ دينه فللضامن الذى أمره المدين بأن يضمنه أن يطالبه بأخذه من تركته أو ابرائه من الضمان اذ يجوز أن تبدد التركة ، فلا يجد ما يرجع عليه ان دفع .

أما الضامن الذى ضمن بدون أمر المدين فليس له أن يحث صـــاحب الدين على أخذ دينه من التركة ، لأنه لا حق له فى الرجـــوع كما تقدم فى الشروط .

واذا مات الضامن قبل حلول أجل الدين فان لصاحب الدين أن يأخـــذ دينه من تركته حالا ، وليس لورثته الحق فى مطالبـــة المدين الأصلى الذى أذن بالضمان قبل حلول الأجل .

ومنها : أن الكفيل اذا عقد صلحاً مع صاحب الدين بأن يأخذ أقل مـــن

الدين فلا حق له أن يأخذ أكثر مما صالح عليه ، فاذا كان ضامناً لمئة فصالح على سبعين منها رجع على المدين بالسبعين فقط ، وكذا لو كان الدين أثواباً جيدة فصالح على أثواب رديئة فانه لا يستحق الا الأثواب التى دفعها •

واذا كان لصاحب الدين مائة جنيه مثلا فباعه الضامن بها أثوابا فانه يرجع على المدين الأصلى بالمائة التى باع بها لا بقيمة الثوب سواء كان أقل من المائة أو أكثر •

ومنها : أن الحوالة بالدين كأدائه ، فاذا أحال الضامن صاحب الدين بدينه على آخر فان كان الضامن مأذوناً بالضمان من المدين كان له حق مطالبته والرجوع عليه والا فلا •

وأما مذهب الحنابلة فقد مضى تفصيل مذهبه وبالجملة :

فاذا قال شخص لآخر : اضمن عن فلان أو اكفل عنه كان الضمان والكفالة لازمين لنفس الذى ضمن أو كفل ، أما الآمر فانه لا يلزم بشىء ، ومنها غير ذلك مما تقدم فى تعريف الضمان وشروطه •

أما الحنفية فان الأحكام العامة التى تناولت الكفالة فكما يلى [1] :

يتعلق بالكفالة أحكام كثيرة :

منها : أن الكفالة تصح بدون أمر المدين ، فاذا كفل شخص آخر بدون أمره كان متبرعاً ، فليس له أن يرجع عليه بما أداه من الدين ، ومثل ذلك ما اذا كفله بأمر أجنبى ، فاذا قال زيد لعمرو : اضمن خالداً فى الدين الذى عليه لبكر ، ففعل ، فانه يكون متبرعاً ، وليس له الرجوع لا على المدين ولا على زيد الأجنبى •

أما اذا كفل المدين بأمره فانه يرجع عليه بشرطين :

---

(١) الفقه على المذاهب الأربعة للشيخ عبد الرحمن الجزيرى جـ ٣

(الشرط الأول) : أن ينص على أن الحق الذى يضمنه فيه يكون ملزماً به ، كأن يقول له : اضمن لفلان مائة جنيه على أن ما تضمنه يكون على سداده فهذه الصيغة تجعل للضامن الحق فى الرجوع على المدين بلا خلاف وفى حكم ذلك ما اذا قال له : اضمن لفلان مائة جنيه علىّ ، أو عنى . لأن التصريح بكلمة (علىّ أو عنى) معناه الالتزام بالدين الذى يدفعه عنه .

وبعضهم يقول : ان هذه الصيغة مختلف فيها ، ولكن التحقيق أنه لا خلاف فى أن للضامن حق الرجوع فيها .

أما الصيغة التى فيها الخلاف فهى أن يقول له : اضمن لفلان مائة جنيه ، ولم يصرح بكلمة (عنى) أو (علىّ) ولم ينص على أنه يكون ملزماً بها فبعضهم يقول : ان له حق الرجوع مطلقاً ، وبعضهم يقول : ليس له الرجوع الا اذا كان الضامن الذى قال له ذلك خليطه ، كأن يكون والداً أو زوجة أو جيراً أو شريكاً شركة عنان أو نحو ذلك .

(الشرط الثانى) : أن لا يكون الأمر صبيا محجوراً عليه أو رقيقاً فان أمره صبى بأن يضمنه فليس له حق الرجوع فى ماله ، كما تقدم فى مبحث الشروط . أما اذا كان رقيقاً فانه لا يرجع عليه الا اذا أعتق .

ومنها : أنه اذا كان للضامن الدين ، فان ذمة المدين الأصلى تبرأ ، ولا يكون لصاحب الدين حق عنده ، بل ينتقل الحق للكفيل الذى دفع ، وقد يبرأ الضامن ولا يبرأ الأصيل ، وذلك فيما اذا كان للضامن دين عند آخر ، ثم أحال الضامن صاحب الدين على مديونه ، وشرط براءة نفسه فقط ، فان ذمة الضامن تبرأ فى هذه الحالة ، ولصاحب الدين أن يطالب الأصيل أو المحال عليه ، بشرط أن يكون المحال عليه مفلساً أو منكراً للدين ولا بينة عليه .

أما اذا كان المحال عليه مقراً بالدين ، وكان ذا مال فان ذمة الأصيل تبرأ أيضاً ، ويكون المطالب هو المحال عليه فقط .

وكذا اذا دفع الأصيل الدين فان الكفيل يبرأ ببراءة ذمة الأصيل ، ومثل ذلك ما اذا أبرأ صاحب الدين المدين أو مد له فى أجل الدين ، فان الكفيل

يتبعه فى ذلك الا اذا كفله بشرط أن يبرئه ، فلو قال الضامن لصاحب الدين أضمن لك دينك بشرط أن تبرىء المدين منه وفعل فان ذمه المدين تبرأ وتبقى ذمة الضامن مشغولة بالدين وحده ، لأنها فى هذه الحالة تكون حواله لا كفالة ، واذا مات صاحب الدين وكان المدين وارثه ، فان ذمة الضامن تبرأ.

واذا أبرأ صاحب الدين المدين فلم يقبل منه هذه المنة فان ذمة المدين لا تبرأ لأنه يشترط قبوله ابراء صاحب الدين ، وهل تبرأ ذمة الكفيل ولا يعود الدين عليه ؟ خلاف .أما اذا أبرأ صاحب الدين الضامن فانه يصح ولو لم يقبل الضامن ، لأنه ليس مديناً ، وانما هو مطالب ، ولا يشترط فى سقوط المطالبة القبول ، كما تقدم فى تعريف الكفالة ، ولا يلزم من ابراء الضامن ابراء المدين الأصلى ، ولكن ليس للكفيل أن يرجع عليه بالمال الذى كفله بعد ذلك ، بل لصاحب الدين مطالبة المدين الأصلى .

أما اذا تصدق صاحب الدين على الكفيل فلا يلزم منه تأجيله للأصيل ، فاذا حل أجل الدين فمد صاحبه الأجل للضامن شهراً مثلا فليس له الحق فى مطالبته ، ولكن له الحق فى مطالبة المدين الأصلى لأنه انما أجل مطالبة الكفيل لا مطالبة المدين .

ومنها : أن الضامن بالمال اذا ضمن بألف ثم صالح صاحب الدين على خمسمائة فانه يرجع بخمسمائة لا بالألف التى ضمنها .

أما اذا ضمن عيناً جيدة ، ثم دفع لصاحبها عيناً رديئة فانه يرجع على المضمون له بالعين الجيدة ، وذلك لأن حكم الكفالة أن الكفيل يملك الدين بأدائه ، فهو يحل محل صاحب الدين الجيد ، ويملك المطالبة به متصفاً بالجودة ، فكذلك الكفيل يملك الدين بأدائه ، فهو يحل محل صاحب الدين الجيد ، ويملك المطالبة به متصفاً بالجودة ، فكذلك الكفيل الذى حل محله ، ولا يضره أنه دفع الدين رديئاً ورضى به صاحب الدين مثلا اذا استدان شخص من آخر ثياباً من القماش [1] الجيد وضمنه فيها آخر ثم دفع الضامن

---

(١) يطلق العامة على الثياب المنسوجة لفظ (القماش) وكان الفقهاء قديما كما سنرى فى مواضع أخرى من هذا الكتاب يطلقون على بقايا المخلفات المتناثرة فى الدار بعد اخلائها ، ورفع الأمتعة منها فيقال : اشتريت الدار بقماشها أو أجرت الدار بما فيها من القماش ، أو اشترت قماش الدار وهكذا (المطيعى) .

لصاحبها ثياباً من القماش الردىء ورضى بها ، فان للضامن الحق فى أخـــذ القماش الجيد الذى ضمن فيه لأنه أصبح مالكاً للدين الجيد ، وتنازل صاحب الحق للضامن عن بعض حقه لا يلزم منه تنازله للمدين الأصلى ، ألا ترى أنه يصح لصاحب الدين أن يهدد الكفيل ، فاذا وهب صاحب الدين دينه للكفيل فان الكفيل يملكه ، ويطالب به المدين على أن يدفعه له بعينه •

أما اذا أمر شخص آخر بأن يدفع عنه السلعة الجيدة التى استدانها مـن فلان فدفع له سلعة رديئة ورضى بها صاحبها ، فانه لا يرجع على المدين الأصلى الا بالسلعة الرديئة ، وذلك لأن المأمور بسداد الدين لا يملك الدين بالأداء كما يملكه الضامن ، فلا يأخذ الا ما دفعه •

ومنها : أنه ليس للضامن الحق فى مطالبة المدين الأصلى قبل أن يدفع عنه الدين الذى ضمنه فيه ، لأنه لا يملك الدين الا بعد أدائه كما تقدم •

ومثل ذلك ما اذا دفع الدين قبل وجوب دفعه على الأصيل ، فاذا استأجر شخص منزلا بأجرة يدفعها فى آخر الشهر وضمنه فيها شخص ، ثم دفعهـا الضامن ، فان الضامن لا يرجع بها ، وذلك لأن الأجرة لا تجب على المستأجر بمجرد العقد ، ولا تملك بالعقد أيضاً كما تقدم فى الاجارة ، فالضامن دفـع مالا يملكه صاحب الدين أيضاً •

واذا دفع المدين الأصلى الدين ولم يعلم الكفيل بذلك فدفعه الكفيـل لصاحب الدين مرة أخرى فانه لا يرجع على المدين الأصلى ، وانما يرجع على صاحب الدين حيث أخذ حقه مرتين •

وهذا بخلاف ما اذا حل الدين على المدين قبل أن يكفله أحد ثم أتى بكفيل يضمنه اذا مدله صاحب الدين الأجـل فقبل ، فان التأجيـل يكون للأصيل والضامن معاً فى هذه الحالة •

والفرق بين الحالتين ظاهر ، لأن الكفالة فى الحالة الأولى كانت مقررة من قبل ، فكان لصاحب الدين الحق فى مطالبة الضامن والكفيل ولا يلزم من مد المطالبة للكفيل تأجيل الدين للأصيل •

أما فى الحالة الثانية فان الكفالة لم تكن موجودة ، وليس لصاحب الدين حق يصح تأجيله الا نفس الدين ، ومتى تأجل الدين فقد تأجل بالنسبة للمدين وللضامن •

ومع ذلك فان صاحب الدين اذا اشترط أن يكون التأجيل خاصاً بالضامن لا بالأصيل ، فانه يعمل بشرطه ويكون له الحق فى مطالبة الأصيل بسداد دينه متى شاء ، ومثل ذلك ما اذا قال الكفيل أجلنى أنا فأضاف الأجل الى نفسه خاصة •

ومنها : أن الدين المؤجل يحل بموت المدين أو بموت الضامن ، فاذا مات الضامن وأخذ صاحب الدين حقه من ورثته فليس له الحق فى مطالبة المدين الا عند حلول أجل الدين ، وكذلك اذا مات المدين وحل دينه فليس لصاحب الدين مطالبة الضامن الا عند حلول الأجل ، واذا مات اثنان معاً كان صاحب الحق مخيراً بين أن يأخذه من تركة أيهما شاء •

ومنها : أنه اذا صالح الكفيل صاحب الدين على نفسه بأن كان دينه ألفاً فرض بأن يأخذ خمسمائة ويترك الباقى ، فان الصلح ينفذ بالنسبة للأصيل والوكيل فى ثلاثة أحوال :

(الحالة الأولى) : أن يشترط الكفيل براءتهما معاً •

(الحالة الثانية) : أن يشترط براءة الأصيل ويسكت عن نفسه •

(الحالة الثالثة) : أن يسكت ولم يشترط شيئاً ، أما اذا اشترط براءة نفسه فقط فان ذلك يكون فسخاً للكفالة ، ويبقى الدين فى ذمة الأصيل فيأخذ منه صاحب الدين الخمسمائة الباقية له ، ويأخذ الكفيل الخمسمائة التى دفعها لصاحب الدين •

ومنها : أن المدين اذا دفع الدين للكفيل قبل أن يدفعه الكفيل لصاحب الدين فان ذلك يحتمل ثلاثة أمور :

الأمر الأول : أن يدفعه تعجيلا لقضاء الدين كأن يقول له : خذ ما على من الدين الذى ضمنتنى فيه قبل أن تؤديه ، وفى هذه الحالة يصبح ذلك الدين ملكا للضامن ، فليس للمدين أن يسترده منه ثانياً ، ولو لم يسلمه لصاحبه ، لأنك قد عرفت فى تعريف الكفالة أن الكفالة تقتضى ديناً ومطالبة للدائن فى ذمة المدين مؤجلين الى أن يدفع الدين لصاحبه ، فاذا عجل المدين دفع الدين للضامن فقد ملكه ملكاً صحيحاً ، فاذا اتجر فيه وربح كان له ربحه حلالا طيباً ، واذا هلك فى يده كان ضامناً له ومسئولا عنه .

الأمر الثانى : أن يدفعه له على وجه الرسالة ، كأن يقول له : خذ دين فلان الذى ضمنتنى فيه وادفعه له ، فان الدين يكون أمانة فى يده ، وللمدين أن يسترده منه ثانياً قبل أن يدفعه لصاحبه على التحقيق ، واذا أتجر فيه وربح لا يحل له أن يأكل ربحه ، بل عليه أن يتصدق به كالغاصب ، واذا هلك الدين فى يده بدون تفريط فانه لا يضمنه ولا يكون مسئولا عنه ، لأنه أمين عليه .

الأمر الثالث : أن يدفعه له بدون أن يذكر أنه على وجه الرسالة أو على وجه تعجيل قضاء الدين ، وفى هذه الحالة يحمل على وجه القضاء . وعلى أى حال فاذا دفع المدين لصاحبه بعد أن أعطاه للضامن فانه يرجع على الضامن بما أعطاه له .

ومنها : أن الكفالة فى الضرائب ونحوها جائزة سواء كانت عادلة أو ظالمة، فيجوز للشخص أن يضمن غيره فى عوائد الاملاك المقررة سنويا ، وفى الخراج المقرر كذلك ونحو ذلك [مما يأخذه الحاكم من مكوس واتاوات ورسوم وغيرها لينفقه فى أوجه حفظ الأمن وانشاء المصالح العامة والمرافق النافعة من شق الأنهار وبناء القناطر وتعبيد الطرق وتعيين الشرط ومطاردة اللصوص واقامة الحدود] وغير ذلك من المصالح العامة .

وبعضهم يقول : ان المكوس والاتاوات والضرائب الجائرة والظالمة لا يصح فيها الضمان ، والرأيان مصححان ولكن الأول أرجح ، ويرجع الكفيل بما دفعه على المضمون ان كانت الكفالة بأمره .

ومنها : أن الخبر المبنى على غلبة ظن الشخص واجتهاده لا يكون ضماناً ملزماً للمخبر به • مثلا : اذا قال شخص لآخر : اسلك هذه الطريق فانها أمن فسلكها فلقيه لص سلبه ماله ، فان المخبر الذى قال له : انها أمن لا يضمن لأن عبارته هذه مبنية على ما يظنه ، وقد يكون مخطئاً أو يكون قد عرض عليها خلل الأمن وهو لا يدرى •

نعم اذا كان هذا القول بأن قال له: اسلك هذا الطريق فان كان مخوفاً ونهب مالك فأنا ضامن ، ففعل ونهب ماله ، فقد اختلف فيه ، فقال بعضهم : انه يضمن ما فقده من المال ، وبعضهم قال : لا يضمن ، وذلك لأنه يشترط لصحة الضمان أن يكون المضمون معلوماً ، وأمن الطريق مجهول ، فكيف يصح الضمان ؟

وقد أجاب القائلون بصحة الضمان فى مثل هذا مع جهل المكفول عنه بطريقة استثنائية زجراً للناس عنه ، فان خطورة هذه الأمور تستدعى احتياطاً خاصاً ، فاذا عرف الناس عدم المؤاخذة فيما يقولونه من ذلك يقدمون عليه بلا مبالاة وان كان مجهولا ولكن الضمان صحيح لأن فيه تغريراً ، والغرر يوجب الرجوع على من غرر اذا كان بالشرط ، فانه جواب لا يجدى ، لأن ضمان الغرر هو فى الحقيقة ضمان الكفالة ، فيشترط له ما يشترط لها •

ومنها : أنه اذا قال زيد لعمرو : ضمنت لك خالداً بما يقضى لك به عليه القاضى ثم غاب خالد المضمون ، فادعى عمرو المضمون له على زيد الضامن أن له كذا على خالد المضمون الغائب وبرهن على ذلك ، فانه لا يقبل منه ، وذلك لأنه لا يمكن القضاء على الغائب الا اذا ادعى حقا على الحاضر لا يمكن اثباته الا على الغائب ، وليس للمدعى حق على الكفيل ، لأنه انما كفله بما يقضى به القاضى على الغائب ، فاذا أقام البينة على أن القاضى قضى على المضمون عليه بكذا قبل غيابه وبعد الكفالة ، فاذا كانت الكفالة بأمر الغائب ، فانه يقضى له على الكفيل قصداً وعلى الغائب ضمناً ، وان حضر الغائب وأنكر فلا يلتفت لانكاره ، أما اذا كانت الكفالة بغير أمره قضى على الكفيل دون الغائب •

أما المالكية فقالوا : [1] تتعلق بالكفالة أحكام كثيرة :

منها : أنه يصح الضمان بدون اذن من عليه الدين ، وهو المضمون عنه ، فاذا كان لشخص دين على آخر فضمن الدين ثالث بدون اذن من عليه الدين وهو المضمون عنه ، فاذا كان لشخص دين على آخر فضمن الدين ثالث بدون اذن المدين صح الضمان ولزم ، وبعضهم يقول : لا يصح الضمان بدون اذن المدين ، والا فلا يلزمه الدفع ، وكذا يصح لشخص أن يؤدى دين آخر بدون اذنه ، ويجبر صاحب الدين على قبوله بشرط أن يكون الغرض من ذلك الشفقة والرفق بالمدين .

أما اذا كان الغرض سداد دينه ليشهر بمطالبته عند الرجوع عليه أو يؤديه بمداينته اياه لعداوة بينهما فانه لا يصح ، وليس لمن سدد دين غيره بقصد الاضرار به مطالبة عليه مطلقاً .

ومثل ذلك ما اذا اشترى شخص دين آخر ليغيظه بالمطالبة ، ويشهر به لعداوة بينهما فان ذلك الشراء لا يصح ، وعلى رب الدين أن يرد الثمن الذى باع به الدين للمشترى ، فان ضاع منه ــ فان كان من الأشياء المثلية ــ فعليه رد مثله ، وان كان من الأشياء التى لها قيمة ــ فان مات قبل أن يرد الثمن أو غاب عن البلد ــ فليس للذى اشترى منه الدين أن يطالب المدين ، بل الذى يتولى مطالبته الحاكم ليأخذ منه المبلغ ، ويدفعه للمشترى ، ولكن لا يجب على البائع أن يرد ثمن الدين الذى قبضه ، الا اذا علم أن غرض المشترى هو الاضرار بالمدين والتشهير به .

أما اذا لم يعلم بذلك ، فان البيع ينفذ ، ولا يجب عليه رد الثمن ، وفى هذه الحالة لا يكون للمشترى الحق فى أن يتولى مطالبة المدين ، بل يبيع الدين لغيره ، وبعضهم يقول : يفسخ الدين مطلقاً علم أو لم يعلم ، والأول أظهر .

---

(١) المرجع السابق .

ومنها : أنه اذا ادعى شخص أن له ديناً على غائب فقال آخر : أنا ضامن لذلك الدين ثم حضر الغائب وأنكر الدين ولم يثبت الدين ببينة ونحوها ، فان الضمان يسقط ، فاذا أقر الغائب بالدين وكان موسراً فان الضمان يلزم • أما اذا كان معسراً فان الضمان يسقط لاحتمال أنه قد تواطأ مع المدعى على أكل مال الضامن •

ومنها : أنه يلزم من براءة المضمون براءة الضامن ، ولا يلزم من براءة الضامن براءة المدين •

مثلا : اذا ضمن شخص ديناً فى ذمة آخر فتنازل صاحب الدين عن دينه كأن وهبه للمديون أو أبرأه منه أو أحاله على دين ثابت لازم فان ذمة الضامن تبرأ • ومثل ذلك ما اذا مات المدين عن مال ، وصاحب الدين وارثه ، فان ذمته تبرأ ، وذمة الضامن تبعاً ، بخلاف ما اذا مات المدين مفلساً فان ذمة الضامن لا تبرأ بموته ، فهذه أمثلة براءة الضامن ببراءة المضمون •

أما اذا برىء الضامن ، فان المضمون قد لا يبرأ ، فالأول كما اذا دفع الضامن الدين فان ذمة كل منهما تبرأ من الدين ، فلا يكون لصاحبه حق قبلهما • والثانى : كما اذا وهب صاحب الدين للضامن الا اذا قبض الدين قبل أن يحصل لصاحب الدين مانع يمنع من الهبة •

وكذا اذا كان الضمان مؤقتاً بمدة كأن يقول الضامن ضمان دين فلان علىّ فى مدة شهرين مثلا ، بحيث اذا مات أو أفلس فيهما كنت ملزماً بدينه • ــ فلزمه الضامن تبرأ بعد انقضاء الشهرين ، وتبرأ ذمة المدين الأصلى ــ ومن ذلك تعلم أنه يجوز أن يكون الضمان مؤقتاً بمدة معينة •

ومنها أنه لا يجوز لصاحب الدين أن يطالب الضامن الا فى أربعة أحوال :

الحالة الأولى : أن يكون المضمون الأصلى مفلساً •

الحالة الثانية : أن يكون موسراً ، ولكنه مماطل معروف باللدد فى الخصومة والشدة فيها •

الحالة الثالثة : أن يكون المدين الأصلى غائباً ، وليس له مال يمكن سداد الدين منه ، أما اذا كان له مال يستطيع صاحب الدين أن يأخذ منه بدون صعوبة ولا مشقة فليس له فى هذه الحالة مطالبة الضامن .

الحالة الرابعة : أن يشترط صاحب الدين أن يأخذ دينه من أيهما جاء ، فان له فى هذه الحالة أن يطالب ، ومثل ذلك أن يشترط مطالبة الضامن فى حالة معينة كعسر المضمون أو موته أو نحو ذلك هو الراجح . وبعضهم يقول : ان صاحب الدين مخير بين أن يطالب الضامن أو يطالب المضمون على أى حال .

ومنها أن الدين المؤجل يصح فى ثلاثة أحوال :

الحالة الأولى : موت الضامن اذا ترك مالا يكفى لسداد كل الدين أو بعضه ، فاذا ترك كل الدين كان لصاحب الدين الخيار فى أن يأخذ دينه من تركة الضامن أو أن يتبع المضمون الأصلى ، فاذا أخذ دينه من تركة الضامن ، فليس لورثته مطالبة المضمون ، الا بعد حلول أجل الدين ، ولو كان المضمون حاضراً أو موسراً ، لأن الدين فى هذه الحالة يعجل بالنسبة للضامن فقط ، بسبب موته موسرا ، فاذا مات الضامن معسراً فلا حق لصاحب الدين فى المطالبة الا عند حلول الأجل ، واذا ترك بعض الدين كان له الحق فى أخذه ويصبر بالبعض الآخر الى حلول الأجل .

الحالة الثانية : أن يفلس الضامن ، وفى هذه الحالة يكون صاحب الدين مخيراً بين أن يدخل مع الدائنين فى تصفية مال الضامن ، ويأخذ الحصة التى يستحقها معهم ، وليس للضامن أن يطالب بها الا بعد أن يحل الأجل .

الحالة الثالثة : أن يموت المدين موسراً وفى هذه الحالة لصاحب الدين أن يأخذ دينه من تركة الميت ولو لم يحل أجل الدين . أما اذا مات معسراً فليس لصاحب الدين أن يطالب الضامن الا بعد حلول الأجل ، لأنه لا يلزم من حلول الدين على الأصيل حلوله على الضامن .

ومنها أن الضامن اذا دفع الدين يرجع به على المضمون بعد أن يثبت أنه

دفعه ببينة أو اقرار من صاحب الدين بأنه استلم دينه أو نحو ذلك ، فاذا لم يثبت ذلك فليس له الحق فى الرجوع على المضمون • ثم ان كان الدين من الأشياء التى تقوم كالثياب ــ فان كان الضامن قد دفع الدين ثياباً من جنس الثياب التى أخذها المدين ــ فانه يستحق أن يأخذ من المدين ثياباً مثلها •

أما اذا كان قد دفع قيمة الثياب فانه يلزم بالقيمة ان كانت القيمة أقل من الثياب ، فان كانت أكثر فان الذى يلزم المضمون بدفعه هو الثياب لا القيمة • هذا اذا كان الضامن قد دفع الثياب عنده ، أما اذا كان قد اشتراها من الغير ــ فان كان بثمن المثل بدون محاباة ــ فان المدين يلزم به بدون خلاف •

أما اذا كان قد اشتراها بغبن ومحاباة ، فليس على المديون الا ثمن المثل فقط ، فاذا اشترى ثياباً بعشرة وهى تساوى خمسة كان على المدين خمسة لا عشرة •

أما الكفالة بالحياة والكفالة بالتعويض على الحوادث أو الآفات أو المصائب التى قد تقع للانسان أو لسيارته أو لتجارته فسنبحثها فى كتاب الشركة ان شاء الله تعالى •

عقد التامين واعتباره عقد كفالة
وحكم الشرع فى هذه العقود
والفرق بين التامين وبين كفالة المعاش الحكومى
لمن يبلغ سن التقاعد

لا شك أن صورة عقد التأمين لم يكن له مثيل فى عصور الاسلام الأولى، الأمر الذى فتح الباب على مصراعيه فى تناول هذه العقود من الفقهاء والباحثين فكانوا بين مؤيد لها باطلاق ، وبين مؤيد لبعضها منكر للبعض الآخر ، وبين منكر لها باطلاق •

وقد كان من شأن المحلين أن يسخروا عقولهم لالتماس الأدلة المبيحة ،

وسنرى من تفصيل هذه العقود بما يمكن تبين مكان الغرر والجهالة والجزاف فيها مما لا يسع المنصف الا الحكم بحرمتها ، لما فيها من عنصر الربا وبيع المعدوم •

ولهم ادعاء أن التأمين تعاون على البر والتقوى ، وأنه يحقق أهدافاً ندب اليها الدين وحث عليها ، ويصبون أدلتهم فى هذا القالب : « عقود التأمين التى تبرمها شركات التأمين المساهمة تحقق التعاون والتضامن ، والتعاون والتضامن مقصودان للشارع ، وما كان من مقاصد الشرع فلا يصادر » ويقول الدكتور حسين حامد حسان : (ونحن نوافقهم على المقدمة الثانية ونخالفهم فى الأولى ، لأن مشروعية الغاية والمقصد لا تستلزم بالضرورة مشروعية وسيلة معينة توصل اليها) •

وبداية صناعة عقود التأمين الذى كان يسمى بالسيكورتاه قام على أيدى اليهود فى أوربا وأمريكا ثم انتقل بعد أن اجتاحت الشرق جيوش الغرب ونظمه وقوانينه وأعرافه بفسادها وشططها وعدم ملاءمتها ، وما فيها من مجافاة للاسلام وتعاليمه • ولقد توهم بعض المشتغلين بالفقه ويميلون الى كل شيء عصرى حديث أن التأمين لا يوجد دليل شرعى على حرمته باعتبار كونه نظاماً مستحدثاً ليس للشارع نص فى حرمته فضلا عن أنه بالنسبة للأفراد : « انضمام الى اتفاق تعاونى نظم تنظيماً دقيقاً بين عدد كبير من الناس يتعرضون جميعاً للخطر » « وأن ما يدفع الى شركات التأمين من أقساط فمركزها ووضعها بالنسبة اليه مركز المال الذى يوضع تحت وصايتها وولايتها » وأن المعاوضة فى عقد التأمين « انما هى بين القسط الذى يدفعه المؤمن له ، والأمان الذى يحصل عليه بمقتضى العقد » « وأن المستأمن يحصل على هذا العوض بمجرد عقد التأمين دون توقف على وقوع الخطر » ويصل بعضهم فى الاغراق فى تسويغ عقد التأمين وحله الى القول بأن العقد الذى يربط بين شركة التأمين والمؤمن له فى التأمين على الحياة لحالة البقاء ، هو عقد مضاربة بجانب عقد التأمين ، وأن الأقساط التى يدفعها المؤمن فى هذه الحالة هى مال المضاربة وأن الشركة لا تملكها ، بل تتجر له فيها والربح بينها وبين المؤمن له ، وأن مبلغ التأمين الذى تدفعه الشركة للمؤمن له عند بقائه حيا فى المدة المتفق

عليها ، هو رأس مال المضاربة مضافاً اليه الربح ، وأنه لا مانع يمنع فى الشرع من أن يكون الربح فى عقد المضاربة محدداً بنسبة من رأس المال لا من الربح ، فهذه كلها افتراضات غير قائمة ، وليس لها سند من نصوص القانون ولا آراء الشراح ، ومن ثم يحكم على معاملة غير موجودة فى حين أنه يترك الحكم فى المعاملة القائمة التى طلب منه بيان حكم الشرع فيها .

وقال هؤلاء : ان نظرية التأمين ليست الا تعاوناً منظماً تنظيماً دقيقاً بين عدد كبير من الناس معرضين جميعاً لخطر واحد حتى اذا تحقق الخطر بالنسبة الى بعضهم تعاون الجميع فى مواجهته بتضحية قليلة يبذلها كل منهم ، يتلافون بها أخطاراً وأضراراً جسيمة ، تحقيق بمن نزل به الخطر منهم لولا هذا التعاون ، فالتأمين اذن تعاون محمود ، تعاون على البر والتقوى ، يبر به المتعاونون بعضهم بعضاً ، ويتقون جميعاً شر المخاطر التى تهددهم .

ويقول هؤلاء أيضاً : انه ــ أى التأمين ــ ليس الا انضماماً الى اتفاق تعاونى منظم تنظيماً دقيقاً بين عدد كبير من الناس الذين يتعرضون جميعاً الخطر ، حتى اذا حاق الخطر ببعضهم تعاون الجميع على رفعه أو تخفيف ضرره ببذل ميسور لكل منهم يتلافون به ضرراً عظيماً نزل ببعضهم .

ثم يقولون أيضاً : ان المفهوم الماثل فى أذهان علماء القانون لنظام التأمين أنه نظام تعاونى يؤدى الى تفتيت أجزاء المخاطر والمصائب وتوزيعها على مجموع المستأمنين عن طريق التعويض الذى يدفع للمصاب من المال المجموع من حصيلة أقساطهم ، بدلا من أن يبقى الضرر على عاتق المصاب وحده ، ويقولون : ان الاسلام فى جميع تشريعاته المتعلقة بتنظيم الحياة الاجتماعية والاقتصادية يهدف الى اقامة مجتمع على أساس التعاون والتكافل المطلق فى الحقوق والواجبات .

وهذا الكلام فيه من التجاوزات والمغالطات ما يدعو الى الغفلة عن الوسائل المحظورة لغاية ليست مطابقة لغايات الشارع فى تنقية الكسب والمعاوضات من الجهالة والضرر والربا . ولكن الذين يصفون التأمين بالصيغ

التى سقناها آنفا يقولون : ان التأمين باعتباره فكرة ونظاماً غير منظور الى الوسائل العملية لتحقيق الفكرة وتطبيق النظام يتفق مع مقاصد الشريعة العامة وتدل عليه أو تدعو اليه أدلتها الجزئية .

ولو كان عقد التأمين عقد معونة ورفق كما يزعمون لما جاز لهم أن يأكلوا أكثر ما دفعه اذا انقطع عن سداد الأقساط لمرض أو عجز أو عمد ، فأين المعونة وأين الرفق ؟ ..

والأصوليون يقولون : « التصرفات [1] ثلاثة أقسام : طرفان وواسطة .

فالطرفان أحدهما : معاوضة صرفة فيتجنب فيها ذلك ـ أى الجهالة والغرر ـ لا ما دعت الضرورة اليه .

وثانيهما : ما هو احسان صرف لا يقصد به تنمية المال ، كالصدقة والهبة والابراء ، فان هذه التصرفات لا يقصد بها تنمية المال ، بل ان فاتت على من أحسن اليه بها فلا ضرر عليه ، فانه لم يبذل شيئاً ، بخلاف القسم الأول اذا فات بالغرر والجهالات ضاع المال المبذول فى مقابلته ، فاقتضت حكمة الشرع منع الجهالة فيه ، أما الاحسان الصرف فلا ضرر فيه ، فاقتضت حكمة الشرع وحثه على الاحسان التوسعة فيه بكل طريق ، بالمعلوم وبالمجهول ، فان ذلك أيسر لكثرة وقوعه قطعاً ، وفى المنع من ذلك الى تقليله ، فاذا وهب له بعير شارد جاز أن يجده فيحصل له ما ينتفع به ولا ضرر عليه ان لم يجده ، لأنه لم يبذل شيئاً ، وهذا ـ أى ما قاله مالك ـ فقه جميل ، وأما الواسطة بين الطرفين فهو النكاح » .

وأصحابنا الذين يرفضون عقد التأمين ينكرون أن يكون هذا العقد مقصوداً به التعاون وبذل الاحسان ، بل انه عمل تجارى مقصود به الربح والكسب ، فهو عقد معاوضة وليس عقد تبرع باتفاق فقهاء القانون الوضعى

---

(١) الفروق للقرافى ج ١ : ص ١٥٠

وعلماء الشريعة اذ ليس بين المتعاملين مع الشركة علاقات أو اتفاق على التعاون أو بذل الاحسان ، ولا ذكر لهذا فى العقود المبرمة بين الشركات وبين آحاد المتعاملين •

الضمان الاجتماعى ، والتامين التعاونى

وما يقال فى شركات التأمين وعقودها لا يقال بالضرورة فى الضمان الاجتماعى الذى ترتبه وزارة الشئون الاجتماعية لمنح العمال عند العجز أو الشيخوخة أو المرض أرزاقاً تجرى عليهم مقابل نسبة محتملة تقتطع من رواتبهم ، وهذه من الأمور التى لا يقصد منها الربح أو الكسب التجارى ، وقد تتبرع الحكومة بالفرق حين عجز ما يجمع من العاملين عن الوفاء بأعباء النفقات والأرزاق والرواتب التى التزمت بها ، وقد تمنح من تتوفر فيهم صفات العجز أو الشيخوخة أو المرض دون أن يكون منهم اشتراك بأقساط دفعوها •

وقد أصدر المجمع الفقهى برابطة العالم الاسلامى فتواه الآتية :

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وأصحابه ومن اهتدى بهداه •• أما بعد :

فان مجمع الفقه الاسلامى فى دورته الأولى المنعقدة فى ١٠ شعبان ١٣٩٨ هـ بمكة المكرمة بمقر رابطة العالم الاسلامى نظر فى موضوع التأمين بأنواعه المختلفة بعد ما اطلع على كثير مما كتبه العلماء فى ذلك ،وبعد ما اطلع أيضاً على ما قرره مجلس هيئة كبار العلماء فى المملكة العربية السعودية فى دورته العاشرة المنعقدة بمدينة الرياض بتاريخ ٤ــ٤ــ١٣٩٧ هـ من التحريم بأنواعه وبعد الدراسة الوافية وتداول الرأى فى ذلك قرر المجلس بالأكثرية تحريم التأمين بجميع أنواعه سواء كان على النفس أو البضائع التجارية أو غير ذلك من الأموال •

كما قرر مجلس المجمع بالاجماع الموافقة على قرار مجلس هيئة كبار

العلماء من جواز التأمين التعاونى بدلا من التأمين التجارى المحرم والمنوه عنه آنفا ، وعهد بصياغة القرار الى لجنة خاصة .

تقرير اللجنة المكلفة باعداد قرار مجلس المجمع حول التامين

بناء على قرار مجلس المجمع المتخذ بجلسة الأربعاء ١٤ شعبان ١٣٩٨ هـ المتضمن تكليف كل من أصحاب الفضيلة الشيخ عبد العزيز بن باز والشيخ محمد محمود الصواف والشيخ محمد بن عبد الله السبيل بصياغة قرار المجمع حول التأمين بشتى أنواعه وأشكاله . وعليه فقد حضرت اللجنة المشار اليها وبعد المداولة أقرت ما يلى :

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وأصحابه ومن اهتدى بهداه .. أما بعد :

فان مجمع الفقه الاسلامى فى دورته الأولى المنعقدة فى ١٠ شعبان ١٣٩٨ هـ بمكة المكرمة بمقر رابطة العالم الاسلامى نظر فى موضوع التأمين بأنواعه المختلفة بعد ما اطلع على كثير مما كتبه العلماء فى ذلك ، وبعد ما اطلع أيضاً على ما قرره مجلس هيئة كبار العلماء فى المملكة العربية السعودية فى دورته العاشرة بمدينة الرياض بتاريخ ٤ـ٤ـ٩٧ هـ بقراره رقم (٥٥) من التحريم للتأمين التجارى بأنواعه .

وبعد الدراسة الوافية وتداول الرأى فى ذلك قرر مجلس المجمع الفقهى بالاجماع عدا فضيلة الشيخ مصطفى الزرقا تحريم التأمين بجميع أنواعه سواء كان على النفس أو البضائع التجارية أو غير ذلك للأدلة الآتية :

أولا : عقد التأمين التجارى من عقود المعاوضات المالية الاجتماعية المشتملة على الغرر الفاحش ، لأن المستأمن لا يستطيع أن يعرف وقت العقد مقدار ما يعطى أو يأخذ فقد يدفع قسطا أو قسطين ثم تقبع الكارثة فيستحق ما التزم به المؤمن ، وقد لا تقع الكارثة أصلا فيدفع الأقساط ولا يأخذ شيئاً ، وكذلك المؤمن لا يستطيع أن يحدد ما يعطى ويأخذ بالنسبة لكل عقد بمفرده،

وقد ورد فى الحديث الصحيح عن النبى صلى الله عليه وسلم النهى عن بيع الغرر •

الثانى : عقد التأمين التجارى ضرب من ضروب المقامرة لما فيه من المخاطرة فى معاوضات مالية ، ومن الغرم بلا جناية أو تسبب فيها ، ومن الغنم بلا مقابل أو مقابل غير مكافىء ، فان المستأمن قد يدفع قسطا من التأمين ثم يقع الحادث فيغرم المؤمن كل مبلغ التأمين،وقد لا يقع الخطر ، ومع ذلك يغنم المؤمن أقساط التأمين بلا مقابل ، واذا استحكمت فيه الجهالة كان قماراً ، ودخل فى عموم النهى عن الميسر فى قوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون) [1] والآية بعدها •

الثالث : عقد التأمين التجارى يشتمل على ربا الفضل والنساء ، فان الشركة اذا دفعت للمستأمن أو لورثته أو للمستفيد أكثر مما دفعه من النقود لها فهو ربا فضل ، والمؤمن يدفع ذلك للمستأمن بعد مدة ، فيكون ربا نساء ، واذا دفعت الشركة للمستأمن مثل ما دفعه لها يكون ربا نساء فقط ، وكلاهما محرم بالنص والاجماع •

الرابع : عقد التأمين التجارى من الرهان المحرم ، لأن كلا منهما فيه جهالة وغرر ومقامرة ، ولم يبح الشرع من الرهان الا ما فيه نصرة للاسلام ، وظهور لأعلامه بالحجة والسنان ، وقد حصر النبى صلى الله عليه وسلم رخصة الرهان بعوض فى ثلاثة بقوله صلى الله عليه وسلم :

« لا سبق الا فى خف أو حافر أو نصل [2] » وليس التأمين من ذلك ولا شبيها به ، فكان محرماً •

الخامس : عقد التأمين التجارى فيه أخذ مال الغير بلا مقابل ، وأخذ بلا مقابل فى عقود المعاوضات التجارية محرم لدخوله فى عموم النهى فى قوله

---

(١) الآية ٩٠ من سورة المائدة .

(٢) رواه ابو داود الطيالسى واحمد فى مسنده وابو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه والبيهقى .

تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم » [1] .

السادس : فى عقد التأمين التجارى الالزام بما لا يلزم شرعاً ، فان المؤمن لم يحدث الخطر منه ، ولم يتسبب فى حدوثه ، وانما كان منه مجرد التعاقد مع المستأمن على ضمان الخطر على تقدير وقوعه مقابل مبلغ يدفعه المستأمن له ، والمؤمن لم يبذل عملا للمستأمن فكان حراماً وأما ما استدل به المبيحون للتأمين التجارى مطلقاً أو فى بعض أنواعه فالجواب عنه ما يلى :

(أ) الاستدلال بالاستصلاح غير صحيح ، فان المصالح فى الشريعة الاسلامية ثلاثة أقسام :

قسم شهد الشرع باعتباره فهو حجة .

وقسم سكت الشرع عنه فلم يشهد له بالغاء ولا اعتبار فهو (مصلحة مرسلة) وهذا محل اجتهاد والمجتهدين .

والقسم الثالث ما شهد الشرع بالغائه ، وعقود التأمين التجارى فيها جهالة ، وغرر ، وقمار ، وربا ، فكانت مما شهد الشرع بالغائه لغلبة جانب المفسدة فيه على جانب المصلحة .

(ب) الاباحة الأصلية لا تصلح دليلا هنا ، لأن عقود التأمين التجارى قامت الأدلة على مناقضتها لأدلة الكتاب والسنة . والعمل بالاباحة الأصلية مشروط بعدم المنافى بينها أو المنافى لها ، وقد وجد فبطل الاستدلال بها .

(جـ) ــ الضرورات تبيح المحظورات ــ لا يسمح الاستدلال به هنا ، فان ما أباحه من طرق كسب الطيبات أكثر أضعافاً مضاعفة مما حرمه عليهم فليس هناك ضرورة معتبرة شرعاً تلجىء الى ما حرمته الشريعة من التأمين .

(د) لا يصح الاستدلال بالعرف فان العرف ليس من أدلة تشريع الأحكام وانما يبنى عليه فى تطبيق الأحكام وفهم المراد من ألفاظ النصوص ، ومن

---

(١) من الآية ٢٩ من سورة النساء .

عبارات الناس فى ايمانهم وتداعيهم وأخبارهم وسائر ما يحتاج الى تحديد المقصود منه من الأفعال والأقوال ، فلا تأثير له فيما تبين أمره ، وتعيين المقصود منه ، وقد دلت الأدلة دلالة واضحة على منع التأمين فلا اعتبار به معها •

(هـ) الاستدلال بأن عقود التأمين التجارى من عقود المضاربة أو فى معناها غير صحيح ، فان رأس المال فى المضاربة لم يخرج عن ملك صاحبه ، وما يدفعه المستأمن يخرج بعقد التأمين من ملكه الى ملك الشركة حسبما يقضى به نظام التأمين ، وان رأس مال المضاربة يستحقه ورثة مالكه عند موته، وفى التأمين قد يستحق الورثة ــ نظاماً ــ مبلغ التأمين أو مبلغاً غير محدود •

(و) قياس عقود التأمين على ولاء الموالاة عند من يقول به غير صحيح ، فانه قياس مع الفارق • ومن الفروق بينهما أن عقود التأمين هدفها الربح المادى المشوب بالغرر والقمار وفاحش الجهالة بخلاف عقد ولاء الموالاة ، فالقصد الأول فيه التآخى فى الاسلام والتناصر والتعاون فى الشدة والرخاء وسائر الأحوال ، وما يكون من كسب مادى فالقصد اليه بالتبع •

(ز) قياس عقد التأمين التجارى على الوعد الملزم عند من يقول به لا يصح ، لأنه قياس مع الفارق • ومن الفروق أن الوعد بقرض أو اعارة أو تحمل خسارة مثلا من باب المعروف المحض ، فكان الوفاء به واجباً أو من مكارم الأخلاق ، بخلاف عقود التأمين فانها معاوضة تجارية باعثها الربح المادى ، فلا يفتقر فيها ما يفتقر فى التبرعات من الجهالة والغرر •

(ح) قياس عقود التأمين التجارى على ضمان المجهول ، وضمان ما لم يجب ، قياس غير صحيح ، لأنه قياس مع الفارق أيضاً ، ومن الفروق أن الضمان نوع من التبرع يقصد به الاحسان المحض ، بخلاف التأمين فانه عقد معاوضة تجارية يقصد منها أولا الكسب المادى فانترتب عليه معروف فهو تابع غير مقصود اليه ، والأحكام يراعى فيها الأصل لا التابع مادام تابعاً غير مقصود اليه •

(ط) قياس عقود التأمين التجارى على ضمان خطر الطريق لا يصح ، فانه قياس مع الفارق كما سبق فى الدليل قبله •

(ى) قياس عقود التأمين التجارى على نظام التقاعد غير صحيح ، فانه قياس مع الفارق أيضاً ، لأن ما يعطى من التقاعد حق التزم به ولى الأمر باعتباره مسئولا عن رعيته ، وراعى فى صرفه ما قام به الموظف من خدمة الأمة، ووضع له نظاماً يراعى فيه مصلحة أقرب الناس الى الموظف ، ونظر الى مظنة الحاجة بهم • فليس نظام التقاعد من باب المعاوضة المالية بين الدولة وموظفيها، وعلى هذا لا شبه بينه وبين التأمين الذى هو من عقود المعاوضات المالية التجارية التى يقصد بها استغلال الشركات للمستأمنين والكسب من ورائهم بطرق غير مشروعة ، لأن ما يعطى فى حال التقاعد يعتبر حقا التزم به من حكومات مسئولة عن رعيتها ، وتصرفها لمن قام بخدمة الأمة كفاء لمعروفه وتعاوناً معه جزاء تعاونه ببدنه وفكره ، وقطع الكثير من فراغه فى سبيل النهوض معها بالأمة •

(ك) قياس نظام التأمين التجارى وعقوده على نظام العاقلة لا يصح ، فانه قياس مع الفارق ، ومن الفروق أن الأصل فى تحمل العاقلة لدية الخطأ وشبه العمد ما بينهما وبين القاتل خطأ أو شبه العمد من الرحم والقرابة التى تدعو الى النصرة والتواصل والتعاون واسداء المعروف ولو دون مقابل ، وعقود التأمين تجارية استغلالية ، تقوم على معاوضات مالية محضة ، لا تمت الى عاطفة الاحسان وبواعث المعروف بصلة •

(ل) قياس عقود التأمين التجارى على عقود الحراسة غير صحيح لأنه قياس مع الفارق أيضاً • ومن الفروق أن الأمان ليس محلا للعقد فى المسألتين، وانما محله فى تأمين الأقساط ، ومبلغ التأمين وفى الحراسة الأجرة وعمل الحارس • أما الأمان فغاية ونتيجة والا لما استحق الحارس الأجرة عند ضياع المحروس •

(م) قياس التأمين على الايداع لا يصح لأنه قياس مع الفارق أيضاً فان الأجرة فى الايداع عوض عن قيام الأمين بحفظ شىء فى حوزته يحوطه بخلاف التأمين ، فان ما يدفعه المستأمن لا يقابله عمل من المؤمن ، ويعود الى المستأمن بمنفعة ، انما هو ضمان الأمن والطمأنينة ، وشرط العوض عن

الضمان لا يصح ، بل هو مفسد للعقد ، وان جعل مبلغ التأمين فى مقابلة الأقساط كان معاوضه تجارية جعل فيها مبلغ التأمين أو رهنه (!) فاختلف على عقد الايداع بأجر •

(ن) قياس التأمين على ما عرف بقضية تجار البز مع الحاكة لا يصح ، والفرق بينهما أن المقيس عليه من التأمين التعاونى وهو تعاون محض والمقيس تأمين تجارى وهو معاوضات تجارية فلا يصح القياس •

كما قرر مجلس المجمع بالاجماع الموافقة على قرار مجلس هيئة كبار العلماء فى المملكة العربية السعودية رقم (٥١) وتاريخ ٤ـ٤ـ١٣٩٧ هـ من جواز التأمين التعاونى بدلا من التأمين التجارى المحرم ، والمنوه عنه آنفا للأدلة الآتية :

الأول : ان التأمين التعاونى من عقود التبرع التى يقصد بها أصالة التعاون على تفتيت الأخطار ، والاشتراك فى تحمل المسئولية عند نزول الكوارث ، وذلك عن طريق اسهام أشخاص بمبالغ نقدية تخصص لتعويض من يصيبه الضرر ، فجماعة التأمين التعاونى لا يستهدفون تجارة ولا ربحاً من أموال غيرهم وانما يقصدون توزيع الأخطار بينهم والتعاون على تحمل الضرر

الثانى : خلو التأمين التعاونى من الربا بنوعيه : ربا الفضل ، وربا النساء• فليس عقود المساهمين ربوية ، ولا يستغلون ما جمع من الأقساط فى معاملات ربوية •

الثالث : أنه لا يضر جهل المساهمين فى التأمين التعاونى بتحديد ما يعود عليه من النفع لأنهم متبرعون ، فلا مخاطرة ولا غرر ، ولا مقامرة بخلاف التأمين التجارى فانه عقد معاوضة مالية تجارية •

الرابع : قيام جماعة من المساهمين أو من يمثلهم باستثمار ما جمع من الأقساط لتحقيق الغرض الذى من أجله أنشىء هذا التعاون ، سواء كان القيام بذلك تبرعاً أو مقابل أجر معين •

ورأى المجلس أن يكون التأمين التعاونى على شكل شركة تأمين تعاونية مختلطة للأمور الآتية :

أولا : الالتزام بالفكر الاقتصادى الاسلامى الذى يترك للأفراد مسئولية القيام بمختلف المشروعات الاقتصادية ولا يأتى دور الدولة الا كعنصر مكمل لما عجز الأفراد عن القيام به ، وكدور موجه ورقيب لضمان نجاح هذه المشروعات وسلامة عملياتها •

ثانياً : الالتزام بالفكر التعاونى التأمينى الذى بمقتضاه يستقل المتعاونون بالمشروع كله من حيث تشغيله ومن حيث الجهاز التنفيذى ، ومسئولية ادارة المشروع •

ثالثاً : تدريب الأهالى على مباشرة التأمين التعاونى وايجاد المبادرات الفردية ، والاستفادة من البواعث الشخصية ، فلا شك أن مشاركة الأهالى فى الادارة يجعلهم أكثر حرصاً ويقظة على تجنب وقوع المخاطر التى يدفعون مجتمعين تكلفة تعويضها مما يحقق بالتالى مصلحة لهم فى انجاح التأمين التعاونى ، اذ أن تجنب المخاطر يعود عليهم بأقساط أقل فى المستقبل ، كما أن وقوعها قد يحملهم على أقساط أكبر فى المستقبل •

رابعاً : ان صورة الشركة المختلطة لا يجعل التأمين كما لو كان هبة أو منحة من الدولة للمستفيدين منه ، بل بمشاركة منها معهم فقط لحمايتهم ومساندتهم ، باعتبارهم هم أصحاب المصلحة الفعلية ، وهذا موقف أكثر ايجابية ليشعر معه المتعاونون بدور الدولة ولا يعفيهم فى نفس الوقت من المسئولية •

ويرى المجلس أن يراعى فى وضع المواد التفصيلية للعمل بالتأمين التعاونى على الأسس الآتية :

أسس التأمين التعـاونى
كما وضعها الفقهـاء

الأول : أن يكون لمنظمة التأمين التعاونى مركز له فرع فى كافة المدن ، وأن يكون بالمنظمة فرع فى كافة [1] المدن ، وأن يكون بالمنظمة أقسام تتوزع بحسب الأخطار المراد تغطيتها ، وبحسب مختلف فئات ومن المتعاونين ، كأن يكون هناك قسم للتأمين الصحى ، وثان للتأمين ضد العجز والشيخوخة .. الخ ..

الثانى : أن تكون منظمة التأمين التعاونى على درجـة كبيرة من المرونة والبعد عن الأساليب المعقدة .

الثالث : أن يكون للمنظمة مجلس أعلى يقرر خطط العمل ، ويقتـرح ما يلزمها من لوائح وقرارات تكون نافذة اذا اتفقت مع قواعد الشريعة .

الرابع : يمثل الحكومة فى هذا المجلس من تختاره من الأعضاء ، ويمثل المساهمين من يختارونه ليكونوا أعضاء فى المجلس ليساعد ذلك على اشراف الحكومة عليها واطمئنانها على سلامة سيرها وحفظها من التلاعب والفشل .

الخامس : اذا تجاوزت المخاطر موارد الصندوق بما قد يسـتلزم زيادة الأقسام فتقوم الدولة والمشتركون بتحمل هذه الزيادة .

ويؤيد مجلس المجمع الفقهى ما اقترحه مجلس هيئـة كبار العلمـاء فى

---

(١) يراعى أن كافة لم ترد فى الكتاب العزيز الا حالا ، ولم تسمع من العرب مضافة قال تعالى (وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة) وقال تعالى (وما أرسلناك الا كافة للنـاس بشيرا ونذيرا) وقال تعالى (وما كان المؤمنين لينفروا كافة) وعلى هذا كان ينبغى أن يقـال (وأن يكون بالمنظمة فروع فى المدن كافة) والله أعلم (المطيعى) .

قراره المذكور بأن يتولى وضع المواد التفصيلية لهذه الشركة التعاونية جماعة من الخبراء المتخصصين فى هذا الشأن .

والله ولى التوفيق وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه ..

الرئيس	نائب الرئيس
عبد الله بن حميد	محمد على الحركان
رئيس مجلس القضاء الأعلى	الأمين العام لرابطة العالم الاسلامى

عبد العزيز بن عبد الله بن باز
الرئيس العام لادارات البحوث العلمية
والافتاء والدعوة والارشاد فى
المملكة العربية السعودية

الأعضـــــــــــــاء

محمد محمود الصواف	محمد بن عبد الله السبيل	صالح بن عثيمين
محمد رشيد قبانى	مصطفى الزرقا	محمد رشيدى
عبد القدوس الهاشمى	أبو بكر جومى	

مخالفة الاستاذ الدكتور مصطفى الزرقا :

اخوانى الأساتذة الفضلاء أعضاء المجمع الفقهى :

انى أخالف ما ذهبتم اليه من اعتبار التـأمين الذى اسـميتموه تجـاريا بمختلف أنواعه وصوره حراماً ، وميزتم بينه وبين ما أسميتموه تعاونيا ، وأرى أن التأمين من حيث انه طريق تعاونى منظم لترميم الأضرار التى تقـع على رءوس أصحابها من المخاطر التى يتعرضون لها وهو فى ذاته جائز شرعاً بجميع صوره الثلاث ، وهى التأمين على الأشياء ، والتأمين من المسئولية ، المسمى بالتأمين ضد الغير ، والمسمى خطأ بالتأمين على الحياة جائز شرعاً .

وان أدلتى الشرعية من الكتاب العزيز والسنة النبوية ، وقواعد الشريعة ومقاصدها العامة ، والشواهد الفقهية بالقياس السليم عليها ، ودفع توهم أنه

يدخل فى نطاق القمار أو الرهان المحرمين ، ودفع شبهة أنه ربا ، كل موضح تمام الايضاح فى كتابى المنشور بعنوان (عقد التأمين ، وموقف الشريعة الاسلامية منه) وأنتم مطلعون عليه مع بيان حاجة الناس فى العالم كله اليه •

وقد بينت لكم فى هذه الجلسة أيضاً أن التمييز بين تأمين تعاونى وتجارى لا سند له ، فكل التأمين قائم على فكرة التعاون على تفتيت الأضرار ، وترميمها ونقلها عن رأس المصاب ، وتوزيعها على أكبر عدد ممكن من الرءوس لقاء كلفة بسيطة •

ولكن التأمين البدائى لما كان بين عدد قليل من الأشخاص الذين تجمعهم حرفة صغيرة أو سوق ، ويتعرضون لنوع من الأخطار فيساهمون فى تكوين صندوق مشترك حتى اذا أصاب أحدهم الخطر والضرر عوضوه عنه من الصندوق الذى هو أيضاً مساهم فيه ، وهذا النوع الذى يسمى فى الاصطلاح تبادليا ، وسميتموه (تعاونيا) لا تحتاج ادارته الى متفرغين لها ولا الى نفقات ادارة وتنظيم حساب الخ •

فاذا كثرت الرغبات فى التأمين وأصبح يدخل فيه الألوف ــ عشراتها أو مئاتها أو آلافها من الراغبين ، وأصبح يتناول عدداً كبيراً من أنواع الأخطار المختلفة ــ فانه عندئذ يحتاج الى ادارة متفرغة ، وتنظيم ونفقات كبيرة من أجور محلات وموظفين ووسائل آلية وغير آلية الخ •• وعندئذ لابد لمن يتفرغون لادارته وتنظيمه من أن يعيشوا على حساب هذه الادارة الواسعة كما يعيش أى تاجر أو صانع أو محترف أو موظف على حساب عمله •

وعندئذ لابد من أن يوجد فرق بين الأقساط التى تجبى من المستأمنين وبين ما يؤدى من نفقات وتعويضات للمصابين عن اضرارهم لتربح الادارة المتفرغة هذا الفرق وتعيش منه كما يعيش التاجر من فرق السعر بين ما يشترى ويبيع •

ولتحقيق هذا الربح يبنى التأمين الذى أسميتموه تجاريا على حساب احصائى دقيق لتحديد القسط الذى يجب أن يدفعه المستأمن فى أنواع من

الأخطار • هذا هو الفرق الحقيقى بين النوعين ، أما المعنى التعاونى فلا فرق فيه بينهما أصلا من حيث الموضوع •

كما أنى أحب أن أضيف الى ذلك أن هذه الدورة الأولى لهذا المجمع الفقهى الميمون الذى لم يجتمع فيه الا نصف أعضائه فقط ، والباقون تخلفوا أو اعتذروا عن العضوية لظروفهم الخاصة لا ينبغى أن يتخذ فيها قرار بهذه السرعة بتحريم موضوع كالتأمين من أكبر الموضوعات المهمة اليوم خطورة وشأناً ، لارتباط مصالح جميع الناس به فى جميع أنحاء المعمورة ، والدول كلها تفرضه الزاميا فى حالات كالتأمين على السيارات ضد الغير ، صيانة لدماء المصابين فى حوادث السيارة من أفئدة تذهب هدراً اذا كان قائد السيارة أو مالكها مفلساً •

فاذا أريد اتخاذ قرار خطير كهذا ، وفى موضوع اختلفت فيه آراء علماء العصر اختلافاً كبيراً فى حله أو حرمته يجب فى نظرى أن يكون فى دورة يجتمع فيها أعضاء المجمع كلهم أو الا قليلا منهم ، وعلى أن يكتب لغير أعضاء المجمع من علماء العالم الاسلامى الذين لهم وزنهم العلمى ثم يبت فى مثل هذا الموضوع الخطير فى ضوء أجوبتهم على أساس الميل الى التيسير على الناس عند اختلاف آراء العلماء لا الى التعسير عليهم •

ولابد لى ختاماً من القول بأنه اذا كانت شركات التأمين تفرض فى عقودها مع المستأمنين شروطاً لا يقرها الشرع ، أو تفرض أسعاراً للأقساط فى أنواع الأخطار عالية بغية الربح الفاحش ، فهذا يجب أن تتدخل فيه السلطات المسئولة ، لفرض رقابة وتسعير لمنع الاستغلال • كما توجب المذاهب الفقهية وجوب التسعير والضرب على أيدى المحتكرين لحاجات الناس الضرورية ، وليس علاجه تحريم التأمين •

لذلك أرجو تسجيل مخالفتى هذه مع مزيد الاحترام لآرائكم •

دكتور مصطفى الزرقا

المملكة العربية السعودية
رياسة ادارة البحوث العلمية والافتاء والدعوة والارشاد
الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء

ملخص قرار هيئة كبار العلماء
فى جواز التأمين التعاونى

وبعد الدراسة والمناقشة وتداول الرأى قرر المجلس جوازه ، وامكان الاكتفاء به عن التأمين التجارى فى تحقيق ما تحتاجه الأمة من التعاون على وفق قواعد الشريعة الاسلامية للأمور الآتية :

الأول : ان التأمين التعاونى من عقود التبرع يقصد بها أصالة التعاون على تفتيت الأخطار والاشتراك فى تحمل المسئولية عند نزول الكوارث ، وذلك عن طريق اسهام أشخاص بمبالغ نقدية تخصص لتعويض من يصيبه الضرر ، فجماعة التأمين التعاونى لا يستهدفون تجارة ولا ربحاً من أموال غيرهم وانما يقصدون توزيع الأخطار بينهم والتعاون على تحمل الضرر .

الثانى : خلو التأمين التعاونى من الربا بنوعيه ، ربا الفضل وربا النسيئة، فليس عقود المساهمين ربوية ولا يستغلون ما جمع من الأقساط فى معاملات ربوية .

الثالث : انه لا يضر جهل المساهمين فى التأمين التعاونى بتحديد ما يعود عليهم من النفع ، لأنهم متبرعون فلا مخاطرة ولا غرر ولا مقامرة بخلاف التأمين التجارى ، فانه عقد معاوضة مالية تجارية .

الرابع : قيام جماعة من المساهمين أو من يمثلهم باستثمار ما جمع من الأقساط لتحقيق الغرض الذى من أجله أنشىء هذا التعاون سواء كان القيام بذلك تبرعاً أو مقابل أجر معين .

ورأى المجلس أن يكون التأمين التعاونى على شكل شركة تأمين تعاونية مختلطة للأمور الآتية :

أولا : الالتزام بالفكر الاقتصادى الاسلامى الذى يترك للأفراد مسئولية القيام بمختلف المشروعات الاقتصادية به ، ولا يأتى دور الدولة الا كعنصر مكمل لما عجز الأفراد عن القيام به وكدور موجه ورقيب لضمان نجاح هذه المشروعات وسلامة عملياتها •

ثانياً : الالتزام بالفكر التعاونى التأمينى الذى بمقتضاه يستقل المتعاونون بالمشروع كله من حيث تشغيله ومن حيث الجهاز التنفيذى ومسئولية ادارة المشروع •

ثالثاً : تدريب الأهالى على مباشرة التأمين ، وايجاد المبـــادرات الفردية والاستفادة من البواعث الشخصية ، فلا شك أن مشاركة الأهالى فى الادارة تجعلهم أكثر حرصاً ويقظة على تجنب وقوع المخاطر التى يدفعون مجتمعين تكلفة تعويضها مما يحقق بالتالى مصلحة لهم فى انجاح التأمين التعاونى اذ أن تجنب المخاطر يعود عليهم بأقساط أقل فى المستقبل ، كما أن وقوعها قـد يحملهم أقساطاً أكبر فى المستقبل •

رابعا : ان صورة الشركة المختلطة لا يجعل التأمين كما لو كان هبة أو منحة من الدولة للمستفيدين منه ، بل بمشاركة منها معهم ، فقط لحمايتهـم ومساندتهم باعتبارهم هم أصحاب المصلحة الفعلية ، وهذا موقف أكثر إيجابية ليشعر معه المتعاونون بدور الدولة ، ولا يعفيهم فى نفس الوقت من المسئولية•

هذا وقد نص القرار على أن يتولى وضع المواد التفصيلية للعمل بالتأمين التعاونى جماعة من الخبراء المختصين فى هذا الشأن تختارهم الدولة ، وبعد انتهائهم من ذلك يعاد ما كتبوه الى مجلس هيئة كبار العلماء لدراسته وتطبيقه على قواعد الشريعة ، وبالله التوفيق • الخاتم والتوقيع •

عقـد التامين على الحياة

عرفنا من ثنايا ما أثبتناه آنفاً أن عقـد التأمين هـو أن يدفع المسـتأمن للشركة قسطاً معيناً لمدة مسماة ، فاذا توفى فى أثناء هـذه المدة فان الشركة تؤدى لورثته القدر المتفق عليـه ، بين الميت وبين الشركة ، ويتوقف دفع الأقساط من حين الوفاة . وتكون الوفاة ايذاناً بحلول دفع المبلغ المؤمن به ، ولو لم يدفع منه الا قسطاً واحداً ، وقد ينص فى العقد على أنه اذا توقف عن دفع الأقساط لعذر أو عسرة وهو حى يخسر كل ما دفعه أو بعضه ، ويصفى العقد بخسارة باهظة على المستأمن . واذا استمر على قيـد الحيـاة وأدى الأقساط جميعاً حتى الأجل المسمى أخذ القدر المتفق عليه ، أو أخذ ما دفعـه مضافاً اليه فوائد تقدر بحسب الشروط المتفق عليها فى العقد .

ولا شك فى بطلان هذا العقد وحرمته لما يأتى :

أولا : لأنه عقد قمار فى حقيقته ومعناه .

ثانياً : لأنه تسليم نقود منجمة فى نقود أكثر منها مؤجلة ، قد يتحصل عليها وقد تفوت عليه .

ثالثاً : ليس له ضرورة تلجىء اليه ولا حاجة يسوغ معها مثل هذا العقد ولا تقتضيه مصلحة وحتى لو أن حاجة سوغته أو مصلحة اقتضته فاننا نقول بحرمته .

ادلة المجيزين لعقود التامين قالوا :

أولا : ان عقد التأمين عقد تعاون وتضامن اجتماعى اذ الفكرة الأساسية فيه هى التعاون على رأب آثار الكوارث الواقعة على الانسان فى نفسه أو ماله عن طريق تجزئتها وتوزيعها على مجموع المستأمنين بدلا من أن يتحمل أضرارها الشخص المصاب وحده ، تأسيساً على أن التعاون على الخير أمـر تدعو اليه الشريعة .

ثانيا : ان عقد التأمين يمنح الأمان والاطمئنان للمستأمن على ماله ومستقبل حياته ، هذا الأمان من أعظم نعم الله وهو الذى منّ به على قريش بقوله : ([1] فليعبدوا رب هذا البيت الذى أطعمهم من جوع وآمنهم من خوف) .

ثالثاً : ليست العقود فى الشريعة محددة محصورة ، بل يجوز استحداث صور جديدة من العقود كلما دعت الحاجة ، والأصل فى العقود الاباحة عند أكثر العلماء ما لم يرد نص يمنعها ، أو تكون مخالفة لقواعد الشريعة العامة القطعية . وعقد التأمين لم يرد نص يمنعه ، وليس فيه ما يخالف قواعد الشريعة فضلا عن أن حاجة الناس تقتضيه فيكون جائزاً .

رابعاً : ثم ان فى أحكام الشريعة وأصول فقهها ونصوص الفقهاء ما يصلح أن يكون مستنداً قياسيا واضحاً فى جواز التأمين من ذلك :

(أ) عقد الموالاة فى مذهب أبى حنيفة رحمه الله تعالى يتم بين شخص غير عربى مجهول النسب ، وشخص عربى يقول الأول للثانى : (أنت مولاى ترثنى اذا مت وتعقل عنى اذا جنيت) فاذا قبل الآخر ، يصبح وليا للأول ، يرثه اذا مات من غير وارث ، وذلك فى مقابل أن يتحمل الدية عن صاحبه ، اذا ارتكب جناية خطأ توجب عليه الدية ، وهذا معنى : (تعقل عنى اذا جنيت) .

قالوا : وعقد الموالاة هذا الذى أجازه الأحناف فيه شبه كبير بعقد التأمين من المسئولية المدنية ، أى الضمان المالى الذى يترتب على المولى نتيجة لجناية الخطأ الصادرة عنه ، وذلك بسبب العقد رغم أن الولى المتعاقد لم يجن شيئاً ، وفى مقابل هذا التحمل ــ الاحتمالى غير المحقق ــ يستفيد الولى الارث من المولى اذا مات من غير وارث ، وهو أيضاً عوض غير محقق .

قالوا : والتأمين من المسئولية يشبه عقد الموالاة تماماً ، فمالك السيارة أو سائقها مسئول ماليا عما تلحقه السيارة بالغير من الأضرار ، وشركة

---

(١) سورة قريش .

التأمين تحل محله فى تحمل هذه المسئولية ، كما يحل الولى محل المولى من الأرث عند وفاة المولى بدون وارث •

(ب) نظام العاقلة فى الاسلام :

وهو نظام وردت به السنة الصحيحة وأخذ به أئمة المذاهب ، وخلاصته أنه اذا جنى أحد جناية قتل غير عمد فوجبت عليه الدية فان الشريعة تفرض الديه على أفراد العاقلة (عاقلة القاتل) الذين يكون بينه وبينهم التناصر عادة وهم الرجال البالغون من عشيرته ، ويسمون العاقلة ، فتقسط عليهم الدية فى ثلاث سنين بحيث لا يصيب أحداً منهم ما هو فوق طاقته •

ولقد كانت عاقلة القاتل تتحمل عنه قبل الاسلام تبرعاً منها ، فجاء الشرع وجعله لازماً • ويقول هؤلاء : ان نظام العواقل فى الاسلام يهدف الى غايتين:

(الأولى) تخفيف أثر المصيبة على الجانى المخطىء •

(والثانية) صيانة دماء ضحايا الخطأ من أن تذهب هدراً ، لأن الجانى المخطىء قد يكون فقيراً لا يستطيع التأدية فتضيع الدية •

واذا كان الشرع قد قرر هذا النظام التعاونى ابتداء أفلا يجوز اقرار مثله بطريق التعاقد كما فى صورة عقد التأمين ؟ ! ! لكى تخفف آثار الكوارث بتوزيعها على كثيرين ؟ ! !

وهل المصلحة التى يراها الشارع بالغة من القوة درجة توجب جعلها الزامية بحكم الشرع تصبح مفسدة اذا حققها الناس على نطاق واسع بطريق التعاقد والمعاوضة التى يدفع فيها القليل لصيانة الكثير ؟ ! ! لازلنا ننقل كلام المجيزين •

(جـ) نظـام التقاعـد :

وهو يقوم على اقتطاع جزء من الراتب الشهرى للموظفين ، حتى اذا بلغ

أحدهم سن الشيخوخة القانونية وأحيل الى التقاعد أخذ راتباً شهريا يبلغ أضعافاً مضاعفة عن المبلغ الذى كان يقتطع منه شهريا ، ويستمر هذا المرتب التقاعدى مادام حيا ، مهما طالت حياته ، وينتقل الى أسرته التى يعولها من زوجة وأولاد وغيرهم بشروط معينة بعد وفاته ، فما الفرق بين هذا النظام وبين التأمين على الحياة ؟

ان فى كليهما يدفع المرء قسطا ضئيلا دوريا أيضاً فى التقاعد ، وفوريا فى التأمين على الحياة يتجاوز كثيراً مجموع الأقساط وهذا المبلغ لا يعرف مقداره حتى ينقضى الاستحقاق بينما هو محدود معلوم المقدار فى التأمين على الحياة.

ان نظام التقاعد يقره علماء الشريعة ، ويعملون به ، ويرونه أساساً ضروريا فى نظام وظائف الدولة وموظفيها ، ولا يجوز نظيره تعاقداً ملزماً بين الناس .

(د) قاعدة الوعد الملزم عند المالكية :

وخلاصتها : أن الشخص اذا وعد غيره هل يلزم قضاء بالوفاء بوعده أم لا ؟

الرأى الراجح فى مذهب المالكية ــ من بين أربعة آراء ــ أن الواعد لا يلزم بوعده الا اذا بنى الوعد على سبب ، ودخل الموعود فى ذلك السبب فعلا ، كما لو وعده أن يدفع له المهر ليتزوج فتزوج .

أما عند الشافعية والحنفية فان الوعد لا يكون ملزماً بحال . قالوا : وبناء على الرأى الراجح من مذهب مالك يمكن تخريج عقد التأمين على أساس أنه التزام من الشركة للمستأمن ولو بلا مقابل على سبيل الوعد ، بأن تتحمل عنه أضرار الحادث المعين ، وتعوض عليه خسائره .

(هـ) ضمان خطر الطريق عند الأحناف :

نص الحنفية فى باب الكفالة أنه اذا قال شخص لآخر : (اسلك هذا الطريق فهو آمن ، وان أصابك فيه شىء فأنا ضامن) فسلكه وسرق ماله ،

وجب على الضامن أن ينفذ ضمانه ، ويدفع بدل المال المسروق ـ وهذا دليل فى كلام الأستاذ الشيخ مصطفى الزرقا يعد نصا استثنائيا قويا فى اباحة التأمين على الأموال من الأخطار •

(و) عقد الاستئجار على الحراسة :

بالمقارنة بين عقد الاستئجار على الحراسة وعقد التأمين يجد الأستاذ الشيخ مصطفى الزرقا بينهما تشابها كبيراً ، ذلك أن الحارس ـ وان كان يقوم بعمل هو الحراسة ـ الا أن عمله هذا ليست له أية نتيجة سوى تحقيق الأمان من نتائج الأخطار التى يخشاها ، ويناقش الشيخ فيصل مولوى هذه الأدلة فى صحيفة الأمان فيقول :

أولا : يقول الأستاذ الزرقا : ان عقد التأمين عقد تعاون وتضامن اجتماعى وان التعاون على الخير أمر تقره الشريعة وتدعو اليه •

ونحن نسجل هنا الملاحظ التالية :

أولا ـ اذا سلمنا أن فكرة التعاون والتضامن الاجتماعى موجودة فى نظام التأمين التجارى فاننا لا نسلم أنها هى الأساس والغاية من هذا التأمين ، وفى رأينا أن الفكرة الأساسية التى دفعت وتدفع لانشاء شركات التأمين التجارية انما هى الأرباح الباهظة الخيالية من أقصر الطرق ، ثم ان جماهير الفقراء ومتوسطى الحال أقبلوا على التعاقد مع هذه الشركات التجارية دون أن تخطر على بالهم فكرة التعاون والتضامن ، بل ان كل واحد منهم ينطلق من ظروفه الفردية فيرى أنه يدفع القليل ليأخذ الكثير عندما يتعرض لحادث معين ، وفى هذا ربح فوق أنه اطمئنان للمستقبل • وقد قال الله تعالى فى الخمر والميسر « قل فيهما اثم كثير ومنافع للناس [1] » •

ولو كانت فكرة التعاون والتضامن الاجتماعى هى الأساس لدى مجموع المؤمنين (بتشديد الميم) لأقدموا على انشاء مؤسسة تقوم على التأمين التعاونى

---

(1) من الآية ٢١٩ من سورة البقرة •

أو التبادلى حيث لا يتحقق أى ربح لأى واحد منهم على حساب الآخـرين ، بل يتعاونون فعلا وبشكل منظم على ترميم آثار الحوادث التى تنزل بأحدهم

ثانيا : ان التعاون على الخير أمر تتشوف اليه الشريعة وتحض عليه وهذه أمور لا ريب فيها ، ولكن الخير لا يكون فى الغايات والمقاصد وحدها ، ولكن فى الوسائل والوسائط المفضية الى الغايات • والخلاف حول التأمين ليس خلافا حول (تعاون الناس مع بعضهم لتلافى آثار المصائب والنكبات) ولكنه فى هذه الوسائل المؤدية الى ذلك وكونها وسائل غير مشروعة • ومـن ذلك التأمين التجارى كوسيلة ، تؤدى الى هذه الغاية ولكن تكتنفها الشـبهات وتنتج عنها المنكرات ، وعند هذا يكون من حق المسلمين ــ بل من الواجب عليهم كفائيا ــ البحث عن وسائل أخرى تحقق الغاية المقصودة دون الوقوع فى الشبهات أو ارتكاب المنكرات •

واذا كان هناك أسلوب شرعى يحقق التعـاون ويرأب آثار المصـائب بتوزيعها على الجماعة ، وهو مبرأ من الشبهات ولكنه غير مطبق لتقصـير المسلمين ، فهل يجوز فى هذه الحالة استحداث أسلوب جديد تحوم حـوله الشبهات وقد تترتب عليه سيئات جديدة والبحث عن أدلة شرعية تبرره ؟

ثم يقول الأستاذ مصطفى الزرقا :

ان الأصل فى العقود الاباحة ما لم يرد نص يمنعها ، أو تكون مخالفـة لقواعد الشريعة العامة ، وعقد التأمين لم يرد نص بخصوصه يمنعه ، وليس فيه ما يخالف قواعد الشريعة فضلا عن أن حاجة الناس تقتضيه فيكون جائزاً شرعاً • ونحن مسلمون بأن الأصل فى العقود الاباحة وان خالف فى ذلك كثير من الفقهاء ــ ونسلم بأنه لم يرد نص من الشارع بتحريم التأمين بعينه لأنـه أصلا لم يكن معروفاً عند نزول الشريعة ، ولكنا نناقش فى مسألتين اثنتين :

(الأولى) القول أنه لا يوجد فى عقد التأمين ما يخالف الشريعة العامة ، وسنأتى على ذلك فيما بعد •

(الثانية) القول أن حاجة الناس تقتضى ايجاد حل لمشكلة الحوادث المفاجئة وما يترتب عليها سواء كان هذا الحل بالتأمين أو بغيره ، واذا كان التأمين التجارى هو النظام الشائع فليس ذلك لأن حاجة الناس تقتضيه بل لأن أنظمة الحكم الجاهلية متواطئة مع أصحاب شركات التأمين من الرأسماليين المحتكرين حيث أبعدت أسلوب الاسلام الأصيل فى معالجة هذه القضية ، وقيدت وحجمت فكرة التأمين التعاونى ، ولم تترك للناس الا التأمين التجارى، فلجأوا اليه ووقعوا فيه لعدم وجود البديل الأفضل .

وقد يمكن اعتبار هذا الوضع دليلا على قيام حالة ضرورة تبيح للناس الوقوع فى الشبهات أو المحرمات بحسب شروط الضرورة الشرعية ، ولكنه لا يمكن أن يصبح دليلا على اباحة نظام التأمين ابتداء ، لأن حاجة الناس ليست اليه بذاته ، وانما حاجتهم الى أسلوب معين يخفف عنهم آثار المصائب المفاجئة .

عقد الموالاة والتأمين

يرى الأستاذ مصطفى الزرقا شبها كبيراً بين عقد الموالاة ــ عند مذهب أبى حنيفة ــ وبين عقد التأمين من المسئولية ففى عقد الموالاة يتحمل الولى المسئولية المالية الناتجة عن خطأ المولى وذلك بسبب العقد كما تتحمل الشركة المسئولية المالية عن صاحب السيارة الناتجة أحداثها بسبب العقد أيضاً علما بأن الولى لم يرتكب خطأ كما ان الشركة لم ترتكب خطأ ، وفى مقابل هذا التحمل يكون للولى الحق فى أن يرث المولى اذا مات بغير وارث ويكون الحق فى القسط الذى يدفع لها .

وهنا يجب أن نقف أمام هذا التصور بالاعتراضات التالية :

أولا : ان عقد الموالاة مختلف فيه ، وان أكثر المذاهب يرون عدم جوازه الا فقهاء الأحناف .

ثانياً : ــ ان عقد الموالاة كان بمثابة حل استثنائى لمشكلة انسان غير

عربى فى الاسلام ويراد التحاقه بالمجتمع الاسلامى وليس له فى هذا المجتمع عاقلة (أى ذوو عصبات من أقربائه يحملون مسئولية الجنايات الخطأ اذا وقعت منه) فكان الحل فيما رآه الامام أبو حنيفة رضى الله عنه وأصحابه جواز هذا العقد بحيث يتفق هذا الانسان المسلم مع مسلم آخر فى عقد موالاة صيغته أن يقول له : أنت مولاى ترثنى اذا مت وتعقل عنى اذا جنيت •

وقد اشترطوا أن يكون صاحبه غير عربى وليست له عاقله • فلا يجوز لاثنين من العرب أن يعقدا عقد موالاة كما لا يجوز لعربى أن يعقد عقد موالاة مع غير عربى اذا كان لغير العربى هذا عاقله دخلوا معه فى الاسلام •

ان هذه الشروط تجعل عقد الموالاة جاء حلا استثنائيا على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره كما هى القاعدة المشهورة (ما جاء على غير قياس فلا يقاس عليه غيره) •

وأقول حتى ما جاء مقيسا على غيره فلا يكون هو محل قياس غيره عليه ، وانما القياس يكون على الأصل المقيس عليه ، وليس على الفرع الذى لا نص فيه واجتمع مع الأصل فى علة ، فلا يتخذ هذا الفرع الذى لا نص فيه أصلا يقاس عليه بحال من الأحوال •

ثالثاً : نعم انه يوجد بين عقد الموالاة وعقد التأمين من المسئولية فروق أساسية تعتبر أقوى من وجوه التشابه وهذه الفروق هى :

(أ) ان عقد التشابه أساسه التناصر بين طرفين متعادلين بينما عقد التأمين من المسئولية عمل تجارى بين طرفين غير متكافئين •

(ب) ان عقد الموالاة يقصد منه انتماء هذا المسلم الغريب الى مجموعة من المجتمع الاسلامى (أنت مولاى) وأن الواجبات المالية تنتج عن هذا الانتماء ، بينما يكون القصد الأول من عقد التأمين المال ، ولا يطلب الانتماء الى الشركة الا لتحقيق هذا القصد •

(جـ) فى عقد الموالاة يكون تحمل الولى للمسئولية المالية المترتبة على

جناية الخطأ أمراً احتماليا كما أن اكتساب الارث أمر احتمالى أيضاً فينعدم التعادل بين الطرفين •

بناء على هذه المناقشة نقول : ان عقد الموالاة لا يصلح دليلا قياسيا ولا أصلا ينبنى عليه جواز عقد التأمين •

نظام العاقلة فى الاسلام

العاقلة هم أقرباء الانسان البالغون الذين يكون بينه وبينهم التناصر عادة ــ كما سيأتى فى الجنايات ــ وهؤلاء يحملون عنه دية الجناية فى القتل الخطأ ــ وهذا النظام يفيد أمرين ، الأول : ــ تخفيف أثر المصيبة على الجانى المخطىء • الثانية : ــ عدم تضييع الدية على أهل المجنى عليه ان كان القاتل المخطىء فقيراً ، فى حين أنها تجب على العاقلة سواء كان الجانى غنيا أو فقيراً فيكون أداؤها فى حالة فقره عنصر ضمان لأولياء المجنى عليه ألا يهدر دم وليهم •

والأستاذ مصطفى الزرقا يقول :

اذا كان الشرع قد قرر هذا النظام التعاونى ابتداء أفلا يجوز اقرار مثله بطريق التعاقد كما فى صورة عقد التأمين ؟ وهل المصلحة التى يراها الشارع بالغة من القوة درجة توجب جعلها الزامية ، تصبح مفسدة اذا حققها الناس على نطاق واسع بطرق التعاقد والمعاوضة التى يدفع فيها القليل لصيانة الكثير؟

قال الشيخ فيصل مولوى فى الأمان مجيبا على هذه التساؤلات :

أولا : ان نظام العاقلة نظام تعاونى بحت ، وأنه يجوز اقرار مثله بالتعاقد على أن يكون أيضاً تعاونيا ، فاذا صار تجاريا فلا يعود مثله ، وأن الاعتماد على نظام العاقلة لاباحة التأمين التعاونى صحيح ، لأنهما متشابهان تماما ولا يختلفان الا من حيث ان نظام العاقلة الزامى بحكم الشرع ونظام التأمين التعاونى لا يقوم الا بتراض واتفاق فئة من الناس ، ويستمد الزامية من تعاقدهم •

أما قياس التأمين التجارى على نظام العاقلة فهو قياس مع الفارق فى كل أركانه فى الأصل وفى المقيس وفى المقيس عليه • ثم انه اذا كان نظام العاقلة نظاماً شرعيا بلا خلاف فلماذا لا نطبقه الزاميا فى حدوده الشرعية ، واختياريا فيما تتعاقد عليه ، بدل أن نلجأ الى نظام جديد ليس أفضل منه ولا أيسر فى التطبيق ، وليس له من ميزة الا أنه نظام قائم موجود وفد الينا مع سائر الأنظمة الغربية •

ثانيا : ان المصلحة التى قدرها الشارع وجعلها الزامية فلا يمكن أن تتحول الى مفسدة اذا حققها الناس بطريق التعاقد والمعاوضة ــ ويمضى الشيخ مولوى هنا فيقول : ولكن الناس فى نظام التأمين التجارى لم يستطيعوا أن يحققوا المصلحة المقصودة الا مختلطة مع مضرات أفسدتها ، ومن هنا كان التوقف فى اباحة الوسيلة التى اتبعها الناس لما يترتب عليها من الضرر والظلم الذى سنشرحه قريباً •

أما المصلحة القائمة على التعاون لدرء آثار المصائب فليست موضع خلاف ولا يمكن لأحد أن يعتبرها مفسدة •

نظام التقاعد

ويرى المجيزون لنظام التأمين على الحياة شبها بينه وبين نظام التقاعد ، بل انهم لا يرون أى فرق بينهما ، ففى كلا النظامين يدفع الشخص قسطا ضئيلا دوريا لا يدرى كم يستمر به دفعه ، وكم يبلغ مجموعه عند التقاعد أو الوفاة وفى كليهما يأخذ الشخص أو أسرته مبلغاً كبيراً ــ دوريا فى التقاعد وفوريا فى التأمين على الحياة ــ يتجاوز كثيراً مجموع الأقساط •

والفرق بين النظامين ــ كما يرى المجيزون ــ أن المبلغ الذى يمكن قبضه فى التقاعد لا يعرف مقداره حتى ينقضى الاستحقاق ، بينما هو محدد معلوم المقدار فى التأمين على الحياة ، فالضرر والجهالة ، فى نظام التقاعد أعظم منها فى التأمين على الحياة •

ونقول : ان الفرق الوحيد بين النظامين أن نظام التقاعد تقوم به الدولة

بينما التأمين على الحياة تقوم به شركة تجارية • وهذا الفرق فى رأينا ينقض التأمين على الحياة تماماً ، ذلك أن الأساس فى نظام التقاعد شعور الدولة بواجبها فى حماية موظف عمل فى خدمتها حتى بلغ سن الشيخوخة والعجز عن العمل ، وأنه حين يبلغ هذه السن لا يستطيع العمل لكسب رزقه فكيف يعيش ؟ ثم ان مسئولياته العائلية تزداد فكيف يقوم بها ؟

ان واجب الدولة هنا فى نظر الاسلام أن تقدم له كل حاجاته الفردية والعائلية سواء اقتطعت من راتبه أيام عمله أم لم تقتطع ، ولكن عندما لا تكون قادرة على الوفاء بالتزاماتها هذه خاصة فى هذا العصر ، وبعد ما كثرت وتنوعت هذه الالتزامات هنا فقط أباح لها العلماء أن تقتطع من راتب الموظف نسبة ضئيلة لتتمكن من تنفيذ الالتزامات • ففكرة المعاوضة ليست قائمة هنا ، ولكنها فكرة اسهام الموظف بنسبة مما سيتلقى من الدولة بعد نهاية خدمته ، وفكرة قيام الدولة بواجبها نحو موظفيها وتجاه سائر رعاياها هو واجب لا يجوز لها التخلى عنه ، كما أنها عندما تقوم به لا تكون غايتها الربح ، بل مجرد أداء الواجب •

ثم اننا ننتهز الفرصة لنتساءل هنا : اذا كان نظام التقاعد نظاماً مشروعاً فلماذا لا نطالب بتعميمه ليشمل جميع الناس ، وهل الشركات التجارية أقدر على تأمين الناس من الدولة ؟ ثم ألا يكون تبنى الدولة لهذه الضمانات أقل كلفة على الناس من شركات التأمين التجارية ؟ واذا كان الرأسماليون فى الدول الغربية منعوا الدولة من القيام بهذا العمل ليظلوا يمتصون دماء الناس ، ويسيطرون بقدرتهم المالية والاقتصادية على مسيرة الدولة ، فهل يجوز لنا كمسلمين أن نتبعهم فى كل شىء ؟ (حتى لو دخلوا حجر ضب لدخلناه) •

قاعدة الوعد الملزم عند مالك

ويرى المجيزون لعقد التأمين أنه يشبه الوعد الملزم لصاحبه حيث تلتزم الشركة للمستأمن وبلا مقابل أن تتحمل عنه أضرار الحادث المعين ، وتعوض له خسائره • فاذا وقع الحادث وجب علينا الوفاء بالوعد بناء على أحد أقوال المذهب المالكى ، وهو موجود عندنا فى الضمان فيما مضى من فضول الضمان

ولا ندرى ما وجه الشبه بين الوعد الملزم وبين عقود التأمين والضمان قائم على المعونة والرفق والتبرر ، وليس فيه استشراف للابتزاز والربح والاثراء من طريق وعود البر والرفق والمعونة ، وهم فى هذا أشبه بمن يسلك الصدقة فى عقود البيوع •

عقد الاستئجار على الحراسة

ويرى المجيزون شبها كبيراً بين عقد التأمين وعقد الاستئجار على الحراسة حيث ان عمل الحارس ليست له أى نتيجة سوى تحقيق الأمان لصاحب الشىء المحروس ، وفى عقد التأمين يحصل المستأمن على الأمان من نتائج الأخطار التى يخشاها مقابل القسط الذى يدفعه ونقول :

أولا ــ ان عمل الحارس لا يعطى فقط الأمان للشىء المحروس ، بل انه ربما اضطر الى الدخول فى معركة دفاعاً عن الشىء المحروس ، وربما لحقه بسبب هذه المعركة ضرر فادح أو ربما مات •

أما فى عقد التأمين فان الشركة لا تقوم بأى عمل لمنع الخطر من الوقوع ولكنها فقط تنتظر وقوعه لتدفع ما اتفق عليه •

ثانيا ــ ولذلك فان عقد الحراسة يقوم على عمل معين بينما عقد التأمين لا يقوم على أى عمل ، واذا كان الأمان والاطمئنان هو النتيجة الأساسية وربما الوحيدة لعقد التأمين ، فانه احدى النتائج لعقد الحراسة •

التأمين ليس بعقد تعويض

يقول المغفور له الدكتور عبد الرزاق السنهورى باشا فى الجزء السابع من الوسيط ص ١٤١٣ :

« فالتأمين على الأشخاص ليس بعقد تعويض » بمعنى أنه لا يقصد به التعويض عن ضرر ، سواء كان تأميناً على الحياة أو تأميناً من المرض أو الاصابات ، بل قد لا يلحق المؤمن له أى ضرر فى بعض صور التأمين على

الحياة ، كالتأمين لحالة البقاء حيث يؤمن نفسه من حادث لا ضرر منه بل مرغوب فيه ، وهو أن يبقى على قيد الحياة ، ومثل ذلك بعض أنواع التأمين على الأشخاص ، كتأمين الزواج وتأمين الأولاد ، ولذلك استقر رأى شراح القانون على أنه لا يشترط فى التأمين على الأشخاص أن يكون للمؤمن له مصلحة فى التأمين أى مصلحة فى عدم تحقق الحادث المؤمن منه » وهذا الكلام يرد الزعم بأن « المعاوضة فى التأمين بأقساط انما هى بين القسط الذى يدفعه المستأمن وبين الأمان الذى يحصل عليه ، وهذا الأمان حاصل للمستأمن بمجرد العقد دون توقف على الخطر المؤمن منه بعد ذلك ، لأنه بهذا الأمان الذى حصل عليه واطمأن اليه لم يبق بالنسبة له فرق بين وقوع الخطر وعدمه ، فانه ان لم يقع الخطر ظلت أمواله ومصالحه وحقوقه سليمة • وان وقع الخطر عليها أحياها التعويض • فوقوع الخطر وعدمه بالنسبة اليه سيان بعد عقد التأمين ، وهذا ثمرة الأمان والاطمئنان الذى منحه اياها المؤمن نتيجة للعقد فى مقابل القسط ، وهنا المعاوضة الحقيقية » من بحث للأستاذ مصطفى الزرقا •

وقد ارتضيت فى هذا ما ذهب اليه الدكتور حسين الحامد من أن القول بأن المعاوضة تتم بين القسط الذى يدفعه المستأمن والأمان الذى تمنحه شركة التأمين ، وأن المستأمن لا يبقى لديه بعد حصوله على هذا الأمان فرق بين وقوع الخطر وعدم وقوعه ، فوق أنه محض تصور وخيال يناقضه ما قدمناه من أن وقوع الخطر الذى يتوقف عليه حصول المستأمن على مبلغ التأمين ــ فى التأمين على الأشخاص ــ قد يكون مرغوباً فيه • لأنه يعطى المستأمن الحق فى الحصول على مبلغ التأمين ، دون أن يكون هذا المبلغ لازماً لاصلاح ضرر أصابه من جراء وقوع الخطر ، لأنه حادث سعيد كما قلنا ، فى حين أن عدم وقوع هذا الخطر غير مرغوب فيه ، لأنه يفوت على المستأمن أقساط التأمين التى دفعها رغبة فى الحصول على مبلغ تأمين أكبر ، ولا يمكن القول ــ والحال كذلك ــ أن عدم وقوع الخطر فى هذه الحالة مصلحة للمستأمن لبقاء أمواله ومصالحه وحقوقه سليمة ، فهذا غير صحيح لأن الفرض أن وقوع الخطر لا يترتب عليه ضرر بهذه الأموال والحقوق • فوقوع الخطر وعدم

وقوعه يمنحه مبلغ التأمين الذى بذل الأقساط فى مقابلته وأملا فى الحصول عليه ، وعدم وقوعه يفقده هذا المبلغ ويجعل الأقساط التى دفعها فى مقابلته خسارة محققة • وبناء على هذا التصوير الصحيح لا يكون وقوع الخطر وعدم وقوعه سواء ، ولا يكفى القول بأن العوض الذى حصل عليه المستأمن فى مثل هذه الأحوال هو الأمان من عدم وقوع الخطر ، لأن هذا الخطر على العكس من ذلك قد يكون مرغوب الوقوع لما قدمنا ، وهـذه بعض نتائج الاغراق فى التصور والخيال عند اصدار الأحكام الشرعية على عقد التأمين •

ومما يؤكد بطلان القول بأن الأمان هو العوض الذى تمنحـه شركة التأمين ويحصل عليه المستأمن ، وأن وقوع الخطر وعدم وقوعه فى نظر هذا المستأمن ــ بعد حصوله على الأمان ــ سواء ، ما يصرح به شراح القانون من أن وظيفة التأمين على الأشخاص هى الادخار وتكوين رءوس الأموال ، لأن المستأمن فى هذه الحالة لا يؤمن من خطر يترتب على وقوعه ضرر ببـدنه وأمواله ، ويريد الحصول على مبلغ التأمين لترميم آثاره ، لأنه لو فعل لكان ما أخذه من مبلغ التأمين مساويا للضرر الذى أصابه دون زيادة ، كما هـو الحـال فى التأمين على الأشـياء ، ولم يؤد التأمين الى ادخـار ولا تكوين رأس مال ، بل ان المستأمن فى هذه الأنواع من التأمين يعلق الحصـول على مبلغ التأمين على حادث احتمال ، ان وقع كسب مبلغ التأمين ــ وهو مبلغ كبير بالنسبة لما دفعه من أقساط ــ وان لم يقع خسر ما دفعه من الأقسـاط دون أن يأمن شيئاً أو يطمئن الى شىء ، لأن الفرض أنه ليس هناك ما يوجب الخوف والجزع حتى يدفع الأقساط فى مقابل الحصول على الأمـن منـه والطمأنينة على عدم وقوعه •

عقد التأمين عقد غرر لا عقد لحقه غرر

وقد أورد القانون المدنى المصرى هذا العقد فى الباب الذى خصصـه لعقود الغرر بعد المقامرة والرهان والايراد المرتب مدى الحياة ، وكلها عقود احتمالية أو عقود غرر ، ومعنى أن عقد التأمين احتمالى أن كلا من طرفيه المؤمن والمؤمن له لا يعرف وقت ابرام العقد مقدار ما يعطى ولا مقدار ما يأخذ ، اذ

أن ذلك متوقف على الخطر المؤمن منه أو عدم وقوعه ، وهذا لا يعرفه الا الله والغرر حاصل من الجهالة بالخطر الذى قد يقع وقد لا يقع .

واذا قدر وجود التزام المؤمن بوقوع الكارثة ، واستحق المؤمن له مبلغ التأمين فان المؤمن له لا يدرى عند العقد مقدار ما يحصل عليه من تعويض فى التأمين من الأضرار ، ولا قدر ما يدفع من الأقساط للمؤمن قبل وقوع الخطر واستحقاقه لمبلغ التأمين ، فقد يدفع قسطا واحداً ، ثم تقع الكارثة ، فيستحق مبلغ التأمين ، وقد يدفع أكثر من ذلك .

وبالنسبة للمؤمن فانه لا يدرى وقت ابرام العقد مقدار الأقساط التى يحصل عليها قبل وقوع الحادث الذى علق تعده بدفع مبلغ التأمين عليه ، فقد يقع الحادث بعد أن يدفع المستأمن قسطاً واحداً فيغرم المؤمن مبلغ التأمين ، وقد يأخذ الأقساط كلها ولا تقع الحادثة فلا يلتزم بمبلغ التأمين ، وهذا كله غرر واحتمال لا يعرفه العاقدان وقت الدخول فى العقد .

وتعريفات الغرر كلها منطبقة على عقد التأمين التجارى بلا مراء .

فقد عرف الحافظ ابن حجر فى الفتح الغرر بأنه (كل ما يمكن أن يوجد وألا يوجد ، وكذلك مالا يصح غالباً) .

وعرف عبد الكريم الرافعى الغرر بأنه (التردد بين جانبين الأغلب منهما أخوفهما) أو (ما الذى ملك بازاء ما بذل) وعرف قليوبى فى حاشيته على المحلى على المنهاج : (أنه ما لا يوثق بحصول العوض فيه) .

والتأمين انما يجمع الآفات الآتية :

أولا ــ الضمان فيه التزام ما لا يلزم

ثانياً ــ فيه أكل أموال الناس بالباطل .

ثالثا ــ فيه رهان وقمار أو شبه قمار على الأقل

رابعا ــ فيه غرر وجهالة وبهما لا تصلح العقود

خامسا ــ يخالف قواعد الميراث والوصية

سادسا ــ يتضمن ربا

سابعا ــ معظم شروطه

ثامنا ــ لا توجد ضرورة اقتصادية توجبه

التأمين التبادلى البديل من التأمين التجارى

يقوم هذا التأمين على اتفاق جماعة على التعاون فيما بينهم لمجابهة الخطر الذى يتعرض له واحد منهم ، فيوزعوا المال اللازم لدرء هذا الخطر وعلاجه على عدد رءوسهم ، ويدفع كل منهم حصته من المال ، واذا كان أكبر من طاقتهم ساهموا بما يطيقون وهو سيخفف العبء على من تصيبه جائحة أو يلحقه ضرر ، فيعينونه على استئناف حياته من الأقساط التى دفعوها على سبيل التبرر والتبرغ ، وما عساهم يقدمونة له زيادة على ما يأخذ مما تجود به أريحيتهم •

فقد يقوم أهل حرفة واحدة أو أهل نمط واحد من أنماط العيش كأصحاب السيارات الخاصة مثلا ، أو أصحاب السيارات الأجرة أو أهل النقابة حيث تضمن هذه الفئة أو هذه النقابة درء الخطر النازل على أحد المشتركين فيها • وتعريفه أنه اتحاد فيما بين المؤمن لهم أنفسهم يأخذون على عاتقهم دفع الاشتراكات الدورية ــ وفق جدول متفق عليه ــ تستخدم حصيلتها فى تغطية الخسائر التى يتعرض لها واحد منهم •

ومعنى أن يكون المستأمن ــ أو المؤمن بالميم المشددة المكسورة ــ فهو يؤمن غيره ونفسه ، وغيره يصنع صنيعه ، ولذلك سمى بالتأمين التبادلى التعاونى ، ويكون جميع المشتركين هم أصحاب الجمعية أو الاتحاد أو الشركة فيحافظ كل منهم عليها ، ويعمل على تقويتها ، وقد يتبرع الرجل بعمله فى تنظيم الدفاتر وقيد الحسابات ، وهذا المناخ يمنع التحايل على الابتزاز وأخذ مال غير مستحق كما يحصل فى شركات التأمين التجارى •

ويقول الدكتور الجمال رحمه الله تعالى فى كتابه (التأمين بين الشريعة والقانون) :

ان الخط البارز فى التأمين التبادلى هو أن المؤمن له تتمثل فيه مصلحة الجهاز التبادلى نفسه ، ولذلك يبذل قصارى جهده لنجاح هذا الجهاز ، ويستبعد اندماج معدومى الضمير والمتآمرين ، ومفتعلى الكوارث من مجال التأمين التبادلى . ا هـ

ويمكن أن يقوم هذا التأمين فى كل موقع عمل أو تجمع بين الزراع أو بين مالكى المصانع أو بين العمال أو التجار أو أصحاب العقارات وهكذا ، بحيث يؤلف كل جماعة فيما بينهم اتحاداً يؤمنهم تأميناً شاملا ، حسب النظام الذى يرتضونه .

ويمكن أن تقتصر جمعيات أو اتحادات التأمين التبادلى على جمع الأقساط وسداد التعويضات ، ويمكن استثمار المال المتجمع فى عمليات مشروعة مربحة، وهذا الربح يمكن أن يمد رواقه على جميع آفاق تحتاج الى التأمين ، فيغنى غناء كاملا عن التعامل مع شركات التأمين التجارى ، وقد رأى العالم من غير المسلمين فوائد التأمين التعاونى فصار يمثل ٧٠ ٪ من عمليات التأمين فى سويسرا وألمانيا والولايات المتحدة هذا والله تعالى الموفق الى الصواب ومنه نستمد العون وحسن الثواب .

ويخلص الشيخ فيصل مولوى فيذهب الى ما ذهب اليه الاستاذ يوسف كمال فى رسالته أضواء على الاقتصاد الاسلامى فيقول :

أولا : مزايا التأمين الاسلامى :

١ ــ ان الجهة التى ترعى قضية التأمين والامان فى الاسلام انما هى بيت مال المسلمين • بيت المال هذا ينظم التكافل فيأخذ من الأغنياء ليعطى الفقراء ، وهو يقوم بواجباته دون قصد الربح والمتاجرة بآلام الناس ومصائبهم •

٢ ــ وان من أهم الفوارق بين التأمين الاسلامى الذى يرعاه بيت المال وبين التأمين التجارى الذى تقوم به الشركات التجارية أن التأمين الاسلامى يشمل جميع المواطنين سواء كانوا مسلمين أم غير مسلمين يعيشون فى ظل دولة الاسلام ، وهو يشمل بالذات الفئة من الناس التى لا تستطيع ان تدفع أقساط التأمين ، وهذه بالتأكيد أشد حاجة للتأمين من القادرين على دفع القسط، بينما التأمين التجارى محصور بالمتعاملين مع الشركة دون سواهم ولو كانوا أحوج منهم ، لان هدف الشركة الاول انما هو الربح بينما هدف بيت المال الاول انما هو تنظيم التكافل وسد حاجات الناس •

٣ ــ وان من أهم الفوارق أيضا ان التأمين الاسلامى يهدف الى رفع الضرر لا الى تحقيق الارباح والمكاسب • ان مبادىء الاسلام ترفض فكرة التأمين على الحياة التى يكسب بها بعض الناس أموالا طائلة لا لرفع ضرر نزل بهم ولكن احتياطا ومحافظة على مستوى معين من البذخ والترف • ان التأمين الاسلامى يهدف الى رفع الضرر الواقع ، أما جمع الأموال وتحقيق الارباح فهذا له طريق آخر مشروع هو طريق العمل فى التجارة أو الصناعة أو الزراعة أو الخدمات أو أى عمل مشروع آخر •

٤ ــ وان من مزايا التأمين الاسلامى أنه يضمن حاجات الناس فى شيخوختهم،

ويضمن حاجاتهم اذا عجزوا عن العمل والانتاج لأى سبب من الاسباب • فهو أشمل بكثير من تأمين الشركات التجارية الذى ينحصر ببعض الاموال أو ببعض الحوادث • فاذا هلك المال المتفق على تأمينه نال صاحبه التعويض ، واذا سلم هذا المال وهلك غيره لم ينل أى تعويض • واذا وقع حادث معين بشروط معينة نال الانسان التعويض فاذا وقع حادث لا يخضع للشروط المتفق عليها لم يكن للانسان أى تعويض بينما نجد التأمين الاسلامى الشامل يتناول كل أنواع الأموال وكل أنواع الحوادث عندما تؤدى الى ضرر لا يستطيع صاحبه أن يتحمله •

٥ ــ وان من مزايا التأمين الاسلامى أنه يشمل ضمان حاجات الاولاد والعيال بعد وفاة معيلهم • وهو يضمنها بدون أن يدفع المعيل أى قسط ، ويضمنها فى حدود الحاجات الاساسية فقط ، أما الغنى فطريقه المشروع هو المبادرة والعمل المنتج من الانسان •

ثانيا : نصوص خالدة :

وحتى لا يتبادر الى الظن أن هذا الكلام الذى سقناه ليس له أصل فى الاسلام فاننا نقتطف بعض النصوص التى تؤكد كل ما ذكرناه من مزايا التأمين الاسلامى :

١ ــ فالزكاه ــ وهى أحد أركان الاسلام الخمسة ــ انما شرعت لتأمين حاجات الفقراء • وقد بين الله تعالى مصارفها فى القرآن الكريم فجعلها (للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفى الرقاب والغارمين وفى سبيل الله وابن السبيل) وهى تشمل اذا :

ــ الفقراء والمساكين بغض النظر عن سبب فقرهم •

ــ تحرير الارقاء ، ومساعدة المنقطعين •

مساعدة الغارمين الذين تكاثرت عليهم الديون لأى سبب كان (مصيبة ــ خسارة ــ حوادث ...الخ) •

وفى سبيل الله .. باطلاق وبغير تحديد ، وان كان أكثر العلماء قد جعلوا هذا الباب خاصا بالقتال ونفقاته .

كل ذلك بالاضافة الى نفقات الموظفين العاملين لجباية الزكاة وتوزيعها . والمؤلفة قلوبهم مما لا يدخل فى موضوعنا الخاص عن التأمين .

٢ ــ وحتى تظهر لنا بوضوح مسؤولية بيت مال المسلمين عن كل فرد من أفرادهم نذكر قصة الاعرابية التى جاءت الى عمر بن الخطاب وهو يقيل فى ظل شجرة وهى لا تعرفه فقالت له :

(انى أمرأة مسكينة ، ولى بنون ، وان أمير المؤمنين عمر كان بعث محمد بن مسلمة ساعيا ــ أى جابيا وموزعا للزكاة ــ فلم يعطنا ، فلعلك ــ يرحمك الله ــ أن تشفع لنا اليه) .

انها تعرف حقها فى بيت مال المسلمين ، وتطلب من عمر وهى لا تعرفه أن يشفع لها عند محمد بن مسلمة ليعطيها حقها ، ولكن عمر صاح بخادمه (يرفأ) وطلب منه أن يدعو محمد بن مسلمة اليه . والاعرابية حتى الآن لم تعرف شخص عمر فقالت له : انه أنجح لحاجتى أن تقوم معى اليه ..

فقال عمر : انه سيفعل ان شاء الله .

فلما جاء محمد بن مسلمة قال : السلام عليك يا أمير المؤمنين .

فاستحيت الاعرابية ، وقال عمر :

والله ما آلو أن اختار خياركم ، كيف أنت قائل اذا سألك الله عز وجل عن هذه ؟ فدمعت عينا محمد . ثم قال عمر : ان بعثتك فأد اليها صدقة العام وعام أول ، وما أدرى لعلى لا أبعثك ثم دعا لها بجمل فأعطاها دقيقا وزيتا وأمرها أن تلحق به الى خيبر حيث أعطاها جملين آخرين ريثما يصل اليها محمد بن مسلمة ويعطيها حقها من الزكاة [1] .

---

(١) كتاب الأموال لأبى عبيد .

انها أرملة مسكينة ولها بنون • مات زوجها وليس لها معيل ، ولكنها لم تكن ضائعة لأن حقها فى بيت المال ثابت • ولم يكن هذا مجرد اجتهاد من عمر ، ولكنه كان تطبيقا صحيحا لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم : (أنا أولى بكل مسلم من نفسه • من ترك مالا فلورثته • ومن ترك دينا أو ضياعا فالى وعلى) رواه الشيخان • والضياع : هم الاولاد الضائعون الذين لا مال لهم •

هل التأمين على الحياة لمصلحة الاولادلدى الشركات التجارية المستحدثة يعالج مشكلة هؤلاء الاولاد كما عالجها الاسلام ؟

٣ ــ وعندما دخل خالد بن الوليد الحيرة بالعراق صالحه أهلها وهم من النصارى وظلوا على دينهم ، فكتب لهم وثيقة سياسية ضمنها نوعا من التأمين يعتبر أول ضمان اجتماعى فى التاريخ ، ولا يزال يعتبر أشمل أنواع الضمان والتأمين • يقول خالد :

(وجعلت لهم : أيما شيخ ضعف عن العمل ، أو أصابته آفة من الآفات ، أوكان غنيا فافتقر ، وصار أهل دينه يتصدقون عليه ، طرحت جزيته ، وأعيل من بيت مال المسلمين هو وعياله ما أقام بدار الهجرة ودار الاسلام ، فان خرجوا الى غير دار الهجرة ودار الاسلام فليس على المسلمين النفقة على عيالهم) [٢] •

أى تأمين تجارى يقف أمام هذا التأمين الاسلامى ؟ انه يضمن شيخوخة الناس عندما يعجزون عن العمل والانتاج •• ويضمن الحوادث الطارئة التى تصيبهم بآفة تقعدهم عن العمل •

ويضمن الافتقار مهما كان سببه ، ويجعل على بيت مال المسلمين واجب اعالة هذا الانسان مع عياله ، وهو لا يزال على دينه •

انها قمة شامخة •• يتطلع الانسان اليها •• ثم ينظر الى المسلمين وهم

---

(٢) كتاب الخراج لابى يوسف •

يتناقشون فى صور ممسوخة من التأمين التجارى .. فلا يكاد ينقضى منه العجب .

ولكنها الهزيمة النفسية غابت علينا .

٤ ــ وروى المؤرخون عن عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه أن زوجته فاطمة دخلت عليه يوما وهو جالس فى مصلاه ، واضعا خده على يده ، ودموعه تسيل على خديه فقالت له : ما لك ؟ قال : (ويحك يا فاطمة ، قد وليت من أمر هذه الأمة ما وليت ، ففكرت فى الفقير الجائع ، والمريض الضائع ، والعارى المجهود ، واليتيم المكسور ، والأرملة الوحيدة ، والمظلوم المقهور ، والغريب الأسير ، والشيخ الكبير ، وذى العيال الكثير والمال القليل وأشباههم فى أقطار الأرض وأطراف البلاد ، فعلمت أن ربى عز وجل سيسألنى عنهم يوم القيامة ، وان خصمى دونهم محمد صلى الله عليه وسلم ، فخشيت أن لا يثبت لى حجة عند خصومته فرحمت نفسى وبكيت) [١] .

انها اذا مسؤولية ولى الأمر المسلم ، ومسؤولية بيت مال المسلمين فى جعل التأمين شاملا كل محتاج من أبناء الامة جميعا . هكذا شرعها محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهكذا طبقها من بعده أصحابه رضوان الله عليهم .

ثالثا : أسس التكافل الاسلامى

مما تقدم نستطيع أن نستلخص أسس التكافل الاسلامى الذى نسميه تجاوزا « التأمين الاسلامى » وهى :

١ ــ أن ولى الأمر المسلم أو بيت مال المسلمين هو الجهة التى يجب عليها تنظيم التأمين .

٢ ــ وان بيت المال حين يقوم بهذه المهمة انما يهدف الى تنظيم التكافل بين الناس على أفضل وجه ممكن لا الى تحقيق الربح .

---

(٣) البداية والنهاية لابن كثير .

٣ ـ وان التأمين الاسلامى يشمل كل الحالات التى تؤدى الى ظهور الحاجة ، فيشمل تأمين الحوادث وتأمين الأموال وما يسمى التأمين على الحياة وفق أصوله الخاصة .

٤ ـ وان التأمين الاسلامى يهدف الى رفع الضرر اللاحق بالانسان لا الى تحقيق الغنى . فهو وسيلة تكافل وليس وسيلة كسب .

رابعا : التامين التعاونى :

واذا كان بيت مال المسلمين غير موجود ، أو أنه موجود ولكنه لا يقوم بواجبه فى مجال التأمين كما ذكرنا ، فماذا يفعل المسلم ؟ وهل يظل يعيش تحت ضغط الخوف من كل مفاجأة ؟ وهل كتب على المسلم اذا أراد أن يكون ملتزما بالاسلام أن يظل فى قلق دائم حتى اذا حلت به مصيبة لم يستطع التغلب عليها وعاش فى ضيق شديد ، وربما شغلته عن عبادته فضلا عن واجباته الاسلامية الأخرى ..

ولا نريد الاستطراد فى وصف حالة المسلم الذى يعيش فى مجتمع جاهلى فيتحمل كل سيئاته لأنه لا يستطيع التخلص منها ، ولا يستفيد من حسناته لأنها حرام فيعيش فى ضيق كامل .. ولا نريد أيضا أن نذكر بالأسس التى تحكم حياة المسلم فى مجتمع جاهلى ليعيش مسلماً بدون أعنات وبدون تشنج وبدون تميع ، فان هذا الموضوع له مجال آخر ، ولكننا نريد أن نتحدث فى هذا المجال عن التأمين التعاونى ليس باعتباره حلا بديلا مؤقتا يمكن أن يلجأ اليه المسلمون فى مجتمع غير اسلامى ، ولكن أيضا باعتباره وسيلة من وسائل تنظيم التكافل الاسلامى يمكن أن يلجأ اليها المسلمون حتى فى ظل حكم اسلامى لأنها تقوم على أسس تتوافق تماما مع الأسس الشرعية للتكافل والتعاون .

فالتأمين التعاونى هو اشتراك مجموعة من الناس فى انشاء صندوق لهم يمولونه بقسط محدد يدفعه كل واحد منهم ، ويأخذ كل منهم من هذا الصندوق نصيبا معينا اذا أصابه حادث معين ، والفارق بينه وبين التأمين

التجارى أن الأموال المتجمعة من الأقساط تبقى ملكا للجميع بدل أن تؤول الى أصحاب الشركة ، فهو بهذا الشكل نوع من أنواع التكافل المحض • ولكنه تكافل منظم بدل أن يكون متروكا للظروف •

وتنظيم التكافل ليكون أقدر على مجابهة الحوادث والمصائب والاضرار التى تنزل بالناس أمر مشكور • والزكاة فى حقيقتها تعتبر نوعا من أنواع التنظيم للتكافل • ولكنها تقوم على الاخذ من الغنى لاعطاء الفقير • بينما التأمين التعاونى ليس مقيدا بهذا المبدأ • ولكنه يشبه نوعا آخر من أنواع تنظيم التكافل فى الاسلام وهو نظام العاقلة ، حيث يشترك أفراد العائلة جميعا فى دفع دية القتل الخطأ عن القاتل المخطىء أو بالاشتراك معه • وهذا نوع من أنواع تنظيم التكافل بين أبناء العائلة الواحدة فرضته الشريعة ، وهو يؤكد جواز اقدام مجموعة من المسلمين على تنظيم التكافل فيما بينهم مع مراعاة أسس التكافل الاسلامى التى ذكرناها سابقا •

فالتأمين التعاونى لا يهدف لتحقيق الربح للقائمين به ، ولا يهدف لتحقيق الغنى لأعضائه ، بل مجرد رفع الضرر اللاحق بهم ، واذا لم يمكن أن يكون شاملا لكل الحالات فلا بأس أن يشمل بعضها لأن القاعدة الشرعية أن (الضرر يزال ما أمكن) ، واذا تعذر وجود بيت مال للمسلمين يرعى كل جوانب التكافل فان فكرة التأمين التعاونى يمكن أن تكون بيت مال مصغر لمجموعة من المسلمين ترعى بعض جوانب التكافل الأكثر ضرورة عندهم • فيمكن أن يتفق بعض أصحاب السيارات على تأمين تعاونى فيما بينهم ، ويمكن أن يتعاقد بعض التجار على نوع من التأمين التعاونى فيما بينهم • ان هذا التأمين تجيزه القوانين المدنية القائمة ولا يتعارض مع مبادىء الاسلام فى التكافل ، فيمكن اللجوء اليه باطمئنان كامل • بل ان دولة الاسلام يمكن أن تعتمد هذا النوع من تنظيم التكافل فيما اذا لم تف الزكاة فى وقت من الأوقات بكل نفقات التكافل •

خامسا : التأمين التجارى :

واذا لم يظهر الى الوجود هذا النوع من التأمين التعاونى فهل يباح للمسلم أن يشترك فى التأمين التجارى ؟

وجوابنا ما يلى :

١ ــ الاصل فى رأينا أن التأمين التجارى بكل أنواعه حرام ، وان المسلم يجب عليه أن يحرص على الابتعاد عنه ما أمكن •

٢ ــ فاذا قررت الدولة الزام الناس على التأمين فى مجال من المجالات فهى حالة ضرورة مشروعة ، الا اذا كان يستطيع التهرب من التعامل فى ذلك المجال بدون أن يلحق به عنت أو مشقة •

٣ ــ فاذا بقى التأمين اختياريا ، ولكن المسلم كان فى وضع خاص يتعرض معه الى ضرر كبير لا يستطيع احتماله ، فانه يجوز له عند ذلك الوقوع فى التأمين لأن (الضرورات ترفع المحظورات) • الا أن هذا الرأى ليس حكما عاما لجميع المسلمين بل هو مبدأ مجرد قد ينطبق على انسان ولا ينطبق على آخر ، اذ لا بد من التحقق من الضرر الكبير المحتمل ، ومن عدم قدرة المسلم على احتماله •

٤ ــ وهذه الاباحة لتعاطى التأمين عند الضرورة محصورة بأنواع التأمين على الأموال وعلى المسؤولية من الحوادث • أما التأمين على الحياة فتصور الضرورة فيه مستبعد أصلا ، فضلا عن أنه فى أصله انما يهدف الى الكسب لا الى رفع ضرر حاصل • وهذا بالاضافة الى أنه لا يجوز اطعام الأولاد من مال حرام بناء على احتمال الحاجة والفقر ، اذ ربما لا يتعرضون لهـــا ولا يحتاجون بالتالى الى أكل الحرام •

ما قلناه فى كتاب الشركات من الطبعة السابقة

عقــود التأمين وشركاتها

فعندهم مثلا عقد يسمى عقد المهر وهو عقد على مبلغ معين يعطى للابن أو البنت اذا بلغت أو بلغ سن الزواج فيكون هذا المبلغ من المال معد القبضة لينفق فى صلاح حال المؤمن له ، ويؤدى المؤمن عليه نجوماً سنوية بغير فوائد، فاذا أراد أن يحولها الى أقساط شهرية أضيف اليها نسبة مئوية بصفة فوائد . ويكون التأمين لمدة تسمح حالة المؤمن عليــه الظاهرة فى صــحته وســلامة اعضائه بحيث تطمئن الشركة الى أن أقساطها ستؤدى كاملة على غالب الظن، والا فان الآجال بيد الله تعالى فاذا مات المؤمن عليه ولو بعد قسط واحــد من كتابة العقد فان الاقساط تحط عن ورثته وتوقف فوراً ويأتى المســتحق وهو المؤمن له فى موعد القبض ليقبض قيمة البوليصة كاملة . واذا أراد أن يسترد ما دفعه فانه لا يحصل الا نحو نصفه أو أقل حسب جدول موضح فى العقد . ان هذه الصورة فيها بعض الخلل الذى ترفضه الشريعة الســمحة ولكى يكون عقدا صحيحا يجب مراعاة ما يأتى :

١ ــ أن يخلو من الفوائد الربوية على الأقساط الشهرية .

٢ ــ أن يسترد من يريد الفسخ ما بذله من الأقساط حتى ينتفى الغرر .

٣ ــ أن يصرف للمؤمن له ما دفعه المؤمن عليه فوراً ، الا اذا أراد أن يستأنف العقد فيتولى بنفسه سداد الأقساط فانه يبنى على ما بذله المؤمــن عليــه .

٤ ــ أن يكون عقد ادخار فالأقساط تحفظها الشركة لتردها عند الطلب بغير زيادة أو نقصان .

وبذلك تنتفى الجهالة من حيث عمر المؤمن عليه وينتفى الغرر من حيث اخذ المؤمن عليه أكثر مما بذله ، ويوقف دفع الأقساط بزيادة ربوية مع رد

ما عساه يكون قد دفعه من ذلك (فان تبتم فلكم رءوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون) [1] .

ومن عقود التأمين ما كان على الحياة ، وصورته أن يعقد عقداً على مبلغ ٥٠٠٠ خمسة آلاف جنيه مثلا تدفع لورثته بعد وفاته اذا مات بحادث أو مات حتف أنفه وفى هذه الصورة من القمار الصريح ما يتضح فى جهالة الأجل لتعلقه بعلم الله تعالى والغرر القائم فى العقد لجهالة ما سيدفعه المؤمن على حياته .

ومن صور التأمين أن يؤمن صاحب المصنع أو صاحب السيارة على ما عساه يقع للعمال أو المارة من اصابات تنجم أثناء العمل عنه أو من سيارته أثناء سيره بها فانه يعد بمثابة ايجاد ما ينوب عن العاقلة فى أداء ما عليه من الدية ، وذلك نظير مبلغ متعاقد عليه يؤديه منجماً سنوياً أو شهريا ، على أن تتولى الشركة دفع الضمان أو قيمة التأمين وهو بمثابة الدية أو التعويض لمن وقع عليه هذا القضاء وهذه الصورة جائزة من حيث ان المستفيد من العقد ــ أعنى المؤمن له ــ شخص آخر مشاعاً فى الناس غير متعين ، وفى القسامة نوع من التضامن بين أهل حى أو ربع فى بذل الدية بعد أن يحلفوا أنهم لا يعرفون له قاتلا . وفى الباب بحث سنوفيه فى العمرى والرقبى ان شاء الله وأعان .

وقد أفتى ببطلان عقد التأمين على الحياة من فقهاء العصر جدنا فى العلم والأرومة الشيخ محمد نجيب المطيعى مفتى الديار المصرية رحمه الله والشيخ أحمد ابراهيم من كبار فقهاء الشريعة فى عصره . وقد أجاز الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله تعالى عقد التأمين التعاونى أو الاجتماعى وحرم ما عدا ذلك من صور التأمين . ويقول الدكتور محمد سلام مدكور فى بحث له [2] عن آراء الفقهاء فيقول « ومنهم من أجاز كل أنواع عقود التأمين التى تدعو الحاجة اليها ، ورأى أن عقد التأمين على الحياة لا تدعو اليه الحاجة ، ومن هؤلاء الأساتذة الحجوى . ولما تفشت هذه العقود بأنواعها بين الناس

---

(١) من الآية ٢٨٩ من سورة البقرة .
(٢) مجلة العربى الكويتية العدد ١٩٥

وفى مختلف الأوساط وألفها الناس واعتادوها دون أن يترتب عليها بذاتها وبالنسبة لجوهرها أى نزاع ومن هنا ظهرت آراء آخرين يجيزون عقود التأمين بأنواعها ومن هؤلاء الأستاذ مصطفى الزرقا (الأستاذ بجامعة دمشق) وفضيلة الشيخ على الخفيف رئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق الذى قال فى بحثه المقدم للمؤتمر الثانى بمجمع البحوث الاسلامية « ان حكم التأمين شرعاً هو الجواز ، لأنه عقد جديد لم يشمله نص حاضر ، وهو يحقق مصلحة دون أن يكون من ورائه ضرر ، فأصبح بعد أن تفشى وشاع عرفا عاما دعت اليه كل من المصلحة العامة والمصلحة الخاصة وأن المصلحة التى تدعو اليه تقارب الضرورة ومعها لا يكون للاشتباه فيها موضع اذا فرض وكان فيه شبهة » •

الشبه التى يستند اليها المحرمون

تتلخص الشبه التى أثيرت حول عدم مشروعية عقود التأمين فى أنها تقوم على الجهالة والغرر وهما يمنعان من صحة التعاقد شرعاً لنهى الشارع عن بيع الغرر ، وقالوا أيضاً : ان الضمان فيه من قبيل البر والخير فلا يجوز أخذ العوض عنه ، كما أنه ضمان لشىء معدوم وقت العقد وان كان على خطر الوجود ، كما أن هذه العقود من قبيل المقامرة وهى ممنوعة شرعا فضلا عن أنها أكل لأموال الناس بالباطل ــ وأنها تتصل بالمعاملات الربوية من ناحية استغلال الشركة لأموالها أو لبعض منها فى القروض الربوية ، ومن ناحية رد الأقساط المدخرة مع فائدة ربوية لها فى بعض أنواع العقود •

وقد أخذ فى رد الشبه بأجوبة لا تقوى على دفعها فضلا عن اقرار الكاتب بأن بعض شروط شركات التأمين تقوم على التعسف والاستغلال ، وقد أقر بأن الشركات تتعامل بالربا فى أموال المؤمنين مما يجعل أرباحها من ثمرات ذلك التعامل المحظور •

أعمال شركات التأمين نوعان [1] •

---

(1) من البحوث المقدمة لمؤتمر علماء المسلمين السابع الذى عقده مجمع البحوث الاسلامية فى القاهرة للدكتور عبد الرحمن تاج رحمه الله تعالى •

الأول : تأمين على الحياة .

الثانى : تأمين على الأموال .

والتأمين فى كلا النوعين مقتضاه ضمان السلامة . ولكن ذلك ليس معناه منع المخاطر والحيلولة دون أسباب التلف، والهلاك ، فانه ليس فى مقدور أحد أن يصد طارق الموت اذا حل ، أو يمنع النوازل السماوية اذا عرضت ، فيكون من أكبر العبث وأعظم الحماقة أن تضمن السلامة فى شىء من ذلك أو يقبل هذا الضمان ممن يزعمه .

ان ضمان السلامة فى مثل هذه الحالات ليس الا ضربا من المراهنات على معنى أن شركة التأمين تتفق مع من يتعاقد معها عقد تأمين على الحياة أو المال على أنه ان وقع عطب أو تلف أو هلاك للشخص أو للشىء المؤمن عليه كان عليها تعويض تلك الخسارة بدفع ما التزمت دفعه من المال .

وصورة التأمين على الحياة أن يعقد شخص مع الشركة عقدا على مقدار معين من المال لمدة محدودة من الزمن ، كخمسة آلاف جنيه لمدة عشرين سنة، يلتزم الشخص ــ بهذا العقد ــ للشركة دفع ذلك المقدار على أقساط شهرية مثلا ، وتلتزم الشركة له دفع هذا المال كله ان تمت له السلامة الى نهاية المدة المحددة ، تدفع له هذا المال مع أرباحه الربوية أو من غير أرباح على حسب الشرط المتفق عليه ، وكذلك تلتزم دفع المال كله لورثته أو لمن يعينه خلفا له فى هذا المال اذا مات فى أثناء المدة ، ولو لم يدفع من مال التأمين الا قسطا واحدا . ويلحق بالتأمين على الحياة التأمين ضد اصابة جزء من أجزاء الجسم .

أما التأمين على الأموال فصورته أن يعقد شخص مع الشركة عقدا تضمن له به سلامة داره ، أو سيارته ، أو أثاث منزله ، أو بضاعته التى فى متجره ، أو التى يريد نقلها من جهة الى أخرى فى البر أو البحر أو ما الى ذلك من مختلف الأموال ، ويلتزم صاحب المال المؤمن عليه أن يدفع للشركة ضريبة معينة من المال كل سنة أو كل شهر على حسب الشرط .

ويختلف مقدار هذه الضريبة على حسب المال المؤمن عليه الذى يتفق الطرفان على مقدار قيمته •

وهذه الضريبة لا يستردها صاحب المال على كل حال ، وانما تكون خالصة لشركة التأمين على خلاف الحكم فى أقساط التأمين على الحياة ، ثم تلتزم الشركة لصاحب المال المؤمن عليه بأن تدفع له قيمة هذا المال كلها اذا هلك أو تلف بحرق أو غرق أو غير ذلك ما دام عقد التأمين قائماً ، ولو لم يدفع صاحب المال من الضريبة الا دفعة واحدة •

الحكم الشرعى فى نوعى التأمين

راجع البحث الموسع فى آخر الجزء الثالث عشر

لم يؤثر عن المتقدمين من علماء الاسلام كلام فى موضوع التأمين على الحياة أو على الأموال ، فلم يعرف لهم فيه قول بالحل أو الحرمة ، لأن هذا الضرب من التعامل لم يكن معروفا فى زمنهم فى المحيط الاسلامى ولا فى المحيطات القريبة منه ولكنه ــ فى ظل قواعد الشريعة ومبادئها وعلى ضوء ما استنبطه العلماء المجتهدون من مصادرها من قيود وشروط ــ يمكن أن يوقف على حكم التأمين بنوعيه ، من وجهة نظر الشريعة الاسلامية ، بعد أن تعرف أوضاع هذا التأمين وآثاره القانونية ، وشروطه وقيوده العرفية التى تسير عليها شركات التأمين ، وبعد أن يوزن ذلك كله بموازين الشريعة، فى نصوصها التفصيلية ، وعموماتها الكلية ، وما استقاه الأئمة المجتهدون من مصادر الفقه الاسلامى من ضوابط وقوانين ، فان ذلك اذا أخذ على وجهه الصحيح ، وفهم فهما جيدا عميقا مستوعبا ، أمكن أن يستخرج منه حكم التأمين ، وكذلك حكم غير التأمين من كل ما يعرض فى الحياة من شئون لم يكن للفقهاء السابقين عهد بها من قبل •

وعلى هذا الأساس نقول : ان عقود التأمين على الصورة التى قدمناها ــ ليس لها مسوغ من الوجهة الشرعية الاسلامية ، حتى فى الحالة التى لا يشترط فيها على الشركة ــ فى عقد التأمين على الحياة ــ دفع فوائد ربوية

من أصل مبلغ التأمين المتفق عليه لصاحب العقد على فرض بقائه حيا الى نهاية المدة المعينة ، فان العقد ذاته فاسد مشتمل على شروط فاسدة ، وعلى طريقة يستباح بها أكل أموال الناس بالباطل . ومثل ذلك يقال فى حكم التأمين على الأموال كما سيأتى بيان ذلك بالتفصيل .

هذا وقد أورد ابن عابدين ــ فى حاشيته على الدر المختار [1] ــ بحثا قيما استخرج به حكم الشريعة فى التأمين على الأموال ، لأنه هو الذى كثر السؤال عنه فى زمنه معبراً عنه باسم (السوكرة) وقد قال فى صورتها : « انه جرت العادة أن التجار اذا استأجروا مركبا من حربى يدفعون له أجرته ويدفعون أيضاً مالا معلوما لرجل حربى مقيم فى بلاده ، يسمى ذلك المال (سوكرة) على أنه مهما هلك من المال الذى فى المركب بحرق أو غرق أو نهب أو غيره فذلك الرجل ضامن له بمقابلة ما يأخذه منهم وله وكيل عنه مستأمن فى دارنا يقيم فى بلاد السواحل الاسلامية باذن السلطان يقبض من التجار مال السوكرة ، واذا هلك من مالهم فى البحر شىء يؤدى ذلك المستأمن للتجار بدله تماما » .

قال ابن عابدين : « والذى يظهر لى أنه لا يحل للتاجر أخذ بدل الهالك من ماله ، لأن هذا التزام ما لا يلزم » .

أى أن ما لا يلزم شرعاً لا يصح التزامه ولا الالزام به ، فلا يحل لمسلم أخذه ، ولا يجوز التعاقد عليه ، فان العقد حينئذ يكون فاسداً .

واذا كان هذا هو حكم عقد التأمين الذى يجرى بين مسلم ومستأمن ، من حيث ان المستأمن قد التزم أحكام الاسلام فى التعامل مدة بقائه فى دار الاسلام ، وأنه لذلك قد صارت أمواله كأموال الذميين فلا يجوز أخذ شىء من ماله بغدر أو بعقد فاسد ــ اذا كان الأمر كذلك بين المسلم والمستأمن

---

(1) حاشية « رد المحتار على الدر المختار » فى [فصل استئمان الكافر] من باب المستأمن (الجزء الثالث ص ٣٤٥ ــ ٣٤٦) .

وابن عابدين هو من علماء القرن الثالث عشر الهجرى اى انه لم يكن من المتقدمين الذين قررنا انه لم يؤثر عنه كلام فى موضوع التامين .

فأولى أن يكون العقد (عقد التأمين) فاسدا ولا يحل أن يؤخذ به شيء من المال اذا جرى بين مسلم وذمى ، أو بين مسلم ومسلم •

وخلاصة القول أن المسلم ممنوع من الغدر ومن الاستيلاء ، على مال أحد بغير حق ، سواء أكان مسلما أم ذميا أم مستأمنا • ولا يحل له أن يعقد فى دار الاسلام مع أحد من الذميين أو المستأمنين الا ما يحل أن يعقده مع المسلمين •

هذا ــ وان وضع مسألة التأمين على الأموال على الصورة التى عرضها (ابن عابدين) واضح منه أن عنصر المستأمنين قام وسيطا بين التاجر المسلم والحربى الذى هو الطرف الآخر فى عقد التأمين • وقد علم أنه لا يجوز للمسلم مباشرة عقد فاسد فى دار الاسلام مع أحد من المستأمنين ولا يحل له أن يأخذ بهذا العقد شيئاً من مال حربى أو مستأمن • فاذا لم يكن فى المسألة ذلك العنصر الوسيط المستأمن ، وأجرى عقد التأمين فى دار الاسلام بين المسلم والحربى مباشرة بطريق المراسلة ، أو أجرى بينهما فى دار الحرب بعد دخول المسلم مستأمنا فى تلك الدار أو أجرى بين الحربى وبين حربى آخر شريك للتاجر المسلم فماذا يكون الحكم من حيث صفة العقد ؟ ومن حيث استيلاء المسلم به على مال التأمين من الحربى ؟ ••

و (الجواب) أنه فى دار الاسلام لا يحل للمسلم أن يعقد عقداً فاسداً مطلقا كما قدمنا •• وعلى هذا اذا عقد المسلم عقد التأمين وهو فى بلد الاسلام بطريق المراسلة مع الحربى فلا يحل له أن يأخذ مال التأمين ولو كان القبض قد حصل فى بلاد الحرب لأنه انما يأخذه بناء على عقد فاسد وقع فى بلد الاسلام •

واذا كان العقد قد أجرى فى دار الحرب بين الحربى والتاجر المسلم الذى دخل تلك الديار مستأمنا فان هذا العقد لا يأخذ أحكام الاسلام هنالك، لأن دار الحرب ليست دار أحكام • فاذا تم قبض المال هناك أيضاً جاز للمسلم أخذه لأنه يكون أخذ مال لحربى برضاه وأخذ مال الحربى برضاه جائز بكل

حال ، وبكل وجه وسبيل ، حتى من طريق الربا والقمار ، مادام ليس فى ذلك غدر فان الغدر ممنوع على كل حال .

أما اذا اتفق على أن يكون القبض فى بلد الاسلام بعد تمام العقد فى بلد الحرب فان تم القبض بتراض من غير خصومة جاز للمسلم أخذ المال ، كما جاز ذلك فى بلد الحرب .. وان كان هناك تناكر وخصومة فلا يسع القاضى المسلم أن يحكم بذلك المال الذى لم يكن التزامه الا لعقد فاسد . ا هـ

ومن هذا يعلم أيضاً حكم المسألة اذا كان للتاجر المسلم شريك فى التجارة حربى هو الذى أجرى عقد التأمين مع حربى آخر وقبض منه مال التأمين بعد هلاك التجارة وبعث به الى شريك المسلم فانه يحل له أخذه ، لأنه مال حربى أخذ برضاه بناء على عقد أجرى فى دار الحرب وتم فيه القبض هنالك .

* * *

مما تقدم يعلم أن الأصل فى الحكم بفساد عقد التأمين وعدم جواز أخذ المال الذى يدفع تعويضا عن الهالك أو التالف هو أن الشركة التى يطلب منها أن تدفع التعويض لا دخل لها ولا تسبب من قبلها فى ذلك التلف أو الهلاك ، ولم يكن منها غدر ولا تغرير بالشخص المتعاقد معها فى نفس أو مال ، فيكون الزامها بمال التعويض أكلا لأموال الناس بالباطل وذلك منهى عنه أشد النهى ..

(قد يقال) ان عقود التأمين تجرى دائما مع شركات مساهمة يمكن أن تعتبر شركات تعاونية على الخير والبر ، يتعاون أصحاب الأسهم فيها على تعويض الخسارة ــ التى تلحق أحدهم فى نفسه أو ماله ــ مما يدفعونه من أقساط شهرية أو سنوية ، تجمع وتستثمر لينفق منها فى مثل هذا الغرض .. وحينئذ تكون هذه الشركات شبيهة شبها قوياً بجمعيات البر التعاونية التى يتكون صندوقها من اكتتابات شهرية مثلا لينفق منها على المحتاجين من أعضاء الجمعية بسبب توقف عن الكسب ، أو بسبب المرض أو غيره من الطوارىء التى يحتاج فيها الى المعونة .

والجواب عن هذا أنه لا يمكن قياس شركات التأمين على جمعيات البر التعاونية ، ولا يكفى لتصحيح هذا القياس أن يكون فى كلا الطرفين اكتتاب من الأعضاء المشتركين فى المنشأة بجزء من المال لينفق من المجموع على النحو المذكور ، فان الأمر فى جمعيات البر التعاونية لا يخرج عن نطاق التبرع المحض من جميع المكتتبين ، والانفاق من المال المجموع فى الوجوه المخصوصة هو تبرع أيضاً مبنى على تبرعات أعضاء الجمعية بتلك الأقساط ، فليس هناك الزام بواجب ولا التزام بحق يصح أن يكون محلا للتقاضى والخصومة والحكم به ممن يحكم بالشريعة الاسلامية . وليس الأمر كذلك فى التعويض الذى تدفعه شركة التأمين لمن يصاب فى نفسه أو ماله فان عقد التأمين يوجب له بحكم القانون حقا على الشركة يستطيع أن يقاضيها عليه ، ويطلب ـ من أجله ـ الحكم عليها بجميع ما التزمت به تعويضا عن الخسارة التى لحقته ، وذلك الزام بشىء لا يلزم شرعا .

قد يقال أيضاً : اذا كان التأمين غير جائز شرعا للمعنى الذى بين هنا وهو أن فيه التزاما والزاما بشىء لا يلزم شرعا ، وفيه أيضاً استباحة لأكل أموال الناس بالباطل ، فكيف يتفق ذلك مع ما اشتهر عن المرحوم الشيخ (محمد عبده) من أنه أجاز عقد التأمين على الحياة مع اشتماله على ذلك المعنى عينه :

« التزام لما لا يلزم شرعا وأكل للأموال بالباطل » .. ؟

نعم ، قد اشتهر عن الشيخ محمد عبده (رحمه الله) أنه قد أفتى فى موضوع التأمين على الحياة فتوى أصدرها حينما كان مفتيا للديار المصرية ، ولم يعقب عليها أحد من العلماء ولا من غيرهم ممن تعنيهم شئون الاسلام [1]

وقبل الجواب عن ذلك يحسن أن نورد نص السؤال الذى تقدم به

---

(١) بالرجوع الى السجلات الرسمية لدار الافتاء يعلم ان هذه الفتوى صدرت فى شهر صفر من سنة ١٣٢١ بناء على طلب من يدعى الخواجة (هور روسل) ويعلم أيضا ان شخصا آخر له مصلحة من وراء هذه الفتوى تقدم الى دار الافتاء يطلب صورة منها ، وانه أجيب الى طلبه من غير توقف ، وكان ذلك فى شهر ذى القعدة من سنة ١٣٤٧ (مايو سنة ١٩٢٩) على عهد مفتى الديار المصرية المرحوم الشيخ عبد المجيد سليم .

المستفتى الى دار الافتاء وتتبعه بنص الفتوى التى أصدرها الشيخ (محمد عبده) ثم تنظر فى هذه الفتوى ومبلغ ما تدل عليه وما يمكن أن يتمسك به من منطوقها أو مفهومها ، لتقر الأمور فى نصابها ، وليهدأ بال الناس ويطمئنوا الى أحكام الشريعة وما ينبغى أن يقال فى موضوع التأمين على الحياة أو على الأموال .

وهذا هو نص ما ورد فى صوغ السؤال :

« سأل جناب المسيو هور روسل ، فى رجل يريد أن يتعاقد مع جماعة (شركة) مثلا على أن يدفع لهم مالا من ماله الخاص على أقساط معينة ليعملوا فيها بالتجارة واشترط عليهم أنه اذا قام بما ذكر وانتهى أن الاتفاق المعين بانتهاء الأقساط المعينة ، وكانوا قد عملوا فى ذلك المال وكان حيا فيأخذ ما يكون له من المال مع ما يخصه من الأرباح ، واذا مات فى أثناء تلك المدة فيكون لورثته أو لمن له حق الولاية فى ماله أن يأخذوا المبلغ تعلق مورثهم مع الأرباح ، فهل مثل هذا التعاقد الذى يكون مفيداً لأربابه بما ينتجه لهم من الربح جائز شرعا .. ؟ نرجو التكرم بالافادة » ..

وقد أجاب الشيخ محمد عبده عن ذلك بما يلى وهو نص الفتوى المشهورة :

« لو صدر مثل هذا التعاقد بين ذلك الرجل وهؤلاء الجماعة على الصفة المذكورة كان ذلك جائزاً شرعا ويجوز لذلك الرجل بعد انتهاء الأقساط والعمل فى المال وحصول الربح أن يأخذ ولو كان حيا ما يكون له من المال مع ما خصه فى الربح وكذا يجوز لمن يوجد بعد موته من ورثته أو من له ولاية التصرف فى ماله بعد موته أن يأخذ ما يكون له من المال مع ما أنتجه من الربح والله أعلم » [1] .

هذه هى الفتوى التى اشتهرت عن الشيخ محمد عبده فى موضوع

---

(١) وقد جررت صورة من هذه الفتوى باذن من مفتى الديار المصرية المرحوم الشيخ عبد المجيد سليم واعطيت للخواجة (جورج فوشيه) وكيل شركة التامين على الحياة (لاجنفرانا) بناء على طلبه .

التأمين والتى كان يستخدمها أصحاب المصالح فى الترويج لشركات التأمين وهى التى يستند اليها من يستشكل عليه الحكم بفساد عقود التأمين من وجهة الشريعة الاسلامية وأن أخذ مال التأمين من قبيل أكل أموال الناس بالباطل •

والمطلع على السؤال وعلى جوابه لا يرى فيهما شيئاً يتعلق بموضوع التأمين على الحياة أو على الأموال ولا يجد فى السؤال ولا فى جوابه أثراً للأركان الأساسية التى يشتمل عليها كل عقد من عقود التأمين والتى بسببها يكون الحكم على تلك العقود بالفساد •

ان هذا السؤال لا ينطبق الا على نوع من الشركات الشرعية التى يكون المال فيها من جانب والعمل فيه بطرق الاستثمار التجارية أو الصناعية من جانب آخر ، وهو ما يسمى فى عرف الفقهاء (بالمضاربة) كما يسمى بالقراض •

لم يعرض السؤال للعناصر الجوهرية فى عقود التأمين ، مثل اشتراط أن تدفع شركة التأمين جميع المال المؤمن به ولو كان عشرات آلاف أو مئات آلاف الجنيهات اذا حصل هلاك أو عطب لصاحب التأمين ولو لم يدفع من الأقساط المنجمة على عدة سنوات الا قسطا واحداً ، فان هذا الشرط هو صلب المخاطرة ، وهو الذى يلتزم به ما لا يلزم شرعاً ويستباح به من المال ما ليس بحق ، وتؤكل به أموال الناس بالباطل •

ليس فى سؤال المستر (هور روسل) الذى تقدم به الى دار الافتاء تعرض لمثل هذا الشرط الذى يفسد به التعاقد ، ولم يعرض السؤال أيضاً لنوع الربح الذى ينتج من استثمار المال ولا لطريقة هذا الاستثمار [1] •

---

(١) نعم لم يعرض السؤال لنوع الربح ولم يبين هل هو جزء نسبى من الأرباح الحاصلة من عمل الشركة ، كعشرة او خمسة فى المائة مثلا من هذه الارباح أو جزء نسبى من المال المدفوع للشركة لتعمل فيه ،كان يشترط لصاحب المال من الأرباح ما يساوى عشرة فى المائة مثلا من المال الذى دفعه للشركة ، وفرق كبير بين الأمرين هو الفرق بين الحلال والحرام •

هذا ولا شك أن الجارى فى عقود التأمين هو النوع الثانى الذى يكون فيه الربح المشروط جزءا نسبيا من راس المال المدفوع للشركة وهو المحرم باجماع المسلمين لكن السؤال قد أخفى هذه الحقيقة الواقعة ليلقى بذلك الابهام ستارا على النقط المحرمة التى توجب فساد العقد شرعا •

والمفتى لا يسعه الا أن يجيب عما يعرض عليه من سؤال وليس عليه ذنب ولا تبعة اذا كانت فتواه تستخدم فى غير ما وضعت له الا اذا أعلم بذلك بعد وقوعه فلم ينكره أو كان يعلم من قبل أن فتواه الصريحة فى تجويز شركة المضاربة والقراض مثلا ستتخذ ذريعة للترويج لشركات التأمين •

واجب على المفتى فى هذه الحالة الثانية أن يسد طريق الفساد على من يريده ، فيبين فى نص فتواه الحكم الشرعى ــ وان لم يكن مسئولا عنه ــ فى الموضوع الذى يظن استخدام فتواه فيه ، كموضوع التأمين •

قد يقال : ان أبوابا كثيرة فى الفقه الاسلامى ــ مثل أبواب الوديعة والاجارة والكفالة قد اشتملت على مسائل وصور عقود قرر الفقهاء الحكم بصحتها ، وبأنه يجب فيها ضمان ما يتلف أو يهلك من مال لأحد المتعاقدين على الآخر وهذه المسائل والعقود يمكن أن تقاس عليها مسألة التأمين على الأموال فيحكم فيها بصحة العقد ووجوب ضمان المال المؤمن عليه لصاحبه فى حالة التلف أو الهلاك •

ففى باب الوديعة قال الفقهاء : « انه اذا أودع شخص عند آخر وديعة وجعل له أجراً على حفظها فان المودع المشروط له الأجر يضمن هذه الوديعه اذا هلكت • فينبغى أن تكون مسألة التأمين على الأموال كذلك ، فان ما يدفعه صاحب البضاعة مثلا من مال لشركة التأمين يعتبر بمنزلة الأجرة على حفظ هذه البضاعة ، كأجرة المودع على حفظ الوديعة • فاذا هلكت البضاعة كلها أو بعضها كان على شركة التأمين ضمان ذلك » •

وفى باب الاجارة قال الفقهاء ــ فى الأجير المشترك ، وهو الذى لا يقصر نفسه على العمل ــ لشخص بعينه كالخباز والطحان والكواء والخياط ــ انه مسئول عن سلامة ما فى يده من مال للمستأجر فاذا تلف شىء منه كان عليه ضمانه • وعلى هذا يمكن اجراء هذا الحكم فى مسألة التأمين على الأموال فتكون شركة التأمين بمنزلة الأجير المشترك الذى يضمن المال لصاحبه اذا تلف أو هلك •

وفى باب الكفالة قال الفقهاء أيضاً : «انه اذا كان رجل معه مال يريد الانتقال به من بلد الى بلد آخر وهو يخشى اللصوص وقطاع الطريق ولا يدرى أى الطرق المأمونة وأيها المخوفة فأشار عليه رجل بسلوك طريق معين » وقال له : « اسلك هذا الطريق فانه طريق مأمون ، ولو أخذ مالك فيه فأنا ضامن له . فانه يجب عليه ضمان ذلك المال اذا أخذ من صاحبه فى ذلك الطريق » .

فهذه مسألة يمكن أن تكون من المسائل أو أقرب المسائل التى ينبغى أن تحمل عليها مسألة التأمين على الأموال التى يراد نقلها بالبر أو البحر أو التى يؤمن عليها فى المتاجر أو المصانع أو المنازل خشية الحرائق أو السرقات أو ما شابه ذلك .

هذه هى المسائل التى يمكن أن يتعلق بها من يريد اباحة عقود التأمين على الأموال ممن يأخذون الأمور أخذاً ظاهرياً من غير بحث ولا تمحيص .

لكن هذه المسائل جميعها لا يصح التمسك بشىء منها لاباحة التأمين اذا أخذت على أصولها وفهم فهماً جيداً ما قاله العلماء فيها .

وذلك أن مسألة الوديعة على الصورة التى قدمناها — وهى ما تكون بأجر على الحفظ — لا يثبت فيها ضمان المال بالتلف أو الهلاك فى كل حال . انما ذلك فى الأحوال التى يمكن فيها الاحتراز عن أسباب الهلاك أو التلف . فأما اذا كان السبب مما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت والغرق فلا يجب فيها ضمان على المودع . واذاً لا يفيد شيئاً حمل عقود التأمين على هذه الوديعة، فان مقتضى عقود التأمين وجوب ضمان المال فى كل حال وبكل سبب من أسباب الهلاك ، من غير فرق بين ما يمكن الاحتراز منه وما لا يمكن . بل ان الغالب فى هذه العقود أنها مقتضية للضمان فى الأحوال التى لا يمكن فيها الاحتراز من أسباب الهلاك ، كما هو معروف .

على أنه لا يمكن اعتبار المال المؤمن عليه وديعة عند شركة التأمين ولا يمكن اعتبار هذه الشركة أجيرة على حفظه حتى يصح قياس مسألة التأمين على مسألة الوديعة ، فان المال المؤمن عليه ليس فى يد الشركة ولا تعلق للشركة به ،

فليست المتاجر والمخازن والمصانع التى فيها المال المؤمن عليه أماكن لشركات التأمين ، وليست البضائع المنقولة فى البحر محمولة فى مراكب هذه الشركات، فلا علاقة لهذه الشركات بالمال المؤمن عليه بحال من الأحوال ، واذاً لا يكون هناك وجه شرعى لا يجاب الضمان عليها فى حالات العطب أو الهلاك ، فانها ليست جهة مودعة عندها الأموال ، ولا أجيرة على حفظها .

ثم اذا كانت شركة التأمين هى صاحبة المراكب التى تنقل عليها البضائع فى البحر مثلا فانه يمكن اعتبارها أجيرة على النقل وعلى الحفظ من قبيل الأجير المشترك الذى تقرر فى الفقه الاسلامى حكمه ، وهو أنه لا يجب الضمان عليه فى حالات التلف أو الهلاك اذا كان سبب ذلك مما لا يمكن الاحتراز عنه .. وليس كذلك الحال فى عقود التأمين كما علمنا .

بقى الكلام فى المسألة الأخيرة التى قلنا انها أقرب المسائل التى قد يتعلق بها من يريد اباحة التأمين على الأموال ، وهى مسألة الكفالة وضمان سلامة الطريق ، والحكم الذى قرره الفقهاء فيها هو أن من أشار على صاحب مال بسلوك طريق معين ملتزماً ضمان المال اذا هلك من صاحبه فى ذلك الطريق لا يجب عليه ضمان شىء الا اذا كان صاحب المال لا يعلم حقاً ما فى الطريق من خطر وكان المرشد لسلوكه ذلك الطريق يعلم جيداً ما فيه من معاطب ومخاوف فانه اذا كان الأمر كذلك كان المرشد للطريق غاشاً غارا صاحب المال ، فيغرم ما ضاع منه ، أما اذا كان المرشد لا يعلم ما فى الطريق من خطر ، بل كان يعتقد أمنه وأنه ليس فيه ما يخاف ويحذر فليس عليه ضمان شىء . وكذلك اذا كان المرشد يعلم بخطر الطريق وكان صاحب المال يعلم ذلك أيضاً فانه لا ضمان على المرشد ، لأن صاحب المال فى هذه الحالة يكون هو الذى عرض ماله للضياع ، فانه ليس أحد أحرص على المال ولا أحفظ له من صاحبه ، فارشاد المرشد فى هذه الحالة لم يأت بشىء جديد ولم يحصل شيئاً كان غير حاصل ، فلا يكون موجباً لضمان .

(وبعد) فان استقصاء قواعد الشريعة وأحكامها وما بنيت عليه هذه القواعد والأحكام من نصوص خاصة وعمومات شاملة يثبت أنه لا يجب على أحد ضمان مال لغيره بالمثل أو بالقيمة الا اذا كان قد استولى على هذا

المال بغير حق أو أضاعه على صاحبه ، أو أفسد عليه الانتفاع به بطريق المباشرة أو التسبب ، ولا شيء من ذلك بمتحقق فى شركة التأمين التى يقضى التعاقد معها أن تضمن لصاحب المال ما يهلك أو يتلف أو يضيع بغرق أو حرق أو بفعل اللصوص وقطاع الطريق أو ما الى ذلك ،سواء أكان ذلك مما يمكن الاحتراز عنه أم لا .. وتضمين الأموال بهذه الصورة شيء لا تعرفه الشريعة الاسلامية العادلة التى لا تقر الغبن والحيف ولا تبيح أكل أموال الناس بغير الحق .

شركات التأمين لا علاقة لها مطلقا بالأموال المؤمن عليها ، وكل عملها أنها تكون من أقساط التأمين ــ التى تجمعها من المتعاقدين معها أصحاب تلك الأموال رأس مال كبير توجهه للاسترباح فى قروض وغير قروض ثم تدفع من أرباحه العظيمة ما يجب عليها قانونا من تعويضات عن الخسائر التى لحقت الأموال المؤمن عليها . وليس للشركة دخل فى أسباب هذه الخسارة لا بالمباشرة ولا بالتسبب فمطالبتها بتعويض الخسارة ليس لها وجه شرعى ، كما أن الأقساط التى تجمعها من أصحاب الأموال بمقتضى عقد التأمين ليس لها وجه شرعى أيضا .. فهذه اشتراطات والتزامات فاسدة ، والعقد اذا اشتمل على شرط فاسد كان فاسدا .

ان شركات التأمين هى شركات استرباح بارعة ، رأس مالها فى أغلب الأمر هو ما تجمعه من أقساط من أصحاب عقود التأمين ، تستغل هذه الأموال وتستثمرها ، والأرباح التى تستفيدها منها أعظم بالضرورة مما تخسره فى حالات التعويض لمن تلحقهم خسارات فى الأموال المؤمن عليها . وذلك أن أعمال شركات التأمين مبنية على دراسات دقيقة واحصاءات شاملة لوسائل النقل فى البر والبحر وحالات السلامة وحالات العطب فى الظروف العادية وأوقات السلم والأمن . هذه الدراسات والاحصاءات تثبت أن مرات العطب والتلف قليلة جدا ، بل هى نادرة بالنسبة لمرات السلامة ، فلا يضير شركات التأمين أن تعوض من كسبها الواسع عن خسارة هذه الحالات النادرة ، ثم يكون لها الباقى ربحا خالصا .

هذا شيء واضح ومعهود فى شركات التأمين على الأموال . ومثله يقال

فى شركات التأمين على الحيـاة مهما اختلفت الأسـاليب وتنوعت الطرائق والشروط •

وخلاصة القـول أن تعاقد شركات التأمين على الأرواح أو الأمـوال لا يمكن أن يدخل فى باب صحيح من أبواب المعاملات الشرعية •• وغايه ما يمكن تصويره به أنه من قبيل النوع الثالث الذى أشرنا اليه وهو ضمان أمن الطريق فيكون ضمانا لسلامة الأنفس والأمـوال ، وقد قلنـا فى ذلك النوع الثالث : « انه لا يثبت فيه الضمان شرعا الا اذا كان هناك تغرير من هذا الضامن بأن كان يعلم ما فى الطريق من مخاوف ومعاطب ، وكان صاحب المال الذى يسلك به الطريق ــ بناء على ذلك الارشاد ــ لا يعلم أصلا بهذه المخاوف والمعاطب • فضامن السلامة حينئـذ يجب تضـمينه المال الهالك ، بسبب التغرير الذى كان منه لا بسبب آخر ، والتغرير منتف فى موضـوع عقود التأمين •

* * *

التعاون لا الاستغلال أساس

عقد التـــأمين الاســـلامى

قدم أحد الاساتذة المصريين المشتغلين بالشئون الاقتصادية الأكاديميه اسمه الدكتور شوقى الفنجرى بحثا بهذا العنوان لهيئة كبار العلماء بالمملكة السعودية يقول بين يدى بحثه يقول عبد السميع المصرى : أعجبها قوله : « ألا نتعرض لمختلف المسائل الفقهية التى يثيرها عقد التأمين الا بالقـــدر الذى نراه ضروريا لمجرد الربط وبايجـــاز شـــديد » ثم يقـــول : « الشرع الأسلامى حاكم وليس محكوماً ، فهو الأصل الذى يجب أن نطوع حياتنا فى ضوء تعاليمه ، لا أن نطوع الشرع لنبرر به الأوضاع القائمـــة » ـــ ثم يختتم تمهيده بقوله : « ان الضرورات التى تبيـــح المحظورات والحاجات التى تبيح المشتبهات تقدر بقدرها بحيث لا يصح اســـتخدام المحظور أو المشتبه الا اذا لم نجد سبيلا غيره » .

وهذا القول انما يراد به ـــ طلب الشريعة حاكميتها على شئون المال حتى ليمكن تعطيل الحكم الشرعى لمجرد تسميمة حاجة تقف بازاء هذا الحـــكم ، خصوصاً الزعم بانه ـــ أعنى التامين ـــ ليس حاجة فقط تدعو الى تسويغه وانما الضرورة أيضاً .

بين الزكاة والتأمين

قسم المصنف البحث أقسام اربعة أو فصول اربعة أولها بهذا العنوان (بين الزكاة والتأمين) يقول :

« الأسلام دين التكافل الاجتماعى بمعنى كفالة الحياة الكريمة لكـــل فرد فى المجتمع الاسلامى بحيث يعيش حياة آمنة مطمئنة ، فكل فرد ملتزم بعون أخيه المحتاج ، وتامين حاجته على أساس من حق القرابة ، وحق الجوار ، وحق المعون ، وحق الضيافة وواجب الصداقة ..

وعلى مستوى الدولة يتمثل التكافل المادى فى الزكاة ، الركن الثانى بعد الصلاة ، وتعتبر الزكاة بمثابة مؤسسة الضمان الاجتماعى فى الاسلام .. فهى تكفل لكل فرد حد الكفاية لا حد الكفاف .

ويطلق على بيت مال الزكاة اسم (مؤسسة الزكاة) ويقول :

سبق الاسلام منذ أربعة عشر قرناً أحدث التشريعات المتقدمة فى التأمين والضمان الاجتماعى ، وتعدى هذا الصندوق ضمان حد الكفاية للمسلمين الى صور أخرى عديدة مثل :

١ ــ تأمين الأطفال .

٢ ــ تأمين البطالة .

٣ ــ تأمين الشيخوخة والمرض .

بل لقد شمل تأمين الزكاة المنصوص عليه فى القرآن والسنة صوراً أخرى لم تصل اليها أحدث التشريعات ولن تصل اليها أحدثها تقدماً ومن قبيل ذلك :

(أ) تأمين الغارمين لمن تنزل به جائحة أو حريق أو دين فى غير معصية ، وكذا كل من يتعرض لاملاق أو فاقة بعد غنى ويسر يأخذ من سهم الغارمين بقدر ما يعوض خسارته ، ويوفى به دينه ويذهب به ضائقته .

وما أروع ما فعله أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز ، اذ اعتبر من لديه المسكن والأثاث والفرس والخادم غارماً يقضى عنه دينه ، وكأنه ينبه الى أن مسئولية الحاكم فى الاسلام تفرض عليه أن يحقق لكل فرد ما يسمى بالرخاء أو الرفاهية الاقتصادية ، أو ما عرف « بتمام الكفاية » .

(ب) تأمين ابن السبيل وهو من انقطعت موارده بسبب خارج عن ارادته.

ويخلص الباحث الى أن الزكاة لو جمعت بحسب ثروات كل مجتمع اسلامى لبلغت بلايين البلايين من الدنانير أو الجنيهات ، باعتبار النسب التى تبلغ ٢٠ ٪ على الركاز وما فى حكمه .. بحيث ينعدم ــ اذا جمعت ــ وجود

وهل يكون الائتمان بفوائد أو على أساس القرض الحسن ؟ وهل تجميع المدخرات سيكون بفوائد أو بماذا ؟

بل انتقل سريعاً بعد هذا الاجمال ليخلص فى الفصل الثانى عن التأمين التعاونى ، والتأمين التجارى والتأمين الحكومى :

« الفكرة الأساسية فى التأمين التعاونى : هو أن تتولاه جمعيات تعاونية يجمع أعضاءها الأخطار التى يتعرضون لها ، ويلتزمون بتعويض من يلحقه الضرر منهم ، وذلك من الاشتراك الذى يؤديه كل عضو ، وهو اشتراك متغير يزيد أو ينقص بحسب قيمة التعويضات التى تلتزم الجمعية بأدائها فى خلال السنة ، وقد لا يدفع العضو اشتراكه الا عند وقوع الخطر ، وبقدر نصيبه من التعويض .. وهى جمعيات لا تستهدف الربح وانما التعاون لجبر الخطر أو الضرر الذى يلحق بأحد الأعضاء بتوزيعه عليهم جميعاً . اهـ

اذن يكون القسط أو الاشتراك فى هذه الجمعيات التعاونية من قبيل التبرع ، وهو عقد تبرع يقره الاسلام ، وهذه الجمعيات هى الصورة الوحيدة التى أقرها مؤتمر مجمع البحوث الاسلامية لعام ١٩٦٥ م وضرب المثل فيه بصناديق الزمالة التى يقوم بها موظفو شركة أو مصلحة لدفع مبلغ كمعونة سريعة لأسرة العضو المتوفى مثلا .

لكن الفنجرى يقفز من هذا التعريف وبلا مقدمات ليقول « كما سمى أيضاً هذا التأمين بالتأمين التبادلى ، لأن الأعضاء أنفسهم مؤمّنون ومؤمن لهم (مستأمنون) فى وقت واحد ، فليس بينهم وسيط أو مساهمون يتقاضون أرباحاً » وكانت هذه القفزة ليسبغ على التأمين التبادلى المعروف فى أوربا وأمريكا اسم (التأمين التعاونى) وليقدم مشروعه بعد ذلك لهيئة كبار العلماء على أسس التأمين التبادلى بعد أن سماه (التأمين التعاونى) وذلك بعد أن عرض للتأمين التجارى وقال عنه : (انه تتولاه شركات منبتة الصلة عن مجموع المستأمنين اذ تقتصر علاقتها بكل مستأمن على حدة ، فهى ليست الا وسيطاً لتنظيم التعاون بين المستأمنين المشتركين لديها والكسب من وراء ذلك ، أو هى بعبارة صريحة

(تاجر أمين) يبيع الأمن للناس بقصد الربح ، ويترتب على ذلك ارتفاع قسط التأمين التجارى ، لأنه لا يقصد به مجرد تغطية المخاطر المحسوبة أو تكاليف الادارة ، وانما أيضاً وأساساً تحقيق أكبر قدر من الأرباح لمساهمى الشركة .

ويؤخذ على التأمين أمران :

(أولهما) فرض شروط تعسفية على المستأمنين استغلالا لحاجة الناس الى التأمين . فضلا عن مطالبة شركات التأمين بأقساط تأمين مبالغ فيها جرياً وراء الكسب ، بالاضافة الى استئثارها وحدها بكافة الأرباح الناجمة عن استثمار مدخرات المستأمنين ، مما يهدر حقوق هؤلاء المستأمنين ويجحف بهم .

(ثانيهما) سيطرتها على الاقتصاد القومى بما يتجمع لديها من رءوس أموال ضخمة ـ بلغت فى الولايات المتحدة عشرة بلايين من الدولارات ـ .. فضلا عن جنوحها الى استغلال أموالها فى الكسب السريع ، مما يضر بصالح المجتمع .

وكم كانت خيبة المستأمنين الذين نظروا للتأمين على أنه وسيلة ادخار على المدى الطويل ، وكم كانت خسارتهم عند قبضهم مبالغ التأمين المتفق عليها عند الاستحقاق أو الوفاة ، اذ يقبضونها بقيمة مخفضة للغاية ، وذلك بسبب التضخم وارتفاع القيمة للسلع ، مع انخفاض قيمة العملة الورقية المتعامل بها ، فوجدوا بدلا من رءوس الأموال المرتقبة سراباً وضياعاً ، فى الوقت الذى أدوا أقساط هذه الوثائق فى سنوات سابقة بقيمة حقيقية مرتفعة .

توصيات المؤتمر العالمى الاول
للاقتصاد الاسلامى

يرى المؤتمر أن التأمين التجارى فى هذا العصر لا يحقق الصيغة الشرعية للتعاون والتضامن ، لأنه لم تتوافر فيه الشروط الشرعية التى تقتضى حله ، ويقترح المؤتمر تأليف لجنة من ذوى الاختصاص من علماء الشريعة وعلماء الاقتصاد المسلمين لاقتراح صيغة للتأمين خالية من الربا والغرر ، وتحقق التعاون المنشود بدلا من التأمين التجارى .

وجاء فى البيان : ان هناك أقلية من علماء الشريعة ترى عقد التأمين جائز مطلقاً ، وأغلبية ترى التفرقة بين أنواع التأمين ، فتجيز بعضها كالتأمين التعاونى ، والتأمينات الاجتماعية ، وتحرم بعضها كالتأمين التجارى ، لاسيما اذا كان فى صورة التأمين على الحياة . لأن فيه :

١ ــ معنى القمار والرهان والميسر ، لأنه تعلق على خطر قد يقع وقد لا يقع .

٢ ــ ولأن فيه أيضاً تحديا للقدر الالهى لاسيما عقد التأمين على الحياة .

٣ ــ ولأن فيه غرراً وجهالة ، اذ لا يدرى أى من طرفى العقد عند انشائه ما ستأخذ وما سيعطى .

٤ ــ ولأن فيه غبناً وذلك باعتباره عقداً احتماليا من عقود الغرر .

٥ ــ ولأن فيه ربا من جهة أن المستأمن قد يبذل قسطاً ضئيلا ويأخذ اذا وقع الخطر تعويضاً كبيراً بلا مقابل ، ومن جهة اعطاء فوائد فى بعض أنواعه ، فضلا عن أن شركات التأمين قد تستغل ما تحصله من أقساط فى معاملات يومية محرمة .

لكن الباحث المقدم للتوصيات للمؤتمر المشار اليه يمضى فى توضيح

حجج المؤيدين للتأمين ، وقد ركز على أنه عقد معاوضة قد بنى على أسس فنية وحسابات دقيقة ، مما تنتفى معه صفات الاحتمال أو الغبن ، علماً أن كون عقد التأمين هو عقد معاوضة يجعله من أكبر مفاسد التأمين بصورته الراهنة .

لأننا اذا حاولنا تحديد طبيعة هذه العقود وخصائصها الجوهرية التى تميزها عن غيرها ، بعيداً عن الاغراق فى الفروض والتقديرات ، وعلى ضوء واقع المعاملة كما تقع ، لا كما يتوهم بعض الناس من وجود اتفاقات على التعاون والبر تقوم فيها شركات التأمين بدور الوسيط بين المستأمنين الذين يضعون أموالهم لدى الشركة التى تقوم مقام الشريك المضارب الذى يتجر فى أموالهم وينميها . لوجدنا أن عقد التأمين هو (عقد يلتزم المؤمِّن بمقتضاه أن يؤدى الى المؤمن له أو الى المستفيد الذى اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو ايراداً مرتباً أو أى عرض مالى آخر فى حالة وقوع الحادث ، أو تحقيق الخطر المبين فى العقد ، وذلك نظير قسط أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمَّن له للمؤمِّن . وذلك ما جاء بالمادة ٧٤٧ من القانون المدنى المصرى .

أركان عقد التامين

وبذلك تكون أركان عقد التأمين هى الخطر المؤمن منه ، ومبلغ التأمين وقسط التأمين ، واذا كان الخطر أو الاحتمال هو الركن الأساسى فى عقد التأمين ، وأصلا للركنين الآخرين ــ قسط ومبلغ التأمين ــ كان الغرر ملازماً لعقد التأمين لا ينفك عنه ، بل ان ذلك جعل عقد التأمين ذاته غرراً لأن المستأمن والشركة كلاهما لا يدرى شيئاً عن وقوع الحريق مثلا ، لأنه قد لا يقع ، ولا متى تحدث الوفاة فى تأمين الحياة ، وبالتالى استحقاق مبلغ التأمين غير معلوم ، وكلاهما جهل فاحش يبطل المعاوضة باتفاق الفقهاء .

والتزام المستأمن فى العقد بدفع الأقساط التزام محقق ، أما التزام المؤمن فهو التزام غير محقق ، أى قديكون أو لا يكون ،لأنه مقترن بوقوع الحادث، وهذه أعلى درجات الغرر فى الشدة والفحش ، لأنه غرر فى حصول العوض وقدره ، أو فى أجله .. فاذا حرمت الشريعة شيئاً من الغرر لكان هو الغرر

فى عقد التأمين ، لأنه لا يقل عن الغرر فى المعاوضة على الحمل فى البطن ، أو السمك فى الماء أو ضربة القانص مما أجمع العلماء على تحريمه [1] ويقول عبد السميع المصرى :

واضح مما تقدم أن عقد التأمين بمواصفاته وشروطه الحالية وبنص القانون هو عقد معاوضة بينما الصيغة المقبولة للتعاون المنشود من عمليات التأمين لا تكون الا بعقود التبرع .

لكن الدكتور الفنجرى يزعم فى بحثه أن الخلاف بين مؤيدى التأمين ومعارضيه من فقهاء الشريعة هو خلاف ظاهرى وليس خلافاً حقيقيا أو جوهريا .. رغم ما نقلته من توصيات مؤتمر مكة العالمى للاقتصاد لسنة ١٩٧٦ م من استنكار للصيغة الحالية للتأمين التجارى .

ويلح الدكتور على فكرة أن التأمين يقوم جنباً الى جنب مع الزكاة محققاً أهدافها ، لأن الزكاة للفقراء والتأمين يؤمن القادرين .

واذا كانوا قادرين فما حاجتهم الى التأمين وما فيه من شبهات ؟

ومع هذا التناقض فى أقوال الدكتور نراه يعود ليقرر فى صفحة ٣١ من بحثه :

« لقد سبق أن أوضحنا فى الفصل الأول من هذا البحث أن الزكاة هى مظلة التأمين الكبرى فى الاسلام ، وأن سندها الشرعى هو النص » كما يتفق معنا فى أن التعاون على البر لا يكون الا فى صيغة التبرع ، فيقول فى ص ٣٢ « فالتأمين التعاونى هو معاملة أساسها التعاون والتبرع ، فهى خالية من معنى المعاوضة البتة ، واذا انعدم فى هذا النوع من التأمين معنى المعاوضة فقد انتفت عنه مفاسد الجهالة والغرر والغبن وشبهة الربا .

وهو نفس الأساس الذى قام عليه نوع التأمين الذى أقره مؤتمر مجمع

---

(١) من كتاب التامين الاسلامى ص ٢١ ، ٢٢ لعبد السميع المصرى عن التضامن الاسلامى التى تصدرها وزارة الحج والاوقاف السعودية ومنها نقلته عدد رجب ١٤٠١ الجزء الاول .

البحوث الاسلامية بالقاهرة عام ١٩٦٥ م أى صناديق الزمالة التى تنشأ بين عمال أى مؤسسة لدفع معونة عاجلة لأسرة من يتوفى من أعضاء الصندوق أو يعجز عن العمل •

عقد التأمين التبادلى

لكنه يتخذ هذا القرار حجة ليهاجم معارضى التأمين التجارى ، ويزعم أن ما يدفعه العامل للتأمينات الاجتماعية من أجل معاش الشيخوخة هو قسط فى عقد معاوضة يساهم فيه رب العمل مثله مثل عقد التأمين التجارى •• فهل هذا يتفق مع الواقع يا دكتور ؟ !

أليس ما يدفعه العامل قسطاً مدخراً له ولأولاده ، وما يدفعه رب العمل هو تبرع أو هبة منه يجيزها الشرع ؟ وانصافاً للدكتور الفنجرى فان من يقرأ بحثه يحسب أنه متعاطف بشدة مع معارضى التأمين التجارى ، لكن يبدو أن هذا التعاطف مظلة يخفى تحتها حقيقة المشروع أو الفكرة التى يتقدم بها الى هيئة كبار علماء المملكة العربية السعودية وقد مهد لهذا المشروع بقوله : ان الفكرة الأساسية فى التأمين التعاونى الحديث ، هى اتباع جميع الأساليب الفنية الحديثة ، التى تتبعها شركات التأمين التجارية ، بما فى ذلك الأقساط الثابتة المحسوبة والعقود الفردية ، ولا تختلف عن التأمين التجارى الا فى استبعاد قصد الربح والاتجار بالتأمين ، ومن ثم كانت أقساطه مخفضة ، ولا يعرف الاستغلال أو الشروط التعسفية •

والتأمين التعاونى الحديث غير محصور بنوع من المخاطر ، بل يلبى جميع طلبات التأمين من مختلف الأخطار ، وهو يجمع أعداداً غفيرة معرضة لنفس الأخطار دون أن يعرف بعضهم بعضاً •

كما تتولى الادارة فى التأمين التعاونى ، منظمة متفرغة ومتخصصة بأسلوب علمى وفنى دقيق ، وتحصل أقساطاً ثابتة نسبياتدفع مقدماً وبانتظام، وهى فى هذا العمل تنوب عن المستأمنين وتعمل لحسابهم دون استغلال ويدلل على صدق هذه الأقوال أن الاحصاءات الخاصة بالولايات المتحدة الأمريكية

ولما كان الهدف من التأمين التبادلى هو تحقيق الأمـن لحمـلة الوثائق لا توزيع الأرباح . فان فوائض هذه الشركات تحتفظ لمواجهـة المطـالبات المقبلة . وهى التزامات لا تتحقق الا اذا قيست بمقاييس التجربة والاحتمالات ولذلك تتحول هذه الفوائض الى اصول ، تبقى ضمن أصول الشركة التبادلية الى ما شاء الله ، مما أدى الى زيادة تضخم الشركات التبادلية ، مما اضطر الحكومة السويدية الى التدخل . واصدار قانون يلزم هذه الشركات بتوزيع بعض فوائض الأرباح على حملة الوثائق التى لا تتمتع بحق المشـاركة فى الأرباح .

كما تدخل هذا القانون لسنة ١٩٤٨ لتحديد رسـوم التأمين المختلفة ، حتى لا تزيد عن الحدود المناسبة التى لا تصيب المستأمن أو حامل الوثيقـة بالغبن كما تدخل فى تحديد احتياطيات الشركة وأنواعها .

وهكذا تحول التأمين التبادلى ــ الذى نشـأ تعاونيا ــ فى ظل النظم الرأسمالية الى صورة ممسوخة من شركات التأمين التجارى ، وأصبح خاضعاً للحسابات الاكتوارية وأنظمة الفوائد فى عملياته .

هذا هو التأمين التبادلى المعروف فى العالم الغربى ، والذى يرى الدكتور الفنجرى بعد أن أسماه التأمين التعاونى انه الصيغة المناسبة للتأمين ، والتى لا تتعارض مع الشريعة .

ويعترف الدكتور صراحة فى الصفحة ٤٧ من بحثـه بذلك اذ يقـول : (لقد أصبح التأمين التعاونى فى صورته الحديثة المتطورة ــ كما رأينـا ــ علماً رياضيا يقوم على الاحصاءات الدقيقة والأرقام ، وأصبح قوة اقتصادية مؤثرة من ناحية جمع مدخرات المستأمنين ، ومن ناحية استثمارها ، وأصبح صناعة يتطلب أجهزة متخصصة فنية ومالية وادارية) .

التأمين الحـكومى

ثم ينتقل بعد ذلك فيخطو خطوة أخرى ليعرض فى الفصل الرابع من البحث الشكل الذى يقترحه للمشروع الذى يطالب هيئة كبار علماء السعودية بتبنيه واخراجه الى حيز التنفيذ كشىء لا يتعارض مع أصول المال فى الاسلام .

فيشير بأن يتم التأمين التعاونى على شكل مؤسسة عامة ملك للدولة ، أو شركة تأمينات تعاونية خاصة ، انما تكون معانة أيضاً من الدولة .. وفى كلتا الحالتين يعمل هذا الجهاز باسم المستأمنين ولحسابهم . ومعونة الحكومة تكون كالآتى :

١ ــ بمثابة رأس مال للصندوق .

٢ ــ اعانة مقطوعة أخرى .

٣ ــ قروض عند الحاجة .

٤ ــ وتلزم الدولة فى جميع الأحوال بتغطية خسائر الصندوق فيما لو تعرض لذلك فى ظروف استثنائية أو غير عادية .

والدكتور يفضل شكل الشركة المختلطة لا المؤسسة العامة ، حتى لا يكون التأمين منحة أو هبة من الدولة للمستفيدين .. (بل مشاركة منها معهم فقط لحمايتهم ومساندتهم باعتبارهم هم أصحاب المصلحة الفعلية ، وهذا موقف أكثر ايجابية يشعر معه المستأمنون بدور الدولة ، ولا يعفيهم فى نفس الوقت من المسئولية) .

ويرى قيام مؤسسة أو شركة التأمين التعاونية فى المجتمع السعودى لسد حاجة المواطنين الى التأمين بطريقة مقبولة شرعا ، بل وحاجة الحكومة نفسها التى تلجأ خطوط طيرانها للاستعانة بشركات التأمين التجارى الأجنبية

بل انه يضيف الى ذلك ضرورة أن يكون هذا التأمين التعاونى الزاميا ، لاسيما بالنسبة لرجل الأعمال وأصحاب المصانع .

ثم ينطلق ليصور الملامح الرئيسية لمنظمة التأمين التعاونى المقترحة ، كشركة ينقسم العمل فيها الى أقسام ، كل قسم يغطى أحد المخاطر المطلوب التأمين منها كالعجز والتجارة والباعة المتجولين وكل المهن وجميع الأخطار وهذه المنظمة يكون لها مجلس أعلى ، ويتصف عملها بالمرونة والتحرر من الأساليب والروتين الحكومى . كما يجب على هذه المؤسسة أن تكتنز الاحتياطيات تحسباً للخسائر المستقبلة،وأن تقوم باستثمار هذه الاحتياطيات.

ويكرر القول بالنسبة لجداول التأمين التعاونى وأنه (ليس هناك ما يمنع الاستعانة بجداول التأمين المتعارف عليها لدى منظمات التأمين التعاونى بالدول الأجنبية الى أن تتكون الخبرة الكافية) .

اذن فهذه الخبرة ستتربى فى أحضان جداول التأمين التجارى الذى يعارضه الدكتور الباحث ظاهراً .. وهو يدعو الى الأصول الفنية الحديثة التى بنيت عليها عقود التأمين .. فما هى هذه الأصول الفنية ؟ وما هى هذه الجداول .. ؟

أليست هذه الجداول هى التى تحدد القسط على أسس :

١ ــ الاحتمالات .

٢ ــ جداول الحياة والوفاة .

٣ ــ نظرية الأعداد الكبيرة .

٤ ــ التحميل بمصاريف الشركة والادارة .

٥ ــ فائدة رأس المال .

٦ ــ نسبة الأرباح المطلوبة .. ؟

وما معنى العقود الفردية ؟ أليس هو قيام المؤسسة بدور الوسيط بين المستأمنين ، ألا تنتفى مع هذه العقود فكرة التعاون الذى يقتضى المشاركة الجماعية ؟

واذا أصبح التأمين فى ظل هذا النظام وسيلة للائتمان وتجميع المدخرات، فما هو الفرق بينه وبين صيغة التأمين التجارى ؟ وأى ائتمان يعنى ؟ أهو الاقراض بالربا ؟ ولمن تجمع المدخرات ؟ وكيف تجمع ؟ وهو يدعو لأن يكون القسط بقدر ما يتحقق من الخسائر ؟ وألا يرى فى ذلك خروجاً عن الهدف الأول للتأمين ، وهو تحقيق الأمن للناس لا تجميع المدخرات وبذل الائتمان .. ؟

وبماذا تسمى مشاركة الدولة فى مؤسسات التأمين التى يقترحها الدكتور الفنجرى والتى تتمثل فى رأسمال ومعونات وتغطية خسائر .. ؟ أهى منحة من الدولة .. ؟ أم ستكون من مصارف الزكاة ؟ ..

الزكاة ... وليس التامين

لعل الدكتور الباحث قد نسى فى آخر بحثه ما قاله فى مطلع البحث من أن الزكاة للفقراء ، والتأمين سيكون للقادرين .

واذا كان التأمين للقادرين فلماذا يحمل الباحث الدولة كل هذه الأعباء من أجل القادرين ؟ ..

ولماذا لا تنسحب الزكاة على الجميع اذن ؟ ..

ولماذا لا نعود الى نظام الزكاة المتكامل وتقوم الدولة بجمع الزكاة الزاماً .. ؟

ولماذا نجفل دائماً من تطبيق النظام الاسلامى فى المال ونهرب منه .. ؟

وهل نسى الدكتور أنه قال فى الصفحة الرابعة من بحثه (وتعتبر الزكاة بمثابة مؤسسة الضمان الاجتماعى فى الاسلام ، فهى تكفل لكل فرد حد الكفاية لا حد الكفاف ، بحيث اذا لم تسعفه ظروفه الخاصة كمرض أو شيخوخة أو تعطل عن العمل من تحقيق المستوى اللائق للمعيشة ، والذى يختلف باختلاف ظروف الزمان والمكان ، تكفلت بذلك الدولة عن طريق صندوق الزكاة) .

وهو يعنى بيت مال الزكاة .. وهل يريد ابن آدم من الدنيا أكثر من ذلك ؟ ..

ولماذا لا تتنادى الى أداء الزكاة كركن من أركان الاسلام الخمسة ، من لم يقمه جحوداً فقد ارتد عن دينه .. ولقد قاتل أبو بكر رضى الله عنه من أجل هذا الركن وقال : « والله لو منعونى عقال بعير كانوا يؤدونها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لقاتلتهم عليها » .

أما اذا كان الدكتور مشفقاً على أغنياء الأمة أن تتناقص أموالهم ، فانى أعرض عليه نظاماً غربيا يلجأ اليه بعض رجال الأعمال فى الغرب ، ليتحرروا

من استغلال شركات التأمين لتغطية مخاطر المهنة ، بدلا من استغلال التأمين منها لدى شركات التأمين ، ويعرف بالتأمين الذاتى .

ويلجأ اليه المستأمن لأنه يجد من المفيد له ماليا عدم نقل عبء الخطر الى شركات التأمين التبادلى ــ مثلا ــ حتى لا يضطر الى أن يتحمل مع باقى الأعضاء نصيبه فى الخسائر المالية التى تتحقق بين حين وآخر .

وقد يجد المستأمن أنه من المفيد ، ألا ينقل عبء الخطر الى شركة التأمين التجارى ، حتى لا يضطر الى دفع قسط التأمين المثقل بالأعباء والفوائد ، بينما التأمين الذاتى لن يكلفه الا تجنيب مبالغ مالية ــ انشاء مخصص ــ مقابل أقساط التأمين . توضع فى حساب خاص ويقوم باستثمارها بنفسه ليعوض نفسه منها كلما تحققت له خسارة .

ألا يرى الباحث أن هذا أولى بالأغنياء بدلا من أن يلجأوا الى الدولة لتعينهم وتتحمل عنهم وهم من غير مستحقى الزكاة .

وبعد فما هو الجديد فى مشروع الدكتور الفنجرى ، اذا كان هذا المشروع قد بنى على :

١ ــ قسط التأمين وفق الجداول الاكتوارية المثقلة بكل سوءات التأمين التجارى ..

٢ ــ توفير الأمن للقادرين دون الفقراء والمساكين .

٣ ــ تجميع المدخرات وتوجيهها الى الائتمان والاستثمار ..

وهل نسى الباحث أنه قال فى مطلع بحثه أن الزكاة لو جمعت لانعدم وجود جائع أو محتاج ، ولتحققت الحياة الآمنة المطمئنة لكل مواطن .. ؟

من قرارات المؤتمر الاسلامى العام
المنعقد بمكة المكرمة (الدورة الثانية)
من ١٥ من ذى الحجة ١٣٨٤ الى ٢٢ من ذى الحجة ١٣٨٤
الشئون الاقتصادية والاجتماعية

درس المؤتمر البيانات والدراسات التى قدمت اليه حول الشئون الاقتصادية والاجتماعية وقرر ما يلى :

١ ــ يقرر المؤتمر أن الاسلام نظام كامل مستقل بذاته ، يكفل حل المشكلة الانسانية اذ ينظم علاقة الفرد بالمجتمع ويحدد حقوق كل وواجباته ازاء الآخر ، فى شكل يضمن التكافل ويحفظ على الفرد انسانيته وحريته ككائن كرمه الله ، وكأساس متين للمجتمع الصحيح ، ويرسم معالم المجتمع الاسلامى بما يضمن تطوره ونموه وتقدمه فى مضمار العلم والحضارة .

٢ ــ يرى المؤتمر أن الدول الاسلامية تقف فى الوقت الحاضر على مفترق طرق متعارضة تريد أن تتعدى مرحلة التخلف الاقتصادى فتولى وجهها تارة شطر المذاهب الاشتراكية المختلفة وتارة شطر المذاهب الديموقراطية الرأسمالية ، وواقع الأمر أن هذا الموقف لن يصل بها الى بر الأمان ، فكلا المذهبين لم يعد قادراً على حل المشكلة الانسانية كما أثبتت التجارب قصورهما عن تحقيق السلام العالمى . ويرى المؤتمر ألا محيص عن اتباع التعاليم الاسلامية للوصول الى هذا الغرض .

٣ ــ يوصى المؤتمر بأنه نظراً لوجود كثير من المسائل الاقتصادية التى ستجابه كل باحث فى الاقتصاد الاسلامى بأن يعين المؤتمر لجنة دائمة من الفقهاء والاقتصاديين تقوم هى أو تعهد الى المتخصصين ببحث موضوعات محددة فى آماد معلومة ، ثم تدعو اللجنة نخبة من الأخصائيين لمناقشة ما يكتب ، وابداع النظر فيه ، وتحال أعمال اللجنة الى المؤتمر ، لاتخاذ

ما يراه من قرارات بشأنها • ويرى المؤتمر أن هـذا الأمـر ضرورى بحيث لا يتحمل التأجيل •

٤ ـ ونظراً لأن الاقتصاد الحديث يقوم فى صلبه على الانتاج الكبير ، وحيث ان الدول الاسلامية غالبيتها دول صغيرة ، تمنعها ظروفها الخاصـة وامكانياتها المتفرقة عن أن تحقق وحدها هذا الانتاج الكبير وهو انتاج فى مصلحة الانسانية جمعاء •

لذلك يحث المؤتمر الدول الاسلامية الى اقرار مبدأ وحـدة التخطيط الاقتصادى كما يوصى بأن يكون هذا الأمر ضمن برنامج مؤتمـر رؤسـاء الدول الاسلامية المرجو انعقاده فى القريب ان شاء الله •

٥ ـ يعلن المؤتمر أن الملكية الخاصـة والحقوق الفـردية فى الاسـلام مصونة محترمة كحرمة الدماء فى حدود ما تقضى به الشريعـة الغـراء ، وأن الأموال فى الأصل هى لله تعالى ، استخلف فيها عباده لينفقوا منها فى الوجوه المشروعة لاقامة الحياة ، ويتصرفوا لمصلحتهم بما لا يضر مصالح الجماعة •

٦ ـ لكل فرد فى المجتمع الاسلامى حق ثابت فى الضمان فى حالة البطالة، الخارجة عن ارادته ، والمرض والعجز والترمل والشيخوخة وفى جميع الأحوال التى يفقد فيها المرء وسائل معيشته لأسباب لا دخل لارادته فيها •

قرارات مؤتمر مجمع البحوث الاسلامية
الفترة الثانية من الأربعاء ٢٥ من المحرم سنة ١٣٨٥
الى الأربعاء ١٦ من صفر سنة ١٣٨٥

والتى حضرها أعضاء المجمع من مصر ومن غيرها من الأقطار ، فقد ألقيت فيها بقية البحوث ، واستكملت المناقشات ، ووصل أعضاء المؤتمر فى بحوثهم ودراساتهم الى القرارات والتوصيات الآتية :

قرارات المؤتمر وتوصياته فى الفترة الثانية
الشئون المالية والاقتصادية

أولا : التأمين :

قرر المؤتمر بشأن التأمين ما يلى :

١ ــ التأمين الذى تقوم جمعيات تعاونية يشترك فيها جميع المستأمنين لتؤدى لأعضائها ما يحتاجون اليه من معونات وخدمات ، أمر مشروع وهو من التعاون على البر .

٢ ــ نظام المعاشات الحكومى وما يشبهه من نظام الضمان الاجتماعى المتبع فى بعض الدول ونظام التأمينات الاجتماعية المتبع فى دول أخرى ، كل هذا من الأعمال الجائزة .

٣ ــ أما أنواع التأمينات التى تقوم بها الشركات أيا كان وضعها ، مثل التأمين الخاص بمسئولية المستأمن ، والتأمين الخاص بما يقع على المستأمن من غيره والتأمين الخاص بالحوادث التى لا مسئول فيها ، والتأمين على الحياة ، وما فى حكمه .

فقد قرر المؤتمر الاستمرار فى دراستها بواسطة لجنة جامعة لعلماء الشريعة وخبراء اقتصاديين وقانونيين واجتماعيين مع الوقوف ــ قبل ابداء

الرأى ـ على آراء علماء المسلمين فى جميع الأقطار الاسلامية بالقدر المستطاع •

ثانيا : المعاملات المصرفية :

قرر المؤتمر بشأن المعاملات المصرفية ما يلى :

١ ـ الغاء الفائدة على أنواع القروض وكلها ربا محرم ، لا فرق فى ذلك بين ما يسمى بالقرض الاستهلاكى وما يسمى بالقرض الانتاجى ، لأن نصوص الكتاب والسنة فى مجموعها قاطعة فى تحريم النوعين •

٢ ـ كثير الربا وقليله حرام كما يشير الى ذلك الفهم الصحيح فى قوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة » •

٣ ـ الاقراض بالربا محرم لا تبيحه حاجة ولا ضرورة ، والاقتراض بالربا محرم كذلك ، ولا يرتفع اثمه الا اذا دعت اليه ضرورة ، وكل امرىء متروك لدينه فى تقدير ضرورته •

٤ ـ أعمال البنوك من الحسابات الجارية ، وصرف الشيكات وخطابات الاعتماد ، والكمبيالات الداخلية التي يقوم عليها العمل بين التجار والبنوك فى الداخل ، كل هذا من المعاملات المصرفية الجائزة ، وما يؤخذ فى نظير هذه الأعمال ليس من الربا •

٥ ـ الحسابات ذات الأجل ، وفتح الاعتماد بفائدة ، وسائر أنواع الاقراض نظير فائدة كلها من المعاملات الربوية وهى محرمة •

٦ ـ أما المعاملات المصرفية المتعلقة بالكمبيالات الخارجية ، فقد أجل النظر فيها الى أن يتم بحثها •

٧ ـ ولما كان للنظام المصرفى أثر واضح فى النشاط الاقتصادى المعاصر ، ولما كان الاسلام حريصاً على الاحتفاظ بالنافع من كل مستحدث مع اتقاء

أوزاره وآثامه ؛ فان مجمع البحوث الاسلامية بصدد درس بديل اسلامى للنظام المصرفى الحالى ، ويدعو علماء المسلمين ورجال المال والاقتصاد الى أن يتقدموا اليه بمقترحاتهم فى هذا الصدد .

ثالثا : استثمار الأموال :

قرر المؤتمر أن استثمار المال الخاص وما يتبع فيه من الطرق حق خالص لصاحب المال ، على أنه اذا سلك فى هذا مسلكاً يؤدى الى ضياع المصلحة العامة ؛ وجب على ولى الأمر أن يتدخل ليمنع الضرر ، وليصون المصلحة العامة بطريق لا عدوان فيه على الحق المشروع لصاحب المال .

رابعا : الزكاة وصدقات التطوع :

قرر المؤتمر بشأن الزكاة ما يلى :

١ ــ ان ما يفرض من الضرائب لمصلحة الدولة لا يغنى القيام به عن أداء الزكاة المفروضة .

٢ ــ يكون تقويم نصاب الزكاة فى نقود التعامل المعدنية ، وأوراق النقد ، والأوراق النقدية ، وعروض التجارة على أساس قيمتها ذهباً ، فما بلغت قيمته من أحدها عشرين مثقالا ذهبيا وجبت فيه الزكاة .

وذلك لأن الذهب أقرب الى الثبات من غيره ، ويرجع فى معرفة قيمة مثقال الذهب بالنسبة الى النقد الحاضر الى ما يقرره الخبراء .

٣ ــ الأموال النامية التى لم يرد نص ولا رأى فقهى بايجاب الزكاة فيها حكمها كالآتى :

(أ) لا تجب الزكاة فى أعيان العمائر الاستغلالية والمصانع والسفن والطائرات وما شابهها . بل تجب الزكاة فى صافى غلتها عند توافر النصاب وحولان الحول .

(ب) واذا لم يتحقق فيها نصاب وكان لصاحبها أموال أخرى تضم اليها وتجب الزكاة فى المجموع اذا توافر شرط النصاب وحولان الحول •

(جـ) مقدار النسبة الواجب اخراجها هو ربع عشر صافى الغلة فى نهـاية الحول •

(د) فى الشركات التى يساهم فيها عدد من الأفراد لا ينظر فى تطبيق هذه الأحكام الى مجموع أرباح الشركات وانما ينظر الى ما يخص كل شريك على حدة •

٤ ــ تجب الزكاة على المكلف فى ماله ، وتجب أيضاً فى مال غير المكلف، ويؤديها عنه من ماله من له الولاية على هذا المال •

٥ ــ تعتبر الزكاة أساساً للتكافل الاجتماعى فى البلاد الاسلامية كلها ، وهى مصدر لما تستوجبه الدعوة الى الاسلام ، والتعريف بحقائقه ، واعانة المجاهدين فى سبيل تحرير الأوطان الاسلامية •

٦ ــ تترك طريقة جمع الزكاة وصرفها لكل اقليم بما يناسبه •

وبشأن صدقات التطوع يبين المؤتمر ما يلى :

١ ــ الاسلام يدعو الى الانفاق فى سبيل الله ، وينهى عن البخل وقبض اليد عن بذل الخير •

٢ ــ الاسلام يحذر من السؤال ، ومن قبـول الصـدقة الا فى حالات الضرورة •

٣ ــ الاسلام يدعو الى البر بغير المسلمين ، مساواة لهم باخوانهم المواطنين من المسلمين ، ورعاية لكل فرد من الأفراد فى المجتمع الاسلامى • ا هـ

رأينا فى مشكلة الضمان المعاصر

يجب أن يعتمد على الأصول التى سلكها سلف هذه الأمة

ان لهذه الأمة سلفاً كانت لهم مناهجهم وضوابطهم فى سد الحاجة لكل فرد تظله حماية الامامة العظمى ويستمتع بوارف خفق راية الاسلام المنيعة .

فقد نظروا فى حالات الضرورة لكل مسلم فعرفوا من أدب النبوة وأهداف الرسالة ، أن الشريعة تقوم على حفظ المسلم فى عقله ودينه وعرضه وماله ونفسه .

هذه هى العناصر القارهة العظيمة التى هى فى حفظها وصيانتها غاية الغايات من الشريعة الاسلامية ولقد بلغ عصر النبوة من السمو مبلغاً جعل الأنصار جديرين بنعت الله تبارك وتعالى لهم أنهم « يؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة » هذا كان واضحاً زمن الهجرة أولى ثم ظل هذا الايثار ينمو حتى تجلى فى فىء بنى النضير حين قال صلى الله عليه وسلم للأنصار : « ان اخوانكم من المهاجرين ليست لهم أموال ، فان شئتم قسمت هذه وأموالكم بينكم وبينهم جميعا ، وان شئتم أمسكتم أموالكم وقسمت هذه فيهم خاصة » فقالت الأنصار : « بل تقسم يا رسول الله هذه فيهم ، واقسم لهم ما شئت من أموالنا » وقد أخذ الصحابة اخذ نبيهم صلى الله عليه وآله وسلم « فقد قدم أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه الى الجابية وأراد قسمة الأرض بين المسلمين ، فقال له معاذ بن جبل رضى الله عنه : والله اذن ليكونن ما تكره ، انك ان قسمتها صار الربع العظيم فى أيدى القوم ثم يبيدون ، فيصير ذلك الى الرجل الواحد أو المرأة ، ثم يأتى من بعدهم قوم يسدون من الاسلام مسدّاوهم لا يجدون شيئاً ، فانظر أمراً يسع أولهم وآخرهم » .

وكان رضى الله عنه يقول : « لولا أنى أخشى أن يُتْرَكَ آخر الناس لا شىء لهم ما فتح الله على المسلمين قرية الا قسمتها سهماناً كما قسمت خيبر سهماناً ، ولكنى أخشى أن يبقى آخر الناس لا شىء لهم » .

وقد قرر أبو يوسف القاضي صاحب أبي حنيفة رضي الله عنهما : « بأن ما رآه عمر بن الخطاب من الامتناع من قسمة الأرضين بين من افتتحها عندما عرفه الله ما كان في كتابه من بيان ذلك ، توفيقاً من الله كان له فيما صنع ، وفيما رآه من جمع خراج ذلك وقسمته بين المسلمين عموم النفع لجماعتهم ».

ولقد أوصى رضي الله عنه بعد أن أجهز عليه عدو الله أبو لؤلؤة في المحراب : « أُوص الخليفة من بعدي بأهل الأمصار خيراً ، فانهم جباة المال ، وغيظ العدو ، ورِدْءُ المسلمين ، وأن يقسم بينهم فيئهم بالعدل ، وألا يحصل من عندهم فضل الا بطيب نفس منهم » .

وقد جاءت في حد الفقر آراء المذاهب فالفقير عند الشافعي هو الذي يحصل على ما تزول به حاجته من أداة يعمل بها ان كانت به قوة لأنه لا يجد ما يقع موقعاً من كفايته ، فيعطى بضاعة يتجر فيها حتى لو احتاج الى مال [1] كثير للبضاعة التي تصلح له ، ويحسن التجارة فيه ، وجب أن يدفع اليه . وشرح النووي هذا النص لأبي اسحاق الشيرازي فقال رضي الله عنه :

« في حقيقة الفقر الذي يستحق سهماً من الزكاة ، قال الشافعي والأصحاب : هو الذي لا يقدر على ما يقع موقعاً من كفايته بمال ولا بكسب، وشرحه الأصحاب فقالوا : هو من لا مال له ولا كسب أصلا ، أوله ما لا يقع موقعاً من كفايته ، فان لم يملك الا شيئاً يسيراً بالنسبة الى حاجته بأن يحتاج كل يوم الى عشرة دراهم وهو يملك درهمين أو ثلاثة كل يوم فهو فقير ، لأن هذا القدر لا يقع موقعاً من الكفاية ، قال البغوي : ولو كان له دار يسكنها أو ثوب يلبسه متجملا به فهو فقير ، ولا يمنع ذلك فقره لضرورته اليه ، قال الرافعي : ولم يتعرضوا لعبده الذي يحتاج اليه للخدمة ، وهو في سائر الأصول ملحق بالمسكن .

قلت : قد صرح ابن كجٍ في كتابه التجريد بأن العبد الذي يحتاج اليه للخدمة كالمسكن ، وأنهما لا يمنعان أخذ الزكاة لأنهما مما يحتاج اليه كثيابه.

---

(١) راجع صفحة ١٦٦ من الجزء السادس من المجموع في هذه الطبعة .

وقد أطال النووى فى بحث الفقير والفقيرة التى لها زوج غنى فارجع اليه فانه يروى علتك ويشفى غلتك ان شاء الله وقد خلص بأن الفقير يأخذ من المال بقدر ما يخرجه وكذلك المسكين من الحاجة الى الغنى وهو ما تحصل به الكفاية على الدوام •

أما المسكين فانه هو الذى يقدر على ما يقع موقعاً من كفايته الا أنه لا يكفيه ، فأما الذى لا يجد موقعاً من كفايته فهو الفقير ، وأما الذى يقدر على ما يقع موقعاً من كفايته الا أنه لا يكفيه فهو المسكين ، قال أصحابنا : مثاله : يحتاج الى عشرة ويقدر على سبعة أو ثمانية والله تعالى أعلم •

ويرى مالك رضى الله عنه أن الفقير الذى يعطى ما يغنيه هو الذى لا يملك قوت عامه •

ويرى أبو حنيفة رضى الله عنه أن الفقير الذى يستحق من سهمان الزكاة هو الذى لا يملك نصاب الزكاة •

ويرى أحمد بن حنبل أن الفقير هو ما وصف به الشافعى رضى الله عنهما المسكين « وهو الذى لو ملك من العروض أو الحبوب أو السائمة أو العقار ما لا تحصل به الكفاية ولو ملك نصاباً ، فاذا لم يكن محتاجاً حرمت عليه الصدقة ولو لم يملك شيئاً ، وان كان محتاجاً حلت له الصدقة وان ملك نصاباً • ونقل ابن قدامة فى المغنى عن ميمون قال : ذاكرت أبا عبد الله ــ يعنى أحمد بن حنبل رضى الله عنه ــ فقلت : يكون للرجل الابل والغنم وتجب فيها الزكاة وهو فقير ، ويكون له أربعون شاة وتكون له الضيعة لا تكفيه فيعطى من الصدقة ؟ قال : نعم •

ويرى ابن حزم الامام الظاهرى رحمه الله تعالى : أن من كان له مال تجب فيه الصدقة كمائتى درهم أو أربعين شاة وهو لا يقوم ما معه بقوته لكثرة عياله أو لغلا السعر ، فهو مسكين يعطى من الصدقة المفروضة ، وتؤخذ منه فيما وجب فيه من ماله لقول عمر بن الخطاب رضى الله عنه : « اذا أعطيتم فأغنوا » •

وقال أبو عبيد [1] : « وقد روى عن عمر بن عبد العزيز : « ان اقضوا عن الغارمين » فكتب اليه : انا نجد الرجل له المسكن والخادم والفرس والأثاث فكتب عمر :

« أن لابد للمرء المسلم من سكن يسكنه ، وخادم يكفيه مهنته ، وفرس يجاهد عليه عدوه ، ومن أن يكون له الأثاث فى بيته نعم ، فاقضوا عنه فانه غارم » .

فانظر كيف ان الضمان فى الاسلام أعم من هذه الشركات التى تسمى (بالتأمين التعاونى) ذلك لقصوره على أعيان المتعاونين والقائمين بسهمانهم على الشركة ومن عداهم فلأمه الهبل .

والأمر يكون ملهاة كبرى لو نظر اليه من جهة الحل والحرم كما فى بيانات مجامع الفقهاء والبحوث الاسلامية وهيئات كبار العلماء ، وهى نظرة غير ثاقبة لقصرها على الحكم عليها فقط ، دون النظر الى ما فى الاسلام من صور أنبل وأشرف لشموليتها واستيعابها جميع أفراد الأمة وشعوبها من عرب وعجم وأبيض وأحمر وأسود وكبير وصغير وذكر وأنثى وحى وميت . نعم وحى وميت ، فعن أبى هريرة وغيره رضى الله عنهم « أن النبى صلى الله عليه وآله وسلم كان يؤتى بالميت عليه الدين فيقول : هل ترك لدينه وفاء ؟ فان قيل : انه ترك لدينه وفاء ، صلى عليه ، والا قال : صلوا على صاحبكم » فلما فتح الله عليه الفتوح قال : « أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم ، فمن توفى وعليه دين فعلىّ قضاؤه ، ومن ترك مالا فلورثته » .

مذهبا أبى بكر وعمر فى القسم واختلافهما الراشد

فعن يزيد بن حبيب وغيره [2] أن أبا بكر كلّم فى أن يفضل بين الناس فى القسم فقال : فضائلهم عند الله فأما هذا المعاش فالتسوية فيه خير » ومن آثاره « ان المسلمين انما هم بنو الاسلام كاخوة ورثوا أباهم فهم شركاء فى

(١) الأموال صفحة : ٦٦١

(٢) الأموال صفحة ٣٣٥ .

الميراث تتساوى فيه سهامهم ، وان كان بعضهم أعلى من بعض فى الفضائل ودرجات الدين والخير » .

ويروى القاضى أبو يوسف فى كتاب الخراج أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه عندما تولى الخلافة خطب فى الناس قائلا : « انما أنا ومالكم كولىّ اليتيم — الى أن قال : ولكم علىّ أيها الناس خصال أذكرها لكم فخذونى بها ؛ لكم أن لا أجتبى شيئاً من خراجكم ، ولا مما أفاء الله عليكم الا من وجهه ، ولكم علىّ اذا وقع فى يدى أن لا يخرج منى الا فى حقه ، ولكم علىّ أن أزيد أعطياتكم وأرزاقكم » [1] .

وفى كتاب الأموال لأبى عبيد أن أمير المؤمنين عمر رضى الله عنه « أمر بجريب من طعام فعجن ثم خبز ثم ثرد بزيت ثم دعا عليه ثلاثين رجلا ، فأكلوا منه غداءهم حتى أصدرهم ثم فعل بالعشاء ذلك وقال : يكفى الرجل جريبان — وهو نحو اردب من القمح أو نصفه أو يزيد شيئاً — كل شهر ، فكان يرزق الناس ؛ المرأة والرجل والمملوك جريبين كل شهر » [2] .

« وقد مر أمير المؤمنين رضى الله عنه يتفقد الرعية فسمع الصبى يتضاغى من الجوع فسأل أمه أن ترضعه ، فقالت : انى أريد أن أفطمه ، لأن عمر لا يسجل الصغار فى ديوان الأرزاق الذين هم دون الفطام ، فقال فى نفسه هامساً : ويح عمر ، هلك عمر ، ثم عاد الى دار الخلافة ثم بعث فى الأمصار وفى سكك المدينة من ينادى : لا تعجلوا أولادكم على الفطام ، فانا نفرض لكل مولود فى الاسلام ، وكتب بذلك الى الآفاق بالفرض لكل مولود فى الاسلام » .

وفى كتاب الخراج لأبى يوسف : « وقيل : انه كان يعطى الوليد اذا طرحته أمه مائة درهم ، فاذا ترعرع بلغ به مائتين » وفى هذا المرجع أيضاً : أن الخليفة عمر عندما أتاه مال كثير قسم لكل رجل نصف دينار اذا كان عزباً وله مع امرأته ديناراً » وكان رضى الله عنه يرشد عماله الى حقيقة يجب أن

---

(١) الخراج ص ١٢٧
(٢) الاموال صفحة ٢٣٧ .

تكون ماثلة أمامهم وهى أن الله تعالى بعث محمداً هادياً ولم يبعثه جابياً . حتى صارت هذه شعاراً للدولة يؤكد عليها من جاء بعده من صالحى الأمراء والخلفاء ، وكان يكتبها عمر بن عبد العزيز الى أمراء الأمصار ، حتى لا يتمادوا فى تحصيل الجزية بعد اسلام من كان ذميا .

وقد ورد « ان معاذ بن جبل فى أول تأمير أمير المؤمنين عمر رضى الله عنه له على اليمن بعث الى عمر بثلث صدقة الناس ، فأنكر ذلك عمر رضى الله عنه وقال له : لم أبعثك جابيا ، ولا آخذ جزية ، ولكن بعثتك لتأخذ من أغنياء الناس فتردها على الفقراء ، فقال معاذ : ما بعثت اليك بشيء ، وأنا أجد أحداً يأخذه منى ، فلما كان العام القابل بعث اليه شطر الصدقة فتراجعا بمثل ذلك ، فلما كان العام الثالث بعث اليه بها كلها ، فراجعه عمر بمثل ما راجعه قبل ذلك فقال معاذ : ما وجدت أحداً يأخذ منى شيئاً » .

وقال عمر أيضاً : « أما والله لئن بقيت لأرامل أهل العراق لأدعنهم لا يفتقرون الى أمير بعدى » .

أما فى عهد عثمان رضى الله عنه فقد كانت امرأة تدخل عليه ففقدها يوماً فقال لأهله [1] : « مالى لا أرى فلانة ؟ فقالت له زوجته انها ولدت غلاماً ، فأرسل اليها بخمسين درهماً وكسوته ، وذكر لها بأنه اذا مرت به سنة رفعه الى مائة » وقال الزبير بن العوام لعثمان رضى الله عنهما بعد ما مات عبد الله ابن مسعود رضى الله عنه : « أعطنى عطاء عبد الله فعيال عبد الله أحق به من بيت المال ، فأعطاه عثمان خمسة عشر ألفاً » [2] .

وقد كتب عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه الى واليه على العراق « أن أخرج للناس أعطياتهم » فكتب اليه الوالى : « انى قد أخرجت للناس أعطياتهم ، وقد بقى فى بيت المال » فكتب اليه : « أن انظر من ادّان فى غير سَفَه ولا سَرَف فاقض عنه » فكتب اليه : « انى قد قضيت عنهم وبقى فى

---

(١) الأموال ص ٣٠٣ .

(٢) الأموال ص ٣٢٢

بيت مال المسلمين مال » فكتب اليه : « أن انظر من كانت عليه جزية فضعف عن أرضه فأَسْلِفْه ما يقوى على عمل أرضه فانا لا نريدهم لعام ولا لعامين» وكان قد كتب له قبل ذلك : « أن انظر كل بكر ليس له مال فشاء أن تزوجه فزوِّجْه وأصدق عنه » فكتب اليه : « انى قد زوجت كل من وجدت وقد بقى فى بيت المال مال » فكتب اليه بعد مخرج هذا بخصوص من ضعف على الجزية من أهل الكتاب .

وقد ورد فى صحيح مسلم والسنن مرفوعاً : « من كان له فضل ظهر فليعد به على من لا ظهر له ، ومن كان له فضل زاد فليعد به على من لا زاد له ، قال : فذكر من أصناف المال حتى ظننا أنه لا حق لأحد منا فى فضل » .

بل لقد ورد الضمان فى الماشية والسائمة والغنم ، فقد أوصى والى الحمى بقوله : « اضمم جناحك عن الناس ، واتق دعوة المظلوم فانها مجابة ، وأدخل رب الصُّرَيْمَةِ والغُنَيمة ودعنى من نعم ابن عفان وابن عوف ، فانهما ان هلكت ماشيتهما رجعا الى نخل وزرع . وان هذا المسكين ان هلكت ماشيته جاءنى ببنيه يصرخ : يا أمير المؤمنين ــ أفتاركهم أنا لا أبالك ؟ فالكلأ أيسر علىَّ من الذهب والورق » .

ويرسل الى عماله يقول لهم : « ألا وانى لم أبعثكم أمراء ولا جبارين ، لكن بعثتكم أئمة الهدى يهتدى بكم ، فأَدِرُّوا على المسلمين حقوقهم . ولا تضربوهم .. ولا تغلقوا الأبواب دونهم فيأكل قويهم ضعيفهم ، ولا تستأثروا عليهم فتظلموهم [1] » .

وعمر بن عبد العزيز الذى روت عنه زوجته ما يكاد يكون هم كل امام عادل فى أمة محمد صلى الله عليه وسلم « اذ دخلت عليه وهو جالس فى مصلاه واضعاً خده على يده ، ودموعه تسيل على خديه فقالت له مالك ؟ فقال : ويحك فاطمة ، لقد وليت من أمر هذه الأمة ما وليت ففكرت فى الفقير الجائع ، والمريض الضائع ، والعارى المجهود ، واليتيم المكسور ، والأرملة

---

(١) الخراج ص ١٢٧ .

الوحيدة ، والمظلوم المقهور ، والغريب الأسير والشيخ الكبير وذى العيال الكثير والمال القليل ، وأشباههم فى أقطار الأرض وأطراف البلاد فعلمت أن ربى عز وجل سيسألنى عنهم يوم القيامة ، وأن خصمى دونهم محمد صلى الله عليه وسلم فخشيت ألا يثبت لى حجة عند خصومته ، فرحمت نفسى فبكيت »

وقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه يشرح موقفه من المال :

« انى أنزلت نفسى من مال الله منزلة مال اليتيم ، ان استغنيت استعففت وان افتقرت أكلت بالمعروف ثم أنا باد بأصحابى ــ يعنى المهاجرين ــ أخرجنا من مكة »[1] سنن البيهقى .

ويقول : « والذى لا اله الا هو (ثلاثاً) ما من الناس أحد الا له فى هذا المال حق ، أُعْطِيَه أو مُنِعه ، وما أحد أحق به من أحد الا عبد مملوك ، وما أنا فيه الا كأحدهم ، ولكنا على منازلنا من كتاب الله وقسمنا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فالرجل وبلاؤه فى الاسلام ، والرجل وحاجته . والله لئن بقيت ليأتين الراعى بجبل صنعاء حظه من هذا المال وهو مكانه[2] » .

ولما رأى ابنة ولده عبد الله تطيش هزالا سأل عنها وهو لا يعرفها ، فقال أبوها : انها ابنتك ، ولما سأله ما بها ؟ قال له : عملك انك لا تنفق عليها ، أو قال له : منعك ما عندك ، قال : ومنعى ما عندى منعك أن تطلب لبناتك ما يطلب القوم لبناتهم ؟ انه والله مالك عندى غير سهمك فى المسلمين ، وسعك أو عجز عنك ، هذا كتاب الله بينى وبينكم[3] » .

ولما حصلت المجاعة عام الرمادة فى المدينة وما حولها رأى فى يد بعض أولاده بطيخة فقال : « بخ بخ يا ابن أمير المؤمنين تأكل الفاكهة وأمة محمد هزلى ؟ » فخرج الصبى هارباً وبكى ، « وما سكت عمر حتى علم أنه اشتراها بكف من نوى » .

---

(١) جزء ٦ ص ٣٤٩ .
(٢) الطبقات الكبرى لابن سعد والخراج لأبى يوسف .
(٣) عمر بن الخطاب لأبى الفرج بن الجوزى .

« وكان رضى الله عنه قد أسود لونه لشدة ما عانى فى هذا العام من الجوع والاستمرار على الأكل بالزيت فقط ، وحرم على نفسه اللحم والسمن واللبن فى هذا العام حتى يحيى الناس » ويقول أسلم مولاه : كنا نقول . لو لم يرفع الله المحْل عام الرمادة لظننا أن عمر يموت هنا بأمر المسلمين » .

عمر بن الخطاب أول من فرض العطاء وفاضل فيه فى الاسلام

لما كان عمر رضى الله أول من أنشأ بيت المال وأول من دون الدواوين وترتب على هذا أن وزع الأموال على المسلمين :

١ ــ حيث جعل العطاء دوريا .

٢ ــ فاضل بين الناس وجعلهم درجات .

٣ ــ قدّر العطاء لكل فئة .

قد حدث أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يفرق بين الناس فى قسمة المال وكان صلى الله عليه وسلم يقول : « يا سعد انى لأعطى الرجل وغيره أحب الىّ منه خشية أن يكبه الله فى النار » .

ولكن أبا بكر رضى الله عنه كان يقسم بالسوية ويقول : « أما ما ذكرتم من السوابق والقدم والفضل فما أعرفنى بذلك وانما ذلك شىء ثوابه على الله جل ثناؤه ، وهذا معاش فالأسوة فيه خير من الأثرة » .

واتخذ الفاروق سياسة جديدة فى تقسيم الأموال العامة [1] حيث فرض العطاء وجعله دوريا ، وقد كان من قبل يصل المال فيقسم فى حينه ، فأعلن عمر رأيه للصحابة فى فرض العطاء دوريا حيث قال : فانى أرى أن أجعل عطاء الناس فى كل سنة ، وأجمع المال فانه أعظم للبركة ، قالوا : اصنع ما رأيت ، فانك ــ ان شاء الله ــ موفق ففرض الأعطيات وانتهج نهجاً جديداً فى المفاضلة بين الناس أعلن ذلك بقوله : ان أبا بكر ــ رضى الله عنه ــ

---

(١) (أوليات الفاروق السياسية) غالب عبد الباقى القرشى .

رأى فى هذا المال رأيا ولى فيه رأى آخر ، لا أجعل من قاتل رسول الله صلى الله عليه وسلم كمن قاتل معه » .

وكانت الأقسام على النحو التالى :

(القسم الأول) : ذووا السوابق الذين حصل المال بسابقتهم .

(القسم الثانى) : من يغنى عن المسلمين فى جلب المنافع لهم كولاة الأمور والعلماء الذين يجلبون لهم منافع الدين والدنيا .

(القسم الثالث) : من يبلى بلاء حسناً فى دفع الضرر عنهم كالمجاهدين فى سبيل الله من الجنود والعيون من القصاد والناصحين ونحوهم .

(القسم الرابع) : ذووا الحاجات .

قسم الفاروق الناس الى درجات كما رأينا ولكنه لم يسو بين أصحاب كل درجة فى العطاء ، بل انه فرق بين السابقين الأولين من المهاجرين والأنصار، والمهاجر البدرى غير المهاجر بعد بدر ، والسابقون من المهاجرين غير السابقين من الأنصار وقرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كانوا من غير السابقين فقد استثناهم من القاعدة ورفعهم الى مستوى السابقين وزيادة ، فالعباس عم رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن بدريا ولا من السابقين الأولين قد جعله فوق مستوى البدريين السابقين فى العطاء ، والحسن والحسين لم يكونا بدريّين ولا من السابقين المهاجرين قد ألحقهما بأبيهما ، وأزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم قد فضلهن فى العطاء على المهاجرين والأنصار لمنزلتهن من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أما مقادير العطاء التى فرضها رضى الله عنه ، فقد روى البخارى فى صحيحه عن نافع عن ابن عمر عن عمر رضى الله عنهما قال : « كان فرض للمهاجرين الأولين أربعة آلاف وفرض لابن عمر ثلاثة آلاف وخمسمائة فقيل له : هو من المهاجرين فلم نقصته من أربعة آلاف ؟ فقال : انما هاجر به أبواه ، يقول : ليس هو كمن هاجر بنفسه » [1]

---

(١) فتح البارى شرح صحيح البخارى جـ ٧ ص ٢٥٣ طبعة السلفية .

وقد ورد عن قيس بن أبي حازم ـ وهو مخضرم أدرك الجاهلية والاسلام له رؤية وليست له صحبة ـ قال كان عطاء البدريين خمسة آلاف ، وقال الماوردى : « فرض لكل من شهد بدراً من الأنصار أربعة آلاف درهم ، وقال أبو يوسف : « ففرض لأهل السوابق والقدم خمسة آلاف » .

وقد ألحق العباس عم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالبدريين ، وألحق الحسن والحسين بأهل بدر لمكانهما من رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرض لهما خمسة آلاف ، وفضل أزواج النبى صلى الله عليه وسلم على أهل بدر ففرض لكل واحدة منهن عشرة آلاف درهم الا عائشة فانه فرض لها اثنى عشر ألف درهم ، وألحق بهن جويرية بنت الحارث وصفية بنت حيى ، وقيل : بل فرض لكل واحدة منهن ستة آلاف درهم .

أما من تأخرت هجرته وهاجر قبل الفتح فانه فرض له ثلاثة آلاف درهم، وفرض لمن أسلم بعد الفتح ألفى درهم وفرض لأبناء غلمان أحداث من أبناء المهاجرين والأنصار كفرائض مسلمى الفتح .

ثم فرض للناس على قدر منازلهم وقراءتهم للقرآن وجهادهم ، وفرض لأهل اليمن وقيس بالشام والعراق لكل رجل منهم ألفين الى ألف الى خمسمائة الى ثلاثمائة .

وفرض للنساء ، فرض لصفية عمة النبى صلى الله عليه وسلم ستة آلاف درهم ، ولأسماء بنت عميس زوجة أبى بكر الصديق وأم كلثوم بنت عقبة وأم عبد الله بن مسعود ألف درهم ، وفرض لنساء المهاجرين والأنصار ستمائة وأربعمائة ، أربعمائة وثلاثمائة ، ثلاثمائة ومائتين ، مائتين .

ولما تولى على بعده سوّى بين الناس .

الفاروق أول من فرض العطاء لكل مولود فى الاسلام

قد سبق أن ذكرنا أن بعض الأمهات كن يعجلن الفطام ليستفدن من العطاء وذات ليلة قدمت رفقة من التجار بقافلة تجارية فنزلوا المصلى ولما عرف عنهم عمر خاف عليهم السرق ، فذهب الى عبد الرحمن بن عوف وأخبره الخبر وقال له : هل لك أن نحرسهم الليلة من السرق ؟ فباتا يحرسانهم ويصليان

ما كتب الله لهما ، فسمع عمر بكاء صبى فتوجه نحوه فقال لأمه : اتقى الله وأحسنى الى صبيك ، ثم عاد الى مكانه ، فلما كان من آخر الليل سمع بكاءه فأتى أمه فقال : ويحك انى لأراك أم سوء ،مالى أرى ابنك لا يقر منذ الليلة ؟ قالت : يا عبد الله قد أبرمتنى منذ الليلة (أى اضجرتنى) انى أريغه عن الفطام ـ أى أريده أن يفطم ـ فيأبى قال : ولم ؟

قالت : لأن عمر لا يفرض الا للفطيم ، قال : وكم له ؟ قالت : كذا وكذا شهراً ، قال : ويحك لا تعجليه ، فصلى الفجر وما يستبين الناس قراءته من غلبة البكاء ، فلما سلم قال : يا بؤسا لعمر ، كم قتل من أولاد المسلمين ، ثم أمر مناديا فنادى أن لا تعجلوا صبيانكم عن الفطام فانا نفرض لكل مولود فى الاسلام » وبعث بذلك الى الأمصار •

الفاروق أول من جعل نفقة اللقيط فى بيت المال

قال ابن سعد : وكان عمر اذا أتى بلقيط فرض له مائة درهم وفرض له رزقاً يأخذه وليه كل شهر بما يصلحه ، ثم ينقله من سنة الى سنة وكان يوصى بهم خيراً ويجعل نفقتهم ورضاعتهم من بيت المال •

هذا فالى الذين يتبارون بتقديم البحوث وترصيف الفصول ، وعقد الندوات والمؤتمرات ، ونشر المقالات الضافيات ، أقول لهم : على رسلكم فلقد كان يكفيكم سيرة الصحابة فى منهج الضمان والتأمين بدلا من هذا العناء الذى ناء بكم أو تؤتم بها فما التأمين التعاونى بمغن فتيلا ولا يصلح الالمن كان معه فضل مال يبذله ليدخل فى هذه اللعبة ، ولا التأمين التبادلى حتى ولا التأمين الحكومى يؤخذ مقدماً من المشتركين من العمال والا فانه يفتقر الى أن يسعى قبل أن تقعده الشيخوخة أو المرض عن اسماع صوته الى من بيدهم منحة معاش الشيخوخة ممتنين عليه باسم الزعيم أو الرئيس فيسمى معاش فلان ، وكأن فلاناً هذا هو الرازق المانح المانع ، وما سمى السلف الصالح أنواع المشروعات التى عرفت أولياتها لأمير المؤمنين بالعطاء العمرى، أو الديوان العمرى أو التاريخ العمرى ، وليرجع من شاء مرة أخرى لقراءة ما مضى والله جل ثناؤه له المنة وله الحمد على ما أولى وهو أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب •

شركات التامين عند عبد الله آل محمود

كان للأخ العلامة الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود رئيس المحاكم الشرعية والشئون الدينية بدولة قطر بحث فى مجموعة رسائل أهديت الينا فى مؤتمر السيرة الثالث الذى عقد بالدوحة عام ألف وأربعمائة فى شهر المحرم فكان مما وقع نظرى عليه بعد الانتهاء من بحث التأمين ما جاء فى رسالته مما يلفت النظر من تجويز بعض صور التأمين كالتأمين على السيارات وتحريم صور أخرى كتحريم عقد التأمين نفسه وتحريم عقد التأمين على الحياة ويعزو ذلك الى أنه لما كثرت الخيرات واتسعت التجارات وفاض المال على الناس من جميع الجهات ، اخترع الناس لهم فنوناً من المعاملات والشركات لم تكن معروفة فى سالف السنين ، ولم يقع لها ذكر عند الفقهاء المتقدمين .

من ذلك شركات التأمين على اختلاف أنواعها ، وهى قضية ذات أهمية وليدة هذا العصر ، وقد راجت بين العالم وصارت حديث القوم فى سمرهم ومجالسهم ، وأخذ بعض الناس يموج فى بعض فى موضوعها بالتجهيل والتضليل وبالتحريم والتحليل .

وأسبق من رأيناه طرق موضوع الكلام فيها من علماء المسلمين هو الشيخ ابن عابدين المتوفى عام ١٢٥٢ هـ فقد ذكرها فى كتابه (الرد على المختار) ونصه :

« انها جرت العادة أن التجار اذا استأجروا مركباً من حربى يدفعون له أجرته ، ثم يدفعون أيضاً مالا معلوماً لرجل مقيم فى بلاده يسمى ذلك المال (سوكرة) على أنه مهما هلك المال الذى فى المركب بغرق أو حرق أو نهب أو غيره ، فذلك الرجل ضامن له بثمنه فى مقابلة ما يأخذه منهم ، فاذا هلك من مالهم شيء يؤدى ذلك المستأمن للتجار بدله تماماً .. قال : والذى يظهر لى أنه لا يحل للتاجر أخذ بدل الهالك ، لأن هذا التزام ما لا يلزم » انتهى .

ويظهر أن مبدأ عملية التأمين هو الخوف من الحوادث والكوارث

الشديدة التى تفاجئهم فتجحف بذهاب أنفسهم وأموالهم ، فأراد بعض التجار بهذا التأمين التحفظ على ضمان أموالهم كما أراد الآخرون التأمين على بدل حياتهم ، وهذا كله لم يكن معروفاً فى بلدان المسلمين قبل هذه السنين . ثم أخذ علماء هذا العصر يتكلمون فى موضوعها ، حيث دعت الحاجة والضرورة الى البحث فيها ، « لأن لكل حادث حديث ، ولكل مقام مقال » .

فمنهم من قال بتحريم عقد التأمين بكل أنواعه ، ومنهم من أباحه بكل أنواعه ، ومنهم من توسط فيه فقال باباحة شيء ومنع شيء منه ولسنا من المجازفين القائلين باباحته بكل أنواعه ، ولا من الجافين القائلين بتحريمه بكل أنواعه .

وانما موقفنا منه موقف التفصيل لأحكامه ، ثم التمييز بين حلاله وحرامه، والذى ترجح عندنا هو أن التأمين على حوادث السيارات والطائرات والسفن والمصانع والمتاجر أنه مباح لا محظور فيه ، اذ هو من باب ضمان المجهول ومالا يجب ، وقد نص الامام أحمد ومالك وأبو حنيفة على جوازه .

وهذا نوع منه يقاس عليه لالحاق النظير بنظيره ، كما سيأتى بيانه .

أما التأمين على الحياة ، فانه غير صحيح ولا يباح لأننا لم نجد له محملا من الصحة ، لأن وسائل البطلان محيطة به من جميع جهاته ، فهو نوع من القمار ، ويدخل فى بيع الغرر ، كبيع الآبق الذى لا يدرى أيقدر على تحصيله أم لا ، ويدخل فى مسمى الربا الذى هو شراء درهم بدراهم مؤجلة ، ويدخل فى بيع الدين بالدين ، حيث ان المؤمَّن يدفع قيمة التأمين مقسطة فى سبيل الحصول على دراهم أكثر منها مؤجلة أضف اليه أنها لا تقتضيه الضرورة ولا توجبه المصلحة كما سيأتى بيانه ان شاء الله تعالى .

التأمين على السيارات

ان الله سبحانه وتعالى فى كتابه وعلى لسان نبيه بيَّن الحلال والحرام بياناً واضحاً فقال تعالى : « وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم

انيه » [1] وقال : « ولا تقولوا لما تصف ألسنتكم الكذب هذا حلال وهذا حرام لتفتروا على الله الكذب » [2] وقال : « أرأيتم ما أنزل الله لكم من رزق فجعلتم منه حراماً وحلالا ، قل آلله أذن لكم أم على الله تفترون » [3] .

وفى البخارى ومسلم عن النعمان بن بشير ، أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الحلال بيّن والحرام بيّن وبينهما أمور مشتبهات لا يعلمهن كثير من الناس ، فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه ، ومن وقع فى الشبهات وقع فى الحرام ، كالراعى يرعى حول الحمى يوشك أن يقع فيه، ألا وان لكل ملك حمى ألا وان حمى الله محارمه ، ألا وان فى الجسد مضغة اذا صلحت صلح الجسد كله واذا فسدت فسد الجسد كله ألا وهى القلب » .

فأخبر النبى صلى الله عليه وسلم فى هذا الحديث أن الحلال المحض بيّن واضح لا مجال للشك فيه وأن الحرام المحض بيّن لا يختلج فى القلب الجهل به ولكن بينهما أمور مشتبهات لا يعلم أكثر الناس حقيقة الحكم فيها ، هل هى من الحلال أو من الحرام . ومفهوم الحديث أن القليل من الناس وهم أهل العلم والمعرفة يعرفون حكم الله فى هذه المشتبهات فيلحقون الحلال بنظيره من الحلال ، والحرام بنظيره من الحرام .

فالذى يخاف عليهم من الوقوع فى الحرام عند مقاربتهم للمشتبهات هم العوام الذين تخفى عليهم غوامض الأحكام ويتجاسرون على الأشياء المشتبهات بدون سؤال عن الحلال والحرام ، كما أن العلماء ينبغى أن يتركوا المشتبهات عندما يخفى عليهم الحكم فيها لحديث : « دع ما يريبك الى ما لا يريبك » .

ثم ان هذه المشتبهات تقع فى العقود والشروط والمبايعات والأنكحة والأطعمة والرضاع ، وقد ترجم البخارى فى صحيحه فقال : « باب تفسير المشتبهات » ثم ساق الحديث بسنده عن عقبة بن الحارث أنه تزوج امرأة

---

(١) سورة الأنعام : ١١٩
(٢) سورة النحل : ١١٦
(٣) سورة يونس : ٥٩

هى أم يحيى بنت أبى اهاب ، فجاءت امرأة سوداء فقالت : انى أرضعتكما ، فسأل النبى صلى الله عليه وسلم فقال : كيف وقد قيل ؟ ، ففارقها عقبة ، ونكحت زوجاً غيره ثم ذكر حديث عبد الله بن زمعة مع عتبة بن أبى وقاص ، حيث قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الولد لك يا عبد الله بن زمعة ، واحتجبى منه يا سودة » فأمر سودة أن تحتجب عنه مع أنه محكوم بكونه أخاها لكن لما قرب شبهه بعتبة بن أبى وقاص أمرها أن تحتجب عنه وهو من باب اتقاء الشبهات .

فمن هذه المشتبهات ما يقع مشكلا مشتبها فى وقت الى أن يتصدى له من يخرجه من حيز الاشتباه والغموض الى حيز التجلى والظهور حتى يصير واضحاً جليا ، لا مجال فيه للاشتباه .

فمن هذا النوع قضية التأمين على السيارات ، فهى وان أشكل على الكثير من الناس حكمها ، من أجل تجدد حدوثها ، وغموض أمرها ، وعدم سبق الحكم من الفقهاء باسمها ، فان لها فى الفقه الاسلامى أشباها ونظائر ينبغى أن ترد اليها ، ويؤخذ قياسها منها ، كما يرد الفرع الى أصله ، والنظير الى نظيره .

وهذا يعد من القياس الصحيح الذى نزل به الكتاب والسنة وعمل به الصحابة رضى الله عنهم ، فانهم كانوا يمثلون الوقائع بنظائرها ويشبهونها بأمثالها ، ويردون بعضها الى بعض فى أحكامها ، ففتحوا للعلماء باب الاجتهاد ، ونهجوا لهم طريقه ، وبينوا لهم سنة تحقيقه وتطبيقه ، كما سيأتى بيانه .

الأصل فى العقود الاباحة حتى يقوم دليل التحريم

ذهب الامام أبو حنيفة رحمه الله الى أن الأصل فى العقود والشروط الحظر الى أن يقوم دليل الاباحة ، وهذا هو مذهب الظاهرية ، وعليه تدل نصوص الشافعى وأصوله . وذهب الامام مالك الى أن الأصل فى العقود الاباحة : الا ما دل الدليل على تحريمه وعليه تدل نصوص الامام أحمد وأصوله ، وهو اختيار شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى .

فقد قال شيخ الاسلام ــ رحمه الله ــ : « ان الأصل فى العقود الصحة والجواز ، ولا يحرم ويبطل منها الا ما دل الشرع على ابطاله وتحريمه بنص صحيح أو قياس صريح » قال : « وأصول الامام أحمد المنصوصة عنه تجرى على هذا القول ، ومالك قريب منه » [1] انتهى وقد نهج العلامة ابن القيم ــ رحمه الله ــ قال فى الاعلام :

« الخطأ الرابع : فساد اعتقاد من قال : ان عقود المسلمين وشروطهم ومعاملتهم على البطلان حتى يقوم دليل الصحة ، فاذا لم يقم عندهم دليل على صحة عقد أو شرط أو معاملة ، استصحبوا بطلانه فأفسدوا بذلك عقوداً كثيرة من معاملات الناس وشروطهم بلا برهان من الله بناء على هذا الأصل ، وجمهور الفقهاء على خلافه ، وأن الأصل فى العقود والشروط الصحة ، حتى يقوم الدليل على البطلان ، وهذا القول هو الصحيح ، فانه لا حرام الا ما حرم الله ورسوله ، كما أنه لا واجب الا ما أوجبه الله ورسوله ، ولا دين الا ما شرعه الله ورسوله » .

اذا ثبت هذا فان صنعة عقد التأمين على حوادث السيارات ، وهو أن يتفق الشخص الذى يريد التأمين على سيارته مع شركات التأمين سواء كان التأمين كاملا أو ضد الغير ، فيدفع قدراً يسيراً من المال على تأمينها مدة معلومة من الزمان ، كعام كامل بشروط وقيود والتزامات معروفة عند الجميع. من أهمها :

كون السائق يحمل رخصة سواقة ، فمهما أصيبت هذه السيارات أو أصابت غيرها بشىء من الأضرار فى الأنفس والأموال خلال المدة المحدودة ، فان الشركة ملزمة بضمانه بالغاً ما بلغ .

ويستفيد المؤمن على سيارته حصول الأمان والاطمئنان على نفسه وعلى سيارته التى يسوقها بنفسه أو يسوقها رجل فقير لا مال له ولا عاقلة ، فيستفيد عدم المطالبة والمخاصمة فى سائر الحوادث التى تقع بالسيارة ، متى

---

(١) جـ ٢ من الفتاوى القديمة ص ٣٢٦

كان التأمين كاملا ، وتقوم شركة التأمين باصلاحها عند حدوث شيء من الأضرار بها ، ومثل هذا الأمان والاطمئنان يستحق أن يبذل فى حصوله نفيس الأثمان وليس فيه من المحذور سوى الجهالة بالأضرار التى قد تعظم فى بعض الأحوال ، فتقضى بهلاك بعض النفوس والأموال وقد لا تقع بحال .

وهذه الجهالة مغتفرة فيه كنظائره من سائر الضمانات . فقد ذكر الفقهاء صحة الضمان عن المجهول ، وعما لا يجب .

قال فى المغنى : ويصح ضمان الجنايات ، سواء كانت نقوداً كقيم المتلفات أو نفوساً كالديات ، لأن جهل ذلك لا يمنع وجوبه بالاتلاف فلم يمنع جوازه بالالتزام .قال : ولا يشترط معرفة الضامن للمضمون عنه ، ولا علمه بالمضمون به لصحة ضمان ما لم يجب ا هـ .

وهذه هى نفس قضية التأمين على ضمان حوادث السيارات ، ثم ان هذه الجهالة فى عقد التأمين لا تفضى الى نزاع أبداً لتوطين الشركة أمرها فى عقدها على التزام الضمان بالغاً ما بلغ ، فلا تحس بدفع ما يلزمها من الغرامة فى جنب ما تتحصل عليه من الأرباح الهائلة .

وقد دعت اليها الحاجة والضرورة فى أكثر البلدان العربية ، بحيث لا يمنح السائق رخصة السواقه الا فى سيارة مؤمنة ، والا اعتبروه مخالفاً لنظام سير البلد ، وهذه مما يزول بها شبهة الشك فى اباحتها ، وتتمخض للجواز بلا اشكال .

وفى هذا التأمين مصلحة كبيرة أيضاً ، وهى أن المتصرفين بقيادة السيارات هم غالباً يكونون من الفقراء الذين ليس لهم مال ولا عاقلة فمتى ذهبت أرواح بعض الناس بسببهم وبسوء تصرفهم فلن تذهب معها دياتهم لورثتهم ، بل يجب أن تكون مضمونة بهذه الطريقة . اذ من المعلوم أن حوادث السيارات تقع دائماً باستمرار ، وأن الحادثة الواحدة تجتاح هلاك العدد الكثير من الناس ، ومن الحزم وفعل أولى الحزم ملاحظة حفظ دماء الناس وأموالهم .

وهذا التأمين وان كان يراه الفقير أنه من الشيء الثقيل فى نفسه ، ويعده غرامة مالية عليه ، حال دفعه ، لكنه يتحمل عنه عبئاً ثقيلا من خطر الحوادث، مما يدخل تحت رحمته وعهدته ، ومما يتلاشى معها ما يحس من الغرامة لكون المضار الجزئية تغتفر فى ضمن المصالح العمومية .. والله أعلم .

ازالة الشبهات اللاحقة لتامين السيارات

ان العقود والشروط عفو حتى يثبت تحريمها بالنص أو بالقياس الصحيح ، والتحريم هو حكم الله المقتضى للترك اقتضاء جازماً ، كما حققه أهل الأصول ، وهذه الشركة المتعهدة للتأمين ان رأت فى نفسها من مقاصدها أو رآها الناس تجارية استغلالية ، لكن حقيقة الأمر فيها والواقع منها أنه يتحصل منها اجتماع المنتفعين منفعتها فى نفسها فى حصول الأرباح لها ومنفعة الناس بها ، فهى شركة تعاونية محلية اجتماعية تشبه شركة الكهرباء والاسمنت وغيرهما ، فكل هذه الشركات تدخل فى مسمى التعاون بين الناس ، لأن الشخص غنى باخوانه ، قوى بأعوانه ، ويد الله مع الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه ، فهى من جنس المشاركات بالوجوه ، ومشاركة الأبدان ومشاركة المفاوضة . وقد حصل الخلاف قديماً بين الفقهاء فى جواز هذه المشاركات ، فمنهم من قال بجوازها ، ومنهم من قال بمنعها ، كما حصل الخلاف فى شركة التأمين على حد سواء ، ثم زال الخلاف عن هذه الشركات كلها واستقر الأمر على اباحتها على اختلاف أنواعها .

ووجه الاشكال دعوى دخولها فى مسمى الجهالة والغرر الذى نهى عنه الشارع .

كما روى مسلم فى صحيحه قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر » وفسر هذا الغرر المنهى عنه بثلاثة أمور :

(أحدها) المعدوم ، كبيع حبل الحبلة ، وبيع ما فى بطون الأنعام ، وبيع ما ليس عندك ونحوه .

(الثانى) بيع المعجوز عن تسليمه ، كبيع الآبق .

(الثالث) المجهول المطلق ، كبعتك عبداً من عبيدى أو ما فى بيتى .

ومنه بيع الحصاة ، وبيع الملامسة ، والمنابذة ، وضربة الغائص ، وبيع الحظ ، والنصيب المسمى باليانصيب ، فكل هذه داخلة فى بيع الغرر المنهى عنه شرعاً ، لكونها يقع فيها النزاع غالباً نظير ما يقع فى القمار ، فان هذا العبد الآبق انما يبيعه صاحبه بدون ثمن مثله مخاطرة ، فان تحصل عليه قال البائع : غبنتنى ، فان لم يجده قال المشترى : غبنتنى رد علىّ ثمنى .

وهذا المعنى منتف فى هذه المشاركة التى مبناها على التعاون الاجتماعى ، الصادر عن طريق الرضاء والاختبار بدون غرر ولا خداع .

فجواز المشاركة هذه أشبه بأصول الشريعة ، وأبعده عن كل محذور اذ هى مصلحة محضة للناس بلا فساد .

غير أن فيها تسليم شىء من النقود اليسيرة فى توطيد تأمين السيارة ، ومن السهل أن يختصرها الشخص من زائد نفقته كذبيحة يذبحها لأدنى سبب أو بلا سبب ، لأن كل عمل كهذا فانه يحتاج بداعى الضرورة الى مال ينظمه ، ويقوم بالتزام لوازمه ، وليس عندنا ما يمنع بذل المال فى التزام الضمان ، كما قالوا بجواز : اقترض لى ألفاً ولك منه مائة ، وأنه جائز ، ومنه ضمان الحارس بأجره .

فصحة هذا الضمان والتزام لوازمه يتمشى على نصوص الامام أحمد وأصوله .

قال فى المغنى : « دلت مسألة الخرقى على ضمان المجهول كقوله : ما أعطيته فهو على ، وهذا مجهول ، فمتى قال : أنا ضامن لك ما على فلان ، أو ما يقضى به عليه ، أو ما تقوم به البينة ، أو ما يقربه لك ، أو ما يخرجه الحساب ، صح الضمان بهذا كله ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك » :

قال : « وفيه صحة ضمان ما لم يجب ، وصحة الضمان عن كل من وجب

عليه حق ، وفى صحة الضمان فى كل حق من الحقوق المالية الواجبة أو التى تؤول الى الوجوب » .. انتهى .

وقال فى المغنى أيضاً :

« ويصح ضمان الجنايات ، سواء كانت نقوداً كقيم المتلفات أو نفوساً كالديات ، لأن جهل ذلك لا يمنع وجوبه بالاتلاف فلم يمنع جوازه بالالتزام » قال : « ولا يشترط معرفة الضامن للمضمون عنه ، ولا العلم بالمضمون به » وهذه هي نفس قضية ضمان التأمين على السيارات ، فان شركة التأمين تلتزم ضمان الديات وأروش الجنايات وقيم المتلفات ، كما ذكر جوازه صاحب المغنى والشرح الكبير والاقناع ، ولا يقدح فى صحته جهل الضامن للمضمون به ، ولا المضمون عنه ، فنصوص الامام أحمد وأصوله تتسع لقبولها كنظائرها من الضمانات ، وكذلك الامام مالك وأبو حنيفة كما ذكرنا موافقتهما على ذلك .

غير أن الامام أحمد أكثر تصحيحا للعقود والشروط من سائر الأئمة ، ونصوص مذهبه تساير التطور فى العقود المستحدثة .

وانما وقع اللبس على من قال بتحريمها من علماء هذا العصر ، كابن عابدين وغيره من جهة أنهم اعتقدوها قماراً أو جهالة أو غرراً ، أو التزام مالا يلزم أو كونها على عمل مجهول قد يفضى الى غرامات باهظة .

ويتمسكون بما بلغهم من العمومات اللفظية ، والقياسات الفقهية التى اعتقدوا شمولها لمثل هذا العقد بظنونها عامة أو مطلقة ، وهى لا تنطبق فى الدلالة والمعنى على ما ذكروا . أو يعللون بطلان مثل هذا العقد بكونه لم يرد به أثر ولا قياس .

والله سبحانه قد أمر عباده بالوفاء بالعقود فى قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » (١) وهو شامل لكل عقد يتعاقده الناس فيما بينهم ويلتزمون الوفاء به ، ولم يكن قماراً ولا ربا ولا خديعة .

---

(١) سورة المائدة : ١

اذ الأصل فى العقود الصحة ، والاباحة ، الا ما قام الدليل على تحريمه ، لكون العقود والشروط والمشاركات من باب الأفعال العادية التى يفعلها المسلم مع الكافر ، وليست من العبادات الشرعية التى تفتقر الى دليل التشريع •

فمن أعطى الشركة مالا على حساب التزام ضمان سيارته بطيب نفس منه، والتزمت الشركة لوازمه ، فان مقتضى الشرع يحكم بصحة هذا الضمان ، أخذاً من قوله تعالى : « أوفوا بالعقود » ومن قوله : « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم » [1] وفى الحديث : « لا يحل مال امرىء مسلم الا عن طيب نفس منه » فثبت بذلك اباحته وقواعد الشرع لا تمنعه ، لأنه عمل مقصود للناس يحتاجون اليه ، وربما يجبرون بطريق النظام عليه ، اذ لولا حاجتهم اليه لما فعلوه ، لأن المال عزيز على النفوس لا تسخر ببذله الا فى سبيل منفعتها ، وفى هذا المقام هو فى حاجة الى تأمين سيارته لحصول الاطمئنان والأمان ، عما عسى أن ينجم عنها من حوادث الزمان •

وبما أن هذه الشركة هى من ضمن العقود التى أمر الله بالوفاء بها ، ومن جنس التجارة الواقعة بين الناس بالتراضى ، ومن جنس المشاركة بالأبدان والوجوه والمفاوضة ، فانها أيضاً من جنس الصلح الجائز بين المسلمين ، لما روى أبو داود والدارقطنى من حديث سليمان بن بلال حدثنا كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الصلح جائز بين المسلمين الا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالا ، والمسلمون على شروطهم ، الا شرطا أحل حراماً أو حرم حلالا » قال الترمذى : حديث حسن صحيح • وقال شيخ الاسلام ابن تيمية : ان هذا الحديث يترقى الى الصحة بتعدد طرقه ، مع العمل عليه باجماع أهل العلم •

فهذا الاشتراك الاجتماعى الأهلى المنعقد للضمان فى تأمين حوادث السيارات يعتبر من التعاون المباح ، وما ينتج عنه من الأرباح فحلال لا شبهة

---

(١) سورة النساء : ٢٩

فيه أشبه بشركات الكهرباء والأسمنت ونحوها ، ويدخل فى عموم الصلح الجائز بين المسلمين واباحته تتمشى على ظاهر نصوص مذهب الإمام أحمد .

قال فى الاقناع [1] : ويصح ضمان أروش الجنايات نقوداً كانت كقيم المتلفات أو حيواناً كالديات ، لأنها واجبة أو تؤول الى الوجوب وسبق قول صاحب المغنى .

وهذه تشبه قضية ضمان التأمين على السيارات ، حيث تلتزم الشركة ضمان الديات وأروش الجنايات وقيم المتلفات ، كأضرار ونحوها من كل ما هو واجب بالضمان أو يؤول الى الوجوب ولا يشترط معرفة المضمون عنه ولا المضمون به ، ولا يقدح فى صحة هذا الضمان كون المؤمَّن على سيارته يدفع شيئاً من المال ، فان هذا لا يقدح فى صحة الضمان والحالة هذه، اذ ليس عندنا ما يمنعه .

ولا يقدح فى صحة هذا الضمان تبرع الشركة بدفع الديات وقيم الأضرار والمتلفات بدون رجوع فيه الى أحد ، فان هذا كله جائز على قواعد المذهب، اذ من المعلوم شرعاً وعرفاً أن الجناية تتعلق بالجانى المباشر لها فى خاصة العمد ، وعلى العاقلة فى قتل الخطأ فيما زاد على الثلث من الدية ، غير أن التزام الشركة بضمان هذه الجناية ، وان عظم أمرها وعدم الرجوع منها على أحد فى غرمها أنه صحيح جائز ، وهو مما يجعل الجانى الذى لم يتعمد وكذا عاقلته فى راحة عن المطالبة والغرامة ، وهو خير من كونهم يتكففون الناس فى سؤال هذه الغرامة ، أعطوهم أو منعوهم .

وغاية ما يدركون عليها هو الجهالة عن قدر الغرامة ، وهى مغتفرة فيها كسائر أمثالها من الضمانات والشركات التى لا تخلو من الجهالة كشركة الأبدان والوجوه والمفاوضة ، فان فيها كلها شيئاً من الجهالة . وقد تكلم بعض الفقهاء المتقدمين بعدم جوازها من أجله ثم استقر الأمر على أن مثل هذه الجهالة مغتفرة .

---

(١) هو من الكتب المعتمدة عند الحنابلة لمؤلفه موسى الحجاوى .

قال فى الاقناع : « ويصح ضمان ما لم يجب ، وضمان المجهول كضمان السوق ، وهو أن يضمن ما يجب على التاجر للناس من الديون ، وهو جائز عند أكثر أهل العلم كمالك وأبى حنيفة وأحمد » انتهى •

وقال فى الاختيارات : « ويصح ضمان المجهول ، ومنه ضمان السوق وهو أن يضمن ما يلزم التاجر من دين ومايقضة من عين مضمونة وتجوز كتابته والشهادة به لمن لم ير جوازه ، لأن ذلك محل اجتهاده » اهـ •

فهذه المشاركات وما يترتب عليها من الالتزامات التى هى بمعنى الضمانات كلها من الأشباه والأمثال والنظائر التى يجب أن يقاس بعضها على بعض فى الاباحة كشركة الأبدان وشركة الوجوه ، وشركة المفاوضة ، ومثله شركة الكهرباء والاسمنت ، ولأن حمل معاملة الناس وعقودهم وشروطهم على الصحة حسب الامكان أولى من حملها على البطلان بدون دليل ولا برهان والله أعلم •

تسامح مذهب الحنابلة فى تقبل التامين على السيارات وكثير من العقود والشروط والمعاملات

ان كل مختص فى فقه الأئمة الأربعة ، فانه سيعرف تمام المعرفة أن نصوص الامام أحمد وأصوله تستصحب الحكم بصحة عقد التأمين وأن جوازها يتمشى على مذهبه كما يوافقه مذهب الامام مالك وأبى حنيفة •

ولا نعنى بذلك أن الحنابلة ذكروا هذا العقد باسمه وصفته فى كتبهم ، بل ولا غيرهم من سائر المذاهب لكونها حديثة الاختراع ولكل حادث حديث •

وانما نعنى أن نصوص الامام أحمد ، تتسع لقبولها كسائر نظائرها من الشركات والضمانات وبيع اسهم الشركات •

لكون الامام أحمد أكثر تصحيحاً للعقود والشروط من سائر

الأئمة ، ونصوص مذهبه تساير التطور فى العقود المستحدثة ، لأن نصوصه وان لم تنص على كل عقد أو شرط باسمه لكنها كافية لحل جميع مشاكل العقود والشروط والشركات بالنص أو الاقتضاء أو التضمن ، غير أنها تحتاج الى فهم ثاقب وتطبيق سليم وتبحر فى فقه النصوص والقصود .

وقد اشتهر عند المتأخرين تسامح مذهب الامام أبى حنيفة فى مسايرة التطور فى العقود المستحدثة ، من أجل أن أصحابه نشروا عنه ذلك وهو صحيح ، غير أن مذهب الامام أحمد يمتاز فى كثير من المسائل التى تقتضيها الحاجة وتوجبها المصلحة ، من ذلك أن نصوص الامام أحمد وأصوله تدل على أن الأصل فى العقود والشروط الصحة ، الا ما دل الدليل على التحريم خلاف ما ذهب اليه الامام أبو حنيفة من أن الأصل فى العقود والشروط الخطر الا ما دل الدليل على الاباحة وهو قول الظاهرية ، وهو مذهب الشافعى .

ومنها عقد المساقاة على النخل والشجر بالثلث أو النصف أو بشىء مما يخرج منها أو من غيرها بالنقود . فقد أنكرها الامام أبو حنيفة والامام الشافعى وقالا : انها بيع ما لم يخلق ، وانها من الاجازة المجهولة وتفضى الى الغرر .

أما الامام أحمد فقد أجازها عملا بحديث خيبر ، وكما أن الضرورة والحاجة وعموم المصلحة تقتضى ذلك وعليه العمل فى هذا الزمان ومنها شركة المفاوضة ، وهى أن يفوض كل واحد منهما الى شريكه التصرف فى ماله مع حضور صاحبه وغيبته ، فقد قال الامام الشافعى : لا يجوز واتفق الامام أحمد ومالك وأبو حنيفة على جوازها .

ومنها شركة الأبدان فقد قال الامام الشافعى بمنعها ، واشترط الامام مالك لصحتها اتحاد الصنعة بين الشريكين .

أما الامام أحمد فقد أجازها مع اختلاف الصنعة واتفاقها ، كما أجاز الاشتراك على الدابة له نصف وللدابة النصف الثانى .

ومنها شركة الوجوه ، فقد قال الامامان مالك والشافعي ببطلانها لكون الاشتراك الصحيح يتعلق على المال وعلى العمل وكلاهما معدومان فى هـذه المشاركة مع ما فيه من الغرر ، لأن كل واحد منهما عاوض صاحبه بكسب غير محدود ، لا بصناعة ولا بعمل مخصوص • هذا حجة مـن قال بمنعهـا كمالك والشافعي •

أما الامام أحمد فقال بجوازها لأنها عمل من الأعمـال فجـاز انعقـاد الاشتراك عليها • وهذا هو الظاهر من مذهب الامام أبى حنيفة وهو اختيار شيخ الاسلام ابن تيمية •

ومنها شرط الخيار فى البيع ، فقد قال الأئمة مالك والشافعي وأبو حنيفة: لا يجوز الخيار فوق ثلاثة أيام ، الا أن الامام مالكاً قال : لا يزاد الخيار على ثلاثة أيام الا بقدر الحاجة ، كأن يصل الى البلد وهو لا يصل اليها الا فـوق ثلاثة أيام •

أما الامام أحمد فانه قال بجواز شرط الخيار على ما يتفقان عليه ، زادت المدة أو قصرت ، حتى ولو زاد على الشهر ، لأنه حق ثابت بالشرع فرجـع فى تقديره الى مشترطه كالأجل ، ويحكم بالملك فى مدة الخيار للمشترى له غنمه وعليه غرمه •

ومنها اذا باع شيئاً واستثنى نفعه المباح مدة معلومة غير الوطء ودواعيه، كما لو باع بيتاً واستثنى سكناه حولا أو أكثر . فقد قال الامامان أبو حنيفة والشافعي : لا يصح هذا الشرط ، لأنه ينافى مقتضى البيع ، أشبه ما لو اشترط أن لا يسلمه اليه •

أما الامام أحمد فقد قال بصحة هذا الشرط ولازم ما يترتب عليه لقصـة جابر حين « باع بعيره على النبى صلى الله عليه وسلم واستثنى حملانه الى المدينة » وتأخير تسليم المبيع الى المدة المحدودة لا ينفى صحة البيع كالدار المؤجرة ، فانه يصح البيع فيها مع تأخير تسليمها •

ومنها بيع التلجئة وهى اذا خشى انسان سلطاناً أو ظالماً أن ينتزع ملكه

منه قهراً ، فاتفق مع انسان بأن يظهر للناس أنه اشتراه منه ليحتمى بذلك من هذا الظالم ، ولا يريد بيعه على الحقيقة ، فان هذا يسمى بيع التلجئة .

وقد قال الامامان أبو حنيفة والشافعى : هو بيع صحيح ، تم بأركانه وشروطه فلزم العقد فيه .

أما الامام أحمد فقال بعدم لزوم البيع ، لأنهما لم يقصدا البيع الحقيقى الذى هو انتقال المبيع الى المشترى ، فلم يصح بناء على ما اتفقا عليه قبل العقد ، لكون العقود محمولة على القصود .

ومنها بيع العربون وهو أن يشترى شيئاً فيسلم بعض ثمنه ويقول : ان جئتك ببقية الثمن ، والا فالعربون لك .

فقد قال مالك والشافعى وأبو حنيفة : هذا لا يصح لأنه بمثابة الخيار المجهول .

أما الامام أحمد فقد قال : لا بأس به ، وفعله عمر وأجازه ابن عمر ، وضعّف حديث النهى عن بيع العربون .

ومنها لو اشترطت الزوجة فى صلب العقد بأن لا يتزوج عليها أو أن لا يتسرى عليها أو أن لا يخرجها من دار أهلها أو بلدها أو نحو ذلك . فقد قال أبو حنيفة ومالك والشافعى : هذا شرط باطل لحديث « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط » وحديث « الا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالا » وهذا الشرط يقتضى تحريم الحلال من التزوج بغيرها أو التسرى أو السفر .

أما الامام أحمد فقد قال بصحة هذا الشرط ولزومه ، وأنه ان لم يف به فلها الخيار بين البقاء أو فسخ النكاح ، لما روى البخارى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ان أحق الشروط أن توفوا ما استحللتم به الفروج » وحديث « المسلمون على شروطهم » .

والقول بصحة هذا الشرط ولزومه يروى عن عمر وسعد بن أبى وقاص ومعاوية وعمرو بن العاص ، ولا يعرف لهم مخالف فى عصرهم فكان اجماعاً •

« وتزوج رجل بامرأة واشترطت عليه دارها فأراد نقلها بغير اختيارها فخاصموه الى عمر فقال : لها شرطها ، فقال الرجل : اذن يطلقْنَنَا يا أمير المؤمنين فقال عمر : مقاطع الحقوق عند الشروط » •

فهذه العقود والمشاركات والشروط وما يترتب عليها من الالتزامات والضمانات كلها من الأشباه والأمثال والنظائر التى يقاس بعضها على بعض فى الاباحة لملاءمتها للمعاملات المستحدثة فى هذا العصر والتى لا توجد عند غيره من الأئمة •

وكل ما يصححه من العقود والشروط فان لديه دليلا خاصاً من أثر أو قياس لكونه يستنبط دلائل مذهبه من مسنده وقد بلغه فى العقود والشروط من الآثار عن النبى صلى الله عليه وسلم وعن الصحابة ما لم يبلغ غيره من الأئمة فقال به •

فهذا الاشتراك الاجتماعى الأهلى المنعقد لضمان تأمين السيارات والطائرات والسفن ونحوها ، يعتبر من التعاون المباح ، ويدخل فى حدود التعامل الجائز ، وما ينتج عنه من الأرباح فحلال لا شبهة فيه ، أشبه شركة الكهرباء والأسمنت ونحوهما •

لأن حمل معاملة الناس على الصحة ، حسب الامكان أولى من حملها على البطلان بدون دليل ولا برهان ، لكون العقد الصحيح عند أهل الأصول هو ما يتعلق به النفوذ من بلوغ المقصود ويعتد به ، والباطل بخلافه وهو ما لا يتعلق به النفوذ ولا يعتد به ، وهذا الاشتراك وما يترتب عليه مستكمل لشروط الصحة شرعاً •

ومن تأمل هذا تبين له أن جواز هذا الاشتراك واباحة ما يترتب عليه من الربح أنه أشبه بأصول الشريعة ، وأبعد عن كل محذور • لكون الأصل

فى العقود والشروط الاباحة الا ما دل الدليل على تحريمه ، وأصول الامام أحمد ونصوصه وقواعد مذهبه تقبل هذا العقد وتنافى تحريمه ، لكن بعض العلماء فى هذا العصر القائلين بمنعه انما أخذوه من العموميات اللفظية والقياسات الفقهية التى اعتقدوا شمولها لمثل هذا العقد ظنا منهم أنه جهالة أو غرر ، وما عارضوا به لم يصح عن الشارع القول بموجبه ، ولم يدخل فى عموم المنهى عنه فى أصل الشرع ، ولا فى نصوص أحمد وأصوله ، لكون الجهالة فيه مغتفرة ، وليست من الغرر المنهى عنه ، بل هى من النوع الجائز كسائر أمثاله من الضمانات والشركات .

وبهذا تندفع الاعتراضات وتبقى الأدلة الشرعية كافية للاقناع العلمى الذى تزول به الشكوك والشبهات .

لهذا يجوز للقاضى الشرعى أن يحكم بصحة هذا العقد ولزوم ما يترتب عليه من الضمان .

ومتى صدر الأمر به من الحكومة يتمحض للحتم والالزام ..

وهو يدخل فى ضمن عقد الضمان الذى ذكره الفقهاء من الحنابلة والمالكية والأحناف ، حيث قالوا بصحة ضمان ما لم يجب ، وضمان أروش الجنايات ، سواء كانت نقوداً أو ديات ، وكونه لا يشترط لصحة مثل هذا الضمان معرفة الضامن للمضمون عنه ، ولا قدر المضمون به ، فمتى قابل العاقل بين هذا الضمان الموصوف بما ذكر وبين ضمان التأمين على السيارات وجده منطبقاً عليه بجميع صفاته ، وان اختلفت مسمياته وقواعد الشرع تعطى الشيء حكم نظيره . والله أعلم .

مناقشة الشيخ فيما ذهب اليه

نعم مناقشة الشيخ فى كل ما استخلصه من مذهب أحمد مدعيا تفرده بما لم يشاركه فيه غيره ونلخص العناصر التى بنى عليها حكمه فيما يلى :

أولا : تمهيده لعقد التأمين على السيارات بمقدمة عامة طويلة لا علاقة لها بالموضوع كقوله : ان الله تعالى بيّن الحلال والحرام بياناً واضحاً فقال تعالى:

« وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه » [1] وقال : « ولا تقولوا لما تصف ألسنتكم الكذب هذا حلال وهذا حرام لتفتروا على الله الكذب»[2] وقال : « أرايتم ما أنزل الله لكم من رزق فجعلتم منه حراماً وحلالا قل آلله أذن لكم أم على الله تفترون »[3]. وأطال فى المقدمة وآتى بأحاديث شبيهة بالآيات فى عموماتها وعدم مباشرتها للقضية التى محل البحث (التأمين على السيارات) ويذكر حديث عقبة بن الحارث فى الرضاع ، ويذكر حديث عبد الله بن زمعة مع عتبة بن أبى وقاص فى ولد زمعة الذى أمر النبى صلى الله عليه وسلم سودة أن تحتجب منه لشبهه بعتبة بن أبى وقاص ، مما لو صرف الى محاجته به لكان ابطال عقد التأمين على السيارات هو الأحوط والأقيس فى أخذ الأحاديث التى ساقها بعين الاعتبار ولكن الشيخ حفظه الله وأثابنا واياه وهدانا واياه للحق قال ــ وذلك عقب قوله : وهو من باب اتقاء الشبهات ــ: « فمن هذه المشتبهات ما يقع مشكلا مشتبها فى وقت الى أن يتصدى له من يخرجه من حيز الاشتباه والغموض الى حيز التجلى والظهور ، حتى يصير واضحاً جليا لا مجال فيه للاشتباه .

فمن هذا النوع قضية التأمين على السيارات ، فهى وان أشكل على الكثير من الناس حكمها من أجل تجدد حدوثها وغموض أمرها وعدم سبق الحكم من الفقهاء فيها باسمها » .

وهذا الكلام يرده أن فقيها كبيراً صنف أكبر حاشية فى فقه أبى حنيفة هو الشيخ محمد بن عابدين فقد سبقنا جميعاً الى الحكم على (السيكورتاه) وكان اليهود حديثى عهد باختراعها ، ولم يتخلف منها شرط من شروط الغرر، بل استفحلت شروطها المحرمة بعد ذلك وتفاقمت ، فكانت هى الآن بالنسبة لما كانت عليه فى عهد الامام ابن عابدين كقذيفة الصيد الى جانب قنبلة عنقودية ساحقة ماحقة لا تبقى ولا تذر وكان مقتضى التجاوب من الشيخ مع ما ساقه من تشوف الشارع الى ترك الشبهات والتحذير من الوقوع فى

---

(١) سورة الأنعام : ١١٩
(٢) سورة النحل : ١١٦
(٣) سورة يونس : ٥٩

المحرمات بسبب الوقوع فيها أن ينسجم منطقه انسجاماً تاما فيقف أمام التأمين على السيارات فلا يحاول تحليله وتسويغه بهذا التكلف الواضح ولىّ عنق العبارات الواردة هنا وهناك مستدلا بها على الاباحة ، وهى فى حقيقتها أجنبية عن موضوع البحث .

ونقل الشيخ أحاديث المشتبهات وتوسع فيها ولكنه بدأها بداية خطيرة فيها اغراء بتعطيلها ، وحض على التفلت منها بقوله : فالذى يخاف عليهم من الوقوع فى الحرام عند مقاربتهم للمشتبهات هم العوام الذين تخفى عليهم غوامض الأحكام ، ويتجاسرون على الأشياء المشتبهات بدون سؤال عن الحلال والحرام ، كما أن العلماء ينبغى أن يتركوا المشتبهات عندما يخفى عليهم طريق الحكم فيها لحديث « دع ما يريبك الى ما لا يريبك » ثم يقول :

فمن هذه المشتبهات ما يقع مشكلا مشتبها فى وقت الى أن يتصدى له من يخرجه من حيز الاشتباه والغموض الى حيز التجلى والظهور حتى يصير واضحاً جليا لا مجال فيه للاشتباه . ا هـ

ولعمرى كيف ينهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نرتع فى المشتبهات ثم نخالفه فنقتحمها حتى تصير واضحة لنا وتخرج من حيز الغموض الى حيز التجلى والظهور ، وكيف وصل الشيخ الى هذه النتيجة الخطيرة أبمخالفته للحديث ؟ فأنعم الله عليه بنعمة تجلى المشتبهات وظهورها ، حتى استأنس بها، وتحالف معها ، وصارت عنده مساوية لما هو بيّن من الحلال لا من الحرام ؟ أم ماذا ؟ ثم يقول : فمن هذا النوع قضية التأمين على السيارات .

ويتكلم الشيخ عن القياس الصحيح ورد الشىء الى نظيره ، ولا ندرى أين الأصول التى هى أحكام من الشارع اعتبرت أصولا فى مناط النزاع فقسنا عليها ما هو معلول بعلتها ، ولكن أن يأتى بجمل فقهية فى ضمان المجهول وضمان المعلوم ويريد أن يطبقها على التأمين على السيارات ، وكأن هذه القاعدة لم تصغ الا من أجل التأمين على السيارات ، وكأن التأمين على السيارات كان لائحاً فى خاطر أحمد وأصحابه كأنهم يرونه من حجب الغيب فجاءت أحكامهم فى هذه النازلة ماضية لا شك فيها ، ولا تتزحزح عن مكانها،

فكان الشيخ فى هذا أشبه بمن يتكلم عن شيء مستدير مفرغ من وسطه فوضع له الخاتم بين يديه فقاس على الخاتم حجر الرحى وحجر الطاحون ، أليس يجمع الجميع الاستدارة وفراغها جميعاً من داخلها ؟؟ !! والا ما العلاقة بين التأمين وشركة المفاوضة وشركة الأبدان وشركة الأسمنت وشركة الكهرباء؟

على أن القياس الذى يتوسعون فيه أحياناً ومنهم شيخنا هذا مقيد بأن يكون المقيس عليه نصاً من الشارع أى من الوحى كتاباً أو سنة أما أن يقاس على مقيس يعنى أن نأتى على أمر أجزناه قياساً على شبيهه بجامع العلة بينهما فنأتى على أمر آخر لا يجتمع مع الأصل المقيس عليه فى علته ، ولكن له شبه من بعض الوجوه بالمقيس فنجعل هذا المقيس أصلا ونقيس عليه مقيساً آخر لوجه شبه بينهما لا يكفى ولا يرقى الى مستوى العلة الجامعة بين المقيس الثانى وبين المقيس عليه الأول •

ومع ذلك فان بحث الشيخ خلا من أصول يقاس عليها وتجتمع مع النازلة التى نحن بصددها من التأمين على السيارات بعلة واحدة •

يقول الشيخ الأصل فى العقود الاباحة حتى يقوم دليل التحريم ، ونحن ننازعه فى هذا الأصل الذى استعان على تأصيله بكلام العلامة ابن القيم وشيخ الاسلام ابن تيمية •

والأصل الذى اعتمد عليه الشافعى وأبو حنيفة وداود بن على وأبو محمد على بن حزم وغيرهم أن الأصل فى الأبضاع والأموال الحرمة حتى يجيزها الشارع ، فالنساء جميعاً محرمات على الرجال الا ما كانت معقوداً عليها عقداً صحيحاً لا فساد فيه ، والأموال جميعها لحائزيها وأربابها الا ما كان مسوقاً الى آخذه بهبة أو هدية أو صدقة أو معاوضة فيتحقق ملكها بالقبض • والعقود المفضية الى الملك وانتقاله من يد الى يد ينبغى أن تكون صادرة عن اباحة الشارع واجازتها ، فكل عقد ليس فى كتاب الله فهو باطل وكل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل •

وعقد التأمين على السيارات يشبهه الشيخ بعقد الشركة كشركة الأبدان وشركة المفاوضة وشركة الحديد والصلب وشركة الأسمنت وشركة الكهرباء!!

وهكذا يأخذ الشيخ شغفه بتسويغ عقد التأمين على السيارات وكلفه بالتماس كل ما هب ودب من أسماء لا علاقة لها من قريب أو بعيد بالموضوع ، وليس هناك وجه شبه بحال من الأحوال أن يذهب الى ما ذهب اليه ونقول للشيخ ولمن يذهب مذهبه هدانا الله تعالى جميعاً الى السداد والصواب :

ان الشركات تنقسم الى قسمين شركات انتاج كالحديد والصلب والأسمنت والزراعات والصناعات والى شركات خدمات كشركات النظافة وشركات النقل والتليفونات وبرامج الاذاعة والرائى (التلفاز) وغيرها ، وشركات التأمين ليست من شركات الانتاج الا من حيث كونها شركات ابتزاز وتجميع للمال وتكديس للأرصدة ، وامتلاك أكبر العمارات وليست هذه العمارات الفارهة الضخمة بالتى يمتلك فيها أحد المؤمّنين قيد أنملة ، وانما قد جمعت من أقساطهم ونجومهم التى كبلتهم بها هذه العقود الجائرة ، ولو أن الشيخ ذهب الى شركة التأمين ورأى الربا المركب الذى يجتاح المتأخرين فى دفع قسط من الأقساط وكيف يصل هذا الربا الى الانتقاص من قدر التأمين المؤمن به عند القبض مما يجعله يفيق من غفلته ، لقد كان يظن أن القسط الذى تأخر فيه سينقص من المبلغ المؤمن به بقدره اذا به يتضاعف ويتضاعف حتى يقتطع مبلغاً يتضح فيه الغبن الفاحش والربا المركب ، وتكون هذه المذبحة هى العمل الدائم ليلا ونهاراً لشركات التأمين ، لا تأخذهم شفقة بمعسر ، ولا رحمة بمفتقر الى القدر الذى أمن به مع نقص يسير فى احتساب ما اقترضه .

شركات التأمين ، هى شركات خلت منها الرحمة التى بثها الله بين عباده ، شركات التأمين يهودية النسب والنشأة والفكرة والاختراع .

واذا ادعى الشيخ بغير برهان ولا مثل ولا دليل على أن الامام أحمد مذهبه مسنده فليطالع المغنى لابن قدامه عمدة المذهب فانه سيجد أن الأدلة التى يستدل بها على الأحكام ليس من مسند أحمد منها واحد فى المائة وكلها من الصحيحين أو من السنن وكثير منها من مسند سعيد بن منصور ، فمن أين أتى الشيخ بأن مذهبه مسنده ، وفى المسند كثير من الأحاديث التى لا علاقة

لها بمذهبه ثم ان الشيخ يقول : ان الامام أحمد بلغه من الأحاديث والآثار والأخبار ما لم يبلغ الأئمة الآخرين لهذا كان يحكم بما وصل اليه منهـا ، والواقع أنه لا يوجد دليل عند أحمد يجهله غيره من الأئمة ، وانما يكـون الاختلاف فى فهم الدليل ، وتوجيه المعنى بحسب اجتهاد كل امام ، وكلهم بحمد الله أولوا آفاق رحبة وعقول مدركة ، وعلم بالسـنة متقـارب ، وفى مسئلتنا هذه لو أخذنا بقاعدة من حفظ حجة على من لم يحفظ ومـن كان عنده زيادة فهو حجة على من كان أقل منه • أقول : لو أعملنا هذه القاعدة فى مسئلتنا هذه لقلنا : ان القائلين بالتحريم أو بعدم الاباحة عندهم زيادة على من قال بالاباحة فقولهم حجة على غيرهم •

وقول المغنى : ويصح ضمان الجنايات فهذا لا علاقة له بشركات التأمين، لأنه لم يقل يصح ضمان الجنايات بعوض مقبوض •

ان شركات التأمين ، لم تأت لكل سيارة وقعت فى جناية فضمنت جنايتها، انما تضمن ما اشترك فى سلكها بدفع أقساط سواء أكانت بأمر الحـكومة فيكون عقد اذعان أو كان باختيار العاقد فيكون عقد غبن وخداع ، وهذا مجال واسع لفشو الرشاوى ونهب الأموال بالباطل ، فهذا تحدث لسـيارته بعض الكدمات فيكون له من يحابيه من القائمين على المعاينة أو تقدير التلف، فيقدر له مبلغاً كبيراً لا يتناسب مع الخدوش الظاهرة فى السيارة • وهـكذا تكون شركات التأمين حقلا لغرس المساوىء والأباطيل والنهب ، وهنـاك سيارة اذا لم يبلغ عاماً عن حادث لها ينقص قسطه فى العام القابل عشرين فى المائة ، فيرى أن الحادث اذا بلغ عنه سيكون المقبوض أقل من المقدر له اذا لم يبلغ بمعنى أن التصليح يتكلف عشرين جنيها ، اذا أصلحها بنفسه فاذا لم يبلغ سيأخذ ثلاثين جنيها فهو يفضل اصلاحها بنفسه عن التبليغ لما يعود عليه من الفرق فى تخفيض القسط أما عقد التأمين الرسمى الذى لا تصدر رخصـة تسيير السيارة الا به ، فهذا ربما يكون فى الوقت الراهن ضروريا حتى لا تهدر حقوق المجنى عليهم ، ولا يفلس المخطىء بسبب خطئه • وحبذا لو كانت هذه الأموال التى تجمع من أصحاب السيارات يكون لها صـندوق مسـتقل ، ويشرف على هذا الصندوق فئة لا علاقة لها بصـناعة التـأمين ولا بشركات

التأمين ، ينتخبهم كل عام أصحاب هذه السيارات ويستثمرون هذه الأموال ، ويدفعون منها بدل الجوائح والديات والتعويضات ، واصلاح الطرق وتعبيدها واصلاح الاشارات وانشاء ورش لاصلاح السيارات ، وحظائر لمبيت السيارات على نمط القائم فى السعودية وجميع أنحاء العالم ، فان هذه الهيئة (هيئة حراس السبيل) تغنى الناس عن العقود المحرمة ، وتكون بمثابة جمعية تعاونية حقيقية تسهر على رعاية أعضائها وحفظ كرامتها وليعلم الشيخ أن كل امام من الأئمة له مسائل تفرد بها عن غيره ، فلا يقال انه عنده من الأدلة ما ليس عند غيره ، لأن الحديث قد يكون واحداً وهو فى الوقت عينه دليل للجميع على اختلاف مذاهبهم مثل حديث : (ذكاةُ الجنين ذكاة أمه) فان الثلاثة قالوا بأن الأم اذا ذكيت كانت ذكاتها ذكاة لجنينها ، وهم يعربون ذكاة فى المبتدأ والخبر بالرفع ويقول أبو حنيفة رحمه الله : بل يجب تذكية الجنين عملا بهذا الحديث نفسه ولكنه يعرب ذكاة الأولى بالرفع على الابتداء وينصب الثانية على أنها منصوب بحذف الخافض ، والخافض المحذوف هو أداة التشبيه وهو الكاف ، ويعنى (كذكاة أمه) فيذكى كما تذكى أمه ، والأمر كله يدور على نص واحد والحكم متباين ، فلماذا اذن نقضى بجهل بعض الأئمة بأدلة البعض الآخر ، وقد خلف من بعدهم من الحفاظ والمحدثين وأهل الحديث من تقصى أدلة شيخه وصنفوا لها مصنفات فى تخريج هذه الأدلة وبيان طرقها وشواهدها ومتابعاتها كالتلخيص الحبير للحافظ ابن حجر فى تخريج أحاديث فتح العزيز للرافعى على الوجيز للغزالى فى مذهب الشافعى ، وكتاب نصب الراية فى تخريج أحاديث الهداية للحافظ الزيلعى على مذهب أبى حنيفة ، وكتاب (منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار) للامام الحافظ أبى البركات مجد الدين عبد السلام ابن تيمية الحنبلى الذى شرحه الشوكانى بكتابه نيل الأوطار .

والخلاصة أننى لم أر فيما ساقه الشيخ دليلا واحداً على جواز التأمين على السيارات بواسطة شركات التأمين هذه وأكمل هذا البحث فى التأمين بما كتبه الشيخ وهو عبد الله بن زيد آل محمود أطال الله بقاءه ونفع بعلمه الناس كافة :

التامين على الحيـــاة

ان الله سبحانه فى كتابه وعلى لسان نبيه نصب أعلاماً وحدوداً للحـلال يعرف بها الحلال ، وأعلاماً وحدوداً للحرام يعرف بها الحرام فقال : « تلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه »[1] وحدود الله محرماته ، وقال : « وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه »[2] •

وقد أنزل الله الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط ، فالكتاب هو الهادى الى الحق ، والميزان هو الذى توزن به أعمال الخلق فيعرف عدلها من عائلها ، وصحيحها من فاسدها ، فترد الفروع الى أصولها ، ويلحق النظير بنظيره ، ويعطى حكمه فى الجواز والمنع ، كما فى رسالة عمر بن الخطاب الى أبى موسى الأشعرى رضى الله عنهما حيث قال : « ثم الفهم الفهم فيما أدلى اليك مما ورد عليك مما لم يكن فى كتاب ولا سنة ، ثم اعرف الأشباه والأمثال والنظائر وقيس الأمور على ذلك ، ثم اعمد فيما ترى الى أحبهـا الى الله وأشـبهها بالحق » انتهى •

لهذا يعتبر من الجور وعدم العدل الحاق الحرام بالحلال ، وكذا عكسه بحجة رواجه بين الناس أو مسايرته للتطور الجديد ، أو حكم الأنظمة بموجبه « ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأرض ومن فيهن »[3] •

لأن كل تعامل أو اشتراك أو اشتراط ينافيه الشرع فهـو باطل ، وان كان مائة شرط •

ان التأمين على اختلاف أنواعه لا ينبغى أن ينظر اليه بنظرات سـلبية سطحية ليس لها غرض الا فى المادة والحصول على المادة والتشـجيع على كسب المادة بشتى الطرق الملتوية والحيل المنحرفة عن المكاسب الصحيحة الى المكاسب الخبيثة •

---

(١) سورة الطلاق : ١

(٢) سورة الأنعام : ١١٩

(٣) سورة المؤمنون : ٧١

وربما تحاملوا بالملام والانحاء بالمذام على من قال فى الحرام هو حرام ، كأن همهم توسيع الطرق لكسب المال من حلال أو من حرام ، كما فى البخارى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « يأتى على الناس زمان لا يبالى الرجل من أين أخذ المال أمن حلال أو حرام » .

صفة عقد التأمين على الحياة

هو أن يأتى من يريد التأمين على حياته الى شركة التأمين فيتفق معها على تأمين حياته عشرين عاماً أو أقل أو أكثر ، فى مقابلة شىء معلوم من النقود، كأربعة آلاف أو أقل أو أكثر ، يدفعها مقسطة بين عشر سنين كل سنة يدفع مثلا أربعمائة ريال ، على أنه ان مات فى خلال هذه المدة المحدودة فان شركة التأمين ملزمة بدفع أربعين ألفاً أو خمسين ألفاً على حسب ما يتفقان عليه حتى ولو لم يكمل دفع الأقساط كلها فان دفع بعض الأقساط ثم عجز عن دفع الباقى ذهب عليه كل ما دفعه ، وفيه شروط ومصطلحات بينهما ، منها كون الشركة تشترط على نفسها أن تدفع ربحاً خمسة فى المائة فى حالة استمرار عقد التأمين .

ولا شك أن هذا العقد بهذه الصفة باطل قطعاً ، ولن تجد له محملا من الصحة ، وان حذلقه من يحتال لاباحته ، فان وسائل البطلان محيطة به من جميع جهاته .

منها أنها تسليم دراهم مقسطة فى دراهم أكثر منها مؤجلة قد يتحصل عليها وقد تفوت عليه فى حالة عجزه عن بعض الأقساط ، فحقيقتها أنها شراء دين بدين ، وشراء دراهم بدراهم أكثر منها ، وتشبه بيع الآبق المنهى عنه فى حالة جهالة الحصول على العوض المشروط ، وقد يفوت عليه من رأس ماله ومع ما فيه من الربا وسائر وسائل البطلان ، فانها لا تقتضيه الحاجة ، ولا توجبه المصلحة ، ويمجه العقل فضلا عن الشرع . والحاصل أن قضية التأمين على الحياة هى من المعاملات المستحدثة الفاسدة لمشابهتها لعقد الميسر حقيقة ومعنى ، من باب اجتماع الفرع بالأصل ومساواته له فى المعنى والحكم،

لأن الصحابة رضى الله عنهم كانوا يمثلون الوقائع بنظائرها ، ويشبهونها بأمثالها ، ويردون بعضها الى بعض فى أحكامها .

لأنه بمقتضى تحقيق النظر فى حكم هذا العقد ، ثم فى تطبيقه على ما يشاكله من نظائر ، ثم الحكم فيه بالميزان العادل غير العائل على ضوء النصوص الصحيحة ، المبنية على حفظ الدين والنفس والمال ، بدراسة عميقة سليمة من الأهواء النفسية ، والأغراض الشخصية ، دراسة تبين الأحكام وعللها وشمول مصالحها ، وترد الأشياء الى أصولها بدون اطراد عرفى ، ولا اقتضاء عقلى ، فانه حينئذ يتبين بذلك فساد هذا العقد ، وخروجه عن حدود ميزان العدل والحق . لأن الحلال هو ما أحله الله ورسوله ، والحرام ما حرمه الله ورسوله « وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه » [1] وانما حرم الله الميسر من أجل أنه أكل للمال بغير حق ، مع كونه يورث العداوة والبغضاء على أثر سلب المال بغير حق ، والله يقول : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالاثم وأنتم تعلمون » [2] .

والنبى صلى الله عليه وسلم قد فصل ما أجمله الله فى كتابه من شئون تحريم بعض العقود والمعاملات صيانة للأموال عن التلاعب بها بغير حق ، فنهى عن بيع الغرر ، وهو المجهول العاقبة وغير الموثوق بالحصول عليه كبيع الآبق ، وبيع ما فى بطون الأنعام ، وبيع حبل الحبلة ، وبيع الحصاة والملامسة والمنابذة وضربة الغائص ، وبيع ما ليس عندك ، كما حرم الربا والميسر وهو القمار ، وكما حرم الخمر شربه وبيعه وأكل ثمنه كما حرم الخداع والغش والكذب .

كل هذه حرمها الشارع من أجل أنها تفضى الى مفسدة الميسر الذى يثير العداوة والبغضاء بين الناس ، والذى هو أكل أموال الناس بالباطل .

وقد أخذ الناس تتجارى بهم الأهواء فى تأمين الحياة حتى أخذوا يؤمنون

---

(١) سورة الأنعام : ١١٩

(٢) سورة البقرة : ١١٨

على أعضاء الانسان ، فبعضهم يؤمن على يده ، وبعضهم يؤمن على رجله ، وبعضهم يؤمن على صوته [1] ، وحيث قلنا ببطلان التأمين على الحياة من أصله فانه مفض للبطلان فى أبعاضه من باب الأولى والأحرى ، كما قلنا ببطلان الميسر بكل أنواعه •

وقضية عقد التأمين على الحياة هى من نوع ذلك بمقتضى المطابقة والتضمن ، فان المؤمن على حياته يدفع نقوداً قليلة مقسطة فى نقود كثيرة مؤجلة ، وغير موثوق بالحصول عليها ، فقد تفوت عليه بعجزه عن دفع بقية الأقساط ، وقد يفوت عليه معظمها ببقائه حيا الى نهاية المدة المحدودة •

والفرق بينه وبين التأمين على السيارات والطائرات ونحوهما واضح جداً فان المؤمن على سيارته لا يريد بتأمينها الحصول على نقود أكثر مما دفع ولا أقل ، لا فى حياته ولا بعد مماته ، وانما يريد الأمان والاطمئنان عن الحوادث منها أو عليها ، بحيث تتكفل الشركة بضمان ما وقع عليها فقط ، وهذا الأمان والاطمئنان هو مما يستوعب أن يدفع فيه نفيس الأثمان ، والضامن غارم ، كما ثبت بذلك الحديث بقوله صلى الله عليه وسلم : « الزعيم غارم والعارية مؤداة » •

فدعوى المبيحين له بأن عقد التأمين على الحياة يقع بالتراضى ، وأن شركة التأمين تدفع العوض المتفق عليه بحالة الاختيار بدون اجبار وأنه لن يثير العداوة والبغضاء كما يثيرها القمار ، وأنه قد يخلف هذا المال لأولاده الضعاف الذين قد تحيط بهم الحاجة والفقر بعد موته ، فهذا ليس على اطلاقه ولا يبرر انعقاده ، فدعوى انعقاده بالتراضى يبطله كون العقود المحرمة كلها تقع بالتراضى ولا يحللها رضى المتعاقدين ، وقد سبق حكم الله بتحريمها وبطلانها •

---

(١) ان شركة التأمين على الحياة فى حالة ابرام العقد مع من يريد تأمين حياته تقوم بعملية الفحص عن صحته وسلامته ، فان كان جسمه غير سليم امتنعوا من التعاقد معه ، أو عرفوا انه سكير يشرب الخمر امتنعوا عن التعاقد معه على تأمين حياته ، لعلمهم أن أدمان السكر يقصم العمر قبل انتهاء العمر المعتاد ، ومن صفة الخمر انها تقصر الاعمار ، وتولد فى الجسم انواع الامراض ا هـ هامش البحث ومنه نقلته (ط) ه

وأما دفع الشركة للعوض بمقتضى الرضاء بدون أن يقع فيه عـــداوة ولا بغضاء فهذا ليس على اطلاقه ، فمتى أردت أن تعرف عدم صحته فافرض أن رجلا اتفق مع شخص آخر على تأمين حياته لكون عقد التأمين على الحياة يصح من الفرد مع الفرد ، كما يصح مع الشركة ، اذ الحكم واحد • فاتفق معه على أن يدفع المؤمن على حياته قدر أربعة آلاف أو أقل أو أكثر مقسطة، بحيث يدفع فى كل سنة جزءاً منها على حساب تأمين حياته عشرين سنة أو أكثر مقسطة ، بحيث يدفع فى كل سنة جزءاً منها على حساب تأمين حيـاته عشرين سنة أو عشر سنين ، ان مات فى خلال هذه المدة المضروبة لزم الملتزم للضمان خمسون ألفاً أو أربعون على حسب ما يتفقان عليه ، بحيث يدفعها لورثة المؤمَّن لحياته ، فبعد ابرام العقد ودفع أول الأقساط توفى المؤمَّن لحياته ، أفتراه يدفع هذا القدر الذى التزمه أى أربعين ألفاً أو خمسين ألفاً الى الورثة بطريق الرضى والاختيار ، أم تراه يتهرب عن الدفع ويعمل ألف حيـلة فى الامتناع وعدم السماح بالدفع ، وعلى أثره يقع النزاع بينه وبين خصـمه فى حال امتناعه ، ثم ينعقد بينهما العداوة والبغضاء أعظم مما يقع بين أهـل القمار •

وفى حالة الاصرار على الامتناع تستدعيهما الحاجة والضرورة الى الترافع الى قاضى الشرع ليقطع عنهما النزاع ويريحهما من مشقة الخصام بالحكم بالعدل • أفترى هذا القاضى يحكم بالتزام الملتزم بدفع ما التزم به على نفسه، سواء كان أربعين أو خمسين ألفا الى ورثة المؤمن على حياته ؟ أم تراه يرد الأشـياء الى أصـولها والفـروع الى نصوصـها ، فيحـكم بارجـاع ما قبض كل واحد منهـما ، ثم التحاسب فيـما لكل منهـما أو عليـه ، لا وكس ولا شطط ،عملا بقوله تعالى : « وان تبتم فلكم رءوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون » [1] وكيف ننسى فى مثل هذه القضية حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقضاءه فى وجوب رد المال على صاحبه عند تعذر أخذ عوضه كما روى مسلم فى صحيحه عن جابر أن النبى صلى الله عليه وسـلم قال : « لو بعت على أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخـذ منه شيئاً ، بم تأخذ مال أخيك بغير حق » •

---

(١) البقرة : ٢٧٩

فهذا حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم فى مثل هذا العقد الواقع صحيحاً فى بداية الأمر ، وبطريق الرضى والاختيار من كل منهما ، ولكنه لما لم يقبض عوض ما اشتراه القبض التام الذى يحصل به الانتفاع حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم برد الثمن على صاحبه ، وكونه لا يحل للبائع أن يأكل مال أخيه بغير حق ، والذى لا يحل هو الحرام لكون الأموال محترمة لا يحل أخذها الا عن طريق الحق •

أفترى شرع الاسلام المبنى على المصالح للخاص والعام وعلى حفظ الدماء والأموال ، أفتراه يحكم بفساد هذا العقد ووجوب رد الثمن على المشترى كاملا لما لم يتحصل على قبض ما اشتراه ، ثم يبيح أخذ هذا المال الكثير بدون مقابل من العوض ، ما عدا الالتزام على نفسه به ، فلا يقول بصحة هذا العقد واباحة ما يترتب عليه من العوض ما عدا الالتزام على نفسه به • فلا يقول بصحة هذا العقد ، واباحة ما يترتب عليه من العوض الا من يقول بصحة عقد الميسر ، أى القمار ، واباحة ما يترتب عليه من المال ، اذ هما فى الحكم سواء ، والكل واقع بالتراضى بينهما •

ثم ان العقود المحرمة مقرون بها الشؤم والفشل ، ومحق الرزق وانتزاع البركة ، يقود بعضها الى بعض فى الشر كما قيل من أن المعاصى بريد الكفر •

لهذا يظهر من مساوىء مثل هذا العقد أن الورثة من الأولاد والزوجة متى عرفوا من مورثهم تأمين حياته بهذا المال العظيم ، أى قدر خمسين ألفاً أو أربعين وخشوا فوات هذا المال بطول حياته وتجاوزه للمدة المحدودة فانهم سيعملون عملهم مباشرة أو بالتسبب بالقضاء على حياته حرصاً على الحصول على هذا المال ، وحذراً من فواته بطول حياته ، لكون المال مغناطيس النفوس يسيل لعابها على حبه والتحيل على فنون كسبه ، مع العلم أن الناس قد ساءت طباعهم وفسدت أوضاعهم ، وضعف ايمانهم ، وفاض الغدر والخيانة بينهم •

وقد قص الله علينا خبر من كان قبلنا ليكون لنا بمثابة العظة والعبرة ، وخير الناس من وعظ بغيره •

قال تعالى : « واذ قتلتم نفساً فادّارأتم فيها ، والله مخرج ما كنتم تكتمون فقلنا اضربوه ببعضها كذلك يحيى الله الموتى ويريكم آياته لعلكم تعقلون » [1] فمعنى ادّارأتم ، أى تدافعتم فى الخصام .

وذكر ابن كثير فى التفسير عن ابن أبى حاتم ، حدثنا الحسن بن محمد ابن الصباح ، حدثنا يزيد بن هارون ، أنبأنا هشام بن حسان عن محمد ابن سيرين عن عَبيدة السَّلْمانى قال : كان رجل من بنى اسرائيل عقيما لا يولد له ، وكان له مال كثير ، وكان ابن أخيه هو وارثه ، فاستبطأ موته فقتله ، ثم حمله فوضعه ليلا على باب رجل منهم ، ثم أصبح يدعيه عليهم ويقول : أنتم قتلتم عمى حتى تسلحوا وركب بعضهم على بعض ، فقال عقلاؤهم وذوو الرأى منهم : علام يقتل بعضكم بعضاً ؟ وهذا نبى الله موسى فيكم فاسألوه ، قال : فأتوا نبى الله موسى عليه السلام فذكروا ذلك له ، فأمرهم أن يذبحوا بقرة ، وأن يضربوه ببعضها ، ففعلوا ذلك فبعثه الله حيا سويا ، فقال : قتلنى ابن أخى فلان ، فلم يورث قاتل من قاتله بعد ذلك . ورواه ابن جرير بنحوه .

وتاريخ هذا العصر يحكى عن مثله ، وهو أن رجلا أمَّن حياة والدته لدى شركة التأمين ، فبعد ابرام العقد وتسليم بعض الأقساط صنع له قنبلة ووضعها تحت كرسى ثم أمر والدته أن تجلس على الكرسى ، فثارت بها القنبلة حتى جعلتها قطعاً ، فذهب الى شركة التأمين يطالبهم بعوض حياة والدته ، فبعد اجراء البحث والتفتيش عرفوا تمام المعرفة أنها خيانة ومكيدة من الولد على والدته حرصاً منه على الحصول على عوض حياتها ، وقد اعترف لهم بذلك بعد تحديده بالأمارات والدلائل .

وأما قولهم : انه قد يخلف هذا المال لأولاده الضعاف ، فان حسن المقاصد لا يبيح المحرمات « ان يكن غنياً أو فقيراً فالله أولى بهما » [2] فكم من غنى خلف أموالا كثيرة فاجتاحتها أيدى الظلمة وأجلسوهم على حصير

---

(١) سورة البقرة : ٧٣

(٢) سورة النساء : ١٣٥

الفقر ، أو صار هذا المال سبباً فى فسقهم وفسادهم ، وكم من رجل نشأ فقيراً فرزقه الله مالا كثيراً ، وفى الحديث : « من أحب أن يحفظ فى عقبه وعقب عقبه فليتق الله » فاحفظ الله يحفظك أى فى دينك ودنياك ، وفى أهلك وعيالك •

ثم أن القائلين باباحة التأمين على الحياة لما لم يجدوا نصوصاً يعتمدون عليها ، ولا قياساً يستندون اليه ، أخذوا يركبون التعاسيف فى الصدر والورد ، ويستدلون بما يعدّ بعيداً عن المقصود ، شأن العاجز المبهوت ، يتمسك فى استدلاله بما هو أوهى من سلك العنكبوت ، أشبه من يحاول اقتباس ضوئه من نار الجباجب ، والتماس ريه من السراب الكاذب ، من ذلك استدلالهم ببيع الوفاء ، وهو أجنبى عن البحث فى الحقيقة ، والمعنى ، فلا يمت اليه بصلة ولا صفة •

وصفته عند الأحناف هو أن يضع الرجل عقاره التى تساوى قيمته ألفاً أو ألفين ، فيضعه عند رجل فى خمسمائة أو أكثر ويكتب عليه بيع وفاء ، يريدون من هذه التسمية أن يستحل المرتهن غلة هذا العقار مادام باقياً فى يده بدون أن يرجع عليه مالكه فى شىء من قيمة غلته فى مقابلة ما ينتفع صاحبه بالدراهم ، واذا تحصل صاحب العقار على النقود استرجع عقاره بدون منازعة لاعتقاد الجميع بأنه باق على ملك صاحبه •

وقد حدث هذا التعامل بهذه الصفة فى بلدان فارس • قيل فى القرن الخامس ، وأفتى الكثير من الفقهاء بكونه رهناً لا ينصرف الى غيره ، وان سموه بيعاً لكون الاعتبار فى العقود بالمقاصد ، وهما لم يقصدا التبايع الحقيقى ، وهذا هو الصحيح ، لأنهما انما قصدا بهذه التسمية محض التوثقة، واستباحة الغلة فقط ، والأسماء لا تغير الأشياء عن حقائقها ، ثم انه على فرض صحة ماذكروا من أنه بيع مستقل بحالته وعلى صفته فانه مخالف للقياس فى صيغ البيوع الصحيحة ، وما خالف القياس لا يقاس عليه عند أهل

الأصول ، مع كونه بعيداً فى القياس عن مشـابهة التأمين على الحياة [1] ثم استشهدوا أيضاً على جوازه بقضية عقد الموالاة عند الأحناف • وصفته أن يقول رجل لآخر :أنت مولاى ترثنى اذا مت ، وتعقل عنى ، فيصـح ذلك عندهم ، ويرثه ان لم يوجـد مـن يرثه بفـرض أو تعصيب أو ذى رحم ، ويستدلون عليه بما روى عن تميم الدارىّ قال : « سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عمن أسلم على يد رجل ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: هو أحق الناس به محياه ومماته » وفسروا محياه بالعقل ومماته بالميراث ، وينسبون القول به عن على وابن عمر وابن مسعود ، وهذا الحديث ضعيف جداً ، قال فى المغنى : انه ضعيف لا يصح • وقال الشافعى : الموالاة ليست بشىء •

والامام أبو حنيفة يعترف على نفسه بأنه مزجى البضاعة من الحديث [2] وقد ظنه صحيحاً ، فبنى على ظنه القول به ، وأخذه عنه أصحابه ، كما فى الهداية وبدائع الصنائع وغيرهما ، وكان أصل الحديث صحيحاً فى بدايـة الأمر ثم نسخ الحكم به وانقطع العمل بموجبه •

وأصل الموالاة فى بدء الاسلام هو أن النبى صلى الله عليه وسلم آخى بين المهاجرين والأنصار وكانوا تسعين رجلا نصفهم من المهاجرين ونصـفهم من الأنصار ، فآخى النبى صلى الله عليه وسلم بينهم على المواساة ، ويتوارثون بعد الموت دون ذوى أرحامهم ، الى حين وقعة بدر ، قال ابن عباس : كان المهاجرى يرث الأنصارى دون قرابته وذوى رحمه للأخوة التى آخى بينهما

---

(1) نقل مصطفى الزرقا فى كتاب (التأمين) عن محمد يوسف موسى ص ٢٩ قال : ولا أجد فى تاريخ الفقه الاسلامى واقعة أشبه بواقعة التأمين من بيع الوفاء فى أول ظهوره ، وقال أيضا ص ٢٢ : أن التأمين بكل أنواعه ضرب من ضروب التعاون التى تفيد المجتمع ـ قال : والتأمين على الحياة يفيد المؤمن كما يفيد الشركة . قال : وأرى شرعا أنه لا بأس به اذا خلا من الربا ! هـ واخذ الشيخ مصطفى الزرقا يصوب استجادة هذا الاستنباط ، وكأنه رآه عين الصواب والسداد وجعله بمثابة العدة والعمدة فى القياس والاستناد ولا شك ان مشابهة التأمين على الحياة ببيع الوفاء أنه بعيد جدا ، فلا مداناة فضلا عن المساواة وكيف يقول : أنه لا بأس بالتأمين على الحياة اذا خلا من الربا وهو غارق فى الربا الى الآذان لكون وسائل الربا والبطلان محيطة به من جميع جهاته .

(2) لا أدرى من أين أتى الشيخ بهذا ولا دليل عليـه ، بل ان لابى حنيفة سـبعة عشر مسندا فى الحديث ـ المطيعى.

رسول الله صلى الله عليه وسلم • ولهذا يقول الزبير بن العوام : انا معشر قريش لما قدمنا المدينة قدمناها ولا مال لنا ، فوجدنا الأنصار ، نعم الاخوان ، فواخيناهم ووارثناهم ، فآخى أبو بكر خارجه بن زيد ، وآخى عمر فلاناً وآخى عثمان رجلا من بنى زريق بن سعد ، قال الزبير : وآخيت أنا كعب ابن مالك ، فوالله يابنى لو مات عن الدنيا ما ورثه غيرى حتى أنزل الله تعالى : « وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله من المؤمنين والمهاجرين ، الا أن تفعلوا الى أوليائكم معروفاً ، كان ذلك فى الكتاب مسطوراً » (١) فرجعنا الى مواريثنا ، وبقيت المناصرة الدينية • ذكره ابن كثير فى التفسير عن أبى حاتم •

فما ينسب عن عمر وعلى وابن مسعود فمحمول على ذلك فى بداية الاسلام ، والا فقد أجمع الصحابة على نسخه ، فلم يحفظ عن أحد منهم القول به ولا الحكم بموجبه •

والوصية بماله كله ممن لا وارث له جائزة فى ظاهر مذهب الامام أحمد، ولهذا قالوا : وتجوز الوصية بماله كله ممن لا وارث له •

والحكم فى الموالاة على العقل هو الحكم فى الارث ، على حسب ما ذكرنا وأنه منسوخ ، وقد حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم بايجاب دية الخطأ على العاقلة كما فى الصحيحين عن أبى هريرة قال : « اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت احداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما فى بطنها ، فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن دية الجنين غرة عبد ، أو وليدة ، وقضى بدية المرأة على عاقلة القاتلة وورثها ولدها ومن معهم ، فقام حمل بن النابغة الهذلى فقال : يا رسول الله ، كيف نغرم من لا شرب ولا أكل ، ولا نطق ولا استهل ، ومثل ذلك يطل ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : انما هذا من اخوان الكهان » من أجل سجعه الذى سجعه ، فمضى الأمر على هذا وانعقد عليه الاجماع •

---

(١) سورة الاحزاب : ٦

فكانت القبيلة تجلس لتوزيع الدية بينهم فيحملون كل شخص مايستحقه على حسب مقدرته وقربه ، وهذا من التعاون الواجب بحكم الشرع •

ومن محاسن الشريعة وقيامها بمصالح العباد فى المعاش والمعاد أن أوجب الله دية الخطأ على من عليه موالاة القاتل ونصرته ، فحيث أن هذا القاتل هو قريبهم ورحمهم ، ولم يتعمد القتل ، وانما وقع بغير اختياره وقصده ، فوجب عليه فى خاصة نفسه عتق رقبة مؤمنة ، فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله ، كما أوجب الدية على العاقلة •

ومن المعلوم أن الجناية فى الأصل تتعلق بالجانى ، فلا يجنى جان الا على نفسه ، ولا تزر وازرة وزر أخرى ، أى لا يحمل أحد ذنب الآخر ، وكانت الدية فى الأصل مائة من الابل ، وفى الغالب أن القاتل لا يستطيع حملها بجملتها ، فايجابها مع الكفارة عليه فى ماله فيها ضرر عليه لعدم قدرته عليها ، واهدار دم القتيل من غير ضمان فيه ضرر على ورثته •

فكان من محاسن الشريعة أن أوجب دية الخطأ على أقارب القاتل ، أى عاقلته ، كما أوجب الله النفقة على الأقارب ، فايجاب الدية على العاقلة من جنس ما أوجبه الشرع من النفقة على المضطرين ونحوهم ، والأقربون هم أحق بالمعروف •

لأن المؤمن كثير باخوانه ، غنى بأعوانه « وتعاونوا على البر والتقوى ، ولا تعاونوا على الاثم والعدوان » [1] وهذه هى حقيقة التعاون بين الأرحام الواجبة فى دين الاسلام •

ولا تحمل العاقلة العمد المحض ولا المال من قيمة عبد ونحوه ، ولا ما دون ثلث الدية •

والحاصل هو أن الأمة التى يبذل أغنياؤها المال ، وتقوم بفريضة

---

(١) سورة المائدة : ٢

التعاون على الأعمال ، فيكفل أغنياؤهم فقراءهم ، ويعول أقوياؤهم ضعفاءهم، ويعودوا بفضل ما أوتوا الى اخوانهم المعوزين ، ويعطفوا على البائسين والمنكوبين أنها لابد أن تتسع تجارتها وأن تتوفر سعادتها ، وأن تدوم على أفرادها النعمة ما استقاموا على هذه الفضيلة ، ثم يكونون مستحقين لسعادة الدنيا والآخرة .

ثم نزيد البحث هذا التقسيم الذى يستوعب أمر التأمين أتم استيعاب فلا يدع زيادة لمستزيد ونرتضى فى صلبه ما ارتضاه أخونا الاستاذ الدكتور حسين الحامد حسان والدكتور مصطفى كمال الصياد فنقول :

أقسام التأمين من حيث الصيغة التى يتم بها

أولا : التـــأمين الاجتماعى

وهو تأمين تقوم به الدولة لمصلحة طبقة العمال التى تعتمـــد فى كسب رزقها على العمل ، ويقصد بهذا التأمين تأمين هؤلاء العمـــال من اصـــابات العمل ، ومن المرض والعجز والشيخوخة ، ويســـاهم فى حصيلته العمـــال وأصحاب الأعمال والدولة ، وقد تســـتعين الدولة فى تنظيـــم هـــذا التأمين وادارته ببعض هيئاتها العامة كالهيئات العامة للتأمينات الاجتماعية فى مصر .

ثانياً : التـــأمين التبـــادلى

وتقوم به جمعيات تعاونية تتكون من أعضاء يجمع بينهم تماثل الأخطار التى يتعرضون لها ويتفقون جميعاً على تعويض من يتحقق الخطر بالنسبة اليه منهم فى سنة معينة من الاشتراك الذى يؤديه كل عضو .

ومن ثم يكون الاشتراك متغيراً يزيد وينقص بحسب قيمة التعويضـــات التى تدفعها الجمعية فى خلال السنة ، ويدفع العضو الاشتراك فى البـــداية مقداراً معيناً ، وفى نهاية السنة تحسب قيمة التعويضات التى دفعت لمن تضرر بوقوع الخطر من الأعضاء . فاذا كان المقدار الذى دفعه العضـــو أقل مـــن الواجب لزمه اكماله ، وان كان أكثر رد اليه ما زاد ، ولقد وجد الى جانب هذه الجمعيات جمعيات تأمين ذات شكل تبادلى باشتراكات متغيرة أو ثابتة ويكون لها مال يقدمه المؤســـسون ، ويقوم مقام رأس المال فى شركات التأمين المساهمة ، والذى يميز جمعيات التأمين التبادلية سواء كانت جمعيات تبادلية أو جمعيات ذات شكل تبادلى عن الشركات المساهمة أن الأولى لا تعمـــل للربح ، فليس لها رأس مال ، وليس فيها مساهمون يتقاضـــون أرباحاً على أسهمها ، ويكونون هم المؤمِّنين ، ويكون العملاء هم المؤمَّن لهم . بل ان أعضاء جمعيات التأمين التبادلية يتبادلون التأمين فيما بينهم ، اذ يؤمن بعضهم

بعضاً ، فهم فى وقت واحد مؤمِّنون ومؤمَّن لهم ، ومن هنا وضعت هـذه الجمعيات بأنها تبادلية •

والأصل فى الجمعية التبادلية أن تتغير فيها الأقساط سنة عن سنة بحسب ما تدفعه الجمعية كل سنة لأعضائها من تعويضات ، ومن ثم تكون الأقساط التى يدفعها الأعضاء اشتراكات متغيرة ، وان كان هناك اتجـاه واضـح فى العهود الأخيرة الى جعل الأقساط اشتراكات ثابتة •

أما شركات التأمين المساهمة ، فانها تسعى للربح ، ويكون لها رأس مال تضع القوانين عادة حداً أدنى له ، وأقساط التأمين فى الشركات المسـاهمة دائماً أقساط ثابتة ، ولذلك سميت بالشركات ذات الأقساط الثابتة •

ثالثـاً : التـأمين بقسط ثابت

وتقوم بهذا التـأمين شركات التأمين المسـاهمة ، وهى شركات تنشـأ برأسمال يقدمه المساهمون بقصد الحصول على ربح مـن ورائه • وشركة التأمين مستقلة تمام الاستقلال عن المؤمن لهم ، وهى التى تتعاقد معهـم ، فالمساهمون فى هذه الشركات هم المؤمِّنون والعملاء ، الذين يبرمون عقود التأمين مع هذه الشركة هم المؤمَّن لهم • ومصالح الطائفتين فى علاقاتهـم تختلف وتتعارض ، وواضح مما تقدم أن المؤمن اذا كان شركة فان السبب الدافع لها الى هذا التعاقد هو الحصول على المال الذى يدفع اليها أقسـاطاً لاستثماره بوسائل الاستثمار المتعددة التى تختارها الشركة ليكون لها فى النهاية ما يفضل منها بعد قيامها بأداء جميع التزاماتها للمؤمن لهم ، تعريضاً عما حل بهم من ضرر ، وفى هذا الفاضل يكون أجرها على العمل وربحها لرأس المال •

أما اذا كان المؤمن جمعية تعاونية كونها المشتركون أو كان هيئة أقامتها الدولة فان السبب الدافع لهـا الى هـذا التعاقد هو القصـد الى تحقيق التعاون والتضامن بين المشتركين المؤمَّن لهم ، وذلك بتوزيع عبء الأخطار

والأضرار التى تنزل بأحدهم عليهم جميعاً فيعوض المضرور من الأقساط التى جمعت ، وهى فى واقع الأمر مال الجميع بما يدفع عنه سوء الأثر الذى ينوء بحمله •

وفى ذلك تفتيت الضرر أو تجزئته الى درجة تذهب الشعور به ، دون أن يصحب ذلك رغبة فى جمع المال من أجل الربح والثراء • ولا قصد الى تثمير رأس مال أعده صاحبه للتنمية والاستغلال ، واذا كان شىء من ذلك فمن غير قصد وهدف ، وسنرى أن هذا الفرق فى الغرض والهدف والتأمين الاجتماعى والتبادلى من جهة ، والتأمين الذى تقوم به شركات التأمين المساهمة من جهة أخرى ، يؤثر فى الحكم الشرعى على عمليات التأمين التى تباشرها كل منها •

ذلك أن عقود التأمين معاملة تقوم على الضرر والخطر دائماً ، ومثل هذا الضرر والخطر يصح فى التبرعات دون المعاوضات ، والعقود التى تبرمها شركات التأمين مع عملائها معاوضة لا تبرع قطعاً ، ومن ثم وجب القول ببطلانها •

أما التأمين الاجتماعى والتبادلى فان يأخذ صفة التبرع لأنه لا مجال فيه للربح ، فكل عضو فى الجمعية التبادلية يتبرع بقسط ليكون من مجموع المال المتبرع به رصيد يكفى لتعويض من نزل الضرر به من جراء وقوع الخطر •

نعود الى حكم التأمين فى الشريعة الاسلامية

قلنا فى بداية هذا البحث أن عقد التأمين من العقود الحادثة التى لم يكن لها وجود فى عصور الاجتهاد ، فذكرنا أن حداثة هذا العقد كانت سببا لاختلاف علماء هذا العصر فى حكمهم • فرأى بعض هؤلاء العلماء أن عقد التأمين جائز مباح ، لأنه لم يثبت لديهم دليل يفيد التحريم فحملوه على القاعدة الشرعية المعروفة ، وهى أن الأصل فى كل شىء الاباحة • وأن الحظر استثناء يحتاج الى دليل • ورأى فريق آخر من العلماء أن هذا العقد باطل

حرام ، لأن دليل التحريم والبطلان قد ثبت لديهم ، وليس هناك فى نظرهم دليل آخر يمنع من العمل بهذا الدليل ، وهناك فريق ثالث من الباحثين فرق بين أنواع التأمين بدليل اقتضى هذا التطبيق فى نظره • ولقد رأيت أن أقسم هذا الى مباحث ثلاثة ، أخصص المبحث الأول منها لأهم نقطة يجب التركيز عليها عند بيان حكم الشرع فى مثل هذا النوع من العقود ، وهى تحديد محل النزاع ، أو بيان نقط الوفاق والخلاف بين الباحثين فى عقود التأمين • فان هذا التحديد كما قلت من قبل يحصر النقاش فى نطاق ضيق ، ويعين الباحثين على الوصول الى وجه الحق فى هذه العقود •

وأما المبحث الثانى [1] فسوف أعرض فيه الرأى الذى انتهيت اليه فى محل الخلاف الذى حددته فى المبحث الأول ، وأذكر أدلة هذا الرأى ، ثم أدفع ما قد يرد فى هذه الأدلة من اعتراضات •

وأما المبحث الثالث فقد خصصته لعرض شبه المخالفين ، فيما توصلت اليه من رأى فى عقود التأمين ، ثم رد هذه الشبه بالحجة والدليل •

أولا : نظرية التأمين

لا نظن أن أحداً من الباحثين فىعقود التأمين يخالف فى شرعية التأمين باعتباره نظرية ونظاماً يسعى لتحقيق أهداف التعاون والتضامن بين المسلمين، ذلك أن كلا من التعاون والتضامن بين أفراد الجماعة الاسلامية أمر يتفق مع مقاصد الشريعة العامة وتدعو اليه نصوصها •

وأرى أن هذا الأمر من الظهور بحيث لا نحتاج الى عرض الحجة وبيان الدليل ، ولعله من الأمر البين أيضاً أن شرعية الغاية والمقصد شىء ، وشرعية الوسيلة التى تؤدى الى هذه الغاية وتحقق ذلك المقصد شىء آخر ، فالشريعة الاسلامية اذ حددت الغايات وبينت المقاصد رسمت الطرق التى توصل الى هذه الغايات ، وتحقق تلك المقاصد ، ومن ثم لزم أن يكون المقصد مشروعاً

---

(١) الدكتور حسين حامد ص ٤٣٨ من بحوث مختارة من المؤتمر العالمى الأول للاقتصاد الاسلامى .

والوسيلة التى تؤدى اليه مشروعة أيضاً ، فليس للمبدأ القائل بأن الغاية تبرر الوسيلة عمل فى الاسلام الا بالنسبة للوسائل المسكوت عنها فى الشرع، أى التى لم يرد فى المنع منها دليل ، وسنرى أن العقود التى تبرمها شركات التأمين قد قام الدليل الشرعى على المنع منها ، فليست من الوسائل المسكوت عنها بيقين ، وأنه لا يجوز فى منهج الاستدلال الصحيح أن يستدل بشرعية الغاية على جواز كل ما يوصل اليها من وسائل مع اهمال الأدلة الشرعية المانعة من بعض هذه الوسائل وسوف نرى عند رد شبهات القائلين بجواز عقود التأمين أن بعض هذه الشبهات ليست الا استدلالا بشرعية التعاون والتضامن والتنمية الاقتصادية على شرعية هذه العقود مع تسليمهم بقيام هذه العقود على الغرر والمخاطرة •

والنهج الصحيح أن يقال : ان عقود التأمين اذا تضمنت الغرر كانت عقوداً باطلة ، وان زعم زاعم أنها تحقق التعاون والتضامن ، واذا لم تتضمن الغرر كانت صحيحة ، دون حاجة فى الحكم بصحتها الى القول بأنها تؤدى الى التعاون والتضامن لأن الأصل فى العقود والتصرفات الحل والجواز • والمنع والحظر هو الاستثناء الذى لا يثبت الا بالدليل •

والخلاصة اذن هى أن الغايات والأهداف التى تتضمنها فكرة التأمين غايات وأهداف شرعية فالتعاون والتضامن يتفق مع مقاصد الشريعة العامة ، وتدعو اليه أدلتها الجزئية •

فالتأمين بمعنى الفكرة والنظرية اذن ليس داخلا فى محل الخلاف ، وشرعيته بهذا المعنى لا تستلزم بالضرورة شرعية ما تضمن الغرر من العقود التى يقصد بها تحقيق الفكرة وتطبيق النظرية •

ثانياً : التأمين الاجتماعى

عرفنا أن التأمين الاجتماعى هو الذى تقوم به الدولة نفسها أو تعهد بادارته الى احدى هيئاتها العامة ، ويقصد به تأمين بعض طبقات الشعب ضد أخطار معينة ، كتأمين العمال ضد البطالة والمرض والعجز والشيخوخة ،

والذى نراه أن هذا النوع من التأمين جائز لا لشىء فيه ويشاركنا فى هـذا الرأى جميع الباحثين فى عقود التأمين من علماء الشريعة ، ذلك أن دليل المنع من التأمين هو الغرر وهذا الدليل يقتصر على عقود المعاوضات دون التبرعات على رأى الامام مالك رضى الله عنه ممن نرتضى رأيهم من المجتهدين ، وواضح أن نظام التأمينات الاجتماعية على النحو الذى قدمناه لا يدخل فى عقـود المعاوضات ، فليست الدولة فى مركز المعـاوض الذى يطلب مقابلا لما بذل ، ويسعى فى تحديد هذا المقابل الى طلب الربح الذى يتمثل فى زيادة ما يأخذ على ما يعطى ، بل على العكس من ذلك ، فان الدولة تساهم مع العمـال وأرباب الأعمال بجزء فى مال النظام ، وبهذا النظر يكون التأمين الاجتماعى خارجاً عن محل البحث ، وموضوع النزاع •

ثالثاً : التأمين التبـــادلى

اتفق الكاتبون فى التأمين من الوجهة الشرعية الذين اطلعت على أبحاثهم على جواز التأمين التبادلى الذى تمارسه الجمعيات التعاونية ونحـن نوافق هؤلاء الباحثين فى هذا الحكم • ودليلنا على الجواز ما تقدمت الاشارة اليه غير مرة من أن أساس المنع فى التأمين هو اشـتماله على الغـرر الذى نهى الشارع عنه ونهى الشارع عن الغرر كما قدمنا ينطبق على العقود التى يقصد بها المعاوضة لأن النهى عن الغرر ورد فى عقـد البيع وهو عقد معاوضـة فكأن حكم النهى شاملا لجميع المعاوضات أما التبرعات فقد بقيت على أصل الحل والجواز وان دخلها الغرر عند من يعتد برأيه من الفقهاء •

وواضح مما قدمناه من بيان طبيعة التأمين الذى تمارسه جمعيات التأمين التبادلى أن هذا التأمين لا يقصد به المعاوضة بل أنه بحق تعاونى يقصد به التضامن بين جماعة من الناس يتعرضون لأخطار من نوع واحد فى معـاونة من تعرض منهم للخطر على تفادى آثاره بدفع مبلغ مما تعـاون الجميع فى جمعه ، يكفى لجبر ما لحقه من ضرر هذا الخطر فهذه الجمعيات لا تهـدف من وراء عملية التأمين الى الربح فليس فيها كما قلنا مؤمن ومسـتأمن بل جميع أعضاء هذه الجمعيات مؤمنون ومستأمنون فى نفس الوقت • وما يدفعه

كل عضو فى هذه الجمعيات من اشتراك يقصد به التبرع لمن لحقه ضرر من جراء خطر معين من أعضاء جمعيته •

ولا شك أن المتبرع اذا تبرع لجماعة وصفت بصفة معينه فانه يدخل فى الاستحقاق مع هذه الجماعة اذا توافرت فيه هذه الصفة كمن تبرع لطلاب العلم فانه يستحق نصيبا فى هذا التبرع اذا طلب العلم ومن تصدق أو وقف على فقراء مكة دخل فيهم واستحق معهم اذا صار فقيراً وعلى ذلك فباذل القسط أو الاشتراك فى هذه الجمعيات يعد متبرعا • وقد يقال بأن المشتركين فى هذه الجمعيات لا يعرفون على وجه التحديد عند دفع الأقساط مقدار ما يخصهم من مبالغ تلزم لجبر من وقع عليه الضرر من أعضاء الجمعية لأنهم يدفعون اشتراكاً محدداً فى أول العام ثم تحسب التعويضات التى دفعت لمن وقع عليه الضرر من أعضاء الجمعية فى نقص من قيمة اشتراك العضو عما خصه من هذه التعويضات طولب به وما زاد رد اليه وهذا غرر •

فالجواب على ذلك القول هو ما قدمناه من أن هذه الجمعيات تقوم على مبدأ التعاون والبذل والتبرع وليس بشرط فى جواز التبرع أن يعرف المتبرع عند التبرع مقدار ما يتبرع به على وجه التحديد وهذا هو معنى القول بأن الغرر والجهالة يغتفران فى التبرعات تشجيعا على فعل الخير من جهة ولعدم تضرر المتبرَّع اليه بالغرر والجهالة من جهة أخرى لأنه لم يبذل عوضاً فى مقابل هذا التبرع •

رابعاً : التأمين بقسط ثابت

التأمين بقسط ثابت هو ما تقوم به شركات التأمين ووسيلتها فى ذلك هى عقد التأمين وهو عقد يتم بين شركة التأمين ومستأمن معين بمقتضاه تتعهد هذه الشركة بدفع مبلغ من المال يسمى مبلغ التأمين لهذا المستأمن عند وقوع خطر معين فى مقابل التزام المستأمن بدفع مبلغ مالى يسمى بقسط التأمين •

وهذه الشركة تسعى من وراء عقود التأمين الى تحقيق ربح هو الفرق بين ما تأخذه من المستأمنين من أقساط وما تدفعه لهم عند وقوع الخطر من

تعويضات وهى تحاول دائما بواسطة الوسائل العلمية المتاحة لها أن تجعل مجموع هذه الأقساط أكبر مما تتوقع دفعه من تعويضات وانفاقه من مصروفات حتى يكون لها فى هذا الفرق ما تريد من ربح توزعه على الشركاء المساهمين •

فالوسيلة الوحيدة فى هذه الشركات للوصول الى تحقيق فكرة التأمين هى عقد التأمين الذى يتم بين الشركة وكل مستأمن وهذا العقد ينشىء علاقة ويرتب التزامات وحقوقاً بين الشركة والمستأمن المعين وليست هناك عقود تبرمها شركة التأمين مع جماعة تسمى جماعة المستأمنين كما أنه ليس هناك اتفاق أو عقد ينشىء علاقة بين جميع المستأمنين لدى شركة معينة من شركات التأمين •

ولقد ذهب بعض الباحثين فى عقود التأمين الى التدليل على جواز هذه العقود بأنها اتفاق على التعاون والتضامن بين المستأمنين وأن دور المستأمن المعين انما هو فى الانضمام الى هذا الاتفاق التعاونى المنظم ولما كان مثل هذا الاتفاق التعاونى بين جماعة من الناس على ترميم الأخطار التى قد تلحق بعضهم جائز وأن الانضمام اليه مباح ومشروع وهذا مسلم به غير أنه لا يفيد المطلوب لأن عقد التأمين ليس اتفاقا تعاونياً بين جماعة من الناس ، بل هو عقد معاوضة بين الشركة والمستأمن لا ذكر فيه للتعاون والتضامن •

ان مثل هذا الاتفاق التعاونى الذى يتم بين عدد من الناس بقصد تخفيف آثار الأضرار التى قد تلحق بعضهم والذى يبذل فيه كل واحد منهم تضحية مالية يتكون من مجموعها ما يكفى لتعويض هذه الأضرار ، ان مثل هذا الاتفاق لا يدخل ضمن نشاطات شركات التأمين المساهمة ولا مكان له فيها بل هو محض تصور وافتراض وما تقوم به شركات التأمين غير ذلك وهو عقود مع الأفراد مقصود بها الربح كما قلنا .

واذا فرضنا وجود مثل هذا الاتفاق لكان حكمنا عليه بالجواز بل ان هذه الصورة من التعاون هى التى يقصدها الشارع وتدعو لها أدلته اذ يتجلى

فيها التعاون والبذل والتضحية والتبرع فى أوضح صوره وأبعدها عن المحظور •

ولقد رأينا بعض الباحثين يصور الدور الذى تقوم به شركات التأمين بأنه دور الوسيط والنائب الذى يقوم بتنظيم عمليات التأمين نيابة عن المستأمنين الذين يكونون الاتفاق التعاونى المنظم وهذا أيضا تصور بعيد عن الواقع لأن مثل هذا الاتفاق التعاونى غير قائم ولو أنه قام ووجد وكان دور الشركة فيه هو دور الوسيط والنائب الذى يقوم بادارة الاتفاق التعاونى نيابة عن أعضاء هذا الاتفاق لما رأينا مانعاً شرعياً من ذلك • لأن دور الشركة فى هذه الحالة يكون دور الأجير الذى يقوم بالادارة والتنظيم ، مقابل الأجر الذى يحدده عقد العمل فهى فى هذه الحالة تتقاضى أجراً لا ربحاً وما يدفعه كل عضو فى هذا الاتفاق لا يدفعه لشركة التأمين وانما يتبرع به للجماعة التى حددت الطرق التى تتبع فى صرف مبالغ التعويض لمن نزلت بهم الأخطار•

وشركة التأمين بوضعها الحالى لا تصلح نائباً ولا وسيطا ذلك أن النائب فى حكم الشريعة يعمل لمصلحة المنوب عنه وليس له أن يبرم من التصرفات ما تتعارض فيه مصلحته مع مصلحة المنوب عنه وليس له أن يبرم من التصرفات ما تتعارض فيه مصلحته مع مصلحة المنوب عنه ولا شك أنشركة التأمين بوضعها الحالى لا تعمل الا لحساب نفسها ومصالحها تتعارض دائما مع مصالح المستأمن فهى تسعى للحصول على أكبر ربح وتحدد قدر الأقساط على النحو الذى يمكنها من ذلك وتحاول التخلص من تعهداتها بأسباب وعلل تعص بها ساحات القضاء •

وسوف نرى كذلك أن بعض الباحثين فى عقود التأمين يؤسس حكمه لا على العلاقة بين شركة التأمين والمستأمن له المعين هذه العلاقة التى أنشأها عقد التأمين الذى عقدته الشركة مع هذا المستأمن من جهة ومجموع المستأمنين من جهة أخرى وظاهر أن مثل هذه العلاقة غير قائمة والعقد الذى ينشئها غير موجود • وسنرى أن هؤلاء الباحثين يقصدون من وراء هذا الغرض والتقدير الى القول بأن شركة التأمين فى علاقتها مع مجموع المستأمنين تستطيع بما أتيح لها من امكانيات هائلة وباستخدام حساب الاحتمالات أن

تعرف على وجه يقرب من الدقة والتحديد مقدار ما تعطى وما تأخذ أى ما تعطى لمن نزل بهم الخطر من المستأمنين فى مجموعهم وما تأخذ من أقساط من هذا المجموع •

وسوف نرى عند الكلام فى الرد على شبهات الذين يجوزون التأمين أن هذا المسلك فوق أنه ينافى الواقع ويجنح الى الفرض والتقدير لا يؤدى النتائج التى يقصدها منه أصحابه ذلك أننا لا نسلم بقدرة لشركة على معرفة ما تأخذ وما تعطى فى مدة معينة مهما تقدمت وسائل حساب الاحتمالات وقواعد الاحصاء فهذه كلها لا تمنع احتمال الربح والخسارة واحتمال تفاوت الأرباح من سنة لأخرى وأكبر دليل على ذلك ما حدث من افلاس بعض الشركات فى أوروبا وفى انجلترا بالذات •

واذا سلمنا بقدرة الشركة على معرفة ما تعطى لمجموع المستأمنين وما تأخذ منهم فان هذا لا يدل على خلو المعاملة من الغرر ذلك أن المؤمن له المعين وهو الذى يبرم عقد التأمين مع الشركة ليست لديه الوسائل التى توافرت لشركات التأمين حتى يتمكن بها هو الآخر من تحديد مقدار ما يعطى وما يأخذ وبذلك تبقى المعاملة غرراً ويحكم عليها بالمنع لأن الغرر فى أحد جانبى المعاوضة يبطلها كما سنراه مفصلا •

والخلاصة : أن البحث يجب أن ينصب على العلاقة القائمة بين شركة التأمين والمستأمن المعين تلك العلاقة التى أنشأها عقد التأمين الذى عقد بينهما فهذه العلاقة وحدها هى الأمر الواقع وأما العلاقة بين شركة التأمين والمستأمنين فى مجموعهم والعلاقة بين مجموع المستأمنين الذين توسطت شركة التأمين بينهم أو نائب عنهم فليست موضوع بحث ولا محل جدال لأن هذه العلاقات فضلا عن عدم وجودها فى الواقع فان الحكم عليها بالجواز لا ينطبق على ما تقوم به الآن شركات التأمين •

* * *

أدلة بطلان العقــود التى تبرمها شركات التــأمين

والدليل الأول على بطلان عقود التأمين التى تبرمها شركات التأمين مع المستأمن هو أن هذه العقود عقود معاوضات ماليــة ، تضــمنت غرراً كثيراً أو فاحشاً فبطلت ، فهاتان مقدمتان لابد منهما لاثباتهما حتى ينتج الدليــل الدعوى ، وهى بطلان عقود التأمين التى تبرمها هذه الشركات •

أما المقدمة الأولى : فهى أن عقود التأمين معاوضات مالية ، وأما المقدمة الثانية : فهى أن هذه العقود تضمنت الغرر الكثير •

المقدمة الأولى : عقود التأمين معاوضات مالية :

أما أن عقود التأمين معاوضات مالية فلا نظن أن أحداً يخالفنا فيه ، لا من شراح القانون ولا من علماء الشريعة الذين تصدوا لبيان حكم الشرع فى هذه العقود ، وذلك اذا نظر الى هذه العقود من جانب العــلاقات بين المؤمــن والمستأمن •

ولقد رأينا عند تعريف القانون لعقد التأمين أن المعاوضة فى هذا العقد تتم بين القسط الذى يدفعه المستأمن ومبلغ التأمين الذى تتعهد شركة التأمين بدفعه عند وقوع الخطر المؤمن منه •

وسوف نرى أن بعض علماء الشريعة يجادلون فى هذه الحقيقة ، ويقولون: ان هذه المعاوضة انما هى بين القسط الذى يدفعه المستأمن من جهة ، والأمان الذى تمنحه له شركة التأمين من جهة أخرى ، ويزيدون على ذلك قولهم بأن هذا الأمان حاصل للمستأمن بمجرد العقد ، دون توقف على وقوع الخطــر المؤمن منه •

وسوف نرد على هذه الشبهة مع ردنا على بقية الشبه التى قد ترد على هذا الدليل •

المقدمة الثانية : عقود التامين تتضمن الغرر الكثير

جاء النهى عن بيع الغرر عاما ، واتفق المجتهدون على الحاق المعاوضات الخالصة بالبيع فى هذا النهى ، ثم خصوا منه الغرر اليسير بقيود وشروط حدودها •

وسوف نذكر تعريفات للفقهاء فى الغرر ، لنثبت دخول عقود التأمين تحت هذه التعريفات أولا ، ثم نبين المقصود بالغرر اليسير الذى يغتفر فى المعاوضات المالية ، ونحدد شروطه ، ونذكر أمثلته لنثبت عدم دخول عقود التأمين تحته ثانيا ، ونقدم لذلك بمقدمة فى بيان أهمية الرضا بالمعاوضة فى صحتها ، وأن هذا الرضا لابد أن ينصب على أمر يعرفه الراضى •

الرضى مناط صحة التصرف

اتفق المجتهدون على أن الرضى مناط صحة العقود والتصرفات ، قال تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم » وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « انما البيع عن تراض » فاذا عدم الرضى بالتصرف كان هذا التصرف باطلا لا يحل به أخذ مال الغير باتفاق الفقهاء •

العلم مناط صحة الرضى

اتفق الفقهاء على أن العلم بمحل التصرف شرط فى صحة الرضى ، لأن الرضى بما لا يعلمه الراضى غير متصور والعلم بمحل التصرف يقتضى أن يعرف كل متعاقد مقدار ما يحصل عليه من عوض فى مقابل ما بذل للمتعاقد الآخر وأن يعرف الأجل الذى يحصل فيه على هذا العوض ، وأن يكون ــ فوق ذلك كله ــ واثقاً من حصوله على هذا العوض •

ويقول الرافعى فى فتح العزيز شرح الوجيز معللا لوجوب معرفة محل

البيع للحكم بصحته : « لأن الرضى قبل حقيقة المعرفة لا يتصور » الجزء الثامن من المجموع طبعة المشايخ المفصول بينه وبين فتح العزيز بجدول صفحة ١٥٣ .

ويقول ابن حزم فى المحلى جـ ٩ ص ٣٧٢ : « وبالضرورة يدرى كل أحد أنه لا يمكن ألبتة وجود الرضى على مجهول وهو أكل مال بالباطل » .

واذا انتفى العلم عند التعاقد بمحل المعاوضة لعدم وثوق أحد عاقديها بحصوله على العوض أو لعدم معرفته بقدر هذا العوض ، أو أجل الوفاء به ، فان المعاوضة تبطل لانتفاء الرضى بها ، ويعبر الفقهاء عن ذلك باشتمال المعاوضة على الجهالة والغرر ، ويعنون بذلك أن الرضى بالمعاوضة لا يترتب عليه حكمه شرعاً ، اذا اشتملت هذه المعاوضة على الجهالة والغرر .

وسوف نرى بعد قليل أن عقود التأمين تنطوى على الغرر بأنواعه الثلاثة السابقة : الغرر فى حصول العوض ، والغرر فى قدره ، والغرر فى أجله . وكل واحد من هذه الثلاثة يكفى وحده لبطلان المعاوضة ، فما بالك اذا اجتمعت معاً وأما الغرر فى حصول العوض ، فلأن المستأمن فى التأمين لا يدرى عند التعاقد ان كان سيحصل على مبلغ التأمين أم لا ؟ وهو العوض الذى بذل أقساط التأمين فى مقابلته .

وأما الغرر فى قدر العوض ، فلأن المستأمن فى التأمين من الأضرار لا يدرى وقت التعاقد مقدار ما يحصل عليه من عوض اذا قدر حصوله عليه بوقوع الحادث المؤمن منه . وكذا شركة التأمين لا تدرى وقت التعاقد مقدار ما تحصل عليه من أقساط قبل وقوع الخطر المؤمن منه ، وهذه الأقساط هى العوض الذى تعهدت بدفع مبلغ التأمين فى مقابلته ، فكانت بذلك غير عارفة بمقدار هذا العوض وقت التعاقد .

وأما الغرر فى الأجل فواضح فى التأمين على الحياة لحالة الموت ، فان المؤمَّن على حياته لا يدرى عند التعاقد الوقت الذى يحصل ورثته فيه على مبلغ التأمين ، وهو العوض الذى بذل الأقساط فى مقابلته . والتأجيل بموت انسان جهالة فاحشة تبطل المعاوضة باتفاق الفقهاء كما نرى ذلك فيما يلى :

أولا : دخول عقود التأمين تحت تعريفات الغرر

نريد هنا أن نعرض أهم تعريفات الغرر عند الفقهاء ثم نثبت دخول عقود التأمين تحت كل تعريف منها ، ويجب أن نلاحظ أن التعريفات التى يذكرها الفقهاء هى تعريفات للغرر الفاحش أو الكثير الذى تبطل به المعاوضات .

أما الغرر اليسير الذى لا يؤثر فى المعاوضة ، فهو استثناء حددوا ضابطه وبينوا شروطه ، وسوف نثبت أن هذا الضابط وتلك الشروط لا تتوافر فى عقود التأمين .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى تعريف الغرر

عرف المالكية الغرر بتعريفات كثيرة نذكر أهمها ، ثم نثبت دخول عقود التأمين تحتها .

عرف ابن عرفة المالكى الغرر بأنه : « ما شك فى حصول أحد عوضيه ، أو مقصود منه غالباً » [1] ونقل عن مالك رضى الله عنه أنه عرف الغرر بأنه : « ما لا يدرى أيتم أم لا [2] » وعرف الشيخ الدسوقى الغرر بأنه : « ما يحتمل حصوله وعدم حصوله » [3] وعرف المازرى الغرر بأنه « ما تردد بين السلامة والعطب » [1] .

وهذه التعريفات كلها تنطبق على عقد التأمين ، فعقد التأمين يشك فى حصول أحد عوضيه . وهو مبلغ التأمين ، ذلك أن المستأمن يشك عند

---

(١) مواهب الجليل ٤ : ٣٦٢ .

(٢) المرجع السابق ٤ : ٣٦٨ .

(٣) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٣ : ٢٥

(١) حاشية الدسوقى المرجع السابق فى موضعه أيضا وهذا كله من مختارات المؤتمر العالمى الأول للاقتصاد الاسلامى المركز العالمى لأبحاث الاقتصاد الاسلامى بجامعة الملك عبد العزيز بجدة .

التعاقد فى حصوله على مبلغ التأمين وهو العوض الذى بذل الأقساط فى مقابلته ، لأن حصوله على ذلك يتوقف على خطر احتمال قد يقع وقد لا يقع ، فان وقع حصل على العوض ، والا فلا •

وبالمثل فان عقد التأمين يرتب التزاماً فى ذمة شركة التأمين وهو دين احتمالى باتفاق لا يدرى المستأمن عند التعاقد ان كان هذا الدين يتم أم لا ، ذلك أن تمامه وعدم تمامه يتوقف على حادث احتمالى ان وقع تم التزام الشركة والا فلا •

وأما أن العوض الذى تتعهد بدفعه شركة التأمين للمستأمن ، يحتمل حصوله له وعدم حصوله ، فأمر ظاهر لا يحتاج الى بيان • وأما التردد بين السلامة ، أى سلامة العوض والعطب أى فوات هذا العوض فظاهر انطباقه على مبلغ التأمين الذى تتعهد الشركة بدفعه للمستأمن عند وقوع الخطر •

ومما مثل به المالكية للغرر الذى عرفوه وحكموا ببطلان المعاوضة معه بيع الطير فى الهواء ، والسمك فى الماء ، والحيوان بشرط الحمل ، لأن المشترى يدفع الثمن فى هذه الأشياء ، وهو لا يدرى عند التعاقد هل تحصل له أم لا ، فهو يشك فى الحصول ، وهذا هو الحال فى عقد التأمين تماماً ، فان المستأمن يدفع أقساط التأمين فى عوض ، هو مبلغ التأمين ، لا يدرى عند التعاقد ، هل يحصل له أم لا ، فهو يشك فى الحصول ، وهذا هو الحال فى عقد التأمين تماماً ، فان المستأمن يدفع الأقساط فى عوض ، هو مبلغ التأمين ، لا يدرى عند التعاقد هل يحصل عليه أم لا ؟ فهو يشك فى حصوله وتمامه وسلامته ، ويزيد التأمين على ذلك أنه على فرض حصول المستأمن على العوض فانه لا يدرى عند التعاقد مقدار هذا العوض فى التأمين من الأضرار •

وهذه الأمثلة التى قدمناها يحكى فقهاء المالكية الاجماع على بطلانها وهذا يعنى أن المالكية وهم أكثر الناس تساهلا فى ابطال العقود بالغرر يرون أن الغرر الواقع فى الحصول وعدم الحصول غرر فاحش يبطل المعاوضة اجماعاً •

وقد رأينا أن الغرر فى عقد التأمين أشد وأفحش من الغرر فى هذه الأمثلة، لأنه غرر فى الحصول انضم اليه غرر فى المقدار على فرض الحصول •

ومما مثل به المالكية للغرر الفاحش الذى تبطل به المعاوضة عندهم اتفاقاً شراء الدين على الرجل الغائب أو الحاضر غير المقر ، أو الميت وان علم الذى تركه ، لأن المشترى لهذا الدين لا يدرى عند الشراء أيتم له الحصول عليه أم لا ؟ وعلى فرض الحصول فانه لا يدرى مقدار ماسيحصل عليه ، فقد يحصل له منه كثير وقد يحصل له منه قليل ، فشراء دين الميت فيه نوعان من الغرر : الغرر فى الحصول ، والغرر فى مقدار الحاصل ، فان من يشترى دين الميت وان عرف مقدار تركته ، لا يعرف ما يحصل عليه منه ، لأن ذلك يتوقف على عدد دائنى الميت ومقدار ديونهم ، وهو لا يعرف ذلك عند التعاقد ، بالتالى لا يعرف مقدار ما يصيبه فى قسمة الغرماء •

تعريف الحنفية للغرر

جاء فى بدائع الصنائع للكاسانى أن « الغرر هو الخطر الذى استوى فيه طرفا الوجود والعدم » [1] وواضح أن هذا التعريف يصدق على عقد التأمين فهو عقد ركنه الأساسي وعنصره الجوهرى ومحله الأصلى هو الغرر، كما يقول شراح القانون بحيث لا يتصور لعقد وجود بدون هذا الخطر ، وهذا الخطر هو الحادث الاحتمالى الذى يستوى فيه طرفا الوجود والعدم كما يقول شراح القانون أيضاً ، وعلى هذا يكون تعريف الحنفية للخطر مطابقاً لتعريف شراح القانون له ، حتى لكأنك تحس أن الكاسانى يعرف الخطر فى عقد التأمين •

وانك اذا تتبعت المعاوضات التى اتفق الأحناف على بطلانها للغرر لوجدت فيها هذا المعنى ، وهو أن الملك أو الالتزام فيها قد علق أو توقف على خطر يستوى فيه طرفا الوجود والعدم ، فقد مثلوا له بشراء رمية الصائد ، وضربة القانص ، وهو أن يقول المشترى : اشتريت منك ما يخرج من القاء هذه

---

(١) جـ ٦ ص ٣٠٥٣ طبعة القلعة (مطبعة الامام) •

الشبكة مرة بكذا أو ما يسقط برمية السهم بكذا • وكذلك بيع الملامسة والمنابذة والقاء الحجر وكل ما علق فيه ملك المشترى للعوض بالخطر ، فان هذه البيوع فى معنى : اذا وقع حجرى على ثوب فقد بعتــه بكذا ، أو اذا نبذته أو لمسته فقد بعتكه أو بعتنيه بكذا » (٢) فالمعاوضة فى هذه الأمثلة علقت أو توقف التزام العوض فيها ، على خطر قد يوجد وقد لا يوجد ، فمن يشترى رمية الصائد ، يعلق حصول العوض له على خروج سمك فى شبكة الصائد فى الرمية المشتراة ، وهو خطر احتمالى ، قد يكون وقد لا يكون •

واذا كان فان قدر ما يحصل عليه من الملك غير معروف ، وكذا الأمر فى ضربة القانص وغوصة الغائص • وظاهر أن حال المستأمن هو حال من يشترى ضربة الصائد ، فانه يعلق حصوله على مبلغ التأمين ، وهو ما بذل الأقساط بازائه ، على خطر احتمالى قد يكون وقد لا يكون •

فمن يدفع أقساطاً لشركة التأمين فى مقابل تعهدها بدفع مبلغ التأمين فى مقابل هذه الأقساط ، اذا بقى حيا الى سن الخمسين مثلا ، يعلق حصوله على هذا المقابل ، على أمر احتمالى يستوى فيه جانبا الوجود والعدم ، فقد يعيش المؤمّن على حياته الى هذه السن فيستحق مبلغ التأمين ، وقد يموت قبلهــا فتبرأ ذمة شركة التأمين من هذا المبلغ وتضيع الأقساط عليه تماماً كما يضيع الثمن على من اشترى رمية الصائد اذا لم يخرج فى الشبكة شىء •

وبالمثل فان وجه التطابق ظاهر بين من يدفع الأقساط فى مقابل تعهــد الشركة باعطائه مبلغ التأمين اذا بقى حيا الى وقت معين ، وبين من يدفع الثمن فى ثوب اذا وقع عليه بالحجر أو لمسه المشترى ، فكلاهما يبذل مالا فى مقابل عوض ، قد يكون وقد لا يكون ، واذا كان ، فقد يكون قليل القيمة وقــد يكون كثيراً ، واذا قيل بوجود الفارق بين الحالين ، وهو أن الخطر فى عقد التأمين حادث يترتب على وقوعه الضرر ، ويقصد بعقد التأمين جبره وترميمه، بخلاف الخطر فى رمية الصائد وضربة القانص والملامسة والمنابذة والقــاء الحجر ، وهو خروج السمك ، وموت الصيد ، ووقوع اللمس والنبــذ ،

---

(٢) حاشية ابن عابدين جـ ٤ : ١٠٩

فان هذه الأخطار ليست كوارث يخشـاها المشترى ويلحقه بوقوعها ضرر يقصد بالمعاوضة جبره •

قلنا : هذا الفارق غير مؤثر ، اذ لم يفرق أحد من المجتهدين عند الحكم على بطلان المعاوضة التى علقت بالخطر بين خطر يحبه المتعاقد أو يكرهه ، يخشى وقوعه أو يحبه ، يترتب على ذلك الضرر أم لا اذ مناط البطلان هو الغرر ، أى عدم الوثوق بحصول العوض أو عدم معرفة الحاصل منه •

واذا تركنا فقهاء الشريعة وذهبنا الى شراح القانون لوجدناهم يصرحون بعدم تأثير هذا الفارق ، ذلك أن الخطر عندهم ليس هو الكارثة التى يكرهها المؤمن له ويصيبه من جـراء وقوعها الضرر ، وهو معنى الخطر فى عـرف الاستعمال الدارج ، بل ان معناه الفنى فى مجال التأمين أعم وأشمل ، فيدخل فيه باتفاق شراح القانون الحادث السعيد الذى يحب المؤمَّن له وقوعه ، ولا يترتب على وقوعه ضرر ، بل قد يكون وقوعه مصدر ثراء للمؤمن له أو لورثته كما تقدم • وذلك كالتأمين على الحياة لحالة البقاء ، وتأمين الأولاد وتأمين الأزواج •

تعريف الغـرر عند الحنابلة

جاء فى شرح منتهى الارادات ، أن القاضى وجماعة فسروا الغـرر بأنه « ما تردد بين أمرين ليس أحدهما أظهر » ثم مثل له بشراء الجمل الشارد ، والسمك فى الماء ، والطير فى الهواء ، والمغصوب من غير غاصبه ، اذ أن هذه المعاوضات تتردد بين أمرين هما : حصول المشترى على ما بذل فيه العوض وعدم حصوله عليه ، وليس أحد هذين الأمرين أظهر فى الحصول • ذلك أنه لو كان أظهر كبيع المغصوب من غاصبه لصحت المعاوضة عليه عندهم •

ولا خفاء فى دخول عقد التأمين فى هذا التعريف ، فان مبلغ التأمين الذى بذل المستأمن بازائه الأقساط ، يتردد بين أمرين : هما الحصول عليـه اذا وقع الخطر ، وعدم الحصول عند عدم وقوعه ، وليس الحصول على مبلغ

التأمين أظهر ، لأن ذلك يتوقف على الحادث المؤمن منه ، وليس وقوع هذا الحادث بأظهر من عدم وقوعه •

وأما الأمثلة التى مثل بها الحنابلة للغرر الذى يؤثر فهى جميعاً تشارك عقود التأمين فى التردد بين حصول العوض فيها وعدم حصوله ، لأن ذلك يتوقف كما رأينا على أمر يحتمل الوجود والعدم • فقد يتمكن المشترى من الحصول على البعير الشارد وقد لا يتمكن ، وقد يستطيع صيد السمك من الماء والطير من الهواء ، وقد لا يستطيع • وقد يمكنه تخليص المغصوب وقد لا يمكنه ، ويترتب على ذلك كله أنه قد يحصل على المقابل الذى بذل فيه الثمن وقد لا يحصل ، كالشأن فى المستأمن تماماً ، فانه قد يحصل على مبلغ التأمين ، وهو ما بذل فيه العوض ، وقد لا يحصل ، لأن الحصول وعدمه فى جميع هذه الحالات يتوقف على أمر لا دخل لارادته فى نوعه أو وجوده ، ولا قدرة له على ايجاده •

تعريف الغـــرر عند الظاهرية

يعرف ابن حزم الغرر بأنه « ما عقد على جهل بمقداره وصفاته حين العقد » ومثل له ببيع الثمار قبل أن تخلق وبيع الشىء المجهول أو بالثمن المجهول •

والتأمين من هذا القبيل ، لأن المستأمن لا يدرى مقدار العوض الذى بذل الأقساط فى مقابلته عند التعاقد فى التأمين من الأضرار ، لأن هذا العوض يتحدد بقدر ما أصاب المال المؤمن عليه بسبب وقوع الخطر من ضرر • ولذا فالمعاوضة على مبلغ التأمين معاوضة على مجهول القدر ، وكذلك الحال بالنسبة لشركة التأمين فانها لا تدرى عند ابرامها لعقد التأمين مقدار ما تحصل عليه من أقساط قبل وقوع الخطر ، وقد تحصل أكثر من ذلك ثم يقع الضرر، وبالمثل فان شركة التأمين فى التأمين على الحياة لحالة الوفاة لا تعرف عدد الأقساط التى تحصلها قبل موت المؤمَّن على حياته لمدة معينة ، والتزامها بسبب ذلك بدفع مبلغ التأمين ، فقد تحصل قسطا واحداً ثم تحدث الوفاة فتغرم مبلغ التأمين كله ، وقد تحصل جميع الأقساط ولا يموت المؤمن على

حياته خلال المدة المعينة ، فهى لا تدرى عند التعاقد اذن مقدار ما تحصل عليه من عوض فى مقابل التزامها بدفع مبلغ التأمين ، وهذا دون شك جهل بمقدار العوض حين العقد •

وبعد كل ما ذكرنا من تعريفات الغرر الذى يبطل المعاوضة المالية عند جميع الفقهاء ، وبيان أن هذه التعريفات تشمل عقود التأمين ، يثبت يقيناً أن عقد التأمين بجميع أنواعه وفى كل حالاته وصوره من عقود الغرر ، وأن ما فيه من غرر هو أشد أنواع الغرر وأفحشه ، لأنه غرر فى الوجود والحصول والمقدار والأجل •

ولقد رأينا أكثر من مرة أن شراح القانون وعلماء الشريعة الذين ينازعون فى حرمة عقود التأمين يؤكدون أن هذه العقود تنطوى على غرر فاحش تبطل المعاوضة بمثله ، غير أنهم يقولون : ان هذا الحكم قاصر على العلاقة بين شركة التأمين ومؤمن له معين •

أما علاقة هذه الشركة بمجموع المؤمن لهم ، فهى علاقة خالية من الغرر من جانب شركة التأمين التى لجأت الى الوسائل العلمية لتحديد ما تعطى لمجموع المؤمَّن لهم ، وما تأخذ منهم ، ولقد لاحظنا مراراً أن هذا حكم على علاقة ورابطة لا وجود لها ، لأن عقد التأمين لا ينشئها ، فهو لا يفرض التزامات ولا يرتب حقوقاً لغير عاقديه ، شركة التأمين والمؤمن له المعين ، وإهمال لرابطة قائمة وعلاقة موجودة ، وهى علاقة شركة التأمين بالمستأمن المعين ، تلك العلاقة التى أنشأها عقد التأمين ورتب آثارها ، وبين ما تمنحه هذه الرابطة من حقوق وما ترتبه من التزامات بالنسبة لطرفيها •

تعريف الغرر عند أصحابنا الشافعية

عرف أصحابنا الشافعية الغرر الذى يبطل العقود عندهم بعدة تعريفات كلها تنطبق على عقد التأمين • واليك بعض هذه التعريفات وبيان وجه انطباقها عليه ونحن مع حسين الحامد اذ يقول :

(جاء فى فتح العزيز شرح الوجيز أن الغرر هو « التردد بين جانبين

الأغلب منهما أخوفهما » وأنه « الذى تنطوى على الشخص عاقبته » وجاء فيه أيضاً أن الغرر لا ينتفى عن المعاوضة الا اذا عرف المتعاقد فيها « ما الذى ملك بازاء ما بذل » وجاء فى فتح البارى « أن الغرر هو كل ما يمكن أن يوجد وألا يوجد ، وكذلك ما لا يصح غالباً » وجاء فى حاشية « قليوبى وعميرة على شرح المنهاج » أن عقد الغرر هو « ما لا يوثق بحصول العوض فيه » •

وواضح أن هذه التعريفات تنطبق على عقد التأمين ، فتعريف الغرر بأنه ما تردد بين جانبين الأغلب منهما أخوفهما ينطبق على عقد التأمين ، فان فى هذا العقد تردداً بين جانبين هما جانب الحصول على العوض ، وجانب عدم الحصول عليه ، فاذا وقع الحادث المؤمن منه حصل المستأمن على العوض ، وهو مبلغ التأمين الذى دفع الأقساط فى مقابلته واذا لم يقع هذا الحادث لم يحصل عليه ، والمستأمن عند التعاقد لا يدرى أى الجانبين يكون ، وان كان جانب حصوله على مبلغ التأمين أغلب ، لأن التأمين يكون عادة من أخطار الغالب فيها عدم الوقوع ، وعدم الوقوع أخوف الاحتمالين بالنسبة للمستأمن ، لأنه يفوت مبلغ التأمين عليه فى بعض أنواع التأمين وهو التأمين على الحياة لحالة البقاء •

وتعريف الغرر بأنه « ما انطوت على الشخص عاقبته » ينطبق على عقد التأمين تمام الانطباق ، فكل من شركة التأمين والمستأمن قد انطوت عليه عاقبة هذا البند عند التعاقد ، فهو لا يدرى عند هذا الوقت مقدار ما يعطى ولا مقدار ما يأخذ ، لأن هذه العاقبة تتوقف على حادث احتمالى قد يقع وقد لا يقع ، واذا كان الحادث محققاً كالموت فى التأمين على الحياة لحالة الموت فان أحداً منهما لا يعرف عند التعاقد وقت الوقوع •

وتعريف الغرر بأنه ما لم يعرف فيه التعاقد « ما الذى ملك بازاء ما بذل » هو تعريف لعقد التأمين ، فان كلا من شركة التأمين ومن تعاقد معها لا يعرف وقت التعاقد « ما الذى ملك بازاء ما بذل » فالمستأمن يبذل الأقساط وهو لا يدرى ما يملك بازائها ، فقد لا يملك شيئاً ما بازاء ما بذل اذا لم يقع الخطر • وقد يملك القليل ، وقد يملك الكثير ، اذا وقع • فهو لا يجهل قدر

ما يملكه من العوض فقط ، بل يجهل ان كان سيملك هذا العوض أصلا أم لا • ولذا كان الغرر فى عقود التأمين دائماً من أشد أنواع الغرر وأفحشه ، لأن الضرر الواقع للمستأمن بجهالة قدر العوض لا يقاس بالضرر الواقع عليه بجهالة حصوله على هذا العوض بالكلية •

وظاهر كذلك دخول عقد التأمين تحت تعريف الغرر بأنه « ما يمكن أن يوجد وألا يوجد ، أو ما كان عدم وجوده غالباً » لأن التزام المؤمن بمبلغ التأمين الذى بذل المستأمن من الأقساط فى مقابلته ، قد يوجد وقد لا يوجد، فهو على حد قول شراح القانون التزام غير محقق الوجود عند التعاقد ، اذا وجد الحادث المؤمن منه وجد ، واذا انتفى هذا الحادث لم يوجد •

أما تعريف الغرر بأنه « ما لا يوثق بحصول العوض فيه » فانه ينطبق على عقد التأمين تمام الانطباق ، فان هناك اجماعاً بين الشراح للقانون الوضعى وعلماء الشرع الحنيف على أن العوض فىعقد التأمين لا يوثق بحصوله ، فالمستأمن لا يثق عند التعاقد مع الشركة ــ شركة التأمين ــ فى حصوله على مبلغ التأمين ، وهو العوض الذى بذل الأقساط بازائه ، لأن حصوله على مبلغ التأمين وهو العوض الذى بذل الأقساط بازائه ، يتوقف على وقوع الخطر المؤمن منه وهو حادث احتمالى قد يحصل وقد لا يحصل ، فان حصل حصل له العوض ، والا فات عليه ، وهذا غيب لا يعلمه المستأمن وقت ابرامه لعقد التأمين •

أنواع الغرر فى عقد التأمين

ويمكننا بعد ما قدمنا من تعريفات الغرر والأمثلة التى سقناها لما اتفق المجتهدون على تأثير الغرر فيها ، أن نلخص أنواع الغرر التى تضمنها عقد التأمين ، والتى اتفق المجتهدون على تأثيرها فى المعاوضة ، وسوف نركز على الفقه المالكى فى هذا الخصوص لأن أكثر القائلين بجواز التأمين يحتجون لرأيهم بفقه مالك رضى الله عنه ، فان هذا الفقه قد اشتهر عنه تضييق دائرة البطلان فى المعاملات بسبب الجهالة والغرر •

يقول الامام القرافى المالكى : ان الغرر والجهالة يقعان فى سبعة أشياء ، ثم يذكر منها الغرر فى الوجود كالآبق ، وفى الحصول كالطير فى الهـواء ، وفى المقدار كالبيع الى مبلغ رمى الحصاة وفى الأجـل » الفـروق للقـرافى جـ ٣ ص ٣٦٥ والغرر فى هذه الأمور الأربعة التى ذكرها القرافى تبطل عقود المعاوضات لا عند المالكية وحدهم ، بل عند جميع المجتهدين كما رأينا ، وهذا يعنى أن الغرر الواقع فيهـا من باب الغـرر الفاحش أو الكثير ، واذا عرضنا عقد الأمانة على هذه الضوابط الأربعة وأخذنا فى اعتبارنا الأمثلة التى ذكرت بازائها ، ثبت لنا يقيناً أن عقد التأمين يندرج تحت كل واحد منها ، ويزيد على ذلك أن يجمع بينها ، وبيان ذلك :

أولا : الغـــرر فى الوجـود

لا خلاف بين علماء الأمصار أن الغرر فى الوجود هو أشد أنواع الغرر على الاطلاق ، ولم يختلف أحد منهم فى الحكم ببطلان المعاوضة التى تضمنت هذا النوع من الغرر ، ولم يختلف أحد منهم فى الحكم ببطلان المعاوضة على المعدوم ، بل يلحقون به ما احتمل الوجود والعدم • فالبعير الشـارد الذى يشك فى وجوده لا تجوز المعاوضة عليه ، لأن حصول المشترى عليه معلق على خطر وجوده ، فاذا لم يجده فقد فات عليه العوض الذى بذله فى مقابلته فهو اذن يخاطر على واقعة غير محققة ، هى وجـود ما بذل العوض فى مقابلته•

وهذا ينطبق تماماً على عقد التأمين ، فان مبلغ التأمين وهو دين فى ذمة شركة التأمين غير محقق الوجود • لأن وجوده يتوقف على وجود الخطـر المؤمن منه ، ان وجد وجد ، وان انتفى لم يوجد ، ولقد رأينا شراح القانون يسلمون بذلك ويرونه خاصية التأمين التى لا يتصور وجوده بدونها •

ثانياً : الغـــرر فى الحصول

ولقد اتفق الفقهاء على أن الغرر فى الحصول يبطل المعاوضـة ، ولقـد تواترت عباراتهم فى ذلك المعنى ، ومعنى الغرر فى الحصول أن العاقد ــ فى عقود المعاوضات ــ لا يدرى عند التعاقد ان كان سيحصل على المقابل الذى بذل فيه العوض أم لا ؟ فيكون دخوله على هذا مخاطرة على الحصول ،

واذا تتبعنا الأمثلة التى ذكرها الفقهاء للغرر فى الحصول ، تبين لنا أن هذه الأمثلة مما أجمع الفقهاء على بطلانها بسبب الغرر فى الحصول ، فدل ذلك على أن هذا النوع من الغرر يبطل المعاوضة باتفاق • ومما مثل به الفقهاء للغرر فى الحصول المعاوضة على الطير فى الهواء والسمك فى الماء ، فان من يدفع الثمن فى هذا يخاطر به على الحصول ، فهو لا يدرى عند التعاقد أن كان سيحصل على ما بذل فيه الثمن أم لا ، وهو ما بذل الثمن الا فى مقابل هذا الحصول •

واذا طبقنا هذا الضابط على عقد التأمين ظهر لنا بما لا يدع مجالا للشك أن عقد التأمين يتضمن الخطر فى الحصول ، لأن المستأمن لا يدرى عند التعاقد ان كان سيحصل على مبلغ التأمين ، وهو ما بذل فيه الأقساط أم لا ؟ لأن حصوله عليه يتوقف على حادث احتمالى قد يكون وقد لا يكون •

واذا كان هذا النوع من الغرر مما أجمع الفقهاء على بطلان العقد به ، وجب القول ببطلان عقد التأمين ، لأن الغرر فى الحصول هو ركنه الأساسى، وعنصره الجوهرى ، ومحله الذى لا ينفك عنه ، بحيث لا يتصور لعقد التأمين وجود باتفاق شراح القانون بدون وجود عنصر الخطر ، أى احتمال الحصول وعدم الحصول •

ويحكى الامام النووى الشافعى اجماع الفقهاء على بطلان ما تضمن الغرر فى الوجود أو الحصول من المعاوضات فيقول : « أجمعوا على بطلان بيع الأجنة فى البطون والطير فى الهواء » •

ويقول القرافى المالكى فى بيان أقسام الجهالة والغرر وحكم كل قسم « الغرر والجهالة ثلاثة أقسام : كثير ممتنع كالطير فى الهواء والسمك فى الماء » (١) •

فبيع الأجنة فى بطون الأمهات ، والطير فى الهواء ، والسمك فى الماء باطل

---

(١) الفروق ٣ : ٢٦٥

باجماع الفقهاء ، لما ينطوى عليه من غرر فى الوجود أو الحصول ، بمعنى أن المبيع قد يوجد وقد لا يوجد ، وقد يحصل للمشترى على فرض وجوده ، وقد لا يحصل ، فالمشترى يبذل العوض فى مقابلة الحصول على المبيع ، غير أن وجوده وحصوله عليه مجرد احتمال ، قد يكون وقد لا يكون •

ومما يدخل تحت الغرر فى الحصول وعدم الحصول المعاوضة على ضربة القانص ، ورمية الصائد ، فهو عقد باطل باجماع المجتهدين ، وعلة هذا البطلان هو الغرر فى الحصول ، فقد يحصل للمشترى شىء وقد لا يحصل وعلى فرض حصول شىء فانه لا يدرى مقداره عند التعاقد ، وما أشبه هذا بعقد التأمين الذى يعقده المستأمن مع احدى شركات التأمين ، فان المستأمن لا يدرى عند ابرامه هل سيحصل على مبلغ التأمين أم لا ؟ وعلى فرض حصوله عليه فانه لا يدرى مقداره فى أهم أنواع التأمين ، وهى التأمين من الأضرار •

ثالثاً : الغرر فى مقدار العوض

اتفق الفقهاء على أن الغرر فى مقدار العوض كالغرر فى وجوده ، وحصوله يبطل المعاوضة ، ما لم يكن ذلك من الغرر التافه الذى نذكر ضابطه فيما بعد •

ولقد رأينا فقهاء المالكية يصرحون بذلك فى مواضع كثيرة من كتبهم ، فقد نص القرافى كما تقدم على أن الغرر فى مقدار العوض كالبيع الى مبلغ رمى الحصاة مما نص الفقهاء على تأثيره فى المعاوضة [1] •

ويقول ابن قدامة الحنبلى فى المغنى [2] « بيع الملامسة والمنابذة باطل لعلتين : احداهما الجهالة • والثانية كونه معلقاً على شرط • وبيع الحصاة باطل لما فيه من الغرر والجهل ، وبيع الحمل فى بطن أمه فاسد لجهالته ، فانه لا تعلم صفته ، ولا حياته ، وعدم القدرة على تسليمه » •

---

(١) الفروق جـ ٣ ص ٢٦٥ •

(٢) المغنى شرح متن الخرقى جـ ٤ ص ١٨٦ •

ولم يفرق الفقهاء فى اشتراط العلم بالعوض بين العوض المعين ، والعوض الذى يثبت فى الذمة كالعوض فى عقد التأمين •

جاء فى فتح العزيز [1] من كتب الشافعية : « وأما القدر فالجهل به فيما فى الذمة ثمناً أو مثمنا مبطل » وجاء أيضاً « فما كان فى الذمة من العوضين فلابد وأن يكون معلوم القدر » [2] •

وجاء فيه أيضا « أن العلم بقدر العوض لابد منه اذا كان فى الذمة » [3]

وجاء فى الحطاب : « أنه متى حصل الجهل بأحد العوضين من المتبايعين أو أحدهما فسد البيع » [4] وجاء فى بداية المجتهد : « أن الغرر لا ينتفى عن الشىء الا اذا كان معلوم القدر » [5] وقال مالك فى المدونة [6] : « لاتجوز شراء أشياء بعينها بقيمتها أو على حكمه أو حكم البائع أو رضاه أو رضى البائع ، أو على حكم غيرهما أو رضاه لأنه غرر » وقال أيضاً : « من اشترى داراً على أن ينفق على البائع حياته لم يجز لأن أجل حياته مجهول فهو غرر » •

وجاء فى الفروع : « ان من شروط صحة البيع معرفة الثمن ، فلا يصح برقم مجهول ، أو بما ينقطع سعره ، أو كما يبيع الناس ، وجاء فى منتهى الارادات « أن معرفة العوض حال العقد شرط فى صحة المعاوضة ، سواء كان العوض ثمناً فى بيع أو أجرة فى اجارة ومن ثم فقد حكى بطلان بيع السلعة بما يبيع به الناس ، وبما باع به زيد ولا يعلمان ذلك » [9] •

وجاء فى الفتاوى الهندية [10] أن « جهالة البدل تبطل مبادلة المال بالمال

---

(١) فتح العزيز شرح الوجيز جـ ٨ ص ١٣٩
(٢) فتح العزيز شرح الوجيز جـ ٨ ص ١٤٠
(٣) فتح العزيز شرح الوجيز جـ ٨ ص ١٤٣
(٤) مواهب الجليل للحطاب جـ ٤ ص ٢٧٦
(٥) بداية المجتهد ونهاية المقتصد جـ ٢ ص ١٧٢
(٦) نقله الحطاب فى مواهب الجليل جـ ٤ ص ٣٦٢
(٧) منتهى الارادات جـ ١ ص ٣٤٥
(٨) الفتاوى الهندية جـ ٤ ص ٤٢٥

كالبيع والاجارة والقسمة والصلح على مال » وجاء فى بدائع الصنائع : [1] « ولو قال بعت هذا العبد بقيمته فالبيع فاسد ، لأنه جعل ثمنه قيمته ، وأنها تختلف باختلاف تقويم المقومين ، فكان الثمن مجهولا ، وكذا اذا باع بحكم فلان لأن الثمن مجهول » .

وجاء فى حاشية ابن عابدين [2] : « أن معرفة قدر الثمن شرط فى صحة البيع ، فلو كان الثمن مجهولا كالبيع بقيمته ، ورأس ماله أو بمثل ما اشتراه هو أو فلان ، وبمثل ما بيع للناس ، كان البيع باطلا » .

فهذه النصوص تفيد أن العوض الذى يلتزم به المعاوض ولو فى ذمته بمقتضى عقد المعاوضة يجب أن يكون معلوم القدر ، فان كان مجهولا بطلت المعاوضة باتفاق الفقهاء ، ولقد رأينا بعض الفقهاء يعلل ذلك البطلان بالغرر فى قدر العوض ، وبعضهم يعلله بجهالة العوض ، والمعنى فى العبارتين واحد ، وهو يرجع كما بينا من قبل الى بطلان الرضى شرعاً ، لأن الرضى بالمعاوضة شرط فى صحتها ، والرضى بالمجهول لا يتصور ، فكان الجهل بالعوض مؤثراً فى صحة الرضى بالمعاوضة ، فلم تصلح سببا شرعيا لجواز أخذ العوض ، فيكون أخذه أكلا للمال بالباطل ، كما نصت عليه الآيات والأحاديث .

ولا خلاف بين شراح القانون الوضعى ولا بين علماء الشريعة الذين كتبوا فى عقود التأمين أن عقد التأمين ينطوى على الغرر فى مقدار العوض . فالمستأمن فى التأمين من الأضرار ، يجهل وقت التعاقد مقدار العوض الذى تدفعه له شركة التأمين عند وقوع الخطر المؤمن منه ، ذلك أن هذا النوع من التأمين لا يمنح المستأمن الا مقدار ما أصابه من ضرر بسبب وقوع الحادث المؤمن منه ، ولو كان مبلغ التأمين الذى اتفق عليه أكبر من ذلك .

وبالمثل فان شركة التأمين التى تعهدت بدفع مبلغ التأمين للمستأمن عند وقوع الخطر تجهل عند التعاقد مقدار العوض الذى تحصل عليه من

---

(1) بدائع الصنائع للكاسانى طبعة الامام جـ ٦ ص ٣٠٤١

(2) حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٢١

المستأمن فى مقابل ما تعهدت به ، فقد تحصل على قسط واحد ثم تقع الكارثة فتغرم مبلغ التأمين ، وقد تحصل أكثر من ذلك ، وقد تحصل الأقساط كلها ولا يقع الخطر ، فتبرأ ذمتها قبل المستأمن مما تعهدت بأدائه له •

وهذا النوع من الغرر فى مقدار العوض أو الجهالة من النوع الذى اتفق الفقهاء على تأثير مثله فى المعاوضة ، لأنه غرر كثير دون شك • أما فى جانب شركة التأمين فواضح ، لأنها تحصل قسطا واحداً ثم تقع الكارثة فتدفع مبلغ التأمين كله ، أو مقدار الضرر ، وقد تحصل عدداً كبيراً من الأقساط قبل وقوع الحادث المؤمن منه ، وبين الحالين فرق كبير قد يصل الى بضعة آلاف من الجنيهات ، وأما بالنسبة الى المستأمن فانه يدفع قسطا ثابتاً فى مقابل تعهد الشركة بدفع مبلغ معين تحدد القسط على أساسه ، غير أن الشركة قد تدفع هذا المبلغ بتمامه ، وقد تدفع نصفه ، وقد تدفع عشره حسب جسامة ما أصاب المؤمن عليه من ضرر •

وقد يقال : ان شركة التأمين تستطيع بما لديها من وسائل حساب الاحتمالات ، وقواعد الاحصاء ، وقانون الكثرة أن تعرف على وجه يقرب من التحديد مقدار العوض الذى تحصل عليه من مجموع المستأمنين فى مدة معينة ، كما تستطيع باستعمال هذه الوسائل نفسها أن تعرف مقدار ما تدفعه لبعضهم من تعويضات عند وقوع الخطر •

ولقد قلنا ردا على ذلك أكثر من مرة ان مثل هذه المعرفة غير ممكنة ، ويبقى معها الاحتمال قائماً ، وذلك ما يفسر التفاوت بين شركات التأمين فى الربح ، بل قد يكون ربح الشركة الواحدة فى سنة معينة أكثر أو أقل منه فى سنة أخرى ، واحتمال الخسارة احتمال غير بعيد ، فقد أعلنت بعض شركات التأمين فى أوربا الافلاس على الرغم من توافر هذه الوسائل العلمية لديها •

واذا سلمنا ذلك فانه لا يفيد فى محل البحث وموضوع النزاع • لأن البحث والخلاف فى العقد الذى تبرمه شركة التأمين مع المستأمن المعين ، وفى حدود العلاقة التى ينشئها هذا العقد ، والحقوق والواجبات التى ترتبها بين طرفيه ، شركة التأمين والمستأمن •

أما العلاقة بين شركة التأمين ومجموع المستأمنين فليست أمراً قائماً ، اذ لا ينشىء عقد التأمين مثل هذه العلاقة ، ولو أن مثل هذه العلاقة موجودة لبحثنا فى طبيعة العقد الذى ينشئها ثم بينا الحكم الشرعى بناء على ذلك .

ومن جهة ثالثة فان التسليم بقدرة شركة التأمين على معرفة مقدار ما تحصل عليه من أقساط ، وما تغرمه من تعويضات لا يفيد حل عقد التأمين ، ذلك أن المستأمن لازال عاجزاً عن معرفة مقدار ما يبذل وما يأخذ من عوض ، لأن قانون الكثرة لا يعمل فى حقه ، ولأن وسائل حساب الاحتمالات وقواعد الاحصاء ليست متوفرة لديه ، واذا وجد الغرر والجهالة بقدر العوض من أحد طرفى المعاوضة كانت باطلة ، وان كان الطرف الآخر على علم به كما تقدم مثله فيما نقلناه آنفاً من كلام الفقهاء .

رابعاً : الغرر فى الأجل

اتفق الفقهاء على أن الجهالة بالأجل فى عقود المعاوضات تبطل المعاوضة ، فاذا كان أحد العوضين فى عقود المعاوضات ديناً مؤجلا وجب أن يكون أجله معلوماً ، فان كان مجهولا بطلت المعاوضة .

ويقول ابن رشد فى كتابه (بداية المجتهد ونهاية المقتصد) [1] : « والغرر ينتفى عن الشىء اذا كان معلوم الأجل ان كان بيعاً » وجاء فى البدائع للكاسانى الحنفى [2] : « ان من شروط البيع أن يكون هذا الأجل معلوماً ، فان كان مجهولا كقدوم زيد ومجىء المطر فهو فاسد » وجاء فى فتح البارى أن علة النهى عن حبل الحبلة والحكم ببطلانه وهو البيع الى أن تنتج الناقة ، ثم تنتج التى فى بطنها ، انما هو جهالة الأجل » .

فالذى يؤخذ من هذه النصوص أن جهالة الأجل فى العوض المؤجل تبطل المعاوضة ، ولا أعرف خلافاً بين المجتهدين فى أن التأجيل بموت انسان يعد من الجهالة الفاحشة التى تبطل المعاوضة .

---

(١) الجزء الثانى ص ١٧٢

(٢) الجزء السابع من بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٠٦٣

ولا خلاف فى أن بعض عقود التأمين تتضمن الغرر فى أجل العوض ، فشراح القانون الوضعى يصرحون بأن مبلغ التأمين وهو التزام فى ذمة المؤمن ، قد يكون مضافاً الى أجل غير معين ، وذلك فى بعض صور التأمين على الحياة وهو التأمين العمرى •

ذلك أن شركة التأمين تلتزم فى هذه الصورة من التأمين بدفع مبلغ التأمين عند وفاة المؤمن له ، وهو أجل مجهول يبطل المعاوضة باتفاق الفقهاء ، فكان مثل هذا العقد باطلا •

* * *

ثانيا : الغرر فى عقود التامين ليس من الغرر اليسير [1]

قلنا : ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر ، وجاء النهى عاما مطلقاً ، وان بعض الفقهاء خصوا منه الغرر اليسير وقد حدد هؤلاء الفقهاء المقصود من الغرر اليسير وبينوا شروطه ، وضربوا له الأمثلة الكاشفة عن حقيقته • واذا أراد الباحث أن يعرف حكم الشرع فى معاوضة معينة ، فعليه أن يبحث عما اذا كانت هذه المعاوضة تدخل تحت الغرر بالمعنى الذى قدمناه أم لا؟ فاذا لم تكن داخلة تحته أجازها والا فعليه أن يبحث عما اذا كانت تدخل تحت ضابط الغرر اليسير الذى استثناه المجتهدون من حكم النهى أم لا ، فان لم تكن داخلة تحت ضابط الغرر اليسير حكم عليها بالمنع والبطلان ، والا فهى من الغرر اليسير الذى لا يؤثر فى صحة المعاوضات •

ولقد أثبتنا فيما سبق أن عقود التأمين تدخل تحت معنى الغرر كما عرفه الفقهاء وضربوا له الأمثلة ، ويبقى علينا الآن أن نثبت أن الغرر فى هذه العقود ليس من الغرر اليسير الذى عفى عنه •

(فرع) فى التعريف بالغرر الذى يغتفر فى المعاوضات

لعل المالكية هم أكثر الفقهاء تيسيراً فى موضوع الغرر ، ولذلك رأينا الذين يقولون بجواز التأمين يجنحون الى الاستدلال دائماً برأيهم على هذا الجواز ، ولذلك كان من المفيد أن نحدد المقصود بالغرر اليسير الذى لا يؤثر فى صحة المعاوضات عند المالكية ، حتى اذا ثبت أن مثل هذا النوع من الغرر لا ينطبق على عقود التأمين ، كان الحكم بذلك عند غير المالكية من المجتهدين أولى •

---

(١) راجع اولا : دخول عقود التامين تحت تعريفات الغرر .

يحدد الشيخ الدردير الغرر الذى يغتفر فى المعاوضات ، ويبين شروطه فيقول : « واغتفر فى غرر يسير للحاجة ، أى للضرورة لم يقصد ، أى غير المقصود ، فخرج بقيد اليسارة الكثير ، كبيع الطير فى الهواء والسمك فى الماء ، فلا يغتفر اجماعاً ، وبقيد عدم القصد بيع الحيوان بشرط الحمل ، أى فانه يقصد فى البيع عادة ، وهو غرر اذ يحتمل حصوله وعدم حصوله ، وعلى تقدير حصوله فهل تسلم أمه أم لا ؟ » .

ثم يضرب الأمثلة التى توضح هذا النوع من الغرر وتكشف عن طبيعته فيقول : « كأساس الدار فأنها تشترى من غير معرفة عمقه ولا عرضه ولا متانته ، وكاجارتها مشاهرة ، مع احتمال نقصان الشهور ، وكجبة محشوة أو لحاف ، والحشو مغيب ، وشرب من سقاء ودخول الحمام مع اختلاف الشرب والاستعمال .

ويقول الحطاب [1] « واغتفر غرر يسير للحاجة لم يقصد . ابن عرفة : زاد المازرى كون متعلق الغرر اليسير غير مقصود ، وضرورة ارتكابه ، وقرره بقوله : منع بيع الأجنة ، وجواز بيع الجبة المجهول قدر حشوها الممنوع بيعه وحده ، وجواز الكراء لشهر مع احتمال نقصه وتمامه ، وجواز دخول الحمام مع اختلاف قدر الماء ، ولبثهم فيه ، والشرب من السقاء اجماعاً ، دليل على الغاء ما هو يسير غير مقصود دعت اليه الضرورة » .

(فرع) فى عناصر الغرر المغتفر

والذى يؤخذ من هذين النصين أن عناصر الغرر الذى يغتفر فى المعاوضات عند المالكية ثلاثة ، اذا اجتمعت فى الغرر كان معفوا عنه ، وكانت المعاملة معه صحيحة ، وان فقد واحد منها كان الغرر مؤثراً وحكم على المعاوضة بالبطلان . وهذه العناصر الثلاثة هى أن يكون الغرر يسيراً وغير مقصود ودعت اليه الضرورة .

---

(1) مواهب الجليل ج ٤ ص ٣٦٥

العنصر الأول : يســـارة الغـــرر

اتفق فقهاء المالكية وغيرهم على أن الغرر الذى يغتفر فى المعاوضات يجب أن يكون يسيراً أو تافهاً ، والذى يؤخذ من عبارات الفقهاء يعنون بيسارة الغرر أن تكون الزيادة أو النقص المحتمل فى قيمة العوض عما قدره المتعاقدان قليلة أو تافهة بحيث لا تتعلق بها النفوس عادة ، وهذا يعرف بمقارنة قيمة الزيادة أو النقص المحتمل فيما يحصل من العوض بالقيمة الكلية لهذا العوض، فان كانت النسبة بينهما قليلة تافهة كان الغرر فى مقدار العوض يســيراً • ففى مثال بيع الجبة المحشــوة مع جهالة نوع حشــوتها ، اذا كان الثمــن الذى اتفق عليه العاقدان مائة ، وكانت قيمة الجبة على أعلى الاحتمالات ، وهو احتمال أن حشوها من أجود الأنواع تساوى مائة وعشرة ريالات مثلا، فان مثل هذه الزيادة تكون يسيرة يتسامح الناس فى ملكها عادة ، وبالمثــل فاذا كانت الجبة على أدنى مستوى من الاحتمــالات ، وهــو احتمــال أن حشوها من أردأ الأنواع ، تساوى تســعين فان هــذا النقص يعد يســيراً يتسامح الناس فى مثله عادة ، ونسبة الزيادة أو النقص فى الحــالين تكون عشرة فى المائة •

ولقــد رأينــا أن هـــذه النســبة بلغت واحــداً على ثلاثين زيــادة أو نقصاً تقريباً فى ايجار الدار لمدة شهر ، وكذلك الدار مع الأساس والشرب من السقاء ، ودخول الحمام ، فان الفرق فى القيمة فى هذه المعاوضــات ، زيادة على أو نقصاً عما توقعه العاقد فرق تافه يسير اذا ما قورن بقيمة العوض فى تقديره •

الغرر فى الحصول ليس يسيراً

واذا كان ما تقدم على معنى يسارة الغرر ، فان الغرر فى الحصول ليس من الغرر اليسير قطعاً ، لأن هذا الغرر غير واقع فى قيمة العوض ، وانما فى حصوله وعدم حصوله بالكلية ، ومما يؤكد أن الغرر فى حصول العــوض لا يدخل البتة فى مفهوم الغرر اليسير أمران :

(اولهما) : قول الشيخ الدردير السابق « فخرج بقيد اليسارة الكثير كبيع الطير فى الهواء والسمك فى الماء ، فلا يغتفر اجماعاً » فهو يحكى الاجماع على أن الغرر الموجود فى بيع الطير فى الهواء والسمك فى الماء مما لا يغتفر ، ولقد رأينا القرافى المالكى يدخل هذين المثالين فى الغرر فى الحصول، وهذا يجعلنا نؤكد أن الغرر فى الحصول ليس من الغرر الذى يغتفر فى المعاوضات ، بل انه أشد صور الغرر وأفحشها مما جعل المجتهدين يجمعون على بطلان ما اشتمل عليه من المعاوضات •

والغرر فى عقود التأمين غرر فى الحصول ، باتفاق شراح القانون وعلماء الشريعة ، لأن المستأمن لا يدرى عند التعاقد ان كان سيحصل على مبلغ التأمين أم لا ؟ ، وهو العوض الذى بذل الأقساط فى مقابلته ، فهذا غرر واحتمال فى حصول العوض ، لا فى قدره فقط ، وبهذا لا يكون الغرر فى عقد التأمين من الغرر اليسير •

(وثانيهما) : أن جميع الأمثلة التى ضربها الفقهاء للغرر اليسير ليس فيها غرر فى الحصول على العوض ، فجواز بيع الدار من غير رؤية أساسها ، وجواز بيع الجبة أو اللحاف مع جهالة حشوها ، وجواز الكراء لشهر مع احتمال نقص الشهر وتمامه ، وجواز دخول الحمام مع اختلاف قدر الماء المستعمل ومدة اللبث فيه ، والشرب من السقاء مع اختلاف قدر المشروب ، كل ذلك ليس غرراً فى الحصول على العوض ، لأن العوض فى هذه المعاملات حاصل على كل حال ، غير أن الحاصل منه قد يزيد وقد ينقص قليلا عما قدره المتعاقدان •

ولقد عرفنا أن التأمين يتضمن فوق الغرر فى حصول العوض ، غرراً فى مقدار الحاصل منه ، على فرض الحصول فى أهم أنواع التأمين وهو التأمين من الأضرار ، والغرر فى المقدار فى عقود التأمين غرر كثير فاحش ، لا يقاس ألبتة بالغرر اليسير بالمعنى المفهوم من الأمثلة التى وضح بها المالكية المقصود من هذا الغرر ــ فمن يؤمن على منزله ضد الحريق أو بضاعته ضد الغرق يلزم بدفع أقساط تتناسب مع قيمة هذا المنزل أو تلك البضاعة ، غير أن

الحريق أو الغرق قد يأتى على الشىء المؤمن عليه كلية ، وهنا تدفع شركة التأمين قيمة المنزل أو البضاعة كاملة ، مادامت هذه القيمة فى حدود مبلغ التأمين ، الذى حددت الأقساط بناء عليه ، وقد تؤدى الكارثة الى تلف جزئى يقدر بالنصف أو بالثلث ، فيستحق المؤمن له من مبلغ التأمين بهذه النسبة ، والفرق بين الاحتمالين كبير جداً ، اذ قد يكون العوض الذى تدفعه شركة التأمين فى الحالة الأولى عشرة آلاف ريال ، وفى الحالة الثانية ألف ريال فقط ، وقد تقع الكارثة ولا تدفع شركة التأمين شيئاً ، لوجود مسئول عن الحريق أو الغرق ، فقد قدمنا أن المستأمن فى التأمين من الأضرار ، لا يستطيع الجمع بين ما يحصل عليه من المسئول عن الضرر ، ومبلغ التأمين الذى دفع الأقساط فى مقابلته •

وأما فى جانب شركة التأمين فان الغرر فى مقدار ما تحصل عليه من عوض غرر كثير أيضاً ، لأنها قد تحصل على قسط واحد قدره ألف ريال مثلا ، ثم تقع الكارثة فتدفع مبلغ التأمين أو قيمة الضرر كاملة ، وقد تحصل عشرة أقساط بعشرة آلاف ريال مثلا ، ثم تقع الكارثة فتدفع مبلغ التأمين أو قيمة الضرر الكاملة ، وقد تحصل الأقساط كلها ولا تقع الكارثة فى مدة التأمين فلا تخسر شيئاً ، وواضح أن التفاوت فى مقدار ما تحصل عليه شركة من عوض تبعاً لوجود هذه الاحتمالات كبير ، لا يقاس ألبتة بالتفاوت التافه فى القيمة الذى يترتب على الاحتمالات الموجودة فى الصور التى مثل بها المالكية للغرر اليسير •

فالفرق فى قدر ما يحصل عليه المتعاقد من عوض زيادة ونقصاً تبعاً لأعلى الاحتمالات وأدناها فى عقود التأمين كبير جداً اذا قيس بنظيره فى الأمثلة التى مثل بها المالكية للغرر الذى لا يؤثر فى المعاوضات ، ومن هذا يبدو أن اختلال التعادل المحتمل بين الالتزامات المتبادلة بسبب الغرر فى عقود التأمين أكبر بكثير من الاختلال المحتمل ، ودخول الحمام والشرب من السقاء مع جهالة قدر الماء المستعمل ومدة اللبث ، فمن يشترى جبة دون معرفة صفة حشوها بمائة ريال ، يتوقع أن يكون الحشو من النوع الممتاز أو النوع الردىء أو من النوع الوسط ، والفرق بين هذه الاحتمالات الثلاثة تافه القيمة •

ذلك أن الجبة مع الحشو الممتاز قد تساوى مائة ريال وعشرة ، ومع الحشو الردىء قد تساوى تسعين ، ومع الوسط قد تساوى المائة ، والفرق بين أعلى احتمال وأدناه فرق يتساهل الناس فى مثله عادة ، فكان غرراً يسيراً لا يؤثر ، وكذلك غرر الماء المشروب أو المستعمل فى الاستحمام ، اذ أن قيمة الماء بالنسبة الى قيمة منفعة دخول الحمام تافهة جداً لا تكاد تذكر .

العنصر الثانى : ان يكون متعلق الغرر غير مقصود

العنصر الثانى من عناصر الغرر الذى يغتفر فى المعاوضات هو « أن يكون متعلق الغرر اليسير غير مقصود » ومعنى هذا أن لا ينصبّ الغرر على أصل محل المعاوضة ، أى العوضين أو أحدهما ، ولا على أمر تابع للعوض يقصد من المعاوضة عادة ، بل ينصب فقط على أمر تابع لمحل المعاوضة ، غير مقصود للمتعاقدين غالباً ، وعلى ذلك فالغرر فى بيع الثمار قبل أن تخلق ، وفى بيع الطائر فى الهواء والسمك فى الماء ليس غرراً فى أمر تابع غير مقصود ، لأن الغرر ينصب على محل المعاوضة نفسه ، فهو غرر فى الوجود أو الحصول ، وبالمثل فان الغرر فى بيع الحيوان بشرط الحمل ليس غرراً فى أمر تابع غير مقصود ، بل غرر فى أمر تابع مقصود ، فمحل المعاوضة هنا وان كان هو الحيوان وهو لا غرر فيه ، الا أن الحمل الذى تعلق به الغرر تابع لمحل المعاوضة ، وهو مقصود للمعاوض .

والأمثلة التى يتوافر فيها هذا العصر هى ما ذكرها فقهاء المالكية ، وهى بيع الدار من غير معرفة أساسها ، والجبة من غير معرفة حشوها ، واجارة الدارة لشهر مع احتمال نقص الشهر وتمامه ، والشرب من السقاء ، ودخول الحمام مع اختلاف قدر الماء ، واللبث . ذلك أن الغرر فى هذه المعاوضات لا ينصب على أصل العوض بحيث يكون هذا العوض محتمل الوجود والعدم ، أو الحصول وعدم الحصول ، ولا أمر تابع يتصل بهذا المحل ويقصده المتعاقدان عادة ، ان الغرر فى هذه الأمثلة يتعلق بأمر تابع لا يتجه اليه قصد المتعاقدين عند الدخول فى العوض الأصلى تبعاً لا قصداً .

فالغرر فى بيع الدار مع جهل أساسها لا ينصب على محل المعاوضة ذاته وهو الدار ، اذ الدار لا غرر فيها ولكن الغرر فى أساسها وهو لا يقصد عادة عند ابرام عقد البيع ، بل يدخل فيه تبعاً ، والغرر فى بيع الجبة مع الجهل بحشوها ليس غرراً فى أصل العوض وهو الجبة ، بل فى أمر تابع لها لا يقصد فى المعاوضة أصلا بل يدخل فيها تبعاً ، والغرر فى دخول الحمام مع الجهل بقدر الماء المستعمل ليس غرراً فى أصل العوض وهو دخول الحمام نفسه ، وهو ما دفع فيه الأجرة ، بل فى أمر تابع وهو قدر الماء المستعمل ، وهو لا يقصد عند دخول الحمام عادة ، وكذلك الغرر فى اجارة الدار شهراً فالغرر ليس منصبا على أصل المدة لأن أصل الشهر لا غرر فيه ، بل فى عدد الأيام وهو أمر لا يقصد عادة .

والغرر فى عقد التأمين يتعلق بأصل العوض ، لا بأمر تابع غير مقصود ، فلقد تبين لنا مما سبق أن الغرر فى عقد التأمين يتعلق بوجود العوض وبقدره وأجله ، وهذه كلها أمور مقصودة للمتعاقد ، فالمستأمن ما بذل الأقساط الا فى مقابل الحصول على مبلغ التأمين عند وقوع الخطر وحصوله عليه أمر احتمالى قد يكون وقد لا يكون ، وكذا قدر العوض ، وأجل الوفاء به من الأمور المقصودة باتفاق الفقهاء .

والخلاصة أن الغرر فى عقد التأمين يتعلق بمقصود العقد نفسه ، وهو مبلغ التأمين ، ومقدار الأقساط ، فالمستأمن لا يدرى عند التعاقد ان كان سيحصل على مبلغ التأمين أم لا ، والمؤمن لا يدرى مقدار ما يحصله من أقساط التأمين قبل وقوع الخطر المؤمن منه ، وبالتالى فان كلا من المؤمن والمؤمن له لا يستطيع وقت التعاقد أن يعرف مقدار ما يعطى ولا مقدار ما يأخذ ، فى حين أن الغرر فى الأمثلة المذكورة لا يتعلق بمحل التعاقد أو مقصود المعاوضة الأصلى ، وهو الدار والجبة واللحاف ودخول الحمام والشرب والانتفاع فى اجارة الدار شهراً اذ المحل أو المقصود فى هذه المعاوضات لا غرر ولا احتمال ، بل الغرر فى أمور تابعة للمحل لا تقصد عند التعاقد .

العنصر الثالث : ان يكون ارتكاب الغـرر ضرورياً

العنصر الثالث من عناصر الغرر الذى يغتفر فى المعاوضات هو أن تكون الضرورة داعية الى ارتكاب هـذا الغرر فان لم تدع الضرورة الى ارتكاب الغرر لم يكن من الغرر الذى يغتفر فى المعاوضة ، وهذا يعنى أن تكون هناك معاوضة مشروعة أصلا ، كالبيع والاجارة وغيرهما مما يحتاج الناس اليه ، وفىمنعهم منه كلية حرج شديد ومشقة زائدة ، ويكون هناك غرر يسير فى أمر تابع غير مقصود ، لا تنفك عنه المعاوضة غالباً ، بحيث اذا شرطنا نفيـه فى صحة المعاوضة نكون منعنا الناس منها ، وقد مثل المالكية لذلك ببيـع الدار مع الجهل بصفة أساسها ، وبيع الجبة واللحاف المحشو ، فلو شرطنـا منع الغرر فى مثـل ذلك نكون قد منعنا بيع الدور والملابس المحشـوة ، أو كلفناهم باخراج الحشو فان البيع معاوضة مشروعة بالأدلة لضرورة الناس اليها • وبيع الدار والجبة لا ينفك عن غرر جهالة الأساس والحشـو ، فلو شرطنا منع الغرر فى مثل ذلك نكون قد منعنا بيع الدور والملابس المحشوة ، أو كلفناهم باخراج الحشو والحفر على أساس الدار ، وهذا متعذر لما فيـه من اتلاف المال •

واذا طبقنا هذا العنصر على عقد التأمين لظهر لنا أن الغرر فيه ليس من الغرر الذى تدعو الضرورة الى ارتكابه لأمرين :

(اولهـما) : أننا لسنا أمام معاوضة وردت الأدلة الشرعية بجوازها بحيث لو منعنا الناس منها أصابهم من ذلك الحرج الشديد والمشقة الزائدة ، بل ان موضوع البحث الآن هو مشروعية التأمين ، فان التأمين اذا كان يحقق التعاون والتضامن فليست الوسيلة الوحيدة لبلوغ هذا الهدف ، وتحقيق ذلك المقصد هى التأمين الذى تقوم به الشركات المساهمة ، بل هناك أخرى يمكن أن يتم بها التأمين •

(وثانيهما) : أننا لسنا أمام عقد دعت الضرورة الى ارتكاب الغرر فيه ، بل على العكس من ذلك فان عقد التأمين هو نفسه غرر ، فلا يقـال : ان الضرورة قد اقتضت ارتكاب الغرر فيه ، وهذا يؤخذ من الأمثلة ، التى ضربها

المالكية للغرر الذى توافرت فيه عناصر الغرر الذى لا يؤثر فى المعاوضات ، فهناك معاوضة محلها الدار اقتضت الضرورة ارتكاب الغرر فيها ، لأن الحفر يهدم الدار ، وهناك معاوضة محلها الجبة ، اقتضت الضرورة ارتكاب الغرر فيها لأن اخراج الحشو يفسدها ، وهناك اجارة على دخول الحمام اقتضت الضرورة ارتكاب الغرر فيها لمشقة التقدير لمدة اللبث وقدر الماء المستعمل • أما عقد التأمين فليس معنا عقد مشروع أصلا ثم اقتضت الضرورة ارتكاب الغرر فيه ، بل ان العقد نفسه غرر •

* * *

الدليل الثانى [1] : عقود التأمين تتضمن الرهان والمقامرة

الدليل الثانى على تحريم العقود التى تبرمها شركات التأمين أن هذه العقود تعد قماراً ومراهنة ، والقمار والمراهنة حرام شرعاً باتفاق فقهاء الشريعة ، فيكون التأمين حراماً باتفاق •

وكون التأمين قماراً ومراهنة يبدو واضحاً من تعريف كل من القمار والمراهنة وبيان خصائصها الجوهرية ، ثم اثبات دخول عقد التأمين تحت هذا التعريف وتوافر هذه الخصائص فيه •

أولا : تعريف المقامرة والرهان :

المقامرة أو الرهان عقد يتعهد فيه كل من العاقدين (المقامرين أو المتراهنين) أن يدفع الى الآخر مبلغاً من النقود أو أى عوض مالى آخر يتفق عليه ، اذا حدثت واقعة معينة (خسارة اللعب فى المقامرة ،وعدم صدق قول المراهن فى واقعة غير محققة فى الرهان) •

والذى يظهر من تعريفهما أن المقامرة توافق الرهان فى أن حق المتعاقد فى كل منهما يتوقف على واقعة محققة ، هى أن يكسب المقامر اللعب فى المقامرة ، أو أن يصدق قول المتراهن فى الرهان •

ثانياً : خصائص المقامرة أو الرهان :

يتفق شراح القانون الوضعى على أن خصائص عقود المقامرة والرهان هى نفسها خصائص عقود التأمين ، وهى أنها عقود ملزمة للجانبين ، فلأن كلا من المقامرين أو المتراهنين يلتزم نحو الآخرين بدفع المال المتفق عليه اذا وقعت الحادثة المعينة ، أى خسارة المقامرة أو الرهان •

---

(١) راجع : أدلة بطلان العقود التى تبرمها شركات التأمين : الدليل الأول - الخ

وأما أنها عقود احتمالية أو من عقود الغرر فلأن « كلا من المقامرة أو الرهان عقد لا يستطيع فيه كل من المقامرين أو المتراهنين أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذى أخذ أو القدر الذى أعطى ، ولا يتحدد ذلك الا فى المستقبل تبعاً لحدوث أمر غير محقق ، هو الكسب ، فيعرف القدر الذى أخذ ، أو الخسارة ، فيعرف القدر الذى أعطى •

وأما أن عقد المقامرة أو الرهان من عقود المعاوضات ، فلأن كلا من المقامر أو المتراهن اذا كسب شيئاً فذلك فى مقابل تعرضه للخسارة ، واذا خسر شيئاً فذلك فى مقابل احتمال الكسب ، فهذا الاحتمال فى الكسب أو الخسارة هو الأساس الذى يقوم عليه العقد • هكذا أفاده فى الوسيط فى الجزء السابع ص ٩٨٦ ، ٩٨٨ الدكتور عبد الرزاق السنهورى رحمه الله •

ثالثاً : دخول عقد التأمين تحت تعريف القمار والمراهنة :

وواضح من تعريف عقدى المقامرة والرهان ، وبيان الخصائص التى تحدد طبيعة العقدين ، أن هذا التعريف ينطبق ، وتلك الخصائص توجد فى عقد التأمين تماماً ، ذلك أن عقد التأمين عقد يتعهد بموجبه أحد العاقدين (شركة التأمين) أن يدفع الى المتعاقد الآخر المستأمن مبلغاً من النقود أو أى عوض مالى يتفق عليه ، اذا حدثت واقعة معينة (الخطر المؤمن منه) فى مقابل تعهد العاقد الآخر بدفع مبلغ آخر هو أقساط التأمين مدة عدم وقوع الحادث ، فطبيعة عقد التأمين هى طبيعة عقدى القمار والمراهنة ، وان اختلفت أسماء عناصره وأطرافه •

رابعاً : وجود خصائص القمار والمراهنة فى عقد التأمين :

أما من حيث الخصائص فلا أظن أحداً من شراح القانون أو علماء الشريعة الذين كتبوا فى عقود التأمين يخالف فى أن الخصائص الثلاثة السابقة توجد فى عقد التأمين كما جاء ذلك فى عباراتهم ، وان كان بعض علماء الشريعة يرى أن القمار والمراهنة تتضمن عناصر أخرى لا توجد فى عقد التأمين ، ونحن نخالفهم فى ذلك كما سنرى •

وبيان ذلك أن كلا من المقامرين أو المتراهنين يلتزم نحو الآخرين بدفع المال المتفق عليه اذا وقعت الحادثة خسارة المقامرة أو الرهان ، وهذا هو الحال فى عقد التأمين وهى وقوع الخطر المؤمن منه ، فى مقابل تعهد المستأمن بدفع أقساط التأمين مدة عدم وقوع هذه الحادثة •

واذا كان كل من المقامر والمتراهن لا يعرف عند عقد المقامرة أو الرهان مقدار ما يعطى ولا مقدار ما يأخذ لتوقف ذلك على أمر غير محقق ، فكذلك كل من شركة التأمين والمستأمن لا يعرف عند ابرام عقد التأمين ما يعطى ولا مقدار ما يأخذ لتوقف ذلك أيضاً على حدوث أمر غير محقق ، هو الخطر المؤمن منه •

واذا كانت عقود المقامرة والرهان من عقود المعاوضات لأن كلا من المقامر أو المتراهن اذا كسب شيئاً فذلك فى مقابل تعرضه للخسارة ، واذا خسر شيئاً فذلك فى مقابل احتمال الكسب ، فان هذا المعنى بعينه موجود فى عقود التأمين ، فشركة التأمين اذا كسبت الأقساط فى حالة عدم وقوع الخطر المؤمن منه فذلك فى مقابل تعرضها للخسارة فى حالة وقوع هذا الخطر ، واذا خسرت شيئاً فى حالة وقوع الحادث ، فذلك فى مقابل احتمال الكسب فى حالة عدم وقوعه ، فهذه العقود كلها فى هذا الأمر سواء •

واذا قيل بأن الاحتمال فى الكسب أو الخسارة هو الأساس الذى يقوم عليه عقد المقامرة أو الرهان ، فان هذا الأساس نفسه يوجد فى عقود التأمين بلا نزاع •

والواقع أننا لم نكن بحاجة الى بيان أن تعريف عقود القمار والمراهنة ينطبق على عقد التأمين ، ولا الى بيان أن خصائص هذين العقدين موجودة فى عقود التأمين ، ذلك أن يخالفونا فى حرمة عقود التأمين من شراح القانون وعلماء الشريعة لا ينكرون أن هذه العقود قمار ومراهنة اذا نظر اليها من جانب العلاقة بين التأمين والمستأمن المعين ، وهذا يعنى فى نظرهم أن تعريف وخصائص عقود التأمين له دخل فى نفى الغرر ، وسلب صفة الرهان والمقامرة عن هذه العقود •

وسوف نرى أن هذا قول باطل لا يستند الى دليل ، فعقد التأمين الذى نريد الحكم عليه بالحل والحرمة لا ينشىء الا علاقة واحدة ، هى العلاقة بين شركة التأمين والمستأمن المعين الذى أبرم هذا العقد معها .

أما العلاقة بين شركة التأمين ، ومجموع المؤمن لهم فهى علاقة موهومة ، اذ العقد لا ينشئها كما ذكرنا ، وليس هناك عقد أو اتفاق آخر ، يطلب الحكم عليه بالمنع أو الجواز ، ينشىء مثل هذه العلاقة ، وعلى فرض وجود مثل هذا العقد الذى ينشىء علاقة بين شركة التأمين ومجموع المؤمن لهم ، فانه يجب الحكم عليه وفقاً لما اشتمل عليه من حقوق والتزامات متبادلة تعرف من قصد العاقدين كما يظهر من صيغة العقد وشروطه .

وسوف نرى فوق ذلك أن كثرة العقود التى تبرمها شركات التأمين لا ترفع الغرر كلية ، ولا تنفى وصف الرهان والمقامرة من عقد التأمين ، بل يبقى كل ذلك معها ، واذا سلمنا انتفاء الغرر فى جانب شركة التأمين لتوافر الوسائل العلمية لحسابات الاحتمالات لديها ، واستفادتها من هذا الحساب من قانون الكثرة وقواعد الاحصاء ، فقد بقى الغرر والقمار والمراهنة فى جانب المستأمن الذى لم تتوافر لديه هذه الوسائل ولا يعمل قانون الكثرة وقواعد الاحصاء فى حقه ، وبقاء وصف الغرر والقمار والمراهنة فى أحد جانبى المعاوضة يبطل المعاوضة .

واليك عبارات شراح القانون وعلماء الشريعة التى تسلم بأن عقد التأمين قمار ومراهنة ، اذا نظر اليه من جانب العلاقة بين شركة التأمين والمستأمن له المعين ، مع ملاحظة ما سبق أكثر من مرة ، أن هذه العلاقة هى العلاقة الوحيدة التى ينشئها عقد التأمين ، ولا ينشىء غيرها ، وأنه لا يجوز الحكم على عقد ما بالحل والحرمة بالنظر الى علاقة موهومة لا ينشئها هذا العقد ولا يوجد لها مصدر غيره .

١ ـ عبارة شراح القانون :

يقول الدكتور عبد الرزاق السنهورى فى الوسيط : « فشركة التأمين لا تبرم عقد التأمين مع مؤمن له واحد ، أو مع عدد قليل من المؤمَّن لهم ،

ولو أنها فعلت لكان عقد التأمين مقامرة أو رهاناً ، ولكان عقداً غير مشروع، اذ تكون الشركة قد تعاقدت مع مؤمن له على أنه اذا احترق منزله مثلا دفعت له قيمته ، واذا لم يحترق كان مقابل التأمين الذى دفعه المؤمن له حقا خالصا. وهذا هو الرهان بعينه » .

٢ ـ عبارة علماء الشريعة :

ويقول المرحوم الشيخ على الخفيف « اذا اقتصر التعاقد فى التأمين على فرد مثلا فانه يكون عقد رهان ومقامرة ، لا يقره قانون ولا شريعة لمكان الغرر والمقامرة الظاهرين فيه حينئذ لانتهاء الأمر فيه الى خسارة لأحد الطرفين وربح للطرف الآخر » والذى يؤخذ من عبارة مصطفى الزرقا أن عقد التأمين اذا نظر اليه من جانب العلاقة بين شركة التأمين والمستأمن المعين يكون قماراً ومراهنة أيضاً ، لأنه وضح فى بحثه أن مناط الحل فى عقد التأمين تعدد عقود التأمين التى تبرمها شركاته فهو يقول : « فالتأمين فيه عنصر احتمالى بالنسبة الى المؤمن فقط حيث يؤدى التعويض الى المستأمن ان وقع الخطر المؤمن عنه ، فان لم يقع لا يؤدى شيئاً ، على أن هذا الاحتمال انما هو بالنسبة الى كل عقد تأمينى على حدة ، لا بالنسبة الى مجموع العقود التى يجريها المؤمن ، ولا بالنسبة لنظام التأمين فى ذاته ، لأن النظام وكذا مجموع العقود يرتكزان على أساس احصائى ينفى عنصر الاحتمال بالنسبة الى المؤمن عادة » .

فنحن نراه فى هذا النص يسلم بوجود الاحتمال فى عقد التأمين بالنسبة للمؤمن اذا نظرنا الى كل عقد تأمينى على حدة ، وهذا هو الواقع الموجود كما قلنا ، أما اذا نظرنا الى مجموع العقود ونظام التأمين فى ذاته ، فان الاحتمال يزول مع ملاحظة ، قلناها أكثر من مرة ، وهى أننا نحكم على كل عقد على حدة ولا نحكم على نظام التأمين ولا على علاقة الشركة بمجموع المؤمن لهم ، لأننا نحكم على الموجود القائم ولا نحكم على المتصور المفروض.

* * *

الدليل الثالث : عقـود التأمين تتضمن الربا بنوعيه

ان عقود التأمين تتضمن الربا بنوعيه ، ربا الفضل وربا النسيئة ، وذلك لأمور ثلاثة :

(اولهـا) : أن عقد التأمين هو اتفاق بين شركة التأمين والمسـتأمن ، بمقتضاه يتعهد المستأمن بأن يدفع مبلغاً من المال ، دفعة واحدة ، أو على أقساط دورية ، فى مقابل أن ترد اليه شركة التأمين عند وقوع الخطر مبلغـاً آخر من المال قد يكون مساوياً لما دفعه أو أكثر أو أقل منه .فان كان مساويا كنا أمام ربا النسّاء ، وان كان أكثر كنا أمام ربا الفضل والنسـاء معـاً ، ذلك أن الفقهاء متفقون على أن بيع النقد بالنقد الى أجل هو ربا النسّـاء عند التساوى ، فان كان المؤجل أكبر انضم الى ربا النساء ربا الفضل أيضاً . وهذا ينطبق على عقد التأمين ، لأن مقتضى هذا العقد ــ كما ذكرنا ــ أن يتعهد المستأمن بدفع مبلغ من المال . دفعة واحدة عند العقد ، وعلى أقساط دورية تدفع بعده ، فى مقابل تعهد الشركة بأن ترد اليه أو الى ورثته أو الى المستفيد الذى يعينه مبلغاً من المال قد يكون مساويا لما دفعه من أقساط أو أكبر أو أقل ، والمستأمن لا يدرى عند التعاقد مقدار ما يأخذ ، فيكون جاهلا بالتماثل ، والجهل بالتماثل كالعلم بالتفاضل يحقق الربا باتفاق .

ولقد وجدنا الشارع يشترط قبض العوض فى عقد الصرف قبل التفرق من مجلس العقد خروجاً من باب ربا النساء ، لأن تأجيل أحد العوضين فيما يجرى فيه الربا ومنه النقود غير جائز شرعاً ، وان تساوى العوضان واختلف نوع النقد ، ولا شك أن أحد العوضين فى عقد التأمين وهو مبلغ التأمين ، فقد تأخر دفعه عن دفع الأقساط ، وهى العوض النقدى الآخر ، فكان ربا نساء ان تساوى مبلغ التأمين مع الأقساط ، وربا نساء وفضل ان زاد مبلغ التأمين عليها .

واليك من عبارات الفقهاء ما يدل على صحة ما نقول : جاء فى تحفة المحتاج [1] فى مذهب الشافعى :

« اذا بيع النقد بالنقد ، ان كان جنساً اشترط الحلول والمماثلة والتقابض، فمتى اقترن بأحدهما تأجيل ولو للحظة وهما فى المجلس لم يصح ، والتقابض يعنى القبض الحقيقى قبل التفرق ، أو جنسين كذهب وفضة جاز التفاضل واشترط الحلول والتقابض » وجاء فى حاشية الدسوقى على الشرح الكبير [2] : « ربا النسّاء يحرم فى النقود مطلقاً » وهو من كتب المالكية وجاء فى المبسوط [3] : « ان الزيادة الخالية عن عوض هو مال من الربا الذى لا يخفى على أحد » .

وجاء فى بداية المجتهد لابن رشد المالكى : « أجمع العلماء على أن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة (أى النقد بالنقد) لا يجوز الا مثلا بمثل ، يداً بيد » .

(وثانيها) : أن عقد التأمين على الحياة لحالة البقاء يتضمن تعهد الشركة بأن ترد للمستأمن فى حالة بقائه حيا الى المدة المحددة فى العقد ، الأقساط التى دفعها مدة العقد مضافاً اليها فائدة ربوية فيكون هذا العقد حراماً .

(وثالثها) : أن أكثر العمليات التى تقوم بها شركات التأمين تقوم على أساس الربا ، فهى تستثمر أموالها فى سندات بفائدة وتقرض منها بضمان وثيقة التأمين بفائدة .

التأمين بيع دين بدين فيحرم

ومما يتصل بهذا الدليل أن عقد التأمين يتضمن بيع دين بدين فيبطل ، لأن بيع الدين بالدين باطل باتفاق الفقهاء ، ومما يدل على بطلانه ما جاء أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع الكالىء » وفسره جميع المجتهدين

---

(١) تحفة المحتاج بشرح المنهاج جـ ٤ ص ٢٧٣

(٢) الجزء الثالث ص ٢٥

(٣) المبسوط للامام السرخسى الحنفى جـ ١١ ص ١١٧

بأنه بيع الدين بالدين ، ولذلك تجدهم يشترطون فى عقد السلم أن يتم قبض رأس مال السلم فى مجلس العقد خروجاً من بيع الدين بالدين • لأن المسلم فيه دين مؤجل أيضاً فاذا لم يقبض رأس مال السلم فى مجلس العقد كان العقد باطلا ، لأنه بيع دين فى دين ، وقد نهى الشارع عنه •

وانما كان عقد التأمين بيع دين بدين ، لأن المستأمن فيه يتعهد بدفع أقساط التأمين ، وهى دين فى ذمته ، لأنه لا يدفعها فى مجلس العقد ، بل يدفعها بعد العقد على أقساط دورية ، فى مقابل تعهد شركة التأمين بدفع مبلغ التأمين ، وهو دين فى ذمة شركة التأمين أيضاً ، فكان هذا العقد بيع دين فى دين فبطل شرعاً •

وشراح القانون الوضعى يسلمون بهذه الحقيقة ، يقول الدكتور عبد الرزاق السنهورى فى الوسيط ١١٤٨/٣/٧ : « فمبلغ التأمين وهو التزام فى ذمة المؤمن هو المقابل لقسط التأمين ، وهو التزام فى ذمة المؤمن له » فقسط التأمين هو التزام اذن ، أى دين فى ذمة المؤمن له ، وهو العوض المقابل لمبلغ التأمين الذى هو التزام ، أى دين أيضاً فى ذمة المؤمن •

وجاء فى مواهب الجليل عند بيان البيوع المنهى عنها « وكالكالىء بمثله ، وفى الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع الكالىء بالكالىء » ابن عرفة : تلقى الأئمة هذا الحديث بالقبول ، يغنى عن طلب الاسناد فيه ، كما قالوا فى : لا وصية لوارث قال ابن المنذر : أجمعوا على أن بيع الدين لا يجوز ، وحقيقته بيع شىء فى ذمة بشىء فى ذمة أخرى غير سابق تقرر أحدهما على الآخر ، وهو معنى قولهم : ابتداء الدين بالدين • وما تقدم فيه تقرر الدين ، يسمى فسخ الدين فى الدين ، وفسخ ما فى الناجز على مؤخر » .

وجاء فى مواهب الجليل أيضاً : وان تأجلا ــ أى العوضان ــ معاً ابتداء فهو الدين بالدين ، وهو ممنوع •

وجاء فى مطالب أولى النهى : « واذا لم يقبض رأس مال السلم فى المجلس امتنع لأنه بيع دين بدين » •

ومما يجب التنبيه عليه فى هذا المقام أن معاوضة الدين بالدين لا تجوز ، وان لم يشترك الدينان فى علة الربا ، بأن كان أحد الدينين ربويا والآخر ليس كذلك ، أو لم يكن واحد منهما من أموال الربا ، فبيع الدين بالدين باب آخر غير باب ربا النساء الذى تقدم ذكره .

فقد ذكرنا أن عدم قبض رأس المال فى السلم فى مجلس عقده يجعله باطلا، بعلة بيع الدين بالدين ، مع أن أحد العوضين نقد والآخر غير نقد ، عرضاً أو غيره ، فيدخل فيه عقد التأمين من باب أولى .

* * *

رد شبه المخالفين فى حرمة التأمين

سبق أن قلنا ان فكرة التأمين باعتبارها نظاماً يسعى الى التعاون والتضامن بين طائفة من الناس لا غبار عليها بيد أن الذى لا نقره فى بعض صوره التطبيقية • فالتعاون بين جمع من الناس وتضامنهم أمر يتفق مع مقاصد الشريعة العامة وأصولها الكلية ، ولقد قلنا ان التطبيق العملى والممارسة الفعلية لفكرة التأمين وتحقيق أهدافه قد ظهرت فى صور ثلاث :

(الأولى) : التأمين الاجتماعى الذى تقوم به الدولة ، أو تعهد بادارته وتنظيمه الى احدى هيئاتها العامة •

(الثانية) : التأمين التبادلى الذى تقوم به جمعيات التأمين التعاونية •

(الثالثة) : التأمين التجارى ذو القسط الثابت ، وهو الذى تقوم به شركات التأمين •

ولقد قررنا أن كلا من التأمين الاجتماعى والتبادلى لا حرمة فيه ، لأن أساس الحرمة فى عقود التأمين ــ كما رأينا ــ هو الغرر ، والغرر يؤثر فى المعاوضات دون التبرعات ، عند من يعتد برأيه من الفقهاء ، وهذان النوعان من التأمين يقومان على التبرع وعدم قصد الربح ، فارتفع مناط التحريم فيهما •

وأما العقود التى تبرمها شركات التأمين فقد حكمنا بحرمتها وبطلانها للأدلة التى سقناها فى المبحث الثانى من هذا الفصل ، وسنعرض فى هذا المبحث الثالث شبه المخالفين فى حرمة العقود والتى تبرمها شركات التأمين ثم ندفع هذه الشبهات ، وسوف نقسم هذا المبحث الى مطالب نجمع فى كل مطلب منها الشبهات الواردة على كل دليل من الأدلة التى قدمناها للحكم بحرمة عقود التأمين التى تبرمها شركات التأمين •

فقد أقمنا على حرمة هذه العقود أدلة ثلاثة ، ولقد أورد المخالفون فى هذا الحكم بعض الشبهات على كل دليل من هذه الأدلة ، وسوف أذكر الدليل بايجاز ثم أذكر ما ورد عليه من شبهة وأوردها فى كل مطلب •

المطلب الأول : الشبه الواردة على دليل الغرر :

ان أهم ما يستدل به على عقود التأمين هو دليل الغرر ، وحاصل هذا الدليل أن عقود التأمين معاوضات مالية قد دخلها الغرر الفاحش أو الكثير ، وعقود المعاوضات اذا دخلها الغرر الكثير تكون باطلة باتفاق •

أما المقدمة الأولى من هذا الدليل ، وهى أن عقود التأمين معاوضات مالية فقد تقدم أن الدليل عليها هو واقع عقود التأمين ، كما ينظمها قانونه وتباشرها شركاته ، ولقد رأينا أن شراح القانون الوضعى وعلماء الشريعة يسلمون بأن عقود التأمين معاوضات مالية ، اذا نظر اليها من جانب العلاقة بين شركات التأمين والمؤمن لهم ، فهم يرون أن صفة المعاوضة ، تنتفى عن هذه العقود ، وتأخذ صفة البذل والتضحية والتعاون والتضامن ، أى تأخذ صفة التبرع •

ولقد قلنا مراراً ان العلاقة بين المستأمنين محض فرض وتقدير لا يسنده دليل ، ولا يؤيده واقع ، ذلك أن القول بوجود مثل هذه العلاقة يقتضى أولا وجود عقد أو اتفاق يكون مصدرها ، ثم يقتضى ثانيا أن يكون ظاهرياً من هذا العقد أو الاتفاق قصد المتعاقدين فى البذل والتضحية والتعاون والتضامن، وهذا كله محض افتراض لا وجود له ، ومن ثم يتعذر الحكم عليها •

وعقد التأمين الذى تبرمه شركة التأمين مع المؤمَّن له المعين ، لا ينشىء علاقة بين جماعة المستأمنين أساسها أو القصد منها التعاون والتضامن والبذل والتضحية ، فكيف يحكم على عقد ، على أساس علاقة لم ينشئها ، وقصد لا وجود له فيه ، وحقوق والتزامات متبادلة لم ينظمها ، ان مثل هذا ان جاز فى القانون فانه يتعذر فى الشرع •

أما المقدمة الثانية : وهى أن عقود التأمين قد اشتملت على الغرر الفاحش الذى يؤثر فى عقود المعاوضات بالخطر والمنع فقد قدمنا عليها دليلين :

(اولهما) : دخول الغرر الذى تتضمنه عقود التأمين تحت تعريف الغرر عند جميع المجتهدين ، فلقد ذكرنا تعريفات الغرر عند الأئمة أصحاب المذاهب المختلفة ، ثم أثبتنا أن كل تعريف من هذه التعريفات ينطبق تمام الانطباق على عقد التأمين ، فكان هذا العقد داخلا فى الغرر المنهى عنه •

(وثانيهما) : عدم دخول الغرر الذى يتضمنه عقد التأمين تحت ضابط الغرر المستثنى الذى لا يؤثر فى المعاوضات ، فلقد ذكرنا حقيقة الغرر الذى يغتفر فى المعاوضات ، وبينا عناصره ، وعرضنا أمثلته ، ثم أثبتنا أن هذا الضابط ، وتلك العناصر لا توجد فى الغرر الذى حواه عقد التأمين •

ومن مجموع هذين الدليلين ، دليل دخول غرر التأمين فى الغرر الذى ورد الشرع بمنعه ، ودليل عدم انطباق ضابط الغرر المغتفر فى المعاوضات عليه ، يتم اثبات المقدمة المشار اليها ، وهى أن عقود التأمين قد تضمنت الغرر الفاحش أو الكثير •

وأما المقدمة الثالثة ، وهى أن ما تضمن الغرر الكثير أو الفاحش من المعاوضات يحكم ببطلانه وحرمته ، فلا أظن أن أحداً يجادل فيها ، لأنها من الأصول المسلمة فى الشريعة الاسلامية ،ودليلها « نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن الغرر » واتفاق المجتهدين على الحاق جميع المعاوضات المالية بالبيع فى هذا الحكم ، ولما كان النهى عن الغرر فى الحديث قد جاء عاما مطلقاً ، فانه يكون دليلا على المنع من كل معاوضة تضمنت الغرر ، حتى يثبت بالدليل دخولها تحت ضابط الغرر المغتفر الذى استثناه المجتهدون من هذا العموم والاطلاق •

والشبه التى أثارها القائلون بجواز عقود التأمين واردة على المقدمة الأولى والثانية من هذا الدليل ، وهما أن عقود التأمين معاوضات مالية ، وأن ما اشتملت عليه هذه العقود من الغرر فهو من باب الغرر الكثير ، واليك هذه الشبه والرد عليها •

الشبهة الاولى : التامين ليس من عقود المعاوضات :

يحاول بعض الباحثين فى عقود التأمين نفى صفة المعاوضة عن هذه العقود وادخالها فى دائرة التبرع بمقولة أن هذه العقود تعاون وتضامن وبذل وتضحية ، ويطبقون هذا القول على العقود التى تبرمها شركات التأمين ، وغرضهم من نفى صفة المعاوضة المالية عن العقود وصبغها بصبغة التعاون والبذل والتضحية والتبرع هو الوصول من ذلك الى القول بعدم تأثير الغرر الفاحش فى هذه العقود ، لأن الغرر الفاحش يؤثر فى المعاوضات دون التبرعات ، ومن جهة أخرى فانهم يرتبون على هذا القول نفى دخول عقود التأمين تحت القمار والمراهنة ، أو الممنوع لأنه لا مجال للقمار والمراهنة والربا فى عقد أساسه ــ كما يقولون ــ اتفاق تعاونى يعقد بين جماعة من الناس على أن يبذل كل واحد منهم ما تجود به نفسه من تضحيات ليكون فى مجموع هذه التضحيات ما يفى بجبر الضرر الذى ينزل بأحد أفراد الجماعة من جراء وقوع خطر معين ، واليك العبارات التى عرض بها هؤلاء الباحثون هذه الشبهة وردنا عليها .

أولا : عبارات القائلين بأن عقود التأمين ليست معاوضة بل تعاونا وتبرعا :

يقول المرحوم الشيخ على الخفيف : ان الوقوف عند أحد جانبى عقد التأمين والنظر اليه وحده ، وهو جانب العلاقة بين المؤمَّن ومؤمن له بالذات دون نظر الى جانبه الآخر ، وهو العلاقة بين المؤمن ومجموع المؤمن لهم ، حيث لا يكون المؤمن حينئذ الا وسيطا يجمع أقساطهم وينظم تعاونهم جميعاً على مواجهة الخسارة التى تحيق بقلة منهم ، هو الذى دعا كثيراً من الذين تصدوا للافتاء فى مشروعية التأمين الى القول بعدم جوازه ، لأنه وقف عند هذه النظرة دون تجاوزها ، ويبدو أن عقد التأمين عقد مقامرة أو رهان غيرمشروع فى الفقه الاسلامى ، بل وفى الفقه الوضعى . ولكن النظر الى جانبه الآخر هو الذى يظهر عقد التأمين فى صورته الحقيقية ، ويبرز طبيعته ويحددها ، ويبين أنه ليس الا انضماماً الى اتفاق تعاونى نظم تنظيماً دقيقا بين عدد كبير من الناس ، معرضين جميعاً للخطر ، حتى اذا حاق الخطر ببعضهم تعاون

الجميع على رفعه أو تخفيف ضرر ببذل ميسور لكل منهم ، يتلافون به ضررا عظيماً نزل ببعضهم » ويقول : « أما ما يدفع اليه ــ أى المؤمن ــ من أقساط التأمين فمركزه ووضعه بالنسبة اليه ، مركز المال يوضع تحت وصايته وولايته التى تنظمها القوانين الصادرة فى شأن ذلك » .

ويقول : « أما المستأمن فانه لا يريد بتعاقده أن يكون له ربح مادى من وراء الحظ والمصادفة ، وانما يريد أن يتوقى به مغبة الحظ والمصادفة لهم جميعاً بحيث لا ينال أيا منهم الا مقدار يسير منها يستطيع تحمله فى غير عناء ولا مشقة » .

ويقول : « ان كلا منهما ــ أى التأمين التعاونى والتأمين التجارى الذى تقوم به شركات التأمين ــ قائم على التعاون بين المستأمنين والتضامن بينهم جميعا فى دفع ما يصيب أحدهم من ضرر أصابه لخطر معين نزل به ، وذلك بواسطة ما يجمع منهم من مال يقوم على جمعه واستغلاله وحفظه هيئة تنوب عنه فى الحالين » .

ويقول الأستاذ مصطفى الزرقا : « ان الأسس الفنية للتأمين تستند كلها الى محور واحد تدور عليه ، وهو تحقيق التضامن بين جماعة من الناس تتهددها مخاطر واحدة ، وهذا التعاون تختلف درجة ظهوره بحسب شكل التأمين » .

ويقول أيضاً [1] : « وأما شبهة الربا من حيث ان المستأمن يدفع قسطا ضئيلا ويتلقى ــ اذا وقع الخطر المؤمن منه ــ تعويضاً لضرره قد يكون أكثر أضعافاً مضاعفة من القسط الذى التزم به ، فهى شبهة فى ظاهرها ، موهمة ، وفى الحقيقة واهية لا تنهض وذلك متى تذكرنا أن موضوع التأمين التعاقدى قائم من أساسه على فكرة التعاون على جبر المصائب ، والأضرار الناشئة من مفاجآت الأخطار ، واذا صح أن يعتبر هذا فيه ربا أو شبهة ربا وجب القول أيضاً بحرمة التأمين التبادلى ، لأن المستأمن فيه أيضاً يدفع

---

(١) بحث مقدم للمؤتمر العالمى للاقتصاد الاسلامى بمكة المكرمة بعنوان : نظام التأمين ، موقعه فى الميدان الاقتصادى بوجه عام وموقف الشريعة منه ص ٣٥

قسطا ضئيلا ، ويتلقى فى مقابلة تعويضاً أكبر قيمة بكثير عند وقوع الخطر المؤمن منه ، ولو صحت شبهة الربا أيضاً لوجب تحريم نظام التقاعد والمعاشات لموظفى الدولة » •

ويقول أيضاً : « فالتأمين على الحياة موضوعه مجرد الاتفاق على تقديم معونة محددة بجبر من يصاب المستأمن بعض الجبر ، فلا فرق أصلا فى الفكرة بينه وبين سائر النوعين الآخرين ، أعنى التأمين على الأشياء ، والتأمين من المسئولية » •

ويقول : « ان الموضوع الأصلى الذى تقوم عليه عقوده ــ أى عقود التأمين الذى تقوم به الشركات ــ هو ازاحة الضرر الذى يحدثه وقوع المخاطر عن رأس من ينزل به الى رءوس كثيرة جداً هى رءوس بقية المستأمنين عن طريق تعويض ذلك الضرر الذى ينزل بأحدهم من الأقساط التى يدفعونها، وهذا هو عين التعاون » •

ثانياً : رد هذه الشبهة

ان النصوص السابقة التى عرضت بها هذه الشبهة تدل على أن هذه الشبهة تقوم على أمور ثلاثة :

الأمر الأول : أن عقد التأمين « ليس الا انضماماً الى عقد تعاونى منظم بين عدد كبير من الناس يتعرضون لخطر معين ، وأن موضوع هذا الاتفاق هو تعاون الجميع على رفع أو تخفيف الضرر الذى ينزل بأحدهم ، من جراء وقوع خطر معين ، وأن هذا التعاون يتحقق ببذل ميسور لكل منهم » •

وهذا التصوير يخالف الواقع من جهتين :

(أولهما) : أنه يفترض وجود اتفاق تعاونى سابق بين جماعة من الناس على تخفيف آثار الأضرار التى تنزلها بأحدهم المخاطر •

(وثانيهما) : أن عقد التأمين يمثل انضماماً من المستأمن لهذا الاتفاق ،

وكلا الاتفاقين غير قائم ، وقصد التعاون مع عدم قيامها غير موجود ، ولا يثبت التعاون والتبرع شرعاً ، بحيث يترتب عليه أثره من جواز الغرر الواقع فيه ، الا اذا وجدت نية التبرع ، وهذه النية تعرف من صيغة العقد وعبارته ، فأين العقد أو الاتفاق حتى تتعرف على قصد العاقدين فيه ؟

ان الأحكام الشرعية لا تبنى على مثل هذه الفروض البعيدة ، وانما تبنى على الواقع الذى يدل عليه الدليل .

فعقد التأمين ، وفقاً لنصوص القانون ينظمه ، ولما يجرى عليه العمل ، ليس اتفاقاً بين عدد كبير من الناس على التعاون والتضامن على تفتيت آثار المخاطر وجبر الأضرار ، لأن طرفين اثنين فقط ، هما شركة التأمين والمؤمن له المعين . فأين اذن ذلك العدد الكثير من الناس الذين اتحدت ارادتهم واتفقت على البذل والتعاون والتضامن ؟ .

ان أحداً من المتعاملين مع شركة التأمين لا يعرف الآخر فضلا عن أن يكوّن معه اتفاقاً تعاونيا على البر والتقوى .

وأما الانضمام الى هذا الاتفاق فغير موجود فى عقود التأمين ، والموجود فيها هو تعهد شركة التأمين بدفع مبلغ التأمين للمستأمن عند وقوع الخطر المؤمن منه فى مقابل تعهد المستأمن بدفع الأقساط ، فأين التعاون وقصد التبرع من جانب شركة التأمين والمستأمن المعين .

ولقد قلنا مراراً : ان عقد التأمين ينشىء علاقة واحدة ، هى العلاقة بين شركة التأمين والمستأمن المعين ، وأن ما يترتب على هذه العلاقة من أحكام وحقوق والتزامات ، فانما تسرى فى حق طرفى هذه العلاقة فقط ، وفقاً لنسبية آثار العقود ، وهى قاعدة مسلمة فى الفقه والقانون ، ولم يقل أحد قط : ان العقد الذى تبرمه شركة التأمين مع مستأمن معين يرتب حقوقاً أو يفرض التزامات على غيره من المستأمنين .

وتشبيه العقود التى تبرمها شركات التأمين بالتأمين التبادلى الذى تقوم

به الجمعيات التعاونية ، أو بنظام المعاشات التى تقوم به الدولة تشبيه للشىء بنقيضه ، اذ التأمين التبادلى ليس فيه مؤمن ومستأمن ، بل فيه تعاون وتبرع من جميع أعضاء الجمعية لغرض معين ، وهو جبر آثار الأضرار التى تقع لأحدهم من جراء خطر معين ، فاذا وقع هذا الخطر لأحدهم أخذ ما يعوضه عنه من المال المتبرع به ، لأن شرط الاستحقاق أو الصفة التى علق بها هذا الاستحقاق قد وجدت فيه ، وليس ما يأخذه عوضاً عن الاشتراك أو القسط، وكذلك الحال بالنسبة للمعاشات ونظامها ، فانه نظام يقوم على التبرع لمن توافرت شروط معينة ، وليس فيه قصد للربح ، ومع ذلك فاننا نقول بوجوب النص فى أنظمة التأمين التعاونى والمعاشات وغيرها على هذه الصفة ، وهى قيامه على التبرع للغرض المعين •

الأمر الثانى : أن دور شركة التأمين فى عقود التأمين التى تبرمها مع المستأمنين انما هو (دور الوسيط) الذى يجمع أقساطهم وينظم تعاونهم وينوب عنهم •

وهذا كما نرى لا يقل اغراقاً فى الفرض والتقدير عن سابقه ، فشركة التأمين طرف أصيل فى عقد التأمين ، وطرفه الآخر هو المستأمن ، وعقد التأمين لا يتم بين عدد من المستأمنين تتوسط شركة التأمين بينهم حتى يبرموا العقد ، وتكون العلاقة التى ينشئها العقد قائمة بينهم ، وما ترتبه هذه العلاقة من حقوق والتزامات بين شركة التأمين ومن تعاقدت معه وهو المستأمن ، ولا تنفذ آثار هذا العقد فى حق غيره من المستأمنين •

الأمر الثالث : أن مركز الشركة ووضعها بالنسبة للأقساط التى تجمعها من المستأمنين هو مركز الوصى أو الولى الذى يوضع المال تحت وصايته وولايته، فشركة التأمين على هذا التصوير لا تملك ما يدفع لها من أقساط التأمين ، بل يكون أمانة تحت يدها باعتبارها وصياً أو وليا يتصرف لمصلحة القاصر أو المولى عليه •

ولا شك أن هذا نوع بعيد من الفرض والتقدير ، اذ المعروف أن الولاية أو الوصاية تفرض على ناقص الأهلية ، وأنها لا تثبت الا بنص شرعى يثبتها ،

ويبين أحكامها ثم ان الولى والوصى لا يثبت من التصرفات ما تتعارض فيه مصلحته مع مصلحة المولى عليه ، فأين هذه الأحكام فى عقد التأمين ؟ ان عقد التأمين لا فكر فيه لولاية أو وصاية ، وانما تعهد من جانب الشركة بدفع مبلغ التأمين عند وقوع الخطر وتعهد يقابله من جهة المستأمن بدفع أقساط التأمين فى مدة عدم وقوعه ، ثم ان مصالح شركة التأمين متعارضة تماماً مع مصالح المؤمن لهم ، فهى تسعى الى أكبر ربح ، وتحاول الافلات من التزاماتها بكل طريق ، والمستأمن يعمل من جانبه على حماية نفسه ، وحفظ حقوقه قبل هذه الشركة ، فكيف يقال : ان الشركة وصى وولى ؟ وهل يعمل الوصى أو الولى لمصلحة نفسه ضد مصلحة القاصر أو المولى عليه ؟

وأما القول بأن شركة التأمين لا تملك ما يدفع لها من أقساط ، بل تضعه أمانة تحت يدها بوصفها وليا أو وصيا على المستأمنين فقول ينافى أبسط القواعد الشرعية ، ويتجاهل واقع المعاملة وما يرتبه عليها القانون من أحكام، فهناك اجماع بين شراح القانون ، على أن شركة التأمين تتمتع على هذه الأقساط بحق ملكية كاملة تمنح الشركة جميع حقوق المالك ، فاذا كانت هذه هى حقيقة المعادلة كما قصدها العاقدان ، وكما نظمها القانون ، فكيف يحق لعالم الشريعة أن يتجاهل كل ذلك ويؤسس حكمه على أحكام وهمية للمعاملة وآثار غريبة لم يرتبها القانون عليها ؟

وهناك ملاحظة تجدر الاشارة اليها فى هذا الوضع ، وهى أن بعض الباحثين كما بدا من عبارته ، يرى اجتماع التعاون مع الربح فهو يرى أن عقود التأمين التى تبرمها شركات التأمين تعد من قبيل التعاون والتضامن مع وجود قصد الحصول على الربح فيها .

وهذا فهم غريب للفقه الاسلامى ، أن التعاون الذى يعد تبرعاً ولا يضر فيه الغرر ، ولا يدخل فيه الربا ، أى لا يعد دفع القليل وأخذ الكثير فيه ربا ، هو التبرع بالمعنى الذى بينه فقهاء الاسلام ، وهو يعنى أن باذل المال لا ينتظر عوضاً مقابلا ، ولا يبغى ربحاً من وراء تبرعه ، فاذا دفع المتعاقد العوض فى مقابل عوض آخر ، وقصد من المعاملة الحصول على الربح فليست

تبرعاً ولا تعاوناً ، لأن القول بذلك جمع بين النقيضين ، اللهم الا اذا فهم التعاون بمعنى آخر غير معنى التبرع فى الاصطلاح الشرعى ، وفى هذه الحال لا يفيد هذا الباحث القول بوجود التعاون فى عقود التأمين ، لأن الغرر يفتقر فى التعاون بالمعنى الشرعى دون غيره ، ولأن اعطاء القليل وأخذ الكثير لايعد ربا فى التعاون بمعنى التبرع الشرعى ، لا التعاون الذى يجتمع مع القصد للربح وطلب العوض •

الشبهة الثانية : يسارة الغرر فى عقود التأمين لعدم أدائه الى نزاع وخصومة :

يرى بعض الباحثين فى عقود التأمين أن الغرر الذى تتضمنه هذه العقود هو من نوع الغرر اليسير الذى لا يترتب عليه بطلان المعاوضات المالية ، وقد أسس هؤلاء الباحثون القول بيسارة الغرر على ضابط غريب للغرر اليسير ليس له دليل فى الشرع ، ولا سند فى أقوال أحد المجتهدين ، واليك عرض هذه الشبهة ثم ردنا عليها :

أولا : عرض هـذه الشبهة

يقول المرحوم الشيخ على الخفيف : « وما فى عقود التأمين من غرر فهو غرر لا يؤدى الى نزاع ، بدليل كثرة تعامل الناس به ، وشيوعه فيهم ، وانتشاره فى كل مجال نشاطهم الاقتصادى ، وعليه فهو غرر يسير لا يترتب عليه منع ولا حظر ، وقد اتفق الفقهاء على أن اليسير من الغرر لا يترتب عليه منع ولا حظر » •

ثانياً : الرد على هذه الشبهة

تقوم هذه الشبهة على مقدمتين ، احداهما أن الغرر فى عقود التأمين لا يؤدى الى نزاع ، وقد استدل أصحاب هذه الشبهة على هذه المقدمة « بكثرة تعامل الناس به ــ التأمين ــ وشيوعه فيهم ، وانتشاره فى كل مجال نشاطهم الاقتصادى » اذ « ما يظن أنهم يتعارفون عقداً يحوى غرراً يؤدى الى نزاعهم ثم يشيع بينهم ولا يتركونه ، بل المقبول أنهم اذا تعاملوا به فتنازعوا تركوه » •

وهذه المقدمة غير مسلمة ، وما استدل به عليها غير صحيح ، أما عدم تسليمها فدليله ما تغص به المحاكم من قضايا تتعلق بمنازعات فى عقود التأمين، أما القول بأن « هذه المنازعات لا ترجع الى الخلاف فى عنصر من عناصره الجوهرية التى تقوم عليها هذه العقود ، وانما ترجع الى خلاف فى قيام المستأمن بما اشترطه عليه المؤمن من شروط تضمنتها هذه العقود » فهو قول يخالف الواقع ، فالمنازعات التى ترجع الى عدم قيام شركة التأمين بما اشترط عليها القيام به ، وتعسفها فى تفسير بنود العقد ، ومحاولاتها التهرب — بأسباب واهية — من دفع مبلغ التأمين ، تزيد مرات على المنازعات التى ترجع الى عدم قيام المستأمن بما اشترط عليه من شروط .

وأما عدم صحة ما استدل به على هذه المقدمة ، فلأنه استدلال غريب يخالف الواقع من أحوال الناس . فأداء المعاملة الى النزاع لا يلزم منه حتماً ترك الناس لها حتى يستدل بكثرة تعاملهم بها وشيوعها فيهم ، وانتشارها فى كل مجال نشاطهم على أنها لا تثير خلافاً ولا تؤدى الى نزاع ، فان بيوع الغرر المجمع على تحريمها قد كثر تعامل الناس فى الجاهلية بها ، وشاعت فيهم وانتشرت بينهم ، مع أن الغرر فى هذه المعاملات يؤدى الى النزاع حتماً حتى فى رأى هؤلاء الباحثين .

واذا كان لا يظن بالناس فى حياتهم « أنهم يتعارفون عقداً — يحوى غرراً يؤدى الى نزاعهم ثم يشيع بينهم ولا يتركونه » وأن « المقبول أنهم اذا تعاملوا به فتنازعوا تركوه » فلماذا جاءت الشريعة بنصوص آمرة تمنع ما حوى غرراً من المعاملات ؟ ان الحاجة الى هذه النصوص لا تكون قائمة مادام الناس لا يقبلون الا على ما لا يؤدى الى نزاع منها .

المقدمة الثانية : ما لا يؤدى الى النزاع من الغرر فهو يسير :

المقدمة الثانية التى تقوم عليها هذه الشبهة هى أن ما لا يؤدى الى النزاع من الغرر فهو يسير ، لا يترتب عليه منع ولا حظر ، وقد استدل أصحاب هذه الشبهة على هذه المقدمة بما روى عن زيد بن ثابت رضى الله عنه أنه قال :

« كان الناس فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار فاذا جدها الناس وحل تعاطيهم ، قال المبتاع : انه أصاب الثمر عاهات يذكرونها ويحتجون بها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم حين كثرت عنده هذه الخصومات : لا تتبايعوا حتى يبدو صلاح الثمر » وقالوا فى وجه دلالة هذا الحديث على المقدمة التى ادعوها « فقد ثبت أن سبب نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك ما أفضت اليه من الخصام » وأخذوا من ذلك قاعدة عامة مضمونها أن « ما يؤدى الى نزاع من الغرر يمنع ، وما لا يؤدى الى نزاع لا يمنع » وهذه المقدمة بدورها غير صحيحة ، وعدم صحتها تظهر من الأمور الأربعة الآتية :

الأمر الأول : أن جميع تعريفات الغرر المؤثر التى قدمناها عن الفقهاء لم تجعل لوقوع النزاع بسببه دخلا فى التعريف فليس أداء الغرر الى النزاع جزءاً من ماهية الغرر ، الذى نهى الشرع عنه ، ولا شرطاً فى وجوده .

فالغرر عند أهل اللغة « هو الخطر الذى لا يدرى أيكون أم لا يكون » [١] وعند فقهاء الشريعة هو « ما لا يدرى هل يحصل أم لا » [٢] أو « ما طوى عنك وخفى عليك باطنه وسره » [٣] أو « ما تردد بين السلامة والعطب » أو « ما شك فى حصول أحد عوضيه » [٤] أو « ما لا يدرى أيتم أم لا يتم » [٥] أو « الذى استوى فيه طرفا الوجود والعدم » [٦] أو « الذى قد يحصل وقد لا يحصل » [٧] أو « التردد بين جانبين الأغلب منهما » [٨] أو « الذى ينطوى عن الشخص عاقبته » [٩] أو « الذى لا يعرف كل طرف

---

(١) معجم مقاييس لابن فارس جـ ٤ ص ٣٨٠
(٢) الفروق للقرافى جـ ٣ ص ٣٦٥
(٣) شرح مختصر سنن أبى داود جـ ٥ ص ٤٧ .
(٤) مواهب الجليل جـ ٤ ص ٣٦٢
(٥) مواهب الجليل جـ ٤ ص ٣٦٨
(٦) مواهب الجليل جـ ٤ ص ٣٦٨
(٧) مطالب أولى النهى جـ ٣ ص ٣٠٥
(٨) التلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الشرح الكبير جـ ٣ ص ٦ طبعة عبد الله هاشم اليمانى بالمدينة المنورة .
(٩) التلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الشرح الكبير جـ ٣ ص ٦ طبعة عبد الله هاشم اليمانى بالمدينة المنورة .

فيه ما الذى ملك بازاء ما بذل » [1] أو « ما لا يوثق بحصول العوض فيه » [2] أو « ما تردد بين أمرين ليس أحدهما أظهر » [3] .

فالذى يؤخذ من هذه التعريفات أن أداء الغرر الى النزاع ليس جزءاً من حقيقة الغرر الذى ورد النهى عنه ، ولا عنصراً جوهريا فيه ، ولا شرطاً فى تحقيقه ،فيكون القول بأن عدم أداء الغرر الى المنازعة يجعله من باب الغرر اليسير الذى لا يؤثر قولا غير صحيح ، لأن هذه التعريفات كما قدمنا تعريفات للغرر الذى يؤثر فى عقود المعاوضات ما لم يثبت أن الغرر الذى اشتملت عليه المعاوضة من الغرر المغتفر ، وهو ما لا ينطبق كما سنرى على عقد التأمين .

الأمر الثانى : أن الغرر اليسير الذى لا يترتب عليه منع ولا حظر باتفاق الفقهاء هو ما توافرت فيه العناصر الثلاثة التى قدمناها ، يسارة الغرر ، وعدم قصده ، وضرورة ارتكابه . فمناط تحقق الغرر الذى لا يؤثر فى المعاوضات هو اجتماع هذه العناصر الثلاثة فيه ، وليس عدم ترتب النزاع عليه ، كما يدعى هؤلاء الباحثون .

ولقد أثبتنا عند ضابط الغرر الذى يغتفر فى المعاوضات ، أن هذا الضابط لا ينطبق يقيناً على ما فى عقود التأمين من غرر ، ذلك أن الغرر فى عقود التأمين غرر فى الحصول على العوض نفسه ، ولا يمكن القول بأن مثل هذا الغرر يسير غير مقصود ، دعت الضرورة الى ارتكابه ، ولقد رأينا فقهاء المالكية الذين وضعوا ضابط الغرر المغتفر وبينوا عناصره يخرجون منه ما انطوى على غرر فى الحصول من المعاوضات ، كبيع الطير فى الهواء ، والسمك فى الماء ، والحيوان بشرط الحمل .

ولقد رأينا أن ما انطوى عليه عقد التأمين من غرر فى مقدار العوض وأجل الوفاء به ، لا يدخل كذلك تحت ضابط الغرر المغتفر ، لأنه غرر فاحش

---

(1) فتح العزيز طبعة المشايخ مع المجموع جـ ٨ ص ١٣٤
(2) حاشية قليوبى وعميرة على شرح المنهاج جـ ٢ ص ١٨٥
(3) شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ١٤٥

فى القيمة والأجل ، فلا يوجد فيه شرط اليسارة ، ويتعلق بأمر مقصود ، فلايقال والحال كذلك أن متعلقه غير مقصود ، وفوق ذلك كله ، فان مثل هذا الغرر لا تدعو ضرورة المعاوضة الى ارتكابه ، لأن مثل هذا القول لا يصح كما سبق البيان ، الا اذا كنا أمام عقد مشروع فى الأصل يترتب عليه من المصالح ثم عرضت ضرورة تقتضى ارتكاب غرر يسير غير مقصود فيه ، وعقد التأمين ليس كذلك ، لأنه غرر فى نفسه ، فالخطر ركنه الأساسى وعنصره الجوهرى ومحله الذى لا يوجد بدونه •

الأمر الثالث : أن كثرة النزاع والخصومات الواردة فى الحديث الذى احتجوا به ليس هو العلة فى منع بيع الثمار قبل بدو صلاحها عند القائلين بهذا المنع من المجتهدين ، بدليل أن أحداً منهم لا يقول بجواز بيع الثمار قبل بدو الصلاح اذا لم يؤد هذا البيع الى خصومة أو نزاع ، بل انهم متفقون على المنع فى كل حال ، ومن جهة أخرى فان أحداً من المجتهدين لا يقول بمنع المعاملة التى لا تنطوى على غرر أو جهالة اذا كثر بشأنها الخصام والنزاع ، فثبت أن وقوع النزاع والخصام ليس علة المنع ولا مناط الحظر فى المعاوضات•

فالمعاوضة تجوز اذا خلت من الغرر ، وان أدت الى نزاع ، وتمنع اذا انطوت على غرر وان لم يثر بشأنها نزاع ولا خصام •

ولعل سبب اللبس الذى وقع فيه أصحاب هذه الشبهة هو الخلط بين علة المنع فى بيع الثمار قبل بدو صلاحه وحكمته ، فعلة المنع التى يدور معها الحكم وجوداً وعدماً ، وهى ما يتضمنه بيع الثمار قبل بدو الصلاح من غرر، وهو غرر يؤثر فى المعاوضة ، لأنه من باب الغرر فى الحصول • أما حكمة هذا المنع فهى ما قد يترتب على هذه المعاملة من نزاع وخصام • ومن المقرر فى أصول الفقه أن الحكم يدور مع العلة وجوداً وعدماً ، فاذا وجدت العلة ترتب عليها الحكم ، وان انتفت الحكمة •

واذا انعدمت العلة لم يترتب الحكم ، وان وجدت الحكمة • فترتب النزاع بيع الثمار قبل بدو الصلاح علة فى جعل الغرر الذى تضمنه هذا البيع علة المنع ، وعلة العلة هى الحكمة •

ولا يجادل أحد أن البيوع التى وردت كالسنة بمنعها واتفق المجتهدون على أن علة المنع فيها هى الغرر ، هى بيوع يحكم بمنعها وبطلانها سواء وقع نزاع بشأنها أم لم يقع ، وذلك كبيع الطير فى الهواء ، والسمك فى الماء ، والحمل فى الفطن ، وبيع الثمار قبل أن يخلق ، وبيع الملامسة والمنابذة وغيرها ، فهذه البيوع باطلة باجماع المجتهدين ، ولا خلاف بينهم فى أن علة البطلان هى الغرر ، ومع ذلك فانها تبطل يقيناً ، ولو لم يترتب عليها نزاع ، ولم تثر بشأنها خصومة بين المتعاملين بها ، ولو كان لوقوع النزاع دخل فى العلية لدار الحكم معه وجوداً وعدماً •

الأمر الرابع : أننا اذا سلمنا التعليل بالحكمة فليس أداء الغرر الى النزاع والخصام هو الحكمة ، أى العلة الوحيدة للنهى عن بيع الغرر ، بل ان هناك حكمة أخرى جاءت بها السنة ونص عليها العلماء ، وهى تحصين الأموال من الضياع ، وبذلك يكون وقوع النزاع بشأن بيوع الغرر جزء علة وليس علة كاملة •

والحكم يدور مع العلة الكاملة ، لا مع جزئها ، وجوداً وعدماً • وعلى ذلك فان المنع من بيع الغرر لا يرتفع بارتفاع النزاع بشأنه فقط لبقاء ضياع الأموال بسببه ، فقد جاء فى بعض روايات حديث النهى عن بيع الثمار قبل بدو الصلاح « أرأيت ان منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال صاحبه ؟ » فهذه الرواية تدل على أن الحكمة فى النهى عن بيع الثمر قبل بدو الصلاح هى أنه أكل لمال أخيه بالباطل ، على تقدير عدم حصول الثمر للمشترى بصفة الصلاح التى تم الشراء على أساسها •

يقول الخطابى : « أصل الغرر ما طوى عنك علمه وخفى عليك باطنه وسره ، وكل بيع كان المقصود منه مجهولا غير معلوم ومعجوزاً عنه غير مقدور عليه فهو غرر ، وذلك مثل أن يبيعه سمكاً فى الماء أو طيراً فى الهواء أو لؤلؤاً فى البحر أو جملا شارداً أو ولد بهيمة لم يولد ، أو ثمر شجرة لم تثمر ونحوها من الأمور التى لا يعلم ولا يدرى هل تكون أم لا • فان البيع يكون مفسوخاً فيها ، وانما نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن هذه البيوع تحصيناً

للأموال من أن تضيع ومنعا للخصومة والنزاع أن يقعا بين الناس فيهـــا ، وأبواب الغرر كثيرة ، وجماعها ما دخل فى المقصود منه الجهل » •

والنتيجة التى انتهينا اليها فى الرد على هذه الشبهة أن الغرر فى عقـود التأمين ليس من الغرر اليسير بل من الغرر الكثير الذى يترتب عليه الحظـر والمنع فى المعاوضات ، لأنه يدخل فى تعريف الغرر الذى ورد النهى بمنعـه من جهة ، ولعدم انطباق ضابط الغرر اليسير عليه ، من جهة أخرى ، ذلك أن ضابط هذا النوع من الغرر هو يسارته وعدم قصده ، وضرورة ارتكابه ، والغرر فى عقد التأمين لا توجد فيه هذه العناصر ، والقول بأن ضابط الغرر اليسير الذى لا يترتب عليه منع ولا حظر فى المعاوضات هو عدم أدائه الى نزاع وخصومة قول لا سند له فى الشرع ، ولم يقل به أحد من المجتهدين ، وقد ظهر فساده بالدليل •

الشبهة الثالثة : يسارة الغرر فى جانب الشركة لكثرة العقود

أولا : عرض هذه الشبهة

ذكر بعض القائلين بجواز العقود التى تبرمها شركات التأمين أن لعقد التـأمين جانبين (أحدهما) جانب العـلاقة بين الشركة ومؤمـن له معين (وثانيهما) جانب العلاقة بين شركة التأمين ومجموع المؤمن لهم ، وأن الحكم على عقد التأمين شرعاً يجب أن ينظر فيه الى الجانب الثانى دون الأول •

ثم أضاف قوله : « اذا نظرنا الى عقد التأمين من جانب العلاقة بين شركة التأمين والمستأمن كان هذا العقد غرراً ، بل قماراً ومراهنة • أما اذا نظرنا اليه من جانب العلاقة بين شركات التأمين ومجموع المؤمن لهم كان الغرر فيه يسيراً ، ان لم يكن منتفيا ، وقد بنى ذلك على أن كثرة العقود التى تبرمهـا شركات التأمين والوسائل العلمية التى تلجأ اليها لحساب الاحتمالات تمكنها من تحديد ما تعطى لمجموع المؤمن لهم من تعويضات ، وما تأخذه منهم من أقساط فى مدة معينة ، تحديداً يقرب من الدقة ، فينتفى بذلك الغرر أو يقل فى جانب الشركة •

ثانياً : الرد على هذه الشبهة

وهذه الشبهة باطلة من وجوه ثلاثة :

(أولها) : أن عقد التأمين الذى تبرمه الشركة مع مؤمن له بالذات ، لا ينشىء علاقة بين هذه الشركة ومجموع المؤمن لهم ، بل انه ينشىء فقط علاقة بين هذه الشركة والمؤمن له المعين ، وفقاً لقاعدة نسبية آثار العقود • فالعلاقة بين شركة التأمين ومجموع المؤمن لهم علاقة مفترضة لا وجود لها فى الواقع •

واذا فرضنا أن مثل هذه العلاقة موجودة لوجب علينا البحث عن مصدرها أو العقد الذى ينشئها ، ثم الحكم على هذا العقد أساس هذه العلاقة وما ترتبه من حقوق ، وما تفرضه من واجبات على طرفيها ، فعقود التأمين اذن ليس لها الا جانب واحد هو جانب العلاقة التى تنشئها هذه العقود بين شركة التأمين والمؤمن له المعين ، واذا كان الأمر كذلك وجب على الفقيه أن ينظر عند الحكم على عقد التأمين بالجواز أو المنع الى ما ينشئه هذا العقد من علاقة بين طرفيه ، وما يترتب على هذه العلاقة من حقوق والتزامات متبادلة وليس فى أصول الاجتهاد الاسلامى ما يجيز لهذا الفقيه أن يؤسس هذا الحكم على علاقة وهمية لم ينشئها عقد التأمين ، وبالتالى يتعذر عليه معرفة ما ترتبه مثل هذه العلاقة من حقوق والتزامات متبادلة بين طرفيها ، هذه المعرفة التى تعد لازمة لمثل هذا الحكم •

(ثانيها) : اذا سلمنا وجود مثل هذه العلاقة بين شركات التأمين ومجموع المؤمن لهم فاننا لا نسلم أن الوسائل العلمية المتاحة لشركات التأمين كحساب الاحتمالات وقانون الكثرة ، وقواعد الاحصاء ، تمكن هذه الشركات من تحديد ما تعطى لجماعة المؤمن لهم ، وما تأخذه منهم فى مدة معينة ، تحديداً يمنع الغرر والاحتمال ، فقد تحدث كوارث لا تتوقعها شركات التأمين كالحروب والفيضانات والأوبئة وغيرها مما يعرض شركات التأمين للافلاس كما حدث فى حالات كثيرة •

(ثالثها) : اذا سلمنا أن الغرر فى عقد التأمين غرر يسير فى جانب شركة التأمين بسبب كثرة العقود التى تبرمها ، وبفضل ما توافر لديها من وسائل علمية لحساب الاحتمالات مكنتها من تحديد ما تعطى لمجموع المؤمن لهم وما تأخذه منهم ، فان هذا لا يفيد جواز عقد التأمين لخلوه من الغرر ، بل يجب أن يبقى هذا العقد غرراً وقماراً ومراهنة بالنسبة للمستأمن ، كما كان ، ذلك أن الوسائل العلمية التى قضت على الاحتمال والغرر ، أو خففت منه فى جانب الشركة ، لم تتوافر للمستأمن المعين ، فلم يقدر والحال كذلك على تحديد ما يعطى هو للشركة وما يأخذ ، فلم يتغير موقفه ، وبقى العقد فى حقه قماراً ومراهنة كما كان : ذلك أن الغرر فى عقود المعاوضات يبطل المعاوضة ، ولو كان فى جانب واحد ، فان المستأمن اذا حرم عليه بذل العوض فى هذه الحالة حرم على الشركة أخذه .

واذا حرم عليه أخذ العوض حرم على الشركة بذله له ، وفقاً لقاعدة : « أن ما حرم أخذه حرم اعطاؤه وبالعكس .

والخلاصة أن أصحاب هذه الشُبهة اذا سلموا أن العقد يعد غرراً وقماراً ومراهنة بالنسبة للمستأمن فى علاقته بشركة التأمين ، فان الحكم يجب أن يبقى كذلك فى حقه حتى بعد التسليم بقدرة شركة التأمين على تحديد ما تعطى لمجموع المستأمنين .

وما تأخذه منهم باستعمال الوسائل العلمية المتاحة لها فى حساب الاحتمالات ، واستعانتها فى هذا الحساب بقانون الكثرة وقواعد الاحصاء ، لأن مثل هذه الوسائل لم تتوافر فى جانب المستأمن وبقى بالتالى على حكم علاقته الأصلية مع شركة التأمين ، وقد كانت باتفاق هؤلاء الباحثين غرراً وقماراً ومراهنة .

الشبهة الرابعة : بسارة الغرر ، لأنه متوقع غير مفاجىء :

أولا : عرض هذه الشبهة

يرى بعض القائلين أن الغرر فى عقود التأمين غرر يسير بالنسبة لشركة التأمين ، فلا يؤثر فى العقد بالبطلان والمنع ، واستدل هؤلاء الباحثون على

يسارة الغرر بأن شركة التأمين تتوقع هذا الغرر وتقدره ، وتحسب حسابه ، وتعد له ما يكفى لازالة آثاره ، ورفع ضرره عند وقوعه ، فلم يكن من الغرر المربك المفاجىء •

وظاهر من عرض هذه الشبهة أنها تقوم على أساس التفرقة بين الغرر المفاجىء والغرر المتوقع ، واعتبار الأول من الغرر الفاحش الذى يترتب عليه المنع والحظر بخلاف الثانى ، فانه لا يؤثر فى صحة المعاملة .

ثانياً : رد هذه الشبهة

وردنا على هذه الشبهة من وجهين :

(أولهما) : أن اعتبار المفاجأة أو التوقع مناطاً للتفرقة بين الغرر الفاحش والغرر اليسير أمر لا دليل عليه فى الشرع ولا سند له فى أقوال المجتهدين ، فهو قول غريب على الفقه الاسلامى • فلقد ذكرنا تعريفات الفقهاء للغرر الكثير الذى يؤثر فى المعاوضات ، ثم بينا ضابط الغرر اليسير الذى يغتفر فيها ، ولم نجد أحداً من المجتهدين يجعل المفاجأة والتوقع مناطاً للتفرقة بينهما ، فقد قدمنا عن فقهاء المالكية وغيرهم أن ضابط الغرر الذى يغتفر فى المعاوضات ، هو اليسارة وعدم القصد ،وضرورة ارتكابه • فما وجدت فيه هذه العناصر الثلاثة من الغرر ، كان غرراً يسيراً ، لا يؤثر فى صحة المعاوضة وان كان مفاجئاً مربكاً • أما ما لا توجد فيه هذه العناصر من الغرر فهو الغرر الفاحش الذى يترتب عليه المنع والحظر ، وان ثبت أن المتعاقد قد توقع هذا الغرر وحسب حسابه ، وأعد له مايكفى لازالة ضرره، ودفع آثاره ، فبيوت القمار ومحلات الرهان تتوقع الأخطار التى تقدم عليها، وتحسب حسابها ، وتعد لها ما يفى بجبر الخسارة المترتبة على وقوعها بوسائل تشبه تلك الوسائل التى تلجأ اليها شركات التأمين فى حساب الاحتمالات ، ولا يقول أحد بجواز عقد المراهنة والقمار ، ثم ان قصد الدخول فى عقد يعلم المتعاقد ما فيه من غرر وجهالة بحجة أنه قد حسب حساب هذا الغرر وأعد العدة لتلافى آثاره قصد مناقض لقصد الشارع فيبطل ولا يترتب عليه أى أثر •

(وثانيهما) : على فرض تسليم أن الغرر فى عقد التأمين غرر يسير فى جانب الشركة ، لأنها تتوقع هذا الغرر وتحسب حسابه وتعد له ما يفى بجبر ضرره ومحو آثاره ، اعتماداً على حساب الاحتمالات ، والاستعانة فى هذا بقانون الكثرة وقواعد الاحصاء ، اذا سلمنا ذلك فى جانب الشركة لهذا السبب ، فانه يبقى الغرر الفاحش فى عقد التأمين فى جانب المستأمن الذى لا يعمل فى حقه قانون الكثرة ، ولا تفيده الوسائل العلمية لحساب الاحتمالات ، وبالتالى لا يدرى عند التعاقد مع شركة التأمين مقدار ما يعطى ولا مقدار ما يأخذ ، ومن المعلوم أن الغرر فى أحد جانبى المعاوضة يبطلها كما قدمناه عند جميع الفقهاء .

واذا كان أصحاب هذا القول يسلمون بأن عقد التأمين يعد قماراً ومراهنة بالنسبة للمستأمن المعين فى علاقته بشركة التأمين ، لأنه لا يدرى مقدار ما يعطى وما يأخذ ، فان هذا الحكم يبقى لعقد التأمين بالنسبة للمستأمن ، حتى بعد التسليم بقدرة شركات التأمين على توقع الغرر وحسابه ، واعداد ما يفى بمفاجآته ويذهب بضرره ، ذلك أن الوسائل العلمية لتقدير التوقعات وحساب الاحتمالات التى استعانت بها شركة التأمين ، وهى سبب نفى الغرر وعلة تقليله ، لا تعمل فى حق المستأمن ، وليست متوفرة لديه ، فلم تكن علة نفى الغرر فى حق الشركة موجودة فى حق المستأمن المعين . والحكم لا يوجد بدون وجود علته .

الشبهة الخامسة : عقد التأمين لا غرر فيه بالنسبة للمستأمن لحصوله على الأمان مقابل الأقساط :

أولا : عرض هذه الشبهة

يقول بعض المجيزين للتأمين : ان عقد التأمين لا غرر فيه بالنسبة للمستأمن ، لأن الاحتمال فيه معدوم ، ويفسرون ذلك بقولهم : ان المعاوضة فى التأمين بأقساط ، انما هى بين القسط الذى يدفعه المستأمن ، وبين الأمان الذى يحصل عليه بعد العقد ودون توقف على وقوع الخطر المؤمن منه ، فالمستأمن على هذا التصوير يحصل على العوض دائماً ، لأنه عوض محقق

الوجود عند التعاقد ، وليس احتماليا يتوقف على وقوع الخطر المؤمن منه ، ثم يستدلون على جواز بذل المال بطريق التعاقد فى مقابل الحصول على الأمان بقياس عقد التأمين عقد الاجارة للحراسة ، فان المستأجر يبذل الأجرة فى مقابل الحصول على الأمان ، فكذلك المستأمن يبذل الأقساط فى مقابل الحصول على الأمان •

يقول الأستاذ مصطفى الزرقا : « ان الغرر المنهى عنه هو نوع فاحش ، بحيث يجعل العقد كالقمار المحض ، اعتماداً على الحظر المجرد فى خسارة واحد وربح آخر دون مقابل » ثم يستطرد قائلا « فاذا طبقنا هذا المقياس على نظام وعقده ، وجدنا الفرق كبيراً ، أما بالنسبة الى المستأمن فان الاحتمال فيه معدوم ، ذلك لأن المعاضة الحقيقية فى التأمين بأقساط انما هى بين القسط الذى يدفعه المستأمن ، وبين الأمان الذى يحصل عليه ، وهذا الأمان حاصل للمستأمن بمجرد العقد ، دون توقف على الخطر المؤمن منه بعد ذلك، لأنه بهذا الأمان الذى حصل عليه واطمأن اليه لم يبق بالنسبة اليه فرق بين وقوع الخطر وعدمه ، فانه ان لم يقع الخطر ظلت أمواله وحقوقه ومصالحه سليمة ، وان وقع الخطر أحياها التعويض ، فوقوع الخطر وعدمه بالنسبة اليه سيان بعد عقد التأمين ، وهذا ثمرة الأمان والاطمئنان الذى منحه اياهما المؤمن نتيجة للعقد فى مقابل القسط » ثم يستدل سيادته على جواز بذل المال فى مقابل الأمان فيقول : « اننا نجد فى بعض النقود القديمة المتفق بين جميع المذاهب الفقهية على شرعيتها ما يشهد لجواز بذل المال بطريق التعاقد بغية الأمان والاطمئنان على الأموال ، ذلك هو عقد الاستئجار على الحراسة، فالأجير الحارس هنا ، وان كان مستأجراً على عمل يؤديه هو القيام بالحراسة، نجد أن عمله المستأجر عليه ليس له أى أثر أو نتيجة سوى تحقيق الأمان للمستأجر على الشيء المحروس ، واطمئنانه الى استمرار سلامته من عدوان شخص أو حيوان يخشى أن يسطو عليه ، فالحارس ليس لعمله آية نتيجة سوى هذا الأمان الذى بذل المستأجر ماله للحصول عليه ، فكذا الحال فى عقد التأمين يبذل فيه المستأمن جزءاً من ماله فى سبيل الحصول على الأمان من نتائج الأخطار التى يخشاها » •

ثانياً : الرد على هذه الشبهة

وهذه الشبهة باطلة من وجوه تسعة :

الوجه الأول : لا نسلم أن الغرر المنهى عنه هو الذى يجعل العقد كالقمار المحض يعتمد على الخطر المجرد ، فى خسارة واحد وربح آخر دون مقابل ، فان هذا نوع من الغرر الذى ورد فيه النهى ، وهو الغرر فى الحصول، أى فى حصول أصل العوض ، وقد تقدم أن الغرر المنهى عنه كما يقع فى حصول أصل العوض ، يقع كذلك فى قدره ، وفى أجله ، وأن الكل مؤثر فى بطلان المعاوضة باتفاق الفقهاء ، وعلى ذلك فاننا اذا سلمنا جدلا خلو عقد التأمين من الغرر فى حصول أصل العوض ، فاننا لا نسلم خلوه من الغرر فى مقداره وأجله كما سنبينه .

الوجه الثانى : القول بأن المعاوضة فى التأمين تحصل بين القسط الذى يدفعه المستأمن والأمان الذى يحصل بمجرد العقد دون توقف على وقوع الخطر المؤمن فيه قول يخالف الواقع من جهتين :

(أولهما) : أن الذى يظهر من نص القانون وقصد العاقدين ، أن العوض الذى تتعهد شركة التأمين ببذله للمستأمن فى مقابل الأقساط هو مبلغ التأمين ، عند وقوع الخطر ، وليس الأمان المدعى ، وعلى هذا اتفقت كلمة شراح القانون الوضعى ، وجرى العمل فى شركات التأمين .

ومن القواعد المسلمة فى مناهج الاجتهاد أن الحكم على عقد ما بالحل أو بالحرمة يجب أن يؤسس على واقع هذا العقد وحقيقته وما قصد العاقدان ترتيبه عليه من حقوق والتزامات متبادلة ، لا على أمور مفروضة لا سند لها من نصوص القانون ، ولا دليل عليها من قصد العاقدين .

واذا كان للفقيه أن يفترض ما ينافى قصد العاقدين فى عقدهما ثم يصدر حكمه بناء على هذا الفرض ، فانه يكون قد حكم فى عقد غير قائم ، موهماً أن هذا الحكم ينطبق على العقد الموجود .

ثانيهما : أن نصوص القانون صريحة فى أن التزام المؤمن بدفع مبلغ التأمين التزام احتمالى غيرمحقق ، بمعنى أن تحققه يتوقف على وقوع الخطر المؤمن منه ، وهذا ما اتفق عليه شراح القانون وجرت عليه شركات التأمين فى عقودها مع المستأمنين فكيف يحق للفقيه وهو يتصدى لبيان حكم الشرع فى عقد التأمين أن يفترض أن تعهد الشركة تعهد محقق لا احتمال فيه، وأن المستأمن قد حصل على العوض بمجرد العقد دون توقف على وقوع الخطر ، أليس محض تصور وافتراض يناقض نص القانون وعبارة العقد ، وقصد العاقدين ؟

الوجه الثالث : القول بأن العوض الذى منحته الشركة للمستأمن فى مقابل الأقساط هو الأمان والطمأنينة قول يجانب الصواب . ذلك أن قواعد الشريعة ومبادىء القانون تؤكد أن العوض الذى يجوز أخذ المال فى مقابلته يجب أن يكون مالا خرج من ذمة أحد المتعاقدين ، ودخل فى ذمة الآخر ، أو عملا قام به أحد العاقدين لنفع الآخر ، كالحراسة والبناء والتعليم والرعى ونقل البضائع مثلا . وواضح أن الأمان الذى قيل بأن شركة التأمين قد تعهدت ببذله للمستأمنين ليس مالا خرج من ذمة الشركة ودخل فى ذمة المستأمن ، وليس عملا قامت به الشركة لمصلحة المستأمن ، ترتب عليه نفع له ، كالحراسة للأموال المؤمن عليها ، أو الرعاية الطبية للمؤمن على حياتهم مثلا . ذلك أن المتعاقد اذا لم يخرج من ذمته مالا ولم يكلف نفسه عملا ، لا يستحق مقابلا ماليا من المتعاقد الآخر لأنه لم يخسر شيئاً يستحق أخذ العوض عنه .

الوجه الرابع : القول بأن شركه التأمين هى التى تمنح الأمان والطمأنينة للمستأمن فى مقابل الأقساط قول غير صحيح لأن الأمان والطمأنينة كالثقة والأمل والرجاء ، احساس وشعور لا يستطيع أحد من البشر منحه لغيره ، فيكون التعهد بمنحه تعهداً بما لا يقدر المتعهد على الوفاء به فيبطل باتفاق الفقهاء كالتعهد باسعاد شخص أو بمنحه الثقة أو الرجا أو الأمل .

واذا قيل بأن شركة التأمين تقدر على منح الأمان بقدرتها على فعل سببه،

وهو تعهدها بدفع مبلغ التأمين عند وقوع الخطر قلنا : نسلم ذلك ولكنا نقول : ان المقابل للأقساط اذن هو ذلك السبب المقدور ، وهو دفع مبلغ التأمين اذا وقع الخطر •

الوجه الخامس : القول بأن الأمان هو العوض الذى منحته شركة التأمين للمستأجر فى مقابل الأقساط التى يدفعها ، وان التزام الشركة بدفع مبلغ التأمين عند وقوع الخطر نتيجة هذا الأمان وثمرته ، قلب للحقائق ، فالواقع أن شركة التأمين قد تعهدت بدفع مبلغ التأمين للمستأمن عند وقوع الخطر ، فى مقابل تعهده بدفع الأقساط ، وهذا التعهد من جانب شركة التأمين وان كان احتماليا غير محقق هو الذى منح الأمان للمستأمن ، وجعله يحس بالطمأنينةعلى عدم وقوع الضرر ، لأن هذا الضرر لو وقع لعوضته شركة التأمين عنه ، فالحقيقة هى أن تعهد شركة التأمين بدفع مبلغ التأمين عند وقوع الخطر هو سبب الأمان ، وليس نتيجة لمنحه ولا ثمرة للحصول عليه فكان مبلغ التأمين هو مقابل الأقساط ، وكان الأمان ثمرته وغايته •

الوجه السادس : أن قياس عقد التأمين على عقد الحراسة ، فى أن الأمان فى كل منهما يقابل بمال هو الأجرة فى عقد الحراسة ، والأقساط فى عقد التأمين ، قياس فاسد لسببين :

(السبب الأول) : أن الأجرة التى بذلها المستأجر فى عقد الحراسة انما هى فى مقابلة العمل الذى قام به الحارس ، وليس فى مقابل الذى أحس به المستأجر فى مدة الاجارة •

والحراسة عمل له قيمة مالية يبذلها الحارس وتفوت عليه كسباً كان يمكنه الحصول عليه ولو لم يحبس نفسه لحراسة مال المستأجر مدة الحراسة فاستحق عوضاً عن ذلك •

ومما يدل على أن الأجرة فى مقابلة العمل لا الأمان أمور ثلاثة :

(أولها) : أن الحارس يستحق الأجرة المتفق عليها اجماعاً ، ولو فات

الأمان بسرقة المال المحروس أو هلاكه ، لأن العوض المقابل للأجرة هو الحراسة وقد قام بها دون تقصير •

(وثانيها) : أن الحارس يستحق هذه الأجرة اذا قام بالحراسة ، ولو ادعى المستأجر أنه لم يحس قط بالأمان فى مدة حراسته لأن الأجرة فى مقابل الحراسة لا الأمان •

(وثالثها) أن الحارس لا يستحق الأجرة المتفق عليها اذا لم يقم بالحراسة على الوجه المتفق عليه ، ولو وجد الأمان فى جانب المستأجر وسلم المال المحروس ، ذلك أن الأجرة فى مقابلة عمل الحراسة ولم يقم به ، لا فى مقابلة الأمان •

وبذلك ثبت يقينا أن مناط استحقاق الأجرة هو العمل لا الأمان ، فلم يكن مبذولا فيه • فاذا طبقنا هذا على شركة التأمين ، تأكد لنا ما قلناه من أن القياس على عقد الحراسة قياس مع الفارق ، فشركة التأمين لم تقم بالعمل قط فى سبيل منح الأمان كما فعل الحارس ، واذا قيل بأنها قامت بعمل هو تعهدها بدفع مبلغ التأمين عند وقوع الخطر ، قلنا : اذن يكون مبلغ التأمين الذى تعهدت به هو المقابل للأقساط التى تعهد بها المستأمن ، فهناك تعهدان متقابلان فى عقد التأمين : تعهد شركة التأمين بدفع مبلغ التأمين عند وقوع الخطر ، وتعهد المستأمن بدفع الأقساط ، فاذا كان مبلغ الأقساط ــ وهو محل التزام المستأمن ــ هو العوض من جانبه ، كان مبلغ التأمين ــ وهو محل التزام شركة التأمين ــ هو العوض المقابل من جانبها •

أما الأمان فهو غاية المستأمن من عقد التأمين والثمرة التى يحصل عليها من ورائه ، غير أن ثمرة العقد وغايته ليست هى العوض الذى يقابل بالمال فيه ، بل ترتب عليه الأمان وكان سبباً فيه كما تقدم •

السبب الثانى : أن أصحاب هذه الشبهة لم يقولوا بموجب هذا القياس ، ذلك أن موجبه أن شركة التأمين لا تلزم بتعويض المستأمن عند هلاك المال المؤمن عليه فى مدة العقد ، بسبب لا يد لها فيه ، قياساً على الحارس

فانه لا يضمن المال المحروس عند هلاكه فى هذه الحالة ، مادام الأمان هو العوض الذى تعهد ببذله كل منهما ، وقد وفى بالتزاماته من وقت العقد ، ولا خلاف فى ذلك بالنسبة لشركة التأمين عند أصحاب هذه الشبهة ، فانهم يقولون : ان المستأمن قد حصل على الأمان الذى منحته له شركة التأمين من وقت العقد دون توقف على وقوع الخطر ، وأن وقوع الخطر ليس بسبب من جانب الشركة ، غير أنهم لم يقولوا بموجب القياس ،بل ألزموا شركة التأمين بتعويض المستأمن عما لحق المال المؤمن عليه من ضرر نتيجة وقوع الحادث مع أن وقوعه لم يكن بسبب من جانبه ، لأنه وفى بما التزم به من حين العقد ، وهو منح الأمان للمستأمن كما قلنا •

الوجه السابع : اذا سلمنا أن الأمان هو العوض المقابل لأقساط التأمين وأن هذا الأمان حاصل للمستأمن فى الحالين : حال وقوع الخطر وحال عدم وقوعه ، فانه لا يلزم منه نفى الغرر والاحتمال ، بل لازال الاحتمال قائماً والغرر موجوداً ، لأن غاية ما يفيده هو القول بأن المستأمن يعرف عند التعاقد مقدار ما يأخذه فى الحالين ، لأنه يأخذ الأمان فيهما •

اما فى حالة عدم وقوع الخطر فالأمان حاصل له بسلامة أمواله وحقوقه ومصالحه ، واما فى حالة وقوعه فالأمان حاصل له بقيام مبلغ التأمين باحيائها، ويبقى بعد ذلك أن هذا المستأمن لا يعرف عند التعاقد مقدار ما يبذل عوضاً لهذا الأمان ، لأن معرفة هذا المقدار تتوقف على وقوع الخطر أو عدمه وقوعه، فان وقع كان ما بذله من الأقساط فى مقابل الأمان قليلا ، وان لم يقع كان ما بذله منها فى مقابل الأمان كثيراً . ذلك أن الحادث المؤمَّن منه قد يقع بعد دفع قسط واحد فيقوم مبلغ التأمين باحياء الأموال والحقوق والمصالح التى أضيرت من جراء وقوعه ، ويكون المستأمن قد دفع فى هذه الحالة مقابلا للأمان قليلا ، واذا لم يقع الحادث المؤمن منه ، فانه يكون قد دفع الأقساط كلها فى مقابل هذا الأمان ، والنتيجة هى أن المستأمن وان استطاع أن يعرف مقدار ما يأخذ من شركة التأمين فى حالة وقوع الخطر وفى حالة عدم وقوعه ، وأن ما يأخذه هو الأمان فى الحالين ، الا أنه لا يعرف عند التعاقد

مقدار ما يبذل من أقساط فى مقابلة هذا الأمان ، وهو غرر من المقدار يمنع صحة المعاوضة باتفاق المجتهدين كما تقدم .

ولقد قال بعض هؤلاء الباحثين : ان المستأمن يعرف مقدار كل قسط فينتفى بذلك الغرر ، ويندفع الاحتمال ، وهذا غير صحيح ، فان المقابلة للأمان ليس قسطاً واحداً ، بل عدة أقساط ، والمستأمن وان عرف عند التعاقد مقدار القسط ، الا أنه لا يعرف عدد الأقساط التى سيدفعها فى مقابل الأمان، لأن معرفة ذلك تتوقف على وقوع الخطر أو عدم وقوعه .

الوجه الثامن : القول بأن المعاوضة تتم بين القسط الذى يدفعه المستأمن والأمان الذى تمنحه شركة التأمين ، وأن المستأمن لا يبقى لديه بعد حصوله على هذا الأمان فرق بين وقوع الخطر وعدم وقوعه ، فوق أنه محض تصور وخيال ، يناقضه ما قدمناه من أن وقوع الخطر الذى يتوقف عليه حصول المستأمن على مبلغ التأمين ، فى التأمين على الأشخاص قد يكون مرغوباً فيه ، لأنه يعطى المستأمن الحق فى الحصول على مبلغ التأمين ، دون أن يكون هذا المبلغ لازماً لاصلاح ضرر أصابه من جراء وقوع الخطر ، لأنه حادث سعيد كما قلنا ، فى حين أن عدم وقوع هذا الخطر غير مرغوب فيه ، لأنه يفوت على المستأمن أقساط التأمين التى دفعها رغبة فى الحصول على مبلغ تأمين أكبر منها ، ولا يمكن القول والحال كذلك أن عدم وقوع الخطر فى هذه الحالة مصلحة للمستأمن ، لبقاء أمواله ومصالحه وحقوقه سليمة ، فهذا غير صحيح ، لأن القرض أن وقوع الخطر لا يترتب عليه ضرر بهذه الأموال والحقوق ، فوقوع الخطر وعدم وقوعه سواء بالنسبة لهذه الأموال والحقوق والمصالح ، ولكنه ليس كذلك بالنسبة للمؤمن له ، لأن وقوعه يمنحه مبلغ التأمين الذى بذل الأقساط فى مقابلته ، وأملا فى الحصول عليه ، وعدم وقوعه يفقده هذا المبلغ ويجعل الأقساط التى دفعها فى مقابلته خسارة محققة .

وبناء على هذا التصوير الصحيح لا يكون وقوع الخطر وعدم وقوعه سواء ، ولا يكفى القول بأن العوض الذى حصل عليه المستأمن فى مثل هذه

الأحوال هو الأمان من عدم وقوع الخطر ، لأن هذا الخطر على العكس من ذلك ، قد يكون مرغوب الوقوع لما قدمنا ، وهذه بعض نتائج الاغراق فى التصور والخيال عند اصدار الأحكام الشرعية على عقد التأمين الذى تبرمه شركات التأمين مع الأفراد .

ومما يؤكد بطلان القول بأن الأمان هو العوض الذى تمنحه شركة التأمين ويحصل عليه المستأمن ، وأن وقوع الخطر وعدم وقوعه فى نظر هذا المستأمن بعد حصوله على الأمان سواء ، ما يصرح به شراح القانون الوضعى من أن وظيفة التأمين على الأشخاص هى الادخار وتكوين رءوس الأموال لأن المستأمن فى هذه الحالة لا يؤمن من خطر يترتب على وقوعه ضرر ببدنه أو ماله ، ويريد الحصول على مبلغ التأمين لترميم آثاره ، لأنه لو فعل لكان ما أخذه من مبلغ التأمين مساوياً للضرر الذى أصابه دون زيادة ، كما هو الحال فى التأمين على الأشياء ، ولم يؤد التأمين الى ادخار ولا الى تكوين رأس مال ، بل ان المستأمن فى هذه الأنواع من التأمين يعلق الحصول على مبلغ التأمين على حادث احتمالى ، ان وقع كسب مبلغ التأمين ، وهو مبلغ كبير بالنسبة لما دفعه من أقساط ، وان لم يقع خسر ما دفعه من الأقساط دون أن يأمن شيئاً أو يطمئن على شىء ، لأن الفرض أنه ليس هناك ما يوجب الخوف والجزع حتى يدفع الأقساط فى مقابل الحصول على الأمن منه والطمأنينة على عدم وقوعه .

الوجه التاسع : أن الأمان لو كان هو العوض الذى التزمت شركة التأمين ببذله للمستأمن فى مقابل الأقساط لاستحال على شركة التأمين الوفاء بهذا الالتزام ، عند وقوع الخطر المؤمن منه ، وهلاك المال المؤمن عليه ، واستحالة الوفاء بمحل الالتزام التعاقدى ، يترتب عليه فسخ العقد باتفاق شراح القانون الوضعى وفقهاء الشريعة .

ويترتب على هذا الفسخ عدم استحقاق شركة التأمين للأقساط فيما يستقبل من الزمان ، دون التزامها بتعويض المستأمن عما لحقه من خسارة بسبب هلاك المال المؤمن عليه ، لأن فوات الأمان بوقوع الخطر الذى ترتب

عليه هلاك المال المؤمن عليه كان بسبب لا يد للشركة فيه ، فلم تكن مقصرة فى عدم الوفاء بالتزامها الناشىء من العقـد ، وعلى ذلك يكون الزام شركة التأمين بتعويض المستأمن عما هلك من ماله بسبب وقوع الخطر لاسند له لا فى الفقه ولا فى القانون ، اذا جرينا على أن محل التزام شركة التأمين هو منح الأمان فقط ، لأنها منحت المستأمن هذا الأمان بمجرد العقد ، ولم يكن فوات الأمان بسبب وقوع الخطر بتقصير منها حتى نوجب عليها العوض •

الشبهة السادسة : عقد التأمين لا غرر فيه بالنسبة للمستأمن لرضاه بالغرر

اولا : عرض هذه الشـبهة

يذكر بعض القائلين بجواز التأمين أن عقد التأمين لا غرر فيه بالنسـبة للمستأمن ، لأن عملية التأمين بالنسبة له نفع محض ، ان نزل به الخطر ، لأنه يأخذ من شركة التأمين أكثر مما أعطى من الأقسـاط ، وأما اذا لم ينزل به الخطر فى مدة التأمين فانه يكون قد حصل على الأمن فى مقابل ما دفعه مـن أقسـاط يعرف مقدارها ويدفعها طواعية واختياراً ، وبرضا ومسرة بالسلامة التى كان ينشدها طوال مدة التأمين ، وذلك ما لا يجتمع معه غبن ولا غرر •

ثانياً : رد هـذه الشـبهة

ويجاب عن هذه الشبهة بأجوبة ثلاثة :

الجواب الأول : ان القول بأن الأمان هو العوض الذى يحصـل عليـه المستأمن فى مقابل أقساط التأمين ، فوق أنه محض تصور وافتراض ينـافى ما ظهر من قصد العاقدين فى العقد ، فهو قول غير مسلم ، لأن الأمان ليس مالا يخرج من ذمة شركة التأمين ، ويدخل فى ذمة المستأمن فيزيد من عناصرها الايجابية ، وليس عملا تقوم به شركة التأمين لمصـلحة المستأمن كالحراسة مثلا ، وهو فوق ذلك احساس وشعور لا تملكه شركة التأمين ، ولا تستطيع بثه فى نفس المستأمن ، وقد تكلمنا فى ذلك مفصلا فيما تقدم •

الجواب الثانى : ان الاستدلال على نفى الغرر فى عقد التأمين بالقول بأن المستأمن يأخذ أكثر مما أعطى فى حالة وقوع الخطر ، ويأخذ الأمان فى مقابل

الأقساط فى حالة عدم وقوع الخطر ، مع التسليم بأن الأمان يصلح عوضاً ماليا فىعقد التأمين ، وأنه يقابل الأقساط ويساويها ، استدلال ينتج نقيض المقصود ، ذلك أن المستأمن على هذا القول لا يدرى عند التعاقد ان كان سيأخذ أكثر مما أعطى أم لا يأخذ الا مقدار ما أعطى فقط ، وهو الأمان من وقوع الضرر ، اذ أن معرفة ذلك تتوقف على وقوع الخطر أو عدم وقوعه ، فان وقع الخطر أخذ المستأمن أكثر مما أعطى ، وان لم يقع أخذ مقدار ما أعطى فقط (لأننا فرضنا جدلا أن الأمان يقابل الأقساط ويساويها) وهذا هو الغرر ، وبعبارة أوضح : اذا وقع الخطر بعد أن دفع المستأمن قسطاً واحداً مثلا فانه يأخذ مبلغ التأمين وهو أكثر من القسط قطعاً ، وأما اذا لم يقع الخطر فانه يكون قد دفع الأقساط كلها فى مقابل الأمان من وقوع الضرر بأمواله وحقوقه ومصالحه ، فهو يحصل على الأمان فى الحالين ، فى حالة عدم وقوع الخطر ، وذلك ببقاء أمواله ومصالحه سليمة ، وفى حالة وقوعه ، بقيام التأمين باحياء ما هلك من هذه الأموال والحقوق والمصالح ، غير أن ثمن الأمان أو مقابله ليس واحداً فى الحالين ، فهو فى حالة عدم وقوع الحادث المؤمن منه أكثر منه فى حالة وقوعه ، لأن المستأمن يدفع جميع الأقساط فى مقابل الأمان فى حالة عدم الوقوع ، ويدفع قسطاً واحداً أو أكثر فى مقابله فى حالة الوقوع • فيكون مقدار العوض الذى يبذله فى الحصول على الأمان غير معروف عند التعاقد ، وهو غرر فى المقدار يبطل المعاوضة كالغرر فى الحصول على ما قدمنا •

الجواب الثالث : لا نسلم أن الغبن والغرر لا يجتمعان مع الرضى والطواعية والاختيار والمسرة ، فمن المبادىء المسلمة عند جميع المجتهدين أن الرضا بالغرر فى المعاوضة لا يصححها بدليل أن المقامر والمرهن ومن يشترى الحمل فى بطن أمه ، وضربة القانص ، راض بالمعاوضة مختار للغرر والجهالة، ومع ذلك فهذه معاوضات باطلة باجماع ، والصحيح أن صحة المعاوضة تناط بالأمرين معا الرضا بالمعاوضة وخلوها عن الغرر والجهالة ، فاذا انتفى واحد منهما فى المعاوضة بطلت ، وان وجد الآخر • ولقد تقدم القول بأن العلم بمحل التعاقد شرط فى صحة الرضا به ، وأن الرضى بما لا يعرفه الراضى الذى يعتد به فى نظر الشرع وان سمى رضى فى الظاهر •

المطلب الثانى : الشبهة الواردة على دليل القمار والمراهنة

قدمنا أن الدليل الثانى على تحريم العقود التى تبرمها شركات التأمين هو أن هذه العقود تتضمن القمار ، والمراهنة ، ولما كان كل من القمار والمراهنة حراماً باتفاق الفقهاء كانت عقود التأمين كذلك •

ولما كانت المقدمة الثانية من هذا الدليل وهى أن عقود القمار والمراهنة حرام مسلمة بالاتفاق عند الفقهاء ، فاننا لم نشغل أنفسنا بالاستدلال عليها • أما المقدمة الثانية من هذا الدليل ، وهى أن عقود التأمين تتضمن القمار والمراهنة فقد أثبتناها بأمرين :

(اولهما) : دخول عقود التأمين تحت تعريف كل من القمار والمراهنة، وهذا يعنى أن حقيقة هذه العقود واحدة •

(وثانيهما) : توافر الخصائص الجوهرية لعقود المغامرة والرهان فى عقود التأمين ، وقد اعترض القائلون بجواز عقود التأمين على المقدمة الثانية من هذا الدليل ، وهى أن عقود التأمين تعد قماراً ومراهنة ، بعدة شبه تقوم كلها على أساس واحد ، وهو وجود الفارق المؤثر بين عقود التأمين من جهة، وعقود القمار والمراهنة من جهة أخرى • وسوف نذكر هذه الشبه ثم نجيب عليها واحدة واحدة :

الشبهة الأولى

اولا : عرض هذه الشبهة

حاصل هذه الشبهة هى أن المراهنة كالقمار لعب بالحظوظ تضيع فى التلهى به أوقات المقامر والمتراهن ، فيقتل بذلك فاعليته ونشاطه •

ثانياً : رد هـــذه الشـــبهة

والرد على هذه الشبهة هو أن اللعب والتلهى وضياع الوقت ليس هـو الوصف المؤثر فى الحكم . فتحريم الشارع للرهان والمقامرة ليس لما فيهما من لعب وتلهية وضياع للوقت ، فهذه كلها حكم النهى ، أما سبب التحـريم وعلته فهو أن كلا من المتراهنين أو المقامرين لا يعرف عند التعاقد مقـــدار ما يعطى وما يأخذ ، لأن ذلك يتوقف على حادث احتمالى فنتيجة العقد اذن خسارة فى جانب وكسب فى جانب آخر .

ومما يدل على أن العلة فى تحريم القمار والمراهنة هى الاحتمال والغرر ، وليس اللعب والتلهى وضياع الوقت أمران :

(أولهـما) : أن المجتهدين يقررون بطلان صور من المعاملات على أنها قمار ومراهنة وليس فيها مجال للعب والتلهى وتضييع الوقت ، بل لما فيهـا من احتمال الربح فى جانب والخسارة فى جانب آخر ، أى لما فيها من الغـرر والاحتمال ، فلو كان اللعب والتلهى وضياع الوقت هو العلة أو جزء العلة لما حكموا ببطلان هذه المعاوضات وعللوا البطلان بما فيها من قمار ومراهنة ، واليك بعض هذه العبارات :

يقول ابن عابدين صاحب الحاشية على مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه : « وفى الفتح أن البيع بالرقم فاسد ، لأن الجهالة تمكنت منه فى صلب العقد ، وهى جهالة الثمن بسبب الرقم وصارت بمنزلة القمار للخطر الذى فيه أنـه سيظهر كذا وكذا ، وجوازه فيما اذا علم فى المجلس بعقد آخر هو التعاطى كما قاله الحلوانى » .

ويقول أيضاً عند ذكر البيوع الفاسدة : « وضربة الغائص والملامسـة والمنابذة ، والقاء الحجر ومعنى النهى ما فى كل من الجهالة وتعليق التمليك بالخطر ، فانه فى معنى : اذا وقع حجرى على ثوب فقد بعته منك أو بعتنيه بكذا ، أو اذا لمسته أو نبدته ، وهى بيوع الجاهلية ، فكانت قماراً بسبب تعليق التمليك بأحد هذه الأفعال » .

وجاء فى فتح البارى بعد ذكر الصور المختلفة لبيوع الجاهلية من الملامسة والمنابذة : فهذا من أبواب القمار •

ويقول ابن رشد المالكى : « وأما بيع الحصاة فكانت صورته عندهم أن يقول المشترى : أى ثوب وقعت عليه الحصاة من يدى فقد وجب البيع ، وهذا قمار » ثم يقول بعد ذكر بقية بيوع الجاهلية كالملامسة والمنابذة والمضامين والملاقيح ، « فهذه كلها بيوع جاهلية متفق على تحريمها ، وهى محرمة من تلك الأوجه التى ذكرناها ، أى القمار وجهالة الأجل •

وجاء فى الفروع : « وجوز شيخنا بيع الصفة والسلم حالا ان كان فى ملكه قال : وهو المراد بقوله صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام : لا تبع ما ليس عندك • فلو لم يجز السلم حالا لقال : لا تبع هذا سواء كان عنده أو لا ، وأما اذا لم يكن عنده ، فانما يفعله لقصد التجارة والربح ، فيبيعه بسعر ، ويشتريه بأرخص ويلزمه تسليمه فى الحال ، وقد يقدر عليه وقد لا • وقد لا تحصل له تلك السلعة الا بثمن أعلى مما تسلف فيندم وان حصلت بسعر أرخص من ذلك ندم المسلف ، اذ كان يمكنه أن يشتريه هو بذلك الثمن فصار هذا من نوع الميسر والقمار والمخاطرة ، كبيع الآبق والبعير الشارد يباع بدون ثمنه ، فان حصل ندم البائع وان لم يحصل ندم المشترى، وأما مخاطرة التجارة فيشترى السلعة بقصد أن يبيعها بربح ويتوكل على الله تعالى فى ذلك ، فهذا الذى أحله الله » •

فهذه النصوص جميعها تدل على أن المقامرة تدخل فى البيوع ، وهى جد لا لعب فيه ، لأن مناط التحريم فى المقامرة هو الاحتمال والخطر الذى يجعل أحد المتعاقدين كاسباً والآخر خاسراً ، لا اللعب والتلهى وضياع الوقت، وان كانت هذه مفسدة تترتب على القمار غالباً •

(وثانى الأمرين) : اللذين يدلان على اللعب والتلهى وضياع الوقت ليس هو مناط النهى فى القمار والمراهنة أن أحداً من المجتهدين لا يقول بأن ما اشتمل على اللعب والتلهى وضياع الوقت من التصرفات التى لا ربا فيها ولا غرر قمار ومراهنة أو تحرم حرمة القمار والمراهنة لاشتراكها فى

علة الحكم ، وهى اللعب والتلهى وضياع الوقت ، فالعلة التى يدور معها الحكم فى الرهان والمقامرة وجوداً وعدماً هى ما فيهما من الاحتمال فى كسب أحد العاقدين ، وخسارة المتعاقد الآخر .

الشبهة الثانية : أن القمار والمراهنة آفات خلقية وأدوات اجتماعية وشلل للقدرة المنتجة فى الانسان :

اولا : عرض هذه الشبهة

يقول أصحاب هذه الشبهة : ان القرآن الكريم وصف القمار بأنه حبالة من حبائل الشيطان ووسيلة من وسائله ، يوقع بها بين الناس العداوة والبغضاء ويلهيهم بها عن ذكر الله وعن الصلاة « وهذه آفات خلقية وأدواء اجتماعية وشلل للقدرة المنتجة فى الانسان » وليس فى عقد التأمين شىء من ذلك .

ثانياً : الرد على هذه الشبهة

والرد على هذه الشبهة هو أن ايقاع العداوة والبغضاء بين الناس والصد عن ذكر الله وعن الصلاة ،وشلل القدرة المنتجة فى الانسان بضياع أوقاته فى القمار ، وغير ذلك من الآفات الخلقية والأدواء الاجتماعية ، كل هذه حكم للنهى عن القمار والمراهنات ، وبيان للمفاسد والمضار المترتبة عليهما ، وليست علة التحريم أو الوصف الذى يناط به النهى ، فالوصف المؤثر فى التحريم والنهى هو الغرر ، والاجتماع ، الذى يترتب عليه كسب أحد العاقدين وخسارة الآخر ، فهذا هو الوصف الذى يدور معه الحكم وجوداً وعدماً ، فاذا وجد احتمال الكسب فى جانب والخسارة فى جانب آخر فى المعاملة حرمت ، ولن يترتب عليها عداوة ولا بغضاء ، واذا وجدت العداوة والبغضاء مع معاملة لا غرر فيها ولا احتمال فانها لا تكون قماراً ولا يطبق فى شأنها حكم القمار .

والدليل على ذلك أن المجتهدين متفقون على أن القمار حرام وان لم يصد المقامرين عن ذكر الله وأداء الصلاة ، وهل يجوز القمار اذا نظمت بيوته بطريقة لا تضيع وقت المقامرين كما هو واقع الآن ، بحيث يستطيع المقامر

أو المتراهن أن يدخل فى المقامرة أو الرهان بمكالمة تليفونية (هاتفية) لا تأخذ أكثر من دقيقة واحدة ، فليس على المتراهن الا أن يقول : أراهن على الحصان فلان مثلا بعشرة جنيهات ــ اذا أراد المراهنة فى سباق الخيل ــ ان هــذا المراهن لا يضيع فى ذلك وقته ، ولا يتلهى به عن أداء عمله أو أعماله ، ولا تصده هذه الكلمة عن ذكر الله وأداء الصلاة ، ومع ذلك فان هذه المراهنة حرام بلا ريب ولا مراء •

ان هذه المفاسد تحصل غالباً فى عقود الرهان والمقامرة ، ولكن التحريم يثبت لهما فى الحالات التى تتخلف فيها هذه المفاسد لوجود احتمال الكسب لأحد العاقدين والخسارة للآخر ، وهو أكل لمال الغير بالباطل ، فالنهى عــن الزنا وتوقيع العقاب على الزانى لصــيانة الأنســاب ، لأن الزنا يؤدى الى مفسدة اختلاطها ، ولم يقل فقيه قط بقصر التحريم فى الزنا على الحــالات التى يؤدى فيها الى ذلك ، بخلاف الحالات التى يثبت فيها يقيناً عدم اختلاط النسب كأن تكون المزنى بها صغيرة أو كبيرة لا تنجب أو استعملت مانعــاً من موانع الانجاب •

والربا حرام لما يؤدى اليه من قعود المرابى عن العمــل والانتــــاج ، واستغلال حاجة الفقير والمحتاج ، ولم يقل أحد : ان الحكم يدور مع هذه الحكم وجوداً وعدماً ، بل يدور مع العلة للربا المعروفة المحددة عند جميــع الفقهاء ، فاذا كان الله عز وجل يقول : « انما يريد الشيطان أن يوقع بينــكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة » [1] فهل يقول مجتهد : ان الخمر تحل اذا انتفت العداوة والبغضاء ، ولم يحصل بها صد عن ذكر الله وعن الصلاة ؟ ان الخمر تحرم على كل حال ، لما فيهــا من اسكار يفسد العقول ، سواء ترتب على الاسكار العــداوة والبغضــاء أم لا ، وسواء صد الاسكار عن ذكر الله وعن الصلاة أم لا ؟ وكذلك الحــال فى الميسر فانه يحرم لما فيــه من أكل أموال الناس بالباطل دون مقابل مــن مال يخرج من ذمة ويدخل فى ذمة أخرى ، أو عمل جهــد يبذله المقــامر أو

---

(١) سورة المائدة : ٩١

المتراهن ، ولو نظمت صالات القمار وبيوت الرهان ، واستعملت فى هـذا التنظيم وسائل العلم الحديث ، بحيث لا يضيع فى الرهان والقمـار وقت ، ولا توجد بين المتراهنين أو المقامرين عداوة ولا بغضاء لأنه (لا يعرف بعضهم بعضاً حتى يكن له هذه العداوة وتلك البغضاء) فان التحـريم يبقى والنهى يستمر لأن علة التحريم علة اقتصادية وهى الدخول فى المعاوضة على أساس الغرر والاحتمال ، بحيث تكون نتيجتها ربحاً فى جانب ، وخسارة فى جانب آخر ، يترتب عليه عداوة وبغضاء ، وكون الاشتغال بها يصد عن ذكر الله وعن الصلاة ، ويضيع الوقت بدلا من التوجه الى الانتاج أمر غالب ، لكنه ليس المناط الذى يناط به الحل والحرمة ، لأنه ليس وصفاً ظاهراً منضـبطاً تدور معه الأحكام .

ان أحداً من المجتهدين لا يقول بأن مـن شرب الخمـر أو لعب الميسر لا يترتب على فعله حرمة ، ولا نحكم عليه بالعقاب فى شرب الخمر ولا بالبطلان فى عقد الميسر الا اذا ثبت أن هناك عداوة وقعت ، أو صلاة تركت أو ذكـراً واجباً فات .

والخلاصة أن أداء الميسر الى العداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله وعن الصلاة وضياع الوقت فى التلهى به ، وعدم أداء التأمين الى ذلك ليس فارقاً مؤثراً فى الحكم ، لأنه ليس علة التحريم فى عقود الرهان والمقامرة ، وانمـا العلة ما فى هذه العقود من غرر واحتمال وخسارة فى جانب وكسب فى الجانب الآخر . وهذه العلة موجودة فى عقود التأمين كما قدمنا ، ولا يغير من هذا الحكم أن القمار والمراهنة تترتب عليهما مـن المفاسـد والآفات والأضرار ما لا يترتب على عقود التأمين ، لأن الاشـتراك فى العـلة يكفى ، ولا يضر الاختلاف فى الحكمة المترتبة على الحكم .

الشبهة الثالثة : عقد التأمين يقوم على أساس ترميم آثار الكوارث

أولا : عرض هذه الشـبهة

يقول أصحاب هذه الشبهة : ان عقد التأمين يقوم على أسـاس ترميم الكوارث التى تصيب الانسان فى نفسه أو ماله فى مجال نشـاطه العملى ،

ومن ثم فان التأمين يمنح المستأمن الأمان من أضرار هذه الكوارث قبل وقوعها ، بخلاف عقدى القمار والمراهنة فليس فيهما ترميم لآثار المخاطر بعد وقوعها ولا أمان من أضرارها بعد الوقوع •

وهذا الفارق يرجع الى أن الخطر الذى يتوقف عليه حصول المستأمن على مبلغ التأمين كارثة يترتب عليها ضرر ببدن المستأمن أو ماله ، ومن ثم يكون مبلغ التأمين لازماً لترميم آثارها ، أما الخطر الذى يتوقف عليه حصول المقامر أو المتراهن على مبلغ القمار والمراهنة ، فانه لا يترتب على وقوعه ضرر بمال المقامر أو المتراهن أو بدنه ، ومن ثم لم يكن مبلغ القمار أو المراهنة لازماً لترميم آثاره ، فهذا فارق مؤثر يمنع من قياس عقد التأمين على عقدى القمار والمراهنة عند أصحاب هذه الشبهة •

ثانياً : رد هذه الشبهة

وردنا على هذه الشبهه هو أن الأمان من أضرار الكوارث قبل وقوعها وترميم آثارها بعد الوقوع أمر لا يؤثر فى المعاوضة بالحل والتحريم لأمور :

(أولها) : أن توقع الضرر من حادث معين لا يجيز لمن توقع هذا الضرر أن يعقد معاوضة محرمة لما تنطوى عليه من ربا أو غرر أو قمار ، بغية اصلاح هذا الضرر ، لأن الشارع وان أوجب عليه أن يتوقى المخاطر ، وأن يعد العدة لتلافى آثار ما يتوقعه منها ، الا أنه بين الوسائل التى تؤدى الى هذه الغاية ، وهى الأسباب الجائزة ، ولم يبح الوصول الى هذه الغاية ، وهى الأسباب الجائزة ، ولم يبح الوصول الى هذه الغاية بوسيلة محرمة ، كالمعاوضات التى تنطوى على الغرر والقمار •

ان من الأصول المسلمة فى الشريعة الاسلامية ، أن الغايات والمقاصد المشروعة لا يجوز الوصول اليها وتحصيلها بالطرق الحرام ، بل يجب أن يحقق المقصد الشرعى بالوسيلة الشرعية ، دون الوسيلة المحرمة ، فترميم آثار الأخطار وجبر ما تجره على الناس من أضرار أمر يتفق مع مقاصد الشارع العامة ، ولكن هذا الترميم ، وذلك الجبر يجب أن يكون بالوسائل

المشروعة ، وليس عقد التأمين واحداً منها لما ينطوى عليه من غرر وخطر كما بينا آنفاً •

ان سلوك الوسيلة المحرمة لتحقيق المقصد المشروع يفوت مقصداً شرعيا آخر ، والشارع قاصد تحقيق جميع مقاصده ، ولقد شرع سبحانه من المعاملات وسن من الأحكام والطرق ما يكفى لتحقيق جميع مقاصده ، بحيث اذا منع طريقاً أو سد سبيلا لمقصد شرعى فتح لتحقيق هذا المقصد طرقاً ووسائل أخرى جائزة ، وتكون النتيجة اذن هى أن الوسائل المشروعة تكفى لتحقيق جميع المقاصد الشرعية دون تفويت واحد منها •

فجميع المدخرات واستثمارها مثلا مقصد مباح وهدف حلال ، ولكن لا يجوز تحقيق هذا المقصد ، والوصول الى ذلك الهدف عن طريق المصارف التى تقوم على أساس نظرية الفائدة ، بل على أساس شركات المساهمة ، أو عقود القراض مثلا ، وتبادل الأموال مقصد مشروع ، ولكن هذا التبادل يجب أن يتم بمعاوضات لا تنطوى على ربا أو غرر ، وبقاء النسل ، واشباع الغريزة مقصد مشروع ، ولكن تحقيقه يجب أن يتم بطريق الزواج ، واذا فرض أن مقصداً شرعيا لا يتحقق فى بعض الظروف والأحوال الطارئة غير العادية الا بوسيلة غير جائزة ، فان باب الرخص وقاعدة الضرورة تعمل فى مثل هذه الأحوال ، على أن الضرورة تقدر بقدرها ، والرخصة ترتفع بارتفاع أسبابها وهى الظروف والأحوال التى أباحتها •

ومن المقطوع به أن أهداف التأمين ومقاصده من التعاون والتضامن بين الناس على تفتيت آثار المخاطر التى قد تحل بأحدهم وتوزيع الأضرار التى تنتج هذه المخاطر بين عدد كبير من الناس ، يمكن تحقيقها بوسائل مشروعة، كالتأمين التبادلى والاجتماعى ، اذا وسعت دائرة هذين النوعين من التأمين ، واتجهت الوسائل العلمية والعملية الى تنظيمهما على شكل يحقق هذه المقاصد •

ثم ان الشريعة جاءت بنظام محكم وأحكام عادلة فى مجال التضامن والتكافل والتعاون • فالدولة فى نظر الاسلام تلتزم بتأمين القادر على العمل

بتوفير فرص العمل الكريمة له ، وبتأمين العاجز عنه باعطائه ما يكفيه مأكلا ومشرباً وملبساً ومركبا ومسكنا ، كما يقول بعض المجتهدين • فليس التأمين الذى تقوم به الشركات فى نظرنا هو الوسيلة الوحيدة لتحقيق مقاصد الشرع من التعاون والتضامن ، كما أن هؤلاء الذين يلجأون الى هذه العقود ليسوا فى حالة ضرورة تلجئهم الى ارتكاب الغرم الحرام •

(ثانيها) : أن الوصف وهو ترميم آثار المخاطر قد يوجد فى المعاوضة ويتخلف الحكم بالجواز عنه ، فالمقامرة والرهان يمنعان شرعاً ولو ترتب عليهما ترميم آثار المخاطر ، واصلاح ما تجره هذه المخاطر على المقامر أو المتراهن من أضرار ، فاذا كان الحادث الذى يتوقف عليه استحقاق المقامر أو المتراهن لمبلغ القمار أو المراهنة كارثة تصيب كلا منهما بضرر فى بدنه أو ماله ، كالحرق والغرق مثلا ، فان المراهنة على وقوعها وعدم وقوعها تكون حراماً بدون نزاع ، فلو أن شخصاً قال لآخر : اذا غرقت بضاعتك دفعت لك عشرة آلاف ريال ، وان سلمت دفعت لى مثل هذا المبلغ أو أقل ، لكان هذا الاتفاق رهاناً محرماً باتفاق ، مع أن مبلغ التأمين قد قصد به ترميم آثار كارثة الغرق فى هذه الحالة ، فهنا يتخلف الحكم ، وهو جواز المعاوضة مع وجود الوصف وهو ترميم آثار الكوارث •

(ثالثها) : ان أصحاب هذه الشبهة من علماء الشريعة وشراح القانون الوضعى يسلمون بأن عقد التأمين يعد قماراً ومراهنة ، اذا عقد مع مستأمن واحد أو عدد قليل منهم ، مع أن العقد فى هذه الحالة يقصد به ترميم آثار الكارثة التى علق عليها استحقاق مبلغ التأمين وهذا يعنى أن ترميم آثار الكوارث ليس وصفاً مؤثراً فى جواز المعاملة اذا وجدت علة التحريم بأن تضمنت الغرر أو دخلت تحت القمار والمراهنة ، فالوصف ــ وهو ترميم آثار الكوارث ــ موجود فى هذه المعاملة ، غير أن الحكم وهو جواز المعاملة قد تخلف عنه ، فدل وجوده وتخلف الحكم عنه على أنه وصف غير مؤثر لا يصلح للفرق ، فلم يمنع ثبوت حكم الأصل فى الفرع •

(رابعها) : أن أصحاب هذه الشبهة يسلمون بجواز عقود التأمين فى حالات

لا يقوم فيها التأمين بترميم آثار الكوارث ، بل لا يقصد به فيها الا الادخار، وتكوين رءوس الأموال ، كالتأمين على الأشخاص فى كثير من حالاته ، فالمستأمن أو ورثته يستحق مبلغ التأمين كاملا فى حالات التأمين على الحياة، فى جميع الحالات ، أى سواء أصابه ضرر يكون مبلغ التأمين لازماً لاصلاحه أم لا ؟ • بل ان المستأمن يستحق هذا المبلغ ولو كان الخطر المؤمن منه من الحوادث السعيدة التى يحبها الانسان ويتمنى وقوعها ، كالتأمين على الحياة لحالة البقاء وتأمين الزواج والأولاد •

ففى التأمين على الحياة لحالة البقاء مثلا ، يستحق المستأمن مبلغ التأمين اذا بقى حيا فى مدة معينة ، وبقاؤه حيا الى هذه المدة أمر يحبه ولا يخشاه ، لأنه لا يترتب على وقوعه ضرر ، بل ان هذا الوقوع يفيده ، لأنه يحصل به على مبلغ التأمين ، دون أن يكون هذا المبلغ لازماً لاصلاح ضرر أصابه من جراء وقوع الخطر • فليس للتأمين هنا شأن بترميم آثار الكوارث ، اذ لا كارثة هنا يحتاج المستأمن الى الأمن من أضرار وقوعها ، وترميم هذه الأضرار بعد الوقوع ، ففى هذه الحالات من التأمين ينتفى وصف ترميم آثار الكوارث بعد وقوعها ، والأمن من ضررها قبل الوقوع ، ويبقى الحكم وهو جواز التأمين على رأى أصحاب هذه الشبهة ، ولذلك وجدنا شراح القانون الوضعى يصرحون بأن شرط المصلحة فى هذه الأنواع من التأمين ليس لازماً ، ويعنون بذلك أنه ليس بشرط فى صحة عقد التأمين أن تكون للمستأمن مصلحة فى عدم وقوع الخطر ، بل ان عقد التأمين يصح ولو كانت له مصلحة فى هذا الوقوع ، لأن هذا الوقوع فوق أنه لا يصيبه بضرر ما بل قد يجر له نفعاً ، فانه يمكنه من الحصول على مبلغ التأمين ، وهذا هو القمار والرهان بعينه ، فالحادث الذى يتوقف عليه استحقاق مبلغ التأمين حادث سعيد ، لا يترتب عليه ضرر بالمستأمن بحيث يحتاج لمبلغ التأمين فى اصلاحه وترميم آثاره ، فالمستأمن هنا كالمقامر والمراهن يتمنى وقوع الحادث ولا يخشاه ، لأن وقوعه يسبب له ربحاً خالصاً دون خسارة وعدم وقوعه يسبب له خسارة خالصة دون ربح •

(خامسها) : ما تقدم من أن الأمان الذى يمنحه عقد التأمين للمستأمن

وصف غير معتبر فى افادة الحل ، لأنه لم ينف عن عقد التأمين وصف الغرر ، فهو وصف غير مؤثر لأن تأثيره يتوقف على اعتباره عوضاً يقابل بالمال ، حتى يصح دفع الأقساط فى مقابلته عند عدم وقوع الحادث المؤمن منه فى مدة العقد • ولقد تقدم أن الأمان الذى يدعى أن شركات التأمين تمنحه للمستأمنين ليس عوضاً ماليا يقابل بالمال ، لأنه ليس مالا يخرج من ذمة شركة التأمين ويدخل فى ذمة المستأمن ، حتى تعوض عنه بالأقساط ، وليس عملا وجهداً تبذله الشركة حتى تكون الأقساط أجراً لهذا العمل ، بل ان الأمان والطمأنينة شعور واحساس لا يقدر على منحه للناس الا خالق الناس ، وكل ما تستطيع شركة التأمين فعله هو تعهدها بدفع مبلغ التأمين عند وقوع الكارثة فى مقابل الأقساط ، وقد تقدم أن هذا هو الغرر والاحتمال والقمار بعينه •

واذا كان مثل هذا الشعور والاحساس يصلح عوضاً يقابل بالمال ، وله تأثير فى الحل والتحريم ، فاننا نقول : ان عقود المراهنة والقمار تبعث فى نفس المقامر والمتراهن الأمل فى الحل والتحريم ، فاننا نقول : ان عقود المراهنة والقمار تبعث فى نفس المقامر والمتراهن الأمل فى الحصول على ربح دون خسارة ، فهذا الأمل فى الربح هو الباعث الدافع له على الدخول فى الرهان أو المقامرة ، فاذا لم يكسب الرهان أو المقامرة فقد عاش فى هذا الأمل ، ونعم به وقتا من الزمن ، وأن من يشترى القمار قبل بدو الصلاح ، ومن يشترى ضربة القانص ، ورمية الصائد يدفع الثمن فى مقابل الأمل فى أن يحصل على أكثر مما دفع ، لأنه يدفع ثمناً بخساً عادة فى مثل هذه المعاوضات، أفلا يكون هذا الأمل عوضاً ماليا ، يقابل بالمال ثم يقال : اذا اجتاحت الثمار آفة أو لم يخرج فى الشبكة صيد فقد نعم بالأمل الذى منحه له البائع •

* * *

المطلب الثالث : الشبهات الواردة على دليل الربا

قلنا فى الدليل الثالث على حرمة العقود التى تبرمها شركات التأمين : ان هذه العقود تتضمن الربا بنوعيه ، ربا الفضل وربا النسيئة من وجوه ثلاثة :

(الوجه الأول) : أن عقد التأمين هو اتفاق بين شركة التأمين والمستأمن على أن يدفع المستأمن مبلغاً من المال فى مقابل أن ترد اليه شركة التأمين عند وقوع الخطر مبلغاً آخر ، فكان بيع النقد بالنقد الى أجل ، وهو النسىء عند التساوى ، فان كان المؤجل أكبر انضم الى ربا النَّساء ربا الفضل أيضاً •

(ثانيها) : أن عقد التأمين على الحياة لحالة البقاء يتضمن تعهد الشركة بأن ترد للمستأمن فى حالة بقائه حيا الى المدة المحدد فى العقد الأقساط التى دفعها مدة العقد ، مضافاً اليها فائدة ربوية فيكون رباً •

(ثالثها) : أن أكثر العمليات التى تمارسها شركات التأمين تقوم على أساس الربا فهى تستثمر أموالها فى سندات بفائدة ، وتقرض منها بضمان وثيقة التأمين بفائدة • وتشترط على تأخير دفع الأقساط فائدة ، والعقد اذا تضمن شرط الربا بطل •

وقد أورد القائلون بجواز التأمين بعض الشبهات على هذا الدليل ، ونحن نوردها كما ذكروها ثم نتولى الاجابة عليها :

الشبهة الأولى

اولا : عرض هذه الشبهة

« اننا نتكلم فى التأمين من حيث هو نظام قانونى ، ولا نتكلم فيما تقوم به شركات التأمين من أعمال وعقود أخرى مشروعة أو ممنوعة ، واذا وجدنا

أن قواعد الشريعة ونصوصها لا تقتضى منع التأمين ، فانما نحكم بصحته من حيث كونه نظاماً يؤدى بمقتضى فكرته الأصلية وطريقته الفنية الى مصلحة مشروعة ، وحكمنا بالمشروعية على النظام ذاته ليس معناه اقرار جميع الأساليب التعاملية والاقتصادية التى تلجأ اليها شركات التأمين » .

فصاحب هذه الشبهة يسلم ببطلان عقود التأمين لاشتمالها على الربا لكنه يرى أن هذا الدليل فى غير محل النزاع ، ذلك أن النزاع فى نظره انما هو فى التأمين من حيث هو نظام قانونى ، وليس فيما تقوم به شركات التأمين من أعمال وعقود أخرى ممنوعة أو مشروعة .

ثانياً : رد هـذه الشـبهة

والجواب عن هذه الشبهة من وجهين :

(أولهما) : ما تقدم غير مرة من أن الفقيه انما يحكم على التأمين باعتباره عقداً أبرمته شركة التأمين مع المستأمن ، على أساس ما أنشأه هذا العقد من علاقة وما رتبه من حقوق وواجبات متبادلة بين طرفيه ، ولا يحكم على التأمين من حيث كونه نظاماً يؤدى بمقتضى فكرته الأصلية وطريقته الفنية الى مصلحة مشروعة ، فالتأمين من حيث كونه نظرية ونظاماً يقصد به التعاون والتضامن لا غبار عليه من الوجهة الشرعية ، غير أن هذا لا يستلزم جواز تحقيق هذه النظرية أو تطبيق هذا النظام بعقود ووسائل محرمة لاشتمالها على الربا المحرم شرعاً ، فالمصلحة المشروعة لا ينبغى أن تحصل بطريق غير مشروع ، وهل يمكن للفقيه أن يحكم على عقود الربا التى تبرمها المصارف التى تقوم على الفائدة الربوية بالجواز ، لأن النظام المصرفى يؤدى الى تجميع المدخرات واستثمارها فيما يعود على الأمة الاسلامية بالرخاء بحجة أن هذه مصالح مشروعة ، وهل القول بأن تبادل الأموال مصلحة شرعية ، يعنى جواز تحقيق هذه المصلحة بالمعاوضة على الثمار قبل أن تخلق ، والحمل قبل أن يولد وضربة القانص ورمية الصائد ؟ .

ان صاحب هذه الشبهة يسلم بحرمة العقود التى تبرمها شركات التأمين

لاشتمال هذه العقود على الربا ، وهذا يفيدنا فيما نحن فيه ، وهو بيان حكم الشرع فى هذه العقود باعتبارها فعلا من أفعال المكلفين يراد به حكم الشرع فيه ، وأما أن الأهداف التى يقصد بالنظام تحقيقها وهى التعاون والتضامن بين طائفة من الناس ، فنحن نقول باتفاقه مع مقاصد الشرع على أن تكون وسائل تحقيقه مشروعة خالية عن الربا والغرر ، وهو ما لا يتوافر فى عقود التأمين كما يجرى عليه العمل فى هذه الشركات .

(وثانيهما) : أن مع التسليم بامكان وجود عقد تأمين لا تقترن به شروط ربوية ، وأن شركات التأمين قبلت ان تخلص عقودها من هذه الشروط، فردت قيمة الأقساط للمستأمن فى التأمين لحالة البقاء دون زيادة ربوية ، ولم تشترط فوائد ربوية ، ولم تقرض بفائدة على وثائق التأمين ، خلصت جميع العقود من مثل هذه الشروط ، وهو ما يتعذر عليها فعله فى نظام اقتصادى يقوم كله على الربا ، وتقوم فيه الفائدة بجانب العمل بدور كبير فى توزيع الانتاج ، فانه يبقى بعد ذلك كله الربا كامناً فى طبيعة هذه العقود ، بحيث لا تتصور هذه العقود بدون الربا ، لأن مقتضى هذه العقود كما قدمنا هو اعطاء المستأمن لشركة التأمين مبلغاً من النقود قد يدفع مرة واحدة ، أو على أقساط دورية فى مقابل تعهد الشركة بأن تدفع له مبلغاً من النقود دفعة واحدة ، أو مرتبا دوريا عند وقوع الخطر ، أى بعد أجل غير معين ، هى المدة التى تمضى بين دفع القسط أو الأقساط ووقوع الخطر المؤمن منه . وهذا لا ينفك عنه عقد التأمين ، لأنه جزء من حقيقته .

الشبهة الثانية

أولا : عرض هذه الشبهة

ان القول بحرمة عقد التأمين بناء على ما تضمنه من الربا من حيث ان المستأمن يدفع قسطا ضئيلا ويتلقى اذا وقع الخطر المؤمن منه،تعويضاً لضرره قد يكون أكثر أضعافاً مضاعفة من القسط الذى التزم به شبهة فى ظاهرها موهمة، وفى الحقيقة واهية لا تنهض ذلك أن موضوع التأمين التعاقدى قائم من أساسه على فكرة التعاون على جبر المصائب والأضرار الناشئة من مفاجآت

الأخطار ، واذا صح أن يعتبر فى هذا ربا أو شبهة ربا وجب القـول عندئذ بحرمة التأمين التبادلى ، لأن المستأمن فيه يدفع قسطا ضئيلا ويتلقى فى مقابله تعويضاً أكبر قيمة بكثير عند وقوع الخطر المؤمن منه • ولو صحت شـبهة الربا أيضاً لوجب تحريم نظام التقاعد والمعاشات لموظفى الدولة ، لأن الموظف يقتطع من راتبه نسبة صغيرة ، ويتلقى عند تقاعده ، أو تتلقى أسرته عند وفاته راتباً شهريا يكون حتماً بمجموعه فى النهاية أقل أو أكثر مما اقتطع من مرتبه مدة الوظيفة [1] •

وحاصل هذه الشبهة هو أن دفع مبلغ ضئيل من النقود وتلقى مبلغ أكبر منه بعد مدة يعد ربا فى غير عقود التأمين ، أما فى عقود التأمين فانه لا يعـد ربا ولا شبهة ربا ، لأن التأمين التعاقدى تعاون على جبر الأضرار الناشـئة عن الأخطار ، كالتأمين التبادلى ونظام معاشات الموظفين سواء بسواء •

ثانياً : الرد على هذه الشـبهة

لا نسلم أن العقود التى تبرمها شركات التأمين مع المؤمن لهم تعاون على جبر الأضرار الناشئة عن الأخطار المؤمن منها لأن التعاون تبرع لا يقصـد المتبرع من ورائه ربحاً ولا ينتظر عوضاً ماليا ، وعقود التأمين التى تبرمهـا شركاته معاوضات مالية يقصد من ورائها الربح باتفاق • فشركة التأمين تتعهد بأن تدفع مبلغ التأمين فى مقابل عوض هو تعهد المستأمن بدفع الأقساط ، والمستأمن يتعهد بدفع أقساط التأمين فى مقابل عوض هو تعهد الشركة بدفع مبلغ التأمين ، ولا قصد فيه للتبرع لا من جانب شركة التأمين ولا من جانب المستأمن • والحكم على العقد بأنه معاوضة أو تبرع تجب على قصد العاقدين كما يظهر من نصوص العقد ، ولا يمكن فرض نية التبرع فرضاً وذلك لما تقرر فى أصول الشريعة من أن الأعمال بالنيات ، والقصود معتبرة فى التصرفات من العبادات والعادات والمعاملات •

والتبرع المدعى فى التأمين يقوم على افتراض أن هناك اتفاقاً أو عقـداً

---

(١) نظام التأمين موقفه فى النظام الاقتصادى وموقف الشريعة الاسـلامية منه للاسـتاذ مصطفى الزرقا صفحة ٥٢

بين جميع المستأمنين ، وأن هذا الاتفاق أنشأ علاقة بينهم ، وأن هذه العلاقة تقوم على نية البذل والتضحية والتبرع بما يدفعون من أقساط لغرض جبر الأضرار الناشئة عن الأخطار التى تصيب واحداً منهم ، وأن من يستحق التعويض منهم لا يأخذه من المال المتبرع به عوضاً عما دفع من أقساط أو اشتراكات ، وانما يأخذ ذلك بوصفه أحد المستحقين فى المال المتبرع به ، على قاعدة أن من تبرع لجهة أو جماعة تجمعهم صفة ، فان له سهماً فى المال المتبرع به ، اذا كان من أهل الجهة أو وجدت فيه الصفة ، كمن وقف على أهل مكة ، أو أوصى لطلاب العلم ، فانه يستحق سهماً فى الوقف أو الوصية اذا كان من أهل الجهة أو وجدت فيه الوصية ، فلا يقال فى هذه الحالة ، انه يأخذ مقابلا أو عوضاً للبدل ، وانما يقال : انه يستحق نصيباً فى المال المتبرع به لتوافر صفة الاستحقاق فيه ، فهو يدفع متبرعاً ، ويأخذ من مال التبرع ، فانتفت المعاوضة تماماً فى مثل هذه الحالة وهذا موجود فى التأمين التبادلى الذى تقوم به الجمعيات التعاونية ، وكذا نظام المعاشات الذى تتولاه الدولة ، فان ما يدفعه المشترك أو المستأمن من قسط أو اشتراك فى جمعيات التأمين التبادلى يقصد به التبرع ، وما يأخذه من مال يكفى لجبر الضرر عند وقوع الخطر ، فانه لا يأخذه عوضاً أو مقابلا للأقساط التى بذلها ، وانما يأخذ تبرعاً بوصفه أحد الذين وجدت فيهم صفة الاستحقاق التى بينت فى نظام الجمعية .

واذا قيل بأن نظام الجمعيات قد لا يتضمن النص على أن ما يدفع من أقساط ، فانما يدفع بطريق التبرع ، وأن ما يستحق من تعويضات فانما يعطى تبرعاً لمن وجدت فيه صفة الاستحقاق ، وبالتالى فان نية التبرع لا تكون قائمة فى مثل هذه الجمعيات ، قلنا : اننا لا نحكم بجواز هذا النوع من التأمين الا اذا كان قصد التبرع واضحاً فى نظام هذه الجمعيات ، والا قلنا بعدم الجواز .

وكذلك الحال فى نظام المعاشات التى تقوم الدولة به ، فانه لا يقصد من ورائه الربح ، وما يتنازل عنه الموظف من أقساط يقصد به التبرع لكل من وجدت فيه صفة معينة ، أو وجد فى ظروف خاصة ، وما يأخذه هو أو ورثته من معاش بعد ترك العمل أو موته ، فانما يأخذه لتوافر شرط الاستحقاق

فيه ، واذا لم يكن قصد التبرع واضحاً فى نظام المعاشات فينبغى أن ينص فيه على ذلك ، واذا قيل بأن الموظف يدفع القسط جبراً قلنا : بل اختياراً ان أراد أن تتوافر فيه صفة الاستحقاق التى نص عليها فى هذا النظام لأنه اذا لم يدفع لم يدخل فى أهل الاستحقاق كما نص عليهم فى النظام .

ولقد ذكرنا أكثر من مرة أن عقد التأمين الذى تبرمه شركة التأمين مع المستأمنين ، لا ينشىء الا علاقة واحدة هى العلاقة بين هذا المستأمن والشركة المؤمنة ، وأن هذه العلاقة تقوم على المعاوضة وقصد الربح باتفاق شراح القانون وعلماء الشريعة ، وأن القول بوجود اتفاق تعاونى ينشىء علاقة أساسها التعاون والتضامن بين جميع المستأمنين الذين يتعاملون مع شركة تأمين معينة ، مجرد فرض لا تبنى على مثله الأحكام الشرعية ، لأن نية التبرع لا تظهر الا من عقد أو اتفاق يقرره ، ولا وجود لمثل هذا العقد أو الاتفاق الذى يقرر التعاون وينظمه بين المستأمنين والعقد القائم بين شركة التأمين والمستأمن لا ينشىء مثل هذه العلاقة بحال ، فهذا مجرد فرض لا تقره قواعد القانون ولا أصول الشريعة ، فهل يطمأن لحكم شرعى مبناه فرض وتقدير دون واقع وحقيقة ؟

وعلى هذا فعقد التأمين معاوضة خالصة لا أثر فيها للبذل والتضحية والتعاون والتضامن ، كما يقول أنصار التأمين لدى هذه الشركات واذ كان الأمر كذلك فان الربا فيه يكون مؤثرا بدون نزاع .

ونخلص بعد هذا الى هذه الخلاصة التى تحتوى على منطق موصل الى نتائج قطعية واستعمال الأرقام الرياضية لعالم الاحصاء

الدكتور جلال مصطفى الصياد

لقد شاع التأمين وأصبح يرافق حياة الانسان ويتدخل فى كثير من شئونه، وتنوع وتفرع حتى أصبح الآن أسلوباً تعامليا فى اقتصاديات معظم دول العالم ، وبدأ ينتشر كذلك فى غالبية الدول الاسلامية ويعرف التأمين كالآتى:

التأمين عقد بين طرفين أحدهما يسمى المؤمِّن (بكسر الميم المشددة والثانى المؤمن له (بفتح الميم المشددة) ويلتزم فيه المؤمن بأن يؤدى مبلغاً من المال الى المؤمن له (مبلغ التأمين) فى حالة وقوع حادث ، أو تحقق خطر مبين فى العقد ، وذلك فى مقابل قسط يؤديه المؤمن له الى المؤمِّن •

وينقسم التأمين من حيث الشكل الى نوعين أساسيين وهما :

(أ) التأمين التبادلى أو التعاونى •

(ب) التأمين بقسط •

وسوف تكون دراستنا حول الشكل الثانى ، لأنه هو الذى يدور حوله الخلاف ، وهذا النوع من التأمين تقوم به الشركات على أساس تجارى ، وتقوم الشركة بدور المؤمِّن ، وتتفق مع عملائها (كل على حدة) المؤمن لهم على تعويضهم ، وذلك بدفع مبلغ التأمين عن الأضرار التى تلحق بهم عند تحقيق خطر معين نظير دفع قسط معين •

وهذا الشكل من التأمين يضم أنواعاً كثيرة تبعاً للأخطار التى يتعرض لها الانسان • ويمكن حصرها فى ثلاثة أنواع رئيسية •

(أ) التأمين الشخصى (ومنه التأمين على الحياة) •

(ب) تأمين الممتلكات (التأمين على الأشياء) •

(جـ) تأمين المسئولية المدنية (التأمين من المسئولية) •

ولقد انقسمت الآراء الى ثلاثة اتجاهات حول الحكم على التأمين بأنواعه•

الاتجاه الأول:

تحريم التأمين على أساس :

١ ــ الضمان فيه التزام مالا يلزم •

٢ ــ فيه أكل أموال الناس بالباطل •

٣ ــ فيه رهان وقمار أو شبه قمار على الأقل •

٤ ــ فيه غرر وجهالة وبهما لا تصلح العقود •

٥ ــ يخالف قواعد الميراث والوصية •

٦ ــ يتضمن الربا •

٧ ــ معظم شروطه فاسده •

٨ ــ لا توجد ضرورة اقتصادية توجبه •

الاتجاه الثانى :

اباحة التأمين على أساس :

١ ــ الأصل فى العقود الاباحة •

٢ ــ التعاون على دفع الضرر •

٣ ــ هو تجارة تتم عن تراض •

٤ ــ الأخذ بأسباب الحذر •

٥ ــ هو ضرورة وعرف •

٦ ــ يقاس على :

(أ) ضمان خطر الحريق •

(ب) الاستئجار على الحراسة •

(جـ) نظام العواقل فى الجنايات •

(د) عقد الموالاة •

الاتجاه الثالث :

اباحة بعض أنواع التأمين وتحريم بعضها الآخر

والآن لن نتدخل فى تفاصيل جميع الشبهات التى تدور حول التأمين والتى سبق مناقشتها هنا ــ قال : ولكنى سوف أركز على الشبهات التى تتعلق

بالمخاطرة والحظوظ والصدف والتى لها علاقة وثيقة بنظـرية الاحتمالات ، وعلم الاحصاء ، وسوف تدور الدراسة حول بيان كيفية حساب القسط الذى يدفعه المؤمَّن له الى المؤمِّن ، ومن ثم نستطيع مناقشة وجـود رهـان (أو قمار) ــ ربا ــ غرر فى التأمين •

الرهـــان أو القمـــار

أول ما نبدأ به هو تعريف الرهان المنهى عنه أو القمار • مع العلم أنه أصبح من المتعذر التفرقة بين الرهان والقمار لأنهـما أصـبحا متداخلين فى بعضهما البعض ، ولكن نستطيع أن نقول : ان أنواع الرهان والقمار الموجودة فى عصرنا هذا يمكن حصرها فى التعريف الآتى :

الرهان أو القمار اتفاق بين طرفين أحدهما يسمى (المراهن) والثـانى (اللاعب) ويلتزم فيه المراهن بأن يدفع الى اللاعب مبلغاً من المال (مبـلغ الرهان) فى حالة وقوع حادث معين ، وذلك مقابل اشتراك يؤديه اللاعب الى المراهن •

المقارنة بين عقد التامين واتفاق الرهان

يلاحظ من التعريف الشبه التام بين عقد التأمين واتفاق الرهان كما هـو موضح بالجدول الآتى :

(تعريف)		(تعريف)
التأمين	يناظره	الرهان
المؤمن	يناظره	المراهن
المؤمن له	يناظره	اللاعب
مبلغ التأمين	يناظره	مبلغ الرهان
قسط التأمين	يناظره	اشتراك الرهان
يؤخذ مبلغ التأمين عند تحقق حدث معين	يناظره	يؤخذ مبلغ الرهان عند تحقيق حدث معين

حساب الاشتراك فى حالة الرهان (أو القمار) :

حتى لا يخسر المراهن فهو يأخذ اشتراكاً من اللاعبين (كل على حدة) يحدده حسب المعادلة :

الاشتراك = القيمة المتوقع أن يكسبها اللاعب •

= مبلغ الرهان × احتمال وقوع الحادث المعين •

فيما يلى يعطى مثالا بسيطاً يوضح للقارىء كيفية استخدام المعادلة السابقة •

(مثال) :

اتفق مراهن مع لاعب على أن يدفع له عشرة دنانير اذا رمى قطعة نقود وظهرت الصورة الى أعلى ، فما هى قيمة الاشتراك الذى يحدده المراهن ؟

(الحل) :

الاشتراك = مبلغ الرهان × احتمال ظهور الصورة الى أعلى

= ١٠ × ½ = ٥ دينارات

يلاحظ أنه فى حساب قيمة الاشتراك يستخدم المراهن احتمال وقوع الحدث المتفق عليه ، وكيفية تحديد مقدارهذا الاحتمال يمكن معرفتها بعدة طرق •

فى هذا المثال أخذنا قطعة النقود كأداة أو آلة • أما فى الحياة العملية ، فأدوات المقامرة كثيرة ومختلفة منها الورقية والرولية والكعاب (الزهر) وغيرها •

(الاحتمالات)

السبب من تعريف الاحتمالات فى هذا المجال أن بعض العلماء الذين ناقشوا موضوع التأمين ذكروا أن نظام التأمين يرتكز على أساس احصائى

ينفى عنصر الاحتمال • والحقيقة غير ذلك ، لأن علم الاحصـــاء مبنى على أساس نظرية الاحتمالات وبدونها ما كان لهذا العلم وجود •

ولقد ظهرت الاحتمالات على موائد القمار فى القرن السابع عشر الميلادى وهى تلعب اليوم دوراً أساسياً فى معظم العلوم وخاصة التأمين ، حيث انـه بواسطتها يمكن معرفة :

(أ) احتمالات الحياة والوفاة والمدة المتوقع أن يعيشها المؤمَّن له فى حالة التأمين على الحياة ، وتستخدم هذه الاحتمالات فى حساب القسط •

(ب) التوزيعات الاحتمالية لقيم موضوع الخطر فى الأنواع الأخـرى للتأمين ، فمثلا ، فى حالة التأمين على حوادث السيارات فبواسطة الاحتمالات تعرف شركات التأمين التوزيع الاحتمالى لعدد حوادث السيارات وهو عبارة عن جدول أو صيغة رياضية تبين عدد الحوادث ، واحتمالات وقوعها •

وفيما يلى تعريفان للاحتمالات :

(التعريف الأول)

اذا كان عدد الطرق التى يمكن أن تقع بهـا نتائج تجربة ما هو (ن) وكانت هذه الطرق جميعها متساوية فى امكانية وقوعها ، وكان من بينهـا (س) طريقة يمكن أن تقع بها حادثة ما (أ ــ مثلا) فانه يقال : ان احتمال وقوع الحادث (أ) هو = س/ن •

التعريف الثانى (التعريف التجريبى)

اذا كان عدد المرات التى أجريت فيها تجربة ما تحت نفس الظروف هى (ن) وكان عدد المرات (من بينها) التى لوحظ فيها حدث (أ ــ مثلا) هى (س) فيقال : ان احتمال وقوع الحادث (أ) هو القيمة التى تؤول اليـها النسبة ن/س عندما يزداد عدد مرات اجراء التجربة زيادة كبيرة • من هـذا التعريف يتضح أن التكرار النسبى للحدث (أ) هو س/ن • وقد لوحظ

أنه عندما يزداد عدد المحاولات (ن) فان هذه النسبة تستقر الى قيمة معينة هى احتمال وقوع هذا الحادث •

لبيان الفرق بين التعريفين نعود الى مثال قطعة النقود السابق •

(أ) باستخدام التعريف الأول :

اذا ألقيت قطعة النقود مرة واحدة ، فسوف يظهر وجه واحد لها على أعلى ، وبفرض أنها مصنوعة من مادة متجانسة تماماً فان كل وجه من وجهيها يمكن أن يظهر الى أعلى ، وعلى ذلك فان الوجهين متساويان فى امكانية ظهورهما • أى أن عدد الطرق التى يمكن أن يظهر بها السطح العلوى :ن=٢

أى أن عدد الطرق التى يمكن أن يظهر بها السطح العلوى صورة :س=١

∴ احتمال ظهوره = $\frac{1}{2}$

(ب) باستخدام التعريف الثانى :

اذا ألقيت قطعة نقود (ن) مرة وظهرت الصورة (س) مرة فان نسبة ظهور الصورة = ن/س • وهذه النسبة ليست من الضرورة أن تساوى $\frac{1}{2}$ ولكننا نلاحظ أنه عندما يزداد عدد مرات القاء قطعة النقود فان هذه النسبة تستقر عند $\frac{1}{2}$ فيكون احتمال ظهور الصورة فى أى رمية يساوى $\frac{1}{2}$ •

نلاحظ من هذا المثال أن النتيجة واحدة ، ولكن النظرة الى الموضوع هى التى تختلف •

التعريف الأول يستخدمه المقامر لحساب احتمال وقوع الحادث المتفق عليه ، بينما تستخدم شركات التأمين التعريف الثانى •

فمثلا فى التأمين على الحياة اذا أرادت شركة التأمين أن تعرف ما هو احتمال أن شخصاً عمره الآن (م) سنة يعيش (ل) سنة أخرى ، تأخذ شركة التأمين مجموعة كبيرة من الأشخاص الذين يبلغون العمر (م) وليكن

(ن) ثم نرى كم منهم قد بلغ السن (م + ل) وليكن س • وبذلك يكـون الاحتمال المطلوب هو تقريباً :

$$\frac{\text{عدد الأشخاص فى السن م + ل}}{\text{م • • • • • • • • • • • •}} = \text{س/ن}$$

جداول الحيـاة (٢)

التأمين من أهم التطبيقات العملية لنظرية الاحتمالات ، فمثلا التأمين على الحياة مبنى على احتمالات الحياة والوفاة ، والتى يمكن حسابها عن طريق تتبع (أو احصاء) مجموعة كبيرة من المواليد الذين يعيشون فى بيئة واحدة ، وتحت ظروف واحدة من يوم ميلادهم الى أن يتوفى آخر شخص منهم مـع حساب احتمالات الحياة والوفاة ، وتوقع الحياة (أى المدة المتوقع أن يعيشها الشخص) ثم وضع هذه المعلومات التى تستخدمها شركات التأمين فى جداول تسمى جداول الحياة •

قاعدة الأعـداد الكبيرة

لقد ذكر العلماء الذين ناقشوا موضوع التأمين أن الأساس الفنى للتأمين مبنى على قانون الأعداد الكبيرة ، وقالوا : انه يتلخص فى أن التقلب والتغير الاحتمالى فى حوادث المجموع الكبيرة ، أقل منه فى الأفراد ، وأن عـدد الحوادث فى المجموع الكبير أكثر ثباتاً منه فى الأفراد ، فرأيت من واجبى أن أذكر هذا القانون (فى أبسط صورة) حتى لا نحمله أكثر من حقه •

هذا القانون له علاقة كبيرة بالتعريف التجريبى للاحتمالات ، فاذا كانت (س) هى عدد مرات ظهور حادث معين فى عدد (ن) من المحـاولات أو التجارب المستقلة ، وكان احتمال ظهور الحادث فى أى محاولة هو (ح) والتكرار النسبى للظهور = س/ن • فقانون الأعداد الكبيرة ينص على :

« احتمال أن يكون الفرق بين ن/س ، ح أقل من أى قيمة صغيرة يؤول الى الواحد كلما زادت عدد المحاولات (ن) الى مالا نهاية » •

بمعنى آخر كلما زادت عدد المحاولات (ن) الى ما لا نهاية فان التكرار النسبى س/ن يؤول الى الاحتمال الحقيقى (ح) لظهور الحادث فى أى محاولة • وعلى ذلك لتعيين القيمة المجهولة لاحتمال ظهور الحادث (ح) فاننا نستخدم التكرار النسبى س/ن كتقدير الاحتمال • وأن هذا التقدير يكون صحيحاً تماما كلما زاد عدد المحاولات (ن) زيادة لا نهائية •

ونظراً لأن عدد المحاولات فى الحياة العملية يكون محدوداً فانه يمكن حد أدنى لعدد المحاولات ، بحيث يكون الفرق بين التكرار النسبى والاحتمال الحقيقى لظهور الحادث فى أى محاولة صغيرة جداً •

فيما يلى نعطى مثالا يبين أن عدد الحوادث فى المجموع الكبير ليس أكثر ثباتاً منه فى الأفراد كما ذكر بعض العلماء •

(مثـــال) :

شركة (أ) تملك ٢٠٠٠ سيارة فى مدينة ما وشركة (ب) تملك ١٠٠ سيارة فى نفس المدينة ، فاذا كان احتمال وقوع حادثة لأى سيارة فى هذه المدينة فى فترة ما هو ٠,٠١ ، فما هو عدد الحوادث المتوقع للشركتين ؟

(الحـــل) :

عدد الحوادث التى تتوقعها الشركة (أ) هو :

= عدد السيارات × الاحتمال = ٢٠٠٠ × ٠٫٠١ = ٢٠ حادثة

عدد الحوادث التى تتوقعها الشركة (ب) هو :

= ١٠٠ × ٠٫٠١ = ١ حادثة •

نلاحظ أن نسبة الحوادث فى الشركتين = نسبة السيارات فى الشركتين•

قســـط التأمين

لكى تحدد شركة التأمين قيمة القسط الذى يدفعه المؤمَّن له ، تراعى أن تكون الأقساط واستثمارها بسعر فائدة مركبة كافية للأمور الآتية :

١ ــ تعويض الخسائر (أو دفع مبلغ التأمين) فى المستقبل •

٢ ــ دفع المصاريف الادارية •

٣ ــ تكوين احتياطى لمقابلة الطوارىء اذا حدثت خسائر أكثر من المتوقع

٤ ــ ترك فائض معقول من الربح •

ويلاحظ أن القسط الذى يكفى لسد هذه المصاريف هو القسط الفعلى (القسط التجارى) الذى يدفعه العميل • أما القسط الذى يكفى فقط لدفع مبلغ التأمين دون أن يغطى أى مصاريف أخرى يسمى القسط الصافى •

ولحساب القسط التجارى يحسب أولا القسط الصافى ثم يضاف اليه نسب معينة بما يقابل المصروفات أعلاه •

حساب القسط الصافى :

لحساب القسط الصافى فان شركة التأمين تستخدم نفس المعادلة التى يستخدمها المراهن حتى لا تخسر وهى :

القسط الوحيد الصافى = القيمة الحالية لمبلغ التأمين × احتمال وقوع الحادث المؤمن ضده

ويمكن تجزئة القسط الوحيد الصافى على أقساط دورية متساوية بحيث تكون :

القيمة الحالية لجميع الأقساط = القسط الوحيد الصافى

الفرق الوحيد بين المعادلة التى يستخدمها المراهن والمؤمن ــ هو أن المراهن يدفع مبلغ الرهان مباشرة عند وقوع الحدث المتفق عليه (بالطبع اذا تأخر عن دفع مبلغ الرهان ، فانه يدفع نظير ذلك فوائد تأخير) ولكن المؤمن يدفع مبلغ التأمين عندما يتحقق الخطر المؤمن ضده ، وعادة يكون بعد مرور مدة زمنية من توقيع عقد التأمين والقيمة الحالية لمبلغ التأمين هى مبلغ يستثمر بسعر فائدة مركبة (يتفق عليها بين المؤمِّن والمؤمَّن له) حتى

تكون جملتها فى نهاية مدة التأمين مساوية لمبلغ التأمين ، أى بمعنى آخر فان المراهن لا يستعمل فائدة ولكن يستعملها المؤمِّن •

كما يجب ملاحظة أن المؤمن له اذا تأخر عن دفع قسط من الأقساط فانه يدفع عنه فوائد تأخير بمعدل يزيد عن المعدل المحسوب به هذا القسط•

اذن لايجاد قيمة القسط :

١ ــ تحسب القيمة الحالية لمبلغ التأمين باستخدام جداول الفائدة المركبة

٢ ــ يحسب وقوع الخطر باستخدام :

(أ) جداول الحياة لايجاد احتمالات الحياة أو الوفاة فى حالة التأمين على الحياة •

(ب) التوزيع الاحتمالى لقيم الخطر المؤمن ضده فى حالات التأمين الأخرى •

وعلى ذلك فاننا نلاحظ أن :

(أ) الفائدة الربوية من صميم عمليات التأمين •

(ب) الاحتمالات تلعب دوراً أساسيا فى التأمين •

وبدونها لا تستطيع شركات التأمين أن تقوم بمهامها •

(تطبيق)

نطبق المعادلة السابقة على مثالين من أمثلة التأمين على الحياة وهما :

المثال الأول : عقد الوقفية البحتة :

« وفيه تتعهد الشركة بدفع مبلغ التأمين الى المؤمَّن له اذا عاش حتى بلوغه سنا معينة وفى هذه الحالة :

القسط الوحيد الصافى = القيمة الحالية لمبلغ التأمين × احتمال أن يعيش المؤمن له حتى بلوغه السن المعينة

الجزء الأول من الطرف الأيسر نحصل عليه من جداول الفائدة المركبة • أما الجزء الثانى فنحصل عليه من جداول الحياة •

المثال الثانى : عقد التأمين لمدى الحيـــاة

« وفيه تتعهد شركة التأمين بدفع مبلغ التأمين عند وفاة المؤمن له » وفى هذه الحالة :

القسط الوحيد الصافى = القيمة الحالية لمبلغ التأمين عن عام :

* احتمال أن يموت المؤمَّن له خلال العام الأول •
* القيمة الحالية لمبلغ التأمين عن عامين •
* احتمال أن يموت المؤمَّن له خلال العام الثانى •
* القيمة الحالية لمبلغ التأمين عن ثلاثة عوام •
* احتمال أن يموت المؤمَّن له خلال العام الثالث •
* وهكذا ..

* * *

بعض الملاحظات

التامين والربا

ان استعمال الفائدة الربوية ضرورة من ضروريات التأمين ولوازمه وليست شرطاً يشترط فى العقد وذلك للآتى :

(أ) فى حساب أى قسط تستخدم شركات التأمين سعر الفائدة ، وبدونه لا يتم حساب القسط •

(ب) مبلغ التأمين وهو من ضروريات ولوازم ومحل عقد التأمين ، عبارة عن الأقساط مضافاً اليها فائدتها الربوية ، أى أن الفائدة ليست شرطاً يشترط فى العقد ، ولكنها من صميم نظام التأمين ذاته •

(جـ) شركات التأمين تستثمر احتياطى أموالها بسعر فائدة ،وهذا ربا •

(د) فى معظم حالات التأمين (فى حالة تحقق أو عدم تحقق الخطر المؤمن ضده) نجد أن أحد الطرفين يدفع قليلا ويأخذ كثيراً ، وهذا ربا •

(هـ) اذا تأخر المؤمَّن له عن دفع قسط من الأقساط كان ملزماً بدفع فوائد تأخير ، وهذا شرط مقترن بالتأمين ويجرى العمل به ، وهذا ربا النسيئة وهو حرام •

التامين والرهان والقمار :

من تعريف كل من التأمين والرهان ، أو القمار والمقارنة بينهما وكذلك من طريقة ايجاد القسط والاشتراك لكل منهما ، فاننى أعتقد أن التأمين فيه رهان وقمار ، وذلك للآتى :

١ ــ نلاحظ أن كلا من التأمين والرهان (أو القمار) فيه مخاطرة تعتمد على الحظ والمصادفة والمخاطرة فيهما تعتمد أساساً على نظرية الاحتمالات • والمؤمن والمراهن فى توقعه للخطر يبنى كل منهما حساباته على أساس احتمال وقوع الخطر المؤمن ضده •

٢ ــ « ربما يقال ان المخاطرة فى الرهان هدفها اللعب وكسب الربح الموهوم ، أما المخاطرة فى التأمين فهدفها ترميم الأضرار الناشئة عن الخطر المؤمن ضده » •

ولكن الحقيقة أن المخاطرة فى الرهان هدفها كسب مبلغ الرهان كالمخاطرة تماماً فى حالة عقد الوقفية البحتة مثلا ، هدفها الحصول على مبلغ التأمين •

٣ ــ « ربما يقال : ان المؤمِّن والمؤمَّن له لا يتراهنان على وقوع الخطر، فكلاهما لا يرغب فى وقوعه ، بينما يرغب أحد المتراهنين فى وقوع واقعة الرهان ولا يرغب الآخر فى ذلك فاختلف التأمين عن الرهان » •

وهذا غير صحيح ، لأن فى حالة عقد الوقفية البحتة مثلا ، فان المؤمِّن يسره ويسعده أن يموت المؤمن له قبل انتهاء مدة التأمين أى قبل بلوغ المؤمن له المدة التى يأخذ بعدها مبلغ التأمين ، وكذلك للمؤمَّن له ، فهو يتمنى أن يعيش حتى يأخذ مبلغ التأمين ولا يموت حزيناً عليه •

٤ ــ « ربما يقال : ان القمار ينطوى على عمل غير مشروع هو ايقاع المتعاقد الآخر فى خطر ليخسر فيربح الآخر وبغير هذا العمل غير المشروع لا يتم القمار » •

والتأمين يخلو من ذلك ، حيث لا يسعى كل من المؤمِّن والمؤمَّن له الى أن يخسر الآخر ليربح هو فافترق التأمين عن القمار » •

ونعتقد أن هذه الحجة داحضة مع ايماننا بأن القمار عمل غير مشروع ، لأن لعبة القمار لها قواعدها وعلى المقامر أن يستعمل ذكاءه وخبرته وحساباته

المبنية على قواعد اللعبة ، ونظرية الاحتمالات كما يفعل بالضبط المؤمِّن،فهو يعمل حساباته بطرق تعتمد على احتمالات وقوع الحدث المؤمن ضده .

٥ ـ لقد اتضح أن فى كل من التأمين والقمار مخاطرة ناتجة عن عدم التأكد من تحقق الخطر المؤمَّن ضده ، وعلى ذلك فان المكسب لا يتناسب مع الخسارة (فى حالة تحقق الخطر قبل المدة المتفق عليها) أى أن أحد الطرفين يغرم بينما يغنم الطرف الآخر .

التامين والغـــرر :

يلاحظ أن مبلغ التأمين (فى كثير من حالات التأمين لا يستحق) الا عند وقوع الخطر ، فاذا لم يقع الخطر دفع المؤمن له الأقساط دون أن يقبض شيئاً من مبلغ التأمين .

كما أنه أصبح واضحاً أن عقد التأمين من العقود الاحتمالية ، وعلى ذلك فهو من عقود الغرر ، ولقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن الغرر فى المعاملات أما كون هذا الغرر فاحشاً أم يسيراً فقد تبين مما بحثه تفصيلا ونقلا وعقلا وفقها وعرفاً الدكتور حسين حامد أنه غبن وغرر فاحشان ..

ونسأل الله الكريم رب العرش العظيم أن يوفق المسلمين الى البدائل الصالحة حتى تتطهر المجتمعات المسلمة من مثل هذه المؤسسات التى استقر الحق على حرمة معاملاتها وله مقاليد كل شىء سبحانه ..

هـذا وبالله التوفيـق ...

تم الجزء الثالث عشر ويليه الجزء الرابع عشر واوله :

كتـــاب الشركة

❋ ❋ ❋

كتـــاب الشركة

قال المصنف رحمه الله تعالى

« يصح عقد الشركة على التجارة ، لما روى ابو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : قال الله تعالى « انا ثالث الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبه ، فاذا خانا خرجت من بينهما » ولا تصح الشركة الا من جائز التصرف فى المال ، لانه عقد على التصرف فى المال فلم تصح الا من جائز التصرف فى المال .

(فصـــل) ويكره ان يشارك المسلم الكافر ، لما روى أبو جمرة عن ابن عباس رضى الله عنه انه قال : « لا تشاركن يهودياً ولا نصرانياً ولا مجوسيا ، قلت : لم ؟ قال : لأنهم يربون والربا لا يحل » .

الشرح حديث أبى هريرة رضى الله عنـــه رفعـــه . رواه أبو داود والحاكم وصححه ، وأعله ابن القطان بالجهل بحال سعيد بن حيان والد أبى حيان وقد ذكره ابن حبان فى الثقات ، وذكر أنه روى عنه أيضاً الحارث ابن يزيد والدارقطنى بالإرسال ، فلم يذكر فيه أبا هريرة وقال : إنه الصواب ولم يسنده غير أبى همام محمد بن الزبرقان ، وسكت أبو داود والمنذرى عن هذا الحديث . وأخرج نحوه أبو القاسم الاصبهانى فى الترغيب والترهيب عن حكيم بن حزام . هكذا أفاده الحافظ ابن حجر فى التلخيص .

قال الزيلعى فى نصب الراية الجزء الثالث ص ٤٧٥ طبعة المجلس العلمى بالهند قال ابن القطان فى كتابه وهو حديث إنما يرويه أبو حيان التيمى عن أبيه عن أبى هريرة ، وأبو حيان هو يحيى بن سعيد بن حيان ، أحد الثقات ولكن أبوه لا يعرف له حال ، ولا يعرف من روى عنه غير ابنه ، ويرويه عن أبى حيان أبو همام محمد بن الزبرقان ، وحكى الدارقطنى عن لوين أنه قال : لم يسنده غير أبى همام ، ثم ساقه من رواية أبى ميسرة النهاوندى :

ثنا جرير عن أبي حيان عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، مرسل ، انتهى كلامه . قال ابن سعد فى الطبقات : السائب بن أبى السائب اسمه صفى بن عائذ بن عبد الله بن عمر بن مخزوم ، وله ولد اسمه عبد الله صحابى أيضاً ثم ذكر له حديث الشركة ، انتهى .

وفى هذا ما ورد من أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « فاوضوا فإنه أعظم للبركة » قال الزيلعى : قلت : غريب وأخرج ابن ماجه فى سننه ــ فى التجارات ــ عن صالح بن صهيب عن أبيه صهيب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ثلاث فيهن البركة : البيع إلى أجل والمقارضة ، واخلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع » ا هـ .

ويوجد فى بعض نسخ ابن ماجه : « المفاوضة » عوض المقارضة ، ورواه إبراهيم الحربى فسر فى غريب الحديث قال : وضبط المعارضة بالعين والضاد ، فسر المعارضة بأنها بيع عرض بعرض مثله ، قال : والعرض ما سوى النقود من دابة أو غيرها . قال : ــ والعرض بفتح الراء ــ حطام الدنيا ، ومنه قوله صلى الله عليه وسلم : « ليس الغنى عن كثرة العرض ، وإنما الغنى غنى النفس » وقوله صلى الله عليه وسلم : « يبيع أقوام دينهم بعرض من الدنيا » وقوله تعالى : « تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة » [1]

أما حديث أبى جمرة عن ابن عباس فقد أخرجه الأثرم والخلال .

أما لغات الفصل وغريب الحديث ، فالشركة بكسر الشين وسكون الراء ، وحكى ابن باطيش فتح الشين وكسر الراء . وذكر صاحب الفتح فيها أربع لغات فتح الشين وكسر الراء ، وكسر الشين وسكون الراء . وقد تحذف الهاء مع كسر أوله . وقد تحذف مع فتح أوله فهى تأتى على وزن نعمة وسرقة وتمرة هكذا فى أول كتاب الشركة من المبدع فى شرح المقنع لأبى إسحاق برهان الدين بن مفلح الحنبلى .

قوله « أنا ثالث الشريكين » المراد أن الله جل جلاله يضع البركة

---

(١) الآية ١٧ من سورة الانفال .

للشريكين فى مالهما مع عدم الخيانة ويمدهما بالرعاية والمعونة ويتولى الحفظ لمالهما .

قوله « خرجت من بينهما » أى نزعت البركة من المال . زاد رزين « وجاء الشيطان » ورواية الدارقطنى « فإذا خان أحدهما صاحبه رفعها عنهما » يعنى البركة .

والشركة ثبوت الحق لاثنين فأكثر على جهة الشيوع . وعن السائب ابن أبى السائب المخزومى أنه قال للنبى صلى الله عليه وسلم يوم الفتح . « كنت شريكى ونعم الشريك ، كنت لا تدارينى ولا تمارينى » رواه أبو داود وابن ماجه بلفظ « كنت شريكى ونعم الشريك ، لا تدارى ولا تمارى » .

وفى لفظ « أن السائب المخزومى كان شريك النبى صلى الله عليه وسلم قبل البعثة فجاء يوم الفتح فقال : « مرحباً بأخى وشريكى ، لا تدارى ولا تمارى » وفى لفظ أن السائب قال : « أتيت النبى صلى الله عليه وسلم فجعلوا يثنون علىّ ويذكروننى . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنا أعلمكم به . فقلت : صدقت بأبى أنت وأمى ، كنت شريكى فنعم الشريك لا تدارى ولا تمارى » .

ورواه أحمد فى مسنده من حديث عبد الله بن عثمان بن خيثم عن مجاهد عن السائب أن النبى صلى الله عليه وسلم « شاركه قبل الإسلام فى التجارة فلما كان يوم الفتح جاءه فقال النبى صلى الله عليه وسلم : مرحباً بأخى وشريكى كان لا يدارى ولا يمارى ، يا سائب قد كنت تعمل أعمالا فى الجاهلية لا تقبل منك ، وهى اليوم تقبل منك » وكان ذا سلف وصدقة . ا هـ قال السهيلى فى « الروض الأنف » : حديث السائب : « كنت شريكى فى الجاهلية فكنت خير شريك لا تدارى ولا تمارى » كثير الاضطراب فمنهم من يرويه عن عبد الله بن السائب ، ومنهم من يرويه عن السائب بن أبى السائب ، ومنهم من يرويه عن قيس بن السائب ، وهذا لا يثبت به شىء ، ولا تقوم به حجة ، والسائب بن أبى السائب من المؤلفة

قلوبهم ، وممن حسن إسلامه منهم . واضطرب متنه أيضاً فمنهم من يجعله من قول النبى صلى الله عليه وسلم فى أبى السائب ومنهم من يجعله من قول أبى السائب فى النبى صلى الله عليه وسلم . انتهى كلامه .

قال ابراهيم الحربى فى كتابه « غريب الحديث » : إن تدارى ــ مهموز من المداراة وهى المدافعة ، وتمارى ــ غيرمهموز من المماراة وهى المجادلة . ا هـ

وبالجملة فإن « لا تدارى » أى لا تخالف ولا تنازع من قوله تعالى : « فادّارأتم فيها » يعنى اختلفتم وتنازعتم . ومن الشركة الغنيمة أزال الله ملك المشركين عنها كخيبر فملكها المسلمون فكانوا فيها شركاء فقسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم خمسة أجزاء ثم أقرع بينها وأخرج منها خمساً لله صرفه لأهله ، وأربعة أخماسها لأهلها قال المزنى وفى ذلك دليل على قسم الأموال والضرب عليها بالسهام .

اما احكام الفصل فإن الأصل فى جواز الشركة الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقوله تعالى « واعلموا أن ما غنمتم من شىء فأن لله خمسه وللرسول » (١) الآية فجعل ما بعد الخمس مشتركا بين الغانمين .

وقوله تعالى « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » (٢) فجعل الميراث مشتركا بين الأولاد ، وقوله تعالى « إنما الصدقات للفقراء والمساكين » (٣) الآية . فجعل الصدقة مشتركة بين أهل الأصناف . وقوله تعالى : « وإن كثيراً من الخلطاء ليبغى بعضهم على بعض » (٤) والخلطاء هم الشركاء .

وأما السنة فقد مضى بعضها ، ونضيف أن النبى صلى الله عليه وسلم

---

(١) من الآية ٤١ من سورة الانفال .
(٢) من الآية ١١ من سورة النساء .
(٣) من الآية ٦٠ من سورة التوبة .
(٤) من الآية ٢٤ من سورة ص .

قال : « من كان له شريك فى ربع أو حائط فلا يبعه حتى يؤذن شريكه » وقد سبق تخريجه وطرقه عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما . وأما أثر أبى جمرة عن ابن عباس : « لا تشاركن يهودياً ولا نصرانيا ولا مجوسياً ، قلت : لم ؟ قال : لأنهم يربون » فأبو جمرة هو نصر بن عمران الضبعى صاحب ابن عباس ، والأثر رواه الأثرم ، وقد روى الخلال بإسناده عن عطاء قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مشاركة اليهودى والنصرانى ، إلا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم » .

وقال جابر رضى الله عنه « اشتركنا كل سبعة فى بدنة » أخرجه مسلم وعن أبى موسى رضى الله عنه قال : قال صلى الله عليه وسلم : « إن الأشعريين كانوا إذا أرملوا فى الغزو أو قل طعام عيالهم فى المدينة جمعوا ما كان عندهم ثم وضعوه فى ثوب واحد ثم اقتسموه بينهم بالسوية فهم منى وأنا منهم » متفق عليه .

واما الاجماع فإن أحداً من العلماء لم يخالف فى جوازها .

اذا ثبت هذا فإن كل حق ثابت بين شخصين فصاعداً على الشيوع ، يقال : هو مشترك ، وذلك ينقسم إلى ما لا يتعلق بمال وإنما يتعلق بحقوق الأبدان ، كالقصاص وحد القذف ، ومنفعة كلب الصيد ونحوه .

وإلى متعلق بمال ، وذلك إما عين مال ومنفعته ، كما لو غنموا مالا أو ورثوه ، أو اشتروه ، وإما مجرد منفعة كما لو استأجروا سيارة ، أو وصّى لهم بمنفعتها ، وإما مجرد العين ، كما لو ورثوا سيارة موصًى بمنافعها ، وإما حق يتوصل به إلى مال ، كالشفعة الثابتة لجماعة والشركة قد تحدث بلا اختيار كالإرث ، وباختيار كالشراء ، وهذا مقصود الكتاب .

فرع ذكرنا فيما مضى كراهة مشاركة اليهودى والنصرانى إلا أن يكون البيع والشراء بيد المسلم ، لأن علة الكراهة تعاطى الربا وبيع الخمر والخنزير ، وهى أمور تنتفى بحضور المسلم أو وليه . وتجوز الشركة فى التجارة لما روى أن البراء بن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين فاشتريا فضة

بنقد ونسيئة فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرهما أن ما كان بنقد فأجيزوه ، وما كان بنسيئة فردوه » ويكره للمسلم أن يشارك الكافر سواء كان المسلم هو المتصرف أو الكافر أو هما معاً وقال الحسن رضى الله عنه : « وإن كان المسلم هو المتصرف لم يكره ، وإن كان الكافر هو المتصرف أو هما معاً كره » .

دليلنا ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : « أكره أن يشارك المسلم اليهودى والنصرانى » ولا مخالف له ، ولأنهم لا يمتنعون من الربا ومن بيع الخمر ، ولا يؤمن أن يكون ماله الذى عقد عليه الشركة من ذلك فكره ، فإن عقد الشركة معه صح ، لأن الظاهر مما فى أيديهم أنه ملكهم ، وقد اقترض النبى صلى الله عليه وسلم من يهودى شعيراً ورهنه درعه ، وقال أحمد : يشارك اليهودى والنصرانى ولكن لا يخلوان به ، ويخلو به المسلم وحديث الأثرم فيه إرسال ، وخبر ابن عباس موقوف عليه .

عقد الشركة عند أبى حنيفة

قال الحنفية : إن عقد الشركة له ركن واحد هو الايجاب والقبول ، لأنه هو الذى يتحقق به العقد ، وأما غيره من العاقدين والمال فهو خارج عن ماهية العقد كما تقدم فى البيع ، وصفة الايجاب أن يقول أحدهما شاركتك فى كذا وكذا ويقول الآخر قبلت ولا فرق فى ذلك بين أن يذكر له نوعاً خاصا كأن يقول له : شاركتك فى القمح أو القطن أو يذكر له شيئاً عاما ، كأن يقول له : شاركتك فى عموم أنواع التجارة ، وإذا لم يذكرا لفظ الشركة بأن قال أحدهما ما اشتريت اليوم من أصناف التجارة فهو بينى وبينك ، فقبل صاحبه فإنه يكون شركة .

ولكن ليس لأحدهما أن يبيع بدون إذن صاحبه لأنهما قد اشتركا فى الشراء ولم يشتركا فى البيع فلا يصح لأحدهما أن يتصرف بدون إذن الآخر .

ومثل ذلك ما إذا أقته بوقت كأن قال له : ما اشتريت اليوم أو هـذا الشهر فهو بيني وبينك .

ولا يشترط فى الايجاب والقبول أن يكونا باللفظ ، فإذا دفع له ألفاً وقال له : أخرج مثلها واشتر تجارة والربح سيكون بيننا فأخذها وفعل بدون أن يتكلم انعقدت الشركة وكيفية كتابة الشركة أن يقال :

(هذا ما اشـترك عليه فلان وفلان اشتركا على تقوى الله تعالى وأداء الأمانة ، وعلى رأس مال قدره كذا يدفعه فلان ورأس مال قدره كذا يدفعه صاحبه ، وذلك كله فى أيديهما يشتريان به ويبيعـان مجتمعين ومنفردين ، ويعمل كل منهما برأيه ويبيع بالنقد وبالتأجيل ، فما كان من ربح فهو بينهما على قدر رءوس أموالهما ، وما كان من خسر أو تبعة فهو كذلك ثم يكتب التاريخ) .

هذا هو النص الكامل لكتابة عقد الشركة ، وإن كان بعضه غير لازم مثل التنصيص على أن كلا منهما يبيع بالنقد وإلى أجـل لأن ذلك يملكه بمجرد العقد ، نعم بعضهم يقول : إنه يحتاج إلى إذن ولكنه ضعيف ، ثم إن اشتراط الربح متفاوتاً صحيح فلا يلزم أن يقول : وما كان من ربح فهو بيننا على قدر رأس مالهما إلا إذا صادف ذلك اتفاقهما ولهما أن يتفقا على أن يأخذ أحدهما من الربح أقل من رأس ماله ، فإن كان ذلك فلينص عليه .

أما الخسارة فإنه يجب أن تكون بنسبة رأس المال ، فإذا اشترط أن يكون على أحدهما أكبر من نسبة رأس ماله فسد العقد . ا هـ الفقه على المذاهب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وتصح الشركة على الدراهم والدنانير ، لأنهما أصل لكل ما يباع ويبتاع وبهما تعرف قيمة الأموال وما يزيد فيها من الأرباح ، فاما ما سواهما من العروض فضربان ، ضرب لا مثل له ، وضرب له مثل ، فاما ما لا مثل له

كالحيوان والنبات فلا يجوز عقد الشركة عليها لانه قد تزيد قيمة احدهما دون الآخر ، فان جعلنا ربح ما زاد قيمته لمالكه أفردنا احدهما بالربح ، والشركة معقودة على الاشتراك فى الربح وان جعلنا الربح بينهما اعطينا من لم تزد قيمة ماله ربح مال الآخر ، وهذا لا يجوز .

واما ما له مثل كالحبوب والادهان ففيه وجهان :

(احدهما) لا يجوز عقد الشركة عليه ، وعليه نص فى البويطي لانه من غير الأثمان فلم يجز عقد الشركة عليه كالنبات والحيوان .

(والثانى) يجوز ، وهو قول ابى اسحاق لانه من ذوات الأمثال فاشبه الأثمان ، وان لم يكن لهما غير العروض وأرادا الشركة باع كل واحد منهما بعض عرضه ببعض عرض الآخر ، فيصير الجميع مشتركاً بينهما ، ويشتركان فى ربحه)) .

الشرح الأحكام . قال المزنى : والذى يشبه قول الشافعى رحمه الله أنه لا تجوز الشركة فى العروض ولا فيما يرجع فى حال المفاضلة إلى القيم ولتغير الأثمان . وجملة ذلك أن عقد الشركة يصح على الدراهم والدنانير لأنها قيم المتلفات ومعايير الأثمان ، وبها تعرف قيم الأموال وما يزيد فيها من الأرباح ، وممن منع الشركة بالعروض أصحاب أحمد كما نص عليه هو فى رواية أبى طالب وحرب ، وحكاه عنه ابن المنذر . وكره ذلك ابن سيرين ويحيى بن أبى كثير والثورى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى ، لأن الشركة إما أن تقع على أعيان العروض أو قيمتها أو أثمانها . فأما أعيانها فإنه لا يجوز أن تقع عليها لأن الشركة تقتضى الرجوع عند المفاضلة برأس المال أو بمثله ، وهذه لا مثل لها فيرجع إليه ، وقد تزيد قيمة جنس أحدهما دون الآخر فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال ، وقد تنقص قيمته فيؤدى إلى أن يشاركه الآخر فى ثمن ملكه الذى ليس بربح .

وأما قيمتها فإنها غير متحققة القدر فيفضى إلى التنازع ، وقد يقوم الشىء بأكثر من قيمته ، ولأن القيمة قد تزيد فى أحدهما قبل بيعه فيشاركه الآخر فى العين المملوكة له .

وأما الأثمان فإنها معدومة حال العقد ولا يملكانها ، ولأنه إن أراد ثمنها الذى اشتراها به فقد خرج عن مكانه وصار للبائع . وإن أراد ثمنها الذى

يبيعها به فإنها تصير شركة معلقة على شرط وهو بيع الأعيان ، ولا يجوز ذلك .

وقد فرق أصحابنا بين ماله وبين مالا مثل له فأما مالا مثل له كالنبات والحيوان وما أشبههما فلا يصح عقد الشركة عليها ، وبه قال من مضى ذكرهم، وقال مالك : يصح عقد الشركة عليها ويكون رأس المال قيمتها .

دليلنا : أن موضع الشركة على أن لا ينفرد أحد الشريكين بربح مال أحدهما وهذه الشركة تفضى إلى ذلك ، لأنه قد يزيد قيمة عرض أحدهما ، ولا يزيد قيمة عرض الآخر ، فيشاركه من لم يزد قيمة عرضه عند المفاصلة ، وهذا لا سبيل إليه فإن كان لكل واحد منهما عربة تساوى مائة وأرادا الشركة ، باع أحدهما نصف عربته بنصف عربة صاحبه ثم يتقابضان ويأذن كل واحد منهما لصاحبه فى التصرف وإن كانت قيمة إحداهما مائتين وقيمة الأخرى مائة باع من قيمة عربته مائتان ثلث عربته بثلثى عربة الآخر ، وإن شاء باع كل واحد منهما من صاحبه بعض عرضه بثمن فى ذمته ثم تقاصا ، وإن شاء اشتريا عرضاً من رجلين بثمن فى ذمتهما ثم دفعا عرضهما عما فى ذمتهما .

وأما ماله مثل كالحبوب والأدهان ، فهل يصح عقد الشركة فيها ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يجوز ، وهو ظاهر ما نقله المزنى ، لأنه قال : ولا فيما يرجع حال المفاصلة إلى القيم ، وماله مثل لا يرجع إلى قيمته ولأنهما مالان إذا خلطا لم يتميز أحدهما عن الآخر ، فصح عقد الشركة عليهما كالدراهم والدنانير .

(والثانى) لا يجوز ، لأن الشافعى رضى الله عنه قال فى البويطى : ولا يجوز الشركة فى العروض ، وما له مثل من العروض ، ولأنها شركة على عروض فلم يصح كالنبات والحيوان .

قال أبو إسحاق المروزى فى الشرح : فإذا قلنا : تصح الشركة فيها

ـ فإن كانت قيمتهما سواء ـ أخذ كل واحد منهما مثل سلعته يوم المفاصلة واقتسما ما بقى من الربح ، وإن كانت قيمتهما مختلفة مثل أن كانت حنطة أحدهما جيدة وحنطة الآخر مسوسة كان لكل واحد منهما قيمة حنطته يوم الشركة واقتسما ما بقى من الربح .

فـــرع فى كلام النووى فى الروضة :

تجوز الشركة فى النقدين قطعاً ولا تجوز فى المتقـومات قطعـاً ، وفى المثليات قولان . ويقال : وجهان (أظهرهما) الجواز ، والمـراد بالنقـدين الدراهم والدنانير المضروبة ، أما التبر والحلى والسـبائك فأطلقـوا منع الشركة فيها ، ويجوز أن يبنى على أن التبر مثلى أم لا ؟ وفيه خلاف يأتى إن شاء الله تعالى فى كتاب الغصب ، فإن جعلناه متقوماً لم تجز الشركة ، وإلا فعلى الخلاف فى المثلى .

وأما الدراهم المغشوشة فقال الرويانى : لا تصح الشركة فيها . وحكى فى (التتمة) فى صحة القراض عليها خلافاً مبنيا على جواز المعاملة بهـا ، إن جوزناها فقد ألحقنا المغشوش بالخالص ، وإلا فلا .

فإذا جاء فى القراض خلاف ففى الشركة أولى . وقال صاحب (العدة) : الفتوى جواز الشركة فيها إن استمر فى البلد رواجها .

(قلت) : هذا المنقول عن (العدة) هو الأصح ، وأما قوله : أطلقوا منع الشركة فى التبر إلى آخره فعجب ، فإن صاحب التتمة حكى فى انعقـاد الشركة على التبر والنقرة وجهين كالمثلى ، والمراد بصاحب (العدة) هنـا أبو المكارم الرويانى . ثم ما ذكرنا فى المسألة من منع الشركة وجوازها ، المراد به : إذا أخرج هذا قدراً من ماله ، وذاك قدراً وجعلاهما رأس مال . وتتصور الشركة على غير هذا الوجه فى جميع الأموال .

فرع فى مذاهب العلماء فيما تصح به الشركة

مذهبنا أن الشركة لها أربعة أركان : صيغة وشريكان ومال ، ويتعلق بكل منها شروط :

فيشترط فى الصيغة أن تشتمل على ما يفيد الإذن بالتصرف لمن يتصرف منهما بالبيع والشراء ونحوهما ، فإن كان التصرف من أحدهما يلزم أن تكون الصيغة مشتملة على ما يدل على إذن الآخر إياه بالتصرف ، وان كان التصرف منهما معاً لزم أن تشتمل على إذن كل واحد لصاحبه ، وذلك كأن يقول كل منهما لصاحبه جعلنا هذا المال شركة وأذنتك بالتصرف فيه على سبيل التجارة بيعاً وشراء فيقول الآخر قبلت ولا يكفى اشتركنا فقط بل لابد من التصريح بما يدل على الإذن المذكور .

وأما الشريكان فيشترط فى كل منهما الرشد والبلوغ والحرية ، فلا يصح عقد الشركة من سفيه أو مجنون أو صبى أو رقيق غير مأذون كذلك لا يصح من مكره أو فضولى ويصح من أعمى على أن يكون المتصرف غيره ويوكل عنه فى القبض بشرط أن يكون أهلا لأن يوكل عنه غيره بأن يكون رشيداً بالغاً .

وأما رأس المال فيشترط له أمور :

(أولا) أن يكون مثليا ، والمراد بالمثل ما يحصره كيل أو وزن ، ويجوز فيه السلم كالنقدين من الذهب والفضة فإنهما يحصران بالوزن وكالحنطة والشعير فإنه لا يصح أن يجعل رأس المال إلا إذا باع أحدهما بعض تجارته ببعض تجارة صاحبه بطريق الشيوع ، ثم يأذن كل واحد منهما صاحبه بالتصرف على سبيل التجارة ، وبذلك يصح جعل عرض التجارة رأس مال سواء اتحد جنسه أم اختلف .

(ثانيا) اختلاط المالين قبل العقد بحيث لا يتميز أحدهما من الآخر . أما خلطهما بعد وقوع العقد فقيل يصح ، وقيل : يمتنع ، وعلى الثانى فإنه يلزم الشريكين إعادة الصيغة .

(ثالثاً) يشترط اتحاد ما يخرجه كل واحد من المال ببعضه فلا يصح أن يخرج أحدهما ذهباً والآخر فضة ، وبالعكس . وكذلك لا يصح أن يخرج أحدهما فضة من ذات العشرة ويخرج الآخر من ذات الخمسة ، إلا إذا ملكا مالا مختلفا بطريق الهبة أو طريق الميراث فإنه لا يشترط اتحاده ، وإنما الشرط أن يأذن كل واحد منهما صاحبه فى التصرف بطريق التجارة .

ولا يشترط التساوى فى رأس المال ولا فى العمل على المعتمد ، فيصح أن يكون رأس مال صاحبه ويكون عمله الذى يقابل زيادة نصيبه من المال تبرعاً منه لا يستحق عليه شيئاً . نعم يشترط أن يقسم الربح والخسارة على قدر المالين سواء تساوى الشريكان فى العمل أو تفاوتا ، فإذا دفع أحدهما مائة ودفع الآخر خمسين لزم أن يأخذ الثانى ثلث الربح ، فإن اشترط أقل من ذلك أو أكثر فسد العقد ، ورجع كل واحد منهما بأجرة عمل مثله فى ماله فاذا كانا متساويين فى مال صاحبه مقابل عمل الآخر فى ماله ويكون ذلك مفاوضة .

(اما الحنفية) فإنهم قالوا : يشترط للشركة بجميع أنواعها أمران :

(الأول) وهو متعلق بالمعقود عليه ، وهو أن يكون ــ أعنى المعقود عليه ــ قابلا للوكالة فيه ، فإذا تعاهد اثنان مثلا على أن يشتركا فى الاصطياد أو الاحتطاب أو فى جمع الحشائش المباحة وبيعها فإن العقد لا يصح لأن هذه الأشياء مباحة ، فلا ينعقد فيها التوكيل لأن ملكها يثبت لمن يباشرها ، فمن جمع حطباً مباحاً أو صاد سمكاً أو غزالا أو غير ذلك فإنه يملكه بمجرد الحصول عليه ، فليس لغيره ملك فيه حتى يتصور أن يوكله فى التصرف فيما يملكه منه .

(الأمر الثانى) وهو متعلق بالربح أن يكون الربح جزءاً شائعاً معلوماً كالنصف أو الثلث أو نحوهما ، فإن كان الربح مجهولا أو معيناً بعدد فإن العقد يفسد ، فإذا قال أحدهما شاركتك ولك جزء من الربح ولم يعين أو قال : ولك عشرون ديناراً من الربح فإنه يفسد ، أما الأول فلأن الجهالة فى الربح توجب

النزاع ، وأما الثانى فلأن تعيين عدد معين من الربح يقطع الشركة إذ ربما لا يربح سوى هذا المبلغ فيأخذه أحد الشريكين المشروط له ، ويكون الثانى شريكاً فيه فتنقطع الشركة حينئذ .

(أما المالكية) فقد جعلوا الشروط التى تتعلق بالعاقدين ثلاثة : الحرية فلا تصح بين رقيق وحر ولا بين عبدين إلا إذا كان مأذوناً له فى التجارة فإنه يصح عقده والمال لسيده ، والرشد فلا تصح بين سفيهين أو سفيه ورشيد ، والبلوغ فلا تصح من صبيين ولا من صبى وبالغ ، فإذا اشترك صبى مع بالغ فلا ضمان على الصبى ، ومثل ذلك ما إذا اشترك سفيه مع عاقل فإنه لا ضمان على السفيه ومثلهما العبد مع الحر . وهذه الشروط هى شروط صحة الوكالة ، إذ لا يصح لشخص أن يوكل غيره أو يتوكل عن غيره إلا إذا كان حرا بالغاً رشيداً وأما الصيغة فشرطها أن تكون بما يدل على الشركة عرفاً سواء كان بالقول أو بالفعل .

ومثال القول : أن يقول كل منهما اشتركنا على كذا ، أو يقول أحدهما ويسكت الآخر راضياً ، أو يقول أحدهما : شاركنى ويرضى الآخر .

ومثال الفعل : أن يخلط كل منهما ماله بمال صاحبه ويتجرا ، ومتى تحققت الصيغة بالقول أو الفعل لزم عقد الشركة ، وإذا أراد أحدهما أن ينفصل عن صاحبه قبل خلط المالين وامتنع الآخر فليس للأول حق الانفصال إلا إذا بيعت السلع التى اشتراها وظهر رأس المال .

وأما رأس المال فإنه يصح بأحوال ثلاثة : أحدها : النقدان من الذهب والفضة وهذا يشترط فيه ثلاثة أمور :

(الأول) أن يتحد ما يدفعه أحدهما بما يدفعه الآخر فى الجنس ، بأن يخرج ذهباً والآخر ذهباً مثله ، أو يخرج أحدهما ذهباً وفضة والآخر كذلك ، فلا يصح أن يخرج أحدهما ذهبا فقط والآخر فضة ، فإن فعلا فلكل منهما رأس ماله ويقسمان الربح لكل عشرة واحد .

(الثـانى) أن يتحد المالان فى الصرف والوزن والجودة أو الرداءة ، فلا يصح أن يختلفا فى الصرف كأن يصرف جنيه أحدهما بخمسة وتسعين وجنيه الآخر بتسعين مع اتحادهما فى الوزن ، لأنهما إن اتفقا على الزيادة فقد تفاوتا فى رأس المال ، لأن أحدهما فى هذه يدفع أكثر من صاحبه ، ولم يحسب له ما دفعه ، والتفاوت مفسد للشركة ، وإن اتفقا على حسبان الزيادة ترتب على ذلك عدم اعتبار الوزن فى صرف الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة وهو ممنوع .

وكذلك لا يصح أن يختلفا فى الوزن لما عرفت . أما اختلافهما فى الجودة والرداءة بأن كان أحدهما جيداً والآخر رديئاً فإنه لا يصح ، لأن قيمة الجيد أزيد من قيمة الردىء طبعاً فإن اتفقا على إلغاء تلك الزيادة وقع التفاوت المفسد للشركة وإن اتفقا على حسبان الزيادة فقد اتفقا على إلغاء الوزن ، والغاء الوزن فى عيار الذهب والفضة ممنوع .

(الأمر الثالث) أن يكون رأس مال الشركة من النقدين حاضراً ، فإذا اشتركا على مال غائب فإنه لا يصح ، أما إذا كان مال أحدهما حاضراً ومال الآخر غائباً فإن كانت غيبته بعيدة بحيث لا يمكن إحضاره فى مسافة يومين فإن الشركة لا تصح .

وإذا كان بعض مال أحدهما غائباً وبعضه حاضراً كأن كان معه ألف منها خمسمائة بيده ، والباقى مودع فى مكان ثم اشتركا على الألف ، فإنه ينبغى تأجيل العمل حتى تحضر الخمسمائة فى مسافة قريبة ، فإن عملا قبل ذلك كان لصاحب الخمسمائة نصيبه من الربح بنسبة ذلك وهو الثلث فقط .

(الحال الثانى) أن يكون رأس المال عيناً من أحدهما وعرض تجارة من الآخر كأن يدفع أحدهما نقداً من ذهب أو فضة ويدفع الآخر سلعة من ثياب أو طعام أو قطن .

(الحال الثالث) أن يكون رأس المال عرض تجارة من الشريكين ، كأن يدفع أحدهما قطناً والآخر ثياباً أو شعيراً أو أرزاً أو يدفع أحدهما قطناً

والآخر قطنا مثله إذ لا فرق بين أن يكون رأس المال من العرض متحد الجنس أو مختلفه ، إلا أنه لا يصح أن يكون رأس المال من كل منهما طعاماً فلا يصح أن يدفع كل واحد قمحاً أو شعيراً ، وإنما جازت فى صورة ما إذا كان مال أحدهما طعاماً والآخر نقداً ، أو عرض تجارة تغليباً لجانب النقد وعرض التجارة على الطعام .

وعلى كل حال فيشترط فى جعل رأس المال عرض تجارة أن يقوم رأس المال وتعتبر الشركة فيه بالقيمة ، ثم إن كان عرض التجارة معدوداً أو مكيلا أو موزوناً فتعتبر قيمته بعد بيعه وقبضه لأنه إنما يدخل فى ضمان المشترى بالقبض ، فتعتبر قيمته يوم قبضه ، ومثل ذلك العرض الغائب غيبة قريبة ، فإن قيمته تعتبر يوم قبضه ، وأما غير ذلك فتعتبر قيمته يوم عقد الشركة .

وأما الربح والخسارة فإنه يشترط فيهما أن يكونا بحسب نسبة المال ، فلا يصح لأحدهما أن يأخذ أكثر من نسبة رأس ماله الذى دفعه .

ومثل الربح العمل فعلى كل منهما أن يعمل بنسبة رأس ماله ، فإن اشترطا التفاوت فى الربح أو العمل بطلت الشركة فإذا لم يشرعا فى العمل وظهر بطلان الشركة بذلك فسخ العقد ، فإذا عملا فى المال واتضح البطلان بعد العمل قسم الربح بينهما على قدر رأس المال الذى دفعه كل منهما .

فإذا كان لأحدهما ثلث المال وللآخر الثلثان واشتركا على أن يكون لصاحب ثلث المال نصف الربح ولصاحب الثلثين النصف الآخر فإن لصاحب الثلثين الرجوع على صاحب الثلث بالسدس الزائد على مقدار رأس ماله ولصاحب الثلث الرجوع على صاحب الثلثين بأجر عمله الذى يقابله سدس الربح الذى زيد له وهو سدس أجرة العمل كله .

(أما الحنابلة) فقد قسموا الشروط فى الشركة إلى ثلاثة أقسام :

(الأول) شروط صحيحة لا يترتب عليها ضرر ، ولا يتوقف العقد عليها ، كما إذا اشترطا أن لا يبيعا إلا بكذا ، وأن لا يتجرا فى مكان كذا أو أن لا يسافرا بالمال ونحو ذلك ، فهذا كله صحيح لا ضرر فيه .

(الثانى) شروط فاسدة لا يقتضيها العقد كاشتراط عدم فسخ الشركة مدة سنة مثلا أو أن لا يبيع إلا برأس المال أو أن لا يبيع ممن اشترى منه ونحو ذلك فهذه الشروط لا يترتب عليها فساد العقد ولا يعمل بها .

(الثالث) الشروط التى يتوقف عليها صحة العقد وهى أمور :

(منها) أن يكون المالان معلومين للشريكين ، ومنها حضور المالين فلا تصح بمال غائب أو فى الذمة كالمضاربة .

(ومنها) أن يشترطا لكل واحد جزءاً من الربح معلوما مشاعاً كالنصف والثلث ونحوهما .

(ومنها) شروط سنذكرها فى المضاربة إن شاء الله تعالى .

وأما تفاصيل الأحكام عندهم فيذكرها صاحب (المبدع فى شرح المقنع) الامام العلامة برهان الدين بن مفلح الحنبلى رحمه الله تعالى ويستفاد منه أن الشركة نوعان شركة على أملاك ، وشركة عقود وهذه الأخيرة على خمسة أضرب ، ويعتبر لسائر أنواعها أن يكون جائز التصرف ، لأنه عقد على التصرف فى المال ، فلم يصح من غير جائز التصرف فى المال كالبيع .

(الضرب الأول شركة العنان) سميت بذلك لأن الشريكين فيها متساويان فى المال والتصرف ، كالفارسين إذا سويا بين فرسيهما ، وتساويا فى السير . وقال الفراء : هى مشتقة من : عنّ الشىء إذا عرض ، يقال : عنت لى حاجة إذا عرضت ، لأن كلا منهما قد عن له ، أى عرض له مشاركة صاحبه ، وقيل : هى مأخوذة من : عانه ، إذا عارضه فكل منهما عارض صاحبه بمثل ماله وعماله . وقوله فى الشرح : إنه راجع إلى قول الفراء ليس بظاهر (وهى) جائزة إجماعاً . ذكره ابن المنذر ، وإن اختلفت فى بعض شروطها (أن يشترك اثنان) فما فوقهما سواء كانا مسلمين أو أحدهما ، ولا تكره مشاركة كتابى إن ولى المسلم التصرف ، نص عليه « لنهيه عليه الصلاة والسلام عن مشاركة

اليهودى والنصرانى إلا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم » رواه الخلال بإسناده عن عطاء ، وكرهه الأزجى وروى عن ابن عباس ، ولم نعرف له فى الصحابة مخالفاً ، لأن أموالهم ليست بطيبة ، لأنهم يبيعون الخمر ويتبايعون بالربا ، وكالمجوس ، نص عليه واشتراكهما بماليهما المعلومين سواء كان المالان متساويين قدراً وجنساً وصفة أو لا ، ويعتبر حضور ماليهما لتقرير العمل ، وتحقيق الشركة إذن كمضاربة .

ولو اشتركا فى مختلط بينهما شائعاً صح ، إن علما قدر ما لكل منهما ، وهذا القيد أخرج المضاربة ، لأن المال فيها من جانب ، والعمل من آخر بخلافها لكونها تجمع مالا وعملا من كل جانب بدليل قوله ــ يعنى صاحب المقنع ــ (ليعملا فيه ببدنيهما) والأصح أو أحدهما ، لكن بشرط أن يكون له أكثر من ربح ماله وبقدره إبضاع وبدونه لا يصح ، وفيه وجه (وربحه لهما) لأنه نماء ملكهما وعملهما متساوياً ومتفاضلا على ما شرطاه ، لأن الربح يستحق بالمال تارة وبالعمل أخرى كالمضارب .

فينفذ تصرف كل واحد منهما بحكم الملك فى نصيبه ، والوكالة فى نصيب شريكه ، لأنه متصرف بجهة الإذن ، فهو كالوكالة ، ودل أن لفظ الشركة يغنى عن إذن صريح فى التصرف ، وهذا هو الأصح ، والمعمول به عند عامة أصحابهم .

ولا تصح إلا بشرطين أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير ، فتصح بغير خلاف إذا كانت غير مغشوشة ، لأنها قيم الأموال ، وأثمان البياعات ، ولم يزل الناس يشتركون فيها فى كل عصر من غير نكير ، فلا تصح بالعروض على المذهب ، لأن الشركة بها إما أن تقع على أعيانها ، أو على قيمتها أو على ثمنها ، وكل ذلك لا يجوز .

(أما الأول) فلأن العقد يقتضى الرجوع عند المفاصلة برأس المال ولا مثل له ، فيرجع به .

(وأما الثانى) فلأن القيمة قد تزيد بحيث يستوعب جميع الربح ، وقد

تنقص بحيث يشاركه الآخر فى ثمن ملكه الذى ليس بربح ، مع أن القيمة غير متحققة المقدار ، فيفضى إلى التنازع .

(**وأما الثالث**) فلأن الثمن معدوم حال العقد ، ولا يملكانها ، لأنه إن أراد ثمنها الذى اشتراها به فقد خرج عن ملكه ، وصار للبائع ، وإن أراد ثمنها الذى يبيعها به فإنها تصير شركة مغلقة على شرط وهى بيع الأعيان . وعن أحمد تصح بالعروض . أختاره أبو بكر وأبو الخطاب لأن مقصود الشركة جواز تصرفهما فى المالين جميعاً ، وكون الربح بينهما ، وهذا يحصل فى العروض من غير غرر ، كما يحصل فى الأثمان ، ويجعل رأس المال قيمتها وقت العقد ، ليتمكن العامل من رد رأس المال عند التفاضل ، كما أنا جعلنا نصاب زكاتها قيمتها ، وسواء كانت العروض من ذوات الأمثال كالحبوب أولا ، وعن أحمد : يصح بكل عرض متقوم ، وقيل : مثلى .

وهل تصح بالمغشوش والفلوس ؟ على وجهين . وبناهما على القول بأنها لا تصح إلا بنقد ، وقيدهما فى الفروع بالنافقتين . وفى (الترغيب) وهو من كتب المذهب فى فلوس نافقة روايتان :

(إحداهما) وهو المذهب أنها لا تصح ، لأن المغشوش لا ينضبط غشه فلا يمكن رد مثله ، والفلوس تزيد قيمتها وتنقص ، أشبهت العروض ، ويستثنى منه الغش اليسير لمصلحته ، كحبة فضة فى دينار . ذكره فى المغنى والشرح ، لأنه لا يمكن التحرز منه .

(والثانية) يصح ، لأن الغش يستهلك فى المغشوش والفلوس بشبهة الثمن . قال أحمد : (لا أرى السلم فى الفلوس لأنه يشبه الصرف) وظاهره لا فرق بين أن تكون كاسدة أو رابحة ، لأنها إن كانت كاسدة كان رأس المال قيمتها كالعروض ، وإن كانت نافقة كان رأس المال مثلها ، وكذا المغشوش ، وفى ثالث : إن كانت الفلوس نافقة جاز لشبهها بالنقدين .

(الثانى) أن يشترطا لكل واحد جزءاً من الربح مشاعاً معلوماً كالثلث والربع ، لأن الربح مستحق لهما بحسب الاشتراط ، فلم يكن بد من

اشتراطه كالمضاربة ، واشترط كونه مشاعاً ، لأنه لو عين دراهم معلومة ، احتمل أن لا يربح غيرها ، فيأخذ جميع الربح ، واحتمل أن لا يربح فيأخذ من رأس المال جزءاً ، وقد يربح كثيراً فيستضر من شرطت له ، واشترط كونه معلوماً ، لأن الجهل به يفضى إلى التنازع ، وهو بينهما على ما شرطاه ، لأن العمل يستحق به الربح كالمضاربة ، وقد يتفاضلان فيه لقوة حذقه ، فإن قالا : الربح بيننا فهو بينهما نصفين ، لأنه أضافه إليهما إضافة واحدة من غير ترجيح فاقتضى التسوية ، كقوله : هذه الدار بينى وبينك فان لم يذكر الربح لم يصح كالمضاربة ، لأنه المقصود من الشركة ، فلا يجوز الإخلال به ، فعلى هذا يكون الربح بينهما على قدر المالين . أو شرطا لأحدهما جزءاً مجهولا فكذلك ، لأن الجهالة تمنع تسليم الواجب ، ولأنه هو المقصود منها فلم يصح مع الجهالة كالثمن . لكن لو قال : لك مثل ما شرط لفلان وهما يعلمانه ، صح . أو دراهم معلومة لم يصح لما ذكرنا ، ولأن العامل ينبغى أن تكون حصته معلومة القدر ، فإذا جهلت الأجزاء فسدت . وكذلك لو جعل لنفسه جزءاً وعشرة دراهم ، وحكاه ابن المنذر فى القراض إجماع من يحفظ عنه فيما إذا جعلا أو لأحدهما دراهم معلومة ، فلو قال : لك نصف الربح إلا عشرة دراهم ، بطلت لزيادتها . أو ربح أحد الثوبين ،أو ربح إحدى السفرتين أو ربح تجارته فى شهر أو عام بعينه ، لم يصح . لأنه قد يربح فى ذلك المعين دون غيره ، أو بالعكس ، فيختص أحدهما بالربح ، وهو مخالف لموضوع الشركة بغير خلاف نعلمه ، وكذلك الحكم فى المساقاة والمزارعة قياساً على الشركة .

ولا يشترط أن يخلطا المالين لأنه عقد يقصد به الربح فلم يشترط فيه ذلك كالمضاربة ، ولأنه عقد على التصرف فلم يشترط فيه الخلط كالوكالة . ولا أن يكونا من جنس واحد . فيجوز لأحدهما أن يخرج دنانير ، والآخر دراهم ، لأنهما من الأثمان ، فصحت الشركة فيهما كالجنس الواحد ، فإذا اقتسما رجع كل واحد بماله ، ثم يقتسمان الفضل . نص عليه وذكره عن محمد بن الحسن صاحب أبى حنيفة ، ولا يشترط تساويهما فى القدر ــ وهذا قول الجمهور ــ وقال القاضى : متى تفاضلا ، قوما المتاع بنقد

البلد ، وقوما مال الآخر به ، ويكون التقويم حين صرفا الثمن فيه ، ورد بأنها شركة صحيحة رأس المال فيها الأثمان ، فيكون الرجوع بجنس رأس المال كما لو كان جنساً واحداً .

وما يشتريه كل واحد منهما بعد عقد الشركة ، فهو بينهما لأن العقد وقع على ذلك ، ولأنه أمينه ووكيله ، وفى كتاب (الشرح) من شرط صحتها أن يأذن كل واحد منهما لصاحبه فى التصرف ، والأصح لا يشترط ، فإن اشتراه لنفسه فهو له لأنه أعلم بنيته ، وإن تلف أحد المالين فهو من ضمانهما بعد الخلط اتفاقاً ، وكذا قبله على الأشهر ، لأن العقد اقتضى أن يكون المالان كالمال الواحد ، فكذا فى الضمان ، وكنمائه لصحة القسمة بالكلام كخرص ثمار ، فكذا الشركة ، احتج به أحمد قاله الشيخ تقى الدين ــ يعنى ابن تيمية رحمه الله ــ وعنه : من ضمان صاحبه والوضيعة ــ أى الخسران ــ على قدر المال بالحساب ، لأنها عبارة عن نقصان رأس المال ، وهو مختص بالقدر فيكون النقص منه دون غيره ، وسواء كانت الوضيعة لتلف أو نقصان أو غير ذلك ، ومقتضاه أنه لا شىء على العامل فى المضاربة بل هى مختصة بملك ربه كالمزارعة .

قال الشيخ برهان الدين بن مفلح رحمه الله تعالى

فصـــل

ويجوز لكل واحد منهما أن يبيع ــ أى حالا ــ ويشترى مساومة ومرابحة وغيرهما ، لأنه بالنسبة إلى شريكه وكيل ، فملكهما كالوكيل ، ويقبض ويُقْبِضُ ، لأنه مؤتمن فى ذلك فملكهما بخلاف الوكيل فى قبض الثمن ، فإنه قد لا يأتمنه .

ويطالب بالدين ويخاصم فيه ، لأن من ملك قبض شىء ملك المطالبة والمخاصمة فيه ، بدليل ما لو وكله فى دينه ، ويحيل ويحتال ، لأنهما عقد معاوضة وهو يملكها ويرد بالعيب سواء وليه هو أو صاحبه ، لأن الوكيل يرد به ، فالشريك أولى ، وظاهره رضى ولو رضى به شريكه ، ويقربه ــ أى

بالعيب ، كما يقبل إقرار الوكيل على موكله به ، نص عليه ، فإذا ردت عليه بعيب خير بين قبولها أو إعطاء أرش العيب ، أو يحط من ثمنه ، أو يؤخر ثمنه لأجل العيب ، ويقايل ، لأن الحظ قد يكون فيها ــ أعنى المقايلة ــ وظاهره مطلقاً وهو الأصح ، فى الشرح الكبير لأنها إن كانت بيعاً فقد أذن له فيه ، وإن كانت فسخاً ففسخ البيع المضر من مصلحة التجارة ، فملكه كالرد بالعيب ، وصحح فى (المغنى) وغيره أنها فسخ ، فلا يملكها لأنه ليس من التجارة ، ويفعل كل ما هو من مصلحة تجارتهما ، لأن مبناها على الوكالة والأمانة ، فيقبل إقراره بالثمن أو بعضه أو أجرة المنادى أو الحمال ، لأن هذا عادة التجار ، وله أن يستأجر من مال الشركة ويؤجر ، لأن المنافع أجريت مجرى الأعيان ، فصار كالشراء والبيع ، وله المطالبة بالأجر لهما وعليهما لأن حقوق العقد لا تختص بالعاقد .

وليس له أن يكاتب الرقيق ، لأنه لم يأذن فيه شريكه ، والشركة تنعقد على التجارة ، وليست منها ، ولا يزوجه لما ذكرنا ، سيما وتزويج العبد ضرر محض ، ولا يعتقه بمال ولا غيره ، ولا يهب ــ نقل حنبل : يتبرع ببعض الثمن لمصلحته . ولا يقرض ــ وظاهره ولو برهن ــ ولا يحابى ، لأن الشركة انعقدت على التجارة ، وهذه ليست منها .

ولا يضارب بالمال لأن ذلك يثبت فى المال حقوقاً ، ويستحق ربحه لغيره ، وفيه تخريج من توكيله ، ولا أجرة للثانى على ربه ، وعنه : بلى ، وقيل . على الأول مع جهله لدفع غاصب ومع علمه لا شىء له وربحه لربه . وعلى الأول كما لا يجوز له خلط مال الشركة بماله ولا مال غيره ، لأنه يتضمن إيجاب حقوق فى المال ، وليس هو من التجارة المأذون فيها . وعنه : يجوز بمال نفسه لأنه مأمور فيدخل فيما أذن فيه . ذكره القاضى . ولا يأخذ به سفتجة ، لأن فيها خطراً ، ومعناه : أن يدفع إلى إنسان شيئاً من مال الشركة ، ويأخذ منه كتاباً إلى وكيله ببلد آخر ليستوفى منه المال ، ولا يعطيها بأن يأخذ من إنسان بضاعة ويعطيه بثمن ذلك كتاباً إلى وكيله ببلد آخر ليستوفى منه ذلك إلا بإذن شريكه ، لأنه يصير من التجارة المأذون فيها وهو راجع إلى

الكتابة وما بعدها ، والصواب الصحة مطلقاً فيهما لمصلحة لخوف الطريق ونحوه فى الأولى .

(فائـدة) ما يخرجه الشريك على المال من الشيل والحط ، والعشر والخفارة ، وما يتعلق بالبذرقة ــ بمعنى الخفارة أو الجماعة أما القافلة لتؤمن الطريق من العدو وهى معربة من الفارسية ــ يحتسب به على شريكه . قاله فى الفصول . وهل له أن يودع أو يبيع نَساء أو يبضع ، أو يوكل فيما يتولى مثله أو يرهن أو يرتهن ؟ على وجهين ، وفيه مسائل :

(الأولى) فى الإيداع وفيه روايتان ، إحداهما : له ذلك ، جزم به فى الوجيز وصححه فى الشرح ، وزاد عند الحاجة إليه ، لأنه عادة التجار . والثانية : وهى أصح الوجهين فى المحرر : المنع لأنها ليست من الشركة ، وفيه غرر .

(الثانية) فى البيع إلى أجل وهو يخرج على الروايتين فى الوكيل ، وقد تقدم . فإن اشترى شيئاً ينقد عنده مثله ، أو نقد من غير جنسه أو اشترى بشىء من ذوات الأمثال وعنده مثله جاز ، وإلا فالشراء له خاصة ، وربحه له وضمانه عليه .

(الثالثة) فى الإبضاع ، وهو فى الأصل عبارة عن طائفة من المال تبعث للتجارة ، قاله الجوهرى ، ويأتى تفسيره ، والأصح أنه لا يملكه لما فيه فى الغرر . والثانى : بلى ، وجزم به فى الوجيز لأنه عادة التجار .

(الرابعة) التوكيل فيما يتولى ملكه بنفسه ، وفيه وجهان مبنيان على الوكيل ، وقيل : يجوز للشريك التوكيل بخلاف الوكيل ، لأنه يستفيد مثل عقد موكله ، بخلاف وكيل الشريك ، فإنه لا يستفيد مثل عقد موكله ، بل يستفيد ما هو أخص منه ، فإن وكل ملك الآخر عزله ، ويتصرف المعزول فى قدر نصيبه ، وعلم منه أنه يملك التوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه .

(الخامسة) فى الرهن والارتهان ، والأصح أنه يملكهما ــ زاد فى

الشرح: ــ عند الحاجة ، لأن الرهن يراد للإيفاء ، والارتهان يراد للاستيفاء ، وهو يملكهما ، فكذا ما يراد لهما . والثانى : ليس له ذلك ، لأن فيه خطراً ، وعلى الأول : لا فرق بين أن يكون ممن ولى العقد أو من غيره ، لكون القبض من حقوق العقد . فلو قال : اعمل برأيك ، ورأى مصلحة ، جاز الكل ، لأنه فوض إليه الرأى فى التصرف الذى تقتضيه الشركة ، فجاز كل ما هو من التجارة .

(تنبيه) لم يذكر المؤلف السفر بالمال ، والأصح أنه يملكه مع الأمن ــ وفيه رواية صححها الأزجى ــ وإن سافر والغالب العطب ضمن ، ذكره أبو الفرج ، وظاهر كلام غيره فيما ليس الغالب السلامة . وذكر جماعة أنه يتجر ولى اليتيم بماله موضع أمن ، فإن لم يعلما بخوفه أو بفلس مشتر فلا ضمان . ذكره أبو يعلى الصغير .

فرع إذا ادعى هلاكه بسبب خفى صدق فى الأصح . وإن كان بسبب ظاهر لم يضمنه إذا أقام بينة به ، ويحلف معها أنه هلك به ، ويصدق منكر الخيانة ، وإن قال لما بيده : هذه لى أو لنا ، أو اشتريته منها لى أو لنا ، صدق مع يمينه ، سواء ربح أو خسر . وإن قال : صار لى بالتسمية صدق منكرها .

وليس له أن يستدين على مال الشركة ، لأنه يدخل فيها أكثر مما رضى الشريك بالمشاركة فيه ، فلم يجز كما لو ضم ألفاً من ماله . ومعناها أن يشترى بأكثر من رأس المال أو بثمن ليس معه من جنسه ، فإن فعل فهو عليه ، وربحه له . قال أحمد فى رواية صالح فيمن استدان من المال بوجهه ألفاً : فهو له وربحه له ووضيعته عليه ، ومعناه : أنه يختص بنفعه وضره ، لكونه لم يقع للشركة ، إلا أن يأذن شريكه . فإنه يجوز كبقية أفعال التجارة المأذون فيها . وقال القاضى : إذا استقرض شيئاً لزمهما وربحه لهما لأنه تمليك مال بمال أشبه الصرف ورد بالفرق ، فإن الصرف بيع وإبدال عين بعين ، فهو كبيع الثياب .

وإن أخر حقه من الدين الحال جاز ، لأنه أسقط حقه من المطالبة ، فصح

أن ينفرد به كالإبراء ، فلو قبض شريكه شيئاً مما لم يؤخر كان له مشاركته فيه ، وقيل : وله حق تأخير شريكه ، ويضمنه إن تلف ، أو مات المدين . وإن تقاسما الدين فى الذمة لم يصح فى إحدى الروايتين ، نص عليه فى رواية حنبل ، وجزم به فى الوجيز ، وصححه ابن عقيل ، لأن الذمم لا تتكافأ ، ولا تتعادل والقسمة تقتضيها ، لأنها بغير تعديل بمنزلة البيع ، ولا يجوز بيع الدين ، فعليها لو تقاسما ثم توى بعض المال رجع الذى توى ماله على الآخر .

والثانية ونقلها حرب ، وقدمها فى (الرعاية) : الجواز ، لأن الاختلاف لا يمنع القسمة ، كاختلاف الأعيان ، فعليها لا رجوع إذا أبرأ كل منهما صاحبه ، وأطلقهما فى (الفروع) إذا كان فى ذمم لا ذمة واحدة ، لأنه لا تمكن القسمة ، وهى إفراز ، ولا يتصور فيها ، فعلى الأول إن تكافأ فقياس المذهب من الحوالة على ملىء وجوبه . قاله الشيخ تقى الدين . وإن أبرأ من الدين أو أجل ثمن المبيع فى مدة الخيار لزم فى حقه ، لأنه تبرع دون صاحبه ، لأنه ليس من التجارة وكالصدقة . وكذلك إن أقر بمال ، أى : يلزم المقر دون صاحبه على المذهب ، سواء أقر بدين أو عين ، لأن شريكه إنما أذن له فى التجارة ، وليس الإقرار داخلا فيها .

وقال القاضى : يقبل إقراره على مال الشركة ، لأن له أن يشترى نَساء، وهو إقرار ببقاء الثمن ، قاله ابن المنجا . وفيه شىء ، وعلله فى (الشرح) بأن له أن يشترى من غير أن يسلم الثمن فى المجلس ، فلو لم يقبل إقراره لضاعت أموال الناس ، وامتنعوا من معاملته ، لأن ذلك مما يحتاج إليه كالإقرار بالعيب ، وقيده فى (الرعاية) فى الإقرار و (الفروع) قبل التفرقة بينهما لا بعدها .

مسألة أقر غريم لهما بدين عند حاكم فطلب أحدهما حبسه ، ومنع الآخر منه ، ففى وجوب حبسه روايتان قاله فى المستوعب وغيره .

(تنبيه) إذا كان بينهما دين مشترك بإرث أو إتلاف ــ قال الشيخ تقى الدين : أو ضريبة سبب استحقاقها واحد ، فلشريكه الأخذ من الغريم

ومن القابض . جزم به الأكثرون ، لأنهما سواء فى الملك ، وظاهره : ولو أخرجه القابض برهن أو قضاء دين كالمقبوض بعقد فاسد ، وعنه : يختص به ، وقاله جماعة ، منهم أبو العالية ، وابن سيرين ، كما لو تلف المقبوض فى يد قابضه تعين حقه فيه ، ولم يرجع على الغريم لعدم تعديه ، وإن كان بعقد ، أو بعد تأجيل شريكه حقه فوجهان : (أحدهما) له المشاركة كالموروث (والثانى) لا ، لأنه مستقل بالعقد على نصيبه فهو كالمنفردين . ويجب على كل واحد منهما أن يتولى ما جرت العادة أن يتولاه من نشر الثوب وطيه وختم الكيس وإحرازه ، وقبض النقد ، لأن إطلاق الإذن يحمل على العرف ، وهو يقتضى أن مثل هذه الأمور يتولاها بنفسه ، فإن استأجر من يفعل ذلك فالأجرة عليه فى ماله ، لأنه بذلك عوضاً عما يلزمه .

وما جرت العادة أن يستنيب فيه كحمل الطعام والمتاع ووزن ما ينقل والنداء فله أن يستأجر من مال الشركة من يفعله ، لأنه العرف ، فإن فعله ليأخذ أجرته فهل له ذلك ؟ على وجهين ، هما روايتان فى المغنى والمحرر الأصح أنه لا شيء له ، لأنه تبرع بما يلزمه ، فلم يستحق شيئاً كالمرأة التى تستحق خادماً إذا أخدمت نفسها . والثانى : بلى ، لأنه فعل مالابد من فعله ، فاستحق الأجرة كالأجنبى ، وعلى الأول إذا شرطها استحقها .

فرع إذا استأجر أحدهما الآخر فيما لا يستحق أجرته إلا بعمل فيه كنقل طعام بنفسه أو غلامه أو دابته جاز ، نقله الأكثر كداره ، وعنه : لا ، لعدم إمكان إيقاع العمل فيه لعدم تمييز نصيبهما ، اختاره ابن عقيل ، ويحرم على شريك فى زرع فرك شيء من سنبله يأكله بلا إذن ، ويتوجه عكسه ، قاله فى الفروع .

فصل

والشروط فى الشركة ضربان ، لأنها عقد فانقسمت شروطها إلى صحيح وفاسد كالبيع ، صحيح مثل أن يشترط أن لا يتجر إلا فى نوع من المتاع ، سواء مما يعم وجوده أم لا ، وقال فى (الرعاية) : عام الوجود ، والمراد به

عمومه حال العقد فى الموضع المعين للتجارة ، لا عمومه فى سائر الأزمنة والأمكنة ، أو بلد بعينه كمكة ونحوها ، أو لا يبيع إلا بنقد معلوم أو لا يسافر بالمال أو لا يبيع إلا من فلان أو لا يشترى إلا من فلان ، فهذا كله صحيح ، سواء كان الرجل مما يكثر المتاع عنده أو يقل ، لأنه عقد يصح تخصيصه برجل أو بلد معينين كالوكالة ، فإن جمع البيع والشراء من واحدة فإنه لا يضر . ذكره فى (المستوعب) وفى (المغنى) و (الشرح) خلافه وهو ظاهر . وفاسد مثل أن يشترط ما يعود بجهالة الربح لو شرط ربح أحد الكيسين أو الألفين أو جزءاً مجهولا كنصيب ، لأنه يفضى إلى جهل حق كل واحد من الربح ، أو إلى فواته حيث شرط دراهم معلومة ، أو ضمان المال لمنافاته مقتضى العقد ، أو أن عليه من الوضيعة أكثر من قدر ماله للمنافاة ، أو أن يوليه ما يختار من السلع إذ لا مصلحة للعقد فيه ، أشبه ما لو شرط ما ينافيه .

مسألة إذا شرط أحدهما على الآخر متى باعه فهو أحق به ، فباعه من غيره ، فقال أحمد : أحب إلىّ أن يفى بشرطه . وقال ابن عقيل ــ وذكره فى الشرح وغيره ــ : إنه شرط باطل ، لأنه يقطع إطلاق تصرف الشريك الآخر . وظاهر كلام أحمد خلافه ، أو يرتفق بها كلبسه الثوب ، واستخدامه العبد ، أولا يفسخ الشركة مدة بعينها لأنها عقد جائز ، فاشتراط لزومها ينافى مقتضاها كالوكالة مع أنه يصح توقيتها كالوكالة ، نص عليه . فما يعود بجهالة الربح يفسد به العقد ، لأن الفساد فى العوض المعقود عليه ، فأفسد العقد ، كما لو جعل رأس المال خمراً ، ولأن الجهالة تمنع من التسليم فيفضى إلى التنازع ويخرج فى سائرها . أى : باقيها (روايتان) المنصوص عنه أن العقد صحيح ، ويلغو الشرط ، لأنه عقد على مجهول ، فلم تبطله الشروط الفاسدة كالنكاح . والثانية : يبطل ، وذكره فى المحرر تخريجاً لأنه شرط فاسد فأبطل العقد كالمزارعة ، إذا شرط البذر من العامل ، وكالشروط الفاسدة فى البيع ، ولأنه إنما رضى بالعقد بهذا الشرط ، فإذا فسد فات الرضى به . وإذا فسد العقد قسم الربح على قدر المالين ، لأن التصرف صحيح ، لكونه بإذن مالكه ، والربح نماء ، فربح المضاربة للمالك ، وعليه أجرة مثل العامل مطلقاً .

والعنان والوجوه على قدر المالين ، والأبدان تقسم أجرة ما تحملاه بالسوية والوضيعة بقدر المالين ، وظاهره أنه إذا لم تفسد فإن الربح يقسم بينهما على ما شرطاه ، كرواية فى الفاسد .

وهل يرجع أحدهما بأجرة عمله ، أى : نصف عمله ؟ على وجهين ، كذا فى المحرر ، أحدهما : لا رجوع ، جزم به فى الوجيز وصححه فى شرح المحرر ، لأنهما عملا لأنفسهما ، فلا يرجع أحدهما على الآخر بما لم يعمل له ، فعليه يقتسمان الربح على ما شرطاه ، لأنه عقد يجوز أن يكون عوضه مجهولا ، فوجب المسمى فى فاسده كالنكاح . والثانى : يرجع ، جزم به فى الكافى وهو الأصح ، لأنه عمل فى نصيب شريكه ، فيرجع به ، لأنه عقد ينبغى الفصل فيه فى ثانى الحال ، فوجب أن يقابل العمل فيه عوض ، كالمضاربة ، فإن تساوى عملهما تقاص الدينان ، وان فضل أحدهما تقاص دين القليل بمثله ، ويرجع على الآخر بالفضل .

وقال ابن حمدان : إن قسم الربح على قدرهما رجع ، وإلا فلا ، وقال القاضى : إن فسد العقد لجهل الربح فكذلك ، وإن فسد لغيره وجب المسمى فيه كالصحيح ، لأنه عقد يصح مع جهل العوض ، فوجب المسمى فيه مع فساده كالنكاح .

فرع إذا مات أحدهما فلوارثه إتمام الشركة ، فيأذن كل منهما للآخر فى التصرف ، وقيل : إن كان المال عرضاً جدد عقداً ، وله المطالبة بالقسمة ، فإن كان على الميت دين تعلق بتركته ، وليس للوارث الشركة فيه حتى يقضى دينه ، فإن قضاه من غير مال الشركة فله إتمامها ، وان قضاه منها بطلت فى قدر ما مضى .

(تنبيه) كل عقد فاسد من أمانة وتبرع بمضاربة وشركة ووكالة ووديعة كصحيح فى ضمان وعدمه ، وكل عقد لازم يجب الضمان فى صحيحه يجب فى فاسده كبيع وإجارة ونكاح . ا هـ كلام ابن مفلح فى المبدع شرح المقنع . ومنه نقلته وبالله التوفيق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) ولا يصح من الشرك الا شركة العنان ، ولا يصح ذلك الا أن يكون مال أحدهما من جنس مال الآخر وعلى صفته ، فان كان مال أحدهما دنانير والآخر دراهم ، أو مال أحدهما صحاحا والآخر قراضة أو مال أحدهما من سكة ومال الآخر من سكة أخرى لم تصح الشركة ، لأنهما مالان لا يختلطان فلم تصح الشركة عليهما كالعروض ، فان كان مال احدهما عشرة دنانير ومال الآخر مائة درهم ، وابتاعا بها شيئاً وربحا قسم الربح بينهما على قدر المالين ، فان كان نقد البلد أحدهما قوم به الآخر ، فان استوت قيمتاهما اســـتويا في الربح ، وان اختلفت قيمتاهما تفاضلا في الربح على قدر مالهما)) .

(فصـــل) ولا تصح حتى يختلط المالان ، لأنه قبل الاختلاط لا شركة بينهما في مال ، ولأنا لو صححنا الشركة قبل الاختلاط وقلنا : ان من ربح شيئاً من ماله انفرد بالربح أفـردنا أحـدهما بالربح ، وذلك لا يجوز . وان قلنا : يشاركه الآخر اخذ أحدهما ربح مال الآخر ، وهذا لا يجوز .

وهل تصح الشركة مع تفاضل المالين في القدر ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا تصح ، وهو قول أبي القاسم الأنماطي لأن الشركة تشتمل على مال وعمل ثم لا يجوز أن يتساويا في المال ويتفاضـلا في الربح ، فكذلك لا يجوز أن يتساويا في العمل ويتفاضلا في الربح واذا اختلف مالهما في القـــدر فقد تساويا في العمل وتفاضلا في الربح ، فوجب أن لا يجو ز.

(والثاني) تصح ، وهو قول عامة أصحابنا وهو الصحيح ، لأن المقصود بالشركة أن يشتركا في ربح مالهما ، وذلك يحصل مع تفاضل المالين كمـــا يحصل مع تساويهما ، وما قاله الأنماطي من قياس العمل على المال لا يصح ، لأن الاعتبار في الربح بالمال لا بالعمل ، والدليل عليه أنه لا يجوز أن ينفـــرد أحدهما بالمال ويشتركا في الربح ، فلم يجـز أن يستويا في المال ويختلفا في الربح ، وليس كذلك العمل فانه يجوز أن ينفرد أحدهما بالعمل ويشتركا في الربح فجاز أن يستويا في العمل ويختلفا في الربح)) .

الشرح قوله : شركة العنان وهو أن يشـــتركا في شيء خاص دون سائر أموالهما ، كأنه عن لهما شيء فاشترياه مشتركين فيه ، وقيل : مأخوذة من عناني فرسي الرهان ، لأن الفارسين إذا تسابقا تساوى عنانا فرسيهما ، كذلك الشركة يتساوى فيها الشريكان .

والشركة أربع : شركة العنان ، وشركة الأبدان ، وشركة المفاوضة وشركة الوجوه . ولا يصح من هذه الشركة عندنا إلا شركة العنان .

قال فى البيان واختلف الناس لم سميت شركة العنان فقيل سميت شركة العنان لظهورها وهو أنهما ظاهرا باخـراج المالين ، ويقال عنّ الشىء إذا ظهر ومنه قول امرىء القيس :

فعنّن لنـا سرب كأن نعاجه عذارى دوار فى مُلاء مذيل

(وقيل) سميت عنانا من المعانة وهى المعارضـة ، وكل واحـد من الشريكين عارض شريكه بمثـل ماله ، إلى أن قال : وقال أبو بكر الرازى سميت بذلك مأخوذاً من العنان ، لأن الإنسان يأخذ عنان الدابة بإحـدى يديه ، ويحبسه عليها ، ويده الأخرى مرسلة يتصرف بها كيف شـاء كذلك هذه الشركة كل واحد من الشريكين بعض ماله مقصور عن التصرف فيـه من جهة الشركة ، وبعض ماله يتصرف فيه كيف شاء . ا هـ .

وقد اعتبر أصحاب أحمد الشركة خمساً حيث زادوا شركة المضاربة ، وقد أجازوا بعض ما هو ممنوع عندنا على تفصيل سيأتى إن شاء الله تعالى .

وجماع القول فى شركة العنان هو أن يخرج كل واحد منهما مالا من جنس مال الآخر وعلى صفته ويخلطا المالين ، ولا خلاف فى صحة هذه الشركة لسلامتها من سائر أنواع الغرر ، ويشترط فيها لفظ صريح من كل للآخر يدل على الإذن للتصرف من كل منهما أو من أحدهما ، أو كناية تشـعر بذلك وكاللفظ الكتابة وإشارة الأخرس المفهمة فلو أذن أحدهما فقط تصرف المأذون فى الكل والآذن فى نصيبه خاصة ، فإن شرط عدم تصرفه فى نصيبه لم تصح .

فـــرع الشركة الصـحيحة أن يخـرج كل واحد من الشريكين دنانير مثل دنانير صاحبه ويخلطاها فيكونا شريكين ، وجملة ذلك أن من شرط صحة شركة العنان أن يكون مالهما المشترك بينهما من جنس واحـد وسكة واحدة ، فإن كان مال أحدهما عملة محلية والآخر عملة أجنبية واختلفا

قيمة لم تصح الشركة لاختلاف جهة الإصدار وعدم اتحاد القيمة واحتمال دخول عنصر الغرر فى الاستبدال والصرف فلم تصح كما لو كانت نقود أحدهما مكسرة والآخر صحيحة ، أو كانت لأحدهما دنانير والآخر دراهم ، أو كانت لأحدهما طبرية والآخر عبديه ، وقال أبو حنيفة وأحمد : يصح لأنهما إذا أرادا المفاصلة قوّما المتاع بنقد البلد وقوما مال الآخر به ويكون التقويم حين صرفا الثمن فيه .

دليلنا أنهما مالان مختلفان ، فوجب أن لا ينعقد عليهما عقد الشركة ، كما لو كان مال أحدهما حنطة ومال الآخر شعيراً ، فإن خالفا وأخرج أحدهما عشرة دنانير والآخر عشرة دراهم وخلطا ذلك وابتاعا فإن ذلك يكون ملكا لهما على قدر مالهما فإن كان نقد البلد دنانير قومت الدراهم ، فإن كانت قيمتها خمسة دنانير كان لصاحب الدنانير ثلث المتاع ولصاحب الدراهم ثلثه ، وكذلك يقسم الربح والخسران بينهما . وإن كان نقد البلد من غير جنس ما أخرجاه قوم ما أخرج كل واحد منهما بنقد البلد ، فإن تساويا كان ذلك بينهما نصفين ، وإن تفاضلا كان الحكم فى ملك المتاع لهما كذلك . ولا ينطبق عدم الصحة على أثمان المبيع إذ يجوز أن تكون الأثمان بعد ذلك بنقود من أجناس شتى فإنه جائز بلا خلاف نعلمه .

ولا تصح الشركة حتى يختلط المالان ثم يقولان : تشاركنا أو اشتركنا ، فإن عقدا الشركة قبل خلط المالين لم يصح . نعم لا تنعقد الشركة وليس على أحدهما تبعة العقد بل إنه بالخيار .

وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى : تصح الشركة وإن لم يخلطا المالين ، بل مال كل واحد منهما بيده يتصرف فيه كيف شاء ويشتركان فى الربح وقال مالك رحمه الله تعالى : من شرط عقد الشركة أن تكون أيديهما على المالين ، أو يد وكيلهما ، وإن لم يكونا مخلوطين .

دليلنا أنهما مالان يتميز أحدهما عن الآخر فلم تصح الشركة عليهما كما لو كانا حنطة وشعيراً ، أو كما لو لم تكن يدهما على المالين ، ولأنا لو

صححنا عقد الشركة قبل الخلط لأدى إلى أن يأخذ أحدهما ربح مال الآخر، لأنه قد ربح بمال أحدهما دون الآخر .

وهل من شرط صحة هذه الشركة أن يتساويا فى قدر ماليهما ؟ على وجهين :

فإن كان مال أحدهما عشرة دنانير ومال الآخر خمسة لم تصح ، لأن الشافعى شرط أن يخرج أحدهما مثل ما يخرج الآخر ، ولأنهما إذا تفاضلا فى المال فلابد أن يتفاضلا فى الربح . لأن الربح على قدر المالين ، فلم يجز أن يتفاضلا فى الربح مع تساويهما فى العمل ، كما لا يجوز أن يتساويا فى المال ويتفاضلا فى الربح . قال أبو القاسم الأنماطى : لا تصح الشركة (والوجه الثانى) وبه قال عامة أصحابنا تصح الشركة وإن كانا متفاضلين فى المالين ، لأن المقصود فى الشركة أن يشتركا فى ربح ماليهما وذلك يمكن مع تفاضل المالين ، كما يمكن مع تساويهما . وما قال الشافعى فأراد به المثل من جهة الجنس والسكة ، لا من جهة المقدار . وأما اعتبار الربح بالعمل فغير صحيح ، لأن عمل الشريكين فى مال الشركة لا تأثير له ، لأنه تابع ، وقد يعمل أحدهما فى مال الشركة أكثر من عمل الآخر مع استوائهما فى المال . وقد يعمل أحدهما فى مال الشركة وحده من غير شرط فى العقد ، ويصح ذلك كله ولا يؤثر فى الربح وهذا هو الموافق للعمل إذ الربح يقسم على حسب قدر الحصة ونسبتها فى رأس المال الكلى ، ومن ثم يمكن أن يكثر الشركاء ويكون لهذا سهم ولغيره مائة ولغيره أكثر أو أقل فيكون الربح قسماً على الأسهم فتكون حصة كل شريك حسب أسهمه وقد وهن المصنف فى التنبيه قول الشافعى بقوله : وأن يكون مال أحدهما مثل مال الآخر فى القدر ، وليس بشىء .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى شركة العنان

قلنا : إن مذهبنا هو أن لا يجوز من أنواع الشركة إلا شركة العنان على ما بيناها آنفاً وعند أبى حنيفة يكون التصرف فى شركة العنان على وجوه :

(منها) أن لكل واحد من الشريكين شركة عنان أن يوكل بالبيع والشراء والاستئجار وللآخر أن يعزل ذلك الوكيل من ذلك أما إذا وكله بتقاضى دين فليس للآخر إخراجه كما تقدم فى شركة المفاوضة وبعضهم يقول : ان ذلك خاص بالمفاوضة . وما عدا ذلك فإن كل التصرفات الثابتة لشريك المفاوضة تثبت لشريك العنان ، وكل ما يمنع منه شريك المفاوضة يمنع منه شريك العنان إلا لأمور : (منها) أن شريك العنان لا يملك أن يشارك الغير بدون إذن شريكه ، فإذا اشترك اثنان فى شركة عنان ، واشترك أحدهما مع ثالث بدون اذن شريكه كان الربح بينهم جميعاً على أن يأخذ الثالث نصفه ، ويقسم النصف بين الشريكين . وإذا اشترى الذى لم يشارك كان ربحه خاصًا به .

(ومنها) أن ليس لشريك العنان الذى لم يباشر البيع أن يرهن عيناً من مال الشركة ، فإذا رهن بدين على الشركة لم يجز وضمن العين المرهونة .

وقالت الحنابلة : شركة العنان أن يشترك أثنان فأكثر بمالين على أن يعملا معاً فى تنميتهما والربح بينهما على ما اشترطا أو يشترك اثنان فأكثر بماليهما على أن يعمل أحدهما فقط بشرط أن يكون للعامل جزء من الربح أكثر من ربح ماله ليكون الجزء نظير عمله ، فإن شرط له ربحاً قدر ماله فقط فهو إيضاع لا يصح لأنه عمل فى مال الغير بدون أجر .

وقالت المالكية : شركة العنان أن يشتركا على أن لا يتصرف أحدهما إلا بإذن صاحبه فإن كل واحد منهما آخذ بعنان صاحبه يمنعه إذا أراد حتى لو تصرف أحدهما بدون إذن الآخر كان له رده . وإذا اشترطا أن يكون لأحدهما التصرف المطلق دون الآخر فقيل : إنها تكون عنانا فى المقيد ومفاوضة فى المطلق ، وقيل : تفسد وهو الظاهر والله تعالى أعلم .

فـــرع فى كلام النووى فى الروضة .

إذا أخرج كل واحد قدراً من المال الذى تجوز الشركة فيه وأراد الشركة، اشترط خلط المالين خلطاً لا يمكن معه التمييز ، فإن لم يفعلا فتلف مال أحدهما قبل التصرف تلف على صاحبه فقط ، وتعذر إثبات الشركة فى

الباقى ، فلا تصح الشركة إن اختلف الجنس كالدراهم والدنانير ، أو الصفة كاختلاف السكة ، وكالصحاح والمكسرة أو المثقوبة ، وكالعتيقة والجديدة ، والبيضاء والسوداء ، و فى البيض والسود وجه عن الاصطخرى ، وإذا جوزنا الشركة فى المثليات ، وجب تساويهما جنساً ووصفاً ، فلا يكفى خلط حنطة حمراء ببيضاء لإمكان التمييز وإن كان فيه عسر . وفى وجه يكفى ، لأنه يعد خلطاً ، وينبغى أن يتقدم الخلط على العقد ، فإن تأخر حكى فى التتمة وجهين ، أصحهما : المنع ، إذ لا اشتراك حال العقد . والثانى : الجواز إن وقع فى مجلس العقد ، لأنه كالعقد ، فإن تأخر عنه لم يجز على الوجهين ، ومال الإمام إلى جوازه لأن الشركة توكيل وتوكل . لكن لو قيد الإذن بالتصرف فى المال المفرد فلابد من تجديد الإذن . ولو ورثوا عروضاً أو اشتروها فقد ملكوها شائعة ، وذلك أبلغ من الخلط ، فإذا انضم إليه الإذن فى التصرف تم العقد ، ولهذا قال المزنى والأصحاب : الحيلة فى الشركة فى العروض المتقومة ، أن يبيع كل واحد نصف عرضه بنصف عرض صاحبه ، سواء تجانس العرضان أو اختلفا ، ليصير كل واحد منهما مشتركا بينهما فيتقابضان ، ويأذن كل واحد منهما لصاحبه فى التصرف .

وقال فى (التتمة) يصير العرضان مشتركين ، ويملكان التصرف فيهما بالإذن ، لكن لا تثبت أحكام الشركة فى الثمن حتى يستأنفا عقداً وهو ناص، ومقتضى إطلاق الجمهور ثبوت الشركة وأحكامها مطلقاً ، وهو الصحيح . ولو لم يتبايعا العرضين لكن باعاهما بعرض أو نقد ، ففى صحة البيع قولان سبقا ، فإن صححناها كان الثمن مشتركاً بينهما على التساوى أو التفاضل بحسب قيمة العرضين ، فيأذن كل واحد لصاحبه فى التصرف .

قلت : وإذا باع كل واحد بعض عرضه ببعض عرض صاحبه فهل يشترط علمهما بقيمة العرضين ؟ وجهان حكاهما فى الحاوى، والصحيح ، لا يشترط ومن الحيل فى هذا أن يبيع كل واحد بعض عرضه لصاحبه بثمن فى ذمته ثم يتقاصّا . والله أعلم .

(فرع) الصحيح أنه لا يشترط تساوى المالين فى القدر ، بل تثبت

الشركة مع التفاوت على نسبة المالين ، وقال الأنماطى : يشترط ، وهو ضعيف، وهل يشترط العلم حالة العقد بقدر النصيبين بأن يعرفا أن المال بينهما نصفان أو على نسبة أخرى ؟ وجهان أصحهما : لا يشترط إذا أمكن معرفته من بعد . ومأخذ الخلاف أنه إذا كان بينهما مال مشترك ، وكل واحد يجهل حصته ، فأذن كل واحد لصاحبه فى التصرف فى كل المال أو فى نصيبه ، هل يصح الإذن ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لجهلهما ، وأصحهما : نعم ، لأن الحق لا يعدوهما ، وعلى هذا تكون الأثمان بينهما مبهمة كالمثمنات .

أقسام الشركة عند مالك رضى الله عنه

قال هو وأصحابه رضى الله عنهم : تنقسم الشركة إلى : شركة الإرث وهى اجتماع الورثة على ملك رقبة أو رقاب بطريق الميراث . وشركة الغنيمة وهى اجتماع الجيش على ملك الغنيمة . وشركة المبتاعين شيئاً بينهما ، وهى أن يشترى اثنان فأكثر داراً ونحوها وهى الأنواع التى تسمى عند الحنفية بشركة الملك .

وحكمها عند المالكية لا يجوز لأحد الشريكين أن يتصرف بإذن صاحبه ، فإذا تصرف فقيل : يكون كالغاصب وقيل : لا فإذا زرع أحد الشريكين فى أرض مملوكة لهم أو بنى فيها فإن زرعه يقلع وبناءه يهدم على القول الأول ، أما على القول الثانى فإن زرعه وبناءه يتركان عليه كراء نصيب شريكه فى الأرض وله قيمة بنائه الذى بناه لشبهة الشركة .

ويتعلق بهذه الشركة فروع كثيرة :

(منها) أنه إذا اشترك اثنان أو أكثر فى عقار لا يمكن قسمته كحمام وفرن وبرج ثم خرب ذلك العقار وأراد أحد الشركاء تعميره فأبى الآخر فإنه يقضى على من امتنع من التعمير بأن يعمر أو يبيع جميع حصته لشريكه الذى يريد التعمير ، ولو كان يملك أكثر العقار أو يبيع لمن يعمر ، وقيل : يقضى عليه بأن يبيع بعض حصته التى تكفى التعمير ، ولكن الأول أرجح لتقليل الشركاء .

ولا فرق بين أن يكون العقار الذى لا ينقسم بعضه ملك وبعضه وقف ، وأبى الموقوف عليه أو ناظر الوقف التعمير فإنه يقضى بأن يعمره الشريك ويستوفى ما أنفقه على عمارته من إيراده ، ولمن قال : إنه يباع منه بقدر الحاجة إلى التعمير لأن الغرض تقليل الشركاء كما ذكر فى بيع غير الموقوف . نعم لا يقضى ببيع الوقف إلا إذا لم يكن للوقف ريع يعمر منه ولم يوجد من يستأجره بأجرة معجلة سنين تكفى لتعميره ، فإن وجد ذلك فإنه لا يقضى ببيعه .

هذا ولا يقضى بالبيع فى الحالتين إلا بعد الأمر بالعمارة ويقضى بالبيع إذا لم ينفذ الأمر .

(ومنها) أنه إذا اشترك اثنان ــ مثلا ــ فى دار يملك أحدهما منها الطبقة السفلى ويملك الثانى الطبقة العليا ثم اختل الدور السفلى أو وهنت جدرانه عن حمل الدور العلوى فإن الحاكم يأمر صاحب السفلى بأن يعمر فإن لم يفعل يقضى عليه ببيعه لمن يعمر لا فرق بين أن يكون العقار ملكا ووقفاً بالشروط المتقدمة .

وعلى صاحب الدور الأسفل حفظ الدور العلوى من السقوط حال بناء الدور السفلى ، بتعليقه أو عمل دعائم تحفظه من السقوط وليس على صاحب السفل أن يبنى سلماً يرقى عليه صاحب العلو .

أما كسح المرحاض الذى فى السفل المشترك بينه وبين صاحب العلو فيعمل فيه بالعرف ، فإن لم يوجد عرف فإنه يكون باشتراك بقدر الاستعمال على الظاهر ، وكذلك المراحيض الموجودة فى البيوت المستأجرة فإنه يعمل فى كسحها وتنظيفها بالعرف ، فإن لم يوجد عرف فقيل على المالك ، وقيل على المستأجر . وأما طين المطر الذى ينزل فى الأسواق فليس على أصحاب الدكاكين رفعه إلا إذا جمعوه فى وسط الطريق فأضر بالمارة فإن عليهم حينئذ كنسه .

(ومنها) إذا اشترك اثنان فى دار على أن يكون لأحدهما السفل وللآخر

العلو ثم أراد صاحب العلو أن يبنى فوقه ثالثاً ، فإنه لا يمكن من ذلك ، ويقضى عليه بالامتناع عن فعله ، إلا إذا ثبت هندسيا أن البناء لا يضر بالسفل حالا أو مآلا ، ويرجع فى ذلك إلى أهل الهندسة المدنية والمعمارية .

(ومنها) أنه إذا اشترك ثلاثة ــ مثلا ــ فى دار ثم تهدمت وأراد أحدهم تعميرها وامتنع الآخران فإن له أن يعمرها ويستولى على إيرادها جميعه حتى يخلص بما أنفقه ثم يقتسمون الايراد بعد ذلك إلا إذا أعطوه ما أنفقه فإنه يصح له الاستيلاء على الايراد وحده بعد ذلك .

وله الاستيلاء على الريع فى أربع صور :

الأولى : أن يستأذن شريكيه بالعمارة فيمتنعا .

الثانية : أن يستأذنهما فيسكتا ثم يمتنعا أثناء العمارة .

الثالثة : أن يستأذنهما فيمتنعا ثم يسكتا أثناء رؤية العمارة .

الرابعة : أن يأذنوا له فى العمارة ثم يمنعاه منها قبل شراء المؤن التى يعمر بها ثم عمر بعد منعهما ، وفيما عدا ذلك يكون ما أنفقه ديناً فى ذمتهم .

(ومنها) أنه إذا كان لأحد الجيران حائط متصلة ببيت جاره ويتوقف إصلاحها على دخول بيت جاره فليس لجاره أن يمنعه من الدخول فى داره لترميمها وإصلاحها ، فإذا امتنع يقضى عليه بتمكينه من غرز خشبة ونحوها ، وبتمكينه من أخذ ثوب سقط عنده أو دابة دخلت ونحو ذلك .

وكذا إذا كان خزان مرحاضه فى دار جاره فإنه يقضى له بإدخال العمال لكسحه ، وللجار منعه من إدخال الطين والجص فى داره وعليه أن يفتح نافذة فى حائط داره لادخال ما يلزمه من ذلك حتى لا يقذر دار جاره .

(ومنها) إذا كان بين جارين حائط تستر أحدهما فأزالها صاحبها وانكشف بسبب ذلك جاره فإنه يقضى على من أزالها بإعادة بنائها إلا إذا كان هدمها لخلل فيها يخشى منه الضرر ، أو هدمت وحدها فإنه فى هذه

الحالة لا يقضى على صاحبها بإعادتها ، ويقال للجار : افعل ما يسترك إن شئت .

(ومنها) إذا بنى أحد فى طريق مشتركة بين الناس فإنه يقضى عليه بهدم ما بناه ولو لم يضر بالمارة ، سواء كانت تلك الطريق نافذة أولا ، فإذا كانت لأحد الناس دار يملكها فهدمت وصارت طريقاً فإن ملكه لا يزول عنها بذلك ، وحينئذ لا يمنع من البناء فيها إلا إذا مضى زمن طويل ــ وقدره بعضهم بعشر سنين ــ فإنه لا يكون له حق فيها حينئذ .

(ومنها) أن لا يمتنع الباعة من الجلوس بأفنية الدور ، ويقضى به ، وهو ما زاد على مرور الناس فى طريق واسعة نافذة إذا كان فى جزء من اليوم ، أما إذا كان فى كل النهار فإنه يمنع ولا يقضى به على الراجح ، ومثله فناء الحانوت (الدكان) [1] ويمنع الجلوس فى أفنية الدور ونحوها للحديث لأن فيه ضياعاً للوقت وضرراً بالمارة .

وإن تنازع اثنان من الباعة فى الجلوس بمكان فإنه يقضى للسابق منها ، ومثل ذلك الجلوس فى المسجد إلا إذا كان غير السابق يجلس فيه لتعليم العلم أو الافتاء فإنه يقدم على غيره استحساناً يعنى أن الأفضل للسابق أن يترك ذلك المكان للمدرس .

(ومنها) أنه إذا فتح جار نافذة فى حائط بيته بينه وبين جاره وكانت تلك النافذة تكشف جاره بأن يرى وجوه ساكنيها فإنه يقضى عليه بسدها وإزالة معالمها بحيث لا يبقى لها أثر يمكن الاحتجاج به بعد .

أما إذا كانت النافذة لا ترى منها الوجوه أو على المزارع والحيوانات فإنه لا يؤمر بسدها إذ لا ضرر منها . وليس للجار أن يطلب سد نافذة مضى عليها عشر سنين وهو ساكت .

---

(١) الدكان : المكان المرتفع الذى يجلس عليه التاجر او صاحب الفناء لمقابلة من يفد اليه ويسميها العامة (المصطبة) ثم أطلقت بعد ذلك على جميع الحوانيت وهى كلمة فارسية وقد عربت لورودها فى صحيح البخارى فى حديث ابن عباس أنه كان يجلس على دكان حين حدث بحديث وفد عبد القيس (المطيعى) .

(ومنها) أن للجيران منع إحداث ما يتصاعد منه دخان يضر بهم وبمساكنهم ، كبناء حمام بجوارهم أو مطبخ أو تنور أو نحو ذلك . وكذلك لهم منع إحداث ما تنفذ منه رائحة كريهة كمدبغة ومكرشة ــ لبيع الكرشة وفيها أرواث البهائم المذبوحة ــ ونحوها ومحل ذلك إذا استحدث شيء من ذلك بعدهم ، أما إذا كان موجوداً من قبل ودخلوا عليه فليس لهم منعه .

(ومنها) أن للإنسان أن يمنع غيره من إيجاد الجرين عند منزله لأنه يتضرر بالتبن الحاصل من التذرية ، ومثل البيت فى ذلك الحانوت .

وكذلك يمنع ــ قضاء ــ ما يضر بجدران البيوت كرحى ومدق وبئر ومرحاض وإصطبل ، وأما الحداد والنحاس والنجار فإنهم لا يمنعون من مزاولة مهنتهم إلا إذا كان يؤذى الجدران ، أما مجرد التأذى منهم فإنهم لا يمنعون به ، ومثل هؤلاء الصباغ الذى يدق الثياب .

وكذلك يمنع إحداث مصطبة فى مقابل باب المنزل أو حانوت للبيع والشراء إذا كان يضر بالسكان ويكشفهم ، ولا يمنع مالك من فتح باب إلى طريق نافذ إلى الفضاء ولو كان فى مقابل باب جاره .

وندب للجار أن يفتح باباً لجاره ليمر منه إذا لم يكن فى ذلك ضرر عليه ، وندب إعارة جداره لجاره المحتاج لغرس خشبة فيه لأن ذلك من مكارم الأخلاق .

ولا يمنع من بناء ما يحجب ضوء الشمس عن دار نفسه ولكنه يمنع من أن يحجب الضوء أو الشمس عن جيرانه .

وأما أقسام الشركة المشهورة غير ما ذكرنا فهى ستة (هذا كله مذهب مالك) :

مفاوضة ، وعنان ، وجبر ، وعمل ، وذمم ، ومضاربة ؛ ولكل منها تعريف خاص بها ؛ وقد عرفها بعضهم تعريفاً تاماً فقال :

هى تقرر ملك متمول بين مالكين فأكثر . فقوله : تقرر متمول معنـــاه استقرار ملك شيء له قيمة مالية بين مالكين فأكثر فلكل واحد أن يتصرف فيه تصرف المالك خرج تقرر شيء غير مالى ، كتقرر النسب والولاية ، فإن النسب الثـــابت بين اثنين ليس بشيء مالى فلا يتصرفان فى النسب تصرف الشركات .

وكذلك تقرر الولاية بين اثنين على مملوك فإنه لا يكون شركة ، وقوله بين مالكين خرج به تقرر شيء مالى بين وصيين أو وكيلين ، فإن مال القصر الموجود فى يد الوصيين بمقتضى الوصاية لا يجعلهما شركاء فيه ، ومثلهما الوكيلان لشخص فإنهما لا يتصرفان تصرف الشركاء ، لأن ماله بينهما ليس مملوكا لهما .

ويدخل فى جميع أنواع الشركة الذمم المعروفة بالوجوه فهى ممنوعة عندهم مال للتجارة مفاوضة كانت أو عناناً ، وأما شركة الذمم المعـــروفة بالوجوه فهى ممنوعة عند المالكية ، وكذلك يدخل فى التعريف شركة الأبدان باعتبار الفائدة المالية التى تترتب عليها ، لأنها تكون مملوكة بينهما .

وقد عرف بعضهم الشركة المالية التجارية بأنواعها بأنها عبارة عن إذن كل واحد من الشريكين أو الشركاء للآخر فى أن يتصرف فى مال يملكانه على أن كلا منهما يتصرف لنفسه وللآخر ، فكل من الشريكين يعمل فى مال الآخر لصاحبه ولنفسه بخلاف الوكيل فإنه يعمل فى مال الموكل للموكل خاصة ، وأما تعريف كل قسم من أقسام الشركة على حدة فقد أتينا عليه كل تعريف فى فصله الذى ذكر فيه من هذا الكتاب (كتاب الشركة) فاشدد به يديك فى فرع مذاهب العلمـــاء عند الكلام على كل نوع من أنواع الشركات ، ورحم الله الشيخ عبد الرحمن الجزيرى الذى ارتضينا ما أحسن تحضيره من المذاهب بيسر وسهولة فجزاه الله عن الفقه خيراً ومن كان فى عونه وقد كنا فى خدمته إن شاء الله .

❋ ❋ ❋

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) ولا يجوز لأحد الشريكين أن يتصرف فى نصيب شريكه الا باذنه فان أذن كل واحد منهما لصاحبه فى التصرف تصرفا ، وان اذن أحدهما ولم يأذن الآخر تصرف المأذون فى الجميع ، ولا يتصرف الآخر الا فى نصيبه ، ولا يجوز لأحدهما أن يتجر فى نصيب شريكه الا فى الصنف الذى يأذن فيه الشريك ، ولا أن يبيع بدون ثمن المثل ولا بثمن مؤجل ، ولا بغير نقد البلد الا أن يأذن له شريكه ، لأن كل واحد منهـما وكيل للآخر فى نصـفه ، فلا يملك الا ما يملك كالوكيل)) .

الشرح الأحكام : إذا عقدا الشركة عن مال لهما نصفين ، فإن كل واحد منهما يملك التصرف فى نصف المال مشاعا من غير إذن شريكه لأنه ملكه ، وهل له أن يتصرف فى النصف الآخر من غير إذن شريكه ؟ فيه وجهان حكاهما المسعودى (أحدهما) يملك ذلك ، وبه قال أبو حنيفة لأن هـذا مقتضى عقد الشركة ، فلم يحتج إلى إذن الآخر ، كما لو عقد القراض على مال له . (والثانى) وهو طريقة البغداديين من أصحابنا أنه لا يملك ذلك من غير إذن شريكه ، لأن المقصود بالشركة هو أن يشتركا فى ربح ماليهما . وذلك لا يقتضى التوكيل من كل واحد منهما لصاحبه .

اذا ثبت هذا فإن أذن كل واحد منهما لصـاحبه فى التصرف بنصـيبه تصرف كل واحد منهما بجميع مال الشركة ، وإن أذن أحدهما لصاحبه دون الآخر صح تصرف المأذون له فى جميع المال ، ولا يتصرف من لم يؤذن له إلا فى نصفه مشاعا ولا يتجر المأذون له فى نصيب شريكه إلا فى النوع المأذون له فيه من الأمتعة ، سواء كان يعم وجوده أو لا يعم وجوده ، ولأن ذلك توكيل ، وللإنسان أن يوكل غيره يشترى له نوعاً من الأمتعة ، وإن لم يكن عام الوجود بخلاف القراض فإن المقصود منه الربح ، وذلك لا يحصل إلا فى الإذن بالتجارة فيما يعم وجوده .

قال ابن الصباغ : وإن أذن له أن يتجر فى جميع التجـارات جاز ذلك أيضاً . ولا يبيع المأذون له نصيب شريكه إلا بنقد البلد حالا بثمن المثـل كما تقول فى الوكيل والشيوع أن يكون المال غير مفرزة كل حصة على حدة كيلا أو وزنا أو عدا لأن المال الشائع يظل على ملك الشركاء جميعاً .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى تصرف الشركاء فى المال وغيره

مذهبنا أنه لكل واحد من الشركاء أن يتصرف بما يناسب المصلحة ، فلا يصح لأحدهم أن يتصرف بما يعود بالضرر على باقى الشركاء ، فلو اتفق أحد الشركاء مبدئيا على شراء سلعة ثم وجد من يشتريها بثمن أكثر من مثلها فإنه يجب عليه نقض ذلك الإتفاق لمصلحة شركائه .

وإذا باع سلعة بشرط الخيار ثم وجد من يرغب فيها بثمن زائد قبل انقضاء مدة الخيار فإنه يتعين عليه فسخ العقد وبيعها بالزائد للمصلحة ، وليس لأحدهم أن يبيع بالدين ولا بنقد متداول ببلده أو بنقد أقل سعراً من نقد بلده ، لأن فى ذلك ضرراً لمصلحة شركائه وكذلك ليس له أن يبيع بغبن كثير لا يقع مثله عادة بين الناس ، ولا أن يسافر بمال الشركة بغير ضرورة ما لم يأذن له فى ذلك كله شركاؤه ، فإذا أذنوا فعل ولا ضمان عليه ، وإلا فعليه الضمان ، ثم إن كان قد باع بالدين أو بغير نقد البلد الذى لا يتعامل به فيها أو بعين كثير لا يصح البيع فى نصيب شريكه ويضمنه بالتسليم ، أما نصيبه هو فقيل : يصح البيع فيه بناء على القول بجواز تجزئة العقد ، بل يكون صحيحاً فى بعض العين المبيعة وفاسداً فى البعض الآخر ، وهذا من تفريق الصفة ، وقيل : لا يصح أيضاً كما لا يصح فى نصيب الشريك بناء على القول بعدم جواز ذلك ، وعلى الوجه الأول يكون المشترى شريكا للشريك الأصلى لأنه يملك نصيب الشريك الذى باع له ، أما على الوجه الثانى فإن البيع كله باطل .

وليس لأحد الشركاء أن يعطى شيئاً من مال الشريك ليشترى به بضاعة بدون أجر ويسمى هذا (إبضاعاً) إلا بإذن شركائه . هذا وعقد الشركة جائز لكل من الشريكين فسخه متى شاء ، فلو فسخه الشريكان جميعاً انعزلا عن العمل أما إذا عزل أحدهما صاحبه فإن عزله ينفذ ويبقى هو فى العمل حتى يعزله صاحبه أيضاً لفسخ الشركة بموت أحدهما وجنونه دائماً

(أما الحنفية) فقد قالوا : يختلف حكم تصرف الشركاء باختلاف أنواع الشركة ، فأما تصرفهم فى شركة المفاوضة فهو على قسمين :

(الأول) أن يتصرف كل منهم فى مال الشركة .

(الثانى) أن يتصرف كل منهم فيما وقع من شريكه من التعاقد مع الغير ، فأما الأول فهو على وجوه ، أن يكون لكل واحد الحق فى أن يبيع بكثير الثمن وقليله إلا إذا كان فى بيعه غبن كثير لا يقع بين الناس عادة فانه لا يجوز ، ولا يجوز أن يشترى إلا بما هو معروف عند الناس عادة ، وهل يصح له أن يبيع بعرض التجارة ؟ أو لابد من البيع بقيمة العرض والنقود ؟ خلاف .

(ومنها) أن لكل منهم أن يودع مال الشركة .

(ومنها) أن لكل منهم أن يبيع ويشترى بثمن مقبوض ومؤجل ، ولكل منهم أن يتعاقد عقد سلم بأن يشترى سلعة بثمن حال على أن يقبضها بعد مدة معينة ، أو يبيع سلعة كذلك .

(ومنها) أن لكل منهم أن يشترى سلعة بثمن مؤجل ثم يبيعها بثمن أقل حالا لينتفع بالمال الذى يقبضه .

(ومنها) أن لكل منهم أن يرهن مال الشركة مقابل دين على الشركة ، وله أن يرهن مال المفاوضة فى نظير دين عليه خاصة ، إلا أنه يضمن لشريكه القدر الذى يستحقه فى المال المرهون ، وإن كانت قيمة المال المرهون أكثر من الدين الذى عليه فلا يضمن شيئاً ، وإذا رهن مالا خاصا به فى مقابل دين على الشركة فإن شريكه يكون ضامناً لنصيبه من الدين ، فيرجع عليه به .

(ومنها) أن لكل واحد منهم أن يهدى بالمأكول كاللحم والخبز والفاكهة وله أن يولم بشرط أن لا يخرج عن العرف فى ذلك ، أما الإهداء بغير المأكول كالذهب والفضة فإنه لا يجوز .

(ومنها) أن لكل منهم أن يسافر بالمال دون إذن شريكه على الصحيح .

ثم إن كان السفر بإذن شريكه كان له الحق فى الاتفاق على نفسه فى طعامه وإدامه وكرائه من رأس المال إن لم يربح ، فإن ربح حسبت النفقة من الربح .

(ومنها) أن لكل منهم أن يدفع المال مضاربة كأن يعطى شخصاً مائة ليعمل فيها بجزء الربح ، وما بقى من الربح يكون بين الشركاء وله أن يأخذ مالا مضاربة ليعمل فيه ولكن ربحه يكون خاصا به .

(ومنها) أن لكل منهم أن يشارك الغير شركة عنان ببعض مال الشركة ويجوز عليه وعلى شركائه سواء كان ذلك بإذن شريكه أم لا . وليس له أن يشارك الغير شركة مفاوضة إلا بإذن شريكه ، ولا فرق فى ذلك بين أن يشارك قريباً كأبيه وابنه أو بعيداً .

(ومنها) أن لكل منهم أن يوكل وكيلا ويدفع إليه بعض المال ويأمره أن ينفق على التجارة مال الشركة ، فإذا عزل الشريك الآخر ذلك الوكيل فإنه ينعزل إذا كان وكيلا فى بيع أو شراء أو إجارة.أما إذا كان وكيلا فى تخليص دين باع به الشريك الموكل سلعة من تجارة الشركة فليس للشريك الآخر عزله ، لأنه ليس لأحد الشركاء أن يقبض ما باع به واحد منهم أو يخاصم فيه ، بل الذى يفعل ذلك هو المباشر فقط فكذلك ليس لغير المباشر أن يعزل الوكيل .

(ومنها) أن لكل منهم أن يعير من مال الشركة ، ولكل واحد من الشركاء أن يمنع صاحبه من عمل شىء من الأوجه التى تقدمت كلها فإذا نهاه عن فعل واحد منها فى نصيبه وخالفه كان عليه الضمان ، فإذا قال له : لا تسافر بمالى فسافر وهلك المال كان عليه دفع نصيب شريكه الذى نهاه عن السفر .

وليس لواحد من الشركاء أن يقرض من مال الشركة بدون إذن صاحبه ، فإذا فعل ضمن نصيب شريكه ، ولا تفسد الشركة .

(القسم الثانى) تصرف أحد الشركاء فيما يقع منهم من التعاقد مع الغير وهو على وجوه أيضاً : منها أنه إذا أقال أحدهما فى بيع باعه الآخر نفذت إقالته على الشركاء . مثلا إذا باع أحدهم سلعة بمائة فطلب المشترى إقالته منها فأقاله الشريك الذى لم يباشر بيعها نفذت إقالته ، ومثل البيع السلم .

(ومنها) إذا باع أحد الشركاء سلعة بثمن مؤجل ثم مات فليس للشريك

أن يطالب بغير ما يخصه ، فإذا كان له النصف ودفعه المدين برئت ذمته والورثة هم الذين يطالبون بنصيب الميت .

(ومنها) أنه إذا باع أحدهم شيئاً ثم وهب الثمن من المشترى أو أبرأه فإنه يجوز وعليه الضمان .

(ومنها) أنه يجوز لأحد الشركاء أن يؤخر ديناً لهم عند الغير حل موعده وينفذ تأخيره على الجميع سواء كان المباشر لعقد الدين أحدهم أو جميعهم

(ومنها) أنه إذا اشترى أحدهم شيئاً كان شركاؤه متضامنين معه فى الثمن فيؤاخذون كما يؤاخذ الذى باشر الشراء ، ولكل منهم أن يقبض السلعة التى اشتراها أحدهم . وإذا وجد أحدهم عيباً فى سلعة اشتراها صاحبه فله أن يردها كما لصاحبه ذلك . وإذا اشترى أحدهم سلعة وظهر أنها ليست ملكا للبائع فلكل منهم أن يطالب البائع بثمنها .

(ومنها) أنه إذا أقر أحدهم نفذ إقراره على نفسه وعلى شركائه إلا إذا كان متهماً بالنسبة لمن أقر له بأن كان ممن لا تقبل شهادته عليه كأبيه وابنه . هكذا أفاده عبد الرحمن الجزيرى فى الجزء الثالث من الفقه على المذاهب ومنه نقلنا أقوالهم فى مسائل الشركات لسهولتها ويسر تحضيرها فرحم الله الشيخ رحمة واسعة ورحم من أعانه من الشيوخ غير المعلومين .

وقد سبق فى آخر شرح الفصل قبله بحث تصرف الشركاء فى شركة العنان عند الأحناف .

(فرع) فى شركة المفاوضة والتصرف فيها

ذكرنا أن شركة المفاوضة وهو أن يعقدا الشركة على أن يشتركا فيما يكتسبان بالمال والبدن ، وأن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بغصب أو بيع أو ضمان وقلنا : إنها شركة باطلة وقالت المالكية ليست باطلة .

وإن لأحد الشريكين أن يتصرف فيما يأتى :

(أولا) له أن يتبرع بشيء من مال الشركة ليؤلف به قلوب الذين يروجون تجارته ، ويشبه ذلك ما ينفق على الاعلانات فى زماننا ، وكذا له أن يتصدق باليسير من مال الشركة كدفع كسرة لفقير ، وله فعل الأشياء اليسيرة المعتادة بين الناس كاعارة آلة ونحو ذلك .

(ثانياً) له أن يعطى شخصاً مالا من الشركة ليشترى له به بضاعة من بلد كذا وذلك يسمى (إبضاعاً) وهذا من حقوق الشريكين شركة عنان أيضاً ، على أن الإبضاع لا يصح إلا إذا كان مال الشركة واسعاً ، وإلا فلا يصح الإبضاع بدون إذن شريكه .

(ثالثاً) لأحد المتفاوضين أن يودع مال الشركة عند من يراه أميناً لعذر يقتضى الإيداع ، فإن أودع لغير عذر ضمن .

(رابعاً) له أن يشارك فى جزء معين من المال شركة مفاوضة أو شركة عنان بحيث لا يكون للشريك الجديد إلا العمل فى الجزء الذى عينه ، فلو عمل فى كل مال الشركة بدون إذن الشريك الأول فإنه لا يصح .

(خامساً) له أن يعطى بعض المال لشخص مضاربة إذا كان المال متسعا يحتمل ذلك ، وإلا فلا يصح بدون إذن شريكه أيضاً .

(سادساً) له أن يقبل من سلعة باعها هو أو شريكه إن كان فى ذلك فائدة للتجارة ، وإلا لزمه للشريك قدر حصته .

(سابعاً) له أن يقبل السلعة التى بها عيب سواء اشتراها هو أو شريكه بغير إذن شريكه .

هذا وإن لأحد الشريكين أن يفعل كل هذه الأمور من الأول إلى السابع ، وإن نهى شريكه عنها وامتنع عن قبولها .

(ثامناً) أن يقر بدين على الشركة ويؤخذ من مال الشركة ويلزم شريكه أن يدفع ما يخصه ولكن بشروط ثلاثة :

أحدها : أن يصدقه المقر له على ذلك فإذا كذبه فلا يلزم شريكه شيء .

ثانيها : أن يكون المقر له ليست بينه وبين المقر علاقة توجب اتهامه فى إقراره كأبويه وابنه ، فإذا أقر لواحد منهم بدين فإنه لا يلزم شريكه ويكون مسئولا عن المقر فقط .

ثالثها : أن يكون الاقرار لمن لا يتهم بالنسبة له حال قيام الشركة ، فإن أقر بعد فض الشركة وصدقه المقر له لزمه أن يدفع له نصيبه الذى يخصه ، ثم يعتبر شاهداً بالنسبة لنصيب شريكه ، ويحلف هو وصاحب الدين الذى أقر له ، وبعد ذلك يلزم الشريك أن يدفع ما يخصه .

(تاسعاً) له أن يبيع بالدين بغير إذن شريكه ، وليس له أن يشترى بالدين بغير إذنه ، فإن فعل خير شريكه بين القبول والرد ، وفى حالة الرد يكون الثمن على المشترى خاصة ، ولا فرق فى ذلك بين أن تكون السلعة التى اشتراها بالدين معينة بينهما بأن قالوا له : اشتر السلعة الفلانية أو لم تكن معينة كأن قال له : كل سلعة أعجبتك فاشترها فإذا آذنه شريكه فى شراء سلعة معينة بالدين فإنه يصح ، أما إذا أذنه فى شراء أى سلعة بالدين فإنه لا يصح لأنها تكون من باب شركة الذمم ، وهى ممنوعة عندهم .

(عاشراً) لأحد المتفاوضين أن يأخذ مالا من شخص آخر غير شريكه ليتجر له فيه مضاربة ، ويكون ربحه خاصاً به لا شيء منه لشريكه بشرط أن لا يشغله العمل فيه عن العمل للشركة الأولى ، أو أن يأذن له شريكه إذا كان يشغله ، ومثل ذلك ما إذا اتجر أحدهما فى وديعة عنده فإنه يكون له ربحها وعليه خسارتها بلا دخل لشريكه إلا إذا علم شريكه بذلك ، ولم يمنعه فإنه يكون متضامناً معه فى ربحها وخسارتها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويقسم الربح والخسران على قدر المالين ، لأن الربح نماء مالهما والخسران نقصان مالهما ، فكانا على قدر المالين ، فان شرطا التفاضل فى الربح والخسران مع تساوى المالين ، او التساوى فى الربح او الخسران مع

تفاضل المالين لم يصح العقد ، لأنه شرط ينافى مقتضى الشركة فلم يصح ، كما لو شرط أن يكون الربح لأحدهما ، فان تصرفا مع هذا الشرط صح التصرف ، لأن الشرط لا يسقط الاذن فنفذ التصرف ، فان ربحا أو خسرا جعل بينهما على قدر المالين ، ويرجع كل واحد منهما بأجرة عمله فى نصيب شريكه ، لأنه انما عمل ليسلم له ما شرط ، واذا لم يسلم رجع بأجرة عمله » .

الشرح الأحكام : إذا اشترك رجلان وتصرفا ــ فإن ربحا ــ قسم الربح بينهما والخسران على قدر المالين . سواء شرطا ذلك فى العقد أو أطلقا ، لأن هذا مقتضى الشركة ، وإن شرطا التفاضل فى الربح أو الخسران مع تساوى المالين أو شرطا التساوى فى الربح أو الخسران مع تفاضل المالين لم يصح هذا الشرط . وقال أبو حنيفة : « يصح » .

دليلنا : أنه شرط ينافى مقتضى الشركة فلم يصح ، كما لو شرطا الربح لأحدهما فإن تصرفا مع هذا الشرط صح تصرفهما ، لأن الشرط لا يسقط الإذن فإن ربحا أو خسرا قسم الربح والخسران على قدر مالهما ، لأنه مستفاد بمالهما ، ولأنه ثمرة المال فكان على قدرهما ، كما لو كان بينهما نخيل فأثمرت ، ويرجع كل واحد منهما على صاحبه بأجرة عمله فى ماله ، لأنه إنما عمل بشرط ولم يسلم له الشرط .

وقال النووى فى الروضة : إن الربح بينهما على قدر المالين ، سواء شرطا ذلك أم لا ، تساويا فى العمل أم تفاوتا . فإن شرطا التساوى فى الربح مع التفاوت فى المال أو التفاوت فى الربح مع التساوى فى المال ، فسدت الشركة على المذهب ، وبه قطع الأصحاب . وحكى الإمام وجهاً آخر : أنها لا تفسد ، ويوزع الربح على قدر المالين ، ولعل الخلاف راجع إلى الاصطلاح فأطلق الجمهور لفظ الفساد وامتنع منه بعضهم لبقاء أكثر الأحكام .

فلو اختص أحدهما بزيادة عمل وشرط له زيادة ربح فوجهان : (أحدهما) : صحة الشرط ويكون الزائد على حصة ملكه فى مقابلة العمل ، ويتركب العقد من شركة وقراض . وأصحهما : المنع ، كما لو شرط التفاوت فى الخسران ، فإنه يلغو ويوزع الخسران على المال ، ولا يصح جعله قراضاً ، فإن هناك يقع العمل مختصاً بمال المالك ، وهنا بمليكهما ، ومتى فسد

الشرط لم يؤثر فى فساد التصرف ، لوجود الإذن ، ويكون الربح على نسبة المالين : ويرجع كل واحد على صاحبه بأجرة مثل عمله فى ماله ، فإن تساويا فى المال والعمل فنصف عمل كل واحد يقع فى مقابلة ماله فلا أجرة فيه ، ونصفه فى مال صاحبه ، ويستحق صاحبه مثل بدله عليه ، فيقع فى التقاص وإن تفاوتا فى العمل مع استواء المال فساوى عمل أحدهما مائتين والآخر مائة فإن كان عمل من شرط له الزيادة أكثر ، فنصف عمله مائة ، ونصف عمل صاحبه خمسون ، فيبقى له بعد التقاص خمسون . وإن كان عمل صاحبه أكثر ففى رجوعه بخمسين على من شرط له الزيادة ، وجهان ، أحدهما : الرجوع كما لو فسد القراض . وأصحهما : المنع ، ويجرى الوجهان فيما لو فسدت الشركة ، واختص أحدهما بأصل التصرف والعمل ، هل يرجع بأجرة نصف عمله على الآخر ؟ أما إذا تفاوتا فى المال ، فكان لأحدهما ألف وللآخر ألفان ، وتفاوتا فى العمل فعمل صاحب الأكثر أكثر ، بأن يساوى عمله مائتين ، وعمل الآخر مائة ، فثلثا عمله فى ماله ، وثلثه فى مال صاحبه ، وعمل صاحبه بالعكس ، فيكون لصاحب الأكثر ثلث المائتين على الأقل ، ولصاحب الأقل ثلثا المائة على صاحب الأكثر ، وقدرهما متفق ، فيقع فى التقاص ، وإن كان عمل صاحب الأقل أكثر ، والتفاوت كما صورنا ، فثلث عمل صاحب الأقل فى ماله ، وثلثاه فى مال صاحبه ، وثلثا عمل صاحب الأكثر فى ماله ، وثلثه فى مال شريكه ، فيبقى لصاحب الأقل على الأكثر مائة بعد التقاص ، ولو تساويا فى العمل فلصاحب الأقل ثلثا المائة على صاحب الأكثر ، ولصاحب الأكثر ثلث المائة عليه ، فثلث تقاص ، ويبقى لصاحب الأقل ثلث المائة .

فرع ما ذكرناه من حكم الفساد عند تغيير نسبة الربح يجرى فى سائر أسباب فساد الشركة ، لكن قال الإمام : لو لم يكن بين المالين شيوع وخلط فلاشركة هنا على التحقيق ، بل ثمن كل مال يختص بمالكه ولا يقع مشتركاً ، والكلام فى الصحة والفساد ، إنما يكون بعد حصول نفس الشركة ، وإن جرى توكيل من الجانبين لم يخف حكمه .

فرع إذا جوزنا شرط زيادة ربح لمن اختص بزيادة عمل ، فلم

يشترطاه ولا اشترطا توزيع الربح على قدر المالين ، بل أطلقا ، فذكر صاحب التقريب والشيخ أبو محمد خلافاً فى أن الربح يوزع على المالين ، وتكون زيادة العمل تبرعاً ، أم تثبت للزيادة أجرة تخريجاً مما إذا استعمل صانعاً ولم يذكر أجرة ، ثم إذا اشترطا زيادة ربح لمن زاد عمله ، هل يشترط استقلاله باليد كالقراض ، أم لا كسائر الشرك ؟ وجهان وكذا لو اشترطا انفراد أحدهما بالعمل ، والخلاف فى جواز اشتراط زيادة الربح لمن زاد عمله ، جار فيما إذا شرط انفراد أحدهما بالتصرف ، وجعل له زيادة ربح . وقيل : يجوز هنا ، ولا يجوز إذا اشتركا فى أصل العمل ، لأنه لا يدرى أن الربح بأى عمل حصل . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وأما شركة الأبدان ، وهى الشركة على ما يكتسبان بأبدانهما فهى باطلة ، لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل » وهذا الشرط ليس فى كتاب الله تعالى ، فوجب أن يكون باطلا ، ولأن عمل كل واحد منهما ملك له يختص به فلم يجز أن يشاركه الآخر فى بدله ، فان عملا وكسبا اخذ كل واحد منهما أجرة عمله ، لأنها بدل عمله فاختص بها » .

الشرح حديث عائشة رضى الله عنها رواه الشيخان ، قال النووى : صنف فيه ابن خزيمة وابن جرير تصنيفين كبيرين أكثر فيهما من استنباط الفوائد .

أما الأحكام فإن معنى شركة الأبدان هو أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه بأيديهم كالصناع يشتركون على أن يعملوا فى صناعاتهم فما رزق الله تعالى فهو بينهم فقد يعملون فى الاحتشاش وقد يعملون فى السطو على أموال أهل الحرب من أعداء أمة محمد صلى الله عليه وسلم وغير ذلك من العمل المباح فإن ذلك كله لا يصح عندنا ، وقالت الحنابلة ونص عليه أحمد فى رواية أبى طالب فقال : ولا بأس أن يشترك القوم بأبدانهم وليس لهم مال مثل الصيادين والنقالين والحمالين وقد أشرك النبى صلى الله عليه وسلم بين عمار وسعد وابن مسعود فجاء سعد بأسيرين ولم يجيئا بشىء . وفسر

أحمد صفة الشركة فى الغنيمة فقال : يشتركان فيما يصيبان من سلب المقتول لأن القاتل يختص به دون الغانمين ، وبهذا قال مالك . وقال أبو حنيفة : يصح فى الصناعة ولا يصح فى اكتساب المباح كالاحتشاش والاصطياد لأن الشركة مقتضاها الوكالة ، ولا تصح فى هذه الأشياء لأن من أخذها ملكها .

دليلنا أنها شركة على غير مال فلم تصح كما لو اختلفت الصناعات وتختلف المهارات والطاقات والقدرات بحسب الاستعداد لكل فرد على حدة ، ولأن المغانم مشتركة بين القائمين بحكم الله تعالى ، فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها وقد فرع الحنابلة على جواز شركة الأبدان فقالوا بجواز شركة الأبدان مع اتفاق الصنائع فأما مع اختلافها فقال أبو الخطاب من أصحاب أحمد : لا تصح ، وهو قول مالك لأن مقتضاها أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم صاحبه ، ويطالب به كل واحد منهما فإذا تقبل أحدهما شيئاً مع اختلاف صنائعهما لم يمكن الآخر أن يقوم به فكيف يلزمه عمله ؟ أم كيف يطالب بما لا قدرة له عليه ؟ وقال القاضى من الحنابلة : تصح الشركة لأنهما اشتركا فى مكسب مباح فصح كما لو اتفقت الصنائع ، ولأن الصنائع المتفقة قد يكون أحد الرجلين أحذق فيها من الآخر ، فربما يعمل أحدهما مالا يمكن الآخر عمله ، ولم يمنع ذلك صحتها فكذلك إذا اختلفت الصناعتان ، وقولهم : يلزم كل واحد منهما ما يتحمله صاحبه . وقالوا ــ أعنى الحنابلة ــ والربح فى شركة الأبدان على ما اتفقوا عليه من مساواة أو تفاضل ، لأن العمل يستحق به الربح ، ويجوز تفاضلهما فى الربح الحاصل به .

فــــرع إذا كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم لأحدهما ألف وللآخر ألفان ، وعقد الشركة على أن يكون الربح بينهما نصفين ، فإن شرط صاحب الألفين على نفسه شيئاً من العمل كانت الشركة فاسدة ، فإذا عملا قسم الربح والخسران بينهما على قدر مالهما ، ويرجع كل منهما على صاحبه بأجرة عمله فى ماله .

وقال أبو حنيفة رحمه الله : الشركة فاسدة ولا يرجع أحدهما على الآخر بأجرة عمله فى ماله .

دليلنا عقد قصدا به أنه الربح فى كل حال ، فإذا كان فاسداً استحق أجرة عمله فيه كالقراض ، فإن عمل صاحب الألف على مال الشركة عملا أجرته ثلاثمائة ، وعمل صاحب الألفين على مال الشركة عملا أجرته مائة وخمسون ، فإن صاحب الألف يستحق على صاحب الألفين مائتين ويستحق عليه صاحب الألفين خمسين فيقاصه بها ، وتبقى لصاحب الألف على صاحب الألفين مائة وخمسون . فإن عمل كل واحد منهما على مال الشركة عملا أجرته مائة وخمسون فإن صاحب الألف يستحق على صاحب الألفين مائة ، ويستحق صاحب الألفين عليه خمسين فيقاصه بها ، ويبقى لصاحب الألف على صاحب الألفين خمسون .

وإن شرط صاحب الألفين جميع العمل على صاحب الألف وشرط نصف الربح ، فإن هذه الشركة صحيحة وقراض صحيح ، لأن صاحب الألف يستحق ثلث الربح بالشركة ، لأن له ثلث المال ولصاحب الألفين ثلثى الربح ، فلما شرط جميع العمل على صاحب الألف وشرط له نصف الربح فقد شرط لعمله سدس الربح فجاز ، كما لو قارضه على سدس الربح فإن قيل : كيف صح عقد القراض على مال مشاع ؟ قلنا إنما صح لأن الإشاعة مع العامل فلا يتعذر تصرفه ، وإنما لا تصح إذا كانت الإشاعة فى رأس المال مع غيره ، لأنه لا يتمكن من التصرف .

فرع إذا كان لرجل سيارة نقل دفعها لآخر ليعمل عليها وما يرزق الله قسم بينهما نصفين أو ثلاثا أو كيفما شرطا لم يصح ، والربح كله لرب السيارة ، لأن الحمل الذى يستحق به العوض منها ، وللعامل أجر مثله ، لأن هذا ليس من أقسام الشركة إلا أن تكون المضاربة . وقال أحمد وأصحابه : يصح العقد نص عليه فى رواية الأثرم ومحمد بن حرب وأحمد ابن سعيد وقال أبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأى لأنها عين تنمى بالعمل عليها فصح العقد عليها بيوم واحد .

فرع قال صاحب البيان : وإن كان بين رجلين ألفا درهم لكل واحد منهما ألف فأذن أحدهما لصاحبه أن يعمل فى ذلك ويكون الربح بينهما نصفين . فإن هذا ليس بشركة ولا قراض ، لأن مقتضى الشركة أن

يشتركا فى العمل والربح . ومقتضى القراض أن للعامل نصيباً من الربح . ولم يشترط له ههنا شيئاً . انتهى .

اذا ثبت هذا فعمل وربح كان الربح بينهما نصفين لأنه نماء مالهما قال ابن الصباغ : ولا يستحق العامل لعمله فى مال شريكه أجرة لأنه لم يشترط لنفسه عوضاً . فكان عمله تبرعا .

فرع إذا كان لرجل أرض مبنية على شكل مضرب أرز ولآخر آلات وماكينات مضرب أرز فاشتركا على أن يعملا بأدوات هذا فى مبنى هذا والكسب بينهما جاز ـ والأجرة على ما شرطاه لأن الشركة وقعت على عملهما والعمل يستحق به الربح فى الشركة ، والآلة والبيت لا يستحق بهما شيء لأنهما يستعملان فى العمل المشترك .

(فروع) فى شركة الأبدان ومذاهب العلماء

قلنا : إن مذهبنا أن الشركة الجائزة نوع واحد وهى شركة العنان ، وهى أن يتعاقد اثنان فأكثر على الاشتراك فى مال للاتجار فيه ويكون الربح بينهم على نسبة أموالهم بشرائط مخصوصة . أتينا عليها فى كتاب الشركة هذا .

أما شركة الأبدان وهى أن يشترك اثنان فأكثر يحترف كل واحد منهم حرفة ليعمل كل منهما ببدنه وما يرزقهم الله من أجر يقسمونه ، فهذه ممنوعة سواء اتحدت الحرفة كحدادين ونجارين أو اختلفت كحداد ونجار ، فإذا وقع عقد شركة كهذه فإن حكمه أن كل ما يحصله أحدهم من أجرة عمله وحده يختص به ولا يعطى منه شيئاً لشريكه ، وما يعملان معاً يوزع عليهما أجره بنسبة عمل كل منهما ، فمثلا إذا عملا فى بناء حائط أو جدار فإنه يأخذ كل منهما أجرة مثل عمله التى يستحقها فى اليوم ، فلو كان أحدهما يستحق فى اليوم عشرة قروش والآخر عشرين قرشاً وزعت الأجرة عليهما بهذه النسبة . والله تعالى أعلم .

وقالت الحنابلة : إن شركة الأبدان وهى أن يشترك صانعان فأكثر على أن يعملا بأبدانهما وما يرزقانه من الأجر فهو بينهما على ما اشترطا هى جائزة مطلقاً سواء اتحدت الصنعة أو اختلفت فيجوز اشتراك نجار مع حداد ، ولكل واحد منهما أن يأخذ الأجرة وللمستأجر أن يعطيها لأيهما أراد .

ومن شركة الأبدان الاشتراك فى تملك المباحات كالاصطياد والاحتطاب ونحو ذلك والله أعلم .

وقد تسمى هذه الشركة شركة الأعمال أو الصنائع أو التقبل . وهى شركة أعمال جسمانية أو فكرية ينشئها مثلا خياطان أو خياط وصباغ أو كاتبان أو مؤلف وناشر أو ناشر وطابع أو طبيب رمد وطبيب عظام .

فى هذه الشركة يجتمع حرفيان أو مهنيان حران مقدما كل منهما عمله على سبيل الشركة ويقرران اقتسام الأرباح سواء كان الشريكان متكافئين أم لا ، وسواء كانت مهنتهما متماثلة أم مختلفة .

قال الدكتور رفيق المصرى : وتجدر الاشارة إلى أن هذه الشركة فى نظر رجال القانون الفرنسى ما هى إلا مجرد تعاون Collbration فهم يرون أن المقدمات الرأسمالية فقط Apports en capital هى التى تشكل الذمة المالية الأولية للشركة ، ويجب أن يكون لكل شركة ثروة أو ذمة مالية ، لأنها عبارة عن شخصية ، وإن كانت ذات طابع معنوى .
Personn moral

(فرع) فى مذاهب العلماء فى أجرة المثل

قلنا : إن شركة الأبدان وهو أن يشترك صانعان ليعملا بأبدانهما ويشتركا فى كسبهما ، فهذه شركة باطلة .

وقال مالك رحمه الله تعالى : تجوز إذا كانا متفقى الصنعة ، ولا تجوز إذا كانا مختلفى الصنعة .

وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى : يجوز مع اختلاف الصنعة واتفاقها ، ولا تجوز فى الأعيان المستفادة بالعمل كالاصطياد والاحتطاب .

وقال أحمد بن حنبل : تجوز فى كل ذلك حتى فى الاصطياد والاحتشاش استدلالا بما روى أن سعد بن أبى وقاص وعبد الله بن مسعود وعمار ابن ياسر رضى الله عنهم اشتركوا فيما يغنمونه يوم بدر فغنم سعد بعيرين وقيل : بل أسر أسيرين ولم يغنم الآخران شيئاً ، واقتسموا وهذا شركة فى الأبدان لا بالأموال وكان الناس فى عهده صلى الله عليه وسلم وإلى وقتنا هذا ليشاركون بأبدانهم فلا يتناكروته ولأنكر عليهم فصار ذلك إجماعاً منهم ، ولأنها نوع شركة فيجب أن يكون منها ما يصح كشركة الأموال ، ولأن عمل البدن أصل قد يستفاد به المال إذا انفرد ، والمال فرع عليه لا يستفاد به النماء إلا مع العمل ، فلما صحت الشركة فى الأموال فأولى أن تصح فى أعمال الأبدان ، ولأن العامل فى القراض شريك ببدنه فى مال غير مماثل لعمله فكأن الشركة فى أعمال الأبدان المماثلة أولى . ودليلنا « نهيه صلى الله عليه وسلم عن الغرر » وشركة الأبدان غرر ، لأنه قد يعمل أحدهما ولا يعمل الآخر ، وقد يعمل أحدهما أقل من الآخر ، ولأنها شركة عريت عن مشترك فى المال فوجب أن تكون باطلة .

أصله إذا اشتركا فيما يستوهبانه ، ولأنها شركة فى منافع أعيان متميزة فوجب أن تكون باطلة إذا اشتركا فى بعيرين ليؤجراهما وليشتركا فى أجرته ، ولأن المقصود من شركة الأبدان هو العمل ، كما أن المقصود من شركة الأموال هو المال ، فلما كانت الجهالة بقدر المال توجب فساد الشركة ، والعمل مجهول بكل حال ، لأن كل ما يعمله كل واحد منهما غير مقدر وقد عرفه ، فلا يعمل ، ويتحرر من اعتلال هذا الاستدلال فيه فساد أحدهما فيقران وقوع الجهالة بجهة كل واحد منهما يمنع من صحة الشركة ، كما لو خلطا مالين لا يعرفان قدرهما هو أنها مفاوضة ، لو كانت فى الأموال بطلت بالجهالة ، فوجب إذا كانت فى الأعمال أن تبطل بالجهالة .

أصله إذا قال : قد استأجرتك لتبنى لى على أن لا صنيع لك . وأما

الجواب عن استدلالهم باشتراك سعد وابن مسعود وعمار رضى الله عنهم فيما يغنمون فهو أن قسم الغنيمة أن الشركة فيها واقعة بالعمل دون الشرط ، ألا ترى أنه لما لم يكن بين الغانمين شرط كانت غنيمة أحدهم شركة بينهم ، فأما استشهادهم بالإجماع فغير صحيح ، لأن الإجماع مأخوذ من الأقوال لا من الأفعال ، كما أن أبا حنيفة لم يجعل إجماع الناس على أخذ أجرة التعليم فى الكتاتيب دليلا على جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن .

وأما قياسهم على شركة العنان فقد تقدم الجواب عنه من قبل .

وأما استدلالهم بأن العمل فى الكسب أصل والمال فرع ، فلما جازت الشركة فى الفرع فأولى أن تجوز فى الأصل .

فالجواب عنه أن شركة الأبدان لما بطلت لجهالة العمل وهذا معتبر فى شركة الأموال ، لأنها تبطل بجهالة المال فاستويا .

وأما استدلالهم بالقراض فالمستقر فيه أن العمل تبع للمال ، وجهالة الجميع لا تمنع من صحة العقد إذا كان الأصل معلوماً ، وليس كذلك شركة الأبدان ، لأن العمل فيها هو الأصل المقصود ، فبطلت لكون العمل مجهولا .

فإذا ثبت فساد شركة الأبدان فلا يخلو أن يكون عمل كل واحد منهما متميزاً أو غير متميز ، فإن كان متميزاً اختص كل واحد منهما بأجرة عمله ، وإن كان العمل غير متميز كان ما حصل لهما من الكسب مقسوماً بينهما على قدر أجور أمثالهما ، فيصرف إلى كل واحد منهما من الكسب بقسطه من أجرة مثله ــ هكذا أفاده فى الحاوى جـ ٦ مخطوط رقم ٨٢ دار الوثائق .

فرع إذا اشترك رجلان فى اصطياد صيد لم تصح الشركة . وملك كل واحد منهما ما انفرد به من صيده ، فلو اجتمعا على صيد ملكاه جميعاً لاستواء أيديهما عليه ، وكان لكل واحد منهما على صاحبه أجرة مثله فيترادان الفضل إن كان ، والا تقاصا من ذلك مملوكاً عن شركة فاسدة ، ولو لم يكن ذلك عن عقد شركة ملكاه ولا أجرة لواحد منهما على صاحبه .

وهكذا لو وضعا شبكة أو شركاً بينهما فوقع فيه صيد ملكاه معاً ، وكان لكل واحد منهما على صاحبه نصف حصته من الشبكة . وذلك أجرة ربع الشبكة ، فلو وكل رجلا فى اصطياد صيد أو احتشاش حشيش جاز وملك الموكل ما حصل من الصيد والحشيش بفعل الوكيل ، وهكذا لو استأجرهم لإحياء موات تمت الإجارة ، وكان للأجراء فيما أحيوه الأجرة ، وملك المستأجر الأرض باحياء الأجير من غير أن يخصا الأجير ملك ينتقل عنه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وأما شركة المفاوضة وهو ان يعقدا الشركة على ان يشتركا فيما يكتسبان بالمال والبدن ، وأن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بغصب أو بيع أو ضمان فهى شركة باطلة ، لحديث عائشة رضى الله عنها . ولأنها شركة معقودة على أن يشارك كل واحد منهما صاحبه فيما يختص بسببه فلم تصح ، كما لو عقدا الشركة على ما يملكان بالارث والهبة . ولأنها شركة معقودة على أن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بعدوانه فلم تصح . كما لو عقدا الشركة على أن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بالجناية ، فان عقدا الشركة على ذلك واكتسبا وضمنا أخذ كل واحد منهما ربح ماله واجرة عمله ، وضمن كل واحد منهما ما لزمه بغصبه وبيعه وضمانه ، لأن الشرط قد سقط ، وبقى الربح والضمان على ما كانا قبل الشرط . ويرجع كل واحد منهما بأجرة عمله فى نصيب شريكه ، لأنه عمل فى ماله ليسلم له ما شرط له ، ولم يسلم فوجب اجرة عمله » .

الشرح حديث عائشة هو المذكور فى الصحيحين وساقه المصنف فى الفصل السابق بلفظ « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل » .

أما الأحكام فإن شركة المفاوضة باطلة عندنا ، وهى أن يشترطا أن يكون ما يملكان من المال بينهما ، وأن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بغصب أو بيع أو ضمان . قال الشافعى رضى الله عنه فى اختلاف العراقيين [1] : لا أعلم فى الدنيا شيئاً باطلا إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة ، ولا أعلم القمار إلا هذا وأقل منه .

---

(١) العراقيان هما أبو حنيفة وابن أبى ليلى .

وقال أبو حنيفة والثورى والأوزاعى رضى الله عنهم : شركة المفاوضة صحيحة إلا أن أبا حنيفة يقول : من شرط صحتها أن يخرج كل واحد منهما جميع ما يملكه من الذهب والفضة ، حتى لو أن أحدهما استثنى مما يملكه درهماً لم تصح الشركة ، ويكون مال أحدهما مثل مال صاحبه ، ويكونان حرين بالغين مسلمين . ولا تصح بين مسلم وذمى ولا بين ذميين ، ولا بين حر وعبد ، فإذا وجدت هذه الشركة تضمنت الوكالة والكفالة .

فأما الوكالة فهو أن يشارك كل واحد منهما صاحبه فى الكسب وفيما يوهب له ، وفى الكنز الذى يجده وفى جميع ما يكسبه إلا الاصطياد والاحتشاش فإنهما ينفردان . وأما الميراث فإنهما لا يشتركان فيه ، فإذا ورث أحدهما نظر فيه ، فإن كان عرضا لم يضمن الشركة ، وإن كان ذهباً أو فضة فما لم يقبضه فالشركة بحالها وإن قبضه بطلت الشركة ، لأنه قد صار ماله أكثر من مال الآخر .

وأما الكفالة فإن كل ما يلزم أحدهما باقرار أو غصب أو ضمان أو عهدة فإن صاحبه يشاركه فيه إلا أرش الجناية .

ودليلنا أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن الغرر » وهذا غرر ، والنهى يقتضى فساد المنهى عنه ، ولأنها شركة تصح مع المفاضلة فلم تصح مع المساواة كالشركة فى العروض وعكسه شركة العنان ، ولأنهما عقدا الشركة على ما يملكان بالإرث أو يقول شركة على أن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بعدوانه فلم يصح كما لو عقدا الشركة على أن يضمن كل واحد منهما ما يجب على كل واحد منهما كالجناية .

اذا ثبت هذا فان كسبا اختص كل واحد منهما بملك ما كسبه ووجب عليه ضمان ما أتلفه وغصبه ، لأن وجود هذا العقد بمنزلة عدمه . ولعل أبا حنيفة رضى الله عنه كان يراعى فى جوازها ألا يحبس أحدهما فى حق عليه بسبب جنايته فيختل نظام الشركة ، فجعل الشركة كافلة . وكان للشركة شخصية اعتبارية حسب مفهوم العصر اليوم وكأنها صورة على نحو ما من

صور عقود التأمين اليوم وقد مر بك فى الضمان تفصيلها وسيأتى فى مزيد تفصيل إن شاء الله .

(فروع) فى شركة المفاوضة :

قلنا : ان من أقسام الشركة الباطلة شركة المفاوضة وهى أن يتعاقد اثنان فأكثر على الاشتراك بأموالهما من غير خلط المالين ببعضهما قبل العقد ، أما إذا خلط المالين ببعضهما قبل العقد فلا تكون شركة مفاوضة . بل تكون من شركة العنان الجائز حتى ولو صرحا بالمفاوضة ونويابها العنان ، فانها تصح بعد الخلط قبل العقد ، وكما تكون المفاوضة بالأموال تكون بالأبدان فقط وبالأموال والأبدان والله تعالى أعلم .

وقالت الحنفية : المتعلق بالشركة منها ما هو مشترك بين العنان والمفاوضة ومنها ما هو مفاوضة محضة .

فأما شركة المال المشتركة بين العنان والمفاوضة فلها أمور :

(منها) أن يكون رأس المال من النقدين الذهب والفضة ، فلا يصح العقد فى شركة المفاوضة ولا فى شركة العنان إذا كان رأس المال عروض تجارة أو حيوان أو من المكيلات كالقمح والعدس ، أو الموزونات كالسمن والعسل ، فإذا اختلط ما يملكه اثنان من القمح ببعضهما فإن ذلك سيكون شركة ملك ما تقدم عن الربح يكون بينهما بنسبة ما يملكان والخسارة تكون عليهما بتلك النسبة ، أما إذا كانا من جنسين مختلفين كقمح وشعير فالثمن يكون بينهما على قدر قيمة ما يخصه يوم بيعه ، ومثل عروض التجارة قطع الذهب والفضة التى لم تضرب إلا إذا جرت العادة بالتعامل بها فإنه يجوز أن تجعل رأس مال الشركة المالية على الصحيح .

أما المصوغ من الذهب والفضة كحلى النساء وخلاخلهن فإنه كعروض التجارة بلا خلاف .

وأما الفلوس وهى العملة المأخوذة من غير الذهب والفضة كالجاس

والبرونز فإنه يصح جعلها رأس مال الشركة إذا كان يتعامل بها كما سيأتى فى المضاربة (القراض) .

على أنه يصح أن يجعل عروض التجارة رأس مال الشركة بحيلة ، وهى أن يبيع كل واحد منهما نصف ما يملكه الآخر ثم يخلطان ما يملكانه ببعضهما فيكون بينهما شركة ملك بحيث لا يجوز لأحدهما أن يتصرف فى نصيب الآخر إلا بإذنه ثم يتعاقدان على شركة المفاوضة فيفوض كل منهما لصاحبه أن يتصرف .

(ومنها) أن يكون رأس المال حاضراً عند العقد أو عند الشراء ، فلو دفع مائة جنيه لشخص وقال له : ادفع مثلها واشتر بها وبع صح العقد إذا أخرج الرجل المائة عند الشراء ، وبعضهم يقول : إذا افترقا من المجلس قبل دفع المال فإن العقد لا يصح .

(ومنها) أن يكون رأس مال الشركة ديناً ، فإذا كان لشخص دين على آخر وقال : شاركنى على أن رأس المال الذى أدفعه هو الدين الذى لى عند فلان أو عندك ، فإنه لا يصح لأن الدين مال غائب ، وقد عرفت أن الشرط حضور المال .

وأما ما تتمحض به شركة المفاوضة (فمنها) :

أن يكون رأس مال الشريكين أو الشركاء على السواء بأن يكون قدر ما يدفعه كل واحد مساويا لما يدفعه الآخر فلا يصح فى المفاوضة أن يدفع أحدهما ألفا والآخر خمسمائة ، فإن كان رأس مال أحدهما مخالفاً لرأس مال صاحبه بأن دفع أحدهما ذهباً والآخر فضه ، فإنه يجب أن يكون كل منهما مساوياً للآخر فى القيمة . فإذا دفع أحدهما ألف دينار مثلا وجب على الآخر أن يدفع ثلاثة آلاف جنيه أو تسعة آلاف ريال .

(ومنها) أن لا يكون لأحدهما من المال الذى تنعقد به الشركة ــ أعنى شركة المفاوضة ــ شىء مدخر ، بل ينبغى له أن يخرج كل ماله . فإذا كان معه ألف فلا يصح أن يعقد شركة مفاوضة ، مع غيره بخمسمائة بل ينبغى أن

يعقدها بالألف ، فإذا عقدها بأقل مما يملك من المال كانت شركة عنان لا مفاوضة ، ويجوز أن يملك أحدهما عقاراً أو دوراً زيادة على المال دون صاحبه أو يملك مالا غائباً عنه كان له دين على شخص لم يقبضه فإذا قبضه فسدت وصار عناناً ، ولو كان لأحدهما وديعة من النقدين عند شخص زائدة على رأس مال المفاوضة فسدت المفاوضة ، وهذا الشرط يتعلق برأس المال .

(ومنها) أن تكون الشركة عامة فى جميع أنواع التجارة فلا يصح تخصيصها بنوع واحد كالقطن أو القمح أو نحو ذلك وهذا الشرط متعلق بالمعقود عليه .

أما أحكام شركة المفاوضة فهى أن كل شيء يشتريه أحد الشريكين كان على الشركة كاطعام أهله وإدامهم وكسوتهم وكسوته ، وكذلك المتعة والنفقة والاستئجار للسكنى والركوب للحاجة كالحج وغيره فإن كل ما يشتريه أحدهما مما يتعلق بذلك خاصا به ومع ذلك فإن الآخر الذى لم يشتر وعليه أن يؤدى ويرجع على شريكه بما يستحقه فيما دفعه من مال الشركة .

ولا يشارك أحدهما الآخر فيما ورث من ميراث ولا ما حصل عليه من جائزة سلطانية ولا هبة ولا صدقة ولا هدية .

وإذا كان لأحد الشريكين شيء مملوك قبل عقد الشركة فليس للآخر شيء فيه كما إذا اشترى أحدهما جملا بشرط الخيار ثم تعاقد مع صاحبه على شركة المفاوضة ثم أسقط خياره فإن الجمل يكون له وحده وليس لشريكه فيه نصيب . وإذا أودع أحدهما وديعة كانت كذلك عند الآخر ، وإذا كان أحدهما يعمل فى مال مضاربة كان ما يخصه من الربح بينه وبين شريكه شركة مفاوضة .

وإذا ثبت فى ذمة أحدهما دين بتجارة وشبهها كان الآخر متضامناً فيه ، ويشبه التجارة الغصب والاستهلاك والوديعة الموجودة أو المستهلكة والعارية ، لأنه إذا غصب أحدهما شيئاً كان ضامناً له والضمان يفيد ، له تملك الأصل المغصوب فيكون كالتجارة التى ملكها بالشراء . فالدين الذى

يلزم بسبب الغصب كالدين الذى يلزم بسبب التجارة ، فيكون الشريكان مفاوضة متضامنين فى أدائه ، ومثل الغصب الوديعة ، فإذا أودع شخص عند أحد الشريكين شيئاً وأنكره أو استهلكه كان ضامناً شريكه معه فيه ، كالتجارة ومثل ذلك العارية . وكذلك إذا كفل أحدهما شخصاً فى مال بإذن صاحبه فإن شريكه يكون متضامناً معه فى دفع ذلك المال . أما إذا كفل أحدهما شخصاً بنفسه أمر صاحبه أو كفله بدون إذنه فإن الشريك الآخر لا يلزم بذلك .

وخرج ما لزم أحدهما مما لا يشبه التجارة كدين المهر والخلع والجناية والصلح عن دم العمد والنفقة فإن كل ذلك لا يضمن فيه الآخر .

هذا ولا تبطل الشركة بالشرط الفاسد عندهم ــ أعنى الحنفية الذين نعرض لمذهبهم هنا ــ وإنما يبطل الشرط ، فلو اشتركا فى شراء حيوان أو عرض تجارة على أن يبيعه أحدهما دون الآخر لم تفسد الشركة ولا يعمل بالشرط . وكذلك إذا اشتركا على أن يدفع أحدهما المال وحده فإن الشرط يكون فاسداً والعقد صحيح ، وهكذا كل شرط فاسد فإنه لا يفسد العقد ولا يعمل به .

وقالت الحنابلة : إن شركة المفاوضة هى الاشتراك فى استثمار المال مع تعويض كل واحد لصاحبه فى الشراء والبيع والمضاربة والتوكيل والبيع بالدين والسعر بال والرهن والارتهان وبالضمان وغير ذلك إلا أنه لا يصح أن يدخلا فيها الكسب النادر كوجدان لقطة أو كنز أو نحو ذلك ، وأما المضاربة فسيأتى شرحها والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وأما شركة الوجوه ، وهو أن يعقدا الشركة على أن يشارك كل واحد منهما صاحبه فى ربح ما يشتريه بوجهه ، فهى شركة باطلة ، لأن ما يشتريه كل واحد منهما ملك له ينفرد به ، فلا يجوز أن يشاركه غيره فى ربحه ، وان وكل كل واحد منهما صاحبه فى شراء شيء بينهما ، واشترى كل واحد منهما ما اذن فيه شريكه . ونوى أن يشتريه بينه وبين شريكه دخل فى ملكهما وصارا شريكين فيه ، فاذا بيع قسم الثمن بينهما لأنه بدل مالهما » .

الشرح هذه أيضا إحدى الصور من الشركات التى لا تصح عندنا وتسمى شركة الوجوه . وهو أن يتفقا على أن يشترى كل واحد منهما بوجهه ، ويكون ذلك شركة بينهما وإن لم يذكر شريكه . ويقال : إن وجيهين فأكثر قد اشتركوا فى شراء تجارة بثمن مؤجل لوجاهتهما ليبيعوها والربح بينهما ، أو أن يشترك وجيه وخمل على أن يشترى الخمل بماله ويبيع الوجيه بوجاهته ويبيع الخمل أيضاً .

وقالت الحنابلة : هى أن يشترك اثنان فأكثر فى شراء تجارة بثمن فى ذمتيهما اعتماداً على وجاهتهما التى توجب الثقة بهما ثم يبيعانه والربح بينهما نصفين أو ثلاثا أو نحو ذلك وهى جائزة مطلقا سواء عينا جنس ما يشتريانه أو قدره أو قيمته أو لم يعينا شيئاً فلو قال أحدهما للآخر : ما اشتريت من شىء فهو بيننا صح .

وقال أبو حنيفة « تصح شركة الوجوه » :

دليلنا أن ما يشتريه كل واحد منهما ملك له ، فلا يشارك غيره فيه ، فإن أذن أحدهما لصاحبه أن يشترى له عينا معينة أو موصوفة ويبين له الثمن فاشترى له ونواه عند الشراء كان ذلك للآخر .

فرع حكى الصيمرى أن الشافعى رحمه الله قال : شركة الأزواد فى السفر سنة ، فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضى الله عنهم ، وليس من باب الربا سبيل ، فيخلط هذا طعامه بطعام غيره جنسا وجنسين وأقل وأكثر ، ويأكلان ولا ربا فى ذلك ، ونحو هذا إشراك الجنس فى الطعام بدار الحرب .

وفى مناقب الأشعريين ما أخرجه مسلم من حديث أبى موسى رضى الله عنه قوله صلى الله عليه وسلم : « إن الأشعريين كانوا إذا أرملوا فى الغزو أو قل طعام عيالهم فى المدينة جمعوا ما كان عندهم فوضعوه فى ثوب واحد ثم اقتسموه بينهم بالسوية فهم منى وأنا منهم » فجعل صلى الله عليه وسلم ذلك منقبة لهم . وهو نص فى وجوبها عند الجوائح والأزمات .

(فرع) فى شركة الوجوه من الحاوى

اعلم أن شركة الوجـوه هى من شركات المال وهى أن يكون الرجـل ذا مال ، فيقولان : نشترك على ما بيننا ونشترى متاعاً والربح بيننا ، فهذه شركة الجاه وتسمى شركة الوجوه ، ومن أصحابنا من جعل شركة الجـاه النوع الأول إذا كان الجاه لأحدهما ، وشركة الوجوه إذا كان الجاه لهما ، وهذا خلاف فى العبارة ، والحكم فيهما سواء ، وهى شركة باطلة .

وقال أبو حنيفة : هى شركة جائزة استدلالا بأنها نوع شركة فوجب أن يكون منهما ما يصح كشركة العنان . ودليلنا أنها شركة فى غير مال فوجب أن تكون باطلة كالشركة فى الأصطياد والاحتشاش على أنها مبنية على شركة الأبدان ، وسنذكر الحجاج فيها . وقد مضى الجواب عن القياس على شركة العنان ، فإذا ثبت أن شركة الجاه لا تصح فلا يخلو حال مشترى المتاع من ثلاثة أحوال : (أحدها) أن يشتريه لنفسه (والثانى) أن يشتريه لصاحبه (والثالث) أن يشتريه بينهما .

فإن اشتراه لنفسه صح شراؤه ، وصار ملكاً له ، إن ربح فالربح له ، وإن خسر فالخسران عليه ، ولا شىء للآخر فى ربحـه ، ولا شىء عليـه فى خسرانه ، وإن اشتراه كله لم يصح ، لأنه إنما أذن له فى شراء نصفه ويكون الشراء لازماً له فى النصف الزائد على القدر الذى أذن فيه .

فأما النصف المأذون فيه فيلتزم الآمر على شروطه التى نذكرها ولا يخرج على تفريق الصفقة ، لأن الصفقة تختلف فى الصحة والفساد ، وإن اشتراه بينهما فهو فى النصف مشترك لنفسه فلزمه ذلك ، وفى النصف الآخر فى حكم المشترى لموكله ، فيصح ذلك بثلاثة شروط :

(أحدها) أن يكون قد وصف له النوع الذى يتجر فيه سواء كان نوعاً أو أنواعاً ، لأن الإذن فى شراء ما لم يوصف باطل .

(والثانى) أن يقدر له المال الذى يشترى به لأن ما لم يقدره فلا نهاية

له بخلاف شركة المال والمضاربة المقدرتان بالمال ، فلم يحتج إلى تقديرهما بالذكر .

(والثالث) أن ينوى فى عقد الشراء أنه له ولصاحبه ، لأن ملك المبيع لا ينتقل عن المشترى إلى موكله إلا ببينة سواء كان المأذون فى ابتياعه معيناً أو غير معين .

وقال أبو حنيفة : إن كان غير معين لم يصح الشراء للموكل إلا ببينته . وإن كان معيناً كقوله : اشتر لى هذا العبد صح الشراء للموكل بغير بينة . وهذا فرق يوجب القياس للتسوية بينهما ، لأنه شراء لغير العاقد فاقتضى أن يكون هو شرط البينة ، أصله ما كان غير أمين .

وأما ما يشتريه المضارب والشريك فيحتاج إلى نية أنه فى مال المضاربة والشركة ، فإذا صح الشراء لهما على الشروط المعتبرة كان الربح بينهما نصفين ، والخسران ــ إن كان ــ عليهما نصفين ، ثم للمشترى على شريكه نصف أجرة مثله فيما اشترى وباع ، لأنه عمل فى ماله ومال غيره ، وكذلك كل شركة فاسدة إذا حصل الربح فيها بين الشريكين على قدر المالين ، وكان العمل لهما ، رجع كل واحد منهما على صاحبه بنصف أجرة مثله ، فإن تساويا تقاصا ، وإن تفاضلا ترادا الفضل ، وإن كان العمل لأحدهما كان للعامل على الآخر نصف أجرة مثله .

وقال أبو حنيفة : ليس لواحد منهما على صاحبه أجرة فى عمله ، لأن العمل فى الشركة لا يقابل بشىء من الربح ، فلم يكن لوجوده تأثير وهذا حكم . لأن حكم الشركة إذا زال لفسادها غلب فيها حكم الوكالة على عرض فاسد ، وذلك موجب لأجرة المثل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان اخذ رجل من رجل جملا ، ومن آخر راوية ، على أن يستقى الماء ويكون الكسب بينهم ، فقد قال فى موضع : يجوز . وقال فى موضع : لا يجوز ، فمن اصحابنا من قال : ان كان الماء مملوكا للسقاء فالكسب

له ، ويرجع عليه صاحب الجمل والراوية باجرة المثل للجمل والراوية ، لأنه استوفى منفعتهما باجارة فاسدة فوجب عليه اجرة المثل ، وان كان الماء مباحا فالكسب بينهم اثلاثا لأنه استقى الماء على أن يكون الكسب بينهم فكان الكسب بينهم كما لو وكلاه فى شراء ثوب بينهم فاشتراه ، على أن يكون بينهم ، وحمل القولين على هذين الحالين ؛ ومنهم من قال : ان كان الماء مملوكا للسقاء كان الكسب له ، ويرجعان عليه بالأجرة لما ذكرناه ، وان كان الماء مباحا ففيه قولان .

(احدهما) انه بينهم اثلاثا لأنه اخذه على ان يكون بينهم فدخل فى ملكهم كما لو اشترى شيئاً بينهم باذنهم .

(والثانى) أن الكسب للسقاء ، لأنه مباح اختص بحيازته فاختص بملكه كالغنيمة ويرجعان عليه باجرة المثل لانهما بذلا منفعة الجمل والراوية ، ليسلم لهما الكسب ولم يسلم ، فثبت لهما اجرة المثل » .

الشرح الأحكام : قال الشافعى رحمه الله تعالى فى البويطى : إذا اشترك أربعة أنفس فى الزراعة فأخرج أحدهما البذر ومن الثانى الأرض ومن الثالث الفدان يعنى البقر التى يعمل عليها ، والرابع يعمل على أن يكون الزرع بينهم فإن هذا عقد فاسد ، لأنه ليس شركة ولا قراضاً ولا إجارة لأن الشركة لا تصح حتى يخلط الشركاء أموالهم ، وهاهنا أموالهم متميزة ، وفى القراض يرجع رب المال إلى رأس ماله عند المفاصلة ، وههنا لا يمكن ، والإجارة تفتقر إلى أجرة معلومة وعمل معلوم ، فإذا ثبت هذا كانت الغلة كلها لمالك البذر لأنها عين ماله زادت ، وعليه لصاحب الأرض ولصاحب الفدان أجرة مثل مالهم ، وللعامل أجرة مثل عمله عليه ، لأن كل واحد منهم دخل فى العقد ليكون له شيء من الغلة ، ولم يسلم لهم ذلك ، وقد تلفت منافعهم فكان لهم بدلها .

فرع قال فى البويطى : فإن اشترك أربعة فأخرج أحدهم بغلا والآخر حجر الرحى ، ومن الآخر البيت ، ومن الرابع العمل على أن يكون ما حصل من الأجرة بينهم على ما شرطوه ، فإن هذه معاملة فاسدة ، لأنها ليست شركة ولا قراضا ولا إجارة لما بيناه فى الفصل قبله . وانظر كلام الماوردى فى الفرع التالى :

فـــرع قال أقضى القضاة أبو الحسن الماوردى إمام أهل العـراق رحمه الله تعالى [1]

وأما شركة الأبدان وهو أن يعملا بأبدانهما ويشتركا فى كسبهما فهذه شركة باطلة .

وأما مالك رضى الله عنه فقال : تجوز إذا كانا متفقى الصنعة ، ولا تجوز إذا كانا مختلفى الصنعة .

وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : تجوز مع اختلاف الصنعة واتفاقهـا ، ولا تجوز فى الأعيان المستفادة بالعمل كالاصطياد والاحتشاش والاحتطاب .

وقال أحمد بن حنبـل رضى الله عنـه : يجـوز فى كل ذلك حتى فى الاصطياد والاحتشاش استدلالا بما روى أن سعد بن أبى وقاص وعبد الله ابن مسعود وعمار بن ياسر رضى الله عنهم اشتركوا فيما يغنمونه فى وقعـة بدر فغنم سعد بعيرين وقيـل : بل أسر أسيرين ولم يغنم الآخـران شـيئاً واقتسموا . وهذا شركة فى الأبدان لا بالأموال ، ولأن الناس فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم وإلى وقتنا هذا يشاركون بأبدانهم فلا يتناكرونه فكان إجماعاً منهم ، ولأنها نوع شركة فكان منها ما يصح كشركة الأموال ، ولأن عمل البدن أصل قد يستفاد به المال إذا انفرد والمال فرع عليه ، لا يستفاد به النماء إلا مع العمل ، فلما صحت الشركة فى الأموال فأولى أن تصح فى أعمال اليد والأبدان ، ولأن العامل فى القراض شريك ببدنه فى مال غير مماثل لعمله فكأن الشركة فى أعمال الأبدان المماثلة أولى .

ودليلنا : نهيه صلى الله عليه وآله وسلم عن الغرر ، وشركة الأبـدان غرر ، لأنه قد يعمل أحدهما ولا يعمل الآخر ، وقد يعمل أحدهما أقل من الآخر ، ولأنهـا شركة عريت عن مشترك فى المال فوجب أن تكون باطلة .

أما إذا اشتركا فى أعيان متميزة فوجب أن تكون باطلة إذا اشتركا فى

---

(١) الحاوى بدار الوثائق المصرية مخطوطة ورقة ١٥١ جـ ٨ رقم ٨٢

بعيرين ليؤجراهما ويشتركا فى الأجرة ، أو لأن المقصود من شركة الأبدان هو العمل ، كان المقصود من شركة الأموال هو المال ، فلما كانت الجهالة بقدر المال توجب فساد الشركة ، وجب أن تكون الجهالة بالعمل توجب فساد الشركة ، والعمل مجهول بكل حال ، لأن كل ما يعمله كل واحد منهما غير مقدر ، وقد تمر فترة فلا يعمل ، ويتحرر من اعتلال هذا الاستدلال ، فيرى فساد أحدهما فإن وقوع الجهالة بجهة كل واحد منهما يمنع من صحة الشركة ، كما لو خلطا مالين لا يعرفان قدر ما لكل منهما هو أنها مفاوضة ، لو كانت فى الأموال بطلت بالجهالة ، فوجب إذا كانت فى الأعمال أن تبطل بالجهالة ، أصله إذا قال : قد استأجرتك لتبنى لى على أن لا أضيع لك .

وأما الجواب عن استدلالهم باشتراك سعد وابن مسعود وعمار رضى الله عنهم فيما يغنمون فهو أن حكم الغنيمة أن الشركة فيها واقعة بالعمل دون شرط الارتزاق ، ولما لم يكن بين الغانمين شرط كانت غنيمة أحدهم شركة بينهم . فأما استشهادهم بالاجماع فغير صحيح ، لأن الاجماع مأخوذ من الأقوال لا من الأفعال ، كما أن أبا حنيفة لم يجعل إجماع الناس على أخذ أجرة التعليم فى الكتاتيب دليلا على جواز أخذ الأجرة فى تعليم القرآن .

وأما استدلالهم بأن العمل فى الكسب أصل والمال فرع ، فلما جازت الشركة فى الفرع فأولى أن تجوز فى الأصل .

فالجواب عن أن شركة الأبدان إنما بطلت لجهالة العمل ، وهذا معتبر فى شركة الأموال ، لأنها تبطل بجهالة المال فاستويا .

وأما استدلالهم بالقراض فالمستقر فيه أن العمل فيه تبع للمال ، وجهالة البيع لا تمنع من صحة العقد إذا كان الأصل معلوماً ، وليس كذلك شركة الأبدان ، لأن العمل فيها هو الأصل المقصود فبطلت لكون العمل مجهولا .

فإذا ثبت فساد شركة الأبدان فلا يخلو أن يكون عمل كل واحد منهما متميزاً أو غير متميز ، فان كان متميزاً اختص كل واحد منهما بأجرة عمله ، وإن كان العمل غير متميز كان ما حصل لهما من الكسب مقسوماً بينهما على

قدر أجور أمثالهما فيصرف إلى كل واحد منهما من الكسب بقسطه من أجرة مثله .

فرع وإذا اشترك أربعة فى زراعة أرض على أن يكون من أحدهم الأرض ومن الآخر البذر ومن الآخر بقر الحرث ومن الآخر العمل كانت شركة فاسدة ، لأن الشركة إنما تصح فيما لا يتميز إذا خلطاه ، فعلى هذا يكون الزرع لصاحب اليد لأنه نماء يملكه ويكون عليه أجرة مثل الأرض والبقر والعامل لأنهم دخلوا على عوض فاسد .

قال الشافعى رضى الله تعالى عنه : فإذا أصابوا شيئاً جعل لكل واحد منهم أجرة مثله ، وجعل كرأس ماله ، وقسم ما حصل بينهم على قدره . قال أبو العباس بن سريج : فى هذا مسألتان .

(إحداهما) إذا جاء رجل فاستأجر من كل واحد ماله ليطحنوا له طعاما معلوما بأجرة معلومة بينهم ، بأن يقول لصاحب البيت : استأجرت منك هذا البيت ومن هذا الحجر ، ومن هذا البغل ، ومن هذا نفسه لتطحنوا لى كذا وكذا من الحنطة بكذا وكذا درهم ، فقالوا : قبلنا الإجارة ، فهل يصح هذا العقد ؟ فيه قولان كالقولين فى أربعة أنفس لهم أربع دواب باعوها بثمن واحد ، وكالقولين فيمن تزوج أربع نسوة بمهر واحد ، أو خالعنه بعوض واحد ، فإذا قلنا : لا يصح استحق كل واحد منهم أجرة مثل ماله على صاحب الطعام . وإن قلنا : يصح نظر ، كم أجرة مثل كل واحد منهم ؟ وقسم المسمى بينهم على قدر أجور مثلهم ، ولو استأجر من كل واحد ملكه بأجرة معلومة على عمل معلوم أو مدة معلومة بعقد مفرد صح ذلك قولا واحداً واستحق كل واحد منهم ما يسمى له .

(المسألة الثانية) إذا استأجرهم فى الذمة مثل أن يقول : استأجرتكم لتحصلوا لى طحن هذا الطعام بمائة صحت الإجارة قولا واحدا . ووجب على كل واحد منهم ربع العمل واستحق ربع المسمى من غير تقسيط فإذا طحنوا استحقوا المسمى أرباعا ، وكان لكل واحد منهم أن يرجع على شركائه بثلاثة أرباع عمله فيرجع صاحب البغل على شركائه بثلاثة أرباع أجرة بغله .

وكذلك صاحب البيت والرحى والعامل ، لأن كل واحد منهم يستحق عليه ربع العمل . وقد عمل الجميع فسقط الربع لأجل ما استحق عليه ، ورجع على شركائه بما لم يستحق عليه .

فإن قال : استأجرتكم لتطحنوا لى هذا الطعام بمائة فقالوا : قبلنا . فذكر الشيخ أبو حامد الإسفراييني فى التعليق أنها على قولين كالمسألة الأولى . وذكر المحاملى فى البحر وابن الصباغ : أنها لا تصح قولا واحدا كالمسألة الثانية .

فإن قال الرجل منهم : استأجرتك لتحصل لى طحن هذا الطعام بمائة فقال : قبلت الإجارة لى ولأصحابى ، أو نوى ذلك وكانوا قد أذنوا له فى ذلك فالإجارة صحيحة ، والمسمى بينهم أرباعا ، فإذا طحنوا رجع كل واحد منهم بثلاثة أرباع أجرة ماله على شركائه ، وإن لم ينو أن يقبل له ولأصحابه لزمه العمل بنفسه ، فإذا طحن الطعام بالآلة التى بينه وبين شركائه استحق المسمى وكان عليه أجرة مثل آلاتهم .

فرع قال فى البويطى : فإن اشترك ثلاثة من أحدهم البغل ، ومن الآخر الراوية ، ومن الأخر العمل على أن يستقى الماء ويكون ما رزق الله بينهم ؛ فإن هذه معاملة فاسدة ، لأنها ليست بشركة ولا قراض ولا إجارة لما بيناه ، فإذا استقى الماء وباعه ، وحصل منه ثمن فقد قال الشافعى رضى الله عنه فى موضع : يكون ثمن الماء كله للعامل ، وعليه أجرة مثل البغل والراوية .

وقال فى موضع : يكون ثمن الماء كله للسقاء ، وعليه أجرة البغل والراوية إذا كان الماء ملكا له مثل أن يأخذ الماء من بركة له أو مما ينبع فى ملكه لأن الماء ملكه ، وكان ثمنه ملكا له ، وعليه أجرة البغل والراوية لأنه استوفى منفعتهما على عوض ، ولم يسلم لهما الغرض .

والموضع الذى قال : يكون ثمن الماء بينهم ، إذا كان الماء مباحا ، لأن الثمن حصل بالعمل والبغل والراوية ، ومنهم من قال : ان كان الماء ملكا

للسقاء فالثمن كله له وعليه أجرة البغل والراوية لما ذكـرناه ، وإن كان الماء مباحا ففيه قولان .

(أحدهما) أن الثمن كله للسقاء لأن الماء يملك بالحيازة ولم توجـد الحيازة إلا منه . وعليه أجرة مثل البغل والراوية . لأنهم دخلوا على أن يكون لهم قسط من ثمن الماء ، فإذا لم يحصل ذلك لهم استحقوا أجرة المثل .

(والقول الثانى) أن ثمن الماء بينهم لأنه لم يتناول الماء لنفسه ، وإنمـا تناوله ليكون بينهم فكان بينهم ، فصار كالوكيل لهم . قال ابن الصباغ : وهكذا لو اصطاد له ولغيره فهل لغيره منه شيء ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول الشيخ أبى حامد فى التعليق أنه يقسـم بينهـم بالتقسيط على قدر أجور أمثالهم . وحكى أن الشافعى رحمه الله نص عن ذلك .

(والثانى) حكاه ابن الصباغ عن الشافعى رحمه الله تعالى أنه يكون بينهم أثلاثا ويرجع صاحب البغل بثلثى أجـرته على صاحبه ويرجع صاحب الراوية بثلثى أجرته على صاحبه ، ويرجع صاحب السقاء على صاحبيه بثلثى أجرته .

وأما صاحبنا المصنف فيذكر أنه يكون بينهم أثلاثا وأطلق ، فإن استأجرهم غيرهم ليستقوا له ماء . قال أبو العباس : ففيه مسألتان كما ذكر فى الطحـن إن استأجرهم إجارة معينة بأجرة واحدة ففيه قولان ، وإن استأجرهم فى ذممهم صح قولا واحداً والله تعالى أعلم .

ونستخلص مما مضى أنه يجوز عندنا على أحد الوجهين اشـتراك مالين وبدن صاحب أحدهما على سبيل الشركة والمضاربة معا بصورة يمتنع فيهـا الغرر ، مثل أن يشترك رجلان بينهما ثلاثة آلاف درهم لأحدهم ألف وللآخر ألفان فأذن صاحب الألفين على أن يتصرف صاحب الألف على أن يكون الربح بينهما نصفين ويكون لصاحب الألف ثلث الربح بحق ماله والباقى وهو ثلثا الربح بينهما لصاحب الألفين ثلاثة أرباعه وللعامل ربعه ، وذلك لأنه جعل

له نصف الربح ، فجعلناه ستة أسهم منها ثلاثة للعامل ، حصة ماله سهمان وسهم يستحقه بعمله فى مال شريكه ، وحصة مال شريكه أربعة أسهم سهم للعامل وهو الربع .

وقال مالك : لا يجوز أن يضم إلى القراض شركة ، كما لا يجوز أن يضم إليه عقد إجارة . دليلنا : أنهما لم يجعلا أحد القدرين شرطا للآخر ، فلم نمنع من جمعهما كما لو كان المال متميزاً .

مسألة إذا اشترى الشريكان عينا فوجدا به عيبا ، فإن اتفقا على رده أو إمساكه فلا كلام ، وإن أراد أحدهما الرد والآخر الإمساك ؛ فإن كانا قد عقدا جميعا عقد البيع فلأحدهما أن يرد نصيبه دون نصيب شريكه ، وقد مضى ذكرهما فى البيوع ، وإن تولى أحدهما عقد البيع له ولشريكه فإن كان لم يذكر أنه يشترى له ولشريكه ثم قال بعد ذلك كنت اشتريت لى ولشريكى لم يقبل قوله على البائع لأن الظاهر أنه اشترى لنفسه ، وإن كان قد ذكر فى الشراء أنه لنفسه ولشريكه فهل له أن يرد حصته دون شريكه ؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد (أحدهما) له ذلك ، لأن البائع قد علم أن الصفقة لنفسين فصار كما لو اشتريا بأنفسهما . (والثانى) ليس له الرد ، وإن ذكر أنه يشترى له ولشريكه ، فحكم العقد له ، ألا ترى أنه لو اشترى سيارة فقال : اشتريتها لخالد فقال خالد : ما أذنت له كان الشراء لازما للمشترى .

فأما إذا باع لرجل سيارة ثم قال : كانت بينى وبين فلان ، فإن باعها مطلقا ثم قال بعد ذلك : إنها بينه وبين غيره لم يقبل قوله على المشترى ، لأن الظاهر أنه باع ملكه . قال الشيخ أبو حامد : فيحلف المشترى أنه لا يعلم ذلك ، فإن أقام الشريك بينة أنها بينه وبينه حكم له بذلك ، فإن كان قد أذن له بالبيع صح ، وإن لم يأذن له كان القول قوله أنه ما أذن له . لأن الأصل عدم الإذن ، فإن ذكر البائع حين البيع أنها بينه وبين شريكه قبل قوله ، لأنه مقر على نفسه فى ملكه . وإن أقر الشريك أنه أذن له فى البيع نفذ البيع وإن لم يقر بالإذن ولا بينة عليه حلف أنه ما أذن له وبطل البيع لأن الأصل عدم الإذن .

(فرع) فى شركة المفاضلة

اعلم أن هذه الشركة لم يذكرها المصنف مفرداً لها بفصل كصنيعه فى غيرها ، ولكن أقضى القضاه الماوردى رحمه الله جعلها قسماً رابعاً من أقسام الشركة .

وهذه الشركة تقوم على أن يتفاضلا فى المال على أن يتساويا فى الربح ، أو يتساويا فى المال ويتفاضلا فى الربح ، فهذه شركة باطلة .

وقال أبو حنيفة : هى شركة جائزة استدلالا بقوله صلى الله عليه وسلم : « المؤمنون عند شروطهم » قال : ولأن عقد الشركة كالمضاربة ، لأن العمل فى المضاربة بمنزلة مال لكل الشريكين فى الشركة ، لأن كل واحد منهما فى مقابلة جزء من الربح ، فلما جاز فىالمضاربة أن يشترط أحدهما من الربح أكثر من الآخر كذلك فى الشركة ، ولأن أحد الشريكين قد يكون أكثر عملا فيستحق مع قلة ماله لأجل عمله أكثر ربحاً .

دليلنا أن التفاضل فى المال يمنع من التساوى فى الربح . أما إذا أطلقا العقد ولأن الشركة قد تفضى إلى الربح تارة وإلى الخسران أخرى ، فلما كان الخسران يقسط على المال ولا تمييز بالشرط ، وجب أن يكون فى الربح مثله على المال لا يتعين بالشرط ، وقد يتحرر من اعتلال هذا الاستدلال قياسان :

(أحدهما) أن الربح أحد موجبى العقد ، فوجب إذا كان شرطه مخالفاً لمطلقه أن يبطل أصله ، إذا شرطهما لأجنبى ولأنه نماء مال موزع فوجب أن يكون مقسطاً على فاضل المال كالماشية والثمرة .

فأما الجواب عن قوله صلى الله عليه وسلم : « المؤمنون عند شروطهم » فقد قال فيه : « إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالا » وأما استدلالهم بالمضاربة فالمعنى فى المضاربة أنه لما كان إطلاقها يقتضى تساويهما فى الربح جاز أن يتشارطا التفاضل فى الربح ، وليس كذلك الشركة .

وأما استدلالهم بأن عمل أحدهما قد يكون أكثر فليس بصحيح ، لأن العمل فى الشركة لا يقابل شيئاً من الربح ، ألا ترى أنهما لو أطلقا الشركة لم يتقسط الربح على العمل ، ولا استحق عليه عوضاً فيه ، فبطل به .

فاذا ثبت ما ذكرنا فشركة المفاضلة على ثلاثة أضرب .

(أحدها) أن يتساويا فى المالين ، ويتفاضلا فى الربحين ، مثاله : أن يكون المال بينهما نصفين والربح بينهما أثلاثاً فهذه شركة باطلة .

(والضرب الثانى) أن يتفاضلا فى المالين ويتساويا فى الربحين ، مثاله : أن يكون المال بينهما أثلاثاً لأحدهما ثلثان وللآخر ثلثه ويكون الربح بينهما أثلاثا لصاحب الثلثين ثلثا الربح ولصاحب الثلث ثلثه فمذهب الشافعى جواز هذه الشركة ، لأن الربح فيها مقسط على قدر المالين ، ومن أصحابنا من ذهب إلى بطلانها حتى يتساوى الشريكان فى رأس المال ، وتعلق بقول المزنى : « والشركة الصحيحة أن يخرج كل واحد منهما مثل دنانير صاحبه ويخلطاهما فيكونا فيها شريكين فجعل قوله : مثل دنانير صاحبه ، محمولا على مثلها فى القدر ، وهذا تأويل فاسد ، لأن مراده بالمثل إنما هو المثل من الجنس والصفة دون القدر ، وإذا لم تصح شركة المفاضلة فى الضربين الأولين فهل يكون شرط التفاضل فيها موجباً لبطلان الشركة بمعنى بطلان الإذن فى التجارة بالمال المشترك أم لا ؟ على وجهين :

(أحدهما) قد بطل الإذن لبطلان الشرط فيه ، فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف فى جميع المال ، فإن تصرف فيه كان كمن تصرف فى مال مشترك عن شركة فاسدة .

(والوجه الثانى) أن اشتراط التفاضل وإن تعلل بالشرط لا يوجب بطلان الإذن فيجوز أن يتجر كل واحد منهما بجميع المال ، ويكون الربح مقسوماً بالحصص .

فلو كان ثلث المال لأحد الشريكين والثلثان للآخر فشرطا أن يكون الربح

بينهما نصفين على أن يذهب بالتجارة صاحب الثلث وحده جاز ، وكانت هذه شركة ومضاربة بالبدن ، لأن العامل يأخذ الثلث وتمام النصف بعمله ، وخرج عن شرط المفاضلة ، إلى حكم المضاربة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) والشريك أمين فيما في يده من مال شريكه فان هلك المال في يده من غير تفريط لم يضمن ، لأنه نائب عنه في الحفظ والتصرف ، فكان الهالك في يده كالهالك في يده ، فان ادعى الهلاك ـ فان كان بسبب ظاهر ـ لم يقبل حتى يقيم البينة عليه ، فاذا أقام البينة على السبب فالقول قـوله في الهلاك مع يمينه ، وان كان بسبب غير ظاهر فالقول قوله مع يمينه من غير بينة ، لأنه يتعذر اقامة البينة على الهلاك فكان القول قوله مع يمينه . وان ادعى عليه الشريك خيانة وأنكر فالقول قوله لأن الأصل عدم الخيانة . وان كان في يده عين وادعى شريكه أن ذلك من مال الشركة ، وادعى هو أنه له فالقول قوله مع يمينه ، لأن الظاهر مما في يده أنه ملكه فان اشترى شـيئاً فيه ربح فادعى الشريك أنه اشتراه للشركة ، وادعى هو أنه اشتراه لنفسه او اشترى شيئا فيه خسارة ، وادعى الشريك أنه اشتراه لنفسه ، وادعى هو أنه اشتراه للشركة ، فالقول قوله ، لأنه أعرف بعقده ونيته)) .

الشرح الأحكام : الشريك أمين فيـما في يده من مال الشركة ، فإن تلف في يده شيء منه من غير تفريط لم يجب عليه ضمانه ، لأنه نائب عن شريكه في الحفظ فكان الهالك في يده كالهالك في يد المالك ، وللأمانة أن تحفظ بدعامتين من الصدق والثقة ، فإن ادعى الهلاك بسبب ظاهر لم يقبل قوله حتى يقيم البينة على السبب الظاهر ، لأنه يمكنه إقامة البينة عليـه ، فإن شهدت البينة بصدق قوله وترتب الهلاك على السبب الظاهر فلا كلام . وإن شهدت البينة بالسبب ولم تذكر هلاك المال فالقول قول الشريك مع يمينه أنه هلك بذلك . وإن ادعى الهلاك بسبب غير ظاهر فالقول قوله مع يمينه لأنه يتعذر عليه إقامة البينة مع الهلاك .

وإن ادعى الشريك على شريكه جناية لم تسمع دعواه حتى يبين قـدر الجناية فإذا بينها فأنكرها الآخر ، ولا بينة على المنكر فالقول قوله مع يمينه، لأن الأصل عدم الجناية ، وإن اشترى أحد الشريكين شيئاً فيه ربح ، فقال

شريكه اشتريته شركة بيننا وقال المشترى : بل اشتريته لنفسى فالقول قول المشترى مع يمينه .

وإن اشترى شيئاً فيه خسارة ، فقال المشترى : اشتريته شركة بيننا ، وقال الآخر : بل اشتريته لنفسك فالقول قول المشترى مع يمينه ، لأنه أعرف بعقده ولأن الأصل عدم الخيانة .

فرع إذا أذن كل واحد من الشريكين لصاحبه بالتصرف ، فاشترى أحدهما شيئاً للشركة بأكثر من ثمن المثل بمالا يتغابن الناس بمثله . فإن اشترى ذلك بثمن فى ذمته لزم المشترى جميع ما اشتراه ، ولا يلزم شريكه ذلك ، لأن الإذن يقتضى الشراء بثمن المثل ، فإن دفع الثمن من مال الشركة ضمن نصيب شريكه بذلك لأنه تعدى بذلك ، وإن اشتراه بعين مال الشركة لم يصح الشراء فى نصيب الشريك ، لأن العقد متعلق بعين المال . وهل يبطل فى نصيب المشترى ؟ فيه قولان بناء على القولين فى تفريق الصفقة .

فإذا قلنا : يبطل فهما على شركتهما كما كانت وإن قلنا : يصح الشراء فى نصيبه انفسخت الشركة بينهما فى قدر الثمن ، لأن حقه من الثمن قد صار للبائع ، فيكون البائع شريك شريكه بقدر الثمن ، ويكون هو شريك البائع فى السلعة ، فإن باع أحد الشريكين شيئاً من مال الشركة بأقل من ثمن المثل بمالا يتغابن الناس بمثله بطل البيع فى نصيب شريكه لأن مطلق الإذن يقتضى البيع بثمن المثل .

وهل يبطل البيع فى نصيب البائع ؟ فيه قولان بناء على القولين ، إن قلنا يبطل فهما على الشركة كما كانا ، وإن قلنا : لا يبطل بطلت الشركة بينهما فى المبيع ، لأن حصته منها صارت للمشترى للابتياع ، فيكون المشترى شريك شريكه .

قال أبو إسحاق : ولا يضمن البائع نصيب شريكه ما لم يسلمه ، لأن ذلك موضع اجتهاد لوجود الاختلاف فيه ، ولو أودع عند رجل عيناً فباعها المودع فإنه يضمن ذلك بفسخ البيع إن لم يسلم ، لأن المودع لا يجوز له

البيع بالإجماع ، واستضعف الشيخ أبو حامد هذا وقال : هو متعد بالبيع ، فلا فرق بين أن يكون مختلفا فيه أو مجمعا عليه . ألا ترى أنه إذا فرط ضمن وإن كان مختلفا فيه .

فـــرع إذا كانت بهيمة بين اثنين فجاء رجل أجنبى وأزال يد أحد الشريكين من البهيمة صار غاصبا لحصته منها ، وإن كانت مشاعا لأن الغصب أزال اليد ، وذلك يوجد فى المشاع كما يوجـد فى المقسـوم ، ألا ترى أن رجلين لو كان بينهما دار فجاء رجل وأخرج أحدهما من الدار وقعد فيـه مكانه كان غاصبا لحصته من الدار . هكذا ذكر الشيخ أبو حامد . فإذا باع الغاصب والشريك الذى لم يغصب منه البهيمة صفقة واحدة من رجل ، فإن الشافعى رضى الله عنه قال : يصح البيع فى نصيب المالك ، ويبطل فيما باعه الغاصب .

قال العمرانى : واختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : هى على قولين بناء على القولين فى تفريق الصفقة ، ومنهم من قال : يصح البيع فى نصيب المالك قولا واحدا . لأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين ، فلا يفسد أحدهما بفساد الآخر . وإن وكل الشريك الذى لم يغصب منه الغاصب فى بيع نصيبه فباع جميع العين صفقة واحدة . فإن باع وأطلق ولم يذكر الشريك الموكل لم يصح البيع فى نصيب المغصوب منه وهل يصح البيع فى نصيب الموكل ؟ فيه قولان .

وإن ذكر الغاصب فى البيع أنه وكيل فى بيع نصفه لم يصح بيع نصيب المغصوب منه وهل يصح البيع فى نصيب الموكل ؟ على الطريقين فى المسألة قبلها لأنه بمنزلة العقدين . وإن غصب الشريك نصيب شريكه فباع العبـد صفقة واحدة بطل البيع فى نصيب المغصوب منه . وهل يبطل فى نصيبه ؟ فيه قولان . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وان كان بينهما عبد فاذن احدهما لصاحبه فى بيعه فباعه بالف ثم اقر الشريك الذى لم يبع ان البائع قبض الالف من المشترى وادعى المشترى ذلك وانكر البائع . فان المشترى يبرأ من حصة الشريك الذى لم يبع لانه أقر انه سلم حصته من الثمن الى شريكه باذنه وتبقى الخصومة بين البائع وبين المشترى وبين الشريكين .

فان تحاكم البائع والمشترى . فان كان للمشترى بينة بتسليم الثمن قضى له وان لم يكن له من يشهد غير الشريك الذى لم يبع فان شهادته مردودة فى قبض حصته ـ لأنه يجر بها الى نفسه نفعا ـ وهو حق الرجوع عليه بما قبض من حصته .

وهل ترد فى حصة البائع ؟ فيه قولان :

فان قلنا تقبل حلف معه المشترى ويبرأ . وان قلنا لا تقبل أو لم يكن عدلا فالقول قول البائع مع يمينه انه لم يقبض . فان حلف اخذ منه نصف الثمن وليس للشريك الذى لم يبع أن ياخذ مما اخذ البائع شيئا . لانه أقر انه قد اخذ الحق مرة . وان ما أخذه الآن أخذه ظلما فلا يجوز أن ياخذ منه . وان نكل البائع حلف المشترى ويبرأ .

وان تحاكم الشريكان ـ فان كان للذى لم يبع بينة بان البائع قبض الثمن ـ رجع عليه بحصته ، وان لم تكن له بينة حلف البائع انه لم يقبض ويبرأ ، وان نكل عن اليمين ردت اليمين على الذى لم يبع فيحلف ويأخذ منه حصته . وان ادعى البائع ان الذى لم يبع قبض الالف من المشترى وادعاه المشـــترى وانكر الذى لم يبع نظرت ، فان كان الذى لم يبع مأذونا له فى القبض برئت ذمة المشترى من نصيب البائع ، لأنه أقر أنه سلمه الى شريكه باذنه ، وتبقى الخصومة بين الذى لم يبـع وبين المشـــترى ، وبين الشريكين فيكون البائع ههنا كالذى لم يبع ، والذى لم يبع كالبائع فى المسئلة قبلها ، وقد بيناه .

وان لم يكن واحد منهما مأذونا له فى القبض لم تبرأ ذمة المشترى من شىء من الثمن ، لأن الذى باعه اقر بالتسليم الى من لم يأذن له ، والذى لم يبع انكر القبض ، فان تحاكم البائع والمشترى اخذ البائع منه حقه من غير يمين ، لانه سلمه الى شريكه بغير اذنه .

وان تحاكم المشترى والذى لم يبع ، فان كان للمشترى بينة برىء من حقه ، وان لم يكن له من يشهد غير البائع ـ فان كان عدلا ـ قبلت شهادته لأنه لا يجر بهذه الشهادة الى نفسه نفعا ولا يدفع بها ضررا ، فاذا شهد حلف معه

المشترى وبرىء ، وان لم يكن عدلا فالقول قول الذى لم يبع مع يمينه ، فاذا حلف ، أخذ منه حقه .

وان كان البائع مأذونا له فى القبض والذى لم يبع غير مأذون له ، وتحاكم البائع والمشترى قبض منه حقه من غير يمين ، لانه سلمه الى شريكه من غير اذنه وهل للشريك الذى لم يبع مشاركته فيما أخذ . قال المزنى : له مشاركته وهو بالخيار بين أن يأخذ من المشترى خمسمائة ، وبين أن يأخذ من المشترى مائتين وخمسين ، ومن الشريك مائتين وخمسين .

وقال أبو العباس : لا يأخذ منه شيئا ، لانه لما أقر أن الذى لم يبع قبض جميع الثمن عزل نفسه من الوكالة فى القبض ، لأنه لم يبق له ما يتوكل فى قبضه ، فلا يأخذ بعد العزل الا حق نفسه ، فلا يجوز للذى لم يبع أن يشاركه فيه ، فان تحاكم المشترى والذى لم يبع فالقول قول الذى لم يبع مع يمينه انه لم يقبض ، لأن الأصل عدم القبض ، فان كان للمشترى بينة قضى له وبرىء ، وان لم يكن له من يشهد الا البائع لم تقبل شهادته على قول المزنى ، لأنه يدفع عن نفسه بهذه الشهادة ضرراً وهو رجوع الشريك الذى لم يبع عليه بنصف ما فى يده ، وعلى قول أبى العباس تقبل شهادته قولا واحدا ، لأنه لا يدفع بشهادته ضرراً لأنه لا رجوع له عليه)) .

الشرح الأحكام : إذا كانت الشركة بينهما مناصفة فى شىء فأذن أحدهما لصاحبه ببيع نصيبه منه وقبض ثمنه ، أو قلنا : إنه يملك القبض بمقتضى الوكالة فى البيع فباع العين المشتركة من رجل بألف ، ثم أقر الشريك الذى لم يبع أن البائع قبض الألف من المشترى ، وادعى ذلك المشترى وأنكر البائع فإن المشترى يبرأ من نصيب الشريك الذى لم يبع ، لأنه اعترف أنه سلم ما يستحقه عليه من الثمن إلى شريكه بإذنه ، ثم تبقى الخصومة بين الشريكين وبين البائع والمشترى ، فإن تحاكم البائع والمشترى ، فإن أقام المشترى بينة شاهدين أو شاهداً وامرأتين بأنه قد سلم إليه الألف حكم على البائع أنه قد قبض الألف وبرىء المشترى منها ولزم البائع بذلك تسليم خمسمائة إلى الذى لم يبع وإن لم يكن مع المشترى من يشهد له غير الشريك الذى لم يبع فإن شهادته فى نصيبه لا تقبل على البائع .

وهل تقبل شهادته فى نصيب البائع ؟ فيه قولان ، فإن قلنا : إنها تقبل ، حلف عنه المشترى وبرىء من حصةالبا ئع . وإن قلنا : لا تقبل أو كان فاسقا فالقول قول البائع مع يمينه أنه ما قبض الألف ولا شيئا منها ، لأن الأصل

عدم القبض فإذا حلف أخذ منه خمسمائة درهم ، ولا يشاركه الذى لم يبع ، لأنه لما أقر أن البائع قد قبض الألف اعترف ببراءة ذمة المشترى من الثمن ، وأنه يأخذه الآن ظلما فلا يشاركه فيه .

وإن نكل البائع عن اليمين حلف المشترى إنه قد سلم إليه الألف ، وبرىء من الألف ، ولا يستحق الشريك الذى لم يبع على البائع بيمين المشترى شيئا ، سواء قلنا إن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه بمنزلة الإقرار من المدعى عليه أو بمنزلة إقامة البينة من المدعى ، لأنا إنما نجعل ذلك فى حق المتحالفين وفى حق غيرهما . وكذا لو أقام المشترى شاهداً واحدا وحلف معه فإنه يبرأ من الألف ، ولا يرجع الذى لم يبع على البائع بشىء إلا إذا حلف مع الشاهد ، بخلاف ما لو أقام المشترى بينة ، فإنه يحكم بها للمشترى وللذى لم يبع .

وإن بدأ الشريكان فتحاكما ــ فان كان للشريك الذى لم يبع بينة أن البائع قبض الألف فأمامها ــ حكم بها على البائع للمشترى والذى لم يبع ، وإن لم يكن له بينة غير المشترى لم تقبل شهادته للمشترى قولا واحداً ، لأنه يشهد على فعل نفسه ، فيحلف البائع أنه لم يقبض الألف ولا شيئا منها ويسقط حق الذى لم يبع من كل جهة . وإن نكل البائع عن اليمين فرد اليمين على الذى لم يبع فحلف استحق الرجوع على البائع بخمسمائة ، ولا يثبت حق المشترى على البائع ، سواء قلنا إن يمين الذى لم يبع بمنزلة إقرار البائع أو بمنزلة قيام البينة عليه ، لأن ذلك إنما يحكم به فى حق المتحالفين لا فى حق غيرهما ، ولأن اليمين حجة فى حق الحالف لا تدخلها النيابة فلم يثبت بيمينه حق غيره بخلاف البينة . هكذا ذكر عامة أصحابنا . وذكر أبو على السنجى وجهاً لبعض أصحابنا أنه يثبت باليمين والنكول جميع الثمن على البائع فى هذه وفى التى قبلها ، وهو إذا حلف المشترى مع نكول البائع كما قلنا فى البينة وليس بشىء .

وإن ادعى البائع أن الذى لم يبع قبض الألف من المشترى ، وادعى المشترى ذلك وأنكر الذى لم يبع ، فلا يخلو من أربعة أقسام . إما أن يكون

كل واحد منهما مأذونا فى القبض أو كان الذى لم يبع مأذوناً فى القبض وحده أو كان كل واحد منهما غير مأذون له فى القبض ، أو كان البائع مأذونا له فى القبض وحده . فإن كان كل واحد منهما قد أذن لصاحبه بالقبض ، أو كان البائع قد أذن للذى لم يبع بقبض نصيبه وحده ، فإن المشترى يبرأ من نصيب البائع من الثمن لأنه أقر أنه دفع حقه إلى وكيله فيكون النظر إلى هـذه المسألة كالنظر فى التى قبلها إلا أن البائع ههنا يكون كالذى لم يبع هناك والذى لم يبع ههنا كالبائع هناك على ما ذكرنا حرفاً بحرف .

قال العمرانى : وإن كان كل واحد منهما غير مأذون له فى القبض فإنه باقرار البائع أن الذى لم يبع قبض الألف لا تبرأ ذمة المشترى من شىء من الثمن ، لأن البائع أقر بتسليم حصته من الألف إلى غير وكيله ، والذى لم يبع ينكر القبض فيأخذ البائع حقه من الثمن من غير يمين ، وتبقى الخصومة بين الذى لم يبع وبين المشترى ، فإن طالب الذى لم يبع المشترى بحقه من الثمن ، فإن كان مع المشترى بينة حكم له بها على الذى لم يبع . وإن لم يكن له بينة غير البائع وهو عدل حلف معه وحكم ببراءة ذمة المشترى من نصيب الذى لم يبع قولا واحداً .

والفرق بين هذه وبين المسائل المتقدمة أن هناك ردت شهادته فى القبض للتهمة ، وههنا لم ترد شهادته فى شىء أصلا ، وإن لم يكن البائع عدلا ، أو كان ممن لا تقبل شهادة المشترى بأن يكون والده أو ولده ، أو كان ممن لا تقبل شهادته على الذى لم يبع بأن يكون عدواً له ، فالقول قول الذى لم يبع مع يمينه ، لأنه لم يقبض الألف ولا شيئا منه ، فإذا حلف أخـذ حقه من الثمن ، وإن نكل حلف المشترى وبرىء من حق الذى لم يبع .

وأما إذا كان البائع قد أذن له الذى لم يقبض حقه . وقلنا إن الأول فى البيع يقتضى قبض الثمن ولم يأذن البائع للذى لم يبع بقبض حقه من الثمن، فإن باقرار البائع لا تبرأ ذمة المشترى من نصيب البائع من الثمن ، لأنه يقر أنه دفع ذلك إلى غير وكيله وأما نصيب الذى لم يبع ، فإن المزنى نقل أن المشترى يبرأ من نصف الثمن باقرار البائع أن شريكه قد قبض ، لأنه فى

ذلك أمين . فمن أصحابنا من خطأه فى النقل وقالوا : هذا مذهب أهل العراق ، وأن إقرار الوكيل يقبل على الموكل . فيحتمل أن يكون الشافعى رحمه الله ذكر ذلك . قال : وبه قال محمد بن الحسن رحمه الله ، فظن المزنى أنه أراد بذلك نفسه ، ولم يرد الشافعى رحمه الله تعالى إلا محمد بن الحسن ، ومن أصحابنا من اعتذر للمزنى وقال ، معنى قوله (يبرأ المشترى من نصف الثمن) يريد به فى حق البائع ، فإن البائع كان له المطالبة بجميع الألف ، فلما أقر أن شريكه قبض الألف سقطت مطالبته بالنصف .

اذا ثبت هذا وأن المشترى لا يبرأ من شىء من الثمن فإن البائع يأخذ خمسمائة من غير يمين ، فإذا قبض ذلك فهل للذى لم يبع أن يشارك البائع بما قبضه ؟ نقل المزنى أن له أن يشاركه فيما قبضه ، وبه قال بعض أصحابنا ، لأن الذى لم يبع يقول : قد أخذ البائع خمسمائة من المشترى بحق مشاع بينى وبينه ، وقول البائع : إنه أخذه لنفسه لا يقبل على الذى لم يبع لأن المال إذا كان مشاعاً بين اثنين فقبض أحدهما منه شيئاً ثم قال : قبضته لنفسى لم يقبل . وقال أبو العباس والمصنف وعامة الأصحاب : لا يشاركه فيما قبض ، لأن البائع لما أقر أن الذى لم يبع قد قبض الثمن تضمن ذلك عزل نفسه من الوكالة لأنه لم يبق ما يتوكل فيه .

فإن قلنا بقول المزنى كان الذى لم يبع بالخيار بين أن يطالب المشترى بخمسمائة وبين أن يأخذ من البائع مائتين وخمسين ، ومن المشترى مائتين وخمسين ، فإذا أخذ من البائع مائتين وخمسين لم يكن للبائع أن يرجع بها على المشترى ، لأنه يقول : إن الذى لم يبع ظلمه بها فلا يرجع بها على غير من ظلمه . وإن قلنا بقول أبى العباس ومن تابعه لم يكن للذى لم يبع أن يشارك البائع بشىء مما أخذ ، بل له أن يطالب المشترى بحقه من الثمن وهو خمسمائة ، فإذا طالب الذى لم يبع المشترى ــ فإن كان مع المشترى بينة على الذى لم يبع أنه قبض منه الألف ــ برىء من نصيبه من الثمن ، وكان له أن يرجع عليه بخمسمائة لأنه قبض منه ألفاً ولا يستحق عليه إلا خمسمائة.

وإن لم يكن مع المشترى من يشهد له أنه يقبض الذى لم يبع الألف غير

البائع وكان عدلا ، فهل تقبل شهادته ؟ إن قلنا بقول أبى العباس : إن الذى لم يبع لا يشارك البائع فيما قبض قبلت شهادته عليه ، فيحلف معه المشترى وتبرأ ذمته من حقه من الثمن ، ويرجع عليه بخمسمائة لأنه لا يدفع بشهادته عن نفسه ضرراً ولا يجر بها إلى نفسه نفعاً .

وإن قلنا بقول المزنى ومن تابعه : إن الذى لم يبع يشارك البائع فيما قبض لم تقبل شهادته ، لأنه يدفع بها عن نفسه ضرراً ، وهو حق الرجوع عليه بنصف ما قبض ، لأنه إذا ثبت أنه قد استوفى الخمسمائة من المشترى لم يشارك البائع فى شىء مما قبض ، فإن قلنا : لا تقبل شهادته عليه ، أو كان ممن لا تقبل شهادته لمعنى غير هذا فالقول قول الذى لم يبع مع يمينه أنه لم يقبض الألف ولا شيئاً منه فإذا حلف استحق الرجوع بحصته من الثمن على ما مضى ، وإن نكل عن اليمين فحلف المشترى أنه قد قبض منه الألف برىء من حصته من الثمن ويرجع عليه بما زاد على حقه . وقد أوضحنا هذه المسائل مفصلة فى الفروع الآتية :

فرع قال الماوردى : قال المزنى : (ومتى فسخ أحدهما انفسخت ولم يبق لصاحبه أن يشترى ولا يبيع حتى يقتسما) وهذا صحيح ، ثم قال :

قد ذكرنا أن عقد الشركة يجرى عليه فى أثر قيد كل واحد منهما فى حق شريكه حكم الوكالة ، فيصير عقد الشركة من العقود الجائزة دون العقود اللازمة ، فإذا فسخ أحدهما الشركة انفسخت ، لأن العقود الجائزة لكل واحد من المتعاقدين فسخها .

ومعنى قولنا : إن الشركة قد انفسخت أن الإذن بالتصرف قد بطل ، لأن المال المشترك تميز ، لأن تميز المال المشترك لا يكون غرراً بالقسمة ، وليس لواحد منهما أن يتصرف فى جميع المال ببيع أو غيره ، ويجوز أن يتصرف فى قدر حقه على الإشاعة كما يجوز التصرف فى المتاع .

فإن قيل : أليس المضارب إذا فسخت عليه المضاربة جاز له الفسخ بعد البيع فهل جاز للشريك ذلك ؟

قلنا : الفرق بينهما أن حق المضارب فى الربح وذلك لا يعلم إلا بالبيع ، فجاز أن يبيع بعد الفسخ ليعلم قدر حقه من الربح ، والشريك حقه فى غير المال معلوم قبل البيع فلم يجز أن يبيع بعد الفسخ .

فـــرع قال الماوردى : إذا كان للشريكين بعد فسخ الشركة ديون من مال الشركة فى ذمم شتى ، فاقتسم الشريكان بالديون وأخذ كل واحد منهم بحصته منها بعض المتعاملين ، لم يجز ، وكانت قسمة باطلة ، لأن القسمة إنما تصح فى الأعيان دون الذمم .

وليس بصحيح لما ذكنا ، ويكون ما على كل واحد منهما بينهماعلى أصل الشركة ، فإذا نص بشيء منه اقتسماه ، إلا أن يقدم من عليه الدين أحدهما بحقه ، فيصح ما لم يحجر عليه بديونه .

فـــرع قال المزنى : (وإن مات أحدهما انفسخت الشركة وقاسم الولى شريك الميت ، فإن كان الوارث بالغاً رشيداً فأحب أن يقيم على شركته كأبيه فجاز) وهو كما قال . قال الماوردى :

إذا مات أحد الشريكين انفسخت الشركة بمعنى بطل الإذن بالتصرف ، لأن العقود الجائزة تبطل بالموت كالوكالة . وإذا كان كذلك فلا يخلو أن يكون على المتوفى ديون ووصايا ، أو لا يكون عليه ديون ولا وصايا ، فإن لم يكن عليه ديون ولا وصايا فلا يخلو حال الوارث من أن يكون جائز الأمر أولا يكون جائز الأمر ــ فإن كان جائز الأمر بالبلوغ والرشد فهو بالخيار فى مال الشركة بين ثلاثة أشياء ، إما أن يتقاسم عليها فتمتاز حصته فيتصرف فيها ، وإما أن يترك المال مشتركاً على حاله من غير أن يأذن للشريك بالتصرف فيه ، وإما أن يقيم على الشركة ويأذن للشريك فى التصرف فيه فيصير شريكاً له كما كان شريكاً لمورثه ، وأى هذه الثلاثة فعل كان له ذلك سواء فيه الحظ أو غيره ، لأن من جاز أمره نفذت عقوده وإن لم يكن فيها حظ له ، ويختار هذا الوارث إذا أحب المشاع على الشركة أن يعلم قدر المال الذى ورثه عن ميته قبل الإذن بالتصرف خوفاً من ظهور دين فيضار بالتركة ،

فيعلم قدره ليمتاز عما ملكه الوارث من زبحها الذى لا يتعلق بالذى له ، فإن لم يفعل جاز لأن التخوف من ظهور الدين ملغى باعتبار الأصل مستقرا فى الذمة . فإن قيل : فالشركة عقد فكيف يصح مع الجهل بقدر المال المعقود عليه ؟

قيل : إنما يلزم العلم بقدر نصيب كل واحد من الشريكين من جملة المال فى نصف أو ثلث أو ربع ولا يلزم معرفة وزن الاثنين ، فلو أن رجلين اشتركا ووضع أحدهما دراهم فى كفة ميزان ووضع الآخر بازائها واشتركا بها وأتجرا من دون أن يعلما وزنهما صحت الشركة للعلم بحصة كل واحد منهما فى الجملة ، كذلك الوارث فى التركة .

فرع وإن كان الوارث غير جائز التصرف إما بصغر أو جنون أو سفه فلوليه أن يفعل فى مال الشركة أحظ الأمور الثلاثة للوارث ، فإن كان أحظ الأمور له المقاسمة عليها قاسم ، ولم يجز أن يستديم الشركة ، وإن كان أحظها له أن يأذن بالتصرف أذن ولم يجز أن يقاسم ، وإن كان أحظها له أن يقيم على الاشتراك بالمال من غير قسمة ولا إذن بالتصرف فعل ، فإن عدل عن الأحظ إلى ما ليس فيه حظ كان فعله مردوداً .

فرع فإن كان على المتوفى دين فليس للوارث الرشيد ولا إلى ولى من ليس برشيد أن يأذن للشريك بالتصرف فى الشركة إلا بعد قضاء الدين كله ، سواء كان فيما سوى الشركة وفاء بالدين أم لا ، لأن الدين متعلق بجميع التركة ، وليس للوارث أن يتصرف فى شىء منها إلا بعد قضاء جميع الدين .

وإن كان المتوفى قد وصى بوصية فى تركته فإن كانت الوصية معينة فى شىء من التركة غير الدين جاز للوارث أن يتصرف فى التركة ، ويأذن للشريك بالتصرف فيها قبل وصول الوصية إلى أربابها ، لأن العين الموصى بها إن تعينت فهى المستحقة فى الوصية ، وإن تلفت فالوصية قد بطلت ، بخلاف الدين الذى لو بقى يسير من التركة صرف فيه ، وإن كانت الوصية لحر وما بقى فى جميعه مع التركة ، فلا يخلو أن يكون الموصى له معيناً أو غير

معين ، فإن كان معيناً صار بقبول الوصية شريكاً فى مال الشركة ، وكان له وللوارث الخيار فى المقاسمة أو المقام على الشركة ، وإن كان الموصى له غير معين فعلى الوارث مقاسمة الشريك إلى من تناولتهم الوصية .

فـــرع ولو جن أحد الشريكين أو حجر عليه لسفه بطلت الشركة ، وفعل الولى به أحظ الأمور له من القسمة أو المقام على الشركة ، لأن العقود الجائزة تبطل بالحجر .

فأما الاغماء فإن كان يسيراً لم يسقط معه فرض عبادة ، كانت الشركة على حالها ، لأنه عرض قد يطرأ كثيراً . وإن كان الإغماء كثيراً حتى أسقط فرض صلاة واحدة ثم قضى وقتها بطلت الشركة .

فـــرع قال المزنى : وإذا اشـــترى أحدهما بما لا يتغابن النـــاس بمثله ، كان ما اشتراه له دون صاحبه ، ولو أجاز له صاحبه جاز ، لأن شراءه كان على غير ما يجوز عليه . وهذا صحيح .

قد ذكرنا أن الشريك فى شريكه جار مجرى الوكيل ، والغبن اليســير الذى قد جرت عادة الناس أن يتغابنوا بمثله معفو عنـــه فى عقـــده ، لأن الاحتراز منه متعذر .

فأما ما لا يتغابن الناس بمثله فغير معفو عنه ، فى بيع الوكيل والشريك وكل نائب عن غيره من وصى وأمين .

فإذا اشترى الشريك بما لا يتغابن الناس بمثله ــ لم يخل الشراء من أن يكون بعين المال أو فى ذمته فإن كان الشراء فى ذمته ــ كان لازماً له دون شريكه ، وإن كان الشراء بعين المال ، كان الشراء فى حق شريكه باطلا ، لخروجه عن موجب الإذن ، سواء أجاز الشريك أو لم يجزه ، لأن العقد إذا وقع فاسداً لم يصح بالإجازة .

فأما الشراء فى حصة العاقد فعلى قولين من تفريق الصفقة :

(أحدهما) باطل ، والشركة فى المال على حالها .

(والثانى) جائز ، فعلى هذا تبطل الشركة فى قدر ثمن النصف لتميزه عن المال المشترك ، فتكون الشركة فيما سواه باقية .

فـــرع فأما إذا باع أحد الشريكين شيئاً من مال الشركة مما لا يتغابن الناس بمثله ، كان البيع فى حصة الشريك الآخر باطلا ، لا يصح باجازته ، وهل يبطل فى حصة البائع ؟ على قولين :

(أحدهما) قد بطل ، والشركة فيه على حالها .

(والثانى) أن البيع يصح فى حصته ، وتبطل الشركة فيها لا غير ، ولا يكون الشريك ضامناً لحصة شريكه بالعقد ، فإن سلم ضمنها بالتسليم ، ولو كان مودعاً فباع ــ قال أبو إسحق : ضمن بالعقد ، وفرق بينهما بأن المودع غير مأذون له فى البيع ، فلم يتعد وهـذا عنـدى ليس بشىء ، لأن الشريك غير مأذون له فى بيع الغبينة كالمودع ، ولو كان مأذوناً فيه لذمة المالك فصار هو والمودع سواء فى أن لا يلزمهما الضمان عندى إلا بالتسليم، لأن فساد العقد يرفع حكم لفظـه ، وإنما يختلفـان فى ضـمانهما بالتملك لا بالعقد ، والمودع يضمن باخراجها من الحرز لتقليب المشـترى لهـا ، والشريك لا يضمن .

فـــرع قال المزنى : وإيهما ادعى فى يد صاحبه من شركتهما شيئاً فهو مدع ، وعليه البينة ، وعلى صاحبه اليمين ، وهذا صحيح .

إذا كان فى يد أحد الشريكين مال ، وادعى صاحبه أن ما فى يده من هذا المال هو من الشركة ، وادعى صاحب اليد ملكه لنفسه ، فالقول فيـه قول صاحب اليد مع يمينه ، إلا أن يقيم المدعى بينة ، لأن الشركة لا ترفع حكم اليد فى ثبوت الملك بها .

وهكذا لو اشترى أحد الشريكين عبداً فى ثمنه خلطة ، فادعى الشريك الآخر أنه اشتراه فى الشركة وادعى المشترى أنه اشتراه لنفسه لا فى الشركة، فالقول قول متولى الشراء مع يمينه ، لأن له أن يشترى لنفسه وإن كان شريكاً لغيره .

ولو اشترى عبداً حدث به نقص فذكر أنه اشتراه فى الشركة وأنكر الآخر أن يكون اشتراه إلا لنفسه ، فالقول فيه قول المشترى مع يمينه ، ويكون العبد فى مال الشركة .

فرع قال المزنى : وأيهما ادعى خيانة صاحبه فعليه البينة .
أما دعواه الخيانة فغير مقنعة حتى يصفها بما يصير خائناً بها ثم يذكر قدرها ، ففيم دعواها ، فإذا فعل ذلك وأنكر المدعى عليه فالقول قوله مع يمينه ، إلا أن يقيم مدعى الخيانة بينة بما يدعيه ، لأنه أمين ، ولأنه برىء الذمة .

فرع قال المزنى : وأيهما زعم أن المال قد تلف بسبب وصفه أو لم يصفه فالقول قوله مع يمينه إذا كان ما ادعاه من التلف ممكناً لأنه أمين فتشابه المودع والوكيل ، فإن ذكر تلفه فى يوم من شهر بعينه ، وحلف عليه ثم شهد شاهدان أنهما رأيا ذلك المال فى يده بعينه بعد ذلك اليوم الذى ادعى تلفه فيه ، ففيه وجهان :

(أحدهما) أن يمينه السالفة قد بطلت بهذه البينة الحادثة ، ويلزم غرم المال المشهود له ، لأن البينة العادلة أولى من يمينه .

(والوجه الثانى) وبه قال أبو الفياض : إن يمينه لا تبطل ، ولكن يسأل عن ذلك اليوم ، فإن ذكره مع يمينه الماضية لم يغرم ، وإن لم يبين غرم ، وعلى الوجه الأول يغرم بالبينة ولا يسأل .

فرع وإذا اشترى الشريكان سلعة وقبضاها فتلفت كان التلف من مالهما ، والثمن دين عليهما ، فإن دفعا الثمن من مال الشركة بطلت الشركة فى قدر الثمن المدفوع ، ولو تلف الثمن أيضاً قبل دفعه فى ثمن السلعة التالفة ، كان الثمن ديناً فى ذمتهما ، وللبائع أن يأخذ كل واحد منهما بحصته ، وليس له أن يأخذه بجميع الثمن إلا أن يكون ضامناً عن صاحبه ، فللبائع أن يأخذه بجميع الثمن لتفرده بالعقد ، فإذا أخذه منه ــ نظرت فإن أداه من مال الشركة ــ جاز ، ولا رجوع له ، وإن أداه من مال نفسه

ـ نظرت ، فإن فعل ذلك ، لأنه لم ينص من مال الشركة ما يؤديه فى ذلك الثمن ـ كان له الرجوع على شريكه بحصته منه . وإن فعل ذلك مع وجوه . فأما فى مال الشركة ففى رجوعه على شريكه وجهان :

(أحدهما) يرجع عليه بالنصف منه ، لأنه من موجبات الشركة .

(والوجه الثانى) لا يرجع لأن موجب الشركة أن يؤديه من مالهما فصار عدوله عنه إلى مال نفسه تطوعاً منه ، فلم يرجع به على شريكه .

فـــرع قال المزنى : وإذا كان العبد بين رجلين فأمر أحدهما صاحبه ببيعه فباعه من رجل بألف درهم فأقر الشريك الذى لم يبع أن البائع قبض الثمن وأنكر ذلك البائع وادعاه المشترى ، فإن المشترى يبرأ من نصف الثمن وهو حصة المقر ، ويأخذ البائع نصف الثمن من المشترى ، فيسلم له ، ويحلف لشريكه أنه ما قبض ما ادعاه ، فإن نكل حلف صاحبه واستحق الدعوى . وصورة هذه المسألة فى عبد بين شريكين ، أذن أحدهما لصاحبه فى بيعه فباعه المأذون له على رجل بألف درهم ، ثم إن المشترى ادعى على البائع أنه سلم إليه الألف الثمن وأنكرها البائع وصدقه عليها الشريك الذى لم يبع ، فقد برىء المشترى بتصديق الشريك الذى لم يبع من حصته ، وذلك خمسمائة درهم ، لأنه معترف بقبض وكيله لها ، ثم القول قول الشريك البائع مع يمينه أنه لم يقبض ، فإذا حلف فله أن يرجع على المشترى بحصته وهى خمسمائة درهم يختص بها ، ويحلف لشريكه بالله أنه ما قبض من حصته من المشترى ، لأن قول الشريك الذى لم يبع قد تضمن إقراراً على نفسه .

فـــرع قال المزنى : ولو كان الشريك الذى باعه هو الذى أقر بأن شريكه الذى لم يبع قبض من المشترى جميع الثمن وأنكر ذلك الذى لم يبع ، وادعى ذلك على المشترى ، فإن المشترى يبرأ من نصف الثمن باقرار البائع أن شريكه قد قبض لأنه فى ذلك أمين ، ورجع البائع على المشترى بالنصف الباقى فيشاركه فيه صاحب الفضل .

وصورتها كالمسألة الأولى فى العبد المشترى إذا باعه أحد الشريكين بإذن صاحبه ، إلا أن المشترى فى هذه المسألة يدعى تسليم الثمن إلى الشريك

الذى لم يبع ويصدقه عليه الشريك الذى باع وينكر من لم يبع أن يكون مأذوناً له أذن أحد الشريكين لصاحبه أم لا ، فإن كان مأذوناً له أذن كل واحد منهما لصاحبه ، فالجواب فيه على ما مضى فى المسألة الأولى من براءته من نصف الثمن فيه ، ويكون القول قول من لم يبع مع يمينه بالله أنه ما قبض وله الرجوع على المشترى بحصته على ما وصفنا من قبل سواء .

وإن كان غير مأذون له فى القبض فالقول قوله مع يمينه بالله أنه لم يقبض ، ثم لا يبرأ المشترى من شىء ، لأن البائع وإن صدقه على تسليم حقه إلى شريكه فقد سلمه إلى غير مستحقه ، ثم قد بطلت وكالة البائع فى حق الذى لم يبع ، لأن إقرارهما عليه بالقبض يتضمن إبطال وكالته فيه ، وعلى المشترى أن يسوق إليهما ألفاً : خمسمائة إلى البائع وخمسمائة إلى الذى لم يبع ، فإن ابتدأ ودفع إلى الذى لم يبع خمسمائة لم يكن للبائع أن يشارك فيها ، لأنه مقر أن المشترى مظلوم بها ، وإن ابتدأ المشترى ودفع إلى البائع خمسمائة كان للذى لم يبع أن يشاركه فيها إن شاء ، وله أن لا يشاركه فيها ، ويرجع على المشترى بكل حصته إن شاء .

فإن أحب أن يرجع على المشترى كان له ذلك ، ويكون المشترى دافعاً لألف ، خمسمائة منها إلى البائع وخمسمائة إلى الذى لم يبع ، وإن أحب أن يشاركه البائع فيما أخذ فذلك له ، لأن المال مشترك لم يقتسما عليه ، والبائع غير مصدق على شريكه فى إبطال الشركة فيه ، فإذا أخذ من البائع نصف ما أخذه وذلك مائتان وخمسون تمام خمسمائة فله أن يستوفى من المشترى تمام حقه وذلك مائتان وخمسون تمام خمسمائة وليس للبائع بعد رجوع شريكه عليه بنصف ما أخذه أن يرجع على المشترى به ، لأنه مقر باستيفاء ما عليه ، وإن لم يؤخذ منه بعد ذلك بحكم فيصير المشترى غارماً بسبعمائة وخمسين منها خمسمائة دفعها إلى البائع فشاركه فيها الذى لم يبع ، ومائتان وخمسون دفعها إلى الذى لم يبع ، كانت شهادته عليه مردودة لأنه فيها متهم لما يدفع عن نفسه من رجوع شريكه عليه فيما يأخذه .

فرع فأما المزنى فإنه نقل فى هذه المسئلة أن المشترى إذا صدقه البائع فى دفع الألف إلى الذى لم يبع أنه يبرأ من خمسمائة كالمسئلة الأولى ،

فاختلف أصحابنا فى نقله هذا الجواب ، وكان أبو إسحاق المروزى ينسبه إلى الغلط ، وأنه نقل جواب محمد بن الحسن فيها ، لأن من مذهبه أن إقرار الوكيل على موكله غير مقبول فكان غلطا من المزنى وسهواً .

وقال أبو على ابن أبى هريرة : النقل صحيح والجواب مستقيم ، وتأويله أن المشترى يبرأ من خمسمائة فى مطالبة البائع بها لبطلان وكالته فيها ، ولا يبرأ فيها فى حق من لم يبع ، فكان جوابه فى براءة المشترى محمولا على هذا التأويل .

والذى عندى أن نقل المزنى صحيح ، وأن براءة المشترى من النصف براءة تامة ، غير أن مسئلة المزنى محمولة على الشريكين المأذون لكل واحد منهما من صاحبه فيبرأ المشترى باقرار كل واحد من الشريكين على صاحبه بالقبض سواء كان بائعاً أو غير بائع ، وإذا أمكن حمل جوابه على الصحة ، فلا وجه لتخطيئه فيه كما فعل أبو إسحاق ، وإذا أمكن إبراء المشترى منها فلا وجه لحمله على إبطال الوكالة فيها كما فعل ابن أبى هريرة .

فرع إذا كان العبد بين رجلين فغصب رجل حصة أحدهما ثم إن الغاصب والشريك الآخر باعا العبد من رجل ، فالبيع جائز فى نصيب الشريك ، ولا يجوز بيع الغاصب ، ولو أجازه المغصوب لم يجز إلا بتجديد البيع فى معنى قول الشافعى . وهذا صحيح .

فإذا كان عبد مشترك بين نفسين غصب رجل حصة أحدهما ، ثم اتفق الغاصب والشريك الآخر على بيع العبد صفقة على رجل كان البيع فى الحصة المغصوبة باطلا ، لأنه باعها من لا يستحق بيعها بملك ولا نيابة ، فلو أجازهما المالك لم يصح البيع فيها إلا بتجديد عقد عليهما ، لأن العقد إذا وقع فاسداً لم يصح بالاجازة ، وأما البيع فى حصة الشريك الآخر فجائز قولا واحداً ، ولا يخرج على تفريق الصفقة ، لأن العقد من الأثنين فى حكم العقدين المفردين ، وإذا انفرد العقدان لم يكن فساد أحدهما موجباً لفساد الآخر ، ولكن لو أن الغاصب وكل الشريك فى بيعه فانفرد الشريك ببيع جميعه أو كان الشريك قد وكل الغاصب فى بيع حصته ، فانفرد الغاصب ببيع جميعه ،

كان البيع فى الحصة المغصوبة باطلا وهل يبطل فى حصة الشريك المملوكة ؟ على قولين من تفريق الصفقة .

فـــرع وإن أقر أحد الشريكين أنه باع وقبض الثمن وتلف فى يديه وهو مأذون له فأنكر شريكه البيع أو القبض فهل يقبل قول المأذون له ؟ فيه قولان نذكرهما فى الوكالة إن شاء الله تعالى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) ولكل واحد من الشريكين أن يعزل نفســه عن التصرف اذا شاء ، لأنه وكيل ، وله أن يعزل شريكه عن التصرف فى نصيبه لأنه وكيله ، فيملك عزله فاذا انعزل أحدهما لم ينعزل الآخر عن التصرف ، لأنهما وكيلان ، فلا ينعزل أحدهما بعزل الآخر ، فان قال أحدهما : فسخت الشركة انعــزلا جميعا ، لأن الفسخ يقتضى رفع العقــد من الجانبين فانعــزلا ، وان مأتا أو أحدهما انفسخت الشركة ، لأنه عقد جائز فبطل بالموت كالوديعة ، وان جنا او احدهما ، أو اغمى عليهما أو على أحدهما ، بطل لأنه بالجنون والاغمـــاء يخرج عن ان يكون من اهل التصرف ولهذا تثبت الولاية عليه فى المال ، فبطل العقد كما لو مات ، والله أعلم » .

الشرح الأحكام : إذا اشتركا وأذن كل واحد منهــما لصــاحبه بالتصرف ثم عزل أحدهما صاحبه عن التصرف فى نصيبه أو عزل أحدهما نفسه عن التصرف فى نصيب شريكه كانت الشركة باقيــة إلا أن المعــزول لا يتصرف إلا فى نصيب نفسه مشاعا ولا ينعزل الآخر عن التصرف فى نصيب صاحبه ما لم يعزله صاحبه ، أو يعزل نفسه ــ أى ينحيها عن التصرف ــ لأن تصرف كل واحد منهما فى نصيب شريكه بالإذن ، فإذا عزله المالك أو عزل نفسه انعزل ، وإن عزل كل واحد منهما صاحبه ، أو قال أحدهما : عزلت نفسى عن التصرف فى نصيب شريكى وعزلته عن التصرف فى نصيبى انعزل كل واحد منهما عن التصرف فى نصيب شريكه ، ولا تبطل الشركة بذلك .

وإن قال أحدهما : فسخت الشركة انعزل كل واحد منهما عن التصرف فى نصيب شريكه ، لأن ذلك يقتضى العزل من الجانبين ولا يبطل الاشتراك ، وإن اتفقا على القسمة قسم ، وإن اتفقا على البيع أو التبقية كان لهما ذلك

فإن دعا أحدهما إلى البيع والآخر إلى القسمة أجيب من دعا إلى القسمة كالمال الموروث بين الورثة وإن جن أحدهما أو أغمى عليه انفسخت الشركة وانعزل كل واحد منهما عن التصرف فى نصيب الآخر ، لأن الإذن عقد جائز فبطل بالجنون والإغماء كالوكالة .

فرع وبالجملة فإذا مات أحدهما انفسخت الشركة وانعزل الباقى منهما عن التصرف فى نصيب الآخر لأن الإذن عقد جائز فبطل بالموت كالوكالة .

فرع فإن لم يكن على الميت دين ولا أوصى بشىء ، أو كان الوارث بالغاً رشيداً فله أن يقيم على الشركة بأن يأذن الآخر فى التصرف ، ويأذن الشريك له ، وله أن يقاسم لأن الحق لهما فكان لهما أن يفعلا ما شاءا .

قال الشيخ أبو إسحاق : غير أن الأولى أن يقاسمه ، وإن كان الحظ فى الشركة لأن الحوالة وقعت وهو رشيد ، ، وإن كان الوارث مولى عليه كان النظر فيه إلى وليه ، فإن كان الحظ فى الشركة لم يجز له أن يقاسمه ، وإن كان الحظ فى القسمة لم يجز له أن يقيم على الشركة ، لأن الناظر فى مال المولّى عليه لا ينفذ تصرفه فيه إلا فيما له حظ . وسواء إن كان المال نقداً أو عرضاً فإن الشركة تجوز ، لأن الشركة إنما لا تجوز ابتداء على العروض ، وهذا استدامة للشركة وليس بابتداء عقد ، وإن مات وعليه دين لم يجز للوارث أن يأذن فى التصرف بمال الشركة ، لأن الدين يتعلق بجميع المال فهو كالمرهون ، فإن قضى الدين من غير مال الشركة كان كما لو مات ولا دين عليه ، وهكذا إذا قضى الدين ببعض مال الشركة كان للوارث أن يأذن له فى التصرف فيما بقى ، فإن أوصى بثلث ماله أو بشىء من مال الشركة — فإن كانت الوصية لمعين — كان الموصى له شريكا كالوارث ، وله أن يفعل ما يفعل الوارث .

وإن كانت الوصية لغير معين لم يجز للوصى الإذن للشريك فى التصرف ، لأنه قد وجب دفعه إليهم ، بل يعزل نصيبه ويفرق عليهم ، فإن كان قد أوصى بثلث ماله فأعطى الوارث ثلث الموصى لهم من غير ذلك المال مثله لم يجز

له ذلك لأن الموصى لهم قد استحقوا ثلث ذلك المال بعينه ، فلا يجوز أن يعطوا من غيره .

عرض سريع لأقوال العلماء فى مسائلها

والنظر فى الشركة فى أنواعها وأركانها الموجبة للصحة فى الأحكام ، فنذكر ما أتفقوا عليه وما اشتهر الخلاف بينهم فيه فإذا كانوا قدقسموا الشركة التقسيمات التى مر بنا تفصيلها وهى العنان ، والأبدان ، والمفاوضة ، والوجوه . فواحدة منها متفق عليها ، ولم يختلف أحد حولها ، وأجمعوا على حلها تلكم هى شركة العنان ، وإن كان بعضهم لم يعرف هذا اللفظ ، ولكنه يعرف فحواه ومراميه التى أطلقوا عليها هذا اللفظ ، وإن كانوا قد اختلفوا فى بعض شروط شركة العنان على ما سترى فى هذا العرض ، والثلاثة الأخرى مختلف فيها ، ومختلف فى بعض شروطها عند من اتفق منهم عليها .

أركان شركة العنان المتفق على جوازها

وهى ثلاثة أركان . الركن الأول محلها من الأموال .

الركن الثانى فى معرفة قدر الربح من قدر المال المشترك فيه .

الركن الثالث فى معرفة قدر العمل من الشريكين من قدر المال .

الركن الأول

والركن الأول وهو محل الشركة ، فمنه ما اتفقوا عليه ومنه ما اختلفوا فيه . فاتفق المسلمون على أن الشركة تجوز فى الصنف الواحد من العين أعنى الدنانير والدراهم ، وإن كانت فى الحقيقة بيعاً لا تقع فيه مناجزة .

ومن شروط البيع فى الذهب وفى الدراهم المناجزة ، لكن الاجماع خصص هذا المعنى فى الشركة .

وكذلك أتفقوا على الشريكين بالعرضين يكونان بصفة واحدة . واختلفوا فيها ــ أعنى الشركة ــ بالعرضين المختلفين ، وبالعيون المختلفة مثل الشركة بالدنانير من أحدهما والدراهم من الآخر ، وبالطعام الربوى إذا كان صنفاً واحداً . ومن ثم فها هنا ثلاث مسائل .

المسئلة الأولى

فأما إذا اشتركا فى صنفين من العروض ، أو فى عروض ودراهم أو دنانير ، فأجاز ذلك ابن القاسم المالكى وهو مذهب مالك رضى الله عنه ، وقد أفاد ابن رشد أنه قيل عنه أنه كره ذلك ، وسبب الكراهة اجتماع الشركة فيها والبيع ، وذلك أن يكون العرضان مختلفين ، كان كل واحد منهما باع جزءاً من عرضه بجزء من عرض صاحبه الآخر ، ومالك رضى الله عنه يعتبر فى العروض إذا وقعت فيها الشركة القيم وليست الأثمان . فى حين أن الشافعى رضى الله عنه يقول : لا تنعقد الشركة إلا على أثمان العروض ، وحكى أبو حامد الاسفراينى أن ظاهر مذهب الشافعى يشير إلى أن الشركة مثل القراض لا تجوز إلا بالدراهم والدنانير . قال : والاشاعة فيها تقوم مقام الخلط .

المسئلة الثانية

وإن كان الصنفان مما لا يجوز فيهما النساء مثل الشركة بالدنانير من عند أحدهما ، والدراهم من عند الآخر ، أو بالطعامين المختلفين ، فاختلف فى ذلك قول مالك فأجازه مرة ومنعه مرة ، وذلك لما يدخل الشركة بالدراهم من عند أحدهما والدنانير من عند الآخر من الشركة والصرف وعدم التناجز ، ولما يدخل الطعامين المختلفين من الشركة وعدم التناجز وبالمنع قال ابن القاسم المالكى ومن لم يعتبر هذه العلل أجازها .

المسئلة الثالثة

وأما الشركة بالطعام من صنف واحد فأجازها ابن القاسم المالكى قياساً على إجماعهم على جوازها فى الصنف الواحد من الذهب أو الفضة ومنعها

مالك فى أحد قوليه ، وهو المشهور بعدم المناجزة ، الذى يدخل فيه ، إذ رأى أن الأصل هو أن لا يقاس على موضع الرخصة بالاجماع ، وقد قيل : إن وجه الكراهة عند مالك لذلك ، أن الشركة تفتقر إلى الاستواء فى القيمة ، والبيع يفتقر إلى الاستواء فى الكيل ، فافتقرت الشركة بالطعامين من صنف واحد إلى استواء القيمة والكيل ، وذلك لا يكاد يوجد ، فكره مالك ذلك .

فهذا هو اختلافهم فى جنس محل الشركة ، واختلفوا هل من شرط مال الشركة أن يختلط أو لا يختلط ، فقال مالك : إن من شرط مالى الشركة أن يختلطا إما حساً ، وإما حكماً ، مثل أن يكونا فى صندوق واحد ، وأيديهما مطلقة عليهما .

وقال الشافعى رضى الله عنه : لا تصح الشركة حتى يخلطا ماليهما خلطاً لا يتميز به مال أحدهما من مال الآخر .

وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : تصح الشركة وإن كان مال كل واحد منهما بيده ، فأبو حنيفة اكتفى فى انعقاد الشركة بالقول ، ومالك اشترط إلى ذلك اشتراك التصرف فى المال ، والشافعى اشترط إلى هذين الاختلاط ، والفقه أن بالاختلاط يكون عمل الشريكين أفضل وأتم ، لأن النصح يوجد منه لشريكه كما يوجد لنفسه ، فهذا هو القول فى هذا الركن وفى شروطه .

الركن الثانى

فأما الركن الثانى وهو وجه اقتسامهما الربح ، فإنهم اتفقوا على أنه إذا كان الربح تابعاً لرءوس الأموال ، أعنى إن كان الأصل فى مالى الشركة متساويين ، كان الربح تابعاً لرءوس الأموال أعنى ان كان أصل مالى الشركة متساويين كان الربح بينهما بنصفين .

واختلفوا هل يجوز أن يختلف رءوس أموالهما ويستويان فى الربح ؟ فقال الشافعى ومالك رضى الله عنهما : ذلك لا يجوز .

وقال أهل العراق وأصحاب الرأى : يجوز ذلك . وعمدة من منع ذلك تشبيه الربح بالخسران ، فكما أنه لو اشترط أحدهما جزءاً من الخسران لم

يجز ، كذلك إذا اشترط جزءاً من الربح خارجاً عن ماله ، وربما شبهوا الربح بمنفعة العقار الذى بين الشريكين ، أعنى أن المنفعة بينهما تكون على نسبة أصل الشركة ، وعمدة أهل العراق تشبيه الشركة بالقراض ، وذلك أنه لما جاز فى القراض أن يكون من الربح ما اصطلحا عليه ، والعامل ليس يجعل مقابله إلا عملا فقط كان فى الشركة أحرى أن يُجعل للعمل جزء من المال ، إذ كانت الشركة مالا من كل واحد منهما وعملا ، فيكون ذلك الجزء من الربح مقابلا لفضل عمله على عمل صاحبه ، فإن الناس يتفاوتون فى العمل كما يتفاوتون فى غير ذلك ، والشافعى يرى عمل الشريك تبرعاً منه ، وإلا أخذ أجرة المثل ، ولا يكون العمل ضارباً بنصيب فى الربح أو فى وظائف الشركة .

الركن الثالث

وأما الركن الثالث وهو العمل ، فإنه تابع كما قلنا عند مالك للمال ، فلا يعتبر بنفسه . وهو عند أبى حنيفة يعتبر من المال ، وأظن أن من أصحابنا من لا يجيز الشركة إلا أن يكون مالاهما متساويين التفاتاً إلى العمل ، فانهم يرون أن العمل فى الغالب مستو ، فإذا لم يكن المال بينهما على التساوى كان هنالك غبن على أحدهما فى العمل ، ولهذا قال ابن المنذر : أجمع العلماء على جواز الشركة التى يخرج فيها كل واحد من الشريكين مالا مثل مال صاحبه من نوعه ، أعنى دراهم أو دنانير ثم يخلطانها حتى يصيرا مالا واحداً لا يتميز على أن يبيعا ويشتريا ما رأيا من أنواع التجارة ، وعلى أن ما كان من فضل فهو بينهما بنصفين ، وما كان من خسارة فهو كذلك ، وذلك إذا باع كل واحد منهما بحضرة صاحبه واشتراطه هذا الشرط يدل على أن فيه خلافاً ، والمشهور عند الجمهور أنه ليس من شرط الشركاء أن يبيع كل واحد منهما بحضرة صاحبه .

شركة المفاوضة عند من يقول بها

اختلفوا فى شركة المفاوضة فاتفق مالك وأبو حنيفة رضى الله عنهما بالجملة على جوازها ، وإن اختلفا فى بعض شروطها .

وقال الشافعى رضى الله عنه : لا يجـوز ، ومعنى شركة المفاوضـة أن يفوض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرف فى ماله ، مع غيبتـه وحضوره وذلك واقع عندهم فى جميع أنواع المتملكات ، وعمدة الشافعى أن اسم الشركة إنما ينطلق على اختلاط الأموال ، فإن الأرباح فروع ولا يجوز أن تكون الفروع مشتركة إلا باشتراك أصولها ، وأما إذا اشـترط كل واحد منهما ربحاً لصاحبه فى ملك نفسه فذلك من الغرر ومما لا يجوز وهذه صفة شركة المفاوضة .

وأما مالك فيرى أن كل واحد منهما قد باع جزءاً من ماله بجزء من مال شريكه ثم وكل كل واحد منهما صاحبه على النظر فى الجزء الذى بقى فى يده .

وأما الشـافعى فإنه يرى أن الشركة ليست هى بيعاً ووكالة .

وأما أبو حنيفة فهو هنا على أصله فى أنه لا يراعى فى شركة العنـان إلا النقد فقط ، وأما ما يختلف فيه مالك وأبو حنيفة من شروط هذه الشركة فإن أبا حنيفة يرى أن من شروط المفاوضة التساوى فى رءوس الأموال ، وقال مالك : ليس من شرطها ذلك تشبيها بشركة العنان ، وقال أبو حنيفة : لا يكون لأحدهما شىء إلا أن يدخل فى الشركة ، وعمدتهم أن اسم المفاوضة يقتضى هذين الأمرين أعنى تساوى المالين ، وتعميم ملكهما .

شركة الأبدان عند من يقول بها

وشركة الأبدان بالجملة جائزة عند مالك وأبى حنيفة ، ومنع منها الشافعى رضى الله عنهم ، وعمـدة الشـافعى أن الشركة إنمـا تختص بالأمـوال لا بالأعمال ، لأن ذلك لا ينضبط فهو غرر عندهم ، إذ كان عمل كل واحد منهما مجهولا عند صاحبه ، وعمدة المالكية اشتراك الغانمين فى الغنيمة ، وهم إنما استحقوا ذلك بالعمل ، وما روى من أن ابن مسعود شارك سعداً يوم بدر ، فأصاب سعد فرسين ، ولم يصب ابن مسـعود شـيئاً فلم ينكر النبى صلى الله عليه وسلم عليهما .

وأيضاً فإن المضاربة إنما تنعقد على العمل فجاز أن تنعقد عليه الشركة .

وأما الشافعى فإن المفاوضة عنده خارجة عن الأصول ، فلا يقاس عليها ، وكذلك يشبه أن يكون حكم الغنيمة خارجاً عن الشركة . ومن شرطها عند مالك اتفاق الصنعتين والمكان ، وقال أبو حنيفة وأحمد : تجوز مع اختلاف الصنعتين ، ومع اتفاقهما أو اختلاف المكان ، وعمدة أبى حنيفة جواز الشركة على العمل .

شركة الوجوه عند من يقول بها

وشركة الوجوه عند مالك والشافعى باطلة . وقال أبو حنيفة : هى جائزة ، وهذه الشركة هى الشركة على الذمم من غير صنعة ، ولا مال ، وعمدة مالك والشافعى فى ذلك أن الشركة إنما تتعلق على المال أو على العمل ، وكلاهما معدومان فى هذه المسألة مع ما فى ذلك من الغرر ، لأن كل واحد منهما عاوض بكسب غير محدود بصناعة ولا عمل مخصوص .

وأبو حنيفة يعتمد أنه عمل من الأعمال فجاز أن تنعقد عليه الشركة . أفاده ابن رشد حيث قال :

القول فى أحكام الشركة الصحيحة

وهى من العقود الجائزة لا من العقود اللازمة ، أى لأحد الشريكين أن ينفصل من الشركة متى شاء ، وهى عقد غير موروث ، ونفقتهما وكسوتهما من مال الشركة إذا تقاربا فى العيال ، ولم يخرجا عن نفقة مثلهما ، ويجوز لأحد الشريكين أن يبضع وأن يقارض وأن يودع إذا دعت إلى ذلك ضرورة ، ولا يجوز له أن يهب شيئاً من مال الشركة ، ولا أن يتصرف فيه إلا تصرفاً يرى أنه نظر لهما .

وأما من قصر فى شىء أو تعدى فهو ضامن مثل أن يدفع مالا من التجارة فلا يشهد ، وينكره القابض فإنه يضمن ، لأنه قصر إذ لم يشهد . وله أن يقبل الشىء المعيب فى الشراء وإقرار أحد الشريكين فى مال لمن يتهم عليه لا يجوز .

وتجوز إقالته وتوليته ، ولا يضمن أحد الشريكين ما ذهب من مال التجارة باتفاق ، ولا يجوز للشريك المفاوض أن يقارض غيره إلا بإذن شريكه ، ويتنزل كل واحد منهما منزلة صاحبه فيما له وفيما عليه فى مال التجارة قال : وفروع هذا الباب كثيرة .

مسائل حول الشركة

مسائل حول الشركة : لو دفع شبكة إلى الصياد ليصيد بها السمك بينهما نصفين فقياس المذهب أن السمك كله للصياد ، إذا قلنا : إن الآلة تؤجر بأجر معلوم ، فيكون لصاحب الشبكة أجر المثل ، وبهذا لا يكون صاحب الشبكة شريكا فى حصيلة الصيد ، فإذا قلنا : إن الآلة لا تؤجر ، وإن الصياد قد لا يجد سمكا يحصل فى شبكته فمن أين يأتى بأجر الشبكة وليس لها أجر مثل معلوم فى حين أن أجر الصياد معلوم ؟ قضينا بأن صاحب الشبكة له الصيد كله وللصياد أجر مثله على صاحب الشبكة . لأن الربح تابع للمال وقياس مذهب أحمد أن الصيد بينهما نصفان جائز على ما شرطاه لأنها عين تنمى بالعمل ، فصح دفعها ببعض نمائها كالأرض التى دفعها رسول الله صلى الله عليه وسلم لليهود فى خيبر أن يعملوا فيها على الشطر .

الشركات التى تؤسس من بلاد غير بلاد المسلمين لتعمل فى أرض المسلمين لاستخراج خيراتها واستنباط خاماتها واستدرار زيوتها ومعادنها لا تصح إلا إذا قامت على هيمنة المسلمين وسيطرتهم على إدارتها . ويجب على المسلمين أن يبعثوا طائفة منهم تتعلم علوم طبقات الأرض ووسائل استثمار خاماتها وخيراتها: ولو أن المسلمين فقهوا دينهم والتزموا فى سلوكهم بأحكام هذه الفروع الدقيقة لدانت لهم الأرض ولبرعوا فى شتى علومها الدنيوية وفنونها الحيوية . ولم تتعرض أرضهم للاغتصاب ورقابهم للعناء . وقد عرفنا أن احتلال الكفار للهند وأندونيسيا وملزيا بدأ بتكوين شركات مالية تعمل على المتاجرة واستغلال الأرض حتى انقلبت إلى سيطرة على المسلمين ، وكذلك فعل اليهود فى فلسطين . فقد بدأوا بعمل شركات وجلبوا لها خبراء وعمالا فنيين ، ثم اتسعوا فى ذلك حتى ابتلعوا ديار المسلمين وأرضهم وأموالهم ، وصاروا خطراً جاثما على أنفاسنا ومقدراتنا ، فليتنا نتنبه إلى

خطر الترخص فى معاملة غير المسلمين ، والله الموفق للصواب ، وهو حسبنا ونعم الوكيل .

شركة الأموال وشركة العقود

عند الحنفية نقلا عن الشيخ الجزيرى

وقالت الحنفية : إن شركة الملك هى إحدى الشركتين المباحتين حيث تستوعبان صور الشركات المباحة جميعاً ، وهما شركة الملك وشركة العقود ولنأت على الأولى منهما وستأتى على الأخرى فى مظانها من الفصول التالية إن شاء الله .

فأما شركة الملك فمثالها أن يشترك اثنان فأكثر فى ملك عين من غير عقد ، وهى إما شركة جبر كأن يجتمع شخصان فأكثر فى ملك عين قهراً كما إذا ورثا مالا أو اختلط مالاهما قهراً بحيث يستحيل تمييزهما أو إفراز حق كل منهما أو يشق افرازهما كاختلاط فول بترمس أو قمح بشعير .

وإما شركة اختيار كأن يختلط مالاهما باختيارهما أو يشتريا عينا بالاشتراك ، أو يؤول لهما مال بالوصية فيقبلاه ، وركن هذه الشركة ـ اعنى شركة الملك ـ اجتماع النصيبين ، فمتى اجتمع نصيب شخص مع نصيب آخر تحققت شركة الملك ، وفيها مسائل :

(إحداها) إذا اشترك اثنان فى ملك أرض زراعية وغاب أحد الشريكين فإن للآخر أن يزرع الأرض كلها إذا كان الزرع ينفعها ، فإذا حضر الغائب فى هذه الحالة فله أن ينتفع بالأرض كلها بقدر المدة التى انتفع فيها شريكه ، لأن الشريك الغائب يرضى بما ينفع أرضه عقلا ، وإن لم يأذن فى الزرع ، وله الحق فى أن ينتفع كما انتفع شريكه (قالوا : هذا هو الذى عليه الفتوى) ثم قالوا : إذا كان الزرع يضر الأرض ، أو كان تركها بدون زرع أنفع لها لكونه يزيد فى قوتها فليس للحاضر أن يزرع شيئاً أصلا ، فإذا زرعها فى هذه الحالة يكون حكمه حكم الغاصب ، فإذا حضر الغائب حينئذ ولم يقر الزرع وأراد قلعه كان له أن يقسم الأرض ويأخذ نصيبه منها ، ويقلع الزرع الذى

بها كما يريد ، وليس له الاعتراض على ما وقع فى نصيب شريكه من الزرع ، وعلى من زرع أن يدفع لشريكه أرش النقص الذى أصاب أرض شريكه بزرعها لأن يده يد غاصب لنصيب شريكه .

هذا إذا كان زرعاً يصح قلعه أما إذا كان قد انعقد حبه ونضج ثمره واستوى فإن على الزارع أن يؤدى أرش نقصان الأرض ويأخذ زرعه ويجنى ثمرته .

(ثانيها) : إذا اشترك أثنان فى السكنى فى دار وغاب أحدهما فإن لشريكه أن يستعمل كل الدار فى سكنه إذا كان ذلك الاستعمال ينفعها ، ولم يؤد الترك إلى خرابها ، أما إذا لم يفض الأمر إلى ذلك فإن للحاضر أن يستعمل ما يخصه منها فقط ، بأن يقسم حجرها أو شققها ، وأن يسكن فيما يخصه ، أو يسكن مدة ويتركها مدة أخرى بنسبة نصيبه فيها .

اذا ثبت هذا فإن كل تصرف يقع من الشريك الحاضر فى مصلحة نصيب الغائب فإنه ينفذ ، وكل تصرف يضر به لا ينفذ ، ويكون الحاضر غاصباً بالنسبة لنصيب الغائب ، فيجب على الشريك الحاضر أن يتوخى ما ينفع شريكه مجتهداً فى ذلك قدر طاقته ثم إذا سكن أحد الشريكين كان عليه صيانتها وعمارتها كلما حدث بها عطب أو قشور .

(ثالثها) إذا خلط أحد الشريكين ماله بمال الآخر برضاه كما إذا كان لكل منهما صبرة من القمح فاتفقا على خلطها أو اختلط مال أحدهما بمال الآخر بدون إرادتهما كما إذا وضع كل منهما قمحه فى مخزن ملاصق للآخر فسقط الحاجز فاختلطا فإنه فى هذه الحالة لا يصح لكل منهما أن يبيع نصيبه بدون إذن الآخر ، وذلك لأنه فى هذه الحالة يكون كل منهما مالكاً لكل حبة من حبات قمحه كاملة فلا يصح أن يبيع مشاعاً إلا بعد الفرز والقدرة على تسليمه بخلاف ما لو ورث اثنان قمحاً فإن كلا منهما يملك نصيبه فى الجميع شائعاً بدون إذن ، أما إذا خلط أحدهما قمحه بقمح الآخر بدون علمه فإن للذى خلط أن يبيع الجميع ، لأنه بالخلط ملك نصيب الآخر ، وصار ضامناً له بالمثل لأنه متعد .

(رابعها) إذا اشترك اثنان فى بناء دار مثلا ــ فلا يخلو ــ إما أن تكون الأرض ملكاً لهما معاً أو تكون ملكاً لأحدهما دون الآخر ، !و تكون ملكا لأجنبى دونهما ، فإن كانت ملكاً لهما فإنه لا يصح لأحدهما أن يبيع نصيبه فى البناء لأجنبى مطلقاً سواء أذن شريكه أو لم يأذن ، وذلك لأن للبائع فى هذه الحالة أن يطلب من المشترى هدم البناء وإخلاء أرضه منــه إذ ليس للمشترى سوى الأنقاض ، وذلك الهدم يضر بالشريك الآخر .

ومثل ذلك ما إذا كان البناء لشخص أن يبيع نصفه لأن المشترى يطالب بالهدم ليأخذ الأنقاض التى اشتراها فيلحق الضرر بالبائع فيكون البيــع فاسداً ، وهل يصــح للشريك أن يبيــع نصف حصــته فى البناء لشريكه أو لا خلاف .

فقيل : يجوز ، وقيل : لا ، لأنه فى هذه الحالة يصح للبائع أن يطلب من شريكه الذى اشترى هدم ما اشتراه كى يخلى له الأرض وفى ذلك ضرر .

أما إذا كانت الأرض ملكاً لأحدهما دون الآخر ، فإنه لا يصح لأحدهما أن يبيع نصيبه من الأجنبى ، لما فى ذلك الذى ذكر وهو أن المشترى يطلب الهدم فيضر الشريك الآخر ، ويصح لأحدهما أن يبيع لشريكه بلا خلاف ، سواء كان المشترى هو الذى يملك الأرض أو الذى لا يملكها ، وذلك لأن الذى لا يملك ليس له حق البناء ، ولكن الذى يملك أباحه إياه ، وما كان بطريق الإباحة فإنه يصح إزالته ، فإذا كان البيع لصاحب الأرض فالأمر ظاهر، وإذا كان لغيره فإنه يصح له أو للمالك إزالته ، لأنه عرضة للإزالة .

أما إذا كانت الأرض ملكاً لغيرهما ، كأن كانت مستعارة أو مستأجرة أو مغصوبة أو موقوفة ثم اشترك اثنان فى البناء عليها فإنه لا يجوز لأحدهما بيع نصيبه من أجنبى ، لأن للمشترى هدم البناء ليستولى على الأنقاض التى اشتراها ، وفى ذلك ضرر بالشريك ، ويجوز لأحدهما أن يبيع نصيبه لشريكه إذا لم يترتب على ذلك ضرر، كما إذا استعار شخصان أرضاً مدة معينة واشتركا فى البناء عليها ثم مضت المدة ، فإن لأحد الشريكين أن يبيع نصيبه للآخر ، لأنه لا يملك مطالبته بالهدم لأنها ليست أرضه ولا علاقة له بهــا ،

ومثل ذلك ما إذا كانت مستأجرة لمدة وقد انتهت تلك المدة بخلاف ما إذا كانت مدة الإجارة لم تنته فإنه لا يجوز البيع للشريك أيضاً ، لأنه يصح للبائع المستأجر أن يطالب بالهدم ليستلم الأرض المؤجرة له إلا إذا أجره نصيبه قبل البيع . وأما الأرض المغصوبة فإنه يصح بيع كل واحد نصيبه لصاحبه وللأجنبى لأن البناء الذى عليها غرض للهدم فى أى وقت .

وأما الأرض الموقوفة فإذا اشترك اثنان فى البناء عليها بعد تحكيرها مدة طويلة على رأى من يقول بجواز الحكر زمناً طويلا فإنه يصح لكل منهما أن يبيع نصيبه للأجنبى والشريك ، لأن المشترى يحل محل البائع فى تحكير الأرض وفى نصيبه من البناء ، فلا ضرر فى ذلك على الشريك . وكذا لو باع نصيبه قبل التحكير ثم حكرت الأرض فإن البيع ينقلب صحيحاً لزوال علة الفساد وهى الضرر الذى يترتب على الهدم .

(خامسها) إذا اشترك اثنان فى شىء لا يمكن قسمته كحمام وسفينة وبئر وآلة سقى أو آلة طحن أو غير ذلك مما تضيع منفعته بالقسمة ثم احتاج لتعمير فأراد أحد الشريكين تعميره فامتنع الآخر ، فإنه يصح له أن يعمره قبل أن يرفع الأمر للقاضى ، لأن القاضى سيجبر الممتنع عن العمارة ، فليس من المصلحة أن يتسرع ويستبد بالعمل بدون إذن القاضى مادام موقناً بأن القاضى سيلزم الشريك بالتعمير ، فإذا أمر القاضى بالتعمير ولم ينفذ عجزاً أو تعنتاً فإن القاضى يأذن من يريد التعمير بالعمل ويمنع الشريك من الانتفاع بالعين حتى يؤدى قسطه من التعمير ــ على المفتى به عندهم ــ وهكذا فى كل شىء لا يمكن قسمته فإن على القاضى أن يجبر الممتنع من شريكه ، فإذا عمل أحدهما بدون إذن صاحبه أو أمر القاضى كان متطوعاً لا يرجع بشىء مما أنفقه .

أما إذا اشتركا بشىء يقبل القسمة فهو على وجهين :

(الأول) أن يكون أحد الشريكين مضطرا فى تعميره إلى الشريك الآخر كما إذا اشترك اثنان فى بناء على أن لأحدهما الطابق الأعلى وللآخر

الطابق الأسفل ، واحتاج الطابق الأعلى إلى ردم فإنه ــ وإن كان لكل منهما قسم مستقل به ولكن ــ أحدهما مرتبط بالآخر فى التعمير .

وحكم هذا أن القاضى لا يجبر الشريك على التعمير ، فإذا عجز صاحب العلو من تلقاء نفسه وأنفق على الأسفل ما يحتاج إليه كان له حق الرجوع بما أنفقه فى آخر الأمر .

ومثل ذلك كل ما يقبل القسمة ويكون أحد الشريكين مرتبطا بالآخر فى العمل ارتباطاً قهريا كحائط بين اثنين عليها سقف كل منهما فإذا انهدمت وكانت هذه الحائط تقبل القسمة بأن كان أساسها عريضاً ويمكن قسمته بحيث يأخذ أحد الشريكين نصفه ويترك النصف الآخر أو إذن القاضى فإن له حق الرجوع بما أنفقه لأن الشريك الممتنع لا يجبر على البناء فى هذه الحالة لأنه يمكن قسمة الحائط . ويجبر على القسمة إذا طلبها الشريك على المفتى به فإذا كانت ضيقة لا تقبل القسمة فإنها تكون القسم الأول وهو ما يجبر فيه القاضى الشريك على التعمير فلا يصح له حينئذ أن يرفع الأمر للقاضى .

(الوجه الثانى) أن لا يكون أحد الشريكين مضطراً فى التعمير إلى الشريك الآخر كما إذا اشتركا فى دار يمكن قسمتها وتخربت فإن لكل منهما حق قسمتها فإذا انفرد أحدهما بتعميرها من غير إذن الآخر كان متطوعاً وضاع عليه ما أنفقه فى نصيب شريكه واعلم أن القاضى لا يجبر الشريك على التعمير إلا فى ثلاثة أمور :

الأول : أن يتعذر قسمة العين المشتركة بينهما .

الثانى : أن يكون الشريكان صغيرين ولكل واحد منهما وصى فاذا اشترك صغيران فى حائط محمول عليها سقف كل منهما ثم اختلت فأراد أحد الوصيين بناءها وامتنع الآخر ، فإن القاضى يجبر الممتنع سواء كانت الحائط تقبل القسمة أو لا ، بخلاف ما إذا كان الممتنع كبيراً فإن القاضى لا يجبره إذا كانت تقبل القسمة لأن الكبير يعرف الضرر ورضى به . أما الصغير فلم يعرفه وأراد الوصى إدخاله عليه فالقاضى يجبره فى هذه الحالة ، فإذا كانت الشركة

بين صغير وكبير وكان الضرر يلحق الكبير فإن وصى الصغير لا يجبر أما إذا كان يلحق الصغير فإنه يجبر .

الثالث : أن يكون الشريكان ناظرين على منزل موقوف واختل بناؤها فأراد أحدهما تعميره وامتنع الآخر فإنه يجبر على التعمير من مال الوقف ـ على ما عليه الفتوى ـ فإذا كانت الشركة فى دار بعضها موقوف وبعضها مملوك ، وكان الضرر عائداً على الوقف فإن ناظره يجبر . أما إذا كان عائداً على الملك فإنه لا يجبر .

أما شركة العقود وهى التى تنقسم إلى أبدان وعنان ووجوه وقد أتينا عليها آنفاً والله تعالى أعلم .

الاعلام والعلاقات العامة
فى شركة المفاوضة عند المالكية

إن شركة المفاوضة لا يفسدها انفراد أحد الشريكين بشىء مما يعمل فيه لنفسه على حدة إذا استويا فى عمل الشركة ، وله أن يتبرع إن استألف به ـ يعنى سعى لتأليف مشاعر الناس نحو الشركة ليكثر بذلك حرفاؤها والمتعاملون معها ـ أو خف ، كاعارة آلة ودفع كسرة ويبضع ويقارض ويودع لعذر وإلا ضمن ، ويشارك فى معين ويقيل ويولى ويقبل المعيب ـ وإن أبى الآخر ـ ويقر بدين لمن يتهم عليه ويبيع بالدين لا الشراء به .

وبالجملة فإن أحد شريكى المفاوضة يجوز له من غير إذن شريكه أن يتبرع بشىء من مال الشركة من هبة ونحوها بشرط أن يفعل ذلك استئلافاً للشركة ليرغب الناس فى الشراء منه ، وكذلك يجوز له أن يتبرع بشىء خفيف من مال الشركة ولو بغير استئلاف كاعارة آلة كماعون ودفع صدقة صغيرة لسائل ككسرة أو شربة ماء أو غلام لسقى دابة . والكثرة والقلة بالنسبة لمال الشركة ، وكذلك يجوز له أن يبضع من مال الشركة ، أى يدفع مالا لمن يشترى به بضاعة من بلد كذا كان بأجرة أم لا ، لكن إن كانت بأجر تسمى بضاعة بأجر ، وكذلك يجوز له المقارضة أى يدفع مالا من مال الشركة

قراضاً لشخص يعمل فيه بجزء من ربحه معلوماً ، وقيد اللخمى من أصحابهم ــ أعنى المالكية ــ كلا منهما بما إذا كان المال واسعاً يحتاج فيه إلى مثل ذلك ، وكذلك يجوز له أن يشارك شخصاً فى شىء معين من مال الشركة محل خوف بغير إذن شريكه ، فإن أودع لغير عذر وتلف المال فإنه يضمن ، بغير إذن شريكه ، وكذلك يجوز له أن يودع مال الشركة لعذر ، كنزوله فى وسواء كان المال واسعاً أم لا ، فقيد العذر ويرجع للايداع فقط ــ كما فى المدونة وكذلك يجوز له أن يشارك شخصاً ببعض مال الشركة بحيث لا تجول يد من يشاركه فى مال الشركة والمراد بالمعين الذى ذكرناه آنفاً فيما يجوز له أن يشارك عليه من غير إذن شريكه أن يشارك ببعض مال الشركة بحيث لا تجول يد من يشاركه فى مال الشركة ولو شارك فى ذلك البعض مفاوضة .

ويجوز أن يقبل من شىء باعه هو أو شريكه من مال المفاوضة بغير إذن شريكه ، لأن كلاً وكيل عن صاحبه ، وكذلك يجوز أن يولى غيره سلعة اشتراها هو أو صاحبه بما وقع به البيع بغير إذن شريكه ما لم يكن محاباة ، فيكون كالمعروف لا يلزمه إلا ما أجر به نفعاً للتجارة وإلا لزمه قدر حصته منه ، وإقالته خوف عدم الغريم ونحوه من النظر .

وكذلك يجوز أن يقبل سلعة ردت عليه أو على شريكه بعيب بغير إذن شريكه ، وكذلك يجوز له أن يقبل سلعة ردت عليه أو على شريكه بعيب بغير إذن شريكه ، وكذلك يجوز له أن يقر بدين من مال الشركة لمن لا يتهم عليه ، ويلزم ذلك شريكه .

وأما إقراره لمن يتهم عليه فإنه لا يجوز كالصديق الملاطف وما أشبه ذلك ، وكذلك يجوز له أن يبيع بالدين ــ أى يبيع بثمن معلوم إلى أجل معلوم . وأما الشراء بالدين فى شىء غير معين فلا يجوز لأحدهما ولا لهما ، لأنها شركة ذمم وبعبارة لا الشراء به ، لئلا يأكل شريكه ربح ما لم يضمن ، لأن ضمان الدين من المشترى ككتابة وعتق على مال وإذن لعبد فى تجارة أو مفاوضة .

(وبعد) فهذه أوضاع الشركات ومنها شركات التأمين التى سبق بحثها باستفاضة .. والقوانين الوضعية قد أباحت طرق الكسب التى تجرى على مثل هذه الأوضاع مادام يتفق عليه المتعاقدان ، والاتفاق شريعة المتعاقدين فى نظر هذه القوانين ..

لكن الشريعة الإسلامية لها أوضاعها وأحكامها الخاصة .. وقد قيدت أنواع المعاملات بين الناس بشروط لا يسوغ الاخلال بها ، أو الاتفاق على خلافها .

وإذا كانت القوانين الوضعية لا تقر أى اتفاق أو تعاقد بين اثنين إذا كان مخالفا للنظام العام ، فأحكام الشريعة الإسلامية المقصود بها التعامل بين الناس جميعا يجب ملاحظة أنها من النظام العام الذى لا يجوز الاخلال به أو الاتفاق على خلافه .. والله أعلم ..

شركة المقـــاولة

هى من الشركات التى يمكن أن تدخل فى عقد الوكالة إذ أن المقاول ــ وهو من تبادل القول ــ يقوم مقام صاحب العين فى إقامة المنشئات التى تعاقد عليها المقاول مع مالك العين أو شركة المقاولة مع المالك إذ قد يكون من عقود الوكالة لأنه ينوب عنه فى استلام الحصص المقررة له من الاسمنت والحديد وما إليهما أو من عقود الجعالة كأن يقول المالك إن عملت لى كذا أعطيتك جعلا قدره كذا وسيأتى له بحث فى الوكالة إن شـاء الله ويسـميه الحنفية (عقد الاستصناع) .

فـــرع فى مذاهب العلماء فيما تقدم : ذهبت المالكية إلى جـواز الشركة مع اختلاف رأس المال كأن يكون بغين وبعرض وبعرضين مطلقاً اتفقا جنسا أو اختلفا كسيارة نقل وسيارة ركوب وفندق وثياب ، لأن الرجوع إلى التقويم بالقيمة يوم العقد إن صحت الشركة فإن فسدت كما لو وقعت على التفاضل فى الربح أو العمل فتقوم يوم البيـع ، ثم قالوا : إن الشركة قسمان شركة مفاوضة وشركة عنان ويترتب على كل منهما أحكام وذهبت

الحنفية إلى أن الشركة على ضربين : شركة ملك وشركة عقد فالأولى أن يملك اثنان عيناً إرثاً أو شراء أو اتهاباً أو استيلاداً أو اختلط مالهما بحيث لا يتميز أو خلطاه ، وكل منهما أجنبى فى نصيب الآخر ويجوز بيع نصيبه من شريكه فى جميع الصور ، ومن غيره بغير إذنه فيما عدا الخلط والاختلاط فلا يجوز بغير إذنه .

وقد ذهب بعض فقهاء مذهب أبى حنيفة من أهل عصرنا إلى إباحة شركات التأمين وأرباح البنوك وصناديق التوفير فى البريد مثل الشيخ على الخفيف والشيخ محمود شلتوت الأول فى بحث قدمه إلى مجمع البحوث الإسلامية والثانى فى فتوى طبعت فى ملحق خاص مع مجلة الأزهر . وقد رد عليهم الدكتور وهبه الزحيلى فى كتابه نظرية الضرورة الشرعية قال :

وكذلك ننصح بعدم الإقبال على التعامل مع شركات التأمين بالوضع الحاضر إلا إذا كان مفروضاً من الحكومة على الأشخاص ضد الحوادث لما فى العوض المدفوع للمستأمن عند وقوع الخطر من شبهة محرمة ، ولاشتمال العقد على غرر كثير لأن الخطر وهو الحادثة المحتملة أحد أركان عقد التأمين، ولذا لا يجوز التأمين قانونا إلا من حادث مستقبل غير محقق الوقوع ولأن الحاجة إلى التأمين بقسط ثابت غير متعينة لإمكان الأخذ بنظام التأمين التعاونى ، بل إن مجرد اعتبار عقد التأمين جائزاً عند القائلين بجوازه لما فيه من ترميم للأضرار وتعاون على احتمالها لا يعنى إباحة الأعواض المدفوعة المتجمعة فى الغالب من الربا الصريح .

فإن كان التأمين تعاونياً وليس التأمين ذا القسط الثابت . كما تفعله بعض الهيئات والجمعيات والنقابات حيث يدفع الشخص اشتراكا شهريا على وجه التبرع دون أن يشترط إعطاءه مبلغا معيناً عند وقوع حادث له فهذا جائز شرعاً لاتفاقه مع مبدأ الإسلام فى التعاون على البر وجاء فى كتاب (المعاملات الشرعية المالية) للأستاذ أحمد ابراهيم رحمه الله عن شركة الوجوه : (أن يتفق جماعة اثنان فأكثر من وجوه التجار الموثوق بهم على أن يشتروا سلع التجارة نسيئة ، ويقوموا ببيعها على أن يكون الربح شركة بينهم ، وإذا شرط التساوى فى المال كانت شركة مفاوضة ، وإن شرط

التفاوض كانت عناناً وسبب استحقاق الشركاء الربح فى شركة الوجوه هو الضمان ، ويكون ضمان ثمن المال المشترى على نسبة حصص الشركاء فيه ، وعلى هذا تكون حصة كل واحد منهم بقدر حصته فى المال المشترى ، وإذا شرط لأحدهم زيادة على حصته فى المال المشترى كان الشرط لغواً ، ويقسم الربح عليهم على مقدار حصصهم من المال المشترى ، وإذا خسرت الشركة قسمت الخسارة أيضاً على مقدار الحصص على النحو الذى يقسم به الربح) وقد سبق مزيد شرح وبيان فى الضمان فارجع إليه واشدد به يديك .

رأى فى الشركات المساهمة

نرى أن الشركات المساهمة أو شركات التوصية المحدودة من هذه الشركات المالية التى تقوم على جمع الأموال واستثمارها فى الصناعة أو التجارة بطرح أسهم بقيمة رأس المال ، يأخذ كل سهم من الربح بقدر ما يقسم الربح على عدد الأسهم ، ويتحاصى المساهمون بحسب ما يحرزه كل منهم من بطاقات الأسهم (كوبونات) وهذه الشركات خاضعة للربح والخسران وتسير على عقود مفصلة . نقول نرى النظر فيها على ضوء ما وصل إليه المتخصصون ممن جمعوا بين علمى الاقتصاد ولهم عصامية خاصة فى دراسة الحلال والحرام فى الإسلام ومن هؤلاء العلامة الفاضل الدكتور رفيق المصرى عضو المركز الدولى للبنوك الاسلامية بجامعة الملك عبد العزيز آل سعود بجدة وقبل أن نأتى على بحث الدكتور المصرى نسوق نبذة من كتاب صفات الداعية للشيخ سميح عاطف الزين حيث يقول ص ٢٦ ــ ٣٥ : « الشركة معاملة من المعاملات سواء أسارت حسب النظام الرأسمالى أم حسب النظام الإسلامى ، فلكى يعرف الحكم الشرعى بشأنها لابد أن يفهم واقعها أولا فهماً صحيحاً ، لأنه مناط الحكم أى لأنه متعلق به الحكم ، وفهمه ليس حسب تصورنا أو حسب تأويلاتنا ، بل حسب النظام الرأسمالى ، وهى معاملة من معاملاته وحكم من أحكامه .

فأول خطوة لمعرفة الحكم الشرعى فى واقع الشركات فى النظام الرأسمالى لابد أن نفهم أولا هذا الواقع ، وأن نفهم الواجب فى معالجته من الدليل الشرعى .

واقع الشركة فى النظام الرأسمالى هو أنها ليست كالبيع والإجارة تتم بين طرفين ، بل هى كالوقف والوصية تتم من طرف واحد ، فهى التزام فردى من شخص ، حسب الشروط المسجلة فى ورقة الاتفاقية المسماة عقداً . بأن يساهم فى مشروع مالى بتقديم حصة من مال أو عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة . فهى عندهم تعرف من طرف واحد ، أى هى حسب تعبيرهم إرادة منفردة ، هذا هو الواقع : ليس فيها إيجاب ولا قبول ولا طرف عقد ، وليست اتفاقاً بين اثنين أو أكثر ، بل هى اتفاقية معينة تكتب وتعرض ، فالفرد الواحد بغض النظر عن أى شخص ، يلتزم بما فى هذه الاتفاقية ، فيصبح بهذا الالتزام شريكاً فى هذه الشركة . هذا هو واقع الشركة فى النظام الرأسمالى . والحكم الشرعى فى الشركة هى أنها عقد بين اثنين فأكثر يتفق فيه المتعاقدون على القيام بعمل مالى بقصد الربح ، ويجرى العمل بإيجاب وقبول فى مجلس واحد . ولكى تكون الشركة منطبقة على الحكم الشرعى لابد أن يحصل فيها الاتفاق بين المتعاقدين ولابد إذن أن يكون فيها متعاقدان ولابد أن يحصل العقد بايجاب وقبول بينهما فى مجلس واحد ، هذا هو الحكم الشرعى فى الشركة وهو لا ينطبق على واقع الشركة فى النظام الرأسمالى ، لأنه ليس فيها متعاقدان بل ملتزم واحد ، وليس فيها اتفاق بين متعاقدين بل اتفاق مطلق ، يلتزم فيه من أراد التزاماً فرديا ، وليس فيها إيجاب وقبول ، وليس مجلس تعاقد ، فهى بذلك خالية من جميع الشروط الشرعية ، وباطلة شرعاً لأنه لم يحصل فيها عقد شرعى .

أما شركة المساهمة فإنها رغم كونها تحت تعريف الشركات فى النظام الرأسمالى إلا أنها نوع مالى بحت لا دور للعنصر الشخصى فيه ، لأن الشركات فى النظام الرأسمالى قسمان :

١ ــ شركات الأشخاص .

٢ ــ شركات الأموال .

فشركات الأشخاص هى التى يدخل فيها العنصر الشخصى ويكون له

أثر كبير فى الشركة وفى تقدير الحصص مثل شركة التضامن فإن المعتبر فيها شـخص الشريك لا من حيث كونه بدناً فحسب أى متصرفاً ، بل من حيث مركزه وتأثيره فى المجتمع ، وهذه قد يشتبه فى أن تكون شركة صحيحة من وجهة النظر الشرعية لوجود البدن فيها ، أى الشخص المتصرف ، لولا خلوها من باقى الشروط ومنها العقد بين اثنين بايجاب وقبول .

أما شركات الأموال فانه لا يكون للعنصر الشخصى فيها أى أثر ، بل هى قائمة على انتفاء وجـود العنصر الشخصى ، وانفرد العنصر المالى فى تكوين الشركة وفى سيرها ، فشرطها فى الاساس انعدام وجود البدن أى انعدام وجـود المتصرف فى تكوين الشركة وفى سـيرها قال : ومن هـذه الشركات الشركات المساهمة .

يحصل الاكتتاب فى الشركات المساهمة بوسيلتين :

(الأولى) يختص فيها المؤسسون بأسهم الشركة يوزعونها بينهم دون عرضها على الجمهور ، وذلك بتحرير الاتفاقية التى تقوم بحسبها الشركة ، أى بكتابة القانون النظامى الذى يتضمن الشروط التى تسير عليها الشركة ، ثم يجرى التوقيع عليها بصفة فردية ، وكل من يوقع يعتبر مؤسساً وشريكاً ، وعندما يتم توقيع الجميع تكون الشركة قـد تأسست ، وهـذه الشركة محصورة بهؤلاء الموقعين وحدهم أى بالمؤسسين ، ولا يسمح بدخولهـا لغيرهم .

(الثانيـة) أن يقوم بضعة أشخاص بتأسيس الشركة وذلك بتحـرير القانون النظامى الذى يتضمن الشروط التى تسير عليها الشركة ، وموافقة كل واحد منهم بمفرده عليه . ثم يطرحون الأسهم مباشرة على الجمهـور للاكتتاب العام فيها بعد تحديد مدة معينة لنهاية الاكتتـاب ، وحين ينتهى أجل الاكتتـاب فى الشركة تدعى الجمعية التأسيسـية للشركة المؤلفة من الأشخاص المؤسسين ، ويتم تعيين مجلس الادارة لها .

وتبدأ الشركة أعمالها بعد انتهاء الزمن المحدد لإقفال الاكتتاب . على

هذا الوجه تنشأ الشركة المساهمة ، وبهذه الكيفية توجد ، فيكون واقع شركة المساهمة بأى وسيلة من الوسيلتين وجدت هو التزام فردى من قبل طرف واحد . ففى الوسيلة الأولى يجرى التفاوض والاتفاق على الشروط بين المؤسسين ، ولا يعتبرون هذا عقداً ولا يلتزمون به ، وهو فى واقعه تفاوض وليس بعقد ثم ينفض مجلسهم بعد ذلك ، وفى مجلس آخر يأتى كل منهم منفرداً فيوقع ولا يعتبر شريكاً إلا بعد إبراز إرادته المنفردة وذلك تصرف فردى .

وفى الوسيلة الثانية يجرى التفاوض بين عدد محدود من الناس ثم تطرح الأسهم على جميع الناس ، فمن يكتب بسهم أو أكثر يصبح شريكاً فى الشركة . فالشريك هو من يكتتب بالأسهم ، واكتتابه يكون بتصرف منفرد ، أى بارادة فردية . هذا هو واقع شركة المساهمة ، وهذا الواقع حين يطبق فى رأى الشيخ سميح على أحكام الشركة فى الإسلام لا ينطبق عليه . فحكم الله فى الشركة عنده أنها عقد بين اثنين فأكثر ، أحد طرفى العقد بدن أى متصرف بذاته ، وأن هذا العقد يتم بإيجاب وقبول يحصلان معاً فى مجلس واحد ، ويكون منطويا على القيام بعمل بقصد الربح ، فالحكم الشرعى فى شروط صحة انعقاد الشركة أن تكون عقداً من العقود الشرعية لا تصرفاً من التصرفات ، فلابد فيها من طرفى عقد ، ولابد أن يحصل بين الطرفين إيجاب وقبول ، ولابد أن يحصل الايجاب والقبول معاً فى مجلس واحد ، وأن يتم العقد بالايجاب والقبول قبل تفرق المجلس ، ولابد أن يكون أحد الطرفين بدناً أى شخصاً متصرفاً بغض النظر عن كونه له مال فى الشركة أو ليس له مال .

فهذه الشروط التى اشترطها الشارع لصحة انعقاد الشركة غير متوفرة ــ كما يزعم ــ فى شركة المساهمة ، فهى شركة أموال خالية من البدن ، بل شرطها أن تكون خالية من البدن ، وهذا وحده كاف فى بطلانها !!! ثم قال : وفوق ذلك فهى إرادة منفردة ، أى تصرف منفرد من طرف واحد ، وليس فيها طرف ثان ، وخالية من الإيجاب والقبول فى مجلس واحد ، ولذلك كانت باطلة شرعاً ، فلم تنعقد مطلقاً ولم يتوفر فيها أى شرط من شروط

الشركة فى الإسلام !!! ثم قال : ولكى يدرك واقع بطلانها إدراكاً أوضح نلفت النظر إلى أن المعاملات من حيث واقعها قسمان :

قسم لا يتم إلا من طرفين كالبيع والإجارة والوكالة وما شابه ذلك ، وقسم يتم من طرف واحد ولا حاجة فيه لطرفين كالوقف والوصية وما شاكل ذلك ، فما كان لا يتم إلا بطريق لا ينعقد إلا إذا وجد فيه طرفان فإذا حصل من طرف واحد لا ينعقد مطلقاً ، ولا يصح إلا إذا توفر فيه الطرفان ، وما يتم من طرف واحد ينعقد بمجرد صدوره من طرف واحد ولا حاجة فيه لطرف ثان ، فالبيع لا ينعقد إلا إذا صدر من طرفين اثنين ، والوقف ينعقد من طرف واحد ولا حاجة فيه لوجود طرف آخر ، هذا هو واقع المعاملات فى جميع الأنظمة ، إلا أن هناك اختلافاً بين الأنظمة فى اعتبار المعاملات من طرف واحد أو طرفين ، وبحسب ذلك يجرى اعتبار المعاملة منعقدة أو غير منعقدة . فالنظام الرأسمالى يعتبر البيع والإجارة والوكالة والكفالة مثلا من المعاملات لا تتم من طرف واحد ، بل لابد فيها من طرفين اثنين ، فاذا لم يتوفر فيها طرفان اثنان كانت باطلة ، ولم تنعقد ، ويعتبر الوقف والوصية والشركة والوعد بجائزة مثلا ، من المعاملات التى تتم من طرف واحد ، ولا مجال فيها لطرف ثان ، ويسميها الارادة المنفردة فالشركة فى النظام الرأسمالى ــ ومنها الشركات المساهمة ــ هى إرادة منفردة ، تتم من طرف واحد ولا مجال فيها لطرفين ، فهى عندهم كالوقف والوعد بجائزة سواء بسواء . ثم قال : ولكن الإسلام يعتبر الشركة من المعاملات التى لا تتم إلا بطرفين فهى فى حكم الشرع مثل البيع والإجارة والوكالة سواء بسواء . فالرسول صلى الله عليه وسلم قال : « يد الله على الشريكين » وفى حديث آخر يقول : « أنا ثالث الشريكين » .

والشركات التى حصلت فى أيامه كلها فيها طرفان . إننا لا نستطيع أن ننكر أن فى الإسلام معاملات لا تتم إلا من طرفين كالبيع والاجارة ويقال لها العقود . إلا أن الشرع لم يعتبر الشركة من التصرفات وإنما اعتبرها من العقود ، فيكون واقع شركة المساهمة حسب النظام الرأسمالى من حيث

كونها إرادة منفردة واقعاً باطلا فى الاسلام !!! لأن الشركة عقد ولا تتم إلا من طرفين .

ومن أغرب ما ذهب إليه صاحبنا هذا (الشيخ سميح) أنه إذا كان أصحاب شركات المساهمة مسلمين تطبق عليهم أحكام الإسلام أما إذا كانوا غير مسلمين أو من الذين يعتقدون النظام الرأسمالى كالشركات الأوربية والأمريكية فإنه لا يحرم التعامل معهم !!! بل يحل للمسلم أن يباشر معهم جميع التصرفات والعقود ــ يعنى بما فى ذلك الربا ــ ثم قال : وعلى ذلك لو أن مسلماً يريد أن يسافر فإنه يجوز له أن يركب طائرة تملكها شركة مساهمة أوربية ولا يحل له (كذا) أن يركب طائرة تملكها شركة أصحابها مسلمون ، ومن الواجب الشرعى على كل مسلم أن يتحرى فى معاملاته أمر شركات المساهمة لأنه يحرم التعامل معها إذا كان أصحابها مسلمين (!!!) .

ومن العجيب أن الشيخ سميح ينقض كل ما بنى عليه حرمة عقد الشركة المساهمة بكلمة واحدة حين يقول : إذا كان أصحاب الشركة مسلمين . وحينئذ لا يكون لها إرادة منفردة وإنما تكون إرادة جماعة هم أصحاب الشركة . ومثل دعوة الشيخ سميح هذه تصلح أن تكون جنديا فى خدمة الإعلام الصليبى والغربى الذى يهدف إلى تقويض الدعائم الاقتصادية المشروعة فى عالمنا الإسلامى وتوجيه أبناء ملته إلى التعامل مع الغرب وشركائه دعماً وتعضيداً والعمل على إفلاس الشركات المساهمة التى أصحابها مسلمون لتفلس وتخلى المجال لمنافستها الكافرة ، فمرحى مرحى الك ولأمثالك من قصيرى النظر وضيقى العطن وقليلى البضاعة فى الفقه ،لاسيما وهو يجيز شركة الأبدان وقد أبطلها الامام الشافعى ، وما أجاز الا شركة العنان على ما أوضحنا فى هذا الكتاب ، هذا إذا افترضنا فيه وفى أمثاله حسن النية ، أما إذا رأينا عناصر الخطر فى دعوته التى يتعاظمنا خطبها فإن هناك دلائل تشير إلى سوء النية ونرجو أن يثوب هو وأمثاله إلى رشدهم ، ولندع مثل هذا بعد عرضنا لرأيه كاملا بأمانة لنخلص إلى التحليل العلمى المستفيض الذى ارتضيناه على العلامة الدكتور رفيق المصرى فى كتابه (مصرف التنمية الإسلامى) :

الشركات المعاصرة ومشروعيتها

لم يعد للشركات التقليدية ــ يعنى التى أتينا على تفصيلها آنفا ــ أية أهمية فى التشريعات الوضعية المدنية والتجارية المعمول بها فى البلاد الإسلامية ، فالشركات التجارية الحديثة هى التى حلت محلها وأصبحت موضع اهتمام قوانين التجارة . ومن المهم أن نتعرف على موقف العلماء من هذه الشركات الحديثة . ومن المؤسف أننا لا نجد بازائها إلا آراء متناثرة هنا وهناك ، ليس لها الأهمية والعمق اللذان يستحقهما الموضوع ، ومع ذلك فهناك مؤلفان يعالجان هذه المسألة ببعض التفصيل ، وعلى درجة من الروح العلمية . الأول هو المؤلف الشيخ على الخفيف والثانى يشكل موضوع أطروحة هو الدكتور عبد العزيز الخياط التى نوقشت فى القاهرة عام ١٩٦٩ م ــ ١٣٨٩ هـ ومع هذا فإن الموضوع مازال بحاجة إلى كثير من البحث ولاسيما فيما يتعلق باستقصاء شركات الأموال ، ولاسيما شركات المساهمة ، من حيث المبدأ والواقع وضرورة إيجاد بديل عنها يناسب روح الإسلام ونصوصه وتطور العصر . ولا ريب أن الشركات تزداد أهميتها مع تقدم الأيام ، فقد عرفت كل من التجارة والصناعة منذ زمن طويل الاستثمار أو الاستغلال المشترك ، وكان للتحول الاقتصادى فى القرن التاسع عشر أثر كبير فى وجود شركات تجارية ضخمة .

أولا ــ شركات الأشخاص

فيما يتعلق بشركات الأشخاص (شركة التضامن ، شركة التوصية البسيطة ، شركة المحاصة) ليس هناك كثير كلام . فعلى الرغم من وجود بعض الانتقادات تبقى هذه الشركات صالحة ومشروعة بوجه عام ، مع التحفظ بشأن ضرورة إجراء بعض التغييرات الطفيفة كما سنبين فيما بعد .

على أن هذه الشركات لم يعد لها الدور الرئيسى فقد أصبح رأس المال فى صورة شركات مساهمة هو الذى يتولى أعمالا رئيسية فى الحياة الاقتصادية .

فشركة التضامن مع انتشارها بفضل العلاقات الخاصة بين الأفراد أو بين الأسرة الواحدة أو بين رب العمل والعمال إلا أن الخوف من المسئولية الشخصية والتضامنية من جهة ، ووجود إمكانية تحديدها باستخدام أشكال أخرى للشركة من جهة ثانيـة أدى إلى النقص النسـبى لهـذه الشركات التضامنية .

واما شركة التوصية البسيطة فهى فى انكماش مسـتمر ، لأن اكتشاف الشركة ذات المسئولية المحدودة أدى إلى اختفاء الشركة الأولى ، ففى شركة المسئولية المحدودة نجد أن كل الشركاء وليس الموصين منهم فقط لهـم مسئولية محدودة بمقدار أنصبتهم فى رأس المال ، وبالإضافة إلى ذلك ، فإن الشريك الذى ليس له صفة التاجر يمكنه أن يدير الشركة فى حين أن الموصى لا يستطيع ذلك ، وعلى هذا فقد تحول عدد كبير من شركات التوصـية إلى شركات محدودة المسئولية ، ولم يعد ينشأ الكثير منها .

أما فيما يتعلق بشركة المحاصة فهى شركات ذات طابع سرى حيث إن وجودها لا يظهر للغير ، ومن ثم فهى لا تتمتع بالشـخصية المعنوية ، ولا يعرف الغير إلا الشريك الذى يستثمر المحاصة ويديرها ، ولا يعرف الشريك المحاصص كما لا يمكنه أن يحتج فى مواجهته .

وعلى الرغم من بساطة هذه الشركة (ليس فيها شكليات ولا شهر ولا شخصية معنوية) تظل مؤقتة وغير ملائمة للمشروعات المهمة والطـويلة الأجل ، ومع ذلك تبقى نافعة ، إذ أنها تحل محل القرض بفائدة مثلها فى ذلك مثل شركة المضاربة أو شركة التوصية . كما أنها إلى جانب تطبيقاتها القديمة (بيع مشترك يقوم به بعض التجار) وجد لها تطبيقات عصرية حديثة ، فهى إطار ملائم وصنيعة مناسبة للاتفاقات الصناعية والتجارية التى تحرص على السرية .

ثانياً ـ الشركة ذات المسئولية المحدودة

وهى شركة وسط بين شركات الأشخاص وشركات الأموال ، وتؤلف بين شركاء ليست لهم صفة التاجر ، وليسوا مسئولين إلا فى حدود ما قدموه

من رأس مال ، ويشبه وضعهم من هذه الناحية وضع الشركاء الموصين ، لكن لا يوجد فيها شركاء متضامنون ، والشركة نفسها كشخصية معنوية هى التى تعتبر تاجراً .

إن تأسيس هذه الشركة أسهل من تأسيس شركة المساهمة ، إذ يمكن أن تتشكل بين شريكين فقط بدلا من سبعة . وغالباً ما يكون لها طابع عائلى، إذ تتكون بين الأقرباء أو بين الأصدقاء أو بين رب العمل وعماله ، ومنها أنواع مختلفة صغيرة مفضلة على شركات التضامن (من حيث المسئولية) وكبيرة مفضلة على شركات المساهمة .

وعلى هذا يختلف الباحثون حول تصنيف هذه الشركة فى شركات الأشخاص أو فى شركات الأموال ، هل هى شركة أشخاص وبالتالى ينظر إليها المسلمون نظرة أفضل ؟ يقول أنصارها : نعم وذلك للأسباب الآتية :

ـ يمنع القانون أن تمثل حصص الشركاء فى شكل أسناد قابلة للتداول اسمية كانت أو إذنية أو للحامل .

ـ لا يجوز من حيث المبدأ لأى شريك التنازل عن حصته فى الشركة إلا بموافقة كل الشركاء أو أغلبهم ، فى حين أن السهم فى شركات المساهمة قابل للتداول والتجارة .

ـ الحد الأقصى لعدد الشركاء هو حسب القانون السورى ٢٥ شخصا و ٥٠ حسب القانونين المصرى والأردنى ، وهم يرتبطون غالباً بعلاقات شخصية أو عائلية ، ويعرف بعضهم بعضاً ، ويأخذون بالاعتبار الشخصى للشريك الذى يدخل دون أن يستتبع ذلك أى تضامن فيما بينهم . ويقوم العقد على أساس أن العبرة للشخص لا للمال .

ومن جهة أخرى فقد رأى بعض المؤلفين أن هذه الشركة إنما هى نوع من شركة المساهمة للأسباب الآتية :

ـ مسئولية الشركاء محدودة ؛ فكل شريك يدفع حصة فى رأس المال ولا يلتزم إلا فى حدود هذه الحصة .

ـ رأس مال الشركة مقسم إلى حصص لها قيمة اسمية متساوية .

ـ ليس للشركاء صفة التاجر .

ـ خلافاً لشركات الأشخاص لا تنحل شركة المسئولية المحدودة بموت أحد الشركاء ، بل تنتقل حصته إلى الورثة .

ـ لكل شريك فى الجمعية أو الهيئة صوت أو أصوات بقدر ما يملك من حصص لا بالنظر إلى مزاياه الشخصية والواقع أن هذه الشركات ذات نموذج مختلط Hybride يمكن اعتبارها كشركة أشخاص [1] تستعير أو تقتبس بعض الاجراءات الشكلية والقانونية المتعلقة بشركات الاسهم بعد تبسيطها .

ويقول المؤلف : هذه الشركة لا تثير كثيراً من العداء لدى المؤلفين المسلمين ، إذ يمكن تشبيهها فى الواقع بأشكال أخرى معترف بشرعيتها لديهم كشركة المضاربة مثلا .

ثالثاً : شركات الأموال

ليس للأشكال القانونية للشركات جميعاً نفس الوضوح فى الطبيعةوالمعالم

فشركة التوصية بالاسهم تجمع بين شكل شركة التوصية والشركة المغفلة وهما نوعان من شركة التوصية . فتدعى بسيطة عندما يكون للشركاء الموصين حصة فى الشركة interet غير قابلة للتداول . وتدعى توصية بالأسهم عندما يتسلم الشركاء فى مقابل حصصهم سندات قابلة للتداول ففى الحالة الأولى تكون الشركة شركة أشخاص Societe Par interet وفى الثانية تكون الشركة شركة أموال مساهمة Societe Par actions .

وشركة التوصية بالاسهم هى شركة هجينة Batarde تجمع

---

(١) كل شريك فى شركة الأشخاص أو شركات المصالح Par interet له حصة فى الشركة تسمى مصلحة interet وهذه المصلحة لا يمكن التنازل عنها ولا تحويلها لأن عقد الشركة يرتكز على شخص الشريك Contrarintuitus Personae

نوعين من الشركاء . شريك أو أكثر مسئولين شخصيا وبالتضامن . وموص أو أكثر من حملة الأسهم Actionnaires فبالنسبة للموصين تعتبر الشركة شركة أموال . أما المتضامنون إذا كان هناك عدة منهم فهم فى مركز الشركاء المتضامنين فى شركة التضامن ، ويمكن أن يكونوا شركاء بعملهم وهذا هو الغالب .

وينقل المؤلف رأى روبلو Roblot الذى يرى أن زمن التوصية بالأسهم قد ولى ، فمع وجود شركات المساهمة المغفلة وإعطاء كل حرية فى تأسيسها زال الدافع الأول لإنشاء شركات التوصية .

كما أن انتشار الشركات ذات المسئولية المحدودة انتزع من شركات التوصية المساهمة المشروعات الصغيرة ، وليس لشركات التوصية بالأسهم إلا ميزة واحدة بالنسبة للشركة المغفلة وهى استقرار الادارة ، حيث يحتفظ المتضامنون دوماً بحق الادارة عن طريق النص على ذلك فى شروط العقد .

لكن هذه السلطة فى الادارة يقابلها بالنسبة للمتضامن مسئولية غير محدودة . ويكمن الخطر فى أن التجار لا يريدون أن يتعرضوا لهذه المسئولية غير المحدودة .

لذلك فإن هذا النموذج قد بات قليل الأهمية ، وفقهاؤنا ــ يعنى فقهاء الشريعة الإسلامية ــ يحكمون لهذه الشركة بالحل وأحياناً يحكمون عليها بالحرمة وفقاً لنظرتهم للشركة المغفلة ومدى ما تأخذ هذه من تلك إذ يضعون الشركتين على صعيد واحد .

الشركة المغفلة شركة تجارية يملك فيها الشركاء الذين يطلق عليهم وصف مساهمين حقا متمثلا فى صورة سند وهم غير ملزمين إلا فى حدود رأس مالهم المقدم . والشركة المغفلة أوضح نموذج لشركة الأموال ، شأنها شأن شركة التضامن التى هى أوضح نموذج لشركة الأشخاص .

إن إنشاء المشروعات الكبرى من صناعية وتجارية يتطلب بالفعل أداة

متينة متماسكة لتجميع رءوس الأموال . إلا أن النشاط الكبير والسيطرة الواضحة للشركات المغفلة قد استرعى الانتباه إلى الأخطار التى تسببها هذه الشركات للاقتصاد الوطنى . وقد أثارت الفضائح المالية والسياسية حركة من الآراء التى تطالب بحماية الادخار والمدخرين .

كما جرى كثير من التأميم لعدد كبير منها بالنظر إلى موضوع استثمارها ثم قال :

وعلى كل حال فإن الشركة المغفلة تحتل اليوم المركز الأول فى مجموعة شركات الأسهم ، وهى اليوم أهم الأشكال القانونية وهذه الشركات المؤممة غالباً قد سيطرت على فروع الصناعة والتجارة ، واستفادت من الامتيازات التى تمنحها لها الدولة والشخصيات المعنوية العامة لاستثمار السكك الحديدية وحافلات الترام ، والمناجم والطاقة الكهربية وتوزيع الطاقة الغازيه والكهربية الخ . كما غزت قطاع المصارف والتأمين والصناعات الكبيرة والنقل البحرى والنهرى والجوى والمخازن والمستودعات الكبرى والملاهى والفنادق والصحافة والنشر .

هذا التفوق الساحق الذى أحرزته الشركة المغفلة هو الطابع المميز لعالمنا المعاصر ، وإنه بواسطة هذه المؤسسة الحقوقية الهامة تم تحقيق النظام الرأسمالى .

وهذا الشكل من الشركات تم تصوره بحثاً عن تجميع واستقطاب رءوس الأموال بغرض استثمارها فى مشروعات كبرى . ويزداد دورها أهمية عندما تتوجه للادخار العام . ا هـ

مناقشة صحة عقد الشركات المساهمة

مر بك فى مطلع هذا البحث ما نقلناه عن الشيخ الزين الذى اشتدت حملته على الشركات المساهمة وكذلك يفعل غيره ممن ينظر إلى الشركات المساهمة بهذا المنظار ، عندما يقولون : إن عقد الشركة المساهمة عقد إذعان لا عقد تراض ، فليست الشركة المساهمة عقداً بين شخصية أو أكثر وفق

أحكام الشريعة الإسلامية ، إذ العقد يجب أن يعبر عن الرابطة التعاقدية أو الرابطة المعقودة بين العناصر التى تؤلف حق المفاوضة وهو الايجاب (العرض) والقبول (الموافقة) بين طرفين ، على أنه فى شركة المساهمة نجد أن فكرة التعاقد تبدو وهمية ، فالشخص الذى يكتب ببعض الأسهم أو يشتريها إنما يفعل ذلك بارادة منفردة ، وهى إرادته الخاصة به ، فما عليه الا أن يملك سهماً واحداً ليكتسب صفة الشريك سواء قبل الشركاء الآخرون أم لم يقبلوا .

فى حين أنه فى عقد طبيعى وعادى لابد من أن يكون هناك طرفان : طرف يقترح عرضاً ما (طرف الايجاب) بقوله مثلا : (أريد أن أشاركك) والآخر يجيبه بقوله : (أنا موافق) ففى أى عقد إذن لابد من إيجاب وقبول قالوا : والآن لو نظرنا إلى الشركة المساهمة لوجدنا أنها مشكلة بين أشخاص لا يعرف بعضهم بعضاً ، وهم يتغيرون باستمرار لأن حقوقهم مجسدة فى أسهم يتم بيعها وشراؤها وتداولها بمعزل عن إدارة الشركة (الجمعية العمومية) وهى السلطة العليا فى شركة المساهمة المغفلة ، ويقولون : هذا الزعم نظرى وبعيد عن الواقع ، إذ لا يهتم المساهمون بإدارة الشركة ولا يحضرون جمعياتها العمومية ، والمدراء يتباحثون فى شئون الشركة ، ولكن واحداً منهم فقط هو الذى يدير الشركة ، ولا يمارس المساهمون فى الواقع إلا سلطة نظرية .

وإن كلمة شريك غير مستعملة للدلالة على المساهمين ، لأن الذى يربطهم فى الشركة ليس هو عقد الشركة ، بل هو مجرد شراء سند متداول بحيث ينشأ عن ذلك فى كل وقت تغيرات مستمرة فى شخصية هؤلاء الشركاء ، ولا يشترك المساهمون فى حياة الشركة إلا بحقهم فى حضور الجمعيات العامة ، وفى هذه الجمعيات يسود قانون الأغلبية .

ولا يتعاقد المساهمون بالنظر إلى اعتبار شخص المتعاقد ، لأن شخصية الشركاء لا يبالى بها فى هذا المقام وحق التصويت لا يناط بشخص الشريك له بملكية الأسهم ، وكل سهم يعطى حقا فى التصويت ، فليس للمساهمين

إذن حقوق متساوية ، بل تتناسب حقوقهم طرداً مع عدد الأسهم التى يملكها كل منهم .

ويبدو أن اعتراضات المعترضين على الشركات المساهمة أهمها : تسمية الشريك مساهماً بدلا من كلمة شريك والجواب أن الاسم العام هو (شركة كذا) وهذه التسمية وحدها كافية فى النظر إليها بعين الاعتبار وسواء أطلقوا على الشريك مساهماً أو شريكاً فالنتيجة لا تتغير بتغير اسمه من شريك إلى مساهم ، لأن التعبير بمساهم أدق من التعبير بشريك ، لأن الشركة تقوم على مفردات سهمية وكل شريك يملك قدراً منها يسمى حصة وهذه الحصة من الأسهم تتفاوت من شخص لآخر ، وليس كذلك إذا أطلق عليه كلمة شريك فإنها قد تفيد تساوى الشركاء فى الحصص ، على أن التفاوت فى الحصص لا يبطل عقد الشركة ، لأن فى الشركات البسيطة يمكن أن يشترك الشريك بالربع وبالثمن وبالثلث وبالنصف وبأكثر من ذلك أو أقل ، وهذا هو الأصل فى جواز الشركة بالأسهم .

وأما اعتراضهم على عدم تعرف بعضهم ببعض فهذا ليس شرطاً فى صحة العقد ، إذ يمكن لرجل أن يتزوج بوكالة آخر دون أن يرى المعقود عليها إلا عندما يعن له استقدامها إلى بلده الذى يقيم فيه ، أو يقدم عليها فى البلد الذى تقيم فيه ، والعقد وقع صحيحاً دون أن يتراءيا ، فإذا جاز هذا العقد بين اثنين والعقد مبرم من أجل بنائهما والتقائهما ، فكيف بمن يمكن أن يقوم الوكيل بينهم بكل شيء من النماء والمحاسبة وتقسيم الأرباح ، ولا يشترط لقاؤهم ، وإن كانت هناك مندوحة لحضور الجمعية العمومية يدعى إليها المساهمون ، والذى لا يحضر فباختياره تخلف وعن حقه تنازل .

وأما القول بأن الجمعية العمومية تأخذ بأكثرية الأصوات التى تمثل أكثر الأسهم ، فهذه صورة لأعدل صيغ إدارة الأعمال التى تقوم استمداد السلطة من أكثر الذين يملكون أسهم الشركة ، وهؤلاء لا يعقل أن يغرروا بأموالهم ، ولا أن يرتادوا لها مرتاداً خطراً يعرض أموال الشركة للتلف أو الهلاك ، أما لو كان هؤلاء يمثلون الشركة باشخاصهم وكانت حصصهم من

الأسهم ضئيلة بحيث لو تعرضت الشركة للافلاس فلن يؤثر ذلك عليهم لضآلة الأسهم التى فى حوزتهم ، فإنه من غير المعقول أن يئول أمر الشركة إلى هذا المصير وأما مطالبة كل مساهم أن يعمل إلى جانب مساهمته بالمال فليس هذا مطلوباً لتحقيق مشروعيه الشركة بل لو يعمل لكان أدعى إلى العدل ، لأنه إذا عمل فلن يدخل عمله فى تقويم الأرباح فيأخذ ربحاً ، بل ربما جاز أن يعتبر أجيراً ويأخذ أجر مثله ، وهذا أمر خارج عن الشركة والأسهم ، فإذا لم يأخذ شيئاً كان متبرعاً بعمله والله يحب المحسنين .

والخلاصة أن الشركة المساهمة شركة شرعية لقيامها على أموال من النقد جمعت وأعطى لكل صاحب قدر من المال صكوكاً بقدر ما يملك أسهم مقومة ، ويمكن عرض هذه الصكوك وبيعها وقد تزيد قيمة السهم إذا كانت الشركة ناجحة ورابحة ، وقد تنقص قيمة السهم إذا كانت الشركة حالتها متدهورة . فيمكن أن تكون الشبهة فى عرض الأسهم وبيعها لوقوع الغرر والجهالة فى تقدير ارتفاع السهم أو انخفاضه من غير تقدير دقيق يسوغ كلا الوجهين .

والدليل على أنه يجوز أن تكون الشركة ذات أسهم لعدد كبير من الناس لا يعرف أكثرهم بعضاً ما قاله المزنى فى المختصر حيث قال : الشركة من وجوه ، منها الغنيمة أزال الله عز وجل ملك المشركين عن خيبر فملكها رسول الله صلى الله عليه وسلم والمؤمنون ، وكانوا فيه شركاء فقسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم خمسة أجزاء ثم أقرع بينها ، فأخرج منها خمس الله تبارك وتعالى لأهله وأربعة أخماسها لأهلها .

قال المزنى : وفى ذلك دليل على قسم الأموال والضرب عليها بالسهام ، ومنها المواريث ، ومنها الشركة فى الهبات والصدقات فى قوله ــ يعنى فى قول الشافعى رضى الله عنه ــ ومنها التجارات وفى ذلك كله القسم إذا كان مما يقسم وطلبه الشريك ، ومنها الشركة فى الصدقات المحرمات ــ فى قوله ــ وهى الأحباس ، ولا وجه لقسمها فى رقابها لارتفاع الملك عنها ، فإن تراضوا من السكنى سنة بسنة فلا بأس ، والذى يشبه قول الشافعى : أنه لا تجوز الشركة فى العرض ولا فيما يرجع فى حال المفاصلة إلى القيمة

لتغير القيمة ، ولا يخرج أحدهما عرضاً والآخر دنانير ، ولا تجوز إلا بمال واحد بالدنانير أو بالدراهم . اهـ ومحل الشاهد أن المسلمين جميعاً كانوا مساهمين فى خيبر يعنى شركاء والله أعلم .

(مسألة) فى بيع الأسهم وشرائها

عرفت مما مضى طريقة تكوين الشركات المساهمة وشركات التوصية وغيرهما من ضروب المعاملات المستحدثة التى لا تنحصر على عقود محدودة مسماة عند الناس ، ونظراً لأن هذه العقود تساير العقود الصحيحة من حيث خلوها من القمار والربا وباطل المعاملات ، فإنه لما كثرت الشركات واتسعت رؤس الأموال واستفرهت فصارت تقدر أحياناً بعشرات الملايين ومئاتها ، وكان فى أيدى الناس أموال تفضل عن حاجتهم العاجلة فاقتضى الحرص على المحافظة على المال وصيانته من التآكل والنقصان ، أن يبحث المرء عن شركة منتجة فى الصناعة أو فى الزراعة أو التجارة ، تفتح الباب لكل مشارك فيها ، لكل مشارك على قدر ما عنده ، ثم يكون لهذه الشركة من الممتلكات الثابتة والمنقولة والمتحركة كالمبانى والعقارات والآلات والسيارات والادارات ذات الدواوين التى تتولى تصريف شئون هذه الشركات ومتابعة أنشطتها المثمرة والمنتجة والمربحة أو العكس .

ولها ديون فى ذمم غيرها ولغيرها ديون عليها ، فإذا أراد مساهم أن يخرج بأسهمه من الشركة ، أو أراد ورثة مساهم أن يصفوا تركة مورثهم من أسهم الشركة ببيعها والحصول على قيمتها للوفاء بديونه أو لحاجة المستحقين من ورثته ، فإنه ليس من الميسور تخليص أسهمه ناضة إلا بعد مشقة وكلفة ، مما يقتضى توقيف أعمال الشركة وتثمين أموالها وتوزيع ذلك على أسهمها الأمر الذى يعطل سير أعمالها ، ويصيبها بالشلل والتوقف ، لهذا صار من المتفق عليه أمام الرأى العام وأمام الأسس الراسخة فى تصفية حساب كل مساهم ، أن يحل محله مساهم آخر يتولى امتلاك أسهمه مع دفع قيمتها إليه ، بالزيادة على ما اشتراها أو بالنقص على ما اشتراها ، بحسب ما ربحت ووزعت أرباحها على الأسهم بالحصص ، أو خسرت فاجتاحت

الخسارة بقدرها موزعة على الأسهم بالحصص فينقص من قيمة كل سهم بحسب ما يصيبه من قدر نصيبه فى الخسارة ويقول الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود رئيس المحاكم والشئون الدينية فى دولة قطر :

غير أن بعض أهل العلم يشك فى صحة هذا البيع بهذه الصفة بحجة أن المشترى لا يعلم كمية السهم المشترى ناضاً ، وهل فيه ربح أو خسران ، وهذا مما يؤكد دخوله فى الجهالة أو الغرر ، أو شراء الدراهم بالدراهم، هذا بعض تعليل من يقول بمنعه والصحيح أن بيع الأسهم بهذه الصفة يعتبر جائزاً مباحاً لكونه من باب المخارجة ، وقد أجمع الصحابة على صحتها والعمل بها قضية مشهورة ، وحاصلها هو أن عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه توفى عن أربع زوجات إحداهن تماضر الأشجعية ، وكان قد طلقها فى مرض موته ، فاستشار عثمان رضى الله عنه الصحابة فيها ، فأجمعوا على أنها تستحق الإرث كإحدى الزوجات ، فبعد العلم منها بذلك طلبت الخروج من التركة بسهمها ، وكان قد خلف أموالا كثيرة من عقار ونقود وحيوان . من ذلك ذهب قطع بالفئوس حتى مجلت أيدى الرجال من تقطيعه ، وخلف ألف بعير ومائة فرس وثلاثة آلاف شاة .ذكره ابن كثير فى التاريخ (البداية والنهاية) .

فاتفق ورثته معها على أن يدفعوا لها ثمانين ألف دينار ، فقبلت ذلك ، وجرى الدفع منهم فيه ، ولم ينكره أحد من الصحابة ، فكان بمثابة الاجماع منهم على جوازه فى زمنهم .

وهذه هى نفس قضية بيع الأسهم من الشركات ، سواء سميناها بيعاً أو صلحاً أو معاوضة أو مخارجة ، إذ لا مشاحة فى الأسماء مع العلم بالحقيقة وقال عطاء عن ابن عباس : إنه كان لا يرى باساً بالمخارجة ــ يعنى الصلح فى الميراث ــ وسميت مخارجة لأن الوارث يعطى ما يصالح عليه ، ويخرج نفسه من الميراث ، والاعتبار فى مثل هذه القضية هو بعموم لفظها لا بخصوص سببها ، فلا يختص الحكم بجوازها بالميراث دون غيره مما يشابهه ، بل الحكم فى خروج الشخص بسهمه من الشركة كحكم خروج الوارث بسهمه من التركة سواء وقع بلفظ الصلح أو البيع .

قال الموفق : ويصح الصلح عن المجهول بمعلوم إذا كان لا يمكن معرفته لحاجة . فمتى حصل التبايع فيما لا سبيل إلى معرفته ناضاً كأسهم الشركات المشتملة على العقارات والسيارات وأنواع كثيرة من الآلات والأثاث والنقود ، وبمالها وعليها من حقوق وديون ، فإنه يصح البيع والحالة هذه ، لأنه إنما جاز مع الجهالة لإبراء الذمم وإزالة الخصام ، واحتج بقول شريح : « أيما امرأة صولحت من ثمنها ولم يبين لها ما ترك زوجها فهى الريبة » فمحمول على قصد خديعة المرأة عن حقها فى عدم بيان ما خلفه زوجها من التركة .

فكراهة الإمام أحمد لها محمولة على الغش والكتمان من الورثة لمثل هذه المرأة ، حيث لم يبين لها ما خلفه زوجها وهذا شيء . وهو منتف فى مثل هذه الشركات كما أنه منتف فى قضية ورثة عبد الرحمن بن عوف مع زوجته ، وقد سبق اجماع الصحابة على إباحته وشهادتهم عليه حال وقوعه ، مع العلم بجهالة كمية سهمها ناضاً من كل شيء لكثرة أمواله من كل الأجناس حتى من جنس الذهب والفضة كما سبق ذكره . سواء كانت القيمة من جنس رأس المال أو من غيره ، وسواء كان رأس ماله أو أكثر منه ، لكون الشريك الذى يريد الانفصال يأخذ عوض حقه مع علمه بثبوت أصله ، فهو عقد معاوضة كالبيع الصحيح .

وغير مانع لصحة جهالته كل من المشترى والبائع لحصول الربح وعدمه ، لكونه يصح الصلح عن المجهول ، سواء كان عيناً أو ديناً ، ولأنه متى صح الصلح مع العلم بالمبيع ناضاً بدون رأس ماله أو أكثر منه ، فلأن يصح مع الجهل به أولى .

وحيث أجمع الصحابة على جوازه فى مخارجة امرأة عبد الرحمن بن عوف من جميع مخلفاته حتى الذهب والفضة ، فإنه يصح فى أسهم الشركة وتدخل النقود تبعاً كحلية السيف ، لأن الصحابة رضى الله عنهم يمثلون الوقائع بنظائرها ، ويشبهونها بأمثالها ، ويردون بعضها إلى بعض فى أحكامها ، فألحقوا النظير بنظيره فى حلالها وحرامها ، ففتحوا للعلماء باب الاجتهاد ، ونهجوا لهم طريقه ، وهم عن علم وقفوا ، وببصر نافذ كفوا والله أعلم .

الاستثمار الربوى وبدائله

إن من يريد الفوز والفلاح فى الآخرة عليه أن يعمل على تنقية الحياة الاقتصادية له ولمجتمعه من شوائب الربا على هدى من كتاب الله تبارك وتعالى إذ يقول :

« ربنا آتنا فى الدنيا حسنة وفى الآخرة حسنة وقنا عذاب النار » ..

ويقول : « وابتغ فيما آتاك الله الدار الآخرة ولا تنس نصيبك من الدنيا، وأحسن كما أحسن الله إليك ولا تبغ الفساد فى الأرض » .

وقد أوجب الإسلام على كل مسلم أن يتعلم من فقه المعاملات ما يصحح به تعامله فى معاوضاته وهباته وقبوضه وإقباضه . كما يتعلم سائر شعائر الإسلام وواجباته من صلاة وصيام وزكاة وحج ونكاح وحدود وجنايات ، وقال الفقيه الشافعى المكى ابن حجر الهيتمى : « يجب على من باشر أمراً أن يتعلم ما يتعلق به مما يغلب وقوعه » . ليس ذلك فحسب ، بل عليه أن يتفقه فى ذلك وفى وجوه الدين الأخرى ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « من يرد الله به خيراً يفقهه فى الدين » و فى كلام اشتهر على ألسنة الناس فى وصف الدين أنه المعاملة فقالوا « الدين المعاملة » والمعاملة هنا ترد بمعناها الشامل الواسع ، ولكنها تتضمن من باب أولى المعاملة المالية ، باعتبارها أوسع أنواع التعامل ، وأقربها دلالة على معدن العبد ، وعلى استكناه مخبره .

ولسنا فى حاجة كذلك فى هذا العصر بالذات للتدليل على أهمية المال ، وأنه عصب الحياة ، وفى مأثور القول : « نعم المال الصالح للرجل الصالح » ولم أعثر عليه مرفوعاً وقال صلى الله عليه وسلم : « نعم العون على تقوى الله المال » رواه فى الجامع الكبير معزواً إلى ابن لال والديلمى من حديث جابر ابن عبد الله رضى الله عنهما ، لولا أنه قد شاع فى كلام المتأخرين ذم المال والأغنياء من ناحية ، وتفضيل الفقر من ناحية أخرى ، ونراهم فى ذلك يستدلون بالنصوص الآتية :

قال صلى الله عليه وسلم : « لو كانت الدنيا تساوى عند الله جناح

بعوضة ما سقى الكافر منها شربة ماء » رواه المبارك والبغوى عن عثمان ابن عبيد الله بن دافع عن رجال من الصحابة .

وعن أبى العباس سهل بن سعد الساعدى رضى الله عنه قال : « مر رجل على النبى صلى الله عليه وسلم فقال لرجل عنده جالس : ما رأيك فى هذا ؟ فقال : رجل من أشراف الناس ، هذا والله حرى إن خطب أن ينكح ، وإن شفع أن يشفع ، فسكت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ثم مر رجل فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ما رأيك فى هذا ؟ فقال يا رسول الله هذا من فقراء المسلمين ، هذا حرى إن خطب أن لا ينكح ، وإن شفع لا يشفع ، وإن قال لا يسمع لقوله . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هذا خير من ملء الأرض مثل هذا » رواه الشيخان .

وروى أنس عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اللهم أحينى مسكيناً وأمتنى مسكيناً ، واحشرنى فى زمرة المساكين » رواه الترمذى وإسناده ليس بذاك القائم ، وفى بعض الروايات : قالت عائشة ولم يا رسول الله ؟ قال : إنهم يدخلون الجنة قبل الأغنياء بأربعين خريفاً ، يا عائشة لا تردى المسكين ولو بشق تمرة » .

وروى أحمد فى مسنده عن أنس رضى الله عنه قال : « بينما عائشة فى بيتها سمعت صوتاً فى المدينة فقالت : ما هذا ؟ فقالوا : عير لعبد الرحمن ابن عوف قدمت من الشام تحمل من كل شىء ، قال : وقد كانت سبعمائة بعير ، فارتجت المدينة من الصوت فقالت عائشة : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : رأيت عبد الرحمن بن عوف يدخل الجنة حبواً ، فبلغ ذلك عبد الرحمن فقال : إن استطعت لأدخلنها قائماً ، فجعلها بأحمالها وأقتابها كلها فى سبيل الله » وقد طعن المحدثون فى صحة إسناده كما طعنوا فى صحة متنه .

ومهما يكن فإن الاستدلال بهذه النصوص على ذم الغنى والأغنياء استدلال غير صائب ، ولا يصح ذم الغنى لذاته ، ولا ذم المال لذاته ، ولا

تفضيل الفقر لذاته ، وإنما يذم الشيء من ذلك ويحمد بحسب توجهات العبد . كيف لا ؟ ! والله قد خلق وسخر لعباده كل كنوزه ، وأسبغ عليهم نعمه فقال : « هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعاً » [1] .

« هو الذى جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا فى مناكبها وكلوا من رزقه وإليه النشور » [2] .

فالله سبحانه وتعالى قد خلق الأرض وأودعها من كنوزه ونعمه مما لا يحصى ولا ينفد ، وأمر عباده باستغلالها لمصلحتهم وأباح لهم الاستمتاع بها فقال :

« قل من حرم زينة الله التى أخرج لعباده ، والطيبات من الرزق . قل هى للذين آمنوا فى الحياة الدنيا خالصة يوم القيامة » [3] فكيف إذن يذم الله من امتثل أمره وراعى سننه الكونية والشرعية ، وهذا لقمان الحكيم يوصى ابنه فيقول : « يا بنى استعن بالكسب الحلال على الفقر فإنه ما افتقر أحد قط إلا أوتى ثلاث خصال : رقة فى دينه ، وضعفاً فى عقله ، وذهاباً فى مروءته ، وأعظم من هذه الثلاث استخفاف الناس به » [4] فينبغى حمل النصوص الشرعية حملا يرفع عنها التعارض ، ويزيل التناقض .

وإن النظر الصحيح لكل من الفقر والغنى وما يتبعهما من آثار يظهر أنهما محل ابتلاء للعبد المؤمن كسائر أحوال الإنسان . يقول ابن القيم رحمه الله تعالى : « فالله سبحانه وتعالى كما هو خالق الخلق فهو خالق ما به غناهم وفقرهم ، فخلق الغنى والفقر ليبتلى بهما عباده أيهم أحسن عملا ، وجعلهما سبباً للطاعة والمعصية والثواب والعقاب قال تعالى :

« ونبلوكم بالشر والخير فتنة وإلينا ترجعون » [5] قال ابن عباس : أى

---

(١) سورة البقرة : ٢٩

(٢) سورة الملك : ١٥

(٣) سورة الأعراف : ٣٢

(٤) بحثت عن أصله فلم أره ولعله ينطبق على بعض الناس من الجهال دون سائرهم ، ولو أردت ان ترفع كلمة الفقر وتجعل مكانها كلمة الغنى لتطابق هذا الكلام الحكيم أكثر

(٥) سورة الأنبياء : ٣٥

بالشدة والرخاء والصحة والسقم والغنى والفقر والحلال والحرام وكلها بلاء. وقال تعالى : « فأما الإنسان إذا ما ابتلاه ربه فأكرمه ونعمه فيقول ربى أكرمن وأما إذا ما ابتلاه فقدر عليه رزقه فيقول ربى أهانن . كلا بل لا تكرمون اليتيم ولا تحاضون على طعام المسكين » (٦) .

أخبر تعالى أنه يبتلى عبده باكرامه له وبتنعيمه له ، وبسط الرزق عليه كما يبتليه بتضييق الرزق وتوسعته إكرام من الله لعبده ، وإن تضييقه عليه إهانة من الله له فقال : كلا ... أى ليس الأمر كما يقول الإنسان ، بل ابتلى بنعمى وأنعم ببلائى . فالدنيا دار ابتلاء وعمل ، والآخرة دار جزاء قال تعالى :

« تبارك الذى بيده الملك وهو على كل شىء قدير ، الذى خلق الموت والحياة ليبلوكم أيكم أحسن عملا وهو العزيز الغفور » (٧) وقال صلى الله عليه وسلم : « إن الدنيا حلوة خضرة ، وإن الله مستخلفكم فيها فينظر كيف تعملون ، فاتقوا الله فى النساء » رواه البيهقى عن ابن عمر ورواه الطبرانى عن ميمونة أم المؤمنين رضى الله عنها .

إذا ثبت هذا فإنه لا يحمد شىء من الغنى أو الفقر إلا من حيث استخدام كل منهما وفق الغاية المرجوة من استخدامه فيها ، فالمال ان لم ينفع صاحبه ضره ، فإن هذه الأمور وسائل لمقاصد يتوسل إليها فى الخير والشر ، فإن عطلت عن التوسل بها الى المقاصد والغايات المحمودة توسل بها إلى أضدادها . فأربح الناس من جعلها وسائل إلى الله والدار الآخرة وذلك الذى ينفعه فى معاشه ومعاده وأضر الناس من توسل بها الى هواه ونيل شهواته وأغراضه العاجلة فخسر الدنيا والآخرة .

إذا اتضح ذلك تجدر الإشارة من ناحية أخرى إلى أن ذم الغنى ومدح المسكنة الواردة أحياناً ليس على اطلاقها . فاختبار ابتلاء الغنى كاختبار

---

(٦) سورة الفجر : ١٥ ، ١٦ ، ١٧
(٧) سورة الملك : ١ ، ٢

ابتلاء الفقر بل هو أعظم ، وكذلك الفتنة فى ابتلاء الغنى كالفتنة فى ابتلاء الفقر تماماً ، وإن طول محاسبة العبد الغنى يوم القيامة بسبب عظم مسئوليته فى هذه الحياة لا يؤثر على درجته عند الله . يقول أمير المؤمنين على كرم الله وجهه : « الدنيا أولها عناء ، وآخرها فناء ، حلالها حساب ، وحرامها عقاب ، من صح فيها أمن ، ومن مرض فيها حزن ومن افتقر فيها ندم ، ومن استغنى فيها فتن ، من قعد عنها أتته ، ومن أتى إليها فاتته ، ومن نظر إليها أعمته ، ومن ظر بها أبصرته » ويقول العلامة ابن قيم الجوزية :

ولا يقدح ذلك (أى فى دخول الفقراء الجنة قبل الأغنياء) فى منزلة المتأخرين ، فإنهم قد يكونون أرفع منزلة ممن سبقهم إلى الدخول ،وان تأخروا بعدهم للحساب . فإن الإمام العادل يوقف للحساب ، ويسبقه من لم يل شيئاً من أمور المسلمين إلى الجنة ، فإذا دخل الإمام العادل بعده كانت منزلته أعلى من منزلة الفقير ، بل يكون أقرب الناس منزلة من الله تعالى كما فى صحيح مسلم ، قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : « المقسطون عند الله يوم القيامة على منابر من نور عن يمين الرحمن ــ وكلتا يديه يمين ــ الذين يعدلون فى حكم أهليهم وما ولوا » .

وقال صلى الله عليه وسلم « التاجر الصدوق الأمين يحشر يوم القيامة مع الصديقين والشهداء » رواه الترمذى وحسنه وعبد بن حميد والدارمى وابن جرير والدارقطنى والحاكم عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه وروى بلفظ أخصر من هذا عن ابن عمر عند ابن ماجه والحاكم والبيهقى وروى : « التاجر الصدوق لا يحجب من أبواب الجنة » رواه ابن النجار عن ابن عباس .

وروى : « التاجر الصدوق بمنزلة الشهداء يوم القيامة » رواه ابن النجار عن أنس .

وروى : « التاجر الصدوق تحت ظل العرش يوم القيامة » رواه الديلمى عن أنس .

وفى الصحيحين « شكا فقراء المهاجرين إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالوا : يا رسول الله ، ذهب أهل الدثور بالأجور يصلون كما نصلى ويصومون كما نصوم ولهم فضول أموال يحجون بها ويتصدقون . قال : أفلا أعلمكم شيئاً تدركون به من صنع مثل ما صنعوا ؟ قالوا : بلى يا رسول الله قال : تسبحون الله وتحمدون وتكبرون دبر كل صلاة ثلاثا وثلاثين . فرجع فقراء المهاجرين إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا : سمع إخواننا أهل الأموال ففعلوا مثله ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء » .

وقال صلى الله عليه وسلم : « لا حسد إلا فى اثنتين : رجل آتاه الله القرآن فهو يقوم به آناء الليل والنهار ورجل آتاه الله مالا فهو ينفقه آناء الليل والنهار » متفق عليه .

وقال صلى الله عليه وسلم : « إذا تصدق العبد من كسب طيب ــ ولا يقبل الله إلا طيبا ــ أخذها الله بيمينه ، فيربيها كما يربى أحدكم فلوه أو فصيله حتى تكون مثل الجبل العظيم » .

« وشهد صلى الله عليه وسلم بأن اليد العليا خير من السفلى » وقال صلى الله عليه وسلم عندما جهز عثمان جيش العسرة : « ما ضر عثمان ما فعل بعد اليوم » ثم قال : « غفر الله لك ياعثمان ، ما أسررت وما أعلنت ،وماأخفيت وما أبديت وما أخرت وما قدمت وما كان منك وما هو كائن إلى يوم القيامة » رواه أبو نعيم عن حسان بن عطية عن أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه ، وأخرجه الحاكم وأحمد فى سننه ، وأبو نعيم أيضا عن عبد الرحمن بن سمرة والطبرانى فى الكبير عن عمران بن حصين ، وأخرجه أيضاً أحمد فى المسند عن عبد الرحمن بن خباب السلمى ، وأخرجه أبو نعيم أيضا عن ابن عمر فى فضائل الصحابة .

والعبد الذى يطهر مصدر كسبه ويؤدى الذى عليه لا يضره بعد ذلك كم ملك من المال ، بل إن هذا المال سيكون كله نعمة مسخرة فى يده لطاعة الله تعالى ثم لرجاء الجزاء الأوفى منه بعد ذلك حتى إن النبى صلى الله عليه

وسلم قال : « ما ضر عثمان ما فعل بعد اليوم » وما أتى ذم الدنيا وجمع المال فيها إلا لانحراف الناس عن هذا النهج القويم فأصبحوا عبيداً لدنياهم ولشهواتها وأهوائها قال تعالى : « ألهاكم التكاثر حتى زرتم المقابر كلا سوف تعلمون ثم كلا سوف تعلمون » [1] .

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أبشروا وأملوا فوالله ما الفقر أخشى عليكم ، ولكن أخشى أن تبسط عليكم الدنيا كما بسطت على من كان قبلكم ، فتنافسوها كما تنافسوها فتهلككم كما أهلكتهم » لذلك يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى :

(الزهد تركك ما ينفعك والورع تركك ما يضرك ، فالزهد فى جوهره درجة فى تصحيح العبد تصوره للحياة ، وفهمه لغايات الدين ، لا مجرد شكل من الأشكال هو فراغ اليد من المال والقلب متعلق به) .

فما ينبغي لمن يتحدث عن الزهد وذم الغنى أن يغفل هذه المعانى الواضحة وإلا كان من الذين يكتمون آيات الله ، فالمجتمع الذى يزدهر اقتصاده ويتوافر فيه المال فى إطار رشيد مجتمع يعين أفراده على البر والتقوى ، وييسر لهم مضاعفة العبادة ، ويحفظهم من فتنة القبر .

والمجتمع المسلم القوى الغنى مجتمع يقوم بشكله داعياً إلى الإسلام ، يعين سائر الناس على أن يتبينوا مزية الدين متجلية فى واقع ماثل . فالدعوة إلى الله وإلى دينه لا تنحصر فى شكل واحد هو المجادلة والموعظة بالكلام النظرى بل الحياة كلها ينبغى أن تسخر للدعوة ، خاصة فى هذا العصر الذى تتنافس فيه المذاهب من خلال قوة النظم التى تؤسس عليها وسلامتها من العلل والمظالم ، والذى ينبهر فيه أكثر ما يكون بالقوة الاقتصادية ، وإن قوة البناء الاقتصادى الداخلى والخارجى هى التى تمكن المسلمين من أن يعلموا العالم كيفية استخدام نعماء الله الكونية بتوازن عادل يخدم غايات الفرد والجماعة الإنسانية .. لا بالنظام والتناقض الذى يعيشه عالم اليوم ، وتبدو مشاهده فى أوربا الغربية وأمريكا ترفض طغيان المادة وترفها ، وتكافح ضد

---

(١) سورة التكاثر : ١ ـ ٤

الانفاق المسرف على الأسلحة المدمرة ، ومواكب أخرى من صنوف البشر فى آسيا وأفريقيا تستجدى لقمة تقيم بها الأود ، وما هذه إلا صورة واحدة لسوء استغلال نعم الله على هذه الأرض . والمسلمون وحدهم يستطيعون أن يقدموا نموذجاً عمليا معتدلا تراعى فيه حقوق الجماعة والأفراد ، وتتوازن فيه أنصبة الفئات والشعوب ، حتى إذا لم يبلغ أن يكون نموذجاً أشعريا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم .

« إن الأشعريين كانوا إذا أرملوا فى الغزو أو قل طعام عيالهم فى المدينة جمعوا ما كان عندهم ثم جعلوه فى ثوب واحد ثم اقتسموه بينهم بالسوية ، فهم منى وأنا منهم » .

والاهتمام بالبناء الاقتصادى للمجتمع المسلم ليس بالأمر الجديد بل هو أمر لازم رفعاً للفتنة ، وتوسلا إلى الوفاء بسائر الحاجات الشرعية للمجتمع المسلم كنشر العلم وسط الأمة ، وإنما الجديد فيه أن ظروف العصر تقتضى استخدامه بصورة أوضح من ذى قبل وأكثر فعالية ... عندما دب اليأس فى نفوس بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم قال لهم « ليتمن الله هذا الأمر حتى يسير الراكب من صنعاء إلى حضرموت لا يخشى إلا الله والذئب على غنمه » .

وقال تعالى ممتنا ومذكراً لأهل مكة بما أسبغه عليهم من نعمة الأمن والكفاية الاقتصادية :

« لإيلاف قريش ، إيلافهم رحلة الشتاء والصيف فليعبدوا رب هذا البيت الذى أطعمهم من جوع وآمنهم من خوف » [1] . فالأمن أو الاستقرار عنصر من عناصر تنمو فى ظلها القوة الاقتصادية التى تعود ببركاتها فتزيد الناس أمناً وقوة واطمئناناً ، واقتران الوفرة الاقتصادية والقوة الأمنية من المسلمات فى عالم اليوم ، ولكننا ننسى أن الله تعالى قد أوحى إلينا أن الدعوة إلى الله لابد لها من قوة سلطان . فقال تعالى : « وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة » [2] .

---

(١) سورة قريش

(٢) سورة الأنفال : ٦٠

وتشمل كل أنواع القوة ، أولها الإيمان ، والاخلاص ، والاستعداد للتضحية والقوة المادية من عسكرية واقتصادية . وبهذه العناصر المباركة تستطيع الجماعة المسلمة أن تكون أعظم من غيرها .

ولقد أفاض الله نعمه ظاهرة على ديار المسلمين وباطنها أعظم ، والأرض كلها ــ إن شاءوا ــ لهم داراً ، فقعود المسلمين اليوم عن الاستغلال الرشيد لثرواتهم والنهوض بحالهم فى هذا المجال جريمة يحاسبون عليها فى الدنيا والآخرة .

وخلاصة القول أن رجل الأعمال الذى يدخل دنيا المال منفعلا بهذه المعانى قاصداً وجه الله وعبادته ، متوخيا مصلحة الجماعة المؤمنة هو الذى يبعث يوم القيامة مع الصديقين والشهداء ، كيف ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الخلق عيال الله أحبهم إلى الله أنفعهم لعياله » رواه الديلمى فى مسند الفردوس عن أبى هريرة وكذلك رواه الخطيب البغدادى عن عبد الله ابن مسعود ، وروى الخطيب البغدادى عن أبى هريرة رضى الله عنه : « الكيس من دان نفسه وعمل لما بعد الموت والعاجز من أتبع نفسه هواها وتمنى على الله الأمانى » .

وإن أمة الإسلام لا تحتاج اليوم إلى شىء بعد تصحيح تصورها العقدى أكثر من حاجتها لتطهير كسبها من ناحية ، وتوجيه هذا الكسب الوجهة التى تخدم غايات الإسلام الكبرى ، ومصلحة المسلمين العظمى .

وإن أقل ما يمكن أن يوصف به العمل للحصول على المال واستثماره هو أنه عمل مباح ، وقد يكون مندوباً إليه وقد يكون واجبا أو مكروها بحسب مقتضيات الحال والمسئولية ، ولكن ينبغى أن لا تغيب عن أذهاننا الحقيقة الأولية ، ألا وهى أن المال مال الله ، وأن يد العبد عليه مهما قويت وامتلأت إنما هى يد استخلاف « وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه » [1] ولقد بينت الشريعة المنهج الذى يتبعه العبد لاكتساب المال ابتداء كما بينت

---

(١) سورة الحديد : ٧

طرق استثماره وإنفاقه ، فالمال المشروع انما يكتسب من وجه حلال .. وجه يتوفر فيه عنصر الرضا الكامل ، بحيث لا تشوبه شائبة من شوائب الباطل من ظلم أو استغلال ، فقال تعالى :

« يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » [٢] . « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالاثم وأنتم تعلمون » [٣] .

ينبغى أن يخلو الكسب من الربا وكدره ، ومن الغرر والغرور وسائر وجوه الغش . ولذلك حرم الله الظلم فى اكتساب المال وتثميره كما حرمه فى كل وجوه الحياة الأخرى : « يا عبادى إنى حرمت الظلم على نفسى وجعلته بينكم محرماً فلا تظالموا » حديث قدسى أخرجه مسلم مطولا .

وإذ اختط الله بالإسلام منهجاً يتبع وسلوكاً يراعى فى سبيل اكتساب المال وتثميره فقد وضح من ناحية أخرى حقوقاً وواجبات كثيرة على كسب العبد المؤمن والغرض من هذه الحقوق والواجبات هو أن تعطى الكسب قيمة اجتماعية ودينية توجهه الوجهة الصحيحة المتسقة مع الهدف الذى من أجله خلق الإنسان ... هدف الابتلاء والعبودية لله تعالى .

ولئلا يلقى بالعبد المؤمن فرداً فى هذا الخضم الواسع من وجوه الكسب الموجهة بقيم هذه الحضارة الغربية المحكومة بقوانينها المادية ، قامت مصارف إسلامية تقول إنها لا تتعامل بالربا وتقول كل ما سبق لنا وارتضيناه ارشاداً ، وقولا ناصحاً وقد كان السلف الصالح يرى أن فى تعلم المعاملات وأحكام البيانات والمعاوضات والقرض والرهن وغير ذلك من الواجبات العينية قال الإمام أبو حامد محمد بن محمد الغزالى الطوسى : اعلم أن تحصيل علم هذا الباب واجب على كل مسلم مكتسب . وإن « طلب العلم فريضة على كل مسلم » وإنما هو طلب العلم المحتاج إليه ، والمكتسب يحتاج إلى

---

(٢) سورة النساء : ٢٩
(٣) سورة البقرة : ١٨٨

علم الكسب ، ومهما حصل علم هذا الباب يوقف على مفسدات المعاملة فيتقيها ، وما شذ عنه من الفروع المشكلة فيقف على سبب أشكالها ، فيتوقف فيها إلى أن يسأل ، فإنه إذا لم يعلم أسباب الفساد بعلم جملى فلا يدرى متى يجب عليه التوقف والسؤال ، ولا قال : لا أقدم العلم ، ولكنى أصبر إلى أن تقع الواقعة فعندها أتعلم وأستفتى ، فيقال له : وبم تعلم وقوع الواقعة ما لم تعلم جملة من مفسدات العقد ؟ فإنه يستمر فى التصرفات ويظنها صحيحة مباحة ، فلابد من هذا القدر من علم التجارة ليتميز له المباح من المحظور ، وموضع الأشكال من موضع الوضوح لذلك روى عن عمر رضى الله عنه « أنه كان يطوف السوق ويضرب بعض التجار بالدرة ويقول : لا يبيع فى سوقنا إلا من يفقه والا أكل الربا شاء أو أبى » .

والبنوك الإسلامية قد غيرت نوعاً ما من صور المعاملات البنكية الربوية ولكنها لم تحدث انقلابا يؤدى إلى تطهير جميع المعاملات والقاعدة العامة التى تستخلص من أصل التشريع ــ القرآن والسنة ــ هى أن الأصل فى العقود والشروط الاباحة إذا كانت برضا المتعاقدين ، الا ما دل دليل على منعه .

والشركة باب ثابت فى جميع كتب الفقه على اختلاف مدارسها ومذاهبها ، والشركة (عقد بين اثنين فأكثر على أن يكون الأصل ــ أى رأس المال ــ والربح مشتركا) .

وقد اتسع معنى المال الآن وأصبح مدلول رأس المال يشمل معانى مختلفة ، وعليه فيمكن استعمال اللفظين الآن بمعنى واحد ، وقد كان رأس المال يستعمل فى شركة الأموال فحسب .

❁ ❁ ❁

البدائل التى قامت عليها البنوك الاسلامية

ذكرنا فيما مضى أنواع الشركة وذكرنا منها .

١ ــ شركة الأموال : وهى التى يكون الأصل فيها مالا مشتركاً بين طرفى العقد على أن يعملوا فيها بأبدانهم وهى صحيحة باتفاق جميع الفقهاء بل هى الأصل فى الشركات ، وعند الاطلاق يراد بها شركة الأموال وتنعقد أيضاً شركة الأموال على صفتين هما : العنان ، والمفاوضة ، وصفة العنان هى الأصل الذى تقوم عليه :

٢ ــ شركة الأعمال : وهى عقد يشترك بموجبه اثنان أو أكثر فى عمل كالتجارة أو الطب أو الحدادة على أن ما قسم الله من أجر فهو بينهم .

وتسمى هذه الشركة أيضاً بشركة الأبدان وشركة الصانع وشركة التقبل ، وسميت بذلك لأن العمل والحرفة هما رأس مال هذا النوع من المشاركة ، ومن الفقهاء من جوزها بين أصحاب الحرفة الواحدة فقط كمالك رضى الله عنه ولم يجزها الشافعى رضى الله عنه لما فيها من الغرر بينما أجازها أحمد رضى الله عنه وإن اختلفت مهنهم وأعمالهم وبنى الشافعى رضى الله عنه حكمه على أن المال وحده هو الذى يستحق به الربح .

٣ ــ شركة الوجوه : وهى عقد يشترك بموجبه اثنان فأكثر على أن يشتروا بوجاهتهم وسمعتهم وثقة الناس فيهم ــ أن يشتروا بالنسيئة ــ أى بالدين ، على أن ما قسم الله من ربح بعد تصريفهم لما اشتروا يكون مشتركاً بينهم . جوز هذه المشاركة كل من الحنفية والحنابلة ، ومنعها مالك والشافعى . حيث قال مالك : إن الشركة لا تجوز إلا على المال أو العمل كما هو الحال بالنسبة لشركتى الأموال والأعمال .. وها هنا لا يوجد مال ولا عمل ، فلا تصح شركة الوجوه .

والأرجح فى كل ذلك اطلاق جواز المشاركة عند بعض المعاصرين الذين يحسبون أنهم من أهل الترجيح ، إذ يقولون : إن مادتها كلهـا هو كسب الإنسان ، هو محور الشركة بكل أنواعها فليس المال إلا ثمرة لعمل صالح ، وتقويماً له ، وليست الوجاهة إلا ثمرة كذلك للعمل ، وليس فى الأصـول الشرعية التى تبيح المشاركة والتعاون على الخير ، ما يقيـد أو يميز بعض الكسب عن بعضه .

الشروط العامة لصحة الشركة

وضع الفقهاء شروطاً عامة لضبط صحة الشركة ، وباعتبار أن الشركة عقد من العقود ، فإن القواعد التى تحكم هذا العقد لا تخرج فى جملتها عن القواعد العامة التى تحكم انشاء وصحة العقد ، اللهم الا اختلافاً فى مواطن يختص بها عقد الشركة ، كما ينبغى التنبيه على أن شروط صـحة الشركة العامة شروط اجتهادية ، اتفق الفقهاء على بعضها واختلفوا حول بعضـها الآخر ، ومازال باب الاجتهاد فيها مفتوحاً لأهل الاجتهاد من غير الأدعيـاء والمتطفلين .

اشتراط الفقهاء لصحة الشركة

(أولا) أن يكون رأس مالها من الأموال التى لا تتعين بالتعيين ـ ألا وهى العملة أو العملات المتداولة ، لأنها كما يقول ابن القيم « قيم الأموال وأثمان البياعات » .

واختلفوا فى صحة غيرها كالعروض ، فأجـازه بعض المالكيـة وبعض الحنابلة ، ومنعه الجمهور .

احتج الجمهور بأن الشركة تقتضى الرجوع برأس المال أو مثله عندالمفاصلة بتصفية العقد أو فسخه . والعروض لا مثل لها ، وقـد تزيد قيمـة جنس العرض أو تنقص عند المفاصلة .

واستدل المجوزون بأن مقصود الشركة هو التصرف فى المال ، وأن يكون الربح بينهم ، وهذا يحصل فى العروض كحصوله فى الأثمان . ويرجع عند المفاصلة بقيمة العرض عند العقد قياساً على الزكاة ، فإن نصاب الزكاة فى العروض قيمتها ، فإذا صحت قيمة النصاب عند الزكاة مع الظن فما المانع من أن تصح هنا .

وعلى الرأى الواسع الذى يوافق طلاقة التشريع الإسلامى ، والذى يجيزها بالعروض باعتبار قيمتها يوم العقد ، تعمل المصارف الاسلامية عند الدخول فى مشاركة مشروع يكون العميل مالكاً فيه لبعض العروض .

(ثانياً) أن يكون كل شريك أهلا للتوكيل والتوكل ، وذلك يعنى أن يكون متمتعاً بالأهلية التى تمكنه من أن يكون أصيلا فى عمله للشركة ووكيلا فى آن واحد ، فهو أصيل باعتبار أنه يعمل فى مال نفسه ، ووكيل باعتبار أنه لا يعمل فى مال نفسه فحسب ، بل فيه مخلوطاً بمال غيره فهو لذلك وكيلهم ، وعدا حالات مستثناة ، فهذا الشرط يقتضى أن يكون الشريك أو من يمثله بالغاً عاقلا رشيداً ، وبذلك يكون قادراً على أن يزن مصلحته ، ويحمى نفسه ، ويرعى مصلحة الآخرين .

(ثالثاً) أن يكون الربح معلوم القدر وجهالته تفسد الشركة ، لأن الربح هو المعقود عليه ، وجهالة المعقود عليه توجب فساد عقد المعاوضة المالية .

(رابعاً) أن يكون الربح جزءاً شائعاً فى الجملة فإن عينه أحدهم بعشرة أو نحوه ، أو جعل من نصيبه شيئاً معينا بطلت الشركة ، لأن العقد يقتضى تحقيق الشركة فى الربح ، والتعيين يقطع الشركة ، لجواز ألا يحصل من الربح أو الأجر إلا القدر المعين لأحدهم ، فلا تتحقق الشركة فى الربح .

(خامساً) أن تكون الوضيعة ــ أى الخسران ــ بقدر حصة كل شريك فى الأصل .

(سادساً) أن تكون يد كل شريك فى كل ما يختص بأعمال الشركة وأموالها يد أمانة ، فلا يضمن ماأتلف إلا حيث قصر أو تجاوز حدود الأمانة ، وإن لم يكن ثمة تقصير أو تجاوز فما يقع على أحدهم من ضمان فى أثناء أداء عمل الشركة يلزم به كل الشركاء .

(سابعاً) إن عقد الشركة عقد غير لازم فى حق أحد الطرفين ، فلكل شريك أن يفسخ العقد متى شاء بشرط أن يكون ذلك بحضرة الآخر ، وإن لم يكن بحضرته فلا يحدث للفسخ أثره إلا من وقت العلم بالفسخ ،وجواز الفسخ هنا مقيد بما إذا لم يترتب عليه ضرر ، فإن ترتب ضرر منع من الفسخ حتى يزول المانع .

وقال بعض المالكية : هو عقد لازم ، وذهب ابن رشد منهم الى أنه عقد غير لازم كالجمهور . والشروط الخمسة المتقدمة مبنية كلها على معانى الدين ومبادئه ، التى تتجه الى سد ثغرات الغرر والظلم بين المتعاملين لتؤسس علاقاتهم على بينة تقطع المنازعة والمخاطرة وعلى عدل ينفى الغبن والاستغلال.

* * *

التطبيـــق

الاجراء المتبع هو أن يقدم العميل المستثمر مشروعه ، مقترحاً الصيغة التى يود التعامل بها مع البنك ، ثم يقوم البنك بواسطة متخصصين فى المجال المقترح بدراسة هذا المشروع من جوانبه المختلفة التى تشمل على الأقل :

(أولا) معلومات وافية عن العميل ، سمعته ، وعلى وجه الخصوص خبرته فى موضوع مشروعه وكفاءته وحسن إدارته لضـمان كونه شريكاً مأموناً لا يبغى ولا يغل .

(ثانياً) جدوى المشروع الاقتصادية والفنية لضمان ربحيته المباشرة .

(ثالثاً) جدوى المشروع الاجتماعية لضمان مغزاه فى المعيار الاجتماعى العام .

إذا اجتاز هذا المشروع هذه الدراسة بنجاح ، فان على الدارس أيضاً أن يؤمن على الصيغة المقترحة ، أو يقترح صيغة أخرى مبديا أسباب ذلك .

لا توضع معادلة ثابتة للمشاركة ، وإنما تختلف نسبة ما يدفعه البنك إلى ما يدفعه العميل بحسب الاتفاق ، ويأخذ البنك فى الاعتبـار امكانات العميل المادية ، فبينما يطلب من المقتدرين أن يدفعوا نسبة كبيرة يتجاوز مع غير المقتدرين بحسب حال كل واحد منهم ، وفى معظم الأحيان يدفع البنك ٦٠ ٪ من المكون الأجنبى بالإضافة إلى كل المصروفات بالعملة المحلية ـ هذا بالنسبة للاستيراد .

جرى العمل قديماً على أن يعمل كل الشركاء بالسوية تقريباً فى إدارة أو تنفيذ ما اشتركوا فيه . ولذلك كان الرأى الفقهى الغالب أن يقتسـم الشركاء الربح بقدر حصة الواحد منهم فى رأس المال ، وباعتبار المقاصـة بالعمل المتساوى .

ومن الفقهاء من جوز للشريك الذى يعمل أكثر من غيره كما أو كيفاً بأن كان أحدهم أحذق للعمل المبين ، أن يشترط ربحاً أكثر من نسبة حصته فى رأس المال .

وللاعتبار الأول ــ اقتسام العمل بين الشركاء ــ ذهب المالكية والشافعية إلى أن الفرع يوزع بينهم بنسبة المساهمة فى رأس المال لا غير ، وقالت الحنفية والحنابلة : إن الربح يستحق بالمال أو العمل أو بهما معاً ، فإذا عمل أحدهم أكثر من غيره أو كانت له خبرة أفضل فله أن يشترط فى مقابلها نسبة زائدة من الربح ، وفى المشاركات التى تتم بين البنك وزبائنه غالباً ما يؤدى العميل الجزء الأكبر من العمل كادارة المشروع ، وتسويق البضائع ، وبناء على ذلك فقد جرى العمل على أن يعين البنك العميل مديراً لهذا المشروع ويحتفظ البنك لنفسه بحق الإشراف والرقابة ، ولمقابلة الادارة يخصص عقد المشاركة جزءاً من الربح ، وترتفع هذه النسبة المقتطعة للادارة وتنقص بحسب حجم الادارة المطلوب ، والمدة التى تستغرقها العملية حتى تصفى . وتتراوح هذه النسبة بين ١٥ ٪ إلى ٤٥ ٪ وما تبقى يقتسم بين البنك والشريك بنسبة حصصها فى رأس المال .

تحدد عادة نسبة تقريبية لتصفية المشاركة ، وإذا عجز الشريك عن إدارة المشروع وفشل فى تصفيته فى الوقت المتفق عليه ــ ففى غياب أى عذر مقبول ــ للبنك أن يتولى إدارة المشروع فى مقابل نسبة من الربح ويقوم بتصفيته .

ذلكم هو الأصل فى المشاركات أن تستمر حتى يصفى المشروع ، ولكن عقد الشركة عقد غير لازم كما قدمنا . وللمتشاركين أن يتفقوا على تصفيته قبل الوقت المحدد .. وعليه فكثيراً ما يطلب العميل شراء نصيب البنك من المشاركة ، ويتم ذلك كثيراً فى مناسبات المتشاركين فى الاستيراد ، والتى قد ينص فى عقدها ابتداء أنه متى رغب البنك فى بيع نصيب يعطى الشريك أولوية ، وقد يكون ذلك حقا للشريك أشبه بحق الشفعة . والنص على ذلك فى العقد ليس شرطاً فيما إن العقد غير لازم كما بينا ، فللمتشاركين أن يغيروا فى شروطه كيف شاءوا ما لم يدخلهم ذلك فى محظور .

المشاركة المنتهية بتمليك لأحد الشريكين

المشاركة المنتهية بتمليك لأحد الشريكين أو المشاركة المتناقصة ، معاملة مستحدثة فى بعض صورها وعرفتها الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية بأنها .

« مشاركة يعطى البنك فيها الحق للشريك فى الحلول محله فى الملكية دفعة واحدة أو على دفعات حسبما تقتضيه الشروط المتفق عليها وطبيعة العملية ، على أساس إجراء ترتيب منتظم لتجنب جزء من الدخل المتحصل كقسط لسداد قيمة الحصة » .

ورأى المؤتمرون فى مؤتمر المصرف الإسلامى الأول بدبى ١٣٩٩ — ١٩٧٩ أن تكون المشاركات المنتهية بالتمليك على إحدى الصور الآتية والتى أنقلها من مقال الشيخ البروفيسور الصديق محمد الأمين الضرر بمجلة البنوك الاسلامية مع تعليقاته على هذه الصور :

الصـــورة الأولى

يتفق البنك مع متعامله على تحديد حصة كل منهما فى رأس مال المشاركة وشروطها . وقد رأى المؤتمر أن يكون بيع حصص البنك إلى المتعامل بعد إتمام المشاركة بعقد مستقل بحيث يكون له الحق فى بيعها للمتعامل شريكه أو لغيره ، وكذلك الأمر بالنسبة للمتعامل مع البنك بأن يكون له حرية بيع حصته للبنك شريكه أو لغيره ، وهذه الصورة لا شبهة فى جوازها عندى .

الصـــورة الثانية

يتفق البنك مع متعامله على المشاركة فى التمويل الكلى أو الجزئى لمشروع ذى دخل متوقع ، وذلك على أساس اتفاق البنك مع الشريك الآخر لحصول البنك على حصة نسبة من صافى الدخل المحقق فعلا مع حقه بالاحتفاظ بالجزء المتبقى من الإيراد أو أى قدر منه يتفق عليه ليكون ذلك الجزء مخصصاً لتسديد أصل ما قدمه من تمويل .

الصـــورة الثالثة

يحدد نصيب كل من البنك وشريكه فى الشركة فى صورة أسهم تمثل مجموع قيمة الشيء موضوع المشاركة (عقار مثلا) يحصل كل من الشريكين ـ البنك والشريك ـ على نصيبه من الإيراد المتحقق من العقار ، وللشريك إذا شاء أن يقتنى من هذه الأسهم المملوكة للبنك عدداً معيناً كل سنة بحيث تكون الأسهم الموجودة فى حيازة البنك متناقضة إلى أن يتم شريك البنك الأسهم بكاملها ، فتصبح له الملكية المنفردة للعقار دون شريك آخر . وهذه الصورة شبيهة بالصورة الأولى ، فكل منهما عبارة عن بيع أحد الشريكين نصيبه من الشركة لشريكه غير أن البيع فى هذه الصورة يكون على دفعات ، وفى الصورة الأولى يكون دفعة واحدة ، وكلاهما لا مانع منه مادام البيع يتم بعد بعقد مستقل .

شركات الامتيـــاز (الاحتكار)

بسطت الشريعة لولى الأمر سبيل الضرب على أيدى المحتكرين وذلك بفرضه بيع المال المحتكر بالسعر المماثل له فى أقرب محلة أو بتعزير المحتكرين حتى يبيعوا به .

وقد اختلف الفقهاء فى تحديد الأصناف التى يكون محتكرها آثما ، فمنهم من قصر الاحتكار المحرم الذى يسوغ لولى الأمر التدخل لمنعه على أنواع من الطعام مما كان يستعمله فى عصر النبوة لحديث (الجالب مرزوق والمحتكر ملعون) ولكن أبا يوسف توسع فى فحوى الخطاب حين اقتصر غيره من الفقهاء على حصر الاحتكار فى الأقوات وما يدخر منها ، وقد تتغير أعراف الناس فيكون كثير من غير الأقوات من حاجياتهم ومهماتهم بل وضرورياتهم لذا قال رحمه الله :

(كل ما أضر الناس حبسه فهو احتكار وإن كان ذهباً أو فضة . ومن احتكره بعد فقد أساء استعمال حقه فيما يملك ، لأن كل ما يضر حبسه كالثياب مثلا لا يقل أذى للناس عن الاحتكار بإطلاق غير مقصور على

الطعام ، ولأن المقصود من منع الاحتكار هو منع الضرر عن الناس ، والضرر كما ينزل بمنعهم القوت ينزل أيضاً بمنعهم الثياب وغيرها ، فللناس حاجات مختلفة والاحتكار فيها يجعل الناس فى ضيق) ا هـ من الخراج .

وخطر الاحتكار على الاقتصاد العالمي أصبح فى غير حاجة إلى مزيد من البيان . فكم من شركة أو مؤسسة ولو حكومية احتكرت وسائل النقل لا ينافسها غيرها فأساءت إلى الناس بتقديم خدمة مشوبة بالأذى من سوء المعاملة وبطء المواعيد واختلالها وارتفاع الأجور وقذارة المقاعد . وكم من شركة أو مؤسسة احتكرت صناعة شيء مما أصبح فى هذا العصر من ضرورات العيش فعهدت إلى غشه بأدنى الأصناف ورفع ثمنه حتى يتوفر لها ربح كبير ، وكأن الربح هو الغاية ، وقد تعمد شركة الاحتكار إلى خفض أجور العمال توفيرا للنفقات ، فيعمد العمال إلى التراخى فى الدقة والاتقان فيخرج إنتاج الشركة معيباً كأنه شيص النخيل ــ وكل من عمل على جلب الخيرللناس مرزوق وكل من عمل على احتكار هذا الخير يتحكم فيه بغير ضابط من دين ولا وازع من ضمير فهو ملعون ، وبهذا الميزان العام نحكم على جميع عقود الامتياز .

فرع متمم لكتاب الشركة

فى وقف حصص وأسهم شركات الأموال المستغلة استغلالا جائزاً شرعاً

تكلمنا فى كتاب الشركة من هذا الجزء على أنواع الشركات وما هو جائز عندنا وما هو ممنوع وأوضحنا أن فقهاء الحنفية أجازوا من أنواع الشركة شركة الأعمال وشركة الوجوه ، من حيث كونهما غير جائزتين عندنا أصلا . وأما شركة الأموال فيجوز منها شركة العنان دون المفاوضة ، وهو الأصح . (والثانى) تجوز شركة المفاوضة وذهبت الحنفية إلى أن الشركة نوعان شركة ملك وهى عبارة عن تملك اثنين فأكثر عيناً أو ديناً من طريق الإرث أو الشراء أو الهبة أو الصدقة أو الوصية أو نحو ذلك ومما تقدم يفهم أن الشركة فى نظرهم شركة أشخاص بالمعنى القانونى الذى سيأتى بيانه . وأقوالهم واضحة فى أن كلا من الشركاء مالك لحصته من مال الشركة عقاراً

كان أو منقولا ، وأنهم لا يعتبرون الشركة شخصاً معنويا هو الذى يملك أموال الشركة دون الشركاء كما يقول بذلك فقهاء القانون الوضعى .

وفقهاء القانون المدنى والتجارى اختصوا باسم الشركة شركة العقد . أما ما يسميه فقهاء الشريعة شركة الملك (أعنى الحنفية) فيسمونه الملك على الشيوع ويقولون : إن الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم فى مشروع اقتصادى بتقديم حصته من مال أو عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة ، ولابد أن يكون الغرض من الشركة استغلال رأس المال لقصد الكسب ، وبذلك تميزت عن الجمعيات وعن الملك على الشيوع .

ولابد أن يكون لما يقدمه الشريك لتكوين رأس المال قيمة مالية . أما النفوذ الأدبى أو السياسى فلا يعتبر حصة ولا يقبل من الشريك أما عمله فيعتبر حصة ، ماديا كان أو يدويا أو فكريا مادامت له قيمة مالية . ومن مجموع ما يقدمه الشركاء يتكون رأس مال الشركة وهو غير مملوك لأحدهم لا كله ولا بعضه وليس مملوكا لهم جميعا على الشيوع ، وإنما هو مملوك للشركة باعتبارها شخصاً مستقلا وقائماً بذاته ، فما يقدمه الشريك يخرج من ملكه ويصبح مملوكا للشركة ، ولا يكون له بعد ذلك إلا مجرد حق فى نسبة معينة من الأرباح أو نصيب فى رأس المال عند قسمة الشركة وبذلك تعتبر حصته فى الشركة من المنقولات ولو كان رأس مالها يشتمل على عقارات ، وهم يقسمون الشركات إلى تجارية ومدنية والحد الفاصل بينهما هو نوع العمل الذى تكونت الشركة لقصد القيام به ، بأن كان القانون يعتبره عملا تجاريا كانت الشركة تجارية ، وإلا فهى مدنية ، ومن المدنية الشركة التى تقوم بأعمال الصناعة الاستخراجية كاستغلال المناجم أو فلاحة الأراضى وإدارتها ، والشركات التى تقوم بشراء وبيع العقارات ، ويقسمونها أيضاً إلى شركات أشخاص وشركات أموال . وشركات الأشخاص وتسمى أيضاً شركات الحصص ، وشركات بالحصص هى التى يكون الاعتبار الأول فيها لشخصية الشركاء وللثقة المتبادلة بينهم ، ولذلك تبطل إذا حصل خطأ

فى أحد الشركاء . ويجب حلها إذا توفى أو أفلس أحدهم أو انفصل من الشركة لانعدام الثقة فى كل هذه الأحوال .

ونصيب الشريك الذى يقدمه لرأس المال يسمى حصة . ومن مميزات الحصص أنه لا يشترط فيها التساوى وأنها غير قابلة للتنازل . ومن مميزات شركات الأشخاص أن المسئولية فيها ليست محدودة بمقدار الحصص فى رأس المال ، فقد يكون الشركاء جميعاً مسئولين عن جميع ديون الشركة حتى فى أموالهم الخاصة كما فى شركة التضامن . وقد يكونون طائفتين : طائفة مسئولة بالتضامن وطائفة محدودة المسئولية كما فى شركة التوصية بالحصص ، وقد يكون واحد فقط هو المسئول مسئولية غير محدودة لأنه يتعامل باسمه وباعتباره الشخص الظاهر ، أما بقية الشركاء فلا مسئولية عليهم أمام الغير كما هو الحال فى شركة المحاصة .

أما شركات الأموال فإنها لا تقوم على الثقة المتبادلة بين الشركاء بل يجمع رأس مالها بطريق تقسيمه إلى أسهم تعرض فى السوق ليسهل على الجمهور اقتناؤها بالاكتتاب فيها ، وكل من اكتتب ولو فى سهم واحد من أسهمها أصبح شريكا أى مساهما وعضواً فيها ، والأصل فى هذه الشركات أن مسئولية الشركاء فيها محدودة بقيمة ما يكتتبون فيه من الأسهم وذلك بالنسبة لجميع المساهمين فى شركة المساهمة . أما شركة التوصية بالأسهم فالشركاء فيها طائفتان طائفة محدودة المسئولية كما فى شركة المساهمة ، وطائفة غير محدودة المسئولية ، ومن مميزات شركات الأموال أنه لا يؤثر فيها موت الشريك ولا إفلاسه ، وأن نصيب الشريك فى رأس المال يسمى سهما لا حصة حتى فى شركة التوصية بالاسهم ، والسهم جزء من أجزاء متساوية من رأس مال الشركة يقدمه المساهم فى مقابل اشتراكه فيها ويدفعه كله أو بعضه للمؤسسين مع التعهد بدفع الباقى للشركة بعد تأسيسها بناء على طلبها ، وفى المواعيد التى يحددها قانونها النظامى . ومتى دفع المساهم كل قيمة السهم أعطى له المؤسسون شهادة نهائية أو سنداً يثبت ملكيته للسهم ودفع قيمته كاملة وسند السهم يجوز أن يكون فى صورة سند لحامله ويجوز أن يكون فى صورة سند اسمى (أى محرر باسم صاحبه)

وسند السهم ليس إلا دليلا على ملكية المساهم له ، غير أن العادة التجارية والدواعى الاقتصادية قضت بأن يندمج الحق فى الورقة المثبتة له بحيث تصبح فى نفسها سلعة تباع وتشترى كأية سلعة أخرى ، وقد تتخذ سعراً مستقلا عن قيمة الحق الذى تثبته قد يزيد وينقص تبعاً لنجاح الشركة أو فشلها أو بتأثير عوامل سياسية أو اقتصادية أو غيرها .

وتمتاز الأسهم بتساوى القيمة والمسئولية المحدودة ، وجواز التنازل عن السهم بدون رضاء باقى المساهمين ، وقابليته للتداول كالأوراق التجارية أو للتحويل بالطرق المدنية ومجموع هذه المميزات هو الفارق الذى يميز بين السهم والحصة فيما ذهب إليه فريق من الكتاب .

وقال المرحوم الدكتور الزينى فى كتابه أصول القانون التجارى : إنه هو الرأى الصحيح فى نظره ، ومما هو جدير بالإشارة إليه أن الدكتور ذهنى جرى على أن الحصة تطلق على ما للشريك فى الشركة أى شركة ، وأن هذه الحصة تسمى فى شركة الأموال (سهما) وفى الأشخاص نصيباً ، أما الدكتور الزينى فإنه يطلق على حظ الشريك فى شركة الأشخاص اسم الحصة وفى شركة الأموال (نصيبا) أما الدكتور ذهنى فإنه يطلق على حظ الشريك فى شركة الأشخاص اسم (الحصة) وفى شركة الأموال اسم (السهم) .

هذا هو اصطلاح كل من فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون الوضعى فى هذه المسألة وبمجرد المقابلة بينهما يظهر الفرق جليا بدون حاجة إلى إيضاح .

المراد من شركات الأموال الواردة فى هذا البحث شركات الأموال بالمعنى الذى ذكره فقهاء الشريعة وهى إحدى أنواع ما يسمونه (شركة العقد) فهى غير شاملة لما يطلق عليه الفقهاء اسم شركة الملك ، إذ لو شملت ذلك لأدى الأمر إلى وقف الحصة الشائعة فى عقار للواقف شريك فيه وعدم جوازها إذا كان العقار كله ملكا للواقف ، مع أن الأسباب التى دعت إلى منع ذلك متحققة فى كل منهما ، بل هى فى الحالة الأولى أظهر . ويؤكد أنه

استعمل فى جانبها كلمتا (حصص وأسهم) وهما كلمتان قانونيتان لا تستعملان فى الاصلاح التشريعى إلا بجانب الشركات التى يطلق عليها الفقهاء اسم شركة العقد ـ كما فى مذهب الأحناف ـ كما وصفت بأنها مستغلة ، وشركة الملك فى الاصطلاح الفقهى ليست شركة ربح واستغلال وهذا هو الحد الفاصل بينهما ـ أعنى بينها وبين شركة العقد فى عرف الفقهاء فاتضح من هذا أن وقف الشريك حصته فى شركة الملك الفقهية لا يطبق عليه حكم هذه الفقرة ، وإنما يطبق عليه حكم الفقرة التى قبلها ، وهى أيضاً غير شاملة لشركات المضاربة والمزارعة والمساقاة لأن كلا منها لا يطلق عليه فى الاصطلاح اسم شركة لأن أحد المتعاقدين لا شركة له فى الأصل ، والشركة فى الثمرة الناتجة من الأصل لا يراد بها الربح والاستغلال ، فنصيب الشريك فيها يخضع وقفه لحكم الفقرة الثانية أيضاً ، لأن الشركة فيه شركة ملك لا شركة عقد ، وشركات الأموال هنا شاملة للشركات المدنية والتجارية ، سواء كانت شركات أشخاص أو شركات أموال ، ولا يراد منها شركات الأموال فى الاصطلاح الوضعى فحسب بقرينة أنه قد جمع فى الفقرة بين كلمتى حصص التى تستعمل قانوناً فى شركات الأشخاص فقط (والأسهم) التى تستعمل كذلك فى شركات الأموال فقط ، ولا يطلق على نصيب الشريك فى شركة الأشخاص اسم (السهم) ولا على نصيبه فى شركة الأموال اسم (الحصة) .

وقد روعى فى تقرير هذا الحكم طريقة فقهاء الشريعة الإسلامية من اعتبار الشريك مالكاً لنصيبه من رأس مال الشركة وجميع أموالها منقولة كانت أو عقاراً ، ولم يراع المعنى الوضعى من اعتبار الشركة شخصاً قانونيا هو المالك ، وأن الشريك لا يملك إلا الحق الذى سبق بيانه ، وأنه تعتبر لذلك دائماً وإن استملت أموال الشركة على العقار ، وقد اشترط قانون الأوقاف المصرى رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ فى جواز وقفها أن تكون حصصاً وأسهماً فى شركات تستغل أموالها استغلالا جائزاً شرعاً كالشركات التجارية والصناعية والزراعية ، فإن الغرض الأساسى من تكوينها استغلال أموالها بطريقة تقرها الشريعة الإسلامية .

نعم قد تضطر فى بعض الأحيان إلى الاستقراض وإصدار سندات بهذا القرض ، ولكن ذلك ــ وإن كان غير جائز شرعاً ــ عمل طارىء لا يعتبر الغرض الأساسى للشركة .

أما إذا كانت الشركة تستغل أموالها استغلالا غير جائز شرعاً فلا يصح وقف حصصها أو أسهمها كالبنوك ، فإنها تكونت بقصد استغلال أموالها من طريق الاقراض نظير الربا المحرم شرعاً ، وكشركات التأمين فإنها تستثمر أموالها من طريق المخاطرة المعتبرة من أنواع القمار المحرم شرعاً والله تعالى أعلم بالصواب وله الحمد والمنة سبحانه .

* * *

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــــاب الوكالة

الشرح الوكالة مشتقة من وكل يكل الأمر إليه إذا أنابه عنه ، واعتمد عليه لعجز أو طلب للراحة ، وفى الحديث : « اللهم لا تكلنا إلى أنفسنا » وقوله صلى الله عليه وسلم « اللهم لا تكلهم إلىّ فأضعف عنهم ، ولا تكلهم إلى أنفسهم فيعجزوا عنها ، ولا تكلهم إلى الناس فيستأثروا عليها ولكن توحد بأرزاقهم » رواه أحمد وأبو داود والحاكم عن عبد الله ابن حوالة وقال صلى الله عليه وسلم « من تعلق تميمة وكل أمره إليها » ولفظ أحمد والترمذى وابن جرير والطبرانى والحاكم عن عبد الله بن عكيم وابن جرير وصححه عن أبى هريرة ، كأن الله قد تخلى عنه وجرده من عنايته به فصار أمره إلى نفسه أو الشىء الذى يتعلقه .

قال الكاسانى فى بدائع الصنائع : الوكالة فى اللغة تذكر ويراد بها الحفظ قال الله عز وجل : « وقالوا حسبنا الله ونعم الوكيل » [1] أى الحافظ، وقال تبارك وتعالى : « لا إله إلا هو فاتخذه وكيلا »[2]قال الفراء : أى حفظاً، وتذكر ويراد بها الاعتماد والتفويض قال تعالى : « عليه توكلت وعليه فليتوكل المتوكلون » [3] .

وقال تعالى خبراً عن سيدنا هود عليه السلام « إنى توكلت على الله ربى وربكم » [4] أى اعتمدت على الله ، وفوضت أمرى إليه ، وفى الشريعة يستعمل فى هذين المعنيين أيضاً على تقرير الوضع اللغوى ، وهو تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل .

---

(١) سورة آل عمران : ١٧٣
(٢) سورة المزمل : ٩
(٣) سورة يوسف : ٦٧
(٤) سورة هود : ٥٦

وقال الأزهرى فى شرح غريب مختصر المزنى : (والوكيل الذى تكفل بما وكل به ، فكفى موكله القيام بما أسند إليه ، والوكيل : صفة من صفات الله عز وجل ، فقيل : معناه الكفيل ، ونعم الكفيل بأرزاق العباد . وقيل : الوكيل : الرب ونعم الرب . وقيل الحفيظ . وقال الفراء فى قوله تعالى : « ألا تتخذوا من دونى وكيلا » (٥) قال : ربا ، ويقال : كافيا . ويقال : وكلت أمرى إلى فلان : أى فوضت أمرى إليه ، واكتفيت به . واتكل فلان على فلان . إذا اعتمد عليه .

وقال الشيخ محيى الدين النووى رضى الله عنه فى تهذيب الأسماء واللغات (٦) :

الوكيل معروف ، ويقال منه : وكله توكيلا ، والاسم الوكالة ، والوكالة بفتح الواو وكسرها لغتان فصيحتان ذكرهما ابن السكيت وغيره ، والتوكل الاعتماد ، توكل على الله تعالى أو على فلان توكلا ، أى اعتمد عليه ، والاسم التكلان بضم التاء وإسكان الكاف ، وهذا الأمر موكول إلى فلان ، وكلت الأمر إليه وكلا ووكولا ، إذا فوضته إليه وجعلته نائباً عنه ، ويقال : واكلت فلاناً مواكلة إذا اتكلت عليه ، واتكل عليك ، وقوله فى الخطبة « حسبى الله ونعم الوكيل » قيل : الوكيل فى صفته سبحانه وتعالى بمعنى الموكول إليه . وقيل : الموكول إليه بتدبير خلقه وقيل : الحافظ ا هـ .

والوكالة جائزة بالكتاب والسنة والإجماع .

فأما الكتاب : فقوله تعالى : « إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها » (٧) .

فجواز العمل عليها يفيد حكم النيابة عن المستحقين فى تحصيل حقوقهم .

---

(٥) سورة الاسراء : ٢

(٦) جـ ٣ ص ١٩٥

(٧) الآية ٦٠ من سورة التوبة

ومن أدلة الكتاب أيضاً : « اجعلنى على خزائن الأرض إنى حفيظ عليم » [٨] .

ويقول القاضى أبو بكر بن العربى : قوله تعالى : « والعاملين عليها » [٩] وهم الذين يقدمون لتحصيلها ، ويوكلون على جمعها ، وقال القرطبى فى جامع أحكام القرآن : قوله تعالى : « والعاملين عليها » يعنى السعاة والجباة الذين يبعثهم الامام لتحصيل الزكاة على ذلك .

ومن أدلة الكتاب على جواز الوكالة قوله تعالى : « فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة ، فلينظر أيها أزكى طعاماً فليأتكم برزق منه وليتلطف » [١٠] قال ابن العربى فى أحكام القرآن : هذا يدل على صحة عقد الوكالة ، وهو عقد نيابة أذن الله فيه للحاجة إليه وقيام المصلحة به ، إذ يعجز كل أحد عن تناول أمور إلا بمعونة من غيره ، أو بترفه ، فيستنيب من يريحه حتى جاز ذلك فى العبادات لطفاً منه سبحانه ، ورفقاً بضعفة الخليقة ، ذكرها الله كما ترون وبينها رسول الله صلى الله عليه وسلم كما تسمعون ، وهو أقوى آية فى الغرض .

وقال أقضى القضاة الماوردى رضى الله عنه : والأصل فى جواز الوكالة الكتاب والسنة والوفاق ، أما الكتاب فهو ما استشهد له المزنى فى الآيتين وهو قوله تعالى : « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ، ولا تأكلوها إسرافاً وبداراً أن يكبروا ، ومن كان غنيا فليستعفف ، ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف ، فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم » [١١] . والآية الثانية قوله تعالى : « فإن كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل » [١٢] . ووجه الدلالة منها أنه لما جاز نظر الأولياء جعل نظرهم إنما

---

(٨) سورة يوسف : ٥٥
(٩) من الآية ٦٠ من سورة التوبة
(١٠) سورة الكهف : ١٩
(١١) سورة النساء : ٦
(١٢) سورة البقرة : ٢٨٢

يكون بوصية أب أو بتولية حاكم وهما لا يملكان فجاز توكيل المالك فى ملكه بل هو أجوز .

وقد تعلق بعض علمائنا فى صحة الوكالة من القرآن بقوله تعالى : « والعاملين عليها » وبقوله « اذهبوا بقميصى هذا فألقوه على وجه أبى يأت بصيراً » (١٣) وآية القميص ضعيفة فى الاستدلال ، وآية العاملين حسنة

وقد جازت فى الطهارة ، وهى عبادة يجوز فيها النيابة فى صب الماء خاصة على أعضاء ، ولا تجوز على عركها إلا أن يكون المتوضى مريضاً لا يقدر عليه ، وتجوز فى الزكاة فى أخذها وإعطائها ، وتجوز النيابة فى الصيام عند الشافعى وأحمد ، وجملة من السلف الأول ، وكذلك الاعتكاف مثله ، كما تجوز النيابة فى الحج على ما مضى فى أحكام الحج وتجوز الوكالة فى البيع ــ وهو المعاوضة وأنواعها ــ والرهن وسائر المعاملات من الحجر والحوالة والضمان والشركة والإقرار والصلح ، والعارية وكلها أعمال تجوز النيابة فيها .

وكذلك من الكتاب قوله تعالى : « فابعثوا حكماً من أهله وحكما من أهلها » (١٤) .

وأما السنة فقد روى جابر بن عبد الله رضى الله عنهما قال : « أردت الخروج إلى خيبر فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وقلت له : إنى أريد الخروج إلى خيبر فقال : أنت وكيلى فخذ منه خمسة عشر وسقاً ، فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته » رواه أبو داود .

وروى الأثرم وأبو داود وابن ماجه عن الزبير بن الخرِّيت عن أبى لبيد عن عروة بن الجعد قال : « عرض لرسول الله صلى الله عليه وسلم جلب ، فأعطانى ديناراً فقال : يا عروة ائت الجلب فاشتر لنا شاة ، فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشتريت شاتين بدينار ، فجئت أسوقهما أو أقودهما ،

---

(١٣) سورة يوسف : ٩٣

(١٤) سورة النساء : ٣٥

فلقيني رجل في الطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار ، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار وبالشاة ، فقلت : يا رسول الله هذا دينارکم ، وهذه شاتکم قال : وصنعت كيف ؟ قال : فحدثته الحديث . قال : اللهم بارك له في صفقة يمينه » هذا لفظ رواية الأثرم..

وقال الشافعي رضي الله عنه : أخبرنا مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء ابن يسار عن أبي رافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « استسلف بكراً فجاءته إبل من الصدقة فقال أبو رافع : فأمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أقضي الرجل بكرة ، فقلت : يا رسول الله إني لم أجد في الإبل إلا جملا خياراً رباعيا . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أعطه إياه فإن خيار الناس أحسنهم قضاء » وحديث عبد الله بن أبي أوفى ، وقد مر في كتاب القرض وكتاب الزكاة ، وحديث أبي هريرة رضي الله عنه : « وكلني رسول الله صلى الله عليه وسلم في حفظ زكاة رمضان ، وأعطى عقبة بن عامر الجهني غنماً يقسمها بين أصحابه وقد مر في كتاب الزكاة .

« وقد وكل رسول الله صلى الله عليه وسلم عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيبة » ، « ووكل أبا رافع في قبول ميمونة » .

وأما الاجماع فهو منعقد على مدى الدهر منذ نزل الوحي إلى اليوم وإلى يوم الدين.واتفق العلماء على انعقاد وكالة الغائب والمريض والمرأة المالكين لأمور أنفسهم . أما الحاضر الذكر الصحيح فقال الشافعي تجوز وكالة الحاضر الصحيح الذكر ، وبه قال مالك ، وقال أبو حنيفة : لا تجوز وكالة الصحيح الحاضر ولا المرأة إلا أن تكون برزة .

فمن رأى أن الأصل ألا ينوب فعل الغير عن فعل الغير إلا مادعت إليه الضرورة ، وانعقد الاجماع عليه ، قال : لا تجوز نيابة من اختلف في نيابته ، ومن رأى أن الأصل هو الجواز . قال : الوكالة في كل شيء جائزة إلا فيما أجمع على أنه لا تصح فيه ، من العبادات وما جرى مجراها ، هذا ما جاء في الموكل ، أما شروط الوكيل فهو ألا يكون ممنوعاً بالشرع من تصرفه في

الشيء وكل فيه ، فلا يصح توكيل الصبى ولا المجنون ولا المرأة عند مالك والشافعى على عقد النكاح ، أما عند الشافعى فلا يصح بمباشرة ولا بواسطة أى بأن توكل هى من يلى عقد النكاح وعند مالك يجوز بالواسطة الذكر .

وقد وكل على بن أبى طالب رضى الله عنه عقيل بن أبى طالب عنه ، ووكل عبد الله بن جعفر رضوان الله عليهما عند عثمان رضى الله عنه لما اختصم عقيل فى شرب كان ينازع فيه طلحة بن عبيد الله فركب عثمان فى نفر من الصحابة رضى الله عنهم إلى الموضع الذى كانا يتحاكمان فيه حتى أصلح بينهما فى الشرب ، فصار هذا منهم إجماعاً على جواز الوكالة ، ولأن الوكالة موضوعة إما لمن أحب صيانة نفسه عن البذلة فيها ، وإما لمن عجز عن القيام بها ، وكلا الأمرين مباح وحاجة الناس إليه أشد أما ما جاء فى محل التوكيل فأن يكون قابلا للنيابة مثل البيع والحوالة والضمان ، وسائر العقود والفسوخ والشركة والوكالة والمصارفة والمجاعلة والمساقاة والنكاح والطلاق والخلع والصلح .

ولا تجوز فى العبادات البدنية ، وتجوز فى العبادات المالية كالزكاة والصدقة والحج ، وتجوز عند مالك فى الخصومة على الإقرار والإنكار . وقال الشافعى فى أحد قوليه : لا تجوز على الإقرار ، وشبه ذلك بالشهادة والأيمان .

وتجوز الوكالة على استيفاء العقوبات مع الحضور عند الشافعى ،وفيها قولان ، وعند مالك تجوز على استيفاء العقوبات مطلقاً .

واختلف القائلون بجواز الوكالة على الإقرار فى مطلق الوكالة على الخصومة ، هل يتضمن الإقرار أم لا يتضمن . وقال أبو حنيفة : يتضمن .

فرع فإذا ثبت أن الوكالة جائزة وأنها فى اللغة تنطلق على الحفظ والمواعدة لما على الوكيل من حفظ ما وكل فيه ومنه قوله تعالى : « أم يكون عليهم وكيلا » (١٥) أى حفيظاً . وقال تعالى : « حسبنا الله ونعم

---

(١٥) سورة النساء : ١٠٩

الوكيل » [١٦] أى الحفيظ إلا أن الوكالة فى الشرع إنما سمى إقامة الوكيل مقام الموكل فى العمل المأذون فيه .

فـــرع وأما الوكالة فهى عقد يتم بالايجاب والقبول كسائر العقود، وليست من العقود اللازمة بنفسها ، بل الجائزة على ما نفصله فى أحكام هذا العقد ، وهى ضربان عند مالك عامة وخاصة فالعامة هى التى تقع عنده بالتوكيل العام الذى لا يسمى فيه شىء دون شىء وذلك أنه إن سمى عنده لم ينتفع بالتعميم ، والتفويض ، أما مذهبنا فإنه لا يجوز الوكالة بالتعميم لما فيها من الغرر وإنما يجوز فيها ما سمى وحدد ، ونص عليه ، وهو الأقيس إذا كان الأصل فيها المنع إلا ما وقع عليه الاجماع وبذلك تكون الأركان أربعة موكل ــ بكسر الكاف اسم فاعل ــ وموكل ــ بفتح الكاف اسم مفعول ــ وموكل فيه وهو الشىء الذى فوضه فيه الموكل ، وصيغة وسيأتى تفصيل ذلك فى فصول الكتاب إن شاء الله تعالى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

« تجوز الوكالة فى عقد البيع لما روى عن عروة بن الجعد قال : « اعطانى رسول الله صلى الله عليه وسلم ديناراً اشترى له شاة او اضحية ، فاشتريت شاتين فبعت احداهما بدينار ، وأتيته بشاة ودينار ، فدعا لى بالبركة فكان لو اشترى تراباً لربح فيه ، ولأن الحاجة تدعو الى الوكالة فى البيع ، لأنه قد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه وقد يحسن ولا يتفرغ اليه لكثرة اشغاله فجاز أن يوكل فيه غيره ، وتجوز فى سائر عقود المعاملات كالرهن والحوالة والضمان والكفالة والشركة والوكالة والوديعة والاعارة والمضاربة والجعالة والمساقاة والاجارة والقرض والهبة والوقف والصدقة ، لأن الحاجة الى التوكيل فيها كالحاجة الى التوكيل فى البيع وفى تملك المباحات ، كاحياء الموات واستقاء الماء . والاصطياد والاحتشاش قولان (احدهما) لا يصح التوكيل فيها ، لأنه تملك مباح فلم يصح التوكيل فيه كالاغتنام (والثانى) يصح ، لأنه تملك مال بسبب لا يتعين عليه ، فجاز أن يوكل فيه كالابتياع والاتهاب ، ويخالف الاغتنام لأنه يستحق بالجهاد ، وقد تعين عليه بالحضور، فتعين له ما استحق به » .

---

(١٦) سورة آل عمران : ١٧٣

الشرح حديث عروة بن أبى الجعد البارقى رواه البخارى وأحمد وأبو داود والأثرم والترمذى وابن ماجه والدارقطنى ، وفى إسناد من عدا البخارى سعيد بن زيد أخو حماد ، وهو مختلف فيه ، عن أبى لبيد لمازة ابن زبار ، وقد قيل : إنه مجهول ، لكن قال الحافظ ابن حجر : إنه وثقه ابن سعد . وقال حرب : سمعت أحمد يثنى عليه . وقال فى التقريب : إنه ناصبى جلد .

قال المنذرى والنووى : إسناده صحيح لمجيئه من وجهين ، وقد رواه البخارى من طريق ابن عيينة عن شبيب بن غرقد سمعت الحى يحدثون عن عروة ورواه الشافعى عن ابن عيينة ، وقال إن صح قلت به . ونقل المزنى عنه أنه ليس بثابت عنده . قال البيهقى : إنما ضعفه لأن الحى غير معروفين ، وقال فى موضع آخر : هو مرسل لأن شبيب بن غرقد لم يسمعه من عروة ، وإنما سمعه من الحى . وقال الرافعى : هو مرسل . قال الحافظ ابن حجر فى تخريج أحاديث الرافعى من فتح العزيز : « الصواب أنه متصل فى إسناده مبهم » .

أما الأحكام فإن الإجماع منعقد على أن ما جاز فيه المباشرة من الحقوق جازت فيه الوكالة كالبيع والشراء والإجارة وقضاء الديون والخصومات فى المطالبة بالحقوق والتزويج والطلاق ونحو ذلك ، واتفق الأئمة على أن إقرار الوكيل على موكله فى غير مجلس الحكم لا يقبل بحال . وكذلك اتفقوا على أن إقراره على موكله فى الحدود والقصاص غير مقبول ، سواء كان بمجلس الحكم أو غيره ، وكذلك اتفقوا على أنه لا يجوز للوكيل أن يشترى بأكثر من ثمن المثل ولا إلى أجل . وعلى أن قول الوكيل مقبول فى تلف المال بيمينه وأما ما اختلفوا فيه فأمور ستأتى منبثة فى فروع هذا الكتاب .

وحول حديث عروة فى شراء الشاة يقول ابن تيمية رحمه الله تعالى : إنه يدل على أن الوكيل فى شراء معلوم بمعلوم إذا اشترى به أكثر من المقدر جاز له بيع الفاضل . وكذا ينبغى أن يكون الحكم ، وقال صاحب الكافى : ظاهر كلام أحمد صحة ذلك الحديث عن عروة .

وفى الحديث دليل على أنه يجوز للوكيل إذا قال له المالك اشتر بهذا الدينار شاة ووصفها أن يشترى به شاتين بالصفة المذكورة ، لأن مقصود الموكل قد حصل وزاد الوكيل خيراً ، ومثل هذا لو أمره أن يبيع شاة بدرهم فباعها بدرهمين أو بأن يشتريها بدرهم فاشتراها بنصف درهم ، وهو الصحيح عندنا كما نقله النووى فى زيادات الروضة .

وقد استدل بهذا الحديث على صحة بيع الفضولى ، وهو الذى يبيع مالا يملك أو ما ليس مأذوناً فى بيعه ، وهو قول مالك وأحمد فى إحدى الروايتين عنه ، والشافعى فى القديم ، وقواه النووى فى الروضة ، وهو مروى عن جماعة من السلف منهم على وابن عباس وابن مسعود وابن عمر ، وإليه ذهب الزيدية .

وقال الشافعى فى الجديد وأصحابه : إن البيع الموقوف والشراء الموقوف باطلان لحديث « لا تبع ما ليس عندك » وأجابوا عن حديث عروة بما فيه من المقال . وعلى تقدير الصحة فيمكن أن يكون وكيلا فى البيع أيضا بقرينة فهمها من النبى صلى الله عليه وسلم .

وقال أبو حنيفة إنه يكون البيع الموقوف صحيحاً دون الشراء . والوجه أن الإخراج عن ملك المالك مفتقر إلى إذنه بخلاف الإدخال . ويجاب بأن الإدخال للمبيع فى الملك يستلزم الإخراج من الملك للثمن . وروى عن مالك العكس من قول أبى حنيفة ، فإن صح فهو قوى فإن فيه جمعاً بين الأحاديث .

وأما الوكالة فى تملك المباحات كإحياء الموات واستقاء الماء والاصطياد والاحتشاش فعلى قولين (أحدهما) لا يصح فيها لأنه تملك مباح ، فهل يكون بتملكه بوضع يده نائبا عن غيره من نفسه قد أتى عملا صحيحاً كأنه قد حاز شيئا ثم وهبه فلم يصح التوكيل فيه كالغنيمة ، إذ لا يخرج المجاهد بالغنيمة وكيلا لغيره .

(والثانى) يصح ، لأنه امتلك مالا بسبب لا يتعين عليه فجاز أن يوكل فيه

كسائر المعاملات من المعاوضات والهبات . قال فى روضة الطالبين : يجوز التوكيل فى تملك المباحات وإحياء الموات والالتقاط ، ويخالف الاغتنام لأنه لا يستحق إلا بالجهاد ، والجهاد لا وكالة فيه ، لأنه يتعين عليه بالحضور للملحمة ، فاستحق قسمه وسهمه فتعين له .

وقد أتينا على أحكام البيع والشراء فى الوكالة عند علماء الأمصار فى آخر فصول البيع وقبل التوكيل فى قضاء الدين من هذا الكتاب « كتاب الوكالة » وبالله سبحانه العون والتوفيق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويجوز التوكيل فى عقد النكاح لما روى « ان النبى صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية الضمرى فى نكاح أم حبيبة » ويجوز فى الطلاق والخلع والعتاق لأن الحاجة تدعو الى التوكيل فيه كما تدعو الى التوكيل فى البيع والنكاح ، ولا يجوز التوكيل فى الايلاء والظهار واللعان ، لأنها أيمان فلا تحتمل التوكيل ، وفى الرجعة وجهان :

(احدهما) لا يجوز التوكيل فيه كما لا يجوز فى الايلاء والظهار .

(والثانى) انه يجوز ، وهو الصحيح ، فانه اصلاح للنكاح ، فاذا جاز فى النكاح جاز فى الرجعة » .

الشرح حديث زواج أم حبيبة رضى الله عنها أخرجه أبو داود وأحمد والنسائى عن عروة ، عن أم حبيبة ولفظ أبى داود « أنه زوجها النجاشى للنبى صلى الله عليه وسلم وأمهرها عنه أربعة آلاف درهم وبعث بها إلى النبى صلى الله عليه وسلم مع شرحبيل بن حسنة » وأخرج أبو داود أيضا من حديث الزهرى مرسلا « أن النجاشى زوج أم حبيبة بنت أبى سفيان من رسول الله صلى الله عليه وسلم على صداق أربعة آلاف درهم وكتب بذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم » .

« وكانت أم حبيبة مهاجرة إلى أرض الحبشة مع زوجها عبد الله بن جحش فمات بتلك الأرض فزوجها النجاشى للنبى صلى الله عليه وسلم » .

وقد وكل النبى صلى الله عليه وسلم أبا رافع فى نكاح ميمونة وقد مضى تخريجه فى كتاب الحج فى أحكام نكاح المحرم ووجه الصواب فى ذلك .

اما الأحكام فإنه يصح من كل من صح تصرفه فى شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة كالزواج . وهل يصح توكيل العبد فى قبول النكاح لأنه ممن يجوز أن يقبله لنفسه ؟ . ذكر أصحابنا فى ذلك وجهين :

(أحدهما) يجوز توكيله لأنه ليس بولى . والوجه الآخر أنه موجب للنكاح فأشبه الولى .

وقد صحح الأئمة التوكيل فى عقد النكاح فى الإيجاب والقبول ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية وأبا رافع فى قبول النكاح له ، ولأن الحاجة تدعو إليه فإنه ربما احتاج إلى التردد من مكان بعيد لا يمكنه السفر إليه .

وفى الرجعة وجهان :

(أحدهما) أنه يجرى مجرى الإيلاء والظهار فلا يجوز فيه التوكيل

(والثانى) وهو الصحيح أنه إصلاح لما فسد من النكاح ، فإذا صح التوكيل فى عقد النكاح ابتداء فقد صح فى استئنافه وإعادته فجاز . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويجوز التوكيل فى اثبات الأموال والخصومة فيها لما روى « ان علياً كرم الله وجهه وكل عقيلاً (رضى الله عنه) عند أبى بكر وعمر رضى الله عنهما وقال : ما قضى له فلى وما قضى عليه فعلى ، ووكل عبد الله بن جعفر عند عثمان (رضى الله عنه) وقال على : ان للخصومات قحما » قال أبو زياد الكلابى : القحم المهالك ، ولأن الحاجة تدعو الى التوكيل فى الخصومات لأنه قد يكون له حق أو يدعى عليه حق ولا يحسن الخصومة فيه ، أو يكره ان يتولاها بنفسه ، فجاز ان يوكل فيه . ويجوز ذلك من غير رضى الخصم ، لأنه توكيل فى حقه فلا يعتبر فيه رضى من عليه كالتوكيل فى قبض الديون ،

ويجوز التوكيل فى اثبات القصاص وحد القذف لأنه حق آدمى فجاز التوكيل فى اثباته كالمال .

ولا يجوز التوكيل فى اثبات حدود الله تعالى لأن الحق له ، وقد امرنا فيه بالدرء والتوصل الى اسقاطه ، وبالتوكيل يتوصل الى ايجابه فلم يجز ، ويجوز التوكيل فى استيفاء الأموال ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم بعث العمال لبعض الصدقات واخذ الجزى ، ويجوز فى استيفاء حدود الله تعالى ، لأن النبى ﷺ بعث أنيسا لاقامة الحد وقال : « يا أنيس اغد على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » ووكل عثمان (رضى الله عنه) عليا كرم الله وجهه ليقيم حد الشرب على الوليد بن عقبة .

واما القصاص وحد القذف فانه يجوز التوكيل فى استيفائهما بحضرة الموكل لأن الحاجة تدعو الى التوكيل فيه لأنه قد يكون له حد أو قصاص ولا يحسن أن يستوفيه فجاز أن يوكل فيه غيره ، وهل يجوز أن يستوفيه فى غيبة الموكل ؟ قال فى الوكالة : لا يستوفى ، وقال فى الجنايات : ولو وكل فتنحى به فعفا الموكل فقتله الوكيل بعد العفو ، وقبل العلم بالعفو : ففى الضمان قولان .

وهذا يدل على انه يجوز ان يقتص مع غيبة الموكل ، فمن اصحابنا من قال : يجوز قولا واحدا ، وهو قول ابى اسحاق ، لانه حق يجوز ان يستوفيه بحضرة الموكل فجاز فى غيبته كاخذ المال ، وحمل قوله لا يستوفى على الاستحباب، ومنهم من قال : لا يجوز قولا واحدا ، لان القصاص والحد يحتاط فى اسقاطهما، والعفو مندوب اليه فيهما ،فاذا حضر رجونا أن يرحمه فيعفو عنه ، وحمل قوله فى الجنايات على أنه اراد اذا تنحى به ولم يغب عن عينه فعفا ولم يسمع الوكيل فقتل .

ومنهم من قال : فيه قولان (احدهما) يجوز (والثانى) لا يجوز ووجههما ما ذكرناه .

(فصل) ويجوز التوكيل فى فسخ العقود لأنه اذا جاز التوكيل فى عقدها ففى فسخها أولى ، ويجوز ان يوكل فى الابراء من الديون ، لانه اذا جاز التوكيل فى اثباتها واستيفائها جاز التوكيل فى الابراء عنها ، وفى التوكيل فى الاقرار وجهان :

(احدهما) يجوز ، وهو ظاهر النص ، لأنه اثبات مال فى الذمة بالقول فجاز التوكيل فيه كالبيع .

(والثانى) لا يجوز ، وهو قول ابى العباس ، لأنه توكيل فى الاخبار عن حق فلم يجز كالتوكيل فى الشهادة بالحق ، فاذا قلنا : لا يجوز فهل يكون توكيله اقرارا ؟ فيه وجهان :

(احدهما) انه اقرار ، لأنه لم يوكل فى الاقرار بالحق الا والحق واجب عليه .

(والثانى) انه لا يكون اقراراً كما لا يكون التوكيل فى الابراء ابراء » .

الشرح حديث أنيس سيأتى فى كتاب الحدود وقد أخرجه البخارى ومسلم وقصة توكيل على لأخيه عقيل وابن أخيه عبد الله بن جعفر ، قال الشافعى فى الأم : وأقبل الوكالة من الحاضر من الرجال والنساء فى العذر وغير العذر ، وقد كان على بن أبى طالب وكل عند عثمان عبد الله بن جعفر ، وعلى حاضر ، فقبل ذلك عثمان وكان يوكل قبل عبد الله بن جعفر عقيل ابن أبى طالب ولا أحسبه إلا كان يوكله عند عمر ، ولعل عند أبى بكر وكان على يقول : إن للخصومة قحما ، وإن الشيطان يحضرها ا هـ .

اما احكام الفصل فإنه يجوز التوكيل فى إثبات حقوق الله تعالى وحقوق العباد ، فإذا كان لرجل خصومة لرجل على شىء فوكل غيره عنه كما فعل على حين وكل عقيلا أخاه عند أبى بكر وعبد الله بن جعفر ابن أخيه عند عثمان وقال « إن للخصومة قحما ، وإن الشيطان ليحضرها ، وإنى لأكره أن أحضرها » قال أبو زياد الكلابى : القحم المهالك وهذه الروايات تحتاج إلى تحرير وتخريج إلا أن ابن قدامة فى المغنى يقول : وهذه قصص قد انتشرت ، لأنها فى مظنة الشهرة فلم ينقل إنكارها ، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك ، فإنه قد يكون له حق أو يدعى عليه ولا يحسن الخصومة ، أو لا يجب أن يتولاها بنفسه .

قلت : ولأصحابنا وجهان (أحدهما) لا يجوز التوكيل فيه لأنه إخبار بحق فلم يجز التوكيل فيه كالشهادة .

(والثانى) يجوز ، وهو الصحيح ، وإليه ذهب المصنف رحمه الله تعالى ، ولا يشترط فى صحة التوكيل رضى الخصم ، لأنه توكيل فى حقه فلا يعتبر فيه رضى من عليه الحق كالتوكيل فىقبض الديون ، وبهذا قال الشافعى ومالك وأحمد رضى الله عنهم من أن وكالة الحاضر صحيحة . وإن لم يرض الخصم بشرط أن لا يكون الوكيل عدوا للخصم . وقال أبو حنيفة :

لا تصح وكالة الحاضر إلا برضى الخصم وإلا أن يكون الموكل مريضاً أو مسافراً على ثلاثة أيام فيجوز حينئذ .

وأما التوكيل فى الجنايات فينقسم إلى قسمين :

(أحدهما) التوكيل فى إثبات الجناية فهذا غير جائز ؛ لأن الحق لله تعالى وقد أمرنا فيه بالدرء لقوله صلى الله عليه وسلم « ادرءوا الحدود بالشبهات » وأمرنا بالتوصل إلى إسقاطه وقد يتوصل بالتوكيل إلى ايجابه فلم يجز .

(القسم الثانى) وهو استيفاء حدود الله تعالى ؛ كالقصاص وأرش الجناية وحد القذف وكل ما تعلق به حق للعباد ، وكذلك فى إقامة الحد بعد ثبوت الجناية لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال لأنيس : « اذهب إلى امرأة فلان فإن اعترفت فارجمها » فعلق الجزاء على شرط الاعتراف وكذلك يمكن التوكيل فى حضرة الموكل ، وهذه العبارة التى ساقها المصنف فى قوله يجوز التوكيل فى استيفائها بحضرة الموكل ، لأن الحاجة تدعو إلى التوكيل فيه ، لأنه قد يكون له حد أو قصاص الخ عبارته . تدل هذه العبارة على صحة ما فشا فى عصرنا هذا من تخصيص فريق من الدارسين لأحكام الشرع وفقه الفروع يتوكلون عن أصحاب الخصومات وعمل الاجراءات التى يترافعون بها فى ساحة المحاكم ومجالس القضاء ويسمونهم بالمحامين .

فـــرع قال الشافعى فى الجنايات : ولو وكل فتنحى به فعفا الموكل فقتله الوكيل بعد العفو وقبل العلم بالعفو ، فعلى من يكون الضمان ؟ على القاتل الذى لم يعلم بعفو موكله ؟ أم على الموكل الذى لم يحتط فوقع القتل ؟

قال المصنف : فيه قولان ، وهذا يدل على أنه يجوز أن يقتص مع غيبة الموكل فمن أصحابنا من قال : يجوز قولا واحداً ، وهو قول أبى إسحاق المروزى ، لأنه حق يجوز استيفاؤه بحضرة الموكل فجاز فى غيبته ، كقبض الدين ، وحمل قوله : لا يستوفى الذى قاله الشافعى فى الوكالة على الاستحباب .

ومن أصحابنا من قال : لا يجوز قولا واحداً ، لأن الحد والقصاص إذا عرفنا أننا مأمورون بالدرء والاحتياط والتماس الشبهات الصارفة عن الإدانة وعرفنا مع ذلك أن العفو مندوب إليه بل رغب الله فيه وقال « فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان » فمن ثم كان رجاؤنا أن يرحم أخاه فيعفو عنه ، ومن ثم حمل قول الشافعى فى الجنايات على أنه أراد إذا تنحى به ولم يغب عن عينه فعفا عنه من حيث لم يسمع الوكيل صيغة العفو فقتله ، ووجه القولين بالجواز وعدمه ما ذكرنا والله تعالى أعلم .

فرع توكيل مسلم كافراً فى استيفاء قود من مسلم هل يصح ؟ قولان (أحدهما) لا يصح (والثانى) يصح ، وهو اختيار الرملى فى شرحه للمنهاج للنووى قال : وهذه مردودة بأن الوكيل لا يستوفيه لنفسه ، وبأن المصنف إنما جعل صحة مباشرته شرطا لصحة توكله ، ولا يلزم من وجود الشرط وجود المشروط وإنما يلزم من عدمه والأول صحيح والثانى فى غير محله إذ الشرط وهو صحة المباشرة غير موجود هنا رأساً ، والله تعالى أعلم .

(فصل) فى مذاهب العلماء فى أركان الوكالة وشروطها

سبق أن قلنا : إن الوكالة عقد يلزم بالايجاب والقبول كسائر العقود ، وليست الوكالة من العقود اللازمة ، وإنما هى من العقود الجائزة ، ولا تجوز بالتعميم لما فيها من الغرر ، وإنما يجوز فيها ما سمى وحدد ونص عليه .

وبالجملة فهى أن يفوض شخص شيئاً إلى غيره ليقوم به حال حياته ، إذا كان للموكل أو المفوض الحق فى فعل ذلك الشيء مما يقبل النيابة ، فقولنا : أن يفوض لشخص شيئاً ليقوم به حال حياته ، معناه أن يرد الشخص الموكل أمر الشيء الذى له حق التصرف فيه إلى وكيله ، وذلك الشيء هو الموكل فيه ، ليتصرف الوكيل فيه كتصرف الموكل مدة حياته ، ولابد أن يكون التوكيل فيه بصيغة ، وبذلك تعلم أن التعريف قد اشتمل على أركان الوكالة الأربعة وهى موكل ووكيل وموكل فيه وصيغة ، وبهذا قال مالك وأحمد .

وقال أبو حنيفة : للوكالة ركن واحد وهى الصيغة التى تتحقق بها ، كقولك : وكلتك فى بيع هذه السيارة أو شرائها أو نحو ذلك ، ولا يشترط فيها القبول ، ولكن إذا رد الوكيل الوكالة فإنها ترتد . أما إذا قال : لا أقبل ثم باعها فإن بيعها لا يصح ، لأنه رد التوكيل ، وبذلك تعلم أن الحنفية يخصون الركن بما إذا كان داخلا فى الماهية ، وخرج بقوله : حال حياته : الوصية ، فإن الوكيل لا يتصرف فيها إلا بعد الموكل ، فلا تسمى وكالة . أما باقى محترزات القيود على التعريف فإننا قد أوضحناها بفضل الله فى شرحنا لهذا الكتاب ، وما نقلناه عن قدماء أصحابنا رضوان الله عليهم ، وقد روى أبو داود : « أن النبى صلى الله عليه وسلم وكل حكيم بن حزام فى شراء أضحيته » وفى سنده مجهول ، ورواه الترمذى عن حبيب بن أبى ثابت عن حكيم ، ولكن حبيباً لم يسمع من حكيم ، فإن كان حبيب ثقة ولقيه فقد جاز الاحتجاج بالحديث وروى أنه صلى الله عليه وسلم « وكل أبا رافع فى تزويج ميمونة رضي الله عنها ، ووكل عمرو بن أمية فى تزويج أم حبيبة » وقد أوضحنا أسانيدها آنفاً .

وأما أبو حنيفة رحمة الله تعالى فعنده أن الوكالة أن يقيم شخص غيره مقام نفسه فى تصرف جائز معلوم على أن يكون الموكل ممن يملك التصرف فقوله : فى تصرف جائز خرج به ما إذا وكل الصبى غيره فى هبة ماله أو طلاق زوجته ، فإن تصرف الصبى فى ذلك غير جائز لما علمت فى باب الحجر أنه ممنوع من التصرفات الضارة به ، سواء كانت قولية أو فعلية . وقولهم : معلوم ، خرج به التصرف المجهول ، كما إذا قال : وكلتك فى مالى ، أو أنت وكيلى فى كل شىء ، فإنه لا يثبت له بهذه الصيغة التصرف فيما يملكه الموكِّل ، وإنما يثبت له حق حفظه . وقوله : على أن يكون الموكل ممن يملك التصرف خرج به ما إذا وكل شخص" آخرَ فى شىء لا يملك الموكل التصرف فيه ، ويرد على هذا أن أبا حنيفة يصحح أن يوكل المسلم ذميا فى بيع الخمر والخنزير ، وأن يوكل المحرم شخصاً حلالا بالصيد ، مع أن المسلم ممنوع من بيع الخمر والخنزير ، فهو لا يملك التصرف فيهما ، وكذلك المحرم — فى الحج — ممنوع من الصيد ، وعلى هذا تكون زيادة قيد ممن يملك التصرف غير صحيحة فإن التوكيل يصح ممن لا يملك التصرف .

والجواب أن المراد ممن يملك التصرف فى الأشياء فى ذاتها ، بصرف النظر عن العوامل التى منعته ، والأصل فى الأشـياء الإباحة ، ولولا نهى الشارع عن بيع الخمر والخنزير لما منع شخص من التصرف فيهما .

وأما مالك رحمه الله تعالى وأصحابه فقالوا : الوكالة هى أن يقيم شخص غيره فى حق له يتصرف فيه كتصرفه بدون أن يقيد الإنابة بما بعد الموت ، فيخرج بذلك الوصية ، فإنها نيابة شخص لآخر بعد موته ، فلا تسـمى الوصية وكالة ، وهل تسمى إنابة إمام المسلمين غيره من الولاة والقضـاة وأئمة المساجد وكالة أم لا ؟ خلاف . والمشهور أنها لا تسمى وكالة ، وهذا يبغى أن يزاد فيه التعريف قيد يخرج هـذه الإنابة فيقـال : هى أن ينيب شخص لا إمارة له سياسية أو دينية فى حق له يتصرف فيه كتصرفه هـو ، أما من قال : إنها وكالة فلا حاجة به إلى هذا القيد .

وأجمل الامام الخرشى هذا التعريف بقوله فى الجزء السادس ص ٦٨ من حاشية الخرشى على مختصر سيدى خليل : (وأما فى الاصطلاح فقال ابن عرفة : نيابة ذى حق غير ذى إمرة ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته، فتخرج نيابة إمام الطاعة أميراً أو قاضياً أو صاحب صلاة والوصية . قوله غير ذى إمرة أخرج به الولاية العامة والخاصة ، كنيابة إمام أميراً أو قاضيا ، وقوله : ولا عبادة أخرج به إمام الصلاة ، وقوله : لغـيره متعلق بنيابة ، والضمير عائد على المضاف إليه ، وقوله : غير مشروطة بمـوته أخـرج به الوصى ، لأنه لا يقال فيه عرفاً وكيـل ، ولذا فـرقوا بين : فـلان وكيلى ووصيى . اهـ .

وأما أحمد بن حنبل وأصحابه رضى الله عنهم فقالوا :

الوكالة هى استنابة شخص جائز التصرف شخصاً مثـله جائز التصرف فيما تدخله النيابة من حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين .

فـــرع فى شروط الوكالة عند العلماء :

مذهبنا أنه يشترط فى الموكل أن يكون أهلا لمباشرة الشىء الذى يريد

أن يوكل فيه غيره ، بحيث يصح له أن يتصرف فيه بنفسه وبذلك يخرج الصبى والمجنون والمغمى عليه والسكران المتعدى بسكره ، والفاسق فى تزويج من له عليها الولاية ، لأن الفسق يسلب الولاية ، والنائم والمعتوه والمحجور عليه لسفه فى مال ونحوه والمرأة فى عقد نكاح فإنها غير أهل لمباشرته بنفسها بدون ولى ، فلا يصح أن تنوب عن غيرها فيه ، ومثلها المحرم فى ذلك فإنه ليس له أن يباشر عقد النكاح بنفسه مادام محرماً ، فلا يصح لغيره أن يوكله فيه وضابط ذلك أن كل ما جاز للإنسان أن يتصرف فيه بنفسه جاز له أن يوكل فيه غيره . وكل ما لا يجوز أن يتصرف الإنسان فى شىء منه بنفسه بدون إذن وليه فإنه لا يجوز له أن يوكل فيه غيره، ولكن هذا الضابط مبنى على الغالب ، لأنه يستثنى من الشق الأول منه مسائل ، منها ما إذا ظفر شخص بحق له فى دار مغلقة ولا يمكنه الوصول إليه إلا بكسر الباب أو نقب الجدار ، فإن له أن يباشر ذلك بنفسه ، وليس له أن يوكل عنه غيره ، ولو عجز عن العمل ما لم يكن من ذوى الهيئات ، ولا يليق بحاله أن يباشر ذلك العمل بنفسه فإنه فى هذه الحالة يصح أن يوكل غيره ، فهذا الرجل يجوز له التصرف بنفسه ، ولا يجوز له أن يوكل غيره .

ومنها : السفيه المحجور عليه إذا أذن له وليه بالنكاح ، فإن له أن يباشره بنفسه ، وليس له أن يوكل عنه غيره .

ومنها : الوكيل القادر على القيام بالعمل فيما وكل فيه فإن له أن يباشر العمل بنفسه ، وليس له أن يوكل عنه غيره إلا إذا كان غير لائق به . وكذلك يستثنى من الشق الثانى مسائل :

منها : الأعمى ، فإنه لا يجوز له أن يتصرف فى بعض الأعيان التى يتوقف التصرف فيها على الرؤية ، ولكنه يجوز له أن يوكل فيها غيره ، فهذا لا يجوز له التصرف بنفسه ، ومع ذلك فإنه يجوز له أن يوكل فيه غيره .

ومنها : المحرم بحج أو عمرة فإنه لا يصح له أن يباشر النكاح بنفسه كما تقدم ، ولكن يصح أن يوكل عنه غيره ليعقد له بعد التحلل من الإحرام،

وسواء نص فى التوكيل على أن العقد يكون بعد التحلل من الاحرام أو أطلق ولم ينص ، فانه يحمل على أن يكون العقد بعد التحلل وكما أن الموكل يشترط فيه أن يكون أهلا للتصرف فى الشىء الذى يريد أن يوكل فيه غيره ، كذلك يشترط فى الوكيل أن يكون أهلا للتصرف فيما يريد أن يوكل فيه عن غيره .

فكل ما جاز للإنسان أن يتصرف فى شىء بنفسه جاز له أن يتوكل فيه عن غيره ، وكل ما لا يجوز له أن يتصرف فيه بنفسه لا يجوز أن يوكل فيه عن غيره . وهذا الضابط أيضاً مبنى على الغالب ، فإنه تستثنى من الشق الثانى منه مسائل : منها : المرأة فإن لها أن تتوكل فى طلاق غيرها ، وليس لها أن تباشر طلاقها بنفسها فهى لا يجوز لها التصرف فى هذه المسألة مع أنه يجوز لها أن تتوكل .

ومنها : السفيه المحجور عليه ، والعبد ، فإن لهما أن يتوكلا فى قبول النكاح بدون إذن السيد ، أما فى إيجاب النكاح فإنه لا يجوز منهما ، مع أنه لا يصح لهما أن يتصرفا فى قبول النكاح لأنفسهما بدون إذن الولى والسيد .

ومنها : الصبى المأمون الذى لم يجرب عليه الكذب مرة واحدة ، فإنه يجوز توكيله فى إيصال الهدية والإذن فى دخول الدار ، وتفرقة الزكاة ، وذبح الأضحية . ومع ذلك ممنوع من التصرف .

فهذه شروط الوكيل والموكل . ويزاد عليها فى الوكيل أن يكون معيناً ، فلو قال لاثنين : وكلت أحدكما فى بيع كذا لم يصح .

فأما الموكل فيه ، فإنه يشترط فيه أمور :

(**احدها**) أن يكون معلوماً ولو بوجه ما وإذا كان مجهولا جهالة تامة ، فإن التوكيل لا يصح ، فمثال المجهول أن يقول له : وكلتك فى جميع أمورى أو فى كل كثير وقليل ، فهذا التوكيل لا يصح لما فى الجهالة من الغرر المفضى للنزاع .

ومثال المعلوم من بعض الوجوه أن يقول له : وكلتك فى بيع أموالى أو دوابى أو نحو ذلك ، ولو لم تكن أمواله معلومة من جميع الوجوه لأنه يكتفى فى التوكيل بتميزها عن غيرها من العقود الأخرى .

(**ثانيها**) أن يكون قابلا للكتابة ، والشيء الذى يقبل النيابة هو إبرام العقود وفسخها ، فله أن يوكل عنه فى البيع والهبة والضمان والوصية والحوالة وغيرها من العقود .

وصورة التوكيل فى الضمان أن يقول : جعلت موكلى ضامناً لك كذا . وفى الوصية أن يقول : جعلت موكلى موصياً لك بكذا . وصورة التوكيل فى الحوالة أن يقول الوكيل : أحلتك بمالك على موكلى من دين بنظيره مما له على فلان . وكذا فسخ العقود ، فله أن يوكل فى إقالة شخص من شراء سلعة ، أو فى رد سلعة اشتراها بظهور عيب فيها ، أو فى فسخ عقد له حق فسخه بخيار المجلس أو بشرط من الشروط . وكذلك له أن يوكل غيره فى قبض دين أو عين ، أو يوكله فى أن يعطى غيره ديناً عليه .

أما إذا كان عليه عين ــ كالقمح والدواب ــ فإنه لا يصح له أن يوكل غيره فى تسليمها بل لابد من أن يسلمها بنفسه على المعتمد . وكذا يصح له أن يوكل غيره فى خصومة من دعوى ، وفى جواب عن دعوى سواء أرضى الخصم أم لا .

وكذا له أن يوكل فى تملك أمر مباح كاصطياد السمك أو الطير ، وله أيضاً أن يوكل فى استيفاء العقوبة وتوقيعها على الجانى ، فيجوز التوكيل فى حضور توقيع العقوبة فى الحدود ، ولكن لا يصح التوكيل فى إيفائها ، بمعنى أنه يوكله فى أن يتحمل عنه العقوبة ، فإن ذلك لا يقبل النيابة .

ولا يصح التوكيل فى العبادات البدنية التى لابد لها أو لمتعلقها من نية كالصلاة والإمامة ، فإن الامامة وإن كانت لا تحتاج إلى نية ولكنها تتعلق بالصلاة ، والصلاة لابد لها من نية ، ويلحق بهذا اليمين والإيلاء والظهار والشهادة والنذر ، فإن كل هذا لا يقبل النيابة .

أما العبادات التى تتركب من بدنية ومالية ، فإنه يصح فيها التوكيل كالحج والعمرة ، وتجهيز الميت ، ويندرج فى الحج توابعه كركعتى الطواف، فإنها وإن كانت لا تنفع فيها النيابة ولكن تقبل النيابة فى هذه الحالة تبعاً .

ومجمل القول أن العبادات البدنية المحضة كالصلاة والصيام ، لا تقبل النيابة والعبادات المالية المحضة أو المركبة من بدنية ومالية فإنها تقبل الإنابة .

(ثالثها) : أن يكون الموكل فيه مملوكاً للموكل ، فإذا وكله فى طلاق امرأة سيتزوجها كانت الوكالة باطلة .

أما الصيغة فإنها لفظ يدل على التوكيل من أحدهما (الوكيل أو الموكل) وعدم الرد من الآخر ، فإذا قال الموكل : وكلتك فى كذا أو فوضت إليك كذا سواء كان ذلك مشافهة أو كتابة أو مراسلة فإنه يصح ، ولا يشترط أن يقول الوكيل : قبلت بل الشرط أن لا يرفض التوكيل . وكذلك لا يشترط علمه بالتوكيل ، فإذا وكل شخص أخاه فى أن يتصرف فى شيء ثم تصرف قبل أن يعلم بالتوكيل نفذ تصرفه ، ولا يشترط الفور ، فلو علم بالتوكيل ولم يباشر العمل فوراً أو لم يرده فوراً ، فإنه لا يضر على أنه يشترط اللفظ من الجانبين فى صورتين :

(احداهما) إذا كان لشخص عين مملوكة ، ولكنها فى يد غيره باجارة أو إعارة أو نحو ذلك ثم وهبها لشخص آخر فوكل الموهوب له واضع اليد بقبضها ، فإن التوكيل فى هذه الحالة لا يصح إلا إذا قبله واضع اليد لفظاً حتى تزول عنه يده ، ولا يكتفى بامساك الأرض ، لأن معنى ذلك استدامة إجارتها أو إعارتها .

(ثانيهما) الوكالة بجعل ، فإذا أوكل شخص آخر بأن يشترى له أرضاً معلومة ، وله على ذلك أجر كذا فإنه لابد فى ذلك من القبول لفظاً ، لأن الوكالة فى هذه الحالة تكون إجازة ، وشروطها : أن يكون العمل الذى يقوم به الوكيل مضبوطاً .

أما شروط الوكالة عند أبى حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى فقالوا : شرط الوكالة الذى يرجع إلى الموكل فهو أن يكون أهلا للتصرف فى شىء الذى يريد أن يوكل فيه ، لأن من لا يصح أن يتصرف بنفسه فلا يصح أن يتصرف لنائبه بطريق الأولى إلا فى أحوال ضرورية :

منها : أن يكون الموكل أعمى فإنه ممنوع من التصرف فيما يحتاج لرؤية كعقد البيع والإجارة ، ولكنه يجوز له أن يوكل غيره عنه فى ذلك ، لأن منعه عن التصرف لعجزه عن العلم بالمبيع لا لنقص فيه . ومثل الأعمى الغائب فإن له أن يوكل غيره فى عقد البيع أو الإجارة ــ وإن كان ممنوعا من التصرف لعدم الرؤية ، فخرج بذلك الصبى والسفيه والمجنون ونحوهم كما تقدم فى البيع ، على أنه يصح توكيل الصبى المميز بإذن وليه فى كل تصرف لا يشترط فيه البلوغ ، فلا يصح توكيله فى نحو إيجاب النكاح ، ولكن يصح توكيله فى قبوله ، أما الطلاق فإنه يصح توكيله بغير إذن وليه إذا عقله .

وكذلك يشترط فى الوكيل أن يكون أهلا للتصرف فيما يوكل فيه ، فلا يصح له أن يتوكل فى شىء ممنوع من التصرف فيه بنفسه إلا فى أمور .

(أحدها) أن يتوكل الغنى عن فقير فى قبض الزكاة ، فإنه ممنوع عن أخذ الزكاة لنفسه ، ولكنه يصح توكيله عن غيره ، ومثل الزكاة الكفارة والنذر .

(ثانيها) أن يتوكل الحر الغنى القادر على النكاح فى زواج أمة لمن يتاح له ، فإنه ممنوع من تزوجها ولكنه يباح له أن يتوكل فى تزويجها لغيره ، وكذلك أمه فإنه يمكنه أن يتوكل عنها فى تزويجها لغيره .

(ثالثها) أن يتوكل الرجل فى قبول زواج أخته أو عمته لأجنبى فإنه ممنوع من زواجهما لنفسه ولكن يمكنه أن يتوكل عنهما فى قبول تزويجهما لغيره .

ومنها : توكيل المرأة فى طلاق نفسها أو طلاق غيرها ، فإنه صحيح ، مع

أن المرأة لا تتصرف فى الطلاق من غير توكيل ، فهذه الصور جارية على غير الغالب .

وأما الموكل فيه فهو كل ما فيه حق لآدمى من العقود ، فيصح فى البيع والشراء والإجارة والمضاربة والقرض والإبراء والطلاق والرجعة والحوالة والرهن والضمان والكفالة والشركة والوديعة والمساقاة والصلح والهبة والصدقة والوصية والايقاف والقسمة وغير ذلك من العقود . وكذلك يصح فى تملك المباحات من صيد واحتطاب وإحياء موات .

ولا تصح الوكالة فى العقود التى لا تقبل النيابة كالظهار والأيمان واللعان والنذر والإيلاء والقسامة ، والقسم بين الزوجات والشهادة والتقاط لقطة أو لقيط ، كما لا يصح فى المعاصى والرضاع وغير ذلك .

ويصح للرجل أن يوكل غيره فى أن يقبل له النكاح بشرط أن يسند الوكيل إليه العقد ، فيقول ولى الزوجة : زوجت موكلك فلاناً ، أو زوجت فلانا فلانة ، ويقول الوكيل : قبلت لفلان أو لموكلى فلان ، فإن لم يذكر ذلك فإن النكاح يفسد .

أما حقوق الله تعالى فمنها ما لا يقبل النيابة وهو الأعمال البدنية المحضة كالصلاة والصيام والطهارة ، فهذه لا يصح التوكيل فيها . ومنها ما يقبل النيابة وهى الأعمال المحضة أو المركبة من المالية والبدنية ، والأولى كنفرقة الصدقة والزكاة والنذر والكفارة ، وهذه تصح فيها الوكالة مطلقاً ، والثانية أعمال الحج والعمرة فإنهما مركبان من أعمال مالية وبدنية ، ولكن لا تصح النيابة فيهما مطلقاً بل عند العجز عن أدائهما . ويصح التوكيل فى إثبات الحدود وفى استيفائها ممن وجبت عليه لقوله عليه الصلاة والسلام : « واغْدُ يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » فلما اعترفت أمر بها فرجمت ، فقد وكله فى إثبات الحد واستيفائه . والأولى أن يكون استيفاء الحد بحضور الموكل فى الحدود المتعلقة بحقوق العباد ، لجواز أن يرحمه ويعفو عنه فيسقط الحد .

وأما الصيغة فهى كل لفظ يدل على الإذن فى التصرف كوكلتك أو فوضت إليك فى كذا أو أذنت لك فيه أو نحو ذلك ، وتنعقد الوكالة بقول : بع هذه السيارة ، أو أعتق هذا العبد ، وتنفذ أيضاً بقول : أقمتك مقامى أو جعلتك نائباً عنى ، ويصح قبول الوكالة بكل لفظ أو فعل من الوكيل يدل على القبول ، ولا يشترط علم الوكيل بالوكالة ، فلو وكل شخص" آخرَ ولم يعلم ، ولكنه تصرف بعد التوكيل نفذ تصرفه ، ولا يشترط لقبول الوكالة بل يصح قبولها ولو بعد سنة فأكثر .

ولازلنا مع أبى حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى حيث قالوا :

إن شرط الوكالة الذى يرجع إلى الموكل هو أن يكون الموكل ممن يملك فعل ما وكل به بنفسه فلا يصح التوكل من المجنون جنوناً مطبقاً والصبى الذى لا يعقل أصلا ، لأن المجنون لا يملك التصرف فى شىء بنفسه مطلقاً ، ومثله الصبى الذى لا يعقل ، أما الصبى الذى يعقل فقد عرفت فى مباحث الحجر أن تصرفه ينقسم إلى ثلاثة أقسام :

(الأول) أن يتصرف تصرفاً ضارا به لا محالة كالطلاق والهبة والصدقة ونحوها ، وفى هذه الحالة لا يصح تصرفه ملطقاً ، فلا يصح أن يطلق زوجه أو أن يهب غيره من ماله ، أو أن يتصدق بشىء منه ، فإن فعل وقع ذلك التصرف باطلا فهو لا يملك ذلك التصرف ، فلا يملك أن يوكل فيه غيره .

(الثانى) أن يتصرف تصرفاً نافعاً كقبول الهبة والصدقة فإن فيه منفعة محققة له ، وفى هذه الحالة يقع تصرفه صحيحاً مطلقاً ولو لم يأذن وليه فهو يملك ذلك التصرف فيصح أن يوكل فيه غيره .

(الثالث) أن يتصرف تصرفاً يحتمل النفع والضرر ، كالبيع والشراء والاجارة وفى هذه الحالة : إن كان وليه قد أذنه بذلك التصرف فإنه يقع صحيحاً ، فيصح له أن يوكل فيه غيره ، وإن لم يأذنه يقع موقوفاً على إذنه ، فإن أجازه فذاك وإلا فلا ، ومثله التوكيل .

أما المجنون جنوناً متقطعاً بحيث يجن تارة ويفيق أخرى ، فإنه يصح أن

يوكل فى حال صحوه بشرط أن يكون لصحوه وقت معلوم حتى تعرف إفاقته من جنونه ، وإلا فلا يصح له أن يوكل ، وأما المعتوه وهو الغالب عليه اختلاط الأمور فإنه لا يصح توكيله .

أما الإسلام فليس شرطاً فى الموكل ، فيجوز أن يوكل الذمى غيره كالمسلم ، لأن حقوقهم مضمونة من الضياع كحقوقنا ، وإذا وكل الذمى المسلم بتقاضى ثمن الخمر ، فإنه يكره للمسلم أن يفعل ، وإذا وكل الذمى المسلم أن يرهن له خمراً فى نظير نقود أو يرهن له عيناً فى نظير خمر يأخذه ، فإنه يصح إذا أخبر على أنه رسول فيقول : ارهن لى خمراً .

أما إذا أضافه لنفسه بأن قال له : ارهن لى خمراً أو أقرضنى نقوداً فى نظير خمر ، فإنه لم يكن رهناً . وهل المرتد كذلك أولا ؟ خلاف فبعضهم يقول : إذا وكل المرتد شخصاً فإن ذلك التوكيل يقع موقوفاً ، فإن أسلم المرتد نفذ ما صدر منه من توكيله لغيره . وإن مات أو خرج من دار الإسلام إلى دار الحرب بطل توكيله ، فإن لحق بدار الحرب ثم عاد إلى الإسلام ــ فإن كان القاضى حكم بلحوقه بدار الحرب ــ فإن التوكيل يبطل ، وإلا فانه ينفذ .

وبعضهم يقول : للمرتد أن يوكل غيره ويقع توكيله صحيحاً نافذاً . هذا إذا كان المرتد رجلا ، أما المرأة المرتدة فإن توكيلها جائز فى قولهم جميعاً ، لأن ردتها لا تعتبر فى حكم ملكها فهى كالمسلمة فى ذلك .

وإذا وكلت قبل ردتها ثم ارتدت فإن توكيلها لا يبطل إلا إذا وكلت بتزويجها وهى مرتدة ، فإنه يكون باطلا فإن زوجها حال ردتها لا يصح . أما إذا عادت إلى الإسلام فزوجها فإنه يصح . أما إذا وكلته بأن يزوجها وهى مسلمة ثم ارتدت ثم عادت الى الإسلام فزوجها فإنه لا يصح لأن ردتها أبطلت التوكيل فى ذلك .

وأما الشروط التى ترجع إلى الوكيل فهى أمران :

(أحدهما) أن يكون عاقلا فلا يصح لشخص أن يوكل مجنوناً أو صبيا

لا يعقل ، أما البلوغ والحرية فلا يشترطان فى الوكيل ، فيصح أن يكون الوكيل صبيا عاقلا يدرك ما يترتب على العقود من المنافع والمضار ، سواء أذنه وليه أو لم يأذنه ، ومثله العبد فى ذلك .

(ثانيهما) أن يعلم الوكيل بالوكالة فعلم الوكيل بالوكالة شرط فى صحة تصرفه بلا خلاف . فإذا وكل شخص آخر فى بيع متاعه ، ولم يعلم الوكيل فباع المتاع قبل العلم بكل تصرفه بطل إلا إذا أجازه الموكل ، وعلم الوكيل بالتوكيل يثبت بالمشافهة أو الكتابة أو بإخبار رجلين أو واحد عدل أو غير عدل وصدقه الوكيل . لازلنا ننقل مذهب أبى حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى .

أما الإسلام وعدم الردة فلا يشترطان فى الوكيل باتفاق ، وإن كانت عدم الردة مختلف فيها ، فى الموكل ، فيصح للمسلم أن يوكل الذمى حتى فى بيع الخمر والخنزير عند أبى حنيفة الذى يقول : إن الموكل إذا كان ذميا يقف تنفيذ توكيله . هكذا لازلنا نعرض مذهب أبى حنيفة رحمه الله .

أما الصاحبان أبو يوسف القاضى ومحمد بن الحسن الشيبانى فإنهما يقولان بعدم صحة توكيله فى بيع لا يملك الموكل أن يتصرف فيه كما يصح توكيله المرتد بلا خلاف .

وإذا وكل المسلم حربيا فى دار الحرب وكان المسلم فى دار الإسلام فإن التوكيل يقع باطلا فى هذه الحالة ، وكذلك العكس ، وهو ما إذا وكل الحربى مسلماً وهو فى دار الحرب والمسلم فى دار الإسلام .

وأما الشروط التى ترجع إلى الموكل فيه :

فمنها : أن لا يكون من الأمور المباحة فلا يصح لشخص أن يوكل غيره فى أن يحتطب له أو يستقى له الماء ، أو يستخرج له شيئاً من المعادن المباحة، كالحديد والرصاص والجوهر ، ونحو ذلك ، فإذا حصل الوكيل على شىء من ذلك فهو له وليس للموكل منه شىء ، ومثل ذلك ما إذا وكله ليشحذ له ، فإن التوكيل لا يصح ، وإذا شحذ الوكيل شيئاً فهو له .

ومنها : أن لا يكون الموكل فيه استقراضاً ـ طلب قرض من غيره ـ فإذا وكل شخص آخر فأن يطلب من شخص أن يقرضه مالا ، فقال الوكيل: أقرضني كذا ، فأقرضه كان القرض للوكيل لا للموكل ، فإذا هلك كان المسئول عنه الوكيل ، وللوكيل أن لا يعطيه للموكل ، نعم إذا قال فلان أرسلني إليك لتقرضه فأعطاه القرض يكون للمرسل ، وهذا يسمى (رسولا) لا وكيلا ، والفرق بين الرسول والوكيل أن الوكيل يكون بألفاظ التوكيل الآتي بيانها في الصيغة بخلاف الرسول ، فإنه يكون بلفظ الرسالة ، كأن يقول له : كن رسولا عني في كذا ، أو أرسلتك لتأتي بكذا ، فلابد في الرسول أن يضيف العقد إلى المرسل ، بخلاف الوكيل ، فإن له أن ينسب العقد لنفسه وللمرسل ، إلا في أمور كالنكاح والهبة وسيأتي بيانها وقد استطرد الاستاذ عبد الرحمن الجزيري فقال :

ومن شروط الموكل فيه أن لا يكون حدا من الحدود التي لا تشترط فيها الدعوى كحد الزنا وحد الشرب ، فإن اثباته تكفي فيه شهادة الحسبة بدون دعوى ، فلا يصح فيه التوكيل لا في إيفائه ولا في استيفائه ، والمراد بإيفائه دفعه ، والمراد باستيفائه قبضه .

(اما الأول) فظاهر ، لأنه لا يصح أن يقول شخص لآخر : وكلتك عني في تأدية حد الشرب فتسلم ظهرك للجلد ، ولو وقع لا ينفع لأنه لا يصح إلا من الجاني .

(اما الثاني) فلأن هذا الحد يثبت بدون دعوى ، فلا يصلح فيه التوكيل مطلقاً .

وأما الحدود التي تحتاج إلى إقامة الدعوى كحد القذف وحد السرقة ، فإن في صحة التوكيل فيها خلافاً ، فأبو حنيفة ومحمد بن الحسن يقولان : إن التوكيل يصح في إثبات الحد ، فإذا وكل شخص آخر في إثبات حد القذف على من قذفه ، فإنه يصح هذا التوكيل سواء كان الموكل حاضراً أو غائباً أما في الاستيفاء فإنه يجوز التوكيل إذا كان الموكل حاضراً ، بأن يحضر

هو ووكيله حال تنفيذ العقد . وأبو يوسف يقول : لا يصح فيه التوكيل كسابقه ، إلا أن يقول : إن الممنوع إنما هو التوكيل فى إثبات الحد ، أما التوكيل فى إثبات المال المسروق فإنه يوافق عليه أبا حنيفة ومحمداً ، ولا يخفى أن حد الزنا وحد الشرب من حقوق الله تعالى ، وكذلك حد القذف وحد الشرب ، ومعنى كونها من حقوق الله تعالى أن الله تعالى قرر لها عقوبة ثابتة ليس للمجنى عليه فيها شأن ، فلابد من تنفيذها ، فالظاهر أن أبا يوسف يقول : إن التوكيل فيها لا معنى له سواء احتاجت لدعوى أولا .

وأما حقوق العباد فإنها تنقسم إلى قسمين :

نوع لا يجوز استيفاؤه مع وجود شبهة ، ونوع يجوز استيفاؤه مع الشبهة .

(مثال الاول) القصاص فى القتل أو القود ،وهو القصاص فى إتلاف عضو أو نحوه مما هو أقل من النفس ، وهذا النوع يصح التوكيل فى إثباته عند أبى حنيفة ومحمد أيضاً ، ولا يجوز فى إيفائه ولا فى استيفائه .

(اما الاول) فظاهر ، إذا لا يصح أن يوكل شخص آخر فى أن يقتل نفسه بدلا عنه ليدفع عنه حد جنايته ، أو يقطع عضواً منه ، لأن ذلك لا يصلح إلا من الجانى نفسه .

(ومثال الثانى) وهو ما يجوز استيفاؤه مع الشبهة ، الديون والاعيان وسائر الحقوق غير القصاص ، فإنه يصح للوكيل أن يستلمها مع وجود شبهة عفو صاحبها ، وتركها لمن هى عليه ، فهذا النوع يصح التوكيل فيه إيفاء واستيفاء وإثباتاً باتفاق .

ويجوز التوكيل فى سائر العقود سوى ما ذكر كالبيع والشراء والاجارة والنكاح والطلاق والهبة والصدقة والخلع والصلح والاعارة والاستعارة والايداع وقبض الحقوق والخصومات وتقاضى الديون والرهن والارتهان وطلب الشفعة والرد بالعيب والقسمة والاستيهاب إلا أن بعض هذه العقود لا يصح للوكيل فيها أن يسندها لنفسه بل لابد من إسنادها إلى الموكل .

ومنها : النكاح ، فإن الوكيل لابد أن يقول : قبلت الزواج من موكلى ، أو زوجت فلانة موكلتى ، فإذا قال : قبلت الزواج ولم يصفه أو قال : قبلت الزواج لنفسى فإنه ينعقد له لا لموكله ، بخلاف ما إذا كان وكيلا فى الطلاق ، فإنه إذا أضافه إلى نفسه فإنه يصح ، ومعنى كونه يضيفه إلى نفسه أن يقول : امرأة فلان طالق . أما إذا قال : امرأتي طالق فانها تطلق ، فليس معنى الإضافة إلى نفسه أن يقول : امرأتى ، بل معناها أن يسند طلاق امرأة موكله إلى نفسه ، ولا يشترط أن يقول : فلان وكلنى فى أن أطلق امرأته .

ومنها : الهبة ، فإنه لابد فيها من الإضافة إلى الموكل ، فإذا وكل إنسان آخر أن يهب مائة فقال : وهبت ولم يقل وهب موكلى ، فإن الهبة لا تصح . ولازلنا ننقل مذهب أبى حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى .

ومنها : الصلح عن دم العمد والصلح عن الإنكار ، فإذا ادعى شخص مائتين فأنكر المدعى عليه ، ثم وكل عنه من يصالح على مائة ، فإنه لابد فى ذلك من الإضافة . فإذا قال المدعى : على مائة صالحت وقبله وكيل المدعى عليه بأن قال : قبلت ذلك الصلح لفلان ، فإنه يصح .

أما إذا قال : قبلت ولم يسند القبول لموكله ، فإنه لا يصح الصلح ، وهذا بخلاف الصلح عن إقرار ، فإنه يصح إضافته الى الوكيل والموكل .

ومنها : التصدق ، فإذا وكله أن يتصدق من ماله بكذا ، فإنه ينبغى أن يضيف الصدقة إلى وكيله وإلا كانت من ماله .

ومنها : الإعارة والايداع والرهن والشركة ، والمضاربة ، فكل هذه العقود يجب أن يضيفها الوكيل إلى الموكل . وأما الصيغة فإنها تنقسم إلى قسمين (خاصة وعامة) :

فأما الخاصة فهى اللفظ الذى يدل على التوكيل فى أمر خاص كقوله : وكلتك فى شراء هذا البيت مثلا .

وأما العامة فهى كل لفظ يدل على العموم كقوله : أنت وكيلى فى كل

شيء . وقوله : (ما صنعت من شيء جائز ، وجائز أمرك ، فى كل شيء) فليس لها لفظ حتى لو قال : أردت أن تقوم مقامى أو أحببت أو رغبت ، أو رضيت فإنه يصح ، وهل ينفذ تصرف الوكيل بعد ذلك فى كل شيء ، أيستثنى بعض الأمور ؟ يقول الاستاذ عبد الرحمن الجزيرى :

والجواب : أن ذلك يختلف باختلاف العبارات ، فإذا قال له : أنت وكيلى فى كل شيء يكون وكيلا له فى حفظ المال لا غير على الصحيح .

ومثل ذلك ما لو قال له : أنت وكيلى فى كل كثير وقليل ، وإذا قال له : أنت وكيلى فى كل شيء جائز أمرك يكون وكيلا فى جميع التصرفات كالبيع والشراء والهبة والصدقة .

واختلف فى الاعتاق والطلاق والوقف ، فقال بعضهم : إنه لا يكون وكيلا فيها إلا إذا دل دليل سابق فى الكلام وبعضهم يقول : إنه يشملها . ولازلنا مع مذهب أبى حنيفة رحمه الله تعالى .

وإذا قال له : وكلتك فى جميع أمورى فقال له : طلقت امرأتك أو وقفت جميع أرضك ، فإنه لا يجوز على الأصح .

وإذا قال له : وكلتك فى جميع أمورى ، وأقمتك مقام نفسى لا تكون الوكالة عامة إلا إذا قال : فى جميع أمورى التى يجوز فيها التوكيل ، فإنها فى هذه الحالة تكون عامة تشمل البيع والشراء والانكحة وغير ذلك .

أما فى الحالة الأولى وهو قوله : وكلتك فى جميع أمورى ، وأقمتك مقام نفسى بدون أن يقول : فى أمورى التى يجوز فيها التوكيل فإنها فى هذه الحالة تكون عامة تشمل البيع والشراء والأنكحة وغير ذلك .

أما فى الحالة الأولى وهى قوله : وكلتك فى جميع أمورى ، وأقمتك مقام نفسى بدون أن يقول : فى أمورى التى يجوز فيها التوكيل فإنه ينظر إلى حال الموكل ــ فإن كانت له صناعة خاصة ــ فإنه يكون وكيلا عنه فيها .

أما إذا لم تكن له صناعة خاصة ، وكانت له معاملات مختلفة فإن الوكالة تقع باطلة .

وبالجملة فإن الوكيل وكالة عامة يملك كل شيء إلا الطلاق والعتاق والوقف والهبة والصدقة ــ على المفتى به ــ وكذا لا يملك الابراء والحط عن الديون لأنها تبرع ، وهو لا يملك التبرع .

وكذا لا يملك الاقراض والهبة بشرط العوض ، ويملك ما وراء ذلك فيملك قبض الدين وإيفاءه ، والدعوى بحقوق الموكل وسماع الدعوى بحقوق على الموكل ، والأقارير على الموكل بالديون ، ولا يختص بمجلس القاضى لأن ذلك فى الوكالة بالوكالة الخاصة . على أن هناك صيغاً لا ينعقد بها التوكيل أصلا منها أن يقول له : لا أنهاك عن طلاق زوجتى ، ومنها أن يقول له : أنت وصيى .

ومنها : أن يقول لغيره : اشتر لى جملا بمائتى جنيه أو سيارة بألف جنيه ، فذلك لا يكون توكيلا وإنما يكون مشورة . أما إذا قال له : اشترى لى سيارة بألف ولك على شرائك خمسون فإنه يكون وكيلا .

ومنها : أن يقول شخص لآخر مدين له : اشتر بما لى عليك سيارة ركوب أو سيارة نقل فإنه لا يصح التوكيل ، وأما إذا قال له : اشتر لى سيارة فلان أو هذه السيارة فإنه توكيل يصح .

ومنها : أن يقول لمدينه : أسلم مالى عليك فى قمح أو سمن مثلا فإنه لا يصح التوكيل .

أما إذا عين الشخص الذى يتعامل معه عقد السلم بأن يقول : أسلم عليك إلى فلان فى كذا فإنه يصح .

أما الصيغ الخاصة فإن منها أن يقول شخص لآخر : إذا لم تبع سيارتى هذه تكون امرأتى طالقاً ، فإذا قال له ذلك فقد وكله فى بيع السيارة . ومنها : أن يقول : سلطتك على بناء هذه الدار مثلا ، فذلك أن يقول له : وكلتك .

ومنها : أن يقول : فوضت إليك أمر حظيرة سياراتى بما فيها (جراج) فهو يملك بذلك صيانتها وحفظها وتوفير الوقود وقطع الغيار اللازمة لها ، واحضار من ينظفها وينفذ له كل ما ذكرنا .

ومنها : أن يقول : فوضت إليك أمر امرأتى ، وبذلك يملك طلاقها فى المجلس فقط . أما إذا قال له : ملكتك أمر امرأتى فإنه يملك طلاقها فى المجلس وغيره ، هذا هو مذهب أبى حنيفة والأدلة على جواز التفويض كما عرضها الامام الزيلعى فى تخريج أحاديث الهداية بكتابه (نصب الراية) الجـــزء الثالث صفحة ٢٢٩ ، ٢٣٠ طبعة المجلس العلمى بالهند قال رحمه الله فى باب تفويض الطلاق .

قوله : روى أن الصحابة أجمعوا على أن المخيرة لها الخيار مادامت فى مجلسها ، قلت : فيه عن ابن مسعود ، وجابر ، وعمر ، وعثمان ، وعبد الله ابن عمرو بن العاص .

فحديث ابن مسعود : رواه عبد الرزاق فى « مصنفه » أخبرنا معمر عن ابن أبى نجيح عن مجاهد عن ابن مسعود قال : إذا ملكها أمرها فتفرقا قبل أن تقضى بشىء فلا أمر لها . انتهى . ومن طريق عبد الرزاق رواه الطبرانى فى « معجمه » قال البيهقى : فيه انقطاع بين مجاهد وابن مسعود .

وحديث جابر رواه عبد الرزاق أيضـــاً أخبرنا ابن جريج عن أبى الزبير عن جابر بن عبد الله قال : « إذا خير الرجل امرأته فلم تختر فى مجلسها ذلك فلا خيار لها » انتهى .

وحديث عمر وعثمان رواه ابن أبى شيبة ، وعبد الرزاق فى « مصنفيهما » حدثنا المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جـــده عن عبد الله ابن عمر أن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان قالا : أيما رجل ملك امرأته أمرها وخيرها ، ثم افترقا من ذلك المجلس ، فليس لها خيار ، وأمرها إلى زوجها . انتهى . قال البيهقى والمثنى بن الصباح ضعيف ، ومن طريق ابن أبى شـــيبة رواه فى « المعرفة » .

وسنأتي على جميع أدلة المذهب فى « كتاب الطلاق » من هذا الكتاب إن شاء الله تعالى .

اما المالكية فإن الشروط المتعلقة بالوكيل والموكل ثلاثة سنأتي عليها بعد توضيح الفرق بين الوكالة والنيابة قال الامام الخرشي فى : (باب ذكر ما جمعه من مسائل الوكالة) :

صحة الوكالة فى قابل النيابة (ش) هذا شروع منه فى بيان محل الوكالة، والمعنى أن الوكالة تصح فيما يقبل النيابة بمعنى أن ما تجوز فيه النيابة تصح فيه الوكالة وما لا تجوز فيه النيابة لا تصح فيه الوكالة بناء على مساواة النيابة للوكالة ، لا على أن النيابة أعم ، وعبر بالصحة دون الجواز لأجل المخرجات ، لأنه يلزم من عدم الصحة البطلان ، ولا يلزم من عدم الجواز البطلان (ص) من عقد وفسخ وقبض حق وعقوبة وحوالة وإبراء وإن جهله الثلاثة ، وحج (ش) أشار بهذا إلى بيان محل قابل النيابة ، والمعنى أنه يجوز للإنسان أن يوكل شخصاً يعقد عنده عقداً سواء كان كفالة أو بيعاً أو نكاحاً أو غير ذلك من العقود ، ولا يدخل هنا الطلاق لأنه فسخ ، فهو داخل فى قوله : وفسخ ، أى يجوز أن يوكل من يفسخ عنه العقد المخير فى فسخه ، أو الملتزم فسخه ، وكذلك يجوز أن يوكل شخصاً يقبض له حقا وجب له قبل آخر ، وكذلك يجوز له أن يوكل شخصاً يستوفى له عقوبة قبل شخص من حد وتعزير وقتل ، والموكل فى الأخير الولى ، وفى الأول الامام ، لأن إقامة التعازير والحدود له ا هـ .

أما الثلاثة الشروط المتعلقة بالوكيل والموكل فهى :

(الشرط الأول) الحرية : فلا تصح بين رقيق وحر ، ولا بين رقيقين ، إلا إذا كان الرقيق مأذوناً له بالتجارة من سيده ، فإنه حينئذ يكون فى حكم الحر .

(الشرط الثانى) الرشد : فلا تصح بين سفيهين ولا بين سفيه ورشيد . على أن هذا الشرط لهم فيه اختلاف ، فبعضهم يقول : يجوز فى بعض الأمور ، ولكن ظاهر المذهب يقتضى أن المحجور عليه لا يصح أن يوكل أحداً عنه

فى الخصومة فى تخليص ماله وطلب حقوقه . ويجوز لغيره أن يوكله عن نفسه إلا إذا كانت امرأة محجوراً عليها ، فإن لها أن توكل عنها غيرها فيما يتعلق بأمر عصبتها ، بل ليس لوليها قيام فى ذلك إلا بتوكيل منها .

والحاصل : أن فى ذلك طريقين :

(أحدهما) أنه لا يجوز توكيله ولا توكله مطلقاً ، وعلى ذلك شرط الرشد

(ثانيهما) أنه يجوز أن يتوكل عن غيره ولا يوكل هو عنه ، أما المرأة الذى يضارها زوجها فلا خلاف فى صحة توكيل الغير عنها .

(ثالثها) البلوغ ، ولا يصح بين صبيين ولا بين صبى وبالغ إلا إذا كانت صغيرة متزوجة ، وأرادت أن تخاصم زوجها أو وليها ، فإن توكيلها يكون مقبولا لازماً كما عرفت .

فهذه الشروط هى التى تلزم فى الوكيل والموكل .

أما الإسلام فإنه ليس شرطاً فى الموكل بلا نزاع ، فيجوز للذمى أن يوكل المسلم عنه ويقع توكيله صحيحاً ، ولكن هل يصح للمسلم أن يوكل الذمى عنه ؟

والجواب : أنه لا يصح ، وإنما لم يذكر هذا الشرط فى الشروط لأن الذمى أهل للتوكيل مادام حراً بالغاً رشيداً ، ولكن المانع من جعله وكيلا عن المسلم أمر عارض ، وهو ما عساه أنه يتصرف تصرفاً لا تقره الشريعة .

ولهذا قالوا فى الشركة : إنه لا يصح للمسلم أن يشارك الذمى إلا إذا كان بيع الذمى وشراؤه بحضرة المسلم خوفاً من أنه إذا انفرد بذلك يدخل فى معاملته ربا أو يشترى خمراً أو خنزيراً ، وذلك لا تقره الشريعة الإسلامية ، فاذا تأكد من أنه يتعامل بما تحرمه الشريعة وجب عليه أن يتصدق بالربح الذى أصابه من شركته ، فإن شك يستحب له التصديق ، أما إذا تأكد من حسن معاملته ومطابقتها لأحكام الشريعة الإسلامية ، فإنه لا شىء عليه .

ومثل الذمى فى ذلك المسلم الذى لا يحافظ على دينه ، فالمانع من توكيل

الذمى هو الخوف من تصرفه تصرفاً لا يطابق الشريعة الإسلامية ، وواجب على المسلم أن يحتفظ بدينه فلا يصح له أن يبيح لغيره التصرف باسمه فيما لا يقره الدين ، ولهذا اعتبر المسلم الذى لا يحافظ على دينه كالذمى .

وأما الشروط المتعلقة بالموكل فيه ، فإنها ترجع إلى شىء واحد وهو أن يكون من الأمور التى تقبل شرعاً ولا تتعين فيه مباشرة له بنفسه فيجوز للشخص أن يوكل عنه غيره فى عقد بيع وشراء وإجارة ونكاح وصلح ومضاربة ومساقاة وفسخ فقد يجوز فسخه كما فى المزارعة قبل رمى البذر ، فإنه يصح لأحد العاقدين فسخ المزارعة ، فكذلك يصح له أن يوكل غيره فى الفسخ .

ومثل ذلك البيع الفاسد كما إذا باع صبى مميز شيئاً فللولى أن يوكل من يفسخه ، من ذلك الطلاق فإنه حل لقيد النكاح ، فيجوز للشخص أن يوكل شخصاً فى إقالة من اشترى منه شيئاً . وكذا له أن يوكل فى قضاء دين عليه ، وقبض حق له على الغير . وكذا يجوز له أن يوكل فى حد أو قصاص أو تأديب ، فللزوج أن يوكل عنه أباه مثلا فى تأديب زوجه إذا تركت الصلاة ، لأن للزوج حق عقوبة زوجه إذا تركت الصلاة فله أن يوكل غيره فى ذلك .

ولولى الدم أن يوكل عنه على القتل ، وللشخص أن يوكل عنه فى استيفاء الحدود والعقوبات ، وكذا له أن يوكل فى الحوالة كأن يكون مديناً لشخص بكذا وله دين عند آخر ، فله أن يوكل شخصاً فى أن يحيل الدائن الذى يطالبه بدينه على المدين الذى له عليه دين .

وكذا يصح التوكيل على أن يبرىء شخصاً من حق له عليه حتى ولو كان الحق مجهولا عند الجميع ، لأن الابراء من الحقوق لا يتوقف على علمها . وليس له أن يوكل غيره فى العبادات إلا فى المالية منها ، كأداء الزكاة ، فإنه يصح التوكيل فى أدائها ، وقد اختلف فى الحج فقيل : يصح وقيل : لا يصح كما تقدم . ولازلنا ننقل مذهب المالكية فى الوكالة .

وهل يصح لصاحب الوظيفة الدينية أن ينيب عنه كالمؤذنين والامام والقارىء فى مكان خاص ؟

والجواب : أنه يجوز التوكيل فيها حيث لم يشترط الواقف عدم النيابة فيها .

أما إذا اشترط الواقف عدم النيابة فيها فإن الأجرة تسقط ولا يستحقها الأصل ولا النائب .

أما إذا لم يشترط عدم النيابة فالأجرة تكون للأصل وهما على ما تراضيا عليه معاً ، سواء كانت النيابة لضرورة أو لغير ضرورة . ويلتحق بالعبادات الشهادة والأيمان فليس له أن يوكل عنه من يؤدى عنه من يولى من امرأته بأن يحلف أن لا يقربها مدة معلومة ، أو من يلاعن عنه مع امرأته التى يتهمها بالزنا كما هو مبين فى محله لأن اللعان شهادات مؤكدة باليمين وذلك لا تصح فيه الوكالة .

ولا تصح الوكالة فى المعاصى كالسرقة والظهار ، كأن يقول له : وكلتك فى أن تظاهر من امرأتى ، فإن الظهار منكر من القول وزور ، فإذا قال : زوجة موكلى عليه كظهر أمه لا يصح الظهار . وبعضهم يقول : إن هذا كالطلاق إذ لا فرق بين ذلك وبين قوله : امرأة موكلى طالق ، فإن كلا منهما إنشاء ، كالبيع والنكاح ، فيصح التوكيل فيهما ، وهل التوكيل فى طلاق محرم كما إذا قال له : وكلتك فى طلاق زوجتى وهى حائض ، مثل الظهار ، فلو طلقها الوكيل لا يقع به الطلاق أولا ؟ خلاف ، فبعضهم يقول : إنه لا يقع لأنه توكيل على معصية ، وبعضهم يقول : إنه يقع لأن الطلاق فى نفسه ليس بمعصية ، وإنما حرمته عارضة بسبب الحيض .

وهذا الخلاف فيما إذا وكله فى أن يطلقها حال الحيض ، أما إذا وكله فى أن يطلقها مطلقها فطلقها الوكيل حال لحيض فإن طلاقه يقع اتفاقاً على الموكل، لأن أصل التوكيل لم يكن على معصية .

وحاصل ما تقدم ، أن الأفعال التى كلف الشارع بها العباد تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

القسم لاول ما كان لمصلحة تتعلق بخصوص الفاعل بحيث لو باشر الفعل

غيره فاتت المصلحة التى شرع من أجلها ، فهذا تمتنع فيه النيابة قطعا ، وذلك كالإيمان بالله تعالى ، فإن الغرض من التصديق بالإله إظهار العبودية له وإجلاله وتعظيمه ، وذلك أمر خاص بالشخص نفسه ، ومصلحته ترجع إليه بخصوصه ، فلا يصح أن ينيب غيره فيه .

وكذا حلف اليمين فإنه ما شرع إلا للدلالة على صدق المدعى وذلك لا يحصل بحلف الغير ، فلا تصلح النيابة فيه ، وكذا النكاح بمعنى الوطء فإن الغرض منه اعفاف النفس عن الفاحشة والمحافظة على الأنساب ، وذلك لا يحصل بفعل الغير ، فلا يصح له أن ينيب غيره فيه ، بخلاف النكاح بمعنى العقد ، فإن الغرض منه تحقيق سبب إباحة الزواج ، وهذا السبب يتحقق بمباشرة الشخص بنفسه وبمباشرة وكيله بدون أن تفوت مصلحته الخاصة .

القسم الثانى ما كانت المصلحة تتعلق بتحقيق الفعل بقطع النظر عن الأشخاص وذلك كرد المغصوب والعارية وقضاء الديون وتفريق الزكاة ، وإيصال الحقوق لأهلها ، فإن الشارع طلب من المكلف فعل هذه الأشياء لما فيها من المنافع فمتى وجد الفعل فقد تحققت المصلحة سواء كانت بفعل المكلف أو بفعل وكيله ، حتى ولو لم يشعر المكلف بفعلها .

القسم الثالث ما كان مشروعاً لمصلحة تترد بين الفعل من جهة وبين الفاعل من جهة كالحج ، فإنه شرع لأمرين :

(أحدهما) تعظيم الله تعالى وإجلاله والخضوع له ، وهذه المصلحة متعلقة بالفاعل لا تحصل من سواه .

(ثانيهما) إنفاق المال الذى ينتفع به الناس ومصلحة الإنفاق تتحقق بحصوله من أى شخص كان ، فمن نظر إلى الحالة الأولى جعله ملحقاً بالقسم الأول فقال : إن الحج لا تصح فيه الإنابة وبذلك قال مالك : فمن حج عن شخص لا ينفعه فى إسقاط الفريضة ، وإنما له ثواب الانفاق والدعاء . وقد قطع النظر عن الإنفاق لأنه أمر عارض بدليل أن المكى يحج بلا مال . وأما من نظر إلى المعنى الثانى وهو الإنفاق ــ كالشافعى ــ فإنه يقول بجواز الحج

عن الغير ، وذلك لأن القربة المالية لا تنفك غالباً عن السفر ، فلا ينظر إلى المكى الذى يحج بلا نفقة ، لأن ذلك نادر . هكذا حكاه فى الفقه على المذاهب الأربعة الشيخ عبد الرحمن الجزيرى رحمه الله تعالى فى عرض مذهب الحنفية .

وأما الصيغة فلها اعتبارات ثلاثة ، وذلك لأنه إما أن ينظر إليها بالنسبة إلى جانب الموكل ، أو بالنسبة إلى جانب الوكيل ، أو بالنسبة إلى جانب الموكل فيه ، فإن نظر إليها بالنسبة للموكل فإنه يشترط لها أن تدل على معنى الوكالة عرفاً أو لغة أو عادة ، فإذا حالفت اللغة العرف يعمل بالعرف ولا ينظر للغة . لازلنا ننقل مذهب مالك وأصحابه رحمهم الله تعالى .

ولا يشترط لها أن تكون بلفظ مخصوص ، فإذا قال له : وكلتك أو أنت وكيل عنى فإنه يصح . وكذا إذا قال له : تصرف عنى ، وكما تصح باللفظ تصح بإشارة الأخرس أو الممنوع عن الكلام بسبب من الأسباب .

ومثال انعقاد الوكالة بالعادة أن يكون لأخوين دار مملوكة لهما ــ وقد جرت عادة أحدهما أن يؤجرها ويقبض أجرتها ــ فإنه يعتبر وكيلا عن أخيه ويصدق فى دعواه أنه أعطاه نصيبه من الأجرة ما لم يثبت أنه مستعد .

أما إن نظر إلى الصيغة بالنسبة للوكيل ، فإنه يشترط أن يقترن بها من جانب الوكيل ما يدل على قبول التوكيل ، وهل قبول الوكيل يجب أن يكون فوراً ، أو يصح مع التراخى ؟ خلاف ــ قال فى حاشية الخرشى فى عرض المذهب لانعقاد الوكالة وما تصح به :

(ص) لا فى كيمين ومعصية كظهار (ش) يعنى أن الوكالة تصح فى قابل النيابة كما مر لا فى الأيمان لأنها أعمال بدنية ، وكذلك الوضوء والصلاة ولا على المعاصى كالظهار ، لأنه منكر من القول وزور ، ومثله الغصب والقتل العدوان ، وما أشبه ذلك من المعاصى .

فإن قيل : التوكيل على الطلاق صحيح وعلى الظهار غير صحيح ، فما الفرق ؟ قلت : قال البساطى : يمكن أن يقال : الفرق أن التوكيلات فى الطلاق فى الصيغة ، أى وكله فى أن يقول لها : أنت طالق ــ أى وليس فيها معصية .

وأما فى الظهار فلا صيغة ، بل فى المعنى ، فإن قال لها : أنت على موكلى كظهر أمه ، لم يقع التوكيل فى هذه الصيغة . إنتهى . فإن قيل : التوكيل على الطلاق فى الحيض معصية ، كالظهار مع صحة ما ذكر . قلت : قد يفرق بأن معصية الظهار أصلية ، بخلاف إيقاع الطلاق فى الحيض ، إنما هو لأمر خارج ، وإن كان الأصل وهو الطلاق غير معصية تأمل . (ص) بما يدل عرفاً (ش) هذا متعلق بقوله : صحة الوكالة ، والمعنى أن الوكالة لا تختص بالصيغة الدالة بقول أو فعل أو إرسال ، وإنما الحكم فى ذلك للعرف والعادة، ولابد مع الصيغة من القبول ، فإن وقع بالقرب فواضح ، وإن طال ففيها الخلاف المتقدم فى المخيرة والمملكة .

ويدخل فيما فى قوله : بما يدل عرفاً الإشارة من الناطق ، وفى كلام الشارح ما ظاهره خلافه (ص) لا بمجرد وكلتك ، بل حتى يفوض (ش) يعنى أن قول الموكل لوكيله : وكلتك أو فلان وكيلى لا يفيده ، وتكون وكالة باطلة ، بل حتى يقول : فوضت إليك أمورى فى كل شىء أو أقمتك مقامى أو نحو ذلك . ويفيد ابن عبد السلام : اتفق مالك والشافعى على عدم إفادة الوكالة المطلقة ، واختلفا فى الوصية المطلقة ، فقال الشافعى : هى مثل الوكالة المطلقة ، وقال مالك : هى صحيحة ، ويكون للوصى أن يتصرف فى كل شىء لليتيم كوكالة التفويض ، ولعل الفرق بينهما قرينة الموت ، فإن اليتيم محتاج لأن يتصرف فى كل شىء ، فإذا لم يوص عليه أبوه غير هذا الوصى ولم يستثن عليه شيئاً ، والسبب الذى لأجله أوصى عليه ، وهو الحاجة إلى النظر عام ، وجب عموم المسبب ولا كذلك الوكالة . ا هـ الخرشى جـ ٦ ص ٦٩ .

والتحقيق أنه ينظر فى العرف والعادة ، فإن كانت الصيغة الصادرة من الموكل تستدعى الجواب فوراً فى العرف ، فإنه يجب أن يكونقبول الوكيل فوراً وإلا فلا .

وأما إذا نظر إلى الصيغة بالنسبة للموكل فيه فإنه يجب أن يكون معلوماً سواء كانت الوكالة متعلقة بأمر عام كما إذا فوض له التصرف ، أو كانت متعلقة بشىء خاص كما إذا وكله فى بيع سلعة خاصة أو فى طلب حق خاص ونحو ذلك .

أما طريق علم الموكل فيه فإنه يكون بلفظ يدل عليه عرفاً أو لغة ، وقد علمت أن العرف مقدم على اللغة إذا خالفها ، ويقوم مقام اللفظ إشارة الأخرس أو غير القادر على النطق بأى سبب . فإذا قال له : أنت وكيلى ، أو وكلتك ــ ولم يبين الشيء الذى وكله فيه ولا قرينة تدل عليه ، ولا عرف بين الناس فيه ــ فإنه لا يكفى فى صحة الوكالة ، وإن كان لفظ (وكلتك) يدل على الوكالة لغة ، لأنه لا اعتبار للغة ما لم يؤيدها العرف ، فلابد من بيان الموكل فيه بصيغة عامة خاصة .

مثال الأولى : أن يقول له : وكلتك وكالة مفوضة ، أو وكلتك فى جميع أمورى ، أو أقمتك مقامى فى أمورى ، أو نحو ذلك مما يدل على التوكيل العام .

ومثال الثانية : أن يقول له : وكلتك فى شراء هذه الدار أو المطالبة لى بحقى الذى عند فلان أو نحو ذلك ، ويترتب على الوكالة العامة نفاذ تصرف الوكيل فى كل ما لا يضر بالمال ، فليس للموكل أن يرد تصرفه أو يضمّنه شيئاً . أما ما يضر بالمال فإنه لا ينفذ ، فليس للوكيل أن يتصدق من مال موكله ، ولا يهبه ولا يفعل ما ينقصه ، إلا إذا قال له : وكلتك وكالة مفوضة ، وكل ما يصدر عنك ينفذ ولو كان ضاراً ، فإن تصرف الوكيل فى هذه الحالة ينفذ فيما فيه ضرر بالمال ، وإن كان يحرم عليه أن يفعل ما يضر بموكله ، ولو أذنه لأنه أمينه ، والأمين يجب عليه ألا يضر بمن ائتمنه على أى حال أنه لا ينفذ تصرفه إذا كان فيه سفه وتبذير . وأما إذا تصرف بمعصية فإن الوكالة تكون باطلة من أصلها لما عرفت من أنها لا تصح فى المعاصى .

ويستثنى من الوكالة العامة أمور :

(أحدها) طلاق زوجة الموكّل فإنه لا يدخل فى التوكيل ، حتى ولو قال له : كل تصرفك نافذ ولو فيه ضرر . وذلك لأن طلاق الزوجة لابد له عرفاً من توكيل خاص بأن يقول له : وكلتك على طلاق زوجتى فلانة أو يشير إليها بأن يقول : وكلتك على طلاق هذه .

(ثانيها) تزويج البنت ، فليس للوكيل أن يزوج بنت موكله إلا بتوكيل خاص بأن يقول : وكلتك على زواج بنتى فلانة أو هذه مشيراً إليها .

(ثالثها) بيع داره التى يسكنها : فلابد من توكيل خاص أيضاً بأن يقول : وكلتك على بيع دارى الفلانية أو هذه الدار .

(رابعها) بيع عبده القائم بأموره فإنه لا يدخل فى الوكالة العامة ، فهذه الأمور الأربعة لا تدخل فى الوكالة العامة ، بل لابد فيها من التوكيل الخاص .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا يصح التوكيل الا ممن يملك التصرف فى الذى يوكل فيه بملك او ولاية فأما من لا يملك التصرف فى الذى يوكل فيه كالصبى والمجنون والمحجور عليه فى المال والمرأة فى النكاح والفاسق فى تزويج ابنته ، فلا يملك التوكيل فيه لأنه لا يملكه ، فلا يملك أن يملك ذلك غيره ، وأما من لا يملك التصرف الا بالاذن كالوكيل والعبد المأذون ، فانه لا يملك التوكيل الا بالاذن لأنه يملك التصرف بالاذن ، فكان توكيله بالاذن ، واختلف أصحابنا فى غير الأب والجد من العصبات ، هل يملك التوكيل فى التزويج من غير اذن المرأة ؟ فمنهم من قال : يملك ، لأنه يملك التزويج بالولاية من جهة الشرع ، فملك التوكيل من غير اذن كالأب والجد ، ومنهم من قال : لا يملك لأنه لا يملك التزويج الا باذن فلا يملك التوكيل الا باذن كالوكيل والعبد المأذون » .

الشرح الأحكام : لا يصح التوكيل إلا إذا صدر للوكيل من الموكل الذى يملك التصرف عن نفسه فى ملكه أو فيما يولى فيه أو عليه فإذا كان فاقد الأهلية لصغر سن أو جنون أو حجر لسفه أو غيره فإن أولئك لا يصح توكيلهم ماداموا لا يملكون التصرف ، وفاقد الشيء لا يعطيه ،و يلحق بهؤلاء المرأة لا تكون وكيلة عن غيرها من النساء ولو ابنتها فى عقد النكاح ، وكذلك الفاسق المعروف بفسقه فى تزويج ابنته ، لفقده حق الولاية عليها ، ويلحقون بالمجنون المغمى عليه والنائم ؛ إذ تصرفه لنفسه أقوى منه لغيره فإذا لم يملك الأقوى لم يملك ما دونه بالأولى وإنما أبيح توكيل الصبى فيما يكون مصدقا فيه كالخادم والعبد مادام الصبى مميزاً لم يجرب عليه كذب وذلك فى الإذن

فى دخول دار وإيصال هدية . أما الصبى غير المأمون ، المجرب الكذب عليه ، فلا يعتمد قطعاً وما حفته قرينة يعتمد قطعاً ، وحينئذ يكون العمل بالعلم لا بالخبر .

وأما المرأة فلا تتوكل فى عقد النكاح كما قلنا إيجابا وقبولا .

واختلف فى الجد وغير الأب من العصبات هل يملك التوكيل فى التزويج من غير إذن المرأة ؟ فإن قلنا بحصول ولايته عليها من جهة الشرع فإنه يملك التوكيل من غير إذنها كالأب وأبى الأب .

ومنهم من قال : لا يملك التزويج إلا بإذن ، ويكون الإذن بمثابة توكيل منها والحق أن الإذن والتوكيل والولاية الشرعية أمور تحتاج منا إلى بيان درجاتها وإعطائها ما تستحقه من تقويم فالولاية الشرعية تعطى الولى الحق فى التزويج بغير إذن ولا توكيل ، والتوكيل يعطى الحق للوكيل بالولاية الجعلية أو الولاية العرفية ، والظاهر أن الأولى أقوى فيكتفى فيها بما لا يكتفى فى الثانية ، وأن باب الإذن أوسع من باب الوكالة ، وما جمع به بعضهم بين ما ذكر بحمل عدم الصحة على الوكالة ، والصحة على التصرف ، إذ قد تبطل الوكالة ويصح التصرف ، رد بأنه خطأ صريح مخالف للمنقول إذ الأبضاع يحتاط لها فوق غيرها ومقابل الأصح أنه يصح والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ومن لا يملك التصرف فى حق نفسه لنقص فيه كالمرأة فى النكاح والصبى والمجنون فى جميع العقود لم يملك أن يتوكل لغيره لأنه اذا لم يملك ذلك فى حق نفسه بحق الملك لم يملكه فى حق غيره بالتوكيل ، ومن ملك التصرف فيما تدخله النيابة فى حق نفسه جاز أن يتوكل فيه لغيره ، لأنه يملك فى حق نفسه بحق الملك فملك فى حق غيره بالاذن » .

« واختلف أصحابنا فى العبد ، هل يجوز أن يتوكل فى قبول النكاح ؟ فمنهم من قال : يجوز ، لأنه يملك قبول العقد لنفسه باذن المولى ، فملك أن يقبل لغيره بالتوكيل ، ومنهم من قال : لا يجوز لأنه لا يملك النكاح ، وانما أجيز له القبول لنفسه للحاجة اليه ولا حاجة الى القبول لغيره ، فلم يجز ، واختلفوا فى توكيل المرأة فى طلاق غيرها ، فمنهم من قال : يجوز كما يجوز توكيلها فى

طلاقها ، ومنهم من قال : لا يجوز ، لأنها لا تملك الطلاق ، وانما أجيز توكيلها في طلاق نفسها للحاجة ، ولا حاجة الى توكيلها في طلاق غيرها ، فلم يجز ، ويجوز للفاسق أن يتوكل في قبول النكاح للزوج ، لأنه يجوز أن يقبل لنفسه مع الفسق ، فجاز أن يقبل لغيره ، وهل يجوز أن يتوكل في الايجاب ؟ فيه وجهان .

(احدهما) لا يجوز ، لأنه موجب للنكاح فلم يجز أن يكون فاسقا كالولى .

(والثانى) يجوز ، لأنه ليس بولى . وانما هو مامور من جهة الولى ، والولى عدل » .

الشرح الأحكام ، بعض أحكام هذا الفصل مضى فى الذى قبله . وقال الرملى فى شرح المنهاج :

وشرط الوكيل تعيينه إلا فى نحو : من حج عنى فله كذا . فيبطل : ووكلت أحدكما ، نعم إن وقع غير المعين تبعا لمعين كوكلتك فى كذا وكل مسلم صح كما بحثه الشيخ فى شرح منهجه قال : وعليه العمل . وما نظر فيه من قياسه على الموكل فيه غير صحيح فسيأتى الفرق بينهما ، ودعوى أنه يحتاط فى العاقد ما لا يحتاط فى المعقود عليه لا التفات له هنا ، إذ الغرض الأعظم الإتيان بالمأذون فيه وصحة مباشرته التصرف الذى وكل فيه لنفسه ، وإلا لم يصح توكيله إذ تصرفه لنفسه أقوى منه لغيره . إلى أن قال :

والأصح صحة توكيل عبد فى قبول نكاح وإن لم يأذن له سيده لانتفاء ضرره وتعبيره بلكن فيه إشارة إلى استثناء هذين من عكس الضابط ، وهو من لا تصح مباشرته لنفسه لا يصح توكله ، ويستثنى صحة توكل سفيه فى قبول نكاح بغير إذن وليه وتوكل امرأة فى طلاق غيرها ومرتد فى تصرف لغيره مع امتناعه لنفسه وإنما يصح ذلك إن لم يشرط فى بطلان تصرفه لنفسه حجر الحاكم عليه ، وسيأتى فى بابه ما فيه ، ورجل فى قبول نكاح أخت زوجته مثلا أو خامسة وتحته أربع والموسر فى قبول نكاح أمة . واستثناء بعضهم توكل كافر عن مسلم فى شراء مسلم أو طلاق مسلمة غير صحيح ، إذ لو أسلمت زوجته فطلق ثم أسلم فى العدة بان نفوذ طلاقه .

وأشار المصنف ــ يعنى النووى فى المنهاج ــ فى مسئلة طلاق الكافر

للمسلمة بأنه يصح طلاقه فى الجملة إلى أن المراد صحة مباشرة الوكيل التصرف لنفسه فى جنس ما وكل فيه فى الجملة لا فى عينه ، وحينئذ فيسقط أكثر ما مر من المستثنيات وقياسه جريان ذلك فى الموكل أيضاً كما قدمناه ، ومنعه أى توكيل العبد ، أى من فيه رق فى الإيجاب للنكاح ، لأنه إذا امتنع عليه تزويج ابنته فبنت غيره أولى ، ويصح توكيل المكاتب فى تزويج أمته كما بحثه الأذرعى وشرط الموكل فيه أن يملكه الموكل حالة التوكيل ، وإلا فكيف يأذن فيه ؟

فرع إذا جاز للفاسق أن يتزوج وصح تعاقده فجاز أن يتعاقد لغيره على أحد الوجهين لأنه ليس بولى . والولى عدل . والوجه الثانى : إذا امتنع عليه تزويج ابنته فبنت غيره أولى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا تصح الوكالة الا بالايجاب والقبول ، لأنه عقد تعلق به حق كل واحد منهما فافتقر الى الايجاب والقبول كالبيع والاجارة ، ويجوز القبول على الفور وعلى التراخى .

وقال القاضى أبو حامد المروروذى : لا يجوز الا على الفور لانه عقد فى حال الحياة فكان القبول فيه على الفور كالبيع ـ والمذهب الأول ـ لانه اذن فى التصرف ، والاذن قائم ما لم يرجع فيه ، فجاز القبول . ويجوز القبول بالفعل، لانه اذن فى التصرف فجاز القبول فيه بالفعل كالاذن فى اكل الطعام » .

الشرح الأحكام : الوكالة كأى عقد من العقود لا ينقدح فى الذمة إلا بتحقيق هذين الشرطين ، الإيجاب والقبول ، لما يترتب على هذا العقد من حق كل واحد منهما .

فيشترط من الموكل أو نائبه لفظ صريح أو كناية ككتابة أو إشارة أخرس مفهمة لا لكل أحد يقتضى رضاه كوكلتك فى كذا أو فوضته إليك أو أنبتك فيه أو أقمتك مقامى فيه ، أو أنت وكيلى فيه كبقية العقود ، إذ الشخص ممنوع من التصرف فى مال غيره إلا برضاه ، فلا يصح أن يقول : وكلت من أراد بيع دارى ولا ينفذ تصرف أحد بهذا الإذن لفساده .

نعم لو لم يتعلق بعين الوكيل فيه غرض كوكلت من أراد فى إعتاق عبدى هذا أو تزويج أمتى هذه صح على ما بحثه السبكى وأخذ منه صحة قول من لا ولى لها أذنت لكل عاقد فى البلد أن يزوجنى . قال الأذرعى : وهـذا إن صح فمحله عند تعيينها الزوج ولم تفوض سوى صيغة العقد خاصة ، وبذلك أفتى ابن الصلاح ، ويجرى ذلك التعميم فى التوكيل ، إذ لا يتعلق بعين الوكيل غرض وعليه عمل القضاة .

وقد يشترط القبول هنا لفظا ، كما لو كان له عين مؤجرة أو معارة أو مغصوبة فوهبها لآخر وأذن له فى قبضها فوكل من هى فى يده فى قبضـها له ، لابد من قبوله لفظا لتزول يده عنها به .

اذا ثبت هذا فهل يجوز القبول على الفور ؟ أم يصح على التراخى ؟ قولان فالمصنف والأصحاب كافة على جوازه على الفور وعلى التراخى خلافا للقاضى أبى حامد المروروذى فإنه قال : لا يجوز إلا على الفور كالبيع .

فـــرع إذا قال أذنت لك فى إعطاء فلان صكا بمائة دينار فأخرج القلم وأخذ يكتب الصك كان ذلك هو القبول ، ومن أصحابنا من اشترط التلفظ بلفظ القبول وهو مرجوح ، إذ لو قال له أذنتك فى الطعام فأقبـل على الطعام ولم يقل شيئاً وأكل ألا يكون ذلك قبـولا ؟ ومادام التوكيـل أو الإذن القصـد منه أداء الفعل فأداه فقـد تحقق الغرض من الوكالة أو النيابة . والله تعالى أعلم .

فـــرع قال الفقيه الثبت فى القوانين الوضـعية مقارنة بالشريعـة الحنفية الدكتور السنهورى فى كتاب (مصادر الحق جـ ٤ ص ٥١،٥٢) العلم بالقصد غير المشروع ليس هو بالضبط ما نسميه الآن Cause فى التعاقد ، فإن الفقه الإسلامى لا يعرف نظرية السبب بوضعها الحديث لأنه فقه ذو نزعة موضوعية بارزة وإن كان أحياناً تتغلب فيه العوامل الدينيـة نظراً لتقيـده بالمشروعية الإسلامية (قصد الله تعالى فى كل الأمور) على وجه العموم . وفى بعض المذاهب تضمر نظرية السبب وتختفى وراء الصيغة وذلك كما فى المذهبين الحنفى والشافعى وفى بعضها الآخر تبرز هذه الاعتبارات الأدبية

كما فى المذهبين المالكى والحنبلى . قال الدكتور كمال وصفى : وفى الاتجاه الأول يعتد بالسبب إذا كان داخلا فى صيغة العقد ويتضمنه التعبير عن الإرادة ولو ضمناً ولكن لا يعتد به إذا لم تتضمنه صيغة العقد وأما فى المذهبين المالكى والحنبلى فقد قال أستاذنا السنهورى رحمه الله (المرجع السابق ٧١) إنه لا يعتد بالمقاصد والنيات ولو لم تذكر فى العقد بشرط أن يكون معلوماً للطرف الآخر أو كانت الظروف تحتم علمه ا هـ من حاشية على الشرح الصغير جـ ٣ ص ١٩ دار المعارف .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا يجوز التوكيل الا فى تصرف معلوم . فان قال : وكلتك فى كل قليل وكثير لم يصح ، لانه يدخل فيه ما يطيق وما لا يطيق ، فيعظم الضرر ويكثر الغرر . وان قال وكلتك فى بيع جميع مالى او قبض جميع ديونى صح ؛ لانه يعرف ماله ودينه ، وان قال : بع ما شئت من مالى او اقبض ما شئت من ديونى جاز لانه اذا عرف ماله ودينه عرف اقصى ما يبيع ويقبض فيقل الغرر .

وان قال : اشتر لى عبداً لم يصح لان فيه ما يكون بمائة وفيه ما يكون بألف ، فيكثر الغرر ، وان قال : اشتر لى عبداً بمائة لم يصح ، لأن ذكر الثمن لا يدل على النوع فيكثر الغرر .

وان قال اشتر لى عبداً تركيا بمائة جاز ، لان مع ذكر النوع وقدر الثمن يقل الغرر ، فان قال : اشتر لى عبداً تركيا ولم يقدر الثمن ففيه وجهان . قال أبو العباس : يصح لانه يحمل الأمر على أعلى هذا النوع ثمناً فيقل الغرر ، ومن أصحابنا من قال : لا يصح لأن أثمان الترك تختلف وتتفاوت ؛ فيكثر الغرر ، وان وكله فى الابراء لم يجز حتى يبين الجنس الذى يبرىء منه ، والقدر الذى يبرىء منه ، وان وكله فى الاقرار وقلنا : انه يصح التوكيل فيه لم يجز حتى يبين جنس ما يقر به ، وقدر ما يقر به ؛ لانه اذا أطلق عظم الضرر وكثر الغرر فلم يجز ، وان وكله فى خصومة كل من يخاصمه ففيه وجهان :

(احدهما) يصح ، لأن الخصومة معلومة .

(والثانى) لا يصح ، لانها قد تقل الخصومات وقد تكثر فيكثر الغرر » .

الشرح الأحكام : لا يجوز التوكيل إلا فى تصرف معلوم من بعض الوجوه لئلا يعظم الغرر . ولا يشترط علمه من كل وجه . هكذا قرر النووى

فى المنهاج ، ولا يشترط ذكر أوصاف المسلم فيها لأنها جوزت للحاجة فسومح فيها فلو قال : وكلتك فى كل قليل وكثير لى فى كل أمورى أو حقوقى ، أو فوضت إليك كل شىء لى ، أو كل ما شئت من مالى لم يصح لما فيه من عظيم الغرر ، لأنه يدخل فيه مالا يسمح الموكل ببعضه كعتق أرقائه وطلاق زوجاته والتصدق بأمواله وظاهر كلامهم بطلان هذا وإن كان تابعاً لمعين . وكذلك أفتى الرملى الكبير شهاب الدين . فلا ينفذ تصرف الوكيل فى شىء من التابع لأن عظم الغرر فيه الذى هو السبب فى البطلان لا يندفع بذلك .

قال شمس الدين الرملى : وفاروق ما مر عن أبى حامد بأن ذلك فى جزئى خاص معين فساغ كونه تابعاً لقلة الغرر فيه بخلاف هذا ، وبخلاف ما جاء فى قوله : وكلتك فى كذا وكل مسلم . إذ الوكيل المتبوع معين والتابع غير معين وهو مستثنى من أن يكون الوكيل معيناً ، وليست هذه المسألة مثل ذلك لما تقرر من كثرة الغرر فى التابع فيها .

وإن قال : وكلتك فى بيع أموالى وعتق أرقائى ووفاء ديونى واستيفائها ونحو ذلك صح ، وإن كان ما ذكر معلوماً عندهما لقلة الغرر فيه . ولو قال : فى بعض أموالى أو شىء منها لم يصح . أما لو قال : بع هذا أو هذا لتناول كل بطريق العموم البدلى فلا إبهام فيه . وكما لو قال : أبرىء فلاناً عن شىء من دينى صح وحمل على أدنى شىء . إذ الإبراء عقد غبن فتوسع فيه بخلاف البيع . وكقوله أبرىء فلاناً عما شئت من دينى فليبق عليه شيئا . أما لو قال : أبرئه عن جميعه صح إبراؤه عن بعضه بخلاف بيعه لبعض ما وكله ببيعه بأنقص من قيمة الجميع لتضمن التشقيص فيه الغرر .

وإن قال : اشتر لى عبداً بمائة ولم يبين جنسه ولا يغنى ذكر الوصف كأبيض أو أسود نعم لا يشترط ذكر أوصاف السلم ولا ما يقرب منها . هذا إذا كان العبد للاقتناء أما إذا كان للتجارة فلا يجب فيه ذكر نوع أو غيره لشبهه بالقراض . ونقله ابن الرفعة عن الماوردى وغيره .

قال الرملى شمس الدين : ولو وكله فى تزويج امرأة اشترط تعينها ، ولا يكتفى بكونها مكافئة له ، لأن الغرض يختلف مع وجود وصف المكافأة

كثيراً فاندفع ما ذكره السبكى هنا . نعم إن أتى له بلفظ عام كزوجنى من شئت صح للعموم ، وجعل الأمر راجعاً إلى رأى الوكيل بخلاف الأول فإنه مطلق ، ودلالة العام على أفراده ظاهره ، وأما المطلق فلا دلالة فيه على فرد فلا تناقض ، أو فى شراء دار للفنية أيضاً وجب بيان المحلة ــ أى الحارة ــ ومن لازمها بيان البلد ، فلذا لم يصرح به .

أما الإقرار فإنه لا يصح التوكيل فيه إلا إذا بين جنس ما يقر به وقدره لعظم الغرر عند الإطلاق وكثرة الضرر فلم يصح ، فإذا وكله فى خصوماته ، كقوله : وكلتك فى خصومة من أخاصمه ففيه وجهان .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) ولا يجوز تعليق الوكالة على شرط مستقبل . ومن أصحابنا من قال : يجوز لأنه أذن فى التصرف فجاز تعلقه على شرط مستقبل كالوصية ، والمذهب الأول لأنه عقد تؤثر الجهالة فى ابطاله فلم يصح تعليقه على شرط كالبيع والاجارة ، ويخالف الوصية فانها لا يؤثر فيها غرر الجهالة فلا يؤثر فيها غرر الشرط ، والوكالة تؤثر الجهالة فى ابطالها فأثر غرر الشرط .

فان علقها على شرط مستقبل ووجد الشرط وتصرف الوكيل صح التصرف لان مع فساد العقد الاذن قائم فيكون تصرفه باذن فصح ، فان كان قد سمى له جعلا سقط المسمى ووجب له اجرة المثل لأنه عمل فى عقد فاسد لم يرض فيه بغير بدل فوجب اجرة المثل كالعمل فى الاجارة الفاسدة ، وان عقد الوكالة فى الحال وعلق التصرف على شرط ، بأن قال وكلتك أن تطلق امرأتى أو تبيع مالى بعد شهر صح ، لأنه لم يعلق العقد على شرط ، وانما علق التصرف على شرط فلم يمنع صحة العقد)) .

الشرح الأحكام : فرقوا بين تعليق العقد على شرط وتعليق التصرف على شرط فالأول لا يجوز والثانى يجوز .

أما أجرة الوكيل فتتحدد بأجرة المثل ولو سمى له جعلا .

أما الشرط فقد قال الرملى شمس الدين : ولا يصح تعليقها بشرط من صفة أو وقت فى الأصح كسائر العقود سوى الوصية لقبولها الجهالة والإمارة للحاجة (والثانى) تصح كالوصية ورد بما مر ، ومثال الوصية قوله : إذا

جاء رأس الشهر فقد أوصيت له بكذا ، وصورة الوكالة الباطلة لارتباطها بالشرط كقوله : وكلت من أراد بيع داري ، وقال الزركشي : لا ينفذ التصرف . قال ابن الصلاح : والإقدام على التصرف بالوكالة الفاسدة جائز ، إذ أنه ليس من تعاطي العقود الفاسدة لأنه إنما قدم على عقد صحيح خلافا لابن الرفعة .

فإن نجزها وشرط للتصرف شرطاً جاز ، كوكلتك الآن ببيع هذا ولكن لا تبعه إلا بعد شهر ، وعلم من هذا أنه لو قال لآخر قبل رمضان : وكلتك في إخراج فطرتي وأخرجها في رمضان صح لتنجيزه الوكالة ، وإنما قيدها بما قيدها به الشارع ، بخلاف إذا جاء رمضان فأخرج فطرتي ، لأنه تعليق محض وعلى هذا التفصيل يحمل إطلاق من أطلق الجواز ومن أطلق المنع .

قال الشمس الرملي : والأقرب إلى كلامهم عدم الصحة إذ كل من الموكل والوكيل لا يملك ذلك عن نفسه حال التوكيل (قلت) وعلى هذا يتوجه كلام ابن الصلاح ؛ لأن إخراج الفطرة هنا عمل صحيح ترتب على وكالة فاسدة فنقول : بصحة إخراجها عنه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا يملك الوكيل من التصرف الا ما يقتضيه اذن الموكل من جهة النطق أو من جهة العرف لأن تصرفه بالاذن فلا يملك الا ما يقتضيه الاذن ، والاذن يعرف بالنطق وبالعرف فان تناول الاذن تصرفين ـ وفي أحدهما اضرار بالموكل ـ لم يجز ما فيه اضرار لقوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » فان تناول تصرفين وفي أحدهما نظر للموكل لزمه ما فيه النظر للموكل لما روى ثوبان مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : قال صلى الله عليه وسلم : « رأس الدين النصيحة ؛ قلنا : يارسول الله لمن ؟ قال : لله ولرسوله ولكتابه ولأئمة المسلمين وللمسلمين عامة » وليس من النصح أن يترك ما فيه الحظ والنظر للموكل » .

الشرح حديث « لا ضرر ولا ضرار » رواه أحمد في مسنده عن ابن عباس ورواه ابن ماجه عن عبادة وحديث ثوبان رواه الجماعة .

أما الأحكام فإذا وكله فى بيع شىء أو طلب الشفعة أو قسم شىء ففيه وجهان (أحدهما) يملك تثبيته ، وهو قول أبى حنيفة فى القسمة وطلب الشفعة ، لأنه لا يتوصل إلى ما وكله فيه إلا بالتثبيت (والثانى) لا يملكه ، وهو قول بعض أصحابنا لأنه يمكن أحدهما دون الآخر ، فلم يتضمن الإذن فى أحدهما الإذن فى الآخر ، فإذا قال : اقبض حقى من فلان لم يكن له قبضه من وارثه لأنه لم يؤمر بذلك ، وإن قال : اقبض حقى الذى قبل فلان أو على فلان جاز له مطالبة وارثه والله تعالى أعلم .

(فروع) قال المزنى : وللناس أن يوكلوا فى أموالهم وطلب حقوقهم وخصوماتهم ، ويوصوا بتركاتهم ، ولا ضمان على الوكلاء ولا على الأوصياء، ولا على المودعين ولا على القارضين ، إلا أن يتعدوا فيضمنوا والتوكيل من كل موكل من رجل وامرأة تخرج أو لا تخرج بعذر أو غير عذر حضر خصم أو لم يحضر جائز .

وجملة الأعمال أنها تنقسم أربعة أقسام ، قسم يجوز فيه التوكيل مع العجز والقدرة ، وقسم لا يجوز فيه التوكيل مع العجز والقدرة ، وقسم يجوز فيه التوكيل مع العجز ولا يجوز مع القدرة ، وقسم لا يجوز فيه التوكيل مع القدرة .

واختلفوا فى جواز التوكيل فيه مع العجز . فأما القسم الأول ، وهو ما يجوز التوكيل فيه مع القدرة والعجز ، فهو ما كان من حقوق الأموال أو ما يجرى مجرى الأموال ، فأما حقوق الأموال فمنها ما كان من حقوق الله تعالى كالزكوات والكفارات ، ويجوز التوكيل فى إخراجها وتفريقها ، ومنها ما كان من حقوق الآدميين فتارة يكون عقداً كالبيع والإجارة ، وتارة نقداً كالقرض والحوالة ، وتارة يكون رفقاً كالعارية والوديعة ، وتارة يكون تركا كالإبراء والمسامحة ، وتارة يكون أخذاً كالقبض والمطالبة ، وتارة يكون فضلا كالشركة والمضاربة ، وتارة يكون عملا كالبناء والعمارة .

فحقوق الأموال تتنوع على هذه الأحوال السبع ، والتوكيل فى جميعها جائز .

وأما ما جرى مجرى الأموال فتارة يكون عقداً كالنكاح والرجعة ، وتارة يكون حلا ، كالطلاق والعتق ، وتارة يكون حداً كالقصاص والقذف ، وتارة يكون استيثاقاً كاثبات الحجج والبينات ، والدعاوى والمخاصمات ، فهذا كله يجوز فيه التوكيل إلا استيفاء الحدود وإثباتها على ما سيأتى بيانه إن شاء الله تعالى .

(فروع) وأما القسم الثانى ، وهو ما لا يجوز فيه التوكيل مع القدرة والعجز ، وهو ما كان من العبادات التى وضعت اخلاصاً ، كالصلاة ، أو زجراً كالأيمان واللعان .

أما الطهارة فتنقسم ثلاثة أقسام قسم يجوز فيه التوكيل والنيابة ، وهو إزالة النجاسة ، وقسم لا يجوز فيه التوكيل وهو رفع الحدث لأن مقصوده الإخلاص والعمل بالنية ، فلو أن رجلا أمر على أعضاء رجل بأمره ونوى المغسول أعضاؤه الطهارة للصلاة جاز ، ولم تكن هذه وكالة ، وكانت معونة كما يعاون باستقاء واعارة الثوب .

والقسم الثالث من الطهارة ما سقط فرضه بفعل الغير من غير أن يكون وكالة ، وهو غسل الميت ، لأنه فرض على الكفاية ، فاذا فعله أحد منهم سقط به الفرض عن غيره ، وان لم يكن وكيلا ، وهو هذا القسم اختيار الزوجات فيمن أسلم على أكثر من أربع نسوة ، ولا تصح الوكالة فيه ، لأنه موقوف على شهوات النفوس .

(فروع) والقسم الثالث ما يجوز فيه التوكيل مع العجز ولا يجوز مع القدرة ، وهو الحج والعمرة وقد مضى فى حكم النيابة فيهما ما يغنى عن إعادته ، ويجوز التوكيل فيه مع العجز ، ولا يجوز مع القدرة ، ويكون ركعتا الطواف يفعلها النائب تبعاً لأركان الحج ، وإن كانت الصلاة مما لا تصح فيها النيابة .

(فروع) وأما القسم الرابع ، وهو ما لا يجوز التوكيل فيه مع القدرة ، واختلف فى جواز التوكيل فيه مع العجز وهو الصيام ، فإن كان من

وجب عليه الفرض حياً لم يجز الصيام سواء كان عاجزاً أو مطيقاً ، وإن كان ميتا فقد كان الشافعي يقول فى القديم : يجوز الصيام عنه لخبر روى فيه ، ورجع عنه فى الجديد ، ومنع من الصيام عنه لضعف الخبر واحتمال التأويل فيه إن صح .

فاذا تقرر ما وصفنا فلابد فى عقد الوكالة من لفظ تنعقد به الوكالة ، وأن يكون مقارناً لذكر ما وقعت فيه الوكالة ، ثم قبول الوكيل ، فتتم الوكالة بهذه الشروط الثلاثة ، شرطان منها من جهة الموكل هما : اللفظ بالوكالة ، وذكر الموكل فيه . والثالث من جهة الوكيل وهو القبول .

فأماالشرط الأول وهو لفظ العقد فينقسم ثلاثة أقسام ، قسم هو صريح العقد ، وقسم هو مقصود العقد ، وقسم يخرج على الأمرين ما لا يكون صريحاً ولا مقصوداً .

أما صريح العقد فهو أن يقول : قد وكلتك أو أنت وكيلى ، أو جعلتك وكيلى أو جعلتك لى وكيلا فتصح الوكالة بهذا اللفظ لكونه صريحاً فيه لمفهوم المراد به .

وأما المقصود بالعقد فهو أن يقول : قد أقمتك مقامى ، أو قد جعلتك نائباً عنى ، فيصح عقد الوكالة ، بهذا اللفظ أيضاً ، لأنه المقصود فى اللفظ الصريح فيها ، فكان أحق بصحة العقد ، وهكذا لو قال : قد استنبت صح العقد ، لأن الوكالة ، نيابة .

ولكن لو قال : سأوكلك لم يصح العقد لأنه مجمل ، وكذا أوكلك . وأما الخارج عن الأمرين من صريح مقصود فهو أن يقول : قد حولت عليك ، فلا يصح عقد الوكالة له لاحتمال أن يكون معولا على رأيه ومعونته أو نيابته ، وهكذا لو قال : قد اعتمدت عليك ، أو استفتيتك إلى ما جرى مجرى ذلك من الألفاظ المحتملة ، لم يصح العقد بها إلا أن يضم إليها أحد ألفاظ القسمين الأولين فيصح .

(فروع) وأما الشرط الثانى وهو ذكر ما وكله فيه فينقسم ثلاثة

أقسام ، قسم يكون عاما فى الأحوال كلها ، وقسم يكون خاصا فى حال بعينها ، وقسم يكون عاما من وجه وخاصا من وجه .

فأما العام فى الأحوال كلها فصورته أن تقول : قد وكلتك فى كل شىء ، أو قد وكلتك فى كل قليل وكثير ، أو قد وكلتك فى فعل ما رأيته . وأما القسم الثانى وهو ظاهر فى حال بعينها ، فصورته أن تقول : قد وكلتك فى بيع هذا العبد أو وكلتك فى شراء هذه الدار أو فى اقتضاء هذه الدية ، أو تثبت هذه الوصية أو فى مخاصمة هذا المدعى فتصح الوكالة خصوصاً فى المأذون فيه دون غيره ، وهذا مما وافق عليه أبو حنيفة ، وإن خالف فى الوصية فإن أبا حنيفة يجعل الوصى فى شىء وصيا فى كل شىء ، ولا يجعل الوكيل فى شىء وكيلا فى كل شىء ، وعند الشافعى أنهما سواء فى أن عملهما مقصور على المأذون دون غيره .

وأما القسم الثالث وهو العام من وجه الخاص من وجه ، فعلى ضربين

(أحدهما) أن يكون خصوصه بجعل العموم خصوصاً معلوماً فتصح فيه الوكالة ، كقوله : قد وكلتك فى كل قليل وكثير من مالى ، لأن تخصيص البيع جعل المراد بعموم ماله معلوماً .

(والضرب الثانى) أن لا يكون يصير العموم بما ذكر من الخصوص معلوماً ، فالوكالة فيه باطلة كقوله : قد وكلتك فى شراء ما رأيت لكل قليل وكثير من مالى ، لأن جنس ما يشتريه بماله لا يصير معلوماً ، فبطلت الوكالة فيه . وهكذا لو قال : اشتر بهذا الألف ما رأيت من العروض أو ما علمت فيه حظا من الابراء كانت الوكالة فيه باطلة إلا أن يكون مقصوده طلب الربح دون التمليك ، فيجوز كالمضاربة .

فإن قيل : أليس لو دفع فى المضاربة ما لا يشترى به العامل ما رأى فيه صلاحاً جاز ، فهلا جاز مثله فى الوكالة ؟

قيل : الفرق بينهما أن المقصود فى المضاربة طلب الربح ، فلا يؤثر فيه

اختلاف الأجناس ، لأن المقصود معلوم فصح ، والمقصود فى الوكالة تملك العين المشتراة ، واطلاق ذلك مع اختلاف الأجناس لا يجعل المقصود منها معلوماً فبطل .

فعلى هذا لو قال له : قد وكلتك فى شراء عبد لم يصح حتى يصفه بما للوكيل مراده للعبد ، من ذكر جنسه ونوعه ، ولا يحتاج إلى ذكر صفته المستحقة فى السلم ، لأنه يضيق على الناس . فلو قال له : قد وكلتك فى شراء من رأيت من العبيد أو فى شراء ما رأيت من الخيل ، لم يجز لاختلاف العبيد والخيل ، وحمل الوكيل بالمقصود منها . وهكذا لو قال : بع من رأيت من عبيدى أو بع ما رأيت من خيلى لم يجز سواء ذكر العدد أو لم يذكر ، حتى يتميز المبيع والمشترى عن غيره بصفة أو إشارة .

وقال بعض أصحابنا : يجوز أن يوكله فى شراء عبد أو ثوب وإن لم يشر إلى صفاته اعتماداً على رأى وكيله ، ولا يجوز على المذهب الأول عقد الوكالة وبيان الوكيل حتى يقترن به على الغرر .

فرع وأما الشرط الثالث وهو قبول الوكيل وهو على التراخى ما لم يتغير زمان العمل الذى وكل فيه ، فإن تغير زمانه وخيف فواته كان قبول الوكالة على الفور ، وكذا لو عرضها الحاكم عليه عند قبولها عنده صار قبولها على الفور أيضاً وقبولها فيما سوى هذه على التراخى .

وقال القاضى أبو حامد المروروذى : قبول الوكالة على الفور لأنها عقد فجرت مجرى سائر العقود ، وهذا خطأ من ثلاثة أوجه :

(أحدها) أن الوكالة له إذن بالتصرف ، فلم يحتج إلى تعجيل القبول كما لو أذن له فى بيع أو شراء .

(الثانى) أن الوكالة نيابة كالوصية ، ثم جاز أن يكون القبول فى الوصية على التراخى كذلك الوكالة .

(والثالث) أنه لو وكله بمكاتبة جاز ، إذا وقع فى نفسه صحة الإجازة

وأن يكون قبوله على التراخى ، وكذلك فى المشافهة . فإذا استكمل هذه الشروط فقد ثبتت الوكالة ، سواء أشهد الموكل على نفسه بها أم لا ، لأن الشهادة إنما هى حجة فى ثبوت وكالته ، وليست شرطاً فى صحتها ، فلو كان الوكيل غائباً عن عقد الوكالة فشهد بوكالته شاهدان عند الحاكم ، فإن صدقهما جاز له قبولها والعمل بها ، وإن لم يقع فى نفسه صدقهما لم يجز أن يعمل بها .

وليس قبول الحاكم لها بمغن عن تصديقه ، ولو ردها الحاكم لمعنى أوجب رد شهادتهما ووقع فى نفس الوكيل صدقهما جاز له قبولها والعمل بها ، وليس رد الحاكم لهما بمانع من عمل الوكيل بقبولهما لأن قبولهما عنده خبر، وعند الحاكم شهادته ، فإذا سأل الوكيل موكله أن يشهد على نفسه بوكالته ــ نظر فإن كانت الوكالة فيما إذا جحدها الموكل ــ تعلق بالوكيل فيها ضمان كالبيع إن جحده الموكل لزم الوكيل ضمان القبض من المبيع ، وكالشراء إن جحده الموكل لزم الوكيل المشترى وكفيل الأموال يلزمه مع الجحد الضمان أو كقضاء الديون يلزمه الجهد غرم ما قضى ، فواجب على الموكل مع بقائه على التوكيل أن يشهد على نفسه بالوكالة ، وإن كانت الوكالة فيما إن جحده الموكل لم يتعلق بالوكيل فيها ضمان الوكالة فى إثبات الحقوق ، والمطالبة بالشفعة ومقاسمة الشركاء لم يجب على الموكل أن يشهد على نفسه بالوكالة، ثم لا يجوز عقد الوكالة على أجل أو شرط ، لأن تعليق العقود به بشروط ، والآجال فاسدة ، فلو قال : إذا جاء رأس الشهر فقد وكلتك فى بيع دارى ، كانت الوكالة باطلة لعقدها إلى أجل .

ولو قال : قد وكلتك فى بيع دارى كانت الوكالة باطلة جاز لأنه عجل عقد الوكالة ، وإنما جعل رأس الشهر محلا لوقت البيع وهكذا لو قال : إن شاءت زينب فقد وكلتك فى طلاقها لم يجز ، ولو قال : قد وكلتك فى طلاق زينب إن شاءت جاز .

فاذا ثبت كل ما وصفنا فقد ينقسم ما تضمنته الوكالة ثلاثة أقسام :

(أحدها) ما كان عمل الوكيل فيه مقصوراً على ما تضمنته الوكالة دون

مقصوده ، وهو ما لم يبن مقصوده واختياره على الموكل كالتوكيل فى إثبات الحدود والقصاص ، فلا يجوز للوكيل أن يستوفى الحدود والقصاص بعد إثباته الآن استيفاء وهكذا لو وكله فى مطالبة بدين لم يكن قبضه بعد المطالبة به ، وإن وكله فى إثبات منفعة ليستحقها لم يكن له انتزاعها ، وكان عمل الوكيل فى هذه الأحوال كلها مقصوداً على ما تضمنه الإذن .

(وأما القسم الثانى) ما كان عمل الوكيل فيه متجاوزاً إلى ما تضمنته الوكالة من مقصوده وهو ما كان مقصوده واجباً على الموكل كالتوكيل فى بيع أو شراء ، فله إذا عقد البيع أن يسلم المبيع ويتسلم الثمن ، وإن لم يصرح له الموكل به ، لأن عقد البيع قد أوجب عليه تسليم ما باعه ، وهو مندوب إلى أن لا يسلم المبيع إلا بعد قبض الثمن ، فلذلك جاز أن يتجاوز ما تضمنه العقد إلى تسليم المبيع وقبض ثمنه ، وهكذا لو وكله فى شراء سلعة جاز له أن يقبضها ويدفع ثمنها لأن عقد الشراء قد أوجب عليه دفع الثمن وهو مندوب إلى أن لا يدفع الثمن إلا بعد قبض المبيع ، فإن وكله فى البيع على أن لا يقبض الثمن من المشترى صحت الوكالة ، ولم يكن له قبض الثمن ، ولو وكله فيه على أن لا يسلم المبيع ، كان فى الوكالة وجهان ذكرهما أبو على الطبرى فى إفصاحه :

(أحدهما) تصح الوكالة كما لو نهاه عن قبض الثمن ، فإذا أذن بتسليم المبيع أذن الموكل .

(الوجه الثانى) أن الوكالة باطلة ، لأن إقباض المبيع من لوازم البيع ، فإذا نهاه عنه بطل التوكيل .

(وأما القسم الثالث) فاختلف المذهب فيه ، هل يكون عمل الوكيل مقصوراً على كل ما تضمنه الإذن أو يجوز له المجاوزة إلى ما أدى إليه ، وهو ما لا يمكن من عمل المأذون فيه إلا به ، كالوكالة فى مقاسمته فى دار ، وقبض الحصة منها إذا جحد الشريك ، فهل للوكيل المخاصمة فيها وإثبات الحجج

والبينات عليها . وكالوكالة فى قبض دين إذا جحده المطلوب ، هل يجوز للوكيل مخاصمته ، وإثبات البينة عليه ؟ فيه قولان حكاهما ابن شريح تخريجاً :

(أحدهما) ليس له ذلك ويكون مقصود العمل على ما تضمنه صريح الإذن ، وما يجاوزه ليس بواجب فيه ، فشابه القسم الأول .

(والقول الثانى) يجوز له ذلك ، لأنه لا يصل إلى العمل المأذون فيه إلا به ، فصار بواجباته أشبه كالقسم الثانى .

فرع قال المزنى : ولا ضمان على الوكلاء ولا على الأوصياء ، ولا على المودعين ولا على المقارضين إلا أن يتعدوا فيضمنوا . وهو كما قال :

قلت : والأيدى فى أموال الغير على ثلاثة أقسام : يد ضامنة ، فيد أمينة، ويد اختلف قول الشافعى فيها ، ما معنى ضامنة أو أمينة .

فأما اليد الضامنة فيد الغاصب والمستعير والمساوم والمشترى والمستقرض وكل هؤلاء يلزمهم ضمان ما أتلفوا فى أيديهم ، وان كان هلاكه من غير تعد فلا يتهم غير متعد بيده ، أو مقارض على ما فى يده .

وأما اليد الأمينة ، فيد الوكيل والمضارب والشريك والمودع والمستأجر والمرتهن فهؤلاء كلهم لا ضمان عليهم ما لم يتعدوا ويفرطوا لأنه ليس فيهم متعد بيده ، ولا معاوض على عين .

وأما اليد المختلف فيها ، فيد الأجير المشترك ، إذا هلك بيده ما استؤجر على عمله من غير تفريط فيه ولا تعد عليه ففيه قولان :

(أحدهما) أنها ضامنة يلزمها ضمان ما هلك فيها كالمستعير .

(والقول الثانى) أنها أمينة لا ضمان فيما هلك فيها كالمودع .

(فرع) إذا تقرر هذا فالوكيل أمين فيما فى يده لموكله ، ولا ضمان عليه ان هلك لأمرين :

(أحدهما) أن الموكل قد أقامه فيه مقام نفسه ، وهو لا يلزم لنفسه ضمان ما بيده ، فكذلك الوكيل الذى هو بمثابته .

(والثانى) أن الوكالة عقد إرفاق ومعونة ، وفى تعلق الضمان بها ما يخرج عن مقصود الإرفاق والمعونة بها ، وسواء كانت الوكالة بعوض أو بغير عوض ــ وكان أبو على الطبرى يقول : ــ إن كانت بعوض جرت مجرى الأجير المشترى فيكون وجوب الضمان على قولين ، وهذا ليس بصحيح ، لأنها إذا خرجت عن حكم الإجارة فى اللزوم خرجت عن حكمها فى الضمان

فرع قال المزنى : والتوكيل من كل موكل من رجل أو امرأة تخرج أو لا تخرج بعذر أو غير عذر حضر خصم أو لم يحضر جائزة .

قال الماوردى رحمه الله تعالى : اعلم أن الكلام فى هذه المسئلة يشتمل على فصلين :

(أحدهما) الخلاف المتعلق بها (والثانى) شرط المذهب فيها . فأما الخلاف المتعلق بها فتقديمه أولى ليعتمد عليه المذهب مشروطا . والخلاف فيها فى فصلين (أحدهما) أن المرأة يجوز أن توكل فى المخاصمة ، خفِرة كانت أو برزة . وقال أبو حنيفة يجوز للخفرة التى لا تبرز أن توكل ، ولا يجوز للبرزة التى تظهر للناس أن توكل فى المخاصمة حاضراً كان أو غائباً معذوراً أو غير معذور .

وقال أبو حنيفة : يجوز للغائب والحاضر المعذور أن يوكل ، ولا يجوز للحاضر غير المعذور أن يوكل ، واستدل أبو حنيفة عليهما لتقارب الخلاف فيهما بقوله تعالى : « وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون » (١) .

ومن امتنع من الحضور بالوكالة كان معرضاً عن الإجابة ، وقد روى عن

---

(١) الآية ٤٨ من سورة النور .

عمر بن الخطاب رضى الله عنه « أنه كتب فى عقده إلى أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه : آس بين الناس فى وجهك وعدلك ، ومجلسك وفى مقابلة الخصم بلا وكيل عدم المساواة بين الخصمين ، ولأن حضور الخصم حق حقوق المدعين ، بدلالة ما يستحق من ملازمته للخصومة ، ومنعه عن اشتغاله فى امتناعه من الحضور بالتوكيل ، إسقاط لحق المدعى من الحضور ولأن جواب الدعوى مستحق على المدعى عليه ، وقد يكون الجواب تارة اقراراً وتارة انكاراً . والوكيل يقرر مخاصمة فى الانكار دون الاقرار ، فلم يجز أن يبطل بالتوكيل حقه من أحد الجوابين ، وما قد يستحقه من اليمين التى لا ينوب الوكيل عنه فيها ، ولأن الوكيل فرع لموكله كالشهادة على الشهادة هى فرع على شهود الأصل ، فلما لم يجز للحاكم أن يسمع شهود الفرع إلا بعد العجز عن الموكل ، ولأن الوكيل نائب عن موكله كالوصى والولى على اليتيم فلما ثبتت الولاية لعجز المولى وجب أن تصح الوكالة لعجز الموكل .

ودليلنا ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه سمع دعوى حويصة ومحيصة على يهود خيبر ، انهم قتلوا عبد الله بن سهل نيابة عن عبد الرحمن ابن سهل أخى المقتول ووليه ، وكان حاضراً ، فقد أبكر دعواهم له مع حضوره ، فلو كان وكالة الحاضر غير جائزة لا نكرها حتى يبتدىء الولى ، « ألا ترى أنه أنكر على محيصة حين ابتدأ بالكلام قبل حويصة ، وقال له صلى الله عليه وسلم : كبِّر كبِّر » وليس تقديم الأكبر بواجب ، وإنما هو أدب فكيف يكف عن الأنظار ما هو واجب .

وروى أن على بن أبى طالب رضوان الله عليه وكل عقيلا أخاه عند عمر ابن الخطاب ، ولعله عند أبى بكر رضى الله عنهما ، وعلى كان حاضراً ووكل أيضاً عبد الله بن جعفر ــ حين أسر عقيل ــ عند عثمان بن عفان رضى الله عنه ، وكان على حاضراً فكان ذلك منهم إجماعاً على وكالة الحاضر ، ولأن من صح توكيله إذا كان غائباً أو مريضاً صح توكيله وإن كان حاضراً صحيحا كالتوكيل فى العقود ، واستخراج الديون ولأن كل من صح توكيله فى العقود مع الغيبة صح توكيله مع الحضور كالمريض والمسافر ، ولأن شروط العقد

فى صحته لا تختلف لمرض العاقد أو صحته ، وحضوره أو غيبته كسائر العقود . ولأن مقصود الوكالة إنما هو معاونة من كان ضعيفاً ، أو صيانة من كان مهيباً ، وهذا المعنى موجود فى غير المعذور كوجوده فى المعذور .

فأما الجواب عن الآية فمن وجهين (أحدهما) أن من وكل عن نفسه لم يكن معرضاً عن الإجابة ، (والثانى) أنه دعا إلى الدين وهذا مما لا يصح التوكيل فيه .

وأما الجواب عن قول عمر رضى الله عنه فهو أن لكل واحد منهما الوكالة فلم يكن فيه إبطال التساوى .

وأما الجواب عن قولهم : إن حضور المدعى عليه من حقوق المدعى غير صحيح ، لأن المدعى عليه لو خرج من الدعوى بغير حضور سقطت المطالبة عنه ، ولو حضر من غير خروج منها لم تسقط عنه ، فثبت أن حق المدعى فى الخروج من الدعوى لا فى حضور المدعى عليه ولا يجوز للحاكم ولا للمدعى قطعه عن أشغاله إذا خرج من الدعوى أو وكل .

وأما الجواب عن قولهم : إن الجواب قد يكون إقراراً ،فهو قد خرج فى دينه بالاقرار مع حضوره ، كان متخرجاً بالخروج من الحق المدعى عليه .

وأما الجواب عن استدلاله بالشهادة على الشهادة فهو جمع لغير معين ، ثم الفرق بينهما من وجهين :

(أحدهما) أنه لما لم يجز للحاكم أن يسمع شهود الفرع برضى الخصم مع زوال العدول على اعتبار الضرورة فى الشهادة إلا بعد الكشف عن أحوال الشهود فما لم يضطر إليها لم يكلف سماعها ، ويجوز له أن يسمع من الخصم ، ولا يكشف عن حاله ، فجاز سماعه ممن لم يضطر إلى السماع منه .

وأما استدلالهم بالوصى والولى فذلك لأنه نائب عمن لم يخيره ، فلم يجز إلا مع الضرورة ، والوكيل نائب عمن اختاره فجاز مع ارتفاع الضرورة

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وان وكل فى تصرف واذن له ان يوكل اذا شاء نظرت ، فان عين له من يوكله وكله أمينا كان او غير أمين لأنه قطع اجتهاده بالتعيين وان لم يعين من يوكل لم يوكل الا أمينا لأنه لا نظر للموكل فى توكيل غير الأمين ، فان وكل امينا فصار خائنا فهل يملك عزله ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يملك عزله ، لأن الوكالة تقتضى استعمال امين ، فاذا خـرج عن ان يكون امينا لم يجز استعماله ، فوجب عزله .

(والثانى) لا يملك عزله ، لانه اذن له فى التوكيل دون العزل ، وان وكله ولم ياذن له فى التوكيل نظرت ، فان كان ما وكله فيه مما يتولاه الوكيل ويقدر عليه ، لم يجز ان يوكل فيه غيره ، لأن الاذن لا يتناول تصرف غيره من جهـة النطق ، ولا من جهة العرف ، لانه ليس فى العرف اذا رضيه ان يرضى غيره ، وان وكله فى تصرف وقال : اصنع فيه ما شئت ففيه وجهان :

(احدهما) انه يجوز ان يوكل فيه غيره لعموم قوله : اصنع فيه ما شئت .

(والثانى) لا يجوز ، لأن التوكيل يقتضى تصرفا يتولاه بنفسه ، وقوله : اصنع فيه ما شئت يرجع الى ما يقتضيه التوكيل فى تصرفه بنفسه ، وان كان ما وكله فيه مما لا يتولاه بنفسه كعمل لا يحسنه ، أو عمل يترفع عنه ، جاز ان يوكل فيه غيره ، لأن توكيله فيما لا يحسنه او فيـما يترفع عنـه اذن فى التوكيل فيه من جهة العرف . وان كان مما يتولاه الا انه لا يقدر على جميعـه لكثرته ، جاز له ان يوكل فيما لا يقدر عليه منه ، لأن توكيله فيما لا يقدر عليه اذن فى التوكيل فيه منجهة العرف ، وهل يجوز ان يوكل فى جميعه ؟ فيـه وجهان :

(احدهما) له ان يوكل فى جميعه ، لانه ملك التوكيل فملك فى جميعـه كالموكل .

(والثانى) ليس له ان يوكل فيما يقدر عليه منه ، لأن التوكيل يقتضى ان يتولى الوكيل بنفسه ، وانما اذن له فيما لا يقدر عليه للعجز ، وبقى فيما يقدر عليه على مقتضى التوكيل ، وان وكل نفسين فى بيع او طلاق فان جعله الى كل واحد منهما جاز لكل واحد منهما أن ينفرد به ، لانه اذن لكل واحد منهما فى التصرف وان لم يجعل الى كل واحد منهما لم يجز لاحدهما ان ينفرد به ، لانه لم يرض بتصرف احدهما ، فلا يجوز ان ينفرد به ، وان وكلهما فى حفظ ماله حفظاه فى حرز لهما .

وخرج ابو العباس وجها آخر انه ان كان مما ينقسم ، جاز ان يقتسما ويكون عند كل واحد منهما نصفه ، وان لم ينقسم جعلاه فى حرز لهما كمـا

يفعل المالكان والصحيح هو الأول ؛ لأنه تصرف اشرك فيه بينهما . فلم يجز لأحدهما أن ينفرد ببعضه فيه كالبيع ، ويخالف المالكين ، لأن تصرف المالكين بحق الملك ففعلا ما يقتضى الملك ، وتصرف الوكيلين بالاذن ، والاذن يقتضى اشتراكهما ، ولهذا يجوز لأحد المالكين أن ينفرد ببيع بعضه ولا يجوز لأحد الوكيلين أن ينفرد ببيع بعضه » .

الشرح الأحكام : لا يخلو التوكيل من ثلاثة أحوال :

(أحدها) أن ينهى الموكل وكيله عن التوكيل فلا يجوز له ذلك بغير خلاف لأن ما نهاه عنه غير داخل فى إذنه كما لو لم يوكله .

(الثانى) أذن له فى التوكيل فيجوز له ذلك ، لأنه عقد أذن له فيه فكان له فعله كالتصرف المأذون فيه ، ولا نعلم فى هذا خلافا ، فإن قال له : وكلتك فاصنع ما شئت فهل له أن يوكل ؟ نظرت فإن كان ما وكله فيه مما يمكن أن يتولاه الوكيل ويقدر عليه ، فإنه ليس له التوكيل ، لأنه موكل بتصرف يتولاه بنفسه ، وقوله : اصنع ما شئت يرجع إلى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه ، وقال أصحاب أحمد : له أن يوكل من شاء لدخوله فى عموم التوكيل .

ومذهبنا أنه إذا كان ما وكل به كثير الجوانب متعدد الجهات بحيث يحتاج الوكيل إلى من يعينه على أدائه ، ومثله لو كان العمل شاقا لا يقدر مثله على القيام به ، ويحتاج إلى شخص قوى يؤديه جاز له توكيله ، ومثل ذلك لو كان العمل يحتاج إلى مهارة أو فن خاص له دارسوه والمتخصصون فيه كالهندسة ونحوها جاز له توكيله ، وكذلك لو كان عملا سهلا ولكنه من الأعمال التى يترفع مثله عن القيام بها لدناءتها جاز له أن يوكل من يقوم به .

(الثالث) أطلق الوكالة فلا يخلو من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يكون العمل من الأعمال التى أشرنا إليها مما يرتفع الوكيل عن مثله كالأعمال الدنيئة فى حق أشراف الناس أو يعجز عن فعلها أو لأى اعتبار مما ذكرنا آنفا فإن الإذن ينصرف إلى ما جرت به العادة من الاستنابة، وبه قال أحمد وأصحابه .

(القسم الثانى) أن يكون مما يعجز عن عمله لكثرته وانتشاره فجاز التوكيل فى بعضه فيما لا يقدر عليه منه ، أما التوكيل فى جميعه فيجوز عند أصحاب أحمد ، أما عند أصحابنا فوجهان : (أحدهما) له أن يوكل فى جميعه لأنه ملك التوكيل فملك فى جميعه كالموكل (والثانى) ليس له أن يوكل إلا فيما لا يقدر عليه منه ، وإنما أذن له فيما لا يقدر عليه للعجز ، وبقى ما يقدر عليه على مقتضى التوكيل ، وهذا قول عند أصحاب أحمد ذكره ابن قدامة عن القاضى .

(القسم الثالث) وهو ما يمكنه عمله بنفسه ولا يترفع عنه كعقد المقاولة فهل يجوز له التوكيل فيه ؟ على روايتين .

(إحداهما) لا يجوز . وهو المذهب عندنا ، وإليه ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف لأنه لم يأذن له فى التوكيل ولا تضمنه إذنه فلم يجز كما لو نهاه ، ولأنه استئمان فيما يمكنه النهوض فيه فلم يكن له أن يوليه لمن لم يأمنه كالوديعة .

(والأخرى) يجوز ، نقلها ابن حنبل وبه قال ابن أبى ليلى ، إذا مرض أو غاب ، لأن الوكيل له أن يتصرف بنفسه فملكه نيابة كالمالك . دليلنا أن التوكيل لا يتناول تصرف غيره من جهة النطق ولا من جهة العرف ، لأنه ليس فى العرف إذا رضيه أن يرضى غيره ويفارق المالك فإن المالك يتصرف بنفسه فى ملكه كيف شاء بخلاف الوكيل فإنه يتصرف بالإذن .

فرع كل وكيل جاز له التوكيل فليس له أن يوكل إلا أميناً لأنه لا نظر للموكل فى توكيل من ليس بأمين ، فيقيد جواز التوكيل بما فيه الحظ والنظر ، كما أن الإذن فى البيع يتقيد بالبيع بثمن المثل ، إلا أن يعين له الموكل من يوكله فيجوز توكيله وإن لم يكن أميناً ، لأنه قطع نظره بتعيينه: وإن وكل أمينا وصار خائنا فعليه عزله ؛ لأن تركه يتصرف مع الخيانة تضييع وتفريط ، والوكالة تقتضى استئمان أمين ، وهذا ليس بأمين فوجب عزله .

ويقول النووى : لا يملك الوكيل عزله فى الأصح لأنه أذن فى التوكيل دون العزل . وقد أورد الرملى الوجهين .

فـــرع إذا وكل وكيلين فى تصرف وجعل لكل واحـد الانفـراد بالتصرف فله ذلك ، لأنه مأذون له فيه ، فإن لم يجعل ذلك فليس لأحدهما الانفراد به ، لأنه لم يأذن له فى ذلك ، وإنما يجوز له أذن فيه موكله ، وبهذا قال أحمد وأصحاب الرأى .

وإن وكلهما فى حفظ ماله حفظاه معاً فى حرز لهما . لأن قوله : افعلا كذا يقتضى اجتماعهما على فعله ، وهو مما يمكن فتعلق بهما . وفارق هذا قوله بعتكما ، حيث كان منقسـما بينهـما ، لأنه لا يمكن كون الملك لهـما على الاجتماع فانقسم بينهما فإن غاب أحد الوكيلين لم يكن للآخر أن يتصرف .

وخرج أبو العباس بن سريج وجهاً آخـر أنه إن كان المال مما ينقسـم اقتسماه ويكون عند كل واحد منهما نصفه والصحيح ما قررنا .

وليس للحاكم أن يضم أميناً إلى الوكيل ليحل محل الغائب ، لأن الموكل رشيد جائز التصرف لا ولاية للحاكم عليه ، فلا يضم الحاكم وكيلا له بغير أمره . وفارق ما لو مات أحد الوصيين ــ وفرق بين الوصاية والوكالة ــ حيث يضيف الحاكم إلى الوصى أميناً ليتصرف ، لكون الحاكم له النظر فى حـق الميت واليتيم . ولهذا لو لم يوص إلى أحد أقام الحاكم أميناً فى النظر لليتيم ، وإن حضر الحاكم أحد الوكيلين والآخر غائب وادعى الوكالة لهما وأقام بينة سمعها الحاكم وحـكم بثبوت الوكالة لهما ، ولم يملك الحـاضر التصرف وحده ، فإذا حضر الآخر تصرفا معاً ولا يحتاج إلى إعادة البينة ، لأن الحاكم سمعها لهما مرة .

وإن جحد الغائب الوكالة أو عزل نفسه لم يكن للآخر أن يتصرف ، وبما ذكرناه قال أحمد وأبو حنيفة . وقال أبو حنيفة : إذا وكلهما فى خصومة فلكل واحد منهما الانفراد بها .

ولنا أنه لم يرض بتصرف أحدهما فأشبه البيع والشراء والله تعالى أعلم .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى توكيل الوكيل غيره

سبق أن أوضحنا أن مذهبنا أنه يصح للوكيل أن يوكل عنه غيره فيما يعجز عنه ، أو لا يليق به مباشرته بدون إذن ، وإلا فلابد من إذن موكله الأصلى صراحة أو ضمناً . وبهذا قال أحمد بن حنبل ومالك رضى الله عنهما.

قالت الحنابلة : لا يجوز للوكيل أن يوكل غيره فيما يمكنه أن يباشر عمله بنفسه فإذا كان وكيلا على شىء لا يصح لمثله أن يتولاه فإنه يصح له أن يوكل فى عمله غيره ، وإذا أذن له الموكل الأصلى توكيل غيره عنه ، فإنه يصح ، وكذا إذا وكالة وكالة مفوضة بأن يقول له : اصنع ما شئت فانه فى هذه الحالة يصح له أن يوكل غيره عنه .

وقالت المالكية إذا لم يأذن الموكل الأصلى وكيله بتوكيل الغير فإنه لا يصح له أن يوكل إلا فى حالتين :

الحالة الاولى أن يكون وكيلا على أمر لا يليق به أن يتولاه بنفسه كما إذا وكله على بيع دابة بسوق عامة ، وهو عظيم لا يناسبه أن يباشر بنفسه ذلك البيع فله فى هذه الحالة أن يوكل عنه غيره فى بيعها بشرط أن يكون الموكل عالماً بوجاهته أو يكون مشهوراً بالوجاهة ، فإذا لم يتحقق هذا الشرط ووكل عنه غيره بدون إذن الموكل الأصلى وضاع المال كان مسئولا عنه .

(الحالة الثانية) : أن يوكل على عمل كثير ، لا يستطيع أن يتولاه وحده ، فله فى هذه الحالة أن يوكل عنه غيره ليساعده فى العمل وليس له أن يوكل من يستقل بالعمل وحده .

وإذا وكل الوكيل عنه ثم عزل الموكل الأصلى الوكيل الأول ، فإن الوكيل الثانى لا ينعزل بعزل الأول ، فإذا أراد الموكل الأصلى عزل الثانى فله عزله استقلالا ، وللوكيل الأول عزل الوكيل الثانى . وإذا مات الموكل الأصلى انعزل الوكيلان ، وأما الوكيل وكالة مفوضة فله توكيل الغير مطلقاً .

اما ابو حنيفة واصحابه فقد قالوا : إنه لا يجوز للوكيل أن يوكل عنه غيره بدون إذن موكله إلا فى الأمور الآتية :

(أحدها) : أن يوكل شخص آخر فى دفع ما عليه من زكاة فللوكيل فى هذه الحالة أن يوكل عنه غيره بدون إذن موكله ، ويجوز تصرفه بدون إذن الموكل الأصلى بخلاف ما إذا وكل شخصاً آخر على أن يشترى له أضحية ، فوكل الوكيل غيره فاشتراها فالشراء يقع موقوفاً على إجازة الموكل الأصلى فإن أجازه صح وإلا وقع شراؤه للوكيل .

(ثانيها) : أن يوكل شخص آخر فى أن يقبض ديناً له ، فللوكيل أن يوكل عنه شخصاً ممن يعولهم ، فإذا وكل عنه من كان فى عياله ودفع المدين له الدين ، فإنه يبرأ ، لأن يد من كان من ضمن العيال كيد الوكيل . أما إذا وكل شخصاً أجنبياً ليس من عياله ودفع المدين له الدين ثم وصل ليد صاحبه ، فإن المدين يبرأ من الدين ، أما إذا لم يصل الدين إليه وهلك فى يد الوكيل الثانى لم يبرأ المدين ، وعلى الوكيل الثانى ضمان الدين ، وله الرجوع على الوكيل الذى وكله .

(ثالثها) إذا وكل شخصاً على أن يبيع له سلعة ثم طلبه ليقدر له ثمنها الذى يبيعها به ، فوكل الوكيل عنه من يذهب إلى الموكل ليسمع منه تقدير الثمن ، فإن التوكيل يصح بدون الموكل الأصلى ، لأن مقصوده وهو تقدير الثمن قد حصل بدون ضرر .

ويقوم التفويض إلى رأى الوكيل مقام الاذن بالتوكيل ، فإذا قال الموكل له : اعمل برأيك ، أو اصنع ما شئت فله أن يوكل عنه .

وإذا قال الوكيل الأول للوكيل الثانى : اعمل برأيك ، أو اصنع ما شئت فليس له أن يوكل عنه وكيلا ثالثاً بذلك ، ويستثنى من ذلك الطلاق والعتاق كما مر ، فلا يصح أن يوكل عنه غيره .

وإذا وكل الوكيل الأول عنه وكيلا آخر بدون إذن أو تفويض فتصرف

الوكيل الثانى ، فإن تصرفه لا يصح إلا إذا أجازه الوكيل الأول سواء كان حاضراً أو غائباً ، لأن الغرض هو حصول رأى الوكيل ، وقد حصل باجازته للفعل ، ويسمى الثانى وكيلا . وإن كانت وكالته بدون إذن أو تفويض غير صحيحة ، لأن اجازة تصرفه صيرته وكيلا حالا ، ألا ترى أن الفضولى بعد إجازة عمله يصير وكيلا ، فالاجازة اللاحقة ، كالوكالة السابقة .

وإذا وكل الوكيل الأول بأمر الموكل أو بالتفويض يكون الوكيل الثانى تابعاً للموكل الأصلى ، فلا ينعزل بعزل الوكيل الأول الذى وكله كما لا ينعزل بموته ، وينعزلان معاً بموت الموكل الأصلى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وان وكل رجلا فى الخصومة لم يملك الاقرار على الموكل ، ولا الابراء من دينه ولا الصلح عنه ، لأن الاذن فى الخصومة لا يقتضى شيئاً من ذلك ، وان وكله فى تثبيت حق فثبته لم يملك قبضه ، لأن الاذن فى التثبيت ليس باذن فى القبض من جهة النطق ، ولا من جهة العرف ، لأنه ليس فى العرف أن من يرضاه للتثبيت يرضاه للقبض ، وان وكله فى قبض حق من رجل فجحد الرجل الحق ، فهل يملك أن يثبته عليه ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يملك ، لأن الاذن فى القبض ليس باذن فى التثبيت من جهة النطق ، ولا من جهة العرف ، لأنه ليس فى العرف أن من يرضاه للقبض يرضاه للتثبيت .

(والثانى) أنه يملك لأنه يتوصل بالتثبيت الى القبض ، فكان الاذن فى القبض اذناً فى التثبيت ، وان وكله فى بيع سلعة فباعها لم يملك الابراء من الثمن ، لأن الاذن فى البيع ليس باذن فى الابراء من الثمن . وهل يملك قبضه أم لا ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) أنه لا يملك ، لأن الاذن فى البيع ليس باذن فى قبض الثمن من جهة النطق ولا من جهة العرف ، لأنه قد يرضى الانسان للبيع من لا يرضاه للقبض .

(والثانى) أنه يملك ، لأن العرف فى البيع تسليم للمبيع وقبض الثمن ، فحملت الوكالة عليه ، وان وكله فى شراء عبد فاشتراه وسلم الثمن ثم استحق العبد فهل يملك أن يخاصم البائع فى درك الثمن ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يملك ، لأنه من أحكام العقد .

(والثانى) لا يملك ، لأن الذى وكل فيه هو العقد ، وقد فرغ منه فزالت الوكالة » .

الشرح الأحكام : إذا وكل رجلا فى الخصومة لم يقبل إقراره على موكله بقبض الحق لا غيره ، وبهذا قال أحمد ومالك وابن أبى ليلى . وقال أبو حنيفة ومحمد : يقبل إقراره فى مجلس الحكم فيما عدا الحدود والقصاص . وقال أبو يوسف يقبل إقراره فى مجلس الحكم وغيره ، لأن الإقرار أحد جوابى الدعوى فصح من الوكيل كالإنكار .

دليلنا أن الإقرار معنى يقطع الخصومة وينافيها ، فلا يملكه الوكيل فيها كالإبراء، وفارق الإنكار فإنه لا يقطع الخصومة ، ويملكه فى الحدود وفى غير مجلس الحاكم ، ولأن الوكيل لا يملك الإنكار على وجه يمنع الموكل من الإقرار فلو ملك الإقرار لامتنع على الموكل الاقرار فافترقا ولا يملك المصالحة عن الحق ولا الابراء منه بغير خلاف نعلمه ، لأن الاذن فى الخصومة لا يقتضى شيئاً من ذلك ، وإن أذن له فى تثبيت حق له يملك قبضه ، وبهذا قال أحمد ، وقال أبو حنيفة : يملك قبضه ، لأن المقصود من التثبيت قبضه وتحصيله .

دليلنا أن القبض لا يتناوله الإذن نطقاً ولا عرفاً ، إذ ليس كل من يرضاه لتثبيت الحق يرضاه لقبضه .

وإن وكله فى قبض حق فجحد من عليه الحق فهل يملك القيام بتثبيت الحق على الجاحد ؟ فيه وجهان لأصحابنا (أحدهما) لا يملك وليس له ذلك ، وهو أحد الوجهين عند أصحاب أحمد ، لأنهما معنيان مختلفان ، فالوكيل فى أحدهما لا يكون وكيلا فى الآخر ، كما لا يكون وكيلا فى القبض بالتوكيل فى الخصومة .

(والثانى) كان له القيام بتثبيت الحق على جاحده ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وهو أحد الوجهين عند أصحاب أحمد .

ووجه هذا الوجه أنه لا يتوصل إلى القبض إلا بالتثبيت ، فكان إذناً فيه عرفاً ، ولأن القبض لا يتم إلا به فملكه ، كما لو وكل فى شراء شىء ملك وزن ثمنه أو وكل فى بيع شىء ملك تسليمه ، ويحتمل أنه إن كان الموكل عالماً بجحد من عليه الحق أو مطله كان توكيلا فى تثبيته والخصومة فيه لعلمه بوقوف القبض عليه . وإن لم يعلم ذلك لم يكن توكيلا فيه لعدم علمه بتوقف القبض عليه ، ولا فرق بين كون الحق عينا أو ديناً .

وقال بعض أصحاب أبى حنيفة : إن وكله فى قبض عين لم يملك تثبيتها لأنه وكيل فى نقلها ، أشبه الوكيل فى نقل الزوجة .

فرع إذا وكله فى بيع شىء ملك تسليمه ، لأن إطلاق التوكيل فى البيع يقتضى التسليم لكونه من تمامه ، ولم يملك الإبراء من ثمنه ، وبهذا قال أحمد . وقال أبو حنيفة : يملكه .

دليلنا أن الإبراء ليس من البيع ولا من تتمته . فلا يكون التوكيل فى البيع توكيلا فيه كالإبراء من غير ثمنه .

فرع وأما قبض الثمن فعلى وجهين ، إن قلنا : إنه قد يوكل فى البيع من لا يأمنه على قبض الثمن فعلى هذا ليس له قبض الثمن . وإن قلنا : إن العرف فى البيع تسليم المبيع وقبض للثمن . وأنه موجب للبيع ملك القبض فكان كتسليم المبيع ، فعلى هذا ليس له تسليم المبيع إلا بقبض الثمن ، فإذا سلمه قبل قبض ثمنه ضمنه ، والأولى أن ينظر فيه فإن دلت قرينة الحال على قبض الثمن مثل توكيله فى بيع ثوب فى سوق غائب عن الموكل ، أو موضع يضيع الثمن بترك قبض الوكيل له كان إذنا فى قبضه ، ومتى ترك قبضه كان ضامناً له ، لأن ظاهر حال الموكل أنه إنما أمره بالبيع لتحصيل ثمنه فلا يرضى بتضييعه ، ولهذا يعد من فعل ذلك مضيعاً مفرطاً ، وإن لم تدل القرينة على ذلك لم يكن له قبضه ، وبالوجهين قال : أحمد وأصحابه .

قال الماوردى فى الحاوى : لو وكله فى المطالبة بدين لم يكن له قبضه

بعد المطالبة ، وإن وكله فى المخاصمة فى دار يدعيها لم يكن له قبضها . ولو وكله فى إثبات منفعة يستحقها لم يكن له انتزاعها وكان عمل الوكيل فى هذه الأحوال كلها مقصوراً على ما تضمنه الإذن فهذا قسم .

(والقسم الثانى) ما كان عمل الوكيل فيه متجاوزاً إلى ما تضمنته الوكالة من مقصوده ، وهو ما كان مقصوده واجباً على الموكل ، كالتوكيل فى بيع أو شراء فله إذا عقد البيع أن يسلم المبيع ويتسلم الثمن . وإن لم يصرح له الموكل به ، لأن عقد البيع أوجب عليه تسليم ما باعه ، وهو مندوب إلى أن لا يسلمه إلا بعد قبض ثمنه . فلذلك جاز أن يتجاوز العقد إلى تسليم المبيع وقبض ثمنه .

وهكذا لو وكله فى شراء سلعة جاز له أن يقبضها ويدفع ثمنها ، فإن الشراء قد أوجب عليه دفع الثمن ، وهو مندوب إلا أن لا يدفع الثمن إلا بعد قبض المبيع ، فإن وكله فى البيع على أن لا يقبض الثمن من المشترى صحت الوكالة ولم يكن له قبض الثمن ، ولو وكله فيه على أن لا يسلم المبيع كان فى الوكالة وجهان ذكرهما أبو على الطبرى فى إفصاحه .

(أحدهما) تصح الوكالة ، كما لو نهاه عن قبض الثمن ، فإذا أخذ تسليم المبيع أخذ به الموكل .

(والوجه الثانى) أن الوكالة باطلة ، لأن إقباض المبيع من لوازم البيع فإذا نهاه عنه بطل التوكيل .

(القسم الثالث) ما اختلف المذهب ، هل يكون عمل المذهب فيه مقصوراً على ما تضمنه الإذن ؟ أو تجوز له المجاوزة إلى ما أدى إليه ؟ وهو مالا يمكن من عمل المأذون فيه الا به كالوكالة فى مقاسمته فى دار وقبض الحصة منها إذا جحد الشريك ، هل يجوز للوكيل المخاصمة فيها وإثبات الحجج والبينات عليها ، وكالوكالة فى قبض دين ، أما جحده المطلوب هل يجوز للوكيل مخاصمته وإثبات البينة عليه ؟ فيه قولان حكاهما ابن سريج مخرجا

(أحدهما) ليس له ذلك ويكون مقصود العمل على ما تضمنه صريح الإذن ، لأن ما تجاوزه ليس بواجب فيه فشابه القسم الأول .

(والقول الثانى) يجوز له ذلك ، لأنه لا يصل إلى العمل المأذون فيه إلا به كالقسم الثانى . والله أعلم .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى التوكيل بالخصومة

سبق أن ذكر أن الوكالة بالخصومة تصح ، ولكن وكيل الخصومة لا يملك الإقرار ولا الصلح ، ولا الإبراء من الدين ، ولا قبض الدين ، على أن الوكالة بالإقرار لا تصح حتى ولو صرح بها الموكل فى توكيله على الأصح ، فإذا قال شخص لآخر : وكلتك على أن تقر لفلان بكذا فقال الوكيل : أقررت لفلان بكذا فإنه لا يصح ، لأنه إخبار عن حق فلا يقبل التوكيل كالشهادة ، وهل الموكل يكون مقرا بذلك أولا ؟

والجواب : أن هذا يختلف باختلاف العبارة ، فإذا قال له : وكلتك لتقرعنى لفلان بألف له على ، فإنه بذلك يكون مقرا قطعاً ، وإذا قال له : وكلتك لتقرعنى ، ولم يقل على فقيل يكون مقراً ، وقيل : لا ، والأصح أنه يكون مقراً .

أما إذا قال : وكلتك لتقر لفلان بألف له على ، ولم يذكر (عنى) فإنه لا يكون مقرا على الأصح ، لأنه لم يصرح بأن الاقرار عنه .

أما إذا قال : وكلتك لتقر لفلان بألف ، ولم يقل : (عنى) ولا (على) فإنه لا يكون مقراً قطعاً .

أما احمد وأصحابه فقالوا : التوكيل بالخصومة جائز ، وليس لوكيل الخصومة أن يقبض الحقوق المالية إلا إذا نص عليها فى عقد التوكيل . أما إذا لم ينص عليها فإن الخصومة لا تشمل القبض لا لغة ولا عرفاً ، لأنه قد يرضى للخصومة من لا يرضاه للقبض . أما الوكيل فى القبض فإن له الخصومة

لأنه قد لا يتوصل إليه إلا بهـا ففى التوكيـل بالقبض إذن عرفاً توكيـل بالخصومة .

أما أبو حنيفة وأصحابه فقالوا : الوكالة فى الخصومة جائزة لا فرق بين أن يوكل واحداً أو أكثر ولكن هل تصح بدون رضا الخصـم أولا ؟ فبعضهم رجح قول الإمام وهو أن التوكيل فى الخصومة لا يجوز إلا برضا الخصم ، وبعضهم رجح قول صاحبيه ، وهو أن يجوز بدون رضا الخصـم سواء كان مدعيا أو مدعى عليه . وبعضهم فوض الأمر للقاضى ، وهو أنه إذا علم من الموكل التعنت والاضرار بالخصم بدون حق ، فلا يقبل التوكيل ، وإذا علم من أحد الخصمين التعنت فى عدم قبول التوكيل الذى يقصد منه بيان الحقيقة لا يصغى له ، وهذا حسن فى زماننا ، لأن كثيراً من الناس يعلم حق العلم أنه مبطل ، وأن قضيته خاسرة ، ولكن يحمله العناد والإغراق فى الخصومة على توكيل محام لا عمل له إلا الاضرار بالخصم بأن يحاول تأخير حقه ، أو حمله على نفقات ضـائعة نكاية به ، أو غير ذلك ، فلو أن الموكل الذى يظهر منه ذلك للقاضى لا يقبل منه إلا برضا خصمه يكون حسناً .

ومحل ذلك كله ما إذا كان القاضى غير محل للتهمة ، وإلا فالعمل برأى الصاحبين أولى وأنفع ، على أن أبا حنيفة أجاز التوكيل بالخصومة وإن لم يرض الخصم للضرورة كما إذا كان الموكل مريضاً لا يمكنه الحضور إلى مجلس القضاء بقدميه ، فإذا أمكنـه الحضور على ظهـر دابة فإنه يلزمه الحضور إن لم يترتب على ذلك زيادة مرضه وإلا فلا .

وكذا إذا عزم على سفر مدة السفر بحيث تقوم القرينة على أنه مسافر حقا، فإن لم يصدقه خصمه يحلفه القاضى بالله ، وكذا المخدرة وهى التى لا تبرز للرجال عادة ، فإن لهـا أن توكل بدون رضـا الخصـم ، وكذلك إذا كان لا يحسن الدعوى ، فإن له أن يوكل عنه رضى الخصم أو لم يرض ، وهذه الطريقة قد تجعل لمعظم العامة الحق فى التوكيل ، ولوكيل الخصومة أن يعزل نفسه متى شاء إذا كان متبرعاً ، ومثله وكيل القبض ، ووكيل البيع والشراء ، وغير ذلك إلا فى أمور ثلاثة ، فليس الوكيل أن يعزل نفسه فيها أو يعـزله موكله :

الأمر الأول : إذا وكله فى أن يسلم عيناً لشخص كأن قال له : أعط هذه الثياب أو الكتب أو الحيوانات لفلان ، ثم غاب الموكل عن البلدة فإنه يجب على الوكيل فى هذه الحالة أن يسلمها ، ولا يجوز له أن يعزل نفسه .

الأمر الثانى : أن يوكله على بيع الرهن كما إذا رهن عيناً فى نظير دين ، ووكل شخصاً على أن يبيع هذه العين لسداد الدين ، فإنه يجبر على بيعها ولا يصح له أن يعزل نفسه .

الأمر الثالث : أن يوكل شخصاً بالخصومة ، وهو غائب ليجيب عن الدعوى بناء على طلب المدعى ، فإنه يجب على الوكيل أن يباشر عمله . ولا يصح له عزل نفسه كما لا يصح لموكله أن يعزله ، لأن حق المدعى يضيع فى هذه الحالة حيث لا يجد أمامه من يقاضيه .

أما إذا كان المدعى عليه حاضراً فللموكل عزله ، لأنه يمكنه أن يطلب منه حقه وهو حاضر ، وكذا إذا لم يكن التوكيل بطلب المدعى عليه ، لأنه لا حق له فى الوكالة ، وسيأتى لذلك مزيد بيان فى عزل الوكيل هكذا أفاده الجزيرى فى الفقه على المذاهب الأربعة جـ ٣ ص ٢٠٢ .

والوكيل بالخصومة ، والمطالبة بالحقوق ، لا يملك القبض على المفتى به ، بل لابد لقبض الدين ونحوه من الحقوق المالية من نص عليه فى التوكيل. فإذا وكله على قبض الدين ولم يوكله على الخصومة ، فإن ذلك أن يخاصم عنه ، لأن الخصومة طريق لأخذ الحقوق ، وكذلك لا يملك وكيل الخصومة الصلح ، ولا يملك وكيل الصلح الخصومة ، لأنها ضد الصلح الموكل عليه ، ووكيل الخصومة يملك الإقرار بخلاف غيره من الوكلاء فلا يملك الإقرار ، لا فرق فى ذلك بين وكيل القبض أو وكيل الصلح أو غيرهما ، وإنما يملك وكيل الخصومة الاقرار بشروط .

(الشرط الأول) : أن يقر فى مجلس القضاء ، فلو أقر خارجه لم يلزم الموكل .

(الشرط الثانى) : أن لا يكون فى حد أو قصاص ، فاذا أقر على موكله بشىء من ذلك فانه لا يعتبر إقراره .

(الشرط الثالث) : ألا ينص فى توكيل الخصـــومة على أن لا يكون للوكيل حق الإقرار ، فإذا نص على ذلك ، فإن الوكيل لا يملك الاقرار . وحاصل هذه المسألة أنه إذا قال له : وكلتك بالخصومة على أن لا يكون لك حق الإقرار عنى ، فإنه يصح ، فلو أقر عليه فى مجلس القضاء بعد ذلك ، فإنه يخرج من الوكالة ، فلا تسمع خصومته ، ويكون للوكيل فى هذه الحالة حق الانكار فقط ، فإذا استثنى الانكار فقط كان له حق الاقرار ، فإذا وكله بالخصومة ولم يتعرض لا لإقرار ولا إنكار ، فإنه يكون له حق الإقـــرار والإنكار .

أما إذا وكله بالخصومة على ألا يكون له حق الاقرار ، ولا حق الانكار ففى صحة هذا التوكيل خلاف .

اما مالك واصحابه فقد قالوا : التوكيل فى الخصومة جائز بشروط :

(أحدها) : أن يكون وكيل الخصومة واحداً لا أكثر ، فلا يصح له أن يوكل أكثر من واحد إلا برضا الخصم .

(ثانيها) : أن لا يكون الوكيل عدواً للخصم ، فإن ثبتت عداوته له فإنه لا يصح توكيله ضده ، أما إذا لم تثبت عداوته له ، فإنه يصح توكيله بدون رضا الخصم .

(ثالثها) : لابد من تعيين الوكيل فى الخصومة فلا يصح أن يقول : وكلت كل من يخاصم عنى حتى لو كان شخصان شريكين فى حق عند واحد وقالا : من يحضر منا يخاصـــم ضده ، فإنه لا ينفع لأنه يكون بمنزلة توكيل متعدد بدون تعيين الوكيل ، فلابد من تعيين من يخاصم منهما .

(رابعها) : أن لا يباشر الموكل نفسه الخصـــومة أمام المحاكم ، فإذا باشرها بنفسه وحضر ثلاث جلسات فإنه لا يصح أن يوكل له بعد ذلك لما فى ذلك من تفاقم الشر واتساع الخصـــومة ، وذلك منهى عنه فى نظر الشريعة السمحة ، نعم يصح له أن يوكل عنه لعذر من مرض أو سفر أو اعتكاف ،

وفى هذه الحالة عليه أن يحلف بأنه ما وكل عنه إلا لسبب من هذه الأسباب ، فإن امتنع عن الحلف فلا يصح له أن يوكل الا برضا خصمه ، ومن العذر أن يتشاتما ، أو يضيق الخصم عن احتمال خصمه ، فيحلف بالله أن لا يقف إلى جانبه فى الخصومة أما إذا حلف لغير سبب فإنه لا ينفع حلفه ، وليس لوكيل الخصومة عزل نفسه بعد أن يحضر ثلاث جلسات إلا لعذر ، بعد أن يحلف اليمين أنه ما عزل نفسه إلا لهذا العذر ، وكذلك ليس للموكل عزله ، أما قبل حضوره ثلاث جلسات فان له عزل نفسه ، وللموكل عزل موكله قبل ذلك ، فلخصمه أن يوكله إلا إذا أصبح عدوا للموكل الأول ، فإنه لا يصح .

وإذا خاصم الوكيل فى قضية ثم انتهت ، وأراد الدخول فى قضية أخرى، فإنه يصح بشرط أن تكون الوكالة غير معينة ، ولم تطل مدة انقطاع الخصومة بين القضيتين ، فاذا طالت إلى ستة أشهر فإنه لا يصح .

أما إذا كانت الخصومة متصلة ولم تنقطع فللوكيل أن يتكلم عن موكله وإن طال المدى كثيراً .

ولا يملك وكيل الخصومة الخاصة الاقرار عن موكله الا اذا نص عليه فى عقد التوكيل ، فإن أقر بشىء لم يلزم الموكل ، ويكون الوكيل فى هـذه الحالة كشاهد .

أما الوكيل وكالة مفوضة فإنه يملك الإقرار عن موكله ويشترط لنفاذ الاقرار على الموكل فى الحالتين شروط بحيث لا ينفذ من وكيل الخصومة المنصوص فيها عن أن له الإقرار ، ولا من الوكيل المفوض إلا إذا تحققت هذه الشروط :

الأول : أن يقر بشىء معقول يناسب الدعوى ، فلا يقر بشىء زائد عن المناسب .

الثانى : أن يقر بما هو من نوع الخصومة كأن يوكله فى دين فيقـر بأنهقبض بعضه أو أبرأه عن بعضه ، أما إذا وكله بدين له عند خصـمه فأقر له بأنه أتلف له وديعة عنده ونحو ذلك ، فإن الاقرار لا ينفذ .

الثالث : أن لا يقر لشخص بينه وبينه ما يوجب التهمة كصديقة أو قريبة أو نحو ذلك .

واذا قال الموكل لوكيله : أقر عنى بألف يكون ذلك إقراراً من الموكل ، فلا يحتاج إلى انشاء الوكيل اقراراً بها ، وليس للموكل بها ، وليس للموكل الرجوع بعد ذلك ، ولا عزل الوكيل عن الاقرار ويكون شاهداً عليه بها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وان وكل فى البيع فى زمان لم يملك البيع قبله ولا بعده ، لأن الاذن لا يتناول ما قبله ولا ما بعده من جهة النطق ولا من جهة العـرف ، لأنه قد يؤثر البيع فى زمان لحاجة ، ولا يؤثر فى زمان قبله ولا زمان بعده ؛ وان وكله فى البيع فى مكان ـ فان كان الثمن فيه أكثر او النقد فيه أجود ـ لم يجز البيع فى غيره ، لأنه قد يؤثر البيع فى ذلك المكان لزيادة الثمن او جـودة النقد ، فلا يجوز تفويت ذلك عليه ، وان كان الثمن فيه وفى غيره واحداً ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه يملك البيع فى غيره ، لأن المقصود فيهما واحـد ، فـكان الاذن فى أحدهما اذناً فى الآخر .

(والثانى) لا يجوز لأنه لما نص عليه دل على انه قصد عينه لمعنى هو أعلم به من يمين وغيرها فلم تجز مخالفته » .

الشرح الأحكام : قال الماوردى فى الحاوى : وقال أبو حنيفة : يجوز له أن يوكل لأمرين « أحدهما » أنه لما أقامه فيه مقام نفسـه جاز له التوكيل فيه كما يجوز لنفسه . « والثانى » أن المقصـود بوكالته حصـول العمل فى الحالين لموكله . وهذا خطأ من وجهين :

« أحدهما » أن فعل الوكيل مقصـور على ما تضـمنه الإذن من غير مجاوزة ، وليس فى التوكيل مجاوزة .

« والثانى » أن الموكل يسكن فى عمله إلى أمانة وكيله فلم يجز أن يوكل من لم يسكن الموكل إلى أمانته كالوديعة التى لا يجوز للمودع أن يودعها عند غيره ، لأن المالك لم يرض إلا بامانته . فأما استدلاله بأن هذا أقامـه

مقام نفسه فلعمرى أنه كذلك فى فعل ما وكل فيه لا فى غيره ، ألا ترى أنه لا يجوز أن يهب ولا يبرىء وإن كان للموكل أن يهب ويبرىء لأنه لم يأذن له فيه ، فكذلك فى التوكيل .

وأما الجواب عن قولهم بأن الغرض حصول العمل فهو كذلك لكن قد خصه به وارتضى أمانته ، كمن استأجر أجيراً بعينه لعمل لم يكن له أن يستأجر غيره فى عمله ، لأن قصد المستأجر إنما هو حصول العمل من جهة الأجير وفعله لا بفعل غيره . كذلك ها هنا .

« قلت » ولكلام المصنف هنا دلالته على ما يترتب على مخالفة الإذن ومجاوزته من أحكام فمثلا إذا أذن الموكل للوكيل بالبيع فى زمان فباع قبله فترتب على بيعه قبله نقص ثمنه عن مثله فى الزمن المحدد لنقص فى السن أو الوزن أو الصفة كان ذلك من ضمان الوكيل . وكذلك إذا باعه بعد الزمان الذى أذن له فيه فترتب على ذلك ما ذكرنا كان من ضمانه .

وكذلك إذا أذن له فى مكان لمصلحة يراها الموكل لكثرة الطالبين للسلعة فى ذلك المكان أو لكثرة الثمن أو جودة النقد فلا يملك الوكيل مخالفة منطوق الاذن ، فإذا كان الثمن فى كل هذه الأحوال التى خالف فيها متفقا مع الزمن المطلوب أو المكان المطلوب بحيث لا يفوت الموكل شىء من الفائدة فهل يجوز للوكيل مخالفة الاذن ؟ فيه وجهان « أحدهما » يجوز له ذلك ، لأن المقصود فيها واحد « والثانى » لا يجوز ، لأن الموكل أعرف بما هو الأحظ له وعلى الوكيل الامتثال لأمر الموكل .

وقال الماوردى فى الحاوى : أن يكون الشرط الذى شرطه الموكل فى بيع وكيله يصح معه العقد ولا يبطل به البيع ، فعلى الوكيل أن يعقد البيع على الشرط المأذون فيه ولا يتجاوزه إلا أن يكون الشرط بالمجاوزة موجوداً مع زيادة فصح البيع حينئذ على ما سنشرحه ولا تكون الزيادة مانعة من صحته. فأما إذنه فى بيعه على رجل بعينه فلازم ولا يجوز للوكيل أن يعدل إلى بيعه على غيره لأنه المقصود بالتمليك فلم يصح عدول الوكيل عنه كالهبة ، فعلى

هذا لو مات ذلك الرجل بطلت الوكالة بالبيع ، ولم يجز للوكيل أن يبيعه على وارثه ولا على غير وارثه . ولو كان حيا وامتنع من ابتياعه لم تبطل الوكالة لجواز أن يرغب فيه من بعد . وأما إذنه ببيعه في زمان بعينه فلازم ، ولا يجوز للوكيل أن يبيعه قبل ذلك الزمان ولا بعده ؛ أما قبله فلأن وقت الأذن لم يأت ، وأما بعده فلبطلان الوكالة بالفوات وقد يكون للإنسان غرض صحيح في استيفاء ملكه إلى زمان بعينه .

فأما إذنه في مكان بعينه ــ فإن كان فيه غرض صحيح لاختلاف الأسعار باختلاف الأماكن أو جودة النقود وهو شرط لازم ــ فلا يجوز للوكيل أن يبيعه في غير ذلك المكان فإن فعل وسلمه فالبيع باطل وهو بالتسليم ضامن ، فان لم يكن في ذلك المكان غرض صحيح ، ولا معنى مستفاد نظر في صفة إذنه ، فإن كان قال : لا تبيعوا إلا في مكان كذا أو في سوق كذا لزم ، وكان بيع الوكيل في غير ذلك المكان باطلا لصريح النهي عنه . وإن قال : بعه في سوق كذا أو في مكان كذا ، ولم يصرح بالنهي عما سواه ففي لزوم اشتراطه وجهان .

(أحدهما) إنه شرط لازم لا يجوز للوكيل أن يبيعه في غيره ، لأنه أملك بأحوال إذنه .

(والوجه الثاني) أنه شرط غير لازم لفساد الغرض المقصود به ، والأول أشبه والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان وكله في البيع من رجل لم يجز أن يبيع من غيره ، لأنه قد يؤثر تمليكه دون غيره ؛ فلا يكون الاذن في البيع منه اذنا في البيع من غيره ، وان قال : خذ مالي من فلان فمات لم يجز أن يأخذ من ورثته ، لأنه قد لا يرضى أن يكون ماله عنده ، ويرضى أن يكون عند ورثته ، فلا يكون الاذن في الأخذ منه اذنا في الأخذ من ورثته ، وان قال : خذ مالي على فلان فمات ، جاز أن يأخذ من ورثته ، لأنه قصد اخذ ماله ، وذلك يتناول الأخذ منه ، ومن ورثته ، وان وكل العدل في بيع الرهن فأتلفه رجل ، فأخذت منه القيمة لم يجز له بيع القيمة ، لأن الاذن لم يتناول بيع القيمة)) .

الشرح الأحكام : فأما إذنه على رجل بعينه فلازم ، لأنه المقصود بالتمليك فلم يصح عدول الوكيل عنه كما أوضح ذلك الماوردى فيما نقلناه فى الفصل قبله ، وأما إذا قال الموكل لوكيله : قد وكلتك فى استيفاء مالى (على) زيد فمات زيد جاز للوكيل أن يستوفيه من وارثه ، فإذا قال الموكل لوكيله : قد وكلتك فى استيفاء مالى من زيد فمات زيد لم يجز للوكيل أن يستوفيه من وارثه ، والفرق بينهما أن الأمر باستيفائه من زيد فى الأول متوجه إلى المال فجاز أن يستوفيه من ورثته والأمر باستيفائه من زيد فى الثانى متوجه إلى زيد أن يكون هو المستوفى منه ، فلم يجز أن يستوفيه من غيره .

(فان قيل) فلو قال : اقبض حقى من زيد فوكل زيد إنساناً فى الدفع إليه كان له القبض منه والوارث نائب الموروث فهو كوكيله (قلنا) ان الوكيل إذا دفع عنه بإذنه جرى مجرى تسليمه لأنه أقامه مقام نفسه ، وليس كذلك ههنا فان الحق انتقل إلى الورثة فاستحقت المطالبة عليهم لا بطريق النيابة عن المورث ، ولهذا لو حلف لا يفعل شيئاً حنث بفعل وكيله له ولا يحنث بفعل وارثه .

فـــرع إذا وكل العدل لأمانته وصدقه فى بيع الرهن فأتلفه غيره فأخذت القيمة من المتلف فلا يجوز له أن يبيع القيمة ليحصل على الثمن لرده إلى الموكل ، لأن الإذن لا يتضمن بيع القيمة ، وإنما كان قاصراً على بيع الرهن وليست القيمة عين الرهن .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وان وكل فى بيع فاسد لم يملك الفاسد ، لان الشرع لم يأذن فيه ، ولا يملك الصحيح ، لأن الموكل لم يأذن فيه » .

الشرح الأحكام : إذا وكله فى بيع فاسد كبيع الخمر أو الكلب أو الخنزير أو بيع حر أو بيع مالا يملك كالمغصوب أو بيع الثمر قبل بدو صلاحه أو البيع بغير جنس الأثمان ، أو بيع مباح بمحرم أو باع بمالا يتغابن

الناس بمثله على ما سيأتى تفصيله أو أعطاه دراهم ليسلم فيما لا يجوز السلم فيه كاللحم والثياب على ما مضى فى كتاب السلم وكتاب البيوع بطلت الوكالة لأن الشرع لم يأذن فيه للموكل فكان الحظر على الوكيل ، وما كان محظوراً على الوكيل لنفسه كان محظوراً عليه نيابة لغيره ، فإذا استبدل المبيع المحرم بمباح أو أبدل المسلم فيه بمجاز السلم فيه لم يملك ذلك من قبل أنه لم يأذن له الموكل فى ذلك ، لأن مقتضى الوكالة فى الإذن فى البيع الفاسد فلم يصح العدول عن الفاسد إلى الصحيح كما لم يصح نفاذ الوكالة فى الفاسد من جهة الشرع والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وان وكل فى بيع سلعة لم يملك بيعهـا من نفســه من غير اذن ، لأن العرف فى البيع أن يوجب لغيره فحمل الوكالة عليــه ، ولأن اذن الموكل يقتضى البيع ممن يســتقصى فى الثمن عليــه ، وفى البيــع من نفســه لا يستقصى فى الثمن ، فلم يدخل فى الاذن ، وهل يملك البيع من ابنه أو مكاتبه فيه وجهان :

(احدهما) يملك ، وهو قول ابى سعيد الاصطخرى ، لأنه يجوز أن يبيع منه ماله ، فجاز له أن يبيع منه مال موكله كالأجنبى .

(والثانى) لا يجوز وهو قول أبى اسحاق ، لأنه متهم فى الميل اليهما كمـا يتهم فى الميل الى نفسه ، ولهذا لا تقبل شهادته لهما ، كما لا تقبل شـــهادته لنفسه ، فان اذن له فى البيع من نفسه ، ففيه وجهان :

(احدهما) يجوز كما يجوز ان يوكل المرأة فى طلاقها .

(والثانى) : لا يجوز ، وهو المنصوص لأنه يجتمع فى عقده غرضان متضادان الاستقصاء للموكل ، والاسترخاص لنفسه فتمانعا ، ويخالف الطلاق ، فانه يصح بالزوج وحده ، فصح بمن يوكله والبيع لا يصح بالبائع وحده ، فلم يصح بمن يوكله ، وان وكل رجلا فى بيع عبده ووكله آخر فى شرائه لم يصح ، لأنه عقد واحد يجتمع فيه غرضان متضادان ، فلم يصح التوكيل فيه كالبيع من نفسه .

وان وكله فى خصومة رجل ووكله الرجل فى خصومته ، ففيه وجهان .

(احدهما) لا يصح لأنه توكيل فى أمر يجتمع فيه غرضان متضادان ، فلم يصح ، كما لو وكله احدهما فى بيع عبده ووكله آخر فى شرائه .

(والثانى) يصح ، لانه لا يتهم فى اقامة الحجة لكل واحد منهما مع حضور الحاكم فان وكل عبداً لرجل ليشترى له نفسه أو عبداً غيره من مولاه ، ففيه وجهان :

(احدهما) يجوز ، لانه لما جاز توكيله فى الشراء من غير مولاه جاز توكيله فى الشراء من مولاه .

(والثانى) لا يجوز ، لأن يد العبد كيد المولى ، ولهذا يحكم له بما فى يد العبد كما يحكم له بما فى يده . ثم لو وكل المولى فى الشراء من نفسه لم يجز فكذلك اذا وكل العبد)) .

الشرح الأحكام : إذا وكله فى بيعها لا يجوز له أن يبيعها من نفسه ، فإن أذن له كان بيعاً ، فإن وقع حين التسليم وعقد الوكالة كان بيعا ولا عبرة بالوكالة ولأن العرف فى البيع وأيضاً أحكام الشريعة فى البيع تقوم على الإيجاب ، والإيجاب هو أن يوجب لغيره ، ولأن إذن البيع يقتضى من الوكيل أن يبيع بما هو الأحظ فى الثمن من حيث استقصاء الثمن بغير محاباة ، فلو باع من نفسه فإنه ربما تغاضى عن مراعاة هذا الاعتبار بمحاباة نفسه ، ولم يدخل فى الإذن .

ودليلنا أن كل ما عقده الوكيل للموكل اقتضى وقوع الملك بالعقد للموكل كالنكاح ، ولأن كل من ناب فى العقد عن غيره وقع الملك به للمعقود له دون عاقده قياساً على ولى اليتيم وأبى الطفل ، ولأنه لما كان الوكيل فى البيع لا يملك الثمن ويكون الثمن بالعقد ملكا للموكل وجب أن يكون الوكيل فى الشراء لا يملك الثمن ويكون الملك بالعقد واقعا للموكل .

(وأما الجواب) عن استدلالهم بالشفعة فمنتقض بولى اليتيم وأبى الطفل ، ثم المعنى فى الشفيع أنه يملك المبيع بالشفعة دون العقد ، وأما الجواب عن استدلالهم بالثمن فسيذكر من شرح المذهب فيه ما يكون انفصالا عنه .

(وأما الجواب) عن استدلالهم بأن تمام العقد لمتعاقدين فكذا موجبه من الملك يكون واقعاً بالمتعاقدين فهو أنه منتقض بالحاكم وولى اليتيم وأبى الطفل وبعقد النكاح ، وليس لهم استدلال فى المسألة يسلم من الكسر .

فـــرع قال فى الحاوى : قال المزنى : (أعلم للوكيل والوصى أن يشترى من نفسه) اعلم أن النيابة فى البيع والشراء قد يكون من أربعة أوجه (أحدها) من جهة النسب ، وهى الأب والجد على ابنه الطفل (والثانى) من جهة الحكم ، وهى للحاكم أو أمينه على المولى عليه لصغر أو سفه (والثالث) من جهة الوصية ، وهى وصاية الأب والجد وغيرهما على الطفل ممن تصح وصايته . (والرابع) من جهة الوكالة ، وهو الوكيل الرشيد ، فاختلف الفقهاء هل لهم ولاية أن يبيعوا على أنفسهم ما لهم بيعه ؟ ويشتروا من أنفسهم ما لهم شراؤه ؟ على أربعة مذاهب :

(أحدها) وهو مذهب مالك والأوزاعى أنه يجوز لجميعهم أن يبيعوا على أنفسهم ويشتروا من أنفسهم .

(والمذهب الثانى) وهو قول زفر بن الهذيل : أنه لا يجوز لجميعهم أن يبيعوا على أنفسهم ولا أن يشتروا من أنفسهم .

(والمذهب الثالث) وهو قول أبى حنيفة : أنه يجوز ذلك لجميعهم إلا الوكيل وحده .

(والمذهب الرابع) وهو مذهب الشافعى : أنه لا يجوز ذلك لجميعهم إلا الأب وحده والجد مثله .

واستدل من ذهب إلى جوازه لجميعهم بأن المقصود فى البيع حصول الثمن وفى الشراء حصول المشترى . ولذلك لم يلزم ذكر من له البيع والشراء بخلاف النكاح ، فلم يقع الفرق بين حصول الثمن من النائب وغيره لحصول المقصود فى الحالين ، وقياسا على الأب أى كل من جاز له بيعه على نفسه كالأب .

واستدل من منع جوازه لجميعهم بأن الإنسان مجبول على تغليب حظ نفسه على حظ غيره ، والنائب مندوب إلى طلب الحظ المستبين فإن باع نفسه انصرف بجبلة الطبع إلى حظ نفسه ، فصار المقصود بالنيابة معدوماً فلم يجز ،

وقياساً على الوكيل لأنه نائب فى العقد عن غيره فلم يجز أن يعقد مع نفسه .

واستدل من منع منه للوكيل وحده ، وأجاز لمن سواه بأن نيابة الوكيل غير جائز الأمر فكان مأذونا له من غير ولاية فصار أنقص حالا من ذى الولاية . فجاز للولى مبايعة نفسه لقوة سببه كالأب ، ولم يجز لغير ذى الولاية كالوكيل مبايعة نفسه لضعف سببه كالأجنبى .

ودليلنا أن غير الأب لا يجوز له مبايعة نفسه ، ما روى أن رجلا أوصى إلى رجل بوصية فأراد الوصى بيع فرس من التركة على نفسه ، فسأل عبد الله بن مسعود عن جوازه فقال : لا . وليس نعرف له مخالفاً فى الصحابة ولأن جبلة الطبع تصرفه عن حظ غيره إلى حظ نفسه . ولأن كل من كانت ولايته لغيره لم يكن له مبايعة نفسه كالوكيل .

ودليلنا على أن الأب يجوز له مبايعة نفسه هو أن الأب مجبول بحيوية الأبوة وشدة الميل والمحبة على طلب الحظ لولده والإيثار على نفسه والاستكثار لولده ولذلك قال النبى صلى الله عليه وسلم : « الولد مجبنة مبخلة مجهلة » فانتفت التهمة عنه فى مبايعة نفسه . وهذا المعنى مفقود فيمن عداه ، فصار هذا الحكم لاختصاصه بمعناه مقصوراً عليه منتفياً عما سواه . وهذا دليل وانفصال ، فلو وكل الابن البالغ أباه فى بيع سلعة . فاختلف أصحابنا هل يجوز له بيعها على نفسه أم لا ؟ على وجهين : (أحدهما) يجوز كما لو كان فى حجره تغليبا لحكم الأبوة (والثانى) لا يجوز ، لأن ارتفاع الحجر يقتضى تغليب الوكالة .

فرع فأما الوصى والوكيل إذا أراد بيعها لمتولاه بالوصية والوكالة ، على ابن نفسه أو على أب نفسه ففيه لأصحابنا وجهان (أحدهما) وهو قول أبى سعيد الإصطخرى : أنه يجوز لأنه غير مبايع لنفسه .

(والوجه الثانى) وهو قول أبى إسحاق المروزى أنه لا يجوز لأنه مقهور فى الميل إلى ولده كما كان مقهوراً فى الميل إلى نفسه . ولذلك لم يجز أن

يشهد لولده ، كما لا يصح منه الشهادة لنفسه فلم يجز مبايعة ولده بمال غيره ، كما لم يجز مبايعة نفسه أو يشترى من نفسه ، فمذهب الشافعى رضى الله عنه أنه غير جائز لما فيه تنافى المقصود والغرض من الوكالة .

قال الماوردى : لأن عقد الوكالة قد أوجب عليه الاستقصاء لموكله ، وإذا كان هو المشترى انصرف منه إلى الاستقصاء لنفسه . وقال ابن سريج : يجوز ذلك كما يجوز أن يجعل إلى زوجته الطلاق لنفسها أو إلى أمته عتقها .

قال الماوردى : وهذا خطأ لما ذكرنا فى الفرق بين البيع والطلاق والعتق من ثلاثة أوجه :

(أحدها) فى البيع ثمناً يختلف بالزيادة والنقصان فصار بالميل إلى نفسه متهماً فيه ، وليس فى الطلاق والعتق لمن تصير بالميل إلى نفسها متهمة فيه (والثانى) أن العتق والطلاق أوسع لوقوعهما بالصفات والبيع أضيق حكماً منهما (والثالث) أنه ليس فى الطلاق والعتق قبول معتبر فلم يجز أن يكون الباذل قابلا .

فأما إذا كان وكله رجل فى بيع سيارته ووكله آخر فى شراء السيارة الموكل فى بيعها لم يجز لتنافى المقصود فى العقدين وكان له أن يقيم على إحدى الوكالتين . فإن أراد أن يقيم على أسبقهما فى بيع أو شراء جاز ، وإن أراد أن يقيم على الثانية فيهما بيعاً كان أو شراء احتمل وجهين :

(أحدهما) لا يجوز لأن ثبوت الأول يمنع من جواز الثانية فلم يجز .

(والوجه الثانى) يجوز ، لأن الوكالة لا تلزم ، فلم يكن للمتقدمة منهما تأثير ، وتبطل بقبول الثانية . ومثل ذلك يقال فى التوكل فى الخصومة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان وكل فى شراء سلعة موصوفة لم يجز أن يشترى معيبا لأن اطلاق البيع يقتضى السلامة من العيب ، ولهذا لو اشترى عيناً فوجد

بها عيباً ثبت له الرد ، فان اشترى معيباً نظرت ، فان اشتراه وهو يعلم أنه معيب لم يصح الشراء للموكل ، لأنه اشترى له ما لم يأذن فيه ، فلم يصح له ، وان اشتراه وهو لا يعلم أنه معيب ثم علم لم يخل اما أن يرضى به أو لا يرضى ، فان لم يرض به نظرت ، فان علم الموكل ورضى به له يجز للوكيل رده ، لأن الرد لحقه وقد رضى به فسقط . وان لم يعلم الموكل ثبت للوكيل الرد ، لأن ظلامة حصلت بعقده فجاز له رفعها كما لو اشترى لنفسه .

فان قال له البائع : أخر الرد حتى تشاور الموكل ، فان لم يرض قبلته لم يلزمه التأخير ، لأنه حق تعجل له فلم يلزمه تأخيره ، وان قبل منه وأخره بهذا الشرط فهل يسقط حقه من الرد ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يسقط لأنه ترك الرد مع القدرة .

(والثانى) لا يسقط لأنه لم يرض بالعيب ، فان ادعى البائع أن الموكل علم بالعيب ورضى به فالقول قول الوكيل مع يمينه ؛ لأن الأصل عدم الرضا ، فان رضى الوكيل بالعيب سقط خياره ، فان حضر الموكل ورضى بالعيب استقر العقد ، وان اختار الرد نظرت فان كان قد سماه الوكيل فى الابتياع أو نواه وصدقه البائع جاز أن يرده ، لأن الشراء له وهو لم يرض بالعيب ، وانما رضى وكيله فلا يسقط حقه من الرد ، وان لم يسمه الوكيل فى الابتياع ولا صدقه البائع أنه نواه فالمنصوص أن السلعة تلزم الوكيل ؛ لأنه ابتاع فى الذمة للموكل ما لم يأذن فيه له . ومن أصحابنا من قال : يلزم الموكل ، لأن العقد وقع له وقد تعذر الرد بتفريط الوكيل فى ترك الرد ، ويرجع الموكل على الوكيل بنقصان العيب ، لأن الوكيل صار كالمستهلك له بتفريطه .

وفى الذى يرجع به وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى يحيى البلخى : أنه يرجع بما نقص من قيمته معيبا عن الثمن ، فان كان الثمن مائة وقيمة السلعة مائة لم يرجع بشىء ، وان كان الثمن مائة (وقيمة السلعة تسعون) رجع بعشرة ، كما نقول فى شاهدين شهدا على رجل أنه باع سلعة بمائة ؛ فأخذت منه ووزن له المشترى الثمن ، ثم رجع الشهود عن الشهادة فان الحكم لا ينقض ويرجع البائع على الشهود بما نقص من القيمة عن الثمن ، فان كان الثمن والقيمة سواء لم يرجع عليهم بشىء ، وان كانت القيمة مائة (والثمن تسعون) رجع بعشرة .

(والثانى) أنه يرجع بأرش العيب ، وهو الصحيح ؛ لأنه عيب فات الرد به من غير رضاه فوجب الرجوع بالأرش . وان وكل فى شراء سلعة بعينها فاشتراها ووجد بها عيباً فهل له أن يرد من غير اذن الموكل ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) له أن يرد ، لأن البيع يقتضى السلامة من العيب ولم يسلم

من العيب فثبت له الرد كما لو وكل فى شراء سلعة موصوفة فوجد بها عيبا فعلى هذا يكون حكمه فى الرد على ما ذكرناه فى السلعة الموصوفة .

(والثانى) لا يرد من غير اذن الموكل لانه قطع نظره واجتهاده بالتعيين » .

الشرح قال المزنى رحمه الله تعالى : ولو وكله بشراء سلعة فأصاب بها عيباً كان له الرد بالعيب . وليس عليه أن يحلف : ما رضى به الآمر ، فهذا قول الشافعى ومعناه . ا هـ

قال الماوردى فى الحاوى : اعلم أن للموكل إذا أمر وكيله بشراء شىء فعلى حالين (أحدهما) أن يعينه (والثانى) أن يصفه ولا يعينه فإن وصفه ولم يعينه لزمه أن يشتريه سليما من العيوب لأن إطلاق الصفة يقتضيه ، ويجوز للعامل فى القراض أن يشترى السليم والمعيب ، والفرق بينهما أن يشترى الوكيل للقنية ، وليس فى المعيب صلاح للمقتنى ؛ وشراء العامل فى القراض طلباً للربح . وقد يوجد الربح فى المعيب كوجوده فى السليم .

فإن اشترى الوكيل شيئاً على الصفة وكان معيباً فعلى ضربين :

(أحدهما) أن يشتريه عالماً بعيبه فالشراء غير لازم للموكل لإقدامه على ابتياع ما لم يقتضيه الإذن وهو لازم للوكيل على ما تقدم من اعتبار صفة الإذن .

(والضرب الثانى) أن يشتريه غير عالم بعيبه فللوكيل إذا علم بعيبه أن يبادر إلى رده ولا يلزمه استئذان موكله ، لأن رد المعيب من حقوق عقده . فلو قال له البائع : قد أمهلتك فى رده فطالع موكلك بعيبه لم يلزمه المطالعة وكان له تعجيل الرد لما ذكرنا ، فإن رده ثم جاء الموكل راضيا بعيبه لم يكن لرضاه بعد ذلك تأثير لفسخ البيع بالرد قبل الرضى .

ولو رضى بعيب قبل رد الوكيل لزم البيع ولم يكن للوكيل الرد ، ولو رضى رب المال فى القراض بعيب المشترى كان للعامل أن يرده بخلاف الوكيل والفرق بينهما أن للعامل فى القراض شركا فى الربح . وليس للوكيل فيه شرك .

فإن ادعى البائع على الوكيل حين أراد الرد أن موكله راضى بالعيب فلا يمين له على الوكيل ، فإن ادعى عليه أنه قد علم برضى موكله بالعيب وكان عليه أن يحلف أنه ما علم برضى موكله بالعيب ، وله الرد واسترجاع الثمن . ثم للبائع إذا أراد الثمن على الوكيل وظفر بالموكل أن يحلفه بالله أيضاً ما رضى بعيب المشترى الذى ابتاعه موكله قبل رده ، فإن نكل عن اليمين حلف البائع وحكم له بلزوم البيع واستحقاق الثمن ، وهذا حكم الوكيل إذا رد بالعيب والله أعلم .

فأما إن رضى الوكيل بالعيب نظر فى الموكل ، فإن رضى بالعيب كان الشراء لازماً له ، وإن لم يرض بالعيب نظر فى عقد البائع فإن كان قد سمى موكله فيه فله الرد ، لأن مالك المشترى لا يلتزم عيباً لم يرض به ، وإن لم يسم الموكل فى عقده نظر فى البائع ، فإن صدق البائع أن عقد الشراء لموكله كان له الرد وإن لم يصدقه حلف له : ولا رد للوكيل على البائع لما تقدم من رضاه .

و فى كيفية رجوع الموكل به وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى يحيى البلخى : أنه يرجع عليه بقدر النقص من ثمنه فأما إن كان يساوى معيباً بمثل ما اشتراه فلا شىء له على الوكيل لعدم النقص فى الثمن استشهاداً بأن من ادعى بيع سيارته بمائة على رجل وأنكر ، وأقام المدعى بينة بالبيع فحكم له بالثمن ثم رجع الشهود ، فإن كان ثمن السيارة مائة فلا غرم على الشهود ، وإن كان أقل من مائة غرم الشهود برجوعهم قدر النقص من ثمنها .

(والوجه الثانى) وهو قول جمهور أصحابنا : إنه يرجع على الوكيل بأرش العيب ، سواء كان يساوى قدر ثمنه معيباً أم لا . لأن العيب إذا فات معه الرد كان مقدراً بالأرش ، وإن لم يكن معتبراً بنقص الثمن ، وليس كالذى استشهد به من رجوع الشهود ، لأن غارم الثمن بشهادتهم إنما يستحق الرجوع بما غرم ، فإذا وصل إليه من الثمن لم يبق له حق بغرمه ، فهذا حكم التوكيل فى شراء سيارة موصوفة ، فأما إذا كانت السيارة معيبة فهل للوكيل عند ظهور العيب أن يردها قبل استئذان موكله أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) وهو قول جمهور أصحابنا لا رد له إلا بعد استئذان موكله فيها ، لأنه بالتعيين فيها قد قطع اجتهاده فيها ، ولعله قد أمره بشرائهـا مع علمه بعيبها .

(والوجه الثانى) وهو قول أبى حامد الاسفراييني : له الرد من غير استئذان ، لأن الرد من حقوق عقده ، ولأنها لا تكون مأخوذة به إن لم يرض الموكل بعيبها . هذا وبما قلناه قال أحمد وأصحابه وقال أبو حنيفة فى مسألة الحلف على رضى الموكل : إنه لا يستحلف لأنه لو حلف كان نائباً فى اليمين وليس بصحيح ، فإنه لا نيابة ههنا ، وإنما يحلف على نفى علمه وهذا لا ينوب فيه عن أحد ، وإن رد الوكيل وحضر الموكل وقال : قد بلغنى العيب ورضيت به وصدقه البائع أو قامت به بينة لم يقع الرد موقعه وكان للموكل استرجاعه وللبائع رده عليه ، لأن رضاه به عزل الوكيل عن الرد بدليل أنه لو علمه لم يكن له الرد إلا أن تقول : إن الوكيل لا ينعزل حتى يعلم العزل ، وإن رضى الوكيل المعيب أو أمسكه إمساكا ينقطع به الرد فحضر الموكل فأراد الرد فإن صدقه البائع أن الشراء له فليس له رده ، لأن الظاهر أن من اشترى شيئاً فهو له ويلزم الوكيل وعليه غرامة الثمن . وبكل ما قلناه قال أحمد وأصحابه وقال أبو حنيفة : للوكيل شراء المعيب لأن التوكيل فى البيع مطلقاً يدخـل المعيب فى إطلاقه ولأنه أمينه فى الشراء فجاز له شراء المعيب كالمضارب . ولنا أن البيع بإطلاقه يقتضى الصحيح دون المعيب ، فكذلك الوكالة فيه ويفارق المضاربة من حيث إن المقصود فيه الربح ، والربح يحصل من المعيب كحصوله من الصحيح ، والمقصود من الوكالة شراء ما يقتنى أو يدفع به حاجته ، وقد يكون العيب مانعاً من قضاء الحاجة به ومن قنيته فلا يحصل المقصود ، قال ابن قدامة : وقد ناقض أبو حنيفة أصله فإنه قال فى قوله تعالى : (فتحـرير رقبة) لا يجوز العمياء ولا معيبة عيباً يضر بالعمل ، وقال ههنا : يجوز للوكيل شراء الأعمى والمقعد ومقطوعى اليدين والرجلين ! ! .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـل) وان وكل فى بيـع عبـد او شراء عبد لم يجـز ان يعقـد على بعضه ، لأن العرف فى بيع العبد وشرائه ان يعقد على جميعه ، فحمل الوكالة

عليه ، ولأن فى تبعيضه اضرارا بالموكل فلم يملك من غير اذن . وان وكل فى شراء عبد أو بيع عبد جاز أن يعقد على واحد واحد ، لأن العرف فى العبيد أن تباع وتشترى واحداً واحداً ، ولأنه لا ضرر فى افراد بعضهم عن بعض ، وان وكله أن يشترى له عشرة أعبد صفقه واحدة فابتاع عشرة أعبد من اثنين صفقة واحدة ، ففيه وجهان ، قال ابو العباس : يلزم الموكل ، لأنه اشتراهم صفقة واحدة ومن اصحابنا من قال : لا يلزم الموكل لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان .

(فصـــل) ولا يجوز للوكيل فى البيع أن يبيع بغير نقـد البلد من غير اذن ، ولا للوكيل فى الشراء أن يشترى بغير نقد البلد من غير اذن ، لأن اطلاق البيع يقتضى نقد البلد ، ولهذا لو قال : بعتك بعشرة دراهم حمل على نقـد البلد ، وان كان فى البلد نقدان باع بالغالب منهما ، لأن نقد البلد هو الغالب ، فان استويا فى المعاملة باع بما هو أنفع للموكل لأنه مامور بالنصح له ، ومن النصح أن يبيع بالأنفع ، فان استويا باع بما شاء منهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر فخير بينهما وان اذن له فى العقد بنقد لم يجز أن يعقد بنقد آخـر لأن الاذن فى جنس ليس باذن فى جنس آخر ، ولهذا لو أذن له فى شراء عبد لم يجز أن يشترى جارية ، ولو أذن له فى شراء حمار لم يجـز أن يشـترى فرساً)) .

الشرح الأحكام : إذا وكله فى بيع الشىء جميعه لأنه لا يتجزأ ، أو يتجزأ ولكن الإذن منعقد على أن يباع صفقة واحدة ، فليس له أن يبيـع بعضه ، فإن قال له : بع هذه السيارة بمائة ، فباع نصفها بسبعين ، فإن هذا البيع لا يلزم الموكل ، لأنه لا يأمن أن يبيع الباقى بثلاثين .

فإن قال له : بع هذه السيارة بمائة ، فباع نصفها بمائة جاز ، لأنه زاد خيراً وأتى بالغرض للموكل من الحصول على المائة ، وزيادة ملكيته لنصف السيارة ، وليس عليه ضمير من هذه التجزئة . وكذلك توكيله فى بيع شيئين بمائة فباع أحدهما بمائة . وبهذا قال أحمد ومحمد وأبو يوسف .

وقال أبو حنيفة : يجوز أن يبيع بعض الموكل فيـه بأى ثمن إذا كان التوكيل مطلقاً بناء على أصله فى أن للوكيل المطلق البيع بما شاء . أما الشراء فإذا وكله فى شراء طن من الورق فاشتراه رزمة رزمة ، فإذا كان ثمنه ثمن الطن مرة واحدة جاز إذا لم يختلف بعضها عن بعض نوعا أو وزنا أو لونا أو ملمسا ، وعند أحمد لا يصح لعدم الإذن .

والذى يدور عليه مفهوم الوكالة هو إذن الموكل أولا ، وتوخى الأنفع أو الأحظ له ثانياً ، ومراعاة أن يكون النقد الذى يبيع به نقداً محلياً ، حتى لا يشق على الموكل الانتفاع به أو الحصول على نقد معتبر متداول معروف ، فقد تتفق بعض النقود فى الأسماء ولكنها تختلف من حيث القيمة وجهة الإصدار ، والمعتبر هو نقد بلد البيع وليس بلد التوكيل ، فقد تعقد الوكالة فى بلد والمراد بيعه فى بلد آخر فيكون البيع بنقد البلد الذى جرى فيه البيع ، وذلك لمعرفة أهل البلد بنقدهم ، وتقويمهم المبيع بنقدهم يمنع وقوعهم فى الغرر .

قال الماوردى : لما لم يصح من الوكيل أن يشترى بغير نقد البلد لم يصح من الوكيل فى البيع أن يبيع بغير نقد البلد ، وتحريره أنه عقد معاوضة بوكالة مطلقة فوجب أن لا يصح بغير نقد البلد قياساً على الشراء ، أو لأن كل جنس لا يجوز للوكيل أن يبتاع به لم يجز للوكيل أن يبيع به قياساً على البيع بغير جنس الأثمان وبالمحرمات ، فعلى هذا لو كان غالب نقد البلد ذهباً لم يبعه بالفضة ، ولو كان كلا النقدين سواء وليس أحدهما غالباً لزم الوكيل ببيعها بأحظها للموكل ، فإن استويا كان حينئذ مخيراً فى بيعه بأيهما شاء ، فإن باعه بكلا النقدين فإن كان فى عقدين صحا جميعها إذا كان مما يجوز تفريق الصفقة فى بيعه ، وإن كان فى عقد واحد فعلى وجهين .

(أحدهما) يجوز الجمع بين النقدين كما جاز إفراد كل واحد من النقدين .

(والثانى) لا يجوز ، لأن غالب البياعات يتناول جنساً واحداً من الأثمان فلم يجز أن يعدل إلى غالبها ، وبالله التوفيق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان دفع اليه الفاً وقال اشتر بعينها عبداً ، فاشترى فى ذمته لم يصح الشراء للموكل لأنه لم يرض بالتزام غير الألف ، فاذا ابتاع بالف فى الذمة فقد الزمه فى ذمته الفا لم يرض بالتزامها فلم يلزمه . وان قال : اشتر لى فى الذمة وانقد الألف فيه فابتاع بعينها ففيه وجهان :

(احدهما) أن البيع باطل ؛ لأنه أمره بعقد لا ينفسخ بتلف الألف فعقد عقداً ينفسخ بتلف الألف ، وذلك لم يأذن فيه ولم يرض به .

(والثانى) انه يصح لأنه أمره بعقد يلزمه الثمن مع بقاء الألف ومع تلفها وقد عقد عقداً يلزمه الثمن مع بقائها ولا يلزمه مع تلفها فزاده بذلك خيراً ، وان دفع اليه الفاً . وقال : اشتر عبداً ولم يقل بعينها ، ففيه وجهان :

(احدهما) أن مقتضاه الشراء بعينها لأنه لما دفع اليه الألف دل على أنه قصد الشراء بها ، فعلى هذا اذا اشترى فى ذمته لم يصح الشراء .

(والثانى) انه لا يقتضى الشراء بعينها لأن الأمر مطلق ، فعلى هذا يجوز ان يشترى بعينها ، ويجوز أن يشترى فى الذمة وينقد الألف فيه » .

الشرح الأحكام : إذا أذن له فى الشراء بالنقد فاشترى بالنسيئة ، فهذا على ضربين :

(أحدهما) أن يعين له الثمن الذى يشترى به ، فالشراء غير لازم للموكل لأنه إذا اشترى بغير العين كان مخالفاً ولزم الوكيل ، وإن اشترى بالعين إلى أجل كان باطلا ، ولم يلزم الموكل ولا الوكيل ، وبهذا قال أحمد .

(والضرب الثانى) أن لا يعين له الذى يشترى به فهذا على ضربين : (أحدهما) أن يشتريه نسئاً بما يساوى ثمنه نقداً أو بأقل من ثمن النساء ، فمذهبنا ومذهب أحمد أن الشراء لازم للموكل ، لأنه قد حصل له غرضه فى استصلاح مع تعجيل الثمن ، ومن أصحابنا من قال : الشراء غير لازم للموكل لمخالفته وبقاء الثمن فى ذمته ، وهو قول من زعم أن الوكيل فى بيع النساء لا يجوز بيعه نقداً .

(والثانى) أن يشتريه بما يساوى نسئاً وبأكثر مما يساوى نقداً ، فالشراء غير لازم للموكل لما فيه من التزام فعل النساء . والشراء لازم للوكيل إن لم يذكر اسم موكله ، وإن ذكره فعلى وجهين .

(أحدهما) باطل (والثانى) لازم للوكيل . أما إذا أذن له فى الشراء بالنسيئة فاشترى بالنقد فالشراء غير لازم للموكل لا يختلف مذهبنا وسائر أصحابنا سواء اشتراه بما يساوى نقداً أو نسيئاً لما فيه من التزامه التعجيل بما لم يأذن به .

وهكذا لو أذن له أن يشتريه إلى أجل فاشتراه إلى أجل هو أقرب لم يلزم الموكل . ولو اشتراه إلى أجل هو أبعد كان حكمه للوكيل حكمه فى النقد إذا اشترى بالنساء فيكون لازماً للموكل . قال الماوردى : وهذا على مذهب الشافعى رضى الله عنه وعلى مذهب بعض أصحابه غير لازم .

فـــرع إذا دفع الموكل إلى وكيله مالا ليشترى له به سيارة ، فهذا على ثلاثة أقسام :

(أحدها) أن يأمره أن يشترى بعين المال سيارة فوجب على الوكيل أن يشترى بعين مال موكله ، فإن اشتراه فى ذمته لم يلزم الموكل ، وكان الشراء لازماً للوكيل .

وقال أبو حنيفة : الوكيل بالخيار بين أن يشترى الشىء بعين المال وبين أن يشتريه فى ذمته ، وهو فى كلا الحالين لازم للموكل ، وبنى ذلك على أصله: أن الدراهم والدنانير لا يتعينان عنده ، قال الماوردى : وهذا خطأ لتعين الدراهم والدنانير عندنا فى العقود كما تتعين فى الغصوب . وقد دللنا على ذلك فى كتاب البيوع ، ولأن يد الوكيل كيد المودع ، ومال الوديعة متعين وكذا ما بيد الوكيل متعين ، وإذا تعين ما بيده لموكله حتى لا يجوز أن يرد عليه غير ماله ، وجب أن يكون الشراء محمولا على موجب إذنه .

(والقسم الثانى) أن يأمره أن يشترى فى ذمته وينقد المال فى ثمنه ، فإن اشتراه فى الذمة صح وكان لازماً للموكل ، وإن اشتراه بعين المال ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى على الطبرى ذكره فى إفصاحه أن الشراء جائز ، وهو للموكل لازم لأن العقد على المعين أحوط .

(والوجه الثانى) وهو اختيار أبى حامد الإسفراييني : أن الشراء باطل لا يلزم الوكيل لأنه غير مالك للعين . فلا يلزم الموكل ، لأن الموكل قد فوت عليه بالمخالفة غرضاً ، لأن العقد فى الذمة لا يبطل بتلف الثمن ، والعقد على العين

يبطل بتلف الثمن . فصار فعل الوكيل مخالفاً لأمر الموكل ، فلو امتثل الوكيل أمر موكله أو اشترى السيارة بثمن فى ذمته ثم نقد الثمن من عنده . برىء الوكيل والموكل منه ، ولم يكن للوكيل أن يرجع على الموكل لأن أمره بنقد هذا المال فى الثمن يتضمن نهياً عن نقده من غيره .

(والقسم الثالث) أن يطلق الاذن فى الشراء عند دفع المال فيقول : خذ هذا المال فاشتر لى به سيارة فقد اختلف أصحابنا هل يكون إطلاقه مقتضياً للتعيين أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) وهو قول أبى على الطبرى : إنه يقتضيه لأن تقديم الثمن على السيارة شاهد فيه . فعلى هذا إن اشترى فى ذمته كان الشراء لازما للوكيل دون الموكل .

(والوجه الثانى) وهو قول بعض البصريين : أنه لا يقتضى التعيين ، لأن الاطلاق على العموم ؛ فعلى هذا يكون الوكيل مخيراً بين العقد على العين أو فى الذمة ، ومذهب أحمد فى هذا كله كمذهبنا .

فإذا تقرر ما أوضحنا فصورة مسألة الكتاب فى رجل دفع إلى رجل مالا ليشترى له به طعاماً فتسلف المال قرضاً ثم اشترى له بمثله من ماله طعاماً فالشراء غير لازم للموكل سواء كان الموكل قد أذن فى الشراء بعين المال أو فى الذمة .

وقال أبو حنيفة : الشراء للموكل سواء كان الإذن بالعين أوفى الذمة وهذا خطأ لأن الوكالة بتلف المال أو استهلاكه باطلة لانعقاد بقائه ، فإذا بطلت الوكالة وانعزل الوكيل فعقده لازم لنفسه دون موكله ، فلو أن الوكيل لم يستهلك ولكن تعدى فيه تعديا صار له ضامناً فقد اختلف أصحابنا هل ينعزل بتعديه عن الوكالة أم لا ؟ على وجهين :

(أحدهما) ينعزل عن الوكالة بالتعدى لأنه مؤتمن كالمودع الذى ينعزل بالتعدى عن الوديعة ، فعلى هذا يكون الشراء لازما للوكيل دون موكله .

(والوجه الثانى) وهو قول أبى على الطبرى إنه على الوكالة لا ينعزل عنها بالتعدى مع بقاء الملك كالمرتهن لا يبطل الرهن بتعديه ، وإن كان مؤتمنا فعلى هذا يكون الشراء لازماً للموكل والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) فان وكله فى الشراء ولم يدفع اليه الثمن فاشتراه ، ففى الثمن ثلاثة اوجه :

(احدها) انه على الموكل ، والوكيل ضامن ، لأن المبيع للموكل فكان الثمن عليه ، والوكيل تولى العقد والتزم الثمن فضمنه ، فعلى هذا يجوز للبائع ان يطالب الوكيل والموكل لأن احدهما ضامن والآخر مضـــمون عنه ، فان وزن الوكيل الثمن رجع على الموكل ؛ وان وزن الموكل لم يرجع على الوكيل .

(والثانى) ان الثمن على الوكيل دون الموكل ، لأن الذى التزم هو الوكيل فكان الثمن عليه ، فعلى هذا يجوز للبائع مطالبة الوكيل ، لأن الثمن عليـــه ، ولا يجوز له مطالبة الموكل لأنه لا شىء عليه ، فان وزن الوكيل رجع على الموكل لأنه التزم باذنه ، وان لم يزن لم يرجع كما نقول فيمن أحال بدين عليه على رجل لا دين له عليه : انه اذا وزن رجع ، واذا لم يزن لم يرجع ، وان أبرأ البائع الوكيل سقط الثمن وحصلت السلعة للموكل من غير ثمن .

(والثالث) ان الثمن على الوكيل ، وللوكيل فى ذمة الموكل مثل الثمن ، فيجوز للبائع مطالبة الوكيل دون الموكل ، وللوكيل مطالبة الموكل بالثمن وان لم يطالبه البائع)) .

الشرح الأحكام إذا وكله فى الشراء ولم يدفع إليه الثمن فعلى من يكون الثمن ؟ فعندنا يكون فى الثمن ثلاثة أوجه ساقها المصنف بدليلها وقال أحمد وأصحابه : يثبت الثمن فى ذمة الموكل أصلا ، وفى ذمة الوكيل تبعاً كالضامن ، وللبائع مطالبة من شاء منهما ، فإن أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل ، واذا أبرأ الموكل برىء الوكيل أيضاً كالضامن والمضمون عنه سواء ، وإن دفع الثمن إلى البائع فوجد به عيباً فرده على الوكيل كان أمانة فى يده ، وإن تلف فهو من ضمان الموكل ، ولو وكل رجلا يتسلف له ألفاً فى كرحنطة ففعل ملك الموكل ثمنها ، والوكيل ضامن عن موكله كما تقدم .

قال الماوردى : وهل يصير الثمن واجبا على الموكل بالعقد ؟ أم لا ؟ على وجهين حكاهما ابن سريج .

(أحدهما) أنه يكون الثمن واجباً عليه بالعقد لوقوع الملك له بالعقد ، فعلى هذا يكون البائع بالخيار بين مطالبة الوكيل به أو الموكل ، فإذا أخذه من أحدهما برئا معا .

(والوجه الثانى) أن الثمن غير واجب على الموكل بالعقد ، وإنما يلزم الوكيل وحده لتفرده بالعقد ، فعلى هذا يطالب الوكيل وحده بالثمن دون الموكل .

وهل يستحق الوكيل الثمن على الموكل قبل أدائه عنه أم لا ؟ على وجهين حكاهما ابن سريج .

(أحدهما) أنه لا يستحق عليه إلا بعد أدائه عنه ، فإن أداه الوكيل عنه رجع به عليه حينئذ ، وإن أبرأه البائع منه لم يرجع به على الموكل ، فصار الموكل مالكا للمبيع بغير بدل .

(والوجه الثانى) أن الوكيل قد استحق الثمن على الموكل بما وجب على الوكيل من ضمانه بالعقد وله مطالبة الموكل به قبل أدائه ، وإن أبرأ الوكيل منه رجع به على الموكل ، ولو دفع بالثمن عرضا رجع على الموكل بالثمن دون قيمة العرض وعلى الوجه الأول إذا دفع الوكيل بالثمن عرضا رجع على الموكل بأقل الأمرين من الثمن أو قيمة العرض ، فلو أراد الوكيل أن يمنع الموكل من المبيع إلا بعد قبض ثمنه لم يكن له ذلك على الوجهين معا ، لأن البائع لم يبعه منه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا يجوز للوكيل فى البيع ان يبيع بثمن مؤجل من غير اذن ، لان الأصل فى البيع النقد ، وانما يدخل التاجيل لكساد او فساد ، فاذا اطلق حمل على الأصل ، فان اذن له فى بيع مؤجل وقدر الأجل لم يبع الى اجل اكثر منه ، لانه لم يرض بما زاد على المقدر ، فبقى على الأصل فى المنع ، وان اطلق الأجل ففيه وجهان :

(احدهما) لا يصح التوكيل ، لان الآجال تختلف فيكثر الغرر فيه فلم يصح .

(والثانى) يصح ويحمل على العرف فى مثله ، لأن مطلق الوكالة يحمل على المتعارف وان لم يكن فيه عرف باع بأنفع ما يقدر عليه ، لأنه مأمور بالنصح لموكله ، ومن اصحابنا من قال : يجوز القليل والكثير لأن اللفظ مطلق ، ومنهم من قال : يجوز الى سنة ، لأن الديون المؤجلة فى الشرع مقدرة بالسنة ، وهى الدية والجزية ، والصحيح هو الأول .

وقول القائل الثانى : ان اللفظ مطلق لا يصح ، لأن العرف يخصه ، ونصح الموكل يخصه .

وقول القائل الثالث : لا يصح لأن الدية والجزية وجبت بالشرع فحمل على تأجيل الشرع ، وهذا وجب باذن الموكل فحمل على المتعارف ، وان أذن له فى البيع الى اجل فباع بالنقد نظرت ، فان باع بدون ما يساوى نسيئة لم يصح لأن الاذن فى البيع نسيئة يقتضى البيع بما يساوى نسيئة فاذا باع بما دونه لم يصح ، وان باع نقداً بما يساوى نسيئة ، فان كان فى وقت لا يأمن أن ينهب او يسرق لم يصح ، لأنه ضرر لم يرض به فلم يلزمه ، وان كان فى وقت مأمون ، ففيه وجهان :

(احدهما) لا يصح ، لأنه قد يكون له غرض فى كون الثمن فى ذمة ملىء ففوت عليه ذلك فلم يصح .

(والثانى) يصح ، لأنه زاده بالتعجيل خيرا ، وان وكله أن يشترى عبداً بالف فاشتراه بالف مؤجل ففيه وجهان :

(احدهما) لا يصح الشراء للموكل لأنه قصد ان لا يكون عليه دين وان لا يشترى الا بما معه .

(والثانى) انه يصح لأنه حصل له العبد وزاده بالتأجيل خيرا .

(فصل) ولا يجوز للوكيل فى البيع ان يشترط الخيار للمشترى ولا للوكيل فى الشراء أن يشترط الخيار للبائع من غير اذن لأنه شرط لاحظ فيه للموكل ، فلا يجوز من غير اذن كالأجل ، وهل يجوز ان يشترط لنفسه او للموكل ؟ فيه وجهان :

(احدهما) لا يجوز لأن اطلاق البيع يقتضى البيع من غير شرط .

(والثانى) يجوز لأنه احتاط للموكل بشرط الخيار » .

الشرح الأحكام : إن بيعه بالثمن المؤجل من غير إذن موكله لا يجوز ، ودليلنا أن الأجل فى البيوع يدخل تارة فى المثمن فيكون سلما ؛ وتارة فى الثمن فيكون ديناً ، فلما لم يجز للوكيل أن يدخل الأجل فى الثمن فيجعله

ديناً ، وتحريره أنه تأجيل أحد العوضين فوجب أن لا يصح من الوكيل مع إطلاق الإذن قياسا على تأجيل المثمن ، ولأن الأجل لما لم يلزم المالك فى عقده ، ولا شرط صريح لم يلزم الموكل إلا بإذن صريح ، لأن إطلاق كل واحد من العقدين معتبر بالآخر وسواء طال الأجل أو قصر .

(فأما الجواب) عن الاستدلال بأن إطلاق الإذن يقتضى العموم فهو أنه خطأ فى القول بل الإطلاق فى الإذن يقتضى العرف بدليل أن إطلاق الإذن بالشراء لا يقتضى عموم الأشرية كذلك إطلاق الإذن بالبيع لا يقتضى عموم البيوع .

وأما قياسه على نقد البلد فالمعنى فيه أن المعهود يقتضيه ، وأما قياسه فى الأجل على خيار الثلاث فلأصحابنا فى جوازه للوكيل وجهان سيأتى بيانهما ، والقياس منخفض بالأجل فى المثمن ، ثم المعنى فى خيار الثلاث أنه لما ملكه الوكيل فى الشراء ملكه فى البيع ، ولأصحابنا فى جوازه للوكيل وجهان .

(أحدهما) لا يصح من الوكيل ، فعلى هذا سقط الدليل .

(والثانى) يصح منه والقياس عليه منتقض بالأجل فى المثمن ، فهذا حكم العقد مع إطلاق إذن الموكل ، وما يلزم من الشروط فى عقد التوكيل .

وأما حالة التقييد مثل أن يكون إذن الموكل فى البيع مقيداً بشرط ، فإن كان الشرط مبطلا للعقد كالأجل المجهول ، وهو كما يقول المصنف باطل على أحد الوجهين ، لأن الآجال تختلف فيكثر فيها الغرر ، وكالخيار أكثر من ثلاث إلى ما جرى هذا المجرى الذى يبطل معه العقد على وجه من الوجوه ؛ فقد صار الموكل بها آذناً لوكيله بالبيع الفاسد ، فإن باع الوكيل ذلك على الشرط الذى أذن فيه الموكل كان فاسداً ، وإن رضى المالك بفساده ؛ فإذا أذن له فى الأجل فإن الصحيح بطلانه كما قلنا .

(والثانى) وهو وجه عند أصحابنا وبه قال أبو حنيفة : يصح . ويحمل على العرف فى مثله ، لأن المطلق يحمل على المقيد نصاً أو عرفا ، فإن لم يكن ثم عرف اجتهد فى البيع بأحظ وأنفع ما يقدر عليه لموكله ، لأنه مؤتمن له

ومن خصاله النصح له ، ومن أصحابنا من أجاز بيعه على أى نحو ولو لم يتحر الأنفع لموكله .

ومنهم من قيد الإطلاق لأجل بسنة قمرية ، لأن الله تعالى جعل عدة الشهور اثنى عشر شهراً ، ولأن الجزية والدية والزكوات ديون شرعية فى ذمة المكلفين بها مقدرة بالسنة القمرية ، فإذا أطلق الموكل حملنا إطلاقه على القيد الشرعى فى الديون الشرعية ، والقول الأول هو الذى جعله الماوردى فى الحاوى قولا واحداً للمذهب ولم يحك غيره ، أما المصنف رحمه الله فقد ساق الأقوال كلها ثم رجح الأول .

ثم إنه إذا خشى تلف المال أو سطو غاصب عليه أو كساده مما يلحق الضرر بموكله جاز له أن يبيع ولو لم يأذن له الموكل إذا لم يجد مشترياً نقداً . فإذا قدر الموكل له الأجل لم يصح أن يؤجل أكثر منه .

فرع إذا باع نقداً ما هو مأذون فيه بأجل نظرت فإن تساوى ثمن المبيع نقداً مع ما قدره الموكل للثمن نسئاً ، فعلى وجهين :

(أحدهما) يصح ، لأنه زاد خيراً بتعجيل الثمن .

(والثانى) لا يصح لأنه قد يكون له غرض فى جعل الثمن فى ذمة ملىء كأنه وديعة فى صورة دين ففوت عليه هذا القصد فلم يصح .

فرع لا يجوز أن يشترط الوكيل الخيار للمشترى ولا لوكيله ، كما لا يجوز له أن يقبل شرط الخيار من غير إذن موكله فى البيع أو فى الشراء، وهل يجوز أن يشترط الخيار لنفسه أو لموكله ؟ وجهان :

(أحدهما) لا يجوز لأنه قيد المطلق بشرط ليس مأذوناً فيه .

(والوجه الثانى) إذا رأى أن هذا الشرط أنفع لموكله للاحتياط ولضمان مصلحته فإنه يصح والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) ولا يجوز للوكيـل فى البيع أن يبيع بدون ثمن المثـل بما لا يتغابن الناس به من غير اذن ، ولا للوكيل فى الشراء أن يشترى بأكثر من ثمن المثل بما لا يتغابن الناس به من غير اذن ، لأنه منهى عن الاضرار بالموكل مأمـور بالنصح له وفى النقصان عن ثمن المثل فى البيع والزيادة على ثمن المثل فى الشراء اضرار ، وترك النصح ، ولأن العرف فى البيع ثمن المثل ، فحمل اطلاق الاذن عليه ، فأن حضر من يطلب بالزيادة على ثمن المثل لم يجز أن يبيع بثمن المثـل لأنه مأمور بالنصح والنظر للموكل ، ولا نصح ولا نظر للموكل فى ترك الزيادة .

وان باع بثمن المثل ثم حضر من يزيد فى حال الخيار ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يلزمه فسخ البيع ، لأن المزايد قد لا يثبت على الزيادة فلا يلزمه الفسخ بالشك .

(والثانى) يلزمه الفسخ وهو الصحيح ، لأن حال الخيار كحال العقد . ولو حضر فى حال العقد من يزيد وجب البيع منه ، فكذلك اذا حضر فى حال الخيار وقول القائل الأول : انه قد لا يثبت على الزيادة فيكون الفسخ بالشك لا يصح ، لأن الظاهر انه يثبت فلا يكون الفسخ بالشك ، وان باع بنقصـان يتغابن الناس بمثله ، بأن باع ما يساوى عشرة بتسعة صح البيع . وان اشترى بزيادة يتغابن الناس بمثلها بأن ابتاع ما يساوى عشرة بأحد عشرة صح الشراء ولزم الموكل ، لأن ما يتغابن الناس بمثله يعد ثمن المثل ؛ ولأنه لا يمكن الاحتراز منه فعفى عنه » .

الشرح الأحكام : ليس له أن يبيع بدون ثمن المثل ، أو دون ما قدره له ، ولا يشترى بأكثر من ثمن المثل أو أكثر مما قدر له ، وبهذا قال أحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن . وقال أبو حنيفـة ، إذا أطلق الوكالة فى البيع فله البيع بأى ثمن كان ، لأن لفظه فى الإذن مطلق فيجب حمـله على اطلاقه .

ولنا أنه توكيل مطلق فى عقد معاوضة فاقتضى ثمن المثل كالشراء ، فإنه وافق عليه ، وما ذكره ينتقض بالشراء بمثله أو باع بدون ما قـدره له أو اشترى بأكثر منه فحكمه حكم من لم يؤذن له فى البيع والشراء . وبهذا قال أحمد فى إحدى الروايتين عنه (والثانية) أن البيع جائز دون الشراء ويضمن الوكيل النقص ، لأن من صح بيعه بثمن المثل صح بدونه كالمريض ، فعلى هذه الرواية يكون البيع صحيحاً وعلى الوكيل ضمان النقص وفى قدره وجهان .

(أحدهما) ما بين ثمن المثل وما باعه به .

(والثانى) ما بين ما يتغابن الناس به ومالا يتغابن الناس به لأن ما يتغابن الناس به يصح بيعه به ولا ضمان عليه ، والأول أقيس ، لأنه لم يؤذن للوكيل فى هذا البيع فأشبه بيع الأجنبى ، ولو أذن له فى البيع لم يكن عليه ضمان فأشبه الشراء ، وكل تصرف كان الوكيل مخالفاً فيه لموكله فحكمه فيه حكم تصرف الأجنبى . أما ما يتغابن الناس به عادة فمعفو عنه ممنوعة إذا لم يكن الموكل قدر له الثمن ، لأن ما يتغابن الناس به بعد ثمن المثل ولا يمكن التحرز عنه ، ولو حضر من يزيد على ثمن المثل لم يجز أن يبيع بثمن المثل ، لأن عليه الاحتياط وطلب الحظ لموكله وهو مأمور بالنصح والنظر للموكل ، حيث لا نصح ولا نظر ولاحظ فى ترك الزيادة .

وإن باع بثمن المثل فحضر من يزيد فى مدة الخيار لم يلزمه فسخ العقد على أحد الوجهين وهو الوجه الصحيح عند أحمد وأصحابه ويلزمه الفسخ على الوجه الصحيح عندنا .

قال أصحاب أحمد : لأن الزيادة ممنوع منها منهى عنها فلا يلزم الرجوع إليها ، ولأن المزايد قد لا يثبت على الزيادة فلا يلزم الفسخ بالشك .

ولنا أن حال الخيار كحال العقد فلو حضر فى حالة العقد من يزيد وجب البيع منه فكذلك إذا حضر فى حال الخيار ولأنها زيادة فى الثمن أمكن تحصيلها فأشبه ما لو أجاز به قبل البيع والنهى يتوجه إلى الذى زاد لا إلى الوكيل فأشبه من جاءته الزيادة قبل البيع وبعد الاتفاق عليه . وقول القائل الأول : إنه لا يثبت على الزيادة فيكون الفسخ بالشك ، لا يصح أنه يثبت فلا يكون الفسخ بالشك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان اشترى بزيادة لا تتغابن الناس بمثلها بان ابتاع ما يساوى عشرة باثنى عشر فان كان بعين مال الموكل بطل الشراء ، لأنه عقد على ماله عقداً لم يأذن فيه ، وان كان فى الذمة لزم الوكيل لأنه اشترى فى الذمة بغير اذن فوقع الملك له . وان باع بنقصان لا يتغابن الناس بمثله بان باع ما يساوى عشرة بثمانية لم يصح البيع لأنه بيع غير مأذون فيه ، فان كان المبيع باقياً رد . وان كان تالفاً وجب ضمانه .

وللموكل أن يضمن الوكيل لأنه سلم ما لم يكن له تسليمه ،وله أن يضمن المشترى لأنه قبض ما لم يكن له قبضه ، فان اختار تضمين المشترى ضمن جميع القيمة ، وهو عشرة ، لأنه ضمن المبيع بالقبض فضمنه بكمال البدل ، وان اختار تضمين الوكيل ففيه ثلاثة أقوال :

(أحدها) أنه يضمنه جميع القيمة ، لأنه لزمه رد المبيع فضمن جميع بدله.

(والثانى) يضمنه تسعة لأنه لو باعه بتسعة جاز ، فلا يضمن ما زاد ويضمن المشترى تمام القيمة وهو درهم .

(والثالث) يضمنه درهماً لأنه لم يفرط الا بدرهم ، فلا يضمن غيره ويضمن المشترى تمام القيمة وهو تسعة ؛ وما يضمنه الوكيل يرجع به على المشترى ، وما يضمنه المشترى لا يرجع به على الوكيل ، لأن المبيع تلف فى يده فاستقر الضمان عليه .

وان قدر الثمن فقال : بع بألف درهم ، لم يجز أن يبيع بما دونها ، لأن الاذن فى الألف ليس باذن فيما دونها وان باع بألفين نظرت ، فان كان قد عين من يبيع منه لم يجز ؛ لأنه قصد تمليكه بألف فلا يجوز أن يفوت عليه غرضه ، وان لم يعين من يبيع منه جاز . لأن الاذن فى الألف اذن فيما زاد من جهة العرف . لأن من رضى بألف رضى بألفين .

وان قال : بع بألف ولا تبع بما زاد لم يجز أن يبيع بما زاد ، لأنه صرح بالنهى فدل على غرض قصده فلم يجز مخالفته . وان قال : بع بألف فباع بألف وثوب ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه يصح لأنه حصل له الألف وزيادة ، فصار كما لو باع بألفى درهم .

(والثانى) أنه لا يصح ، لأن الدراهم والثوب تنقسط على السلعة فيكون ما يقابل الثوب من السلعة مبيعاً بالثوب ، وذلك خلاف ما يقتضيه الاذن ، فان الاذن يقتضى البيع بالنقد ، فعلى هذا هل يبطل العقد فى الدراهم ؟ فيه قولان بناء على تفريق الصفقة » .

الشرح سبق الكلام على من وكل فى شراء شىء فاشترى بما يتغابن الناس بمثله صح التوكيل ولزم الموكل العقد أما إذا اشترى بما لا يتغابن الناس بمثله فإن كان بعين مال الموكل بطل كشراء لوقوعه موقعاً لم يأذن فيه الموكل ، وإن كان فى الذمة لزم الوكيل العقد لأنه اشترى فى الذمة بغير إذن موكله ، ومتى اشترى شيئاً لغيره بمال نفسه صح الشراء للوكيل سواء اشتراه بعين المال أو فى الذمة ، لأنه اشترى له ما لم يؤذن له فى شرائه أشبه ما لو اشتراه فى الذمة .

فـــرع إذا دفع إليه دراهم وقال : اشتر لى بهذه سيارة كان له أن يشتريها بعينها أو فى الذمة لأن الشراء يقع على هذين الوجهين ، فإذا أطلق الوكالة كان له فعل ما شاء منهما ، وإن قال : اشتر بعينها فاشتراه فى ذمتـــه ثم نقدها لم يلزم الموكل لأنه إذا تعين الثمن انفسخ العقـــد بتلفه أو كونه مغصوباً ، ولم يلزمه ثمن فى ذمته ، وهذا غرض للموكل فلم تجز مخالفته ، ويقع الشراء للوكيل ، وهل يقف على إجازة الموكل ؟ وجهان .

وقال الماوردى : للموكل فيما أذن له ببيعه حالتـــان حالة إطلاق وحالة تقييد . فأما حالة الإطلاق فهو أمر يأذن لوكيله فى البيع إذناً مطلقاً من غير أن يقيده بشرط ، أو على صفة ، فعلى الوكيل فى بيعه ثلاثة شروط :

(أحدها) أن يبيعه بغالب نقد البلد ، فإن عدل إلى غيره لم يجز .

(والشرط الثانى) أن يبيعه بثمن مثله ، فإن باعه بما لا يتغابن الناس بمثله وإلى أجل قال أبو حنيفة : كان بيعه نافذاً استدلالا بأن إطلاق الإذن يشتمل على عموم البيع ، وتخصيص المطلق لا يكون إلا بدليل ، كالمطلق من عموم الكتاب والسنة ، فلما كان اسم البيع ينطبق على المبيع بغير نقد البلد وبما لا يتغابن الناس به وعلى المؤجل . وجب أن يصح لأنه عقد مأذون فيه كما لو باعه بنقد البلد ، وبثمن المثل وبالمعجل ، ثم استدل على جواز البيع بغير نقد البلد بأنه بيع بجنس الأثمان فصح كالبيع بنقد البلد واستدل على جوازه إلى أجل بأن الأجل مدة ملحقة بالعقد فجاز أن يملكها الوكيل قياساً على خيار الثلاث وهذا كله خطأ ، والدليل على ما قلنا على الشرط الأول وهو أن بيعه بغير نقد البلد لم يصح من الوكيل أن يبيع بغير نقد البلد ، وتحريره أنه عقد معاوضة بوكالة مطلقة فوجب ألا يسمح بغير نقد البلد قياســـاً على الشراء ، أو لأن كل جنس لا يجوز للوكيل أن يبتاع به لم يجز للوكيل أن يبيع به قياساً على البيع بغير جنس الأثمان وبالمحرمات .

والدليل على الشرط الثانى ، وهو أن بيعه بما لا يتغابن النـــاس بمثـــله لا يجوز هو أنه عقد معاوضة عن وكالة مطلقة فوجب ألا يصح بأكثر من ثمن المثل قياساً على الشراء ، ولأن من لم يملك الهبة فى مال لم يملك المحاباة فيه

كالوصى والعبد المأذون له فى التجارة ، ولأن المحاباة كالهبة لاعتبارها من الثلث ، فلما لم يصح من الوكيل فى البيع هبة المال أو بعضه لم تصح منه المحاباة فيه .

وتحريره أنه عقد استهلك به شيئاً من مال موكله بغير إذنه فوجب أن يكون باطلا كالهبة ، فإذا ما ذكرنا هذا وأن المثل معتبر وأن البيع بما لا يتغابن الناس بمثله فالاعتبار بالغبن عرف الناس فى مثل المبيع وليس له حد مقدر .

وقال مالك : حد الغبن فى البيوع الثلث فصاعدا لقوله صلى الله عليه وسلم « الثلث والثلث كثير » .

وقال أبو حنيفة : حد الغبن من العشر فصاعداً لأنه أقل ما يجب فى زكوات الزروع والثمار .

قال الماوردى فى الحاوى : وكلا المذهبين فاسد ، لأن عرف الناس فيما يكون غبناً كثيراً يختلف باختلاف الأجناس ، فمن الأجناس ما يكون ربع العشر فيه غبناً كثيراً وهو الحنطة والشعير والذهب والورق . ومنها ما يكون نصف العشر فيه غبناً يسيراً كالرقيق والجوهر ، فلم يجز أن يحد ذلك بقدر مع اختلافه فى عرفهم ووجب الرجوع فيه إليهم .

فإذا باع الوكيل بما لا يتغابن الناس بمثله كان بيعه باطلا ولا ضمان عليه مالم يسلم المبيع ، فإن سلمه كان ضامناً ولزمه استرجاع المبيع إن كان باقياً ، فإن هلك فى يد المشترى كان كل واحد من الوكيل والمشترى ضامناً . أما المشترى فضامن بجميع القيمة ، لأنه فائض عن عقد بيع فاسد . وأما الوكيل ففى قدر ما يضمنه قولان ذكرهما الشافعى فى كتاب الرهن الصغير (أحدهما) أنه يضمن جميع القيمة (والثانى) أنه يضمن ما غبن به من قدر المحاباة ، لأن به فسد العقد ولزم الضمان .

والدليل على الشرط الثالث وأن بيعه بالثمن المؤجل لا يجوز هو أن الأجل فى البيوع يدخل تارة فى المثمن فيصير سلماً وتارة فى الثمن فيكون ديناً ، فلما لم يجز للوكيل أن يدخل الأجل فى الثمن لم يجز أن يدخل الأجل فى المثمن على ما مضى آنفاً .

قال المصنف رحمه الله تعالى

« وان وكله فى بيع عبد بألف فباع نصفه بألف جاز ، لأنه مأذون له فيه من جهة العرف ، لأن من يرضى ببيع العبد بألف يرضى ببيع نصفه بالألف ، فان باع نصفه بما دون الألف لم يصح ، لأنه ربما لم يمكنه بيع الباقى بتمام الألف ، وان وكله فى بيع ثلاثة أعبد بألف فباع عبداً بدون الألف لم يصح ، لأنه قد لا يشترى الباقى بما بقى من الألف ، وان باع أحد الثلاثة بألف جاز ، لأن من رضى ببيع ثلاثة بألف رضى ببيع أحدهم بألف .

وهل له أن يبيع الآخرين ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يملك لأنه قد حصل المقصود وهو الألف .

(والثانى) أنه يجوز لأنه له فى بيع الجميع فلا يسقط الأمر ببيع واحد منهم، كما لو لم يقدر الثمن. وان وكله فى شراء عبد بعينه بمائة فاشتراه بخمسين لزم الموكل لأنه مأذون فيه من جهة العرف . لأن من رضى أن يشترى عبداً بمائة رضى أن يشتريه بخمسين ، وان قال : اشتر بمائة ولا تشتر بخمسين جاز أن يشترى بمائة ، لأنه مأذون فيه ، ولا يشترى بخمسين لأنه منهى عنه ، ويجوز أن يشترى بما بين الخمسين والمائة ، لأنه لما أذن فى الشراء بالمائة دل على أنه رضى بالشراء بما دونها ، ثم خرج الخمسون بالنهى ، وبقى فيما زاد على ما دل عليه المأمور به .

وهل يجوز أن يشترى بأقل من الخمسين ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يجوز لأنه لما نص على المائة دل على أن ما دونها أولى الا فيما أخرجه النهى .

(والثانى) لا يجوز لأنه نهى عن الخمسين دل على ان ما دونها أولى بالمنع . وان قال : اشتر هذا العبد بمائة فاشتراه بمائة وعشرة لم يلزم الموكل .

وقال ابو العباس : يلزم الموكل بمائة ويضمن الوكيل مازاد على المائة لأنه تبرع بالتزام الزيادة ، والمذهب الأول ، لأنه زاد على الثمن المأذون فلم يلزم الموكل . كما لو قال : اشتر لى عبداً فاشتراه بأكثر من ثمن المثل ، ولأنه لو قال : بع هذا العبد بمائة فباعه بمائة الا عشرة لم يصح ، ثم يضمن الوكيل ما نقص من المائة ، فكذلك اذا قال : اشتر هذا العبد بمائة فاشتراه بمائة وعشرة . لم يلزم الموكل ، ثم يضمن الوكيل مازاد على المائة .

وان وكله فى شراء عبد بمائة فاشترى عبداً بمائتين وهو يساوى المائتين ، لم يلزم الموكل لأنه غير مأذون فيه من جهة النطق ولا من جهة العرف ، لأن رضاه بعبد بمائة لا يدل على الرضا بعبد بمائتين ، وان دفع اليه ديناراً وامره ان يشترى شاة فاشترى شاتين ، فان لم تساو كل واحدة منهما ديناراً لم يلزم

الموكل لأنه لا يطلب بدينار مالا يساوى ديناراً ، وان كان كل واحدة منهما تساوى ديناراً نظرت ، فان اشترى فى الذمة ففيه قولان :

(احدهما) ان الجميع للموكل ، لأن النبى ﷺ « دفع الى عروة الباوقى ديناراً ليشترى له شاة فاشترى شاتين فباع احداهما بدينار واتى النبى صلى الله عليه وسلم بشاة ودينار فدعا له بالبركة » ولأن الاذن فى شاة بدينار اذن فى شاتين بدينار ، لأن من رضى شاة بدينار رضى شاتين بدينار .

(والثانى) ان للموكل شاة لأنه اذن فيه ، والأخرى للوكيل لأنه لم يأذن فيه الموكل ، فوقع الشراء للوكيل . فان قلنا : ان الجميع للموكل فباع احداهما، فقد خرج أبو العباس فيه وجهين :

(احدهما) انه لا يصح لأنه باع مال الموكل بغير اذنه فلم يصح .

(والثانى) انه يصح لحديث عروة البارقى ، والمذهب الأول ، والحديث يتاول .

وان قلنا : ان للوكيل شاة استرجع الموكل منه نصف دينار ، وان اشترى الشاتين بعين الدينار ، فان قلنا فيما اشترى فى الذمة : ان الجميع للموكل كان الجميع ههنا للموكل ، وان قلنا : ان احداهما للوكيل والأخرى للموكل صح الابتياع للموكل فى احداهما ويبطل فى الأخرى ، لأنه لا يجوز ان يحصل الابتياع له بمال الموكل فبطل » .

الشرح حديث عروة البارقى أخرجه أبو داود والترمذى وابن ماجه والدارقطنى من حديث عروة وفى إسناده سعيد بن زيد أخو حماد ومختلف فيه عن أبى لبيد لمازة بن زبار وقد قيل : إنه مجهول ، لكن وثقه ابن سعد وقال حرب : سمعت أحمد أثنى عليه وقال المنذرى والنووى : اسناده حسن صحيح لأنه لمجيئه من وجهين وقد رواه البخارى من طريق ابن عيينة عن شبيب بن غرقدة سمعت الحى يحدثون عن عروة به ورواه الشافعى عن ابن عيينة وقال : إن صح قلت به ، وقال فى البويطى : إن صح حديث عروة فكل من باع أو أعتق ثم رضى فالبيع والعتق جائز ونقل المزنى عنه أنه ليس بثابت عنده . قال البيهقى : إنما ضعفه لأن الحى غير معروفين ، وقال فى موضع آخر : هو مرسل لأن شبيب بن غرقدة لم يسمعه من عروة إنما سمعه من الحى ، وقال الخطابى : هو غير متصل لأن الحى حدثوه عن عروة ، وقال الرافعى فى التذنيب : هو مرسل . قلت : والصواب أنه متصل فى إسناده

مبهم ، وروى أبو داود من طريق شيخ من أهل المدينة عن حكيم بن حزام نحوه قال البيهقى : ضعيف من أجل هذا الشيخ ، وقال الخطابى : هو غير متصل لأن فيه مجهولا لا يدرى من هو ؟

اما احكام الفصل فإن وكله فى بيع بقرة بمائة فباع نصفها بها أو وكله مطلقاً فباع نصفها بثمن الجميع جاز ، لأنه مأذون فيه من جهة العرف ، فإن من رضى مائة ثمناً للكل رضى بها ثمناً للنصف ، ولأنه حصل له المائة وأبقى له زيادة تنفعه ولا تضره ، وله بيع النصف الآخر لأنه مأذون فى بيعه فأشبه مالو باع العبد كله بمثلى ثمنه ، ويحتمل ألا يجوز له بيعه ، لأنه قد حصل للموكل غرضه من الثمن ببيع نصفها فربما لا يؤثر بيع باقيها للغنى عن بيعها بما حصل له من ثمن نصفها ، وهكذا القول فى توكيله فى بيع بقرتين بمائة إذا باع إحداهما بها صح ، وهل يكون له بيع الأخرى ، على وجهين ، فأما إن وكله فى بيع سيارته بألف فباع بعضها بأقل منها لم يصح ، وإن وكله مطلقاً فباع بعضها بأقل من ثمن الكل لم يجز وبهذا قال أحمد ومحمد وأبو يوسف .

وقال أبو حنيفة : يجوز فيما إذا أطلق الوكالة بناء على أصله فى أن للوكيل المطلق البيع بما شاء .

دليلنا على أن على الموكل ضرراً فى تبعيضه ، ولم يوجد الإذن فيه نطقاً ولا عرفاً فلم يجز كما لو وكله فى شراء دار فاشترى نصف دار .

فرع وإن وكله فى شراء سيارة بعينها بمائة فاشتراها بخمسين أو بما دون المائة صح ولزم الموكل لأنه مأذون فيه من جهة العرف . وإن قال : لا تشتره بأقل من مائة فخالفه لم يجز لأنه خالف نصفه .

فرع قال الماوردى رحمه الله تعالى :

وأما المختص بقدر الثمن وصورته أن يقول : بع بمائة درهم ، فلا يجوز أن يبيعه بأقل منها ولو بقيراط ، فإن فعل كان البيع باطلا ، ولو باعه بأكثر

من مائة درهم كان البيع جائزاً لحصول المائة التى أرادها ، والزيادة عليها زيادة حظ له ، إلا أن يكون قد أمره أن يبيعه بالمائة على رجل بعينه ، فلا يجوز أن يبيعه عليه بأكثر من مائة ، كما لا يجوز أن يبيعه على غيره ؛ لأنه لما نص على القدر صار مسامحاً له بالزيادة عليه ، فلو باع نصف العبد بمائة درهم صح البيع ، لأن بقاء نصف العبد مع حصول المائة التى أرادها أحظ ، فلو باع نصف العبد بأقل من مائة درهم ولو بقيراط لم يجز لتفويت ما أراده من كمال الثمن وتفريق الصفقة .

فلو وكله ببيع عبيد فباع كل عبد فى عقد ، فإن لم يذكر له قدر الثمن جاز ، لأن العادة فى بيع العبيد جارية بإفرادهم فى العقود . ولو ذكر له قدر الثمن فقال : بع هؤلاء العبيد الثلاثة بألف درهم . فإن باع أول صفقة من العبيد بأقل من ألف درهم لم يجز لأنه قد لا يشترى العبدان الآخران بما بقى من تكملة الألف .

وإن باع أول صفقة بأكثر من ألف درهم جاز . وهل يجوز بيع الاثنين الآخرين بعد حصول الألف ؟ على وجهين .

(أحدهما) لا يجوز لأن مقصوده بالبيع حصول الألف من ثمنه ، فصارت الوكالة مقصورة عليها وباطلة فيما سواها .

(والوجه الثانى) أنه يجوز له بيع من بقى منهم لانعقاد الوكالة ببيعهم . ولا يكون حصول الثمن بكماله من بعضهم مانعاً من بيع باقيهم . كما لو باع أحدهم بأكثر من ألف ، ولم يلزمه أن يبيع منه بقدر الألف ، ويكون عن بيع باقيه بالزيادة على الألف .

فأما العدد من الثياب إذا وكله فى بيعها وأمكن أن يبتاع صفقة وتفاريق، فعلى الوكيل أن يعمل على أحظ الأمرين لموكله فى بيع جميعها صفقة أو أفراداً كل واحد منها بعقد ، فإن عدل عن أحظهما لم يجز ما لم يكن من الموكل تصريح به .

(قلت) وكلام المصنف فى المهذب يفيد أن البيع يصح وينفذ فى كل حالة

نقص فيها الثمن عن القدر الذى أذن فيه وضمنه الوكيل ـ أعنى ضمن الفرق الذى ينقص عن القدر المأذون فيه ـ كأن أذن له فى البيع بمائة فباع بتسعين ، كان على الوكيل ضمان النقص وهو العشرة ، ونتيجة هذا أن البيع ينفذ بحصول الموكل على الثمن الذى حدده بكماله . وذلك بضمان مقدار النقص على الوكيل .

ومثل ما ذكر فى البيع يكون فى الشراء فلو أمره أن يشترى شاة بعشرة فاشتراها بأحد عشرة كان عليه ضمان الفرق ولا يلزم الموكل سوى عشرة ، وهذا هو تخريج أبى العباس بن سريج رحمه الله تعالى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) اذا اشترى الوكيل ما اذن فيه الموكل انتقل الملك الى الموكل لان العقد له فوقع الملك له كما لو عقده بنفسه ، وان اشترى ما لم يأذن فيه ، فان كان قد اشتراه بعين مال الموكل ، فالعقد باطل ، لانه عقد على مال لم يؤذن فى العقد عليه ، فبطل كما لو باع مال غيره بغير اذنه ، وان اشتراه بثمن فى الذمة نظرت ، فان لم يذكر الموكل فى العقد لزمه ما اشترى لانه اشترى لغيره فى الذمة ما لم يأذن فيه فانعقد الشراء له كما لو اشتراه من غير وكالة ، وان ذكر الموكل فى العقد ففيه وجهان :

(احدهما) ان العقد باطل ، لانه عقد على انه للموكل والموكل لم يأذن فيه فبطل .

(والثانى) انه يصح العقد ويلزم الوكيل ما اشتراه ، وهو قول ابى اسحاق ، وهو الصحيح ، لانه اشترى فى الذمة ولم يصح فى حق الموكل فانعقد فى حقه كما لو لم يذكر الموكل » .

الشرح (الأحكام) قال المزنى رحمه الله تعالى : لو دفع إليه مالا اشترى به طعاماً فيسلفه ثم اشترى له بمثله طعاماً فهو ضامن للمال والطعام لأنه خرج من وكالته بالتعدى واشترى بغير ما أمره به .

اعلم أن لهذه المسألة مقدمة لا يستغنى عن شرحها وتقدير المذهب فيها ليكون الجواب فى المسألة مبنياً عليها ، وهو أن الرجل إذا وكل رجلا فى ابتياع متاع له فلا يخلو ماله من أحد أمرين إما أن يدفع إليه ثمنه أم لا فإن

لم يدفع الثمن إليه جاز للوكيل أن يشتريه بثمن فى ذمته ناويا به أنه لموكله فيكون بالعقد واقعاً للموكل دون الوكيل .

وجملة هذا أنه إذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً بإذنه انتقل الملك من البائع إلى الموكل ولم يدخل فى ملك الوكيل ، وبهذا قال أحمد بن حنبل .

وقال أبوحنيفة : يقع الملك بالعقد للوكيل ثم ينتقل إلى الموكل استدلالا بأن ما ملكه الإنسان بعقد غيره وقع الملك للعاقد ، ثم انتقل عنه إلى متملكه كالشفعة يقع الملك إلى المشترى ثم ينتقل عنه إلى الشفيع ولأن الوكيل يلزمه الثمن بعقده فوجب أن يقع له الملك بعقده ، لأن الثمن فى مقابلة المثمن ، ولأنه لما كان شروط العقد والافتراق مبتدأ بالعاقدين اقتضى أن يكون موجبه الملك واقعاً للعاقدين .

ودليلنا أن كل ما عقده الوكيل للموكل اقتضى وقوع الملك بالعقد للموكل كالنكاح ولأن كل من ناب فى العقد عن غيره وقع الملك به للعقود له دون عاقده قياساً على ولى اليتيم والأب والوصى ، وقولهم : إن حقوق العقد تتعلق به غير مسلم ، ويتفرع من هذا أن المسلم لو وكل ذميا فى شراء خمر أو خنزير فاشتراه له لم يصح الشراء ، وقال أبو حنيفة : يصح ويقع للذمى ، لأن الخمر مال لهم لأنهم يتمولونها ويتبايعونها فصح توكيلهم فيها كسائر أموالهم .

ولنا أن كل ما لا يجوز للمسلم العقد عليه لا يجوز أن يوكل فيه كتزويج المجوسية ، وبهذا خالف سائر أموالهم . وإذا باع الوكيل بثمن معين ثبت الملك للموكل فى الثمن لأنه بمنزلة المبيع وبكل ما قلنا قال أحمد وأصحابه .

(فروع) فى مذاهب العلماء فى الوكالة بالبيع والشراء

مذهبنا أن يتعلق بالبيع والشراء أمور أتينا عليها فى الفصول آنفاً نجملها فيما يلى :

(أولا) إذا وكله على أن يشترى له شيئاً فعليه أن يبين صنفه ، فإذا قال له : وكلتك على شراء فرس فيجب أن يقول : فرس عربية صنفها كذا وكذا أو وكله على أن يشترى له سيارة كان عليه أن يذكر طرازها وسنة هذا الطراز واسم مصنعها أو الاسم التجارى والرقم المميز لها ، واذا قال له : وكلتك على شراء دار فيجب أن يبين جهتها كأن يقول : فى بلد كذا فى حارة كذا أو فى شارع كذا ما لم يكن الغرض من الشراء التجارة ، فإنه لا يشترط بيان النوع ، لأن المقصود أن يشترى له ما فيه ربح فى أى جهة كان ، وعلى أى صفة وجد ، فيكفى أن يقول له : اشتر ما فيه ربح .

(ثانياً) إذا وكله على شراء شيء معين فيجب على الوكيل أن يتبع ما أمره به موكله ، فإذا قال : اشتر لى ناقة فلان بثمن كذا ، فانه يتعين ، ولا يجوز للوكيل الخروج عنه ، وإذا وكله على أن يبيع له سلعة بثمن مؤجل إلى أجل معين كشهر وشهرين فإنه يصح ، وعلى الوكيل أن يتبع ما أمره به موكله ، فإن خالف ذلك بأن باع بثمن حال أو بأجل أنقص من الأجل الذى عينه له موكله ، فإنه يصح بشرطين :

(الأول) أن لا ينهاه الموكل عن البيع الحال ، أو يكون فيه ضرر على الموكل كنقص فى الثمن .

(الثانى) أن لا يعين له المشترى فان عينه كأن قال له : بع لفلان بثمن مؤجل ، فإنه لا يصح أن يخالفه ، أما إذا قال له : بع بثمن مؤجل ، ولم يحدد الأجل ، فإنه يحمل على الأجل المتعارف فى بيع هذه السلعة ، فإن لم يكن فيه عرف بين الناس ، فعلى الوكيل أن يتبع ما فيه مصلحة موكله .

(ثالثاً) إذا قال له : وكلتك على أن تبيع هذه السلعة بما شئت أو بما تراه فإن له أن يبيعها بغير نقد البلد ، وليس له أن يبيع بغبن فاحش أو بثمن مؤجل .

وإذا قال له : بعها بكم شئت ، فإن له أن يبيعها بغبن فاحش وليس له أن يبيع بثمن مؤجل أو بغير نقد البلد ، وذلك لأن (كم) للعدد فيشمل القليل والكثير ، فهو قد أذن له فى أن يبيع بأى ثمن ، وليس فيه تصريح له بالبيع إلى أجل أو بغير نقد البلد .

وإذا قال له : بعها كيف شئت ، فله أن يبيعها بثمن مؤجل ، وليس له بيعها بغبن فاحش أو بغير نقد البلد ، وذلك لأن كيف للحال فيشمل الثمن الحال والمؤجل ، فهو المصرح به لا بالغبن ولا بمخالفة نقد البلد .

(رابعا) إذا وكله وكالة مطلقة فليس له أن يبيع أو يشترى إلا بثلاثة شروط :

(الشرط الأول) أن لا يتعاقد بثمن فيه مصلحة الموكل ، فلا يبيع السلعة إلا بثمن المثل أو أكثر ، ولا يشترى إلا بثمن المثل أو أقل فإذا غبن فى بيعه أو شرائه غبناً فاحشاً فإنه لا يصح .

والغبن الفاحش هو ما لا يغتفر بحسب العرف ، أما الغبن اليسير وهو ما يقع كثيراً بين الناس ، فإنه لا يضر ، وإذا باع بثمن المثل ووجد لها راغب بثمن أزيد فإذا كان فرق الثمن كثيراً بحيث يقع الغبن الفاحش ــ فإنه يجب أن يبيع السلعة للراغب إذا كان فى زمن الخيار ، فان لم يفعل انفسخ العقد الأول .

(الشرط الثانى) أن يبيع بثمن حال لا مؤجل ، فإذا باع بثمن مؤجل فإن البيع لا يصح .

(الشرط الثالث) أن يبيع بنقد البلد الذى فيه عقد البيع ، فلا يصح البيع بنقد البلد فى البلدان الأخرى التى لها نقد خاص بها ، ما لم يأذن له

الموكل ، أو كان فيه الحظ للموكل بأن كان نقد غير البلد نقداً مرغوباً فيه ، ويسميه الناس بالعملة الصعبة لقوة مركزة ومتانة عرضه فى الأسواق ، وندرة الخسارة فيه لثباته أمام العملات الأخرى ، كالدولار والريال والدرهم والدينار والجنيه الاسترلينى أمام الجنيه المصرى والسودانى والليرة اللبنانية أو السورية وهكذا .

(خامساً) لا يصح أن يبيع سلعة موكله لنفسه أو لابنه الصغير أو السفيه أو المجنون وذلك لأن عقد البيع يجب أن يكون بين اثنين أحدهما موجب كأن يقول : بعت كذا ، والآخر قابل ، وهو الذى يقول : قبلت ــ وهذا الشخص واحد ــ لأنه إما أن يبيع لنفسه أو يبيع لمن هو ولى عنه ، وهذا لا يصح . نعم إذا حدد الموكل الثمن ووكل عن ابنه الصغير أو المجنون أو السفيه من يقبل عنه البيع ورضى موكله الأصلى بذلك فإن البيع يصح .

أما البيع لولده الكبير الرشيد البالغ ولأبيه وان علا ، فإنه يصح فى الأصح ــ وبعضهم يقول : لا يصح لوجود التهمة ، فإن صرح الموكل بالبيع لهما فإنه يصح بلا خلاف والله ولى التوفيق .

وأما عند أبى حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى فان الأمور التى تتعلق بالوكالة فى البيع والشراء نلخصها من فقه المذاهب الأربعة للشيخ الجزيرى ومن رد المختار على الدر المختار للشيخ ابن عابدين :

(أولا) إذا وكله على شراء شىء أو بيعه فلابد أن يكون هذا الشىء معلوماً ولو بوجه ، حتى يتمكن الوكيل من تنفيذ أمر الموكل ، فإن كان مجهولا جهالة تامة فإن التوكيل يكون باطلا ، إلا إذا كانت الوكالة عامة .

وبيان ذلك أن الوكالة على البيع والشراء إما أن تكون عامة أو خاصة ، والموكل فى شرائه أو بيعه إما أن يكون معلوماً أو يكون مجهولا جهالة تامة . قال فى الدر المختار :

وكله بشراء ثوب هروى أو فرس أو بغل صح ، وإن لم يسم ثمناً ، وبشراء دار أو عبد جاز إن سمى الموكل ثمنا أو نوعاً ، والا لا يصح ، وألحق بجهالة

الجنس وهى ما لو وكله بشراء ثوب أو دابة لا يصح ، وان سمى ثمناً للجهالة الفاحشة وبشراء طعام وبين قدره أو دفع ثمنه وقع فى عرفنا على المعتاد المهيأ للأكل من كل مطعوم يمكن أكله بلا إدام كلحم مطبوخ أو مشوى ــ وبه قالت الثلاثة ، يعنى أصحاب أبى حنيفة : القاضى أبا يوسف ومحمد بن الحسن وزفر ــ وبه يفتى . وفى الوصية بطعام يدخل كل مطعوم ، وللوكيل الرد بالعيب مادام المبيع فى يده لتعلق الحقوق به ، ولوارثه أو وصيه ذلك بعد موته ، فإن لم يكونا فلموكله ذلك ا هـ .

قلنا فى الجهالة إما أن يكون مجهولا جهالة تامة ، وإما أن يكون مجهولا جهالة يسيرة ، فإذا كانت الوكالة عامة ــ كما إذا قال ــ (وكلتك على أن تشترى لى ما رأيت) أو (أن تبيع لى ما أردت) فإنه يصح أن يشترى له ما يشاء أو يبيع من ماله ما يشاء بدون تعيين .

أما إذا كانت الوكالة خاصة ، والجهالة فاحشة ، فإن الوكالة لا تصح ، وذلك كما قال له : اشتر لى ثوباً أو دابة ، فالثوب والدابة مجهولان جهالة تامة ، ويعبر الفقهاء عن ذلك بجهالة الجنس ، وهو أن يذكر شيئاً يشمل أجناساً ولم يبين واحداً منها (كالدابة والثوب) فإذا قال له : وكلتك على أن تشترى لى دابة لا يصح ، لأن الدابة فى اللغة اسم لكل ما يدب على الأرض من حيوان وإنسان ، وقد خصها العرف بالخيل والبغال والحمير ، وعلى كل حال فهى تشمل أجناساً كثيرة ، فإذا حملت على المعنى العرفى كانت شاملة للخيل والبغال والحمير ، فالجنس الذى يريد شراءه مجهول ، اذ يحتمل أنه يريد الخيل أو البغال أو الحمير ــ وليس المراد الجنس المنطقى ، وهو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة ــ بل المراد ما يكون تحته أصناف ، فالخيل مثلا جنس عند الفقهاء ، لأن تحتها أصنافاً كثيرة ، منها عربى ومنها استرالى ومنها خيل مضمرة إلى غير ذلك من أصناف الخيل ، وكذا البغال والحمير فإنها أجناس تشمل أصنافاً كثيرة .

ومثل الدابة الثوب ، فإن فيه جهالة الجنس ، لأن الثوب يشمل أجناساً مختلفة كل جنس تحته أصناف كثيرة ، فهو يشمل : القماش والحرير والصوف

والكتان ، والقماش يشمل : المدارسى والمقصورة والشاش الاسلامبولى والهندى إلى غير ذلك ، والحرير يشمل القطى والألج والحرير الهندى ، وغير ذلك . ومثل ذلك الصوف والكتان ، فكلها أجناس عند الفقهاء لأن تحتها أصنافاً كثيرة فإذا لم يبين الجنس الذى يريده الموكل كانت الوكالة باطلة حتى لو ذكر الثمن .

أما اذا كانت الجهالة يسيرة فإن الوكالة تصح ، وذلك كما اذا قال له : وكلتك على أن تشترى لى حماراً أو فرساً فإن الوكالة تصح ، لأنه ــ وإن لم يكن فيه بيان شاف ــ ولكن جهالته غير فاحشة ، ويعبر الفقهاء عن ذلك بجهالة النوع ، وهو أن يذكر عبارة تشمل أصنافاً كثيرة لم يبين واحد منها ، فالمراد بالنوع الصنف ، فإذا قال له : وكلتك على شراء فرس فقد وكله على شراء صنف مجهول ، لأن الفرس يشمل أصنافاً كثيرة ، كما ذكرنا آنفاً ، فعدم تعيين واحد منها فيه جهالة للنوع ــ أى الصنف ــ ولكن هذه الجهالة يسيرة، وذلك لأن الوكيل قادر على تحصيل غرض الموكل ، وذلك بأن ينظر إلى حاله ويشترى ما يليق به .

وهناك قسم آخر وهو الجهالة المتوسطة ، وذلك كما إذا قال له : اشتر لى داراً بثمن كذا فإنه ــ وإن لم يبين الجهة التى يشترى فيها ، ولا عدد حجرها مثلا ، ولكن ذكر الثمن يجعلها ملحقة بالمجهول جهالة يسيرة .

أما إذا لم يذكر ثمناً ولا صفة كانت ملحقة بجهالة الجنس ، وبعضهم يقول : إن ذكر الثمن لا يجعل جهالتها يسيرة ، بل لابد من ذكر الجهة ، لأنه يترتب عليها اختلاف كثير فى الثمن والرغبة .

والحاصل أن جهالة الشىء الموكل على بيعه أو شرائه تنقسم إلى ثلاثة أقسام ، جهالة الجنس ، وجهالة النوع ، والجهالة المتوسطة .

وقد عرفت تعريف كل واحدة منها مع أمثلته ، فإذا ذكر الموكل لفظاً بين به جنس الموكل عليه ونوعه وصفته فإن الوكالة تصح قطعاً بلا نزاع وذلك كأن يقول : وكلتك على شراء فرس أدهم استرالى أو نحو ذلك .

أما إذا ذكر لفظا يدل على أجناس مختلفة فلم يبين جنسه فلا يصح التوكيل قطعاً ، وذلك كأن يقول : وكلتك على شراء ثوب حتى ولو ذكر الثمن .

أما إذا ذكر لفظاً يدل على أنواع مختلفة ولم يبين النوع الذى يريده ، كما إذا ذكر لفظاً يدل على أنواع مختلفة تختلف باختلاف أحوال الناس فتارة تكون مجهولة يسيرة ــ كالدار ــ فإنها تدل على دور متعددة ، لأنها تشمل الدار الكبيرة والصغيرة والمبنية بالحجر ، والمبنية بالآجر وغيره ، والموجود فى بلدة كذا أو جهة كذا ، أو شارع كذا . إلى غير ذلك . فإذا كان فى قرية ولا تختلف دورها كثيراً فى بنائها واتساعها وموقعها فإن الجهالة تكون يسيرة وتلحق بجهالة النوع ، إلا أنه لابد فيها من ذكر الثمن كأن يقول : وكلتك على شراء دار بكذا .

(ثانياً) إذا اشترى الوكيل لوكيله سلعة ثم ظهر بها عيب ولم يردها الوكيل إلى صاحبها كان ملزماً بها إلا اذا قبلها الموكل على عيبها .

واذا هلكت فى يد الوكيل قبل أن يلزمه الموكل بها هلكت على الموكل ، وهل للموكل أن يرد السلعة قبل أن يستلمها من الوكيل ؟

الجواب : ليس له ذلك ، لأن ردها من حقوق الوكيل مادامت فى يده . فإذا مات ينتقل إلى وارثه ، فاذا لم يكن له وارث انتقل حق الرد إلى الموكل . أما إذا استلم الموكل السلعة فقد أصبح هو صاحب الحق فى ردها بالعيب ، لأن الوكالة تنتهى بتسليم السلعة ، وليس للوكيل حينئذ ردها إلا اذا أمره موكله بذلك فإنه يصح .

وإذا وكله على أن يبيع له سلعة ، وظهر للمشترى أن بها عيباً فان للمشترى أن يردها على الوكيل ، إلا إذا سلبت عن الوكيل أهلية التصرف كأن جن أو حجر عليه ، فإنها ترد فى هذه الحالة على الموكل .

(ثالثاً) إذا وكله على أن يشترى له سلعة ولم يعطه ثمناً فاشتراها الوكيل له من ماله ودفع ثمنها ، فان للوكيل حبس السلعة هذه ، وعدم تسليمها

للموكل إلا إذا دفع ثمنها ، فإن له حبسها بطريق الأولى ، وذلك لأنه فى حالة دفع الثمن قد يتوهم أنه متبرع بالثمن لموكله فلا يصح له حبس السلعة عنه ، أما فى حالة عدم الدفع فلا يتوهم التبرع .

وإذا هلكت السلعة فى يد الوكيل قبل أن يحبسها عن موكله فانها تهلك من مال الموكل فعليه أن يدفع ثمنها .

ومثل ذلك ما إذا دفع الموكل له ثمن السلعة ليشتريها له فضاع منه الثمن فانه يضيع على الموكل لا على الوكيل . نعم إذا اشترى الوكيل سلعة ثم أعطاه الموكل ثمنها ليدفعه إلى البائع ، ففقد منه الثمن قبل أن يعطيه للبائع ، فإن الوكيل يكون ملزماً به ، وكذلك إذا هلكت السلعة فى يد الوكيل بعد حبسها عن الموكل فإنها تهلك على الوكيل ، وليس له أن يطالب الموكل بثمنها سواء كانت قيمة السلعة متساوية مع ثمنها أولا .

وبعضهم يقول : إن السلعة تكون فى هذه الحالة كالمرهون ، فإن هلكت فإنها تهلك بالأقل ثمن ثمنها وقيمتها ، بمعنى أنها تقوم وقت هلاكها ــ فإن كانت قيمتها تساوى ثمنها ، بأن كان ثمنها عشرة ، ولم ينقص عن ذلك ، ولم يزد عند هلاكها ــ فالأمر ظاهر .

أما إذا زادت قيمتها عن ثمنها خمسة ، كانت الخمسة حقا للموكل ، فيطالب بها الوكيل ، وإن نقصت خمسة ، كانت حقا للوكيل فيرجع بها على الموكل ، مثلا إذا وكله بشراء بعير فاشتراه له بخمسة عشر ، ولم يدفع الموكل الثمن ، ولم يرض الوكيل باعطائه البعير قبل دفع الثمن ثم نفق البعير بعد ذلك فى يد الوكيل ففى هذه المسألة رأيان :

(الرأى الأول) أن البعير هلك بثمنه على الوكيل ، فلا يطالب الموكل بشىء ، سواء زادت قيمته أو نقصت .

(الرأى الثانى) أنه ينظر إلى ثمن البعير وقيمته عند هلاكه ، فإن كانت القيمة تساوى الثمن فالأمر ظاهر ، أما إذا نقصت قيمته عن ثمنه بحيث أصبح

يساوى عشرة ، فإن الوكيل يحسب عليه عشرة فقط ، ويرجع على الموكل بالخمسة .

أما إذا كانت قيمته وقت هلاكه قد ارتفعت إلى عشرين فإنه يهلك بخمسة عشر ويرجع الموكل على الوكيل بالخمسة التى زادت .

(رابعا) إذا اشترى الوكيل السلعة بثمن معجل ثم أجله له البائع بعد الشراء فإن للوكيل الحق فى مطالبة الموكل بالثمن حالا .

أما إذا اشتراها بثمن مؤجل من أول الأمر فليس له مطالبة الموكل بالثمن حالا .

(خامساً) إذا أراد شخص أن يتعاقد مع آخر فى سلم فإنه يصح له أن يوكل عنه من يدفع للمسلم إليه (البائع) رأس مال السلم ، أما المسلم فإنه لا يجوز له أن يوكل عنه غيره فى قبض رأس مال السلم ، وذلك لأنه بمجرد أن يفيض الوكيل رأس المال ، فإنه يصير المسلم فيه فى ذمته ، فيكون مسئولا عنه مع أن الثمن يعطى للمسلم إليه . ولا يجوز الإنسان ماله بشرط أن الثمن لغيره وبذلك يكون التوكيل باطلا ، ويكون الوكيل هو المتعاقد ــ المسلم إليه ــ فيكون رأس المال مملوكاً له والمسلم فيه ديناً فى ذمته فإذا أعطى رأس المال إلى من وكله كان قرضاً فى ذمته .

وفى الصورة الأولى الجائزة وهى ما إذا وكل رب السلم شخصاً ليدفع عنه رأس مال السلم فانه لا يصح للوكيل أن يفارق المسلم إليه قبل أن يدفع له رأس المال ، فإذا فارقه بطل العقد .

وإذا كان الموكل حاضراً وفارق المجلس قبل القبض ، هل يبطل العقد أولا ؟ رأيان . فبعضهم يقول : إن الوكيل نائب فاذا حضر الأصيل فلا يعتبر النائب . وبعضهم يقول : إن الوكيل وإن كان نائباً فى أصل العقد ولكنه أصيل فى التصرف فى الحقوق فلا عبرة بحضور الموكل ولا بمفارقته مادام الوكيل حاضراً .

ومثل السلم الصرف ، فإنه يجوز لكل من العاقدين أن يوكل عنه من يستلم العين التى يتبادلانها بشرط أن لا يفارق الوكيل صاحبه قبل العقد .

(سادساً) إذا وكله على أن يشترى له شيئاً بعينه كفرس فلان أو ثوره أو غير ذلك ، فإنه لا يجوز للوكيل أن يشترى ذلك الشيء لنفسه عندغيبة موكله .

أما إذا كان موكله حاضراً ، فإن له أن يشتريه لنفسه ، لأن له أن يعزل نفسه عن التوكيل رأساً بحضرة موكله ويكون حراً . أما إذا كان موكله غائباً فإنه لا يجوز له عزل نفسه ، فلا يصح أن يشترى لنفسه ما أمره موكله بشرائه له ، وإلا كان مغرراً لموكله وذلك لا يجوز .

نعم إذا قال له : اشتر لى كذا بعشرين فاشتراه لنفسه بخمسة وعشرين ، أو قال له اشتره لى بورق فاشتراه بذهب فإنه يجوز لأن فى مخالفة الموكل عزلا ضمنيا للوكيل .

ومثل ذلك ما إذا وكله على أن يزوجه امرأة بعينها ، فإن للوكيل أن يزوجها لنفسه ، وذلك لأن النكاح لابد من إضافته إلى الموكل ، فإذا أضافه لنفسه فقد عزل نفسه لمخالفته مقتضى التوكيل .

وإذا وكله على أن يشترى شيئاً غير معين كأن قال له : اشتر لى ما رأيت فهذه تحتمل ثلاث صور :

الصورة الأولى : أن ينسب الثمن إلى مال أحدهما ، وفى هذه الحالة تكون السلعة لصاحب المال سواء كان الوكيل أو الموكل .

الصورة الثانية : أن لا ينسب الثمن إلى أحد ، وفى هذه الحالة ينظر إلى نية المشترى ــ الوكيل ــ فإن نوى أن تكون السلعة للموكل كانت للموكل ، وإن نواها لنفسه كانت للوكيل ، وإن اختلفا فى النية فقال الوكيل : إننى نويت شراءها لنفسى ، وقال الموكل عكس ذلك ، فإن الحكم فى ذلك الخلاف يكون للمال ، فإن كان من طرف الوكيل كانت السلعة له ، وإن كان من طرف الموكل كانت له .

الصورة الثالثة : أن لا ينسب الثمن إلى مال أحد كالصورة الثانية ولكن الوكيل لم ينو عند الشراء أن تكون السلعة له أو للموكل ووافقه الموكل على ذلك ، وفى هذه الحالة رأيان :

الرأى الأول : أن تكون السلعة للمشترى ــ الوكيل ــ مطلقاً سواء دفع ثمنها من ماله أو من مال الموكل .

الرأى الثانى : أن تكون للذى دفع الثمن من ماله .

(سابعا) إذا ادعى أنه اشترى لموكله حيواناً كفرس فهذه المسألة تحتمل صوراً :

الصورة الأولى : أن يكون مأموراً بشراء ذلك الحيوان بعينه ، والحيوان حى لم يحدث فيه عيب ، وفى هذه الحالة يكون القول للوكيل سواء أخذ ثمنه أولا بعد أن يحلف ، وذلك لأنه أخبر عن شىء يملك فعله فى أى وقت مادام وكيلا .

الصورة الثانية : أن يكون الحيوان قد هلك أو حدث به عيب ، وهذه تحتمل وجهين :

(الوجه الأول) أن يكون الوكيل قد فقد الثمن ، وعلى هذا يكون القول قوله أيضاً مع يمينه .

(الوجه الثانى) أن لا يكون قد فقد الثمن وفى هذه الحالة يكون القول للموكل مع يمينه .

الصورة الثالثة : أن يكون مأموراً بشراء حيوان غير معين والثمن غير منقود ، وفى هذه الحالة يكون القول للموكل ، لما فيها من وجه التهمة للوكيل ، فإنه يحتمل أن يكون قد اشتراه لنفسه ، فلما رأى الصفقة خاسرة قال : إنه اشتراه للموكل .

(ثامناً) إذا قال شخص لآخر : بعنى هذا الثور لفلان ، فباعه إياه ثم

أنكر المشترى أن فلاناً أمره بالشراء ، فلا يعول على إنكاره ، لأنه أقر بأن الشراء لفلان ، الا اذا قال فلان : انه لم يأمره بالشراء حقيقة .

(تاسعاً) إذا وكله على أن يشترى له سلعتين معينتين ولم يسم ثمناً فاشترى له إحداهما بقدر قيمته أو بزيادة يسيرة يتغابن الناس بمثلها عادة فإنه يصح ، أما إذا اشتراها بزيادة فاحشة ، فإنه لا يصح ، وذلك لأن الوكيل على شراء شيء لا يجوز له أن يشترى بغبن فاحش .

وإذا وكله على شراء شيئين متساويين فى الثمن كأن قال له : اشتر لى إردبين من القمح بعشرين جنيها ، فاشترى له اردباً واحداً بعشرة جنيهات وزيادة عليه ، فإن الزيادة لا تلزم الموكل إلا إذا اشترى الإردب الثانى بما بقى معه .

(عاشراً) إذا وكله على بيع سلعة معينة فخالفه ــ فإن كانت المخالفة فى خير ــ فإنها تنفذ ، كما إذا قال له : بع هذا الفرس بمائتى جنيه فباعها بمائتين وخمسين بشرط أن يبيع بالنقد لا بشيك ولا بكمبيالة مؤجلة فانه لا يصح ، ولو كانت فيه مصلحة للموكل .

(الحادى عشر) لا يجوز للوكيل أن يبيع السلعة الموكل على بيعها لنفسه أو لمن له عليه ولاية بسبب الحجر لصغر أو جنون أو سفه أو لمن لا تقبل شهادته له كابنه الكبير وأبيه ، فهؤلاء الأنواع الثلاثة لا يجوز للوكيل أن يبيع سلعة موكله لهم ، كما لا يجوز أن يشترى له سلعة منهم لتهمة المحاباة فضلا عن أن البيع والشراء من نفسه أو ممن له عليه ولاية يستلزم أن يكون البائع والمشترى واحداً . والمعروف أن عقد البيع لا يكون إلا بين اثنين ، فإذا أذنه الموكل أن يبيع لمن لا تقبل له شهادته فإنه يصح أن يبيع لهم أو يشترى منهم بثمن المثل، كما يجوز له أن يبيع لهم بأزيد ويشترى منهم بأنقص بلا خلاف .

فإن باع أو اشترى منهم بغبن فاحش فإنه لا يصح قولا واحداً . وفى الغبن اليسير خلاف [1] .

---

(١) والغبن الفاحش عند الحنفية هو الذى لا يتغابن الناس فيه عادة ، أى لا يخدع بعضهم فيه بعضا ، وقدره بعضهم فى عروض التجارة بما زاد على نصف العشر أى على ٥ ٪ وفى الحيوان بما زاد على العشرأى زيادة على ١٠ ٪ وفى العقار بما زاد على الخمس أى على ٢٠ ٪ فذلك هو الغبن الفاحش وماعداه فهو يسير .

أما إذا أذن له الموكل بأن يبيع لنفسه أو لابنه الصغير ففيه رأيان :

(أحدهما) أنه لا يجوز ، لأن العاقد فى هذه الحالة يكون واحداً .

(ثانيهما) أنه يجوز (ويظهر أن الذى يقول بعدم الجواز لعلة كون العاقد واحداً لا يمنع أن يبيع الوكيل السلعة لأجنبى ثم يشتريها منه ثانياً ، لأنه فى هذه الحالة يكون البائع غير المشترى) .

(الثانى عشر) يجوز للوكيل أن يبيع السلعة الموكل على بيعها بيعاً مطلقاً بالقليل والكثير ، فلا يسأل عن الغبن سواء كان فاحشاً أو يسيراً عند أبى حنيفة . أما صاحباه القاضى أبو يوسف ومحمد بن الحسن فيقولان : إنه لا يجوز أن يبيع بغير ثمن المثل ، وقد رجح بعضهم قول أبى حنيفة وبعضهم قول صاحبيه وعليه الفتوى .

أما إذا وكله على أن يشترى له سلعة فإنه لا يجوز للوكيل أن يشتريها بأكثر من ثمن المثل بحسب العرف والعادة بالاجماع ، فإذا اشترى على خلاف العادة ، والمعروف ، أو اشترى بغير نقد أى بشيك نفذ شراؤه على نفسه ، وكان ملزماً بالثمن الذى أخذه من مال موكله .

واعلم أنهم قسموا الذين يتصرفون فى البيع والشراء إلى أقسام :

(القسم الأول) الأب والجد والوصى إذا باعوا أو اشتروا من مال القاصر أو المحجور عليه ، وهؤلاء ليس لهم إلا أن يبيعوا أو يشتروا بحسب العرف والعادة ، ويغتفر لهم الغبن اليسير .

(القسم الثانى) الوكيل بالبيع المطلق والمضارب وشريكا العنان ، وهؤلاء يجوز لهم أن يبيعوا كما يحبون وينفذ تصرفهم ولو غبنوا غبناً فاحشاً عند أبى حنيفة ، أما صاحباه فقد عرفت رأيهم فى ذلك آنفاً وقد عرفت أن شراء هؤلاء لا ينفذ إلا إذا كان بحسب العرف والعادة باتفاق .

(الثالث) المريض مرض الموت إذا كان عليه دين يستغرق جميع ماله ، وهذا إذا باع منه شيئاً فإنه يجب أن يكون بحسب العرف والعادة ، ولا ينفذ

تصرفه إذا غبن فيه سواء كان الغبن فاحشاً أو يسيراً ، والمشترى بالخيار اما أن يرد السلعة أو يكمل ما نقص من ثمنها ، فان مات وترك وصيا وباع وصيه المال لسداد دينه فانه يعفى فى بيع الوصى عن الغبن اليسير فى هذه الحالة .

أما إذا باع الوصي لمن لا تقبل له شهادته وحاباه ولو يسيراً فانه لا يصح .

(القسم الرابع) الوصى : وهو لا يجوز له أن يبيع مال اليتيم أو يشتريه لنفسه إلا إذا كان فيه خير لليتيم ، وتقدر الخيرية بزيادة الثلث ، فيجوز له أن يشترى ما يساوى عشرة بخمسة عشر ، ويبيع له ما يساوى خمسة عشر بعشرة والا فلا .

(القسم الخامس) المكاتب والعبد المأذون له فى التجارة ، وهذان لهما أن يبيعا ويشتريا على خلاف العرف والعادة عند أبى حنيفة ، فلو باعا ما يساوى عشرة بواحد فانه يصح ، أما صاحباه فيقولان : إنه لا يجوز أن يبيعا على خلاف المعروف .

(الثالث عشر) إذا وكله على أن يبيع له سلعة يتجر فيها فباعها بثمن مؤجل فانه يصح ، أما إذا وكله على أن يبيع له سلعة يحتاج الى ثمنها ، كما اذا وكله على أن يبيع له اردبا من القمح ليدفعه فى الخراج المطلوب منه فوراً فانه لا يصح أن يبيعه بثمن مؤجل ، وكذا فى كل سلعة قامت القرينة على الاحتياج الى ثمنها ، على أنه يشترط فى البيع بثمن مؤجل ألا تطول مدة الأجل طولا يخالف العادة فى مثل ذلك ، والا لم ينفذ بيعه .

اما مذهب المالكية فقد قالوا :

(أولا) اذا وكل شخص آخر على أن يبيع له سلعة معينة ولم يصرح فى التوكيل بأنه وكله فى قبض ثمن المبيع ــ فان كان العرف والعادة فى مثل ذلك أن الوكيل لا يقبض الثمن ــ فانه لا يصح له قبضه ، واذا دفعه له المشترى فان ذمته لا تبرأ بذلك الدفع ، وللموكل أن يطالب المشترى بالثمن .

أما اذا كانت العادة جارية على أن الوكيل الذى يتولى البيع يتولى قبض

الثمن أيضاً فانه يكفى أن يثبت أنه وكيل على بيع السلعة فقط ، ومتى ثبت ذلك فان عليه أن يقبض الثمن ، ولو سلم المبيع ولم يقبض الثمن ضمنه .

أما إذا لم تجر العادة بقبض الثمن ولا بعدمه فان على الوكيل قبض الثمن أيضاً لأنه وإن لم ينص عليه فى التوكيل ، لكن قبض الثمن من توابع البيع . وهذا كله إذا وكله على أن يشترى له سلعة معينة كما قلنا . أما إذا وكله على بيع السلع فان له قبض الثمن والمطالبة به على أى حال . وإذا وكله على أن يشترى له سلعة فاشتراها ، ولكن الوكيل اشترط على البائع أنه غير ملزم بدفع الثمن ، بل الذى يدفع هو الموكل ، فان الوكيل فى هذه الحالة لا يصح له قبض السلعة التى اشتراها لموكله .

أما إذا اشترى السلعة ولم يشترط براءة ذمته مع دفع الثمن ، فان عليه أن يقبض السلعة ، ويكون هو الملزم بدفع الثمن .

(ثانياً) إذا وكل شخص آخر وكالة غير مفوضة على أن يشترى له سلعة غير معينة ــ كأن قال : اشتر لى بعيراً فاشتراه له ثم وجد به عيباً لم يعلم به الوكيل حال شرائه ــ فإنه يجب على الوكيل أن يردها لصاحبه بذلك العيب ، سواء كان من العيوب الخفية أو من العيوب الظاهرة .

أما إذا كان عالماً به حال الشراء ، فليس له رده ويكون ملزماً به دون الموكل ، إلا إذا رضى الموكل به ، فاذا عين الموكل السلعة كأن قال له : اشتر لى بعير فلان ، فاشتراه ثم وجد به عيباً ، فليس له رده ، وعليه أن يخبر موكله بذلك العيب ، فإن شاء رده ، وإن شاء قبله فاذا كان الوكيل مفوضاً له رد السلعة ــ ولو عينها الموكل ــ فيجوز له الرد ، ويجوز له القبول .

وإن كان العيب قليلا يغتفر مثله عادة ، وكان فى الشراء فائدة للموكل ، كما إذا اشترى له ناقة مقطوعة الذنب ، ولكن رخيصة ، فليس له الخيار .

(ثالثاً) اذا وكله وكالة غير مفوضة على أن يبيع له سلعة فباعها لآخر ثم ظهر بها عيب فإن المشترى يرجع على الوكيل ما لم يعلم المشترى بأنه وكيل أو يحلف له أنه وكيل ، وفى هذه الحالة يرجع المشترى على الموكل .

أما إذا كان وكيلا مفوضاً فإن للمشترى أن يرجع عليه أو على الموكل ، سواء علم بأنه وكيل مفوض أو وكيل فقط أو لم يعلم .

(رابعاً) إذا وكله على شراء سلعة فإنه يجب عليه أن يشترى له سلعة لائقة به ، فإذا قال له : اشتر لى جبة من الجوخ وجب عليه أن يشتريها من الصنف اللائق بحاله ما لم يعين له الثمن ، كأن يقول له : اشتر لى جبة بسعر كذا ، فاذا عين فبعضهم يقول : يشترى له بالسعر ، وإن لم يكن لائقاً به ، وبعضهم يقول : لابد من شراء اللائق به .

(خامساً) إذا وكله على أن يبيع له سلعة فلا يخلو ، إما أن يعين له الثمن الذى يبيع به أو لا يعين ، فاذا عين له الثمن فباع بأقل منه ، فإن للموكل الخيار فى إمضاء هذا البيع ورده ، فإذا أمضى البيع أخذ الثمن الذى باع به ، وإذا رده أخذ سلعته ان كانت قائمة .

أما إذا فاتت ، فان الوكيل يكون ملزماً بدفع نقص الثمن الذى سماه ، ولا فرق فى هذه الحالة بين أن يكون فرق الثمن يسيراً أو كثيراً .

أما إذا لم يعين له الثمن الذى يبيع به فباع بأقل من ثمن المثل ــ فإن كان فرق الثمن يسيراً يمكن وقوعه عادة ، بأن كان يساوى نصف العشر فأقل ــ فإن البيع ينفذ وليس للموكل الخيار .

أما إذا كان الفرق أكثر من نصف العشر فللموكل الخيار بين رد البيع وإمضائه على الوجه المتقدم .

(سادساً) إذا وكله على أن يشترى له سلعة ــ فلا يخلو إما أن يعين له الثمن الذى يشترى به أو لا يعين ــ فاذا لم يعين له الثمن كانت هذه الصورة كصورة ما إذا وكله بالبيع ، وهو أنه إذا اشترى بزيادة عن ثمن المثل ــ فان كانت الزيادة يسيرة ــ فلا خيار له ، وان كانت كثيرة كان له الخيار .

أما إذا عين الثمن الذى يشترى به ــ فان له أن يشترى بزيادة يسيرة فى هذه الحالة بخلاف حالة البيع ــ فاذا وكله على أن يشترى له فرساً بمائتى

جنيه مثلا فاشتراها بزيادة عشرة جنيهات ، فليس للموكل الخيار فى قبولها أو ردها ، لأن العشرة الجنيهات هى نصف عشر المائتين .

أما إذا اشتراها بزيادة عشرين جنيها مثلا ، فإن له الخيار فى إمضاء الشراء ورده ، ومعنى رده فى هذه الصورة أن الوكيل يكون ملزماً به ما لم يكن مشترطاً الخيار .

ويشترط فى إمضاء الشراء أن يكون قد اشترى سلماً ــ فإن كان الوكيل قد دفع نقداً على أن يأخذ بها قمحاً بعد شهرين مثلا ــ فليس للموكل أن يرضى بذلك فى حالة المخالفة ، بل عليه أن يرفض .

وذلك لأنه بمجرد مخالفة الوكيل أصبح الثمن ديناً فى ذمته ، فإذا أجاز الموكل هذا الشراءفقد برأه من الدين فى مقابلة المسلم فيه الذى لم يقبضه ، وهو دين ، فيلزم من ذلك فسخ الدين فى الدين وهو باطل ، على أنه يلزم فى هذه الصورة بيع الطعام قبل قبضه أيضاً وذلك لأن القمح يلزم الوكيل بمجرد المخالفة ، فاذا رضى الموكل بذلك فيكون الوكيل قد باعه إياه قبل قبضه ، وهو باطل أيضاً .

(سابعاً) إذا وكله على أن يشترى له من سوق معينة وفى زمان معين فخالفه ، واشترى من غير ما عينه له ــ فإن كانت أسعار السلع تتفاوت بالنسبة للأسواق أو الأزمنة ــ كان للموكل الخيار فى القبول والرد ، وإن كانت لا تتفاوت فلا خيار له .

(ثامناً) إذا وكله على أن يبيع له سلعة ربوية بمثلها ــ كما اذا قال له : بع هذا القمح بفول ، فخالفه فى ذلك وباعه بأرز مثلا ــ كان للموكل الخيار فى اجازته ورده بشرطين :

(الشرط الأول) أن يكون المشترى جاهلا بمخالفة الوكيل ، لما أمره به موكله ــ فإن كان عالماً بهذه المخالفة ــ فسد العقد ابتداء ، وذلك لأنه يكون قد أقدم على شراء شىء وهو عالم بأنه يجوز أن يتم له أو لا يتم ،

وهذا مفسد للبيع فى الأمور الربوية ، لأنه يكون داخلا على الخيار فى الأمور الربوية ، وهو مبطل ، ولهذا يقال : إنكم أجزتم للموكل الخيار فى إجازة البيع ورده إذا خالف الوكيل فى بيع ربوى أو شرائه .

والجواب : أن هذا الخيار ليس مشترطاً فى الأصل ، بل هو خيار حكمى جر إليه الحكم وهو المخالفة . أما الذى يبطل فهو الخيار الذى ثبت بالشرط من أول الأمر ، كأن يشترط الخيار أو يكون عالماً به كما فى الصورة الأولى .

هذا والأمور الربوية هى الأصناف التى يحرم فيها ربا الفضل المذكور فى مباحث الربا ، وهى كل ما كان طعاماً مدخراً مقتاتاً كالقمح والشعير والأرز ونحوها ، أو كان ذهباً أو فضة .

(الشرط الثانى) أن لا يلتزم الوكيل أو المشترى ما نقص عن الثمن الذى سماه الموكل فى حالة التوكيل بالبيع ، كما إذا قال له : بع هذه السلعة بعشرين فباعها بخمسة عشر ، ثم التزم للموكل بنقص الثمن وهو خمسة ، فانه فى هذه الحالة لا يكون للموكل الخيار . ومثل ذلك ما إذا التزم له الوكيل بالزيادة على الثمن فى حالة التوكيل بالشراء ، كما إذا قال له : اشتر لى سلعة بعشرة فاشتراها بخمسة عشر ، ثم التزم الزيادة وهى الخمسة ، فإنه لا يكون للموكل خيار فى هذه الحالة .

(تاسعاً) لا يجوز للوكيل أن يشترى السلعة التى وكل على بيعها ، ولو عين له الموكل الثمن الذى يبيع به لأنه يحتمل أن يشتريها غيره بثمن أكثر من الذى عينه له ، نعم يجوز له شراؤها إذا أذن له موكله بذلك أو انتهت رغبات الناس فى هذه السلعة إلى ثمن معين ، كما اذا عرضها للمبيع فى الأسواق التى تباع فيها ، وانصرف الناس عنها .

وكذلك لا يجوز للوكيل أن يبيع لمن كان له عليه ولاية حجر لصغر أو لسفه أو لجنون أو رق ، فلا يجوز أن يبيع لابنه الصغير أو الكبير المجنون أو نحوهما ، وذلك لأنه هو الذى يتولى عنهما القبول ، فكأنه باع لنفسه . أما زوجته وولده الرشيد ، فإنه يجوز أن تبيع لهما بشرط عدم المحاباة ، فإن

حاباهما بأن باع لهما ما يساوى عشرة بخمسة فإنه يغرم هذا الفرق للموكل ، وتعتبر المحاباة من وقت البيع ، فلو كان ثمن السلعة خمسة وباعها لهما بذلك الثمن ثم ارتفع ثمنها وصار عشرة وعلم الموكل فليس له مطالبته بالفرق .

وقال احمد واصحابه رحمهم الله تعالى :

(أولا) لا يجوز للوكيل أن يبيع سلعة موكله لنفسه ، لأن العرف فى البيع أن يبيع الشخص لغيره ، والوكالة تحمل على العرف ، وكذا لا يصح أن يبيع لولده أو والده أو زوجته ، وكذا سائر من لا تقبل شهادته له ، لأن فى ذلك تهمة كالتهمة التى تلحقه إذا باع لنفسه .

(ثانياً) لا يجوز للوكيل أن يبيع سلعة موكله ، بعرض تجارة ، ولا بثمن مؤجل ، ولا بنقود غير مستعملة فى بلد البيع ، إلا إذا أذن له موكله ، وإذا اختلفا فى الإذن فالقول قول الوكيل ، أما إذا اختلفا فى التصرف كما إذا قلنا له : أمرتنى ببيع السلعة ، والموكل قال : بل أمرتك برهنها فقط فالقول قول الموكل .

(ثالثاً) إذا حدد الموكل ثمن السلعة لوكيله ، فإن عليه أن يتبع أمره ، فإذا باع بأقل مما عينه له صح البيع ، ولكن الوكيل يكون ملزماً بدفع الثمن الذى عينه له الموكل ، وكذا إذا لم يحدد له ثمناً ، ولكنه باع بأقل من ثمن المثل فإنه يلزم بدفع ثمن المثل .

ومثل ذلك ما إذا اشترى بأزيد من الثمن عينه له أو بأزيد من ثمن المثل ، فإن البيع والشراء يصح ، ولكنه يكون ملزماً بدفع الثمن فإذا باع بأكثر مما عينه له الموكل صح ، ويعفى فى البيع والشراء عن الغبن اليسير .

أما الغبن الفاحش ، وهو ما لا يقع مثله بين التجار ويقدر بعشرين فى المائة ، فإنه لا يعفى عنه ويلزم به الوكيل .

(رابعاً) إذا قال له الموكل : اشتر لى سلعة بثمن حال ، فاشتراها بثمن مؤجل فإنه يصح ، أو بع هذه السلعة بثمن مؤجل فباعها بثمن حال فانه يصح

إذا لم يترتب على ذلك ضرر للموكل ، لأنه فى هذه الحالة قد فعل ما فيه زيادة خير لموكله .

أما إذا ترتب على ذلك ضرر ، كما إذا قال : بع هذه السلعة بثمن مؤجل فباعها بثمن حال فحجر عليه ظالم أو لم يستطع حفظه فى ذلك الوقت فعرضه للضياع ، فان الوكيل لا ينفذ تصرفه ، وبعضهم يقول : ينفذ وعليه الضمان بقدر الضرر ، ومثل ذلك ما إذا قال : اشتر لى سلعة بعشرة فاشتراها بأكثر من ذلك لأجل .

(خامساً) إذا اشترى الوكيل سلعة بها عيب معلوم فان الشراء يلزم الوكيل فليس له رد السلعة ، وإذا رضى بها موكله مع عيبها فإنه يصح ، لأنه مقصود بالشراء .

أما إذا كان العيب غير معلوم للوكيل فان له رد السلعة ما لم يحضر الموكل قبل ردها ، فان حضر فليس للوكيل الرد ، وذلك لأن حق السلعة المعيبة للموكل ، والوكيل قائم مقامه فقط ، فاذا حضر الموكل كان صاحب الشأن ، وكذلك حق تسليم الثمن وقبض المبيع ، فانه للموكل لا للوكيل ، فاذا حضر الموكل كان هو صاحبه .

(سادساً) إذا وكله على أن يبيع له سلعة ، فان عليه أن يسلمها لمن اشتراها وليس له قبض ثمنها إلا باذن الموكل ، لأنه قد يوكل فى البيع من لا يأمنه على قبض الثمن ، فإن لم يأذنه صريحاً ولكنه أذنه ضمناً بأن قامت قرينة على إذنه بقبض الثمن فإنه يصح ، وذلك كما إذا وكله أن يبيع جملا فى سوق عامة بعيدة عنه ولم يعين له المشترى فلا معنى لهذا الا أنه قد أذنه بقبض الثمن فإن باع الوكيل السلعة وسلمها ولم يقبض ثمنها كان ملزماً به لأنه فى هذه الحالة يكون مفرطاً .

(سابعاً) إذا وكله على أن يشترى له سلعة ، فإن على الوكيل أن يسلم ثمن السلعة ، فلو أخر تسليم الثمن بلا عذر ثم فقد كان الوكيل ضامناً .

(ثامناً) إذا وكله أن يشترى له شيئاً فلابد من بيان نوعه وثمنه ، فاذا

قال له : وكلتك على أن تشترى لى ما تشاء ، أو تشترى لى عيناً بما تشاء فإنه لا يصح .

(تاسعاً) إذا وكله على بيع ماله كله أو بيع ما شاء منه ، فانه يصح على أنه إذا قال : بع من مالى ما شئت فله بيع ماله كله .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان وكله فى قضاء دين لزمه أن يشهد على القضاء ، لانه مأمور بالنظر والاحتياط للموكل ؛ ومن النظر أن يشهد عليه لئلا يرجع عليه ، فان ادعى الوكيل انه قضاه وانكر الغريم لم يقبل قول الوكيل على الغريم ، لأن الغريم لم يأتمنه على المال ، فلا يقبل قوله عليه فى الدفع ، كالوصى اذا ادعى دفع المال الى الصبى ، وهل يضمن المال للموكل؟ ينظر فيه، فان كان فى غيبة الموكل وأشهد شاهدين ثم مات الشهود او فسقوا لم يضمن ، لانه لم يفرط ، وان لم يشهد ضمن لأنه فرط .

وان أشهد شاهداً واحداً ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يضمن ، لأن الشاهد مع اليمين بينة .

(والثانى) يضمن لانه فرط حيث انه اقتصر على بينة مختلف فيها وان كان بمحضر الموكل وأشهد لم يضمن ، وان لم يشهد ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يضمن ، لأن المفرط هو الموكل . فانه حضر وترك الاشهاد .

(والثانى) انه يضمن لأن ترك الاشهاد يثبت الضمان فلا يسقط حكمه بحضور الموكل ، كما او اتلف ماله وهو حاضر ، وان وكله فى ايداع ماله عند رجل فهل يلزمه الاشهاد ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يلزمه لانه لا يأمن أن يجحد فيشهد عليه الشهود .

(والثانى) لا يلزمه ، لأن القول قول المودع فى الرد والهلاك، فلا فائدة فى الاشهاد وان وكله فى الايداع فادعى انه أودع وانكر المودع لم يقبل قول الوكيل عليه ، لانه لم يأتمنه المودع فلا يقبل قوله عليه ، كالوصى اذا ادعى دفع المال الى اليتيم ، وهل يضمن الوكيل ؟ ينظر فيه فان أشهد ثم مات الشهود او فسقوا لم يضمن ؛ لانه لم يفرط ، وان لم يشهد ــ فان قلنا : انه يجب الاشهاد ضمن لانه فرط ، وان قلنا . لا يجب لم يضمن لانه لم يفرط) .

الشرح قال المزنى : ولو أمر الموكل الوكيل بدفع مال إلى رجل فادعى أنه دفعه إليه لم يقبل منه إلا ببينة ا هـ .

قلت : وصورة ذلك تتضح فى رجل أمر وكيله بدفع مال إلى رجل فادعى الوكيل الدفع وأنكر المدفوع إليه القبض ، فلا يخلو حال ذلك المال من أربعة أقسام :

(أحدها) أن يكون ديناً فى ذمة الموكل ، فقول الوكيل فى الدفع غير مقبول على المدفوع إليه ، لأن الموكل لو ادعى دفع الدين لم تقبل دعواه ، فوكيله فى دفعه أولى ألا تقبل دعواه ويكون صاحب الدين على حقه فى مطالبة الموكل بدينه ، وليس له مطالبة الوكيل به .

فأما قبول قول الوكيل على الموكل فلا يخلو حال الموكل من أن يصدقه على الدفع أو يكذبه فإن كذبه على ما ادعاه من الدفع لم يقبل قوله عليه ، وكان ضامنا له لأنه ـ وإن كان أميناً له بقوله ـ غير مقبول فى الدفع إلى غيره ألا ترى أن الوصى أمين للموصى ؟ ولا يقبل قوله على اليتيم فى دفع ماله إليه ، لأنه يدعى دفعاً إلى غير من ائتمنه . وكذلك أمره الله تعالى بالإشهاد على اليتيم فى دفع ماله إليه بقوله « فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم » لأن غير الأيتام قد ائتمنوهم .

وقال فى غير الأوصياء « فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذى أؤتمن أمانته » فأمره بأداء الأمانة إلى من ائتمنه من غير إشهاد لأن قوله فى الدفع مقبول ، وأمر الأوصياء بالإشهاد ، لأن قولهم فى الدفع غير مقبول ، فإذا ثبت أن قول الوصى غير مقبول فى دفع مال اليتيم إليه ، وإن كان مؤتمناً ، لأن الائتمان من جهة غيره فكذا قول الوكيل غير مقبول فى دفع المال إلى غير موكله ، وإن كان مؤتمناً لأنه دفع إلى غير مؤتمنه ، أو لا فرق بين أن يكون المؤتمن موصياً مات ، أو موكلا باقياً ، فأما إن صدق الموكل وكيله فى الدفع فلا يخلو حال الموكل من أن يكون حاضراً للدفع أو غائباً عنه ، فإن كان غائباً عنه فالوكيل ضامن مع تصديق الموكل ، كما كان ضامناً مع تكذيبه ، لأنه وإن صدقه على الدفع فقد فرط بترك الإشهاد ، لأن أمره بالدفع يقتضى دفعاً بيديه من المطالبة ، ولا يكون ذلك مع جواز الجحود إلا بالإشهاد ، فصار الإشهاد من مقومات الدفع ، وكما تقول فى الإشهاد تقول

فى التوثيق والاشهار وكتابة الصكوك مع توقيع المدفوع إليه ، لأن العرف فى زماننا هذا وفشو الفساد واستحلال المحرمات وصعوبة الاثبات بغير الوثائق المكتوبة صار من مقومات الدفع اعتبار هذه العناصر من البينات ، وعدم التفريط فيها .

فصار الوكيل بترك الاشهاد مفرطاً فيضمن به كما يضمن بالجناية .

وإن كان الوكيل حاضراً لدفع الوكيل ففى وجوب الضمان على الوكيل وجهان :

(أحدهما) لا ضمان عليه ، والاشهاد غير لازم له ، لأن الموكل إذا حضر كان هو المستوفى لنفسه الاشهاد ، لأن ما كان من شروط الدفع مع غيبة الموكل كان من شروطه مع حضوره ، وليس ما اتفق من حضور الموكل بمسقط لحق الاستيثاق عن الوكيل .

(والقسم الثانى) أن يكون المدفوع عيناً مضمونة فى يد الموكل كالعوارى والغصوب ،فيدعى الوكيل المأمور بالدفع أنه قد دفعها إلى ربها ، وينكر ربها ذلك فالقول قوله مع يمينه ، وقول الوكيل غير مقبول على واحد منهما فى الدفع ، ولصاحب العارية والمال المغصوب أن يرجع على من يشاء من الموكل والوكيل بخلاف الدين لا يرجع صاحبه به على الوكيل ، لأن الوكيل فى قضاء الدين لم تثبت له يد على عين مال لرب الدين ، وقد ثبت للوكيل فى العارية والغصب فكانت يد الوكيل فى وجوب الضمان كالموكل ، فإن رجع رب العارية بالغرم على الموكل رجع الموكل به على الوكيل إن لم يصدقه على الدفع .

وإن صدقه على الدفع وكان غائباً عن الدفع رجع به أيضاً ، وإن كان حاضراً فعلى ما ذكرنا من الوجهين ، وإن رجع رب العارية بالغرم على الوكيل لم يرجع الوكيل به على الموكل إن كذبه ولا إن صدقه وكان غائباً ، وهل يرجع به إن كان حاضراً معه ؟ على الوجهين .

(والقسم الثالث) أن يكون ذلك وديعة فى يد الموكل ، فلا يخلو حال

رب الوديعة من أحد أمرين : إما أن يكون قد أذن للمودع أن يوكل فى ردها أم لا ، فإن لم يأذن له فى التوكيل فى رد الوديعة عليه فقول الوكيل غير مقبول فى الرد ، والمودع ضامن للوديعة ، وهل يكون الوكيل ضامناً لها أم لا ؟ على وجهين . وان أذن له فى أن يوكل فى ردها فهذا على ضربين:

(أحدهما) أن يصدقه على التوكيل ، فيكون قول الوكيل فى هذا مقبولا على رب الوديعة فى ردها عليه ، لأنه قد صار وكيلا له ، وقول الوكيل مقبول على موكله .

(والضرب الثانى) أن يكذبه فى التوكيل مع اعترافه بالاذن فيه ، فهل يقبل قول المودع فى الوكالة أم لا ؟ على وجهين :

(أحدهما) يقبل قوله ، لأن التوكيل من جهته ، فعلى هذا يصح وكالة الوكيل عن رب الوديعة ، ويصير قول الوكيل مقبولا عليه فى الرد .

(والوجه الثانى) أن قول المودع غير مقبول فى الوكالة لأنه يدعى عقد توكيل على غيره ، فعلى هذا لا يقبل بقبول الوكيل فى الرد ، ويصير المودع ضامناً ، وليس له اذا غرم الوديعة أن يرجع بها على الوكيل ، لأن المودع مفرط بترك الاشهاد فى التوكيل ، فصار ضامناً لتفريطه ، فلم يجز أن يرجع به على غيره .

(والقسم الرابع) أن يكون ذلك وديعة للموكل ويأمر وكيله بإيداعها عند رجل فيدعى الوكيل تسليمها اليه فيكذب فى دعواه فلا يخلو ذلك من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكذبه المالك الموكل فى الدفع ويكذبه المودع فى القبض ، ففيه وجهان من اختلافهم فى وجوب الاشهاد عليه عند الدفع :

(أحدهما) يجب عليه الاشهاد ، كما يجب عليه فى قضاء الدين ، فعلى هذا يكون الوكيل بترك الاشهاد مفرطاً . وقوله فى الدفع بعد ضمانه بالتفريط غير مقبول (والوجه الثانى) : أن الاشهاد لا يجب عليه فى دفع الوديعة . لأن المودع عنده لو ادعى تلفها بعد الإشهاد عليه كان مقبول القول فيه فعلى هذا لا يكون مفرطاً ، وقوله فى الدفع مقبول .

(القسم الثانى) أن يصدقه المالك الموكل ويكذبه المودع ، فلا ضمان على الوكيل وقوله بتصديق الموكل مقبول عليه فى سقوط الضمان عنه ، وغير مقبول على المودع . فإذا حلف المودع : ما تسلم منه الوديعة برىء من الدعوى .

(القسم الثالث) أن يصدقه المودع على قبضها منه ويدعى تلفها وتكذيب المالك الموكل لقول الوكيل مقبول ، وهو من ضمانها برىء لأن إقرار المودع بالقبض أقوى من الإشهاد عليه فلما برىء من الإشهاد عليه فأولى أن يبرأ بالإقرار والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان كان عليه حق لرجل فجاء رجل وادعى أنه وكيل صاحب الحق فى قبضه وصدقه ، جاز أن يدفع اليه ؛ ولا يجب الدفع اليه . وقال المزنى ؛ يجب الدفع اليه ، لأنه أقر له بحق القبض ، وهذا لا يصح لأنه دفع غير مبرىء فلم يجبر عليه ، كما لو كان عليه دين بشهادة فطولب به من غير اشهاد . فان دفع اليه ثم حضر الموكل وأنكر التوكيل فالقول قوله مع يمينه : أنه ما وكل ، لأن الأصل عدم التوكيل ، فاذا حلف نظرت . فان كان الحق عيناً أخذها ان كانت باقية ورجع ببدلها ان كانت تالفة ، وله أن يطالب الدافع والقابض . لأن الدافع سلم الى من لم يأذن له الموكل ، والقابض أخذ ما لم يكن له أخذه . فان ضمن الدافع لم يرجع على القابض . وان ضمن القابض لم يرجع على الدافع . لأن كل واحد منهما يقول : أن ما يأخذه المالك ظلم فلا يرجع به على غيره .

وان كان الحق ديناً فله ان يطالب به الدافع . لأن حقه فى ذمته لم ينتقل . وهل له أن يطالب القابض ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) له أن يطالب . وهو قول أبى اسحاق لأنه يقر بانه قبض حقه فرجع عليه كما لو كان الحق عيناً .

(والثانى) ليس له . وهو قول أكثر أصحابنا . لأن دينه فى ذمة الدافع لم يتعين فيما صار فى يد القابض فلم يجز أن يطالب به . وان جاء رجل الى من عليه الحق وادعى أنه وارث صاحب الحق فصدقه وجب الدفع اليه لأنه اعترف بانه لا مالك له غيره وان دفعه اليه دفع مبرىء فلزمه . وان جاء رجل فقال : أحالنى عليك صاحب الحق فصدقه . ففيه وجهان :

(احدهما) يلزمه الدفع اليه ، لأنه أقر له أنه انتقل الحق اليه فصار كالوارث .

(والثانى) انه لا يلزمه لأن الدفع غير مبرىء لأنه ربما يجىء صاحب الحق فينكر الحوالة فيضمنه ، وان كذبه لم يلزمه الدفع اليه فى المسائل كلها وهل يحلف ؟ ان قلنا : انه ان صدقه لزمه الدفع اليه حلف ، لانه قد يخاف اليمين فيصدقه فيلزمه الدفع اليه . وان قلنا لا يلزمه الدفع اليه اذا صدقه لم يحلف لأن اليمين يعرض ليخاف فيصدق ، ولو صدق لم يلزمه الدفع فلا معنى لعرض اليمين) .

الشرح الأحكام : قال المزنى : ولو كان لرجل على رجل حق ، فقال له رجل : وكلنى فلان بقبضه منك فصدقه ودفعه إليه فتلف وأنكر رب الحق أن يكون وكله فله الخيار ، فإن أغرم الدافع على القابض لأنه يعلم أنه وكيل برىء ، وإن أغرم القابض لم يكن له الرجوع على الدافع لأنه يعلم أنه مظلوم وبرىء .

وصورتها فيمن غاب وله مال على رجل أو فى يده ، فحضر رجل ادعى وكالة الغائب فى قبض ماله ، فإن أقام على ما ادعاه من الوكالة بينة عادلة حكم بها والبينة شاهدان عدلان ، فإن كان فيهما ابن مدعى الوكالة لم تقبل شهادته ، لأنه يشهد لأبيه ، وكذا لو كان فيهما ابن من عليه الحق لم يقبل ، لأنه يشهد لأبيه بالبراءة من صاحب الحق بهذا الدفع ، ولكن لو كان فيهما ابن صاحب الحق قبلت شهادته لأنه يشهد على أبيه لا له ، فإذا قامت البينة بالوكالة أجبر الحاكم من عليه المال على دفعه إلى الوكيل ، لأن لصاحب الحق أن يستوفيه بنفسه إن شاء ، وتوكيله إن شاء ، وليس لمن هو عليه أن يمتنع من تسليمه إلى وكيل مالكه ، وان لم يكن لمدعى الوكالة بينة يثبت بها الوكالة لم يلزم من عليه الحق أن يدفعه إلى مدعى الوكالة سواء صدقه على الوكالة أو كذبه .

وقال أبو حنيفة وكذا قال المزنى : إن صدقه على الوكالة لزمه دفع المال إليه كالمصدق لمدعى سداد رب المال يلزمه دفع المال اليه .

وهذا خطأ من وجهين : (أحدهما) وهو تعليل أبى اسحاق : أنه دفع لا يبرئه من حق الوكيل عند انكار الوكالة ومن لم يبرأ بالدفع عند انكاره لم

يجبر . ألا ترى أن من عليه حق بوثيقة فله الامتناع من الدفع الا بإشهاد صاحب الحق على نفسه ولو لم تكن عليه وثيقة ففى جواز امتناعه لأجل الشهادة وجهان : (أحدهما) وهو قول أبى إسحاق المروزى : له أن يمتنع لأنه لا يتوجه يمين عند ادعائه بعد دفعه (والثانى) ليس له أن يمتنع ولا يلزم صاحب الحق الإشهاد ، لأنه إذا أنكر الحق بعد أدائه حلف باراً .

والتعليل الثانى ــ وهو تعليل أبى على بن أبى هريرة ــ أنه مقر فى ملك غيره ، ومدع عقد وكالة لغيره ، فلم تقبل دعواه ، ولم يلزم إقراره ، ألا ترى أن من عليه الحق لو أقر بموت صاحب الحق ، وأن هذا الحاضر وصيه فى قبض دينه لم يلزم دفع المال إليه وإن أقر باستحقاق قبضه ، فكذا الوكيل ، فأما اعترافه للوارث بموت صاحب الحق فيلزمه دفع المال إليه ؛ والفرق بينه وبين الوكيل أنه مقر للوارث بالملك ، فيلزمه الدفع لأنه بين أنه من الحق ، ولا يصير الوكيل مالكا ، ولا يبرأ بقبضه من الحق .

فأما إن أقر من عليه المال بأن صاحبه قد أحال هذا الحاضر به ، فهل يلزمه دفع المال إليه باقراره أم لا ؟ على وجهين :

(أحدهما) يلزمه لأنه مقر له بالملك فصار كإقراره للوارث .

(والثانى) لا يلزمه لأنه لا يبرأ بالدفع عند الجحود فصار كإقراره بالتوكيل .

فإذا تقرر ما وصفنا لم يخل حال من عليه الحق من أن يصدق الوكيل أو يكذبه فإن كذبه على الوكالة وأنكره فلا يمين عليه ، وعليه عند أبى حنيفة والمزنى اليمين لوجوب الدفع عندهما مع التصديق ؛ ولا يجوز مع تكذيبه للوكيل أن يدفع إليه المال ، وإن صدقه على الوكالة لم يلزمه دفع المال إليه لا ذكرنا ، لكن يجوز له أن فى الحكم أن يدفعه اليه ، فإن دفعه إليه ، وقدم صاحب الحق فلا يخلو حاله من أحد أمرين إما أن يعترف بالوكالة أو ينكرها، فإن اعترف بها برىء من عليه الحق بالدفع سواء وصل الموكل إلى حقه من وكيله أو لم يصل إليه بتلفه .

فإن أنكر الوكالة فالقول قوله مع يمينـــه ، فإذا حلف فله المطالبة ، ثم لا يخلو حال حقه من أحد أمرين ، إما أن يكون عيناً أو ديناً ، فإن كان حقه عيناً قائمة كالغصوب والعوارى والودائع فكل واحد من الدافع والقابض ضامن لها ، أما الدافع فلتعديه بالدفع . وأما القابض فليده عند إنكار توكيله، ويكون ربها بالخيار فى مطالبة من شاء بها من الدافع والقابض ، سواء كانت باقية أو تالفة ، إلا أنها إن كانت باقية فله مطالبة أيهما شاء بالقيمة ؛ فإن طالب بها الدافع وأغرمه برئا ولم يرجع الدافع على القابض بغرمهـــا لأنه مقر أن القابض وكيل برىء منها وأنه هو المظلوم بها . وإن طالب القابض فأغرمه برئا ، ولم يرجع القابض على الدافع بغرمها ؛ لأنه مقر ببراءته منها ، وأنه هو المظلوم بها ومثل هذا كله مذهب أحمد رضى الله عنه والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) ويجوز للموكل ان يعزل الوكيل اذا شاء ، ويجوز للوكيـــل أن يعزل نفسه متى شاء ، لأنه أذن فى متصرف فى ماله فجاز لكل واحد منهما ابطاله كالاذن فى أكل طعامه ، وان رهن عند رجل شيئاً وجعلاه على يد عـــدل واتفقا على أنه يبيعه اذا حل الدين ثم عزله الراهن عن البيع انعزل لأنه وكيله فى البيع فانعزل بعزله كالوكيل فى بيع غير الرهن .

وان عزله المرتهن ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه ينعزل ؛ وهو ظاهر النص لأنه يبيع الرهن لحقه ، فانعـــزل بعزله كالراهن .

(والثانى) لا ينعزل ، وهو قول أبى اسحاق لأنه ليس بوكيل له فى البيع ، فلم ينعزل بعزله ، وان وكل رجلا فى تصرف وأذن له فى توكيل غيره نظرت ، فان أذن له فى التوكيل عن الموكل فهما وكيلان للموكل ، فان بطلت وكالة أحدهما لم تبطل وكالة الآخر ، وان أذن له فى توكيله عن نفسه فان الثانى وكيل الوكيل ، فان عزله الموكل انعزل لأنه يتصرف له فملك عزله كالوكيل ، وأن عزله الوكيل انعزل ، لأنه وكيله فانعزل بعزله ، وان بطلت وكالة الوكيل بطلت وكالته ، لأنه فرع له ، فاذا بطلت وكالة الأصل بطلت وكالة الفرع .

وان وكل رجلا فى أمر ثم خرج عن أن يكون من أهل التصرف فى ذلك الأمر

بالموت أو الجنون او الاغماء او الحجر او الفسق بطلت الوكالة ، لانه لا يملك التصرف فلا يملك غيره من جهته ، وان أمر عبده بعقد ثم أعتقه أو باعه ففيه وجهان :

(احدهما) لا ينعزل كما لو أمر زوجته بعقد ثم طلقها .

(والثانى) انه ينعزل ، لأن ذلك ليس بتوكيل فى الحقيقة ، وانما هو أمر ، ولهذا يلزم امتثاله ، وبالعتق والبيع سقط أمره عنه ، وان وكل فى بيع عين فتعدى فيها بأن كان ثوباً فلبسه ، أو دابة فركبها ، فهل تبطل الوكالة ام لا ؟ فيه وجهان :

(احدهما) تبطل فلا يجوز له البيع ، لانه عقد امانة فتبطل بالخيانة كالوديعة .

(والثانى) أنها لا تبطل ، لأن العقد يتضمن امانة وتصرفاً ، فاذا تعدى فيه بطلت الأمانة وبقى التصرف ، كالرهن يتضمن امانة ووثيقة ، فاذا تعدى فيه بطلت الأمانة وبقيت الوثيقة .

وان وكل رجلا فى تصرف ثم عزله ولم يعلم الوكيل بالعزل ، ففيه قولان :

(احدهما) لا ينعزل ، فان تصرف صح تصرفه ، لأنه أمر فلا يسقط حكمه قبل العلم بالنهى كأمر صاحب الشرع .

(والثانى) انه ينعزل ، فان تصرف لم ينفذ تصرفه لأنه قطع عقد لا يفتقر الى رضاه فلم يفتقر الى علمه كالطلاق) .

الشرح الأحكام : لما كانت الوكالة عقداً جائزاً من الطرفين فللموكل عزل وكيله متى شاء ، وللوكيل عزل نفسه ، لأنه إذن فى التصرف ، فكان لكل واحد منهما إبطاله ، كما لو أذن فى أكل طعامه ، وتبطل أيضاً بموت أحدهما أيهما كان وجنونه المطبق ، ولا خلاف فى هذا كله فيما تعلم ، فمتى تصرف الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته فهو باطل إذا علم ذلك ، فإن لم يعلم الوكيل بالعزل ولا موت الموكل فعن أحمد فيه روايتان ، والشافعى فيه قولان ، وظاهر النص أنه ينعزل علم أو لم يعلم ، ومتى تصرف فبان أن تصرفه بعد عزله أو موت موكله فتصرفه باطل ، لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه ، فلا يفتقر إلى علمه كالطلاق والعتاق والى هذا ذهب الخرقى من الحنابلة .

(والقول الثانى) وهى الرواية الثانية عن أحمد : لا ينعزل قبل علمه بموت الموكل وعزله ، نص عليه فى رواية جعفر بن محمد إمام العترة ، لأنه لو انعزل قبل علمه كان فيه ضرر ، لأنه قد يتصرف تصرفات فتقع باطلة،وربما باع الطعام فيأكله المشترى أو غير ذلك من إطلاق يد المشترى ويجب ضمانه . فيتضرر المشترى والوكيل . ولأنه يتصرف بأمر الموكل ولا يثبت حكم الرجوع فى حق المأمور قبل علمه بالفسخ . فعلى هذا لو تصرف قبل العلم نفذ تصرفه .

وعن أبى حنيفة أنه إن عزله الموكل فلا ينعزل قبل علمه لما ذكرنا ، وإن عزل الوكيل نفسه لم ينعزل الا بحضرة الموكل ، لأنه متصرف بأمر الموكل ، فلا يصح رد أمره بغير حضرته كالمودع فى رد الوديعة .

ولنا ما تقدم ، فأما الفسخ ففيه وجهان كالروايتين ثم هما مفترقان ، فإن أمر الشارع يتضمن المعصية بتركه ، ولا يكون عاصياً من غير علمه ، وهذا يتضمن العزل عند إبطال التصرف ، فلا يمنع منه عدم العلم .

ومتى خرج أحدهما عن أن يكون من أهل التصرف مثل أن يجن أو يحجر عليه لسفه فحكمه حكم الموت ، لأنه لا يملك التصرف فلا يملكه غيره من جهته .

فإذا وسوس أحدهما فهو مثل العزل . وإن حجر على الوكيل لفلس فالوكالة بحالها ، لأنه لم يخرج عن كونه أهلا للتصرف . وإن حجر على الموكل وكانت الوكالة فى أعيان ماله بطلت لانقطاع تصرفه فى أعيان ماله . وإن كانت فى الخصومة أو الشراء فى الذمة أو الطلاق أو الخلع أو القصاص فالوكالة بحالها ، لأن الموكل أهل لذلك ، وله أن يستنيب فيه ابتداء فلا تنقطع الاستدامة ، وإن فسق الوكيل لم ينعزل . لأنه من أهل التصرف . إلا أن تكون الوكالة فيما ينافيه الفسق كالإيجاب فى عقد النكاح فإنه ينعزل بفسقه أو فسق موكله بخروجه عن أهلية التصرف . فإن كان وكيلا فى القبول للموكل لم ينعزل بفسق موكله لأنه لا ينافى جواز قبوله .

وهل ينعزل بفسق نفسه ؟ فيه وجهان .

وإن كان وكيلا فيما تشترط فيه الأمانة كوكيل اليتيم وولى الوقف على المساكين ونحو هذا انعزل بفسقه وفسق موكله بخروجهما بذلك عن أهلية التصرف وإن كان وكيلا لوكيل من يتصرف فى مال نفسه انعزل بفسقه ، لأن الوكيل ليس له توكيل فاسق . ولا ينعزل بفسق موكله . لأن موكله وكيل لرب المال ، ولا ينافيه الفسق ولا تبطل الوكالة بالنوم والسكر والإغماء . لأن ذلك لا يخرجه عن أهلية التصرف ، ولا تثبت عليه ولاية إلا أن يحصل الفسق بالسكر فيكون فيه من التفصيل ما أسلفنا .

فـــرع إذا تعدى فيما وكل فيه ، مثل أن يلبس الثوب أو يركب الدابة فهل تبطل الوكالة ؟ وجهان : (أحدهما) تبطل الوكالة لأنها عقد أمانة فتبطل بالتعدى كالوديعة . (الثانى) لا تبطل الوكالة بالتعدى فيما وكل فيه ، وبهذا الوجه قال أحمد وأصحابه . لأنه إذا تصرف فإنما يتصرف فى نطاق إذن موكله فكان كما لو لم يتعد فصح ويفارق الوديعة من جهة أنها أمانة مجردة فنافاها التعدى والخيانة ، والوكالة إذن فى التصرف تضمنت الأمانة . فإذا انتفت الأمانة بالتعدى بقى الإذن بحاله . فعلى هذا لو وكله فى بيع ثوب فلبسه صار ضامناً ، فإذا باعه صح بيعه وبرىء من ضمانه لدخوله فى ملك المشترى وضمانه ، فإذا قبض الثمن كان أمانة فى يده غير مضمون عليه ، لأنه قبضه بإذن الموكل ولم يتعد فيه . وإذا دفع إليه مالا ووكله فى شراء شىء فتعدى فى الثمن فصار ضامناً له ، فإذا اشترى به وسلمه زال الضمان وقبضه للمبيع قبض أمانة .

وإن وجد بالمبيع عيب فرد عليه ، أو وجد هو بما اشترى عيباً فرده وقبض الثمن كان مضموناً عليه ، لأن العقد المزيل للضمان زال فعاد مازال عنه .

فـــرع إذا وكل امرأته فى بيع أو شراء أو غيره ثم طلقها لم تنفسخ الوكالة لأن زوال النكاح لا يمنع ابتداء الوكالة فلا يقطع استدامتها ، والله أعلم .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى عزل الوكيل

سبق أن تعرضنا فى الفصل المار إلى أن عقد الوكالة من العقود الجائزة التى لا تلزم إلا فى حالتين :

(الحالة الأولى) : أن يترتب على خروج الوكيل من الوكالة ضياع مال الموكل أو فساده ، فإن الوكالة حينئذ تكون لازمة ، ولا يقبل الوكيل العزل .

(الحالة الثانية) : أن تكون الوكالة بلفظ الاجارة ، واستكملت شرائطها فإنها تلزم فى هذه الحالة ، وفيما عدا ذلك يكون لكل من (الوكيل والموكل) فسخها متى شاء ، ولو بعد التصرف ، وفسخها يكون بالقول ، كأن يقول : فسختها أو أبطلتها أو يقول الموكل : عزلت نفسى ، أو نحو ذلك من الألفاظ الدالة على الفسخ . كقوله : رددت وكالتك ، أو رفعتها ، وهل ينعزل الوكيل بمجرد العزل أو لا ينعزل إلا بعد أن يبلغه خبر عزله ؟

والجواب : أنه لا ينعزل إلا بعد علمه بالعزل فلو تصرف قبل علمه بالعزل ينفذ تصرفه .

وتنفسخ الوكالة بموت الوكيل أو الموكل أو بجنون أحدهما أو إغمائه، وكذا تنفسخ بطروء فسخ على الوكيل بالنكاح ، فإذا وكل شخص آخر فى عقد نكاح ففسق الوكيل كأن زنى أو سرق أو ارتكب جريمة توجب فسقه ، فإن وكالته تسقط ، لأنه يشترط فى الوكيل بالنكاح أن يكون عدلا ، وكذا تنفسخ الوكالة بزوال ملك الموكل عن المحل الذى وكله بالتصرف فيه ، فإذا وكله على بيع دار أو حيوان أو طعام ثم باعه الموكل أو وقفه فإن الوكالة تنفسخ ، وكذا تنفسخ إذا وكله على بيع دار ثم أجرها الموكل للغير .

أما الحنابلة رحمهم الله فقد قالوا بقولنا فى جواز عقد الوكالة وقالوا : إن لكل من العاقدين فسخها متى شاء ، وتبطل الوكالة فى ذاتها بموت أحد

العاقدين أو جنونه مطبقاً ، وبالحجر عليه لسفه ، لأن الشخص فى هـــذه الأحوال لا يكون أهلا للتصرف ، فلا يصح أن يوكل أو يتوكل عن غيره .

وكذا تبطل الوكالة بطروء فسق على أحدهما فيما يشترط فيه العدالة ، فإذا وكل شخص آخر على إيجاب النـــكاح ، كأن قال له : وكلتك على أن تزوج بنتى من فلان ، بأن تقول له : زوجتك فلانة ، ثم ارتكب الموكل بعد ذلك ما يوجب فسقه ، فإن الوكيل ينعزل . وكذا إذا ارتكب الوكيل ما يوجب فسقه فإنه ينعزل .

أما إذا وكله على أن يقبل له النكاح ، كأن يقـول له : وكلتك على أن تقبل نكاح فلانة لابنى أو لى ، فإن الوكالة لا تبطل بفســق الموكل . وكذا تبطل الوكالة بردة الموكل ، لأنه ممنوع عن التصرف فى ماله ، ولا تبطل بردة الوكيل إلا فيما ينافى الوكالة .

وإذا وكل شخص آخر على أن يطلق له زوجته ثم ذهب الزوج إلى زوجه ووطئها بطلت الوكالة بذلك ، لأن وطأها دليل على الرغبة فيهـا . وينعـزل الوكيل بموت موكله ، وبعزله إياه ، ولو لم يعلم بالعزل ، ويكون ما بيده أمانة لا يضمن ما تلف منه بدون تصرفه ، أما ما يتصرف فيه فإنه يضمنه .

اما الحنفية رحمهم الله فقد قالوا : إن الوكالة من العقود الجائزة إلا فى ثلاثة مواضع فإنها تكون لازمة ، بحيث لا يصح عزل الوكيل فيها ، وذلك لأنها لا تكون مقصورة على الوكيل والموكل ، بل يتعلق بها حق للغير فى هذه المواضع ، وقد تقدمت فى الوكالة بالخصومة وهى :

(١) الوكالة ببيع الرهن ، فإذا رهن شخص عند آخر عيناً فى نظير دين ثم وكل شخصاً على أن يبيع هـــذه العين لســداد ذلك الدين ، فان الوكالة تصبح لازمة ، فليس للوكيل عزل نفسه ، كما أنه ليس للموكل عزله لتعلق حق صاحب الدين بهذه الوكالة ، لأنه يريد أخذ حقه ببيع العين ، ومن ذلك ما إذا وكل شخص آخر بأن يقبض دينه من فلان بحضرة المديون ، فإنه يجوز له عزله ، إلا إذا علم المديون لتعلق حق بذلك .

(ب) الوكالة بالخصومة بالتماس الطالب عند غيبة المطلوب ، مثلا إذا كان لشخص عند آخر دين ثم أراد المدين السفر إلى بلاد نائية فطلب صاحب الدين من المدين أن يوكل عنه شخصاً ليخاصمه فى طلب الدين حال غيابه ، فوكل عنه بناء على هذا الطلب فعند ذلك يصبح ذلك الوكيل غير قابل للعزل ، لأنه قام مقام المدين الغائب ، وليس لصاحب الدين من يطالبه بدينه سواه ، فلو عزل الوكيل ضاع عليه حقه ، أما إذا كان المدين حاضراً غائباً فإن الوكالة تكون جائزة لا لازمة ، لأنه يمكن أن يخاصم المدين ، وكذلك إذا لم يكن تعين الوكيل بناء على طلبه فى هذه الحالة لا يكون له حق فيه .

(جـ) الوكالة على تسليم عين لشخص مع غياب الموكل فإنه يجب على الوكيل أن يسلم هذه العين لصاحبها ، ولا يجوز له عزل نفسه كما تقدم فى مبحث الخصومة ، فهذه الأمور تصبح فيها الوكالة لازمة وما عداها فإن الوكالة فيها جائز لكل منهما فسخها ، ولكن يشترط علم كل منهما بالعزل ، فإذا عزل الوكيل نفسه فعليه أن يكون بكتاب يصل إليه ، أو إرسال رسول اليه بشرط أن يكون مميزاً ، سواء كان عدلا أو غيره صغيراً أو كبيراً ، وسواء صدقه أو كذبه أو بمشافهته بالعزل أو نحو ذلك ، ومحل ذلك إذا كان الوكيل متبرعاً ، أما إذا كان بأجر فإنه يعامل بشرطه ، ولا يشترط علمه بالعزل فى الحالات الآتية :

(أحدها) : إذا وكل شخص آخر ولم يعلم الوكيل بالوكالة ، فان للموكل عزله بدون علمه بالعزل .

(ثانيها) : الوكالة بالنكاح ، والطلاق ، والعتاق ، فإن للموكل عزل نفسه بدون علم موكله ، وعلة ذلك كله أن الموكل لا يلحقه ضرر بعزل الوكيل بدون علمه ، فاذا لحقه ضرر فإنه لا يصح العزل بدون علمه مثلا إذا وكله على أن يبيع ماله وكانت سوق البيع رائجة فإذا عزل نفسه عن البيع بدون علم الموكل ، فاته سوق البيع اعتماداً على وكيله ، فى هذه الحالة لا يجوز له عزل نفسه بدون علم موكله ، وينعزل الوكيل بلا عزل فى الأمور الآتية :

(أحدها) : نهـاية الشيء الموكل فيـه كمـا إذا وكله على قبض دين فقبضه ، فإن الوكالة تنتهى بالقبض .

(ثانيها) : موت أحدهما وجنونه جنونا مطبقاً مدة شهر على المفتى به .

(ثالثها) : إذا وكل المرتد شخصاً ثم لحق بدار الحرب أو قتـل فإن الوكيل ينعزل بمجرد الحكم بلحاق المرتد بدار الحرب أو قتله ، أما إذا أسلم فان التوكيل ينفذ وتبطل الوكالة اللازمة بالموت أو بالجنـون فى أمرين : الوكالة بالخصومة بناء على طلب الخصم ، والوكالة بتسليم عين مع غيـاب الموكل . أما الوكالة ببيع الرهن فانها لا تبطل بهذه العوارض . هكذا أفاده الجزيرى فى الفقه على المذاهب ومنه نقلته .

اما مالك واصحابه رحمهم الله فقالوا : الوكالة من العقود الجائزة ، فلكل من الوكيل والموكل فسخ عقدها كما يشاء الا فى ثلاثة أحوال :

(الحالة الأولى) الوكالة بالخصومة ، ولا يصح للموكل أن يعزل بعد نفسه ، كما لا يصح للموكل أن يعزله بعد أن يحضر مع الخصم ثلاث جلسات قال الخرشى : لأن الحق فى التوكيل للموكل فى حضور الخصم أو غيبتـه الا أن يقاعد الموكل خصمه ثلاث مجالس ولو فى يوم واحد ، وتنعقد المقالات بينهما فليس له أن يوكل من يخاصم عنه الا أن يحصل للموكل عذر من مرض أو سفر ونحوهما فله حينئذ أن يوكل عنه . ا هـ

قلت : ولا فرق فى هذه الحالة بين أن يوكله فى مقابلة عوض على وجـه الإجارة أولا ، وهذه الحالة لا خلاف فيها .

(الحالة الثانية) أن تقع الوكالة فى مقابلة عوض على وجه الإجارة ، وذلك بأن يوكله على عمل معين بأجرة معلومة أو على غير معين فى زمن معين . ومثال الأول أن يوكله على أن يبيع له جماله المعروفة وله بعد بيعها خمسون جنيها بدون أن يحدد له زمناً . ومثال الثانى أن يوكله على أن يعرض هذه الإبل فى السوق للبيع خمسة أيام وله عشرون جنيها بعد هذه المدة سواء باع هذه الإبل بالفعل أولا . ولا يصح أن يعين له العمل والزمان ، كأن يقول له :

بع هذه السلعة فى خمسة أيام بأجر قدره كذا ، فإن لم يبعها لا يستحق شيئاً ، لأن تعيين العمل والزمان يفسد الإجارة .

(**الحالة الثالثة**) أن تقع الاجارة فى مقابلة عوض على وجه الجعالة ، وذلك كما إذا وكله على أن يستخلص له ديناً فى نظير جعل يأخذه بشرط أن يبين له قدر الدين والشخص المدين كانت إجارة لا جعالة .

وهاتان الحالتان مختلف فيهما ؛ فبعضهم يقول : إن الوكالة لا تلزم على كل حال ، سواء كانت فى مقابلة عوض على وجه الإجارة ، أو على وجه الجعالة ، أو لم تكن ، وبعضهم يقول : إنها تلزم ثم إذا كانت على وجه الإجارة تلزم الجاعل (الموكل) بشروع الوكيل فى العمل ، أما المجعول له (الوكيل) فلا تلزمه بل له فسخها .

وينعزل الوكيل بموت موكله لأن الوكيل نائب عن الموكل فى ماله خاصة ، فإذا مات الموكل انتقل ماله إلى ورثته فلا يملك شيئاً يتصرف فيه نائبه حينئذ ، وهل ينعزل الوكيل بمجرد موت الموكل وإن لم يعلم به ، أولا بد من العلم ؟ خلاف ، والراجح أنه لا ينعزل إلا إذا علمه ، فاذا تصرف قبل العلم ينفذ تصرفه .

وإذا عزل الموكل وكيله فقيل : ينعزل بمجرد العزل ، وقيل : لا ينعزل إلا إذا علم ، فإذا تصرف قبل العزل لا ينفذ تصرفه على الأول وينفذ على الثانى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) والوكيل أمين فيما فى يده من مال الموكل ، فان تلف فى يده من غير تفريط لم يضمن ، لأنه نائب عن الموكل فى اليد والتصرف ، فكان الهلاك فى يده كالهلاك فى يد الموكل فلم يضمن .

وان وكله فى بيع سلعة وقبض ثمنها فباعها وقبض ثمنها . وتلف الثمن واستحق المبيع رجع المشترى بالثمن على الموكل لأن البيع له فكان الرجوع بالعهدة عليه . كما لو باع بنفسه) .

الشرح الأحكام : اليد فى أمـوال الغير على ثلاثة أقسـام ، يد ضامنة ويد أمينة ، ويد اختلف الشافعي هل هى ضامنة أو أمينة ؟ فالأولى كيد الغاصب والمستعير والمساوم والمشترى والمستقرض ؛ وكل هؤلاء يلزمهـم ضمان ما هلك بأيديهم ، وإن كان هلاكه من غير تعديهم ، لأنهم أصلا بين متعد أو معاوض . والثانيـة كيد الوكيـل والمضـارب والشريك والمودع والمستأجر والمرتهن . فهؤلاء كلهم لا ضمان عليهم ما لم يتعدوا ويفرطوا ، لأنه ليس فيهم متعد بيده ولا معاوض .

وأما اليد المختلف فيها فيد الأجير المشترك إذا هلك بيده ما استؤجر على عمله من غير تفريط فيه ولا تعد عليه ، ففيهـا قولان (أحدهما) أنهـا كيد المستعير عليها الضمان (والثانى) أنها كيد المودع لا ضمان عليها فيما هلك .

فإذا تقرر هذا فإن الوكيل أمين فيما بيده لموكله ، ولا ضـمان عليه إن هلك لأمرين (أحدهما) أن الموكل قد أقامه فيه مقام نفسـه ، وهو لا يلزم لنفسه ضمان ما بيده ، فكذلك الوكيل الذى هو بمثابته .

(والثانى) أن الوكيل له عقد إرفاق ومعونة ، وفى تعلق الضمان بهـا ما يخرج عن مقصود الارفاق والمعونة فيها ، وسواء كانت الوكالة بعوض أو بغير عوض فكان أبو على الطبرى رحمه الله يقول : إذا كانت بعوض جـرت مجرى الأجير المشترك فيكون وجوب الضـمان على قولين . وهـذا ليس بصحيح . لأنها إذا خرجت عن حكم الإجارة فى اللزوم خرجت عن حكمها فى الضمان .

فـــرع قال المزنى : فإن طلب منه الثمن فمنعه فقد ضمنه إلا فى حال لا يمكنه فيه دفعه . قال الماوردى فى حاويه : وهذا كما قال : إذا كان مع الوكيل ثمن ما باع الموكل فطلب منه فمنعه ، فلا يخلو حال منعه من أحد أمرين ، إما أن يكون بعذر أو بغير عذر . فإن كان لعذر لحدوث مرض أو خوف منع من الوصول إلى موضع الثمن . أو لخوف فوات فرض من جمعة أو مكتوبة قد ضاق وقتها . أو لضياع مفتاح أو لملازمة غريم له إلى ما جرى مجرى ذلك فهذا عذر فى تأخير الدفع ولا ضمان عليه إن تلف قبل الدفع .

وإن منعه لغير عذر صار ضامناً له . فإن تلف كان عليه غرمه . فلو منعه من دفعه حتى يشهد على نفسه بقبضه فقد اختلف أصحابنا الخ .

(قلت) سيأتى مزيد إيضاح لهذا الفصل فى آخر فصل فى هذا الباب لتعلقها به هناك . أما بقية الكلام على أحكام هذا الفصل فنقول :

إن تلفت العين التى وكل فى التصرف فيها فقد بطلت الوكالة . لأن محلها ذهب فذهبت الوكالة كما لو وكله فى بيع بقرة فماتت . ولو دفع إليه ديناراً ووكله فى الشراء به فهلك الدينار أو ضاع . أو استقرضه الوكيل وتصرف فيه بطلت الوكالة ، سواء وكله فى الشراء بعينه أو مطلقا ، ويجرى عليه من الضمان ما أسلفنا إيضاحه من حيث التعدى والتفريط أو عكسهما والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) اذا ادعى رجل على رجل أنه وكله فى تصرف فانكر المدعى عليه فالقول قوله ، لأنه ينكر عقداً الأصل عدمه فكان القول قوله . وان اتفقا على الوكالة واختلفا فى صفتها . بأن قال الوكيل : وكلتنى فى بيع ثوب . وقال الموكل : بل وكلتك فى عبد ، أو قال الوكيل : وكلتنى فى البيع بألف وقال : بل وكلتك فى البيع بألفين . أو قال الوكيل : وكلتنى فى البيع بثمن مؤجل وقال الموكل : بل وكلتك فى البيع بثمن حال فالقول قول الموكل لأنه ينكر اذنا والأصل عدمه . ولأن من جعل القول قوله فى اصل التصرف كان القول قوله فى كيفيته كالزوج فى الطلاق .

(فصل) وان اختلفا فى التصرف فادعى الوكيل أنه باع المال وأنكر الموكل او اتفقا على البيع واختلفا فى قبض الثمن فادعى الوكيل أنه قبض الثمن وتلف وأنكر الموكل ففيه قولان :

(أحدهما) أن القول قول الوكيل لأنه يملك العقد والقبض . ومن ملك تصرفاً ملك الاقرار به . كالأب فى تزويج البكر .

(والثانى) أنه لا يقبل قوله ، لأنه اقرار على الموكل بالبيع وقبض الثمن ، فلم يقبل كما لو اقر عليه أنه باع ماله من رجل وقبض ثمنه ، وان وكله فى ابتياع جارية فابتاعها ثم اختلفا ، فقال الوكيل : ابتعتها باذنك بعشرين ، وقال الموكل : بل اذنت لك فى ابتياعها بعشرة ، فالقول قول الموكل لما بيناه . فان

حلف الموكل صارت الجارية للوكيل فى الظاهر ، لأنه قد ثبت أنه ابتاعها بغير الاذن ، فان كان الوكيل كاذباً كانت الجارية له فى الظاهر والباطن ، وان كان صادقا كانت الجارية للموكل فى الباطن ، وللوكيل فى الظاهر .

قال المزنى : ويستحب الشافعى رحمه الله فى مثل هذا أن يرفق الحاكم بالموكل فيقول : ان كنت أمرته أن يشتريها بعشرين فبعه اياها بعشرين ، فان قال له : بعتك هذه الجارية بعشرين صارت الجارية للوكيل فى الظاهر والباطن .

وان قال كما قال المزنى : أن كنت أذنت لك فى ابتياعها بعشرين فقد بعتكها بعشرين ، فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : لا يصح ، لأنه بيع معلق على شرط فلم يصح ، وجعل ما قاله المزنى من كلام الحاكم لا من كلام الموكل . ومنهم من قال : يصح ، لأن هذا الشرط يقتضيه العقد لانه لا يصح أن يبيعها الا أن يكون قد اذن له فى الابتياع بعشرين ، وما يقتضيه العقد لا يبطل العقد بشرطه ، فان امتنع الموكل من البيع قال المزنى : يبيعها الوكيل ويأخذ حقه من ثمنها . وقال أبو سعيد الاصطخرى : فيه وجهان :

(أحدهما) ما قال المزنى .

(والثانى) أنه يملكها ظاهراً وباطناً بناء على القولين فيمن ادعى على رجل أنه اشترى منه داراً وانكر المشترى ، وحلف أن المستحب للمشترى أن يقول للبائع : ان كنت اشتريتها منك فقد فسخت البيع ، وان لم يفعل المشترى ذلك ففيه قولان :

(احدهما) أن البائع يبيع الدار ويأخذ ثمنها .

(والثانى) أن البائع يملك الدار لأن المشترى صار كالمفلس بالثمن لتعذر الثمن من جهته ، فيكون البائع احق بعين ماله .

وقال أبو اسحاق : لا يملك الوكيل الجارية قولا واحداً ، وتخالف الدار لأنها كانت للبائع ، فاذا تعذر الثمن انفسخ البيع وعاد المبيع اليه كما يعود اذا تحالف المتبايعان ، والجارية لم تكن للوكيل ، فتعود اليه عند التعذر ، فان قلنا : يملكها ظاهراً وباطناً تصرف فيها بالوطء وغيره . وان قلنا : انها للموكل فى الباطن كان كمن له على رجل دين لا يصل اليه ، ووجد له مالا من غير جنس حقه) .

الشرح الأحكام : قال المزنى رحمه الله تعالى : فإن كان وكله ببيع متاعه فباعه فقال الوكيل : قد دفعت إليك الثمن فالقول قوله مع يمينه . وقال الماوردى فى حاويه : اعلم أن ما يدعيه الوكيل على موكله ينقسم ثلاثة أقسام : قسم يقبل فيه قول الوكيل . وقسم لا يقبل فيه قوله . وقسم اختلف قوله

فى قبول قوله [1] فيه . فأما القسم الأول وهو ما قبل فيه قول الوكيل على الموكل فهو فى رد ما قد ائتمنه عليه . وجملة الأيدى التى لا يتعلق بها ضمان أنها على ثلاثة أقسام .

(أحدها) ما يقبل فيه (قول) صاحبها فى رد ما كان معه ، وهو من ائتمنه المالك على ماله فى حق نفسه من غير نفع يعود (عليه) فى أمانته كالمودع ، فقوله فى رد ما بيده من الوديعة على ربها مقبول ، لأنه لما أقامه مقام نفسه وجب أن يكون قوله عليه (مقبولا) كقوله على نفسه .

(والثانى) من لا يقبل قوله وإن كان أمينا فى رد ما بيده وهو من يده لحق نفسه كالمرتهن فلا يقبل قوله فى الرهن على راهنه ، لأنه ليس بنائب عنه، فلم يقبل قوله عليه .

(والثالث) من اختلف أصحابنا فى قبول (قوله) وهو من كان نائباً عن المالك لكن لنفع يعود عليه (من) نيابته كالعامل فى القراض ، والأجير المشترك ؛ ففى قبول قولهم وجهان :

(أحدهما) أن قولهم مقبول فى رد ما بأيديهم لنيابتهم عن المالك ، وهذا أظهر القولين (الوجهين) وهو قول الجمهور .

(والثانى) وهو قول أبى على الطبرى : أن قولهم غير مقبول فى رد ما بأيديهم لأن عود النفع إليهم يجعلهم كالمتصرفين فى حق أنفسهم فلم يقبل قولهم كالمرتهن ، فإذا تقرر هذا الأصل فالوكيل إن كان متطوعا ، فقوله فى رد ما بيده مقبول على موكله ، وإن كان بأجرة ففى قبول قوله وجهان ، فهذا ما يتعلق بالقسم الأول مما يقبل فيه قول الوكيل على الموكل .

(وأما القسم الثانى) وهو مالا يقبل فيه قول الوكيل على الموكل ، فهو أن يدعى إذنا فى تصرف لقول الوكيل : أمرتنى ببيع كذا ، أو بإعطاء زيد

---

(١) اختلف قوله ، أى قول الامام الشافعى رضى الله عنه ، وكذا كل ما جاء على هذا النحو من عود ضمير الغائب على غير مذكور فى اثبات قول او حكم او مذهب .

كذا فينكر الموكل ذلك فالقول قول الموكل دون الوكيل ، لأنه فى هذه الدعوى بمثابة مدعى عقد الوكالة ، ومدعى الوكالة لا يقبل قوله فى ادعائها ، لأن مدعى الاذن لا يقبل قوله فى ادعائها وكذلك إذا اتفقا على الإذن ، واختلفا فى صفته كقول الوكيل أمرتنى بإعطاء زيد ألفاً فقال : بل أمرتك باعطائه ثوباً ، وكقوله أمرتنى ببيع عبدك بألف ، فقال : بل أمرتك بألفين ، فالقول فيه قول الموكل ، فلا يقبل فيه دعوى الوكيل إلا ببينة يقيمها على ادعائه والبينة شاهدان عدلان لا غير لأنها بينة فى إثبات الوكالة .

(وأما القسم الثالث) وهو ما اختلف قوله فى قبول (قول) الوكيل فيه على موكله ، فهو أن يوكل فى عمل فيدعى الوكيل إيقاعه على الوجه المأذون فيه ، وينكره الموكل كتوكيله فى بيع أو نكاح أو هبة أو عتق أو طلاق أو إقباض مال ، فينكر الموكل ذلك مع تصديق البائع والمنكوحة والموهوبة له والمطلقة والقابض ، ففيه قولان محكيان عن الشافعى ، ووجهان ذكرهما ابن سريج ، فأحد قولى الشافعى أن القول فى جميع ذلك قول الموكل إلا أن يقيم الوكيل بينة على ما ادعاه ، والبينة عليه معتبرة فى كونه مالا أو غير مال ، وإنما كان القول قول الموكل لأنها عقود فلم يلزم بمجرد الدعوى .

(والقول الثانى) أن القول فى جميع ذلك قول الوكيل ، لأن الموكل أقامه مقام نفسه ، بعد قوله عليه . فهذان قولا الشافعى المحكيان عنه .

وأما وجها أبى العباس بن سريج فإنه ذكر فى كتاب الوكالة بعد حكاية قول الشافعى وجهين ذكر احتمالهما ، ونص توجيههما ، أحد الوجهين أنه إن كان ما أقر به الوكيل يتم به وحده كالعتق والطلاق والإبراء كان قوله مقبولا فيه ؛ لأنه لما كان يصح من الوكيل فى الحال صح إقراره به فى تلك الحال ، وما كان بخلافه لم يقبل إقراره به .

(والوجه الثانى) وهو الذى عول عليه واعتمد على نصرته : إن كان الإقرار به كايقاع (طلاق) قبل قوله فيه ، وما كان بخلافه لم يقبل قوله فيه ، وهذان الوجهان إنما يكون للقول بهما وجه إذا كان الوكيل عند الاختلاف

باقياً على الوكالة ، فأما منع عزله عنها فلا وجه لتخريجها لما يقتضيه تعليل كل واحد منهما والله تعالى أعلم .

فرع إذا أمر الموكل وكيله ببيع متاعه وقبض ثمنه ، فادعى الوكيل البيع وقبض الثمن وتسليمه إلى الموكل ، فإن صدقه على البيع وقبض الثمن وأنكر أن يكون قبضه منه كان قول الوكيل مقبولا عليه،لكن مع يمينه،لأنه اختلاف فى الدفع ، ولو صدقه على البيع وأنكر قبض الوكيل الثمن من المشترى فهو على قولين ، لأن الوكيل يدعى عملا ينكره الموكل ، وإن كذبه فى البيع وقبض الثمن ، فهو على قولين أيضاً لما ذكرنا .

فرع إذا أمر الرجل وكيله أن يشترى سيارة ، فقال الوكيل : اشتريتها بألف ، قال الموكل : اشتريتها بخمسمائة فالقول قول الوكيل مع يمينه أنه اشترى السيارة بألف ــ وثمة قول بأنه إذا كانت السيارة ليست بيده فالقول قول الموكل ــ وهذا ليس بصحيح ، بل قول الوكيل أولى فى الحالين لقبول قوله فى أصل الشراء وكذا يقبل قوله فى قدر أصل ثمنه .

فرع قال المزنى : ولو قال أمرتك أن تشترى هذه الجارية بعشرة فاشتريتها بعشرين . وقال الوكيل : بل أمرتنى بعشرين فالقول قول الآمر مع يمينه وتكون الجارية فى الحكم للموكل ، والشافعى يستحب فى مثل هذا أن يرفق الحاكم بالآمر فيقول : إن كنت أمرته أن يشتريها بعشرين فقد بعته إياها بعشرين ، ويقول للآخر : قد قبلت ، ليحل له الفرج ولمن يبتاعها منه .

وقد أثارت هذه العبارة من المزنى كلاماً لدى الأصحاب ، لأنه إن قبل فبيع الموكل معقود بشرط وهو قوله : إن كنت أمرتك أن تشتريها بعشرين فقد بعتها عليك بعشرين ، وهذا شرط يفسد معه البيع ، فاختلف أصحابنا فيما ذكره المزنى من ذلك على وجهين .

(أحدهما) أن المزنى إنما اختار للحاكم أن يقول ذلك لهما تنبيهاً على معنى هذا العقد ، والسبب المقصود به من غير أن يذكراه فى نفس العقد ،

فإذا ذكراه فيه لم يصح ، بل يعقد له مطلقاً من هذا الشرط ، وهذا قول أكثر البصريين .

(والوجه الثانى) وهو قول أبى على بن أبى هريرة وجمهور البغداديين أنه يجوز لهما أن يعقداه كذلك لأنه هكذا يكون فى الحكم فجائز أن يكون ملفوظاً به فى العقد .

فــرع إذا ثبت ما أسلفنا فللموكل حالتان :

(إحداهما) : أن يجيب الى بيعها على الوكيل ان كان صادقاً فيصير الوكيل مالكا لها ظاهراً وباطناً . ويجوز له إمساكها والاستمتاع بها وبيعها وأخذ الفضل من ثمنها .

(والحال الثانية) أن لا يجيب إلى بيعها فلا يجبر عليه لأنه ليس بمالك ، ولو كان مالكا لم يجبر على بيع ملكه ، وهل يكون الوكيل مالكا لها أم لا ؟ على وجهين :

(أحدهما) وهو قول أبى سعيد الإصطخرى أنه قد ملكها ملكا تاماً ظاهراً وباطناً لأن الملك قد انتقل عن الموكل بثمنه فاقتضى أن ينتقل إلى الوكيل بعقده ، فعلى هذا يجوز للوكيل أن يمسكها ، وإن باعها ملك الفضل فى ثمنها .

(والوجه الثانى) وهو قول أبى إسحاق المروزى وأبى على بن أبى هريرة : إنه لا يصير مالكا لها ، وانما له أن يأخذ من ثمنها ما غرم فيه ، لأنه مقر بأنها ملك لموكله ، فعلى هذا لا يجوز أن يستمتع بها ، وإن كان فى ثمنها فضل لم يملكه ، وهل يجوز أن ينفرد ببيعها أم لا ؟ على وجهين :

(أحدهما) يبيعها بنفسه . (والثانى) يتولاه الحاكم ؛ فإن كان الثمن بقدر ما دفع فقد استوفاه ، وإن كان أقل فلا رجوع له ينافيه ، وإن كان أكثر فلا حق له فى الزيادة .

وهل يجوز إقرارها فى يده ؟ أم ينزعها الحاكم منه ؟ على وجهين :

(أحدهما) يقرها فى يده لأنه لا خصم له فيها .

(والوجه الثانى) هل ينزعها منه لأنه مال قد جهل مستحقه فصار كأموال العيب ــ التى ترد بالعيب ويختلف فيها المتبايعان ويضع الحاكم يده عليها حتى يفصل فى النزاع ــ أم يكون مشترى الجارية مالكها ؟ على الوجهين جميعاً ، ولا يكون عدم ملك البائع لها بمانع من استقرار ملك المشترى من وكيل فى بيعها والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وان اختلفا فى تلف المال فادعى الوكيل انه تلف وانكر الموكل فالقول قول الوكيل ، لان التلف يتعذر اقامة البينة عليه فجعل القول قوله .

(فصـــل) وان اختلفا فى رد المال فقال الوكيل : رددت عليك المال وانكر الموكل نظرت ، فان كانت الوكالة بغير جعل فالقول قول الوكيل مع يمينه ؛ لانه قبض العين لمنفعة المالك ، فكان القول فى الرد قوله كالمودع ؛ وان كانت الوكالة بجعل ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يقبل قوله لانه قبض العين لمنفعة نفسه ، فلم يقبل قوله فى الرد كالمستأجر والمرتهن .

(والثانى) انه يقبل قوله لان انتفاعه بالعمل فى العين ، فاما العين فلا منفعة له فيها ، فقبل قوله فى ردها كالمودع فى الوديعة .

(فصـــل) اذا كان لرجل على رجل آخر حق فطالبه به فقال : لا اعطيك حتى تشهد على نفسك بالقبض نظرت ، فان كان مضمونا عليه كالغصب والعارية ــ فان كان عليه فيه بينة ــ فله ان يمتنع حتى يشهد عليه بالقبض ، لانه لا يأمن أن يقبض ، ثم يجحد، ويقيم عليه البينة فيغرمه ، وان كان أمانة كالوديعة او ما فى يد الوكيل والشريك أو مضموناً لا بينة عليه فيه ، ففيه وجهان :

(أحدهما) ان له ان يمتنع حتى يشهد بالقبض ، وهو قول ابى على ابن أبى هريرة ، لانه لا يأمن أن يقبض ثم يجحد ، فيحتاج ان يحلف انه لا يستحق عليه ، وفى الناس من يكره ان يحلف .

(والثانى) انه ليس له ان يمتنع ؛ لانه اذا جحد كان القول قوله : انه لا يستحق عليه شيئاً ، وليس عليه فى اليمين على الحق ضرر فلم يجز له ان يمتنع والله أعلم) .

الشرح الأحكام : هذا الفصل قد أسلفنا الكلام على بعضه ومجمل القول : إذا اختلف الموكل والوكيل لم يخل من ستة أحوال :

(الأول) إذا اختلفا فى التلف ، فقال الوكيل : تلف مالك فى يدى ، أو الثمن الذى قبضته ثمن متاعك تلف فى يدى فيكذبه الموكل ، فالقول قول الوكيل مع يمينه لأنه أمين . وهذا مما يتعذر إقامة البينة عليه ، فلا يكلف ذلك كالمودع . وكذلك كل من كان فى يده شىء على سبيل الأمانة ، كالأب والوصى وأمين الحاكم والمودع والشريك والمضارب والمرتهن والمستأجر والأجير المشترك على اختلاف فيه ، إلا أن يدعى التلف بأمر ظاهر كالحريق والنهب وشبههما فعليه إقامة البينة على وجود ذلك فى ناحيته ، ثم يكون القول قوله فى تلفها ، وهذا هو مذهبنا ومذهب أحمد . لأن وجود الأمر الظاهر مما لا يخفى ، فلا تتعذر إقامة البينة عليه .

(الثانى) أن يختلفا فى تعدى الوكيل أو تفريطه فى الحفظ ومخالفته أمر موكله مثل أن يدعى عليه أنه حمل على الدابة فوق طاقتها ، أو حمل عليها شيئاً لنفسه ، أو فرط فى حفظها أو لبس الثوب ، أو أمره برد المال فلم يفعل ، ونحو ذلك فالقول قول الوكيل مع يمينه ، لأنه أمين ولأنه منكر لما يدعى عليه . والقول قول المنكر .

(الثالث) أن يختلفا فى التصرف فيقول الوكيل : بعت الثوب ، وقبضت الثمن فتلف ، فيقول الموكل : لم تبع ولم تقبض شيئاً ، فالقول قول الوكيل مع يمينه إن كان بغير جعل ، لأنه إن كان بجعل كان أجيراً ويده ضامنة .

فرع قال المزنى : ولو قال لصاحب له قد طلبته منك فمنعتنى وأنت ضامن فهو مدع أن الأمانة تحولت مضمونة وعليه البينة ، وعلى المنكر اليمين . وهذا كما قال ، إذا منعه من دفع الثمن إليه حتى هلك ، ثم اختلفا فقال الوكيل : منعتك معذوراً فلا ضمان على . وقال الموكل : منعتنى غير معذور فعليك الضمان ، فالقول قول الوكيل مع يمينه إذا كان ما قاله ممكناً، ولا ضمان عليه لأنه على أصل أمانته فلا تقبل دعوى الموكل عليه فى انتقاله عن الأمانة إلى الضمان .

فـــرع قال المزنى : ولو قال : وكلتك ببيع متاعى فقبضـــته منى وأنكر ثم أقر ، أو قامت عليه البينة ضمن ــ أى انتقل من حال الأمين إلى حال الضامن ــ لأنه خرج بالجحود من الأمانة ، وهذا صحيح ، وصـــورة ذلك فى رجل ادعى على رجل أنه وكله ببيع متاعه وأقبضه إياه فأنكر المدعى عليه الوكالة وقبض المتاع فالقول قوله مع يمينه لأنه منكر،فإن أقام المدعى بينة بالوكالة وقبض المتاع صار ضامناً وخرج بالجحود عن الأمانة فصار كجاحد الوديعة ، فلو ادعى بعد قيام البينة عليه تلفها أو ردها على مالكها لم تقبل دعواه ، لأنه ضمن ما لا يقبل قوله فى ادعاء البراءة منه ، ولأنه صار بالإنكار الأول مكذباً لهذه الدعوى منه ، وهكذا لو عاد بعد إنكاره فأقر بقبض المتاع فادعى تلفه أو رده لم يقبل منه ، وكان ضامنا له كقيام البينة عليه بقبضه .

فلو أقام البينة برده على موكله أو بتلف ذلك فى يده قبل جحوده ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى على ابن أبى هريرة : انها بينة مردودة ، لأنه قد أكذبها بسابق انكاره .

(والوجه الثانى) وهو قول ابى القاسم الصيمرى ، وحكاه أبو حامد الأسفراييني ان بينته مقبولة ، يقدم ما شـــهدت به على الجحـــود الموجب للضمان . وقال الماوردى : والوجه الأول أصح .

فـــرع قال المزنى : ولو قال : وكلتك فى بيع متاعى فبعته ، وقال : مالك عندى شىء ، فأقام عليه البينة فقال : صدق أو قد دفعت إلى أهله ثمنه فهو مصدق لأن من دفع شيئاً إلى أهله فليس هو عنده ، ولم يكذب نفسه فهو على أصل أمانته وتصديقه . وهذا صحيح ، إذا ادعى أنه وكله فى متاع أقبضه إياه ليبيعه فقال الوكيل : مالك عندى شىء أو ليس لك فى يدى حق فهذا جواب مقنع فى الدعوى والقول فيه قوله مع يمينه ، لأنه منكر وكل من ادعى عليه مال فى يديه وذكر المدعى سبب استحقاقه كالوديعة والغصب فالمدعى عليه إذا كان منكراً له أن يجيب بأحـــد جوابين ، إما أن يقـــول :

ما أخذت منك هذه الوديعة ، ولا غصبتك هذا المال ، وإما أن يقول : مالك قبلى حق ، فكلا الجوابين مقنع فى انكار الدعوى وعليه اليمين .

وصفة إحلافه وتحليفه بحسب اختلاف الجواب ، فإن كان جوابه مطلقاً بأن قال : ليس عندك لك حق،أحلف على ما أجاب بالله أن ماله قبله حق،ولا يجوز للحاكم أن يحلفه : ما أخذ وديعة ، أو ما غصبه ، لأنه قد يجوز أن يكون قد ملكه عليه بعد الوديعة والغصب بهبة أو بيع استوفى ثمنه ، فلا يكون قبله حق ، وبحيث إن حلف ما استودع ولا غصب بر .

وإن كان جوابه أن قال : ما غصبتك ، أو قال : ما أخـذت وديعتك ، فقد اختلف أصحابنا فى صفة إحلافه على وجهين :

(أحدهما) أنه يحلف بالله ماله قبله حق احترازاً مما ذكرنا .

(والوجه الثانى) أنه يحلف على ما أجاب بالله ما غصبه ، ولا أخذ وديعته لأن تركه الاحتراز فى جوابه ينفى التوهم عنه فيما ذكرنا .

فإذا ثبت أن جوابه بما ذكرنا مقنع فحلف ثم قامت البينة عليه بقبض المال أو عاد فأقر به ثم ادعى تلفه أو رد ثمنه لم يضمن وكان قوله مقبـولا فيـه لأمرين :

(أحدهما) أن ما ادعاه فى الثانى مطابق لما أجاب به فى الأول ، لأن من يرد الشىء على مالكه فليس له شىء فى يده .

(والثانى) أنه ليس له فى جوابه الأول تكذيب الشهود ، وبهذين المعنيين فرقنا بين المسألتين ، فلو قامت عليه البينة فى هذه المسألة بأن المتاع كان فى يده بعد أن أجاب بأن لا شىء لك عندى صار ضامنا ولم يقبل قوله فى الرد أو التلف لأن هذا الجواب منه مع بقاء الشىء فى يده كذب وجحود فصار ضامناً .

فـرع قال المزنى : ولو جعل الوكيل فيما وكله جعـلا ، فقـال للموكل : جعلى قبلك وقد دفعت إليك مالك ، فقـال : بل خنتنى فالجعـل مضمون لا تبرئه منه الجناية عليه .

وقد ذكرنا أن الوكالة تجوز بجعل وبغير جعل ، ولا يصح الجعل إلا أن يكون معلوماً ، فلو قال : قد وكلتك فى بيع هذا الثوب على أن جعلك عشر ثمنه أو من كل مائة درهم من ثمنه درهم لم يصح للجهل بمبلغ الثمن وله أجرة مثله ؛ فلو وكله فى بيع كتاب بأجر معلوم فباعه بيعاً فاسداً فلا جعل له ، لأن مطلق الإذن بالبيع يقتضى ما صح منه ، فصار الفاسد غير مأذون فيه فلم يستحق جعلا عليه ، فلو باعه بيعاً صحيحاً وقبض ثمنه ، وتلف الثمن فى يده فله الأجرة لوجود العمل ، وهذا بخلاف الصانع إذا استؤجر عليه حياكة ثوب أو تجليد كتاب فتلف الثوب أو الكتاب فى يده بعد عمله ، فلا أجرة له إن كان مشتركا ، والفرق الذى تلف الثمن فى يده والذى تلف الثوب أو الكتاب فى يده أن المقصود من الأجير تسليم العمل المستحق فى مقابلة العوض ، فما لم يحصل التسليم لم يجب ما فى مقابلته من العوض والمقصود من الوكيل وجود العمل المأذون فيه ، فلو باع الوكيل الثوب فتلف الثوب فى يده قبل تسليمه إلى مستحقه بطل البيع ، ولم يبطل جعل الوكيل ، لأن بطلانه بمعنى حادث بعد صحته ، فصار بالعمل مأجوراً فيه ، وكان بخلاف وقوع البيع فاسداً ، فلو سلم الثوب إلى مشتريه وقبض ثمنه فتلف فى يده ، ثم استحق الثوب من يد المشترى كان البيع فاسداً وللوكيل جعله لأن بطلانه ليس من جهة الوكيل فصار مقصوده بالإذن مجرد العمل على وجه الصحة دون الصحة ، وقد وجد من الوكيل ذلك العمل .

فأما رجوع المشترى بالثمن ، فإن لم يعلم بالوكالة فله الرجوع على الوكيل ويرجع الوكيل به على الموكل ، وإن علم بالوكالة ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى حامد المروزى ذكره فى جامعه أنه يرجع على الموكل دون الوكيل ، لأنه مبيع عليه كالمبيع على المفلس .

(والثانى) يرجع على من شاء منهما ، لأن لكل واحد منهما فى العقد تأثيراً .

فإذا ثبت ما وصفنا من جواز الوكالة بجعل واستحقاقه بعد العمل ، فطالب الوكيل الموكل بجعله ، وادعى أنه قد باع ما وكل فى بيعه ، وأنه قد

رد ثمنه على موكله فللموكل حالتان ، حالة ينكر العمل الذى ادعاه من البيع وقبض الثمن ، وحالة يعترف به ، فإن أنكر الموكل ذلك فالقول قوله مع يمينه، ولا جعل للوكيل إلا ببينة يقيمها على البيع ، سواء قبل قوله فى البيع أم لا ؟ لأنه يدعى عملا يستحق به جعلا فلم يقبل قوله فى دعواه ، وإن صدقه الموكل على ذلك وادعى دفع الجعل إليه فالقول قول الوكيل مع يمينه وله الجعل لأن الموكل مدع براءة الذمة من جعل تعلق بها ، فلو قال الموكل له بعد تصديقه على البيع ، إنك خنتنى فى عملك بقدر جعلك فبرئت منه بخيانتك ، وأنكر الوكيل الخيانة ، فالقول قول الوكيل مع يمينه أنه لم يخن وله المطالبة بجعله .

فـــرع إذا تلف الثمن قبل دفعه للموكل ، فإن كان لعذر فى تأخير الدفع فلا ضمان فلو منعه من دفعه حتى يشهد على نفسه بقبضه فقد اختلف أصحابنا هل له ذلك ويلزم الموكل الاشهاد على نفسه بالقبض أم لا ؟ على ثلاثة أوجه :

(أحدها) وهو الصحيح : أن ليس له ذلك ولا يلزم الموكل بالإشهاد على نفسه بالقبض ، لأن قول الوكيل مقبول فى الدفع ، فعلى هذا يصير بالمنع ضامنا : وعليه الغرم إن تلف .

(والوجه الثانى) له الامتناع بالدفع إلا بالإشهاد ليسلم من اليمين مع الاكذاب فعلى هذا لا يصير بالمنع ضامناً ولا غرم عليه إن تلف .

(والوجه الثالث) وهو مذهب مالك : أنه إذا قبض المال بالاشهاد لم يلزم دفعه إلا بالاشهاد ، وإن قبضه بغير اشهاد لزمه الدفع بغير إشهاد ، فأما من كان غير مقبول القول فى الدفع فلا يلزمه الدفع إلا بالاشهاد سواء كان ضامناً كالغاصب والمستعير أو غير ضامن كالمرتهن .

فأما المضارب والأجير المشترك ــ فإن قلنا بأحد الوجهين : إن قوله فى الدفع غير مقبول لم يلزمهم الدفع إلا بالاشهاد ، وإن قلنا بالصحيح من المذهب : إن قولهم فى الدفع مقبول ففى وجوب الاشهاد لهم ثلاثة أوجه على ما أسلفنا والله تعالى الموفق للصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل .

تلخيص باب فى اثبات الوكالة من كتاب أدب القاضى

لأبى بكر أحمد بن عمرو بن مهير الشيبانى المعروف بالخصاف مع شرح أبى بكر أحمد بن على الرازى المعروف بالجصاص وكلاهما من أصحاب مذهب أبى حنيفة :

وكالة الحاضر لا تجوز عند أبى حنيفة إلا برضاء الخصم ، وتجوز عند أبى يوسف ومحمد .لأبى حنيفة قول النبى صلى الله عليه وسلم لعلى رضى الله عنه : « لا تقضين لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر » [1] والمدعى عليه لا يخرج بتوكيل الوكيل من الخصومة فينبغى أن لا يصح السماع من بينة المدعى حتى يحضر المطلوب فان قيل : ان الوكيل خصم ، قيل له : أثبت أنه خصم ، فانا لم نوافقك على هذا ، ومن جهة القياس ثلاثة معان :

(أحدها) أن النبى صلى الله عليه وسلم قد أوجب على القاضى التسوية بين الخصوم ، وليس من التسوية أن يكون أحد الخصمين قاعداً فى منزله والآخر يتردد إلى باب القاضى .

فإن قيل : إن الوكيل هو الخصم هاهنا ، قيل له : إن الموكل لم يخرج من أن يكون خصماً مع كون الوكيل خصماً عنه ، فينبغى أن يسوى بينه وبين المطلوب الذى كان خصمه فى الأصل .

(والثانى) أن الناس مختلفون فى الخصومات ، فبعضهم ألْحَنُ بالحجة من بعض ، والدليل على هذا قول النبى صلى الله عليه وسلم : « ولعل بعضكم يكون ألحن بالحجة من بعض ، فمن قضيت له بشىء من حق أخيه ،

---

(١) مسند أحمد بن حنبل جـ ١ ص ٩٠

فإنما أقطع له قطعة من النار » [٢] فبين صلى الله عليه وسلم أن بعضنا أقوم بالخصومات من بعض ، وأنا ليس نتساوى فيها ، فاذا كان كذلك كان للمدعى أن لا يقبل خصومة الوكيل لأنه لا يأمن أن يغلبه ويظهر عليه بالحجة ، وإن كان المدعى هو المحق .

(والثالث) فإن الخصومة حق للمدعى يلزم المدعى عليه بدلالة أن القاضى يعدى عليه ، ويحول بينه وبين تصرفه وأشغاله . فإذا كان كذلك لم يجز له تحويلها إلى غيره إلا برضاء المدعى بدلالة أنه لو كان عليه دين وهو مقر به لم يجز له أن يحوله الى غيره الا برضاء الطالب ، والمعنى الجامع بينهما لزومه حق الطالب فى الوجهين جميعاً .

وهذه العلة مقصورة على وكالة المدعى عليه دون وكالة المدعى . والوجهان الأولان يعمهما جميعاً ، إلا أنه إذا صح أن وكالة المدعى عليه لم تصح إلا برضاء المدعى كان وكالة المدعى أيضاً مثلها ، لا تصح إلا برضاء المدعى عليه ، لأن أحداً لم يفرق بين الوكالتين . وأما أبو يوسف ومحمد فانهما ذهبا إلى أن حق الخصم إنما هو الخصومة والتمكن من إثبات حقه . ويمكن أن يثبت حقه على الموكل بخصومته للوكيل ، فإذا لم يكن فى ذلك إبطال حقه جازت الوكالة .

فصل

ولا خلاف بينهم أن المدعى أو المدعى عليه إذا كان مريضاً أو مسافراً سفر ثلاثة أيام إن له أن يقيم لنفسه وكيلا . وكذلك لو كان حاضراً ، فأراد أن يسافر سفر ثلاثة أيام فصاعداً إن له أن يوكل غيره فى الخصومة ، لأن المريض لا يلزمه الحضور إلا عند القاضى لأنه لا يقدر على ذلك ــ فكذلك المسافر لا يلزمه الرجوع إلى عند القاضى ــ ولكن لو أراد خصمه مخاصمته مضى إليه حتى يرفعه إلى قاضى الى ذلك البلد أو من يقرب اليه ان لم يكن

---

(٢) أخرجه مسلم فى الاقضية .

هناك قاض ، وكذلك لو أراد سفراً جاز أن يوكله لأنه وقت الخصومة يكون مسافراً ، فلا يلزمه الحضـــور إلى عند القـــاضى . فاذا كان كذلك لم يثبت لخصمه حق الخصومة عليه ، إذا لم يلزمه الحضور فى هذه الوجوه كلها .

فإذا لم يثبت عليه حق الخصم لم يمتنع تحويل الخصومة إلى غيره ، إذا كان المعنى المانع من الوكالة لزوم حق الخصم فى الخصومة فلا يقدر على تحويله إلى غيره ، وهذا المعنى موجودها هنا ، ولا يلزم على هذا قول النبى صلى الله عليه وسلم لعلى رضى الله عنه : « لا تقضين لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر » لأن المريض والمسافر لم يصيرا خصمين يلزمهما حق الخصومة لما بينا ، فيكون المراد غيرهما .

قال : ولو ادعى رجل أن رجـــلا وكله بطلب كل حـــق هو له بالكوفة وقبضه ، وبالخصومة فيه ، جائز فيه ما صنع ، فحضر القاضى وجاء بالبينة على الوكالة والموكل عليه ، ولم يحضر الوكيل أحداً للموكل قبـــله حق ، فأراد أن يثبت وكالته عند القاضى ، فإن القاضى لا يسمع من بينته حتى يحضر خصماً ، فإن أحضر رجلا يدعى عليه حقا للموكل ، والمدعى عليه بذلك الحق مقر بالحق أو جاحد له ، فإن القاضى يسمع من شهود الوكيل على الوكالة ، وينفذ له الوكالة .

أما إذا لم يحضر أحداً فإنما لم يقبل البينة ، لأن سماع البينة لا يصـــح على غير خصم . وليس هاهنا خصم تسمع عليه الشهادة ، فلذلك لم تقبل . وأما إذا حضر إنسان يدعى للموكل عليه حقا فإن البينـــة تقبـــل على الوكالة سواء أكان المدعى مقرا بالحق أو منكراً له ، لأن المدعى عليه إن كان منكراً للحق فالوكيل يريد أن يثبت أنه خصم فى إثبات حق الغائب ، والحق يدعى إثباته على المدعى عليه فيكون خصماً فى إثبات الوكالة التى يتوصل بها إلى اثبات الحق المدعى . وان كان المدعى عليه مقراً بالحق فان البينة تقبل أيضاً على الوكالة ، لأن كونه مقراً بالحق لا يوجب للوكيل حق القبض ، إذا كان المدعى عليه منكراً لوكالته بالقبض ، فلذلك كانت البينة على الوكالة مقبولة إذا أنكر المدعى عليه الوكالة .

وأما إذا أقر بالوكالة ، فإنه يؤمر بتسليم ما أقر به إلى الوكيل ، وان لم يقم الوكيل البينة لأن اقراره مقبول على نفسه ، ويؤمر بتسليم المال اليه حيث صدقه الوكيل .

فإن قبل القاضى بينة الوكيل على خصم حاضر ثم أتى برجل آخر يدعى عليه حقا للغائب لم يكلف إعادة البينة على الوكالة ، من قبل أن المسئلة على أن الوكيل أقام البينة على أن الغائب وكله بكل حق له بالكوفة ، فاذا أقام البينة على هذا لا يجوز للقاضى أن يحكم خاصة على المدعى عليه الحاضر دون غيره ، إذ الحق الذى يدعى على الحاضر نفسه يثبت على الغائب من الخصوم الذين يحضر منهم فى الثانى . فاذا كان كذلك يحكم بوكالته على العموم على كل من كان بالكوفة ، إذا ادعى عليه حقا للغائب الموكل ، دينـاً كان أو غير ذلك من الحقوق ، اذا كانت الوكالة التى يدعيها عامـة ، واذا كانت خاصة على الأول ، لم يكن ذلك حكما على غيره بالوكالة .

قال : ولو أن الموكل حضر ليؤكل عند القاضى هذا الوكيل فقال : قد وكلت هذا الرجل بكل حق هـو لى بالكوفة وبالخصـومة فى ذلك ، جائز ما صنع ، وليس معهما أحد للموكل قبله حق . فإن كان القاضى يعرف الموكل ويعلم أنه فلان بن فلان الفلانى ، قبل القاضى وكالته وأنفذها للوكيل ، ويكون ذلك قضاء بوكالته على جميع الناس . وإن كان القاضى لا يعرفه ، لم يحكم بوكالته .

فإن أراد الوكيل أن يقيم البينة على أن فلان الفلانى يعنى الموكل وكله ، وهذا الرجل والمدعى عليه غير حاضرين ، فإن القاضى لا يسمع من بينته . أما إذا حضر الموكل فإنما جاز له أن يسمع من الموكل بوكالة الوكيل ، لأنه ليس فيه أكثر من اقامة الموكل الوكيل مقام نفسه . وللموكل أن يفعل ذلك ، وللقاضى أن يسمع منه ، حتى إذا غاب الموكل لا يحتاج الى اقامة البينة على الوكالة وأما اذا لم يعرفه القاضى ، فانما لم يقبل منـه ، لأن القضـاء على الغائب لا يصح إلا بالاسم والنسب . والقاضى اذا لم يعرف الموكل هاهنا ، فسمع منه أنه قد وكل هذا الحاضر ، وأنه فـلان بن فلان الفـلانى ، يعنى

الموكل ، يجوز أن يكون هذا حيلة منهما فيسمى الموكل نفسه باسم غيره ونسب غيره ، فاذا غاب الموكل جاء الوكيل بغرماء الرجل المسمى به الموكل ، وأخذ منهم حق المسمى باسمه ، وإن لم يكن قد وكل هذا الوكيل بقضاء دينه ، واستيفاء حقوقه ، وهذا لا يجوز ، لأن فيه ابطال حقوق الناس وأما إذا كان القاضى يعرفه لم يمكن أن يحتال على أحد بهذه الحيلة ، لأن هناك لا يقضى بوكالة الغائب لهذا الحاضر بالاسم والنسب على وجه التزوير ، لأن القاضى الموكل باسمه ونسبه فلا يقدر على أن يزور عليه ، وينسب نفسه إلى غير أبيه ، ويسمى نفسه به اسمه ، حتى اذا غاب يأخذ الوكيل غير غرمائه بالحق . ولا يشبه هذا الإقرار بالمال لغيره ، ان للقاضى أن يسمع منه اقراره سواء كان يعرف المقر أو لم يعرفه ، لأنه ليس فى ذلك خوف من الحيلة ، لأن المقر له اذا جاء بغيره فقال : هذا هو المقر لى بالدين ، فان القاضى يعرف أن هذا غير الأول بوجهه ، ولا يحتاج إلى اسمه ونسبه ، فان خالف أن يشتبه عليه أمره حلاه ووصفه فى الكتاب . فما جاء المقر له بانسان فقال : ان هذا المقر لى بالمال نظر فى حليته وصفته ، فلابد من أن يذكر أن توافق حليته ان كان هو المقر ، ويأذن أن ينظر فى الحلية والصفة ولا يتذكر حاله ، أو أن الحلية توافق حلية هذا الذى جاء به ، ولا يكون هذا هو المقر .

فإذا كان مثل هذا لا يقع إلا شاذا نادراً لم يمنع صحة سماع الاقرار بالدين . وفى مسئلتنا الحيلة ممكنة فى كل وقت على الوجه الذى ذكر إن زيداً يجىء ويقول : أنا خالد بن عبد الله وكلت هذا لكل حق هو لى على هؤلاء ، فإذا غاب زيد عن الوكيل ، وجاء بغرماء خالد بن عبد الله فطالبهم بقبض الديون التى لخالد عليهم ، والموكل كان فى الحقيقة زيداً غير خالد ابن عبد الله ، فيحتاج القاضى أن يحكم للوكيل بقبض الديون من غرماء خالد من غير توكيل من خالد إلى هذا ، وهذا لا يجوز ، وأما قبول بينة الوكيل على اسم الوكيل ونسبه ، فلأن البينة لا تقبل على غير خصم ، وليس هناك خصم يدعى عليه حق بالوكالة حتى يسمع بينته عليه ، فلا يلتفت إلى بينته .

فإن غاب الموكل ثم ان الوكيل حضر القاضى [1] ومعه رجل يدعى عليه بحق للموكل ، فأقام بينة أن فلان بن فلان الفلانى وكله بذلك فان القاضى يقبل بينته ، لما بينا فيما تقدم من وكالة الحاضر من الغائب . فإن أراد من القاضى فى هذه الوجوه أن يصح عنده الوكالة ويثبتها بالبينات ، ويأخذ كتابه إلى قاض آخر ، قبل بينته على غير خصم ، وذلك لما بينا فيما تقدم من كتاب القاضى الى القاضى فى الحقوق ، وأن بينة المدعى تقبل على الحق وان كان المدعى عليه غائباً ، لأن هذه البينة لا يقع بها القضاء على الغائب ، وإنما هى كاثبات الشهادة على الشهادة فلا يمنع قبولها .

قال : وقال أبو حنيفة : لو أن رجلا وكل رجلا بقبض حقوقه قِبل رجل ، كان الوكيل فى القبض وكيلا فى الخصومة ، ومتى ما جحد المطلوب ذلك الحق فللوكيل أن يقيم البينة على إثباته . وكذلك المطلوب لو ادعى أنه قضى الدين إلى الطالب قبلت بينته على الوكيل بقضاء الدين الى الطالب ، لأنه يصير خصماً ، وان كان وكله بقبض شىء بعينه مثل دار أو عقار أو عبد أو نحو ذلك من الموكل ، فإنه يوقف ذلك ولا يحكم فيه حتى يحضر الموكل .

. وقال أبو يوسف ومحمد : الدين والعين فى هذا سواء ، فلا يكون الوكيل فى قبضه وكيلا فى الخصومة ، ومتى جحد المطلوب الحق الذى ادعى عليه الوكيل ، لم يكن الوكيل خصماً فى إقامة البينة على اثبات الحق عليه . وان أقر المطلوب بالحق وادعى قضاءه الى الطالب لم يكن الوكيل أيضاً خصماً فى قبول بينة المطلوب عليه . وان كان وكله بالخصومة فى حقوقه التى بالكوفة كان وكيلا فى الخصومة والقبض جميعاً عندهم جميعاً غير زفر فانه لا يجعله وكيلا فى القبض ، وتحصيل هذه الجملة أن الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا فى الخصومة عند الجميع ، والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة

---

(١) حضر القاضى بنصب ياء القاضى لا على المفعولية باعتبار الوكيل هو الفاعل للحضور بل على حذف الخافض ، كقولك دخلت الدار فالدار هنا منصوب على حذف حرف الجر وهو يعنى دخلت فى الدار فحذفت فى ونصبت الدار (ط) .

عند أبى حنيفة خاصة ، والوكيل بالخصومة فى العين والدين وكيلا بالقبض عندهم جميعاً غير زفر ، فصار مذهب زفر أن الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة ، لأنه ليس فى قبض العين مايتعلق بالخصومة ، إذ ليس فى قبضه منه تمليك ، ولا معنى من المعانى يوجب أن يكون الوكيل خصماً فيه ، فإذا كان كذلك فعليه أن يثبت الوكالة بقبض العبد المودع أو غيره ، فإذا ثبتت وكالته عند القاضى بمحضر من الذى العبد فى يديه أمره القاضى بتسليم العبد إليه . فان قال الذى العبد فى يديه : هذا العبد لى ، أو ادعى معنى من المعانى يوجب نفى ملك غائب على العبد ، لم يكن الوكيل خصماً فى اثبات العبد ملكاً للغائب ، لأنه غير موكل بذلك ، فليس له أن يخاصمه . وأما إذا كان الحق ديناً فان الوكيل بقبضه وكيل فى الخصومة عند أبى حنيفة ، لأن قبض الدين يتعلق به التمليك ، لأن المطلوب يملك ما فى ذمته للطالب ، ما يقضى اليه أو الى وكيله ، اذ الدين المقضى يثبت فى ذمته الطالب للمطلوب ثم يصير قصاصاً [1] بما كان له على المطلوب ، فيملك كل واحد منهما ما فى ذمته بما كان له فى ذمة صاحبه . فإذا كان قبض الدين يتعلق به التمليك ، كان الوكيل بالقبض وكيلا بالتمليك . وأما على مذهبهم فإن قبض الدين ــ وإن كان فيه تمليك ــ فان الموكل لم يجعل اليه غير القبض ، فليس له أن يخاصم فى إثبات الدين ، لأن القبض معنى غير الخصومة ، ألا ترى أن الوكيلين فى الخصومة لكل واحد منهما أن يخاصم ؟ والوكيلين فى القبض ليس لأحدهما دون الآخر ، لأنهما معنيان مختلفان ، فالتوكيل بأحدهما لا يوجب التوكيل بالآخر .

أما الوكيل بالخصومة فإنما كان وكيلا بالقبض عندهم جميعاً غير زفر ، فلأن الخصومة لا تنقطع إلا بقبض الموكل به . فمادام هناك حق للموكل فللوكيل أن يخاصمه ، لأنه وكيل بالخصومة على العموم .

فمتى ما كان هناك ما يتعلق به الخصومة فله الخصومة فيه ، والخصومة

---

(١) وهو ما يسمى فى المصارف بالمقاصة أو يريد ايفاء دين بدين أو تنازل عن الحق من الجانبين (ط) .

أبداً باقية لم يحصل القبض ، فينبغى أن يكون وكيلا بالقبض الذى يقطع الخصومة ، والقبض معنى غير الخصومة لما بينا ، فلا يجوز أن يجعله وكيلا بالقبض .

والجواب أنه لما ثبت عندنا بما ذكرنا أن القبض يدخل تحت الوكالة بالخصومة ، صار موكلا بالتمليك من جهة القبض ، فلا يمنع صحة الوكالة على هذا الوجه ، كما لو نص عليه كان جائزاً .

فصل

وإقرار الوكيل على الموكل بقبض الدين الموكل به جائز عند القاضى ولا يجوز عند غيره فى قول أبى حنيفة ومحمد . وعند أبى يوسف يجوز عند القاضى وعند غيره ، وكان قوله الأول : إنه لا يجوز عند القاضى ولا عند غيره ، وهو قول زفر ثم رجع فقال : يجوز عند القاضى ولا يجوز عند غيره ، وهو قولهما ، ثم رجع عن هذا أيضاً وقال : يجوز عند القاضى وعند غيره . لأبى حنيفة فى أنه يجوز عند القاضى أن الخصومة تنتظم الانكار والاقرار ، لأن القاضى يقول للمدعى عليه : ما تقول ؟ هل لهذا عليك هذا الحق أم لا ؟ فلابد له من نعم أولا . فإذا كانت الخصومة تنتظم المعنيين جميعاً ، كان الوكيل بالخصومة وكيلا بالاقرار والانكار جميعاً ، إذ قد أقامه مقام نفسه فى الخصومة . وخصومته قد انتظمت المعنيين جميعاً . فإذا كان كذلك وجب أن يجوز إقراره عند القاضى ، لأن الخصومة ثبتت عنده ، ولا يجوز عند غيره ، لأن الخصومة لا يثبت حكمها عند غيره . فكذا الاقرار الموجب بها .

وأما زفر فانه رد هذه الخصومة إلى الوصى والأب : أن لهما أن يخاصما للصغير ، ولا يجوز إقرارهما ، فدل على أن الخصومة لا تنتظم الاقرار . وإذا كان كذلك لم يجز اقراره على الموكل بحال . والجواب عن هذا لأبى حنيفة أن تلك الخصومة قد استثنى منها الاقرار بدلالة دلت عندنا ، فلذلك لم يجز اقرارهما عليه ، مع كونهما خصمين ، ولم نجد تلك الدلالة هاهنا ، فلا يجوز أن نخص الاقرار من الخصومة بغير دلالة . فان دلت الدلالة هاهنا

على تخصيص الاقرار من الخصومة من جهة لفظ الموكل أنه قال : أن لا يجوز إقرارك على ، أو غير ذلك من الدلالة ، لم يجز اقراره عليه ــ فأما وليس هاهنا دلالة توجب التخصيص لم يجز لنا أن نخص الاقرار من الخصومة ، ولئن جاز تخصيص الاقرار منهما بغير دلالة ، جاز تخصيص الانكار منهما أيضاً بغير دلالة . فتحصل الخصومة غير منتظمة للانكار والإقرار . وليست هذه صفة الخصومة ــ وأما أبو يوسف فانه ذهب إلى أن الموكل أقام الوكيل مقام نفسه ، فكما جاز إقراره عند القاضى وعند غيره ، جاز اقرار الوكيل أيضاً عند القاضى وغيره .

قال الشيخ : وهذا ساقط ، لأن الموكل انما أقام الوكيل مقام نفسه فى الخصومة ، والخصومة لا تكون إلا عند القاضى ، فالاقرار أيضاً لا يجوز الا عنده .

وإذا تقدم رجل الى القاضى فادعى أن فلاناً بن فلان الفلانى وكله بقبض دينه الذى على فلان بن فلان هذا ، وأحضره القاضى معه فأقر الغريم بالدين ، والوكالة . فان إقراره جائز على نفسه ، ويأمره القاضى بدفع الدين إلى الوكيل ، وقد بينا هذا فيما تقدم ، وفرقنا بين الوديعة وبين الدين ، وفرقنا أيضاً بين الوصى وبين الوكيل ، وأنه لا يجوز أن يكون خصماً على الغائب والوكيل .

وإن حضر الطالب وأنكر أن يكون وكل هذا ، كان للغريم أن يحلفه ، يعنى الطالب : بالله ما قبض فلان بن فلان هذا المال من هذا الغريم بأمرك ووكالتك إياه بذلك . فان حلف رجع على الغريم بالدين ، وأخذه منه ، ورجع الغريم على الوكيل فأخذ منه الدين الذى دفعه إليه ان كان قائماً فى يده . وان كان هالكا فالقول قول الوكيل أنه ضاع منه أو أنه دفعه إلى الطالب .

وإنما يحلّف الطالب ، لأن المطلوب فى يمينه حقاً وهو براءته من دينه متى ما نكل عن اليمين ، فإن نكل عنه برىء المطلوب ، وان حلف ، لم يبرأ

وضمن له حقه ، ثم يرجع على الوكيل إن كان الدين باقيا فى يده ، لأن الوكيل لم يدع قبضه لنفسه وإنما أخذه للطالب ، وقد أخذ الطالب ذلك منه ، فعليه رد ما قبض الى المطلوب .

وأما إذا كان مستهلكاً فالقول قوله فى الهلاك أو الدفع إلى الطالب ، ولا ضمان عليه للمطلوب ، لأن المطلوب قد صدقه فى وكالته وأنه مستحق لقبضه ، فصار مثلما قلنا فى الوديعة : اذا جاء الوكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع فى ذلك ، ودفع إليه الوديعة ثم جاء صاحبها فأنكر ذلك إن له أن يضمن المودع . لم يكن للمودع أن يرجع على الوكيل بشىء إن كانت الوديعة هالكة ، لأنه صدقه فى استحقاقه بقبضها . كذلك هذا مثله .

قال أبو بكر : وهذا أيضاً على تلك الوجوه الأربعة ، إن صدقه ودفعه إليه ولم يضمنه لم يرجع عليه بشىء ، وان ضمنه مع التصديق رجع عليه ، وان لم يصدقه ولم يكذبه رجع عليه ، وكذلك إذا كذبه وهذان الوجهان يكونان عند غير القاضى ، لأن القاضى لا يأمره بتسليم الدين إليه اذا لم يصدقه ولم يكذبه ، أو كذبه .

قال : وان أقر الغريم بالدين وجحد الوكالة فطلب الوكيل يمين المطلوب : بالله ما يعلم أن الطالب وكله بقبض الدين منه ، فلا يمين عليه فى قول أبى حنيفة . وقال الحسن : قال أبو يوسف : حلفه بالله ما يعلم أن الطالب وكله بقبض ذلك منه ، وان حلف لم يكن بينهما خصومة ، الا أن تقوم له بينة على الوكالة ، وإن نكل عن اليمين أمر الحاكم بدفع الدين إلى الوكيل ، ولا يكون ذلك قضاء على الطالب لأبى حنيفة أن بذل الوكالة من جهة المطلوب لا يصح ، ولا يكون الوكيل وكيلا عن الغائب بقوله . فلا يجوز أن يحلف على ذلك ، إذ من أصله سقوط اليمين فى كل ما لا يصح بذله من جهة الحكم . وعند أبى يوسف لما كان من أصله أن النكول يقوم مقام الإقرار ، فكل ما كان الاقرار فيه جائزاً فانه يحلف عليه ، غير الحدود والقصاص ، فيحلّف ها هنا أيضاً ، لأنه لو أقر بوكالته جاز كذلك أن يحكم بنكوله ، وان لم يكن ذلك حكماً على الغائب .

قال : وإن أنكر الغريم الدين وأقر بالوكالة لم يكن الوكيل خصماً فى إقامة البينة على المطلوب بدين الطالب ، من قبل أن الوكالة على الغائب لا تثبت بقول المطلوب ، فوجود إقراره بها وعدمه بمنزلة فى باب اثبات خصومة الوكيل فى الدين ، فان أقام الوكيل البينة على الوكالة قبل القاضى بينته ، ويكون ذلك حكماً على الغائب ، وإن كان غير حاضر لسماع البينة ، وهذا ما لا خلاف فيه بين الناس ، أن الحكم على الغائب على هذا الوجه جائز لأن الحاضر لا يتوصل إلى إثبات حقه الا باثبات الحكم على الغائب ، والحق الذى يدعيه لنفسه هو الذى يثبت بعينه على الغائب ، وهو عقد الوكالة ، وقد حضر هناك خصم يسمع عليه البينة ، فيجوز أن يحكم به على الغائب ، وهو عقد الوكالة ، وقد حضر هناك خصم يسمع عليه البينة ، فيجوز أن يحكم به على الغائب ، ألا ترى أن الناس متفقون على جواز الحكم على الميت بالدين وغير ذلك إذا كان هناك خصم عنه من وارث أو وصى أو موصى له ، وذا حكم على الغائب إذ الميت أغيب الناس عن مجلس القاضى كذلك ما ذكرنا مثله .

قال : ولو وكل رجل رجلا بطلب حقوقه ، وقبضها ، والخصومة فيها على أنه لا يجوز عليه اقراره ، ولا صلحه ، ولا تعديل شاهد يشهد عليه بشىء يبطل به حقا له ، فالوكالة على هذا الشرط جائزة ، لأن الوكالة تنتظم معانى كثيرة ، فاذا جعل إليه بعضها دون بعض وفسرها جاز ذلك ، لأن من جهته يملك التصرف فى ذلك كله ، فله أن يملكه بعضها دون بعض .

فإن أقر الوكيل أن الطالب قبض هذا الحق من الغريم لم يجز ذلك على الموكل ، إلا أنه ليس للوكيل مطالبة الغريم بذلك الحق ، حتى يحضر الموكل فيطالبه أو يوكل غيره ، من قبل أن الوكالة بطلت بقول الوكيل حيث أقر بأن الطالب قد استوفى حقه ، لأن هذا اعتراف منه بأنه لا خصومة بينه وبين المطلوب إذا لم يبق للطالب عليه شىء ، فيعزل عن الوكالة ، وإن لم يصدق على الموكل .

وإن قال : قبضت أنا هذا الحق من هذا الغريم فضاع منى ، أو قال :

دفعه إلىّ الطالب ، فانه يقبل قوله ، ويبرأ المطلوب من ذلك المال ، ويحلف الوكيل على ذلك ، من قبل أن الطالب وإن كان قد منعه من الاقرار عليه فانه لم يمنعه من الاعتراف بقبض الدين ، بل قد وكله بقبضه منه ، فيصح إقراره بقبضه . فاذا قال : ضاع منى أو دفعته إلى الطالب كان القول قوله مثل المودع لأنه أمين . ويحلف على ذلك كالمودع لإسقاط الخصومة .

قال : وليس للوكيل أن يوكل غيره ، من قبل أن الوكالة تقتضى الخصومة والاقضاء فى طلب حق الموكل ، ولا يقتضى غير ذلك ، فلا يجوز أن يجعل الأمر إلى غيره ، لأن الموكل لم يرض برأى غيره . وأيضاً فإن الوكالة عقد للإباحة ، فليس له أن يوكل غيره ، كما ليس للمباح أن يبيح المباح لغيره ، وإنما له أن يستعمله هو أو يدعه . كذلك هذا مثله . فإن قال الموكل له : أجزت أمرك فى ذلك وما تصنع فيه من شىء ، كان له أن يوكل غيره مثل ما قلنا فى المباح إذا جعل المبيح أمره فى ذلك إليه كان له أن يبيح لغيره ، وكذلك هذا ، لأنه قد أجاز أمره على نفسه فيما صنع .

وليس لوكيله أن يوكل غيره كما لم يكن للوكيل أن يوكل غيره إلا بأن جعل الموكل أمره إليه ، كذلك الثانى مثله .

قال : فان مات صاحب الحق بطلت وكالتهما . من قبل أنهما جميعاً وكيلا الطالب ، فموته يوجب عزلهما جميعاً لانقطاع أمره بالموت .

وإن قيل : ولم موت الموكل يوجب بطلان وكالة الموكل ؟ فهلا قلنا : إن الأمر انما احتيج اليه فى انعقاد الوكالة ، فاذا انعقدت لم يحتج فى بقائها الى دوام الأمر ؟ . قيل له : ليس كذلك لأن الوكالة إنما هى اباحة بجواز تصرفه وقتاً بعد وقت وحالا بعد حال ، وليست عقداً يستحق به شيئاً على الموكل ولا على الوكيل ، فيبطل عند ارتفاع أمر المبيع . ألا ترى أن العارية التى هى تمليك المنافع ترتفع بارتفاع أمر المعير ؟ فكيف الوكالة التى ليس فيها تمليك ، فإن قيل : فهلا جعلت الوكيل الثانى وكيلا للأول دون الموكل قيل له : ليس كذلك لأن الوكيل مأمور بوكالة الثانى ، فصار كالرسول

والمغير إذا عقد عقد الوكالة ، انه يكون واقعاً للوكيل دون العاقد ، كما قلنا فى الرسول بعقد البيع ، وكالوكيل بالعقد والطلاق ، والمعنى الجامع بينهما أنه لا يتعلق فى شىء من هذا حقوق العاقد ، كذلك الوكالة .

قال : فان لم يمت الطالب ، ولكن مات الوكيل فالثانى على وكالته ، لما بينا أن الوكيل والثانى جميعاً وكيلا الطالب . فموت أحدهما لا يوجب عزل الآخر .

وكذلك لو أن الطالب أخرج الأول من الوكالة لم يخرج الثانى من الوكالة . وكوكيلى الطالب إذا عزل أحدهما لم ينعزل الآخر .

وإن أخرج الوكيل الأول الوكيل الثانى من الوكالة ، فهو جائز ، ويخرج منها من قبل أن الموكل قد جعل الأمر إليه فى عزله وتوكيله بقوله : قد جعلت الأمر إليك فى جميع ما تصنع ، وليس هذا لأجل أن الثانى وكيل الأول ، وإنما هو المعنى الذى ذكرنا من جعل الأمر إليه فى العزل وغيره ، مثل الموكل اذا قال لرجل : قد جعلت الأمر فى عزل هذا اليك ، فللرجل أن يعزل الوكيل، كذلك هذا .

فإذا ثبت الحق المطلوب فقال للقاضى : حلّف الوكيل بالله تعالى ما يعلم أن الطالب قبضه منى ، فلا يمين على الوكيل من قبل أنا لو حلفناه فى ذلك لحلفناه عن الطالب ، ويمينه لا تنوب عن الطالب بدلالة أنه متى قدم فللمطلوب أن يحلفه ، وإن كان قد حلف الوكيل على ذلك . فاذا كانت يمينه لا تنوب عن يمين الطالب لم يجز أن يحلف عنه .

قال : وإذا وكل رجل رجلين بطلب حقوقه والخصومة فيها فان حضر أحدهما ومعه خصم يطالبه فهو وكيل فى خصومته ، وإثبات الحق عليه ، الا أنه ليس له أن يقبض الحق دون صاحبه ، لما بينا أن أحد الوكيلين خصم فى إثبات الحق ، وليس له قبضه دون صاحبه ، لأن الخصومة لا تتأتى منهما جميعاً فى حال واحدة ، فهما لو حضرا جميعاً لم يخاصم إلا واحد ، لأن

مخاصمتهما معاً تمنع من أن يفهم القاضى عنهما ، لأن كلامهما يختلط ، فلذلك كان له أن يخاصم مع غيبة الآخر ، ألا ترى أن حضوره معه من غير أن يخاصم ليس بخصومة ، ومع ذلك فقد جاز للآخر أن يخاصم عنه ؟

كذلك إذا غاب هو فللآخر أن يخاصم عنه . وأما القبض فإنما لم يجز لأحدهما أن ينفرد به لأن فيه معنى التمليك ، فيحتاج فيه إلى الرأى ، والموكل لم يرض برأى أحدهما .

قال : ولو أن رجلا قال : فلان وكيلى فى كل شىء فهو وكيل فى الحفظ دون البيع والشراء ، من قبل أن الوكالة أصلها فى اللغة الحفظ قال الله تعالى : « وهو على كل شىء وكيل » [1] يعنى حفيظ ، ويقال فلان موكل على فلان ، أى حافظ عليه ، فإذا كان كذلك ، فالحقيقة فى الوكالة إنما هو الحفظ ، وفى الشراء والبيع والتصرف إنما مستعار ، وقد صار متعارفاً أيضاً ، فاذا أطلق اللفظ كان محمولا على الحقيقة دون غيره إذا كان مستعملا متعارفاً . فان قال : وكيلى فى كل شىء جائز أمره ، فهذا وكيل فى الحفظ والتصرف أيضاً ، وله أن يهب ويتصدق أيضاً ، لأنه قد جعل الأمر إليه فى كل شىء ، وجعله جائز الأمر ، وجواز الأمر يستعمل فى الإذن فى التصرف ، فوجب أن يجوز ذلك كله .

قال : ولو أن رجلا ادعى أن فلاناً بن فلان وكله ووكل فلان بن فلان الفلانى الغائب ، بكل حق هو له على فلان ، رجل بعينه ، والخصومة فى ذلك والقبض منه ، وأقام على ذلك بينة ، فان القاضى يقبل ذلك منه ، ويكون قضاء باثبات وكالة الغائب إذا لم ينكره إذا قدم من قبل أن الحاضر لا يتوصل الى اثبات وكالة نفسه ، الا باثبات وكالة الغائب ، فيكون خصماً فى إثبات وكالته ووكالة الغائب ، إذا كان الحق الذى يثبته لنفسه هو الذى يثبت على الغائب ، ولا يتوصل إلى اثبات حق نفسه الا باثباته على الغائب ، وهو خصم فى إثبات حق نفسه ، ثبت حق الغائب أيضاً ،

---

(١) سورة الأنعام : ١٠٢

مثل أحد الوارثين إذا أثبت تركة الميت كان ذلك ثابتاً له ولشريكه ، كذلك مثله ، لأنه لا يملك أحدهما التصرف دون صاحبه ، وكذا أحد الوصيين عند أبى حنيفة ومحمد ، وعند أبى يوسف لا يكون إثبات وصية الحاضر إثباتاً لوصية الغائب ، لأن من أصله جواز تصرف أحد الوصيين دون الآخر ، وفرق بينهما وبين الوكيلين لأن تصرف الوصى من جهة الولاية ، وتصرف الوكيلين من جهة الأمر ، فلا يعدو غير ما جعل إليه ، فلذلك افترقا .

وإن قدم الوكيل الغائب وادعى الوكالة أنفذها القاضى ولم يكلف اعادة البينة ، لما بينا أن إثبات وكالة الحاضر اثبات لوكالته أيضاً ، وان جحد الوكالة لم يكن للوكيل الحاضر أن يقبض شيئاً من الدين بهذه الوكالة ، لأنه معترف بأن لا سبيل له إلى قبض الحق حيث ادعى أن معه وكيلا آخر .

قال : ولو كان الحاضر أقام البينة أن فلاناً بن فلان الفلانى وكله ووكل فلاناً الغائب بمطالبة فلان بحقوقه قبله والخصومة على أن يقوم كل واحد منهما بذلك على انفراده ، جائز أمره ، فان القاضى ينفذ شهادتهما ، ويكون هذا الوكيل الحاضر خصماً فى جميعه ، وله أن يقبض ، فان لم يقبض شيئاً حتى قدم الغائب فادعى الوكالة ، وأراد أن يقبض شيئاً من الغريم ، فان القاضى يكلفه إعادة البينة على الوكالة ، من قبل أن الحاضر إنما ادعى أن كل واحد منهما وكيل بانفراده ، فلا يكون فى اثبات وكالته اثبات وكالة الغائب ، لأنه حكم على الغائب من غير خصم . إذ ليس فى إثبات وكالة الحاضر اثبات لوكالة الغائب ، وفى الفصل الأول وكالتهما جميعاً وكالة واحدة ، فاثبات وكالة الحاضر اثبات للغائب فلذلك افترقا .

قال : فان حضر الغائب فأنكر الوكالة أو ادعاها إلا أنه لم يكن له بينة على إثباتها فللوكيل الحاضر أن يخاصم ويقبض حق الموكل ، لأنه قد ثبت أنه وكيل على حدة ، فعدم وكالة الآخر لا يقدح فى وكالته .

ولو أن رجلا قدم رجلا إلى القاضى فقال : إن لفلان بن فلان الفلانى على هذا ألف درهم ، وقد وكلنى فلان بطلب كل حق هو له ، وبقبضه والخصومة

فيه ، وأقام على ذلك بينة ، فإن أبا حنيفة قال : لا أقبل هذه الشهادة على المال حتى تثبت الوكالة ، فاذا ثبتت الوكالة دعوت بالبينة على المال .

وقال أبو يوسف : أقبل الشهادة على الأمرين جميعاً ، فان عدلت البينة قضيت له بالوكالة ، وقضيت على المطلوب بالمال ، وكذلك الوصى يقيم البينة على وصيته من رجل ويقيم البينة على مال المطلوب فى مجلس واحد ، وكذلك الوارث يدعى أن أباه مات ولا وارث له غيره ، وأن على الرجل الذى حضر معه ألف درهم ، فأحضر بينة على نسبه وعلى وفاة أبيه ، وأنه وارثه ، لا يعلمون له وارثاً غيره ، وتشهد لأبيه بالمال على الرجل ، فهو بمنزلة الوكيل، وكذلك لو ادعى الوارث لأبيه داراً فى يدى رجل أو ضيعة أو غير ذلك ، فأحضر على ذلك شهوداً فشهدوا بموت أبيه ، وأنهم لا يعلمون وارثا غيره ، وشهدوا أن ذلك الشىء لأبيه وفى ملكه حتى مات وتركه ميراثاً ، فان القاضى يقبل ذلك كله ويثبته ، فاذا عدلت البينة حكم بذلك كله فى قول أبى يوسف على ما قال الخصاف .

قال رحمه الله : قد ذكر محمد هذه المسائل من غير خلاف أنه يقبل ، وذكر الخصاف هاهنا أنه لا يقبل فى قول أبى حنيفة . وهذا أقيس على أصولهم ، لأن هاهنا خصومتين ، إحداهما : إثبات الوكالة والوصية والنسب وغير ذلك .

والثانية : اثبات المال ، والخصومة فى اثبات المال مرتبة على الوكالة ونحوها مما ذكرنا ، لأنه ما لم يقم البينة على كونه خصماً ، لم تقبل بينته على اثبات المال ، كما لا تقبل بينة من ليس بخصم على إثبات شىء للغير ، وهذا كما قالوا فى العيب : إن المشترى اذا ادعى أن بالعبد المشترى عيباً وأراد رده به لم تقبل خصومته فى الرد حتى يثبت العيب ، لأن الخصومة فى الرد مرتبة على الخصومة فى إثبات العيب ، فلا يجوز أن تقبل الخصومة فى الرد حتى يثبت العيب ، كذلك هاهنا وجب أن يثبت أنه خصم أولا ثم يثبت الدين ، وهذا بين لا إشكال فيه . وقد تقدم الكلام فى هذا على الاضطراب، لأنا بينا المسائل على أن قول أبى حنيفة مثل قول أبى يوسف ، وأنه يفرق بين

الرد بالعيب وبين هذه المسائل . والآن وقد اتضحت المسائل على أصله ، وأنه اعتبر فيها كلها معنى واحد .

وأما أبو يوسف فانه استحسن قبول البينة على الوكالة وثبوت المال فى مجلس واحد ، فاذا عدلت البينة حكم بالوكالة أولا ثم بالمال حتى يكون إثبات الخصومة متقدماً لإثبات المال .

باب الشهادة على الوكالة

قال الخصاف : (وشهادة ابنى الوكيل على الوكالة غير جائز وكذلك شهادة أبوى الوكيل) قال الجصاص : كما قلنا فى سائر الحقوق من الأموال وغيرها ، وكذلك شهادة ابنى الطالب وأبويه لأنهما يشهدان لأبيهما بالوكالة على المطلوب ، فلا يجوز وكذلك شهادة امرأة الوكيل وامرأة الطالب ، وكذلك شهادة مولى العبد للعبد ، ومولى المكاتب للمكاتب كما قلنا فى الأموال .

ولو شهد للوكيل شاهدان ، أحدهما : أن الطالب وكله بقبض دينه من هذا الرجل ، وآخر شهد أنه جراه فى ذلك فهو سواء،لأن الجرىّ هو الوكيل، فهما عبارتان عن معنى واحد ، فلا يمنع صحة الشهادة . وكذلك لو شهد أحدهما أنه وكله فى قبضه وشهد الآخر أنه سلطه على قبضه فالشهادة جائزة ، لأن الوكيل مسلط على القبض ، فلا فرق بين الشهادة بالقبض وبين التسليط عليه . وكذلك لو شهد واحد أنه جعله وكيلا فى قبضه وشهد الآخر أنه جعله وصية فى حياته فى قبضه فهو سواء ، لأن الوصى فى حياته هو الوكيل فيكون المعنى واحداً .

فصل

ولو شهد أحدهما أنه جعله وصية فى قبضه ، ولم يقل : فى حياته ، لم يجز . لأن الوصى على الإطلاق إنما هو المتصرف بعد موت الوصى ، فلم يجتمع الشاهدان على جواز تصرفه فى حال حياة الموكل . ولو شهد أحدهما

أنه وكله بقبض دينه من فلان وشهد الآخر أنه وكله بتقاضيه أو بطلبه منه فهو جائز . لأن الوكيل بالتقاضى وكيل بالقبض ، والوكيل فى القبض وكيل فى التقاضى ، فكل واحدة من العبارتين تقتضى معنى القبض والاقتضاء ، فيجوز لوكيله أن يخاصمه فى إثبات الدين عليه إن جحد على قول أبى حنيفة ، لأن الوكيل بالقبض وكيل فى الخصومة عنده ، وعندهما ليس له أن يخاصمه فى إثبات الدين إن جحد ، وقد بينا هذا .

وكذلك لو شهد أحدهما بقبضه وشهد الآخر أنه أمره بأخذه منه ، أو أنه أرسله فى أخذه ، جازت شهادتهما فى الأمر ، والرسالة بالأخذ والقبض ولا يكون وكيلا فى الخصومة عندهم جميعاً فى هذا الموضع من قبل أن الأمر بالأخذ بمنزلة الرسالة عندهم ، والرسول بالقبض لا يكون له أن يخاصم عندهم جميعاً فإذا كان كذلك ففى مسئلتنا شهد أحدهما على الوكالة بالقبض وشهد الآخر على الأمر بالأخذ ، فلم يتفق الشاهدان على الوكالة بالقبض واتفقا على الأمر بالأخذ ، لأن كل وكالة تحت الأمر وليس كل أمر تحته وكالة فإذا كان كذلك صار الشاهد بالوكالة بالأمر بالقبض ، والشاهد بالأمر بالقبض لم يشهد بالوكالة ، وإنما شهد بالأمر بالقبض ، فيحكم بشهادة بالأمر بالقبض ولا يحكم بالوكالة . فلذلك لم يكن خصماً فى إثبات الدين عند أبى حنيفة .

فصل

فإن شهد أحدهما أنه وكله بالخصومة فى هذه الدار الى قاضى الكوفة، وشهد الآخر أنه وكله بالخصومة فيها الى قاضى البصرة ، فالشهادة جائزة لأن خصومته إلى قاضى البصرة أو قاضى الكوفة ليس من شرط الوكالة ، ولا يتعلق بها حكم ، فلا اعتبار بهذا ، فصار كأنهما لم يشهدا إلا بالوكالة بالخصومة ، ولم يشهد أنه يخاصمه فيها إلى قاضى الكوفة أو البصرة ، لأن للوكيل أن يخاصمه إلى أيهما شاء ، فلا اعتبار بذكر القاضى ، وهو مثل ما يقول فى شهادة أحدهما : انه أقر لفلان بألف درهم يوم الجمعة ، وشهد

الآخر أنه أقر له يوم الخميس بألف درهم ، ان الشهادة ثابتة على الألف وان اختلفا فى وقت الاقرار ، لأن كون الوقت لا يغير الحكم كذلك هذا .

قال : وان شهد أحدهما أنه وكله بالخصومة الى فلان الفقيه ، وشهد الآخر أنه وكله الى فلان الفقيه ــ رجل آخر ــ فان هذا لا يجوز وليس هذا كالباب الأول من قبل أن الخصومة لا تكون عند الفقهاء ، وانما تكون عند القضاة فهو لما جعل اليه الوكالة بالخصومة الى الفقيه جعل التحكيم والمصالحة الى الفقيه ، فلا يجوز للوكيل العدول الى غيره ، فاذا كان هذا مقتضى الوكالة بالخصومة الى الفقهاء ، صارت شهادة أحدهما بالوكالة الى فلان الفقيه ، بمنزلة الشهادة بالوكالة على أن يصالحه فلان الفقيه ، وشهادة الآخر أنه وكله أن يصالحه الفقيه الآخر ، فلا تجوز .

باب ما لا تجوز فيه الوكالة

والوكالة فى الحدود لا تجوز . لأن الحد يسقط بالشبهة ، فلا يجوز فيه الأبدال بدلالة أن الشهادة على الشهادة فيه غير جائزة وكذلك شهادة النساء مع الرجال لا تقبل لكونها بدلا عن شهادة رجل ، فكذلك الوكيل لما كان يقوم مقام الموكل لم يجز . وأيضاً فان حالة اقامة الحد آكد من حال الاثبات ، لأن الحد انما يثبت للاقامة فلما اتفق الجميع على أن الأبدال فى الإثبات لا يصح ، أعنى لا يجوز أن يثبت بشهادة النساء مع الرجال التى هى قائمة مقام رجل واحد ، ولا الشهادة على الشهادة ، ففى اقامة الحد أحرى أن لا يصح فيه البدل ، وأيضاً لم يختلفوا على أن الخصم الذى يقام عليه الحد لا يجوز أن يؤخذ منه بدل فى اقامة الحد عليه ، كذلك الخصم الآخر .

والقصاص فى هذا مثل الحدود لكونه مما يسقط بالشبهة . وأما اثبات الحد فان أبا حنيفة قد جوز أخذ الوكيل فيه لأنه ليس فيه اقامة الحدود ، وانما هو سبب من أسبابه ، ويجوز فى السبب ما لا يجوز مثله فى الحد . ألا ترى أن شهادة النساء من الرجال جائزة فى الاحصان ، وان كان الاحصان من شرائط وجوب الرجم عند الزنا وسببا من أسبابه ؟ . كذلك يجوز فى

الإثبات ما لا يجوز فى اقامة الحد . وأيضاً لما لم يكن فى الإثبات اقامة الحد وانما هو الخصومة والمطالبة بالحق كسائر الحقوق التى لا تسقطها الشبهة . وأما عند أبى يوسف ومحمد ، فإن الوكالة فى الاثبات لا تصح ، لأنه به يتوصل الى اثبات الحد ، فلا يجوز أن يقوم الغير بدلالة شهادة النساء ، والشهادة على الشهادة .

قال : وكذلك يشترى عبداً فيجد به عيباً فيوكل وكيلا فى رده ، إن وكيله لا يقدر على رده حتى يحضر المشترى فيحلف : بالله ما رضى بالعيب ولا أبرأه منه ، ولا عرضه على بيع منذ علم بالعيب . قال الشيخ : وهذا خلاف ما قال محمد فى الأصول أن للوكيل أن يرده على البائع ما لم يدع البائع رضاء المشترى . وذكر أبو نصر البخارى القاضى بحضرة الشيخ أن أبا الحسن ابن زياد روى عن أبى حنيفة بمثل هذا فقال : ليس له أن يرده ، وإن لم يدع البائع رضاء المشترى بالعيب حتى يحضر المشترى فيحلف . قال الشيخ ووجهه أن جعل اليمين ها هنا حقا للبائع ، وإن لم يدع البائع ، كما قالوا فى القاضى أنه يحلف المشترى اذا أراد أن يرد المبيع على الميت . والوجه فى هذا أن للقاضى أن يحتاط فى مال الميت فيحلف المشترى : بالله ما رضيت بهذا العيب ، وأما ها هنا فإن الحق للبائع وهو حى ، فإذا لم يدع وجب أن لا يثبت له هذا الحق . والصحيح ما قال محمد من قبل أن حق الرد قد وجب على البائع فلا يسقط عنه فى الحال ما لم يدع سقوطه ، فإذا ادعى ذلك حينئذ يؤمر باحضار المشترى حتى يحلف على دعواه ثم يرده .

باب الرجل يريد سفراً وهو مطلوب فيوكل

(ولو أن رجلا أراد سفراً فطالبه رجل بحق يدعيه قِبله ، فقال المطلوب : أنا أوكل وكيلا بخصومته جائز ما قضى به عليه وكفيل بما قضى عليه لهذا الطالب ، فإن القاضى يقبل ذلك منه ويجبر الطالب على قبول ذلك إن أبى سواء كان الكفيل والوكيل رجلا واحداً أو اثنين) من قبل أن القاضى منصوب لايصال كل ذى حق الى حقه . فاذا قدر على ايصال الطالب الى حقه لم يجز له أن يمنع المطلوب عن السفر . وها هنا يصل الطالب إلى حقه

لأنه يخاصم الوكيل فيما يدعى على المطلوب . فإذا ثبت الحق حينئذ يأخذه منه ان كان كفيلا ، وان كان الكفيل غيره أخذه منه أيضاً ، وليس الوكيل ها هنا كوكيل الحاضر فى قول أبى حنيفة أنه لا تجوز وكالة الحاضر من قبل أن الحاضر يلزمه الحضور إلى عند القاضى فى وقت الخصومة ، والغائب الذى يسافر سفر ثلاثة أيام لا يلزمه الحضور إلى عند هذا القاضى . فإذا كان كذلك فارق السفر الحضر ، إذ قد لزمه الحضور عند هذا القاضى فى حال الحضر ، فيكون الحضور حقا للطالب ، فلا يجوز للمطلوب أن يسقطه عند نفسه إلا برضاء خصمه ، وفى حال السفر هذا الحق ساقط عنه فلذلك افترقا .

قال : (وليس للوكيل أن يخرج نفسه من الوكالة إلا بمحضر من الطالب) ليس للوكيل ولا للمطلوب أن يخرج الوكيل من الوكالة بغير محضر من الطالب إذا كان الطالب هو الذى أخذه منه سواء كان بمحضر من القاضى أو بمحضر غيره ، لأن الوكالة قد صارت حقا للطالب إذا كانت على هذه الصفة ، وتعلق بها حق الخصومة ، فلا يكون للوكيل أن يسقط عن نفسه ذلك ، ويحيل به إلى غيره ، كالكفيل ليس له أن يخرج نفسه من الكفالة بغير محضر من المكفول له ، كذلك هذا .

قال : (وإن أخرجه من الوكالة بمحضر من الطالب فاخراجه اياه جائز ، وللطالب أن يأخذه باقامة وكيل أو يقيم ولا يخرج فيخاصمه بنفسه) من قبل أن حق الطالب انما هو الخصومة ، فاذا أخرج المطلوب الوكيل من الوكالة أو أخرج الوكيل نفسه برضاء الطالب فانه يجوز ذلك ، وللطالب أن يأخذ المطلوب بحقه حتى يقيم غيره مقامه ، أو يقيم بنفسه فيخاصمه هو ، ويوصل الطالب إلى حقه ، وإنما كان للمطلوب أن يعزل الوكيل وان سخط الطالب ، لأن حق الطالب انما هو الخصومة ، وليس فى عزل الوكيل اسقاط خصومة الطالب .

قال : (ولو جاء المطلوب إلى القاضى وليس الطالب حاضراً فقال : قد

كنت وكلت هذا بخصومة فلان فيما يدعى قبلى من حق ، وهذا الوكيل يريد سفراً ، أو قال : اتهمه أن يقر على بشىء يلزمنى إقراره ، وقد أخرجته من وكالتى ووكلت هذا الآخر لرجل آخر أحضره إلى القاضى وقبل الوكيل الوكالة ، فانه ينبغى للقاضى أن يأمره أن يحضر الطالب حتى يوكل هذا بحضرته . فان طلبه فلم يقدر عليه أثبت القاضى الوكالة وأخذ من الوكيل الثانى كفيلا لكيلا يغيب عن الطالب . فاذا توثق من الوكيل الثانى فان الأول يخرجه من الوكالة ، والثانى خصم للطالب) .

أما إحضار الطالب أولا ، ان قدر عليه ، فلأن الخصومة حق له ، والأحسن أن ينصب الخصم بحضرته ، وأما إذا تعذر على المطلوب احضاره فانما جاز للقاضى أن يخرج الوكيل الأول من الوكالة ، ويقيم الثانى مقامه ، لأن حق الطالب إنما هو الخصومة ، وقد رضى فى الابتداء أن يقام مقام الوكيل غيره ، أو قد لزمه ذلك من جهة الحكم . والثانى : فليس له أن يمتنع من ذلك ، ألا ترى أن الطالب لو حضر عند القاضى مع المطلوب وأخرج المطلوب الوكيل من الوكالة لم يكن للطالب أن يمنعه من ذلك .

كذلك إذا كان غائباً فأقام غيره مقامه . قيل للشيخ : فهل للمطلوب أن يقيم غيره مقامه وكيلا عند القاضى إذا أراد سفراً ، والطالب غائب ، فقال : نعم ، لأنه ليس للطالب حق الاحضار فى حال السفر ، فاذا أقام مقام نفسه من يخاصم عنه متى شاء لم يكن فيه إبطال حق الطالب .فاذا كان كذلك ففى مسئلتنا أحرى أن يجوز .

قال : (وكذلك لو جاء إلى الشهود فقال : كنت أشهدكم على وكالتى لهذا فى خصومة فلان فيما يدعى قبلى من حق ، وقد أخرجته من وكالتى هذه ووكلت فلان بن فلان هذا فى خصومة فلان فيما يدعى قبلى ، وقبل الوكالة بمحضر من الشهود ، فان هذا مثل الأول) لأن الطالب لم يتعلق له على الوكيل حق لازم بعد ، كما يلزم الكفيل للمكفول له . فلا فرق بين الوكيل الأول والثانى فى خصومته إياه .

قال : (فإن حضر الوكيل الأول والثانى والطالب وهؤلاء الشهود عند القاضى فشهد الشهود على وكالته إياه ، وعلى إخراجه الأول من الوكالة ، فانه يقبل الشهادة فى ذلك ويخرج الأول من الوكالة ، ويكون الثانى وكيلا فى خصومته) فلا فرق بين أن يخرج المطلوب الوكيل الأول من الوكالة عند القاضى أو عند غيره ، كان الطالب حاضراً أو غير حاضر ، قبل أن يستبدل بالوكيل الأول غير عند القاضى أو عند الشهود الذين هم شهود على وكالة الوكيل ، لأنه اذا أخرجه عند غير الشهود ، أو عند غير القاضى ولم يحضر الشهود ، لم يصح إخراج الأول من الوكالة ، لأن الشهود إن شهدوا على وكالة الأول ، فيقضى عليه القاضى بوكالته اياه ، فلهذا شرط الشهود والقاضى لا لشىء آخر .

قال : (وإن كان الخصم قد ثبت حقه على الوكيل الأول ببينة أقامها ثم أخرجه الموكل من الوكالة وكل غيره ، فان ذلك جائز) من قبل أن الحق إذا ثبت فانه لا يلزم الوكيل ايفاؤه ، وانما لزم الموكل أن يؤديه اليه ، وانما ينتظم الوكالة الخصومة فى الإثبات والنفى مع الطالب ، فاذا أثبت الطالب حقه ببينة ثم عزله الموكل ، وأقام غيره مقامه ، قضى القاضى بالحق على الوكيل الثانى . كما أن الوكيل الأول لو مات بعد ما سمعت الشهادة عليه ، كان للقاضى أن يقضى بذلك السماع على الموكل . وكذلك يقضى على الثانى إذ هو قائم مقام الأول .

قال : (ولو كان الموكل جعل الأمر إلى الوكيل فى أن يوكل غيره ، كان جائزاً وله أن يوكل غيره) لأن الوكالة بعقد الوكالة على غيره جائزة كما تجوز بعقد البيع وغيره .

قال : (وإن أخرج الوكيل الثانى من الوكالة كان جائزاً سواء كان ذلك بمحضر من الطالب أو لم يكن) أما عزل الأول للثانى وإن كان الثانى وكيلا للموكل الأول دون الوكيل الأول عندهم فلما بينا فيما تقدم أن عزله للوكيل الثانى من جهة جعل الأمر إليه فى التوكيل والعزل ، لا لأن الثانى وكيل الأول فاذا كان كذلك وجب أن يجوز هذا كما جاز للموكل أن يوكل ويعزل وكيله

عن الوكالة . وأما حضور الطالب وغيبته فهو سواء لما بينا ، لأن الأول على وكالته ، فيصل الطالب إلى حقه معه .

قال : (ولو وكل وكيلا ببيع عبد وقد جعل إليه أن يوكل غيره ، فوكل الوكيل غيره ببيعه ، فباعه الثانى ثم استحق ورجعوا بالثمن عليه ، فانه يرجع بالثمن الذى ينقده على الوكيل الأول) . وقد جعلوا الوكيل الثانى وكيلا للأول فى هذا الموضع ، وفرقوا بين هذه الوكالة ، وبين الوكالة فى مسئلتنا ، من قبل أن فى الوكالة الأولى لا يتعلق حقوق العقد بالعاقد ، وقد شبهناها فيما مضى بالاباحة ، وها هنا إذا كان وكيلا بالبيع فانه يتعلق به حقوق العقد ، ولأنه لو حلف الوكيل الثانى بأنه لا يبيع للوكيل شيئاً ، فباع العبد له على هذا الوجه كان حانثاً ، وفى المسئلة الأولى ليس كذلك ، فلذلك افترقا.

قال : (ولو أن المطلوب أو الوكيل الأول وكل الثانى بغير محضر من الثانى ــ والطالب حاضر ــ فللطالب أن لا يقبل هذه الوكالة) لأن الطالب لا يأمن أن لا يقبل الغائب الوكالة ، فيبقى بلا خصم يخاصمه فى إثبات الحق .

قال : (ولو أن المطلوب وكل الثانى وقبل الوكالة ، ثم أقر على المطلوب بالدين ، فحكم إقراره كحكم إقرار الأول لو أقر) على ما بينا من الاختلاف فيه بين أصحابنا : إن عند أبى حنيفة ومحمد يجوز اقراره عند القاضى ، ولا يجوز عند غيره ، ويجوز عند أبى يوسف عند القاضى ، وعند غيره ، وعند زفر لا يجوز على كل حال ، وقد بينا فيما تقدم .

قال : (ولو أن المطلوب وكل الوكيل فى خصومة هذا الطالب وليس الوكيل بحاضر ، وأشهد على وكالته ، ورضى بذلك الطالب ، فقبل الوكيل الوكالة حين بلغه ، فانه يجوز وثبتت الوكالة ، وليس للمطلوب أن يخرجه من الوكالة إلا بمحضر من الطالب أو يستبدل على ما وصفناه) من قبل أن عقد الوكالة عقد إباحة وليس بعقد تمليك ، فيجوز أن يوقف على ما بعد المجلس عندهم جميعاً إذا لم يكن الوكيل القابل فى المجلس ، بدلالة ما قالوا جميعاً فى الاباحة إذا قال الرجل : قد أبحت هذا الطعام لفلان ، وفلان غائب

عن المجلس ، فبلغه ذلك فأكل الطعام بعد ذلك ، إنه يجوز ولا يضمن ، كذلك هذا .

والأصل فى جواز الاباحة على ما بعد المجلس ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه أمر ناجية الأسلمى أن يذبح ما يعطب عليه ويصبغ نعله بدمها، ويضرب بها صفحتها ، ويخلى بينها وبين الناس ، ولم يأمره بأن يقف حتى يأكل المباح له أو يفرقه عليهم حتى تقع الاباحة أو يقبلوا ذلك منه بالقول ، فصار هذا أصلا فى جميع المباحثات .

قال : (وإن أشهد الموكل شهوداً أنه قد أخرج الوكيل من الإقرار عليه بشىء وحجر عليه فى ذلك وليس الطالب بحاضر لذلك فاخراجه إياه من الإقرار عليه جائز . وكذلك لو كان الموكل قد جعل الأمر إلى الوكيل فى أن يقيم غيره مقامه من الوكلاء ثم أشهد عليه : بأنى قد حجرت عليه فى أن يوكل على من أحب ، فذلك له وإن لم يكن الطالب حاضراً ــ وهذا قول محمد ــ وروى عن أبو يوسف أنه قال : ليس له أن يخرج الوكيل من الإقرار عليه ، إلا بمحضر من الطالب إذا كان فى الابتداء قد وكله وكالة مطلقة ولم يحجر عليه فى الاقرار ، أو وكله وجعل اليه أن يوكل عليه من رأى ثم أراد أن يحجر عليه بعد ذلك) .

إنما وجه قول محمد فلأن جواز الإقرار على الموكل وتوكيل الغير ليس بحق للطالب بدلالة أن الطالب لو قال فى الابتداء : لا أقبل إلا وكيلا يجوز اقراره عليك وتوكيله غيره لم يلتفت الى قوله . ولا يلزم المطلوب أن يوكل وكيلا يجوز اقراره عليه وتوكيله عليه . كذلك بعد ما جعل اليه ذلك ــ الى الوكيل ــ كان له أن يحجر عليه فى ذلك ، إذ ليس ذلك بحق للطالب ، وإنما حق الطالب الخصومة فقط . وأما أبو يوسف فإنه ذهب الى أن الاقرار وجواز توكيل الغير قد تعلق به حق الطالب ، فان لم يكن له فى الابتداء ذلك فليس للطالب أن يحجر عليه فى ذلك ، كما ليس له أن يحجر عليه فى الوكالة بالخصومة ما لم يحضر الطالب ، إلا أن يستبدل به غيره .

كتـــــاب الغصب

قال المصنف رحمه الله تعالى

الغصب محرم لما روى ابو بكرة قال : خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ((ان دماءكم واموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا فى بلدكم هذا)) . وروى ابو حميد الساعدى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ((لا يحل لامرىء أن ياخذ مال أخيه بغير طيب نفس منه)) .

(فصـــل) ومن غصب مال غيره ، وهو من اهل الضمان فى حقه ضمنه ، لما روى سمرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((على اليد ما أخذت حتى ترده)) .

(فصـــل) فان كان له منفعة تستباح بالاجارة فاقام فى يده مدة لمثلها اجرة ضمن الأجرة لأنه يطلب بدلها بعقد المغابنة ، فضمن بالغصب كالأعيان .

(فصـــل) فان كان المغصوب باقياً لزمه رده ، لما روى عبد الله ابن السائب بن يزيد عن ابيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((لا ياخذ أحدكم متاع أخيه لاعباً او جاداً ، فاذا اخذ احدكم عصا اخيه فليردها ، فان اختلفت قيمته من حين الغصب الى حين الرد ، لم يلزمه ضمان ما نقص من قيمته)) .

وقال ابو ثور من اصحابنا : يضمن كما يضمن زيادة العين ، وهذا خطأ ؛ لأن الغاصب يضمن ما غصب . والقيمة لا تدخل فى الغصب ، لأنه لا حق للمغصوب منه فى القيمة مع بقاء العين ، وانما حقه فى العين ، والعين باقية كما كانت فلم يلزمه شىء .

(فصـــل) وان تلف فى يد الغاصب او اتلفه لم يخل ـ اما ان يكون له مثل او لا مثل له ـ فان لم يكن له مثل ـ نظرت ، فان كان من غير جنس الأثمان كالثياب والحيوان ـ ضمنه بالقيمة . لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((من اعتق شركا له فى عبد فان كان معه ما يبلغ ثمن العبد قوم عليه . وأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد ، والا فقد عتق عليه ما عتق)) .

فاوجب القيمة فى العبد بالاتلاف بالعتق ، ولأن ايجاب مثله من جهة الخلقة لا يمكن لاختلاف الجنس الواحد فى القيمة ، فكانت القيمة اقرب الى ايفاء حقه وأن اختلفت قيمته من حين الغصب الى حين التلف ضمنها بأكثر ما كانت لأنه غاصب فى الحال التى زادت فيها قيمته فلزمه ضمان قيمته فيها ، كالحالة التى غصبه فيها ، وتجب القيمة من نقد البلد الذى تلفت العين فيه ، لأنه موضع الضمان فوجبت القيمة من نقده ، وان كان من جنس الأثمان ـ نظرت ، فان لم يكن فيه صنعة كالسبيكة والنقرة ، فان كان نقد البلد من غير جنسه ، أو من جنسه ولكن لا تزيد قيمته على وزنه ـ ضمن بالقيمة ، لأن تضمينه بالقيمة لا يؤدى الى الربا . فضمن بالقيمة كما قلنا فى غير الأثمان ، وان كان نقد البلد من جنسه واذا قوم به زادت قيمته على وزنه قوم بجنس آخر حتى لا يؤدى الى الربا ، وان كانت فيه صنعة ـ نظرت . فان كانت صنعة محرمة ـ ضمن كما تضمن السبيكة والنقرة ، لأن الصنعة لا قيمة لها فكان وجودها كعدمها ، وان كانت صنعة مباحة فان كان النقد من غير جنسه أو من جنسه ، ولكنه لا تزيد قيمته على وزنه ضمنه بقيمته ، لأنه لا يؤدى الى الربا .

وان كان النقد من جنسه ونوعه وتزيد قيمته على وزنه ففيه وجهان :

(احدهما) يقوم بجنس آخر حتى لا يؤدى الى الربا .

(والثانى) أنه يضمنه بقيمته من جنسه بالغة ما بلغت ، وهو الصحيح ، لأن الزيادة على الوزن فى مقابلة الصنعة فلا تؤدى الى الربا ، وان كان مخلوطا من الذهب والفضة قومه بما شاء منهما .

(فصل) وان كان مما له مثل كالحبوب والأدهان ضمن بالمثل ، لأن ايجاب المثل رجوع الى المشاهدة والقطع . وايجاب القيمة رجوع الى الاجتهاد والظن ، فاذا أمكن الرجوع الى القطع لم يرجع الى الاجتهاد ، كما لا يجوز الرجوع الى القياس مع النص .

وان غصب ماله مثل واتخذ منه ما لا مثل له ، كالتمر اذا اتخذ منه الخل بالماء أو الحنطة اذا جعلها دقيقاً . وقلنا : انه لا مثل له ثم تلف لزمه مثل الأصل . لأن المثل أقرب الى المغصوب من القيمة . وان غصب ما لا مثل له واتخذ منه ماله مثل كالرطب واذا جعله تمراً ثم تلف لزمه مثل التمر ، لأن المثل اقرب اليه من قيمة الأصل ، وان غصب ماله مثل واتخذ منه ماله مثل كالسمسم اذا عصر منه الشيرج ثم تلف فالمغصوب منه بالخيار ان شاء رجع عليه بمثل السمسم ، وان شاء رجع عليه بمثل الدهن ، لأنه قد ثبت ملكه على كل واحد من المثلين ، فرجع بما شاء منهما .

وان وجب المثل فاعوز فقد اختلف اصحابنا فيه ، فمنهم من قال : تجب قيمته وقت المحاكمة ، لأن الواجب هو المثل ، وانما القيمة تجب بالحكم فاعتبرت وقت الحكم ، ومنهم من قال تعتبر قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب الى حين تعذر المثل ، كما تعتبر قيمة المغصوب أكثر ما كانت من حين الغصب الى حين التلف . ومنهم من قال : تضمن قيمته اكثر ما كانت من حين الغصب الى وقت الحكم . لأن الواجب فى الذمة هو المثل الى وقت الحكم ، كما أن الواجب فى المغصوب رد العين الى وقت التلف ، ثم يغرم قيمة المغصوب أكثر ما كانت من حين الغصب الى حين التلف ، فيجب أن يعتبر فى المثل أكثر ما كانت قيمته الى وقت الحكم . ومنهم من قال : ان كان ذلك مما يكون فى وقت وينقطع فى وقت كالعصير وجبت قيمته وقت الانقطاع ، لأنه بالانقطاع يسقط المثل وتجب القيمة . وان كان مما لا ينقطع عن أيدى الناس وانما يتعذر فى موضع وجبت قيمته وقت الحكم لأنه لا ينتقل الى القيمة الا بالحكم .

وان وجد المثل بأكثر من ثمن المثل احتمل وجهين :

(أحدهما) لا يلزمه المثل لأن وجود الشىء بأكثر من ثمن المثل كعدمه ، كما قلنا فى الماء فى الوضوء والرقبة فى الكفارة .

(والثانى) يلزمه ، لأن المثل كالعين ، ولو احتاج فى رد العين إلى أضعاف ثمنه لزمه فكذلك المثل .

الشرح الغصب ومادته من غصبه غصبا من باب ضرب ، واغتصبه أخذه قهراً وظلماً فهو غاصب ، والجمع غصاب ككافر وكفار ، ويتعدى إلى مفعولين . فيقال : غصبته ماله ، وقد تزاد من فى المفعول الأول فيقال : غصبت منه ماله ، فزيد مغصوب ماله ، ومغصوب منه ماله ، ويبنى للمفعول فيقال : اغتصبت لما لم يسم فاعله ــ المرأة نفسها ــ بالنصب على المفعولية ، وربما قيل : على نفسها يضمن الفعل معنى غلبت ، والشىء مغصوب وغصب تسمية بالمصدر .

وعند الفقهاء الاستيلاء على مال غيره بغير حق أو هو أخذ مال قهراً تعدياً بلا حرابة ، وهذا تعريف لابن الحاجب من المالكية وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : هو إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل فى المال . وقال محمد : الفعل فى المال ليس بشرط لكونه غصباً .

ولنا أنه إثبات اليد على مال الغير بغير إذنه والإزالة ليست بشرط لقوله تعالى : (وكان وراءهم ملك يأخذ كل سفينة غصباً) فجعل الغصب مصدر الأخذ فدل على أن الغصب والأخذ واحد ، والأخذ إثبات اليد إلا أن الإثبات اذا كان بإذن المالك يسمى إيداعاً وإعارة وإيضاعاً فى عرف الشرع ، واذا كان بغير اذن المالك يسمى فى متعارف الشرع غصباً ، ولأن الغصب انما جعل سبباً لوجوب الضمان بوصف كونه تعديا والدليل عليه أن غاصب الغاصب ضامن وإن لم يوجد منه إزالة يد المالك لزوالها بغصب الغاصب الأول وإزالة الزائل محال . وحكمه أنه محرم بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقوله تعالى : (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون) .

وأما السنة : فقد أخرج أحمد والبخارى عن أبى بكرة ولفظه « خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم النحر فقال : أتدرون أى يوم هذا ؟ قلنا : الله ورسوله أعلم . فسكت حتى ظننا أنه سيسميه بغير اسمه فقال : أليس يوم النحر ؟ قلنا بلى . قال أى شهر هذا ؟ قلنا الله ورسوله أعلم . فسكت حتى ظننا أنه سيسميه بغير اسمه ، فقال أليس ذا الحجة ؟ قلنا : بلى. قال أى بلد هذا ؟ قلنا : الله ورسوله أعلم ، فسكت حتى ظننا أنه سيسميه بغير اسمه فقال : أليست البلدة الحرام ؟ قلنا : بلى . قال : فإن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا فى بلدكم هذا إلى يوم تلقون ربكم ، ألا هل بلغت . قالوا : نعم . قال : اللهم اشهد فليبلغ الشاهد منكم الغائب ، فرب مبلغ أوعى من سامع ، فلا ترجعوا بعدى كفاراً يضرب بعضكم رقاب بعض) .

ورواه البخارى من حديث ابن عباس وفيه « قالوا يوم حرام » وقالوا : « شهر حرام » و « بلد حرام » ، وعند البخارى أيضا من حديث ابن عمر بنحو حديث أبى بكرة إلا أنه ليس فيه قوله « فسكت » فى المواضع

الثلاثة ، وقد جمع بعضهم بين الأحاديث بتعدد الواقعة ، ورد ذلك الحافظ ابن حجر فى الفتح فقال وليس شيء لأن الخطبة يوم النحر إنما تشرع مرة واحدة ، وقد قال فى كل منها إن ذلك كان يوم النحر .

وأشار الكرمانى الى فخامة حديث أبى بكرة مما ليس فى الروايات الأخرى ، وقد رواه مسلم وغيره من حديث جابر بن عبد الله فى وصف حجة النبى صلى الله عليه وسلم وهى رواية مشهورة مرت فى كتاب الحج ، وقد رأيت الحديث فى كتاب دعائم الإسلام للقاضى أبى حنيفة النعمان بن محمد ابن حيون التميمى من قضاة المعز لدين الله الفاطمى قال : روينا عن جعفر ابن محمد بن على عن أبيه عن آبائه عن على عليه السلام أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب يوم النحر بمنى فى حجة الوداع وهو على ناقته القصواء فقال « أيها الناس ، إنى خشيت ألا ألقاكم بعد موقفى هذا بعد عامى هذا ، فاسمعوا ما أقول لكم وانتفعوا به ، ثم قال : أى يوم أعظم حرمة ؟ قالوا : هذا اليوم يا رسول الله . قال : فأى الشهور أعظم عند الله حرمة ؟ قالوا : هذا الشهر يارسول الله : قال : فأى بلد أعظم حرمة ؟ قالوا : هذا البلد يا رسول الله . قال : فإن حرمة أموالكم عليكم وحرمة دمائكم كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا ، فى بلدكم هذا ، إلى أن تلقوا ربكم فيسألكم عن أعمالكم ، ألا هل بلغت ، قالوا : نعم ، قال : اللهم اشهد » ا هـ من كتاب الغصب والتعدى جـ ٢ .

ومن السنة أيضاً حديث أبى حميد الساعدى الذى ساقه المصنف مر بك تخريجه فى كتاب الصلح وغيره من أسفار المجموع ، وقد أخرجه الدارقطنى وغيره .

ومن السنة أيضاً ما أخرجه الشيخان وغيرهما من حديث سعيد بن زيد قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « من أخذ شبراً من الأرض ظلما طوقه من سبع أرضين » ورواه الشيخان أيضاً من حديث عائشة ، ورواه أحمد عن أبى هريرة ، ورواه أحمد والبخارى عن ابن عمر ، ورواه ابن حبان وابن أبى شيبة وأبو يعلى عن يعلى بن مرة . وأبو بكرة ــ هو نفيع

ابن الحارث ـ أو ابن مسروح الثقفي ، وأم أبي بكرة سمية جارية الحارث بن كلدة وهي أم زياد بن أبيه ، وكان أبو بكرة يقول : أنا مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم ويأبى أن ينتسب إلى أحد ، وكان قد نزل يوم الطائف إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم من حصن الطائف . فأسلم في غلمان من غلمان أهل الطائف فأعتقهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان يقول : أنا مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد عد في مواليه ، قال أحمد بن زهير : سمعت يحيى بن معين يقول : أملى على هوذة بن خليفة البكراوي نسبة إلى أبي بكرة ، فلما بلغ إلى أبي بكرة ، قلت : ابن من ؟ قال : دع لا تردده ، وكان أبو بكرة يقول : أنا من إخوانكم في الدين .

وأجمع المسلمون على تحريم الغصب في الجملة ، وإنما اختلفوا في فروع منه .

اذا ثبت هذا فإن من غصب شيئاً لزمه رده لحديث سمرة بن جندب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « على اليد ما أخذت حتى ترده » رواه الحسن البصري عن سمرة ، وسماع الحسن من سمرة فيه خلاف مشهور ، وقد أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه والحاكم في المستدرك . وحديث السائب بن يزيد عند أحمد وأبي داود والترمذي وقال : حسن غريب وقال : لا نعرفه إلا من حديث ابن أبي ذئب .

وقال الشافعي : إذا شق رجل لرجل ثوباً شقاً صغيراً أو كبيراً فأخذ ما بين طرفيه طولا وعرضاً أو كسر له شيئاً صغيراً أو كبيراً أو رضخه أو جنى له على مملوك فأعماه فذلك كله سواء ، ويقوم المتاع والحيوان غير الرقيق صحيحاً ومكسوراً أو صحيحاً ومجروحاً قد برىء من جرحه ثم يعطى مالكه ما بين القيمتين ويكون ما بقي بعد الجناية لصاحبه نفعه أو لم ينفعه .

وقد عرف الماوردي الغصب بأدق ما رأيت تعريفا قال « الغصب هو منع الإنسان من ملكه والتصرف فيه بغير استحقاق » ومن ثم يكمل الغصب

بالمنع والتصرف ، فإن منع ولم يتصرف كان تعديا وتعلق به ضمان لأنه تعد على المالك دون الملك ، وإن تصرف ولم يمنع كان تعديا وتعلق به ضمان لأنه تعد على الملك دون المالك ، فإذا جمع بين المنع والتصرف ثم الغصب ولزم الضمان سواء نقل المغصوب عن محله أم لا .

وقال أبو حنيفة : لا يتم الغصب إلا بالنقل والتحويل ، فان كان مما لا ينقل كالدور والعقار لم يصح غصبه ولم يضمن استدلالا بأن غير المنقول مختص بالمنع دون التصرف ، فصار كحبس الإنسان عن ملكه لا يكون موجبا لغصب ماله ، ولأن المسروق لا يكون مسروقا إلا بالنقل عن الحرز فكذا المغصوب لا يصير مغصوباً إلا بالنقل . وتحريره قياساً أن كل ما لم يصر به المال مسروقاً لم يصر به مغصوباً كالمنع والإحالة ؛ دليله ما روى عطاء ابن يسار عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إن أعظم الغلول عند الله أن يأخذ الرجل من أرض غيره إلى أرض نفسه » فأطلق على الأرض حكم الغلول والغصب ، وروى عنه صلى الله عليه وسلم قوله « لعن الله سارق المنار ، قيل : وما سارق المنار ، قال : أن يأخذ الرجل العلامة من أرضه إلى أرض غيره » فجعل ذلك سرقة ، وقوله صلى الله عليه وسلم « ملعون من لعن أباه ، ملعون من لعن أمه ملعون من غير نجوم الأرض » وفى نجوم الأرض تأويلان .

(أحدهما) علماؤها (والثانى) : حدودها وأعلامها ، وما ضمن بالقبض فى العقود ضمن بالتصرف فى العقود كالمحول والمنقول ، ولأن ما ضمن به المنقول ضمن به غير المنقول كالعقود ولأنه عدوان فجاز أن يضمن به غير المنقول كالجناية . فأما الجواب بأن ما لم ينقل مختصر بالمنع كالحبس فهو أن المحبوس عن ماله حصل التعدى عليه دون ماله فلم يصر المال مغصوباً ، وخالف ما لو تصرف فيه ، مع اشتهار القول عرفا أن فلاناً غصب داراً أو أرضاً .

(وأما الجواب) عن المسروق فهو أن القطع فيها يعتبر بهتك الحرز وإخراج المال عنه حتى لو نقل غير محرز لم يكن سارقاً يقطع ويخالف الغصب

المعتبر بالتصرف فى المال ، ألا ترى أنه لا يقال : سرق داراً ، ويقال : غصب داراً ، فإذا تقرر ما بينا فالمغصوب على ثلاثة أحوال :

(أحدها) أن يكون باقياً (والثانى) أن يكون تالفاً (والثالث) أن يكون ناقصاً ، و فى هذه الفصول التى سقناها للمصنف حالان منها . فإن كان باقياً بحاله أرتجعه المالك منه فإن ضعف عن ارتجاعه فعلى ولى الأمر استرجاعه وتأديب الغاصب وإن كان مما لا أجرة لمثله كالطعام والدراهم والدنانير فقد برىء بعد رده من حكم الغصب ، وسواء كانت قيمته قد نقصت فى الأسواق أو أرخصت الأسعار أم لا ، لأن بقاء العين لا يعتبر فيه نقص السوق ، وإن كان مما لمثله أجرة كالدواب والآلات وسيارات الركوب (التاكسى) وأقمشة الصواوين والسرادقات وأخشاب المقاولين وآلات المعمار والدراجات والآلات الكاتبة والآلات الحاسبة ومكبر الصوت وما إلى ذلك فعليه رد العين مع أجرة المثل إن كان لمثل زمان الغصب أجرة عرفا ، وعليه مؤنة الرد إن كان له مؤنة .

(وأما الحال الثانية) وهو أن يكون المغصوب تالفاً فهو مضمون عليه ، سواء تلف بفعله أو بغير فعله لقوله صلى الله عليه وسلم : « على اليد ما أخذت حتى ترده » ثم هو على ضربين .

(أحدهما) أن يكون له مثل الذى تتساوى أجزاؤه من الحبوب والأدهان والدراهم والدنانير فعليه رد مثله جنساً ونوعاً وصفة وقدراً ؛ لأن مثل الشىء أحصى به بدلا من القيمة ، لأنه مثل فى الشرع واللغة ، والقيمة مثل فى الشرع دون اللغة ، فإن طلب أحدهما القيمة لم يجب إليها سواء كان طالبها الغاصب أو المغصوب منه ، لأنها غير المستحق فأما إن تراضيا بالقيمة مع القدرة على المثل ففى جوازه وجهان بناء على اختلاف الوجهين فى جواز أخذ أرش العيب مع القدرة على رد المعيب .

(والثانى) أن لا يكون له مثل كالذى تختلف أجزاؤه من الثياب والجوهر فعليه ثمنه فى أكثر أحواله ، فثمنه من وقت الغصب إلى وقت التلف ، وبه قال جمهور الفقهاء .

وقال عبيد الله بن الحسن العنبرى وأحمد بن حنبل : عليه مثله من جنسه وعلى صفته استدلالا برواية العامرى عن أنس فى رواية الترمذى ، وعند الجماعة بمعناه إلا مسلماً ، وعن عائشة فى رواية أحمد وأبى داود والنسائى ، قالت عائشة : « ما رأيت صانعة طعاماً مثل صفية ، صنعت لرسول الله صلى الله عليه وسلم طعاماً فبعثت به إلى النبى صلى الله عليه وسلم فى إناء فما ملكت نفسى أن كسرته ، فقلت : يا رسول الله ما كفارته ، قال . إناء مثل إناء وطعام كطعام » وما روى أن عثمان رضى الله عنه أتاه رجل فقال : « يا أمير المؤمنين إن بنى عمك سعوا على ابلى فاحتلبوا ألبانها وأكلوا فصلانها ، فقال عثمان : نعطيك إبلا مثل ابلك ، وفصلانا مثل فصلانك ، فقال عبد الله بن مسعود : وقد رأيت يا أمير المؤمنين أن يكون ذلك من الوادى الذى جنى فيه بنو عمك ، فقال عثمان : نعم » .

ودليلنا ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من أعتق شركا له فى عبد قوم عليه إن كان موسراً » فأوجب قيمة الحصة ، ولم يوجب مثل تلك الحصة ولأنه لما كانت أجزاؤه مضمونة القيمة دون المثل ، حتى من قطع يد دابة لم تقطع يد دابته ، ومن حرق ثوباً لم يحرق ثوبه وجب أن يكون فى استهلاك العين بمثابته ، ولأن ما تختلف أجزاؤه يتعذر فيه المماثلة ، ولا يخلو من أن يكون زائداً يظلم به الغاصب ، أو ناقصاً يظلم به المغصوب ، والقيمة عدل يؤمن فيها ظلم الفريقين ، فأما الجواب عن قوله : « إناء مثل الإناء وطعام مثل طعام » فهو أن القيمة مثل فى الشرع ، قال تعالى : « فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين » فجعل قيمة الجزاء من الطعام مثلا وأما خبر عثمان فمحمول على التفضل منه لتطوعه بذلك عن غيره من بنى عمه .

فرع إذا تقرر أنه مضمون بالقيمة دون المثل فلا يخلو أن يكون من جنس الأثمان كالثياب والحيوان فقيمته من غالب نقد البلد فيه أكثر ما كان قيمة من حين الغصب إلى حين التلف فى سوقه وبلده ، فإن قيل : لم لم يضمن نقص السوق مع بقاء العين وضمن نقص السوق مع تلف العين ؟

قيل : لأنه قد فوت عليه زيادة السوق مع تلف العين ولم يفوتها عليه مع بقاء العين . وإن كان من جنس الأثمان فعلى ضربين .

(أحدهما) أن يكون مباح الاستعمال كالحلى ففى كيفية ضمانه وجهان :

(أحدهما) يضمن قيمته مصوغا من غير جنسه ، إن كان من الذهب ضمن قيمته فضة ، وإن كان من الفضة ضمن قيمته ذهباً .

(والوجه الثانى) أنه يضمن بمثل وزنه من جنسه وبأجرة صياغته ، مثل أن يكون وزن مائة جرام من ذهب وهو مصوغ فيضمن بمائة جرام ذهبا وبأجرة صياغته ، وهل يجوز أن تكون الأجرة ذهباً ، أم لا ؟ على وجهين :

(أحدهما) لا يجوز حتى تكون ورقا لئلا تفضى إلى الربا ، والتفاضل فى الذهب بالذهب .

(والوجه الثانى) وهو الأصح ، لأنه بدل من الصياغة والعمل الذى لا يدخله الربا ، ولو دخله الربا إذا كان ذهباً لدخله الربا وإن كان ورقا ، لأنه لا يجوز أن تباع مائة دينار بمائة دينار ودرهم ، كما لا يجوز أن تباع بمائة دينار ودينار .

(والضرب الثانى) أن يكون محظور الاستعمال كالأوانى ، ففى ضمان صاغته وجهان بناء على اختلاف الوجهين فى إباحة ادخارهما .

(أحدهما) أن ادخارها محظور وصياغتها غير مضمونة لأنها معصية لا تقر فلم تضمن ، كصنعة الطنبور والمزمار والعود والبيانة لا تضمن صنعتها إذا نقصت أوتارها أو تلفت أزرارها لأنه لا يضمن النقص فى الإيقاع .

(والوجه الثانى) أن ادخارها مباح وصياغتها مضمونة ، فعلى هذا فى كيفية ضمانها وجهان على ما مضى .

فـــرع إذا غصب منه تمراً فجعله دبساً (عجـوة) أو سـمسما فعصره شيرجا أو زيتوناً فاعتصره زيتاً فللمغصوب أن يأخذ ذلك كله ويرجع بالنقص إن حدث فيه ، فإن ترك ذلك على الغاصب وطالبه بالبدل عن أصل ما غصبه فلا يخلو حال الشيء المنصوب من أحد أمرين ، إما أن يكون له مثل أو مما لا مثل له ، فإن كان مما لا مثل له كالعجوة (التمر اللصيق) وكان يكنز بالبصرة قديماً وحديثاً ، وعندنا فى ديارنا يصنع مثله فى واحة سيوة ، يرجع على الغاصب بما استخرجه من دبسه لأنه غير ماله ، ولم يكن له المطالبة بقيمة تمره ، لأن أجزاء المغصوب أخص به من قيمته ، وإن كان مما له مثل كالسمسم فعلى وجهين :

(أحدهما) أنه بمثابة ما لا مثل له فى استرجاع ما استخرج منه .

(والثانى) أن المغصوب منه يستحق المطالبة بمثل الأصل لأنه أشـبه بالمغصوب من أجزائه .

(الأمر الثانى) : وهو على أربعة أضرب :

(الأول) أن يكون له مثل والمستخرج منه مما ليس له مثل ، كالحنطة إذا طحنها فيكون للمغصوب منه أن يرجع بمثل الأصل من الحنطة ولا يرجع بقيمة الدقيق ، لأن مثل ذى المثل أولى من قيمته . فان كانت الحنطة بعـد الطحن قد زادت قيمتها دقيقاً على قيمتها حباً استحق المغصوب منه أن يرجع على الغاصب بعد أخذ المثل بقدر الزيادة فى الدقيق كما لو غصب دابة فسمنت ثم ردها بعد ذهاب السمن ضمن نقص السمن الحادث فى يـده مع بقـاء العين ، فلأن يضمن نقص الزيادة مع استرجاع المثل أولى .

(والضرب الثانى) أن يكون الأصل مما ليس له مثل . والمسـتخرج منه مما له مثل ، كالزيتون إذا اعتصره زيتاً ، لأن للزيت مثلا وليس للزيتون مثل فيكون للمغصوب منه بمثل الزيت المستخرج وبنقص إن حدث فى الزيتون ، لأنه لما صار المغصوب ذا مثل كان المثل أولى من قيمة الأصل لتقديم المثـل على القيمة .

(والضرب الثالث) أن يكون الأصل مما له مثل والمستخرج منه مما له مثل ، كالسمسم إذا اعتصره شيرجاً ، لأن لكل واحد من السمسم والشيرج مثلا فيكون للمغصوب منه الخيار فى الرجوع بمثل أيها شاء من السمسم أو الشيرج لثبوت ملكه على كل واحد منها ، فإن رجع بالسمسم وكان أنقص ثمناً من الشيرج فأراد نقصه لم يجز . وقيل له : إن رضيت به وإلا فاعدل عنه إلى الشيرج ولا أرش لك لأن عين مالك مستهلك ولكل حقك مثل ، فلا معنى لأخذ الأصل مع الأرش مع استحقاقك لمثل لا يدخله الأرش .

(والضرب الرابع) أن يكون مما لا مثل له والمستخرج منه لا مثل له كالدبس (العجوة) إذا استخرج دبسه بالماء ، فكل واحد من التمر والدبس غير ذى مثل فيكون للمغصوب منه أن يرجع بمثل الأصل من الحنطة والدقيق ولا يرجع بقيمة الدقيق بأكثر من قيمته تمراً أو دبساً . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان ذهب المغصوب من اليد وتعذر رده بأن كان عبداً فابق ، او بهيمة فضلت ، كان للمغصوب منه المطالبة بالقيمة ، لأنه حيل بينه وبين ماله ، فوجب له البدل كما لو تلف ، واذا قبض البدل ملكه ، لأنه بدل ماله فملكه كبدل التالف . ولا يملك الغاصب المغصوب ، لأنه لا يصح تملكه بالبيع ، فلا يملك بالتضمين كالتالف ، فان رجع المغصوب وجب رده على المالك . وهل يلزم الغاصب الأجرة من حين دفع القيمة الى ان رده ؟ فيه وجهان :

(احدهما) لا تلزمه لأن المغصوب منه ملك بدل العين فلا يستحق اجرته .

(والثانى) تلزمه لأنه تلفت عليه منافع ماله بسبب كان فى يد الغاصب فلزمه ضمانها ، كما لو لم يدفع القيمة . واذا رد المغصوب وجب على المغصوب منه رد البدل ، لأنه ملكه بالحيلولة وقد زالت الحيلولة فوجب الرد ، وان زاد البدل فى يده ـ نظرت ، فان كانت الزيادة متصلة كالسمن ـ وجب الرد مع الزيادة لأن الزيادة المتصلة تتبع الأصل فى الفسخ بالعيب . وهذا فسخ ، وان كانت زيادة منفصلة كالولد واللبن لم ترد الزيادة كما لا ترد فى الفسخ بالعيب)) .

الشرح الأحكام : قال الشافعى رضى الله عنه : ولو غصب دابة

فضاعت فادعى قيمتها ثم ظهرت ردت عليه ورد ما قبض من قيمتها لأنه أخذ قيمتها على أنها فائتة فكأن الفوت قد بطل لما وجدت ، ولو كان هذا بينا ما جاز أن تباع دابته عليه ، كعين جنى عليها فابيضت ، أو على سن صبى فانقلعت ، فأخذ أرشها بعد أن يئس منها ثم ذهب البياض ونبتت السن ، فلما عاد أرجع حقها وبطل الأرش بذلك فيهما . وهذا كما قال : إذا غصب عبداً فأبق أو بعيراً فشرد أو فرسا فعاد فهذا على ضربين :

(أحدهما) أن يكون ذلك ممكنا ومكانه معروفا فالواجب أن يؤخذ الغاصب بطلبه والتزام المؤنة فى رده ، ولو كانت أضعاف قيمته . كما يؤخذ بهدم بنائه ، وإن كان أكثر من قيمة الأرض المغصوبة أضعافا ، فلو أمر الغاصب مالكها أن يستأجر رجلا لطلبها فاستأجر رجلا ، وجبت أجرته على الغاصب ، ولو طلب المالك بنفسه لم يستحق على الغاصب أجرة لطلبها ، لأنه أمره باستئجار غيره فصار متطوعا بطلبه فإن استأجر الغاصب مالكها لطلبها بأجرة مسماة ففيه وجهان :

(أحدهما) أن الإجارة غير جائزة وله الأجرة المسماة ، لأنه مالك لمنافع نفسه فملك المعاوضة عليها .

(والوجه الثانى) أن الإجارة باطلة ولا أجرة له لأنه لا يصح أن يعمل فى ماله بعوض على غيره . فإذا حصل منهما عدول عن طلب المغصوب إلى أخذ قيمته فهذا على ثلاثة أقسام :

(أحدها) أن يبذلها الغاصب ويمتنع المغصوب منه .

(والقسم الثانى) أن يطلبها المغصوب منه ويمتنع الغاصب .

(والقسم الثالث) أن يتفق عليها المغصوب منه والغاصب .

(فأما القسم الأول) وهو أن يبذل الغاصب قيمة المغصوب ويطالب المغصوب منه بغصبه ويمتنع من أخذ قيمته فالقول قول المغصوب منه ويجبر الغاصب على طلبه والتزام مؤنته ، لأن المالك لا يجبر على إزالة ملكه .

(وأما القسم الثانى) وهو أن يطلب المغصوب منه قيمة غصبه ويمتنع الغاصب من بذلها ليرد الغصب بعينه فينظر : فإن كانت الغصب على مسافة قريبة يقدر على رده بعد زمان يسير فالقول قول الغاصب ولا يجبر على بذل القيمة ، لأن الشيء المغصوب مقدور عليه .

وإن كان على مسافة بعيدة لا يقدر على رده إلا بعد زمان طويل فالقول قول المغصوب منه ويجبر الغاصب على بذل القيمة له ليتعجل ما استحقه عاجلا ، فإذا أخذ القيمة وملكها ملكا مستقراً وملك الغاصب ملكا صريحاً فليس للمغصوب منه أن يسترده ، لأنه وإن ملكه بالخيار ابتداء فلم يملكه انتهاء ، والغاصب وإن لم يملكه بالخيار ابتداء فقد ملكه انتهاء وقد استقر ملكه عليه .

(الضرب الثانى) وهو أن يكون رده ممتنعاً للجهل بمكانه فيؤخذ الغاصب جبراً بقيمته أكثر ما كانت من وقت الغصب إلى فوات الرد . فإذا أخذها المغصوب منه ففى استقرار ملكه عليها وجهان لأصحابنا .

(أحدهما) أن ملكه عليها مستقر لفوات الرد .

(والوجه الثانى) لا ، لجواز القدرة على الرد ، فإن وجد الشيء المغصوب بعد أخذ قيمته فقد اختلفوا فى حكمه ، فذهب الشافعى ومالك إلى أنه باق على ملك المغصوب منه يأخذه ويرد ما أخذ من قيمته .

وقال أبو حنيفة : يكون المغصوب ملكا للغاصب بما دفعه من قيمته ما لم يكونا قد تكاذبا فى قيمته ، فإن كانا قد تكاذبا وأقر الغاصب بأقل منها وحلف عليها كان المغصوب منه أحق بالغصب حينئذ استدلالا بأن البدل إذا كان فى مقابلة المبدل كان استحقاق البدل موجباً لتملك المبدل ، كالبيع والنكاح لما استحق على المشترى الثمن تملك المثمن . ولما استحق على الزوج المهر ملك البضع . كذلك الغاصب لما ملك المغصوب منه القيمة ملك الغاصب المغصوب ولأن الجميع بين البدل والمبدل مرتفع فى الأصول وفى بقاء ملك

المغصوب منه على الغصب بعد أخذ القيمة جمع بينه وبين بدله وذلك باطل ، البائع لا يجوز له أن يجتمع له ملك الثمن والمثمن ، والزوج لا يجوز أن يجتمع له ملك المهر والبضع ، ولأن ما أخذت قيمته للمغصوب امتنع بقاؤه على ملك المغصوب قياساً على ما أمكن رده .

ودليلنا قوله تعالى : (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) فما خرج عن التراضى خرج عن الإباحة فى التمليك ، ولحديث سمرة مرفوعا « على اليد ما أخذت حتى ترده » فجعل الرد غاية الأخذ ، فاقتضى عموم الظاهر استحقاقه فى الأحوال كلها ، ولأن قدرة المعاوض على ما عاوض عليه أولى بصحة تملكه من العجز عنه .

فـــرع إذا نما البدل فى يد المغصوب منه فلا يخلو حال البدل من أن تكون الزيادة منفصلة أو غير منفصلة ، فإن كانت الزيادة منفصلة كالولد والبيض واللبن فلا ترد الزيادة . أما إذا كانت متصلة كالسمن ونحوه فإن البدل يرد مع الزيادة وهذا الحكم يختلف عنه فى حالة زيادة المغصوب كما سيأتى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) فان نقص المغصوب نقصاناً تنقص به القيمة ـ نظرت ، فان كان فى غير الرقيق ـ لم يخل اما أن يكون نقصاناً مستقراً أو غير مستقر ، فان كان مستقراً بأن كان ثوباً فتخرق ، او اناء فانكسر او شاة فذبحت او طعاماً فطحن ونقصت قيمته رده ورد معه أرش ما نقص ؛ لأنه نقصان عين فى يد الغاصب نقصت به القيمة فوجب ضمانه كالقفيز من الطعام والذراع من الثوب ، فان ترك المغصوب منه المغصوب على الغاصب وطالبه ببدله لم يكن له ذلك .

ومن اصحابنا من قال فى الطعام اذا طحنه : ان له ان يتركه ويطالبه بمثل طعامه لأن مثله اقرب الى حقه من الدقيق ، والمذهب الأول ، لأن عين ماله باقية فلا يملك المطالبة ببدله كالثوب اذا تخرق والشاة اذا ذبحت .

وان كان نقصانا غير مستقر ، كطعام ابتل وخيف عليه الفساد ، فقد قال فى الأم : (للمغصوب منه مثل مكيلته) وقال الربيع فيه قول آخر : (انه يأخذه وارش النقص) ، فمن أصحابنا من قال : هو على قولين .

(أحدهما) يأخذه وأرش النقص كالثوب اذا تخرق .

(والثانى) أنه يأخذ مثل مكيلته لأنه يتزايد فساده الى أن يتلف فصار كالمستهلك . ومنهم من قال : يأخذ مثل مكيلته قولا واحداً ، ولا يثبت ما قاله البيع .

وان كان فى الرقيق ـ نظرت فان لم يكن أرش مقدر كاذهاب البكارة والجنايات التى ليس لها أرش مقدر ـ رده وأرش ما نقص ، لأنه نقصان ليس فيه أرش مقدر فضمن بما نقص كالثوب اذا تخرق ، وان كان له أرش مقدر كذهاب اليد ـ نظرت ، فان كان ذهب من غير جناية ـ رده وما نقص من قيمته . ومن أصحابنا من قال : يرده وما يجب بالجناية ، والمذهب الأول، لأن ضمان اليد ضمان المال . ولهذا لا يجب فيه القصاص ولا تتعلق به الكفارة فى النفس ؛ فلم يجب فيه أرش مقدر .

وان ذهب بجناية بأن غصبه ثم قطع يده ، فان قلنا : ان ضمانه باليد كضمانه بالجناية وجب عليه نصف القيمة وقت الجناية ، لأن اليد فى الجناية تضمن بنصف بدل النفس . وان قلنا : ان ضمانه ضمان المال وجب عليه أكثر الأمرين من نصف القيمة أو ما نقص من قيمته ، لأنه وجد اليد والجناية فوجب أكثرهما ضماناً . وان غصب عبداً يساوى مائة ثم زادت قيمته فصار يساوى ألفاً ثم قطع يده لزمه خمسمائة ؛ لأن زيادة السوق مع تلف العين مضمونة ، ويد العبد كنصفه فكأنه بقطع اليد فوت عليه نصفه فضمنه بزيادة السوق .

(فصل) وان نقصت العين ولم تنقص القيمة نظرت ، فان كان ما نقص من العين له بدل مقدر فنقص ولم تنقص القيمة ، مثل أن غصب عبداً فقطع أنثييه ولم تنقص قيمته ، أو غصب صاعا من زيت فأغلاه فنقص نصفه ولم تنقص قيمه ، لزمه فى الأنثيين قيمة العبد ، وفى الزيت نصف صاع ، لأن الواجب فى الأنثيين مقدر بالقيمة . والواجب فى الزيت مقدر بما نقص من الكيل فلزمه ما يقدر به . وان كان ما نقص لا يضمن الا بما نقص من القيمة فنقص ولم تنقص القيمة كالسمن المفرط اذا نقص ولم تنقص القيمة لم يلزمه شىء ، لأن السمن يضمن بما نقص من القيمة ولم ينقص من القيمة شىء فلم يلزمه شىء واختلف أصحابنا فيمن غصب صاعا من عصير فأغلاه ونقص نصفه ولم تنقص قيمته ، فقال أبو على الطبرى : يلزمه نصف صاع كما قلنا فى الزيت .

وقال أبو العباس : لا يلزمه شىء لأن نقص العصير باستهلاك مائية ورطوبة لا قيمة لها ، وأما حلاوته فهى باقية لم تنقص . ونقصان الزيت باستهلاك أجزائه ولأجزائه قيمة فضمنها بمثلها .

(فصل) وان تلف بعض العين ونقصت قيمة الباقى بأن غصب ثوبا

تنقص قيمته بالقطع فشقه بنصفين ثم تلف أحد النصفين لزمه قيمة التالف ، وهو قيمة نصف الثوب ، أكثر ما كانت من حين الغصب الى حين التلف ورد الباقي وأرش ما نقص ، لأنه نقص حدث بسبب تعدى به فضمنه ، فان كان لرجل خفان قيمتهما عشرة فأتلف رجل أحدهما فصار قيمة الباقى درهمين ففيه وجهان :

(أحدهما) يلزمه درهمان ، لأن الذى أتلفه قيمته درهمان .

(والثانى) تلزمه ثمانية ، وهو المذهب ، لأنه ضمن احدهما بالاتلاف ونقص قيمة الآخر بسبب تعدى به ، فلزمه ضمانه .

(فصـــل) فان غصب ثوباً فلبسه وأبلاه ، ففيه وجهان :

(أحدهما) يلزمه أكثر الأمرين من الأجرة أو أرش ما نقص ، لأن ما نقص من الأجزاء فى مقابلة الأجرة ، ولهذا لا يضمن المستأجر ارش الأجزاء .

(والثانى) تلزمه الأجـرة وأرش ما نقص ، لأن الأجرة بدل للمنـافع ، والأرش بدل الأجزاء ، فلم يدخل أحدهما فى الآخرة ، كالأجرة وأرش ما نقص من السمن .

(فصـــل) وان نقصت العين ثم زال النقص بأن كانت جارية سمينة فهزلت ونقصت قيمتها ، ثم سمنت وعادت قيمتها ففيه وجهان :

(أحدهما) يسقط عنه الضمان ، وهو قول أبى على بن أبى هريرة ، لانه زال ما أوجب الضمان فسقط الضمان ، كما لو جنى على عين فابيضت ثم زال البياض .

(والثانى) أنه لا يسقط ، وهو قول أبى سعيد الاصطخرى ، لأن السمن الثانى غير الأول فلا يسقط به ما وجب بالأول .

وان سمنت ثم هزلت ثم سمنت ضمن أكثر السمنين قيمة ، فى قـــول أبى على بن أبى هريرة ، لأن بعود السمن يسقط ما فى مقابلته من الأرش ، ويضمن السمنين فى قول أبى سعيد ـ لأن السمن الثانى غير الأول ـ فلزمه ضمانهما .

(فصـــل) وان غصب عبداً فجنى على انســان فى يد الغاصب لزم الغاصب ما يستوفى فى جنايته ، فان كانت الجناية على النفس فأقيد به ضـــمن الغاصب قيمته لأنه تلف بسبب كان فى يده فان كان فى الطرف فأقيد منه ضمن وفى الذى يضمن وجهان :

(أحدهما) أرش العضو فى الجناية .

(والثانى) ما نقص من قيمته لأنه ضمان وجب باليد لا بالجناية ، لأن القطع فى القصاص ليس بجناية ، وقد بينا الوجهين فيما تقدم فان عفى عن القصاص على مال لزم الغاصب أن يفديه لأنه حق تعلق برقبته فى يده فلزمه تخليصه منه) .

الشرح الأحكام : تشتمل هذه الفصول على الحال الثالثة من حالات المغصوب وهو أن يكون المغصوب ناقصاً فعلى ضربين .

(أحدهما) أن يكون حيواناً .

(والثانى) أن يكون غير حيوان ، فإن كان غير حيوان فالنقص على ضربين .

(أحدهما) أن يكون متميزاً كالحنطة يتلف بعضها أو كالثياب يتلف ثوب منها أو ذراع من جملتها ، فيكون ضامنا للنقص بالمثل إن كان ذا مثل ، وبالقيمة إن لم يكن ذا مثل ؛ ويرد الباقى بعينه ، سواء كان التالف أكثر المغصوب أو اقله ، وهذا متفق عليه .

(والضرب الثانى) أن يكون النقص غير متميز كثوب شقه أو إناء كسره أو رضضه ، فإن كان الناقص من أقل منافعه أخذه وما نقص من قيمته إجماعاً فيقوم صحيحاً ، فإن قيل : مائة درهم قوم ممزقاً أو مكسوراً ، فإن قيل : ستون درهما فنقصه أربعون فيأخذه ممزقاً أو مكسوراً ويأخذ منه أربعين درهما ، وإن كان الناقص أكثر منافعه فقد اختلف الفقهاء فيه فذهب الشافعى إلى أنه يأخذه وما نقص من قيمته حتى لو كان يساوى مائة درهم فصار بعد النقص يساوى درهما أخذه وتسعة وتسعين درهما ، وهكذا لو تمزق الثوب وترضض الإناء حتى لم يبق لهما قيمة أخذ قيمتها كاملة وأخذ المرضوض والممزق ولم يملكه الغاصب مع أداء القيمة . وقال مالك : يكون المالك مخيرا بين تسليمه إلى الغاصب ويأخذ منه جميع القيمة وبين أن يمسك به ناقصا ولا أرش له .

وقال أبو حنيفة : يكون المالك مخيراً بين أن يتمسك به ويرجع بأرش نقصه وبين أن يسلمه إلى الغاصب ويرجع بجميع قيمته ، وإذا تمزق الثوب

وترضض الإناء حتى بلغ النقص جميع القيمة غرم القيمة وملك المرضوض والممزق استدلالا بأن لا يصير جامعاً بين البدل والمبدل ، قالوا : ولأن العين إذا ذهب أكثر منافعها صار الباقى منها ذاهب المنفعة فجاز له أن يرجع بجميع القيمة ، ولأن الأقل تبع للأكثر فلما كان غارماً لأكثر المنافع وجب أن يكون غارماً لأقلها .

دليلنا قوله تعالى : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » فإذا اعتدى باستهلاك بعضه لم يجز أن يقوى عليه باستهلاك كله ، ولأن ما لم يلزم غرم جميعه باستهلاك أكثره قياساً على النقص المتميز ، ولأن ما لم يكن تمييز بعضه موجباً لغرم جميعه لم يكن عدم تمييزه موجباً لغرم جميعه قياساً على النقص الأقل ولا يدخل على هاتين العلتين أطراف العبد كما نص عليه الماوردى فى الحاوى .

فأما الجواب عن قولهم : إنه جمع بين البدل والمبدل فهو غير صحيح ، لأن المأخوذ بدل من المستهلك دون الباقى ، فلم يكن جمعاً بين البدل والمبدل، وأما الجواب عن قولهم : إن الأقل تبع للأكثر ، فهو أنه لو جاز أن يكون هذا دليلا على وجوب الأقل تبعاً لسقوط الضمان فى الأكثر ، حتى لو أنه أتلف أقل المنافع لم يضمنها ؛ لأنه لم يضمن الأكثر فيها ، وهذا قول مردود عندنا ، فإذا ثبت وجوب أخذه وقدر نقصه ، قليلا كان النقص أو كثيراً ، نفع الباقى منه أو لم ينفع نظر ، فإن كان من غير جنس الأثمان ضمن نقص قدر قيمته ، وإن كان من جنس الأثمان فقد قال أبو حنيفة : ليس له الرجوع بنقصه ، وهو بالخيار بين تسليمه إلى الغاصب وأخذ قيمته كلها وبين إمساكه ولا أرش ، لأن الأثمان مستحقة فى الأرش ، فلم يجز أن يدخلها أرش ، وهذا خطأ لأن كل نقص دخل على عوض أو معوض استحق أرشه ــ ولم يجز مع إمكان الأرش أن يكون جزءاً ، وإذا كان هذا ضامناً ففى كيفية ضمانه وجهان على ما مضى :

(أحدهما) يضمن أجزاء صنفه لا غير .

(والثانى) يضمن قدر النقص من قيمته ذهباً إن كان من ورق وورقاً إن كان من ذهب .

وإن كان حيوانا فعلى ضربين :

(أحدهما) أن يكون بهيمة .

(والثانى) أن يكون آدمياً ، فإن كان بهيمة ــ وهو محل اهتمامنا بالبحث دون الآخر فإنه يردها ويرد معهـا نقص ما بين قيمتها سـليمة وناقصة ، وسواء كان النقص بجناية أو حادثة ، وسواء كانت البهيمة ذات ظهر أو در .

وقال أبو حنيفة : إن كان حيواناً ينتفع به من جهة واحدة كذات ظهـر لا در لها كالبغال والحمير أو ذات در لا ظهر لها كالغنم ضمنها بما نقص من قيمتها كقولنا ، وإن كان ينتفع بها من جهتين كظهـر ودر كالإبل ، وكذلك البقر والجاموس فإنهما يعملان فى المحراث والساقية وجر العربات والعجلات والزحافات والنوارج كان فى إحدى عينيه ربع قيمته ، وفى سـائر أعضائه ما نقص استدلالا بما رواه عن عمر رضى الله عنه « أنه حكم فى إحدى عينى بقرة بربع قيمتها » وقد رد الماوردى وغيره هذا الوجه ، لأن ما لم يضمن أعضاؤه بمقدر لم تضمن عينـه قياسـاً على ذات الظهر ، ولأن كل ما لم يضمن بمقدر فى غير ذات الظهر لم يضمن بمقدر من ذات الظهر والدر ، قياساً على سائر الأعضاء ، وما روى عن عمر رضى الله عنه لا دليل فيه لأنها قصة وافقت الحكومة فيها ربع القيمة .

وقال مالك : إذا قطع ذنب حمار القاضى كان عليه جميع قيمته ، ولو كان لغير القاضى لزمه ما نقص من قيمته استدلالا بأن فى قطع ذنب حماره غضاضة على المسلمين ووهنا فى الدين ، وحسبك بقبح هذا القول دليلا على فساده ، ولو جاز أنه يجب فى ذنب حماره جميع القيمة لوجب ذلك فى تمزيق ثيابه والتعدى فى قماشه ولتضاعفت الجنـاية عليه على الجناية على غيره ، ولكان كل ما اختص به زائداً فى الحكم على من سواه ، وفى اتفاق الجميع

على أن القاضى وغيره سواء فى ضمان ما استهلك له أو جنى عليه وجب أن يكون وغيره على سواء فى الجناية على حماره .

فـــرع قال الشـــافعى : إن كان ثوباً فأبلاه الغاصب أخـــذه منـــه المشترى وما بين قيمته صحيحاً يوم غصبه وبين قيمته وقد أبلاه ، ويرجـــع المشترى على الغاصب بالثمن الذى دفع . ا هـ . وهذه المسألة تشتمل على : إما إبلاء الغاصب له وإما ابلاء المشترى فالغاصب لا يخـــلو حاله فى الثوب الذى غصبه من أربعة أقسام :

(أحدها) أن لا يبلى فى يده ولا تمضى عليه مدة يكون لها أجرة ، فهذا يرد الثوب ولا شىء عليه سواه .

(والثانى) أن يكون قد بلى ولم تمض عليه مدة يكون لها أجرة ، فهو يرده ويرد معه أرش البلى لا غير .

(والثالث) أن لا يبلى ، لكن قد مضت عليه مدة يكون لها أجـــرة ، فهو يرده ويرد معه أجرة مثله لا غير .

(والرابع) أن يبلى وتمضى عليه مدة يكون لها أجرة ، فهل يجمع عليه بين الأرش والأجرة أم لا ؟ على وجهين :

(أحدهما) يجمع بينهما وتجبان عليه لاختلاف موجبهـــا ، لأن الأرش يجب باستهلاك الأجزاء والأجرة تجب باستهلاك المنفعة .

(والوجه الثانى) أنهما يجتمعان عليه ، ويجب عليه أكثر الأمرين مـــن الأرش والأجرة لأن استهلاك الأجزاء فى مقابلة الأجرة ، ألا ترى أن المستأجر لا يضمن أرش البلى ، لأنه فى مقابلة ما قد ضمنه من الأجرة . ولكن لو كان المغصوب حيواناً فمضت عليه فى يد الغاصب مدة فهزل فيها بدنه وذهب فيها سمنه لزمته الأجرة مع أرش الهزال وجهاً واحداً . والفرق بينها وبين الثوب أن استعمال الثوب موجب لبلاه ؛ وليس استخدام الحيوان موجباً لهزاله والله أعلم .

فـــرع صورة من نقصت العين فى يده ثم زال النقص فهى كما قال الشافعى فى الأم هكذا : ولو غصب جارية تساوى مائة فزادت فى يده بتعليم وتهذيب وأنفق عليها من ماله حتى صارت تساوى ألفا ثم نقصت حتى صارت تساوى مائة فإنه يأخذها وتسعمائة معها . قال الماوردى : وهذه المســـألة مشتملة على فصلين :

(أحدهما) يغصبها ناقصة فتزيد ثم تنقص .

(والثانى) أن يغصبها زائدة فتنقص ثم تزيد ، وتكلم عن الفصل الأول فصور المسألة فى أمة زادت ببرء أو سمن أو تعليم قرآن فصارت تساوى ألفاً ثم نقصت بنسيان أو هزال أو مرض حتى عادت لحالها لا تساوى إلا المائة ، فإنه يردها ومعها تسعمائة لنقص الزيادة الحادثة فى يده وقال أبو حنيفة : يردها ولا غرم عليه لنقص ما زاد فى يده استدلالا بأنه رد المغصوب كمـــا أخذه . ولأن الزيادة فى يد الغاصب قد تكون زيادة فى السوق أو زيادة فى العين ، فلما كانت زيادة الرق غير مضمونة على الغاصب إذا نقصت ، كانت زيادة العين ، غير مضمونة على الغاصب إذا نقصت ،وتحريره قياساً أنها زيادة حدثت فى يد الغاصب فوجب أن يضمنها مع بقاء المغصوب قياساً على زيادة السوق طرداً وعلى تلف العين عكساً ، وكان ضمان الغصب إنما يســتحق فيما غصب باليد دون ما لم يغصب . وإن صارت تحت يده ، ألا ترى لو أن شاة دخلت داراً لرجل لم يضمنها . وإن صارت تحت يده وهكذا لو أطارت الريح ثوباً إلى داره لحدوث ذلك بغير فعله ، وكذا الزيادة الحادثة فى يده .

دليلنا : أنه نقص عين حدث فى يد الغاصب فوجب أن يكون مضمونا عليه قياساً على نقصها عن حال غصبها ، بأن يغصبها صحيحة فتمرض أو سمينة فتهزل ، ولأنه لو باعها بعد حدوث الزيادة بها ضمن نقصها فكذلك إن لم يبعها .

وفى ضمان النقص وجهان :

(أحدهما) وهو قول ابن أبى هـــريرة أنه غير مضـــمون على الغاصب

استشهادا بقول الشافعى فيمن جنى على عين رجل فابيضت فأخذ ديتهـا ، ثم زال البياض أنه يرد ما أخذ من الدية لارتفاع النقص بحدوث الصحة ، فكذا الغاصب .

(والوجه الثانى) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى ، والأشبه بأصـول الشافعى أنه مضمون على الغاصب فيردها وتسعمائة معها كما نقلنا ذلك عن الشافعى فيما سبق . ووجهه أن حدوث النقص قد أوجب ثبوت الضـمان فى ذمته فما طرأ بعده من زيادة فحادث على ملك المغصوب منه ، فلم يجز أن يسقط به ما قد ملكه من الغرم وليس كبياض العين بالجناية لأنها مضمونة بالفعل ، والغصب مضمون باليد . فعلى هذا يتفرع على هذين الوجهين إذا ماتت ضمن على قول أبى سعيد الاصطخرى قيمتها ونقصها مهما تكـرر ، ويتفرع على ذلك إذا غصبها وهى تساوى ألفاً فمرضت حتى صارت تساوى مائة ثم برأت حتى صارت قيمتها ألفاً ثم مرضت حتى صارت قيمتها مائة فعلى قول أبى على بن أبى هريرة ردها وتسعمائة نقص مرة واحدة ، وعلى قول أبى سعيد رد معها ألفاً وثمانمائة نقصها مرتين ، وهكذا لو عاد نقصها مائة مرة ضمن مائة نقص ، فلو عادت بعد النقص الثانى إلى البدء ثم ردها لم يلزمه على قول أبى على بن أبى هـريرة شىء ولزمـه على قول أبى سـعيد مائة نقصان . والله أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) واذا زاد المغصوب فى يد الغاصب بان كانت شجرة فاثمرت، او جارية فسمنت او ولدت ولدا مملوكا ، ثم تلف ، ضمن ذلك كله ، لانه مال للمغصوب منه حصل فى يده بالغصب ، فضمنه بالتلف ، كالعين المغصوبة ، وان القت الجارية الولد ميتا ففيه وجهان :

(احدهما) انه يضمنه بقيمته يوم الوضع كما لو كان حيـا ، وهو ظاهر النص لانه غصبه بغصب الام فضمنه بالتلف كالام .

(والثانى) انه لا يضمنه ، وهو قول ابى اسـحاق ، لانه انما يقـوم حال الحيلولة بينه وبين المالك ، وهو حال الوضع ، ولا قيمة له فى تلك الحال فلم يضمن ، وحمل النص عليه اذا القته حيا ثم مات .

(فصـــل) وان غصب دراهم فاشترى سلعة فى الذمة ، ونقد الدراهم فى ثمنها وربح ، ففى الربح قولان ، قال فى القديم : هو للمغصوب منه ، لانه نماء ملكه فصار كالثمرة والولد ، فعلى هذا يضمنه الغاصب اذا تلف فى يده كالثمرة والولد ، وقال فى الجديد : هو للغاصب لانه بذل ماله فكان له .

(فصـــل) وان غصب عبدا فاصطاد صيداً فالصـيد لمولاه ، لان يد العبد كيد المولى فكان صيده كصيده ، وهل تلزم الغاصب اجرة العبد للمدة التى اصطاد فيها ؟ فيه وجهان :

(احدهما) تلزمه لانه اتلف عليه منافعه .

(والثانى) لا تلزمه لان منافعـه صـارت الى المولى ، وان غصب جارحة كالفهد والبازى ، فاصطاد بها صيدا ففى صيده وجهان :

(احدهما) انه للغاصب : لانه هو المرسل والجارحة آلة ، فكان الصيد له ، كما لو غصب قوسا فاصطاد بها ، وعليه اجرة الجارحة ، لانه اتلف على صاحبها منافعها .

(والثانى) ان الصيد للمغصوب منه ، لانه كسب ماله فكان له كصيد العبد فعلى هذا فى اجرته وجهان على ما ذكرناه فى العبد .

(فصـــل) وان غصب عينا فاستحالت عنده بان كان بيضا فصار فرخا او كان حبا فصار زرعا او كان زرعا فصار حبا ، فللمغصوب منه ان يرجـع به لانه عين ماله فان نقصت قيمته بالاستحالة ، رجع بارش النقص لانه حدث فى يده ، وان غصب عصيراً فصار خمراً ضمن العصير بمثله ، لانه بانقلابه خمراً سقطت قيمته فصار كما لو غصب حيواناً فمات ، فان صار الخمر خلا رده ، وهل يلزمه ضمان العصير مع رد الخل ؟ فيه وجهان :

(احدهما) يلزمه لان الخل غير العصير فلا يسقط برد الخل ضـــمان ما وجب بهلاك العصير .

(والثانى) لا يلزمه لان الخل عين العصير فلا يلزمه مع ردها ضـــمان العصير ، فعلى هذا ان كانت قيمة الخل دون قيمة العصير رد مع الخل ارش النقص .

(فصـــل) وان غصب شيئاً فعمل فيه عملا زادت به قيمته بان كان ثوبا فقصره او قطناً فغزله ، او غزلا فنسجه ، او ذهبا فصاغه حلياً ، او خشبا فعمل منه بابا رده على المالك لانه عين ماله ولا يشارك الغاصب فيه ببدل عمله لانه عمل تبرع به فى ملك غيره فلم يشاركه ببدله) .

الشرح الأحكام : قال الشافعى : ولد المغصوبة الذى ولد فى الغصب مضمون على الغاصب سواء كان الحمل موجوداً عند الغصب أو حادثاً بعده وقال أبو حنيفة : ولد المغصوب غير مضمون على الغاصب سواء كان الحمل موجوداً عند الغصب أو حادثاً بعده إلا أن يمنع من بعد الطلب فيضمن بالمنع استدلالا بما ذكره فى زيادة البدن من أن حدوث الشىء فى يده من غير فعل لا يوجب الضمان عليه كالريح إذا أطارت ثوباً إليه أو الشاة اذا دخلت داراً .

ودليلنا : هو أن ولد المغصوبة فى يد الغاصب كالأم بدليل أنه لو ادعاه لقبل قوله لمكان يده فوجب أن يكون ما مثاله باليد كأمه ، ولأن ضمان الغصب أقوى من ضمان العبد ، ثم ثبت أن ولد الصيد مضمون على المحرم فولد الغصب أولى أن يكون مضمونا على الغاصب ، لأنه نماء عن أصل مضمون بالتعدى فصح أن يكون مضموناً ومغصوباً كالصوف واللبن ، ولأنه متصل بالمغصوب فصح أن يكون مضمونا كالسمن وثمر الغرس ولأن ماضمن بالجناية ضمن بالغصب كالمنفصل ، ولأن ما صح أن يضمن بالغصب خارج وعائه كالدراهم فى كيس والحلى فى حق .

وأما الجواب عن استدلالهم بدخول الشاة إلى داره والثوب إذا أطارته الريح اليها فهو أن لا يكون بذلك متعديا فلم يكن ضامنا ويكون بامساك الولد متعدياً فكان ضامنا . ألا ترى أن دخول الصيد إلى داره لا يوجب عليه الضمان لعدم تعديه ، وولادة الصيد فى يده توجب عليه الضمان لتعديه . فإذا ثبت أن ولد المغصوب مضمون على الغاصب فسواء تلف بعد إمكان رده أو قبل إمكانه فى ضمان قيمته فى أكثر أحواله فيه من حين الولادة إلى وقت التلف ، فان نقصت قيمة أمه بعد الولادة ــ فان كان نقصها لغير الحمل ــ ضمنه مع قيمة الولد ، وإن كان نقصها لأجل لم يضمنهما معا لأن ضمان ولدها هو ضمان لحملها ، فكان ضامنا لأكثر الأمرين من نقص الحمل وقيمة الولد .

فإذا تقرر ما وصفنا فللولد ثلاثة أحوال يضمن فيها ، وحال لا يضمن ،

وحال مختلف فيها . فأما أحوال الضمان ففى الغصب والجناية والإحـرام ، فإن ضمان الولد فيها واجب كالأم ، وأما حال سقوط الضمان ففى الإجارة والرهن والوديعة ، فان ولد المستأجرة والمرهونة والمـودعة غير مضـمون كالأم ، فأما الحال المختلف فيها ففى العارية والبيع الفاسد ففى ضمان الولد فيهما وجهان مبنيان على اختلاف أصحابنا فى ضمان الأم فى العارية والبيـع الفاسد ، هل هو ضمان غصب أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) أنه ضمان غصب ، فعلى هذا يكون الولد مضموناً بأكثـر الأمرين من قيمته أو نقص الحمل كالغصب .

(والوجه الثانى) أنه يكون مضموناً ضمان عقـد ، فعلى هـذا يكون الولد غير مضمون لأنه لم يدخل فى العقد ، فأما إذا غصب مالا فاتجـر به وربح فيه ففى ربحه قولان :

(أحدهما) وهو قوله فى القديم : إنه لرب المال ، وهو مذهب مالك .

(والقول الثانى) إنه للغاصب وهو مذهب أبى حنيفة ، وسنذكر توجيه القولين فى القراض ؛ فأما إذا غصب شيئاً فصاد به ، فعلى ثلاثة أضرب .

(أحدها) أن يكون آلة كالشبكة والقوس فالصيد للغاصب وعليه أجرة الآلة .

(والضرب الثانى) : أن يكون عبداً فالصيد للمغصوب منه لأن يده يد لصاحبه وهل على الغاصب أجرته مدة صيده أم لا ؟ على وجهين :

أحدهما : عليه الأجرة ، لأنه غاصب . والثانى : لا أجرة عليه لأن الصيد قد صار إلى منافعه فى ذلك الزمان والضرب الثالث : أن يكون جارحاً كالكلب والفهد والنمر ففى الصيد وجهان :

(أحدهما) : للغاصب لأنه المرسل فعلى هذا عليه أجرة الفهد والنمر ، فهل عليه أجرة الكلب أم لا ؟ على وجهين .

قال الشافعي : ولو باعها الغاصب فأولدها المشترى ثم استحقها المغصوب منه أخذا من المشترى مهرها وقيمتها إن كانت ميتة ، وأخذها إن كانت حية ، وأخذ قيمة أولادها يوم سقطوا أحياء ، ولا يرجع بقيمة من سقط ميتاً ، ويرجع المشترى على الغاصب بجميع ما ضمنه من قيمة الولد لأنه غره ، إلى أن قال : وعليه الحد إن لم يأت بشبهة .

فـــرع إذا كان قد غصب بيضاً فصار فراخا أو فروجا كان ملكا للمغصوب منه لتولده فى ملكه ، ولو غصب منه شاة فأنزى عليها فحله فوضعت سخلا كان للغاصب ، لأنه مالك الأم ولا شيء للمغصوب منه فى نزو فحـــله لأنه عسب فحل محرم الثمن إلا أن يكون النزو قد نقص من بدنها وقيمتها فيرجع على الغاصب بقدر النقص . فلو غصبه شاة فذبحها وطبخها لم يملكها ويرجع بها للمغصوب منه مطبوخة وبنقص ما حدث فيها . وقال أبو حنيفة : قد صارت للغاصب بالطبخ ، ويغرم قيمتها استدلالا برواية عاصم بن كليب عن أبى بردة بن أبى موسى « أن النبى صلى الله عليه وسلم زار قوما مـــن الأنصار فقـــدموا إليه شاة فصيلة فأكل منها لقمة فلم يبلعهـــا فقـــال مالى لا أسيغها ؟ إن لها لشأنا أو قال خبرا ، قالوا يا رسول الله إنا أخذناها من بنى فلان وإنهم اذا وافوا راضيناهم . فقال : أطعموها الأسارى » فجعل لهم تملكها بالعمل لأنه أمرهم بإطعامها للأسارى ولو لم يملكوها لمنعهم .

ودليلنا ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يحل لأحد منكم من مال أخيه شيء إلا بطيب نفس منه فقال له عمرو بن حزم : يا رسول الله أرأيت إن لقيت غنم ابن عمى اخترت منها شاة ؟ قال : ان لقيتها نعجـــة تحمل شفرة وزناداً بخبت الجميش ــ بفتـــح فســـكون ، والجميش وزان الخميس ــ وهو صحراء بين مكة والمدينة ــ فلا تأخذها » قال الماوردى :

وأما الخبر الذى استدل به فيحمل على أن يكونوا قد أخذوا ذلك عن إذنهم من غير ثمن مقدر ، ويحتمل أن يكون لتعذر مســـتحقه عن اســـتبقاء الطعام لهم فأمرهم بذلك حفظا لقيمته على أربابه ا هـ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وان غصب شيئاً فخلطه بما لا يتميز منه من جنسه ، بان غصب صاعا من زيت فخلطه بصاع من زيته ، او صاعاً من الطعام فخلطه بصاع من طعامه ، نظرت ، فان خلطه بمثله فى القيمة فله ان يدفع اليه صاعا منه ، لانه تعذر بالاختلاط عين ماله ، فجاز ان يدفع اليه البعض من ماله ، والبعض من مثله ، وان اراد ان يدفع اليه مثله من غيره وطلب المغصوب منه مثله منه ، ففيه وجهان :

(احدهما) وهو المنصوص ان الخيار الى الغاصب ، لانه لا يقدر على رد عين ماله ، فجاز ان يدفع اليه مثله كما لو هلك .

(والثانى) وهو قول ابى اسحق وابى على بن ابى هريرة انه يلزمه ان يدفع اليه صاعاً منه ، لانه يقدر ان يدفع اليه بعض ماله فلا ينتقل الى البدل فى الجمع ، كما لو غصب صاعا فتلف بعضه ، وان خلطه باجود منه ، فان بذل الغاصب صاعا منه لزم المغصوب منه قبوله ، لانه دفع اليه بعض ماله وبعض مثله خيراً منه ، وان بذل مثله من غيره وطلب المغصوب منه صاعاً منه ففيـه وجهان :

(احدهما) وهو المنصوص فى الغصب . ان الخيار الى الغاصب لانه تعذر رد المغصوب بالاختلاط فقبل منه المثل .

(والثانى) انه يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما وهو المنصوص فى التفليس ، لانا اذا فعلنا ذلك اوصلنا كل واحد منهما الى عين ماله ، واذا امكن الرجوع الى عين المال لم يلزم الرجوع الى البدل ، فان كان ما يخص المغصوب منه من الثمن اقل من قيمة ماله استوفى قيمة صاعه ، ودخل النقص على الغاصب ، لانه نقص بفعله فلزمه ضمانه .

وعلى هذا الوجه ان طلب المغصوب منه ان يدفع اليه من الزيت المختلط بقدر قيمة ماله ففيه وجهان :

(احدهما) لا يجوز ، وهو قول ابى اسحق لانه ياخذ بعض صاع عن صاع وذلك ربا .

(والثانى) انه يجوز لان الربا انما يكون فى البيع وليس ههنا بيع ، وانما ياخذ هو بعض حقه ويترك بعضه كرجل له على رجل درهم فاخذ بعضه وترك البعض .

(فصـــل) وان خلطه بما دونه فان طلب المغصوب منه صاعا منه وامتنع الغاصب اجبر على الدفع ، لانه رضى باخذ حقه ناقصا ، وان طلب مثله من

غيره وامتنع الغاصب اجبر على دفع مثله ، لأن المخلوط دون حقه فلا يلزمه اخذه . ومن اصحابنا من قال : يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما ، ليصل كل واحد منهما الى عين ماله ، وان نقص ما يخصه من الثمن عن قيمته ضمن الغاصب تمام القيمة ؛ لانه نقص بفعله .

(فصـــل) وان غصب شيئاً فخلطه بغير جنسه او نوعه ، فان امكن تمييزه كالحنطة اذا اختلطت بالشعير أو الحنطة البيضاء اذا اختلطت بالحنطة السمراء ، لزمه تمييزه ورده ، لانه يمكن رد العين فلزمه ، وان لم يكن تمييزه كالزيت اذا خلطه بالشيرج لزمه صاع من مثله لانه تعذر رد العين بالاختلاط فعدل الى مثله . ومن أصحابنا من قال : يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما ليصل كل واحد منهما الى عين ماله كما قلنا فى القسم قبله .

(فصـــل) وان غصب دقيقاً فخلطه بدقيق له ففيه وجهان :

(أحدهما) ان الدقيق له مثل . وهو قول أبى العباس وظاهر النص ، لأن تفاوته فى النعومة والخشونة ليس باكثر من تفاوت الحنطة فى صغر الحب وكبره . فعلى هذا يكون حكمه حكم الحنطة اذا خلطها بالحنطة . وقد بيناه .

(والثانى) انه لا مثل له . وهو قول ابى اسحاق ؛ لانه يتفاوت فى الخشونة والنعومة ، ولهذا لا يجوز بيع بعضه ببعض ، فعلى هذا اختلف اصحابنا فيما يلزمه فمنهم من قال : يلزمه قيمته لانه تعذر رده بالاختلاط ولا مثل له فوجبت القيمة ومنهم من قال يصيران شريكين فيه ، فيباع ويقسم الثمن بينهما على ما ذكرناه فى الزيت اذا خلطه بالشيرج) .

الشرح الأحكام : قال الشافعى : « وما كان له كيل أو وزن فعليه مثل كيله ووزنه » وقد ذكرنا أن ماله مثل فهو مضمون فى الغصب بالمثل ، ومالا مثل له فهو مضمون بالقيمة فأما حد ماله مثل فقد قال الشافعى ما سقنا ، وليس ذلك منه حدا لماله مثل ، لأن كل ذى مثل مكيل أو موزون ، وليس كل مكيل أو موزون له مثل ، وإنما ذكر الشافعى ذلك شرطاً فى المماثلة عند الغرم ، ولم يجعله حدا لما له مثل . وحد ما له مثل أن يجتمع فيه شرطان ، تماثل الأجزاء وأمن التفاضل ، فكل ما تماثلت أجزاؤه وأمن تفاضله فله مثل ، كالحبوب والأدهان ، فإن كان مكيلا كان الكيل شرطاً فى مماثلته دون الوزن ، وإن كان موزوناً كان الوزن شرطاً فى مماثلته دون الكيل ، فأما ما اختلفت أجزاؤه كالحيوان والثياب أو خيف تفاضله كالثمار الرطبة فلا مثل له وتجب قيمته .

أما خلط الشيء بمثله كالزيت بالزيت ، أو الحنطة بالحنطة فقد قال الشافعي : « ومن الشيء الذى يخلطه الغاصب بما اغتصب فلا يتميز منه ، أو يغصبه مكيال زيت فيصبه فى زيت مثله ، أو خير منه ، فيقال للغاصب : إن شئت أعطيته مكيال زيت مثل زيته ، وإن شئت أخذ من هذا الزيت مكيالا ثم كان غير مزداد إذا كان زيتك مثل زيته ، وكنت تاركا للفضل ، إذا كان زيتك أكثر من زيته ولا خيار للمغصوب لأنه غير منتقص ، فإن كان صب ذلك المكيال فى زيت شر من زيته ضمن الغاصب له مثل زيته ، لأنه قد انتقص زيته بتصييره فيما هو شر منه ، وإن كان صب زيته فى شيرج أو دهن طيب أو سمن أو عسل ضمن فى هذا كله ، لأنه لا يتخلص منه الزيت ، ولا يكون له أن يدفع إليه مكيالا مثله ، وإن كان المكيال منه خيراً من الزيت من قبل أنه غير الزيت ولو كان صبه فى ماء ان خلصه منه حتى يكون زيتا لا ماء فيه ، وتكون مخالطة الماء غير ناقصة له كان لازما للمغصوب أن يقبله ، وإن كانت مخالطة الماء ناقصة له فى العاجل والمتعقب كان عليه أن يعطيه مكيالا مثله مكانة .

قال الربيع ؛ ويعطيه هذا الزيت بعينه وإن نقصه الماء ، ويرجع عليه بنقصه وهو معنى قول الشافعي . قلت : فهذا هو المنصوص الذى أشار إليه المصنف وقول الشافعي أعدل حكومة وأبعد عن الغرر .

فرع قال الشافعي : ولو اغتصبه زيتاً فأغلاه على النار فنقص كان عليه أن يسلمه إليه وما نقص من مكيلته . ثم إن كانت النار تنقصه شيئاً فى القيمة كان عليه أن يغرم له نقصانه وان لم تنقصه شيئاً فى القيمة فلا شيء عليه ، ولو اغتصبه حنطة جيدة خلطها برديئة كان خلطها بمثلها أو أجود منها كما وصفت فى الزيت يغرم له مثلها بمثل كيلها ؛ إلا أن يكون يقدر على أن يميزها حتى تكون معروفة ، وإن خلطها بمثلها أو أجود كان كما وصفت فى الزيت . قال : ولو خلطها بشعير أو ذرة أو حب غير الحنطة كان عليه أن يؤخذ بتمييزها حتى يسلمها إليه بعينها بمثل كيلها ، وإن نقص كيلها شيئا ضمنه ، قال : ولو اغتصبه حنطة جيدة فأصابها عنده ماء أو عفن

أو أكلة أو دخلها نقص فى عينها كان عليه أن يدفعها إليه وقيمة ما نقصـــها تقوم بالحال التى غصبها والحال التى دفعها بها ثم يغرم فضل ما بين القيمتين. قال : ولو غصبه دقيقاً فخلطه بدقيق أجود منه أو مثله أو أردأ كان كمـــا وصفنا فى الزيت .

هذا نصه فلو أن المغصوب منه أراد أن يأخذ من المختلط بقدر مكيلته أو بقدر قيمة ماله وفرق بين المكيلة وقدر القيمة لأن الأول التساوى فى الكيل والآخر التساوى فى القيمة فعلى وجهين .

(أحدهما) وهو قول أبى إسحاق المروزى : لا يجوز .

(والثانى) يجوز لأنه ليس بيعا ويكون متبرعا بفرق القيمة أو المكيلة أو الجودة ولا يكون ذلك من الربا لأنه ليس بيعاً وهو كما قال الشـافعى فى الأم ، وإن غصبه سمنا وعسلا ودقيقاً فعصده كان للمغصوب الخيار فى أن يأخذه معصوداً ولا شىء للغاصب فى الحطب والقدر والعمل من قبـل أن ماله فيه أثر لاعين ، أو يقوم له العسل منفرداً والسمن والدقيق منفردين . فإن كان قيمته عشرة وهو معصود قيمته سبعة غرم له ثلاثة من قبل أنه دخله النقص ، ولو غصبه دابة وشعيراً فعلف الدابة الشعير رد الدابة والشـعير من قبل أنه هو المستهلك له وليس فى الدابة عين من الشعير يأخذه إنمـا فيها منه أثر ، قال : ولو غصبه طعاماً فأطعمه إياه والمغصوب لا يعلم كان متطوعا بالإطعام ، وكان عليه ضمان الطعام . وإن كان المغصوب يعلم أنه طعامه فأكله فلا شىء له عليه من قبل أن سلطانه إنما كان على أخذ طعامه فقد أخذه . وقال الربيع : وفيه قول آخر أنه إذا أكله عالما أو غير عالم فقد وصل إليـه شيئه ولا شىء على الغاصب ، الا أن يكون نقص عمله فيه شيئا فيرجع بما نقصه العمل . قلت : وإلى هذا ذهب أحمد وأصحابه .

فـــرع إذا نقص المغصوب نقصا غير مستقر كطعام ابتـل وخيف فساده ؛ فعليه ضمان نقصه ، فللشافعى قولان :

(أحدهما) يضمن . (والثانى) لا يضمن . وهو أحد الأقوال الثلاثة عند الحنابلة :

(أحدها) وهو قول القاضى لا يضمن . (والثانى) يضمن ، وهو قول ابن قدامة (والثالث) المغصوب منه مخير بين أخذ بدله وبين تركه حتى يستقر فساده ويأخذ أرش نقصه . وقال أبو حنيفة : يتخير بين إمساكه ولا شيء له ، أو تسليمه إلى الغاصب ويأخذ قيمته .

فرع فى مذهب ابن حزم والظاهرية قال : ومن كسر حلية فضة فى سرج أو لجام أو مهاميز أو تاج أو غير ذلك أو حلى ذهب لامرأة أو لرجل يعده لأهله أو للبيع كلف إعادته صحيحاً كما كان لما ذكرنا قبل ، فإن تراضيا جميعاً على أن يضمن له بين قيمته صحيحاً ومكسوراً جاز ذلك لأنه مثل ما اعتدى به وجائز أن يتفقا من ذلك فى حلى الذهب على ذهب وفى حلى الفضة على فضة ثم قال : وكل ما جنى على عبد أو أمة أو بعير أو فرس أو بغل أو حمار أو كلب يحل تملكه أو سنور أو شاة أو بقرة أو إبل أو ظبى أو كل حيوان متملك فإن فى الخطأ فى العبد وفى الأمة خاصة وفى سائر ما ذكرنا خطأ أو عمداً ما نقص من قيمته بالغاً ما بلغ وأما العبد والأمة ففيما جنى عليهما عمداً القود وما نقص من قيمتهما أما القود فللمجنى عليه وأما ما نقص من القيمة فللسيد فيما اعتدى عليه من ماله وكذلك لو أن امرءاً استكره أمة فقتلها أو زنى بها لكان عليه الغرامة لسيدها والحد فى زنائه بها ولا يبطل حق حقا ، وقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن يعطى كل ذى حق حقه وأما القود بين الحر والعبد فنذكره إن شاء الله تعالى فى كتاب القصاص وأما ما نقصه فللناس ههنا اختلاف وكذلك فى الحيوان وقولنا فى الحيوان هو قول أبى سليمان ومالك والشافعى وقال أبو حنيفة : كذلك إلا فى الإبل والبقر والبغال والحمير والخيل خاصة فى عيونها خاصة فإنه قال فى عين كل ما ذكرنا ربع ثمنه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وان غصب ارضاً ففرس فيها غراسا أو بنى فيها بناء ، فدعا صاحب الأرض الى قلع الغراس ونقض البناء لزمه ذلك . لما روى سعيد بن زيد ان النبى صلى الله عليه وسلم قال « ليس لعرق ظالم حق » فان قلعه فقد قال فى الغصب : « يلزمه أرش ما نقص من الأرض » وقال فى البيع : اذا قلع الأحجار المستودعة ، عليه تسوية الأرض » فمن اصحابنا من جعلهما على قولين :

(احدهما) يلزمه أرش النقص لأنه نقص بفعل مضمون ، فلزمه أرشه .

(والثانى) يلزمه تسوية الأرض لان جبران النقص بالمثل اولى من جبرانه بالقيمة . ومنهم من قال : يلزمه فى الغصب أرش ما نقص . وفى البيع يلزمه تسوية الأرض ، لأن الغاصب متعد فغلظ عليه بالأرش لانه اوفى ، والبائع غير متعد فلم يلزمه اكثر من التسوية ، وان كان الغراس لصاحب الأرض فطالبه بالقلع ـ فان كان له غرض فى قلعة ـ أخذ بقلعه ، لانه قد فوت عليه بالغراس غرضا مقصوداً فى الأرض ، فأخذ باعادتها الى ما كانت ، وان لم يكن له غرض ففيه وجهان :

(احدهما) لا يؤخذ بقلعه . لأن قلعه من غير غرض سفه وعبث .

(والثانى) يؤخذ به ، لأن المالك محكم فى ملكه ، والغاصب غير محكم ، فوجب أن يؤخذ به .

(فصـــل) وان غصب ارضا وحفر فيها بئراً فطالبه صاحب الأرض بطمها لزمه طمها لأن التراب ملكه ، وقد نقله من موضعه فلزمه رده الى موضعه، فان أراد الغاصب طمها فامتنع صاحب الأرض اجبر . وقال المزنى : لا يجبر كما لو غصب غزلا ونسجه لم يجبر المالك على نقضه ، وهذا غير صحيح ، لأن له غرضا فى طمها . وهو ان يسقط عنه ضمان من يقع فيها ، بخلاف نقض الغزل المنسوج . فان أبراه صاحب الأرض من ضمان من يقع فيها ففيه وجهان :

(احدهما) يصح الابراء لانه لما سقط الضمان عنه اذا اذن فى حفرها سقط عنه اذا ابراه منها .

(والثانى) انه لا يصح ، لأن الابراء انما يكون من واجب ، ولم يجب بعد شىء فلم يصح الابراء) .

الشرح حديث سعيد بن زيد رواه أحمد وأبو داود والترمذى

وحسنه وأعله بالإرسال والنسائى ، ورجح الدارقطنى الإرسال أيضاً ؛ وقد اختلف مع ترجيح الإرسال على الصحابى الذى رواه فقيل : جابر ، وقيل : عائشة ، وقيل : ابن عمر ، ورجح ابن حجر الأول قال رحمه الله : وقد اختلف فيه على هشام بن عروة اختلافا كثيراً ، ورواه أبو داود الطيالسى من حديث عائشة ، وفى إسناده زمعة ، وهو ضعيف .

قال الحافظ فى التلخيص : ورواه ابن أبى شيبة وإسحاق بن راهوية فى مسنديهما من حديث كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه عن جده وقد علقه البخارى بقوله : ويروى عن عمرو بن عوف ورواه البيهقى من حديث الحسن عن سمرة وهو إسناد معروف بما قيل فيه ورواه الطبرانى من حديث عبادة وعبد الله بن عمرو .

أما الأحكام فقد قال الشافعى : ولو اغتصبه ارضا فغرسها نخلا أو أصولا أو بنى فيها بناء أو شق فيها أنهاراً كان عليه كراء مثل الأرض بالحال الذى اغتصبه إياها ، وكان على البانى والغارس أن يقلع بناءه وغرسه ، فإذا قلعه ضمن ما نقص القلع الأرض حتى يرد إليه الأرض بحالها حين أخذها ويضمن القيمة بما نقصها . قال : وكذلك ذلك فى النهر وفى كل شىء أحدثه فيها لا يكون له أن يثبت فيها عرقا ظالما . وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم « ليس لعرق ظالم حق » ولا يكون لرب الأرض أن يملك مال الغاصب ؛ ولم يملكه إياه سواء كان ما يقلع الغاصب منه ينفعه أو لا ينفعه ، لأن له منع قليل مائه كما منع كثيره . وقال الماوردى قد ذكرنا أن الأرض والعقار يجرى عليها حكم الغصب إبراءاً ، وبه قال فقهاء الحرمين والبصرة ، وخالف أهل الكوفة فقال أبو حنيفة : لا يجرى على الأرض حكم الغصب ولا حكم الضمان باليد . وهو قول أبى يوسف ، وقال محمد بن الحسن : يجرى عليها حكم الضمان باليد ، ولا يجرى عليها حكم الغصب . اهـ . وكلام محمد يرد عليه أنه كل ما ضمن باليد ضمن بالغصب كالمنقول ، على أنه ليس للتفرقة بين ضمان اليد وضمان الغصب تأثير .

فإذا صح غصب الأرض فلا يخلو حال غاصبها من أن يكون قد شغلها

بغرس أو بناء أو لم يشغلها ، فإن لم يكن قد شغلها بغرس ولا بناء ردها وأجرة مثلها مدة غصبه ، وإن شغلها بإحداث غرس أو بناء أخذ بقلع بنائه وغرسه ولا يجبر على أخذ قيمتها ، سواء أضر قلعها بالأرض أم لا .

وقال أبو حنيفة : إن لم يضر القلع بالأرض إضرارا بينا فله القلع ، ولا يجبر على أخذ القيمة ، وان كان فى قلعه اضرار بالأرض فرب الأرض بالخيار بين أن يبذل له قيمة الغرس والبناء مقلوعا فيجبر على أخذها ، وبين أن يأخذه بقلع الغرس والبناء فيجبر على قلعها استدلالا بما جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » وبما روى مجاهد أن رجلا غصب قوما أرضاً براحا فغرس فيها نخلا فرفع ذلك إلى عمر رضى الله عنه فقال لهم « إن شئتم فادفعوا اليه قيمة النخل » وروى رافع أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من زرع أرض قوم بلا إذن منهم فليس له فى الزرع شىء وله نفقته » قال : ولأن من دخل تملك على ملك استحق المالك إزالة ملك الداخل كالشفيع .

ودليلنا ما روى أنس مرفوعا « لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفسه » أخرجه الدارقطنى وأحمد والحاكم والبيهقى وابن حبان . وما رواه هشام بن عروة عن أبيه « أن رجلا غصب أرضاً من رجلين من بنى بياضة من الأنصار فغرسها نخلا جما فرفع ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر بقلعه ولم يجعل لرب الأرض خيارا ولو استحق خيارا لأعلمه وحكم له ولأن يسير الغرس والبناء أشبه بأن يكون تبعاً للأرض من كثيره ، فلما لم يكن لرب الأرض أن يتملك يسيره فأولى أن لا يتملك كثيره ، ويتحرر من اعتلاله قياسان :

(أحدهما) أنه ما لم يملك بالغصب يسيره لم يملك به كثيره لمتاع .

(والثانى) أنه عدوان لا تملك به الأعيان المنفصلة فوجب أن لا تملك به الأعيان المتصلة وأما حديث « لا ضرر ولا ضرار » فهو أن رفع الضرر مستحق ولكن ليس بتملك العين . وأما قصة عمر فمرسلة لأن مجاهداً لم يلق عمر ، ثم لا دليل فيها من وجهين :

(أحدهما) أنها قضية فى عين إن لم تنقل شرعا لم تلزمه حكما .

(والثانى) قوله إن شئتم فادفعوا قيمة النخل بعد أن طلب صاحبها ذلك. وهذا عندنا جائز . وأما قوله من زرع أرضاً بغير إذنهم فليس له فى الزرع شىء ففيه جوابان :

(أحدهما) أنه تستعمل على أنه زرع أرضهم ببذرهم .

(والثانى) ليس له فى الزرع حق الترك والاستبقاء ، بما بينه بقوله : « ليس لعرق ظالم حق » .

اذا ثبت هذا فلا يخلو حال الغرس والبناء من ثلاثة أقسام :

(أحدها) أن تكون ملكا للغاصب .

(والثانى) أن يكون مغصوبا من رب الأرض .

(والثالث) أن يكون مغصوبا من غيره : فأما الأول فلرب الأرض والغاصب أربعة أحوال ، أن يتفقا على ترك الغرس والبناء بأجر وبغير أجر فيجوز ما أقاما على اتفاقهما ، لأن الحق فيه مختص بهما ، ثم ينظر فإن كان بعقد صح استحقاق المسمى فيه . ولم يكن له الرجوع فى المطالبة بالقلع قبل انقضاء المدة سواء علما قدر أجرة المثل أو لم يعلما ، وإن كان بغير عقد فله أجرة المثل ما لم يصرح بالعفو عنها وأن يأخذه بالقطع متى شاء .

(والحال الثانية) أن يتفقا على أخذ قيمة الغرس والبناء قائما أو مقلوعا فيجوز ويكون ذلك بيعاً يراعى فيه شروط البيع . لأنه عن مراضاة فإن كان على الشجر ثمر ملكه إن كان مؤبرا ، ولا يلزم الغاصب أرش ما كان ينقص من الأرض لو قلع لأنه لم يقلع ، فلو باع الغاصب الغرس على غير مالك الأرض فإن اشتراها بشرط التبقية فالبيع باطل ، وإن اشتراها بشرط القلع فالبيع جائز ؛ فإذا قلعه المشترى فأحدث به نقصاً فأرشه على الغاصب وحده لترتبه على تعديه أو يشتريه مطلقاً ففيه وجهان :

(أحدهما) باطل لاحتمال التبقية .

(الثانى) يجوز ويؤخذ المشترى بالقلع .

(والحال الثالثة) أن يتفقا على أخذ ثمن الأرض من الغاصب وتسقط المطالبة عن الغاصب إلا بثمن الأرض ، وليس له أن يطالب بعد الثمن بأرش النقص لو قلع لأنه لم يقلع ولو كان صاحب الأرض باعها على أحد غير الغاصب كان للأجنبى الذى ابتاعها أن يأخذ الغاصب بقلع بنائه وغرسه ، فإذا قلع لم يكن للأول أن يطالبه به لأنه عيب قد دخل أرضه ويكون البيع سبباً لسقوط الأرش عن الغاصب .

(والحال الرابعة) ألا يتفقا على أحد الأحوال الثلاثة فيؤخذ الغاصب بالقلع ، لحديث سعيد بن زيد ، فإذا قلع برىء من أجرة الأرض بعد قلعه ، فإن نقصت الأرض شيئا لم يبرأ حتى يرد ما نقصت الأرض كما قال فى الغصب .

(وأما القسم الثانى) وهو أن يكون الغرس والبناء ملكا لرب الأرض فإن رضى رب الأرض أن يأخذ الأرض بغرسها وبنائها فأيهما أخذه فلا شىء عليه من مؤنة البناء وليس للغاصب أن ينقص الغرس والبناء لأنه لا يستفيد بقلعها شيئاً فصار منه ذلك سفهاً ، وإن طالب رب الأرض الغاصب بقلع الغرس والبناء لينفصلا عن الأرض فقال الماوردى : فإن كان له فى ذلك غرض صحيح أجبر الغاصب على القلع ولزمه غرم نقص الغرس والبناء عما كان قبل أن غرس وبنى ونقص الأرض وإن لم يكن فى قلعه غرض يصح لقاصد فهل يجبر الغاصب على قلعه أم لا ؟ على وجهين :

(أحدهما) لا يجبر عليه لأنه عبث وسفه .

(والثانى) يجبر عليه لأن المالك متحكم على الغاصب لتعديه ، فإن قيل بالأول لم يكن له الأرش ، وإن قيل بالوجه الثانى استحق الأرش .

(وأما القسم الثالث) وهو أن يكون الغرس والبناء مغصوبا من غير مالك الأرض فلكل واحد من رب الأرض ، ومالك الغرس أن يأخذ الغاصب

بالقلع ثم يرجع كل واحد منهما عليه بأرش ما نقص من ملكه ، فيرجع رب الأرض بما نقص من أرضه ويرجع رب الغرس بما نقص من غرسه ، فلو أن رب الأرض اشترى الغرس من ربه قبل القلع صار مالكا لهما وله أن يأخذ الغاصب بالقلع إن كان فى قلعه غرض صحيح ثم يأخذ منه نقص الأرض دون الشجر .

فرع قال الشافعى : ولو حفر فيها بئراً وأراد الغاصب دفنها فذلك له وإن لم ينفعه وهذا كما قال : إذا غصب أرضا وحفر فيها بئراً كان متعديا بحفرها وعليه شدها وضمان ما تلف فيها ثم لا يخلو حال رب الأرض والغاصب من أربعة أحوال .

(أحدها) أن يتفقا على سدها ليبرأ الغاصب من ضمان ما يسقط فيها ، فإن لم يكن للأرض بعد سدها أرش فلا شىء عليه سوى أجرة المثل فى مدة الغصب ، وإن كان لها أرش كان عليه غرمه مع الأجرة .

(والثانية) أن يتفقا على تركها فذاك لهما وعلى الغاصب ضمان ما سقط فيها لتعديه بحفرها وليس لرب الأرض من أن يطالبه بمؤنة السد وإنما له أن يأخذه متى شاء بالسد .

(الثالثة) أن يدعو رب الأرض إلى سدها ويأبى الغاصب ، فإن الغاصب يجبر على سدها إن كان فيه غرض صحيح لحديث سعيد بن زيد « ليس لعرق ظالم حق » قال الشافعى : والعروق أربعة عرقان ظاهران الغرس والبناء وعرقان باطنان البئر والنهر ، وإن لم يكن فيه غرض صحيح ، فعلى وجهين كما قلنا فى قلع الغرس والبناء .

(والرابعة) أن يدعو الغاصب إلى سدها ، ويأبى ربها ، فإن لم يبرئه ربها من ضمان ما تلف فيها فله سدها ليستفيد به سقوط الضمان عنه ، وإن أبرأه بها من الضمان ففيه وجهان :

(أحدهما) أن للغاصب أن يسدها لأن الضمان قد يجب لغيره فلم يسقط بإبرائه .

(والوجه الثانى) أن الغاصب يمنع من سدها لأنه بالابراء يصير كالإذن له فى الابتداء فيرتفع التعدى ، ولا يلزمه ضمان ، وهذا قول أبى على أبى هريرة .

فرع إذا دفن فى الأرض المغصوبة ميتاً أخذ الغاصب ينبشه منها ، وإن كان فيه انتهاك حرمة الميت ، لأن دفنه فيها عدوان يأثم به الدافن ، ثم إذا نبش ضمن أرش نقصها إن نقصت ، فلو قال مالك الأرض : أنا أقر الميت مدفوناً فى الأرض ان ضمن لى نقص الأرض ففى إجبار الغاصب على بذله وجهان .

(أحدهما) يجبر على بذله حفظا لحرمة الميت المتعدى هو بدفنه فيها .

(والثانى) لا يلزمه ذلك لأنه مدفون بغير حق .

فرع قال الشافعى : وكذلك لو نقل عنها تراباً كان له أن يرد ما نقل عنها حتى يوفيه إياها بالحال التى أخذها قال المزنى : غير هذا أشبه بقوله ، لأنه بقوله لو غصب غزلا فنسجه ثوبا أو نقرة فطبعها دنانير أو طينا فضربه لبناً فهذا أثر لا عين ، ومنفعة المغصوب له ولا حق فى ذلك للغاصب كذلك نقل التراب عن الأرض والنهر إذا لم يبين بها أثر لا عين الفعل ، وصورتها فى رجل غصب أرضا فنقل منها ترابا فلا يخلو حال التراب من أن يكون باقيا أو مستهلكا فإن استهلك فعليه رد مثله فإن للتراب مثلا ، فإن لم يقدر على مثله لأنه من تربة ليس فى الناحية مثلها ضمن القيمة ، وفيها وجهان .

(أحدهما) وقد نقله المزنى عن الشافعى فى جامعه الكبير أن تقوم الأرض وعليها التراب ثم تقوم الأرض بعد أخذه منها ويضمن للغاصب ما بين القيمتين .

(والوجه الثانى) أنه يضمن أكثر الأمرين من هذا ومن قيمة التراب بعد نقله عن الأرض ، وإن كان التراب باقيا فللغاصب ورب الأرض أربعة أحوال .

(أحدها) أن يتفقا على رده إلى الأرض فيبرأ الغاصب منه ، ولا يغرم إلا بالنقص إن وجد فى الأرض وأجرة مثلها فى أكثر الحالين أجرة .

(الثانية) أن يتفقا على ترك التراب خارجا عنها فذلك لهما ما لم يطرح فى أرض مغصوبة .

(الثالثة) : أن يطلب رب الأرض رد التراب إليها ويمتنع الغاصب فيؤخذ جبراً برده إليها مهما كانت مؤنته .

(والرابعة) : أن يدعو الغاصب إلى رد التراب ويمتنع منه المالك فهو إما أن يبرئه من ضمان التراب أو لا يبرئه فإن لم يبرئه كان للغاصب أن يرد التراب وحده بغير إذنه ولا اعتبار بمنعه ليسقط عنه ضمان برده .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) اذا غصب ثوبا فصبغه بصبغ من عنده نظرت ، فان لم تزد قيمة الثوب والصبغ ، ولم تنقص بان كانت قيمة الثوب عشرة ، وقيمة الصبغ عشرة فصارت قيمة الثوب مصبوغا عشرين ، صار شريكا لصاحب الثوب بالصبغ لأن الصبغ عين مال له قيمة ، فان بيع الثوب كان الثمن بينهما نصفين ، فان زادت قيمتهما بان صارت قيمة الثوب ثلاثين حدثت الزيادة فى ملكهما ، لانه بفعله زاد ماله ومال غيره ، وما زاد فى ماله يملكه لانه حصل بعمل عمله بنفسه فى ماله ، فان بيع الثوب قسم الثمن بينهما نصفين ، وان نقص قيمتهما بان صار الثوب يساوى خمسة عشر حسب النقصان على الغاصب فى صبغه ، لانه بفعله حصل النقص ، فان بيع الثوب بخمسة عشر دفع الى صاحب الثوب عشرة ، والى الغاصب خمسة فان صارت قيمة الثوب عشرة حسب النقص على الغاصب ، فان بيع الثوب بعشرة دفع العشرة كلها الى صاحب الثوب ، لانه اما ان يكون سقط بدل الصبغ بالاستهلاك ، او نقص به قيمة الثوب فلزمه ان يجبر ما نقص من قيمة الثوب . فان صارت قيمة الثوب ثمانية لم يستحق بصبغه شيئا لانه استهلكه فى الثوب ، ويلزمه درهمان لانه نقص بصبغه من قيمة الثوب درهمان .

(فصل) اذا استهلك ثمن الصبغ لم يبق للغاصب فى الثوب حق ، لان ماله هو الصبغ وقد استهلكه ، وان بقى للصبغ ثمن فطلب الغاصب استخراجه اجيب الى ذلك لانه عين ماله ، فكان له اخذه ، كما لو غرس فى

ارض مغصوبة غراساً ثم اراد قلعه ، فان نقص قيمة الثوب باستخراج الصبغ ضمن ما نقص لانه حصل بسبب من جهته ، وان طلب صاحب الثوب استخراج الصبغ وامتنع الغاصب ، ففيه وجهان :

(احدهما) لا يجبر ، وهو قول أبى العباس ، لأن الصبغ يهلك بالاستخراج ولا حاجة به الى ذلك ، لانه يمكنه ان يستوفى حقه بالبيع ، ولا يجوز ان يتلف مال الغير .

(والثانى) يجبر ، وهو قول أبى اسحاق وابى على بن خيران ، لانه عرق ظالم لا حق له فيه ، فاجبر على قلعه كالغراس فى الأرض المغصوبة وان بذل المغصوب منه قيمة الصبغ ليتملكه وامتنع الغاصب لم يجبر على القبول ، لانه اجبار على بيع ماله ، وان اراد صاحب الثوب البيع وامتنع الغاصب بيع ، لانه ملك له فلا يملك الغاصب ان يمنعه من بيعه بتعديه ، وان اراد الغاصب البيع وامتنع صاحب الثوب ففيه وجهان :

(احدهما) يجبر ليصل الغاصب الى ثمن صبغه ، كما يجبر الغاصب على البيع ليصل رب الثوب الى ثمن ثوبه .

(والثانى) لا يجبر لانه متعد فلم يستحق بتعديه ازالة ملك رب الثوب عن ثوبه ، وان وهب الغاصب الصبغ من صاحب الثوب ففيه وجهان :

(احدهما) يجبر على قبوله ، لانه لا يتميز من العين فلزمه قبوله كقصارة الثوب .

(والثانى) لا يجبر لانه هبة عين فلا يجبر على قبولها) .

الشرح الأحكام : قال الشافعى : ولو كان ثوباً فصبغه فزاد فى قيمته خمسة فقال للغاصب : ان شئت أن تستخرج الزعفران على أنك ضامن لما نقص من الثـوب وان شئت فأنت شريك فى الثوب لك ثلثـه ولصاحب الثوب ثلثاه ، ولا يكون له غير ذلك ، وهكذا كل صبغ كان قائماً فزاد فيه ، وان صبغه بصبغ يزيد ثم استحق الصبغ فإنما يقوم الثوب ، فان كان الصبغ زائداً فى قيمته شيئاً قل أو كثر فهكذا وان كان غير زائد فى قيمته قيل له : ليس لك ههنا مال زاد فى مال الرجل فتكون شريكا به ، فإن شئت فاستخرج الصبغ على أنك ضامن لما نقص الثوب ، وان شئت فدعه .

وصورتها فى رجل غصب ثوباً فصبغه فلا يخلو حال الصبغ من ثلاثة أقسام :

(أحدها) أن يكون للغاصب . (والثانى) أن يكون لرب الثوب . (والثالث) أن يكون لأجنبى ، فإن كان الصبغ للغاصب فهو على ثلاثة أقسام :

(أحدها) أنه يمكن استخراجه . (والثانى) لا يمكن (والثالث) أنه يمكن استخراج بعضه ولا يمكن استخراج جميعه ، فإن لم يمكن استخراجه لم يخل ثمنه بعد الصبغ من ثلاثة أقسام إما أن يكون بقدر قيمته قبل الصبغ أو يكون أقل ، أو يكون أكثر ، فإن كان بقدر ثمنه قبل الصبغ مثل أن يكون قيمة الثوب عشرة دراهم وقيمة الصبغ عشرة دراهم فيباع الثوب بعد صبغه بعشرة دراهم فهى بأسرها لرب الثوب لاستهلاك الصبغ إما بذهاب قيمته ، وإما بجبره نقص الثوب .

وإن كان ثمنه بعد البيع أقل مثل أن يساوى بعد الصبغ ثمانية دراهم فيأخذها رب الثوب ويرجع على الغاصب بنقصه وهو درهمان ليستكمل بهما جميع الثمن ، ويصير صبغ الغاصب ونقص أجزاء الثوب مستهلكين ، وإن كان ثمنه بعد الصبغ أكثر فلا يخلو حال الزيادة على ثمنه من ثلاثة أقسام ؛ إما أن يكون بقدر ثمن الصبغ ، أو يكون أقل ، أو يكون أكثر ، فإن كانت بقدر ثمن الصبغ مثل أن يكون ثمنه بعد الصبغ عشرين درهما فيأخذ رب الثوب منها عشرة التى هى ثمن ثوبه ويأخذ الغاصب عشرة هى ثمن صبغه ، ولم يحصل فيها نقص لا فى الثوب ولا فى الصبغ ، وإن كانت الزيادة أقل من الصبغ مثل أن يكون ثمنه بعد الصبغ خمسة عشر درهما فيأخذ رب الثوب عشرة ثمن ثوبه كاملا ويأخذ الغاصب الخمسة الباقية ويصير النقص مختصا بصبغه لضمانه نقص الثوب . وإن كانت الزيادة أكثر من ثمن الصبغ فتكون الزيادة بينهما بقدر ماليهما بحسب قانون النسبة المعروف فى الرياضيات ، وإذا كانت الزيادة بينهما على قدر المالين لم يختص الغاصب بها ، وإن كانت حادثة بعمله ، لأنه عمل فى ماله ومال غيره فلم يحصل له عوض عن عمله فى مال غيره وحصل له عوض عمله فى مال نفسه ، فان دعا أحدهما إلى بيعه وأبى الآخر نظر فى الداعى إلى البيع ، فإن كان رب الثوب فله ذاك ، وليس للغاصب لتعديه بالصبغ أن يمنعه من البيع فيستديم حكم

الغصب ، وإن دعا الغاصب إلى بيعه ليتوصل إلى ثمن صبغه وأبى رب الثوب ، فإن بذل له مع إبائه ثمن الصبغ الذي يستحقه لو بيع الثوب فله ذاك ولا يجبر على البيع .

وإن لم يبذل له الصبغ ففيه وجهان ذكرهما أبو على الطبرى فى إفصاحه، أحدهما : أنه يجبر رب الثوب إلى ثمن ثوبه . والوجه الثانى أنه لا يجبر رب الثوب على بيعه لأن الغاصب متعد بصبغه فلم يستحق بتعديه إزالة ملك رب الثوب عن ثوبه فهذا الكلام فى الصبغ إذا لم يمكن استخراجه ، ولا فرق بين أن يكون سواداً وبين أن يكون غيره من الألوان .

وقال أبو حنيفة . إن كان الصبغ سواداً فلا شيء للغاصب فيه وكان رب الثوب مخيراً بين أن يأخذه ولا شيء عليه للصبغ وبين أن يعطيه الغاصب ويأخذ منه قيمته ، وإن كان الصبغ حمرة أو صفرة فهو مخير بين أن يأخذه وعليه قيمة الصبغ وبين أن يعطيه الغاصب ويأخذ منه قيمة الثوب فجعل له فى الأصباغ كلها أن يأخذ من الغاصب قيمته إن شاء فله أن يأخذه مصبوغاً لكن إن كان الصبغ سواداً فلا قيمة عليه له ، وإن كان لوناً غيره فعليه قيمته. واختلف أصحابه لم خص السواد بإسقاط القيمة ، فقال بعضهم : لما فيه من إتلاف أجزاء الثوب . وقال آخرون : بل قاله فى آخر الدولة الأموية حين كان السواد شعاراً للعباسية فى نمو دعوتها وكثرة أتباعها ، فقام أبو حنيفة واعتبر السواد نقصاً وشيئاً مذموماً ، فأما بعد أن صار شعار الدولة العباسية فقد زاد على غيره من الألوان .

ولنا أن تمليك الغاصب الثوب بأخذ قيمته منه فخطأ ، لأن بقاء العين المغصوبة يمنع من أخذ قيمتها من الغاصب قياسا عليه لو كان غير مصبوغ ، ولأن من لم تجب عليه قيمة الثوب قبل صبغه لم تجب عليه قيمته بعد صبغه كالأجير ، ولأن الصبغ لا يخلو من أحد أمرين ، إما أن يكون نقصا أو غير نقص ، فإن كان نقصا ضمنه لا غير ، وإن لم يكن نقصا فأولى أن لا يضمن .

(وأما القسم الثانى) وهو أن يكون الصبغ مما يمكن استخراجه فللغاصب ورب الثوب أربعة أحوال (أحدها) أن يتفقا على تركه فى الثوب

وبيعه مصبوغاً فيجوز ويكون القول فيه بعد بيعه كالقول فيما لا يمكن استخراج صبغه .

(والحال الثانية) : أن يتفقا على استخراجه منه فذلك جائز ليصل الغاصب إلى صبغه ورب الثوب إلى ثوبه ، فإن استخرجه وأبى فى الثوب نقصا ضمنه به .

(والحال الثالثة) أن يدعو الغاصب إلى استخراجه ويدعو رب الثوب إلى تركه فللغاصب أن يستخرجه سواء نفعه أو لم ينفعه ، لأنها عين مملوكة فعلى هذا يكون ضامنا لنقص الثوب ونقص الزيادة الحادثة فيه بدخول الصبغ لأن رب الثوب قد ملكها ففوتها الغاصب عليه باستخراج صبغه .

مثاله : أن تكون قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة فيساوى الثوب مصبوغاً ثلاثين وبعد استخراج الصبغ منه بخمسة فيضمن الغاصب عشرة خمسة منها هى نقص الثوب قبل صبغه ، وخمسة أخرى هى نقص قسطه من الزيادة الحادثة بعد صبغه .

(والحال الرابعة) أن يدعو رب الثوب إلى استخراجه ويدعو الغاصب إلى تركه ، فهذا على وجهين : (أحدهما) أن يترك استبقاء لملك الصبغ فيه فينظر ، فإن لم يكن الصبغ قد أحدث زيادة تفوت بإستخراج الصبغ منه ففيه وجهان حكاهما ابن أبى هريرة : (أحدهما) وهو اختيار أبى حامد أنه لا يجبر على استخراجه إذا امتنع لما فيه من استهلاك ماله مع قدرة رب الثوب على الوصول إلى استيفاء حقه بالبيع . قال : وهو كلام الشافعى حيث قال : إن قيل للغاصب إن شئت فاستخرج الصبغ على أنك ضامن لا نقص ، وإن شئت فأنت شريك بما زاد الصبغ فحصل الخيار إليه .

(والوجه الثانى) وهو الأصح : أنه يجبر على أخذه لأنه عرق ظالم لا حرمة له فى الاستبقاء فصار كالغرس والبناء ، ويكون تخيير الشافعى له فى الترك والاستخراج عند رضا رب الثوب بالترك ، فعلى هذا إذا استخرجه ضمن نقص الثوب قبل الصبغ .

(وأما القسم الثالث) وهو أن يكون الصبغ مما يمكن استخراج بعضه ، ولا يمكن استخراج بعضه فالقول فيما لا يمكن استخراجه كالقول فى القسم الأول ، والقول فى تمكين استخراجه كالقول فى القسم الثانى ، فيجتمع فى هذا القسم حكم القسمين الماضيين على ما بيناه تقسيما وشرحا ، فهذا حكم الصبغ إذ كان للغاصب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) فان غصب ساجاً فادخله فى البناء او خيطا فخاط به شيئا ـ نظرت فان عفن الساج وبلى الخيط ـ لم يؤخذ برده لانه صار مستهلكا فسقط رده ووجبت قيمته ، وان كان باقياً على جهته نظرت فان كان الساج فى البناء والخيط فى الثوب وجب نزعه ورده ، لانه مغصوب يمكن رده فوجب رده ، كما لو لم يبن عليه ولم يخط به ، وان غصب خيطا فخاط به جرح حيوان ، فان كان مباح الدم كالمرتد والخنزير والكلب العقور وجب نزعه ورده ، لانه لا حرمة له فكان كالثوب وان كان محرم الدم ، فان كان مما لا يؤكل كالآدمى والبغل والحمار وخيف من نزعه الهلاك لم ينزع ، لأن حرمة الحيوان آكد من حرمة المال ، ولهذا يجوز اخذ مال الغير بغير اذنه لحفظ الحيوان ولا يجوز اخذه لحفظ المال ، فلا يجوز هتك حرمة الحيوان لحفظ المال .

وان كان مما يؤكل ففيه قولان :

(احدهما) يجب رده ، لانه يمكن نزعه بسبب مباح فوجب رده كالساج .

(والثانى) لا يجب ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن ذبح الحيوان لغير ماكله .

(فصل) وان غصب لوحا وادخله فى سفينة وخاف من نزعه الغرق ، فان كان فيها حيوان ـ لم ينزع لما ذكرناه فى الخيط ، وان كان فيها مال غير الحيوان ـ فان كان لغير الغاصب ـ لم ينزع ، لانه اتلاف مال من له حرمة بجناية غيره فلم يجز ، وان كان المال للغاصب ففيه وجهان .

(احدهما) ينزع كما تنقض الدار لرد الساج .

(والثانى) لا ينزع لانه يمكن رده من غير اتلاف المال ، بان تجر الى الشط بخلاف الساج فى البناء . وعلى هذا اذا اراد المالك ان يطالب بالقيمة كان له ذلك ، لانه حيل بينه وبين ماله فجاز له المطالبة بالبدل ، كما لو غصب منه عبداً فابق ، وان اختلطت السفينة التى فيها اللوح بسفن الغاصب ففيه وجهان :

(أحدهما) ينقض الجميع كما ينقض جميع السفينة .

(والثانى) لا ينقض ما لم تتعين ، لأنه اتلاف مال لم يتعين فيه التعدى .

(فصـــل) وان غصب جوهرة فبلعتها بهيمة له ـ فان كانت البهيمة مما لا تؤكل ـ ضمن قيمة الجوهرة ، لأنه تعذر ردها فضمن البـدل ، وان كانت مما تؤكل ففيه وجهان بناء على القولين فى الخيط الذى خيط به جرح ما يؤكل .

(فصـــل) وان غصب فصيلا فادخله الى داره فكبر ولم يخرج مـن الباب نقض الباب لرد الفصيل كما ينقض البناء لرد الساج ، وان دخل الفصيل الى داره من غير تفريط منه نقض الباب وعلى صاحب الفصيل ضمان ما يصلح به الباب ، لأنه نقض لتخليص ما له من غير تفريط من صاحب الباب .

(فصـــل) وان غصب ديناراً وطرحه فى محبرة كسرت المحبـرة ورد الدينار ، كما ينقض البناء لرد الساج ؛ وان وقع فى المحبرة من غير تفريط من صاحبها كسرت وعلى صاحب الدينار قيمة المحبرة ، لأنها كسرت لتخليص ماله من غير تفريط من صاحب المحبرة .

(فصـــل) وان غصب عينا وباعها وقبضها المشترى وتصرف فيها وتلفت عنده ، فللمالك أن يضمن الغاصب ، لأنه غصبها . وله أن يضمن المشترى لأنه قبض ما لم يكن له قبضه فصار كالغاصب .

فان ضمن الغاصب العين ضمنه قيمته اكثر ما كانت قيمتـه من حين الغصب الى أن تلف فى يد المشترى ، لأنه من حين الغصب الى حين التلف فى ضمانه .

وان ضمن المشترى ضمنه اكثر ما كانت قيمته من حين قبض الى أن تلف لأنه لم يدخل فى ضمانه قبل القبض ، فلا يضمن ما قبله . فان بدأ فضـمن المشترى ـ نظرت ، فان كان عالما بالغصب ـ لم يرجع بما ضمنه على الغاصب، لأنه غاصب تلف المغصوب عنده فاستقر الضمان عليـه كالغاصب من المالك اذا تلف عنده . فان لم يعلم ـ نظـرت فيما ضمن ، فان التزم ضـمانه بالعقد كبدل العين وما نقص منهـا ـ لم يرجـع به على الغاصب ؛ لأن الغاصب لم يغره ، بل دخـل معه على أن يضـمنه ، وان لم يلتـزم ضمانه بالعقـد ـ نظرت . فان لم يحصل له فى مقابلته منفعة كقيمة الولد ونقصـان الجـارية بالولادة ـ رجع على الغاصب ؛ لأنه غره ودخل معه على أن لا يضمنه .

وان حصلت له فى مقابلته منفعة ـ كالاجرة والمهر وارش البكارة ـ ففيه قولان :

(احدهما) يرجع به لأنه غره ولم يدخل معه على أن يضمنه .

(والثانى) لا يرجع به لأنه حصل له فى مقابلته منفعة . وان بدا فضمن الغاصب فما لا يرجع به المشترى على الغاصب اذا غرم رجع به الغاصب على المشترى ، وما يرجع به المشترى على الغاصب لا يرجع به ، لأنه لا فائدة فى أن يرجع عليه ثم يرجع المشترى به عليه .

(فصـــل) وان غصب من رجل طعاما فاطعمه رجلا فللمالك ان يضمن الغاصب لأنه غصبه ، وله أن يضمن الآكل لأنه أكل ما لم يكن له أكله فان ضمن الآكل ـ نظرت فان علم انه مغصوب فأكله ـ لم يرجع على الغاصب بما ضمن لأنه غاصب استهلك المغصوب فلم يرجع بما ضمنه فان أكل ولم يعلم انه مغصوب ففيه قولان :

(أحدهما) يرجع لأنه غره وأطعمه على أن لا يضمنه .

(والثانى) لا يرجع لأنه حصل له منفعة ، فان أطعمه المالك فان علم أنه له برىء الغاصب من الضمان ، لأنه استهلك ماله برضاه مع العلم به ، وان لم يعلم ففيه قولان :

(أحدهما) يبرأ الغاصب لأنه عاد الى يده فبرىء الغاصب من الضمان ، كما لو رده عليه .

(والثانى) لا يبرأ لأنه انما ضمن ، لأنه أزال يده وسلطانه عن المال وبالتقديم اليه لياكله لم تعد يده وسلطانه ، لأنه لو اراد ان يأخذه لم يمكنه فلم يزل الضمان) .

الشرح قال الشافعى : ولو كان لوحا فأدخله فى سفينة أو بنى عليه جداراً أخذ بقلعه ، وهذا كما قال : إذا غصب لوحا فأدخله فى سفينة أو بنى عليه سفينة أو داراً أخذ بهدم بنائه لرد اللوح بعينه إلى صاحبه ، وبه قال مالك وأهل الحرمين ، وقال أبو حنيفة وأهل العراق : يدفع القيمة ولا يجبر على هدم البناء لقوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار ، فمن ضار أضر الله به ، ومن شاق شق الله عليه » وفى أخذه بهدم بنائه أعظم إضرار به . ولقوله صلى الله عليه وسلم « يسروا ولا تعسروا إنى بعثت بالحنيفية السمحة » .

وفى أخذ القيمة منه تيسير ، وفى هدم بنائه تعسير منهى عنه ، ولأنه مغصوب يستضر برده فلم يجب عليه كالخيط إذا خاط به جرح حيوان ،

ولأنه مغصوب لا يملك رده إلا باستهلاك مال فلم يجب رده كما لو كان فى السفينة مال لغير الغاصب .

ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « على اليد ما أخـذت حتى تؤديه » فلزمه رد اللوح ، وروى عبد الله بن مسعود مرفوعا « لا يحل لمسلم أن يأخذ عصا أخيه بغير طيب نفس منه » وذلك لشدة ما حرم الله مال المسـلم على المسلم ، وهذا خبر ظاهره كالنص ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « إن لصاحب الحق يداً ومقالا » ولأن كل مغصوب كان له رده وجب عليه رده كالذى لم يبن عليه طرداً ، والخيط فى جرح الحيوان عكساً ، ولأنه شغل المغصوب بما لا خير فيه له فوجب أن يلزمه رده ، كما لو كانت أرضاً فزرعها أو غرسها ، ولأنه كل مالو احتاج ابتداء إليه لم يجبر مالك عليه ، ووجب إذا غصب أن يجبر على رده إليه كالأرض طردا والخيط للجرح عكسا ولأن دخول الضرر على الغاصب لا يمنع من رد المغصـوب كما لو حلف بعتق عبـده ألا يرد ما غصبه فإن عليه رد الغصب وعتق العبد .

والجواب عن حديث : « لا ضرر ولا ضرار » فهو أنه مشترك الدليل ، لأن فى منع المالك منه إضراراً به فكان دخول الضرر على الغاصب ورفعه عن المغصوب أولى من دخوله على المغصوب منه فى تيسير أمر الغاصب ورفعـه عنه والاستهانة بحق المغصوب وحماية متعلقات الغاصب .

والجواب عن حديث «يسروا ولا تعسروا » فمن وجهين .

(أحدهما) استعماله فى المغصوب منه وتيسير أمره برد ماله أولى من استعماله فى الغاصب فى تمليكه غير ماله .

(والثانى) أن التيسير معصية ، والغاصب عاص لا يجوز التيسير عليـه لما فيه من الذريعة إلى استدامة المعصية (والجواب) عن قياسهم الخيط فى جرح الحيوان فمن وجهين .

(أحدهما) أنه معارضة الأصل لأن المعنى فى الخيط أنه ليس له رده ،

فلم يجب عليه رده ، وفى اللوح له رده . (والثانى) أنه إذا احتاج ابتداء إليه أجبر المالك عليه لحرمة الحيوان وتقديمها على حرمة الملك .

فــرع وإن غصب جوهرة فابتلعتها بهيمة فقال أصحابنا : حكمها حكم الخيط الذى خاط به جرحها ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر من قيمة الحيوان ذبح الحيوان وردت إلى مالكها وضمان الحيوان على الغاصب إلا أن يكون الحيوان آدميا . وفارق الخيط لأنه فى الغالب أقل قيمة من الحيوان ، والجوهرة أكثر قيمة ففى ذبح الحيوان رعاية حق المالك برد عين ماله إليه ورعاية حق الغاصب بتقليل الضمان عليه . وإن ابتلعت شاة رجل جوهرة آخر غير مغصوبة ولم يمكن إخراجها الا بذبح الشاة ذبحت إذا كان ضرر ذبحها أقل وكان ضمان نقصها على صاحب الجوهرة لأنه لتخليص ماله إلا أن يكون التفريط من صاحب الشاة بكون يده عليها فلا شىء لصاحب الجوهرة لأن التفريط من صاحب الشاة فالضرر عليه .

فــرع وإن غصب ديناراً فوقع فى محبرته أو أخــذ دينار غــيره فسها فوقع فى محبرته كسرت ورد الدينار كما ينقض البناء لرد الساجة ، وكذلك إن كان درهما أو أقل منه وإن وقع من غير فعله كسرت لرد الدينار إن أحب صاحبه ، والضمان عليه لأنه لتخليص ماله ، وان غصب ديناراً فوقع فى محبرة آخر بفعل الغاصب أو غير فعله كسرت لرده ، وعلى الغاصب ضمان المحبرة لأنه السبب فى كسرها ، وإن كان كسرها أكثر ضرراً من تبقيه الواقع فيها ضمنه الغاصب ولم تكسر ، وإن رمى إنسان ديناراً فى محــبرة غــيره عدواناً فأبى صاحب المحبرة كسرها لم يجبر عليه لأن صاحبه تعدى برميــه فيها فلم يجبر صاحبها على إتلاف ماله لإزالة ضرر عدوانه عن نفسه وعلى الغاصب نقص المحبرة بوقوع الدينار فيها ويحتمل أن يجبر على كسرها لرد عين مال الغاصب ويضمن الغاصب قيمتها كما لو غرس فى أرض غيره ملك حفر الأرض بغير إذن المالك لأخذ غرسه ويضمن نقصها بالحفر وعلى كلا الوجهين لو كسرها الغاصب قهراً لم يلزمه أكثر من قيمتها .

ويضمن ما يترتب على كسر المحبرة من رشاش الحبر على الأوراق أو الكتب أو الثياب ، فضمن قيمته تالفاً أو أرشه معيباً .

فــرع إذا غصب طعاماً فأطعمه غيره فللمالك تضمين أيهما شاء ، لأن الغاصب حال بينه وبين ماله والآكل اتلف مال غيره بغير إذنه وقبضه عن يد ضامنة بغير إذن مالكه ، فإن كان الآكل عالماً بالغصب استقر الضمان عليه لكونه أتلف مال غيره بغير إذن عالماً من غير تغرير ، فإذا ضمن الغاصب رجع عليه .

قال الشافعي : ولو غصب طعاماً فأطعمه مــن آكله ثم اســتحق أخــذ الغاصب به ، فإن غرمه فلا شيء للواهب على الموهوب له ، وإن شاء أخــذ الموهوب له ، فإن غرمه فقد قيل : يرجع على الواهب وقيل : لا يرجع به . قال المزني : أشبه بقوله : إن هبة الغاصب لا معنى لها وقد أتلف الموهوب له ما ليس له ولا للواهب فعليه غرمه ولا يرجع به ، فإن غرمه الغــاصب رجع به عليه . وهذا عندي أشبه بأصله .

وهذه المسألة تنقسم إلى قسمين يتضمن كل قسم منها ثلاثة أنواع :

(فأما القسم الأول) فأول أنواعه أن يهبه فيأكله الموهوب له ، فــرب الطعام بالخيار بالرجوع على أيهما شاء .

(ثانيها) وهو أن يأذن له في أكله من غير هبة ولا إقباض ، فإن عــلم الآكل أنه مغصوب كان مضموناً عليه ، وربه أيضاً بالخيار لتغريم أيهما شاء ، فإن أغرم الآكل فقد اختلف أصحابنا فذهب البغداديون إلى أن في رجوعه على الغاصب قولين . وذهب البصريون إلى الرجوع به قولا واحداً ، والفرق بين الآكل والموهوب له أن اســتهلاك الآكل بإذن الغاصب فرجع عليــه ، وأن استهلاك الموهوب له بغير إذنه فلم يرجع عليه ، فإن رجع المالك على الغاصب فعلى طريقة البغداديين يكون رجوعه بالغرم على الآكل على قولين وعلى طريقة البصريين لا يرجع به قولا واحداً .

(وثالثها) أن يطعمه بهيمة رجل فهذا على ضربين .

(أحدهما) أن يكون ذلك بغير أمر مالك البهيمة فهو مضــمون على

الغاصب وحده ، ويرجع به المالك على الغاصب ولا يرجع على مالك البهيمة ، فإن أعسر به الغاصب فلا شيء له فى رقبة البهيمة أو مالكها ، لأن المتلف هو الغاصب ، وإن كان إطعامها بأمر مالكها نظر ، فإن علم بأنه مغصوب عند أمره ضمن ومالك الطعام بالخيار أن يرجع على أيهما شاء وليس للغاصب إذا غرم أن يرجع على الآمر إذا لم يعلم ويرجع إذا علم ويجرى عليه حكم الآكل والموهوب له من الإذن وعدمه .

(وأما القسم الثانى) فمصور فى الأنواع الثلاثة الآتية : إذا وهب الغاصب الطعام لمالكه فأكله فان علم حين الأكل أنه طعامه لم يرجع بغرمه على الغاصب وإن لم يعلم فعلى قولين .

(والنوع الثانى) أن يأذن الغاصب لرب الطعام فى أكله ، فإن علم حين الأكل أنه طعامه لم يرجع بغرمه ، وإن لم يعلم فعلى طريقة البغداديين يكون رجوعه على قولين ، وعلى طريقة البصريين يرجع به قولا واحداً .

(والنوع الثالث) أن يطعمه بهيمة رب الطعام فان كان بغير أمره رجع عليه بغرمه ، وإن كان بأمره فإن علم لم يرجع ، وإن لم يعلم فإن دفعه إليه كان رجوعه على قولين ، كما لو وهبه له ، وإن لم يدفعه إليه كان على اختلاف المذهبين كما لو أطعمه إياه ، فلو باع الغاصب الطعام على مالكه وهو يعلم أو لا يعلم فتلف فى يده بعد قبضه أو لم يتلف كان المالك بريئاً من الثمن والغاصب بريئاً من الضمان ، وذهب المصنف إلى أنه إذا علم ففيه قولان على ما فصل فى آخر هذه الفصول .

فإذا تقرر أن نقض البناء لرد المغصوب واجب فسواء كان البناء قليلا أو كثيراً وسواء كانت قيمة اللوح قليلة أو كثيرة حتى لو كانت قيمة اللوح درهما وقيمة البناء ألف درهم أخذ بقلعه حتى يخلص اللوح لربه ، إلا أن يراضيه على أخذ ثمنه ، ثم إذا استرجع اللوح لزمه أجرة مثله إن كانت له أجرة وأرش نقصه إن حدث به نقص ، فإن كان المغصوب حجراً فبنى عليه منارة مسجد أخذ بنقض المنارة لرد الحجر عليه ثم غرم نقض المنارة للمسجد ،

وإن كان هو المتطوع ببنائها لخروج ذلك عن ملكه ، وإن كانت السفينة سائرة فى البحر ، فان كان اللوح على سطحها أو على مكان مرتفع منها وأمكن أخذه أخذ منها ، وإن كان فى أسفلها بحيث لو أخذ منها هلكت وما فيها نظر ، فإن كان حيوان لم يجز أن يقلع صيانة للنفوس سواء كانت آدمية أو عجماء ، وسواء كانت العجماوات للغاصب أو لغيره ، لأن للحيوان حرمتين ، حرمة نفسه وحرمة صاحبه ، وإن لم يكن فيها حيوان وكان فيها مال نظر ، فإن كان لغير الغاصب لم يجز أخذ اللوح منها لما فى أخذه من إتلاف مال له حرمة فى الحفظ والحراسة وإن كان للغاصب ففيه وجهان :

(أحدهما) يؤخذ اللوح منها ، وإن تلف مال الغاصب فيها لذهاب حرمته بتعديه كما يذهب ماله فى هدم بنائه .

(والوجه الثانى) أنه لا يجوز أن يؤخذ منها لأنه قد يمكن أخذه بعد الدخول إلى الشط من غير استهلاك ما فيها من مال ، وليس كالبناء الذى لا يقدر على اللوح إلا بعد استهلاكه ، فعلى هذا يقال لرب اللوح : أنت بالخيار بين أن تصبر باللوح حتى تصل السفينة إلى الشط فتأخذ لوحك وبين أن تأخذ فى الموضع قيمة لوحك ، فلو اختلطت السفينة التى فيها اللوح بعشر سفن للغاصب ولم يوصل إليه إلا بهدم جميعها ففيه وجهان :

(أحدهما) تهدم جميعها حتى يوصل إليه .

(والوجه الثانى) أنه لا يجوز هدم شىء منها إلا أن يتعين اللوح المغصوب فيه لأنه لا يجوز أن يستهلك عليه مال إلا بتعيين المتعدى فيه .

فإذا عمل اللوح المغصوب باباً ، أو حديداً فعمله درعاً لم يملكه فى هذه الأحوال وجعله أبو حنيفة مالكاً لذلك بعمله وذلك من أقوى الذرائع والمغريات للإقدام على المغصوب ، وإذا لم يملك الأرض المغصوبة ببنائه وبغرسه فيها والأرض عندهم غير مغصوبة فلأن لا يملك غيرها من المغصوب عندنا وعندهم أولى ، وإذا كان كذلك فللمغصوب منه استرجاعه منه معمولا ، ولا شىء للغاصب إلا أن يكون قطع ما ركبها أو مسامير أو آلات بأعيانها ركبها فيها ، فيسترجعها ويضمن نقص المغصوب .

فــرع وإن غصب فصيلا فأدخله داره فكبر ولم يخرج من البــاب أو خشبة وأدخلها داره ثم بنى الباب ضيقا لا يخرج منه إلا بنقضه وجب نقضه ورد الفصيل والخشبة كما ينتقض البناء لرد الساجه ــ والساجة هى نوع من الخشب الثمين يعدل الأبنوس إلا أنه يختلف عنه فى لونه إذ الابنوس أسود اللون والساج قمحى اللون ــ فإن كان حصوله فى الدار بغير تفريط من صاحب الدار نقض الباب وضمانه على صاحب الفصيل لأنه لتخليص ماله من غير تفريط من صاحب الدار ، وأما الخشبة فإن كان كسرها أكثر ضرراً من نقض الباب فهى كالفصيل وإن كان أقل كسرت ، ويحتمل فى الفصــيل مثل هذا فإنه متى كان ذبحه أقل ضرراً ذبح وأخرج لحمــه لأنــه فى معنى الخشبة ، وإن كان حصوله فى الدار بعدوان من صاحبه كرجل غصب داراً فأدخلها فصيلا أو خشبة أو تعدى على إنسان فأدخل داره فرساً ونحــوها كسرت الخشبة وذبح الحيوان وإن زاد ضرره على نقض البناء لأن سبب هذا الضرر عدوانه فيجعل عليه دون غيره .

فــرع إذا نقص المغصوب عند الغاصب ثم باعه فتلف عند المشترى فله أن يضمن من شاء منها فإن ضمن الغاصب ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف لأنه فى ضمانه من حين قبضه إلى حين تلفه ، وإن ضمن المشترى ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين قبضه الى حين تلف ، لأن ما قبل القبض لم يدخل فى ضمانه وإن كان له أجرة فله الرجــوع على الغاصب والكلام فى رجوع كل واحد منهما على صاحبه .

فــرع قال الشافعى : ولو كان خيطاً فخاط به ثوباً ، وكذلك فإن خاط به جرح إنسان أو حيوان ضمن الخيط ولم ينزعه . قال الماوردى : وصورتها فيمن غصب خيطاً فخاط به شيئاً فهذا على ضربين .

(أحدهما) أن يكون قد خاط به غير حيوان كالثياب فيؤخذ الغاصب بنزعه ورده على مالكه وأرش نقصه إن نقص .

(والضرب الثانى) أن يكون قد خاط به حيوانا فعلى ضربين .

(أحدهما) أن يكون الحيوان ميتاً عند المطالبة بالخيط فينظر ، فإن كان الحيوان مما له حرمه كالآدمى نظر ، فإن لم يفحش حاله بعد نزع الخيط منه نزع ، وإن فحش لم ينزع لقوله صلى الله عليه وسلم « حرمة ابن آدم حيا كحرمته ميتا » (والضرب الثانى) أن يكون حيا فعلى ضربين .

(أحدهما) أن يكون مباح النفس من آدمى أو بهيمة كالمرتد والخنزير والكلب العقور فيؤخذ بنزعه لأنه مما لا حرمة لحفاظ نفسه ثم يغرم بعد نزعه أرش نقصه .

(والضرب الثانى) أن يكون محظور النفس فعلى ضربين :

(أحدهما) أن يكون آدميا فعلى ضربين : (أحدهما) أن يخاف من نزعه التلف فيقر الخيط ولا ينزع سواء كان الغاصب أو غيره لما يلزم من حراسة نفسه بعد غصبه ، فأولى أن يجبر على تركه فعلى هذا يغرم قيمته .

(والضرب الثانى) أن يأمن التلف ، فهذا على ضربين (أحدهما) أن يأمن الضرر وشدة الألم فهذا ينزع منه ويرد على مالكه مع أرش نقصه .

(والضرب الثانى) أن يخاف ضرراً أو شدة ألم وتطاول مرض إلخ اهـ .

قلت : ومثل الخيط شاش الجبائر والجص وجميع ما يستعمل فى الجراح والكسور والرضوض لدى الأطباء والصيدلانية ، وكذلك جسور الأسنان والأضراس الصناعية وأسلاكها وأقماعها وبدائلها فإنها جميعا يجرى ما مضى من حكم الخيط نزعا وضررا وحرمة للمستفيد منها والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وان غصب من رجل شيئا ثم رهنه عنده او اودعه او آجره منه وتلف عنده فان علم انه له برىء الغاصب من ضمانه لأنه اعاده الى يده وسلطانه ، وان لم يعلم ففيه وجهان :

(احدهما) انه يبرا الغاصب من الضمان لانه عاد الى يده .

(والثانى) لا يبرأ لأنه لم يعد الى سلطانه ، وانما عاد اليه على انه امانة عنده ، وان باعه منه برىء من الضمان علم او لم يعلم ، لأن قبضه بابتياع يوجب الضمان فبرىء به الغاصب من الضمان .

(فصـــل) وان غصب شـيئا فرهنـه المالك عنـد الغاصب لم يبرأ الغاصب ، وقال المزنى : يبرأ لأنه اذن له فى امساكه ، فبرىء من الضـــمان كما لو اودعه ، والمذهب الأول ، لأن الرهن يجتمع مع الضمان وهو اذا رهنه شيئا فتعدى فيه فلا ينافى الضمان .

(فصـــل) وان غصب حراً وحبسه ومات عنده لم يضـمنه لأنه ليس بمال فلم يضمنه باليد وان حبسه مدة لمثلها اجرة فان استوفى فيها منفعته لزمته الأجرة لأنه اتلف عليه ما يتقوم فلزمه الضمان كما لو اتلف عليه ماله او قطع اطرافه ، وان لم يستوف منفعته ففيه وجهان :

(احدهما) تلزمه الأجرة لأن منفعته تضـــمن بالأجارة فضمنت بالغصب كمنفعة المال .

(والثانى) لا تلزمه لأنها تلفت تحت يـده فلا يضـمنه الغاصب بالغصب كاطرافه وثياب بدنه .

(فصـــل) وان غصب كلباً فيه منفعة لزمه رده على صـاحبه ، لأنه يجوز اقتناؤه للانتفاع به فلزمه رده . فان حبسه مدة لمثلها اجرة ، فهل تلزمه الأجرة ؟ فيه وجهان بناء على الوجهين فى جواز اجارته .

(فصـــل) وان غصب خمراً نظرت ، فان غصبها من ذمى لزمه ردها عليه لأنه يقر على شربها فلزمه ردها عليه وان غصبها من مسلم ففيه وجهان :

(احدهما) يلزمه ردها عليه لأنه يجوز ان يطفىء بها ناراً او يبل بها طينا فوجب ردها عليه .

(والثانى) لا يلزمه وهو الصحيح ، لما روى أن ابا طلحة رضى الله عنـه (سال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ايتام ورثوا خمرا فامره صلى الله عليه وسلم أن يهرقها) .

فان اتلفها او تلفت عنده لم يلزمه ضمانها ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : (ان الله تعالى اذا حرم شيئاً حـرم ثمنه) .

ولأن ما حرم الانتفاع به لم يضمن ببدل كالميتة والدم فان صار خلا لزمه رده على صاحبه ، لأنه صار خلا على حكم ملكه فلزمه رده اليه ، فان تلف ضمنه لأنه مال للمغصوب منه تلف فى يد الغاصب فضمنه .

(فصـــل) وان غصب جلد ميتـة لزمه رده ، لان له أن يتوصـل الى تطهيره بالدباغ فوجب رده عليه فان دبغه الغاصب ففيه وجهان :

(احدهما) يلزمه رده كالخمر اذا صار خلا .

(والثانى) لا يلزمه لانه بفعله صار مالا فلم يلزمه رده .

(فصـــل) وان فصـل صـليباً او مـزماراً لم يلزمه شيء لان ما ازاله لا قيمة له والدليل عليه ما روى جابر رضى الله عنه قال : قال رسـول الله صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة (ان الله تعالى حرم بيع الخمر وبيع الخنازير وبيع الأصنام وبيع الميتة) فدل على انه لا قيمة له وما لا قيمة له لا يضمن . فان كسره نظـرت فان كان اذا فصـله يصلح لمنفعه مباحة ، واذا كسره لم يصلح لزمه ما بين قيمته مفصلا ومكسوراً ، لأنه اتلف بالكسر ماله قيمة فلزمه ضمانه ، فان كان لا يصـلح لمنفعـة مباحة لم يلزمه شيء ، لانه لم يتلف ماله قيمة) .

الشرح الأحكام : إذا غصب جوهرة فابتلعتها بهيمة فقال أصحابنا حكمها حكم الخيط الذى خاط به جرحها ، ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر من قيمة الحيوان ذبح الحيوان وردت إلى مالكها ، وضمان الحيوان على الغاصب وفارق الخيط لأنه أقل قيمة من الحيوان ، والجوهرة أكثر قيمة ففى ذبح الحيوان رعاية حق المالك برد عين ماله ورعاية حق الغاصب بتقليل الضمان عليه . وإن ابتلعت شاة رجل جوهرة آخر غير مغصوبة ولم يمكن إخراجها إلا بذبحها ذبحت اذا كان ضرر ذبحها أقل ، وكان ضمان نقصـها على صاحب الجوهرة لأنه لتخليص ماله ، إلا أن يكون التفريط من صاحب الشاة بكون يده عليها فلا شيء على صاحب الجـوهرة لأن التفريط مـن صاحب الشاة .

فإذا مرت بهيمة رجل فى سوق فأتلفت جوهرة رجـل قال الماوردى فى الحاوى والعمرانى فى البيان والرويانى فى البحر ما حاصله : لم يخل حال البهيمة من أن يكون معها مالكها أو لا ، فان لم يكن معها فلا ضمان عليـه فى الجوهرة ، لأنه غير ضامن لما جنته ، فلو سأله صاحب الجـوهرة بيـع البهيمة ليتوصل منها إلى جوهرته ، أو صيرورتهما معا فى ملكه لم يجبـر المالك على البيع .

وقال أبو حنيفة : إن كانت قيمة الجوهرة أكثر من قيمة البهيمة أجبر صاحبها على أخذ قيمتها وإن كانت قيمة الجوهرة أقل لم يجبر . وهذا فاسد ، استدلالا بقياسين أحدهما : أن ما لا يستحق تملكه باستهلاك الأقل لم يستحق تملكه باستهلاك الأكثر قياساً على كسرها إناء أو أكلها طعاما ـ والثانى ـ أنه لا يستحق تملكه مع تلف شيء لم يستحق تملكه مع بقائه ، قياسا على ما قيمته أقل .

وإن كان صاحبها معها كان ضامنا لها عندنا سواء كانت البهيمة شاة أو بعيراً وقال أبو على بن أبى هريرة : إن كانت البهيمة بعيراً ضمن ، وان كانت شاة لم يضمن ، وفرق بينهما بأن المألوف فى البعير النفور فلزم منعه ومراعاته، والمألوف فى الشاة السكون فلم يلزم منعها ومراعاتها ، وهذا خطأ عندالأصحاب لأن سقوط مراعاة الشاة إنما كان لأن المعهود منها السلامة ، فإذا أفضت إلى غير السلامة لزم الضمان كما أبيح للرجل ضرب زوجته وللمعلم ضرب الصبى لأن عاقبته السلامة ، فإذا أفضى إلى التلف ضمنا ، فإذا ثبت أن ذلك مضمون عليه نظر فى البهيمة فإن كانت غير مأكولة اللحم غرم القيمة لتحريم ذبحها وتعذر الوصول إليها ، وإن كانت مأكولة اللحم فعلى قولين . أحدهما : تذبح عليه وتؤخذ الجوهرة من جوفها ؛ والثانى : لا يجوز ذبحها وتؤخذ منه قيمة الجوهرة . فعلى هذا لو ماتت البهيمة أو ذبحها لمأكلة فوصل إلى الجوهرة رجع بها المالك ورد ما أخذه من القيمة .

ولنا بناء على ما تقدم ، وعلى ما وصل إليه الطب من عمل البنج للحيوان وإجراء جراحة بيطرية لاستخراج الجوهرة أنه يجوز ذلك ويبذل صاحب الجوهرة مؤنة الجراحة والنقاهة حتى تبرأ ، فإذا كان صاحبها مفرطا كان عليه ذلك . فإذا كان صاحب البهيمة مغتصبا للجوهرة على ما بنى المصنف فصله فالضمان عليه .

فرع إذا تبايعا بهيمة وابتلعت ثمنها فهذا على ضربين (أحدهما) أن يكون ذلك بعد قبض الثمن فالبيع صحيح ، سواء كان الثمن معيناً أو فى الذمة أجراه المشترى منه بالدفع ، ثم ينظر فى البهيمة فإن كانت فى يد

البائع فالثمن غير مضمون لأن ما جنته فى يده مضمون عليه والثمن ملك له . وعليه تسليم البهيمة ، فإن قدر على الثمن بموت أو ذبح اختاره المشترى لمأكله رد على البائع .

وإن كانت البهيمة فى يد المشترى فالثمن مضمون عليه للبائع ، فان كانت غير مأكولة غرم مثله ، وإن كانت مأكولة اللحم فهل تذبح لأخذ الثمن منها أم لا ؟ على ما مضى من القولين .

(والضرب الثانى) أن تبتلع الثمن قبل قبضه فهذا على ضربين (أحدهما) أن يكون فى الذمة لم يتعين بالعقد فالبيع لا يبطل ، وهو باق فى ذمة المشترى . ثم ينظر ، فإن كانت البهيمة عند ذلك فى يد المشترى فما ابتلعته غير مضمون على واحد منهما . أما البائع فلزوال يده بالتسليم . وأما المشترى فلأنه ماله ، وجناية البهيمة من ضمانه ، وإن كانت فى يد البائع فهو مضمون عليه ، فان كانت البهيمة مما لا تؤكل لزمه غرم مثله . فعلى هذا يكون له الثمن وعليه مثله .

وإن كانت البهيمة مأكولة فهل تذبح أم لا ؟ على القولين ، فإن قيل لا تذبح لزمه غرم مثل الثمن وتقاضاه ، ولا خيار للمشترى فى فسخ البيع لأن ذبح البهيمة قد استحق فى يد البائع ، وذلك عيب حادث وهو مضمون عليه فلأجله ما استحق المشترى خياراً به . وإن كان هو المستحق لما أوجب العيب .

(والضرب الثانى) أن يكون الثمن معيباً .

فإن كانت البهيمة غير مأكولة فالبيع باطل ؛ لأن تلف الثمن المعين قبل قبضه فبطل البيع وهو متعذر القدرة عليه كالتالف . ثم ينظر فإن كانت البهيمة فى يد المشترى فهو تالف من ماله والبائع غير ضامن له وعلى المشترى رد البهيمة على البائع ، فإن قدر على الثمن بموتها رد على المشترى ، وإن كانت فى يد البائع فالثمن مضمون عليه ويغرم مثله .

فـــرع إن غصب فصيلا ــ وهو ولد الناقة ســمى بذلك لفصــله أمه ــ فأدخله حظيرته فكبر حتى استحال خروجه من باب الحظيرة ، أجبر على نقض الباب أو البناء لرد الفصيل على ما مضى من نقض السفينة لرد اللوح ونقض المنارة لرد الحجر . أما إذا دخل الفصيل إلى داره من غــير تفريط منه بأن دخل الحظيرة فاختلط بفصلانها وكبر وتعذر إخراجه مــن الحظيرة ، نقض الباب أو البناء وعلى صاحب الفصيل إعادة الباب أو الحائط كما كان .

فإذا مرت بهيمة بقدر فول فأدخلت رأسها فيه فلم يخرج الا بكسر القدر أو ذبح البهيمة فلا يخلو حالها من أربعة أقسام (أحدها) أن يكون صاحب القدر متعدياً فى وضعها فى غير حق ــ بأن أشغل بها الطريق وعرضها لطريق المارة مكشوفة بغير غطاء ولا حراسة ــ وكان صاحب البهيمــة غير متعد فالواجب كسر القدر لتخليص البهيمة .

(والقسم الثانى) أن يكون صاحب البهيمة متعديا لإدخالها فى غير حق وصاحب القدر غير متعد فيكون تخليص البهيمة مضموناً على صاحبها لتعديه بها ، فإن كانت مما لا يؤكل كسرت القــدر لأن لنفس البهيمــة حــرمة فى حراستها ، ثم كسر القدر مضموناً على صاحبها ، وان كانت مما تؤكل فعلى قولين بناء على جواز ذبحها فى تخليص ما جنته .

(أحدهما) تذبح ويخرج رأسها من القدر ولا يجوز كسرها .

(والقول الثانى) لا يجوز ذبحها وتكسر القدر لتخليص رأســها ثم يضمن أرش كسرها .

(والقســـم الثالث) أن يكــون كل واحــد منهــما غــير متعــد فالتخليص مضمون على صاحب البهيمة لا بالتعدى ولكن لاستصلاح ملكه وعليه ضمان مؤنة ذلك فإن لم تكن البهيمة مأكولة كسرت القدر وضــمن كسرها ، فان كانت مأكولة فعلى قولين ، فى ذبحها أو كسر القدر وضمانه على صاحبها .

(والقسم الرابع) أن يكون كل واحد منهما متعديا فالتخليص مضمون عليهما لاشتراكهما فى التعدى كالمتصادمين ، فإن كانت البهيمة غير مأكولة كسرت القدر وضمن صاحب البهيمة نصف الكسر وأهدر النصف الباقى ، وإن كانت مأكولة فإن قيل لا يجوز ذبحها كسرت القدر وضمن صاحب البهيمة أرش القدر كله لا نصفه . فإن قال صاحب القدر : بل تذبح البهيمة لأضمن نصف النقص فى ذبحها ، نظر البادىء منهما يطلب التخليص ، فجعل ذلك فى جنبته .

فـــرع قال الشافعى : ولو باعه عبداً وقبضه المشترى ثم أقر البائع أنه غصبه من رجل ، فإن أقر المشترى نقضنا البيع ورددناه إلى ربه ، وقال فى موضع آخر وإن باعه وقبضه المشترى ثم أعتقه فقامت بينة بغصبه وكان المغصوب أو ورثته قياما رد العتق لأن البيع كان فاسداً ويرد إلى المغصوب . وإن لم تكن بينة وصدق الغاصب والمشترى المدعى أنه غصبه لم يقبل قول واحد منهما فى العتق ومضى العتق ورددنا المغصوب على الغاصب بقيمة العبد فى أكثر ما كان قيمته . وقال : ولو كان المشترى أعتقه ثم أقر هو والبائع أنه للمغصوب منه لم يقبل قول واحد منهما فى رد العتق وللمغصوب القيمة إن شاء أخذناها له من المشترى المعتق ، ويرجع المشترى المعتق على الغاصب بما أخذ منه لأنه أقر أنه باعه مالا يملك ، وهذا كما قال : إذا كان مشترى العبد قد أعتقه ثم أحضر من ادعاه ملكا وأن البائع أخذه غصباً كلف البينة قبل سؤالهما . ا هـ .

والعبد المغصوب بعد عتقه من مبتاعه له حق الله تعالى فى الحرية ، فلا يعاد إلى مالكه وإنما تعاد قيمته كأى شىء اغتصبه ثم باعه وتلف فى يد المشترى ، فان المالك يرجع على الغاصب أو المشترى . وللمشترى أن يرجع على البائع لأنه غره فان كان عالما بالغصب لم يرجع على الغاصب .

فـــرع إذا أودع العبد عند مالكه أو رهنه إياه أو كان مما يستأجر فأجره وقبضه منه بالوديعة أو بالرهن أو بالأجرة ثم تلف عنده نظر ، فان علم بعد قبضه أنه ماله برىء العبد من ضمانه ، وإن لم يعلم نظر ،

فإن كان تلفه على وجه يوجب الضمان على المودع والمرتهن المستأجر برىء الغاصب من ضمانه لكونه مضموناً عليه ، وإن كان تلفه على وجه لا يوجب الضمان فى هذه الأحوال ، ففى براءة الغاصب منه وجهان .

(أحدهما) يبرأ منه لعودته إلى يد مالكه .

(والوجه الثانى) لا يبرأ منه لأن خروجه من يده إما نيابة عنه أو أمانة منه ، فلم تزل يده فكان على ضمانه . فلو أن الغاصب خلطه بمال المالك فتلف والمالك لا يعلم به ، فان لم يكن المال فى يد المالك فالضمان باق على الغاصب، وإن كان فى يده فان تلف باستهلاك المالك برىء منه الغاصب ، وإن تلف بعد استهلاكه كان فى براءته منه وجهان .

أما حبس الحر سواء عاش أو مات فسوف يأتى حكمه إن شاء الله تعالى فى الجنايات والحدود .

وأما كلب المنفعة ككلب الصيد أو الحراسة ، فإنه يجرى فيه ما يجرى فى البهائم المستأجرة لظهرها أو لعملها فى الحقول والفارق أنها غير مأكولة كبعض الدواب التى لا تؤكل .

فـــرع قال الشافعى : فإن أراق له ــ أى للذمى ــ خمراً أو قتل له خنزيرا فلا شىء عليه ولا قيمة لمحرم لأنه لا يجرى عليه ملك . وأما التملك بالخمر والخنزير فمعصية ، والقول فيها كالقول فى الصليب ولا شىء على متلفها مسلما كان أو ذميا وليس على مسلم أتلفــه أو على ذمى ضــمان ، ويعزران باتلافه على منازلهم أو بيعهم .

وقال أبو حنيفة : إن أتلفها على مسلم لم يضمن المتلف مسلما كان أو ذميا ، وإن أتلفها على ذمى ضمنها المتلف مســلما كان أو ذميــا ، فإن كان مسلماً ضمن قيمة الخمر والخنزير ، وإن كان ذميا ضمن مثل الخمر وقيمة الخنزير استدلالا من وجوب ضمانها للذمى بما روى أن عمر رضى الله عنه كتب إلى أبى موسى الأشعرى وإلى سمرة بن جندب فى خمور أهل الذمــة أن لهم بيعها ، وأخذ العشر من أثمانها .

فكان الدليل من وجهين (أحدهما) أن جعل لها أثماناً والعقد عليها صحيحا ، (والثانى) أخذ العشر منها ، ولو حرمت أثمانها لحرم عشرها ، قال : ولأنه مشمول فى عرفهم فوجب أن يكون مضمونا باتلافه عليهم قياسا على غيره من أموالهم .

قالو : ولأنه من أشربتهم المباحة فوجب أن يكون مضمونا باتلافه عليهم كسائر الأشربة ، قالوا : ولأن ما كان متمولا عند مالكه ضمن بالإتلاف وإن لم يتمول عند متلفه قياسا على المصحف إذا أتلفه ذمى على مسلم .

ودليلنا ما رواه ابن أبى حبيب عن عطاء عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة « إن الله حرم عليكم ورسوله بيع الخمر وبيع الخنزير وبيع الأصنام وبيع الميتة ، فقال رجل : يا رسول الله ما ترى فى شحومها فإنها يدهن بها السفن ويستصبح بها فقال : قاتل الله اليهود حرم عليهم شحومها فجملوها فباعوها » فدل تحريمه لبيعه على تحريم ثمنه وقيمته ، ولأن المرجوع فى كون الشىء مالا إلى صفته لا إلى صفة مالكه ، لأن صفات الشىء قد تختلف فيختلف حكمه فى كونه مالا ويختلف مالكوه . فلا يختلف حكمه فى كونه مالا كالحيوان هو مال لمسلم وكافر ثم لو مات خرج من أن يكون مالا لمسلم أو كافر ثم لو دبغ جلده صار مالا لمسلم وكافر، فلما لم يكن الخمر والخنزير مالا لمسلم أو كافر ثم لو دبغ جلد الميتة صار مالا لمسلم وكافر : ويتحرر من هذا قياسان :

(أحدهما) أن كل ما ليس مالا مضمونا فى حق المسلم لم يكن مالا مضمونا فى حق الكافر كالميتة والدم ، وإن شئت قلت كل عين لم يصح أن تشتغل ذمة المسلم بثمنها لم يصح أن تشتغل ذمة المسلم بقيمتها أصله ما ذكرنا .

(والثانى) أن ما لم يستحقه المسلم من عوض الحكم لم يستحقه الكافر كالثمن ، ولأنه شراب مسكر فوجب أن لا يستحق على متلفه قيمته ، ولأن ما استبيح الانتفاع به من الأعيان النجسة إذا لم يملك الاعتياض عليه كالميتة،

فما حرم الانتفاع به من الخمر والخنزير أولى أن لا يملك الاعتياض عليه ، وتحريره قياسا أن ما حرم نفعا فأحرى أن يحرم عوضا من كافر على مسلم .

وأما الجواب عن حديث عمر وقوله : ولهم بيعها وخذ العشر من أثمانها فمن وجهين :

(أحدهما) أن معناه أن ولهم ما تولوه من بيعها ، ولا يعترض عليهم فيما استباحوه منها ، وخذ العشر من أثمانها أى من أموالهم وإن خالطت أثمانها بدليل ما أجمعنا عليه من بطلان ثمنها .

(والثانى) أنه محمول على العصير الذى يصير خمراً من باب إطلاق اسم ما سيئول إليه عليه قال تعالى : (قال أحدهما إنى أرانى أعصر خمراً) وتحريم بيعها خمراً متفق عليه بيننا وبينهم كاتفاقنا على إباحته عصيراً . وأما كونه متمولا فى عرفهم فمنتقض بموقوذة المجوس والعبد المرتد .

ولنا أدلة من السنة تفحم كل ذى مراء فحديث أنس عن أبى طلحة الذى ساقه المصنف هنا ورجال إسناده وأصله فى صحيح مسلم ورواه الترمذى والدارقطنى بلفظ : « يا رسول الله إنى اشتريت خمراً لأيتام فى حجرى فقال : أهرق الخمر واكسر الدنان » وأخرجه أحمد وأبو داود .

وحديث ابن عمر « أمرنى النبى صلى الله عليه وسلم أن آتيه بمدية وهى الشفرة فأتيته بها فأرسل بها فأرهفت ثم أعطانيها وقال اغد على بها ففعلت فخرج بأصحابه إلى أسواق المدينة وفيها زقاق الخمر قد جلبت من الشام ، فأخذ المدية منى فشق ما كان من تلك الزقاق بحضرته ثم أعطانيها ، وأمر الذين كانوا معه أن يمضوا معى ويعاونونى وأمرنى أن آتى الأسواق كلها فلا أجد فيها زق خمر إلا شققته ففعلت فلم أترك فى أسواقها زقا إلا شققته » رواه أحمد وأشار اليه الترمذى وذكره الحافظ ابن حجر فى الفتح معزواً إلى أحمد .

وقال الهيثمى فى مجمع الزوائد : إنه ، واه باسنادين فى أحدهما أبو بكر

ابن أبى مريم وقد اختلط فى الآخر وأبو طعمة وقد وثقه محمد بن عبد الله ابن عمار الموصلى وبقية رجاله ثقات وقد ترجم له البخارى فى صحيحه فقال : باب هل تكسر الدنان التى فيها خمر وتخرق الزقاق ويعلق ابن حجر على هذا فينفى أن المراد بهذا إتلاف الأوانى وإنما المقصود اراقة الخمر واهدار جرمها ، واتلاف الآنية جاء تبعا لذلك عقوبة لأصحابها .

فرع فى مذاهب المسلمين فى إتلاف ما ليس بمتقوم .

لو أتلف مسلم على ذمى خمراً أو خنزيراً فإنه لا يضمن عندنا لأنه مال غير متقوم ، وقال أبو حنيفة : يضمن ، وكذلك قال أصحابه رحمهم الله .

ووجه قولهم حديث النبى صلى الله عليه وسلم « فأعلموهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين » ولما كان للمسلم الضمان إذا غصب خله أو شاته أو هلك فى يد الغاصب فيلزم أن يكون للذمى الضمان إذا غصب منه خمره أو خنزيره ليكون لهم ما للمسلمين عملا بظاهر الحديث وقالوا فى المسئلة من حيث المعنى : إن بعض مشايخ المذهب قالوا : الخمر مباح فى حق أهل الذمة وكذا الخنزير ، فالخمر فى حقهم كالخل فى حقنا ، والخنزير فى حقهم كالشاة فى حقنا فى حق الإباحة شرعا ، فكان كل واحد منهما مالا متقوما فى حقهم .

ودليل الإباحة فى حقهم أن كل واحد منهم منتفع به حقيقة لأنه صالح لإقامة مصلحة البقاء والأصل فى أسباب البقاء هو الإطلاق ، إلا أن الحرمة فى حق المسلم تثبت نصاً غير معقول المعنى أو معقول المعنى لمعنى لا يوجد ههنا أو يوجد لكنه يقتضى الحل لا الحرمة وهو قوله تعالى (إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون) لأن الصد لا يوجد فى الكفرة والعداوة فيما بينهم واجب الوقوع ، لأنها سبب المنازعة والمنازعة سبب الهلاك ، وهذا يوجب الحل لا الحرمة فلا تثبت الحرمة فى حقهم .

وعلى هذا فعندهم فى وجوب الضمان وجهان :

(أحدهما) أن الخمر وإن لم يكن مالا متقوماً فى الحال فهى بغرض أن تصير مالا متقوماً فى الثانى بالتخلل والتخليل ووجوب ضمان الغصب والإتلاف معتمد كون المحل المغصوب والمتلف مالا متقوما فى الجملة ، ولا يقف على ذلك الحال . ألا ترى أن المهر والجحش وما لا منفعة له فى الحال مضمون بالغصب والإتلاف .

(والثانى) أن الشرع منعنا من التعرض لهم بالمنع عن شرب الخمر وأكل الخنزير ووجه ما ذهبنا إليه ومعنا مالك وأحمد وأصحابهما أن دليل عدم تقومه يؤخذ من وجوب رد العين أو مثلها ولا يقول أحد بأن المسلم يقدم لصاحب الخمر بدل المتلف خمراً أو فى الخنزير قيمته لقوله تعالى فى الخمر « رجس من عمل الشيطان » وصفة كونها هكذا ثابتة فى حق الناس كافة وصفة المحل لا تختلف باختلاف الشخص ، ولثبوت حرمة الخمر لعينها فتدور الحرمة مع العين وإذا كانت محرمة العين فإنها لا تكون مالا ، لأن المال ما يكون منتفعاً به حقيقة مباح الانتفاع به شرعا على الإطلاق ، وأما الإجابة على أن الضد لا يوجد فى الكفرة والعداوة فيما بينهم واجب الوقوع فإنا نقول إن الله تعالى بعث محمداً صلى الله عليه وسلم هادياً ورحمة فقال تعالى : « وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين » ولم يبعث صلى الله عليه وسلم إلا رحمة مهداة ، ثم إن الصحيح من الأقوال عند الحنفية أن الحرمة ثابتة فى حقهم كما هى ثابتة فى حق المسلمين ، لأن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة على ما عرف فى أصول الفقه .

فرع قال الشافعى : ولو كسر النصرانى صليباً ، فإن كان لشىء من المنافع مفصلا فعليه ما بين قيمته مفصلا أو مكسورا وإلا فلا شىء عليه . أما الصليب فموضوع على معصية لزعمهم أن عيسى عليه السلام قتل وصلب على مثله فاعتقدوا إعظامه طاعة والتمسك به قربة ، وقد أخبر الله تعالى بتكذيبهم فيه ومعصيتهم به ، ولا يجوز أن يقتحم أحد بيعهم وكنائسهم ولا أن يعطل لهم طقوسهم ماداموا لا يظهرون بها تحديا ولا يجاهرون بها إغاظة ولا يعد هذا إقرارا منا على ما يعتقدونه فإن جاهرونا بصليبهم نظر ، فإن كان

الإمام قد شرط عليهم فى عقد جزيتهم ترك المجاهرة به جاز فى الإنكار عليهم تفصيل الصليب وكسره رفعاً لما أظهروه من مخالفة عقد الذمة ، وإن لم يشترط ذلك عليهم وجب الاقتصار على الانكار فى حال المجاهرة ولا يتجاوز الإنكار إلى كسره ، وقد حمى الإسلام الحنيف أهل الذمة وعاشت فى ظله ديانات اليهود والنصارى بعد أن كان يضطهد بعضهم بعضا ، ويقتل بعضهم بعضاً لما بينهم من ملل يعادى بعضها بعضا فأقر بينهم السكينة والوئام والسلام وترك لهم حرية الاعتقاد عملا بقوله تعالى « وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله » .

وبلغ من تسامح المسلمين وحسن معاملتهم أن الكنائس التى فر أهلها إلى الصحارى القصية وشعف الجبال ومغاراتها أخذوا يبنونها فى المدن والقرى ، بل إن المجاهدين من السلف كانوا يتخيرون أحيانا المواقع التى بها كنيسة مثلا فيتخذون من جوارها مدينة يجعلونها حاضرة أو عاصمة لحكمهم كمدينة تونس بكسر النون قولا واحداً سميت كذلك لأن عقبة بن نافع الفهرى فاتح المغرب كان يسمع قرب معسكره أنغام القسس وهم يترنمون فى الليل بترانيمهم فقال : هذه البقعة تونس بحذف الهمزة فسميت بذلك .

فرع قال صاحب البدائع الحنفى : ولو غصب مسلم من نصرانى صليباً فهلك فى يده يضمن قيمته صليباً لأنه مقر على ذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان فتح قفصا عن طائر نظرت ، فان نفره حتى طار ضمنه لأن تنفير الطائر بسبب ملجىء الى ذهابه فصار كما لو باشر اتلافه وان لم ينفره ـ نظرت فان وقف ثم طار ـ لم يضمنه ، لأنه وجد منه سبب غير ملجىء ووجد من الطائر مباشرة ، والسبب اذا لم يكن ملجئا واجتمع مع المباشرة سقط حكمه ، كما لو حفر بئراً فوقع فيها انسان باختياره ، فان طار عقيب الفتح ففيه قولان :

(احدهما) لا يضمن لأنه طار باختياره فاشبه اذا وقف بعد الفتح ثم طار .

(والثانى) يضمن لأن من طبع الطائر النفور ممن قرب منه ، فاذا طار عقيب الفتح كان طيرانه بنفوره منه فصار كما لو نفره .

(فصـــل) وان وقع طائر لغيره على جدار فرماه بحجر فطار لم يضمنه لأن رميه لم يكن سبباً لفواته ، لأنه قد كان ممتنعاً وفائتاً من قبل أن يرميه ، فان طار فى هواء داره فرماه فاتلفه ضمنه ، لأنه لا يملك منع الطائر من هواء داره فصار كما لو رماه فى غير داره .

(فصـــل) وان فتح زقا فيه مائع فخرج ما فيه ـ نظرت ، فان خرج فى الحال ـ ضمنه ، لأنه كان محفوظاً بالوكاء فتلف بحله فضمنه . وان خرج منه شىء فابتل أسفله أو ثقل به أحد جانبيه فسقط وذهب ما فيه ضمنه ، لأنه ذهب بعضه بفعله وبعضه بسبب فعله فضمنه ؛ كما لو قطع يد رجـــل فمات منه ، وان فتحه ولم يخرج منه شىء ثم هبت ريح فسقط وذهب ما فيه لم يضمن لأن ذهابه لم يكن بفعله فلم يضمنه ، كما لو فتح قفصاً عن طائر فوقف ثم طار ، أو نقب حرزاً فسرق منه غيره ، وان فتح زقا فيه جامد فذاب وخرج ففيه وجهان :

(احدهما) لا يضمنه ، لانه لم يخرج عقيب الحل ، فصار كما لو كان مائعا فهبت عليه الريح فسقط .

(والثانى) انه يضمن وهو الصحيح ، لأن الشـــمس لا توجب الخروج ، وانما تذيبه والخروج بسبب فعله فضمنه كالمائع اذا خرج عقيب الفتح .

وان حل زقا فيه جامد وقرب اليه آخر ناراً فذاب وخرج ، فقد قال بعض أصحابنا : لا ضمان على واحد منهما ، لأن الذى حل الوكاء لم توجد منه عند فعله جناية يضمن بها وصاحب النار لم يباشر ما يضمن فصارا كسارقين نقب أحدهما الحرز واخرج الآخر المال ، فانه لا قطع على واحد منهما ، وعنـــدى أنه يجب الضمان على صاحب النار ، لأنه باشر الاتلاف بادناء النار فصار كما لو حفر رجل بئراً ودفع فيها آخر انساناً ؛ وأما السارق فهو حجة عليـــه لأنا أوجبنا الضمان على من أخرج المال فيجب أن يجب الضـــمان ههنا على صاحب النار . وأما القطع فلا يجب عليهما ، لأنه لا يجب القطع الا بهتك الحرز، والذى أخذ المال لم يهتك الحرز والضمان يجب بمجرد الاتلاف وصاحب النار قد أتلف فلزمه الضمان .

(فصـــل) وان فتح زقا مستطى الرأس فاندفع ما فيه فخرج فجاء آخر فنكسه حتى تعجل خروج ما فيه ؛ ففيه وجهان :

(احدهما) يشتركان فى ضمان ما خرج بعد التنكيس كالجارحين .

(والثانى) أن ما خرج بعد التنكيس يجب على الثانى كالجارح والذابح .

(فصـــل) وان حل رباط سفينة ففرقت نظرت ، فان غرقت فى الحال

ضمن لأنها تلفت بفعله ، وان وقفت ثم غرقت ، فان كان بسبب حادث كريح هبت لم يضمن ، لأنها غرقت بغير فعله . وأن غرقت من غير سبب حادث ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يضمن ، كالزق اذا ثبت بعد فتحه ثم سقط .

(والثانى) أنه يضمن ، لأن الماء أحد المتلفات .

(فصـــل) اذا أجج على سطحه نارا فطـــارت شرارة الى دار الجار فأحرقتها ، أو سقى أرضه فنزل الماء الى أرض جاره فغرقها ، فان كان الذى فعله ما جرت به العادة لم يضمن لأنه غير متعد . وان فعل ما لم تجر به العادة بأن أجج من النار ما لا يقف على حد داره أو سقى أرضه من الماء ما لا تحتمله ضمن لأنه متعد .

(فصـــل) اذا ألقت الريح ثوبا لانسان فى داره لزمه حفظه . لأنه أمانة حصلت تحت يده ، فلزمه حفظها كاللقطة ، فان عرف صاحبه لزمه اعـــلامه فان لم يفعل ضمنه ، لأنه أمسك مال غيره بغير رضاه من غير تعريف فصـــار كالغاصب . وان وقع فى داره طائر لم يلزمه حفظه ولا اعلام صاحبه ، لأنه محفوظ بنفسه ، فان دخل الى برج فى داره طائر فأغلق عليه الباب ـ نظرت . فان نوى امساكه على نفسه ـ ضمنه لأنه أمسك مال غيره فضمنه كالغاصب ، وان لم ينو امساكه على نفسه لم يضمنه لأنه يملك التصرف فى برجه فلا يضمن ما فيه) .

الشرح الأحكام : قال الشافعى : ولو حل دابة أو فتح قفصا عن طائر فوقف ثم ذهب لم يضمن لأنهما أحدثا الذهاب .

وصورة ذلك أن رجلا حل دابة مربوطة أو فتح قفصاً عن طائر محبوس فشردت الدابة وطار الطائر فهذا على ضربين :

(أحدهما) أن يكون شرود الدابة وطيران الطائر بتهييجه وتنفيره ، فعليه الضمان إجماعا وإنما لزمه الضمان وإن كان الحل سببا والطيران مباشرة لأنه قد ألجأه بالتنفير والتهييج الى الطيران ، واذا انضم الى السبب الجاء تعلق الحكم بالمسبب الملجىء سقط حكم الفاعل كالشاهدين على رجل بالقتل إذا اقتص منه الحاكم بشهادتهما ثم رجعا تعلق الضمان عليهما دون الحاكم ، لأنهما الجآه بالشهادة فسقط حكم المباشرة .

(والثانى) أن لا يكون منه تهييج ولا تنفير فللدابة والطائر حالتان :

(إحداهما) إن مكثا بعد حل الرباط وفتح القفص زمانا فلا ضمان عليه لانفصال السبب عن المباشرة . وبه قال أبو حنيفة ، وقال مالك : عليه الضمان . وكذلك قال أحمد .

ووجهة قول أبى حنيفة أن الفتح ليس باتلاف مباشرة ولا تسبيبا ، أما المباشرة فظاهرة الانتفاء ، وأما التسبب فلأن الطير مختار فى الطيران لأنه حى وكل حى له اختيار فكان الطيران مضافا إلى اختياره والفتح سببا محضا فلا حكم له كما إذا حل القيد عن عبد إنسان حتى بقى أنه لا ضمان عليه لما قلنا كذا هذا بخلاف شق الزق الذى فيه وهو مائع لأن المائع سيال بطبعه بحيث لا يوجد منه الاستمساك عند عدم المانع إلا على نقض العادة فكان الفتح سببا للتلف فيجب الضمان ، وعلى هذا الخلاف إذا حل رباط الدابة أو فتح باب الإصطبل حتى خرجت الدابة وضاعت .

(والحال الثانية) أن تشرد الدابة ويطير الطائر فى الحال من غير لبث ، ففى الضمان لأصحابنا وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى إسحاق المروزى وأبى على بن أبى هريرة : عليه الضمان لاتصاله بالسبب . وهو قول محمد بن الحسن (والثانى) وهو ظاهر نص الشافعى فى كتاب اللقطة : لا ضمان عليه لعدم الإلجاء وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف .

واستدل مالك ومن تابعه على وجوب الضمان بالسبب متصلا ومنفصلا بأن أسباب التلف المضمونة كحفر البئر وفتح القفص سبب للتلف فوجب أن يتعلق به الضمان ، ولأن كل ما تعلق به الضمان مع اتصاله بسببه جاز أن يتعلق به الضمان مع انفصاله عن سببه كالجارح يضمن إن تعجل التلف أو تأجل .

ودليلنا هو أن للحيوان اختيارا يتصرف به لما شاهد عيانا من قصده

لمنافعه واجتنابه لمضاره ، ثم لما قد استقر حكما من تحريم ما قد صاده باسترساله وتحليل ما صاده باسترسال مرسله ، فإذا اجتمع السبب والاختيار تعلق الحكم على الاختيار دون السبب كملقى نفسه مختاراً من شاهق يسقط الضمان عن بانى الشاهق أو فى بئر يسقط عن حافرها وطيران الطائر باختياره لأنه غير ملجأ،وقد كان يجوز بعد فتح القفص أن لا يطير ، فوجب إذا طار بعد الفتح أن لا يتعلق بالفتح ضمان ؛ ولأن طيران الطائر بفتح القفص كهرب العبد المحبوس إذا فتح حبسه فكما أن فاتح الحبس لا يضمنه إن هرب كذلك فاتح القفص لا يضمن الطائر اذا طار ، ولأن مثابته من فتح القفص عن طائر حتى طار بمثابة من هتك حرمة مال حتى سرق ، ثم كان كما لو فتح باب دار فيها مال فسرق لم يضمنه . وكذلك القفص إذا فتح بابه حتى طار طائر لم يضمن ، ولأن فتح القفص يكون تعدياً على القفص دون الطائر ، بدليل أنه لو مات الطائر فى القفص بعد فتحه لم يضمنه ، وما انتفى عنه التعدى لم يضمن به .

فأما الجواب عن استدلالهم بأن أسباب التلف مضمونة لحافر البئر يضمن ما سقط فيها فهو أنهما سواء ، وذلك أن من طبع الحيوان توقى المتالف . فإذا سقط فى البئر دل على أن سقوطه بغير اختياره فضمن الحافر ، ولو علمنا أنه سقط باختياره بإلقاء نفسه عمداً سقط الضمان عن الحافر ، والطير مطبوع على الطيران عند القدرة إلا فى أوقات الاستراحة ، فإذا طار دل على أن طيرانه باختياره فسقط الضمان عن فاتح القفص . ولو علمنا أنه طار بغير اختياره بالإلجاء والتنفير وجب الضمان على فاتح القفص فكانا سواء .

فأما استدلالهم باستواء الأسباب فيما تعجل بها التلف أو تأجل ؛ فلأصحابنا فى ضمانه إذا طار عقيب الفتح وجهان :

(أحدهما) لا يضمنه ، فعلى هذا سقط السؤال فيه (الثانى) يضمنه ، فعلى هذا يكون الفرق بين أن يطير فى الحال فيضمن ، وبين أن يطير بعد زمان فلا يضمن هو أن الطير مطبوع على النفور من الإنسان .

قال الماوردى : فإذا طار فى الحال علم أنه طار لنفوره منه فصار كتنفيره

إياه وإذا لبث زماناً لم يوجد منه النفور فصار طائراً باختياره ؛ فأما اذا أمر طفلا أو مجنوناً بإرسال طائر فى يده فأرسله فطار فهو كفتحه القفص فى أنه اذا نفره أو أمر الطفل بتنفيره ضمن ، وان لم ينفره ولبث زماناً لم يضمنه ، وإن طار فى الحال فعلى وجهين ، ولو كان ساقطا على برج أو جدار فرماه بحجر فنفره فطار من تنفيره لم يضمنه لأنه قبل التنفير لم يكن مقدوراً عليه .

فـــرع إذا رمى رجل حجراً فى هواء داره فأصاب طائراً فقتله ضمنه سواء تعمد قتله أو لم يتعمده ، لأنه وإن لم يتعد بالرمى فى هـواء داره فليس له منع الطائر من الطيران فى هوائه ، فصار كما لو رماه من غـير هوائه وخالف دخول البهيمة إذا منعها بضرب لا تخرج الا به أنه لا يضمنها .

فـــرع اذا فتح رجل مراح غنم فرعت زرعا فان كان الفاتح مالكها ضمن الزرع ، وان كان غيره لم يضمن ؛ لأنه لا يلزمه حفظها ، وكذلك لو حل دابة مربوطة فأكلت شعيراً أو فولا لم يضمن لأن الدابة هى المتلفة دونه وكذا لو كسرت اناء لم يضمنه لما عللناه .

فـــرع قال الشافعى : ولو حل زقا [1] أو راوية فاندفقا ضمن الا أن يكون الزق يثبت مستنداً وكان الحل لا يدفع ما فيه ثم سقط بتحريك أو غيره فلا يضمن لأن الحل كان ولا جناية فيه .

وصورتها فى زق قد أوكى على ما فيه فحل الوكاء حتى ذهب ما فى الزق، فلا يخلو حال ما فيه من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكون من أرق المائعات قواماً وأسرعها ذهاباً كالخل والزيت واللبن فهذا على ضربين .

(أحدهما) أن يكون فم الزق منكسا فعليه ضمان ما فيه ، لأن الذائب مع التنكيس لا يبقى ، فكان هو المتلف له .

---

(١) الزق قارورة من الجلد يسميها عامة الحجاج زمزمية ، والوكاء الرباط ، ومنه حديث « هاتوا سبع قرب لم تحلل أو كيتهن » وحديث « العين وكاء السه » والسه الاست أو المقعدة من الانسان .

(والضرب الثـانى) أن يكون فم الزق مسـتعليا فهـذا على ضربين (أحدهما) أن يميل فى الحال فيذهب ما فيه فعليه ضمانه لأنه متماسك بوكائه فإذا كان بالحل تألفا ، وليس كالدابة اذا حلها لأن للدابة اختياراً (والثانى) أن يلبث بعد الحل متماسكا زمانا ثم يميل فيسقط فلا ضمان عليه وسواء كان الزق مستنداً أو غير مستند لأنه قد كان باقيا بعد الحل فعلم أن تلفه بغير الحل من هبوب ريح أو تحريك انسان .

(والقسم الثانى) أن يكـون ما فى الزق ثخين القـوام بطىء الذهاب كالدبس (العجوة بالعسل أو مربب التمر) والعسل القوى فإذا حل وكاءه فاندفع يسيرا بعد يسير حتى ذهب ما فيه ، فان كان مستعلى الرأس فلبث زمانا لا يتدفق شىء منه ثم اندفع فلا ضمان ، وإن اندفع فى الحال أو كان منكسا نظر ، فإن لم يقدر مالكه على استدراك سده حتى ذهب ما فيه فعليه الضمان وإن قدر على الاستدراك لسده ففى الضمان وجهان .

(أحدهما) عليه الضمان كما لو خرق ثوبه وهو قادر على منعه ، لزمه الضمان ولا يكون قدرته على الدفع اختيارا أو إبراء ، كذلك هاهنا .

(والوجه الثانى) لا ضمان عليه ، والفرق بينهما أنه فى القتل والتحريق، وفى حل لوكاء غيره متسبب والسبب يسقط حكمه مع القدرة على الامتناع منه كمن حفر بئرا فمر بها إنسان وهو يراها ويقدر على اجتنابها فلم يفعـل حتى سقط فيها لم يضمنه الحافر .

ولو كان الزق مستعلى الرأس وهو يندفع بعد الحل يسيرا يسيراً فجاء آخر فنكسه حتى تعجل خروج ما فيه فذهب فعلى الأول ضمان ما خـرج قبل التنكيس وفيما خرج بعده وجهان (أحدهمـا) أن ضـمانه عليهـما لاشتراكهما فى سبب ضمانه كالجارحين (والوجه الثانى) أن ضـمانه على الثانى وحده لسقوط السبب مع المباشرة فصار كالذابح بعد الجارح يسقط ببراءة الجارح ويتوجه للذابح .

(والقسم الثالث) أن يكون ما فى الزق جامداً كالسـمن والدبس إذا

جمدا ومربب الجزر والفواكه إذا جف ماؤهما وتبخر فيكشف بحل الوكاء أو بكشف الغطاء عن الاناء حتى تسطع عليه الشمس فيذوب ويذهب فإن كان الزق أو الاناء على حال لو كان ما فيها عند الحل أو الكشف ذائباً يعبأ فى زقه وإنائه فلا ضمان عليه ، وإن كان لا يعبأ لو كان ذائباً ففى ضمانه وجهان : (أحدهما) لا ضمان عليه لأن ذوبانه من تأثير الشمس لا من تأثير حله (والوجه الثانى) عليه الضمان لأن بحله إياه وكشفه أثرت فيه الشمس فكان الحل أقوى سببا فتعلق به الضمان .

فرع إذا أدنى من الجامد ناراً بعد كشف إنائه وحل وكائه فحمى فذاب وذهب فلا ضمان على واحد منهما . أما صاحب النار فلم يباشر بها ما يضمن به ؛ وأما كاشف الاناء وحال الوكاء فلم يكن فعله جناية يضمن بها . وصارا كسارقين ثقب أحدهما الحرز وأخرج الآخر المال لم يقطع واحد منهما ، لأن الأول هتك الحرز وبهتك الحرز لا يجب القطع .

(والثانى) أخذ مالا غير محرز وأخذ المال من غير حرز لا يوجب القطع؛ فإن قيل : لم يضمن إذا ذاب بالشمس فى أحد الوجهين ولم يضمن بالنار ؟ قيل : لأن طلوع الشمس معلوم ، فصار كالقاصد له ودنو النار غير معلوم ، فلم يصر قاصدا له ولكن لو كان كاشف الاناء وحال الوكاء هو الذى أدنى النار منه فذاب ضمن وجهاً واحدا بخلاف الشمس فى أحد الوجهين ، ولأن إدناء النار من فعله وليس طلوع الشمس من فعله ، وخالف حدوث ذلك من شخصين وصار كتفرده بهتك الحرز وأخذ ما فيه فى وجوب القطع عليه ولا يجب الضمان لو كان من شخصين ، بيد أن المصنف يقضى بأن عنده وجوب الضمان على صاحب النار قياسا على من حفر بئرا وجاء آخر فدفع إليها آخر ضمن صاحب البئر ، وفيما ذهب إليه المصنف عندى نظر والله أعلم بالصواب .

فرع وينبنى على ما تقدم أنه إذا حل رباط سفينة وترنحت فى أحضان الموج فغرقت فهذا على ضربين .

(أحدهما) أن يكون غرقها فى الحال من غير لبث فعليه الضمان لحدوث التلف بفعله .

(والضرب الثانى) أن يتطاول بها اللبث بعد الحل ثم تغرق بعد فهو على ضربين :

(أحدهما) أن يظهر سبب غرقها بحادث من ريح ــ أو موج فلا ضمان عليه لتلفها بما هو غير منسوب إليه .

(والضرب الثانى) أن لا يظهر حدوث سبب لتلفها ففي ضمانها وجهان :

(أحدهما) أنه لا يضمنها كما لا يضمن الزق إذا لبث بعد حله ثم مال .

(والوجه الثانى) عليه الضمان بخلاف الزق لأن الماء أحد المتلفات .

فــــرع إذا نصب رصيصاً من اللبن لحرقه (قمينة) حتى يجعــل آجُرّاً فى غير المكان المخصص والوقت المناسب اللذين جرت عادة النــاس بنصب الرصائص أو القمائن فيها كأن جاء فى أوقات امتلاء الأجران بحصاد الحقول فأوقد فى تنور اللبن بين الأجران أو وقت تعبئة القطن فى الأكياس فطارت شرارة من التنور إلى الأجران أو الأقطان فأحرقتها ضمن ما أتلف ، أما إذا أعد الرصيص فى أوانه ولم يكن وقت حصاد ولا جنى قطن ، وكان لآخر صومعة فيها تبن أو طعام فطارت شرارة أصابت ما فيها فاحترق فلاضمان عليه لأنه غير متعد ، وكذلك لو أروى أرضه فى دوره فتسربت المياه إلى حقل جاره لم يضمن لأنه غير متعد ، فإذا أرواها فى غــير دوره ــ وهو الوقت المخصص له بترتيب أصحاب الحق فى المياه ــ ثم تسربت إلى حقــل جاره فأتلفته كان عليه ضمان المتلف ، أما الثوب الذى حمله الريح من منشر الجار فألقاه فى بيته فقد أسلفنا القول فى الوديعة أنه وديعة يجب المبادرة إلى إعلام صاحبه به فإذا أخفاه أو تباطأ فى اعلام صاحبه أو تلكأ كان عليه ضـــمانه وانتقلت يده من الأمان إلى الضمان ، وإذا طار فلم يعلم به صاحب الدار حتى احترق بنار فى داره أو بهيمة أكلته لم يضمنه ، ولو علم به فإن لم يقدر

على منعها لم يضمن ، وإن قدر على منعها فعليه الضمان ، ولكن لو زاره عند حصول الثوب فى داره فتركه ، فإن كان مالكه غير عالم به فعليه إعلامه فإن لم يعلمه فهو ضامن ، وإن كان مالكه عالماً به فهو غير ضامن ، فإذا هبت ريح فاجتاحته فألقته بعيداً فإن لم يستطع منعه فلا ضمان ، وإن قدر على منعه من الريح فتركه ففى ضمانه وجهان :

(أحدهما) لا ضمان عليه لأنه لم يكن منه ما يضمن به .

(والثانى) عليه الضمان كما لو أكلته بهيمة يقدر على منعها ، فلو أن الثوب حين أطارته الريح وقع فى صبغ لصاحب الدار فانصبغ به فلا ضمان على واحد منهما لا على صاحب الثوب ولا على صاحب الصبغ لعدم التعدى منهما ، وفى حالة إمكان استخراج الصبغ من الثوب فاستخراجه ونقص الصبغ ونقص الثوب إن حدث نقص كل ذلك مهدر لا قيمة له فى ذمة واحد منهما والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) اذا اختلف الغاصب والمغصوب منه فى تلف المغصوب ، فقال المغصوب منه : هو باق . وقال الغاصب تلف فالقول قول الغاصب مع يمينه لانه يتعذر اقامة البينة على التلف وهل يلزمه البدل ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يلزمه لأن المغصوب منه لا يدعيه .

(والثانى) يلزمه لانه بيمينه تعذر الرجوع الى العين فاستحق البدل كما لو غصب عبداً فابق .

(فصـــل) وان تلف المغصوب واختلفا فى قيمته ، فقال الغاصب : قيمته عشرة . وقال المغصوب منه قيمته عشرون فالقول قول الغاصب ، لأن الأصل براءة ذمته فلا يلزمه الا ما اقر به كما لو ادعى عليه دينا من غير غصب فاقر ببعضه .

(فصـــل) وان اختلفا فى صفته فقال الغاصب : كان سارقا فقيمته مائة . وقال المغصوب منه : لم يكن سارقا فقيمته الف فالقول قول المغصوب منه لأن الأصل عدم السرقة . ومن اصحابنا من قال : القول قول الغاصب

لأنه غارم ، والأصل براءة ذمته مما زاد على المائة ، فان قال المغصوب منه : كان كاتباً فقيمته الف وقال الغاصب : لم يكن كاتباً فقيمته مائة ، فالقول قول الغاصب ، لأن الأصل عدم الكتابة وبراءة الذمة مما زاد على المائة ، فان قال المغصوب منه : غصبتنى طعاما حديثا ، وقال الغاصب : بل غصبتك طعاما عتيقا ، فالقول قول الغاصب ، لأن الأصل انه لا يلزمه الحديث فاذا حلف كان للمغصوب منه أن يأخذ العتيق لأنه انقص من حقه .

(فصـــل) وان غصبه خمراً وتلف عنده ثم اختلفا فقال المغصوب منه صار خلا ثم تلف فعليك الضمان وقال الغاصب بل تلف وهو خمر فلا ضمان على فالقول قول الغاصب ، لأن الأصل براءة ذمته ، ولأن الاصل انه باق على كونه خمراً .

(فصـــل) وان اختلفا فى الثياب التى على العبد المغصـوب . فادعى المغصوب منه انها له ، وادعى الغاصب انها له ، فالقول قول الغاصب لأن العبد وما عليه فى يد الغاصب فكان القول قوله والله اعلم) .

الشرح الأحكام : قال الشافعى : ولو غصبه جارية فهلكت فقال : ثمنها عشرة فالقول قوله مع يمينه .

(قلت) قد ذكرنا أن المغصوب مضمون بأكثر قيمته فى السوق والبدن ووقت الغصب إلى وقت التلف . وقال أبو حنيفة : هو مضمون بقيمته وقت الغصب اعتباراً بحال التعدى ، وهذا خطأ من وجهين :

(أحدهما) أن استدامة الفعل كابتدائه شرعا . أما الشرع فقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا » أى استداموا الإيمان ، وقال تعالى « اهدنا الصراط المستقيم » أى ثبتنا على الهداية إليه ، فاستوى حكم الابتداء والاستدامة فى الإخبار والطلب . وأما اللسان فهو أن مستديم الغصب يمين فى كل حال غاصباً . ويقال : قد غصب ، وإن كان قد تقدم من الغصب .

(والثانى) أن الغصب عدوان يوجب الضمان كالجناية ، فلما كانت براءة الجراح فى الجناية إلى تلف النفس توجب ضمان ما حدث بعد الجرح ، وجب أن يكون الحادث بعد الغصب فى حكم الموجود فى حال الغصب ، ثم هو فى الغصب أولى منه فى الجناية لبقـاء يده فى الغصب وارتفاعهـا فى

الجناية ، وفيما ذكرناه من المعانى الماضية فى نمو البدن وزيادته دليل كاف .

فإذا ثبت هذا واختلفا فى المغصوب فهو على ثلاثة أضرب :

(أحدها) أن يختلفا فى قيمته . (والثانى) أن يختلفا فى تلفه . (والثالث) أن يختلفا فى مثله ، فأما الضرب الأول وهو اختلافهما فى قيمته فعلى ضربين :

(أحدهما) أن يكون اختلافهما فى القيمة مع اتفاقهما على الصفة ؛ فيقول المغصوب منه : قيمة مالى ألف . ويقول الغاصب : قيمة مالك مائة فالقول قول الغاصب مع يمينه فى قدر قيمته لأمرين :

(أحدهما) إنكاره الزيادة ، والشرع فى الإنكار يجعل القول قول المنكر دون المدعى .

(والثانى) أنه غارم والقول فى الأصول قول الغارم .

فإن قيل : فكلا المعنيين يفسد بالشفيع والشفيع منكر وغارم . فالجواب عنه من وجهين :

(أحدهما) أن المشترى مالك فلم يكن للشفيع انتزاع ملكه إلا بقوله كما أن الغارم مالك ولا يغرم إلا بقوله .

(والثانى) أن المشترى فاعل الشراء فكان القول فيه قوله لأنه من صنعه، وكذلك الغاصب فاعل الغصب وهو من صنعه فكان القول فيه قوله ، فحل المشترى بهذين محل الغارم وسلم المعنيان .

فإن كان للمغصوب منه بينة على ما ادعاه من القيمة سمعت وهى شاهدان أو امرأتان وشاهد أو شاهد ويمين ، فإن شهدت بينة بإن قيمة المغصوب وقت الغصب أو وقت التلف أو فيما بين الغصب والتلف كذا حكم بها لأن الغاصب ضامن لقيمته فى هذه الأحوال كلها ، وإن شهدت بينة بأن قيمته كانت ألفاً

قبل الغصب لم يحكم بها لأن ما قبل الغصب غير مضمون على الغاصب لكن كان بعض أصحابنا يقول : إنه يصير لأجل هذه البينة القول قول المغصوب منه مع يمينه ، لأن الأصل بقاء هذه القيمة ما لم يعلم نقصها وهذا غير صحيح ، لأن ما قبل الغصب غير معتبر ، والبينة فيه غير مسموعة ولو جاز أن يصير القول بها قول المشهود له لجاز الاقتصار عليها من غير يمين ، فإن شهدت البينة بصفات المغصوب دون قيمته ليستدل بها على قدر القيمة لم يجز أن يحكم بها لأمرين :

(أحدهما) أن تقويم ما لا مثل له بالصفة باطل .

(والثانى) أن اختلافهما فى القيمة دون الصفة فلم تسمع البينة فى غير ما تداعياه واختلفا فيه .

(والضرب الثاني) أن يكون اختلافهما فى الصفة فهو على نوعين :

(أحدهما) أن تكون صفة زائدة .

(والثانى) أن تكون صفة نقص . فأما صفة الزيادة فترد دعوى المغصوب منه وصورتها . أن يقول المغصوب منه قيمة سيارتى ثلاثة آلاف لأنها مرسيدس أو كاديلاك تسع سبعة ركاب طراز ٧٥ . ويقول الغاصب قيمتها ألف لأنها مرسيدس أو كاديلاك تسع خمسة ركاب طراز ٦٠ فالقول قول الغاصب مع يمينه لا يختلف لوجود المعنيين فيه وهما الغرم والإنكار . وأما صفة النقص فهو دعوى الغاصب وصورتها أن يقول الغاصب قيمة السيارة التى غصبتها منك مائة لأنها مستهلكة ومحركها ضعيف وفراملها ناعمة وهى ماركة فيات أو فكسهول (طراز ٧٥) فيقول المغصوب منه قيمتها ألف لأنها ليست مستهلكة ومحركها سليم وفراملها قوية ففيه وجهان لاختلاف المعنيين :

(أحدهما) أن القول قول الغاصب مع يمينه تعليلا بغرمه .

(والثانى) القول قول المغصوب منه مع يمينه تعليلا بإنكاره .

(وأما الضرب الثانى) وهو اختلافهما فى تلفه فصورته أن يقول المغصوب منه سيارتى باقية فى يدك ويقول الغاصب ، قد تلفت وذهبت أجـزاؤها فى (وكالة البلح) [1] فالقول قول الغاصب مع يمينه ثم فيه وجهان .

(أحدهما) أنه لا شىء عليه للمغصوب منه ما لم يصدقه على تلفها ، لأنه لا يدعى القيمة وإنما يدعى عينها وقد حلف الغاصب على تلفها .

(والوجه الثانى) أن عليه القيمة للمغصوب منـه لأنه وإن كان منكراً للتلف فيمين الغاصب ما تلفت ولا قدرة له عليها فصـارت كالتالفـة يلزم الغاصب قيمتها مع بقاء عينها إذا كانت باقية .

(وأما الضرب الثالث) وهو اختلافهما فى مثله فعلى ثلاثة أضرب .

(أحدهما) أن يختلفا فى صفات المثل كقول المغصوب منه غصبتنى طعاما حديثا فيقول الغاصب بل طعاماً عتيقاً أو قديماً فالقول قول الغاصب مع يمينه تعليلا بالمعنيين من الإنكار والغرم ، ثم للمغصوب منه أن يتملك ذلك لأنه أنقص من حقه الذى يدعيه .

(والضرب الثانى) أن يختلفا فى أصل المثل كقول المغصوب منه ، لما غصبته مثل ، وقول الغاصب ، ليس له مثل فلا اعتبار باختلافهما ويرجع فيه إلى اجتهاد الحكام ، فإن حكموا له بمثل طولب به ، وإن حكموا فيه بالقيمة أخذت منه .

(والضرب الثالث) أن يختلفا فى وجود المثل كقول المغصوب منه ، المثل موجود وقول الغاصب بل المثل معدوم ، فيكشف الحاكم عن وجوده ويقطع تنازعهما فيه ، فإن وجده ألزم الغاصب دفع المثل رخيصاً كان أو غالياً ، وإن عدمه خير المغصوب منه بين أن يصير إلى وجود المثل فإن تعجل أخذ القيمة

---

(1) سوق على شاطىء النيل فى الشمال الغربى من مدينة القاهرة كانت تنزل من مرسـاه التمور الواردة من الصعيد الأعلى على عهد المماليك وهو اليوم سوق تباع فيه أجزاء السيارات القديمة وغيرها من الآلات .

ثم وجد المثل بعد ذلك فلا حق له فيه وقد استقر ملكه على ما آخذ من قيمته بخلاف الرقيق إذا أخذت قيمته ثم وجد ، والفرق بينهما أن قيمة الآبق أخذت عند الإياس منه فلزم ردها بعد القدرة عليه ، وقيمة المثل أخذ مع العلم بالقدرة عليه من بعد فلم يلزم ردها بعد القدرة عليه ، وإن جهد إلى وجود المثل ثم رجع مطالباً بالقسمة قبل الوجود فذلك له لتعجل حقه بخلاف السلم فى الشيء إلى مدة تنقطع فيها فرضى المسلم بالصبر إلى وجوده فلا يكون له الرجوع قبله . والفرق بينهما أن تقدير وجود السلم عيب فإذا رضى به لزمه ذلك بالعقد . وصبر المغصوب منه إلى وجود المثل إنظار وتأجيل تطوع به فلم يلزم .

فرع ولو غصب رجل عصيراً فصار فى يده خلا رجع به المغصوب منه وينقص إن حدث فى قيمته ، ولو صار العصير خمراً رجع على الغاصب بقيمته عصيراً لأن الخمر لا قيمة له ، وهل له أخذ الخمر أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) ــ وهو قول أبى إسحاق الاسفراييني ــ أنه ليس له أخذه لوجوب إراقته وإتلافه (والوجه الثانى) : له أخذه لأنه قد شفع بإراقته فى بئر أو مسقى حيوان ، فلو صار الخمر فى يد الغاصب خلا رجع به المغصوب منه ، وفى رجوعه عليه بالقيمة وجهان كنقص المرض إذا زال أحدهما : يرجع بالقيمة لوجوبها . والثانى ــ لا يرجع عليه لعدم استقرارها .

وإذا غصبه خمرا فصار فى يده خلا صار حينئذ مضموناً عليه لكونه خلا ذا قيمة ، فلو اختلط بعد تلفه فقال المالك : صار خلا فعليك ضمانه ، وقال الغاصب : بل تلف فى يدى خمرا على حاله فالقول قول الغاصب مع يمينه اعتبارا ببراءة ذمته . فلو صار الخمر بعد غصبه خلا ثم عاد الخل فصار خمراً ضمنه مع بقاء عينه لأنه بمصيره خمراً قد صار تالفاً ، فلو عاد ثانية فصار خلا رد على المغصوب منه ، وهل يضمن قيمته مع رده ؟ على وجهين .

(أحدهما) لا ضمان عليه لعوده إلى ما كان عليه .

(والوجه الثانى) عليه الضمان لاستقراره عليه فلم يسقط عنه .

فــرع في كلام أصحاب أبي حنيفة في اختلاف الغاصب والمغصوب

إذا قال الغاصب : هلك المغصوب في يدي ولم يصدقه المغصوب منــه ولا بينة للغاصب قال صاحب البدائع : فإن القاضي يحبس الغاصب مدة لو كان قائماً لأظهره في تلك المدة ثم يقضي عليه بالضمان .

(قلنا) وذلك لأن الحكم الأصلي للغصب هو وجوب رد عين المغصوب والقيمة خلف عنه ، فما لم يثبت العجز عن الأصل لا يقضى بالقيمة التي هي خلف .

ولو اختلفا في أصل الغصب أو في جنس المغصوب ونوعه أو قدره أو صفته أو قيمته وقت الغصب فالقول في ذلك كله قول الغاصب لأن المغصوب منه يدعي الضمان عليه وهو ينكر فكان القول قوله . إذ القول في الشرع قول المنكر ، ولو أقر الغاصب بما يدعي منه المغصوب منه وادعى الرد عليــه لا يصدق إلا ببينة ، لأن الإقرار بالغصب إقرار بوجود سبب وجود الضمان منه ، فهو بقوله رددت عليك يدعي انفساخ السبب فلا يصدق من غير بينة .

ولو أقام المغصوب منه البينة أنه غصب الدابة ونفقت عنده وأقام الغاصب البينة أنه ردها إليه وأنها نفقت عنده فلا ضمان عليه لأن من الجائز أن شهود المغصوب منه اعتمدوا في شهادتهم على اســتصحاب الحال لما أنهــم علموا بالغصب وما علموا بالرد فبنوا الأمر على ظاهر بقاء المغصوب في يد الغاصب إلى وقت الهلاك وشهود الغاصب اعتمدوا في شهادتهم بالرد حقيقة الأمر وهو الرد ، لأنه أمر لم يكن فكانت الشهادة القائمة على الرد أولى كما في شهود الجرح مع شهود التزكية .

وروى عن أبي يوسف أن الغاصب ضامن .

وإذا شهد شهود المغصوب منه أن الغاصب قتلها وشهد شهود الغاصب أنه ردها إليه فإن عليه الضمان لأن بينته لا ترد بينة المغصوب كما إذا قال

رجل لآخر : غصبنا منك ألفاً ثم قال : كنا عشرة ، قال أبو يوسف : لا يصدق وقال زفر : يصدق .

ووجه قوله أن قوله : غصبنا منك حقيقة للجمع والعمل بحقيقة اللفظ واجب وفى الحمل على الواحد ترك للعمل بالحقيقة فيصدق .

ووجه قول أبى يوسف : إن العمل بالحقيقة واجب ما أمكن ، وههنا لا يمكن ، لأن قوله : غصبنا ، إخبار عن وجود الغصب من جماعة مجهولين، فلو عملنا بحقيقته لألغينا كلامه ، ولاشك أن العمل بانجاز أولى من الإلغاء .

(فرع) فى كلامهم فى الاتلاف

لو كسر على إنسان بربطاً أو طبلا ــ وهما آلتا لهو ــ ضمن خشباً منحوتاً عند أبى حنيفة .

وقال فى المنتقى : خشباً ألواحاً . وعند محمد وأبى يوسف لا يضمن .

ووجه قول أبى حنيفة : أنه كما يصلح للهو يصلح للانتفاع به من وجه آخر ، فكان مالا متقوماً ، من ذلك الوجه ، وكذلك لو أراق لإنسان مسكراً أو مُنَصَّفا فهو على هذا الاختلاف فى الظرف وما فيه ، فقد تتخلل الخمر فتكون خلا والظرف يضمن على كل حال ، لأنه يستوعب ما يوضع من شراب غير مسكر أو ماء قراح أو شراب مسكر فيكون تحطيم الدن والقارورة وغيرهما من ظروف المائعات مضمونة على من يتلفها ، ولا شىء على من يريق الخمر عندنا لأنها لا ثمن لها كشأن كل جوهر حرم تعاطيه .

ووجه قول صاحبى أبى حنيفة : إن هذه آلة لهو وفساد ، يعنى لم تكن شيئاً متقوماً كالخمر فإنها لا تقوم ولو أخرق بساطا فيه تماثيل رجال ضمن قيمته مصوراً ، لأن التمثال على البساط ليس بمحظور ، لأن البساط يوطأ فكان النقش متقوماً . وسبحان ربك رب العزة عما يصفون وسلام على المرسلين والحمد لله رب العالمين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب الوديعـــة

الشرح يقال : ودعته أدعه ودعا تركته ، وأصل المضارع الكسر ومن ثم حذفت الواو ثم فتح لمكان حرف الحلق . قال بعض المتقدمين : وزعمت النحاة أن العرب أماتت ماضى يدع ومصدره واسم الفاعل ، وقد قرأ مجاهد وعروة ومقاتل وابن أبى عبلة ويزيد النحوى « ما ودعك ربك » بالتخفيف ، وفى الحديث « لينتهين قوم عن ودعهم الجمعات » . أى تركهم ، فقد رويت هذه الكلمة عن أفصح العرب ونقلت من طريق القراء ، فكيف يكون إماتة ، وقد جاء الماضى فى بعض الأشعار ، وما هـذه سبيله فيجوز القـول بقلة الاستعمال ، ولا يجوز القول بالإماتة ، ووادعته موادعة صالحته ، والاسم الوداع بالكسر . وودعته توديعاً والاسم الوداع بالفتح مثل سلم سلاماً وهو أن تشيعه عند سفره ، والوديعة فعيلة ، بمعنى مفعولة ، واودعت زيداً مالا دفعته إليه ليكون عنده وديعة وجمعها ودائع واشتقاقها من الدعة وهى الراحة ، أو أخذته منه وديعة ، فيكون الفعل من الأضداد لكن الفعل فى الدفع أشهر واستودعته مالا دفعته له يحفظه وديعة وقد ودع زيد بضم الدال وفتحها وداعة بالفتح والاسم الدعة وهى الراحة وخفض العيش والهاء عوض عن الواو .

والأصل فيها الكتاب والسنة والاجماع .

أما الكتاب

فقوله تعالى « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها » وقوله تعالى « فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذى أؤتمن أمانته » وقوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى » .

أما السنة فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » رواه أبو داود والترمذى من حديث أبى هريرة (رضى الله عنه) وقال : حديث حسن . وأخرجه الحاكم وصححه ، وفى إسناده طلق بن غنام عن شريك واستشهد له الحاكم بحديث أبى التياح عن أنس ، وفى إسناده أيوب بن سويد وهو مختلف فيه ، وقد تفرد به كما قال الطبرانى . وقد استنكر أبو حاتم وقد روى هذا الحديث أيضاً البيهقى ومالك .

وفى هذا الباب عن أبى بن كعب عند ابن الجوزى فى العلل المتناهية ، وفى إسناده من لا يعرف ، وأخرجه أيضاً الدارقطنى . وعن أبى أمامة عند البيهقى والطبرانى بسند ضعيف . وعن أنس عند الدارقطنى والطبرانى والبيهقى وأبى نعيم . وعن رجل من الصحابة عند أحمد وأبى داود والبيهقى ، وفى إسناده مجهول آخر غير الصحابى ، لأن يوسف بن ماهك رواه عن فلان آخر وقد صححه ابن السكن وعن الحسن مرسلا عند البيهقى .

قال الشافعى رضى الله عنه : هذا الحديث ليس بثابت ، وقال أحمد : هذا حديث باطل لا أعرفه من وجه يصح . وقال ابن الجوزى : لا يصح من جميع طرقه ، ولا يخفى أن ورود هذا الحديث بهذه الطرق المتعددة مع تصحيح إمامين من الأئمة المعتبرين لبعضها ، وتحسين إمام ثالث منهم مما يصير به الحديث منتهضاً للاحتجاج به .

وقوله « ولا تخن من خانك » فيه دليل على عدم جواز مكافأة الخائن بمثل فعله ، فيكون مخصصاً للعموم فى قوله تعالى « وجزاء سيئة سيئة مثلها » وقوله تعالى « وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به » وقوله تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » .

قال الشوكانى رحمه الله تعالى : إن الأدلة القاضية بتحريم مال الآدمى ودمه وعرضه عموما مخصص بهذه الآيات الثلاث ، والحديث مخصص لهذه الآيات ، فيحرم من مال الآدمى وعرضه ودمه ما لم يكن على طريق المجازاة فإنها حلال إلا الخيانة ولكن الخيانة إنما تكون فى الأمانة كما يشعر بذلك

كلام صاحب القاموس ا هـ على أن الأحاديث التى يثبت معها أداء الوديعة كثيرة سيأتى كثير منها فى فصول هذا الباب إن شاء الله .

وأما الاجماع فأجمع علماء كل عصر على جواز الإيداع والاستيداع والضرورة تقتضيها وبالناس إليها حاجة فإنه يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم ويحتاجون إلى من يحفظ لهم ، واشتقاق الوديعة من السكون يقال : ودع وديعة فكأنها ساكنة عند المودع مستقرة ، أو هى مشتقة من الخفض والدعة فكأنها فى دعة عند المودع وقبولها مستحب لمن يعلم من نفسه الأمانة، لأن فيها قضاء حاجة أخيه المؤمن ومعاونته والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(يستحب لمن قدر على حفظ الوديعة وأداء الأمانة فيها أن يقبلها لقوله تعالى ((وتعاونوا على البر والتقوى)) ولما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : : ((من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ، والله تعالى فى عون العبد مادام العبد فى عون أخيه)) . فان لم يكن من يصلح لذلك غيره وخاف ان لم يقبل أن تهلك تعين عليه قبولها ، لأن حرمة المال كحرمة النفس ، والدليل عليه ما روى ابن مسعود أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((حرمة مال المؤمن كحرمة دمه)) ولو خاف على دمه لوجب عليه حفظه ، فكذلك اذا خاف على ماله ، وان كان عاجزاً عن حفظها أو لا يأمن أن يخون فيها لم يجز له قبولها ، لأنه يغرر ويعرضها للهلاك ، فلم يجز له أخذها) .

الشرح حديث أبى هريرة رواه البخارى ومسلم عن ابن عمر ، وروى بعضه ابن ماجه وإسناده صحيح ورواه الترمذى بلفظ « المسلم أخو المسلم لا يخونه ولا يكذبه ولا يخذله ، كل المسلم على المسلم حرام ، دمه وماله وعرضه ، التقوى ههنا ، بحسب امرىء من الشر أن يحقر أخاه المسلم » قال الترمذى : حديث حسن .

أما حديث ابن مسعود رضى الله عنه فقد رواه أبو نعيم فى الحلية . قال فى الجامع الصغير : وهو غريب ضعيف ، وقد وردت أحاديث كثيرة بمعناه أظهرها ما جاء فى خطبة الوداع « إن الله حرم عليكم دماءكم وأموالكم

وأعراضكم كحرمة يومكم هذا فى بلدكم هذا فى شهركم هذا » واقتران المال والدم والعرض فى حرمتها وتشبيه الحرمة بحرمة مكة فى يوم الوقوف من شهر ذى الحجة يدل على صحة التساوى بين المال والدماء .

اما أحكام الفصل فقد اتفق الأئمة كلهم على أن الوديعة من القرب المندوب إليها. واتفقوا على أن حفظها فيه ثواب. وأن قبول حفظها أمانة محضة، وأن الضمان لا يجب على المودع إلا إذا تعدى ، وأن القول قوله فى تلفها وردها على الإطلاق مع يمينه على تفصيل سيأتى كما سيأتى ما اختلفوا فيه . أما إذا خاف على الوديعة التلف أو الضياع أو عدم القدرة على حمايتها وكان معرضا للغارة ، أو كان له غرماء ولا يأمن أن يستولوا عليها وفاء لحقهم ، أو كان لا يأمن أن تحدثه نفسه بالخيانة فيها ، وجب عليه بذل النصيحة لصاحبها ، ولا يجوز له قبولها ، حتى لا يغرر بها ويعرضها للهلاك فلم يجز له أخذها .

فرع حكى الدردير المالكى عن ابن عرفة فى حكم الوديعة من حيث ذاتها للفاعل والقابل مباحة وقد يعرض وجوبها لخائف فقدها الموجب هلاكه أو فقره إن لم يودعها مع وجود قابل لها يقدر حفظها وحرمتها كمودع شىء غصبه ولا يقدر القابل على جحدها ليردها إلى ربها أو للفقراء إن كان المودع مستغرق الذمة ولذا ذكر عياض فى مداركه عن بعض الشيوخ : أن من قبل الوديعة من مستغرق ذمة ثم ردها إليه ضمنها للفقراء ثم قال : وندبها حيث يخشى ما يوجبها دون تحققه ، وكراهتها حيث يخشى ما يحرمها دون تحققه ا هـ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يصح الايداع الا من جائز التصرف فى المال ، فان اودعه صبى او سفيه لم يقبل لأنه تصرف فى المال ، فلم يصح من الصبى والسفيه كالبيع ، فان أخذها منه ضمنها ، لأنه أخذ ماله من غير اذن فضمنه كما لو غصبه ، ولا يبرأ من الضمان الا بالتسليم الى الناظر فى ماله ، كما نقول فيما غصبه من ماله ، وان خاف المودع أنه ان لم ياخذ منه استهلكه فاخذه ففيه وجهان ، بناء على القولين فى المحرم اذا خلص طائراً من جارحة وامسكه

ليحفظه (أحدهما) : لا يضمن ، لأنه قصد حفظه (والثانى) : يضمن ؛ لأنه ثبتت يده عليه من غير ائتمان) .

الشرح الأحكام : يشتمل هذا الفصل على أمور :

(أولها) لا يجوز لأحد أن يقبل الوديعة إلا من جائز التصرف ، وكما عرفنا من قبل أنه العاقل البالغ .

(ثانيها) إذا أودعه من لا يجوز له التصرف فقبله منه ضمن الوديعة وانتقلت يده من يد أمينة إلى يد ضامنة كالغاصب .

(ثالثها) إذا أراد أن يبرىء ذمته بعد قبض الوديعة فإن عليه أن يسلمها إلى الناظر فى مال الصبى أو المحجور عليه .

(رابعها) إذا خشى على مال الصبى أو السفيه التلف أو الهلاك أو التبذير أو استهلاكه فى غير ما يصلح شأنه كان عليه أن يقبله صيانة له وحفظاً من الضياع ، كالمحرم إذا خلص طائراً من جارحة وأمسكه ابتغاء حفظه .

(خامساً) إذا قبله على هذا النحو فى الأمر الرابع هل عليه ضمانه أم لا ؟ فيه وجهان : (أحدهما) لا يضمن لأن أخذه كان ضرورة اقتضاها واجب حفظ المال وصيانته . (والثانى) وجب عليه الضمان . لأنه استقرت يده على الوديعة من غير توفر شرط الائتمان وهو يتسلمها من غير جائز التصرف فكان عليه الضمان كما أسلفنا فى الأمر الثانى ولا يزول عنه الضمان بردها إليه . وإنما يدفعها إلى وليه الناظر له فى ماله أو الحاكم .

فرع فى مذهب مالك : من استحفظ ولده أو زوجته غيره فلا يسمى وديعة عرفاً هكذا هو فى الشرح الصغير .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يصح الا عند جائز التصرف ، فان اودع صبياً او سفيها لم يصح الايداع لأن القصد من الايداع الحفظ ، والصبى والسفيه ليسا من اهل الحفظ ، فان أودع واحداً منهما فتلف عنده لم يضمن ، لأنه لا يلزمه

حفظه فلا يضمنه ، كما لو تركه عند بالغ من غير ايداع فتلف ، وان أودعه فأتلفه ففيه وجهان : (احدهما) : يضمن لأنه لم يسلطه على اتلافه فضمنه بالاتلاف ، كما لو أدخله داره فأتلف ماله . (والثانى) لا يضمن ، لأنه مكنه من أتلافه فلم يضمنه ، كما لو باع منه شيئاً وسلمه اليه فأتلفه) .

الشرح الأحكام . كما لا يجوز للعاقل المكلف الرشيد أن يقبل الوديعة من الصبى والسفيه حسبما أسلفنا من البيان،فإنه لا يجوز له أن يودع عند صبى أو سفيه أو مجنون لأن الإيداع مقصود للحفظ ، وهؤلاء ليسوا من أهل الحفظ وهم مفتقرون إلى من يحفظ لهم مالهم ، فلا يحفظون مال غيرهم.

فإذا أودع رجل عند صبى أو معتوه وديعة فتلفت فى يده لم يضمنها ، سواء حفظها أو فرط فيها ، فإن أتلفها أو أكلها أو استهلكها ضمنها فى ظاهر المذهب ، وبه قال القاضى من الحنابلة والخرقى وابن قدامة ، وذهب بعض الحنابلة ، وهو قول أبى حنيفة وبعض أصحابنا إلى أنه لا ضمان عليه ، لأن ربها سلطه على إتلافها بدفعها إليه ، فلا يلزمه ضمانها ؛ ألا ترى أنه لو دفع إلى صغير سكينا فوقع عليها كان ضمانه على عاقلته ؟

ولنا أن ما ضمنه بإتلافه قبل الإيداع ضمنه بعد الايداع كالبالغ ، ولا يصح قولهم : إنه سلطه على اتلافها لأنه استحفظه إياها ، وفارق دفع السكين فإنه سبب للإتلاف ، ودفع الوديعة بخلاف ذلك .

فـــرع إذا ترك ماله عند رجل عاقل من غير إيداع فتلف لا ضمان عليه ، كما لو أودعه ، ويفارق الإيداع من حيث التفريط ، فلو فرط فيه لم يضمنه فى ظاهر المذهب بخلاف المودع والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وتنعقد الوديعة بما تنعقد به الوكالة من الايجاب بالقـــول ، والقبول بالفعل ، وتنفسخ بما تنفسخ به الوكالة من العزل والجنون والاغمـاء والموت ، كما تنفسخ الوكالة ؛ لأنه وكالة فى الحفظ ، فكان كالوكالة فى العقـد والفسخ) .

الشرح الأحكام : وتتبع الوديعة الوكالة فى جوازها وانعقادها وفسخها ، فمن هنا لا تنعقد إلا بالإيجاب والقبول .

وصورة الايجاب أن يدفع الوديعة إليه ــ وهذا فعل ــ فإذا كانت سيارة فأدخلها مرساه أو حظيرته أو جراشه وقال له : هذه سيارتى عندك وديعة صح الايجاب . أما القبول فبأى لفظ دال على القبول يصح عقد الوديعة .

أما الفسخ فيجرى فيه ما يجرى فى فسخ الوكالة ، فإذا أراد المودع ردها انفسخ عقدها ، لأنه متبرع بالقبول . وإذا أراد ربها استردادها وفسخ عقدها كان له ذلك لأنه مالكها ، كما تنفسخ بجنون أحدهما أو موته أو إغمائه ، لأن استمرار العقد ينبغى أن تتوفر فيه شروط العقد ابتداء ، ويبطل العقد ما يمنعه ابتداء .

ففى حالة عزل الوديع نفسه يرد الوديعة إلى ربها ؛ وفى حالة الجنون أو الاغماء يردها إلى الناظر فى مال مالكها ، وفى حالة الموت يردها إلى وارثه ، فإن لم يفعل فقد زال الائتمان وصار ضامناً كالغاصب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل والوديعة امانة فى يد المودع ، فان تلفت من غير تفريط لم تضمن لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من أودع وديعة فلا ضمان عليه » وروى ذلك عن أبى بكر وعمر وعلى وابن مسعود وجابر رضى الله عنهم ، وهو اجماع فقهاء الأمصار ، ولأنه يحفظها للمالك فكانت يده كيده ؛ ولأن حفظ الوديعة معروف واحسان ، فلو ضمنت من غير عدوان زهد الناس فى قبولها ، فيؤدى الى قطع المعروف ، فان أودعه وشرط عليه الضمان لم يصر مضموناً لأنه امانة فلا يصير مضموناً بالشرط ، كالمضمون لا يصير امانة بالشرط .

وان ولدت الوديعة ولداً كان الولد أمانة ، لأنه لم يوجد فيه سبب يوجب الضمان لا بنفسه ولا بأمه ، وهل يجوز له امساكه ؟ فيه وجهان : (احدهما) لا يجوز بل يجب ان يعلم صاحبه ، كما لو القت الريح ثوباً فى داره (والثانى) يجوز لأن ايداع الأم ايداع لما يحدث منها) .

الشرح حديث عمر بن شعيب عن أبيه عن جده رواه الدار قطنى . وقال الحافظ ابن حجر : فيه ضعف ، وأخرجه الدارقطنى من طريق أخرى بلفظ « ليس على المستعير غير المغل ضمان ، ولا على المستودع غير المغل ضمان » وقال الدارقطنى : « إنما نروى هذا عن شريح غير مرفوع » قال الحافظ ابن حجر : فى إسناده ضعيفان .

وقد روى ابن ماجه عن ابن عمرو بلفظ « من أودع وديعة فلا ضمان عليه » وفى إسناده المثنى بن الصباح وهو متروك ، وتابعه ابن لهيعة فيما ذكره البيهقى . وأخرج أبو داود والترمذى وحسنه وابن حبان وصححه من حديث أبى أمامة الباهلى رضى الله عنه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول فى حجة الوداع « العارية مؤداة ، والزعيم غارم » .

وحديث الفصل الذى رواه الدارقطنى يتجه ضعفه إلى ما اشتهر بين المحدثين من أن عمرو بن شعيب يروى عن أبيه وأبوه شعيب يروى عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص ، وفى سماع شعيب من جده نظر ، وقد أثبت السماع فى حاشيتى على تفسير القرآن للعلامة صديق خان المسمى « بفتح البيان فى مقاصد القرآن » الصادرة عن مطبعة الامام .

وشعيب هو ابن محمد بن عبد الله بن عمرو ، فالضمير فى جده يعود على شعيب لا على عمرو ، ويمكن حمل الضمير على عمرو وصرف الجد إلى عبد الله لأن جد الأب جد ، والمدار على ثبوت لقاء شعيب لجده وسماعه منه ، وليس منصرفاً إلى جده محمد بن عبد الله بن عمرو ، وقد ثبت لقاء شعيب بجده فى خبر سقناه فى المجموع أيضاً .

أما أحكام الفصل ففى الحديث دليل على أنه لا ضمان على من كان أميناً على عين من الأعيان كالوديعة والمستعير ، أما الوديع فلا يضمن بالاجماع إلا لجناية منه على العين . وقد حكى فى البحر الزخار الاجماع على ذلك .

وتأول ما حكى عن الحسن البصرى أن الوديع لا يضمن إلا بشرط الضمان بأن ذلك محمول على ضمان التفريط لا الجناية المتعمدة ، والوجه فى تضمينه

الجناية أنه صار بهـا خائناً ، والخائن ضامـن لقوله صلى الله عليه وسلم « ولا على المستودع غير المغل ضمان » والمغل هو الخائن . وهكذا يضمن الوديع إذا وقع منه تعد فى حفظ العين لأنه نوع من الخيانة .

وقد استدل القائلـون بالضـمان بحديث الحسن البصرى عن سمرة ابن جندب عن النبى صلى الله عليه وسـلم قال « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » زاد أبو داود والترمذى : قال قتادة : ثم نسى الحسن فقال:هو أمينك لا ضمان عليه .

قال المقبلى فى المنار : يستدلون بهذا الحديث على التضمين ولا أراه صريحاً ، لأن اليد الأمينة أيضاً عليها مـا أخذت حتى ترد ، وإلا فليست بأمينة .

ومستخبر عن سر ليلى تركته بعمياء من ليلى بغير يقين
يقولون خبرنا فأنت أمينها وما أنا إن خبرتهم بأمين

إنما كلامنا هل يضمنها لو تلفت بغير جناية ، وليس الفرق بين المضمون وغير المضمون إلا هذا . وأما الحفظ فمشترك ، وهو الذى تفيده « على » فعلى هذا لم ينس الحسن كما زعم قتادة حين قال « هو أمينك لا ضمان عليه » بعد رواية الحديث . ا هـ

قال الشوكانى « ولا يخفى عليك ما فى هذا الكلام من قلة الجدرى وعدم الفائدة ، وبيان ذلك أن قوله « لأن اليد الأمينة عليها ما أخذت حتى ترد ، وإلا فليست بيد أمينة » يقتضى الملازمة بين عدم الرضـا وعـدم الأمانة ، فيكون تلف الوديعة والعارية بأى وجه من الوجوه قبل الرد مقتضيا لخروج الأمين عن كونه أمينا وهو ممنوع ، فإن المقتضى لذلك إنما هو التلف بجناية أو خيانة ، ولا نزاع فى أن ذلك موجب للضمان ، إنما النزاع فى تلف لا يصير به الأمين خارجا عن كونه أمينا كالتلف بأمر لا يطاق دفعه ، أو بسبب سهو أو نسيان أو بآفة سماوية أو سرقة ، أو ضياع بلا تفريط ، فإنه يوجد التلف فى هذه الأمور مع بقاء الأمانة » انتهى .

والمقتضى الذى يتوقف عليه فهم الحديث هو الأمر المقدور عليه وهو الضمان أو الحفظ ، وكل منهما صالح للتقدير ولا يقدران معاً ، لما تقرر من أن المقتضى لا عموم له ، فمن قدر الضمان أوجبه على ألوديع والمستعير ، ومن قدر الحفظ أوجبه عليهما ولم يوجب الضمان إذا وقع التلف مع الحفظ المعتبر ، وبهذا تعرف أن التأدية لغير التالف ليس على ما ينبغى .

وأما مخالفة رأى الحسن لروايته فقد تقرر فى الأصول أن العمل بالرواية لا بالرأى ، لاسيما إذا تعززت الرواية بعمل الصحابة رضوان الله عليهم ورأيهم وفى مقدمتهم أبو بكر وعمر وعلى وابن مسعود وجابر .

وممن قال بأن الوديعة أمانة لا يترتب على تلفها ضمان من الوديع إذا لم يفرط شريح والنخعى ومالك وأبو الزناد والثورى والأوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى وأحمد وعن أحمد رواية أخرى « إن ذهبت الوديعة من بين ماله غرمها لما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه ضمن أنس بن مالك وديعة ذهبت من بين ماله » وأصحاب أحمد يرجحون قول الجمهور على هذا القول .

دليلنا : أن الله تعالى سماها أمانة والضمان ينافى الأمانة ، وحديث عمرو بن شعيب وغيره وعمل الصحابة ومن ذكرنا من أئمة أهل العلم ، ولأن المستودع إنما يحفظها لصاحبها متبرعا من غير نفع يعود عليه فلو لزمه الضمان لامتنع الناس من قبول الودائع ، وذلك مضر لما بيناه من الحاجة إليها ، وما روى عن عمر محمول على التفريط من أنس فى حفظها ، فلا ينافى ما ذكرنا .

فرع إذا شرط رب الوديعة على المستودع ضمان الوديعة فقبله أو قال : أنا ضامن لها لم يضمن ، وبهذا قال أحمد والثورى وإسحاق وابن المنذر ، قال أحمد : إذا قال : أنا ضامن لها فسرقت لا شىء عليه ، وكذلك كل ما أصله الأمانة كالمضاربة ومال الشركة والرهن والوكالة . وقال ابن حزم : فمال هذا المودع حرام على غيره ما لم يوجب أخذه نص ، وقد صح عن عمر بن الخطاب تضمين الوديعة ، وروى عنه وعن غيره ألا تضمن .

دليلنا : أنه شرط ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه ، كما لو شرط ضمان ما يتلف فى يد مالكه ، لأنه أقامه مقام نفسه وكالمضمون لا يصير أمانة بالشرط .

فـــرع إذا ولدت الوديعة من دابة أو سائمة أو رقيق ولداً ، كان ما ولدته أمانة ، لأنه لا سبب منه ولا من أمه يوجب الضمان ، وهل يجوز له إمساكه ، باعتبار أنه قدر زاد عن قدر ما أودع عنده ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يجوز ، بل يجب أن يعلم صاحبه ، كما لو ألقت الريح ثوباً فى داره .

(والثانى) يجوز إمساكه ، لأن إيداع الأم إيداع لما يحدث منها والله أعلم .

فـــرع بين المالكية وجوه التفريط فى الوديعة بقولهـم : تضمن الوديعة بسقوط شىء عليها منه أى من يد المودع ولو خطأ لأن الخطأ كالعمد فى الأموال وزدنا عليه لفظ منه لبيان مراده إذ هو محل التفريط لا يضمن إن انكسرت الوديعة منه فى نقل مثلها المحتاج إليه من مكان إلى آخر . فإذا لم تحتج إلى النقل فنقلها أو احتاجتا ونقلها نقل غير مثلها ضمن أن انكسرت ونقل مثلها ما يرى الناس أنه ليس فيه بمفرط . فزيادتنا عليه المحتاج إليـه لابد منها وتضمن بخلطها بغيرها إذا تعذر تمييزها عما خلطت فيـه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ومن قبل الوديعة نظرت ، فان لم يعين المودع الحرز لزمـه حفظها فى حرز مثلها ، فان آخر احرازها فتلفت لزمه الضمان ، لأنه تـــرك الحفظ من غير عذر فضمنها فان وضعها فى حرز دون حرز مثلها ضمن ، لأن الايداع يقتضى الحفظ ، فاذا أطلق حمل على المتعارف ، وهو حرز المثل ، فاذا تركها فيما دون حرز مثلها فقد فرط فلزمه الضمان ، وان وضعها فى حرز فوق حرز مثلها لم يضـــمن لأن من رضى بحرز المثل رضى بما فوقه ، فان قال : لا تقفل عليه ، فأقفل عليه أو قال : لا تقفل عليه قفلين ، فأقفـل

قفلين أو قال : لا ترقد عليه فرقد عليه فالمذهب انه لا يضمن ، لانه زاده فى الحرز ومن أصحابنا من قال : يضمن ، لانه نبه اللص عليه وأغراه به .

فصـــل وان عين له الحرز فقال : احفظها فى هذا البيت فنقلها الى ما دونه ضمن لأن من رضى حرزاً لم يرض بما دونه وان نقلها الى مثله أو الى ما هو احرز منه لم يضمن ، لأن من رضى حرزاً رضى مثله وما هو احـرز منه ، وان قال له : احفظها فى هذا البيت ولا تنقلها فنقلها الى ما دونه ضمن ، لانه لم يرض بما دونه وان نقلها الى مثلها أو الى ما هو احرز منه ففيه وجهان .

قال ابو سعيد الاصطخرى : لا يضمن لأنه جعله فى مثله ، فاشبه اذا لم ينهه عن النقل . وقال ابو اسحاق : يضمن لأنه نهاه عن النقـــل فضـــمنه بالنقل ، فان خاف عليه فى الحرز المعين من نهب أو حريق نظرت ، فان كان النهى مطلقاً لزمه النقل ولا يضمن ، لأن النهى عن النقل للاحتياط فى حفظها ، والاحتياط فى هذه الحال أن تنقل ، فلزمه النقل ، فان لم ينقلها حتى تلفت ضمنها لأنه فرط فى الترك وان قال له : لا تنقل وان خفت عليها الهلاك فنقلها لم يضمن ، لأنه زاده خيراً وان تركها حتى تلفت ففيه وجهان .

قال ابو العباس وأبو اسحاق : لا يضمن ، لأن نهيه مع خوف الهـلاك ابرأ من الضمان وقال ابو سعيد الاصطخرى : يضمن لأن نهيه عن النقل مع خوف الهلاك لا حكم له ، لأنه خلاف الشرع ، فيصير كما لو لم ينهه ، والأول اظهر ، لأن الضمان يجب لحقه فسقط بقوله وان خالف الشرع كما لو قال لغيره : اقطع يدى أو اتلف مالى) .

الشرح قوله : الحرز المكان الذى يحفظ فيه والجمع أحراز مثل حمل وأحمال وأحرزت المتاع جعلته فى الحرز ، ويقال : حرز حريز للتأكيد ، كما يقال : حصن حصين واحترز من كذا أى تحفظ وتحرز مثـــله ، ومنـــه قوله : أحرز قصب السبق ، إذا سبق إليها فضمنها دون غيره .

أما الأحكام فإن الوديع إذا لم يعين له رب الوديعة المكان الذى يحفظها فيه ، عليه أن يجتهد فى حفظها بما يحفظ به مثلها ، فإذا اشترط عليـــه أن يحفظها فى صفائح وكانت زيتاً أو سمناً فحفظها فى زجاج ابتغاء حفظها من الرشح فكسرت القنائن كان عليه ضمانها لأنه خالف مالكها ، فإذا أمره أن يحفظها فى زجاج فكسرت القنائن فلا ضمان عليـــه فإذا خالفه وحفظها فى براميـــل أو صفائح لا ينقص منها كيلها ولا وزنها فقد زاد خيراً بهذه المخالفة

وكان على أماتته ، فلو أمره أن يحفظها فى حرز من الجلد فحفظها فى قماش ضمن .

فإذا أمره أن لا يقفل عليها فأقفل عليها ، أو أمره أن لا يقفل قفلين فأقفل قفلين ، أو قال لا ترقد عليها فرقد عليها فظاهر المذهب عدم الضمان لأنها أمور تزيد فى وسائل الحفظ ، وقوة الحرز . ومن أصحابنا من قال : يضمن ، لأنه بكثرة احتياطه أو نومه على الصندوق أو شدة اهتمامه يشد انتباه اللصوص إليه وقال أصحاب أحمد : إذا بالغ فى حفظها من غير حاجة ضمن .

فـــرع فإذا عين له الحـــرز فإن نقلهـــا إلى ما دونه ــ أعنى أقل كفاءة فى الحفظ ــ ضمن ، فإذا نقلها إلى حرز مثل الذى عينه أو أعلا كفاءة وحفظاً ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى سعيد الإصطخرى : لا يضمن لأنه لا فرق بين الحرزين فكان كأن لم ينقلها ، أو كأن ربها لم يعينه ، أو لم ينهه عن غير ما عينه . (والثانى) وهو قول أبى إسحاق المروزى : يضمن ، لأنه نهاه عن النقل فإذا خالف انتقل من الائتمان إلى الضمان .

فـــرع إذا كان الحرز الذى عينه المودع معرضاً لخطر الحريق أو السرقة أو كانت رطوبة الأرض تتلفه نظرت فإن كان نهيه مطلقاً بأن قال : لا تنقلها من هنا لزمه مخالفته ، لأن النهى أريد به التنبيه والاحتياط لحفظها ، فإن لم ينقلها حتى تلفت ضمنها لتفريطه بتركها معرضة للتلف .

فـــرع إذا قال له : لا تنقلها وإن خفت عليها الهلاك ، فخاف عليها الهلاك ونقلها لم يضمن بالمخالفة لأنه زاده خيراً ، أما إذا لم ينقلها فتلفت ففيه وجهان .

قال أبو العباس بن سريج وأبو إسحاق المروزى : لا يضمن لأن نهيه مع خوف الهلاك أبرأه من الضمان . وقال أبو سعيد الإصطخرى : عليـــه الضمان ، لأن هذا النهى يتعارض مع مسئولية الأمين فى الاجتهاد وعدم التفريط شرعا ، فـــلا حكم للنهى وكأنه لم يكن وقـــد رجح الشيخ أبـــو إسحاق الشيرازى الأول لأنه بهذه الصورة من النهى قد أهدر حقه فى الضـــمان .

وإن خالف الشرع ، كما لو أمر غيره بقطع يده أو إتلاف ماله فإنه لا ضمان له ، وإن أثم الفاعل . وبهذا قال الحنابلة .

فـــرع فى كلام الشافعى فى الوديعة : إذا استودع الرجل رجلا وديعة فقال المستودع : أمرتنى أن أدفعها إلى فلان فدفعتها إليه قال أبوحنيفة فالقول قول رب الوديعة والمستودع ضامن وبهذا يأخذ يعنى أبا يوسف . وكان ابن أبى ليلى يقول : القول قول المستودع ولا ضمان عليه وعليه اليمين ثم قال : وإذا استودع الرجل الوديعة فتصادقا عليها ثم قال المستودع أمرتنى أن أدفع الوديعة إلى رجل فدفعتها إليه وأنكر ذلك رب الوديعة فالقول قوله وعلى المستودع البينة بما ادعى .

وإذا استودع الرجل الرجل وديعة فجاء آخر يدعيها معه فقال المستودع : لا أدرى أيكما استودعنى هذه الوديعة وأبى أن يحلف لهما وليس لواحد منهما بينة فإن أبا حنيفة رضى الله تعالى عنه كان يقول : يعطيهما تلك الوديعة بينهما نصفين ويضمن لهما أخرى مثلها بينهما لأنه أتلف ما استودع بجهالته ، ألا ترى أنه لو قال هذا استودعنيها ثم قال : أخطأت بل هو هذا كان عليه أن يدفع الوديعة إلى الذى أشير له بها أولا ويضمن للآخر مثل ذلك لأن قوله : أتلفه ، وكذلك الأول إنما أتلفه هو بجهله وبهذا يأخذ وكان ابن أبى ليلى يقول فى الأول : ليس عليه شىء والوديعة والمضاربة بينهما نصفان .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل فان أودعه شيئاً فربطه فى كمه لم يضمن ، فان تركه فى كمه ولم يربطه نظرت فان كان خفيفاً اذا سقط لم يعلم به ضمنه ، لأنه مفرط فى حفظه وان كان ثقيلا اذا سقط علم به لم يضمن لأنه غير مفرط ، وان تركه فى جيبه فان كان مزرراً أو كان الفتح ضيقاً لم يضمن لأنه لا تناله اليد ، وان كان واسعاً غير مزرر ضمن لأن اليد تناله .

وان أودعه شيئاً فقال : اربطه فى كمك فامسكه فى يده فتلف فقد روى المزنى انه لا يضمن وروى الربيع فى الأم انه يضمن ، فمن أصحابنا من قال : هو على قولين :

(أحدهما) لا يضمن ، لأن اليد أحرز من الكم ، لأنه قد يسرق من الكم ولا يسرق من اليد .

(والثانى) أنه يضمن ، لأن الكم أحرز من اليد ؛ لأنه اليد حرز مع الذكر دون النسيان والكم حرز مع النسيان والذكر . ومن أصحابنا من قال : ان ربطها فى كمه وأمسكها بيده لم يضمن ، لأن اليد مع الكم أحرز من الكم وان تركها فى يده ولم يربطها فى كمه ضمن لأن الكم أحرز من اليد ، وحمل الروايتين على هذين الحالين .

وان أمره أن يحرزها فى جيبه فأحرزها فى كمه ضمن ، لأن الجيب أحرز من الكم ، لأن الكم قد يرسله فيقع منه ولا يقع من الجيب ، وان قال : احفظها فى البيت فشدها فى ثوبه وخرج ضمنها ، لأن البيت أحرز ، فان شدها فى عضده . فان كان الشد مما يلى اضلاعه لم يضمن ، لأنه أحرز من البيت ، وان كان من الجانب الآخر ضمن ، لأن البيت أحرز منه ، وان دفعها اليه فى السوق وقال : احفظها فى البيت فقام فى الحال ومضى الى البيت فأحرزها لم يضمن ، وان قعد فى السوق وتوانى ضمنها لأنه حفظها فيما دون البيت .

وان أودعه خاتماً وقال : احفظه فى البنصر فجعله فى الخنصر ضمن ، لأن الخنصر دون البنصر فى الحرز ، لأن الخاتم فى الخنصر أوسع فهى الى الوقوع أسرع . وان قال : اجعله فى الخنصر فجعله فى البنصر لم يضمن ، لأن البنصر أحرز لأنه أغلظ والخاتم فيه أحفظ . وان قال : اجعله فى الخنصر فلبسه فى البنصر فانكسر ضمن لأنه تعدى فيه) .

الشرح هذا الفصل تتلخص أحكامه فيما إذا خالف الوديع المودع وكانت المخالفة من تهاون أو تفريط أو ترتب عليها تلف الوديعة ضمن فى كل الصور التى ساقها المصنف ، لأنه لو قال له اربط الدراهم فى كمك فأمسكها بيده فضاعت لارتخاء يده أو انفراج أصابعه بنوم أو غفلة أو نسيان فإنه يضمن ، لأن ضياعها كان بسبب المخالفة . ولو قال له : اربطها فى كمك فربطها ولم يحكم ربطها ضمن . ولو قال له : ضعها فى كور عمامتك فلم يشد عليها العمامة ضمن وهكذا . والجيب عندهم ما ينفتح على النحر . قال تعالى : « وليضربن بخمرهن على جيوبهن » .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان أراد المودع السفر ووجد صاحبها أو وكيله سلمها اليه ، فان لم يجد سلمها الى الحاكم ، لأنه لا يمكن منعه من السفر ، ولا قدرة على

المالك ولا وكيله ، فوجب الدفع الى الحاكم ، كما لو حضر من يخطب المرأة والولى غائب ، فان الحاكم ينوب عنه فى التزويج ، فان سلم الى الحاكم مع وجود المالك أو وكيله ضمن ، لأن الحاكم لا ولاية له مع وجود المالك أو وكيله ، كما لا ولاية له فى تزويج المرأة مع حضور الولى أو وكيله ، فان لم يكن حاكم سلمها الى أمين ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم « كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة سلمها الى أم أيمن واستخلف عليا كرم الله وجهه فى ردها » وان سلم الى أمين مع وجود الحاكم ، ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يضمن وهو ظاهر النص ، وهو قول أبى اسحاق لأنه أمين فأشبه الحاكم .

(والثانى) يضمن ، وهو ظاهر قوله فى الرهن . وهو قول أبى سعيد الاصطخرى ، لأن أمانة الحاكم مقطوع بها ، وأمانة الأمين غير مقطوع بها فلا يجوز ترك ما يقطع به بما لا يقطع به كما لا يترك النص للاجتهاد فان لم يكن أمين لزمه أن يسافر بها ، لأن السفر فى هذه الحال أحوط ؛ فان وجد المالك أو الحاكم أو الأمين فسافر بها ضمن ، لأن الايداع يقتضى الحفظ فى الحرز ، وليس السفر من مواضع الحفظ ، لأنه اما أن يكون مخوفاً أو آمناً لا يوثق بأمنه ، فلا يجوز مع عدم الضرورة .

وان دفنها ثم سافر نظرت فان كان فى موضع لا يد فيه لأحد ضمن ، لأن ما تتناوله الأيدى معرض للأخذ ، فان كان فى موضع مسكون فان لم يعلم بها أحداً ضمن ؛ لأنه ربما أدركته المنية فى السفر فلا تصل الى صاحبها ، فان أعلم بها من لا يسكن فى الموضع ضمن ، لأن ما فى البيت انما يكون محفوظاً بحافظ ، فان أعلم بها من يسكن فى الموضع فان كان غير ثقة ضمن ، لأنه عرضه للأخذ . وان كان ثقة فهو كما لو استودع ثقة ثم سافر ، وقد بينا حكم من استودع ثم سافر) .

الشرح أم أيمن هى بركة بنت ثعلبة بن عمرو مولاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ورثها عن أبيه وهى أم أسامة بن زيد حب رسول الله صلى الله عليه وسلم وابن حبه تزوجها زيد بن حارثة بعد أبى أيمن وكان حبشياً ، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « أم أيمن أمى بعد أمى » هاجرت بعد رسول الله ﷺ مع عائشة وأسماء وزيد وأسامة ، وأدركت المدينة والمسجد يبنى وقد عطشت وهى مهاجرة فنزل لها دلو من السماء فشربت فما ظمئت بعد ذلك أبداً ؛ وكانت تقول : ما أصابنى بعد ذلك عطش ، ولقد تعرضت للعطش فى الصوم فى الهواجر فما عطشت

والخبر وإن كان شائعاً فى كتب الفقه ، إلا أنه غير موجود فى الكتب الستة ، وليس فى مسند أحمد أو سنن الدارمى أو سنن الدارقطنى أو موطأ مالك ؛ وليس فى مجمع الزوائد للهيثمى . وليس فى أمهات فقه الحديث كنيل الأوطار وسبل السلام، وليس فى شىء من كتب تراجم الصحابة كالاستيعاب وسير أعلام النبلاء . وليس فى كتب السير إلا ما فى ابن هشام بلاغاً أن ابن إسحاق قال : بلغنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما هاجر جعل عليا على الودائع ولم يذكر شيئاً عن أم أيمن رضى الله عنها .

وقال الحافظ ابن حجر فى التلخيص الحبير : روى أنه صلى الله عليه وسلم كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة سلمها إلى أم المؤمنين وأمر عليا بردها قال : أما تسليمها إلى أم المؤمنين فلا يعرف ، بل لم تكن عنده فى ذلك الوقت إن كان المراد بها عائشة فقد كان قد تزوج سودة بنت زمعة قبل الهجرة فإن صح فيحتمل أن تكون هى، أما أمره عليا بردها فرواه ابن إسحق بسند قوى فذكر حديث الخروج إلى الهجرة قال : فأقام على بن أبى طالب خمس ليال وأياما حتى أدى عن النبى صلى الله عليه وسلم الودائع التى كانت عنده للناس ا هـ قلت ولعل الصـــواب هو الذى ذكره المصنف من أنها أم أيمن فصحفها النساخ إلى أم المؤمنين والله تعالى أعلم بالصـــواب .

أما الأحكام فإنها تشتمل على ما يأتى :

(أولا) يجب على الوديع إذا أزمع السفر أن يردها . فإن لم يجد ربها فوكيله وإلا سلمها إلى الحاكم . قال الشافعى فى الأم « فإن كان المستودع حاضراً أو وكيله لم يكن له أن يسافر حتى يردها إليه أو إلى وكيله ، أو يأذن له أن يودعها من رأى فإن فعل فأودعها من شاء فهلكت ضمن » وقال الشافعى أيضا « إذا استودع الرجل الرجل وديعة وأراد المستودع سفراً فلم يثق بأحد يجعلها عنده فسافر بها براً أو بحراً فهلكت ضمن . وكذلك لو أراد سفراً فجعل الوديعة فى بيت مال المسلمين فهلكت ضمن » ا هـ .

(قلت) وهذا واضح من كلام المصنف أن الحاكم لا ولاية له مع وجود المالك .

(ثانيا) إذا لم يقدر على ردها أو إيداعها عند الحاكم فقد قال الشافعى « وإن كان غائباً فأودعها من يودع ماله ممن يكون أميناً فهلكت لم يضمن ، فإن أودعها من يودع ماله ممن ليست له أمانة فهلكت ضمن » ثم قال « لأنه يجوز أن يوكل بماله غير أمين ، ولا يجوز له أن يوكل بأمانته غير أمين » اهـ .

(ثالثا) إذا أودعها أميناً مع وجود الحاكم فعلى الوجهين :

(أحدهما) وهو ظاهر النص الذى أسلفنا نقله : لا يضمن ، وبه أخذ أبو إسحاق المروزى .

(والثانى) وهو ظاهر قول الشافعى فى الرهن حيث يقول « وإذا أراد العدل الذى عليه الرهن الذى هو غير الراهن والمرتهن رده بلا علة أو لعلة والمرتهن والراهن حاضران فله ذلك وإن كانا غائبين أو أحدهما لم يكن له إخراجه من يدى نفسه ، فإن فعل بغير أمر الحاكم فهلك ضمن ، وإن جاء الحاكم ــ فإن كان له عذر ــ أخرجه من يديه . وذلك أن يبدو له سفر أو يحدث له ، وإن كان مقيما لشغل أو علة ، وإن لم يكن له عذر يحبسه إن كان قريباً حتى يقدما أو يوكلا ، فإن كانا بعيداً لم أر عليه أن يضطره إلى حبسه ، وإنما هى وكالة وكل بها بلا منفعة له فيها ، ويسأله ذلك فإن طابت نفسه بحبسه وإلا أخرجه إلى عدل غيره » اهـ .

ولأن أمانة الحاكم أمر قطعى وأمانة غيره كالأمين أمر ظنى والقطعى مقدم على الظنى ، كالنص يرد الاجتهاد .

(رابعاً) وإن أراد السفر بها وقد نهاه المالك عن ذلك ضمنها لأنه مخالف لصاحبها ، وإن لم يكن نهاه لكن الطريق مخوف أو البلد الذى يسافر إليه مخوف ضمنها لأنه فرط فى حفظها ، وإن لم يكن كذلك فله السفر بها عند أحمد وأبى حنيفة سواء كان به ضرورة إلى السفر أو لم يكن .

وقال الشافعى : إن سافر بها مع القدرة على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو أمين ضمنها لأنه يسافر بها من غير ضرورة ، أشبه ما لو كان السفر مخوفا .

دليلنا : أنه متى سافر بها مع القدرة على مالكها أو نائبه أو الحاكم بغير إذنه فهو مفرط عليه الضمان ، لأنه يفوت على صاحبها إمكان استرجاعها ، ويخاطر بها لأن النبى صلى الله عليه وسلم روى عنه أنه قال « لو علم الناس رحمة الله بالمسافر لأصبح الناس وهم على سفر ، إن المسافر ورحله على قلت ، إلا ما وقى الله »

أخرجه السلفى فى أخبار أبى العلاء المعرى قال : أنا الخليل بن عبد الجبار أنا أبو العلا أحمد بن سليمان المعرى بها ثنا أبو الفتح أحمد بن الحسن ابن روح ثناخيثمة بن سليمان ثنا أبو عقبة نابشير بن زاذان الدارسى عن أبى علقمة عن أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ الحديث . والقلت الهلاك قال : الحافظ ابن حجر أخرجه أبو منصور الديلمى فى مسند الفردوس من هذا الوجه من طريق المعرى وكذا ذكره أبو الفرج المعافى القاضى النهروانى فى كتاب الجليس والأنيس له بعد أن ذكره مرفوعاً إلى النبى صلى الله عليه وسلم لكن لم يسق له إسناداً أورده فى المجلس الخامس والعشرين عقب قول كثير .

بغاث الطير أكثرها فراخاً وأم الصقر مقلات نزور

قال : المقلات التى لا يعيش لها ولد ثم قال : وقد أنكره النووى فى شرح المهذب فقال : ليس هذا خبراً عن النبى صلى الله عليه وسلم وإنما هو من كلام بعض السلف قيل : إنه على بن أبى طالب . قلت : وذكره ابن قتيبة فى غريب الحديث عن رجل من الاعراب والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان حضره الموت فهو بمنزلة من حضره السفر ، لأنه لا يمكنه الحفظ مع الموت بنفسه . كما لا يمكنه الحفظ مع السفر ، وقد بينا حكمه ؛ وان قال فى مرضه : عندى وديعة ووصفها ، ولم يوجد ذلك فى تركته ، فقد اختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو اسحاق : لا يضرب المقر له مع الغرماء بقيمتها ، لأن الوديعة أمانة فلا يضمن بالشك ، ومن أصحابنا من قال : يضرب المقر له بقيمتها مع الغرماء وهو ظاهر النص ، لأن الأصل وجوب ردها ، فلا يسقط ذلك بالشك) .

الشرح قوله : لا يضرب المقر له . قال ابن بطال : مأخوذ من الضارب الذى يضرب بالقداح ، وهو الموكل بها ، ومثله الضريب والجمع الضرباء ، لأنه يضرب مع الغرماء بسهم .

أما الأحكام فقد قال المصنف : إن حكم الميت حكم المسافر ، وقد مضى فى الفصل قبله . أما إذا قال فى مرض الموت : عندى وديعة ثم وصفها ، فلما مات لم توجد فى تركته فقد اختلف فيه أصحابنا ، فقد ذهب أبو إسحاق المروزى إلى أنها أمانة لا يجوز أن يسقط الائتمان فيها بالشك ومن ثم لا يضرب مالكها مع الغرماء ، ومنهم من قال بظاهر النص فى مختصر المزنى حيث يقول الشافعى « وإذا استودع الرجل الوديعة فمات المستودع وأقر بالوديعة بعينها ، أو قامت عليها بينة ــ وعليه دين يحيط بماله ــ كانت الوديعة لصاحبها ، فإن لم يعرف الوديعة بعينها ببينة تقوم ولا إقرار من الميت ، وعرف لها عدد أو قيمة كان صاحب الوديعة كغريم من الغرماء » قلت : وذلك أقيس ، لأن الله تعالى أمر برد الأمانات إلى أهلها فكان ردها واجباً ، ولا يرد الواجب بمجرد الشك .

فرع إذا أوصى وصيته كتابة وبين فيها وصف الوديعة ووجدت مطابقة لوصفه كانت الوصية بمثابة بينة لصاحبها إذا كان تحريرها مؤرخا فى تاريخ قريب من يوم موته ، فإن كانت فى تاريخ بعيد نظرت ، فإذا ظهر احتمال كون شرائها من مالكها أو وجدت مبايعة محررة بتاريخ لاحق بطلب الوصية واعتبرت المبايعة . أما إذا وضعها فى حرز أو ظرف وكتب عليها اسم صاحبها ، فلا تعد هذه الكتابة بينة لمالكها ، لأنه يحتمل أن يكون الظرف أو الحرز لوديعة قبل هذه ، أو كانت وديعة فابتاعها .

فرع إذا وجد بين أوراق الميت بيان بأن لفلان عندى وديعة لم يلزمه بذلك لجواز أن يكون قد ردها ونسى أن يضرب على ما كتب ، أو غير ذلك .

فرع قال الشافعى : وإذا مات الرجل وعليه دين معروف وقبله وديعة بعينها فإن أبا حنيفة يقول : جميع ما ترك بين الغرماء وصاحب الوديعة

بالحصص وكذلك قال ابن أبى ليلى ثم ساق رواية أبى حنيفة عن إبراهيم مثله ، ورواية الحجاج بن أرطاة عن عطاء وإبراهيم مثله .

فـــرع إذا ترك الوديع الوصية عند الاشراف على الموت ــ والوصية كما ستأتى إن شاء الله تعالى مفصلة .. أن يعلم بها القاضى أو الأمين عند عدم وجود القاضى مع ذكر صفاتها إن كانت غائبة ، أو الإشارة إليهـا إن كانت حاضرة مع الأمر بردها إلى المالك أو وكيله فوراً ، وعلى الوديع إذا مرض مرضاً مخوفاً أن يبادر بردها إلى ربهـا أو وكيله فإن لم يقدر ردها إلى الحاكم العادل إن وجده ، أو يوصى بها من ذكرنا ، فإن لم يكن حاكم ردها إلى أمين ، فإن لم يفعل ضمنت فى تركته ، وكذا لو أوصى بها إلى فاسـق ضمن ، وقد ذهب السبكى إلى الضمان إذا تلفت بعد الموت لا قبله وكان لم يوص أو يودع كما أسلفنا . وذهب الاسنوى إلى أنه يصير ضامنا بمجرد المرض حتى لو تلفت بآفة سـماوية لتفريطه فى ردها ومحـل هـذا كله عند التمكن منه إن بالرد أو الإيداع أو الوصية ، أما موت الفجـاءة أو الغيلة فلا .

فـــرع قال الشافعى رضى الله تعالى عنـه فى الأم : وإذا أودع الرجل الرجل الوديعة فاستودعها المستودع غيره ضمن إن تلفت لأن المستودع رضى بأمانته لا أمانة غيره ولم يسلطه على أن يودعها غيره وكان متعـديا ضامنا إن تلفت وإذا مات الرجل وعليـه دين معروف وقبله وديعة بغير عينها فإن أبا حنيفة رضى الله تعالى عنه كان يقول : جميـع ما ترك بين الغـرماء وصاحب الوديعة بالحصص وبهذا يأخـذ وكان ابن أبى ليلى يقول : هى للغرماء وليس لصـاحب الوديعة لأن الوديعة شىء مجهـول ليس بشىء بعينه . وقال أبـو حنيفة فإن كانت الوديعة بعينها فهى لصاحب الوديعة إذا علم ذلك وكذلك قال ابن أبى ليلى .

أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه قال فى الرجل يموت وعنده الوديعة وعليه دين « أنهم يتحاصون الغرماء ، وأصحاب الوديعة » الحجاج بن أرطأة عن أبى جعرو عطاء مثل ذلك . الحجاج عن الحكم عن إبراهيم مثله ثم قال

الشافعي رضى الله عنه : وإذا استودع الرجل الرجل الوديعة فمات المستودع وأقر بالوديعة بعينها أو قامت بينة وعليه دين محيط بما له كانت الوديعة لصاحبها فإن لم تعرف الوديعة بعينها بينة تقوم ولا إقرار من الميت وعرف لها عدد أو قيمة كان صاحب الوديعة كغريم من الغرماء (الأم جـ ٧ ص ١٠٦ الأميرية) .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان أودع الوديعة غيره من غير ضرورة ضمنها لأن المودع لم يرض بأمانة غيره ، فان هلكت عند الثانى جاز لصاحبها أن يضمن الأول ، لأنه سلم ما لم يكن له تسليمه وله أن يضمن الثانى ، لأنه أخذ ما لم يكن له أخذه كأن ضمن الثانى نظرت ـ فان كان قد علم بالحال ـ لم يرجع بما ضمنه على الأول ، لأنه دخل على أنه يضمن فلم يرجع . فان لم يعلم ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه يرجع لأنه دخل على انه أمانة . فاذا ضمن رجع على من غره .

(والثانى) أنه لا يرجع . لأنه هلك فى يده فاستقر الضمان عليه فان ضمن الأول ـ فان قلنا : ان الثانى اذا ضمن يرجع على الأول ـ لم يرجع الأول عليه ، وان قلنا انه لا يرجع رجع الأول عليه . فأما اذا استعان بغيره فى حملها ووضعها فى الحرز . أو سقيها أو علفها . فانه لا يضمن . لأن العادة قد جرت بالاستعانة ولأنه ما أخرجها عن يده ولا فوض حفظها الى غيره) .

الشرح قوله : يضمن الأول ـ من ضمن يضمن بتضعيف الميم لتتعدى إلى مفعولين ومعناها ألزمه بالضمان . وقال بعض الفقهاء : الضمان مأخوذ من الضم . وهو غلط من جهة الاشتقاق . لأن نون الضمان أصلية . وضمنت الشيء كذا جعلته محتويا عليه هكذا ذكر الفيومى فى المصباح .

أما الأحكام فقد قال المزنى : قال الشافعى : وإذا أودع الرجل الوديعة فاستودعها غيره ضمن إن تلفت . لأن المستودع رضى بأمانته لا أمانة غيره ولم يسلطه على أن يودعها غيره وكان متعديا ضامنا إن تلفت وكذلك قال الربيع بن سليمان قال الشافعى : إذا استودع الرجل الرجل الوديعة وأراد المستودع سفراً فلم يثق بأحد يجعلها عنده فسافر بها براً أو بحراً فهلكت

ضمن ، وكذلك لو أراد سفراً فجعل الوديعة فى بيت مال المسلمين فهلكت ضمن وكذلك إن دفنها ولم يعلم بها أحداً يأمنه على ماله فهلكت ضمن ا هـ .

(قلت) للايداع لدى غيره صورتان : (إحدهما) أن يودعها غيره لغير عذر فعليه الضمان بغير خلاف فى المذهب . وهو قول شريح ومالك وأحمد وأصحابه وأبى حنيفة وأصحابه وإسحاق بن راهويه ، وقال ابن أبى ليلى لا ضمان عليه ، لأن عليه حفظها وإحرازها وقد أحرزها عند غيره وحفظها به ، ولأنه يحفظ ماله بإيداعه ، فإذا أودعها فقد حفظها بما يحفظ به ماله فلم يضمنها ، كما لو حفظها فى حرزه . دليلنا أنه خالف المودع فضمنها . كما لو نهاه عن إيداعها ، فإنه أمره بحفظها بنفسه ولم يرض لها غيره .

اذا ثبت هذا فإن له تضمين الأول وليس للأول الرجوع على الثانى لأنه دخل معه فى العقد على أنه أمين لا ضمان عليه ، فإن أحب المالك تضمين الثانى كان له ذلك . وقال أبو حنيفة ليس له تضمين الثانى . وهذا هو ظاهر كلام أحمد إذا ذكر الضمان على الأول فقط .

دليلنا أنه أخذ ما لم يكن له أخذه ، فإذا استعمل المالك حقه وضمنه ، فإن لم يكن يعلم ــ أعنى الوديع الثانى ــ بأن هذه الوديعة ليست لمن أودعها إياه ففى رجوع الثانى على الأول وجهان :

(أحدهما) أنه يرجع عليه لأنه غره ولم يوضح له الأمر .

(والثانى) لا يرجع لأنها تلفت فى يده فاستقر الضمان عليه ، فإن قلنا بالوجه الأول برجوع الثانى على الأول فليس للأول أن يرجع عليه . وإن قلنا بالوجه الثانى رجع عليه وإن كان يعلم فلم يغرر به الأول فليس له الرجوع عليه وجهاً واحداً .

فرع للوديع أن يعين للوديعة إن كانت ماشية من يقوم على رعيها وسقيها ، فإن كانت تحتاج إلى حمل أو تنظيف أو صيانة فعهد بذلك لمن يقوم به مما جرى العرف ولا يعد هذا إيداعاً لغيره وسيأتى مزيد له .

فـــرع قال ابن حزم فى المحلى :

مســألة فرض على من أودعت عنده وديعة حفظها وردها إلى صاحبها إذا طلبها منه لقول الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) ولقوله تعـالى (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلهـا) ومن البر حفظ مال المسلم أو الذمى ، وقد صح نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال وهذا عموم لمال المرء ومال غيره .

مســألة فإن تلفت من غير تعد منه ولا تضييع لها فلا ضمان عليه فيهـا لأنه إذا حفظها وله يتعد ولا ضيع فقد أحسن والله تعالى يقول (ما على المحسنين من سبيل) ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم (إن دماءكم وأموالكم عليكم حـرام) فمال هذا المودع حرام على غيره ما لم يوجب أخذه منه نص ، وقد صح عن عمر بن الخطاب تضمين الوديعة وروى عنه وعن غيره ألا تضمن ا هـ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان أودعه دراهم فخلطها بمثلها من ماله ضمن ، لأن صاحبها لم يرض أن يخلط ماله بمال غيره ، فان خلطها بدراهم لصاحب الدراهم ففيـه وجهان : (أحدهما) لا يضمن ، لأن الجميع له . (والثانى) أنه يضمن وهو الأظهر ، لأنه لم يرض أن يكون أحدهما مختلطا بالآخر . وان أودعه دراهم فى كيس مشدود فحمله أو خرق ما تحت الشد ضمن ما فيه ، لأنه هتك الحـرز من غير عذر ، وان أودعه دراهم فى غير وعاء فأخذ منها درهما ضمن الدراهم لأنه تعدى فيه ولا يضمن الباقى لأنه لم يتعد فيه ، فان رد الدرهم فان كان متميزا بعلامة لم يضمن غيره ، وان لم يتميز بعلامة فقد قال الربيع يضـمن الجميع ، لأنه خلط المضمون بغيره فضمن الجميع . والمنصوص أنه لا يضمن الجميع ، لأن المالك رضى أن يختلط هذا الدرهم بالدراهم فلم يضمن . فان أنفق الدرهم ورد بدله ، فان كان متميزاً عن الدراهم لم يضمن الدراهم لأنها باقية كما كانت ، وان كانت غير متميزة ضمن الجميع لأنه خلط الوديعة بمالا يتميز عنها فضمن الجميع) .

الشرح الأحكام : إذا خلط دراهمه بمثلهـا مـن دراهمه ضمن عندنا ، وبهذا قال الشافعى وأحمد وأصحاب الرأى . وقال مالك : لا يضمن .

قال ابن القاسم من المالكية : إن خلط دراهم بدراهم على وجه الحرز لم يضمن .

قال فى الأم : ولو أودعه عشرة دراهم فتعدى منها فى درهم فأخرجه فأنفقه ثم أخذه فرده بعينه ثم هلكت الوديعة ضمن الدرهم ولا يضمن التسعة لأنه تعدى بالدراهم ولم يتعد بالتسعة . وكذلك إن كان ثوباً فلبسه ثم رده بعينه ضمنه وقال الربيع : قول الشافعى : إن كان الدرهم الذى أخذه ثم وضع عينه معروفاً من الدراهم ضمن عينه ولم يضمن التسعة . وإن كان لا يتميز ضمن العشرة . انتهى من الأم ، ولم أطلع على قول الربيع الذى أشار إليه الشيخ أبو إسحاق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل فان أودعه دابة فلم يسقها ولم يعلفها حتى ماتت ضمنها ؛ لأنها ماتت بسبب تعدى به فضمنها ، وان قال لا تسقها ولا تعلفها فلم يسقها ولم يعلفها حتى ماتت ففيه وجهان . قال أبو سعيد الاصطخرى : يضمن لأنه لا حكم لنهيه ، لأنه يجب عليه سقيها وعلفها ، فاذا ترك ضمن كما لو لم ينه عن السقى والعلف وقال أبو العباس وابو اسحاق : لا يضمن . لأن الضمان يجب لحق المالك ، وقد رضى باسقاطه . .

الشرح الأحكام ، قال الشافعى فى الأم : وإذا أودع الرجل الرجل الدابة فأمره بسقيها وعلفها ، أمر بذلك من يسقى دوابه ويعلفها فتلفت من غير جناية لم يضمن ، وإن كان سقى دوابه فى داره فبعث بها خارجا من داره ضمن . قال : وإذا استودع الرجل الرجل الدابة فلم يأمره بسقيها ولا علفها فحبسها المستودع مدة إذا أتت على مثلها لم تأكل ولم تشرب تلفت فتلفت فهو ضامن . وإن كانت تلفت فى مدة قد تقيم الدواب فى مثلها ولا تتلف فتلفت لم يضمن ممن تركها وإذا دفع إليه الدابة وأمره أن يكريها ممن يركبها بسرج فأكراها ممن يحمل عليها فعطبت ضمن ولو أمره أن يكريها ممن يحمل عليها تبناً فأكراها ممن يحمل عليها حديداً فعطبت ضمن ولو أمره أن يكريها ممن يحمل عليها حديداً فأكراها ممن يحمل عليها تبناً بوزنه ضمن لأنه يفترش عليها من التبن ما يعم فيقتل .

(قلت) فإذا أودعه بهيمة فأمره بعلفها وسقيها كان ذلك واجباً لوجهين : (الأول) لحرمة صاحبها (والثانى) لحرمة البهيمة لحديث « دخلت امرأة النار فى هرة » وإن لم يأمره بقيت فى ذمته حرمة البهيمة ، كما لو أطلق ولم يأمره . وبهذا قال أحمد والشافعى . وقال أبو حنيفة : لا يلزمه لأنه استحفظه إياها ولم يأمره بعلفها والعلف على مالكها ، فإذا لم يعلفها كان التفريط من مالكها .

دليلنا أنه لا يجوز له إتلافها أو التفريط فيها ، فإذا أمره بحفظها تضمن الأمر علفها وسقيها .

فان قدر المستودع على صاحبها أو وكيله طالبه بالإنفاق عليها أو يردها عليه أو يأذن له فى الانفاق عليها ليرجع به عليه . فإذا عجز عن صاحبها أو وكيله رفع الأمر الحاكم ، فإن وجد لصاحبها مالا أنفق عليها منه ، وإن لم يجد مالا فعل ما يرى لصاحبها الحظ فيه من إجارتها أو بيع جزء منها فإن تعذر عليه ، علفها وأشهد على ذلك ليرجع به عليه ، فإذا نهاه عن إطعامها لتخمة حاصلة لها فأطعمها فتلفت ضمن بالتعدى والمخالفة لعلمه بعلة النهى . وبهذا قال أحمد وأصحابه . وقال بعضهم يضمن مطلقا .

أما إذا نهاه عن إطعام بهيمة سليمة فإنه لا يضمن إذا تلفت ، وعليه إثم ترك إطعامها ، لأن الضمان يجب لحق المالك وقد أسقطه ، وهو قول أبى العباس بن سريج وأبى إسحاق المروزى وقال أبو سعيد الاصطخرى : يضمن إذ لا حكم لنهيه عما أوجبه الله من حرمة البهيمة . وقال الزركشى « لو كانت الدابة ملكا لغيره ، كأن أودع الولى حيوان محجوره فيشبه أن نهيه كالعدم . قال الشافعى : وإذا أودع الرجل الرجل شيئا من الحيوان ولم يأمره بالنفقة عليه انبغى له أن يرفعه إلى الحاكم حتى يأمره بالنفقة عليه ويجعله ديناً على المستودع ، ويوكل الحاكم بالنفقة من يقبضها منه وينفقها غيره لئلا يكون أمين نفسه أو بيعها ، وإن لم يفعل فأنفق عليها فهو متطوع ولا يرجع عليه بشىء ، وإذا خاف هلاك الوديعة فحملها إلى موضع آخر فلا يرجع بالكراء على رب الوديعة لأنه متطوع . اهـ

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل اذا أخرج الوديعة من الحرز لمصلحة لها . كاخراج الثيـــاب للتشرير لم يضمن ، لأن ذلك من مصلحة الوديعـــة ، ومقتضى الايداع ، فلم يضمن به ، وان أخرجها لينتفع بها ضمنها ، لأنه تصرف فى الوديعة بما ينافى مقتضاها فضمن به . كما لو أحرزها فى غير حرزها ، فان كان دابة فاخرجها للسقى والعلف الى خارج الحرز ، فان كان المنزل ضيقاً لم يضمن لانه مضطر الى الاخراج ، وان كان المنزل واسعاً ففيه وجهان .

(أحدهما) يضمن ، وهو المنصوص . وهو قول أبى سعيد الاصطخرى . لأنه أخرج الوديعة من حرزها من غير حاجة فضمنها ، كما لو أخرجها ليركبها . (والثانى) أنه لا يضمنها . وهو قول أبى اسحاق ، لأن العادة قدجرت بالسقى والعلف خارج المنزل ، وحمل النص عليه اذا كان الخارج غير آمن . وان نوى اخراجها للانتفاع كاللبس والركوب او نوى أن لا يراها على صاحبها ، ففيـه ثلاثة أوجه : (احدها) وهو قول أبى العباس أنه يضمن كما يضمن اللقطـة اذا نوى تملكها . (والثانى) : وهو قول القاضى أبى حامد المروروذى انه أن نوى اخراجها للانتفاع بها لم يضمن . وان نوى أن لا يردها ضمن ، لأن بهذه النية صار ممسكا لها على نفسه ، وبالنية الأولى لا يصير ممسكا على نفسه . (والثالث) : وهو قول أكثر أصحابنا انه لا يضمن ؛ لأن الضمان انما يكون بفعل يوقع فى العين ، وذلك لم يوجد) .

الشرح الأحكام : هناك بعض الودائع لا تحفظ إلا بتعريضهـا للهواء أو الشمس فى بعض الأوقات مع عدم المبالغة حتى لا يحول لونهـا لتأثير الهواء والشمس على ألوان النسيج وغيرهما كما هو مشاهد ومعروف فى علم الكيمياء حتى إن الضوء له تأثير على الألوان ، فإذا شررها ــ أى نشرها ــ بغرض حفظها فتلفت أو حالت ألوانها لم يضمن ، وإذا بسط السجاد واستعمله حتى لا يتلف بتخزينه كان له استعمالهـا استعمالا يحفظهـا ، فان هلكت فلا يضمن لأنه إذا أهملها تلفت ، ولأن ذلك مـن مصلحتهـا فلم يضمن .

وقال بعض أصحابنا : لا يضمن إلا إذا تحقق أن السـارق دله على الموضع بعض من دخل أولا أو دله عليها وإن لم يحدد موضعها ، فله إخراجها ليركبها أو كان ثوبا ليلبسه ضمن ، أو نوى أن لا يردها على صاحبها فعلى ثلاثة أوجه :

(أحدها) وهو قول ابن سريج أنه يضمن ، لأنه نوى امتلاكها ، كما لو التقط شيئاً ونوى امتلاكه (والثانى) وهو قول الشيخ أبى حامد إنه لا يضمن فى الانتفاع ويضمن فى عدم الرد (والثالث) وهو قول أكثر الأصحاب أنه لا يضمن لأن نية الامتلاك لا تؤثر فى عين الوديعة .

فرع قال ابن حزم فى المحلى : وصفة حفظها أن يفعل فيها من الحفظ ما يفعل بماله وألا يخالف فيها ما حد له صاحبها إلا أن يكون فيما حد له تعيين هلاكها فعليه حفظها لأن هذا هو صفة الحفظ وما عداه هو التعدى فى اللغة ومعرفة الناس وبالله التوفيق .

مسألة إذا لقى المودع من أودعه فى غير الموضع الذى أودعه فيه ما أودعه فليس له مطالبته بالوديعة ونقل الوديعة بالحمل والرد على المودع لا على المودع الغاصب والمتعدى فى الوديعة أو غيرها وأخذ المال بغير حق فرده على المتعدى والغاصب وأخذه بغير حق إلى صاحبه حيث لقيه من بلاد الله تعالى لأن فرضاً عليه الخروج من الظلم والمطل فى كل أوان ومكان وبالله التوفيق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان أخذت الوديعة منه قهرا لم يضمن لأنه غير مفرط فى ذلك وان أكره حتى سلمها ففيه وجهان ، بناء على القولين فيمن أكره حتى أكل فى الصوم (أحدهما) : أنه يضمن ، لأنه فوت الوديعة على صاحبها لدفع الضرر عن نفسه ، فأشبه اذا أنفقها على نفسه لخوف التلف من الجوع . (والثانى) : أنه لا يضمن لأنه مكره فأشبه اذا أخذت بغير فعل من جهته .

فصل وان طالبه المودع برد الوديعة فأخر من غير عذر ضمن لأنه مفرط فان أخرها لعذر لم يضمن لأنه غير مفرط .

فصل وان تعدى فى الوديعة فضمنها ثم ترك التعدى فى الوديعة لم يبرأ من الضمان لأنه ضمن العين بالعدوان فلم يبرأ بالرد الى المكان ، كما لو غصب من داره شيئاً ثم رده الى الدار ، فان قال المودع أبرأتك من الضمان أو أذنت لك فى حفظها ففيه وجهان : (أحدهما) : يبرأ من الضمان وهو ظاهر النص ، لأن الضمان يجب لحقه فسقط باسقاطه . (والثانى) لا يبرأ حتى يردها

اليه ، لأن الابراء انما يكون عن حق فى الذمة ، ولا حق له فى الذمة فلم يصح الابراء) .

الشرح الأحكام : فرق المصنف بين الأخذ منه قهراً وتسليمها للظالم قهراً فالأخذ قهراً بدون أن يسلم فيها حتى استطاع الظالم أن ينتزعها لم يضمن ، أما إذا أكره على تسليمها فسلمها ، فإن للمالك تضمينه على أصح الوجهين إذ لا فرق بين أن يسلمها مجبراً وبين أن يسلمها مختاراً ، ويرجع الوديع على الظالم بما غرمه كما يرجع المالك أيضاً ، وعلى الوجه الثانى : ليس للمالك تضمين الوديع ، لأنه أكره ويرجع المالك على الظالم فى كلا الحالين ، وهما مبنيان على الوجهين فيمن أكره فى الصوم على الأكل .

(أحدهما) لا يكون مفطرا .

(والثانى) يحكم بإفطاره . ويجب على الوديع إنكار الوديعة عن الظالم والامتناع عن إعلامه بها جهده ، فإن ترك ذلك مع القدرة ضمن ، ويجوز له أن يحلف على ذلك لحفظها ، ويجب عليه إذا أمكنته التورية أن يورى فإن لم يمكنه صرح لغير تورية منكرا لها وكفر عن يمينه .

فرع لا خلاف فى وجوب رد الوديعة على مالكها إذا طلبها لقوله تعالى : « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها » ولقوله صلى الله عليه وسلم « أد الأمانة إلى من ائتمنك » يعنى عند طلبها ، ولأنها حق لمالكها لم يتعلق بها حق غيره فلزم أداؤها له كالمغصوب والدين الحال ، فإن امتنع فتلفت ضمنها لأنه صار غاصبا لإمساكه مال غيره بغير إذنه ، أما إن طلبها فى وقت لا يمكن دفعها إليه لبعدها أو لمخافة فى طريقها أو للعجز عن حملها أو غير ذلك لم يكن متعديا بترك تسليمها لأن الله لا يكلف نفساً إلا وسعها ، فإن تلفت لم يضمنها لعدم عدوانه : فإذا قال : أمهلونى حتى أقضى صلاتى أو آكل لأنى جائع أو أنام فإنى ناعس أو ينهضم عنى الطعام فإنى ممتلىء أمهل بقدر ذلك .

فرع فى مسألة رسول رب المال . إن الدافع يبرأ بمجرد الدفع

إليه ويصير الكلام بين رب المال وورثة رسوله ، فإن مات الرسول قبل الوصول أخذها من تركته وإن مات بعده فلا رجوع له وإن كان الرسول رسول من عنده المال فلا يبرأ إلا بوصوله لربه ببينته أو إقراره منه فإن مات قبل الوصول رجع مرسله فى تركته وإن مات بعده فلا رجوع وهى مصيبة نزلت بمن أرسله إن ادعى رب المال عدم الدفع له ولا بينة وصدق المودع (بالفتح) فى دعوى التلف والضياع كالرد أى كما يصدق فى دعواه أنه ردها لربها لأنه استأمنه عليها والأمين يصدق إلا لبينة توثق ، والحاصل : أن صاحب اليد المؤتمنة إن ادعى الرد على صاحب اليد الذى ائتمنه صدق ولا ضمان .

وأن الوارث إذا ادعى الرد على ربها أو على وارثه أو ادعى صاحب اليد المؤتمنة الرد على وارث ربها فلا يصدق ويضمن . هذا مذهب مالك وقالت المالكية : إن المودع مثلا إذا أرسل الوديعة مع رسوله إلى ربها بإذنه فأنكر ربها وصولها إليه ولا بينة لتشهد عليه بقبضها من الرسول فان الرسول يضمنها لتفريطه بعدم الإشهاد .

فرع إذا تعدى فى الوديعة بأى من أنواع التعدى كجحودها ثم عاد فأقر بها انتقلت يده من الائتمان إلى الضمان ولو زالت أسباب ذلك بالإقرار فإنه يبقى على الضمان ولا يبرأ منه إلا بالرد وأن أقام البينة على تلفها بعد جحودها لم يسقط عنه الضمان ، فلو أقام البينة بتلفها قبل جحودها فهل تسمع بينته ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا تسمع بينته لأنه مكذب لها بإنكاره الإيداع (والثانى) تسمع بينته ، فإذا أبرأه المودع من الضمان ، أو أذن له فى حفظها بعد ذلك فوجهان . (أحدهما) وهو ظاهر قول الشافعى : يبرأ من الضمان ، لأن الضمان وجب لحقه فسقط بإسقاطه له . (والثانى) : لا يبرأ حتى يردها على ربها لأن الإبراء لا يكون إلا عن حق فى الذمة فلم يصح .

فصل قال ابن حزم فى المحلى : فإن تعدى المودع فى الوديعة أو أضاعها فتلفت لزمه ضمانها ولو تعدى على بعضها دون بعض لزمه ضمان

ذلك البعض الذى تعدى فيه فقط لأنه فى الاضاعة أيضاً متعد لما أمر به ، والتعدى هو التجاوز فى اللغة التى نزل القرآن بها ، وبها خاطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم والله يقول « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » فيضمن ضمان الغاصب فى كل ما ذكرنا فى حكم الغصب وبالله التوفيق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل اذا اختلف المودع والمودع فقال أودعتك وديعة وأنكرها المودع فالقول قوله ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لو أن الناس أعطوا بدعاويهم لادعى ناس من الناس دماء ناس وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه والبينة على من أنكر » ولأن الأصل أنه لم يودعه فكان القول قوله .

فصل وان ادعى أنها تلفت نظرت ، فان ادعى التلف بسبب ظاهر كالنهب والحريق لم يقبل حتى يقيم البينة على وجود النهب والحريق ، لأن الأصل ان لا نهب ولا حريق ، ويمكن اقامة البينة عليها ، فلم يقبل قوله من غير بينة فان أقام البينة على ذلك أو ادعى الهلاك بسبب يخفى فالقول قوله مع اليمين أنها هلكت ، لأن الهلاك يتعذر اقامة البينة عليه ، فقبل قوله مع يمينه .

فصل وان اختلفا فى الرد فالقول قوله مع يمينه ، لأنه أخذ العين لمنفعة المالك فكان القول فى الرد قوله . وان ادعى عليه أنه أودعه فأنكر الايداع فأقام المودع بينه بالايداع فقال المودع : صدقت البينة أودعتنى ، ولكنها تلفت أو رددتها لم يقبل قوله ، لأنه صار خائناً ضامناً فلا يقبل قوله فى البراءة بالرد والهلاك ، فان قال : أنا أقيم البينة بالتلف أو الرد ففيه وجهان .

(أحدهما) أنها تسمع ، لأنه لو صدقه المدعى ثبتت براءته ، فاذا قامت البينة سمعت . (والثانى) لا تسمع ، لأنه كذب البينة بانكاره الايداع ، فأما اذا ادعى عليه أنه أودعه فقال : ماله عندى شىء فأقام البينة بالايداع فقال : صدقت البينة أودعتنى ، ولكنها تلفت رددتها قبل قوله مع اليمين لأنه صادق فى انكاره أنه لا شىء عنده ، لأنها اذا تلفت أو ردها عليه لم يبق له عنده شىء والله أعلم) .

الشرح الحديث سبق وسبق تخريجه .

أما الأحكام فإنه إذا ادعى عليه أنه أودعه وديعة فقال : مالك عندى شيء أو لا تستحق على شيئاً فالقول قوله . فإذا أقام المالك البينة فأقر الوديع قائلا : صدقت بالبينة ولكنها تلفت ، أو قال : ولكنى رددتها إليك لم يقبل قوله ، لأنه خان بجحوده ، فلا يقبل قوله فى التلف أو الرد .

وقد جمع الأستاذ محمد الخضراوى من فقهائنا المعاصرين عناصر ذات فائدة فى أحكام دعوى الرد على المالك أو وارثه ، قال أثابه الله : وإذا ادعى الوديع رد الوديعة على من ائتمنه من مالك وحاكم وولى ووصى وقيم ، صدق بيمينه ، وإن أشهد عليه بها عند دفعها لأنه ائتمنه . أما لو ضمنها بتفريط أو عدوان فإنه لا يقبل دعواه ردها ، ويجرى ما ذكر فى كل أمين أو وكيل وشريك وعامل قراض وجاب فى رد ما جباه على الذى استأجره للجباية كما قاله ابن الصلاح وكل أمين ادعى الرد على الوديع إذا أودعه عند سفره ؛ لأنه ائتمنه بناء على أن للوديع الاسترداد إذا عاد من سفره ، وهو المعتمد بخلاف ما إذا ادعى الرد على المالك فإنه لا يصدق لأنه لم يأتمنه . ولا يصدق ملتقط الشيء ولا من ألقت عليه الريح ثوبا فى الرد إلى المالك ، لأنه لم يأتمنهما وضابط الذى يصدق بيمينه فى الرد هو كل أمين ادعى الرد على من ائتمنه إلا المرتهن والمستأجر فانهما يصدقان فى التلف لا فى الرد ، لأنهما أخذا العين لغرض أنفسهما .

قال ابن القاص وغيره : كل مال تلف فى يد أمين من غير تعد لا ضمان عليه إلا فيما إذا استسلف السلطان لحاجة المساكين زكاة قبل حلولها ، فتلفت فى يده ، فيضمنها لهم . وإذا ادعى الوديع الرد على غير من ائتمنه كوارث المالك ، أو ادعى وارث الوديع الرد للوديع منه لا من مورثه على المالك أو أودع عند سفره أمينا فادعى الأمين الرد على المالك طولب كل من ذكر ببينة بالرد على من ذكر ، إذ الأصل عدم الرد ولم يأتمنه .

أما إذا ادعى الوارث الرد من مورثه فإنه يصدق بيمينه ، وصرح به البغوى وقال الرافعى :وهو الوجه ، لأن الأصل عدم حصولها فى يده . وقال ابن أبى الدم أنه الأصح ، وخالف فى ذلك المتولى وقال : يطالب بالبينة .

ولو تنازع الوديعة بأن ادعى كل منهما أنه ملكه ، فصدق الوديع أحدهما بعينه فللآخر تحليفه ، فإن حلف سقطت دعوى الآخر ، وإن نكل حلف الآخر وغرم له الوديع القيمة ، وإن صدقهما فاليد لهما والخصومة بينهما ، وإن قال : هى لأحدكما ونسيته ، وكذباه فى النسيان ضمن كالغاصب ، والغاصب إذا قال : المغصوب لأحدكما وأنسيته ، فحلف أحدهما على البت أنه لم يغصبه تعين المغصوب للآخر بلا يمين .

ولو ادعى الوارث علم الوديع بموت المالك ، وطلب منه الوديعة فله تحليفه على نفى العلم بذلك ، فإن نكل الوارث أخذها ، وإن قال الوديع : حبستها عندى لأنظر هل أوصى بها مالكها أم لا ؟ فهو متعد ضامن .

فائدة : قال فى الشرح الصغير من كتب المالكية : إن تنازع الوديعة شخصان فقال المودع (بالفتح) هى لأحدكما ونسيته قسمت بينهما إن حلفا أو نكلا ، وقضى للحالف على الناكل وإن أودع شخصين وغاب المودع بالكسر وتنازعا فيمن تكون عنده جعلت بيد الأعدل والضمان عليه إن فرط ، فإن تساويا فى العدالة قسمت بينهما إن قبلت القسمة وإلا فالقرعة ا هـ

مسألة : سئل الشيخ عز الدين عن رجل تحت يده وديعة ولم يعرف صاحبها وأيس من معرفته بعد البحث التام فقال : يصرفها فى أهم مصالح المسلمين ويقدم أهل الضرورة ومسيس الحاجة ، ولا يبنى بها مسجداً ، ولا يصرفها إلا فيما يجب على الإمام العادل صرفها فيه ، وإن جهله فليسأل أورع العلماء بالمصالح الواجبة التقديم .

فرع : حكاه ابن حزم فى المحلى قال : والقول فى هلاك الوديعة أو فى ردها إلى صاحبها أو فى دفعها إلى من أمره صاحبها بدفعها إليه قول الذى أودعت عنده مع يمينه سواء دفعت إليه ببينة أو بغير بينة لأن ماله محرم كما ذكرنا فهو مدعى عليه وجوب غرامة وقد حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن اليمين على من ادعى عليه وهو قول أبى حنيفة والشافعى وأبى سليمان .

وههنا خلاف فى مواضع : منها أن مالكا فرق بين الثقة وغير الثقة فرأى

أن لا يمين على الثقة وهذا خطأ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أوجب اليمين على من ادعى عليه لم يفرق بين ثقة وغير ثقة ، والمالكيون موافقون لنا فى أن نصرانياً أو يهودياً أو فاسقاً من المسلمين معلن الفسق يدعى ديناً على صاحب من الصحابة رضى الله عنهم ولا بينة له وجبت اليمين على الصاحب ولا فرق بين دعوى جحد الوديعة أو تضييعها ؛ والمقرض مؤتمن على ما أقرض وعلى ما عومل فيه كما أن المودع مؤتمن ولا فرق ، وفرق أيضاً بين الوديعة ببينة وبينها إذا دفعت بغير بينة فرأى إيجاب الضمان فيها اذا دفعت بينة وهذا لا معنى له لأنه لم يأت بالفرق بين ذلك قرآن ولا سنة والأيمان لا تسقط والغرامة لا تجب إلا حيث أوجبها الله تعالى أو رسوله صلى الله عليه وسلم أو حيث أسقطها الله تعالى أو رسوله صلى الله عليه وسلم وفرق قوم بين قول المودع أهلكت الوديعة فصدقوه إما ببينة وإما بغير ببينة وبين قوله : قد صرفتها إليك فألزموه الضمان وكذلك فى قوله : أمرتنى بدفعها إلى فلان فضمنوه .

قال أبو محمد : وهذا خطأ لم يأت بالفرق بين ذلك قرآن ولا سنة والوجه فى هذا هو أن ما قاله المودع مما يسقط به عن نفسه الغرامة . ولا تخرج عين الوديعة عن ملك المودع فالقول قوله مع يمينه ، لأن ماله محرم إلا بقرآن أو سنة سواء كانت الوديعة معروفة للمودع ببينة أو بعلم الحاكم أو لم تكن « ولا فرق بين شىء مما فرقوا بينه بآرائهم الفاسدة أما إذا ادعى المودع شيئاً ينقل به الوديعة عن ملك المودع إلى ملك غيره فإنه ينظر فإن كانت الوديعة لا تعرف للمودع إلا بقول المودع فالقول أيضاً قول المودع مع يمينه فى كل ماذكر له من أمره إياه ببيعها أو الصدقة بها أو بهبتها أو أنه وهبها له وسائر الوجوه ولا فرق لأنه لم يقر له بشىء فى ماله ولا بشىء فى ذمته لا بدين ولا بتعد ولا قامت له عليه بينة ولا بتعد حق وماله محرم على غيره . وأما إن كانت الوديعة معروفة العين للمودع ببينة أو بعلم الحاكم فإن المودع مدع نقل ملك المودع عنها فلا يصدق إلا ببينة وقد أقر حينئذ فى مال غيره بما قد منع الله تعالى منه إذ يقول (ولا تكسب كل نفس إلا عليها) فهو ضامن وبالله التوفيق .

فـــرع حكاه العلامة أبو البركات الدرديـــر المالكى فى الشرح الصغير إخراج المستشار الدكتور مصطفى كمال وصفى : الأموال المودعة إذا مكثت أعواماً عند المودع فتزكى بعد قبضها لكل عام حصر مدة إقامتهـــا عند الأمين وهذا معنى قولـــه « وتعددت بتعدده فى مودعه لا مغصـــوبة ومدفونة وضائعة » وقال العلامة الصـــاوى فى حاشـــيته : قـــوله (لكل عام مضى) أى مبتدئاً بالعام الأول فما بعده إلا أن ينقص الأخذ النصـــاب ، وما ذكره من تعدد زكاة المودعة بتعدد الأعوام هو المشهور ، ومقابلة مـــا روى عن مالك من زكاتها لعام واحد بعد قبضها لعـــدم التنمية ، وما رواه ابن نافع من أنه يستقبل بها حولا بعد قبضها ، وقوله : بعد قبضها ، ظاهره أنه قبل القبض لا يزكيهـــا وإنما تزكى بعد القبض ، واستظهر ابن عاشر أن المالك يزكيها كل عام وقت الوجوب من عنده ثم قال : فتكون الأقوال فيها أربعة مشهورها ما مشى عليـــه المصنف .

* * *

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب العـــارية

العارية بتشديد الياء . يقال تعاوروا الشيء واعتوروه تداولوه . والعارية منه . والأصل فعلية بفتح العين . قال الأزهرى : نسبة إلى العارة وهو اسم من الإعارة . يقال أعرته الشيء إعارة وعارة ، مثل أطعته إطاعة وطاعة ،وأجبته إجابة وجابة . وقال الليث : سميت عارية لأنها عار على طالبها ، وقال الجوهرى مثله ، وبعضهم يقول : مأخوذة من عار الفرس إذا ذهب من صاحبه لخروجها من يد صاحبها وهو غلط ، لأن العارية من الواو ، لأن العـرب تقول : هم يتعاورون العوارى ويتعورونها بالواو إذا أعار بعضهم بعضاً . والعار وعار الفرس من الياء فالصحيح ما قال الأزهرى ، وقد تخفف العـارية فى الشعر والجمع العوارى بالتخفيف وبالتشديد على الأصل ، واستعرت منه الشيء فأعارنيه . والفقهاء يذهبون دائماً إلى الأخذ بقول الجوهرى .

قال ابن قدامة : العـارية إباحة الانتفاع بعين من أعيـان المال مشتقة من عار الشيء إذا جاء . ومنه قيـل للبطال عيار لتردده فى بطالته ا هـ .

وهو كما أوضحنا خطأ لأنه من مادة أخـرى ، وقال ابن بطال الركبى الشافعى : ومنه سميت العير لذهابهـا وعودتها ، وهو خطأ كما قلنـا ، وقال ابن الأثير مثله .

قلت : التحقيق أنها واوية فأصل عارية عورية بفتحـات تخفف ياؤها وتشدد تحركت الواو وانفتح ما قبلها قلبت الفاً أو من العرو قال الشـاعر :

وإنى لتعرونى لذكراك هزة كما انتفض العصفور بلله القطر

فأصلها عاروة بوزن فاعولة قلبت الواو الثانية ياء لتطرفها والتـاء فى نية الانفصال فاجتمعت الواو واليـاء وسبقت إحداهما بالسكون قلبت الواو

ياء وأدغمت الياء فى الياء هذا فى المشددة وأصل المخففة عاروة فاعلة أبدلت الواو ياء لتطرفها أما تعريفها الاصطلاحى عند الفقهاء فهو تمليك منفعة مؤقتة بلا عوض والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

الاعارة قربة مندوب اليها لقوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى » وروى جابر رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « ما من صاحب ابل لا يفعل فيها حقها الا جاءت يوم القيامة أكثر ما كانت بقاع قرقر تشتد عليه بقوائمها وأخفافها ، قال رجل : يا رسول الله ما حق الابل ؟ قال : حلبها على الماء واعارة دلوها واعارة فحلها » .

فصل ولا تصح الاعارة الا من جائز التصرف فى المال ، فأما من لا يملك التصرف فى المال كالصبى والسفيه فلا تصح منه لأنه تصرف فى المال فلا يملكه الصبى والسفيه كالبيع .

فصل وتصح الاعارة فى كل عين ينتفع بها مع بقائها ، كالدور والعقار والعبيد والجوارى والثياب والدواب والفحل للضراب ، لما روى جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم ذكر اعارة دلوها واعارة فحلها . وروى أنس « أن النبى صلى الله عليه وسلم استعار من أبى طلحة فرساً فركبه » وروى صفوان « أن النبى صلى الله عليه وسلم استعار منه ادرعاً غزاة حنين » فثبت فى هذه الأشياء بالخبر وقسنا عليها كل ما كان ينتفع به مع بقاء عينه) .

الشرح الأصل فى العارية الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقوله تعالى (ويمنعون الماعون) روى عن ابن عباس وابن مسعود أنهما قالا : العوارى . وفسرها ابن مسعود فقال : القدر والميزان والدلو ، وقوله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) .

وأما السنة فما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال فى خطبة الوداع « العارية مؤداة والدين مقضى والمنحة مردودة والزعيم غارم » أخرجه الترمذى وقال : حديث حسن غريب ، وروى صفوان بن أمية أن النبى صلى الله عليه وسلم « استعار منه أدراعا يوم حنين فقال : أغصباً يا محمد ؟ قال : بل عارية مضمونة ، رواه أبو داود وأحمد والنسائى والحاكم وأورد له شاهداً من حديث ابن عباس ، ولفظه « بل عارية مؤداة » وهو

الحديث الذى ساقه المصنف فى الفصل مختصراً وزاد أحمد والنسائى : « فضاع بعضها فعرض عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يضمنها له فقال : أنا اليوم فى الإسلام أرغب » .

وفى رواية لأبى داود « إن الأدراع كانت ما بين الثلاثين إلى الأربعين » ورواه البيهقى عن أمية بن صفوان مرسلا ، وبين أن الأدراع كانت ثمانين ، ورواه الحاكم من حديث جابر بن عبد الله، وذكر أنها مائة درع، وأعل ابن حزم وابن القطان طرق هذا الحديث ، قال ابن حزم : أحسن ما فيها حديث يعلى بن أمية ، وقد سقناه فى الوكالة وسيأتى فى فصل جواز المعير الرجوع من تخريجه مزيد بعد قليل .

أما حديث جابر فى الفصل رواه أحمد ومسلم ، فقد استوفى الكلام عليه الإمام النووى فى كتاب الزكاة من المجموع .

وأما الإجماع فقد انعقد من الأمة كلها على أن العارية مندوب إليها لأنها من القربات وقد ذهبت الحنفية إلى وجوبها من المعير وأما القبول من المستعير فليس بركن استحساناً عند الثلاثة وفى قول زفر قبولها ركن وهو مقتضى القياس عندهم وهو اختيار صاحب البدائع .

وأما القياس فلأنه لما جازت الهبة بالأعيان جازت الهبة بالمنافع . ولذلك صحت الوصية بالأعيان والمنافع جميعاً ، لأنه سبحانه قال « لا خير فى كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس » والعارية من المعروف ، وقال « وتعاونوا على البر والتقوى » والعارية من البر والماعون .

والماعون كان متعارفا عليه فى الجاهلية بأنه كل ما فيه منفعة من قليل أو كثير قال الأعشى :

بأجود منه بماعونة إذا ما سماؤهم لم تغم

وفى الإسلام الطاعة والزكاة والمعروف وأنشدوا للراعى :

أخليفــة الرحمــن إنا معشر حنفاء نســجد بكرة وأصيلا
عــرب نرى لله فى أموالنــا حــق الزكاة منــزلا تنــزيلا
قوم على الإسلام لما يمنعوا ما عونهم ويضــيعوا التهليلا

اما الأحكام فإن العارية تفتقر إلى ثلاثة أشياء : معير ومستعير ومعار ، فالمعير وهو كل من كان مالكا مطلق التصرف جاز أن يكون معيراً ، ولا يجوز من غير مالك ولا ممنوع من التصرف . وأما المستعير فكل من صح منــه قبول الهبة صح منه طلب العارية لأنها نوع من الهبة . وأما المعار فهو كل مملوك صح الانتفاع به مع بقاء عينه ، ولا يصح فيما لا ينتفع به مع بقاء عينه كالمأكولات ، لاختصاص العارية بالمنافع دون الرقاب وبيان حكم العقد فى موضعين (أحدهما) بيان أصل الحكم (والثانى) بيان صفته .

فأما الأول فهو إباحة المنفعة للمستعير بغير امتلاك وعنــد أبى حنيفة وأصحابه يملك المستعير المنفعة بغير عوض أما هو فانه ملحق بالمنفعة عرفــاً وعادة حتى إنه يملك المستعير الاجارة .

ودليلهم أن المعير سلطه على تحصيل المنافع وصرفها إلى نفسه على وجه زالت يده عنها .

والتسليط على هذا الوجه يكون تمليكاً لا إباحة كما فى الأعيان وإنمــا صح من غير أجل لأن بيان الأجل للتحرز عن الجهالة المفضية إلى المنــازعة (أنها عقد جائز غير لازم) .

ووجه قولنا دلالة الاجماع والمعقول (أما الاجماع) فلجواز العقــد من غير أجل ولو كان تمليك المنفعة لما جاز من غير أجل كالإجارة ، وكذا المستعير لا يملك أن يؤجر العارية ولو ثبت له الملك فى المنفعة لملك كالمستأجر (وأما المعقول) فهو أن القياس يأبى تمليك المنفعة لأن بيع المعدوم لانعدام المنفعة حالة العقد ، والمعدوم لا يحتمل البيع لأنه بيع ما ليس عند الإنسان .

وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه إلا أنها جعلت بوجوده عند

العقد فى باب الاجـارة حكماً للضرورة ، ولا ضرورة إلى الاعارة فبقيت المنافع فيها على أصل العدم .

فأما الفضة والذهب فتنقسم ثلاثة أقسام : قسم يجوز إعارته وإجارته وهو الحلى لاباحة الانتفاع به مع بقاء عينه ، وقسم لا تجوز إعارته ولا إجارته، وهو الأوانى المحظور الانتفاع بها مع بقاء عينها ، وقسم تجوز إعارته ، وفى جواز إجارته وجهان وهو الدراهم والدنانير ، لأن فى التجمل بهما نفعاً ، والفرق بين العارية والإجارة وإن اختصا بملك المنفعة أن حـكم العـارية أوسع من حكم الإجارة ، لأنه يجوز أن يستعير فحـل ضراب ولا يجـوز أن يستأجره .

والحيوان على أربعة أقسام (أحدها) ما يجوز إعارته وإجارته ، وهـو كل ما يقتنى للمنفعة ، كالدواب للانتفاع بظهـورها ، والجـوارح المنتفع بصيدها .

(والثانى) مالا يجـوز إعارته ولا إجارته ، وهـو نوعان (أحدهما) ما كان محرماً .

(والثانى) ما كانت منفعته عينا ، فأما المحرم الانتفاع به فالسباع والذئاب والكلاب غير المعلمة ، فلا يجوز أن تعار ولا أن تؤاجر ، وأما ما كانت منفعته عيناً فذات الدر من المواشى كالغنم فلا يجوز أن تعار ولا تؤاجر لاختصاص العارية والإجارة بالمنافع دون الأعيان ، ولكن يجوز أن تمنح .

قال الشافعى : والمنحة أن يدفع الرجل ناقته أو شاته إلى رجل ليحلبها ثم يردها فيكون اللبن ممنوحاً . وروى الشافعى عن مالك عن أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « المنحة أفضل الصدقة تغدو بأجر وتروح بأجر » .

(والقسم الثالث) ما يجوز إعارته ولا يجـوز إجارته كالفحـول إذ إجارتها ثمن لعسبها ، وقد نهى رسـول الله صلى الله عليـه وسلم عن ثمن عسب الفحل .

(والقسم الرابع) ما تجوز إعارته ، وفى جواز إجارته وجهان ، وهو ما انتفع به من كلاب الصيد والفحول لغير العسب ، وإذا صحت إعارة البهائم دون إجارتها فعلفها ومؤنتها على المالك دون المستعير والمستأجر ، لأن ذلك من حقوق الملك ، والله تعالى أعلم .

فرع قال الإمام ابن حزم فى المحلى : العارية جائزة وفعل حسن وهى فرض فى بعض المواضع ، وهى إباحة منافع بعض الشىء كالدابة للركوب « والثوب للباس والفأس للقطع ، والقدر للطبخ ، والمقلى للقلو والدلو والحبل والرحى للطحن والإبرة للخياطة وسائر ما ينتفع به ، ولا يحل شىء من ذلك إلى أجل مسمى،لكن يأخذ ما أعار متى شاء ومن سألها إياه محتاجاً ففرض عليه إعارته إياه وثق بوفائه فإنه لم يأمنه على إضاعة ما يستعير أو على جمعه فلا يعره شيئاً . أما كونها فرضاً لقوله تعالى :

(ويمنعون الماعون) فتوعد عز وجل من منع الماعون بالويل روينا من طريق إسماعيل بن إسحاق القاضى نا حجاج بن المنهال نا حماد بن سلمة عن عاصم بن بهدلة عن زر بن حبيش عن ابن مسعود فى قوله تعالى (ويمنعون الماعون) قال : هو العوارى ، القدر ، والدلو ، والميزان ثم قال : ومن طريق يحيى بن سعيد القطان عن جابر بن صبح حدثتنى أم شراحيل قالت : قالت لى أم عطية : اذهبى إلى فلانة فأقرئيها السلام وقولى لها إن أم عطية توصيك بتقوى الله ولا تمنعى الماعون قالت : فقلت : ما الماعون ؟ فقالت لى : هبلتهى المهنة يتعاطاها الناس بينهم » . ثم نقل بإسناده عن سعيد بن عياض عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا : الماعون منع القدر والفأس والدلو . ومن طريق ابن علية عن ليث عن ابن إسحاق وهؤلاء كلهم حجة فى اللغة . وروينا عن ابن عمر : هو المال يمنع حقه . وهو موافق لما ذكرناه وهو قول عكرمة وإبراهيم وغيرهما وما نعلم عن أحد من الصحابة خلافاً لهذا ، فإن قيل : قد روى عن على رضى الله عنه أنها الذكاة قلت : نعم ولم يقل ليست العارية ثم قد جاء عنه أنها العارية فوجب جمع قوليه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا يجوز اعارة جارية ذات جمال لغير ذى رحم محرم ، لأنه لا يأمن أن يخلو بها فيواقعها ، فان كانت قبيحة أو كبيرة لا تشتهى لم يحرم ، لأنه يؤمن عليها الفساد ، ولا تجوز اعارة العبد المسلم من الكافر ، لأنه لا يجوز أن يخدمه . ولا تجوز اعارة الصيد من المحرم ، لأنه لا يجوز له امساكه ولا التصرف فيه . ويكره أن يستعير أحد أبويه للخدمة ، لأنه يكره أن يستخدمهما فكره استعارتهما لذلك .

فصـــل ولا تنعقد الا بايجاب وقبول لأنه ايجاب حق لآدمى فلا يصـــح الا بالايجاب والقبول كالبيع والاجارة ، وتصح بالقول من أحدهما والفعل من الآخر ، فان قال المستعير : أعرنى فسلمها اليه انعقد ، وان قال المعير : أعرتك فقبضها المستعير انعقد ، لأنه اباحة للتصرف فى ماله ، فصح بالقول من أحدهما والفعل من الآخر ، كاباحة الطعام) .

الشرح هذا الفصل فيه من محاسن الإسلام فى معاملة السبى ، وهو ظاهرة اجتماعية عالمية جاء الإسلام لتصفيتها بالتقرب إلى الله تعـالى بفك رقابها ، ومن ذلك أن المرء إذا كانت عنده جارية جميلة فإنه لا يجوز إعارتها لخدمة آخر حتى لا يؤدى ذلك إلى إغرائه بأن ينزو عليها ، ويسرى هذا الأمر على الخادمات اللاتى يغشين المنازل فى زماننا هذا لأداء بعض الخدمة وإعانة ربات البيوت على بعض ما يشق عليهن . فلا يجوز إعارة مثل هؤلاء الخادمات إذا كن جميلات ، كما يكره للرجل أن يتحرى أن تكون خادمته ذات جمال ، كما لا يجوز للمرء أن يستخدم أباه ولا أن يستعيره لخدمته ، وهذا الحكم فى شكله الذى سقناه هو الملائم الآن . لما يجرى عليه العمل ، بعد إبطال الرق فى الناس واصطفاق الناس على ذلك .

فـــرع العارية عقد كباقى عقود التمليك وهى كما عرفناها امتلاك منفعة مؤقتة بلا عوض لأنهـا لو كانت بعوض لكانت إجارة فلو كانت بغير تمليك المنفعة لكانت وديعة ولو كانت المعاوضة على عين العارية لكانت بيعاً ، ومن ثم تنعقد بالإيجاب والقبول .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل واذا قبض العين ضمنها ، لما روى صفوان « أن النبى صلى الله عليه وسلم استعار منه أدرعا يوم حنين ، فقال : أغصباً يا محمد ؟ قال : بل عارية مضمونة » ولأنه مال لغيره أخذه لمنفعة نفسه ، لا على وجه الوثيقة ، فضمنها كالمغصوب فان هلكت نظرت ، فان كان مما لا مثل له ففى ضـــمانها وجهان :

(أحدهما) يضمنها بأكثر ما كانت قيمتها من حين القبض الى حين التلف كالمغصوب ، وتصير الأجزاء تابعة للعين ان سقط ضمانها بالرد سقط ضمان الأجزاء وان وجب ضمانها بالتلف وجب ضمان الأجزاء .

(والثانى) أنها تضمن بقيمتها يوم التلف وهو الصحيح ، لأنا لو ألزمناه قيمتها أكثر ما كانت من حين القبض الى حين التلف أوجبنا ضمان الأجـزاء التالفة بالاذن ، وهذا لا يجوز ، ولهذا لو كانت العين باقية وقد نقصت أجزاؤها بالاستعمال لم يجب ضمانها وان كان مما له مثل .

فان قلنا فيما لا مثل له : انه يضمن بأكثر ما كانت قيمته لزمه مثلهـا ، وان قلنا : انه يضمن بقيمته يوم التلف ضمنها بقيمتها .

واختلف أصحابنا فى ولد المستعارة فمنهم من قال : انه مضمون لانهـــا مضمونة فضمن ولدها كالمغصوبة ، ومنهم من قال : لا يضمن : لأن الولد لم يدخل فى الاعارة فلم يدخل فى الضمان ، ويخالف المغصوبة ، فان الولد يدخل فى الغصب فدخل فى الضمان ، فان غصب عيناً فأعارها من غيره ، ولم يعـلم المستعير وتلفت عنده ، فضمن المالك المستعير لم يرجع بما غرم على الغاصب ، لأنه دخل على أنه يضمن العين ، وان ضمنه أجرة المنفعة فهل يرجـــع على الغاصب ؟ فيه قولان ، بناء على القولين فيمن غصب طعاما وقدمه الى غيره .

(أحدهما) يرجع لأنه غره .

(والثانى) لا يرجع ، لأن المنافع تلفت تحت يده) .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : العارية كلها مضمونة ، الدواب والرقيق والدور والثياب لا فرق بين شىء منها ، فمن استعـار شيئاً فتلف فى يده بفعله أو بغير فعله فهو ضامن له ، والأشياء لا تخلو أن تكون مضمونة أو غير مضمونة ، فما كان منها مضمونا مثل الغصب وما أشـبهه فسـواء ما ظهر منها هلاكه وما خفى فهو مضمون على الغاصب والمستسلف جنيا فيه أو لم يجنيا ، أو غير مضمونة مثل الوديعة فسواء ما ظهر هلاكه وما خفى فالقول

فيها قول المستودع مع يمينه ، وخالفنا بعض الناس فى العـارية فقال : لا يضمن شيئا إلا ما تعدى فيه ، فسئل من أين قاله ؟ فزعم أن شريحاً قاله ، وقال : ما حجتكم فى تضمينهـا ؟

قلنا : استعار رسول الله صلى الله عليه وسلم من صفوان فقال له النبى صلى الله عليه وسلم « عارية مضمونة مؤداة » قال : أفرأيت إذا قلنا : فإن شرط المستعير الضمان ضمن وإن لم يشترطه لم يضمن ؟

قلنا : فأنت إذن تترك قولك . قال : وأين ؟ قلنا : أليس قولك : إنها غيرمضمونة إلا أن يشترط ؟ قال : بلى ، قلنا : فما تقول فى الوديعة إذا اشترط المستودع أنه ضامن أو المضارب ؟ قال : لا يكون ضامناً قلنا : فما تقول فى المستسلف إذا اشترط أنه غير ضامن ؟ قال : لا شرط له ولا يكون ضامناً ، قلنا : ويرد الأمانة إلى أصلها والمضمون إلى أصله ويبطل الشرط فيهما جميعاً ؟ قال : نعم ، قلنا : وكذلك ينبغى لك أن تقول فى العـارية ، وبذلك شرط النبى صلى الله عليه وسلم أنها مضمونة إلا لما يلزم . قال : فلم شرط ؟ قلنا : لجهالة صفوان ، لأنه كان مشركا لا يعرف الحكم ، ولو عرفه ما ضر الشرط إذا كان أصل العارية أنهـا مضمونة بلا شرط ، كمـا لا يضر شرط العهدة وخلاص عقدك فى البيع ، ولو لم يشترط كان عليه العهدة والخلاص أو الرد ، قال : فهل قال هذا أحد ؟ قلنا : فى هذا كفاية ، وقد قال أبو هريرة وابن عباس رضى الله عنهما : « إن العارية مضمونة » وكان قول أبى هريرة فى بعير استعير فتلف : إنه مضمون اهـ .

وقال الماوردى فى الحاوى : فتمامها بالقبض فقد اتفق الفقهاء على أن ما تلف من أجزائها بالاستعمال غير مضمون على المستعير .

فـرع فى مذاهب العلماء فى تلف العارية : اختلفوا فى تلف عينها على خمسة مذاهب :

(أحدها) وهو مذهب الشافعى أنها مضمونة عليه سـواء تلف بفعل

آدمي أو بجائحة سماوية ، وبه قال من الصحابة ابن عباس وعائشة وأبو هريرة رضى الله عنهم ومن التابعين عطاء ومن الفقهاء أحمد بن حنبل .

(والثانى) وهو مذهب أبى حنيفة أنها غير مضمونة عليه إلا بالتعدى وبه قال الحسن البصرى والنخعى والأوزاعى وأبو محمد على بن حزم وسيأتى ما قاله .

(والثالث) وهو مذهب مالك : إن كان مما يخفى هلاكه ضمن ، وإن كان مما يظهر لم يضمن .

(والرابع) وهو مذهب الشيعة : إن تلفت بالموت لم يضمن ، وإن تلفت بغيره ضمن .

(والخامس) وهو مذهب قتادة وعبيد الله الحسن العنبرى وداود بن على : إن شرط ضمانها لزم ، وإن لم يشترط لم يلزم ، واستدلوا على سقوط الضمان برواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ليس على المستعير غير المغل ضمان » وهذا نفى ، وبرواية عطاء بن أبى رباح عن صفوان بن يعلى عن أبيه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا أتتك رسلى فأعطهم ثلاثين بعيراً وثلاثين درعا فقلت : يا رسول الله أعارية مضمونة أو عارية مؤداة ؟ قال : « بل مؤداة » قالوا : فقد نفى الضمان عنها فلم يجز أن يتوجه إليها ، قالوا : ولأنه مستعار تلف بغير تفريط فوجب أن لا يضمنه المستعير قياساً على تلف الأجزاء ، قالوا : ولأن ما لم تكن أجزاؤه مضمونة لم تكن جملته مضمونة كالودائع طرداً والغصوب عكساً . وقال ابن حزم فى حديث صفوان : فهذا حديث حسن ليس فى شىء مما روى فى العارية خبر يصح غيره ، وأما ما سواه فلا يساوى الاشتغال به وقد فرق فيه بين الضمان والأداء فبطل كل ما تعلقوا به من النصوص .

دليلنا رواية قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « على اليد ما أخذت حتى تؤدى » وهذا تضمين ، ثم ساق الماوردى حديث صفوان المار كدليل آخر ، فإن قيل : هو محمول على ضمان الرد كالودائع

التى هى مضمونة الرد ، وليست مضمونة العين ، قيل : إطلاق القول يتناول ضمان الأعيان ، ولذلك امتنع أن يطلق على الأمانات المؤداة حكم الضمان ، على أنه روى عنه صلى الله عليه وسلم « عارية مضمونة مؤداة » وكان الأداء محمولا على الرد والضمان على التلف ، ثم يجيب صاحب الحاوى على اعتراضات المخالفين فيقول عن حديث « ليس على المستعير غير المغل ضمان » الجواب من وجهين .

(أحدهما) أنه محمول على ضمان الأجزاء التالفة بالاستعمال وهذا وإن كان تخصيصاً فلما عارضه من الأخبار المخصصة .

(والثانى) أن المغل فى هذا الموضوع ليس بمأخوذ من الخيانة والغلول وإنما هو مأخوذ من استغلال الغلة ، يقال : هذا غل فهو مغل إذا أخذ الغلة .

قال زهير بن أبى سلمى :

فنغل لكم مالا تغل لأمثالها قرى بالعراق من قفيز ودرهم

فيكون لا ضمان على المستعير غير المستغل أى غير القابض لأنه بالقبض يصير مستغلا وهذا صحيح ، وأما الجواب عن « عارية مضمونة أو مؤداة ؟ » فهو أن معناه عارية مضمونة بالبدل ، أو مؤداة العين استعلاماً لحكمها هل تؤخذ على طريق البدل والمعاوضة ، أو على طريق الرد والأداء ؟ فأخبر أنها مؤداة العين ، ولا يملكها الآخذ بالبدل ، وأما تلفها بالاستعمال المأذون فيه كالثوب المستعار إذا بلى باللبس لم يضمنه المستعير ، والمعنى فيه أنه أتلفه بإذن مالكه فسقط عنه ضمانه ، والعارية إذا تلفت بغير إذن مالكها وجب عليه ضمانها ، ولو تلفت الثياب بغير اللبس المأذون فيه كأن شد فيها متاعا أو حمل فيها تراباً ضمن ، وعند أحمد فى أظهر القولين يجب ضمانها لو بليت باللبس .

فرع ذكرنا مذاهب العلماء وقلنا : إن داود بن على ذهب مع

القائلين بأنه إن شرط ضمانها لزم وقد خالفه فيما ذهب إليه صاحبه أبو محمد بن حزم فقال :

وأما من قال : لا ضمان على المستعير إلا أن يشترط عليه الضمان فهو قول قتادة وعثمان البتى رويناه من طريق عبد الرزاق عن معمر عن قتادة . قال أبو محمد : وهذا باطل لأنه شرط ليس فى كتاب الله عزوجل فهو باطل ولقد كان يلزم الحنفيين والمالكيين المجيزين الشروط الفاسدة بالخبر المكذوب (المسلمون عند شروطهم) أن يقولوا بقول قتادة ههنا ولكن لا مؤنة عليهم من التناقض فبطل هذا القول أيضاً ولم يبق إلا قول من ضمنها جملة أو قولنا فنظرنا فى قول من ضمنها جملة فوجدنا ما روينا من طريق عبد الرزاق نا ابن عيينة هو سفيان ــ عن عمرو بن دينار عن ابن أبى مليكة . وعبد الرحمن بن السائب قال ابن أبى مليكة عن ابن عباس وقال ابن السائب عن أبى هريرة قالا جميعاً : العارية تغرم . ومن طريق ابن وهب عن رجال من أهل العلم عن ابن عمر أنه كان يضمن العارية . ومن طريق معمر عن ابن طاوس عن أبيه قال فى قضية معاذ بن جبل : العارية مؤداة . وكان شريح يضمن العارية وضمنها الحسن ثم رجع عن ذلك وصح عن مسروق أيضاً وعن عطاء بن أبى رباح وذكره ابن وهب عن يحيى بن سعيد الأنصارى وربيعة وذكرا أنه قول علمائهم الذين أدركوا وبه كانوا يقضون وذكره أيضاً عن سليمان بن سيار وعمر بن عبد العزيز ومكحول وقال الزهرى : أجمع رأى القضاة على ذلك إذا رأوا شرور الناس وبهذا يقول الشافعى وأحمد بن حنبل وأصحابهما واحتجوا بقول الله تعالى (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها) فقلنا لهم تضمنوا بهذه الآية الوديعة فقد ضمنها عمر وغيره ونعم هو مأمور بأدائها ما دام قادراً على أدائها فإن عجز عن ذلك فالله تعالى يقول (لا يكلف الله نفساً إلا وسعها) فإذ ليس فى وسعه أداؤها فهو غير مكلف ذلك وليس فى هذه الآية تضمين ، لأن أداء الغرامة هو غير أداء الأمانة فلا متعلق لكم بهذه الآية أصلا لأنه ليس فيها أداء غيرها ولا ضمانها ثم ضعف ابن حزم خبر « العارية مؤداة » « والزعيم غارم » فانظر كيف تساق الأدلة ثم ينقضها ولله فى خلقه شئون .

فــرع لا يخلو حال العارية إذا تلفت عن أحد أمرين ، أمـا أن يكون لها مثل أو لا مثل لها ، فإن لم يكن لها مثل ضمنها بالقيمة ، وفيهـا وجهان .

(أحدهما) يضمن قيمتها يوم التلف ليسقط ضمان الأجـزاء التـالفة بالاستعمال .

(والوجه الثانى) أنه يضمن أكثر قيمتها من حين القبض إلى حين التلف كالغصب ، وتصير الأجزاء تبعا لجملة ، فإن كان للعارية مثل ففيما يضمنها به وجهان بناء على صفة ضمان مالا مثل له .

(أحدهما) يضمنها بالمثل إذا جعل ضمانها فى أكثر الأحوال كالغصب .

(والثانى) يضمنها بالقيمة إذا جعل ضمانها وقت التلف .

فأما ما تنتجه العارية من ولد إذا حدث فى يد المستعير ففى وجـوب ضمانه عليه وجهان :

(أحدهما) عليه ضمانه لأن ولد المضمون مضمون كالمغصوبة .

(والوجه الثانى) لا ضمان عليه لأن معنى الضمان فى الأم معدوم فى الولد بخلاف الغصب لأن ولد العارية لا يكون مستعاراً ، وولد المغصوبة يكون مغصوبا .

وأما قول الشافعى فى موضع من كتاب الإجارات : إن العـارية غـير مضمونة إلا بالتعدى ــ وهو ما أشرنا إليه فى كتاب الضمان ــ فليس بقول ثان فى سقوط ضمانها كما وهم فيه الربيع ، وهو محمول على أحـد ثلاثة أوجه ، إما على سقوط ضمان الأجرة ، أو على سقوط ضمان الأجزاء أو حكاية عن مذهب غيره قال : يجوز نكاح المحرم حكاية عن مذهب غـيره وفرع عليه وإن لم يعلنه مذهباً لنفسه والله أعلم .

وهذا ما يتعلق بالغصب فى هذا الفصل آت إن شـاء الله فى الغصب ومن الله التوفيـق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ويجوز للمعير أن يرجع فى العارية بعد القبض ، ويجوز للمستعير أن يرده لأنه اباحة فجاز لكل واحد منهما رده كاباحة الطعام . واذا فسخ العقد وجب الرد على المستعير ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « استعار من صفوان بن أمية أدرعاً وسلاحا ، فقال:أعارية مؤداة ؟ قال : عارية مؤداة » ويجب ردها الى المعير أو الى وكيله ، فان ردها الى المكان الذى أخذها منه لم يبرأ من الضمان ، لأن ما وجب رده الى المالك أو الى وكيله كالمغصوب والمسروق) .

الشرح خبر دروع صفوان أخرجه الحاكم عن ابن عباس كما رويناه من طريق أحمد بن شعيب النسائى أنا عبد الرحمن بن محمد بن سلام نا يزيد بن هارون أنا شريك ــ هو ابن عبد الله القاضى ــ عن عبد العزيز بن رفيع عــن أمية بن صفوان بن أمية عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار منه يوم حنين أدراعاً فقال : غصب يا محمد ؟ فقال : بل عارية مضمونة » إلا أن شريكا يقول فيه ابن حزم : مدلس للمنكرات إلى الثقات وقــد روى البلايا والكذب الذى لاشك فيه عن الثقات . (قلت) ولشريك مواقف من ذوى السلطان فيها دهاء وبلاء قال ابن عدى : حدثنا أبو العلاء الكوفى بمصر حدثنا محمد بن الصباح الدولابى حدثنا نصر بن المجدر قال : « كنت شاهداً حين أدخل شريك ومعه أبو أمية الذى رفع إلى المهدى أن شريكا حدث عن الأعمش عن سالم عن ثوبان أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : استقيموا لقريش ما استقاموا لكم ، فإذا زاغوا عن الحق فضعوا سيوفكم على عواتقكم ثم أبيدوا خضراءهم فقال المهــدى : أنت حــدثت بهذا ؟ قال : لا . قال أبو أمية على المشى إلى بيت الله وكل مالى صدقة إن لم أكن سمعته منه . قال شريك : على مثل الذى عليه إن كنت حدثته ، فكأن المهدى رضى ، فقال أبو أمية : يا أمير المؤمنين ، عندك أدهى العــرب إنما عنى الذى على مــن الثياب قال : صدق ، احلف كما أحلف فقال : قد حدثته . فقال : ويل شارب الخمر ــ يعنى الأعمش ــ وكان يشرب المنصف ــ لو علمت موضع قبره لأحرقته » .

« قال شريك : لم يكن يهوديا ، كان رجلا صالحا . فقال : زنديق ؟ فقال

للزنديق علامات بتركه الجماعة وجلوسه مع الفتيان وشربه الخمر قال : والله لأقتلنك . قال : ابتلاك الله بمهجة . قال : أخرجوه ، فأخرج فجعل الحرس يشقون ثيابه ويخرقون قلنسوته ا هـ .

ومن طريق الحارث بن أبى أسامة نا يحى بن أبى بكير نا نافع عن صفوان بن أمية أنه استعار منه النبى صلى الله عليه وسلم سلاحاً فقال : مضمونة . وآفة هذه الرواية الحارث وهو متروك ويحيى بن أبى بكير لم يدرك نافعاً وأعلى من عنده شعبة ولا نعلم لنافع سماعاً من صفوان أصلا، والذى لاشك فيه فإن صفوان مات أيام عثمان قبل الفتنة ، ومن طريق ابن وهب عن أنس بن عياض عن جعفر بن محمد عن أبيه أن صفوان بن أمية « أعار رسول الله صلى الله عليه وسلم سلاحاً فقال : أعارية مضمونة أم غصب ؟ فقال : بل عارية مضمونة » وهذا منقطع لأن محمد بن على لا ولد له إلا بعد موته بدهر . وأخرجه مسدد شيخ البخارى نا أبو الأحوص نا عبد العزيز ابن رفيع عن عطاء بن أبى رباح عن ناس من آل صفوان بن أمية « استعار رسول الله صلى الله عليه وسلم من صفوان سلاحاً فقال صفوان : أعارية أم غصب ؟ قال : بل عارية ففقدوا منها درعاً ، فقال رسول الله ﷺ : إن شئت غرمناها لك فقال : يا رسول الله إنه فى قلبى من الإيمان ما لم يكن يومئذ » هذا عن ناس لم يسموا .

ومن طريق أحمد بن شعيب النسائى أنا أحمد بن سليمان نا عبيد الله بن موسى أنا إسرائيل عن عبد العزيز بن رفيع عن ابن أبى مليكة عن عبد الرحمن بن صفوان بن أمية « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار من صفوان بن أمية دروعاً فهلك بعضها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن شئت غرمناها لك قال : لا يا رسول الله » . ومن طريق ابن وهب عن ابن جريج ويونس وعبيد الله بن عمر قال ابن جريج عن عطاء وقال يونس عن ربيعة وقال ابن عمر عن الزهرى فذكر دروع صفوان وأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « بل طوعاً وهى علينا ضامنة » .

هذا مرسل . وقد ذهب ابن حزم إلى تضعيف جميع الروايات التى تدل

على تضمين العارية كي يخلص إلى أنها ليست مضمونة . والأخبار التى سقناها مع ما لم نسقه يفيد الحجية فإن المرسل الصحيح إذا ظاهرته موصولات بهذه الكثرة كانت هذه الكثرة بذاتها مفيدة لحسن الخبر فإذا انضم إليها المرسل الصحيح ارتفعت إلى درجة الصحة . أما احتجاج ابن حزم بما أخرجه أحمد بن شعيب النسائى أنا إبراهيم بن المعتمر نا حبان بن هلال نا همام بن يحى نا قتادة عن عطاء بن أبى رباح عن صفوان بن يعلى بن أمية عن أبيه قال : قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا أتتك رسلى فأعطهم درعاً وثلاثين بعيراً فقلت : يا رسول الله أعارية مضمونة أم عارية مؤداة ؟ قال : بل عارية مؤداة » قال : فهذا حديث حسن ليس فى شىء مما روى فى العارية خبر يصح غيره ، وقد فرق فيه بين الضمان والأداء وأوجب فى العارية الأداء فقط .

ولنا أن كل ما يقبضه بعض الناس من بعض من الأموال ينقسم إلى ثلاثة أقسام (أحدها) مافيه منفعة للدافع دون المدفوع إليه كالوديعة والوكالة فهذا غير مضمون فوجب أن يكون كل ما فى هذا الباب كذلك .

(الثانى) ما فيه منفعة للدافع والمدفوع إليه معاً كالقراض وقد ثبت أنه غير مضمون باتفاق فوجب أن يكون الرهن وكل ما فى هذا الباب كذلك.

(الثالث) ما فيه منفعة للمدفوع إليه دون الدافع كالقرض وقد صح الإجماع على أنه مضمون فوجب أن تكون العارية وكل ما فى هذا الباب كذلك .

ولم يستطع العلامة ابن حزم أن يدفع هذه الكليات الثلاث إلا بأن يتهكم بها مع تسليمه بقوتها إذ يقول رحمه الله : وهذا قياس والقياس كله باطل إلا أنه من المليح المموه من مقاييسهم وإنهم ليسفكون الدماء ويبيحون الفروج والأبشار بأقل من هذا كقياسهم فى القذف وفى جلد الشارب قياساً على القاذف والقود للكافر من المؤمن ، وفاعل فعل قوم لوط وسائر قياساتهم إلا أننا نعارض هذا القياس بمثله ، وهو أن العارية دفع مال بغير عوض

كالوديعة ، وأيضا فان ما يلى منها فى اللباس وفيما استعيرت له فنقص منها بلا تعد فلا ضمان فيه فكذلك سائر النقص وهـذا كله وساوس نعوذ بالله من الحكم بهـا فى دينه .

قلت : ليس فى اعتراضات ابن حزم ما يدفع حججنا بضمان العـارية . مثل النقص الحادث من الاستعمال فانه معفو عنه ولا ضمان فيه وإنما الضمان فى عينها وفيما تفاحش من سوء استعمالها . ولأن العين مضمونة الرد حال قيامها فكانت مضمونة القيمة حال هلاكها كالمغصوب وهذا لأن العين اسـم المصورة والمعنى وبالهلاك عجز عن رد الصورة .

اذا ثبت هذا فانه إذا طالب المعير بردها كانت ضرورة ردها واجبة على المستعير بخـلاف المسـتأجر ، والفرق بينهما أن تسليم المنفعة فى الإجارة مستحق على المؤاجرة فكانت مؤنة الرد عليه وتسليمها فى العارية هبة للمستعير فكانت مؤنة الرد عليه . إذا لم يعجز عن رد المعنى ، لأن قيمة الشىء معناه فيجب عليه رده بمعناه كما فى الغصب ، ولأنه قبض مال القود لنفسه فيكون مضموناً عليه كالمقبوض على سوم الشراء .

فـــرع فى مذاهب العلماء فيما تقدم : مذهبنا أن المستعير إذا رد العارية إلى حظيرة المعير لم يبرأ من ضمانها حتى يدفعها إلى المعير أو وكيـله فيها وقال أبو حنيفة : يبرأ منها بردها إلى الاصطبل استحساناً لا قياسـاً ، وهذا خطأ لأن الاصطبل لو كان كيده لاقتضى أن يكون سارقها من الاصطبل إذا ردها إليه أن يسقط عنه ضمانها كما يسقط بردها إلى يده ، وفى بقـاء الضمان عليه دليل على أن ليس إلى الاصطبل عوداً إلى يده .

وقالت الحنابلة : إن كانت العين باقية فعلى المستعير ردها إلى المعير أو وكيله فى قبضها ويبرأ بذلك من ضمانها . وإن ردها إلى من جرت عادتـه بجريان ذلك على يده كزوجته المتصرفة فى صالحه ورد الدابة إلى سائسها فقياس المذهب أنه يبرأ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ومن استعار عينا جاز له أن يستوفى منفعتها بنفسه وبوكيله ، لأن الوكيل نائب عنه ، وهل له أن يعير غيره ؟ فيه وجهان : (أحدهما) يجوز كما يجوز للمستأجر أن يؤجر . (والثانى) لا يجوز وهو الصحيح ، لأنه اباحة فلا يملك بها الاباحة لغيره كاباحة الطعام ، ويخالف المستأجر فانه يملك المنافع. ولهذا يملك أن يأخذ عليه العوض ، فملك نقله الى غيره ، كالمشترى للطعام والمستعير لا يملك ، ولهذا لا يملك أخذ العوض عليه فلا يملك نقله الى غيره كمن قدم اليه الطعام) .

الشرح إذا استعار شيئا فله استيفاء منفعته بنفسه وبوكيله ، لأن وكيله نائب عنه ويده كيده ، وليس له أن يؤجره لأنه لم يملك المنـافع فلا يصح أن يملكها غيره ، لأن المستعير لا يملك العين ، وليس للمستعير استعمال المعار إلا فيما أذن له فيـه ، وليس له أن يعيره غيره . وهذا هـو الوجـه الأصح عندنا ، ولا قول غيره عند الحنابلة .

والوجه الآخر له ذلك ــ وهو قول أبى حنيفة ــ لأنه يملكه على حسب ما ملكه فجاز كما للمستأجـر أن يؤجر ، قال أصحاب الرأى : إذا استعار ثوبا ليلبسه هو فأعطاه غيره فلبسه فهو ضامن ، وإن لم يسم من يلبسه فلا ضمان عليـه .

وقال مالك : إذا لم يعمل بها إلا الذى كان يعمل بها الذى أعيرها فلا ضمان عليـه .

ولنا أن العارية إباحة المنفعة فلم يجز أن يبيحها غـيره كإباحة الطعام ، وفارق الإجارة لأنه ملك الانتفاع على كل وجه فملك أن يملكها ، وفى العارية لم يملكها إنما ملك استيفاءها على وجه ما أذن له فأشبه من أبيح له أكـل الطعام ، فعلى هذا إن أعار فللمالك الرجوع بأجر المثل ، وله أن يطالب مـن شاء منهما ؛ لأن الأول سلط غيره على أخذ مال غيره بغير إذنه . والثـانى استوفاه بغير إذنه فان ضمن الأول رجع على الثانى ، لأن الاستيفاء حصـل منه فاستقر الضمان عليه ، وإن ضمن الثانى لم يرجع على الأول إلا أن يكون

الثانى لم يعلم بحقيقة الحال فيحتمل أن يستقر الضمان على الأول لأنه غر الثانى . ودفع إليه العين على أنه يستوفى منافعها بغير عوض ، وإن تلفت العين فى يد الثانى استقر الضمان عليه بكل حال ، لأنه قبضها على أن تكون مضمونة عليه ، فان رجع على الأول رجع الأول على الثانى . وإن رجع على الثانى لم يرجع على أحد على القولين (والثانى) له أن يرجع ، وسيأتى فى الغصب إن شاء الله .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وتجوز الاعارة مطلقا ومعينا ، لأنه اباحة فجاز مطلقا ومعينا كاباحة الطعام ، فان قال : أعرتك هذه الأرض لتنتفع بها ، جاز له أن يزرع ويغرس ويبنى ، لأن الاذن مطلق ، وان استعار للبناء أو للغرس جاز له أن يزرع لأن الزرع اقل ضرراً من الغراس والبناء فاذا رضى بالبناء والغراس رضى بالزرع .

ومن أصحابنا من قال : ان استعار للبناء لم يزرع ، لأن فى الزرع ضرراً ليس فى البناء ، وهو أنه يرخى الأرض ، وان استعار للزرع لم يغرس ولم يبن لأن الغراس والبناء أكثر ضررا من الزرع فلا يكون الاذن فى الزرع اذناً فى الغراس والبناء .. وان استعار للحنطة زرع الحنطة وما ضرره ضرر الحنطة ؛ لأن الرضى بزراعة الحنطة رضى بزراعة مثله .. وان استعار للغراس أو البناء ملك ما أذن فيه منهما ، وهل يملك الآخر ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) أنه يملك الآخر ، لأن الغراس والبناء يتقاربان فى البقاء والتأبيد فكان الاذن فى أحدهما اذنا فى الآخر . (والثانى) أنه لا يجوز ، لأن فى كل واحد منهما ضررا ليس فى الآخر . فان ضرر الغراس فى باطن الأرض أكثر ، وضرر البناء فى ظاهر الأرض أكثر ، فلا يملك بالاذن فى أحدهما الآخر) .

الشرح تجوز الإعارة مطلقا ومقيداً لأنها إباحة فجاز فيها إباحة ذلك كإباحة الطعام ، ولأن الجهالة إنما تؤثر فى العقود اللازمة ، فإذا أعاره شيئاً مطلقاً أبيح له الانتفاع به فى كل ما هو مستعد له من الانتفاع به ، فإذا أعاره أرضا مطلقا فله أن يزرع فيها ويغرس ويبنى ويفعل فيها كل ماهى معدة له من الانتفاع لأن الإذن مطلق ، وإن اعاره للغراس أو للبناء فله أن يزرع فيها ما شاء لأن ضرره دون ضررهما فكأنه استوفى بعض ما أذن له فيه ، وإن استعارها للزرع لم يغرس ولم يبن ؛ لأن ضررهما أكثر ، فلم يكن

الإذن فى القليـــل إذناً فى الكثير . وإن استعارها للغراس أو للبنـــاء ملك المأذون فيه منهما وفى امتلاك الآخر وجهان .

(أحدهما) يملك الآخر لأن الغراس والبناء يتقاربان فى البقاء والتأبيد فكان الإذن فى أحدهما إذناً فى الآخر .

(والثانى) لا ، لاختلاف كل منهما ولأن ضررهمـــا مختلف فإن ضرر الغراس فى باطن الأرض لانتشار العروق فيها ؛ وضرر البناء فى ظاهرها فلم يكن الاذن فى أحدهما إذناً فى الآخر .

وإن استعارها لزرع الحنطة فله زرعها وزرع ماهـــو أقل ضرراً منهـــا كالشعير والباقلا والعدس ، وله زرع ما ضرره كضرر الحنطة ، لأن الرضى بزراعة شيء رضى بضرره وما هو دونه ، وليس له زرع ما هو أكثر ضرراً منه كالذرة والدخن والقطن لأن ضرره أكثر ، وحكم إباحة الانتفاع فى العارية كحكم الانتفاع فى الاجارة فيما له أن يستوفيه وما يمنع منه ، وفى الاجارة مزيد إن شاء الله تعالى .

ولما كانت بعض النباتات تجهد الأرض مثـــل القطن ، ولذا تحتاج إلى تسميد وسباخ وبعضها وبعضها يفيد الأرض كالفول والبرسيم فانهما يفيدان الأرض ويكسبانها مادة (الأزوت) . وفى البرسيم ميزة أخرى وهى تمكين الماشية والدواب من التغذى به بربطها عليه فتحدث أنفاسها ، وبخاصة أنفاس الغنم ، وكذلك الماشية تسميداً للأرض يكسبها قوة ويكمل فى التربة بالمواد العضوية من الكفاءة والقوة والخصب مالا يتوفر فى الذرة والقمح والقطن التى تضعف خصوبة التربة ، ولهذا فان اختلاف ضرر الأرض أو انتفاعهـــا يختلف باختلاف مزروعها . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان أعاره أرضا للغراس او البناء ففرس وبنى ثم رجع لم يجز ان يغرس ويبني شيئاً آخر ، لأنه يملك الغراس والبناء بالاذن وقد زال الاذن.

فأما ما غرس وبنى فينظر فان كان قد شرط عليه القلع ـ أجبر على القلع ، لقوله صلى الله عليه وسلم ((المؤمنون عند شروطهم)) ولأنه رضى بالتزام الضرر الذى يدخل عليه بالقلع ، فاذا قلع لم تلزمه تسوية الأرض ، لأنه لما شرط عليه القطع رضى بما يحصل بالقلع من الحفر ، ولأنه مأذون فيه فلا يلزمه ضمان ما حصل به من النقص ، كاستعمال الثوب لا يلزمه ضمان ما يبليه منه ، وان لم يشرط القلع نظرت فان لم تنقص قيمة الغراس والبناء بالقلع ـ قلع . لأنه يمكن رد العارية فارغة من غير اضرار ، فوجب ردها ، فان نقصت قيمة الغراس والبقاء بالقلع نظرت ـ فان اختار المستعير القلع ـ كان له ذلك . لأنه ملكه فملك نقله .

فاذا قلعه فهل تلزمه تسوية الأرض ؟ فيه وجهان : (احدهما) لا تلزمه ، لأنه لما أعاره مع العلم بأن له أن يقلع ، كان ذلك رضا بما يحصل بالقلع من التخريب فلم تلزمه التسوية ، كما لو شرط القلع . (والثانى) تلزمه لأن القلع باختياره فانه لو امتنع لم يجبر عليه فلزمه تسوية الأرض ، كما لو أخرب أرض غيره من غير غراس ، وان لم يختر القلع نظرت ـ فان بذل المعير قيمة الغراس والبناء ليأخذه مع الأرض ـ أجبر المستعير عليه ، لأنه رجوع فى العارية من غير اضرار ، وان ضمن أرش النقص بالقلع أجبر المستعير على القلع ، لأنه رجوع فى العارية من غير اضرار .

وان بذل المعير القيمة ليأخذه مع الأرض ، وبذل المستعير قيمة الأرض ليأخذها مع الغراس قدم المعير ، لأن الغراس يتبع الأرض فى البيع فجاز أن يتبعها فى التملك ، والأرض لا تتبع الغراس فى البيع فلم تتبعه فى التملك ، وان امتنع المعير من بذل القيمة وارش النقص وبذل المستعير اجرة الأرض لم يجبر على القلع لقوله صلى الله عليه وسلم : ((ليس لعرق ظالم حق)) وهذا ليس بظالم فوجب أن يكون له حق ، ولأنه غراس مأذون فيه فلا يجوز الاضرار به فى قلعه ، وان لم يبذل المستعير الأجرة ففيه وجهان : (احدهما) : لا يقلع لأن الاعارة تقتضى الانتفاع من غير ضمان . (والثانى) يقلع لأن بعد الرجوع لا يجوز الانتفاع بماله من غير اجرة .

فصل اذا أقررنا الغراس فى ملكه فأراد المعير ان يدخل الى الأرض للتفرج أو يستظل بالغراس لم يكن للمستعير منعه . لأن الذى استحق المستعير من الأرض موضع الغراس . فاما البياض فلا حق للمستعير فيه فجاز للمالك دخوله وان أراد المستعير دخولها نظرت فان كان للتفرج والاستراحة لم يجز ، لأنه قد رجع فى الاعارة فلا يجوز دخولها من غير اذن ، وان كان لاصلاح الغراس أو أخذ الثمار ففيه وجهان : (احدهما) : لا يملك لأن حقه اقرار الغراس والبناء دون ما سواه . (والثانى) : انه يملك ، وهو الصحيح لأن

الاذن فى الغراس اذن فيه فيما يعود بصلاحه وأخذ ثماره ، وان اراد المعير بيع الأرض جاز لأنه لا حق فيها لغيره فجاز له بيعها ، وان اراد المستعير بيع الغراس من غير المعير ، ففيه وجهان :

(أحدهما) يجوز لأنه ملك له لا حق فيه لغيره . (والثانى) لا يجوز لأن ملكه غير مستقر ، لأن للمعير ان يبذل له قيمة الغراس والبناء فيأخذهما ، والصحيح هو الأول لأن عدم الاستقرار لا يمنع البيع كالشقص المشفوع يجوز للمشترى بيعه ، وان جاز أن ينتزعه الشفيع بالشفعة) .

الشرح حديث « المؤمنون عند شروطهم » أخرجه البخارى بلفظ « المسلمون عند شروطهم » فى كتاب الاجارة تعليقاً بصيغة التوكيد وقال القسطلانى : وهذا روى من حديث عمرو بن عوف المزنى عند إسحق يعنى ابن راهويه ــ فى مسنده ومن حديث أبى هريرة عند أبى داود وأحمد والحاكم وأخرجه الترمذى بلفظ « والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالا » أما حديث « ليس لعرق ظالم حق » فقد أخرجه البخارى فى الحرث وأبو داود فى الاجارة والترمذى فى الأحكام والموطأ فى الأقضية وأحمد فى مسنده .

أما الشروط فإنها جمع شرط وهو ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته فخرج بالقيد الأول المانع فإنه لا يلزم من عدمه شيء وبالثانى السبب فانه يلزم من وجوده الوجود وبالثالث مقارنة الشرط للسبب فيلزم الوجود كوجود الحول الذى هو شرط لوجوب الزكاة مع النصاب الذى هو سبب للوجوب .

ومقارنة المانع كالدين على القول بأنه مانع من وجوب الزكاة فيلزم العدم والوجود فلزوم الوجود والعدم فى ذلك لوجوب السبب والمانع لا لذات الشرط ثم هو عقلى كالحياة والعلم وشرعى كالطهارة للصلاة وعادى كنصب السلم لصعود السطح ولغوى وهو المخصص كما فى أكرم بنى إن جاء وأى الجائين منهم فنعدم الإكرام المأمور به بانعدام المجيء ويوجد بوجوده إذا امتثل الأمر .

أما الأحكام فقد قال صاحب الحاوى إذا قبض المستعير الأرض للغرس

والبناء ثم رجع المعير فإن كان رجوعه قبل الغرس منع المستعير من غرسها وبنائها ، فإن بنى بعد رجوعه أو غرس كان فى حكم الغاصب يؤخذ بقلع الغرس والبناء مع أجرة المثل وتسوية الأرض ؛ فإن رجع المعير بعد الغرس والبناء لم يكن له إحداث زيادة فى غرسه وبنائه ، فإن أحدث زيادة أجبر على قلعها . فأما ما تقدم من الغرس والبناء قبل الرجوع فللمعير حالتان :

(إحداهما) أن يكون قد شرط على المستعير حين أعاره أن يقلع غرسه وبناءه عند رجوعه فيؤخذ المستعير بقلع ذلك للشرط المتقدم ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « المسلمون عند شروطهم » ولأن رضاه بهذا الشرط التزام منه للضرر الداخل عليه بالقلع فكان هو الضامن لنفسه ، ولم يكن مغروراً بغيره .

(والحال الثانية) أن لا يشترط المعير على المستعير القلع بعد الرجوع فهذا على ضربين (أحدهما) أن يكون قيمة الغرس والبناء مقلوعاً كقيمته قائماً أو أكثر ، فيؤخذ المستعير بالقلع ، لأن العارية لا تلزم والضرر بالقلع مرتفع . والضرب الثانى : أن يكون قيمته مقلوعا أقل ، فإن بذل المعير قيمته قائماً أو بذل نقص ما يميز قيمته مقلوعاً وقائماً منع المستعير من إقراره وخير بين قلعه أو أخذ قيمته أو أرش نقصه ، لأن ما يخافه من ضرر النقص بالقلع قد زال ببذل القيمة أو الأرش ، فلو بذل المستعير قيمة الأرض وبذل المعير قيمة الغرس كان المعير أحق من المستعير لأمرين .

(أحدهما) أن الأرض أصل والغرس تبع فكان ملك الأصل أقوى .

(والثانى) أنه أسبق ملكاً ، وقيل للمستعير : لا يجوز مع زوال الضرر عنك أن تدخل الضرر على المعير بالترك ، فإن أخذت القيمة وإلا أجبرت على القلع فاذا قلع فهل تلزمه تسوية الأرض بعد القلع أم لا ؟ على وجهين (أحدهما) لا يلزمه لأنه مأذون فيه ، فأشبه بلى الثوب باللبس (والوجه الثانى) يلزمه ذلك لأنه قلع باختياره بعد زوال العارية من غير أن يلجأ إليه فصار مأخوذا بنقصه .

فــرع إذا امتنع المعير من بذل قيمة الغرس وامتنع المستعير مــن القلع فقد اختلفوا فى حكمه على ثلاثة مذاهب :

(أحدها) وهو قول أبى حنيفة أنه يؤخذ بالقلع سواء كانت مدة العارية مقررة أو مطلقة لحديث « العارية مؤداة » وقد مضى تاماً مخرجاً آنفاً .

(والثانى) وهو قول أبى إبراهيم المزنى أنه إن كانت العارية مطلقة تترك وإن كانت مقدرة بمدة قلع بعدها ؛ فرقا بين المطلقة والمقيدة . لأنه المقصود فى اشتراط المدة .

(والثالث) وهو قول الشافعى أنه يقر ولا يجبر على القلع إذا بذل الأجرة بعد الرجوع فى العارية لقوله صلى الله عليه وسلم « ليس لعرق ظالم حق » والمستعير ليس بظالم فلم يجز أن يؤخذ بالقلع كالظالم لأن العــارية إرفاق ومعونة فلو أوجبت بالإضرار بالقلع لخرجت عن حكم الإرفاق والمعونة إلى حكم العدوان والضرر .

فــرع إذا ثبت أن الغرس والبناء مقر فإقراره مشروط ببذل الأجرة وإقامة المعير على المبيع من ترك القيمة ، فصار إقراره مستحقاً بهذين الشرطين فإن أجاب المعير من بعد إلى بذل القيمة أو امتنع المستعير من بذل الأجرة أجبر على القلع،لأنه لا يجوز أن يدخل الضرر على المعير بتفويت الإجارة وما استدام وجب الإقرار ولم يكن للمستعير منع المعير من دخول أرضــه ، وإن كان مستظلا بغرسه وبنائه ــ لأن الأجرة مأخوذة على إقرار الغرس والبناء ، فأما البياض الذى بين أثنائه فليس بمشغول بملك المستعير فله يجز منع المعير منه ، وإن بذلت له الأجرة عليه أن يجيب إلى إجارتها طوعا بمسمى يرضاه فيكون كمن أجر أرضه مختاراً . فأما المستعير فهل يستحق دخول الأرض ليصل إلى غرسه وبنائه أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) لا يستحق الدخول لأرض المعير .

(والوجه الثانى) وهو قول أبى على بن أبى هريرة : إنه يستحق دخول

الأرض ليصل إلى غرسه وبنائه فى مراعاته ومصلحته ؛ ويجبر المعير على تمكينه لأن الاذن بالغرس والبناء إذن به وبمنافعه فإن مات وانهدم البناء لم يكن له إعادة بدله إلا باستحداث عارية وإلى ما سبق ذهب الحنابلة .

فرع وإذا أراد المستعير بيع غرسه وبنائه على غير المعير ففى جوازه وجهان (أحدهما) يجوز ، لأنه مملوك ، وليس للمعير أن يأخذ المشترى بالقلع كما لم يكن له أن يأخذ به المستعير (والوجه الثانى) أن بيعه لا يجوز ، لأن المشترى غير مستعير ، وترك ما اشتراه غير مستديم ؛ لأن المعير متى بذل القيمة استحق بها أخذ الغرس أو قلعه ، وهذان الوجهان من اختلافهم فى المستعير هل يجوز له أن يعير ؟

فرع وللمعير دخول أرضه كيف شاء للتفرج والاستراحة ، لأن بين الغراس أرضا بيضاء ليست عارية ، وليس لصاحب الغرس منع صاحب الأرض من غشيانها والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان حمل السيل طعام رجل الى أرض آخر فنبت فيها فهل يجبر صاحب الطعام على القلع مجانا ؟ فيه وجهان : (أحدهما) لا يجبر لأنه غير مفرط فى انباته . (والثانى) يجبر ، وهو الصحيح ، لانه شغل ملك غيره بملكه من غير اذن ، فأجبر على ازالته كما لو كان فى داره شجرة فانتشرت أغصانها فى هواء دار غيره .

فصل وأن اعاره أرضاً للزراعة فزرعها ثم رجع فى العارية قبل أن يدرك الزرع وطالبه بالقلع ، ففيه وجهان : (أحدهما) انه كالغراس فى التبقية والقلع والأرش . (والثانى) انه يجبر المعير على التبقية الى الحصاد بأجرة المثل ؛ لأن للزرع وقتاً ينتهى اليه ، وليس للغراس وقت ينتهى اليه ، فلو أجبرناه على التبقية عطلنا عليه أرضه .

فصل وان أعاره حائطاً ليضع عليه أجذاعا فوضعها لم يملك اجباره على قلعها ، لأنها تراد للبقاء ، فلا يجبر على قلعها كالغراس ، وان ضمن المعير قيمة الأجذاع ليأخذها ، لم يجبر المستعير على قبولها ، لأن أحد طرفيها فى ملكه فلم يجبر على أخذ قيمته ، وان تلفت الأجذاع وأراد ان يعيد مثلها على

الحائط لم يجز أن يعيد الا باذن ، لأن الاذن تناول الأول دون غيره ، فان انهدم الحائط وبناه بتلك الآلة لم يجز أن يضع الأجذاع على الثانى ، لأن الاذن تناول الأول ومن أصحابنا من قال : يجوز لأن الاعـارة اقتضت التأبيـد والمذهب الأول .

فصـــل وان وجدت أجذاع على الحائط ، ولم يعرف سببها ، ثم تلفت جاز اعادة مثلها ، لأن الظاهر أنها بحق ثابت) .

الشرح الأحكام : إذا حمل السيل بذر رجل فنبت فى أرض غيره أو نوى فصار غرساً فهو لمالك البذر والنوى لأنه نماء ملكه ، وهل لصاحب الأرض أن يأخذ المالك بقلعه أم لا ؟ على وجهين (أحدهما) له قلعه لأنه نبت فى أرضه بغير اختياره .

(والوجه الثانى) ليس له قلعه إذا بذلت له الإجارة ، لأن مالكه ، غـير متعد به وإلى هذا ذهب أحمد وأصحابه ، لأن قلعه إتلاف للمال على مالكه ، ولم يوجد منه تفريط ولا يدوم ضرره فلا يجبر على ذلك . وفرق الحنابلة بين الحب والنوى أى بين الزرع والغرس وقد صححنا الوجه الأول أنـه يجبر على ذلك إذا طالبه رب الأرض به ، لأن ملكه نما فى ملك غيره بغـير إذنه ، فأشبه ما لو انتشرت أغصان شجرته فى هواء ملك جاره . وكذلك النوى حيث ينبت شجراً كالزيتون والنخيل ونحوهما فهو لمالك النوى ويجبر على قلعه . وبهذا أخذ الحنابلة وأوجبوا إزالتها قولا واحداً .

فـــرع إذا غرس الأرض المعارة ثم رجع المعير قبل إدراك الزرع ففى لزوم قلعه وجهان (أحدهما) أنه كالغراس فى التبقية والقلع والأرش على ما مضى فى الفصل قبله (والثانى) يجبر المعير على التبقية إلى الحصاد بأجرة المثل ، وذلك لأن الزرع يختلف عن الغرس من حيث الزمن فالزرع يحصد فى أشهر معلومات أما الغراس فلا حد له .

فـــرع إذا أعار الرجل جاره حائطا ليضع عليه أجذاعاً فليس للمعير أن يأخذ المستعير بقطعها بعد الوضع ، لأن وضع الأجذاع يراد للاستدامة والبقاء وهل يستحق عليه الأجر بعد رجوعه فى العارية أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) يستحقها كما يستحق أجرة أرضه بعد الغرس والبناء ، فعلى هذا إن امتنع صاحب الأجذاع من بذلهـا أخذ بقلعها .

(والوجه الثانى) وهو أصح : لا أجرة له : والفرق بين الحائط والأرض أن الحائط قد يصل مالكه إلى منافعه وإن كانت الأجذاع موضوعة فيه وليس كالأرض التى لا يصل مالكها إلى منافعها مع بقاء الغرس والبناء فيها ، مع أن العرف لم يمكن بإجارة الحائط وهو جار ، كما يمكن بإجارة الأرض ، فلو بذل صاحب الحائط ثمن الأجذاع لصاحبها لم يجبر على قبولها ولا على قلعها بخلاف الغرس والبناء ، والفرق بينهما أن الاجذاع إذا حمل أحد طرفيها فى حائط المعير والطرف الآخر فى حائط المستعير فلم يجبر أن يأخذ قيمة ما فى ملكه والغرس والبناء كله فى أرض المعير فجاز أن يجبر على أخذ قيمة ما فى غير ملكه .

فلو انهدم الحائط الذى فيه الأجذاع موضوعة فبناه المالك فهل يجوز لصاحب الأجذاع إعادة موضعها بالإذن الأول أم لا ؟ على وجهين :

(أحدهما) له إعادتها لأن العارية أوجبت دوام وضعها ، فعلى هذا لو امتنع صاحب الحائط من بنائه كان لصاحب الأجذاع أن يبنيه ليصل إلى حقه من وضع أجذاعه فيه .

(والوجه الثانى) ليس له إعادتها ، لأن الحائط المأذون فيه لم يبق وهذا غيره ولم يعره مالكه ، فعلى هذا لو أراد صاحب الأجذاع أن يبنى الحائط عند امتناع صاحبه من بنائه لم يكن له .

فـــرع إذا أعاره جذعاً ليمسك به حائطاً فليس له بعد الإمساك أن يرجع فيه ما كان الحائط قائماً وكان الجذع صحيحاً لما فيـه من إدخال الضرر على صاحب الحائط بعد إقامته من خوف السقوط وهلاكه . وهـل له المطالبة بعد الرجوع بأجرته أم لا ؟ على ما ذكرنا من الوجهين ، فإن أنكسر الجذع أو انهدم الحائط فله الرجوع به لأنه لا يتجدد بأخذه ضرر .

فـــرع إذا أعار أرضاً لدفن ميت فليس له بعد الدفن الرجـوع فيها ، لأن دفن الميت للاستدامة والبقـاء شرعا وعرفاً ، ولو رضى أوليـاؤه بنقله منعوا منه ، لأنه حق للميت ولما فيه من انتهاك حرمته بالنقل ، وليس لصاحب الأرض المطالبة بأجرة القبر بعد الرجوع فى العارية وجهاً واحداً لا يختلف لأمرين .

(أحدهما) أن العرف غير جار به . (والثـانى) أن الميت زائل الملك والأولياء لا يلزمهم فلو أن الميت المدفون نبشه الوحش وجب أن يعاد إلى قبره جبراً وليس لصاحب الأرض بعد ظهوره أن يرجع فى عاريته ويمنع من دفنه ، لأنه قد صار حقا للميت مؤبداً ، فلو أن رجلا أذن للناس أن يدفنوا أمواتهم فى أرضه فإن سبلها للدفن فليس له الرجـوع فيها لخروجهـا عن ملكه ، وإن لم يسبلها فله الرجوع فيها ، ولا يكون الإذن بالدفن فيهـا تسبيلا لها . فإذا رجع فله المنع من إحداث دفن ، وليس له نقل من دفن ؛ ويحرم على من أعار الأرض للدفن أن يتصرف على ظاهر القبر من أرضـه لما فيه من انتهاك حرمة الميت مع ورود النهى عنه . فلو أراد أن يدفن فيه ميتا آخر لم يجز إلا أن يتجاوز مكان لحده فيجوز وإن كان مقارنا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل اذا استعار من رجل عبداً ليرهنه فاعاره ففيه قولان : (أحدهما) انه ضمان وان المالك للرهن ضمن الدين عن الراهن فى رقبة عبده ، لأن العارية ما يستحق به منفعة العين والمنفعة ههنا للمالك ، فدل على أنه ضـــمان . (والثانى) أنه عارية لأنه استعاره ليقضى به حاجته فهو كسائر العوارى .

(فان قلنا) انه ضمان لم يصح حتى يتعين جنس الدين وقدره ومحله ، لأنه ضمان فاعتبر فيه العلم بذلك وان قلنا : انه عارية لم يفتقر الى ذلك لأنه عارية فلا يعتبر فيه العلم ، فان عين له جنسا وقدراً ومحلا ، تعين على القولين، لأن الضمان والعارية يتعينان بالتعيين ؛ فان خالفه فى الجنس لم يصح لأنه عقد على ما لم يأذن له فيه ، وان خالفه فى المحل بأن اذن له فى دين مؤجـــل فرهنه بدين حال لم يصح. لأنه قد لا يجد ما يفك به الرهن فى الحال ، وان اذن له فى دين حال فرهنه بدين مؤجل لم يصح ، لأنه لا يرضى أن يحال بينه وبين عبده الى أجل ، فان خالفه فى القدر بأن اذن له فى الرهن بعشرة فرهن

بما دونها جاز ، لأن من رضى أن يقضى عن غيره عشرة رضى أن يقضى ما دونه ، وان رهنه بخمسة عشر لم يصح ، لأن من رضى بقضاء عشرة لم يرض بما زاد .

فصـــل وان رهن العبد باذنه بدين حال جاز للسيد مطالبته بالفكاك على القولين فى الحال ، لأن للمعير أن يرجع فى العارية ، وللضامن أن يطالب بتخليصه من الضمان ، فان رهنه بدين مؤجل باذنه (فان قلنا) انه عارية جاز له المطالبة بالفكاك ، لأن للمعير أن يرجع متى شاء (وان قلنا) انه ضمان لم يطالب قبل المحل لأن الضامن الى أجل لا يملك المطالبة قبل المحل .

فصـــل وان بيع فى الدين (فان قلنا) انه عارية رجع السيد على الراهن بقيمته لأن العارية تضمن بقيمتها (وان قلنا) انه ضمان رجع بما بيع به ، سواء بيع بقدر قيمته أو بأقل أو بأكثر ، لأن الضامن يرجع بما غرم ، ولم يغـرم الا ما بيع به .

فصـــل وان تلف العبد فان قلنا انه عارية ضمن قيمته ، لأن العارية مضمونة بالقيمة (وان قلنا) انه ضمان لم يضمن شيئاً لأنه لم يغرم شيئاً .

فصـــل وان استعار رجل من رجلين عبداً فرهنه عند رجل بمائة ثم قضى خمسين على أن تخرج حصة أحدهما من الرهـــن ، ففيـــه قولان : (أحدهما) لا تخرج لأنه رهنه بجميع الدين فى صفقة فلا ينفك بعضـــه دون بعض (والثانى) يخرج نصفه لأنه لم يأذن كل واحد منهما الا فى رهن نصـــيبه بخمسين ، فلا يصير رهنا بأكثر منه) .

الشرح الأحكام : سبق أن قلنا إن العارية إباحة المنفعة فلم يجـز أن يبيحها غيره ، ولكن إذا أذن له المعير فى إجارتها أو رهنها أو إعارتها مدة معلومة جاز ، لأن الحق لمالكه فجاز ما أذن فيه . وهل تكون العين مضمونة على المستعير ؟ أم تبقى يده على الائتمان .

قلنا : إن كان ذلك بإذنه لا تكون العين مضمونة ، أما إذا خالف المستعير المعير بأن أذن له فى رهنها فأعارها ففيه قولان (أحدهما) أنه لا ضـــمان لأن العين قد استعارها للانتفاع بمنفعتها ولقضاء حاجته منها (والثانى) أنه تعدى فى منفعة العين على وجه لم يأذن فيه مالكها ، وهو الذى يملك المنفعة فدل على أنه ضمان . وقال ابن المنذر : إذا استعار الرجل من الرجل شيئاً يرهنه عند رجل على شىء معلوم إلى وقت معلوم فرهن ذلك على ما أذن فيه

له فقد أجمعوا على أن ذلك جائز ، وذلك لأنه استعاره ليقضى به حاجته ، نصح كسائر العوارى .

فإن أذن له فى رهن العارية ، فإن مالك العارية يكون مالكا للرهن فيضمن بذلك الدين عن الراهن ، فيجب أن يكون المعير عالماً بقدر الدين ومحله ، فاذا خالفه فى أيهما لم يصح لما يترتب عليه من حرج لمالك الرهن .

وقال أحمد وأبو ثور وأصحاب الرأى : لا يعتبر العلم بقدر الدين وجنسه إلا إذا عينه المستعير من تلقاء نفسه لأن العارية لا يعتبر فيها العلم ، ولأن العارية لجنس من النفع فلم تعتبر معرفة قدره كعارية الأرض للزرع . ولنا فى هذه المسألة قولان . وكذلك إذا رهنه بأكثر مما قدره . أوحال بمؤجل أو مؤجل بحال للعلل التى أوضحها المصنف ، فإذا رهنه بأقل من القدر الذى عينه جاز ، لأن من رضى بعشرة رضى بما دونها عرفاً ، فأشبه من أمر بشراء شىء بثمن فاشتراه بأنقص ، وللمعير مطالبة الراهن بفكاك الرهن فى الحال ، سواء كان بدين مؤجل أو حال ، لأن للمعير الرجوع فى العارية متى شاء . وهو أحد القولين عندنا ، وقول واحد عند أصحاب أحمد .

فرع إذا حل الدين فلم يفكه الراهن جاز بيعه لأن ذلك مقتضى الرهن ، فإذا بيع فى الدين أو تلف . فإن قلنا : إنه عارية رجع المعير على المستعير بقيمتها لأن العارية تضمن بقيمتها ، وإن تلف من غير تفريط فلا شىء على المرتهن ، لأن الرهن لا يضمن من غير تعد . وإذا استعار عارية من رجلين فرهنها بمائة ثم قضى خمسين على أن تخرج حصة أحدهما فقولان (أحدهما) لا تخرج لأنه رهنها بجميع الدين فى الصفقة فلا ينفك بعضه بقضاء بعض الدين كما لو كان العبد لواحد . وبهذا قال أحمد وأصحابه (والثانى) يخرج نصفه لأن كل واحد منهما لم يأذن إلا فى رهن نصيبه . وله أن يرجع متى شاء والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل اذا ركب دابة غيره ثم اختلفا فقال المالك أكريتكها فعليك الأجرة وقال الراكب : بل أعرتنيها فلا أجرة لك ، فقد قال فى العارية : القول قـول الراكب . وقال فى المزارعة : اذا دفع أرضه الى رجل فزرعها ثم اختلفا فقال المالك : أكريتكها وقال الزارع بل أعرتنيها ، فالقول قول المالك ؛ فمن أصحابنا من حمل المسئلتين على ظاهرهما ، فقال فى الدابة : القول قول الراكب ، وقال فى الأرض : القول قول المالك لأن العادة أن الدواب تعار ، فالظاهر فيها مع الراكب . والعادة فى الأرض أنها تكرى ولا تعار ؛ فالظاهر فيها مع المالك ، ومنهم من نقل الجواب فى كل واحدة منهما الى الأخرى وجعلهما على قولين ، وهو اختيار المزنى . (أحدهما) : أن القول قول المالك ، لأن المنافع كالأعيان فى الملك والعقد عليها ، ثم لو اختلفا فى عين فقال المالك : بعتكها . وقال الآخر : بل وهبتنيها . كان القول قول المالك . فكذلك اذا اختلفا فى المنافع .

(والثانى) أن القول قول المتصرف ، لأن المالك اقر بالمنافع له ، ومن أقر لغيره بملك ثم ادعى عليه عوضا لم يقبل قوله : (فان قلنا) ان القول قول المالك حلف ووجبت له الأجرة وفى قدر الأجرة وجهان :

(أحدهما) يجب المسمى لأنه قبل قوله فيها وحلف عليها .

(والثانى) أنه تجب أجرة المثل وهو المنصوص لأنهما لو اتفقا على الأجرة واختلفا فى قدرها وجبت أجرة المثل فلأن تجب أجرة المثل وقـــد اختلفا فى الأجرة أولى . فان نكل عن اليمين لم يرد على المتصرف لأن اليمين انما تـرد ليستحق بها حق والمتصرف لا يدعى حقا فلم ترد عليه .

(وان قلنا) ان القول قول المتصرف حلف وبرىء من الأجرة ، فان نكل رد اليمين على المالك ـ فاذا حلف ـ استحق المسمى وجهاً واحداً لأن يمينه بعد النكول كالبينة فى أحد القولين وكالاقرار فى الآخر وأيهـــما كان وجب المسمى ، وان تلفت الدابة بعد الركوب ثم اختلفا (فان قلنا) ان القول قـول المالك حكم له بالأجرة (وان قلنا) القول قول الراكب ،فهل يلزمه أقل الأمرين من الأجرة أو القيمة ؟ فيه وجهان : (أحدهما) يلزمه لاتفاقهما على استحقاقه. (والثانى) لا يحكم له بشىء لأنه لا يدعى القيمة ولا يستحق الأجرة .

فصـــل وان قال المالك : غصبتنيها فعليك الأجرة ، وقال المتصرف : بل أعرتنيها فلا أجرة على ، فان المزنى نقل أن القول قول المستعير ، واختلف أصحابنا فيه ؛ فمنهم من قال المسئلة على طريقين كما ذكرنا فى المسئلة قبلها . (أحدهما) الفرق بين الأرض والدابة . (والثانى) أنهما على قولين لأن الخلاف

فى المسئلتين جميعا فى وجوب الأجرة ، والمالك يدعى وجوبها ، والمتصرف ينكر فيجب ان لا يختلفا فى الطريقين .

ومنهم من قال : ان القول قول المالك ، وما نقل المزنى غلط ، لأن فى تلك المسألة أقر المالك للمتصرف بملك المنافع ، فلا يقبل قوله فى دعوى العوض ، وههنا اختلفا أن الملك للمالك أو للمتصرف والأصل أنها للمالك .

فصـــل وان اختلفا فقال المالك : أعرتكها . وقال الراكب بل أجرتنيها فالقول قول المالك لأنهما اتفقا أن الملك له ، واختلفا فى صفة انتقـــال اليد ، فكان القول قول المالك ، فان كانت العين باقية حلف وأخذ . وان كانت تالفة نظرت فان لم تمض مدة لمثلها أجرة حلف واستحق القيمة ، وان مضت مدة لمثلها أجرة فالمالك يدعى القيمة والراكب يقر له بالأجرة . فان كانت القيمـة أكثر من الأجرة لم يستحق شيئاً حتى يحلف ، وان كانت القيمة مثل الأجرة أو أقل منها ، ففيه وجهان .

(أحدهما) يستحق من غير يمين ، لأنهما متفقان على استحقاقه .

(والثانى) لا يستحق عن غير يمين ، لأنه أسقط حقه من الأجرة وهو يدعى القيمة بحكم العارية ، والراكب منكر ؛ فلم يستحق من غير يمين .

فصـــل وان اختلفا فقال المالك : غصبتنيها فعليك ضمانها وأجرة مثلها وقال الراكب : بل أجرتنيها فلا يلزمنى ضمانها ، ولا أجرة مثلها ، فالقول قول المالك مع يمينه ، لأن الأصل أنه ما أجره ، فان اختلفا ـ وقد تلفت العين ـ حلف واستحق القيمة ، وان بقيت فى يد الراكب مدة ثم اختلفا ، فان المالك يدعى أجرة المثل والراكب يقر بالمسمى فان كانت أجرة المثل أكثر من المســمى لم يستحق الزيادة حتى يحلف ، وان لم تكن أكثر استحق من غير يمين ، لأنهما متفقان على استحقاقه ، والله أعلم) .

الشرح الأحكام : قال الشافعى فى العارية من الأم : ولو قال رب الدابة : أكريتها إلى موضع كذا بكذا ، وقال الراكب : بل عارية كان القول قول الراكب مع يمينه ، ولو قال : أعرتنيها ، وقال ربها : غصبتها كان القول قول المستعير ، قال المزنى : هذا عندى خلاف أصله ، لأنه يجعل من سكن دار رجل كمن تعدى على سلعة فأتلفها فله قيمة السكن ، وقوله : من أتلف شيئاً ضمن ، ومن ادعى البراءة لم يبرأ به ؛ وجملة هذه المسألة أن الكلام يشتمل فيها على أربعة فصول . فالفصل الأول وهو مذكور فى الأم صورته

فى رجل ركب دابة غيره ثم اختلفا ، فقال المالك أجرتكها فلى الأجرة ، وقال الراكب : أعرتنيها ، فليس لك أجرة . فالذى نص عليه الشافعى فى كتاب العارية أن القول قول الراكب ، فاختلف أصحابنا لاختلاف هذا الجواب ، فكان أبو إسحاق المروزى وأبو على بن أبى هريرة وجمهورهم ينقلون جواب كل واحدة من المسألتين إلى الآخر ، ويخرجونها على قولين .

(أحدهما) وهو اختيار المزنى والربيع أن القول قول المالك فى الدابة والأرض على ما نص عليه فى المزارعة وله الأجرة ، ووجهته ما ذكره المزنى ، وهو أن المنافع مملوك تصح المعاوضة عليها كالأعيان ، ثم ثبت أنهما لو اختلفا فى العين بعد استهلاكها ، فقال ربها : بعتها عليك ، وقال المستهلك : بل وهبتنيها ، فإن القول قول المالك دون المتلف وله الأجرة .

(والقول الثانى) أن القول قول الراكب فى الدابة والزارع فى الأرض معاً على ما نص عليه فى العارية ولا أجرة عليه ، ووجهه أنهما متفقان على أن المتصرف قد استهلك منافع لنفسه إما بعارية أو إجارة ، ومن ادعى ثبوت عوض على غيره فى استهلاك منافعه لم يقبل منه ، وخالف استهلاك العين التى قد اتفقا عليها أنها ملك لربها دون مستهلكها ، وفى هذا انفصال عما ذكره المزنى توجيها .

وقال أبو العباس بن سريج : ليس ذلك على اختلاف قولين وإنما الجواب على ظاهره فى الموضعين فيكون القول فى الدابة قول راكبها وفى الأرض قول مالكها اعتبارا بالعرف فيها ، لأن العادة فى الدواب جارية باعارتها ، فكانت العادة شاهدة لراكبها ، والعادة جارية فى الأرض بالإجارة فكانت العادة شاهدة لمالكها ، وهذه طريقة أبى العباس فى اعتبار العرف والعادة فيها ، وليست مذهباً للشافعى لأن من يؤجر قد يعير ، ومن يعير قد يؤجر .

فإذا تقرر ما وصفنا فإن قلنا : إن القول قول رب الدابة والأرض فمع يمينه فإذا تلف فله الأجرة ، وفيها وجهان :

(أحدهما) أنه القدر الذى سماه ، لأنه قد جعل القول قوله فيه .

(والوجه الثانى) وهو أصح أن له أجرة المثل لأنهما لو اختلفا فى الأجرة مع اتفاقهما على الإجارة لم يقبل قول المؤجر فيها ، فأولى أن لا يقبل قوله مع اختلافهما فيها ، فإن نكل المالك عن اليمين لم ترد على المتصرف المستعير، لأن ردها لا يفيد ، لأن الأجرة ساقطة عنه لنكول المالك . وإن قلنا : إن القول قول الراكب مع يمينه ، فإن حلف برىء من الأجرة ورد الدابة ، وإن نكل ردت اليمين على المالك ليستحق بها ما ادعاه من الأجرة فإذا حلف فله المسمى وجهاً واحداً ، لأن يمينه بعد النكول ، إما أن تجرى مجرى البينة أو الإقرار وأيهما كان فيوجب الحكم بالمسمى .

فلو كانت الدابة قد تلفت بعد الركوب ثم اختلفا فالمالك يدعى الأجرة دون القيمة ، والراكب يقر بالقيمة دون الأجرة ــ فإن قلنا : إن القول قول المالك حكم له بالأجرة وحدها دون القيمة لأنه لا يدعيها . وإن قلنا : إن القول قول الراكب فهل يلزمه للمالك أقل الأمرين من الأجرة أو القيمة ؟ على وجهين .

(أحدهما) يحكم له به لاتفاقهما على استحقاقه .

(والوجه الثانى) لا يحكم له بشىء فيها لأنه لا يدعى القيمة ولا يستحق الأجرة .

(والفصل الثانى) وهو أن يقول المالك : غصبتها ويقول الآخر : بل أعرتنيها فهذا الاختلاف مؤثر فى الأجرة دون القيمة ، لأن العارية مضمونة كالغصب وأجرة العارية غير مضمونة بخلاف الغصب ، فإن كان هذا قبل الركوب سقط تأثير هذا الاختلاف ، وإن كان بعد الركوب فالذى نقله المزنى ههنا أن القول قول المستعير فاختلف أصحابنا فكان أبو على بن أبى هريرة يخرجها على قولين كالمسألة الأولى لاشتراكهما فى العلة ، ويجعل قول المزنى ههنا أحد القولين .

وذهب آخرون من أصحابنا إلى أن القول فى هـذه المسألة قول المالك قولاً واحداً ، والفرق بين هذه المسألة والتى قبلها أن فى اختلافهما فى العارية والإجارة اتفاقا على أن الراكب مالك للمنفعة ، فجاز أن لا يقبل قول المالك فى الأجرة ، ولم يتفقا على مثل ذلك فى هذه المسـألة ، لأن المالك يقول : أتلفت أيها الراكب منفعتى بغير حق ، والراكب يقول : أتلفتها مستعيراً بحق ، فلم يصدق .

فمن قال بهذا أجاب عما نقله المزنى بجوابين .

(أحدهما) أن ذلك خطأ من المزنى فى نقله وسهوه .

(والثانى) تسليم الرواية واستعمالها على أحد تأويلين إما على : القول قول المستعير فى قدر الأجرة ، وإما على : أن القول قول المسـتعير فى أن لا يلزمه الضمان إلا فى العارية دون الغصب ، وهذا تأويل من فرق بين ضمان العارية وضمان الغصب ، فعلى هذا لو تلفت الدابة ضـمن قيمتهـا وكانت الأجرة على ما مضى .

(والفصل الثالث) أن يقول رب الدابة : أعرتكها ، ويقـول الراكب : استأجرتها فتأثير هذا الاختلاف من وجهين .

(أحدهما) فى ضمان رقبتها . لأن العـارية مضـمونة والمؤاجـرة غير مضمونة فإن كانت الدابة باقية سقط هذا الاختلاف .

(والثانى) لزوم ركوبها تلك المدة ، فإن كانت الدابة تالفة أو المـدة منقضية سقط تأثير هذا الاختلاف ، فيكون القول قول المالك مع يمينه أنه ما أجرها لأن الراكب يدعى عليه عقداً فى إجارتها ، فإن كانت الدابة قائمة أخذها ولا أجرة له ، لأن الراكب وإن أقر بها فالمالك لا يدعيها ، وإن كانت الدابة تالفة كان له الرجوع على الراكب بقيمتها لأنها تالفة فى يده وهو يدعى بالإجارة استئماناً فلم تقبل دعواه ، ولزمه غرم القيمـة ، فإن لم يكن لمدة الركوب أجرة لم يكن للمالك القيمة إلا بعد يمينه بالله تعالى أنه ما أجرها .

ولقــد أعارها ، إلا أن تنقضى فيحلف بالله تعالى لقــد أعارها ، ولا يحلف ما أجرها لانقضاء زمن الإجارة وإن كان لمدة الركوب أجرة هى بقدر القيمة فصاعداً فهل يجب على المالك يمين يستحق بها القيمة أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) لا يمين عليه ، لأن الراكب مقر له أجرة ، والمالك يدعيها قيمة فصارا متفقين على استحقاقه . وإن اختلفا فى جنسه فسقطت اليمين فيه .

(والوجه الثانى) عليه اليمين لأنه قد أسقط حقه من الأجرة فلم يؤثر إقرار الراكب بها وهو يدعى القيمة . والراكب منكر لها . فإذا حــكم له بدعواه لما ذكرنا من التعليل فلا يثبت إلا باليمين .

(والفصل الرابع) : أن يقــول المالك غصــبتنيها . ويقــول الراكب : أجرتنيها : فتأثير هذا الخلاف من وجهين (أحدهما) فى ضمان الرقبة ، لأن المغصوب مضمون والمؤجر غير مضمون . فإن كانت العين باقية سقط تأثير هذا الاختلاف والثانى فى لزوم المدة ، فإن كانت المدة قد انقضت أو الدابة قد هلكت سقط تأثير هذا الاختلاف . وإذا كان كذلك فالقول قول المالك مع يمينه أنه ما أجره ويصير الراكب ضامنا للدابة والأجرة . فيأخذ بالملك من غير يمين إلا أن تكون أجرة المثل أكثر من المسمى الذى أقر به الراكب . فلا يستحق الزيادة إلا بيمين . وأما القيمة فلا يستحقها إلا بيمين . والله أعلم بالصواب . وهو حسبى ونعم الوكيل .

فــرع فى مذاهب العلماء

قال ابن قدامة من الحنابلة : وإن قال المالك : غصبتها ، وقال الراكب : أجرتنيها فالاختلاف هنا فى وجوب القيمة ؛ لأن الأجر يجب فى الموضعين ، إلا أن يختلف المسمى وأجر المثل ، والقول قول المالك مع يمينه ، فإن كانت الدابةتالفة عقيب أخذها حلف وأخذ قيمتها ، وإن كانت قد بقيت مدة لمثلها أجر والمسمى بقدر أجر المثل أخذه المالك لاتفاقهما على استحقاقه ، وكذلك إن كان أجر المثل دون المسمى . وفى اليمين وجهان . وإن كان زائداً على المسمى لم يستحقه إلا بيمين وجها واحداً والله أعلم .

وقال العلامة الدردير فى الشرح الصغير من كتب المالكية :

(وجاز) أن يقول : (أعنى بغلامك) مثلا فى هذا اليوم أو الشهر (لأعينك) فى غد مثلا بغلامى أو دابتى (وهى) حينئذ (إجارة) لا إعارة لأنها منافع بمنافع . وسواء اتحد نوع المعار فيه أو اختلف كبناء وحصاد ، وسواء اتحد الزمن فيهما أو اختلف فيشترط فيها تعيين الزمن أو العمل كالإجارة .

(وضمن) المستعير (ما يغاب) عليه كالحلى والثياب مما شأنه الخفاء إن ادعى ضياعه إلا لبينة على ضياعه بلا سببه بخلاف مالا يغاب عليه كالحيوان والعقار (ولو شرط نفيه) أى نفى الضمان عن نفسه (على الأرجح) وقيل : إن شرط نفيه إفادة فلا ضمان عليه وأشار الشيخ لهما بالتردد .

(لا غيره) أى لا يضمن غير ما يغاب عليه كالحيوان (ولو شرطه) على المعير . (والقول له) أى للمستعير (فى التلف أو الضياع) فيما لا يغاب عليه ، فيصدق ولا ضمان عليه (إلا لقرينة كذلك) كأن يقول : تلف أو ضاع يوم كذا فتقول البينة : رأيناه معه بعد ذلك اليوم أو تقول الرفقة التى معه فى السفر :

ما سمعنا ذلك ولا رأيناه (وحلف ما فرط) إن ادعى عليه أنه إنما حصل التلف أو الضياع أو العيب الذى قام به بتفريطه سواء كان مما يغاب عليه أم لا كسوس وقرض أرضة أو فأر أو بلل أو دهن أو حبر أو نحو ذلك بالمستعار كثوب وكتاب (و) القول له (فى رد ما لم يضمن) لربه وهو ما لا يغاب عليه كالحيوان (إلا لبينة مقصودة) أشهدها المعير عند الإعارة لخوف ادعاء المستعير الرد ، فحينئذ لا يقبل قوله بردها إلا ببينة تشهد له بردها لربها (وفعل) المستعير : أى جاز له أن يفعل الفعل (المأذون) له فيه (و) أن يفعل (مثله) كأن استعارها ليركبها من المكان كذا فيركبها إليه أو ليحمل عليها أردب فول فحمل عليها أردب قمح ، وأما الذهاب بها فى مسافة أخرى مثل ما استعارها لها فلا يجوز ويضمن إن عطبت كالإجارة على

قول ابن القاسم وهو الأرجح (لا أضر) مما استعارها له ، فلا يجوز ثم تارة يحمل عليها ما تعطب بمثله وتارة ما لم تعطب به .

وفى كل إما أن تعطب وإما أن تتعيب وإما أن تسلم . (فإن زاد ما تعطب به وعطبت فله) أى لربها (قيمتها) وقت الزيادة عليها ، لأنه وقت التعدى (أو كراؤه) أى كراء الزائد فقط وخيرته تنفى ضرره (وإلا) بأن زاد مالا تعطب به وعطبت أو تعيبت أو سلمت أو ما تعطب به وسلمت (فالكراء) أى كراء الزائد فقط فى الأربع صور وبقى السادسة : وهى ما إذا زاد ما تعطب به فتعيبت أشار لحكمها بقوله (فلو تعيبت) فيما إذا زاد عليها ما تعطب به (فالأكثر من الكراء) للزائد (وقيمة العيب) أى أرشه يلزم المستعير والكلام فى زيادة الحمل ، وأما المسافة فكالإجارة ، فإن عطبت ضمن قيمتها ، وإن سلمت فكراء الزائد ، وإن تعيبت فالأكثر من كراء الزائد ، وأرش العيب . (ولزمت) الاستعارة (المقيدة بعمل) كطحن إردب أو حمله لكذا أو ركوب له (أو أجل) كأربعة أيام أو أقل أو أكثر (لانقضائه) أى العمل أو الأجل فليس لربها أخذها قبله سواء كان المستعار أرضاً لزراعة أو سكنى أو لوضع شىء بها أو كان حيواناً لركوب أو حمل أو غير ذلك أو كان عرضاً (وإلا) يكن تقيد بعمل أو أجل بل أطلقت (فلا) تلزم ولربها أخذها متى شاء ولا يلزم قدر ما تراد لمثله عادة على المعتمد ، وما مشى عليه الشيخ ضعيف .

(وإن زعم) شخص (أنه مرسل) بأن قال : أرسلنى فلان (لاستعارة نحو حلى) منكم له فصدق ودفع له ما طلب فأخذه (وتلف) أى ادعى أنه تلف منه (ضمنه المرسل) له (إن صدقه) فى إرساله .

(وإلا) يصدقه (حلف) أنه ما أرسله (وبرىء وضمن الرسول) ولا يحلف (إلا لبينة) تشهد له أنه أرسله فلان فالضمان حينئذ على من أرسله ولا عبرة بيمينه الذى حلفه .

(وإن اعترف) الرسول (بالتعدى) وأنه لم يرسله أحد (ضمن إن كان

رشيداً) لا صبياً ولا سفيها إذ لا ضمان عليهما (أو) كان (عبداً) أى رقيقاً فى ذمته فلا يباع لذلك بل يتبع به .

(إن عتق ما لم يسقطه) عنه (السيد) قبل عتقه وإلا سقط ولا يتبع بعده . (ومؤنة أخذها) أى العارية من محل ربها إن كان يحتاج لمؤنة (و) مؤنة ردها على المستعير (والعلف) وهى عند المستعير (على ربها) لا على المستعير وقيل على المستعير والقولان ذكرهما الشيخ بلا ترجيح والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب الشـــفعة

وتجب الشفعة فى العقار لما روى جابر رضى الله عنه قال : « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فى كل شرك لم يقسم ربعه ، أو حائط لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه » فان شاء أخذ وان شاء ترك ، فان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به ، ولأن الضرر فى العقار بتأبيد من جهة الشريك فثبتت فيه الشفعة لازالة الضرر .

فصـــل وأما غير العقار من المنقولات فلا شفعة فيه لما روى جابر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا شفعة الا فى ربعة أو حائط » وأما البناء والغراس ، فانه ان بيع مع الأرض ثبتت فيه الشفعة لما روى جابر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من كان له شريك فى ربع أو نخـل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فان رضى أخذه ، وان كرهه تركه » ولأنه براد للتأبيد فهو كالأرض ، فان بيع منفرداً لم تثبت فيه الشفعة لأنه ينقل ويحول فلم تثبت فيه الشـــفعة . واختلف أصحابنا فى النخل اذا بيعت مع قرارها مفردة عما يتخللها من بياض الأرض فمنهم من قال : تثبت فيه الشفعة لأنه فرع تابع لأصل ثابت . ومنهم مـن قال : لا شفعة فيها ، لأن القرار تابع لها فاذا لم تجب الشفعة فيها اذا بيعت مفردة لم تجب فيها وفى تبعها ، وان كانت داراً سفلها لواحد وعلوها مشـترك بين جماعة ، فباع أحدهم نصيبه فان كان السقف لصاحب السفل لم تثبت الشفعة فى الحصة المبيعة من العلو ، لأنه بناء منفرد ، وان كان السقف للشركاء فى العلو ففيه وجهان : (أحدهما) لا تثبت فيه الشفعة ، لأنه لا يتبع أرضـا (والثانى) تثبت لأن السقف أرض لصاحب العلو يسكنه ، ويأوى اليه فهـو كالأرض .

فصـــل وان بيع الزرع مع الأرض أو الثمرة الظاهرة مع الأصـــل لم تؤخذ مع الأصل بالشفعة ، لأنه منقول فلم يؤخذ مع الأرض بالشفعة كثيران الضيعة ، فان بيع وفيه ثمرة غير مؤبرة ففيه وجهان : (أحدهما) تؤخذ الثمرة مع الأصل بالشفعة ، لأنها تبعت الأصل فى البيع فأخذت معه بالشفعة كالغراس (والثانى) لا تؤخذ لأنه منقول فلم تؤخذ مع الأصل كالزرع والثمرة الظاهرة .

فـــصل ولا تثبت الشفعة الا للشريك فى ملك مشاع ، فأما الجار والمقاسم فلا شفعة لهما لما روى جابر رضى الله عنه قال : « انما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة فى كل ما لم يقسم ، فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » ولأن الشفعة انما تثبت لأنه يدخل عليه شريك فيتأذى به . فتدعو

الحاجة الى مقاسمته فيدخل عليه الضرر بنقصان قيمة الملك ، وما يحتاج الى أحداثه من المرافق وهذا لا يوجد فى المقسوم .

فصل ولا تجب الا فيما تجب قسمته عند الطلب ، فاما ما لا تجب قسمته كالرحا والبئر الصغير والدار الصغيرة فلا تثبت فيه الشفعة . وقال أبو العباس : تثبت فيه الشفعة لأنه عقار فثبت فيه الشفعة قياساً على ما تجب قسمته ، والمذهب الأول ، لما روى عن أمير المؤمنين عثمان رضى الله عنه أنه قال : « لا شفعة فى بئر والأرف يقطع كل شفعة » ولأن الشفعة انما تثبت للضرر الذى يلحقه بالمقاسمة ، وذلك لا يوجد فيما لا يقسم .

وأما الطريق المشترك فى درب مملوك ينظر فيه ، فان كان ضيقا اذا قسم لم يصب كل واحد منهم طريقاً يدخل فيه الى ملكه فلا شفعة فيه ، وان كان واسعا نظرت فان كان للدار المبيعة طريق آخر وجبت الشفعة فى الطريق لأنه أرض مشتركة تحتمل القسمة ، ولا ضرر على أحد فى اخذه بالشفعة فأشبه غير الطريق وان لم يكن للدار طريق غيره ففيه ثلاثة أوجه .

(أحدها) لا شفعة فيه ، لأنا لو أثبتنا الشفعة فيه أضررنا بالمشترى لأنه يبقى ملكه بغير طريق ، والضرر لا يزال بالضرر .

(والثانى) تثبت فيه الشفعة . لأنه أرض تحتمل القسمة فتثبت فيها الشفعة كغير الطريق .

(والثالث) أنه ان مكن الشفيع المشترى من دخول الدار ثبت له الشفعة، وان لم يمكنه فلا شفعة لأنه مع التمكين يمكن دفع الضرر من غير اضرار ، ولا يمكن مع عدم التمكين الا بالاضرار .

فصل وتثبت الشفعة فى الشقص المملوك بالبيع لحديث جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « فان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به » وتثبت فى كل عقد يملك الشقص فيه بعوض كالاجارة والنكاح ، والخلع ، لأنه عقد معاوضة فجاز أن تثبت الشفعة فى الشقص المملوك به كالبيع .

فصل فاما فيما ملك فيه الشقص بغير عوض كالوصية والهبة من غير عوض فلا تثبت فيه الشفعة لأنه ملكه بغير بدل فلم تثبت فيه الشفعة ، كما لو ملكه بالارث ، وان باع من رجل شقصا فعفا الشفيع فيه عن الشفعة ثم رجع الشقص اليه بالاقالة لم تثبت فيه الشفعة لأنه لم يملكه بعوض وانما انفسخ البيع ورجع المبيع الى ملكه بغير بدل ، فان باعه شقصا فعفا الشفيع عن الشفعة ثم ولاه رجلا ثبتت فيه الشفعة ، لأن التولية بيع براس المال وان قال

لام ولده : ان خدمت ورثتي شهراً فلك هـذا الشـقص ، فخدمتهم ملكت الشقص ، وهل تثبت فيه الشفعة ؟ فيه وجهان : (أحدهما) أنه تثبت لأنها ملكته ببدل هو الخدمة فصار كالمملوك بالاجارة . (والثاني) لا تثبت فيه الشفعة لأنه وصية في الحقيقة لأنه يعتبر من الثلث فلم تثبت فيه الشفعة كسـائر الوصايا ، وان دفع المكاتب الى مولاه شقصاً عن نجم عليه ثم عجز ورق فهل للشفيع في الشقص شفعة ام لا ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا شفعة فيه ، لأن بالعجز صـار ماله للمولى بحـق الملك لا بالمعاوضة وما ملك بغير المعاوضة لا شفعة فيه . (والثاني) تثبت فيه لأنه ملكه بعوض فثبت فيه الشفعة فلا تسقط بالفسخ بعده .

فصـل وان بيع شقص في شركة الوقف ؛ فان قلنا ان الموقوف عليـه لا يملك الوقف لم تجب فيه الشفعة لأنه لا ملك له ، وان قلنا : انه يملك ففيه وجهان : (أحدهما) أنه يأخذ بالشفعة . لأنه يلحقه الضرر في ماله من جهـة الشريك فأشبه مالك الطلق . (والثاني) لا يأخذه لأن ملكه غير تام ؛ بدليل انه لا يملك التصرف فيه ، فلا يملك به ملكاً تاما) .

الشرح قال الضياء المقدسي في شرحه الثلاثيات المسند :

الشفعة لغة الزيادة ، لأن الشفيع يضم ما يشفع فيه إلى نصيبه فـكأنه كان وتراً فصار شفعاً ، والشفيع فعيل بمعنى فاعل ، وعـرفا : اسـتحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقل عنه من يد من انتقلت إليه . ا هـ (قلت: وقوله : استحقاق شريك) من إضافة المصدر لفاعله .

قال الحافظ ابن حجر في الفتح : الشفعة بضم المعجمة وسكون الفـاء وغلط من حركها ، وهي مأخوذة لغة من الشفع وهو الزوج ، وقيل من الزيادة، وقيل من الاعانة ، وفي الشرع : انتقال حصة شريك إلى شريك كانت انتقلت إلى أجنبي بمثل العوض المسمى . ا هـ .

وقد ثبتت بالسـنة والاجماع فأما السنة فالحديث الذي سـاقه المصنف عن جابر ولفظه عند مسلم والنسائي وأبي داوود « أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل شركة لم يقسم ربعه أو حائط لا يحـل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك ، فإن باعه ولم

يؤذنه فهو أحق به » ولفظه عند الترمذى وصححه « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » .

ولفظه عند أحمد والبخارى وأبى داوود وابن ماجه « إنما جعل النبى صلى الله عليه وسلم الشفعة » وفى رواية عند أحمد والبخارى والشافعى فى الأم « أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » وكلها عن جابر إلا الشافعى فقد قال : أخبرنا مالك عن الزهرى عن سعيد بن أبى سلمة . وقد روى عن أبى هريرة قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وإذا قسمت الدار وحددت فلا شفعة » رواه أبو داوود وابن ماجه بمعناه .

وقال أبو محمد على بن حزم فى كتاب المحلى : وجدت فى كتاب يحيى ابن مالك بن عائذ بخطه أخبرنى القاضى أبو عبد الله الحسين بن أحمد ابن محمد بن سلمة المعروف بابن أبى حنيفة قال أنا : أبو جعفر الطحاوى قال أنا محمد بن خزيمة أنا يوسف بن عدى ــ هو القراطيسى ــ أنا ابن إدريس هو عبد الله الأودى عن ابن جريج عن عطاء عن جابر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فى كل شىء » .

أما الاجماع فقد انعقد ولم يختلف العلماء على مشروعيتها إلا ما نقل عن أبى بكر الأصم من إنكارها ، وفى ذلك يقول بعضهم : لا عبرة بقول الأصم فإنه عن الحق أصم .

قال الماوردى فى الحاوى : إن ما روى فى الشفعة وإن لم يكن متواتراً فالعمل به مستفيض يصير به الخبر كالمتواتر ، ثم الإجماع عليه منعقد . والعلم بكونه شرعاً واقع وليس فى التمسك بحديث « لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه » ما يمنع من الشفعة لأن المشترى يعاوض عليها بما بذله فيصل إليه ولا يستحل منه .

اذا ثبت هذا فإن الشفعة تجوز للمسلم والكافر عند الشافعى وأبى حنيفة ومالك . وخالف أحمد فقهاء مذهبه على أنه لا شفعة لكافر على مسلم، قال الضياء المقدسى : نص عليه أحمد قال فى الانصاف : وهو المذهب وعليه الأصحاب وهو من مفردات المذهب ، وبه قال الحسن البصرى والشعبى ، وقد أفاض الضياء فى شرح عمدة الأحكام فى بيان العلة ووجه المذهب من جهة الدليل ، كما تفرد أبو حنيفة دون الثلاثة بوجوب الشفعة للجار ، وهو رواية عن أحمد إلا أنها مرجوحة بالمرة حسب الأظهر من المذهب .

اذا ثبت هذا فإن الشفعة مستحقة فى عراص الأرضين . ويكون ما أثقل بها من الغراس والبناء تبعاً ، وإن كان المبيع منها مشاعا كانت الشفعة فيه على قولين وإن كان المبيع منها محرراً فالذى عليه جمهور الناس أنها غير واجبة ، وبه قال من الصحابة عمر وعثمان وعلى فى أصح الروايتين عنه ، ومن التابعين سعيد بن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمن وعروة بن الزبير ، ومن الفقهاء ربيعة ومالك وأحمد وإسحاق وأهل الحرمين .

وقال أبو حنيفة وصاحباه وسفيان الثورى : إن الشفعة المجوزة مستحقة للجار . وليس لهم فيه سلف . وربما أضافوه إلى ابن مسعود ؛ فإن عفا الجار عنها كانت لمن يليه فى القرب لمن يليه إلى آخر الجوار ، إلا أن تكون الطريق نافذة فلا يجب لغير الجار الملاصق استدلالا برواية عمرو بن الشريد عن أبى رافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « الجار أحق بشقصه » وروى « بسقبه » أى بقربه ، وبرواية شعبة عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « جار الدار أحق بدار الجار أو الأرض » وبرواية عبد الملك بن أبى سليمان عن عطاء عن جابر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً » .

وروى أبو سعيد الخدرى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الخليط أحق من الشفيع ، والشفيع أحق من غيره » وروى عمرو بن الشريد ابن سويد عن أبيه أنه قال : قلت : يا رسول الله أرضى ليس لأحد فيها شرك

ولا قسم إلا الجوار ، بيعت لى ، فقال « أنت أحق بشفعة جارك يا شريد » قالوا : ولأن الشفعة إنما وجبت تخوفا من سوء عشرة الداخل عليه ، وهـذا قد يوجد فى الجار كوجوده فى الخليط ، فاقتضى أن تجب الشفعة للجـار كوجوبها للخليط .

ودليلنا ما رواه الشـافعى عن مالك عن ابن شهاب الزهرى عن سعيد ابن المسيب أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة » وهذا وإن كان مرسلا فمرسل سعيد عنـد الشافعى حسن ، ثم قد رواه مسنداً عن مطرف بن مازن عن معمر عن الزهرى عن أبى سلمة عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة » فكان مـن هـذا الحديث دليلان :

(أحدهما) قوله الشفعة فيما لم يقسم ، فكان دخـول الألف واللام مستوعباً لجنس الشفعة فلم يجب فى المقسوم شفعة .

(والثانى) قوله : فإذا وقعت الحدود فلا شفعة . فصرح بسقوط الشفعة مع عدم الخلطة فإن قيل : فإنما نفى الشفعة عنه بالقسمة الحادثة بعده ففيه جوابان :

(أحدهما) أنه محمول على عموم القسمة حادثة ومتقدمة .

(والثانى) أنه إنما نفى الشفعة عن المقسوم بما أثبتها فى غير المقسوم ، فلما أثبتها فى غير المقسوم بالبيع دل على أنه نفاها عن المقسوم بالبيع .

وقال أبو حنيفة : تجب للجار ، ثم ساق أحاديث الموجبين لهـا للجـار ، وهى التى أوردناها هنا .

وقال العلقمى فى حاشية الجامع الصغير : يحتج بهذا الحديث من أوجب الشفعة للجار ــ يعنى حديث : الجار أحق بصقبه ــ ومن لم يثبتها للجـار

تأول الجار على الشريك . ويحتمل أن يكون المراد أحق بالبر والمعونة وما فى معناهما بسبب قربه من جاره .

وأجابوا عن حديث سمرة بأن أهل الحديث اختلفوا فى لقاء الحسن له . ومن أثبت لقاءه قال : إنه لم يرو عنه إلا حديث العقبة ، وقد رواه الحسن عن سمرة . وعن حديث « الجار أحق بشفعة جارة ينتظر بها وإن كان غائباً » بأن شعبة قال : سها عبد الملك راوى الحديث .

قال الإمام أحمد : هذا الحديث منكر . وقال ابن معين : لم يروه إلا عبد الملك وقد أنكر عليه .

وقال بعض علماء الحنفية : يلزم الشافعية القائلين بحمل اللفظ على حقيقته ومجازه أن يقولوا بشفعة الجوار ، لأن الجار حقيقته فى المجاور ، مجاز فى الشريك وأجيب عنه بأن محل ذلك عند التجرد عن القرائن ، وقد قامت القرينة هنا للمجاز فإن حديث جابر صريح فى اختصاص الشفعة بالشريك ، وحديث أبى رافع مصروف الظاهر اتفاقاً ، لأنه يقتضى أن يكون الجار أحق من كل أحد حتى من الشريك ، ولا قائل به ، فإن القائلين بشفعة الجوار قدموا الشريك مطلقاً ، ثم المشارك فى الطريق ثم الجار على من ليس بمجاور .

(قلت) واختار شيخ الإسلام ابن تيمية ثبوت الشفعة للجار بشرط أن يكون شريكا فى الطريق محتجا بآخر حديث جابر مرفوعا : « الجار أحق بشفعة جاره » قال : وهذا ظاهر كلام أحمد فى رواية أبى طالب حيث قال : إذا كان طريقهما واحداً شركاء لم يقتسموا فإذا طرقت وعرفت الحدود فلا شفعة .

(قلت) واختار بعض الحنابلة هذا الرأى ولكن لو استعرضنا مذهب الجمهور فى نفى شفعة الجار لوجدنا أمة من الصحابة والتابعين قالوا بنفيها كعمر وعثمان وعمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب وسليمان

ابن يسار والزهرى ويحيى الأنصارى وأبو الزناد وربيعة والمغيرة ابن عبد الرحمن ومالك والأوزاعى وأحمد والشافعى وأبو ثور وابن المنذر .

وقال ابن شبرمة والثورى وابن أبى ليلى وأصحاب الرأى : الشفعة بالشركة ثم بالشركة فى الطريق ثم بالجوار .

ولأن الشفعة ثبتت فى موضع الوفاق على خلاف الأصل لمعنى معدوم فى محل النزاع فلا تثبت فيه .

وبيان انتفاء المعنى هو أن الشريك ربما دخل عليه شريك فيتأذى به فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته ، أو يطلب الداخل المقاسمة فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق ، وهذا لا يوجد فى المقسوم . فأما حديث أبى رافع فليس بصريح فى الشفعة فإن الصقب القرب ، قال الشاعر :

كوفية نازح محلتها ... لا أمم دارها ولا صقب

وبقية الأحاديث التى تثبت الشفعة للجار فيها مقال كما قال ابن المنذر على أنه يحتمل أنه أراد بالجار الشريك فإن ذلك جار على ألسنة الشعراء ، ويسمى كل واحد من الزوجين جاراً قال الأعشى :

أجارتنا بينى فإنك طالقه ... وموموقة ما كنت فينا ووامقه

وتسمى الضرتان جارتين لاشتراكهما فى الزوج . قال حمل بن مالك : (كنت بين جارتين فضربت إحداهما الأخرى بمسطح فقتلتها وجنينها) . وهذا كله يمكن حمل حديث أبى رافع عليه ، فإذا ثبت أن الشفعة واجبة بالخلطة دون الجوار فالكلام فيها يشتمل على أربعة أقسام :

(أحدها) ما تجب به الشفعة . (والثانى) ما تجب فيه . (والثالث) من تجب له . (والرابع) ما تؤخذ منه .

فأما ما تجب به فهو انتقال الملك بعقد المعاوضات والعقود على ثلاثة أقسام : قسم يجب فيه العوض ، وقسم لا يجب فيه العوض ، وقسم اختلف قول الشافعي فى وجوب العوض فيه ، فأما الموجب للعوض فخمسة عقود،البيع والإجارة والصلح والصداق والخلع ، فالشفعة بجميعها مستحقة كالمبيع لانتقال الملك بها عوضاً أو معوضاً وسنشرح كلا فى موضعه وأما مالا يوجب العوض إما لأنه لا ينقل الملك كالرهن والعارية ، أو لأنه لا يوجب العوض مع انتقال الملك كالوقف والوصية فلا شفعة به لأن مالا ينقل لملك استحق به نقل الملك وما لا عوض فيه لا معوض فيه .

واختلف أصحابنا هل يغلب فى ملك أم الولد للشقص حكم المعاوضات أم حكم الوصايا إذا قال لها : إن خدمت ورثتى سنة بعد موتى فلك هذا الشقص فقعلت على وجهين :

(أحدهما) أن حكم المعاوضات عليه أغلب لاستحقاقه بالخدمة ، فعلى هذا يأخذه الشفيع بعد انقضاء السنة بأجرة مثل خدمتها تلك السنة .

(والوجه الثانى) وهو ظاهر المذهب أن حكم الوصايا أغلب عليه لأمرين :

(أحدهما) اعتباره من الثلث .

(والثانى) ملك الشقص من لم يملك الخدمة .

وأما ما اختلف قوله فى وجوب العوض فعقد الهبة اختلف قوله فى وجوب المكافأة عليها فقال فى القديم والإملاء بالوجوب ، فعلى هذا تجب الشفعة بهما بالثواب الذى تجب به المكافأة ، فعلى هذا لو شرط الثواب فيها قدراً معلوما كان على قولين .

(أحدهما) قاله فى الإملاء : إن الهبة جائزة والشفعة فيها واجبة بالثواب المشروط ، لأنها إذا صحت مع الجهل بالثواب كانت مع العلم به أصح .

(والقول الثانى) إن الهبة بشرط الثواب باطلة ، والشفعة فيها ساقطة لأن العوض فيها يجعلها بيعا والبيع بلفظ الهبة باطل ، فهذا حكم الهبة على قوله فى القديم والإملاء . وقال فى الجديد : إن المكافأة على الهبة غير واجبة ، فعلى هذا لا شفعة بها ويكون فى انتقال الملك بها فى سقوط الشفعة به كانتقاله بالميراث فهذا حكم الفصل .

(وأما القسم الثانى) وهو ما تجب فيه الشفعة فهى عراص الأرضين وما يتبعها متصلا دون غيرها ؛ وهى على ثلاثة أنواع (أحدها) ما وجب فى الشفعة معقوداً وهى عراص الأرضين المحتملة للقسمة الجبرية ، فإن لم تحتملها لصغرها كطريق ضيقة وبياض يسير فلا شفعة هكذا حكاه الماوردى .

وقال أبو العباس بن سريج : يجب فيه الشفعة تعليلا بسوء المشاركة ، واستدامة الضرر بها لتعذر القسمة ، وبه قال أبو حنيفة ، وعند الشافعى أنه لا شفعة فيها تعليلا فى وجوبها بالخوف من مؤنة القسمة ، وأن مالا يقسم جبراً فلا شفعة فيه لارتفاع الضرر بمؤنة القسمة .

وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم قوله « لا شفعة فى فناء ولا طريق ولا منقبة ولا ركح ولا رهوة » رواه أبو الخطاب من أصحاب الإمام أحمد فى رءوس المسائل ، والمنقبة الطريق الضيقة تكون بين الدارين والركح بضم الراء ناحية البيت من ورائه وما كان فضاء للسابلة والمارة ، والرهوة الجوبة تكون فى محلة القوم بسبيل فيها ماء المطر وغيره .

(والنوع الثانى) ما تجب فيه الشفعة تبعاً وهو البناء والغرس إذا كان مبيعا مع الأرض وجبت فيه الشفعة تبعاً للأرض إن كان فيها ما يحتمل قسمته الإجبار ، وإن لم يحملها لم تجب فيه الشفعة عند الشافعى ، ووجبت فيه عند أبى العباس بن سريج ، وهو قول أبى حنيفة ، وإن كان البناء والغرس منفصلا عن الأرض فى البيع فلا شفعة فيه عند الشافعى وأبى حنيفة .

وقال مالك : يجب الشفعة فى البناء المنفرد وفى الثمار والمقاثى والمباطخ لاتصاله بعراص الأرض المستحق فيها الشفعة وهذا خطأ لقوله صلى الله

عليه وسلم « الشفعة فيما لم يقسم » رواه البخارى . « فإذا أوقعت الحدود فلا شفعة » فجعل حدود القسم شرطاً فى إبطال الشفعة ، فدل على استحقاقها فيما يجبر فيه على القسمة ، ولأن البناء والغرس تبع لأصله ، فلما لم يستحق فى الأرض شفعة لخروجها عن العقد لم يجب فى البناء والغرس شفعة ، وإن دخلت فى العقد ، فإذا تقرر ألا شفعة فيما أفرد بالبيع من البناء والغرس،وكانت داراً ذات علو مشترك ، وسلفها لغير الشركاء فى علوها فباع أحد الشركاء فى العلو حقه نظر فى السقف ، فإن كان لأرباب السفل فلا شفعة فى الحصة المبيعة من العلو لأنها بناء مفرد ، وإن كان السقف لأرباب العلو ففى وجوب الشفعة فى الحصة المبيعة منه وجهان .

(أحدهما) لا شفعة فيه لأنه لا يتبع أرضا (والوجه الثانى) فيه شفعة ، لأن السقف كالعرصه . ولقول الشافعى فى كتاب الصلح إن السقف أرض لصاحب العلو ، ولأنه إذا حاز أحدهما حصة من البناء والسقف أمكنه سكناه كالأرض .

(والنوع الثالث) لا تجب فيه شفعة لا مقصودا ولا تبعا وهو سائر الأشياء سوى ما ذكرنا ، وقال عطاء بن أبى رباح : الشفعة واجبة فى كل مشترك من متاع وحيوان وغيره فى صنوف الأموال وسائر الكلام معه .

(وأما القسم الثالث) وهو من تجب له الشفعة فهو الخليط فى الملك دون الجار ، وقد مضى الكلام مع أبى حنيفة فى شفعة الجوار ، وإذا كان كذلك فلا فرق بين أن يكون الخليط وافر السهم وبين أن يكون قليله حتى لو خالط بنسبة واحد من ألف استحق الشفعة ، وإذا تعدد الخلطاء كانت بينهم على ما سيأتى .

ولا فرق بين أن يكون ملكه صار إليه بابتياع أو ميراث أو هبة أو وصية من بائع الشقص أو من غيره ، لأنه مالك قد يستضر بسوء المشاركة ويتأذى بمؤنة المقاسمة . وأما إذا كانت حصة الخليط وقفاً نظر فى الوقف فإن كان عاما كالوقف على الفقراء والمساكين أو كان خاصا لا يملك كالوقف على

جامع فلا يستحق به شفعة فى المبيع ، وإن كان خاصا على مالك الوقف على رجل بعينه أو على جماعة بأعيانهم فلا يملك به الواقف شفعة لزوال ملكه عن الوقف ، فأما الموقف عليه ؛ فقد اختلف قول الشافعى هل يكون مالكا لرقبة الوقف أم لا ؟ على قولين (أحدهما) يستحق به الشفعة لثبوت ملكه واستضراره بسوء المشاركة والوجه الثانى : لا شفعة له لأنه ليس بتام الملك ولا مطلق التصرف .

ثم الشفعة تجب للأب على ابنه وللابن على أبيه وللرجل على زوجته وللمرأة على زوجها وللسيد على مكاتبه وللمكاتب على مولاه ولا يستحقها السيد على عبده ولا على مدبره ولا على أم ولده يستحقها أحدهم عليه .

(وأما القسم الرابع) وهو ما تؤخذ به الشفعة فهو ما جعل بدلا عن الشقص المنقول الملك من ثمن إن كان فى أجرة أو بيع أو أجرة المثل إن كان فى إجارة أو مهر المثل إن كان فى صداق على ما سنفصله .

فـــرع فى مذهب أهل الظاهر : قال أبو محمد على بن حزم فى المحلى: الشفعة واجبة فى كل جزء بيع مشاعاً غير مقسوم بين اثنين فصاعدا من أى شىء كان مما يقسم ومما لا ينقسم من أرض أو شجرة واحدة فأكثر أو عبد أو ثوب أو أمة أو من سيفه أو من طعام أو من حيوان أو من أى شىء بيع لا يحل لمن له ذلك الجزء أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه أو شركائه فيه . فإن أراد من شريكه فيه الأخذ له بما أعطى فيه غيره فالشريك أحق به وإن لم يرد أن يأخذ فقد سقط حقه ولا قيام له بعد ذلك إذا باعه ممن باعه فإن لم يعرض عليه كما ذكرنا حتى باعه من غير من يشركه فيه فمن يشركه مخير بين أن يمضى ذلك البيع وبين أن يبطله ويأخذ ذلك الجزء لنفسه مما بيع به وهاهنا خلاف فى أربعة مواضع (أحدها) هل يجوز بيع المشاع أم لا ؟ (والثانى) هل يكون فى بيعه شفعة أم لا ؟ (والثالث) الأشياء التى تكون فيها الشفعة (والرابع) إن عرض البائع على من يشركه قبل أن يبيع فأبى شريكه من الأخذ هل يسقط حقه بذلك أم لا ؟

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان اشترى شقصا وشرط الخيار فيه للبائع لم يكن للشفيع أن يأخذ قبل انقضاء الخيار لأنه فى أحد الأقوال لا يملك الشقص ، وفى القول الثانى ملكه موقوف ، فلا يعلم هل يملك أم لا ؟ وفى القول الثالث يملكه ملكا غير تام ، لأن للبائع أن يفسخه ، ولأنه اذا اخذ بالشفعة أضر بالبائع لأنه يسقط حقه من الفسخ والضرر لا يزال بالضرر وان شرط الخيار للمشترى وحده فان قلنا : انه لا يملك أو قلنا انه موقوف لم يأخذ لما ذكرناه فى خيار البائع . وان قلنا : انه يملكه ففيهقولان : (أحدهما) لا يأخذه ، لأنه بيع فيه خيار فلا يأخذ به كما لو كان الخيار للبائع . (والثانى) يأخـذه وهو الصحيح لأنه لا حـق فيه لغير المشترى ، والشفيع يملك اسقاط حقه ، ولهذا يملك اسقاط حقه بعد لزوم البيع واستقرار الملك ، فلأن يملك قبل لزومه أولى .

فصـــل وتثبت الشفعة للكافر على المسلم لحديث جابر رضى الله عنـه « لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه فان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به » ولم يفرق ، ولأنه خيار جعل لدفع الضرر عن المال فاستوى فيه الكافر والمســلم كالرد بالعيب .

فصـــل ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على العوض لأنه اذا أخذه ولم يقدر على العوض أضر بالمشترى والضرر لا يزال بالضرر ، فان أحضر رهنا أو ضميناً أو عوضاً عن الثمن لم يلزم قبوله لأن ما استحق أخذه بالعوض لم يلزم قبـول الرهن ، والضمين والعوض فيه كالمبيع فى يد البائع .

فصـــل ويأخذ الشفيع بالعوض الذى ملك به فان اشتراه أخذه بالثمن لما روى جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « فان باعه فهو أحق به بالثمن » وان اشترى شقصا وسيفا بثمن قسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما وأخذ الشقص بحصته وترك السيف على المشترى بحصته لأنالثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمته ولا يثبت للمشترى الخيار فى فسخ البيع بتفريق الصفقة عليه لأنه دخل فى العقد على بصيرة أن الصفقة تفرق عليه وان اشترى الشقص بثمن ثم الحق به زيادة أو حط عنه بعضه أو وجد به عيباً فأخذ عنه الأرش فعلى ما ذكرناه فى بيع المرابحة فان نقص الشـــقص فى يد المشترى فقد روى المزنى أن الشفيع يأخذه بجميع الثمن وقال فى القديم يأخذه بالحصة واختلف أصحابنا فى ذلك فمنهم من قال فيه قولان وهو الصـحيح (أحدهما) يأخذه بجميع الثمن كالعبد المبيع اذا ذهبت عينه فى يد البائع فان المشترى يأخذه بجميع الثمن والقول الثانى : أنه يأخذه بالحصة وهو أظهـر لأنه أخذ بعض ما دخل فى العقد فأخذه بالحصة كما لو كان معه سيف . ومنهم من قال : ان ذهب التأليف ولم يذهب من الأجزاء شىء أخذ بالجميع لأن الذى

يقابله الثمن أجزاء العين وهى باقية فان تلف بعض الأجزاء من الآجر والخشب أخذه بالحصة . لأنه تلف بعض ما يقابله الثمن فأخذ الباقى بالحصة ، وحمل القولين على هذين الحالين . ومنهم من قال ان كانت العرصة باقية اخذ بالجميع لأن العرصة هى الأصل وهى باقية فان ذهب بعض العرصة اخذ بالحصة لأنه تلف بعض الأصل فأخذ الباقى بالحصة وحمل القولين على هذين الحالين . ومنهم من قال : ان تلف بجائحة من السماء اخذ بالجميع لأنه لم يحصل للمشترى بدل التالف وان تلف بفعل آدمى أخذ بالحصة لأنه حصل للمشترى بدل التالف وحمل القولين على هذين الحالين .

فصل وان اشترى الشقص بمائة مؤجلة ففيه ثلاثة أقوال : (أحدها) يأخذ بمائة مؤجلة لأن الشفيع تابع للمشترى فى قدر الثمن وصفته فكان تابعاً له فى التأجيل . (والثانى) أنه يأخذه بسلعة تساوى مائة الى الأجل ، لأنه لا يمكن أن يطالب بمائة حالة لأن ذلك أكثر مما لزم المشترى ، ولا يمكن أن يطالب بمائة مؤجلة ، لأن الذمم لا تتماثل فتجعل ذمة الشفيع مثل ذمة المشترى ، فوجب أن يعدل الى جنس آخر بقيمته كما يعدل فيما لا مثل له الى جنس آخر بقيمته . (والثالث) وهو الصحيح أنه يخير بين أن يعجل الثمن ويأخذ ، وبين أن يصبر الى أن يحل فيأخذ ، لأنه لا يمكن أن يطالب بمائة حالة ولا بمائة مؤجلة لما ذكرناه ولا يمكن أن يأخذ بسلعة لأن الشفيع انما يأخذ بالمثل أو بالقيمة ، والسلعة ليست بمثل الثمن ولا هى قيمته فلم يبق الا التخيير .

(فصل) وان باع رجل فى مرضه من وارثه شقصاً يساوى الفين بألف ولم تجز الورثة بطل البيع فى نصفه لأنه قدر المحاباة ، فان اختار الشفيع ان يأخذ التصرف بالألف لم يكن للمشترى الخيار فى تفريق الصفقة ، لأن الشفيع أخذه بألف وان لم يأخذه الشفيع فللمشترى أن يفسخ البيع لتفرق الصفقة عليه ، وان باع من أجنبى وحاباه والشفيع وارث فاحتمل الثلث المحاباة ، ففيه خمسة أوجه : (أحدها) : أن البيع يصح فى نصف الشقص بالألف ، وللشفيع أن يأخذه ويبقى التصرف للمشترى بلا ثمن ، لأن المحاباة وصية والوصية للمشترى تصح ، ولا تصح للشفيع ، فيصير كأنه وهب له النصف وباع منه النصف بثمن المثل ، ويأخذ الشفيع النصف بجميع الثمن ، ويبقى النصف للمشترى بغير ثمن .

(والثانى) أن البيع يصح فى نصفه بالألف لأنا ان دفعنا الجميع الى الشفيع بالألف حصلت الوصية للوارث وان دفعنا اليه النصف بالألف وتركنا النصف على المشترى ألزمنا الشفيع فى النصف أكثر مما لزم المشترى فلم يبق الا الفسخ بالنصف ، ودفع النصف الى الوارث من غير محاباة .

(والثالث) أن البيع باطل لأن المحاباة تعلقت بالكل فلا يجوز أن تجعل فى نصفه .

(والرابع) أنه يصح البيع وتسقط الشفعة ، لأن اثبات الشفعة يؤدى الى ابطال البيع واذا بطل البيع سقطت الشفعة وما أدى ثبوته الى سقوطه وسقوط غيره سقط فسقطت الشفعة وبقى البيع .

(والخامس) : وهو الصحيح أنه يصح البيع فى الجميع بالألف ، ويأخذ الشفيع الجميع بالألف ، لأن المحاباة وقعت للمشترى دون الشفيع والمشترى أجنبى فصحت المحاباة له) .

الشرح قال الشافعى : وإن علم يعنى بالبيع فطالب مكانه فهى له ، وإن أمكنه فلم يطلب بطلت شفعته . قال الماوردى فى الحاوى : اعلم أن الشفعة تجب بالبيع وتستحق بالطلب وتملك بالأخذ ، فإذا بيع الشقص ووجبت فيه الشفعة لم يخل حال الشفيع من أحد أمرين إما أن يعلم بالبيع أو لا يعلم ، فإن لم يعلم بالبيع فهو على حقه من الشفعة إذا علم وإن تطاول به الزمان كالمشترى إذا لم يعلم بعيب ما اشترى كان على حقه من الرد إذا علم وأما إذا علم بالبيع فله حالتان .

(إحداهما) أن يكون قادراً على الطلب .

(والحال الثانية) أن يكون معذوراً ، فإن كان قادراً على الطلب فله ثلاثة أحوال .

(إحداها) أن يبادر إلى الطلب ، فهو على حقه من الشفعة ، ولا يحتاج إلى حكم حاكم فى الأخذ بها لأنها ثبتت بنص واجماع وانما يفتقر الى حكم الحاكم فيما ثبت باجتهاده فلو قال الشفيع حين بادر بالطلب : أنظرونى بالثمن واحكموا لى بالملك لم يجز ، وهكذا لو قال : احكموا لى بالملك متراخص الثمن لم يجز أن يحكم له بالملك . لأنه لا يجوز أن يزيل الضرر عن نفسه بالشفعة ويدخله على المشترى بالتأخير ، فإن سأل التوقف حتى يحضر الثمن جاز أن ينظره الحاكم به يوماً أو يومين وأكثره ثلاثا ، فإن جاء بالثمن كان على حقه من الشفعة وإن أخره عن المدة التى أنظره الحاكم بها بطلت شفعته .

(والحال الثانية) من أحوال الشفيع بعد علمه بالبيع : أن يعفو عن الشفعة ، والعفو على ضربين صريح وتعريض ، فالصريح أن يقول : قد عفوت عن الشفعة أو تركتها أو نزلت عنها . فهذا مبطل لشفعته ، والتعريض أن يساوم المشترى فى الشقص أو يطالبه بالقسمة أو يستأجر منه أو يساميه ، فهل يكون التعريض بهذه الألفاظ كصريح فى إبطال الشفعة أم لا ؟ على قولين نص عليهما فى القديم . (أحدهما) أنها كالصريح فى إبطال الشفعة .

(والثانى) أنه على حقه ما لم يصرح بالعفو لما فرق الله به فى الخطبة بين حكم التعريض والتصريح .

فأما قوله للمشترى « بارك الله لك فى صفقتك » فليس بعفو صريح ولا تعريض ، لأن وصوله إلى الثمن من الشفيع بركة فى صفقته ، وهكذا لو شهد للمشترى فى ابتياعه لم يكن عفواً صريحاً ولا تعريضا ، لأن الشهادة وثيقه فى البيع الذى بتمامه يستحق الشفعة . وجعل أبو حنيفة هذين الأمرين عفواً صريحاً .

(والحال الثالثة) بعد علمه بالبيع وتمكنه من الأخذ أن يمسك عن الطلب . ففيه ثلاثة أقاويل : (أحدها) وهو قوله فى الجديد والإملاء وبه تقع الفتيا أن الشفعة قد بطلت بتقضى زمان المكنة وإن حق طلبها على الفور . (والثانى) أن حق الشفعة مؤقت بثلاثة أيام بعد المكنة فإن طلبها إلى ثلاث كان على حقه ، وإن مضت الثلاث قبل طلبه بطلت قاله الشافعى فى كتاب السير قال : وهذا استحسان وليس بأصل . (والقول الثالث) أن حق الشفعة ممتد على التراخى من غير تقدير بمدة ، وبه قال فى القديم .

(قلت) فإذا قيل بالأول (الفور) وبه قال أبو حنيفة ، فإن أخذها فهى له وإن تركها رجع باللائمة على نفسه ، وإذا قيل بالثانى بتقديره بثلاثة أيام بعد المكنة فوجهه أن الشفعة موضوعة لارتفاق الشفيع بها فى التماس الحظ لنفسه فى الأخذ والترك والاختيار والمشترى فى حسن المشاركة ليقر ، أو فى سوء المشاركة ليصرف فكان تقديرها بثلاثة أيام يتوصل بها إلى إتمام حظه ،

ولا يضر المشترى بتأخيره بخلاف ما قال مالك من تقديرها بسنة فى رواية ابن وهب ؛ وبأربعة أشهر فى رواية غيره .

دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « الشفعة كنشطة عقال ، فإن أخذها فهى له وإن تركها رجع باللائمة على نفسه » . وقد مضى التنبيه على ضعفه من كلام البيهقى .

فـــرع تثبت الشفعة للكافر على المسلم إذا كان شريكاً لحديث جابر « ولا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه » وبه قال شريح وعمر ابن عبد العزيز والنخعى وإياس بن معاوية وحماد بن أبى سليمان والثورى ومالك والشافعى والعنبرى وأصحاب الرأى لعموم الحديث . وقال أحمد : لا شفعة لمسلم على كافر وتصح من الذمى للذمى ، وهو مروى عن الحسن والشعبى أخذاً من حديث « لا شفعة لنصرانى » وهو حديث لم يصح إسناداً .

ودليلنا عموم الحديث وقواعد البياعات لأنها خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب .

فـــرع قال الشافعى : وإن اشتراها بثمن إلى أجل قيل للشفيع : إن شئت تعجل الثمن وتعجل الشفعة ، وإن شئت فدع حتى يحل الأجل ، وصورتها فى رجل اشترى شقصاً بثمن مؤجل وحضر الشفيع مطالباً ففيه قولان :

(أحدهما) وهو قوله فى القديم وبه قال مالك : إن للشفيع أن يتعجل أخذها ويكون الثمن مؤجلا فى ذمته إن كان ثقة ؛ وإن كان غير ثقة أقام ضميناً ثقة . قال الشافعى : وهذا أشبه بصلاح الناس . ووجه هذا القول شيئان :

(أحدهما) أن الشفيع يدخل مدخل المشترى فى قدر الثمن وصفاته والأجل وصفاته فاقتضى أن يأخذ بمثل الثمن وأجله .

(والثانى) أن تعجيل المؤجل زيادة فى القدر تتفاضل الأثمار به وليس للمشترى أن يشتريه ، وتأخير الشفيع دفع له عن حقه ، وليس للمشترى دفع الشفيع .

(والقول الثانى) وبه قال فى الجديد ، وهو قول أبى حنيفة أن الشفيع لا يتعجل الشقص بالثمن المؤجل ، ويقال له : أنت مخير بين أن تعجل الثمن فتعجل أخذ الشقص وبين أن تصبر إلى حلول الأجل فتدفع الثمن وتأخذ الشقص . ووجه هذا القول شيئان (ا) إن أخذ الشفعة باستحقاق والأجل يدخل فى عقود المراضاة ولا يدخل فى الاستحقاق ما لم يكن مراضاة . (ب) إن رضا البائع بذمة المشترى لا يوجب على المشترى أن يرضى بذمة الشفيع ، ولذلك حل دين الميت لأن رضى ربه بذمته لا يوجب عليه الرضا بذمة وارثه .

فإذا تقرر توجيه القولين فللمشترى والشفيع أربعة أحوال (أحدها) أن يعجل الشفيع الثمن فيجبر المشترى على تسليم الشقص على القولين معاً . لأنه قد تعجل مؤجلا وأمن خطراً .

(والحال الثانية) أن يرضى المشترى تسليم الشقص وتأجيل الثمن فيلزم الشفيع أن يأخذ أو يعفو على القولين معاً ، لأنه قد يتعجل منافع الشقص حتى لا يستضر بتعجيل الثمن ، فإن لم يفعل وانتظر لأخذه بحلول الأجل بطلت شفعته على قوله فى القديم ، وفى بطلانها على الجديد وجهان : (أحدهما) وهو قول أبى العباس بن سريج أنه على شفعته إلى حلول الأجل ، لأن تأجيل الثمن قد جعل حق الطلب مقدراً به . والوجه الثانى وهو الأصح : أن شفعته بطلت لأن طلبه قدر بمدة الأجل رفقاً بالمشترى فصار من حقوقه لا من حقوق الشفيع . والحال الثالثة : أن يدعو المشترى إلى تعجيل الشىء وتسليم الشقص ، فلا يلزم الشفيع ذلك على القولين معاً ، لأن تعجيل المؤجل استزادة فى الثمن والمشترى ممنوع من الاستزادة فيه ، فلو قال المشترى : أنا أحطه من الثمن بسبب التعجيل قدر ما بين الحال والمؤجل لم يجز لأمرين :

(أحدهما) أنه مفض إلى الرياء .

(والثانى) أن ما استحق تأجيله لم يلزم تعجيله . والحال الرابعة : أن يطالب الشفيع بالشقص معجلا ، ويؤخر الثمن إلى حلول الأجل فهى مسألة القولين ، فعلى قوله فى القديم يجاب إلى ذلك إن كان ثقة أو يضمنه ثقة ، فعلى هذا لو مات المشترى حل ما عليه من الثمن ولم يحل ما على الشفيع منه وكان باقياً إلى أجله ، ولو مات الشفيع حل ما عليه من الثمن وللمشترى أن يتعجله وما عليه باق إلى أجله ، ولو كان المشترى قد دفع الثمن . رهناً لم يلزم الشفيع أن يدفع به رهناً ، لأن الرهن وثيقة فى الثمن ، وليس فى جملة الثمن وعلى قوله فى الجديد يمنع من الشقص إلى حلول الأجل والمشترى ممكن من التصرف فيه بما شاء من سكنى واستغلال وإجارة وبيع ما لم يستهلك ، لأن تعلق حق الشفيع به لا يزيل ملك المشترى عنه فلا يمنع من التصرف فى ملكه إلا بما يفضى إلى إبطال حق الشفيع من الاستهلاك والإتلاف وليس البيع استهلاكا لأنه بعد البيع يقدر على أخذه بأى العقدين شاء فلو مات المشترى حل ما عليه من الثمن وكان للشفيع أن يصبر إلى حلول الأجل ، ولو مات الشفيع كان لورثته أن يصبروا إلى حلول الأجل لأنه لم يتعلق بذمته ما يحل بموته بخلاف القول الأول .

فرع لو باع الرجل فى مرض موته شقصاً بألف درهم وهو يساوى ثلاثة آلاف حاباه فى ثمنه بألفين فللمشترى وللشفيع ثلاثة أحوال :

(إحداهن) أن يكونا أجنبيين من البائع ، والثانية أن يكون المشترى وارثاً والشفيع أجنبياً ، والثالثة أن يكون المشترى أجنبياً والشفيع وارثا . فأما الحال الأولى فلا تخلو حال البائع من أن يملك مالا غير الشقص أو لا ، فإن كان يملك مالا تخرج المحاباة من ثلثه صحت المحاباة وأخذ المشترى الشقص بألف درهم وللشفيع أن يأخذه منه بالألف لأنه يملك الشفعة بالثمن مسترخصاً كان أو غالياً ، وإن كان البائع لا يملك غير الشقص فللمشترى الخيار فى أن يأخذ عن الشقص بألف درهم أو يرد ليحصل له نصف المحاباة ، وهى ألف تكون ثلث التركة ويرجع إلى الورثة ثلث الشقص

وقيمته ألف مع ألف حصلت لهم ثمناً فيصير مثلى المحاباة بالألف ثم للشفيع أن يأخذ بالألف ثلثى الشقص الصائر للمشترى بالألف .

(أما الحال الثانية) وهو أن يكون المشترى وارثاً والشفيع أجنبياً فالمحاباة باطلة ، وإن خرجت من الثلث لأنها وصية لوارث والمشترى بالخيار بين أن يأخذ ثلث الشقص بألف وبين أن يرده ، فإن أخذ مثله بالألف فللشفيع أخذ الثلث منه بالألف ، وإن رده المشترى عرض على الشفيع قبل رده ، فإن رضى أن يأخذ ثلث الشقص بألف كان أحق وبطل رد المشترى لأنه يرد ليحصل له الثمن الخارج من يده وقد حصل له ذلك من جهة الشفيع فوصل إلى حقه ومنع من إبطال حق الشفيع برده ، كالمنع من رده بعيب لو ظهر إذا رضى الشفيع ويكون عهدة الشفيع على المشترى ، فلو أن باقى الورثة أجازوا للوارث محاباته وأعطوا الشقص كله بالألف جاز . وفيما يأخذه الشفيع قولان مبنيان على اختلاف قولين فى إجازة الورثة هل تكون عطية أو إمضاء ؟ .

(أحدهما) أنه إمضاء فعلى هذا للشفيع أن يأخذ الشقص كله بالألف .

(والثانى) أنه ابتداء عطية فعلى هذا يأخذ ثلث الشقص بالألف ويخلص للمشترى ثلثاه لأنها عطية له خالصة . وأما الحال الثالثة وهو أن يكون المشترى أجنبيا والشفيع وارثاً ، فالمحاباة وهى ألفا درهم ثلاثة أحوال : حال يحتمل الثلث جميعها ، وحال لا يحتمل شيئاً منها وحال يحتمل الثلث بعضها ، فإن لم يحتمل الثلث شيئاً منها لإحاطة الدين بالتركة بطلت المحاباة وكان للمشترى الخيار فى أخذ ثلث الشقص بالألف أو رده ، فإن أخذه كان الشفيع أحق به وإن كان وارثاً لأنه لا محاباة فيه . وإن احتمل الثلث جميع المحاباة لأنه ذو مال تخرج الألفان من ثلثه فالمحاباة بثلثى الشقص . وإن احتمل الثلث بعضها وهو أن لا يملك غير الشقص المقوم بثلاثة آلاف درهم احتمل أن الثلث نصف المحاباة وهو ثلث الشقص . وفيها أربعة أوجه حكاها ابن سريج :

(أحدها) أنها جائزة للمشترى والشفيع لأن المشترى مقصود بها

فصحت له ، والشفيع داخل عليه فوجبت له . فعلى هذا يأخذ المشترى ثلثى الشقص بألف درهم وللشفيع أخذ هذين الثلثين بالألف ويرجع الثلث على الورثة مع الألف الصائر إليهم ثمنها .

(والوجه الثانى) أن المحاباة جائزة للمشترى دون الشفيع ، لأن المشترى ممن تصح محاباته ــ وهو بها مقصود ــ والشفيع ممن لا تصح محاباته ، وهو بها غير مقصود فعلى هذا يأخذ المشترى ثلث الشقص بألف ، وللشفيع أن يأخذ منه ثلثه بألف ويرجع إلى الورثة الثلث ، فيصير الشقص أثلاثاً ، ثلثه للورثة ، لأن الثلث لا يحتمل ، وثلثه للمشترى لأنها محاباة له ، وثلثه للشفيع بعد رد المحاباة التى لا تصح له .

(والوجه الثالث) أن المحاباة باطلة للمشترى وللشفيع جميعا ، لأنها قد تفضى إلى الشفيع الذى لا يملكها وهى مقترنة بالمبيع الذى لا يجوز أن يفرد عنها ، فعلى هذا للمشترى أن يأخذ ثلث الشقص بالألف . وللشفيع أن يأخذه منه بالألف ويرجع الثلثان على الورثة .

(والوجه الرابع) أن المحاباة موقوفة مراعاة فإن عفى الشفيع عن شفعته صحت المحاباة للمشترى واستحق الشفيع المحاباة بشفعته ، لأنها ليست محاباة من المشترى ألا تراه يأخذها منه جبراً بلا اختيار .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان اشترى الشقص بعرض فان كان له مثل كالحبوب والأدهان أخذه بمثله ، لأنه من ذوات الأمثال ، فأخذ به كالدراهم والدنانير وان لم يكن له مثل كالعبيد والثياب أخذه بقيمته لأن القيمة مثل لما لا مثل له ويأخذه بقيمته حال وجوب الشفعة كما يأخذ بالثمن الذى وجب عند وجوب الشفعة وان اشترى الشقص بعبد وأخذ الشفيع بقيمته ووجد البائع بالعبد عيبا ورده أخذ قيمة الشقص وهل يثبت التراجع للشفيع والمشترى بما بين قيمة العبد وقيمة الشقص ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يتراجعان لأن الشفيع أخذ بما استقر عليه العقد وهو قيمة العبد فلا يتغير بما طرأ بعده .

(والثانى) يتراجعان فان كانت قيمة الشقص أكثر رجع المشترى على الشفيع وان كانت قيمة العبد أكثر رجع الشفيع على المشترى لأنه استقر الشقص على المشترى بقيمته فثبت التراجع بما بين القيمتين وان وجد البائع بالعبد العيب وقد حدث عنده عيب آخر فرجع على المشترى بالأرش نظرت فان أخذ المشترى من الشفيع قيمة العبد سليما لم يرجع عليه بالأرش لأن الأرش دخل فى القيمة وان أخذ قيمته معيبا فهل يرجع بالأرش ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يرجع لأنه أخذ الشقص بقيمة العبد المعيب الذى استقر عليه العقد .

(والثانى) يرجع بالأرش لأنه استقر الشقص عليه بقيمة عبد سليم فرجع به على الشفيع .

فصل وان جعل الشقص أجرة فى اجارة أخذه الشفيع باجرة مثل المنفعة فان جعل صداقا فى نكاح أو بدلا فى خلع أخذ الشفيع بمهر مثل المرأة لأن المنفعة لا مثل لها فاخذ بقيمتها كالثوب والعبد وان جعل متعة فى طلاق امرأة أخذ الشفيع بمتعة مثلها لا بالمهر لأن الواجب بالطلاق متعة مثلها لا المهر .

فصل والشفيع بالخيار بين الأخذ والترك لأنه حق ثبت له لدفع الضرر عنه فخير بين أخذه وتركه وفى خياره أربعة أقوال قولان نص عليهما فى القديم :

(أحدهما) أنه على التراخى لا يسقط الا بالعفو أو بما يدل على العفو كقوله : بعنى أو قاسمنى وما أشبههما لأنه حق له لا ضرر على المستحق عليه فى تأخيره فلم يسقط الا بالعفو كالخيار فى القصاص .

(والثانى) أنه بالخيار الى أن يرفعه المشترى الى الحاكم ليجبره على الأخذ أو العفو لانا لو قلنا انه على الفور أضررنا بالشفيع لأنه لا يأمن مع الاستعجال أن يترك والحظ فى الأخذ أو يأخذه والحظ فى الترك فيندم وان قلنا انه على التراخى الى أن يسقط أضررنا بالمشترى لأنه لا يقدر على التصرف والسعى فى عمارته خوفا من الشفيع فجعل له الى أن يرفع الى الحاكم ليدفع عنه الضرر .

(والثالث) نص عليه فى سير حرملة أنه بالخيار الى ثلاثة أيام لأنه لا يمكن أن يجعل على الفور لأنه يستضر به الشفيع ولا أن يجعل على التراخى لأنه يستضر به المشترى فقدر بثلاثة أيام لأنه لا ضرر فيه على الشفيع لأنه يمكنه أن يعرف ما فيه من الحظ فى ثلاثة أيام ولا على المشترى لأنه قريب .

(والرابع) نص عليه فى الجديد أنه على الفور وهو الصحيح لما روى أنس رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الشفعة لمن واثبها » وروى انه قال : « الشفعة كنشطة العقال ان قيدت ثبتت وان تركت فاللوم على من تركها » . فعلى هذا ان أخر الطلب من غير عذر سقط لأنه على الفور فسقط بالتأخير من غير عذر كالرد بالعيب وان أخره لطهارة أو صلاة أو طعام أو لبس ثوب أو اغلاق باب فهو على شفعته لأنه ترك الطلب لعذر وان قال سلام عليكم انا مطالب بالشفعة ثبتت الشفعة لأن السلام قبل الكلام سنة فلا تسقط به الشفعة وان قال : بارك الله فى صفقة يمينك أنا مطالب بالشفعة لم تسقط لأن الدعاء له بالبركة لا يدل على ترك الشفعة لأنه يجوز أن يكون دعاء للصفقة بالبركة لأنها أوصلته الى الأخذ بالشفعة وان قال : صالحنى عن الشفعة على مال لم يصح الصلح لأنه خيار فلا يجوز أخذ العوض عنه كخيار الشرط وفى شفعته وجهان :

(أحدهما) تسقط لأنه أعرض عن طلبها من غير عذر .

(والثانى) لا تسقط لأنه تركها على عوض ولم يسلم له العوض فبقى على شفعته فان أخذه بثمن مستحق ففيه وجهان :

(أحدهما) تسقط لأنه ترك الأخذ الذى يملك به من غير عذر .

(والثانى) لا تسقط لأنه استحق الشقص بمثل الثمن فى الذمة فاذا عينه فيما لا يملك سقط التعيين وبقى الاستحقاق كما لو اشترى شيئاً بثمن فى الذمة ووزن فيه مالا يملك) .

فـــرع حديث أنس « الشفعة لمن واثبها » لم أدر من خرجه .

أما حديث « الشفعة كنشطة العقال ، إن قيدت ثبتت وإن تركت فاللوم على من تركها » فقد أخرجه ابن ماجه والبزار وزاد (ولا شفعة لغائب) قال الحافظ فى بلوغ المرام : وإسناده ضعيف قال الصنعانى فى سبل السلام . وضعفه البزار وقال ابن حبان : لا أصل له ، وقال أبو زرعة : منكر وقال البيهقى : ليس بثابت . وضعفه ابن كثير فى الإرشاد بمحمد بن الحارث البصرى من محمد بن عبد الرحمن عن أبيه الخ قال . وثلاثتهم ضعفاء .

وقد عقد البيهقى باباً فى السنن الكبرى لألفاظ منكرة يذكرها بعض الفقهاء وعد منها (الشفعة كحل العقال) و (لا شفعة لصبى ولا لغائب) و

(الشفعة لا ترث ولا تورث) و (الصبى على شفعته حتى يدرك) و (لا شفعة لنصرانى) و (ليس لليهودى ولا للنصرانى شفعة) .

أما الأحكام : فإن حق الشفعة للشفيع ثابت له لدفع الضرر عنه فخير بين أخذه وتركه . وفى خياره قولان فى القديم وقولان فى الجديد ، فأما قولا القديم :

(فأحدهما) أنه على التراخى لا تسقط الشفعة ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى من عفو أو مطالبة بقسمة ونحو ذلك وبهذا قال مالك وهو إحدى الروايتين عن أحمد بن حنبل ، إلا أن مالكا قال : تنقطع بمضى سنة ، وعنه : بمضى مدة يعلم أنه تارك لها ، لأن هذا الخيار لا ضرر فى تراخيه ، فلم يسقط بالتأخير كحق القصاص ، وبيان عدم الضرر أن النفع للمشترى باستغلال المبيع ، وإن أحدث فيه عمارة من غراس أو بناء فله قيمته .

(ثانيهما) هو بالخيار إلى أن يرفعه المشترى إلى الحاكم ليجبره على الأخذ أو العفو ، لأنا لو قلنا : إنه على الفور ألحقنا بالشفيع الضرر لأنا باستعجالنا إياه قد نحمله على الأخذ وتكون مصلحته وحظه أوفر فى الترك ، وقد نحمله على الترك ومصلحته فى الأخذ وفى كلا الأمرين يندم على العاقبة. وإن قلنا : إنه على التراخى أضررنا بالمشترى لما روى ابن السلمانى عن أبيه عن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الشفعة كحل العقال ــ وفى لفظ ــ الشفعة كنشطة العقال ، إن قيدت ثبتت وإن تركت فاللوم على من تركها » وروى عنه صلى الله عليه وسلم « الشفعة لمن واثبها » لأنه خيار لدفع الضرر عن المال فكان على الفور كخيار الرد بالعيب ، ولأن إثباته على التراخى يضر المشترى لكونه لا يستقر ملكه على المبيع ويمنعه من التصرف بعمارة خشية أخذه منه ، ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته لأن خسارتها فى الغالب أكثر من قيمتها مع تعب قلبه وبدنه فيها .

(والقول الأول فى الجديد) نص عليه فى رواية حرملة بن يحيى التجيبى أنه بالخيار إلى ثلاثة أيام وهو قول ابن أبى ليلى والثورى ، لأن الثلاث

حد بها خيار الشرط فصلحت حداً لهذا الخيار ورد أحمد فى روايته الأخرى وأصحابه أن التحديد بثلاثة أيام تحكم لا دليل عليه ، والأصل المقيس عليه ممنوع ، ثم هو باطل بخيار الرد بالعيب . وقال ابن حامد من أصحابه : يتقدر الخيار بالمجلس ، وهو قول أبى حنيفة . فمتى طالب فى مجلس العلم ثبتت الشفعة وإن طال لأن المجلس كله فى حكم حالة العقد بدليل .

والأظهر من أقوال الشافعى وكلام أحمد أنه لا يتقدر بالمجلس بل متى بادر فطالب عقيب علمه وإلا بطلت شفعته فعلى هذا متى أخر المطالبة عن وقت العلم لغير عذر بطلت شفعته .

فـــرع إذا أخر المطالبة لعذر مثل أن يعلم ليلا فيؤخره إلى الصباح أو لشدة جوع أو عطش حتى يأكل ويشرب ، أو لطهارة أو إغلاق باب أو ليخرج من الحمام أو ليؤذن ويقيم ويأتى بالصلاة وسننها أو ليشـهدها فى جماعة يخاف فوتها لم تبطل شفعته ، لأن العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها فلا يكون الاشتغال بها رضى بترك الشـفعة إلا أن يكون المشـترى حاضراً عنده فى هذه الأحوال ، فيمكنه أن يطالبه من غير اشتغاله عن أشغاله فإن شفعته تبطل المطالبة عنه .

فأما مع غيبته فلا ، لأن العادة تقديم هذه الحوائج فلم يلزمه تأخيرها كما لو أمكنه أن يسرع فى مشيه أو يحرك دابته فلم يفعل ومضى على حسب عادته لم تسقط شفعته لأنه طلب بحكم العادة .

فـــرع إذا فرغ من حوائجه مضى على حسب عادته إلى المشترى فإذا لقيه بدأ السلام لأن ذلك هو السنة ، وقـد جاء فى الحديث (من بدأ بالكلام قبل السلام فلا تجيبوه) ثم يطالب .

وإن قال له بعد السـلام : بارك الله لك فى صـفقة يمينك ، أو دعا له بالمغفرة ونحو ذلك لم تبطل شفعته ، لأن ذلك يتصل بالسلام فيكون مـن جملته والدعاء له بالبركة فى الصفقة دعاء لنفسه لأن الشقص يرجع إليـه

فلا يكون ذلك رضى وإن اشتغل بكلام آخر أو سكت لغير حاجة بطلت شفعته لما قدمناه راجع صفحات ٩١ ، ٩٢ من هذا الكتاب واشدد به يديك .

فـــرع مضى كلامنا فى الخيار للشفيع بين الأخذ والترك والمدة التى يجوز له فيها الرد ، ونزيد البحث فنقول :

إذا قيل بأن حق الشفعة مقدر بثلاثة أيام بعد المكنة فوجهه أن الشفعة موضوعة لارتفاق الشفيع بها فى التماس الحظ لنفسه فى الأخذ والترك والاختيار والمشترى فى حسن المشاركة ليقر أو فى سوء المشاركة ليصرف ، وقلنا : إنه لو روعى فيه الفور ضاق على الشفيع ، ولو جعل على التأبيد أضر بالمشترى فاحتاج إلى مدة يتوصل بها الشفيع إلى إتمام حظه ولا يستضر المشترى بتأخيره ، فكان أولى الأمور تقديرها بثلاثة أيام لأمرين :

(أحدهما) أن الثلاث حد فى الشرع لمدة الخيار .

(والثانى) أنها أقصى حد القلة وأدنى حد الكثرة ، ألا ترى أن الله تعالى قد قضى بهلاك قوم أنظرهم بعده ثلاثاً فقال : (تمتعوا فى داركم ثلاثة أيام ذلك وعد غير مكذوب) وقد أذن النبى صلى الله عليه وسلم أن يقيم بمكة بعد قضاء نسكه ثلاثا ، فعلى هذا لو حصل فى خلال الثلاثة الأيام زمان يتعذر فيه المطالبة لم يحتسب به منها ، ولقوله من زمان المكنة ثلاثة أيام يتمكن جميعها من المطالبة ، فإذا قيل بأن حق الشفعة على التراخى فوجهه قوله صلى الله عليه وسلم : « فإن باع فشريكه أحق به حتى يؤديه » فكان على عموم الأوقات ، ولأن ما ملك من الحقوق لا يبطل بالتأخير كالديون ولأن تأخير الشفعة أرفق بالمشترى فى حصول المنفعة وتملك الأجرة ، فعلى هذا الذى حقه من الشفعة ثلاثة أقاويل .

(أحدها) العفو الصريح دون غيره من التعريض ، وليس للقاضى أن يقطع خياره إذا رفع إليه ، لأن الحاكم لا يملك إسقاط الحقوق وكالديون .

(والثانى) أن شفعته تسقط بأحد أمرين : إما بالعفو الصريح أو بما يدل عليه من التعريض على ما ذكرنا .

(والقول الثالث) أن شفعته تسقط بأحد ثلاثة :

(أحدها) العفو الصريح أو بما يدل عليه من التعريض ، أو بأن يتحاكم المشترى إلى القاضى فيلزمه الأخذ أو الترك فإن أخذ وإلا حكم عليه بإبطال الشفعة ، لأن القاضى مندوب إلى فصل الخصومات فإذا تقرر ما وصفنا وأخذ الشفيع الشقص بالشفعة لم يجز أن يشرط فيه خيار الثلاث ، وفى استحقاق خيار المجلس وجهان حكاهما أبو القاسم :

(أحدهما) له خيار المجلس لأنه يوافق عقد البيع .

(والثانى) لا خيار له لأنه يملك الشقص ملك إجبار لا عن مراضاة . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان وجبت له الشفعة وهو محبوس أو مريض أو غائب نظرت فان لم يقدر على الطلب ولا على التوكيل ولا على الاشهاد فهو على شفعته ، لأنه ترك بعذر ، وان قدر على التوكيل فلم يوكل ففيه ثلاثة أوجه :

(احدها) وهو قول القاضى أبى حامد انه تسقط شفعته لأنه ترك الطلب مع القدرة فأشبه اذا قدر على الطلب بنفسه فترك .

(والثانى) وهو قول ابى على الطبرى انه لا تسقط ، لأن التوكيل ان كان بعوض لزمه غرم وفيه ضرر . وان كان بغير عوض احتاج الى التزام منه وفى تحملها مشقة وذلك عذر فلم تسقط به الشفعة .

ومن أصحابنا من قال : ان وجد من يتطوع بالوكالة سقطت شفعته لأنه ترك الطلب من غير ضرر ، فان لم يجد من يتطوع لم تسقط لأنه ترك للضرر ، وان عجز عن التوكيل وقدر على الاشهاد فلم يشهد ففيه قولان :

(احدهما) تسقط شفعته لأن الترك قد يكون للزهد وقد يكون للعجز وقد قدر على أن يبين ذلك بالشهادة ، فاذا لم يفعل سقطت شفعته .

(والثانى) لا تسقط لأن عذره فى الترك ظاهر فلم يحتج معه الى الشهادة.

فصـــل وان قال أخرت الطلب لأنى لم أصدق ، فان كان قد اخبـره عدلان سقطت شفعته لأنه أخبره من يثبت بقوله الحقوق ، وان أخبره حر أو عبد أو امرأة ففيه وجهان :

(أحدهما) لا تسقط لأنه ليس ببينة .

(والثانى) تسقط لأنه أخبره من يجب تصديقه فى الخبر وهذا من باب الاخبار فوجب تصديقهم فيه .

فصـــل فان قال المشترى : اشتريت بمائة فعفا الشفيع ، ثم بان أنه اشترى بخمسين فهو على شفعته لأنه عفا عن الشفعة لعذر ، وهو أنه لا يرضاه بمائة أو ليس معه مائة وان قال : اشتريت بخمسين فعفا ثم بان أنه كان قد اشتراه بمائة لم يكن له أن يطالب لأن من لا يرضى الشقص بخمسين لا يرضاه بمائة ، وان قال : اشتريت نصفه بمائة فعفا ثم بان انه قد اشترى جميعـه بمائة فهو على شفعته لأنه لم يرض بترك الجميع ، وان قال اشتريت الشقص بمائة فعفا ثم بان أنه كان قد اشترى نصفه بمائة لم يكن له أن يطالب بالشفعة ، لأن من لم يرض الشقص بمائة لا يرضى نصفه بمائة .

وان قال : اشتريت بأحد النقدين فعفا ثم بان أنه كان قد اشتراه بالنقـد الآخر فهو على شفعته لأنه يجوز أن يكون عفا لاعواز احد النقـدين عنـده أو لحاجته اليه وان قال اشتريت الشقص فعفا ثم بان انه كان وكيلا فيه . وانما المشترى غيره ، فهو على شفعته لأنه قد يرضى مشاركة الوكيل ، ولا يرضى مشاركة الموكل .

فصـــل وان وجبت له الشفعة فباع حصته ، فان كان بعد العلم بالشفعة سقطت شفعته ، لأنه ليس له ملك يستحق به ، وان باع قبل العلم بالشفعة ففيه وجهان :

(أحدهما) تسقط لأنه زال السبب الذى يستحق به الشفعة ، وهو الملك الذى يخاف الضرر بسببه .

(والثانى) لا تسقط لأنه وجبت له الشفعة والشركة موجودة فلا تسقط بالبيع بعده .

(فصـــل) ومن وجبت له الشفعة فى شقص لم يجز أن ياخذ البعض ويعفو عن البعض ، لأن فى ذلك اضراراً بالمشترى فى تفريق الصفقة عليه ، والضرر لا يزال بالضرر ، فان أخذ البعض سقطت شفعته لأنه لا يتبعض فاذا عفا عن

البعض سقط الجميع كالقصاص ، وأن اشترى شقصين من ارضين فى عقد واحد فأراد الشفيع أن يأخذ أحدهما دون الآخر ففيه وجهان :

(احدهما) لا يجوز ، وهو الأظهر لما فيه من الاضرار بالمشترى فى تفريق الصفقة عليه .

(والثانى) يجوز لأن الشفعة جعلت لدفع الضرر وربما كان الضرر فى أحدهما دون الآخر ، فان كان البائع أو المشترى اثنين جاز للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما دون الآخر لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان ، فجاز أن يأخذ أحدهما دون الآخر كما لو اشتراه فى عقدين متفرقين .

(فصل) وان كان للشقص شفعاء نظرت فان حضروا وطلبوا أخذوا ، فان كانت حصة بعضهم أكثر ففيه قولان :

(احدهما) أنه يقسم الشقص بينهم على عدد الرءوس ، وهو قول المزنى ، لأن كل واحد منهم لو انفرد اخذ الجميع ، فاذا اجتمعوا تساووا فى الملك .

(والثانى) أنه يقسم بينهم على قدر الأنصباء لأنه حق يستحق بسبب الملك فيسقط عند الاشتراك على قدر الأملاك كأجرة الدكان وثمرة البستان ، وان عفا بعضهم عن حقه أخذ الباقون جميعه ، لأن فى أخذ البعض اضراراً بالمشترى ، فان جعل بعضهم حصته لبعض الشركاء لم يصح بل يكون لجميعهم ، لأن ذلك عفو وليس بهبة ، وان حضر بعضهم اخذ جميعه ، فان حضر آخر قاسمه ، وان حضر الثالث قاسمهما ، لأنا بينا انه لا يجوز التبعيض، فان أخذ الحاضر الشقص وزاد فى يده ، بأن كان نخلا فاثمرت ، ثم قدم الغائب قاسمه على الشقص دون الثمار ، لأن الثمار حديث فى ملك الحاضر فاختص بها .

وان قال الحاضر : أنا آخذ بقدر مالى لم يجز ، وهل تسقط شفعته ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى على بن أبى هريرة انها تسقط لأنه قدر على أخذ الجميع وقد تركه .

(والثانى) وهو قول أبى اسحاق انها لا تسقط لأنه تركه بعذر ، وهو انه يخشى أن يقدم الغائب فينتزعه منه . والترك للعذر لا يسقط الشفعة ، كما قلنا فيمن اظهر له المشترى ثمناً كثيراً فترك ثم بان بخلافه .

(فصل) وان كان المشترى شريكا بأن كان بين ثلاثة دار فباع أحدهم

نصيبه من أحد شريكيه لم يكن للشريك الثانى أن يأخذ الجميع لأن المشترى أحد الشريكين فلم يجز للآخر أن يأخذ الجميع ـ كما لو كان المشترى أجنبياً ـ وقال أبو العباس للشريك أن يأخذ الجميع ؛ لأنا لو قلنا : انه يأخذ النصف لتركنا النصف على المشترى بالشفعة ، والانسان لا يأخذ بالشفعة من نفسه ، والمذهب الأول ، لأن المشترى لا يأخذ النصف من نفسه بالشفعة ، وانما يمنع الشريك أن يأخذ الجميع ، ويبقى الباقى على ملكه .

(فصـــل) وان ورث رجلان من أبيهـما داراً ثم مات أحدهما وخلف ابنين ثم باع أحد هذين الابنين حصته ففى الشـــفعة قولان : (أحدهما) أن الشفعة بين الأخ والعم وهو الصحيح لأنهما شريكان للمشترى فاشـتركا فى الشفعة كما لو ملكاه بسبب واحد .

(والثانى) أنها للأخ دون العم لأن الأخ أقرب اليه فى الشركة لأنهما ملكاه بسبب واحد والعم ملك بسبب قبلهما فعلى هذا ان عفا الأخ عن حقه فهـــل يستحق العم فيه وجهان :

(أحدهما) يستحق به لأنه شريك وانما قدم الأخ عليـه لأنه أقـرب فى الشركة فاذا ترك الأخ ثبت للعم كما نقول فيمن قتل رجلين أنه يقتل بالأول لأن حقه أسبق فاذا عفا ولى الأول قتل بالثانى :

(والوجه الثانى) أنه لا يستحق لأنه لم يستحق الشفعة وقت الوجوب فلم يستحق بعده .

وان كان بين ثلاثة أنفس دار فباع أحدهم نصيبه من رجلين ، وعفا شريكاه عن الشفعة ثم باع أحد المشتريين نصيبه ، فعلى القولين :

(أحدهما) أن الشفعة للمشترى الآخر لأنهـما ملـكاه بسبب واحـد ، والشريكان الآخران ملكاه بسبب سابق لملك المشتريين .

(والثانى) أنهما بين الجميع لأن الجميع شركاء فى الملك فى حال وجـــوب الشفعة ، وان مات رجل عن دار وخلف ابنتين وأختين ثم باعت احـــدى الاختين نصيبها ففيه طريقان من أصحابنا من قال : هى على القولين .

(أحدهما) أن الشفعة للاخت لأنها ملكت مع الأخت بسبب واحد وملك البنات بسبب آخر .

(والثانى) أن الشفعة بين البنات والأخت لأن الجميع شركاء فى الملك ، ومنهم من قال : أن الشفعة بين البنات والأخت قولا واحداً ، لأن الجميع ملكن الشقص فى وقت واحد لم يسبق بعضهن بعضا) .

الشرح قال الشافعي : فإن علم وأخر الطلب فإن كان له عذر من حبس أو غيره فهو على شفعته وإلا فلا شفعة له ، ولا يقطعها طول غيبة ، وإنما يقطعها أن يعلم فيتركه ، وهذا كما قال : إذا علم الشفيع بالبيع وكان معذوراً بترك الطلب إما لغيبة أو مرض أو حبس فله ثلاثة أحوال .

(أحدها) أن يقدر على الترك ، فإن وكل كان على حقه من الشفعة بل لو وكل وهو قادر على الطلب بنفسه جاز وكان على شفعته ، لأن من ثبت له حق فله الخيار فى استيفائه بنفسه أو بوكيله ، وهل إذا قدر على التوكيل مع عجزه عن الطلب بنفسه يكون التوكيل واجباً وشرطاً فى بقاء شفعته أم لا ؟ على ثلاثة أوجه .

(أحدها) وهو قول أبى حامد المروروذى فى جامعه : إن التوكيل واجب عليه بعوض وغير عوض لكونه قادراً به على الطلب .

(والوجه الثانى) وهو قول أبى على الطبرى فى إفصاحه : إن التوكيل غير واجب عليه بعوض وغير عوض ، لأن بذل العوض التزام غرم .

(والوجه الثالث) وهو قول بعض المتأخرين : إن وجد متطوعاً بالوكالة وجب عليه التوكيل لقدرته على الطلب من غير ضرر ، وإن لم يجد إلا مستعجلا ــ والمستعجل طالب الجعالة لم يجب عليه التوكيل لما فيه من التزام زيادة على الثمن ، فعلى هذا إن قيل بوجوب التوكيل بطلت شفعته إن لم يوكل ، وإن قيل : إنها غير واجبة كان على شفعته .

(والحال الثانية) أن يعجز عن التوكيل ويقدر على الإشهاد بالطلب ، فعند أبى حنيفة إن الإشهاد شرط فى استحقاق الشفعة مع القدرة على الطلب ومع العجز عنه وأنه متى لم يشهد مع مكنته من الإشهاد بطلب الشفعة ، وعند الشافعى أن الإشهاد مع القدرة على الطلب ليس بواجب ، لأن الإشهاد إنما يراد ليكون بينة له على إرادة الطلب فاستغنى عنه بظهور الطلب ، فأما وجوب الإشهاد مع العجز عن الطلب ففيه قولان .

(أحدهما) وهو ظاهر نص الشافعى أن الإشهاد ليس بواجب ، وهو على شفعته إن ترك كالقادر على الطلب .

(والقول الثانى) أن الإشهاد واجب ، وتركه مبطل للشفعة ، والفرق بين القادر على الطلب والعاجز عنه أن ظهور الطلب من القادر عليه يغنى عن الإخبار بمراده ، والعاجز عنه قد يحتمل أن يكون إمساكه تركاً للشفعة ، ويحتمل أن يكون قصداً للطلب مع المكنة فافتقر إلى نفى الاحتمال فى الإخبار عن مراده بالإشهاد فعلى هذا يجب أن يشهد ويكون بينة كاملة عند الحاكم وهو أن يشهد شاهدين عدلين أو شاهداً وامرأتين ، فإن أشهد شاهداً واحداً ليحلف معه لم يجز لأن من الحكام من لا يحكم بالشاهد واليمين فلم يصر مستوثقاً لنفسه بالإشهاد ، ولو أشهد عبداً أو صبياناً أو فساقاً لم يجزه .

وقال أبو حنيفة : يخرجهم به إشهادهم لأنه قد ينعتق العبيد ويرشد الفساق ويبلغ الصبيان وهذا خطأ ، لأن مقصود الشهادة هو الأداء ، فلم ينفع إشهاد من لا يصح منه الأداء ، وليس ما ذكره من جواز انتقالهم من أحوالهم بأغلب من جواز بقائهم على أحوالهم ؛ فلو لم يشهد وطالب عند الحاكم بالشفعة فهو أقوى من الإشهاد فى ثبوت الشفعة .

(والحال الثالثة) أن يعجز عن التوكيل والإشهاد فهو على حق من الشفعة ، وإن تطاول به الزمان ما لم يقدر على القدوم للطلب ، فإن قدر على القدوم فأخذ فيه على المعهود فى الناقب والمسير من غير إرهاق ولا استعجال كان على شفعته ، وإن أخر قدومه عن وقت المكنة بطلت شفعته ، قال الماوردى: فإن اختلفا فقال المشترى تأخرت مع القدرة عليه ، وقال الشفيع . تأخرت للعجز عنه فالقول قول الشفيع مع يمينه إذا كان ما قال ممكنا ويكون على شفعته ولم يقبل قول المشترى فى إبطالها ؛ وهكذا لو قال المشترى : قدمت بغير المطالبة ، وقال الشفيع : قدمت للطلب كان القول قوله مع يمينه ، وهو على شفعته .

فرع وهكذا لو قال المشترى : تقدم علمك على زمان الطلب ،

وقال الشفيع لم أعلم إلا وقت الطلب فالقول قول الشفيع مع يمينه ، فأما ما يصير به عالماً فالبينة العادلة وكل جهر طرق سمعه صوته ووقع فى نفسه ، ولو من امرأة أو عبد أو كافر لأن ما تعلق بالمعاملات يستوى فيه خبر الحر والعبد والعدل والفاسق إذا وقع فى النفس أن المخبر صادق .

وقال أبو حنيفة : لا يصير عالماً إلا بالبينة العادلة لأن الحق لا يثبت إلا بها فلو علم الشفيع بالبيع فأمسك على الطلب لجهله باستحقاق الشفعة ففى بطلانها وجهان مخرجان من اختلاف قولين فى الأمة إذا أعتقت تحت عبد فأمسك عن الفسخ لجهله باستحقاقه .

فرع إذا باع بمصر شقصاً من دار بدمشق وحضر الشفيع فأخر طلبها مع القدرة عليه ليأتى دمشق فيطالبه بها بطلت شفعته لأن قدرته على أخذها بدمشق كقدرته على أخذها بمصر ولكن لو أنكر المشترى بمصر أنه خليط فأخرها ليقيم البينة فى دمشق كان على شفعته إذا لم يجد بينة بدمشق قال الماوردى : واختلف أصحابنا فيمن شهد به البينة فى استحقاق الشفعة على وجهين :

(أحدهما) أنه لا شفعة له إلا أن تشهد له البينة بالملك ، وبه قال أبو حنيفة لئلا ينتزع ملكا بأمر محتمل .

(والوجه الثانى) أنه يستحق الشفعة إذا شهدت له البينة باليد ، وبه قال أبو يوسف ، لأنها حجة فى الملك ، لكن يحلف الشفيع مع بينة أنه مالك ، ثم يحكم له بالشفعة .

وإذا عرض الشقص قبل البيع على الشفيع فلم يشتره ثم بيع فله المطالبة بالشفعة ولا يسقط حقه منها بامتناعه من الشراء لوجوبها بالبيع الحادث فلو عفا الشفيع عنها قبل الشراء كان عفوه باطلا وهو على حقه من الشفعة بعد الشراء لأنه عفا عنه قبل استحقاقها فصار كإبرائه من الدين قبل وجوبه .

فإذا صالح الشفيع المشترى على مال يأخذه منه عوضاً على تركه الشفعة

لم يجز وكان صلحاً باطلا وعوضاً مردوداً ، كما لا يجوز أن يعارض على ما قد استحقه من دين أو شرط وفى بطلان شفعته بذلك وجهان .

(أحدهما) أنها قد بطلت لأنه تارك لها .

(والوجه الثانى) أنها لم تبطل لأن الترك مشروط بعوض فلما بطل العوض بطل الترك وإذا عفا الشفيع عن بعض الشفعة لم يتبعض العفو ، وفيه وجهان .

(أحدهما) أن العفو باطل وهو على حقه من الشفعة فى الكل ، لأن العفو لما لم يكمل بطل ؛ وبه قال أبو يوسف .

(والوجه الثانى) وهو قول أبى العباس بن سريج أن العفو صحيح فى الكل تعليقاً لما ظهر من حكم التسليم ، وبه قال محمد بن الحسن .

فـــرع إذا وجبت الشفعة بخليط فباع حصته قبل الأخذ أو الترك لم يخل حاله عند بيعها من أحد أمرين ، إما أن يبيعها قبل العلم بالشفعة أو بعد العلم بها فإن باع حصته بعد العلم بالشفعة فـلا شفعة له ، لأن المعنى الموجب لها من سوء المشاركة والخوف من مؤنة القسـمة قد ارتفع بالبيع وزوال الملك فعلى هذا لـو باع بعض حصته ففى بطلان شفعته وجهـان مخرجان من العافى عن بعض شفعته .

(أحدهما) أنها لا تبطل وهو على حقه منها لأنها لا تسـتحق بقليـل الملك كما تستحق بكثيره فأما إن كان بيعه لحصته قبل العلم بشفعته ففى بطلان الشفعة وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبى العباس بن سريج أن شفعته قد بطلت لأنه باع الملك المقصود بالشفعة كما له منافعه .

(والثانى) حكاه أبو حامد الأسفراينى أنه على شفعته لأنه قد ملكها ، وليس فى بيعه قبل العلم عفو عنها ، والوجه الأول أصح .

فإذا علم بالمبيع وقيل له إن الثمن ألف درهم فعفا عن الشفعة ثم بان أن الثمن مائة دينار كانت له الشفعة ولا يؤثر فيها ما تقدم من العفو لأنه قد يعفو عن الدراهم لإعوازها معه ، وهكذا لو قيل له : إن الثمن مائة دينار فعفا عن الشفعة ثم بان أنه ألف درهم كان على شفعته .

وقال أبو يوسف : إن كان قيمة الألف مائة دينار فصاعدا فلا شفعة له ؛ وإن كانت قيمته أقل فله الشفعة ، وقد خطأ أصحابنا هذا .

وإذا تعدد الشفعاء فقد قال الشافعى : إذا حضر أحد الشفعاء أخذ الكل بجميع الثمن ، فإن حضر الثانى أخذ منه النصف بنصف الثمن ، فإن حضر الثالث أخذ منهما الثلث بثلث الثمن حتى يكونوا فى ذلك سواء . وصورتها فى دار بين أربعة شركاء باع أحدهم حصته على غير شركائه فالشفعة فيها واجبة لشركائه الثلاثة ، فإذا كانوا حاضرين وطلب بعضهم الشفعة دون بعض فيعطى الطالب وتبطل الشفعة لمن عفا ، وللطالب أن يأخذ جميع الشقص بشفعته وليس له أن يبعض ويأخذ الثلث لما فيه من تفريق الصفقة .

فإذا كانوا جميعاً غائبين فهم على حقوقهم من الشفعة ما لم يكن منهم عفو ، فإذا ادعى المشترى على أحد العفو عن شفعته لم تسمع دعواه ، لأن للآخرين أن يأخذوا الجميع فلم يكن لدعواه معنى ؛ ولكن لو ادعى شريكان على الثالث منهم العفو سمعت دعواهما لما فيه من توفر حقه عليهما وأحلف لهما ولم تسمع شهادة المشترى عليه بالعفو لما فيها من شفعته عن مطالبته .

ولو ادعى المشترى على الثلاثة كلهم العفو كان له إحلافهم لأنهم لو نكلوا ردت اليمين عليه وسقط حقهم من الشفعة ، فإن حلف أحد الثلاثة ونكل اثنان منهم لم ترد أيمانهما على المشترى بنكولهما ، لأن عفو بعض الشفعاء مما يوجب الترك على المشترى ويأخذه من لم يعف ثم لا يقضى للحالف بالشفعة فى الكل إلا أن يحلف أن شريكيه قد عفوا ، فإذا حلف أخذ كل الشقص وإن نكل أخذ منه قدر حصته وأخذ الناكلان منه قدر حصته .

وقال الشافعى : إذا كان الاثنان اقتسما كان للثالث نقض قسمتهما ،

وهذا كما قال : إذا كان للشقص المبيع ثلاثة شفعاء فحضر اثنان فأخذا الشقص بينهما لغيبة الثالث منعا من قسمته لأن فى الشقص حقا لشريكهما الغائب مع السهم الذى له بقديم ملك ، فإذا اقتسما ، كانت القسمة باطلة ، فلو حضر فعفا عن الشفعة لم تصح القسمة المتقدمة لفسادها .

ولو أراد الشفيعان الحاضران أن يبيعا ما كان لهما بقديم الملك وما أخذاه بحادث الشفعة لم يمنعا من ذلك لحق الغائب وقدرته على أخذه بأى العقدين شاء ، فإذا قدم الغائب وقد باع الحاضران ما أخذاه بالشفعة فهو بالخيار بين أن يأخذ بالشفعتين وبين أن يأخذ بالأولى ويعفو عن الثانية ، وبين أن يأخذ بالثانية ويعفو عن الأولى ، فإن أراد أن يأخذ بالشفعتين أخذ بالأولى ثلث الشقص وبطل البيع فيه وأخذ بالثانية نصف الباقى وهو ثلث الشقص ، لأنه أخذ شفعتين ففضل له ثلث الشقص بالشفعتين .

وإن أراد أن يأخذ بالشفعة الثانية ويعفو عن الأولى صح البيع فى الجميع وأخذ نصف الشقص كله لأنه أخذ شفعتين . وإن أراد أن يأخذ بالشفعة الأولى ويعفو عن الثانية أخذ ثلث الشقص لأنه أخذ ثلث الشفعة . فإن أحب أن يأخذه بشفعته الثانية صح البيع فى الكل وكان له أخذ الجميع بها لأنه شفيع واحد . وإن أراد أن يأخذه بالشفعتين أخذ ثلث الشقص بشفعته الأولى وبطل فيه البيع وصح فى ثلثيه فيما كان لهما بقديم الملك وأخذهما بشفعته الثانية .

فرع قال الشافعى : ولو ورثه رجلان فمات أحدهما وله ابنان فباع أحدهما نصيبه فأراد أخوه الشفعة دون عمه فكلاهما سواء ، لأنهما فيها شريكان .

قال المزنى : هذا أصح من أحد قوليه : إن أخاه أحق بنصيبه . قال المزنى : وفى تسويته بين الشفعتين على كثرة ما للعم على الأخ . وصورتها فى دار بين رجلين ، إما أخوين أو أجنبيين ملكاها بسبب واحد أو بسببين مات أحدهما وترك ابنين فصارت الدار بينهم على أربعة أسهم للباقى من الأخوين

المالكين سهمان ولكل واحد من ابن الميت سهم واحد ؛ باع أحد الابنين حقه وهو سهم واحد على أجنبى فالشفعة مستحقة فيه ، وهل يختص بها أخوه أو تكون بينه وبين العم ؟ فيه قولان :

(أحدهما) وهو أحد قوليه فى القديم : إن الأخ أحق بشفعة أخيه من العم لأمرين :

(أحدهما) أنهما اشتركا فى سبب ملكه ، وتميز العم عنهما بسببه فكان الأخ لمشاركته فى السبب أحق بشفعة أخيه من العم لتفرده بسببه .

(والثانى) أن ملك الأخوين كان مجتمعاً فى حياة الأب وقد يجرى عليه حكم الاجتماع بعد موت الأب ، ألا ترى لو ظهر على الأب دين تعلق بالسهمين معاً ولم يتعلق بسهم العم .

(والقول الثانى) قاله فى الجديد وبعض القديم أن الشفعة مشتركة بين الأخ والعم لأمرين :

(أحدهما) أنه لما تساويا فى الاشتراك وجب أن يتساويا فى الاستحقاق كالمختلفى الأسباب .

(والثانى) أن ما أخذ بالشفعة أخذت به الشفعة ، وقد ثبت أن العم لو باع حصته تشاركا فى شفعته ، فاقتضى أن يشاركهما بشفعته فإذا تقرر توجيه القولين ، فإن قيل بأن الأخ أحق بها تفرد بأخذها دون العم ؛ فإن عفا الأخ عنها احتمل استحقاق العم لهما وجهين :

(أحدهما) لا حق له فيها لخروجه عن استحقاقها .

(والوجه الثانى) يستحقها لخلطته ، وإنما قدم الأخ عليه لامتزاج سببه وإن قيل إنها بينهما كانت نصفين بالسوية ، وبه قال أبو حنيفة لأمرين : أنها تستحق بقليل الملك كما تستحق بكثيره حتى لو ملك أحد الشريكين سهما من عشرة أسهم أخذ به شفعة التسعة الباقية ، ولو بيع السهم أخذه صاحب التسعة الباقية فاقتضى أن يتساوى الشريكان فيهما .

وإن تفاضلا فى المال اعتباراً بأعداد الرءوس لا بقدر الأملاك كالعبد المشترك يملك أحد الثلاثة نصفه والثانى ثلثه والثالث سدسه فإذا أعتق صاحبا النصف والسدس حقوقهما معا قوم عليهما الثلث نصفين وعتق بينهما بالسوية كذلك الشفعة .

(والثانى) أن استحقاق الشفعة لرفع الضرر بها وقد يستضر صاحب الأقل كاستضرار صاحب الأكثر فوجب أن يساوى صاحب الأقل منهما صاحب الأكثر فعلى هذا تصير الدار بينهم على ثمانية أسهم ، خمسة منها للعم منها أربعة بقديم ملكه وسهم بشفعته ، وثلاثة أسهم للأخ منها سهمان بقديم ملكه وسهم بشفعته . والقول الثانى : قاله فى الجديد ـ وهو الصحيح ـ أنها بينهما على عقدر مالهما اعتبارا بالأملاك ، وبه قال مالك لأمرين :

(الأمر الأول) : أن منافع الملك تتوزع على قدره كالأرباح فى التجارة والنتاج فى الحيوان .

(والثانى) أن الشفعة إنما وجبت لرفع الضرر بها عن الملك الداخل عليه بحق لا بظلم مثل مؤنة القسمة ونقصان القيمة بعد القسمة ، وهذا يقل ويكثر لقلة الملك وكثرته فوجب أن يتقسط على الأملاك دون الملاك .

وأما سوء المشاركة فظلم يمكن رفعه بالسلطان ، وفى هذا انفصال ، فعلى هذا تكون الشفعة بينهما على ثلاثة أسهم لصاحب النصف سهمان ولصاحب الربع سهم واحد وتصير جميع الدار بينهما أثلاثا . فأما المزنى فإنه اختار من القولين الأولين أن تكون الشفعة بينهما وهو أصح القولين ثم اختار من القولين الآخرين أن يكون بينهما نصفين استدلالا بما ذكرنا من العتق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان تصرف المشترى فى الشقص ثم حضر الشفيع نظرت ، فان تصرف بما لا تستحق به الشفعة كالوقف والهبة والرهن والاجارة فللشفيع أن يفسخ ويأخذ لأن حقه سابق للتصرف ومع بقاء التصرف لا يمكن الأخذ فملك الفسخ ، وان تصرف بما تستحق به الشفعة كالبيع والصداق فهو بالخيار بين

أن يفسخ ويأخذ بالعقد الأول وبين أن يأخذ بالعقد الثانى لأنه شفيع بالعقدين ، فجاز أن يأخذ بما شاء منهما ، وان قابل البائع أو رده عليه بعيب فللشفيع أن يفسخ الاقالة والرد بالعيب ، ويأخذه لأن حقه سابق ولا يمكن الأخذ مع الاقالة والرد بالعيب ، فملك الفسخ ، وان تحالفا على الثمن وفسخ العقد جاز للشفيع أن يأخذ بالثمن ، الذى حلف عليه البائع ، لأن البائع أقر للمشـــترى بالملك وللشفيع بالشفعة بالثمن الذى حلف عليه ، فاذا بطل حق المشترى بالتحالف بقى حق الشفيع . وان اشترى شقصا بعبد ووجد البائع بالعبد عيبـاً ورده قبل أن يأخذ الشفيع ففيه وجهان :

(أحدهما) يقدم الشفيع لأن حقه سابق لأنه ثبت بالعقد وحق البائع ثبت بالرد .

(والثانى) ان البائع أولى لأن فى تقديم الشفيع اضراراً بالبائع فى اسقاط حقه من الرد والضرر لايزال بالضرر ، وان أصدق امرأته شقصاً وطلقها قبل الدخول وقبل أن يأخذ الشفيع ففيه وجهان :

(أحدهما) يقدم الزوج على الشفيع لأن حق الزوج أقوى لأنه ثبت بنص الكتاب وحق الشفيع ثبت بخبر الواحد فقدم حق الزوج .

(والثانى) يقدم الشفيع لأن حقه سابق لأنه ثبت بالعقد وحق الزوج ثبت بالطلاق) .

الشرح الأحكام : على المنصوص من حق الشفيع بقدم الملكأن يفسخ تصرف المشترى فى الشقص إذا بذله فيما لا تستحق به الشفعة كأن وقفه أو وهبه أو رهنه أو أجره لسبق حقه على التصرف الحادث بعد قيام حقه فى الشفعة لأنه لا يملك الأخذ للشقص مادام تصرفه نافذاً فلا مناص من الفسخ . أما البيع والصداق فهو مخير بين أن يأخذ بأحد العقدين ، فإما أن يأخذ بالثمن الذى بذله المشترى أو بالثمن الذى أخذه أو بمهر المثل بمـا هو الأحظ له .

فإذا تبايع الرجلان شقصاً فعفا الشفيع عن شفعته فلا شفعة فيه بالإقالة لأنها رفع للعقد وليست استيفاء ولم يكن الشفيع قد عفا حتى تقابلا كان للشفيع إبطال الإقالة لما فيها من إسقاط حقه من الشفعة ثم يأخذ الشقص بشفعة البائع فلو كان مشترى الشقص قد وقفه قبل عفو الشفيع فللشفيع

إبطال الوقف وأخذ الشقص بالشفعة وكذا إذا رهنه أبطل الرهن وأخذه بالشفعة ، ولو أجره أخذه ثم له الخيار فى إمضاء الإجارة وفسخها ، ولا تبطل بأخذ الشفيع بخلاف الرهن ، فإن أمضاها الشفيع فالأجرة للمشترى دون الشفيع لأنه عقدها فى ملكه ، ولو كان المشترى قد باع الشقص على غيره كان الشفيع مخيراً بين إمضاء البيع وأخذه بالشفعة من المشترى الثانى وبين فسخه وأخذه بالشفعة من المشترى الأول .

وفى الصداق خلاف بين الفقهاء فقد قال مالك وابن أبى ليلى : يأخذ الشقص بقيمته لا بمهر المثل ، وحكى نحوه عن الشافعى فى القديم لأن المهور قد يزاد فيها وينقص فخالفت البيوع وهذا فاسد من وجهين .

(أحدهما) وجود هذا المعنى فى الأثمان لجواز الزيادة والنقصان فيها ثم لم يمنع ذلك من أن يؤخذ الشقص بمثل الثمن ، كذلك لا يمتنع فى الصداق أن يؤخذ بقيمة البضع .

(والثانى) أن مالا مثل له من الأعواض يوجب الرجوع إلى قيمة العوض دون الشقص من ذلك البضع الذى لا مثل له ، فإنه يوجب الرجوع إلى قيمته من المهر دون الشقص ، فإذا ثبت أنه مأخوذ بمهر المثل فسواء كان قيمة المثل بإزاء مهر المثل كان زائداً عليه أو ناقصاً عنه حتى لو كان مهر المثل ديناراً وأخذ الشقص بمائة دينار فعلى هذا لو اختلفا فى مهر المثل فترافعا فيه إلى الحاكم ليجتهد فى مهر مثلها ويسقط تنازعهما .

فرع قال الشافعى : فإن طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمة الشقص وهذا كما قال : إذا طلقها الزوج وقد أصدقها شقصاً من دار لم يخل حال الطلاق من أن يكون قبل الدخول أو بعده ، فإن كان بعد الدخول فلا رجوع له بشىء منه ، وإن كان قبل الدخول فقد استحق الرجوع بنصف الصداق لقوله تعالى « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » ثم لا تخلو حال الشفيع من ثلاث أحوال :

(أحدها) أن يكون قد أخذ الشقص من الزوجة شفعته فللزوج أن يرجع

عليها بنصف قيمة الشقص فى أقل أحواله قيمة من حين أصدق إلى أن أقبض ، ويكون استحقاقه بالشفعة لزوال ملكها عنه ببيع أو هبة .

(والحال الثانية) أن يكون الشفيع قد عفا عن شفعته فيه فللزوج أن يرجع عليها بنصفه لبقائه فى يدها ولا شفعة على الزوج فى النصف الذى ملكه بالطلاق لأنه ملك بغير بدل .

(والحال الثالثة) أن يكون الشفيع على حقه لعذر طال به فلم يعف ولم يأخذ حتى طلق الزوج ، فأيهما أحق بالشفعة ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) أن الزوج أحق من الشفيع لأن حقه ثابت بنص كتاب مقطوع به ، وحق الشفيع ثبت استدلالا بخبر الواحد فكان ظنياً ، والقطعى يرد الظنى ، فعلى هذا يرجع الزوج بنصف الشقص ويكون الشفيع بعد ذلك مخيراً فى أخذ النصف الباقى بنصف مهر المثل .

(والوجه الثانى) وهو أصح أن الشفيع أحق به من الزوج لأمرين :

(ا) لأن الزوج يرجع عن الشقص إلى بدل ، والشفيع لا يرجع عنه إلى بدل .

(ب) أن حق الزوج متأخر وحق الشفيع أسبق ، فعلى هذا يعرض على الشفيع فإن أخذه رجع الزوج عليها بنصف قيمته ، وإن تركه رجع الزوج بنصفه ، وقد زعم بعض الأصحاب أن تخريج هذين الوجهين فى اختلافهم فى نصف الصداق هل يملكه الزوج بالطلاق أو بالتملك ؟ فإن قيل بالطلاق كان أحق من الشفيع ، وإن قيل بالتملك كان الشفيع أحق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان اشترى شقصاً وكان الشفيع غائباً فقاسم وكيله فى القسمة أو رفع الأمر الى الحاكم فقاسمه وغرس وبنى ثم حضر الشفيع أو أظهر له ثمناً كثيراً فقاسمه ثم غرس وبنى ثم بان خلافه وأراد الأخذ فان اختار المشترى قلع

الغراس والبناء لم يمنع لأنه ملكه فملك نقله ولا تلزمه تسوية الأرض لأنه غير متعد ، وان لم يختر القلع فالشفيع بالخيار بين ان يأخذ الشقص بالثمن والغراس والبناء بالقيمة وبين أن يقلع الغراس والبناء ويضمن ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا ضرر ولا ضرار » ولا يزول الضرر عنهما الا بذلك .

فصل وان اشترى شقصاً وحدث فيه زيادة قبل ان يأخذ الشفيع نظرت فان كانت زيادته لا تتميز كالفسيل اذا طال وامتلأ ، فان الشفيع يأخذه مع زيادته لأن مالا يتميز يتبع الأصل فى الملك كما يتبعه فى الرد بالعيب ، وان كانت متميزة كالثمرة فان كانت ثمرة ظاهرة لم يكن للشفيع فيها حق لأن الثمرة الظاهرة لا تتبع الأصل كما قلنا فى الرد بالعيب ، وان كانت غير ظاهرة ففيها قولان . قال فى القديم : تتبع الأصل كما تتبع فى البيع . وقال فى الجديد : لا تتبعه لأنه استحقاق بغير تراض ، فلا يؤخذ به الا ما دخل بالعقد ويخالف البيع لأنه استحقاق عن تراض يقدر فيه على الاستثناء فاذا لم يستثن تبع الأصل .

(فصل) اذا أراد الشفيع أن يأخذ الشقص ملك الأخذ من غير حكم الحاكم لأن الشفعة ثابتة بالنص والاجماع فلم تفتقر الى الحاكم كالرد بالعيب ، فان كان الشقص فى يد المشترى أخذه منه ، وان كان فى يد البائع ففيه وجهان (أحدهما) يجوز أن يأخذ منه لأنه استحق فملك الأخذ ، كما لو كان فى يد المشترى . (والثانى) لا يجوز أن يأخذ منه ، بل يجبر المشترى على القبض ثم يأخذه منه ، لأن الأخذ من البائع يؤدى الى اسقاط الشفعة ، لأنه يفوت به التسليم ، وفوات التسليم يوجب بطلان العقد ، فاذا بطل العقد سقطت الشفعة ، وما أدى اثباته الى اسقاطه سقط .

فصل ويملك الشفيع الشقص بالأخذ لأنه تملك مال بالقهر فوقع الملك فيه بالأخذ كتملك المباحات ، ولا يثبت فيه خيار الشرط ، لأن الشرط انما يثبت مع تملك الاختيار ، والشقص يؤخذ بالاجبار فلم يصح فيه شرط الخيار ، وهل يثبت له خيار المجلس ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) يثبت لأنه تملك مال بالثمن فثبت فيه خيار المجلس كالبيع .

(والثانى) لا يثبت لأنه ازالة ملك لدفع الضرر فلم يثبت فيه خيار المجلس كالرد بالعيب .

(فصل) وان وجد بالشقص عيباً فله ان يرده لأنه ملكه بالثمن فثبت له الرد بالعيب كالمشترى فى البيع ، وان خرج مستحقاً رجع بالعهدة على المشترى لأنه أخذ منه على انه ملكه فرجع بالعهدة عليه كما لو اشتراه منه) .

الشرح قال الشافعى : ولو قاسم وبنى قيل للشفيع : إن شئت فخذ الثمن وقيمة البناء أو دع لأنه بنى غير متعد فلا يهدم ما بناه .

قال المزنى : هذا غلط ، وكيف لا يكون متعدياً وقد بنى فيما للشفيع فيه شرك مشاع ، ولولا أن للشفيع فيه شركاً ما كان شفيعاً . وصورة هذه المسألة فى رجل اشترى شقصا من دار وقاسم عليه ثم بنى فى حصته وحضر الشفيع مطالبا لشفعته قال الشافعى : قيل للشفيع إن شئت فخذ الشقص بثمنه وبقيمة البناء قائما ، ولا يجبر المشترى على قلعه لأنه بناه غير متعد وهكذا عمارة الأرض للزرع .

قال المزنى : هذا غلط من الشافعى لأن القسمة إن وقعت مع الشفيع فقد بطلت شفعته وصحت القسمة ، وإن لم يقاسمه الشفيع فالقسمة باطلة والشفعة واجبة ، فلم تجتمع صحة القسمة مع بقاء الشفعة وهذا الذى اعترض به المزنى على الشافعى من تنافى بقاء الشفعة وصحة القسمة غلط ، لأنه قد تصح القسمة مع بقاء الشفعة من خمسة أوجه .

(أحدها) أن يكون الشفيع غائباً وقد وكل فى مقاسمة شركائه وكيلا فيطالب المشترى الوكيل بمقاسمته على ما اشترى ، فيجوز للوكيل أن يقاسمه لتوكيله فى المقاسمة ، ولا يجوز أن يطالبه بالشفعة لأنه غير موكل فى طلب الشفعة ويكون الشفيع على شفعته بعد القسمة ويكون المشترى غير متعد فى البناء .

(والوجه الثانى) أن لا يكون للشفيع الغائب وكيل فى القسمة فيأبى المشترى التحاكم فيسأله أن يقاسمه على الغائب فيجوز للحاكم مقاسمة المشترى وإذا كان الشريك بعيد الغيبة وليس له أن يأخذ للغائب بالشفعة إلا لمولى عليه ، ولا تبطل شفعة الغائب بمقاسمة الحاكم عنه ، والمشترى غير متعد فى البناء .

(والوجه الثالث) أن يذكر المشترى للشفيع ثمناً موفوراً فيعفو عن الشفعة لوفور الثمن ويقاسم المشترى ، ثم يبين أن الثمن أقل مما ذكره المشترى

فالقسمة صحيحة والشفعة واجبة والمشترى غير متعد ببنائه ، لأنه بالكذب متعد فى قوله لا فى قسمته وبنيانه ، فصار كرجل ابتاع داراً بثمن قد دلسه بعيب ثم بنى ووجد البائع العيب فى الثمن فعليه إذا رد المعيب واسترجع الدار أن يدفع إلى المشترى قيمة البناء قائماً لأنه بناء غير متعد فى فعله ، وإن دلس كاذبا فى قوله .

(والوجه الرابع) أن ينكر المشترى الشراء ويدعى الهبة فيكون القول قوله مع يمينه ولا شفعة عليه فى الظاهر فيقاسمه الشريك ثم يبنى وتقوم البينة عليه بعد بنائه بالشراء ، فالشفعة واجبة مع صحة القسمة ولا يكون متعدياً بالبناء مع جحوده الشراء لأنه تعدى فى القول دون الفعل .

(والوجه الخامس) : أن يكون الشفيع طفلا أو مجنونا فيمسك الولى على طلب الشفعة ويقاسم المشترى ، ثم يبلغ الطفل ويفيق المجنون فتكون له الشفعة مع صحة القسمة ، ولا يكون إمساك الولى عن الشفعة مبطلا للقسمة، ولا مقاسمته مبطلا للشفعة .

فإذا صحت القسمة مع بقاء الشفعة من هذه الوجوه الخمسة وبطل اعتراض المزنى بها لم يجبر المشترى على قلع بنائه وقيل للشفيع إن شئت فخذ الشقص بثمنه وقيمة البناء ، وقال أبو حنيفة : يجبر المشترى على قلع بنائه ولا قيمة له على الشفيع استدلالا بأن حق الشفيع أسبق من بنائه فصار كالاستحقاق بالغصب . وهذا خطأ لأن المشترى تام الملك قبل أخذ الشقص ألا تراه يملك النماء ؟ ومن بنى فى ملكه لم يتعد كالذى لا شفعة عليه ، ومن بنى فى ملكه لم يكن جواز انتزاعه من يده موجبا لتعديه ونقض بنائه كالموهوب له إذا بنى ورجع الواهب فى هبته ، ولأن الشفعة موضوعة لإزالة الضرر فلم يجز أن تزال بضرر . وفى أخذ المشترى بهدم بنائه ضرر .

فأما الجواب عما ذكره من إلحاقه بالغصب فهو تعدى الغاصب بتصرفه فى غير ملكه ، وليس المشترى متعديا لتصرفه فى ملكه .

فـــرع قال الشافعى : ولو كان الشقص فى النخل فزادت كان له أخذها زائدة أما النخل فلا يخلو حال بيعها من ثلاثة أقسام .

(أحدها) أن تباع مفردة عن الأرض فلا شفعة فيها . وكذلك سائر الأشجار كالأبنية التى إذا أفردت بالعقد لم تجب فيها الشفعة ، لأنها مما ينتقل عن الأرض والمنقول لا شفعة فيه كالزرع .

(والقسم الثانى) أن تباع النخل مع الأرض فتجب فيها الشفعة تبعا للأرض بخلاف الزرع ، لأنه لا يتبع الأرض فى البيع ولا يتبعها فى الزرع ، والفرق بينهما أن إقرار الزرع فى الأرض غير مستدام وإقرار النخل والشجر مستدام .

وأوجب أبو حنيفة الشفعة فى الزرع تبعا للارض .

(والقسم الثالث) أن يباع النخل مع قرارها مفردة عما يتخللها من بياض الأرض ففى وجوب الشفعة فيها وجهان ، وكذلك بيع البناء مع قراره دون البياض على هذين الوجهين :

(أحدهما) فيه الشفعة لأنه فرع لأصل ثابت .

(والوجه الثانى) أنه لا شفعة فيه لأن قرار النخل يكون تبعاً لها ، فلما لم تجب الشفعة فيها مفردة لم تجب فى تبعها فإذا تقرر هذا وكان المبيع شقصاً من أرض ذات نخل وشجر فزادت بعد البيع وقبل أخذ الشفعة لغيبة أو عذر لا تبطل به الشفعة لم يخل حال الزيادة من أحد أمرين إما أن تكون مثمرة أو غير مثمرة ، فإن كانت الزيادة غير مثمرة كالفسيل إذا طال وامتلأ ، والغرس إذا استغلظ واستوى فللشفيع أن يأخذ ذلك بزيادته ، لأن مالا يتميز من الزيادة تبع لأصله ، وإن كانت الزيادة متميزة كالثمرة الحادثة بعد البيع فلا يخلو حالها عند الأخذ بالشفعة من أن تكون مؤبرة أو غير مؤبرة ، فإن كانت مؤبرة فلا حق فيها للشفيع وهى ملك المشترى ، لأن ما كان مؤبراً من الثمار لا يتبع أصله وعلى الشفيع أن يقرها على نخله إلى وقت الجداد ، وإن كانت الثمرة غير مؤبرة ففى استحقاق الشفيع لها قولان :

(أحدهما) يستحقها لاتصالها كما يدخل فى البيع تبعاً . وهذا قوله فى الجديد ، ويكون الفرق بين الشفعة والبيع أن البيع نقل ملك بعوض عن مراضاة فجاز أن يكون ما لم يؤبر من الثمار تبعاً للقدرة على استثنائها بالعقد . والشفعة استحقاق ملك بغير مراضاة فلم يملك بها إلا ما تناوله العقد ، وهكذا الحكم فى كل ما استحق بغير مراضاة كالشفعة والتفليس ، أو يكون بغير عوض كالرهن والهبة ؛ هل يكون ما لم يؤبر من الثمار فيها تبعاً لأصلها ؟ على ما ذكرنا من القولين .

فرع أما قوله : إذا أراد الشفيع أن يأخذ الشقص ملك الأخذ إلخ ، فقد مضى قولنا ما حاصله إن كان الشفيع قادراً على الطلب فله ثلاثة أحوال :

(ا) أن يبادر إلى الطلب فهو على حقه من الشفعة ولا يحتاج إلى حكم حاكم فى الأخذ بها ، لأنها ثبتت بالنص الصحيح المرفوع وبالإجماع ، ولم يشذ إلا الأصم ، وللحاكم أن ينظره حتى يحضر الثمن يوماً أو يومين .

(ب) خياره فى التمسك بالشفعة والعفو عنها على ضربين صريح وتعريض، وذهب أبو حنيفة إلى صحة العفو فى بعض التعريض القوى لشبهه بالتصريح .

(جـ) زمان المكنة ، وقد أوضحنا كل هذه الأحوال بما لا مزيد عليه إن شاء الله تعالى .

فرع قال الشافعى : وإذا اشترى شقصاً على أنها بالخيار جميعاً فلا شفعة حتى يسلم البائع ، وإن كان الخيار للمشترى دون البائع فقد خرج من ملك البائع وفيه الشفعة اهـ قلت : إن ما يثبت من الخيار فى البيع على أربعة أقسام :

(الأول) خيار عقد (الثانى) خيار شرط

(الثالث) خيار رؤية (الرابع) خيار عيب

فالأول هو خيار المجلس فلا يستحق فيه الشفعة إلا بعد إمضائه بالافتراق عن تمام ، وسواء قيل : إن الملك منتقل بنفس العقد أو بالافتراق مع تقديم العقد لأن ثبوت الفسخ لكل واحد منهما يمنع من استقرار العقد بينهما ، ولأن البائع لما لم يلزمه عقد المشترى فأولى أن لا يلزمه شفعة الشفيع ، فإذا افترقا عن تمام وإمضاء استحق الشفيع حينئذ أن يأخـذ بالشفعة . وبماذا يصير الشفيع مالكا ؟ على ثلاثة أقوال من اختلاف أقواله فى اقتضاء الملك .

(أولا) أن يكون مالكا لهـا بنفس العقد .

(ثانياً) أن يكون مالكا للشفعة بافتراقهما عن تراض وهذا على القول الذى يقول فيه لا ينتقل إلا بالعقد والافتراق .

(ثالثاً) أن ملك الشفعة كان موقوفا على إتمام العقد وإمضائه فتمامه يدل على تقديم ملكها بالعقد ، وفسخه يدل على أنه لم يملكها بالعقد ، وهذا يدل على الذى يقول فيه : إن الملك موقوف فإذا أخذ ذلك بالشفعة بعـد الافتراق عن تراض بحكم أو بغير حكم فهل ثبت له بعـد الأخذ خيـار المجلس أم لا ؟ على وجهين لأصحابنا .

(أحدهما) أن له خيار المجلس لأنه يملك بمعاوضة كالبيع .

(والوجه الثانى) وهو أصح : أنه لا خيار له لأن الشفعة موضوعة لرفع الضرر بها كالرد بالعيب الذى لا يملك فيه بعد الرد خياراً وليس كالبيـع الموضوع للمعاينة وطلب الأرباح وأما خيار الشرط فله ثلاثة أحوال :

(الأول) أن يكون خيار الثلاث مشروطاً للبائع والمشترى .

(الثانى) أن يكون مشروطا للبائع دون المشترى .

(الثالث) أن يكون مشروطا للمشترى دون البائع ، فإن كان الخيار مشروطا للبائع والمشترى أو للبائع دون المشترى فلا حق للشفيع فى أخذه بالشفعة ما لم تنقض مدة الخيار كما ذكرنا فى خيار المجلس ، فإذا تم البيع

بينهما بانقضاء مدة الخيار استحق الشفيع حينئذ الأخذ بالشفعة ، وبماذا يصير مالكا لها ؟ على ما مضى من الأقوال الثلاثة ، وإن كان الخيار مشروطا للمشترى دون البائع فقد روى المزنى هاهنا أن الشفيع أخذه بالشفعة ؛ ورواه الربيع أيضا ، قال الربيع : وفيه قول آخر أنه لا حق للشفيع فى أخذه إلا بسد نقص مدة الخيار ، فإن قيل : إنه لا ينتقل إلا بالعقد وانقضاء مدة الخيار ، لأن الشفيع يملك عن المشترى امتنع أن يملك ما لم يملكه المشترى ، وإن قيل : إن الملك قد انتقل بنفس العقد ففيه قولان .

١ ــ أن فيه الشفعة لأن علقة البائع عنه منقطعة وخيار المشترى فيه كخياره فى الرد بالعيب وهو لا يمنع الشفيع من الأخذ وهى رواية المزنى .

٢ ــ أنه لا شفعة فيه إلا بانقضاء مدة الخيار لأن المشترى لم يرض بدخوله فى عهدة العقد فخالف خيار العيب الموضوع لاستدراك الغبن الذى قد يحصل له من جهة الشفيع ، وهى رواية الربيع .

وأما خيار الرؤية فهو حال غياب العين المبيعة . وفى صحة البيع به قولان : ويتفرع عليهما خلاف فى صحة الشفعة ، وأما خيار العيب فإما أن يكون فى الشقص أو فى الثمن فالأول خياره للمشترى وللشفيع أن يأخذه منه بعيبه ويمنعه من رده ، لأن رد المشترى بالعيب لاستدراك الغبن وهو يستدرك من الشفيع للحصول على الثمن الذى دفعه ، فلو صالح المشترى البائع على أرشه كان للشفيع أخذه بالباقى بعد إسقاط الأرش ، إن قيل بجواز أخذ الأرش صلحا مع بقاء العين فى أحد الوجهين ، وإن قيل : لا يجوز أخذه الشفيع بجميع الثمن ، وأما العيب فى الثمن ففى آخر الباب والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان مات الشفيع قبل العفو والأخذ انتقل حقه من الشفعة الى ورثته لأنه قبض استحقه بعقد البيع فانتقل الى الورثة كقبض المشترى فى البيع ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فورث كالرد بالعيب وان كان له وارثان فعفا أحدهما عن حقه سقط حقه وهل يسقط حق الآخر ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يسقط لأنها شفعة واحدة ، فاذا عفا عن بعضها سقط الباقى كالشفيع اذا عفا عن بعض الشقص .

(والثانى) لا يسقط لأنه عفا عن حقه فلم يسقط حق غيره كما لو عفا أحد الشفيعين .

فصل اذا اختلف الشريكان فى الدار فادعى أحدهما على الآخر أنه ابتاع نصيبه فله أخذه بالشفعة ، وقال الآخر : بل ورثته أو أوهبته فلا شفعة لك ، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه ، لأنه يدعى عليه استحقاق ملكه بالشفعة ، فكان القول قوله كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة ، فان نكل عن اليمين حلف المدعى وأخذ بالشفعة ، وفى الثمن ثلاثة أوجه :

(أحدها) أنه يقال للمدعى عليه : قد أقر لك بالثمن وهو مصدق فى ذلك ، فاما أن تأخذه أو تبرئه من الثمن الذى لك عليه كما قلنا فى المكاتب اذا حمل نجما الى المولى فادعى المولى أنه مغصوب .

(والثانى) أنه يترك الثمن فى يد المدعى لأنه قد أقر لمن لا يدعيه فأقر فى يده كما لو أقر بدار لرجل وكذبه المقر له .

(والثالث) يأخذه الحاكم ويحفظه الى أن يدعيه صاحبه لأنهما اتفقا على أنهما لا يستحقان ذلك .

فصل وان ادعى كل واحد منهما على شريكه أنه ابتاع حصته بعده ، وأنه يستحق عليه ذلك بالشفعة ، فالقول قول كل واحد منهما ، لما ذكرناه ، فان سبق أحدهما فادعى وحلف المدعى عليه استقر ملكه ، ثم يدعى الحالف على الآخر فان حلف استقر أيضاً ملكه ، وان نكل الأول ردت اليمين على المدعى فاذا حلف استحق ، وان أراد الناكل أن يدعى على الآخر بعد ذلك لم تسمع دعواه ، لأنه لم يبق له ملك يستحق به الشفعة) .

الشرح الأحكام : سبق الكلام فى ميراث الشفعة فى فصل مضى ، فإذا صح ما ذكرنا لم يخل أن يكون موت الشفيع قبل البيع أو بعده ، فإن كان موته قبل البيع فالشفعة إنما حدثت على ملك الورثة ، ولم يكن للموروث فيها حق لتقدم موته على البيع ، ثم يكون بين جميع من ملك ميراث الحصة ، وفيها قولان :

(أحدهما) أنها بينهم على عدد رءوسهم ، الزوجة والابن فيها سواء على ما حكاه المزنى عن الشافعى .

(والثانى) أنها مقسطة بينهم على قدر مواريثهم للزوجة الثمن وللابن الباقى وعلى هذا لو عفا أحد الورثة لم يسقط حق من له يعف ، وكان لمن بقى من الورثة ــ ولو كان واحداً أن يأخذ جميع الشفعة كالشراء ، فإذا عفا بعضهم عاد حقه إلى من بقى ، وإن مات الشفيع بعد البيع فقد ملك الشفعة بالبيع وانتقلت عنه بالموت إلى ورثته ، ويستوى فيها الوارث بنسب وسبب ، وهى بينهم على قدر مواريثهم للزوجة الثمن والباقى للابن قولا واحداً ، لأنهم إنما يأخذونها عن ميتهم فكانت بينهم على قدر مواريثهم ، ويكون تأويله ما نقله المزنى عن الشافعى أن امرأته وابنه فى ذلك سواء ، يعنى فى استحقاقهما لجميع الورثة ، لا يختص بها بعضهم دون بعض ، قال الماوردى: كان بعض أصحابنا يغلط فيخرج ذلك على قولين ويجعل ما نقله المزنى أحد القولين .

فعلى هذا لو أن أحد الورثة حضر مطالباً قضى له بجميع الشفعة .

(والقول الثانى) وهو أصح أنه لا يرجع على من بقى . لأن جميعهم شفيع واحد . وليسوا كالشركاء الذين كل واحد منهم شفيع مستقل ، فعلى هذا لو حضر أحد الورثة مطالباً لم يقض له بشىء حتى يجتمعوا ، فإن عفا أحدهم عن حقه فهل تبطل بحقه شفعة من بقى ؟ على وجهين :

(أحدهما) وهو قول أبى على ابن أبى هريرة : أنها قد بطلت وسقط حق من لم يعف لأنها شفعة واحدة عفا عن بعضها فصار كالشفيع إذا عفا عن بعض شفعته سقط جميعها .

(والثانى) وبه قال أبو حامد الاسفراينى : إن من لم يعف على شفعته يأخذ منها بقدر ميراثه ولا يكون عفو غيره مبطلا لحقه بخلاف الواحد إذا عفا عن بعض شفعته ، لأن الواحد قد كان له أخذ جميعها فجاز أن يسقط بعفوه عن البعض جميعها ، وليس كذلك أحد الورثة لأنه لا يملك منها إلا قدر حقه فلم يبطل بالعفو عن غير حقه ، ولأن العافى عن البعض مختار للعفو فجاز أن يسرى عفوه فى جميع حقه ، وليس الباقى من الورثة مختاراً للعفو فلم يسر عفو غيره فى حقه .

فــرع إذا ادعى على شريكه : أنك اشتريت نصيبك مــن عمرو فلى شفعته فصدقه عمرو فأنكر الشريك وقال : بل ورثته مــن أبى فأقام المدعى بينة أنه كان ملك عمرو لم تثبت الشفعة بذلك ، وقال محمد بن الحسن: تثبت . ويقال له : إما أن تدفعه وتأخــذ الثمن وإما أن ترده إلى البــائع فيأخذ الشفيع منهما لأنهما شهدا بالملك لعمرو فكأنهما شهدا بالبيع .

فإذا ادعى الشفيع على بعض الشركاء أنك اشتريت نصيبك فلى أخذه بالشفعة فإنه يحتاج إلى تحرير دعواه فيحدد المكان الذى فيــه الشقص ؛ ويذكر قدر الشقص والثمن ويدعى الشفعة فيه ، فإذا فعل ذلك سئل المدعى عليه ، فإن أقر لزمه . وإن أنكر وقال : إنما اتهبته أو ورثته فلا شفعة لك فيه فالقول قول من ينفيه ، كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة ، فإن حلف برىء وإن نكل قضى عليه . وإن قال : لا تستحق على الشفعة ، فالقول قوله مع يمينه ، ويكون يمينه على حسب قوله فى الانكــار . وإذا نكل وقضى عليه بالشفعة عرض عليه الثمن فإن أخذه دفع إليــه ، وإن قال لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه :

(الأول) يقر فى يد الشفيع إلى أن يدعيه المشترى فيدفع إليــه ، كما لو أقر له بدار فأنكرها .

(الثانى) أن يأخذه الحاكم فيحفظه لصاحبه إلى أن يدعيه المشترى ، ومتى ادعاه دفع إليــه .

(الثالث) يقال له : إما أن تقبضه وإما أن تبرىء منه كسيد المكاتب إذا جاءه المكاتب بمال المكاتبة فادعى أنه حرام ، اختار هذا القاضى ، وهذا مفارق للمكاتب لأن سيده يطالبه بالوفاء من غير هذا الذى أتاه به فلا يلزمه ذلك بمجرد دعوى السيد تحريم ما أتاه به ، وهذا لا يطالب الشفيع بشىء ، فلا ينبغى أن يكلف إبراءه مما لا يدعيه . والوجه الأول أولى وبهذا قال الحنابلة .

فــرع إذا كانت دار بين رجلين ، فادعى كل واحــد منهما على صاحبه أنه يستحق ما فى يديه بالشفعة سألناهما متى ملكتماها ؟ فإن قالا :

ملكناها دفعة واحدة ، فلا شفعة لأحدهما على الآخر ، لأن الشفعة إنما تثبت بملك سابق فى ملك متجدد بعد .

وإن قال كل واحد منهما ملكى سابق ولأحدهما بينة بما ادعاه قضى له ، وإن كان لكل واحد منهما بينة قدمنا أسبقهما تاريخا ، وإن جدت بينة كل واحد منهما بسبق ملكه وتجدد ملك صاحبه تعارضتا ، وإن لم تكن لواحد منهما بينة نظرنا إلى السابق بالدعوى فقدمنا دعواه وسألنا خصمه ، فإن أنكر فالقول قوله مع يمينه لأنه منكر ، فإن حلف سقطت دعوى الأول ثم تسمع دعوى الثانى على الأول فإن أنكر وحلف سقطت دعواهما جميعاً وأن ادعى الأول فنكل الثانى عن اليمين قضينا عليه ولم تسمع دعواه ، لأن خصمه قد استحق ملكه ، وإن حلف الثانى ونكل الأول قضينا عليه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان اختلفا فى الثمن فقال المشترى الثمن الف وقال الشفيع هو خمسمائة فالقول قول المشترى مع يمينه لأنه هو العاقد فكان اعرف بالثمن ولأنه مالك للشقص فلا ينزع منه بالدعوى من غير بينة .

(فصل) وان ادعى الشفيع أن الثمن الف ، وقال المشترى لا أعلم قدره فالقول قول المشترى ، لأن ما يدعيه ممكن ، فانه يجوز أن يكون قد اشترى بثمن جزاف ، ويجوز أن يكون قد علم الثمن ثم نسى ، فاذا حلف لم يستحق الشفعة لأنه لا يستحق من غير بدل ولا يمكن أن يدفع اليه مالا يدعيه .

وقال ابن عباس : يقال له اما أن تبين قدر الثمن أو نجعلك ناكلا فيحلف الشفيع أن الثمن الف ويستحق ، كما نقول فيمن ادعى على رجل الفا فقال المدعى عليه : لا أعلم القدر ، والمذهب الأول ، لأن ما يدعيه ممكن ، فانه يجوز ان يكون قد اشتراه بثمن جزاف لا يعرف وزنه ، ويجوز أن يكون قد علم ثم نسى ، ويخالف اذا ادعى عليه الفاً ، فقال : لا أعرف القدر ، لأن هناك لم يجب عن الدعوى . وههنا أجاب عن استحقاق الشفعة ، وانما ادعى الجهل بالثمن .

فصل وان قال المشترى : الثمن ألف . وقال الشفيع لا اعلم هل هو الف أو أقل ، فهل له أن يحلف المشترى ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) ليس له أن يحلفه حتى يعلم ، لأن اليمين لا يجب بالشك .

(والثانى) له أن يحلفه لأن المال لا يملك بمجرد الدعوى ، وان قال المشترى الثمن الف ، وقال الشفيع : لا اعلم كم هو ؟ ولكنه دون الالف ، فالقول قول المشترى ، فان نكل لم يحلف الشفيع حتى يعلم قدر الثمن ، لأنه لا يجوز ان يحلف على ما لم يعلم .

فصل وان اشترى الشقص بعرض وتلف العرض واختلفا فى قيمته ، فالقول قول المشترى ، لأن الشقص ملك له فلا ينتزع بقول المدعى .

فصل وان اقر المشترى أنه اشترى الشقص بألف وأخذ الشفيع بالف ثم ادعى البائع أن الثمن كان الفين وصدقه المشترى لم يلزم الشفيع أكثر من الألف ، لأن المشترى اقر بأنه يستحق الشفعة بالف فلا يقبل رجوعه فى حقه فان كذبه المشترى فأقام عليه بينة ان الثمن الفان لزم المشترى الالفان ، ولا يرجع على الشفيع بما زاد على الألف ، لأنه كذب البينة باقراره السابق) .

الشرح قال الشافعى : وإن اختلف فى الثمن فالقول قول المشترى مع يمينه ، وهذا كما قال : إذا اختلف الشفيع والمشترى فى قدر الثمن فادعى المشترى أن الثمن ألف وقال الشفيع : خمسمائة ولا بينة لواحد منهما فالقول قول المشترى مع يمينه لأمرين :

(أحدهما) أنه مباشر للعقد فكان أعلم به من غيره .

(والثانى) أنه مالك للشقص فلم ينتزع منه الا بقوله ، فإن حلف المشترى على ما ادعاه من الثمن أخذه الشفيع به ، وإن نكل المشترى ردت اليمين على الشفيع ، فإن حلف أخذه بما قال .

فإن قيل : لماذا تحالفا عليه كما يتحالف المتبايعان ؟ قيل لأن كل واحد من المتبايعين مدع ومدعى عليه فتحالفا لاستوائهما فى الشقص . والشفيع وحده منفرد بالدعوى أنه مالك للشقص بما ادعى ، فكان القول قول المشترى لتفرده بالانكار ، فلو أقام أحدهما بينة بما ذكره من الثمن حكم بها ، والبينة شاهدان أو شاهد وامرأتان أو شاهد ويمين ، فإن أقامها المشترى استفاد بها سقوط اليمين ، فلو شهد له البائع بما ادعاه من الثمن ردت شهادته لأنه شاهد بالزيادة لنفسه ، ولو أقام الشفيع البينة استفاد بها الحكم لقول الشافعى : فإن شهد له البائع بما ادعى من الثمن ردت شهادته لأنه متهوم

فى شهادته بنقص الثمن عند الرجوع عليه بالدرك مع أنه عاقد فى الحالين فلم تقبل شهادته فيما تولى عقده .

فلو أقام كل واحد منهما بينة على ما ادعاه من الثمن ، فعند أبى حنيفة ومحمد بن الحسن أن بينة الشفيع أولى للاتفاق عليها ، وعند أبى يوسف أن بينة المشترى أولى ، لأن فيها زيادة علم ، ويخرج فى مذهب الشافعى على قولين من تعارض البينتين .

١ ــ اسقاطهما بالتعارض ، ويكون القول قول المشترى مع يمينه .

٢ ــ الإقراع بينهما فمن قرعت بينته كان أولى ، وهل يحلف معهما أم لا ؟ على قولين من اختلاف قولين فى القوعة هل جاءت مرجحة للدعوى أو مرجحة للبينة ؟

فعلى هذا لو أخذه الشفيع بالألف عند يمين المشترى ثم قامت البينة أن الثمن خمسمائة رجع الشفيع بخمسمائة ولا خيار للشفيع ، لأنه لما رضى الشقص بالألف كان له بخمسمائة أرضى ولو أخذه الشفيع بخمسمائة بيمينه ثم قامت البينة أن الثمن ألف كان الشفيع مخيراً بين أن يأخذه بالألف أو يرده .

ولو ادعى المشترى أن الثمن سيارة قيمتها ألف فأخذه الشفيع بها ثم ظهر أن الثمن (ريكوردر) المسجل للصوت ، فإن كانت قيمته ألفاً لم يتراجعا بشىء ، لأن المستحق فيه القيمة وهما سواء ، وإن كانت قيمة المسجل أكثر لم يرجع المشترى بالزيادة لأنه مقر باستيفاء حقه . وإن كانت قيمة المسجل أقل رجع الشفيع بنقصها على المشترى ولا خيار له .

فلو قال المشترى إن الثمن ألف وقال الشفيع لست أعلم قدر الثمن مع علمى بنقصه عن الألف فله إحلاف المشترى ، فإن رد اليمين عليه لم يكن له أن يحلف حتى يعلم قدر الثمن ، ولو لم يعلم الشفيع هل الثمن ألف أو أقل فهل يستحق إحلاف المشترى أم لا ؟ على وجهين :

١ ــ لا يستحق إحلافه حتى يعلم خلاف قــوله ، لأن اليمين لا يجب بالشك .

٢ ــ يستحق إحلافه ما لم يصدقه لأن المال لا يملك بمجرد القول .

فــــرع ولو قال المشترى : لا أعلم قدر الثمن لنسيان حدث ، قيل للشفيع : أتعلم قدره أم لا ؟ فإن قال لا أعلم قدره فلا شفعة له . وله إحلاف المشترى أنه لا يعلم قدرالثمن ، وإنما يطلب لأنها تستحق بالثمن فكان جهلها به مانعاً من استحقاقها بمجهول .

فإن قال الشفيع : أنا أعلم قدر الثمــن وهو خمســمائة درهم . وقال المشترى : قد نسيت قدر الثمن ، قيل للمشترى : أفتصدق الشــفيع على ما ذكر من الثمن فإن قال : نعم ، أخذ الشفيع الشقص بخمسمائة من غــير يمين . وإن أكذبه قال الشافعى : حلف المشترى بالله ما يعــلم قــدر الثمن ولا شفعته .

واختلف أصحابنا فى ذلك . فــكان أبو حامــد المروروذى وأبو حامد الاسفراينى يجعلان هذا القول مذهبا له فى هذه المسألة ، ويبطلان يمين المشترى الشفعة تعليلا بأن الثمن موقوف على عاقده وقد جهل الثمن بنسيانه فبطلت الشفعة به .

وكان أبو العباس بن سريج وأبو على بن أبى هريرة يجعلان هذا الجواب مصروفا إلى المسألة الأولى عند نسيان المشترى وجهل الشفيع دون المشترى ، ويحكم له بالشفعة ، وهذا هو الصحيح لأن نسيان المشترى كالنكول فوجب رد اليمين على الشفيع .

قال الشافعى : وسواء فى ذلك قديم الشراء وحديثه ، وهذا إنما أراد به ما ادعى ، فإنه قال : إن ادعى المشترى نسيان الثمن والشراء حديثــاً حلف الشفيع وحكم له بالشفعة ، وإن كان الشراء قديماً حلف المشــترى وبطلت الشفعة ورفض الماوردى هذا الفرق وقال : هذا قول مرذول وفرق معلول . فأما إن اختلف البائع والمشترى فى الثمن فقال البائع : بعتــه بألف ، وقال

المشترى : اشتريته بخمسمائة فإنهما يتحالفان ، فإذا حلفا ففى بطلان البيع بتحالفهما وجهان ذكرا فى البيوع .

(أحدهما) أنه قد بطل فعلى هذا يعود الشقص إلى البائع ولا شفعة فيه .

(والثانى) أن البيع لا يبطل إلا بالفسخ ، فعلى هذا لا يخلو حال المثمن من أحد أمرين إما أن يكون معينا أو غير معين ، فإن كان المثمن معينا كقول البائع بعتك شقصى بهذه السيارة فيقول المشترى : اشتريته بهذا (الريكوردر) المسجل فإذا تحالفا وامتنع المشترى أن يأخذه بالسيارة التى ادعاها البائع ثمنا لم يعرض على الشفيع لأن عين هذه السيارة لا تحصل للبائع من جهة الشفيع ، وفسخ الحاكم البيع بينهما وأبطل الشفعة فيه ؛ وإن كان الثمن غير معين كقول البائع بعتك الشقص بألف فيقول المشترى بخمسمائة ، عرض الشقص على المشترى والشفيع بالألف ليأخذاه أو يرداه لأنه قد يحصل للبائع ما ادعاه من القدر من الشفيع والمشترى ، فلذلك عرض عليهما ؛ وإذا كان كذلك فللشفيع والمشترى أربعة أحوال .

(أحدها) أن يرضيا جميعاً به فيلزم المشترى الألف وللشفيع أن يأخذ منه الشقص بالألف .

(ثانيها) أن يرداه جميعاً بالألف فيفسخ البيع وتبطل الشفعة .

(ثالثها) أن يرضاه المشترى بالألف ويرده الشفيع بها فيلزم البيع للمشترى بالألف وتبطل شفعة الشفيع .

(رابعها) أن يرضى به الشفيع بالألف ويرده المشترى فيكون رد المشترى باطلا لما فيه من إسقاط حق الشفيع ، ويصير البيع لازماً للمشترى ليتوصل به الشفيع إلى حقه من الشفعة ويأخذ الشقص فيه بالألف ، فلو رده الشفيع بعيب رده على المشترى ورجع عليه بالثمن لأن عهدته عليه ، وللمشترى حينئذ أن يفسخ البيع فيه والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل فان كان بين رجلين دار وغاب أحدهما وترك نصيبه فى يد رجل فادعى الشريك على من فى يده نصيب الغائب أنه اشتراه منه ، وأنه استحق أخذه بالشفعة ، فأقر به ، فهل يلزمه تسليمه اليه بالشفعة ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يسلمه ، لأنه اقر بالملك للغائب ، ثم ادعى انتقاله بالشراء ، فلم يقبل قوله .

(والثانى) يسلم اليه لأنه فى يده فقبل قوله فيه .

فصـــل وان أقر أحد الشريكين فى الدار أنه باع نصـيبه من رجل ولم يقبض الثمن وصدقه الشريك وأنكر الرجل ، فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال لا تثبت الشفعة للشريك ، لأن الشفعة تثبت بالشراء ولم يثبت الشراء فلم تثبت الشفعة للشريك ، وذهب عامة أصحابنا الى أنه تثبت الشفعة ، وهو جواب المزنى فيما أجاب فيه على قول الشافعى رحمه الله ، لأنه أقر للشفيع بالشفعة ، وللمشترى بالملك ، فاذا اسقط أحدهما حقه لم يسقط حق الآخر كما لو أقر لرجلين بحق فكذبه احدهما وصدقه الآخر ، وهل يجوز للبائع أن يخاصم المشترى ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) ليس له ذلك لأنه يصل الى الثمن من جهة الشفيع فلا حاجـة به الى خصومة المشترى .

(والثانى) له أن يخاصمه لأنه قد يكون المشترى أسهل فى المعاملة مـن الشفيع ، فان قلنا : لا يخاصم المشترى أخذ الشفيع الشـــقص من البائع وعهدته عليه لأنه منه أخذ ، واليه دفع الثمن .

وان قلنا : يخاصمه . فان حلف أخذ الشفيع الشقص من البائع ورجـع بالعهدة عليه ، وان نكل فحلف البائع سلم الشقص الى المشترى وأخذ الشفيع الشقص من المشترى ، ورجع بالعهدة عليه لأنه منه أخذ ، واليه دفع الثمن ، وان أقر البائع بالبيع وقبض الثمن وانكر المشترى ، فمن قال : لا شفعة اذا لم يقر بقبض الثمن لم تثبت الشفعة اذا أقر بقبضه ، ومن قال : تثبت الشفعة اذا لم يقر بقبض الثمن اختلفوا اذا أقر بقبضه ، فمنهم من قال : لا تثبت لأنه يأخذ الشقص من غير عوض ، وهذا لا يجوز ، ومنهم من قال تثبت ، لأن البائع أقر له بحق الشفعة وفى الثمن الأوجه الثلاثة التى ذكرناها ، فيمن ادعى الشفعة على شريكه وحلف بعد نكول الشريك ، والله أعلم) .

الشرح قال الشافعى : وعهدة المشترى على البائع وعهدة الشفيع

على المشترى ، قال الماوردى فى الحاوى : أما العهدة فمشتقة من العهد لما فيه من الوفاء بموجبه قال تعالى « وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم » وقال الفيومى فى المصباح : العهد الوصية يقال : عهد إليه يعهد من باب تعب إذا أوصاه وعهدت إليه بالأمر قدمته وفى التنزيل « ألم أعهد إليكم يا بنى آدم ألا تعبدوا الشيطان » والعهد الأمان والموثق والذمة ، ومنه قيل للحربى يدخل بالأمان ذو عهد ، ومعاهد أيضاً بالبناء للفاعل والمفعول ، لأن الفعل من اثنين فكل واحد يفعل بصاحبه مثل ما يفعل صاحبه ــ إلى أن قال ــ وقولهم : عهدته عليه من ذلك لأن المشترى يرجع على البائع بما يدركه وتسمى وثيقة المتبايعين عهدة لأنه يرجع إليها عند الالتباس ا هـ .

ونعود إلى قول الشافعى فنقول : لقد سمى ضمان الدرك عهدة ثم سمى كتاب الشراء (الفاتورة) عهدة ، واختلف الفقهاء فى عهدة الشفيع هل تجب على البائع أو على المشترى ؟ فذهب الشافعى إلى أن عهدة الشفيع على المشترى وعهدة المشترى على البائع .

وقال ابن أبى ليلى : عهدة الشفيع على البائع ، وقال أبو حنيفة : إن كان الشفيع قد قبضه من المشترى فعهدته على المشترى ، وإن كان قد قبضه من البائع فسخ عقد المشترى وكانت عهدته على البائع .

فأما ابن أبى ليلى فاستدل بأن البائع أصل والمشترى فرع ، فكان الرجوع على البائع أولى من المشترى ، لأنه لا اعتبار بالفرع مع وجود الأصل . قال : ولأن المشترى يحل محل الوكيل للشفيع لدخوله على علم بانتقال الشراء إلى الشفيع ، ثم ثبت فى شراء الوكيل أن العهدة على البائع دون الوكيل ، كذلك فى استحقاق الشفيع .

وأما أبو حنيفة فاستدل على أن للشفيع له أن يفسخ عقد المشترى بأنه لما استحق إزالة ملكه عنه استحق فسخ عقده لأن ثبوت العقد لاستيفاء الملك ودليلنا هو أن الشفيع يملك الشقص عن المشترى . بدليل أنه لو تركه لكان مقراً على ملك المشترى ، ولو حدث منه نماء لكان للمشترى ، فوجب أن

تكون العهدة عليه كما كانت على البائع للمشترى ، وتحريره قياساً أن انتقال الملك بالعوض ممن يظاهر بملك المعوض يوجب أخذه بالعهدة كالبيع ، ولأن الرجوع بالثمن قد يستحق فى الرد بالعيب كما يستحق فى الاستحقاق بالشفعة فلما كان الرجوع به فى الرد بالعيب مستحقاً على المشترى دون البائع وجب أن يكون الرجوع به فى الاستحقاق بالشفعة مستحقاً على المشترى دون البائع وقد يتحرر من اعتلال هذا الاستدلال قياسان :

(أحدهما) أن أحد نوعيه ما يوجب الرجوع بالثمن فوجب أن يستحقه الشفيع على المشترى دون البائع قياساً على الرد بالعيب .

(والثانى) أن من استحق عليه الثمن فى الرد بالعيب لم يستحق عليه الثمن فى الاستحقاق وبالغصب قياسا على المشترى لو كان بائعا .

(فأما الجواب) عن استدلال ابن أبى ليلى بأن البائع أصل والمشترى فرع فمنتقض بالمشترى لو باع على الشفيع ، ثم نقول : إن المشترى وإن كان فرعا للبائع فإنه أصل للشفيع .

(وأما الجواب) عن استدلاله بالوكيل فهو امتناع الجمع بينهما من وجهين .

(أحدهما) أن الشفيع لما كان مخيراً بين أخذه من المشترى وبين تركه عليه صار مالكا عنه لا عن البائع ، ولما لم يكن للموكل خيار فى أخذه من الوكيل وتركه عليه صار مالكا عن البائع دون الوكيل .

(الثانى) أنه لما استحق الشفيع الرد بالعيب على المشترى دون البائع صار مالكا عنه لا عن البائع ولما استحق الموكل الرد بالعيب على البائع دون الوكيل صار مالكا عنه لا عن الوكيل .

(وأما الجواب) عن استدلال أبى حنيفة بأنه لما ملك إزالة ملكه رفع عقده فمن وجهين :

(أحدهما) أنه قد يملك إزالة ملكه بعد القبض ولا يملك رفع عقده فكذلك قبل القبض .

(الثانى) أنه بالعقد ملك الشفعة ، و فى رفعه إبطال الشفعة .

فـــرع فأما قبض الشفيع الشقص من البائع قبل قبض المشترى له أو من ينوب عنه ففيه وجهان حكاهما ابن سريج (أحدهما) ليس له ذلك لأنه يحل محل المشترى فى الأخذ بالثمن ، ولا يجوز شراء ما لم يقبض ، فكذلك لا يجوز أخذ شفعة ما لم يقبض ، فعلى هذا يأخذ الحاكم المشترى بالقبض ، فإذا صار بيده انتزعه الشفيع منه فإن كان المشترى غائبـاً وكل الحاكم عنه من يقبض له ثم حكم للشفيع بأخذه منه .

(والثانى) وهو اختيار ابن سريج أن للشفيع أخذه من البائع قبل قبض المشترى ، لأن الشفيع يأخذه جبراً بحق ، وإن كره المشترى فجاز ، وإن كان قبل قبضه ، كما يجوز الفسخ والإقالة قبل القبض ويبرأ البائع من ضـمانها بقبض الشفيع لأنه يأخذها بحق توجه على المشـترى ؛ وبالوجه الأول قال أبو إسحاق المروزى .

فـــرع قال المزنى : ولو أن البائع قال : قد بعت من فلان شقصاً بألف درهم وأنه قبض الشقص وأنكر ذلك فلان وادعاه الشفيع ، فإن الشفيع يدفع الألف إلى البائع ويأخذ الشقص وصورتها فى رجل ادعى بيع شقصه على رجل فأنكر المشترى الشراء وحضر الشفيع مصـدقا للبائع ومطالبـا بالشفعة ، فهذا على ضربين .

(أحدهما) أن يكون البائع مدعيا بقاء الثمن على المشترى .

(ثانيهما) أن يكون مقراً بقبضه ، فإن كان مع ادعاء البيع مدعيا بقـاء الثمن حكم عليه للشفيع بالشفعة لأنه مدع على المشترى ومقر للشفيع فيحكم عليه باقراره وإن ردت دعواه وفى منعه من محاكمة المشترى وإحـلافه على الإنكار وجهان :

(أحدهما) أن يكون البائع مدعيا بقاء الثمن على المشترى .

(الثانى) أن يكون مقراً بقبضه ، فإن كان مع ادعاء البيع مدعيا بقاء الثمن حكم عليه للشفيع بالشفعة لأنه مدع على المشترى ومقر للشفيع فيحكم عليه بإقراره وان ردت دعواه . وفى منعه من محاكمة المشترى وإحلافه على الإنكار وجهان :

(أحدهما) قول أبى على بن أبى هريرة : ليس له إحلافه ، لأن قصده حصول الثمن وقد حصل له ، وسواء حصل له من مشتر أو شفيع ، ولأنه لا يؤمن إن أحلف أن يحكم بفسخ البيع ، وفيه إبطال لحق الشفيع .

(ثانيهما) له إحلافه لاستحقاق اليمين عليه بانكاره ، لما فيه من البغية لوصول الملك إلى مستحقه ، ولا يبطل ليمينه حق الشفيع ؛ فإذا قضى للشفيع بالشفعة لزمه دفع الثمن إلى البائع وتكون عهدة الشفيع هنا على البائع دون المشترى ، لأنه لما لم يلزمه الشراء مع إنكاره لم تلزمه عهدته . هذا ولم يتسع المقام لاستقصاء فروع الشفعة وجميع الأوجه وأحكامها ، وسأفرد ما قيدته فيها فى كتاب مستقل إن شاء الله تعالى . والله أعلم بالصواب .

* * *

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب القـــراض

القراض جائز لما روى زيد بن أسلم عن أبيه « أن عبد الله وعبيد الله ابنى عمر بن الخطاب رضى الله عنهم خرجا فى جيش الى العراق فلما قفلا مرا على عامل لعمر بن الخطاب رضى الله عنه فرحب بهما وسهل وقال : لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت ، ثم قال : بلى ههنا مال من مال الله أريد أن أبعث به الى أمير المؤمنين فأسلفكما فتبتاعان به متاعا من متاع العراق ، ثم تبيعانه فى المدينة ، وتوفران رأس المال الى أمير المؤمنين ، ويكون لكما ربحه ، فقالا : وددنا ، ففعل فكتب الى عمر أن يأخذ منهما المال ، فلما قدما وباعا وربحا فقال عمر : أكل الجيش قد أسلف كما أسلفكما ؟ فقالا : لا ، فقال عمر : ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما . اديا المال وربحه فأما عبد الله فسكت ، وأما عبيد الله فقال : يا أمير المؤمنين لو هلك المال ضمناه فقال : أدياه ، فسكت عبد الله ، وراجعه عبيد الله فقال رجل من جلساء عمر : يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً، فأخذ رأس المال ونصف ربحه . وأخذ عبد الله وعبيد الله نصف ربح المال » ولأن الأثمان لا يتوصل الى نمائها المقصود الا بالعمل ، فجاز المعاملة عليها ببعض النماء الخارج منها كالنخل فى المساقاة .

(فصـــل) وينعقد بلفظ القراض لأنه لفظ موضوع له فى لغة أهـــل الحجاز ، وبلفظ المضاربة لأنه موضوع له فى لغة أهل العراق ، وبما يؤدى معناه لأن المقصود هو المعنى ، فجاز بما يدل عليه كالبيع بلفظ التمليك .

(فصـــل) ولا يصح الا على الأثمـــان وهى الدراهم والدنانير ، فأما ماسواهما من العروض والنقار والسبائك والفلوس ، فلا يصح القراض عليها لأن المقصود بالقراض رد رأس المال والاشتراك فى الربح ، ومتى عقد على غير الأثمان لم يحصل المقصود ، لأنه ربما زادت قيمته فيحتاج أن يصرف العامل جميع ما اكتسبه فى رد مثله ، ان كان له مثل ، وفى رد قيمته أن لم يكن له مثل. وفى هذا اضرار بالعامل ، وربما نقصت قيمته فيصرف جزءاً يسيراً من الكسب فى رد مثله أو رد قيمته ، ثم يشارك رب المال فى الباقى ، وفى هذا اضرار برب المال ، لأن العامل يشاركه فى أكثر رأس المال . وهذا لا يوجد فى الأثمان لأنهـا لا تقوم بغيرها ، ولا يجوز على المغشوش من الأثمان لأنه تزيد قيمته وتنقص كالعروض .

(فصـــل) ولا يجوز الا على مال معلوم الصفة والقدر ، فان قارضه على دراهم جزاف لم يصح ، لأن مقتضى القراض رد رأس المال ، وهذا لا يمكن فيما لا يعرف صفته وقدره ، فان دفع اليه كيسين فى كل واحد منهما الف درهم ، فقال : قارضتك على احدهما وأودعتك الآخر ففيه وجهان :

(أحدهما) يصح لأنهما متساويان .

(والثانى) لا يصح ، لأنه لم يبين مال القراض من مال الوديعة .

وان قارضه على الف درهم هى له عنده وديعة جاز ، لأنه معلوم ، وان قارضه على الف درهم هى له عنده مغصوبة ففيه وجهان :

(أحدهما) يصح كالوديعة .

(والثانى) لا يصح لأنه مقبوض عنده قبض ضمان ؛ فلا يصير مقبوضـــاً قبض أمانة) .

الشرح قال العلامة شهاب الدين ابن حجر الهيثمى فى شرحه على المنهاج للشيخ الامام محيى الدين النووى رحمهما الله تعالى ورضى عنهما ونفعنا ببركاتهما :

القراض من القرض أى القطع ، لأن المالك قطع له قطعة من ماله ليتصرف فيها ، ومن الربح . والأصل فيه الاجمـــاع ، وروى أبو نعيم وغـــيره « أنه صلى الله عليه وسلم ضارب لخديجة أم المؤمنين رضى الله عنها ، قبـــل أن يتزوجها بنحو شهرين وسنه إذا ذاك خمس وعشرون سنة بمالها إلى بُصْرى الشام وأنفذت معه عبدها ميسرة ، وهو قبل النبوة » فكان وجه الدليل فيه أنه صلى الله عليه وسلم حكاه مقرراً له بعدها ، وهو قياس المساقاة بجامع أن فى كل العمل فى شىء ببعض نمائه مع جهالة العوض ، ولذا اتحدا فى أكثر الأحكام ، وكان قضية ذلك تقديمها عليه ، وكان عكسهم لذلك إنما هو لأنه أشهر وأكثر وأيضاً فهى تشبه الاجارة أيضاً فى اللزوم والتأقيت ، فتوسطت بينهما إشعاراً بما فيها من الشبهين ، وهو رخصة لخروجه عن بيع ما لم يخلق .

والقراض : وهو لغة أهل الحجاز ، والمضاربة وهو لغة أهل العراق ، لأن كلا يضرب بسهم من الربح ، ولأن فيه سفراً ، وهو يسمى ضرباً ، أى

موضوعهما الشرعى هو العقد المشتمل على توكيل المالك الآخر ، وعلى أن يدفع إليه مالا ليتجر فيه ، والربح مشترك بينهما ، فخرج بيدفع مقارضته على دين عليه أو على غيره .

وقوله : بع هذا وقارضتك على ثمنه ، واشتر شبكة واصطد بها ، فلا يصح . نعم يصح البيع وله أجرة المثل ، وكذا العمل إن عمل ، والصيد فى الأخيرة للعامل وعليه أجرة الشبكة التى لم يملكها كالمغصوبة ، ويذكر الربح الوكيل والعبد المأذون .

وأركانه ستة : عاقدان وعمل وربح ومال وصيغة .

ويشترط لصحته كون المال دراهم أو دنانير باجماع الصحابة رضى الله عنهم ، ولأنه عقد غرر لعدم انضباط العمل ، والوثوق بالربح جوز للحاجة فاختص بما يروج غالباً ، وهو النقد المضروب لأنه ثمن الأشياء ، ويجوز عليه وان أبطله السلطان كما بحثه ابن الرفعة ، ونظر فيه الأذرعى إذا عز وجوده أو خيف عزته عند المعاملة ، ويجاب بأن الغالب مع ذلك تيسر الاستبدال به ، فلا يجوز على تبر ، وهو ذهب أو فضة لم يضرب ، سواء القراضة وغيرها وتسمية الفضة تبراً تغليب ، وحلى وسبائك لاختلاف قيمتها ، ومغشوش وإن راج ، وعلم قدر غشه ، واستهلك وجاز التعامل به . وقيل : يجوز عليه إن استهلك غشه . وجزم به الجرجانى ، وقيل : إن راج ، واقتضى كلامهما فى الشركة تصحيحه ، واختاره السبكى وغيره .

وعروض مثلية أو متقومة ، وكونه معلوماً قدره وجنسه وصفته ، فلا يجوز على نقد مجهول القدر ، وإن أمكن علما حالا ولا على ألف ، ولو علم جنسه أو قدره أو صفته فى المجلس .

ولو قارضه على ألف من نقد كذا ثم عينها فى المجلس صح . فإن قلت : ظاهر قولهم عن الشرح الصغير وغيره : لو قارضه على دراهم غير معينة ثم عينها فى المجلس صح ، خلافاً للبغوى أنه لا يحتاج لقوله من نقد كذا . قلت :

بل لابد منه بدليل تعليلهم للصحة بالقيـاس على ما فى الصرف والسـلم . والذى فيهما أن الألف معلومة القدر والصفة ولو قارضه على صرة معينـة بالوصف غائبة عن المجلس صح على ما رجحه السبكى أنه يشترط هنا الرؤية لأنه توكيل ، وهو متجه . وإطلاق الماوردى منعه فى الغائب يحمل على غائب مجهول بعض صفاته على أن مما يضعفه أنه جعل ذلك علة للمنع فى الدين على العامل معيناً فيمتنع على منفعة ودين له فى ذمة الغير ، وعلى إحدى الصرتين .

نعم لو قارضه على ألف درهم مثلا فى ذمته ثم عينها فى المجلس وقبضها المالك جاز خلافاً لجمع كالصرف والسلم بخلاف ما فى ذمة الغير ، فانه لا يصح مطلقاً كما هو ظاهر كلامهم لأنه غير قادر عليه حالة العقد ، فوقعت الصيغة باطلة من أصلها ، ولم ينظر إلى تعيينه فى المجلس ، ولا ينافيه قول شيخنا : يصح القراض مع غـير الوديع والغاصب بشرطه كمـا هو ظاهر ا هـ .لأن القدرة على العين أقوى منها على الدين .

ولو خلط ألفين له بألف لغيره ثم قال :قارضتك على أحدهما وشاركتك فى الآخر ، جاز . وإن لم تتعين ألف القراض ، وينفرد العامل بالتصرف فيه ويشتركان فى التصرف فى الباقى ولو قارضه على ألفين على أن له من أحدهما نصف الربح ومن الآخر ثلثه صح إن عين كلا منهما ، وإلا فلا . وفى الجواهر فى ذلك كلام كالمتناقض فليحمل على هذا التفصيل .

قيل هنا : لو أعطاه ألفاً وقال : اضم إليه ألفاً من عندك والربح بيننـا سواء صح . وظاهره صحة ذلك قراضاً وليس مراداً ، بل إذا خلطه بألفـه صار مشتركاً فيأتى فيه أحكام الشركة كما هو واضح ، وقيل : يجوز على إحدى الصرتين إن علم ما فيهما وتساويا جنساً وقدراً وصفة ، فيتصرف العامل فى أيهما شاء ، فيتعين للقراض ، والأصح المنع لعدم التعيين كالبيع .

نعم إن عين إحداهما فى المجلس صح بشرط علم عين ما فيها ، كما هو ظاهر ، ويفرق بين هذا وما مر فى العلم بنحو القدر فى المجلس ، بأن الابهام هنا أخف لتعيين الصرتين ، وإنما الإبهام فى المرادة منهما بخلافه فيما مر ،

وقضية ما ذكر فى تعيين إحدى الصرتين صحته فيما لو أعطاه ألفين وقال : قارضتك على أحدهما ثم عينه فى المجلس ، وهو ما اعتمده ابن المقرى فى بعض كتبه ، ومال شيخنا فى الروض إلى فساده ، قال : لفساد الصيغة ، ويرده ما فى نسخ شرح المنهج المعتمدة أنه لو علم فى المجلس عين إحدى الصرتين صح ، ولا فرق بين أحد الألفين وإحدى الصرتين ، فالأوجه ما قاله ابن المقرى وضبط بخطه الصرتين . وكونه مسلماً إلى العامل بحيث يستقل باليد عليه ، وليس المراد تسليمه حال العقد ولا فى المجلس ، بل أن لا يشترط عدم تسليمه كما أفاده قوله : (فلا يجوز كون المال فى يد المالك) ولا غيره لأنه قد لا يجده عند الحاجة . ويشترط أيضاً استقلال العامل بالتصرف ، فحينئذ لا يجوز شرط عمله ومثله غيره معه ، لأنه ينافى مقتضاه من استقلال العمل بالعمل .

وقال أبو منصور الأزهرى فى (الزاهر فى غريب ألفاظ الشافعى) :

القراض أن يدفع الرجل إلى الرجل عيناً أو ورقاً ويأذن له بأن يتجر فيه، على أن الربح بينهما على ما يتشارطانه . وأصل القراض مشتق من القرض : وهو القطع . وذلك أن صاحب المال قطع للعامل فيه قطعة من ماله ، وقطع له من الربح فيه شيئاً معلوماً . والقرض الذى يدفعه المقرض إلى الرجل الذى يستقرضه : مأخوذ من هذا ، لأن المقرض يجعله مقروضاً من ماله للمستقرض أى يجعله مقطوعاً لا يتعداه ، وقرض الفأرة قطعها الثوب وقد يوضع القرض موضع المعارضة والموازاة ، يقال : قارضت فلاناً وقرضته ، إذا سابيته وقطعت عرضه بالسب ، واقترضته كذلك ، ومنه قول النبى صلى الله عليه وسلم : « عباد الله إن الله رفع الحرج إلا من اقترض عرض امرىء مسلم ، فذلك الذى حرج » (رواه أبو داوود فى المناسك) يريد إلا من سب عرض امرىء مسلم ، وقطعه بالذم وسوء القول ، ومنه قول أبى الدرداء : إن قارضت الناس قارضوك ، وإن تركتهم لم يتركوك .

وقد يكون التقارض والمقارضة فى الثناء والمدح ، وذلك أن يمدح الرجل رجلا فيمدحه الممدوح بمثل مدحه له ، ويقال : هما يتقارضان الثناء وهذا مأخوذ من القرض الذى هو بمعنى المحاذاة والمعارضة .

وسميت هـذه الشركة مضاربة ، لأن العامل الذى يضرب بالمال الذى أخذه من صاحبه فى الأرض يتجر فيه ، يقال : ضرب فى الأرض : إذا سافر ، فأهل الحجاز يسمونها : قراضاً ، وأهل العراق يسمونها : مضاربة ، ومعناهما واحد ، والأصل فيهما ما أعلمتك .

قال الشافعى رحمه الله : فإن كان القراض فاسداً ، فاشترى العامل بعين المال ، فهو فاسد .

أراد : أنه لما اشترى السلعة قال : اشتريتها بهذا المال ــ وأشار إليه ــ ولم يقل : اشتريته بكذا ديناراً ــ ضمنها فى ذمته ــ وعين كل شىء نفسه .

وقوله : الربح له والوضيعة عليه .

أراد بالوضيعة : الخسران ــ يقال : وضع فلان فى تجارته : إذا خسر فيها .

وقال الشيخ محيى الدين النووى فى الروضة :

القراض والمقارضة والمضاربة ، بمعنى ، وهو أن يدفع مالا إلى شخص ليتجر فيه والربح بينهما . ودليل صحته إجماع الصحابة رضى الله عنهـم ، وفيه ثلاثة أبواب .

الأول : فى أركان صحته ، وهى خمسة .

[الركن] الأول : رأس المال ، وله أربعة شروط .

الأول : أن يكون نقداً ، وهـو الدراهم والدنانير المضروبة ، ودليـله الاجماع . ولا يجـوز على الدراهم المغشـوشة على الصـحيح ، ولا على الفلوس على المذهب .

قلت : قد ذكر الفورانى فى جواز القراض على ذوات المثل وجهين ، وهذا شاذ منكر ، والصواب المقطوع به : المنع . والله أعلم .

الشرط الثـانى : أن يكون معلوماً . فلو دفع إليه ثوباً وقال : بعه وقـد قارضتك على ثمنه ، لم يجز .

الشرط الثالث : أن يكون معيناً . فلو قارض على دراهم غير معينـة ، ثم أحضر فى المجلس وعينهـا ، قطع القـاضى والامام بجـوازه ، كالصرف والسلم ، وقطع البغوى بالمنع . ولو كان له دين على رجـل ، فقال لغـيره : قارضتك على دينى على فلان ، فاقبضه واتجر فيه ، أو قارضتك عليه لتقبض وتتصرف ، أو اقبضه فاذا قبضته فقد قارضتك عليه ، لم يصح ، وإذا قبض العامل وتصرف فيه ، لم يستحق الربح المشروط ، بل الجميـع لرب المال ، وللعامل أجرة مثل التصرف إن كان قال : إذا قبضت فقد قارضتك . وإن قال : قارضتك عليه لتقبض وتتصرف ، استحق أجرة مثل التقاضى والقبض أيضاً . ولو قال للمديون : قارضتك على الدين الذى لى عليك ، لم يصـح القراض ، بل لو قال : اعزل قدر حقى من مالك ، فعزله ، ثم قال : قارضتك عليه ، لم يصح ، لأنه لم يملكه . فإذا تصرف المأمور فيما عزله ، نظـر ، إن اشترى بعينه للقراض ، فهو كالفضولى يشترى لغيره بعين ماله . وإن اشترى فى الذمة ، فوجهان . أصحهما عند البغوى : أنه للمالك ، لأنه اشـترى له باذنه . وأصحهما : عند الشيخ أبى حامـد : للعـامل ، لأن المالك لم يملك اليمين . وحيث كان المعـزول للمالك ، فالربح ورأس المـال له ، لفسـاد القراض ، وعليه الأجرة للعـامل . ولو دفع كيسـين فى كلٍّ ألف ، وقال : قارضتك على أحدهما ، فوجهان . أحدهما : يصح ، لتساويهما . وأصحهما : المنع ، لعدم التعيين .

قلت : فعلى الأول يتصرف العامل فى أيهما شاء ، فيتعين للقراض . والله أعلم .

ولو كانت دراهمه فى يد غيره وديعة ، فقارضه عليها ، صح ، ولو كانت غصباً ، صح على الأصح ، كما لو رهنه عند الغاصب . وعلى هذا ، لا يبرأ من ضمان الغصب كما فى الرهن .

قلت : معناه : لا يبرأ بمجرد القراض . أما إذا تصرف العامل فباع

واشترى ، فيبرأ من ضمان الغصب ، لأنه سلمه بإذن المالك ، وزالت عنه يده ، وما يقبضه من الأعواض ، يكون أمانة فى يده ، لأنه لم يوجد منه فيها مُضمِّن . والله أعلم .

الشرط الرابع : أن يكون رأس المال مسلَّماً إلى العامل ، ويستقل باليد عليه والتصرف فيه . فلو شرط المالك أن يكون الكيس فى يده ، ويوفى منه الثمن إذا اشترى العامل شيئاً ، أو شرط أنه يراجعه فى التصرفات ، أو مشرفاً نصبه ، فسد القراض . ولو شرط أن يعمل معه المالك بنفسه ، فسد على الصحيح . وقال أبو يحيى البلخى : يجوز على سبيل المعاونة والتبعية . ولو شرط أن يعمل معه غلام المالك ، فوجهان . ويقال : قولان . الصحيح الذى عليه الأكثرون : صحته ، لأن العبد مال ، ولمالكه إعارته وإجارته ، فيكون فى معنى إذن المالك فى استخدامه . هذا إذا لم يصرح بحجة على العامل ، فأما إذا قال : على أن يعمل معك غلامى ولا تتصرف دونه ، أو يكون بعض المال فى يده ، فيفسد قطعاً . ولو شرط أن يعطيه بهيمة يحمل عليها ، جاز على المذهب . ولو لم يشرط عمل الغلام معه ، ولكن شرط ثلث الربح له ، والثلث لغلامه ، والثلث للعامل ، جاز . وحاصله : اشتراط ثلثى الربح لنفسه ، نص عليه فى « المختصر » .

فـــرع

قال المتولى : لو كان بينه وبين غيره دراهم مشتركة ، فقال لشريكه : قارضتك على نصيبى منها ، صح ، إذ ليس له إلا الاشاعة ، وهى لا تمنع صحة التصرف . قال : ولو خلط ألفين بألف لغيره ، ثم قال صاحب الألفين للآخر : قارضتك على أحدهما وشاركتك فى الآخر ، فقبل ، جاز ، وانفرد العامل بالتصرف فى ألف القراض ، ويشتركان فى التصرف فى باقى المال ، ولا يخرج على الخلاف فى الصفقة الواحدة تجمع عقدين مختلفين ، لأنهما جميعاً يرجعان إلى التوكيل بالتصرف .

فـــرع

لا يجوز جعل رأس المال سكنى دار ، لأنه إذا لم يجعل العرض رأس مال ، فالمنفعة أولى .

الركن الثانى : العمل ، وله شروط .

الأول : أن يكون تجارة ، ويتعلق بهذا الشرط مسائل .

الأولى : لو قارضه على أن يشترى الحنطة فيطحنها ويخبزها ، والطعام ليطبخه ويبيعه ، والغزل لينسجه ، والثوب ليقصره أو يصبغه ، والربح بينهما ، فهو فاسد . ولو اشترى العامل الحنطة ، وطحنها من غير شرط ، فوجهان . أحدهما ، وهو قول القاضى حسين وآخرين : يخرج الدقيق عن كونه رأس مال قراض [1] . فإن لم يكن فى يده غيره ، انفسخ القراض ، لأن الربح حينئذ لا يحال على البيع والشراء فقط . وعلى هذا ، لو أمر المالك العامل بطحن حنطة القراض ، كان فسخاً للقراض . وأصحهما : أن القراض بحاله ، كما لو زاد عبد القراض بكبر ، أو سمن ، أو تعلم صنعة ، فإنه لا يخرج عن كونه مال قراض ، لكن إن استقل العامل بالطحن ، صار ضامناً ، ولزمه الغرم إن نقص الدقيق . فإن باعه ، لم يكن الثمن مضموناً عليه ، لأنه لم يتعد فيه ، ولا يستحق العامل بهذه الصناعات أجرة ولو استأجر عليها ، والأجرة عليه ، والربح بينه وبين المالك كما شرطا .

الثانية : قارضه على دراهم على أن يشترى نخيلا ، أو دواب ، أو مستغلات ويمسك رقابها لثمارها ونتاجها وغلاتها ، وتكون الفوائد بينهما ، فهو فاسد ، لأنه ليس ربحاً بالتجارة ، بل من عين المال .

الثالثة : شرط أن يشترى شبكة ويصطاد بها والصيد بينهما ، فهو فاسد ، ويكون الصيد للصائد ، وعليه أجرة الشبكة .

---

(١) فى نسخ الظاهرية : يخرج الدقيق عن كونه مال قراض .

الشرط الثـــانى : أن لا يكون مضيقا عليه بالتعيين . فلو عين نوعاً يندر كالياقوت الأحمر والخز الأدكن ، والخيل العتيق ، والصيد حيث يندر ، فسد القراض ، لأنه تضييق يخل بالمقصود . وإن لم يندر ، ودام شـــتاء وصيفاً كالحبوب ، والحيوان والخز ، والبز ، صح القراض . وإن لم يدم ، كالثمار الرطبة ، فوجهان . أصحهما : الجواز . والثانى : المنع ، إلا إذا قال : تصرف فيه ، فإذا انقطع ، فتصرف فى كذا ، فيجوز . ولو قال : لا تشتر إلا هذه السلعة ، أو إلا هذا العبد ، فسد ، بخلاف ما لو قال : لا تشتر هذه السلعة ، لأنه يمكن شراء غيرها . ولو قال : لا تبع إلا لزيد ، أو لا تشتر إلا منه ، لم يجز ، وقال الماسرجسى : إن كان المعين بياعاً لا ينقطع عنده المتـــاع الذى يتجر فى نوعه غالباً ، جاز تعيينه ، والمعروف ، الأول . ولو قال : لا تبع لزيد ولا تشتر منه ، جاز على الصحيح .

فـــرع

لا يشترط تعيين نوع يتصرف فيه على الصحيح ، بخلاف الوكالة .

فـــرع

إذا جرى تعيين صحيح ، لم يكن للعامل مجاوزته كما فى سائر التصرفات المستفادة بالإذن . ثم الإذن فى البز ، يتنـــاول ما يلبس من المنســـوج ، من الابريسم ، والقطن ، والكتان ، والصوف ، دون البسط ، والفرش . وفى الأكسية ، وجهان ، لأنها ملبوسة ، لكن لا يسمى بائعها بزازاً .

قلت : أصحهما : المنع . والله أعلم .

الشرط الثالث : أن لا يضيق بالتوقيت ، ولا يعتبر فى القراض بيـــان المدة ، بخلاف المساقاة ، لأن مقصودها وهو الثمرة ، ينضبط بالمدة . فلو وقت فقال : قارضتك سنة ، فإن منعه من التصرف بعدها مطلقاً ، أو مـــن البيع ، فسد ، لأنه يخل بالمقصـــود . وإن قال : على أن لا تشـــترى بعد السنة ، ولك البيع ، صح على الأصح ، لأن المالك يتمكن من منعـــه مـــن

الشراء متى شاء ، بخلاف البيع . ولو اقتصر على قوله : قارضتك سنة ، فسد على الأصح . وعلى الثانى : يجوز ، ويحمل على المنع من الشراء ، استدامة للعقد . ولو قال : قارضتك سنة على أن لا أملك الفسخ قبل انقضائها ، فسد .

وقال ابن بطال الركبى : القراض مشتق من القرض وهو القطع ، كأنه يقطع له قطعة من ماله أو قطعة من الربح . وقيل اشتقاقه من المساواة ؛ يقال : تقارض الشاعران إذا ساوى كل منهما صاحبه فى المدح ، وتقارضا الثناء . وقال الصنعانى فى سبل السلام : القراض بكسر القاف وهو معاملة العامل بنصيب من الربح . وهذه تسميته فى لغة أهل الحجاز ، وتسمى مضاربة ، مأخوذة من الضرب فى الأرض لما كان الربح يحصل فى الغالب بالسفر أو من الضرب فى المال وهو التصرف ا هـ .

وقال الرافعى : ولم يشتق للمالك منه اسم فاعل لأن العامل يختص بالضرب فى الأرض ، فعلى هذا تكون المضاربة من المفاعلة التى تكون من واحد ، مثل عاقبت اللص . وقال ابن قدامة فى المغنى من كتب الحنابلة : وهذه المضاربة تسمى قراضا أيضاً ، ومعناها أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له فيه ، على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه فأهل العراق يسمونه مضاربة ، مأخوذة من الضرب فى الأرض ا هـ .

وقد جمع النووى بين الاسمين فى المنهاج فقال : القراض والمضاربة أن يدفع إليه مالا ليتجر فيه والربح مشترك . قال السبكى : قد يشاح النووى فى قوله : أن يدفع . ويقال : القراض العقد المقتضى للدفع لا نفس الدفع . قال الشربينى فى شرح المنهاج : وأركانه خمسة مال وعمل وربح وصيغة وعاقدان .

وقال الرشيدى فى حاشيته على شرح شمس الدين الرملى للمنهاج : فى عطف الشارح المقارضة على القرض ، أى أن القراض يجوز أن يكون مشتقا من القرض ومن المقارضة . وهذا الصنيع ظاهر فى أن دفع المال على الوجه

الآتى لا يسمى مقارضة بل قراضاً ومضـــاربة وهو ظاهر المتن حيث اقتصر عليهما . لكن ظاهر كلام المحلى يخالفه حيث عطف المقارضة على ما فى المتن فأفاد أن القراض والمضاربة بمعنى .

قال ابن المنذر : وأجمع أهل العلم على جواز المضاربة فى الجملة . وقال الصنعانى لا خلاف بين المسلمين فى جواز القراض ، وأنه مما كان فى الجاهلية فأقره الإسلام وقال ابن حزم : كل أبواب الفقه فيه أصل من الكتاب والسنة حاشا القراض فما وجدنا له أصلا فى السنة لكنه إجماع صحيح ، ويقطع بأنه كان فى عصره صلى الله عليه وسلم وعلم به وأقره .

(قلت) ولسنا نخالف ابن حزم إلا فى أن أمراً مجمعاً عليه من الأمـــة منذ نبيها صلى الله عليه وسلم ثم لا يتبين مصدره واضحاً بالأخبار ، ولعل ابن حزم لم يبلغه لبعد الشقة ما بلغ غيره ، وإن كانت هذه الأخبار المرفوعة يعتريها بعض الوهن من ناحية الإسناد فإنها مؤيدة بأخرى صحيحة موقوفة على الصحابة ، وهو لا يدل بالاستقراء على أنه كان موجوداً فى عهده صلى الله عليه وسلم وإنما يدل بمنطوقه على وجوده ، فيكون استقراؤه من الإجماع على وجوده ينقصه ما رويناه عن الصحابة من صحيح الأخبار .

فأما المرفوع فقد روى ابن ماجه عن صهيب أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ثلاث فيهن البركة : البيع إلى أجل والمقارضة وخلط البر بالشـــعير للبيت لا للبيع » أورده ابن حجر فى بلوغ المـــرام وضعف إســـناده . وأما الموقوف فما رواه الدارقطنى ورجاله ثقات عن حكيم بن حزام « أنه كان يشترط على الرجل إذا أعطاه مالا وقارضه أن لا تجعل مالى فى كبدرطبة ولا تحمله فى بحر ولا تنزل به فى بطن مسيل ، فإن فعلت شـــيئاً من ذلك فقـــد ضمنت مالى » وقال مالك فى الموطأ عن العلاء بن عبد الرحمن بن يعقـــوب عن أبيه عن جده « أنه عمل فى مال لعثمان على أن الربح بينهما » وروى حميد بن عبد الله عن أبيه عن جده « أن عمر بن الخطاب أعطاه مال يتيم مضاربة يعمل به فى العراق » وروى مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه « أن عبد الله وعبيد الله ابنى عمر خرجا فى جيش إلى العراق فتسلفا من أبى موسى

مالا وابتاعا به متاعا ، وقدما به إلى المدينة ، فباعاه وربحا فيه ، فأراد عمر أخذ رأس المال والربح كله فقالا : لو تلف كان ضمانه علينا ، فلم لا يكون ربحه لنا ؟ فقال رجل : يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً قال : قد جعلته ، وأخذ منهما نصف الربح » وعن قتادة عن الحسن أن عليا قال : « إذا خالف المضارب فلا ضمان ، هما على ما شرطا » « وعن ابن مسعود وحكيم بن حزام أنهما قارضا » .

قال الماوردى فى الحاوى : والأصل فى إحلال القراض وإباحته قوله تعالى : « ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم » وفى القراض ابتغاء فضل وطلب نماء وقد استدل بحديث « دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » على جوازها . « وقد ضارب النبى صلى الله عليه وسلم لخديجة بأموالها إلى الشام وأنفذت لخدمته عبداً لها يقال له ميسرة » وروى ابن أبى الجارود : حبيب بن يسار عن ابن عباس قال : كان العباس إذا دفع مالا مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً ولا ينزل به واديا ولا يشترى به ذات كبد رطبة ، فإن فعل فهو ضامن » قال الماوردى : « فرفع ذلك إلى النبى صلى الله عليه وسلم فأجازه » .

وقد اختلف أصحابنا فى وجه الاستدلال من حديث عمر على ثلاثة أوجه :

(أحدها) قول الجليس : لو جعلته قراضاً ، وإقرار عمر على صحة القراض ولو علم عمر فساده لرده ، فلم يكن ما فعله معهما قراضاً لا صحيحاً ولا فاسداً ، ولكن استطاب طهارة أنفسهما بما أخذه من ربحهما لاسترابته بالحال واتهامه أبا موسى بالميل لأنهما ابنا أمير المؤمنين ، الأمر الذى ينفر منه الإمام العادل وتأباه طبيعة الإسلام .

(والثانى) أن عمر أجرى عليهما فى الربح حكم القراض الفاسد لأنهما عملا على أن يكون الربح لهما ولم يكن قد تقدم فى المال عقد يصح حملهما عليه ، فأخذ منهما جميع الربح ، وعارضهما على العمل بأجرة المثل وقدره بنصف الربح فرده عليهما أجرة ، وهو اختيار أبى إسحاق المروزى .

(والثالث) أن عمر أجرى عليهما أجراً فى الربح حكم القراض الصحيح ، وإن لم يتقدم منهما عقد ، لأنه كان من الأمور العامة ما يتسع حكمه عن العقود الخاصة ، فلما رأى المال لغيرهما والعمل منهما ولم يرهما متعديين فيه ، جعل ذلك عقد قراض صحيح . وهذا ذكره أبو على بن أبى هريرة . فعلى هذا الوجه يكون القول والفعل معاً دليلا ، ثم الحديث الذى ساقه المصنف من مساقاة النبى صلى الله عليه وسلم أهل خيبر على شطر ما يخرج من تمر وزرع لا يدل بمنطوقه على هذا وإنما يدل بالمفهوم أو المحمول ، لأن المساقاة عمل فى محل استوجب به شطر ثمر فاقتضى ذلك جواز القراض من طريق المعنى . وقد ذهب الماوردى إلى أن صحة القراض دليل على جواز المساقاة .

قوله : النقار وهو مذاب الفضة وقبل الذوب هى تبر ، والسبائك جمع سبيكة القطعة المستطيلة من الذهب .

والفلوس جمع فلس وهو أدنى ما يتعامل به من المال ، ويسمى فى الشام قرشا وفى العراق فلسا ، وفى مصر والسودان مليما ، وفى الحجاز ونجد هللة ، وفى اليمن بقشة ، وفى المغرب والجزائر بيزا أو بسيطة ، وفى اليونان دراخما ، وفى اليابان ين وفى إنجلترا وأمريكا بنس ، والفرق بين الفلوس قديماً وحديثاً أوضحناها فى كتابنا (تاريخ النقود الإسلامية) .

فإذا ثبت أن القراض جائز بين المتعاقدين لأنه عقد معونة وإرفاق ؛ فإنه عقد اختيار وليس عقد لزوم ويجوز لمن شاء منهما أن يفسخه ، ومن أجل تيسير رد رأس المال على صاحبه لم يبحه الفقهاء إلا بالدراهم والدنانير .

قال الشافعى : ولا يجوز القراض إلا فى الدراهم والدنانير التى هى أثمان الأشياء وقيمتها وحكى عن طاووس والأوزاعى وابن أبى ليلى جواز القراض بالعروض لأنها كالدراهم والدنانير ، ولأن كل عقد صح بالدراهم الدنانير صح بالعروض كالبيع ، وهذا خطأ لأن القراض مشروط برد رأس المال واقتسام الربح وعقده بالعروض يمنع من هذين الشرطين أما رد رأس المال فلأن من العروض مالا مثل لها فلم يمكن ردها .

وأما الربح فقد يفضى إلى اختصاص أحدهما به دون الآخر لأنه إن زاد خيره العامل بالربح فاختص به رب المال ، وإن نقص أخذ العامل شطر فاضله من غير عمل ، وهذه أمور يمنع القراض منها فوجب أن يمنع مما أدى إليها ، ولأن كل مال يمنع ما يوجب القراض منع من أن ينعقد عليه القراض كالمنافع .

فأما الجواب عن قياسهم على الدراهم والدنانير فهو أنها لا تمنع موجب القراض وأما قياسهم على البيع فالمعنى فيه أنه لا يلزم فيه رد مثل ولا قسمة ربح فجاز بكل مال ، فإذا ثبت أن القراض لا يصح إلا بالدراهم والدنانير فلا يصح إلا بما كان منها مضروباً لا غش فيه ، فإنه بالنقار والسبائك لا يجوز ، وبه قال أبو حنيفة ، وكذلك بالفضة المغشوشة ، وذهب أبو حنيفة إلى جوازها إذا كانت الفضة أكثر اعتباراً بحكم الأغلب ، وهذا خطأ لأن غش الفضة بالنحاس لو تميز عنها لم يجز به القراض فإذا خالطها لم يجز به القراض ، ولأن ما لم تخلص فضته لم تجز مقارضته كالكثير الغش .

فإن قيل : فمن شرطها أن تكون معلومة القدر والصفة عند عقد القراض بها فإن تقارضا على مال لا يعلمان قدره كان القراض باطلا للجهل بما تعاقدا عليه ، وإن علما قدره وجهلا صفته بطل القراض ، لأن الجهل بالصفة كالجهل بالقدر فى بطلان العقد ، فلو عقد القراض على ألف من أنواع شتى ، فإن علما كل نوع منها صح العقد ، وإن جهلاه بطل .

فلو دفع إليه ألف درهم وألف دينار على أن يقارض بأى الألفين شاء ويستودعه الأخرى لم يجز للجهل بالقراض هل عقد بألف درهم أو بألف دينار ؟ كما لو أعطاه مبلغاً من العملة الصعبة كالدولار والمارك والاسترلينى ومبلغاً من العملة الأخرى ولكل من النقدين قيمة رسمية وقيمة حرة ، وقيمة محلية وأخرى فى أسواقها الرسمية أو الدولية ، ولم يحدد له أحد النوعين المراد به القراض كان العقد باطلا . ولو دفع إليه بكيسين فى كل واحد منهما ألف دينار على أن تكون إحدى الألفين قراضا والأخرى وديعة ففيه وجهان .

(أحدهما) يجوز ويكون قراضا صحيحاً لأنه معقود على ألف دينار معلومة لتساوى الألفين .

(والثانى) لا يجوز للجهل بمال القراض من مال الوديعة ، ولكن لو دفع إليه ألفا وألفا على أن له من ربح أحد الألفين النصف ومن ربح الآخر الثلث ، فإن عين الألف التى شرط له نصف ربحها من الألف التى شرط له ثلث ربحها جاز وكانا عقدين ، وإن لم يعين لم يجز للجهل بمال كل واحد من العقدين .

وإذا كانت لرجل فى يد رجل ألف درهم وديعة فقارضه عليها وهما يعلمان قدرها وصفتها جاز ، ولو كانا يجهلان القدر أو الصفة لم يجز ، ولو قال له : قد قارضتك على ألف من دينى التى على فلان فاقتضى منه قراضا لم يجز لأنه قراض على ملك غائب ، فإن قبضها وأنجز بها صح القبض لأنه وكل فيه ، وكان الربح والخسران لرب المال وعليه ، لحدوثها عن ملكه فى قراض فاسد ، ولو كان له على العامل دين فقال له : قد جعلت ألفا من دينى عليك قراضا فى بدل لم يجز ، تعليلا بأنها قراض على مال غائب ، وفيما حصل فيه من الربح والخسران قولان حكاهما أبو حامد فى جامعه تخريجا .

(أحدهما) أنه لرب المال وعليه ، كالحادث عن مقارضة من دين على غيره ، فعلى هذا تبرأ ذمة العامل من الدين إذا اتجر به .

(والقول الثانى) وهو الأصح أن الربح والخسران للعامل وعليه دين رب المال ، والفرق بين كون الدين عليه وبين كونه على غيره أن قبضه من غيره صحيح لأنه وكيل فيه لرب المال فعاد الربح والخسران على رب المال لحدوثها عن ملكه ، وقبضه من نفسه فاسد لأنه يصير مشتريا لنفسه بنفسه فعاد الربح والخسران عليه دون رب المال لحدوثها عن ملكه لأن فى كل واحد من الموضعين يعود الربح والخسران على من له المال .

فرع فأما إذا غصبه ألفا ثم قارضه عليها فهذا على ضربين .

أحدهما : أن يكون قد استهلكها بالغصب فقد صارت بالاستهلاك ديناً ، فيكون على ما ذكرنا والثانى : أن تكون باقية فهذا على ضربين .

(أحدهما) أن يقارض عليهما بعد إبرائه من ضمانها فيجوز لأنها تصير بعد الإبراء وديعة .

(والثانى) أن يقارضه عليها من غير تصريح بإبرائه منها ، ففى القراض وجهان .

(أحدهما) باطل لأنها مضمونة عليه كالدين وبما حصل فيها من ربح وخسران فلرب المال وعليه .

(والثانى) وهو صحيح أن القراض صحيح لأنه قراض على مال حاضر كما لو باعها عليه أو وهبها منه . وفى براءته بذلك من ضمانها ثلاثة أوجه :

(الأول) براءته من ضمانها لأنه قد صار مؤتمنا عليها . (الثانى) لا يبرأ من ضمانها كما لا يبرأ الغاصب من ضمان ما ارتهن . (الثالث) أنه ما لم يتصرف فيها بعقد القراض فضمانها باق عليه ، وإن تصرف فيها بدفعها فى ثمن ما ابتاعه بها برىء من ضمانها إن عاقد عليها بأعيانها ، ولم يبرأ إن عاقد بها فى ذمته لأنها فى التعيين مدفوعة إلى مستحقها بإذن مالكها فصار كردها عليه، وفيما تعلق بذمته يكون مبرئاً لنفسه .

فأما إذا دفع إليه عرضاً وأمره ببيعه والمضاربة بثمنه لم يجز لعلتين :

(الأولى) جهالة ثمنه والقراض بالمال المجهول باطل .

(الثانية) عقده بالصفة ، والقراض بالصفات باطل فإن باعه العامل كان بيعه جائزاً لصحة الإذن فيه ، وإن اتجر به كان الربح والخسران لرب المال لحدوثها عن ملكه ، وللعامل أجرة مثله فى عمل القراض دون العرض ، لأنه لم يجعل له فى بيع العرض جعلا ، وإنما جعل له فى عمل القراض ربحاً فصار متطوعاً بالبيع معتاضاً على القراض . ولو قال خذ من وكيلى ألف

درهم فضارب بها لم يجز لعلة واحدة ، وهو أنه قراض بصفة وما حصل من ربح وخسران فلرب المال وعليه .

فأما إذا دفع شبكة إلى صياد ليصيد بها ويكون الصيد بينهما لم يجز وكان الصيد للصياد وعليه أجرة الشبكة ، وقد مضى تفصيل ذلك من التكملة الأولى ومناقشة كل من القائلين بأن الشبكة لمالكها وعليه أجر المثل للصياد . أو أن المصيد للصياد وعليه أجر الشبكة ، والاتفاق على أن الصيد لا يقسم بين الصياد والمالك مرابحة قياساً على المزارعة . والفرق بين صيد الصياد ونتاج الماشية أن حدوث النتاج من أعيانها فكان لمالكها دون عاملها وحصول الصيد بفعل الصياد فكان له دون مالك الشبكة فى رأى الماوردى وكان لمالك الشبكة حتى لا يضيع تعب العامل إذا لم تخرج الشبكة صيداً فى رأى السبكى وعلى صاحبها أجر مثله وعلى هذا لو دفع سفينة إلى ملاح ليعمل فيها بنصف كسبها لم يجز ، وكان الكسب للملاح لأنه بعمله وعليه لمالك السفينة أجرة المثل ، وهذه الأصول من أعظم ما تتميز به شريعتنا الإلهية من حماية العامل وجهده وكسبه ، وهى السمات الظاهرة المشرقة المشرقة فى مجتمع يقوم على الإسلام . وقال الشيخ محيى الدين النووى رضى الله عنه فى الروضة :

الركن الرابع : الصيغة .

القراض والمضاربة والمعاملة ، ألفاظ مستعملة فى هذا العقد . فإذا قال : فارضتك ، أو ضاربتك ، أو عاملتك ، على أن الربح بيننا نصفين ، كان إيجاباً صحيحاً . ويشترط القبول متصلا الاتصال المعتبر فى سائر العقود . ولو قال : خذ هذا الألف واتجر فيه ، على أن الربح بيننا نصفين ، فقطع القاضى حسين والبغوى ، بأنه قراض ، ولا يفتقر إلى القبول . وقال الامام : قطع شيخى والطبقة العظمى من نقلة المذهب : أنه لابد من القبول ، بخلاف الجعالة والوكالة ، لأن القراض عقد معاوضة يختص بمعين . ولو قال : قارضتك على أن نصف الربح لى ، وسكت عن جانب العامل ، لم يصح على الأصح . وقيل : يصح ويكون بينهما نصفين . ولو قال : على أن نصف الربح لك ، وسكت عن جانب نفسه ، أو على أن لك النصف ولى السدس ، وسكت عن الباقى ، صح على الصحيح ، وكان بينهما نصفين .

الركن الخامس : العاقدان .

فالقراض توكيل وتوكل ، فيعتبر فيهما ما يعتبر فى الوكيل والموكل ، ويجوز لولى الطفل والمجنون أن يقارض بمالهما ، سواء فيه الأب ، والجد ، والوصى ، والحاكم ، وأمينه .

فصل

إذا قارض فى مرض موته ، صح ، ويسلم للعامل الربح المشروط وإن زاد على أجرة المثل ، ولا يحسب من الثلث . ولو ساقاه فى مرض الموت ، وزاد على أجرة مثله ، حسبت الزيادة من الثلث على الأصح ، والفرق : أن النماء فى المساقاة من عين المال .

فصل

يجوز أن يقارض الواحد اثنين وعكسه . فإذا قارض اثنين ، وشرط لهما نصف الربح بالسوية ، جاز ، ولو شرط لأحدهما ثلث الربح ، وللآخر ربعه ، فإن أبهم ، لم يجز . وإن عين صاحب الثلث وصاحب الربع ، جاز . قال الامام : وإنما يجوز أن يقارض اثنين إذا أثبت لكل واحد الاستقلال . فإن شرط كل واحد مراجعة الآخر ، لم يجز . هذا كلام الامام ، وما أظن الأصحاب يساعدونه عليه . وإذا قارض اثنان واحداً ، فليبينا نصيب العامل من الربح ، ويكون الباقى بينهما على قدر ماليهما . ولو قالا : لك من نصيب أحدنا من الربح الثلث ، ومن نصيب الآخر الربع ، فإن أبهما ، لم يجز . وإن عينا وهو عالم بقدر مال كل واحد ، جاز ، إلا أن يشترطا كون الباقى بين المالكين على غير ما تقتضيه نسبة المالين .

فصل

إذا فسد القراض بتخلف بعض الشروط ، فله ثلاثة أحكام . أحدها : تنفذ تصرفاته كنفوذها فى القراض الصحيح لوجود الإذن كالوكالة الفاسدة .

الثانى : سلامة الربح بكماله للمالك . الثالث : استحقاق العامل أجرة مثل عمله ، سواء كان فى المال ربح ، أم لا ، وهذه الأحكام مطردة فى صور الفساد ، لكن لو قال : قارضتك على أن جميع الربح لى ، وقلنا : هو قراض فاسد ، لا إبضاع ، ففى استحقاق العامل أجرة المثل ، وجهان . أصحهما : المنع ، لأنه عمل مجاناً .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا يجوز الا على جزء من الربح معلوم ، فان قارضه على جزء مبهم لم يصح ، لأن الجزء يقع على الدرهم والألف فيعظم الضرر ، وان قارضه على جزء مقدر كالنصف والثلث جاز لأن القراض كالمساقاة ، ((وقد ساقى رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر على شطر ما يخرج من تمر وزرع)) وان قارضه على درهم معلوم لم يصح ، لأنه قد لا يربح ذلك الدرهم فيستضر العامل ، وقد لا يربح الا ذلك الدرهم فيستضر رب المال .

وان قال : قارضتك على أن الربح بيننا ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يصح لأنه مجهول ، لأن هذا القول يقع على التساوى وعلى التفاضل .

(والثانى) يصح لأنه سوى بينهما فى الاضافة فحمل على التساوى ، كما لو قال : هذه الدار لزيد وعمرو . وأن قال : قارضتك على أن لى نصف الربح ففيه وجهان :

(أحدهما) يصح ، ويكون الربح بينهما نصفين ، لأن الربح بينهما ، فاذا شرط لنفسه النصف دل على أن الباقى للعامل .

(والثانى) لا يصح وهو الصحيح ، لأن الربح كله لرب المال بالملك ، وانما يملك العامل جزءاً منه بالشرط ولم يشرط له شيئاً فبطل .

وان قال : قارضتك على أن لك النصف ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يصح ، لأنه لم يبين ما لرب المال .

(والثانى) يصح ، وهو الصحيح ، لأن ما لرب المال لا يحتاج الى شرط ، لأنه يملكه بملك المال . وانما يحتاج الى شرط ما للعامل ، فاذا شرط للعامل النصف بقى الباقى على ملك رب المال ، فعلى هذا لو قال : قارضتك على أن لك النصف ولى الثلث وسكت عن السدس صح ، ويكون النصف له لأن الجميع له الا ما شرطه للعامل ، وقد شرط له النصف ، فكان الباقى له .

فصـــل وان قال : قارضتك على أن الربح كله لى أو كله لك ، بطـل القراض ، لأن موضوعه على الاشتراك فى الربح ، فاذا شرط الربح لأحدهما ، فقد شرط ما ينافى مقتضاه فبطل . وان دفع اليه ألفا وقال : تصرف فيـــه والربح كله لك فهو قرض لا حق لرب المال فى ربحه ، لأن اللفظ مشترك بين القراض والقرض ، وقد قرن به حكم القرض ، فانعقد القرض به كلفظ التمليك لما كان مشتركا بين البيع والهبة اذا قرن به الثمن كان بيعاً . وان قال : تصرف فيه والربح كله لى فهو بضاعة ، لأن اللفظ مشترك بين القراض والبضـاعة ، وقد قرن به حكم البضاعة فكان بضاعة كما قلنا فى لفظ التمليك .

(فصـــل) ولا يجوز أن يختص احدهما بدرهم معلوم ثم الباقى بينهما لأنه ربما لم يحصـل ذلك الدرهم فيبطل حقـه ، وربما لم يحصـل غير ذلك الدرهم فيبطل حق الآخر ، ولا يجوز أن يخص أحدهما بربح ما فى الكيسين ، لأنه قد لا يربح فى ذلك فيبطل حقه أو لا يربح الا فيه ، فيبطل حق الآخـــر ولا يجوز أن يجعل حق احدهما فى عبد يشتريه ، فان شرط أنه اذا اشترى عبدا أخذه برأس المال او أخذه العامل بحقه ، لم يصح العقد ، لأنه قد لا يكون فى المال ما فيه ربح غير العبد فيبطل حق الآخر) .

الشرح حديث المساقاة رواه الجماعة عن ابن عمـر ولفظه « أن النبى صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع » ورواه الشيخان بلفظ « أن النبى صلى الله عليه وسلم لما ظهر على خيبر سأله اليهود أن يقرهم بها على أن يكفونا عملها ولهم نصف الثمرة فقـال لهم : نقركم بها على ذلك ما شئنا» وللبخارى «أعطى يهود خيبر أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها » ولمسلم وأبى داوود والنسائى « دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ، ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ثمرها » ورواه أحمد عن عمر بلفظ « أن النبى صلى الله عليه وسلم عامل يهود خيبر على أن نخرجهم متى شئنا » ورواه البخـارى بمعناه ، ورواه أحمد وابن ماجه عن ابن عباس بلفظ « أن النبى صلى الله عليه وسلم دفع خيبر أرضها ونخلها مقاسمة على النصف » ورواه البخارى عن أبى هريرة بلفظ « قالت الأنصار للنبى صلى الله عليه وسلم : اقسم بيننا وبين إخواننا ــ المهاجرين ــ النخل ، قال : لا ، فقالوا : تكفونا العمـــل ونشرككم فى الثمرة ، فقالوا سمعنا وأطعنا » .

أما الأحكام فقد قال النووى فى الروضة :

الشرط الثانى : أن يكون مشتركاً بينهما . فلو قال : قارضتك على أن يكون جميع الربح لك ، فوجهان . أصحهما : أنه قراض فاسد رعاية للفظ . والثانى : أنه قراض صحيح رعاية للمعنى . ولو قال : قارضتك على أن الربح كله لى ، فهل هو قراض فاسد ، أم إبضاع ؟ فيه الوجهان . ولو قال : أبضعتك على أن نصف الربح لك ، فهو إبضاع ، أم قراض ؟ فيه الوجهان . ولو قال : خذ هذه الدراهم وتصرف فيها والربح كله لك ، فهو قرض صحيح عند ابن سريج والأكثرين ، بخلاف ما لو قال : قارضتك والربح كله لك ، لأن اللفظ صريح فى عقد آخر . وقال الشيخ أبو محمد : لا فرق بين الصورتين . وقال القاضى حسين : الربح والخسران للمالك ، وللعامل أجرة المثل ، ولا يكون قرضاً ، لأنه لم يملكه . ولو قال : تصرف فيها والربح كله لى ، فهو إبضاع .

الشرط الثالث : أن يكون معلوماً . فلو قال : قارضتك على أن لك فى الربح شركاً ، أو شركة ، أو نصيباً ، فسد . وإن قال : لك مثل ما شرطه فلان لفلان ، فإن كانا عالمين به ، صح . وإن جهله أحدهما ، فسد ولو قال : الربح بيننا ، ولم يبين ، فوجهان . أحدهما : الفساد . وأصحهما : الصحة ، وينزل على النصف ، كقوله : هذه الدار بينى وبين زيد ، يكون مقراً بالنصف . ولو قال : على أن ثلث الربح لك ، وما بقى فثلثه لى وثلثاه لك ، صح . وحاصله اشتراط سبعة أتساع الربح للعامل ، هذا إذا علما عند العقد أن المشروط للعامل بهذا اللفظ كم هو ؛ فإن جهلاه أو أحدهما ، صح أيضاً على الأصح ، وبه قطع فى « الشامل » ، لسهولة معرفته . ويجرى الخلاف ، فيما إذا قال : [لك] من الربح سدس ربع العشر ، وهما لا يعلمان قدره عند العقد أو أحدهما .

الشرط الرابع : أن يكون العلم به من حيث الجزئية ، لا من حيث التقدير. فلو قال : لك من الربح ، أو لى منه درهم أو مائة ، والباقى بيننا نصفين ، فسد القراض . وكذا لو قال : نصف الربح إلا درهماً ، وكذا إذا اشترط أن يوليه سلعة كذا إذا اشتراها برأس المال ، لأنه ربما لا يربح إلا فيها ، أو أن يلبس الثوب المشترى ، أو يركب الدابة ، أو اختصاص أحدهما بربح

صنف من المال ، أو قال : ربح أحد الألفين لى ، وربح الآخر لك ، وشرط تمييز الألفين . فلو دفعهما إليه ولا تمييز ، وقال : ربح أحدهما لى ، وربح الآخر لك ، فسد أيضاً على الأصح .وقيل : يصح ويكون كقوله : نصف ربح الألفين لك .

فـــرع

لا يجوز أن يعلق القراض ، فيقول : إذا جاء رأس الشهر فقد قارضتك ، كما لا يعلق البيع ونحوه . ولو قال : قارضتك الآن ولا تتصرف حتى ينقضى الشهر ، فقيل : يجوز كالوكالة . والأصح : لا يجوز كقوله : بعتك ولا تملك إلا بعد شهر .

الركن الثالث : الربح ، وله أربعة شروط .

الأول : أن يكون مخصوصاً بالمتعاقدين . فلو شرط بعضه لثالث فقال : على أن يكون ثلثه لك ، وثلثه لى ، وثلثه لزوجتى ، أو لابنى ، أو لأجنبى ، لم يصح ، إلا أن يشرط عليه العمل معه ، فيكون قراضاً مع رجلين . ولو كان المشروط له عبداً لمالك ، أو عبداً لعامل ، كان ذلك مضموماً إلى ما [شرط] للمالك أو للعامل . ولو قال : نصف الربح لك ونصفه لى ، ومن نصيبى نصفه لزوجتى ، صح القراض ، وهذا وعد هبة لزوجته . ولو قال للعامل : لك كذا على أن تعطى ابنك أو امرأتك نصفه ، قال القاضى أبو حامد : إن ذكره شرطاً ، فسد القراض ، وإلا ، فلا .

أما الأحكام فقد قال الشافعى : ولا يشترط أحدهما درهما على صاحبه وما بقى سهما ويشترط أن يوليه سلعة ، أو على أن يرتفق أحدهما بشىء دون صاحبه ، وهذا صحيح ، فقد ظهر أن عقد القراض موجب لاشتراك رب المال والعامل فى الربح ولا يختص به أحدهما دون الآخر ، لأن المال والعمل متقابلان ، فرأس المال فى مقابلة عمل العامل ، ولذلك وجب أن يشتركا فى الربح ، ولم يجز أن يختص به أحدهما مع تساويهما ، وإذا منعنا

من اختصاص أحدهما بالربح دون الآخر وجب أن يمنعا مما يؤدى إلى اختصاص أحدهما بالربح دون الآخر ، فمن ذلك أن يشترط أحدهما لنفسه من الربح درهما معلوما والباقى لصاحبه أو بينهما فلا يجوز ، لأنه قد لا يحصل من الربح إلا الدرهم المشروط فينفرد به أحدهما وينصرف الآخر بغير شيء مع وجود العمل وحصول الربح ، ومثاله فى البيوع أن يبيعه الثمرة إلا مداً يستثنيه لنفسه فيبطل البيع لأنه قد يجوز أن تهلك الثمرة إلا ذلك المد ، فيصير البائع آخذاً للثمن والثمرة معاً ولو شرطا تفاضلا فى الربح مثل أن يشترط أحدهما عشر الربح وتسعة أعشاره للآخر جاز لأنه ليس ينصرف أحدهما بغير ربح ، ومثاله فى البيوع أن يبيع الثمرة إلا عشرها فيصح البيع لأن ما بقى منها فهو مبيع وغير مبيع .

قال الماوردى : ومن ذلك أن يشترط أحدهما أن يولى ما يرتضيه أو ما يكتسبه برأس ماله فيبطل القراض لأنه قد لا يكون فى المشترى ربح إلا فيما تولاه فيصير مختصا بجميع الربح ويخرج الآخر بغير ربح ، ومن ذلك أن يشترط أحدهما ربحاً دون صاحبه ، مثل أن يشترط ركوب ما اشتراه من الدواب أو لبس ما اشتراه من الثياب مدة بقائها فى القراض فيبطل العقد لأنه قد لا يكون فى أثمانها فضل إلا ما اختص به أحدهما من الرفق فيصير منفرداً بالربح لأن المنفعة مقومة كالأعيان فأما إذا شرطا جميع الربح لأحدهما فهما مسألتان :

(الأولى) أن يشترطا جميع الربح لرب المال .

(الثانية) أن يشترطا جميع الربح للعامل ، فإذا شرط الأول نظر فيه ، فإن لم يقل رب المال عند دفعه : إنه قراض ولكن قال : خذه فاشتر به وبع ولى جميع الربح فهذه استعانة بعمله وليس بقراض والعامل متطوع بعمله فيه وجميع الربح لرب المال ولا أجرة للعامل فى عمله .

وإن قال اتخذه قراضاً على أن جميع الربح لى ، فهذا قراض فاسد وجميع الربح لرب المال وفى استحقاق العامل أجرة مثله وجهان :

(أحدهما) وهو قول المزنى إنه لا أجرة له ، لأنه مع الرضا بأن لا ربح له متطوع بعمله .

(والثانى) وهو قول ابن سريج إن له أجرة مثله لعمله فى قراض فاسد ، فصار كالمزوجة من غير صداق تستحق بذلك مهر المثل .

وأما إن شرطا جميع الربح للعامل فهذا على ضربين :

(أحدهما) أن يقول رب المال خذه قراضا على أن جميع الربح لك ، فهذا فاسد وجميع الربح لرب المال على حكم القراض الفاسد وللعامل أجرة مثله لدخوله على عوض لم يحصل له .

(والضرب الثانى) أن يقول : خذه على جميع ربحه لك ولا يصرح فى حال الدفع بأنه قراض ، ففيه لأصحابنا وجهان :

(أحدهما) أن يكون سلفاً ولا يكون قراضاً لأنه غير منطوق به ، فعلى هذا يكون ضامنا للمال وجميع الربح له .

(والوجه الثانى) أن يكون قراضاً فاسداً ولا يكون قراضاً ولا سلفاً لأنه غير منطوق به ، فعلى هذا لا يكون ضامنا للمال ، ويكون جميع الربح لرب المال ، وللعامل أجرة المثل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يجوز أن يعلق العقد على شرط مستقبل لأنه عقد يبطل بالجهالة ، فلم يجز تعليقه على شرط مستقل كالبيع والأجارة .

فصل قال الشافعى رحمه الله : ولا تجوز الشريطة الى مدة ، فمن أصحابنا من قال : لا يجوز شرط المدة فيه ، لأنه عقد معاوضة يجوز مطلقا فبطل بالتوقيت كالبيع والنكاح ، ومنهم من قال : ان عقده الى مدة على أن لا يبيع بعدها لم يصح لأن العامل يستحق البيع لأجل الربح ، فاذا شرط المنع منه ، فقد شرط ما ينافى مقتضاه فلم يصح . وان عقده الى مدة على أن لا يشترى بعدها صح ، لأن رب المال يملك المنع من الشراء اذا شاء ، فاذا شرط المنع منه فقد شرط ما يملكه بمقتضى العقد فلم يمنع صحته .

(فصـــل) ولا يصح الا على التجارة فى جنس يعم ، كالثياب ، والطعام والفاكهة فى وقتها ، فان عقده على مالا يعم كالياقوت الأحمر والخيل البلق وما أشبهها أو على التجارة فى سلعة بعينها لم يصح ، لأن المقصود بالقراض الربح ، فاذا علق على مالا يعم أو على سلعة بعينها تعذر المقصود ، لأنه ربما لم يتفق ذلك ، ولا يجوز عقده على أن لا يشترى الا من رجل بعينه ، لأنه قد لا يتفق عنده ما يربح فيه ، أو لا يبيع منه ما يربح فيه ، فيبطل المقصود .

(فصـــل) وعلى العامل أن يتولى ما جرت العادة أن يتولاه بنفسه من النشر والطى والايجاب والقبول ، وقبض الثمن ووزن ما خف كالعود والمسك ، لأن اطلاق الاذن يحمل على العرف ، والعرف فى هذه الأشياء أن يتولاها بنفسه ، فان استأجر من يفعل ذلك لزمه الاجرة فى ماله .

فأما ما لم تجر العادة أن يتولاه بنفسه ، كحمل المتاع ووزن ما يثقل وزنه فلا يلزمه أن يتولاه بنفسه ، وله أن يستأجر من مال القراض من يتولاه ، لأن العرف فى هذه الأشياء أن لا يتولاه بنفسه ، فان تولى ذلك بنفسه لم يستحق الأجرة لأنه تبرع به .

وان سرق المال او غصب فهل يخاصم السارق والغاصب ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يخاصم ، لأن القراض معقود على التجارة فلا تدخل فيه الخصومة (والثانى) أنه يخاصم فيه لأن القراض يقتضى حفظ المال والتجارة ولا يتم ذلك الا بالخصومة والمطالبة .

فصـــل ولا يجوز للعامل أن يقارض غيره من غير اذن رب المال لأن تصرفه بالاذن ولم يأذن له رب المال فى القراض فلم يملكه . فان قارضه رب المال على النصف وقارض العامل آخر واشترى الثانى فى الذمة ، ونقد الثمن من مال القراض ، وربح بنينا على القولين فى الغاصب اذا اشترى فى الذمة ونقد فيه المال المغصوب وربح ، فان قلنا بقوله القديم : ان الربح لرب المال فقد قال المزنى ههنا : ان لرب المال الربح والنصف الآخر بين العاملين نصفين .

واختلف أصحابنا فى ذلك فقال أبو اسحاق : هذا صحيح لأن رب المال رضى أن يأخذ نصف ربح فلم يستحق أكثر منه والنصف الثانى بين العاملين لأنهما رضيا أن يكون ما رزق الله بينهما ، والذى رزق الله تعالى هو النصف ، فان النصف الآخر أخذه رب المال فصار كالمستهلك ، ومن أصحابنا من قال : يرجع العامل الثانى على العامل الأول بنصف أجرة مثله ، لأنه دخل على أن يأخذ نصف ربح المال ، ولم يسلم له ذلك . وان قلنا بقوله الجديد فقد قال المزنى : الربح كله للعامل الأول ، وللعامل الثانى أجرة المثل . فمن أصحابنا

من قال : هذا غلط لأن على هذا القول الربح كله للعامل الثانى ، لأنه هو المتصرف فصار كالغاصب فى غير القراض ، ومنهم من قال : الربح للأول ، كما قال المزنى ، لأن العامل الثانى لم يشتر لنفسه ، وانما اشتراه للأول ، فكان الربح له بخلاف الغاصب فى غير القراض ، فان ذلك اشتراه لنفسه فكان الربح له) .

الشرح قال الشافعى : ولا يجوز أن يقارضه إلى مدة من المدد . فإذا عرفت ما قررناه فى أول الكتاب من أن القراض من العقود الجائزة لا اللازمة فقد صح عقده مطلقاً بدون شرط مدة أو تحديد وقت يكون القراض فيه ، فلو شرط مدة يكون القرض لازما بطل .

اذا ثبت هذا فاشتراط المدة على ضربين :

(أحدهما) أن يشترطا لرفع العقد فيها فيكون القراض باطلا لما ذكرنا .

(الثانى) أن يشترطا الفسخ فى العقد بعدها فهذا على ضربين :

(أحدهما) أن يشترطا فسخ القراض بعد المدة فى البيع والشراء فيكون القراض باطلا إذا فاته موجب العقد فى بيع ما حصل فى القراض من عرض .

(والثانى) أن يشترطا فسخ القراض بعد مضى المدة فى الشراء دون البيع فيكون القراض جائزا ، لأن له فسخ القراض فى الشراء عند مضى المدة فجاز أن يشترطه قبل مضى المدة .

ولو قال : خذ هذا المال قراضاً ما شئت أنا من الزمان أو ما شئت أنت جاز لأنه كذلك تكون العقود الجائزة ، ولو قال : خذه ما رضى فلان مقامك أو ما شاء فلان أن يقارضك لم يجز وكان قراضا فاسدا ، لأنه لا يجوز أن يكون قراضهما موقوفا على رأى غيرهما .

ولو قال : خذ المال قراضاً ما أقام العسكر ، أو إلى قدوم الحاج نظر ، فإن شرط لزومه فى هذه المدة كان باطلا ، وإن شرط فسخه بعدها فى الشراء دون البيع ، ففيه وجهان ، (أحدهما) : يجوز لما لهما من ذلك . (والثانى) : لا يجوز ، لأن لجهالة المدة قسطا من الغرر وتأثيراً فى الفسخ .

فـــرع عقد القراض يقتضى تصرف العامل فى المال بالبيع والشراء ، فإذا قارضه على أن يشترى به نخلا يمسك رقابها ويطلب ثمارها لم يجـز لأنه قيد تصرفه الكامل بالبيع والشراء ، ولأن القراض مختص بما يكـون النماء فيه نتيجة البيع والشراء وهو فى النخل نتيجة عن غير بيع ولا شراء فبطل أن يكون قراضاً ولا يكون مساقاة ، لأنه عاقده على جهالة بها قبل وجود ملكها ، وهكذا لو قارضه على شراء دواب أو مواشى يحبس رقابها ويطلب نتاجها لم يجز لما ذكرنا ، فإن اشترى بالمال النخل والدواب صح الشراء ومنع من البيع لأن الشراء عن إذن والبيع بغير إذن ، وكان الحاصل من الثمـار والنتاج ملكا لرب المال لأنه نتج عن ملكه ، وللعامل أجرة مثـله فى الشرط والخدمة لأنها عمل عاوض عليها ، وحكى عن محمد بن الحسن جواز ذلك كله حتى قال : لو أطلق القراض معه جاز له أن يشترى أرضاً أو يستأجرها ليزرعها أو يغرسها ويقتسما فضل زرعها وغرسها وهذا فاسد لما بيناه .

وأما القسم الثانى وهو مؤنة العمل فمنه ما يجب فى مال القراض ومنـه ما يلزم العامل ولا يجب فى مال القراض . فأما الأول فأجرة النقل والشحن وأرضيات الجمارك إذا لم يتأخر عن تسلمها من إهمال ، وأجـر الصـوامع والمخازن ، وما صار معهوداً من الرسوم والضرائب والدمغات التى لا يقدر على عدم أدائها فله دفع ذلك كله بالمعروف مـن رأس المال ثم وضـعه من الربح الحاصل فيه ليكون الفاضل بعد ذلك من الربح هو المقسوم بينهـما على شرطهما .

وأما ما يلزم العامل مالياً فما يدفع من المخالفات ورسوم الأرضـية فى الجمارك نتيجة الإهمال فى ترك الإسراع لتسلمها وتخليصها ، وما يلزمه عمليا فهو ما يفعله التجار من تحرير العقود ومباشرة عمليـات التسـويق والبيع وتنضيد السلع وعرضها وكتابة الأسعار عليها إن كانت أوامر السلطان تقضى بذلك ؛ أما الاعلان عن السلعة فى الصحف أو الحوائط أو شاشات العرض فتكون فى مال القراض أو على ما شرطاه .

وأما القسم الثالث وهو نفقة العامل فهو نوعان (أحـدهما) ما يختص

العامل بالتزامه كمأكوله وملبوسه ونفقة إقامته (والثانى) نفقة سفره ، فالذى رواه المزنى فى مختصره أن له النفقة بالمعروف . وقال فى جامعه الكبير : والذى أحفظ له أنه لا يجوز القراض إلا على نفقة معلومة فى كل يوم وعما يشتريه فيكتسبه ، فروى فى مختصره وجامعه وجوب النفقة ، وجعلها فى جامعه معلومة كنفقات الزوجات ، وفى مختصره بالمعروف كنفقات الأقارب ، فهذا ما رواه المزنى . وروى أبو يعقوب البويطى أنه لا ينفق على نفسه من مال المضاربة حاضراً كان أو مسافراً . فاختلف أصحابنا ، فكان أبو الطيب وأبو حفص بن الوكيل يجعلان اختلاف الروايتين على اختلاف قولين (أحدهما) وهو رواية المزنى أنه ليس له النفقة فى سفره لاختصاص سفره بمال القراض بخلاف نفقة الاستيطان .

والقول الثانى : لا نفقة له لما فيه من اختصاصه بالربح أو بشىء منه دون رب المال .

وقال أبو إسحاق المروزى وأبو على بن أبى هريرة : لا نفقة له قولا واحداً على ما رواه البويطى ، وحملا رواية المزنى على نفقة المبتاع دون العامل ، وهذا التأويل مدفوع بما بينه المزنى فى جامعه الكبير بقوله : نفقة معلومة فى كل يوم ، وثمن ما يشتريه فيكتسبه .

فرع قال الشافعى : وإذا سافر كان له أن يكترى من المال من يكفيه بعض المئونة فى الأعمال التى لا يعملها العامل ، وله النفقة بالمعروف اهـ .

والكلام فى هذه المسئلة التى ذكرها المصنف واستدللنا له عليها بقول الشافعى مشتمل على ثلاثة أقسام :

(الأول) فى جواز سفر العامل بمال القراض .

(الثانى) فى مئونة العمل .

(الثالث) فى نفقة العامل .

فأما الأول فلرب المال معه ثلاثة أحوال :

(الأول) أن ينهاه عن السفر به فلا يجوز أن يسافر إجماعا . فإن أذن له فى السفر إلى بلد لم يجز أن يسافر إلى غيره ، وإن لم يخص به بلداً جاز أن يسافر به إلى البلدان المأمونة المسالك والأمصار التى جرت عادة أهل بلده أن يسافروا بأموالهم ومتاجرهم إليها ولا يخرج عن العرف المعهود فيهـا ، وابعد إلى أقصى البلدان ، فإن أبعد إلى أقصى البلدان ضمن المال .

(الثانى) أن يطلق فلا يأمره ولا ينهاه ، فقد اختلف النـاس فى جـواز سفره بالمال ، فذهب الشافعى إلى أنه لا يجوز أن يسافر به قريباً ولا بعيداً سواء رد الأمر إلى رأيه أم لا .

وقال أبو حنيفة يجوز له أن يسافر بالمال إذا رأى ، وإن لم يأمره بذلك ما لم ينهه ، وقال أبو يوسف : يجوز أن يسافر بالمال إلى حيث يمكنه الرجوع من قبل الليل وقال محمد بن الحسن : يجوز له أن يسـافر بالمال إلى حيث لا يلزمه إليه مؤنة . ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « إن المسافر وماله على قلت إلا ما وقى الله » يعنى على خطر ، وهو لا يجوز أن يخاطر بالمال ، ولأنه مؤتمن فلم يجز أن يسافر بالمال كالوكيل ، ولأن كل سفر منع منه الوكيـل منع منه العامل ، كالسفر البعيد .

فـــرع قال الشافعى : فإن قارض العامل بالملك آخر من غير إذن صاحبه فهو ضامن فإن ربح به فلصاحب المال شطر الربح ثم يكون للذى عمل شطره مما بقى .

قال المزنى : هذا قوله فى القديم وأصل قوله الجديد المعروف أن كل عقد فاسد لا يجوز قال المزنى : فإن اشترى بعين المال فهو فاسد ، وإن اشـترى بغير العين جاز والربح للعامل الأول وعليه الضمان ، وللعامل الثانى أجرة مثله فى قياس قوله .

وقال الماوردى : إن العامل فى القراض ممنوع أن يقارض غيره بمـال

القراض ما لم يأذن له رب المال به إذناً صحيحاً صريحاً . وقال أبو حنيفة : إن قال له رب المال عند دفعه له : اعمل فيه برأيك جاز أن يدفع منه قراضاً إلى غيره لأنه مفوض إلى رأيه فجاز أن يقارض لأنه من رأيه . وهذا خطأ لأن قوله : اعمل فيه برأيك يقتضى أن يكون عمله فيه موكولا إلى رأيه ، فإذا قارض به كان العمل لغيره ولأنه لو قارض بجميع المال لم يجز ، وإن كان ذلك من رأيه لعدوله بذلك عن عمله إلى عمل غيره ، فكذلك إذا قارض ببعضه ، فإذا تقرر أنه لا يجوز أن يقارض غيره بالمال إلا بإذن صريح من رب المال فلا يخلو رب المال من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يأذن له فى العمل بنفسه ولا يأذن له فى مقارضة غيره (والثانى) أن يأذن له فى مقارضة غيره . (والثالث) أن يأذن له فى مقارضة غيره ولا يأذن له فى العمل بنفسه .

(فأما القسم الأول) فإن قارض غيره بالمال فقد تعدى وصار ضامنا للمال بعدوانه كالغاصب فيكون ربحه حكمه حكم الغاصب . ولمن يكون الربح ؟ على قولين : أحدهما وهو القديم أن ربح المغصوب لرب المال ، فعلى هذا قال المزنى ههنا إن لرب المال نصف الربح والنصف الآخر بين العاملين الأول والثانى .

فاختلف أصحابنا فى ذلك ، فكان أبو العباس بن سريج يقول :

يجب أن يكون على هذا القول جميع الربح لرب المال ، لأنه ربح مال مغصوب فأشبه المغصوب من غير مقارضة ، فإذا أخذ رب المال ماله وربحه كله رجع العامل الثانى على العامل الأول بأجرة مثله لأنه هو المستهلك لعمله والضامن له بقراضه ، فلو تلف المال فى يد العامل الثانى كان رب المال بالخيار فى الرجوع برأس ماله وربحه على من شاء منهما ، لأن الأول ضامن بعدوانه والثانى ضامن بيده ، فإن أغرم الأول لم يرجع على الثانى بشىء لأنه أمينه فيما غرمه . وإن أغرم الثانى رجع على الأول بما غرمه مع أجرة مثل عمله ، ولا يلزم رب المال — وإن أخذ جميع الربح — أن يدفع إلى واحد من العاملين أجرة المثل لإجراء حكم الغصب عليهما بالمخالفة .

وذهب أبو إسحاق المروزى وأبو على بن أبى هريرة وجمهور أصحابنا

إلى أن ما رواه المزنى على هذا القول صحيح ، وأن رب المال ليس له من الربح إلا نصفه خلاف المأخوذ غصباً محضاً ، لأن رب المال فى هذا الموضع دفع المال راضياً بالنصف من ربحه وجاعلا نصفه الباقى لغيره ، فلذلك لم يستحق منه إلا النصف . فأما النصف الثانى فقد روى المزنى أنه يكون بين العاملين ، فاختلف أصحابنا على وجهين .

(أحدهما) وهو قول أبى إسحاق المروزى أن هذا خطأ من المزنى فى نقله ، ويجب أن يكون النصف الباقى من الربح للعامل الأول ولا حق فيه للثانى لفساد عقده ، ويرجع على الأول بأجرة مثل عمله ، فجعل الربح بين رب المال والعامل الأول ، ويجعل للثانى أن يرجع بأجرة مثله على الأول . (والوجه الثانى) وهو قول أبى على بن أبى هريرة أن نقل المزنى صحيح ويكون النصف الباقى من الربح بين العاملين نصفين على شرطهما ، لأنه لما جرى على العامل الأول حكم القراض مع رب المال جرى على العامل الأول حكم القراض مع العامل الثانى فهذا حكم قوله الجديد .

(والثانى) وهو قوله فى الجديد : أن ربح المال المغصوب للغاصب ، فعلى هذا لا شىء لرب المال فى الربح وله مطالبة أى العاملين شاء برأس ماله ؛ لأن الأول ضامن بعدوانه والثانى ضامن بيـــده ، وقال أبو حنيفـــة : إن الربح للغاصب دون المغصوب لأن كل نماء حدث عن سبب كان ملك النماء لمالك السبب ، وربح المال المغصوب ناتج عن التقليب والعمل دون المال فاقتضى أن يكون ملكا لمن له العمل دون من له المال ، وهذه هى النظرية الحديثة المعاصرة التى تقول بأن فائض القيمة ناتج عن عمل العامل .

(وأما الثالث) وهو أن يأذن له فى مقارضة غيره ولا يأذن له فى العمل بنفسه فهو وكيل فى عقد القراض مع غيره ، فلم يجز أن يقارض نفسه كوكيل البيع لا يجوز له أن يبايع نفسه . ثم ينظر فإن كان رب المال قد عين له من يقارضه لم يجز أن يعدل عنه إلى غيره وإن لم يعينه له اجتهد رأيه فيمن يراه أهلا لقراضه من ذوى الأمانة والخبرة ، فإن قارض أميناً غير خبير بالتجارة لم يجز ، وإن قارض خبيراً بالتجارة غير أمين لم يجز حتى يجتمع الشرطان ، فإن عدل عن ذلك كان ضامناً . والله أعلم .

فـــرع

ليس للعامل أن يكاتب عبد القراض بغير إذن المالك . فإن كاتباه معـاً جاز ، وعتق بالأداء ، ثم إن لم يكن فى المال ربح ، فولاؤه للمالك ولا ينفسخ القراض بما جرى من الكتابة على الأصح ، بل ينسحب على النجوم ، وإن كان فيه ربح ، فالولاء بينهما على حسب الشرط ، وما يزيد من النجوم على القيمة ، ربح .

الحكم الثانى : منع مقارضة العامل غيره . فلو قارض بإذن المالك وخرج من الدين [1] وصار وكيلا فى مقارضة الثانى ، صح ، ولا يجوز أن يشرط العامل الأول لنفسه شيئاً من الربح . ولو فعل ، فسـد القراض الثـانى ، ولعامله أجرة المثل على المالك ، لما سبق أن شرط الربح لغير العامل والمالك ممتنع . وإن أذن [له] فى أن يعامل غيره ليكون ذلك الغير شريكا له فى العمل والربح المشروط له على ما يراه ، فقيل : يجوز كمقارضة شـخصين ابتداء ، والأصح : المنع . وإن قارض بغير إذن المالك ، فهو فاسد ، ويجىء فيه قول وقف عقد الفضولى على الاجازة . فإذا قلنـا بالمشـهور ، فتصرف الثانى فى المال وربح ، فهو كالغاصب إذا اتجر فى المغصوب . فإن تصرف فى عينه ، فتصرف فضولى ، وإن باع سلماً ، أو اشترى فى الذمـة وسلم المغصـوب فيما التزمه وربح ، فالربح للغاصب فى الجـديد ، وللمالك فى القديم . وفى هذا القديم ، أبحاث .

أحدها : هل الربح للمالك جزماً ، أم موقوف على إجازته ؟ قيل : بالوقف كبيع الفضولى على القديم . فعلى هذا ، إن رده ، ارتد ، سواء اشـترى فى الذمة ،أم بعين المغصوب ، وقال الأكثرون بالجزم ، وبنوه على المصلحة ، وكيف يصح وقف شراء الغاصب لنفسه على إجازة غيره ، وإنما قول الوقف إذا تصرف فى عين مال الغير أو له ؟

الثانى : أن هذا القول جارٍ فيما إذا كان فى المال ربح وكثرت التصرفات

---

(1) فى نسخة الظاهرية : من البين .

وعسر تتبعها ، فإن سهل وقلت ولا ربح ، فلا مجال له . فإن سهل وهناك ربح ، أو عسر ولا ربح ، فوجهان ، وسواء فى الربح القليل والكثير .

الثالث : لو اشترى فى ذمته ولم يخطر له أن يؤدى الثمن من الدراهم المغصوبة ، ثم خطر له ، قال الامام : ينبغى أن لا يجرى القديم إن صدقه المالك . وهذه المسألة تلقب بمسألة البضاعة ، وقد ذكرناها مختصرة فى أول البيع وفى الغصب . وإذا قلنا بالجديد ، فاشترى بعين مال القراض ، فباطل ، وإن اشترى فى الذمة ، فهل جميع الربح للعامل الثانى لأنه المتصرف كالغاصب ؟ أم للأول لأن الثانى تصرف باذنه كالوكيل ؟ وجهان . أصحهما : الأول ، وعليه للثانى أجرة عمله . وإذا قلنا : بالقديم ، ففيما يستحقه المالك من الربح ؟ وجهان . أحدهما : جميعه كالغصب . فعلى هذا ، للعامل الثانى أجرة عمله . قيل : يأخذها من العامل الأول ، لأنه استعمله ، وقيل : من المالك ، لأن نفع عمله عاد إليه . و [الوجه] الثانى وهو الصحيح : له نصف الربح ، لأنه رضى به ، بخلاف صورة الغصب . فعلى هذا ، فى النصف الثانى أوجه . قيل : كله للعامل الأول ، وللثانى عليه أجرة عمله ، لأنه غره . وقيل : للثانى . وقيل : بينهما بالسوية ، وهو الأصح . وعلى هذا ، فى رجوع الثانى بنصف أجرة المثل ، وجهان .أصحهما : لا ، لأنه أخذ نصف ما حصل لهما ، والوجهان فيما إذا كان الأول قال : على أن ربح هذا المال بيننا ، أو على أن لكل نصفه . فإن كان قال : ما رزقنا الله تعالى [من الربح] فهو بيننا ، فلا رجوع على المذهب ، وبه قطع الأكثرون ، لأن النصف ، هو الذى رزقاه وعن الشيخ أبى محمد ، طرد الوجهين ، لأن المفهوم ، بشطر جميع الربح . وجميع ما ذكرناه إذا كان القراضان على المناصفة ، فإن كانا هما أو أحدهما على نسبة أخرى ، فعلى ما تشارطا . هذا كله إذا تصرف الثانى وربح . أما لو هلك المال فى يده ، فإن كان عالماً بالحال ، فغاصب . وإن ظن العامل مالكاً ، فهو كالمستودع من الغاصب ، لأن يده أمانة . وقيل : كالمتهب من الغاصب ، لعود النفع إليه ، وقد سبق بيانهما ضماناً وقراراً .

الحكم الثالث : منعه السفر بمال القراض ، فليس له السفر به بغير إذن المالك ، وفى قول : له ذلك عند أمن الطريق ، نقله البويطى . فعلى المشهور :

لو سافر ، ضمن المال ، ثم إن كان المتاع بالبلدة التى سافر إليها أكثر قيمة ، أو تساوت القيمتان ، صح البيع ، واستحق الربح بسبب الإذن . وإن كان أقل قيمة ، لم يصح البيع ، إلا أن يكون النقص قدراً يتغابن به . وإذا صححنا البيع ، فالثمن الذى يقبضه مضمون عليه ، بخلاف الوكيل فى البيع إذا تعدى ثم باع ، لا يضمن الثمن الذى يقبضه ، لأنه لم يتعد فيه ، وهنا العدوان بالسفر ، وهو شامل ، ولا تعود الأمانة بالعود من السفر . أما إذا سافر بالإذن ، فلا عدوان ولا ضمان . قال المتولى : ويبيع بما كان يبيعه فى البلد الذى سافر منه ، فإن لم يساو إلا ما دونه ، فإن ظهر [فيه] غرض ، بأن كانت مؤنة الرد أكثر من قدر النقص ، أو أمكن صرف الثمن إلى متاع يتوقع فيه ربحاً ، فله البيع ، وإلا ، فلا يجوز ، لأنه تخسير محض .

قلت : وإذا سافر بالإذن ، لم يجز سفره فى البحر إلا بنص عليه . والله أعلم

أجرة الكيال والوزان والحمال ، فى مال القراض ، وكذا أجرة النقل إذا سافر بالاذن ، وكذا أجرة الحارس والرصدى .

فـــرع

لا يجوز للعامل أن يتصدق من مال القراض بشىء أصلا ، ولا أن ينفق منه على نفسه فى الحضر قطعاً . وفى السفر ، قولان . أظهرهما : لا نفقة له ، كالحضر . والثانى : له . وقيل : بالمنع قطعاً . وقيل : بالاثبات قطعاً . فإن أثبتنا ، فالأصح أنه يختص بما يزيد بسبب السفر ، كالخف والاداوة وشبههما . وقيل : يطرد فى كل ما يحتاج إليه من طعام وكسوة وإدام وغيرها .

قلت :وإذا قلنا بالاختصاص ، استحق أيضاً ما يتجدد بسبب السفر من زيادة النفقة ، واللباس ، والكراء ، ونحوها . والله أعلم .

ويتفرع على الاثبات مسائل .

منها : لو استصحب مال نفسه مع مال القراض ، وزعت النفقة على قدر المالين . قال الامام : ويجوز أن ينظر إلى قدر العمل على المالين ، ويوزع على أجرة مثلهما . وقال أبو الفرج السرخسى ما يوزع إذا كان ماله قدراً يقصد السفر له .

قلت : وقد قال بمثل قول السرخسى أبو على فى « الافصاح » ، وصاحب « البيان » . والله أعلم .

ومنها : لو رجع العامل ومعه فضل راحلة أو آلات أعدها للسفر ، كالمطهرة ونحوها ، لزمه ردها إلى مال القراض على الصحيح .

ومنها : لو استرد المالك المال منه فى الطريق أو فى البلد الذى سافر إليه ، لم يستحق نفقة الرجوع على الأصح ، كما لو خالع زوجته فى السفر .

ومنها : أنه يشترط أن لا يسرف ، بل يأخذ بالمعروف ، وما يأخذه يحسب من الربح ، فإن لم يكن ربح ، فهو خسران لحق المال . ومهما أقام فى طريقه فوق مدة المسافرين فى بلد ، لم يأخذ لتلك المدة .

ومنها : لو شرط نفقة السفر فى ابتداء القراض ، فهو تأكيد إذا أثبتناها، وإلا ، فسد القراض على الأصح ، كما لو شرط نفقة الحضر . والثانى : لا ، لأنه من مصالح العقد . وعلى هذا ، فى اشتراط تقديرها ، وجهان . وعن رواية المزنى فى « الجامع » أنه لابد من شرط النفقة فى العقد مقدرة ، لكن لم يثبتها الأصحاب .

فصل

هل يملك العامل حصته من الربح بالظهور كالمساقاة ، أم لا يملك إلا بالقسمة ؟ قولان . أظهرهما عند الأكثرين : الثانى . فإن قلنا : بالظهور ، فليس ملكاً مستقراً ، فلا يتسلط العامل على التصرف فيه ، لأن الربح وقاية لرأس المال . فلو اتفق خسران ، كان من الربح دون رأس المال ما أمكن .

ولذلك نقول : إذا طلب أحدهما قسمة الربح قبل فسخ القراض ، لا يجبر الآخر . فإذا ارتفع القراض والمال ناض واقتسماه ، حصل الاستقرار وهو نهاية الأمر . وكذلك لو كان قدر رأس المال ناضاً ، فأخذه المالك واقتسما الباقى . وفى حصول الاستقرار بارتفاع العقد ، ونضوض المال من غير قسمة، وجهان . أصحهما : نعم ، للوثوق بحصول رأس المال ، والثانى : لا ، لأن القسمة الباقية من تتمة عمل العامل . وإن كان المال عرضاً ، بنى على خلاف يأتى إن شاء الله تعالى ، فى أن العامل هل يجبر على البيع والتنضيض ؟ إن قلنا : نعم ، فالمذهب أنه لا استقرار ، إذ لم يتم العمل ، وإلا ، فوجهان ، كما لو كان ناضاً . ولو اقتسما الربح بالتراضى قبل فسخ العقد ، لم يحصل الاستقرار ، بل لو حصل خسران بعده ، كان على العامل جبره بما أخذ . وإذا قلنا : لا يملك إلا بالقسمة ، فله فيه حق مؤكد حتى يورث عنه ، لأنه وإن لم يملكه ، فقد ثبت له حق التملك ، ويقدم على الغرماء ، لتعلق حقه بالعين ، وله أن يمتنع من العمل بعد ظهور الربح ، ويسعى فى التنضيض ليأخذ منه حقه . ولو أتلف المالك المال ، غرم حصة العامل ، وكان الاتلاف كالاسترداد .

فصل
فيما يقع فى مال القراض من زيادة أو نقص

أما الزيادة ، فثمرة الشجرة المشتراة للقراض ، ونتاج الدابة ، وكسب الرقيق ، وولد الجارية ، ومهرها إذا وطئت بشبهة ، وبدل منافع الدواب والأرض ، سواء وجب باستعمالها عدواناً أو باجارة صدرت من العامل ، فإن له الاجارة . فإذا رأى فيها المصلحة ، أطلق الامام الغزالى : أن هذه كلها مال قراض ، لأنها من فوائده ، وقال المتولى : إن كان فى المال ربح ، وملكنا العامل حصته بالظهور ، فالجواب كذلك . فإن لم يكن ربح ، أو لم نملكه ، فمن الأصحاب من قال : مال قراض . وقال جمهورهم : يفوز بها المالك ، لأنها ليست من فوائد التجارة . ويشبه أن يكون هذا أولى . فإن جعلناها مال قراض ، فالأصح أنها من الربح . وقيل : هى شائبة فى الربح

ورأس المال . ولو وطئها المالك ، قال الغزالى وغيره : يكون مستردا مقدار المهر ، فيستقر نصيب العامل منـه ، وقال البغـوى : إن كان فى المال ربح وملكناه بالظهور ، وجب نصيب العـامل من الربح ، وإلا ، فلا شىء له . واستيلاد المالك جارية القراض ، كاعتاقها . وإذا أوجبنا المهر بوطئه الخالى عن الإحبال ، فالأصح الجمع بينه وبين القيمـة . وأما النقص ، فما حصـل برخص ، فهو خسران مجبور بالربح . وكذا النقص بالتعيب والمرض الحادثين . وأما النقص العينى ، وهو تلف البعض ، فإن حصل بعد التصرف فى المـال بيعاً وشراء ، فقطع الجمهور بأن الاحتراق وغيره من الآفات السـماوية ، خسران يجبر بالربح . وفى التلف بالسرقة والغصب ، وجهان . والفرق أن فى الضمان الواجب ما يجبره ، فلا حاجة إلى الجبر بمال القراض ، وطرد جماعة الوجهين فى الآفة السماوية ، والأصح فى الجميع ، الجبر . أما إذا تقص قبل التصرف بيعاً وشراء ، بأن دفع إليـه ألفين قراضـاً ، فتلف أحدهما قبـل التصرف ، فوجهان . أحدهما : أنه خسران ، فيجبر بالربح الحاصل بعد ، ويكون رأس المال ألفين . وأصحهما : يتلف من رأس المال ، ويكون رأس المال ألفاً . ولو اشترى بالألفين عبدين ، فتلف أحدهما ، تلف من الربح على المذهب . وقيل : من رأس المال ، لأنه لم يتصرف بعد بالبيع . هذا إذا تلف بعض المال . أما إذا تلف كله بآفة سماوية قبل التصرف أو بعده ، فيرتفـع القراض ، وكذا لو أتلفه المالك كما سبق . فلو أتلف أجنبى جميعه أو بعضه ، أخذ منه بدله واستمر فيه القراض . وما ذكرناه من الخـلاف فى الجبر من الربح فى صورة السرقة والغصب ، هو فيما إذا تعذر أخذ البدل من المتلف . ولو أتلف العامل المال ، قال الامام : يرتفع القراض ، لأنه وإن وجب عليه بدله ، فلا يدخل فى ملك المالك إلا بقبضه منه ، وحينئذ يحتاج إلى استئناف القراض . ولك أن تقول : ذكروا وجهين فى أن مال القراض إذا غصب أو أتلف ، فمن الخصم فيه ؟ أصحهما : أنه المالك فقط إن لم يكن فى المال ربح . وهما جميعاً إن كان ربح . والثانى : أن للعامل المخاصمة مطلقاً حفظاً للمال ، فيشبه أن يكون الجواب المذكور فى إتلاف الأجنبى مفرعاً على أن العـامل خصم ، ويتقدر أن يقال : ليس بخصم ، بل إذا خاصم المالك وأخذه ، عاد العامل إلى التصرف فيه بحكم القراض ، [و] لزم مثله فيما إذا كان العامل هو المتلف .

فـــرع

لو قتل رجل عبد القراض ، وفى المال ربح ، لم ينفرد أحدهما بالقصاص ، بل الحق لهما ، فإن تراضيا على العفو على مال ، أو على القصاص ، جاز . وإن عفا أحدهما ، سقط القصاص ووجبت القيمة ، هكذا ذكروه وهو ظاهر على قولنا : يملك العامل الربح بالظهور ، وغير ظاهر على القول الآخر . وإن لم يكن فى المال ربح ، فللمالك القصاص والعفو على غـير مال . وكذا لو كانت الجناية موجبة [للمال] ، فله العفو عنه ويرتفع القراض . فإن أخـذ المال ، أو صالح عن القصاص على مال ، بقى القراض فيه .

فـــرع

مال القراض ألف ، اشترى بعينه ثوباً ، فتلف الألف قبل التسليم ، بطل الشراع وارتفع القراض . وإن اشترى فى الذمة ، قال فى « البويطى » : يرتفع القراض ويكون الشراء للعامل ، فقال بعض الأصحاب : هذا إذا كان التلف قبل الشراء ، فإن القراض ، والحالة هذه ، غير باق عنـد الشراء ، فينصرف الشراء إلى العامل . أما لو تلف بعد الشراء ، فالمشترى للمالك . فإذا تلف الألف المعد للثمن ، لزمه ألف آخر . وقال ابن سريج : يقع الشراء عن العامل ، سواء تلف الألف قبل الشراء أو بعده ، وعليه الثمن ويرتفـع القراض ، لأن إذنه ينصرف إلى التصرف فى ذلك الألف ، فإن قلنا بالأول ، فرأس المال ألف ، أم ألفان ؟ وجهان . فإن قلنا : ألف ، فهو الألف الأول ، أم الثانى ؟ وجهان ، فائدتهما عند اختلاف الألفين فى صفة الصحة وغيرها .

فـــرع
فى فسخ القراض والاختلاف فيه

قال الشيخ محيى الدين : فيه طرفان .

الأول : فى فسخه . والقراض جائز ، فإنه فى أوله وكالة ، وبعـد ذلك شركة . إذا حصل ربح ، فلكل منهما فسخه متى شاء ، ولا يحتاج إلى حضور

صاحبه ورضاه . وإذا مات أحدهما ، أو جن ، أو أغمى عليه ، انفسخ . فإذا فسخا جميعاً أو أحدهما ، لم يكن للعامل أن يشترى بعده ، ثم ينظر إن كان المال ديناً ، لزم العامل التقاضى والاستيفاء ، سواء كان ربح ، أم لا . فإن لم يكن ديناً ، نظر إن كان نقداً من جنس رأس المال ولا ربح ، أخذه المالك . وإن كان [1] ربح ، اقتسماه بحسب الشرط ، فإن كان الحاصل مكسرة ، ورأس المال صحاح ، نظر ، فإن وجد من يبدلها بالصحاح وزناً بوزن ، أبدلها ، وإلا ، باعها بغير جنسها من النقد ثم اشترى به الصحاح ، ويجوز أيضاً أن يبيعها بعرض ويشترى به الصحاح على الأصح . وإن كان نقداً من غير جنس المال ، أو عرضاً ، فله حالان .

أحدهما : أن يكون فيه ربح فيلزم العامل بيعه إن طلبه المالك ، وله بيعه وإن أباه المالك ، [وليس] للعامل تأخير البيع إلى موسم رواج المتاع ، لأن حق المالك معجل . ولو قال المالك : تركت حقى لك فلا تكلفنى البيع ، لم يلزمه الاجابة على الأصح ، لأن فى التنضيض مشقة ومؤنة ، فلا يسقط عن العامل . ولو قال المالك : لا تبع ونقتسم العروض بتقويم عدلين ، أو قال : أعطيك قدر نصيبك ناضاً ، ففى تمكن العامل من البيع ، وجهان . وقطع الشيخ أبو حامد وغيره بالمنع ، لأنه إذا جاز للمعير أن يتملك غراس المستعير بقيمته لدفع الضرر ، فالمالك هنا أولى . وحيث لزم البيع ، قال الامام : الذى قطع به المحققون ، أن ما يلزمه بيعه وتنضيضه ، قدر رأس المال . أما الزائد ، فحكمه حكم عرض يشترك فيه رجلان ، فلا يكلف واحد منهما بيعه . ثم ما يبيعه بطلب المالك أو دونه ، يبيعه بنقد البلد إن كان من جنس رأس المال. فإن كان من غير جنسه ، باعه بما يرى المصلحة فيه من نقد البلد ورأس المال، فإن باعه بنقد البلد ، حصل به رأس المال .

الحال الثانى : إذا لم يكن فى المال ربح ، فهل للمالك تكليفه البيع ؟ وجهان أصحهما : نعم ، ليرد كما أخذ لئلا يلزم المالك مشقة ومؤنة . وهل للعامل البيع إذا رضى المالك بامساكه ؟ وجهان حكاهما الامام . أحدهما :

---

(١) « كان » هنا تامة ، أى : وان وجد ربح .

لا ، إذ لا فائدة ، والصحيح وبه قطع الجمهور : له البيع إذا توقع ربحاً ، بأن ظفر بسوق أو راغب . وإذا قلنا : ليس للعامل البيع إذا أراد المالك إمساك العرض ، أو اتفقا على أخذ المالك العرض ، ثم ظهر ربح بارتفاع السوق ، فهل للعامل فيه نصيب ، لحصوله بكسبه ؟ أم لا ، لظهوره بعد الفسخ ؟ وجهان . أصحهما : الثانى .

فـــرع

كما يرتفع القراض بقول المالك : فسخته ، يرتفع بقوله للعامل : لا تتصرف بعد هذا ، أو باسترجاع المال منه . فلو باع المالك ما اشتراه العامل للقراض ، فهل ينعزل كما لو باع الموكل ما وكل فى بيعه ؟ أم لا ويكون ذلك إعانة له ؟ وجهان . أصحهما : الثانى . ولو حبس العامل ومنعه التصرف، أو قال : لا قراض بيننا ، ففى انعزاله وجهان .

قلت : ينبغى أن يكون [الأصح] فى صورة الحبس ، عدم الانعزال ، وفى قوله : لاقراض بيننا ، الانعزال . والله أعلم .

فـــرع

إذا مات المالك والمال ناض لا ربح فيه ، أخذه الوارث . فإن كان ربح ، اقتسماه . وإن كان عرضاً ، فالمطالبة بالبيع والتنضيض كحالة حصول الفسخ فى حياتهما ، وللعامل البيع هنا حيث كان له البيع هناك ، ولا يحتاج إلى إذن الوارث اكتفاء بإذن المورث ، بخلاف ما لو مات العامل ، فإنه لا يملك وارثه البيع دون إذن المالك ، لأنه لم يرض بتصرفه . وفى وجه : لا يبيع العامل بغير إذن وارث المالك . والصحيح : الجواز . ويجرى الخلاف فى استيفائه الديون بغير إذن الوارث . ولو أراد الاستمرار على العقد ، فإن كان المال ناضاً ، فلهما ذلك بأن يستأنفا عقداً بشرطه ، ولا بأس بوقوعه قبل القسمة لجواز القراض على المشاع ، ولذلك يجوز القراض مع الشريك بشرط أن لا يشاركه فى اليد ،ويكون للعامل ربح نصيبه ، ويتضاربان فى ربح نصيب

الآخر . وهل ينعقد بلفظ الترك والتقرير ، بأن يقول الوارث ، أو القائم بأمره : تركتك أو قررتك على ما كنت عليه ؟ وجهان . أصحهما : نعم ، لفهم المعنى ، وليكن الوجهان تفريعاً على أن القراض ونحوه لا ينعقد بالكناية . فأما إذا قلنا : ينعقد [به] ، فينبغي القطع بالانعقاد هنا ، وإن كان المال عرضاً ، ففي جواز تقريره على القراض وجهان . أصحهما : المنع ، لأن القراض الأول انقطع بالموت ، ولا يجوز ابتداء القراض على عرض . والأشبه ، أن يختص الوجهان بلفظ الترك والتقرير ، ولا يسامح باستعمال الألفاظ التي تستعمل في الابتداء . وحكى الامام فيما إذا فسخ القراض في الحياة طريقة طاردة للوجهين ، وطريقة قاطعة بالمنع ، وهي الأشهر . فأما إذا مات العامل واحتيج إلى البيع والتنضيض ، فإن أذن المالك لوارث العامل فيه ، فذاك ، وإلا ، تولاه أمين من جهة الحاكم ، ولا يجوز تقرير وارثه على القراض إن كان المال عرضاً قطعاً ، فإن كان ناضاً ، فلهما ذلك بعقد مستأنف . وفي لفظ التقرير ، الوجهان السابقان ، ويجريان أيضاً فيما إذا انفسخ البيع الجاري بينهما ثم أرادا إعادته ، فقال البائع : قررتك على موجب البيع الأول ، وقبل صاحبه ، وفي النكاح ، لا يصح مثله .

فـــرع

كان رأس مال الميت مائة ، والربح مائتين ، وجدد الوارث العقد مع العامل مناصفة كما كان بلا قسمة ، فرأس مال الوارث مائتان من ثلاث المائة ، والمائة الباقية للعامل ، فعند المقاسمة ، يأخذها وقسطها من الربح ، ويأخذ الوارث رأس ماله مائتين ، ويقتسمان ما بقي .

قلت : إذا جنا أو أغمي عليهما أو أحدهما ، ثم أفاقا وأرادا عقد القراض ثانياً ، قال في « البيان » : الذي يقتضيه المذهب ، أنه كما لو انفسخ بالموت ، وهو كما قال . والله أعلم .

فـــرع

إذا استرد المالك طائفة من المال ، فإن كان قبل ظهور الربح والخسران ، رجع رأس المال إلى القدر الباقي . وإن ظهر ربح ، فالمسترد شائع ربحاً

وخسراناً على النسبة الحاصلة من جملتى الربح ورأس المال ، ويستقر ملك العامل على ما يخصه بحسب الشرط مما هو ربح منه ، فلا يسقط بالخسران الواقع بعده . وإن كان الاسترداد بعد ظهور الخسران ، كان موزعاً على المسترد والباقى ، فلا يلزم جبر حصة المسترد من الخسران ، ويصير المال هو الباقى بعد المسترد وحصته من الخسران .

مثال الاسترداد بعد الربح : كان رأس المال مائة ، وربح عشرين ، واسترد عشرين ، فالربح سدس المال ، فيكون المسترد سدسه ربحاً ، وهو ثلاثة دراهم وثلث ، ويستقر ملك العامل على نصفه إذا كان الشرط مناصفة ، وهو درهم وثلثا درهم . فلو عاد ما فى يده إلى ثمانين ، لم يسقط نصيب العامل ، بل يأخذ منها درهماً وثلثى درهم .

ومثال الاسترداد بعد الخسران : كان رأس المال مائة ، وخسر عشرين ، واسترد عشرين ، فالخسران موزع على المسترد والباقى ، فتكون حصة المسترد خمسة لا يلزم جبرها ، بل يكون رأس المال خمسة وسبعين ، فما زاد بعد ذلك عليها قسم [بينهما] .

إحداها : ادعى العامل تلف المال ، صدق بيمينه ، فلو ذكر سبب التلف ، فسيأتى بيانه فى كتاب الوديعة إن شاء الله تعالى .

الثانية : لو ادعى الرد ، صدق بيمينه على الأصح .

الثالثة : قال : ما ربحت ، أو ما ربحت إلا ألفاً ، فقال المالك : ألفين ، صدق العامل بيمينه . فلو قال : ربحت كذا ، ثم قال : غلطت فى الحساب ، إنما الربح كذا ، أو تبينت أن لا ربح ، أو [قال] : كذبت فيما قلت خوفاً من انتزاع المال من يدى، لم يقبل قوله . ولو قال : خسرت بعد الربح الذى أخبرت عنه ، قبل منه . قال المتولى : وذلك عند الاحتمال ، بأن حدث كساد ، فإن لم يحتمل ، لم يقبل . ولو ادعى الخسارة عند الاحتمال ، أو التلف بعد قوله : كنت كاذباً فيما قلت ، قبل أيضاً ، ولا تبطل أمانته بذلك القول السابق ، هكذا نص عليه ، وقاله الأصحاب .

الرابعة : قال : اشتريت هذا للقراض ، فقال المالك : بل لنفسك ، فالقول قول العامل على المشهور ، وفى قول : قول المالك ، لأن الأصل عدم وقوعه عن القراض . ولو قال : اشتريته لنفسى ، فقال : بل للقراض ، صدق العامل بيمينه قطعاً . فلو أقام المالك بينة أنه اشتراه بمال القراض ، ففى الحكم بها وجهان . وجه المنع : أنه قد يشترى لنفسه بمال القراض عدواناً ، فيبطل العقد .

الخامس : قال المالك : كنت نهيتك عن شراء هذا ، فقال : لم تنهنى ، صدق العامل .

السادسة : قال : شرطت لى نصف الربح ، فقال : بل ثلثه ، تحالفا كالمتبايعين ، فإذا حلفا ، فسخ العقد ، واختص الربح والخسران بالمالك ، وللعامل أجرة مثل عمله . وفى وجه : أنها إن كانت أكثر من نصف الربح ، فليس له إلا قدر النصف ، لأنه لا يدعى أكثر .

قلت : وإذا تحالفا ، فهل ينفسخ بنفس التحالف ، أم بالفسخ ؟ حكمه حكم البيع كما مضى ، قاله فى « البيان » .

والله أعلم

السابعة : اختلفا فى قدر رأس المال ، فالقول قول العامل إن لم يكن المال ربح ، وكذا إن كان على الأصح . وقيل : يتحالفان . ولو قارض رجلين على أن نصف الربح له ، والباقى بينهما سواء ، فربحا ، ثم قال المالك : دفعت إليكما ألفين ، وصدقه أحدهما ، وقال الآخر : بل ألفاً ، لزم المقر ما أقر به ، وحلف الآخر وقضى له بموجب قوله . ولو كان الحاصل ألفين ، أخذ المنكر ربع الألف الزائد على ما أقر به ، والباقى يأخذه المالك . ولو كان الحاصل ثلاثة آلاف ، فالمنكر يزعم أن الربح ألفان ، له منهما خمسمائة ، فتسلم له ، ويأخذ المالك من الباقى ألفين عن رأس المال ، يبقى خمسمائة يتقاسماها ــ المالك والمقر ــ أثلاثاً ، لاتفاقهم على أن ما يأخذه المالك مثلا ما يأخذه كل عامل ، وما أخذ المنكر ، كالتالف . ولو قال المالك : رأس المال دنانير ، فقال العامل : بل دراهم ، صدق العامل .

الثامنة : اختلفا فى أصل القراض ، فقال المالك : دفعت إليك لتشترى لى بالوكالة ، وقال القابض : بل قارضتنى ، فالمصدق المالك . فإذا حلف أخذ المال وربحه ، ولا شيء عليه للآخر .

قلت : لو دفع إليه ألفاً ، فتلف فى يده ، فقال : دفعته قرضاً ، فقال العامل : بل قراضاً ، قال فى « العدة » و « البيان » : بينة العامل أولى فى أحد الوجهين . والله أعلم .

فى أحكام القراض الصحيح

هى ثلاثة أبواب .

الأول : تقيد تصرف العامل بالمصلحة كتصرف الوكيل ، ثم قد تقتضى المصلحة التسوية بينهما ، وقد تقتضى الفرق ، فبيع العامل وشراؤه بالغبن كالوكيل ، ولا يبيع أيضاً نسيئة ، ولا يشترى بها . فإن أذن المالك فى البيع نسيئة ، ففعل ، وجب الاشهاد ، فإن تركه ، ضمن ، ولا حاجة إليه فى البيع حالا لأنه يحبس المبيع إلى استيفاء الثمن ، ولو سلمه قبل استيفائه ، ضمن ، كالوكيل . فإن كان مأذونا له فى التسليم قبل قبض الثمن ، سلمه ، ولم يلزمه الاشهاد ، لأن العادة ترك الاشهاد فى البيع الحال ، ويجوز للعامل البيع بالعرض ، بخلاف الوكيل ، لأنه من مصالح القراض ، وكذا له شراء المعيب إذا رأى فيه ربحاً ، فإن اشتراه بقدر قيمته ، قال المتولى : فى صحته وجهان ، لأن الرغبات تقل فى المعيب .

قلت : الأصح : الجواز إذا رأى المصلحة . والله أعلم

وإن اشترى شيئاً على ظن السلامة ، فبان معيباً ، فله أن ينفرد برده إن كانت فيه غبطة ، ولا يمنعه [منه] رضى المالك ، بخلاف الوكيل ، لأن العامل صاحب حق فى المال . وإن كانت الغبطة فى إمساكه ، لم يكن له رده على الأصح ، لإخلاله بالمقصود . وحيث ثبت الرد للعامل ، فللمالك أولى . قال الامام : ثم العامل يرد على البائع وينقض البيع . وأما المالك ، فإن كان

الشراء بعين مال القراض ، فكمثل ، وإن كان فى الذمة ، فيصرفه المالك عن مال القراض . وفى انصرافه إلى العامل ما سبق فى انصراف العقد إلى الوكيل إذا لم يقع للموكل . ولو تنازع المالك والعامل فى الرد وتركه ، عمل بالمصلحة .

فرع

على العامل أن يتولى ما جرت العادة به من نشر الثياب وطيها وذرعها وإدراجها فى السقط وإخراجها ووزن ما يخف كالذهب والمسك والعود وقبض الثمن وحمله وحفظ المتاع على باب الحانوت ، وفى السفر بالنوم عليه ونحوه ، وليس عليه وزن الأمتعة الثقيلة وحملها ، ولا نقل المتاع من الخان إلى الحانوت والنداء عليه ثم ما عليه أن يتولاه لو استأجر عليه ، فالأجرة فى ماله ، وما ليس عليه أن يتولاه ، له أن يستأجر عليه من مال القراض . ولو تولاه بنفسه ، فلا أجرة له .

فرع

لا يجوز للمالك معاملة العامل ، بأن يشترى من مال القراض شيئاً ، لأنه ملكه كالسيد مع المأذون له .

فرع

لا يجوز أن يشترى للقراض بأكثر من رأس المال . فلو فعل ، لم يقع ما زاد عن جهة القراض . فلو دفع إليه مائة قراضاً ، فاشترى عبداً بمائة ، ثم آخر بمائة للقراض أيضاً ، لم يقع الثانى للقراض ، بل ينظر إن كان اشتراه بعين المائة فالشراء باطل ، سواء اشترى الأول بعين المائة أو فى الذمة وإن اشتراه فى الذمة ، انصرف إلى العامل حيث ينصرف شراء الوكيل المخالف إليه . وإذا انصرف إليه ، فصرف مائة القراض فى ثمنه ، فقد تعدى ، ودخلت المائة فى ضمانه ، لكن العبد الأول يبقى أمانة فى يده ، لأنه لم يتعد فيه . فإن تلفت المائة والشراء الأول بعينها ، انفسخ ، وإن كان فى الذمة ، لم ينفسخ،

وثبت للمالك على العامل مائة ، والعبد الأول للمالك ، وعليه لبائعه مائة ، فإن أداها العامل بإذن المالك ، وشرط الرجوع ، ثبت له مائة على المالك ، ووقع الكلام فى التقاص . وإن أداها بغير إذنه ، برىء المالك عن حق صاحب العبد ، ويبقى حقه على العامل .

فـــرع

لو وكل بشراء عبد ، فاشترى الوكيل من يعتق على الموكل ، صح ووقع عن الموكل على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، لأن اللفظ شـامل ، بخـلاف القراض ، فإن مقصوده الربح فقط ، ونقل الامام وجهاً : أنه لا يقع للموكل ، بل يبطل الشراء إن اشترى بعين المال ، ويقع عن الوكيل إن كان فى الذمة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا يتجر العامل الا فيما اذن فيه رب المال فان اذن له فى صنف لم يتجر فى غيره ، لأن تصرفه بالاذن فلم يملك ما لم يأذن له فيه ، فان قال له : اتجر فى البز جاز ان يتجر فى اصناف البز من المنسوج من القطن والابريسم والكتان وما يلبس من الأصواف لأن اسم البز يقع على ذلك كله ، ولا يجوز ان يتجر فى البسط والفرش لأنه لا يطلق عليه اسم البز ، وهل يجوز أن يتجر فى الأكسية البركانية ؟ فيه وجهان :

(احدهما) يجوز لأنه يلبس فاشبه الثياب (والثانى) لا يجوز لأنه لا يطلق عليه اسم البز . ولهذا لا يقال لبائعه بزاز ، وانما يقال له : كسائى ، ولو اذن له فى التجارة فى الطعام لم يجز أن يتجر فى الدقيق ولا فى الشعير ، لأن الطعـام لا يطلق الا على الحنطة .

فصـــل ولا يشترى العامل بأكثر من رأس المال ؛ لأن الاذن لم يتناول غير رأس المال . فان كان راس المال الفاً فاشترى عبداً بألف ، ثم اشترى آخر بألف قبل أن ينقد الثمن فى البيع الأول فالأول للقراض لأنه اشتراه بالاذن واما الثـانى فينظر فيه فان اشتراه بعين الألف فالشراء باطل ، لأنه اشـتراه بمال استحق تسليمه فى البيع الأول فلم يصح ، وان اشتراه بألف فى الذمة كان العبد له ويلزمه الثمن فى ماله لأنه اشترى فى الذمة لغيره ما لم يأذن فيه فوقع الشراء .

(فصـــل) ولا يتجر الا على النظر والاحتياط فلا يبيع بدون ثمن المثل ولا بثمن مؤجل لأنه وكيل فلا يتصرف الا على النظر والاحتياط ؛ وان اشترى معيباً راى شراءه جاز لأن المقصود طلب الحظ وقد يكون الربح فى المعيب ، وان اشترى شيئاً على انه سليم فوجده معيباً جاز له الرد ، لأنه فوض اليه النظر والاجتهاد فملك الرد .

فصـــل وان اختلفا فدعا احدهما الى الرد والآخر الى الامساك فعل ما فيه النظر لأن المقصود طلب الحظ لهما ؛ فاذا اختلفا حمل الأمر على ما فيه الحظ .

فصـــل وان اشترى من يعتق على رب المال بغير اذنه لم يلزم رب المال لأن القصد بالقراض شراء ما يربح فيه وذلك لا يوجد فى شراء من يعتق عليه وان كان رب المال امراة فاشترى العامل زوجها بغير اذنها ففيه وجهان :

(احدهما) لا يلزمها لأن المقصود شراء ما تنتفع به وشراء الزوج تستضر به لأن النكاح ينفسخ وتسقط نفقتها واستمتاعها .

(والثانى) يلزمها لأن المقصود بالقراض شراء ما يربح فيه والزوج كغيره فى الربح فلزمها شراؤه .

فصـــل ولا يسافر بالمال من غير اذن رب المال لأنه مامور بالنظر والاحتياط وليس فى السفر احتياط ، لأن فيه تغريراً بالمال ، ولهذا يروى « أن المسافر ومتاعه لعلى قلت » فان أذن له فى السفر فقد قال فى موضع له ان ينفق من مال القراض ، وقال فى موضع آخر لا نفقة له ، فمن اصحابنا من قال لا نفقة له قولا واحداً لأن نفقته على نفسه فلم تلزم من مال القراض كنفقة الاقامة ؛ وتاول قوله على ما يحتاج اليه لنقل المتاع وما يحتاج اليه مال القراض . ومنهم من قال : فيه قولان :

(احدهما) لا ينفق لما ذكرناه .

(والثانى) ينفق لأن سفره لأجل المال فكان نفقته منه كاجرة الحمال .

فان قلنا : ينفق من مال القراض ففى قدره وجهان :

(احدهما) جميع ما يحتاج اليه ، لأن من لزمه نفقة غيره لزمه جميع نفقته .

(والثانى) ما يزيد على نفقة الحضر لأن النفقة انما لزمته لأجل السفر فلم يلزمه الا ما زاد بالسفر .

(فصـــل) وان ظهر فى المال ربح ففيه قولان :

(أحدهما) أن الجميع لرب المال فلا يملك العامل حصته من الربح الا بالقسمة لأنه لو ملك حصته من الربح لصار شريكاً لرب المال حتى اذا هلك شيء كان هالكا من المالين ، فلما لم يجعل التالف من المالين دل على أنه لم يملك منه شيئاً .

(والثانى) أن العامل يملك حصته من الربح لأنه أحد المتقارضين فملك حصته من الربح بالظهور كرب المال .

(فصل) وان طلب احد المتقارضين قسمة الربح قبل المفاصلة فامتنع الآخر لم يجبر لأنه ان امتنع رب المال لم يجز اجباره لأنه يقول الربح وقاية لرأس المال فلا أعطيك حتى تسلم لى رأس المال ، وان كان الذى امتنع هو العامل لم يجز اجباره لأنه يقول : لا نأمن أن نخسر فنحتاج أن نرد ما اخذه ، وان تقاسما جاز لأن المنع لحقهما وقد رضيا ، فان حصل بعد القسمة خسران لزم العامل أن يجبره بما اخذ ، لأنه لا يستحق الربح الا بعد تسليمه راس المال .

فصل وان اشترى العامل من يعتق عليه فان لم يكن فى المال ربح لزم الشراء فى مال القراض ، لأنه لا ضرر فيه على رب المال ، فان ظهر بعد ما اشتراه ربح ـ فان قلنا : انه لا يملك حصته قبل القسمة ـ لم يعتق ، وان قلنا : انه يملك بالظهور فهل يعتق بقدر حصته ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) انه يعتق منه بقدر حصته لأنه ملكه فعتق .

(والثانى) لا يعتق لأن ملكه غير مستقر ، لأنه ربما تلف بعض المال فلزمه جبرانه بماله ، وان اشترى وفى المال ربح ، فان قلنا انه لا يعتق عليه صح الشراء لأنه لا ضرر فيه على رب المال ، وان قلنا يعتق لم يصح الشراء لأن المقصود بالقراض شراء ما يربح فيه ، وهذا لا يوجد فيمن يعتق عليه) .

الشرح اشترى العامل من يعتق على المالك ، فإما أن يشتريه بإذنه ، وإما بغيره .

الحال الأول : بإذنه ، فيصح . ثم إن لم يكن فى المال ربح ، عتق على المالك وارتفع القراض إن اشتراه بجميع مال القراض ، وإلا ، فيصير الباقى رأس مال . وإن كان فى المال ربح ، بنى على أن العامل متى يملك نصيبه من الربح ؟ إن قلنا : بالقسمة ، عتق أيضاً ،وغرم المالك نصيبه من الربح ، وكأنه استرد طائفة من المال بعد ظهور الربح ، وإن قلنا : يملك بالظهور ،

عتق منه حصة رأس المال ونصيب المالك من الربح ، وسرى إلى الباقى إن كان موسراً ويغرمه ، وإن كان معسراً ، بقى رقيقاً . وفى وجه : إذا كان فى المال ربح وقد اشتراه ببعض المال ، نظر ، إن اشتراه بقدر رأس المال ، عتق وكأن المالك استرد المال ، والباقى ربح يتقاسمانه ، وإن اشتراه بأقل ، حسب من رأس المال ، أو بأكثر ، حسب قدر رأس المال من رأس المال والزيادة من حصة المالك ما أمكن . والصحيح الأول . ولو أعتق المالك عبداً من مال القراض ، فهو كشراء العامل من يعتق عليه بإذنه .

الحال الثانى : يشتريه بغير إذنه ، فلا يقع [الشراء] عن المالك بحال ، إذ لا مصلحة فيه للقراض ، ثم إن اشتراه بعين مال القراض ، بطل من أصله . وإن كان فى الذمة ، وقع عن العامل ، ولزمه الثمن من ماله . فإن أداه من مال القراض ، ضمن .

فرع

قال فى « المختصر » لو دفع إليه ألفاً وقال : اشتر بها هروياً أو مروياً بالنصف ، فهو فاسد . واختلفوا فى سبب فساده ، فالأصح،وفى سياق الكلام ما يقتضيه : أنه تعرض للشراء دون البيع ، وهذا تفريع على الأصح ، أن التعرض للشراء لا يفى عن التعرض للبيع ، بل لابد من لفظ المضاربة ونحوها لتناول البيع والشراء ، أو [من] لفظ البيع والشراء جميعاً . وإذا اقتصر على الشراء ، فللمدفوع إليه الشراء دون البيع ، ، والربح كله للمالك ، والخسران عليه . وقيل : يكفى التعرض للشراء ، ويتضمن الاذن فى البيع بعده ، وقيل : إذا أتى بلفظ المضاربة أو القراض كان كقوله : اشتر ، من غير تعرض للبيع . والصحيح : الصحة . وقيل : سببه أنه لم يبين لمن النصف . واعترض ابن سريج على هذا ، بأن الشرط ينصرف إلى العامل ، لأن المالك يستحق بالمال ، لا بالشرط . وقال ابن أبى هريرة : سبب الفساد ، أنه لم يعين أحد النوعين ، ولا أطلق التصرف فى أنواع الأمتعة . واعترض القاضى حسين عليه ، بأنه لو عين أحدهما ، حكمنا بالصحة ، فإذا ذكرهما على الترديد ، زاد العامل بسطة وتخييراً ، فهو أولى بالصحة .

قلت : هـذا الاعتراض ليس بمقبول ، لأن حاصـله أنه حمل لفظة « أو » على التخيير ، وابن أبى هريرة ينكر ذلك ويقـول : إنمـا أذن له فى أحدهما وشك فى المراد . والله أعلم

وقيل : سببه أن القراض إنما يصح إذا أطلق التصرف فى الأمتعة ، أو عين جنساً يعم وجوده ، والهروى والمروى ليسا كذلك ، وكأن هذا القائل يقرضه فى بلد لا يعمان فيه . وقال الامام : يجوز أن يكون سببه أنه أرسل ذكر النصف ولم يقل : نصف الربح .

فـــرع

اشترى العامل من يعتق عليه ، فإن لم يكن فى المال ربح ، صح ولم يعتق كالوكيل يشترى أباه لموكله ، ثم إن ارتفعت الأسعار وظهر ربح ، بنى على القولين فى أن العامل متى يملك الربح ؟ إن قلنا : بالقسـمة ، لم يعتق منـه شىء . وإن قلنا : بالظهور ، عتق عليه بقدر حصته على الأصـح . وقيل : لا يعتق ، لعدم استقرار ملكه . فإن قلنا : بالأصح ، ففى السراية وتقـويم الباقى عليه إن كان موسراً ، وجهان . أصحهما وبه قال الأكثرون : تثبت كما لو اشتراه وفيه ربح وقلنا : يملك بالظهور . وإن كان فى المال ربح ، سواء كان حاصلا قبل الشراء ، أو حصل بنفس الشراء بأن كان رأس المال مائة ، فاشترى بها أباه وهو يساوى مائتين ، فإن قلنا : يملك الربح بالقسمة ، صح الشراء ولم يعتق ، وإلا ، ففى صحة الشراء فى قدر حصته من الربح ، وجهان . أصحهما : الصحة : لأنه مطلق التصرف فى ملكه . والثانى : لا ، لأنه يخالف غرض الاسترباح . فإن منعنا ، ففى الصحة فى نصيب المالك قولا الصفقة ، وإن صححنا ، ففى عتقـه عنـه الوجهان السـابقان . فإن قلنا : يعتق ، فإن كان موسراً ، سرى العتـق إلى البـاقى ولزمه الغرم ، لأنه مختـار فى الشراء ، وإلا ، فيبقى الباقى رقيقاً . هذا كله إذا اشترى بعين مال القراض. فأما إن اشترى فى الذمة للقراض ، فحيث صححنا الشراء بعين مال القراض ، أوقعناه هنا عن القراض وحيث لم نصحح هناك ، أوقعناه هنا عن العامل ، وعتق عليه . وحكى قول : أنه إذا أطلق الشراء ولم يصرفه إلى القراض

لفظاً ، ثم قال : كنت نويته ، وقلنا : إنه إذا وقع عن القراض لا يعتق منه شيء ، لم يقبل قوله ، لأن الذى جرى عقد عتاقه ،فلا يقبل رفعه .

فــرع

اشترى زوجة المالك ، أو زوجها بلا إذن ، قيــل : يصــح . والأصــح المنصوص ، المنع كمن يعتق عليه ، لأنه لو صح لانفسخ النكاح وتضرر ، وإنما قصد بالإذن ما فيه حظ . فعلى هذا ، هو كما لو اشــترى من يعتق عليــه بلا إذن .

فــــرع قد ذكرنا أن القراض خاص وعام ، أما العام فهو أن يطلق تصرف العامل فى كل ما يرجو فيه ربحاً ، فهذا جائز على عموم التصرف ، وأما الخاص فهو أن يختص بالعامل على نوع واحد فهو على ثلاثة أضرب :

(أحدها) ما يوجد فى عموم الأحوال كالحنطة والبر فيجوز ، ويكون مقصور التصرف على النوع الذى أذن فيه ، فلو أذن له أن يتجر فى البز جاز له أن يتجر فى صنوف البز كلها وجاز أن يتجر فى القطن والكتان والحــرير والصوف ولا يجوز أن يتجر فى البسط والفرش وهل يجــوز أن يتجر فى الثياب والأكسية أم لا ؟ على وجهين :

(أحدهما) يجوز لأنها ملبوسة (والثانى) لا يجوز لخروجها عن اسم البز فلو أذن له أن يتجر فى الطعام اقتصر على الحنطة وحدها دون الدقيق . وقال محمد بن الحسن : يجوز أن يتجر فى الحنطة والدقيق ، وعنــدى أن تصنيف السلع يمكن أن تقوم على ما جرى العرف بتناسقه وانسجامه واعتبار التاجر فيه جامعاً لما يندرج تحته بالعرف لمفردات المجمــوعة من الأصــناف المتشابهة التى يتجر فيها فلو أذن له فى البقالة اندرج تحت هذا الاسم أنواع الجبن والزيتون والمعلبات والصابون والمأكولات المجففة .

وإذا أذن له فى الخردوات (البازار) اندرج تحت هذا الاسم مجموعة من الأصناف كالخيوط والأشرطة والعطور وما أشبه ذلك . وهكذا فى كل

مجموعة من السلع المتشابهة يطلق على من يتجر فيها اسم عندما يسمعه المرء مثلت للذهن أصناف متجره بغير عناء فإذا أذن له فى فتح محل (حاتى) [1] فلا يفتح (مسمطاً ولا فوالا ولا طباخاً) وإن كانت كلها مأكولات ، ولكن العرف حدد لكل نوع منها اسمه الذى لا يختلط بغيره وهكذا .

فإذا أذن له فى أن يتجر فيما ندر وجوده وعز مطلبه ، كالياقوت الأحمر والخيل البلق والعبيد الخصيان فالقراض باطل سواء وجده أو لم يجده ، لأنه على غير ثقة من وجوده . فإذا أذن له أن يتجر فى ثمار موسمية كالثمار والفواكه فينظر فى عقد القراض ، فإن كان فى غير أوان تلك الثمار فالقراض باطل ، فإن جاءت تلك الثمار من بعد لم يصح القراض بعد فساده ، وإن كان ذلك فى أوان الثمار وإبانها فالقراض جائز ما كانت تلك الثمار باقية ، فإن انقطعت ففى القراض وجهان :

(أحدهما) قد بطل بانقطاعها ، وليس له فى العام المقبل أن يتجر فيها إلا بإذن وعقد مستجد .

(والوجه الثانى) أن القراض على حاله ما لم يصرح بفسخه فى كل عام أتت فيه تلك الثمرة فيتجر فيها بالعقد الأول . أما إذا كان انقطاعه فى العام قليلا فالقراض على وجهه وحاله .

فـــرع إذا تقرر أنه لا يشترى إلا فى حدود رأس المال المأذون فيه كان ممنوعاً من البيع والشراء نسيئة فإذا عاقد بالنساء فذلك نوعان بيع وشراء فالشراء ضربان :

(أحدهما) أن يشترى بالنساء فى مال القراض فيكون الشراء باطلا .

(والثانى) أن يشترى بالنساء فى ذمته فيكون الشراء لازما له ، وأما البيع فباطل ولا ضمان عليه ما لم يقبضه فان قبضه ضمنه حينئذ بالإقباض ،

---

(١) فى لغة عوام المصريين بائع الشواء يسمى (حاتى) ومحل الرأس والكراع مطبوخة بالمرق يسمى (مسمط) .

وعليه استرجاعه ما كان باقيا ، فإن تلف فلرب المال أن يأخذ بضمانه وغرمه من شاء من العامل أو المشترى ، فإن أغرم العامل رجع بما غرمه على المشترى وإن أغرم المشترى لم يرجع على العامل لأن الغرم ثبت على من كان فى يده التلف .

فلو قال رب المال للعامل : اعمل فى القراض برأيك لم يجز أن يعاقد بالنساء وإذا قارضه على غير مال ليشترى بالنساء فإن القراض باطل لأنه يصح فى الأعيان ولا يصح فى الذمم ، ولو قارضه على مال فأذن له فى الشراء بالنساء لم يكن للعامل أن يشترى نساء بأكثر من مال القراض قدراً لأن ما زاد عليه خارج منه .

فرع لا يجوز له أن يبيع بأقل من ثمن المثل إلا إذا كان عن رغبة فى تأليف المبتاعين وترويج السلعة والقناعة بالقليل من الربح مادام يتصرف على النظر والاحتياط وتوخى ما فيه الحظ له ولصاحبه بشرط أن لا يكون كثيراً لا يتغابن الناس بمثله .

فرع قال الشافعى : ومتى شاء رب المال أخذ ماله قبل العمل وبعده ومتى شاء العامل أن يخرج من القراض يخرج منه ، وقد سبق أن قررنا أن القراض عقد جواز وليس عقد لزوم فلكل واحد من رب المال والعامل أن ينفرد بالفسخ قبل العمل وبعده مع وجود الربح أو حدوث الخسران ، فإذا فسخها أحدهما انفسخت فصار كاجتماعهما على قسمها ، فإذا كان المال من جنس رأس المال فالعامل ممنوع من التصرف فيه ببيع أو شراء سواء كان هو الفاسخ أو صاحبه ، ثم نظر فإن كان فيه فضل تقاسماه على شرطهما ، وإن لم يكن فيه فضل أو كان فيه خسران أخذه رب المال ولا شىء فيه للعامل ، وإن كان من غير جنس رأس المال فحكم هذا كحكمه لو كان عرضاً ، ولهما فى العرض بعد فسخ القراض أربعة أحوال .

(أولها) أن يجتمعا على بيعه فيلزم العامل أن يبيعه لأنه من لوازم عقده فإذا قضى ثمنه أخذ رب المال ماله فضلا إن كان فيه .

(ثانيها) أن يتفقا على ترك بيعه فهذا على نوعين :

أحدهما : لا يكون فى ثمنه ــ لو بيع ــ فضل ، فقد سقط حق العامل منه فصار العرض ملكا لرب المال بزيادته ونقصه ، فإن زاد ثمنه بعد ترك العامل له لم يكن له حق فى زيادته لخروجه بالترك عن قراضه .

والنوع الثانى : أن يكون فى ثمنه فضل لو بيع عند تركه نظر فى تـرك العامل فإن كان قد تركه إسقاطا لحقه فقد صار العرض بزيادته ونقصه ملكا لرب المال ولا شىء للعامل فيه ؛ وإن كان قد ترك تأخير البيع فهو على حقه من فضل ثمنه وله بيعه متى شاء .

(ثالثها) أن يدعو العامل إلى بيعه ويمنعه رب المال منه فهذا على ضربين

(أحدهما) أن لا يرجو فى ثمنه فضلا ، ولا يأمل ربحاً فليس له بيعه ، ويمنع منه لأنه لا يستفيد ببيعه شيئاً .

(والضرب الثانى) أن يرجو فى ثمنه فضلا ويأمـل ربحاً فله بيعه وليس لرب المال أن يمنعه ليصل بالبيع إلى حقه من الربح ، فلو بذل له رب المال حصته من ربحه ففى منعه من بيعه وجهان مخرجان من اختلاف قولين فى سيد العبد الجانى إذا امتنع المجنى عليه من بيعه وبذل له قدر قيمته .

(أحدهما) يمنع المجنى عليه من بيعه لوصوله إلى قيمته ويمنع العامل من بيع العرض لوصوله إلى حقه .

(والوجه الثانى) أن المجنى عليه لا يمنع من بيـع الجـانى ، وكذلك لا يمنع العامل من بيع القراض لأنه قد يرجو زيادة على القيمـة لوجـود راغب .

(رابعها) أن يدعو رب المـال إلى بيعه ويمتنع العامل منـه ، فإن كان امتناعه تركا لحقه منه ففى إجباره على بيعه وجهان .

(أحدهما) لا يجبر عليه لأن البيع والشراء إنما يلزم فى حقيهما وببطلان القراض قد سقط أن يكون ذلك حقا لهما .

(والثانى) أن يجبر على بيعه ، لأن رأس المال مستحق عليه وليس العرض هو رأس المال وإنما هو بدل عنه .

فرع سبق أن قررنا أنه لا يجوز له أن يسافر بغير إذن رب المال وأوضحنا من النفقات ما يؤخذ من القراض بالمعروف كنفقة الأقارب أو مقدرة كنفقة الزوجة ؛ وقال أبوحنيفة : له فى نفقته أجرة حمامه وعلاجه وطبيبه وما يباح من شهواته ، وهذا غير صحيح من وجهين :

(أحدهما) أن نفقات الزوجات أوكد من نفقات العامل ومع ذلك ليس فيها شىء من ذلك .

(والثانى) أن ذلك مما لا يختص بالسفر ولا بعمله ، على أن من أصحابنا من جعل له نفقة السفر ما زاد على نفقة الحضر ، وحكاه أبو على بن أبى هريرة عن بعض متقدميهم وهو أشبه بالقياس ، فإن دخل فى سفره بيتاً فله النفقة ما أقام فيه مقام المسافر ما لم يتجوز أربعا فإن زاد على إقامة أكثر من أربع نظر ، فإن كان بغير مال القراض من مرض طارىء أو عارض يختص به فنفقته فى ماله دون القراض وإن كان مقامه لأجل مال القراض انتظاراً لبيعه وقبض ثمنه أو التماساً لحمله أو لسبب يتعلق به فنفقته فى سفره لاختصاصه بالقراض .

قال الشافعى : وإن خرج بمال لنفسه كانت النفقة على قدر المالين بالحصص ؛ ويستفاد من ذلك أنه يصح أن يسافر بمال نفسه مع مال القراض، ومنعه بعض العراقيين لأن عمله مستحق فى مال القراض فصار كالأجير ، وقد خطأ بعض أصحابنا هذا لأنه إذا كان له أن يعمل فى ماله ومال القراض حضراً جاز له ذلك سفراً ولأن عمله فى القراض لا يمنعه من العمل فى جميع الأعمال مادام يؤدى مالزمه من عمل القراض وسواء فيما لسواه ممسكا أو

عاملا فلو شرط فى العقد أن يسافر بمال لنفسه بطل القراض لأنه قد أوقع عليه حجراً غير مستحق ، والمطلوب منه أن لا يخلط ماله بمال القراض ، وعليه تمييز كل واحد من المالين ، فإن خلطهما فعلى ضربين .

(أحدهما) أن يكون بإذن رب المال فيجوز ويصير شريكا ومضاربا ، ومؤنة المال مقسطة على قدر المالين ، ونفقة نفسه إن قيل : إنها لا تجب فى مال القراض فهو مختص بها ، وإن قيل : إنها تجب فى مال القراض فهى مقسطة على قدر المالين (والثانى) أن يخلط المالين بغير إذن رب المال فيبطل القراض لأنه يصير كالعادل به عن حكمه فيلتزم نفقة نفسه ، وتكون نفقه المالين بقدر الحصص وربح مال القراض كله لرب المال لفساد القراض وللعامل أجرة المثل بحيث لا يوجب له أجرة كاملة لأن عمله قد توزع على ماله ومال القراض .

فرع إذا أبضع رب المال عامله فى مال القراض بضاعة ــ أى أعطاه قطعة من المال يتجر فيها لنفسه ــ يختص بربحها جاز إن كان من غير شرط فى القراض ولم يجز إن كان عن شرط وخالفنا مالك .

فرع إذا ادعى ظهور الربح فى المال وطالب بالقسمة لم يجبر المالك ما لم يعترف بظهور الربح أو يتحاسبان فيظهر له الربح ، ولا يلزم رب المال أن يحاسبه إلا بعد حضور المال لأنه قد لا يصدق فيما يخبر به من وفوره أو سلامته فإذا حضر المال وتحاسبا فوجدا رأس المال ناقصا ترادا الربح ليستكمل رأس المال ولو رضى رب المال والعامل بالمحاسبة عليه مع غيبة المال عنهما ففى جوازه وجهان :

(أحدهما) يجوز لأنه احتياط لهما تركاه (والثانى) لا يجوز . وقد ذكره الشافعى فى موضع لأنهما يتحاسبان على جهالة والله أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل والعامل أمين فيما فى يده فان تلف المال فى يده من غير تفريط لم يضمن لأنه نائب عن رب المال فى التصرف فلم يضمن من غير تفريط كالمودع ،

فان دفع اليه الفاً فاشترى عبداً فى الذمة ثم تلف الألف قبل أن ينقده فى ثمن العبد انفسخ القراض لأنه تلف رأس المال بعينه . وفى الثمن وجهان :

(أحدهما) أنه على رب المال لأنه اشتراه له فكان الثمن عليه ، كما لو اشترى الوكيل فى الذمة ما وكل فى شرائه ، فتلف الثمن فى يده قبل أن ينقده .

(والثانى) أن الثمن على العامل ، لأن رب المال لم يأذن له فى التجارة الا فى رأس المال فلم يلزمه ما زاد .

وان دفع اليه الفين فاشترى بهما عبدين ثم تلف أحدهما ففيه وجهان :

(احدهما) يتلف من رأس المال ، وينفسخ فيه القراض ، لأنه بدل عن رأس المال فكان هلاكه كهلاكه .

(والثانى) أنه يتلف من الربح ، لأنه تصرف فى المال فكان فى القراض . وان قارضه رجلان على مالين ، فاشترى لكل واحد منهما جارية ثم اشكلتا عليه ففيه قولان :

(احدهما) تباعان فان لم يكن فيهما ربح قسم بين ربى المال ، وأن كان فيهما ربح شاركهما العامل فى الربح ، وان كان فيهما خسران ضمن العامل ذلك لأنه حصل بتفريطه .

(والقول الثانى) أن الجاريتين للعامل ويلزمه قيمتهما ، لأنه تعذر ردهما بتفريطه فلزمه ضمانهما كما لو اتلفهما .

فصل ويجوز لكل واحد منهما أن يفسخ اذا شاء لأنه تصرف فى مال الغير باذنه فملك كل واحد منهما فسخه كالوديعة والوكالة ، فان فسخ العقد والمال من غير جنس رأس المال وتقاسماه جاز وان باعاه جاز لأن الحق لهما ، وان طلب العامل البيع وامتنع رب المال أجبر ، لأن حق العامل فى الربح ، وذلك لا يحصل الا بالبيع .

فان قال رب المال : انا أعطيك مالك فيه من الربح وامتنع العامل ، فان قلنا : انه ملك حصته من الربح بالظهور لم يجبر على أخذه ، كما لو كان بينهما مال مشترك وبذل احدهما للآخر عوض حقه . وان قلنا : لا يملك ففيه وجهان بناء على القولين فى العبد الجانى اذا امتنع المولى عن بيعه وضمن للمجنى عليه قيمته .

(أحدهما) لا يجبر على بيعه لأن البيع لحقه وقد بذل له حقه .

(والثانى) انه يجبر لأنه ربما زاد مزايد ورغب راغب فزاد فى قيمته .

وان طلب رب المال البيع وامتنع العامل أجبر على بيعه لأن حق رب المال فى رأس المال ولا يحصل ذلك الا بالبيع ، فان قال العامل : انا أترك حقى

ولا أبيع فان قلنا : ان العامل يملك حصته بالظهور لم يقبل منه ، لأنه يريد أن يهب حقه وقبول الهبات لا يجب . وان قلنا : انه لا يملك بالظهور ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يجبر على بيعه لأن البيع لحقه وقد تركه فسقط .

(والثانى) يجبر لأن البيع لحقه ولحق رب المال فى رأس ماله ، فاذا رضى بترك حقه لم يرض رب المال بترك رأس ماله ، وان فسخ العقد وهناك دين وجب على العامل أن يتقاضاه لأنه دخل فى العقد على أن يرد رأس المال فوجب أن يتقاضاه ليرده .

(فصـــل) وان مات أحدهما أو جن انفسخ لأنه عقد جائز فبطل بالموت والجنون ، كالوديعة والوكالة . وان مات رب المال أو جن وأراد الوارث او الولى أن يعقد القراض والمال عرض ، فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحاق: يجوز لأنه ليس بابتداء قراض ، وانما هو بناء على مال القراض فجاز . ومنهم من قال : لا يجوز وهو الصحيح لأن القراض قد بطل بالموت وهذا ابتداء قراض على عرض فلم يجز .

(فصـــل) وان قارض فى مرضه على ربح أكثر من أجرة المثل ومات اعتبر الربح من رأس المال ، لأن الذى يعتبر من الثلث ما يخرجه من ماله والربح ليس من ماله ، وانما يحصل بكسب العامل فلم يعتبر من الثلث ، وان مات وعليه دين قدم العامل على الغرماء ، لأن حقه يتعلق بعين المال فقدم على الغرماء .

(فصـــل) وان قارض قراضاً فاسداً وتصرف العامل ، نفذ تصرفه لأن العقد بطل وبقى الاذن فملك به التصرف ، فان حصل فى المال ربح لم يستحق العامل منه شيئاً ، لأن الربح يستحقه بالقراض وقد بطل القراض .

فأما أجرة المثل فانه ينظر فيه ـ فان لم يرض الا بربح ـ استحق لأنه لم يرض أن يعمل الا بعوض ، فاذا لم يسلم له رجع الى أجرة المثل ، وان رضى من غير ربح بأن قارضه على أن الربح كله لرب المال ففى الأجرة وجهان :

(أحدهما) لا يستحق وهو قول المزنى ، لأنه رضى أن يعمل من غير عوض فصار كالمتطوع بالعمل من غير قراض .

(والثانى) أنه يستحق وهو قول أبى العباس لأن العمل فى القراض يقتضى العوض فلا يسقط باسقاطه كالوطء فى النكاح .

وان كان له على رجل دين فقال : اقبض مالى عليك فعزل الرجل ذلك وقارضه عليه لم يصح القراض ، لأن قبضه له من نفسه لا يصح ، فاذا قارضه

عليه فقد قارضه على مال لا يملكه فلم يصح ، فان اشترى العامل شيئا فى الذمة ونقد فى ثمنه ما عزله لرب المال وربح ففيه وجهان :

(احدهما) ان ما اشتراه مع الربح لرب المال لأنه اشتراه له باذنه ، ونقد فيه الثمن باذنه وبرئت ذمته من الدين ، لأنه سلمه الى من اشترى منه باذنه ويرجع العامل باجرة المثل ، لأنه عمل ليسلم له الربح ، ولم يسلم ، فرجع الى أجرة عمله .

(والثانى) أن الذى اشتراه مع الربح له لا حق لرب المال فيه ، لأن رب المال عقد القراض على مال لا يملكه فلم يقع الشراء له .

(فصـــل) وان اختلف العامل ورب المال فى تلف المال ، فادعاه العامل وانكره رب المال ، أو فى الخيانة فادعاها رب المال وانكر العامل فالقول قول العامل لأنه أمين والأصل عدم الخيانة ، فكان القول قوله كالمودع .

(فصـــل) فان اختلفا فى رد المال فادعاه العامل وانكره رب المال ، ففيه وجهان :

(احدهما) لا يقبل قوله لأنه قبض العين لمنفعته فلم يقبل قوله فى الرد كالمستعير .

(والثانى) يقبل قوله ، لأن معظم منفعته لرب المال ، لأن الجميع له الا السهم الذى جعله للعامل ، فقبل قوله عليه فى الرد كالمودع .

(فصـــل) فان اختلفا فى قدر الربح المشروط ، فادعى العـــامل أنه النصف ، وادعى رب المال انه الثلث تحالفا ، لأنهما اختلفا فى عوض مشروط فى العقد فتحالفا كالمتبايعين اذا اختلفا فى قدر الثمن ، فان حلفا صار الربح كله لرب المال ، ويرجع العامل بأجرة المثل ، لأنه لم يسلم له المسمى ، فرجع ببدل عمله .

(فصـــل) وان اختلفا فى قدر راس المال ، فقال رب المال الفان ، وقال العامل الف فان لم يكن فى المال ربح فالقول قول العامل لأن الأصل عدم القبض فلا يلزمه الا ما اقر به وان كان فى المال ربح ففيه وجهان :

(أحدهما) ان القول قول العامل لما ذكرناه .

(والثانى) انهما يتحالفان لأنهما اختلفا فيما يستحقان من الربح فتحالفا ، كما لو اختلفا فى قدر الربح المشروط ، والصحيح هو الأول لأن الاختلاف فى الربح المشروط ، اختلاف فى صفة العقد فتحالفا كالمتبايعين اذا اختلفا فى قدر الثمن ، وهذا اختلاف فيما قبض ، فكان الظاهر مع الذى ينكر كالمتبايعين اذا اختلفا فى قبض الثمن فان القول قول البائع .

(فصـــل) وان كان فى المال عبد فقال رب المال : اشتريته للقراض ، وقال العامل : اشتريته لنفسى أو قال رب المال اشتريته لنفسك ، وقال العامل: اشتريته للقراض فالقول قول العامل لأنه قد يشترى لنفسه وقد يشتريه للقراض ولا يتميز أحدهما عن الآخر الا بالنية ، فوجب الرجوع اليه ، فان أقام رب المال البينة انه اشتراه بمال القراض ففيه وجهان :

(أحدهما) انه يحكم بالبينة ، لأنه لا يشترى بمال القراض الا للقراض .

(والثانى) انه لا يحكم بها لأنه يجوز أن يشترى لنفسه بمال القراض على وجه التعدى ، فلا يكون للقراض لبطلان البيع .

(فصـــل) وان كان فى يده عبد فقال رب المال : كنت نهيتك عن شرائه ، وأنكر العامل ، فالقول قول العامل ، لأن الأصل عدم النهى ، ولأن هذا دعوى خيانة والعامل امين ، فكان القول فيهما قوله .

(فصـــل) وان قال : ربحت فى المال ألفا ثم ادعى انه غلط فيه ، أو أظهر ذلك خوفا من نزع المال من يده ، لم يقبل قوله ، لأن هذا رجوع عن الاقرار بالمال لغيره ، فلم يقبل ، كما لو أقر لرجل بمال ثم ادعى انه غلط ، فان قال : قد كان فيه ربح ولكنه هلك ، قبل قوله ، لأن دعوى التلف بعد الاقرار لا تكذب اقراره فقبل) .

الشرح سبق أن قررنا أن القراض عقد معونة وإرفاق يجوز بين المتعاقدين ما أقاما عليه مختارين وليس بلازم لهما ، ويجوز فسخه لمن شاء منهما ، فهو عقد ائتمان كالوديعة والعارية ، فإذا تلف فى يده فعلى تفصيل نضرب له مثلا تجتمع فيه صورة المسألة : رب مال دفع ألفى دينار قراضاً فتلف أحد الألفين فى يد العامل وبقى ألف ، فلا يخلو حال تلفها من ثلاثة أقسام :

(أحدها) أن يكون تلفها قبل ابتياع العامل لهما فهذا يكون رأس المال فيه الألف الباقية ولا يلزم العامل أن يجبر بالربح الألف التالفة لأنها بالتلف قبل التصرف قد خرجت عن أن تكون قراضا .

(والقسم الثانى) أن يكون تلفها بعد أن اشترى بها وباع ثم تلفت الألف من ثمن ما باع فيكون رأس المال كلا الألفين ويلزم العامل أن يجبر بالربح الألف التالفة لأنها بالتصرف الكامل قد صارت قراضا .

(القسم الثالث) أن يكون تلفها بعد أن اشترى بها عرضاً وتلف العرض قبل بيعه ففيه وجهان :

(أحدهما) أنها قراض لتلفها بعد التصرف بها فى الابتياع فعلى هـذا يكون رأس المال ألفى دينار ، وعلى العامل أن يجبر بالربح الألف التالفة لأنها قد صارت قراضاً .

(والوجه الثانى) أن الألف التالفة لا تصير قراضاً لتلفها قبل كمال التصرف ببيع ما اشترى بها فعلى هذا يكون رأس المال ألفى درهم ولا يلزم العامل أن يجبر بالربح الألف التالفة لأنها لم تصر قراضاً .

فإذا دفع رب المال ألف درهم قراضاً فاشترى العامل بها عرضا ثم تلفت الألف قبل دفعها فى ثمن العرض فلا يخلو حال الشراء من أمرين :

(أحدهما) أن يكون قد تعين الألف فيكون الشراء باطلا . لأن تلف الثمن المعين قبل القبض موجب لبطلان البيع ، فعلى هذا قد بطل القراض ويسترجع البائع عرضه .

(والثانى) أن يكون الشراء فى ذمة العامل ولم يعقده على عين الألف ففى الشراء وجهان :

(أحدهما) يكون للعامل لأنه لم يبق بيده من مال القراض ما يكون الشراء مصروفا إليه ، وهذا على الوجه الذى يقول فيه الشافعى : أن ما تلف بعد الشراء وقبل البيع خارج من القراض .

(والوجه الثانى) أن الشراء يكون فى القراض لأنه معقود له ، وهذا على الوجه الذى يقول فيه الشافعى : إن ما تلف بعد الشراء وقبل البيع داخل فى القراض ، فعلى هذا يجب على رب المال أن يدفع ألفا ثانية ، تصرف فى ثمن العرض ، يصير رأس المال ألفى دينار ، وعلى العامل أن يجبر بالربح الألف التالفة فلو تلفت الألف الثانية قبل دفعها فى ثمن العرض لزم رب المال

أن يدفع ألفاً ثالثة ، ويصير رأس المال ثلاثة آلاف دينار ، وعلى العامل أن يجبر بالربح كلا الألفين التالفتين .

فإذا دفع ألفاً قراضاً فعمل بها العامل وخسر مائة وأخذ منها رب المال مائة ثم عمل العامل بالباقى فصارت ألفاً وخمسمائة وأرادا أن يعرفا قدر رأس المال ليقتسما الربح ، فوجه العمل فيه أن يقال لما خسر فى الألف مائة لزم تقسيطها على التسعمائة فيكون قسط كل مائة دينار أحد عشر ديناراً وتسع ، وهو القدر المسترجع من الألف ويبقى رأس المال ثمانمائة وثمانية وثمانين وثمانية أتساع دينار فلو كان قد خسر العامل مائتى دينار واسترجع رب المال مائة صار رأس المال ثمانمائة وخمسة وسبعين لأن قسط كل مائة من الخسران خمسة وعشرون ثم على هذا القياس .

فـــرع قال الشافعى : وإن مات رب المال صار لوارثه فإنه رضى ترك المقارض على قراضه وإلا فقد انفسخ قراضه ، وإن مات العامل لم يكن لوارثه أن يعمل مكانه وهذا كما قال : عقد القراض يبطل بموت كل واحد من رب المال والعامل لأن العقود الجائزة دون اللازمة تبطل بموت عاقدها وهما فى العقد سواء ، لأنه تم بهما وهو غير لازم ، فإذا بطل بموت كل واحد منهما لم يخل أن يكون الميت هو رب المال أو العامل ، فإن كان الميت منهما هو رب المال ناضاً أو عرضاً ، فإن كان ناضا ــ والناض النقود ــ منع العامل أن يتصرف فيه ببيع أو شراء ثم لورثة رب المال أن يسترجعوا رأس المال ويقاسموا العامل على ربح إن كان ، فإن أذنوا له فى المقام على قراض أبيهم كان ذلك عقداً مبتدأ ، فلا يخلو حالهم فيه من أحد أمرين ، إما أن يكونوا عالمين بقدر المال أو جاهلين به ، فإن كانوا عالمين بقدره صح القراض إن كانوا أهل رشد لا يولى عليهم ولم يتعلق بتركة ميتهم ديون ولا وصايا وإن كانوا بخلاف ذلك لم يصح إذنهم ، ثم إذا صح فلا يخلو أن يكون قد حصل للعامل فيه ربح قبل موت رب المال أو لم يحصل ، فإن لم يحصل فكل المال الذى فى يده قراض لورثة ربه ، وإن كان قد حصل فيه ربح قبل موت ربه فهو شريك فى المال بحصته من ربحه ، ويختص بما يحصل من فضله ومضاربته فيما يبقى من الربح مع رأس المال بما شرط له من ربحه .

وإن كان الورثة جاهلين بقدر المال عند إذنهم له بالقراض ففيه وجهان مخرجان من وجهين :

(أحدهما) أن القراض باطل لأنه معقود بمال مجهول .

(والثانى) أن القراض صحيح لأنه مبتدأ لعقد صحيح ، فإن كان مال القراض عند موت ربه عرضاً فقد قال الماوردى : للعامل بيعه من غير استئذان الورثة ، ولا يجوز أن يشترى بثمنه شيئاً من غير إذن الورثة لأن البيع من حقوق العقد الماضى ، وليس الشراء من حقوقه إلا بعقد مستأنف . فإن أذن له الورثة فى المقام على قراض أبيهم ــ فإن كان بعد بيعه للعرض فقد صار الثمن ناضاً ــ أى نقودا ــ فيكون كإذنهم له بالقراض والمال ناض .

وإن كان قبل بيع العرض ففى جواز القراض وجهان خرج منهما الوجهان المذكوران (أحدهما) وهو قول أبى على بن أبى هريرة : إن القراض باطل لأن عقده بالقراض باطل . (الثانى) وهو قول أبى إسحاق المروزى أن القراض جائز لأنه استصحاب لعقد جائز .

وإن كان الميت منهما هو العامل فليس لوارثه أن يبيع ويشترى سواء كان المال ناضا أو عرضا ، والفرق بين أن يموت رب المال فيجوز للعامل أن يبيع بغير إذن الوارث وبين أن يموت العامل فلا يجوز لوارثه أن يبيع إلا بإذن رب المال أن عقد القراض قد أوجب ائتمان العامل على التصرف فى المال لربه أو لوارثه ، وما أوجب ائتمان وارث العامل فى المال لا مع ربه ولا مع وارثه ، وإذا كان كذلك نظر فى المال . فإن كان ناضا استرجع رب المال رأس ماله واقتسما ربحا إن كان فيه ، فلو أذن رب المال لوارث العامل فى المقام على القراض صح إن كانا عالمين بقدر المال . ويبطل إن كانا جاهلين بقدره وجها واحدا .

والفرق بين هذا حيث بطل بجهالة القدر وبين أن يموت رب المال من جهة ربه والعمل من جهة العامل ، فإذا مات رب المال كان المقصود من الأمرين باقيا فجاز استصحاب العقد المتقدم لبقاء مقصوده ، ولم يبطل بحدوث

الجهالة فيه ، وإذا مات العامل فقد فات أخذ المقصود به فلم يمكن استصحاب العقد المتقدم وكان استئناف عقد مع وارثه فبطل بحدوث الجهالة فيه .

وان كان مال القراض عند موت العامل عرضا لم يجز لوارثه أن ينفرد ببيع العرض من غير إذن رب المال به ، فإذا أذن له باعه واقتسما بعد رد رأس المال بفضل إن كان فيه ، فلو أذن رب المال لوارث العامل أن يقيم على عقد القراض كالعامل ــ فإن كان بعد بيع العرض والعلم بثمنه ــ صح ، وإن كان العرض باقيا أو ثمنه مجهولا بطل وجها واحدا لما ذكرنا .

فـــرع قال الشافعي : وبيع ما كان فى يديه مع ما كان من ثيـاب أو أداة للسفر أو غير ذلك مما قل أو كثر ، فإن كان فيه فضل كان لوارثه وإن كان خسرانا كان ذلك فى المال ، وهذا كقوله : وإذا بطل القـراض بموت أحدهما وجب بيع كل ما كان من مال القراض من غير عرض التجارة أو أداة للسفر .

قال الشافعي : مع ما كان من ثياب . فتمسك بذلك من ذهب من أصحابنا إلى أن للعامل أن ينفق على نفسه فى سفره من مال القراض ، لأنه لو لم يشتر ثياب سفره من مال القراض لم يجز بيعها فى القراض وهو لعمرى ظاهر يجوز التمسك به وقد تأوله من ذلك إلى أنه لا نفقة له على ثياب اشتراها العامل للتجارة ، أو اشتراها لنفسه وهى غير مختصـة بسـفره ، فإذا بيع جميع ما وصفنا فلا يخلو ما حصل من ثمن جميعه من ثلاثة أنواع .

(أولها) أن يكون بقدر رأس المال فهو لرب المال ولا حق للعامل فيـه لعدم ربحه .

(ثانيها) أن يكون أكثر من رأس المال فلرب المال أن يأخذ رأس ماله ثم العامل شريكه فى الربح على مقتضى الشرط من نصف أو ثلث أو ربع ، فلو تلف بعض المال بعد أن صار ناضاً ــ نقودا ــ نظر فيه ، فإن كانا قد عينا حق العامل منها فيه كان التالف منه تالفاً بالحصص وإن لم يكونا قد عينا حـق

العامل فيه فالتالف منه تلف من الربح وحده ، لأن الربح قبل أن يتعين ملك للعامل مرصد لجبران رأس المال .

(ثالثها) أن يكون أقل من رأس المال ، إما بخسران حصل فى المال أو لحادث أتلف شيئاً منه فيكون ذلك عائدا على رب المال دون العامل ، لأن الربح يعود عليهما والخسران مختص برب المال .

فإن قيل : فهلا كان الخسران عليهما كما كان الربح لهما ؟ قيل : هما فى الحكم سواء وإن عاد الخسران على رب المال لأن الخسران يعود إليه ، إلى ما تناوله عقد القراض . لأنه إنما تناول عملا من جهة العامل ومالا من جهة رب المال ، فعاد الخسران على العامل بذهاب عمله وعلى رب المال بذهاب ماله فعلى هذا لو شرطا فى عقد القراض تحمل العامل الخسران كان القراض باطلا لاشتراطهما خلاف موجبه .

فـــرع قال المزنى « وإن دفع مالا قراضاً فى مرضه وعليه دين ثم مات بعد أن اشترى وباع وربح أحب العامل ربحه واقتسم الغرماء ما بقى من ماله » وهذا صحيح لأنه يجوز للمريض أن يدفع مالا قراضاً لما فيـــه من تثمير ماله ، وسوء قارض العامل على تساو فى الربح أو تفاضل فكان أقلهما سهما أو أكثر ، ويكون ما يصل إلى العامل من كثير الربح من رأس المال دون الثلث ،لأنه بيسير الربح واصل إلى ما لم يكن واصـــلا إليـــه لو كف عن القراض وهكذا الخلاف فيمن أجر داراً بأقل من أجرة المثل لأنه قد كان مالكا للمنفعة ، فإذا عاوض عليها فى مرضه ببعض الأجرة فقد أتلف بعض ملـــكه فكان معتبراً فى الثلث ، وليس رب المال مالكا لربح المال الذى صار إلى بعضه فلذا كان من رأس المال .

فإذا تقرر صحة القراض من رأس المال فى قليل الربح وكثيره تولى رب المال ــ إن كان حياً ــ محاسبة العامل واستيفاء الحقين من أصل وربح ، فإن مات مفلساً وكثرت ديونه عن ماله قدم العامل بحصته من الربح على سائر الغرماء لأنه إن كان شريكا فالشريك لا يدفعه الغرماء عن شركته ، وإن كان أجيراً فحقه متعلق بعين المال كالمرتهن ، والمرتهن لا يزاحمه الغرماء فى رهنه .

وهكذا لو أخذ المريض مالا قراضاً صح . وإن كان بأقل السهمين من الربح وكان من رأس المال ، لأن قليل الربح كسب وليس بإتلاف .

فـــرع قال المزنى : من ذلك لو دفع إليه ألف درهم فقال : خذها فاشتر بها هروياً أو مروياً [1] بالنصف كان فاسداً لأنه لم يبين ، فإن اشـترى فجائز وله أجرة مثله ، وإن باع فباطل لأن البيع بغير أمره إذا دفع رب المال إلى العامل ألف درهم وقال : اشتر بها هروياً أو مرويا كان فاسـدا باتفـاق أصحابنا ، وإنما اختلفوا فى علة فساده على ثلاثة أوجه .

(أحدها) أن علته أنه قال : فاشتر بها هرويا أو مرويا فلم يبين أحـد النوعين من المروى والهروى ولا جمع بينهما فجعله مشكلا ، والقراض إنما يصح بأن يعم جميع الأجناس أو يعين أحد الأجناس .

(والثانى) وهو اختيار أبى على بن أبى هريرة أن علة فساده أنه قال بالنصف ولم يبين النصف هل يكون لرب المال أو للعامل . قال واشتراطه نصف الربح للعامل غير مبطل له فصار لنفسه مبطلا للقراض ما لم يبين نصيب العامل ، واشتراطه نصف الربح للعامل غير مبطل للقراض فصار القراض بهذا القول مترددا بين الصحة والفساد فبطل .

(والثالث) وهو اختيار أبى إسحاق المروزى : أنه بطل بقوله فاشتر ولم يقل وبع ، والقراض إنما يصح بالشراء والبيع فلذلك بطـل ، فإذا تقـرر ما وصفنا فى اختلاف أصحابنا فى علة فساده ، فإن اشترى كان الشراء جائزا لأنه مأمور به وله أجرة مثله ، وإن باع كان البيع باطلا لأنه غير مأمور به .

وإذا قال : خذ هذا المال قراضا . ولم يزد على ذلك كان قراضا فاسـداً للجهل بنصيب كل واحد منهما من الربح . إلا أن شراء العامل وبيعه جائز ، لأنه أمر بهما لكونهما من موجبات القراض وللعامل أجرة مثله . وحكى عن أبى العباس بن سريج أن القراض جائز ويكون الربح بينهما نصفين ، لأن ذلك هو الغالب من أحوال القراض فحمل إطلاقه عليه .

---

(١) ثياب تنسب الى مدنها التى صنعت فيها مثل هراة ومرو وهما مدينتان بين بخـارى ونيسابور وراء بحر قزوين .

قال الماوردى : وهذا المحكى عنه غير صحيح لأنه لو جاز ذلك فى إطلاق القراض لجاز مثله فى البيع إذا أغفل فيه الثمن أن يكون محمولا على ثمن المثل وهو القيمة . وكذا فى الإجارة وكل العقود فأما إذا قال : خذ هذا المال فاشتر به وبع ولم يزد عليه فلا خلاف بين أصحابنا أنه لا يكون قراضا صحيحا ، ويصح شراء العامل وبيعه ، وهل يكون قراضا فاسدا أو معونة ؟ على وجهين :

(أحدهما) يكون استعانة بعمله كما لو قال : اشتر وبع على أن جميع الربح لى ، فعلى هذا لا أجرة للعامل فى عمله .

(والثانى) أنه يكون قراضا فاسدا لأنه الأغلب من حال أمره وحال قوله : على أن جميع الربح لى . لما فيه من التصريح بأن لا شىء له فيه . فعلى هذا يكون للعامل أجرةمثله، وسواء حصل فى المال فضل أو لم يحصل .

فـــرع قال المزنى : وإن قال خذها قراضا أو مضاربة على ما شرط فلان من الربح لفلان ، فإن علما ذلك فجائز ، وإن جهلاه أو أحدهما ففاسد . وهذا كما قال : إذا دفع المال قراضا من غير أن يسمى فى الربح قدراً ففعله محمول على مثل ما قارض زيد عمرا ، فإن علما ما تقارض زيد وعمرو عليه صح قراضهما ، لأنهما عقداه بمعلوم من الربح ، إذ لا فرق بين قوله على أن الربح بيننا نصفين وبين قوله : على مثل ما قارض به زيد عمرا كان القراض باطلا لجهلهما بقدره . والجهالة بقدر الربح مبطلة للقراض .

فإن علما بعد ذلك ما تقارض عليه زيد وعمرو لم يصح لوقوعه فاسداً وهكذا لو علمه أحدهما حال العقد وجهله الآخر لم يصح القراض ، لأن جهل أحد المتعاقدين بالعوض كجهلهما معا به ، فلو قال : خذه قراضا على ما تقارض به زيد وعمرو كان باطلا ، لأن زيداً قد يقارض عمرا وقد لا يقارضه ، وقد تقارض على قليل أو كثير . وهكذا لو قال : خذه قراضا على ما يوافقك عليه زيد لم يجز للجهل بما يكون من موافقته .

وهكذا لو قال : خذه قراضا على أن لك من الربح ما يكفيك أو يقنعك

لم يجز لجهله بكفايته وقناعته ، فإن اشترى وباع فى هذه المسائل كلها صح بيعه وشراؤه وكان جميع الربح والخسران لرب المال وعليه ، وللعامل أجرة المثل .

فـــرع إذا اختلف رب المال والعامل فى قدر رأس المال فقال العامل : هو ألف دينار وقال رب المال هو ألفان ، فإن لم يكن ربح فالقول قول العامل مع يمينه ، وإن كان فى المال ربح بقدر ما ادعاه رب المال من رأس ماله ؛ مثل أن يدعى العامل ــ وقد أحضر ألفى دينار ــ أن أحد الألفين رأس مال وليس فيها ربح ، ففيه لأصحابنا وجهان ، وعن أبى حنيفة روايتان مخرجان من اختلاف قولين فى العامل هل هو وكيل أو شريك ؟

(أحدهما) أن القول قول رب المال إذا قيل : إن العامل وكيل مستأجر . وهذا قول زفر بن الهذيل .

(والثانى) أن القول قول العامل إذا قيل : إنه شريك مساهم . وهذا قول محمد بن الحسن ، وهو أصح الوجهين فى اختلافهما ، لأن قوله نافذ فيما بيده ، فعلى هذا لو أحضر ثلاثة آلاف دينار وذكر أن رأس المال منها ألف والربح ألفان . وقال رب المال : رأس المال منها ألفان والربح ألف حكم بقول العامل واقتسما الألفين ربحا . وجعل رأس المال ألفا .

فلو قال العامل وقد أحضر ثلاثة آلاف : رأس المال منها ألف والربح ألف والألف الثالثة ، أو وديعة فى يدى ، أو هى دين على من قراض وادعاها رب المال ربحا فالقول قول العامل مع يمينه لمكان يده والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب العبد المأذون له فى التجارة

لا يجوز للعبد ان يتجر بغير اذن المولى لان منافعه مستحقة له ، فلا يملك التصرف فيها بغير اذنه ، فان رآه يتجر فسكت لم يصر مأذونا له ، لانه تصرف يفتقر الى الاذن ، فلم يكن السكوت اذنا فيه ، كبيع مال الاجنبى ، فان اشترى

شيئاً فى الذمة فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو سعيد الاصطخرى وأبو اسحاق لا يصح لأنه عقد معاوضة فلم يصح من العبد بغير اذن المولى كالنكاح .

وقال أبو على بن أبى هريرة : يصح لأنه محجور عليه لحق غيره فصح شراؤه فى الذمة كالمفلس ، ويخالف النكاح ، فانه تنقص به قيمته ، ويستضر به المولى ،فلم يصح من غير اذنه . فان قلنا : انه يصح دخل المبيع فى ملك المولى ، لأنه كسب للعبد فكان للمولى ، كما لو احتش أو اصطاد ، ويثبت الثمن فى ذمته لأن اطلاق البيع يقتضى ايجاب الثمن فى الذمة ، فان علم البائع برقه لم يطالبه حتى يعتق لأنه رضى بذمته فلزمه الصبر الى أن يقدر ، كما نقول فيمن باع من مفلس ، وان لم يعلم ثم علم ، فهو بالخيار بين أن يصبر الى أن يعتق وبين أن يفسخ البيع ويرجع الى عين ماله ، لأنه تعذر الثمن فثبت الخيار ، كما نقول فيمن باع من رجل ثم افلس بالثمن . وان قلنا : ان الشراء باطل ، وجب رد المبيع لأنه مقبوض عن بيع فاسد . فان تلف فى يد العبد أتبع بقيمته اذا عتق ، لأنه رضى بذمته وان تلف فى يد السيد ، جاز له مطالبة المولى فى الحال ، ومطالبة العبد اذا عتق ، لأنه ثبتت يد كل واحد منهما عليه بغير حق .

فصل وان اذن له فى التجارة صح تصرفه ، لأن الحجر عليه لحق المولى ، وقد زال ، وما يكتسبه للمولى ، لأنه ان دفع اليه مالا فاشترى به كان المشترى عوض ماله فكان له ، وان اذن له فى الشراء فى الذمة كان المشترى من أكسابه ، لأنه تناوله الاذن فان لم يكن فى يده شىء أتبع به اذا عتق لأنه دين لزمه برضى من له الحق فتعلق بذمته ، ولا تباع فيه رقبته لأن المولى لم يأذن له فى رقبته ، فلم يقض منها دينه .

فصل ولا يتجر الا فيما أذن به ، لأن تصرفه بالاذن ، فلا يملك الا ما دخل فيه . فان اذن له فى التجارة لم يملك الاجارة ، ومن أصحابنا من قال : يملك اجارة ما يشتريه للتجارة ، لأنه من فوائد المال ، فملك العقد عليه كالصوف واللبن ، والمذهب الأول ، لأن المأذون فيه هو التجارة ، والاجارة ليست من التجارة فلم يملك بالاذن فى التجارة .

فصل ولا يبيع بنسيئة ولا بدون ثمن المثل لأن اطلاق الاذن يحمل على العرف ، والعرف هو البيع بالنقد ، وثمن المثل ، ولأنه يتصرف فى حق غيره ، فلا يملك الا ما فيه النظر والاحتياط ، وليس فيما ذكرناه نظر ولا احتياط ، فلا يملك . ولا يسافر بالمال لأن فيه تغريراً بالمال فلا يملك من غير اذن ، وان اشترى من يعتق على مولاه بغير اذنه ففيه قولان :

(احدهما) أنه لا يصح وهو الصحيح ، لأن الاذن فى التجارة يقتضى ما ينتفع به ويربح فيه ، وهذا لا يوجد فيمن يعتق عليه .

(والثانى) انه يصح لأن العبد لا يصح منه الشراء لنفسه ، فاذا أذن له فقد أقامه مقام نفسه فوجب ان يملك جميع ما يملك . فان قلتا : يصح فان لم يكن عليه دين عتق ، وان كان عليه دين ففيه قولان :

(احدهما) يعتق لأنه ملكه .

(والثانى) لا يعتق لأن حقوق الغرماء تعلقت به ، فان اشتراه باذنه صح الشراء ، فان لم يكن عليه دين عتق عليه ، وان كان عليه دين فعلى القولين ، ومتى صح العتق لزمه ان يغرم قيمته للغرماء ، لأنه أسقط حقهم منه بالعتق .

(فصـــل) واذا اكتسب العبد مالا بأن احتش أو اصطاد او عمل فى معدن ، فأخذ منه مالا او ابتاع أو اتهب أو أوصى له بمال فقبل ، دخل ذلك فى ملك المولى ، لأنها اكتساب ماله ، فكانت له . فان ملكه مالا ففيه قولان : قال فى القديم : يملكه لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من باع عبداً وله مال فماله للبائع ، الا أن يشترطه المبتاع » ولأنه يملك البضع فملك المال كالحر ، وقال فى الجديد : لا يملك ، لأنه سبب يملك به المال ، فلا يملك به العبد كالارث ، فان ملكه جارية واذن له فى وطئها ملك وطأها فى قوله القديم ، ولا يملك فى الجديد ، وان ملكه نصابا لم يجب زكاته على المولى فى قوله القديم ، ويجب فى الجديد ؛ فان وجب كفارة على بالطعام والكسوة فى قوله القديم ، وكفر بالصوم فى قوله الجديد ، واما العتق فلا يكفر به على القولين لأن العتق يتضمن الولاء والعبد ليس من أهل الولاء ، وان باعه وشرط المبتاع ماله ، جاز فى قوله القديم ان يكون المال مجهولا ، لأنه تابع ولا يجوز فى الجديد لأنه غير تابع والله اعلم) .

الشرح الأحكام : قال الشيخ محى الدين النووى رحمه الله تعالى : العبد المأذون له [فى التجارة] ، إذا اشترى من يعتق على سيده بإذنه ، صح ، وعتق عليه إن لم تركبه ديون ، وإلا ، فقولان ، لأن ما فى يده كالمرهون بالدين . وإن اشترى بغير إذنه ، لم يصح على الأظهر . والثانى : يصح ، ويعتق عليه ورأى الامام القطع بالبطلان ان كان [أذن] فى التجارة ، وجعل الخلاف فيما إذا قال : تصرف فى هذا المال واشتر عبداً . والجمهور على جريان القولين فى الإذن فى التجارة ، وهو نصه فى « المختصر » ثم هذا الخلاف ، إذا لم يركبه دين ، فإن ركبه ، ترتب على الخلاف فيما إذا لم يركبه ، وأولى بالبطلان . فإن صح ، ففى نفوذ العتق القولان .

فــرع

لو كان فى المال جارية ، لم يكن [1] للمالك وطؤها ، كان فى المال ربح أو لم يكن . واستبعد الامام التحريم إذا لم يكن ربح ، وإذا حرمنا ، فوطىء ، لم يكن فسخاً للقراض على الأصح ، ولا حد عليه . وأما المهر ، فسنذكره إن شاء الله تعالى . ولو وطئها العامل ، فعليه الحد إن لم يكن ربح وكان عالماً ، وإلا ، فلا حد ، ويؤخــذ منه جميــع المهر ويجعل فى مال القــراض . ولو استولد ، لم تصر أم ولد إن قلنا : لا يملك بالظهور ، وإلا ، ثبت الاستيلاد فى نصيبه ويقوم عليه الباقى إن كان موسراً .

فــرع

لا يبطل الإذن بالإباق ، وقال أبو حنيفــة : يبطــل لأنه يزيل به ولاية السيد عنه فى التجارة ، بدليل أنه لا يجوز بيعه ولا هبته ولا رهنه فأشــبه ما لو باعه .

وقال أحمد : إن الإباق لا يمنع ابتداء الإذن له فى التجارة فلم يمنــع استدامته كما لو غصبه غاصب أو حبس بدين عليه أو على غيره ، وما ذكره أبو حنيفة غير صحيح ، فإن سبب الولاية باق وهو الرق ، ويجوز بيعــه وإجارته ممن يقدر عليه ويبطل بالمغصوب .

ولا يجوز للمأذون فى التجارة التبرع بهبة الدراهم ولا كسوة الثيــاب ولا الهبة بالمأكول ، ولا إعارة الدابة . وقال أحمد : يجوز هبتــه وإعارته دابته ، واتخاذ الدعوة ما لم يكن إسرافاً ، وبه قال أبو حنيفة : دليلنا أنــه تبرع بمال مولاه فلم يجز كهبة دراهمه . وقد استدل أحمد وأبو حنيفة بأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يجيب دعوة المملوك . وروى أبو ســعيد مولى أبى أسيد أنه تزوج فحضر دعوته أناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم عبد الله بن مسعود وحذيفة وأبو ذر فأمهم وهو يومئذ

---

(1) فى نسخ الظاهرية : لم يجز

عبد ، رواه صالح فى مسائله بإسناده . قال ابن قدامة فى المغنى : ولأن العادة جارية بذلك بين التجار فجاز كما جاز للمرأة الصدقة بكسرة الخبز من بيت زوجها . والله تعالى أعلم .

فـرع

لا يجوز للمالك تزويج جارية القراض ، لأنه ينقصها فيضر بالعامل .

بعد أن عرضنا فقه المضاربة وأحكامها عند علماء المسلمين نأتى إلى هذا البحث الموجز الذى أحلنا عليه فى باب القرض للدكتور محمد نجاة صديقى الحائز على جائزة الملك فيصل :

البديل من المصارف الربوية

تقوم المصارف الإسلامية على مبدأين أساسيين فى الشريعة الإسلامية : تحريم الفائدة [1] ، والاستعاضة عنها بالمشاركة فى الأرباح كلما كان ذلك ممكناً ومرغوباً [2] . وإذا كانت الآثار المترتبة على ذلك آثاراً ثورية ، إلا أن التغيير المطلوب تغيير سهل وميسور . فالمودعون فى حسابات ادخارية أو ودائع لأجل ، يتعهد لهم بدلا من العائد الثابت فى صورة فائدة ، بحصة محددة من الأرباح التى حققتها المصارف نتيجة استثمارها . أما المنظمون الباحثون عن السلف من المصارف ، فيتعهدون لها بحصة من الأرباح التى يحققونها . وإذا لم تتحقق أية أرباح استردت المصارف ما أعطت فحسب . وإذا ما آل المشروع إلى خسارة ما ، نظر إلى هذه الخسارة على أنها نقص لحق برأس المال ، واستردت المصارف ما تبقى . والحقيقة هنا أن المصارف لم تعد مقرضة ، بل أصبحت شريكة فى المشروع . وهناك عدة طرق لاستثمار أموال المصرف على أساس المشاركة فى الأرباح ، غير أننا نختار أسهلها لإيضاح المقصود . والراجح أن يؤمن تنويع المصارف لاستثماراتها

---

(١) « وأحل الله البيع وحرم الربا » ، القرآن الكريم ٢ / ٢٧٥ .

(٢) محمد نجاة الله صديقى : « الأصول الشرعية للشركة والمضاربة » ، المنشورات الاسلامية ، لاهور ١٩٦٩ .

عائداً إيجابياً عليها فى الجملة ، بحيث يكون المودعون عملياً واثقين من حصولهم على مثل هذا العائد الايجابى .

فاعلية التخصيص :

باستبدال المشاركة بالفائدة ، يصبح العائد على رأس المال الذى تقرضه المصارف ، كما يصبح رده ، متوقفين كلية على إنتاجية المشروع المنتظر . وهذا ما يدفع المصرف إلى الحرص التام على فحص المشروع وتقدير إنتاجيته ، وذلك باختيار المشروعات التى تعد بأعلى معدل للربح . وعليه فإن تخصيص الأموال الاستثمارية لا يعود موجهاً بمقدرة المقترض على رد مبلغ القرض وفائدته ، كما يستدل عليها بقرينة ثروته الصافية ، بل يصبح موجهاً بسلامة المشروع والقدرات التنظيمية لشريك العمل .

فتتدفق الأموال الاستثمارية فى الاتجاهات التى ترشد إليها معدلات الربح المتوقعة ، وتزول من عملية تخصيص الموارد التشوهات الناجمة عن مؤسسة الفائدة والمبينة أعلاه .

إن المنظمين العاملين برأس مال حصلوا عليه من المصارف يمكنهم تعظيم عائداتهم بتعظيم Maximising أرباح المشروع . وبهذا تتضافر خبرة المصارف مع خبرة العمل فى تأمين إدارة فعالة حريصة على تعظيم الانتاجية ، ذلك لأن ترتيب المشاركة فى الربح ، خلافاً لترتيب القرض ، يحرك باستمرار اهتمام الممول بأداء المشروع وإنجازه . وتتفق مصلحة الطرفين ، بأن يعمل كل منهما بالتعاون مع صاحبه على خلق مزيد من الثروة ، كلما زاد انتاجهما زادت حصة كل منهما . وتسرى هذه الروح إلى النظام الانتاجى بكامله ، بصرف النظر عن الشكل الذى يمكن أن تأخذه المشاركة بالأرباح فى القطاعات المختلفة .

ثبات قيمة النقود :

بافتراض استمرار الأخذ بمبدأ الاحتياطيات الجزئية ، تبقى المصارف

التجارية (*) قادرة على التوسع الائتماني وخلق نقود جديدة (٣) ، غير أن هذه النقود الجديدة لن تظهر بعد ذلك فى صورة قروض تحمل فائدة . بل ستظهر غالباً فى صورة سلف مصرفية تشترط حصة فى الأرباح الفعلية للمشروع. وينعقد التمويل المصرفى، ومن ثم تخلق النقود ، عندما يقتنع كل من المصرف والمنظم بأن هناك توقعات حقيقية لخلق ثروة إضافية ، فتخلق نقود جديدة فقط عندما يكون ثمة احتمال قوى فى زيادة مقابلة فى عرض السلع والخدمات .

لكن ماذا لو جاء التوقع غير مصدق ، وآل المشروع إلى خسارة ؟ إن رأس المال يرد إلى المصرف ناقصاً بمبلغ الخسارة ، أى بقيمة تعادل القيمة الفعلية التى وصل إليها المشروع . وهكذا فإن عرض النقود ، فى النظام المصرفى الجديد القائم على المشاركة ، لا يسمح له بتجاوز عرض السلع والخدمات .

على أن جزءاً من التوسع الائتمانى سيحدث فى صورة قروض استهلاكية قصيرة الأجل خالية من الفائدة . وهذه القروض ستكون تضخمية ، إذ تزيد الطلب على السلع والخدمات بدون زيادة مقابلة فى عرضها . لكن يمكن للقروض الاستهلاكية أن لا تكون تضخمية ، وذلك عندما تنشأ مباشرة من المدخرات أو من الحصيلة الضريبية . ومن الطبيعى فى نظام مصرفى قائم على أساس المشاركة بالربح ، لا يمكن للمصارف أن تلعب إلا دوراً محدوداً فى تقديم القروض الخالية من الفائدة إلى المستهلكين ومثل هذه السياسة لاتزال من أكثر السياسات تفضيلا ، بالنظر إلى الأثر التضخمى للنقد المصرفى الممنوح قروضاً استهلاكية . على أن قروض المستهلكين الخالية من الفائدة يجب أن يكون مصدرها الإيراد الضريبى (الذى يشمل الزكاة) (٤)

(*) فى اطار اسلامى . المترجم .

(٣) م.ن. صديقى : مصارف بلا فائدة ، ٧٧ ـ ٩٤ .

(٤) اقترح عدد من العلماء استخدام الزكاة فى منح قروض حسنة الى المستهلكين المحتاجين من بينهم حميد الله ، وابو زهرة ، وخلاف . راجع تفاصيل ذلك فى فقه الزكاة ليوسف القرضاوى ، جـ ٢ ، ص ٦٤٣ ، بيروت ١٩٨٠ .

والمدخرات المتاحة للحكومة والوكالات العامة الأخرى ، خصوصاً لهذا الغرض .

ربما لا يكون ممكناً مواجهة جميع الاحتياجات المالية للقطاع الانتاجى على أساس المشاركة بالربح . فالتمويل الجسرى **Bridge Finance** والاحتياجات المالية ذات الأجل القصير جداً يمكن أن تتعين تغطيتها بالقروض الخالية من الفائدة ، فى الحالات التى لا يمكن فيها تقدير مساهمة هذه الأموال فى أرباح المشروع .

وبما أن المصارف لا تستطيع الحصول على أية عائدات مباشرة من مثل هذه العمليات الإقراضية ، فإن هذا النشاط لا يمكن أن يحتمل أبعاداً (نسباً) كبيرة . والحقيقة أنه قد يتوجب عليها الاقتناع بفعل ذلك من خلال تنظيمات خاصة وحوافز معينة (٥) .

ويمكن أن يتعين تقسيم هذه القروض إلى حصص وفقاً لاحتياجات أرباب الأعمال ، وهى الاحتياجات التى لا يمكن تغطيتها بطريق تمويلات المشاركة بالربح . وبرغم عدم إمكان حساب ربحيتها ، إلا أنها تساهم فى اتجاه خلق ثروة إضافية نتيجة تسهيل عملية الإنتاج ، وبذلك يمكن أن لا تكون تضخمية .. وعلى كل حال ، فإن تقديم قروض بلا فائدة إلى التجارة يمكن أن يبقى فقط فى الحدود التى تستطيع السلطة النقدية التحكم بها فعلا وبسرعة .

أما تقديم القروض اللاربوية إلى الحكومة ، فإن أثره على قيمة النقود يتوقف على الاستعمال الذى توضع فيه هذه الأموال المقترضة ، وكذلك على ما إذا كانت القروض ناشئة فى أصلها عن مدخرات أو عن نقد مصرفى . وأياً ما كان الأمر ، فإن الاقتراض العام للأغراض غير المنتجة من المصارف التجارية سيكون تضخمياً ، ولابد من حصره فى الحد الأدنى .

زيادة حجم الاستثمار :

إن التزام المنظم برد رأس مال القرض ودفع معدل فائدة محدد مسبقاً إلى

---

(٥) م.ن. صديقى : « مصارف بلا فائدة » ، سبق ذكره .

المصرف ، إنما يضع على إرادته فى المخاطر قيداً ثقيلا ، إذ لا يعود من الممكن القيام بأى مشروع ما لم تكن أرباحه المنتظرة كبيرة إلى حد كاف لتغطية خطر الخسارة ، وتأمين عائد مساو لمعدل الفائدة ، بالإضافة إلى إدرار فائض للمنظم نفسه يعادل على الأقل مكاسبه البديلة فى سوق العمل ، بيد أن التحول إلى المشاركة يلغى الالتزام بدفع معدل ثابت للعائد كالفائدة . ويبقى المنظم حريصاً على كسب الأرباح ، لأن مكافأته الخاصة تتراكم له فى شكل حصة من الأرباح الفعلية . فالمنظم هنا فى محاولته تأمين ربح لنفسه ، على الأقل مساو لمكاسبه البديلة كما بينا أعلاه ، إنما يؤمن معها رد رأس المال ورد عائد إيجابى عليه . ولما كان المنظم غير مقيد بالتزام تعاقدى لرد رأس المال والفائدة ، فإنه سيكون مقتنعاً بأن حصته ، الناجمة عن معدل ربح المشروع مضروباً بنسبة المشاركة [٦] فى الربح بينه وبين المصرف ، ستؤمن له عائداً مساوياً لمكاسبه البديلة . والغالب أن هذا المعدل الربحى للمشروع سيكون فى هذه الحالة (حالة المشاركة) أخفض منه فى حالة الأخذ بنظام الفائدة ، حيث يتوجب تغطية علاوة المخاطرة ، ومعدل الفائدة ، ومكافأة المنظم المساوية لمكاسبه البديلة . وهكذا فإن ترتيب المشاركة بالربح يمكن ، إذا بقيت الأشياء الأخرى على حالها ، أن يسمح للمنظمين بالقيام بعدد من المشروعات يستبعد فى ظل الترتيب القائم على الفائدة . لذلك فإن الطلب على الاستثمار يرجح أن يكون أعلى فى ظل الترتيب القائم على المشاركة بافتراض بقاء الأشياء الأخرى ثابتة .

وكما هو مبين أعلاه ، ليس هناك سبب للاعتقاد بأن يتأثر عرض الادخار تأثراً سلبياً ، بالتحول من الفائدة إلى المشاركة بالربح . فعند مستوى معين من عرض الادخار فى الودائع المصرفية ، يكون عرض الأموال الاستثمارية على المنظمين دالة موجبة لمعدل العائد الذى تتوقع المصارف تحقيقه . وفى غياب أى سبب قوى للاعتقاد بشىء آخر ، إذا افترضنا أن شكل منحنى

---

(٦) من أجل مناقشة موجزة لتحديد نسبة المشاركة ، انظر بحث المؤلف « اقتصاديات المشاركة ».

العرض ووضعه بقيا ثابتين ، فإن الانتقال إلى الأيمن فى منحنى الطلب على الاستثمار يرجح أن يؤمن حجماً أكبر من الاستثمار فى الاقتصاد ، إذا ما استبدلت المشاركة بالفائدة . والزيادة فى حجم الاستثمار تعنى الزيادة فى حجم التشغيل Employment وارتفاع مستوى الدخل .

العدالة فى التوزيع :

أكبر خسارة يمكن أن يتحملها منظم يعمل برأس مال مشارك فى الربح تتمثل فى أن يجد نفسه فى النهاية بلا أجر على خدماته التنظيمية . فإن عدم نجاحه فى المشروع لن يقتضى أى تحويل من أمواله الخاصة إلى مورد رأس المال ، كما هى الحال فى القروض ذات الفائدة . وبالمقابل فإن المشروع إذا نجح أدر على المنظم حصة من الأرباح المتحققة ، ولو كان معدل الربح قليلا . وفى هذا أيضاً تناقض حاد مع الترتيب الحالى الذى يحصل فيه المنظم على الباقى فقط بعد أن يكون رب المال قد نال استحقاقه من الفائدة المشروطة .

إن الترتيب الجديد يلغى أى تحويل صاف للثروة الموجودة من المنظمين إلى أصحاب الثروات . ذلك بأن الإضافة إلى ثروة أصحاب رؤوس الأموال إنما تتأتى من الثروة الإضافية التى تولدت من الاستخدام المنتج لرؤوس أموالهم بعضها يذهب لتعويض الخسائر التى ينظر إليها على أنها تآكل لرأس المال ، ويتحملها رب المال ، والباقى إضافة صافية إلى ثروة أصحاب المال . أما الحصص النسبية لأرباب المال والمنظمين من الإضافة الصافية للثروة الاجتماعية فهى تتبع ، فى الاقتصاد ، النسبة المتوسطة للمشاركة فى الربح .

وفى مجال تمويل المستهلكين والحكومة ، يستلزم استبدال الربح بالفائدة أن استخدام الأموال حيثما كان منتجاً للقيمة ، كانت لصاحبها حصة فى القيمة المضافة ، عدا الحالات التى لا يمكن فيها طبعاً تقدير هذه القيمة المضافة . وفى الحالات التى ليست فيها إنتاجية صافية ، إذا كان تقديم الأموال ضرورياً اجتماعياً ، فيجب ترتيبه على أساس غير تجارى ، كالقروض الخالية من الفائدة والمضمونة الرد . وسنناقش أدناه مناقشة موجزة أشكال هذا التصرف ، غير أن آثاره على توزيع الدخل والثروة يحسن بيانها فى هذه

المرحلة : فهذا التصرف يوقف أى تحويل فى الثروة الموجودة إلى أصحاب رأس المال مقابل استخدامه . فالثروة لن تجلب مزيداً من الثروة لأصحابها إلا عندما يؤدى استخدامها فعلا إلى خلق ثروة إضافيه . وعلى هذا الأساس لن يكون هناك تأثير سلبى على توزيع الدخل والثروة ، فى المجتمع كله ، كما هو الأمر فى نظام الفائدة تاريخياً .

إن الحصص النسبية لأصحاب رأس المال والمنظمين فى الإضافات الصافية إلى الثروة الاجتماعية ، والناشئة من استخدام المنظمين المنتج لرأس المال ، سوف تتوقف على وسطى نسبة المشاركة فى الأرباح بين الطرفين . ولما كانت هذه النسبة تتحدد بالعرض والطلب [٧] ، فإن قدرة أصحاب الثروات على تلقى حصة كبيرة من الثروة الاجتماعية المضافة لا يمكن إلغاؤها . فإذا ما نظر إلى هذا على أنه غير مرغوب احتاج المجتمع الى تدابير أخرى لمعالجة الوضع .

تمويل الحكومة :

إن إمكانيات تمويل الحكومة بأموال مشاركة فى الربح قد سبق لنا بيانها فى موضع آخر [٨] . فهناك أنواع مختلفة من الأسهم والشهادات يمكن إيجادها لتعبئة الموارد من أجل المشاريع العامة ، وهى توفر لمقدمى المال حصة من الأرباح ، مع قدرتهم فى كل وقت على تصفية أسهمهم فى سوق نظامية للأسهم [٩] . غير أن هذا قد لا يلبى حاجة الحكومة إلى أموال قصيرة الأجل ، من أجل التمويل الجسرى Bridge Financing للانفاق الحكومى غير المنتج . ويمكن سد هذه الحاجة بإصدار شهادات قرض يتم تشجيع الاكتتاب فيها بإعفاءات ضريبية ملائمة [١٠] ، أو بإجبار المصارف التجارية على تخصيص حصة من ودائعها الحالة (تحت الطلب) لإقراض الحكومة ، بلا فائدة [١١] .

---

(٧) م.ن. صديقى : « اقتصاديات المشاركة » ، سبق ذكره .
(٨) م.ن. صديقى : « مصارف بلا فائدة » ، سبق ذكره ، ص ١٣٨ ـ ١٥٣ .
(٩) م.ع. شابرا ، ص ١٦
(١٠) م.ن. صديقى : « مصارف بلا فائدة » ، سبق ذكره ، ص ١٥٣ ـ ١٦٣
(١١) م.ع. شابرا ، سبق ذكره ، ص ٣٠ ـ ٣١

وفى الكوارث العامة كالطوفان والمجاعة ، أو الطوارىء كالحرب ، يجب أن تلجأ الدولة إلى الهبات والقروض الخالية من الفائدة ، لسد الفجوة بفرائض خاصة وقروض إجبارية من هؤلاء الذين لديهم فائض يدخرونه (١٢) إذ إن اللجوء ، فى تلك الحالات ، إلى القروض بفائدة أمر خارج تماماً عن الموضوع .

فصل

فى مسائل منثورة

إحداها : ليس لعامل القراض التصرف فى الخمر بيعاً ولا شراء وإن كان ذمياً ، فإن خالف واشترى خمراً ، أو خنزيراً ، أو أم ولد ، ودفع المال فى ثمنه، ضمن ، عالماً كان أو جاهلا ، لأن الضمان لا يختلف بهما . هذا هو الصحيح، وبه قطع الجمهور . وقيل : لا ضمان فى العلم والجهل ، وهو شاذ ضعيف . وقيل : يضمن فى العلم دون الجهل . وقيل : يضمن فى الخمر مطلقاً ، ولا يضمن فى أم الولد مع الجهل .

قلت : الوجه المذكور فى شراء الخمر عالماً ، أنه لا يضمنه ، هو فى الذمى دون المسلم ، لأنه يعتقده مالا ، قاله فى « البيان » . والله أعلم .

الثانية : قارضه على أن ينقل المال إلى موضع كذا ، ويشترى من أمتعته ثم يبيعها هناك ، أو يردها إلى موضع القراض ، قال الامام : قال الأكثرون بفساد القراض ، لأن نقل المتاع من بلد إلى بلد ، [عمل] زائد على التجارة، فأشبه شرط الطحن والخبز ، ويخالف ما إذا أذن له فى السفر ، فإن الغرض منه نفى الحرج . وقال الأستاذ أبو إسحاق وطائفة من المحققين : لا يضر شرط المسافرة ، فإنها الركن الأعظم فى الأموال النفسية .

الثالثة : قال : خذ هذه الدراهم قراضاً ، وصارف بها مع الصيارفة ، ففى

---

(١٢) م.ن. صديقى : « نظرية الملكية فى الاسلام » ، جـ ٢ ، ص ٢٠٩ – ٢٣٨ ، المنشورات الاسلامية ، لاهور ، ط ٣ ، ١٩٧٧ (باللغة الأردية) .

صحة مصارفته مع غيرهم وجهان . وجه الصحة : أن مقصوده التصرف مصارفة .

الرابعة : خلط العامل مال القراض بماله ، صار ضامناً وكذا لو قارضه رجلان ، فخلط مال أحدهما بالآخر ، وكذا لو قارضه واحد على مالين بعقدين ، فخلطهما ، ضمن . فلو دفع إليه ألفاً قراضاً ، ثم ألفاً ، وقال : ضمه إلى الأول ، فإن لم يكن تصرف بعد فى الأول ، جاز ، وكأنه دفعهما إليه معاً ، وإن كان تصرف فى الأول ، لم يجز القراض فى الثانى ، ولا الخلط ، لأن الأول استقر حكمه بالتصرف ربحاً وخسراناً ، وربح كل مال وخسرانه يختص به . ولو دفع إليه ألفاً قراضاً ، وقال : ضم إليه ألفاً من عندك على أن يكون ثلث ربحهما لك وثلثاه لى ، أو بالعكس ، فسد القراض ، لما فيه من شرط التفاوت فى الربح مع التساوى فى المال ، ولا نظر إلى العمل بعد الشركة فى المال . ولو دفع إليه زيد ألفاً قراضاً ، وعمرو كذلك ، فاشترى لكل واحد عبداً بألف ، ثم اشتبها عليه ، فقولان . أحدهما : ينقلب شراء العبدين له ، ويغرم لهما ، لتفريطه . ثم المغروم عند الأكثرين الألفان . وقيل : يغرم قيمة العبدين وإن زادت . والقول الثانى : يباع العبدان ، ويقسم الثمن بينهما . فإن حصل ربح ، فهو بينهم على حسب الشرط . وإن حصل خسران ، قال الأصحاب : يلزمه ضمانه ، لتقصيره . واستدرك المتأخرون فقالوا : إن كان لانخفاض السوق ، لا يضمن ، لأن غايته أن يجعل كالغاصب ، والغاصب لا يضمن انخفاض السوق . قال الامام : والقياس مذهب ثالث غير القولين ، وهو أن يبقى العبدان لهما على الإشكال إن لم يصطلحا .

قلت : قال الجرجانى فى « المعاياة » : [و] لا يتصور خسران على العامل فى غير هذه المسألة .

وبقى من الباب مسائل .

منها : لو دفع إليه مالا وقال : إذا مت فتصرف فيه بالبيع والشراء ، ولك نصف الربح ، فمات ، لم يكن له التصرف ، بخلاف ما لو أوصى له بمنفعة

عين ، لأنه تعليق ، ولأن القراض يبطل بالموت لو صح . ولو قارضه على نقد ، فتصرف العامل ثم أبطل السلطان النقد ، ثم انفسخ القراض ، قال صاحب « العدة » و « البيان » : رد مثل النقد المعقود عليه على الصحيح . وقيل : من الحادث . ولو مات العامل ولم يعرف مال القراض من غيره ، فهو كمن مات وعنده وديعة ولم يعرف عينها ، وسيأتى بيانه فى كتاب الوديعة إن شاء الله تعالى .

ولو جنى عبد القراض ، قال فى « العدة » : للعامل أن يفديه من مال القراض على أحد الوجهين كالنفقة عليه . والله أعلم .

* * *

كتـــاب المســاقاة

قال المصنف رحمه الله تعالى

(تجوز المساقاة على النخل لما روى ابن عمر رضى الله عنه « عامل النبى صلى الله عليه وسلم أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمـــر وزرع » وتجوز على الكرم لأنه شجرة تجب الزكاة فى ثمرته فجازت المساقاة عليـــه كالنخل ، وتجوز على الفسلان وصغار الكرم الى وقت تحمل ، لأنه بالعمـل عليها تحصل الثمرة كما تحصل بالعمل على النخل والكرم ، ولا تجـــوز على المباطخ والمقاثى والعلف وقصب السكر ، لأنها بمنزلة الزرع فكان المســاقاة عليها كالمخابرة على الزرع .

واختلف قوله فى سائر الأشجار المثمرة كالتين والتفاح ، فقال فى القديم : تجوز المساقاة عليها ، لأنها شجر مثمر فاشبه النخل والكـــرم . وقال فى الجديد : لا تجوز لأنه لا تجب الزكاة فى ثماره فلم تجز المساقاة عليه كالغرب والخلاف .

واختلف قوله فى المساقاة على الثمرة الظاهرة فقال فى الأم : تجوز لأنه اذا جاز على الثمرة المعدومة مع كثرة الغرر ، فلأن تجوز على الثمرة الموجودة وهى من الغرر أبعد أولى . وقال فى البويطى : لا تجوز ، لأن المساقاة عقد على غرر ، وانما أجيز على الثمرة المعدومة للحاجة الى استخراجها بالعمل ، فاذا ظهرت الثمرة زالت الحاجة ، فلم تجز) .

الشرح حديث ابن عمر رواه الجماعة ، وقد جاء فى رواية الصحيحين عن ابن عمر أيضاً « أن النبى صلى الله عليه وسلم لما ظهر على خيبر سألته اليهود أن يقرهم بها على أن يكفوه عملها ولهم نصف الثمرة ، فقال لهم : نقركم بها على ذلك ما شئنا » وعن عمر « أن النبى صلى الله عليه وسلم عامل يهود خيبر على أن نخرجهم متى شئنا » رواه أحمد والبخارى بمعناه . وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : « قالت الأنصار للنبى صلى الله عليه وسلم اقسم بيننا وبين إخواننا النخل . قال : لا ، فقالوا : تكفونا العمل ونشرككم فى الثمرة ؟ فقالوا : ســمعنا وأطعنا » . رواه البخــارى . وعن س « أن

معاذ بن جبل أكرى الأرض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان على الثلث والربع،فهو يعمل به إلى يومك هذا» رواه ابن ماجه. قال البخارى : وقال قيس بن مسلم عن أبى جعفر قال : ما بالمدينة أهل بيت هجرة إلا يزرعون على الثلث والربع وزارع على وسعد بن مالك وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبى بكر وآل على وآل عمر . قال : وعامل عمر الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا » .

وقال الشافعى : « ساقى رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر على أن نصف الثمر لهم فكان يبعث عبد الله بن رواحة يتخرص بينه وبينهم ، ثم يقول : إن شئتم فلكم وإن شئتم فلى » .

والمساقاة على إطلاقها أن يدفع الرجل إلى آخر شجره ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج إليه بجزء معلوم له من ثمره ، إلا أن هذا التعريف على سعته يقتضى وقوع غبن وغرر إذا ظل على إطلاقه ، فقيد الشافعى هذا المفهوم الواسع وقصره على ما يكفل الرفق بالعامل وصاحب المال ، فخص المساقاة فى قوله الجديد بالنخل والكروم وخصها داود بالنخل فقط ، وتجاوز مالك فجعلها تشمل الزرع والشجر واستثنى منها البقول ، وأجازها عبد الله ابن دينار فى البقول ، وجعلها أحمد فى الشجر والنخل والكرم .

(أما غريب الفصول) فقوله الغرب ضرب من الشجر يسمى بالفارسية اسبندار . والخلاف شجر يستخرج منه ماء طيب كماء الورد ، وسماه بالتخفيف وروى بالتشديد . وذكر ابن قتيبة فى كتاب عيون الأخبار أن الخلاف شجر سقط ثمره قبل تمامه وهو الصفصاف .

اما الأحكام فقد ثبتت المساقاة بالسنة والإجماع ، فأما السنة فقد مضى حديث ابن عمر المتفق عليه ، وأما الإجماع فقد قال أبو جعفر محمد بن على بن الحسين بن على بن أبى طالب رضى الله عنهم : « عامل رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر وعمر وعثمان . أهلوهم إلى اليوم يعطون الثلث والربع ، وهذا عمل به الخلفاء الراشدون

فى مدة خلافتهم » واشتهر ذلك فلم ينكره أحد ، فان عبد الله بن عمر الذى روى حديث معاملة أهل خيبر قد رجع عنه وقال : « كنا نخابر أربعين سنة حتى حدثنا رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة » وهذا يمنع انعقاد الإجماع ويدل على نسخ حديث ابن عمر لرجوعه عن العمل به إلى حديث رافع .

(قلت) هذا الكلام فيه نظر ، لأنه لا يجوز حمل حديث رافع على مخالفة الإجماع ، ولا حديث ابن عمر ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يزل يعامل أهل خيبر حتى مات ثم عمل به الخلفاء من بعده ، ثم من بعدهم ، فكيف يتصور نهى الرسول عن شىء ثم يخالفه ؟ أم كيف يعمل بذلك فى عهد الخلفاء ولم يخبرهم من سمع النهى وهو حاضر معهم وعالم بفعلهم فلم يخبرهم ؟ .

قال ابن قدامة : فلو صح خبر رافع لوجب حمله على ما يوافق السنة والإجماع وعلى أنه قد روى فى تفسير خبر رافع عنه ما يدل على صحة قولنا، فروى البخارى بإسناده قال : « كنا نكرى الأرض بالناحية منها تسمى لسيد الأرض ، فربما يصاب ذلك وتسلم الأرض ، وربما تصاب الأرض ويسلم ذلك فنهينا . فأما الذهب والورق فلم يكن يومئذ » وروى تفسيره أيضاً بشىء غير هذا من أنواع الفساد وهو مضطرب جداً .

وسئل أحمد بن حنبل عن حديث رافع فقال : رافع روى عنه فى هذا ضروب قال الأثرم : كأنه يرى أن اختلاف الروايات عنه يوهن حديثه ، وقال طاوس : إن أعلمهم ــ يعنى ابن عباس ــ أخبر أن النبى صلى الله عليه وسلم لم ينه عنه ولكن قال (لأن يمنح أحدكم أخاه أرضه خير من أن يأخذ عليها خراجا معلوماً) متفق عليه .

وأنكر زيد بن ثابت حديث رافع عليه ، وكيف يجوز نسخ أمر فعله النبى صلى الله عليه وسلم حتى مات وهو يفعله ثم أجمع عليه خلفاؤه وأصحابه بعد بخبر لا يجوز العمل به ولو لم يخالفه غيره ورجوع ابن عمر

إليه يحتمل أنه رجع عن شيء من المعاملات الفاسدة التى فسرها رافع فى حديثه . وأما غير ابن عمر فقد أنكر على رافع ولم يقبل حديثه وحمله على أنه غلط فى روايته والمعنى يدل عليه . فإن كثيراً من أصحاب النخيل والكروم يعجزون عن سقيه والقيام على شئونه .

وقال الماوردى فى الحاوى : والمساقاة فى تسميتها ثلاثة تأويلات (أحدها) أنها سميت بذلك لأنها مفاعلة على ما تشرب بساق (والثانى) أنها سميت بذلك لأن موضع النخل والشجر سمى سقيا فاشتقوا اسم المساقاة منه (والثالث) أنها سميت بذلك بذلك لأن غالب العمل المقصود فيها هو السقى فاشتق اسمها منه .

قال : والمساقاة جائزة لا يعرف خلاف بين الصحابة والتابعين فى جوازها وهو قول الفقهاء كافة إلا أبا حنيفة وحده دون سائر أصحابه ، تفرد بابطالها ، وحكى عن النخعى كراهتها .

واستدل من نصر قول أبى حنيفة على إبطال المساقاة بنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن الغرر ، وغرر المساقاة متردد بين ظهور الثمرة وعدمها ، وبين قلتها وكثرتها ، فكان الغرر فيها أعظم ، فاقتضى أن يكون بإبطال العقد أحق،ولأنه عقد على منافع أعيان باقية فامتنع أن يكون معقودا ببعضها كالمخابرة ولأنه عقد تناول ثمرة لم تخلق فوجب أن يكون باطلا كالبيع ، لأنه عمل العوض عليه ثمرة لم تخلق فوجب أن يكون باطلا كما لو استؤجر على عمل بثمرة هذه الثمار فى القابل والمساقاة إجارة على عمل جعلت الثمرة فيه أجرة والأجرة لا تصح إلا أن تكون معينة أو ثابتة فى الذمة ، وما تثمره نخل المساقاة غير معين ولا ثابت فى الذمة فوجب أن تكون باطلة ولأن ما امتنع من المساقاة فيما سوى النخل والكرم من الشجر من جهالة الثمن منع فيها من النخل لجهالة الثمن .

فاذا ثبت ما ذكرنا فان المساقاة لا يصح فى الزروع لأنها كالمخابرة على الزروع وقد نهى عنها النبى صلى الله عليه وسلم لما رواه أحمد ومسلم عن جابر قال « كنا نخابر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فنصيب من

القصرى ومن كذا ومن كذا فقال النبى صلى الله عليه وسلم « من كان له أرض فليزرعها وليحرثها أخاه وإلا فليدعها » واختلف قوله فى سائر الأشجار فأجازها فى قوله القديم فى التين والتفاح لأنها شجر مثمر فأشبه النخل إلا أنه قال فى الجديد : والمساقاة جائزة بما وصفت فى النخل والكروم دون غيرهما ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أخذ صدقتهما بالخرص وثمرها مجتمع بائن من شجره ، ولا حائل دونه يمنع إحاطه النظر إليه ، وثمر غيرهما متفرق بين أصناف ورق شجره ولا يحاط بالنظر إليه .

وجملة الثمر من النبات مثمرا على ثلاثة أقسام ، قسم لا يختلف مذهب الشافعى فى جواز المساقاة عليه وهو النخل والكرم ، وقال داود : المساقاة جائزة فى النخل دون الكرم ، وحكى عن الليث بن سعد جواز المساقاة فيما لم يكن بعلا من النخل ومنع منها فى البعل من النخل وفى الكرم ، واختلف أصحابنا فى جواز المساقاة فى الكرم ، هل قال به الشافعى نصاً أو قياسا ، فقال بعضهم : بل قال به نصا وهو ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم ساقى فى النخل والكرم وقال آخرون ــ وهو الأشبه : إنه قال به قياسا على النخل من وجهين ذكرهما ، أحدهما : لاشتراكهما فى وجوب الزكاة فيهما ، والثانى : بروز ثمرهما وإمكان خرصهما .

(والقسم الثانى) مالا يختلف مذهب الشافعى فى بطلان المساقاة فيه ، وهو المقاثى والمباطخ والباذنجان ويسميها الزراعيون النباتات الزاحفة وهى التى تمتد أوراقها وعروقها على الأرض . وحكى عن مالك جوازها فى هذا كله مالم يبد صلاحه .

(والقسم الثالث) ما كان شجرا وهو الذى له ساق من الخشب ففى جواز المساقاة عليه قولان ، أحدهما : وبه قال فى القديم وهو قول أبى ثور : إن المساقاة عليه جائزة ، ووجهه أنه لما اجتمع فى الأشجار معنى النخل مع بقاء أصلها ومنع إجارتها كانت كالنخل فى جواز المساقاة عليها ، مع أنه قد كان بأرض خيبر شجر لم يرو عن النبى صلى الله عليه وسلم إفرادها عن حكم النخل ، ولأن المساقاة مشتقة مما يشرب بساق .

(والقول الثانى) وبه قال فى الجديد ، وهو قول أبى يوسف أن المساقاة على الشجر باطلة اختصاصا بالنخل والكرم لما ذكره الشافعى من المعنيين فى الفرق بين النخل والكرم وبين الشجر .

(أحدهما) اختصاص النخل والكرم بوجوب الزكاة فيهما دون ما سواهما من جميع الأشجار .

(والثانى) بروز ثمرهما وإمكان خرصهما دون غيرهما من سائر الأشجار، فأما إذا كان بين النخل شجر قليل فساقاة عليها صحت المساقاة فيها وكان الشجر تبعا كما تصح المخابرة فى البياض الذى بين النخل ويكون تبعا .

[فائدة] قولنا : النباتات الزاحفة : كالبطيخ والشمام والدباء والقثاء والخيار ، والمتسلقة كالعنب والياسمين واللوف ، والنباتات الدرنية كالبطاطس والقلقاس والبطاطا وهذه كلها لا يجوز المساقاة فيها واختلفوا كما ذكرنا فى الأشجار الخشبية المثمرة الفواكه كالتفاح والبرتقال والمانجو فعلى الجديد لا تصح فيها المساقاة .

فوائد أصولية

انعقد إجماع الصحابة عن سيرة أبى بكر وعمر رضى الله عنهما فى مساقاة أهل خيبر بعد النبى صلى الله عليه وسلم اتباعا له إلى أن حدث من إجلائهم ما حدث ، ثم الدليل من طريق المعنى هو أنها عين تنمى بالعمل فإذا لم تجز إجارتها جاز العمل عليها ببعض نمائها كالدراهم والدنانير فى القراض ثم الاستدلال بالقراض من وجهين (أحدهما) ذكره أبو على بن أبى هريرة أن الأمة مجمعة على جواز القراض وما انعقد الإجماع عليه فلابد أن يكون حكمه مأخوذاً عن توقيف أو اجتهاد يرد إلى أصل ، وليس فى المضاربة توقيف نص عليه فلم يبق إلا توقيف اجتهاد أدى إلى إلحاقه بأصل ، وليس فى المضاربة فى الشرع أصل ترد إليه إلا المساقاة ، وإذا كانت المساقاة أصلا لفرع مجمع عليه كانت أحق بالإجماع عليه (والثانى) ذكره أبو حامد

الإسفراييني وهو أنه لما جازت المضاربة إجماعا وكانت عملا على عوض مظنون من ربح مجوز كانت المساقاة أولى بالجواز لأنها عوض على عمل معتاد من ثمرة نمائية . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا تجوز الا على شجر معلوم ؛ وان قال : ساقيتك على أحد هذين الحائطين لم يصح ، لأنها معاوضة يختلف الغرض فيها باختلاف الأعيان فلم يجز على حائط غير معين كالبيع وهل يجوز على حائط معين لم يره ؟ فيه طريقان (احدهما) : أنه على قولين كالبيع (والثانى) : انه لا يصح قولا واحدا لأن المساقاة معقودة على الغرر فلا يجوز ان يضاف اليها الغرر لعدم الرؤية بخلاف البيع .

(فصل) ولا تجوز الا على مدة معلومة لأنه عقد لازم ، فان جوزناه مطلقا استبد العامل بالأصل فصار كالمالك ، ولا تجوز على أقل من مدة توجد فيها الثمرة ، فان ساقاه على النخل أو على الودى الى مدة لا تحمل لم يصح ، لأن المقصود أن يشتركا فى الثمرة ؛ وذلك لا يوجد ؛ فان عمل العامل فهل يستحق أجرة المثل ؟ فيه وجهان .

(احدهما) لا يستحق ، وهو قول المزنى ، لأنه رضى أن يعمل بغير عوض فلم يستحق الأجرة كالمتطوع فى غير المساقاة .

(والثانى) أنه يستحق ، وهو قول أبى العباس ، لأن العمل فى المساقاة يقتضى العوض فلا يسقط بالرضا بتركه كالوطء فى النكاح ، وان ساقاه الى مدة قد تحمل وقد لا تحمل ففيه وجهان :

(أحدهما) أنها تصح لأنه عقد الى مدة يرجى فيها وجود الثمرة ، فاشبه اذا ساقاه الى مدة توجد الثمرة فيها فى الغالب .

(والثانى) أنها لا تصح وهو قول أبى اسحاق لأنه عقد على عوض غير موجود ، ولا الظاهر وجوده ، فلم يصح ، كما لو أسلم فى معدوم الى محل لا يوجد فى الغالب ، فعلى هذا ان عمل استحق أجرة المثل ، لأنه لم يرض ان يعمل من غير ربح ، ولم يسلم له الربح ، فرجع الى بدل عمله .

واختلف قوله فى أكثر مدة الاجارة والمساقاة ، فقال فى موضع : سنة ، وقال فى موضع : يجوز ما شاء ، وقال فى موضع : يجوز ثلاثين سنة ، فمن أصحابنا من قال : فيه ثلاثة أقوال .

(احدها) لا تجوز بأكثر من سنة ، لأنه عقد على غرر أجيز للحاجة ، ولا تدعو الحاجة الى أكثر من سنة ، لأن منافع الأعيان تتكامل فى سنة .

(الثانى) تجوز ما بقيت العين ؛ لأن كل عقد جاز الى سنة جاز الى أكثر منها ، كالكتابة والبيع الى أجل .

(والثالث) أنه لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة ؛ لأن الثلاثين شطر العمر ، ولا تبقى الأعيان على صفة أكثر من ذلك ، ومنهم من قال : هى على القولين الأولين ، وأما الثلاثون فانما ذكره على سبيل التكثير ، لا على سبيل التحديد ، وهو الصحيح .

فان ساقاه الى سنة لم يجب ذكر قسط كل شهر ، لأن شهور السنة لا تختلف منافعها ، وأن ساقاه الى سنتين ففيه قولان :

(أحدهما) : لا يجب ذكر كل سنة ، كما اذا اشترى أعيانا بثمن واحد ، لم يجب ذكر قسط كل عين منها .

(والثانى) : يجب ، لأن المنافع تختلف باختلاف السنين ، فاذا لم يذكر قسط كل سنة ، لم نأمن أن ينفسخ العقد فلا يعرف ما يرجع فيه من العوض ، ومن أصحابنا من قال : القولان فى الاجارة ، فأما فى المساقاة فانه يجب ذكر قسط كل سنة من العوض ، لأن الثمار تختلف باختلاف السنين ، والمنافع لا تختلف فى العادة باختلاف السنين .

(فصل) واذا ساقاه الى عشر سنين فانقضت المدة ثم أطلعت ثمرة السنة العاشرة ، فلم يكن للعامل فيها حق لأنها ثمرة حدثت بعد انقضاء العقد. وان أطلعت قبل انقضاء المدة وانقضت المدة وهى طلع أو بلح ، تعلق بها حق العامل ، لأنها حدثت قبل انقضاء المدة) .

الشرح قال الشافعى : فاذا ساقى على النخل والعنب بجزء معلوم فهى المساقاة التى ساقى عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(قلت) إذا تقرر هذا ، فان المساقاة من العقود اللازمة وليست من العقود الجائزة كالمضاربة ، والفرق بينهما أن نماء النخل فى المساقاة متأخر عن العمل ، فكان فى ترك لزومه تفويت العمل بغير بدل ، ونماء المال فى المضاربة متصل بالبيع فلم يكن فى ترك لزومه تفويت للعمل بغير بدل فلذلك انعقد لازما فى المساقاة وجائزاً فى المضاربة ، وإذا كان كذلك فان صحة العقد فيها متعتبرة بأربعة شروط :

(أحدها) أن يكون النخل معلوما (ثانيها) أن يكون نصيب العامل معلوما (ثالثها) أن تكون المدة لهما معلومة (رابعها) أن تعقد بلفظ المساقاة.

فقولنا : أن تكون النخل معلومة ، فان كانت مجهولة بأن قال : ساقيتك أحد حوائطى أو على مال يثبت من نخلى كان باطلا ، لأن النخل أصل فى العقد فبطل بالجهالة كالبيع ، فلو ساقاه على نخل غائب بشرط خيار الرؤية فقد اختلف أصحابنا فيه ، فخرجه بعضهم على قولين كالبيع ، وذهب آخرون منهم ــ وهو الأصح ــ إلى فساد العقد قولا واحداً .

وفرقوا بين المساقاة والبيع بأن البيع يغرى بالغرر ، فإذا دخل عليه غرر العين الغائبة بخيار الرؤية ، جرى على احتماله فصح فيه ، وعقد المساقاة غرر . فاذا دخل عليه غرر العين الغائبة صعب احتماله فبطل فيه ، وإذا لم يكن يجوز إلا على معين مشاهد ــ فإن كانت عند عقد المساقاة مثمرة ــ فقد قال المزنى : إن كان ذلك قبل بدو الصلاح جاز . وإن كان بعده لم يجز .

وقال أبو ثور : إن احتاجت إلى القيام بها حتى يطيب جاز ، وإن لم تحتج لم يجز . وقال أبو يوسف ومحمد : إن كانت تزيد جاز ، وإن لم تزد لم يجز. أما الشافعى فقد حكى عنه فى الإملاء جوازه من غير تفصيل ، لأنه لما جازت المساقاة على ثمرة معدومة كان جوازها بالمعلومة أولى ، ولعل هذا على قوله فى الأم : إنه أجير ، والمشهور من مذهبه والأصلح على أصله أن المساقاة باطلة بكل حال . وقد حكى البويطى ذلك عنه نصاً كما أشار إليه الماوردى ، لأن علة جوازها عنده أن لعمله تأثيراً فى حدوث الثمرة ، كما أن لعامل المضاربة تأثيرا فى حصول الربح . ولو حصل ربح المال قبل عمل العامل لم يكن له فيه حق ، كذلك المساقاة ، فلو ساقاه على النخل المثمرة على ما تحدث من ثمرة العام المقبل لم يجزه لأنه قد يتعجل العمل فيها استصلاحا لثمرة قائمة من غير بدل .

فــرع فاذا ثبت أن المساقاة عقد لازم فانها لا تجوز إلا على مدة معلومة وهذا الشرط هو أحد الشروط الأربعة أن يكون النخل معلوماً ، وأن يكون نصيب العامل من الثمرة معلوما مدة تكون لهما معلومة . وأن

يعقد بلفظ المساقاة وقال بعض أصحاب الحديث : يجوز إطلاقها من غير تقدير بمدة محددة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يقدر لأهل خيبر مدة .

وقال أبو ثور : إن قدر مدة لزمت إلى انقضائهـا . وإن لم يقدر مدة صحت وكانت على سنة واحد ؛ وكلا القولين خطأ عندنا ، فإذا كانت المدة المعلومة شرطاً فيها فأقلها مدة تطلع فيها الثمرة وتستغنى عن العمل ، ولا يجوز أن يقدرها بذلك حتى يقدرها بالشهور التى قد أجرى الله تعالى العادة بأن الثمار تطلع فيها طلوعا متناهياً ، فان تأخر طلوعها فيها بحادث أطلعت بعـد تقضيها فعلى الأصح من المذهب فى أن العامل شريك تكون بينهـما ، وإن انقضت المدة ؛ وإن استحق الثمرة إلا فيما اختص بالثمرة من تأبير وتلقيح ان قيل بأن العامل أجير فلا حق له فى الثمرة الحادثة بعد انقضاء المدة وانقطاع العمل ، ولا يستهلك عمله بغير بدل فيحكم له حينئذ بأجرة المثل ، فأما أكثر مدة المساقاة فقد قال الشافعى : تجوز المساقاة سنين .

(قلت) فاذا عرفنا أن أقلها مدة تطلع فيها الثمرة وتستغنى عن العمـل فإن أقصاها ، كما حكى الماوردى أنها كالإجارة ، وقد رأينا كيف اختلف قول الشافعى فى أكثر مدة الإجارة على قولين : (أحدهما) لا يجوز إلا سنة واحدة لزيادة الغرر فيما زاد على السنة . (والقول الثانى) يجـوز سـنين كثيرة .

قال الشافعى : يجوز ثلاثين سنة . فمن أصحابنا من جعل الثلاثين حدا لأكبر كثير المدة اعتبارا بظاهر كلامه . وذهب سائرهم ــ وهو الصحيح ــ إلى أن قوله ثلاثين سنة ليس بحد لأكثر المدة ، ولهم فيه تأويلان (أحدهما) أنه قاله على وجه التكثير (والثانى) أنه محمول على مالا يبقى أكثر من ثلاثين سنة .

فعلى هذا تجوز الإجارة سنين كثيرة . فهل ذكر أجرة كل سنة لازم فيها ؟ على قولين (أحدهما) يلزم أن يبين أجرة كل سنة منها (والثانى) لا يلزم .

فأما المساقاة فأحد القولين أنها لا تجوز أكثر من سنة واحـدة كمـا

لا تجوز الإجارة أكثر من سنة (والثانى) تجوز سنين كثيرة يعلم بقاء النخل إليها كما تجوز الإجارة سنين كثيرة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا تجوز الا على جزء معلوم ، فان ساقاه على جزء مقدر كالنصف والثلث جاز ، لحديث ابن عمر ، فان عقد على جزء غير مقدر كالجزء والسهم والنصيب لم يصح ، لأن ذلك يقع على القليل والكثير ، فيعظم الغرر . وان ساقاه على صاع معلوم لم يصح ، لأنه ربما لم يحصل ذلك فيستضر العامل ، وربما لا يحصل الا ذلك فيستضر رب النخل ، وان ساقاه على ان له ثمر نخلات بعينها ، لم يصح ، لأنه قد لا تحمل تلك النخلات فيستضر العامل ، أو لا يحمل الا هى فيستضر رب النخل . وان ساقاه عشر سنين وشرط له ثمرة سنة غير السنة العاشرة لم يصح ، لأنه شرط عليه بعد حقه عملا لا يستحق عليه عوضا ، وان شرط له ثمرة السنة العاشرة ، ففيه وجهان :

(أحدهما) انه يصح كما يصح ان يعمل فى جميع السنة ؛ وان كانت الثمرة فى بعضها .

(والثانى) لا يصح لأنه يعمل فيها مدة تثمر فيها ، ولا يستحق شيئا من ثمرها .

فصل ولا يصح الا على عمل معلوم فان قال : ان سقيته بالسيح ، فلك الثلث ، وان سقيته بالناضح ، فلك النصف ، لم يصح لأنه عقد على مجهول .

فصل وتنعقد بلفظ المساقاة لأنه موضوع له وتنعقد بما يؤدى معناه ، لأن القصد منه المعنى ، فصح بما دل عليه ، فان قال : استأجرتك لتعمل فيه على نصف ثمرته لم تصح ، لأنه عقد الاجارة بعوض مجهول القدر ، فلم تصح) .

الشرح حديث ابن عمر هو حديث معاملة الرسول صلى الله عليه وسلم لأهل خيبر ، وقد مضى تخريجه وبيان طرقه وكذلك من رجوع ابن عمر عنه .

أما اللغات فالسيح هو الماء الجارى ويسميه الفلاحون فى مصر

(الرى بالراحة) وهو ما لا يحتاج إلى شد بالشواديف والسواقى وإنما يرفع الماء عن جداوله إلى سطح الأرض فيفتح له الفلاح فتحة فيسيح إلى الحقل سيحانا أى ينساب إليها ويغمرها .

أما الأحكام فقد قال الشافعى : ولا تجوز المساقاة إلا على أجر معلوم .

قلت : وجملة ذلك أنه عقد معاوضة فلم يصح مع جهالة العوض كالبيع والإجارة ، فلو ساقاه على ما يكفيه أو ما يرضيه بطلت المساقاة للجهل بقدر نصيبه منها ، إذ قد لا يرضيه إلا جميعها ، ولا يكفيه إلا أكثرها .

فإن قيل : فإذا صحت المساقاة مع الجهالة بقدر الثمرة فهل صحت مع الجهالة بقدر نصيبه من الثمرة ؟ قيل : لأن العلم بقدر ما يحدث من الثمرة غير ممكن فلم يعتبر العلم بقدر نصيبه منها .

فرع قال الشافعى : فإن ساقاه على أن له ثمر نخلات بعينها من الحائط لم يجز قال الماوردى : وهذا صحيح لأن عقد المساقاة يوجب اشتراك العامل ورب النخل ، فإذا عقداها على أن للعامل ثمر نخلات بعينها منها وأفضى إلا أن يستبد أحدهما بجميع الثمرة دون صاحبه ، لأنه قد يجوز ألا تحمل تلك النخلات فيتصرف العامل بغير شىء ، ويجوز ألا تحمل غير تلك النخلات فينصرف رب المال بغير شىء فلذلك بطل ا هـ .

فرع وتحديد نصيب العامل من الثمرة بقدر معلوم أحد شروط عقد المساقاة ، على أن يكون شائعاً فى الثمرة غير معين من نصف أو ربع أو ثلث أو عشر قل ذلك الجزء أو كثر . فان جهل نصيبه بأن جعل له ما يرضيه أو ما يكفيه أو ما يحكم له الحاكم لم يجز للجهل به ، وهكذا لو جعل له منها مائة صاع مقدرة لم يجز للجهل به من جملة الثمرة وأنه ربما كان جميعها أو سهما يسيراً منها .

فلو قال : قد ساقيتك على هذه النخل سنة ولم يذكر قدر نصيبه من ثمرها فقد حكى عن أبى العباس بن سريج جوازها وجعل الثمرة بينهما نصفين

بالسوية حملا لهما على عرف الناس فى المساقاة وتسويته بينها فى الثمرة . وقد خطأ الماوردى هذا لأن ترك ذكر العوض فى العقد لا يقتضى حمله على معهود الناس عرفا كالبيع والإجارة مع أن العرف مختلف .

فاذا قال : عاملتك على هذه النخل سنة ولم يذكر قدر نصيبه منها لم يجز عند أبى العباس لأنه ليس للمعاملة عنده عرف .

فلو قال : ساقيتك على مثل ما ساقى زيد عمراً فإن علما قدر ذلك جاز ، وإن جهلاه أو أحدهما لم يجز ، ويجوز أن يكون النصيب مختلفا فيكون فى السنة الأولى النصف والثانية الثلث ، والثالثة الربع ، ومنع مالك من اختلاف نصيب العامل فى كل عام حتى يتساوى نصيبه فى جميع الأعوام،وهذا خطأ ، لأن ما جاز أن يكون العوض فى أحواله متفقا جاز أن يكون مختلفاً كالبيع والإجارة ، فاذا علم نصيب العامل ورب المال فمذهب الشافعى أن العامل شريك فى الثمرة بقدر حصته .

وقد خرج قول آخر أنه أجير كالمضاربة ، ويخص رب المال تحمل الزكاة دون العامل ، والأصح أنه شريك تجب الزكاة عليه إن بلغت حصة كل واحد منهما نصاباً ، ففى وجوب الزكاة قولان من اختلاف قولين فى الخلطة فى غير المواشى هل يكون كالخلطة فى المواشى ، وقد مضى فى الزكاة مزيد فائدة فراجعه .

فرع الشرط الرابع من شروط عقدها بلفظ (ساقيتك) لينتفى الاحتمال عنها فإن عقداه بلفظ الإجارة فيها لا تصح ، فإذا عقدا بلفظ الإجارة انصرف إلى الإجارة فبطل ، وإن لم يعقداه بواحدة من اللفظين وقال : عاملتك عليها بالعمل فيها على الشرط من ثمرها ففيه وجهان .

(أحدهما) أن العقد صحيح لأن هكذا يكون عقد المساقاة (والثانى) أن العقد باطل لأن هذا من أحكام العقد ، وهذان الوجهان من اختلاف أصحابنا فى البيع على ما فصله واستقصاه مجيداً سلفنا السبكى فى التكملة الأولى إذا عقد بلفظ التمليك .

فــرع فى مذاهب العلماء .

مذهبنا أن المساقاة لا تجوز إلا فى النخيل والكرم ، لأن الزكاة تجب فى ثمرتهما وفى سائر الشجر قولان (أحدهما) لا تجوز فيه ، لأن الزكاة لا تجب فى نمائه فأشبه مالا ثمرة له (والثانى) تجــوز وهــو قوله فى القديم وقال أبو حنيفة وزفر : لا تجوز بحال لأنها إجارة بثمرة لم تخلق أو إجارة بثمرة مجهولة أشبه إجارة نفسه بثمرة غير الشجر الذى يسقيه ، ولا تجوز المساقاة فى البقول بالإجماع وقال مالك وأحمد والثورى والأوزاعى وأبو يوسف ومحمد وإسحاق وأبو ثور : المساقاة جائزة فى جميــع الشجر المثمر ، قال ابن قدامة فى المغنى : وهو قول الخلفاء الراشــدين وابن المسيب وســالم ابن عبد الله وقال داود : لا يجوز إلا فى النخيل لأن الخبر إنما ورد فيها .

ولنا على أبى حنيفة وزفر فى قولهم : إنها إجارة : أنه عقد على العمــل فى المال ببعض نمائه فهو كالمضاربة ، وينكر ما ذكراه بالمضاربة فانه يعمــل فى المال بنمائه وهو معدوم مجهول وقد جاز بالإجماع ، وهذا فى معنــاه ، ثم قد جوز الشارع العقد فى الإجــارة على المنافع المعدومة للحاجة ، فلم لا يجوز على الثمرة المعدومة للحاجة ، مع أن القياس إنما يكون فى إلحاق المسكوت عنه بالمنصوص عليه أو المجمع عليه . فأما فى إبطال نص وخرق إجماع بقياس نص آخر فلا سبيل إليه .

فــرع وتصح المساقاة وما يؤدى معناها من الألفاظ نحو عاملتك وفالحتك ولا يصح أن يقول : استأجرك لتعمل على نصف ثمرته ، لأنه عقــد إجارة بعوض مجهول القدر فلم يصح ، وهو أحد الوجهين عند أصــحاب أحمد ذكره أبو الخطاب (والثانى) يصــح وهــو المذهب عنــدهم قال ابن قدامة : وهو الأقيس .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــل ولا يثبت فيه خيار الشرط لأنه اذا فسخ لم يمكن رد المعقود عليه ، وفى خيار المجلس وجهان :

(احدهما) يثبت فيه لأنه عقد لازم يقصد به المال ، فيثبت فيه خيار المجلس ، كالبيع .

(والثانى) لا يثبت ، لأنه عقد لا يعتبر فيه قبض العوض فى المجلس ، فلو ثبت فيه خيار المجلس لثبت فيه خيار الشرط كالبيع .

(فصل) واذا تم العقد لم يجز لواحد منهما فسخه لأن النماء متأخر عن العمل ، فلو قلنا : انه يملك الفسخ لم يأمن أن يفسخ بعد العمل ، ولا تحصل له الثمرة .

فصل وعلى العامل أن يعمل ما فيه مستزاد فى الثمرة من التلقيح ، وصرف الجريد ، وأصلاح الأجاجين ، وتنقية السواقى ، والسقى وقلع الحشيش المضر بالنخل ، وعلى رب النخل عمل ما فيه حفظ الأصل من سد الحيطان ، ونصب الدولاب ، وشراء الثيران ، لأن ذلك يراد لحفظ الأصل ، ولهذا من يريد انشاء بستان فعل هذا كله .

واختلف أصحابنا فى الجذاذ واللقاط ، فمنهم من قال : لا يلزم العامل ذلك ، لأن ذلك يحتاج اليه بعد تكامل النماء ، ومنهم من قال : يلزمه لأنه لا تستغنى عنه الثمرة .

فصل وان شرط العامل فى القراض والمساقاة أن يعمل معه رب المال لم يصح لأن موضوع العقد أن يكون المال من رب المال والعمل من العامل ، فاذا لم يجز شرط المال على العامل ، لم يجز شرط العمل على رب المال . وان شرط أن يعمل معه غلمان رب المال فقد نص فى المساقاة انه يجوز . واختلف أصحابنا فيها على ثلاثة أوجه ، فمنهم من قال : لا يجوز فيهما لأن عمل الغلمان كعمل رب المال ، فاذا لم يجز شرط عمله لم يجز شرط عمل غلمانه ، وحمل قوله فى المساقاة على انه اراد ما يلزم رب المال من سد الحيطان وغيره .

(والثانى) يجوز فيهما ، لأن غلمانه ماله ؛ فجاز أن يجعل تابعاً لماله كالثور والدولاب والحمار لحمل المتاع ، بخلاف رب المال فانه مالك ، فلا يجوز ان يجعل تابعاً لماله .

(والثالث) انه يجوز فى المساقاة ولا يجوز فى القراض ، لأن فى المساقاة ما يلزم رب المال من سد الحيطان وغيره فجاز أن يشترط فيها عمل غلمانه وليس فى القراض ما يلزم رب المال ، فلم يجز شرط غلمانه . فاذا قلنا : انه يجوز ، لم يصح ، حتى تعرف الغلمان بالرؤية أو الوصف ، ويجب ان يكون الغلمان تحت أمر العامل ، وأما نفقتهم فانه ان شرط على العامل جاز ، لأن بعملهم ينحفظ الأصل ، وتزكو الثمرة ؛ وان لم يشرط ففيه ثلاثة أوجه :

(احدها) انها على العامل ، لأن العمل مستحق عليه فكانت النفقة عليه.

(والثانى) انها على رب المال ، لانه شرط عملهم عليه فكانت النفقة عليه .

(والثالث) انها من الثمرة لأن عملهم على الثمرة فكانت النفقة منها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) واذا ظهرت الثمرة ففيه طريقان من اصحابنا من قال : هى على القولين فى العامل فى القراض (أحدهما) تملك بالظهور (والثانى) بالتسليم ومنهم من قال فى المساقاة : تملك بالظهور قولا واحداً ، لأن الثمرة لم تجعل وقاية لراس المال فملك بالظهور ، والربح جعل وقاية لراس المال ، فلم يملك بالظهور فى أحد القولين .

(فصـــل) والعامل أمين فيما يدعى من هلاك ، وفيما يدعى عليه من خيانة ، لأنه ائتمنه رب المال فكان القول قوله ، فان ثبتت خيانته ، ضـــم اليه من يشرف عليه ولا تزال يده ، لأن العمل مستحق عليه ، ويمكن استيفاؤه منه ، فوجب ان يستوفى ، وان لم ينحفظ استؤجر عليه من ماله من يعمل عنه، لأنه لا يمكن استيفاء العمل بفعله فاستوفى بغيره .

(فصـــل) وان هرب رفع الأمر الى الحاكم ليستأجر من ماله من يعمل عنه ، فان لم يكن مال ، اقترض عليه ـ فان لم يجد من يقرضه ـ فلرب النخل أن يفسخ ، لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فثبت له الفسخ ، كما لو اشترى عبداً فابق من يد البائع ، فان فسخ ـ نظرت فان لم تظهر الثمرة ـ فهى لرب النخل لأن العقد زال قبل ظهورها ، وللعامل أجرة ما عمل ، وان ظهرت الثمرة فهى بينهما ، فان عمل فيه رب النخل او استأجر من عمل فيـــه بغير اذن الحاكم لم يرجع ، لأنه متبرع ، وان لم يقدر على اذن الحاكم فان لم يشهد لم يرجع ، لأنه متبرع ، وان أشهد ففيه وجهان .

(احدهما) يرجع لأنه موضع ضرورة .

(والثانى) لا يرجع لأنه يصير حاكما لنفسه على غيره ، وهذا لا يجـــوز لا لضروة ولا لغيرها .

(فصـــل) وان مات العامل قبل الفراغ فان تمم الوارث العمل استحق نصيبه من الثمرة وان لم يعمل ـ فان كان له تركة ـ استؤجر منها من يعمل لأنه حق عليه يمكن استيفاؤه من التركة ، فوجب أن يستوفى ، كما لو كان عليه دين وله تركة ، وإن لم تكن له تـركة لم يلزم الوارث العمـل ، لأن ما لزم الموروث لا يطالب به الوارث ، كالدين . ولا يقترض عليه لأنه لا ذمة له ولرب

النخل أن يفسخ ، لانه تعذر استيفاء المعقود عليه ، فان فسخ كان الحكم فيه على ما ذكرناه فى العامل اذا هرب .

فصـــل وان ساقى رجلا على نخل على النصف ، فعمل فيه العـــامل وتقاسما الثمرة ثم استحق النخل ، رجع العامل على من ساقاه بالأجرة ، لأنه عمل بعوض ، ولم يسلم له العوض ، فرجع ببدل عمله ، فان كانت الثمرة باقية أخذها المالك ، فان تلفت رجع بالبدل ، فان أراد تضمين الغاصب ضمنه الجميع لأنه حال بينه وبين الجميع ، وان أراد أن يضمن العامل ، ففيـــه وجهان :

(أحدهما) يضمنه الجميع لأنه ثبتت يده على الجميع فضمنه ، كالعامل فى القراض فى المال المغصوب .

(والثانى) لا يضمن الا النصف لأنه لم يحصل فى يده الا ما اخذه بالقسمة وهو النصف ، فأما النصف الآخر فانه لم يكن فى يده ، لأنه لو كان فى يده لزمه حفظه ، كما يلزم العامل فى القراض .

(فصـــل) اذا اختلف العامل ورب النخل فى العوض المشروط ، فقال العامل : شرطت لى النصف ، وقال رب النخل : شرطت لك الثلث ، تحالفا ، لأنهما متعاقدان اختلفا فى العوض المشروط ولا بينة ، فتحالفا كالمتبايعين اذا اختلفا فى قدر الثمن . وبالله التوفيق .

الشرح الأحكام إذا ظهرت الثمرة ففى استحقاق العامل حصته طريقان ، من أصحابنا من قال : هى على القولين (أحدهما) يملك العامل حصته من الثمرة بظهورها ، فلو أتلفت كلها إلا واحـــدة ، كانت بينهمـــا (والثانى) يملكه بالتسليم ومن أصحابنا من قال : يملك العامل حصته بالظهور قولا واحداً وهو قول أحمد وأصحابه .

ذلك لأن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه كســائر الشروط الصحيحة ، ومقتضاه كون الثمرة بينهما على كل حال ، لأنه لو لم يملكها قبل القســمة لما وجبت القسمة ولا ملكها كالأصـــول .

وأما القراض فانه يملك الربح فيه بالظهور كمسألتنا ، ثم الفرق بينهما أن الربح وقاية لرأس المال فلم يملك حتى يسلم رأس المال لربه ، وهذا ليس بوقاية لشىء ، ولذلك لو تلفت الأصـــول كلها كانت الثمرة بينهما .

اذا ثبت هذا فانه يلزم كل واحد منهما زكاة نصيبه إذا بلغت حصته نصاباً ، وبه قال أحمد ونص عليه فى المزارعة . وإن لم تبلغ النصاب إلا بجمعهما لم تجب لأن الخلطة لا تؤثر فى غير المواشى فى الصحيح .

فرع وإن كان أحد الشريكين ممن لا زكاة عليه كالمكاتب والذمى فعلى الآخر زكاة حصته إن بلغت نصاباً وبهذا قال أحمد ومالك . وقال الليث : إن كان شريكه نصرانيا أعلمه أن الزكاة مؤداة فى الحائط ثم يقاسمه بعد الزكاة ما بقى .

ولنا أن النصرانى لا زكاة عليه فلا يخرج من حصته شىء كما لو انفرد بها وقد أخرج أبو داود فى السنن عن عائشة رضى الله عنها قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص النخل حين يطيب قبل أن يؤكل منه ثم يخير يهود خيبر أيأخذونه بذلك الخرص أم يدفعونه إليهم بذلك الخرص لكى تحصى الزكاة قبل أن تؤكل الثمار وتفرق قال جابر :خرصها ابن رواحة أربعين ألف وسق وزعم أن اليهود لما خيرهم ابن رواحة أخذوا الثمر وعليهم عشرون ألف وسق .

فرع والعامل أمين والقول قوله فيما يدعيه من هلاك ، وما يدعى عليه من خيانة ، لأن رب المال ائتمنه بدفع ماله إليه ، فهو كالمضارب ، فان اتهم حلف ، فان ثبتت خيانته باقرار أو بينة أو نكوله ضم إليه من مشرف عليه فان لم يمكن حفظه استؤجر من ماله من يعمل عمله ، وبهذا قال أحمد ، وقال أصحاب مالك : لا يقام غيره مقامه ، بل يحفظ منه لأن فسقه لا يمنع استيفاء المنافع المقصودة منه ، فأشبه ما لو فسق بغير الخيانة دليلنا أنه تعذر استيفاء المنافع المقصودة منه فاستوفيت بغيره كما لو هرب ولا نسلم إمكان استيفاء المنافع منه لأنه لا يؤمن من تركها ، ولا يوثق منه بفعلها ، ولا نقول : إن له فسخ المساقاة ، وإنما لم يمكن حفظها من خيانتك أقم غيرك يعمل ذلك وارفع يدك عنها لأن الأمانة قد تعذرت فى حقك فلا يلزم رب المال ائتمانك وفارق فسخه بغير الخيانة ، فانه لا ضرر على رب المال ، وها هنا يفوت ماله .

فـــرع إذا عجز عن العمل لضعفه مع أمانته ضم إليه غيره ولا ينزع من يده لأن العمل مستحق عليه ، ولا ضرر فى بقاء يده عليـــه ، وإن عجـــز بالكلية أقام مقامه من يعمل ، والأجرة عليه فى الموضعين ، لأن عليـــه توفية العمل وهذا من توفيته .

فـــرع وإن اختلفا فى الجزء المشروط للعامل تخالفا ، وكذلك إن اختلفا تناولته المساقاة من الشجر وقال أحمـــد وأصحابه ذكره ابن حامد : القول قول رب المال ، وقال مالك : القول قول العامل إذا ما اختلفا ، لأنه أقوى سبباً لتسلمه للحائط والعمل .

فـــرع وإن هرب العامل فلرب المال رفع الأمر للحاكم ليعين بدله ، فان كانت الثمرة قد ظهرت بيع من نصيب العامل ما يحتاج إليه لأجر ما بقى من العمل واستؤجر من يعمل ذلك ، وإن احتاج إلى بيع الجميع . وإن اختار رب المال البقاء على المساقاة لم تنفسخ للزومها ؛ ويستأذن الحاكم فى الإنفاق على الثمرة ويرجع بما أنفق ، فإن عجز عن استئذان الحاكم فأنفق محتسباً بالرجوع وأشهد على الإنفاق بشرط الرجوع رجع بمـــا أنفق ، فى أحـــد الوجهين ، لأنه مضطر وبه قال أحمد وأصحابه ، إلا أنه إن لم يجد الحاكم له مالا وأمكنه الاقتراض عليه من بيت المال أو غيره فعـــل ، وإن لم يمكنه ووجد مـــن يعمل له بأجرة مؤجلة إلى وقت إدراك الثمرة فعل ، فان لم يجد فلرب المال الفسخ ، أما الميت فلا يقترض عليه لخراب ذمته وقال أحمـــد : إن هرب العامل فلرب المال الفسخ لأنه عقد جائز .

فـــرع إذا مات العامل استأجر الحاكم من التركة مـــن يعمـــل العمل ، فإن لم تكن له تركة وتعذر عليه الاستئجار منها فلرب المال الفسخ ؛ لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فيثبت الفسخ ، كما لو تعذر ثمن المبيع قبـــل قبضه ، وبقية أحكامه أحكام الهارب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب المزارعـــة

لا تجوز المزارعة على بياض لا شجر فيه ، لما روى سليم بن بشار أن رافع ابن خديج قال : « كنا نخابر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكـر أن بعض عمومته أتاه فقال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمـر كان لنا نافعاً ، وطاعة الله ورسوله أنفع لنا وأنفع ، قلنـا : وما ذاك ؟ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كانت له أرض فليزرعها ولا يكرها بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمى » .

فاما اذا كانت الأرض بين النخل لا يمكن سقى الأرض الا بسقيها ـ نظرت فان كان النخيل كثيراً والبياض قليلا ـ جاز أن تساقيه على النخل ، وتزارعه على الأرض ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم : « عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر وزرع » فان عقد المزارعة على الأرض ثم عقد المساقاة على النخل لم تصح المزارعة ، لأنها انما أجيزت تبعاً للمساقاة للحاجة ، ولا حاجة قبل المساقاة ، وان عقدت بعد المسـاقاة ففيه وجهان :

(أحدهما) لا تصح لأنه أفرد المزارعة بالعقد فأشبه اذا قدمت .

(والثانى) تصح لأنهما يحصلان لمن له المساقاة ، وان عقدها مع المساقاة وسوى بينهما فى العوض ، جاز « لأن النبى صلى الله عليه وسلم عامل أهـل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر وزرع » فان فاضل بينهما فى العوض ففيه وجهان :

(أحدهما) يجوز وهو الصحيح لأنهما عقدان ، فجاز أن يفاضل بينهما فى العوض .

(والثانى) لا يجوز لأنهـما اذا تفاضـلا تميزا ، فلم يكن أحـدهما تابعاً للآخر ، فان كان النخل قليلا والبياض كثيراً ففيه وجهان :

(أحدهما) يجوز لأنه لا يمكن سقى النخل الا بسقى الأرض ، فأشـبه الكثير .

(والثانى) لا يجوز لأن البياض أكثر ، فلا يجوز أن يكون الأكثر تابعـاً للأقل) .

الشرح حديث رافع بن خديج رواه البخارى ومسلم بلفظ « كنـا

أكثر الأنصار حقلا فكنا نكرى الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه ، فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك . فأما الورق فلم ينهنا » وفى لفظ للبخارى « كنا أكثر أهل الأرض مزدرعا ، كنا نكرى الأرض بالناحية منها لسيد الأرض قال فربما يصاب ذلك وتسلم الأرض ، وربما تصاب الأرض ويسلم ذلك فنهينا . فأما الذهب والورق فلم يكن يومئذ » وفى لفظ عند مسلم وأبى داود والنسائى « إنما كان الناس يؤاجرون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بما على الماذيانات وأقبال الجداول وأشياء من الزرع فيهلك هذا ويسلم هذا ، ويسلم هذا ويهلك هذا ولم يكن للناس كرى إلا هذا فلذلك زجر عنه فأما شىء معلوم مضمون فلا بأس به .

وفى رواية عند أحمد والبخارى والنسائى عن رافع قال « حدثنى عماى أنهما كانا يكريان الأرض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بما ينبت على الأربعاء وبشىء يستثنيه صاحب الأرض قال : فنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك » وفى رواية عند أحمد « إن الناس كانوا يكرون المزارع فى زمان النبى صلى الله عليه وسلم بالماذيانات وما يسقى الربيع وشىء من التبن فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم كرى المزارع بهذا ونهى عنها » .

أما اللغات فالماذيانات : حكى القاضى عياض عن بعض الرواة فتح الذال فى غير صحيح مسلم ، وهى ما ينبت عل حافة النهر ومسايل الماء ، وليست عربية لكنها سوادية ، وهى فى الأصل مسايل المياه فتسمية النابت عليها باسمها ، كما وقع فى بعض الروايات يؤاجرون على الماذيانات مجاز مرسل والعلاقة المجاورة المحلية والأربعاء جمع ربع وهو النهر الصغير كنبى وأنبياء .

أما الأحكام فقد حكى فى الفتح الحافظ ابن حجر عن الجمهور أن النهى محمول على الوجه المفضى إلى الغرر والجهالة ، لا عن إكرائها مطلقاً حتى بالذهب والفضة قال : ثم اختلف الجمهور فى جواز إكرائها بجزء مما يخرج منها فمن قال بالجواز حمل أحاديث النهى على التنزيه قال : ومن لم يجز

إجارتها بجزء مما يخرج قال : النهى عن كرائها محمول على ما إذا اشترط صاحب الأرض ناحية منها أو شرط ما ينبت على النهر لصاحب الأرض لما فى كل ذلك من الغرر والجهالة .

وفى رواية رافع عند البخارى أنه قال : ليس بها بأس بالدينار والدرهم ، قال ابن حجر : يحتمل أن يكون رافع قال ذلك باجتهاده ، ويحتمل أن يكون علم ذلك بطريق التنصيص على جوازه أو علم أن النهى عن كرى الأرض ليس على إطلاقه بل بما إذا كان بشىء مجهول ونحو ذلك فاستنبط من ذلك جواز الكرى بالذهب والفضة ويرجح كونه مرفوعا بما أخرجه أبو داود والنسائى بإسناد صحيح عنه قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة وقال : إنما يزرع ثلاثة رجل له أرض ورجل منح أرضا ، ورجل اكترى أرضا بذهب أو فضة » لكن بين النسائى من وجه آخر أن المرفوع منه النهى عن المحاقلة والمزابنة وأن بقيته مدرج من كلام سعيد بن المسيب .

وقد أخرج أبو داود والنسائى ما هو أظهر فى الدلالة على الرفع من هذا ، وهو حديث سعد بن أبى وقاص « إن صحاب المزارع فى زمن النبى ﷺ كانوا يكرون مزارعهم بما يكون على السواقى وما صعد بالماء مما حول النبت فجاءوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاختصموا فى بعض ذلك فنهاهم أن يكروا بذلك وقال : اكروا بالذهب والفضة ، رواه أحمد وأبو داود والنسائى وهذا الحديث يدل على تحريم المزارعة على ما يفضى إلى الغرر والجهالة ويوجب المشاجرة وعليه تحمل الأحاديث الواردة فى النهى عن المخابرة التى فعلها النبى صلى الله عليه وسلم فى خيبر لما ثبت من أنه صلى الله عليه وسلم استمر عليها إلى موته واستمر على مثل ذلك جماعة من الصحابة ، ويؤيد هذا تصريح رافع فى هذا الحديث بجواز المزارعة على شىء معلوم مضمون ، ولا يشكل على جواز المزارعة بجزء معلوم حديث أسيد بن حضير قال « كان أحدنا إذا استغنى عن أرضه أو افتقر إليه أعطاها بالنصف والثلث والربع ، ويشترط ثلاثة جداول ، والقصارة وما يسقى الربيع وكان يعمل فيها عملا شديداً ، ويصيب منها منفعة فأتانا رافع ابن خديج فقال نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن أمر كان لكم نافعا ؛ وطاعة

رسول الله صلى الله عليه وسلم خير لكم نهاكم عن الحقل » رواه أحمد وابن ماجه .

والقصارة بقية الحب فى السنبل بعد ما يداس . نعم لا يشكل هذا الحديث لأن مجموع ما فى الحديث غير المخابرة التى أجازها صلى الله عليه وسلم وفعلها فى خيبر ، نعم حديث رافع عند أبى داود والنسائى وابن ماجه « من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها ولا يكارها بثلث ولا ربع ولا بطعام مسمى » .

وكذلك حديثه أيضا عند أبى داود باسناد فيه بكر بن عامر البجلى الكوفى وهو فيه مقال قال « إنه زرع أرضا فمر به النبى صلى الله عليه وسلم يسقيها فسأله : لمن الزرع ؟ ولمن الأرض ؟ فقال : زرعى ببذرى وعملى ولى الشطر ولبنى فلان الشطر فقال أربيتما ، فرد الأرض على أهلها وخذ نفقتك » .

ومثله حديث زيد بن ثابت عند أبى داود قال (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة قلت : وما المخابرة ؟ قال : أن يأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع) فيها دليل على المنع من المخابرة بجزء معلوم ، ومثل هذه الاحاديث ، حديث أسيد على فرض أنه نهى على المزارعة بجزء معلوم وعدم تقييده بما فيه من كلام أسيد ولكنه لا سبيل إلى جعلها ناسخة لما فعله النبى صلى الله عليه وسلم فى خيبر وهو مستمر على ذلك إلى موته وتقريره لجماعة من الصحابة عليه ولا سبيل إلى جعل هذه الاحاديث المشتملة على النهى منسوخة بفعله صلى الله عليه وسلم وتقريره لصدور النهى عنه فى أثناء مدة معاملته ، ورجوع جماعة من الصحابة إلى رواية من روى النهى ، والجمع ما أمكن هو الواجب .

قال الشوكانى : النهى يحمل على معناه المجازى وهو الكراهة قال الشافعى أخبرنا سفيان بن عيينة قال . سمعت عمرو بن دينار يقول : سمعت ابن عمر يقول كنا نخابر ولا نرى بذلك بأسا حتى أخبرنا رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها فتركناها لقول رافع .

فـــرع قال ابن دقيق العيد فى كتابه شرح عمدة الاحكام فى حديث رافع بن خديج : فيه دليل على جواز كراء الارض بالذهب والورق وقد جاءت أحاديث مطلقة فى النهى عن كرائها ، وهـذا مفسر لذلك الإطلاق ، وفيـه دليل على أنه لا يجوز أن تكون الأجرة شيئا غير معلوم المقدار عند العقـد لما فيه من الإجارة على ما ذكر فى الحديث مـن منع الكراء على الماذيانات إلى آخره فانه قد دل على أن الجهالة لم تغتفر .

قال الشافعى : والمخابرة استكراء الأرض ببعض ما يخرج منها فدلت سنة رسـول الله صلى الله عليه وسلم فى نهيه عن المخابرة على أن لا يجوز المزارعة على الثلث ولا على الربع ولا جزء من أجزاء ، وذلك أن المزارع يقبض الأرض بيضاء لا أصل فيها ولا زرع ثم يستحدث فيها زرعا ، والزرع ليس بأصل والذى هو فى معنى المزارعة الإجارة ، ولا يجوز أن يستأجر الرجل الرجل على أن يعمل له شيئاً إلا بأجر معلوم يعلمانه قبل أن يعمله المستأجر لما وصفت من السنة .

ثم قال الشافعى بعد أن جوز كراء الأرض بالذهب والفضة : وإذا كان النخل منفرداً فعامل عليه رجل وشرط أن يزرع ما بين ظهرانى النخـل على المعاملة ، وكان ما بين ظهرانى النخـل ومنافعها من الجريد والكرانيف ، وإن كان الزرع منفرداً عن النخـل له طريق يؤتى منها أو ماء يشرب متى شربه لا يكون ريا للنخل ولا شرب للنخل ريا له لم تحل المعاملة عليـه ، وجازت إجارته ، وذلك أنه فى حكم المزارعة لا حكم المعاملة على الأصـل ، وسواء قل البياض فى ذلك أو كثر ا هـ .

ومن هنا نرى الإمام الشافعى يجيز المزارعة فى بياض النخل تبعاً للمساقاة، وقد قال فى المساقاة : وإذا كان البياض بين أضعاف النخل جاز فيه المسـاقاة كما تجوز فى الأصـل ، وإن كان منفرداً عن النخل له طريق غيره لم تجـز فيه المساقاة ولم تصح إلا أن يكترى كراء ، وسـواء قليل ذلك وكثيره ولا حد فيه إلا ما وصفت ا هـ .

وقال الماوردى : واذا كانت المخابرة هى استكراء الأرض لزراعتها ببعض

ما يخرج منها فهى على ضربين (ضرب) أجمع الفقهاء على فساده ؛ وضرب اختلفوا فيه ، فأما الضرب الذى أجمعوا على فساده فهو أن تكون حصة كل واحد منهما من زرع الأرض مفردة عن حصة صاحبه مثل أن يقول : قلم زارعتك على هذه الأرض على ما نبت من الماذيانات كان لى ، وما نبت على السواقى والجداول كان لك أو على أن ما سقى بالسماء فهو لى وما سقى بالرشا فهو لك ؛ فهذه مزارعة باطلة اتفق الفقهاء على فساده لرواية سعيد ابن المسيب عن سعد بن أبى وقاص ثم ساق الحديث (وأما الضرب الثانى) الذى اختلف الفقهاء فيه فهو أن يزارعه على أرضه ليكون العمل على الأجير والأرض لربها والبذر منهما أو من أحدهما بحسب شرطهما على أن ما أخرج الله تعالى من زرع كان بينهما على سهم معلوم من نصف أو ثلث أو ربع ليأخذ الزارع سهمه بعمله ، ويأخذ رب الأرض سهمه بأرضه فهذه هى المخابرة ، والمزارعة التى اختلف الفقهاء فيها على ثلاثة مذاهب :

(أحدها) وهو مذهب الشافعى أنها باطلة سواء شرط البذر على الزارع أو على رب الأرض ؛ وبه قال من الصحابة عبد الله بن عمر وجابر بن عبد الله ورافع بن خديج رضى الله عنهم ومن التابعين سعيد بن جبير وعكرمة ومن الفقهاء الشافعى ومالك وأبو حنيفة .

(والمذهب الثانى) أنها جائزة سواء شرط البذر على الزارع أو على رب الأرض وبه قال من الصحابة على بن أبى طالب وعمار بن ياسر وعبد الله بن مسعود وسعد بن أبى وقاص ومعاذ بن جبل رضى الله عنهم ومن التابعين سعيد بن المسيب ومحمد بن سيرين وعبد الرحمن بن أبى ليلى ، ومن الفقهاء سفيان الثورى وأبو يوسف ومحمد (والمذهب الثالث) : أنه إن شرط البذر على صاحب الأرض لم يجز . وإن شرطه على الزارع جاز وهو مذهب أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه ؛ واستدل من أجاز ذلك برواية عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج من ثمر وزرع ؛ وروى سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار قال : قلت لطاوس « يا أبا عبد الرحمن لو تركت المخابرة فإنهم يزعمون أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عنها فقال : يا عمرو أخبرنى

أعلمهم ابن عباس أنه لم ينه عنها ، ولكن قال : لأن يمنح أحدكم أخاه خير له من أن يأخذ عليها خرجاً معلوماً » .

والدليل على فسادها ما رواه الشافعى عن ابن عمر ، وروى يعلى بن حكيم عن سليمان بن يسار أن رافع بن خديج قال « كنا نخابر إلى أن قال صلى الله عليه وسلم من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه ولا يكار بها بثلث ولا ربع ولا طعام مسمى » وروى أبو خيثم عن أبى الزبير عن جابر قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من لم يدع المخابرة فليؤذن بحرب من الله ورسوله » ولأن الأصول التى تصح إجارتها ولا تصح المعاملة عليها ببعض كسبها ، وكذا الأرض لما جازت إجارتها لم تجز المخابرة عليها فهذه دلائل الفريقين فى صحة المخابرة وفسادها ، ولما اقترن بدلائل الصحة عمل أهل الامصار مع الضرورة الماسة إليها ، وكان ما عرضها محتملا أن يكون جاريا على ما فسره زيد بن ثابت ، وقال عبد الله بن عباس كان صحة المخابرة أولى من فساده مع شهادة الأصول لها فى المساقاة والمضاربة؛ ومن خلال هذا الحوار المفتوح بين المؤيدين والمعارضين تبرز حقيقة ماثلة وهى أن الأصل هو التغلب على أسباب الغبن والغرر ؛ ثم إن ما منيت به البشرية من بلشفية ملحدة قتلت الحوافز ، وكفت الإرادة ، وجعلت من الإنسان آلة صماء لا تعقل ليجعلنا أحوج ما نكون إلى فهم روح الشريعة السمحة .

فرع فى عرض مذاهب العلماء فى المزارعة

قال البخارى : قال أبو جعفر ما بالمدينة أهل بيت إلا ويزرعون على الثلث والربع ، وزارع على وسعد وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبى بكر وآل على وابن سيرين وممن رأى ذلك سعيد بن المسيب وطاوس وعبد الرحمن بن الأسود وموسى بن طلحة والزهرى وعبد الرحمن بن أبى ليلى وابنه وأبو يوسف ومحمد ، وروى ذلك عن معاذ والحسن وعبد الرحمن بن يزيد .

قال البخارى : وعامل عمر الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر . وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا ، وكرهها عكرمة ومجاهد والنخعى وأبو حنيفة ، وروى عن ابن عباس الأمران جميعاً . وأجازها الشافعى فى الأرض بين النخيل إذا كان بياض الأرض أقل ، فإن كان أكثر فعلى وجهين ومنعها فى الأرض البيضاء لما روى رافع بن خديج قال : كنا نخابر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث وقد مضى فى الفصول السابقة .

فرع فإذا اشتمل العقد على شروطه المعتبرة فيه صح ولم يجز فيه خيار الثلاث ، واختلف أصحابنا هل يثبت فيه خيار المجلس أم لا ؟ على وجهين كالإجارة ويجوز أن يستوثق فيه بالشهادة ولا يجوز أن يستوثق فيه بالرهن والضمان ، لأنه عقد غير مضمون ثم يؤخذ العامل بالعمل المشروط عليه ، فان لم يعمل فى النخل حتى أثمرت كان له نصيبه من الثمر إن قيل : إنه شريك ، ولا شىء له فيها إن قيل : إنه أجير ، ولرب العمل أن يأخذ العامل جبراً بالعمل للزوم العقد ، فان أراد العامل أن يساقى غيره عليها مدة مساقاته جاز بمثل نصيبه فما دون كالإجارة ، ولا يجوز بأكثر من نصيبه لأنه لا يملك الزيادة ، والفرق بين المساقاة حيث كان للعامل أن يساقى عليها وبين المضاربة حيث لم يجز للعامل أن يضارب بها أن تصرف العامل فى المضاربة تصرف فى حق رب المال لأن العقد ليس بلازم فلم يملك الافتيات عليه فى تصرفه ، وتصرف العامل فى المساقاة تصرف فى حق نفسه للزوم العقد فملك الاستنابة فى تصرفه .

فرع قال الشافعى : وكل ما كان مستزادا فى الثمرة من إصلاح للثمار وطريق الماء وتصريف الجريد . وآبار النخل وقطع الحشيش الذى يضر بالنخل أو ينشف عنه الماء حتى يضر بثمرتها جاز شرطه على المساقاة ، وأما سد الحظار فليس فيه مستزاد لإصلاح فى الثمرة ولا يصلح شرطه على المساقى ، فان قال : فان كان أصلح للنخل أن يسد الحظار ــ بحاء مفتوحة كسحاب ومكسورة ككتاب بعدها ظاء معجمة ، الحائط ــ فكذلك أصلح لها أن يبنى عليها حظار لم يكن ، وهو لا يجيزه فى المساقاة ، وليس هذا الإصلاح من الاستزادة فى شىء من النخل إنما هو دفع الداخل ، قلت : والعمل المشروط فى المساقاة على أربعة أنواع .

(أولا) ما يعود نفعه على الثمرة دون النخل .

(ثانيا) ما يعود نفعه على النخل دون الثمرة .

(ثالثا)ما يعود نفعه على النخل والثمرة .

(رابعا) ما لا يعود نفعه على الثمرة ولا النخل .

فالأول مثل الإبار وتصريف الجريد وتلقيح الثمرة ولقاطها رطباً أو جدادها تمراً . فهذا النوع يجوز اشتراطه على العامل وينقسم إلى ثلاثة أقسام :

(أولها) ما يجب عليه فعله من غير شرط وهو كل ما لا تصلح الثمرة إلا به كالتلقيح والإبار .

(ثانيها) ما لا يجب عليه فعله إلا بالشرط ، وهو كل ما فيه مستزاد للثمرة ، وقد تصلح بعدمه كتصريف الجريد وتدلية الثمرة .

(ثالثها) ما هو مختلف فيه ، وهو كل ما تكاملت الثمرة قبله كاللقاط والجداد ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه لا يجب على العامل إلا بشرط لتكامل الثمرة بعدمه .

(والثانى) أنه واجب على العامل بغير شرط ، لأن الثمرة لا تستغنى عنه ، وإن تكاملت قبله .

(وأما النوع الثانى) وهو ما يعود على النخل دون الثمرة ، فمثل سد الحظار وحفر الآبار وشق السواقى ورفع مياه الأنهار ، فكل هذا مما يعود نفعه على النخل دون الثمرة ، فلا يجوز اشتراط شيء من ذلك على العامل . وكذا ما شاكله من عمل الدواليب وإصلاح الزرانيق ، فإن شرط رب المال على العامل شيئا مما ذكرنا كان الشرط باطلا ، والمساقاة فاسدة . وقال بعض أصحابنا : يبطل الشرط وتصح المساقاة حملا على الشروط الزائدة فى الرهن تبطل ولا تبطل معها الرهن فى أحد القولين ، وقد خطأ جمهور

فقهائنا هذا لأن عقود المعاوضات إذا تضمنت شروطا فاسدة بطلت كالشروط الفاسدة فى البيع والإجارة .

(والنوع الثالث) وهو ما يعود نفعه على النخل والثمرة ، فكالسقى والإبارة وقطع الحشيش المضر بالنخل إلى ما جرى هذا المجرى مما فيه إصلاح النخل ومستزاد فى الثمرة مما لا تصلح الثمرة إلا به كالسقى فيما لا يشرب بعروقه كنخل البصرة فهو وغيره من شروط هذا الفعل سواء ، وفيه لأصحابنا ثلاثة أوجه : (أحدها) أنه واجب على العامل بنفس العقد واشتراطه عليه تأكيداً لما فيه من صلاح النخل وزيادة الثمرة .

(والوجه الثانى) أنه واجب على رب النخل واشتراطه عليه مبطل للعقد لأنه بصلاح النخل أخص منه بصلاح الثمرة (والثالث) أنه يجوز اشتراطه على العامل لما فيه من زيادة الثمرة ، ويجوز اشتراطه على رب النخل لما فيه من صلاح النخل فلم يتناف الشرطان فيه ، فإن شرط على العامل لزمه ، وإن شرط على رب النخل لزمه ، وان أغفل لم يلزم واحداً منهما ، أما العامل فلأنه لا يلزمه إلا ما كان من موجبات العقد أو من شروطه ، وأما رب النخل فلأنه لا يجبر على تثمير ماله .

(وأما النوع الرابع) وهو ما لا يعود نفعه على النخل ولا على الثمرة ، فهو كالاشتراط على العامل أن يبنى له قصراً أو يخدمه شهراً أو يسقى له زرعا تنافى العقد وتمنع من صحته ، لأنه لا تعلق لها به ولا تختص بشىء من مصلحته .

فرع قال الشافعى : ساقى رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر ، والمساقون عمالها لا عامل للنبى صلى الله عليه وسلم فيها غيرهم ، فإذا كان يجوز للمساقى أن يساقى نخلا على أن يعمل فيه عمال الحائط ؛ لأن رب الحائط رضى ذلك جاز أن يشترط رقيقاً ليسوا فى الحائط يعملون فيه لأن عمل من فيه وعمل من ليس فيه سواء ، وإن لم تجز إلا بأن يكون على الداخل فى المساقاة العمل كله لم يجز أن يعمل فى الحائط أحد من رقيقه ، وجواز

الأمرين من أشبه الأمور عندنا والله أعلم قال : ونفقة الرقيق على ما تشارطا عليه ، وليس نفقة الرقيق بأكثر من أجرتهم ، فإذا جاز أن يعملوا للمساقى بغير أجرة جاز أن يعملوا له بغير نفقة ا هـ .

فـــرع ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يثبت فى المساقاة خيار الشرط وبهذا قال جمهور العلماء عند من يقول بلزوم العقد كالشافعية وعند مـــن يقول بجوازه كالحنابلة ، لأنها إن كانت جائزة فالجائز مستغن بنفسه عن الخيـــار فيه ؛ وإن كانت لازمة فاذا فسخ لم يسكن المعقود عليه وهو العمل فيها .

وقال الحنابلة : وخيار المجلس لا يثبت إن كانت جائزة لمـــا تقدم وإن كانت لازمة فعلى وجهين :

(أحدهما) لا يثبت لأنه عقد لا يشترط فيه قبض العوض ولا يثبت فيه خيار الشرط ويثبت فيه خيار المجلس كالنكاح .

(والثانى) يثبت لأنه عقد لازم يقصد به المال أشبه البيع .

فـــرع وإن شرط أن يعمل معه غلمان رب المال فهو كشرط عمل رب المال لأن عملهم كعمله ، فان يد الغلام كيد مولاه وبهذا قال أحمـــد وأصحابه إلا أبا الخطاب فانه قال : فيه وجهان :

(أحدهما) لا يجوز لأنه كشرط أن يعمل معه رب المال ، لأن عملهم كعمله ، فان يد الغلام كيد مولاه .

(والثانى) يجوز لأن غلمانه ماله فجاز أن تعمل تبعـــاً لماله ، كثـــور الدولاب ، وكما يجوز فى القراض أن يدفع إلى العامل بهيمة يحمل عليها وأما رب المال فانه لا يجوز جعله تبعاً . وهذا قول الشافعى ومالك ومحمـــد ابن الحسن .

فان شرط غلماناً يعملون معه فنفقتهم على ما يشترطان عليه ، فان أطلقـــا ولم يذكرا نفقتهم فهى على رب المال ؛ وبهذا قال أحمد وأصحابه ، وقال

مالك : نفقتهم على المساقى . ولا ينبغى أن يشترطها على رب المال ، لأن العمل على المساقى فمؤنة من يعمل عليه كمؤنة غلمانه .

ولنا أنه مملوك رب المال فكانت نفقته عليه عند الإطلاق كما لو أجره ، فان شرطها على العامل جاز ، ولا يشترط تقديرها ، وبه قال أحمد وأصحابه ، وقال محمد بن الحسن يشترط تقديرها ، لأنه اشترط عليه ما لا يلزمه فوجب أن يكون معلوماً كسائر الشروط والله تعالى أعلم بالصـــواب .

* * *

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب الاجـــارة

يجوز عقد الاجارة على المنافع المباحة ، والدليل عليه قوله تعالى ((فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن)) (١) ، وروى سعيد بن المسيب عن سعد رضى الله عنه قال : ((كنا نكرى الأرض بما على السواقى من الزرع ، فنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك وأمرنا أن نكريها بذهب أو ورق)) .

وروى أبو أمامة التيمى قال : (سألت ابن عمر فقلت : انا قوم نكرى فى هذا الوجه ، وان قوما يزعمون أن لا حج لنا ، فقال ابن عمر : ألستم تلبون وتطوفون بين الصفا والمروة ، ان رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فسأل عما تسألوننى عنه فلم يرد عليه حتى نزل ((ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم)) (٢) فتلاها عليه) وروى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم ((احتجم وأعطى الحجام أجره)) ولأن الحاجة الى المنافع كالحاجة الى الأعيان ، فلما جاز عقد البيع على الأعيان وجب أن يجوز عقد الاجارة على المنافع .

(فصـــل) ولا تجوز على المنافع المحرمة لأنه يحرم فلا يجوز أخـــذ العوض عليه كالميتة والدم .

(فصـــل) واختلف أصحابنا فى استئجار الكلب المعلم ، فمنهم من قال : يجوز لأن فيه منفعة مباحة ، فجاز استئجاره كالفهـد ، ومنهـم من قال : لا يجوز ، وهو الصحيح ، لأن اقتناءه لا يجوز الا للحاجة وهو الصيد وحفظ الماشية ومالا يقوم غير الكلب فيه مقامه الا بمؤن ، والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم : ((من اقتنى كلبا الا كلب صيد أو ماشية نقص من أجره كل يوم قيراطان)) وما أبيح للحاجة لم يجز أخذ العوض عليه كالميتة ، ولأنه لا يضمن منفعته بالغصب فدل على أنه لا قيمة لها .

فصـــل واختلفوا فى استئجار الفحل للضراب ، فمنهم من قال : يجوز لأنه يجوز أن يستباح بالاعارة فجاز أن يستباح بالاجارة كسائر المنافع ، ومنهم

---

(١) سورة الطلاق : ٦

(٢) سورة البقرة : ١٩٨

من قال : لا يجوز ، وهو الصحيح ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن ثمن عسب الفحل » ولأن المقصود منه هو الماء الذى يخلق منه وهو محرم لا قيمة له فلم يجز أخذ العوض عليه كالميتة والدم .

فصل واختلفوا فى استئجار الدراهم والدنانير ليجمل بها الدكان واستئجار الأشجار لتجفيف الثياب والاستظلال ، فمنهم من قال : يجوز ، لأنه منفعة مباحة فجاز الاستئجار لها كسائر المنافع . ومنهم من قال : لا يجوز ، وهو الصحيح ؛ لأن الدراهم والدنانير لا تراد للجمال ولا الأشجار لتجفيف الثياب والاستظلال ، فكان بذل العوض فيه من السفه وأخذ العوض عنه من أكل المال بالباطل ، ولأنه لا يضمن منفعتها بالغصب فلم يضمن بالعقد) .

الشرح حديث سعد بن أبى وقاص رواه أحمد وأبو داود والنسائى ، وقد سكت عنه أبو داود والمنذرى . قال ابن حجر فى فتح البارى : رجاله ثقات إلا أن محمد بن عكرمة المخزومى لم يرو عنه إلا إبراهيم بن سعد .

وأما حديث أبى أمامة التيمى فأخرجه أحمد وغيره ، وقد مضى تخريجه وبيان ما يشتمل عليه من أحكام فى كتاب الحج . وأما حديث « من اقتنى كلباً إلا كلب صيد أو ماشية » فقد أخرجه أحمد فى مسنده والبخارى ومسلم والترمذى عن ابن عمر . وأما حديث « النهى عن ثمن عسب الفحل » فقد رواه أحمد والبخارى والنسائى وأبو داود ، ورواه الدارقطنى عن أبى سعيد الخدرى بلفظ « نهى عن عسب الفحل وعن قفيز الطحان » .

وقال فى مجمع الزوائد : رجال أحمد رجال الصحيح ، إلا أن إبراهيم النخعى لم يسمع من أبى سعيد فيما أحسب . وأخرجه أيضاً البيهقى وعبد الرزاق وإسحاق فى مسنده وأبو داود فى المراسيل والنسائى فى الزراعة غير مرفوع .

والأصل فى جواز الإجارة الكتاب والسنة والإجماع ، فأما الكتاب فقوله تعالى : « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » « قالت إحداهما : ياأبت استأجره إن خير من استأجرت القوى الأمين ، قال إنى أريد أن أنكحك

إحـدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجـج فإن أتممت عشراً فمـن عندك » .

وروى ابن ماجه عن عتبة بن المنذر قال : كنا عند النبى صلى الله عليه وسلم فقرأ (طس) حتى إذا بلغ قصة موسى قال « إن موسى عليه السلام أجـر نفسه ثمانى حجج أو عشراً على عفة فرجه وطعام بطنه » وقال تعالى « فوجد فيها جداراً يريد أن ينقض فأقامه ، قال لو شئت لاتخذت عليه أجراً » .

أما السنة فقد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسـلم وأبا بكر استأجرا عبد الله بن الأريقط الديلى وكان خريتاً ــ وهو الخبير بمسالك الصحراء والوهاد العالم بجغرافية بلاد العرب على الطبيعة ــ ليكون هاديا ومرشداً لهما فى هجرتهما من مكة إلى المدينة .

وفى البخارى عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة . رجل أعطى بى ثم غدر ، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجـره » والأحاديث فى هـذا كثيرة .

وأما الاجماع فقد انعقد بين أهل العلم فى كل عصر وكل مصر على جواز الإجارة إلا ما روى عن عبد الرحمن الأصم الذى قيل فيه : إنه عن الحق أصم من أنه لا يجوز ذلك لأنه غرر ، لأنه يعقد على منافع لم تخلق ، ولـو تحقق ما يتصوره الأصم صوابا لتعطلت الصنائع والمساكن والمتاجر والمواصلات بكل أنواعها لأنها كلها ــ وهى تستغرق مظاهر الحيـاة قديماً وحديثاً ــ قائمة على المؤاجرات والمعاوضات على المنافع كالمعاوضـات على الأعيـان سواء بسواء . بل إن المعاوضات على المنافع أوسع مدى وأكثر عدداً وأشمل مرفقا ، ولأن المنافع المتاحة أوسع آفاقا من الأعيان والعروض .

اذا ثبت هذا فإن الإجارة كالبيع تنعقد بأربعة : بمؤجـر ومسـتأجر ومؤاجر وأجرة . فالأول فهـو باذل المنفعة كالبائع ، والثـانى طالب المنفعة كالمشترى ، وكل من صح شراؤه صح استئجاره . والثالث فهو كل عين صح

الانتفاع بها مع بقائها صحت إجارتها كالدور والعقار إذا لم يكن المقصود من منافعها أعياناً كالنخل والشجر ، وما تم الانتفاع به مع عينه لم تصح إجارته كالدراهم والمأكول . لأن منفعة الدراهم بإزالتها عن الملك ، ومنفعة المأكول بالاستهلاك كاستئجار الدراهم والدنانير للجمال والزينة والطعام ليعتبر مكيلا ففيه لأصحابنا وجهان :

(أحدهما) يصح لوجود المعنى وحصول الانتفاع مع بقاء العين .

(والوجه الثانى) لا يصح لأن هذا نادر من منافع ذلك ، والأغلب سواه ، فصار حكم الأغلب هو المغلب ، ولأن المنافع المضمونة بالاجارة هى المضمونة بالغصب ، ومنافع الدراهم والطعام لا تضمن بالغصب كنشر الثياب فوق الشجر فلم يصح أن تضمن بالاجارة . وهكذا كل ما كانت منافعها أعيانا من النخل والشجر ، لأن منافعها ثمار هى أعيان يمكن العقد عليها بعد حدوثها ، فلم يصح العقد عليها قبله ، فإن استأجر ذلك لمنفعة تستوفى مع بقاء العين كالاستظلال بالشجر أو ربط ماشية إليها فذلك ضربان :

(أحدهما) أن يكون هذا غالبا فيها ومقصوداً من منافعها فتصح الاجارة عليها .

(والثانى) أن يكون نادراً غير مقصود فى العرف ، فيكون على ما مضى من الوجهين .

ثم إن العقد وإن توجه إلى العين فهو أنه ربما تناول المنفعة لأن الأجرة فى مقابلتها وإنما توجه إلى العين لتعتبر المنفعة بها . وقال أبو إسحاق المروزى : العقد إنما تناول العين دون المنفعة ليستوفى من العين مقصوده من المنفعة ، لأن المنافع غير موجودة حين العقد فلم يجز أن يتوجه العقد إليها . وهذا خطأ ، ألا ترى أنه قد يصح العقد على منفعة مضمونة فى الذمة غير مضافة إلى عين ؟ كرجل استأجر من رجل عملا مضمونا فى ذمته ، وإذا كان كذلك فلابد أن تكون المنفعة معلومة كما لابد أن يكون المبيع معلوما ، فإن كانت

مجهولة لم تصح الاجارة ، كما لو كان المبيع مجهولا ، والعلم بها قد يكون من وجهين :

(أحدهما) تقدير العمل مع الجهل بالمدة (والثانى) تقدير المدة مع الجهل بقدر العمل ، وسيأتى تفصيلهما وبالله التوفيق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) واختلفوا فى الكافر اذا استأجر مسلما اجارة معينة ، فمنهم من قال : فيه قولان لأنه عقد يتضمن حبس المسلم فصار كبيع العبد المسلم منه . ومنهم من قال : يصح قولا واحداً لأن عليا كرم الله وجهه كان يستقى الماء لامرأة يهودية كل دلو بتمرة .

(فصـــل) ولا يصح الا من جائز التصرف فى المال لأنه عقد يقصد به المال فلم يصح الا من جائز التصرف فى المال كالبيع .

(فصـــل) وينعقد بلفظ الاجارة لأنه لفظ موضوع له ، وهل ينعقد بلفظ البيع ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) ينعقد لأنه صنف من البيع ، ولأنه تمليك يتقسط العوض فيه على المعوض كالبيع ، فانعقد بلفظه .

(والثانى) لا ينعقد لأنه يخالف البيع فى الاسم والحكم فلم ينعقد بلفظه كالنكاح .

فصـــل ويجوز على منفعة عين حاضرة ، مثل أن يستأجر ظهراً بعينه للركوب ويجوز على منفعة عين فى الذمة مثل أن يستأجر ظهراً فى الذمة للركوب، ويجوز على عمل معين مثل أن يكترى رجلا ليخيط له ثوبا أو يبنى له حائطا ، ويجوز على عمل فى الذمة ، مثل ان يكترى رجلا ليحصل له خياطة ثوب أو بناء حائط ، لأنا بينا أن الاجارة بيع والبيع يصح فى عين حاضرة وموصوفة فى الذمة ، فكذلك الاجارة . وفى استئجار عين لم يرها قولان (أحدهما) لا يصح (والثانى) يصح ، ويثبت الخيار اذا رآها كما قلنا فى البيع .

(فصـــل) وتجوز على عين مفردة وعلى جزء مشاع ، لأنا بينا أنه بيع ، والبيع يصح فى المفرد والمشاع فكذلك الاجارة .

(فصـــل) ولا تجوز الا على عين يمكن استيفاء المنفعة منها ، فان استأجر أرضا للزراعة لم تصح حتى يكون لها ماء يؤمن انقطاعه ، كماء العين والمد بالبصرة والثلج والمطر فى الجبل ، لأن المنفعة فى الاجارة كالعين فى البيع ،

فاذا لم يجز بيع عين لا يقدر عليها لم تجز إجارة منفعة لا يقدر عليها فان اكترى أرضا على نهر اذا زاد سقى ، واذا لم يزد لم يسق ، كأرض مصر والفرات وما انحدر من دجلة ـ نظرت فان اكتراها بعد الزيادة ـ صح العقد لأنه يمكن استيفاء المعقود عليه ، فهو كبيع الطير فى القفص . وان كان قبل الزيادة لم يصح لأنه لم يعلم هل يقدر على المعقود عليه أو لا يقدر ؟ فلم يصح كبيع الطير فى الهواء ، وان اكترى أرضا لا ماء لها ، ولم يذكر أنه يكتريها للزراعة ، ففيه وجهان :

(أحدهما) : لا يصح لأن الأرض لا تكترى فى العادة الا للزراعة ، فصار كما لو شرط أنه يكتريها للزراعة .

(والثانى) : ان كانت الأرض عالية لا يطمع فى سقيها ، صح العقد لأنه يعلم أنه لم يكترها للزراعة .

وان كانت مستفلة يطمع فى سقيها بسوق الماء اليها من موضع لم يصح ، لأنه اكتراها للزراعة مع تعذر الزراعة ، فان اكترى أرضا غرقت بالماء لزراعة ما لا يثبت فى الماء ، كالحنطة والشعير ـ نظرت فان كان للماء مفيض اذا فتح انحسر الماء عن الأرض وقدر على الزراعة ـ صح العقد ، لأنه يمكن زراعتها بفتح المفيض ، كما يمكن سكنى الدار بفتح الباب ، وان لم يكن له مفيض ولا يعلم ان الماء ينحسر عنها لم يصح العقد ، لأنه لا يعلم هل يقدر على المعقود عليه أم لا يقدر فلم يصح العقد كبيع ما فى يد الغاصب ، فان كان يعلم أن الماء ينحسر وتنشفه الريح ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يصح لأنه لا يمكن استيفاء المنفعة فى الحال .

(والثانى) يصح وهو قول أبى اسحاق وهو الصحيح ، لأنه يعلم بالعادة أمكان الانتفاع به ، فان اكترى أرضا على ماء اذا زاد غرقت فاكتراها قبل الزيادة صح العقد لأن الغرق متوهم فلا يمنع صحة العقد) .

الشرح خبر على رضى الله عنه رواه أحمد وجود الحافظ ابن حجر إسناده ولفظه « جعت مرة جوعا شديداً فخرجت لطلب العمل فى عوالى المدينة ، فإذا أنا بامرأة قد جمعت مدراً فظننتها تريد بلة ، فقاطعتها كل ذنوب على تمرة ، فمددت ستة عشر ذنوبا حتى مجلت يداى ، ثم أتيتها فعدت لى ست عشرة تمرة فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فأخبرته فأكل معى منها » وقد أخرجه ابن ماجه والبيهقى عن ابن عباس « أن عليا أجر نفسه من يهودى يسقى له كل دلو بتمرة » وعندهما أن كل عدد التمر شبع عشرة تمرة . وفى إسناده حنش راويه عن عكرمة وهو ضعيف .

وقوله « ذنوبا » الدلو مطلقا أو التى فيها ماء أو الممتلئة أو غير الممتلئة وكلها فى القاموس وقوله « مجلت » بكسر الجيم أى غلظت وتنفطت وقد أمجلها العمل أو المجل أن يكون بين الجلد واللحم ماء ، أو المجلة جلدة رقيقة يجتمع فيها ماء من أثر العمل .

اما الأحكام فإن هذا الخبر يدل دلالة يعجز القلم عن استقصاء ما توحى به ، من بيان ما كانت الصحابة عليه من الحاجة وشدة الفاقة والصبر على الجوع وبذل الوسع وإتعاب البدن فى تحصيل القوام من العيش للتعفف عن السؤال وتحمل المؤن ، وإن تأجير النفس لا يعد دناءة ، وإن كان المستأجر غير شريف أو كافراً والأجير من أشراف الناس وعظمائهم ، وقد أورده صاحب المنتقى ليستدل به على جواز الاجارة معاددة يعنى أن يفعل الأجير عدداً معلوما من العمل بعدد معلوم من الأجرة .

فرع الاجارة عوض فى مقابلة المنفعة كالثمن فى مقابلة المبيع وحكمه كحكمه فى جوازه معينا وفى الذمة . قال الشافعى : فالإجارات صنف من البيوع لأنها تمليك من كل واحد منهما لصاحبه اهـ .

ومن هذا أخذ الفقهاء أنه عقد لازم لا يجوز فسخه إلا بعيب كالبيع ، فإن كان العيب موجوداً فى الشىء المؤجر كالدار إذا خربت والدابة إذا مرضت فللمستأجر أن يفسخ دون المؤجر كما لو وجد بالمبيع عيب كان للمشترى أن يفسخ دون البائع ، وإن كان العيب موجوداً فى الأجرة فان كانت فى الذمة أبدل المعيب بغيره ولا خيار ، وإن كانت معيبة فللمؤجر أن يفسخ دون المستأجر كما يفسخ البائع بوجود العيب فى الثمن المعين دون المشترى ، ولا يجوز فسخ الاجارة بعذر يطرأ إذا لم يطرأ فى المعقود عليه عيب ، ومن هنا كان لأصحابنا وجهان فى انعقاده بلفظ البيع ، ونظراً لأن عقد الإجارة كعقد النكاح يؤخذ جانب البيع فيه بمفهوم المعاوضة وليس بمنطوق التعاقد لذلك قالوا : إنه يخالف البيع فى الاسم والحكم فلم ينعقد بلفظه كالنكاح ، والوجه الثانى : ينعقد بلفظ البيع لأنه تمليك يتقسط العوض فيه على الباذل كالبيع سواء بسواء .

اذا ثبت هذا فهل المعقود عليه العين ؟ لأنها الموجودة فيقال : أجرتك داري أم أن العقد يتعلق بالمنفعة دون الأعيان ؟ فيقال : أجرتك داري أو منفعة داري بكذا ، أو بعتك منفعتها ، وهذا الأخير هو قول مالك وأبي حنيفة وأحمد وأكثر أصحاب الشافعي ، ويصح العقد على منفعة مضمونة في الذمة غير مضافة إلى عين كرجل استأجر من رجل عملا مضمونا في ذمته ، وإذا كان كذلك فلابد أن تكون المنفعة معلومة كما لابد أن يكون المبيع معلوما فإن كانت مجهولة لم تصح الإجارة كما لو كان المبيع مجهولا ، ومن ثم كانت الاجارة على نوعين نوع يكون عقده على مدة معلومة ، ونوع يكون على عمل معلوم فالأول كالدار والأرض فلا تجوز إجارتها إلا على مدة ومتى تقدرت المدة لم يجز تقدير العمل ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد ، لأن الجمع بينهما يزيدها غرراً ، لأنه قد يفرغ من العمل قبل انقضاء المدة ، فإن استعمل في بقية المدة فقد زاد على ما تعاقدا عليه وإن لم يعمل كان تاركا للعمل في بعض المدة ، وقد لا يفرغ من العمل في المدة ، فإن أتمه عمل في غير المدة ، وهذا غرر أمكن التحرز منه ولم يوجد مثله في محل الوفاق فلم يجز العقد معه .

فرع قال الشافعي : إذا تكارى الرجل الأرض ذات الماء من العين أو النهر نيل أو غير نيل أو النيل أو الآبار على أن يزرعها غلة الشتاء والصيف فزرعها إحدى الغلتين والماء قائم ثم نضب فذهب قبل الغلة الثانية فأراد رد الأرض بذهاب الماء فتلك له ويكون عليه من الكراء بحصة ما زرع إن كانت حصة الزرع الذي زرع الثلث أو النصف أو الثلثين أو أقل أو أكثر أدى ذلك وسقطت عنه حصة الزرع الثاني ا هـ .

فرع قال النووي في المنهاج : ولا يصح استئجار آبق ومغصوب وأعمى للحفظ وأرض للزراعة لا ماء لها دائم ، ولا يكفيها المطر المعتاد ، ويجوز إن كان لها ماء دائم ، وكذا إن كفاها ماء المطر الدائم أو الثلوج المجتمعة ، والغالب حصولها في الأصح ا هـ . قال الشربيني الخطيب في المغني : ومجرد الامكان لا يكفي كإمكان عود الآبق والمغصوب ، نعم لو قال المكري أنا أحفر لك بئراً وأسقي أرضك منها أو أسوق الماء إليها من موضع آخر

صحت الإجارة كما قال الروياني . أما لو استأجرها للسكنى فإنه يصح وإن كانت بمحل لا يصلح لها كالمفازة ، إلى أن قال : ويجوز استئجار أراضى مصر للزراعة بعد ريها بالزيادة ، وكذا قبله على الأصح إن كانت تروى من الزيادة الغالبة كخمسة عشر ذراعا فما دونها كما نقله فى الكفاية عن أبى الطيب وابن الصباغ واقتضاه كلام الشيخين .

وقال السبكى : وما يروى من خمسة عشر كالموثوق به عادة ، وما يروى من ستة عشر وسبعة عشر غالب الحصول ، وإن كان الاحتمال متطرقا إلى الستة عشر وإلى السبعة عشر كثيراً ا هـ .

فرع وتصح الأرض للزراعة قبل انحسار الماء عنها ، وإن سترها عن الرؤية ، لأن الماء من مصلحتها كاستتار اللوز والجوز بالقشر ، فإن قيل : ينبغى عدم الصحة لأن الانتفاع عقب العقد شرط ، والماء يمنعه أجيب بأن الماء من مصالح الزرع ، وبأن صرفه ممكن فى الحال بفتح موضع ينصب إليه فيتمكن من الزرع حالا كاستئجار دار مشحونة بالأمتعة التى يمكن نقلها فى زمن لا أجرة له ، هذا إن وثق بانحساره وقت الزراعة وإلا فلا يصح، وإن كانت الأرض على شط نهر ، والظاهر أنه يجرفها بفيضانه أو تنهار من أمواجه لم يصح استئجارها لعدم القدرة على تسليمها ، وإن احتمله ولم يظهر جاز لأن الأصل والغالب السلامة .

وإن استأجر أرضاً للزراعة وأطلق دخل فيها شربها إن اعتيد دخوله بعرف مطرد ــ والشرب بكسر الشين ــ النصيب من الماء ، بخلاف مالو باعها لا يدخل ، لأن المنفعة هنا لا تحصل بدونه أو شرط فى العقد ، فإن اضطرب العرف فيه أو استثنى الشرب ولم يوجد شرب غيره لزوال المانع بالاغتناء عن شربها ، والامتناع الشرعى لتسليم المنفعة كالحسى فى حكمه .

وقد أورد المصنف وجهين فى الأرض التى يغطيها الماء وعلم انحسار أو احتمال تبخرها وجفافها (أحدهما) عدم صحة العقد لعدم إمكان استيفاء المنفعة حالا (والثانى) وهو قول أبى إسحاق المروزى وهو الصحيح والذى عليه الفتوى من أئمة المذهب أنه يصح ، لأنه يعلم بالعادة المطردة إمكان الانتفاع والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وان استأجر رجلا ليعلمه بنفسه سورة وهو لا يحسـنها ففيه وجهان :

(أحدهما) يصح كما يصح أن يشترى سلعة بدراهم ، وهو لا يملكها ثم يحصلها ويسلم .

(والثاني) لا يصح لأنه عقد على منفعة معينة لا يقدر عليها فلم يصـح ، كما لو أجر عبد غيره .

(فصـــل) ولا تصح الاجارة الا على منفعة معلومة القدر ، لأنا بينا أن الاجارة بيع والبيع لا يصح الا فى معلوم القدر ، فكذلك الاجارة ، ويعلم مقدار المنفعة بتقدير العمل ، أو بتقدير المدة ، فان كانت المنفعة معلومة القـــدر فى نفسها كخياطة ثوب وبيع عبد والركوب الى مكان ، قدرت بالعمل لأنها معلومة فى نفسها ، فلا تقدر بغيرها ، وان قدر بالعمل والمدة بأن استأجره يوما ليخيط له قميصاً ، فالاجارة باطلة ، لأنه يؤدى الى التعارض وذلك أنه قد يفرغ من الخياطة فى بعض اليوم ، فان طولب فى بقية اليوم بالعمل أخل بشرط العمل ، وان لم يطالب أخل بشرط المدة ، فان كانت المنفعة مجهولة المقدار فى نفســـها كالسكنى والرضاع وسقى الأرض والتطيين والتجصيص قدر بالمدة لأن السكنى وما يشبع به الصبى من اللبن وما تروى به الأرض من الســقى يختلف ولا ينضبط ، ومقدار التطيين والتجصـيص لا ينضـبط لاختلافهـما فى الرقـة والثخونة ، فقدر بالمدة .

واختلف أصحابنا فى استئجار الظهر للحرث ، فمنهم من قال : يجـوز أن يقدر بالعمل بأن يستأجره ليحرث أرضاً بعينها ، ويجوز أن يقدر بالمدة بأن يستأجره ليحرث له شهراً ، ومنهم من قال : لا يجوز تقديره بالمدة ، والأول أظهر ، لأنه يمكن تقديره بكل واحد منهما فجاز التقدير بكل واحد منهما .

(فصـــل) وما عقد على مدة لا يجوز الا على مدة معلومة الابتـــداء والانتهاء ، فان قال : أجرتك هذه الدار كل شهر بدينار فالاجارة باطلة ، وقال فى الاملاء تصح فى الشهر الأول وتبطل فيما زاد لأن الشهر الأول معلوم وما زاد مجهول ، فصح فى المعلوم وبطل فى المجهول ، كما لو قال : أجرتك هذا الشهر بدينار وما زاد بحسابه ، والصحيح هو الأول لانه عقد على الشهر وما زاد من الشهور . وذلك مجهول فبطل ، ويخالف هذا اذا قال : أجرتك هذا الشهر بدينار وما زاد بحسابه لأن هناك أفرد الشهر الأول بالعقد وههنا لم يفـــرد الشهر عما بعده بالعقد فبطل بالجميع ، فان أجره سنة مطلقة حمل على سنة بالأهلة ، لأن السنة المعهودة فى الشرع سنة الأهلة . والدليل عليه قوله عـز

وجل : « يسألونك عن الأهلة قل هى مواقيت للناس والحج » (١) فوجب أن يحمل العقد عليه ، فان كان العقد فى أول الهلال عد اثنى عشر شهراً بالأهلة ، تاما كان الشهر أو ناقصاً ، وان كان فى أثناء الشهر عد ما بقى من الشهر وعد بعده أحد عشر شهراً بالأهلة ، ثم كمل عدد الشهر الأول بالعدد ثلاثين يوماً ، لأنه تعذر اتمامه بالشهر الهلالى فتمم بالعدد .

فان أجره سنة شمسية ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يصح لأنه على حساب النسىء فيه أيام والنسىء حرام ، والدليل عليه قوله تعالى « انما النسىء زيادة فى الكفر » (٢) .

(والثانى) انه يصح لأنه وان كان النسىء حراماً ، الا أن المدة معلومة ، فجاز العقد عليها كالنيروز والمهرجان ، وفى أكثر المدة التى يجوز عقد الاجارة عليه طريقان ذكرناهما فى المساقاة .

(فصل) ولا تصح الاجارة الا على منفعة معلومة ، لأن الاجارة بيع والمنفعة فيها كالعين فى البيع ، والبيع لا يصح الا فى معلوم ، فكذلك الاجارة . فان كان المكترى داراً لم يصح العقد عليها حتى تعرف الدار ، لأن المنفعة تختلف باختلافها ، فوجب العلم بها ، ولا يعرف ذلك الا بالتعيين ، لأنها لا تضبط بالصفة فافتقر الى التعيين كالعقار والجواهر فى البيع ، وهل يفتقر الى الرؤية ؟ فيه قولان بناء على القولين فى البيع ، ولا يفتقر الى ذكر السكنى ولا الى ذكر صفاتها لأن الدار لا تكترى الا للسكنى ، وذلك معلوم بالعرف فاستغنى عن ذكرها كالبيع بثمن مطلق فى موضع فيه نقد معروف .

وان اكترى أرضا لم يصح حتى تعرف الأرض لما ذكرناه فى الدار ؛ ولا يصح حتى يذكر ما يكترى له من الزراعة والغراس والبناء ؛ لأن الأرض تكترى لهذه المنافع وتأثيرها فى الأرض يختلف فوجب بيانها .

وان قال : أجرتك هذه الأرض لتزرعها ما شئت جاز ، لأنه جعل له زراعة أضر الأشياء ، فأى صنف زرع لم يستوف به أكثر من حقه ، وان قال : أجرتك لتزرع وأطلق ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يصح لأن الزروع مختلفة فى التأثير فى الأرض ، فوجب بيانها.

(والثانى) يصح لأن التفاوت بين الزرعين يقل .

وان قال : أجرتك لتزرعها أو تغرسها لم يصح ،لأنه جعل له أحدهما ولم يعين فلم يصح ، كما لو قال : بعتك أحد هذين العبدين ، وان قال : أجرتك لتزرعها وتغرسها ففيه وجهان :

---

(١) البقرة : ١٨٨

(٢) التوبة : ٣٧

(احدهما) لا يصح وهو قول المزنى وابى العباس وأبى اسحاق ، لأنه لم يبين المقدار من كل واحد منهما .

(والثانى) يصح وله أن يزرع النصف ويغرس النصف ، وهو ظاهر النص، وهو قول أبى الطيب بن سلمة ، لأن الجمع يقتضى التسوية فوجب أن يكون نصفين) .

الشرح هذا الحكم فى تعليم القرآن ينبنى على أن تعليم القرآن هل يجوز بأجر أو لا ؟ فقد روى ابن ماجه والبيهقى والرويانى فى مسنده عن أبى بن كعب قال : علمت رجلا القرآن فأهدى لى قوساً ، فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فقال « إن أخذتها أخذت قوساً من نار » فرددتها .

قال البيهقى وابن عبد البر : هو منقطع ، يعنى بين عطية الكلاعى وأبى بن كعب . وكذلك قال المزى . وتعقبهم الحافظ ابن حجر بأن عطية ولد فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم وأعله ابن القطان بالجهل بحال عبد الرحمن ابن سلم الراوى عن عطية .

وورد عن عبادة بن الصامت عند أبى داود وابن ماجه بلفظ « علمت ناسا من أهل الصفة الكتاب والقرآن ، فأهدى إلى رجل منهم قوسا فقلت : ليست بمال وأرمى عليها فى سبيل الله عز وجل ، لآتين رسول الله صلى الله عليه وسلم فلأسالنه فأتيته فقلت : يا رسول الله ، إنه رجل أهدى إلى قوس ممن كنت أعلمه الكتاب والقرآن وليست بمال وأرمى عليها فى سبيل الله ، فقال : إن كنت تحب أن تطوق طوقا من نار فاقبلها » .

وفى إسناده المغيرة بن زياد أبو هاشم الموصلى ، وقد وثقه وكيع ويحيى ابن معين وتكلم فيه جماعة . وقال أحمد : ضعيف الحديث ، حدث بأحاديث مناكير وكل حديث رفعه فهو منكر . وقال أبو زرعة الرازى : لا يحتج بحديثه ، ولكنه قد روى عن عبادة من طريق أخرى عند أبى داود بلفظ « فقلت : ما ترى فيها يا رسول الله ؟ فقال جمرة بين كتفيك تقلدتها أو تعلقتها » وفى هذه الطريق بقية بن الوليد ، وقد تكلم فيه جماعة ووثقه الجمهور إذ روى عن الثقات ، وقد أورد ابن حجر حديث عبادة هكذا فى

كتاب النفقات من التلخيص الحبير وتكلم عليه ، وفى هذا المعنى ورد عن معاذ عند الحاكم والبزار بنحو حديث أبى ، وعن أبى الدرداء عند الدارمى بإسناد على شرط مسلم بنحوه أيضاً .

وقد استدل بهذه الأحاديث القائلون بعدم جواز الأجرة على تعليم القرآن كأحمد بن حنبل وأصحابه وأبى حنيفة ، وبهذا قال عطاء والضحاك ابن قيس والزهرى وإسحاق بن راهويه وعبد الله بن شقيق ، وذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية إلى أنها تحل الأجرة على تعليم القرآن ، وأجابوا عن هذه الأحاديث بأجوبة منها أن حديثى عبادة وأبى قضيتان فى عين فيحتمل أن النبى صلى الله عليه وسلم علم أنهما فعلا ذلك خالصاً لله فكره أخذ العوض عنه ، وأما من علم القرآن على أنه لله وأن يأخذ من المتعلم ما دفعه إليه بغير سؤال ولا استشراف نفس فلا بأس به .

وقد استدلوا على الجواز بحديث سهل بن سعد عند الشيخين « أن النبى صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت : يا رسول الله إنى قد وهبت نفسى لك فقامت قياما طويلا ، فقام رجل فقال : يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة فقال صلى الله عليه وسلم هل عندك من شىء تصدقها إياه ؟ فقال : ما عندى إلا إزارى هذه ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم إن أعطيتها إزارك ، جلست لا إزار لك فالتمس شيئاً فقال : ما أجد شيئاً فقال : التمس ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيئا ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم هل معك من القرآن شىء ؟ فقال : نعم سورة كذا وسورة كذا يسميها ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم قد زوجتكها بما معك من القرآن » وفى رواية « قد ملكتكها بما معك من القرآن » ولمسلم « زوجتكها تعلمها القرآن » وفى رواية لأبى داود « علمها عشرين آية وهى امرأتك » ولأحمد « قد أنكحتها على ما معك من القرآن » .

ومن أدلة الجواز حديث عمر المتقدم فى كتاب الزكاة « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال له : ما أتاك من هذا المال من غير مسئلة ولا إشراف نفس فخذه » ومن أدلة الجواز حديث الرقية المشهور الذى أخرجه البخارى عن ابن عباس وفيه « إن أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله » .

اذا ثبت هذا فإن كان الأجر على تعليم السورة لا يحفظها ففى صحة ذلك وجهان (أحدهما) يصح كما يصح شراء ما لا يملك ثمنه على أن يحصلها ثم يدفعها (والثانى) لا يصح لأن المنفعة غير مقدور عليها فلم يصح .

قال العلامة الشربينى فى المغنى على المنهاج : أما اذا استأجره مدة لجميعه فإنه لا يصح على الأصح فإن فيه جمعاً بين الزمان والعمل وحينئذ كان ينبغى أن يقول المصنف ــ يعنى النووى ــ تعليم قرآن بالتنكير ، فإن الشافعى رضى الله عنه فى باب التدبير نص على أن القرآن بالألف واللام لا يطلق إلا على جميعه فإذا قدر التعليم بمدة كشهر هل يدخل الجميع أو لا ؟ أفتى الغزالى بأن أيام السبوت مستثناة من استئجار اليهودى شهراً لاطراد العرف به .

وقال البلقينى : ويقاس عليه الأحد للنصارى ، والجمع فى حق المسلمين، ثم قال : ويشترط علم المتعاقدين بما يقع العقد على تعليمه ، فإن لم يعلماه وكلا من يعلم ذلك ولا يكفى أن يفتح المصحف ويقول : تعلمنى من هنا إلى هنا ، لأن ذلك لا يفيد معرفة المشار إليه بسهولة أو صعوبة ، فإذا أطلق العقد فى تعلم القرآن ولم يشترط قراءة بعينها فقد قال الماوردى والرويانى تفريعاً على ذلك : يعلمه الأغلب من قراءة البلد كما لو أصدقها دراهم فإنه يتعين البلد ، أى فإن لم يكن فيها أغلب علمه ما شاء من ذلك وهذا أوجه ، فإن عين له قراءة تعينت ، فإن أقرأه غيرها لم يستحق أجرة فى أحد وجهين يظهر ترجيحه ، ولا يشترط رؤية المتعلم ، ويشترط فى المتعلم أن يكون مسلماً أو يرجى إسلامه ، فإن لم يرج لم يعلم كما يباع المصحف من الكافر .

فــــرع قال الشافعى : وكذلك يملك المستأجر المنفعة التى فى العبد والدار والدابة إلى المدة التى اشترط حتى يكون أحق بها من مالكها ، ويملك بها صاحبها العوض فهى منفعة معقولة من عين معروفة فهى كالعين المبيعة ، ولو كان حكمها خلاف حكم العين لكان فى حكم الدين ولم يجز أن يكترى بدين لأنه حينئذ يكون ديناً بدين ، وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن الدين بالدين ، فإذا وقع ما أكرى وجب له جميع الكراء كما إذا دفع ما باع وجب له جميع الثمن إلا أن يشترط أجلا أ هـ .

وجملة القول فى عقد الإجارة أن يتضمن تمليك منافع فى مقابلة أجرة ، فأما المنافع فلا خلاف أنها تملك بالعقد ويستقر الملك بالقبض ، وأما الإجارة فلها ثلاثة أحوال .

(أحدها) أن يشترطا حلولها وتكون حاله اتفاقا .

(والثانى) أن يشترطا تأجيلها أو تنجيمها فتكون مؤجلة أو منجمة إجماعا .

(والثالث) أن يطلقاها فلا يشترطان فيها حلولا ولا تأجيلا ، فقد اختلف الفقهاء فيها على ثلاثة مذاهب : فمذهب الشافعى منها أن الأجرة تكون حالة تملك بالعقد وتستحق بالتمكين ، وقال أبو حنيفة : لا يتعجل الأجرة بل تكون فى مقابلة المنفعة ، فكلما مضى من المنفعة جزء ملك ما فى مقابلته من الأجرة ، وقال مالك : لا يستحق الأجرة إلا بمضى جميع المدة استدلالا بقوله تعالى : « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » فاقتضى أن تكون باستكمال الرضاع يستحق الأجرة . وبما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه » فكان ذلك منه حثا على تعجيلها فى أول زمان استحقاقها وذلك بعد العمل الذى يعرف به ، ولأن أصول العقود موضوعة على تساوى المتعاقدين فيما يملكانه بالعقد ويكون ملك العوض تاليا لملك المعوض كالبيع إذا ملك على البائع المبيع ملك به الثمن ، وإذا سلم المبيع استحق قبض المنافع مؤجلا وجب أن يكون قبض الأجرة مؤجلا ، وتحريره قياسا أنه عقد معاوضة فوجب أن يكون استحقاق العوض بعد إقباض المعوض كالبيع ، ولأن ما استحق من الأعواض على المنافع يلزم أداؤه بعد تسليم المنافع كالجعالة والقراض ، لأن من ملك الأجرة يمنع من استحقاقها عليه بالعقد ، وقد ثبت أن الدار المؤجرة من الأجرة فدل على أنه لم يكن مالكا للأجرة .

ودليلنا هو أن ما لزم من عقود المنافع استحق العوض فيه حالا كالنكاح، ولأن كل عوض تعجل بالشرط فإطلاقه يوجب حلوله كالثمن ، ولأن الأصول

موضوعة على أن تسليم المعوض يوجب تسليم العوض ليستوى حكم المتعاقدين فيما يملكانه من عوض ومعوض كما هو مقرر فى الأصول فلا يكون حظ أحدهما فيه أقوى من حظ الآخر كالبيع إذا سلم المبيع فيه وجب تسليم الثمن ، وكالنكاح إذا حصل التمكين وجب تسليم الصداق كذلك الإجارة إذا حصل تسليم المنفعة وجب تسليم الأجرة ، والمنافع ههنا مقبوضة بالتمكين حكما ، وإن لم يكن القبض مستقراً .

فرع قال الشافعى : وله أن يؤاجر عبده وداره ثلاثين سنة ، أما عقد الإجارة على سنة واحدة فيجوز لأن الغرر يسير فيها والضرورة داعية إليها فأما ما زاد على السنة الواحدة فقد حكى مالك أنه جوزها إلى خمس سنين أو ست سنين لا غير ، وللشافعى فيما زاد على السنة الواحدة قولان .

(أحدهما) لا تجوز الإجارة أكثر من سنة ، لأن الإجارة غرر لأنها عقد قد تسلم وقد لا تسلم ، فإذا قل الزمان قل غررها فجاز ، وإذا طال الزمان كثر غررها فبطل كالخيار ، ولأن السنة هى المدة التى تكمل فيها منافع الزراعة فى الأرضين ، ولا تتغير فيها غالباً الحيوانات والدور فلذلك تقدرت مدة الإجارة بها وبطلت فيما جاوزها .

(والقول الثانى) وهو أصح القولين هنا ، أن الإجارة تجوز أكثر من سنة بثلاثين سنة قدرها الشافعى على سبيل الكثرة ، أما أدناها فأقل مدتها ما أمكن فيه استيفاء المنفعة المعقود عليها وذلك يختلف باختلاف المؤاجر . فإن كان ذلك داراً للسكنى جازت إجارتها يوماً واحداً ، وإن كان ذلك أرضاً للزراعة فأقلها مدة زراعتها ، فأما أكثر المدة فهو ما علم بقاء الشىء المؤاجر فيها ، فإن كان ذلك أرضاً تأيد بقاؤها ، وإن كان داراً روعى فيها مدة يبقى فيها بناؤها ، وإن كان حيواناً روعى فيه الأغلب من مدة حياته .

فرع فأما إذا آجر داره كل شهر بدينار ولم يذكر عدد الشهور وغايتها لم تصح الإجارة فيما عدا الشهر الأول للجهالة بمبلغه . فصار

كقوله : أجرتكها مدة ، واختلف أصحابنا فى صحتها ولزومها فى الشهر الأول على وجهين .

(أحدهما) أن الإجارة فيه صحيحة لكونه معلوما .

(والوجه الثانى) وهو الأصح أنها باطلة لكونه واحدا من عدد مجهول فلم يتميز فى الحكم . وقال أبو حنيفة : الإجارة صحيحة وللمستأجر فسخ الإجارة فى كل شهر قبل دخوله فإذا دخل قبل فسخه لزمه وجعل إطلاق الشهور مع تسمية الأجرة لكل شهر جارياً مجرى بيع الصبرة المجهولة القدر إذا سمى ثمن كل قفيز ، وهذا خطأ للخطأ بما تناوله العقد من الشهور بخلاف الصبرة التى قد أشير إليها وينحصر كيلها ، ولأنه لا يخلو أن تصح الإجارة فلا يكون له فسخها من غير عذر أو تبطل ، فلا يجوز أن يقيم عليها مع العذر ، ويلزم أجرة المثل إن سكن دون المسمى .

فإذا قدر المدة بسنة حملت على السنة الهلالية المعهودة شرعا فإن شرط هلالية كان تأكيدا وإن قال : عددية أوسنة بالأيام كان له ثلاثمائة وستون يوماً ، لأن الشهر العددى يكون ثلاثين يوماً ، وإن استأجر سنة هلالية أول الهلال عد اثنى عشر شهرا بالأهلة سواء كان الشهر تاماً أو ناقصاً ، لأن الشهر الهلالى ما بين الهلالين ينقص مرة ويزيد أخرى ، وإن كان العقد فى أثناء شهر عد ما بقى من الشهر وعد بعده أحد عشر شهرا بالهلال ثم كمل الشهر الأول بالعدد ثلاثين يوماً لأنه تعذر إتمامه بالهلال فتممناه بالعدد وأمكن استيفاء ما عداه بالهلال فوجب ذلك لأنه الأصل ، وقد مضى فى السلم بحث فى الشهور العربية الهلالية والشمسية الرومية ويعد ذلك أساساً لتوقيت التعامل هنا كمثله هناك .

فرع قال فى المنهاج : يشترط كون المنفعة معلومة ثم تارة تقدر بزمان كدار سنة وتارة بعمل كدابة إلى مكة وكخياطة ذا الثوب فلو جمعهما فاستأجره ليخيطه بياض النهار لم يصح فى الأصح ، ويقدر تعليم القرآن بمدة أو تعيين سور وفى البناء يبين الموضع والطول والعرض والسمك وما يبنى به إن قدر بالعمل .

وإذا صلحت الأرض لبناء وزراعة وغراس اشترط تعيين المنفعة . ويكفي تعيين الزراعة عن ذكر ما يزرع فى الأصح . ولو قال : لننتفع بما شئت صح ، وكذا لو قال : إن شئت فازرع وإن شئت فاغرس فى الأصح ، ويشترط فى إجارة دابة لركوب معرفة الراكب بمشاهدة أو وصف تام ، وقيل لا يكفى الوصف ، وكذا الحكم فيما يركب عليه من محمل وغيره إن كان له .

وقال السبكى : لابد فى تصوير هذه من زيادة ما شئت فيقول : إن شئت فازرع ما شئت أو اغرس ما شئت فإن لم يزد ما ذكر عاد الخلاف فى وجوب تعيين ما يزرع . ا هـ

وإذا صلحت الأرض لغراس أو بناء أو زراعة أو لاثنين من هذه الثلاثة اشترط تعيين المنفعة فى الصورتين لاختلاف الضرر اللاحق باختلاف منافع هذه الجهات ، فإن أطلق لم يصح ، أما إذا لم تصلح إلا لجهة واحدة فإنه يكفى الاطلاق فيها كأراضى الأحكار فإنه يغلب فيها البناء ، وبعض البساتين فإنه يغلب فيها الغراس ، ويكفى فى أرض استؤجرت للزراعة تعيين الزراعة عن ذكر ما يزرع فيها ، كقوله : أجرتكها للزراعة أو لتزرعها . فيصح لقلة التفاوت بين أنواع الزرع . ويزرع ما شاء للإطلاق .

قال الرافعى : وكان يحتمل أن ينزل على أقل الدرجات . وما قاله حكاه الخوارزمى وجها فيكون الوجه الثانى أنه لا يكفى لأن ضرر الزرع مختلف. نعم إن أجر على غيره بولاية أو نيابة لا يكفى الاطلاق لوجوب الاحتياط . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان استأجر ظهراً للركوب لم يصح العقد حتى يعـرف جنس المركوب ، لأن الغرض يختلف باختلافه ، ويعرف ذلك بالتعيين والوصف لأنه يضبط بالصفة فجاز أن يعقد عليه بالتعيين والوصف ، كما قلنا فى البيـع . فانه كان فى الجنس نوعان مختلفان فى السير كالمهملج والقطوف من الخيـل ففيه وجهان .

(أحدهما) يفتقر الى ذكره لأن سيرهما يختلف .

(والثانى) لا يفتقر لأن التفاوت فى جنس واحد يقل ، ولا يصح حتى يعرف الراكب ، ولا يعرف ذلك الا بالتعيين ، لأنه يختلف بثقله وخفته وحركته وسكونه ، ولا يضبط ذلك بالوصف فوجب تعيينه ، ولا يصح حتى يعرف ما يركب به من سرج وغيره ، لأنه يختلف ذلك على المركوب والراكب .

فان كان عمارية أو محملا ففيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) أنه يجوز العقد عليه بالوصف لأنه يمكن وصفه فجاز العقد عليه بالصفة كالسرج والقتب .

(والثانى) ان كانت من المحامل البغدادية الخفاف جاز العقد عليه بالصفة ، لأنها لا تختلف ، وان كانت من الخراسانية الثقال لم يجز الا بالتعيين لأنها تختلف وتتفاوت .

(والثالث) وهو المذهب أنه لا يجوز الا بالتعيين ، لأنها تختلف بالضيق والسعة والثقل والخفة وذلك لا يضبط بالصفة فوجب تعيينه .

واختلف أصحابنا فى المعاليق كالقدر والسطيحة . فمنهم من قال : لا يجوز حتى يعرف قولا واحداً لأنها تختلف فوجب العلم بها ، ومنهم من قال : فيه قولان :

(أحدهما) لا يجوز حتى يعرف لما ذكرناه .

(والثانى) يجوز وتحمل على ما جرت به العادة لأنه تابع غير مقصود فلم تؤثر الجهالة فيه كالغطاء فى الاجارة ، والحمل فى البيع ؛ وان كان السير فى طريق فيه منازل معروفة جاز العقد عليه مطلقاً ، لأنه معلوم بالعرف فجاز العقد عليه مطلقا كالثمن فى موضع فيه نقد متعارف ، فان لم يكن فيه منازل معروفة لم يصح ، حتى يبين ، لأنه مختلف لا عرف فيه فوجب بيانه كالثمن فى موضع لا نقد فيه .

فصل فان استأجر ظهراً لحمل متاع صح العقد من غير ذكر جنس الظهر ، لأنه لا غرض فى معرفته ولا يصح حتى يعرف جنس المتاع أنه حديد أو قطن ، لأن ذلك يختلف على البهيمة ولا يصح حتى يعرف قدره لأنه يختلف . فان كان موزونا ذكر وزنه ، وان كان مكيلا ذكر كيله ، فان ذكر الوزن فهو أولى ، لأنه أخصر وأبعد من الغرر ، فان عرف بالمشاهدة جاز كما يجوز بيع الصبرة بالمشاهدة وان لم يعرف كيلها ـ فان شرط أن يحمل عليها ما شاء ـ بطل العقد لأنه دخل فى الشرط ما يقتل البهيمة ، وذلك لا يجوز ، فبطل به العقد .

فأما الظروف التى فيها المتاع فانه ان دخلت فى وزن المتاع صح العقد لأن الغرر قد زال بالوزن وان لم تدخل فى وزن المتاع ـ نظرت فان كانت ظروفا

معروفة كالفرائر الجبلية ـ جاز العقد عليها من غير تعيين ، لأنها لا تتفاوت ، وان كانت غير معروفة لم يجز حتى تعين ، لأنها تختلف ولا تضبط بالصفة فوجب تعيينها) .

الشرح المهملج . قال فى القاموس : والهملجة فارسى معرب ، وشاة هملاج لا مخ فيها لزالها ، وأمر مهملج مذلل منقاد ، والهملاج بالكسر من البراذين والقطوف الدابة ضاق مشيها ، قال زهير :

بارزة الفقارة لم يخنها قطاف فى الركاب ولا خلاء

والعمارية نسبة إلى موضع باليمامة والمحامل كمجالس الهودج فكأن منها ما يصلح للركوب ومنها ما يصلح للحمل ، والمعاليق جمع معلاق ، وهو ما يعلق بعروة بلا شد ولا ربط والسطيحة إناء مسطح من الجلد .

أما الأحكام فإنه يشترط فى إجارة الظهر للركوب عينا أو ذمة معرفة الراكب بمشاهدة أو وصف تام لينتفى الغرر . وذلك بنحو ضخامة أو نحافة ، كما فى الحاوى الصغير خلافا للبلقينى وغيره من اعتبار الوزن ، إذ إن ثقل الوزن يخل بتوازنه أو بحشمته ، وإنما اعتبروا فى نحو المحمل الوصف مع الوزن لأنه إذا عين لا يتغير ، والراكب قد يتغير بسمن أو هزال ، فلم يعتبر جمعهما فيه ، وقيل لا يكفى الوصف وتتعين المشاهدة لأنه ليس الخبر كالعيان ، ولما يأتى من عدم الاكتفاء بوصف الرضيع ، وكذا الحكم فيما معه من متاع ، وفيما يركب عليه من محمل وسرج وأكاف إن فحش تفاوته ولم يكن هناك عرف مطرد أو كان ذلك تحت يد المكترى ولو بعارية فيشترط معرفته بمشاهدته أو وصفه التام ، فإذا كان الراكب مجرداً فلا حاجة إلى ذكر ما يركب عليه . ويركبه المؤجر على ما شاء من سرج يليق بالدابة ويناسب قوتها. فإن كان هناك عرف مطرد فلا حاجة إلى ذكره أو النص عليه خلافا للاذرعى ، ولابد فى نحو المحمل من وطاء وهو ما يجلس عليه . وكذا غطاء إن شرط فى العقد ، فإن كان ثمة عرف مطرد حمل الاطلاق عليه ، ولو شرط فى عقد الإجارة حمل المعاليق فسد العقد فى الأصح لاختلاف الناس فيها قلة وكثرة (والثانى) يصح ويحمل على الوسط المعتاد ، وإن لم يشرطه لم يستحق

حملها فى الأصح ، هكذا أفاده النووى والرملى وغيرهما ويقاس على هذا ما ينبغى أن تكون عليه مؤاجرة السيارات للركوب لانتقال أو ارتحال ، فقد تحددت فى زماننا هذا حمولة السيارات الركوبية بعدد الراكبين وما يجوز حمله بالعرف المطرد من حقائب ، وكذلك السيارات الحمولية تحددت حمولتها بالوزن ومقصد الشرع المحافظة على البهيمة من وجهتين : حرمة الحياة وحرمة المال .

فرع وأما الآلات والعربات ففيها حرمة يجب فى الإيجار أن يعرف المحمول وقدره وجنسه ، فإذا كان فى أوطبة وأجولة أو صناديق امتحنها وعرف ما فيها ، فإن كانت عارية فلا كلام وإن كانت مظروفة فى أكياس أو معبأة وجب امتحانها ومعرفتها جنساً ووزنا .

قال الشافعى رضى الله عنه : ولا يجوز من ذلك شىء على شىء مغيب لا يجوز حتى يرى الراكب والراكبين ، وظرف المحمل والوطاء وكيف الظل إن شرطه لأن ذلك يختلف فيتباين أو تكون الحمولة بوزن معلوم أو كيل معلوم أو ظرف ترى أو تكون إذا شرطت عرفت مثل غرائر الحلبة وما أشبه هذا . وقال أيضاً « وإذا تكارى الرجل الدابة إلى موضع فجاوزه إلى غيره فعليه كراء الموضع الذى تكاراها إليه الكراء الذى تكاراها به وعليه من حين تعدى إلى أن ردها كراء مثلها من ذلك الموضع ، وإذا عطبت عليه لزمه الكراء الى الموضع التى عطبت فيه وقيمتها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل فان استأجر ظهراً للسقى لم يصح العقد حتى يعرف الظهر ، لأنه لا يجوز الا على مدة ، وذلك يختلف باختلاف الظهر فوجب العلم به على الأظهر ويجوز أن يعرف ذلك بالتعيين والصفة ، لأنه يضبط بالصفة ، فجاز أن يعقد عليه بالتعيين والصفة ، كما يجوز بيعه بالتعيين والصفة ، ولا يصح حتى يعرف الدولاب لأنه يختلف ، ولا يعرف ذلك الا بالتعيين لأنه يضبط بالصفة فوجب تعيينه .

(فصل) وان استأجر ظهراً للحرث لم يصح حتى يعرف الأرض ، لأنه يختلف ذلك بصلابة الأرض ورخاوتها ، فان كان على جربان لم يفتقر الى العلم بالظهر لأنه لا يختلف وان كان على مدة وقلنا : انه يصح لم يجز حتى

يعرف الظهر الذى يحرث به ، لأن العمل يختلف باختلافه ، ويعـــرف ذلك بالتعيين والصفة لما ذكرناه فى السقى .

(فصـــل) وان استأجر ظهراً للدياس لم يصح حتى يعرف الجنس الذى يداس ، لأن العمل يختلف باختلافه ، فان كان على زرع معين ، لم يفتقر الى ذكر الحيوان الذى يداس به ، لأنه لا غرض فى تعيينه ، فان كان على مدة لم يصح حتى يعرف الحيوان الذى يداس به ، لأن العمل يختلف باختلافه .

(فصـــل) وان استأجر جارحة للصيد لم يصح حتى يعرف جنس الجارحة ، لأن الصيد يختلف باختلافه ، ويعرف ذلك بالتعيين والصفة ، لأنه يضبط بالصفة ولا يصح حتى يعرف ما يرسله عليه من الصـــيد ، لأن لكل صنف من الصيد تأثيراً فى اتعاب الجارحة) .

الشرح يجوز اكتراء الدابة للاستقاء بالغرب ــ وهو الدلو العظيمة ــ ونحوه كالدولاب ، فلابد من معرفته لأنه يختلف بكبره وصغره ، ويقدر بكيله متريا أو قياسه أو وزنه ، ولا يجوز تقدير ذلك بحوض فى الأرض أو حفرة فيها الجهالة ولتسرب الماء فى باطن التربة فإن قدره بعدد المرات احتاج إلى معرفة الموضع الذى يستقى منه والذى يذهب إليه ، لأن ذلك يختلف بالقرب والبعد والسهولة والحزونة ، وإن قدره بملء شىء معين احتاج إلى معرفته ومعرفة ما يستقى منه ، هذا ما يقال فى **الاستقاء** .

ولما كانت البهيمة تؤجر للحرث والدراس والطحن غير ما مضى من الحمل والنقل فنقول : إن جواز كراء الدابة للحمل ثابت بالكتاب « وتحمل أثقالكم إلى بلد لم تكونوا بالغيه إلا بشق الأنفس » .

أما كراء البقر للحرث فقد ثبت بالنص والعرف قال النبى صلى الله عليه وسلم « بينما رجل يسوق بقرة أراد أن يركبها فقالت : إنى لم أخلق لهذا ، وإنما خلقت للحرث » رواه الشيخان ، على أن هذا يحتاج إلى شرطين ، معرفة الأرض وتقدير العمل ، فأما الأرض فلا تعرف إلا بالمشاهدة لاختلافها صلابة ورخاوة وسعة وضيقاً وقد كانت الأرض تقدر مساحتها بالجربان ــ جمـــع جريب ــ وهو ما يبلغ ستين ذراعا مربعاً مهيأ للزرع ولذلك كانوا يقولون فلان يملك ألف جريب وألف خريب ويعنون بالخريب غير المهيـــأ للزراعـــة ويحتاج إلى إصلاح حتى يكون جريباً ، ومن هنا اختلف كراء الجريب عن

الخريب لأن الجريب تكون مستوية السطح خالية من الحجارة والحفر بعكس الخريب لذلك وجب رؤيتها لأنها لا تعرف إلا بالمشاهدة .

وأما تقدير العمل فيجوز بأحد شيئين إما بالمدة كيوم ويومين وإما بالأرض كهذه القطعة ، أو من هذا المكان أو بالمساحة كقصبة أو قصبتين (والقصبة ٣٥٥ س م .) والفدان ٣٣٣ وثلث قصبة .

أما الدراس أو الدياس ــ والدياس جعلوها مصدراً لداس يدوس دوساً ودياسا مثل الدراس فمن علماء اللغة من ينكر كون الدياس من كلام العرب ، ومنهم من يقول : هو مجاز وكأنه مأخوذ من داس الأرض دوسا إذا شدد وطأه عليها بقدمه ، والمدوس الذى تداس به الحبطة ــ بكسر الميم ــ لأنه آلة .

وأما المداس الذى ينتعله الإنسان فإن صح سماعه فقياسه كسر الميم لأنه آلة وإلا فالكسر أيضا حملا على النظائر الغالبة من العربية ، ولا أدرى وجه صاحب القاموس المحيط فى جعله زنة سحاب ــ قلت : أما تأجير البقر للدراس أو غير البقر فأشبه الحرث فى معرفة نوع الزرع المراد دياسه وهل بالنورج أم بدونه وعلى مدة ومعرفة الحيوان ، لأن الغرض يختلف باختلافه؛ والحيوانات يكون كلها نجس البول والروث فيختلط بالطعام فيحتاج إلى اختياره وتحديد نوعه الذى يغتفر لعدم تفاحشه وكذلك إدارة الرحى للطحن يفتقر إلى شيئين ؛ معرفة الحجر بالمشاهدة ؛ وإما بصفة تعرف بها حالته من الثقل أو الخفة وتقدير العمل إما بالزمان كيوم ويومين ونوع المطحون فقد يكون عسير الطحن لصلابته .

فــرع إذا استأجر جارحة للصيد لم يصح حتى يعرف جنسها لأنها إذا كانت الجارحة كلباً فلا يصح استئجاره كما صحح ذلك النووى ؛ وحكى الرملى والشربينى منازعة النووى فى هذا ؛ وقال الأذرعى : المختار قول الغزالى ، يعنى من حيث جواز إجارة الكلب المعلم للصيد .

أما الجوارح الأخرى كالبازى والعقاب والفهد فيجوز استئجارها قولا

واحدا كما يجوز استئجار السنور لصيد الفأر . وعلى هذا يصح استئجارها ـ أعنى الجوارح ـ من ذمى أو مجوسى ويجرى عليها حكم صيد المسلم بكلب النصرانى واليهودى ، إن قلنا بصحة استئجاره فإن صيده جائز .

أما الجوارح الأخرى فإنه يصح استئجارها من يهودى أو نصرانى ويصح صيدها قال العبدرى : وبه قال الفقهاء كافة وقال ابن المنذر : وبه قال سعيد ابن المسيب والحكم والزهرى ومالك وأبو حنيفة وأبو ثور وهو أصح الروايتين عن عطاء وممن كرهه جابر بن عبد الله والحسن البصرى وعطاء ومجاهد والنخعى والثورى وإسحاق بن راهويه ، وقال أحمد : كلب النصرانى واليهودى ، عندى أهون من المجوسى والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان استأجر رجلا ليرعى له مدة لم يصح حتى يعرف جنس الحيوان ، لأن لكل جنس من الماشية تأثيراً فى اتعاب الراعى ، ويجوز أن يعقد على جنس معين وعلى جنس فى الذمة ، فان عقد على موصوف لم يصح حتى يذكر العدد ، لأن العمل يختلف باختلافه ، ومن أصحابنا من قال : يجوز مطلقا ويحمل على ما جرت به العادة أن يرعاه الواحد من مائة أو أقل أو أكثر ، والأول أظهر ، لأن ذلك يختلف وليس فيه عرف واحد .

(فصل) وان استأجر امرأة للرضاع لم يصح العقد حتى يعرف الصبى الذى عقد على ارضاعه ، لأنه يختلف الرضاع باختلافه ، ولا يعرف ذلك الا بالتعيين ؛ لأنه لا يضبط بالصفة ولا يصح حتى يذكر موضع الرضاع لأن الغرض يختلف باختلافه .

فصل وان استأجر رجلا ليحفر له بئراً أو نهراً لم يصح العقد حتى يعرف الأرض لأن الحفر يختلف باختلافها ، ولا يصح حتى يذكر الطول والعرض والعمق ، لأن الغرض يختلف باختلافها ، وان استأجر لبناء حائط لم يصح العقد حتى يذكر الطول والعرض وما يبنى به من الآجر واللبن والجص والطين، لأن الأغراض تختلف باختلافها ، وان استأجره لضرب اللبن لم يصح حتى يعرف موضع الماء والتراب ، ويذكر الطول والعرض والسمك والعدد ، وعلى هذا جميع الأعمال التى يستأجر عليها .

وان كان فيما يختلف الغرض باختلافه مالا يعرفه ، رجع فيه الى أهل الخبرة ليعقد على شرطه ، كما اذا أراد أن يعقد النكاح ، ولم يعرف شروط

العقد ، رجع الى من يعرفه ليعقد بشروطه ، وان عجز عن ذلك فوضه الى من يعرفه ليعقد بشرطه كما يوكل الأعمى فى البيع والشراء من يشاهد المبيع .

(فصـــل) وان استأجر رجلا ليلقنه سورة من القرآن لم يصح حتى يعرف السورة لأن الغرض يختلف باختلافها ، وان كان على تلاوة عشر آيات من القرآن لم يصح حتى يعينها لأن آيات القرآن تختلف ، فان كان على عشر آيات من سورة معينة ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يصح ، لأن الأعشار تختلف .

(والثانى) يصح ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال : ((جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فعرضت نفسها عليه ، فقال لها : اجلسى بارك الله فيك ، أما نحن فلا حاجة لنا فيك ، ولكن تملكيننا أمرك ؟ قالت : نعم ، فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم فى وجوه القوم ، فدعا رجلا منهم ، فقـال لهـا : انى أريد أن أزوجك هـذا ان رضيت ، فقالت : ما رضيت لى يا رسول الله فقد رضيت ، ثم قال للرجل : هل عندك من شىء ؟ قال : لا والله يا رسول الله . قال: ما تحفظ من القرآن ؟ قال : سورة البقرة والتى يليها ، قال قم فعلمها عشرين آية وهى امرأتك)) وهل يفتقر الى تعيين الحرف ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يصح حتى يعين الحرف ، لأن الأغراض تختلف باختلاف الحرف .

(والثانى) لا يحتاج الى تعيين الحرف ، لأن ما بين الأحرف من الاختلاف قليل .

(فصـــل) وان استأجر للحج والعمرة لم يصح حتى يذكر أنه أفـراد أو قران أو تمتع ، لأن الأغراض تختلف باختلافها ، فأما موضع الاحرام فقال فى الأم : لا يجوز حتى يعين . وقال فى الاملاء : اذا استأجر أجيراً أحرم مـن الميقات ولم يشترط التعيين ، واختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسـحاق المروزى : فيه قولان :

(أحدهما) لا يجوز حتى يعين ، لأن الاحرام قد يكون من الميقات ، وقديكون من دويرة أهله ، وقد يكون من غيرهما ، فاذا أطلق صار العقد على مجهول فلم يصح .

(والثانى) انه يجوز من غير تعيين ويحمل على ميقات الشرع ، لأن الميقات معلوم بالشرع فانصرف الاطلاق اليه كنقد البلد فى البيع .

ومن أصحابنا من قال : ان كان الحج عن حى لم يجز حتى يعين ، لأنه يمكن الرجوع الى معرفة غرضه ، وان كان عن ميت جاز من غير تعيين ، لأنه لا يمكن الرجوع الى معرفة غرضه ، وحمـل القولين على هـذين الحالين . ومنهم من قال : ان كان للبلد ميقاتان لم يجز حتى يبين ، لأنه ليس أحدهما

بأولى من الآخر ، فوجب بيانه كالثمن فى موضع فيه نقدان . وان لم يكن له الا ميقات واحد جاز من غير تعيين ، كالثمن فى موضع ليس فيه الا نقد واحد ؛ وحمل القولين على هذين الحالين ، فان ترك التعيين وقلنا : انه لا يصح فحج الأجير ، انعقد الحج للمستأجر لأنه فعله باذنه مع فساد العقد ، فوقع له كما لو وكله وكالة فاسدة فى بيع) .

الشرح أوردنا فى صدر هذا الباب آية استئجار شعيب لموسى ، وقد روى أحمد والبخارى وابن ماجه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ما بعث الله نبيا إلا رعى الغنم ، فقال أصحابه:وأنت ؟ قال:نعم،كنت أرعاها على قراريط لأهل مكة » وقال سويد بن سعيد : يعنى كل شاة بقيراط .

وقال إبراهيم الحربى : قراريط اسم موضع ، وقد صوب ابن الجوزى وابن ناصر التفسير الذى ذكره إبراهيم الحربى ، لكن الذى رجح تفسير ابن سويد أن أهل مكة لا يعرفون مكاناً يقال له : قراريط .

وقد روى النسائى من حديث نصر بن حزن قال : افتخر أهل الإبل والغنم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « بعث موسى وهو راعى غنم ، وبعث داود وهو راعى غنم وبعثت وأنا راعى غنم أهلى بجياد » وفى الحديث دليل على جواز الإجارة على رعى الغنم ، ويلحق بها فى الجواز غيرها من الحيوان، وهل يصح أن يرعى قطيعاً بغير عدد من الغنم ، أو قطيعاً بغير عدد من البقر قل أو كثر ؟ قولان : (أحدهما) وهو الأصح أن يذكر العدد وأن يكون الأجر مناسبا لقدر المنفعة والعمل . (والثانى) إذا جرى عرف مطرد بأن يرعى القطيع من غير عدد صح عقده .

فـــرع مذهب الشافعى رضى الله عنه على أنه يجوز استئجار الأم لإرضاع ولدها . وقال أبو حنيفة : لا يجوز مادامت فى النكاح أو العدة اهـ .

ولا يجوز استئجار امرأة حرة منكوحة لإرضاع أو غيره مما يؤدى إلى خلوة محرمة إلا بإذن زوجها على الأصح ، ويؤخذ من قول الأذرعى أنه يجوز لها ذلك إذا كان زوجها غائبا فأجرت نفسها لعمل مباح لا خلوة فيه بأجنبى ينقضى أجله قبل قدومه ، وقد اعترض الغزى على هذا بأن المرأة

ومنافعها مستحقة لزوجها بعقد النكاح . قال الرملى : وهذا الاعتراض ممنوع بأنه لا يستحقها ، وإنما يستحق المنفعة منها وهى متعذرة منه ، ولو اختلفت الزوجة مع زوجها حول الإذن صدق الزوج ولا كلام .

على أن الأقيس على ظاهر المذهب أنه يصح لها على حد قول الأذرعى لأنه لما جاز للزوج أن يستأجر زوجته لإرضاع ولده ولو كان منها فان ذلك يفيد بمفهومه ملكها للمنفعة إذا تقرر هذا فهل يجوز أن يستأجر المرضعة بطعامها وكسوتها ؟ مذهب الشافعى على أن ذلك لا يجوز فى الظئر ولا فى غيره من أنواع الإجارات وقد اختلفت الرواية عن أحمد فيمن استأجر أجيراً بطعامه وكسوته أو جعل أجراً أو شرط طعامه وكسوته فروى عنه جواز ذلك وهو مذهب مالك وإسحاق .

وروى عن أبى بكر وعمر وأبى موسى أنهم استأجروا الأجراء بطعامهم وكسوتهم ، وروى عن أحمد أن ذلك جائز فى الظئر دون غيره لقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » فأوجب لهن النفقة والكسوة على الرضاع ، ولم يفرق بين المطلقة وغيرها ، بل فى الآية قرينة تدل على طلاقها لأن الزوجة تجب نفقتها وكسوتها بالزوجية وإن لم ترضع ، لأن الله تعالى قال : « وعلى الوارث مثل ذلك » والوارث ليس بزوج ، ولأن المنفعة فى الحضانة والرضاع غير معلومة ، فجاز أن يكون عوضها كذلك .

وروى عنه رواية ثالثة : لا يجوز ذلك بحال ، لا فى الظئر ولا فى غيرها . وبهذا قال الشافعى وأبو يوسف ومحمد أبو ثور وابن المنذر لأن ذلك يختلف اختلافا كثيراً متباينا فيكون مجهولا ، والأجر من شرطا أن يكون معلوما .

اذا ثبت هذا فهل تدخل الحضانة فى الرضاع أم لا ؟ على وجهين : (أحدهما) لا تدخل وهو قول أبى ثور وابن المنذر لأن العقد لم يتناولها . (والثانى) تدخل وهو قول أصحاب الرأى ، لأن العرف جار بأن المرضعة تحضن الصبى فحمل الاطلاق على ما جرى به العرف والعادة : ويشترط لعقد الرضاعة أربعة شروط :

(الأول) أن تكون مدة الرضاع معلومة ، لأنه لا يمكن تقديره إلا بها ، فإن السقى والعمل فيها يختلف .

(الثانى) معرفة الصبى بالمشاهدة ، لأن الرضاع يختلف باختلاف الصبى فى كبره وصغره ونهمته وقناعته .

(الثالث) موضع الرضاع لأنه يختلف فيشق عليها فى بيته ويسهل عليها فى بيتها .

(الرابع) معرفة العوض وكونه معلوما كما سبق .

فـــرع إذا استأجر عاملا يحفر له بئرا وحدد له مكان البئر وسعتها وأجره ، أو استأجر عاملا يضرب له لبناً وهيأ له الماء والتبن والتراب والمكان الصالح لضرب اللبن ، ثم انهارت البئر أو تلف اللبن بمطر أو داست عليه بهيمة فأتلفته فقد استحق العامل أجره ، ولا ضمان عليه فى البئر ولا فى اللبن .

فـــرع يجوز أن يأخذ الأجرة على تعليم القرآن أو سورة منه مع تعيينها أو قدر منه مع تعيينه وتحديده كما يجوز أن يأخذ الأجرة على تعليم الفقه والحديث ونحوهما إن كان محتاجا وهو وجه فى المذهب ، ولا يصح الاستئجار على القراءة على الموتى لنصه فى الأم حيث قال : إن القراءة لا تحصل له .

وقال الشربينى فى المغنى : الاجارة للقـرآن على القبر مدة معـلومة أو قدراً معلوما جائزة للانتفاع بنزول الرحمة حيث يقرأ القرآن ويكون الميت كالحى الحاضر ، سواء أعقب القرآن بالدعاء أم جعل قراءته له أم لا فتعود منفعة القرآن إلى الميت فى ذلك ، ولأن الدعاء يلحقه وهو بعدها أقرب إلى الاجابة وأكثر بركة ، ولأنه إذا جعل أجرة الحاصل بقراءة للميت فهو دعاء بحصول الأجر فينتفع به . فقول الشافعى رضى الله عنه إن القراءة لا تحصل له محمول على غير ذلك . وقـد أفتى الشـهاب الرملى بذلك وأفاده ولده شمس الدين فى نهاية المحتاج .

قلت : وقد أجمع أهل العلم على أن القارىء إذا قرأ ابتغاء المال وطلبا للنقود لاسيما فى زماننا الذى عمت فيه حرفة القراءة ، وصاروا يتقاولون على القراءة ويتزيدون كما يتزيد المتبذلون من أهل الغناء والفتنة فإنه لا ثواب له وقد يكون مأزورا آثما لأنه لا يبتغى بالقرآن وجه الله ، ولم يقف عند عجائبه فيحرك به قلبه ، وكما يقول أبو حامد الغزالى رحمه الله : الموعظة زكاة نصاب الاتعاظ ومن لا نصاب عنده لا زكاة عليه ففاقد الاتعاظ بكتاب الله ليس عنده ما يمنحه غيره من الموعظة .

فـــرع قال أصحابنا : أعمال الحج معروفة فإذا علمها المتعاقدان عند الإجارة صحت الإجارة ، وإن جهلها أحدهما لم تصح بلا خلاف ، وممن صرح به إمام الحرمين والبغوى والمتولى ، وهل يشترط تعيين الميقات الذى يحرم منه الأجير ؟ نص الشافعى فى الأم ومختصر المزنى أنه يشترط ، ونص فى الإملاء أنه لا يشترط ، وللأصحاب أربع طرق أصحها وبه قال أبو إسحاق المروزى والاكثرون ، ووافق المصنفون على تصحيحه فيه قولان أصحهما لا يشترط ، ويحمل على ميقات تلك البلدة فى العادة الغالبة ، لأن الاجارة تقع على حج شرعى ، والحج الشرعى له ميقات معقود شرعا وغيرها فانصرف الاطلاق إليه ، ولأنه لا فرق بين ما يقرره المتعاقدان وما تقرر فى الشرع أو العرف ، كما لو باع بثمن مطلق فإنه يحمل على ما تقرر فى العرف ، وهو النقد الغالب ويكون كما لو قرراه .

وممن نص على تصحيح هذا القول الشيخ أبو حامد فى تعليقه والمحاملى والبندنيجى والرافعى وآخرون . والثانى : يشترط لأن الإحرام قد يكون من الميقات وفوقه ودونه ، والغرض يختلف بذلك فوجب بيانه .

(والطريق الثانى) إن كان للبلد طريقان مختلفان إلى الميقات أو طريق يفضى إلى ميقاتين اشترط بيانه وإلا فلا .

(والطريق الثالث) إن كان الاستئجار عن حى اشترط ، وإن كان عن ميت فلا لأنه قد يتعلق للحى غرض فيه وهذا الطريق هو الذى حكاه المصنف

هنا وحكاه الشيخ أبو حامد والمحاملى وسائر العراقيين ، وضعفه الشيخ أبو حامد الاسفراييني وآخرون ، وهذا والذى قبله ليس بشىء عندهم ونقله إمام الحرمين .

(والطريق الرابع) ما حكاه الدارمى من أنه يشترط قولا واحداً ، وعلى هذا إن شرطاه فأهملاه فسدت الإجارة ، لكن يصح الحج عن المستأجر وعليه أجرة المثل ، أما تعيين زمان الإحرام فليس بشرط بلا خلاف .

قالوا : وإن كانت الإجارة للحج والعمرة اشترط بلا خلاف بيان إنهما إفراد أو تمتع أو قران لاختلاف الغرض بذلك ، هذا وقد نقل المزنى أن الشافعى نص فى المنثور أنه إذا قال المعضوب :من حج عنى فله مائة درهم فحج عنه إنسان استحق المائة ، قال المزنى : ينبغى أن يستحق أجرة المثل ، لأن هذا اجارة فلا يصح من غير تعيين الأجر ، هذا كلام الشافعى والمزنى ، وقد ذكر المصنف المسألة فى باب الجعالة ، وللأصحاب فيها ثلاثة أوجه (أصحها) صحة الحج عن المستأجر واستحقاق الأجير أجرة المثل ، لأنه جعالة وليس بإجارة والجعالة تجوز على عمل مجهول فوقوعها عن معلوم أولى ، هذا وبقية ما يتعلق بالإجارة عن الحج من انفراد أجير أو تعدد أجراء أو حصول الإجارة بمكة أو غيرها مفصل مبسوط فى كتاب الحج من المجموع فاشدد به يديك والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا تصح الاجارة الا على أجرة معلومة لأنه عقد يقصد به العوض ، فلم يصح من غير ذكر العوض كالبيع ، ويجوز اجارة المنافع من جنسها ومن غير جنسها ، لأن المنافع فى الاجارة كالأعيان فى البيع ، ثم الأعيان يجوز بيع بعضها ببعض فكذلك المنافع .

(فصل) ولا تجوز الا بعوض معلوم لما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من استأجر أجيراً فليعلمه أجره » ولأنه عقد معاوضة فلم يجز بعوض مجهول كالبيع ، وان عقد بمال جزاف ـ نظرت ، فان كان العقد على منفعة فى الذمة ـ ففيه قولان ، لأن اجارة المنفعة فى الذمة كالسلم ، وفى السلم على مال جزاف قولان ، فكذلك

فى الاجارة ، فان كان العقد على منفعة معينة ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال : يجوز قولا واحداً ، لأن اجارة العين كبيع العين ، وفى بيع العين يجوز أن يكون العوض جزافا قولا واحداً فكذلك فى الاجارة ، ومنهم من قال : فيه قولان : (أحدهما) يجوز . (والثانى) لا يجوز ، لأنه عقد على منتظر ، وربما انفسخ فيحتاج الى الرجوع الى العوض ، فكان فى عوضه جزافا قولان كالسلم .

وان كانت الاجارة على منفعة معينة جاز بأجرة حالة ومؤجلة ، لأن اجارة العين كبيع العين ، وبيع العين يصح بثمن حال ومؤجل ، فكذلك الاجارة ، فان أطلق العقد وجبت الأجرة بالعقد ، ويجب تسليمها بتسليم العين ، لما روى أبو هريرة : قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف رشحه » .

ولأن الاجارة كالبيع يجب الثمن بنفس العقد ويجب تسليمه بتسليم العين، فكذلك فى الاجارة ، فان استوفى المنفعة استقرت الأجرة لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « قال ربكم عز وجل ، ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ، ومن كنت خصمه خصمته ، رجل أعطى بى ثم غدر ، ورجل باع حراً فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يوفه أجره » ولأنه قبض المعقود عليه فاستقر عليه البدل كما لو قبض المبيع . فان سلم اليه العين التى وقع العقد على منفعتها ـ ومضت مدة يمكن فيها الاستيفاء ـ استقر البدل لأن المعقود عليه تلف تحت يده فاستقر عليه البدل كالمبيع اذا تلف فى يد المشترى ، فان عرض العين على المستأجر ومضى زمان يمكن فيه الاستيفاء استقرت الأجرة لأن المنافع تلفت باختياره فاستقر عليه ضمانها كالمشترى اذا أتلف المبيع فى يد البائع .

فان كان هذا فى اجارة فاسدة استقر عليه أجرة المثل ، لأن الاجارة كالبيع والمنفعة كالعين ، ثم البيع الفاسد كالصحيح فى استقرار البدل ، فكذلك فى الاجارة ، فان كان العقد على منفعة فى الذمة لم يجز بأجرة مؤجلة ، لأن اجارة ما فى الذمة كالسلم ، ولا يجوز السلم بثمن مؤجل فكذلك الاجارة ، ولا يجوز حتى يقبض العوض فى المجلس كما لا يجوز فى السلم ، ومن أصحابنا من قال : ان كان العقد بلفظ السلم وجب قبض العوض فى المجلس لأنه سلم ، وان كان بلفظ الاجارة لم يجب لأنه اجارة ، والأول أظهر ، لأن الحكم يتبع المعنى لا الاسم . ومعناه معنى السلم فكان حكمه كحكمه ، ولا تستقر الأجرة فى هذه الاجارة الا باستيفاء المنفعة ، لأن المعقود عليه فى الذمة فلا يستقر بدله من غير استيفاء كالمسلم فيه) .

الشرح حديث أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه رواه أحمد ولفظه « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره»

وعن النجش واللمس وإلقاء الحجر » قال فى مجمع الزوائد : رجال أحمد رجال الصحيح إلا أن إبراهيم النخعى لم يسمع من أبى سعيد فيما أحسب. وأخرجه أيضاً البيهقى وعبد الرزاق وإسحاق بن راهويه وأبو داود فى المراسيل والنسائى فى الزراعة غير مرفوع ، ولفظ بعضهم « من استأجر أجيراً فليسهم له أجرته » وفى هذا الحديث دليل على وجوب بيان قدر الأجرة ، وبه قال أبو يوسف ومحمد ، وقال مالك وأحمد بن حنبل وابن شبرمة : لا يجب للعرف واستحسان المسلمين ، قال صاحب البحر الزخار : لا نسلم بل الإجماع على خلافه ا هـ . ويؤيد قول المذهب القياس على ثمن المبيع .

أما حديث أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « يقول الله تعالى : « ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ، الحديث » فقد أخرجه أحمد والبخارى ، وأخرجه أيضاً البزار وفى إسناد البزار هشام بن زياد (أبو المقدم) وهو ضعيف قال ابن التين : هو سبحانه خصم لجميع الظالمين إلا أنه أراد التشديد على هؤلاء بالتصريح ، والخصم يطلق على الواحد والاثنين وعلى أكثر من ذلك .

وقال الهروى : الواحد بكسر أوله ، قال الفراء فى إطلاق الخصم على الواحد فأكثر هو قول الفصحاء . ويجوز فى الاثنين خصمان ، قلت : استعمل القرآن فى الاثنين خصمان فى قوله تعالى « خصمان بغى بعضنا على بعض » ، وهو أبلغ استعمال وأفصحه . قوله « من كنت خصمه خصمته » هذه الزيادة ليست فى صحيح البخارى ولكنه أخرجها أحمد وابن حبان وابن خزيمة والاسماعيلى ، قوله « باع حراً وأكل ثمنه » فى رواية لأبى داود « ورجل اعتد محرره » وهو أعم فى الفعل وأخص فى المفعول .

قال الخطابى : اعتباد الحر يقع بأمرين ، أن يعتقه ثم يكتم ذلك أو يجحده ، والثانى أن يستخدمه كرها بعد العتق ، والأول أشدهما . قال فى الفتح : الأول أشد لأن فيه مع كتم الفعل أو جحده العمل بمقتضى ذلك من البيع وأكل الثمن فمن ثم كان الوعيد عليه أشد وفى قضاء الأجر عند توفية

العمل خلاف بين العلماء فعند أبى حنيفة وأصحابه إنما تملك بالعقد فتتبعها أحكام الملك ، وعند الشافعى وأصحابه أنها تستحق بالعقد وهذا فى الصحيحة ، وأما الفاسدة فقال فى البحر : لا تجب بالعقد إجماعا وتجب بالاستيفاء إجماعا .

والإجارة أصول فى أنفسها تتنوع على وجهها ، وهى كالبيوع سواء بسواء ، قال الشافعى رضى الله عنه : البيوع الصحيحة صنفان بيع عين يراها المشترى والبائع ، وبيع صفة مضمونة على البائع ، وبيع ثالث وهو الرجل يبيع السلعة بعينها غائبة عن البائع والمشترى ؛ غير مضمونة على البائع إن سلمت السلعة حتى يراها المشترى كان فيها بالخيار باعه إياها على صفة وكانت على تلك الصفة التى باعه إياها ، أو مخالفة لتلك الصفة ، لأن بيع الصفات التى تلزم المشترى ما كان مضموناً على صاحبه ، ولا يتم البيع فى هذا حتى يرى المشترى السلعة فيرضاها ويتفرقان بعد البيع من مقامها الذى رآه فيه ، فحينئذ يتم البيع ويجب عليه الثمن كما يجب عليه الثمن فى سلعة حاضرة اشتراها حتى يتفرقا بعد البيع عن تراض ، ولا يجوز أن تباع هذه السلعة بعينها إلى أجل من الآجال قريب ولا بعيد من قبل أنه إنما يلزم بالأجل ويجوز فيما حل لصاحبه ، وأخذه مشتريه ولزمه بكل وجه ا هـ .

ونقل السبكى فى فتاويه عن القفال قوله : أما الإجارة على الذمة فيثبت فيها خيار المجلس لا محالة بناء على أنها ملحقة بالسلم حتى يجب فيها قبض البدل فى المجلس وقال : أما الرجل يؤاجر نفسه فالإجارة تجوز معيناً ، وفى الذمة ، فإن أجره معينا فلابد أن تكون المنفعة معلومة بأحد أمرين بتقدير العمل أو المدة ، والله تعالى أعلم .

فرع فى مذاهب العلماء فيمن استأجر أجيراً :

إن مذهبنا أن يكون الأجر معلوما لا جهالة فيه وبهذا قال أبو يوسف ومحمد وأبو ثور وابن المنذر وقال أحمد فيمن استأجر أجيراً بطعامه وكسوته أو جعل له أجراً وشرط طعامه وكسوته فروى عنه جواز ذلك ، وهو مذهب مالك وإسحاق بن راهويه وروى عن أبى بكر وعمر وأبى موسى رضى الله

عنهم أنهم استأجروا الأجراء بطعامهم وكسوتهم ، وروى عنه أن ذلك جائز فى الظئر دون غيرها ، اختارها القاضى . وهذا مذهب أبى حنيفة لأن ذلك مجهول ، وإنما جاز فى الظئر لقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وما عقد من الاجارة على منفعة موصوفة فى الذمة يجوز حالا ومؤجلا فى الذمة كالسلم ، والسلم يجوز حالا ومؤجـــلا ، فكذلك الاجارة فى الذمة . وان استأجر منفعة وأطلق وجبت المنفعة حالة ، كما اذا أسلم فى شىء وأطلق وجب حالا ، فان استأجر رجلا للحج فى الذمة لزمه الحج من سنته ، فان أخره عن السنة ـ نظـرت ، فان كانت الاجـــارة عن حى ـ كان له أن يفسخ ، لأن حقه تأخر ، وله فى الفسخ فائدة ، وهو أن يتصرف فى الأجـــرة فان كانت عن ميت لم يفسخ ، لأنه لا يمكن التصرف فى الأجرة اذا فسخ العقد ، ولابد من استئجار غيره فى السنة الثانية ، فلم يكن للفســخ وجه ، وما عقـد على منفعة معينة لا يجوز الا حالا ، فان كان على مدة لم يجز الا على مـــدة يتصل ابتداؤها بالعقد ، وان كان على عمل معين لم يجز الا فى الوقت الذى يمكن الشروع فى العمل لأن اجارة العين كبيع العين وبيع العين لا يجوز الا على ما يمكن الشروع فى قبضها فكذلك الاجارة ، فان استأجر من يحج لم يجز الا فى الوقت الذى يتمكن فيه من التوجه ؛ فان كان فى موضع قريب لم يجز قبل أشهر الحج ، لأنه يتأخر استيفاء المعقود عليه عن حال العقد ، وان كان فى موضع بعيد لا يدرك الحج الا أن يسير قبل أشهره لم يستأجر الا فى الوقت الذى يتوجه بعده ، لأنه وقت الشروع فى الاستيفاء .

فان قال : أجرتك هذه الدار شهرا لم يصح ، لأنه ترك تعيين المعقـــود عليه فى عقد شرط فيه التعيين ، فبطل كما لو قال : بعتك عبدا ؛ فان أجـر داراً من رجل شهراً من وقت العقد ، ثم أجرها منه الشهر الذى بعده قبـل انقضاء الشهر الأول ، ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يصح ، لأنه اجارة منفعة معينة ، على مدة متأخرة عن العقد، فأشبه اذا أجرها من غيره .

(والثانى) أنه يصح ، وهو المنصوص ، لأنه ليس لغيره يد تحول بينـه وبين ما استأجره ولأن أحد شهريه لا ينفصل عن الآخر ، فأشبه اذا جمـع بينهما فى العقد) .

الشرح قال المحاملى فى المجموع : لا يجوز أن يستأجره فى إجارة العين إلا فى الوقت الذى يتمكن فيه . وقال النووى : إن كان فى موضع قريب لم يجز استئجاره قبل أشهر الحج وإن كان فى موضع بعيد لم يستأجره إلا فى الوقت الذى يتوجه بعده لأنه وقت الشروع فى الاستيفاء ، وقال أبو الطيب : لا يمكن إجارة إلا فى وقت يمكن العمل فيه أو يحتاج فيه إلى السبب . اهـ .

ومن هنا إذا لم يشرع فى الحج فى السنة الأولى لعذر أو لغير عذر ، فان كانت الإجارة على العين انفسخت لفوات موضوع العقد قولا واحدا . وإن كانت فى الذمة ، فإن لم تتعين السنة فهو كتعيين السنة الأولى ، وعند بعض أصحابنا يجوز التأخر عن السنة الأولى ويثبت الخيار للمستأجر ، وإن عينا السنة وتأخر عنها فطريقان أصحهما :

على قولين كما لو انقطع المسلم فيه عند حلول الأجل (الأول) لا ينفسخ العقد وهو الأظهر (الثانى) ينفسخ قولا واحدا ، وهو مقتضى كلام المصنف هنا .

وإن كان الاستئجار عن ميت فلا خيار للمستأجر ، وهذا هو رأى المصنف وأصحابنا العراقيين ، وقد قال إمام الحرمين : وفيما ذكروه نظر لأنه لا يمنع أن يثبت للورثة الخيار ويستردون الأجرة بالفسخ ، وهذا استدراك على المصنف يجعل للورثة الحق فى أن يبذلوا الأجرة لأجير آخر ، وهذا أجدر بحصول المقصود وقد تابع الغزالى شيخه على هذا .

وقال البغوى وآخرون بوجوب مراعاة الولى المصلحة فى ذلك ، فإن رأى الفسخ لخوف إفلاس الأجير أو هربه وإلا تركه وضمن ، وصحح الرافعى هذا وحمل الرافعى قول المصنف وأصحابه من العراقيين على أن الميت قد أوصى بأن يحج عنه فلان فتكون الوصية مستحقة الصرف إليه .

وقال أبو إسحاق المروزى : للمستأجر أن يرفع الأمر إلى القاضى ليفسخ العقد إن كانت المصلحة تقتضيه . قال الرافعى : فإن نزل ما ذكروه على المعنى الأول ارتفع الخلاف وإن نزل على الثانى هان أمره .

قوله « لأنه إجارة منفعة معينة على مدة متأخرة » قال النووى فى المنهاج: ولا تجوز إجارة عين لمنفعة مستقبلة . ا هـ .

وذلك كإجارة هذه الدار السنة المستقبلة أو سنة أولها من غد ، وكذا إن قال : أولها من أمس ، وكإجارة أرض مزروعة لا يمكن تفريغها إلا بعد مدة لمثلها أجرة ، وذلك كما لو باعه عينا على أن يسلمها له بعد ساعة بخلاف إجارة الذمة كما مر ، ولو قال ــ وقد عقد آخر النهار : أولها يوم تاريخه لم يضر لأن القرينة ظاهرة فى أن المراد باليوم الوقت أو فى التعبير باليوم عن بعضه ، ويستثنى من المنع فى المستقبلة صور ، كما لو أجره ليلا ليعمل نهاراً. وهذا عرف شائع فى ديارنا إبان الحصاد وجنى القطن ونقاوة الدودة وشتل الأرز وتعفير الطماطم بالكبريت قبل جفاف الندى .

ومثله إجارة دار بغير بلد المتعاقدين ، كمن يستأجر عشة برأس البر ليصطاف فيها فأجرها قبل الصيف لأن استيفاء العقد لا يكون إلا صيفا ، وإذا لم يؤجرها فإنه الانتفاع بمقصوده . فلو أجر الشهر الثانى لمستأجر الشهر الأول أو السنة الثانية لمستأجر السنة الأولى قبل انقضائها جاز فى الأصح لاتصال المدتين مع اتحاد المستأجر ، كما لو أجر منه السنتين فى عقد ، ولا نظر إلى احتمال انفساخ العقد الأول لأن الأصل عدمه ؛ فإن وجد ذلك لم يقدح فى الثانى .

فرع فى جواز الوارث ما أجره الميت من المستأجر تردد . أفاد شمس الدين الرملى أن الأقرب منه الجواز لأنه نائبه .

وقال الزركشى :إنه الظاهر ، وهذا اذا لم يحصل فصل بين السنين ، والا فلا يصح ،وهذا يشمل الطلق والوقف ، نعم لو شرط الواقف أن لا يؤجر الوقف أكثر من ثلاث سنين فأجره الناظر ثلاثا فى عقد وثلاثاً فى عقد آخر قبل مضى المدة فالمعتمد كما أفتى به ابن الصلاح ووافقه السبكى والأذرعى وغيرهما عدم صحة العقد الثانى وإن قلنا بصحة إجارة الزمان القابل من المستأجر اتباعا لشرط الواقف ، لأن المدتين المتصلتين فى العقدين فى معنى العقد الواحد وهذا بعينه يقتضى المنع فى هذه الصورة لوقوعه زائدا على

ما شرطه الواقف وان خالفه ابن الاستاذ وقال : ينبغى أن يصح نظراً إلى ظاهر اللفظ .

فـــرع مذهبنا أنه لا يصح إجارة المسلم للجهاد فى سبيل الله لحرب أعداء الدين ، لأن الجهاد فرض عليه مادام مستطيعا ، ولأنه إذا حضر الصف تعين عليه القتال فريضة ، ويصح للامام أن يستأجر غير المسلمين لقتال المسلمين من الكفار . ولا يصح استئجار المسلم لعبادة تحتاج الى نية إلا الحج وتفرقة الزكاة أو تعليم قرآن ، وتصح الاجارة لتجهيز ميت ودفنه ، وتصح الاجارة للصوم عن الميت ، وتصح لذبح الهدى والأضاحى ونحوها ويصح الاستئجار لشعار غير فرض كالاذان .

قال الشربينى فى المغنى : ولا يصح الاستئجار للامامة ولو نافلة كالتراويح لأن فائدتها من تحصيل فضيلة الجماعة لا تحصل للمستأجر بل للأجير ، ويصح استئجار بيت ليتخذه مصلى ، وصورته كما قال صاحب الانتصار أن يستأجره للصلاة ، أما إذا استأجره ليجعله مسجداً فلا يصح بلا خلاف ، ولا يصح الاستئجار لزيارة قبر النبى صلى الله عليه وسلم قال الرملى وغيره : فزيارة قبر غيره أولى . هكذا أفاده الخطيب الشربينى وشمس الدين الرملى والشبراملسى فى شروحهم لمنهاج النووى ، وعزا الرملى إلى الماوردى هذا ووافقه عليه . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل . فان اكرى ظهراً من رجلين يتعاقبان عليه أو اكترى من رجل عقبة ليركب فى بعض الطريق دون بعض جاز . وقال المزنى : لا يجوز اكتراء العقبة الا مضمونا لأنه يتأخر حق أحدهما عن العقد فلم يجز ، كما لو اكراه ظهرا فى مدة تتأخر عن العقد ، والمذهب الأول ، لأن استحقاق الاستيفاء مقارن للعقد ، وانما يتأخر فى القسمة ، وذلك لا يمنع صحة العقد ، كما لو باع من رجلين صبرة فانه يصح ، وان تأخر حق أحدهما عند القسمة فان كان ذلك فى طريق فيه عادة فى الركوب والنزول ، جاز عليه العقد مطلقا ، وحملا فى الركوب والنزول على العادة ، لأنه معلوم بالعادة ، فحمل الاطلاق عليه كالنفقة المعروف فى البيع ، وان لم يكن فيه عادة لم يصح ، حتى يبين مقدار ما يركب كل واحد

منهما . لأنه غير معلوم بالعادة ، فوجب بيانه كالثمن فى موضع لا نقد فيه ، فان اختلفا فى البادىء فى الركوب أقرع بينهما ، فمن خرجت عليه القرعة قدم لأنهما تساويا فى الملك فقدم بالقرعة) .

الشرح التعاقب التناوب ، فينزل هذا نوبة وهذا نوبة . وفى الحديث « يتعاقبون فيكم ملائكة بالليل وملائكة بالنهار » والعقب بضم العين جمع عقبة ، أى نوبة .

قال الشافعى رضى الله عنه : فان تكارى منه لعبده عقبة فأراد أن يركب الليل دون النهار بالأميال ، أو النهار دون الليل ، أو أراد ذلك به الجمال فليس ذلك لواحد منهما . ويركب على مايعرف الناس العقبة ، ثم ينزل فيمشى بقدر ما يركب ، ثم يركب بقدر مامشى ، ولا يتابع المشى فيفدحه ولا الركوب فيضر بالبعير ا هـ . ويفهم من كلامه أن المقصد من عقد الاجارة تحقيق المنفعة للمستأجر وعدم المضارة بالبهيم لحرمته .

قال النووى رضى الله عنه « ويجوز كراء العقب فى الأصح » وبيان ذلك أن يؤجر دابة رجلا ليركبها بعض الطريق ويمشى بعضها أو يركبه المالك تناوبا ، أو يقول أجرتك نصفها لمكان كذا أو كلها لتركبها نصف الطريق فيصح كبيع المشاع ، ويبين البعضين فى الصورتين كنصف أو ربع مالم يكن ثم عادة معروفة مضبوطة بالزمن أو المسافة ثم يقتسمان بالتراضى ، فاذا تنازعا أيهما يبدأ أقرع بينهما ، لأنهما يملكان المنفعة معاً . ويغتفر التأخير الواقع لضرورة القسمة .

نعم شروط الصحة فى الأول تقدم ركوب المستأجر ، وإلا بطلت لتعلقها حينئذ من مستقبل ، ومقابل الأصح فى قول النووى أوجه أصحها المنع لأنها إجارة أزمان متقطعة وفى الروضة أنه ليس لأحدهما أن يطلب المشى ثلاثا والركوب ثلاثاً للمشقة . ا هـ .

فرع اذا استأجر سيارة أجرة ليركبها ذات جاسب (عداد) وأركب السائق فى الطريق راكباً آخر جاز للاول أن يمنعه وجاز له أن يأذن

له لأن هذا حقه والسيارة مستأجرة لحقه والحاسب يعمل لقيد ما عليه فإذا أذن للراكب الآخر أن يركب جاز له أن ينقص من كتب الحاسب بقدر ما استفاد الراكب الآخر فإذا منح السائق قدراً زائدا على كتب الحاسب كان متبرعا بذلك ولا يجب عليه ، وإذنه للراكب الآخر لندرة السيارات وللمعونة والرفق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وما عقد من الاجارة على مدة لا يجوز فيه شرط الخيار ؛ لأن الخيار يمنع من التصرف ، فان حسب ذلك على المكرى زدنا عليه المدة ، وان حب على المكترى نقصنا من المدة وهل يثبت فيه خيار المجلس ؟ فيه وجهان :

(احدهما) لا يثبت لما ذكرناه من النقصان والزيادة فى خيار الشرط .

(والثانى) يثبت لأنه قدر يسير ، ولكل واحد منهما اسقاطه ، وان كانت الاجارة على عمل معين ففيه ثلاثة أوجه :

(احدها) لا يثبت فيه الخياران ، لأنه عقد على غرر فلا يضاف اليه غرر الخيار .

(والثانى) يثبت فيه الخياران ، لأن ابنفعة المعينة كالعين المعينة فى البيع، ثم العين المعينة يثبت فيها الخياران فكذلك المنفعة .

(والثالث) يثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط ، لأنه عقد على منتظر فيثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط كالسلم .

وان كانت الاجارة على منفعة فى الذمة فيه وجهان :

(احدهما) لا يثبت فيه الخياران لأنه عقد على غرر فلا يضاف اليه غرر الخيار .

(والثانى) يثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط ، لأن الاجارة فى الذمة كالسلم ، وفى السلم يثبت خيار المجلس دون خيار الشرط ، فكذلك الاجارة .

فصل واذا تم العقد لزم ، ولم يملك واحد منهما أن ينفرد بفسخه من غير عيب ، لأن الاجارة كالبيع ، ثم البيع اذا تم لزم فكذلك الاجارة وبالله التوفيق) .

الشرح مذهبنا أنه لا خيار بعد لزوم العقد وقال أبو حنيفة : يجوز للمستأجر فسخ الإجارة بالأعذار الظاهرة مع السلامة من العيوب ، ولا يجوز للمؤجر أن يفسخ بالأعذار ، مثل أن يستأجر دارا ليسكنها ثم يريد النقلة عن البلد أو يستأجر حرزا لمتاعه ثم يريد بيعه أو يستأجر من يطحن له برا ثم يريد بذره . إلى ما أشبه ذلك من الأعذار ، فيجعل له بها فسخ الإجارة للعذر . ألا ترى أن من استؤجر لقلع فدانين من الحطب جاز للمستأجر فسخ الإجارة للعذر الطارىء ولم يجبر على قلع فدانيه . كذا كل عذر .

ودليلنا على أبى حنيفة قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » فكان عموم هذا الأمر يوجب الوفاء بكل عقد ما لم يقم دليل بتخصيصه ، ولأن كل عقد لزم العاقدين مع سلامة الأحوال لزمهما ما لم يحدث بالعوضين نقص كالبيع ، ولأن كل عقد لزم العاقد عند ارتفاع العذر لم يحدث له خيار بحدوث عذر كالزوج . ولأن كل سبب لا يملك المؤجر الفسخ لم يملك المستأجر به الفسخ كالأجرة لا يكون حدوث الزيادة فيها موجباً لفسخ المؤجر كما لم يكن حدوث النقصان فيها موجباً لفسخ المستأجر ؛ لأن نقصانها فى حق المستأجر كزيادتها فى حق المؤجر ولأنه عقد إجارة فلم يجز فسخه بعذر كالمؤجر ، ولأن للعقود نوعين ، لازمة فلا يجوز فسخها بعذر كالبيع ، وغير لازمة فيجوز فسخها بغير عذر كالقراض .

فلما لم يكن عقد الإجارة ملحقاً بغير اللازم فى جواز فسخه بغير عذر وجب أن يكون ملحقاً باللازم فى إبطال فسخه بعذر .

فأما الجواب عن قياسه على الوكالة فهو أن الوكالة غير لازمة يجوز فسخها بعذر وغير عذر ، وليس كذلك الإجارة ، وأما استدلاله بأن للأعذار تأثيراً فى عقود الإجارات كالضرس المستأجر على قلعه إذا برىء ، فالجواب عنه هو أن من ملك منفعة بعقد إجارة فقد استحقها ، وليس يجب عليه استيفاؤها ، ألا ترى أن من استأجر سكنى دار فله أن يسكنها ، ولا يجبر علو سكناها ، فإن مكن من سكناها فلم يسكن فعليه الأجرة .

هذا أصل مقرر فى الإجارة ؛ وإذا كان كذلك ــ فإن كان الضرس على

حال مرضه وألمه ـ فقلعه مباح ، وللمستأجر أن يأخذ الأجير بقلعه إن شاء ، فإن أبى المستأجر أن يقلعه مع ألمه لم يجبر عليه ، وقيل له : قد بذل لك الأجير القلع وأنت ممتنع ، فإذا مضت مدة يمكن فيها قلعه فقد استحق أجرته كما لو مضت مدة السكنى ، وإن برىء الضرس فى الحال قبل إمكان القلع بطلت الإجارة ، لأن قلعه قد حرم ، وعقد الإجارة إنما يتناول مباحاً لا محظورا ؛ فصار محل العمل معدوما ؛ فلذلك بطلت الإجارة كما لو استأجر لخياطة ثوب فتلف ، إذ لا فرق بين تعذر العمل بالتلف وبين تعذره بالحظر .

فإذا تقرر أن عقد الإجارة من العقود اللازمة ، وأن فسخه بالعذر غير جائز فلا يجوز اشتراط الثلاث فيه ، وقال أبو حنيفة : يجوز اشتراط الخيار فيه كما يجوز فى البيع لأنهما معاً من عقود المعاوضات .

ودليلنا : هو أن ما لزم من عقود المنافع لم يصح اشتراط الخيار فيه كالنكاح ولأن اشتراط الثلاثة يتضمن إتلاف بعض المعقود عليه فيما ليس متابعا للمعقود عليه مع بقاء العقد فى جميعه فلم يصح ، كما لو شرط فى ابتياع جوادين أنه إن تلف أحدهما فى يد البائع لم يبطل البيع . ولأن المعقود إذا لم يبق جميعه فى مدة الخيار لم يصح اشتراط الخيار قياسا على بيع الطعام الرطب .

فإذا صح أن خيار الشرط لا يدخله فقد اختلف أصحابنا هل يدخله خيار المجلس أم لا ؟ على وجهين :

(أحدهما) يدخله كالبيع لكونهما عقدى معاوضة . فعلى هذا إن أخرها المؤجر من غير المستأجر فى خيار المجلس صحت الإجارة الثانية وكان ذلك فسخا للإجارة الأولى . هكذا أفاده الماوردى .

وقال بعض أصحابنا : تفسخ الإجارة الأولى ، ولا تصح الإجارة الثانية، لتقدم الفسخ لأنه لا يصير العمل الواحد فسخا وعقدا لتنافيهما . ولهذا القول وجه فإن كان المذهب هو أن استقرار العقد الثانى يوجب فسخ العقد

الأول بالتأهب للثانى . فعلى هذا الوجه لو أخره المستأجر كانت إجارته باطلة سواء قبضه أو لم يقبضه . لأن خيار المؤجر يمنع من إمضاء المستأجر لهم وعلى هذا الوجه لو افترقا عن تراض لم يكن للمستأجر أن يؤجر قبل قبضه كما ليس للمشترى بيع ما لم يقبضه .

(والوجه الثانى) أن خيار المجلس لا يدخله ، ويصير العقد بالبذل والقبول لازما ، لأن خيار المجلس يفوت بعض المدة فأشبه خيار الشرط . فعلى هذا لو أجره المؤجر قبل الافتراق أو بعده لم يجز . ولو آجره المستأجر ــ فإن كان بعد القبض ــ جاز . وإن كان قبله ، فعلى وجهين .

(أحدهما) يجوز لمقارنته البيع فى الخيار ففارقه فى القبض .

(والوجه الثانى) لا يجوز لكون المنفعة مضمونة على المستأجر فأشبه ضمان المبيع على البائع وان فارق البيع فى حكم الخيار وهذان الوجهان فى إجارة ما لم يقبض مبنى على اختلاف أصحابنا فى عقد الإجارة هل تناول الدار المؤاجرة لاستيفاء المنفعة منها أو تناول المنفعة ؟ فقال أبو إسحاق المروزى : عقد الإجارة إنما تناول الدار الموجودة ، لأن المنافع غير مخلوقة فعلى هذا يمنع من إجارتها قبل القبض كما يمنع من البيع .

(والوجه الثانى) وهو الأكثر من أصحابنا أن العقد إنما تناول المنفعة دون الرقبة لأن العوض فى مقابلتها ، ولا يصح أن يتوجه العقد إلى ما لم يقابله العوض وتصير المنافع بتسليم الرقبة مقبوضة حكما ، وإن لم يكن القبض مستقراً إلا بمضى المدة ، فعلى هذا تجوز إجارتها قبل قبضها .

وقال النووى : لا تنفسخ الإجارة بعذر كتعذر وقود حمام وسفر ومرض مستأجر دابة لسفر ، ولو استأجر أرضا لزراعة فزرع فهلك الزرع بجائحة فليس له الفسخ ، ولا حط شيء من الأجرة ، وتنفسخ بموت الدابة والأجير المعينين فى المستقبل لا الماضى فى الأظهر ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب ما يلزم المتكاريين وما يجوز لهما

يجب على المكرى ما يحتاج اليه المكترى للتمكين من الانتفاع كمفتاح الدار وزمام الجمل والبرة التى فى أنفه والحزام والقتب والسرج واللجام للفرس ، لأن التمكين عليه ، ولا يحصل التمكين الا بذلك ، فان تلف شىء منه فى يد المكترى لم يضمنه كما لا يضمن العين المستأجرة وعلى المكرى بدله لأن التمكين مستحق عليه الى ان يستوفى المستأجر المنفعة وما يحتاج اليه لكمال الانتفاع ، كالدلو والحبل والمحمل والغطاء فهو على المكترى ، لأن ذلك يراد لكمال الانتفاع، واختلف أصحابنا فيما يشد به أحد المحملين الى الآخر ، فمنهم من قال : هو على المكرى لأنه من آلة التمكين ، فكان على المكرى ، ومنهم من قال : هو المكترى لأنه بمنزلة تأليف المحمل وضم بعضه الى بعض) .

الشرح قوله (برة) محدوفة اللازم وهى حلقة تجعل فى أنف البعير تكون من النحاس ونحوه ، وأبريت البعير جعلت له برة ، وقوله (القماش) وهو ما على وجه الأرض من فتات الأشياء ، حتى يقال لرذالة الناس قماش ، وما أعطانى إلا قماشاً ، أى أردأ ما وجده (أفاده فى القاموس) .

وقوله فى ترجمة الباب (ما يلزم المتكاريين) ما يتعين لدفع الخيار ، فعلى المكرى تسليم مفتاح ضبة الدار إلى المكترى لتوقف الانتفاع عليه وهو أمانة بيده . فإن تلف ولو بتقصير فعلى المكرى تجديده ، فان امتنع لم يجبر ولم يأثم وينبنى على ذلك سؤال : هل تصح إجارة دار لا باب لها ؟ ففى هذه الصورة نظر ، وقد تتوجه الصحة إن أمكن الانتفاع بها بلا باب كأن أمكن التسلق من الجدار ، وعلى القول بالصحة هل يثبت الخيار للجاهل كأن رآها قبل سد بابها ثم استأجرها اعتماداً على الرؤية السابقة ؟ قلنا : يثبت له الخيار وجها واحداً .

فأما القفل فلا يجب تسليمه فضلا عن مفتاحه لأنه مقفول وليس بتابع كما أن عليه ــ مبنيا على أصل المذهب ــ إضاءة المدخل واستكمال المرافق الصحية ، فان لم يفعل لم يجبر ، وكان المكترى بالخيار ، والمستأجر عليه كنس السلم والفناء لأن ذلك ميسور له .

فـــرع على المكرى إبدال خشبه إن كسر وتبليط الحمام ومجرى الماء لأنه بذلك يتمكن من الانتفاع ، وتركيب الأبواب ــ إذا قلنا : لا ينتفع بدونها ــ وما كان لاستيفاء المنافع كالحبل والدلو والبكرة فعلى المكترى ، وأما التحسين والتزويق فلا يلزم واحداً منهما لأن الانتفاع ممكن بدونه ــ وبكل ماقلنا قال أحمد وأصحابه إلا أنهم قالوا : إذا فرط المكترى فان عليه الضمان .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وعلى المكرى اشالة المحمل وحطه وسوق الظهر وقوده ، لأن العادة أنه يتولاه المكرى فحمل العقد عليه ، وعليه أن ينزل الراكب للطهـــارة وصلاة الفرض لأنه لا يمكن ذلك على الظهر ، ولا يجب ذلك للأكل وصلاة النفل، لأنه يمكن فعله على الظهر ؛ وعليه أن يبرك الجمل للمرأة والمريض والشـــيخ الضعيف ، لأن ذلك من مقتضى التمكين من الانتفاع ، فكان عليه .

فأما أجرة الدليل فينظر فيه ــ فان كانت الاجارة على تحصيل الراكب ــ فهو على المكرى ؛ لأن ذلك من مؤن التحصيل ؛ وأن كانت الاجارة على ظهـــر بعينه فهو على المكترى ، لأن الذى يجب على المكرى تسليم الظهر وقد فعـــل ، وعلى المكرى تسليم الدار فارغة الحش ، لأنه من المقتضى التمكين ، فان امتلأ فى يد المكترى ففى كسحه وجهان :

(أحدهما) أنه على المكرى ، لأنه من مقتضى التمكين فكان عليه .

(والثانى) أنه على المكترى لأنه حصل بفعله ، فكان تنقيته عليه كتنظيف الدار من القماش وعلى المكرى اصلاح ما تهدم من الدار ، وابدال ما تكسر من الخشب ، لأن ذلك من مقتضى التمكين فكان عليه .

واختلف أصحابنا فى المستأجرة على الرضاع ، هل يلزمها الحضانة وغسل الخرق ؟ فمنهم من قال : يلزمها لأن الحضانة تابعة للرضاع ، فاستحقت بالعقد على الرضاع ، ومنهم من قال : لا يلزمها لأنهما منفعتان مقصودتان تنفـــرد احداهما عن الأخرى ، فلا تلزم بالعقد على احداهما الأخرى ، وعليها أن تاكل وتشرب ما يدر به اللبن ويصلح به ، وللمستأجر أن يطالبها بذلك ، لأنه مـــن مقتضى التمكين من الرضاع ، وفى تركه اضرار بالصبى .

(فصـــل) وعلى المكرى علف الظهر وســـقيه ، لأن ذلك من مقتضى التمكين فكان عليه ، فان هرب الجمال وترك الجمال ، فللمستأجر أن يرفـــع

الامر الى الحاكم ليحكم فى مال الجمال بالعلف ، لأن ذلك مستحق عليه ، فجاز أن يتوصل بالحكم اليه . فان أنفق المستأجر ولم يستأذن الحاكم ، لم يرجع لأنه متطوع ، وان رفع الامر الى الحاكم ولم يكن للجمال مال اقترض عليه ، فان اقترض من المستأجر وقبضه منه ثم دفعه اليه لينفق جاز ، وان لم يقبض منه ولكنه أذن له فى الانفاق عليها قرضاً على الجمال ففيه قولان :

(احدهما) لا يجوز لأنه اذا انفق احتجنا ان يقبل قوله فى استحقاق حق له على غيره .

(والثانى) يجوز لأنه موضع ضرورة ، لأنه لابد للجمال من علف ، وليس ههنا من ينفق غيره ؛ فان اذن له وانفق ثم اختلفا فى قدر ما أنفق ـ فان كان ما يدعيه زيادة على المعروف ـ لم يلتفت اليه ، لأنه ان كان كاذباً فلا حق له ، وان كان صادقا فهو متطوع بالزيادة فلم تصح الدعوى ، وان كان ما يدعيه هو المعروف فالقول قوله لأنه مؤتمن فى الانفاق فقبل قوله فيه ، فان لم يكن حاكم فانفق ولم يشهد لم يرجع لأنه متطوع ، وان أشهد فهل يرجع ؟ فيه وجهان :

(احدهما) لا يرجع لأنه يثبت حقا لنفسه على غيره من غير اذن ولا حاكم .

(والثانى) يرجع لأنه حق على غائب تعذر استيفاؤه منه فجاز أن يتوصل اليه بنفسه ، كما لو كان له على رجل دين لا يقدر على اخذه منه ـ فان لم يجد من يشهد ـ أنفق ، وفى الرجوع وجهان :

(احدهما) لا يرجع ، لما ذكرناه فيه اذا أشهد .

(والثانى) يرجع ، لأن ترك الجمال مع العلم انه لابد لها من العلف اذن فى الانفاق) .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه فى كراء الإبل والدواب من الأم : وعلى المكرى أن يركب المرأة البعير باركاً وتنزل عنه باركا ، لأن ذلك ركوب النساء ، أما الرجال فيركبون على الأغلب من ركوب الناس ، وعليه أن ينزله للصلوات وينتظر حتى يصليها غير معجل له ولما لابد له منه كالوضوء وليس عليه أن ينتظره لغير ما لابد له منه . قال : وليس للجمال إذا كانت القرى هى المنازل أن يتعداها إن أراد الكلأ ، ولا للمكترى إذا أراد عزلة الناس ، وكذلك إن اختلفا فى الساعة التى يسيران فيها ، فإن أراد الجمال أو المكترى ذلك فى حر شديد نظر إلى مسير الناس بقدر المرحلة التى يريدان .

وقال الشافعي رضى الله عنه : وعلف الدواب والإبل على الجمال أو مالك الدواب ، فإن تغيب واحد منهما فعلف المكترى فهو متطوع إلا أن يرفع ذلك إلى السلطان ، وينبغى للسلطان أن يوكل رجلا من أهل الرفقة بأن يعلف ويحسب ذلك على رب الدابة والإبل وإن ضاق ذلك فلم يوجد أحد غير الراكب فإن قال قائل : يأمر الراكب أن يعلف لأن من حقه الركوب والركوب لا يصح إلا بعلف ويحسب ذلك على صاحب الدابة ، وهذا موضع ضرورة ، ولا يوجد فيه إلا هذا ، لأنه لابد من العلف وإلا تلفت الدابة ولم يستوف المكترى الركوب كان مذهباً .

ثم قال الشافعي رضى الله عنه : وفى هذا أن المكترى يكون أمين نفسه ، وأن رب الدابة إن قال : لم يعلفها إلا بكذا ، وقال الأمين : علفتها بكذا لأكثر ، فإن قبل قول رب الدابة فى ماله سقط كثير من حق العالف ، وإن قبل قول المكترى العالف كان القول قوله فيما يلزم غيره ، وإن نظر إلى علف مثلها فصدق به فيه فقد خرج مالك الدابة والمكترى من أن يكون القول قولهما ، وقد ترد أشباه من هذا فى الفقه فيذهب بعض أصحابنا إلى أن لا قياس ، وأن القياس ضعيف ، وقد ذكر فى غير هذا الموضع ، ويقولون : يقضى بين الناس بأقرب الأمور فى العدل فيما يراه إذا لم يجد فيه متقدماً من حكم يتبعه .

قال الشافعي رضى الله عنه : فيعيب هذا المذهب بعض الناس من كره الرأى فإن جاز أن يحكم فيه بما يكون عدلا عند الناس فيما يرى الحاكم فهو مذهب أصحابنا فى بعض أقاويلهم وإن لم يجز فقد يترك أهل القياس القياس ، والله تعالى أعلم .

فرع إذا استأجر داراً فانطمت آبارها وامتلأت حشوشها فالذى عليه أصحابنا أن تنقية ذلك وتنظيفه على المؤجر دون المستأجر من غير تفصيل لما عليه من حقوق التمكين . قال الماوردى : والذى عندى وأراه مذهباً أن تنقية ما انطم من آبارها على المؤجر وتنقية ما امتلأ من حشوشها على المستأجر ، لأن امتلاء الحشوش من فعله فصار كتحويل القماش وليس كذلك

انطمام الآبار ، فلو امتنع المستأجر من تنقية الحشوش أجبر عليه ، ولو امتنع المؤجر عما يلزمه من الآبار لم يجبر عليه ، وكان المستأجر بالخيـــار ، والله أعلم بالصواب .

فـــرع مما أدخلته مقتضيات التمدين فى هذا العصر بناء البيوت الشاهقة والطباق المتسامقة وقد أوجب نظام الترخيص بالبنـــاء أن كل دار تزيد طباقها على خمسة أن ينشىء مالك الدار مصعداً كهربيا وعليه أن يدخل فى كل بيت (شقة) مياهها ووصلات إضـــاءتها وعلى المكترى بذل ثمـــن ماستهلك من قدر الماء والنور ، وهما على ما شرطا فى العقد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) واختلف أصحابنا فى رد المستأجر بعد انقضـــاء الاجارة ، فمنهم من قال : لا يلزمه قبل المطالبة لأنه أمانة فلا يلزمه ردها قبـــل الطلب كالوديعة ، ومنهم من قال : يلزمه لأنه بعد انقضاء الاجارة غير مأذون له فى امساكها ، فلزمه الرد كالعارية المؤقتة بعد انقضاء وقتها ، فان قلنا : لا يلزمه الرد لم يلزمه مؤنة الرد كالوديعة ، وان قلنا : يلزمه لزمه مؤنة الرد كالعارية .

فصـــل وللمستأجر أن يستوفى مثل المنفعة المعقود عليهـــا بالمعروف ، لأن اطلاق العقد يقتضى المتعارف ، والمتعارف كالمشروط ، فان استأجر داراً للسكنى جاز أن يطرح فيها المتاع ، لأن ذلك متعارف فى السكنى ، ولا يجـــوز أن يربط فيها الدواب ، ولا يقصر فيها الثياب ولا يطرح فى أصـــول حيطانها الرماد والتراب ، لأن ذلك غير متعارف فى السكنى ، وهل يجوز أن يطـــرح فيها ما يسرع اليه الفساد ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يجوز لأن الفأر ينقب الحيطان للوصول الى ذلك .

(والثانى) يجوز ، وهو الأظهر ؛ لأن طرح ما يسرع اليه الفساد من الطاهر المأكول متعارف فى سكنى الدار ، فلم يجز المنع منه ، وان اكترى قميصاً للبس لم يجز أن ينام فيه بالليل ، ويجوز بالنهار ، لأن العرف أن يخلع لنوم الليل دون نوم النهار .

وان استأجر ظهراً للركوب ركب عليه لا مستلقيا ولا منكباً ، لأن ذلك هو المتعارف ، وان كان فى طريق العادة فيه السير فى أحد الزمانين من ليل أو نهار، لم يسر فى الزمان الآخر لأن ذلك هو المتعارف ، وان اكترى ظهراً فى طـــريق العادة فيه النزول للرواح ، ففيه وجهان :

(أحدهما) يلزمه النزول لأنه متعارف ، والمتعارف كالمشروط .

(والثانى) لا يلزمه ، لأنه عقد على الركوب فى جميع الطريق ، فلا يلزمه تركه فى بعضه . فان اكترى ظهراً الى مكة لم يجز أن يحج عليه ، لأن ذلك زيادة على المعقود عليه ، وان اكتراه للحج عليه ، فله أن يركبه الى منى ثم الى عرفة ثم الى المزدلفة ثم الى منى ثم الى مكة ، وهل يجوز أن يركبه من مكة عائداً الى منى للمبيت والرمى ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) له ذلك لأنه من تمام الحج .

(والثانى) ليس له ، لأنه قد حل لحج) .

الشرح قد عرفنا مما سبق الشواهد والأدلة والنصوص أن عقد الإجارة يصح على العين مدة تبقى بصفاتها غالباً لإمكان استيفاء المعقود عليه كسنة أو عشر سنين أو ثلاثين سنة على ما يليق بكل عين مستأجرة .

قال البغوى : إلا أن الحكام اصطلحوا على أن لا يؤجروا الوقف أكثر من ثلاث سنين لئلا يندرس الوقف . قال السبكى : ولعل سببه أن إجارة الوقف تحتاج إلى أن تكون بالقيمة وتقويم المدة المستقبلة البعيدة صعب . وللمستأجر فى إجارة العين أن ينتفع بها من أول العقد ويده عليها يد أمانة فيأتى فيما مر فى الوديع مدة الإجارة إن قدرت بزمن ، أو مدة إمكان استيفاء المنفعة إن قدرت بمحل عمل لعدم إمكان الاستيفاء للمنفعة بدون وضع يده، وبه فارق كون يده يد ضمان على طرف مبيع قبضه فيه لتمحض قبضه لفرض نفسه ، ويجوز السفر للمكترى بالعين المكتراة عند انتفاء الخطر لملكه المنفعة فجاز له استيفاؤها حيث شاء وظاهره عدم الفرق بين إجارة العين والذمة وهو ظاهر ، والذمة وهو محتمل ، نعم سفره بها كسفر الوديع فيما يظهر أخذاً مما مر فى الوديعة .

ووجه ما قررنا أنه عقد لا يقتضى الضمان لأن العين أمانة فى يد المستأجر إن تلفت بغير تفريط لم يضمنها ، وسئل أحمد بن حنبل عن المظل والخيمة إلى مكة فتذهب من المكترى بسرق أو ذهاب هل يضمن ؟ قال : أرجو أن لا يضمن ، وكيف يضمن ؟ إذا ذهب لا يضمن . اهـ

فإذا انقضت المدة فعليه رفع يده ، وليس عليه الرد فى قول ، غير أن عليه أن يتوقف عن الانتفاع ، وفارق العارية فإنه عليه أن يردها من حيث أخذها ،

ووجهه أنه عقد لا يقتضى الضمان فلا يقتضى رده ومؤنته كالوديعة وفارق العارية فإن ضمانها يجب فكذلك ردها وعلى هذا متى انقضت المدة كانت العين فى يده أمانة كالوديعة ، إن تلفت من غير تفريط فلا ضمان عليه .

والقول الآخر : يضمن إذا انتهت مدة الإجارة لأنه بعد انقضاء الإجارة غير مأذون له فى إمساكها أشبه العارية المؤقتة بعد وقتها ، فإن ضمن المؤجر على المستأجر ضمان العين فالشرط فاسد لأنه ينافى مقتضى العقد ، وهل تفسد الإجارة به ؟ فيه وجهان بناء على الشروط الفاسدة فى البيع .

وروى عن ابن عمر أنه قال (لا يصلح الكراء بالضمان) وعن فقهاء المدينة أنهم كانوا يقولون : لا نكترى بضمان ، إلا أنه من شرط على كراء أنه لا ينزل متاعه بطن واد أو لا يسير به ليلا مع أشباه هذه الشروط فتعدى ذلك فتلف شيء مما حمل فى ذلك التعدى فهو ضامن ، فأما غير ذلك فلا يصح شرط الضمان فيه ، وإن شرطه لم يصح الشرط لأن ما لا يجب ضمانه لا يصير بالشرط مضموناً وما يجب ضمانه لا ينتفى ضمانه بشرط نفيه .

فرع إذا أكراه عينا وشرط عليه أن لا يسير بها فى الليل أو وقت القائلة أو لا يتأخر بها عن القافلة أو لا يجعل سيره فى آخرها ؟ أو لا يسلك بها الطريق الفلانية وأشباه هذا مما له فيه غرض فخالف ضمن لأنه متعد لشرط كرائه فضمن ما تلف به ، كما لو شرط عليه أن لا يحمل عليها إلا قفيزاً فحمل قفيزين ، فإذا كانت العين داراً فلا يصح أن يقتنى فيها ما يؤدى إلى المضارة بالبناء إلى الحد الذى جعل بعض الأصحاب يمنع أن يكون فى متاعة بعض المأكولات التى تحدث رائحة تجلب الفيران لما يترتب عليه من إحداث شقوق فى جدار البيت ، وقد رد هذا القول جمهور العلماء بأن المتعارف بين الناس وما تحكم به ضرورات المعيشة أن كل مأكولات الإنسان تغرى الفيران وتجتذبها إليها ولذا فقد عفى فى الأصح عما لا يمكن التحرز منه أو الاستغناء عنه ، ومقتضى أصول المذهب أن كل متعارف هو كالمشروط فلا يلزمه تركه .

فرع يشترط فى إجارة الذمة أو العين للركوب بيان قدر السير

كل يوم وكونه ليلا أو نهاراً والنزول فى عامر أو صحراء لتفاوت الأغراض بذلك ، ولو أراد أحدهما مجاوزة المحل المشروط أو نقصاً منه لخوف لحوق ضرر منه ولو كان ظنا جاز دون غيره كما لو استأجر مطية للذهاب والإياب فإنه لا تحسب عليه مدة إقامتها لخوف إلا أن يكون بالطريق منازل مضبوطة بالعادة ، فينزل عليها ، فإن لم تنضبط اشترط بيان المنازل أو التقدير بالزمن وحده ، وإلا امتنع التقدير بالسير به لعدم تعلقه بالاختيار ، وحينئذ يتعذر الاستئجار فى طريق مخوفة لا منازل فيها .

فـــرع من اكترى مطية ليحج عليها فله الركوب عليهـا إلى مكة ومن مكة إلى عرفة والخروج عليها إلى منى لأنه من تمام الحج ، وقيل ليس له الركوب إلى منى لأنه بعد التحلل من الحج ، والأولى له ذلك لأنه فى تمام الحج وتوابعه ، ولذلك وجب على من وجب دون غيره فدخل فى قوله تعالى « ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا » ومن اكترى إلى مكة فقط فليس له الركوب إلى الحج لأنها زيادة ، ويحتمل أن له ذلك لأن الكراء إلى مكة عبارة عن الكراء إلى الحج لكونها لا يكترى إليها إلا للحج غالباً فكان بمنزلة المكترى للحج ، هذا مذهبنا وبه قال أحمد وأصحابه .

قال الشافعى رضى الله عنه : وإذا تكارى رجل محملا من المدينة إلى مكة فشرط سيراً معلوما فهو أصح ، وإن لم يشترط فالذى أحفظ أن المسير معلوم وأنه المراحل فيلزمان المراحل لأنها الأغلب من سير الناس ، فإن قال قائل . كيف لا يفسد فى هذا الكراء والسير يختلف ؟ قيل : ليس للإفساد ههنا موضع ، فإن قال : فبأى شىء قسته ؟ قيل : بنقد البلد ، البلد له نقد وصنج وغلة مختلفة فيبيع الرجل بالدراهم ولا يشترط نقداً بعينه ، ولا يفسد البيع ، ويكون له الأغلب من نقد البلد وكذلك يلزمهما الغالب من مسير الناس اهـ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) فان اكترى ليحمـل له أرطالا من الزاد فهـل له ان يبـدل ما يأكله ؟ فيه قولان :

(احدهما) له أن يبدل ، وهو اختيار المزنى ، كما أن له أن يبدل ما يشرب من الماء .

(والثانى) ليس له أن يبدله ، لأن العادة أن الزاد يشترى موضعاً واحداً بخلاف الماء . قال أبو اسحاق : هذا اذا لم تختلف قيمة الزاد فى المنازل ، فاما اذا كانت قيمته تختلف فى المنازل ، جاز له أن يبدله قولا واحداً ، لأن له غرضاً أن لا يشترى موضعاً واحدا .

(فصل) وان اكترى ظهرا فله أن يضربه ويكبحه باللجام ، ويركضه بالرجل للاستصلاح ، لما روى جابر قال : « سافرت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فاشترى منى بعيراً وحملنى عليه الى المدينة ؛ وكان يسوقه وأنا راكبه وانه ليضربه بالعصا » ولا يتوصل الى استيفاء المنفعة الا بذلك ، فجاز له فعله .

(فصل) وللمستأجر أن يستوفى مثل المنفعة المعقود عليها وما دونها فى الضرر ، ولا يملك أن يستوفى ما فوقها فى الضرر ، فان اكترى ظهراً ليركبه فى طريق فله أن يركبه فى مثله وما دونه فى الخشونة ، ولا يركبه فيما هو أخشن منه ، فان استأجر أرضاً ليزرع فيها الحنطة ، فله أن يزرع مثلها وما دونها فى الضرر ولا يزرع ما فوقها ، لأن فى مثلها يستوفى قدر حقه ، وفيما دونها يستوفى بعض حقه ، وفيما فوقها يستوفى أكثر من حقه ، فان اكترى ظهرا ليحمل عليه القطن لم يحمل عليه الحديد ، لأنه أضر على الظهر من القطن ، لاجتماعه وثقله ، فان اكتراه للحديد ، لم يحمل عليه القطن ، لأنه أضر من الحديد ، لأنه يتجافى ويقع فيه الريح فيتعب الظهر . فان اكتراه ليركبه بسرج لم يجز أن يركبه عرياً لأن ركوبه عرياً أضر ، فان اكتراه عرياً لم يركبه بسرج ، لأنه يحمل عليه أكثر مما عقد عليه ، فان اكترى ظهراً ليركبه لم يجز أن يحمل عليه المتاع ، لأن الراكب يعين الظهر بحركته والمتاع لا يعينه ، فان اكتراه لحمل المتاع لم يجز أن يركبه ، لأن الراكب أشد على الظهر لأنه يعقد فى موضع واحد ، والمتاع يتفرق على جنبيه ، فان اكترى قميصاً للبس لم يجز أن يتزر به ، لأن الاتزار أضر من اللبس لأنه يعتمد فيه على طاقين ، وفى اللبس يعتمد فيه على طاق واحد ، وهل له أن يرتدى به ؟ فيه وجهان :

(احدهما) يجوز لأنه أخف من اللبس .

(والثانى) لا يجوز لأنه استعمال غير معروف فلا يملكه كالاتزار .

فصل وله أن يستوفى المنفعة بنفسه وبغيره ، فان اكترى دارا ليسكنها فله أن يسكنها مثله ، ومن هو دونه فى الضرر ، ولا يسكنها من هو أضر منه ، فان اكترى ظهراً ليركبه ، فله أن يركبه مثله ومن هو أخف منه ، ولا يركبه من هو أثقل منه لما ذكرناه فى الفصل قبله) .

الشرح حديث جابر رواه البخارى ومسلم بلفظ « أنه كان يسير على جمل له قد أعيا فأراد أن يسيبه ، قال : ولحقنى النبى صلى الله عليه وسلم فدعا لى وضربه فسار سيرا لم يسر مثله فقال : بعنيه ، فقلت لا ، ثم قال : بعنيه فبعته واستثنيت حملانه إلى أهلى » وفى لفظ لأحمد والبخارى « وشرطت ظهره إلى المدينة » وتمام الحديث فى الصحيحين « فلما بلغت أتيته فنقدنى ثمنه ثم رجعت فأرسل فى أثرى فقال : أترانى ماكستك لآخذ جملك ، خذ جملك ودراهمك فهو لك » .

أما الأحكام ففى هذه الطائفة من الفصول فإنه إذ اكترى دابة فى الذمة فإنه لا خيار فى عقدها إذا وجد بالدابة عيباً ، لأن المعقود عليه فى الذمة بصفة السلامة ، والمعقود عليه هنا غير سليم فإذا لم يرض به رجع إلى ما فى الذمة، ولو عجز عن الإبدال ثبت للمستأجر الخيار ، كما ذكر ذلك الأذرعى ، ويختص المكترى بما تسلمه فله إيجار ، ويمتنع إبدالها بغير رضاه ويتقدم بمنفعتها على جميع الغرماء . فإذا ثبت هذا بالنسبة للدابة فإنه يلزم تبوته للطعام المحمول ليؤكل فى الطريق إذا لم يتعرض فى العقد لإبداله ولا لعدمه فإنه يبدل إذا أكل فى الأظهر عملا بمقتضى اللفظ لتناوله حمل كذا إلى كذا . وكأنهم قدموه على العادة بأنه لا يبدل . لعدم اطرادها .

(والثانى) لا ، لأن العادة عدم الإبدال للزاد ولو لم يجده فيما بعد محل الفراغ بسعره فيه أبدل جزما . .

نعم لو شرط عدم إبداله اتبع الشرط ، ولو شرط قدرا فلم يأكل منه فالظاهر كما قاله السبكى أنه ليس للمؤجر مطالبته بنقص قدر أكله اتباعاً للشرط . ويحتمل أن له ذلك للعرف لأنه لم يصرح بحمل الجميع فى جميع الطريق . قال : وهو الذى إليه نميل . وخرج بعض الفقهاء ما يحمل عما يؤكل ، وما حمل فتلف قبل الوصول فإنه يبدل قطعاً .

قال الشافعى رضى الله عنه : وإن اختلفا فى الرحلة رحل لا مكبوباً ولا مستلقياً ، وإن انكسر المحمل أو الظل أبدل محملا مثله ، أو ظلا مثله وإن اختلفا فى الزاد الذى ينفد بعضه ، فقال صاحب الزاد : أبدله بوزنه فالقياس

أن يبدل له حتى يستوفى الوزن ـ وقال : ولو قال قائل : ليس له أن يبدل من قبل أنه معروف أن الزاد ينقص قليلا ولا يبدل مكانه كان مذهبا والله تعالى أعلم ـ من مذاهب الناس .

فرع يجوز للمستأجر ضرب الدابة بقدر ما جرت به العادة ، ويكبحها باللجام وحثها على السير بحسب طبيعتها ، فان كانت من النوع الذى قال فيه علقمة .

فأدركها ثانياً من عنانه يمر كمر الرائح المتحلب

فليس له أن يضربها لإدراكها المقصود مع راحة الراكب فى سرعتها وأما إن كانت غير ذلك فعلى حد قول امرىء القيس :

فللساق ألهوب والسوط درة وللزجر منه وقع أهوج منعب

إلا أنه لا يجوز أن يكون أهوج منعب ، وقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم نخس بعير جابر وضربه ، وكان أبو بكر رضى الله عنه يحرش بعيره بمحجنه . قال الشافعى رضى الله عنه وإذا اكترى الرجل من الرجل الدابة فضربها أو نخسها بلجام أو ركضها فماتت سئل أهل العلم بالركوب . فإن كان فعل من ذلك ما تفعل العامة فلا يكون عندهم فيه خوف تلف أو فعل بالكبح والضرب مثل ما يفعله بمثلها عندما فعله فلا أعد ذلك خرقه ولا شىء عليه ، وإن فعل ذلك عند الحاجة إليه بموضع قد يكون بمثله تلف أو فعله فى الموضع الذى لا يفعل فى مثله ضمن فى كل حال من قبل أن هذا تعد . والمستعير هكذا إن كان صاحبه لا يريد أن يضمنه . فإن أراد صاحبه أن يضمنه العارية فهو ضامن تعدى أو لم يتعد .

وأما الرائض فإن من شأن الرواض الذى يعرف به إصلاحهم للدواب الضرب على حملها من السير ، والحمل عليها من الضرب أكثر ما يفعل الركاب غيرهم . فاذا فعل من ذلك ما يكون عند أهل العلم بالرياضة إصلاحا وتأديبا للدابة بلا إعناف بين لم يضمن إن عيت وإن فعل خلاف هذا كان متعديا وضمن والمستعير الدابة هكذا كالمكترى فى ركوبها إذا تعدى ضمن ،

وإذا لم يتعد لم يضمن ثم قال : والذى نأخذ به فى المستعير أنه يضمن تعدى أو لم يتعد ، لحديث النبى صلى الله عليه وسلم « والعارية مضمونة مؤداة » وهو آخر قوله صلى الله عليه وسلم ا هـ .

هذا وقد سئل أحمد رضى الله عنه عن ضرب الصبيان فقال : على قدر ذنوبهم ويتوقى بجهده الضرب . وإذا كان صغيرا لا يعقل فلا يضربه . ومن ضرب من هؤلاء الضرب المأذون فيه لم يضمن ما تلف . وبهذا فى الدابة قال مالك والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأبو يوسف ومحمد . وقال الثورى وأبو حنيفة : يضمن لأنه تلف بجنايته فضمنه كغير المستأجر وكذلك قال الشافعى فى المعلم يضرب الصبى لأنه يمكنه تأديبه بغير الضرب .

فـــرع إذا اكترى دابة إلى مسافة فسلك أشق منها فهى مثل مسألة الزرع ولأنه متعد فلرب الدابة منعه من سلوك تلك الطريق .وإن اكترى لحمل القطن فحمل بوزنه حديدا أو حديدا فحمل بوزنه قطناً فالصحيح أن عليه أجر المثل لأن ضرر أحدهما مخالف لضرر الآخر ، فلم يتحقق كون المحمول مشتملا على المستحق بعقد الاجارة وزيادة عليه ، فإذا أكراه لحمل قفيزين فحملها فوجدهما ثلاثة ، فإن كان المكترى تولى الكيل ولم يعلم المكرى بذلك فحكمه حكم من اكترى لحمولة شىء فزاد عليه . فلو اكترى لحمل مائة رطل حنطة فحمل مائة شعيرا أو عكس ذلك لاجتماعهما بسبب ثقلها فى محل واحد ، وهو لخفته يأخذ من ظهر الدابة أكثر ، فضررهما مختلف ، وكذا كل مختلفى الضرر كما قلنا فى الحديد والقطن .

فلو اكترى لعشرة أقفزة شعيرا فحمل عشرة أقفزة حنطة لأنها أثقل دون عكسه بأن اكتراه لحمل عشرة أقفزة حنطة فحمل عشرة أقفزة شعيراً من غير زيادة أصلا فلا ضمان عليه لاتحاد جرمهما باتحاد كيلهما مع كون الشعير أخف ، فلو اكترى لحمل مائة فحمل مائة وعشرة لزمه مع المسمى أجرة المثل للزيادة لتعديه ، وإن تلفت بذلك المحمول أو بسبب آخر ضمنها ضمان يد إن لم يكن صاحبها معها لكونه غاصبا لها بحمل الزيادة .

فإن كان صاحبها معها وتلفت بسبب الحمل دون غيره إذ ضمانها ضمان

جناية لاسيما ومالكها معها ضمن قسط الزيادة فقط لاختصاص يده بها ، ولهذا لو سخره مع دابته فتلفت لم يضمنها المسخر لتلفها فى يد مالكها ، وفى قول يضمن نصف القيمة توزيعاً على الرءوس . ولو سلم المائة والعشرة إلى المؤجر فحملها جاهلا بالزيادة ، كأن قال : له مائة فصدقه ضمن المكترى القسط وأجرة الزيادة على المذهب إذ المكرى لجهله صار كالآلة بتأثير تدليس المكترى .

(والطريق الثانى) أنه على القولين فى تعارض الغرر والمباشرة ، فإن كان عالما كأن وزن المؤجر وحمل ، أو رأى المكترى يكيل ويحمل ، أو أعلمه المكترى بحقيقة الكيل فلا أجرة للزيادة لعدم تدليس المستأجر ولا ضمان إن تلفت ، وبهذا قال أحمد وأصحابه ، إلا أنهم اختلفوا فى أجر القدر الزائد على العقد على وجهين (أحدهما) لا أجر له كمذهبنا (والثانى) له أجر الزائد لأنهما اتفقا على حمله على سبيل الإجارة فجرى مجرى المعاطاة فى البيع ودخول الحمام من غير تقدير أجرة . قالوا وإن كاله المكرى وحمله المكترى على الدابة عالما بذلك من غير أن يأمره بحمله عليها فعليه أجر القفيز الزائد ، وإن أمره ففى وجوب الأجر وجهان عندهم .

فرع قال النووى (رض) : وللمكترى استيفاء المنفعة بنفسه وبغيره قلت : وينبغى أن يكون غيره أمينا ، فلو شرط المكرى استيفاء المنفعة بنفسه بطل العقد ، لأن المكترى يملك المنفعة فلا ينازعه فيها المكرى ، ومثله كمثل من يشترط على المشترى ألا يبيع ما اشتراه ، فله أن يركب ويسكن من هو مثله فى الضرر اللاحق بالعين ودونه بالأولى . لأن ذلك استيفاء للمنفعة المستحقة من غير زيادة . ولا يسكن حداداً ولا قصارا لما يحدثه القصار من الدق والإزعاج وتأثير الدق فى المبنى والإزعاج للجار .

قال الرملى : إلا إذا قال : لتسكن من شئت كازرع ما شئت ، ونظر فيه الأذرعى فقال : إن مثل ذلك يقصد به التوسعة دون الإذن فى الإضرار ، وقد رد الرملى بأن الأصل خلافه كما لا يجوز إبدال ركوب بحمل ويجوز عكسه، وإن قال أهل الخبرة لا يتفاوت الضرر . وبهذا قال أحمد وأصحاب الرأى .

قال الشافعي مقررا : وهم يزعمون أن رجلا لو تكارى من رجل بيتا لم يكن له أن يعمل فيه رحى ولا قصارة ولا عمل حدادين لأن هذا مضر بالبناء، فإن عمل هذا فانهدم البيت فهو ضامن لقيمة البيت ، وإن سلم البيت فله أجره . ويزعمون أن من تكارى قميصا فليس له أن يأتزر به ؛ لأن القميص لا يلبس هكذا ، فإن فعل فتخرق ضمن قيمة القميص ، وإن سلم كان له أجره ، ويزعمون أنه لو تكارى قبة لينصبها فنصبها فى شمس أو مطر فقد تعدى لاضرار ذلك بها . فإن عطبت ضمن وإن سلمت فعليه أجرها مع أشياء من هذا الضرب يكتفى بأقلها حتى يستدل على أنهم قد تركوا ما قالوا ودخلوا فيما عابوا مما مضت به الآثار ، ومما فيه صلاح الناس . اهـ

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل فان استأجر عينا لمنفعة وشرط عليه أن لا يستوفى مثلها أو دونها أو لا يستوفيها لمن هو مثله أو دونه ، ففيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) أن الاجارة باطلة لأنه شرط فيها ما ينافى موجبها فبطلت .

(والثانى) أن الاجارة جائزة ، والشرط باطل ؛ لأنه شرط لا يؤثر فى حق المؤجر ، فالغى وبقى العقد على مقتضاه .

(والثالث) أن الاجارة جائزة والشرط لازم ؛ لأن المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر فلا يملك مالم يرض به .

(فصل) وللمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة اذا قبضها لأن الاجارة كالبيع ، وبيع المبيع يجوز بعد القبض ، فكذلك اجارة المستأجر ، ويجوز من المؤجر وغيره كما يجوز بيع المبيع من البائع وغيره ، وهل يجوز قبل القبض ؟ فيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) لا يجوز كما لا يجوز بيع المبيع قبل القبض .

(والثانى) يجوز لأن المعقود عليه هو المنافع ، والمنافع لا تصير مقبوضة بقبض العين ، فلم يؤثر فيها قبض العين .

(والثالث) أنه يجوز اجارتها من المؤجر لأنها فى قبضته ، ولا يجوز من غيره لأنها ليست فى قبضته ، ويجوز أن يؤجرها برأس المال وبأقل منه وبأكثر ، لأنا بينا أن الاجارة بيع وبيع المبيع يجوز برأس المال ، وبأقل منه وبأكثر منه ، فكذلك الاجارة .

(فصـــل) وان استأجر عيناً لمنفعة فاستوفى أكثر منها ـ فأن كانت زيادة تتميز ـ بأن اكترى ظهراً ليركبه الى مكان فجاوزه أو ليحمل عليه عشرة أقفزة فحمل عليه أحد عشر قفيزاً ، لزمه المسمى لما عقد عليه وأجرة المثـــل لما زاد ، لأنه استوفى المعقود عليه فاستقر عليه المسمى ، واستوفى زيادة فلزمه ضمان مثلها ، كما لو اشترى عشرة أقفزة فقبض أحد عشر قفيزاً ، فان كانت الزيادة لا تتميز بأن اكترى أرضا ليزرعها حنطة فزرعها دخناً ـ فقد اختلف أصحابنا فيه ـ فذهب المزنى وأبو اسحاق الى أن المسئلة على قولين :

(احدهما) يلزمه أجرة المثل للجميع ، لأنه تعدى بالعدول عن المعقود عليه الى غيره ، فلزمه ضمان المثل كما لو اكترى أرضاً للزراعة فزرع أرضا أخرى .

(والثانى) يلزمه المسمى وأجرة المثل للزيادة ، لأنه استوفى ما استحقه وزيادة ، فأشبه اذا استأجر ظهراً الى موضع فجاوزه ، وذهب القاضى أبو حامد المروروذى الى أن المسئلة على قول واحد ، وأن صاحب الارض بالخيار بين أن يأخذ المسمى وأجرة المثل للزيادة ؛ وبين أن يأخذ أجرة المثل للجميع ، لأنه أخذ شبها ممن استأجر ظهراً الى مكان فجاوزه ، وشبها ممن اكترى أرضـــاً للزرع فزرع غيرها ، فخير بين الحكمين .

(فصـــل) وان أجره عيناً ثم اراد ان يبدلها بغيرها لم يملك لأن المستحق معين فلم يملك ابداله بغيره كما لو باع عيناً فأراد أن يبدلها بغيرها) .

الشرح إذا اشترط ألا يستوفى فى المنفعة مثلهـــا أو ما دونهـــا أو اشترط أن لا يستوفيها بمثله أو من دونه ، فعلى ثلاثة أوجه :

(أحدها) أن الإجارة باطلة لاشتراط ما ينافى موجبها وقد عرفنا من الشواهد الماضية أنه لو اشترط أمراً كأن قال : أتكارى منك محملا أو زاملة على المنصوص فى الأم ،فإن هذا الشرط يبطل العقد ، كما لو قال أبيعك أقل من عشرة فما دونها بكذا فان هذا البيع باطل ، لأنه ينافى موجب العقد الذى يوجب ملك المنفعة والتسلط على استيفائها بنفسه وبنائبه ، واستيفاء بعضها بنفسه وبعضها بنائبه ، والشرط ينافى ذلك فكان باطلا .

(والوجه الثانى) أن الإجارة جائزة والشرط باطل لأنه شرط لا يؤثر فى حق المستأجر من استيفاء المنفعة . وفارق البيع . لأن البائع يده هنا على المبيع والمستأجر يده على المنفعة وبهذا قال أحمد . لأن المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر فلا يملك مالم يرض به .

(والوجه الثالث) صحة الشرط وصحة العقد لأن المستأجر يملك المنفعة من قبل المؤجر فليس للمستأجر أن يتعدى بامتلاك لم يرض به فلزمه الشرط وصحت الإجارة وقد فصلنا ذلك على أصل المذهب ، ونصه فى الأم على ما سيأتى .

فرع يجوز للمستأجر أن يؤجر العين التى استأجرها إذا قبضها ؛ ونص أحمد على ذلك . وهو قول سعيد بن المسيب وابن سيرين ومجاهد وعكرمة وأبى سليمان بن عبد الرحمن والنخعى والشعبى والثورى والشافعى وأصحاب الرأى وذكر القاضى من الحنابلة فيه رواية أخرى أنه لا يجوز ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن ربح مالم يضمن ، والمنافع لم تدخل فى ضمانه ولأنه عقد على ما لم يدخل فى ضمانه فلم يجز كبيع المكيل والموزون قبل قبضه ، والأول أصح ، لأن قبض العين قام مقام قبض المنافع بدليل أنه يجوز التصرف فيها فجاز العقد عليها كبيع الثمرة على الشجرة ، وقياس الرواية الأخرى باطل على هذا الأصل .

اذا ثبت هذا فإنه لا تجوز إجارته إلا لمن يقوم مقامه أو دونه فى الضرر لما مضى فأما إجارتها قبل قبضها فلا تجوز من غير المؤجر فى أحد الوجوه الثلاثة عندنا وأحد الوجهين عند الحنابلة ، وهو قول أبى حنيفة ، لأن المنافع مملوكة بعقد معاوضة فاعتبر فى جواز العقد عليها القبض كالأعيان .

(والوجه الثانى) يجوز لأن قبض العين لا ينتقل به الضمان إليه ، فلم يقف جواز التصرف عليه ، فأما إجارتها قبل القبض من المؤجر ــ وهو الوجه الثالث عندنا وهو قول عند الحنابلة ــ فإذا قلنا : لا يجوز من غير المؤجر كان فيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لأنه عقد عليها قبل قبضها (والثانى) يجوز لأن القبض لا يتعذر عليه بخلاف الأجنبى ، وأصلهما : بيع الطعام قبل قبضه لا يصح من غير بائعه رواية واحدة ، وهل يصح من بائعه ؟ على روايتين ، فأما إجارتها بعد قبضها من المؤجر فجائزة ، وبهذا قال أحمد والشافعى رضى الله عنه . وقال أبو حنيفة : لا يجوز لأن ذلك يؤدى إلى

تناقض الأحكام ، لأن التسليم مستحق على الكراء ، فإذا اكتراها صار مستحقا له فيصير مستحقا لما يستحق عليه ، وهذا تناقض .

دليلنا أن كل عقد جاز مع غير العاقد جاز مع العاقد كالبيع ، وما ذكروه لا يصح لأن التسليم قد حصل ، وهذا المستحق له تسليم آخر ثم يبطل بالبيع فإنه يستحق عليه تسليم العين فإذا اشتراها استحق تسليمها ، فإن قيل : التسليم ههنا مستحق فى جميع المدة بخلاف البيع . قلنا : المستحق تسليم العين وقد حصل ، وليس عليه تسليم آخر غير أن العين من ضمان المؤجر ، فإذا تعذرت المنافع بتلف الدار وغصبها رجع عليه لأنها بسبب كان فى ضمانه.

فرع ويجوز للمستأجر إجارة العين بمثل الأجرة وزيادة ، وهذا قول أحمد والشافعى وأبى ثور وابن المنذر . وروى ذلك عن عطاء والحسن والزهرى . وفى رواية لأحمد . إن أحدث فى العين زيادة جاز له أن يكريها بزيادة ، وإلا لم تجز الزيادة ، فإن فعل تصدق بالزيادة ، وروى هذا عن الشعبى والثورى وأبى حنيفة لأنه يربح فيما لم يضمن .

وعن أحمد رواية ثالثة : إذا أذن له فيها المالك جاز ، وإذا لم يأذن لم يجز ، وكره ابن المسيب وأبو سلمة وابن سيرين ومجاهد وعكرمة والشعبى والنخعى الزيادة مطلقاً لدخولها فيما لم يضمن ، دليلنا أنه عقد يجوز برأس المال فجاز بزيادة كبيع المبيع بعد قبضه .

وأما الحديث فإن المنافع قد دخلت فى ضمانه من وجه ، فإنها لو فاتت من غير استيفائه كانت من ضمانه ، ولا يصح القياس على بيع الطعام قبل قبضه . فإن البيع ممنوع منه بالكلية سواء ربح أو لم يربح ، وههنا جائز فى الجملة . وتعليلهم بأن الربح فى مقابلة عمله ملغى بما إذا كنس الدار ونظفها ، فإن ذلك يزيد فى أجرها فى العادة .

فرع كل عين استأجرها لمنفعة فله أن يستوفى تلك المنفعة وما دونها فى الضرر . هذا ما سبق أن بيناه ، وبه قال أحمد . ولا نعرف فى ذلك مخالفا ، ومتى فعل ما ليس له كان ضامناً ، وقد ضرب المصنف مثلا بالأرض

يستأجرها ليزرعها حنطة فزرعها دخنا . قال الماوردى فى الحاوى الكبير [1] بعد أن أورد قول الشافعى رضى الله عنه فى الأم : ولو اكتراها ليزرعها قمحا فله أن يزرعها ما لا يضر بالأرض إضرار القمح ، وهذا كما قال : إذا استأجر أرضا ليزرعها حنطة فله أن يزرعها الحنطة وغير الحنطة مما يكون ضرره مثل ضرر الحنطة أو أقل ، وليس له أن يزرعها ما ضرره أكثر من ضرر الحنطة . وقال داود بن على لا يجوز إذا استأجرها لزرع الحنطة أن يزرعها غير الحنطة ، وإن كان ضرره أقل من ضرر الحنطة استدلالا بقوله تعالى : « أوفوا بالعقود » فلم يجز العدول عما تضمنه العقد قال : ولأنه لما لم يجز إذا اشترى بدراهم بأعيانها أن يدفع غيرها من الدراهم وإن كانت مثلها لما فيه من العدول عما اقتضاه العقد ، كذلك فى إجارة الأرض لزرع الحنطة لا يجوز أن يعدل فيها عن زرع الحنطة .

ودليلنا أن ذكر الحنطة فى إجارة الأرض انما هو لتقدير المنفعة به لا لتعيين استيفائه ، ألا تراه لو تسلم الأرض ولم يزرعها لزمته الأجرة ، فإذا ثبت أن ذكر الحنطة لتقدير المنفعة فهو إذا استوفى المنفعة فقدرت به فى العقد وبغيره جاز كما لو استأجر لحمل قفيز من حنطة فحمل قفيزا غيره ، وكما لو استأجر ليزرع حنطة بعينها فزرع غيرها . ولأن عقد الإجارة يتضمن أجرة يملكها المؤجر ومنفعة يملكها المستأجر ، فلما جاز للمؤجر أن يستوفى حقه كيف شاء بنفسه وبوكيله وبمن يحيله جاز للمستأجر أن يستوفى حقه من المنفعة كيف شاء بزرعها الحنطة وغير الحنطة ، وبإعارتها لمن يزرعها وبتركها وتعطيلها .

فأما استدلاله بقوله تعالى « أوفوا بالعقود » فمثل الحنطة ما يتضمنه العقد بما دللنا . وأما الجواب عما استدل به من تعيين الأثمان بالعقد فهكذا فى الإجارة ، فهو أن الفرق بينهما فى التعيين متفق عليه ، لأن الدراهم تتعين بالعقد حتى لا يجوز العدول إلى جنسها والحنطة لا تتعين فى عقد الإجارة

---

(١) الحاوى الكبير مخطوطة فى دار الكتب والوثائق العربية ذات أربعة وعشرين مجلدا ومن نوعها المجلد الأول فى دار الكتب الأزهرية والحاوى الصغير مخطوطة فى دار الكتب والوثائق العربية ذات أربعة عشر مجلداً . على أن نقولنا التى اعتمدناها هنا فى التكملة هذه من الحاوى الكبير ، ولم يتسع وقتنا لتصفح الحاوى الصغير .

وإنما الخلاف فى تعيين جنسها لاقراره لو استأجرها لزرع حنطة بعينها جاز له العدول إلى غيرها من الحنطة ، فكذلك يجوز أن يعدل إلى غير الحنطة . اهـ .

فإذا تقرر هذا لم يخل حال المستأجر ليزرع الأرض حنطة من ثلاثة أقسام :

١ ــ أن يستأجرها لزرع الحنطة وما أشبهها ، فيجوز له مع موافقة داود أن يزرعها الحنطة وغير الحنطة مما يكون ضرره مثل ضرر الحنطة أو أقل ، إلا أن داود يجيزه بالشرط ونحن نجيزه بالعقد والشرط تأكيداً .

٢ ــ أن يستأجر لزرع الحنطة ويغفل ذكر ما سوى الحنطة مما ضرره أكثر من الحنطة أو أقل .

٣ ــ أن يستأجرها لزرع الحنطة على أن لا يزرع سواها ففيه ثلاثة أوجه حكاها ابن أبى هريرة (أحدها) أن الإجارة باطلة (والثانى) أن الاجارة جائزة والشرط باطل ، وله أن يزرعها الحنطة وغير الحنطة لأنه لا يؤثر فى حق المؤجر ما بقى (والثالث) أن الاجارة جائزة والشرط لازم ، وليس له أن يزرعها غير الحنطة لأن منافع الاجارة إنما تملك بالعقد على ما سمى فيه ؛ ألا تراه لو استأجرها للزرع لم يكن له الغرس فكذلك إذا استأجرها لنوع من الزرع قال الشافعى : وإن كان يضرها مثل عروق تبقى فليس ذلك له ، فإن فعل فهو متعد ورب الأرض بالخيار إن شاء أخذ الكراء وما نقص الأرض على ما ينقصها زرع القمح ويأخذ منه كراء مثلها . قال المزنى : يشبه أن يكون قوله الأول أولى ، لأنه أخذ ما كرى وزاد على الكرى ضرراً ، كرجل أكترى منزلا يدخل فيه ما يحتمل سقفه فجعل فيه أكثر .

إذا عرف هذا فإنه إذا استأجر أرضاً لزرع حنطة لم يكن له أن يزرعها ولا أن يغرسها ما هو أكثر ضرراً منها لأنه غير مأذون فيه فصار كالغاصب ، وهل يصير بذلك ضامناً لرقبة الأرض حتى يضمن قيمتها ، إن غصبت أو

تلفت بسيل ؟ على وجهين (أحدهما) وهو قول أبى حامد الاسفراييني أنه يضمنها لأنه قد صار بالعدول عما استحقه غاصباً ، والغاصب ضامن .

(والثانى) وهو الأصح ، أنه لا يضمن رقبة الأرض لأن تعديه فى المنفعة لا فى الرقبة ، فإن تمادى الأمر بمستأجرها حتى حصد زرعه ثم طولب بالأجرة فالذى نص عليه الشافعى أن رب الأرض بالخيار بين أن يأخذ المسمى وما نقصت الأرض وبين أن يأخذ أجرة المثل . فاختلف أصحابنا ، فكان المزنى وأبو إسحاق المروزى وأبو على بن أبى هريرة يخرجون تخيير الشافعى على قولين (أحدهما) أن رب الأرض يرجع بأجرة المثل دون المسمى لأن تعدى الزارع بعدوله عن الحنطة إلى ما هو أضر منها كتعديه بعدوله عن الأرض إلى غيرها ، فلما كان بعدوله عن الأرض إلى غيرها ملتزماً لأجرة المثل دون المسمى فكذلك بعدوله إلى غير الحنطة .

(والقول الثانى) أنه يرجع بالمسمى من الأجرة ، وينقص الضرر الزائد على الحنطة لأنه قد استوفى ما استحقه وزاد ؛ فصار كمن استأجر بعيراً من مكة إلى المدينة فتجاوز به إلى البصرة فعليه المسمى وأجرة المثل فى الزيادة وقال الربيع وأبو العباس بن سريج وأبو حامد المروروذى : إن المسألة على قول واحد ، وليس التخيير فيه اختلافاً للقول فيهما ، فيكون رب الأرض بالخيار بين أن يرجع بالمسمى وما نقصت الأرض بالزيادة كالمجاوز بركوب الدابة وبين أن يفسخ الاجارة ويرجع بأجرة المثل لأنه عيب قد دخل عليه فجاز أن يكون مخيراً به بين المقام أو الفسخ فأما المزنى فإنه اختار أن يرجع بالمسمى وما نقصت الأرض . وتابعه أبو إسحاق المروزى واستدلا بمسألتين :

(إحداهما) أن يستأجر بيتاً لحمولة مسماة فيعدل إلى غيرها فهذا أمر ينظر ، فإن استأجر أسفل البيت ليحرز فيه مائة رطل حديد فأحرز فيه مائة وخمسين رطلا ، أو عدل عن الحديد إلى القطن فلا ضمان عليه ، لأن سفل البيت لا تؤثر فيه هذه الزيادة ولا العدول عن الجنس ، وإن كان علو البيت تكون فيه الحمولة على سقفه ، فإن كانت الاجارة لمائة رطل من حديد فوضع عليه مائة وخمسين رطلا فهذه زيادة متميزة فيلزمه المسمى من الأجرة وأجرة مثل الزيادة .

وإن كان قد استأجر لمائة رطل قطنا فوضع فيه مائة رطل من حديد فهذا ضرر لا يتميز ، لأن القطن يتفرق على السقف والحديد يجتمع فى موضع منه ، فكان أضر فيكون رجوع المؤجر على ما ذكرنا من اختلاف أصحابنا فى القولين .

(والمسألة الثانية) من دليل المزنى على اختيار أن يستأجر داراً للسكنى فيسكن فيها حدادين أو قصارين أو ينصب رحى ، فهذه زيادة ضرر لا تتميز فيكون رجوع المؤجر على ما وصفنا من اختلاف أصحابنا فى القولين . قال الماوردى : ليس للمزنى من دليل فيما استشهد به من مذهب ولا حجاج .

فرع قوله : وإن أجره عيناً ثم أراد أن يبدلها الخ قال الشافعى فى الأم : وإذا تكارى إبلا بأعيانها ركبها ، قال : وإن تكارى حمولة ولم يذكر بأعيانها وركب ما يحمله ، فإن حمله على بعير غليظ فإن كان ذلك ضرراً متفاحشاً أمر أن يبدله ، وإن كان شبيها بما يركب الناس لم يجبر على إبداله . والله أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) فان استأجر أرضاً مدة للزراعة فاراد أن يزرع مالا يستحصد فى تلك المدة ، فقد ذكر بعض أصحابنا أنه لا يجوز ، وللمؤجر أن يمنعه من زراعته فان بادر المستأجر وزرع لم يجبر على قلعه قبل انقضاء المدة ، ويحتمل عندى أنه لا يجوز منعه من الزراعة ، لأنه يستحق الزراعة الى أن تنقضى المدة فلا يجوز منعه قبل انقضاء المدة ، ولأنه لا خلاف أنه ان سبق وزرع لم يجبر على نقله ، فلا يجوز منعه من مزارعته .

فصل وان اكترى أرضاً مدة للزرع لم يخل اما أن يكون لزرع مطلق أو لزرع معين ، فان كان لزرع مطلق فزرع وانقضت المدة ولم يستحصد الزرع ـ نظرت ، فان كان بتفريط منه بأن زرع صنفاً لا يستحصد فى تلك المدة أو صنفا يستحصد فى المدة الا أنه أخر زراعته ـ فللمكرى أن يأخذه بنقله ، لأنه لم يعقد الا على المدة فلا يلزمه الزيادة عليها لتفريط المكترى ، فان لم يستحصد لشدة البرد او قلة المطر ففيه وجهان :

(أحدهما) يجبر على نقله ، لأنه كان يمكنه أن يستظهر بالزيادة فى مدة الاجارة ، فاذا لم يفعل لم يلزم المكرى أن يستدرك له ما تركه .

(والثانى) لا يجبر وهو الصحيح ، لأنه تاخر من غير تفريط منه ، فان قلنا : يجبر على نقله وتراضيا على تركه باجارة أو اعارة جاز ، لأن النقل لحق المكرى وقد رضى بتركه ، وان قلنا : لا يجبر فعليه المسمى الى انقضاء المدة بحكم العقد وأجرة المثل . لما زاد لأنه كما لا يجوز الاضرار بالمستأجر فى نقل زرعه ، لا يجوز الاضرار بالمؤجر فى تفويت منفعة أرضه .

فان كان لزرع معين لا يستحصد فى المدة وانقضت المدة والزرع قائم ـ نظرت ، فان شرط عليه القلع ـ فالاجارة صحيحة لأنه عقد على مدة معلومة ، ويجبر على قلعه لأنه دخل على هذا الشرط ، فان تراضيا على تركه باجارة أو اعارة جاز لما ذكرناه ، وان شرط التبقية بعد المدة فالاجارة باطلة لأنه شرط ينافى مقتضى العقد فأبطله ، فان لم يزرع كان لصاحب الأرض أن يمنعه من الزراعة ، لأنها زراعة فى عقد باطل ، فان بادر وزرع لم يجبر على القلع ؛ لأنه زرع مأذون فيه ، وعليه أجرة المثل لأنه استوفى منفعة الأرض باجارة فاسدة ، فان أطلق العقد ولم يشترط التبقية ولا القلع ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى اسحاق : أنه يجبر على قلعه ، لأن العقد الى مدة وقد انقضت ، فأجبر على قلعه كالزرع المطلق .

(والثانى) لا يجبر لأنه دخل معه على العلم بحال الزرع وأن العادة فيه الترك الى الحصاد فلزمه الصبر عليه ، كما لو باع ثمره بعد بدو الصلاح وقبل الادراك ، ويخالف هذا اذا اكترى لزرع مطلق ، لأن هناك يمكنه أن يزرع ما يستحصد فى المدة فاذا ترك كان ذلك بتفريط منه فأجبر على قلعه ، وههنا هو زرع معنى علم المكرى أنه لا يستحصد فى تلك المدة ، فاذا قلنا : يجبر فتراضيا على تركه باجارة أو اعارة جاز لما ذكرناه ، وان قلنا : لا يجبر لزمه المسمى للمدة ،وأجرة المثل للزيادة ، لأنه كما لا يجوز الاضرار بالمكترى فى نقل زرعه ، لا يجوز الاضرار بالمكرى فى ابطال منفعة أرضه) .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : وإذا تكاراها سنة فزرعها فانقضت السنة والزرع فيها لم يبلغ أن يحصد ـ فإن كانت السنة يمكنه أن يزرع فيها زرعا يحصد قبلها فالكراء جائز ، وليس لرب الأرض أن يثبت زرعه وعليه أن ينقله عن الأرض إلا أن يشاء رب الأرض تركه ، وإذا شرط أن يزرعها صنفا من الزرع يستحصد أو يستقصل قبل السنة فأخره إلى وقت من السنة فانقضت السنة قبل بلوغه فكذلك أيضاً وإن تكارى مدة أقل من سنة وشرط أن يزرعها شيئاً بعينه ويتركه حتى يحصد فكان يعلم أنه لا يمكنه أن يستحصد فى مثل هذه المدة تكاراها فالكراء فاسد من قبل أن أثبت

بينهما شرطهما ولم أثبت على رب الأرض أن يبقى زرعه فيها بعد انقضاء المدة أبطلت شرط الزارع أن يتركه حتى يستحصد ، وإن أثبت له زرعه حتى يستحصد أبطلت شرط رب الأرض فكان هذا كراء فاسداً ولرب الأرض كراء مثل أرضه إذا زرع ، وعليه تركه حتى يستحصد .

وصورة هذه المسألة أن يستأجر الرجل أرضا مدة معلومة ليزرعها موصوفا فزرعها ، ثم انقضت المدة قبل استحصاد زرعها ، فلا يخلو حال المدة من ثلاثة أحوال (إحداها) أن يعلم أن ذلك الزرع يستحصد فى مثلها (والثانية) أن يعلم أنه لا يستحق فى مثلها (والثالثة) أن يقع الشك فيه ، فأما الأولى فلا تخلو من ثلاثة أقسام .

(أحدها) أن تأخير استحصاده لعدوله عن الجنس الذى شرطه إلى غيره مثل أن يستأجر خمسة أشهر لزرع الباقلا فيزرعها براً فتنقضى المدة ، والبر غير مستحصد فهذا يؤخذ بقلعه قبل استحصاده ، لأنه بعدوله عن الباقلا إلى البريصير متعديا فلم يستحق استيفاء زرع تعدى فيه ، فإن تراضى المؤجر والمستأجر على تركه إلى أوان الحصاد بأجرة المثل فيما زاد على المدة أقر ، وإن رضى المستأجر وأبى المؤجر أو رضى المؤجر وأبى المستأجر من بذل أجرة المثل قلع .

(والقسم الثانى) أن يكون تأخير استحصاده لتأخير بذره من عدول عن جنسه فهذا مفرط ويؤخذ بقلع زرعه قبل استحصاده لأن تفريطه لا يلزم غيره ، فان بذل أجرة مثل المدة الزائدة ورضى المؤجر بقبولها ترك وإلا قلع .

(والقسم الثالث) أن يكون تأخير استحصاده لأمر سماوى من طول برد أو تأخر مطر أو انخفاض نيل أو دوام ثلج ففيه وجهان : (أحدهما) يترك إلى وقت استحصاده لأنه لم يكن من المستأجر عدوان ولا تفريط ، فإذا ترك إلى وقت الحصاد ضمن المستأجر أجرة مثل المدة الزائدة على عقده (والوجه الثانى) أن يؤخذ بقلعه ولا يترك لأنه قد كان يقدر على الاستظهار لنفسه فى استزادة المدة خوفا مما عساه يحتمل من أسباب سماوية فلو لم يأخذ لنفسه فرصة صار مفرطا .

أما الحال الثانية : وهو أن يعلم بجارى العادة أن مثل ذلك الزرع لا يستحصد فى مثل تلك المدة ، مثل أن يستأجرها أربعة أشهر لزرعها براً أو شعيراً فهذا إما :

(ا) أن يشترط قلعه عند انقضاء المدة ، فهذه إجارة جائزة ، لأنه قد يريد زرعه قصيلا ولا يريده حبا ، فإذا انقضت المدة ، أخذ بقلع زرعه وقطعه .

(ب) أن يشترط تركه إلى وقت حصاده فهذا إجارة فاسدة ، لأن اشتراط استيفاء الزرع بعد مدة الإجارة ينافى موجبها فبطلت . ثم للزارع استيفاء زرعه وقت حصاده ، وإن بطلت الإجارة ، ولا يؤخذ بقلع زرعه لأنه زرع عن إذن اشترط فيه الترك وعليه أجرة المثل ، والفرق بين هذه المسألة فى استيفاء الزرع مع فساد الإجارة وبين أن يؤخذ بقلعه فيما تقدم من الأحوال والأقسام مع صحة الإجارة أن الإجارة إذا بطلت روعى الإذن دون المدة وإذا صحت روعيت المدة .

(جـ) أن يطلق العقد فلا يشترط فيه قلعاً ولا تركا فقد اختلف أصحابنا هل إطلاقه يقتضى القلع أو الترك ؟ على وجهين .

(أحدهما) وهو قول أبى إسحاق المروزى : أنه يقتضى القلع اعتباراً بموجب العقد ، فعلى هذا الإجارة صحيحة ، ويؤخذ المستأجر بقلع زرعه عند تقضى المدة (والثانى) وهو ظاهر كلام الشافعى أن الإطلاق يقتضى الترك إلى أوان الحصاد اعتباراً بالعرف فيه ، كما أن ما لم يبد صلاحه من الثمار يقتضى إطلاق بيعه للترك إلى وقت الجداد اعتباراً بالعرف فيه ، فعلى هذا تكون الإجارة فاسدة ، ويكون للمستأجر ترك زرعه إلى وقت حصاده ، وعليه أجرة المثل كما لو شرط الترك .

الحال الثالثة : وهو أن يقع الشك فى المدة هل يستحصد الزرع فيها ؟ كأن استأجرها خمسة أشهر لزرع البر والشعير ، فقد يجوز أن يستحصد الزرع فى هذه المدة فى بعض البلاد وبعض السنين ويجوز ألا يستحصد

فيكون حكم هذه الحال حكم ما علم أنه يستحصد فيه ، على ما مضى إسقاطاً للشك واعتباراً باليقين هكذا أفاده الماوردى ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان اكترى أرضا للغراس مدة لم يجز أن يغرس بعد انقضائها ، لان العقد يقتضى الغرس فى المدة فلم يملك بعدها ، فان غرس فى المدة وانقضت المدة نظرت ، فان شرط عليه القلع بعد المدة أخذ بقلعه لما تقدم من شرطه ، ولا يبطل العقد بهذا الشرط ، لأن الذى يقتضيه العقد هو الغـــراس فى المدة ، وشرط القلع بعد المدة لا يمنع ذلك ، وانما يمنع من التبقية بعد المدة ، والتبقية بعد المدة من مقتضى الاذن ، لا من مقتضى العقد ، فلم يبطل العقد باسقاطها ، فاذا قلع لم يلزمه تسوية الأرض ، لأنه لما شرط القلع رضى بما يحصل به من الحفر ، فان أطلق العقد ولم يشترط القلع ولا التبقية لم يلزمه القلع . لأن تفريغ المستأجر على حسب العادة ، ولهذا لو اكترى داراً وترك فيها متاعا وانقضت المدة لم يلزمه تفريغها الا على حسب العادة فى نقل مثله ، والعادة فى الغراس التبقية الى أن يجف ويستقلع .

فان اختار المكترى القلع ـ نظرت ، فان كان ذلك قبل انقضاء المدة ـ ففيه وجهان :

(أحدهما) يلزمه تسوية الأرض ، لأنه قلع الغراس من أرض غيره بغير اذنه ، فلزمه تسوية الأرض .

(والثانى) : لا يلزمه لأنه قلع الغراس من أرض له عليها يد فان كان ذلك بعد انقضاء المدة لزمه تسوية الأرض وجها واحدا ، لأنه قلع الغراس مـــن أرض غيره من غير اذن ولا يد ، فان اختار التبقية ـ نظرت ، فان أراد صاحب الأرض أن يدفع اليه قيمة الغراس ويتملكه ـ أجبر المكترى على ذلك ، لأنه يزول عنه الضرر بدفع القيمة ، فان أراد أن يقلعه ـ نظرت ، فان كانت قيمة الغراس لا تنقص بالقلع ـ أجبر المكترى على القلع . لأن لا ضرر عليه فى القلع ، فان كانت قيمة الغراس تنقص بالقلع . فان ضمن له أرش ما نقص بالقلع أجبر عليه . لأنه لا ضرر عليه بالقلع مع دفع الأرش . فان أراد أن يقلع ولا يضـــمن أرش النقص لم يجبر المكترى .

وقال المزنى : يجبر لأنه لا يجوز أن ينتفع بأرض غيره من غير رضاه ، وهذا خطأ لأن فى قلع ذلك من غير ضمان الأرش اضراراً بالمكترى ، والضرر لا يزال بالضرر .

فان اختار أن يقر الغراس فى الأرض ويطالب المكترى بأجرة المثـــل أجبر

المكترى ، لأنه كما لا يجوز الاضرار بالمكترى بالقلع من غير ضمان ، لا يجوز الاضرار بالمكرى بابطال منفعة الأرض عليه من غير أجرة ، فان أراد المكترى أن يبيع الغراس من المكرى جاز ، وان أراد بيعه من غيره ففيه وجهان ، وقد بيناهما فى كتاب العارية ، فان اكترى بشرط التبقية بعد المدة جاز . لأن اطلاق العقد يقتضى التبقية فلا يبطل بشرطها ، والحكم فى القلع والتبقية على ما ذكرناه فيه اذا أطلق العقد .

فصل فان اكترى أرضاً باجارة فاسدة وغرس كان حكمها فى القلع والاقرار على ما بيناه فى الاجارة الصحيحة لأن الفاسد كالصحيح فيما يقتضيه من القلع والاقرار ، فكان حكمهما واحداً ، وبالله التوفيق) .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : وإن قال اغرسها وازرعها ما شئت فالكراء جائز . قال المزنى : أولى بقوله ألا يجوز هذا لأنه لا يدرى يغرس أكثر فيكثر الضرر على صاحبها أو لا يغرس .

وهذه العبارة تشتمل على ثلاث مسائل (إحداهن) أن يقول : أجرتكها لتزرعها إن شئت أو تغرسها إن شئت فالإجارة صحيحة ، وهو مخير بين زرعها إن شاء وبين غرسها ، فإن زرع بعضها وغرس بعضها جاز ، لأنه لما جاز له غرس الجميع كان غرس البعض أولى بالجواز .

(الثانية) أن يقول : قد أجرتكها لتزرعها أو تغرسها ، فالإجارة باطلة ، لأنه لم يجعل له الأمرين معاً ، ولا أحدهما معينا ، فصار ما أجره له مجهولا .

(الثالثة) أن يقول : قد أجرتكها لتزرعها وتغرسها ففيه وجهان (أحدهما) وهو مذهب المزنى أن الإجارة باطلة ، لأنه لما لم يخيره بين الأمرين وجمع بينهما صار ما يزرع منها ويغرس مجهولا ، وهذا قول أبى إسحاق المروزى (والثانى) وهو ظاهر كلام الشافعى . وقال ابن أبى هريرة : إن الإجارة صحيحة وله أن يزرع النصف ويغرس النصف لأن جمعه بين الأمرين يقتضى التسوية بينهما ، فلو زرعها جميعا جاز ، لأن زرع النصف المأذون فى غرسه أقل ضررا ، ولو غرسها جميعا لم يجز لأن غرس النصف المأذون فى زرعه أكثر ضررا .

قال الشافعى رضى الله عنه : وإن انقضت سنوه لم يكن لرب الأرض

أن يقلع الغراس حتى يعطيه قيمته وقيمة ثمرته إن كانت فيه يوم نقله ، ولرب الأرض الغراس إن شاء نقله على أن عليه ما نقص من الأرض ، والغراس كالبناء إذا كان بإذن مالك الأرض مطلقا .

قال المزنى : القياس عندى أنه إذا حد له أجلا يغرس فيه فانقضى الأجل وأذن له أن يبنى فى عرصة له ، فانقضى الأجل فالأرض والعرصة بعد انقضاء الأجل مردودان .

وصورتها فيمن استأجر أرضا ليبنى فيها ويغرس فانقضى الأجل والبناء والغراس قائم فى الأرض فليس له بعد انقضاء الأجل أن يحدث بناء ولا غرسا ، فإن فعل كان متعديا وأخذ بقلع ما أحدثه بعد الأجل من غرس وبناء فأما القائم فى الأرض قبل انقضاء الأجل فلا يخلو حالهما فيه عند العقد من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يشترطا قلعه عند انقضاء المدة فيؤخذ المستأجر بقلع غرسه وبنائه لما تقدم من شرطه ، وليس عليه تسوية ما حدث من حفر الأرض لأنه مستحق بالعقد .

(الثانية) أن يشترط تركه بعد انقضاء المدة فيقر ولا يفسد العقد بهذا الشرط لأنه من موجباته لو أخل بالشرط ويصير بعد انقضاء المدة مستعيراً على مذهب الشافعى فلا يلزمه أجرة وعلى مذهب المزنى عليه الأجرة ما لم يصرح له بالعارية فإن قلع المستأجر غرسه وبناءه لزمه تسوية ما حدث فى حفر الأرض لأنه لم يستحقه بالعقد ، وإنما استحقه بالملك ، وهذا قول جميع أصحابنا وإنما اختلفوا فى تعليله فقال بعضهم : العلة فيه أنه لم يستحقه بالعقد، وهو التعليل الذى ذكرناه فعلى هذا لو قلعه قبل انقضاء المدة لألزمه تسوية الأرض .

والحال الثالثة : أن يطلقا العقد فلا يشترطان فيه قلعه ولا تركه فينظر ، فإن كانت قيمة الغرس والبناء مقلوعا كقيمته قائما أخذ المستأجر بقلعه لأنه لا ضرر يلحقه فيه ولا نقص . وإن كانت قيمته مقلوعا أقل من قيمته قائماً وهو الأغلب نظر فإن بذل رب الأرض قيمة الغرس والبناء قائماً ، أو ما بين قيمته مقلوعا لم يكن للمستأجر تركه ، لأن ما يدخل عليه من الضرر بقلعه يزول ببذل القيمة أو النقص . وقيل : لا يجبرك على أخذ القيمة ولكن يجبرك

بين أن تقلعه أو تأخذ قيمته وليس لك إقراره وتركه ، وإن لم يبذل رب الأرض قيمة الغرس والبناء ولا قدر النقص نظر فى المستأجر ، فإن امتنع من بذل أجرة المثل بعد تقضى المدة لم يكن له إقرار الغرس والبناء وأخذ بقلعه ، وإن بذل له أجرة المثل مع امتناع رب الأرض من بذل القيمة أو النقص فمذهب الشافعى وجمهور أصحابه أن الغرس والبناء مقران لا يؤخذ المستأجر بقلعهما ولا يجبر رب الغراس والبناء بعد انتهاء المدة على تركهما استدلالا بما ذكره المزنى من قوله تعالى « إلا أن تكون تجارة عن تراض » وليس من رب الأرض رضى بالترك فلم يجبر عليه،ولأنه لما أخذ بقلع زرعه عند انقضاء المدة لم يقو إلى أوان حصاده مع أن زمان حصاده محدود ، فلأن يؤخذ بقلع الغرس والبناء مع الجهل بزمانهما أولى ، ولأن تحديد المدة يوجب اختلاف الحكم فى إحداث الغرس والبناء ، وهذا المذهب أظهر حجاجا وأصح اجتهادا .

واستدل أصحابنا على تركه وإقراره بقوله صلى الله عليه وسلم « ليس لعرق ظالم حق » رواه أبو داود والدارقطنى عن عروة بن الزبير مرسلا ؛ فاقتضى ذلك وقوع الفرق بين الظالم والمحق فلم يجز أن يسوى بينهما فى الأخذ بالقلع . قالوا : ولأن من أذن لغيره فى إحداث حق فى ملك كان محمولا فيه على العرف المعهود فى مثله كمن أذن لجاره فى وضع أجزاعه فى جداره كان عليه تركه على الدوام ، ولم يكن له أخذه بقلعها ؛ لأن العادة جارية باستدامة تركها كذلك الغرس والبناء العادة فيهما جارية بالترك والاستبقاء دون القلع ؛ والتناول محمول على العادة وهذا الاستدلال يفسد بالزرع لأن العادة جارية بتركه إلى أوان حصاده ثم هى غير معتبرة حين يؤخذ بقلعه .

فرع وإذا كانت الاجارة فاسدة فبنى المستأجر فيها وغرس أو زرع فهو فى الاقرار والترك على ما ذكرنا فى الاجارة الصحيحة ، لأن الفاسد فى كل عقد حكمه حكم الصحيح فى الأمانة والضمان والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب ما يوجب فسخ الاجارة

اذا وجد المستأجر بالعين المستأجرة عيبا جاز له أن يرد ، لأن الاجارة كالبيع ، فاذا جاز رد المبيع بالعيب جاز رد المستأجر ، وله أن يرد بما يحدث فى يده من العيب ، لأن المستأجر فى يد المستأجر كالمبيع فى يد البائع ، فاذا جاز رد المبيع بما يحدث من العيب فى يد البائع ، جاز رد المستأجر بما يحدث من العيب فى يد المستأجر .

فصل والعيب الذى يرد به ما تنقص به المنفعة ، كتعثر الظهر فى المشى ، والعرج الذى يتأخر به عن القافلة ، وضعف البصر والجذام والبرص فى المستأجر للخدمة ، وانهدام الحائط فى الدار ، وانقطاع الماء فى البئر والعين، والتغير الذى يمتنع به الشرب أو الوضوء ، وغير ذلك من العيوب التى تنقص بها المنفعة .

فأما اذا اكترى ظهراً فوجده خشين المشى لم يرد ، لأن ذلك لا تنقص به المنفعة . وان اكترى ظهراً للحج عليه فعجز عن الخروج بالمرض أو ذهاب المال لم يجز له الرد ، وان اكترى حماما فتعذر عليه ما يوقده لم يجز له الرد ، لأن المعقود عليه باق ، وانما تعذر الانتفاع لمعنى فى غيره فلم يجز له الرد ، كما لو اشترى ظهراً ليحج عليه فعجز عن الحج لمرض أو ذهاب المال ، وان اكترى أرضاً للزراعة فزرعها ثم هلك الزرع بزيادة المطر أو شدة برد أو دوام ثلج أو أكل جراد لم يجز له الرد ، لأن الجائحة حدثت على مال المستأجر دون منفعة الأرض فلم يجز له الرد ، وان اكترى داراً فتشعثت فبادر المكرى الى اصلاحها لم يكن للمستأجر ردها لأنه لا يلحقه الضرر ، فان لم يبادر ثبت له الفسخ ، لأنه يلحقه ضرر بنقصان المنفعة ، فان رضى سكناها ولم يطالب بالاصلاح فهل يلزمه جميع الأجرة أم لا ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يلزمه جميع الأجرة لأنه لم يستوف جميع ما استحقه من المنفعة فلم يلزمه جميع الأجرة ، كما لو اكترى داراً سنة فسكنها بعض السنة ثم غصبت .

(والثانى) يلزمه جميع الأجرة لأنه استوفى جميع المعقود عليه ناقصا بالعيب فلزمه جميع البدل ، كما لو اشترى عبداً فتلفت يده فى يد البائع ورضى به .

(فصل) ومتى رد المستأجر العين بالعيب ـ فان كان العقد على عينها ـ انفسخ العقد ، لأنه عقد على معين فانفسخ برده ، كبيع العين . وان كان العقد على موصوف فى الذمة لم ينفسخ العقد برد العين ، بل يطالب

ببدله ، لأن العقد على ما فى الذمة ، فاذا رد العين رجع الى ما فى الذمة ، كما لو وجد بالمسلم فيه عيبا فرده .

(فصـــل) وان استأجر عبداً فمات فى يده ، فان كان العقـــد على موصوف فى الذمة طالب ببدله لما ذكرناه فى الرد بالعيب ، وان كان العقد على عينه ـ فان لم يمض من المدة ما له أجرة ـ انفسخ العقد . وقال أبو ثور من أصحابنا : لا ينفسخ ، بل يلزم المستأجر الأجرة لأنه ملك بعد التسليم ، فلم ينفسخ العقد ، كما لو ملك المبيع بعد التسليم ، فلم ينفسخ العقد ، والمذهب الأول ، لأن المعقود عليه هو المنافع وقد تلفت قبل قبضها فانفسخ العقد كالمبيع اذا هلك قبل القبض . وان مضى من المدة ما له أجرة انفسخ العقد فيما بقى بتلف المعقود عليه . وفيما مضى طريقان :

(احدهما) لا ينفسخ فيه العقد قولا واحدا .

(والثانى) أنه على قولين ، بناء على الطريقين فى الهلاك الطارىء فى بعض المبيع قبل القبض . هل هو كالهلاك المقارن للعقد أم لا ؟ لأن المنافع فى الاجارة كالمبيع قبل القبض . وفى المبيع قبل القبض طريقان فكذلك الاجارة .

فصـــل وان اكترى دارا فانهدمت ، فقد قال فى الاجارة : ينفســـخ العقد . وقال فى المزارعة : اذا اكترى أرضا للزراعة فانقطع ماؤها أن المكترى بالخيار بين أن يفسخ وبين أن لا يفسخ . واختلف أصحابنا فيهما على طريقين، فمنهم من نقل جواب كل واحدة من المسئلتين الى الأخرى فخرجهـــما على قولين ، وهو الصحيح .

(أحدهما) أن العقد ينفسخ فيهما . لأن المنفعة المقصودة هى السكنى والزراعة ، وقد فاتت فانفسخ العقد كما لو اكترى عبداً للخدمة فمات .

(والثانى) لا ينفسخ لأن العين باقية يمكن الانتفاع بها ، وانمـــا نقصت منفعتها ، فثبت له الخيار كما لو حدث به عيب . ومنهم من قال : اذا انهدمت الدار انفسخ العقد . وان انقطع الماء من الأرض لم ينفسخ لأن الأرض باقية مع انقطاع الماء ، والدار غير باقية مع الانهدام) .

الشرح لا ينفسخ عقد الإجارة عينية كانت أو فى الذمة بنفسها ولا بفسخ أحد العاقدين بالأعذار التى لا توجب خللا فى المعقود عليه ، كمن استأجر حماما وتعذر عليه جلب الوقود له ، أو استأجر سيارة وتعذر عليه شراء وقودها ، أو مرض فحال مرضه دون السفر عليها ، أو استأجر بيتا ولم يجد أثاثاً يتخذه فراشا فيها ، ويقاس على هذه الأمثلة كل عذر لا يلحق المعقود عليه خلل فى عينه بعيب فيه ، وإذا استأجر دارا فوجد ماء بئرها متغيراً ، قال

أبو حنيفة : إن استطيع الوضوء به فلا خيار للمستأجر . وعندنا أنه إن خالف معهود الآبار فى تلك الناحية فله الخيار ، فان كان معهودهم الشرب من آبارهم ــ فإذا كان تغيره يمنع من شربه ــ فله الخيار ، وإن أمكن الوضوء منها ، وإن كان معهودهم ألا يشربوا منها فله الخيار ، وإن كان غير معهود فى ذلك الوقت ــ فإن كان مع نقصانه كافيا لما يحتاج المستأجر من شرب أو طهور ، فلا خيار له ، وإن كان مقصراً عن الكفاية فله الخيار .

فأما رجاء الحصول على الماء إذا تغير ماؤه فلا خيار لمستأجره ، ولو نقص ماؤه فله الخيار إلا أن يكون معهوداً فى وقته فلا خيار فيه .

قال الشافعى : وإذا اكترى الرجل الأرض من الرجل بالكراء الصحيح ثم أصابها غرق منعه الزرع أو ذهب بها سيل أو غصبها فحيل بينه وبينها سقط عنه الكراء من يوم أصابها ذلك ، وهى مثل الدار يكتريها سنة ويقبضها فتهدم فى أول سنة أو آخرها ، والعبد يستأجره السنة فيموت فى أول السنة أو آخرها فيكون عليه من الإجارة بقدر ما سكن واستخدم ويسقط عنه ما بقى ، وإن أكراه أرضا بيضاء يصنع فيها ما شاء ، أو لم يذكر أنه اكتراها للزرع ثم انحسر الماء عنها فى أيام لا يدرك فيها زرعا ، فهو بالخيار بين أن يأخذ ما بقى بحصته من الكراء أو يرده لأنه قد انتقص مما اكترى . وكذلك إن اكتراها للزرع ، وكراؤها للزرع أبين فى أن يردها إن شاء ، وإن كان مر بها ماء فأفسد زرعه أو أصابه حريق أو ضريب [1] أو جراد أو غير ذلك فهذا كله جائحة على الزرع لا على الأرض فالكراء له لازم ، فإن أحب أن يجدد زرعا جدده إن كان ذلك يمكنه ، وان لم يمكنه فهذا شىء أصيب به فى زرعه لم تصب به الأرض فالكراء له لازم ، وهذا مفارق للجائحة فى الثمرة يشتريها الرجل فتصيبها الجائحة فى يديه قبل أن يمكنه جدادها . ومن وضع الجائحة ثم ابتغى أن لا يضعها ههنا ، فإن قال قائل : إذا كانتا جائحتين فما بال إحداهما توضع والأخرى لا توضع ، فإن من وضع الجائحة الأولى فإنما يضعها بالخبر ، وبأنه إذا كان البيع جائزاً فى شراء الثمرة إذا بدا صلاحها

---

(١) الضريب يقال للثلج الذائب ولسموم الماء الشقه الارض .

وتركها حتى تجد فإنما ينزلها بمنزلة الكراء الذى يقبض به الدار ثم تمر به أشهر ثم تتلف الدار فيسقط عنه الكراء من يوم تلفت . ا هـ

وقد اختلف أصحابنا فى الفساد الطارىء على المستأجر — بفتح الجيم — على حسب اختلافهم فى الفساد الطارىء على بعض الصفقة ، هل يكون كالفساد المقارن للعقد ؟ فقال بعض أصحابنا : هما سواء ، فيكون بطلان الاجارة فيما مضى من المدة على قولين من تفريق الصفقة .

وقال آخرون : إن الفساد الطارىء على العقد مخالف للفساد المقارن للعقد ، فتكون الإجارة فيما مضى من المدة غير فاسدة قولا واحداً . فإن قيل ببطلان الاجارة فيما مضى من المدة لزم المستأجر أجرة المثل فى الماضى دون المسمى . وإن قيل بصحة الإجارة فيما مضى فقد اختلف أصحابنا هل له الخيار فى فسخه أم لا ؟ على وجهين (أحدهما) لا خيار له لفواته على يده ، فعلى هذا إن كانت أجرة السنة كلها متساوية لتساوى العمل فيها فعليه نصف الأجرة المسماة لاستيفاء نصف العمل المستحق بنصف السنة المسماة .

وإن كان العمل فيها مختلفاً والأجرة فيه مختلفة مثل أن تكون أجرة النصف الماضى من السنة مائة درهم وأجرة النصف الباقى خمسين درهما تقسطت الأجرة على العمل المختلف دون المدة ، وكان على المستأجر ثلثا الأجرة بمضى نصف المدة لأنها تقابل ثلثى العمل .

(والوجه الثانى) أن له الخيار لتفريق الصفقة عليه بين المقام على الإجارة فيما مضى وبين فسخها فيه ، فإن أقام عل الماضى لزمه من الأجرة ما ذكرناه من الحساب والقسط ، وكان بعض أصحابنا يخرج قولا آخر أن يقيم بجميع الأجرة وإلا فسخ ، وهو قول من يجعل الفساد الطارىء كالفساد المقارن ، وإن فسخ الإجارة فى الماضى لزمه فيه أجرة المثل ، لأن الفسخ قد رفع العقد فسقط حكم المسمى فيه .

فرع وجملة بيان هذه الفصول أن من استأجر عيناً مدة فحيل بينه وبين الانتفاع بها لم يخل من أقسام ثلاثة .

(أحدها) أن تتلف العين كنفوق دابة فهذا على ثلاثة أضرب ، أحدها : أن تتلف العين قبل قبضها ، فإن الإجارة تنفسخ بغير خلاف نعلمه ؛ لأن المعقود عليه تلف قبل قبضه فأشبه ما لو تلف الطعام المبيع قبل قبضه .

(والثانى) أن تتلف عقيب قبضها ؛ فإن الإجارة تنفسخ أيضاً ويسقط الأجر عند عامة الفقهاء إلا أبا ثور فقد حكى عنه أنه قال : يستقر الأجر ، لأن المعقود عليه أتلف بعد قبضه أشبه المبيع ، وهذا غلط ، لأن المعقود عليه المنافع ، وقبضها استيفاؤها أو التمكن من استيفائها ، ولم يحصل ذلك فأشبه تلفها قبل قبض العين .

(والثالث) أن تتلف بعد مضى شيء من المدة فإن الإجارة تنفسخ فيما بقى من المدة دون ما مضى ، ويكون للمؤجر من الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة ، هذا معنى ما نقلناه من الأم قبل . وقال أحمد فيما رواه عنه إبراهيم ابن الحارث : إذا اكترى بعيراً بعينه فنفق البعير يعطيه بحساب ما ركب ، وذلك لما ذكرنا من أن المعقود عليه المنافع ، وقد تلف بعضها قبل قبضه فبطل العقد فيما تلف دون ما قبض ، كما لو اشترى صبرتين فقبض إحداهما وتلفت الأخرى قبل قبضها .

فإن كان المستأجر مختلف الأجر حسب اختلاف الأزمان كدار بسيف البحر إيجارها صيفا أكثر من أجرها شتاء ، أو دار بأسوان أجرها شتاء أكثر من أجرها صيفا أو دار لها موسم كدور مكة شرفها الله رجع فى تقويمه إلى أهل الخبرة ويقسط الأجر المسمى على حسب قيمة المنفعة كقسمة الثمن على الأعيان المختلفة فى البيع ، وكذلك لو كان الأجر على قطع المسافة وكانت معروفة بالأميال أو الكيلو مترات .

(القسم الثانى) أن يحدث على العين ما يمنع نفعها كدار انهدمت وأرض غرقت أو انقطع عنها الماء فهذه ينظر فيها فإن لم يبق فيها نفع أصلا فهى كالتالفة سواء ، وإن بقى فيها نفع غير ما استأجرها له انفسخت إلا فى انقطاع الماء لأنه لم يحدث فى المعقود عليه خلل يفسد العقد فأشبه ما لو نقص نفعها

مع بقائه ، فهو مخير بين الفسخ والامضاء ، فإن فسخ فعليه ما مضى من العقد، وإن اختار إمضاءه فعليه جميع الأجر لأن العيب إذا رضى به سقط حكمه .

فإذا انهدمت الدار أو مرض الخادم ، فإن الإجارة لا تنفسخ لبقاء المعقود عليه ولكن المستأجر بالخيار لأجل العيب الحادث المؤثر فى منفعته بين المقام والفسخ ، والخيار فيه على التراخى لا على الفور بخلاف الخيار فى البيع لأنه يتجدد بمرور الأوقات لحدوث النقص فيها فإن كان مرض الخادم مرضا لا يؤثر فى العمل نظر فيما استؤجر له من العمل ، فإن كان مما لا تعاف النفس مرضه فيه كالكنس والرعى وحرث الأرض فلا خيار للمستأجر ، وإن كان مما تعاف النفس مرضه فيه كخدمته فى مأكله ومشربه وملبسه فله الخيار .

وقال النووى فى الدار : تنفسخ بهدمها . وقال شمس الدين الرملى : فى الأصح وإن كانت الإجارة فى دار حرث شارعها أو دكان بطلت سوقه فلا خيار له لأنه عيب حدث فى غير المعقود عليه ، فإذا استأجر داراً فانهدم فيها حائط أو سقط فيها سقف نظر ، فإن لم يمكن سكنى الدار بانهدام حائطها وسقوط سقفها كان كما لو انهدم جميعها فى بطلان الاجارة فيها ، وإن أمكن سكناها لم تبطل الإجارة وكان مخيراً فى الفسخ للعيب الحادث وأما إن انهدم نصفها وبقى نصفها والباقى منها يمكن سكناه بطلت الاجارة فى النصف المنهدم ، وهى صحيحة فى النصف السليم والمستأجر بالخيار ، ومن جعل من أصحابنا الفساد الطارىء على بعض الصفقة كالفساد المقارن للصفقة خرج الاجارة فيما سلم من الدار على قولين .

فرع فإذا انهدمت الدار فبناها المؤجر لم تعد الاجارة فيها بعد فسادها إلا بعقد جديد ، لأن بطلانه يمنع من عوده إلا باستحداث عقد ولكن لو اشتركت وتشعبت فلم يختر المستأجر حين عمرها المؤجر ففى خيار المستأجر وجهان أحدهما : قد سقط لارتفاع موجبه ، والثانى : أنه باق بحاله لم تقدم من استحقاقه له ولكن لو رام المؤجر أن يمنع المستأجر من الفسخ حتى يعمرها له لم يكن ذلك للمؤجر ، وكان المستأجر على خيار .

فـــرع قال الشافعي رضى الله عنه : ولو اكترى أرضاً سنة فغصبها رجل لم يكن عليه كراء لأنه لم يسلم له ما اكترى ، قلت : ومن هنا نعلم أن الأرض إذا غصبت من يد المستأجر فله الفسخ ، وهل تبطل الاجارة بالغصب ؟ على قولين . أصحهما : باطلة والمستأجر برىء من أجرة مدة الغصب ، ولا يكون المستأجر خصما للغاصب فيها ، لأن خصم الغاصب إنما هو المالك أو وكيله وليس المستأجر مالكا ولا وكيلا فلم يكن خصما .

والقول الثانى : أن الاجارة لا تبطل لأن غاصبها ضامن لمنافعها لكن يكون المستأجر بحدوث الغصب مخيراً بين المقام أو الفسخ فإن فسخ سقطت عنه الأجرة ولم يكن خصما للغاصب فيها ، وإن أقام فعليه المسمى ويرجع بأجرة المثل على الغاصب ويصير خصما له فى الأجرة دون الرقبة ، إلا أن يبقى من مدة الاجارة شىء فيجوز أن يصير خصما فى الرقبة ليستوفى حقه من المنفعة والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وان أكرى نفسه فهرب ، أو أكرى عينا فهرب بها ـ نظرت ، فان كانت الاجارة على موصوف فى الذمة ـ استؤجر عليه من ماله كما لو أسلم اليه فى شىء فهرب ، فانه يبتاع عليه المسلم فيه ، وان لم يمكن الاستئجار عليه ثبت للمستأجر الخيار بين أن يفسخ وبين أن يصبر ، لأنه تأخر حقه فيثبت له الخيار ، كما لو أسلم فى شىء فتعذر ، وان كانت الاجارة على عين فهو بالخيار بين أن يفسخ وبين أن يصبر ، لأنه تأخر حقه فثبت له الخيار ، كما لو ابتاع عبداً فأبق قبل القبض ، فان لم يفسخ ـ نظرت ، فان كانت الاجارة على مدة ـ انفسخ العقد بمضى المدة يوما بيوم ، لأن المنافع تتلف بمضى الزمان، فانفسخ العقد بمضيه ، وان كانت على عمل معين لم ينفسخ لأنه يمكن استيفاؤه اذا وجده .

(فصـــل) وان غصبت العين المستاجرة من يد المستاجر ـ فان كان العقد على موصوف فى الذمة ـ طولب المؤجر باقامة عين مقامها على ما ذكرناه فى هرب المكرى ، وان كان على العين فللمستأجر أن يفسخ العقد ، لأنه تأخر حقه فثبت له الفسخ ، كما لو ابتاع عبداً فغصب فان لم يفسخ ـ فان كانت الاجارة على عمل ـ لم تنفسخ لأنه يمكن استيفاؤه اذا وجد ، وان كانت على مدة فانقضت ففيه قولان :

(أحدهما) ينفسخ العقد فيرجع المستأجر على المؤجر بالمسمى ، ويرجع المؤجر على الغاصب بأجرة المثل .

(والثانى) لا ينفسخ ، بل يخير المستأجر بين أن يفسخ ويرجع على المؤجر بالمسمى ؛ ثم يرجع المؤجر على الغاصب بأجرة المثل ، وبين أن يقر العقد ويرجع على الغاصب بأجرة المثل ، لأن المنافع تلفت فى يد الغاصب ، فصار كالمبيع اذا أتلفه الأجنبى . وفى المبيع قولان اذا أتلفه الأجنبى فكذلك ههنا .

(فصـــل) وان مات الصبى الذى عقد الاجارة على ارضاعه فالمنصوص أنه ينفسخ العقد ، لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه ، لأنه لا يمكن اقامة غـيره مقامه لاختلاف الصبيان فى الرضاع فبطل . ومن أصحابنا من خرج فيه قولا آخر أنه لا ينفسخ ، لأن المنفعة باقية وانما هلك المستوفى فلم ينفسخ العقد ، كما لو استأجر داراً فمات ، فعلى هذا ان تراضيا على ارضاع صبى آخر جاز . وان تشاحا فسخ العقد ، لأنه تعذر امضاء العقد ففسخ .

(فصـــل) وان استأجر رجلا ليقلع له ضرسا فسكن الوجع ، أو ليكحل عينه فبرئت ، أو ليقتص له فعفا عن القصاص ، انفسخ العقد على المنصوص فى المسئلة قبلها ، لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فانفسخ ، كما لو تعذر بالموت ، ولا ينفسخ على قول من خرج القول الآخر) .

الشرح إذا هرب الأجير أو شردت الدابة المستأجرة أو أخذ المؤجر العين وهرب بها ، أو منعه استيفاء المنفعة من غير هـرب على نحـو ما . لم تنفسخ الاجارة ، لكن يثبت للمستأجر خيار الفسخ ؛ فإن فسخ فلا كلام ، وإن لم يفسخ انفسخت الاجارة بمضى المدة يوما فيوما ، فإن عادت العين فى أثناء المدة استوفى ما بقى منها ، فإن انقضت المدة انفسخت الاجارة لفوات المعقود عليه ، وإن كانت الإجارة على موصوف فى الذمة ، كخياطة ثوب أو بناء حائط أو حمل إلى موضع معين استؤجر من ماله من يعمله ، كما لو أسلم إليه فى شىء فهرب ابتيع من ماله ، فإن لم يمكن ثبت للمستأجر الفسـخ ، فإن فسخ فلا كلام ، وإن لم يفسخ وصبر الى أن يقدر عليـه فله مطالبتـه بالعمل ، لأن ما فى الذمة لا يفوت بهربه وكل موضع امتنع الأجير من العمل فيه أو منع المؤجر المستأجر من الانتفاع إذا كان بعد عمل البعض فلا أجر له فيه على ما سبق ؛ إلا أن يرد العين قبل انقضاء المدة أو يتم العمـل ــ إن لم يكن على مدة ــ قبل فسخ المستأجر ، فيكون له أجر ما عمل .

فأما إن شردت الدابة أو تعذر استيفاء المنفعة بغير فعل المؤجر فله من الأجر بقدر ما استوفى بكل حال ، وإلى هذا كله ذهب الحنابلة .

فـــرع إذا غصبت العين المستأجرة من يد المستأجر ففيه قولان : أحدهما : للمستأجر الفسخ لأن فيه تأخير حقه ؛ فإن فسخ فالحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين سواء وإن لم يفسخ حتى انقضت مدة الإجارة فله الخيار بين الفسخ والرجوع بالمسمى ، وبين البقاء على العقد ومطالبة الغاصب بأجرة المثل ، لأن المعقود عليـــه لم يفت مطلقـــا بل إلى بدل وهو القيمة ، فأشبه ما لو أتلف الثمرة المبيعة آدمى قبل قطعها ، ويتخرج انفساخ العقد بكل حال على القول بأن منافع الغصب لا تضمن ، وهو محل خلاف بين أصحابنا ، وهو قول أصحاب الرأى وأصحاب أحمد .

(والثانى) لا تخيير ، بل ينفسخ ويرجع المستأجر على المؤجر بالمسمى ويرجع المؤجر على الغاصب بأجرة المثل وقول ثالث لم يذكره المصنف ، وهو قول ابن الرفعة : لا خيار ولا فسخ أخـــذاً من النص ؛ وقد اســـتشهد له الغزى قال الرملى فيه نظر . وقال الأذرعى هو مشكل وما أظن الأصـــحاب يسمحون به .

وإن كانت الاجارة على عمل فى الذمة كخياطة ثوب أو حمـــل شىء إلى موضع معين فغصبت الماكينة التى يخيط بها ، أو العربة التى يحمل عليهـــا ينفسخ العقد وللمستأجر مطالبة الأجير بعوض المغصوب وإقامة من يعمل العمل ، لأن العقد على ما فى الذمة كما لو وجد بالمسلم فيه عيبا فرده ، فإن تعذر البدل ثبت للمستأجر الخيار بين الفسخ أو الصبر إلى أن يقدر على العين المغصوبة فيستوفى منها .

فـــرع وتنفسخ الإجارة بموت الطفل ، لأنه يتعذر استيفاء المعقود عليه لأنه لا يمكن إقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان فى الرضاع واختلاف اللبن باختلافهم ، فإنه قد يدر على أحد الولدين دون الآخر ، وهذا هـــو منصوص الشافعى ، فإذا انفسخ العقد بطلت الإجارة من أصلها بالأجر كله وإن كان فى أثناء المدة رجع بحصة ما بقى .

ومن أصحابنا من خرج قولا آخر أنه لا ينفسخ ، لأن المنفعة باقية ببقاء المرضعة وإنما المستوفى هو الذى هلك والعقد باق بين المتعاقدين فاذا تراضيا على إرضاع صبى آخر جاز وإلا انفسخ العقد .

أما إذا ماتت المرضعة فإن الإجارة تنفسخ لفوات المنفعة بهلاك محلها . وحكى عن بعض أصحاب أحمد أنها لا تنفسخ ، وكذلك ذهب بعض الأصحاب وقالوا : يجب فى مالها أجر من ترضعه تمام الوقت لأنه كالدين .

فـــرع يجوز أن يستأجر طبيبا يخلع له ضرسه لأنها منفعـــة مباحة مقصودة فجاز الاستئجار على فعلها كالختـــان فإذا برأ الضرس قبل قلعـــه انفسخت الاجارة لأن قلعه سليما لا يجوز ، وإن لم يبرأ لكن امتنع المستأجر من قلعه لم يجبر عليه لأن إتلاف جزء من الآدمى محرم فى الأصل وإنما أبيح القلع إذا صار بقاؤه ضررا ، والأمر مفوض إلى الإنسان فى نفسه إذا كان أهلا لذلك . وصاحب الضرس أعلم بمضرته ومنفعته . وكذلك إذا استأجر طبيبا فى الرمد ليكحل عينه بالنترات والأكاسيد فلم تبرأ عينه استحق الأجر وبه قال أكثر الفقهاء .

وقال مالك : إنه لا يستحق أجراً حتى تبرأ عينه ، ولم يحك ذلك أصحابه، وهو فاسد لأن المستأجر قد وفى العمل الذى وقع العقد عليه فوجب له الأجر وإن لم يحصل الغرض ، كما لو استأجره لبناء حائط يوما أو لخياطة قميص فلم يتمه فيه فإن برأت عينه فى أثناء المدة انفسخت الاجارة فيما بقى مـــن المدة ، لأنه قد تعذر العمل فأشبه ما لو حجر عنـــه لأمـــر غالب ، وكذلك لو مات ، فإن امتنع من العلاج فلم يستعمله مع بقاء المرض استحق الطبيب الأجر بمضى المدة كما لو استأجره يوما للبناء فلم يســـتعمله فيـــه ، فأما إن شارطه على البرء فإن مذهبنا ومذهب أحمد بن حنبل أن ذلك يكون جعالة فلا يستحق شيئا حتى يتحقق البرء ، سواء وجد قريباً أو بعيدا ، فإن برىء بغير دوائه أو تعذر علاجه لموته أو غير ذلك من الموانع التى هى من جهـــة المستأجر فله أجر مثله ، كما لو عمل العامل فى الجعالة ثم فسخ العقد ، وإن امتنع لأمر من جهة الجاعل أو غير الجاعل فلا شىء له على تفصيل ســـيأتى فى الجعالة إن شاء الله .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وان مات الأجير فى الحج قبل الاحرام ـ نظرت ، فان كان العقد على حج فى الذمة ـ استؤجر من تركته من يحـج ، فان لم يمكـن ثبت للمستأجر الخيار فى فسخ العقد كما قلنا فى السلم ؛ وأن كان على حجه بنفسه انفسخ العقد ، لأنه تلف المعقود عليه قبل القبض ، فان مات بعد ما أتى بجميع الأركان ، وقبل المبيت والرمى سقط الفرض لأنه أتى بالأركان ، ويجب فى تركته الدم لما بقى كما يجب ذلك فى حج نفسه .

وان مات بعد الاحرام وقبل ان يأتى بالأركان فهل يجوز أن يبنى غـيره على عمله ؟ فيه قولان ، قال فى القديم : يجوز ، لأنه عمل تدخله النيابة ، فجاز البناء عليه كسائر الأعمال . وقال فى الجديد : لا يجوز . وهو الصحيح . لأنه عبادة يفسد أولها بفساد آخرها فلا تتأدى بنفسين كالصوم والصلاة . فان قلنا : لا يجوز البناء فان كانت الاجارة على عمل الأجير بنفسه بطلت ، لأنه مات المعقود عليه ، ويستأجر المستأجر من يستانف الحج .

وان كانت الاجارة على حج فى الذمة لم تبطل . لأن المعقود عليه لم يفت بموته . فان كان وقت الوقوف باقيا استؤجر من تركته من يحج وان فات وقت الوقوف فللمستأجر أن يفسخ لأنه تأخر حقه فثبت له الفسخ .

وان قلنا : يجوز البناء على فعل الأجير ـ فان كانت الاجارة على فعـــل الأجير بنفسه ـ بطلت لأن حجه فات بموته . فان كان وقت الوقوف باقيـاً أقام المستأجر من يحرم بالحج ويبنى على عمل الأجير ، وان كان بعد فوات وقت الوقوف أقام من يحرم بالحج ويتم . وقال أبو اسحاق : لا يجوز للبانى أن يحرم بالحج ، لأن الاحرام بالحج فى غير أشهر الحج لا ينعقد ، بل يحـــرم بالعمرة ويتم ، والصحيح هو الأول ، لأنه لا يجوز أن يطوف فى العمرة ويقع عن الحج ، وقوله : ان الاحرام بالحج لا ينعقد فى غير أشهر الحج لا يصح لأن هذا بناء على احرام حصل فى أشـــهر الحج ، وان كانت الاجارة على حـج فى الذمة استؤجر من تركة الأجير من يبنى على احرامه على ما ذكرناه .

فصـــل ومتى انفسخ العقد بالهلاك او بالرد بالعيب أو بتعذر المنفعـة بعد استيفاء بعض المنفعة قسم المسمى على ما استوفى وعلى ما بقى ، فما قابل المستوفى استقر ، وما قابل الباقى سقط ، كما يقسم الثمن على ما هلك من المبيع وعلى ما بقى ، فاذا كان ذلك مما يختلف رجع فى تقويمه الى أهـــل الخبرة ، وان كان العقد على الحج فمات الأجير أو أحصر ـ نظرت ، فان كان بعد قطع المسافة وقبل الاحرام ـ ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبى اسحاق : انه لا يستحق شيئا من الأجرة بناء على قوله فى الأم ان الأجرة لا تقابل قطع المسافة وهو الصحيح ، لأن الأجـرة

في مقابلة الحج وابتداء الحج من الاحرام ، وما قبله من قطع المسافة تسبب الى الحج وليس بحج ، فلم يستحق مقابلته أجرة ، كما لو استأجر رجلا ليخبز له فأحضر الآلة وأوقد النار ومات قبل أن يخبز .

(والثاني) وهو قول أبي سعيد الاصطخري وأبي بكر الصيرفي أنه يستحق من الأجرة بقدر ما قطع من المسافة بناء على قوله في الاملاء أن الاجرة تقابل قطع المسافة والعمل ، لأن الحج لا يتأدى الا بهما فقسطت الأجرة عليهما .

وان كان بعد الفراغ من الأركان وقبل الرمي والمبيت ففيه طريقان :

(احدهما) يلزمه أن يرد من الأجرة بقدر ما ترك قولا واحداً لأنه ترك بعض ما استؤجر عليه فلزمه رد بدله ، كما لو استؤجر على بناء عشرة أذرع فبنى تسعة .

ومنهم من قال : فيه قولان :

(أحدهما) يلزمه لما ذكرناه (والثاني) لا يلزمه لأن ما دخل على الحج من النقص بترك الرمي والمبيت جبره بالدم ، فصار كما لو لم يتركه ، وان كان بعد الاحرام وقبل أن يأتي بباقي الأركان ففيه قولان :

(أحدهما) لا يستحق شيئا كما لو قال : من رد عبدي الآبق فله دينار ، فرده رجل الى باب البلد ثم هرب .

(والثاني) أنه يستحق بقدر ما عمله وهو الصحيح ، لأنه عمل بعض ما استؤجر عليه ، فأشبه اذا استؤجر على بناء عشرة أذرع فبنى بعضها ثم مات .

فاذا قلنا انه يستحق بعض الأجرة فهل تقسط الأجرة على العمل والمسافة ، أو على العمل دون المسافة ؟ على ما ذكرناه من القولين) .

الشرح إذا مات الأجير في أثناء الحج فله أحوال :

١ ــ يموت بعد الشروع في الأركان وقبل الفراغ منها .

٢ ــ أن يموت بعد الشروع في السفر وقبل الإحرام .

٣ ــ أن يموت بعد الفراغ من الأركان وقبل الفراغ من باقي الأعمال .

فأما الأولى وهي الموت بعد الشروع وقبل الفراغ من الأركان ففي استحقاق الأجرة قولان مشهوران أوردهما المصنف هنا (أحدهما) لا يستحق

شيئاً لأنه لم يحصل المقصود فهو كما لو قال : من رد ضالتى فله دينار فرده إلى باب الدار ثم هربت أو ماتت فإنه لا يستحق شيئاً ، وأصحهما عند المصنف ، ووافقه النووى والأصحاب يستحق بقدر عمله ، لقيامه بجزء مما استؤجر له فوجب له بقدره كمن استؤجر لقطع عشرة أميال فقطع بعضها أو باع عشرة أذرع فبنى بعضها ثم مات فإنه يستحق بقدره بخلاف الجعالة فإنها ليست عقداً لازما ، ولكنها التزام بشرط فان لم يوجد الشرط تاما فانه لا يلزمه شيء كالطلاق المعلق ، ونقل النووى عن الشيخ أبى حامد والأصحاب القول الأول وهو نص الشافعى فى القديم والثانى) نصه فى الجديد والأم وهو الأصح .

وسواء مات بعد الوقوف بعرفة أو قبله ففيه القولان ، هذا هو المذهب .

وحكى الرافعى وجها شاذاً أنه يستحق بعده . ثم فى استحقاقه ــ إذا قلنا به ــ هل يكون على الأعمال والمسافة معا أم على الأعمال فقط ؟ قولان . أصحهما على الأعمال والمسافة جميعاً عند الأكثرين ؛ وممن صححه الرافعى، وأصحهما عند المصنف وطائفة على الأعمال فقط ، وفى المسألة طريق آخر ساقه النووى عن ابن سريج أنه إن قال : استأجرتك لتحج عنى قسط على العمل فقط ، وإن قال لتحج من بلد كذا قسط عليهما جميعا ، وحمل القولين على هذين الحالين .

وأما الحال الثانية : وهى أن يموت قبل الاحرام وبعد الشروع فى السفر، ففيه وجهان مشهوران الصحيح ومنصوص الشافعى فى القديم والجديد ، وبه قطع الجمهور : لا يستحق شيئاً من الأجرة لأنه لم يقم بشيء من أعمال الحج ، وليست المسافة بسبب الحج من الحج كما لو أجر خبازاً ليخبز له فاستحضر أدواته وأوقد تنوره ثم مات قبل أن يخبز فلا استحقاق له ، وساق النووى تعليلا لغير المصنف بأنه لم يحصل شيئاً من المقصود .

(والوجه الثانى) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى وأبى بكر الصيرفى : يستحق من الأجرة بقدر ما قطع من المسافة . وحكى الرافعى وجهاً ثالثاً عن

أبى الفضل بن عبدان أنه إن قال : استأجرتك لتحج من بلد كذا استحق بقسطه ، ثم فى البناء على فعل الأجير نظر ، إن كانت إجارة عين انفسخت ولا بناء لورثة الأجير كما لو لم يكن له أن يستنيب ، وهل للمستأجر أن يستأجر من يبنى ؟ فيه القولان السابقان فى الفرع قبله فى جواز البناء ، وإن كانت الاجارة على الذمة ، فان قلنا : لا يجوز البناء فلورثة الأجير أن يستأجروا من يستأنف الحج عن المستأجر ، فإن أمكنهم فى تلك السنة لبقاء الوقت فذاك ، وإن تأخر إلى القابل ثبت الخيار فى فسخ الإجارة ، فإن جوزنا البناء فلورثة الأجير أن يبنوا .

وأما الحالة الثالثة : وهى موته قبل الفراغ من الأعمال بعد أدائه الأركان فينظر ، إن كان قد فات وقتها أو لم يفت ولم نجوز البناء يجبر الباقى بالدم من مال الأجير ، وفى رد شىء من الأجرة الخلاف فيمن أحرم بعد مجاوزة الميقات ولم يعد إليه وجبره بالدم ، المذهب وجوب الرد وإن جوزنا البناء وكان الوقت متسعا فإن كانت الاجارة على العين انفسخت فى الباقى من الأعمال ، ووجب رد ما يقابلها من الأجرة ، ويستأجر المستأجر من يرمى ويبيت ، ولا حاجة إلى الإحرام لأن الرمى والمبيت يؤديان بعد التحلل ، ولا يلزم بذلك دم ولا شىء من الأجرة ، هكذا ذكره المتولى وغيره ، والله تعالى أعلم بالصواب .

فـــرع إذا وقعت الإجارة على عين مثل أن يستأجر عبداً للخدمة أو لرعاية الغنم أو جملا للحمل أو للركوب فتلفت انفسخ العقد بتلفها ، وإن خرجت مستحقة تبينا أن العقد باطل ، وإن وجد بها عيباً فردها انفسخ العقد ولم يملك إبدالها ، لأن العقد على معين فثبتت هذه الأحكام كما لو اشترى عيناً وإن وقعت على عين موصوفة فى الذمة انعكست هذه الأحكام ، فمتى سلم إليه عيناً فتلفت لم تنفسخ الإجارة ، ولزم المؤجر إبدالها ، وإن خرجت مغصوبة لم يبطل العقد ولزم بدلها ، وإن وجد بها عيباً فردها فكذلك ، لأن المعقود عليه غير هذه العين وهذه بدل عينه فلم يؤثر تلفها ولا غصبها ولا ردها بعيب فى إبطال العقد كما لو اشترى بثمن فى الذمة على ما مضى فى موضعه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان أجر عبداً ثم أعتقه صح العتق لأنه عقد على منفعة فلم يمنع العتق ، كما لو زوج أمته ثم أعتقها ، ولا تنفسخ الاجارة كما لا ينفسخ النكاح ، وهل يرجع العبد على مولاه بالأجرة ؟ فيه قولان (قال فى الجديد) : لا يرجع ، وهو الصحيح لأنها منفعة استحقت بالعقد قبل العتق ، فلم يرجع ببدلها بعد العتق ، كما لو زوج أمته ثم أعتقها . وقال فى القديم : يرجع لأنه فوت بالاجارة ما ملكه من منفعته بالعتق ، فوجب عليه البدل ، فان قلنا : يرجع بالأجرة ، كانت نفقته على نفسه ، لأنه ملك بدل منفعته فكانت نفقته عليه ، كما لو أجر نفسه بعد العتق ، وان قلنا : لا يرجع بالأجرة ففى نفقته وجهان :

(أحدهما) أنها على المولى ، لأنه كالباقى على ملكه بدليل أنه يملك بـدل منفعته بحق الملك ، فكانت نفقته عليه .

(والثانى) أنها فى بيت المال لأنه لا يمكن ايجابها على المولى ، لأنه زال ملكه عنه ، ولا على العبد لأنه لا يقدر عليها فى مـدة الاجارة ، فكانت فى بيت المال) .

الشرح إذا أجر عبده مدة ثم أعتقه فى أثنائها صح العتق ولم يبطل عقد الإجارة وهل يرجع العبد على مولاه بالأجرة ؟ (قال فى القديم) : يرجع على مولاه بأجر المثل ، لأن المنافع تستوفى منه بسبب كان من جهة السـيد فرجع به عليه كما لو أكرهه بعد عتقه على ذلك العمل .

(وقال فى الجديد) لا يرجـع على مـولاه بشىء وهو مذهب أحمـد وأصحابه ، لأنها منفعة استحقت بالعقد قبل العتق فلم يرجع ببدلها ، كمـا لو زوج أمته ثم أعتقها بعد دخول الزوج بها ، فإن ما يستوفيه السيد لا يرجع به عليه ، ويخالف المكره ، فإنه تعدى بذلك .

وقال أبو حنيفة : للعبد الخيار فى الفسخ أو الامضاء ، كالصبى إذا بلغ للمعنى الذى ذكره هنا . ولنا أنه عقد لازم عقده على ما يملكه فلا ينفسـخ بالعتق ولا يزول ملكه عنه ، كما لو زوج أمته ثم باعها .

اذا ثبت هذا ففى نفقته وجهان (أحدهما) أنها على معتقه لأنه كالباقى على ملكه بدليل أنه يملك عوض نفعه ، ولأن العبد يقدر على نفقة نفسـه

لأنه مشغول بالإجارة (والثانى) أنها فى بيت المال وقال أحمد بن حنبل : إذا كانت النفقة مشروطة على المستأجر فهى عليه كما كانت ؛ وإن لم تكن مشروطة عليه فهى على معتقه قولا واحداً لأنه كالباقى على ملكه والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وان أجر عينا ثم باعها من غير المستأجر ففيه قولان :

(أحدهما) : أن البيع باطل لأن يد المستأجر تحول دونه فلم يصح البيع ، كبيع المغصوب من غير الغاصب ، والمرهون من غير المرتهن .

(والثانى) : يصح لأنه عقد على المنفعة فلم يمنع صحة البيع . كما لو زوج أمته ثم باعها ، ولا تنفسخ الاجارة كما لا ينفسخ النكاح فى بيع الأمة المزوجة . وان باعها من المستأجر صح البيع قولا واحداً ، لأنه فى يده لا حائل دونه فصح بيعها منه ، كما لو باع المغصوب من الغاصب ، والمرهون من المرتهن ، ولا تنفسخ الاجارة بل يستوفى المستأجر المنفعة بالاجارة ، لأن الملك لا ينـــافى الاجارة ، والدليل عليه أنه يجوز أن يستأجر ملكه من المستأجر ، فاذا طرأ عليها لم يمنع صحتها ، وان تلفت المنافع قبل انقضاء المدة انفسخت الاجارة ورجع المشترى بالأجرة لما بقى على البائع .

(فصـــل) فان أجر عينا من رجل ثم مات أحدهما لم يبطل العقد ، لأنه عقد لازم فلا يبطل بالموت مع سلامة المعقود عليه كالبيع ، فان أجر وقفـا عليه ثم مات ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يبطل لأنه أجر ما يملك اجارته ، فلم يبطل بموته كما لو أجر ملكه ثم مات فعلى هذا يرجع البطن الثانى فى تركة المؤجر بأجرة المدة الباقية ، لأن المنافع فى المدة الباقية حق له ، فاستحق أجرتها .

(والثانى) تبطل لأن المنافع بعد الموت حق لغيره فلا ينفذ عقده عليها من غير اذن ولا ولاية ، ويخالف اذا أجر ملكه ثم مات ، فان الوارث يملك من جهة الموروث ، فلا يملك ما خرج من ملكه بالاجارة والبطن الثانى يملك غلة الوقف من جهة الواقف ، فلم ينفذ عقد الأول عليه ، وان أجر صبيا فى حجره أو أجر ماله ثم بلغ ففيه وجهان :

أحدهما : لا يبطل العقد لأنه عقد لازم ، عقـده بحق الولاية فلا يبطـل بالبلوغ ، كما لو باع داره .

(والثانى) يبطل لأنه بان بالبلوغ أن تصرف الولى الى هـــذا الوقت ، والصحيح عندى فى المسائل كلها أن الاجارة لا تبطل وبالله التوفيق) .

الشرح قال المـــاوردى فى الحـــاوى الكبـــير : فإذا بيعت الدار المستأجرة فذلك ضربان .

أحدهما : أن تباع على المستأجر فالبيع جائز والاجارة بحالها ، ويصـــير جامعاً بين ملك المنفعة بالاجارة والرقبة بالبيع ، والفرق بين أن يرثها المستأجر فتبطل الاجارة وبين أن يبتاعها فلا تبطل وأنه بالارث صار قائماً مقام المؤجر فلم يجز له عقد على نفسه ، وهو بالبيع لا يقوم مقام البائع إلا فيما ســـمى بالعقد .

والضرب الثانى : أن تباع على أجنبى غير المستأجر ؛ ففى البيع قولان : (أحدهما) أنه باطل والاجارة لحالها لأن يد المستأجر ممنوعة بحق فصارت أسوأ حالا من المغصوب الذى يمنع يد المشترى منه بظلم .

(والقول الثانى) وهو الصحيح أن البيع صحيح والاجارة لازمة لأن ثبوت العقد على المنفعة لا يمنع من بيع الرقبة كالأمة المزوجة ، فعلى هـــذا إن كان المشترى عالما بالأجرة فلا خيار له والأجرة للبـــائع لأنه قد ملكهـــا بعقده ، وإن كان غير عالم فله الخيار بين المقام والفسخ . اهـ

قلت : وقد نص أحمد رضى الله عنه على صحة البيع ســـواء باعهـــا من المستأجر أو من غيره . وهو أحد قولى الشـــافعى رضى الله عنـــه . وقال فى الآخر : إن باعها لغير المستأجر لم يصح البيع ، لأن يد المستأجر حائلة تمنع التسليم إلى المشترى فمنعت الصحة كما فى المغصوب .

فإذا ثبت هذا فإن المشترى يملك المبيع مسلوب المنفعة إلى حين انقضاء الاجارة ، ولا يستحق تسليم العين إلا حينئذ ، لأن تســـليم العين إنما يراد لاستيفاء نفعها ؛ ونفعها إنما يستحقه إذا انقضت الاجارة فيصير هذا بمنزلة من اشترى عينا فى مكان بعيد ، فإنه لا يستحق تسليمها إلا بعد مضى مـــدة

يمكن إحضارها فيها ، كالمسلم إلى وقت لا يستحق تسليم المسلم فيه إلا فى وقته ، فإن لم يعلم المشترى بالاجارة فله الخيار بين الفسخ وإمضاء البيع بكل الثمن . لأن ذلك عيب ونقص . وعلى هذا إذا اشتراها المستأجر صح البيع أيضاً . لأنه يصح بيعها لغيره فله أولى لأن العين فى يده ، وهل تبطل الإجارة ؟ لا تبطل الاجارة عندنا قولا واحداً . وعند أحمد وأصحابه وجهان :

(أحدهما) وهو المذهب عندنا عدم البطلان لأنه تملك المنفعة بعقد ثم ملك الرقبة المسلوبة بعقد آخر فلم يتنافيا ، كما يملك الثمرة بعقد ثم يملك الأصل بعقد آخر ، ولو أجر الموصى بالمنفعة مالك الرقبة صحت الإجارة ، فدل على أن ملك المنفعة لا ينافى العقد على الرقبة . كذلك لو استأجر المالك العين المستأجرة من مستأجرها جاز . فعلى هذا يكون الأجر باقيا على المشترى وعليه الثمن ويجتمعان للبائع كما لو كان المشترى غيره .

والوجه الثانى : تبطل الاجارة فيما بقى من المدة لأنه عقد على منفعة العين فبطل ملك العاقد للعين كالنكاح ، فإنه لو تزوج أمة ثم اشتراها بطل نكاحه ، قالوا : ولأن ملك الرقبة يمنع ابتداء الاجارة فمنع استدامته كالنكاح ، فعلى هذا يسقط عن المشترى الأجر فيما بقى من الاجارة بتلف العين ، وإن كان المؤجر قد قبض الأجر كله حسب عليه باقى الأجر من الثمن والله تعالى أعلم .

فرع قال المزنى : قال الشافعى ولا يفسخ بموت أحدهما إذا كانت الدار قائمة وليس الوارث بأكثر من الموروث الذى عنه ورثوا . اهـ

اذا ثبت هذا فإن عقد الاجارة لازم لا ينفسخ بموت المؤجر ولا المستأجر وبه قال مالك وأحمد وإسحاق . وقال أبو حنيفة وسفيان والليث ابن سعد : الاجارة تبطل بموت المؤجر والمستأجر استدلالا بأن عقود المنافع تبطل بموت العاقد كالنكاح والمضاربة والوكالة ولأن الاجارة تفتقر إلى مؤجر ومؤاجر فلما بطلت بتلف المؤاجر بطلت بتلف المؤجر ، وتحريره قياسا على أنه عقد اجارة يبطل بتلف المؤاجر فوجب أن يبطل بتلف الموجر قياساً عليه إذا أجر نفسه ، ولأن زوال ملك المؤجر عن رقبة المؤاجر يوجب فسخ

الإجارة قياساً عليه إذا باع ما أجره برضى المستأجر ، ولأن منافع الاجارة إنما تستوفى بالعقد والملك ، وقد زال ملك المؤجر بالموت وإن كان عاقداً والوارث لا عقد عليه وإن صار مالكا ، فصارت متنقلة من العاقد إلى من ليس بعاقد ، فوجب أن يبطله لتنافى اجتماع العقد والملك .

ودليلنا هو أن ما لزم من عقود المعاوضات المحضة لم ينفسخ بموت أحد المتعاقدين كالبيع فإن قيل : ينتقض بموت من أجر نفسه لم يصح لأن العقد إنما يبطل بتلف المعقود عليه لا بموت العاقد ، ألا تراه لو كان حيا فزمن بطلت الاجارة ، وإن كان العاقد حيا ، ولأن السيد قد يعاوض على بضع أمته بعقد النكاح كما يعاوض على خدمتها بعقد الاجارة فلما لم يكن موته مبطلا للعقد على بضعها لم يبطل بالعقد على استخدامها . ويتحرر من هذا الاعتلال قياسان :

(أحدهما) أنه عقد لازم على منافع ملكه فلم يبطل بموته كالنكاح على أمته .

(والثانى) أنه أحد منفعتى الأمة فلم يبطل بموت السيد كالمنفعة الأخرى، ولأن المنافع قد تنتقل بالمعاوضة كالأعيان فجاز أن تنتقل بالارث كالأعيان ويتحرر من هذا الاعتلال قياسان :

(أحدهما) أن ما صح أن ينتقل بعوض صح أن تنقل به المنافع فى الاجارات ولأن بالموت يعجز عن إقباض ما استحق تسليمه بعقد الاجارة فلم يبطل بعد العقد كالجنون والزمانة ، ولأنه عقد لا يبطل بالجنون فلم يبطل بالموت كالبيع ، ولأن منافع الأعيان مع بقاء ملكها قد يستحق بالرهن تارة وبالإجارة أخرى . فلما كان ما تستحق منفعته بارتهانه إذا انتقل ملكه بالموت لم يوجب بطلان رهنه وجب أن يكون ما استحقت منفعته بالإجارة إذا انتقل ملكه بالموت لم يوجب بطلان إجارته ، وقد استدل الشافعى بهذا فى الأم .

ولأن الوارث إنما يملك بالإرث ما كان يملكه المورث والموروث إنما كان يملك الرقبة دون المنفعة فلم يجز أن يصير الوارث مالكا للرقبة والمنفعة ،

ولأن إجارة الوقف لا تبطل بموت مؤجره بوفاق أبي حنيفة . وإن قال بعض أصحابنا : تبطل ، فكذلك إجارة الملك لا تبطل بموت مؤجره كالوقف .

وأما الجواب عن قياسه على النكاح والمضاربة مع انتقاضه بالوقف فهو أنه إن رده إلى النكاح فالنكاح لم يبطل بالموت ، وإنما انقضت مدته بالموت فصار كانقضاء مدة الاجارة وان رده الى المضاربة والوكالة فالمعنى فيهما عدم لزومهما فى حال الحياة ، وجواز فسخهما بغير عذر ، وليست الاجارة كذلك للزومها فى حال الحياة .

(وأما الجواب) عن قياسه على انهدام الدار ، فهو أن المعنى فيه فوات المعقود عليه قبل قبضه .

(وأما الجواب) عن قياسه على ما إذا باع ما أجر برضى المستأجر فهو غير مسلم الأصل لأن الاجارة لا تبطل بالبيع عن رضاه كما لا تبطل بالبيع عن سخطه ، وإنما البيع مختلف فى إبطاله ثم ينتقض على أصله بعتق العبد المؤاجر قد زال ملك سيده عن رقبته مع بقاء الاجارة عليها ، فكذلك إذا زال بالبيع والموت .

(وأما الجواب) عن استدلاله بأن المنافع تستوفى بعقد وملك وهذا مفترق بالموت ، فهو أن اجتماعهما يعتبر عند العقود ولا يعتبر فيما بعد كما لو أعتق أو باع ولا يمتنع أن يستوفى من يد الوارث ما لم يعاقد عليه كما يستوفى منه ثمن ما اشتراه الموروث ويقبض منه أعيان ما ترك الموروث لأن المورث قد ملك عليه ذلك بعقده فلم يملكه الوارث بموته .

فأما قول الشافعى : فإن قيل : فقد انتفع المكترى بالثمن قيل : كما لو أسلم فى متاع لوقت فانقطع ذلك أو ابتاع متاعا غائبا ببلد ودفع الثمن فهلك المتاع رجع بالثمن وقد انتفع به البائع فهذا سؤال أورده الشافعى ، وقد اختلف أصحابنا فى مراده فقال أبو إسحاق المروزى : أراد به الرد على من أجل الأجرة ومنع من حلولها لئلا ينتفع المكرى بالأجرة قبل انتفاع المكترى بالمنفعة ، وقد تنهدم الدار فتفوت المنفعة فقال الشافعى : مثل هذا ليس

يمتنع كما أن بائع السلم قد يتعجل مقتضى الثمن وينتفع به وقد يهلك المسلم فيه عند محله فيسترجع ثمن ما انتفع به البائع دون المشترى ، وكما يقبض غائب عنه فيتلف قبل قبضه فيرد ثمنه بعد الانتفاع به وقال أبو العباس ابن سريج : يحتمل أن يريد به الرد على من أبطل الاجارة بموت المؤجر لئلا ينتفع المؤجر بالأجرة ويلزم وارثه تسليم المنفعة فأجاب عنه بما ذكرنا من الجوابين .

وقال أبو حامد الاسفراييني : إنما أراد به أن انهدام الدار وموت العبد فى تضاعيف المدة يبطل الإجارة فيما بقى ويوجب أن يرد من الأجرة بقسطها ، وإن انتفع المكرى بها ولم ينتفع المكترى بما قابلها فأجاب بما ذكرنا من انتفاع البائع بثمن المسلم فيه وتلف العين الغائبة .

وقال المزنى : هذا تجويز بيع الغائب ، وعنه جوابان (أحدهما) أنه محمول على أحد قوليه (والثانى) أنه محمول على بيع غائب قدراه .

فإذا ثبت أن إجارة الملك لا تبطل بموت المؤجر والمستأجر انتقل الكلام إلى إجارة الوقف ، فإن أجر ولا حق له فى غلته صحت إجارته ولم تبطل بموته لأنه لم يؤجر ملكه وإنما ناب عن غيره ، وإن أجره من يستحق غلته ويستوجب أجرته لكونه وقفا عليه فقد اختلف أصحابنا فى بطلان الإجارة بموته على وجهين .

(أحدهما) وهو قول أبى على بن أبى هريرة : أن الإجارة قد بطلت بموته وانتقال المنفعة إلى غيره ، وفرق بين الملك والوقف بأن وارث الملك يملك عن المؤجر فلم يملك ما خرج عن ملك المؤجر ، وليس كذلك الوقف ، لأن مؤجره يملك منفعته مدة حياته ، فإذا فقد انقطع ملكه وانتقل إلى من بعده بشرط الوقف بالإرث .

(الوجه الثانى) وهو الأظهر : الاجارة لا تبطل لأن مؤجره وال قد أجره فى حق نفسه وحق من بعده بولايته ، فإذا انقضى حقه بموته صحت

إجارته فى حق من بعده بولايته فإن كان قد استوفى الأجرة استرجع من تركته أجرة ما بقى من المدة بعد موته .

وإذا استأجر الرجل من أبيه داراً سنة ودفع إليه الاجرة ثم مات الأب نظرت فإن لم يكن له غير هذا الابن المستأجر فقد سقط حكم الإجارة لأنه صار مالكا للدار والمنفعة إرثاً فامتنع بقاء عقده على المنفعة،فإن لم يكن على أبيه دين فقد صارت الدار مع التركة إرثاً وان كان على أبيه دين ضرب مع الغرماء بقدر الأجرة ، لأنها صارت بانفساخ الاجارة بالإرث ديناً على الأب فساوى الغرماء فيها ، فلو كان للأب ابن آخر انفسخت الاجارة فى نصف الدار وهو حصة المستأجر ولزمت فى حصة الابن الآخر ورجع المستأجر منهما بنصف الأجرة فى تركة أبيه لأنها صارت دينا عليه . فإذا أجر الأب أو الوصى صبيا ثم بلغ الصبى فى مدة الاجارة رشيداً فالاجارة لازمة لا تنفسخ ببلوغه والله تعالى أعلم .

فرع فى مذاهب العلماء فى عمل السمسار

يجوز أن يستأجر سمساراً يشترى له ما يشتهيه ، وبه قال أحمد بن حنبل وقد رخص فيه ابن سيرين وعطاء والنخعى ، وكرهه الثورى وحماد ابن سلمة .

ويجوز على مدة معلومة مثل الأسبوع والأسبوعين ويجعل له أجراً معلوماً على عمل معلوم . فإن عين العمل دون الزمان فجعل له من كل ألف درهم شيئاً معلوماً صح أيضاً . وإن قال : كلما اشتريت ثوبا فلك درهم أجراً وكانت الثياب معلومة بصفة أو مقدرة بثمن جاز .

وقال أحمد بن حنبل : إذا لم تكن الثياب معلومة بصفة أو مقدرة بثمن لم يجز ، لأن الثياب تختلف باختلاف أثمانها والأجر يختلف باختلافها ، فإن اشترى فله أجر مثله . وهذا قول أبى ثور وابن المنذر لأنه عمل عملا بعوض لم يسلم له فكان له أجر المثل كسائر الإجارات .

وإذا استأجره ليبيع له ثيابا بعينها صح وبه قال أحمد بن حنبل . وقال أبو حنيفة : لا يصح لأن ذلك يتعذر عليه فأشبه ضراب الفحل وحمل الحجر الكبير .

ولنا أنه عمل مباح تجوز النيابة فيه وهو معلوم فجاز الاستئجار عليه كشراء الثياب ، ولأنه يجوز عقد الإجارة عليه مقدراً بزمن فجاز مقدراً بالعمل كالخياطة وقولهم : إنه غير ممكن لا يصح ، فان الثياب لا تنفك عن راغب فيها ، ولذلك صحت المضاربة ، ولا تكون الا بالبيع والشراء بخلاف ما قاسوا عليه فإنه متعذر .

وإن استأجره على شراء ثياب معينة احتمل ألا يصح لأن ذلك لا يكون إلا من واحد وقد لا يبيع فيتعذر تحصيل العمل بحكم الظاهر بخلاف البيع . وان استأجره فى البيع لرجل بعينه فهو كما لو استأجره لشراء ثياب بعينها . ويحتمل أن يصح لأنه ممكن فى الجملة . فإن حصل من ذلك شىء استحق ، وإلا بطلت الاجارة كما لو لم يعين البائع ولا المشترى .

قال مالك : لا ضمان على السمسار الخير بفتح الخاء وكسر الياء المشددة أى ذى خير وأمانة إذا ادعى ضياع شىء مما بيده بغير تفريط ولا تعد كذا أفتى ابن رشد وقال الصاوى : وقيل لا ضمان عليه مطلقاً وقال عياض : هو المعروف من مالك وأصحابه لأنهم وكلاء وليسوا بصناع .

فرع فى مذاهب العلماء فى عمل الخادم

يجوز أن يستأجر لخدمته من يخدمه كل شهر بشىء معلوم ، وسواء كان الأجير رجلا أو امرأة حراً أو عبداً . وبهذا قال أبو حنيفة وأحمد وأبو ثور ، لأنه تجوز النيابة فيه . ولا يختص عامله بكونه من أهل القربة . ومقتضى قياس المذهب أن أجير المشاهرة يحق له أن يشهد الجمعات والأعياد .

وقال أحمد : لا يشترط ذلك . قيل له : فيتطوع بالركعتين ؟ قال : ما لم

يضر بصاحبه إنما أباح له ذلك لأن أوقات الصلاة مستثناة من الخدمة . ولهذا وقعت مستثناة فى حق المعتكف بترك معتكفه لها .

وقال ابن المبارك : لا بأس أن يصلى الأجير ركعات السنة وقال أبو ثور وابن المنذر وجهه ليس له منعه منها . وقال أحمد : يجوز للرجل أن يستأجر الأمة والحرة للخدمة ولكن يصرف عن الحرة النظر وليست الأمة مثل الحرة. ولا يخلو معها فى بيت ولا ينظر إليها متجردة ، ولا إلى شعرها . انما قال ذلك لأن حكم النظر بعد الاجارة كحكمه قبلها ، وفرق بين الأمة والحرة لأنهما يختلفان قبل الاجارة فكذلك بعدها .

فرع فى مذاهب العلماء فى استئجار الناسخ والطابع للكتب

يجوز أن يستأجر ناسخاً لينسخ له كتب فقه أو حديث أو تفسير أو ديوان شعر مباح على ما سيأتى فى الشهادات من بيان الشعر المباح وغيره . كما يجوز أن يؤجر من يصف الحروف ومن يطبعها ، ومن يقرأ له تجارب الطبع قبل إعطاء أمر الطبع ، كل ذلك مقدراً بالصفحة أو الملزمة وعدد السطور وعرضها وطولها ، وسمك الحروف وصغرها وكبرها . وبهذا يأخذ أحمد فى قياس مذهبه على ما نص عليه أحمد فى رواية مثنى بن جامع وقد سأله عن كتاب الحديث بالأجر فلم ير به بأساً .

ويجوز تقدير الأجر بأجزاء الفرع . ويجوز بأجزاء الأصل المنسوخ منه . وإن قاطعه ناسخ الأصل بأجر واحد جاز . وإن أخطأ بالشىء اليسير الذى جرت العادة به عفى عنه لأن ذلك لا يمكن التحرز منه ، وان أسرف فى الغلط بحيث يخرج عن العادة فهو عيب يرد به قال ابن عقيل من أصحاب أحمد : وليس له محادثة غيره حالة النسخ ولا التشاغل بما يشغل سره ويوجب غلطه (قلت) وكذلك جامع الحروف فى قياس هذا الأصل ، ولا لغيره تحديثه وشغله ، وكذلك كل الأعمال التى تختل بشغل السر والقلب كالقصارة والنساجة ونحوها .

فرع فى مذاهب العلماء فى استئجار الناسخ للمصحف

يجوز أن يستأجر من يكتب له مصحفاً فى قول أكثر أهل العلم وروى ذلك عن جابر بن زيد ومالك بن دينار ، وهو قول أحمد بن حنبل وأبى حنيفة وأبى ثور وابن المنذر .

وقال ابن سيرين : لا بأس أن يستأجر الرجل شهراً ثم يستكتبه مصحفاً ، وكره علقمة كتابة المصحف بالأجر ، ولعله يرى أن ذلك مما يختص فاعله بكونه من أهل القربة فكره الأجر عليه كالصلاة .

ولنا أنه فعل مباح يجوز أن ينوب فيه الغير عن الغير فجاز أخذ الأجر عليه ككتابة الحديث وقد صح عنه صلى الله عليه وسلم « أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله » وقد عقد ابن حزم فصلا فى المحلى أتى فيه بأدلة المانعين والمجيزين قال :

والخبر المشهور « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج امرأة من رجل بما معه من القرآن . أى ليعلمها إياه وهو قول مالك والشافعى وأبى سليمان ــ يعنى داود بن على ــ وقال أبو حنيفة والحسن بن حى : لا تجوز الأجرة على تعليم القرآن » واحتج له مقلدوه بخبر رويناه من طريق قاسم ابن أصبغ بن عبد الله بن روح عن أبى إدريس الخولانى قال : كان عند أبىّ بن كعب ناس يقرئهم من أهل اليمن فأعطاه أحدهم قوساً يتسلحها فى سبيل الله تعالى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أتحب أن يأتى بها فى عنقك يوم القيامة ناراً » ورويناه أيضاً من طريق ابن أبى شيبة عن وكيع وحميد بن عبد الرحمن الرؤاسى عن المغيرة بن زياد الموصلى عن عبادة ابن نسى قاضى الأردن عن الأسود بن ثعلبة عن عبادة بن الصامت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قصة القوس . وأيضاً من طريق أبى داود عن عمرو ابن عثمان نا بقية نا بشر بن عبد الله بن يسار عن عبادة بن نسى عن جنادة ابن أمية عن عبادة بن الصامت عن النبى صلى الله عليه وسلم بمثله ، وعن طريق سعيد بن منصور عن اسماعيل بن عياش عن عبد ربه بن سليمان

ابن عمير بن زيتون عن الطفيل بن عمرو عن رسول الله ﷺ أنه عرض له ذلك فى القوس مع أبى بن كعب وفيه زيادة « أنه قال : يا رسول الله إنا نأكل من طعامهم قال : أما طعام صنع لغيرك فحضرته فلا بأس أن تأكله وأما ما صنع لك فإن أكلته فإنما تأكله بخلافك » .

ومن طريق ابن أبى شيبة نا محمد بن ميسرة عن موسى بن على بن رباح عن أبيه أن أبىّ بن كعب غداه رجل كان يقرئه القرآن فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن كان شىء يتحفك به فلا خير فيه ، وإن كان من طعامه وطعام أهله فلا بأس به » .

ومن طريق ابن أبى شيبة نا عفان بن مسلم نا أبان بن يزيد العطار حدثنى يحيى بن أبى كثير عن زيد ــ هو ابن أبى سلام ــ عن أبى سلام ــ هو ممطور الحبشى ــ عن أبى راشد الحبرانى عن عبد الرحمن بن شبل سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « تعلموا القرآن ولا تعلوا عنه ولا تجفوا فيه ولا تأكلوا به ولا تستكثروا به » وروينا عن عوف بن مالك من قوله مثل هذا أنه قال فى قوس أهداها إنسان إلى من كان يقرئه « أتريد أن تعلق قوساً من نار ؟ » .

وصح عن عبد الله بن مغفل أنه أعطاه الأمير مالا لقيامه بالناس فى رمضان فأبى وقال : إنا لا نأخذ للقرآن أجراً . ومن طريق سعيد بن منصور نا خالد ابن عبد الله ــ هو الطحان ــ عن سعيد بن إياس الجريرى عن عبد الله ابن شقيق قال : كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يكرهون بيع المصاحف وتعليم الغلمان بالأرش ويعظمون ذلك . وصح عن إبراهيم أنه كره أن يشترط المعلم وأن يأخذ أجرا على تعليم القرآن . ومن طريق شعبة وسفيان كلاهما عن أبى إسحاق الشيبانى عن أسير بن عمرو قال شعبة فى روايته أن عمار بن ياسر أعطى قوماً قرأوا القرآن فى رمضان فبلغ ذلك عمر فكرهه ، وقال سفيان فى روايته : إن سعد بن أبى وقاص قال : من قرأ القرآن ألحقته على ألفين فقال عمر : أو يعطى على كتاب الله ثمناً ؟ وصح عن عبد الله ابن يزيد وشريح : لا تأخذ لكتاب الله ثمناً . ومن طريق حماد بن سلمة عن

عبد الله بن عثمان القرشى عن بلال بن سعد الدمشقى عن الضحاك بن قيس أنه قال لمؤذن يعلم كتاب الله : إنى لأبغضك فى الله لأنك تتغنى فى أذانك وتأخذ لكتاب الله أجراً . وكره ابن سيرين الأجرة على كتابة المصاحف وعن علقمة أنه كره ذلك أيضاً . هذا كل ما احتجوا به وقد ذكرنا عن سعد وعمار الآن أنهما أعطيا على قراءة القرآن . ومن طريق ابن أبى شيبة عن صدقه الدمشقى عن الوضين بن عطاء قال : كان بالمدينة ثلاثة معلمين يعلمون الصبيان فكان عمر بن الخطاب يرزق كل واحد منهم خمسة عشر كل شهر ومن طريق ابن أبى شيبة نا وكيع نا مهدى بن ميمون عن ابن سيرين قال : كان بالمدينة معلم عنده أبناء أولياء الفخام فكانوا يعرفون حقه فى النيروز والمهرجان .

قال أبو محمد : محمد بن سيرين أدرك أكابر الصحابة وأخذ عنهم : أبى بن كعب وأبا قتادة فمن دونهما . ومن طريق ابن أبى شيبة ، نا يزيد ابن هارون أنا شعبة عن الحكم بن عتيبة قال : ما علمت أحداً كره أجر المعلم، وصح عن عطاء وأبى قلابة إباحة أجر المعلم على تعليم القرآن وأجاز الحسن وعلقمة فى أحد قوليه الأجرة على نسخ المصاحف .

أما الأحاديث فى ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يصح منها شىء أما حديث أبى إدريس الخولانى أن أبى بن كعب فمنقطع لا يعرف لأبى إدريس سماع من أبى والآخر أيضاً منقطع لأن على بن رباح لم يدرك أبى بن كعب . وأما حديث عبادة بن الصامت فأحد طرقه عن الأسود بن ثعلبة وهو مجهول لا يدرى . قاله على بن المدينى وغيره والآخر من طريق بقية ــ والثالثة من طريق إسماعيل بن عياش وهو ضعيف ثم هو منقطع أيضاً . وأما حديث عبد الرحمن بن شبل ففيه أبو راشد الحبرانى وهو مجهول ، ثم لو صحت لكانت كلها قد خالفها أبو حنيفة وأصحابه ، لأنها كلها إنما جاءت فيما أعطى بغير أجرة ولا مشارطة وهم يجيزون هذا الوجه فموهوا بإيراد أحاديث ليس فيها شىء مما منعوا وهم مخالفون لما فيها ، فبطل كل ما فى هذا الباب . والصحابة رضى الله عنهم قد اختلفوا فبقى الأثران الصحيحان عن رسول الله صلى الله عليه وسلم اللذان أوردنا لا معارض لهما وبالله التوفيق .

فرع فى مذاهب العلماء فى استئجار الدليل

يجوز أن يستأجر رجلا ليدله على الطريق أو يدله على أمر من أمور الصنعة التى يعسر عليه معرفتها إلا بمرشد خبير يعينه على طرائق صنعها سواء كان الخبير مسلما أو كافراً حيث لا يجد للأمر مسلماً ناصحاً يحسن هذا الأمر والدليل عليه ما أخرجه البخارى : نا يحيى بن بكير نا الليث بن سعد عن عقيل قال : قال ابن شهاب : أخبرنى عروة بن الزبير أن عائشة أم المؤمنين رضى الله عنها قالت : « استأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رجلا من بنى الدّيل هادياً خريتاً وهو على دين كفار قريش ودفعا إليه راحلتيهما ، وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال » .

وبهذا قال أصحاب الرأى ومالك والثورى وأحمد ولا نعلم لنا مخالفاً وقد أخرج أبو داود من حديث سويد بن قيس : أتانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاشترى منا رجل سراويل وثم رجل يزن بأجر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : زن وأرجح » .

فرع فى منع استئجار الكهان وأهل النياحة

لا تجوز الإجارة على النياحة ولا على الكهانة كالتنجيم وقياس الأثر ورؤية الطالع واستحضار الأرواح لأنهما معصيتان منهى عنهما لا يحل فعلهما ولا العون عليهما فالإجارة على ذلك أو المعاطاة معصية وتعاون على الإثم والعدوان .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب تضمين المستأجر والأجير

اذا تلفت العين المستأجرة فى يد المستأجر من غير فعله لم يلزمه الضمان ، لأنه عين قبضها ليستوفى منها ما ملكه ، فلم يضمنها بالقبض كالمرأة فى يد الزوج ، والنخلة التى اشترى ثمرتها ، وان تلفت بفعله نظرت فان كان بغير عدوان كضرب الدابة وكبحها باللجام للاستصلاح لم يضمن لأنه هلك من فعل

مستحق فلم يضمنه كما لو هلك تحت الحمل ، وان تلفت بعدوان كالضرب من غير حاجة لزمه الضمان ، لأنه جناية على مال الغير فلزمه ضمانه .

فصـــل وان اكترى ظهراً الى مكان فجاوز به المكان فهلك ـ نظرت ، فان لم يكن معه صاحبه ـ لزمه قيمته أكثر ما كانت من حين جاوز به المكان ، الى أن تلف ، لأنه ضمنه باليد من حين جاوز ، فصار كالغاصب ، وان كان صاحبه معه ـ نظرت ، فان هلك بعد نزوله وتسليمه الى صاحبه ـ لم يضمن؛ لأنه ضمنه باليد ، فبرىء بالرد كالمغصوب اذا رده الى مالكه ، وان تلف فى حال السير والركوب ضمن ، لأنه هلك فى حال العدوان ، وفى قدر الضـــمان قولان .

(أحدهما) نصف قيمته ،لأنه تلف من مضمون وغير مضمون ، فـكان الضمان بينهما نصفين ، كما لو مات من جراحته وجراحة مالكه .

(والثانى) أنه تقسط القيمة على المسافتين ، فما قابل مسافة الاجارة سقط ، وما قابل الزيادة يجب ، لأنه يمكن تقسيطه على قدرهما فقسط بناء على القولين فى الجلاد اذا ضرب رجلا فى القذف احدى وثمانين فمات ، وان تعادل اثنان ظهراً أستأجراه وارتدف معهما ثالث من غير اذن فتلف الظهر ففيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) أنه يجب على المرتدف نصف القيمة ، لأنه هلك من مضـــمون وغير مضمون .

(والثانى) يجب عليه الثلث ، لأن الرجال لا يوزنون فقسط الضمان على عددهم .

(والثالث) أنه يقسط على أوزانهم ، فيجب على المرتدف ما يخصه بالوزن لأنه يمكنه تقسيطه بالوزن فقسط عليه .

فصـــل وان استأجر عينا واستوفى المنفعة وحبسها حتى تلفت ، فان كان حبسها لعذر لم يلزمه الضمان ، لأنه أمانة فى يده فلم يضمن بالحبس لعذر كالوديعة ، وان كان لغير عذر ـ فان قلنا : لا يجب الرد قبل الطلب ـ لم يضمن كالوديعة قبل الطلب ، وان قلنا يجب ردها ضمن كالوديعة بعد الطلب .

فصـــل وان تلفت العين التى استؤجر على العمل فيها ـ نظرت ، فان كان التلف بتفريط بأن استأجره ليخبز له فأسرف فى الوقود ، أو ألزقه قبـــل وقته أو تركه فى النار حتى احترق ضمنه لأنه هلك بعدوان ، فلزمه الضمان . وان استؤجر على تأديب غلام فضربه فمات ضمنه ، لأنه يمكن تأديبـــه بغير

الضرب ، فاذا عـــدل الى الضرب كان ذلك تفـــريطا منـــه فلـــــزمه الضمان . وان كان التلف بغـير تفـريط ـ نظـرت ، فان كان العمـل فى ملك المستأجر بأن دعاه الى داره ليعمل له ، أو كان العمل فى دكان الأجير والمستأجر حاضر ، أو اكتراه ليحمل له شيئا وهو معه ـ لم يضمن ، لأن يد صـاحبه عليه فلم يضمن من غير جناية . وان كان العمل فى يد الأجير من غير حضـور المستأجر ـ نظرت ، فان كان الأجير مشتركا ، وهو الذى يعمل له ولغيره ، كالقصار الذى يقصر لكل أحد والملاح الذى يحمل لكل أحد ففيه قولان :

(أحدهما) يجب عليه الضمان ، لما روى الشعبى عن انس رضى الله عنه قال : ((استحملنى رجل بضاعة فضاعت من بين متاعى . فضمنتيها عمـر ابن الخطاب رضى الله تعالى عنه ، وعن خلاس بن عمرو أن علياً رضى الله عنه كان يضمن الأجير)) . وعن جعفر بن محمـد عن أبيه عن على كرم الله وجهه ((أنه كان يضمن الصباغ والصواغ وقال : لا يصلح الناس الا ذلك)) .

ولأنه قبض العين لمنفعته من غير استحقاق فضمنها كالمستعير . والثانى : لا ضمان عليه . وهو قول المزنى وهو الصحيح .

قال الربيع : كان الشافعى رحمه الله يذهب الى أنه لا ضمان على الأجير، ولكنه لا يفتى لفساد الناس ، والدليل عليـه أنه قبض العين لمنفعته ومنفعة المالك فلم يضمنه كالمضارب . وان كان الأجير منفرداً وهو الذى يعمل لغيره فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : هو كالأجير المشترك وهو المنصوص فان الشافعى رحمه الله قال : والأجراء كلهم سواء ، فيكون على قولين ، لأنه منفرد باليد فأشبه الأجير المشترك ، ومنهم من قال : لا يجب عليه الضـمان قولا واحداً لأنه منفرد بالعمل فأشبه اذا كان عمله فى دار المستأجر .

فان قلنا : أنه أمين فتعدى فيه ثم تلف ، ضمنه بقيمته أكثر ما كانت من حين تعدى الى أن تلف ، لأنه ضمن بالتعدى فصار كالغاصب ، وان قلنا : انه ضامن لزمه قيمته أكثر ما كانت من حين القبض الى حين التلف كالغاصب . ومن أصحابنا من قال : يلزمه قيمته وقت التلف كالمستعير وليس بشىء .

فصـــل وان عمل الأجير بعض العمل أو جميعه ثم تلف ـ نظرت فان كان العمل فى ملك صاحبه أو بحضرته ـ وجبت له الاجرة لأنه تحت يده فكلما عمل شيئا صار مسلما له ، وان كان فى يده الأجير ـ فان قلنا انه أمين ـ لم يستحق الأجرة لأنه لم يسلم العمل ، وان قلنا : انه ضامن استحق الأجرة لأنه يقـوم عليه معمولا فيصير بالتضمين مسلماً للعمل فاستحق الأجرة .

فصـــل وان دفع ثوباً الى خياط وقال ان كان يكفينى لقميص فاقطعه فقطعه ولم يكفه لزمه الضمان ، لأنه أذن له بشرط فقطع من غير وجود الشرط

فضمنه . وان قال : أيكفينى للقميص ؟ فقال : نعم ، فقال : اقطعه فقطعه فلم يكفه ، لم يضمن لأنه قطعه باذن مطلق) .

الشرح أثر خلاس بن عمرو وشاهده أثر جعفر بن محمد عن أبيه عن جده فقد رواه الشافعى قال : أخبرنا بذلك إبراهيم بن أبى يحيى عن جعفر بن محمد عن أبيه أن عليا ضمن الغسال والصباغ : وقال : لا يصلح الناس إلا بذلك .

قال الحافظ فى التلخيص : فروى البيهقى من طريق الشافعى عن على بسند ضعيف قال الشافعى : هذا لا يثبت أهل الحديث مثله ، ثم ساق رواية جعفر بن محمد ولم يعقب عليها وروى البيهقى أثر خلاس ابن عمرو « أن عليا كان يضمن الأجير » أما أثر عمر فى تضمين الأجير فقد أخرجه عبد الرزاق بسند منقطع عنه « أن عمر ضمن الصباغ » .

أما الأحكام فإن الدابة إذا لم يكن صاحبها معها لزم المكترى قيمتها كلها ، وإن كان معها فتلفت فى يد صاحبها لم يضمنها المكترى لأنها تلفت فى يد صاحبها أشبه ما لو تلفت بعد مدة التعدى ، وإن تلفت تحت الراكب ففيه قولان .

(أحدهما) يلزمه نصف قيمتها لأنها تلفت بفعل مضمون وغير مضمون أشبه ما لو تلفت بجراحته وجراحة مالكها .

(والثانى) تقسط القيمة على المسافتين ، فما قابل مسافة الإجارة سقط ووجب الباقى ، ونحو هذا قول أبى حنيفة فإنه قال : من اكترى جملا لحمل تسعة فحمل عشرة فتلف فعلى المكترى عشر قيمته ، وموضع الخلاف فى لزوم كمال القيمة إذا كان صاحبها مع راكبها أو تلفت فى يد صاحبها .

فأما إذا تلفت حال التعدى ولم يكن صاحبها مع راكبها فلا خلاف فى ضمانها بكمال قيمتها لأنها تلفت فى يد عادية فوجب ضمانها كالمغصوبة ، وكذلك إذا تلفت تحت الراكب أو تحت حمله وصاحبه معها ، لأن اليد

للراكب وصاحب الحمل ، بدليل أنهما لو تنازعا دابة أحدهما راكبها أو له عليها حمل والآخر آخذ بزمامها لكانت للراكب ولصاحب الحمل ، ولأن الراكب متعد بالزيادة وسكوت صاحبها لا يسقط الضمان . كمن جلس إلى إنسان فحرق ثيابه وهو ساكت ولأنها إن تلفت بسبب تعبها فالضمان على المتعدى ، كمن ألقى حجراً فى سفينة موقرة فغرقت .

فأما إن تلفت فى يد صاحبها بعد نزول الراكب عنها فينظر ، فإن كان تلفها بسبب تعبها بالحمل والسير فهو كما لو تلفت تحت الحمل والراكب . وإن تلفت بسبب آخر من افتراس سبع أو سقوط فى هوة ونحو ذلك فلا ضمان فيها لأنها لم تتلف فى يد عادية ولا بسبب عدوان .

واختلف أصحاب أحمد فى الضمان فظاهر كلام الخرقى وجوب قيمتها إذا تلفت سواء تلفت فى الزيادة أو بعد ردها إلى المسافة ، وسواء كان صاحبها مع المكترى أو لم يكن وهذا ظاهر مذهب فقهاء المدينة السبعة فيما رواه الأثرم بإسناده عن أبى الزناد وقال : ربما اختلفوا فى الشيء فأخذنا بقول أكثرهم وأفضلهم رأياً ، فكان الذى وعيت عنهم على هذه الصفة : أن من اكترى دابة إلى بلد ثم جاوز ذلك إلى بلد سواه ، فإن الدابة إن سلمت فى ذلك كله أدى كراءها وكراء ما بعدها وان تلفت فى تعديها ضمنها وأدى كراءها الذى تكاراها به . وهذا هو قول الشافعى والحكم وابن شبرمة وأحمد .

وقال القاضى من الحنابلة : إن كان المكترى نزل منها وسلمها الى صاحبها ليمسكها أو يسقيها فتلفت فلا ضمان على المكترى ، وإن هلكت والمكترى راكب عليها أو حمله عليها فعليه ضمانها . وقال أبو الخطاب من الحنابلة أيضاً : إن كانت يد صاحبها عليها احتمل أن يلزم المكترى جميع قيمتها ، واحتمل أن يلزمه نصف قيمتها .

ولنا أن ما قلنا عن الشافعى رضى الله عنه فى ضرب الدابة ونخسها مما مضى فى شرح هذه الفصول كاف فى توضيح المذهب .

وقال الشافعي أيضا في اختلاف العراقيين : وإذا تكارى الرجل الدابة إلى موضع فجاوزه الى غيره فعليه كراء الموضع الذى تكاراها إليه الكراء الذى تكاراها به ، وعليه من حين تعدى إلى أن ردها كراء مثلها من ذلك الموضع . وإذا عطبت لزمه للكراء الى الموضع الذى عطبت فيه وقيمتها . وهذا مكتوب فى كتاب الإجارات .

قال الشافعي رضى الله عنه : الأجراء كلهم سواء ، فإذا تلف فى أيديهم شيء من غير جنايتهم فلا يجوز أن يقال فيه إلا واحد من قولين (أحدهما) أن يكون كل من أخذ الكراء على شيء كان ضامناً له يؤديه على السلامة أو يضمنه أو ما نقصه . ومن قال هذا القول فينبغى أن يكون من حجته أن يقول: الأمين هو من دفعت إليه راضيا بأمانته لا يعطى أجراً على شيء مما دفعت إليه ، واعطاؤه هذا الأجر تفريق بينه وبين الأمين الذى أخذ ما استؤمن عليه بلا جعل ، أو يقول قائل : لا ضمان على أجير بحال من قبل أنه إنما يضمن من تعدى فأخذ ما ليس له أو أخذ الشيء على منفعة له فيه . إما بتسلط على إتلافه كما يأخذ سلفا فيكون مالا من ماله فيكون ان شاء ينفقه ويرد مثله . وإما مستعير سلط على الانتفاع بما أعير فيضمن ؛ لأنه أخذ ذلك لمنفعة نفسه لا لمنفعة صاحبه فيه . وهذان معاً نقص على المسلف والمعير أو غير زيادة له ، والصانع والأجير من كان ليس فى هذا المعنى فلا يضمن بحال إلا ما جنت يده كما يضمن المودع ما جنت يده . وليس فى هذا سنة أعلمها ولا أثر يصح عند أهل الحديث عن أحد من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم . وقد روى فيه شيء عن عمر وعلى وليس يثبت عند أهل الحديث عنهما ولو ثبت عنهما لزم من يثبته أن يضمن الاجراء من كانوا فيضمن أجير الرجل وحده والأجير المشترك والأجير على الحفظ والرعى وحمل المتاع والأجير على الشيء يصنعه لأن عمر إن كان ضمن الصناع فليس فى تضمينه لهم معنى الا أن يكون ضمنهم بأنهم أخذوا أجراً على ما ضمنوا فكل من كان أخذ أجراً فهو فى معناهم .

وإن كان على رضى الله عنه ضمن القصار والصائغ : فكذلك كل صانع وكل من أخذ أجرة . وقد يقال الراعى صناعته الرعية ، وللحمال صناعته الحمل

للناس ، ولكنه ثابت عن بعض التابعين ما قلت أولا من التضمين أو ترك التضمين . ومن ضمن الأجير بكل حال فكان مع الأجير ما قلت مثل أن يستحمله الشيء على ظهره أو يستعمله الشيء فى بيته أو غير بيته وهو حاضر لما له أو وكيل له بحفظه فتلف ماله بأى وجه ما تلف به إذا لم يجن عليه جان فلا ضمان على الصانع ولا على الأجير . وكذلك ان جنى عليه غيره فلا ضمان عليه ، والضمان على الجانى . ا هـ كلام الشافعى رضى الله عنه .

فرع إذا ترك الأجير ما يلزمه عمله بلا عذر فتلف ما استؤجر عليه ضمنه والأجير على ضربين : خاص ومشترك : فالخاص هو الذى يقع العقد عليه فى مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه فى جميعها ، كرجل استؤجر لخدمة أو عمل فى بناء أو خياطة أو رعاية يوما أو شهراً سمى خاصا لاختصاص المستأجر بنفعه فى تلك المدة دون سائر الناس ، والمشترك الذى يقع العقد معه على عمل معين كخياطة ثوب وبناء حائط وحمل شيء إلى مكان معين ، أو على عمل فى مدة لا يستحق جميع نفعه فيها كالكحال والطبيب ، سمى مشتركا لأنه يتقبل أعمالا لاثنين أو ثلاثة أو أكثر لاشتراكهم فى منفعته ، فالأجير المشترك ضامن لما جنت يده إلا إذا كان المستأجر حاضراً فى دكان الأجير وقت العمل كانت يده عليه فيكون كالأجير الخاص لم يضمن من غير جناية ويجب له أجر عمله ، فكلما عمل شيئا صار مسلما إليه . وذهب مالك إلى ما ذهب اليه الأصحاب . وذهب أحمد الى أنه لا فرق بين كونه فى ملك نفسه أو ملك مستأجره أو كان صاحب العمل حاضراً عنده أو غائبا عنه قياسا على الطبيب والختان إذا جنت يداهما ضمنا مع حضور المطب والمختون .

فأما الأجير الخاص فهو الذى يستأجره مدة فلا ضمان عليه ما لم يتعد . قال أحمد فى رواية مهنى فى رجل أمر غلامه أن يكيل لرجل بزرا فسقط الرطل من يده فانكسر لا ضمان عليه ، فقيل : أليس هو بمنزلة القصار ؟ قال : لا القصار مشترك . قيل : فرجل اكترى رجلا يحرث له على بقرة فكسر الذى يحرث به ؟ قال : لا ضمان عليه .

قلت : وهذا ظاهر مذهب الشافعي ومذهب مالك وأبي حنيفة وأصحابه ، وللشافعي قول آخر أن جميع الأجراء يضمنون ، والقول الأول أظهر . قال الربيع : هذا مذهب الشافعي وإن لم يبح به . وروى ذلك عن عطاء وطاوس وزفر لأنها عين مقبوضة بعقد الاجارة فلم تصر مضمونة كالعين المستأجرة وما تلف بتعدى الخباز الذى يسرف فى الوقود أو يلزقه قبل أوانه من حيث التخمر المطلوب عند خبزه أو يتركه بعد وقته حتى يحترق ، فإنه يضمن فى كل ذلك .

فرع فى تضمين الأطباء .

إذا أجرى الطبيب تخديراً للمريض دون أن يختبر حساسيته للبنج فمات المريض ضمن الطبيب كما لو أعطاه حقنة بنسلين وكان جسمه لا يقبل البنسلين فمات ، وإنما يجرى الطبيب اختباراً ظاهرياً فوق الجلد فإذا أحمر مكان الاختبار أو تورم علم أن المريض لا يقبل جسمه هذا الشيء ، وكذلك إذا أجرى الطبيب جراحة فى عين المريض ــ والمريض عنده ارتفاع فى ضغط الدم ففقد المريض عينه أو مات ضمن لأنه يجب على الطبيب ألا يقدم على الجراحة إلا إذا كان ضغط الدم معتدلا ، وبالجملة كل ما كان حاصلا بجناية التقصير والاهمال عليه الضمان ولا يضمن الطبيب الحاذق إذا لم تجن يده بمبالغة فى قطع ما ليس مطلوباً قطعه أو بنسيان آلات الجراحة فى باطن المريض ، كمن قطع يد السارق فبالغ حتى سرى القطع إلى ما ليس مطلوبا قطعه ضمن القاطع والله أعلم .

فرع إذا دفع الى خياط ثوبا فقال : إن كان يقطع قميصا فاقطعه، فقال هو يقطع ، وقطعه فلم يكف فعليه ضمانه . وإن قال : انظر هذا يكفينى قميصا ؟ قال : نعم . قال : اقطعه . فقطعه فلم يكفه لم يضمن ، وبهذا قال أحمد وأصحاب الرأى . وقال أبو ثور : لا ضمان عليه فى المسألتين لأنه لو كان غره فى الأولى لكان قد غره فى الثانية . أفاده ابن قدامة فى المغنى .

دليلنا أنه إنما أذن له فى الأولى بشرط كفايته فقطعه بدون شرطه . وفى

الثانية أذن له من غير شرط فافترقا ؛ ولم يجب عليه الضمان فى الأولى لتغريره، بل لعدم الإذن فى قطعه . لأن إذنه مقيد بشرط كفايته فلا يكون إذنا فى غير ما وجد فيه الشرط بخلاف الثانية . والله أعلم بالصواب .

فـــرع فى تضمين شركات التأمين ما يصيب الأموال من حرق وسرق وغرق سنت كثير من الدول عقوداً أجبرت عليها أصحاب السيارات والسفن والطائرات بأن تؤمن بعقود تأمين على ما تحمله لنقله فهذه عقود إذعان لا خيار لأحد فى الامتناع عن توقيعها قد تقدم البحث فى التأمين بأنواعه فى كتاب الشركة ، وعن الشركات فى القراض .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل واختلف اصحابنا فيما يأخذ الحمامى ، هل هو ثمن الماء أو أجرة الدخول والسطل وحفظ الثياب ، فمنهم من قال : هو ثمن الماء وهو متطوع بحفظ الثياب ومعير للسطل ، فعلى هذا لا يضمن الثياب اذا تلفت وله عوض السطل اذا تلف ومنهم من قال : هو أجرة الدخول والسطل وحفظ الثياب ، فعلى هذا لا يضمن الداخل السطل اذا هلك لأنه مستأجر ، وهل يضمن الحمامى الثياب ؟ فيه قولان لأنه أجير مشترك .

فصـــل وان استأجر رجلا للحج فتطيب فى احرامه أو لبس ، وجبت الفدية على الأجير ، لأنه جناية لم يتناولها الاذن فوجب ضمانها ، كما لو استأجره ليشترى له ثوباً فاشتراه ثم خرقه . وان أفسد الحج صار الاحرام عن نفسه ؛ لأن الفاسد غير مأذون فيه فانعقد له كما لو وكله فى شراء عبد فاشترى أمة ـ فان كان العقد على حجة فى هذه السنة ـ انفسخ ، لأنه فات المعقود عليه ، وان كان على حج فى الذمة ثبت له الخيار ، لأنه تأخر حقه ، فان استأجر للحج من ميقات فأحرم من ميقات آخر لم يلزمه شىء لأن المواقيت المنصوص عليها متساوية فى الحكم ، وان كان بعضها أبعد من بعض ، فاذا ترك بعضها الى بعض لم يحصل نقص يقتضى الجبران .

وان أحرم دون الميقات لزمه دم ، لأنه ترك الاحرام من موضع يلزمه الاحرام منه ، فلزمه دم كما لو ترك ذلك فى حجه لنفسه ، فان استأجره ليحرم من دويرة أهله فأحرم دونه لزمه دم ، لأنه وجب عليه ذلك بعقد الاجارة فصار كما لو لزمه فى حجه لنفسه بالشرع أو بالنذر فتركه .

وهل يلزمه ان يرد من الأجرة بقسطه ؟ قال فى القديم : يهرق دما وحجه

تام ، وقال فى الأم : يلزمه ان يرد من الأجرة بقدر ما ترك ، فمن أصحابنا من قال : يلزمه قولا واحداً ، والذى قاله فى القديم : ليس فيه نص أنه لا يجب ومنهم من قال : فيه قولان وهو الصحيح :

(أحدهما) لا يلزمه لأن النقص الذى لحق الاحرام جبره بالدم فصار كما لو لم يترك .

(والثانى) أنه يلزمه لأنه ترك بعض ما استؤجر عليه فلزمه رد بدله ، كما لو استأجره لبناء عشرة أذرع فبنى تسعة ، فعلى هذا يرد ما بين حجه من الميقات وبين حجه من الموضع الذى أحرم منه .

فان استأجره ليحرم بالحج من الميقات ، فأحرم من الميقات بعمرة عن نفسه ، ثم أحرم بالحج عن المستأجر من مكة ، لزمه الدم لترك الميقات ، وهل يرد من الأجرة بقدر ما ترك ؟ على ما ذكرناه من الطريقين ، فان قلنا : يلزمه ففيه قولان ، قال فى الأم : يرد بقدر ما بين حجه من الميقات وحجه من مكة ، لأن الحج من الاحرام ، وما قبله ليس من الحج .

وقال فى الاملاء : يلزمه أن يرد ما بين حجه من بلده وبين حجه من مكة ، لأنه جعل الأجرة فى مقابلة السفر والعمل وجعل سفره لنفسه ، ويخالف المسألة قبلها ، لأن هناك سافر للمستأجر ، وانما ترك الميقات .

وان استأجره للحج فحج عنه وترك الرمى أو المبيت ، لزمه الدم كما يلزمه لحجه وهل يرد من الأجرة بقسطه ؟ على ما ذكرناه فيمن ترك الاحرام من الميقات) .

الشرح لا تتوقف منفعة الحمام على مجرد وجود الماء ، وإنما المطلوب تبليط الحمام وعمل الأبواب والبزل ــ وهى الثقوب والفتحات التى يأتى منها الماء أو النور ــ ومجرى الماء . وما كان لاستيفاء المنافع كالحبل والدلو والبكرة فعلى المكترى وإن احتاج المكترى للتمكن من الانتفاع إلى تنقية الكنف والبالوعة فعلى المكرى ، وإن امتلأت بفعل المكترى فعليه تفريغها وهذا مذهب الشافعى وأحمد رضى الله عنهما .

وقال أبو ثور : هو على رب الدار ، لأن به يتمكن من الانتفاع ، فأشبه مالو اكترى وهى ملآى .

وقال أبو حنيفة : القياس أنه على المكترى والاستحسان أنه على رب

الدار لأن عادة الناس ذلك . وإذا انقضت الإجارة وفى الحمام قمامة من فعله فعليه رفعه . وهو مذهب الشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى .

قال الشمس الرملى : نعم دخول الحمام بأجرة جائز بالإجماع مع الجهل بقدر المكث وغيره ، لكن الأجرة فى مقابلة الآلات لا الماء ، فعليه ما يغرف به الماء غير مضمون على الداخل ، وثيابه غير مضمونة على الحمامى إن لم يستحفظه عليها ويجيبه إلى ذلك ، ولا يجب بيان ما يستأجره له فى الدار لقرب التفاوت من السكنى ووضع المتاع ، ومن ثم حمل العقد على المعهود فى مثلها من سكانها ، ولم يشترط عدد من يسكن اكتفاء بما اعتيد فى مثلها .

فرع إذا استأجر رجلا للحج فارتكب ما يوجب الفدية ، كمس الطيب ولبس المخيط فى الإحرام ، فعلى الأجير الفدية من ماله ، فإن أفسد أعمال الحج انقلب الحج إليه فيلزمه الفدية فى ماله والمضى فى فاسده والقضاء، وهذا هو الذى قطع الجمهور بصحته وتظاهرت عليه نصوص الشافعى . وفيه قول آخر أنه لا ينقلب ولا يفسد ولا يجب القضاء بل يبقى صحيحاً واقعا عن المستأجر لأن العبادة للمستأجر فلا تفسد بفعل غيره ، وبهذا القول قال المزنى . ولكن المذهب الأول قال الشافعى رضى الله عنه : الواجب على الأجير أن يحرم من الميقات الواجب بالشرع أو الشرط ا هـ . فإن أحرم منه فقد فعل واجبا ، وإن أحرم قبله فقد زاد خيراً كما قال أبو حامد الاسفراييني وغيره .

أما إذا عدل الأجير عن الميقات المعتبر إلى طريق آخر مثل المعتبر أو أقرب إلى مكة فطريقان (أصحهما) وهو المنصوص فى الأم وبه قطع البندنيجى والجمهور أنه لا شىء عليه .

وحكى القاضى حسين والبغوى وغيرهما فيه وجهين ساقهما النووى فى الحج أصحهما أنه لا شىء عليه لأنه قائم مقام الميقات المعتبر (والثانى) أنه كمن ترك الميقات وأحرم بعده . وهذا القول الثانى يعتبر الشرط فى تعيين المكان .

أما إذا اتفقا على تعيين موضع آخر فإن كان أقرب إلى مكة من الشرعى فالشرط فاسد يفسد الاجارة إذ لا يجوز لمريد النسك تجاوز الميقات دون إحرام وإن كان أبعد كدويرة أهله فيلزم الأجير الاحرام منها وفاء بالشرط ، فإن جاوزها ثم أحرم فهل يلزمه الدم ؟ فيه وجهان أصحهما كما هو منصوص : عليه الدم ، لأنه جاوز الميقات المشروط فأشبه مجاوزة الميقات الشرعى (والثانى) لا دم فان قلنا لا يلزمه الدم وجب حط قسط من الأجرة .

قال الشيخ أبو حامد والأصحاب : إن ترك نسكا لا دم فيه كالمبيت وطواف الوداع ــ إذا قلنا : لا دم فيهما ــ لزمه رد شيء من الأجرة بقسطه بلا خلاف فإن لزمه بفعل محظور كاللبس والقلم والطيب لم يحط عنه شيء من الأجرة بلا خلاف . نقل الغزالى وغيره الاتفاق عليه .

فإذا استأجره للقران بين الحج والعمرة فتارة يمتثل وتارة يعدل ، فإن امتثل فعلى من يجب دم القران ؟ وجهان (أصحهما) على المستأجر ، ولو شرطاه على الأجير فقد نص الشافعى على فساد الإجارة لجمعه بين مجهول الصفة وهو الدم ، وبين الإجارة .

فإذا قلنا بالأصح إنه على الأجير ، فإن كان معسراً فعليه الصوم الأيام الثلاثة فى الحج . لأن الذى فى الحج منهما هو الأجير وعلى المستأجر الأجرة بكمالها . هذا وقد أفرد الإمام النووى رضى الله عنه فى كتاب الحج من المجموع فصلا عن الأجير أوفى والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب اختلاف المتكاريين

اذا اختلف المتكاريان فى مقدار المنفعة او قدر الأجرة ــ ولم تكن بينة ــ تحالفا لأنه عقد معاوضة ، فاشبه البيع ، واذا تحالفا كان الحكم فى فسخ الاجارة كالحكم فى البيع ، لأن الاجارة كالبيع ، فكان حكمها فى الفسخ كالحكم فى البيع ، فان اختلفا فى التعدى فى العين المستأجرة فادعاه المؤجر وأنكره المستأجر ، فالقول قول المستأجر ، لأن الأصل عدم العدوان ، والبراءة من

الضمان ، فان اختلفا فى الرد فادعاه المستاجر وانكره المؤجر ، فالقول قول المؤجر أنه لم يرد عليه ، لأن المستاجر قبض العين لمنفعته ، فلم يقبل قوله فى الرد كالمستعير وأن اختلف الأجير المشترك والمستاجر فى رد العين فادعى الأجير أنه ردها وانكر المستاجر فان قلنا : ان الأجير يضمن العين بالقبض لم يقبل قوله فى الرد ، لانه ضامن ، فلم يقبل قوله فى الرد ، كالمستعير والغاصب .

وان قلنا : انه لا يضمن العين بالقبض فهل يقبل قوله فى الرد ؟ فيه وجهان ، كالوكيل يجعل ، وقد مضى توجيههما فى الوكالة ، وان هلكت العين فادعى الأجير أنها هلكت بعد العمل ، وانه يستحق الأجرة وانكر المستاجر ، فالقول قول المستأجر ، لأن الأصل عدم العمل وعدم البدل .

(فصل) وان دفع ثوبا الى خياط فقطعه قباء ، ثم اختلفا فقال رب الثوب : أمرتك أن تقطعه قميصا فتعديت بقطعه قباء فعليك ضمان النقص . وقال الخياط : بل أمرتنى أن أقطعه قباء فعليك الأجرة ، فقد حكى الشافعى رحمه الله فى اختلاف العراقيين قول ابن أبى ليلى أن القول قول الخياط وقول أبى حنيفة رحمة الله عليه ان القول قول رب الثوب ، ثم قال : وهذا اشبه ، وكلاهما مدخول .

وقال فى كتاب الأجير والمستأجر : اذا دفع اليه ثوبا ليصبغه احمر فصبغه أخضر فقال : أمرتك أن تصبغه أحمر . فقال الصباغ : بل أمرتنى أن اصبغه أخضر أنهما يتحالفان .

واختلف أصحابنا فيه على ثلاث طرق ، فمنهم من قال : فيه ثلاثة اقوال :

(أحدها) أن القول قول الخياط ، لأنه مأذون له فى القطع فكان القول قوله فى صفته .

(والثانى) أن القول قول رب الثوب ، كما لو اختلفا فى اصل الاذن .

(والثالث) انهما يتحالفان وهو الصحيح ، لأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه لأن صاحب الثوب يدعى الأرش والخياط ينكره ، والخياط يدعى الأجرة وصاحب الثوب ينكره ، فتحالفا كالمتبايعين اذا اختلفا فى قدر الثمن.

ومن اصحابنا من قال : المسئلة على القولين المذكورين فى اختلاف العراقيين وهو قول أبى العباس وابى اسحاق وابى على بن أبى هريرة والقاضى أبى حامد . ومن اصحابنا من قال : هى على قول واحد انهما يتحالفان ، وهو قول أبى حامد الاسفراييني لأن الشافعى رحمه الله ذكر القولين الأولين ، ثم قال : وكلاهما مدخول فان قلنا : ان القول قول الخياط فحلف لم يلزمه ارش النقص ، لأنه ثبت بيمينه انه مأذون له فيه ، وهل يستحق الأجرة ؟ فيه وجهان .

(احدهما) وهو قول ابى اسحاق انه لا يستحق الأجرة ، لان قوله قبل فى سقوط الغرم لانه منكر . فاما فى الاجرة فانه مدع فلم يقبل قوله .

(والثانى) وهو قول ابى على بن ابى هريرة . ان له الأجرة لانا قبلنا قوله فى الاذن ، فعلى هذا هل يجب المسمى أو أجرة المثل ؟ فيه وجهان (احدهما) يجب المسمى لانا قبلنا قوله انه آذن له فوجب ما اقتضاه (والثانى) يجب له أجرة المثل لانا اذا قبلنا قوله لم نامن ان يدعى الفا وأجرة مثله درهم .

(وان قلنا) ان القول قول صاحب الثوب فحلف لم تجب الأجرة لانه فعل ما لم يؤذن فيه ، ويلزمه ارش القطع لانه قطع ما لم يكن له قطعه . وفى قدر الأرش قولان :

(احدهما) يلزمه ما بين قيمته مقطوعا وصحيحا ، لانا حكمنا انه لم يؤذن له فى القطع فلزمه ارش القطع .

(والثانى) يلزمه ما بين قيمته مقطوعا قميصا وبين قيمته مقطوعا قباء ، لانه قد اذن له فى القطع ، وانما حصلت المخالفة فى الزيادة فلزمه ارش الزيادة ، فان لم يكن بينهما تفاوت لم يلزمه شىء .

واذا قلنا : انهما يتحالفان فتحالفا لم تجب الأجرة . لان التحالف يوجب رفع العقد والخياطة من غير عقد لا توجب الأجرة . وهل يجب ارش القطع ؟ فيه قولان .

(احدهما) يجب لان كل واحد منهما حلف على ما ادعاه ونفى ما ادعى عليه فبرئا كالمتبايعين .

(والثانى) انه يجب ارش النقص لانا حكمنا بارتفاع العقد بالتحالف ، فاذا ارتفع العقد حصل القطع من غير عقد فلزمه ارشه . ومتى قلنا : انه يستحق الأجرة لم يرجع بالخيوط ، لانه اخذ بدلها ، فان قلنا : لا يستحق الأجرة فله ان ياخذ خيوطه ، لانه عين ماله فكان له أن ياخذه) .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : وإذا اختلف الرجلان فى الكراء وتصادقا فى العمل تحالفا ، وكان للعامل أجر مثله فيما عمل ، قال : وإذا اختلفا فى الصفة فقال : أمرتك أن تصبغه أصفر أو تخيط قميصا فخطته قباء . وقال الصانع : عملت ما قلت لى ، تحالفا وكان على الصانع ما نقص الثوب ولا أجر له ، وإن زاد الصبغ فيه كان شريكا بما زاد الصبغ فى الثوب ، وإن نقصت منه فلا ضمان عليه ولا أجر له .

وقال الربيع : الذى يأخذ به الشافعى فى هذا أن القول قول رب الثوب وعلى الصانع ما نقص الثوب ، وإن كان نقصه شيئاً لأنه مقر بأخذ الثوب صحيحا ومدع على أنه أمره بقطعه أو صبغه كما وصفت فعليه البينة بما قال ، فإن لم يكن بينة حلف رب الثوب ولزم الصانع ما نقصته الصنعة ، وإن كانت زادت الصنعة فيه شيئا كان الصانع شريكا بها إن كانت عيناً قائمة فيه مثل الصبغ ، ولا يأخذ من الأجرة شيئاً ، فإن لم تكن عين قائمة فلا شيء له .

وقال فى اختلاف العراقيين : وإذا اختلف الأجير والمستأجر فى الأجرة ، فإن أبا حنيفة كان يقول : القول قول المستأجر مع يمينه إذا عمل العمل وبهذا يأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : القول قول الأجير فيما بينه وبين أجرة مثله ، إلا أن يكون الذى ادعى أقل فيعطيه إياه ، وإن لم يكن عمل العمل تحالفا وترادا فى قول أبى حنيفة ، وينبغى كذلك فى قول ابن أبى ليلى . وقال أبو يوسف بعد : إذا كان شيئاً متقاربا قبلت قول المستأجر وأحلفته ، وإذا تفاوت لم أقبل وجعلت للعامل أجر مثله إذا حلف .

فلو أعطاه ثوبا ليخيطه بعد قطعه فخاطه قباء وقال : أمرتنى بقطعه قباء ، فقال : بل قميصا فالأظهر تصديق المالك بيمينه ، لأنه منكر إذنه له فى قطعه قباء ، إذ هو المصدق فى أصل الإذن فكذا فى صفته .

والقول الثانى : يتحالفان ، وانتصر الاسنوى له نقلا ومعنى ، ونبه على أنهما لو اختلفا قبل القطع تحالفا اتفاقا ، وكل ما وجب التحالف مع بقائه وجب مع تغير أحواله ، فعلى هذا يبدأ بالمالك كما حكاه الرملى ، ونقل عن الاسنوى المنع منه بل يبدأ بالخياط لأنه بائع المنفعة .

قال النووى : ولا أجرة عليه ــ يعنى المؤجر ــ بعد حلفه ، وعلى الخياط أرش النقص لما ثبت من عدم الإذن ، والأصل الضمان ، وهو ما بين قيمته مقطوعا قميصا ومقطوعا قباء كما رجحه السبكى . ولأن أصل القطع مأذون فيه ، وإن رجح الإسنوى كابن أبى عصرون . وجزم به القونوى والبارزى وغيرهما من شراح الحاوى وغيره أنه ما بين قيمته سليما ومقطوعا لانتفاء

الإذن من أصله ولا يقدح فى ترجيح الأول وعدم الأجـرة له ، إذ لا تلازم بينها وبين الضمان ، وللخياط نزع خيطه ، وعليه أرش نقص النزع إن حصل، كما قال الماوردى والرويانى فى البحر ؛ وله منع المالك من شد خيط فيه بجره مكانه . هكذا أفاده الشمس الرملى فى النهاية .

ويمكننا أن نستخلص مما مضى من أقاويل أنهما إذا اختلفا فى قدر الأجر فقال : أجرتنيها سنة بدينار ، قال بل بدينارين تحالفا ، ويبدأ بيمين الآجر ، وهو قول الشافعى وأحمد ، لأن الإجارة نوع من البيع ؛ فإذا تحالفا قبـل مضى شىء من المدة فسخا العقد ورجع كل واحد منهما فى ماله ، وإن رضى أحدهما بما حلف عليه الآخر قر العقد ، وإن فسخا العقد بعد المدة أو شىء منها سقط المسمى . ووجب أجر المثل ، كما لو اختلفا فى المبيع بعد تلفه . وهذا قول أحمد وأصحابه . وبه قال أبو حنيفة إن لم يكن عمل العمـل ، وإن كان عمله فالقول قول المستأجر لأنه منكر للزيادة فى الأجر والقول قول المنكر .

فإذا عرفنا أن الإجارة نوع من المبيع عرفنا أنهما يتحالفان عند اختلافهما فى العوض كالبيع ، وكما قبل أن يعمل العمل عند أبى حنيفة وإليك التفصيل .

فـــرع فى بقية مذاهب العلماء فى اختلاف المتكاريين

إذا اختلفا فى الأجر فقال : أجرتنيها سنة بدينار قال : بل بدينارين تحالفا ويبدأ بيمين الآجر هذا مذهبنا وهو المنصوص عليه عند أحمد ، لأن الإجارة نوع من البيع فإذا تحالفا قبل مضى شىء من المدة فسخا العقد ورجع كل واحد منهما فى ماله ، وإن رضى أحدهما بما حلف عليه الآخر قر العقد . وإن فسخا العقد بعد المدة أو شىء منها سقط المسمى ووجب أجر المثل كما لو اختلفا فى البيع بعد تلفه ، وهذا قول أحمد ، وبه قال أبو حنيفة إن لم يكن عمل العمل وإن كان علم فالقول قول المستأجر فيما بينه وبين أجر مثله وقال أبو ثور : القول قول المستأجر لأنه منكر للزيادة فى الأجر ، والقول قـول المنكر .

ولنا أن الإجارة نوع من البيع فيتحالفان عند اختلافهما فى عوضها كالبيع .

وقال ابن أبى موسى : القول قول المالك لقول النبى صلى الله عليه وسلم « إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع » وهذا يحتمل أن يريد به إذا اختلفا فى المدة وأما إذا اختلفنا فى العوض فالصحيح أنهما يتحالفان لما ذكرنا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل اذا استأجر صانعاً على عمل من خياطة أو صباغة فعمل فهل له أن يحبس العين على الأجرة ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يجوز لأنه لم يرهن العين عنده فلم يجز له احتباسها ، كما لو استأجره ليحمل له متاعاً فحمله ثم أراد أن يحبس المتاع على الأجرة (والثانى) يجوز لأن عمله ملكه ، فجاز له حبسه على العوض كالبيع فى يد البائع .

فصل وان دفع ثوباً الى رجل فخاطه ولم يذكر له أجرة فقد اختلف أصحابنا فيه على أربعة أوجه :

(أحدها) أنه تلزمه الأجرة ، وهو قول المزنى رحمه الله لأنه استهلك عمله فلزمه أجرته .

(والثانى) أنه ان قال له خطه ، لزمه وان بدأ الرجل فقال : أعطنى لأخيطه لم تلزمه ، وهو قول أبى اسحاق لأنه اذا أمره فقد ألزمه بالأمر ، والعمل لا يلزم من غير أجرة فلزمته ، واذا لم يأمره لم يوجد ما يوجب الأجرة فلم تلزم .

(والثالث) أنه اذا كان الصانع معروفاً بأخذ الأجرة على الخياطة لزمه ، واذا لم يكن معروفاً بذلك لم يلزمه وهو قول أبى العباس لأنه اذا كان معروفاً بأخذ الأجرة صار العرف فى حقه كالشرط ، وان لم يكن معروفاً لم يوجد ما يقتضى الأجرة من جهة الشرط ، ولا من جهة العرف .

(والرابع) وهو المذهب أنه لا يلزمه بحال بذل ماله من غير عوض فلم يجب له العوض كما لو بذل طعامه لمن أكله ، وان نزل رجل فى سفينة ملاح بغير اذنه فحمله فيها الى بلد لزمه الأجرة ، لأنه استهلك منفعة موضعه من

السفينة من غير اذن فلزمه أجرتها ، وأن نزل فيها عن اذنه ولم يذكر الأجـرة فعلى ما ذكرناه من الوجوه الأربعة فى الخياطة وبالله التوفيق) .

الشرح إذا اختلفا فى المدة فقال أجرتكها سـنة بدينار قال : بل سنتين بدينارين فالقول قول المالك لأنه منكر للزيادة فكان القول قوله فيما أنكره .

فـرع إذا دفع ثوبه إلى خياط أو قصار ليخيطه أو يقصره من غير عقد ولا شرط ولا تعريض بأجر مثل أن يقول : خذ هذا فاعمله وأنا أعلم أنك تعمل بأجر وكان الخياط والقصار منتصـبين لذلك ففعلا ذلك ففيـه وجهان :

(أحدهما) وهو الأصح لا أجر لهما لأنهما فعلا ذلك من غير عوض جعل لهما فأشبه ما لو تبرعا بعمله .

(والثانى) وبه قال أحمد وأصحابه وأصحاب أبى حنيفة : لهما أجـر مثلهما ، لأن العرف الجارى بذلك يقوم مقام القول فصار كنقد البلد ، وكما لو دخل حماما أو جلس فى سفينة مع ملاح ، ولأن شاهد الحال يقتضيه فصار كالتعريض وقال أحمد : إذا لم يكونا منتصبين لذلك لم يستحقا أجراً إلا بعقد أو شرط العوض أو تعريض به لأنه لم يجر عرف يقوم مقام العقد .

فـرع فيما يجب على رب المال نحـو عامله مما أرسـاه شرعنا الحنيف أن الخادم ورب العمل أخوان (فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل) وهذا هو التقريب بين الفئات حتى لا تحقد فئة على أخرى ولا تستعلى طبقة على غيرها فينشأ صراع مهلك يأتى على الأخضر واليابس كما حدث فى أمم فشت فيهم فاشية طغيان الطبقة الدنيا فجرت الدماء أنهاراً « وهدمت صوامع وبيع وصلوات ومساجد يذكر فيها اسم الله كثيراً » والنبى صلى الله عليه وسلم حذر من مغبة الشح الحاصل من حرص الأغنياء على الاكتنـاز « اتقوا الشح فإنه أهلك من كان قبلكم حملهم على أن اغتصبوا أموالهم فسفكوا دماءهم فهلكوا » وبقية الحديث الأول (وليلبسـه مما يلبس ، ولا

تكلفوهم ما يغلبهم فإن كلفتموهم فأعينوهم) ويمكن استنباط تحديد ساعات العمل فى المصانع والمعامل والمزارع بالنهى عن تكليفهم ما يشق عليهم سواء بطول زمن العمل أو بقصره مع ثقله وإرهاقه للعامل ، وإعانته بالأجر عن القدر الزائد على العقد أو على العرف .

فـــرع فيما يجب على العامل نحو صاحب العمل .

إن العامل إذا نصح لمن نصبه للعمل ووكل إليه أموره وأعطى له حقه فسوف يعطى أجره مرتين مرة فى إيتائه حق الله تعالى ومرة فى إيتائه حق صاحب العمل والله يضاعف لمن يشاء .

والله تعالى أعلم بالصواب وله الحمد والمنة سبحانه

إنتهى الجزء الخامس عشر

ويليه الجزء السادس عشر

وأوله « باب الجعالة »

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الجعـــــالة

(يجوز عقد الجعالة وهو أن يبذل الجعل لمن عمل له عملا من رد ضالة ، ورد آبق وبناء حائط ، وخياطة ثوب ـ وكل ما يستأجر عليه من الأعمـال ، والدليل عليه قوله تعالى « ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم » (١) وروى أبو سعيد الخدرى « أن ناسا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أتوا حيا من أحياء العرب فلم يقروهم ، فبينما هم كذلك اذ لدغ سيد أولئك فقالوا هل فيكم راق ؟ فقالوا لم تقرونا فلا نفعل ، أو تجعلوا لنا جعلا ، فجعلوا لهم قطيع شاء ، فجعل رجل يقرأ بأم القرآن ويجمع بزاقه ويتفل فبرأ الرجل ، فأتوهم بالشاء فقالوا : لا نأخذها حتى نسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فضـحك وقال : ما أدراك أنها رقية ؟ خذوها واضربوا لى فيها بسهم » ولأن الحاجة تدعوا الى ذلك من رد ضالة ، وآبق ، وعمل لا يقدر عليه ، فجاز كالاجارة والمضاربة) .

فصـــل ويجوز أن يعقد لعامل غير معين للآية ، ولأنه قد يكون له عمل ولا يعرف من يعمله ، فجاز من غير تعيين ، وروى المزنى فى المختصر عن الشافعى رحمه الله فى المنثور أنه قال : اذا قال : أول من يحج عنى فله مائة ، فحج عنه رجل أنه يستحق المائة . وقال المزنى : ينبغى أن يستحق أجـرة المثل ، لأنه اجارة فلم تصح من غير تعيين . وهذا خطأ لأن ذلك جعالة وقـد بينا أن الجعالة تجوز من غير تعيين العامل) .

فصـــل وتجوز على عمل مجهول للآية ، ولأن الحاجة تدعو الى ذلك فجاز مع الجهالة كالمضاربة ، ولا تجوز الا بعوض معلوم ، لأنه عقد معاوضة فلا تجوز بعوض مجهول كالنكاح ، فان شرط له جعلا مجهولا فعمل اسـتحق أجرة المثل ، لأن كل عقد وجب المسمى فى صحيحه وجب المثل فى فاسده ، كالبيع والنكاح) .

---

(١) الآية ٧٢ من سورة يوسف .

فصـــل ولا يستحق العامل الجعل الا باذن صاحب المال ، فأما اذا عمل له عملا من غير اذنه بأن وجد له آبقا فجـاء به ، أو ضـالة فردها اليه ، لم يستحق الجعل لأنه بذل منفعتـه من غـير عوض ، فلم يسـتحق العوض ، فان عمل باذنه ولم يشرط له الجعل ، فعلى الأوجه الأربعة التى ذكرناها فى الاجارة ، فان أذن له وشرط له الجعل فعمل استحق الجعل . لأنه استهلك منفعته بعوض ، فاستحق العوض كالأجير ، فان نادى فقال : من رد عبدى فله دينار فرده من لم يسمع النداء ، لم يسـتحق الجعـل ، لأنه متطوع بالرد من غير بدل ، فان أبق عبد لرجل فنادى غيره أن من رد عبـد فلان فله دينار ، فرده رجل وجب الدينار على المنادى ، لأنه ضمن العـوض فلزمه ، فان قال فى النداء : قال فلان : من رد عبدى فله دينار فرده رجل لم يلزم المنادى ، لأنه لم يضمن . وانما حكى قول غيره) .

فصـــل ولا يستحق العامل الجعل الا بالفراغ من العمل ، فان شرط له جعلا على رد الآبق فرده الى باب الدار ففـر منه أو مات قبـل أن يسلمه لم يستحق شيئا من الجعل ، لأن المقصـود هو الرد ، والجعـل فى مقابلته ولم يوجد منه شىء ، وان قال : من رد عبدى الآبق من البصرة فـله دينار ، وهو ببغداد ، فرده رجل من واسط ، استحق نصف الدينار ، لأنه رد من نصف الطريق ، وأن رده من ابعـد من البصرة لم يسـتحق أكثر من الدينار ، لأنه لم يضمن له لما زاد شيئاً .

وان أبق له عبدان فقال : من ردهما فله دينار ، فرد رجل أحدهما استحق نصف الجعل ، لأنه عمل نصف العمل . وان قال : من رد عبدى فله دينار ، فاشترك فى رده اثنان اشتركا فى الدينار ، لأنهما اشتركا فى العمل ، فاشـتركا فى الجعل . وان قال لرجل : أن رددت عبدى فلك دينار ، وقال لآخر : ان رددته فلك ديناران ، فاشتركا فى الرد استحق كل واحد منهما نصف ما جعل له ، وان جعل لأحدهما ديناراً وللآخر ثوباً مجهولا فرداه اسـتحق صاحب الدينار نصف دينار وصاحب الثوب نصف أجرة المثل ، لأن الدينـار جعـل صحيح ، فاستحق نصفه ، والثوب جعل باطل فاستحق نصف اجرة المثل . وان قال لرجل : ان رددت عبدى فلك دينار فشاركه غيره فى رده ، فان قال : شاركته معاونة له كان الدينار للعامل لأن العمل كله له فكان الجعـل كله له ، وان قال شاركته لأشاركه فى الجعل كان للعامل نصف الجعل ، لأنه عمل نصف العمل ، ولا شىء للشريك لأنه لم يشرط له شيئاً) .

الشرح الجعالة هى بتثليث الجيم عند ابن مالك وغيره . واقتصر النووى والجوهرى والفيومى صاحب المصباح على كسرها ، وابن الرفعـة

فى الكفاية والمطلب على فتحها ، وهى لغة اسم لما يجعله الإنسان لغيره على شىء يفعله ، وكذا الجعل والجعيلة ، وأما تعريفها شرعا فهو التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم أو مجهول بمعين أو مجهول .

وقد أورد المصنف الجعالة عقب الإجارة ، وكذلك فعل النووى فى الروضة وصاحب الشرح ، لأن التلازم بين الإجارة والجعالة واضح . لأنها عقد على عمل ، إلا أن أكثر المصنفين فى الفقه جعلوها بعد اللقطة ، لأنها طلب التقاط الدابة الضالة .

وقد استدل المصنف على أنها من العقود الجائزة بقوله تعالى : « ولمن جاء به حمل بعير » [1] واعتبر الرملى سوقه الآية استئناساً وليس استدلالا ، وعلل ذلك الشبراملسى فى حاشيته على النهاية هذه العبارة بأن شرع من قبلنا ليس شرعا لنا وإن ورد فى شرعنا ما يقرره .

أما الحديث الذى ساقه المصنف عن أبى سعيد فقد رواه البخارى ومسلم وأبو داود والترمذى وابن ماجه ، وأتم هذه الطرق جميعاً رواية البخارى ولفظها « انطلق نفر من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فى سفرة سافروها حتى نزلوا على حى من أحياء العرب فاستضافوهم فأبوا أن يضيفوهم ، فلدغ سيد ذلك الحى فسعوا له بكل شىء ، لا ينفعه شىء ، فقال بعضهم : لو أتيتم هؤلاء الرهط الذين نزلوا لعلهم أن يكون عندهم بعض شىء ، فأتوهم فقالوا : يا أيها الرهط إن سيدنا لدغ وسعينا له بكل شىء لا ينفعه فهل عند أحد منكم من شىء ؟ قال بعضهم : إنى والله لأرقى ولكن والله لقد استضفناكم فلم تضيفونا فما أنا براق لكم حتى تجعلوا لنا جعلا ، فصالحوهم على قطيع من غنم فانطلق يتفل عليه ، ويقرأ الحمد لله رب العالمين ، فكأنما نشط من عقال ، فانطلق يمشى وما به قلبة ، وقال فأوفوهم جعلهم الذى صالحوهم عليه ، فقال بعضهم : اقتسموا ، فقال الذى رقى : لا تفعلوا حتى نأتى النبى صلى الله عليه وسلم فنذكر له الذى كان ، فننظر الذى يأمرنا ، فقدموا على النبى صلى الله عليه وسلم فذكروا له ذلك فقال : وما يدريك أنها رقية ؟ ثم قال : قد أصبتم واضربوا لى معكم

---

(١) الآية : ٧٢ من سورة يوسف .

سهما ، وضحك النبى صلى الله عليه وسلم » وقد روى البخارى رواية عن ابن عباس بلفظ « أن نفرا من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم مروا بماء فيهم لديغ أو سليم فعرض لهم رجل من أهل الماء فقال : هل فيكم من راق فإن فى الماء رجلا لديغا أو سليما ، فانطلق رجل منهم فقرأ بفاتحة الكتاب على شاء ، فجاء بالشاء إلى أصحابه فكرهوا ذلك وقالوا : أخذت على كتاب الله أجراً ؟ حتى قدموا المدينة فقالوا : يا رسول الله أخذ على كتاب الله أجراً ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله » .

قوله « فاستضافوهم » فى رواية للترمذى أنهم ثلاثون رجلا ، وقد روى الحاكم رواية أبى سعيد الخدرى على أنه هو الراقى ، وهى على شرط مسلم . وقال الزركشى : ويستنبط منه جواز الجعالة على ما ينتفع به المريض من دواء أو رقية وإن لم يذكروه . وهو متجه إن حصل به تعب وإلا فلا أخذاً مما يأتى .

على أن الإجماع منعقد على جوازها لما تدعو إليه الحاجة من ضالة ، أو عمل لا يقدر عليه ولا يجد من يتطوع به ، ولا تصح الاجارة عليه لجهالة ، فجاز أن يجعل له جعلا كالإجارة والقراض . وأركان الجعالة أربعة : صيغة ومتعاقدان وعمل وعوض .

ولما كان الجعل لا يستحق إلا بإذن صاحب المال كالإجارة ، فإنه فارق الإجارة فى استحقاقه بالعمل ، أما الإجارة فإنها تستحق بالعقد ، لأنه لو قال : من رد على ضالتى فله درهم قبلها بطل ، هكذا أفاده الغزالى فى كتاب الدور ، وعدم اشتراط قبضه فى المجلس مطلقا ، ويشترط فى الملتزم للجعل مالكا أو غيره أن يكون مطلق التصرف كما فى الإجارة فلا يصح بالتزام الصبى أو المحجور عليه للسفه أو الجنون . كما يشترط فى العامل المعين أهلية العمل بأن يكون قادراً عليه ولا تشترط الحرية وغير المكلف ، وأن يقوم بالعمل بإذن وبغير إذن ، كما قال ذلك السبكى خلافا لابن الرفعة فى اشتراط إذن السيد ، ويخرج بذلك العاجز عن العمل كالصغير والضعيف

إذا غلبهما العمل ، فأشبه استئجار الأعمى للحراسة . هكذا أفاده الزركشى وابن العماد .

ونقل المزنى أن الشافعى نص فى المنثور أنه إذا قال المعضوب : من حج عنى فله مائة درهم ، فحج عنه إنسان استحق المائة .

قال المزنى : ينبغى أن يستحق أجرة المثل ، لأن هذا إجارة فلا يصح من غير تعيين الأجر . هذا كلام الشافعى والمزنى ، والمسألة التى ساقها المصنف بذكر النووى رضى الله عنه أن للأصحاب فيها ثلاثة أوجه الصحيح وقوع الحج عن المستأجر ويستحق الأجرة المسماة . وبهذا نص الشافعى واختاره النووى ، لأنه جعالة وليس باجارة . والجعالة تجوز على عمل مجهول ، فمن باب أولى المعلوم . (والثانى) وهو اختيار المزنى : أنه يقع عن المستأجر ويستحق الأجير أجرة المثل لا المسمى . وقد حكى إمام الحرمين أن معظم الأصحاب مالوا إلى هذا . قال النووى . وليس كما قال . وهذا القائل يقول : لا تجوز الجعالة على عمل معلوم لأنه يمكن الاستئجار عليه .

(والثالث) أنه يفسد الإذن ويقع الحج عن الأجير ، لأن الإذن غير متوجه إلى إنسان بعينه ، فهو كما لو قال : وكلت من أراد بيع دارى فى بيعها . فالوكالة باطلة ولا يصح تصرف البائع اعتماداً على هذا التوكيل . وهذا الوجه حكاه الرافعى . وذكر إمام الحرمين أن شيخ والده أبا محمد أشار إليه فقال : لا يمتنع أن يحكم بفساد الإذن ، وهذا الوجه ضعيف جداً بل باطل مخالف للنص والمذهب والدليل . فإذا قلنا بالمذهب والمنصوص . فقال : من حج عنى فله مائة درهم فسمعه رجلان وأحرما عنه .

قال القاضى حسين والأصحاب : إن سبق إحرام أحدهما وقع عن المستأجر القائل ويستحق السابق المائة ، وإحرام الثانى يقع عن نفسه لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر فصار كمن عقد نكاح أختين بعقد واحد .

ولو قال من حج عنى فله مائة دينار فحج عنه رجلان ، أحدهما بعد الآخر . وقع إحرام السابق بالإحرام عن المستأجر القائل وله عليه المائة .

ولو أحرما معاً وقع حج كل منهما عن نفسه ولا شيء لهما على القائل ، لأنه ليس فيها أول . ولو كان العوض مجهولا بأن قال : من حج عنى فله ثوب أو دراهم أو ناقة وقع الحج عن القائل بأجرة المثل .

فـــرع استدل المصنف من قوله تعالى : « ولمن جاء به » [1] على جواز عقدها لغير المعين ، كما فى المثال الذى سبق فيمن يحج عنه ، كمـــا استدل بالآية أيضاً على جوازها على عمل مجهول . وكذلك لو قال : من رد ضالتى من سامعى ندائى فله كذا فرده من علم نداءه ولم يسمع منه لم يستحق ، هكذا أفاده الماوردى وصرح بمثله القاضى حسين .

قال الأذرعى : وقول القاضى فإن رده بنفسه أو بعبده استحق ، يفهـم عدم الاستحقاق إذا استقل العبد بالرد . ولو قال أجنبى من رد عبد زيد فله كذا استحقه الراد على الأجنبى . قال الرملى : استحقه الراد العالم به على الأجنبى لأنه التزمه فصار كخلع الأجنبى ، وكما لو التمس إلقاء متاع غيره فى البحر لخوف الهلاك وعليه ضمانه .

اذا ثبت هذا فإن العامل بلا إذن لا يستحق الجعالة ، لأنه لو أذن لشخص فعمل غيره فلا شيء له ــ ولو كان معروفا برد الضال بعوض ــ لأنه لم يلتزم عوضا له فوقع عمله تبرعا . وقال الشبراملسى عند قوله « فلو عمل أحد بلا إذن فقال ومن ذلك ما جرت به العادة فى قرى مصرنا من أن جماعة اعتادوا حراسة الجرين نهاراً وجماعة اعتـادوا حراســته ليلا ، فإن اتفقت معاقدتهم على شيء من أهل الجرين أو من بعضهم بإذن الباقين لهم فى العقد . استحق الحارسون ما شرط لهم إن كانت الجعالة صحيحة وإلا فأجرة المثل .

وأما إن باشروا الحراسة بلا إذن من أحد اعتماداً على ما سبق من دفع أرباب الزرع للحارس سهماً معلوماً عندهم لم يستحقوا شيئا . وليس كمـا لو التزم الثمن فى شراء غيره أو الثواب فى هبة غيره ، لأنه عوض تمليك يتصور وجوبه على غير من حصل له الملك ، والجعل ليس عوض تمليك .

---

(١) الآية : ٧٢ من سورة يوسف .

واستشكل ابن الرفعة هذه بأنه لا يجوز لأحد وضع يده على مال غيره بقول الأجنبي بل يضمنه فكيف يستحق الأجرة . وأجيب بأنه لا حاجة إلى الإذن في ذلك لأن المالك راض به قطعاً ، أو بأن صورة ذلك أن يأذن المالك لمن شاء في الرد والتزم الأجنبي بالجعل ، أو يكون للأجنبي ولاية على المالك ، وقد يصور أيضاً بما إذا ظنه العامل المالك أو عرفه وظن رضاه . وظاهر كلام المصنف أنه يلزمه العوض المذكور وإن لم يقل عليَّ .

قال الرملي : وهو كذلك فقد قال الخوارزمي في الكافي : ولو قال الفضولي : من رد عبد فلان فله علي دينار ، أو قال فله دينار ، فمن رده استحق على الفضولي ما سمى . وصرح به ابن يونس في شرح التعجيز فإنه صور المسألة بما إذا قال علي ثم قال : وألحق الأئمة به قوله فله كذا . وإن لم يقل علي ، لأن ظاهره التزام ولو قال أحد الشريكين في رقيق : من رد رقيقي فله كذا فرده شريكه فيه استحق الجعل . وصورة المسألة إذا لم يكن القائل ولي المالك . فأما إذا كان وليه وقال ذلك عن محجوره على وجه المصلحة بحيث يكون الجعل قدر أجرة مثل ذلك العمل أو أقل استحقه الراد في مال المالك بمقتضى قول وليه ، ويعلم مما يقرر أنه لا يتعين على العامل المعين العمل بنفسه . فلو قال لشخص معين : إن رددت على ضالتي فلك كذا لم يتعين عليه السعي بنفسه ، بل له أن يستعين بغيره ، فإذا حصل الفعل استحق الأجرة . قاله الغزالي في البسيط .

قال الرملي : وحاصله أن توكيل العامل المعين غيره في الرد كتوكيل الوكيل فيجوز له أن يوكله فيما يعجز عنه وعلم به القائل أو لا يليق به كما يستعين به ، وتوكيل غير المعين بعد سماعه النداء غيره ، كالتوكيل في الاحتطاب والاستقاء ونحوهما فيجوز ، فعلم أن العامل المعين لا يستنيب فيها إلا إن عذر وعلم به الجاعل حال الجعالة . ا هـ

فرع تصح الجعالة على عمل مجهول كما ذكر ذلك المصنف لأن الجهالة احتملت في القراض لحصول زيادة ، فاحتمالها في رد الحاصل أولى ، وهو مقيد كما أفاده جمع بما إذا عسر ضبطه لا كبناء حائط فيذكر محله وطوله وسمكه وارتفاعه وما يبنى به ، وخياطة ثوب فيصفه كالإجارة .

أما صحتها على المعلوم فأولى ومثال ذلك قوله : من رد على ضالتى من مكان كذا فله كذا ، وهذا هو الأصح . (والثانى) المنع للاستغناء عنه بالإجارة ، وقد عرفت أنه لابد من كون العمل فيه كلفة أو مؤنة ، كرد آبق أو ضال ، أو أداء حج أو خياطة ثوب أو تعلم علم أو حرفة ، أو إخبار فيه غرض وصدق فيه ، فلو رد من هو بيده ولا كلفة فيه فلا شيء له ، إذ ما لا كلفة فيه لا يقابل بعوض .

فلو قال : من دلنى على مالى فله كذا فدله غير من هو بيده استحق ، لأن الغالب أنه تلحقه مشقة . قال الأذرعى : ويجب أن يكون هذا فيما إذا بحث عنه بعد جعل المالك . أما البحث السابق والمشقة السابقة قبل الجعل فلا عبرة بهما ويلزم عدم التوقيت فى الجعالة . لأنه لو قال من رد على ضالتى إلى شهر كذا فله كذا لم يصح كما فى القراض ، لأن تقدير المدة مخل بمقصود العقد ، فقد لا يظفر به فيها فيضع سعيه ولا يحصل الغرض ، سواء أضم إليه من محل كذا أم لا ، وغير واجب على العامل .

فلو قال : من دلنى على مالى فله كذا فدله من المال فى يده لم يستحق شيئاً لأن ذلك واجب عليه شرعا ، فلا يأخذ عليه عوضاً . وكذا لو قال من رد مالى فله كذا فرده من هو فى يده ويجب عليه رده . وقضيته أنه لو كان الدال أو الراد غير مكلف استحق .

وقد أفتى الإمام النووى كما حكى ذلك صاحب نهاية المحتاج فيمن حبس ظلما فبذل مالا لمن يتكلم فى خلاصه بجاهه وغيره بأنها جعالة مباحة ، وأخذ عوضها حلال ، ونقله عن جماعة ، ثم قال : وفى ذلك كلفة تقابل بأجرة عرفاً . وهذا يجوز فى زماننا إذا قام شخص كمحام مثلا وكان ألحن بحجته وأثبت الظلم الواقع على الحبيس كان ذلك مباحاً إذا كان بحيث يكون شخص يملك رفع الظلم ثم لم يفعل الا بجعل فمقتضى العرف الذى نعلمه اليوم أن ذلك رشوة ، فإذا كان صاحب جاه يستطيع أن يرفع ظلما وقع على إنسان بجاهه وجب عليه العمل على رفعه ، وبذلك تبطل الجعالة ، لأنها لا تكون إلا عوضا عما لا يجب على العامل ، ومقتضى النصيحة والعمل

لإحقاق الحق الذى يلزم كل مسلم يمنع هذه الصورة التى أفتى بها النووى رحمه الله تعالى .

ولأنهم قالوا إن السعى والعمل وبذل المجهود هى مع حصول المقصود توجب الجعالة ، وجعلوا إخبار الطبيب للمريض بدوائه عملا تافهاً لا جهد فيه ولا سعى فلا يستحق عليه جعلا ، فكيف بمن له جاه يمكن أن يؤثر به فى رفع ظلم أو قضاء مصلحة بدون مشقة أو جهد أو سعى إلا أن يتفوه بكلمة هل يحل له أن يأخذ جعالة ؟ إن قياس المذهب والبناء على أصله يمنع ذلك . ولا أعلم فى ذلك خلافا فى الأصل الذى بنينا عليه ، لأنه يستمد قوته من قوله صلى الله عليه وسلم « الحلال بين والحرام بين » .

ويشترط لصحة العقد كون الجعل مالا معلوماً لأنه عوض كالأجرة والمهر ولأنه عقد جوز للحاجة ، ولا حاجة لجهالة العوض بخلاف العمل ، ولأن جهالة العوض تفوّت مقصود العقد إذ لا يرغب أحد فى العمل مع جهالة العوض ، ويحصل العلم بالمشاهدة إن كان معيناً ، وبالوصف إن كان فى الذمة . فلو قال من رد ضالتى فله ما حملت ، وكان ما تحمله معروفاً كسرجها ولجامها أو شيئاً آخر تنقله ضلت به وكان معروفا للعامل .

واستشكل ابن الرفعة اعتبار الوصف فى المعين لأنهم منعوه فى البيع والإجارة وغيرهما .

قال البلقينى : ويمكن الفرق بدخول التخفيف هنا فلم يشدد فيها بخلاف نحو البيع ، وقياسه صحته فله نصفه إن علم ، وإن لم يعرف محله وهو أوجه الوجهين . وما قاسه عليه الرافعى من استئجار المرضعة بنصف الرضيع بعد الفطام أجاب عنه فى الكفاية بأن الأجرة المعينة تملك بالعقد فجعلها جزءاً من الرضيع بعد الفطام يقتضى تأجيل ملكه ، وهنا إنما تملك بتمام العمل فلا مخالفة لمقتضى العقد ولا عمل يقع فى مشترك ، كذا أفاده الرملى .

فرع إذا قال : من رد علىّ ضالتى من بلد كذا فرده من جهة ذلك البلد لكن من أبعد منه فلا زيادة لتبرعه بها . أما إذا قال : من

رده من بلد كذا فرده من أقرب منه فلا يستحق إلا قسطه من الجعل ، لأنه جعل كل الجعل فى مقابلة العمل ، فبعضه فى مقابلة بعضه ، فإن رده من نصف الطريق استحق نصف الجعل .

فإذا كانت الطريق غير متساوية فى الحزونة والسهولة بأن كان النصف الذى قطعه يمكن أن تكون أجرته ضعف أجرة النصف الآخر استحق الثلثين من الجعل ، فإن كان من البلد أو من مسافة مثل مسافته ولو من جهة أخرى استحق المسمى . ولو رد من البلد المعين ، ورأى المالك فى نصف الطريق فدفعه إليه استحق نصف الجعل .

ولو قال : من رد علىّ ضالتى فله كذا ، فرد أحدهما استحق نصف الجعل ، استوت قيمة الضالتين أو اختلفت .

ولو قال لرجلين إن رددتما ضالتىّ فلكما كذا فرد أحدهما استحق الربع أو كليهما استحق النصف أو رداهما استحق المسمى .

ولو قال : أول من يرد ضالتى فله كذا فرداها استحقا المسمى مناصفة لوصفهما بالأولية فى الرد .

ولو قال : لكل واحد من ثلاثة ردها ولك دينار ، فردوها جميعاً استحق كل واحد منهم ثلث دينار توزيعا بالحصص على الرءوس ، هذا إذا عمل كل منهم لنفسه ليأخذ الدينار .

أما لو قال : أعنت صاحبىّ فلا شىء له ويقتسمان فى الدينار ، أو قال اثنان ذلك أخذ الثالث الدينار وحده ولا شىء لهما وللآخر جميع المشروط ، فإن شاركهم رابع فلا شىء له .

أما إذا قصد بمعاونته المالك أو أخذ الجعل منه فلكل واحد من الثلاثة ربع المشروط ، فإن أعانا أحدهم فلكل واحد من الاثنين ربع المشروط وللمعاون ــ بفتح الواو ــ النصف ، فإن شرط لأحدهم جعلا مجهولا ،

ولكل من الآخرين ديناراً فردوه فله ثلث أجرة المثل ولهما ثلثا المسمى . وهكذا قال النووى : إذا اشترك اثنان فى رده اشتركا فى الجعل ، ولو التزم جعلا لمعين فشاركه غيره فى العمل إن قصد إعانته فله كل الجعل .

* * *

وهنا يقول صاحب النهاية : لأن قصد الملتزم الرد ممن التزم له بأى وجه أمكن فلم يقصر لفظه على المخاطب وحده بخلاف ما مر فيما إذا أذن لمعين فرد نائبه مع قدرته ، لأن المالك لم يأذن فيه أصلا . ولا شىء للمعين إلا إن التزم له المخاطب أجرة ، ويؤخذ من كلامهم هنا ، وفى المساقاة كما أفاده السبكى جواز الاستنابة فى الإمامة والتدريس وسائر الوظائف التى تقبل النيابه ، أى ولو بدون عذر فيما يظهر ، ولو لم يأذن الواقف إذا استناب مثله أو خيراً منه ، ويستحق المستنيب جميع المعلوم ؛ وإن أفتى ابن عبد السلام والنووى بأنه لا يستحقه واحد منهما ، إذ المستنيب لم يباشر والنائب لم يأذن له الناظر ، فلا ولاية له ، وما نازع به الأذرعى من كون ذلك سبباً لفتح باب أكل أرباب الجهالات مال الوقف دائماً مما أرصد للمناصب الدينية ، واستنابة من لا يصلح أو يصلح بنزر يسير .

قال غيره : وهكذا جرى فلا حول ولا قوة إلا بالله مردود باشتراط كونه مثله أو خيراً منه .

ولو قال لواحد : إن رددته فلك دينار . وقال لآخر : إن رددته أرضيك ، أو أحلى بالحلوى فمك ، فرداه ، فللأول نصف الدينار ، وللآخر نصف أجرة مثل عمله .

وينقسم العقد باعتبار لزومه وجوازه إلى ثلاثة أقسام :

(أحدها) لازم من الطرفين قطعاً كالبيع والإجارة والسلم والصلح والحوالة والمساقاة والهبة لغير الفروع بعد القبض والخلع ، ولازم من أحدهما قطعاً . ومن الآخر على الأصح وهو النكاح فإنه لازم من جهة المرأة قطعاً ، ومن جهة الزوج على الأصح ، وقدرته على الطلاق ليست فسخا .

(ثانيها) لازم من أحد الطرفين جائز من الآخر قطعاً كالكتابة ، والرهن وهبة الأصول للفروع بعد القبض والضمان والكفالة .

(ثالثها) جائز من الطرفين كالشركة والوكالة والعارية والوديعة ، وكذا الجعل له قبل فراغ العمل .

وقال النووى فى الروضة :

هى أن يقول : من رد عبدى الآبق أو دابتى الضالة ونحو ذلك فله كذا وهى عقد صحيح للحاجة وأركانه أربعة :

(أحدها) الصيغة الدالة على الإذن فى العمل بعوض يلتزمه فلو رد آبقاً أو ضالة بغير إذن مالكها فلا شىء له سواء كان الراد معروفاً برد الضوال أم لا .

ولو قال لزيد : رد آبقى ولك دينار فرده عمرو ، لم يستحق شيئاً ، لأنه لم يشرط له .

ولو عين رجلا فقال : إن رده زيد فله كذا فرده زيد غير عالم بإذنه لم يستحق شيئاً . ولو أذن فى الرد ولم يشرط عوضا ، فلا شىء للراد على المذهب وظاهر النص ، وفيه الخلاف السابق فيمن قال : اغسل ثوبى ولم يسم عوضا قلت : لو شهد الفضولى على المالك بإذنه قال : فينبغى أن لا تقبل شهادته لأنه متهم فى ترويج قوله . وأما قول صاحب البيان : مقتضى المذهب قبولها فلا يوافق عليه .

(الركن الثانى) المتعاملان ، فأما ملتزم الجعل فيشترط أن يكون مطلق التصرف وأما العامل فيجوز أن يكون شخصاً معيناً وجماعة ويجوز ألا يكون معيناً ولا معينين .

(الركن الثالث) العمل ، فما لا تجوز الإجارة عليه من الأعمال لكونه مجهولا ، تجوز الجعالة عليه للحاجة ، وما جازت الإجارة عليه جازت

الجعالة أيضاً على الصحيح ولو قال : من رد مالى فله كذا ، فرده من كان فى يده نظر ، إن كان فى رده كلفة كالآبق استحق الجعل ، وإن لم يكن كالدراهم والدنانير ، فلا . لأن ما لا كلفة فيه لا يقبل بالعوض .

ولو قال من دلنى على مالى فله كذا فدله من المال فى يده لم يستحق شيئاً لأن ذلك واجب عليه ، فلا يأخذ عليه عوضاً .

(الركن الرابع) الجعل المشروط ، وشرطه أن يكون معلوماً كالأجرة ، لعدم الضرورة إلى جهالته ، فإن شرط مجهولا بأن قال : من رد آبقى فله ثوب أو دابة أو إن رددته فعلىَّ أن أرضيك أو أعطيك شيئاً فسد العقد ، وإذا رد استحق أجرة المثل .

ولو قال : من رد عبدى فله سلبه أو ثيابه ــ قال المتولى : إن كانت معلومة أو وصفها بما يفيد العلم استحق الراد المشروط والا فأجرة المثل ولو قال : فله نصفه أو ربعه فقد صححه المتولى ، ومنعه أبو الفرج السرخسى .

(فرع) لو قال : من رد لى عبدى من بلد كذا فله دينار بنى على الخلاف فى صحة الجعالة فى العمل المعلوم ــ فإن صححناها ــ فمن رده من نصف الطريق استحق الطريق استحق نصف الجعل ، ومن رده من ثلثه استحق الثلث ، وإن رده من مكان أبعد ، لم يستحق زيادة ولو قال : من رد لى عبدين فله كذا فرد أحدهما استحق نصف الجعل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ويجوز لكل واحد منهما فسخ العقد لأنه عقد على عمل مجهول بعوض ، فجاز لكل واحد منهما فسخه كالمضاربة ، فان فسخ العامل لم يستحق شيئاً ، لأن الجعل يستحق بالفراغ من العمل ، وقد تركه فسقط حقه . وأن فسخ رب المال ، فان كان قبل العمل لم يلزمه شىء ، لأنه فسخ قبل أن يستهلك منفعة العامل ، فلم يلزمه شىء ، كما لو فسخ المضاربة قبل**

العمل . وان كان بعد ما شرع فى العمل لزمه أجرة المثل لما عمل ، لأنه استهلك منفعته بشرط العوض فلزمه أجرته ، كما لو فسخ المضاربة بعد الشروع فى العمل) .

فصـــل وتجوز الزيادة والنقصان فى الجعل قبل العمل ، فان قال : من رد عبدى فله دينار ، ثم قال : من رده فله عشرة ، فرده رجل استحق عشرة ، وان قال : من رد عبدى فله عشرة ، ثم قال : مـن رده فله دينار ، استحق الدينار ، لأنه مال بذل فى مقابلة عمـــل فى عقـد جـاز ، والزيادة والنقصان فيه قبل العمل كالربح فى المضاربة).

فصـــل وان اختلف العامل ورب المال فقال العامل : شرطت لى الجعل وأنكر رب المال ، فالقول قول رب المال ، لأن الأصل عدم الشرط وعدم الضمان ، وان اختلفا فى عين العبد فقال السيد : شرطت الجعل فى رد غيره .

وقال العامل : بل شرطت الجعل فى رده ، فالقول قول المالك ، لأن العامل يدعى عليه شرط الجعل فى عقد الأصل عدمه ، فكان القول فيه قوله ، وان اختلفا فى قدر الجعل تحالفا كما قلنا فى البيع ، فاذا تحالفا رجع الى اجـرة المثل كما رجع فى البيع بعد هلاك السلعة الى قيمة العين .

وان اختلف العامل والعبد فقال العامل : أنا رددته . وقال العبد جئت بنفسى وصدقه المولى ، فالقول قول المولى مع يمينه ، لأن الأصل عدم الرد ، وعدم وجوب الجعل ، وبالله التوفيق) .

الشرح قلنا : إن العقود منها الجائز من الطرفين كالشركة والوكالة والعارية والوديعة (والجعالة قبل الفراغ من العمل) ومن ثم يجـوز لأى منهما الفسخ قبل تمام العمل ، لأنه عقد جائز من الطرفين ، أما من جهـة الجاعل فمن حيث إنها تعلق استحقاق بشرط فأشبهت الوصية .

وأما من جهة العامل فلأن العمل فيها مجهول ، وما كان كذلك لا يتصف باللزوم كالفرائض ، وإنما يتصور الفسخ من العامل فى الابتداء إذا كان معينا بخلاف غيره فلا يتصور فسخه إلا بعد شروعه فى العمـل ، والمـراد بالفسخ رفع العقد ورده ، وخرج بقوله : قبل العمل ، ما بعده ، فإنه لا أثر للفسخ ، لأن الجعل قد لزم واستقر ، وعلم من جوازها انفساخها بمـوت

أحد المتعاقدين أو جنونه أو إغمائه ، فلو مات المالك بعد الشروع فى العمل فرده إلى وارثه استحق قسط ما عمله فى الحياة من المسمى .

وإن مات العامل فرده وارثه استحق القسط منه أيضاً ، فإن فسخ قبل الشروع أو فسخه العامل بعد الشروع فلا شيء له ، لأنه لم يعمل شيئاً فى الأولى ، ولأن الجعل إنما يستحق فى الثانية بتمام العمل ، وقد فوته باختياره .

وإن فسخ المالك بعد الشروع فى العمل فعليه أجرة المثل لما مضى فى الأصح لأن جوازه يقتضى التسلط على رفعه ، وإذا ارتفع لم يجب المسمى كسائر الفسوخ لكن عمل العامل وقع محترماً فلا يحبط بفسخ غيره فرجع إلى بدله وهو أجرة المثل كالإجارة إذا فسخت بعيب

والثانى : لا شيء للعامل كما لو فسخ بنفسه ، ولا فرق على هذا القول بين أن يكون ما صدر من العامل لا يحصل به مقصود أصلا كرد الضال إلى بعض الطريق أو يحصل به بعضه كما لو قال : إن علمت ابنى القرآن فلك كذا ثم منعه من تعليمه ولا يشكل ما رجحوه هنا كما يقول الرملى من استحقاق أجرة المثل بقولهم : إذا مات العامل أو المالك فى أثناء العمل حيث ينفسخ ويجب القسط من المسمى لأن الجاعل أسقط حكم المسمى فى مسئلتنا بفسخه بخلافه فى تلك ، وما فرق به بعض الشراح من أن العامل فى الانفساخ تمم العمل بعده ولم يمنعه المالك منه بخلافه فى الفسخ ، محل نظر ، إذ لا أثر له فى الفرق بين خصوص الوجوب من المسمى تارة ، ومن أجرة المثل أخرى كما هو ظاهر للمتأمل .

فرع ويجوز للمالك أن يزيد وينقص فى العمل وفى الجعل ولو من غير جنسه ونوعه قبل الفراغ كالمبيع فى زمن الخيار ، سواء ما قبل الشروع فى العمل أو بعده ، لأنه عقد جائز ، فلو قال : من رد ضالتى فله عشرة ، ثم قال من ردها فله خمسة أو عكس فالاعتبار بالأخير من قوليه ، أما بعد الشروع ففائدته وجوب أجرة المثل له ، لأن النداء الأخير فسخ للأول ،

والفسخ فى أثناء العمل يقتضى الرجوع إلى أجرة المثل ، ومحله قبل الشروع أن يعلم العامل بالتغيير ، فإن لم يعلم به فيما إذا كان معيناً ولم يعلن به الملتزم فيما إذا كان غير معين . هكذا أفاده فى النهاية .

وقال الغزالى فى الوسيط : ينقدح أن يقال : يستحق أجر المثل وهو الراجح وقال الماوردى والرويانى وأقره السبكى : يستحق الجعل الأول ، كما أقر ذلك البلقينى وغيره ، فعلى الأول لو عمل من سمع النداء الأول خاصة ، ومن سمع النداء الثانى استحق الأول نصف أجرة المثل والثانى نصف المسمى الثانى ، وعلى قول الماوردى والرويانى والسبكى والبلقينى للاول نصف الجعل الأول والثانى نصف الثانى .

أما التغيير بعد الفراغ فلا يؤثر ، لأن المال قد لزم ، ويتوقف لزوم الجعل على تمام العمل ؛ ولهذا قال النووى : ولو مات الآبق فى بعض الطريق أو هرب فلا شىء للعامل .

قال الشراح : لأنه لم يرده والاستحقاق معلق بالرد ، ويخالف موت أجير الحج فى أثناء العمل فإنه يستحق من الأجرة بقدر ما عمله فى الأصح لأن القصد بالحج الثواب ، وقد حصل للمحجوج عنه الثواب بالبعض ، والقصد هنا الرد ولم يوجد ، ولو لم يجد المالك سلم المردود إلى الحاكم واستحق الجعل ، فإن لم يكن حاكم أشهد واستحقه ، ويجرى ذلك فى سائر ما يتلف من محال الأعمال .

فرع إذا اختلف المالك والعامل فقد قال النووى رضى الله عنه يصدق المالك بيمينه إذا أنكر شرط الجعل أو سعى العامل ا هـ .

والأول كأن يقول : ما شرطت الجعل ، أو شرطته فى شىء آخر .

والثانى كأن يقول : لم ترده أنت وإنما رده غيرك ، أو عادت الضالة بنفسها من غير سعى منك ، لأن الأصل عدم الرد والشرط وبراءة ذمته ، فلو اختلفا بعد الاستحقاق فى قدر الجعل أو جنسه أو صفته أو فى قدر العمل

كأن قال شرطت مائة على رد ضالتين فقال العامل بل على رد هذا فقط تحالفا، وللعامل أجرة المثل كما فى القراض والإجارة ، كل هذا إذا اختلفا بعد الفراغ من العمل والتسليم ، أو قبل الفراغ من العمل فيما إذا وجب للعامل قسطه من العمل الذى عمله وله جعالة ، فإن كان العمل مضبوطا مقدراً فإجارة ولو احتاج إلى تردد غير مضبوط فجعالة والمراد أنه يجوز عقد الإجارة فى الشق الأول دون الثانى ، ويد العامل على المأخوذ إلى رده يد أمانة .

ولو رفع يده عنه وخلاه بتفريط كأن خلاه بمضيعة ضمنه لتقصيره ، وإن خلاه بلا تفريط كأن خلاه عند الحاكم لم يضمنه ونفقته على مالكه ، فإن أنفق عليه مدة الرد فمتبرع إلا إن أذن له الحاكم فيه أو أشهد عند فقده ليرجع ، والله تعالى أعلم بالصواب .

كلام النووى فى الروضة
فى أحكام الجعالة

فمنها الجواز ، فلكل واحد من المالك والعامل فسخها قبل تمام العمل ، فأما بعد تمام العمل فلا أثر للفسخ ، لأن الدين لزم ، ثم إن اتفق الفسخ قبل الشروع فى العمل فلا شىء للعامل كما لو فسخ بنفسه . والصحيح أنه يستحق أجرة المثل لما عمل ، وبهذا قطع الجمهور وعبروا عنه بأنه ليس له الفسخ حتى يضمن للعامل أجرة مثل ما عمل .

ولو عمل العامل شيئاً بعد الفسخ ، لم يستحق شيئا إن علم بالفسخ ، فإن لم يعلم بنى على الخلاف فى نفوذ عزل الوكيل فى غيبته قبل علمه .

فرع تنفسخ الجعالة بالموت ، ولا شىء للعامل لما عمله بعد موت المالك ، فلو قطع بعض المسافة ، ثم مات المالك فردّه إلى وارثه ، استحق من المسمى بقدر عمله فى الحياة .

فرع ومن أحكامها : جواز الزيادة والنقص فى الجعل ، وتغير

جنسه قبل الشروع فى العمل ، فلو قال : من رد عبدى فله عشرة ثم قال : من رده فله خمسة أو بالعكس فالاعتبار بالنداء الأخير ، والمذكور فيه هو الذى يستحقه الرادّ .

لكن لو لم يسمع الراد النداء الأخير ، قال الغزالى : يحتمل أن يقال : يرجع إلى أجرة المثل . وأما بعد الشروع فى العمل ففى كلام صاحب المهذب وغيره تقييد جواز الزيادة والنقص بما قبل العمل ، وفى كلام الغزالى قبل الفراغ فالظاهر أنه فى أثناء العمل يؤثر فى الرجوع إلى أجرة المثل ، لأن النداء الأخير فسخ للأول ، والفسخ فى أثناء العمل يقتضى أجرة المثل .

فـــرع ومن أحكامها توقف استحقاق الجعل علم تمام الجعل على تمام العمل فلو سعى فى طلب الآبق فرده فمات فى باب دار المالك قبل أن يسلّمه إليه أو هرب أو عُضِب أو تركه العامل فرجع ، فلا شىء للعامل لأنه لم يرد .

قلت : ومنه لو خاط نصف الثوب فاحترق أو تركه أو بنى بعض الحائط فانهدم أو تركه فلا شىء للعامل ، قاله أصحابنا والله أعلم .

فـــرع لو رد الآبق لم يكن له حبسه لاستيفاء الجعل لأن الاستحقاق بالتسليم ولا حبس قبل الاستحقاق .

فـــرع قال : إن علمت هذا الصبى أو علمتنى القرآن فلك كذا فعلمه البعض وامتنع من تعليم الباقى فلا شىء له ، وكذا إن كان الصبى بليداً لا يتعلم ، لأنه كمن طلب العبد فلم يجده ، ولومات الصبى فى أثناء التعليم استحق أجرة ما علمه لوقوعه مسلما بالتعليم بخلاف رد الآبق ، وإن منعه أبوه من التعلم فله أجرة المثل لما علمه .

فـــرع قال : من رد على عبدى إلى شهر فله كذا قال القاضى أبو الطيب : لا يصح لأن تقدير المدة يخل بمقصود العقد فربما لا يجده فيها فيضيع عمله ولا يحصل غرض المالك ، كما لا يجوز تقدير مدة القراض .

فـــرع لو قال : بع لى هذا أو اعمل كذا ولك عشرة دراهم ففى بعض التصانيف أنه إن كان العمل مضبوطاً مقدَّرا فهو اجارة ، وان احتاج إلى ترد أو كان غير منضبط فهو جعالة .

قال الامام الرافعى وحـــكاه النووى فى الروضـــة عنه فرع لم أجـــده مسطوراً .

يد العامل على ما يقع فى يده إلى أن يره يد أمانة فلو رفع يده عن الدابة وخلاها فى مضيعة فهو تقصير مضمن ، ونفقة العبد والدابة مدة الرد يجوز أن تكون كما ذكرنا فى مستأجر الجمال إذا هرب الجمال وخلاها عنـــده ، ويجوز أن يقال : ذلك للضرورة وهنا أثبت العامل يده مختـــاراً فليتكلف المؤنة ويؤيد هذه العادة ثم قال النووى :

قلت : عجب قول الإمام الرافعى فى نفقة المردود : لا أعلمه مسطوراً ، وأنه يحتمل أمرين ، وهذا قد ذكره القاضى ابن كج فى كتابه التجريد وهو كثير النقل عنه ، فقال : إذا عليه الراد فهو متبرع عندنا . وهذا الذى قاله ظاهر جارٍ على القواعد . وقول الرافعى : وخلاها فى مضيعة لا حاجة إلى التقييد بالمضيعة فحيث خلاها يضمن والله أعلم .

فـــرع قال : إن أخـــبرتنى بخـــروج زيد من البـــلد فلك كذا فأخبره ، ففى فتاوى القفال : أنه إن كان له غرض فى خروجه اســـتحق ، وإلا فلا ، وهذا يقضى كونه صادقاً ، وينبغى أن ينظر هل يناله تعب أم لا ؟ قال النووى :

قلت : ومما يتعلق بالباب وتدعو إليه الحاجة ما ذكره القاضى حســـين وغيره ، وهو مما لا خلاف فيه أنه لو كان رجلان فى بادية ونحوها فمرض أحدهما وعجز عن السير ، لزم الآخر المقام من معه إلا أن يخاف على نفسه ، فله تركه . وإذا أقام فلا أجرة له ، وإذا مات أخذ هذا الرجل ماله وأوصله إلى ورثته ، ولا يكون مضموناً . قال القاضى : وكذا لو غشى عليه قال : وأما وجوب أخذ هذا المال ــ فإن كان أمينـــاً ــ ففيـــه قولان كاللقطة .

وعندى أن المذهب هنا الوجوب ومنها ما ذكره ابن كج ، قال : إذا وجدنا عبيداً أبقوا ، فالمذهب أن الحاكم يحبسهم انتظاراً لصاحبهم ، فإن لم يجىء لهم صاحب باعهم الحاكم وحفظ ثمنهم ، فإذا جاء صاحبهم فليس له غير الثمن ، وإذا سرق الآبق قطع كغيره والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتاب السبق والرمى

تجوز المسابقة والمناضلة لما روى ابن عمر رضى الله عنهما « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سابق بين الخيل ، المضمرة منها ، من الحفيا الى ثنية الوداع . وما لم يضمر منها من ثنية الوداع الى مسجد بنى زريق » .

وروى أنس ان النبى صلى الله عليه وسلم « كانت له ناقة يقال لها العضباء لا تسبق ، فجاء أعرابى على قعود له فسبقها ، فشق ذلك على المسلمين ، فقالوا : يا رسول الله سبقت العضباء ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : انه حق على الله أن لا يرتفع من هذه القذرة شيء الا وضعه ».

وروى سلمة بن الاكوع قال : « أتى علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن نترامى فقال : حسن هذا لعباً ، ارموا يا بنى اسماعيل ، فان اباكم كان رامياً ، ارموا وأنا مع ابن الأدرع ، فكف القوم أيديهم وقسيهم وقالوا : غلب يا رسول الله من كنت معه ، قال : ارموا وأنا معكم جميعاً » فان كان ذلك للجهاد فهو مندوب اليه لما روى عقبة بن عامر رضى الله عنه قال : « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول على المنبر : وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة (١) ــ الا ان القوة هى الرمى . قالها ثلاثا » .

وروى عقبة بن عامر قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « ارموا واركبوا ، ولأن ترموا أحب الى من أن تركبوا ، وليس من اللهو الا ثلاثة ، ملاعبة الرجل أهله ، وتأديبه فرسه ، ورميه بقوسه ، ومن علمه الله الرمى فتركه رغبة عنه فنعمة كفرها ، وان الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة الجنة صانعه المحتسب فيه الخير ، والرامى ، ومنبله » .

فصل ويجوز ذلك بعوض لما روى أنه « سئل عثمان رضى الله عنه أكنتم تراهنون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال : نعم . راهن رسول الله صلى الله عليه وسلم على فرس له فجاءت سابقة فهش لذلك

---

(١) من الآية ٦٠ من سورة الأنفال .

وأعجبه)) والرهن لا يكون الا على عوض ، ولأن فى بذل العوض فيه تحريضا على التعلم والاستعداد للجهاد .

فصل ويجوز أن يكون العوض منهما ، ويجوز أن يكون من أحدهما ويجوز أن يبذله السلطان من بيت المال ، ويجوز أن يكون من رجل من الرعية لأنه اخراج مال لمصلحة الدين فجاز من الجميع كارتباط الخيل فى سبيل الله، ولا يجوز الا على عوض معلوم اما معينا أو موصوفا فى الذمة ، لأنه عقد معاوضة فلم يجز الا على عوض معلوم كالبيع . ويجوز على عوض حال ومؤجل لأنه عوض يجوز أن يكون عينا ودينا ، فجاز أن يكون حالا ومؤجلا ، كالثمن فى البيع .

فصل فان كان العوض من احدهما أو من السلطان أو من رجل من الرعية فهو كالجعالة ، وان كان منهما ففيه قولان :

(أحدهما) أنه يلزم كالاجارة وهو الصحيح لأنه عقد من شرط صحته أن يكون العوض والمعوض معلومين فكان لازما كالاجارة .

(والثانى) أنه لا يلزم كالجعالة ، لأنه عقد ببذل العوض فيه على ما لا يوثق به فلم يلزم كالجعالة . فان قلنا : انه كالاجارة كان حكمهما فى الرهن والضمين حكم الاجارة ، وحكمهما فى خيار المجلس ، وخيار الشرط حكم الاجارة ، ولا يجوز لواحد منهما فسخه بعد تمامه ، ولا الزيادة ولا النقصان بعد لزومه ، كما لا يجوز ذلك فى الاجارة . وان قلنا : انه كالجعالة كان حكمه فى الرهن والضمان حكم الجعالة وقد مضى ذلك فى كتاب الرهن والضمان ، فأما الفسخ والزيادة والنقصان ـ فان كان قبل الشروع فيه أو بعد الشروع فيه وهما متكافئان ـ فلكل واحد منهما أن يفسخ ويزيد وينقص ، لأنه عقد جائز لا ضرر على احد فى فسخه ، والزيادة والنقصان فيه . وان كانا غير متكافئين نظرت ـ فان كان الذى له الفضل هو الذى يطلب الفسخ والزيادة فيه ، فملك الفسخ والزيادة فيه .

وان كان الذى عليه الفضل هو الذى يطلب الفسخ أو الزيادة ففيه وجهان

(أحدهما) له ذلك ، لأنه عقد جائز فملك فسخه والزيادة فيه .

(والثانى) ليس له لأنا لو جوزنا ذلك لم يسبق أحد أحداً ، لأنه متى لاح له أن صاحبه يغلب فسخ أو طلب الزيادة فيبطل المقصود) .

الشرح حديث ابن عمر رضى الله عنهما متفق عليه ورواه أحمد وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه بلفظ « سابق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الخيل فأرسلت التى ضمرت منها وأمدها الحفياء إلى ثنية الوداع ، والتى لم تضمر أمدها ثنية الوداع إلى مسجد بنى زريق » . وزاد البخارى قال : قال سفيان « من الحفياء إلى ثنية الوداع خمسة أميال أو ستة . ومن ثنية الوداع إلى مسجد بنى زريق ميل » .

وروى أحمد وأبو داود وابن ماجه وصححه عن ابن عمر « أن النبى صلى الله عليه وسلم سابق بين الخيل وفضل القرح فى الغاية » .

أما حديث أنس بن مالك فقد رواه أحمد والبخارى بلفظ « كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ناقة تسمى العضباء ، وكانت لا تسبق ، فجاء أعرابى على قعود له فسبقها فاشتد ذلك على المسلمين وقالوا : سبقت العضباء » فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن حقاً على الله أن لا يرفع شيئاً من الدنيا إلا وضعه » .

أما حديث سلمة بن الأكوع فقد أخرجه أحمد والبخارى بلفظ « مر رسول الله صلى الله عليه وسلم على نفر من أسلم ينتضلون بالسوق فقال : ارموا يا بنى إسماعيل فإن أباكم كان رامياً ، ارموا وأنا مع بنى فلان ، قال : فأمسك أحد الفريقين بأيديهم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما لكم لا ترمون ؟ قالوا : كيف نرمى وأنت معهم ؟ فقال : ارموا وأنا معكم » .

وفى رواية عند ابن حبان والبزار عن أبى هريرة فى مثل هذه القصة « وأنا مع ابن الأدرع » وعند الطبرانى من حديث حمزة بن عمرو الأسلمى « وأنا مع محجن بن الأدرع » وفى رواية « وأنا مع جماعتكم » وفى رواية للطبرانى : « أنهم قالوا : من كنت معه فقد غلب » وكذا فى رواية ابن إسحاق .

أما حديث عقبة بن عامر الجهنى فقد رواه أحمد ومسلم ، ولفظه

« سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة . ألا إن القوة الرمى ، ألا إن القوة الرمى ، ألا إن القوة الرمى » وفيهما عنه رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم « من علم الرمى ثم تركه فليس منا » .

وعنه أيضاً عند أحمد وأصحاب السنن مرفوعا « إن الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة نفر الجنة ، صانعه الذى يحتسب فى صنعته الخير ، والذى يجهز به فى سبيل الله ، والذى يرمى به فى سبيل الله » وقال : « ارموا واركبوا . فإن ترموا خير لكم من أن تركبوا » وقال : « كل شيء يلهو به ابن آدم باطل إلا ثلاثا : رميه عن قوسه وتأديبه فرسه ، وملاعبته أهله ، فإنهن من الحق » وفى إسناده خالد بن زيد أو ابن يزيد فيه مقال .

وقال فيه ابن حجر فى التقريب : خالد بن زيد أو ابن يزيد الجهنى عن عقبة فى الرمى ، مقبول من الثالثة . (قلت) وبقية إسناده ثقات ، وقد أخرجه الترمذى وابن ماجه من غير طريقه . وأخرجه أيضاً ابن حبان . وفى رواية أبى داود زيادة : « ومن ترك الرمى بعدما علمه فإنها نعمة تركها » .

أما اللغات قال النووى فى تهذيب الأسماء واللغات فى مادة (سبق) : « لا سبق إلا فى خف أو حافر أو نصل » قال الإمام أبو سليمان الخطابى فى معالم السنن : السبق بفتح السين والباء ما يجعل للسابق على سبقه من جعل ونوال ، وأما السبق بسكون الباء فهو مصدر سبقت الرجل أسبقه سبقاً قال : والرواية الصحيحة فى هذا الحديث السبق مفتوحة الباء ، يريد أن العطاء والجعل لا يستحق إلا فى سباق الخيل والإبل وما فى معناهما من النضال وهو الرمى . هكذا قال الشيخ تقى الدين بن الصلاح رحمه الله تعالى أن الرواية الصحيحة فيه فتح الباء وقوله فى باب المسابقة من المهذب أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لعلى رضى الله تعالى عنه : يا على قد جعلت إليك هذه السُّبقة بين الناس وهو بضم السين وإسكان الباء ، هكذا قيده جماعة من المصنفين فى ألفاظ المهذب وذكر بعض المصنفين منهم أنه روى بفتح السين وأنكره المحققون وقالوا : الصواب الضم ومعناه أمر المسابقة .

قال الواحدى فى تفسير أول سورة الحجر : سبق إذا كان واقعاً على شخص فمعناه جاز وخلف كقولك سبق زيد عمراً أى جاز وخلف كقولك سبق زيد عمراً أى جازه وخلفه وراءه ، ومعنى استأخر قصر عنه ولم يبلغه ، وأما إذا كان واقعاً على زمان فهو بالعكس من هذا كقولك سبق فلان الحول ، وسبق عام كذا ، أى مضى قبل مجيئه ولم يبلغه ومعنى استأخر عنه جاوزه وخلفه وراءه فقوله تعالى « ما تسبق من أمة أجلها » [1] أى لا تقصر عنه فتهلك قبل بلوغ الأجل « وما يستأخرون » [2] أى يتجاوزونه ويتأخر الأجل عنهم .

قوله (ضمرت) لفظ البخارى (التى ضمرت والتى تضمر) بسكون الضاد المعجمة والمراد به أن تعلف الخيل حتى تسمن وتقوى ثم يقل علفها بقد القوت،وتدخل بيتا فتغشى بالجلال حتى يحمى فتعرق،فإذا جف عرقها خف لحمها وقويت على الجرى هكذا فى الفتح والنهاية وزاد فى الصحاح : أربعين يوماً وقوله « الحفياء » بفتح فسكون بعد ياء ممدودة وقد تقصر ، وحكى الحازمى تقديم الياء على الفاء وحكى القاضى عياض ضم أوله وخطأه وقوله (ثنية الوداع)من منعطفات الجبال قرب المدينة وكانوا يودعون الحاج منها ، وقوله (قعود) بفتح القاف وهو ما استحق الركوب من الإبل ، وقال الجوهرى هو البكر حتى يركب وأقل ذلك أن يكون ابن سنتين حتى يدخل فى السادسة فيسمى جملا ، وقال الأزهرى : لا يقال إلا للذكر ولا يقال للأنثى قعودة وإنما يقال لها قلوص .

قال : وقد حكى الكسائى فى النوادر قعودة للقلوص ، وكلام الأكثر على غيره . وقال الخليل بن أحمد : القعودة من الإبل ما يقعده الراعى لحمل متاعه . قولة : (تسمى العضباء) بفتح العين وسكون الضاد المعجمة ومد وقوله : (وكانت لا تسبق) زاد البخارى : وقال حميد : أولا تكاد تسبق) شك منه وهو موصول باسناد الحديث المذكور .

---

(١) الآية : ٥ من سورة الحجر .
(٢) الآية : ٥ من سورة الحجر .

أما الأحكام قال فى الروضة : المسابقة والمناضلة جائزتان بل سنتان إذا قصد بها التأهب للجهاد قال النووى رحمه الله تعالى :

قلت : يكره لمن علم الرمى تركه كراهة شديدة ففى صحيح مسلم عن عقبة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (من علم الرمى ثم نسيه فليس منا أو قد عصى) ويجوز شرط المال فى المسابقة والمناضلة . ا هـ .

وفى السبق طرفان الأول : فى شروطه وهى عشرة :

(الأول) : أن يكون المعقود عليه عدة للقتال ، لأن المقصود منه التأهب للقتال ، لهذا قال الصيمرى : لا يجوز السبق والرمى من النساء ، لأنهن لسن أهلا للحرب ثم الأصل فى السبق الخيل والإبل ، لأنها التى يقاتل عليها غالباً ، وتصلح للكر والفر بصفة الكمال ، وتجوز المسابقة على الفيل والبغل والحمار على المذهب ، وقيل بالمنع فيها ، وقيل بالمنع فى البغل والحمار ، وقيل : فى الجميع خلاف . وأما المناضلة ، فتجوز على السهام العربية والعجمية وهى النشاب ، وعلى جميع أنواع القسى ، حتى تجوز على الرمى بالمسلات والإبر وفى المزاريق ــ جمع مزراق ــ وهو رمح قصير والزانات ورمى الحجارة باليد وبالمقلاع والمنجنيق طريقان : (أحدهما) : الجواز . (والثانى) وجهان أصحهما : الجواز ، ولا تجوز المسابقة باشالة الحجر باليد على المذهب ، وبه قطع الأكثرون ، وقيل : وجهان ، وأما مراماة الأحجار ، وهى أن يرمى كل واحد الحجر إلى صاحبه فباطلة ، وأما المسابقة على التردد بالسيوف والرماح فقيل بمنعها ، لأنها لا تفارق صاحبها ، وإلا يصح الجواز لأنها من أعظم عدد القتال ، واستعمالها يحتاج إلى تعلم وتحذق والمسابقة على الحمام وغيره من الطيور وعلى الأقدام والسباحة فى الماء والطيارات والزوارق والمصارعة فجائزة بلا عوض ، والأصح منها بالعوض ــ هكذا أفاد هذا كله فى الروضة كأصلها .

فإن جوزنا الصراع ففى المشابكة بالأيدى أو الملاكمة بالقفازين وجهان ولا تجوز على مناطحة الشياه ، ومهارشة الديكة لا بعوض ولا بغيره .

فـــرع لا يجوز عقد المسابقة على ما لا ينتفع به فى الحـــرب كاللعب بالشطرنج والخاتم والصولجان وهو أشبه بالهوكى ، وكذلك الرمى بالبندق والجلاهق (وهو طين يرمى عن قوس خاص به ، والوقوف على رجل واحدة ، ومعرفة ما فى اليد من شفع ووتر ، وسائر أنواع اللعب .

وأما المقل فى الماء وما يســمى فى عصرنا بالضفادع البشرية فإن جـرت العادة بالاستعانة به فى الحرب كإغراق سفن الأعداء وبث الألغام حول ثغور المسلمين لتأمينها من غارات ، فإنه كالسباحة يجوز المسابقة عليه بغير عوض وبعوض .

قال النووى رحمه الله تعالى :

لا تجوز المسابقة على البقر على المذهب ، وقيل : وجهـان ، حـكاه الدارمى ، قال : والذى تجوز به المسابقة عليه من الخيل ؛ قيل : ما يسهم له وهو الجذع أو الثنى ، وقيل : إن كان صـغيراً قال : ولا تجـوز على الكلب .

(الشرط الثانى) الإعلام ، فيشترط إعلام الموقف الذى يبدآن بالجرى منه ، والغاية التى يجريان إليها ، ويشترط تساوى المتسابقين فيهما ، ولو لم يعينا غاية وشرطا المال لأسبقهما حيث سبق ، لم يجـز . ولو عينا غاية وشرطا أن السبق إن اتفق فى وسط الميدان لأحدهما كان فائزاً لم يجـز على الأصح لأنا لو اعتبرنا السبق فى خلال الميدان لاعتبرناه بلا غاية معينة ، ولو عينا غاية وقالا : إن اتفق السبق عندها فذاك ، وإلا عدينا إلى غاية أخرى اتفقا عليها ، جاز على الأصح لحصول الإعلام ، وكون كل واحـدة من الغايتين معلومة .

فـــرع يشترط كون المال معلوم الجنس والقدر .

(الشرط الثالث) : أن يشترط للسابق كل المال أو أكثره . فإذا تسابق اثنان وبذل المال غيرهما فإن شرطه للسابق منهما فذاك ، وإن شرطه للثانى ، أو شرط له مثل الأول لم يجز ، وإن شرط للثانى أقل مما شرط للأول جاز على الأصـح .

وإن تسابق ثلاثة وشرط باذل المال المال للأول جاز ، وإن شرطه للثانى أو شرط له أكثر من الأول ، لم يجز على الأصح ، وقيل : يجوز ، لأن ضبط الفرس فى شدة عدوه ليقف فى مقام الثانى يحتاج إلى حذق ومعرفة ، وإن شرط له مثل ما شرط للأول ، جاز على الأصح ، لأن كل واحد يجتهد هنا أن يكون أولا وثانياً . وإن شرط له دون ما شرط للأول جاز على الصحيح ، ويخرج من هذا الاختلاف فى الثلاثة أربعة أوجه : (أحدها) يجوز أن يشرط الجميع للثانى (والثانى) لا يجوز شرط شىء له (والثالث) يجوز له شرط بشرط تفصيل السابق ، والأصح يجوز أن يشرط له بحيث لا يفضل على السابق ، وأما الفِسْكِل بكسر الفاء والكاف وإسكان السين المهملة بينهما وهو الأخير فلا يجوز أن يساوى بمن قبله ويجوز أن يشرط له دون ما شرط لمن قبله على الأصح كما سبق فى الاثنين ، ويقاس بها ما إذا تسابق أكثر من ثلاثة حتى لو كانوا عشرة ، وشرط لكل واحد سوى الفسكل مثل المشروط لمن قبله ، وفى شرط شىء للفسكل الوجهان ، ولو أهمل بعضهم بأن شرط للأول عشرة وللثالث تسعة وللرابع ثمانية ، فهل يجوز ؟ وجهان : (أحدهما) لا ، لأن الرابع والثالث يفضلان من قبلهما . (والثانى) نعم ، ويقام الثالث مقام الثانى والرابع مقام الثالث ، وكأن الثانى لم يكن ، وإذا بطل المشروط فى حق بعضهم ففى بطلانه فى حق من بعده وجهان ، وهذا الوجهان مع الوجهين فى الإهمال مبنيان على أن من بطل السبق فى حقه هل يستحق على الباذل أجرة المثل ؟ وفيه خلاف يأتى إن شاء الله ، فإن قلنا : لا ، بطل العقد فى حق من بعده لئلا يفضل من سبقه ، وإن قلنا : نعم لم يبطل فى حق من بعده ، ولا يضر كون المشروط له زائداً على أجرة المثل ، لأن الممتنع أن يفضل المسبوق السابق فيما يستحقانه بالعقد ، وأجرة المثل غير مستحقة بالعقد واعلم أن الصور المذكورة فيما لو كان باذل المال غير المتسابقين ويمكن فرضها أو فرض بعضها فيما لو بذله أحدهما بأن يتسابق اثنان ويبذل أحدهما مالا على أنه إن سبق دفع إلى الآخر منه كذا ، وإن سبقه الآخر أمسك لنفسه منه كذا .

(الشرط الرابع) أن يكون فيهم محلل ، ومال المسابقة قد يخرجه المتسابقان أو أحدهما أو غيرهما .

الحـالة الأولى : أن يخرجه غيرهما فيجوز للإمام أن يخرج المال مـن خاص نفسه ومن بيت المال ، لما فيه من التحريض على تعلم الفروسـية ، وإعداد أسباب القتال ، ويجوز للواحد من الرعية إخراجه من مال نفسه ، لأنه بذل مال فى طاعة ، ويثاب عليه إذا نوى ، وسواء تسابق اثنان أو أكثر ومن سبق أخذ المال .

الحـالة الثانية : أن يخرجه أحدهما ويشرطانه إن سبق أحرزه ولا شيء له على الآخر ، وإن سبق الآخر أخذه ، فيجوز . ولو تسابق أكثر من اثنين وأخرجه اثنان فصاعداً ، وشرطوا أن من سبق من المخرجين لم يحرز إلا ما أخرجه ومن سبق من غيرهم أخذ ما أخرجه المخرجون جاز أيضاً .

الحـالة الثالثة : أن يخرجه المتسابقان فيقول كل واحد : إن سبقتك فلى عليك كذا ، وإن سبقتنى فلك علىّ كذا فهذا لا يجوز ، لأنه صورة قمـار إلا أن يدخلا بينهما محللا وهو ثالث يشاركهما فى المسابقة على أنه إن سبق أخذ ما شرطاه ، وإن سُبِق فلا شيء عليه ، فيجوز لأنه يخرج عن صـورة المقامرة .

فإذا قلنا بالمنصوص وكان المتسابقون مائة مثلا ، وليس فيهم إلا محلل واحد ، وشرط أن يأخذ جميع ما أخرجوه إن سبق ولا يغرم إن سبق ، وكل واحد من المتسابقين إن سبق غنم ، وإن سبق غرم ، صح العقد والشرط. قال الإمام : وهنا أصل آخر ، وهو أنهما إذا أطلقا شرط المال للسابق فهل اللفظ للسابق المطلق أم يتناول من سبق غيره وإن كان مسبوقاً لغيره ؟ فيه وجهان الصحيح : الأول ، ويترتب على الأصـلين الحكم فى صـور مجيء المتسابقين ، فإذا تسابق أثنان ومحلل ، نظر إن جاء المحلل ثم أحدهما ثم الفِسْكِل فللمحلل ما أخرجه الآتى بعده بلا خلاف ، وفيما أخرجه الفسكل ثلاثة أوجه (أصحها) أنه للمحلل لأنه السابق المطلق . (والثانى) أنه له وللآتى بعده ، لأنهما سبقا الفسكل . (والثالث) هو للآتى بعده وحده ، ولو سبق المحلل ثم جاءا معاً فله السبقان بلا خلاف ولو سبق المحلل مع أحدهما فالذى سبق مع المحلل يحرز ما أخرجه وأما ما أخرجه الآخر فهـو

له وللمحلل على الصحيح المنصوص . وعند ابن خيران للمحلل خاصة . ولو سبق أحدهما ثم الثانى مع المحلل أو جاء الثانى ثم المحلل أحرز السابق ما أخرجه وله أيضاً ما أخرجه الآخر على المنصوص ، وعند ابن خيران لا يأخذه ولا شيء للمحلل على المذهبين .

(الشرط الخامس) أن يكون سبق كل واحد منهما ممكنا فإن كان فرس أحدهما أو فرس المحلل ضعيفاً يقطع بتخلفه أو فارهاً يقطع بتقدمه لم يجز ، هكذا أطلق عامة الأصحاب وقال الإمام : إن أخرج أحدهما المال على أنه إن فاز أحرز ما أخرجه وإلا فهو لصاحبه ، وكان صاحبه بحيث يقطع بأنه لا يُسبق ، فهذه مسابقة بلا مال ، وإن كان يقطع بأنه يسبق ، ففى صحة هذه المعاملة وجهان (أصحهما) : الصحة ، وحاصلها : إخراج مال لمن يقطع بأنه يسبقه فأشبه ما لو قال لرجل : ارم كذا ، فإن أصبت منه كذا فلك هذا المال ؛ وإن أخرج كل واحد منهما مالاً وأدخلا محللا يعلم تخلفه قطعاً فلا فائدة فى إدخاله ويبقى العقد على صورة القمار فيبطل وإن تيقن سبقه ففيه الوجهان ؛ وإن أخرجا المال ولا محلل ــ وأحدهما بحيث يقطع بسبقه ــ فالذى يسبق كالمحلل ، لأنه لا يستحق عليه شيء ، وشرط المال من جهته لغو . ا هـ .

قال الرافعى رحمه الله : وهذا التفصيل الذى ذكره الإمام حسن ، ولو كان سبق أحدهما ممكناً على الندور ففى الاكتفاء به للصحة وجهان أصحهما وأقربهما إلى كلام الأصحاب : المنع ، ولا اعتبار بالاحتمال النادر ، ويتعلق بما نحن فيه اختلاف المركوبين جنساً ونوعاً ، أما النوع فلا يضر ، فتجوز المسابقة بين فرس عربى وعجمى ، وعربى وتركى . وقال أبو إسحاق: إذا تباعد نوعان كالعتيق والهجين من الخيل ، والنجيب والبختى من الإبل لم يجز ، وينبغى أن يرجح هذا ، وإن كان الأول أشهر لأنه إذا تحقق التخلف فأى فرق بين أن يكون لضعف أو لرداءة نوع ؟ ؟ !

قال النووى رحمه الله تعالى : قول الأكثرين : تجوز بين العتيق والهجين والنجيب والبختى محمول على ما إذا لم يقطع بسبق العتيق والنجيب ، كما

ذكرناه ، فقول أبي إسحاق ضعيف إن لم يرد به هذا فإن أراده ارتفع الخلاف والله أعلم .

وأما إذا اختلف الجنس فإن كان كبعير وفرس ، أو فرس وحمار فالأصح: المنع ، وإن كان بغلا وحماراً وجوزنا المسابقة عليهما فالأصح : الصحة ، وبه أجاب ابن الصباغ .

(الشرط السادس) تعيين المركوبين ، فإن أحضرت الأفراس وعقد على عينها فذاك ، وإن وصفت وعقد على الوصف فهل تصح ؟ وجهان ، أصحهما: نعم وبه قال العراقيون ، قال الإمام هو الأوجه ، كما قام الوصف في السلم والزنا مقام الإحضار ، ونقل الإمام عن العراقيين أنه إذا جرت المسابقة مطلقة كان كجرن المناضلة مطلقة . وإذا تعلق العقد بعين فرس لم يجز إبداله ، فإن هلك انفسخ العقد ، وإذا عقد على الوصف ثم أحضر فرس فينبغي أن لا ينفسخ العقد بهلاكه .

(الشرط السابع) أن يسبقا على الدابتين فلو شرطا ليجريا بأنفسهما فالعقد باطل .

(الشرط الثامن) أن يكون المسافة بحيث يمكن للفرسين قطعها ولا ينقطعان وإلا فالعقد باطل .

(الشرط التاسع) : أن يكون المال المشروط معلوماً ويجوز أن يكون عيناً ودينا وبعضه عيناً وبعضه ديناً وحالا ومؤجلا وكل هذا سيأتي مفصلا إن شاء الله تعالى .

(الشرط العاشر) اجتناب الشروط الفاسدة ، فلو قال : إن سبقتني فلك هذا الدينار ولا أرمي بعد هذا أولا أناضلك إلى شهر بطل العقد نص عليه الشافعي ولو شرط على السابق أن يطعم السبق أصحابه بطل العقد على الصحيح ، قال أبو إسحاق : يصح وقبوله الاطعام وعد إن شاء الله وفى به وإن شاء لم يف قلت : وفى (التنبيه) للشيخ أبي إسحاق المصنف وجهان آخران :

(أحدهما) يفسد المسمى ، ويجب عوض المثل .

(والثانى) يصح العقد ولا عوض .

وفى هذه الأحاديث وغيرها مما سيأتى فى موضعه دليل على جواز المسابقة ومشروعيتها على جعل وعلى غير جعل ، فإن كان الجعل من غير المتسابقين كالإمام يجعله للسابق جائزة جاز أو من أحدهما جاز عند الجمهور. وكذا إذا كان معهما ثالث محلل بشرط أن لا يخرج من عنده شيئاً ليخرج العقد عن صورة القمار وعلى تفصيل سيأتى فى موضعه .

وقد وقع الاتفاق على جواز المسابقة بغير عوض لكن قصرها مالك والشافعى على الخف والحافر والنصل ، وخصمه بعض العلماء بالخيل ، وأجازه عطاء فى كل شىء .

وقد حكى عن أبى حنيفة أن عقد المسابقة على مال باطل . وحكى عن مالك أيضاً أنه لا يجوز أن يكون العوض وقوله أن لا يرفع شيئا الخ فى رواية موسى بن إسماعيل : أن لا يرتفع ، وكذلك فى رواية للبخارى ، وفى رواية للنسائى : « أن لا يرفع شىء نفسه فى الدنيا » ولم أطلع على رواية فى طرق الحديث فيه لفظ « القذر » والله أعلم .

فإذا عرف أن السبق والرمى قد ثبتا بالسنة المستفيضة عرف أيضا أنهما ثبتا بالإجماع ، والسبق والرماية عنصران فارهان من عناصر مكونات المرء المسلم القوى . وقد بلغ من حرص النبى صلى الله عليه وسلم على أن يهتم أصحابه رضوان الله عليهم بهما حرصاً جعله يحضر مبارياتهم ويشترك فيها ويحث على حضورها ويقول صلى الله عليه وسلم : « احضروا الهدف فإن الملائكة تحضره ، وإن بين الهدفين لروضة من رياض الجنة » .

قال الماوردى فى الحاوى الكبير : فإذا ثبت جواز السبق والرمى فهو مندوب إليه إن قصد به أهبة الجهاد . ومباح إن قصد به غيره ، لأنه قد

يكون عدة للجهاد ويجوز أخذ العوض فى المسابقة والمناضلة منهم ومن السلطان على ما سنصفه . وحكى عن أبى حنيفة أنه منع من أخذ العوض عليه بكل حال ، فمن متأخرى أصحابه من أنكره من مذهبه وجعله موافقا .

وقال مالك : إن أخرجه السلطان من بيت المال جاز ، وإن أخرجه المتسابقون المتناضلون لم يجز ، استدلالا بأمرين (أحدهما) أنه أخذ عوض على لعب فأشبه أخذه على اللهو والصراع (والثانى) أنه أخذ مال على غير بدل فأشبه القمار .

ودليلنا أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا سبق إلا فى خف أو حافر أو نصل » فلما استثناه فى الإباحة دل على اختصاصه بالعوض ، ولولا العوض لما احتاج إلى الاستثناء لجواز جميع الاستباق بغير عوض .

وقول المصنف : لما روى أنه سئل عثمان رضى الله عنه الخ . يؤخذ على المصنف فيه أمور :

(أحدها) أنه ساق الحديث بقوله روى بصيغة التمريض . والحديث رواه أحمد فى مسنده والدارمى فى سننه والدارقطنى والبيهقى ، ولفظ أحمد بإسناده إلى أنس وقيل له « أكنتم تراهنون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ أكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يراهن ؟ قال : نعم والله لقد راهن على فرس يقال له : سبحة فسبق الناس فبهش [1] لذلك وأعجبه » ورواية الدارمى والدارقطنى والبيهقى عن أبى لبيد قال : أتينا أنس بن مالك وأخرج نحوه البيهقى من طريق سليمان بن حزم عن حماد بن زيد أو سعيد بن زيد عن واصل مولى أبى عتبة قال : حدثنى موسى بن عبيد قال : « كنا فى الحجر بعد ما صلينا الغداة فلما أسفرنا إذا فينا عبد الله ابن عمر فجعل يستقرينا رجلا رجلا ويقول : صليت يا فلان ؟ حتى قال : أين صليت يا أبا عبيد ؟ فقلت : ههنا ، فقال : بخ بخ ، ما يعلم صلاة أفضل

---

(١) بهش بالباء الموحدة والشين المعجمة اى هش وفرح .

عند الله من صلاة الصبح جماعة يوم الجمعة ، فسألوه : أكنتم تراهنون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال : نعم ، لقد راهن على فرس يقال لها سبحة فجاءت سابقة » .

(ثانيها) أنه قال : سئل عثمان ورواية أحمد السؤال كان موجها إلى أنس .

ورواية الدارمى والدارقطنى والبيهقى من حديث أبى لبيد قال : أتينا أنس بن مالك ، وأخرج نحوه البيهقى من طريق سليمان بن حزم التى أوردناها متصلة مسندة إلى ابن عمر وليس فى شىء منها سئل عثمان رضى الله عنه .

(ثالثها) رواية بعض ألفاظ الخبر بالمعنى كقوله : فهش لذلك بحذف الباء ، وقد تكون هذه الأخيرة من أخطاء النساخ أو الطباعين .

اذا ثبت هذا فإذا صح جواز السبق بعوض وغير عوض فهو بغير عوض من العقود الجائزة دون اللازمة ، وإن كان معقوداً على عوض ففى لزومه قولان :

(أحدهما) أنه من العقود اللازمة كالإجارة ، ليس لواحد منهما فسخه بعد تمامه إلا عن تراض منهما بقسمته ، ولا يدخله خيار الثلاث ، وفى دخول خيار المجلس فيه وجهان كالإجارة ، فإن شرعا فى السبق والرمى سقط خيار المجلس فيه لأن الشروع فى العمل رضى بالإمضاء .

(والقول الثانى) أنه من العقود الجائزة دون اللازمة كالجعالة ، وبه قال أبو حنيفة ، ويكون كل واحد من المتسابقين قبل الشروع فى السبق وبعد الشروع فيه بالخيار ما لم يستقر السبق وينبرم ، فإن شرط فيه اللزوم بطل .

فإن قيل بلزومه على القول الأول فدليله شيئان :

(أحدهما) أنه عقد ومن شرط صحته أن يكون معلوم العوض والمعوض ، فوجب أن يكون لازما كالإجارة طرداً والجعالة عكسا .

(والثانى) أن ما أفضى إلى إبطال المقصود بالعقد كان ممنوعاً منه فى العقد ، وبقاء خياره فيه مفض إلى إبطال المقصود به ، لأنه إذا توجه السبق على أحدهما وفسخ لم يتوصل إلى سبق ولم يستحق فيه عوض ، والعقد موضوع لاستقراره واستحقاقه فنافاه الخيار وضاهأه اللزوم .

فإن قيل بجوازه على القول الثانى فدليله شيئان (أحدهما) أن ما صح من عقود المعاوضات إذا قابل غير موثوق بالقدرة عليه عند استحقاقه كان من العقود الجائزة دون اللازمة كالجعالة طرداً ، لأنه لا يثق بالغلبة فى السبق والرمى كما لا يثق بوجود الضالة فى الجعالة ، وعكسه الإجارة ، متى لم يثق بصحة العمل منه لم يصح العقد (والثانى) أن ما كان إطلاق العوض فيه موجباً لتعجيل استحقاقه كان جائزاً ولا يكون لازماً ، وحاصل ذلك أن المسابقة إذا كانت بين اثنين أو فريقين لم تخل إما أن يكون العوض منهما أو من غيرهما ، فإن كان من غيرهما نظرت ، فإن كان من الإمام جاز سواء كان من ماله أو من بيت المال ، لأن فى ذلك مصلحة وحثاً على تعلم الجهاد ونفعاً للمسلمين ، وإن كان غير إمام جاز له بذل العوض من ماله ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى وأحمد .

وقال مالك : لا يجوز بذل العوض من غير الإمام ، لأن هذا مما يحتاج إليه للجهاد ، فاختص به الإمام كتولية الولايات وتأمير الأمراء .

ولصحة العقد على السبق بالأعواض خمسة شروط .

(أحدها) التكافؤ فيما يسبقان عليه ، وفيما يتكافآن به وجهان (أحدهما) وهو الظاهر من مذهب الشافعى وما عليه جمهور أصحابه ، أن التكافؤ بالتجانس فيسابق بين فرسين أو بغلين أو حمارين أو بعيرين ليعلم بعد التجانس أيهما السابق ولا يجوز أن يسابق بين فرس وبغل ، ولا بين حمار وبعير ، لأن تفاضل الأجناس معلوم ، وأنه لا يجرى البغل فى شوط

الفرس على ما سيأتى قريباً (والوجه الثانى) وهو قول أبى إسحاق المروزى أن التكافؤ فى الاستباق غير معتبر بالتجانس .

(والشرط الثانى) الاستباق عليها مركوبة لتنتهى إلى غايتها بتدبير راكبها فإن شرط إرسالها لتجرى مسابقة بأنفسها لم يجز وبطل العقد عليها لأنها تتنافر بالإرسال ولا تقف على غاية السبق ، وإنما يصح ذلك فى الاستباق بالطيور إذا قيل بجواز الاستباق عليها لما فيه من الهداية إلى قصد الغاية ، وأنها لا تتنافر فى طيرانها .

(والشرط الثالث) أن تكون الغاية معلومة لأنها مستحقة فى عقد معاوضة فإن وقع العقد على إجراء الفرسين حتى يسبق أحدهما الآخر لم يجز لأمرين، (أحدهما) جهالة الغاية (والثانى) لأنه يفضى ذلك لإجرائهما حتى يعطبا ويتلفا .

(والشرط الرابع) أن تكون الغاية التى يمتد إليها شوطهما يحتملها الفرسان ولا ينقطعان فيها ، فإن طالت عن انتهاء الفرسين إليها إلا عن انقطاع وعطب بطل العقد لتحريم ما أفضى إلى ذلك .

(والشرط الخامس) أن يكون العوض فيه معلوماً كالأجور والأثمان، فإن أخرجه غير المتسابقين جاز أن يتساويا فيه ويتفاضلا ، لأن الباذل للسبق مخير بين القليل والكثير ، فجاز أن يكون مخيراً بين التساوى فى التفضيل ، ويجوز أن يتماثل جنس العوضين وإن لم يختلف .

قال الشافعى رضى الله عنه : والأسباق ثلاثة سَبَق يعطيه الوالى أو الرجل غير الوالى من ماله متطوعاً به ، وذلك مثل أن يسبق بين الخيل من غاية إلى غاية فيجعل للسابق شيئاً معلوما وإن شاء جعل للمصلى (والثالث ، والرابع ، والذى يليه) بقدر ما رأى ، فما جعل لهم كان على ما جعل لهم ، وكان مأجوراً عليه أن يؤدى فيه وحلالا لمن أخذه .

فرع فى أنساب الخيل .

يقال جاد وجود الفرس صار جواداً أى سريع الجرى والخيل جماعة الأفراس جمعها خيول وأخيال والخيل أيضاً تستعمل على المجاز للفرسان وركاب الخيل فيقال آتى بخيله ورجله أى بفرسانه ومشاته والخال بمعنى لجام الفرس تجمع على خيلان . وقال أبو الطيب المتنبى : « الخيل والليل والبيداء تعرفنى والسيف والرمح والقرطاس والقلم » وقيل أيضاً « لا خيل عندك تهديها ولا مال فليحسن النطق ان لم تستعد الحال » .

وجاء فى الأقوال المأثورة « الخيل معقود بنواصيها الخير » أى ان تربية الخيل فيها خير وفائدة والنواصى أو الناصيات مفردها ناصية والناصية تعنى مقدم الرأس . « الخيل تجرى على مساويها » أى إن كان بالخيل أوصاب أو عيوب فإن كرمها يحملها على الجرى وكذلك الكريم الحريص الديار وإن كان ضعيفا .

« والخيل أعلم بفرسانها » يعنى انها اختبرت ركابها فى تعرف الكفل من غيره والكفل من لا يثبت على الخيل ، ومعنى القول المأثور هذا استغن بمن يعرف الأمر . نظراً إلى ما تتمتع به الخيل من قوة الذكاء والإدراك فإنها تقوم بألعاب مدهشة من رقص وقفز وركض فى ساحة مستديرة فى السيرك وحركات رياضية من وقوف على أقدامها أو ركوع على أيديها ، حركات مثيرة للتعجب ان دلت على شىء فإنما تدل على ما يتميزه به الحصان الأصيل من قدرة على التدريب والقيام بكل ما يتعلمه من أعمال .

يضاف إلى ذلك أن الخيل من أكثر الحيوانات تأثرا بالموسيقى وإيقاعها وفرقة « الكاروسيل » التى تعنى بهذا الموضوع هى أشهر من تعرف ثمة مؤسسات أخرى تهتم بتدريب الخيل على الرقص الإيقاعى بتاريخ ٩ أيلول سنة ١٩٥٤ نشرت جريدة (الجريدة) اللبنانية خبرا مفاده أن طفلا فى احدى مزارع الولايات المتحدة الأمريكية كان ينفخ فى آلة موسيقية والجواد يقوم أمامه بحركات راقصة بديعة .

والخيول المعروفة بالجياد الأصيلة أو الممتازة فهى نوع معين من الخيول النقية الأنساب فالخيل التى تجرى فى حلبات السباق هى جياد أصيلة كما

أن الجياد الأصيلة تستخدم فى الركوب ولعبة (البولو) ورحلات الصيد وهذه الخيول جميعها يرجع أصلها إلى الخيول العربية إذ إن العرب قد اشتهروا منذ قرون عديدة بجيادهم الممتازة وحيث لم يكن لدى أهل البادية فى ما مضى سجلات يرجعون إليها للتحقق من أصل كل حصان عربى نقى اتخذوا حلف اليمين خطة لهم فجعلوا ينقلون ما علق بأسماعهم ممن تقدمهم، حتى بات سلف كل سلالة وكل فصيلة من الخيول معروفا معرفة تامة من القبيلة التى يوجد لديها الفرع الأصلى ومن سائر البدو فى غالب الأحيان وتعتبر قبيله (عنزه) من أعرق القبائل بأنساب الخيل ولدى كل قبيلة يعنى أهلها بتربية الخيل العربية (نسابون) كما يطلق عليهم هذا الاسم أى مخصصون بمعرفة أنساب الخيل وعلى قولهم كل المعول ولكن أحداث الحياة قضت على الكثير منهم فحملوا معهم ما يعرفون من هذه الأنساب والسلالات فكان من ذلك أن اغمضت على من خلفهم بعض الحقائق المتعلقة بهذه المواضيع ، ويقال ان أصل الخيل العربية يعود إلى أيام اسماعيل ابن إبراهيم الخليل الذى جمع بعضا منها إلى الخيل الأبده أى المتوحشة أو البرية ، فتناسلت وانجبت . ولكن حقيقة أنساب الخيل لم تظهر إلا فى صدر الإسلام .

وبالرغم من عدم الإلمام بعلم تربية الحيوان فى العصور الأولى فقد اشتهر العرب بالمحافظة على أنساب الخيل وعدم الخلط بين سلالاتها ، وكانوا يغارون عليها كثيراً ويحتمون بأن يكون الذكر صحيح النسب ، قوى البنية ، خاليا من العيوب وهذا من أهم أسس التربية فى الوقت الحاضر ولم تقتصر خبرتهم على هذا الأمر فحسب ، بل كانت لهم دراية تامة بشؤون تغذية الخيل وتربيتها وتدريبها حتى لقد كان الرجل منهم يبيت دون عشاء ويشبع فرسه ولا عجب فإن كل من مارس شيئا ولازمه كان أدرى بأوضاعه وأعرف بأحواله من سواه ، وكان العرب لمحبتهم للخيل يضعون لها اسما كما يضعونها لأولادهم من ذلك مثلا ، العسجدى ــ الأعوج ــ الحنفاء ــ الغبراء ــ داحس ــ الحرون ــ وغيرها من الأسماء الكثيرة وينسب العرب جميع الخيول إلى خمسة أصول شهيرة هى الكحيلان ــ الصقلاوى ــ

العبيان ـ الحمداني ـ الهدبان . ولا تعتبر الخيل نقية العرق وأصيلة ، إلا إذا كانت منحدرة من أحد هذه الأصول . وتسمى العائلات المتفرعة باسم قبائلها ، فينسب الفرع إلى أصله ، ثم يتبع باسم صاحبه الذى قام بتربيته . فيقال مثلا : صقلاوى جدران ـ صقلاوى العبد ـ صقلاوى أرجبى ـ وسوى ذلك .

ثم انتقلت الأفراس إلى بعض الشيوخ واستولدوها عندهم مثل ابن سودان ـ الزبيتى ـ السمن ـ الميفى ـ وأصبحت تنسب إليهم فيقال صقلاوى جدران ابن سودان أو ابن الزبيتى وليس لأى رش طابع خاص يعرف به ويميزه من غيره من الإرسان وإنما اكتسبت كل عائلة شهرتها حسب الظروف التى أحاطت بها والعناية التى تعهدها بها صاحبها الأول أو أصحابها الذين انتقلت إليهم ولا فرق بين رسن ورسن إلا بنقاوته وشهرته القبيلة أو القبائل التى اعتنت بتربية من حيث محافظتها عليه من الاختلاط . وكان العرب يهتمون بالأنثى من الخيل أكثر من الذكر بخلاف الأوروبيين وينسبون المهر عادة إلى أمه فمثلا المهر الذى ولد من حصان صقلاوى وفرس كحيلة عجوز يسمى كحيلان عجوز ويعرف الصف الأول وليس معنى ذلك أنهم كانوا لا يهتمون بالذكر ، بل العكس فقد كانوا يشددون على أن يكون الفحل سليم البنية معروف النسب لاعتقادهم بأن الفلو يأتى مشابها لأبيه .

وأهم أنساب الخيول العربية :

١ ـ الكاحيل الهدايد :

ومنها : كحايل العجوز ـ الصويطيات ـ الحيفيات ـ الخرس ـ التأمريات ـ أبو جنوب ـ المرحيات ـ الجريشيات ـ النواقيات ـ أبو كروش ـ أبو صرير ـ الغزالة ـ أبو عرقوب ـ الحدب ـ الخدلى ـ الدنيس ـ النخيشية ـ طويسة العلكمية .

٢ ـ الشويمات :

ومنها شويمات سباح ، عند ابن نبوة من القمصة وهى أشهرها .

٣ ــ المعانق :

ومنها معنقى حدرجى ــ سبيلى ــ أبو كودله ــ الدمنان ــ شلاجى ــ الأفرع ــ إبراهيم ــ الأرتب .

٤ ــ الجلف :

ومنها جلفان الضحوة ــ سلطام البولاد .

٥ ــ العبيات :

ومنها عبيان شران ــ ابن سمدان ــ العويلى أو الهنيدس ــ السوحيلى ــ الهيونى ــ أبو جريص ــ فضيحى ــ حمرة ــ الشحيم ــ لبدة ــ الدريعى ــ الخضر ــ خرمه ــ دان الديب ــ منيحيذ .

٦ ــ الهدب :

ومنها هدبان نزجى ــمشيطب ــ الفواعرة .

٧ ــ الصقلاويات :

صقلاوى جدران ــ شعيفى ــ زبينى ــ العبد ــ العجرفى ــ الحيترى ــ نجمة الصبح ــ روجيمى ــ البويرى .

٨ ــ الدهمات :

ومنها دهمان شهوان ــ عامر ــ معجل .

٩ ــ الريشات :

ومنها ريشان شرعى ــ عجرشى ــ الجربوعى ــ علكمى ــ جناح الطير

١٠ ــ السمحات :

ومنها سمحان القميعى ــ الشفيع .

١١ ــ الحمدانيات :

ومنها حمدانى سمرى ــ عفرى ــ الجرن ــ الكويعى .

١٢ ــ الكبيشات :

ومنها كبيشان زفيفى ــ مشلح ــ جقمة ــ عمامى .

١٣ ــ السعد :

ومنها سعد الطوقان ــ الحسون ــ النهر .

١٤ ــ الربد :

ومنها ربدة خشينى ــ رزنه ــ وضيحات الحواوير .

١٥ ــ الخلاويات والمليمات :

ومنها خلاويات الرولا ــ ومليحة شحم رأس .

ومن المناطق العربية المعروفة بتربية الخيول :

القدعان ــ القمصة ــ العمارات ــ بنى صخر ــ العرفه ــ الرولا ــ الضفير ــ المطير ــ الحويطات ــ السبعا ــ نجد ــ شمر .

ويتميز الحصان العربى بملامح وجهه وبعدة أوصاف وخصال متأصلة فيه فهو متوسط الحجم متناسب الأعضاء جميل الطلعة يعجب كل من يراه . زد على ذلك أنه سريع الركض ، سلس الحركات ، سهل الانقياد يمكن تدريبه على مختلف الأعمال فى وقت قصير بعكس الخيول الأجنبية أما قده فهو صغير عادة قل أن يجاوز ١٥٠ سنتيمتراً ، ولكن قوته تشد الانتباه إليه ونشاطه يلفت الأنظار ، والحصان العربى يعتبر أقدم الخيول الأصيلة والمعروفة فى أنحاء العالم وقد ورث صفاته عن أسلافه جيلا بعد جيل ويمتاز كما ذكرنا بصورة خاصة بالسرعة فى العدو وقدرته على احتمال المشقات وقناعته بالعيش المتوفر له وهى صفات اكتسبها بحكم بيئته ونشأته فى بلاد العرب وهى بلاد صحراوية قاحلة قليلة الزرع والكلأ والماء واسعة الأرجاء جبلت على حب الفروسية فنشأ معها الحصان تحيط به هذه العوامل والظروف المميزة بالاضافة إلى خشونة البيئة والوسط المتقشف مما جعله فى كل وقت مطلوبا للجرى السريع والكر والفر وقضاء الأسفار الطويلة الشاقة ، ونشأت منه سلالات عديدة عاشت هذه الظروف فغرست فيها الصفات الأصيلة ومنها سرعة السير والعدو وضمور العضلات وصلابة العود وقوة المقاومة للعوامل الطبيعية .

ومما تجدر الإشارة إليه هنا أنه لا يوجد نوع من الخيول فى جميع أرجاء العالم إلا وهو مدين للحصان العربى فإليه يرجع الفضل فى تكوين الجمال لدى الخيول الأخرى ، وانتقاص ضخامتها وإكسابها الرشاقة والسرعة فالحصان الإنكليزى المعروف بالأصيل ذو الشهرة العالمية فى ميادين السباق والذى درت تربيته على الامبراطورية البريطانية انذاك ملايين الجنيهات ينحدر من إناث من العروق الإنكليزية القديمة وذكور من خيول شرقية أهمها الخيول العربية التى دخلت انكلترا فى القرن السابع عشر .

وقد تنبه جميع مربى الخيول فى معظم أنحاء العالم إلى ما يستأثر به الحصان العربى من صفات مميزة وماله من التأثير فى تحسين أنواع الخيول فعمدوا إلى استجلابه وتربيته عندهم لتأصيل العروق المحلية وكانوا يدفعون فيه أثماناً مرتفعة جداً وقد ابتاع الأمير « أورلوف » الروسى فى سنة ١٧٧٨ حصانا عربيا أصيلا بمبلغ ٤٥٠٠ جنيه فى ذلك الزمن .

وقد كانت الخيول البرية تعيش فى آسيا وأوروبا فى أيام إنسان الكهف واعتاد سكان الكهوف أن يصطادوا الخيول كما كانوا يصطادون الماموث لأكل لحومها .

وربما كان الدافع لاستئناس الخيول فى أول الأمر هو الاستفادة من لحومها ولكن سرعان ما اتضح أنها أكثر فائدة عند استخدامها دابة من دواب الحمل وكان استخدام الخيل فى الحروب من أهم فوائدها فى العصور القديمة وفى القرون الوسطى فقد كان المصريون القدماء والأشوريون يخوضون معاركهم فى عجلات حربية تجرها الخيول وكذلك كان فرسان القرون الوسطى يعدون الدروع والألبسة المعدنية لخيولهم كما كانوا يعدونها لأنفسهم ويعتقد كثير من الناس أن الخيول البرية كانت تعيش فى سهول أمريكا الشمالية عندما اكتشف كولومبس العالم الجديد ، كما أنهم يظنون أيضاً أن الهنود الحمر كانوا يصطادون تلك الخيول البرية ويستأنسونها وهذا لا يؤيده البحث العلمى إذ إن الهنود الحمر لم تقع أعينهم على الخيل قبل أن يجلبها الأسبانيون معهم ولولا تلك الخيول لم

يتمكن هؤلاء من الانتصار على الهنود دون عناء كبير وفر من الجيش الأسبانى بعض خيوله فكانت أسلاف الخيول التى استأنسها الهنود فيما بعد واهتموا بتربيتها ولكن الخيول فى هذه الأيام خضعت لكثير من أنواع التدريب والتمرين إذ إن السرعة تكون أهم من القوة بعض الأحيان وكذلك تكون السلالات الصغيرة الحجم أصلح بعض الأهداف بينما تكون السلالات الكبيرة الحجم أصلح لغيرها .

ودخلت الخيول العربية إلى البلدان الأوروبية منذ دخل العرب بلاد الأندلس ، ثم نقلت إلى بعض الدول فى أوروبا أثناء الحروب الصليبية وبعد أن قام الأوروبيون بالنهضة العلمية وأدركوا ما للحصان العربى من مزايا أخذوا يبتاعون من عرقه الأصيل لتحسين خيولهم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وتجوز المسابقة على الخيل والابل بعوض ، لما روى ابو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا سبق الا فى نصل أو خف أو حافر » ولأن الخيل تقاتل عليها العرب والعجم ، والابل تقاتل عليها العرب فجازت المسابقة عليها بالعوض . واختلف قوله فى البغل والحمار ، فقال فى أحد القولين : تجوز المسابقة عليهما بعوض ، لحديث أبى هريرة ، ولأنه ذو حافر أهلى فجازت المسابقة عليهما بعوض كالخيل (والثانى) لا تجوز ، لأنه لا يصلح للكر والفر ، فأشبه البقر .

واختلف أصحابنا فى المسابقة على الفيل بعوض ، فمنهم من قال : لا تجوز ، لأنه لا يصلح للكر والفر . منهم من قال : تجوز لحديث أبى هريرة، ولأنه ذو خف يقاتل عليه فأشبه الابل .

واختلفوا فى المسابقة على الحمام ، فمنهم من قال : لا تجوز المسابقة عليها بعوض ، وهو المنصوص لحديث أبى هريرة ، ولأنه ليس من آلات الحرب ، فلم تجز المسابقة عليه بعوض ، ومنهم من قال : تجوز لأنه يستعان به على الحرب فى حمل الأخبار ، فجازت المسابقة عليه بعوض كالخيل .

واختلفوا فى سفن الحرب كالزبازب والشذوات ، فمنهم من قال : تجوز ، وهو قول أبى العباس ، لأنها فى قتال الماء كالخيل فى قتال الأرض ، ومنهم من قال : لا تجوز ، لأن سبقها بالملاح لأن سبقها بالملاح لا بمن يقاتل فيها .

واختلفوا فى المسابقة على الأقدام بعوض ، فمنهم من قال : تجوز لأن الأقدام فى قتال الرجالة كالخيل فى قتال الفرسان ، ومنهم من قال : لا تجوز ، وهو المنصوص لحديث أبى هريرة ، ولأن المسابقة بعوض أجيزت ليتعلم بها ما يستعان به فى الجهاد ، والمشى بالأقدام لا يحتاج الى التعلم .

واختلفوا فى الصراع ، فمنهم من قال : يجوز بعوض ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم ((صارع يزيد بن ركانة على شاء فصرعه ، ثم عاد فصرعه ، ثم عاد فصرعه ، فأسلم ورد عليه الغنم)) ومنهم من قال : لا يجوز . وهو المنصوص لحديث أبى هريرة ، ولأنه ليس من آلات القتال . وحديث يزيد ابن ركانة محمول على أنه فعل ذلك ليسلم ، ولأنه لما أسلم رد عليه ما أخذ منه) .

الشرح حديث أبى هريرة أخرجه أحمد وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه ، ولم يذكر فيه ابن ماجه : أو نصل ، وأخرجه أيضاً الشافعى والحاكم من طرق وصححه ابن القطان وابن حبان وابن دقيق العيد ، وحسنه الترمذى وأعله يحيى بن سعيد القطان بالوقف ، ورواه الطبرانى وأبو الشيخ من حديث ابن عباس . وأما حديث يزيد بن ركانة فقد رواه أبو داود بلفظ « عن محمد بن على بن ركانة أن ركانة صارع النبى صلى الله عليه وسلم فصرعه النبى صلى الله عليه وسلم » وفى إسناده أبو الحسن العسقلانى وهو مجهول . وأخرجه أيضاً الترمذى من حديث العسقلانى أيضاً عن أبى جعفر محمد بن ركانة وقال : غريب وليس إسناده بالقائم .

وروى أبو داود فى المراسيل عن سعيد بن جبير قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم بالبطحاء فأتى عليه يزيد بن ركانة أو ركانة بن يزيد ومعه عير له فقال له : يا محمد هل لك أن تصارعنى ؟ فقال ما تسبقنى ــ أى ما تجعله لدى من السَبق ــ قال : شاة من غنمى ، فصارعه فصرعه فأخذ الشاة ؟ فقال ركانة : هل لك فى العود ؟ ففعل ذلك مراراً ، فقال : يا محمد ما وضع جنبى أحد إلى الأرض ، وما أنت بالذى تصرعنى فأسلم ورد النبى صلى الله عليه وسلم عليه غنمه » . قال الحافظ ابن حجر : إسناده صحيح إلى سعيد بن جبير إلا أن سعيداً لم يدرك ركانة ، قال البيهقى : وروى موصولا .

وفى كتاب السبق لأبى الشيخ من رواية عبيد الله بن يزيد المصرى عن حماد عن عمرو بن دينار عن سعيد بن جبير عن ابن عباس مطولا . ورواه أبو نعيم فى معرفة الصحابة من حديث أبى أمامة مطولا ، وإسنادهما ضعيف .

وروى عبد الرزاق عن معمر عن يزيد بن أبى زياد ، وأحسبه عن عبد الله ابن الحارث قال : « صارع النبى صلى الله عليه وسلم أبا ركانة فى الجاهلية وكان شديداً ، فقال : شاة بشاة . فصرعه النبى صلى الله عليه وسلم فقال : عاودنى فى أخرى ، فصرعه النبى صلى الله عليه وسلم فقال : عاودنى ، فصرعه صلى الله عليه وسلم الثالثة ، فقال أبو ركانة : ماذا أقول لأهلى ؟ شاة أكلها ذئب ؟ وشاة نشزت فما أقول فى الثالثة ؟ فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « ما كنا لنجمع عليك أن نصرعك فتغرمك خذ غنمك » هكذا وقع فيه : أبو ركانة والصواب ركانة .

أما اللغات فقوله : لا سبق هو بفتح الباء . المال الذى يسابق عليه ، والنصل هو السهم ، والخف للإبل ، والحافر للفرس والبغل والحمار والظلف لسائر البهائم ، والمخلب للطير ، وقوله : كالزبازب جمع زبزب نوع من السفن منها الصغير والكبير والأول سريع خفيف ، وكذلك الشذوات وكلا اللفظين أعجمى .

أما الأحكام فقد فسر الشافعى رضى الله عنه حديث أبى هريرة بقوله : والخف الإبل والحافر الخيل والنصل كل سهم أو ما يشابهه . وقال فى موضع : إن الحافر الخيل والبغال والحمير لأنها تركب للجهاد كالإبل ويلقى عليها العدو كالخيل وقد شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حرب هوازن على بغلته الشهباء فصار فى الحافر قولان .

(فأما النصل) فالمراد به السهم المرمى به عن قوس ، وإن كان النصل اسماً لحديدة السهم فالمراد جميع السهم ، فهذه الثلاثة هى التى نص عليها النبى صلى الله عليه وسلم فى جواز السبق بها ، فاختلف قول الشافعى فيها فقال : يحتمل معنيين :

(أحدهما) أنها رخصة مستثناة من جملة محظورة لأنه أخرج باستثنائه ما خالف حكم أصله ، فعلى هذا لا يجوز أن يقاس على هذه الثلاثة غيرها ، ويكون السبق مقصوراً على التى تضمنها الخبر وهى الخف ، والخف الإبل وحدها والحافر وفيه قولان : (أحدهما) الخيل وحدها (والثانى) الخيل والبغال والحمير ، والنصل وهو السهام ويكون السبق بما عداها محظوراً .

(والقول الثانى) فى المعنيين أن النص على الثلاثة أصل مبتدأ ورد الشرع ببيانه وليس بمستثنى ، وإن خرج مخرج الاستثناء لأن المراد به التوكيد دون الاستثناء فعلى هذا يقاس على كل واحد من الثلاثة ما كان فى معناها كما قيس على الستة فى الربا ما وافق معناها ، وعليه يكون التفريع، فيقاس على الخف السبق بالفيلة لأنها ذوات أخفاف كالإبل ، وهى فى ملاقاة العدو أنكى من الإبل .

وهل يقاس عليها السبق بالسفن والطيارات البحرية التى أطلقوا عليها الزبازب والشذوات أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) وهو قول ابن سريج يجوز السبق عليها لأنها معدة لجهاد العدو فى البحر وحمل ثقله كالإبل فى البر .

(والوجه الثانى) لا يجوز السبق عليها لأن سبقها بقوة ملاحها دون المقاتل فيها ، فأما السبق بالزواريق الكبار والمراكب الثقال التى لم تجر العادة فى لقاء العدو بمثلها فغير جائز على الوجهين معاً ، هكذا أفاده الماوردى فى الحاوى ، فأما كون الحافر بالخيل والبغال والحمير نصاً فى أحد القولين لا نقلا من اسم الحافر عليها وقياساً فى القول الثانى لأنها ذوات حوافر كالخيل وفى معناها ، واختلف أصحابنا هل يقاس عليها السبق بالأقدام أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) وبه قال أبو حنيفة : تجوز المسابقة بالأقدام بعوض وبغير عوض لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم استبق هو وعائشة على أقدامهما ، ولأن السعى من قتال الرجالة كالخيل فى قتال الفرسان .

(والوجه الثانى) وهو الظاهر من مذهب الشافعى أن المسابقة بالأقدام لا تجوز مطلقاً عند الماوردى فى الحاوى ويشمل ما كان بغير عوض أو بعوض لأنه سبق على فعلها من غير آلة فأشبه الطفرة والوثبة ، ولأن السبق على ما يستفاد من التعليم ليكون باعثاً على معاطاته ، والسعى لا يستفاد بالتعليم، وقيد المصنف عدم الجواز على المذهب والمنصوص أنه ما كان بعوض .

قال الماوردى : فعلى هذا إن قيل : إن المسابقة بالأقدام لا تجوز فالمسابقة بالسباحة أولى أن لا تجوز ، وإن قيل بجوازها على الأقدام ففى جوازها بالسباحة وجهان (أحدهما) تجوز كالأقدام لأن أحدهما على الأرض والآخر فى الماء .

(والوجه الثانى) أنها لا تجوز بالسباحة وإن جازت بالأقدام لأن الماء مؤثر فى السباحة والأرض غير مؤثرة فى السعى اهـ .

وهذا كلام من لا يعرف قواعد السباحة وكونها علماً ومهارة ولها قواعد لا تتأتى إلا بالتعليم والتمرس مع لياقة البدن وقوته حتى تكون المهارة والتفوق والسبق .

وقد تطورت أسباب الإعداد للجهاد فكان منها الضفادع البشرية الذين يغوصون فى أعماق البحار ليدمروا السفن الحربية وقلاع الثغور ، وهى أنكى على الأعداء من ركوب الخيل والحمير ، ولولا مهارة عساكر الإسلام وجند القرآن فى علوم البحار . وأولها إتقان السباحة ما تسنى للصحابة أن ينتصروا على الروم فى معركة ذات الصوارى فى الإسكندرية ولا طرقوا بأيديهم القوية أبواب القسطنطينية على عهد معاوية وكانت قيادة الأسطول لولده يزيد .

وأما السبق بالصراع أو المصارعة فقد كانت تقوم عند السلف على قوة البدن وعلى إحسان القبض على الخصم وإلقائه أرضاً وهى فى زماننا هذا تقوم على أضرب منها الحرة والرومانية واليابانية والجودو والكاراتيه ، ولكل منها أسلوبه فى صرع الخصم ، وهى تهدف جميعاً إلى إحسان القبض على الخصم وإجباره على أن يتخذ وضعا ببدنه يعجز معه عن المقاومة .

وقد اختلف أصحابنا فى السبق بالصراع على وجهين :

(أحدهما) وهو مذهب أبى حنيفة أنه جائز لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه خرج إلى الأبطح فى قصة يزيد بن ركانة ، وقد مضى تخريج طرقها وبيان وجه الحق فيها وهى روايات بمجموعها وإن لم يصح منها واحدة إلا أنها تنهض للاحتجاج .

(والوجه الثانى) وهو ظاهر مذهب الشافعى ، والمنصوص عنه أنه لا يجوز ، فالسبق على المشابكة بالأيدى لا تجوز . وإن قيل بجوازه فى الصراع ففى جوازه بالمشابكة وجهان كالسباحة .

ومنها اختلاف أصحابنا فى السبق بالحمام وجهان ، وهو نوع من الحمام الذكى الصبور الذى يعبر البحار ويقطع الفيافى والقفار حتى يصل إلى غايته بسرعة فائقة يحمل الأخبار والكتب ، وكان لأمراء الإسلام وقواد الجيوش أبراج لتلقى هذه الحمائم فيفضون كتبها بأنفسهم ، فمن جيش يطلب النجدة إلى قائد يعلن هزيمة عدوه ، فكان لهذا الحمام أثره وفعله ، وهو سلاح من أسلحة الجيوش كالبرق وسلاح الإشارة (فالوجه الأول) يجوز لأنها تبلغ أخبار المجاهدين بسرعة . (والوجه الثانى) لا يجوز لأنها لا تؤثر فى جهاد العدو . وأما السبق بنطاح الكباش ونقار الديكة ، فهو أسفه أنواع السبق وهو باطل لا يختلف أحد من أهل العلم فى عدم جوازه . والله أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وتجوز المسابقة بعوض على الرمى بالنشاب والنبل ، وكل ما له نصل يرمى به ، كالحراب والرانات لحديث أبى هريرة ، ولأنه يحتاج الى تعلمه فى الحرب فجاز أخذ العوض عليه ، ويجوز على رمى الأحجار عن المقلاع ، لأنه سلاح يرمى به فهو كالنشاب . وأما الرمح والسيف والعمود ففيه وجهان (أحدهما) تجوز المسابقة عليها بعوض لأنه سلاح يقاتل به فأشبه النشاب (والثانى) لا تجوز لأن القصد بالمسابقة التحريض على تعلم ما يعد**

الحرب ، والمسابقة بهذه الآلات محاربة لا مسابقة ، فلم تجز كالسبق على أن يرمى بعضهم بعضا بالسهم .

فصل وأما كرة الصولجان ومداحاة الأحجار ورفعها من الأرض ، والمشابكة والسباحة واللعب بالخاتم والوقوف على رجل واحدة وغير ذلك من اللعب الذى لا يستعان به على الحرب ، فلا تجوز المسابقة عليها بعوض ، لأنه لا يعد للحرب ، فكان أخذ العوض فيه من أكل المال بالباطل .

فصل وإن كانت المسابقة على مركوبين فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : لا تجوز الا على مركوبين من جنس واحد كالفرسين والبعيرين ، فان سابق بين فرس وبعير ، أو فرس وبغل ، لم يجز لأن تفاضل الجنسين معلوم ، وأنه لا يجرى البغل فى شوط الفرس كما قال الشاعر :

ان المذرع لا تغنى خؤولته كالبغل يعجز عن شوط المحاضير

ويجوز أن يسابق بين العتيق والهجين ، لأن العتيق فى أول شوطه أحد وفى آخره ألين ، والهجين فى أول شوطه ألين وفى آخره أحد . فربما صارا عند الغاية متكافئين . ومنهم من قال وهو قول أبى اسحاق : انه يعتبر التكافؤ بالتقارب فى السبق ، فان تقارب جنسان كالبغل والحمار جاز ، لأنه يجوز أن يكون كل واحد منهما سابقاً والآخر مسبوقاً ، وان تباعد نوعان من جنس كالهجين والعتيق والبختى والنجيب لم يجز ، لأنه يعلم أن أحدهما لا يجرى فى شوط الآخر . قال الشاعر :

أن البراذين اذا أجريتها مع العتاق ساعة أعنيتها

فلا معنى للعقد عليه .

فصل ولا تجوز الا على مركوبين معينين ، لأن القصد معرفة جوهرهما ، ولا يعرف ذلك الا بالتعيين) .

الشرح قوله : لحديث أبى هريرة رضى الله عنه .

قوله : إن المذرع لا يُغنى خؤولته يعزى هذا البيت ، قال فى تهذيب الأسماء واللغات : لعرهم بن قيس العدوى وكما فى لسان العرب إلا أنه ضبطه بالعين فى قوله (لا تغنى) فجاءت (لا تعنى) بالمهملة والبناء للمجهول . ــ أما السلاح فإنه نوعان نوع يفارق اليد ونوع لا يفارق

اليد ، فكل سلاح فارق يد صاحبه كالسهام والحراب ومقاليع الأحجار وقسى البندق ورصاصه فهو جائز بالاتفاق ، أما ما لا يفارق يد صاحبه من السيوف والرماح والأعمدة فقد اختلف أصحابنا فيها على وجهين .

(أحدهما) يجوز كالمفارق ليده ، لأن جهاد العدو بها .

(والوجه الثانى) لا يجوز ، لأنه يكون بذلك محارباً لا مسابقاً ، فأما السبق بالمداحى وأكرة الصولجان وما ذكره المصنف من أنواع اللعب فعلى الوجه الذى ذكره المصنف لا وجه غيره ، وفرق الماوردى بين السبق بالمداحى وهى إحداث حفرة يلقون بأحجار مستديرة فيها فمن وقع حجره فيها فقد قمر وبين الدحو بالحجز الثقيل أو رفعه من الأرض لاختبار القوة والارتياض بها ــ وهو فى رياضة حمل الأثقال فيكون السبق عليه كالسبق على الصراع فيكون على وجهين .

فــرع عرفت فيما أسلفنا فى الفصل قبله أن لصحة السبق على الأعواض المبذولة خمسة شروط .

(أحدها) التكافؤ فيما يسبقان عليه ، وفيما يتكافآن به وجهان (أحدهما) وهو الظاهر من المذهب وما عليه جمهور الأصحاب أن التكافؤ بالتجانس ، فيسابق بين فرسين أو بغلين أو حمارين أو بعيرين ليعلم بعد التجانس أيهما السابق ، ولا يجوز أن يسابق بين فرس وبغل ، ولا بين حمار وبعير ، لأن تفاضل الأجناس معلوم ، وأنه لا يجرى البغل فى شوط الفرس كما قال الشاعر فى البيت الذى ساقه المصنف والمذرع وهو الذى أمه أشرف من أبيه كما يقول الفرزدق :

إذا بأهلى عنده حنظلية لها ولد منه فذاك المذرع

وإنما سمى البغل مذرعا بالعلامتين المستديرتين السوداوين فى ذراعيه الأماميتين ورثهما من الحمار ، والمحاضير السريعة العدو واحدها محضار ، والعتيق عربى الأبوين ، والهجين عربى الأب أعجمى الأم ، والبختى إبل بطيئة العدو ، والنجيب الحسن الخلق السريع وأنجبته استخلصته ، ولكن

يجوز السبق بين عتاق الخيل وهجانها لأن جميعها جنس ، والعتيق فى أول شوط أحد من الهجين ، والهجين فى أول الشوط ألين وفى آخره أحدّ فربما صارا عند الغاية متكافئين ، وهذا وجه (والثانى) وهو قول أبى إسحاق المروزى : أن التكافؤ فى الاستباق غير معتبر بالتجانس ، وإنما هو معتبر بأن يكون كل واحد من المستبقين يجوز أن يكون سابقاً ويجوز أن يكون مسبوقاً ، فإن جوز ذلك بين فرس وبغل أو بين بعير وحمار جاز السبق بينهما ، وإن علم يقيناً أن أحدهما يسبق الآخر عند الاختبار لم يجز السبق بينهما ، ولو علم ذلك بين فرسين عتيق وهجين ، أو بين بعيرين عربى وبختى لم يجز السبق بينهما ، وكذلك لو اتفق الفرسان فى الجنس ، واختلفا فى القوة والضعف فيمنع من الاستباق بينهما وهما من جنس واحد ، وتجوز بينهما وهما من جنسين مختلفين اعتباراً بالجوهر دون التجانس .

(والشرط الثانى) من الشروط الخمسة : الاستباق عليها مركوبة لتنتهى إلى غايتها بتدبير راكبها ، فإن شرط إرسالها لتجرى مسابقة بأنفسها لم يجز، وبطل العقد عليها لأنها تتنافر بالإرسال ، ولا تقف على غاية السبق ، وإنما يصح ذلك فى الاستباق بالطيور ــ إذا قيل بجواز الاستباق عليها لما فيه من الهداية إلى قصد الغاية وأنها لا تتنافر فى طيرانها ؛ وبقية الشروط مضى ذكرها إجمالا ، والله تعالى أعلم بالصواب .

فرع فى شواهد وردت على ألسنة العرب فى المذرع :

قوم توارث بيت اللؤم أولهم ... كما توارث رقم الأذرع الحمر

وقال ساعدة بن جؤية :

وغودر ثاوياً وتأرّيته ... مُذَرّعة أميم لها فَليل

وأنشد ابن الأعرابى :

قد يهلك الأرقم الفاعوس ... والأسد المذرع المنهوس

وقال قيس بن الخطيم :

ترى قصد المران تلقى كأنها ... تذرع خرصان بأيدى الشواطب

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا تجوز الا على مسافة معلومة الابتداء والانتهاء لحديث ابن عمر رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم سابق بين الخيل المضمرة من الحفياء الى ثنية الوداع ، وما لم يضمر منها من ثنية الوداع الى مسجد بنى زريق ،)) ولأنهما اذا تسابقا على اجراء الفرسين حتى يسبق أحدهما الآخر الى غير غاية لم يؤمن أن لا يسبق أحدهما الآخر الى أن يعطبا ، ولا يجوز أن يكون اجراؤه الا بتدبير الراكب ، لأنهما اذا جريا لأنفسهما تنافرا ولم يقفا على الغاية . وان تسابقا على أن من سبق صاحبه بخمسة أقدام فأكثر كان السبق له ، فقد قال أبو على الطبرى فى الافصاح : يجوز ذلك عندى ، لأنهما يتحاطان ما تساويا فيه ، وينفرد أحدهما بالقدر الذى شرطه ، فجاز كما يجوز فى الرمى أن يتناضلا على أن يتحاطا ما تساويا فيه ، ويفضل لأحدهما عدد . قال أبو على الطبرى : ورأيت من أصحابنا من منع ذلك وأبطله ولا أعرف له وجهاً .

فصل وان كان المخرج للسبق هو السلطان ، أو رجل من الرعية ، لم يخل اما أن يجعله السابق منهم أو لبعضهم أو لجميعهم ، فان جعله للسابق بأن قال : من سبق منكم فله عشرة جاز ؛ لأنه يجتهد كل واحد منهم أن يكون هو السابق ليأخذ السبق ، فيحصل على المقصود ؛ فان سبق واحد منهم استحق العشرة لأنه سبق ، وان سبق اثنان أو ثلاثة وجاءوا مكاناً واحداً ، اشتركوا فى العشرة لأنهم اشتركوا فى السبق ، فان جاءوا كلهم مكانا واحداً لم يستحق واحد منهم ، لأنه لم يسبق منهم أحد . وان جعله لبعضهم بأن جعله للمجلى والمصلى ، ولم يجعل للباقى جاز ، لأن كل واحد منهم يجتهد أن يكون هو المجلى أو المصلى ، ليأخذ السبق فيحصل المقصود. وان جعله لجميعهم ـ نظرت ، فان سوى بينهم بأن قال : من جاء منكم الى الغاية فله عشرة ـ لم يصح ، لأن القصد من بذل العوض هو التحريض على المسابقة وتعلم الفروسية ، فاذا سوى بين الجميع علم كل واحد منهم أنه يستحق السبق ، تقدم أو تأخر ، فلا يجتهد فى المسابقة فيبطل المقصود .

وان شرط للجميع ، وفاضل بينهم بأن قال : للمجلى وهو الأول مائة ، وللمصلى وهو الثانى خمسون ، وللتالى وهو الثالث أربعون ؛ وللبارع وهو الرابع ثلاثون وللمرتاح وهو الخامس عشرون . وللحظى وهو السادس خمسة عشر ، وللعاطف وهو السابع عشرة ، وللمرمل وهو الثامن ثمانية ، وللطيم وهو التاسع خمسة . وللسكيت وهو العاشر درهم ، وللفسكل وهو الذى يجىء بعد الكل نصف درهم ففيه وجهان :

(احدهما) يجوز لأن كل واحد منهم يجتهد ليأخذ الأكثر .

(والثانى) لا يجوز لأن كل واحد منهم يعلم أنه لا يخلو من شىء تقدم أو تأخر ، فلا يجتهد فى المسابقة . وان جعل للأول عشرة وللثالث خمسة وللرابع أربعة ولم يجعل للثانى شيئاً ففيه وجهان :

(أحدهما) يصح ويقوم الثالث مقام الثانى ، والرابع مقام الثالث ، لأن الثانى بخروجه من السبق يجعل كأن لم يكن .

(والثانى) انه يبطل ، لأنه فضل الثالث والرابع على من سبقهما) .

الشرح حديث ابن عمر مضى تخريجه فى أول هذه الفصول وشرحنا غريبه وطرقه .

أما الأحكام فإنه يشترط فى المسابقة بالحيوان تحديد المسافة وأن يكون لابتداء عدوهما وآخره غاية لا يختلفان فيها ، لأن الغرض معرفة أسبقهما ، ولا يعلم ذلك إلا بتساويهما فى الغاية ، ولأن أحدهما قد يكون مقصراً فى أول عدوه سريعاً فى انتهائه . وقد يكون عكس ذلك فيحتاج إلى غاية تجمع حاليه أو أحواله ومن الخيل ما هو أصبر من غيره .

وقد روى أبو داود فى سننه عن ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « سبق الخيل وفضل الفُرْح فى الغاية » وسبق بين الخيل المضمرة من الحفياء إلى ثنية الوداع ، وذلك ستة أميال أو سبعة ، وبين التى لم تضمر من الثنية إلى مسجد بنى زريق ، وذلك ميل أو نحوه .

فإن استبقا بغير غاية لينظرا أيهما يقف أولا لم يجز ، لأنه يؤدى إلى أن لا يقف أحدهما حتى ينقطع فرسه ويتعذر الإشهاد على السبق فيه .

ويشترط فى المسابقة إرسال الفرسين أو البعيرين دفعة واحدة ، فإن أرسل أحدهما قبل الآخر ليعلم هل يدركه الآخر أم لا ؟ لم يجز هذا فى المسابقة بعوض لأنه قد لا يدركه مع كونه أسرع منه لبعد ما بينهما ، ويكون عند أول المسافة من يشاهد إرسالهما ويرتبهما ، وعند الغاية من يضبط السابق منهما لئلا يختلفا فى ذلك .

وقول الشافعي : الأسباق جمع سبق ـ بفتح الباء ـ وهو العوض المخرج فى المسابقة ـ وهو بإسكان الباء ـ مصدر سبق من المسابقة .

أما السبق الأول الذى يراه الشافعى ، وهو الذى يخرجه غير المتسابقين فيجوز سواء أخرجه الإمام من بيت المال أو أخرجه غير الإمام من ماله . وكلام مالك من عدم جوازه لغير الإمام فاسد من وجهين (أحدهما) أن ما فيه معونة على الجهاد جاز أن يفعله غير الأئمة كارتباط الخيل وإعداد السلاح .

(والثانى) أن ما جاز أن يخرجه الإمام من بيت مال المسلمين جاز أن يتطوع به كل واحد من المسلمين كبناء المساجد والقناطر . فإذا صح جوازه جاز أن يختص به السابق وحده دون غيره ، كقول الباذل إذا كان المتسابقون عشرة فقد جعلت للسابق منكم عشرة وهذا جائز ، فأيهم جاء سابقاً لجماعتهم استحق العشرة كلها ولا شىء لمن بعده ، وإن كانوا متفاضلين ، فى السبق ، فلو سبق اثنان من الجماعة فجاءا معاً وتأخر الباقون واشترك الاثنان فى العشرة لتساويهما فى السبق فاستويا فى الأخذ ، ولو سبق خمسة اشتركوا فى الأخذ كذلك . ولو سبق تسعة وتأخر واحد اشتركوا فى العشرة دون المتأخر منهم ، ولو جاءوا جميعاً غرضاً واحداً لم يتأخر عنهم واحد منهم فلا شىء لهم لأنه ليس فيهم سابق ولا مسبوق .

(والقسم الثانى) أن يبذله لجماعة منهم ولا يبذله لجميعهم ، كأن بذل الأول عوضا والثانى عوضا . ولكل واحد منهم فى اللغة اسم ـ إذا تقدم على غيره ـ خاص فيقال للسابق الأول المجلى ، والثانى المصلى ، والثالث التالى ، والرابع البارع ، والخامس المرتاح ، والسادس الحظى ، والسابع العاطف ، والثامن المؤمل ، والتاسع اللطيم ، والعاشر السكيت ، وليس لما بعد العاشر اسم ، إلا الذى يجىء آخر الخيل كلها ، ويقال له الفسكل .

قال الجاحظ : كانت العرب تعد السوابق ثمانية ولا تجعل لما جاوزها حظاً ، فأولها السابق ثم المصلى ثم المقفى ثم التالى ثم العاطف ثم المذمر ثم البارع ثم اللطيم قال الثعالبى : وكانت العرب تلطم الآخر إن كان له حظ .

وقال أبو عكرمة : أخبرنا ابن قادم عن الفراء أنه ذكر فى السوابق عشرة أسماء لم يحكها أحد غيره وهى : السابق ثم المصلى ثم المسلى ثم التالى ثم المرتاح ثم العاطف ثم الحظى ثم المؤمل ثم اللطيم ثم السكيت .

وقد جاء فى الحاوى الكبير للماوردى هذه الأسماء التى ذكرها المصنف مع جعل المؤمل بدل المرمل ، وهو ما يوافق رواية الفـراء هنا ، فإذا بذل لبعض دون بعض فعلى ضربين :

(أحدهما) أن يفاضل بين السابق والمسبوق فيجعل للأول الذى هـو المجلى ــ وقد اشتق اسمه من الجلاء ــ قال ابن بطال : قال المطـرزى : يحتمل أن يكون من جلاء الهمـوم ــ عشرة ، ويجعـل للثانى الذى هو المصلى ــ لأن جفلته على صلى السابق وهى منخره ، والصلوان عظمان عن يمين الذنب وشماله ــ تسعة ، والثالث الذى هو التالى ــ أى التابع ــ خمسة والرابع الذى هو البارع ــ أى الفائق كما يقال لمن فاق أصحابه فى العلم : بارع ــ أربعة ، والخامس الذى هو المرتاح ــ من راح يراح راحة إذا فحلا أو إذا نشط وجف ــ ثلاثة ، فإن هذا جائز لأنه قد منع المسبوقين وفاضل بين السابقين فحمل التحريض فى طلب التفاضل وخشية المنع ويتفرع على هذا أن يجعل للسابق عشرة ، وللمصلى خمسة ولا يجعل لمن بعـدهم شيئاً فيكون السابق أو المجلى خمسة والمصلى واحداً الخمسة السـابقين بالعشرة لكل واحد درهمان وينفرد المصلى بالخمسة وإن صار بها أفضـل من السابقين لأنه أخذ الزيادة لتفرده بدرجته ، ولم يأخذها لتفضيل أصـل درجته ، وقد كان يجوز أن يشاركه غيره فى درجته فيقل سهمه عن سـهم من بعده .

ثم على هذا القياس إذا جعل للثانى شيئاً ثالثاً فحصل فى كل درجـة انفراد أو اشتراك وجب أن يختص المنفرد بسبق درجته ، ويشترك المشتركون بسبق درجتهم .

(والضرب الثانى) أن يستوى فيهم بين سابق ومسبوق ، كأنه جعـل

للسابق عشرة وللمصلى عشرة وفاضل بين بقية الخمسة . وهذا جائز لأن مقتضى التحريض أن يفاضل بين السابق والمسبوق ، فإذا تساويا فيه بطل مقصوده فلم يجز ، وكان السبق فى حق المصلى الذى سوى بينه وبين سابقه باطلا ، ولم يبطل فى حق الأول ولبطلانه فى حق من عداه وجهان بناء على اختلاف الوجهين فى الذى بطل السبق فى حقه هل يستحق على الباذل أجرة مثله أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) وهو قول أبى إسحاق المروزى أنه لا أجرة له على الباذل ، لأن منعه عائد عليه لا على الباذل . فعلى هذا يكون السبق فى حق من بعده باطلا لأنه يجوز أن يفضلوا به على من سبقهم .

(والوجه الثانى) وهو قول أبى على الطبرى أن له على الباذل أجرة ملثه لأن من استحق المسمى فى العقد الصحيح استحق أجرة المثل فى العقد الفاسد اعتباراً بكل واحد من عقد الإجارة والجعالة .

فعلى هذا يكون السبق فى حق من بعده صحيحاً ، ولكل واحد منهم ما سمى له ، وإن كان أكثر من أجرة من بطل السبق فى حقه ، لأنه لا يجوز أن يفضلوا عليه إذا كان مستحقاً بالعقد . وهذا مستحق بغيره . ويتفرع على هذا إذا جعل للأول عشرة ولم يجعل للثانى شيئاً ، وجعل للثالث خمسة وللرابع ثلاثة ولم يجعل بعدهم شيئاً ، فالثانى خارج من السبق لخروجه من البدل . وفى قيام من بعده مقامه وجهان :

(أحدهما) يقوم الثالث مقام الثانى ، ويقوم الرابع مقام الثالث لأنه يصير وجوده بالخروج من السبق كعدمه ، فعلى هذا يصح السبق فيهما بالمسمى لهما بعد الأول .

(والوجه الثانى) أنهم يترتبون على التسمية ولا يكون خروج الثانى منهم بالحكم مخرجا له من البدل ، فعلى هذا يكون السبق فيهما باطلا لتفضيلهما على السابق لهما ، وهل يكون لهما أجرة مثلهما أم لا ؟ على لتفضيلهما على السابق لهما ، وهل يكون أجرة مثلهما أم لا ؟ على ما ذكرنا من الوجهين .

(والقسم الثالث) أن يبذل العوض لجماعتهم ولا يخلى آخرهم من عوض فينظر فإن سوى فيهم بين سابق ومسبوق كان السبق باطلا . وكان الحكم فيه على ماقدمنا وإن لم يساو بين السابق والمسبوق ، وفضل كل سابق على كل مسبوق حتى يجعل متأخرهم أقلهم سهماً ففى السبق وجهان :

(أحدهما) أنه جائز اعتباراً بالتفاضل فى السبق ، فعلى هذا يأخذ كل واحد منهم ما سمى له .

(والوجه الثانى) أن السبق باطل لأنهم قد تكافأوا فى الأخذ وإن تفاضلوا فيه ، فعلى هذا هل يكون باطلا فى حق الآخر وحده ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) أنه باطل فى حقه وحده لأن بالتسمية له فسد السبق .

(والوجه الثانى) أن يكون باطلا فى حقوق جماعتهم ، لأن أول العقد مرتبط بآخره ، وهل يستحق كل واحد منهم أجرة مثله أم لا ؟ على الوجهين المذكورين فهذا حكم السبق الأول .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **فان كان المخرج للسبق هما المتسابقان ـ نظرت ، فان كان معهما محلل وهو ثالث على فرس كفء لفرسيهما ـ صح العقد ، وان لم يكن معهما محلل فالعقد باطل ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من أدخل فرسا بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق فلا بأس ، ومن ادخل فرساً بين فرسين وقد أمن ان يسبق فهو قمار » ولأن مع المحلل لا يكون قماراً ، لأن فيهم من يأخذ اذا سبق ، ولا يعطى اذا سبق وهو المحلل ، ومع عدم المحلل ليس فيهم الا من يأخذ اذا سبق ، ويعطى اذا سبق ، وذلك قمار . وان كان المحلل اثنين أو اكثر جاز ، لأن ذلك أبعد من القمار ، وان كانت المسابقة بين حزبين كان حكمهما فى المحلل حكم الرجلين ، لأن القصد من دخول المحلل الخروج من القمار ، وذلك يحصل بالمحلل الواحد مع قلة العدد وكثرته .**

واختلف أصحابنا فى دخول المحلل فذهب أكثرهم الى أن دخول المحلل

لتحليل السبق ، لكل من سبق منهم ، وذهب ابو على بن خيران الى أن دخوله لتحليل السبق لنفسه ، وان يأخذ اذا سبق ، ولا يأخذان اذا سبقا ، لانا لو قلنا : انهما اذا سبقا اخذا حصل فيهم من يأخذ مرة ويعطى مرة ، وهذا قمار ، والمذهب الأول ، لانا بينا انهما بدخول المحلل خرجا من القمار ، لأن فى القمار ليس فيهم الا من يعطى مرة ويأخذ مرة ، وبدخول المحلل قد حصل فيهم من يأخذ ولا يعطى ، فلم يكن قماراً ، فان تسابقوا ـ نظرت ، فان انتهوا الى الغاية معاً ـ احرز كل واحد منهما سبقه ، لأنه لم يسبقه احد ، ولم يكن للمحلل شىء ، لأنه لم يسبق واحداً منهما ، وان سبق المخرجان أحرز كل واحد منهما سبقه ، لأنهما تساويا فى السبق ولا شىء للمحلل لأنه مسبوق ، وان سبقهما المحلل اخذ سبقهما لانه سبقهما ، وان سبق احد المخرجين وتاخر المحلل والمخرج الآخر ، احرز السابق سبق نفسه .

وفى سبق المسبوق وجهان (المذهب) انه للسابق المخرج لأنه انفرد بالسبق ، وعلى مذهب ابن خيران يكون سبق المسبوق لنفسه لانه لا يستحقه السابق المخرج على قوله ، ولا يستحقه المحلل لأنه لم يسبق . وان سبق المحلل واحد المخرجين احرز السابق سبق نفسه ، وفى سبق المسبوق وجهان المذهب انه بين المخرج السابق والمحلل ، وعلى مذهب ابن خيران يكون سبقه للمحلل ، وان سبق احد المخرجين ثم جاء المحلل ثم جاء المخرج الآخر ، ففيه وجهان المذهب ان سبق المسبوق للمخرج السابق بسبقه ، وعلى مذهب ابن خيران يكون للمحلل دون السابق ، وان سبق احد المخرجين ثم جاء المخرج الثانى ، ثم جاء المحلل ففيه وجهان ، المذهب ان سبق المسبوق للسابق ، وعلى مذهب ابن خيران يكون للمسبوق ، لأن المخرج السابق لا يستحقه والمحلل لم يسبق فبقى على ملك صاحبه .

فصل وان كان المخرج للسبق احدهما جاز من غير محلل لأن فيهم من يأخذ ولا يعطى وهو الذى لم يخرج ، فصار كما لو كان السبق منهما وبينهما محلل ، فان تسابقا فسبق المخرج احرز السبق ، وان سبق الآخر أخذ سبقه ، وان جاءا معاً أحرز المخرج السبق ، لأنه لم يسبقه الآخر) .

الشرح حديث أبى هريرة رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه ، وأخرجه أيضاً الحاكم وصححه والبيهقى ورواه ابن حبان باسناده وصححه .

وقال الطبرانى فى الصغير : تفرد به سعيد بن بشير عن قتادة عن سعيد ابن المسيب وتفرد به عنه الوليد وتفرد به عنه هشام بن خالد ، ورواه أيضاً أبو داود عن محمود بن خالد عن الوليد لكنه أبدل قتادة بالزهرى ، ورواه

أبو داود وغيره ممن تقدم من طريق سفيان بن حسين عن الزهرى وسفيان ضعيف فى الزهرى ، وقد رواه معمر وشعيب وعقيل عن الزهرى عن رجال من أهل العلم ، كذا قال أبو داود وقال : هذا أصح عندنا .

وقال أبو حاتم : أحسن أحواله أن يكون موقوفاً على سعيد بن المسيب، فقد رواه يحيى بن سعيد عنه وهو كذلك فى الموطأ عن سعيد من قوله ، وقال ابن أبى خيثمة : سألت ابن معين فقال : هذا باطل ، وضرب على أبى هريرة .

وحكى أبو نعيم فى الحلية أنه من حديث الوليد عن سعيد ابن عبد العزيز .

قال الدارقطنى : والصواب سعيد بن بشير كما عند الطبرانى والحاكم . وحكى الدارقطنى فى العلل أن عبيد بن شريك رواه عن هشام بن عمار عن الوليد عن سعيد عن الزهرى .

قال الحافظ : وقد رواه عبدان عن هشام ، أخرجه ابن عدى مثل ما قال عبيد وقال : إنه غلط قال : فتبين بهذا أن الغلط فيه من هشام ، وذلك أنه تغير حفظه .

أما اللغات السبق بتحريك الباء .

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه والسبق الثانى من الأسباق أن يجمع شيئين وذلك مثل الرجلين يريدان أن يستبقا بفرسيهما ولا يريد كل منهما أن يسبق صاحبه ويخرجان سبقين ، ولا يجوز إلا بمحلل ، وهو أن يجعل بينهما فرس ولا يجوز حتى يكون كفؤاً لفرسيهما لا يأمنان أن يسبقهما .

وقوله : وفى سبق المسبوق وجهان المذهب أنه بين المخرج السابق والمحلل .

قلت : هذا هو السبق الثانى وهو أن يستبق الرجلان ويخرج كل واحد منهما سبقاً من ماله يأخذه السابق منهما ، وهذا لا يصح حتى يوكلا بينهما محللا لا يخرج شيئاً ، ويأخذ إن سَبق ولا يعطى إن سُبق لنص ومعنى .

أما النص فهو حديث أبى هريرة الذى مضى تخريجه . وأما المعنى فهو أن إباحة السبق معتبرة بما خرج عن معنى القمار هو الذى لا يخلو الداخل فيه من أن يكون غانماً إن أخذ أو غارماً إن أعطى ، فإذا لم يدخل بينهما محلل كانت هذه بحالها فكان قماراً ، وإذا دخل بينهما محلل غير مخرج يأخذ إن سَبق ولا يعطى إن سُبق خرج عن معنى القمار فحل ، وهذا الداخل يسمى محللا ، لأن العقد صح به فصار حلالا ويسميه أهل السبق ميسراً ، ويصح العقد به بأربعة شروط :

(أحدها) أن يكون فرسه كفؤاً لفرسيهما أو أكفأ منهما لايأمنان أن يسبقهما فإن كان فرسه أدون من فرسيهما وهما يأمنان أن يسبقهما لنص الحديث ، ولأن دخوله مع العلم بأنه لا يسبق غير مؤثر من أخذ السبق .

(والشرط الثانى) أن يكون المحلل غير مخرج لشىء ، وإن قل ، فإن أخرج شيئاً خرج من حكم المحلل وصار فى حكم المستبق .

(والشرط الثالث) أن يأخذ إن سبق ، فإن شرط أن لا يأخذ لم يصح .

(والشرط الرابع) أن يكون فرسه معينا عند العقد لدخوله فيه كما يلزم تعيين فرسى المستبقين ، وإن كان غير معين بطل ، فإذا صح العقد بالمحلل على استكمال شروطه فمذهب الشافعى وما عليه جمهور أصحابه أن المحلل دخل ليحلل العقد ، ويحلل العقد الآخر فيأخذ إن سُبق ويؤخذ به إن سُبق .

وقال أبو على بن خيران : إن المحلل دخل للتحلل للعقد ويأخذ ولا يؤخذ بهوهذا خطأ لأن التحريض المقصود باستفراه الخيل ومعاطاة الفروسية غير موجود إذا لم يؤخذ بالسبق شىء فيصير مانعاً من السبق ، وإذا أخذ

به صار باعثاً عليه وحافزاً له ، وهذا يتضح فى التفريعات الآتية ، والله أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ويطلق الفرسان من مكان واحد فى وقت احد ، لما روى الحسن أو خلاس عن على كرم الله وجهه « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لعلى : يا على قد جعلت اليك هذه السبقة بين الناس ، فخرج على كرم الله وجهه فدعا بسراقة بن مالك فقال : يا سراقة انى قد جعلت اليك ما جعل النبى صلى الله عليه وسلم فى عنقى من هذه السبقة ، فى عنقك ، فاذا اتيت الميطان نصف الخيل ثم ناد ثلاثا : هل مصلح للجام او حامل لغلام او طارح لجل ، فاذا لم يجبك أحد فكبر ثلاثاً ، ثم خلها عند الثالثة يسعد الله بسبقه من يشاء من خلقه » فان كان بينهما محلل وتنازعا فى مكانه جعل بينهما ، لأنه أعدل وأقطع للتنافر .

وان اختلف المتسابقان فى اليمين واليسار أقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر ، ولا يجلب وراءه ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه ، أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من أجلب على الخيل يوم الرهان فليس منا » قال مالك : الجلب أن يجلب وراء الفرس حين يدنو أو يحرك وراءه الشن ، ليستحث به السبق .

فصل واما ما يسبق به فينظر فيه فان شرط فى السبق اقداما معلومة لم يستحق السبق بما دونها لأنه شرط صحيح فتعلق الاستحقاق به وان أطلق ـ نظرت فان تساوى المركوبان فى طول العنق ـ اعتبر السبق بالعنق أو بالكتد ، فان سبق أحدهما بالعنق أو ببعضه أو بالكتد أو ببعضه فقد سبق ، وان اختلفا فى العنق اعتبر السبق بالكتد لأنه لا يختلف ، وان سبق أطولهما عنقاً بقدر زيادة الخلقة لم يحكم له بالسبق لأنه يسبق بزيادة الخلقة لا بجودة الجرى .

فصل وان عثر أحد الفرسين او ساخت قوائمه فى الأرض او وقف لعلة أصابته فسبقه الآخر لم يحكم للسابق بالسبق لأنه لم يسبق بجودة الجرى ولا تأخر المسبوق لسوء جريه .

فصل وان مات المركوب قبل الفراغ بطل العقد ، لأن العقد تعلق بعينه ، وقد فات بالموت ، فبطل كالمبيع اذا هلك قبض القبض . وان مات

الراكب ـ فان قلنا : انه كالجعالة ـ بطل العقد بموته ، وان قلنا : انه كالاجارة لم يبطل وقام الوارث فيه مقامه .

فصـــل **وان كان العقد على الرمى لم يجز بأقل من نفسين ، لأن المقصود معرفة الحذق ، ولا يبين ذلك بأقل من اثنين ، فان قال رجل لآخر : ارم عشراً وناضل فيها خطاك بصوابك ، فان كان صوابك أكثر فلك دينار ، لم يجز ، لأنه بذل العوض على أن يناضل نفسه . وقد بينا أن ذلك لا يجوز .**

وان قال : ارم عشرة فان كان صوابك أكثر فلك دينار ، ففيه وجهان :

(أحدهما) يجوز لأنه بذل له العوض على عمل معلوم ، لا يناضل فيه نفسه ، فجاز .

(والثانى) لا يجوز لأنه جعل العوض فى مقابلة الخطا والصواب ، والخطا لا يستحق به بدل) .

الشرح حديث على رواه الدارقطنى وأخرجه البيهقى باسناد الدارقطنى وقال : هذا إسناده ضعيف ولفظه كاملا هكذا « يا على قد جعلت إليك هذه السبقة بين الناس ، فخرج على فدعا سراقة بن مالك فقال : يا سراقة إنى قد جعلت إليك ما جعل النبى صلى الله عليه وسلم فى عنقى من هذه السبقة فى عنقك ، فإذا أتيت الميطان ـ قال أبو عبد الرحمن : والميطان مرسلها من الغاية ـ فصف الخيل ثم ناد : هل من مصلح للجام أو حامل لغلام أو طارح لجل ، فإذا لم يجبك أحد فكبر ثلاثاً ثم خلها عند الثالثة سعد الله بسبقه من شاء من خلقه » .

وكان على يقعد عند منتهى الغاية ويخط خطا ويقيم رجلين متقابلين عند طرف الخط طرفه بين إبهامى أرجلهما وتمر الخيل بين الرجلين ويقول : « إذا خرج أحد الفرسين على صاحبه بطرف أذنيه أو أذن أو عذار فاجعلوا السبقة له ، فإن شككتما فاجعلا سبقهما نصفين ، فإذا قرنتم ثنتين فاجعلوا الغاية من غاية أصغر الثنتين ولا جلب ولا جنب ولا شغار فى الإسلام » .

أما غريبه فقوله (هذه السبقة) فهى بضم السين وإسكان الباء هو الشىء الذى يجعله المتسابقان بينهما يأخذه من سبق منهما . قال فى القاموس :

السبقة بالضم الخطر يوضع بين أهل السباق والجمع أسباق . قوله (فإذا أتيت الميطان) بكسر الميم . قال فى القاموس : والميطان بالكسر الغاية . قوله (فصف الخيل) هى خيل الحلبة . قال فى القاموس : الحلبة بالفتح هى الدفعة من الخيل فى الرهان ، وخيل تجتمع للسباق من كل أوب . قوله (ثم ناد الخ) فيه استحباب التأنى قبل إرسال خيل الحلبة ، وتنبيههم على إصلاح ما يحتاج إلى إصلاحه ، وجعل علامة على الإرسال من التكبير أو غيره ، وتأمير أمير يفعل ذلك .

وأما حديث ابن عباس فقد أخرجه أبو يعلى بإسناد صحيح بلفظ « ليس منا من أجلب على الخيل يوم الرهان » وأخرجه الطبرانى بلفظ « لا جلب فى الإسلام » .

وفى إسناده أبو شيبة ضعيف . والمراد فى الجلب بالرهان أن يأتى برجل يجلب على فرسه أى يصيح عليه يستحثه بالإزعاج حتى يسبق ، والجنب أن يجنب فرسا إلى فرسه حتى إذا فتر المركوب تحول إلى المجنوب . وقال ابن الأثير : له تفسيران ثم ذكر معنى فى الرهان ومعنى فى الزكاة ، وقد مضى معناه فى الزكاة من كتاب الزكاة .

أما اللغات قوله : العنق قوله : (الكتد) .

أما الأحكام فإن السبق يحصل فى الخيل بالرأس إذا تماثلت الأعناق ، فإن اختلفا فى طول العنق أو كان ذلك فى الإبل اعتبر السبق بالكتف لأن الاعتبار بالرأس متعذر ، فإن طويل العنق قد يسبق رأسه لطول عنقه لا لسرعة عدوه ، وقد مضى لنا تفصيل ذلك ، وهو مذهب الشافعى وأحمد .

وقال الثورى : إذا سبق أحدهما بالإذن كان سابقاً ولا يصح لأن أحدهما قد يرفع رأسه ويمد الآخر عنقه فيكون سابقاً بأذنه لذلك لا لسبقه، وإن شرطا السبق بأقدام معلومة كثلاثة أو أكثر أو أقل لم يصح على أحد القولين عند أصحابنا والثانى : يصح ويتحاطان ذلك كما فى الرمى .

قال الماوردى فى الحاوى الكبير : وإذا استقرت بينهما مع المحلل فى الجرى فيختار أن يكون فى الموضع الذى ينتهى إليه السبق ، وهو غاية المدى قصب قد غرزت فى الأرض يسميها العرب قصب السبق ليحرزها السابق منهم فيتلقفها حتى يعلم بسبقه الذاتى والقاصى فيسقط الاختلاف ، وربما كر بها راجعا يستقبل بها المسبوقين إذا كان مفضلا فى السبق مباهيا فى الفروسية .

فرع قال الشافعى رضى الله عنه : والسبق أن يسبق أحدهما صاحبه وأقل السبق أن يسبق أحدهما صاحبه بالهادى أو بعضه أو الكتد أو بعضه اهـ .

فالسبق ضربان : أحدهما : أن يكون معتبراً بأقدام مشروطة كاشتراطهما السبق بعشرة أقدام ولا يتم السبق إلا بها ولو سبق أحدهما بتسعة أقدام لم يكن سابقا فى استحقاق البدل ، وإن كان سابقا فى العمل . والضرب الثانى : أن يكون مطلقا بغير شرط فيكون سابقا بكل قليل وكثير .

قال الشافعى رضى الله عنه : أقل السبق أن يسبق بالهادى أو بعضه أو الكتد أو بعضه ، فأما الهادى فهو العنق ، وأما الكتد ويقال بفتح التاء وكسرها والفتح أشهر ، وفيه تأويلان . أحدهما : أنه الكتف . والثانى ما بين أصل العنق والظهر ، وهو مجتمع الكتفين فى موضع السنام من الإبل ، فجعل الشافعى رضى الله عنه أقل السبق السبق بالهادى والكتد . وقال الأوزاعى : أقل السبق بالرأس وقال المزنى : أقل السبق بالأذن استدلالا بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « بعثت والساعة كفرسى رهان كاد أحدهما أن يسبق الآخر بأذنه » .

قال الماوردى رداً على المزنى : المقصود بهذا الخبر ضرب المثل على وجه المبالغة وليس بحد لسبق الرهان كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من بنى لله بيتا ولو كمفحص قطاة بنى الله له بيتا فى الجنة » وإن كان بيتا لا يبنى كمفحص القطاة وإنما لم يعتبر بالأذن كما قال المزنى ،

ولا بالرأس كما قال الأوزاعى ، لأن من الخيل ما يزجى أذنه ورأسه فيطول ، ومنها ما يرفعه فتقصر ، فلم يدل واحد منهما على التقديم ا هـ .

وإذا سقط اعتبارهما ثبت اعتبار الهادى والكتد ، ولو اعتبر السبق بأيديهما فأيهما تقدمت يداه وهو السابق كان عندى أصح ، لأن السعى بهما والجرى عليهما لكن الشافعى اعتبر بالهادى والكتد .

فأما السبق بالكتد فمتحقق سواء اتفق الفرسان فى الطول والقصر أو تفاضلا وأما السبق بالهادى وهو العنق فلا يخلو حال الفرسين أن يتساويا فيه أو يتفاضلا فى طوله أو قصره ، فإن سبق بالعنق أقصرهما عنقاً كان سابقاً ، وإن سبق بالعنق أطولهما عنقا لم يكن سابقا إلا أن يتصاف السابق بكتده ، لأن سبقه بعنقه إنما كان لطوله لا لزيادة جريه . فإن قيل : فإن كان السبق بالكتد صحيحاً مع اختلاف الخلقة فلم اعتبر بالعنق التى يختلف حكمها باختلاف الخلقة ؟ قيل : لأن السبق بالكتد يتحققه القريب دون البعيد ، والسبق بالعنق يتحققه القريب والبعيد ، وربما دعت الضرورة إليه ليشاهده شهود السبق فشهدوا به للسابق شهوداً يستوقفون عند الغاية ليشهدوا للسابق على المسبوق ، فلو سبق أحدهما عند الغاية بهاديه أو كنده ثم جريا بعد الغاية فتقدم المسبوق بعدها على السابق بهاديه أو كنده كان السبق لمن سبق عند الغاية دون من سبق بعدها ، لأن ما يجاوز الغاية غير داخل فى العقد فلم يعتبر .

وهكذا لو سبق أحدهما قبل الغاية ثم سبقه الآخر عند الغاية كان السبق لمن سبق عند الغاية دون من سبق قبلها لاستقرار العقد على السبق إليها .

فرع إذا عثر أحد الفرسين أو ساخت قوائمه فى الأرض فسبقه الآخر لم يحتسب له بالسبق ، لأن العثرة أخرته . ولو كان العاثر هو السابق احتسب سبقه ، لأنه إذا سبق مع العثرة كان بغيرها أسبق ، ولو وقف أحد الفرسين بعد الجرى حتى وصل الآخر إلى غايته كان مسبوقا إن وقف لغير

مرض ، ولا يكون مسبوقا إن وقف لمرض . فأما إن وقف قبل الجرى لم يكن مسبوقاً ، سواء وقف لمرض أو غير مرض لأنه بعد الجرى مشارك .

فـرع قال الشافعى رضى الله عنه : والنضال فيـما بين الأثنين يسبق أحدهما الآخر . والثالث بينهما المحلل كهو فى الخيل لا يختلفـان فى الأصل فيجوز فى كل واحد منهما ما جاز فى الآخر ، ويرد فيهما ما يرد فى الآخر ثم يتفرعان ، فإذا اختلفت عللهما اختلفا ا هـ .

أما السبق فاسم يشتمل على المسابقة بالخيل حقيقة وعلى المسابقة بالرمى مجازاً ولكل واحد منهما اسم خاص فتختص الخيل بالرهان ويختص الرمى بالنضال ، فأما قولهم : سبَّق فلان بتشديد الباء فمن أسماء الأضداد يسمى به من أخرج مال السبق ، ويسمى به من أحرز مال السبق ، وقد مضى حكم السباق بالخيل .

فأما السباق بالنضال فهما فى الإباحة سواء ، والخلاف فيهما واحـد ، وقد تقدم الدليل عليهما ، وقد ذكر الشافعى ها هنا كلاماً اشتمل على أربعة فصول : (أحدها) قوله : والنضال فيما بين الرماة كذلك فى السبق والعلل، يريد بهذا أمرين :

(أحدهما) جواز النضال بالرمى كجواز السباق بالخيل .

(والثانى) اشتراكهما فى التعليل لإرهاب العدو بهما لقوله تعـالى : « وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم » [1] .

(والفصل الثانى) قوله يجوز فى كل واحد منهما ما يجوز فى الآخر ، يريد بهذا أن الأسباق فى النضال ثلاثة كما كانت الأسباق فى الخيل ثلاثة :

(أحدها) أن يخرج الوالى مال السبق فيجوز كجوازه فى الخيل .

(والثانى) أن الخيل ثلاثة : أحدها أن يخرج الوالى مال السبق فيجوز

---

(١) الآية : ٦٠ من سورة الأنفال .

كجوازه فى الخيل . والثانى : أن يخرجه المتناضلان فلا يجوز حتى يدخل بينهما محلل يكون رميه كرميهما أو أرمى منهما ، كما لا يجوز فى الخيل إلا محال يكون فرسه كفؤاً لفرسيهما أو أكفأ . (والثالث) : أن يخرجه أحد المناضلين فيجوز كما يجوز فى الخيل إذا أخرجه أحد المتسابقين .

(والفصل الثالث) قوله ثم يتفرعان ، يريد به أمرين : (أحدهما) أن الأصل فى سباق الخيل الفرس والراكب تبع . والأصل فى النضال الرامى والآلة تبع . لأن المقصود فى سباق الخيل فراهة الفرس ، ولو أراد أن يبدله بغيره لم يجز ، ويجوز أن يبدل الراكب بغيره . والمقصود فى النضال حذق الرامى ، ولو أراد أن يستبدل بغيره لم يجز ، ويجوز أن يبدل آلة بغيرها . (والثانى) أن فى النضال من تفريع المرمى بالمبادرة والمحاطة ما لا يتفرع فى سباق الخيل .

(والفصل الرابع) قوله : فإذا اختلفت عللهما اختلفا ، يريد به أنه لما كان المقصود فى سباق الخيل الفرس دون الراكب لزم تعيين الفرس ولم يلزم تعيين الراكب ، ومتى مات الفرس بطل السبق ، ولا يبطل بموت الراكب إن لم يكن هو العاقد . وفى بطلانه بموت العاقد قولان :

(أحدهما) لا يبطل بموته إذا قيل إنه كالإجارة .

(والثانى) يبطل بموته إذا قيل إنه كالجعالة . ولما كان المقصود فى النضال الرامى دون الآلة لزم تعيين الرامى ولم يلزم تعيين الآلة ، وبطل النضال إذا مات الرامى ، ولم يبطل إذا انكسر الفرس ، فقد اختلف حكمهما كما اختلفت عللهما . والله أعلم بالصواب .

اذا ثبت هذا فإن الرمى لا يجوز إلا بين اثنين فأكثر ، فإذا قال رجل لآخر ارم هذا السهم فإن أصبت به فلك درهم ، قال أحمد وأصحابه : صح ذلك جعالة ولم يصح نضالا لأنه بذل مالا له فى فعل له فيه غرض صحيح ولم يكن هذا نضالا لأن النضال يكون بين نفسين فأكثر على أن يرموا جميعاً ويكون الجعل لبعضهم إذا كان سابقاً .

وإن قال : إن أصبت فلك درهم وإن أخطأت فعليك درهم لم يصح لأنه قمار . وإن قال : ارم عشرة أسهم فإن كان صوابك أكثر من خطئك فلك درهم ففيه وجهان (أحدهما) أنه بذل له العوض على عمل معلوم لم يناضل فيه نفسه فجاز (والثانى) أنه لا يجوز ، لأنه جعل العوض فى مقابلة الخطأ والصواب . وقال الماوردى : إذا قال أحدهما لصاحبه أو لغيره ارم بسهمك هذا فإن أصبت به فلك درهم جاز واستحق الدرهم إن أصاب . ولجوازه علتان :

(إحداهما) أنه قد أجابه إلى ما سأل فالتزم له ما بذل ، وهذا قول ابن أبى هريرة .

(والثانية) أنه تحريض فى طاعة فلزم البذل عليها كالمناضلة .

وقال أبو إسحاق المروزى : وهذا بذل مال على عمل وليس بنضال ، لأن النضال لا يكون إلا بين اثنين فأكثر .

وقال الشافعى رضى الله عنه ، ولو قال له : ارم عشرة أرشاق ، فان كان صوابك أكثر فلك كذا لم يجز أن يناضل نفسه . وقد اختلف أصحابنا فى صورة هذه المسألة على وجهين .

(أحدهما) أن المزنى حذف منها ما قد ذكره الشافعى فى كتاب الأم فقال فيه : ولو قال له : ناضل نفسك وارم عشرة أرشاق ، فإن كان صوابك أكثر من خطئك فلك كذا لم يجز أن يناضل نفسه ، فحذف المزنى قوله : ناضل نفسك . وأورد باقى كلامه ، وحكمه على هذه الصورة باطل باتفاق أصحابنا . واختلفوا فى تعليله فقال أبو إسحاق ، وهو الظاهر من تعليل الشافعى : أنه جعله مناضلا لنفسه ، والنضال لا يكون إلا بين اثنين فأكثر فاستحال نضال نفسه فبطل . وقال آخرون : بل علة بطلانه أنه ناضل على خطئه لصوابه بقوله : إن كان صوابك أكثر من خطئك والخطأ لا يناضل عليه ولا به .

(والوجه الثانى) أن المسألة مصـورة على ما أورده المزنى ههنا ولم يذكر فيه نضال نفسه وقال له : ارم عشرة أرشاق ، فعلى هـذا يكون فى صحته وجهان من اختلاف العلتين :

(أحدهما) أنه صحيح ويستحق ما جعل له التعليل الأول ، لأنه بذل مال على عمل لم يناضل فيه نفسه .

(والوجه الثانى) أنه باطل للتعليل الثانى أنه مناضل على خطئه وصوابه ويتفرع على هاتين المسألتين ثالثة ، واختلف فيها أصـحابنا بأيها تلحق ؟ على وجهين ، وهو أن يقول : ناضل وارم عشرة أرشاق ، فإن كان صوابك أكثر فلك كذا فيوافق المسـألة الأولى فى قوله ناضـل ، وتوافق المسـألة الثانية فى حذف قوله : ناضل نفسك ، وأحد الوجهين وهو قول أبى إسحاق المروزى أنها فى حكم المسألة الأولى فى البطلان لأجل قوله : ناضل ، والنضال لا يكون إلا بين اثنين فصار كقوله : ناضل نفسك (والوجه الثانى) أنهـا فى حكم المسألة الثانية فى حمل صحتها على وجهين من اختلاف العلتين إذا سقط قوله : نفسك ، صار قوله ناضل ، يعنى ارم على نضال ، والنضـال المال ، فصار كالابتداء بقوله : ارم عشرة أرشاق . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـل ولا يجوز اخراج السبق الا على ما ذكرناه فى المسـابقة من اخراج العوض منهما او من غيرهما ، وفى دخول المحلل بينهما .

فصـل ولا يصح حتى يتعين المترامیان ، لأن المقصود معـرفة حذقهما ، ولا يعلم ذلك الا بالتعيين ، فان كان احدهما كثير الاصابة والآخر كثير الخطأ ، ففيه وجهان .

(احدهما) لا يجوز لأن نضل احدهما معلوم ، فيكون الناضل منهـما كالأخذ للمال من غير نضال ، وذلك من أكل المال بالباطل .

(والثانى) لا يجوز لأن أخذ المال منه يبعثه على معاطاة الرمى والحذق فيه .

فصـــل ولا يصح الا على آلتين متجانستين فان عقد على جنسين بان يرمى احدهما بالنشاب ، والآخر بالحراب ، لم يجز ، لأنه لا يعلم فضل احدهما على الآخر فى واحد من الجنسين ، وان عقد على نوعين من جنس بأن يرمى أحدهما بالنبل والآخر بالنشاب ، او يرمى احدهما على قوس عربى ، والآخر على قوس فارسى جاز ، لأن النوعين من جنس واحد يتقاربان ، فيعرف به حذفهما ، فان اطلق العقد فى موضع العرف فيه نوع واحد حمل العقـد عليه ، وان لم يكن فيه عـرف لم يصـح حتى يبين ، لأن الأغـراض تختلف باختلاف النوعين ، فوجب بيانه . وان عقد على نوع فاراد ان ينتقل الى نوع آخر لم تلزمه الاجابة اليه ، لأن الأغراض تختلف باختلاف الأنواع ، فان من الناس من يرمى بأحد النوعين اجود من رميه بالنوع الآخر . وان عقد على قوس بعينها فاراد ان ينتقل الى غيرها من نوعهـا جاز ، لأن الأغـراض لا تختلف باختلاف الأعيان ، فان شرط على أنه لا يبدل فهو على الأوجه الثلاثة فيـمن استأجر ظهراً ليركبه على أن لا يركبه مثله وقد بيناها فى كتاب الاجارة .

فصـــل ولا يجـوز الا على رشق معلوم ، وهو العدد الذى يرمى به ، لأنه اذا لم يعرف منتهى العدد لم يبن الفضل ولم يظهر السبق .

فصـــل ولا يجوز الا على اصابة عدد معلوم ، لأنه لا يبين الفضل الا بذلك ، فان شرط اصابة عشرة من عشرة أو تسعة من عشرة ففيه وجهان : احدهما : يصح لأنه قد يصيب ذلك ، فصح العقد كما لو شرط اصابة ثمانية من عشرة والثانى : لا يصح لأن اصابة ذلك تندر وتتعذر ، فبطل المقصـــود بالعقد) .

الشرح ذكرنا فيما مضى من أحكام المسابقة أنه لا يجوز إخراج السبق إلا على ما تراضيا عليه ، وكما يقول الإمام الشافعى رضى الله عنه : ويخرج كل واحد منهما ما تراضيا عليه ويتواضعانه على يدى رجل يثقان به أو يعينانه ، ولصحة العقد بينهما مع دخول المحلل أربعة شروط .

(أحدها) أن يكون العوض معلوما إما معينا أو موصوفا ، فإن كان مجهولا لم يصح ، لأن الأعواض فى العقود لا تصح معلومة .

(والشرط الثانى) أن يتساويا فى جنسه ونوعه وقدره فإن تفاضـلا أو اختلفا لم يصح ، لأنهما لما تساويا فى العقد وجب أن يتساويا فى بذله .

(والشرط الثالث) تعيين الفرس فى السباق . (والرابع) أن يكون مدى سبقهما معلوما إما بالابتداء والانتهاء كالإجارة المعينة ، وإما مذروعا بذراع مشهور كالإجارة المضمونة . فإذا صح العقد بينهما على الشروط المعتبرة وفى المحلل الداخل بينهما لم يخل حالهما فى السبق من ثلاثة أحوال .

(أحدها) أن يتفقا على تركه فى أيديهما ويثق كل واحد منهما بصاحبه فيحملان على ذلك ولا يلزم إخراج مال السبق من أحدهما إلا بعد أن يصير مسبوقا فيؤخذ باستحقاقه .

(والحالة الثانية) أن يتفقا على أمين فيؤخذ مال السبق منهما ويوضع على يده ويعزل مال كل واحد منهما على حدته ، فإن سبق أحدهما سلم إليه ماله ومال المسبوق ، فإن سبق المحلل سلم إليه مال السبقين ولم يكن للأمين أجرة على السابق ولا على المسبوق إلا عن شرط ، فإن كانت له أجرة فى عرف المتسابقين ففى حمله على عرفهم فيه مع عدم الشرط وجهان من اختلافهم فيمن استعمل خياطاً فعمل بغير شرط هل يستحق أجرة مثله أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) أن الأمين يستحق أجرة مثله إذا حكم للصانع بالأجرة ، ويكون على المستبقين لا يختص بها السابق منهما لأنها أجرة على حفظ المالين

(والثانى) أنه لا أجرة له وإن جرى العرف إلا أن يحكم للصانع بالأجرة .

(والحال الثالثة) أن يختلفا على الأمين فيخرج الحاكم لهما أميناً يقطع تنازعهما .

اذا ثبت هذا فقد قال الشافعى رضى الله عنه : ولا يجوز السبق إلا معلوماً ، كما يجوز فى البيع . قال الماوردى : وهذا صحيح ، يريد بالسبق المخرج فى العقد فلا يصح معه العقد حتى يكون معلوماً من وجهين إما بالتعيين كاستباقهما على عين مشاهد ، وإما بالصفة كاستباقهما على مال

فى الذمة ، لأنه من عقود المعاوضات كالبيع والإجارة، فإن تسابقا على ما يتفقان عليه أو على ما يحكم به زيد كان باطلا للجهالة به عند العقد .

ولو تسابقا وتناضلا على مثل ما يسابق أو يناضل به زيد وعمرو فإن كان ذلك بعد علمهما بقدره صح ، وإن كان قبل علمهما بقدره بطل ، ولو كان لأحدهما فى ذمة الآخر قفيز من حنطة فتناضلا عليه ، فإن كان القفيز مستحقا من سلم لم يصح ، لأن المعاوضة على السلم قبل قبضه لا تصح ، وإن كان عن غصبه صح ، لأن المعاوضة عليه قبل قبضه تصح .

وإن كان من قرض فعلى وجهين من الوجهين فى صحة المعاوضة عليه قبل قبضه ولو تناضلا على دينار إلا دانقاً صح ، ولو تناضلا على دينار إلا درهماً لم يصح لأنه يكون بالاستثناء من جنسه معلوما وبالاستثناء من غير جنسه مجهولا ، ولو تناضلا على دينار معجل وقفيز حنطة مؤجل صح ، لأنه على عوضين : حال ومؤجل ، ولو تناضلا على أن يأخذ الناضل ديناراً ويعطى درهما لم يجز ، لأن الناضل من شرطه أن يأخذ ولا يعطى .

ولو تناضلا على دينار بذله أحدهما ، فإن نضل دفعه وإن شرط لم يرم أبداً أو شهراً كان العقد فاسداً لأنه قد شرط فيه الامتناع وهو مندوب إليه فبطل ، وإذا تناضلا وقد فسد العقد بما ذكرنا فنضل أحدهما ، فإن كان الناضل باذل المال فلا شيء على المنضول ، وإن كان الناضل غير الباذل ففى استحقاقه لأجرة مثله على الباذل وجهان على ما مضى .

قال الشافعى رضى الله عنه : وإذا سبق أحد الرجلين الآخر على أن يجعلا بينهما قرعا معروفاً خواسق أو خوابى فهو جائز . ا هـ .

قلت : نعلم من أقوال الشافعى رضى الله عنه أن عقد الرمى معتبر بشروط (أحدها) أن يكون الراميان متعينين ، لأن العقد عليهما ، والمقصود به حذقهما ، فإن لم يتعينا بطل العقد ، سواء وصفا أو لم يوصفا ، كما لو أطلق فى السبق الفرسان ، فإن لم يتعينا كان باطلا . ولا يلزم تعيين الآلة ، ولكل واحد منهما أن يرمى عن أى قوس شاء ، وبأى سهم

أحب ، فإن عينت الآلة لم يتعين وبطلت فى التعين . ولو قيل : ويرمى عن هذين القوسين لم يؤثر فى العقد وجاز لهما الرمى عنها ولغيرهما ، وإن قيل : على أن لا يرمى إلا عن هذين القوسين كان فاسداً لأنه على الوجه الأول صفة وعلى الوجه الثانى شرط .

أما قوله « ولا يصح إلا على آلتين متجانستين » فقد قال الشافعى رضى الله عنه : ولا يصلح أن يمنع الرجل أن يرمى بأى نبل أو قوس شاء إذا كانت من صنف القوس التى سابق عليها .

قلت : وأنواع القسى تختلف باختلاف أنواع الناس فللعرب قسى وسهام وللعجم قسى وسهام ، وقيل : إن أول من صنع القسى العربية إبراهيم الخليل عليه السلام ، وأول من صنع الفارسية النمروذ . وكان النبى صلى الله عليه وسلم يحب القوس العربية ويأمر بها ويكره الفارسية وينهى عنها ، ورأى رجلا يحمل قوساً فارسية فقال : ملعون حاملها عليكم بالقسى العربية وسهامها ، فإنه سيفتح عليكم بها . قال الماوردى : وليس هذا منه محمولا على الحظر المانع ، وفى تأويله ثلاثة أوجه .

(أحدها) ليحفظ به آثار العرب ، ولا يعدل الناس عنها رغبة فى غيرها ، فعلى هذا يكون الندب إلى تفضيل القوس العربية باقيا .

(والوجه الثانى) أنه أمر بها لتكون شعار المسلمين حتى لا يتشبهوا بأهل الحرب من المشركين فيقتلوا ، فعلى هذا يكون الندب إلى تفضيلها مرتفعا لأنها قد فشت فى عامة المسلمين .

(والثالث) ما قاله عطاء أنه لعن من قاتل المسلمين بها . فعلى هذا لا يكون ذلك ندباً إلى تفضيل العربية عليها ويكون نهياً عن قتال المسلمين بها وبغيرها . وخصها باللعن لأنها كانت أنكى فى المسلمين من غيرها ، وقد رمى عنها الصحابة والتابعون فى قتال المشركين ، وإن كان الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم فى قوسه لمن قوى رميه عنها أحب إلينا . فإن كان

بالفارسية أرمى كانت به أولى ، ويكون الندب منهما إلى ما هو به أرمى ا هـ .

فإذا تقرر ذلك فلا يخلو حال المتناضلين فى عقد نضالهما من خمسة أحوال : (أحدها) أن يشترطا فيه الرمى عن القوس العربية ، فعليهما أن يتناضلا بالعربية وليس لأحدهما العدول عنها لأجل الشرط ، فإن تراضيا معا بالعدول إلى الفارسية جاز .

(الثانية) أن يشترطا فيه الرمى عن القوس الفارسية فعليهما أن يتناضلا بها وليس لأحدهما العدول إلى العربية ، فإن تراضيا بالعدول جاز .

(الثالثة) أن يشترطا أن يرمى أحدهما عن القوس العربية ويرمى الآخر عن القوس الفارسية فهذا جائز . وإن اختلفت قوساهما ، لأن مقصود الرمى حذق الرامى والآلة تبع .

(الرابعة) أن يشترطا أن يرمى كل واحد منهما عما شاء من قوس عربية أو فارسية ، فيجوز لكل واحد أن يرمى عن أى القوسين شاء قبل الشروع فى الرمى وبعده فإن أراد أحدهما منع صاحبه من خياره لم يجز ، سواء تماثلا فيها أو اختلفا .

(الخامسة) أن يطلقا العقد من غير شرط ، فإن كان للرماة عرف فى أحد القوسين حمل عليه ، وجرى العرف فى العقد المطلق مجرى الشرط فى العقد المقيد . وإن لم يكن للرماة فيه عرف معهود فهما بالخيار فيما اتفقا عليه من أحد القوسين إذا كانا فيها متساويين ، لأن مطلق العقد يوجب التكافؤ ، وإن اختلفا لم يقرع بينهما لأنه أصل فى العقد ، وقيل لهما : إن اتفقتما وإلا فسخ العقد بينكما .

(والشرط الثالث) أن يكون عدد الإصابة من الرشق معلوما ليعرف به الناضل عن المنضول ، وأكثر ما يجوز أن تشترط فيه ما نقص من عدد الرشق المشروط بشىء وإن قل ليكون متلافيا للخطأ الذى يتعذر أن يسلم

منه المتناضلان . فقد كان معروفا عندهم أن أحذق الرماة من يصيب ثمانية من العشرة ، فإن شرط إصابة الجميع من الجميع بطل لتعذره غالباً ، وإن شرطا إصابة ثمانية من العشرة جاز فإن شرطا إصابة تسعة من العشرة ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لبقاء سهم الخطأ (والوجه الثانى) لا يجوز لأن إصابتها نادرة . فأما أقل ما يشترط فى الإصابة فهو ما يحصل فيه القاصر. وهو ما زاد على الواحد . وقد نص الشافعى رضى الله عنه على بطلان اشتراط إصابة تسعة من عشرة .

واختلف أصحابنا فى تأويل هذا على وجهين (أحدهما) تأويلها أن يشترطا إصابة تسعة من عشرة فيبطل على ما ذكرناه من أحد الوجهين (والثانى) تأويلها أن يشترطا أن يكون الرشق عشرة والإصابة محتسبة من تسعة دون العاشر فيبطل وجهاً واحداً لاستحقاق الإصابة من جميع الرشق به ، فإن أغفلا عدد الإصابة وعقداه على أن يكون الناضل منهما أكثرهما إصابة ففيه وجهان (أحدهما) من التعليلين فى اشتراط فعله فى سباق الخيل إذا عقداه إلى غير غاية ليكون السابق من تقدم فى أى غاية كانت ، وهو باطل فى الخيل لعلتين :

(إحداهما) أن من الخيل من يقوى جريه فى ابتدائه ويضعف فى انتهائه ، ومنها ما هو بضده ، فعلى هذا يكون النضال على كثرة الإصابة باطلا ، لأن من الرماة من تكثر إصابته فى الابتداء وتقل فى الانتهاء ومنهم من هو بضده .

(والتعليل الثانى) أن إجراء الخيل إلى غير غاية مفض إلى انقطاعها ، فعلى هذا يجوز النضال على كثرة الإصابة لأنه مفض إلى انقطاع الرماة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ولا يجوز الا أن يكون مدى الغرض معلوماً ، لأن الاصابة تختلف بالقرب والبعد ، فوجب العلم به ، فان كان فى الموضع غرض معلوم المدى فاطلق العقد جاز وحمل عليه ، كما يجوز أن يطلق الثمن فى البيع فى**

موضع فيه نقد واحد ، وان لم يكن فيه غرض معلوم المدى ، لم يجز العقد حتى يبين ، فان أطلق العقد بطل ، كما يبطل البيع بثمن مطلق فى موضع لا نقد فيه ، ويجوز أن يكون مدى الغرض قدراً يصيب مثلهما فى مثله فى العادة ؛ ولا يجوز أن يكون قدراً لا يصيب مثلهما فى مثله ؛ وفيما يصيب مثلهما فى مثله نادراً وجهان :

(أحدهما) يجوز لأنه قد يصيب مثلهما فى مثله ، فاذا عقدا عليه بعثهما العقد على الاجتهاد فى الاصابة .

(والثانى) لا يجوز لأن اصابتهما فى مثله تندر فلا يحصل المقصود * وقدر أصحابنا ما يصاب منه بمائتين وخمسين ذراعا ، وما لا يصاب بما زاد على ثلثمائة وخمسين ذراعا ، وفيما بينهما وجهان ، فان راميا على غير غرض على أن يكون السبق لأبعدهما رمياً ففيه وجهان :

(أحدهما) يجوز لأنه يمتحن به قوة الساعد ، ويستعان به على قتال من بعد من العدو .

(والثانى) لا يجوز لأن الذى يقصد بالرمى هو الاصابة ، فأما الابعاد فليس بمقصود فلم يجز أخذ العوض عليه .

فصل ويجب أن يكون الغرض معلوماً فى نفسه فيعرف طوله وعرضه ، وقدر انخفاضه وارتفاعه من الأرض ، لأن الاصابة تختلف باختلافه، فان كان العقد فى موضع فيه غرض معروف فاطلق العقد حمل عليه ، كما يحمل البيع بثمن مطلق فى موضع فيه نقد متعارف على نقد البلد ، وان لم يكن فيه غرض وجب بيانه ، والمستحب أن يكون الرمى بين غرضين ، لما روى عبد الدائم بن دينار قال : « بلغنى أن ما بين الهدفين روضة من رياض الجنة » . وعن عقبة بن عامر « أنه كان يرمى بين غرضين بينهما أربعمائة » . وعن ابن عمر أنه « كان يختفى بين الغرضين » وعن أنس « أنه يرمى بين الهدفين » ، ولأن ذلك أقطع للتنافر وأقل للتعب) .

الشرح خبر : ما بين الهدفين الخ سبق أن سقناه فى الحث على الرمى نقلا عن المصنف وغيره من الفقهاء ، كابن قدامه فى المغنى ، وقد أعضله ولم يوضح ؛ وأبناء دينار ثلاثة : عبد الله . ومالك . وعمرو ، وليس فيهم من اسمه عبد الدائم ، بل ليس فى رواة السنة من اسمه عبد الدائم فضلا عن أن يكون ابن دينار وقد سبق الخبر بلاغاً .

وذكر الماوردى فى الحاوى الخبر مرفوعاً إلى النبى صلى الله عليه وسلم من طريق ابن دينار مبهما ، والخبر ساقه صاحب الترغيب والترهيب فى الترغيب فى الرمى . وقد أخرجه صاحب مسند الفردوس من طريق ابن أبى الدنيا بإسناده عن مكحول عن أبى هريرة يرفعه « تعلموا الرمى فإن ما بين الهدفين روضة من رياض الجنة » وفى إسناده ضعف وانقطاع .

أما خبر عقبة بن عامر فهو ثابت من سيرته أنه لم يثبت عن أحد غيره الرمى إلى أربعمائة ذراع وهو أحد ولاة مصر بعد عمرو وتوفى فى آخر خلافة معاوية روى عنه من الصحابة جابر وابن عباس وأبو أمامة ومسلمة بن مخلد ورواته من التابعين لا يحصون ، وقد غلط ابن الخياط عندما قال : إنه قتل شهيداً فى معركة النهروان ، ومعركة النهروان كانت سنة ثمان وثلاثين وقد كان بعد ذلك واليا على مصر بعد سنة خمسين .

أما الأحكام فإن الشرط الرابع من شروط الرمى أن تكون المسافة بين موقف الرامى والهدف معلومة ؛ لأن الإصابة تكثر مع قرب المسافة وتقل مع بعدها فلزم العلم بها وأبعد ما فى العرف ثلاثمائة ذراع ، وأقلها ما يحتمل أن يصاب وأن لا يصاب ، فإن أغفلا مسافة الرمى فلها ثلاثة أحوال .

(إحداها) أن لا يكون للرماة هدف منصوب ولا لهم عرف معهود فيكون العقد باطلا للجهالة .

(والثانية) أن يكون للرماة الحاضرين هدف منصوب وللرماة فيه موقف معروف فيصح العقد ويكون متوجهاً إلى الهدف الحاضر من الموقف المشاهد ، والرماة يسمون : موقف الوجه .

(والثالثة) أن لا يكون لهم هدف منصوب ولكن لهم عرف معهود ، ففيه وجهان (أصحهما) يصح العقد مع الإطلاق ، ويحملان فيه على العرف المعهود كما يحمل إطلاق الأثمان على غالب النقد المعهود (والوجه الثانى) أن العقد باطل ، لأن حذق الرماة يختلف فاختلف لأجله حكم الهدف فلم يصح حتى يوصف .

(والشرط الخامس) الذى تضمنه هذان الفصلان من كلام المصنف أن يكون الغرض أو الهدف معلوماً لأنه المقصود بالإصابة ، أما الهدف فهو تراب يجمعونه أو حائط بيت ، وقد قيل من صنف فقد استهدف لأنه يرمى بالأقاويل من الحاسدين والناقضين . وأما الغرض فهو جلد أو شن بالٍ ينصب فى الهدف ويختص بالاصابة وربما جعل فى الغرض دارة كالهلال تختص بالإصابة ممن يحمله الغرض وهى الغاية فى المقصود من حذق الرماة ، وإذا كان كذلك فالعلم بالغرض يكون من ثلاثة أوجه .

(أحدها) موضعه من الهدف فى ارتفاعه وانخفاضه لأن الإصابة فى المنخفض أكثر منها فى المرتفع .

(والثانى) قدر الغرض فى ضيقه وسعته ، لأن الإصابة فى الواسع أكثر منها فى الضيق ، وأوسع الأغراض فى عرف الرماة ذراع وأقله أربع أصابع .

(والثالث) قدر الدارة من الغرض إن شرطت الإصابة فيها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ويجب أن يكون موضع الاصابة معلوماً ، وان الرمى الى الهدف وهو التراب الذى يجمع أو الحائط الذى يبنى أو الى الغرض ، وهو الذى ينصب فى الهدف ، أو الشن الذى فى الغرض ، أو الدارة التى فى الشن ، أو الخاتم الذى فى الدارة ، لأن الغرض يختلف باختلافها ، فان اطلق العقد حمل على الغرض ، لأن العرف فى الرمى اصابة الغرض فحمل العقدعليه، ويجب أن تكون صفة الرمى معلومة من القرع ، وهو اصابة الغرض أو الخزق وهو أن يثقب الشن ، أو الخسق وهو الذى يثقبه ، ويثبت فيه ، أو المرق وهو الذى ينفذ منه ، أو الخرم وهو ان يقطع طرف الشن ويكون بعض السهم فى الشن وبعضه خارجا منه ، لأن الحذق لا يبين الا بذلك ، فان أطلق العقد حمل على القرع ، لأنه هو المتعارف ، فحمل مطلق العقد عليه ، فان شرط قرع عشرة من عشرين ، وان يحسب خاسق كل واحد منهما بقارعين ، جاز لأنهما يتساويان فيه ، وان أصاب أحدهما تسعة قرعا ، وأصاب الآخر قارعين وأربعة خواسق فقد نضاه لأنه استكمل العشرة بالخواسق .**

فصـــل واختلف اصحابنا فى بيان حكم الاصابة أنه مبادرة أو محاطة أو حوابى ، فمنهم من قال : يجب بيانه ، فان أطلق العقـد لم يصـح ، لأن حكمها يختلف وأغراض الناس فيها لا تتفق فوجب بيانه ، ومنهم من قال : يصح ويحمل على المبادرة لأن المتعارف فى الرمى هو المبادرة ، واختلفوا فى بيان من يبتدىء بالرمى ؛ فمنهم من قال : يجب ، فان أطلق العقد بطـل ، وهو المنصوص ؛ لأن ذلك موضوع على نشاط القلب وقـوة النفس ، ومتى قدم احدهما انكسر قلب الآخر ، وساء رميه ، فلا يحصل مقصود العقد ، ومنهم من قال : يصح لأن ذلك من توابع العقد ويمكن تلافيـه بمـا تزول به التهمة من العرف أو القرعة ، فاذا قلنا : انه يصح ففى البادىء وجهان .

(أحدهما) ان كان السبق من أحدهما قدم ، لأن له مزية بالسـبق ، وان كان السبق منهما اقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر .

(والثانى) لا يبدأ أحدهما الا بالقرعة ، لأن أمر المسابقة موضوع على أن لا يفضل أحدهما على الآخر بالسبق ، فان كان الرمى بين غرضين فبدأ أحدهما من أحد الغرضين بدأ الآخر من الغرض الآخر ، لأنه أعدل وأسهل ، فان كانت البداية لأحدهما فبدأ الآخر ورمى لم يحسب له ان أصاب ولا عليه ان أخطأ ، لأنه رمى بغير عقد فلم يعتد به ، وان اختلفا فى موضع الوقوف كان الأمـر الى من له البداية ، لأنه لما ثبت له السبق ثبت له اختيار المكان ، فاذا صار الثانى الى الغرض الثانى صار الخيار فى موضع الوقوف اليه ليستويا ، وان طلب أحدهما استقبال الشمس والآخر استدبارها أجيب من طلب الاستدبار لأنه أوفق للرمى) .

الشرح لغات الفصل فيها قوله : الشن وهو جلد بال ينصب فى الهدف . أما الدارة فهى قطعة على شكل نصف دائرة ، والقرع باسـكان الراء من باب نفع يقال : قرع السهم القرطاس إذا أصابه ، والقرع بفتحتين السبق والندب الذى يستبق عليه .

اما الأحكام فإن المصنف ذكر هنا الشرط وهو أن يكون محل الإصابة معلوماً ، هل هو فى الهدف أو فى الغرض أو فى الدارة ، لأن الإصـابة فى الهدف أوسع ، وفى الغرض أوسط وفى الدارة أضيق ، وإن أغفـل ذلك كان جميع الغرض محلا للإصابة لأن ما دونه تخصيص ، وما زاد عليه فهو بالغرض مخصوص ، فإن كانت الإصابة مشروطة فى الهدف سقط اعتبـار

الغرض ، ولزم وصف الهدف طوله وعرضه ، وإن شرطت الإصابة فى الغرض سقط اعتبار الهدف ولزم وصف الغرض ، وإن شرطت الإصابة فى الدارة سقط اعتبار الغرض ولزم وصف الدارة .

فـــرع والشرط السابع : أن تكون الإصابة موصوفة بقرع أو خرق أو خسق فالقارع ما أصاب الغرض ولم يؤثر فيه . والخارق ما ثقب الغرض ولم يثبت فيه ، والخاسق ما نبت فى الغرض بعـد أن ثقب ، ولا يحتسب بالقارع فى الخرق والخسق ، وتحتسب بالخارق فى القـرع ولا يحتسب به فى الخسق ، ويحتسب بالخاسق فى القرع والخرق ويطلق على جميع هذه الإصابات اسم الخواصل وهو جمع خصال فإن أغفل هذا الشرط كانت الإصابة محمولة على القرع لأن ما عداه زيادة .

فـــرع والشرط الثامن أن يكون حكم الإصابة معلوما ، هـل مبادرة أو محاطة لأن حكم كل واحد منهما مخالف لحكم الآخر ، والمبادرة أن يبادر أحدهما إلى استكمال إصابته من أقل العددين على ما سـيأتى ، والمحاطة أن يحط أقل الإصابتين من أكثرهما ويكون الباقى بعدها هو العدد المشروط على ما سنشرحه ، فإن أغفلا ذلك ولم يشترطاه فسد العقد إن لم يكن للرماة عرف معهود ، وفى فساده إن كان لهم عرف معهود وجهان على ما تقدم .

فـــرع قال الشافعى رضى الله عنه : وقـد رأيت من الرماة مـن يقول : صاحب السبق أولى أن يبدأ وللمسبق لهما أن يبدأ أيهما شـاء ، ولا يجوز فى القياس عندى إلا أن يتشارطا . أما اشتراط الابتداء فهو شاء ، فى الرمى دون السبق لأنهما فى السبق يتساويان فى الجرى معاً لا يتقـدم أحدهما على الآخر ، وأما الرمى فلابد أن يبتدىء به أحدهما قبل الآخـر ولا يرميان معاً لاختلاط رميهما ولما يخاف من تنافرهما ، فإن شرطا فى العقد البادىء منهما بالرمى كان أحقهما بالابتداء سـواء كان المبتدىء مخـرج المال أو غير مخرجه ، فإن أراد بعد استحقاقه التقدم أن يتأخر لم يمنع لأن

التقدم حق له وليس بحق عليه ، وإن أغفل فى العقد اشتراط البادىء بالرمى ففى العقد قولان .

(أحدهما) وهو اختيار الشافعى فى هذا الموضع أن العقد باطل لأن للبداية تأثيراً فى قوة النفس وكثرة الإصابة فصارت مقصودة فبطل العقد باغفالها .

(والقول الثانى) أن العقد صحيح ، وإن أغفلت فيه البداية ، وقد حكاه الشافعى عن بعض فقهاء الرماة لأنه من توابع الرمى الذى يمكن تلافيه بما تزول التهمة فيه من الرجوع إلى عرف أو قرعة ، فعلى هذا إن كان مخرج المال أحدهما كان هو البادىء بالرمى اعتبارا بالعرف ، وفيه وجه آخر أنه يقرع بينهما ، فإن كانا مخرجين للمال أقرع بينهما لتكافئهما وهل يدخل المحلل فى قرعتهما أو يتأخر عنهما ؟ على وجهين (أحدهما) يتأخر ولا يدخل فى القرعة إذا قيل : إن مخرج المال يستحق التقدم (والوجه الثانى) يدخل فى القرعة ولا يتأخر إذا قيل : إن مخرج المال لا يتقدم إلا بالقرعة .

قال الشافعى رضى الله عنه : وقد جرت عادة الرماة أن يكون الرامى الثانى يتقدم على الأول بخطوة أو خطوتين أو ثلاث وهذا معتبر بعرف الرماة وعادتهم فإن كانت مختلفة فيه ، يفعلونه تارة ويسقطونه أخرى سقط اعتباره ووجب التساوى فيه ا هـ وإن كانت عادتهم جارية لا يختلفون فيها ففى لزوم اعتباره بينهما وجهان (أحدهما) لا يعتبر لوجوب تكافئهما فى العقد فلم يجز أن يتقدم أحدهما على الآخر بشىء لأنه يصير مصيباً بتقدمه لا لحذقه (والوجه الثانى) يعتبر ذلك فيها ، لأن العرف فى العقود كاطلاق الأعيان ، فعلى هذا إن لم يختلف عرفهم فى عدد الأقدام حملا على العرف فى عددها ليكون القرب بالأقدام فى مقابلة قوة النفس تقدم أحدهما على الآخر بما لا يستحق لم يحتسب له بصوابه واحتسب عليه بخطئه .

وقال الشافعى رضى الله عنه : وأيهما بدأ من وجه بدأ صاحبه من الآخر .
قال الماوردى : عادة الرماة فى الهدف مختلفة على وجهين وكلاهما جائز ،

فمنهم من يرمى بين هدفين متقابلين فيقف أحد الحزبين فى هدف يرمى منه إلى الهدف الآخر ويقف الحزب الآخر فى الهدف المقابل فيرمى إلى الهدف الآخر اهـ .

(قلت) والحكمة فى أن يتقدم أحدهما الآخر وأن لا يرميا سويا هو أن التساوى فى الرمى مفض إلى الاختلاف فى الإصابة حيث لا يعرف من المصيب منهما ومن ثم توجه ما مضى من أقوال وبهذا كله أخذ أحمد وأصحابه .

فإذا تشاحا فى موضع الوقوف ، فإن كان ما طلبه أحدهما أولى مثل أن يكون فى أحد الموقفين يستقبل الشمس أو ريحاً تؤذيه باستقبالها ونحو ذلك ، والآخر يستدبرها قدم قول من طلب استدبارها لأنه العرف فى الرمى والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ويجوز أن يرميا سهماً سهما وخمساً خمساً ، وأن يرمى كل واحد منهما جميع الرشق ، فان شرطا شيئاً من ذلك حملا عليه ، وان أطلق العقد تراسلا سهماً سهماً ، لأن العرف فيه ما ذكرناه ، وان رمى أحدهما أكثر مما له لم يحسب له ان أصاب ، ولا عليه ان أخطأ ، لأنه رمى من غير عقد فلم يعتد به .

فصل ولا يجوز ان يتفاضلا فى عدد الرشق ، ولا فى عدد الاصابة ولا فى صفة الاصابة ولا فى محل الاصابة ، ولا أن يحسب قرع احدهما خسقا، ولا أن يكون فى يد أحدهما من السهام أكثر مما فى يد الآخر فى حال الرمى ، ولا أن يرمى احدهما والشمس فى وجهه لأن القصد ان يعرف حذقهما ، وذلك لا يعرف مع الاختلاف ، لانه اذا نضل احدهما كان النضل بما شرط لا بجودة الرمى ، فان شرط شيئاً من ذلك بطل العقد ، لأنه فى أحد القولين كالاجارة ، وفى الثانى كالجعالة ، والجميع يبطل بالشرط الفاسد .

وهل يجب للناضل فى الفاسد اجرة المثل ؟ فيه وجهان :

(احدهما) لا تجب . وهو قول أبى اسحاق لانه لا يحصل للمسبوق منفعة بسبق السابق ، فلم تلزمه أجرته .

(والثانى) تجب ، وهو الصحيح ، لأن كل عقد وجب المسمى فى صحيحه وجب عوض المثل فى فاسده كالبيع والاجارة .

فصل **وان شرط على السابق أن يطعم أصحابه من السبق بطل الشرط ، لأنه شرط ينافى مقتضى العقد ، فبطل ، وهو يبطل العقد المنصوص انه يبطل لأنه تمليك مال شرط فيه شرط يمنع كمال التصرف ، فاذا بطل الشرط بطل العقد ، كما لو باعه سلعة بألف على أن يتصدق بها . وقال ابو اسحاق : يحتمل قولا آخر : لا يبطل ، كما قال فيمن اصدق امرأته ألفين على أن تعطى أباها ألفا أن الشرط باطل ويصح الصداق ، فاذا قلنا بالمنصوص سقط المستحق ، وهل يرجع السابق بأجرة المثل ؟ على الوجهين) .**

الشرح إذا شرطا فى العقد شرطاً حملا فيه على موجب الشرط وإن خالف العرف لأن الشرط أحق من العرف ؛ فإن شرطا أن يرميا سهما وسهما أو شرطا أن يرميا خمساً وخمساً ، أو شرطا أن يواصل كل واحد منهما رمى جميع رشقه رمى كل واحد منهما عدد ما أوجب الشرط ، فإن زاد عليه لم يحسب به مصيباً ولا مخطئاً لخروجه عن موجب العقد ، وإن غفل ولم يشترط فى العقد لم يبطل العقد باغفاله لإمكان التكافؤ فيه واعتبر فيها عرف الرماة لأنه يجرى بعد الشرط مجرى الشرط ، فإن كان عرف الرماة جارياً بأحد الثلاثة المجوزة من الشرط صار كالمستحق بالشرط ، وإن لم يكن للرماة عرف لاختلافه بينهم رميا سهماً وسهماً ، ولم يزد كل واحد منهما على سهم واحد حتى يستنفدا جميع الرشق . لأن قرب المعاودة إلى الرمى أحفظ لحسن الصنيع ، فإن رمى أحدهما أكثر من سهم فإن كان قبل استقرار هذا الترتيب كان محتسباً به مصيبا ومخطئاً ، وإن كان بعد استقراره لم يحتسب به مصيبا ولا مخطئا ، لأنه قبل الاستقرار يجوز وبعد الاستقرار ممنوع .

وهذا الذى ذكرناه هو الشرط التاسع من شروط الرمى . قال فى الحاوى الكبير : يذكر المبتدىء منهما بالرمى وكيفية الرمى هل يترامیان سهماً وسهماً أو خمسا وخمسا ليزول التنازع ويعمل كل واحد منهما على شرطه ، فإن أغفل ذكر المبتدىء منهما بالرمى ففى العقد قولان (أحدهما) أنه باطل (والثانى) جائز وفى المبتدىء وجهان (أحدهما) مخرج المال (والثانى)

من قرع ، وإن أغفل عدد ما يرميه كل واحد منهما فى يديه فالعقد صحيح ويحملان على عرف الرماة إن لم يختلف ، فإن اختلف عرفهم رميا سهماً وسهماً .

قلت : وقد مضى ذكر الشرط العاشر ، وهو المال المخرج فى النضال ويسمى الحظر ويجب ذكره ، فإن كان مجهلا ففى استحقاقه لأجرة مثله إذا نضل وجهان .

فرع ولا يجوز أن يتناضلا على أن تكون إصابة أحدهما قرعا وإصابة الآخر خسقا ، لأن المقصود بالعقد معرفة أحذقهما بالرمى ، كما لا يجوز أن يتناضلا على أن تكون إصابة أحدهما خمسة من عشرين وإصابة الآخر عشرة من عشرين لما فيه من التناضل الذى لا يعلم به الأحذق .

قال الشافعى رضى الله عنه : وهو متطوع باطعامه إياه ، وما نضله فله أن يحرزه ويتموله ويمنعه منه ومن غيره ، وهو عندى كرجل كان له على رجل دينار فأسلفه الدينار ورده عليه أو أطعمه به فعليه دينار كما هو ، وقال أيضاً : ومستحق سبقه يكون ملكا له يكون لقضائه عليه كالدين يلزمه ، إن شاء أطعم أصحابه ، وإن شاء تموله .

قلت : وهذا صحيح إذا نضل الرامى ملك مال النضال وكذلك فى السبق وصار كسائر أمواله ، فإن كان عيناً استحق أخذها ، وإن كان ديناً استوجب قبضه ولم يلزمه أن يطعم أصحابه ، من أهل النضال والسباق .

وحكى الشافعى عن بعض فقهاء الرماة أن عليه أن يطعم أصحابه ولا يجوز أن يتملكه ، وهذا فاسد ، لأنه لا يخلو إما أن يكون كمال الإجارة أو مال الجعالة لأن عقده متردد بين هذين العقدين ، والعوض فى كل واحد منهما مستحق يتملكه مستحقه ولا يلزمه مشاركة غيره فبطل ما قاله المخالف فيه ، فعلى هذا إن مطل به المنضول قضى به الحاكم عليه وحبسه فيه وباع عليه ملكه . وإن مات أو أفلس ضرب به مع غرمائه ويقدم به على ورثته .

وقال الشافعي رضي الله عنه : ولو شرط أن يطعم السبق أصحابه كان فاسداً . وقد ذكرنا أن مال السبق يملكه الناضل ولا يلزمه أن يطعم أصحابه ، فإن شرط عليه في العقد أن يطعم أصحابه ولا يملكه كان الشرط فاسداً ، لأنه ينافي موجب العقد ، وفي فساد العقد وجهان .

(أحدهما) وهو الظاهر من المذهب أن العقد يفسد بفساد الشرط كالبيع . (والوجه الثاني) وهو قول أبي إسحاق المروزي ، وبه قال أبو حنيفة إن العقد صحيح لا يفسد بفساد هذا الشرط ، لأن نفعه لا يعود على مشترطه ، وكان وجوده كعدمه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **واذا تناضلا لم يخل اما أن يكون الرمى مبادرة أو محاطة أو حوابى فان كان مبادرة ، وهو أن يعقد على اصابة عدد من الرشق وأن من بدر منهما الى ذلك مع تساويهما فى الرمى كان ناضلا ، فان كان العقد على اصابة عشرة من ثلاثين نظرت ـ فان أصاب أحدهما عشرة من عشرين ، وأصاب الآخر تسعة من عشرين ، فالأول ناضل لأنه بادر الى عدد الاصابة ، وان أصاب كل واحد منهما عشرة من عشرين لم ينضل واحد منهما ويسقط رمى الباقى ، لأن الزيادة على عدد الاصابة غير معتد بها ، وان اصاب الأول تسعة من عشرين وأصاب الآخر خمسة من عشرين فالنضال بحاله ، لأنه لم يستوف واحد منهما عدد الاصابة فيرميان ، فان رمى الأول سهما واصاب فقد فلج وسقط رمى الباقى ، وان رمى الأول خمسة فاخطأ فى جميعها ورمى الثانى فأصاب فى جميعها ، فان الناضل هو الثانى ويسقط رمى ما بقى من الرشق ، لأن الأول اصاب تسعة من خمسة وعشرين . وأصاب الثانى عشرة من خمسة وعشرين ، وان أصاب الأول تسعة من تسعة عشر وأصاب الآخر ثمانية من تسعة عشر فرمى البادىء سهما فأصاب فقد نضل ، ولا يرمى الثانى ما بقى من رشقه لأنه لا يستفيد به نضلا ولا مساواة ، لأن الباقى من رشقه سهم ، وعليه اصابة سهمين ، فان اصاب كل واحد منهما تسعة من عشرة ثم رمى البادىء فاصاب جاز للثانى أن يرمى ، لأنه ربما يصيب فيساويه .**

فصل **وان كان الرمى محاطة وهو أن يعقدا على اصابة عدد من الرشق وأن يتحاطا ما استويا فيه من عدد الاصابة ويفضل لأحدهما عدد**

الاصابة فيكون ناضلا نظرت ، فان كان العقد على اصابة خمسة من عشرين فاصاب كل واحد منهما خمسة من عشرة لم ينضل احدهما الآخر ، لانه لم يفضل له عدد من الاصابة ويرميان ما تبقى من الرشق ، لانه يرجو كل واحد منهما أن ينضل ، فان فضل لأحدهما بعد تساويهما فى الرمى واسقاط ما استويا فيه عدد الاصابة لم يخل ـ اما ان يكون قبل اكمال الرشق أو بعده ـ فان كان بعد اكمال الرشق بأن رمى أحدهما عشرين وأصابها ، ورمى الآخر فأصاب خمسة عشر ، فالأول هو الناضل ، لانه يفضل له بعد المحاطة فيما استويا فيه عدد الاصابة ، وان كان قبل كمال الرشق وطالب صاحب الأقل صاحب الأكثر برمى باقى الرشق نظرت ، فان لم يكن له فائدة مثل أن يرمى الأول خمسة عشر وأصابها ، ورمى الثانى خمسة عشر فأصاب خمسة ، لم يكن له مطالبته لان اكثر ما يمكن أن يصيب فيما بقى له وهو خمسة ، ويبقى للاول خمسة فينضله بها ، وان كان له فيه فائدة بأن يرجو ان ينضل بأن يرمى أحدهما احد عشر فيصيب ستة ويرمى الآخر عشرة . فيصيب واحداً ، ثم يرمى صاحب الستة فيخطىء فيما بقى له من الرشق . ويرمى صاحب الواحد فيصيب فى جميع ما بقى له فينضله بخمسة أو يساويه بأن يرمى أحدهما خمسة عشر . فيصيب منها عشرة ويرمى الآخر خمسة عشر فيصيب منها خمسة . ثم يرمى صاحب العشرة فيخطىء فى الجميع ، ويرمى صاحب الخمسة فيصيب ، فيساويه أو يقلل اصابته بان يصيب أحدهما أحد عشر من خمسة عشر ، ويصيب الآخر سهمين من خمسة عشر ، ثم يرمى صاحب الأحد عشر ما بقى له من رشقه فيخطىء فى الجميع ، ويرمى صاحب السهمين فيصيب فى الجميع فيصير له سبعة ، ويبقى لصاحبه اربعة ، فهل لأقلهما اصابة مطالبة الآخر باكمال الرشق ؟ فيه وجهان :

(احدهما) ليس له مطالبته لانه بدر الى الاصابة مع تساويهما فى الرمى ؟ بعد المحاطة فحكم له بالسبق .

(والثانى) له مطالبته لان مقتضى المحاطة اسقاط ما استويا فيه من الرشق . وقد بقى من الرشق بعضه .

فصل وان كان العقد على حوابى وهو ان يشترطا اصابة عدد من الرشق على أن يسقط ما قرب من اصابة احدهما ما بعد من اصابة الآخر: فمن فضل له بعد ذلك مما اشترطا عليه من العدد كان له السبق . فان رمى احدهما فأصاب من الهدف موضعاً بينه وبين الغرض قدر شبر حسب له ، فان رمى الآخر فأصاب موضعاً بينه وبين الغرض قدر اصبع حسب له واسقط ما رماه الأول فان عاد الأول ورمى فأصاب الغرض اسقط ما رماه صاحبه . وان أصاب احدهما الشن وأصاب الآخر العظم الذى فى الشن فقد

قال الشافعى رحمه الله : من الرماة من قال : انه تسقط الاصابة من العظم ما كان أبعد منه .

قال الشافعى رحمه الله : وعندى انهما سواء . لأن الغرض كله موضع الاصابة فان استوفيا الرشق ولم يفضل احدهما صاحبه بالعدد الذى اشترطاه فقد تكافآ وان فضل احدهما صاحبه بالعدد اخذ السبق .

وحكى عن بعض الرماة انهما اذا اصابا اعلا الغرض لم يتقايسا . قال والقياس ان يتقايسا لأن احدهما اقرب الى الغرض من الآخر فاسقط الأقرب الابعد كما لو اصابا أسفل الغرض أو جنبه) .

الشرح أما غريب هذه الفصول فقد مضى شرح المبادرة والمحاطة والحوابى أما قوله :فلج من الفلوج وبابه خرج فيقال : فلج فلوجاً أى ظفر بما يريد ، وقوله : نضل أى فاز عليه بالمراماة .

اما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : وإن كان رميهما مبادرة فبلغ تسعة عشر من عشرين رمى صاحبه بالسهم الذى يراسله ثم رمى الثانى فإن أصاب بسهمه ذلك فلج عليه ، وإن لم يرم الآخر بالسهم ، لأن المبادرة أن يفوت أحدهما الآخر وليس كالمماثلة .

قال المزنى : وهذا عندى غلط لا ينضله حتى يرمى صاحبه بمثله ، قد ذكرنا أن الرمى ضربان محاطة ومبادرة فالمبادرة صورتها أن يتناضلا على إصابة عشرة من ثلاثين مبادرة فيكون الرشق ثلاثين سهماً والإصابة المشروطة منها عشرة أسهم فأيهما بدر إلى إصابتها من أقل العددين فيه نضل وسقط رمى الرشق ، وإن تكافئا فى الإصابة من عدد متساو سقط رمى الثانى وليس منهما ناضل . وبيانه أن يصيب أحدهما عشرة من عشرين وقد رماها الثانى فنقص منها ، ولا يرميان بقية الرشق لحصول النضل ، فلو أصاب كل واحد منهما عشرة من عشرين لم يكن منهما ناضل ولا منضول وسقط رمى الباقى من الرشق ، لأن زيادة الإصابة فيه غير مفيدة لنضل .

ولو أصاب أحدهما خمسة من عشرين وأصاب الآخر تسعة من عشرين فالنضال بحاله ، لأن عدد الإصابة لم يستوف ، فيرميان من بقية الرشق

ما يكمل به إصابة أحدهما عشرة ، فإن رمى الأول سهماً فأصاب فقد فلج على الثانى ونضل وسقط رمى الثانى ، ولو رمى الأول خمسة فأخطأ فى جميعها ورمى الثانى خمسة فأصاب فى جميعها صار الثانى ناضلا وسقط رمى الثانى من الرشق ، لأن الأول أصاب تسعة من خمسة وعشرين وأصاب الثانى عشرة من خمسة وعشرين ثم على هذا الاعتبار .

فاما مسالة الكتاب فصورتها أن يتناضلا على إصابة عشرة من ثلاثين مبادرة فيصيب البادىء منهما تسعة من تسعة عشر ويصيب الآخر ثمانية من تسعة عشر ثم يرمى البادىء منهما سهما آخر يستكمل به العشرين فيصيب فيصير به ناضلا ، ويمنع الآخر من رمى السهم الآخر الذى رماه الثانى لأنه لا يستفيد به نضالا ولا مساواة ، لأن الثانى له من العشرين سهم واحد وعليه إصابتان . ولو رمى فأصابه بقيت عليه إصابة يكون بها منضولا فلم يكن لرميه معنى يستحقه بالعقد . فلذلك منع منه . ولو كان كل واحد منهما قد أصاب تسعة من تسعة عشر ثم رمى البادى وأصاب كان للمُبْدِئ أن يرمى بجواز أن يصيب فيكافىء .

فأما المزنى فظن أن الشافعى منع المبدأ أن يرمى بالسهم الباقى فى هذه المسألة فتكلم عليه وليس كما ظن بل أراد منعه فى المسألة المتقدمة للتعليل المذكور .

فرع قال الشافعى رضى الله عنه : وإن اشترطا محاطة فكل ما أصاب أحدهما وأصاب الآخر مثله أسقطا العددين ولا شىء لواحد منهما ويستأنفان . وإن أصاب أقل من صاحبه حط مثله حتى يخلص له ذلك العدد الذى شرطه فينضله به .

فرع قد ذكرنا أن النضال على ضربين محاطة ومبادرة . فبدأ الشافعى رضى الله عنه بذكر المحاطة فى الأم وإن جعلها المصنف هنا بعد المبادرة ، لأن الغالب من النضال فى زمانه كان محاطة والغالب فى بلد الشيخ أبى إسحاق كان المبادرة ، وقد قيل إن الشافعى كان رامياً يصيب من العشرة ثمانية فى الغالب ، وهى عادة حذاق الرماة .

فإذا عقدا سبق النضال على إصابة خمسة من عشرين محاطة ورماية وجب أن يحط أقل الإصابتين من أكثرهما وينظر فى الباقى بعد الحط ، فإن كان خمسة فهو القدر المشروط فيصير صاحبه به ناضلا . وإن كان الباقى أقل من خمسه لم ينضل ، وإن كان أكثر إصابة لنقصانه من العدد المشروط ، وإذا كان كذلك لم يخل حالهما بعد الرمى من أحد أمرين : إما أن يتساويا فى الإصابة أو يتفاضلا ، فإن تساويا فى الإصابة فأصاب كل واحد منهما عشراً عشراً أو خمساً خمساً قال الشافعى : فلا شىء لواحد منهما ويستأنفان .

فاختلف أصحابنا فى قوله ويستأنفان على وجهين حكاهما أبو على ابن أبى هريرة :

(أحدهما) يستأنفان الرمى بالعقد الأول ، لأن عقد المحاطة ما أوجب حط الأقل من الأكثر وليس مع التساوى عقد حط ، فخرج من عقد المحاطة . فلذلك استأنفا الرمى ليصير ما يستأنفانه من عقود المحاطة .

(والوجه الثانى) أنه أراد بها يستأنفان عقداً مستجداً إن أحبا،لأن العقد الواحد لا يلزم فيه إعادة الرمى مع التكافؤ ، كما لا يلزم فى الخيل إعادة الجرى مع التكافؤ . قال الماوردى : والذى أراه وهو عندى الأصح أن ينظر ــ فإن تساويا فى الإصابة قبل الرشق استأنفا الرمى بالعقد الأول ، وإن تساويا فيه بعد استكمال الرشق استأنفاه بعقد مستجد إن أحبا لأنها قبل استكمال الرشق فى بقايا أحكام العقد . وبعد استكماله قد نقضت جميع أحكامه ، فإن تفاضلا فى الإصابة لم يخل تفاضلهما فيها من أقسام ثلاثة :

١ ــ أن يفضل ولا ينضل بما فضل ، وهو أن يشترطا إصابة خمسة من عشرين محاطة فيصيب أحدهما عشرة أسهم ويصيب الآخر ستة أسهم ، فتحط الستة من العشرة يكون الباقى منها أربعة فلا ينضل ، لأن شرط الإصابة خمسة وهكذا لو أصاب أحدهما خمسة عشر وأصاب الآخر

أحد عشرة لم ينضل الفاضل لأن الباقى له بعد الحط أربعة ، ثم على هـذا الاعتبار إن كان الباقى أقل من خمسة .

٢ ــ أن ينضل بما فضل بعد استيفاء الرشق . وهو أن يصيب أحدهما خمسة عشر من عشرين ، ويصيب الآخر عشرة من عشرين فينضل الفاضـل لأنك إذا أسقطت من إصابته عشرة كان الباقى بعدها خمسة ، وهو عـدد النضل . وهكذا لو أصاب أحدهما عشرة وأصاب الآخر خمسة كان الفاضل ناضلا ، لأنك إذا أسقطت الخمسة من إصابته كان الباقى بعدها خمسة ، وهو عدد الإصابات . وهكذا لو كان الباقى بعد الحط أكثر من خمسة ، ثم على هذا الاعتبار .

٣ ــ أن ينضل بما فضل قبل استيفاء الرشق وهو أن يصيب أحدهما عشرة من خمسة عشر ، ويصيب الآخر خمسة من خمسة عشر ويكون الباقى من الأكثر من خمسة ، وهو عدد النضل ، فهل يستقر النضال بهذا قبـل استيفاء الرشق أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) يستقر النضل ويسقط باقى الرشق ، لأن المقصود معرفة الأحذق وقد عرف .

(والوجه الثانى) وهو الأظهر ، أنه لا يستقر النضل بهذه المبادرة إلى العدد حتى يرميا بقيـة الرشـق ، لأن العقـد قد تضـمنها ، وقد يجـوز أن يصيب المفضـول جميعهـا أو أكثرها ويخطىء الفاضـل جميعهـا أو أكثرها . وعلى هذا يكون التفريع فإذا رميا بقية الرشـق وهو الخمسـة الباقية ــ فإن أصـاب المفضـول جميعهـا وأخطأ الفاضـل جميعها فقـد استويا ولم ينضـل واحـد منهـما ، لأن إصـابة كل واحـد منهـما عشرة ، وإن أصاب الفاضل وأخطأ المفضول جميعها استقر فضل الفاضـل لأنه أصاب خمسة وعشرين ، وأصاب المفضول خمسة من عشرين فـكان الباقى بعد الحط عشرة ، هى أكثر من شرطه ، فلو أصاب الفاضل من الخمسة الباقية سهماً وأصاب المفضول سهمين لم ينضل الناضل لأن عدد إصـابته أحد عشرة سهماً وعدد إصابة المفضول سبعة إذا حطت من تلك الإصـابة كان الباقى أربعة والشرط أن تكون خمسة ، ولذلك لم ينضل وإن فضل .

فلو أصاب الناضل سهمين والمنضول سهمين صار الفاضل ناضلا ، لأنه أصاب اثنى عشرة وأصاب المنضول سبعة يبقى للناضل بعد الحط خمسة ، ولو أصاب أحدهما سبعة من عشرة وأصاب الآخر سهمين من عشرة فإذا رميا بقية السهام فإن أصاب المفضول جميعها وأخطأ الفاضل جميعها صار الأول ناضلا والثانى منضولا ، لأن الأول له سبعة والثانى له اثنا عشر يبقى له بعد الحط خمسة ، ولو أصاب الأول جميعها وأصاب الثانى جميعها كان الأول ناضلا لأن إصابته سبعة عشر وإصابة الثانى اثنا عشر ، فإن أخطأ الأول فى سهم من بقية الرشق لم يفضل ولم ينضل ، ولو أصاب اثنى عشر من خمسة عشر وأصاب الآخر سهمين من خمسة عشر استقر النضل وسقط بقية الرشق وجهاً واحداً ، لأن المنضول لو أصاب جميع الخمسة الباقية من الرشق حتى استكمل بما تقدم سبعة كان منضولا لأن الباقى للفاضل بعد حطها خمسة فلم يستفد ببقية الرمى أن يدفع عن نفسه النضل فسقط ، ثم على هذا الاعتبار .

فـــرع قول المصنف وإن كان العقد على حوابى . فإن الحوابى نوع من أنواع الرمى وهم فيه أبو حامد الاسفراييني فجعله صفة من صفات السهم وسماه حوابى باثبات الياء فيه وحذفها وأنه السهم الواقع دون الهدف ثم يحبو إليه حتى ينضل به مأخوذا من حبو الصبى . وهذا نوع من الرمى المزدلف يفرقان فى الاسم لأن المزدلف أحد والحوابى أضعف ويستويان فى الحكم على ما سيأتى ، والذى قاله سائر أصحابنا أن الحوابى نوع من الرمى ، وأن أنواع الرمى ثلاثة : المحاطة والمبادرة والحوابى وقد ذكرنا المحاطه والمبادرة .

فأما الحواب فهو أن يحتسب بالإصابة فى الشن ، وإن أصاب أحدهما الهدف على شبر من الشن فاحتسب به ثم أصاب الآخر الهدف فتر من الشن احتسب به وأسقط إصابة الشبر لأنها أبعد ، ولو أصاب أحدهما خارج الشن واحتسب به وأصاب الآخر فى الشن احتسب به وأسقط إصابة خارج الشن ، ولو أصاب أحدهما الشن فاحتسب به وأصاب الآخر الدارة التى فى الشن فاحتسب به وأصاب الآخر العظم الذى فى دارة الشن احتسب

وأسقط إصابة الدارة فيكون كل قريب مسقطا لما هو أبعد منه ، فهذا نوع من الرمى ذكره الشافعى فى كتاب الأم وذكر مذاهب الرماة فيه وفرع عليه ، ولم يذكره المزنى إما لاختصاره ، وإما لأنه غير موافق لرأيه لضيقه وكثرة خطره لأنه يثبت الإصابة بعد إثباتها ، والمذهب ــ كما ذكر المصنف ــ جوازه لأمرين .

(أحدهما) أنه نوع معهود فى الرمى فأشبه المحاطة والمبادرة .

(والثانى) أنه أبعث على التمرن على الحذق ، والتمرس بمعاطاة الدقة فى التصويب والتسديد فصح ، فإذا كان كذلك فى جواز النضال على إصابة الحواب وكان عقدهما على إصابة خمسة من عشرين فلها إذا تناضلا ثلاثة أحوال .

١ ــ أن يقصرا عن عدد الإصابة .

٢ ــ أن يستوفيا عدد الإصابة .

٣ ــ أن يستوفيها أحدهما ويقصر الآخر عنها .

فأما الأول كأن يصيب كل منهما أقل من خمسة فقد ارتفع حكم العقد بنقصان الإصابة من العدد المشروط من غير أن يكون فيها ناضل أو منضول ولا اعتبار بالقرب والبعد مع نقصان العدد . وأما الثانية من استيفائهما معاً عدد الإصابة فيصيب كل منهما خمسة فصاعداً ، فيعتبر حينئذ حال القرب والبعد ، فإنهما لا يخلو أمرهما من :

(ا) أن تكون الإصابات فى الهدف ، وقد تساوت فى القرب من الشن ، وليست بعضها بأقرب إليه من بعض فقد تكافئا : وليس فيهما ناضل ولا منضول وهكذا لو تقدم لكل واحد منهما سهم كان أقرب إلى الشن من باقى سهامه وتساوى السهمان المتقدمان فى القرب من الشن كانا سواء لا ناضل فيهما ولا منضول ، فإن تقدم لأحدهما سهم وللآخر سهمان وتساوت السهام الثلاث فى قربها من الشن ففيه وجهان .

أحدهما : أن المتقرب بسهمين ناضل للمتقرب بسهم لفضله فى العدد . والثانى أنهما سواء لا ناضل فيهما ولا منضول ؛ لأن النضال الحواب موضوع على القرب دون زيادة العدد .

(ب) أن تكون سهام أحدهما قرب إلى الشن من سهام الآخر ، فأقربهما إلى الشن هو الناضل ، وأبعدهما من الشن هو المنضول ، وهكذا لو تقدم لأحدهما سهم واحد فكان أقرب إلى الشن من جميع سهام الآخر أسقط به سهام صاحبه ولم يسقط به سهام نفسه ، وكان هو الناضل بسهمه الأقرب .

(جـ) أن تكون سهام أحدهما فى الهدف وسهام الآخر فى الشن فيكون المصيب فى الشن هو الناضل والمصيب فى الهدف منضول .

وهكذا لو كان لأحدهما سهم واحد فى الشن وجميع سهام الآخر خارج الشن كان المصيب فى الشن هو الناضل بسهمه الواحد ، وقد أسقط به سهام صاحبه ولم يسقط به سهام نفسه ، وإن كانت أبعد إلى الشن من سهام صاحبه .

(د) أن تكون سهامهما جميعاً صائبة فى الشن ، ولكن سهام أحدهما أو بعضها فى الدارة وسهام الآخر خارج الدارة وإن كانا جميعاً فى الشن ففيه وجهان :

(أحدهما) وقد حكاه الشافعى عن بعض الرماة أن المصيب فى الدارة ناضل والمصيب خارج الدارة منضول قطب الإصابة .

(والوجه الثانى) وإليه أشار الشافعى فى اختياره أنهما سواء وليس منهما ناضل ولا منضول ، لأن جميع الشن محل الإصابة .

(وأما الحال الثالثة) وهو أن يستوفى أحدهما إصابة الخمس ويقصر الآخر عنها فهذا على ضربين : أحدهما : أن يكون مستوفى الإصابة أقرب سهاماً إلى الشن أو مساويا صاحبه ، فيكون ناضلا والمقصر منضولا .

والثانى : أن يكون المقصر فى الإصابة أقرب سهاماً من المستوفى لها ، فليس فيهما ناضل ولا منضول ، لأن المستوفى قد سقطت سهامه ببعدها ، والمقصر قد سقطت سهامه بنقصانها ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان كان النضال بين حزبين جاز . وحكى عن أبى على ابن أبى هريرة أنه قال : لا يجوز ، لانه يأخذ كل واحد منهم بفعل غيره ، والمذهب الاول لما رويناه فى أول الكتاب من حديث سلمة بن الاكوع ، وينصب كل واحد من الحزبين زعيما يتوكل لهم فى العقد ، ولا يجوز ان يكون زعيم الحزبين واحداً ، كما لا يجوز ان يكون وكيل المشترى والبائع واحداً ، ولا يجوز الا على حزبين متساويى العدد لأن القصد معرفة الحذق ، فاذا تفاضلا فى العدد فضل أحدهما الآخر بكثرة العدد لا بالحذق وجودة الرمى ، ويجب أن يتعين الرماة كما قلنا فى نضال الاثنين ، ولا يجوز ان يتعينوا الا بالاختيار ، فان اقترع الزعيمان على أن من خرجت عليه قرعة أحدهما كان معه لم يجز ، لأنه ربما أخرجت القرعة الحذاق لأحد الحزبين والضعفاء للحزب الآخر ، فان عدل بين الحزبين فى القوة والضعف بالاختيار ، ثم اقترع الزعيمان على أن من خرجت قرعته على أحد الحزبين كان معه لم يجز ، لأنه عقد معاوضة فلم يجز تعيين المعقود عليه فيه بالقرعة كالبيع .

ويجب أن يكون على عدد من الرشق معلوم ، فان كان عدد كل حزب ثلاثة اعتبر ان يكون عدد الرشق له ثلث صحيح كالثلاث والستين ، وان كانوا أربعة اعتبر ان يكون عدد الرشق له ربع صحيح كالأربعين والثمانين ، لأنه اذا لم يفعل ذلك بقى سهم ولا يمكن اشتراك جماعة فى سهم واحد ، فان خرج فى أحد الحزبين من لا يحسن الرمى بطل العقد فيه ، لأنه ليس بمحل فى العقد وسقط من الحزب الآخر بازائه واحد ، كما اذا بطل البيع فى أحد العبدين سقط ما فى مقابلته من الثمن وهل يبطل العقد فى الباقى من الحزبين ؟ فيه قولان بناء على تفريق الصفقة .

فان قلنا : لا يبطل فى الباقى ثبت للحزبين الخيار فى فسخ العقد ، لأن الصفقة تبعضت عليهم بغير اختيارهم ، فان اختاروا البقاء على العقد وتنازعوا فيمن يخرج فى مقابلته من الحزب الآخر فسخ العقد ، لأنه تعذر امضاؤه على مقتضاه ففسخ . ومن أصحابنا من قال : يبطل فى الجميع قولا واحداً ، لأن من فى مقابلته من الحزب الآخر لا يتعين » ولا سبيل الى تعيينه بالقرعة ، فبطل

فى الجميع . فان نضل احد الحزبين الآخر ففى قسمة المال بين الناضلين وجهان :

(احدهما) قسم بينهم بالسوية كما يجب على المنضولين بينهم بالسوية ، فعلى هذا ان خرج فيهم من لم يصب استحق .

(والثانى) تقسم بينهم على قدر اصاباتهم لانهم استحقوا بالاصابة فاختلف باختلاف الاصابة ، ويخالف ما لزم المنضولين ، فان ذلك وجب بالالتزام والاستحقاق بالرمى ، فاعتبر بقدر الاصابة ، فعلى هذا ان خرج فيهم من لم يصب لم يستحق شيئاً ، وبالله التوفيق) .

الشرح الأحكام : قال الشافعى رضى الله عنه : إذا اقتسموا ثلاثة وثلاثة فلا يجوز أن يقترعوا وليقسموا قسما معروفا . قلت : إذا صح هذا فالنضال ضربان : أفراد وأحزاب ، فأما نضال الأفراد فقد مضى فى فصول الكتاب . وأما نضال الأحزاب فهو أن يناضل حزبان يدخل فى كل واحد منهما جماعة يتقدم عليهم أحدهم فيعقد النضال على جميعهم فهذا يصح على شروطه ، وهو منصوص الشافعى وعليه جماعة أصحابه وجمهورهم .

وحكى عن أبى على ابن أبى هريرة أنه لا يصح لأن كل واحد يأخذ بفعل غيره وهذا فاسد لأنهم إذا اشتركوا صار فعل جميعهم واحداً فاشتركوا فى موجبه لاشتراكهم فى فعله مع ورود السنة عن النبى صلى الله عليه وسلم برواية أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بقوم يرمون فقال : ارموا وأنا مع بنى الأذرع ، فأمسك القوم قسيهم وقالوا : يا رسول الله من كنت معه غلب ، فقال : ارموا وأنا معكم كلكم فدل على أنهم كانوا حزبين مشتركين ولأن مقصود النضال التحريض على الاستعداد للحرب والجهاد ، وهو بالأحزاب والمجموعات أشد تحريضاً وأكثر اجتهاداً . وأدعى إلى التنسيق بين أفراد الجماعة وربطهم بالنظام والقيادة ، وتلك لعمر الله أعظم أسباب النصر فى الجهاد .

فإذا ثبت جوازه فى الحزبين بجوازه بين الاثنين فلصحته خمسة شروط :

(أحدها) أن يتساوى عدد الحزبين ، ولا يفضل أحدهما على الآخر فيكونون ثلاثة وثلاثة ، أو خمسة وخمسة أو أقل أو أكثر ، فإن فضل أحدهما على الآخر برجل بطل العقد لأن مقصوده معرفة أحذق الحزبين ، فإذا تفاضلوا تغالبوا بكثرة العدد لا بحذق الرمى .

(الثانى) أن يكون العقد عليهم بإذنهم ، فإن لم يأذنوا فيه لم يصح ، لأنه عقد معاوضة متردد بين الإجارة والجعالة ، وكل واحد منهما لا يصح إلا بإذن واختيار فإن عقد عليهم من لم يستأذنهم بطل (والثالث) أن يعينوا على متولى العقد منهم فيكون فيه متقدماً عليهم ونائباً عنهم ، فإن لم يعينوا واحداً منهم لم يصح العقد عليهم لأنه توكيل فلم يصح إلا بالتعيين ، ويختار أن يكون زعيم كل حزب أحذقهم و أطوعهم ، لأن صفة الزعيم فى العرف أن يكون متقدماً فى الصناعة ، مطاعاً فى الجماعة ، فإن تقدموه فى الرمى وأطاعوه فى الاتباع جاز ، وإن تقدمهم فى الرمى ولم يطيعوه فى الاتباع لم يجز ، لأن أهم خصائص الزعيم أن يكون مطاعاً ، فإذا أمر ولم يتبعه أحد فلا يجوز العقد عليه .

(والرابع) أن يكون زعيم كل واحد من الحزبين غير زعيم الحزب الآخر لتصح نيابته عنهم فى العقد عليهم مع الحزب الآخر ، فإن كان زعيم الحزبين واحداً لم يصح كما لا يصح أن يكون الوكيل فى العقد بائعاً ومشترياً .

(وللشرط الخامس) وهو مسألة الكتاب أن يتعين رماة كل حزب منهما قبل العقد باتفاق ومراضاة ، فإن عقده الزعيمان عليهم ليقترعوا على من يكون فى كل حزب لم يصح ، مثال ذلك : أن يكون الحزبان ثلاثة وثلاثة ، فيقول الزعيمان : نقترع عليهم فمن خرجت قرعتى عليه كان معى ، ومن خرجت قرعتك عليه كان معك : فهذا لا يصح لأمرين :

(أحدهما) أنهم أصل فى عقد فلم يصح عقده على القرعة كابتياع أحد العينين بالقرعة .

(والثانى) أنه ربما أخرجت القرعة حذاقهم لأحد الحزبين ، وضعفاءهم للحزب الآخر ، فخرج عن مقصود التحريض فى التناضل ، فإن عدلوا بين الحزبين فى الحذق والضعف قبل العقد على أن يقترع الزعيمان على كل واحد من الحزبين بعد العقد لم يصح التعليل الأول من كونهم فى العقد أصلا دون التعليل الثانى من اجتماع الحذاق فى أحد الحزبين ، لأنهم قد رفعوه بالتعديل ، فاذا ثبت تعينهم قبل العقد بغير قرعة تعينوا فيه بأحد أمرين . إما بالإشارة إليهم إذا حضروا ، وإن لم يعرفوا ، وإما بأسمائهم اذا عرفوا ، فان تنازعوا عند الاختيار قبل العقد فعدلوا الى القرعة فى التقدم بالاختيار جاز لأنهما قرعة فى الاختيار وليست بقرعة فى العقد ، فإذا قرع أحد الزعيمين اختار من الستة واحداً ثم اختار الزعيم الثانى واحداً ، ثم دعا الزعيم الأول فاختار ثانياً واختار الزعيم الثانى ثانياً ، ثم عاد الأول فاختار ثالثا ، وأخذ الآخر الثالث الباقى ، ولم يجز أن يختار الأول الثلاثة فى حال واحدة لأنه لا يختار إلا الأحذق ، فيجمع الحذاق فى حزب والضعفاء فى حزب فيعدم مقصود التناضل من التحريض .

فرع فإذا تكاملت الشروط الخمسة فى عقد النضال بين الحزبين لم يخل حالهم فى مال السبق من ثلاثة أقسام :

(أحدها) أن يخرجها أحد الحزبين دون الآخر ، فهذا يصح سواء انفرد زعيم الحزب بإخراجه أو اشتركوا فيه ، ويكون الحزب المخرج للسبق معطيا إن كان منضولا وغير آخذ إن كان ناضلا ، ويكون الحزب الآخر آخذاً إن كان ناضلا وغير معط إن كان منضولا ، وهذا يغنى عن المحلل لأنه محلل .

(والقسم الثانى) أن يكون الحزبان مخرجين ، ويختص بإخراج المال زعيم الحزبين فهذا يصح ويغنى عن محلل ، لأن مدخل المحلل ليأخذ ولا يعطى ، ورجال كل حزب يأخذون ولا يعطون ، فإذا نضل أحد الحزبين أخذ زعيمهم مال نفسه ، وقسم مال الحزب المنضول بين أصحابه ، فإن كان الزعيم رامياً معهم شاركهم فى مال السبق ، وإن لم يرم معهم فلا حق له فيه ، لأنه لا يجوز أن يتملك مال النضال من لم يناضل ، وصار معهم كالأمين

والشاهد ، فإن رضخوا له بشيء منه عن طيب أنفسهم جاز وكان تطوعا ، فإن شرط عليهم أن يأخذ معهم بطل الشرط ولم يبطل به العقد لأنه ليس بينه وبين أصحابه عقد يبطل بفساد شرطه ، وإنما العد بين الحزبين وليس لهذا الشرط تأثير فيه .

(والقسم الثالث) أن يخرجا المال ويشترك أهل كل حزب فى إخراجه ، فهذا لا يصح حتى يدخل بين الحزبين حزب ثالث يكون محللا يكافىء كل حزب فى العدد والرمى يأخذ ولا يعطى كما يعتبر فى إخراج المتناضلين المال أن يدخل بينهما محلل ثالث يأخذ ولا يعطى . فإذا انعقد النضال بين الحزبين على ما وصفنا اشتمل الكلام بعد تمامه بالمال المسمى فيه على ثلاث مسائل :

(إحداها) فى حكم المال المخرج فى كل حزب ، ولهم فيه حالتان :

(إحداهما) أن لا يسموا قسط كل واحد من جماعتهم فيشتركوا فى التزامه بالسوية على أعدادهم من غير تفاضل فيه لاستوائهم فى التزامه ، فإن كان زعيمهم رامياً معهم دخل فى التزامه كأحدهم كما يدخل فى الأخذ معهم ، فإن لم يكن رامياً لم يلتزم معهم كما لا يأخذ معهم .

(والثانية) أن يسموا قسط كل واحد منهم فى التزام مال السبق فهو على ضربين أن يتساوى فى التسمية فيصح ، لأنه موافق لحكم الإطلاق (والضرب الثانى) أن يتفاضلوا فيه ، ففى جوازه وجهان : (أحدهما) لا يجوز لتساويهم فى العقد فوجب أن يتساووا فى الالتزام .

(والثانى) يجوز لأنه عن اتفاق لم يتضمنه فيما بينهم عقد فاعتبر فيه التراضى فإن شرطوا أن يكون المال بينهم مقسطاً على صواب كل واحد منهم وخطئه لم يجز لأنه على شرط مستقبل مجهول غير معلوم فبطل ولا يؤثر بطلانه فى العقد لأنه ليس فيما بينهم عقد وكانوا متساوين فيه .

(المسألة الثانية) فى حكم نضالهما وفيما يحتسب به من الصواب والخطأ ، والمعتبر فيه أن يكون عدد الرشق ثلاثين أو ستين أو تسعين أو

عدداً يكون له ثلث صحيح ، ولا يجوز أن يكون عدد الرشق خمسين ولا سبعين ولا مائة ، لأنه ليس له ثلث صحيح .

وإن كان عدد الحزب أربعة كان عدد الرشق أربعين أو ماله ربع صحيح . ولا يجوز أن يكون عدد الرشق ما ليس له ربع صحيح ، وهكذا إن كان عدد الحزب خمسة وجب أن يكون عدد الرشق ماله خمس صحيح لأنه إذا لم ينقسم عدد الرشق على عدد الحزب إلا بكسر يدخل عليهم لم يصح التزامهم له لأن اشتراكهم فى رمى السهم لا يصح ، فأما عدد الإصابة المشروطة فيجوز ألا ينقسم على عددهم لأن الاعتبار فيها باصابتهم لا باشتراكهم ، فإذا استقر هذا بينهم لزعيم كل حزب بإصابات كل واحد من أصحابه واحتسب عليه خطأ كل واحد منهم سواء تساوى رجال الحزب فى الإصابة وهو نادر أو تفاضلوا فيها وهو الغالب ، فإذا جمعت الإصابتان والمشروط فيها إصابة خمسين من مائة لم يخل مجموع الإصابتين من ثلاثة أحوال .

(أحدها) أن يكون المجموع من إصابة كل حزب خمسين فصاعداً ، فليس فيهما منضول ، وإن تفاضلا فى النقصان من الخمسين .

(والحال الثانية) أن مجموع إصابة كل منهما أقل من خمسين ، فليس فيهما منضول لتساويهما فى النقصان .

(والحال الثالثة) أن يكون مجموع إصابة أحدهما فصاعداً ، ومجموع إصابة الآخر أقل من خمسين فمستكمل الخمسين هو الناضل ، وإن كان أحدهم فى الإصابة مقلا فالمقصور عن الخمسين هو المنضول ، وإن كان أحدهم فى الإصابة مكثراً فيصير مقلل الإصابة آخذاً ومكثرها معطياً ، لأن حزب المقلل ناضل وحزب المكثر منضول .

(المسألة الثالثة) فى حكم المال إذا استحقه الحزب الناضل ، فيقسم بين جميعهم وفى قسمته بينهم وجهان :

(أحدهما) أنه مقسوم بينهم بالسوية مع تفاضلهم فى الإصابة لاشتراكهم فى العقد الذى أوجب تساويهم فيه .

(والوجه الثانى) أنه يقسم بينهم على قدر إصاباتهم لأنهم بالإصابة قد استحقوه فلا يكافىء مقل الإصابة مكثرها . وخالف التزام المنضولين حيث تساووا فيه مع اختلافهم فى الخطأ . لأن الالتزام قبل الرمى فلم يعتبر بالخطأ والاستحقاق بعد الرمى ، فصار معتبراً بالصواب فعلى هذا لو أخطأ واحد من أهل الحزب الناضل فى جميع سهامه ففى خروجه من الاستحقاق وجهان :

(أحدهما) يستحق معهم وإن لم يصب إذا قيل بالوجه الأول : إنه مقسوم بينهم بالسوية لا على قدر الإصابة .

(والوجه الثانى) أنه يخرج بالخطأ من الاستحقاق ويقسم بين من عداه إذا قيل بالوجه الثانى إنه مقسوم بينهم على قدر الإصابة ويقابل هذا أن يكون فى الحزب المنضول من أصاب بجميع سهامه . ففى خروجه من التزام المال وجهان :

(أحدهما) يخرج من التزامه إذا قيل بخروج المخطىء من استحقاقه .

(والوجه الثانى) لا يخرج من الالتزام ويكون فيه أسوة من أخطأ إذا قيل بدخول المخطىء فى الاستحقاق ، وأنه فيه أسوة من أصاب . والله أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب بيان الاصابة والخطأ فى الرمى

اذا عقد على اصابة الغرض فاصاب الشن أو الجريد الذى يشد فيه الشن ، أو العرى وهو السير الذى يشد به الشن على الجريد ، حسب له . لأن ذلك كله من الغرض ، وان اصاب العلاقة ففيه قولان :

(أحدهما) يحسب له ، لأنه من جملة الغرض ، الا ترى أنه اذا مد امتد معه فأشبه العرى .

(والثانى) لا يحسب لأن العلاقة ما يعلق به الغرض . فأما الغرض فهو الشن وما يحيط به ، وان شرط اصابة الخاصرة وهو الجنب من اليمين واليسار فاصاب غيرهما لم يحسب له . لأنه لم يصب الخاصرة .

وان شرط اصابة الشن فاصاب العروة ـ وهو السير أو العلاقة ـ لم يحسب لأن ذلك كله غير الشن ، فان أصاب سهماً فى الغرض ـ فان كان السهم متعلقاً بنصله وباقيه خارج الغرض ـ لم يحسب له ولا عليه ، لأن بينه وبين الغرض طول السهم ؛ ولا يدرى لو لم يكن هذا السهم هل كان يصيب الغرض أم لا يصيب ؟ وان كان السهم قد غرق فى الغرض الى فوقه حسب له ، لأن العقد على اصابة الغرض ، ومعلوم انه لو لم يكن هذا لكان يصيب الغرض . فان خرج السهم من القوس فهبت ريح فنقلت الغرض الى موضع آخر فأصاب السهم موضعه حسب له وان أصاب الغرض فى الموضع الذى انتقل اليه حسب عليه فى الخطأ لأنه اخطأ فى الرمى ، وانما أصاب بفعل الريح لا بفعله .

وان رمى وفى الجو ريح ضعيفة فارسل السهم مفارقا للغرض وأمال يده ليصيب مع الريح فأصاب الغرض ، أو كانت الريح خلفه فنزع نزعا قريبا ليصيب مع معاونة الريح فأصاب حسب له . لأنه أصاب بفراهته وحذقه ، وان أخطأ حسب عليه ، لأنه أخطأ بسوء رميه ، ولأنه لو أصاب مع الريح لحسب له ؛ فاذا اخطأ معها حسب عليه .

وان كانت الريح قوية لا حيلة فيها لم يحسب له اذا أصاب ، لأنه لم يصب

بحسن رميه ، ولا يحسب عليه اذا اخطأ لأنه لم يخطىء بسوء رميه ، وانما أخطأ بالرمى فى غير وقتـــه ، وان رمى من غير ريح فثارت ريـح بعـد خـــروج السهم من القوس فأخطأ لم يحسب عليه ، لأنه لم يخطىء بسوء رميه ، وانما أخطأ بعارض الريح . وان اصاب فقد قال بعض أصحابنا : فيه وجهان بناء على القولين فى اصابة السهم المزدلف ، وعندى أنه لا يحسب له قولا واحداً لأن المزدلف انما أصاب الغرض بحدة رميه ومع الريح لا يعلم أنه أصاب برميه، وان رمى سهماً فاصاب الغرض بفوقه لم يحسب له لأن ذلك من أسوأ الرمى وأردئه .

فصـــل وان انكسر القوس او انقطع الوتر ، أو أصـابت يده ريح فرمى وأصاب حسب له ، لأن أصابته مع اختلال الآلة أدل على حذقه ، فان أخطأ لم يحسب عليه فى الخطأ ، لأنه لم يخطىء بسوء رميه وانما أخطأ بعارض. وان أغرق السهم فخرج من الجانب الآخر ـ نظرت ، فان أصاب ـ حسب له لأن أصابته مع الاغراق أدل على حذقه ، وان أخطأ لم يحسب عليه . ومن أصحابنا من قال : يحسب عليه فى الخطأ لأنه أخطأ فى مد القوس ، والمنصوص هو الأول ، لأن الاغراق ليس من سوء الرمى ، وانما هو لمعنى قبل الرمى فهو كانقطاع الوتر وانكسار القوس ، وان انكسر السهم بعد خروجه من القوس ، وسقط دون الغرض لم يحسب عليه فى الخطأ ، لأنه انما لم يصب لفساد الآلة لا لسوء الرمى ، وان أصاب بما فيه النصل حسب له ، لأن اصابته مع فساد الآلة أدل على حذقه ؛ وان أصـابه بالموضـع الآخـر ، لم يحسب له لأنه لم يصب ، ولم يحسب عليه لأن خطاه لفساد الآلة لا لسوء الرمى .

فصـــل وان عرض دون الغرض عارض من انسان أو بهيمة ـ نظرت فان رد السهم ولم يصل ـ لم يحسب عليه لأنه لم يصل للعارض لا لســـوء الرمى وان نفذ السهم واصاب حسب له ، لأن اصابته مع العارض أدل على حذقه . وحكى أن الكسعى كان رامياً فخرج ذات ليلة فرأى ظبياً فأنفذه ، وخرج السهم فاصاب حجراً وقدح فيه ناراً ، فرأى ضوء النار فظن أنه أخطأ فكسر القوس وقطع ابهامه ، فلما أصبح رأى الظبى صريعاً قد نفذ فيه ســهمه فندم فضربت به العرب مثلا وقال الشاعر :

ندمت ندامـة الكســعى لما رأت عيناه ما صنعت يداه

وان رمى فعارضه عارض فعثر به السهم وجاوز الغرض ولم يصب ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى اسحاق انه يحسب عليه فى الخطأ ، لأنه أخطـأ بسوء الرمى لا للعارض ، لأنه لو كان للعارض تأثير لوقع سهمه دون الغرض ، فلما جاوزه ولم يصب دل على أنه أخطأ بسوء رميه فحسب عليه فى الخطأ .

(والثانى) أنه لا يحسب عليه لأن العارض قد يشوش الرمى فيقصر عن الغرض وقد يجاوزه . وان رمى السهم فاصاب الأرض وازدلف فأصـــاب الغرض ففيه قولان :

(احدهما) يحسب لأنه اصاب الغرض بالنزعة التى أرسلها وما عرض دونها من الأرض لا يمنع الاحتساب ، كما لو عرض دونه شىء فهتكه وأصاب الغرض .

(والثانى) لا يحسب له ، لأن السهم خرج عن الرمى الى غير الغرض وانما أعانته الأرض حتى ازدلف عنها الى الغرض ، فلم يحسب له . وان ازدلف ولم يصب الغرض ففيه وجهان :

(أحدهما) يحسب عليه فى الخطا لأنه انما ازدلف بسوء رميه لأن الحاذق لا يزدلف سهمه .

(والثانى) لا يحسب عليه لأن الأرض تشوش السهم وتزيله عن سننه ، فاذا أخطا لم يكن من سوء رميه) .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : ولو أغرق أحدهما فأخرج السهم من يده ولم يبلغ الغرض كان له أن يعود من قبل العارض .

فأما إغراق السهم فهو أن يزيد فى مد القوس لفضل قوته حتى يستغرق السهم فيخرج من جانب الوتر المعهود إلى جانب الآخر ، فإن من أجنـــاس القسى والسهام ما يكون مخرج السهم منها عن يمين الرامى جارياً على إبهامه فيكون إغراقه أن يخرج السهم باستيفاء المد إلى يساره جارياً على سبابته ، ومنها ما يكون مخرجه على يسار الرامى جارياً على سبابته فيكون إغراقه أن يخرج على يمينه جارياً على إبهامه ، فإذا أغرق السهم قال الشـــافعى : لم يكن إغراقه من سوء الرمى وإنما هو لعارض فلا يحتسب عليه إن أخطأ به ، وفيه عندى نظر ، لأنه إذا لم يمد القوس بحسب الحاجة حتى زاد فيه فأغرق أو نقص فقصر كان بسوء الرمى أشبه ، فإذا أخطأ بالسهم المغرق لم يحتسب عليه على مذهب الشافعى ، وإن أصاب به احتسب له لأن الإصابة به مع المحلل أدل على حذق الرامى من الإصابة مع الاستقامة .

وقال الشافعى رضى الله عنه : ولو أرسله مفارقا للشن فهبت ريح فصرفته إليه ، أو مقصراً فأسرعت به فأصاب حسب مصيباً ولا حكم للريح ا هـ .

إننا نعلم أن للريح تأثيراً فى تغيير مجرى السهم عن جهته ، وحذاق الرماة يعرفون مخرج السهم عن القوس هل هو مصيب أو مخطىء ؟ فإذا خرج السهم فغيرته الريح فهو على ضربين :

(أحدهما) أن يخرج مفارقا للشن فتعدل به الريح إلى الشن فيصيب أو يكون مقصراً عن الهدف فنهبته الريح حتى أصاب فتعتبر حال الريح ، فإن كانت ضعيفة كان محسوباً فى الإصابة لأننا على يقين من تأثير الرمى وفى شك من تأثير الريح ، وإن كانت الريح قوية نظر ، فإن كانت موجودة عند الإرسال كان محسوباً فى الإصابة لأنه قد اجتهد فى التحرز من تأثير الريح وحسب حسابها بتحريف سهمه فأصاب باجتهاده ورميه ، وإن حدثت الريح بعد إرسال السهم ففى الاحتساب به وجهان تخريجاً من اختلاف قوليه فى الاحتساب بإضافة المزدلف . أحدهما : يحتسب به مصيبا إذا احتسبت إصابة المزدلف . والوجه الثانى : لا يحتسب مصيبا ولا مخطئاً ، إذا لم يحتسب باصابة المزدلف .

(والضرب الثانى) أن يخرج السهم موافقاً للهدف فتعدل به الريح حتى يخرج عن الهدف فيعتبر حال الريح ، فإن كانت طارئة بعد خروج السهم عن القوس ألغى السهم ولم يحتسب به فى الخطأ ، لأن التحرز من حدوث الريح غير ممكن ، فلم ينسب إلى سوء الرمى ، وإن كانت الريح موجودة عند خروج السهم نظر فيها فإن كانت قوية لم يحتسب به فى الخطأ لأنه أخطأ فى اجتهاده الذى يتحرز به من الريح ، ولم يخطىء فى سوء الرمى .

وإن كانت الريح ضعيفة ففى الاحتساب به فى الخطأ وجهان . أحدهما : يكون خطأ لأننا على يقين من تأثير الرمى وفى شك من تأثير الريح . والثانى :

لا يكون محسوباً فى الخطأ لأن الريح تفسد صنيع المحسن وإن قلت ؛ كما تفسده إذا كثرت فإذا أزالت الريح الشن عن موضعه إلى غيره لم يخل حال السهم بعد زوال الشن من ثلاثة أحوال .

١ ــ أن يقع فى غير الشن وفى غير موضعه الذى كان فيه فيحتسب به مخطئاً لأنه وقع فى غير محل الإصابة قبل الريح وبعدها .

٢ ــ أن يقع فى الموضع الذى كان فيه الشن فى الهدف فيحتسب مصيبا لوقوعه فى محل الإصابة .

٣ ــ أن يقع فى الشن بعد زواله عن موضعه ، فهذا على ضربين : أحدهما : أن يزول الشن عن موضعه بعد خروج السهم فتحتسب به فى الخطأ لوقوعه فى غير محل الإصابة عند خروج السهم . والضرب الثانى : أن يخرج السهم بعد زوال الشن عن موضعه وعلم الرامى بزواله فينظر فى الموضع الذى صار فيه ، فإن كان خارجا من الهدف لم يحتسب به مصيبا ولا مخطئا لخروجه عن محل الصواب والخطأ ، وإن كان مماثلا لموضعه من الهدف احتسب به مصيبا ، لأنه قد صار محلا للإصابة ، والله تعالى أعلم .

فرع قال الشافعى رضى الله عنه : وكذلك لو انقطع وتره أو انكسر قوسه فلم يبلغ الغرض ، أو عرض دونه دابة أو إنسان فأصابه أو عرض له فى يده مالا يمر السهم معه كان له أن يعود به .

قلت : إذا انقطع وتره أو انكسر قوسه فقصر وقع السهم وأخطأ لم يحتسب عليه ، لأنه لم يخطىء لسوء رميه ، ولكن لنقص آلته ، ولو أصاب به كان محسوباً من إصابته لأنه أدل على حذقه ، وهكذا لو عرض دون الهدف عارض من بهيمة أو إنسان وقع السهم فيه ومنع من وصوله إلى الهدف لم يحتسب عليه وأعيد السهم إليه ، فإن خرق السهم الحائل ونفذ فيه حتى وصل إلى الهدف فأصاب كان محسوبا من إصابته لأنه بالإصابة مع هذا العارض أشد وأرمى ، ويسمى هذا السهم مارقا .

وقد كان الكسعى فى العرب رامياً وقصته كما ساقها المصنف على وجهها ، والكسعى هو محارب بن قيس من كسيعه ، وقيل : هو من بنى محارب من قحطان واسمه عامر بن الحارث ، وقد قال عن نفسه أو قيل بلسان حاله فيما جرت عليه عادة القصاص من تسجيل الأخبار بالشعر على لسان أصحابها :

ندمت ندامة لو أن نفسى تطاوعنى إذن لقطعت خمسى
تبين لى سفاه الرأى منى لعمر أبيك حين كسرت قوسى

وهكذا لو عرض للرامى علة فى يده أو أخذته ريح فى يديه ضعف بها عن مد قوسه لم يحتسب عليه إن قصر أو أخطأ ، لأنه لعارض يمنع وليس من سوء رمى أو قلة حذق .

قال الشافعى رضى الله عنه : فأما إن جاز السهم وأجاز من وراء الناس فهذا سوء رمى وليس بعارض غلب عليه فلا يرد إليه . يقال : جاز السهم إذا مر فى أحد جانبى الهدف ويسمى خاصراً وجمعه خواصر ، لأنه فى أحد الجانبين مأخوذ من الخاصرة لأنها فى جانبى الإنسان ، ويقال : أجاز السهم إذا وقع وراء الهدف ، فإذا جاز السهم وسقط فى جانب الهدف أو أجاز فوقع وراء الهدف كان محسوباً من خطئه ، لأنه منسوب إلى سوء رميه ، وليس بمنسوب إلى عارض فى يديه أو إليه .

وقال أبو على بن أبى هريرة : الجائز أن يقع فى الهدف عن أحد جانبى الشن فعلى هذا إن كانت الإصابة مشروطة فى الشن كان الجائز مخطئاً ، وإن كانت مشروطة فى الهدف كان الجائز مصيبا ، ويجوز أن يشترطا أن تكون إصابة سهامهما جائزة فيحتسب بالجائز ولا يحتسب بغير الجائز . قال الشافعى رضى الله عنه : ولو كان الشن منصوباً فمرق منه كان عندى خاسقا . ومن الرماة من لا يحتسبه إذا لم يثبت فيه .

أما السهم المارق فهو أن ينفذ فى الشن وهو منصوب فوق الهدف ويخرج منه فيقع وراء الهدف فيحتسب به فى القارع ، فأما الخاسق ففى

الاحتساب به قولان أحدهما : وهو منصوص الشافعى أنه يحتسب به خاسقا اعتباراً بالمعنى وأنه زائد على الخسق فيؤخذ فيه معنى الخسق . والقول الثانى حكاه الشافعى عن بعض الرماة أنه لا يحتسب به خاسقا اعتباراً بالاسم لأنه يسمى مارقا ولا يسمى خاسقا ، فمن أصحابنا من أثبت هذا القول للشافعى ، ومنهم من نفاه عنه ، لأنه أضافه إلى غيره ولا يكون مخطئاً ، وإن لم يحتسب خاسقا لا يختلف فيه أصحابنا .

وأما السهم المزدلف فهو أن يقع على الأرض ثم يزدلف منها بحمولته وحدته فيصير فى الهدف ، ففى الاحتساب به مصيبا قولان . أحدهما : يحتسب به مصيبا لأنه بحدة الرمى أصاب . والقول الثانى : ليس بمصيب لخروجه من الرامى إلى غير الهدف ، وإنما أعادته الأرض حين ازدلف عنها فى الهدف .

قال أبو إسحاق المروزى : ومن أصحابنا من لم يخرج المزدلف على قولين ، وحمله على اختلاف حالين باعتبار حاله عند ملاقاة الأرض ، فإن ضعفت حموته بعد ازدلافه ولانت كان محسوبا فى الإصابة ، وإن قويت وصار بعد ازدلافه أحد لم يحتسب به مصيبا ، ويجوز أن يتناضلا على مروق السهم ولا يجوز أن يتناضلا على ازدلافه ، لأن مروق السهم من فعل الرامى ، وازدلافه من تأثير الأرض . فعلى هذا فى الاحتساب به مخطئاً إذا لم يحتسب به مصيبا وجهان . أحدهما : يكون مخطئاً لأنه من سوء الرمى . والثانى : لا يكون مخطئا ما أصاب ويسقط الاعتداد به مصيباً ومخطئاً ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان كان العقد على اصابة موصوفة ـ نظرت ، فان كان على القرع فأصاب الفرض وخزق أو خسق أو مرق ـ حسب له لأن الشرط هو الاصابة ، وقد حصل ذلك فى هذه الأنواع .**

فصل **وان كان الشرط هو الخسق ـ نظرت ، فان أصاب الفرض**

وثبت فيه ثم سقط ـ حسب له لأن الخسق هو أن يثبت وقد ثبت فلم يؤثر زواله بعد ذلك ، كما لو ثبت ثم نزعه انسان ، فأن ثقب الموضع بحيث يصلح لثبوت السهم لكنه لم يثبت ففيه قولان :

(احدهما) أنه يحسب له ، لأن الخسق أن يثقب بحيث يصلح لثبوت السهم وقد فعل ذلك ، ولعله لم يثبت لسعة الثقب أو لغلظ لقيه .

(والثانى) وهو الصحيح : أنه لا يحسب له لأن الأصل عدم الخسق ، وانه لم يكن فيه من القوة ما يثبت فيه فلم يحسب له ، وان كان الفرض ملصقا بالهدف فاصابه السهم ولم يثبت فيه ، فقال الرامى : قد خسق الا أنه لم يثبت فيه لغلظ لقيه من نواة أو حصاة . وقال رسيله : لم يخسق ـ نظرت ، فان لم يعلم موضع الاصابة من الفرض ـ فالقول قول الرسيل ، لأن الأصل عدم الخسق ، وهل يحلف ؟ ينظر فيه ـ فان فتش الفرض فلم يكن فيه شيء يمنع من ثبوته ـ لم يحلف ، لأن ما يدعيه الرامى غير ممكن ، وأن كان هناك ما يمنع من ثبوته حلف ، لأن ما يدعيه الرامى ممكن .

وان علم موضع الاصابة ولم يكن فيه ما يمنع من ثبوته فالقول قول الرسيل من غير يمين ، لأن ما يدعيه الرامى غير ممكن ، وان كان فيه ما يمنع الثبوت ففيه وجهان :

(حدهما) أن القول قول الرامى ، لأن المانع شهد له .

(والثانى) أن القول قول الرسيل لأن الأصل عدم الخسق ، والمانع لا يدل على أنه لو لم يكن لكان خاسقا ، ولعله لو لم يكن مانع لكان هذا منتهى رميه ، فلا يحكم له بالخسق بالشك ، وان كان فى الشن خرق أو موضع بال فوقع فيه السهم وثبت فى الهدف ـ نظرت ، فأن كان الموضع الذى ثبت فيه فى صلابة الشن ـ اعتد به ، لأنا نعلم أنه لو كان الشن صحيحا لثبت فيه ، وان كان دون الشن فى الصلابة كالتراب والطين الرطب لم يعتد له ولا عليه ، لأنا لا نعلم أنه لو كان صحيحا هل كان يثبت فيه أم لا ؟ فيرد اليه السهم حتى يرميه .

وان خرمه وثبت ففيه قولان :

(احدهما) يعتد به لأن الخسق هو أن يثبت النصل وقد ثبت .

(والثانى) لا يعتد به لأن الخسق أن يثبت السهم فى جميع الشن ولم يوجد ذلك ، فان مرق السهم فقد قال الشافعى رحمه الله : هو عندى

خاسق . ومن الرماة من لا يحتسبه ، فمن أصحابنا من قال : يحتسب له قولا واحداً وما حكاه عن غيره ليس بقول له ، لأن معنى الخسق قد وجد وزيادة ، ولأنه لو مرق والشرط القرع حسب ، فكذلك اذا مرق والشرط الخسق .

ومن أصحابنا من قال : فيه قولان :

(أحدهما) يحسب له لما ذكرناه .

(والثاني) لا يحسب له لأن الخسق ان يثبت ، وما ثبت ، ولان فى الخسق زيادة حذق وصنعة ، من نزع القوس بمقدار الخسق ، والتعليل الأول أصح ، لأن هذا يبطل به اذا مرق ، والشرط القرع ، وان أصاب الشن ومرق ، وثبت فى الهدف ، ووجد على نصله قطعة من الشن والهدف دون الشن فى الصلابة ، فقال الرامى : هذا الجلد قطعه سهمى بقوته ، وقال الرسيل : بل كان فى الشن ثقبة وهذه الجلدة كانت قد انقطعت من قبل فحصلت فى السهم فالقول قول الرسيل لأن الأصل عدم الخسق .

فصل اذا مات أحد الراميين أو ذهبت يده بطل العقد ، لأن المقصود معرفة حذقه ، وقد فات ذلك ، فبطل العقد كما لو هلك المبيع ، وان رمدت عينه أو مرض لم يبطل العقد ، لأنه يمكن استيفاء المعقود عليه بعد زوال العذر ، وان أراد أن يفسخ ـ فان قلنا : انه كالجعالة ـ كان حكمه قد فسخ من غير عذر ، وقد بيناه فى أول الكتاب ، وان قلنا انه كالاجارة جاز أن يفسخ ، لأنه تأخر المعقود عليه فملك الفسخ كما يملك فى الاجارة ، وان أراد أحدهما أن يؤخر الرمى للدعة ـ فان قلنا انه كالاجارة ـ أجبر عليه كما أجبر فى الاجارة ، وان قلنا انه كالجعالة لم يجبر كما لا يجبر فى الجعالة) .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : ولو تشارطا المصيب ، فمن الشن ولم يخرق حسب له لأنه مصيب .

قلت : فإذا تشارطا الإصابة احتسب كل مصيب من قارع وخارق وخاسق ، لأن جميعها مصيب . وهكذا لو تشارطا الإصابة قرعا احتسب بالقارع وبالمارق وبالخاسق لأنه زيادة على القرع . ولو تشارطا الخواصر احتسب بكل مصيب لأن إصابة الخواصر مشتمل على كل مصيب من قارع

وخارق وخاسق . فأما الخواصر فهو ما أصاب جانب الشن ، فإن شرطا فى الرمى لم يحتسب إلا به ، وإن لم يشترطاه احتسب به مع كل مصيب فى الشن إذا كانت الإصابة مشروطة فى الشن .

وقال الشافعى رضى الله عنه : لو تشارطا الخواسق والشن ملصق بالهدف فأصاب ثم رجع فزعم الرامى أنه خسق ثم رجع لغلط لقيه من حصاة أو غيرها وزعم المصاب عليه أنه لم يخسق ، وإنما قرع ثم رجع فالقول قوله مع يمينه إلا أن تقوم بينة فيؤخذ بها .

واشتراط الخسق إنما يكون فى إصابة الشن دون الهدف ، وقد ذكرنا أن الشن وهو جلد ينصب فى الهدف تمد أطرافه بأوتار أو خيوط تشد فى أوتاد منصوبة فى الهدف المبنى ، وربما كان ملصقاً بحائط الهدف ، وربما كان بعيداً منه بنحو من شبر أو ذراع ، وهو أبعد ما ينصب ، وخسق الشن إذا كان بعيداً من الهدف أوضح منه إذا كان ملصقاً به .

فإذا رمى والشن ملصق بالهدف فأصاب الشن ثم سقط بالإصابة خسق فزعم الرامى أنها خسق ، ولقى غليظاً فى الهدف من حصاة أو نواة فرجع وهو خاسق ، وزعم المرمى عليه أنه قرع فسقط ولم يخسق فلهما ثلاثة أحوال :

(أحدها) أن يعلم صدق الرامى فى قوله بغير يمين ، لأن الحال شاهدة بصدقه .

(والحال الثانية) أن يعلم صدق المرمى عليه فى إنكاره إما بأن لا يرى فى الشن خسقاً ، وإما بأن لا يرى فى الهدف غلظاً ، فالقول قوله ولا يمين عليه ، لأن الحال شاهدة بصدقه .

(والحال الثالثة) أن يحتمل صدق المدعى وصدق المنكر لأن هل فى الشن خواسق أم لا ؟ فإن كانت بينة حمل عليها ، وإن عدمت البينة فالقول قول المنكر مع يمينه ولا يحتسب به مصيباً ، وفى الاحتساب به مخطئاً وجهان :

(أحدهما) يحتسب به فى الخطأ إذا لم يحتسب به فى الإصابة لوقوف الرامى بين صواب وخطأ .

(والوجه الثانى) لا يحتسب به فى الإصابة ، لأن الإصابة لا يحتسب بها إلا مع اليقين . وكذلك لا يحتسب بالخطأ إلا مع اليقين ، فإن نكل المنكر عن اليمين أحلف الرامى . فإذا حلف احتسب باصابته . قال الشافعى رحمه الله : وإن كان الشن بالياً فأصاب موضع الخسق فصار فى الهدف فهو مصيب . وهذا معتبر بالشن والهدف ولهما ثلاثة أحوال .

(أحدها) أن يكون الهدف أشد من الشن لأنه مبنى قد قوى واشتد فإذا وصل السهم إليه من ثقب فى الشن ثبت فى الهدف الذى هو أقوى من الشن كان ثبوته فى الشن الأضعف أجدر . وهو الذى أراده الشافعى فيحتسب به خاسقاً .

(والحال الثانية) أن يكون الشن أقوى من الهدف وأشد لأنه جلد متين والهدف تراب ثائر أو طين لين فلا يحتسب به مصيباً ولا مخطئاً ، أما الإصابة فلجواز أن لا يخسق الشن ، وأما الخطأ فلعدم ما خسقه مع بلى الشن .

(والحال الثالثة) أن يتساوى الشن والهدف فى القوة والضعف فلا يحتسب به مخطئاً ، وفى الاحتساب به مصيباً وجهان :

(أحدهما) يحتسب من إصابة الخسق لأن ثبوته فى الهدف قائم مقام ثبوته فى الشن عند تساويهما .

(والوجه الثانى) لا يحتسب فى إصابة الخسق ويحتسب فى إصابة القرع على الأحوال كلها . وإن صادف السهم فى ثقب فى الغرض قد ثبت فى الهدف مع قطعة من الغرض ، فقال الرامى : خسقت ، وهذه الجلدة قطعها سهمى لشدة الرمية فأنكر صاحبه وقال : بل هى كانت مقطوعة ، فإن علم

أن الغرض كان صحيحاً حكم بقول الرسيل لأن الأصل عدم الخسق . وقال أحمد وأصحابه : القول قول الرامى إذا كان الغرض صحيحاً .

فــرع قال الشافعى رضى الله عنه : وإذا أراد المستبق أن يجلس ولا يرمى وللمستبق فضل أو لا فضل له ، فسواء قد يكون له الفضل فينضل وعليه الفضل فيـنضل . إلى آخر ما قال .

قلت : إذا جلس أحد المتناضلين عن الرمى فله حالتـان : إحداهما أن يريد به تأخير الرمى عن وقته فلا يخلو أن يكون فيه معذوراً أو غير معذور ، فإن كان له عذر وطلب التأخير أخر ولم يجبر على التعجيل ، سواء قيـل بلزومه كالإجارة أو بجوازه كالجعالة ، لأنه ليس بأوكد من فرض الجمعة التى يجوز التأخر عنها بالعذر وأعذاره فى تأخير الرمى ما أثر فى نفسه من مرض أو شدة حر أو برد أو أثر فى رميه من شدة ريح أو مطر أو أثر فى أهله من موت أو حادث نزل أو أثر فى ماله من جائحة طرقت أو خوف طرأ .

وإن لم يكن له فى تأخير الرمى عذر ، والتمس به الدعة إلى وقت آخر ففى إجباره على التعجيل قولان :

(أحدهما) يجبر عليه إذا قيل بلزومه كالإجارة .

(والثانى) لا يجبر على تعجيله إذا قيل بجوازه كالجعالة . أما الحال الثانية : كأن يريد بالجلوس عن الرمى فسخ العقد فلا يخلو أن يكـون معذوراً فى الفسخ أو غير معذور ، فإن كان معذوراً فى الفسخ وأعذار الفسخ أضيق وأغلظ من أعذار التأخير وهى ما اختصت نفسه من العيوب المانعة من صحة رميه وهى ضربان .

(أحدهما) ما لا يرجى زواله كشلل يده أو ذهاب بصره فالفسخ واقع بحدوث هذا المانع وليس يحتاج إلى فسخه بالقول .

(والضرب الثانى) ما يرجى زواله كمرض يده أو رمد عينيه أو عـلة

جسده فلا ينفسخ العقد بحدوث هذا المانع بخلاف الضرب الأول لإمكان الرمى بعد زواله ويكون الفسخ بالقول ، وذلك معتبر بحال صاحبه ، فإن طلب تعجيل الرمى فله الفسخ لتعذر التعجيل عليه ، ويكون استحقاق هذا الفسخ مشتركاً بينه وبين صاحبه ، ولكل واحد منهما فسخ العقد به .

وإن أجاب صاحبه إلى الإنظار بالرمى إلى زوال المرض فهل يكون عذره فى الفسخ باقياً ؟ أم لا ؟ على وجهين (أحدهما) يكون باقياً فى استحقاق الفسخ لئلا تكون ذمته مرتهنة بالعقد . (والوجه الثانى) أن عذر الفسخ قد زال بالانتظار ، وليس للمنظر أن يرجع فى هذا الإنظار ، وإن جاز له أن يرجع فى الإنظار بالديون لأن ذلك عن عيب رضى به ، وجرى مجرى الإنظار بالإعسار ، وإن لم يكن لطالب الفسخ عذر فى الفسخ ، فإن قيل بلزوم العقد كالإجارة لم يكن له الفسخ وأخذ به جبراً ، فإن امتنع منه حبس عليه كما يحبس بسائر الحقوق إذا امتنع منها فإن طال به الحبس وهو على امتناعه عزر حتى يجيب .

فإن قيل بجواز العقد كالجعالة فله الفسخ قبل الرمى وبعد الشروع فيه وقبل ظهور الغلبة ، فإن ظهرت الغلبة لأحدهما ، فإن كانت لطالب الفسخ ، فله الفسخ وإن كانت لغيره ففى استحقاقه للفسخ قولان مضيا .

(أحدهما) لا يستحقه بعد ظهورها لتفويت الأغراض المقصودة بعد ظهورها .

(والقول الثانى) وهو الذى نص عليه الشافعى هاهنا ــ له الفسخ لما علل به من أنه قد يكون له الفضل فينضل ، ويكون عليه الفضل فينضل .

مسألة إذا عرفت أن الرمى مما يلزم المسلمين حذقه والتمرس عليه لقهر الأعداء وجهادهم لتكون كلمة الله هى العليا وكلمة الذين كفروا السفلى ، وعرفت أن السهام والنبال من أسلحة النضال قد استحالت فى أعصرنا إلى أسلحة نارية منها ما يصيب بالتوجيه كالرشاشات القصيرة ومنها ما يصيب بالتسديد أو التصويب الدقيق ، ومنها ما يعطى مخروطا نارياً

باللمس الهين ويسمى آليا ، ومنها ما يعطى القذيفة بالضغط بالإصبع ويسمى منفرداً ، وقليل من حذاق الرماية الذين يستطيعون أن يجعلوا الآلى منفرداً ، وهو أمر يفتقر إلى قدرة على ضبط حركة الإصبع وسيطرة على لمس الزناد ، والفرق بين هذه الآلات والآلات السابقة لا يختلف فى حكمه إلا بمقدار ما يراعى من قوة الرمى وبعد ما ترميه الآلات الحديثة ومدى تأثيرها . وقد سن النبى صلى الله عليه وسلم الأخذ بآلات غير المسلمين حين حاصر الطائف بالمجانيق ، ووجه الصحابة رضوان الله عليهم إلى صناعتها وصناعة الضبور وهى نوع من المدافع البدائية التى تطورت صناعتها حتى بلغت فى عصرنا هذا الصاروخ عابر القارات ، ويحتسب فى الرماية بتلك القذائف دورة الأرض حول نفسها ودورتها السنوية وقانون الجاذبية وهى تحتاج إلى معادلات رياضية وحساب دقيق لتصل إلى أهدافها فى قلاع الأعداء فتدمرها تدميراً .

وقد أخرج الشيخان والحاكم وصححه والشافعى وأحمد والنسائى وابن حبان عن عبد الله بن مغفل رضى الله تعالى عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهى عن الخذف وقال إنها لا تصيد صيداً ولا تنكأ عدواً ولكنها تكسر السن وتفقأ العين » .

فقد وجهنا رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى ما فيه الأثر الأقوى والإغلاظ البالغ والسلاح الحاسم لإرهاب العدو . فإذا ثبت هذا فإن الرماية بالبندقية وغيرها من المستحدثات من فروض الكفايات التى تتأصل بها عزة الأمة وتحمى بها حوزتها وتعلى بها رايتها وعلى ولى الأمر أن يحرض من وهب من قوة البنية وخفة الحركة وحدة البصر ونور الإيمان من ينهض به ويتوفر عليه حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله . والرمى فرض كفاية على المسلمين ويحرم على من تعلم الرمى أن ينساه بل عليه أن يتمرس به ويتمرن عليه بين الحين والحين حتى يظل المسلم محافظا على كفاءته ومهارته وحذقه للرمى حماية لبيضة الإسلام والله تعالى أعلم بالصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب احيـــاء الموات

يستحب احياء الموات لما روى جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((من احيا ارضاً ميتة فله فيها أجر ، وما أكله العوافى منها فهو له صدقة)) وتملك به الأرض ، لما روى سعيد بن زيد رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ((من احيا ارضاً ميتة فهى له)) ويجوز ذلك من غير اذن الامام للخبر ، ولأنه تملك مباح فلم يفتقر الى اذن الامام كالاصطياد .

فصـــل واما الموات الذى جرى عليه الملك وباد أهله ولم يعـــرف مالكه ففيه ثلاثة اوجه :

(احدها) انه يملك بالاحياء لما روى طاوس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((عادى الأرض لله ولرسوله ، ثم هى لكم بعـــد)) ولأنه ان كان فى دار الاســلام فهو كاللقطة التى لا يعرف مالكها ، وان كان فى دار الحـرب فهـو كالركاز .

(والثانى) لا يملك لأنه ان كان فى دار الاسلام فهو لمسلم او لذمى أو لبيت المال ، فلا يجوز احياؤه ، وان كان فى دار الحرب جاز أن يكون لكافر لا يحـل ماله أو لكافر لم تبلغه الدعوة ، فلا يحل ماله ، ولا يجوز تملكه .

(والثالث) انه ان كان فى دار الاسلام لم يملك ، وان كان فى دار الحـرب ملك ، لأن ما كان فى دار الاسلام فهو فى الظاهر لمن له حرمة ، وما كان فى دار الحرب فهو فى الظاهر لمن لا حرمة له ، ولهذا ما يوجد فى دار الحرب يخمس ، وما يوجد فى دار الاسلام يجب تعريفه ، وأن قاتل الكفار عن أرض ولم يحيوها ثم ظهر المسلمون عليها ففيه وجهان :

(احدهما) لا يجوز ان تملك بالاحيـاء ، بل هى غنيمـة بين الغانمين ، لأنهم لما منعوا عنها صاروا فيها كالمتحجرين ، فلم تملك بالاحياء .

(والثانى) انه يجوز ان تملك بالاحياء لأنهم لم يحدثوا فيها عمارة فجاز ان تملك الاحياء كسائر الموات .

فصل وما يحتاج اليه لمصلحة العامر من المرافق كحريم البئر وفناء الدار والطريق ومسيل الماء لا يجوز احياؤه ، لأنه تابع للعامر فلا يملك بالاحياء ، ولأنا لو جوزنا احياءها أبطلنا الملك فى العامر على أهله ، وكذلك ما بين العامر من الرحاب والشوارع ومقاعد الأسواق لا يجوز تملكه بالاحياء ، لأن الشرع قد ورد باحياء الموات وهذا من جملة العامر ، ولأنا لو جوزنا ذلك ضيقنا على الناس فى أملاكهم وطرقهم ، وهذا لا يجوز .

فصل ويجوز احياء (١) كل من يملك المال لأنه فعل يملك به فجاز به كل من يملك المال كالاصطياد . ولا يجوز للكافر أن يملك بالاحياء فى دار الاسلام ولا للامام أن يأذن له فى ذلك ـ لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « موتان الأرض لله ولرسوله ثم هى لكم منى » فجمع الموتان وجعلها للمسلمين ، فانتفى أن يكون لغيرهم ، ولأن موات الدار من حقوق الدار والدار للمسلمين ، فكان الموات لهم كمرافق المملوك لا يجوز لغير المالك احياؤه ، ولا يجوز للمسلم أن يحيى الموات فى بلد صولح الكفار على المقام فيه ، لأن الموات تابع للبلد ، فاذا لم يجز تملك البلد عليهم لم يجز تملك مواته) .

الشرح حديث جابر رواه أحمد والترمذى وصححه بلفظ « من أحيا أرضاً فهى له » وفى لفظ عند أحمد وأبى داود « من أحاط حائطاً على أرض فهى له » ولأحمد وأبى داود والطبرانى والبيهقى وصححه ابن الجارود من رواية سمرة بن جندب رواه عنه الحسن وفى سماع الحسن من سمرة خلاف معروف بين المحدثين تكلمنا عليه فى غير ما موضع ، وأخرجه النسائى وابن حبان بنحوه .

أما حديث سعيد بن زيد فقد رواه أحمد وأبو داود والترمذى بلفظ « من أحيا أرضا ميتة فهى له ، وليس لعرق ظالم حق » وأخرجه أيضاً النسائى ، وحسنه الترمذى وأعله بالإرسال ورجح الدارقطنى إرساله وقد مضى الاختلاف فى الصحابى الذى رواه غير سعيد بن زيد .

---

(١) هكذا فى ش ، ق والنسخة المطبوعة ، ولعلها هكذا (ويجوز الاحياء من كل من يملك المال .. الخ) والله أعلم .

أما سعيد بن زيد فهو سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل زوج فاطمة بنت الخطاب أحد العشرة المبشرين بالجنة كنيته أبو الأعور ، وهو قرشى عدوى من السابقين الأولين البدريين ، ممن رضى الله عنهم ورضوا عنه ، شهد المشاهد كلها ، وشهد حصار دمشق وفتحها ، وأول من ولى على دمشق فى الإسلام ، له حديثان فى الصحيحين ، وانفرد البخارى له بحديث ، روى عنه ابن عمر وأبو الطفيل وعمرو بن حريث وعروة وأبو سلمة ابن عبد الرحمن ، وعبد الله بن ظالم وطائفة . وأبوه زيد بن عمرو بن نفيل ، مات قبل الإسلام على النجاة لأنه خرج يطلب الدين القيم حتى مات . وأخبر النبى صلى الله عليه وسلم أنه يبعث أمة وحده يوم القيامة . وهو ابن عم أمير المؤمنين عمر بن الخطاب وقال ابن عبد البر : هذا الحديث مسنده صحيح متلقى بالقبول عند الفقهاء فى المدينة وغيرها .

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : بلاد المسلمين شيئان : عامر وموات ، فالعامر لأهله كل ما صلح به العامر إن كان مرفقا لأهله من طريق وفناء ومسيل ماء أو غيره فهو كالعامر فى أن لا يملك على أهله إلا بإذنهم . ا هـ .

والموات هو الأرض الخراب الدارسة تسمى ميتة ومواتاً وموتانا بفتح الواو والموتان بضم الميم وسكون الواو الموت الذريع ، ورجل موتان القلب بفتح الميم وسكون الواو لا بصيرة له ولا فهم .

اذا ثبت هذا فإن الموات شيئان : موات قد كان عامراً لأهله معروفاً فى الإسلام ثم ذهبت عمارته فصار مواتا ، فذلك كالعامر لأهله لا يملك عليهم إلا باذنهم (والثانى) ما لم يملكه أحد من أهل الإسلام يعرف ولا عمارة فى الجاهلية أو لم يملك فذلك الموات الذى قال فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أحيا مواتاً فهو له » وروى وهب بن كيسان عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من أحيا أرضاً ميتة فهى له وله فيه أجر وما أكلت العوافى منها فهو له صدقة » والعوافى جمع عاف وهو طالب الفضل .

وقد روى أحمد والبخارى عن عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من عمر أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها » وعن أسمر بن مضرس قال : « أتيت النبى صلى الله عليه وسلم فبايعته فقال : من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له . قال فخرج الناس يتعادون يتخاطون » أى يتسابقون عدوا يخططون فى الأرض تمهيداً لتعميرها .

ورى ابن أبى مليكة عن عروة قال : « أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن الأرض أرض الله والعباد عباد الله . ومن أحيا مواتا فهو أحق به . جاءنا بهذا عن النبى صلى الله عليه وسلم الذين جاءوا بالصلوات عنه » والحديث بهذه المثابة لا يكون مرسلا على القول الصحيح بناء على الأصل فى أن الصحابة كلهم عدول ، فإذا قال التابعى الثقة أشهد أنه جاءنى عن النبى صلى الله عليه وسلم به الذين جاءوا بالصلوات عنه وهو يعنى الصحابة . فقد ارتفع الإرسال وبقيت الجهالة ، والجهالة بالصحابى لا تقدح فى الحديث ، اللهم إلا إذا ثبت ولو مرة واحدة أن عروة التبس عليه أمر تابعى معاصر بإسلامه للنبى صلى الله عليه وسلم فظنه صحابيا ، ولكن إذا عرفنا أن عروة لا يشك فى تثبته وعلمه بأحوال الصحابة والذى تربى فى بيت النبوة والخلافة . فأبوه ابن عمة النبى صلى الله عليه وسلم وجده لأمه أبو بكر رضى الله عنه . وخالته أم المؤمنين ، وأخره أمير المؤمنين عبد الله ابن الزبير . وروى الشافعى عن سفيان عن طاوس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « عمارة الأرض لله ولرسوله ثم هى لكم منى » ولأن ما لم يجز عليه ملك نوعان أرض وحيوان ، فلما ملك الحيوان إذا ظهر عليه بالاصطياد ملك موات الأرض إذا ظهر عليه بالإحياء .

وقوله فى حديث الفصل : عن طاوس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال قال « عادى الأرض » نسبة إلى عاد رجل من العرب الأولى ، وهم العرب البائدة ، وبه سميت قبيلة قوم هود ، ويقال للملك القديم عادى كأنه نسبة إليه لتقدمه ، وبئر عادية كذلك ، وعادى الأرض ما تقادم ملكه .

وقد جاء حديث طاوس فى الأم وعند المصنف هنا هكذا مرسلا . وقد

رواه هكذا سعيد بن منصور فى سننه وأبو عبيد فى الأموال ، فإذا تقرر جواز الإحياء قال الشافعى : بلاد المسلمين شيئان عامر وموات ، وإنما خص بلاد المسلمين بما ذكره من قسمى العامر والموات ، وإن كانت بلاد الشرك أيضاً عامراً ومواتاً ، لما ذكره من أن عامر بلاد المسلمين لأهله لا يملك عليه إلا بإذنهم . وعامر بلاد الشرك قد يملك عليهم قهراً وغلبة بغير إذنهم ، وإذا كان كذلك بدأنا بذكر العامر من بلاد المسلمين ثم بمواتهم . أما العامر فلأهله الذين قد ملكوه بأحد أسباب التمليك وهى ثمانية (الأول) الميراث (الثانى) المعاوضات (الثالث) الهبات (الرابع) الوصايا (الخامس) الوقف (السادس) الصدقات (السابع) الغنيمة (الثامن) الإحياء .

فإذا ملك عامراً من بلاد المسلمين بأحد هذه الأسباب الثمانية صار مالكا له ولحريمه ومرافقه من بناء وطريق ومسيل ماء وغير ذلك من مرافق العامر التى لا يستغنى العامر عنها فلا يجوز أن يملك ذلك على أهل العامر بإحياء ولا غيره فمن أحياه لم يملكه . وقال داود بن على : حريم العامر كسائر الموت من أحياه فقد ملكه استدلالا بقوله صلى الله عليه وسلم « من أحيا أرضاً مواتا فهى له » وهذا خطأ لأن حريم العامر قد كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم على عهد خلفائه مقراً على أهله لم يتعرض أحد لإحيائه عما انتهوا إليه ، ولأنه لو جاز إحياء حريم العامر لبطل العامر على أهله لم يتعرض أحد لإحيائه عما انتهوا إليه ، ولأنه لو جاز إحياء حريم العامر لبطل العامر على أهله وسقط الانتفاع به ، لأنه يفضى إلى أن يبنى الرجل داراً يسد بها باب جاره فلا يصل الجار إلى منزله . وما أدى إلى هذا من الضرر كان ممنوعا منه . وليس الحريم مواتا فيصح استدلال داود عليه .

وأما الموات فضربان (أحدهما) ما لم يزل على قديم الدهر مواتا لم يعمر قط ، فهذا هو الموات جاء فى الحديث أن من أحياها فهى له ، فإن أحياه ذمى لم يملكه وقال أبو حنيفة : يملكه الذمى بالإحياء كالمسلم استدلالا بعموم قوله صلى الله عليه وسلم « من أحيا أرضاً مواتاً فهى له » ولأنها أعيان مباحة فجاز أن يستوى فى تملكها المسلم والذمى كالصيد والحطب ، ولأن من يملك بالاصطياد والاحتطاب صح أن يملك بالإحياء كالمسلم ، ولأنه

سبب من أسباب التمليك فوجب أن يستوى فيه المسلم والذمى كالبيع ، ودليلنا حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم « ثم هى لكم منى » فوجه الخطاب للمسلمين وأضاف ملك الموات إليهم فدل على اختصاصهم بالحكم .

ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا يجتمع فى جزيرة العرب دينان » إشارة إلى إجلائهم حتى أجلاهم عمر رضى الله عنه من الحجاز ، فلما أمر بازالة أملاكهم الثابتة فأولى أن يمنعوا من أن يستبيحوا أملاكا محدثة ، لأن استدامة الملك أقوى من الاستحداث ، فإذا لم يكن لهم الأقوى فالأضعف أولى ، ولأن من لم يقر فى دار الإسلام إلا بجزية منع من الإحياء كالمعاهد ، ولأن كل ما لم يملكه الكافر قبل عقد الجزية لم يملكه بعد عقد الجزية وأصله نكاح المسلمة . ولأنه نوع تمليك ينافيه كفر الحربى فوجب أن ينافيه كفر الذمى كالإرث من مسلم .

فأما الجواب عن حديث « من أحيا أرضا مواتا فهى له » فهو أن هذا الخبر وارد فى بيان ما يقع به الملك . وقوله « ثم هى لكم » وارد فى بيان من يقع له الملك فصار المفسر فى كل واحد منهما فيما قصد له قاضياً على صاحبه ، فصار الخبران فى التقدير كقوله « من أحيا أرضا مواتا من المسلمين فهى له » .

وأما الجواب عن قياسهم على الصيد والحطب فهو أنه منتقض بالغنيمة حيث لم يستو المسلم والذمى فيها مع كونها أعيانا مباحة ، ثم لو سلم من النقض لكان المعنى فى الصيد والحطب لا ضرر على المسلم فيه إذا أخذه الكافر ، وليس كذلك الإحياء . لذلك لم يمنع المعاهد من الاصطياد والاحتطاب وإن منع من الإحياء ، فكان المعنى الذى فرقوا به فى المعاهد بين إحيائه واصطياده هو فرقنا فى الذمى بين إحيائه واصطياده ، وهو الجواب عن قياسهم الثانى ويكون المعنى فى المسلم فضيلته بدينه واستقراره فى دار الإسلام بغير حرمة مباينة لصغار الذمة فاستعلى على من خالف الملة .

وأما الجواب عن قياسهم على البيع فهو أنه منتقض بالزكاة لأنها سبب من أسباب التمليك الذى يختص بها المسلم دون الذمى . ولما لم يجز فى

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل والاحياء الذى يملك به ان يعمر الأرض لما يريده ، ويرجع فى ذلك الى العرف ، « لأن النبى صلى الله عليه وسلم أطلق الاحياء ولم يبين » فحمل على المتعارف فان كان يريده للسكنى فانه يبنى سور الدار من اللبن والآجر والطين والجص ان كانت عادتهم ذلك ، أو القصب أو الخشب ان كانت عادتهم ذلك ، ويسقف وينصب عليه الباب لأنه لا يصلح للسكنى بما دون ذلك ، فان اراد مراحا للغنم أو حظيرة للشوك والحطب بنى الحائط ونصب عليه الباب ، لأنه لا يصير مراحا وحظيرة بما دون ذلك ، وان أراد للزراعة فانه يعمل لها مسناة ، ويسوق الماء اليها من نهر أو بئر ، فان كانت الأرض من البطائح فانه يحبس عنها الماء لأن احياء البطائح أن يحبس عنها الماء كما أن احيـــاء اليابس بسوق الماء اليه ؛ ويحرثها ؛ وهو أن يصلح ترابها ، وهل يشـــترك غير ذلك ؟ فيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) انه لا يشترط غير ذلك وهو المنصوص فى الأم ، وهـو قـــول أبى اسحاق ، لأنه الاحياء قد تم وما بقى الا الزراعة ، وذلك انتفاع بالمحيا فلم يشترط كسكنى الدار .

(والثانى) وهو ظاهر ما نقله المزنى : انه لا يملك الا بالزراعة لأنها مـن تمام العمارة ، ويخالف السكنى فانه ليس من تمام العمارة ، وانما هو كالحصاد فى الزرع .

(والثالث) وهو قول ابى العباس : انه لا يتم الا بالزراعة والسقى ، لأن العمارة لا تكمل الا بذلك ؛ وان أراد حفر بئر فاحياؤها أن يحفر الى أن يصل الى الماء لأنه لا يحصل البئر الا بذلك ، فان كانت الأرض صلبة تم الاحياء ، وان كانت رخوة لم يتم الاحياء حتى تطوى البئر ، لأنها لا تكمل الا به) .

الشرح يختلف الاحياء باختلاف المقصود منه ، ولما كان الشارع قد أطلق الإحياء ولم يحده ، ولما كان ليس للإحياء فى اللغة حد وجب الرجوع إلى العرف كالحرز والقبض وضابطه تهيئة الشىء لما يقصد منه غالبا ، فإن أراد مسكنا نظرت إلى العرف الشائع فى المكان الذى يجرى فيه الاحيـــاء سكنا ، كتحويطه بالآجر أو اللبن أو القصب على عادة المكان ، وقد رأى بعض الأصحاب الاكتفـــاء بالتحويط من غير بنـــاء لكنه نص فى الأم على اشتراط البناء .

قال الرملي : وهو المعتمد والأوجه الرجوع في جميع ذلك إلى العادة ، ومن هنا قال المتولي وأقره ابن الرفعة والأذرعي وغيرهما : لو اعتاد نازلوا الصحراء تنظيف الموضع من نحو شوك وحجر وتسويته لضرب خيمته وبناء معلفة ففعلوا ذلك بقصد التملك ملكوا البقعة ، وإن ارتحلوا عنها أو بقصد الارتفاق فهم أولى بها إلى الرحلة .

اذا ثبت هذا فإن تحويط الأرض إحياء لها سواء أرادها للبناء أو للزرع أو حظيرة للغنم أو للخشب أو لغير ذلك ، هذا مذهبنا ونص عليه أحمد في رواية علي بن سعيد فقال : الإحياء أن يحوط عليها حائطاً ويحفر فيها بئراً أو نهراً ولا يعتبر في ذلك تسقيف ، وذلك لما روى عن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أحاط حائطاً على أرض فهي له » رواه أبو داود وأحمد ، ويروى عن جابر مثله .

وقد نص الإمام النووي على عدم اشتراط تعليق الباب لأن الباب لا يشترط للسكنى وإنما هو للحفظ والسكنى لا تتوقف عليه . وقد اعتبر القصد في مذهب الشافعي رضي الله عنه ولم يعتبر القصد في مذهب أحمد رضي الله عنه ؛ فلو أحاط مواتا بقصد أن يكون حظيرة فاتخذه سكنا له ولم يتخذه لما قصد له ملكه عند أحمد لعدم اعتبار القصد وملكه عند الشافعي بالقصد الطارىء أما إذا حوطها لتكون حظيرة ولا تصلح للسكنى ثم سكنها فإنه لا يملك عند الشافعي ويملك عند أحمد ، فلو خندق حول الأرض خندقا لم يكن إحياء لأنه ليس بحائط ولا عمارة ، وإنما هو حفر وتخريب ؛ وإن أحاطها بشوك أو شبهه لم يكن ذلك إحياء ولو نزل منزلا فنصب به بيت شعر أو خيمة لم يكن ذلك إحياء .

أما إذا فعل ذلك بحيث يريدها مزرعة فجمع التراب أو الشوك حولها وسوى الأرض فطم المنخفض منها واكتسح العالي وحرثها إذا توقف زرعها على الحرث ورتب لها الماء بشق المسقاة أو حفر الساقية أو شق للماء طريقا ولم يبق إلا اجراؤه كفى ذلك في تملكه ، وإن لم يجر الماء ، فإن هيأه ولم

يحفر له طريقاً كفى أيضا وهو المنصوص فى الأم ، وبه قال أبو إسحاق المروزى ورجحه صاحب الشرح الصغير وتابعه الشمس الرملى .

فإذا كفاها المطر لم تحتج إلى ترتيب للماء وذلك خلافا لظاهر ما نقله المزنى من أنه يشترط الزراعة لتمام الملك بذلك ، ويخالف السكنى ، وقد زاد أبو العباس ابن سريج على ذلك اشتراط السقى أيضا ، وأرض الجبال التى لا يمكن سوق الماء إليها ولا يكفيها المطر تكفى الحراثة وجمع التراب كما اقتضاه كلام النووى فى الروضة تبعا للرافعى وجزم به غيرهما . ولا يشترط أن تتم الزراعة على الأصح كما لا يشترط سكنى الدار لأن استيفاء المنفعة خارج عن الإحياء .

(والثانى) لا تصير محياة إلا بالزراعة كما لا تصير الدار محياة إلا إذا صار فيها مال المحيى ، وإذا اعتادوا أن يجمعوا ترابا حول ما يزرعونه بستانا فجمع التراب بدلا من التحويط كفى ؛ وإلا اشترط التحويط حسب العادة وتهيئة ماء للبستان إن لم يكفه ماء المطر ، ويشترط فيه اتخاذ الباب وغرس الأشجار ولو لبعضه بحيث يسمى بستاناً كما أفاده الأذرعى ، فلا يكفى غرس الشجرة والشجرتين فى المكان الواسع على المذهب إذ لا يتم اسم البستان بدون ذلك بخلاف المزرعة بدون الزرع ، ولا يشترط فى البستان الإثمار ، وما عمله مما يعود نفعه على غيره كطى بئر ، فإن ملكه له يتوقف على قصده من حفر البئر ، وقال الشافعى رضى الله عنه : وإنما يكون الإحياء ما عرفه الناس إحياء مثل المحيا إن كان مسكنا كأن يبنى بمثل ما يبنى به مثله من بنيان حجر أو لبن أو مدر يكون مثله بناء ، وهكذا ما أحيا الآدمى من منزل له أو لدواب من حظار أو غيره فأحياه ببناء حجر أو مدر أو بناء لأن هذه العمارة بمثل هذا ، ولو جمع ترابا لحظار أو خندق لم يكن هذا إحياء . وكذلك لو بنى خياما من شعر أو جريد أو خشب لم يكن هذا إحياء تملك له الأرض بالإحياء ، وما كان هذا قائما لم يكن لأحد أن يزيله ، فإذا أزاله صاحبه لم يملكه ، وكان لغيره أن ينزله ويعمره ، اهـ والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل واذا أحيا الأرض ملك الأرض وما فيها من المعادن كالبلور والفيروزج والحديد والرصاص لانها من أجزاء الأرض فملك بملكها ويملك ما ينبع فيها من الماء والقار وغير ذلك . وقال أبو اسحاق لا يملك الماء وما ينبع فيها ، وقد بينا ذلك فى البيوع ، ويملك ما ينبت فيها من الشجر والكلأ ،وقال أبو القاسم الصيمرى : لا يملك الكلأ لما روى أن أبيض بن حمال « سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن حمى الأراك ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا حمى فى الأراك » ولأنه لو فرخ فى الأرض طائر لم يملك ، فكذلك اذا نبت فيه الكلأ ، وقال أكثر أصحابنا : يملك لأنه من نماء الملك فملكه بملكه كشعر الغنم .

فصل ويملك بالاحياء ما يحتاج اليه من المرافق ، كفناء الدار والطريق ومسيل الماء وحريم البئر ، وهو بقدر ما يقف فيه المستقى ان كانت البئر للشرب وقدر ما يمر فيه الثور ان كانت للسقى ، وحريم النهر وهو ملقى الطين وما يخرج منه من التقن ، ويرجع فى ذلك الى أهل العرف فى الموضع . والدليل عليه ما روى عبد الله بن مغفل ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من احتفر بئراً فله أربعون ذراعا حولها عطن لماشيته » .

وروى ابن شهاب عن سعيد بن المسيب قال : من السنة أن حريم القليب العادية خمسون ذراعا ، وحريم البدىء خمسة وعشرون ذراعا ، وحريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع ، فان أحيا أرضاً الى جنب غيره فجعل أحدهما داره مدبغة أو مقصرة لم يكن للآخر منعه من ذلك ، لأنه تصرف مباح فى ملكه فلم يمنع منه . وأن ألصق حائطه بحائطه منع من ذلك ، وان طرح فى أصل حائطه سرجيناً منع منه لأنه تصرف باشر ملك الغير بما يضر به فمنع منه ، فان حفر حشا فى اصل حائطه لم يمنع منه لأنه تصرف فى ملكه . ومن أصحابنا من قال : يمنع لأنه يضر بالحاجز الذى بينهما فى الأرض . وان ملك بئراً بالاحياء فجاء رجل وتباعد عن حريمه وحفر بئراً فنقص ماء الأول لم يمنع منه لأنه تصرف فى موات لا حق لغيره فيه) .

الشرح حديث أبيض بن حمال رواه الترمذى وحسنه أبو داود بلفظ « أنه وفد إلى النبى صلى الله عليه وسلم استقطعه الملح فقطع له ، فلما أن ولى قال رجل : أتدرى ما أقطعت له ؟ إنما أقطعته الماء العِد. فقال انتزعه منه : وقال : سألته عما يحمى من الأراك فقال : ما لم تنله خفاف الإبل » وأخرجه أيضا ابن ماجه والنسائى وصححه ابن حبان وضعفه ابن القطان

ولم يذكر وجه تضعيفه ولعله بسبب السيء المازنى الذى فى الإسناد .وقال فيه ابن عدى : أحاديثه مظلمة منكرة وفى رواية « ما لم تنله أخفاف الإبل » .

قال محمد بن الحسن المخزومى : يعنى أن الإبل تأكل منتهى رءوسها ويحمى ما فوق ذلك . ورواه سعيد بن منصور قال : حدثنى إسماعيل ابن عياش عن عمرو بن قيس المأربى عن أبيه عن أبيض بن حمال المأربى قال « استقطعت رسول الله صلى الله عليه وسلم معدن الملح بمأرب فأقطعنيه ، فقيل يا رسول الله إنه بمنزلة الماء العد ، يعنى أنه لا ينقطع ، فقال رسول صلى الله عليه وسلم : فلا إذن » .

وأما حديث عبد الله بن مغفل رضى الله عنه فقد رواه ابن ماجه بإسناد ضعيف لأن فيه إسماعيل بن سلم ، وقد أخرجه الطبرانى من حديث أشعث عن الحسن ، وأخرج حرب وعبد الله عن أحمد من حديث أبى هريرة بلفظ « من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له ، وله حريمها خمسون ذراعاً من كل جانب » واختيار الخمسين هو مذهب أحمد وأصحابه ، وأخرج ابن ماجه بلفظ « حريم البئر طول رشائها » .

أما اللغات فى الفصل فالبللور كنتور وسنور وسبطر . وهو جوهر ، وكذلك الفيروزج ، والقار نوع من القطران ، والعد بكسر العين . قال أبو عبيد : العد بلغة تميم الكثير ، وبلغة بكر بن وائل هو القليل ، والمراد هنا فى الحديث الكثير الذى لا ينقطع . وأما كلمة التقن التى جرت هنا فى كلام المصنف فهى من الكلمات التى كانت شائعة عند أهل بغداد ، ويريدون بها سيف النهر وما اجتمع فيه من الطين وغيره .

أما الأحكام فإن المعادن إما ظاهرة ، وهى التى سنتكلم عليها فى الفصل التالى أما المعادن الباطنة وهى التى لا يوصل إليها إلا بالعمل والمؤنة كمعادن الذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص والبللور والفيروزج ، فإذا كانت ظاهرة فلا تملك بالإحياء لما سيأتى ، وإن لم تكن ظاهرة فحفرها إنسان

لم تملك بذلك فى ظاهر مذهب أحمد والشافعى ، وهو قول أبى إسحاق المروزى ، ويحتمل أن يملكها بذلك . وهو قول للشافعى والمصنف والنووى فى المنهاج . ومنع أبو القاسم الصيمرى أن يملك الكلأ ، ولأنه لو فرخ طائر فى الأرض لم يملك . وقول أكثر الأصحاب يملك لأنه من نماء الأرض كمن يملك غنما فإنه يملك أصوافها وأشعارها لأنه نماء فى ملكه ، ولأنه إظهار تهيأ بالعمل والمؤنة فملك بالاحياء كالأرض ، ولأنه باظهاره تهيأ للانتفاع به من غير حاجة إلى تكرار ذلك العمل ، فأشبه إحاطة الأرض أو إجراء الماء إليها .

ووجه الأول أن الاحياء الذى يملك به هو العمارة التى تهيأ بها المحيى للانتفاع من غير تكرار عمل ، وهذا حفر وتخريبه يحتاج إلى تكرار عند كل انتفاع ، فإن قيل : فلو احتفر بئراً ملكها وملك حريمها ، قلنا : البئر تهيأت للانتفاع بها من غير تجديد حفر ولا عمارة ، وهذه المعادن تحتاج عند كل انتفاع إلى عمل وعمارة فافترقا .

أما إذا ملك الأرض بالإحياء فظهر أن فيها معدنا من المعادن الجامدة ظاهراً أو باطنا فقد ملكه لأنه ملك الأرض بجميع أجزائها وطبقاتها وهذا منها ويفارق الكنز فإنه مودع فيها وليس من أجزائها ، ويفارق ما إذا كان ظاهراً قبل إحيائها لأنه قطع عن المسلمين نفعا كان واصلا إليهم ، ومنعهم انتفاعا كان لهم . وههنا لم يقطع عنهم شيئا لأنه إنما ظهر باظهاره له ، ولو تحجر الأرض أو أقطعها فظهر فيها المعدن قبل إحيائها لكان له إحياؤها ويملكها بما فيها لأنه صار أحق به بتحجره وإقطاعه فلم يمنع من إتمام حقه .

فرع ظهرت نتيجة لتقدم العلوم بأسرار الكائنات مادة الزيت الذى يولد الطاقة ويدير الآلات والمصانع وهذا يخرج من باطن الأرض فتعهد الدولة إلى شركة ذات خبرة ومهارة وعلم بفن استنباط الزيت (البترول) بعقد يختلف باختلاف الأحوال فمثلا تارة يكون (عقد امتياز) وهو يعطى للشركة حق استخراج النفط من باطن الأرض وتسويقه وتصنيعه

فى مقابل إتاوة تفرضها الدولة على الشركة بحسب ما تدره الآبار من مال . وتارة يكون العقد عقد مشاركة بين الدولة والشركة المنقبة والمستنبطة تملك الدولة التى تنوب عن المسلمين بمقتضى هذا العقد ٥١ ٪ من حصص الشركة وتملك الشركة المنقبة ٤٩ ٪ وتارة تقوم الدولة بالتنقيب بواسطة المهندسين والفنيين وتتولى بموظفيها التسويق والبيع وقد كان لهذا النفط أثر بالغ عندما قررت الدول العربية المنتجة لهذا النفط عدم بيعه إلى البلاد التى تمالىء عدونا من اليهود فعاشوا فى ظلام دامس وتوقفت حركة السيارات وعاد الناس إلى استخدام الدواب والدراجات وحبذا لو كان الإحياء لما فى باطن الأرض فى بلاد المسلمين يجرى على سنن يرصدون أمواله الفائضة بعد وفرة العيش عند الناس للجهاد فى سبيل عز الإسلام ونشر دعوته والتبشير بها والله أعلم .

فرع يقال للبئر التى تحفر فى الأرض الموات : بئر عادية بتشديد الياء منسوبة إلى عاد ، وليس المراد عاداً بعينها ، ولكن لما كانت عاد فى الزمن الأول وكانت لها آثار فى الأرض نسب إليها كل قديم ، فكل من حفر بئراً فى موات للتمليك فله حريمها أربعون ذراعا حولها أو خمس وعشرون ذراعاً من كل جانب أو خمسون ذراعا طول أبعد طرفى حريمها ، ومن سبق إلى بئر عادية كان أحق بها لقوله صلى الله عليه وسلم : « من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له وله حريمها خمسون ذراعا من كل جانب » .

وقد فرق سعيد بن المسيب بين العادىّ منها والبدئى ، فجعل الأولى حريمها خمسين ذراعاً وجعل البدئية حريمها خمسة وعشرين ذراعا . وجعل حريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع وقال : هذا من السنة . وإذا قال تابعى كبير كابن المسيب « من السنة » كان مظنة أن يكون هذا عمل الصحابة مسنداً إلى النبى صلى الله عليه وسلم .

وكذلك روى أبو عبيد عن يحيى بن سعيد الأنصارى أنه قال « السنة فى حريم القليب العادى* خمسون ذراعاً والبدئى خمس وعشرون ذراعاً »

فإنما يقول كل منهما ــ وهما تابعيان كبيران ــ ذلك لما صح عندهما من عمل الصحابة واتفاقهم عليه مما يجعل هذا القدر هو السنة لأنه لا يخلو من هدى نبوى .

وقال أصحاب أحمد منهم أبو الخطاب والقاضى : ليس هذا على طريق التحديد بل حريمها على الحقيقة ما تحتاج إليه فى ترقية مائها منها ، فان كان بدولاب فقدر مد الثور أو غيره ، وإن كان بساقية فبقدر طول البئر ، لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « حريم البئر مد رشائها » رواه ابن ماجه .

وذهب النووى إلى تحديد حريم البئر المحفورة فى الموات بمقدار موقف النازح منها ، قال الرملى : وهل يعتبر قدر النازح من سائر الجوانب أو من أحدها فقط ؟ الأقرب اعتبار العادة فى مثل ذلك المحل ا هـ .

وعلى هذا يكون حريم البئر من جوانبه ما يحتاج إليه فى مجال عمله ، وينبغى أن يمتد حريمها إلى ما تقتضيه . وقال أبو حنيفة : حريم البئر أربعون ذراعاً ، وحريم العين خمسمائة ذراع ، لأن أبا هريرة روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « حريم البئر أربعون ذراعاً لأعطان الإبل والغنم » .

(قلت) حديث أبى هريرة رواه أحمد « حريم البئر العادى خمسون ذراعا ، وحريم البئر البدىء خمسة وعشرون ذراعا » وعن الشعبى مثله . وقد روى الدارقطنى والخلال باسنادهما عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « حريم البئر خمس وعشرون ذراعاً ، وحريم العادى خمسون ذراعاً » وقد أعله الدارقطنى بالإرسال وقال : من أسنده فقد وهم ، وفى سنده محمد ابن يوسف المقرى شيخ شيخ الدارقطنى وهو متهم بالوضع ، ورواه البيهقى من طريق يونس عن الزهرى عن المسيب مرسلا وزاد فيه « وحريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع من نواحيها كلها » وأخرجه الحاكم من حديث أبى هريرة موصولا ومرسلا والموصول فيه عمر بن قيس وهو ضعيف والأحاديث فى مجموعها تثبت أن للبئر حريماً ،والمراد بالحريم ما يمنع منه

المحيى والمحتقر لأضراره ، وفى النهاية : سمى بالحريم لأنه يحرم منع صاحبه منه ، ولأنه يحرم على غيره التصرف فيه .

وحديث عبد الله بن مغفل الذى ساقه المصنف يجعل العلة فى ذلك هى ما يحتاج إليه صاحب البئر عند سقى إبله لاجتماعها على الماء .

وحديث أبى هريرة دال على أن العلة هو ما يحتاج إليه البئر لئلا تحصل المضرة عليها باقتراب الإحياء منها ، ولذا وقع الاختلاف بين حالى كل من البدىء والعادى ، والجمع بين الحديثين يمكن أن ينظر فيهما من وجه الحاجة فإن كانت لأجل سقى الماشية فحديث الأربعين أو الخمس والعشرين ، وإن كانت لأجل البئر فخمسين وقد ذهب الشافعى وأبو حنيفة إلى أن حريم البئر أربعون ، وذهب أحمد إلى أن الحريم خمسة وعشرون .

فرع ومن كانت له بئر فيها ماء فجاء آخر فحفر قريباً منها بئراً فليس له منعه من ذلك ، وإن نقص ماء البئر الأولى أو انسرب الماء إليها لأنه تصرف مباح فى ملكه ، ويحتمل أن يمنع من ذلك من حفر بئراً فى موات إلى جوار بئر مثلها وجعلها أعمق منها بحيث تجتذب ماء الأولى إليها ، لأنه ليس له أن يبتدىء ملكه على وجه يضر المالك قبله ، وهو مذهب أحمد وقول الشافعى رضى الله عنهما ، والقول الأظهر وهو المذهب : له ذلك لأنه تصرف مباح فى ملكه فجاز له كتعلية داره . وهكذا الخلاف فى كل مايحدثه الجار مما يضر بجاره ، مثل أن يجعل داره مدبغة أو حماما يضر بعقار جاره برائحته أو غيرها ، أو يجعل داره مخبزاً فى وسط العطارين ونحو ذلك مما يؤذى الجيران فمذهب أحمد : المنع من ذلك ، والأظهر من مذهب الشافعى : له ذلك كله ، لأنه تصرف مباح فى ملكه أشبه ببناء ونقضه . (والثانى) ليس له ذلك والذى تميل إليه النفس ويظاهره الدليل لقوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » ولعله يصح مذهبا لقول الشافعى رضى الله عنه « إذا صح الحديث فهو مذهبى » المنع عند تحقق المضارة .

أما إذا ألصق الحائط بالحائط بغير مسافة ولو يسيرة منع من ذلك .

أما إذا طرح فى أصل الأرض فضلات عفنة تسرى فى مسام الأرض فتحدث فى البناء العطب والتلف منع من ذلك قولا واحداً ، لأنه تصرف باشر ملك غيره بما يضره . أما إذا حفر فى أصل حائطه حشا فقولان (أحدهما) لم يمنع من ذلك (والثانى) يمنع لأنه يضر بالحاجز الذى بينهما والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان تحجر رجل مواتا وهو ان يشرع فى احيائه ولم يتمم صار احق به من غيره لقوله صلى الله عليه وسلم : « من سبق الى ما لم يسبق اليه فهو احق به » وان نقله الى غيره صار الثانى احق به ، لانه آثره صاحب الحق به ، وان مات انتقل ذلك الى وارثه ، لانه حق تملك ثبت له فانتقل الى وارثه كالشفعة ، وان باعه ففيه وجهان :

(احدهما) وهو قول ابى اسحاق : انه يصح لانه صار أحق به فملك بيعه .

(والثانى) انه لا يصح ، وهو المذهب ، لانه لم يملكه بعد فلم يملك بيعه كالشفيع قبل الأخذ ، وان بادر غيره الى احيائه ـ نظرت ، فان كان ذلك قبل ان تطول المدة ـ ففيه وجهان :

(احدهما) لا يملك لان يد المتحجر أسبق .

(والثانى) يملك لان الاحياء يملك به ، والتحجر لا يملك به ، فقدم ما يملك به على مالا يملك به ، وان طالت المدة ولم يتمم قال له السلطان : اما أن تعمر واما أن ترفع يدك ، لانه ضيق على الناس فى حق مشترك بينهم فلم يمكن منه كما لو وقف فى طريق ضيق او مشرعة ماء ومنع غيره منها ، وان سأل أن يمهل أمهل مدة قريبة ، فان انقضت المدة ولم يحى فبادر غيره فاحيا ملك ، لانه لا حق له بعد انقضاء المدة .

فصل ومن سبق فى الموات الى معدن ظاهر وهو الذى يوصل الى ما فيه من غير مؤنة كالماء ، والنفط ، والمومياء والياقوت ، والبرام ، والملح ، والكحل كان أحق به لقوله صلى الله عليه وسلم : « من سبق الى ما لم يسبق اليه فهو احق به » فان اطال المقام فيه ففيه وجهان :

(احدهما) لا يمنع لانه سبق اليه (والثانى) يمنع لانه يصير كالمتحجر ،

فان سبق اثنان وضاق المكان وتشاحا ، فان كانا ياخذان للتجارة ، هايأ الامام بينهما ، فان تشاحا فى السبق اقرع بينهما ، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر فقدم بالقرعة وان كانا ياخذان للحاجة ففيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) يقرع بينهما لانه لا مزية لأحدهما على الآخر .

(والثانى) يقسم بينهما لانه يمكن لهما القسمة فلا يؤخر حقه .

(والثالث) يقدم الامام احدهما لان للامام نظراً فى ذلك فقدم من رأى تقديمه ، وان كان من ذلك ما يلزم عليه مؤنة بان يكون بقرب الساحل موضع اذا حصل فيه الماء حصل فيه ملح جاز أن يملك بالاحياء ، لانه يوصل اليه بالعمل والمؤنة ، فملك بالاحياء كالموات) .

الشرح حديث « من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق به » هذا الحديث هو الذى سبق تخريجه فقد رواه أبو داود وصححه الضياء المقدسى عن أسمر بن مضرس . وقال البغوى : لا أعلم بهذا الإسناد غير هذا الحديث .

أما اللغات فالمومياء لفظة يونانية الأصل وأصلها مومياى فحذفت الياء اختصاراً وبقيت الألف مقصورة وهو معدن يؤخذ منه دواء للعلاج كالتوتيا وكالجنزار من سلفات النحاس وقال الرملى : المومياء شىء يلقيه البحر فى بعض السواحل فيجمد ويصير كالقار ، وقيل حجارة سود فى اليمن والبرام يعمل منه قدور الطبخ .

أما الأحكام فإن التحجر إحاطة الأرض بالحجارة ، أو بحائط صغير ، وهو شروع فى إحياء الموات وليس إحياء تاما ، ولذلك فإنه لا يملكها بذلك لأن الملك لا يكون إلا بالإحياء ، وليس هذا إحياء ولكن يصير أحق الناس به ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق به » فإن نقله إلى غيره صار الثانى بمنزلته لأن صاحبه أقامه مقامه ، وإن مات فوارثه أحق به لقول النبى صلى الله عليه وسلم « من ترك حقا أو مالا فهو لورثته من بعده » وهذا هو المذهب ومذهب أحمد رضى الله عنه وقال أبو إسحاق المروزى : إن حق التملك قد ثبت له فيصح له بيعه وقبض

ثمنه ، والمذهب أنه لا يصح له بيعه كالشفيع لا يصح له أن يبيع قبل أن يأخذ . وإن ثبت له الاختصاص وفرق بين الاختصاص والملك ، والاختصاص لا يستلزم صحة البيع أو الهبة .

فإن سبق غيره فأحياه ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يملكه لأن الإحياء يملك به والحجر لا يملك به فثبت الملك بما يملك به دون ما لم يملك به كمن سبق إلى معدن أو مشرعة ماء فجاء غيره فأزاله وأخذه (والثانى) لا يملكه لأن مفهوم قوله عليه السلام « من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد » وقوله : « فى حق غير مسلم فهى له » أنها لا تكون له إذا كان لمسلم فيها حق ، وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم « من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به » وروى سعيد بن منصور فى سننه أن عمر رضى الله عنه قال « من كانت له أرض ــ يعنى من تحجر أرضاً ــ فعطلها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها » .

وهذا يدل على أن من عمرها قبل ثلاث سنين لا يملكها ، وهو مذهب أحمد رضى الله عنه ، ومذهب الشافعى رضى الله عنه أن المدة فى التحجر إذا طالت عرفا بلا عذر ، فإن السلطان يقول للمتحجر : إما أن تحييه أو تتركه ليحييه غيرك لأنه ضيق على الناس فى حق مشترك بينهم فلم يمكن من ذلك كما لو وقف فى طريق ضيق أو مشرعة ماء أو معدن لا ينتفع ولا يدع غيره ينتفع .

فإن سأل الإمهال لعذر له أمهل الشهر والشهرين ونحو ذلك ، فإن أحياه غيره فى مدة المهلة ففيه الوجهان اللذان ذكرناهما ، وإن انقضت المدة ولم يعمر فلغيره أن يعمره ويملكه ، لأن المدة قد ضربت له لينقطع حقه بمضيها وسواء أذن له السلطان فى عمارتها أو لم يأذن له ، وإن لم يكن للمتحجر عذر فى ترك العمارة قيل له : إما أن تعمر وإما أن ترفع يدك ، فإن لم يعمرها كان لغيره عمارتها .

ومذهب أحمد فى هذا كله نحو مذهبنا الا فى التوقيت بثلاث سنين

لقول عمر رضى الله عنه ، لأن عمر رضى الله عنه أخذ بالعرف فى زمنه ، وقد تكون السنون الثلاث معطلة لنفع يعود على المسلمين من إحياء الموات ونشر العمران مما يحقق مقاصد الإسلام ، ويدفع المسلمين إلى التسابق فى استخراج خيرات الأرض واستنباط معادنها وإصلاح تربتها وتأهيل مهجورها وتعمير خرابها ؛ وذلك صلاح للمسلمين وقوة لهم وعدة على أعدائهم ومصادر أعمال لعاطليهم وتوسيع لرقعة مساكنهم ، وما نشطت شركات الكفار وتسابقت تستعمر بلاد المسلمين إلا لتعطيلهم هذه الأحكام الشريفة ، وتخلفوا عن غيرهم فى مجالات التعمير والبناء وهجرهم لتعاليم النبى صلى الله عليه وسلم وصدق الله العظيم « ومن أعرض عن ذكرى فإن له معيشة ضنكا ونحشره يوم القيامة أعمى ، قال : رب لم حشرتنى أعمى ، وقد كنت بصيراً ؟ قال : كذلك أتتك آياتنا فنسيتها وكذلك اليوم تُنسَى » (١) .

فرع فى حكم المعادن الظاهرة ؛ قال الشافعى رضى الله عنه : ومثل هذا كل عين ظاهرة كنفط أو قار أو كبريت أو موميا أو حجارة ظاهرة كموميا فى غير ملك لأحد ، فليس لأحد أن يتحجرها دون غيره ، ولا لسلطان أن يمنعها لنفسه ولا لخاص من الناس ، لأن هذا كله ظاهر كالماء والكلأ ا هـ . وهى التى يوصل إلى ما فيها بغير مؤنة ينتابها الناس وينتفعون بها كالملح والماء والكبريت والنفط وأحجار التلك الذى يتخذ مسحوقه لتبريد الجلد وأشباه ذلك لا تملك بالإحياء ولا يجوز إقطاعها لأحد من الناس ، ولا احتجازها دون المسلمين لما فى ذلك من التضيق عليهم وحرمانهم من خيرات ظاهرة ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم « أقطع أبيض بن حمال معدن الملح فى مأرب باليمن ، فلما قيل له : إنه بمنزلة الماء العد . أمر برده » فأنزل رسول الله صلى الله عليه وسلم الملح الكثير منزلة مشارع الماء وطرقات المسلمين .

قال ابن عقيل من الحنابلة : هذا من مواد الله وفيض جوده الذى لا غناء عنه فلو ملكه أحد بالاحتجاز ملك منعه فضاق على الناس ، فإن أخذ عنه الثمن أغلاه فخرج عن الموضع الذى وضعه الله من تعميم ذوى الحوائج من

---

(١) الآية : ١٢٤ ـ ١٢٦ من سورة طه .

غير كلفة . وهذا مذهب الشافعى وأحمد ولا نعلم لهما مخالفاً من الأئمة . قال الرملى : وللإجماع على منع إقطاع مشارع الماء وهـذا مثلهـا بجامع الحاجة العامة بغير عمل ، ويمتنع أيضاً إقطاع وتحجر أرض لأخذ نحو حطبها وصيدها وبركة لأخذ سـمكها ، وظاهر كلام الأصـحاب المنع من التملك والارتفاق ولكن الزركشى قيد المنع بالتملك .

ويأتى بعد هذا إذا أطال من سبق إليه المقام فيه ففيه وجهان (أحدهما) لا يمنع لأنه سبق إليه فهو أحق به بشرط أن لا يمنع غيره ويأخذ قدر حاجته (والثانى) يمنع لأنه أطال المقام والأخذ ، واحتمل أن يمنع غيره لأنه يصـير كالمتملك له أو المتحجر .

وإن استبق إليه اثنان وضاق المكان عنهـما أقرع بينهـما لأنه لا مزية لأحدهما على صاحبه ، وهذا إذا كانا يأخذانه للتجارة ، فإن كانا يأخذانه للحاجة ففيه ثلاثة أوجه ، إما أن يقرع بينهما كالمتجرين ، وإما أن يقسم بينهما لإمكان هذه القسمة وقد تساويا فيه كما لو تداعيا فى أيديهما ولا بينـة لأحدهما بها ، وإما أن يقدم الإمام من يرى منهما لأن له نظـراً فى ذلك ، وهذه الأوجه كلها عند أحمد وأصحابه وأضاف القاضى وجهاً رابعاً وهو أن الإمام ينصب من يأخذ لهما ويقسم بينهما .

ولو كان فى الموات موضع يمكن أن يحدث فيه معدن ظاهر كموضع على شاطىء البحر إذا صار فيه ماء البحر وتبخر صار ملحاً ملك بالإحياء وجاز للإمام إقطاعه لشركات أو أفراد لأنه لا يضيق على المسلمين بإحداثه ، بل يحدث نفعه بفعله ، فلم يمنع منه كبقية الموات ، وإحياء هذا يتم بتهيئته لما يصلح من حفر ترابه وتمهيده وفتح القنوات إليه تصب الماء فيه ، لأنه يتهيأ بهذا الانتفاع به .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **وان سبق الى معدن باطن وهو الذى لا يوصل اليه الا بالعمل والمؤنة كمعدن الذهب ، والفضة ، والحـديد ، والرصـاص ، واليـاقوت ،**

والفيروزج ، فوصل الى نيله ملك ما أخذه لقوله صلى الله عليه وسلم « من سبق الى ما لم يسبق اليه فهو احق به » وهل يملك المعدن ؟ فيه قولان :

(احدهما) يملكه لأنه موات لا يوصل الى ما فيه الا بالعمل والانفاق ، فملكه بالاحياء كموات الأرض .

(والثانى) لا يملك وهو الصحيح « لأن النبى صلى الله عليه وسلم علق الملك فى الموات على الاحياء وهو العمارة » والعمل فى المعدن حفر وتخريب فلا يملك به ، ولأنه يحتاج فى كل جزء يأخذه الى عمل فلا يملك منه الا ما اخذ ، ويخالف موات الأرض لأنه اذا عمر انتفع به على الدوام من غير عمل مستأنف فملك به ، فان قلنا : انه يملك بالاحياء ملكه الى القرار وملك مرافقه ، فان تباعد انسان عن حريمه ، وحفر معدنا فوصل الى العرق ، لم يمنع من اخذ ما فيه ، لأنه احياء فى موات لا حق فيه لغيره ، فان حفر ولم يصل الى النيل صار أحق به كما قلنا فيمن تحجر فى موات الأرض . فان قلنا : لا يملك كان كالمعدن الظاهر فى ازالة يده اذا طال مقامه ، وفى القسمة والتقديم بالقرعة وتقديم من يرى الامام تقديمه .

فصل ويجوز الارتفاق بما بين العامر من الشوارع والرحاب الواسعة بالقعود للبيع والشراء ، لاتفاق أهل الأمصار فى جميع الأعصار على اقرار الناس على ذلك من غير انكار ، ولأنه ارتفاق بمباح من غير اضرار فلم يمنع منه كالاجتياز ، فان سبق اليه كان أحق به ، لقوله صلى الله عليه وسلم « منى مناخ من سبق » وله أن يظل بما لا ضرر به على المارة من بارية وثوب ، لأن الحاجة تدعو الى ذلك ، وان اراد أن يبنى دكة منع ، لأنه يضيق به الطريق ، ويعثر به الضرير وبالليل البصير ، فلم يجز ، وان قام وترك المتاع لم يجز لغيره أن يقعد فيه ، لأن يد الأول لم تزل ، وان نقل متاعه كان لغيره أن يقعد فيه لأنه زالت يده ، وان قعد واطال ففيه وجهان :

(احدهما) يمنع ، لأنه يصير كالمتملك ، وتملكه لا يجوز .

(والثانى) يجوز لأنه قد ثبت له اليد بالسبق اليه .

وان سبق اليه اثنان ففيه وجهان :

(احدهما) يقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر .

(والثانى) يقدم الامام أحدهما ، لأن للامام النظر والاجتهاد ، ولا تجىء القسمة لانها لا تملك فلم تقسم) .

الشرح حديث « من سبق إلى ما لم يسبق إليه الخ » أخرجه أبو داود والضياء المقدسى بلفظ « من سبق الى ما لم يسبقه اليه مسلم فهو له » عن أم جندب وعن أسمر بن مضرس قال الحافظ قال البغوى : لا أعلم بهذا الاسناد غير هذا الحديث وصححه الضياء فى المختارة وأما حديث (منى مناخ من سبق) فقد أخرجه الترمذى وابن ماجه والحاكم عن عائشة رضى الله عنها .

أما الأحكام فقد مضى أكثر مسائل هذين الفصلين ، أما ما كان من الشوارع والطرقات والرحاب (الميادين) بين العمران فليس لأحد إحياؤه ، سواء كان واسعاً أو ضيقا ، وسواء ضيق على الناس أو لم يضيق ، لأن ذلك يشترك فيه المسلمون وتتعلق به مصلحتهم فأشبه مساجدهم ، ويجوز الارتفاق بالقعود فى الواسع من ذلك للبيع والشراء على وجه لا يضيق على أحد ولا يضر بالمارة لاتفاق أهل الأمصار فى جميع الأعصار على إقرار الناس على ذلك من غير إنكار ، ولأنه ارتفاق مباح من غير إضرار فلم يمنع منه كالاجتياز والمرور والعبور .

وقال أحمد فى السابق إلى دكاكين السوق غدوة فهو له إلى الليل ، وكان هذا فى سوق المدينة فيما مضى ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « منى مناخ من سبق » وله أن يظلل على نفسه بما لا ضرر فيه من بارية ومظلة وكساء ونحوه لأن الحاجة تدعو إليه ، فإذا جرى العرف بمنعه إلا بإذن السلطان لتنظيم صفوفهم وحصرهم فيما لا يخل بحرمة الطريق ومخاطر الآلات المستحدثة للركوب كالمترو والترولى والترام والباس ، والسيارات العام منها والخاص ، فللسلطان أن يقيد المطلق أحيانا إذا اقتضت ذلك مصلحة أرجح من الإطلاق وجميع المدن المتحضرة فى العالم اليوم لا تسمح باشغال الطريق إلا فى حدود المتر ونحوه ، وبترخيص يصدر من وزارة الإسكان والمرافق ، ولو تركت الطرقات هكذا لكل من يريد أن ينصب فيها تابوتاً لبضاعته فى عرض الطريق لضاقت الطرقات والشوارع على المارة والمجتازين، وربما ادعى أحدهم ملكية المكان الذى يشغله .

على أن الفقهاء لم يرتبوا حقاً للتملك لمن يجلس فى الطرقات للبيع والشراء فقالوا : والسابق آحق به مادام فيه ، فإن قام وترك متاعه فيه لم يجز لغيره إزالته لأن يد الأول عليه ، وإن نقل متاعه كان لغيره أن يقعد فيه لأن يده قد زالت وإن قعد وأطال منع من ذلك لأنه يصير كالمتملك ، ويختص بنفع يساويه غيره فى استحقاقه ، ويحتمل أن لا يزال . وهذا وجه آخر لأنه سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم . وإن استبق إليه اثنان احتمل أن يقرع بينهما ، واحتمل أن يقدم الإمام من يرى منهما وقال أحمد بن حنبل رضى الله عنه : ما كان ينبغى لنا أن نشترى من هؤلاء الذين يبيعون على الطريق قلت : إن الإمام أحمد رضى الله عنه يرى فى وقوف مثله على قارعة الطريق للشراء ضرباً من التبذل المخل بأهل الوقار والتصون ، لأن هؤلاء قلما يراعون حقوق الطريق ، فقد روى الشيخان عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إياكم والجلوس فى الطرقات فقالوا : يا رسول الله ما لنا من مجالسنا بد نتحدث فيها ، فقال : إذا أبيتم إلا الجلوس فأعطوا الطريق حقها . قالوا : وما حق الطريق يا رسول الله ؟ قال : غض البصر وكف الأذى ورد السلام والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر » هذا وقد تسمع المناكير من الجالسين فى الطرقات والضوضاء وما يشجر بينهم وبين عرفائهم يخرج عن حدود اللياقة والآداب . والله يهدى من يشاء إلى صراط مستقيم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الاقطاع والحمى

يجوز للامام أن يقطع موات الأرض لمن يملكه بالاحياء لما روى علقمة ابن وائل عن أبيه « ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطعه أرضاً فأرسل معه معاوية أن أعطه اياها ، أو قال أعطها اياه » .

وروى ابن عمر « أن النبى صلى الله عليه وسلم أقطع الزبير حضر فرسه فاجرى فرسه حتى قام ورمى بسوطه ، فقال أعطوه من حيث وقع السوط » وروى : « أن أبا بكر أقطع الزبير وأقطع عمر علياً وأقطع عثمان رضى الله عنهم خمسة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ؛ الزبير ، وسعداً ،

وابن مسعود ، وخباباً ، وأسامة بن زيد رضى الله عنهم » ومن اقطعه الامام شيئاً من ذلك صار أحق به . ويصير كالمتحجر فى جميع ما ذكرناه ، لأنه باقطاع الامام صار أحق به كالمتحجر ، فكان حكمه حكم المتحجر ، ولا يقطع من ذلك الا ما يقدر على احيائه ، لأنه اذا اعطاه أكثر من ذلك دخل الضرر على المسلمين من غير فائدة .

فصل وأما المعادن فانها ان كانت من المعادن الظاهرة لم يجز اقطاعها لما روى ثابت بن سعيد عن أبيه عن جده أبيض بن حمال أنه « استقطع النبى صلى الله عليه وسلم ملح المأرب فأقطعه اياه ، ثم ان الأقرع ابن حابس قال : يا رسول الله انى قد وردت الملح فى الجاهلية ، وهو بأرض ليس بها ملح ، ومن ورده أخذه ، وهو مثل الماء العد بأرض ، فاستقال أبيض ابن حمال فقال أبيض : قد أقلتك فيه على أن تجعله منى صدقة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هو منك صدقة وهو مثل الماء العد ومن ورده أخذه » .

وان كانت من المعادن الباطنة فان قلنا : انها تملك بالاحياء جاز اقطاعه لأنه موات يجوز أن يملك بالاحياء فجاز اقطاعه كموات الأرض ، وان قلنا : لا تملك بالاحياء ، فهل يجوز اقطاعه ؟ فيه قولان :

(أحدهما) يجوز اقطاعه لأنه يفتقر الانتفاع به الى المؤن فجاز اقطاعه كموات الأرض .

(والثانى) لا يجوز ، لأنه معدن لا يملك بالاحياء فلم يجز اقطاعه كالمعادن الظاهرة ، فاذا قلنا : يجوز اقطاعه لم يجز الا ما يقوم به لما ذكرناه فى اقطاع الموات .

فصل ويجوز اقطاع ما بين العامر من الرحاب ومقاعد الأسواق للارتفاق ، فمن اقطع شيئاً من ذلك صار أحق بالموضع ، نقل متاعه أو لم ينقل ، لأن للامام النظر والاجتهاد ، فاذا اقطعه ثبتت يده عليه بالاقطاع ، فلم يكن لغيره ان يقعد فيه) .

الشرح حديث ابن عمر رواه أبو داود فى إسناده عبد الله ابن عمر بن حفص بن عاصم بن عمر بن الخطاب الملقب بالعُمَرِىّ المكبر قال ابن حجر فى التقريب : ضعيف عابد . وقال الصنعانى : فيه مقال . وقال الذهبى : صدوق فى حفظه شيء . وقال ابن حجر فى

التلخيص : وله أصل فى الصحيح من حديث أسماء بنت أبى بكر أن النبى صلى الله عليه وسلم « أقطع الزبير أرضا من اموال بنى النضير » وأما راوى حديث الباب فقد روى عن ابن معين أنه قال : ليس به بأس ، يكتب حديثه ، وقال الدارمى : قلت لابن معين : كيف حاله فى نافع ؟ قال : صالح ثقة . وقال الفلاس : كان يحيى القطان لا يحدث عنه . وقال أحمد بن حنبل : صالح لا بأس به ، وقال النسائى وغيره : ليس بالقوى ، وقال ابن عدى : هو فى نفسه صدوق . وقال أحمد : كان عبد الله رجلا صالحاً ، كان يسأل عن الحديث فى حياة أخيه عبيد الله فيقول : أما وأبو عثمان حيٌّ فلا . وقال ابن المدينى : عبد الله ضعيف . وقال ابن حبان : كان ممن غلب عليه الصلاح والعبادة حتى غفل عن حفظ الأخبار . وجودة الحفظ للآثار ، فلما فحش خطؤه استحق الترك .

وقد أخرج الشيخان عن أسماء بنت أبى بكر فى حديث ذكرته قالت « كنت أنقل النوى من أرض الزبير التى أقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم على رأسى وهو منى على ثلثى فرسخ » .

وقوله : حُضر فرسه ، أى قدر ارتفاع الفرس فى عدوه ، وفى قولها « من أرض الزبير » يحتمل أن تكون هذه الأرض هى التى وردت فى حديث ابن عمر وفى البخارى فى آخر كتاب الخمس من حديث أسماء أن النبى صلى الله عليه وسلم « أقطع الزبير أرضاً من أموال بنى النضير » وفى سنن أبى داود عن أسماء « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع الزبير نخلا » والأحاديث تدل على أنه يجوز للنبى صلى الله عليه وسلم ومن بعده من الأئمة إقطاع الأراضى وتخصيص بعض دون بعض لمن يأنس فيهم القدرة على القيام عليها وإحيائها واستنباط منافعها . وقد ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم «أقطع صخر بن أبى العيلة البجلى الأحمسى ماء لبنى سليم لما هربوا عن الإسلام وتركوا ذلك ، ثم رده إليهم » فى قصة طويلة مذكورة فى سنن أبى داود .

ومنها ما أخرجه أبو داود عن سبرة بن معبد الجهنى « أن النبى صلى

الله عليه وسلم نزل فى موضع المسجد تحت دومة فأقام ثلاثاً ثم خـرج إلى تبوك وإن جهينة لحقوه بالرحبة فقال لهم : من أهل ذى المروة ؟ فقالوا : بنو رفاعة من جهينة ، فقال : قد أقطعتها لبنى رفاعة فاقتسموها ، فمنهم من باع ومنهم من أمسك فعمل » .

ومنها عند أبى داود عن قيلة بنت مخرمة قالت : « قدمنا على رسـول الله صلى الله عليه وسلم وتقدم صاحبى يعنى حريث بن حسـان وافد بكر ابن وائل ، فبايعه على الإسلام عليه وعلى قومه ، ثم قال : يا رسـول الله اكتب بيننا وبين بنى تميم بالدهناء أن لا يجاوزها إلينا منهم أحد إلا مسافر أو مجاور ، فقال : اكتب له يا غلام بالدهناء فلما رأيته قد أمر له بها شخص بى وهى وطنى ودارى ، فقلت : يا رسول الله إنه لم يسألك السوية مـن الأرض إذ سألك ، إنما هذه الدهناء عنـدك مقيد الجمـل ومرعى الإبل ، ونساء بنى تميم وأبناؤها وراء ذلك ، فقـال : أمسك يا غـلام صـدقت المسكينة ، المسلم أخو المسلم يسعهما الماء والشجر ويتعاونان على الفتّان » يعنى الشيطان ، وأخرجه أيضا الترمذى مختصراً .

وأما حديث « أن أبيض بن حمال المازنى استقطع رسـول الله صلى الله عليـه وسـلم ملح مأرب فأراد أن يقطعـه ، ويروى فأقطعـه فقيـل : إنه كالماء العِدّ قال : فلا إذن » رواه الشافعى عن ابن عيينة عن معمر عن رجل من أهل مأرب عن أبيه : أن الأبيض بن حمال سأل ، فذكره سواء ، ورواه أصحاب السنن الأربعة من طريق محمد بن يحيى بن قيس المازنى عن أبيه عن سمى بن قيس عن شمير عن أبيض ، وطرقه النسائى ، وصـحه ابن حبان وضعفه ابن القطان .

أما اللغات فالعد بكسر العين المهملة الدائم الذى لا انقطاع لمادته ، وجمعه أعداد ، وقيل العد ما يجمع ويعد ، ورده الأزهرى ورجـح الأول ومأرب غير مهموز على وزن صارب موضع بصنعاء .

فائدة الذى قال للنبى صلى الله عليه وسلم ذلك هو الأقـرع ابن حابس بينه الدارقطنى فى روايته .

أما الأحكام فقد قال الشافعي رضي الله عنه : والموات الذي للسلطان أن يقطعه من يعمره خاصة وأن يحمى منه ما رأى أن يحميه عاماً لمنافع المسلمين ، والذي عرفنا نصاً ودلالة فيما حمى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه حمى البقيع ، وهو بلد ليس بالواسع الذي إذا حمى ضاقت البلاد على أهل المواشي وأضر بهم .

ويشتمل هذا الباب على ثلاثة أحكام تختص بالموات وهي الإحياء والإقطاع والحمى . فأما الإحياء فقد ذكرنا جوازه ومن يجوز له . وأما الإقطاع وهو موضوع الفصل ، فإنه لا يصح إلا في موات لم يستقر عليه ملك وعلى هذا « كان قطائع النبي صلى الله عليه وسلم حين أقطع الزبير ركض فرسه من موات البقيع فأجراه ثم رمى بسوطه رغبة في الزيادة فقال : أعطوه منتهى سوطه » وأما ورود بعض الأخبار فيما أعطاه للزبير من أرض بني النضير أو من نخل المدينة فقد أوردها البخاري في آخر كتاب الخمس ومعنى هذا أنها غنائم زالت عنها يد الكفار وهذه قضية أخرى غير ما أقطعه من أرض البقيع مواتاً لإحيائه ، وهكذا كانت قطائع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا ما كان من شأن تميم الداري وأبي ثعلبة الخشني ، فإن تميما سأل النبي صلى الله عليه وسلم أن يقطعه عيون البلد الذي كان منه بالشام قبل فتحه ، وأبو ثعلبة سأل النبي صلى الله عليه وسلم أن يقطعه أرضاً كانت بيد الروم فأعجبه الذي قال : فقال : ألا تسمعون ما يقول ؟ فقال : والذي بعثك بالحق لتفتحن عليك ، فكتب له كتاباً » .

فاحتمل ذلك من فعله أن يكون أقطعهما ذلك إقطاع تقليد لا إقطاع تمليك ، أو يجوز أن يكونا مخصوصين بذلك لتعلقه بتصديق أخبار وتحقيق إعجاز ، وأما الأئمة بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما لم يقطعا إلا مواتا لم يجر عليه ملك ، واصطفى عمر رضي الله عنه من أرض السواد أموال كسرى وأهل بيته وما هرب عنه أربابه أو هلكوا فكان يبلغ تسعة آلاف ألف فكان يصرفها في مصالح المسلمين ولم يقطع شيئاً ، ثم إن عثمان رضي الله عنه أقطعها لأنه رأى إقطاعها أوفى لغلتها من تعطيلها ، وشرط على من أقطعها أن يأخذ منه الغنى ، فكان ذلك منه

إقطاع إجازة لا إقطاع تمليك ، وقد توفرت عليه حتى بلغت خمسين ألف ألف ، ثم تناقلها الخلفاء بعده ، فلما كان عام الجماجم سنة اثنين وثمانين وفتنة ابن الأشعث أحرق الديوان وأخذ كل قوم مايليهم .

فإذا كان إقطاع الإمام إنما يختص بالموات دون العامر فالذى يؤثره إقطاع الإمام إنما يختص بالموات دون العامر ، والذى يؤثره إقطاع الإمام أن يكون المقطع أولى الناس بإحيائه ممن لم يسبق إحياؤه لمكان إذنه وفضل اجتهاده ، فلو بادر فأحياها غير المقطع فهى ملك للمحيى دون المقطع . وقال أبو حنيفة : إن أحياها قبل مضى ثلاث سنوات من وقت الإقطاع فهى للمقطع، وإن أحياها بعد ثلاث سنين فهى للمحيى .

وقال مالك بن أنس : إن أحياها عالما بالإقطاع فهى للمقطع ، وإن أحياها غير عالم بالإقطاع خير المقطع بين أن يعطى المحيى نفقة عمارته وتكون الأرض له ، وبين أن يترك عليه الأرض ويأخذ قيمتها قبل العمارة استدلالا برواية معمر عن أبى نجيح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع أقواما فجاء آخرون فى عهد عمر فأحيوها فقال لهم عمر رضى الله عنه حين فزعوا إليه : تركتموهم يعملون ويأكلون ثم جئتم تغيرون عليهم لولا أنها قطيعة رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أعطيتكم شيئاً ، ثم قومها عامرة وقومها غير عامرة ، ثم قال لأهل الأصل : إن شئتم فردوا عليهم ما بين ذلك وخذوا أرضكم ، وإن شئتم ردوا عليكم ثمن أرضكم ثم هى لهم .

ودليلنا على أنها ملك المحيى بكل حال دون المقطع ، قوله صلى الله عليه وسلم « من أحيا أرضاً مواتا فهى له » ولأن الإقطاع لا يوجب التمليك ، والإحياء يوجب التمليك فإذا اجتمعا كان ما أوجب التمليك أقوى حكما مما لم يوجبه . فأما حديث عمر رضى الله عنه فقد قال فى قضيته : « لولا أنها قطيعة رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أعطيتكم شيئاً » فدل على أن من رأيه أنها للمحيى ، وإنما عدل عن هذا الرأى لما توجه إليها من إقطاع رسول الله صلى الله عليه وسلم فكره أن يبطله ، فاستنزل الخصمين إلى ما قضى به مراضاة لا جبراً .

فإن كان المقطع قد حجرها وجمع ترابها حتى تميزت عن غيرها فجاء غيره فعمرها وحرثها نظر ، فإن كان المقطع مقيما على عمارتها حتى تغلب عليها الثانى فعمرها فهى للأول ويكون الثانى متطوعا بعمارته ، وإن كان المقطع قد ترك عمارتها فعمرها الثانى فهى للثانى دون الأول ، وهكذا لو كان الأول قد بدأ بالعمل من غير إقطاع فهذا حكم الإقطاع .

فـــرع مضى ما سقناه من حديث أبيض بن حمال الذى وفد إلى النبى صلى الله عليه وسلم استقطعه الملح ثم انتزعه منه لما علم أنه كالماء العد راجع تخريجنا للحديث فى أول الشرح وفى إقطاع المعادن روى أحمد وأبو داود عن ابن عباس قال « أقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم بلال بن الحرث المزنى معادن القبيلة جلسيّها وغوريّها ، وحيث يصلح الزرع من قدس ولم يعطه حق مسلم » وفى إسناده أبو أويس عبد الله بن عبد الله أخرج له مسلم فى الشواهد وضعفه غير واحد . قال أبو عمر بن عبد البر : هو غريب من حديث ابن عباس ليس يرويه عن أبى أويس غير ثور . وحديث عمرو بن عوف رواه أحمد وأبو داود أيضاً بمعنى حديث ابن عباس ، وفى إسناده ابن ابنه كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه عن جده .

والأحاديث واردة فى جواز أن يقطع الإمام من يأنس منه صلاحا مكاناً فيه معادن غير ظاهرة حتى يعالج أمرها بالعمل والتنقيب والبحث . ومن ثم فقد انتزع ما أقطعه من أرض مارب للأبيض بن حمال عندما علم أن الملح فيها كالماء الجارى ويشترط فى إقطاع المعادن أن يكون فى موات لا يختص به أحد . وهذا أمر متفق عليه .

وقال فى فتح البارى : حكى عياض أن الإقطاع تسويغ الإمام من مال الله شيئاً لمن يراه أهلا لذلك ، وأكثر ما يستعمل فى الأرض ؛ وهو أن يخرج منها لمن يراه ما يحوزه ، إما بأن يملكه إياه فيعمره ، وإما بأن يجعل له غلته مدة . قال السبكى : والثانى هو الذى يسمى فى زماننا هذا إقطاعاً ولم أر أحداً من أصحابنا ذكره . وتخريجه على طريق فقهى مشكل . قال : والذى يظهر أنه يحصل للمقطع اختصاص كاختصاص المتحجر ولكنه لا يملك

الرقبة ، وبهذا جزم الطبرى وادعى الأذرعى نفى الخلاف فى جواز تخصيص الإمام بعض الجند بغلة أرضه إذا كان مستحقا لذلك . هكذا فى الفتح .

وحكى صاحب الفتح أيضاً عن ابن التين أنه يسمى إقطاعا إذا كان من أرض أو عقار ، وإنما يقطع من الفىء ولا يقطع من حق مسلم ولا معاهد ، قال : وقد يكون الإقطاع تمليكا وغير تمليك ، وعلى الثانى يحمل إقطاعه صلى الله عليه وسلم . وذكر الخطابى وجهاً آخر فقال : إنما يحمى من الأراك ما بعد عن حضرة العمارة فلا تبلغه الإبل الرائحة إذا أرسلت فى الرعى اهـ .

أذا ثبت هذا فإنه لا يجوز الإمام أن يقطع ما لا يجوز إحياؤه من المعادن الظاهرة لأن النبى صلى الله عليه وسلم استعاد من أبيض بن حمال ما أقطعه ، لأنه وإن كان فيه توسعة على المقطع له إلا أن فيه تضييقاً على المسلمين .

فإذا رأى الإمام أن مكاناً نائياً عن العمران فيه من المعادن والمواد الأولية ما يدخل فى منافع الناس ، وهو من المعادن الظاهرة ، إلا أن بُعد مكانها عن العمران يجعلها فى حكم المعادن الباطنة ، لأن حملها ونقلها إلى حيث المنتفعون بها عمل يفوق أحياناً مؤنة التنقيب والحفر . وقد تكون المعادن الظاهرة هى فى حقيقتها مركبة من مواد مختلفة يحتاج فصلها بعضها عن بعض إلى مصانع ومعامل كالفوسفات والمنجنيز ، وثانى أكسيد الكالسيوم الذى يستخرج من الجير وهو يمثل نسبة عالية فى الجير تبلغ النصف منه قدراً ووزناً ، ومع ذلك فإن الجير مع احتوائه على ثانى أكسيد الكالسيوم يباع الطن منه بقروش معدودة فى حين أن ثانى أكسيد الكالسيوم يباع بالجرام والسبب فى ذلك هو نفقات استخلاصه ومؤنة تمييزه .

ومن ثم يجوز للإمام أن يقطع المناجم والمحاجر المحتوية على الخامات الظاهرة إذا قصد تصنيعها واستخلاص المواد النافعة الثمينة منها ، وذلك يساوى التنقيب عن المعادن الباطنة .

فرع مضى كلامنا فى أمر كان يعده الفقهاء من الإقطاع ويعده

المختصون فى زماننا هذا باسم الترخيص ، وهو إذن السلطان ، فإذا أراد أحد التجار أن يشغل الطريق أمامه استأذن الحاكم فمنحه رخصة يتحدد فيها المساحة المأذون فى شغلها نظير مكوس يؤديها توقف على تعبيد الطرق وتنظيفها وإنارة الشوارع وصيانتها من الروائح الكريهة والمزابل المؤذية وهى من الأمور التى تناط باجتهاد السلطان وبصره بالأمور ونظره فى صلاح رعيته ، والله أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يجوز لأحد أن يحمى مواتاً يمنع الاحياء ويرعى ما فيه من الكلأ ، لما روى الصعب بن جثامة قال : « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا حمى الا لله ولرسوله » فأما الرسول عليه السلام فانه كان يجوز له أن يحمى لنفسه وللمسلمين ، فأما لنفسه فانه ما حمى ولكنه حمى للمسلمين . والدليل عليه ما روى ابن عمر رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم حمى النقيع لخيل المسلمين » وأما غيره من الأئمة فلا يجوز أن يحمى لنفسه للخبر ، وهل يجوز أن يحمى لخيل المجاهدين ؟ ونعم الجزية ؟ وابل الصدقة وماشية من يضعف عن الابعاد فى طلب النجعة ؟ فيه قولان :

(احدهما) لا يجوز للخبر . (والثانى) يجوز لما روى عامر بن عبد الله ابن الزبير عن أبيه قال : « أتى أعرابى من أهل نجد عمر فقال : يا أمير المؤمنين بلادنا قاتلنا عليها فى الجاهلية وأسلمنا عليها فى الاسلام ، فعلام تحميها ؟ فأطرق عمر رضى الله عنه وجعل ينفخ ويفتل شاربه ـ وكان اذا كره أمراً فتل شاربه ونفخ ـ فلما رأى الأعرابى ما به جعل يردد ذلك ، فقال عمر : المال مال الله ، والعباد عباد الله ، فلولا ما احمل عليه فى سبيل الله ما حميت من الأرض شبراً فى شبر » قال مالك : نبئت انه كان يحمل فى كل عام على اربعين الفاً من الظهر ، وقال مرة : من الخيل .

وروى زيد بن اسلم عن ابيه « أن عمر رضى الله عنه استعمل مولى له يدعى هنياً على الحمى وقال له : يا هنى اضمم جناحك عن الناس ، واتق دعوة المظلوم ، فان دعوة المظلوم مجابة . وادخل رب الصريمة والغنيمة ، واياك ونعم ابن عوف ، واياك ونعم ابن عفان ، فانهما ان تهلك ماشيتهما يرجعا الى نخل وزرع وان رب الصريمة ورب الغنيمة ان تهلك ماشيتهما فيأتيانى فيقولا : يا امير المؤمنين ، يا أمير المؤمنين ، افتاركهم انا لا أبا لك ، ان الماء والكلأ أيسر عندى من الذهب والورق ، والذى نفسى بيده لولا المال الذى احمل عليه فى

سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبراً ، فان حمى رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضاً لحاجة والحاجة باقية لم يجز احياؤها » وان زالت الحاجة ففيه وجهان :

(احدهما) يجوز لانه زال السبب .

(والثانى) لا يجوز لأن ما حكم به رسول الله صلى الله عليه وسلم نص ، فلا يجوز نقضه بالاجتهاد ، وان حماه امام غيره وقلنا : انه يصح حماه فاحياه رجل ، ففيه قولان : (احدهما) لا يملكه كما لا يملك ما حماه رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(والثانى) يملك لأن حمى الامام اجتهاد ، وملك الأرض بالاحياء نص ، والنص لا ينقض بالاجتهاد) .

الشرح حديث الصعب بن جثامة رواه أحمد وأبو داود والبخارى والنسائى ولفظ النسائى هو الذى ساقه المصنف ، ولفظ أحمد وأبى داود « أن النبى صلى الله عليه وسلم حمى النقيع وقال : لا حمى إلا لله ولرسوله، وتتمة رواية البخارى هكذا : وقال « بلغنا أن النبى صلى الله عليه وسلم حمى النقيع وأن عمر حمى الشرف والربذة » وأخرج الحديث أيضاً الحاكم وقال البيهقى : إن قوله « حمى النقيع » من قول الزهرى .

وقد روى الحديث النسائى فذكر الموصول فقط وهو قوله « لا حمى إلا لله ورسوله » ويؤيد ما قاله البيهقى أن أبا داود أخرجه من حديث ابن وهب عن يونس عن الزهرى فذكره وقال فى آخره قال ابن شهاب : وبلغنى أن النبى صلى الله عليه وسلم حمى النقيع . قال بعض المحدثين : وقد وهم الحاكم فزعم أن حديث « لا حمى إلا الله » متفق عليه . وهو من أفراد البخارى ، وتبع الحاكم فى وهمه أبو الفتح القشيرى فى الإلمام وابن الرفعة فى المطلب .

والصعب بن جثامة بتشديد المثلثة مع فتح الجيم الليثى ، صحابى مات فى خلافة أبى بكر على ما قيل ، والأصح أنه عاش إلى خلافة عثمان رضى الله عنه .

وحديث ابن عمر رواه أحمد وابن حبان . والنقيع بالنون مكان معروف. وحكى الخطابى أن بعضهم صحفه فقال بالموحدة ، وهو على قدر عشرين فرسخاً من المدينة ومساحته ميل فى ثمانية أميال ، أفاده ابن وهب فى موطئه ، وأهل النقيع كل موضع يستنقع فيه الماء ، وهذا النقيع المذكور غير نقيع الخضمات الذى جمع فيه أسعد بن زرارة بالمدينة على المشهور ، وقال ابن الجوزى : إن بعضهم قال : إنهما واحد والأول أصح .

وأثر عمر سقناه فى الفصل قبله فى الرد على مالك ، وأما خبر تولية هُنَىٌّ مولى عمر فقد رواه البخارى عن أسلم مولى عمر وأخرجه عن الدراوردى عن زيد بن أسلم عن أبيه بلفظ المصنف . وأخرجه عبد الرزاق عن الزهرى مرسلا .

أما زيد بن أسلم فهو زيد بن أسلم العدوى أبو أسامة ويقال أبو عبد الله المدني الفقيه مولى عمر بن الخطاب رضى الله عنه وقال العطاف بن خالد : حدث زيد بن أسلم بحديث فقال له رجل : يا أبا أسامة عمن هذا ؟ فقال : ما كنا نجالس السفهاء . وقال البخارى فى تاريخه : قال زكريا بن عدى ثنا هشيم عن محمد بن عبد الرحمن القرشى : كان على بن الحسين زين العابدين رضى الله عنهما يجلس الى زيد بن أسلم ويخطا مجالس فقال له نافع بن جبير بن مطعم : تتخطا مجالس قومك الى عبد عمر بن الخطاب ؟ فقال على : إنما يجلس الرجل الى من ينفعه فى دينه .

أما أسلم أبو زيد هذا فهو من سبى اليمن هكذا قال البخارى فى التاريخ وابن أبى حاتم وآخرون وحكى عن سعيد بن المسيب أنه قال : هو حبشى قالوا : بعث أبو بكر عمر سنة احدى عشرة أميراً للحج واشترى أسلم واتفق الحفاظ على توثيقه وروى له البخارى ومسلم وحضر الجابية مع عمر وتوفى بالمدينة سنة ثمانين قاله أبو عبيد وقال البخارى صلى عليه مروان بن الحكم وهذا يخالف قول أبى عبيد بن سلام ، لأن مروان ابن الحكم مات سنة خمس وستين وكان معزولا عن المدينة قال البخارى : توفى أسلم وهو ابن مائة وأربع عشرة سنة .

أما الأحكام فان الحمى هو المنع من إحياء الموات ليتوفر فيه الكلأ فترعاه المواشي ، لأن الحمى فى كلامهم هو المنع ، والحمى على ثلاثة أنواع : حمى حماه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد روى أنه وقف على جبل يعمل فصلى عليه ثم قال : هذا حماى وأشار إلى النقيع وهو قدر ميل فى ثمانية ، وقال الماوردى ستة أميال فحماه لخيل المسلمين . ولأن اجتهاد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى أمته أمضى ، وقضاءه فيهم أنفذ ، وكان ما حماه لمصالحهم أولى أن يكون مقراً من إحيائهم وعمارتهم .

فأما حمى الإمام بعده فإن أراد أن يحمى لنفسه أو لأهله أو للأغنياء خصوصاً لم يجز ، وكان ما حماه مباحاً لمن أحياه . وان أراد أن يحمى لخيل المجاهدين ونعم الجزية والصدقة ومواشى الفقراء نظر ، فإن كان الحمى يضر بكافة المسلمين فقرائهم وأغنيائهم لضيق الكلأ عليهم فحمى أكثر مواتهم لم يجز ، وإن كان لا يضر بهم لأنه قليل من كثير يكتفى المسلمون بما بقى من مواتهم ففيه قولان :

(أحدهما) لا يجوز أن يحمى لرواية مجاهد عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « المسلمون شركاء فى ثلاثة : الماء والنار والكلأ وثمنه حرام » وسيأتى تخريجه فى باب حكم المياه ، وحديث الصعب ابن جثامة الذى سبق .

(والقول الثانى) يجوز له أن يحيى لما فيه من صلاح المسلمين ، ولما روى « أن أبا بكر رضى الله عنه حمى الربذة لإبل الصدقة واستعمل عليها مولاه أبا أسامة وتولى عليه قطبة بن مالك الثعلبى رضى الله عنه وحمى عمر رضى الله عنه بالشرف فحمى منه نحو ما حمى أبو بكر بالربذة ، وولى عليه مولى له يقال له : هنى وقال : يا هنى اضمم جناحك على المسلمين واتق دعوة المظلوم فان دعوة المظلوم مستجابة وأدخل رب الصريمة ــ وهى بالتصغير القطعة من الإبل نحو الثلاثين أو ما بين العشرة إلى الأربعين ــ ورب الغنيمة ما بين الأربعين إلى المائة من الشاء والغنم وتفرد به راع واحد ــ وإياى ونعم ابن عوف ــ يعنى عبد الرحمن ــ ونعم ابن عفان

ـ يعنى عثمان ـ فإنهما إن تهلك ماشيتهما يرجعان إلى نخل وزرع ورب الصريمة ورب الغنيمة أن تهلك ماشيتهما يأتينى ببنيه يقول : يا أمير المؤمنين ، أفتاركهم أنا لا أبالك ؟ فالماء والكلأ أيسر من الذهب والورق » وعمر بهذا يلزم نفسه ويلزم أمراء المسلمين بعده بأن عليهم ضمان ما هلك من أموال الرعية بسبب تقصيرهم فى حفظ أموالهم ، وعنده أن توفير المرعى والكلأ أيسر من توفير الذهب والفضة يبذلهما فى تعويض ما تلف على رب الصريمة والغنيمة . ثم يقول : وأيم الله إنهم ليرون أنى قد ظلمتهم ، إنها لبلادهم قاتلوا عليها فى الجاهلية وأسلموا عليها فى الإسلام .

وهكذا يعطى تقويماً صحيحاً وتقديراً سليما لمقومات الوطنية عند الشعب وهم الرعية ومقومات الشورى والعدل عند الحاكم حين يسمع لرعيته أن يتهموه بالظلم إذا قصرت الدولة فى بذل الخدمات وتأمين سلامة الرعية وهو حمى من أرضهم جزءاً للمرعى فيجب ألا يسمح للأغنياء والقادرين أن يزاحموهم فى مراعيهم لأن لهم من بساتينهم ومزارعهم غنية من مزاحمة الفقراء .

والحمى فيه نفع الفقراء والأغنياء . أما الفقراء فلأنه مرعى صدقاتهم ، وأما الأغنياء فلخيل المجاهدين عنهم ، وأما قوله صلى الله عليه وسلم (لا حمى إلا لله) فمعناه لا حمى إلا أن يقصد به وجه الله ، كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فيسلم فيما النفراء المسلمين ومصالحهم فخالف فيه فعل الجاهلية فإن الذى فى الجاهلية كان إذا استولى على بلد أوتى بكلب فجعله على جبل أو على نشز من الأرض واستعواه فحيث انتهى عواؤه حماه لنفسه ، فلا يرعى فيه غيره ويشارك الناس فيما سواه ، وهكذا كان كليب بن وائل إذا أعجبته روضة ألقى فيها كلبا وحمى إلى منتهى عوائه وفيه يقول معبد بن شعبة الضبى :

كفعل كليب أنبئت أنه يرى ... يخطط أكلاء المياه ويمنع

وقال العباس بن مرداس :

كما كان يبغيها كليب لظلمــه من العز حتى صاح وهو قتيلها
على وائل إذ يترك الكلب هائجاً وإذ يمنع الأكلاء منها حلولها

وأما حمى الواحد من عوام المسلمين فمحظور وحماه مباح ، إن حمى لنفسه فقد تحكم وتعدى بمنعه ، وإن حمى للمسلمين فليس من أهل الولاية عليهم ولا ممن يؤثر اجتهاده لهم ، وقد أخرج الشيخان عن أبى هريرة رضى الله عنه مرفوعاً « لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا الكلأ » .

فلو أن رجلا من عوام المسلمين حمى مواتاً ومنع الناس منه زماناً رعاه وحده ، ثم ظهر الإمام عليه ورفع يده عنه لم يغرمه ما رعاه لأنه ليس بمالك ، ولا يعزره لأنه أحد مستحقيه ولكن ينهاه عن مثله من التعدى . فأما أمير البلد ووالى الإقليم إذا رأى أن يحمى لمصالح المسلمين كالإمام فليس له ذلك إلا بإذن الإمام ، لأن اجتهاد الإمام أعم .

ولكن لو أن والى الصدقات اجتمعت معه ماشية الصدقة ، وقل المرعى لها وخاف عليها التلف إن لم يحم الموات لها ، فإن منع الإمام مــن الحمى كان والى الصدقات أولى ، وإن جــوز الإمام الحمى ففى جــوازه لوالى الصدقات عندما ذكرنا من حدوث الضرورة به وجهان :

(أحدهما) يجوز كما يجوز عند الضرورة أن يبيع ما بيــده مــن مال الصدقة ، وإن كان بيعها لا يجوز من غير الضرورة ، فعلى هــذا يتقــدر الحمى بزمان الضرورة ، ولا يستديم بخلاف حمى الإمام .

(والوجه الثانى) لا يجوز أن يحمى لأنه ليس له أن يرفع الضرر عــن أموال الفقراء بإدخال الضرر على الأغنياء ، ويكون الضرر ــ إن كان ــ بالفريقين معاً ، وهذا أصح الوجهين كما أفاده الماوردى فى الحاوى الكبير .

فــــرع إذا حمى الإمام مــواتاً وصححناه وقلنــا : إنه كحمى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأحياه رجل من عامة المسلمين فهــل يملك باحيائه أم لا ؟ قال الماوردى تبعاً للشيخ أبى إسحاق : فيه قولان :

(أحدهما) لا يملك المحيى ما أحياه من حمى الإمام كما لا يملك حمى النبى صلى الله عليه وسلم لأن كليهما حمى محرم .

(والقول الثانى) يملك بالإحياء ، وإن منع منه لأن حمى الإمام اجتهاد وملك الموات بالإحياء نص ، والنص أثبت حكماً من الاجتهاد والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب حكم المياه

الماء اثنان ، مباح وغير مباح ، فأما غير المباح فهو ما ينبع فى أرض مملوكة، فصاحب الأرض احق به من غيره ، لأنه على المنصوص : يملكه ، وعلى قول أبى اسحاق : لا يملكه ، الا انه لا يجوز لغيره ان يدخل الى ملكه بغير اذنه ، فكان أحق به ، وان فضل عن حاجته واحتاج اليه رب الماشية للكلأ ، لزمه بذله من غير عوض . وقال أبو عبيد بن حرب : لا يلزمه بذله كما لا يلزمه بذل الكلأ للماشية ، ولا بذل الدلو ، والحبل ، ليستقى به الماء للماشية ، والمذهب الأول لما روى اياس بن عمرو ((أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع فضل الماء)) .

وروى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ((من منع فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ منعه الله فضل رحمته)) ويخالف الكلأ ، فانه لا يستخلف عقيب أخذه ، وربما احتاج اليه لماشيته قبل أن يستخلف فتهلك ماشيته والماء يستخلف عقيب أخذه ، وما ينقص من الدلو والحبل لا يستخلف ، فيستضر والضرر لا يزال بالضرر ، ولا يلزمه بذل فضل الماء للزرع ، لأن الزرع لا حرمة له فى نفسه ، والماشية لها حرمة فى نفسها ، ولهذا لو كان الزرع له لم يلزمه سقيه ، ولو كانت الماشية له لزمه سقيها ، وان لم يفضل الماء عن حاجته لم يلزمه بذله ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم علق الوعيد على منع الفضل ، ولأن ما لا يفضل عن حاجته يستضر ببذله ، والضرر لا يزال بالضرر) .

الشرح حديث إياس بن عمرو عند أهل السنن وصححه الترمذى ، وقال أبو الفتح القشيرى : هو على شرط الشيخين وقد رواه مسلم فى صحيحه من حديث جابر مرفوعاً . أما حديث أبى هريرة فقد وجدته

عند الشيخين بلفظ : « لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به الكلأ » وللبخارى : « لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به فضل الكلأ » وعند أحمد من حديث أبى هريرة أيضا : « ولا يمنع فضل ماء بعد أن يستغنى عنه » أما اللفظ الذى ساقه المصنف معزواً إلى أبى هريرة فإنى وجدته عند أحمد عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده ولفظه « من منع فضل مائه ، أو فضل كلئه منعه الله عز وجل فضله يوم القيامة » وفى إسناده محمد بن راشد الخزاعى وهو ثقة وقد ضعفه .

قال ابن حجر : صدوق يهم ، ورمى بالقدر ، ورواه الطبرانى فى الصغير عن عمرو بن شعيب ورواه فى الكبير من حديث واثلة بلفظ آخر وإسناده ضعيف والأحاديث يشهد بعضها لبعض ويشهد لها جميعاً حديث أبى هريرة عند الشيخين وحديث عائشة عند أحمد وابن ماجه « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يمنع نقع البئر » وحديث جابر عند مسلم « نهى عن بيع فضل الماء » وفى مسند عبد الله بن أحمد عن عبادة بن الصامت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بين أهل المدينة فى النخل أن لا يمنع نقع بئر وقضى بين أهل البادية ان لا يمنع فضل ماء ليمنع به الكلأ » والنقع الماء الفاضل فيها عن حاجة صاحبها ، وقوله « فضل الماء » المراد به ما زاد على الحاجة ويؤيد ذلك ما أخرجه أحمد من حديث أبى هريرة بلفظ « ولا يمنع فضل ماء بعد أن يستغنى عنه » .

قال ابن حجر فى فتح البارى : وهو محمول عند الجمهور على ماء البئر المحفورة فى الأرض المملوكة . وكذلك فى الموات إذا كان لقصد التملك ، والصحيح عند الشافعية ونص عليه فى القديم وحرملة أن الحافر يملك ماءها .

وأما البئر المحفورة فى الموات لقصد الارتفاق لا التملك فإن الحافر لا يملك ماءها بل يكون أحق به إلى أن يرتحل وفى الصورتين يجب عليه بذل ما يفضل عن حاجته . والمراد حاجة نفسه وعياله وزرعه وماشيته ، هذا هو الصحيح عند الشافعية ، وخص المالكية هذا الحكم بالموات . وقالوا فى

البئر التى لا تملك لا يجب عليه بذل فضلها ، وأما الماء المحرز فى الإناء فلا يجب بذل فضله لغير المضطر على الصحيح . ا هـ .

قال فى البحر من كتب الزيدية وهو غير بحر المذهب للرويانى من أصحابنا : والماء على أضرب ، حق إجماعا كالأنهار غير المستخرجة والسيول ، وملك إجماعاً كما يحرز فى الجرار ونحوها ، ومختلف فيه كماء الآبار والعيون والقنا المحتفرة فى الملك ا هـ .

قال ابن بطال (وهو من المالكية) : لا خلاف بين العلماء أن صاحب الحق أحق بمائه حتى يروى . قال الحافظ ابن حجر : وما نفاه من الخلاف وهو على القول بأن الماء يملك ، كأن الذين يذهبون إلى أنه يملك وهم الجمهور هم الذين لا خلاف عندهم فى ذلك وقد استدل بتوجيه النهى إلى الفضل على جواز بيع الماء الذى لا فضل فيه . وقد تقدم فى أبواب الطهارة والبيوع بحوث مستفيضة من المجموع فاشدد بها يديك .

وقوله « ليمنع به الكلأ » هو النبات ، رطبه ويابسه . والمعنى أن يكون حول البئر كلأ ليس عنده ماء غيره ، ولا يمكن أصحاب المواشى رعيه إلا إذا مكنوا من سقى بهائمهم من تلك لئلا يتضرروا بالعطش بعد الرعى ، فيستلزم منعهم من الماء منعهم من الرعى ، وإلى هذا التفسير ذهب الجمهور . وعلى هذا يختص البذل بمن له ماشية ، ويلحق به الرعاة إذا احتاجوا إلى الشرب ، لأنه إذا منعهم من الشرب امتنعوا من الرعى هناك .

ويحتمل أن يقال يمكنهم حمل الماء لأنفسهم لقلة ما يحتاجون إليه منه بخلاف البهائم ، والصحيح الأول ، ويلتحق بذلك الزرع عند مالك ، والصحيح عند الشافعية وبه قالت الحنفية الاختصاص بالماشية . وفرق الشافعية فيما حكاه المزنى عنه بين المواشى والزرع ، بأن الماشية ذات أرواح يخشى من عطشها موتها ، بخلاف الزرع . وبهذا أجاب النووى وغيره .

واستدل لمالك بحديث جابر فى صحيح مسلم الذى ذكرناه لإطلاقه وعدم تقييده وتعقب بأنه يحمل على المقيد ، وعلى هذا لو لم يكن هناك كلأ يرعى

فلا منع من المنع لانتفاء العلة . على أنه ليس هناك صارف يصرف النهى عن معناه الحقيقى من التحريم ، لاسيما وأن النهى مصحوب فى بعض روايات الحديث بالوعيد . وقال فى الفتح : وظاهر الحديث وجوب بذله مجاناً وبه قال الجمهور . وقيل : لصاحبه طلب القيمة من المحتاج إليه كما فى طعام المضطر وتعقب بأنه يلزم منه جواز البيع حالة امتناع المحتاج من بذل القيمة ، ورد بمنع الملازمة فيجوز أن يقال يجب عليه البذل وتثبت له القيمة فى ذمة المبذول له ، فيكون له أخذ القيمة منه متى أمكن ، ولكنه لا يخفى أن رواية (لا يباع فضل الماء) ورواية (النهى عن بيع فضل الماء) يدلان على تحريم البيع ، ولو جاز له أخذ العوض لجاز له البيع ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وأما المباح فهو الماء الذى ينبع فى الموات ، فهو مشترك بين الناس لقوله صلى الله عليه وسلم : « الناس شركاء فى ثلاثة ، الماء والنار ، والكلأ » فمن سبق منهم الى شىء منه كان أحق به لقوله صلى الله عليه وسلم « من سبق الى ما لم يسبق اليه فهو أحق به » فان أراد أن يسقى منه أرضاً ، فان كان نهراً عظيما كالنيل والفرات وما أشبههما من الأودية العظيمة ، جاز أن يسقى منه ما شاء ، ومتى شاء ، لأنه لا ضرر فيه على أحد ، وان كان نهراً صغيراً لا يمكن سقى الأرض منه الا أن يحبسه ـ فان كانت الأرض متساوية ـ بدأ من أول النهر ، فيحبس الماء حتى يسقى أرضه الى أن يبلغ الماء الى الكعب ، ثم يرسله الى من يليه ، وعلى هذا الى أن تنتهى الأراضى ، لما روى عبادة بن الصامت رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « قضى فى شرب نهر من سيل أن للأعلى أن يشرب قبل الأسفل ، ويجعل الماء فيه الى الكعب ، ثم يرسله الى الأسفل الذى يليه كذلك ، حتى تنتهى الأرضون » ، وروى عبد الله بن الزبير « أن الزبير ورجلا من الأنصار تنازعا فى شراج الحرة التى يسقى بها النخل فقال الأنصارى للزبير : سرح الماء : فأبى الزبير ، فاختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للزبير « اسق أرضك ثم أرسل الماء الى أرض جارك » فقال الأنصارى : أن كان ابن عمتك يا رسول الله ؟ فتلون وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا زبير اسق أرضك واحبس الماء الى أن يبلغ الجدر » .**

وان كانت الأرض بعضها أعلى من بعض ولا يقف الماء فى الأرض العالية

الى الكعب حتى يقف فى الأرض المستفلة الى الوسط ، فيسقى المستفلة حتى يبلغ الماء الى الكعب ، ثم يسدها ويسقى العالية حتى يبلغ الكعب ، فان أحيا جماعة أرضاً على هذا النهر وسقوا منه ، ثم جاء رجل فأحيا أرضا فى أعلاه اذا سقى أرضه أستضر أهل النهر ، منع من ذلك ، لأن من ملك أرضا ملكها بمرافقها ، والنهر من مرافق أرضهم فلا يجوز مضايقتهم فيه) .

الشرح حديث « الناس شركاء » رواه أحمد وأبو داود عن أبى خداش عن بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « المسلمون شركاء فى ثلاثة فى الماء والكلأ والنار » ورواه ابن ماجه من حديث ابن عباس وزاد فيه « وثمنه حرام » وقد رواه أبو نعيم فى الصحابة فى ترجمة أبى خراش ، ولم يذكر الرجل ، وقد سئل أبو حاتم عنه فقال أبو خراش لم يدرك النبى صلى الله عليه وسلم وقد وجدت ممن كنيته أبو خراش فى الصحابة ، وهو حدرد بن أبى حدرد الأسلمى وهو صحابى .

قال ابن حجر فى التقريب : له حديث واحد . ووجدت هذا الحديث يذكره ابن الأثير فى أسد الغابة يقول : روى جندل بن والق عن يحيى بن يحيى الأسلمى عن سعيد بن مقلاص عن الوليد بن أبى الوليد عن عمران ابن أنس عن حدرد الأسلمى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « هجرة الرجل أخاه سنة كسفك دمه » ووجدت أبا داود يسميه فى روايته حبان بن زيد ، وفى هامش فتح العلام أبو خداش حبان بن زيد الشرعبى ثقة لم يعرفه ابن حزم فقال : إنه مجهول . انتهى .

وقال ابن حجر فى التقريب : حبان بن زيد الشرعبى أبو خداش ثقة . أخطأ من زعم أن له صحبة .

وقال فى بلوغ المرام : عن رجل من الصحابة قال « غزوت مع النبى صلى الله عليه وسلم فسمعته يقول : الناس شركاء فى ثلاثة : الكلأ والماء والنار » رواه أحمد وأبو داود ورجاله ثقات .

(قلت) والجهالة بالصحابى لا تؤثر فى صحة الحديث كما هو معروف

عند المحدثين ، لأنهم رضوان الله عليهم عدول أجمعون أما الجهالة بحاله والاختلاف فى صحبته فالمثبت حجة على النافى لزيادة علمه .

وأما رواية ابن عباس عند ابن ماجه والتى فيها « وثمنه حرام » ففيها عبد الله بن خراش ، وهو متروك ، وقد صححه ابن السكن ، ويشهد لرواية ابن عباس رواية أبى خراش ورواية أبى هريرة عند ابن ماجه وعبد الله ابن أحمد أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يمنع الماء النار والكلأ » .

وأما حديث من « سبق الخ » فقد مر تخريجه فى غير موضع .

وحديث عبادة بن الصامت رواه ابن ماجه وعبد الله بن أحمد والبيهقى والطبرانى وفيها انقطاع بلفظ « أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى شرب النخل من السيل أن الأعلى يشرب قبل الأسفل ويترك الماء إلى الكعبين ثم يرسل الماء إلى الأسفل الذى يليه ، وكذلك حتى تنقضى الحوائط أو يفنى الماء » .

ورواها عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى سيل مهزور أن يمسك حتى يبلغ الكعبين ثم يرسل الأعلى على الأسفل » رواه أبو داود وابن ماجه ، وفى إسناده عبد الرحمن بن الحرث المخزومى المدنى تكلم فيه الإمام أحمد .

وقال الحافظ فى الفتح : إن إسناد هذا الحديث حسن ورواه الحاكم فى المستدرك من حديث عائشة أنه قضى فى سيل مهزور أن الأعلى يرسل إلى الأسفل ويحبس قدر الكعبين . وأعله الدارقطنى بالوقف وصححه الحاكم ، ورواه ابن ماجه وأبو داود من حديث ثعلبة بن أبى مالك ، ورواه عبد الرزاق فى مصنفه عن أبى حاتم القرظى عن أبيه عن جده أنه سمع كبراءهم يذكرون أن رجلا من قريش كان له سهم فى بنى قريظة فخاصم رسول الله صلى الله عليه وسلم فى مهزور السيل الذى يقسمون ماءه فقضى بينهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الماء إلى الكعبين لا يحبس الأعلى

الأسفل » ومهزور وادى بنى قريظة بالحجاز . قال ابن الأثير : أما مهروز بتقديم الراء على الزاى فموضع سوق المدينة .

وهذه الأحاديث تدل على أن الأعلى تستحق أرضه الشرب بالسيل والنيل وماء البئر قبل الأرض التى تحتها ؛ وأن الأعلى يمسك الماء حتى يبلغ الكعبين أى كعبى رجل الإنسان الواقعين عند مفصل الساق والقدم ثم يرسله بعد ذلك .

وقال صاحب البحر من الزيدية : إن الماء إذا كان قليلا فحده أن يعم أرض الأعلى إلى الكعبين فى النخيل وإلى الشراك فى الزرع لقضائه صلى الله عليه وسلم بذلك فى خبر عبادة بن الصامت . قال : وأما قوله صلى الله عليه وسلم للزبير « اسق أرضك حتى يبلغ الجدر » فقيل : عقوبة لخصمه ، وقيل : بل هو المستحق ، وكان أمره صلى الله عليه وسلم بالتفضل، فإن كانت الأرض بعضها مطمئناً فلا يبلغ فى بعضها الكعبين إلا وهو فى المطمئن إلى الركبتين ، قدم المطمئن إلى الكعبين ثم حبسه وسقى باقيها .

وقال أبو طالب : العبرة بالكفاية للأعلى .

أما حديث الزبير فقد رواه أصحاب الكتب الستة وهو عند الخمسة من رواية عبد الله بن الزبير عن أبيه وعند النسائى من رواية عبد الله ابن الزبير لم يذكر فيه عن أبيه وللبخارى فى رواية قال : خاصم الزبير رجلا ــ وذكر نحوه ــ وزاد فيه : فاستوعى رسول الله صلى الله عليه وسلم حينئذ للزبير حقه ، وكان قبل ذلك قد أشار على الزبير برأى فيه سعة له وللأنصارى ، فلما أحفظ الأنصارى رسول الله صلى الله عليه وسلم استوعى للزبير حقه فى صريح الحكم » .

قال عروة : قال الزبير « فوالله ما أحسب هذه الآية نزلت إلا فى ذلك » (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليما) [1] رواه أحمد كذلك لكن قال : عن

---

(١) الآية : ٦٥ من سورة النساء .

عروة بن الزبير أن الزبير كان يحدث أنه خاصم رجلا وذكره جعله من مسنده وزاد البخاري في رواية : قال ابن شهاب فقدرت الأنصار والناس قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « اسق يا زبير ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر » فكان ذلك إلى الكعبين ، وقد جاء هذا الحديث عند المحدثين في أبواب الأقضية وأن القاضي إذا حكم وهو غضبان صح إن صادف الحق لأنه صلى الله عليه وسلم « قضى للزبير بعد أن أغضبه الرجل » ولا يخفى أنه لا يصح إلحاق غيره صلى الله عليه وسلم به لأنه معصوم فلا يدل حكمه صلى الله عليه وسلم وهو غضبان على جواز ذلك للقضاة ، والنبي صلى الله عليه وسلم معصوم عن الحكم بالباطل في غضبه ورضاه بخلاف غيره ، ولهذا ذهب بعض الحنابلة إلى أن لا ينفذ الحكم في حال الغضب لثبوت النهي عنه ، وسيأتي مزيد إيضاح إن شاء الله تعالى في كتاب الأقضية وقد رواه مالك في موطئه من حديث عروة عن أبيه .

الرجل المبهم الذي خاصم الزبير هو ثعلبة بن حاطب ، وقيل : حميد ، وقيل : حاطب بن أبي بلتعة ولا يصح لأنه ليس أنصارياً ، وقيل : إنه ثابت ابن قيس بن شماس ، وإنما ترك النبي صلى الله عليه وسلم قتله بعد أن جاء في مقاله بما يدل على أنه صلى الله عليه وسلم جار في الحكم لأجل القرابة لأن ذلك كان في أوائل الإسلام وقد كان صلى الله عليه وسلم يتألف الناس إذ ذاك كما ترك قتل عبد الله بن أبي سعد أن جاء بما يسوغ به قتله .

وقال القرطبي : يحتمل أنه لم يكن منافقا بل صدر منه ذلك عن غير قصد ، كما اتفق لحاطب بن أبي بلتعة في قصة تخابره مع العدو ومسطح في قصة الإفك وحمنه وغيرهم ممن بدره لسانه بدرة شيطانية .

على أن الحكم في هذا الفصل يأتي هكذا : إذا كان الماء صغير المجرى بحيث يزدحم الناس فيه ويتشاحون في مائه أو سيل يتشاح الناس من أصحاب الأرض الشاربة منه فيه ، فإنه يبدأ بمن في أول النهر فيسقي ويحبس الماء حتى يبلغ إلى الكعب ثم يرسل إلى الذي يليه فيصنع كذلك ، وعلى هذا إلى أن تنتهي الأراضي كلها ، فإن لم يفضل عن الأول شيء أو عن الثاني أو عمن يليهم فلا شيء للباقين ، لأنه ليس لهم إلا ما فضل ، فهم كالعصبة

فى الميراث ، وهذا قول الفقهاء من أهل المدينة ومالك والشافعى وأحمد ولا نعلم فيه مخالفاً ، والأصل فيه حديث الزبير ، قال الزهرى : نظرنا فى قول النبى صلى الله عليه وسلم « ثم احبس الماء حتى يبلغ إلى الجدر » فوجدنا ذلك إلى الكعبين .

قال أبو عبيد : الشراج جمع شرج ، والشرج نهر صغير ، والحرة أرض ملتبسة بحجارة بركانية سود ، والجدر الجدار ، وإنما أمر النبى صلى الله عليه وسلم الزبير أن يسقى ثم يرسل الماء تسهيلا على غيره ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان اشتركوا جماعة فى استنباط عين اشتركوا فى مائها . فان دخلوا على أن يتساووا ، تساووا فى الانفاق ، وان دخلوا على ان يتفاضلوا تفاضلوا فى الانفاق ، ويكون الماء بينهم على قدر النفقة ، لأنهم استفادوا ذلك بالانفاق فكان حقهم على قدره ، فان أرادوا سقى أراضيهم بالمهايأة يوماً يوماً جاز ، وان أرادوا قسمة الماء نصبوا خشبة مستوية قبل الأراضى وتفتح فيها كوى على قدر حقوقهم ، فتخرج حصة كل واحد منهم الى أرضه ، فان اراد احدهم ان يأخذ حقه من الماء قبل المقسم فى ساقية يحفرها الى أرضه منع من ذلك ، لأن حريم النهر مشترك بينهم ، فلا يجوز لواحد منهم أن يحفر فيه ، فان اراد أن ينصب رحا قبل المقسم ويديرها بالماء منع من ذلك ، لأنه ينصرف فى حريم مشترك ، فان اراد ان يأخذ الماء ويسقى به أرضاً أخرى ليس لها رسم بشرب من هذا النهر منع منه لأنه يجعل لنفسه شرباً لم يكن له ، كما لا يجوز لمن له داران متلاصقان فى دربين أن يفتح من احدهما باباً الى الأخرى فيجعل لنفسه طريقاً لم يكن له ، والله تعالى أعلم) .**

الشرح قوله : بالمهايأة أى بالمناوبة . وقوله : كوى جمع كوة بضم الكاف وتشديد الواو مثل مدية ومدى وتفتح أيضاً وهى الثقب فى الحائط .

أما الأحكام فإذا كان النهر لجماعة وقد قلنا فيما مضى إن النهر المحيى فى موات يكون لمحييه حقوق الملك . فإن لم يكن مالكا فهو بينهم على

حسب العمل والنفقة أو على حسب اتفاقهم ، لأنه إنما كان لهم حق الملك بالعمارة والعمارة بالنفقة ، فإن كفى جميعهم فلا كلام ، وإن لم يكفهم وتراضوا على قسمته بالمهايأة أو غيرها جاز لأنه حقهم لا يخرج عنهم ، وإن تشاحوا فى قسمته قسمه الحاكم بينهم على قدر نفقتهم، لأن لكل واحد منهم من الحقوق بقدر ذلك ، فتؤخذ خشبة صابة أو حجر مستوى الطرفين والوسط فيوضع على موضع مستو من الأرض فى مقدم الماء فيه حزوز أو ثقوب متساوية فى السعة على قدر حقوقهم يخرج من كل جزء أو ثقب إلى ساقية مفردة لكل واحد منهم ، فإذا حصل الماء فى ساقيته انفرد به وليس له أن يأخذ قبل القسم ، كما أن ليس له أن يسقى أرضاً ليس لها رسم شرب فى هذا الماء لأن ذلك يدل على أن لها قسما فى هذا الماء ، فربما جعل سقيها منه دليلا على استحقاقها لذلك فيستضر الشركاء ويصير هذا كما لو كان له دار بابها فى درب لا ينفذ ودار بابها فى درب آخر ظهرها ملاصق لظهر داره الأولى ، فأراد تنفيذ إحداهما إلى الأخرى لم يجز ، لأنه يجعل لنفسه استطراقا من كل واحدة من الدارين وإن قسموا ماء النهر المشترك بالمهايأة جاز إذا تراضوا به وكان حق كل واحد منهم معلوماً مثل أن يجعلوا لكل حصة يوماً وليلة أو أكثر من ذلك أو أقل .

وإن قسموا النهار فجعلوا لواحد من طلوع الشمس إلى وقت الزوال وللآخر من الزوال إلى الغروب ونحو ذلك جاز . وإن قسموه ساعات وأمكن ضبط ذلك بشيء معلوم كطاسة مثقوبة تترك فى الماء وفيها علامات إذا انتهى الماء إلى علامة كانت ساعة وإذا انتهى إلى الأخرى كانت ساعتين .

لا يجوز فى النهر المشترك أن ينصرف أحد المشتركين بعمل رحى أو دولاب أو معبر للماء لأنه يتصرف فى نهر مشترك وفى حريمه بغير إذن شركائه . أما الشرب لنفسه ووضوئه وغسله وغسل ثيابه والانتفاع به فى أشباه ذلك فإنه يجوز لكل المسلمين ، ولا يحل لصاحب الماء منعه من ذلك لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ثلاثة لا ينظر الله إليهم ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم رجل كان يفضل ماء بالطريق فمنعه ابن السبيل » رواه البخارى .

وعن بهيسة عن أبيها أنه قال : « يا نبى الله ما الشىء الذى لا يحل منعه ؟ قال : الماء . قال يا نبى الله ما الشىء الذى لا يحل منعه ؟ قال : الملح . قال : يا نبى الله ما الشىء الذى لا يحل منعه ؟ قال : « أن تفعل الخير خير لك » رواه أبو داود ، ولأن ذلك لا يؤثر فى العادة وهو فاضل عن حاجة صاحب النهر ، فأما إذا لم يفضل شىء عن حاجة ماشيته لم يلزمه . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب اللقطـــة

اذا وجد الحر الرشيد لقطة يمكن حفظها وتعريفها كالذهب والفضـــة والجواهر والثياب ـ فان كان ذلك فى غير الحرم ـ جاز التقاطه للتملك ، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبى صلى الله عليه وسلم ((سئل عن اللقطة فقال : ما كان منها فى طريق ميتاء فعرفها حولا ، فان جاء صـــاحبها والا فهى لك ، وما كان منها فى خراب ففيهـــا وفى الركاز الخمس)) وله أن يلتقطها للحفظ على صاحبها ، لقوله تعالى : ((وتعاونوا على البر والتقوى)) (١) ولما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ، والله فى عون العبد مادام العبد فى عون أخيه)) وان كانت فى الحرم لم يجز أن يأخذها الا للحفظ على صاحبها .

ومن أصحابنا من قال : يجوز التقاطها للتملك لأنها ارض مباحة فجـاز اخذ لقطتها للتملك كغير الحرم ، والمذهب الأول ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((ان هذا البلد حرمه الله يوم خلق السموات والأرض ، فهو حرام الى يوم القيامة ، لم يحل لأحـد قبلى ، ولا يحل لأحد بعدى ، ولم يحل لى الا ساعة من نهار ، وهو حرام الى يوم القيامة لا ينفر صيدها ، ولا يعضد شجرها ، ولا تلتقط لقطتها الا لمعرف)) ويلزمه المقام للتعريف ، وان لم يمكنه المقام دفعها الى الحاكم ليعرفها من ســـهم المصالح .

فصـــل وهل يجب أخذها ؟ روى المزنى أنه قال : لا احب تركها . وقال فى الأم : لا يجوز تركها ، فمن أصحابنا من قال : فيه قولان :

(أحدهما) لا يجب لأنها أمانة فلم يجب اخذها كالوديعة .

(والثانى) يجب ، لما روى ابن مسعود أن النبى صلى الله عليه وسـلم قال ((حرمة مال المؤمن كحرمة دمه)) ولو خاف على نفسه لوجب حفظها ،

---

(١) الآية : ٢ من سورة المائدة .

فكذلك اذا خاف على ماله . وقال ابو العباس وابو اسحاق وغيرهما « ان كانت فى موضع لا يخاف عليها لامانة اهله لم يجب عليه ، لأن غيره يقوم مقامه فى حفظها ، وان كان فى موضع يخاف عليها لقلة أمانة أهله وجب ، لأن غيره لا يقوم مقامه ، فتعين عليه وحمل القولين على هذين الحالين ، فان تركها ولم يأخذها لم يضمن ، لأن المال انما يضمن باليد أو بالاتلاف . ولم يوجد شىء من ذلك ، ولهذا لا يضمن الوديعة اذا ترك أخذها فكذلك اللقطة .

فصل **وان أخذها اثنان كانت بينهما ، كما لو أخذا صيداً كان بينهما ، فان أخذها واحد وضاعت منه ووجدها غيره وجب عليه ردها الى الأول ، لأنه سبق اليها فقدم ، كما لو سبق الى موات فتحجره) .**

الشرح حديث عبد الله بن عمرو مروى من طريق عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده ، وقد مضى للنووى تخريجه فى زكاة الركاز . وقد روى الجوزجانى والأثرم فى كتابيهما قال : حدثنا أبو نعيم حدثنا هشام ابن سعد قال حدثنى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال « أتى رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله كيف ترى من متاع يرى فى الطريق الميتاء أو فى قرية مسكونة ؟ فقال عرفه سنة ، فإن جاء صاحبه وإلا فشأنك به » .

وحديث « من كشف عن مسلم كربة الخ » سبق فى غير موضع .

وحديث ابن عباس مضى فى الحج وحديث ابن مسعود مضى فى البيوع فى غير موضع .

أما اللغات فإن اللقطة بفتح القاف اسم للملتقط . قال الخليل ابن أحمد : لأن ما جاء على فعلة فهو اسم للفاعل ، كقولهم همزة ولمزة وضحكة وهزأة . واللقطة بسكون القاف المال الملقوط مثل الضحكة الذى يضحك منه والهزأة الذى يهزأ به ، وقال الأصمعى وابن الأعرابى والفراء : هى بفتح القاف اسم المال الملقوط أيضاً وتعريفها عند الفقهاء المال الضائع من ربه يلتقطه غيره .

وقال الزمخشرى : اللقطة بفتح القاف والعامة تسكنها وأصله من لقط

الشيء والنقطة إذا أخذه من الأرض . وأصل فعلة فى الكلام اسم الفاعل وفعلة اسم للمفعول ، غير أن كلام العرب جاء فى اللقطة على غير قياس . أجمع أهل اللغة ورواة الأخبار على أن اللقطة الشيء الملتقط ، ذكره الأزهرى ، قال ابن عرفة الالتقاط وجود الشيء من غير طلب .

قوله « مئتاء » أى مسلوك مفعول من الإتيان ، وقد تبدل التاء دالا لمجاورة النطق فتكون ميداء ، ولا يزال العامة ينطقونها محرفة فيقولون المدأ . وفى الحديث : « لولا أنه طريق مئتاء لحزنا عليك يا إبراهيم » .

أما الأحكام فإن اللقطة إذا وجدت بمضيعة وأمن نفسه عليها أخذها . وهذا قول الشافعى رضى الله عنه . وقال أحمد رضى الله عنه : الأفضل ترك الالتقاط . وروى معنى ذلك عن ابن عباس وابن عمر ، وبه قال جابر بن زيد والربيع بن خيثم وعطاء ، ومر شريح بدرهم فلم يعرض له .

وقال الشافعى رضى الله عنه : إنه يجب أخذها لقوله تعالى : « والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض » (١) فإن كان وليه وجب عليه حفظ ماله. وقال فى الأم فى اللقطة الصغيرة فى ضالة الغنم : إذا وجدتها فى موضع مهلكة فهى لك فكلها فإذا جاء صاحبها فاغرمها له .

وقال فى المال يعرفه سنة ثم يأكله إن شاء ، فإن جاء صاحبه غرمها له ، وقال : يعرفها سنة ثم يأكلها ، موسراً كان أو معسراً إن شاء ، إلا أنى لا أرى له أن يخلطها بماله ولا يأكلها حتى يشهد على عددها ووزنها وظرفها وعفاصها ووكائها فمتى جاء صاحبها غرمها له الخ . ا هـ

وممن رأى أخذها سعيد بن المسيب والحسن بن صالح وأبو حنيفة ، وأخذها أبى بن كعب وسويد بن غفلة . وقال مالك : إن كان شيئاً له بال بأخذه أحب إلى ويعرفه ، لأن فيه حفظ مال المسلم عليه ، فكان أولى من تضييعه وتخليصه من الغرق . وقال ابن قدامة من الحنابلة فى المغنى : ولنا قول ابن عمر وابن عباس ولا نعرف لهما مخالفاً فى الصحابة ، ولأنه تعريض

---

(١) الآية : ٧١ من سورة التوبة .

لنفسه لأكل الحرام ، وتضييع للواجب من تعريفها وأداء الأمانة فيهـا ، فكان تركه أولى وأسلم ، كولاية مال اليتيم وتخليل الخمر .

اذا ثبت هذا فإن اللقطة والضوال مختلفات فى الجنس والحـكم . فالضوال الحيوان ، لأنه يضل بنفسه ، واللقطة غير الحيـوان ، سـميت بذلك لالتقاط واجدها لها ، ولها حالتان .

(إحداهما) أن توجد فى أرض مملوكة ، فلا يجوز لواجدها التعرض لأخذها وهى فى الظاهر لمالك الأرض إن ادعاها ، لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عبد الله بن عمرو أن النبى صلى الله عليه وسلم « سئل عن اللقطة فقال : ما كان منها فى طريق مئتاء فعرفها حولا ، فإن جاء صاحبها وإلا فهى لك ، وما كان فى خراب ففيها وفى الركاز الخمس » .

(والحال الثانية) : أن توجد فى أرض غير مملوكة من مسجد أو طريق أو موات فلا يخلو ذلك من أحد أمرين : إما أن يكون بمكة أو بغير مكة ، فإن كان بغير مكة من سائر البلاد فعلى ضربين ، ظاهر ومدفون ، فإن كان ظاهراً فعلى ضربين أحدهما ما لا يبقى كالطعام الرطب فله حكم نذكره من بعد .

(والثانى) أن يكون مما يبقى كالدراهم والدنانير والثياب والحـلى والقماش فهذه هى اللقطة التى قال فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حديث زيد بن خالد قال : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطـة الذهب والورق فقال : اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة ، فإن لم تعرف فاستنفقها ، ولتكن وديعة عندك فإن جاء طالبها يوما من الدهر فأدها إليه ، وسأله عن ضالة الإبل ، فقال : مالك ولها دعها فإن معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها ، وسأله عن الشاة فقال : خذها فإنما هى لك أو لأخيك أو للذئب » متفق عليه .

فعليه أن يقوم بشروط تعريفها ثم له بعد الحول إن لم يأت صـاحبها أن يتملكها وإن كان مدفوناً فضربان جاهلى وإسلامى ، فإن كان إسـلامياً

فلقطة أيضا وهى على ما ذكرنا ، وإن كان جاهليا فهو ركاز يملكه واجده وعليه إخراج خمسه فى مصرف الزكوات للحديث « وفى الركاز الخمس » .

وإن كانت اللقطة بمكة فمذهب الشافعى رضى الله عنه أنه ليس لواجدها أن يتملكها ، وعليه أن يأخذها أن يقيم بتعريفها أبداً بخلاف سائر البلاد ، وقال بعض أصحابنا : مكة وغيرها سواء فى اللقطة استدلالا بعموم الخبر . وهذا خطأ لقوله صلى الله عليه وسلم « إن أبى إبراهيم حرم مكة ، فلا يختلى خلاها ولا يعضد شجرها ولا ينفر صيدها ولا تحل لقطتها إلا لمنشد » وفى المنشد تأويلان (أحدهما) وهو قول أبى عبيد : إنه صاحبها الطالب ، والناشد هو المعرف الواجد لها .

قال الشاعر :

يصيخ للبناة أسماعه إصاخة الناشد للمنشد

فكأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يحل أن يتملكها إلا صاحبها التى هى له دون الواجد » (والتأويل الثانى) وهو للشافعى رضى الله عنه أن المنشد الواجد المعرف ، والناشد هو المالك الطالب ، وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم سمع رجلا ينشد ضالة فى المسجد فقال « أيها الناشد غيرك الواجد » يعنى لا وجدت كأنه دعا عليه فعلى هذا التأويل معنى قوله : لا تحل لقطتها إلا لمنشد أى لمعرف يقيم على تعريفها ولا يتملكها ، فكان فى كلا التأويلين دليل على تحريم تملكها ، ولأن مكة لما باينت غيرها فى تحريم صيدها وشجرها تغليظاً لحرمتها باينت غيرها فى ملك اللقطة ، ولأن مكة لا يعود الخارج منها غالباً إلا بعد حول إن عاد ، فلم ينتشر إنشادها فى البلاد كلها ، فلذلك وجب عليه مداومة تعريفها ، ولا فرق بين مكة وبين سائر الحرم لاستواء جميع ذلك فى الحرمة .

فأما عرفة ومصلى إبراهيم عليه السلام ففيه وجهان : (أحدهما) أنه حل تحل لقطته قياساً على جميع الحل (والثانى) أنه كالحرم لا تحل لقطته إلا لمنشد لأن ذلك مجمع الحاج ، ثم اختلفوا فى جواز إنشادها فى المسجد

الحرام مع اتفاقهم على تحريم إنشـادها فى غيره من المسـاجد على وجهين (أصحهما) جوازه اعتباراً بالعرف وأنه مجمع الناس .

فـــرع إذا ضاعت اللقطة من ملتقطها بغير تفريط فلا ضمان عليه لأنها أمانة فى يده فأشبهت الوديعة ، فإن التقطها آخر فعرف أنها ضاعت من الأول فعليه ردها إليه لأنه قد ثبت له حـق التمـول ، وولاية التعـريف والحفظ ، فلا يزول ذلك بالضياع ؛ فإن لم يعلم الثانى بالحال حتى عرفهـا حولا ملكها لأن سبب الملك وجد منه من غير عدوان فثبت الملك به كالأول ، ولا يملك الأول انتزاعها ؛ لأن الملك مقـدم على حـق التملك ، وإذا جاء صاحبها فله أخذها من الثانى ، وليس له مطالبة الأول لأنه لم يفرط ، وإن علم الثانى بالأول فردها إليه فأبى أخذها وقال : عرفها أنت فعرفهـا ملكهـا أيضاً ، لأن الأول ترك حقه فسقط ، وإن قال : عرفها وتكون بيننا ففعل صح أيضاً وكانت بينهما لأنه أسقط حقه من نصفها ووكله فى الباقى ، وإن قصد الثانى بالتعريف تملكها لنفسه دون الأول احتمل وجهين :

(الأول) يملكها ، لأن سبب الملك وجد منه فملكها كما لو أذن له الأول فى تعريفها لنفسه .

(والثانى) لا يملكها لأن ولاية التعريف للأول أشبه ما لو غصبها من الملتقط غاصب فعرفها ، وكذلك الحكم إذا علم الثانى بالأول فعرفها ولم يعلمه بها ، ويشبه هذا المتحجر فى الموات إذا سبقه غيره إلى ما حجره فأحياه بغير إذنه ، فأما إن غصبها غاصب من الملتقط فعرفها لم يملكها وجها واحدا ، لأنه معتد بأخذها ولم يوجد منه سبب تملـكها ، فإن الالتقاط من جمـلة السبب ولم يوجد منه ، ويفارق هـذا ما إذا التقطها ثان فإنه وجد منـه الالتقاط والتعريف .

فـــرع إذا التقطها ثان فعرفاها حولا ملكاها جميعاً ، وإن قلنـا بوقوف الملك على الاختيار فاختار أحدهما دون الآخر ملك المختار نصفها دون الآخر وإن رأياها معاً فبادر أحدهما فأخذها ، أو رآها أحدهما فأعلم

بها صاحبه فأخذها فهي لآخذها ، لأن استحقاق اللقطة بالأخذ لا بالرؤية كالاصطياد . وإن قال أحدهما لصاحبه : هاتها فأخذها نظرت ، فإن أخذها لنفسه فهي له دون الآمر ، وإن أخذها للآمر فهي له كما لو وكله في الاصطياد له .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل واذا اخذها عرف عفاصها ، وهو الوعاء الذى تكون فيه ، ووكاءها هو الذى تشد به وجنسها وقدرها ، لما روى زيد بن خالد الجهنى أن النبى صلى الله عليه وسلم « سئل عن اللقطة فقال : اعرف عفاصها ووكاءها وعرفها سنة ، فان جاء من يعرفها والا فاخلطها بمالك » فنص على العفاص والوكاء ، وقسنا عليهما الجنس والقدر ، ولأنه اذا عرف هذه الأشياء لم تختلط بماله ، ويعرف به صدق من يدعيها ، وهل يلزمه أن يشهد عليها وعلى اللقيط ؟ فيه ثلاثة أوجه .

(أحدها) لا يجب لأنه دخول فى أمانة فلم يجب الاشهاد عليه كقبول الوديعة .

(والثانى) يجب لما روى عياض بن حمار رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من التقط لقطة فليشهد ذا عدل ، أو ذوى عدل ولا يكتم ولا يغيب » ولأنه اذا لم يشهد لم يؤمن أن يموت فتضيع اللقطة أو يسترق اللقيط .

(والثالث) أنه لا يجب على اللقطة لأنه اكتساب مال فلم يجب الاشهاد عليه كالبيع ، ويجب على اللقيط لأنه يحفظ به النسب ، فوجب الاشهاد عليه كالنكاح ، وان اخذها واراد الحفظ على صاحبها لم يلزمه التعريف ، لأن التعريف للتملك فاذا لم يرد التملك لم يجب التعريف .

ـ فان اراد ان يتملكها ـ نظرت ، فان كان مالا له قدر ، يرجع من ضاع منه فى طلبه ـ لزمه أن يعرفه سنة لحديث عبد الله بن عمرو . وحديث زيد ابن خالد ، وهل يجوز تعريفها سنة متفرقة ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) لا يجوز ، ومتى قطع استأنف ، لأنه اذا قطع لم يظهر أمرها ولم يظهر طالبها .

(والثانى) يجوز لأن اسم السنة يقع عليها . ولهذا لو نذر صوم سنة جاز أن يصوم سنة متفرقة . ويجب أن يكون التعريف فى أوقات اجتماع الناس كأوقات الصلوات وغيرها ، وفى المواضع التى يجتمع الناس فيها كالأسواق وأبواب المساجد لأن المقصود لا يحصل الا بذلك ويكثر منه فى الموضع الذى وجدها فيه ، لأن من ضاع منه شيء يطلبه فى الموضع الذى ضاع فيه ، ولا يعرفها فى المساجد ، لما روى جابر قال : « سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا ينشد ضالة فى المسجد فقال له النبى صلى الله عليه وسلم لا وجدت » وذلك لأنه كان يكره أن ترفع فيه الأصوات ، ويقول من ضاع منه شيء ، أو من ضاع منه دنانير ، ولا يزيد عليها حتى لا يضبطها رجل فيدعيها ؛ فان ذكر النوع والقدر والعفاص والوكاء ، ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يضمن ، لأن بمجرد الصفة لا يجب الدفع .

(والثانى) يضمن لأنه لا يؤمن أن يحفظ ذلك رجل ثم يرافعه الى من يوجب الدفع بالصفة ، فان لم يوجد من يتطوع بالنداء كانت الأجرة على الملتقط ، لأنه يتملك به .

وان كانت اللقطة مما لا يطلب كالتمرة واللقمة لم تعرف ؛ لما روى أنس قال : « مر رسول الله صلى الله عليه وسلم على تمرة فى الطريق مطروحة فقال : لولا أن اخشى أن تكون من الصدقة لأكلتها » وان كان مما يطلب الا أنه قليل ، ففيه ثلاثة اوجه .

(أحدها) يعرف القليل والكثير سنة وهو ظاهر النص لعموم الأخبار .

(والثانى) لا يعرف الدينار ، لما روى ان علياً كرم الله وجهه وجد ديناراً فعرفه ثلاثاً فقال له النبى صلى الله عليه وسلم « كله أو شانك به » .

(والثالث) يعرف ما يقطع فيه السارق ، ولا يعرف ما دونه ، لأنه تافه ، ولهذا قالت عائشة رضى الله عنها : « ما كانت اليد تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الشيء التافه » .

الشرح حديث زيد بن خالد الجهنى رواه البخارى ومسلم وأحمد ، واللفظ الذى ساقه المصنف أقرب إلى رواية أحمد . ولفظ الشيخين « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة الذهب والورق فقال : اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة ، فان لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك ، فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فأدها إليه . وسأله عن

ضالة الإبل فقال : مالك ولها ، دعها فإن معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها . وسأله عن الشاة فقال : خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب » ولم يقل فيه أحمد « الذهب أو الورق وفي رواية لمسلم « فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها وعددها ووكاءها فأعطها إياه وإلا فهي لك » .

وحديث عياض بن حمار رواه أحمد وابن ماجه وأبو داود والنسائي وابن حبان ، وفي لفظ للبيهقي « ثم لا يكتم وليعرف » وصححه ابن الجارود وابن حبان وقد رواه الشافعي أورده الربيع في اختلاف مالا والشافعي في اللقطة ليلزم مالكا بما رواه فقال : أخبرنا مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن يزيد مولى المنبعث عن زيد بن خالد الجهني الخ .

أما حديث جابر فقد مضى تخريجه في كتاب الصلاة . أما حديث أنس فقد أخرجه الشيخان .

أما حديث علي فقد أخرجه أبو داود عن بلال بن يحيى العبسي عنه وفيه « أنه التقط ديناراً فاشترى به دقيقاً فعرفه صاحب الدقيق فرد عليه الدينار فأخذه علي فقطع منه قيراطين فاشترى به لحماً . قال المنذري في سماع بلال بن يحيى من علي نظر ، وقال الحافظ ابن حجر : إسناده حسن ، ورواه أبو داود أيضاً عن أبي سعيد الخدري أن علي بن أبي طالب وجد ديناراً ، فأتى به فاطمة فسألت عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : هو رزق الله فأكل منه رسول الله صلى الله عليه وسلم وأكل علي وفاطمة ، فلما كان بعد ذلك أتته امرأة تنشد الدينار ، فقال رسول الله صلى الله صلى الله عليه وسلم : يا علي أد الدينار » وفي إسناده رجل مجهول . وأخرجه أبو داود أيضاً من وجه آخر عن أبي سعيد ، وذكره مطولا وفي إسناده موسى ابن يعقوب الزمعي وثقه ابن معين . وقال ابن عدي : لا بأس به ، وقال النسائي ليس بالقوي .

وروى هذا الحديث الشافعي عن الدراوردي عن شريك بن أبي نمر عن عطاء بن يسار عن أبي سعيد الخدري وزاد « أنه أمره أن يعرفه » ورواه

عبد الرزاق من هذا الوجه ، وزاد فجعل أجل الدينار وشبهه ثلاثة أيام ، وفى إسناد هذه الزيادة أبو بكر بن أبى سبرة وهو ضعيف جداً .

وقد أعل البيهقى هذه الروايات لاضطرابها ولمعارضتها لأحاديث اشتراط السنة فى التعريف ، قال : ويحتمل أن يكون إنما أباح له الأكل قبل التعريف للاضطرار ، وأما خبر عائشة فقد رواه الشيخان وأحمد ، وسيأتى فى الحدود إن شاء الله تعالى .

قوله « فليشهد » ظاهر الأمر يدل على وجوب الإشهاد ، وهو أحد قولى الشافعى رضى الله عنه وبه قال أبو حنيفة ، وفى كيفية الإشهاد قولان (أحدهما) يشهد أنه وجد لقطة ولا يعلم بالعفاص ولا غيره لئلا يتوصل الكاذب بذلك إلى أخذها (والثانى) يشهد على صفاتها كلها حتى إذا مات لم يتصرف فيها الوارث ، وأشار بعض أصحابنا إلى التوسط بين الوجهين فقال : لا يستوعب الصفات ، ولكن يذكر بعضها ، قال النووى : وهو الأصح (والثانى من قولى الشافعى) أنه لا يجب الإشهاد وبه قال مالك وأحمد وغيرهما ، وقالوا : إنما يستحب احتياطا ، لأن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يأمر به فى حديث زيد بن خالد ، ولو كان واجبا لبينه .

أما العفاص بكسر العين المهملة وتخفيف الفاء ، وهو الوعاء الذى تكون فيه النفقة جلداً أو غيره أخذاً من العفص وهو الثنى لانثنائه على ما فيه ، وقد وقع فى زوائد المسند لعبد الله بن أحمد فى حديث لأبى ابن كعب رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : عرفها فإن جاء أحد يخبرك بعدتها ووعائها ووكائها وفرقتها فأعطها إياه وإلا فاستمتع بها » والعفاص يكون على رأس القارورة لسدها وأما الذى يدخل فم القارورة من جلد أو غيره فهو الصمام ، فحيث يذكر الوعاء مع العفاص فالمراد الأول، وحيث يذكر العفاص مع الوكاء فالمراد الثانى ، أفاده فى فتح البارى .

وقوله « ولا يكتم » يعنى لا يحل كتم اللقطة إذا جاء لها صاحبها وجاء من أوصافها ما يغلب الظن بصدقه ، والمقصود من معرفة الآلات التى تحفظ

فيها ويلتحق بذلك معرفة جنسها ونوعها وقدرها ، فقد قال النووى : يجمع بين الروايات بأن يكون مأموراً بالمعرفة فى حالتين فيعرف العلامات وقت الالتقاط حتى يعلم صدق واصفها إذا وصفها ، ثم يعرفها مرة أخرى بعد تعريفها سنة إذا أراد أن يتملكها ليعلم قدرها وصفتها إذا جاء بعد ذلك فردها إليه .

قال الحافظ ابن حجر : ويحتمل أن تكون فى الروايتين (يشير إلى رواية البخارى) عرفها سنة ثم عرف عفاصها ووكاءها » ورواية البخارى أيضاً « اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة » ثم بمعنى الواو فلا تقتضى ترتيبا ، فلا تقتضى تخالفاً يحتاج إلى الجمع ، ويقويه كون المخرج واحداً والقصة واحدة ، وإنما يحسن الجمع بما تقدم لو كان المخرج مختلفاً أو تعددت القصة ، وليس الغرض إلا أن يقع التعرف والتعريف مع قطع النظر عن أيهما يسبق : قال : واختلف العلماء فى هذه المعرفة على قولين أظهرهما الوجوب لظاهر الأمر . وقيل يستحب ، وقال بعضهم : يجب عند الالتقاط ويستحب بعده .

وقال أيضاً فى الفتح عند قوله « ثم عرفها » : محل ذلك المحافل كأبواب المساجد والأسواق ونحو ذلك . قلت : كبرامج الإذاعة المخصصة للأشياء المفقودة كبرنامج طريق السلامة الذى توفر له إذاعة القاهرة عشر دقائق من صباح كل يوم فى زماننا هذا .

قوله (سنة) الظاهر أن تكون متوالية ولكن على وجه لا يكون على جهة الاستيعاب ، فلا يلزمه التعريف بالليل ، ولا استيعاب الأيام بل على المعتاد ، فيعرف فى الابتداء كل يوم مرتين فى طرفى النهار ، ثم فى كل يوم مرة ، ثم فى كل أسبوع مرة ، ثم فى كل شهر مرة ، ولا يشترط أن يعرفها بنفسه ، بل يجوز له توكيل غيره ، ويعرفها فى مكان وجودها وفى غيره . كذا قال العلماء ، وظاهره أن التعريف واجب لاقتضاء الأمر الوجوب ، لاسيما وقد وصف النبى صلى الله عليه وسلم من لم يعرفها بالضلال فى حديث لزيد بن خالد عند أحمد ومسلم « قال : لا يأوى الضالة إلا ضال

ما لم يعرفها » هكذا جاءت (لا يأوى) من الثلاثى اللازم ، وقد يتعدى كما فى هذا الحديث .

وفى المبادرة إلى التعريف خلاف مبناه هل الأمر يقتضى الفور أم على التراخى ؟ وظاهره أنه لا يجب التعريف بعد السنة ، وبه قال الجمهور وادعى صاحب البحر من الزيدية الإجماع ، على أنه وردت رواية عند البخارى عن أبى بن كعب بلفظ : « وجدت صرة فيها مائة دينار ، فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فقال : عرفها حولا ، فعرفتها فلم أجد من يعرفها ، ثم أتيته ثانياً فقال عرفها حولا فلم أجد ، ثم أتيته ثالثاً فقال : احفظ وعاءها وعددها ووكاءها ، فإن جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها فاستمتعت ، فلقيته بعد بمكة فقال : لا أدرى ثلاثة أحوال أو حولا واحداً » وذكر البخارى الحديث فى موضع آخر من صحيحه فزاد « ثم أتيته الرابعة فقال : اعرف وعاءها الخ » .

قال فى فتح البارى : القائل فلقيته بعد بمكة هو شعبة ، والذى قال لا أدرى هو شيخه سلمة بن كهيل وهو الراوى لهذا الحديث عن سويد عن أبى ، قال شعبة فسمعته بعد عشر سنين يقول : عرفها عاماً واحداً ، وقد بين أبو داود الطيالسى فى مسنده القائل : فلقيته والقائل لا أدرى ، فقال فى آخر الحديث : قال شعبة فلقيت سلمة بعد ذلك فقال لا أدرى ثلاثة أحوال أو حولا واحداً ، وبهذا يتبين بطلان قول ابن بطال أن الذى شك هو أبى ابن كعب ، والقائل هو سويد بن غفلة وقد رواه عن شعبة عن سلمة بن كهيل بغير شك جماعة ، وفيه ثلاثة أحوال إلا حماد بن سلمة فان فى حديثه عامين أو ثلاثة ، وجمع بعضهم بين حديث أبى هذا وحديث خالد بن زيد المذكور فيه سنة فقط بأن حديث أبى محمول على مزيد الورع عن التصرف فى اللقطة والمبالغة فى التعفف عنها ، وحديث زيد على ما لابد منه .

وجزم ابن حزم وابن الجوزى بأن الزيادة فى حديث أبى غلط ، قال ابن الجوزى : والذى يظهر لى أن سلمه أخطأ فيها ثم ثبت واستمر على عام واحد ، ولا يؤخذ إلا بما لم يشك فيه ، لا بما يشك فيه رواية . وقال أيضاً :

يحتمل أن يكون النبى صلى الله عليه وسلم عرف أن تعريفها لم يقع على الوجه الذى ينبغى ، فأمر ثانيا باعادة التعريف ، كما قال للمسىء صلاته : « ارجع فصل فإنك لم تصل » .

قال الحافظ ابن حجر : ولا يخفى بعد هذا على مثل أبى مع كونه من فقهاء الصحابة وفضلائهم . قال المنذرى « لم يقل أحد من أئمة الفتوى أن اللقطة تعرف ثلاثة أعوام إلا شريح عن عمر أربعة أقوال يعرف بها ثلاثة أحوال ، عاما واحداً ، ثلاثة أشهر ، ثلاثة أيام ، وزاد ابن حزم عن عمر قولا خامساً وهو أربعة أشهر .

قال فى الفتح : ويحمل ذلك على عظم اللقطة وحقارتها . وأما قوله فى الحديث « فإن لم تعرف فاستنفقها » فقد قال يحيى بن سعيد الأنصارى : لا أدرى هذا فى الحديث أم هو شىء من عند يزيد مولى المنبعث (وهو الراوى عن زيد بن خالد) كما حكى البخارى ذلك عن يحيى ، وتعقب ابن حجر هذا فى الفتح فقال : شك يحيى هل قوله « ولتكن وديعة عنده » مرفوع أم لا ، وهو القدر المشار إليه بهذا دون ما قبله لثبوت ما قبله فى أكثر الروايات ، وخلوها عن ذكر الوديعة ، وقد جزم يحيى بن سعيد برفعه مرة أخرى كما فى صحيح مسلم بلفظ « فاستنفقها ولتكن وديعة عندك » وكذلك جزم برفعها خالد بن مخلد عن سليمان عن ربيعة عند مسلم ، وقد أشار البخارى إلى رجحان رفعها فترجم باب إذا جاء صاحب اللقطة ردها عليه لأنها وديعة عنده ، والمراد بكونها وديعة أنه يجب ردها فتجوز بذكر الوديعة عن وجوب رد بدلها بعد الاستنفاق ، لا أنها وديعة حقيقة يجب رد عينها ، لأن المأذون فى استنفاقه لا تبقى عينه ، كذا أفاده ابن دقيق العيد قال : ويحتمل أن تكون الواو فى قوله « ولتكن وديعة » بمعنى أو ، أى إما أن تستنفقها وتغرم بدلها ، وإما أن تتركها عندك على سبيل الوديعة حتى يجىء صاحبها فتعطيها إياه ويستفاد من تسميتها وديعة أنها لو تلفت لم يكن عليه ضمانها ، وهو اختيار البخارى تبعاً لجماعة من السلف .

فرع روينا عن أحمد وأبى داود عن جابر بن عبد الله قال

« رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم فى العصا والحبل وأشباهه يلتقطه الرجل ينتفع به » وفى إسناده المغيرة بن زياد ، قال المنذرى : تكلم فيه غير واحد ، وفى التقريب : صدوق له أوهام وفى الخلاصة : وثقه وكيع وابن معين وابن عدى وغيرهم .

وقال أبو حاتم : شيخ لا يحتج به ، وفيه جواز الانتفاع بما يوجد فى الطرقات من المحقرات لاسيما إذا كان هـذا الشىء الحقـير مأكولا لما فى حديث أنس الذى ساقه المصنف ، فإنه يجوز أكله ولا يجب التعريف به أصلا كالتمرة ونحوها لأن النبى صلى الله عليه وسلم قد بين أنه لم يمنعه مـن أكل التمرة إلا خشية أن تكون من الصدقة ، ولولا ذلك لأكلها .

وقد روى ابن أبى شيبة عن ميمونة أم المؤمنين « أنهـا وجدت تمـرة فأكلتها وقالت : لا يحب الله الفساد » قال فى الفتح : يعنى أنها لو تركتها فلم تؤخذ فتؤكل لفسدت ثم قال : وجواز الأكل هو المجزوم به عند الأكثر .

وعندنا أن القليل إذ كان يطلب فى العادة وجب التعريف به كالكثير مدة التعريف المنصوص عليها وهى سنة لعموم الأحاديث الواردة . وعند أبى حنيفة أنه يعرف بالقليل ثلاثة أيام . وذلك لحديث يعلى بن مرة مرفـوعا « من التقط لقطة يسيرة حبلا أو درهما أو شبه ذلك فليعرفها ثلاثة أيام ، فإن كان فوق ذلك فليعرفه ستة أيام » رواه أحمـد والطبرانى والبيهقى ، وزاد الطبرانى « فإن جاء صاحبها وإلا فليتصدق بها » وفى إسناده عمـر ابن عبد الله بن يعلى ، وقد صرح جماعة بضعفه ، وزعم ابن حزم أنه مجهول وقد دافع عنه ابن حجر وابن رسلان والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـل **فان عرفها فلم يجد صاحبها ففيه وجهان :**

(احدهما) تدخل فى ملكه بالتعريف لحديث عبد الله بن عمرو بن العـاص ان النبى صلى الله عليه وسلم قال « فان جاء صـاحبها والا فهى لك » ولانه كسب مال بفعل فلم يعتبر فيه اختيار التملك كالصيد .

(والثانى) أنه يملكه باختيار التملك ، لما روى فى حديث زيد بن خالد الجهنى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((فان جاء صاحبها والا فشأنك بها)) فجعله الى اختياره ولأنه تملك ببدل فاعتبر فيه اختيار التملك كالملك بالبيع . وحكى فيه وجهان آخران :

(أحدهما) أنه يملك بمجرد النية .

(والثانى) يملكه بالتصرف ولا وجه لواحد منهما ، ولا فرق فى ملكها بين الغنى والفقير لقوله صلى الله عليه وسلم ((فان جاء صاحبها والا فشأنك بها)) ولم يفرق لأنه ملك بعوض فاستوى فيه الغنى والفقير كالملك فى القرض والبيع .

فصل فان حضر صاحبها قبل أن يملكها ـ نظرت : فان كانت العين باقية ـ وجب ردها مع الزيادة المتصلة والمنفصلة ، لأنها باقية على ملكه، وان كانت تالفة لم يلزم الملتقط ضمانها ، لأنه يحفظ لصاحبها ، فلم يلزم ضمانها من غير تفريط كالوديعة ، وان حضر بعد ماملكها ـ فان كانت باقية ـ وجب ردها ، وان كانت تالفة وجب عليه بدلها ، وقال الكرابيسى : لا يلزمه ردها ولا ضمان بدلها لأنه مال لا يعرف له مالك ، فاذا ملكه لم يلزمه رده ، ولا ضمان بدله كالركاز ، والمذهب الأول ، لما روى أبو سعيد الخدرى ((أن عليا كرم الله وجهه وجد ديناراً فجاء صاحبه فقال النبى صلى الله عليه وسلم : أده قال على:قد أكلته،فقال النبى صلى الله عليه وسلم اذا جاءنا شىء أديناه)) ويخالف الركاز فانه مال لكافر لا حرمة له ، وهذا مال مسلم ، ولهذا لا يلزمه تعريف الركاز . ويلزمه تعريف اللقطة ، فان كانت العين باقية فقال الملتقط : أنا أعطيك البدل ، لم يجبر المالك على قبوله ، لأنه يمكنه الرجوع الى عين ماله ، فلا يجبر على قبول البدل ، وان حضر ـ وقد باعها الملتقط وبينهما خيار ـ ففيه وجهان :

(أحدهما) يفسخ البيع ، ويأخذ لأنه يستحق العين والعين باقية .

(والثانى) لا يجوز له أن يفسخ ، لأن الفسخ حق للعاقد ، فلا يجوز لغيره من غير اذنه ، وان حضر وقد زادت العين ، فان كانت زيادة متصلة رجع فيها مع الزيادة ، وان كانت زيادة منفصلة رجع فيها دون الزيادة ، لأنه فسخ ملك فاختلفت فيه الزيادة المتصلة والمنفصلة كالرد بالعيب) .

الشرح الأحاديث المذكورة فى هذين الفصلين سبق استيفاء الكلام عليها فى الفصل قبلهما .

اما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : ويأكل اللقطة الغنى والفقير ومن تحل له الصدقة وتحرم عليه . وهذا كما قال : يجوز لواجد اللقطة بعد تعريفها حولا أن يتملكها ويأكلها غنياً كان أو فقيراً . وقال أبو حنيفة : « يجوز ذلك إن كان فقيراً ، ولا يجوز إن كان غنياً أن يتملكها ، ويكون مخيراً بين أمرين : إما أن تكون فى يده أمانة لصاحبها أبداً كالوديعة ، وإما أن يتصدق بها » فإن جاء صاحبها وأمضى صدقته فله ثوابها ولا غرم على الواجد ، وإن لم يمض الصدقة فثوابها للواجد وعليه غرمها استدلالا بما رواه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « فإن جاء صاحبها وإلا تصدق بها » وهو حديث فى إسناده عمر بن عبد الله بن يعلى ، قال أبو حنيفة : وهذا نص ، ولأنه مال يعتبر فيه الحول فوجب أن يختلف فيه حال الغنى والفقير كالزكاة ، ولأنه مال مسلم فوجب أن لا يحل إلا لمضطر قياساً على غير اللقطة .

ودليلنا عموم قوله صلى الله عليه وسلم « فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها » وهو يقتضى التسوية بين الغنى والفقير ، وروى أن أبىّ بن كعب وجد صرة فيها ثمانون ديناراً أو مائة دينار فأمره النبى صلى الله عليه وسلم أن يعرفها حولا « فان جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها » .

قال الشافعى رضى الله عنه (وأبىّ من أيسر أهل المدينة أو كأيسرهم . ولو لم يكن موسراً لصار بعشرين ديناراً منها موسراً على قول أبى حنيفة) فدل على أن الفقر غير معتبر فيها وأن الغنى لا يمنع منها . وروى عن عطاء ابن يسار عن أبى سعيد الخدرى « أن على بن أبى طالب وجد ديناراً فأتى به النبى صلى الله عليه وسلم فأمره أن يعرف به ثلاثاً فعرفه فلم يجد من يعرفه ، فرجع به إلى النبى صلى الله عليه وسلم فأخبره فقال : كله حتى إذا أكله جاء صاحب الدينار يتعرفه فقال على رضى الله عنه : قد أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم بأكله فانطلق صاحب الدينار وكان يهودياً إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال له النبى صلى الله عليه وسلم إذا جاءنا شىء أدناه لك » .

قال الشافعي رضى الله عنه : وعلى ممن يحرم عليهم الصدقة ، لأنه من طينة بنى هاشم ؛ فلو كانت اللقطة تستباح بالفقر دون الغنى لحظرها عليه ، ولأن كل من كان من أهل الالتقاط جاز أن يرتفق بالأكل والتملق كالفقير ولأن ما ثبت للفقير فى اللقطة ثبت للغنى كالنسك والصدقة ، ولأن كل مال استباح الفقير إتلافه بشرط الضمان استباح الغنى إتلافه بشرط الضمان كالقرض ، ولا يدخل عليه طعام المضطر لاستوائهما فيه ، وقد يجعل المضطر أصلا فيقول : كل ارتفاق بمال الغير إذا كان مضموناً استوى فيه الغنى والفقير كأكل مال الغير للمضطر ،ولأنه استباحة إتلاف مال لغيره لمعنى فى المال فوجب أن يستوى فيه حكم الغنى والفقير كالفحل الصائل ، ولأن كل ما استبيح تناوله عند الإياس من مالكه فى الأغلب استوى فيه حكم الغنى والفقير كالركاز ، ولأن حال اللقطة فى يد واجدها لا يخلو من أن تكون فى حكم المغصوب فيجب انتزاعها قبل الحول وبعده من مال الغنى والفقير ، أو فى حكم الودائع فلا يجوز أن يتملكها فقير ولا أن يتصدق بها غنى ، أو فى حكم الكسب فيجوز أن يتملكها الغنى والفقير .

ومذهب أبى حنيفة مخالف لأصول هذه الأحكام الثلاثة فكان فاسداً ، ثم يقال لأبى حنيفة الثواب إنما يستحق على المقاصد بالأعمال لا على أعيان الأفعال لأن صورها فى الطاعة والمعصية على سواء كالمرائى بصلاته ، ثم لا يصح أن يكون ثواب العمل موقوفاً على غير العامل فى استحقاقه أو إحباطه .

فأما الجواب عن قوله صلى الله عليه وسلم « تصدق بها » فمحمول على فرض صحة الرواية على أن الواجد سأله عن ذلك فأذن له فيه ، وأما الزكاة فلا معنى للجمع بينها وبين اللقطة ، لأن الزكاة تملك غير مضمون ببدل ، واللقطة تؤخذ مضمونة ببدل فكان الغنى أحق بتملكها ، لأنه أوفى ذمة ، وأما ما ذكروه من المضطر فقد جعلناه أصلا .

فـــرع قال الشافعى رضى الله عنه ولا أحب لأحد ترك اللقطة إذا وجدها وكان أميناً عليها ، وظاهر قوله يقتضى استحباب أخذها دون إيجابه،

وقال أيضاً : ولا يجوز لأحد ترك اللقطة إذا وجدها ، فكان ظاهر هذا القول يدل على إيجاب أخذها ، فاختلف أصحابنا لاختلاف هذين الظاهرين، فكان أبو الحسن بن القطان وطائفة يخرجون ذلك على اختلاف قولين .

(أحدهما) أن أخذها استحباب وليس بواجب على ظاهر ما نص عليه فى هذا الموضع لأنه غير مؤتمن عليها ولا مستودع لها .

(والقول الثانى) أن أخذها واجب وتركها مأثم ، لأنه لما وجب عليه حراسة نفس أخيه المسلم وجب عليه حراسة مال أخيه المسلم .

وقال جمهور أصحابنا : ليس ذلك على قولين ، إنما هو على اختلاف حالين ، فالموضع الذى لا يأخذها إذا كانت يؤمن عليها ويأخذها غيره ممن يؤدى الأمانة فيها ، والموضع الذى أوجب عليه أخذها إذا كانت فى موضع لا يؤمن عليها ويأخذه غيره ممن لا يؤدى الأمانة فيها ، لما فى ذلك من التعاون ، وعلى كلتا الحالتين لا يكره له أخذها إذا كان أمينا عليها ، بل يدور أخذها بين الاستحباب والوجوب . وحكى عن ابن عباس وابن عمر أنهما كرها أخذها . وروى أن شريحاً مر بدرهم فلم يعرض له وفى هذا القول إبطال التعاون وقطع المعروف . « وقد أخذ أبىٌّ الصرة » « وأخذ على الدينار » وأخبر النبى صلى الله عليه وسلم فلم ينكر ذلك عليهما ولا كرهه لهما ، ويجوز أن يكون المحكى عن ابن عباس وابن عمر فيمن كان غير مأمون عليها ، أو ضعيفاً عن القيام بها . ونحو نكره لغير الأمين عليها والضعيف عن القيام بها أن يتعرض لأخذها ، وإنما يؤمر به من كان أميناً قوياً ، فلو تركها القوى الأمين حتى هلكت فلا ضمان عليه وإن أساء ، وإن أخذها لزمه القيام بها ، وإن تركها بعد الأخذ لزمه الضمان ، ولو ردها على الحاكم فلا ضمان عليه بخلاف الضوال فى أحد الوجهين لأنه ممنوع من أخذ الضوال فضمنها . وغير ممنوع من أخذ اللقطة فلم يضمنها .

فرع وقد اختلف العلماء فيما إذا تصرف الملتقط فى اللقطة بعد تعريفها سنة ثم جاء صاحبها هل يضمنها له أم لا ؟ فذهب الجمهور إلى

وجوب الرد إن كانت العين موجودة أو البدل إن كانت قد استهلكت . وخالف فى ذلك الكرابيسى صاحب الشافعى ووافقه صاحباه البخارى وداود ابن على الظاهرى إمام المذهب المعروف لكن وافق داود الجمهور إذا كانت العين قائمة .

ومن أدلة الجمهور مما تقدم من الأحاديث « ولتكن وديعة عندك فإن جاء طالبها إلخ » وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم « فإن جاء صاحبها فلا تكتم فهو أحق بها » وفى رواية للبخارى « فاعرف عفاصها ووكاءها ثم كلها ، فإن جاء صاحبها فأدها إليه » أى بدلها لأن العين لا تبقى بعد أكلها . وفى رواية لأبى داود « فإن جاء باغيها فأدها إليه ، وإلا فاعرف عفاصها ووكاءها ثم كلها ، فإن جاء باغيها فأدها إليه » فأمر بأدائها قبل الإذن فى أكلها وبعده .

قال الماوردى فى الحاوى الكبير : إن الواجد لو منع بعد الحول من تملكها أدى ذلك إلى أحد أمرين ، إما أن لا يرغب الواجد فى أخذها ، وإما أن تدخل المشقة عليه فى استدامة إمساكها ، فكان إباحة التمليك لها بعد التعريف أحث على أخذها وأحفظ لها على مالكها لثبوت غرمها فى ذمته ، فلا تكون معرضة للتلف ، وليكون ارتفاق الواجد بمنفعتها فى مقابلة ما عاناه فى حفظها وتعريفها وهذه كلها معان استوى فيها الغنى والفقير ، ثم مذهب الشافعى لا فرق بين المسلم والذمى فى أخذها للتعريف ، وتملكها بعد الحول ، لأنها كسب يستوى فيه المسلم والذمى .

فـــرع إذا ثبت جواز تملكها بعد الحول لكل واجد من غنى أو فقير فقد اختلف أصحابنا بماذا يصير مالكا ؟ على ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يصير مالكا لها بمضى الحول وحده إلا أن يختار أن تكون أمانة فلا تدخل فى ملكه وهذا قول أبى حفص بن الوكيل لأنه كسب على غير بدل فأشبه الركاز والاصطياد .

(والوجه الثانى) أنه يملكها بعد مضى الحول باختيار التملك ، فإن لم يختر التملك لم يملك . وهذا قول أبى إسحاق المروزى ، لأن النبى صلى

الله عليه وسلم قال : « فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها » فرد أمرها إلى اختياره ، ولأنه أبيح له التملك بعد الحول بعد أن كان مؤتمنا . فاقتضى أن لا ينتقل عما كان عليه إلا باختيار ما أبيح له .

(والوجه الثالث) أنه لا يملكها بعد مضى الحول إلا بالاختيار والتصرف ، وهو ما لم يتصرف غير مالك ، لأن التصرف منه كالقبض فأشبه الهبة .

فإذا صار مالكها بما ذكرنا فقد ضمنها لصاحبها فمن جاء طالباً لها رجع بها إن كانت باقية ، وليس للمتملك أن يعدل به مع بقائها إلى بدلها ، فإن كانت ذا مثل رجع بمثلها ، وإن كانت غير ذى مثل رجع لقيمتها حين تملكها ، لأنه إذ ذاك صار ضامناً لها فإن اختلفا فى القيمة فالقول قول متملكها لأنه غارم ؛ فلو كانت عند مجىء صاحبها باقية لكن حدث منها نماء منفصل رجع بالأصل دون النماء لحدوث النماء بعد ملك الواجد .

فلو عرف الواجد صاحبها وجب عليه إعلامه بها ، ثم ينظر فإن كان ذلك قبل أن يملكها الواجد فمؤنة ردها على صاحبها دون الواجد كالوديعة . وفى هذه الحال ترد بنمائها متصلا ومنفصلا ، لأن ذلك قبل زمن التملك ، وإن كان بعد تملكها فمؤنة ردها على الواجد دون صاحبها لبقائها على ملكه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان جاء من يدعيها ووصفها ، فان غلب على ظنه انها له جاز له ان يدفع اليه ولا يلزمه الدفع ، لانه مال للغير فلا يجب تسليمه بالوصف كالوديعة ، فان دفع اليه بالوصف ثم جاء غيره واقام البينة انها له قضى بالبينة لانها حجة توجب الدفع فقدمت على الوصف ، فان كانت باقية ردت على صاحب البينة ، وان كانت تالفة فله ان يضمن الملتقط لانه دفع ماله بغير حق وله ان يضمن الآخذ لانه اخذ ماله بغير حق ، فان ضمن الآخذ لم يرجع على الملتقط ، لانه ان كان مستحقاً عليه فقد دفع ما وجب عليه فلم يرجع ، وان كان مظلوماً لم يجز ان يرجع على غير من ظلمه .**

وان ضمن الملتقط ـ نظرت فان كان قد اقر للآخذ بالملك بان قال : هى لك ـ لم يرجع عليه ، لانه اعترف انه أخذ ماله ، وان صاحب البينة ظلمه فلا يرجع على من لم يظلمه ، وان لم يقر له ولكنه قال : يغلب على ظنى انها لك فله الرجوع لانه بان انه لم يكن له ، وقد تلف فى يده فاستقر الضمان عليه) .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : إذا التقط الرجل اللقطة مما لا روح له ما يحمل ويحول،فإذا التقط الرجل لقطة قلت أو كثرت عرفها سنة، ويعرفها على أبواب المساجد والأسواق ومواضع العامة ، ويكون أكثر تعريفه إياها فى الجماعة التى أصابها فيها ، ويعرف عفاصها ووكاءها وعددها ووزنها وحليتها ويكتب ويشهد عليه ، فإن جاء صاحبها وإلا فهى له بعد سنة ، على أن صاحبها متى جاء غرمها ، وإن لم يأت فهى مال من ماله . وإن جاء بعد السنة وقد استهلكها والملتقط حى أو ميت فهو غريم من الغرماء يحاص الغرماء .

فإن جاء ووقع فى نفسه أنه لم يدع باطلا أن يعطيه ولا أجبره فى الحكم إلا ببينة تقوم عليها كما تقوم على الحقوق ، فإن ادعاها واحد أو اثنان فسواء لا يجبر على دفعها إليهم إلا ببينة يقيمونها عليه ، وقال أيضاً : ونفتى الملتقط إذا عرف الرجل العفاص والوكاء والعدد والوزن ، ووقع فى نفسه أنه صادق أن يعطيه ، ولا أجبره عليه إلا ببينة لأنه قد يصيب الصفة بأن يسمع الملتقط يصفها .

قلت : وصورتها فى رجل ادعى لقطة فى يد واجدها ، فإن أقام البينة العادلة على ملكها وجب تسليمها ، وإن لم يقم بينة لكن وصفها ـ فإن أخطأ فى صفتها ـ لم يجز دفعها إليه ، وإن أصاب فى جميع صفاتها من العفاص والوكاء والجنس والنعت والعدد والوزن ، فإن لم يقع فى نفسه صدقه لم يدفعها إليه ، وإن وقع فى نفسه أنه صادق وأفتيناه بدفعها إليه جوازاً لا واجباً ـ فإن امتنع من الدفع ـ لم يجبر عليه ، وبه قال أبو حنيفة وقال مالك وأحمد : يجبر على دفعها إليه بالصفة استدلالا بقوله صلى الله عليه وسلم « اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة . فإن جاء طالبها فادفعها إليه ، فلما أخبر بمعرفة العفاص والوكاء دل على أنه كالبينة فى الاستحقاق .

وروى سويد بن غفلة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « فإن جاء باغيها فعرفك عفاصها ووكاءها فادفعها إليه » وهذا نص . قالوا : ولأن كل إمارة غلب بها فى الشرع صدق المدعى جاز أن يوجب قبول قوله كالبينات ، قالوا : ولأن البينات فى الأصول مختلفة ، وما تعذر منها فى الغائب يخفف، كالنساء المنفردات فى الولادة وإقامة البينة على اللقطة متعذر لاسيما على الدنانير والدراهم التى لا تضبط أعيانها فجاز أن تكون الصفة التى هى غاية الأحوال الممكنة أن يكون بينة فيها .

ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « لو أعطى الناس بدعاواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ، لكن البينة على المدعى ، واليمين على المدعى عليه » فلم يجعل الدعوى حجة ، ولا جعل مجرد القول حجة بينة ، ولأن الصفة للمطلوب من تمام الدعوى ، فلم يجز أن تكون بينة للطالب قياساً على الطلب .

قال الشافعى رضى الله عنه محتجاً عليهم : أرأيت لو وصفها عشرة أيعطونها ، ونحن نعلم أن كلهم كذبة إلا واحداً بغير عينه ، فرد عليه ابن داود فقال : كما لو ادعاها عشرة وأقام كل واحد منهم بينة عليها ، قسمتها بينهم ، وإن كان صدق جميعهم مستحيلا ، كذلك إذا وصفوها كلهم .

والجواب عن هذا من وجهين (أحدهما) أن كذب المدعى أسقط الدعوى من كذب الشهود ، ألا ترى أن إكذاب المدعى لنفسه مبطل للدعوى وإكذاب الشهود لأنفسهم غيرمبطل للدعوى (والثانى) أن البينة هى أقصى ما يقدر عليه المدعى وأقوى ما يحكم به الحاكم ، فدعت ضرورة الحاكم فى البينة إلى ما لم يدعه من الصفة .

وأما الجواب عن قولهم : اعرف عفاصها ووكاءها فهو أن ذلك منه لا لدفعها بصفة العفاص والوكاء ووجوب رده معه ، ولكن لمعان هى أخص بمقصود اللقط ، منها أن بينته بحفظ العفاص والوكاء ووجوب رده مع قلته ونزارته على حفظ ما فيه ووجوده مع كثرته . ومنها أن يتميز بذلك

عن ماله ومنها جواز دفعها بالصفة ، وإن لم يجب ، وعلى هذا المعنى نحمل حديث سويد ابن غفلة الذى جعلوه نصاً .

وأما استدلالهم فنحن ما جعلنا الإمارة على الصدق حجة فى قبـــول الدعوى وإنما جعلنا الأيمان بعدها حجة ، وأما استدلالهم بأن البينات فى الأصول مختلفة فصحيح ، وليس فى جميعها بينة تكون بمجرد الصـــفة ، ولا يكون تعذر البينة موجباً أن تكون الصفة بينة . ألا ترى أن الســـارق تتعذر إقامة البينة عليه ، ولا يكون صفة ما بيده لمدعى سرقته حجة .

فإذا ثبت أن دفعها بالصفة لا يجب فدفعها بالصفة وسعه ذلك إذا لم يقع فى نفسه كذبه ، فإن أقام غيره البينة عليها بشاهدين أو شاهد وامرأتين أو شاهد ويمين كان مقيم البينة أحق بها من الآخذ لها بالصفة ، فإن كانت باقية فى يد الواصف انتزعت منه لمقيم البينة ، وإن كان قد استهلكها نظـــر فى الدافع لها فإن كان قد دفعها بحكم حاكم فلصاحب البينة الخيـــار فى الرجوع بغرمها على الآخذ لها بالصفة ، وإن كان قد دفعها بغير حكم حاكم فلصاحب البينة الخيار فى الرجوع بغرمها على من شاء من الدافع الملتقط أو الآخذ الواصف ، فإن رجع بها على الآخذ لها بالصفة فله ذلك لضـــمانه لها باليد ، واستحقاق غرمها بالاتلاف ، وقد برىء الدافع لها من الضـــمان لوصول الغرم إلى مستحقه ، وليس للغارم أن يرجع بما غرمه على الدافع ، لأنه إن كان مستحقا عليه فمن وجب عليه حق لم يرجع به على أحد وإن كان مظلوما به فالمظلوم بالشىء لا يجوز أن يرجع به على غير ظالمه .

وإن رجع مقيم البينة بغرمها على الدافع الملتقط نظر فى الدافع ، فإن كان قد صدق الواصف لها على ملكها وأكذب الشهود لصاحب البينة عليها فليس له الرجوع بغرمها على الآخذ لها بالصفة ، لأنه مقر أنه مظلوم بالمأخوذ منه ، فلا يرجع به على غير من ظلمه ، وإن لم يكن قد صدق الواصف ولا أكذب الشهود فله الرجوع بالغرم على الآخذ لها بالصفة لضمانه لهـــا بالاستهلاك وتكون البينة موجبة عليه وله ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان وجد ضالة لم يخل اما ان تكون فى برية أو بلد ، فان كانت فى برية ـ نظرت ، فان كانت مما يمتنع على صغار السباع بقوته كالابل والبقر والخيل والبغال والحمير ، أو يبعد اثره لسرعته كالظبـاء والأرانب ، أو بجناحه كالحمام والدراج ـ لم يجز التقاطه للتملك ، لما روى زيد بن خالد الجهنى قال : « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ضالة الابل فغضب واحمرت عيناه . وقال : مالك ولها معها الحذاء والسقاء ، تأكل من الشـجر وترد الماء حتى ياتى ربها ، وسئل عن ضالة الغنم فقـال : خـذها هى لك أو لأخيك أو للذئب » وهل يجوز أخذها للحفظ ؟ ينظر فيه ، فان كان الواجد هو السلطان جاز ، لأن للسلطان ولاية فى حفظ اموال المسلمين ، ولهذا روى أنه كان لعمر حظيرة يجمع فيها الضوال ، فان كان له حمى تركها فى الحمى واشهد عليها ويسمها بسمة الضوال لتتميز عن غيرها من الأمـوال ، وان لم يكن له حمى ، فان كان يطمع فى مجىء صاحبها ، بان يعرف انها من نعم قوم يعرفهم ، حفظها اليومين والثلاثة ، وان لم يعرف او عرف ولم يجىء صاحبها باعها وحفظ ثمنها ، لأنه اذا تركها احتاجت الى نفقة ، وفى ذلك أضرار .

وان كان الواجد لها من الرعية ففيه وجهان :

(أحدهما) يجوز لأنه ياخذها للحفظ على صاحبها فجاز كالسلطان .

(والثانى) لا يجوز لأنه لا ولاية على صاحبها بخلاف السلطان ، فان أخذها للتملك أو للحفاظ ـ وقلنا : انه لا يجوز ـ ضمنها لأنه تعدى بأخذها فضمنها كالغاصب ، وان دفعها الى السلطان ففيه وجهان :

(احدهما) لا يبرأ من الضمان لأنه لا ولاية للسلطان على رشيد .

(والثانى) يبرأ ، وهو المذهب ، لأن للسلطان ولاية على الغائب فى حفظ ما يخاف عليه من ماله ، ولهذا لو وجدها السلطان جاز له اخذها للحفظ على مالكها ، فاذا أخذها غيره وسلمها اليه برىء من الضـمان ، وان كان مما لا يمتنع من صغار السباع كالغنم وصغار الابل والبقـر أخذها ، لحـديث زيد ابن خالد الجهنى ان رسول الله صلى الله عليه وسـلم قال فى ضالة الغنـم « خذها هى لك أو لأخيك أو للذئب » ولأنه اذا تركها أخذها غيره أو أكلهـا الذئب ، فكان اخذها احوط لصاحبها ، واذا اخذها فهـو بالخيـار بين أن يمسكها ، ويتطوع بالانفاق عليها ويعرفها حولا ثم يملكها ، وبين أن يبيعها ويحفظ ثمنها ويعرفها ثم يملك الثمن ، وبين أن ياكلها ويغرم بدلها ويعرفها ، لأنه اذا

لم يفعل ذلك احتاج الى نفقة دائمة ، وفى ذلك اضرار بصاحبها ، والامساك اولى من البيع والاكل ، لانه يحفظ العين على صاحبها ويجرى فيها على سنة الالتقاط فى التعريف والتملك ، والبيع أولى من الاكل ، لانه اذا اكل استباحها قبل الحول ، واذا باع لم يملك الثمن الا بعد الحول ، فكان البيع أشبه باحكام اللقطة ، فان اراد البيع ولم يقدر على الحاكم باعها بنفسه ، لانه موضع ضرورة ، وان قدر على الحاكم ففيه وجهان :

(احدهما) لا يبيع الا باذنه ، لأن الحاكم له ولاية ، ولا ولاية للملتقط .

(والثانى) يبيع من غير اذنه لانه قد قام مقام المالك فقام مقامه فى البيع ، وان اكل فهل يلزمه أن يعزل البدل مدة التعريف ؟ فيه وجهان :

(احدهما) لا يلزمه ، لأن كل حالة جاز أن يستبيح اكل اللقطة لم يلزمه عزل البدل كما بعد الحول ، ولأنه اذا لم يعزل كان البدل قرضاً فى ذمته ، واذا عزله كان امانة والقرض احوط من الأمانة .

(والثانى) يلزمه عزل البدل لانه أشبه باحكام اللقطة ، فان من حكم اللقطة ان تكون امانة قبل الحول ، وقرضاً بعد الحول ، فيصير البدل كاللقطة ان شاء حفظها له وان شاء عرفها ثم تملك .

وان افلس الملتقط كان صاحبها احق بها من سائر الغرماء ، وان وجد ذلك فى بلد ، فقد روى المزنى أن الصغار والكبار فى البلد لقطة ، فمن اصحابنا من قال : المذهب ما رواه المزنى ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم انما فرق بين الصغار والكبار فى البرية لأن الكبار لا يخاف عليها لأنها ترد الماء وترعى الشجر وتتحفظ بنفسها ، والصغار يخاف عليها لأنها لا ترد الماء والشجر فتهلك ، واما فى البلد فالكبار كالصغار فى الخوف عليها ، فكان الجميع لقطة . ومن أصحابنا من قال : فيه قول آخر أن البلد كالبرية ، فالصغار فيه لقطة ، والكبار ليست بلقطة لعموم الخبر ، فان قلنا : ان البلد كالبرية فالحكم فيه على ما ذكرناه الا فى الأكل ، فله أن يأكل الصغار فى البرية ، وليس له اكلها فى البلد ، لأن فى البرية اذا لم ياكل الصغار هلكت ، لأنه لا يمكن بيعها ، وفى البلد يمكن بيعها ، فلم يجز الأكل ، وان قلنا : ان الجميع فى البلد لقطة فالحكم فى الكبار كالحكم فى الصغار فى البرية الا فى الأكل ، فانه لا ياكل فى البلد وياكل الصغار فى البرية لما ذكرناه .

فصل وان وجد عبداً صغيراً لا تمييز له أن يلتقطه ، لأنه كالغنم يعرفه حولا ثم يملكه ، وان وجد جارية صغيرة لا تمييز لها ، فان كان لا يحل

له وطؤها جاز له ان يلتقطها للتملك ، كما يجوز أن يقترضها ، وان كانت تحل له لم يجز أن يلتقطها للتملك كما لا يجوز أن يقترضها) .

الشرح حديث زيد بن خالد الجهنى متفق عليه ، وقد مضى الكلام عليه فى الفصل قبله .

أما الأحكام فإن ضوال الحيوان إذا وجدت لم يخل حالها من أحد أمرين ، إما أن توجد فى صحراء أو فى مصر ، فإن وجدت فى صحراء فعلى ضربين :

(أحدهما) أن يكون مما يصل بنفسه إلى الماء والرعى ، ويدفع عن نفسه صغار السباع ، إما لقوة جسمه كالإبل والبقر والخيل والبغال والحمير . وإما لبعد أثره كالغزال والأرنب والطير ، فهذه الأنواع كلها لا يجوز لواجدها أن يتعرض لأخذها إذا لم يعرف مالكها لقوله صلى الله عليه وسلم فى ضوال الإبل : « مالك ولها معها حذاؤها » أى خفها الذى يقيها العثرات وتعتمد عليه فى السعى إلى المرعى بدون أن يتجشم أحد تقديم الطعام إليها ، ومعها سقاؤها ، إشارة إلى طول عنقها ، فتمد عنقها إلى الماء فلا تحتاج إلى من يقدمه لها . ولذا قال : ترد الماء وتأكل الشجر حتى يأتى ربها . ولأنها تحفظ أنفسها فلم يكن لصاحبها حظ فى أخذها فإن أخذها لم يخل من أحد أمرين ، إما أن يأخذها لقطة ليتملكها إن لم يأت صاحبها فهذا متعد وعليه ضمانها ، فإن أرسلها لم يسقط الضمان .

وقال أبو حنيفة ومالك : قد سقط الضمان عنه بالإرسال بناء على أن من تعدى فى وديعة ثم كف عن التعدى فعندهما يسقط عنه الضمان ، وعند الشافعى وأصحابه لا يسقط ، فان لم يرسلها ودفعها إلى مالكها فقد سقط عنه ضمانها بأدائها إلى مستحقها ، وإن دفعها إلى الحاكم عند تعذر المالك ففى سقوط الضمان وجهان :

(أحدهما) قد سقط لأن الحاكم نائب عمن غاب .

(والثانى) لا يسقط لأنها قد تكون لحاضر لا يولى عليه .

(والأمر الثانى) أن لا يأخذها لقطة ولكن يأخذها حفظا لها على مالكها فإن كان عارفاً بمالكها لم يضمن ويده يد أمانة حتى تصل إلى المالك . وإن كان غير عارف للمالك ففى وجوب الضمان وجهان :

(أحدهما) لا ضمان لأنه من التعاون على البر والتقوى .

(والوجه الثانى) عليه الضمان لأنه لا ولاية له على غائب ، فان كان والياً كالإمام أو الحاكم فلا ضمان عليه ، فقد روى أن عمر رضى الله عنه كانت له حظيرة يحظر فيها ضوال المسلمين . فهذا حكم أحد الضربين .

(والضرب الثانى) ما لا يدفع عن نفسه ويعجز عن الوصول إلى الماء والرعى كالغنم والدجاج ، فلو أخذه وأكله فى الحال من غير تعريف ، غنياً كان أو فقيراً فعليه غرمه لمالكه إذا وجده ، وبه قال أبو حنيفة . وقال مالك وداود : هو غير مضمون عليه ويأكله أكل إباحة ولا غرم عليه فى استهلاكه استدلالا بأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « هى لك أو لأخيك أو للذئب » ومعلوم أن ما استهلكه الذئب هدر لا يضمن ، وإنما أراد بيان حكم الآخذ فى سقوط الضمان ، ولأن ما استباح أخذه أخذه من غير ضرورة إذا لم يلزمه تعريفه لم يلزمه غرمه كالدراهم .

ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه » ولأنها لقطة يلزمه ردها مع بقائها ، فوجب أن يلزمه غرمها عند استهلاكها قياساً على اللقطة فى الأموال ، ولأنها ضالة فوجب أن تضمن بالاستهلاك كالإبل .

فأما الجواب عن قوله صلى الله عليه وسلم : « هى لك أو لأخيك أو للذئب » فهو أنه نبه بذلك على إباحة الأخذ وجواز الأكل دون الغرم ، وأما الركاز فإنه لا يلزم رده فلذلك سقط غرمه ، وليس كذلك الشاة ، لأن ردها واجب فصار غرمها واجباً . فإذا ثبت جواز أخذ الشاة وما لا يدفع عن نفسه وإباحة أكله ووجوب غرمه فكذلك صغار الإبل والبقر ، لأنها لا تمنع

عن أنفسها كالغنم ثم لا يخلو حال واجد الشاة وما فى معناها من أربعة أحوال .

(أحدها) أن يأكلها فيلزمه غرم قيمتها قبل الذبح عند الأخذ فى استهلاكها ويكون ذلك مباحاً لا يأثم به وإن غرم .

(والحال الثانية) أن يتملكها ليستبقيها حية لدر أو نسل فذلك له ؛ لأنه لما استباح تملكها مع استهلاكها فأولى أن يستبيح تملكها مع استبقائها. ثم فى صحة ضمانها وجهان كالعارية مخرجا ، وفى الاختلاف قولان فى ضمان الصداق ، أحدهما أنه ضامن لقيمتها أكثر ما كانت من حين وقت التملك إلى وقت التلف ، فإن جاء صاحبها وهى باقية وقد أخذ الواجد درها ونسلها كان الدر والنسل للواجد لحدوثه على ملكه ، وللمالك أن يرجع بها دون قيمتها ، فإن بذل له الواجد قيمتها لم يجبر على أخذها مع بقاء عينها إلا أن يتراضيا على ذلك فيجوز . فلو كانت الشاة حين رجع بها المالك زائدة فى بدنها أو قيمتها لم يكن للواجد حق فى الزيادة وكانت للمالك تبعاً للأصل ، ولو كانت ناقصة رجع المالك بنقصها على الواجد لأنها مضمونة بالتلف فكانت مضمونة بالنقص .

(والحال الثالثة) أن يستبقيها فى يديه أمانة لصاحبها فذلك له ، لأنه لما جاز أن يتملكها على صاحبها فأولى أن يحفظها لصاحبها ولا يلزمه تعريفها ، لأن ما جاز تملكه سقط تعريفه ، ولا يلزمه إخبار الحاكم بها ولا الإشهاد عليها ، بل إذا وجد صاحبها سلمها إليه ، ولا ضمان عليه مدة إمساكها لصاحبها لو تلفت أو نقصت لأن يده يد أمانة كالعرف .

وقال بعض أصحابنا وجهاً آخر إنه يضمنها لأن إباحة أخذها مقصور على الأكل الموجب للضمان دون الائتمان ، وهذا القول فيما حدث من درها ونسلها على المذهب لا يضمنه . وعلى هذا الوجه يضمنه ، فإن أنفق عليها أكثر من مؤنة علوفتها ، فإن كان ذلك منه مع وجود حمى للمسلمين ترعى فيه فهو متطوع بالنفقة وليس له الرجوع بها ، وإن كان مع عدم الحمى ، فإن كان عن إذن الحاكم رجع بما أنفق ، وإن كان عن غير إذنه ،

فإن كان قادراً على استئذانه لم يرجع بها وإن لم يقدر على استئذانه ، فإن لم يشهد لم يرجع . وإن أشهد ففى رجوعه بها وجهان (أحدهما) يرجع للضرورة (والثانى) لا يرجع لئلا يكون حاكم نفسه فلو أراد بعد إمساكها أمانة ، أن يتملكها ففى جوازه وجهان : (أحدهما) له ذلك كالابتداء (والثانى) ليس له ذلك لاستقرار حكمها .

فأما إن أراد أن يتملك درها ونسلها من غير أن يتملك أصلها لم يكن له ذلك وجهاً واحداً ؛ لأنه فرع يتبع أصله ، فلو أرسلها بعد إمساكها أمانة لزمه الضمان إلا أن يرفعها إلى حاكم فلا يضمن .

ولو نوى تملكها ثم أراد أن يرفع ملكه عنها لتكون أمانة لصاحبها لم يسقط عنه ضمانها . وفى ارتفاع ملكه عنها وجهان :

(أحدهما) لا يرتفع ملكه لأن الملك لا يزول إلا بقبول المتملك ، فعلى هذا يكون مالكا لما حدث من درها ونسلها لبقائها على ملكه .

(والوجه الثانى) يرتفع ملكه عنها مع بقاء ضمانها وذلك أحوط لمالكها، ووجه ذلك أنه لما جاز أن يتملكها من غير بذل مالكها جاز أن يزول ملكه عنها من غير قبول متملكها ، فعلى هذا يكون الحادث من درها ونسلها ملكا لربها تبعاً لأصلها وعليه ضمانه كالأصل .

(والحال الرابعة) أن يريد بيعها فلا يخلو ذلك من أحد أمرين إما أن يبيعها قبل أن يملكها فذلك له ويكون ضامنا بقيمتها دون ثمنها ، وفى هذه الحال تفصيل مضى للمصنف فى فصل مضى . قال المزنى فيما وصفه بخطه : إذا وجد الشاة أو البعير أو الدابة ما كانت فى المصر أو فى قرية فهى لقطة يعرفها سنة .

فرع قد مضى حكم ضوال الإبل والغنم إذا وجدها فى الصحراء ، فأما إذا وجدها فى البلد أو المصر فالذى حكاه المزنى فيما وجده بخط الشافعى أنها لقطة ، له أخذها وعليه تعريفها حولا . وحكى عن

الشافعى فى الأم أنها فى المصر والصحراء سواء ، يأكل الغنم ولا يعرض للإبل ، فاختلف أصحابنا فمنهم من خرج ذلك على قولين (أحدهما) أن المصر كالبادية يأكل الغنم ولا يعرض للإبل ، وهى المحكى فى الأم لعموم قوله صلى الله عليه وسلم « ضالة المؤمن حرق النار » أخرجه أحمد وابن ماجه وابن حبان والطبرانى والطحاوى من حديث عبد الله بن الشخير .

(والقول الثانى) أنها لقطة يأخذها الغنم والإبل جميعاً ، ويعرفها كسائر اللقطة حولا كاملا ، وهو الذى حكاه المزنى عنه فيما لم يسمع منه ، لأن قوله صلى الله عليه وسلم فى ضوال الإبل : « معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر » يختص بالبادية التى يكون فيها الماء والشجر دون المصر ، وهى تمنع صغار السباع عن أنفسها فى البادية ، ولا تقدر على منع الناس فى المصر ، والشاة تؤكل فى البادية لأن الذئب يأكلها وهو لا يأكلها فى المصر ، فاختلف معناهما فى البادية والمصر فاختلف حكمهما .

ومن أصحابنا من يحمل جواز أحدهما على تسليمها إلى الإمام وحمل المنع من أخذها على سبيل التملك . هذا وبقية ما جاء فى الفصل على وجهه . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان وجد كلب صيد لم يجز أن ينتفع به قبل الحول فان عرفه حولا ولم يجد صاحبه جاز له أن ينتفع به ، لأن الانتفاع بالكلب كالتصرف فى المال ، والتصرف فى المال يقف على التعريف فى الحول ، فكذلك الانتفاع بالكلب .**

فصل **وان وجد ما لا يبقى كالشواء والطبيخ والخيار والبطيخ فهو بالخيار بين أن يأكله ويغرم البدل ، وبين أن يبيعه ويحفظ الثمن على ما ذكرناه فى الغنم فى بيعه وحفظ ثمنه وأكله وعزل بدله ، وخرج المزنى فيه قولا آخر انه يلزمه البيع ، ولا يجوز الأكل ، والمذهب الأول ، لأنه معرض للهلاك فخير فيه بين البيع والأكل كالغنم ، وان وجد ما لا يبقى ولكن يمكن التوصل الى حفظه كالرطب والعنب ـ فان كان الأنفع لصاحبه أن يباع ـ بيع ، وان كان**

الانفع ان يجفف جفف ، وان احتاج الى مؤنة فى تجفيفه ولم يوجد من يتطوع بيع بعضه وانفق عليه .

فصل وان وجد خمراً اراقها صاحبها لم يلزمه تعريفها ، لأن اراقتها مستحقة فلم يجز التعريف ، فان صارت عنده خلا ففيه وجهان :

(احدهما) انها لمن أراقها لأنها عادت الى الملك السابق ، والملك السابق للذى أراق ، فعاد اليه كما لو غصبه من رجل فصار فى يده خلا .

(والثانى) انه للملتقط لأن الاول اسقط حقه منها فصارت فى يد الثانى ، ويخالف المغصوبة لأنها أخذت بغير رضاه فوجب ردها اليه .

فصل فاما العبد اذا وجد لقطة ففيه قولان (احدهما) له أن يلتقط لأنه كسب بفعل فجاز للعبد كالاصطياد . (والثانى) لا يجوز لأن الالتقاط يقتضى ولاية قبل الحول وضماناً بعد الحول والعبد ليس من أهل الولاية ولا له ذمة يستوفى منها الحق الى أن يعتق ويوسر .

(فان قلنا) انه يجوز أن يلتقط فالتقط فهلك فى يده من غير تفريط لم يضمن ، وان هلك بتفريط ضمنها فى رقبته فتباع فيها ، وان عرفها صح تعريفه ولا يملك به لأنه فى احد القولين لا يملك المال ، (وفى الثانى) يملك اذا ملكه السيد ، وههنا لم يملكه السيد (فان قلنا) ان الملتقط يملك بالتعريف من غير اختيار التملك دخل فى ملك السيد كما يدخل فى ملكه ما التقطه وعرفه ، وان قلنا : لا يملك الا باختيار التملك وقف على اختياره ، فان تملكها العبد وتصرف فيها ففيه وجهان :

(احدهما) يضمنها فى ذمته ويتبع بها اذا عتق كما لو اقترض شيئاً .

(والثانى) يضمنها فى رقبته لأنه مال لزمه بغير رضا من له الحق ، فتعلق برقبته كأرش الجناية .

وان علم السيد ـ نظرت فان لم يكن عرفها العبد ـ عرفها السيد حولا ثم تملك وان عرفها العبد تملكها السيد فى الحال لأن تعريف العبد كتعريفه ، فان عرفها العبد بعض الحول عرفها السيد ما بقى ثم تملك ، وان اقرها فى يد العبد ـ نظرت ، فان كان العبد أميناً ـ لم يضمن كما لا يضمن ما التقطه بنفسه وسلمه الى عبده ، وان كان خائناً ضمنها ، كما لو التقطها بنفسه وسلمها اليه وهو خائن .

(وان قلنا) : انه لا يجوز أن يلتقط فالتقط ضمنها فى رقبته لأنه اخـــذ مال غيره بغير حق فاشبه اذا غصبه ، وان عرفها لم يصح تعريفه لأنها ليست فى يده بحكم اللقطة ، فان علم السيد ـ نظرت ، فان اخذها ـ صارت فى يده امانة لأنه اخذ ما يجوز له اخذه بحكم الالتقاط ، فصار كما لو وجـــد لقطة فالتقطها ، ويبرأ العبد من الضمان لأنه دفعها الى من يجوز الدفع اليـــه ، فبرىء من الضمان كما لو دفعها الى الحاكم .

وان اراد ان يتملك ابتدا التعريف ثم تملك ، فان اقـــرها فى يد العبـــد ليعرفها فان كان أمينا لم يضمن كما لو استعان به فى تعريف ما التقطه بنفسه. وان لم ياخذها ولا اقرها فى يده ولكنه اهملها ، فقد روى المزنى أنه يضمنها فى رقبة العبد . وروى الربيع انه يضمنها فى ذمته ورقبة العبد ، فمن اصحابنا من قال : الصحيح ما رواه المزنى انه يختص برقبته لأن الذى اخذ هو العبـــد فاختص الضمان برقبته فعلى هذا ان تلف العبد سقط الضمان .

وقال أبو اسحاق : الصحيح ما رواه الربيع وانه يتعلق بذمة السيد ورقبة العبد ، لأن العبد تعدى بالاخذ والسيد تعدى بالترك ، فاشتركا فى الضمان ، فعلى هذا ان تلف العبد لم يسقط الضمان ، وان التقط العبد لقطة ولم يعلم السيد بها حتى اعتقه ، فعلى القولين ، ان قلنا : انه يجوز للعبد أن يلتقط كان للسيد ان ياخذها منه لأنه كسب له حصل له فى حال الرق فكان للســـيد كسائر أكسابه ، وان قلنا : لا يجوز له أن يلتقط لم يكن للسيد ان ياخذها منه ، لأنه لم يثبت للعبد عليه يد الالتقاط ، فعلى هذا يكون العبد أحق بهـــا لأنها فى يده وهو من اهل الالتقاط (١) ، ويحتمل أن لا يكون احق بها لأن يده يد ضمان فلا تصير يد امانة .

فصـــــل وان وجد المكاتب لقطة فالمنصوص انه كالحـــر ، واختلف اصحابنا فيه ، فمنهم من قال : انه كالحر قولا واحداً لأنه يملك التصرف فى المال وله ذمة يستوفى منها الحق فهو كالحر ، ومنهم من قال : هو كالعبد لأنه ناقص بالرق كالعبد فيكون فى التقاطه قولان ، فان قلنا : انه كالحر أو قلنا : انه كالعبد وجوزنا التقاطه صح تعريفه فاذا عرفها ملكها لأنه من أهل الملك ، واذا قلنا : انه كالعبد ولم نجوز التقاطه صار ضامناً لأنه تعدى بالأخذ ، ويجب أن يسلمها الى السلطان لأنه لا يمكن اقرارها فى يده لأنها فى يده بغير حق ولا يمكن تسليمها الى السيد لأنه لا حـــق له فى أكســـابه ، فوجب تســـليمها الى السلطان فان اخذها السلطان برىء المكاتب من الضمان ، فتكون فى يد السلطان ابداً الى أن يجد صاحبها .

---

(١) هكذا بالأصل ولينظر فيـــه فانه جعله من غير أهـــل الالتقـــاط ا هـ مصححه .

فصـــل وان وجد اللقطة من نصفه حر ونصفه عبد فالمنصوص انه كالحر فمن اصحابنا من قال : هو كالحر قولا واحداً لانه تملك ملكا تاما وله ذمة صحيحة فهو كالحر ، ومنهم من قال هو كالعبد القن لما فيه من نقص الـرق فيكون على قولين ، فاذا قلنا : انه كالحر ـ نظـرت . فان لم يكن بينه وبين السيد مهاياة ـ كانا شريكين فيها كسائر اكسابه ، وان كان بينهـما مهاياة ، فان قلنا : ان الكسب النادر لا يدخل فى المهاياة كانت اللقطة بينهما لانه بمنزلة ما لم يكن بينهما مهاياة ، وان قلنا : ان الكسب النادر يدخل فى المهاياة كانت اللقطة لمن وجدها فى يومه .

فصـــل وان وجد المحجور عليه لسفه او جنون او صغر لقطة صح التقاطه لانه كسب بفعل فصح من المحجور عليه كالاصطياد وعلى الناظر فى امره أن ينتزعها منه ويعرفها لان اللقطة فى مدة التعريف أمانة والمحجور عليه ليس من أهل الأمانة ، فان كان ممن يجوز الاقتراض عليه تملكها له ، وان كان ممن لا يجوز الاقتراض عليه لم يتملك له ، لأن التملك بالالتقاط كالتملك بالاقتراض فى ضمان البدل .

فصـــل وان وجد الفاسق لقطة لم يأخذها لانه لا يؤمن ان لا يؤدى الأمانة فيها فان التقطها ففيه قولان :

(أحدهما) لا تقر فى يده وهو الصحيح لأن الملتقط قبل الحول كالولى فى حق الصغير . والفاسق ليس من أهل الولاية فى المال .

(والثانى) تقر فى يده لأنه كسب بفعل فاقر فى يده كالصيد ، فعلى هـذا يضم اليه من يشرف عليه ، وهل يجوز أن ينفرد بالتعريف ؟ فيه قولان :

(احدهما) يجوز لأن التعريف لا يفتقر الى الأمانة .

(والثانى) لا يجوز حتى يكون معه من يشرف عليه لأنه لا يؤمن ان يفرط فى التعريف فاذا عرفه ملكه لأنه من أهل التملك .

فصـــل وان التقط كافر لقطة فى دار الاسلام ففيه وجهان :
(أحدهما) يملك بالتعريف لأنه كسب بالفعل فاستوى فيه الكافر والمسلم كالصيد .

(والثـانى) لا يمـلك لأن تصرفه فى الحفظ والتعريف بالولاية والـكافر لا ولاية له على المسلم) .

الشرح قال الشافعي رضى الله عنه : فإن كانت اللقطة طعاماً رطباً لا يبقى فله أن يأكله إذا خاف فساده ويغرمه لربه . وقال فيما وضع خطه لا أعلمه سمع منه إذا خاف فساده أحببت أن يبيعه ويقيم على تعريفه . قال المزنى : هذا أولى القولين به ا هـ .

قلت : أما الطعام الرطب فضربان (أحدهما) أن يكون مما ييبس فيبقى كالرطب الذى يصير تمراً ، والعنب الذى يصير زبيباً فهذا حكمه حكم غير الطعام فى وجوب تعريفه واستبقائه ، فإن احتاج تجفيفه إلى مؤنة كانت على مالكه ، ويفعل الحاكم أحفظ الأمرين للمالك من بيعه أو الإنفاق عليه .
(والضرب الثانى) أن يكون مما لا يبقى كالطعام الذى يفسد بالإمساك

كالهريسة والفواكه والبقول التى لا تبقى على الأيام ، فقد حكى المزنى عن الشافعى ههنا أنه قال فى موضع : يأكله الواجد ، وقال فى موضع آخر : أحببت أن أبيعه ، فاختلف أصحابنا فكان أبو إسحاق المروزى وأبو على ابن أبى هريرة وطائفة من أصحابنا يخرجونه على قولين :

(أحدهما) لواجده أكله كالشاة التى لما تعذر استبقاؤها أبيح لواجدها أكلها .

(والقول الثانى) ليس لواجده أكله بخلاف الشاة لا يجب تعريفها فأبيح له أكلها ، والطعام وإن كان رطباً يجب تعريفه فلم يستبح واجده أكله ، وحكى أبو على ابن أبى هريرة أن ذلك على اختلاف حالين إن كان الحاكم موجوداً يقدر على بيعه لم يكن لواجده أكله ، وإن كان معدوماً جاز أكله .

وكان أبو القاسم الصيمرى يقول : اختلاف حاليه فى إباحة أكله معتبر بحال واجده ، فإن كان فقيراً محتاجا استباح أكله ، وإن كان غنياً لم يستبحه، فإن قلنا بجواز أكله فأكله صار ضامناً لقيمته وعليه تعريف الطعام حولا ، وهل يلزمه عزل قيمته من ماله عند أكله أم لا ؟ على قولين .

(أحدهما) يلزمه عزل القيمة لئلا يصير متملك اللقطة .

(والقول الثانى) لا يجب عليه عزلها لأنه لو عزلها فهلكت كانت من ماله ، فكانت ذمته أحظ لها ، ولم يكن عزلها مفيداً ، ومن قال بالأول جعل فائدة عزلها أنه لو أفلس بعد عزل قيمتها ثم حضر المالك كان أولى بالمعزول من قيمتها من جميع الغرماء ، وزعم أن تلفها من يده بعد وجوب عزلها لا يوجب عليه غرمها فصار فى ضمانه للثمن إن تلف بعد وجوب عزله وجهين :

(أحدهما) وهو قول ابن أبى هريرة أنه يكون مضموناً عليه .

(والثانى) هو الأشبه : أنه لا ضمان عليه لأن الثمن مع وجوب عزله يقوم مقام الأصل مع بقائه .

وإذا قلنا : لا يجوز أكله فعليه أن يأتى الحاكم حتى يأذن له فى بيعه ، ولا يجوز أن يتولى بنفسه مع القدرة على استئذان الحاكم بخلاف الشاة إذا وجدها وأراد بيعها لأن يده على الشاة أقوى لما استحقه عاجلا من أكلها ويده على الطعام أضعف لما وجب عليه من تعريفه ، فإن أعوزه إذن الحاكم جاز بيعه فلو باعه بإذن الحاكم كان الثمن فى يده أمانة ، وعليه تعريف الطعام حولا ، فإن جاء صاحبه فليس له إلا الثمن دون القيمة ، ولو لم يأت صاحبه فللواجد أن يتملك الثمن . ولو هلك الثمن فى يده قبل الحول أو بعده وقبل التملك له كان تالفاً من مال ربه ولا ضمان على الملتقط ، وهكذا حكم الثمن لو كان الواجد هو البائع عند إعواز الحاكم .

فأما إن باعه مع وجود الحاكم فبيعه باطل وللمالك القيمة دون الثمن لفساد العقد ، فإن تلف الثمن من يد الواجد قبل الحول عليه غرمه لتعديه بقبضه مع فساد بيعه ، فإن حضر المالك والثمن بقدر القيمة من غير زيادة ولا نقص أخذه وهو مبلغ حقه ، وإن كان أقل فله المطالبة بتمام القيمة ويرجع على المشترى لأن المشترى اشترى شراء فاسداً فكان ضامناً للقيمة دون المسمى إلا أن يشاء المالك أن يسامح بفاضل القيمة ويكون الباقى منه مردوداً على المشترى ، إذ ليس يلزمه إلا القيمة ، وما ساقه المصنف من مسائل

فعلى وجهه ، هذا وما ذكر فى الفصل من كلب الصيد إذا التقط فقد وفاه فى الصيد فاشدد به يديك .

فـــرع مذهبنا لا فرق بين المسلم والذمى فى أخذها للتعـريف والتملك بعد الحول لأنها كسب يستوى فيه المسلم والذمى .

وقال بعض أصحابنا : لا حق للذمى فيها وهو ممنوع من أخذها وتملكها لأنه ليس من أهل التعريف لعدم ولايته على مسلم ، ولا ممن يملك مرافق دار الإسلام كإحياء الموات . ولأحمد وأصحابه أنه كالصبى والمجنون فإنه يصح التقاطهما مع عدم الأمانة ، فإذا التقطها الذمى وعرفها حولا ملكهـا كالمسلم ، وإن علم بها الحاكم أو السلطان أقرها فى يده وضم إليه مشرفاً عدلا (حارساً) يشرف عليه ويعرفها قالوا لأننا لا نأمن الكافر على تعريفها ولا نأمنه أن يخل فى التعريف بشىء من الواجب عليه فيه ، ويحتمل عندهم أن تنزع من يد الذمى وتوضع على يد عدل ، لأنه غير مأمون عليها ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــــاب اللقيط

(التقاط المنبـوذ فرض على الكفاية لقـوله تعالى « وتعـاونوا على البر والتقوى » (١) ولأنه تخليص آدمى له حرمة من الهلاك فـكان فرضا كبـذل الطعام للمضطر .

فصـــل وان وجـد لقيط مجهول الحـال حكم بحريته ، لما روى سـنين أبو جميلة قال « اخذت منبوذا على عهد عمر رضى الله عنه فذكـره عريفى لعمر رضى الله عنه فارسـل الى فدعانى والعريف عنـده ، فلما رآنى قال : عسى الغوير ابؤسا ، فقال عريفى : انه لا يتهم ، فقال عمر : ما حملك على ما صنعت ؟ قلت : وجدت نفسا بمضيعة فأحببت أن يأجرنى الله فيـه ، فقال : هو حر وولاؤه لك وعلينا رضاعه » ولأن الأصل فى الناس الحرية ، فان كان عليه ثياب أو حلى أو تحته فراش أو فى يده دراهم أو عنـان فرس ، أو كان فى دار ليس فيها غيره فهى له ، لانه حر ، فكان ما فى يده له كالبالغ وان كان على بعد منه مال مطروح أو فرس مربوط لم يـكن له لانه لا يد له عليه . وان كان بالقرب منه وليس هناك غيره ففيه وجهان .

(احدهما) ليس له لانه لا يد له عليه .

(والثانى) له لأن الانسان قد يترك ماله بقربه فاذا لم يكن هناك غـيره فالظاهر انه له ، وان كان تحته مال مدفون لم يكن له لأن البالغ أو جلس على الأرض وتحته دفين لم يكن له ذلك فكذلك اللقيط .

فصـــل وان وجد فى بلد من بلاد المسلمين وفيه مسلم فهو مسلم ، لانه اجتمع له حكم الدار واسلام من فيها ، وان كان فى بلد الكفار ولا مسلم فيه ، فهو كافر ، لأن الظاهر انه ولد بين كافرين وان كان فيه مسلم ففيـه وجهان :

---

(١) الآية : ٢ من سورة المائدة .

(احدهما) انه كافر تغليباً لحكم الدار .

(والثانى) انه مسلم تغليباً لاسلام المسلم الذى فيه . وان التقطه حر مسلم أمين مقيم موسر اقر فى يده ، لما ذكرناه من حديث عمر رضى الله عنه ، ولانه لابد من ان يكون فى يد من يكفله ، فكان الملتقط احق به لحق السبق) .

الشرح أثر عمر وسنين أبى جميلة رواه سعيد بن منصور عن سفيان عن الزهرى سمع سنيناً أبا جميلة بهذا . وقال الأمير ابن ماكولا فى كتاب الإكمال : سنين بنونين بينهما ياء حج مع النبى صلى الله عليه وسلم حجة الوداع ، وروى عن أبى بكر وعمر رضى الله عنهما ، وروى عنه الزهرى قال أبو موسى : سنين بن فرقد ، وهو بالتصغير .

أما غريب الخبر فقوله (قد كره عريفى) العريف رجل يكون رئيساً على نفر يعرف أمورهم ويجمعهم عند الغزو ، وهو فعيل بمعنى فاعل وقوله « عسى الغوير أبؤساً » الغوير ماء لبنى كلب وهذا مثل ، أول من تكلم به الزباء ملكة تدمر حين رأت الإبل عليها الصناديق فاستنكرت شأن قصير إذ أخذ على غير الطريق أرادت عسى أن يأتى ذلك الطريق بشر ، والأبؤس جمع بأس وانتصابه بعسى على أنه خبره على ما عليه أصل القياس .

وقال الأصمعى : أصله أنه كان غار فيه ناس فانهار عليهم أو أتاهم فيه عدو فقتلهم فصار مثلا لكل شيء يخاف أن يأتى منه شر . وقوله بمضيعة على وزن معيشة أى مهلكة من ضاع الشيء أى هلك ، وقد أتى على هذا الوزن فى قول قيس بن ذريح :

بدار مضيعة تركتك لبنى كذلك الحين يهدى للمضاع

هكذا أفاده ابن بطال فى شرح غريب المهذب :

واللقيط فعيل بمعنى مفعول وهو الملقوط ، وهو يطلق على الطفل المنبوذ والتقاطه واجب لقوله تعالى : « وتعاونوا على البر والتقوى »[1] ولأن فيه إحياء نفس فكان واجباً كإطعام المضطر وإنجائه من الغرق ، وكذلك

---

(١) الآية : ٢ من سورة المائدة .

قوله تعالى : « ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً »[1] على أن تسميته منبوذاً بعد أخذه والتقاطه أو تسميته لقيطاً قبل أخذه فهذا وإن كان مجازاً لكنه صار حقيقة شرعية فهو بعد أخذه يبقى مجازاً بناء على زوال الحقيقة بزوال المعنى المشتق منه .

وحكمه شرعا فرض كفاية إذا علم به جماعة وأداه بعضهم سقط عن الباقين ، فإن تركه الجماعة أثموا جميعاً إذا علموا فتركوه مع إمكان أخذه . على أن اللقيط حر فى قول عامة أهل العلم إلا النخعى .

قال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن اللقيط حر ، وروى هذا عن عمر وعلى رضى الله عنهما ، وبه قال عمر بن عبد العزيز والشعبى والحكم وحماد ومالك والثورى والشافعى وإسحاق وأحمد بن حنبل وأصحاب الرأى ومن تبعهم .

وقال النخعى : إن التقطه للحسبة فهو حر ، وإن كان أراد أن يسترقه فذلك له وذلك قول شذ فيه عن الخلفاء والعلماء ، ولا يصح فى النظر ، فإن الأصل فى الآدميين الحرية ، فإن الله تعالى خلق آدم وذريته أحراراً ، وإنما الرق للعارض فإذا لم يعلم ذلك العارض فله حكم الأصل .

واللقيط إما أن يوجد فى دار الإسلام أو فى دار الكفر : فالأولى ضربان ، دار اختطها المسلمون وأحدثوا مبانيها ابتداء أو أعادوا بناءها بعد أن كانت لغيرهم لغلبة الإسلام عليها واصطباغها بصبغة الإسلام فلا يوجد فيها من غير المسلمين إلا قليل فلقيط هذه البلاد يحكم بإسلامه ، وإن كان فيها أهل ذمة تغليباً للإسلام ولظاهر الدار ، ولأن الإسلام يعلو ولا يعلى ، فمثل التى أنشأها المسلمون الكوفة والبصرة وبغداد والقاهرة والفسطاط والعسكر والقطائع وتونس والرباط ، ومثل التى أعادها المسلمون الأسكندرية ودمشق ودمنهور والقدس صانها الله وطهرها من رجس أعدائه اليهود،وقد مضى عام بتمامه منذ غزاها اليهود إلى ساعة كتابة هذا الفصل[2] وحسبنا الله ونعم الوكيل .

---

(١) الآية : ٣٢ من سورة المائدة .

(٢) كان غزو اليهود للقدس وسيناء فى سنة ١٣٨٧ هـ ـ ١٩٦٧ م .

(الضرب الثانى) بلاد فتحها المسلمون وبقى أهلها على دينهم فإذا وجد فيها مسلم واحد كان لقيطها مسلما تغليباً لحكم الإسلام ووجود مسلم فيها .

وأما بلد الكفار فضربان أيضاً ، بلد كان للمسلمين فغلب الكفار عليه كبلاد فلسطين فهذا كالضرب الذى قبله إن كان فيه مسلم حكم بإسلام لقيطه (الثانى) بلد لم يفتحه المسلمون من قبل أو فتحوه وغلب الكفار عليه واستأصلوا منه شأفة المسلمين كبلاد الأندلس (لهفى على قرطبة ومرسيه وقشتالة وغرناطة ومجريط « مدريد » وميورقة كلهفى على ربوع المسجد الأقصى وما حوله من المباركات) ففى لقيطها مع وجود مسلم فيها وجهان :

(أحدهما) أن يحكم بكفره تغليباً للدار .

(والوجه الثانى) أنه مسلم تغليباً للإسلام بوجود مسلم فيه ، وهذا التفصيل كله مذهب أحمد بن حنبل أيضاً .

(والضرب الثانى) دار لم تكن للمسلمين أصلا كأكثر بلاد أوربا وأمريكا ، فهذه البلاد إن لم يكن فيها مسلم فلقيطها كافر .

قال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن الطفل إذا وجد فى بلاد المسلمين ميتاً فى أى مكان وجد وجب غسله وكفنه ودفنه فى مقابر المسلمين، وقد منعوا أن يدفن أطفال المشركين فى مقابر المسلمين . قال : إذا وجد لقيط فى قرية ليس فيها إلا مشرك فهو على ظاهر ما حكموا به أنه كافر . هذا قول الشافعى وأحمد وأصحاب الرأى .

قالوا : وفى الموضع الذى حكمنا بإسلامه إنما يثبت ذلك ظاهراً لا يقيناً، لأنه يحتمل أن يكون ولد كافر ، فلو أقام كافر بينة أنه ولد على فراشه حكمنا له به . وإذا بلغ اللقيط حداً يصح فيه إسلامه وردته فوصف الإسلام فهو مسلم ، سواء ممن حكم بإسلامه أو كفره ، وإن وصف الكفر وهو ممن حكم بإسلامه فهل هل مرتد لا يقر على كفره ؟ نص الشافعى فى الأم

أنه يقر على كفره ولا يكون مرتداً . وقال أبو حنيفة : هو مرتد لا يقر على كفره ، وعند الحنابلة وجهان كقولى أبى حنيفة والشافعى .

ودليلنا : أنه وصف الكفر بقوله ، وقوله أقوى من ظاهر الدار . اللهم إلا أن يقال : الاحتياط للإسلام يلغى قوله المانع له لاحتمال أن يكون كذبا . هكذا أفاده الرملى فانظره .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل فان كان له مال كانت نفقته فى ماله كالبالغ ، ولا يجوز للملتقط ان ينفق عليه من ماله بغير اذن الحاكم ، فان أنفق عليه من غير اذنه ضمنه لأنه لا ولاية له عليه الا فى الكفالة فلم يملك الانفاق بنفسه كالأم ؛ وان فوض اليه الحاكم ان ينفق عليه مما وجده معه فقد قال فى كتاب اللقيط : يجوز .

وقال فى كتاب اللقطة : اذا انفق الواجد على الضالة ليرجع به لم يجز حتى يدفع الى الحاكم ثم يدفع الحاكم اليه ما ينفق عليه ، فمن اصحابنا من نقل جواب كل واحدة من المسئلتين الى الأخرى ، وجعلهما على قولين :

(احدهما) لا يجوز لأنه لا يلى بنفسه فلم يجز ان يكون وكيلا لغيره فى القبض له من نفسه ، كما لو كان عليه دين ففوض اليه صاحب الدين قبض ماله عليه من نفسه .

(والثانى) يجوز لأنه جعل اميناً على الطفل فجاز ان ينفق عليه مما له فى يده كالوصى . ومنهم من قال : يجوز فى اللقيط ولا يجوز فى الضالة ، لأن اللقيط لا ولى له فى الظاهر ، فجاز ان يجعل الواجد ولياً له والضالة لها مالك هو ولى عليها فلا يجوز أن يجعل الواجد ولياً عليها ، وان لم يكن حاكم فانفق من غير اشهاد ضمن ، وان اشهد ففيه قولان :

(احدهما) يضمن لأنه لا ولاية له فضمن ، كما لو كان الحاكم موجوداً .

(والثانى) لا يضمن لأنه موضع ضرورة ، وان لم يكن له مال وجب على السلطان القيام بنفقته لأنه آدمى له حرمة يخشى هلاكه ، فوجب على السلطان القيام بحفظه ، كالفقير الذى لا كسب له .

ومن أين تجب النفقة ؟ .

(أحدهما) من بيت المال ، لما روى عن عمر رضى الله عنه « انه استشار الصحابة فى نفقة اللقيط فقالوا من بيت المال » ولأن من لزم حفظه بالانفاق ولم يكن له مال وجبت نفقته من بيت المال ، كالفقير الذى لا كسب له . فعلى هذا لا يرجع على أحد بما انفق عليه .

(والقول الثانى) لا يجب من بيت المال ، لأن مال بيت المال لا يصرف الا فيما لا وجه له غيره واللقيط يجوز أن يكون عبداً فنفقته على مولاه ، أو حراً له مال أو فقيراً له من تلزمه نفقته ، فلم يلزم من بيت المال . فعلى هذا يجب على الامام أن يقترض له ما ينفق عليه من بيت المال أو من رجل من المسلمين ، فان لم يكن فى بيت المال ولا وجد من يقرضه جمع الامام من له مكنة وعد نفسه فيهم وقسط عليهم نفقته،فان بان أنه عبد رجع على مولاه.وان بان أن له أباً موسراً رجع عليه بما اقترض له ، فان لم يكن له احد وله كسب رجع فى كسبه . وان لم يكن له كسب قضى من سهم من ثرى من المساكين أو الغارمين .

فصل وأما اذا التقطه عبد فان كان باذن السيد وهو من أهل الالتقاط جاز لأن الملتقط هو السيد ، والعبد نائب عنه وان كان بغير اذنه لم يقر فى يده لانه لا يقدر على حضانته مع خدمة السيد ، وان علم به السيد واقره فى يده كان ذلك التقاطاً من السيد ، والعبد نائب عنه) .

الشرح إذا وجد مع اللقيط شيء فهو له وينفق عليه منه ، وإلى هذا ذهب الشافعى وأحمد وأصحاب الرأى ، وذلك الطفل يملك وله يد صحيحة ، بدليل أنه يرث ويورث ويصح أن يشترى له وليه ويبيع ، ومن له ملك صحيح فله يد صحيحة كالبالغ .

اذا ثبت هذا فكل ما كان متصلا به أو متعلقاً بمنفعته فهو تحت يده ويثبت بذلك ملكا له فى الظاهر ، فمن ذلك ما كان لابسا له أو مشدوداً فى ملبوسه أو فى يديه أو مجعولا فيه كالسرير والسفط وما فيه من فرش أو دراهم ، والثياب التى تحته والتى عليه ، وإن كان مشدوداً على دابة ، أو كانت مشدودة فى ثيابه أو كان فى خيمة أو فى دار فهى له . وأما المنفصل عنه فإن كان بعيداً منه فليس فى يده ، وإن كان قريباً منه كثوب موضوع إلى جانبه ففيه وجهان :

(أحدهما) ليس هو له لأنه منفصل عنه فهو كالبعيد .

(والثانى) هو له ، وهو أصح لأن الظاهر أنه ترك له فهو بمنزلة ما هو تحته ، ولأن القريب من البالغ يكون فى يده ، ألا ترى أن البائع الجائل يقعد فى السوق ومتاعه بقربه ويحكم بأنه فى يده ؟ والحمال إذا جلس لاستراحة ترك حمله قريباً منه فأما المدفون تحته فقد قال بعض الفقهاء : إن كان الحفر طريا فهو له ، وإلا فلا ، لأن الظاهر أنه إذا كان طريا فواضع اللقيط حفره ، وإذا لم يكن طريا كان مدفونا قبل وضعه ، وقيل : ليس هو له بحال ، لأنه بموضع لا يستحقه إذا لم يكن الحفر طريا ، فلم يكن له إذا كان طريا كالبعيد منه ، ولأن الظاهر أنه لو كان له لشدة واضعه فى ثيابه ليعلم به ، ولم يتركه فى مكان لا يطلع عليه ، وكل ما حكمنا بأنه ليس له فحكمه حكم اللقطة ، وما هو له أنفق عليه منه ، فإن كان فيه كفايته لم تجب نفقته على أحد لأنه ذو مال فأشبه غيره من الناس .

اذا ثبت هذا فإن لملتقطه الإنفاق عليه بإذن الحاكم وقال أصحاب أحمد : ينفق عليه بغير إذن الحاكم ذكره أبو عبد الله بن حامد من الحنابلة .

قال ابن قدامة : لأنه ولى له فلم يعتبر فى الإنفاق عليه فى حقه إذن الحاكم كوصى اليتيم ، ولأن هذا من الأمر بالمعروف فاستوى فيه الإمام وغيره كتبديد الخمر . وروى أبو الحارث عن أحمد رضى الله عنه فى رجل أودع رجلا مالا وغاب وطالت غيبته وله ولد ولا نفقة له ، هل ينفق عليهم ؟ فلم يجعل له الإنفاق عليهم من غير إذن الحاكم ، فقد قال بعض أصحاب أحمد : هذا مثله . وقال بعضهم وهو الصحيح عندهم : إن هذا مخالف بناء على الملتقط له ولاية على اللقيط عندهم فيكون له ولاية أخذه وحفظه .

ولنا أن اللقيط ينبغى أن يتولى الحاكم أمره فقد يعين له من هو أوفر خبرة وأكثر صيانة والحاكم مجتهد له بصره النافذ ورأيه الصائب وهو ولى من لا ولى له فإذا أنفق عليه الملتقط من ماله الذى وجده ضمنه لأنه لا حق له فى الإنفاق إلا بإذن الحاكم فقد قال الشافعى رضى الله عنه فى رواية

الربيع بن سليمان فى المنبوذ هو حر ولا ولاء له ، وإنما يرثه المسلمون بأنهم خولوا كل مال لا مالك له ، ألا ترى أنهم يأخذون مال النصرانى ولا وارث له ؟ ولو كانوا أعتقوه لم يأخذوا ماله بالولاء ، ولكنهم خولوا ما لا مالك له من الأموال ا هـ .

وقال فى اللقطة ما يفيد عدم جواز الإنفاق على الضالة بقصد الرجوع به على ربها إلا بإذن الحاكم ، ثم يدفع الحاكم إليه ما ينفق عليه ، ففى النص الأول جعل للمسلمين جميعاً حق الولاية والإرث على اللقيط وماله ، وفى النص الثانى جعل ذلك بإذن الحاكم ، فمن أصحابنا من نقل جواب كل مسألة إلى الأخرى فجعل فى اللقطة قولين وفى اللقيط قولين ، فالقول بجواز اللقطة يمنعه فى اللقيط ، والقول فى اللقيط يمنعه فى اللقطة . فإذا لم يجد الحاكم فأشهد رجلين أو رجلا وامرأتين أو أربع نسوة ، ففى ضمانه قولان :

أما إذا لم يكن له مال لم يلزم الملتقط الإنفاق عليه فى قول عامة أهل العلم . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن نفقة اللقيط غير واجبة على الملتقط كوجوب نفقة الولد ، وذلك لأن أسباب وجوب النفقة من القرابة والزوجية والملك والولاء منتفية ، والالتقاط إنما هو تخليص له من الهلاك ، وتبرع بحفظه فلا يوجب ذلك نفقة كما لو كان فعله بغير اللقيط ، فإذا عرف هذا وكان نسمة يجب تعهدها بالتربية والإنفاق انصرف هذا الواجب إلى بيت مال المسلمين ، لقول عمر رضى الله عنه : هو حر لك ولاؤه وعلينا نفقته ، وذلك لأنه كالفقير الذى لا كسب له فإن نفقته واجبة له فى بيت مال المسلمين ، وذلك لأن بيت المال وارثه ، وماله مصروف إليه فتكون نفقته عليه كقرابته وموالاته .

فإن تعذر الإنفاق عليه لعدم وجود مال فى بيت المال أو كان اللقيط فى مكان لا تقوم فيه حكومة تنفذ شريعة الله وترعى العجزة والفقراء واللقطاء فعلى من علم حاله أن يتولى الإنفاق عليه .

ويحتمل أن يقال : إنه لا يجب الإنفاق عليه من بيت المال ولو كان

موجوداً وفيه مال ، لأن بيت المال إنما ينفق منه فى الوجوه التى توفر الإنفاق عليها .

وقد تكون أهم من هذا ، واللقيط يحتمل أن يكون غنياً ، ويحتمل أن يكون له أب موسر ، ويحتمل أن له سيداً تجب عليه نفقته .

فإذا قلنا : إنه لا يجب الإنفاق عليه من بيت المال وجب على الإمام أن ينظم جماعة يكون هو أحد أفرادها تتولى الإنفاق عليه على سبيل الإقراض، حتى إذا ظهر له مال أو ولى شرعى موسر ، أو استطاع الكسب أمكن رد ما أنفق عليه ، فإن لم يكن يستطيع الكسب ولم يكن له ولى موسر قضى من سهم المساكين أو الغارمين ، ويجرى هذا كله على اللقيط . ولو حكم بكفره . قال فى النهاية : خلافاً لما فى الكفاية تبعاً للماوردى :

فإذا امتنع أهل القرية أو البلدة عن أن ينفقوا على اللقيط وجب على الإمام قتالهم ، ويفرق هنا بين كونها قرضاً وفى بيت المال مجانا ، بأن وضع بيت المال الإنفاق على المحتاجين فلم فيه حق مؤكد دون مال المياسير ، وإذا لزمهم وزعها الإمام على مياسير بلده . فإن شق ذلك فعلى من يراه الإمام منهم ، فإن استووا فى نظره تخير ، وهذا إن لم يبلغ اللقيط ، فإن بلغ فمن سهم الفقراء أو المساكين أو الغارمين كما قررنا ، فان ظهر له سيد أو قريب رجع عليه وقد ضعف هذا النووى فى الروضة وخالفه الشمس الرملى فى النهاية .

وجملة هذا أن من أنفق عليه متبرعا فلا شىء له سواء كان الملتقط أو غيره وإن تبرع بالإنفاق عليه فأنفق عليه الملتقط أو غيره محتسباً بالرجوع عليه إذا أيسر وكان ذلك بأمر الحاكم لزم اللقيط ذلك إذا كانت النفقة قصداً بالمعروف وبهذا قال الثورى والشافعى وأصحاب الرأى .

وإن أنفق بغير أمر الحاكم محتسبا بالرجوع عليه فقد قال الشافعى ومالك والثورى والأوزاعى وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن والشعبى وابن المنذر : هو متبرع . وقال أحمد بن حنبل : تؤدى النفقة من بيت المال .

وقال شريح والنخعي يرجع عليه بالنفقة إذا أشهد عليه . وقال عمر ابن عبد العزيز : يحلف ما أنفق احتساباً ، فإن حلف استسعى . والأصل عند القائلين بالرجوع أنه أدى ما وجب على غيره فكان له الرجوع على من كان الوجوب عليه كالضامن إذا قضى عن المضمون عنه ، هذا وما بقى من كلام المصنف فعلى وجهه والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان التقطه كافر نظرت ، فان كان اللقيط محكوما باسلامه لم يقر فى يده ، لأن الكفالة ولاية ، ولا ولاية للكافر على المسلم ، ولأنه لا يؤمن أن يفتنه عن دينه ، وان كان محكوماً بكفره اقر فى يده لأنه على دينه ، وان التقطه فاسق لم يقر فى يده ، لأنه لا يؤمن أن يسترقه ، وأن يسىء فى تربيته ، ولأن الكفالة ولاية والفاسق ليس من أهل الولاية .

فصل وان التقطه ظاعن يريد ان يسافر به نظرت ، فان لم تختبر امانته فى الباطن لم يقر فى يده ، لأنه لا يؤمن أن يسترقه اذا غاب ، وان اختبرت امانته فى الباطن ، فان كان اللقيط فى الحضر والملتقط من أهل البدو ويريد ان يخرج به الى البدو منع منه ، لأنه ينقله من العيش فى الرخاء الى العيش فى الشقاء ، ومن طيب المنشأ الى موضع الجفاء . وفى الخبر « من بدأ فقد جفا » وان أراد أن يخرج به الى بلد آخر ففيه وجهان :

(أحدهما) يجوز ، وهو ظاهر النص ، لأن البلد كالبلد .

(والثانى) لا يجوز ، لأن البلد الذى وجد فيه أرجى لظهور نسبه فيه . وان كان الملتقط فى بدو ، فان كان الملتقط من أهل الحضر وأراد أن يخرج به الى الحضر جاز ، لأن الحضر ارفق به وانفع له ، وان كان من البادية ـ فان كانت حلته فى مكان لا ينتقل عنه اقر فى يده ، لأن الحلة كالقرية ، وان كان يظعن فى طلب الماء والكلأ ففيه وجهان :

(أحدهما) يقر فى يده لأنه أرجى لظهور نسبه .

(والثانى) لا يقر فى يده لأنه يشقى بالتنقل فى البدو .

فصل وان التقطه فقير ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يقر فى يده لأنه لا يقدر على القيام بحضانته ، وفى ذلك اضرار باللقيط .

(والثانى) لا يقر فى يده لأن الله تعالى يقوم بكفاية الجميع) .

الشرح حديث « من بدا فقد جفا » رواه أحمد فى المسند عن البراء ابن عازب بلفظ « من بدا جفا » ورواه الطبرانى فى الكبير عن عبد الله بن مسعود بلفظ « من بدا جفا ، ومن اتبع الصيد غفل ، ومن أتى أبواب السلطان افتتن » وإسناد أحمد صحيح ، وفى إسناد الطبرانى نظر .

أما اللغات فقوله : ظاعن فاعل ظعن وبابه تفع ، أى ارتحل ، ويتعدى بالهمزة وبالحرف ، فيقال : أظعنته وظعنت به ، فهو ظاعن للفاعل ومظعون للمفعول ، والأصل مظعون به ولكن حذفت الصلة لكثرة الاستعمال ، وباسم المفعول سمى الرجل ، ويقال للمرأة ظعينة فعيلة بمعنى مفعولة ، لأن زوجها يظعن بها ، ويقال : الظعينة الهودج ، وسواء كان فيه امرأة أم لا ، والجمع ظعائن وظعن بضمتين . ويقال الظعينة فى الأصل وصف للمرأة فى هودجها ، سميت بهذا الاسم وإن كانت فى بيتها . قال تعالى « يوم ظعنكم ويوم إقامتكم » [1] .

قوله : (ومن طيب المنشأ إلى موضع الجفاء) المنشأ بالهمز مقصور ، وهو موضع النشوء وزمان الحداثة ، يقال نشأت فى بنى فلان إذا شببت فيهم ، مأخوذ من إنشاء الله له ، أى ابتداء خلقه . وقوله صلى الله عليه وسلم « من بدا جفا » أى من نزل البادية صار فيه جفاء الأعراب ، والجفاء ممدود وهو ضد البر ، يقال : جفوت الرجل أجفوه ، ولا يقال جفيت . وهو مأخوذ من جفاء السيل ، وهو ما تماه السيل ، والحلة المنزل ينزله القوم وحيث يحلون .

أما الأحكام فإنه ليس لكافر التقاط مسلم لأنه لا ولاية لكافر على مسلم ، ولأنه لا يؤمن أن يفتنه ويلقنه الكفر ، بل الظاهر أن يربيه على ملته ؛

---

(١) الآية : ٨٠ من سورة النحل .

وينشأ على ذلك كولده ، فإن التقطه فلا يقر فى يده ، وإن كان الطفل محكوما بكفره فله التقاطه لأن الذين كفروا بعضهم أولياء بعض .

أما إذا التقطه من هو مستور الحال لم تعرف منه حقيقة العدالة ولا الخيانة أقر اللقيط فى يديه ، لأن حكمه حكم العدل فى لقطة المال والولاية فى النكاح والشهادة فيه وفى أكثر الأحكام ، ولأن الأصل فى المسلم العدالة، ولذلك قال عمر رضى الله عنه : « المسلمون عدول بعضهم على بعض » فإن أراد أن يسافر بلقطته فإنه لا يقر فى يديه ، وهذا هو مذهبنا ، لأنه لم تتحقق أمانته فلم تؤمن خيانته وهذا أحد الوجهين عند الحنابلة (والوجه الثانى) عندهم يقر .

فأما من عرفت عدالته واتضحت أمانته ، فيقر اللقيط فى يده فى سفره وحضره لأنه مأمون عليه إذا كان سفره لغير النقلة ، فإذا كان سفر الأمين باللقيط إلى مكان يقيم به نظرت فإن كان التقطه من الحضر فأراد النقل به إلى البادية لم يقر فى يده لوجهين :

(أحدهما) أن مقامه فى الحضر أصلح له فى دينه ودنياه وأرفه له .

(والثانى) أنه إذا وجد فى الحضر فالظاهر أنه ولد فيه فبقاؤه فيه أرجى لكشف نسبه وظهور أهله واعترافهم به ، فإن أراد النقلة به من بلد الحضر ففيه وجهان (أحدهما) وهو المنصوص ، وهو أحد الوجهين عند الحنابلة : يقر فى يده لأن ولايته ثابتة ، والبلد الثانى كالبلد الأول فى الرفاهية فيقر فى يده ، كما لو انتقل من أحد أقسام البلد إلى قسم آخر ، وفارق المنتقل به إلى البادية لأنه يضر به بتفويت الرفاهية عليه . وإن التقطه من البادية فله نقله إلى الحضر لأنه ينقله من أرض البؤس والشقاء إلى الرفاهية والدعة والدين .

(الثانى) لا يقر فى يده ، ولأن بقاءه فى بلده أرجى لكشف نسبه فلم يقر فى يد المنتقل عنه قياساً على المنتقل به إلى البادية ، وإن أقام به فى حلة يستوطنها ، فله ذلك ، وإن كان ينتقل به إلى المواضع احتمل أن يقر فى يديه ، لأن الظاهر أنه ابن بدويين وإقراره فى يدى ملتقطه أرجى لكشف

نسبه ، ويحتمل أن يؤخذ منه فيدفع إلى صاحب قـرية لأنه أرفه له وأخف عليه .

وكل موضع قلنا ينزع من ملتقطه فإنما يكون ذلك إذا وجد من يدفـع إليه ممن هو أولى به ، فإن لم يوجد من يقوم به أقر فى يدى ملتقطه ، لأن إقراره فى يديه مع قصوره أولى من إهلاكه ، وإن لم يوجد الا مثل ملتقطه فملتقطه أولى به . اذ لا فائدة فى نزعه من يده ، ودفعه الى مثله .

فـــرع إذا التقطه فقير فإن قلنا إنه لا يقدر على حضانته من حيث ضعف الإمكانيات اللازمة لحياة الطفل من الأمور التى تخرج من الإنفاق ، إذ أن الإنفاق لا يلزم الملتقط كما قررنا قبل،كأن كان مسكنه غير صحى لا تتوفر فيه وسائل التهوية ولا أسباب الوقاية والنظافة ، فعلى هذا الوجه لا يقر فى يده ، وإن قلنا بأن الأمور تجرى بضمان الله وكفالته ، وأن الله تعالى تكفل بحفظه إذا شاء ، وأن الأسباب الضرورية للحياة التى ينشأ عليها أبناء الفقراء مألوفة عندهم ويشبون عليها وتبنى فيها أجسامهم كأقوى ما تبنى الأجسام ، وقد رأينا بالحس والمشاهدة ما يتمتع به أبناء الفقراء من مناعة ضد الأمراض مع الكفاف فى العيش ، وذلك من رعاية الله تعالى لخلقه ، فعلى هذا الوجه يقر فى يده والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان تنازع فى كفالته نفسان من اهل الكفالة قبل ان ياخذاه، اخذه السلطان وجعله فى يد من يرى منهما أو من غيرهما ، لانه لا حق لهما قبل الأخذ ولا مزية لهما على غيرهما ، فكان الأمر فيه الى السلطان . وان التقطاه وتشاحا اقرع بينهما ، فمن خرجت عليه القرعة اقر فى يده .

وقال أبو على بن خيران : لا يقرع بينهما ، بل يجتهد الحاكم فيقره فى يد من هو احظ له ، والمنصوص هو الأول لقوله تعالى : « وما كنت لديهم اذ يلقون اقلامهم أيهم يكفل مريم » (١) ولانه لا يمكن ان يجعل فى ايديهما ، لانه لا يمكن اجتماعهما على الحضانة ، ولا يمكن أن يجعل بينهما مهاياة ، لانه تختلف عليه

---

(١) الآية : ٤٤ من سورة آل عمران .

الاخلاق والأغذية فيستضر ، ولا يمكن أن يقدم احدهما لأنهما متساويان فى سبب الاستحقاق ، ولا يمكن ان يسلم الى غيرهما ، لأنه قد ثبت لهما حق الالتقاط فلا يجوز اخراجه عنهما فاقرع بينهما ، كما لو اراد أن يسافر باحدى نسائه ، وان ترك أحدهما حقه من الحضانة ففيه وجهان :

(احدهما) يدفع الى السلطان فيقره فى يد من يرى ، لأن الملتقط لا يملك غير الحفظ ، فاما أقرار اللقيط فى يد غيره فليس ذلك اليه ولهذا لو انفرد بالالتقاط لم يملك أن ينقله الى غيره .

(والثانى) وهو المذهب أن يقر فى يد الآخر من غير اذن السلطان ، لأن الحضانة بحكم الالتقاط لا تفتقر الى اذن السلطان ، ولهذا لو انفرد كل واحد منهما بالالتقاط ثبت له الحضانة من غير اذن ، فاذا اجتمعا وترك أحدهما حقه ثبت للآخر كالشفعة بين شفيعين .

فصل فاما اذا اختلفا فى الالتقاط فادعى كل واحد منهما أنه الملتقط ولم تكن بينة ، فان لم يكن لأحدهما عليه يد أقره السلطان فى يد من يرى منهما أو من غيرهما ، لأنه لا حق لهما ، وان كان فى يد أحدهما فالقول قوله مع يمينه لأن اليد تشهد له ، وان كان فى يدهما تحالفا . فان حلفا أو نكلا صارا كالملتقطين يقرع بينهما على المذهب ، وعلى قول أبى على بن خيران يقره الحاكم فى يد من هو أحظ له ، فان كان لأحدهما بينة قضى له لأن البينة أقوى من اليد والدعوى ، وان كان لكل واحد منهما بينة ـ فان كانت بينة أحدهما اقدم تاريخاً ـ قضى له ، لأنه قد ثبت له السبق الى الالتقاط ، وان لم تكن بينة أحدهما أقدم تاريخاً ، فقد تعارضت البينتان ، ففى أحد القولين تسقطان فيصيران كما لو لم تكن بينة ، وقد بيناه ، وفى القول الثانى تستعملان ، وفى الاستعمال ثلاثة اقوال :

(أحدهما) القسمة (والثانى) القرعة (والثالث) الوقف . ولا يجىء ههنا الا القرعة لأنه لا يمكن قسمة اللقيط بينهما ، ولا يمكن الوقف ، لأن فيه اضراراً باللقيط فوجبت القرعة) .

الشرح الأحكام : إذا تنازع كفالته اثنان من غير أهل الكفالة لفسقهما أو رقهما مع كونهما غير مأذونين من سيديهما ، فإنه لا يقر فى يدى واحد منهما ، وينزع منهما ويسلم إلى غيرهما ، فإذا كانا من أهل الكفالة ، وإن كل واحد منهما ممن يقر فى يده لو انفرد ، إلا أن أحدهما أحظ للقيط من الآخر ، مثل أن يكون أحدهما موسراً والآخر معسراً فالموسر أحق لأن ذلك أحظ للطفل ، وإن التقط مسلم وكافر طفلا محكوما بكفره ، فقد قال

أصحابنا وأصحاب أحمد : هما سواء ، لأن للكافر ولاية على الكافر ، ويقر فى يده إذا انفرد بالتقاطه ، فساوى المسلم فى ذلك ، ولابن قدامة الحنبلى رأى فى مخالفة مذهبه بقوله : إن دفعه إلى المسلم أحظ له ، لأنه يصير مسلماً فيسعد فى الدنيا والآخرة ، وينجو من النار ، ويتخلص من الجزية والصغار ، فالترجيح بهذا أولى من الترجيح باليسار الذى إنما يتعلق به توسعة عليه فى الإنفاق ، وقد يكون الموسر بخيلا فلا تحصل التوسعة ، فإن تعارض الترجيحان فكان المسلم فقيراً والكافر موسراً فالمسلم أولى ، لأن النفع الحاصل له بإسلامه أعظم من النفع الحاصل بيساره مع كفره . قال : وعلى قياس قولهم فى تقديم الموسر ينبغى أن يقدم الجواد على البخيل ، لأن حظ الطفل عنده أكثر من الجهة التى يحصل له الحظ فيها باليسار ، وربما تخلق بأخلاقه وتعلم من جوده .

فإذا تساويا فى كونهما مسلمين عدلين حرين مقيمين فهما سواء فيه فإن رضى أحدهما باسقاط حقه وتسليمه إلى صاحبه جاز ، لأن الحق له فلا يمنع من الإيثار به ، وإن تشاحا أقرع بينهما لقول الله تعالى « وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم »[1] ولأنه لا يمكن كونه عندهما، لأنه لا يمكن أن يكون عندهما فى حالة واحدة ، وإن تهايآه فجعل عند كل واحد يوما أو أكثر من ذلك أضر بالطفل لأنه تختلف عليه الأغذية والأنس والإلف ، ولا يمكن دفعه إلى أحدهما دون الآخر بغير قرعة لأن حقهما متساو ، فتعيين أحدهما بالتحكم لا يجوز فتعين الإقراع بينهما ، كما يقرع بين الشركاء فى تعيين السهام فى القسمة وبين النساء فى البادية بالقسمة وبين العبيد فى الاعتاق ، والرجل مقدم على المرأة عندنا على الأصح وهما سواء عند أحمد وأصحابه ، ولا ترجح المرأة هنا كما ترجح فى حضانة ولدها على أبيه لأنها رجحت هناك لشفقتها على ولدها وتوليها لحضانته بنفسها ، والأب يحضنه بأجنبية ، فكانت أمه أحظ له وأرفق به « أما ههنا فانها أجنبية من اللقيط والرجل يحضنه بأجنبية فاستويا على القول بالتساوى ، أو رجح الرجل على الأصح .

---

(١) الآية : ٤٤ من سورة آل عمران .

فإن كان أحدهما مستور الحال والآخر ظاهر العدالة رجح السلطان العدل على المستور ، لأن المانع من الالتقاط منتف فى حقه والآخر مشكوك فيه ، فيكون الحظ للطفل فى تسليمه إليه أتم ، ويحتمل أن يساوى السلطان بينهما بالقرعة لأن احتمال وجود المانع لا يؤثر فى المنع فلا يؤثر فى الترجيح، والأمر متروك إلى اجتهاد الحاكم الذى ليس له أن يسلم إلى ثالث لم يثبت له حق الالتقاط .

وقال أبو على بن خيران : يجتهد الحاكم فى اختيار الأحظ للطفل والأجدى عليه والأحفظ وليس له أن يقرع بينهما وليس هذا بالمذهب بل المذهب الإقراع .

فرع وإن رأياه جميعاً فسبق أحدهما فأخذه أو وضع يده عليه فهو أحق به لقوله صلى الله عليه وسلم « من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به » وإن رآه أحدهما قبل صاحبه فسبق إلى أخذه الآخر ؛ فالسابق إلى أخذه أحق ، لأن الالتقاط هو الأخذ لا الرؤية ، ولو قال أحدهما لصاحبه ناولنيه ، فأخذه الآخر نظرت إلى نيته . فإن نوى أخذه لنفسه فهو أحق به ، كما لو لم يأمره الآخر بمناولته إياه ، وإن نوى مناولته فهو للآمر لأنه فعل ذلك بنية النيابة عنه ، فأشبه ما لو توكل له فى تحصيل مباح .

فإن اختلفا فقال كل واحد منهما : أنا التقطته ولا بينة لأحدهما ، وكان فى يد أحدهما ، فالقول قوله مع يمينه أنه التقطه ، وهذا كما هو المذهب عند أصحاب أحمد كما ذكره أبو الخطاب ، وقد خالفه القاضى وجعل قياس مذهب أحمد أنه لا يحلف كما فى الطلاق والنكاح .

ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم ، فإن كان فى يديهما تحالفا فإن حلفا أو نكلا صارا كالملتقطين ويقرع السلطان بينهما على المذهب .

وقال أبو على بن خيران مقالته فى الفرع قبله لا قرعة بينهما بل يجتهد

الحاكم فى اختيار أحدهما ممن هو أحظ للطفل ، فإن كان لأحدهما بينة قضى له ، وإن كان لكل منهما بينة نظرت فى أقدم البينتين تاريخاً وقضيت لصاحبها ، فإذا استوى تاريخهما أو أطلقتا معاً ، أو أرخت إحداهما وأطلقت الأخرى فقد تعارضتا ، وهل تسقطان ؟ أو تستعملان ؟ فيه قولان عندنا ووجهان عند أصحاب أحمد .

(أحدهما) تسقطان فيصيران كمن لا بينة لهما فيقرع بينهما .

(والثانى) تستعملان ، وفى الاستعمال ثلاثة أقوال (أحدها) القسمة واستعمال القسمة بين المتداعيين إذا جاز فى المال فلا سبيل إليه ههنا (والثانى) الإقراع بينهما (والثالث) الوقف وفى الوقف إضرار باللقيط ، وليس اللقيط مما يجوز وقفه فلا مناص من الإقراع فوجبت القرعة بينهما ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان ادعى حر مسلم نسبه لحق به وتبعه فى الاسلام ، لأنه يقر له بحق لا ضرر فيه على أحد فقبل كما لو أقر له بمال ، وله أن يأخذه من الملتقط لأن الوالد أحق بكفالة الولد من الملتقط ، وان كان الذى اقر بالنسب هو الملتقط فالمستحب أن يقال له : من أين صار ابنك ؟ لأنه ربما اعتقد أنه بالالتقاط صار أباً له ، وان ادعى نسبه عبد لحق به ، لأن العبد كالحر فى السبب الذى يلحق به النسب ، ولا يدفع اليه لأنه لا يقدر على حضانته لاشتغاله بخدمة مولاه ، وان ادعى نسبه كافر لحق به ، لأن الكافر كالمسلم فى سبب النسب ، وهل يصير اللقيط كافراً ؟ قال فى اللقيط : احببت أن أجعله مسلما ، وقال فى الدعوى والبينات : اجعله مسلما ، فمن اصحابنا من قال : ان اقام البينة حكم بكفره قولا واحدا ، وان لم تقم البينة ففيه قولان :**

(أحدهما) يحكم بكفره لأنا لما حكمنا بثبوت نسبه فقد حكمنا بأنه ولد على فراشه .

(والقول الثانى) يحكم باسلامه لأنه محكوم باسلامه بالدار فلا يحكم بكفره بقول كافر . وقال أبو اسحاق : الذى قال فى اللقيط أراد به اذا ادعاه وأقام البينة عليه ، لأنه قد ثبت بالبينة انه ولد على فراش كافر ، والذى قال فى

الدعوى والبينات اراد اذا ادعاه من غير بينة لانه محكوم باسلامه بظاهر الدار ، فلا يصير كافراً بدعوى الكافر ، وهذا الطريق هو الصحيح لانه نص عليه في الاملاء . واذا قلنا انه يتبع الأب في الكفر فالمستحب أن يسلم الى مسلم الى ان يبلغ احتياطا للاسلام ، فان بلغ ووصف الكفر اقررناه على كفره ، وان وصف الاسلام حكمنا باسلامه من وقته .

فصـــل **وان ادعت امراة نسبه ففيه ثلاثة اوجه :**

(احدها) يقبل لانها احد الأبوين ، فقبل اقرارها بالنسب كالأب .

(والثاني) لا يقبل وهو ظاهر النص لانه يمكن اقامة البينة على ولادتها من طريق المشاهدة ، فلا يحكم فيها بالدعوى بخلاف الأب ، فانه لا يمكن اقامة البينة على ولادته من طريق المشاهدة ، فقبلت فيه دعواه ، ولهذا قلنا : انه اذا قال لامراته : ان دخلت الدار فانت طالق ، لم يقبل قولها في دخول الدار الا ببينة ، ولو قال لها : ان حضت فانت طالق ، قبل قولها في الحيض مـــن غير بينة ، لما ذكرناه من الفرق ، فكذلك ههنا .

(والثالث) ان كانت فراشاً لرجل لم يقبل قولها ، لأن اقرارها يتضمن الحاق النسب بالرجل وان لم تكن فراشاً قبل لانه لا يتضمن الحاق النسب بغيرها) .

الشرح اللغة : الدعوى ، ودعواه ودعواها كلها بكسر الدال . قال الأزهري : الدعوة بالكسر ادعاء الولد الدعي غير أبيه ، يقال : الدعي بين الدعوة بالكسر إذا كان يدعى إلى غير أبيه أو يدعيه غير أبيه فهو بمعنى فاعل من الأول وبمعنى مفعول من الثاني .

وعن الكسائي : لي في القوم دعوة أي قرابة وإخاء ، والدعوة بالفتح في الطعام اسم من دعوت الناس إذا طلبتهم ليأكلوا عندك ، يقال : نحن في دعوة فلان ومدعاته ودعائه بمعنى . قال أبو عبيد : وهذا كلام أكثر العرب إلا عدى الرباب فإنهم يعكسون ويجعلون الفتح في النسب والكسر في الطعام ، ودعوى فلان كذا أي قوله وادعيت الشيء تمنيته ، وادعيته طلبته لنفسي والاســم الدعوى .

اما الأحكام فإنه إذا ادعى نسبه فلا تخلو دعوى النسب من قسمين .

احدهما : أن يدعيه واحد ينفرد بدعواه فينظر ، فإن كان المدعى رجلا مسلماً حراً لحق نسبه به بغير خلاف بين أهل العلم إذا أمكن أن يكون منه ، لأن الإقرار محض نفع للطفل لاتصال نسبه ، ولا مضرة على غيره فيه ، فقبل كما لو أقر له بمال ثم إن كان المقر به ملتقطه أقر فى يده ، إلا أن المستحب أن يناقش كيف صار ابنك لأنه قد يعتقد أنه بالالتقاط يصير أبا له ، والله يقول « فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم فى الدين ومواليكم » (١) .

فـــرع قال الشافعى رضى الله عنه : وإذا التقط مسلم لقيطاً فهو حر مسلم ما لم يعلم لأبويه دين غير دين الإسلام ، فإذا أقر به نصرانى ألحقناه به وجعلناه مسلما لأن إقراره به ليس بعلم منا أنه كما قال ، فلا نغير الإسلام إذا لم نعلم الكفر . اهـ من الدعوى والبينات من الأم .

وقال فى كتاب اللقيط من الأم : سئل أبو حنيفة رحمه الله عن الصبى يسبى وأبوه كافر وقعا فى سهم رجل ثم مات أبوه وهو كافر ثم مات الغلام قبل أن يتكلم بالإسلام فقال : لا يصلى عليه ، وهو على دين أبيه لأنه لا يقر بالإسلام . وقال الأوزاعى : مولاه أولى من أبيه يصلى عليه . وقال : لو لم يسب معه أبوه ، وخرج أبوه مستأمناً لكان لمولاه أن يبيعه من أبيه .

وقال أبو يوسف : إذا لم يسب معه أبوه صار مسلماً ، ليس لمولاه أن يبيعه من أبيه إذا دخل بأمان ، وهو ينقض قول الأوزاعى : إنه لا بأس أن يبتاع السبى ويرد إلى دار الحرب فى مسألة قبل هذا ، فالقول فى هذا ما قال أبو حنيفة إذا كان معه أبواه أو أحدهما فهو مسلم اهـ .

(قلت) إذا ادعى نسبه اثنان فصاعداً نظرت ، فإذا ادعاه مسلم وكافر أو حر وعبد فهما سواء ، وهذا هو مذهب الشافعى وأحمد رضى الله عنهما . وقال أبو حنيفة : المسلم أولى من الذمى والحر أولى من العبد ، لأن على اللقيط ضرراً إذا ألحق بالعبد والذمى ، فكان إلحاقه بالحر المسلم أولى ، كما لو تنازعوا فى الحضانة .

---

(١) الآية : ٥ من سورة الأحزاب .

ولنا أن كل واحد لو انفرد صحت دعواه ، فإذا تنازعوا تساووا فى الدعوى كالأحرار المسلمين ، وما ذكروه من الضرر لا يتحقق ، فإننا لا نحكم برقه ولا كفره ، ولايشبه النسب الحضانة ، بدليل أننا نقدم فى الحضانة الموسر والحضرى ولا نقدمهما فى دعوى النسب . وجعل الإمام الشافعى رضى الله عنه التسليم للنصرانى بدعواه بنوة اللقيط لا يعد تسليما للقيط بالكفر ، بل نجعله مسلماً حتى نعلم الكفر . وهذا أحد قوليه فمن أصحابنا من قال : إن أقام الذمى البينة حكمنا بكفره قولا واحداً ، كقوله فى الأخذ بقول أبى حنيفة مما سقناه عنه .

وإن لم تقم بينة ففيه قولان (أحدهما) إن الحكم بثبوت النسب من الكافر حكم بكفره على طريق التبع والضمن ، لأنه ولد على فراشه .

(والثانى) لأن غلبة دار الإسلام أقوى من دعوى النسب التى يدعيها الكافر وكل لقيط فى دار الإسلام هو مسلم ، فلا يحكم بكفره بقول كافر . وذهب أبو إسحاق المروزى فى قولى الشافعى إلى تخريجهما وجهين للمسألة لا قولين ، بأن الحكم بكفره يتبع البينة الذى ادعاه من الكفار ، فإذا أثبت أنه ولد على فراش الكفر قضينا بكفره وألحقناه بصاحب البينة ، وأنه إذا لم يقم بينة حكمنا بإسلامه وهذا هو توجيه ما فى الدعوى والبينات من الأم ، وفى هذا التخريج ما يؤيده من قوله فى الإملاء .

فـــرع قال النووى فى المنهاج : ومن حكم بإسلامه فى الدار فأقام ذمى بينة بنسبه لحقه وتبعه فى الكفر . وقال الزركشى : وكذلك المعاهد والمؤمن وقال الرملى : فارتفع ما ظنناه من إسلامه ، لأن الدار حكم باليد ، والبينة أقوى من اليد المجردة وتصور علوقة من مسلم بوطء شبهة أمر نادر لا يعول عليه مع البينة . قال : وإن اقتصر الكافر على الدعوى بأنه ابنه ولا حجة له فالمذهب أنه لا يتبعه فى الكفر وإن لحقه فى النسب ، لأنا حكمنا بإسلامه فلا نغيره بدعوى كافر مع إمكان تلك الشبهة النادرة .

(والطريق الثانى) فيه قولان ثانيهما يتبعه فى الكفر كالنسب . وجعل الماوردى محل الخلاف ما إذا استلحقه قبل أن يصدر منه صلاة أو صوم ،

فإن صدر منه ذلك لم يغير عن حكم الإسلام قطعاً ، وسواء أقلنا بتبعيته فى الكفر أم لا يحال بينهما كما يحال بين أبوى مميز وصف الإسلام وبينه .

قال فى الكفاية : وقضية إطلاقهم وجوب الحيلولة بينهما ــ إن قلنا بعدم تبعيته له فى الكفر لكن فى المهذب أنه يستحب تسليمه لمسلم ، فإذا بلغ ووصف الكفر ــ فإن قلنا بالتبعية ــ قرر لكن هذا التقرير يهدده لعله يسلم ، وإلا ففى تقريره ما سبق من الخلاف .

فرع إذا كان المدعى امرأة ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) وهو أحد الروايات عن أحمد رضى الله عنه أن دعواها تقبل ويلحقها نسبه لأنها أحد الأبوين ، فيثبت النسب بدعواها كالأب ، ولأنه يمكن أن يكون منهما كما يكون ولد الرجل بل أكثر ، لأنها تأتى به من زوج ووطء بشبهة ويلحقها ولدها من الزنا دون الرجل ، ولأن فى قصة داود وسليمان فى المرأتين كان لهما ابنان فذهب الذئب بأحدهما فادعت كل واحدة منهما أن الباقى ابنها وأن الذى أخذه الذئب ابن الأخرى فحكم به داود للكبرى وحكم به سليمان للأخرى بمجرد الدعوى منهما .

فعلى هذا الوجه يلحق بها دون زوجها ، لأنه لا يجوز أن يلحقه نسب ولد لم يقر به ، وكذلك إذا ادعى الرجل نسبه لم يلحق بزوجته . فإن قيل : الرجل يمكن أن يكون له ولد من امرأة أخرى أو من أمته ، والمرأة لا يحل لها نكاح غير زوجها ولا يحل وطؤها لغيره ، قلنا يمكن أن تلد من وطء شبهة أو غيره ، وإن كان الولد يحتمل أن يكون موجوداً قبل أن يتزوجها هذا الزوج أمكن أن يكون من زوج آخر .

فإن قيل : إنما قبل الإقرار بالنسب من الزوج لما فيه من المصلحة بدفع العار عن الصبى وصيانته عن النسبة إلى كونه ولد زنا ، ولا يحصل هذا بإلحاق نسبه بالمرأة ، بل إلحاقه بها دون زوجها تطرق العار إليه وإليها ، قلنا بل قبلنا دعواه لأنه يدعى حقا لا منازع له فيه ، ولا مضرة على أحد فيه فقبل قوله فيه كدعوى المال ، وهذا متحقق فى دعوى المرأة .

والوجه الثاني ــ وهو رواية ثانية عن أحمد رضى الله عنه نقلها الكوسج عنه فى امرأة ادعت ولداً ، إن كان لها إخوة أو نسب معروف لا تصدق إلا ببينة وان لم يكن لها دافع لم يحل بينها وبينه ، لأنه إذا كان لها أهل ونسب معروف لم تخف ولادتها عليهم ، لأنهم يتضررون بإلحاق النسب بها لما فيه من تعييرهم بولادتها من غير زوجها ، وليس كذلك إذا لم يكن لها أهل ، ويحتمل أن لا يثبت النسب بدعواها بحال ، وهذا قول الثورى والشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن النسب لا يثبت بدعوى المرأة ، لأنها يمكنها إقامة البينة على الولادة ، فلا يقبل قولها بمجرده ، كما لو علق زوجها طلاقها بولادتها .

أما كيف تكون البينة ؟ فقد قال الشافعى رضى الله عنه : لا يجوز على الولادة ولا شيء مما تجوز فيه شهادة النساء مما يغيب عن الرجال إلا أربع نسوة عدول من قبل أن الله عز وجل حيث أجاز الشهادة انتهى بأقلها إلى شاهدين أو شاهد وامرأتين ، فأقام الثنتين من النساء مقام رجل حيث أجازهما ، فإذا أجاز المسلمون شهادة النساء فيما يغيب عن الرجال لم يجز والله أعلم أن يجيزوا إلا على أصل حكم الله عز وجل فى الشهادات ، فيجعلون كل امرأتين يقومان مقام رجل ، وإذا فعلوا لم يجز إلا أربع . وهكذا المعنى فى كتاب الله عز وجل وما أجمع عليه المسلمون .

أخبرنا مسلم عن ابن جريج عن عطاء أنه قال فى شهادة النساء على الشيء من أمر النساء لا يجوز فيه أقل من أربع ، وقد قال غيرنا : تجوز فيه واحدة لأنه من موضع الأخبار كما تجوز الواحدة فى الخبر ، لا أنه من موضع الشهادة ، ولو كان من موضع الشهادات ما جاز عدد من النساء ــ وإن كثرن على شيء إلى أن قال : فإنا روينا عن على رضى الله عنه أنه أجاز شهادة القابلة وحدها . قلت : لو ثبت هذا عن على صرنا إليه إن شاء الله تعالى ، ولكنه لم يثبت عندكم ولا عندنا عنه : وهذا لا من جهة ما قلنا من القياس على حكم الله ولا من جهة قبول خبر المرأة ، ولا أعرف له معنى . قلت :

اذا ثبت هذا فى وجوب البينة لما يمكن أن تقوم عليه بينة كالولادة

للقيط المدعى أو للمغلق طلاقها على دخول الدار فى المجىء ببينة على دخول الدار ، وفارق الحيض فإنه من الأعراض الخفية التى يقبل فيها الإفراد ولا يطالب فيها بالبينة لتعذرها أو استحالتها . (والوجه الثالث) وهو الرواية الثالثة عن أحمد رضى الله عنه أنها إن كان لها زوج لم يثبت النسب بدعواها لإفضائه إلى إلحاق النسب بزوجها بغير إقراره ولا رضاه ، أو إلى أن امرأته وطئت بزنا أو شبهة وفى ذلك ضرر عليه فلا يقبل قولها فيما يلحق الضرر به ، وإن لم يكن لها زوج قبلت دعواها لعدم هذا الضرر . والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان تداعى نسبه رجلان لم يجز الحاقه بهما ، لأن الولد لا ينعقد من اثنين ، والدليل عليه قوله تعالى : « انا خلقناكم من ذكر وانثى » (١) فان لم يكن لواحد منهما بينة عرض الولد على القافة ، وهم قوم من بنى مدلج من كنانة ، فان الحقته بأحدهما لحق به ، لما روت عائشة رضى الله عنها قالت : « دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم أعرف السرور فى وجهه فقال : ألم ترى الى مجزز المدلجى نظر الى اسامة وزيد وقد غطيا رؤسهما ، وقد بدت أقدامهما فقال : ان هذه الأقدام بعضها من بعض » فلو لم يكن ذلك حقا لما سر به رسول الله صلى الله عليه وسلم وهل يجوز ان يكون من غير بنى مدلج ؟ فيه وجهان :

(احدهما) لا يجوز ، لأن ذلك ثبت بالشرع ، ولم يرد الشرع الا فى بنى مدلج .

(والثانى) انه يجوز وهو الصحيح ، لأنه علم يتعلم ويتعاطى ، فلم تختص به قبيلة كالعلم بالأحكام ، وهل يجوز أن يكون واحداً ؟ وجهان :

(احدهما) أنه يجوز لأن النبى صلى الله عليه وسلم سر بقول مجزز المدلجى وحده ولأنه بمنزلة الحاكم لأنه يجتهد ويحكم كما يجتهد الحاكم ثم يحكم .

---

(١) الآية : ١٣ من سورة الحجرات .

(والثانى) لا يجوز اقل من اثنين لانه حكم بالشبه فى الخلقة فلم يقبل من واحد كالحكم فى المثل فى جزاء الصيد .

ولا يجوز ان يكون امراة ولا عبداً كما لا يجوز ان يكون الحاكم امراة ولا عبداً ولا يقبل الا قول من جرب وعرف بالقيافة حذقة كما لا يقبل فى الفتيا الا قول من عرف فى العلم حذقه ، وان الحقته بهما او نفته عنهما او اشكل الأمر عليها او لم تكن قافة ترك حتى يبلغ ويؤخذان بالنفقة عليه ، لان كل واحد منهما يقول : انا الأب وعلى نفقته ، فاذا بلغ امرناه ان ينتسب الى من يميل طبعه اليه لما روى عن عمر رضى الله عنه انه قال للغلام الذى الحقته القافة بهما : : « وال أيهما شئت » ولأن الولد يجد لوالده ما لا يجد لغيره ، فاذا تعذر العمل بقول القافة رجع الى اختيار الولد وهل يصح أن ينتسب اذا صار مميزاً ولم يبلغ ؟ فيه وجهان :

(احدهما) يصح كما يصح أن يختار الكون مع احد الأبوين اذا صار مميزاً .

(والثانى) لا يصح لانه قول يتعين به النسب ويلزم الأحكام به ، فلا يقبل من الصبى ، ويخالف اختيار الكون مع احد الأبوين ، لأن ذلك غير لازم ، ولهذا لو اختار أحدهما ثم انتقل الى الآخر جاز ، ولا يجوز ذلك فى النسب ، وان كان لأحدهما بينة قدمت على القافة ، لأن البينة تخبر عن سماع أو مشاهدة والقافة تخبر عن اجتهاد ، فان كان لكل واحد منهما بينة فهما متعارضتان لأنه لا يجوز أن يكون الولد من اثنين ، ففى أحد القولين يسقطان ، ويكون كما لو لم تكن بينة ، وقد بيناه ، وفى الثانى تستعملان ، فعلى هذا هل يقرع بينهما ؟ فيه وجهان .

(احدهما) يقرع بينهما . فمن خرجت له القرعة قضى له . لانه لا يمكن قسمة الولد بينهما . ولا يمكن الوقف . لأن فيه اضرارا باللقيط فوجبت القرعة .

(والثانى) لا يقرع . لأن معنا ما هو اقوى من القرعة وهو القافة فعلى هذا يصير كما لو لم يكن لهما بينة . وليس فى موضع تسقط الأقوال الثلاثة فى استعمال البينتين الا فى هذا الموضع على هذا المذهب .

وان تداعت امراتان نسبه وقلنا : انه يصح دعوى المراة ولم تكن بينة ، فهل يعرض على القافة ؟ فيه وجهان .

(احدهما) يعرض ، لأن الولد يأخذ الشبه من الأم كما يأخذ من الأب ، فاذا جاز الرجوع الى القافة فى تمييز الأب من غيره بالشبه جاز فى تمييز الأم من غيرها .

(والثانى) لا يعرض لأن الولد يمكن معرفة أمه يقينا فلم يرجع فيه الى القافة بخلاف الأب فانه لا يمكن معرفته الا ظنا فجاز أن يرجع فيه الى الشبه .

فصـــل وان ادعى رجل رق اللقيط لم يقبل الا ببينة ، لأن الأصل هو الحرية فان شهدت له البينة نظرت ، فان شهدت له بانه ولدته أمته فقد قال فى اللقيط : جعلته له . وقال فى الدعوى والبينات : ان شهدت له بانه ولدته أمته فى ملكه جعلته له ، فمن أصحابنا من قال : يجعل له قولا واحداً ، وان لم تقل ولدته فى ملكه ، وما قال فى الدعوى والبينات ذكره تاكيداً لا شرطا لأن ما تأتى به أمته من غيره لا يكون الا مملوكا له .

ومنهم من قال : فيه قولان :

(احدهما) يجعل له لما بيناه .

(والثانى) لا يجعل له لانه يحتمل أن تكون الأمة ولدته قبل أن يملكهـا ثم ملكها فلم يملك ولدها ، وان شـهدت له البينـة بالملك ولم تذكـر سبب الملك ، ففيه قولان :

(احدهما) يحكم له كما يحكم له اذا شهدت له بمالك مال ، وان لم تذكر سببه .

(والثانى) لا يحكم لأن البينة قد تراه فى يده فتشهد بانه عبده بثبوت يده عليه بالالتقاط او غيره ، وان شهدت البينة له باليد ، فان كان المدعى هو الملتقط لم يحكم له لانه قد عرف سبب يده وهو الالتقاط ، ويد الالتقاط لا تدل على الملك ، فلم يكن للشهادة تأثير . وان كان المدعى غيره ، ففيه قولان :

(احدهما) يحكم له مع اليمين لأن اليد قد ثبتت ، فاذا حلف حكم له كما لو كان فى يده مال فحلف عليه .

(والثانى) لا يحكم له ، لأن ثبوت اليد على اللقيط لا تدل على الملك لأن الظاهر الحرية) .

الشرح حديث عائشة رضى الله عنها متفق عليه بلفظ « دخل على

رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال : ألم ترى إلى مجزز المدلجى ؟ نظر آنفاً إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد فقال : هذه الأقدام بعضها من بعض » وفى رواية للبخارى « ألم ترى أن مجززاً المدلجى دخل فرأى أسامة وزيداً وعليهما قطيفة قد غطيا رءوسهما ومدت أقدامها فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض » ومجزز بضم الميم وفتح الجيم ثم زاى مشددة مكسورة ثم زاى أخرى اسم فاعل لأنه كان فى الجاهلية إذا أسر أسيرا جز ناصيته وأطلقه وقد كان الكفار يقدحون فى نسب أسامة لكونه كان أسود شديد السواد ، وكان زيد أبيض ، كذا قاله أبو داود . وأم أسامة هى أم أيمن بركة الحبشية مولاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ورثها عن أبيه حيث كانت وصيفته ، ويقال : كانت من سبى الحبشة الذين قدموا زمن الفيل فصارت لعبد المطلب فوهبها لعبد الله والد النبى صلى الله عليه وسلم وتزوجت قبل زيد عبيداً الحبشى فولدت له أيمن فكنيت به ، والقافة جمع قائف كقادة جمع قائد وسادة جمع سائد ، والقائف هو الذى يتتبع الأثر ويعرف شبه الرجل بأبيه وأخيه .

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه فى الدعوى والبينات من الأم : وإذا تداعى الحر والعبد المسلمان والذمى الحر والعبد مولوداً وجد لقيطاً فلا فرق بين أحد منهم كما لا يكون بينهم فرق فيما تداعوا فيه مما يملكون ، فتراه القافة ، فإن ألحقوه بأحدهم فهو ابنه ليس له أن ينفيه ولا للمولود أن ينتفى منه بحال أبداً وإن ألحقته القافة باثنين فأكثر أو لم تكن قافة ، أو كانت فلم تعرف ، لم يكن ابن واحد منهم حتى يبلغ فينتسب إلى أيهم شاء ، فإذا فعل ذلك انقطعت دعوى الآخرين ، ولم يكن للذى انتسب إليه أن ينفيه وهو حر فى كل حالاته بأيهم لحق لأن اللقيط حر ، وإنما جعلناه حراً إذا غاب عنا معناه ، لأن أصل الناس الحرية حتى يعلم أنهم غير أحرار .

ولو أن أحدهم قال : هو ابنى من أمة نكحتها لم يكن بهذا رقيقاً لرب الأمة حتى يعلم أن الأمة ولدته ، ولا يجعل إقرار غيره لازماً له ، ويكفى القائف الواحد لأن هذا موضع حكم يعلم لا موضع شهادة ، ولو كان إنما حكمه حكم الشهادات ما أجزنا غير اثنين ولا أجزنا شهادة اثنين يشهدان

على ما لم يحضرا ولم يريا ، ولكنه كاجتهاد العالم ينفذه كما ينفذ هـذا ، ولا يحتاج معه إلى ثان ولا يقبل القائف الواحد حتى يكون أميناً ولا أكثر منه حتى يكونوا أمناء أو بعضهم ، فإذا أحضرنا القائف والمتداعيين للولد أو ذوى أرحامهم إن كان المدعون له موتى أو كان بعض المدعين له ميتاً ، فأحضرنا ذوى رحمه أحضرنا احتياطا أقرب الناس نسباً وشـبها فى الخلق والسن والبلد بالمدعين له ، ثم فرقنا بين المتداعيين منهم ، ثم أمـرنا القائف يلحقه بأبيه أو أقرب الناس بأبيه إن لم يكن له أب .

وإن كانت معه أم أحضرنا لها نسباً فى القرب منها كما وصفت ثم بدأنا فأمرنا القائف أن يلحقه بأمه لأن للقائف فى الأم معنى ، ولكى يستدل به على صوابه فى الأب إن أصاب فيها ويستدل على غـيره إن أخطأ فيهـا ، فخالفنا بعض الناس فى القافة فقال : القافة باطل ، فذكرنا له أن النبى صلى الله عليه وسلم سمع مجززاً المدلجى ونظر إلى أقدام أسامة وأبيه زيد وقد غطيا وجوههما فقال : إن هذه الأقدام بعضـها من بعض فحكى ذلك النبى صلى الله عليه وسلم لعائشة مسروراً به ، فقال : ليس فى هـذا حكم فقلنا : إنه وإن لم يكن فيه حكم فإن فيه دلالة على أن النبى صلى الله عليه وسلم رضيه ورآه علماً ، لأنه لو كان مما لا يجوز أن يكون حكما ما سره ما سمع منه إن شاء الله تعالى ولنهاه أن يعود له فقال : إنك وان أصبت فى هذا فقد تخطىء فى غيره ؟ فقال : فهل فى هذا غيره ؟ قلنا : نعم ، أخبرنا ابن عُلية عن حميد عن أنس « أنه شك فى ابن له فدعا القافة » .

أخبرنا أنس بن عياض عن هشام عن أبيـه عن يحيى بن عبد الرحمـن ابن حاطب « أن رجلين تداعيا ولداً ، فدعا له عمر القـافة ، فقالوا : قـد اشتركا فيه ، فقال له عمر : وال أيهما شئت » .

أخبرنا مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن عمر مثل معناه ، أخبرنا مطرف بن مازن عن معمر عن الزهرى عن عروة عن عمر بن الخطاب مثـل معناه قال فإنا لا نقول بهذا ونزعم أن عمر قال : هو ابنكما ترثانه ويرثكما ، وهو للباقى منكما قلت : فقد رويت عن عمر أنه دعا للقافة ، فزعمت أنك

لا تدعو القافة ، فلو لم يكن فى هذا حجة عليك فى شىء مما وصفنا ، إلا أنك رويت عن عمر شيئاً فخالفته فيه كانت عليك .

قال : قد رويت عنه أنه ابنهما ، وهذا خلاف ما رويتم ، قلنا : وأنت تخالف أيضاً هذا ، قال : فكيف لم تصيروا إلى القول به ؟ قلنا : هو لا يثبت عن عمر لأن إسناد حديث هشام متصل ، والمتصل أثبت عندنا وعندك من المنقطع ، وإنما هذا حديث منقطع وسليمان بن يسار وعروة أحسن مرسلا عن عمر ممن رويت عنه ، قال فأنت تخالف عمر فيما قضى به من أن يكون ابن اثنين ؟ قلت : فإنك زعمت أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قضى به إذ كان فى أيديهما قضاء الأموال قال كذلك قلت ا هـ .

قلت : ووجه دلالته ما علم من أن التقرير منه صلى الله عليه وسلم حجة ، لأنه أحد أقسام السنة ، وحقيقة التقرير أن يرى النبى صلى الله عليه وسلم فعلا من أحد أو يسمع قوله أو يعلم به وكان ذلك الفعل من الأفعال التى لا يعلم تقدم إنكاره لها ، دل ذلك على جوازه . فإن استبشر به فأوضح كما فى هذه القصة ، والحكم بالقافة إذا لم تكن بينة أو تعارضت به بينتان وسقطتا إذا ألحقوه ، فتلحقه بمن ألحقوه وهذا قول أنس و عطاء ويزيد ابن عبد الملك والأوزاعى والليث وأبى ثور والشافعى ومالك وأحمد ابن حنبل .

وقال أصحاب الرأى : لا حكم للقافة ، ويلحق بالمدعيين جميعاً تعويل على مجرد الشبه والظن والتخمين ، فإن الشبه يوجد بين الأجانب ، وينتفى بين الأقارب ولهذا روى الشيخان « أن رجلا أتى النبى فقال : يا رسول الله إن امرأتى ولدت غلاماً أسود فقال : هل لك من إبل ؟ قال : نعم ، قال : فما ألوانها ؟ قال : حمر . قال : فهل فيها من أورق ؟ قال : نعم ، قال : أنى أتاها ذلك ؟ قال : لعل عرقا نزع ، قال : وهذا لعل عرقا نزع » قالوا : لو كان الشبه كافيا لاكتفى به فى ولد الملاعنة ، وفيما إذا أقر أحد الورثة بأخ فأنكره الباقون .

ودليلنا عليهم غير حديث مجزز قول النبى صلى الله عليه وسلم فى ولد

الملاعنة « انظروها فإن جاءت به أحمش الساقين كأنه وحرة فلا أراه إلا قد كذب عليها وإن جاءت به أكحل جعداً جماليا سابغ الأليتين خدلج الساقين فهو للذى رميت به ، فأتت به على النعت المكروه ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم لولا الأيمان لكان لى ولها شأن » فقد حكم به النبى صلى الله عليه وسلم للذى أشبه منهما ، وقوله لولا الأيمان لكان لى ولها شأن يدل على أنه لم يمنعه من العمل بالشبه إلا الأيمان فإذا انتفى المانع يجب العمل به لوجود مقتضيه .

وكذلك قول النبى صلى الله عليه وسلم فى ابن زمعة حين رأى به شبها بيناً بعتبة بن أبى وقاص « احتجبى منه يا سودة » فعمل بالشبه فى حجب سودة عنه .

فإن قيل : فالحديثان حجة عليكم إذ لم يحكم النبى صلى الله عليه وسلم بالشبه فيهما بل ألحق الولد بزمعة ، وقال لعبد بن زمعة « هو لك يا عبد ابن زمعة ، والولد للفراش وللعاهر الحجر » ولم يعمل بشبه ولد الملاعنة فى إقامة الحد عليها لشبه بالمقذوف قلنا : إنما لم يعمل فى ابن زمعة لأن الفراش أقوى ، وترك العمل بالبينة لمعارضة ما هو أقوى منه لا يوجب الإعراض عنه ، إذا خلت عن المعارض وكذلك ترك إقامة الحد عليها من أجل أيمانها . على أن ضعف الشبه عن إقامة الحد لا يوجب ضعفه عن إلحاق النسب ، فإن الحد فى الزنا لا يثبت إلا بأقوى البينات وأكثرها عدداً وأقوى الإقرار حتى يعتبر فيه تكراره أربع مرات ، ويدرأ بالشبهات ، ولأن ضعف الشبه عن نفى النسب لا يلزم منه ضعفه عن إثباته ، فإن النسب يحتاط لإثباته ، ويثبت بأدنى دليل ، وأنه لا ينتفى إلا بأقوى الأدلة ، كما أن الحد لما انتفى بالشبه لم يثبت إلا بأقوى دليل ، فلا يلزم حينئذ من المنع من نفيه بالشبه فى الخبر المذكور أن لا يثبت به النسب فى مسألتنا .

والقافة قوم يعرفون الإنسان بالشبه ، ولا يختص ذلك بقبيلة معينة على الصحيح من المذهب ، وبه قال أحمد رضى الله عنه وأصحابه ، بل هو علم يتعلم بقواعده وأصوله التى كانت عند العرب ، وكان أكثر ما يكون فى بنى

مدلج رهط مجزز الذى رأى أسامة وأباه زيداً ، وكان إياس بن معاوية المزنى قائفا . وكذلك قيل فى شريح . ولا يقبل قول القائف إلا أن يكون عدلا مجرباً فى الإصابة ، حراً لأن قوله حكم .

وقد كان بعض العرب يستدل من اختلاف أحد الأبناء عن إخوته على أسباب الشك التى تساوره ، فقد عاد أحدهم إلى امرأته من سفر فوجدها قد ولدت له ولداً ، فقال لها :

لا تمشطى رأسى ولا تَفْلِينى وحاذرى ذا الرِّبق فى يمينى
واقتربى منى أخبرينى ما له جاء أسود كالهجينى
خالف ألوان بنىّ الجون

على أن أسباب المعرفة فى زماننا هذا لم تتسع آفاقها ولم تستقر قواعدها على أسباب أدق ومبادىء أضبط ، فكانت غير قطعية فى أكثر أحوالها ، وقد يأخذ العلم الحديث بالقيافة حيث يعجز التحليل الطبى ، والقيافة أحد فروع الطب الشرعى أو هى الأساس للطب الشرعى ومن قرأ كتب الطب الشرعى العربية أو الأجنبية يتضح له صحة هذا الحكم .

وقد جاء فى كتاب الطب الشرعى الجنائى للدكاترة شريف وسيف النصر ومشالى أن فصائل الدم تنقسم فى جميع الشعوب إلى أربعة أقسام ، قسمان كبيران ويمكن إطلاق معنى السائدة عليهما ويرمز إليهما A , B ونوع يتكون منهما ويرمز إليه A B ونوع نادر ويسمى O فإذا كان الرجل من فصيلة A والمرأة من فصيلة B أمكن أن يكون الولد A أو B أو AB .

ويلاحظ أن قيافة الدم هنا وإن كانت قائمة على أساس علمى إلا أنها سلبية وليست إيجابية ، فهى تقول بأن هذا ليس أباً ولا تستطيع أن تقول : هذا أب ، لأنه قد يكون الأب شخصاً له فصيلة المدعى ، ولكن يمكن أن ينفى فيقول إذا كانت فصيلة دم الابن O وكانت فصيلة الأب المدعى A B والأم B حكموا بالقطع بأن هذا ليس أباه ، ولكن لو كانت فصيلته من

فصيلة الطفل قالوا : يحتمل أن يكون أباه ويحتمل أن يكون أبوه غيره ؛ على أن أحسن القيافة التعرف عن طريق الأطراف كالأيدى والأرجل وملامح الوجه ، وهل يقبل قول واحد ؟ أو لا يقبل إلا قول اثنين ؟ — وجهان — (أحدهما) أنه حكم بالاجتهاد فيصح من واحد . (والثانى) لا يجوز بأقل من اثنين كالحكم بالمثل فى جزاء الصيد فى قوله تعالى « يحكم به ذوا عدل منكم » [1] ولأنه حكم بالشبه فى الخلقة فأشبه الحكم فى المثل فى جزاء الصيد « فجزاء مثلُ ما قَتَلَ من النَّعَمِ » [2] .

وبهذا الوجه قال أحمد رضى الله عنه فى ظاهر رواية الأثرم عنه أنه قيل له : إذا قال أحد القافة هو لهذا ، وقال الآخر هو لهذا . قال : لا يقبل واحد منهما حتى يجتمع اثنان فيكونان شاهدين ، فاذا شهد اثنان من القافة أنه لهذا فهو لهذا ، لأنه قول يثبت به النسب فأشبه الشهادة .

وقال القاضى من الحنابلة : يقبل قول الواحد لأنه حكم ، ويقبل فى الحكم قول واحد . وحمل كلام أحمد على ما إذا تعارض قول القائفين فقال (إذا خالف القائف غيره تعارضا وسقطا ، فإن قال اثنان قولا وخالفهما واحد فقولهما أولى لأنهما شاهدان فقولهما أولى ، لأنه أقوى من قول واحد . وإن عارض قول اثنين قول اثنين سقط قول الجميع ، وإن عارض قول الاثنين قول ثلاثة أو أكثر لم يرجح وسقط الجميع ، فأما إن ألحقته القافة بواحد ثم جاءت قافة أخرى فألحقته بآخر كان لاحقاً بالأول ، لأن القائف جرى مجرى حكم الحاكم ، ومتى حكم الحاكم حكما لم ينقض بمخالفة غيره له ، وإن ألحقته القافة بكافر أو رقيق لم يحكم بكفره ولا برقه لأن الحرية والإسلام ثبتا له بظاهر الدار فلا يزول ذلك بمجرد الشبه والظن كما لم يزل ذلك بمجرد الدعوى من المنفرد .

ولو ادعى نسب اللقيط إنسان فألحق نسبه به لانفراده بالدعوى ثم جاء الآخر فادعاه لم يزل نسبه عن الأول ، لأنه حكم له به فلم يزل بمجرد الدعوى

---

(١) الآية : ٩٥ من سورة المائدة .
(٢) الآية : ٩٥ من سورة المائدة .

فإن ألحقته به القافة لحق به وانقطع عن الأول لأنها بينة فى إلحاق النسب ، ويزول بها الحكم الثابت بمجرد الدعوى كالشهادة .

فـــرع إذا ادعاه اثنان فألحقته القافة بهما لحق بهما فى النفقة . وكان أحمد رضى الله عنه يقول : إنه ابنهما يرثهما ميراث ابن ويرثانه جميعاً ميراث أب واحد وهذا يروى عن عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب رضى الله عنهما وهو قول أبى ثور . وقال أصحاب الرأى : يلحق بهما بمجـرد الدعوى . وقال الشافعى لا يلحق بأكثر من واحد ، فإذا ألحقته بهما سقط قولهما ولم يحكم لهما ، واحتج برواية عمر رضى الله عنـه أن القافة قالت (قد اشتركا فيه ، فقال عمر : وال أيهما شئت) ولأنه لا يتصور كونه من رجلين ، فإذا ألحقته القافة بهما تبينا كذبهما فسقط قولهما كما لو ألحقته بأمين ، ولأن الادعيين لو اتفقا على ذلك لم يثبت ، ولو ادعاه كل واحد منهما وأقام بينة سقطتا ، ولو جاز أن يلحق بهما لثبت باتفاقهما وألحق بهما عند تعارض بينتهما ، هذا وما لم نتناوله من مسائل الفصل فعلى وجهه من تقرير المصنف . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ومن حكم باسلامه او باحد ابويه او بالسابى فحكمه قبـل البلوغ حكم سائر المسلمين فى الغسل والصلاة والميراث والقصـاص والدية . لأن السبب الذى اوجب الحكم باسلامه لم يزل فاشبه من أسلم بنفسه وبقى على اسلامه ، فان بلغ ووصف الكفر فالمنصوص انه مرتد ، فان تاب والا قتل، لانه محكوم باسلامه قطعاً فاشبه من اسلم بنفسه ثم ارتد . ومن أصـحابنا من قال فيه قولان (احدهما) ما ذكرناه (والثانى) انه يقر على الكفر ، لأنه لما بلغ زال حكم التتبع فاعتبر بنفسه ، فان بلغ ولم يصف الاسلام ولا الكفر فقتله قاتل فالمنصوص انه لا قود على قاتله .

ومن اصحابنا من قال : يجب القود لانه محكوم باسلامه فاشبه ما قبـل البلوغ ، وهذا خطا لأنه يحتمل ان يكون غير راض بالاسلام ، والقصاص يسقط بالشبهة فسقط ، ويخالف ما قبل البلوغ فان اسلامه قائم قطعا وبعد البلوغ لا تعلم بقاء الاسلام ، فاما من حكم باسلامه بالدار ، فانه قبل البلوغ كالمحكوم

باسلامه بأبويه أو بالسابي . فان بلغ ووصف الكفر فانه يفزع ويهدد على الكفر احتياطا . فان اقام على الكفر اقر عليه .

ومن أصحابنا من قال : هو كالمحكوم باسلامه بأبويه لأنه محكوم باسلامه بغيره فصار كالمسلم بأبويه ، والمنصوص انه يقر على الكفر لأنه محكوم باسلامه من جهة الظاهر ، ولهذا لو ادعاه ذمي وأقام البينة حكم بكفره .

فصل وان بلغ اللقيط وقذفه رجل وادعى أنه عبد . وقال اللقيط : بل أنا حر ففيه قولان :

(أحدهما) أن القول قول اللقيط لأن الظاهر من حاله الحرية .

(والثاني) أن القول قول القاذف لأنه يحتمل أن يكون عبداً ، والأصل براءة ذمة القاذف من الحد . وان قطع حر طرفه وادعى أنه عبد وقال اللقيط : بل أنا حر فالمنصوص أن القول قول اللقيط ، فمن أصحابنا من قال : فيه قولان كالقذف . ومنهم من قال : ان القول قول اللقيط قولا واحداً ، وفرق بينه وبين القذف بأن القصاص قد وجب في الظاهر ، ووجوب القيمة مشكوك فيه ، فاذا أسقطنا القصاص انتقلنا من الظاهر الى الشك ، فلم يجز . وفي القذف قد وجب الحد في الظاهر ووجوب التعزير يقين لأنه بعض الحد ، فاذا أسقطنا الحد انتقلنا من الظاهر الى اليقين فجاز .

فصل اذا بلغ اللقيط ووهب ، وأقبض ، وباع ، وابتاع ، ونكح ، وأصدق ، وجنى ، وجني عليه ، ثم قامت البينة على رقه كان حكمه في التصرفات كلها حكم العبد القن ، يمضي ما يمضي من تصرفه ، وينقض ما ينقض من تصرفه فيما يضره ويضر غيره ، لأنه قد ثبت بالبينة انه مملوك فكان حكمه حكم المملوك ، فان اقر على نفسه بالرق لرجل فصدقه نظرت ـ فان كان قد تقدم منه اقرار بحريته ـ لم يقبل اقراره بالرق ، لأنه لزمه باقراره بالحرية أحكام الأحرار في العبادات والمعاملات فلم يقبل اقراره في اسقاطها ، وان لم يتقدم منه اقرار بالحرية ففيه طريقان من أصحابنا من قال : فيه قولان :

(أحدهما) لا يقبل اقراره بالرق ، لأنه محكوم بحريته فلم يقبل اقراره بالرق كما لو اقر بالحرية ، ثم اقر بالرق .

(والثاني) يقبل لأنا حكمنا بحريته في الظاهر ، وما ثبت بالظاهر يجوز ابطاله بالاقرار ، ولهذا لو ثبت اسلامه بظاهر الدار وبلغ واقر بالكفر قبل منه ، فكذلك ههنا ، ومنهم من قال : يقبل اقراره بالرق قولا واحدا لما ذكرناه ، ويكون حكمه في المستقبل حكم الرقيق ، فأما تصرفه بعد البلوغ وقبل الحكم برقه فعلى قولين :

(احدهما) يقبل اقراره فى جميعه ، لأن الرق هو الأصل وقد ثبت فوجب ان تثبت احكامه كما لو ثبت بالبينة .

(والثانى) يقبل فيما يضره ولا يقبل فيما يضر غيره ، لأن اقراره يتضمن ما يضره ويضر غيره فقبل فيما يضره ، ولم يقبل فيما يضر غيره ، كما لو اقر بمال عليه وعلى غيره ، وهذا الطريق هو الصحيح وعليه التفريع . فان باع واشترى ـ فان قلنا . يقبل اقراره فى الجميع ، وقلنا : ان عقود العبد من غير اذن المولى لا تصح ـ كانت عقوده فاسدة ، فان كانت الأعيان باقية وجب ردها ، وان كانت تالفة وجب بدلها فى ذمته ، يتبع به اذا عتق . وان قلنا : يقبل فيما يضره ، ولا يقبل فيما يضر غيره ، ولم يقبل قوله فى افساد العقود ، ويلزمه اعواضها ، فان كان فى يده مال استوفى منه ، فان فضل فى يده شىء كان لمولاه .

وان كان اللقيط جارية فزوجها الحاكم ثم اقرت بالرق ـ فان قلنا : يقبل اقرارها فى الجميع ـ فالنكاح باطل ، لانه عقد بغير اذن المولى ، فان كان قبل الدخول لم يجب على الزوج شىء ، وان كان بعد الدخول وجب عليه مهر المثل ، لانه وطء فى نكاح فاسد ، وان اتت بولد فهو حر لانه دخل على انه حر وعليه قيمته ويجب عليها عدة امة وهى قرءآن .

وان قلنا : لا يقبل فيما يضر غيره لم يبطل النكاح ، لان فيه اضراراً بالزوج ولكنه فى حق الزوج فى حكم الصحيح ، وفى حقها فى حكم الفاسد ، فان كان قبل الدخول لم يجب لها مهر ، لانها لا تدعيه ، وان كان بعد الدخول وجب لها اقل الأمرين من مهر المثل او المسمى ، لانه ان كان المهر اقل لم يجب ما زاد لان فيه اضراراً بالزوج ، وان اتت منه بولد فهو حر ولا قيمة عليه لانا لا نقبل قولها فيما يضره ، ونقول للزوج : قد ثبت ان زوجتك امة ، فان اخترت امساكها كان ما تلده مملوكا للسيد لانك تطؤها على علم انها امة ، وان طلقها اعتدت عدة حرة وهو ثلاثة اقراء ، وله فيها الرجعة لانا لا نقبل قولهاعليهفيما يضره ، وان مات عنها لزمتها عدة امة وهى شهران وخمس ليال . لأن عدة الوفاة تجب لحق الله تعالى لا حق له فيها ، ولهذا تجب من غير وطء . وقول اللقيط يقبل فيما يسقط حق الله تعالى من العبادات ، وان كان اللقيط غلاما فتزوج ثم اقر بالرق . فان قلنا : يقبل اقراره فى الجميع : بطل النكاح من اصله لانه بغير اذن المولى .

فان لم يدخل بها لم يلزمه شىء ، وان دخل بها لزمه اقل الأمرين من المسمى او مهر المثل ، لانه ان كان المسمى اقل لم يجب ما زاد لانها لا تدعيه ، وان كان مهر المثل اقل لم يجب ما زاد لأن قوله مقبول ، وان ضر غيره . وان قلنا :

لا يقبل قوله فيما يضر غيره لم يقبل قوله : ان النكاح باطل ، لأنه يضرها ، ولكن يحكم بانفساخه فى الحال لانه اقر بتحريمها ، فان كان قبل الدخول لزمه نصف المسمى وان دخل بها لزمه جميعه لأنه لا يقبل قوله فى اسقاط المسمى) .

الشرح الأنساب كلها تمت إلى الإسلام ما لم يتيقن الكذب والكفر لقوله صلى الله عليه وسلم « كل مولود يولد على الفطرة ، وعلى الملة » وقوله صلى الله عليه وسلم عن ربه فى حديث عياض بن حمار المجاشعى (خلقت عبادي حنفاء كلهم) ولقوله تعالى : « وإذ أخذ ربك من بنى آدم من ظهورهم ذرياتهم وأشهدهم على أنفسهم : ألست بربكم قالوا : بلى أن تقولوا يوم القيامة إنا كنا عن هذا غافلين » (١) .

ومن حكم بإسلامه أو بإسلام أحد أبويه ، وإن علا وقت العلوق ولو أنثى غير وارثة . ولو كان حدوث الولد بعد موت أصله فهو مسلم بالإجماع بشرط نسبته إليه نسبة تقتضى التوارث فلا يرد آدم أبو البشر عليه السلام، ولو ارتد بعد البلوغ بأن وصف كفراً أى أعرب به عن نفسه فمرتد لأنه مسلم ظاهراً وباطناً ، ولو علق بين كافرين ثم أسلم أحدهما ، وإن علا قبل بلوغه ولو بعد تمييزه حكم بإسلامه إجماعا كما فى إسلام الأب ولخبر « الإسلام يعلو ولا يعلى عليه » ولو أمكن احتلامه فادعاه قبل إسلام أصله فظاهر إطلاقهم قبول قوله فيه لزمن إمكانه قال الرملى : وما بحثه الولى العراقى من عدم قبول قوله إلا أن ينبت على عانته شعر خشن ، غير ظاهر اللهم إلا أن يقال : الاحتياط للإسلام يلغى قوله المانع له لاحتمال كذبه ، ولأصل بقاء الصغر ، فإن بلغ ووصف كفراً فمرتد لسبق الحكم بإسلامه ظاهراً وباطناً وفى قول كافر أصلى ، لأن تبعيته أزالت الحكم بكفره ، وقد زالت باستقلاله فعاد لما كان عليه أولا ، وبنى عليه أنه يلزمه التلفظ بالإسلام بعد البلوغ بخلافه على الأول ، ومن ثم لو مات قبل التلفظ جهز كمسلم ، بل قال إمام الحرمين وصوبه فى الروضة : هو كذلك على الثانى أيضاً لأن هذه الأمور مبنية على الظاهر ، وظاهره الإسلام .

---

(١) الآية : ١٧٢ من سورة الأعراف .

وما ذكره بعضهم من أن المسلم بإسلام أحد أبويه لا يغنى عنه إسلامه شيئاً ما لم يسلم بنفسه فغريب أو سبق قلم على ما قرره الأذرعى أو مفرع على وجوب التلفظ . ولو تلفظ ثم ارتد فمرتد قطعاً ، ولا ينقض ما جرى عليه من أحكام الإسلام قبل ردته على الأصح .

ولو سبى مسلم طفلا تبع هذا الطفل سابيه فى الإسلام ظاهراً وباطناً إن لم يكن معه أحد أبويه بالإجماع ، ولا اعتبار بمن شذ ، ولأنه صار تحت ولايته كالأبوين ، وقضية الحكم بإسلامه باطناً أنه لو بلغ ووصف الكفر كان مرتداً أما إذا كان معه أحد أبويه وإن علا بأن كان فى جيش واحد وغنيمة واحدة ، وإن لم يتحد المالك وقد سبيا معاً ــ وإن أطلق القاضى فى تعليقه أنه إذا سبق سبى أحدهما سبى الآخر تبع السابى ، فلا يحكم بإسلامه ، لأن تبعيتهما أقوى من تبعية السابى وإن ماتا بعد ، لأن التبعية إنما تثبت فى ابتداء السبى ، ولو سباه ذمى قاطن ببلادنا على حد قول إمام الحرمين أو دخل به دارنا كما قال البغوى ، أو سباه فى جيشنا ، وكل ذلك إنما هو قيل للخلاف فى قولهم : لم يحكم بإسلامه فى الأصح (والثانى) يحكم بإسلامه تبعاً للدار والأوجه أنه لو سبى أبواه ثم أسلما صار مسلماً بإسلامهما خلافا للحليمى ومن تبعه ، ولو سباه مسلم وذمى حكم بإسلامه تغليبا لحكم الإسلام ، ولو سبى الذمى صبيا أو مجنونا وباعه لمسلم أو باعه المسلم السابى له مع أحد أبويه فى جيش واحد ولو دون أبويه من مسلم لم يتبع المشترى لفوات وقت التبعية ، لأنها إنما تثبت ابتداء وما جاء من قتله فسيأتى فى الأقضية إن شاء الله تعالى .

فرع إذا ادعى رق اللقيط مدع بعد بلوغه كلف إجابته ، فإن أنكر ولا بينة لم نقبل دعواه ، وإن كانت له بينة حكم له بها ، فإن كان اللقيط قد تصرف قبل ذلك ببيع أو شراء نقضت تصرفاته لتصرفه بغير إذن ، وإن لم تكن بينة فأقر بالرق نظرنا ، فإن كان اعترف لنفسه بالحرية قبل ذلك لم يقبل إقراره بالرق لأنه اعترف بالحرية وهى حق الله تعالى فلا يبطل برجوعه .

فإن قلنا : يقبل إقراره كأحد القولين عند الشافعى صارت أحكامه أحكام

العبيد فيما عليه دون ماله ، وبهذا قال أبو حنيفة والمزنى وأحمد ، وهو أحد قولى الشافعى رضى الله عنه ، لأنه أقر بما يوجب حقا له وحقا عليه ، فوجب أن يثبت ما عليه دون ماله كما لو قال : لفلان علىَّ ألف درهم ولى عنده رهن . ويحتمل أن يقبل إقراره فى الجميع ، وهو القول الثانى للشافعى لأنه ثبت ما عليه فيثبت ماله كالبينة ، فإن قبلنا إقراره بالرق لم يخل من أن يكون ذكرا أو أنثى ، فإن كان اللقيط أنثى فالنكاح صحيح فى حقها ، فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها وإن كان دخل بها لم يسقط مهرها وأما أولادها فأحرار ولا يثبت الرق فى حق أولادها بإقرارها فأما بقاء النكاح فيقال للزوج : قد ثبت أنها أمة ، فان اخترت المقام على ذلك فأقم ، وإن شئت ففارقها ، وسواء كان ممن يجوز له نكاح الإماء أو لم يكن لأننا لو اعتبرنا ذلك وأفسدنا نكاحه لكان إفساداً للعقد جميعه بقولها ، لأن شروط نكاح الأمة لا تعتبر فى استدامة العقد إنما تعتبر فى ابتدائه .

فإن قيل : قد قبلتم قولها فى أنها أمة فى المستقبل وفيه ضرر على الزوج. قلنا لم يقبل قولها فى إيجاب حق لم يدخل فى العقد عليه ، فأما الحكم فى المستقبل فيمكن إيفاء حقه وحق من يثبت له الرق عليها بأن يطلقها فلا يلزمه ما لم يدخل عليها أو يقم على نكاحها فلا يسقط حق سيدها ، فإن طلقها اعتدت عدة الحرة ، لأن عدة الطلاق حق للزوج عند أحمد والشافعى ثلاثة قروء ، وإن مات اعتدت عدة الأمة وهى شهران وخمس ليال لأنه وطء فى نكاح فاسد ، والله تعالى أعلم .

فـــرع قال ابن حزم فى المحلى : واللقيط حر ولا ولاء عليه لأحد لأن الناس كلهم أولاد آدم ، وزوجه حواء عليهما السلام وهما حران وأولاد الحرة أحرار بلا خلاف من أحد ، فكل أحد فهو حر إلا أن يوجب نص قرآن أو سنة ولا نص فيهما يوجب إرقاق اللقيط ، إذ لا رق عليه فلا ولاء لأحد عليه . لأنه لا ولاء إلا بعد صحة رق على المرء أو على أب له قريب أو بعيد يرجع إليه بنسبه . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (إنما الولاء لمن أعتق) وهذا قول أبى حنيفة ومالك والشافعى وداود . وقد صح عن عمر ابن الخطاب ما رويناه من طريق مالك عن ابن شهاب عن سنين أبى جميلة

إلخ وقد مضى ذكرنا لهذه الرواية ثم ناقش القائلين برق اللقيط وأجاب على شبههم وخلص إلى حرية اللقيط .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان جنى عمداً على عبد ثم أقر بالرق وجب عليه القصاص على القولين وان جنى خطأ وجب الأرش فى رقبته على القولين لأن وجوب القصاص ووجوب الأرش فى رقبته يضره ولا يضر غيره فقبل قوله فيه،وان جنى عليه حر عمداً ، لم يجب القود على الجانى،لأن ذلك مما يضره ولا يضر غيره ، فقبل قوله فيه ، وان جنى عليه خطأ بأن قطع يده ، فان الجانى يقر بنصف الدية واللقيط يدعى نصف القيمة . فان كان نصف القيمة أكثر من نصف الدية وجب نصف القيمة ، لأن ما زاد عليه لا يدعيه . وان كان أكثر من نصف الدية فعلى القولين ان قلنا : يقبل قوله فى الجميع وجب على الجانى نصف القيمة ، وان قلنا : لا يقبل فيما يضر غيره وجب نصف الدية لأن فيما زاد اضراراً بالجانى .

فصـــل وان اقر اللقيط انه عبد لرجل وكذبه الرجل سقط اقراره، كما لو اقر له بدار فكذبه ، وان اقر اللقيط بعد التكذيب بالرق لآخر لم يقبل. وقال ابو العباس : يقبل كما لو أقر لرجل بدار فكذبه ثم أقر بها لآخر ، والمذهب الأول لأن باقراره الأول قد أخبر انه لم يملكه غيره ، فاذا كذبه المقر له رجع الى الأصل ، وهو انه حر فلم يقبل اقراره بالرق بعده ، ويخالف الدار لأنه اذا كذبه الأول رجع الى الأصل وهى مملوكة فقبل الاقرار بها لغيره .

فصـــل وان بلغ اللقيط فادعى عليه رجل أنه عبده فأنكره فالقول قوله لأن الأصل الحرية ، وان طلب المدعى يمينه فهل يحلف ؟ يبنى على القولين فى اقراره بالرق ، فان قلنا : يقبل حلف لأنه ربما خاف من اليمين فأقر له بالرق ، وان قلنا : لا يقبل لم يحلف ، لأن اليمين انما تعرض ليخاف فيقر ، ولو أقر لم يقبل فلم يكن فى عرض اليمين فائدة وبالله التوفيق) .

الشرح إذا جنى جناية موجبة للقصاص فعليه القود حراً كان المجنى عليه أو عبداً ، لأن إقراره بالرق يقتضى وجوب القود عليه فيما إذا كان المجنى عليه عبداً أو حراً فقبل إقراره فيه . وإن كانت الجناية خطأ تعلق أرشها برقبته ، لأن ذلك مضر به، فان كان أرشها أكثر من قيمته وكان فى يده

مال استوفى منه وإن كان مما تحمله العاقلة لم يقبل قوله فى إسقاط الزيادة ، لأن ذلك يضر بالمجنى عليه فلا يقبل قوله فيه .

وقيل : تجب الزيادة فى بيت المال لأن ذلك كان واجباً للمجنى عليه فلا يقبل قوله فى إسقاطه .

وإن جنى عليه جناية موجبة للقود وكان الجانى حراً سقط ، لأن الحر لا يقاد منه للعبد ، وقد أقر المجنى عليه بما يسقط القصاص . وإذا ادعى رق اللقيط مدع سمعت دعواه لأنها ممكنة وإن كانت مخالفة لظاهر الدار ، فإن لم تكن له بينة فلا شىء له ؛ أما إذا ادعاه بعد بلوغه فأنكر اللقيط فالقول قوله لاستصحاب الأصل وهو الحرية ، وهى حق لله تعالى ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــــاب الوقف

(الوقف قربة مندوب اليها لما روى عبد الله بن عمر رضى الله عنه ((اتى النبى صلى الله عليه وسلم وكان قد ملك مائة سهم من خيبر ، فقال : قـد اصبت مالا لم اصب مثلم ، وقد أردت أن أتقرب به الى الله تعالى ، فقال : حبس الأصل وسبل الثمرة)) .

فصـــل ويجوز وقف كل عين ينتفع بها على الدوام كالعقار والحيوان والأثاث والسلاح ، لما روى ابو هريرة رضى الله عنه ((انه ذكر للنبى صلى الله عليه وسلم انه منع ابن جميل وخالد بن الوليد والعباس بن عبـد المطلب ، يعنى الصدقة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما نقم ابن جميل الا أنه كان فقيراً فاغناه الله ورسوله فاما خالد فانكم تظلمون خالداً ، ان خالدا قد حبس ادرعه واعتده معاً فى سبيل الله)) ولأنه لما امر عمـــر رضى الله عنه بتحبيس الأصـل وتسـبيل الثمرة ، دل ذلك على جـواز وقف كل ما يبقى وينتفع به .

واما ما لا ينتفع به على الدوام كالطعام وما يشم من الريحان وما تحطم وتكسر من الحيوان فلا يجوز وقفه لانه لا يمكن الانتفاع به على الدوام ، ويجوز وقف الصغير من الرقيق والحيوان ، لانه يرجى الانتفاع به على الدوام ، ولا يجوز وقف الحمل لانه تمليك منجز فلم يصح فى الحمل وحده كالبيع .

فصـــل واختلف أصحابنا فى الدراهم والدنانير ، فمن اجاز اجارتها اجاز وقفها ، ومن لم يجز اجازتها لم يجز وقفها ، واختلفوا فى الكلب فمنهم من قال : لا يجوز وقفه لأن الوقف تمليك والكلب لا يملك . ومنهم من قال : يجوز الوقف لأن القصد من الوقف المنفعة وفى الكلب منفعـة فجاز وقفـه ، واختلفوا فى أم الولد فمنهم من قال يجوز وقفها لانه ينتفع بها على الدوام فهى كالأمة القنة ، ومنهم من قال : لا يجوز لأنها لا تملك .

فصـــل ولا يصح الوقف الا فى عين معينة ، فان وقف عبداً غير معين

أو فرساً غير معين فالوقف باطل ، لأنه ازالة ملك على وجه القربة فلم يصح فى عين فى الذمة كالعتق والصدقة) .

الشرح حديث ابن عمر رواه البخارى ومسلم وأحمد وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه بلفظ « أن عمر أصاب أرضاً من أرض خيبر فقال : يا رسول الله قد أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالا قط أنفس عندى منه فما تأمرنى ؟ فقال : إن شئت حبست أصلها ، وتصدقت بها ، فتصدق بها عمر ــ على أن لا تباع ولا توهب ولا تورث ــ فى الفقراء وذوى القربى والرقاب والضيف وابن السبيل ، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول » وفى لفظ « غير متأثل مالا » .

وفى حديث عمرو بن دينار عند البخارى قال فى صدقة عمر « ليس على الولى جناح أن يأكل ويؤكل صديقاً له غير متأثل » قال « وكان ابن عمر هو الذى يلى صدقة عمر ويهدى لناس من أهل مكة كان ينزل عليهم » وللحديث روايات للبيهقى والطحاوى والدارقطنى .

ورواه النسائى وابن ماجه والشافعى عن ابن عمر ، وهو متفق عليه من حديث أبى هريرة رضى الله عنه ، قال عمر للنبى صلى الله عليه وسلم « إن المائة سهم التى لى بخيبر لم أصب مالا قط أعجب إلىّ منها ، وقد أردت أن أتصدق بها ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : احبس أصلها وسبل ثمرتها » .

وأما حديث أبى هريرة فقد رواه أحمد ومسلم بلفظ « بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عمر على الصدقة فقيل : منع ابن جميل وخالد بن الوليد وعباس عم النبى صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما ينقم ابن جميل إلا أنه كان فقيراً فاغناه الله ، وأما خالد فإنكم تظلمون خالداً ، قد احتبس أدراعه وأعتاده فى سبيل الله تعالى . وأما العباس فهى علىّ ومثلها معها . ثم قال : يا عمر أما شعرت أن عم الرجل صنو أبيه » وأخرجه البخارى وليس فيه ذكر عمر ولا ما قيل له فى العباس . وأخرجه أبو داود الطيالسى من حديث أبى رافع وفيه أن النبى صلى الله عليه وسلم

قال لعمر « إنا كنا تعجلنا صدقة مال العباس عام الأول » وأخرجه الطبرانى والبزار وفى إسناده محمد بن ذكوان ، وهو ضعيف . ورواه البزار من حديث موسى بن طلحة عن أبيه نحوه . وفى إسناده الحسن بن عمارة وهو متروك . ورواه الدارقطنى من حديث ابن عباس ، وفى إسناده مندل بن على والعرزمى وهما ضعيفان .

أما اللغات فالوقف مصدر وقف يقف ، ووقفته أنا يتعدى ويلزم ، ووقفت الدار حبستها فى سبيل الله ، وشىء موقوف ووقف تسمية بالمصدر ، والجمع أوقاف ، كثوب وأثواب ، ولا يقال أوقفت إلا فى الكلام ، فتقول فأوقفت عن الكلام . قال الأزهرى : يقال : حبست الأرض ووقفتها وحبست أكثر استعمالاً قال أهل اللغة : يقال : وقفت الأرض وغيرها أقفها وقفاً هذه اللغة الفصيحة المشهورة قال الجوهرى وغيره : ويقال أوقفتها فى لغة رديئة قال : وليس فى الكلام أوقفت إلا حرفاً واحداً أوقفت عن الأمر الذى كنت عليه قال أبو عمرو : كل شىء أمسكت عنه تقول فيه أوقفت قال الكسائى : يقال : ما أوقفك هنا أى ما صيرك إلى الوقوف ؟ قال الشافعى : لم تحبس أهل الجاهلية فيما علمته داراً ولا أرضاً تبرراً وإنما حبس أهل الإسلام .

وقال النووى فى تهذيب الأسماء واللغات : الوقف والتحبيس والتسبيل بمعنى واحد وهذه هى الصدقة المعروفة وهذه ألفاظ صريحة فيها ، والوقف فى اصطلاح العلماء عطية مؤبدة بشروط معروفة،وهى مما اختص به المسلمون. قال إمامنا الشافعى رضى الله عنه:لم يحبس أهل الجاهلية فيما علمته داراً ولا أرضاً تبرراً بحبسها ، قال : وإنما حبس أهل الإسلام . قال صاحب التهذيب : الوقف أن يحبس عيناً من أعيان ماله فيقطع تصرفه عنها ، ويجعل منافعها كوجه من وجوه الخير تقرباً إلى الله تعالى . قال صاحب التتمة : حقيقة الوقف تحبيس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يقطع تصرف الواقف وغيره عن رقبته وتصرف منافعه وفوائده إلى وجوه البر ، يقصد به التقرب إلى الله تعالى قال : وسمى وقفاً لأن عين المال موقوفة ويسمى حبساً ، لأن عين المال تصير محبوسة على تلك الجهة بعينها . قال أصحاب العطايا : أقسام الوقف

والهدية والهبة والعمرى والرقبى والمنحة والعارية وصدقة التطوع والوصية والإقطاع ا هـ جـ ١ ص ١٩٤ ، ١٩٥ .

وقوله « حبس الأصل وسبل الثمرة » الحبس ضد الإطلاق ، أى اجعله محبوساً لا يباع ولا يوهب . وسبل الثمرة ، أى اجعل لها سبيلا ، أى طريقا لمصرفها،والأثاث متاع البيت،قال الله تعالى « أثاثا ومتاعاً إلى حين » [1] قال الفراء لا واحد له من لفظه وقال أبو زيد : الأثاث يقع على المال أجمع من الإبل والبقر والغنم ومتاع البيت واحدته أثاثة .

وقوله « ما نقم ابن جميل » نقم من باب ضرب نقما ونقوما ، وفى لغة من باب تعب ، ومعناه كره الشىء وعابه أشد العيب ، وفى التنزيل « وما تنقم منا » على اللغة ا لأولى ، أى ما تطعن فينا وتقدح ، وقيل : ليس لك عندنا ذنب ولا ركبنا مكروها .

والأعتدة جمع عتاد وهو آهبة الحرب من السلاح والذخيرة وغيرهما يقال أخذ للأمر عدته وعتاده أى أهبته وآلته .

أما الأحكام فقد قال النووى فى تصحيح التنبيه فى تعريف الوقف : قال أصحابنا : الوقف تحبيس ويمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يقطع تصرف الواقف وغيره فى رقبته ويصرف فى جهة خير تقرباً إلى الله تعالى ثم استدل المصنف بحديث ابن عمر على صحة وقف المشاع وهو مذهب الشافعى وأبى يوسف ومالك ، لأن عمر وقف مائة سهم بخيبر ولم تكن مقسومة ، وقد عارض وقف المشاع بعض الفقهاء وأوضح ما احتجوا به أن كل جزء من المشترك محكوم عليه بالملوكية للشريكين فيلزم مع وقف أحد الشريكين أن يحكم عليه بحكمين مختلفين متضادين مثل صحة البيع بالنسبة إلى كونه مملوكا وعدم الصحة بالنسبة إلى كونه موقوفا ، فيتصف كل جزء بالصحة وعدمها وأجيب عن هذا بأنه نظير العتق المشاع كحديث الستة الأعبد كما صح هنا ، وإذا صح من جهة الشارع بل هذا الاستدلال .

---

(١) الآية : ٨٠ من سورة النحل

وقد استدل البخاري على صحة وقف المشاع بحديث أنس في قصة بناء المسجد وأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ثامنوني حائطكم ، قالوا ، لا نطلب ثمنه إلا إلى الله عز وجل » وهذا ظاهر في جواز وقف المشاع ولو كان غير جائز لأنكر عليهم النبي صلى الله عليه وسلم قولهم هذا وبين لهم الحكم .

وقال زين الدين بن قطلوبغا من أئمة الأحناف في رسالته (مسائل الشيوع) وهي نسخة خطية تحت رقم ٢١٥٢ فقه حنفي بدار الكتب والوثائق المصرية : (الشائع ينقسم إلى قسمين شائع يحتمل القسمة كنصف الدار ونصف البيت الكبير وشائع لا يحتمل القسمة كنصف العبد ونصف الحمام ونصف الثوب ونصف البيت الصغير والفاصل بين القسمين حرف واحد وهو أن ننظر لو أن العين كانت بين اثنين فطلب أحدهما القسمة وأبى الآخر فان أجبره على القسمة كان من القسم الأول وإن لم يجبره كان من القسم الثاني إذ الجبر على الفعل في محل آية قبول المحل لذلك الفعل .

على أن الوقف عند أكثر أهل العلم من السلف ومن بعدهم على القول بصحته قال جابر رضي الله عنه : « لم يكن أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ذو مقدرة إلا وقف » ولم ير شريح الوقف وقال : « لا حبس عن فرائض الله » وقال أحمد : وهذا مذهب أهل الكوفة ، وذهب أبو حنيفة إلى أن الوقف لا لزم بمجرده ، وللواقف الرجوع فيه إلا أن يوصى به بعد موته فيلزم أو يحكم بلزومه حاكم ، وحكاه بعضهم عن علي وابن مسعود وابن عباس ، وخالفه صاحباه فقالا كقول سائر أهل العلم .

واحتج بعضهم بما روى « أن عبد الله بن زيد صاحب الأذان جعل حائطه صدقة وجعله إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء أبواه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالا : يا رسول الله لم يكن لنا عيش إلا هذا الحائط ، فرده النبي صلى الله عليه وسلم ثم ماتا فورثهما » رواه المحاملي في أماليه ، ولأنه أخرج ماله على وجه القربة من ملكه فلا يلزم بمجرد القول كالصدقة ، وهذا القول يخالف السنة الثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وإجماع الصحابة رضي الله عنهم فإنه صلى الله عليه وسلم قال

لعمر فى وقفه « لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث » قال الترمذى : العمل على هذا الحديث عند أهل العلم من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وغيرهم ، لا تعلم بين أحد من المتقدمين منهم فى ذلك اختلافاً .

قال الحميدى شيخ البخارى : تصدق أبو بكر رضى الله عنه بداره على ولده ، وعمر بربعه عند المروة على ولده ، وعثمان برومة ، وتصدق على بأرضه بينبع ، وتصدق الزبير بداره بمكة وداره بمصروأمواله بالمدينة على ولده ، وعمرو بن العاص بالوهط [1] ، وداره بمكة على ولده ، وحكيم ابن حزام بداره بمكة والمدينة على ولده قال : فذلك كله إلى اليوم ا هـ .

فإن الذى قدر منهم على الوقف وقف واشتهر ذلك فلم ينكره أحد فكان إجماعاً ، ولأنه إزالة ملك يلزم بالوصية ، فإذا أنجزه حال الحياة لزم من غير حكم كالعتق ، وأجيب عن حديث عبد الله بن زيد بأنه إن ثبت فليس فيه ذكر للوقف والظاهر أنه جعله صدقة غير موقوف ، واستناب فيها النبى صلى الله عليه وسلم فرأى والديه أحق الناس بصرفها إليهما ولذلك لم يردها عليه ، وإنما دفعها إليهما ، ويحتمل أن الحائط كان لهما ، وكان هو يتصرف فيه بحكم النيابة عنهما فتصرف بهذا التصرف بغير إذنهما فلم ينفذاه ، وأتيا النبى صلى الله عليه وسلم فرده إليهما والقياس على الصدقة لا يصح لأنها تلزم فى الحياة بغير حكم حاكم ، وإنما تفتقر إلى القبض ، والوقوف لا يفتقر اليه فافترقا ، فاذا صح الوقف فقد زال به ملك الواقف على المشهور من مذهبنا والصحيح من مذهب أحمد ، وكذلك المشهور من مذهب أبى حنيفة ، وعن مالك : لا يزول ملكه ، وهو قول لأحمد . وحكى قولا للشافعى لقول النبى صلى الله عليه وسلم « حبس الأصل وسبل الثمرة » .

---

(١) الوهط بستان فى الطائف وقفه عمرو بن العاص على الفقراء والمساكين وكانت أعراشه تمتد على الف الف عود من الساج الهندى (الأبنوس الأبيض) وكان عبد الله ولده متنظراً عليه بعد وفاة أبيه كان يقول : « اذا سلم لى كتاب الله والوهط والصادقة فلا أبالى بالدنيا » والصادقة هى الصحيفة التى دون فيها ما سمعه شفاهاً من حديث النبى ﷺ ـ (المطيعى) .

وأجيب على القول ببقاء الملك بأن الوقف سبب يزيل التصرف فى الرقبة والمنفعة ، فأزال الملك كالعتق ، ولأنه لو كان ملكه لرجعت إليه قيمته كالملك المطلق ، وأما الخبر فالمراد به أن يكون محبوساً لا يباع ولا يوهب ولا يورث ، وفائدة الخلاف أنا إذا حكمنا ببقاء ملكه لزمته مراعاته والخصومة فيه ، ويحتمل أن يلزمه أرش جنايته كما يفدى أم الولد سيدها لما تعذر تسليمه بخلاف غير المالك .

إذا صح هذا فما ينتفع به باتلافه كالمطعوم والمشروب والمشموم فوقفه غير جائز ، وكذلك الشمع ، وكذلك ما يسرع إليه الفساد وكل ما لا يمكن الانتفاع به على الدوام وقد ألحق الحنابلة الدراهم والدنانير بالمأكول والمشروب ، ويحكى شيء عن مالك والأوزاعى فى وقف الطعام أنه يجوز ، ولم يحكه أصحاب مالك ، وهذا غير صحيح ، لأن الوقف تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة وما ينتفع به إلا بالإتلاف لا يصح فيه ذلك ولا يصح فى المشموم مقطوفا ويصح فيه مزروعا لبقائه مدة كما قاله النووى وغيره ، ولهذا قال ابن الصلاح والخوارزمى : يصح وقف المشموم كالريحان وغيره وكالعنبر والمسك بخلاف عود البخور لاستهلاكه بالمنفعة وقد اختلف أصحابنا فى الدراهم والدنانير فمن قال بجواز أن تكون لها ثمرة دائمة كالإجارة أجاز وقفها ، ومن قال بعدم جواز الإجارة ، قال بعدم جواز الوقف فيها ، لأن تلك المنفعة ليست المقصود الذى خلقت له الأثمان ، ولهذا لا تضمن فى الغصب فلم يجز الوقف له وأجاز الأصحاب وقف الدراهم والدنانير حلياً وللعارية لما روى نافع قال : « ابتاعت حفصة حليا بعشرين ألفا فحبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته » رواه الخلال بإسناده ولأنه عين يمكن الانتفاع بها مع بقائها دائمة فصح وقفها كالعقار ، ولأنه يصح تحبيس أصلها وتسبيل الثمرة فصح وقفها كالعقار ، وإلى هذا ذهب أصحاب أحمد .

وروى عن أحمد أنه لا يصح وقفها ، وأنكر الحديث عن حفصة فى وقفه ، وذكره ابن أبى موسى ، ووجه هذه الرواية أن التحلى ليس هو المقصود الأصلى من الأثمان فلم يصح وقفها عليه كما لو وقف الدنانير والدراهم .

قال ابن قدامة : والأول هو المذهب والتحلى من المقاصد المهمة ، والعادة جارية به وقد اعتبره الشرع فى إسقاط الزكاة عن متخذه وجواز إجارته لذلك ، ويفارق الدراهم والدنانير ، فإن العادة لم تجر بالتحلى به ولا اعتبره الشرع فى إسقاط زكاته ولا ضمان نفعه فى الغصب بخلاف مسألتنا .

فرع لا يجوز وقف ما لا يجوز امتلاكه كالكلب ولو كلب صيد وكذلك الخنزير . كما لا يجوز وقف أدوات اللهو والمعازف ، والكلب إنما أبيح الانتفاع به على خلاف الأصل للقدرة فلا يجوز التوسع فيها . هذا هو الأصح كما قرره النووى فى المنهاج وتابعه جميع الشراح .

كما لا يجوز الوقف إلا على عين معينة مملوكة ملكا يقبل النقل يحصل منها مع بقاء عينها فائدة أو منفعة . وضابط المنفعة المقصودة ما يصح استئجاره ، على شرط ثبوت حق الملك فى الرقبة . وشمل كلام النووى فى المنهاج وقف الموصى بعينه مدة والمأجور وإن طالت مدتهما ونحو الجحش الصغير وإن لم تكن لأولئك منفعة حالا ، ولا يصح وقف حيوان أو متاع أو ثياب فى الذمة لأن حقيقته إزالة ملك عن عين . نعم يجوز التزامه فيها بالنذر . وبهذا كله قال أحمد وأصحابه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وما جاز وقفه جاز وقف جزء منه مشاع « لأن عمر رضى الله عنه وقف مائة سهم من خيبر باذن رسول الله صلى الله عليه وسلم » لأن القصد بالوقف حبس الأصل وتسبيل المنفعة ، والمشاع كالمقسوم فى ذلك ، ويجوز وقف علو الدار دون سفلها وسفلها دون علوها ، لانهما عينان يجوز وقفهما ، فجاز وقف احدهما دون الآخر كالعبدين .

فصل ولا يصح الوقف الا على بر ومعروف كالقناطر والمساجد والفقراء والأقارب ، فان وقف على ما لا قربة فيه كالبيع والكنائس وكتب التوراة والانجيل ، وعلى من يقطع الطريق أو يرتد عن الدين لم يصح ، لأن القصد بالوقف القربة ، وفيما ذكرناه اعانة على المعصية ، وان وقف على ذمى

جاز لانه فى موضع القربة ، ولهذا يجوز التصدق عليه فجاز الوقف عليه ، وفى الوقف على المرتد والحربى وجهان :

(احدهما) يجوز لانه يجوز تمليكه فجاز الوقف عليه كالذمى .

(والثانى) لا يجوز ، لأن القصد بالوقف نفع الموقوف عليه ، والمرتد والحربى مامور بقتلهما فلا معنى للوقف عليهما ، وان وقف على دابة رجل ، ففيه وجهان :

(احدهما) لا يجوز ، لأن مؤنتها على صاحبها .

(والثانى) يجوز لانه كالوقف على مالكها .

فصل ولا يجوز ان يقف على نفسه ، ولا أن يشرط لنفسه منه شيئا . وقال ابو عبد الله الزبيرى (١) : يجوز لأن عثمان رضى الله عنه وقف بئر رومة وقال « دلوى فيها كدلاء المسلمين » وهذا خطأ ، لأن الوقف يقتضى حبس العين وتمليك المنفعة والعين محبوسة عليه ومنفعتها مملوكة له فلم يكن للوقف معنى ، ويخالف وقف عثمان رضى الله عنه لأن ذلك وقف عام ويجوز ان يدخل فى العام ما لا يدخل فى الخاص ، والدليل عليه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلى فى المساجد » وهى وقف على المسلمين ، وان كان لا يجوز ان يخص بالصدقة ، ولأن فى الوقف العام يدخل فيه من غير شرط ، ولا يدخل فى الوقف الخاص فدل على الفرق بينهما .

فصل ولا يجوز الوقف على من لا يملك كالعبد والحمل لانه تمليك منجز فلم يصح على من لا يملك كالهبة والصدقة .

فصل ولا يصح الوقف على مجهول كالوقف على رجل غير معين ، والوقف على من يختاره فلان لانه تمليك منجز فلم يصح فى مجهول كالبيع والهبة) .

الشرح خبر عمر رضى الله عنه مضى تخريجه وبعض فقهه . ولما تكلم المصنف فى منع وقف غير المعين ناسب أن يردفه بحكم المشاع ، وبجوازه قال مالك والشافعى وأبو يوسف وأحمد ، وقال محمد بن الحسن :

---

(١) فى نسخ المهذب المتداولة الزبيدى وصوابه الزبيرى — المطيعى .

لا يصح ، وبناه على أصله فى أن القبض شرط ، وأن القبض لا يصح فى المشاع وخبر عمر هو أول وقف شرع فى الإسلام حيث لم يكن وقف فى الجاهلية .

وقال الشافعى رضى الله عنه : إن هذا الوقف المعروف حقيقة شرعية لم تعرفه الجاهلية . وقيل إن أول وقف ما وقفه رسول الله صلى الله عليه وسلم من أموال مخيريق التى أوصى بها له فى السنة الثالثة .

وصحح أصحابنا وقف المشاع وإن جهل قدر حصته أو صفتها ، لأن وقف عمر كان مشاعا ، ولأنه عقد يجوز على بعض الجملة مفرزاً فجاز عليه مشاعا كالبيع ، أو عرضة يجوز بيعها فجاز وقفها كالمفرزة ، ولأن الوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة ، وهذا يحصل فى المشاع كحصوله فى المفرز ، ولا نسلم اعتبار القبض .

اذا ثبت هذا فإنه يجوز أن يوقف جزءاً من داره أو علويها أو سفليها . وكذلك إذا وقف داره على جهتين مختلفتين ، مثل أن يقفها على أولاده وعلى المساكين أو على جهة أخرى سواهم ، لأنه إذا جاز وقف الجزء مفرداً جاز وقف الجزءين .

فرع إذا لم يكن الوقف على بر أو معروف فهو باطل ، وبيان ذلك أنه لا يصلح إلا على ولده وأقاربه ورجل معين ، أو بناء المساجد والجسور والقناطر وكتب الفقه والعلم والقرآن والمقابر والسقايات ولا يصلح على غير معين كرجل وامرأة ، لأن الوقف تمليك للعين أو للمنفعة فلا يصح على غير معين كالبيع والإجارة ، ولا على معصية كبيت النار لعبدتها والبيع والكنائس وكتب التوراة والإنجيل لأن ذلك معصية ، فإن هذه المواضع بنيت للكفر ، وهذه الكتب مبدلة منسوخة . ولذلك غضب النبى صلى الله عليه وسلم حين رأى مع عمر صحيفة فيها شىء من التوراة وقال : « أفى شك أنت يا ابن الخطاب ؟ » وفى رواية « أمتهوكون أنتم ؟ والله لو كان موسى حياً ما وسعه إلا اتباعى » وفى رواية « ألم آت بها بيضاء

نقية ؟ لو كان موسى أخى حياً ما وسعه إلا اتباعى » فلولا أن ذلك معصية ما غضب صلى الله عليه وسلم منه .

والوقف على قناديل البيعة أو معابد البوذيين أو دور الهندوك أومحافل البهائيين أو القاديانيين أو أى معبد يقوم على غير أصل الإسلام وخلوص الوحدانية من شوائب الزيغ باطل .

وقال أحمد بن حنبل فى نصارى وقفوا على البيعة ضياعا كثيرة وماتوا ولهم أبناء نصارى فأسلموا والضياع بيد النصارى ، فلهم أخذها وللمسلمين عونهم حتى يستخرجوها من أيديهم ، ولعل أحمد رحمه الله نظر فى أمر وقفها فقضى ببطلانه وأنها تؤول إلى أصحابها فلمن تؤول إذا كان الواقفون قد ماتوا ؟ فكأنما تؤول إلى أبنائهم قبل أن يسلموا لعدم التوارث بعد الإسلام، وكأنها آلت إليهم بغير قبض ــ أى حكما لا حقيقة ــ قبل الإسلام ، فلما أسلموا كانوا كمن له مال مغصوب فى يد الكهان وسدنة الكنائس لذا كان لزاماً على المسلمين عونهم حتى يصلوا إلى حقهم .

وهذا هو مذهب الشافعى رضى الله عنه ولا نعلم فيه خلافا ، ولأن ما لا يصح من المسلم الوقف عليه لا يصح من الذمى كالوقف على غير معين .

فإن قيل : فقد قلتم إن أهل الكتاب إذا عقدوا عقوداً فاسدة وتقابضوا ثم أسلموا وترافعوا الينا لم ننقض ما فعلوه ، فكيف أجزتم الرجوع فيما وقفوه على كنائسهم ؟ قلنا الوقف ليس بعقد معاوضة ، وإنما هو إزالة للملك فى الموقوف على وجه القربة ، فإذا لم يقع صحيحا لم يزل الملك فيبقى بحاله كالعتق ، وقد أفتى أحمد رضى الله عنه فى نصرانى أشهد فى وصيته أن غلامه فلاناً يخدم البيعة خمس سنين ثم هو حر ، ثم مات مولاه وخدم سنة ثم أسلم ما عليه ؟ قال : هو حر ويرجع على الغلام بأجرة خدمة مبلغ أربع سنين . وروى عنه قال : هو حر ساعة مات مولاه لأن هذه معصية .

وظاهر كلام المصنف التفرقة بين الذمى ومعابد الكفار ، حيث يقول :

وإن وقف على ذمى جاز الخ . قلت : هذا مبنى على أصل أن الوقف لا يصح على من لا يملك ، كالوقف على القن وأم الولد والجن والملائكة ولأنه يجوز التصدق عليه أما الوقف على المرتد والحربى فى صفوف الأعداء فوجهان ، فمن جعله كالذمى أجاز الوقف عليه ومن قال إن القصد من الوقف نفع الموقوف عليه ونحن مأمورون بقتل المرتد والحربى ، وهذا أقصى درجات الحرمان وهو فقد الحياة ، فكيف يجوز إيصال المنفعة إليه ؟ ولأن أموال المرتدين والمحاربين مباحة فى الأصل ، ويجوز أخذها بالقهر والغلبة ، فما يتجدد لهم أولى على أن الوقف لا يجوز أن يكون مباح الأخذ منه لأنه تحبيس الأصل .

وفارق أهل الذمة فانه يصح الوقف عليهم لأنهم يملكون ملكا محترما ، ولأن صفية أم المؤمنين وقفت على أخ لها يهودى ، ولأن من جاز أن يقف الذمى عليه جاز أن يقف عليه المسلم كالمسلم ، ولو وقف على من ينزل كنائسهم وبيعهم من المارة والمجتازين صح أيضا لأن الوقف عليهم لا على الموضع .

فرع لا يجوز أن يخص نفسه بالوقف وكذلك إذا جعله عاماً وجعل لنفسه شيئاً منه فإنه لا يجوز وقيل : يجوز ، واستدل القائلون بجوازه ، ومنهم أبو عبد الله الزبيرى وابن حجر العسقلانى فى فتح البارى بحديث بئر رومة ، وهو عن عثمان رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وليس بها ماء يستعذب غير بئر رومة فقال « من يشترى بئر رومة فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين بخير له منها فى الجنة ؟ فاشتريتها من صلب مالى » رواه النسائى والترمذى وقال : حديث حسن ، وفيه جواز انتفاع الواقف بوقفه .

وفى رواية للبغوى فى كتاب الصحابة من طريق بشر بن بشير الأسلمى عن أبيه أنها كانت لرجل من بنى غفار عين يقال لها رومة . وكان يبيع منها القربة بمد فقال له النبى صلى الله عليه وسلم تبيعنيها بعين فى الجنة ؟ فقال : يا رسول الله ليس لى ولا لعيالى غيرها ، فبلغ ذلك عثمان فاشتراها بخمسة

وثلاثين ألف درهم . ثم أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : أتجعل لى ما جعلت له ؟ قال : نعم قال : قد جعلتها للمسلمين » والنسائى من طريق الأحنف عن عثمان قال : « اجعلها سقاية للمسلمين وأجرها لك » وزاد أيضاً فى رواية من هذه الطريق أن عثمان قال ذلك وهو محصور ، وصدقه جماعة منهم على بن أبى طالب وطلحة والزبير وسعد بن أبى وقاص .

وفى قوله : « فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين » الدليل على جواز أن يجعل الواقف لنفسه نصيباً فى الوقف ، قالوا : ويؤيده جعل عمر لمن ولى وقفه أن يأكل منه بالمعروف ، وظاهره عدم الفرق بين أن يكون هو الناظر أو غيره . هكذا قالوا ، قال ابن حجر فى فتح البارى : ويستنبط منه صحة الوقف على النفس وهو قول ابن أبى ليلى وأبى يوسف وأحمد فى الأرجح عنه . وقال به ابن شعبان من المالكية ، وجمهورهم على المنع إلا إذا استثنى لنفسه شيئاً يسيراً بحيث لا يتهم أنه قصد حرمان ورثته . ومن الشافعية أبو العباس بن سريج وطائفة . وصنف فيه محمد بن عبد الله الأنصارى شيخ البخارى جزءاً ضخما ، واستدل له بقصة عمر هذه ، وبقصة راكب البدنه ، وبحديث أنس فى أنه صلى الله عليه وسلم أعتق صفية وجعل عتقها صداقها ، ووجه الاستدلال به أنه أخرجها عن ملكه بالعتق وردها إليه بالشرط . ا هـ .

وقد حكى جواز الوقف على النفس ابن شبرمة والزبيرى ، وعن الشافعى ومحمد بن الحسن أنه لا يصح الوقف على النفس ، قالا : لأنه تمليك فلا يصح أن يتملكه لنفسه من نفسه كالبيع والهبة ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « سبل الثمرة » وتسبيلها تمليكها للغير .

قال ابن حجر : وتعقب بأن امتناع ذلك غير مستحيل ، ومنعه تمليكه لنفسه إنما هو لعدم الفائدة . والفائدة فى الوقت حاصلة لأن استحقاقه إياه وقف ا هـ . قلت : وقد استدل القائلون بصحة الوقف على النفس بحديث الرجل الذى قال للنبى صلى الله عليه وسلم « عندى دينار ، فقال : تصدق به على نفسك » رواه أبو داود والنسائى وقال ابن قدامة : قال الأثرم :

قيل لأبى عبد الله ــ يعنى أحمد بن حنبل ــ يشترط فى الوقف أنى أنفق على نفسى وأهلى منه ؟ قال : نعم . واحتج قال : سمعت ابن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه عن حجر المدرى « أن فى صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأكل منها أهله بالمعروف غير المنكر . اهـ . ودليل المانعين وهم مالك والشافعى ومحمد بن الحسن أنه إزالة ملك فلم يجز اشتراط نفعه لنفسه كالبيع والهبة ، وكما لو أعتق عبداً بشرط أن يخدمه ، ولأن ما ينفقه على نفسه مجهول ، فلم يصح اشتراطه كما لو باع شيئاً واشترط أن ينتفع به .

وقال النووى فى المنهاج « ويصح على ذمى لا مرتد وحربى ونفسه فى الأصح » وقد فهم بعض الشراح كما يقول الرملى من هذا أن النووى صحح الوقف لنفسه ، والذى يتبادر إلى الفهم من كلام النووى أن عطف نفسه يرجع على المعطوف عليه وهو ذمى المقول بصحة الوقف عليه ، ولكن الرملى رحمه الله قال : لتعذر تمليك الإنسان ملكه أو منافع ملكه لنفسه لأنه حاصل ، ويمتنع تحصيل الحاصل واختلاف الجهة ، إذ استحقاقه وقفاً غيره ملكا الذى نظر له مقابل الأصح . واختاره جمع ، ومنه أن يشترط نحو قضاء دينه مما وقفه ، أو انتفاعه به أو شربه منه أو مطالعته فى الكتاب أو طبخه فى القدر أو استعماله من بئر أو كوز وقف ذلك على الفقراء فيبطل الوقف بذلك ، خلافاً لبعض الشراح هنا ، وكأنه توهم جواز ذلك من قول عثمان فى وقفه لبئر رومة دلوى فيها كدلاء المسلمين . قال : وليس بصحيح فقد أجابوا عنه بأنه لم يقل ذلك على سبيل الشرط ، بل الإخبار بأن للواقف الانتفاع بوقفه العام ، كالصلاة بمسجد وقفه والشرب من بئر وقفها . نعم ، لو شرط أن يضحى عنه صح أخذاً من قول الماوردى وغيره بصحة شرط أن يحج عنه منه ، أى لأنه لا يرجع له من ذلك سوى الثواب وهو لا يضر ، بل هو المقصود من الوقف ، ولو وقف على الفقراء مثلا ثم صار فقيراً جاز له الأخذ منه . وكذا لو كان فقيراً حال الوقف ، كما فى الكافى واعتمده السبكى وغيره ، ويصح شرطه النظر لنفسه ولو بمقابل إن كان بقدر أجرة المثل فأقل كما قيده بذلك ابن الصلاح .

ومن حيل الفقهاء الذين يمنعون الوقف بهذه الصورة أن ابن الرفعة وهو من كبار الفقهاء وقف على الأفقه من بنى الرفعة ، فعنى بذلك نفسه ، أو يأتى آخر ويقف على أولاد أبيه الذين من صفاتهم كيت وكيت ويضفى صفات نفسه على المنتفع من الوقف فينصرف ذلك إلى نفسه ، وقد صحح هذه الحيلة الرملى وقال : وهو الأوجه وإن خالف فى الإسنوى وغيره تبعاً للغزالى والخوارزمى فأبطلوه إن انحصرت الصفة فيه وإلا صح .

فـــرع

إذا وقف على من لا يصح تمليكه أو غير مؤهـل للملك ، لأن الوقف تمليك منفعة ، وضرب مثلا بالعبد والحمل . لأن الجنين لا يملك شـيئاً ، كما لا يصح الوقف على مجهول أو معدوم كعلى مسجد سيبنى أو على ولده ولا ولد له أو على فقراء أولاده وليس فيهم فقير . ولا على عمارة المسـجد إذا لم يبينه بموضعه ولا على ميت لأن الوقف تسليط فى الحـال بخـلاف الوصية ، كما لا يصح الوقف على بهيمة مجهولة بأن أطلق بغير تعيين ، وقيل هو وقف على مالكها ، ومن ثم لا يصح على الوحوش ، ولا على الطيـور المباحة ، ولو كانت معينة على نزاع فى الجزم به .

فـــرع فى مذاهب العلماء فى شروط الواقفين .

(ا) ما يشترطه الواقفون فى أوقافهم مـن الشروط المقيـدة لحـرية المستحق ، فى الزواج والإقامة والاستدانة ، شروط معتبرة عند فقهاء الحنفية ولم أر فى كلام متقدميهم أى إشارة إلى إهدار شىء منهـا أو ما يشـعر بالخلاف فى ذلك وكثر ذكرها فى فتاوى متأخريهم واطرد القول باحترامهـا والمحاكم الشرعية فى مختلف العصور تنسج على هذا المنوال .

وقد عد الشافعية اشتراط عدم الزواج من الشروط التى لا تجوز شرعا . ففى التحفة أن شروط الواقف التى لم تخالف الشرع معتبرة أما ما خالف الشرع كشرط العزوبة فى سكان المدرسة مثلا فإنه لا يصـح كما أفتى به البلقينى وعلله بأنه مخالف للكتاب والسنة والإجماع أى من الحض على التزوج وذم العـزوبة ، وقال إنه يؤخذ من ذلك عدم الصحة فيما لو وقف

على أولاده إلا من أسلم . ولكنهم قالوا إنه لو وقف على زوجته أو أم ولده ما لم تتزوج بطل حقها بتزوجها لأن له غرضاً ألا يخلفه أحد على جليلته [1].

وقال الحنابلة : لو وقف على أولاده وشرط أن من تتزوج من البنات لا حق لها أو وقف على زوجته مادامت عازبة صح شرطه ولكن ابن القيم تناول فى كتابه (إعلام الموقعين) شروط الواقفين وحمل حملة قوية على اشتراط العزوبة وترك الزواج وانتهى إلى أن ما وافق كتاب الله وشرطه فهو صحيح وما خالفه كان باطلا مردوداً [2] .

(ب) وقال فقهاء الحنفية : إن كل شرط يوجب تعطيلا لمصلحة الوقف أو تفويتاً لمصلحة الموقوف عليهم يكون غير معتبر وعدوا من ذلك ما لو شرط الصرف إلى الموقوف عليهم مع الاحتياج إلى الريع للعمارة الضرورية وما لو اشترط ألا يقام على وقفه ناظر أصلا [3] ، وقال هلال فى وقفه إنه لو جعل داره مسجداً لله على أن له أن يبيعه فيستبدل به جاز الوقف وبطل الشرط لأن شرط الاستبدال إنما جاز فى وقف غير المسجد رغبة فى الحصول على غلة أجود والمسجد لا يراد للغلة وإنما تراد منه الصلاة [4] وما يدل عليه هذا من بطلان الشرط إذا لم تكن له فائدة ولم يكن للواقف منه غرض صحيح قد صرح به الطرسوسى فى أنفع الرسائل وأورده صاحب الدر المنتقى . وقال متأخروهم إن شرط الواقف يجب اتباعه إلا فى مسائل ومنهم من عدها سبعاً ومنهم من بلغ بها أربع عشرة ثم عاد فردها إلى إحدى عشر ، وظاهر كلامهم أن العد على سبيل الحصر وأنه لا تجوز المخالفة فى غيرها . وذكر بعضهم أيضاً أن شرط الواقف لا يخالف إلا إذا كان راجعاً إلى الغلة ، أما إذا كان راجعاً إلى غيرها فإنه لا يخالف . غير أنى وجدتهم لا يعتمدون فى هذا الحصر على نقل عن المتقدمين وأنهم جمعوا مسائل منثورة قيل فيها

---

(١) التحفة جـ ٢ ص ٣٢٤ ، ٣٣٠
(٢) جـ ١ ص ٣٧٣ وما بعدها .
(٣) رد المحتار جـ ٢ ص ٤٣٣ والدر المنتقى ص ٧٦٣
(٤) ص ٢٧٠
(٥) ١١٦

بالمخالفة ومنهم من زاد عليها تفريعاً من عنده اعتماداً على ما ورد فى عللها . والحق أن علل ما ورد عن المتقدمين وما قرره فقهاء الحنفية بوجه عام من أن الوقف يجب أن يعمل فيه بما هو أصلح للوقف ومستحقيه دليل على أن الحصر لا وجه له ، لا من ناحية النقل ولا من ناحية المعنى ، وأن الفقه يقضى بأنه لا يعمل بشرط الواقف إذا كان فى العمل به تفويت لمصلحة الوقف أو المستحقين . ومن المسائل التى ذكروها شرط ألا يكون لقاض ولا لوال كلام على وقفه أو ألا يعزل ناظر وقفه إذا خان فقد اجتمع فى هذين الشرطين تغيير المشروع وضياع مصلحة الوقف ومستحقيه . وشرطه ألا يؤجر إلا بكذا وهو أقل من أجر المثل . وشرطه استواء المستحقين مع العمارة الضرورية إذا ضاق الريع ، أو استواء أرباب الشعائر مع بقية المستحقين عند ضيق الريع ، وشرطه التصدق بفاضل الغلة على من يسأل بالمسجد الفلانى لأن تعيين المكان لا فائدة فيه ، وشرطه ألا يؤجر وقفه أكثر من سنة فلم يوجد من يستأجره هذه المدة أو كان فى تأخيره أكثر من هذه المدة زيادة نفع المستحقين ، وشرطه عدم الاستبدال به إذا كانت المصلحة فى الاستبدال، والموقوف للسكنى إذا احتاج للعمارة وأبى الموقوف عليه عمارته أو لم يستطع استغل وعمر بالغلة ، ولو شرط لحماً وخبزاً للمستحقين فأرادوا أخذ القيمة دفعت إليهم ، ولو شرط ألا يؤجر لمماطل فتقدم لاستئجاره من عرف بالمماطلة ولكنه عجل الأجرة أجر له ، لأن غرض الواقف من شرطه هو المحافظة على غلة وقفه وقد تحقق هذا بتعجيل الأجرة [1] .

وقال الأحناف إن الشرط المباح الذى لا يظهر منه قصد القربة ظاهر كلام الأصحاب والمعروف عن المذهب وجوب العمل به وهو مذهب الأئمة الثلاثة وغيرهم [2] ، وقد سبق أن نقلنا فى أكثر من موضع ما قاله ابن تيمية فى الاختيارات وما نقله عنه تلميذه صاحب الفروع . ومن كل أقواله يظهر جلياً أن الشروط المباحة فى نظرة باطلة وكذلك الشروط التى يترتب على العمل بها فوات المقصود وأن معنى بطلانها ترك العمل بها .

---

(١) الأشباه بحاشية الحموى جـ ١ ص ٣٠٥ ، وبحاشية ابى السعود نسخة خطية ، والدر المنتقى فى الموضع السابق .
(٢) جـ ٢ ص ٤٥٣ ، ٤٥٤

وقال ابن القيم فى إعلام الموقعين : إن ما ليس بقربة لا يجب الوفاء به فى النذر ولا يصح اشتراطه فى الوقف ، فإن قلتم إن الواقف لم يخرج ماله إلا على وجه معين فلزم اتباع ما عينه فى الوقف من ذلك الوجه ، والباذر قصد القربة والقرب متساوية فى المساجد غير الثلاثة فتعيين بعضها يكون لغوا ، قيل هذا الفرق بعينه يوجب عليكم إلغاء ما لا قربة فيه من شروط الواقفين واعتبار ما فيه قربة فإن الواقف إنما مقصوده بالوقف التقرب إلى الله فتقربه بوقفه كتقربه بنذره . وقد أطال فى تحقيق ذلك منتصراً للقول ببطلان الشرط إذا كان مباحاً .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **ولا يصح تعليقه على شرط مستقبل لانه عقد يبطل بالجهالة فلم يصح تعليقه على شرط مستقبل كالبيع ولا يصح بشرط الخيار وبشرط أن يرجع فيه اذا شاء ، او يبيعه اذا احتاج أو يدخل فيه من شاء ، أو يخرج منه من شاء ، لانه اخراج مال على وجه القربة ، فلم يصح مع هـــذه الشروط كالصدقة .**

فصـــل **ولا يجوز الى مدة لانه اخراج مال على وجه القربة فلم يجز الى مدة كالعتق والصدقة) .**

الشرح الأحكام : لا يجوز تعليق ابتـــداء الوقف على شرط فى الحياة ، مثل أن يقول : إذا جاء رأس الشهر فدارى وقف أو فرسى حبس ، أو إذا ولد لى ولد أو قدم لى غائبى ونحو ذلك . ولا نعلم فى هذا خلافا ، لأنه نقل للملك فيما لم يبن على التغليب والسراية ؛ فلم يجز تعليقه بالموت ، وتعليقه بشرط فى الحياة ولا يصح لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما قبل هذا .

وإن علق انتهاءه على شرط نحو قوله : دارى وقف إلى ســنة أو إلى أن يقدم الحاج لم يصح ، وهو أحد الوجهين عند الحنابلة ، لأنه ينافى مقتضى الوقف ، فإن مقتضاه التأبيد (والوجه الآخر) عندهم يصح لأنه منقطـع الانتهاء فأشبه ما لو وقفه على منقطع الانتهاء ، فإن حكمنا بصحته ههنـا فحكمه حكم منقطع الانتهاء .

وإن شرط أن يبيعه متى شاء أو يهبه أو يرجع فيه لم يصح الشرط ولا الوقف لا تعلم فيه خلافاً ، لأنه ينافى مقتضى الوقف . ويحتمل أن يفسد الشرط ويصح الوقف بناء على الشروط الفاسدة فى البيع ، وإن شرط الخيار فى الوقف فسد . هكذا قال الشافعى ونص عليه أحمد .

وقال أبو يوسف فى رواية عنه : يصح ، لأن الوقف تمليك المنافع فجاز شرط الخيار فيه كالإجارة .

ولنا أنه شرط ينافى مقتضى العقد فلم يصح ، كما لو شرط أن له بيعه متى شاء ولأنه إزالة ملك لله تعالى فلم يصح الخيار فيه كالعتق ، ولأنه ليس بعقد معاوضة فلم يصح اشتراط الخيار فيه كالهبة ، ويفارق الإجارة فانها عقد معاوضة وهى نوع من البيع ، ولأن الخيار إذا دخل فى العقد منع ثبوت حكمه قبل انقضاء الخيار أو التصرف ، وههنا لو ثبت الخيار لثبت مع ثبوت حكم الوقف ولم يمنع التصرف فافترقا . وإن شرط فى الوقف أن يخرج من شاء من أهل الوقف ويدخل من شاء من غيرهم ، لأنه شرط ينافى مقتضى الوقف فأفسده كما لو شرط أن لا ينتفع .

اذا ثبت هذا فإنه لا يجوز أن يقول : وقفت هذا على الفقراء أو على مسجد مثلا سنة مثلا ، وبطلانه من فساد صيغته ، إذ أن وضع الوقف على التأبيد فإذا جعله إلى مدة كان باطلا كالعتق والصدقة ، وسواء فى ذلك طويل المدة وقصيرها وقد بحث الأذرعى كما فعل الزركشى جوازه إذا وقفه على الفقراء ألف سنة أو نحوها مما يبعد البقاء إليه ، كما تقرر أنه لا أثر لتوقيت الاستحقاق ، كقوله : وقفته على زيد سنة ثم على الفقراء ، أو إلى أن يولد لى ولد ، كما نقله البلقينى عن الخوارزمى وهو ما جزم به ابن الصباغ وجرى عليه فى الأنوار والله تعالى أعلم .

فرع فى توقيت الوقف وإطلاقه ومذاهب العلماء .

فى المادة الخامسة من قانون الأوقاف المصرى رقم ٤٨ الصادر فى سنة ١٩٤٦ .

وقف المسجد لا يكون إلا مؤبداً ويجوز أن يكون الوقف على ما عداه من الخيرات مؤقتاً أو مؤبداً ، أما الوقف على غير الخيرات فلا يكون إلا مؤقتاً ولا يجوز على أكثر من طبقتين وقد أقتتها بستين سنة كحد أقصى وعند أبى حنيفة وأصحابه يجوز التأقيت فى الوقف على البر والخيرات ويجب التأقيت فيما عدا ذلك قالوا : والوقف الذى يجب تأقيته هو الوقف على غير وجوه الخير وهو الوقف الذى لا يكون على سبيل القربة ، فإذا جعل غلة الوقف مصروفة لأولاده وذريته كان من هذا النوع ، وان جعلها مصروفة للفقراء منهم أو للفقراء من أقاربه أو جيرانه كان من الوقف على وجوه الخير ، فالمدار فى التفريق بينهما على المعنى الجامع الذى ذكرناه .

قالوا : فله أن يقف على نفسه ثم من بعده على غيره وقفاً أهلياً مؤقتاً بمدة أو بطبقتين وفقا لأحكام القانون المشار إليه .

وقال العلامة ابن القيم فى أعلام الموقعين « إن ما ليس بقربة لا يجب الوفاء به فى النذور ولا يصح اشتراطه فى الوقف . فإن قلتم : إن الواقف لا يخرج ماله إلا على وجه معين فلزم اتباع ما عينه فى الوقف من ذلك الوجه ، والناذر قصد القربة ، والقرب متساوية فى المساجد غير الثلاثة ، فتعيين بعضها يكون لغواً . قيل هذا الفرق بعينه يوجب عليكم إلغاء ما لا قربة فيه من شروط الواقفين ، واعتبار ما فيه قربة ، فإن الواقف إنما مقصوده بالوقف التقرب إلى الله فتقربه بوقفه كتقربه بنذره . وقد أطال فى تحقيق ذلك منتصراً للقول ببطلان الشرط إذا كان مباحاً وهو مقتضى مذهبنا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يجوز الا على سبيل لا ينقطع ، وذلك من وجهين :

(أحدهما) أن يقف على من لا ينقرض كالفقراء والمجاهدين وطلبة العلم وما أشبهها .

(والثانى) ان يقف على من ينقرض ثم من بعده على من لا ينقرض ، مثل ان يقف على رجل بعينه ، ثم على الفقراء أو على رجل ثم على عقبه ثم على الفقراء ، فأما اذا وقف وقفاً منقطع الابتداء والانتهاء كالوقف على عبده أو على ولده ولا ولد له فالوقف باطل ، لأن العبد لا يملك ، والولد الذى لم يخلق لا يملك ، فلا يفيد الوقف عليهما شيئاً .

وان وقف وقفاً متصل الابتداء ، منقطع الانتهاء ، بأن وقف على رجل بعينه ولم يزد عليه أو على رجل بعينه ، ثم على عقبه ولم يزد عليه ، ففيه قولان :

(احدهما) ان الوقف باطل ، لأن القصد بالوقف أن يتصل الثواب على الدوام ، وهذا لا يوجد فى هذا الوقف ، لانه قد يموت الرجل وينقطع عقبه .

(والثانى) انه يصح ويصرف بعد انقراض الموقوف عليه الى أقرب الناس الى الواقف ، لأن مقتضى الوقف الثواب على التأبيد ، فحمل فيما سماه على ما شرطه وفيما سكت عنه على مقتضاه ، ويصير كأنه وقف مؤبد ويقدم المسمى على غيره فاذا انقرض المسمى صرف الى أقرب الناس الى الواقف ، لأنه من أعظم جهات الثواب ، والدليل عليه قول النبى صلى الله عليه وسلم « لا صدقة وذو رحم محتاج » .

وروى سليمان بن عامر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « صدقتك على المساكين صدقة وعلى ذى الرحم اثنتان ، صدقة وصلة » وهل يختص به فقراؤهم ، أو يشترك فيه الفقراء والأغنياء ؟ فيه قولان :

(احدهما) يختص به الفقراء ، لأن مصرف الصدقات الى الفقراء .

(والثانى) يشترك فيه الفقراء والأغنياء ، لأن فى الوقف الغنى والفقير سواء . وان وقف وقفاً منقطع الابتداء متصل الانتهاء بأن وقف على عبد ثم على الفقراء ، أو على رجل غير معين ثم على الفقراء ، ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال : يبطل قولا واحدا لأن الأول باطل ، والثانى فرع لأصل باطل فكان باطلا ، ومنهم من قال فيه قولان :

(احدهما) انه باطل لما ذكرناه .

(والثانى) انه يصح لأنه لما بطل الأول صار كأن لم يكن ، وصار الثانى اصلا . فاذا قلنا : انه يصح فان كان الأول لا يمكن اعتبار انقراضه كرجل غير معين صرف الى من بعده وهم الفقراء ، لأنه لا يمكن اعتبار انقراضه فسقط حكمه ، وان كان يمكن اعتبار انقراضه كالعبد ففيه ثلاثة أوجه :

(احدها) ينقل فى الحال الى من بعده ، لان الذى وقف عليه فى الابتداء لم يصح الوقف عليه ، فصار كالمعدوم .

(والثانى) وهو المنصوص : انه للواقف ثم لوارثه الى ان ينقرض الموقوف عليه ، ثم يجعل لمن بعده لانه لم يوجد شرط الانتقال الى الفقراء ، فبقى على ملكه .

(والثالث) ان يكون لاقرباء الواقف الى أن ينقرض الموقوف عليه ثم يجعل للفقراء ، لانه لا يمكن تركه على الواقف ، لانه ازال الملك فيه ، ولا يمكن أن يجعل للفقراء لانه لم يوجد شرط الانتقال اليهم ، فكان أقرباء الواقف احق وهل يختص به فقراؤهم ؟ او يشترك فيه الفقراء والأغنياء ؟ على ما ذكرنا من القولين .

فصـــل **وان وقف وقفاً مطلقاً ولم يذكر سبيله ففيه قولان :**

(احدهما) ان الوقف باطل لانه تمليك فلا يصح مطلقا ، كما لو قال : بعت دارى ووهبت مالى .

(والثانى) يصح وهو الصحيح لانه ازالة ملك على وجه القربة فصـــح مطلقا كالاضحية ، فعلى هذا يكون حكمه حكم الوقف المتصل الابتداء المنقطع الانتهاء ، وقد بيناه) .

الشرح الحديث الأول جزء من حديث طويل عن أبى هـــريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « والذى بعثنى بالحـــق لا يعذب الله يوم القيامة من رحم اليتيم ولان له فى الكلام ورحم يتمـــه وضـــعفه ولم يتطاول على جاره بفضل ما آتاه الله ، وقال : يا أمة محمد والذى بعثنى بالحق لا يقبل الله صدقة من رجل وله قرابة محتاجون إلى صـــلته ويصرفهـــا إلى غيرهم ، والذى نفسى بيده لا ينظر الله إليه يوم القيامة » رواه الطبرانى فى الأوسط .

قال الهيثمى فى مجمع الزوائد : وفيه عبد الله بن عامر الأسلمى ، وهو ضعيف ، وقال أبو حاتم ليس بالمتروك . أما بقية رجاله فثقات .

أما حديث ســـلمان بن عامر عـــن النبى صلى الله عليـــه وســـلم بلفظ

«الصدقة على المسلمين صدقة ، وهى على ذى الرحم ثنتان صدقة وصلة » فرواه أحمد وابن ماجه والترمذى والنسائى وابن حبان والدارقطنى والحاكم وحسنه الترمذى .

أما الأحكام فإنه لا يجوز إلا على سبيل مراد للتأبيد لا للانقطاع ولا يتحقق هذا إلا إذا جعل وقفه لفئة أو طائفة لا تنقرض ،فاذا وقف على قوم ونسلهم ثم على المساكين فانقرض القوم ونسلهم فلم يبق منهم أحد رجع إلى المساكين ولم ينتقل إليهم مادام أحد من القوم أو من نسلهم باقياً ، لأنه رتبه للمساكين بعدهم والمساكين من مستحقى الزكاة والفقراء يدخلون فيهم . وكذلك لفظ الفقراء يدخل فيه المساكين ، لأن كل واحد من اللفظين يطلق عليهما ، والمعنى الذى يسميان به شامل لهما وهو الحاجة والفاقة ، ولهذا لما سمى الله عز وجل المساكين فى مصرف كفارة اليمين وكفارة الظهار وفدية الأذى تناولهما جميعاً ، وجاز الصرف إلى كل واحد منهما ، فإذا وقفه وقفاً متصل الابتداء منقطع الانتهاء ، كعلى رجل ، أو رجل ونسله ففيه وجهان :

(أحدهما) البطلان لأنه منقطع . وهو لا يجوز إلا على الدوام .

(والثانى) أنه يجوز لإمكان صرفه إلى أقرب الناس إلى الواقف وإن كانوا أغنياء . وهذا هو أحد القولين عندنا وبه قال أحمد وأصحابه . والثانى يقدم الفقراء منهم وأكثرهم حاجة .

ويحتمل أن يجزأ الوقف ثلاثة أجزاء . فجزء يصرف إلى الغزاة فى سبيل الله وجزء يصرف إلى أقرب الناس إليه من الفقراء لأنهم أكثر الجهات ثواباً فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال « صدقتك على ذى القرابة صدقة وصلة » والثالث يصرف إلى من يأخذ الزكاة لحاجته . وهم خمسة أصناف لأنهم أهل حاجة منصوص عليهم فى القرآن ، فكان من نص الله تعالى عليه فى كتابه أولى من غيره وإن ساواه فى الحاجة .

فـــرع سبق أن قررنا أن الوقف على من لا يملك باطل ، فإذا وقف

وقفاً متصلا غير منقطع فى دوامه واستمراره إلا أنه منقطع فى ابتدائه بأن وقفه على عبد أو جنين فى بطن أمه على أن يؤول بعد ذلك إلى الفقراء فلأصحابنا طريقان (الأول) يبطل لبطلان أوله قولا واحداً . (والثانى) يصح لصحة استمراره ودوامه فيصير أوله كأن لم يكن ويصرف الوقف على وجهه الصحيح .

وقد بحث الرملى فى شرحه على المنهاج المسألة فقال : ولو قال وقفت على أولادى أو على زيد ثم نسله أو نحوهما مما لا يدوم ولم يزد على ذلك فالأظهر صحة الوقف ، لأن مقصوده القربة والدوام ، فإذا بين مصرفه ابتداء سهل إدامته على سبيل الخير ، فإذا انقرض المذكور أو لم تعرف أرباب الوقف فالأظهر أنه يبقى وقفاً ، لأن وضع الوقف الدوام كالعتق ، ولأنه صرفه عنه فلا يعود ، كما لو نذر هديا إلى مكة فرده فقراؤها .

(والثانى) يرتفع الوقف ويعود ملكا للواقف أو إلى ورثته إن كان مات ، لأن بقاء الوقف بلا مصرف متعذر ، وإثبات مصرف لم يذكره الواقف بعيد فتعين ارتفاعه ، والأظهر ما أفتى به الزين العراقى أن المراد بما فى كتب الأوقاف ثم الأقرب إلى الواقف أو المتوفى قرب الدرجة والرحم لأقرب الإرث والعصوبة فلا ترجيح بهما فى مستويين فى القرب من حيث الرحم والدرجة . ومن ثم قال : لا يرجح عم على خالة بل هما مستويان ويعتبر فيهم الفقر ، ولا يفضل الذكر على غيره فيما يظهر ولكن بالقرب إلى الواقف ، لأن الصدقة على الأقارب أفضل القربات ، فإذا تعذر الرد للواقف تعين أقربهم إليه ، لأن الأقارب مما حث الشرع عليهم فى جنس الوقف لخبر أبى طلحة : « أرى أن تجعلها فى الأقربين » . وبه فارق عدم تعينهم فى نحو الزكاة ، على أن لهذه مصرفا عينه الشارع بخلاف الوقف ، ولو فقدت أقاربه أو كانوا كلهم أغنياء صرف الريع لصالح المسلمين ، كما نص عليه البويطى فى الأولى ، أو إلى الفقراء والمساكين على ما قاله سليم الرازى وابن الصباغ والمتولى وغيرهم ، أو قال : ليصرف من غلته لفلان كذا ، وسكت عن باقيها فكذلك ، وصرح فى الأنوار بعدم اختصاصه بفقراء بلد الوقف بخلاف الزكاة .

أما الإمام إذا وقف منقطع الآخر فيصرف للمصالح لا لأقاربه ، كما أفاده الزركشي ، وهو ظاهر .

ولو كان الوقف منقطع الأول كوقفته على من سيولد لي ، أو على مسجد سيبنى ثم على الفقراء مثلا فالمذهب بطلانه لتعذر الصرف إليه حالا ومن بعده فرعه والطريق الثاني فيه قولان : أحدهما الصحة ، وصححه المصنف في تصحيح التنبيه ولو لم يذكر بعد الأول مصرفا بطل قطعا ، لأنه منقطع الأول والآخر . ولو قال وقفت على أولادي ومن سيولد لي على ما أفصله ، ففصله على الموجودين وجعل نصيب من مات منهم بلا عقب لمن سيولد له صح ، ولا يؤثر فيه قوله : وقفت على أولادي ومن سيولد لي ، لأن التفصيل بعده بيان له ، أو كان الوقف مقطوع الوسط كوقفته على أولادي ثم على رجل ، وأبهم لأنه لا يضر تردد في صفة أو شرط أو مصرف دلت قرينة قبله أو بعده على تعينه ، إذ لا يتحقق الانقطاع إلا مع الإبهام من كل وجه . ثم قال : ثم على الفقراء ، فالمذهب صحته لوجود المصرف حالا ومآلا .

ولو اقتصر على قوله : وقفت كذا ولم يذكر مصرفا ، أو ذكر مصرفا متعذراً كوقفت كذا على جماعة فالأظهر بطلانه .

ولو وقف على شخصين ثم الفقراء مثلا فمات أحدهما فالأصح المنصوص أن نصيبه يصرف إلى الآخر ، لأن شرط الانتقال إلى الفقراء انقراضهما جميعاً ولم يوجدوا إذا امتنع الصرف إليهم فالصرف لمن ذكره الواقف أولى . والثاني : يصرف إلى الفقراء كما يصرف إليهم إذا ماتا ، ومحل الخلاف ما لم يفصل ، وإلا بأن قال : وقفت على كل منهما نصف هذا فهما وقفان كما ذكره السبكي فلا يكون نصيب الميت منهما للآخر انتقاله للأقرب إلى الواقف .

ولو وقف عليهما وسكت عمن يصرف له بعدهما فهل نصيبه للآخر ؟ أو لأقرباء الواقف ؟ وجهان أوجههما كما أفاده الرملي الأول وصححه الأذرعي .

ولو رد أحدهما أو بان ميتا فالقياس على الأصح صرفه للآخر . ولو وقف على زيد ثم عمرو ثم بكر ثم للفقراء ، فمات عمرو قبل زيد ثم مات زيد ، قال الماوردى والرويانى لا شيء لبكر وينتقل الوقف من زيد إلى الفقراء ، لأنه رتبه بعد عمرو ، وعمرو بموته أولا لم يستحق شيئاً فلم يجز أن يتملك بكر عنه شيئاً .

وقال القاضى أبو الطيب : الأظهر أنه يصرف إلى بكر لأن استحقاق الفقراء مشروط بانقراضه ، كما لو وقف على ولده ثم ولد ولده ثم الفقراء ، فمات ولد الولد ثم الولد يرجع للفقراء .

ويوافقه فتوى البغوى فى مسألة حاصلها أنه إذا مات واحد من ذرية الواقف فى وقف الترتيب قبل استحقاقه للوقف لحجبه بمن فوقه يشارك ولده من بعد عند استحقاقه . قال الزركشى : وهذا هو الأقرب .

ولو وقف على أولاده فإذا انقرض أولادهم فعلى الفقراء ، فالأوجه كما صححه الشيخ أبو حامد أنه منقطع الوسط ، لأن أولاد الأولاد لم يشرط لهم شيئاً وإنما شرط انقراضهم لاستحقاق غيرهم .

واختار ابن أبى عصرون دخولهم ، وجعل ذكرهم قرينة على استحقاقهم وفيما ذكرنا كله مذهب أحمد وأصحابه فى الأوجه والأقوال وطرق الترجيح .

فـــرع إذا أطلق ولم يعين مصرف الوقف فالصحيح أنه يصح ، لأنه إزالة ملك على وجه التقرب إلى الله تعالى ، وما أطلق من كلام الآدميين محمول على المعهود فى الشرع ، فعلى هذا يكون حكمه حكم الوقف المتصل الابتداء المنقطع الانتهاء فيصرف إلى أقرب الناس إليه ، والله تعالى أعلم بالصواب .

فـــرع فى ترتيب طبقات الاستحقاق ومذاهب العلماء .

لا خلاف بين الفقهاء فى وجوب العمل بما يدل عليه كلام الواقف إذا كان قاطعاً فى أن الترتيب بين الطبقات ترتيب أفرادى أو ترتيب جملى ، ويؤكد

هذا اتفاقهم ــ إذا استثنينا ابن تيمية ومن رأى رأيه على أن شرط الواقف كنص الشارع ، وأنه يجب العمل به إلا فى أحوال خاصة ، والخلاف بين الفقهاء فى مسألة الترتيب ليس خلافاً فى أصل المسألة وليس إلا خلافا فى فهم عبارات الواقفين ومبلغ دلالتها على ما يريدون .

وقد فهم ابن نجيم فى كلام للخصاف (وكلاهما من أصحاب أبى حنيفة) فهماً حمله على القول بأنه إذا جمع بين بطون الموقوف عليهم بالواو وأعقب ذلك بقوله بطنا بعد بطن وطبقة بعد طبقة يحجب الطبقة العليا الطبقة السفلى على أن من مات عن ولده فنصيبه لولده الخ .

فهو يرى أن الترتيب بثم فى قوله (أما إن رتب بين البطون بكلمة ثم وأردفها بالسبق السابق انتقل نصيب من يموت إلى ولده ويستمر له ولا ينقض القسمة بانقراض البطن الأول وأيلولة الاستحقاق للبطن الثانى) .

فهو يرى أن الترتيب بثم ترتيب أفرادى ، وبقول الواقف : طبقة بعد طبقة فأشباهه ترتيب جملى متى كان هذا الشرط موجوداً ، وقد اتهمه متأخروا المذاهب بأنه قد انفرد بهذا الفهم وألف المقدسى رسالة فى الرد عليه وقال :

إنه زعم أن مخالفيه مخطئون ولكن الأمر بالعكس بلا ارتياب ، ونقل عن أفاضل الحنفية والشافعية الفتوى بغير ما ذهب إليه .

وذهب ابن رشد من فقهاء المالكية إلى أنه إذا ترتب وأطلق كان الترتيب ترتيب أفراد بمعنى أن الفروع لا يدخلون فى الاستحقاق مع أصولهم ولا يشاركونهم . أما من يموت فان حظه يكون لولده ، وذهب ابن الحاج من فقهائهم أيضا إلى مثل ما ذهب إليه الحنفية فى ذلك . وقال الحطاب إن ما ذهب إليه ابن رشد هو الذى يؤخذ من كلام خليل فى المختصر وأن شمس الدين اللقانى أفتى به وأن هذا هو الصحيح المعول عليه وقد أفتى به شيوخهم المتأخرون ممن أدركهم من أهل مصر وغيرها .

وقد قال عليش فى فتاواه : إن ما حققه ابن رشد هو أن البعدية الواقعة

فى لفظ الواقف فى نحو هذا معتبرة بين كل أصل وفرعه فقط ، أى كأنه قال : ثم بعد كل واحد على ولده وليس المراد من بعدهم جميعاً كما ذهب إليه ابن الحاج . ونقل عليش عدة فتاوى للأجهورى ذهب فيها إلى أن ولد من مات يدخلون ولكنه جعل كل واحد كواحد من طبقة أصله ولم يرتض عليش ذلك وعول على ما قرره ابن رشد من أن الذى ينتقل إلى ولد من يموت هو حفظ أصله فحسب وقد نصوا أيضاً على دخول ولد من مات قبل الاستحقاق وهذا أمر طبيعى بعد تصريحهم بأن الترتيب ترتيب آحاد ، وأنه لا فرق بين الترتيب بثم أو بقول الواقف تحجب الطبقة العليا الطبقة السفلى ، وبين الترتيب بقوله ثم من بعد كل واحد ، فالصحيح من مذهبهم أن الترتيب فى المطلق ترتيب آحاد ، فلا يحجب فرع أصل غيره ، ومن مات استحق فرعه ما استحقه أو كان يستحقه . ومن تابعوا ابن رشد من فقهائهم ذهبت طائفة منهم إلى أنه إذا انقرضت الطبقة العليا نقضت القسمة واستوى أهل البطن التالى فيها : وقد أفتى بذلك الحطاب أخذاً من بعض المسائل واعتماداً على ما نقله عن نوازل ابن رشد .

أما الطائفة الأخرى فإنها تقول بعدم نقض القسمة بانقراض الطبقات استناداً إلى ما حققه ابن رشد من أن الترتيب معتبر بين كل أصل وفرعه لا بين جملة الأصول وجملة الفروع . وقد أفتى بذلك الناصر اللقانى ولم يرتض ما ذهب إليه الحطاب وتابعه فى ذلك الشيخ عليش فى فتاواه وواضح فى كلامه فيها أنه يستوى فى ذلك ما إذا شرط الواقف انتقال نصيب من مات إلى فرعه وما إذا لم يشترط .

قلت : ومذهبنا فى هذه المسألة لا يختلف مع مذهب أبى حنيفة فى جوهر الموضوع . وإذا شرط الواقف قيام الفروع مقام أصله فمن أصحابنا من قال بعدم نقض القسمة كالسبكى وولده والرويانى ومنهم من قال بنقضها ، وذهب إلى ذلك البلقينى والسمهودى والسيوطى والرملى وغيرهم .

وأما مذهب أحمد بن حنبل فيما إذا رتب وأطلق ولم يشترط قيام الفرع مقام الأصل قولان (أحدهما) أن الترتيب ترتيب جملة على جملة فلا يستحق

أحد من بطن أنزل مع وجود أحد من بطن أعلى وإن لم يكن أصله (وثانيهما) أنه ترتيب آحاد ، إذ مقابلة الجمع بالجمع تقضى توزيع الأفراد على الأفراد كقوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم » [1] وقال تقى الدين ابن تيمية فى الفتاوى : إن القول بأن الترتيب ترتيب أفراد على أفراد هو أقوى القولين ، وقال فى الاختيارات : إنه أظهر الوجهين . ولو شرط الواقف مع الترتيب انتقال نصيب من مات إلى ولده انتقل إليه الأصلى والآيل . وقال الإمام ابن تيمية : إن هذا الشرط يعتبر قرينة على أن الواقف أراد أن يكون الترتيب فى وقفه ترتيب أفراد .

وفى تعليقه على كتاب الفروع (منقولة عن خط شيخه) إن الأظهر فيمن وقف على ولديه نصفين ثم على أولادهما وأولاد أولادهما وعقبهما بطناً بعد بطن أن ينتقل نصيب كل واحد إلى ولده ثم ولد ولده .

وجاء فى شرح المنتهى وكشف القناع ما هو صريح فى عدم نقض القسمة ، ولم ينقل واحد منهما خلافا فى ذلك . فعدم نقض القسمة مع وجود هذا الشرط لا يعرف فيه خلاف عندهم . وإذا لم يوجد هذا الشرط كان عدم نقضها هو الأظهر عندهم ، فقد نقل ابن تيمية أن أظهر الوجهين فى المذهب أن الترتيب الذى تفيده العبارات الدالة على مجرد الترتيب يكون ترتيبا آحاديا أو فرديا (الفتاوى جـ ٢ ص ٤ وما بعدها الفروع جـ ٢ ص ٨٨٣ والكشاف جـ ٢ ص ٤١٤ والمنتهى جـ ٢ ص ٥١٠) .

وكلام الشافعية والحنفية صريح فى أن الواقف إذا رتب طبقات وقفه وأتى بما يدل قطعا على الترتيب الجملى فلا خلاف فى العمل بما دل عليه كلامه كما لو قال : تحجب الطبقة العليا الطبقة السفلى من نفسها وغيرها أو قال : لا يستحق أحد من بطن أنزل مع وجود أحد من بطن أعلى ، أو شرط انتقال نصيب من يموت إلى أهل طبقته دون ولده إن كان ، أو نص على نقض القسمة بانقراض كل طبقة ولم يشرط قيام الفرع مقام أصله أو اشتراطه ، فالترتيب فى هذه الأحوال يكون جمليا ومن يموت لا يستحق فرعه بدون

---

(١) الآية : ٢٣ من سورة النساء .

شرط ، وتنقض القسمة بانقراض كل طبقة وتستأنف قسمة جديدة على رءوس الطبقة الثالثة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يصح الوقف الا بالقول ، فان بنى مسجداً وصلى فيه او أذن للناس بالصلاة فيه لم يصر وقفا ، لأنه ازالة ملك على وجه القربة فلم يصح من غير قول مع القدرة كالعتق ، والفاظه ستة : وقفت ، وحبست ، وسبلت ، وتصدقت ، وابدت ، وحرمت .

فأما الوقف والحبس والتسبيل فهى صريحة فيه ، لأن الوقف موضوع له ومعروف به ، والتحبيس والتسبيل ثبت لهما عرف الشرع ، فان النبى صلى الله عليه وسلم قال لعمر رضى الله عنه : « حبس الأصل وسبل الثمرة » واما التصدق فهو كناية فيه ، لأنه مشترك بين الوقف وصدقة التطوع ، فلم يصح الوقف بمجرده ، فان اقترنت به نية الواقف أو لفظ من الألفاظ الخمسة بأن يقول : تصدقت به صدقة موقوفة ، أو محبوسة ، أو مسبلة ، أو مؤبدة ، أو محرمة ، أو حكم الواقف بأن يقول : صدقة لا تباع ، ولا توهب ، ولا تورث صار وقفا ، لأنه مع هذه القرائن لا يحتمل غير الوقف .

واما قوله : حرمت وابدت ففيه وجهان :

(أحدهما) انه كناية فلا يصح به الوقف الا باحدى القرائن التى ذكرنا ، لأنه لم يثبت له عرف الشرع ولا عرف اللغة فلم يصح بمجرده كالتصدق .

(والثانى) انه صريح لأن التأبيد والتحريم فى غير الأبضاع لا يكون الا بالوقف فحمل عليه .

فصل واذا صح الوقف لزم وانقطع تصرف الواقف فيه ، لما روى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لعمر رضى الله عنه : « ان شئت حبست أصلها وتصدقت بها » لا تباع ولا توهب ولا تورث . ويزول ملكه عن العين . ومن أصحابنا من خرج فيه قولا آخر انه لا يزول ملكه عن العين ، لأن الوقف حبس العين وتسبيل المنفعة ، وذلك لا يوجب زوال الملك . والصحيح هو الأول لأنه سبب يزيل ملكه عن التصرف فى العين والمنفعة فازال الملك كالعتق . واختلف أصحابنا فيمن ينتقل الملك اليه ، فمنهم من قال : ينتقل الى الله تعالى قولا واحداً ، لأنه حبس عين وتسبيل منفعة على وجه القربة ، فازال الملك الى الله تعالى كالعتق .

ومنهم من قال : فيه قولان (احدهما) انه ينتقل الى الله تعـــالى وهو الصحيح لما ذكرنا (والثـــانى) انه ينتقل الى الموقوف عليه لأن ما ازال الملك عن العين لم يزل المالية بنقل (١) الى الآدمى كالصدقة .

فصـــــل ويملك الموقوف عليه غلة الوقف ، فان كان الموقوف شجرة ملك ثمرتها وتجب عليه زكاتها ، لأنه يملكها ملكا تاما ، فوجب زكاتها عليـــه ، فان كان حيوانا ملك صوفه ولبنه ، لأن ذلك من غلة الوقف وفوائده ، فهـــو كالثمرة ، وهل يملك ما تلده ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يملكه لأنه نماء الوقف ، فاشبه الثمرة وكسب العبد .

(والثانى) انه موقوف كالأم لأن كل حكم ثبت للأم يتبعها فيـــه الولد ، كحرمة الاستيلاد فى أم الولد ، وان كان جارية ملك مهرها ، لأنه بدل منفعتها ولا يملك وطأها ، لأن فى أحد القولين لا يملكها ، وفى الثانى يملكها ملكا ضعيفا ، فلم يملك به الوطء ، فان وطئها لم يلزمه الحد لأنه فى احد القولين يملكها ، وفى الثانى له شبهة ملك . وفى تزويجها وجهان :

(أحدهما) لا يجوز ، لأنه ينقص قيمتها ، وربمـــــا تلفت فى الولادة ، فيدخل الضرر على من بعده من أهل الوقف .

(والثانى) يجوز لأنه عقد على منفعتها فاشبه الاجارة . فان قلنا انهـــا للموقوف عليه كان تزويجها اليه ، وان قلنا : انها تنتقل الى الله تعالى ، كان تزويجها الى الحاكم كالحرة التى لا ولى لهـــا ، ولا يزوجها الحـــاكم الا باذن الموقوف عليه ، لأن له حقا فى منافعها فلم يملك التصرف فيها بغير اذنه ، فان أتت بولد مملوك ، كان الحكم فيه كالحكم فيما تلد البهيمة .

فصـــــل وان أتلفه الواقف او أجنبى فقد اختلف أصحابنا فيـــه على طريقين ، فمنهم من قال يبنى على القولين ، فان قلنا : انه للموقوف عليـــه وجبت القيمة له لأنه يدل ملكه ، وان قلنا : انه لله تعالى اشترى به مثله ليكون وقفا مكانه . وقال الشيخ أبو حامد الاسفراييني : يشترى بها مثله ليكون وقفا مكانه قولا واحداً ، لأنا ــ وان قلنا : انه ينتقل الى الموقوف عليه ــ الا أنه لا يملك الانتفاع برقبته ، وانما يملك الانتفاع بمنفعته ، ولأن فى ذلك ابطال حق البطن الثانى من الوقف ، وان أتلفه الموقوف عليه ــ فان قلنا انه اذا أتلفه غيره كانت القيمة له ــ لم تجب عليه ، لأنها تجب له ، وان قلنا : يشـــترى بها ما يكون وقفا مكانه اخذت القيمة منه واشترى بها ما يكون مكانه .

---

(١) فى ش،ق والطبعة السابقة من الوحيدة (بنقل) وأظنها غير متسقة فى الجملة (ط) .

وان كان الوقف جارية فوطئها رجل يشبهه ، فاتت منه بولد ففى قيمة الولد ما ذكرناه من الطريقين فى قيمة الوقف اذا اتلف ، وان كان الوقف عبداً فجنى جناية توجب المال ، لم يتعلق برقبته ، لانها ليست بمحل للبيع ، فان قلنا : انه للموقوف عليه ، وجب الضمان عليه . وان قلنا : انه لله تعالى ففيه ثلاثة اوجه :

(احدها) يلزم الواقف ، وهو قول أبى اسحاق وهو الصحيح ، لانه منع من بيعه ولم يبلغ به حالة يتعلق الأرش بذمته فلزمه ان يفديه كام الولد .

(والثانى) انه يجب فى بيت المال لانه لا يمكن ايجابه على الواقف لانه لا يملكه ، ولا على الموقوف عليه لانه لا يملكه ، فلم يبق الا بيت المال .

(والثالث) انه يجب فى كسبه لانه كان محله الرقبة ، ولا يمكن تعليقه عليها فتعلق بكسبه لانه مستفاد من الرقبة ، ويجب اقل الأمرين من قيمته ، او أرش الجناية ، لانه لا يمكن بيعه كام الولد) .

الشرح قال الحافظ ابن حجر فى التلخيص الحبير (١٣١٠) حديث أن عمر ملك مائة سهم من خيبر اشتراها فلما استجمعها قال : يا رسول الله أصبت مالا لم أصب مثله قط وقد أردت أن أتقرب به إلى الله تعالى فقال صلى الله عليه وسلم : « حبِّس الأصل وسبِّل الثمرة » ويروى : « فجعلها عمر صدقة لا تباع ولا تورث ولا توهب » الشافعى عن سفيان عن العمرى عن نافع عن ابن عمر به ، ورواه فى القديم عن رجل عن ابن عون عن نافع باللفظ الثانى ، وهو متفق عليه من حديثه ، وله طريق عندهما غيره

(تنبيه) الرجل الذى أبهمه الشافعى هو عمر بن حبيب القاضى بينه البيهقى فى المعرفة من طريقه فى هذا الحديث .

أما مقاصد الفصل ، فإن الوقف لا ينعقد إلا بالقول لأنه طريقنا إلى العلم بمراده كالعتق ، وألفاظ الوقف ستة ، ثلاثة صريحة وثلاثة كناية ، فالصريحة وقفت وحبست وسبلت ، متى أتى بواحدة من هذه الثلاث صار وقفا من غير انضمام أمر زائد ، لأن هذه الألفاظ ثبت لها حكم الاستعمال عرفا بين الناس وشرعا بالأخبار الصحيحة بقول النبى صلى الله عليه وسلم لعمر « إن شئت حبست أصلها وسبلت ثمرتها » أو « حبس الأصل وسبل الثمرة »

على أى من الروايتين فصارت هذه الألفـاظ فى الوقف كلفظ التطليق فى الطلاق .

وأما الكناية فهى : تصدقت وحرمت وأبدت فليست صريحة ، لأن لفظة الصدقة والتحريم مشتركة ، فإن الصدقة تستعمل فى الزكاة والهبات ، والتحريم يستعمل فى الظهار والأيمان ، ويكون تحريما على نفسه وعلى غيره ، والتأبيد يحتمل تأبيد التحريم وتأبيد الوقف ، ولم يثبت لهذه الألفاظ عرف الاستعمال ، فلا يحصل الوقف بمجردها ككنايات الطلاق فيه . فإن انضم إليها أحد ثلاثة أشياء حصل الوقف بها .

(أحدها) أن ينضم إليها لفظة أخرى تخلصها من الألفاظ الخمسة فيقول : صدقة محبوسة أو موقوفة أو مسبلة أو محرمة أو مؤبدة ، أو يقول هذه محرمة موقوفة أو محبسة أو مسبلة أو مؤبدة .

(والثانى) أن يصفها بصفات الوقف فيقول صدقة لاتباع ولا توهب ولا تورث ، لأن هذه القرينة تزيل الاشتراك .

(الثالث) أن ينوى الوقف فيكون على ما نوى ، إلا أن النية تجعله وقفاً فى الباطن دون الظاهر لعدم الاطلاع على ما فى الضمائر ، فان اعترف بما نواه لزم فى الحكم لظهوره . وإن قال : ما أردت الوقف فالقول قوله لأنه أعلم بما نوى .

قال فى النهاية (ولا يصح الوقف من ناطق لا يحسن الكناية إلا بلفظ) أما الأخرس فيصح باشارته . وأما الكاتب فبكتابته مع النية . فلو أنه بنى مسجداً وأذن فيه وصلى فيه ، أو مقبرة وأذن فى الدفن فيها ، فمذهب الشافعى لا يكون ذلك وقفا إلا إذا اقترن باللفظ صريحا أو كناية مقترنة بما يزيل لبسها . وقال أحمد فى رواية أبى داود وأبى طالب فيمن دخل بيتا فى المسجد وأذن فيه : لم يرجع فيه ، وكذلك إذا اتخذ المقابر وأذن للناس فيها فليس له الرجوع . وهذا قول أبى حنيفة رضى الله عنه .

وذكر ابن قدامة رواية أخرى عن أحمد أنه لا يصير وقفا إلا بالقول ، وقد اجتهد ابن قدامة فى الجمع بين الروايتين وجعلهما قولا واحداً وهو الأخذ باللفظ ، فإذا ثبت هذا فإنه متى صح وقفه فقد زالت يده عنه زوال ملك وانقطع بذلك تصرفه . فاذا قلنا بزوال ملكه عن العين وهو الصحيح من المذهب وبه قال أحمد وأصحابه ، فهل ينتقل الملك إلى الموقوف عليهم ؟ فمن أصحابنا من قال : ينتقل الملك إلى الموقوف عليهم ، وهو ظاهر مذهب أحمد حيث يقول : إذا وقف داره على ولد أخيه صارت لهم . وهذا يدل على أنهم ملكوه . وروى عن أحمد انه لا يملك ، فإن جماعة نقلوا عنه فيمن وقف على ورثته فى مرضه أنه يجوز ، لأنه لا يباع ولا يورث ولا يصير ملكا للورثة ، وإنما ينتفعون بغلتها ، وهذا يدل بظاهره على أنهم لا يملكون ، ويحتمل أن يريد بقوله : لا يملكون ، أى لا يملكون التصرف فى الرقبة ، فإن فائدة الملك وآثاره ثابتة فى الوقف .

وقال أبو حنيفة : لا ينتقل الملك فى الوقف اللازم ، بل يكون حقا لله تعالى لأنه إزالة ملك عن العين والمنفعة على وجه القربة بتمليك المنفعة ، فانتقل الملك إلى الله تعالى كالعتق . وبهذا قال بعض أصحابنا ، وهو الصحيح من المذهب عندنا . والقول الآخر أن الوقف سبب يزيل ملك الواقف وجه إلى من يصح تمليكه على وجه لا يخرج المال عن ماليته فوجب أن ينقل الملك إليه كالهبة والبيع ولأنه لو كان تمليك المنفعة المجردة لم يلزم كالعارية والسكنى ولم يزل الواقف عنه كالعارية . ويفارق العتق فإنه أخرجه عن ماليته ، وامتناع التصرف فى الرقبة لا يمنع الملك كأم الولد ، على أن الأظهر أن الملك فى رقبة الموقوف ينتقل إلى الله تعالى فلا يكون للواقف ولا للموقوف عليه .

فرع لا نزاع فى أن الموقوف عليه يملك غلة الوقف ومنافعه لأن ذلك مقصوده ، والمنتفع يستوفيها بنفسه وبغيره باعارة وإجارة إن كان ناظراً .وإلا امتنع عليه نحو الإجارة لتعلقها بالناظر أو نائبه وذلك كسائر الأملاك ، ومحله إن لم يشرط ما يخالف ذلك . ولو خربت ولم يعمرها الموقوف عليه اجرت المضرورة بما تعمر به ، إذ الفرض أنه ليس للوقف

ما يعمر به سوى الأجرة المعجلة ، وذكر ابن الرفعة أنه يلزم الموقوف عليه ما نقصه الانتفاع من عين الموقوف .

ورجح السبكى أنه إن وقف أرضا غير مغروسة على معين امتنع عليه غرسها إلا إذا نص الواقف عليه أو شرط له جميع الانتفاعات ، ومثل الغرس البناء ، ولا يبنى ما كان مغروسا وعكسه . وضابطه أنه يمتنع كل ما غير الوقف بالكلية عن اسمه الذى كان عليه حال الوقف ، بخلاف ما يبقى الاسم معه ، نعم إن تعذر المشروط جاز إبداله ، وأفتى الولى العراقى فى علو وقف أراد الناظر هدم واجهته وإخراج رواشن له فى هواء الشارع بامتناع ذلك إن كانت الواجهة صحيحة أو غيرها وأضر بجدار الوقف . وإلا جاز بشرط أن لا يصرف عليه من ريع الوقف إلا ما يصرف فى إعادته على ما كان عليه وما زاد فى ماله ، وإنما لم تمتنع الزيادة مطلقا لأنها لا تغير معالم الوقف ، ويملك الأجرة لأنها بدل المنافع المملوكة له ، وقضيته أنه يعطى جميع الأجرة المعجلة ، ولو لمدة لا يحتمل بقاؤه إلى انقضائها ، كما مر فى الإجارة ؛ ويملك فوائد الموقوف كثمرة . ومن ثم لزمه زكاتها ، وهو قول مالك والشافعى وأحمد .

وروى عن طاوس ومكحول أنه لا زكاة فيه لأن الأرض ليست مملوكة لهم فلم تجب الزكاة فى الخارج منها عليهم كالمساكين . على أن الثمرة الموجودة حال الوقف للواقف إن كانت مؤبرة ، وإلا فقولان أرجحهما أنها موقوفة كالحمل المقارن . وذكر القاضى فى فتواه أنه لو مات الموقوف عليه وقد برزت ثمرة النخل فهى ملكه ، أو وقد حملت الموقوفة فالحمل له ، أو قد زرعت الأرض فالزرع لذى البذر ، فإن كان البذر له فهو لورثته ولمن بعده أجرة بقائه فى الأرض وأفتى جمع من المتأخرين فى نخل وقف مع أرضه ثم حدث منه ودى بأن تلك الودية الخارجة من أصل النخل جزء منها فلها حكم أغصانها ، وسبقهم لنحو ذلك السبكى فإنه أفتى فى أرض وقف بها شجر موز فزالت بعد أن نبت من أصولها فراخ ، وفى السنة الثانية كذلك وهكذا بأن الوقف ينسحب على كل ما نبت من تلك الفراخ المتكررة من غير احتياج إلى إنشائه .

ولو ماتت البهيمة اختص بجلدها لكونه أولى به من غيره ومحله ما لم يدبغ ولو بنفسه وإلا عاد وقفا وله مهر الجارية الموقوفة عليه بكراً أو ثيباً إذا وطئت من غير الموقوف عليه بشبهة منها ، كأن كانت مكرهة أو مطاوعة لا يعتد بفعلها لصغر أو اعتقاد حل وعذرت أو نكاح ــ إن صححناه ــ لأنه عقد على منفعة فلم يمنعه الوقف كالإجارة . وكذا إن لم نصححه لأنه وطء شبهة هنا أيضاً . والمزوج لها الحاكم بإذن الموقوف عليه ، ومن ثم لو وقفت عليه زوجته انفسخ نكاحه ، وخرج بالمهر أرش البكارة فهو كأرش طرفها ، ولا يحل للواقف ولا للموقوف عليه وطؤها ويحد الأول به كما حكى عن الأصحاب . قال الرملى : وكذا الثانى كما رجحناه هنا ــ وهو المعتمد ــ أما المطاوعة إذا زنى بها وهى مميزة فلا مهر لها .

قال النووى فى المنهاج : والمذهب أنه لا يملك قيمة العبد إذا أتلف . ومعنى هذا أن الموقوف عليه لا يملك قيمة الموقوف إذا أتلف من واقف أو أجنبى أو موقوف عليه تعدى باستعماله فى غير ما وقف له أو تلف تحت يد ضامنة له . أما إذا لم يتعد باتلاف الموقوف عليه فلا يكون ضامنا ، كما لو وقع منه صنبور على حوض سبيل فانكسر من غير تقصير ، وفى حال التعدى يشترى الحاكم أو الناظر فى الوقف بقيمة التالف بدله . ولابد من إنشاء وقفه من جهة مشتريه فيتعين أحد ألفاظ الوقف المارة .

قال الرملى : وقول القاضى أقمته مقامه محل نظر ، وفارق هذا صيرورة القيمة رهناً فى ذمة الجانى بأنه يصح رهنها دون وقفها ، وعدم اشتراط جعل بدل الأضحية أضحية إذا اشترى بعين القيمة أو فى الذمة ، ونوى بأن القيمة هناك ملك الفقراء والمشترى نائب عنهم ، فوقع الشراء لهم بالعين أو مع النية . وأما القيمة هنا فليست ملك أحد فاحتيج لإنشاء وقف ما يشترى بها حتى ينتقل إلى الله تعالى ، ولا يجوز شراء أنثى مكان ذكر إذا كان الموقوف ذكراً ، كما لا يجوز أن يشترى صغيراً مكان كبير إذا كان الموقوف كبيراً وعكسه ، لأن الغرض يختلف بذلك وما فضل من القيمة يشترى به شقص بخلاف نظيره الذى سيأتى فى الوصية إن شاء الله تعالى لنعذر الرقبة المصرح بها فيها .

فإن لم يمكن شراء شقص بالفاضل صرف للموقوف عليه فيما يظهر ، كما مر نظيره ، بل لنا وجه بصرف جميع ما أوجبته الجناية إليه . ولو أوجبت قوداً استوفاه الحاكم ، فإن تعذر شراء بدل الموقوف بها فبعض بدله يشترى بها لكونه أقرب إلى مقصوده كنظيره من الأضحية على الراجح .

ووجه الخلاف أن الشقص من حيث هو يقبل الوقف بخلاف الأضحية، ولو جنى الموقوف جناية أوجبت قصاصاً اقتص منه وفات الوقف ، أو قصاصا أو مالا وعفى على المال فداه الواقف بأقل الأمرين . وله إن تكررت الجناية حكم أم الولد فى عدم تكرر الفداء وسائر أحكامها ، فإن مات الواقف ثم جنى الموقوف فمن بيت المال كالحر المعسر ، كما أفتى بذلك الشهاب الرملى . ولو مات الجانى بعد الجناية لم يسقط الفداء . هكذا أفاده الشمس الرملى .

ولو جفت الشجرة الموقوفة أو قلعها ريح أو زمنت الدابة لم ينقطع الوقف على المذهب ، وإن امتنع وقفها ابتداء لقوة الدوام ، بل ينتفع بها جذعا باجارة وغيرها ، ويحتمل أن تباع لتعذر الانتفاع بها على وفق شرط الواقف والثمن الذى بيعت به على هذا الوجه ، كقيمة العبد ، فيأتى فيه ما مر ، فلو لم يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاكها بإحراق ونحوه صارت ملكا للموقوف عليه كما صححه ابن الرفعة والقمولى وجرى عليه ابن المقرى فى روضه لكنها لاتباع ولا توهب بل ينتفع بعينها كأم الولد ولحم الأضحية .

اذا ثبت هذا فإنها لا تصير ملكا لأن معنى عوده ملكا أنه ينتفع به ولو باستهلاك عينه كالإحراق . ومعنى عدم بطلان الوقف الذى قررناه أنه مادام باقياً لا يفعل به ما يفعل بسائر الأملاك من بيع ونحوه .

قال النووى : والأصح جواز بيع حصر المسجد إذا بليت وجذوعه إذا انكسرت ولم تصلح إلا للإحراق ا هـ . وذلك لئلا تضيع وإدراك اليسير من ثمنها يعود على الوقف أولى من ضياعها . واستثنيت من بيع الوقف لصيرورتها كالمعدومة ويصرف ثمنها لمصالح المسجد إن لم يمكن شراء حصير أو جذع . والله تعالى أعلم بالصواب .

فـــرع قال فى الدر المختار الحنفى : مطلب فى بطلان بيع الوقف وصحة بيع الملك المضموم إليه فيصح بحصتيه فى القن والعبد والملك لأنها مال فى الجملة ولو باع قرية ولم يستثن المساجد والمقادير لم يصح ا هـ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وتصرف الغلة على شرط الواقف من الأثرة والتسوية والتفضيل والتقديم والتأخير والجمع والترتيب ، وادخال من شاء بصفة واخراجه بصفة ، لأن الصحابة رضى الله عنهم وقفوا وكتبوا شروطهم ، فكتب عمر بن الخطاب رضى الله عنه صدقة السائل والمحروم ، والضيف وذى القربى وابن السبيل ، وفى سبيل الله ، وكتب على كرم الله وجهه بصدقته « ابتغاء مرضاة الله ليولجنى الجنة ، ويصرف النار عن وجهى ويصرفنى عن النار ، فى سبيل الله ، وذى الرحم والقريب والبعيد ، لا يباع ولا يورث » وكتبت فاطمة رضى الله عنها بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لنساء رسول الله صلى الله عليه وسلم وفقراء بنى هاشم وبنى المطلب » .

فصـــل فان قال وقفت على أولادى دخل فيه الذكر والأنثى والخنثى، لأن الجميع أولاده ، ولا يدخل فيه ولد الولد ، لأن ولده حقيقة ولد من صلبه، فان كان له حمل لم يدخل فيه حتى ينفصل ، فاذا انفصل استحق ما يحدث من الغلة بعد الانفصال ، دون ما كان حدث قبل الانفصال ، لانه قبل الانفصال لا يسمى ولداً ، وان وقف على ولده ، وله ولد فنفاه باللعان ، لم يدخل فيه .

وقال ابو اسحاق : يدخل فيه لأن اللعان يسقط النسب فى حق الزوج ، ولا يتعلق به حكم سواه ، ولهذا تنقضى به العدة ، والمذهب الأول لأن الوقف على ولده ، وباللعان قد بان انه ليس بولده ، فلم يدخل فيه ، وان وقف على أولاد أولاده دخل فيه أولاد البنين وأولاد البنات ، لأن الجميع أولاد أولاده ، فان قال على نسلى أو عقبى أو فى ذريتى دخل فيه أولاد البنين وأولاد البنات، قربوا أو بعدوا ، لأن الجميع من نسله وعقبه وذريته ، ولهذا قال الله تعالى : « ومن ذريته داود وسليمان وايوب ويوسف وموسى وهارون وكذلك نجزى المحسنين ، وزكريا ويحيى وعيسى والياس » (١) .. فجعل هؤلاء كلهم من ذريته على البعد ، وجعل عيسى من ذريته وهو ينسب اليه بالأم ، فان وقف

---

(١) الآية ٨٤ ، ٨٥ من سورة الأنعام .

على عترته فقد قال ابن الأعرابى وثعلب : هم ذريتـــه . وقال القتيبى : هم عشيرته .

وان وقف على من ينسب اليه لم يدخل فيه أولاد البنات ، لأنهم لا ينسبون اليه . ولهذا قال الشاعر :

بنـونا بنـو ابنائنـا ، وبناتنا بنوهن ابنـاء الرجـال الأجانب

وان وقف على البنين لم يدخل فيه الخنثى المشكل ، لأنا لا نعلم انه مـن البنين فان وقف على البنات لم يدخل فيه ، لأنا لا نعلم انه من البنات ، فان وقف على البنين والبنات ففيه وجهان :

(أحدهما) انه لا يدخل فيه ، لانه ليس من البنين ولا من البنات .

(والثانى) انه يدخل لانه لا يخلو من ان يكون ابنا او بنتا . وان اشـكل علينا ـ فان وقف على بنى زيد ـ لم يدخل فيه بناته ، فأن وقف على بنى تميم وقلنا : ان الوقف صحيح ففيه وجهان :

(احدهما) لا يدخل فيه البنات لان البنين اسم للذكور حقيقة .

(والثانى) يدخلن فيه ، لانه اذا اطلق اسم القبيلة دخل فيه كل مـــن ينسب اليها من الرجال والنساء .

فصـــل وان قال وقفت على أولادى فان انقرض أولادى واولاد أولادى فعلى الفقراء لم يدخل فيه ولد الولد ، ويكون هذا وقفاً منقطع الوسط فيكون على قولين كالوقف المنقطع الانتهاء . ومن أصحابنا من قال يدخل فيه أولاد الأولاد بعـد انقراض ولد الصلب ، لانه لما شرط انقراضـهم دل على انهـــم يستحقون كولد الصلب ، والصحيح هو الأول ، لأنه لم يشرط شيئاً ، وانما شرط انقراضهم لاستحقاق غيرهم) .

الشرح قوله تعالى « وداود وسليمان » الآية [1] فإن داود النبى صلى الله عليه وسلم تكرر فى مختصر المزنى وهنا فى المهذب فى صلاة التطوع ومواضع كثيرة ، هو أبو سليمان داود بن إيشا بهمزة مكسورة ثم مثنـاة من تحت ساكنة ثم شين معجمة قال أبو اسحاق الثعلبى فى كتاب العرائس : هو داود بن إيشا بن عوبد بن ياعز ابن سلمون بن نحشون بن عمى نادب

(١) الآية : ٧٨ من سورة الأنبياء

ابن رام بن حصرون بن فارص بن يهوذا بن يعقوب بن إسحاق بن إبراهيم الخليل عليهم السلام .

وقد تظاهرت الآيات والأحاديث الصحيحة على عظم فضل الله تعالى عليه قال الله تعالى : « ولقد آتينا داود وسليمان علماً وقالا الحمد لله الذى فضلنا على كثير من عباده المؤمنين » [1] وقال تعالى : « وداود وسليمان إذ يحكمان فى الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم » الآيات [2] .وقال تعالى: « ولقد آتينا داود منا فضلا يا جبال أوّبى معه والطير وألنا له الحديد » الآية [3] : وقال تعالى : « فغفرنا له ذلك وإن له عندنا لزلفى وحسن مآب . يا داود إنا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق » الآية [4] . وقال تعالى « وآتينا داود زبوراً » [5] وقال تعالى : « ومن ذريته داود وسليمان » الآيات [6] وقال تعالى : « وقتل داود جالوت وآتاه الله الملك والحكمة وعلمه مما يشاء » [7] وقال تعالى : « واذكر عبدنا داود ذا الأيد إنه أواب . إنا سخرنا الجبال معه يسبحن بالعشى والإشراق والطير محشورة كل له أواب ، وشددنا ملكه وآتيناه الحكمة وفصل الخطاب » [8] .

وروينا فى صحيح البخارى ومسلم عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم (أحب الصيام إلى الله صيام داود فإنه كان يصوم يوماً ويفطر يوماً ولا يفر إذا لاقى) وفى رواية فى الصحيحين (كان يصوم نصف الدهر) وفى رواية فى الصحيحين « صم صيام داود فانه كان أعبد الناس » وروينا فى صحيحيهما عن أبى موسى رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : « لو

---

(١) الآية : ١٥ من سورة النحل .
(٢) الآية : ٧٨ من سورة الأنبياء .
(٣) الآية : ١٠ من سورة سبأ .
(٤) الآية : ٢٦ من سورة ص .
(٥) الآية : ١٦٣ من سورة النساء .
(٦) الآية : ٨٤ من سورة الأنعام .
(٧) الآية : ٢٥١ من سورة البقرة .
(٨) الآية : ١٧ من سورة ص .

رأيتنى وأنا أستمع لقراءتك البارحة ، لقد أوتيت مزماراً من مزامير داود » ليس فى رواية البخارى « لو رأيتنى وأنا استمع لقراءتك البارحة » وروينا فى صحيحى البخارى ومسلم عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لقد خفف على داود القرآن ، فكان يأمر بدوابه أن تسرج فيقرأ قبل أن تسرج دوابه ، ولا يأكل إلا من عمل يده » المراد بالقرآن الزبور . وفى صحيح البخارى عن المقدام بن معديكرب رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ما أكل أحد طعاماً قط خيراً من أن يأكل من عمل يده ، وإن نبى الله داود كان يأكل من عمل يده » .

وروينا فى كتاب الترمذى عن أبى الدرداء رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : « كان من دعاء داود : اللهم إنى أسألك حبك وحب من يحبك والعمل الذى يبلغنى حبك ، اللهم اجعل حبك أحب إلىّ من نفسى وأهلى ، ومن الماء البارد » قال : وكان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إذا ذكر داود قال (كان أعبد البشر) قال الترمذى : هذا حديث حسن .

وروينا فى حلية الأولياء عن الفضيل بن عياض رضى الله عنه قال : قال داود : إلهى كن لابنى سليمان كما كنت لى فأوحى الله تعالى إليه : يا داود قل لابنك سليمان يكون لى كما كنت لى حتى أكون له كما كنت لك . قال الثعلبى : قال العلماء : لما استشهد طالوت أعطت بنو إسرائيل داود خزائن طالوت وملكوه على أنفسهم وذلك بعد قتل جالوت بسبع سنين ولم يجتمع بنو إسرائيل على ملك إلا داود . وقال كعب ووهب بن منبه: كان داود أحمر الوجه سبط الرأس أبيض الجسم طويل اللحية فيها جعودة حسن الصوت والخلق طاهر القلب ، قال : ومما أعطاه الله تعالى من الفضائل الزبور وحسن الصوت فلم يعط أحداً مثل صوته ، وحكى من آثار صوته أشياء عجيبة منها تسخير الجبال والطير للتسبيح معه ، ومنها الحكمة وفصل الخطاب ، فالحكمة الاصابة فى الأمور وفصل الخطاب قيل معرفة الأحكام وإتقانها وتسهيلها . وقيل : بيان الكلام ، وقيل قوله (أما بعد) وقيل : الشهود والإيمان . ومنها السلسلة المشهورة ومنها القوة فى العبادة والمجاهدة

ومنها قوة الملك وتمكينه ، ومنها قوة بدنه ، ومنها إلانة الحديد له قال : قال أهل التواريخ : كان عمر داود عليه السلام مائة سنة مدة ملكه منها أربعون سنة ، صلى الله عليه وعلى جميع الأنبياء والمرسلين وسلم » هكذا أفاده النووى فى تهذيب الأسماء .

سليمان بن داود عليهما السلام

أما سليمان ابنه فقد تكرر فى المختصر والمهذب فى الاستسقاء والوقف وغيرهما وسبق بيان نسبه فى ترجمة أبيه آنفاً قال تعالى : « ومن ذريته داود وسليمان » الآية [1] وقال الله تعالى « وداود وسليمان اذ يحكمان فى الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين ، ففهمناها سليمان وكلا آتينا حكماً وعلماً » الآيات [2] وقال تعالى « لقد آتينا داود وسليمان علما وقالا الحمد لله الذى فضلنا على كثير من عباده المؤمنين وورث سليمان داود وقال : ياأيها الناس علمنا منطق الطير وأوتينا من كل شىء إن هذا لهو الفضل المبين ، وحشر لسليمان جنوده من الجن والإنس والطير فهم يوزعون » [3] الى قوله تعالى : « قالت رب إنى ظلمت نفسى وأسلمت مع سليمان لله رب العالمين » وقال تعالى : « ولسليمان الريح غدوها شهر ورواحها شهر وأسلنا له عين القطر ومن الجن من يعمل بين يديه باذن ربه ومن يزغ منهم عن أمرنا نذقه من عذاب السعير » [4] . وقال تعالى : « ووهبنا لداود سليمان نعم العبد انه أواب » [5] .

وثبت فى صحيح البخارى ومسلم عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إن عفريتا تفلت البارحة ليقطع على صلاتى فأمكننى الله منه فأخذته فأردت أن أربطه على سارية من سوارى المسجد حتى تنظروا

---

(١) الآية : ٨٤ من سورة الأنعام .
(٢) الآية : ٧٨ من سورة الأنبياء .
(٣) الآية : ١٥ من سورة النمل .
(٤) الآية : ٨١ من سورة الأنبياء .
(٥) الآية : ٣٠ من سورة ص .

إليه كلكم فذكرت دعوة أخي سليمان « رب هب لي ملكاً لا ينبغي لأحد من بعدي فرددته خاسئاً » ورويناه من طرق بألفاظ متقاربة .

وفي الصحيحين عن أبي هريرة أيضاً أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول (كانت امرأتان معهما أبناهما فجاء الذئب فذهب بابن إحداهما فقالت لصاحبتها إنما ذهب الذئب بابنك وقالت الأخرى إنما ذهب الذئب بابنك فتحاكما إلى داود فقضى به للكبرى فخرجتا على سليمان ابن داود فأخبرتاه فقال ائتوني بالسكين أشقه بينهما فقالت الصغرى : لا تفعل رحمك الله هو ابنها فقضى به للصغرى) .

وروينا عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : « إن سليمان بن داود لما بنى بيت المقدس سأل الله تعالى ملكاً لا ينبغي لأحد من بعده فأوتيه وسأل الله عز وجل حين فرغ من بناء المسجد ألا يأتيه أحد لا ينهزه الا للصلاة فيه أن يخرجه من ذنوبه وخطيئته كيوم ولدته أمه » رواه النسائي في سننه باسناد صحيح . قال أبو إسحاق الثعلبي في كتابه العرائس في قول الله عز وجل « وورث سليمان داود » [1] أي نبوته وعلمه وحكمته دون سائر أولاد داود . قال : وكان لداود اثنا عشر ابناً : قال : وكان سليمان ملك الشام إلى اصطخر قال : وقيل ملك الأرض وقد روى عن ابن عباس قال : ملك الأرض مؤمنان : سليمان وذو القرنين وكافران نمرود وبختنصر . قال كعب الأحبار ووهب بن منبه : كان سليمان أبيض جسيما وسيماً وضيئا جميلا خاشعاً متواضعا يلبس الثياب البيض ويجالس المساكين ويقول : مسكين جالس مسكيناً ، وكان أبوه يشاوره في كثير من أموره مع صغر سنه لوفور عقله وعلمه ، قال : وكان سليمان حين ملك كثير الغزو لا يكاد يتركه فتحمله الريح هو وعسكره ودوابهم حيث أراد وتمر به وبعسكره الريح على المزرعة فلا يتحرك الزرع .

قال : وقال محمد بن كعب القرظي : بلغنا أن عسكر سليمان كان مائة

---

(١) الآية : ١٦ من سورة الأنبياء .

فرسخ خمسة وعشرين للانس وملثها للجن ومثلها للطير ومثلها للوحش قال : وقال أهل التاريخ كان عمر سليمان ثلاثا وخمسين سنة وملك وهو ابن ثلاث عشرة سنة ، وابتدأ بناء بيت المقدس بعد ابتداء ملكه بأربع سنين صلى الله عليه وسلم .

أيـــوب عليه السلام

أما أيوب عليه السلام فقد قال النووى رضى الله عنه وأرضاه :

(أيوب النبى صلى الله عليه وسلم) مذكور فى المهذب فى الوقف والأيمان قال الله تعالى (واذكر عبدنا أيوب إذ نادى ربه أنى مسنى الشيطان بنصب وعذاب اركض برجلك هذا مغتسل بارد وشراب ، ووهبنا له أهله ومثلهم معهم رحمة منا وذكرى لأولى الألباب وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث إنا وجدناه صابراً نعم العبد إنه أواب » [1] وقال تعالى : « إنا أوحينا إليك كما أوحينا إلى نوح والنبيين » الآيات [2] .

وقال تعـــالى : « وأيوب إذ نادى ربه أنى مســـنى الضر وأنت أرحـــم الراحمين فاستجبنا له فكشفنا ما به من ضر » الآية [3] : وروينا فى صحيح البخارى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليـــه وآله وسلم بينما أيوب يغتسل عرياناً إذ خر عليه جراد من ذهب فجعل يحثى فى ثوبه فناداه ربه يا أيوب ألم أكن أغنيتك عما ترى قال : بلى يا رب ولكن لا غنى بى عن بركتك » وكان أيوب ببلاد حوران وقبره مشهور عندهم فى قرية بقرب نوى عليه مشهد ومسجد وقرية موقوفة على مصالحه وعين جارية فيها قدم فى حجر يقولون إنه أثر قـــدمه ويغتســـلون مـــن العين ويشربون متبركين ، ويقولون : إنها المذكورة فى القرآن ، وهى قطع كبيرة جداً فى وسط صخرة عظيمة وعليها مشهد وهناك صخرة عليها مشهد يقولون : إنه

---

(١) الآية : ٤١ من سورة الانبياء .
(٣) الآية : ١٦٣ من سورة النساء.
(٢) الآية : ٨٣ من سورة الانبياء .

كان يستند إليها ويزورونها ويعتقدون بركة تلك المواضع كلها والله أعلم . ا هـ تهذيب الأسماء واللغات جـ ١ ص ١٣١ .

يوسف الصديق عليه السلام

أما يوسف عليه السلام فهو ابن يعقوب بن إسحاق بن إبراهيم خليل الرحمن صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين ، مذكور فى المهذب فى آخر باب الوقف وفى يوسف ست لغات أو ستة أوجه ضم السين وفتحها وكسرها مع الهمز وبتركه والفصيح الذى جاء به القرآن ضمها بلا همز وهو اسم عجمى والصواب أنه لا اشتقاق له ولبعض المفسرين وغيرهم تخبيط فى اشتقاقه ويوسف هذا نبى الله ابن نبى الله ابن نبى الله ابن نبى الله وخليله صلوات الله وسلامه عليهم ، وذكر الله تعالى قصته فى القرآن مبسوطة مفصلة أكمل البسط ، وسورته مختصة بقصته إلى ما انضم إليها والأحاديث الصحيحة متظاهرة بفضائله منها حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « الكريم ابن الكريم ابن الكريم ابن الكريم يوسف بن يعقوب ابن إسحاق بن إبراهيم » رواه البخارى . وعن أبى هريرة قال : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أكرم الناس ؟ قال : أتقاهم لله قالوا : ليس عن هذا نسألك قال : فأكرم الناس يوسف ابن نبى الله ابن نبى الله وخليل الله ، رواه البخارى ، وعن أبى هريرة أيضاً قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (ولو لبثت فى السجن ما لبث يوسف ثم أتانى الداعى لأجبته) رواه البخارى ومسلم وهذا لفظ البخارى .

وعن أنس فى حديث الإسراء أن رسول الله قال : ثم عرج بى إلى السماء الثالثة ففتح لنا فإذا أنا بيوسف إذا هو قد أعطى شطر الحسن فرحب بى ودعا لى بخير ، وذكر أبو إسحاق الثعلبى فى كتابه العرائس فى قصة يوسف أنه كان أبيض اللون حسن الوجه جعد الشعر ضخم العين مستوى الخلق غليظ الساعدين والعضدين والساقين خميص البطن أقنى الأنف صغير السرة ، وكان بخده الأيمن خال أسود وكان ذلك الخال يزين وجهه ، وبين عينيه شامة تزيده حسناً ، وكان جده إسحاق حسناً وكانت أم إسحاق سارة

حسنة ، قالوا : وأعطى الله تعالى يوسف من الحسن وصفاء اللون ونقاء البشرة ما لم يعط أحداً . قالوا : ورثت سارة هذا الحسن من جدتها حواء زوج آدم قال الثعلبى عن العلماء بأخبار الماضين : أقام يعقوب وأولاده بعد قدومهم على يوسف بمصر أربعاً وعشرين سنة بأغبط عيش فلما حضرته الوفاة أوصاهم بأن يحمل جسده إلى بيت المقدس ويدفن عند أبيه وجده فخرج به يوسف وإخوته وعسكره محمولا فى تابوت وكان عمر يعقوب مائة وسبعة وأربعين سنة وعاش يوسف بعد يعقوب ثلاثة وعشرين سنة وتوفى وهو ابن مائة وعشرين ودفن بمصر فى النيل ثم حمله موسى فى زمنه إلى الشام حين خرجت بنو إسرائيل من مصر إلى الشام أفاده النووى فى التهذيب .

موسى بن عمران عليه السلام

وأما موسى فقال النووى رضى الله عنه : (موسى بن عمران) النبى صلى الله عليه وسلم تكرر فى هذه الكتب هو نبى الله ورسوله وصفيه وكليمه قال الله تعالى : « يا موسى إنى اصطفيتك على الناس برسالاتى وبكلامى فخذ ما آتيتك وكن من الشاكرين،وكتبنا له فى الألواح من كل شىء »[1]وقال تعالى:« إن الله اصطفى آدم ونوحاً وآل إبراهيم وآل عمران على العالمين »[2] وقال تعالى:« ولقد آتينا موسى وهارون الفرقان وضياء وذكرى للمتقين»[3] وقال تعالى : « وهل أتاك حديث موسى إذ رأى ناراً فقال لأهله امكثوا إنى آنست ناراً » الآية [4] وقال تعالى : « فلما قضى موسى الأجل وسار بأهله آنس من جانب الطور ناراً » الآيات [5] ، وما قبلها من أول السورة ، وقال تعالى : « لا تكونوا كالذين آذوا موسى فبرأه الله مما قالوا وكان عند الله

---

(١) الآية : ١٤٤ من سورة الأعراف .
(٢) الآية : ٣٣ من سورة آل عمران .
(٣) الآية : ٤٨ من سورة الأنبياء .
(٤) الآية : ٩ من سورة طه .
(٥) الآية : ٢٩ من سورة القصص .

وجيها » [1] والآيات فى فضله وتكريم الله تعالى والثناء عليه وأنواع مكارمه معلومة .

وأما الأحاديث الصحيحة فى فضله فكثيرة مشهورة ، ففى الصحيحين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « يرحم الله موسى قد أوذى بأكثر من هذا فصبر » وفى الصحيحين عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : « لا تخيرونى على موسى فإن الناس يصعقون فأكون أول من يفيق ، فإذا موسى باطش بجانب العرش فلا أدرى أكان فيمن صعق فأفاق أم كان ممن استثنى الله تعالى » وهذا الحديث متأول لأن نبينا عليه السلام أفضل المخلوقين فيحتمل أن هذا الكلام قبل أن يعلم أنه أفضل فلما علم قال : أنا سيد ولد آدم ، ويحتمل أن يكون قاله تواضعاً ، ويحتمل أن يكون نهى عن تخيير يؤدى إلى الخصومة والفتنة ، ويحتمل أن النهى عن تخيير يؤدى إلى الإزراء ببعضهم ، ويحتمل : لا تخيرونى فى نفس النبوة فإنها لا تتفاوت ، وإنما الفضائل بأمور أخرى معها ، وهذه الأوجه الخمسة مقولة فى قوله : لا تخيروا بين الأنبياء ، وفى الصحيحين مثله أو نحوه عن أبى سعيد الخدرى ، وفى الصحيحين عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : عرضت علىّ الأمم فرأيت سواداً كبيراً سد الأفق فقيل : هذا موسى فى قومه ، وفى الصحيحين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « مر ليلة أسرى به على موسى فى السماء السادسة وأنه قال لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم حين فرض الله عليه وعلى أمته خمسين صلاة كل يوم وليلة : أما ترجع فتسأل الله التخفيف فمازال يقول له حتى جعلها خمساً » .

وفى الصحيحين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وصف موسى فقال : « هو آدم طوال جعد كأنه من رجال شنوءة » وفى الصحيحين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين مر بوادى الأزرق وهو موضع بين مكة والمدينة قال : كأنى أنظر إلى موسى هابطاً من الثنية وله جؤار إلى الله تعالى

---

(١) الآية : ٦٩ من سورة الأحزاب .

بالتلبية » ، وفى رواية « واضعاً أصبعيه فى أذنيه له جؤار بالتلبية » وفى رواية « على جمل أحمر مخطوم بخلبة » والخلبة بضم الخاء المعجمة الليف . قال أبو إسحاق الثعلبى فى كتاب العرائس : هو موسى بن عمران بن يصهر ابن قاهت بن لاوى بن يعقوب بن إسحاق بن إبراهيم صلى الله عليه وسلم ، وكان عمر عمران حين توفى مائة وسبعة وثلاثين سنة قال : قال أهل التاريخ : لما مات الريان بن الوليد (!!!) وهو فرعون مصر الأول (!!) صاحب يوسف الذى ولاه خزائن الأرض وأسلم على يديه ملك بعده جبار وأبى أن يسلم ثم مات فملك بعده جبار آخر وتوفى يوسف وأقامت بنو إسرائيل بمصر وقد كثروا ونشأ لهم ذرية وهم تحت أيدى العمالقة وهم على بقايا من دينهم الذى كان يوسف ويعقوب وإسحاق وإبراهيم صلى الله عليهم وسلم شرعوه لهم متمسكين حتى كان فرعون موسى الذى بعثه الله تعالى إليه ولم يكن فى الفراعنة أعتى منه ولا أقسى قلبا منه ولا أطول عمراً فى الملك منه ، ولا أسوأ ملكة لبنى إسرائيل ، وكان يعذبهم ويستعبدهم وجعلهم خدماً وخولا وعاش فيهم أربعمائة سنة !! ولما ولد موسى جرى له مع فرعون ما أخبر الله تعالى به فى كتابه ، فلما كبر قتل القبطى ثم خرج خائفاً يترقب فلما ورد ماء مدين جرى له هناك مع شعيب ما جرى وتزوج بنته كما أخبر الله تعالى به فلما قضى موسى الأجل وهو أكمل الأجلين عشر سنين ثبت ذلك فى الصحيح عن ابن عباس سار بأهله فآنس من جانب الطور ناراً فجرى له ما أخبر الله به فى كتابه . قال بعض المفسرين لم يقرب موسى امرأة للاستمتاع من حين سمع كلام رب العالمين . وقال المفسرون فى قول الله : « ولقد آتينا موسى تسع آيات بينات »[1] قالوا: العصا واليد البيضاء والطوفان والجراد والقمل والضفادع والدم والطمسة وفلق البحر . قال الثعلبى : وكان عمر موسى عليه السلام حين توفى مائة وعشرين سنة اهـ . هكذا أفاده النووى فى تهذيب الأسماء واللغات .

---

(١) الآية : ١١ من سورة الاسراء .

هارون عليه السلام

أما هرون فقال النووى فى التهذيب (هارون النبى) صلى الله عليه وسلم أخو موسى مذكور فى المهذب فى كتاب الوقف على الذرية قال الله تعالى : « ولقد آتينا موسى وهارون الفرقان وضياء وذكراً للمتقين »[1] وقال تعالى : « ولقد مننا على موسى وهارون ، ونجيناهما وقومهما من الكرب العظيم ونصرناهم فكانوا هم الغالبين . وآتيناهما الكتاب المستبين ، وهديناهما الصراط المستقيم . وتركنا عليهما فى الآخرين ، سلام على موسى وهارون ، إنا كذلك نجزى المحسنين . إنهما من عبادنا المؤمنين » [2] .

« قال رب اشرح لى صدرى ويسر لى أمرى واحلل عقدة من لسانى ، يفقهوا قولى ، واجعل لى وزيراً من أهلى هارون أخى اشدد به أزرى وأشركه فى أمرى » إلى آخر القصة . والآيات فى فضله مشهورة . قال الثعلبى فى العرائس : قال كعب الأخبار : كان هارون فصيح اللسان بيّن الكلام اذا تكلم تكلم بتؤدة وكان أطول من موسى وتوفى قبل موسى صلى الله عليه وسلم ، وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم (أن موسى عليه السلام دفنه فى شعب أحد) أخرجه إمام الشام ابن عساكر . وثبت فى الصحيحين من رواية فى حديث الإسراء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ثم عرج بنا إلى السماء الخامسة فاستفتح جبريل فقيل من هذا ؟ قال جبريل قيل : ومن معك ؟ قال : محمد ففتح لنا ، فإذا بهارون فرحب ودعا لى بخير) وروينا فى تاريخ دمشق عن أبى سعيد الخدرى عن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى حديث الإسراء ثم صعدت إلى السماء الخامسة فإذا أنا بهارون ونصف لحيته أبيض ونصفها أسود يكاد لحيته تضرب سرته من طولها قلت : يا جبريل من هذا ؟ قال : هذا المحبب فى قومه هذا هارون بن عمران . وجمع هارون هارونون ا هـ .

أما زكريا ويحيى فسنورد ترجمتهما فى كتاب الشهادات إن شاء الله

---

(١) الآية : ١٢٠ من سورة الصافات .
(٢) الآية : ١١٤ من سورة الصافات .

تعالى حيث ذكرهما المصنف ويقع فى الجزء العشرين آخر أجزاء هذا السفر المبارك ولله الحمد والمنة .

أما عيسى عليه السلام فسوف نورده إن شاء الله تعالى فى الجهاد والسير وهو الجزء الثامن عشر .

الياس عليه السلام

ليس فى جميع نسخ المهذب ذكر له وليس فى جميع طبعات المجموع ذكر إلياس حتى اطلعنا على مادة إلياس فى المهذب فعرفنا أنه ذكر فى كتاب الوقف وليس فى الوقف من المهذب مكان لذكره إلا هنا وقد أثبتناه بين مقفوفين ثقة منا بما جاء فى كلام النووى رحمه الله ونفعنا ببركاته وبعلومه قال رحمه الله تعالى صفحة ١٢٥ من الجزء الأول من تهذيب الأسماء واللغات (إلياس) رسول رب العالمين مذكور فى المهذب فى الوقف قال الله تعالى : « وإن إلياس لمن المرسلين » [٢] وقال تعالى: «وزكريا ويحيى وعيسى وإلياس من الصالحين » الآيات [٢] ، وقرأ الجمهور « وأن إلياس » بتحقيق الهمزة المكسورة وعن ابن ذكوان وصلها . وفى صحيح البخارى فى كتاب الأنبياء قال : ويذكر عن ابن مسعود وابن عباس أن إلياس هو إدريس ا هـ . من التهذيب ومنه نقلته .

وقوله الأثرة وهى أن يخص قوما دون قوم ، مثل أن يقف على أولاده فيخص الذكور دون الإناث أو العكس . وأما التقديم والتأخير فيستحق بأمرين بالمفاضلة ، مثل أن يقول وقفت على أولادى للذكر مثل حظ الأنثيين أو على أن للأنثى الثلثين والذكر الثلث مثلا ، والثانى : أن يقول على أن البطن الأعلى يقدم على البطن الثانى .

وأما التسوية فأن يسوى بين الغنى والفقير أو بين الذكور والإناث والإطلاق يقتضى ذلك . وأما إخراج من شاء بصفة فمثل أن يقول وقفت على

---

(١) الآية : ١٣٢ من سورة الصافات .
(٢) الآية : ٨٥ من سورة الأنعام .

أولادى على أن من اشتغلت ممثلة فلا حق لها ، أو من استغنى من أولادى فلا حق له فيه ، ويمكن أن يقول : إذا رجعت عن التمثيل أو افتقر فيرد إليه .

وأما كتاب عمر رضى الله عنه فقد أخرجه أبو داود ، ولفظه حدثنا سليمان المهرى قال : أخبرنا ابن وهب قال : أخبرنى الليث عن يحيى بن سعيد عن صدقة عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : نسخها لى عبد الحميد بن عبد الله ابن عبد الله بن عمر بن الخطاب :

بسم الله الرحمن الرحيم . هذا ما كتب عبد الله عمر فى ثمغ ، فقص من خبره نحو حديث نافع قال : غير متأثل مالا . فما عفا عنه من ثمره فهو للسائل والمحروم .

قال وساق القصة قال : وإن شاء ولى ثمغ اشترى من ثمره رقيقاً لعمله وكتب معيقيب ، وشهد عبد الله بن الأرقم . بسم الله الرحمن الرحيم . هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث ، أن ثمغاً وصرمة ابن الأكوع والعبد الذى فيه ، والمائة سهم التى بخيبر ، ورقيقه الذى فيه ، والمائة التى أطعمه محمد صلى الله عليه وسلم بالوادى ، تليه حفصة ما عاشت ، ثم يليه ذو الرأى من أهلها أن لا يباع ولا يشترى ، ينفقه حيث رأى من السائل والمحروم وذى القربى ولا حرج على من وليه إن أكل أو آكل أو اشترى رقيقاً منه » .

وبعد ، فان هذا الفصل يشتمل على أحكام نبحثها مستعينين بالله مستمدين منه التوفيق والسداد فنقول :

إذا وقف على ولده لا يدخل فيه ولد الولد بحال ، سواء فى ذلك ولد البنين وولد البنات ، لأن الولد حقيقة وعرفا إنما هو ولده لصلبه ، وإنما يسمى ولد الولد ولداً مجازاً ، ولهذا يصح نفيه . فيقال ما هذا ولدى إنما هو ولد ولدى . وإن قال : على ولدى لصلبى فهو آكد . وإن قال : على ولدى وولد ولدى ثم على المساكين ، دخل فيه البطن الأول والثانى ولم

يدخل فيه البطن الثالث . وإن قال على ولدى وولد ولدى وولد ولد ولدى دخل فيه ثلاث بطون دون من بعدهم ، وموضع الخلاف الإطلاق .

فأما مع وجود دلالة تصرف إلى أحد المحملين فإنه يصرف إليه بغير خلاف كأن يقول : على ولد فلان وهم قبيلة ليس فيهم ولد من صلبه فإنه يصرف إلى أولاد الأولاد باتفاق .

وكذلك إن قال : على أولادى أو ولدى وليس له ولد من صلبه ، أو قال ويفضل ولد الأكبر أو الأعلم على غيرهم . أو قال : فإذا خلت الأرض من عقبى عاد إلى المساكين . وإن اقترنت به قرينة تقتضى تخصيص أولاده لصلبه بالوقف مثل أن يقول : على ولدى لصلبى أو الذين يلوننى ونحو هذا فإنه يختص بالبطن الأول دون غيرهم .

وقال أحمد فى رواية المروذى : قلت لأبى عبد الله ما تقول فى رجل وقف ضيعة على ولده فمات الأولاد وتركوا النسوة حوامل ؟ فقال : كل ما كان من أولاد الذكور بنات كن أو بنين فالضيعة موقوفة عليهم ، وما كان من أولاد البنات فليس لهم فيه شىء لأنهم من رجل آخر .

وقال أيضاً فيمن وقف على ولد على بن إسماعيل ولم يقل إن مات ولد على بن إسماعيل دفع إلى ولد ولده ، فمات ولد على بن إسماعيل ؛ دفع إلى ولد ولده أيضاً لا أن هذا من ولد على بن اسماعيل . ووجه ذلك قوله تعالى « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » [1] فدخل فيه ولد البنين وإن سفلوا ، ولما قال « ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد » [2] فتناول ولد البنين ، وخالف القاضى وأصحابه من الحنابلة ووافقوا مذهب الشافعى رضى الله عنه فيها .

فرع إذا قال وقفت هذا على ولدى وولد ولدى ما تناسلوا وتعاقبوا الأعلى فالأعلى أو الأقرب أو الأول أو البطن الأول ثم البطن

---

(١) الآية : ١١ من سورة النساء .
(٢) الآية : ١١ من سورة النساء .

الثانى أو قال على أولادى ثم على أولاد أولادى ، أو قال على أولادى فإن انقرضوا فعلى أولاد أولادى ، فكل هذا على الترتيب فيكون على ما شرط، ولا يستحق البطن الثانى شيئاً حتى ينقرض البطن كله ، ولو بقى واحد من البطن الأول كان الجميع له ، لأن الوقف ثبت بقوله فيتبع فيه مقتضى كلامه .

فإن قال : على أولادى وأولادهم ما تناسلوا وتعاقبوا على أنه من مات منهم عن ولد كان ما كان جارياً عليه جارياً على ولده كان ذلك دليلا على الترتيب ، لأنه لو اقتضى التشريك لاقتضى التسوية ، ولو جعلنا لولد الولد سهما مثل سهم أبيه ثم دفعنا إليه سهم أبيه صار له سهمان ولغيره سهم ، وهذا ينافى التسوية ، ولأنه يفضى إلى تفضيل ولد الابن على الابن ، وهذا يخالف إرادة الواقف .

فإن قال وقفت على ولدى وولد ولدى ثم على أولادهم ، أو على أولادى ثم على أولاد أولادى وأولادهم ما تناسلوا ، أو قال على أولادى وأولاد أولادى ثم على أولاد أولادهم ما تناسلوا فهو على ما قال ، يشترك فيه من شرك بينهم بواو العطف المقتضية للاشتراك بين ما بعدها فى الحكم مع ما قبلها .

ففى الصورة الأولى يشترك الولد وولد الولد ثم إذا انقرضوا صار لمن بعدهم وفى الثانية يختص به الولد ، فإذا انقرضوا صار مشتركاً بين من بعدهم ، وفى الثالثة يشترك فيه البطنان الأولان دون غيرهم ، فإذا انقرضوا اشترك فيه من بعدهم . ومن وقف على أولاده أو أولاد غيره وفيهم حمل لم يستحق شيئاً قبل انفصاله لأنه لم تثبت له أحكام الدنيا قبل انفصاله .

ويروى عن جعفر بن محمد فيمن وقف نخلا على قوم وما توالدوا ثم ولد مولود ، فإن كانت النخل قد أبرت فليس له فيه شىء ، وإن لم تكن قد أبرت فهو معهم . وهذا الحكم راجع إلى اتباع الأصل فى البيع ، وهذا الموجود يستحق نصيبه من الأصل ، وبعد التأبير لا تتبع الأصل ، ويستحقها من كان له الأصل فكانت للموجود قبل التأبير لأن الأصل كان له فاستحق

ثمرته ، كما لو باع هذا النصيب منها ، ولم يستحق المولود منها شيئاً كالمشترى ، وهذا الحكم فى سائر الشجر الظاهر ، فإن المولود لا يستحق منه شيئاً ويستحق مما ظهر بعد ولادته .

فرع إذا وقف على قوم وأولادهم وذريتهم دخل فى الوقف ولد البنين بغير خلاف نعلمه . فأما ولد البنات فمذهب الشافعى رضى الله عنه أنهم يدخلون وقال الخرقى من أصحاب أحمد : لا يدخلون . وقال أحمد فيمن وقف على ولده : ما كان من ولد البنات فليس لهم فيه شىء ..

قال ابن قدامة : وهذا النص يحتمل أن يعدى إلى هذه المسألة ويحتمل أن يكون مقصوراً على من وقف على ولده ولم يذكر ولد ولده .

وممن قال : لا يدخل ولد البنات فى الوقف الذى على أولاده وأولاد أولاده مالك ومحمد بن الحسن . وهكذا إذا قال : على ذريتهم أو نسلهم أو عقبهم ، وقال أبو بكر وعبد الله بن حامد من الحنابلة : يدخل فيه ولد البنات ، وهو مذهب أبى يوسف ، لأن البنات أولاده ، فأولادهن أولاد حقيقة ، فيجب أن يدخلوا فى الوقف لتناول اللفظ لهم .

وقد دل على صحة هذا قول الله تعالى « ونوحا هدينا من قبل ، ومن ذريته داود وسليمان ــ إلى قوله تعالى ــ وعيسى » [1] وهو من ولد بنته فجعله من ذريته وكذلك ذكر الله تعالى قصة عيسى وابراهيم وموسى واسماعيل وإدريس ثم قال « أولئك الذين أنعم الله عليهم من النبيين من ذرية آدم وممن حملنا مع نوح ومن ذرية إبراهيم وإسرائيل » [2] وعيسى فيهم . وقال النبى صلى الله عليه وسلم على المنبر « إن ابنى هذا سيد يصلح الله على يديه بين فئتين عظيمتين من المسلمين » يعنى الحسن بن على رواه أحمد والبخارى والترمذى عن أبى بكرة رضى الله عنه .

---

(١) الآية : ٨٤ سورة الأنعام .
(٢) الآية : ٥٨ من سورة مريم .

وعن أنس قال « بلغ صفية أن حفصة قالت : بنت يهودى فبكت فدخل عليها النبى صلى الله عليه وسلم وهى تبكى وقالت : قالت لى حفصة : أنت ابنة يهودى . فقال النبى صلى الله عليه وسلم : إنك لابنة نبى ، وإن عمك لنبى وإنك لتحت نبى فيم تفتخر عليك ؟ ثم قال : اتقى الله يا حفصة » رواه أحمد والترمذى وصححه والنسائى . وفى حديث عن أسامة بن زيد أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لعلى : « وأما أنت يا على فختنى وأبو ولدى » رواه أحمد .

وعن أسامة بن زيد أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ــ وحسن وحسين على وركيه « هذان ابناى وابنا ابنتى ، اللهم إنى أحبهما فأحبهما وأحب من يحبهما » رواه الترمذى وقال : حديث حسن غريب . وأخرج نحوه الترمذى من حديث البراء بن عازب بدون قوله : هذان ابناى ولفظه « أبصر حسناً وحسينا فقال : اللهم إنى أحبهما فأحبهما » وللشيخين من حديث البراء أيضاً بنحوه .

ولما قال الله تعالى« وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » [1] دخل التحريم حلائل أبناء البنات ، ولما حرم الله تعالى البنات دخل فى التحريم بناتهن ، فإن وقف على عترته فقد قال فى المصباح : العترة نسل الإنسان ، قال الأزهرى : وروى ثعلب عن ابن الأعرابى أن العترة ولد الرجل وذريته وعقبه من صلبه ، ولا تعرف العرب من العترة غير ذلك ، ويقال : رهطه الأدنون ، ويقال : أقرباؤه . ومنه قول أبى بكر رضى الله عنه : نحن عترة رسول الله صلى الله عليه وسلم التى خرج منها ، وبيضته التى تفقأت عنه . وعليه قول ابن السكيت : العترة والرهط بمعنى . رهط الرجل قومه وقبيلته الأقربون . وقد أثبتنا مذاهب العلماء فى (فصل ولا يجوز إلا على سبيل لا ينقطع) فارجع إليه .

وإن وقف على من ينسب إليه لم يدخل فيه أولاد البنات لأنهم لا ينسبون إليه . قال الشاعر :

---

(١) الآية : ٣٢ من سورة النساء .

بنـــونا بنو أبنائنـــا وبناتنـــا بنوهن أبنـــاء الرجال الاباعد

وقد أورد المصنف البيت بإبدال القافية والمحفوظ هو ما أثبتناه .

فـــرع لا يدخل الولد المنفى بلعان إلا أن يستلحقه فيستحق حينئذ من الريع الحاصل قبل استلحاقه وبعده حتى يرجع بما يخصه فى مدة النفى وينتفى الولد بقوله : أشهد بالله لقد زنت وما هـذا ولدى ، فينتفى بلعان الزوج وحده خلافاً للحنابلة ، فانهم لا يعتبرون نفى الزوج وحـده ، وإنما يعتبرون النفى باللعان التام ، وهو أن يوجد اللعان بينهما جميعاً فلا ينتفى بلعان الزوج وحده . والله تعالى أعلم .

حكم قيام الفـرع مقام الأصل

جرى أكثر الواقفين على أن يجعلوا أوقافهم بعد موتهم على أولادهم ثم أولاد أولادهم ثم على أولاد أولاد أولادهم ، وهكذا ثم على ذريتهم ونسلهم وعقبهم طبقة بعد طبقة ونسلا بعد نسل وجيلا بعد جيل ، الطبقة العليـا منهم تحجب الطبقة السفلى من نفسها لا من غيرها بحيث يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره يستقل به الواحد منهم إذا انفرد ويشترك الاثنان فما فوقهما عند الاجتـماع على أن من مات منهـم وترك ولدا أو ولد ولد أو أسفل من ذلك انتقل نصيبه من ذلك لولده أو ولد ولده وإن سفل ، فإن لم يكن له ولد ولا ولد ولد ولا أسفل انتقل نصيبه من ذلك لإخوته وأخواته المشاركين له فى الدرجة والاستحقاق .

فإن لم يكن له إخوة ولا أخوات فلمن فى طبقته وذوى درجته ، فان لم يكن أحد فى طبقته فلأقرب الطبقات إليه ، وبعض الواقفين يسقط اشتراط الانتقال للإخوة والأخوات مكتفيا باشتراط الانتقال لمن فى طبقته ، وعلى أن من مات منهم قبل دخوله فى هذا الوقف واستحقاقه لشىء من منافعـه وترك ولداً أو ولد ولد أو أسفل قام ولده أو ولد ولده وإن سفل مقـامه فى الدرجة والاستحقاق ، واستحق ما كان أصله يستحقه أن لو كان حيـا

باقياً ، وبعض الواقفين يعبر فى الشرط الأخير بقوله « ومن مات من أهل الوقف الموقوف عليهم قبل دخوله فى هذا الوقف إلى آخر الشرط » .

وقد نسب إلى بعض العلماء اختلاف فى أن فرع من مات قبل الاستحقاق لا يستحق فى الوقف أصلا قبل أيلولة الاستحقاق إلى أهل طبقته المعينة نه بترتيب الواقف الأصلى بقوله طبقة بعد طبقة ، وما قبله ؛ أى لا يستحق مادام واحد من أهل الطبقة التى قبل طبقته موجوداً عزا ذلك الإمام ابن عابدين إلى شيخ أشياخنا الامام تقى الدين السبكى صاحب المحاولة الأولى لهذه التكملة وسنأتى على فتواه فى هذا المقام مما اعتمد عليه ابن عابدين فى عزوه هذا وقالت طائفة : انه يستحق النصيب الأصلى لأصله الذى يستحقه أصله لو كان حيا عند أيلولة الاستحقاق إلى طبقته أى طبقة الأصل ، ولا يأخذ زيادة عليه من أنصباء الذين يموتون بعد الاستحقاق لا عن ذرية من إخوة من مات قبل الاستحقاق إذا كان الشرط انتقاله لإخوته ، ولا من أنصباء الذين يموتون ممن فى طبقته ــ أى طبقة من مات قبل الاستحقاق عند عدم اشتراط الانتقال للاخوة ، والاكتفاء باشتراط الانتقال لمن فى الطبقة ــ وبه أفتى جماعة من علماء المالكية والشافعية والحنفية .

وقال جمع كثير : إنه يشارك فى أنصباء كل من ذكر زيادة على نصيب أصله الأصلى ، سواء كان الشرط الانتقال للإخوة أو الاكتفاء باشتراط الانتقال لمن فى الطبقة ، وبه أفتى جمع من المالكية والشافعية والحنفية .

وإليك بعض هذه الفتاوى مع بيان دليل كل فيما ذهب إليه .

فتوى الشيخ تقى الدين على بن عبد الهادى السبكى نقلا عن الأشـــباه والنظائر للسيوطى فى القاعدة العـــاشرة

فمن ذلك أنه رفع إلى الشيخ تقى الدين السبكى سؤال عن حادثةرجل وقف على نفسه ثم على أولاده ثم على أولادهم ونسله وعقبه ذكراً وأنثى ، للذكر مثل حظ الأنثيين ، على أن من توفى منهم عن ولد أو نسل عاد ما كان جارياً عليه على ولده ثم على ولد ولده ثم على نسله على الفريضة ، على أن من توفى من غير نسل عاد ما كان جارياً عليه على من فى درجته من أهـــل الوقف ، يقدم الأقر بفالأقرب ، ويستوى الأخ الشقيق والأخ من الأب ، وعلى أن من مات من أهل الوقف قبل استحقاقه لشىء وترك ولداً أو أسفل منه استحق ما كان يستحقه المتوفى لو بقى حيا إلى أن يصير إليه شىء من منافع الوقف المذكور ، فإذا انقرضوا فعلى الفقراء .

وتوفى الموقوف عليه وانتقل الوقف إلى ولديه أحمد وعبد القادر ، ثم توفى عبد القادر عن ثلاثة أولاد هم على وعمر ولطيفة وولدى ولده محمد المتوفى فى حياة أبيه عبد القادر ، هما عبد الرحمن وملكة ، ثم توفى عمـــر من غير نسل ، ثم توفيت لطيفة عن بنت تسمى فاطمة ثم توفى على عن بنت تدعى زينب ثم توفيت فاطمة بنت لطيفة بلا نسل فإلى من ينتقل نصـــيب فاطمة فأجاب مبينا أن عبد القادر [1] لما توفى انتقل نصيبه إلى أولاده الثلاثة لعلى خمساه ولعمر خمساه وللطيفة الخمس ، هذا هو الظاهر عندنا ويحتمل أن يقال : يشاركهم عبد الرحمن وملكة ولدا محمد المتوفى فى حياة أبيـــه وينزلا منزلته فيقسم أسباعاً لهما سبعان ولعلى وعمر كل واحـــد ســـبعان وللطيفة السبع .

---

(١) وأول اجابته (الذى يظهر لى الآن ان نصيب عبد القادر يقسم هذا الوقف الى ستين جزءاً لعبد الرحمن منه اثنان وعشرون لملكة أحد عشر ولزينب سبعة وعشرون ولا يستمر هذا الحكم فى اعقابهما ، بل كل وقت بحسبه) .

وهذا وإن كان محتملا فهو مرجوح عندنا ، لأن الاعتماد فى مأخذه على ثلاثة أمور :

(الأول) أن مقصود الواقف أن لا يحرم أحداً من ذريته . وهذا ضعيف لأن المقاصد لا تعتبر إذا لم يدل عليها اللفظ .

(الثانى) إدخالهم فى الحكم وجعل الترتيب بين كل أصل وفرعه لا بين الطبقتين جميعاً ، وهذا محتمل ، لكنه خلاف الظاهر .

(الثالث) الاستناد إلى قول الواقف : إن من مات من أهل الوقف قبل استحقاقه لشىء قام ولده مقامه ، وهذا أقوى ، ولكنه إنما يتم لو صدق على محمد المتوفى فى حياة أبيه عبد القادر أنه من أهل الوقف [ولا يتم ذلك] .

وقال فى بيانه : مما ينبغى أن يتنبه له أن بين أهل الوقف والموقوف عليهم عموماً وخصوصاً من وجه ، فإذا وقف على زيد ثم عمرو ثم أولاده — أى عمرو — فعمرو موقوف عليه فى حياة زيد ، لأنه معين ، قصده الواقف بخصوصه وسماه وعينه ، وليس من أهل الوقف حتى يوجد شرط استحقاقه وهو موت زيد ، وأولاده إذا آل إليهم الاستحقاق ، كل واحد منهم من أهل الوقف ، وليس موقوفاً عليه بخصوصه ، لأن الواقف لم يعينه ، وإنما الموقوف عليه جهة الأولاد كالفقراء قال : فتبين بذلك أن ابن عبد القادر والد عبد الرحمن لم يكن من أهل الوقف أصلا ولا موقوفاً عليه لأن الواقف لم ينص على اسمه قال : وقد يقال : إن المتوفى فى حياة أبيه يستحق أنه لو مات أبوه جرى عليه الوقف فينتقل هذا الاستحقاق إلى أولاده ، وقد كنت فى وقت أبحته ثم رجعت عنه .

فإن قلت : قد قال الواقف : إن من مات من أهل الوقف قبل استحقاقه لشىء فقد سماه من أهل الوقف مع عدم استحقاقه ، فيدل على أنه أطلق أهل الوقف على من لم يصل إليه الوقف فيدخل محمد والد عبد الرحمن وملكة فى ذلك فيستحقان ، ونحن إنما نرجع فى الأوقاف إلى ما يدل عليه لفظ واقفها، سواء وافق ذلك عرف الفقهاء أم لا . قلت : لا نسلم مخالفة ذلك لما قلناه .

أما أولا فلأنه لم يقل : (قبل استحقاقه) وإنما قال : (قبل استحقاقه لشيء) فيجوز أن يكون قد استحق شيئاً صار به من أهل الوقف ، ويترقب استحقاقاً فيموت قبله ، فنص الواقف على أن ولده يقوم مقامه فى ذلك الشيء الذى لم يصل إليه .

ولو سلمنا أنه قال : (قبل استحقاقه) فيحتمل أن يقال : إن الموقوف عليه أو البطن بعده ــ وإن وصل إليه الاستحقاق ، أعنى أنه صار من أهل الوقف ــ قد يتأخر استحقاقه إما لأنه مشروط بمدة ، كقوله : (فى كل سنة كذا) فيموت فى أثنائها أو ما أشبه ذلك ، فيصح أن يقال : إن هذا من أهل الوقف ، وإلى الآن ما استحق من الغلة شيئاً ، إما لعدمها أو لعدم شرط الاستحقاق بمضى زمان أو غيره ، فهذا حكم الوقف بعد موت عبد القادر .

فلما توفى عمر عن غير نسل انتقل نصيبه إلى أخويه عملا بشرط الواقف لمن فى درجته ، فيصير نصيب عبد القادر كله بينهما أثلاثاً لعلى الثلثان وللطيفة الثلث ، ويستمر حرمان عبد الرحمن وملكة .

فلما ماتت لطيفة انتقل نصيبها وهو الثلث إلى بنتها ، ولم ينتقل لعبد الرحمن وملكة شيء ، لوجود أولاد عبد القادر وهم يحجبونهم لأنهم أولاده ، وقد قدمهم على أولاد الأولاد الذين هم منهم .

فلما توفى على بن عبد القادر وخلف بنته زينب احتمل أن يقال : نصيبه كله ، وهو ثلثا نصيب عبد القادر لها ، عملا بقول الواقف : (من مات منهم عن ولد انتقل نصيبه لولده) وتبقى هى وبنت عمتها مستوعبتين لنصيب جدهما ، لزينب ثلثاه ، ولفاطمة ثلثه . واحتمل أن يقال : إن نصيب عبد القادر كله يقسم الآن على أولاده عملا بقول الواقف : (ثم على أولاده ثم على أولاد أولاده) فقد أثبت لجميع أولاد الأولاد استحقاقاً بعد الأولاد ، وإنما حجبنا عبد الرحمن وملكة وهما من أولاد الأولاد بالأولاد ، فإذا انقرض الأولاد زال الحجب ، فيستحقان . ويقسم نصيب عبد القادر بين جميع أولاد أولاده ، فلا يحصل لزينب جميع نصيب أبيها وينقص ما كان

بيد فاطمة بنت لطيفة ، وهذا أمر اقتضاه النزول الحادث بانقراض طبقة الأولاد المستفاد من شرط الواقف : أن أولاد الأولاد بعدهم .

ولاشك أن فيه مخالفة لظاهر قوله : (إن من مات فنصيبه لولده) فإن ظاهره يقتضى أن نصيب على لبنته زينب ، واستمرار نصيب لطيفة لبنتها فاطمة فخالفناه بهذا العمل فيهما جميعاً ولو لم نخالف ذلك لزمنا مخالفة قول الواقف : « إن بعد الأولاد يكون لأولاد الأولاد » وظاهره يشمل الجميع .

فهذان الظاهران تعارضا ، وهو تعارض قوى صعب ، ليس فى هذا الوقف محز أصعب منه ، وليس الترجيح فيه بالهين ، بل هو محل نظر الفقيه ، وخطر لى فيه طرق :

منها : أن الشرط المقتضى لاستحقاق الأولاد جميعهم متقدم فى كلام الواقف ، والشرط المقتضى لإخراجهم بقوله (من مات انتقل نصيبه لولده) متأخر . فالعمل بالمتقدم أولى ، لأن هذا ليس من باب النسخ حتى يقال : العمل بالمتأخر أولى .

ومنها : أن ترتيب الطبقات أصل ، وذكر انتقال نصيب الوالد إلى ولده فرع وتفصيل لذلك الأصل ، فكان التمسك بالأصل أولى .

ومنها : أن (من) صيغة عامة فقوله : (من مات وله ولد) صالح لكل فرد منهم ولمجموعهم ، وإذا أريد مجموعهم كان انتقال نصيب مجموعهم إلى مجموع الأولاد من مقتضيات هذا الشرط ، فكان إعمالا له من وجه مع إعمال الأول ، وإن لم نعمل بذلك كان اعمالا للأول من كل وجه وهو مرجوح .

ومنها : إذا تعارض الأمر بين إعطاء بعض الذرية وحرمانهم تعارضاً لا ترجيح فيه فالإعطاء أولى ، لأنه لاشك أقرب إلى غرض الواقفين ومنها : أن استحقاق زينب لأقل الأمرين ، وهو الذى يخصها إذا شرك بينها وبين بقية أولاد الأولاد محقق . وكذا فاطمة ، والزائد على المحقق فى حقها

مشكوك فيه ، ومشكوك فى استحقاق عبد الرحمن وملكة له ، فإذا لم يحصل ترجيح فى التعارض بين اللفظين يقسم بينهم ، فيقسم بين عبد الرحمن وملكة وزينب وفاطمة .

وهل يقسم للذكر مثل حظ الأنثيين فيكون لعبد الرحمن خمساه ، ولكل من الإناث خمسة نظراً إليهم دون أصولهم أو ينظر إلى أصولهم فينزلون منزلتهم لو كانوا موجودين ، فيكون لفاطمة خمسه ولزينب خمساه ، ولعبد الرحمن وملكة خمساه ؟

فيه احتمال . وأنا إلى الثانى أميل ، حتى لا يفضل فخذ على فخذ فى المقدار بعد ثبوت الاستحقاق . فلما توفيت فاطمة من غير نسل والباقون من أهل الوقف : زينب بنت خالها ، وعبد الرحمن وملكة والد عمهما وكلهم فى درجتها وجب قسم نصيبها بينهم لعبد الرحمن نصفه ولملكه ربعه ، ولزينب ربعه . ولا نقول هنا : ننظر إلى أصولهم ، لأن الانتقال من مساويهم ومن هو فى درجتهم فكان اعتبارهم بأنفسهم أولى ، فاجتمع لعبد الرحمن وملكة الخمسان حصلا لهما بموت على ، ونصف وربع الخمس الذى لفاطمة بينهما بالفريضة ، فلعبد الرحمن خمس ونصف خمس وثلث خمس $\frac{٢٢}{٦٠}$ ولملكة ثلثا خمس وربع خمس $\frac{١١}{٦٠}$ واجتمع لزينب الخمسان بموت والدها وربع خمس فاطمة ومجموعهما ($\frac{٨}{٢٠} + \frac{١}{٢٠} = \frac{٩}{٢٠}$) فاحتجنا إلى عدد يكون له خمس ولخمسه ثلث وربع وهو ستون فقسمنا نصيب عبد القادر عليه لزينب وربع خمسه وهو سبعة وعشرون ولعبد الرحمن اثنان وعشرون وهى خمس ونصف خمس وثلث خمس ولملكة أحد عشر وهى ثلثا خمس $\frac{١١}{٦٠}$ وهى ثلثا خمس وربع خمس . فهذا ما ظهر لى ولا أشتهى أحداً من الفقهاء يقلدنى ، بل ينظر لنفسه . انتهى كلام السبكى .

وهذا الجواب هو الذى استنبط منه ابن عابدين وغيره أن السبكى

لا يعتبر الطبقة الجعلية مطلقاً لا فى النصيب الأصلى ولا فى نصيب من يموت بعد الاستحقاق عند اشتراط انتقاله للإخوة أو لمن فى الطبقة .

ونازع السيوطى الشيخ السبكى فى ذلك ، وقسم الوقف بعد عبد القادر على أولاده الثلاثة المذكورين وعلى عبد الرحمن وملكة المتوفى والدهما فى حياة أبيه أسباعاً قال السيوطى فى الأشباه والنظائر فى القاعدة العاشرة (إعمال الكلام أولى من إهماله) : وما ذكره السبكى من أنه لا يطلق عليه أنه من أهل الوقف ممنوع ، وما ذكره فى تأويل قوله قوله (قبل استحقاقه) خلاف الظاهر من اللفظ ، وخلاف المتبادر إلى الأفهام ، بل صريح كلام الواقف أنه أراد بأهل الوقف الذى مات قبل استحقاقه لا الذى لم يدخل فى الاستحقاق بالكلية ، ولكنه بصدد أن يصل إليه .

وقوله : (لشىء من منافع الوقف) دليل قوى لذلك ، فإنه نكرة فى سياق الشرط ، وفى سياق كلام معناه النفى فيعم لأن المعنى لم يستحق شيئاً من منافع ، وهذا صريح فى رد التأويل الذى قاله .

ويؤيده أيضاً قوله : (استحق ما كان يستحقه المتوفى لو بقى حيا إلى أن يصير إليه شىء من منافع الوقف) فهذه الألفاظ كلها صريحة فى أنه مات قبل الاستحقاق .

وأيضاً : لو كان المراد ما قاله السبكى لاستغنى عنه بقوله أولا « على أن من مات عن ولد عاد ما كان جاريا عليه على ولده » فإنه يغنى عنه ، ولا ينافى هذا اشتراطه الترتيب فى الطبقات بثم ، لأن ذاك عام خصصه هذا ، كما خصصه أيضاً قوله : « على أن من مات عن ولده » إلى آخره .

وأيضاً : فإنا إذا عملنا بعموم اشتراط الترتيب لزم منه إلغاء هذا الكلام بالكلية ، وأن لا يعمل فى صورة ، لأنه على هذا التقدير : إنما استحق عبد الرحمن وملكة لما استووا فى الدرجة ، أخذاً من قوله : (عاد على من فى درجته) فبقى قوله : (ومن مات قبل استحقاقه الخ) مهملا لا يظهر أثر فى صورة ، بخلاف ما إذا أعملناه وخصصنا به عموم الترتيب فإن فيه إعمالا للكلامين ، وجمعاً بينهما وهذا أمر ينبغى أن يقطع به .

وحينئذ فنقول : لما مات عبد القادر قسم نصيبه بين أولاده الثلاثة وولدى ولده أسباعاً ؛ لعبد الرحمن وملكة لعبد الرحمن وملكة السبعان أثلاثاً فلما مات عمر عن غير نسل انتقل نصيبه إلى أخويه وولدى أخيه فيصير نصيب عبد القادر كلهم بينهم ، لعلى خمسان وللطيفة خمس ولعبد الرحمن وملكة خمسان أثلاثاً ولما توفيت فاطمة بنت لطيفة والباقون فى درجتها ، زينب وعبد الرحمن وملكة ، قسم نصيبها بينهم (للذكر مثل حظ الأنثيين)[1] اعتباراً بهم لا بأصولهم ، لما ذكره السبكى : لعبد الرحمن نصف ولكل بنت ربع ، فاجتمع لعبد الرحمن بموت عمر : خمس وثلث ، وبموت فاطمة نصف خمس ، ولملكة بموت عمر ثلثا خمس ، وبموت فاطمة : ربع خمس ولزينب بموت على خمسان ، وبموت فاطمة ربع خمس ، فيقسم نصيب عبد القادر ستين جزءاً ، لزينب سبعة وعشرون وهى خمسان وربع خمس ، ولعبد الرحمن اثنان وعشرون وهى خمس ونصف وثلث ولملكة أحد عشر وهى ثلثا خمس وربع . فصحت مما قاله السبكى ، لكن الفرق تقدم استحقاق عبد الرحمن وملكة ، والجزم حينئذ بصحة هذه القسمة ، والسبكى تردد فيها ، وجعلها من باب قسمة المشكوك فى استحقاقه ونحن لا نتردد فى ذلك ا هـ .

وجواب السبكى هذا عن هذه الحادثة هو الذى استنبط منه ابن عابدين وغيره أن السبكى لا يعتبر الطبقة الجعلية مطلقاً لا فى نصيب من يموت بعد الاستحقاق عند اشتراطه للإخوة أو لمن فى الطبقة ، ونازع الامام السيوطى السبكى فى ذلك وقسم الوقف بعد عبد القادر على أولاده الثلاثة المذكورين، وعلى عبد الرحمن وملكة ولدى أخيه المتوفى قبل الاستحقاق ، ورد على السبكى فى أن لفظ أهل الوقف لا يشمل محمداً المتوفى قبل الاستحقاق وأطال فى ذلك بما نقلناه هنا عن الأشباه والنظائر بحذافيره .

(ومن ذلك) ما رفع إلى السبكى أيضاً وهو وقف" وُقِفَ على حمزة ثم على أولاده ثم على أولادهم ، وشرط فيه أن من مات من أولاده انتقل

---

(١) الآية : ١١ من سورة النساء .

نصيبه للباقين من إخوته ومن مات قبل استحقاقه لشيء من منافع الوقف عن ولد استحق ما كان يستحقه المتوفى لو كان حيا باقياً . فمات حمزة عن ولدين هما (عماد الدين) و (خديجة) وولد ولد مات أبوه فى حياة والده حمزة وهو (نجم الدين بن مؤيد الدين بن حمزة) فأخذ الولدان نصيبهما وولد الولد نصيب أبيه الذى لو كان حيا لأخذه . ثم ماتت خديجة فهل يختص أخوها عماد الدين بالباقى من حصتها أو يشاركه ولد أخيه نجم الدين فأجاب :

(تعارض فيه اللفظان ، أى قول الواقف : للباقين من إخوته وقوله : ومن مات قبل استحقاقه إلى آخره .. فتحتمل المشاركة ، لكن الأرجح اختصاص الأخ . ووجهه [1] أن التنصيص على الإخوة وعلى الباقين [2] منهم كالخاص . وقوله : « ومن مات قبل الاستحقاق كالعام .. فيقدم الخاص على العام » الخ . فأنت تراه قد أقر على أن نجم الدين شارك أعمامه فى حصة أبيه التى لو كان حيا لأخذها ومنعه من حصة عمه الذى مات بعد الاستحقاق لا عن ذرية ، المشترط فيها الانتقال للاخوة ومن جواب هذه الحادثة أخذ بعض الأفاضل رجوع السبكى عن عدم اعتبار الطبقة الجعلية ا هـ .

(ومن ذلك) ما رفع السؤال عنه لكثير من العلماء وهو وقف وقفه واقفه من بعده على أولاده ثم على أولاد أولاده ثم وثم طبقة بعد طبقة ، على أن من مات منهم عن ولد أو أسفل انتقل نصيبه إليه ، ومن مات منهم عن غير ولد ولا أسفل انتقل نصيبه إلى إخوته المشاركين له فى الاستحقاق فإن لم يكن له إخوة انتقل الى من هو فى طبقته وعلى أن من توفى منهم قبل دخوله فى هذا الوقف وترك ولداً أو أكثر أو أسفل وآل الحال إلى استحقاق المتوفى لو كان حيا قام ولده وإن سفل مقامه فى الاستحقاق ، واستحق ما كان أصله يستحقه من ذلك أن لو كان حيا موجوداً .

---

(١) وفى نسخة اخرى (ويرجحه) بدل (ووجهه) .
(٢) وفى نسخة (كالمستحقين) .

هذا ملخص الشرط ، فانحصر الاستحقاق فى شخص يسمى إبراهيم ، ولإبراهيم ولد يسمى أحمد توفى فى حياته عن بنته فاطمة ثم توفى ابراهيم عن بنت فاطمة وعن أولاد له أربعة وهم : أبو البقاء ومحمد وزينب وسيدة الملوك فقسم ريع الوقف أخماساً عملا بقول الواقف : ومن مات قبل دخوله إلخ . ثم توفى محمد وزينب وأبو البقاء عن أختهم سيدة الملوك وعن بنت أخيهم فاطمة فهل يقسم الريع بينهما نصفين أم تستحق فاطمة الخمس فقط . فأجابت طائفة من أعيان الفقهاء وفقهاء الأعيان وقالوا : إنهما فى قسمة الريع مستويان ، واستدل لهم بأن قوله : على أن من توفى منهم قبل دخوله الخ . فيه لفظان من أدوات العموم (أحدهما) قوله : (مقام) المضاف فانهم صرحوا أنه من العام ، وفرع على ذلك الحنفية فروعاً كثيرة (ثانيهما) لفظ (ما) عام كما هو معلوم ، والعام يوجب الحكم فيما يتناوله قطعاً عند الحنفية ، حتى قالوا بنسخ الخاص المتقدم عليه به إذا تعارضا خلافاً للشافعى على ما سيأتى إن شاء الله تعالى .

والعام هنا قد وقع فى كلام الواقف متأخراً ، وقد نص الخصاف وغيره على أن العبرة فى كلام الواقفين بالمتأخر ، فقوله : (مقامه) يشمل المقام فى استحقاقه لشىء ابتداء ، والمقام فى استحقاقه ما يصير إليه بعد الدخول ، وكذا لفظ (ما) فيما كان يستحقه يشمل ما كان يستحقه ابتداء ويشمل ما كان يستحقه بعد الدخول .

وقالت طائفة أخرى : إنها لا تستحق الا الخمس ونصيب أعمامها تختص به أختهم دون بنت الأخ ، ووُجِّهَ بأن قول الواقف : على أن من مات منهم قبل دخوله . الخ . مقصور على استحقاق الولد لنصيب والده المستحق فى حياته لا يتعداه الى من مات من إخوة والده عن غير ولد بعد موته ، بل ذلك إنما يكون للإخوة الأحياء عملا بقول الواقف ، على أن من توفى منهم عن غير ولد إلخ . إذ لا يمكن إقامة الولد مقام أبيه فى الوصف الذى هو الأخوة حقيقة بل مجازاً ، والأصل حمل اللفظ على حقيقته ، وفى ذلك جمع بين الشرطين ، وعمل بكل منهما فى محله ؛ وذلك أولى من إلغاء أحدهما .

ووقع هذا الاختلاف بعينه فى واقف وقف كما ذكر وترك أولاداً وولد ولد على الوجه المار ، إلا أنه اكتفى باشتراط انتقال نصيب من مات عن غير ولد ولا أسفل لمن فى طبقته ، واشترط الانتقال للإخوة ، فقالت طائفة : إن الربع يقسم بين الولد وولد الولد الذى مات أبوه قبل الاستحقاق نصفين ، واستدل بأن ولد الولد المذكور ارتقى إلى درجة والده وطبقته بشرط الواقف ، والمعتبر فى الأوقاف هو الطبقة الجعلية فضلا عن العموم فى الشرط المتأخر الذى ينسخ ما قبله عند المعارضة .

وقالت طائفة أخرى . إن ولد الولد لا يأخذ إلا الخمس ، واستدل لهم بأن لفظ الطبقة فى كلام الواقف محمول على الحقيقة دون المجاز ، لئلا يلزم الجمع بين المتضادين ، وإعطاء الشخص فى موضع دل صريح كلام الواقف على حرمانه فيه ، وحرمانه فى موضع دل صريح كلام الواقف على إعطائه فيه ، كما إذا مات المتوفى أبوه قبل الاستحقاق عن غير ولد وله نصيب ، فإن أعطينا نصيبه أهل طبقته وأهل طبقة أبيه معاً جمعنا بين الحقيقة والمجاز ، وإن أعطينا أهل واحدة منهما دون الأخرى ــ فإن كانت طبقته ــ نكن أهملنا المجازية ، وقد كنا فرضناه من أهلها إلى حين أخذه مع أعمامه من نصيب جده ، وان كانت طبقة أبيه ــ نكن أهملنا الحقيقية بعد أن حكمنا له فيها بصريح شرط الواقف ، فأبقينا الطبقة فى كلام الواقف على حقيقتها وأعملنا الكلامين بحسب الإمكان ــ وقلنا : إن غرض الواقف : أن ولد من مات قبل الاستحقاق لا يكون محروماً ، بل يستحق القدر الذى لو فرض أبوه حيا لتلقاه عن أبيه وأمه تشبيها لولد من مات قبل الاستحقاق بولد من مات بعده فى الإعطاء .

ولو قلنا بخلاف ذلك لزم أن نثبت للمشبه قدراً زائداً على المشبه به ، إذ ولد من مات بعد الاستحقاق ليس له هذا المعنى ، أى أن ولد من مات بعد الاستحقاق جعل له الواقف نصيب أبيه لئلا يكون محروماً منه ، ولو مات أحد من أعمامه أو غيرهم ممن فى درجة أبيه لم يجعل له الواقف منه شيئاً حيث شرط أن من مات لا عن ولد فنصيبه لمن فى طبقته أو فنصيبه

لإخوته ، وأما ولد من مات قبل الاستحقاق فإنه لما لم يدخل فى الشرطين أحب الواقف أن لا يحرمه أيضاً ما كان يستحقه أبوه لو كان حيا ، فشرط الشرط الثالث لإدخاله فى ريع الوقف قبل انقراض درجة أبيه كما أدخل ولد من مات بعد الاستحقاق وجعله بمنزلته ، فلو أعطيناه أيضاً من أعمامه تنزيلا له منزلة أبيه من كل وجه لزم أن يزيد على ولد المستحق ولا يساعده غرض الوقف وقد صرحوا بأن الغرض يصلح مخصصاً وبهذا يندفع ما استدل به المقدسى على دعواه من عموم لفظ (ما) ولفظ مقام كما مر إذ يبعد أن يكون مراد الواقف أن يجعل ولد ولده الميت قبل الاستحقاق أقوى حالا من ولد ولده الميت بعد الاستحقاق ، وإنما المعروف المألوف إلحاقه به وعدم حرمانه ، فيختص عموم لفظ المقام بما يدل عليه المقام وكثرت الفتاوى من الحنفية وغيرهم بالاعطاء والحرمان ، واختلط الحال على ذوى الأفهام حتى ظن بعض الأفاضل أن فى الاعطاء والحرمان بهذه الشروط قولين فى مذهب الإمام أبى حنيفة وتحقيق الحق فى ذلك يتوقف على بيان أمور .

(الأول) هل النصيب اسم لما كان مستحقا بالفعل أو يشمل ما هو بعرضية الاستحقاق ؟

(الثانى) هل لفظ أهل الوقف ولفظ الموقوف عليهم متساويان ، ويساوى كل منهما لفظ من مات منهم الكثير الوقوع فى عبارة الواقفين أو لا .

(الثالث) هل الخاص يخصص العام عند التعارض ، سواء تقدم عليه أو تأخر متصلا به أو منفصلا ، أو لا يخصصه ويعتبر حكم كل منهما ، فإن تعارضا اعتبر المتأخر منهما ناسخاً للسابق .

(الرابع) هل غرض الواقف يصلح مخصصاً للعام أو لا ؟ وإن قلنا : إنه مخصص فمتى يثبت به التخصيص .

(الخامس) هل المعتبر فى الطبقات فى قول الواقفين طبقة بعد طبقة ، وفى قولهم لمن فى طبقته وغير ذلك الطبقات النسبية أو الطبقات أو الطبقات

الجعلية ، أى الطبقات باعتبار ترتيب الواقف وجعله ، ولو لم تكن على ترتيب الطبقات النسبية .

(السادس) هل يلزم على تشريك من مات قبل الاستحقاق فى نصيب إخوة أصله الذين يموتون بعد الاستحقاق لا عن ولد ولا أسفل أحد الأمرين من المجاز ، والجمع بين الحقيقة والمجاز فى لفظ الأخوة أو لا يلزم ؟

وهل يحتاج إلى عموم المجاز فيه أو لا ؟ وهل يلزم واحد مما ذكر فى لفظ الطبقة على تشريكه فى نصيب من يموت من طبقة أصله لا عن ذرية عند اشتراط الانتقال للإخوة ، والاكتفاء باشتراطه لمن فى الطبقة أو لا .

(السابع) هل تقدير الميت قبل القسمة موجوداً عندها والقسمة عليه بعد تقديره موجوداً ليتوصل بالقسمة عليه إلى نقل ما يصيبه بها إلى فرعه أمر منكر فى الأوقاف ، ولا يصح فيها عند القسمة ، أو هو أمر ضرورى لابد منه عند القسمة فى كثير من محلات الأوقاف .

(الثامن) هل فى تشريك فرع من مات قبل الاستحقاق فى نصيب إخوة أصله عند اشتراط الانتقال لهم ، أو فى نصيب من فى طبقة أصله عند الاكتفاء باشتراط الانتقال لمن فى الطبقة مخالفة لغرض الواقف أو لا .

(أما الأول) فالنصيب إنما يطلق على المستحق بالفعل ولا يشمل ما هو بعرضية الاستحقاق على ما هو التحقيق عند الحنفية ما لم يقم الدليل على غيره فيعمل به ، ومن هنا كان قول الواقف من مات عن ولد انتقل نصيبه إليه ، فان لم يكن له ولد فلإخوته إلى آخر الشرط محمولا عندهم على ما بعد الاستحقاق بالفعل .

(وأما الثانى) فلفظ أهل الوقف ولفظ الموقوف عليهم يتناول كل منهما عند الحنفية الذين أدخلهم الواقف فى وقفه وفى ترتيبه سواء وصل إليهم الاستحقاق بالفعل أو لا ، بل بعرضية أن يؤول إليهم الاستحقاق ولو لم يستحقوا شيئاً ما مطلقاً لا بالترتيب الأصلى ولا بشرط من الشروط ،

ويساوى كل لفظ منهما لفظ ، ومن مات منهم . الذى يقع كثيراً فى شروط الواقفين ، وكذلك لفظ من مات ، بدون لفظ منهم .

أما الأصحاب (الشافعية رحمهم الله تعالى) ففرق السبكى منهم بين لفظ : أهل الوقف ، ولفظ الموقوف عليهم ، اللذين يقعان فى عبارات الواقفين كما علمته مما تقدم نقله عنه ، وبالضرورة يخالف لفظ كل منهما لفظ : ومن مات ، ولفظ : ومن مات منهم ، لأن مرجع الضمير سواء كان مصرحاً به أو محذوفاً ، هو المذكور فى كلام الواقف فى ترتيبه أعم من أن يكون وجد أو لا ، استحق أو لا ، عينه الواقف وسماه أولا ، ومن هنا أفتى السبكى بحرمان فرع من مات أصله قبل الاستحقاق مطلقاً بالفعل حتى يؤول الاستحقاق إلى طبقته فى حادثة ملكة وعبد الرحمن لتعبير الواقف فيها بقوله : ومن مات من أهل الوقف الموقوف عليهم كما علمت ، ونازعه الإمام السيوطى فى ذلك وقال : إن هذه التفرقة اصطلاح فقهى لا يحمل عليه كلام الواقف الصريح فى خلافها ، وسوّى بين قول الواقف ومن مات من أهل الوقف ، وقوله : ومن مات منهم ، ولذلك أفتى بتشريك ملكة وعبد الرحمن كما علمت .

(وأما الثالث) فقال جمهور الأصحاب من الشافعية : إن الخاص يخصص العام عند تعارضهما أينما وقع منه تقدم أو تأخر . وقالت الحنفية : يعتبر حكم كل منهما فيما تناوله ، وعند تعارضهما ينسخ المتأخر منهما المتقدم ، ومبنى ذلك هو الخلاف بين الشافعية والحنفية فى عموم العام ، هل العموم فيه ظنى أو قطعى ؟ ، فقال جمهور الشافعية : انه ظنى فيه ، وبنوا على ذلك جواز تخصيصه أول تخصيص له بالظنى كالقياس وغيره ، وقدموا الخاص عليه ، لأنه قطعى فى خصوصه وخصوه به عند تعارضهما علم التاريخ أو لا ، تقدم أو تأخر ، وقد اعتمد على ذلك السبكى فى جواب حادثة الوقف على حمزة وأولاده التى سقناها آنفا ، وقدم الخاص وهو قول الواقف للباقين من إخوته على العام المشتمل عليه قوله : ومن مات قبل دخوله الخ نظراً لظنية العام فى عمومه ، وقطعية الخاص فى خصوصه ، وذلك لفهمه التعارض بينهما وستعلم ما فيه . وقالت الحنفية : العام قطعى

فى عمومه فلا يخرج بعض أفراده من حكمه إلا بقطعى لفظ متصل به غير مستقل أو بغير لفظ مستقل كالعقل والعادة أو بلفظ مستقل متصل ، فإن كان لفظا مستقلا غير متصل كان ناسخاً إن علم تأخره ، فان لم يعلم تأخره حمل على التعارض واعتبر فيهما الترجيح ، فان بطل عمومه بمخصص وهو اللفظ المستقل المتصل باخراج بعض أفراده صار ظنيا فى الباقى ، وحينئذ يصح تخصيصه بظنى .

ولما كان العام قطعيا عندهم كالخاص فى خصوصه قالوا : إن العام المتأخر عن الخاص ناسخ له إن وقع التعارض بينهما . وقال القاضى حسين وإمام الحرمين من أصحابنا : إن العام إذا تأخر عن الخاص نسخة كما قالت الحنفية ، وعلى هذا كان اعتماد السيوطى فى تشريك ملكة وعبد الرحمن فى حصة عمهما عمر فى الحادثة المتقدمة عملا بالعام المتأخر عن الخاص ، وكتب الحنفية أصولا وفروعاً ناطقة بذلك ، وموقف القاضى والإمام إنما يثبت القاعدة التى تقول : إن كل رأى فى مذهب من المذاهب المعتبرة هو وجه عندنا ولو كان وجها مرجوحاً .

(وأما الرابع) فالغرض هو المقصد الذى يقصده الإنسان ، فإذا قيل : غرض المتكلم من كلامه كذا فمعناه هو ما يقصده منه ، فإن قصد إلى معنى يحتمله الكلام ولو بتخصيص عام أو معنى مجازى قبل منه إن كان يصح الحمل عليه مع عدم مخالفته الظاهر بشرط أن يساعد عليه اللفظ ، لأنهم نصوا على أن الغرض الذى لا يساعد عليه اللفظ غير مقبول ، فلو قصد إلى غير الظاهر لا يقبل،ولو صرح المتكلم بأنه غرضه، كما لو حلف لا يأكل طعاماً ، وقصد تخصيص طعام فإنه لا يقبل ، ويحنث بأى طعام بخلاف تخصيص يوم فيما لو حلف لا يكلمه يوم يقدم فلان ، إذا خصصه ببياض النهار ، فانه يقبل ، لأن (يوم) وإن كان يستعمل عاماً فى الزمن إلا أن المعنى الذى قصد إليه حقيقى فيقبل لعدم مخالفته الظاهر ولمساعدة اللفظ عليه ، وكما لو أراد بيع شىء فساومه من أراد شراءه بعشرة فحلف البائع أنه لا يبيعه بعشرة ثم باعه بتسعة لا يحنث ، لأنه وإن كان غرضه الزيادة لكن لما لم يساعد عليها اللفظ لم تعتبر .

وقد نصوا فى غرض الواقف بخصوصه على عدم اعتباره إذا لم يساعد عليه اللفظ كما نقل ذلك العلامة ابن عابدين وغيره فى الأوقاف .

هذا فى الغرض مطلقاً أما غرض الواقف فى تخصيص العام فحكمه حكم النص العام الذى يرد عن الشارع صلوات الله وسلامه عليه ، لأنهم نصوا على أن شرط الواقف كنص الشارع فى العموم والتخصيص وغير ذلك من الأحكام ، وقد نص الأصوليون على أن الذى يخرج بعض أفراد العام من حكمه إما لفظ غير مستقل كالشرط والاستثناء والغاية ، ولا يكون إلا متصلا أو لفظ مستقل أى بالإفادة ، متصل به أو غير متصل ، ويكون الإخراج بالمستقل غير المتصل نسخاً لا تخصيصاً .

وأما غير لفظ كالعقل ، فى مثل خلق كل شىء لضرورة حكمه بخروج البارىء جل شأنه من العام أو الحس أى العقل بواسطته كما فى (أوتيت من كل شىء) للمشاهدة أو العادة ، كما فى : (لو حلف لا يأكل رأساً) فإن رأساً نكرة فى سياق النفى فيكون عاماً ، ولكنه يقع على الرأس المتعارف أكله ، ويكبس فى التنانير ويباع . وإن كان يستعمل عرفا فى رأس كل حيوان إلا أنه مخصص بالمعتاد لأنه معلوم أن عمومه غير مراد ، إذ لا يدخل فيه رأس الجراد والعصفور أو كون بعض الأفراد ناقصاً فى معنى العام فيحمل اللفظ على غيره كما فى كل مملوك لا يقع على ناقص الملك كالمكاتب وأما بعض كون الأفراد زائداً كالفاكهة لا تشمل العنب ، والعام فى كلها حجة فيما بقى غير أنه عند التخصيص باللفظ المستقل يكون حجة فيه شبهة كالعام قبل التخصيص عند أصحابنا (الشافعية) وبذا تعلم أن غرض الواقف يصلح مخصصاً ولكن لابد أن يؤيد بشىء مما ذكر من لفظ أو عادة أو غيرهما أما إذا لم يكن مؤيداً به فلا يقبل ولا يكون مخصصاً .

وكيف كان غرض الواقف بديهيا عند من فهم غرض الواقف بمجرد استبعاد أن يكون غرض الواقف أن يستحق الشخص إذا مات أبوه قبل الاستحقاق نصيباً زائداً عما إذا مات أبوه بعد الاستحقاق ، ولم يستبعد ما إذا أنشأ الواقف وقفه على نفسه ثم على أولاده الثلاثة ثم من بعد كل

على أولاده إلى آخر الشروط السابق بيانها ، ثم مات أحد الأولاد الثلاثة قبل الاستحقاق عن ولد ثم مات الواقف عن ولديه وابن ابنه الذى مات قبل الاستحقاق ثم مات أحد الولدين عقيماً ثم مات ثالث الأولاد عن ولد فانه على رأى من يدعى فهم غرض الواقف يكون التقسيم لابن الابن الذى مات قبل الاستحقاق الثلث يستقل به هو وفرعه من بعده ، وابن الابن الذى مات أخيراً بعد الاستحقاق الثلثان يستقل به هو وفرعه إلى ما شاء الله ، مع أن الولدين هما بالنسبة للواقف من جهة الدرجة النسبية والقرب سواء ، ولم يتميز أحدهما عن الآخر فى شىء ، اللهم إلا إن كان ابن الابن الذى مات أبوه قبل الاستحقاق قد فضل من الواقف بترقيته إلى درجة أعلى من درجته ، ومع ذلك كان نصيبه نصف نصيب ابن عمه ، ويستمر هذا النصيب بهذا الترتيب فى فرع كل واحد إلى انقراض فرع أحدهما ، إننا نرى أن هذا أبعد بكثير مما استبعده من ادعى ظهور غرض الواقف وجعله مخصصاً للعام .

وليت شعرى من أين يعلم غرض الواقف الذى لم يدل عليه دليل ، مع أن دعوى التخصيص بالغرض تحتاج إلى إثبات غرض الواقف بما لا يعتريه الشك ، وأن تصوراتنا مهما كانت لا يمكن أن نحكم بأنها مطابقة وموافقة لغرض الواقفين لأننا لا يمكننا أن نفهم أى فرق بين أن يموت أحد الإخوة الثلاثة عقيماً قبل إخوته المشاركين له فى الدرجة فيقسم نصيبه عليهما ، أو أن يموت أحدهم عن فرع ثم يموت العقيم فيختص أخوه الثالث بنصيبه ثم يستمر فى فرعه فى صورة ما إذا لم ينقض القسمة بعد تلك الطبقة ، فالإخوة سواء ، ولم يكن فى ذهن الواقف أن يفضل واحداً من أولاده بخصوصه ، بل إن مسئلة التفضيل فى الشخص وفى فرعه إنما تأتى بطريق الصدفة ، وليس موت الشخص قبل الآخر إثما أو جناية حتى تكون وفاته سبباً لنقص نصيب فرعه عن فرع أخيه المستوى معه عند الواقف ، وعلى هذا بقى العموم فى نص الشارع ألا ترى أنه قد جاء النص عاماً ، وبقى على عمومه ولم يتخصص بما يظنه العقل قريباً من غير أن يكون مستنداً إلى دليل ، حيث جاء فى باب التوريث أنه إذا ماتت امرأة عن زوج له النصف

وعن أختين لأم لهما الثلث وأم لها السدس ، وأخ شقيق لا يستحق مع أنه يشارك أختيه من جهة أنه أخ لأم ، وكانت زيادة القرب للمتوفى مانعة له من أخذه نصيباً ، وكما إذا ماتت امرأة عن زوج له النصف وأخت شقيقة لها النصف ، وأخت لأب لها السدس تكملة الثلثين فتعول التركة إلى ثمانية وعشرين فإذا وجد للأخت لأب أخ للميت لأب معها منعها من الميراث وامتنع هو كذلك ، فيكون سبباً لمنع استحقاق أخته شيئاً فى التركة وهو لم يستحق ، وهذا هو المسمى بالأخ المشئوم فى اصطلاح الفرضيين ، وهنا ليس للعقل ولا للوهم مجال لورود النص مهما خالف الظاهر أو المتبادر ولنا من المشاهدة أن نقول : إن الواقفين عند انشائهم شروط أوقافهم لم يستحضروا فى مخيلتهم ولم تخطر بفكرتهم جميع صور الاستحقاق التى لا تدخل تحت حد ولا حصر ، وإنما يستحضرون بعض تلك الصور ، ويضعون له من الشروط ما يمكن انطباقه عليه ، ولا يمكننا أن نعرف بالتحقيق الصور التى استحضرها الواقفون فى أذهانهم عند انشاء الوقف سواء كانت تلك الصور قريبة أو بعيدة فالحكم على إرادة المعين بخصوصه والجزم بارادته أو عدم إرادته أمر متعذر لا يمكن الحكم به ، فحينئذ لا إلا أن نحكم بما تدل عليه ألفاظ الواقفين بعمومها ، وبذلك لا يغادر العموم صورة من الصور التى أرادها الواقفون إلا أحصاها بدخولها فى العموم لشموله جميع الصور بخلاف ما إذا خصصناه بمخصص مبناه التخيل والوهم ، فانه ربما خرجت صورة أو صور مما أراد الواقف أن يكون داخلا ، والاحتياط بشمول اللفظ لعموم الصور يجعلنا متحققين من أن تخرج صورة محتملة أن يكون الواقفون أرادوا دخولها ، فالتعميم إذن لا محذور فيه ، والتخصيص فيه احتمال لمخالفة غرض الواقف وشرطه الذى هو كنص الشارع ، ولا يخفى ما فيه من المحذور ، ولا يضرنا أن ندخل بعموم اللفظ ما لم يخطر بذهن الواقف لما تقدم ، ولأننا نرى بما نستنتجه بالظن أن الواقف لو خطرت بفكرته بعض الصور لربما جعل المستحق محروماً مثل ما إذا خطر فى ذهن الواقف قيام وصف بالمستحق مما يمنع الإرث مثل ما إذا قتل المستحق الواقف وأعدمه الحياة ، فإننا لا نجد أحداً من علماء الدين قال بحرمان المستحق لهذا السبب مع أنه يظن أن الواقف

لو لاحظ ذلك لنص على الحرمان ، ولكن هذا الظن والتخمين لا يعتد به ولا يلتفت إليه لتفاوت الأغراض والتصورات والعقول ، فما يراه أحد الناس حسناً أو واجباً ربما يراه البعض الآخر قبيحاً أو مستنكراً وسبحان من أحاط علمه بكل شيء دون سواه ، فلا يمكن الحكم بغرض الواقف إلا إذا دل عليه الدليل القاطع لا بالظن والتخمين .

(وأما الخامس) فقد نصّ علماء الحنفية وغيرهم على أن المعتبر فى الطبقات فى عبارات الواقفين هى الطبقات الجعلية ، أى التى جعلها الواقف ورتّب الموقوف عليهم عليها ، وافقت النسبية أو لا ، وهو المقبول المعقول ، لأن الذى يفيد الموقوف عليهم الاستحقاق فى الوقف هو الواقف ، وهو له أن يرتبهم كيف شاء ، لا حجر عليه فى شيء من ذلك حتى لو جعل الابن مستحقا قبل الأب والأب مستحقا بعده لكان صحيحاً سائغاً لا لوم فيه ، فإذاً يتعين اعتبار ترتيبه والطبقة التى أنتجها ذلك الترتيب .

ألا ترى أن الواقف لو وقف على أولاده هم زيد وعمرو وبكر وعلى ، ابن زيد ابنه هو محمد بالسوية ثم من بعد كل منهم على أولاده وهكذا إلى آخر الترتيب لكان محمد بن زيد فى طبقة أبيه حتى لو مات عمه عمرو لشارك محمد فى نصيب عمه ، والميت أباه زيداً عند شرط الواقف انتقال نصيب من يموت لا عن ذرية إلى من فى طبقته ، لأن محمداً وأباه زيداً فى طبقة عمرو المتوفى ، لأن الواقف وقف عليهم ابتداء ولكان محمد فى طبقة أولاد زيد أبيه أيضاً ، حيث إن الواقف جعلها طبقته أيضاً بقوله : ثم من بعد كل منهم على أولاده ،ومحمد من أولاد زيد قطعا فيشاركهم فى نصيب أبيهم زيد ، ولا يمنعه من مشاركتهم فيه استحقاقه مثل نصيب أبيه ، لأن الواقف لم يعتبره مانعاً ، فلو مات زيد المذكور عن أولاد منهم محمد السالف الذكر ومات منهم واحد لا عن ذرية فإن محمداً يشترك مع باقيهم فى نصيب الميت سواء شرط الواقف الانتقال للإخوة أو لمن فى الطبقة ، وهذا أمر لا شبهة فيه مشحونة به كتب الفروع فى باب الأوقاف . وإذاً يكون لمحمد طبقتان ، وهذا إنما جاء من جعل الواقف ليس إلا ، فإذاً يكون المعتبر هو الطبقة الجعلية لا النسبية .

(وأما السادس) فإنه لا يلزم على تشريك فرع من مات قبل الاستحقاق فى نصيب من مات من إخوة أصله عند اشتراط الانتقال للإخوة ، أو فى نصيب من مات من طبقة أصله عند الاكتفاء باشتراط الانتقال لمن فى الطبقة تجوز أصلا لا فى لفظ الإخوة ولا فى لفظ الطبقة فضلا عن الجمع بين الحقيقة والمجاز أو عموم المجاز .

(أما الأول) وهو لفظ الإخوة فلأن فرع من مات قبل الاستحقاق لم يأخذ بادىء بدء باعتبار أنه فرع المتوفى قبله ، أى قبل الاستحقاق ، وهو بهذا الاعتبار ليس موصوفاً بالأخوة ، فيلزم على إدخاله فى لفظ الإخوة التجوز فيه ، بل الذى قسم عليه ابتداء هو الميت قبل الاستحقاق بعد تقدير وجوده ليتوصل بذلك إلى إعطاء مايصيبه بالقسمة لفرعه،فلا ينافيه أن الميت ليس بأهل للاستحقاق ، لأن ذلك فيما إذا كان مقصوداً بالقسمة لذاته . أما القسمة عليه ليتوصل بها إلى نقل ما يصيبه إلى غيره فلا أهليته للاستحقاق . وسنبين لك ذلك فى الوجه السابع إن شاء الله تعالى .

وهو بعد تقديره موجوداً أخ حقيقة ، فاستعمال لفظ الأخوة فيه حقيقة ، لأنه لا يشترط فى استعمال لفظ لأخ حقيقة أن يكون ما صدقه موجوداً بالفعل ، بل ولا بالتقدير ، والا لزم أن يكون لفظ الإخوة فى كلام كل واقف مجازاً أو فيه الجمع بين الحقيقة والمجاز أو عموم المجاز لتناوله ما لم يوجد بالفعل ، ولم يخطر على البال حتى يقدر ، ولا قائل به .

وبعد القسمة على الميت قبل الاستحقاق بصفة أنه أخ ينتقل ما يصيبه إلى فرعه فلا مجاز أصلا فى لفظ الاخوة ، فضلا عن كونه جمعاً بين الحقيقة والمجاز ، أو من عموم المجاز ، وتقدير وجود الميت قبل الاستحقاق فى شرط من مات قبل الاستحقاق متعين هنا عملا بقول الواقف أن لو كان حيا باقياً لاستحقه ، فإنه نص صريح على تقدير وجوده ، ولولاه لتعطل بلا موجب وكون لفظ استعمال الإخوة فيه بعد تقديره موجوداً حقيقة مما لا شبهة فيه .

(وأما الثانى) وهو لفظ الطبقة فإن لفظ الطبقة فى اصطلاح الواقفين معناه المرتبة باعتبار ترتيب الواقف وجعله كما علمت،وفرع من قبل الاستحقاق جعله الواقف فى المرتبة التى فيها أصله بقوله:قام مقامه فى الدرجة والاستحقاق أو قام مقامه فى الاستحقاق بدون لفظ الدرجة ، فقد جعله بهذا الشرط من أهل مرتبة أصله قطعاً ، فإطلاق لفظ الطبقة على ما يتناوله حقيقة فى اصطلاح الواقفين بلا شبهة ، فلا تجوز فى لفظ الطبقة أصلا ، فضلا عن عموم المجاز أو الجمع بينه وبين الحقيقة ، ومن هذا تعلم أن لا تعارض بين شرط قيام فرع من مات قبل الاستحقاق مقامه فى درجته واستحقاقه ، وبين شرط الانتقال للإخوة أو لمن فى الطبقة ، حتى يحتاج إلى تكلف الجمع بينهما أو التخصيص أو غيره وإن لم يتنبه له الكثير من الأفاضل ، فكن مع الحق حيثما كان .

(وأما السابع) فاعلم أن تقدير الميت موجوداً فى الوقاف والقسمة عليه ليس أمراً يمكن الإغماض عنه فى الأوقاف ، بل هو أمر واقع فيها كثيراً وتلجىء إليه الضرورة فى كثير من أحوال الأوقاف .

(من ذلك) ما إذا انقرضت طبقة من طبقاتها وآل الاستحقاق إلى الطبقة التالية لها ، وكان فى الطبقة التالية أحياء وأموات لهم ذرية ، وكان شرط الواقف انتقال نصيب من مات إلى ولده أو ولد ولده وإن سفل وكان موت من مات من الطبقة التالية بعد أن استحق بهذا الشرط كما استحق ولده به أيضاً فانتقض القسمة بانقراض آخر واحد من أهل الطبقة المنقرضة، ونجمع جميع ما بأيدى المستحقين ونقسمه قسمة مبتدأة على أهل الطبقة التالية للمنقرضة أحياء وأمواتاً ، فما أصاب الأحياء أخذوه وما أصاب الأموات أعطى إلى فروعهم مع أن الأموات ليسوا موجودين ولا من أهل الاستحقاق قطعا عند نقض القسمة ، والقسمة على الطبقة التالية للمنقرضة ، وإنما نقدر وجودهم ونقسم عليهم لنتوصل بذلك إلى إعطاء ما يصيبهم لفروعهم ولا ينافيه أنهم ليسوا من أهل الاستحقاق عند القسمة كما علمت ، ولولا ذلك لم يستحق فرع من مات من الطبقة التالية لأنه ليس من أهلها .

(ومن ذلك) ما إذا وقف على أبنائه لصلبه ثم على أولادهم ذكوراً وإناثاً ثم وثم إلى آخره ، وشرط قيام فرع من مات قبل الاستحقاق مقامه فى الدرجة والاستحقاق ، ومات ابن من أولاد الواقف لصلبه فى حياة الواقف عن بنت ثم مات الواقف ، فإن هذه البنت تأخذ ما يصيب أباها عند موت الواقف بالقسمة على أولاده الذين منهم أبوها الميت قبل الاستحقاق، وليس ذلك إلا لتقدير أبيها موجوداً ، والقسمة عليه معهم ، ونقل ما يصيبه بالقسمة إليها ، ولا سبيل لاستحقاقها إلا بذلك ، لأنه لا يمكن جعلها ابناً صلبياً ولا بالمجاز فيه لبعده ، إذ ليس كل مجاز مقبولا عند الفقهاء فتعين أن يكون استحقاقها بالتقدير المذكور واستحقاقها مما لا شبهة فيه .

(ومن ذلك) ما لو وقف الواقف على إخوته ابتداء أو بعد انقراض ذريته ثم على أولادهم ثم وثم وشرط قيام فرع من مات قبل الاستحقاق إلى آخر الشروط فمات أخ للواقف قبل أيلولة الوقف للإخوة عن ابن فانه لا نزاع فى استحقاق هذا الولد ، وقيامه مقام أبيه فى نصيبه الأصلى الذى هو أخ مع أنه ليس موصوفاً بالإخوة ، ولفظ الإخوة هنا هو لفظ الإخوة بعينه فى المحل المختلف فيه وجل من لا يغفل .

(وأما الثامن) فلا يلزم من تشريك فرع من مات قبل الاستحقاق فى نصيب من يموت من إخوة أصله أو من أهل طبقته لا عن ذرية مخالفة لغرض الواقف ، لأن غرض الواقف الذى يعول عليه وتجتنب مخالفته إما أن يكون مؤيدا بلفظ أو عقل أو حس أو عادة أو زيادة بعض الأفراد أو نقصه ولا سبيل إلى واحد منها ، أما اللفظ فظاهر لأنه ليس فى لفظ الواقف من أوله إلى آخره ما يدل على المنع من التشريك المذكور إلا ما يتوهم من لفظ الإخوة ، وقد علمت أنه لا يمنع .

وأما العقل أو الحس أو الزيادة فى بعض الأفراد أو النقص فكذلك لعدم تحقق واحد منها فيما نحن فيه من عبارات الواقفين ، بل مقطوع بعدمه فلم يبق إلا العادة ، وقد جنح إليها المستدل بقوله المعروف المألوف إلحاقه إلى آخره ، وهو وهم ، فان العادة التى تخصص العام هى العادة التى إذا

أطلق العام لا يفهم منه السامع إلا المعنى المخصوص الذى وقع الاعتياد عليه بحيث يفهم كل سامع للعام أن عمومه غير مراد ، بل المراد منه إنما هو الخاص كما سبق فيمن حلف لا يأكل رأساً فيصير المعنى المخصوص كأنه هو المعنى العرفى للعام ، لأنه يتعين حمل كلام كل متكلم على عرفه ، ولو خالف المعنى اللغوى ، ولم يوجد عادة تجعل الألفاظ العامة فى كلام الواقفين فى شرط من مات قبل الاستحقاق محمولة على القيام مقامه ، وما كان يستحقه فى النصيب الأصلى بحيث تجعل النصيب الأصلى كأنه هو المعنى العرفى لتلك الألفاظ العامة ، بل العادة قاضية ببقاء تلك الألفاظ العامة على عمومها . فإنا نرى الجد يعتبر ولد ولده الذى مات كوالده فى كل أحواله ، بل ربما حملته شفقته على حظوته به أكثر من أولاده ، ولو قلنا بعدم عموم هذه العادة لكل الناس ، فهى مشتركة ، وبها تنتفى العادة المخصصة ؛ وإلا لما وقع هذا الاختلاف فى معنى العبارة ؛ وكيف تكون مخصصة مع ظنيتها وقطيعة العام ، ودعوى أن الغرض حرمان فرع من مات قبل الاستحقاق وإلحاقه بابن من مات بعده تشبيها له به دعوى خالية عن الدليل زخرفها ذلك المتكلم ، بل ليس لها واقع تنطبق عليه إذ الالحاق والتشبيه المذكوران مما لا تشم لهما رائحة من عبارات الواقفين ولا من عوائدهم .

وزيادة فرع من مات قبل الاستحقاق على ابن مات بعده لا محظور فيها لعدم المانع منها فى عبارة الواقف ، وهو الذى يفيد الاستحقاق بلا حجر ، خصوصاً وهذه الزيادة ليست من لوازم شرط قيام فرع من مات قبل الاستحقاق مقامه وإنما تأتى بحكم الصدفة فى بعض الحوادث لجواز موت كل أولاد الواقف بعد الاستحقاق عن ذرية وجواز موت فرع من مات قبل الاستحقاق مقامه وإنما تأتى بحكم الصدفة فى بعض الحوادث لجواز موت كل أولاد الواقف بعد الاستحقاق عن ذرية ، وجواز موت فرع من مات قبل الاستحقاق لا عن ذرية قبل أن يستحق أو بعد أن استحق قبل اخوة أبيه أو من فى طبقته ، ولو حصل ذلك لما وجدت زيادة فرع من مات قبل الاستحقاق على فرع من مات بعده .

إذا علمت ذلك تعلم أن قول الواقف على أن من مات عن ولد أو أسفل انتقل نصيبه إليه إلى آخر الشرط ، هو لمن مات بعد الاستحقاق للتعبير فيه بالنصيب ، وهو المستحق بالفعل ، وتعلم أن الطبقة الجعلية فى الأوقاف هى المعتبرة اتفاقاً من الحنفية ومن الشافعية ، وما نسبه بعض أفاضل الحنفية إلى الإمام السبكى أخذاً من جوابه عن حادثة ملكة وعبد الرحمن غير صحيح لما علمت من أن مداره على التعبير بلفظ : (ومن مات من أهل الوقف الخ) وهو يشمل محمداً المتوفى قبل الاستحقاق على ما ذهب إليه السبكى فى معناه ، فلا يكون الشرط متناولا لأولاده حتى يرتقوا به إلى طبقة أبيهم ، والعجب من ابن عابدين كيف غفل عن هذا مع نقله جوابيه عن الحادثتين المذكورتين أولا بلا فاصل بينهما ، وتعلم أيضاً أن تشريك فرع من مات قبل الاستحقاق لا يلزم عليه تجوز أصلا فى لفظ الإخوة ولا فى لفظ الطبقة لما سبق من أن القسمة على من مات قبل الاستحقاق باعتبار أنه أخ قدر وجوده لا على فرعه الذى نحتاج إليه وصفه بالإخوة مجازاً ، وأما لفظ الطبقة فهو مستعمل فى حقيقته ، وتعلم أنه يتعين إعطاء فرع من مات قبل الاستحقاق كل ما كان يعطى لأصله لو كان باقيا على قيد الحياة عند أيلولة ذلك إليه ، عملا بعموم شرط من مات قبل الاستحقاق لما علمت من أنه متأخر وليس بينه وبين من مات بعد الاستحقاق تعارض مطلقاً سواء كان الشرط للإخوة أو لمن فى الطبقة ، ولما علمت من أنه لا يلزم عليه تجوّز مطلقاً ولا جمع بين الحقيقة والمجاز ، ولا ينافيه غرض الواقف لما سبق .

وقول القائل : إن لفظ الطبقة محمول على الحقيقة دون المجاز مسلّم وقوله لئلا يلزم الجمع بين المتضادين وإعطاء الشخص فى موضع . الخ ممنوع ، لأنا لا نعطى نصيبه أهل طبقته ، وأهل طبقة أبيه معاً كما نعطيه منهما عملا بصريح كلام الواقف ، لأن ارتقاءه إلى طبقة أبيه بالشرط لا يبطل طبقته التى جعلها له الواقف بأول ترتيبه ، ولا بدع فى كونه ذا طبقتين بعد جعل الواقف له ذلك ، ولا حجر عليه فيه كما سبق ، واستعمال لفظ الطبقة فيهما حقيقة لما علمت فلا يلزم عليه مجاز ولا جمع بين الحقيقة والمجاز ، وكيف يتوهم أن بينهما تعارضاً مع أنهم نصوا على أن قول الواقف على

أن الخ من باب الشرط وقد نص علماء الحنفية على الشرط يرجع لجميع ما قبله كما نصوا على الشرط من باب الاستثناء وأن الاستثناء يرجع لجميع ما قبله وهو استثناء منه ، فكأن الواقف قال فى كل حكم يخالف حكم شرط من مات قبل الاستحقاق سابق عليه إلا إذا كان هناك فرع من مات قبل الاستحقاق ، فإنه يشارك ويأخذ ما كان يأخذه أصله ، وتوهم المعارضة بين المستثنى والمستثنى منه فى غاية الشناعة إذ لو قال الواقف فلإخوته وأخواته إلا إذا كان هناك فرع من مات قبل الاستحقاق ، فانه يشاركهم ويأخذ ما كان يأخذه أصله لو كان حيا لما خطر على البال توهم المعارضة ، وسبحان من لا يغفل ، ولو سلم أن بينهما معارضة فلا يصح تخصيص العام فراراً من التجوز ، بل يتعين العكس ، ويجعل العموم قرينة على التجوز نظراً لكثرة دوران المجاز وقطعية العام ، ولو سلم التعارض وتكافؤ التجوز والتخصيص ، فلا يسلم جواز تخصيص العام فراراً من التجوز فى الخاص ، لأن الخاص إن لم يحمل على المجاز يتعين نسخه بالعام نظراً لتأخره وقطعيته فى عمومه كما نص عليه الحنفية .

قول المستدل غرض الواقف أن من مات قبل الاستحقاق الخ ممنوع ، لأنه لا دليل عليه لا من اللفظ ولا من العادة ، والغرض لا يعتبر إذا لم يساعد عليه اللفظ أو غيره مما سبق ، بل صريح كلام الواقف من عموم مثا ومقام ينادى بابطاله ، وكذلك قوله : ولو قلنا بخلاف ذلك لزم أن تثبت للمشبه الخ ، فإن هذا التشبيه جاء فى كلام ذلك المتكلم لا من عبارة الواقف ، فإن عبارة الواقف بريئة من هذا التشبيه والإلحاق ، وقوله المعروف المألوف الحاقه به . الخ ، قد علمت ما فيه ، وقوله : إن غرض الواقف يصلح مخصصاً قلنا : نعم إذا ثبت ولم يخالفه اللفظ وهو لم يثبت، وصريح اللفظ يخالفه ، وتعلم أنه لا يصح خلاف مطلقاً بين الحنفية وحدهم، ولا بينهم وبين الشافعية فى إعطاء فرع من مات قبل الاستحقاق كل ما كان يؤول لأصله لو بقى حيا من إخوته أو ممن فى طبقته لما سبق من عدم التعارض بين الشرطين ، ومنشأ الخلاف هو التعارض ، وتقديم الخاص على العام أو عدمه على ما تبين لك .

ومن هنا تعلم ترجيح ما أفتى به السيوطى من إعطائه كل ما كان يؤول لأصله لو كان حيا على ما أفتى به السبكى فيما سبق ، وبتسليم التعارض فلا يصح الخلاف بين الحنفية أيضاً لقولهم : إن الشرط يرجع لجميع ما قبله وأنه بمنزلة الاستثناء ، وقولهم بنسخ العام للخاص عند العلم بتأخر العام عن الخاص كل ذلك بلا خلاف بينهم ، وبذلك تعلم أن استناد من أفتى من علماء الحنفية بمنع فرع من مات أصله قبل الاستحقاق من مشاركة إخوة أصله أو من فى طبقته على بعض فتاوى علماء الشافعية خطأ قطعاً لاختلاف مبنى المذهبين فى الأصول ، ولا يصح للحنفى الاعتداد بمثل هذا الخلاف فى مذهبه لأن خلاف المذاهب المخالفين له فى الأصول المبنى عليه الخلاف فى الفروع لا يعتبر خلافاً عنده يصح التعويل عليه ولا تكثير المخالفين به .

والعجب من ابن عابدين فى نسبته القول بالمنع إلى جمهور العلماء من المذاهب الأربعة ، مع أن عددهم لا يتجاوز أصابع اليد الواحدة فى كل مذهب ، وهم لا يقاومون أعيان الفقهاء وفقهاء الأعيان الذين أفتوا بالاعطاء دون الحرمان ، وإذا تبين لك هذا تعلم أن القضاء بمنع فرع من مات أصله قبل الاستحقاق المشروط قيامه مقامه فى الدرجة والاستحقاق واستحقاقه ما كان يستحقه أصله لو كان حيا من مشاركته فى نصيب من يموت لا عن ذرية من إخوة أصله أو من فى طبقة أصله قضاء بما يخالف صريح شرط الواقف والقضاء بما خالف شرط الواقف قضاء مخالف للنص ، فيجب نقضه عند الحنفية سواء كان نص الواقف فيه نصا صريحاً أو ظاهراً كما صرح به فى البحر وغيره والله أعلم وهو يقول الحق وهو يهدى السبيل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان وقف على اقاربه دخل فيه كل من تعرف قرابته ، فان كان للواقف أب يعرف به وينسب اليه دخل فى وقفه كل من ينسب الى ذلك الأب ، ولا يدخل فيه من ينسب الى أخى الأب أو ابيه ، فان وقف الشافعى رحمه الله لأقاربه دخل فيه كل من ينسب الى شافع بن السائب ، لأنهم

يعرفون بقرابته ، ولا يدخل فيه من ينسب الى على وعباس بن السائب ، ولا من ينسب الى السائب ، لأنهم لا يعرفون بقرابته ، ويستوى فيه من قرب وبعد من أقاربه ، ويستوى فيه الذكر والأنثى لتساوى الجميع فى القرابة ، فان حدث قريب بعد الوقف دخل فيه . وذكر البويطى أنه لا يدخل فيه ، وهذا غلط من البويطى لأنه لا خلاف أنه اذا وقف على أولاده دخل فيه من يحدث من أولاده .

فصل وان وقف على أقرب الناس اليه ولم يكن له أبوان صرف الى الولد ذكراً كان أو أنثى لأنه اقرب من غيره ، لأنه جزء منه ، فان لم يكن له ولد فالى ولد الولد من البنين والبنات ، فان لم يكن ولد ولا ولد ولد ، وله احد الأبوين صرف اليه لأنهما أقرب من غيرهما ، فان اجتمعا استويا ، فان لم يكونا صرف الى أبيهما الأقرب فالأقرب ، فان كان له أب وابن ففيه وجهان:

(احدهما) انهما سواء لأنهما فى درجة واحدة فى القرب .

(والثانى) يقدم الابن لأنه اقوى تعصيبا من الأب ، فان قلنا : انهما سواء قدم الأب على ابن الابن لأنه أقرب منه ، وان قلنا : يقدم الابن قدم ابن الابن على الأب لأنه أقوى تعصيبا منه ، فان لم يكن أبوان ولا ولد وله اخوة صرف اليهم لأنهم أقرب من غيرهم ، فان اجتمع أخ من أب وأخ من أم استويا ، وان كان احدهما من الأب والأم ، والآخر من احدهما ، قدم الذى من الأب والأم ، لأنه أقرب ، فان لم يكن اخوة صرف الى بنى الاخوة على ترتيب آبائهم ، فان كان له جد وأخ ففيه قولان :

(احدهما) انهما سواء لتساويهما فى القرب ، ولهذا سوينا بينهما فى الأرث .

(والثانى) يقدم الأخ لأن تعصيبه تعصيب الأولاد ، فاذا قلنا : انهما سواء قدم الجد على ابن الأخ ، وان قلنا : يقدم الأخ فابن الأخ وان سفل أولى من الجد ، فان لم يكن اخوة وله أعمام صرف اليهم ثم الى أولادهم على ترتيب الاخوة وأولادهم ، فان كان له عم وابو جد فعلى القولين فى الجد والأخ ، وان كان له عم وخال او عمة وخالة أو ولدهما فهما سواء ، فان كان له جدتان احداهما تدلى بقرابتين والأخرى بقرابة ، فالتى تدلى بقرابتين أولى لأنهاأقرب، ومن اصحابنا من قال ان قلنا : ان السدس بينهما فى الميراث استويا فى الوقف .

فصل وان وقف على جماعة من اقرب الناس اليه صرف الى ثلاثة من أقرب الأقارب ، فان وجد بعض الثلاثة فى درجة والباقى فى درجة أبعد ،

استوفى ما أمكن من العدد من الأقرب وتمم الباقى من الدرجة الأبعد ، لأنه شرط الأقرب والعدد ، فوجب اعتبارهما .

فصـــــل وان وقف على مواليه وله مولى من أعلى ومولى من أسفل ، ففيه ثلاثة أوجه .

(أحدها) يصرف اليهما لأن الاسم يتناولهما .

(والثانى) يصرف الى المولى من أعلى ، لأن له مزية بالعتق والتعصيب .

(والثالث) أن الوقف باطل لأنه ليس حمله على أحدهما بأولى من حمله على الآخر ، ولا يجوز الحمل عليهما لأن المولى فى أحدهما بمعنى ، وفى الآخر بمعنى آخر ، فلا تصح ارادتهما بلفظ واحد فبطل) .

الشرح الأحكام : الوقف على الأقارب من القرب إلى الله تعالى ، يتألف من صلة الرحم والإحسان والبر ، فقد أخرج البخارى ومسلم وأحمد عن أنس أن أبا طلحة قال « يا رسول الله إن الله يقول : لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون ، وإن أموالى بيرحاء وإنها صدقة لله أرجو برها وذخـــرها عند الله فضعها يا رسول الله حيث أراك الله فقال : بخ بخ ، ذلك مال رابح مرتين وقد سمعت : أرى أن تجعلها فى الأقربين ، فقال أبو طلحة : أفعـــل يا رسول الله : فقسمها أبو طلحة فى أقاربه وبنى عمه » .

وفى رواية عند أحمد ومسلم « لما نزلت هذه الآية : (لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون) [1] قال أبو طلحة :يارسول الله أرى ربنا يسألنا من أموالنا فأشهدك أنى جعلت أرضى بيرحاء لله ، فقال : اجعلها فى قرابتك ، قال فجعلها فى حسان بن ثابت وأبى بن كعب » .

وللبخارى معناه وقال فيه « اجعلها لفقراء قرابتك » .

قال محمد بن عبد الله الأنصارى : أبو طلحة زيد بن سهل بن الأســـود ابن حرام بن عمرو بن زيد مناة بن عدى بن عمرو بن مالك بن النجـــار .

---

(١) الآية ٩٢ من سورة آل عمران

وحسان بن ثابت بن المنذر بن حرام يجتمعان إلى حرام ، وهو الأب الثالث . وأبى بن كعب بن قيس بن عتيك بن زيد بن معاوية بن عمرو ابن مالك بن النجار ، فعمرو يجمع حسانا وأبا طلحة وأبياً ، وبين أبى وأبى طلحة ستة آباء .

وأخرج الشيخان عن أبى هريرة واللفظ لمسلم « لما نزلت هذه الآية : وأنذر عشيرتك الأقربين ، دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم قريشا فاجتمعوا فعم وخص فقال : « يا بنى كعب بن لؤى انقذوا أنفسكم من النار ، يا بنى مرة بن كعب انقذوا أنفسكم من النار ، يا بنى عبد شمس انقذوا أنفسكم من النار ، يا بنى عبد مناف انقذوا أنفسكم من النار ، يا بنى هاشم انقذوا أنفسكم من النار ، يا بنى عبد المطلب أنقذوا أنفسكم من النار ، يا فاطمة انقذى نفسك من النار فإنى لا أملك لكم من الله شيئاً غير أن لكم رحماً سأبلها ببلالها » .

وفى هذا دليل على أن كل من ناداهم النبى صلى الله عليه وسلم يطلق عليهم لفظ الأقربين ، لأنه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك ممتثلا لقوله تعالى: « وأنذر عشيرتك الأقربين » [1] وهو دليل على صحة ما ذهب اليه الشافعى رضى الله عنه من دخول النساء لذكره فاطمة ، ودخول الكفار .

فرع في مذاهب العلماء .

وقد اختلف العلماء فى الأقارب ، فقال أبو حنيفة : القرابة كل ذى رحم محرم من قبل الأب أو الأم ، ولكن يبدأ بقرابة الأب قبل الأم . وقال أبو يوسف ومحمد : من جمعهم أب منذ الهجرة من قبل أب وأم من تفصيل زاد زفر ويقدم من قرب . وهو رواية عن أبى حنيفة ، وأقل من يدفع له ثلاثة ، وعند محمد اثنان وعند أبى يوسف واحد ، ولا يصرف للأغنياء عندهم إلا إن شرط ذلك .

---

(١) الآية ٢١٤ من سورة الشعراء .

وقال أصحابنا : القريب من اجتمع سواء قرب أم بعد ، مسلما كان أو كافرا ، غنياً أو فقيراً ، ذكراً أو أنثى ، وارثاً أو غير وارث محـرما أو غير محرم. واختلفوا فى الأصول والفروع على وجهين . وقالوا : إن وجد جمع محصورون أكثر من ثلاثة استوعبوا .وقيل يقتصر على ثلاثة وإن كانوا غير محصورين . فنقل عن الطحاوى الاتفاق على البطلان .

قال الحافظ ابن حجر : وفيه نظر ، لأن الشافعية عندهم وجه بالجواز ، ويصرف منهم لثلاثة ولا يجب التسوية . وقال أحمد فى القرابة كالشـافعى إلا أنه أخرج الكافر ، وفى رواية عنه : القرابة كل من جمعه ، والموصى الأب الرابع إلى ما هو أسفل منه ، وقال مالك : يختص بالعصبة سواء كان يرثه أو لا ، ويبدأ بفقرائهم حتى يغنوا ، ثم يعطى الأغنياء .

وقد تمسك برواية «فجعلها فى حسان بن ثابت وأبى بن كعب» من قال : أقل من يعطى من الأقارب إذا لم يكونوا منحصرين اثنان ، وفيه نظر لأنه وقع فى رواية للبخارى فجعلها أبو طلحة فى ذوى رحمه ، وكان منهم حسان وأبى بن كعب ، فدل ذلك على أنه أعطى غيرهما معهما .

وفى مرسل أبى بكر بن حزم : « فرده على أقاربه أبى بن كعب وحسان ابن ثابت وأخيه وابن أخيه شداد بن أوس ونبيط بن جابر ، فتقاوموه فباع حسان حصته من معاوية بمائة ألف درهم » .

اذا ثبت هذا فإنه إذا وقف على أقاربه دخل فيه كل من تعرف قرابته منتسبا إلى أبيه ، ولا يدخل فيه كل من ينسب إلى عمه ، فاذا وقف الشافعى رحمه الله تعالى لأقاربه دخل فيه كل من ينسب الى شافع بن السائب لأنه أبو عبد الله بن محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن السائب ابن عبد الله بن يزيد بن هاشم بن عبد المطلب بن عبد مناف بن قصى القرشى، وقد أعقب السائب بن عبد الله شافعا وعليا وعباسا ، ومن ثم فإن أبنـاءهم لا يدخلون فى وقف الشافعى لأقاربه فإن أعقبوا بعد الوقف دخل عقبهم مثلهم أيضاً ، ولا خلاف أن ما يحدث من أولادهم بعد استحقاقهم يدخل معهم فى الاستحقاق خلافا للبويطى .

فإن وقف لأقاربه وكان له أولاد قدموا على غيرهم ثم على أولادهم . وإن قال من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده ، ومن مات عن غير ولد فنصيبه لأهل الوقف . وكان له ثلاثة بنين فمات أحدهم عن ابنين انتقل نصيبه إليهما ثم مات الثانى عن غير ولد فنصيبه لأهل الوقف ، وكان له ثلاثة بنين فمات أحدهم عن ابنين انتقل نصيبه إليهما ، ثم مات الثانى عن غير ولد فنصيبه لأخيه وابنى أخيه بالسوية لأنهم أهل الوقف ، ثم إن مات أحد ابنى الابن عن غير ولد انتقل نصيبه إلى أخيه وعمه لأنهما أهل الوقف .

وإن مات أحد البنين الثلاثة عن غير ولد وخلف أخويه وابنى أخ له فنصيبه لأخويه دون ابنى أخيه لأنهما ليسا من أهل الوقف مادام أبوهما حيا ، فإذا مات أبوهما فنصيبه لهما ، فاذا مات الثالث كان نصيبه لابنى أخيه بالسوية إن لم يخلف ولداً ، وإن خلف ابناً واحداً فله نصيب أبيه وهو النصف ولابنى عمه النصف لكل واحد الربع .

وإن قال : من مات منهم من غير ولد كان ما كان جاريا عليه جاريا على من هو فى درجته ، فإن كان الواقف مرتبا بطنا بعد بطن كان نصيب الميت عن غير ولد لأهل البطن الذى هو منه . وإن كان مشتركا بين البطون كلها احتمل أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كلهم لأنهم فى استحقاق الوقف سواء فكانوا فى درجته من هذه الجهة . وإن كان الوقف على البطن الأول على أنه من مات منهم عن ولد انتقل نصيبه إلى ولده ، ومن مات عن غير ولد انتقل نصيبه إلى من هو فى درجته ففيه ثلاثة أوجه .

(أحدها) أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كلهم يتساوون فيه ، سواء كان من بطن واحد أو من بطون ؛ وسواء تساوت أنصباؤهم فى الوقف أو اختلفت لما ذكرنا .

(والثانى) أن يكون لأهل بطنه ، سواء كانوا من أهل الوقف أو لم يكونوا مثل أن يكون البطن الأول ثلاثة فمات أحدهم عن ابن ثم مات الثانى عن ابنين فمات أحد الابنين وترك أخاه وعمه وابن عمه وابنا لعمه الحى ، فيكون نصيبه بين أخيه وابنى عمه .

(والثالث) أن يكون لأهل بطنه من أهل الوقف ، فيكون نصيبه على هذا لأخيه وابن عمه الذى مات أبوه ، فان كان فى درجته فى النسب من ليس من أهل الاستحقاق بحال ، كرجل له أربعة بنين وقف على ثلاثة منهم على هذا الوجه وترك الرابع فمات أحد الثلاثة عن غير ولد لم يكن للرابع فيه شيء لأنه ليس من أهل الاستحقاق فأشبه ابن عمهم .

وقد اختلفت الرواية عن أحمد فيمن يستحق الوقف من أقرباء الواقف ، ففى إحدى الروايتين يرجع إلى الورثة منهم لأنهم الذى صرف الله تعالى إليهم ماله بعد موته واستغنائه عنه ، فكذلك يصرف إليهم من صدقته ما لم يذكر له مصرفاً ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إنك إن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » .

فعلى هذا يكون بينهم على حسب ميراثهم ويكون وقفاً عليهم ، وعلى هذا ذكر أصحاب أحمد أن المقصود بالوقف هو التأبيد ، وانما صرفناه إلى هؤلاء لأنهم أحق الناس بصدقته فصرف إليهم مع بقائه صدقة ، ويحتمل كلام الخرقى منهم أن يصرف إليهم على سبيل الإرث ويبطل الوقف فيه ، فعلى هذا يكون قوله متفقا مع قول أبى يوسف .

والرواية الثانية عن أحمد يكون وقفاً على أقرب عصبة الواقف دون بقية الورثة من أصحاب الفروض ، ودون البعيد من العصبات فيقدم الأقرب فالأقرب على حسب استحقاقهم لولاء الموالى لأنهم خصوا بالعقل عنه وبميراث مواليه فخصوا بهذا أيضاً .

ونازله فى هذا ابن قدامة فى مغنيه وقال : لا دليل على ذلك من كتاب ولا سنة والأولى صرفه إلى المساكين وفى نزاعه نظر .

(فرع) وإن وقف على مواليه وله موال من أعلا وموال من أسفل بمعنى أن له عتقاء وهؤلاء موال من أسفل وله معتقون فيكون مواليه من أعلا فهذا يرجع إلى قاعدة أصولية هل المشترك يعم أم لا ؟ وقد قال الأحناف : المشترك لا يعم الا اذا كان مصحوبا بنفى فيعم والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان وقف على زيد وعمرو وبكر ثم على الفقـراء فمات زيد صرف الى من بقى من أهل الوقف ، فاذا انقرضوا صرف الى الفقراء ، وقال ابو على الطبرى : يرجع الى الفقراء ، لأنه لما جعل لهم اذا انقرضوا ، وجب ان تكون حصة كل واحد منهم لهم اذا انقرض ، والمنصوص فى حرملة هو الأول لأنه لا يمكن نقله الى الفقراء ، لأنه قبـل انقراضهم لم يوجد شرط النقل الى الفقراء ، ولا يمكن رده الى الواقف ، لأنه أزال ملكه عنه ، فكان أهل الوقف احق به .

فصـــل وان وقف مسجداً فخرب المكان وانقطعت الصلاة فيه ، لم يعد الى الملك ، ولم يجز له التصرف فيه ، لأن مازال الملك فيـه لحـق الله تعالى ، لا يعود الى الملك بالاختلال ، كما لو أعتق عبداً ثم زمن ، وان وقف نخلة فجفت أو بهيمة فزمنت أو جذوعا على مسجد فتكسرت ، ففيه وجهان :

(احدهما) لا يجوز بيعه لما ذكرناه فى المسجد .

(والثانى) يجوز بيعه لأنه لا يرجى منفعته ، فكان بيعـه أولى من تركه بخلاف المسجد ، فان المسجد يمكن الصلاة فيه مع خرابه ، وقد يعمر الموضع فيصلى فيه ، فان قلنا : تباع كان الحكم فى ثمنه حكم القيمة التى توجد من متلف الوقف ، وقد بيناه ، وان وقف شيئا على ثغر فبطل الثغر كطرسوس أو على مسجد فاختل المكان حفظ الارتفاع ، ولا يصرف الى غيره لجواز أن يرجع كما كان .

فصـــل وان احتاج الوقف الى نفقة ، انفق عليـه من حيث شرط الواقف ، لأنه لما اعتبر شرطه فى سبيله اعتبر شرطه فى نفقته كالمالك فى أمواله ، وان لم يشترط ، أنفق عليه من غلته ، لأنه لا يمكن الانتفاع به الا بالنفقـة ، فحمل الوقف عليه ، وان لم يكن له غلة فهو على القولين ان قلنا : انه لله تعالى كانت نفقته فى بيت المال ، كالحر المعسر الذى لا كسب له ، وان قلنا : للموقوف عليه كانت نفقته عليه .

فصـــل والنظر فى الوقف الى من شرطه الواقف ، لأن الصحابة رضى الله عنهم وقفوا وشرطوا من ينظر « فجعل عمر رضى الله عنه الى حفصة رضى الله عنها ، واذا توفيت فانه الى ذوى الرأى من أهلها » ولأن سبيله الى شرطه فكان النظر الى من شرطه .

وان وقف ولم يشرط الناظر ففيه ثلاثة اوجه :

(احدها) انه الى الواقف لانه كان النظر اليه ، فاذا لم يشرطه بقى على نظره .

(والثانى) انه للموقوف عليه ، لان الغلة له فكان النظر اليه .

(والثالث) الى الحاكم لانه يتعلق به حق الموقوف عليه ، وحق من ينتقل اليه ، فكان الحاكم اولى . فان جعل الواقف النظر الى اثنين من افاضل ولده ولم يوجد فيهم فاضل الا واحد ضم الحاكم اليه آخر ، لان الواقف لم يرض فيه بنظر واحد .

فصـــل اذا اختلف ارباب الوقف فى شروط الوقف وسـبيله ، ولا بينة ، جعل بينهم بالسوية ، فان كان الواقف حياً رجع الى قوله ، لانه ثبت بقوله فرجع اليه) .

الشرح بعض هذه الفصول مضى ذكر أحكامها .

أما المسجد فإنه إذا انهدم وتعذرت إعادته فإنه لا يباع بحال لإمـكان الانتفاع به حالا بالصلاة فى أرضه ، وبهذا قال مالك رضى الله عنه . وقال الرملى : وبه فارق ما لو وقف فرس على الغزو فكبر ولم يصلح حيث جاز بيعه . نعم لو خيف على نقضه نقض وحفظ ليعمر به مسجد آخر إن رأى الحاكم ذلك ، وإن توقع عوده حفظ له ، وإلا فإن أمكن صرفه إلى مسجد آخر صرف اليه ، والا فمنقطع الآخر فيصرف لأقرب الناس إلى الواقف ، فإن لم يكونوا صرف إلى الفقراء والمساكين أو مصالح المسلمين .

أما غير المتهدم فما فضل من غلة الموقوف على مصالحه يشترى به عقار ويوقف عليه بخلاف الموقوف على عمارته يجب ادخاره لأجلها لأنه يعرض للضياع أو لظالم يأخذه .

ولو وقف أرضا للزراعة فتعذرت وانحصر النفع فى الغرس أو البنـاء فعل الناظر أحدهما أو آجرها كذلك ، وقد أفتى البلقينى فى أرض موقوفة لتزرع حناء فآجرها لتغرس كرماً ، فإن قوله لتزرع حناء متضمن لاشتراط

أن لا يزرع غيره لأن من المعلوم أنه يغتفر فى الضمنى ما لا يغتفر فى المنطوق، على أن الفرض فى مسألتنا أن لا يقصد تعطيل وقفه وثوابه ، ومسألة البلقينى ليس فيها ضرورة فاحتاج إلى التقييد .

وقال أصحاب أحمد : إذا تعطلت منافع الوقف كدار انهدمت أو أرض عادت مواتاً أو مسجد انصرف أهل القرية عنه وصار فى موضع لا يصلى فيه أو ضاق بأهله ولم يمكن توسيعه فى موضعه ، أو تشعب جميعه فلم تمكن عمارته ولا عمارة بعضه إلا ببيع بعضه ، جاز بيع بعضه لتعمر به بقيتـــه ، وإن لم يمكن الانتفاع بشىء منه بيع جميعه .

وقال أحمد فى رواية أبى داود صاحب السنن : إذا كان فى المســجد خشبتان لهما قيمة جاز بيعهما وصرف ثمنهما عليه ، وقال فى رواية صالح : يحول المسجد خوفا من اللصوص ، وإذا كان موضعه قذراً ، يعنى إذا كان ذلك يمنع من الصلاة فيه ، ونص فى رواية عبد الله على جواز بيع عرصـــته وتكون الشهادة فى ذلك على الإمام . وقد روى على بن سعيد أن المساجد لا تباع إنما تنقل آلتها . وقال محمد بن الحسن : إذا خرب المســجد أو الوقف عاد إلى ملك واقفه ، لأن الوقف إنما هو تسبيل المنفعة ، فإذا زالت منفعته زال حق الموقوف عليه منه فزال ملكه عنه ، دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « لا يباع أصلها ولا تبتاع ولا توهب ولا تورث » ولأن ما لا يجوز بيعه مع بقاء منافعه لا يجوز بيعه مع بقاء تعطلها كالمعتق ، والمسجد أشـــبه الأشياء بالمعتق .

فائدة لا يصح عندنا وقف لأجل نقش مسجد أو زخرفته ، أما دهانه وملاطه وتجصيصه فجائز ، لقول عمر رضى الله عنه « أكن النـــاس من المطر وإياك أن تحمر أو تصفر فتفتن الناس » أفاده الشمس الرملى فى النهاية .

فـــرع إذا كان الوقف للاستغلال لم يتصرف فيه سواء ناظـــره الخاص أو العام أو لينتفع به الموقوف عليه ، وأطلق أو قال : كيف شـــاء ،

فله استيفاء المنفعة بنفسه وبغيره بأن يركبه الدابة مثلا ليقضى له عليها حاجة فلا ينافى ذلك ما قيل فى الإعارة والإجارة وما قيدناه به .

ثم إن شرط الواقف النظر لنفسه أو غيره اتبع كبقية شروطه ، لما روى أن عمر رضى الله عنه ولى أمر صدقته لحفصة ما عاشت ثم لأولى الرأى من أهلها ، وقبول من شرط له النظر كقبول الوكيل فيما يظهر لا الموقوف عليه ما لم يشرط له شىء من ريع الوقف ، ودعوى السبكى أنه بالإباحة أشبه فلا يرتد بالرد بعيد ، بل لو قبله ثم أسقط حقه منه سقط إلا أن يشترط نظره حال الوقف ، فلا ينعزل بعزل نفسه على الراجح خلافاً لمن زعم خلافه .

قال الرملى : نعم يقيم الحاكم متكلما غيره مدة إعراضه ، فلو أراد العود ولم يحتج إلى تولية جديدة ، فإذا لم يشرط الواقف النظر لأحد فالنظر للقاضى الموجود ببلد الموقوف عليه كما مر نظيره فى مال اليتيم ، إذا نظره عام فهو أولى من غيره ، ولو كان واقفاً أو موقوفا عليه . وما جزم به الماوردى من ثبوته للواقف بلا شرط فى مسجد المحلة ، والخوارزمى فى سائر المساجد ، وزاد أن ذريته مثله مردود . هكذا أفاده الرملى .

وشرط الناظر العدالة الباطنة مطلقا كما رجحه الأذرعى خلافا لاكتفاء السبكى بالعدالة الظاهرة ، ومن ثم ينعزل بالفسق المحقق بخلاف غيره بخلاف الكذب الذى يمكن أن يكون معذوراً فيه .

وسواء فى الناظر أكان هو الواقف أم غيره ، ومتى انعزل بالفسق فالنظر للحاكم ، كما تشترط الكفاية لما تولاه من نظر عام أو خاص وهى الاهتداء إلى التصرف الذى فوض له قياساً على الوصى والقيم ، لأنها ولاية على غيره ، وعند زوال الأهلية يكون النظر للحاكم ، هكذا رجحه السبكى وقد أفتى النووى بعدم عود النظر بعود الأهلية ما لم يكن نظره بشرط الواقف ، لقوته بالشرط ، إذ ليس لأحد عزله ولا الاستبدال به ، وعارض فقد الأهلية مانع من تصرفه لا سالب لولايته ، ولو كان له النظر على مواضع فأثبت أهليته فى مكان ثبتت فى بقية الأماكن من حيث الأمانة

لا من حيث الكفاية إلا أن يثبت أهليته فى سائر الأوقاف كما قرره ابن الصلاح .

ووظيفة الناظر حفظ الأصول وثمرتها على وجه الاحتياط كولى اليتيم ، كما يتولى الإجارة والعمارة والاقتراض على الوقف عند الحاجة إن شرطه له الواقف أو أذن له فيه الحاكم كما فى الروضة وغيرها ، خلافا للبلقينى . سواء فى ذلك مال نفسه وغيره ، كما أنه منوط به تحصيل الغلة وقسمتها على مستحقيها ، ويلزمه رعاية زمن عينه الواقف ، ويجوز تقديم تفرقة المنذور على الزمن المعين لشبهه بالزكاة المعجلة ، ولو كان له وظيفة فاستناب فيها فالأجرة عليه لا على الوقف وقال الأذرعى : إن الذى نعتقده أن الحاكم لا نظر له معه ولا تصرف ، بل نظره معه نظر إحاطة ورعاية .

فإن فوض الواقف اليه بعض هذه الأمور لم يتعده اتباعا للشرط ، ويستحق الناظر ما شرط من الأجرة ، كما يجوز له رفع الأمر إلى الحاكم ليقرر له أجرة قال العراقى فى تحريره : ومقتضاه أنه يأخذ مع الحاجة إما قدر النفقة كما رجحه الرافعى أو الأقل من نفقته وأجرة مثله كما رجحه النووى ؛ وقد رجح بعض المتأخرين من أصحابنا أن الظاهر هنا أنه يستحق أن يقرر له أجرة المثل ، وإن كان أكثر من النفقة ، وإنما اعتبرت النفقة هنا لوجوبها على فرعه سواء أكان وليا على ماله أم لا ، بخلاف الناظر ولو جعل النظر لعدلين من أولاده وليس فيهم سوى عدل نصب لحاكم آخر ، وإن جعله للأرشد من أولاده فالأرشد ، فأثبت كل منهم أنه أرشد اشتركوا فى النظر بلا استقلال إن وجدت الأهلية فيهم ، لأن الأرشدية قد سقطت بتعارض البينات فيها ويبقى أصل الرشد ، ولو تغير حال الأرشد حين الاستحقاق فصار مفضولا انتقل النظر إلى من هو أرشد منه ، ويدخل فى الأرشد من أولاد أولاد الأرشد من أولاد البنات ، وللواقف عزل من ولاه نائبا عنه إن شرط النظر لنفسه ونصب غيره كالوكيل .

وأفتى النووى بأنه لو شرط النظر لإنسان ، وجعل له أن يسنده لمن شاء فأسنده لآخر ، لم يكن له عزله ولا مشاركته ، ولا يعود النظر إليه

بعد موته . قال الرملى : وبنظير ذلك أفتى فقهاء الشام وعللوه بأن التفويض بمثابة التمليك ، وخالفهم السبكى فقال : بل كالتوكيل ، وأفتى السبكى بأن للناظر والواقف من جهته عزل المدرس ونحوه إن لم يكن مشروطا فى الوقف ولو لغير مصلحة ، وهو مردود بما فى الروضة للنووى أنه لا يجوز للإمام إسقاط بعض الأجناد المثبتين فى الديوان بغير سبب ، فالناظر الخاص أولى ، ولا أثر للفرق بأن هؤلاء ربطوا أنفسهم للجهاد الذى هو فرض ، ومن ربط نفسه لا يجوز إخراجه بلا سبب بخلاف الوقف فإنه خارج عن فروض الكفايات ، بل يرد بأن التدريس فرض أيضاً ، وكذلك قراءة القرآن، فمن ربط نفسه بهما فحكمه كذلك على تسليم ما ذكره من أن الربط به كالتلبيس به ، وإلا فشتان ما بينهما، ومن ثم اعتمد البلقينى أن عزله من غير مسوغ لا ينفذ ، بل هو قادح فى نظره ، وفى شرح المنهاج فى الكلام على عزل القاضى بلا سبب ونفوذ العزل فى الأمر العام . أما الوظائف كأذان وإقامة وتدريس وطلب ونحوه فلا ينعزل أربابها بالعزل من غير سبب كما أفتى به كثير من المتأخرين ، ومنهم ابن رزين فقال : من تولى تدريسا لم يجز عزله بمثله ولا بدونه ولا ينعزل بذلك ، قال الرملى : وهذا هو المعتمد .

وإذا قلنا : لا ينفذ عزله إلا بسبب فهل يلزمه بيان مستنده ؟ الفتوى أكثر المتأخرين بعدمه وقيده بعضهم بما إذا وثق بعلمه ودينه ، وزيفه التاج السبكى بأنه لا حاصل له . ثم بحث أنه ينبغى وجوب بيان مستنده مطلقا أخذاً من قولهم : لا يقبل دعواه الصرف لمستحقين معينين ، بل القول قولهم ولهم مطالبته بالحساب وادعى الولى العراقى أن الحق التقييد وله حاصل لأن عدالته غير مقطوع بها ، فيجوز أن يختل وأن يظن ما ليس بقادح قادحا بخلاف من تمكن علماً ودينا زيادة على ما يعتبرون فى الناظر من تمييز ما يقدح وما لا يقدح ، ومن ورع وتقوى يحولان بينه وبين متابعة الهوى .

ولو طلب المستحقون من الواقف كتاب الوقف ليكتبوا منه نسخة حفاظا لاستحقاقهم لزمه تمكينهم وذلك أخذاً من إفتاء جماعة أنه يجب على صاحب كتب الحديث إذا كتب فيها سماع غيره معه لها أن يعيره إياها ليكتب سماعه منها ولو تغيرت المعاملة وجب ما شرطه الواقف مما كان

يتعامل به حال الوقف ، زاد سعره أم نقص سهل تحصيله أم لا ، فان فقد اعتبرت قيمته يوم المطالبة إن لم يكن له مثل حينئذ وإلا وجب مثله .

وإذا أجر الناظر الوقف على معين أو جهة إجارة صحيحة فزادت الأجرة فى المدة أو ظهر طالب بالزيادة لم ينفسخ العقد فى الأصح لوقوعه بالغبطة فى وقته فأشبه ارتفاع القيمة أو الأجرة بعد بيع أو إجارة مال المحجور . والثانى : تنفسخ إذا كان للزيادة وقع ، والطالب ثقة لتبين وقوعه على خلاف المصلحة ، وقد مر فى الاجارة أنه لو كان المؤجر المستحق أو مأذونه جاز إيجاره بأقل من أجرة مثله وعليه فالأوجه انفساخها بانتقالها لغيره ممن لم يأذن له فى ذلك .

وأفتى ابن الصلاح فيما إذا أجر بأجرة معلومة شهد اثنان بأنها أجرة المثل حالة العقد ثم تغيرت الأحوال فزادت أجرة المثل بأنه يتبين بطلانها وخطؤهما لأن تقويم المنافع المستقبلة إنما يصح حيث استمرت حالة العقد بخلاف ما لو طرأ عليها أحوال تختلف بها قيمة المنفعة فإنه بان أن المقوم لم يوافق تقويمه الصواب ولو حكم حاكم بصحة إجارة وقف ، وأن الأجرة أجرة المثل ، فإن ثبت بالتواتر أنها دونها تبين بطلان الحكم والإجارة .

فرع نفقة الوقف من حيث شرط الواقف لأنه لما اتبع شرطه فى سبيله وجب اتباع شرطه فى نفقته ، فإن لم يمكن فمن غلته ، لأن الواقف اقتضى تحبيس أصله وتسبيل منفعته ، ولا يحصل ذلك إلا بالاتفاق عليه ، فكان ذلك من ضرورته ، وإن تعطلت منافع الحيوان الموقوف فنفقته على الموقوف عليه لأنه ملكه ، ويحتمل وجوبها فى بيت المال .

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب الهبـــــات

الهبة مندوب اليها لما روت عائشة رضى الله عنها ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « تهادوا تحابوا » وللأقارب أفضل لما روى عبد الله بن عمر رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الراحمون يرحمهم الله ، ارحموا من فى الأرض يرحمكم من فى السماء ، الرحم شجنة من الرحمن ، فمن وصلها وصله الله ، ومن قطعها قطعه الله » وفى الهبة صلة الرحم ، والمستحب أن لا يفضل بعض أولاده على بعض فى الهبة لما روى النعمان بن بشير قال : « اعطانى أبى عطية فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله انى اعطيت ابنى عطية ، وان أمه قالت لا أرضى حتى تشهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فهل أعطيت كل ولدك مثل ذلك ؟ قال : لا ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم ، أليس يسرك أن يكونوا فى البر سواء؟ قال : بلى . قال : فلا اذاً » .

قال الشافعى رحمه الله : ولأنه يقع فى نفس المفضول ما يمنعه من بره ، ولأن الأقارب ينفس بعضها بعضاً ما لا ينفس العدى ، فأن فضل بعضهم بعطية صحت العطية ، لما روى فى حديث النعمان أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اشهد على هذا غيرى » فلو لم يصح ، لبين له ولم يأمره أن يشهد عليه غيره ، ولا يستنكف أن يهب القليل ، ولا أن يتهب القليل ، لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لو دعيت الى كراع لأجبت ؟ ولو اهدى الى كراع او ذراع لقبلت ») .

الشرح الحديث الأول أخرجه البخارى فى الأدب المفرد والبيهقى وابن طاهر فى مسند الشهاب من حديث محمد بن بكير عن ضمام بن إسماعيل عن موسى بن وردان عن أبى هريرة عنه صلى الله عليه وسلم « تهادوا تحابوا » قال الحافظ ابن حجر وإسناده حسن ، وقد اختلف فيه على ضمام قال الذهبى : لينه بعضهم بلا حجة . وقال أحمد بن حنبل : صالح الحديث.

وسرد له ابن عدى فى كامله أحاديث حسنة ، ولما كان ضمام ختن أبى قبيل على ابنته فقد اختلف عليه ، فقيل عنه : عن أبى قبيل عن عبد الله بن عمر . أورده ابن طاهر ورواه فى مسند الشهاب من حديث عائشة بلفظ « تهادوا تزدادوا حباً » وفى إسناده محمد بن سليمان . قال ابن طاهر : لا أعرفه ، وأورده أيضاً من وجه آخر عن أم حكيم بنت وداع الخزاعية وقال : إسناده غريب وليس بحجة .

وروى مالك فى الموطأ عن عطاء الخراسانى رفعه « تصافحوا يذهب الغل ، وتهادوا تحابوا وتذهب الشحناء » وفى الأوسط للطبرانى من حديث عائشة « تهادوا تحابوا وهاجروا تورثوا أولادكم مجداً وأقيلوا الكرام عثراتهم » قال الحافظ ابن حجر : وفى إسناده نظر ، وأخرج فى الشهاب عن عائشة « تهادوا فان الهدية تذهب الضغائن » ومداره على محمد ابن عبد النور عن أبى يوسف الأعشى عن هشام عن أبيه عنها . والراوى له عن محمد هو أحمد بن الحسن المقرى . قال الدارقطنى : ليس بثقة ، وقال ابن طاهر لا أصل له عن هشام . رواه ابن حبان فى الضعفاء من طريق بكر بن بكار عن عائذ بن شريح عن أنس بلفظ (تهادوا فإن الهدية قلت أو كثرت تذهب السخيمة) وضعفه بعائذ . قال أبو حاتم : فى حديثه ضعف . وقال ابن طاهر : ليس بشىء وقد رواه عنه جماعة . قال ورواه كوثر ابن حكيم عن مكحول عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسلا . وكوثر متروك .

وروى الترمذى من حديث أبى هريرة « تهادوا فان الهدية تذهب وحر الصدر » وفى إسناده أبو معشر المدنى تفرد به وهو ضعيف . ورواه ابن طاهر فى أحاديث الشهاب من طريق عصمة بن مالك بلفظ « الهدية تذهب بالسمع والبصر » ورواه ابن حبان فى الضعفاء من حديث ابن عمر بلفظ « تهادوا فان الهدية تذهب الغل » رواه محمد بن غيزغة قال : لا يجوز الاحتجاج به وقال فيه البخارى منكر الحديث وروى أبو موسى المدينى فى الذيل فى ترجمة زعبل ، بالزاى والعين المهملة والباء الموحدة ، يرفعه « تزاوروا وتهادوا

فان الزيارة تثبت الوداد ، والهدية تذهب السخيمة » . قال ابن حجر : وهو مرسل وليس لزعبل صحة .

أما حديث عبد الله بن عمر فرواه أحمد فى مسنده والطبرانى باسناد صحيح عن عبد الله بن عمرو ؛ ورواه مسلم عن عائشة ، ورواه البخارى عن أبى هريرة بلفظ « الرحم شجنة من الرحمن ، قال الله : من وصلك وصلته ومن قطعك قطعته » .

أما حديث النعمان بن بشير عند البخارى ومسلم وأحمد بلفظ (أن أباه أتى به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إنى نحلت ابنى هذا غلاما كان لى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أكل ولدك نحلته مثل هذا ؟ فقال : لا ، فقال : فارجعه) ولفظ مسلم (تصدق علىَّ أبى ببعض ماله ، فقالت أمى عمرة بنت رواحة : لا أرضى حتى تشهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فانطلق أبى إليه يشهده على صدقتى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أفعلت هذا بولدك كلهم ؟ قال : لا فقال : اتقوا الله واعدلوا فى أولادكم ، فرجع أبى فى تلك الصدقة) وللبخارى مثله ولكن ذكره بلفظ العطية لا بلفظ الصدقة .

وقد روى أحمد وأبو داود والنسائى والمنذرى عن النعمان بن بشير قال : قال النبى صلى الله عليه وسلم « اعدلوا بين أبنائكم ، اعدلوا بين أبنائكم ، اعدلوا بين أبنائكم » وهذا الحديث سكت عنه أبو داود والمنذرى ورجاله ثقات إلا المفضل بن المهلب بن أبى صفرة ، وقد اختلف فيه وهو صدوق ، وفى رواية لمسلم بلفظ « أيسرك أن يكونوا فى البر سواء ؟ قال : بلى ، قال : فلا إذن » .

وفى بابه عن ابن عباس عند الطبرانى والبيهقى وسعيد بن منصور بلفظ « سووا بين أولادكم فى العطية ، ولو كنت مفضلا أحداً لفضلت النساء » وفى إسناده سعيد بن يوسف وهو ضعيف ، وذكر ابن عدى فى الكامل أنه لم ير له أنكر من هذا وقد حسن ابن حجر فى الفتح إسناده .

أما حديث أبى هريرة فقد أخرجه البخارى بلفظ « لو دعيت إلى كراع أو ذراع لأجبت ، ولو أهدى إلى ذراع أو كراع لقبلت » ورواه أحمد والترمذى وصححه من حديث أنس بلفظ « لو أهدى إلى كراع لقبلت ، ولو دعيت عليه لأجبت » وفى بابه عن أم حكيم الخزاعية عند الطبرانى قالت « قلت يا رسول الله تكره رد اللُّطَف ؟ قال : ما أقبحه ، لو أهدى الى كراع لقبلت » وقوله : اللطف بالتحريك : اليسير من الطعام .

أما بشير بن سعد الذى جاء إلى النبى صلى الله عليه وآله وسلم يشهده على ما نحله لولده النعمان فهو بشير بن سعد بفتح الباء وكسر الشين والد النعمان بن بشير بن سعد بن جُلاس بضم الجيم بن زيد بن مالك ابن ثعلبة بن كعب بن الخزرج بن الحارث بن الخزرج الأنصارى الخزرجى المدنى الصحابى الفاضل الصالح شهد العقبة الثانية وبدراً وأحداً والخندق والمشاهد بعدها مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قيل : إنه أول من بايع أبا بكر الصديق رضى الله عنه من الأنصار بالخلافة واستشهد مع خالد بن الوليد رضى الله عنه يوم عين التمر بعد انصرافه من اليمامة سنة ثنتى عشرة من الهجرة وهو الذى ثبت فى الصحيح أنه قال « يا رسول الله أمرنا أن نصلى عليك فكيف نصلى عليك » .

أما النعمان بن بشير ولده فقال النووى فى تهذيبه : الصحابى ابن الصحابى والصحابية رضى الله تعالى عنهم ذكره فى المختصر والمهذب وذكره فى الوسيط فى باب الهبة لكنه وقع فيه غلط فى الوسيط سيأتى بيانه فى النوع الثامن من الأوهام ان شاء الله تعالى [1] هو أبو عبد الله النعمان بن بشير بن سعد بن ثعلبة بن جلاس بضم الجيم وتخفيف اللام كما قيده الحافظ عبد الغنى المقدسى وغيره وقال ابن ماكولا هو خلاس بضم

---

(١) لم يأت ذكره فى تهذيب الأسماء واللغات طبعة المنيرية واخشى ان تكون الطبعة ناقصة كثيراً مما سجله النووى فى هذا الكتاب لانى وجدت كثيراً مما اشار اليه غير موجود مما يدل على سقط هذا الذى نوه النووى رحمه الله بذكره وصرح بتسجيله فى كتابه ولله الأمر من قبل ومن بعد (ط) .

الحاء المعجمة وتشديد اللام ابن زيد بن مالك بن ثعلبة بن كعب بن الخزرج الأنصارى وهو وأبوه وأمه صاتبون اسم أمه أم عمرة بنت رواحة شهد بشير العقبة الثانية وبدراً وأحداً والمشاهد كلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم روى عنه ابنه النعمان وجابر بن عبد الله وروى عنه أيضاً عروة والشعبى مرسلا فانهما لم يدركاه وولد النعمان على رأس أربعة عشر شهراً من الهجرة وهو أول مولود من الأنصار بعد الهجرة ، وقيل فى مولده غير ما ذكرنا لكن ما ذكرناه هو الأصح الأشهر روى له عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم مائة وأربعة عشر حديثاً اتفق البخارى ومسلم منها على خمسة وانفرد البخارى بحديث ومسلم بأربعة روى عنه ابناه بشير ومحمد وعروة وابن الزبير والشعبى وآخرون قتل بالشام بقرية من قرى حمص فى ذى الحجة سنة أربع وستين وقال ابن أبى خيثمة سنة ستين استعمله معاوية على حمص ثم على الكوفة واستعمله عليهما يزيد بن معاوية وكان كريما جواداً شاعراً رضى الله تعالى عنه . اهـ

أما الهبة بكسر الهاء وتخفيف الباء الموحدة . قال فى الفتح : تطلق بالمعنى الأعم على أنواع الإبراء ، وهو هبة الدين ممن هو عليه ، والصدقة وهى هبة ما يتمحض به طلب ثواب الآخرة ، والهدية وهى ما يلزم به الموهوب له عوضه ومن خصها بالحياة أخرج الوصية ، وهى تكون أيضاً بالأنواع الثلاثة ، وتطلق الهبة بالمعنى الأخص على ما لا يقصد له بدل ، وعليه ينطبق قول من عرف الهبة بأنها تمليك بلا عوض اهـ .

والهبة والعطية والهدية والصدقة معانيها متقاربة وكلها تمليك فى الحياة بغير عوض ، واسم العطية شامل لجميعها ، وكذلك الهبة والصدقة والهدية متغايران ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم كان يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة ، وقال فى اللحم الذى تصدق به على بريرة « هو عليها صدقة ولنا هدية » فالظاهر أن من أعطى شيئاً يتقرب به إلى الله تعالى للمحتاج فهو صدقة . ومن دفع إلى إنسان شيئاً يتقرب به إليه محبة له فهو هدية ، وجميع ذلك مندوب إليه ومحثوث عليه لقوله صلى الله عليه وسلم « تهادوا تحابوا »

وأما الصدقة فما ورد فى فضلها أكثر من أن يمكننا حصره ، وقد قال الله تعالى « إن تبدوا الصدقات فنعما هى ، وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهى خير لكم ويكفر عنكم من سيئاتكم » .

اذا ثبت هذا فإن المكيل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة إلا بالقبض ، وهو قول أكثر الفقهاء ، منهم النخعى والثورى والحسن بن صالح وأبو حنيفة والشافعى وأحمد .

وقال مالك وأبو ثور : يلزم ذلك بمجرد العقد لعموم قوله عليه الصلاة والسلام (العائد فى هبته كالعائد فى قيئه) ولأنه إزالة ملك بغير عوض فلزم بمجرد العقد كالوقف والعتق ، وربما قالوا : تبرع فلا يعتبر فيه القبض كالوصية والوقف ، ولأنه عقد لازم ينقل الملك فلم يقف لزومه على القبض كالبيع ، وتطلق الهبة على الشىء الموهوب .

وأحاديث النعمان بن بشير تمسك بها من أوجب التسوية بين الأولاد فى العطية ، وبه صرح البخارى ، وهو قول طاوس والثورى وأحمد وإسحاق وبعض المالكية ، قال فى الفتح : والمشهور عن هؤلاء أنها باطلة . وعن أحمد تصح ، ويجب أن يرجع . وعنه يجوز التفاضل إن كان له سبب ، كأن يحتاج الولد لزمانته أو دينه أو نحو ذلك دون الباقين .

وقال أبو يوسف : تجب التسوية إن قصد بالتفضيل الإضرار . وذهب الجمهور إلى أن التسوية مستحبة ، فإن فضل بعضاً صح وكره ، وحملوا الأمر على الندب وكذلك حملوا النهى الثابت فى رواية لمسلم بلفظ « أيسرك أن يكونوا لك فى البر سواء ؟ قال : بلى قال : فلا إذن » على التنزيه .

وأجابوا عن حديث النعمان بأجوبة عشرة جاءت فى فتح البارى ، اختصرها الشوكانى ووضع عليها زيادات مفيدة (أحدها) أن الموهوب للنعمان كان جميع مال والده حكاه ابن عبد البر ، وتعقاه بأن كثيراً من

طرق الحديث مصرحة بالبعضية ، كما فى حديث جابر وغيره أن الموهوب كان غلاما ، وكما فى لفظ مسلم عن النعمان « تصدق علىَّ أبى ببعض ماله » .

(الجواب الثانى) أن العطية المذكورة لم تنجز ، وإنما جاء بشير يستشير النبى صلى الله عليه وسلم فى ذلك فأشار عليه بأن لا يفعل فترك ، حكاه الطبرى ويجاب عنه بأن أمره صلى الله عليه وسلم له بالارتجاع يشعر بالتنجيز ، وكذلك قول عمرة « لا أرضى حتى تشهد » الخ .

(الجواب الثالث) أن النعمان كان كبيراً ولم يكن قبض الموهوب فجاز لأبيه الرجوع . ذكره الطحاوى . قال الحافظ وهو خلاف ما فى أكثر طرق الحديث خصوصا قوله (أرجعه) فإنه يدل على تقدم وقوع القبض ، والذى تضافرت عليه الروايات أنه كان صغيراً وكان أبوه قابضا له لصغره فأمره برد العطية المذكورة بعدما كانت فى حكم المقبوضة .

(الجواب الرابع) أن قوله (أرجعه) دليل على الصحة ، ولو لم تصح الهبة لم يصح الرجوع ، وإنما أمره بالرجوع لأن للوالد أن يرجع فيما وهب لولده ، وإن كان الأفضل خلاف ذلك ، لكن استحباب التسوية رجح على ذلك فلذلك أمره به .

وفى الاحتجاج بذلك نظر ، والذى يظهر أن معنى قوله (أرجعه) أى لا تمض الهبة المذكورة ، ولا يلزم من ذلك تقدم صحة الهبة .

(الخامس) أن قوله (أشهد على هذا غيرى) إذن بالإشهاد على ذلك ، وانما امتنع من ذلك لكونه الإمام ، وكأنه قال : لا أشهد لأن الإمام ليس من شأنه أن يشهد وإنما من شأنه أن يحكم حكاه الطحاوى وارتضاه ابن القصار ، وتعقب بأنه لا يلزم من كون الإمام ليس من شأنه أن يشهد أن يمتنع من تحمل الشهادة ولا من أدائها إذا تعينت عليه ، والإذن المذكور مراد به التوبيخ لما تدل عليه بقية ألفاظ الحديث ، وبذلك صرح الجمهور فى هذا الموضع .

وقال ابن حبان : قوله (أشهد) صيغة أمر والمراد به نفى الجواز وهى كقوله لعائشة : اشترطى لهم الولاء ا هـ ، ويؤيد هذا الوجه تسميته صلى الله عليه وسلم لذلك جوراً كما فى بعض الروايات المذكورة .

(الجواب السادس) التمسك بقوله (ألا سويت بينهم) على أن المراد بالأمر الاستحباب وبالنهى التنزيه . قال الحافظ ابن حجر : وهذا جيد لولا ورود تلك الألفاظ الزائدة على هذه اللفظة ولاسيما رواية « سوِّ بينهم » .

(الجواب السابع) قالوا : المحفوظ فى حديث النعمان « قاربوا بين أولادكم » لا سوُّوا ، وتعقب بأنكم لا توجبون المقاربة كما لا توجبون التسوية .

(الجواب الثامن) فى التشبيه الواقع بينهم فى التسوية بالتسوية بينهم ، بالتسوية فيهم فى البر قرينة تدل على أن الأمر للندب ، ورد بأن إطلاق الجور على عدم التسوية والنهى على التفضيل يدلان على الوجوب فلا تصلح تلك القرينة لصرفهما وإن صلحت لنفس الأمر .

(الجواب التاسع) ما سيأتى فى الفصل الذى بعد هذا من منحة أبى بكر لعائشة ، وقوله لها : فلو كنت احترتيه ، وكذلك ما رواه الطحاوى عن عمر أنه نحل ابنه عاصما دون سائر ولده ، ولو كان التفضيل غير جائز لما وقع من الخليفتين ، وقال فى الفتح : وقد أجاب ابن عمر عن قصة عائشة بأن إخوتها كانوا راضين ، ويجاب بمثل ذلك عن قصة عاصم . ولا حجة فى فعلهما لاسيما إذا عارض المرفوع .

(الجواب العاشر) أن الإجماع انعقد على جواز عطية الرجل ماله لغير ولده ، فإذا جاز له أن يخرج جميع ولده من ماله لتمليك الغير جاز له أن يخرج بعض ولده بالتمليك لبعضهم . وذكره ابن عبد البر قال الحافظ ابن حجر : ولا يخفى ضعفه لأنه قياس مع وجود النص ، وقد رأى الشوكانى أن التسوية واجبة وأن التفضيل محرم واختلف الموجبون

للتسوية فى كيفيتها فقال محمد بن الحسن وأحمد وإسحاق وبعض الشافعية والمالكية : العدل أن يعطى الذكر حظين كالميراث ، واحتجوا بأن ذلك حظه من المال لو مات عنه الواهب . وقال غيرهم لا فرق بين الذكر والأنثى ، وظاهر الأمر بالتسوية معهم .

على أن حديث النعمان بن بشير رواه عنه عدد كثير من التابعين ، منهم عروة بن الزبير عند مسلم والنسائى وأبى داود ، وأبو الضحى عند النسائى وابن حبان وأحمد والطحاوى ، والمفضل بن المهلب عند أحمد وأبى داود والنسائى ، وعبد الله بن عتبة بن مسعود عند أحمد ، وعون بن عبد الله عند أبى عوانة والشعبى عند الشيخين وأبى داود وأحمد والنسائى وابن ماجه وابن حبان وغيرهم وقد رواه النسائى من مسند بشير والد النعمان فشذ بذلك . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وما جاز بيعه من الأعيان جاز هبته لأنه عقد يقصد به ملك العين فملك به ما يملك بالبيع وما جاز هبته جاز منه مشاع لما روى عمرو ابن سلمة الضمرى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج من المدينة حتى أتى الروحاء فاذا حمار عقير ، فقيل : يا رسول الله ، هذا حمار عقير ، فقال : دعوه فانه سيطلبه صاحبه ، فجاء رجل من فهر فقال : يا رسول الله انى أصبت هذا فشأنكم به ، فأمر النبى صلى الله عليه وسلم ابا بكر بقسم لحمه بين الرفاق » ولأن القصد منه التمليك والمشاع كالمقسوم فى ذلك .

فصل وما لا يجوز بيعه من المجهول ، وما لا يقدر على تسليمه ، وما لم يتم ملكه عليه ، كالمبيع قبل القبض لا تجوز هبته ، لأنه عقد يقصد به تمليك المال فى حال الحياة ، فلم يجز فيما ذكرناه كالبيع .

فصل ولا يجوز تعليقها على شرط مستقبل لأنه عقد يبطل بالجهالة ، فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل كالبيع) .

الشرح حديث عمرو بن سلمة الضمرى كذا فى نسخ المهذب وفى مواطن مختلفة من فصول المهذب وصوابه عمير بن سلمة الضمرى بالتصغير.

قال الحافظ ابن حجر فى التهذيب : له صحبة وحديث ، وهذا الحديث أخرجه أحمد والنسائى ومالك فى الموطأ وصححه ابن خزيمة وغيره عن عمير بن سلمة الضمرى عن رجل من بهز « أنه خرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد مكة حتى إذا كانوا فى بطن وادى الروحاء وجد الناس حمار وحش عقيراً فذكروه للنبى صلى الله عليه وسلم فقال : أقروه حتى يأتى صاحبه فأتى البهزى وكان صاحبه فقال : يا رسول الله شأنكم هذا الحمار فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بكر فقسمه فى الرفاق ، وهم محرمون ، قال : ثم مررنا حتى إذا كنا بالأثاية إذا نحن بظبى حاقف فى ظل فيه سهم فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا أن يقف عنده حتى يخبر الناس عنه » .

ولأحمد والبخارى ومسلم من حديث قتادة قال « كنت يوماً جالسا مع رجال من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فى منزل فى طريق مكة ورسول الله صلى الله عليه وسلم أمامنا والقوم محرمون وأنا غير محرم عام الحديبية فأبصروا حماراً وحشيا وأنا مشغول أخصف نعلى فلم يؤذنونى ، وأحبوا لو أنى أبصرته فالتفت فأبصرته فقمت إلى الفرس فأسرجته ثم ركبت ونسيت السوط والرمح فقلت لهم : ناولونى السوط والرمح فقالوا : لا والله لا نعينك عليه ، فغضبت فنزلت فأخذتهما ثم ركبت فشددت على الحمار فعقرته ثم جئت به وقد مات فوقعوا فيه يأكلونه ، ثم إنهم شكوا فى أكلهم إياه وهم حرم ، فرحنا وخبأت العضد معى فأدركنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألناه عن ذلك فقال : هل معكم منه شىء ؟ فقلت : نعم ، فناولته العضد فأكلها وهو محرم » ولمسلم « هل أشار إليه إنسان أو أمره بشىء ؟ قالوا : لا ، قال : فكلوه » وللبخارى « قال : منكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار إليها ؟ قالوا : لا ، قال : فكلوا ما بقى من لحمها » قلت : وهذا الخبر صريح فى صحة هبة المشاع ، وبه قال مالك والشافعى وأحمد ، سواء فى ذلك ما أمكن قسمته أو لم يمكن .

وقال أصحاب الرأى : لا تصح هبة المشاع الذى يمكن قسمته لأن القبض شرط فى الهبة ، ووجوب القسمة يمنع صحة القبض وتمامه ، فإن

كان مما لا يمكن قسمته صحت هبته لعدم ذلك فيه ، وإن وهب واحد اثنتين شيئاً مما ينقسم لم يجز عند أبى حنيفة ، وجاز عند صاحبيه ، وإن وهب اثنان اثنين شيئاً مما ينقسم لم يصح فى قياس قولهم ، لأن كل واحد من المتهبين قد وهب له جزء مشاع .

ولنا حديث عمير بن سلمة فى الفصل ، ولأنه يجوز بيعه فجازت هبته كالذى لا ينقسم ، ولأنه مشاع فأشبه ما لا ينقسم . وقولهم : إن وجوب القسمة يمنع صحة القبض لا يصح ، فإنه لم يمنع صحته فى البيع فكذا ههنا، ومتى كانت الهبة لاثنين فقبضاه بإذنه ثبت ملكهما فيه ، وإن قبضه أحدهما ثبت الملك فى نصيبه .

أما قوله (ما جاز بيعه من الأعيان جاز هبته) فظاهر فى عموم ثبوت الملك بالقبض بالهبة فيما يجوز امتلاكه بالعوض ، والجواز هنا اعتبار الشىء فى حق حكمه ، وأما صحته بانعقاد اللفظ بحيث إذا انضم إليه القبض اعتبر، ويثبت وهو فى معنى البيع ، قال الشافعى رضى الله عنه ، ولو تغيرت عند الموهوب له بزيادة كان له أخذها وكان كالرجل يبيع الشىء وله فيه الخيار .

ولما كانت الهبة تمليكا لمعين فى الحياة لم يجز تعليقها على شرط كالبيع، فإن علقها على شرط كقول النبى صلى الله عليه وسلم لأم سلمة « إن رجعت هديتنا إلى النجاشى فهى لك » كان وعداً ، وإن شرط فى الهبة شروطا تنافى مقتضاها نحو أن يقول : وهبتك هذا بشرط أن لا تهبه أو لا تبيعه أو بشرط أن تهبه أو تبيعه أو بشرط أن تهب فلانا شيئاً لم يصح . وفى صحة الهبة وجهان على الشروط الفاسدة فى البيع ، وإن وقت الهبة ، فقال : وهبتك هذا سنة ثم يعود إلى لم يصح ، لأنه عقد تمليك لعين فلم يصح مؤقتا .

وجملة ذلك أن التمليك إذا كان لعين بغير عوض عن غير احتياج كان هبة ، فإن كان عن احتياج فصدقة ، فإن كان للمنفعة بغير عوض فعارية أو بعوض فاجارة وإن كان للعين بعوض فبيع .

فـــرع لا يجوز هبة المجهول أو غير المملوك أو جعله فى الذمة . قال النووى : وما لا يجوز بيعه كمجهول ومغصوب لمن لا يقدر على انتزاعه، وضال وآبق فلا يجوز هبته . قال الرملى : بجامع أن كلا منهما تمليك فى الحياة ولا ينافيه خبر : « زن وأرجح » لأن الرجحان المجهول وقع تابعاً لمعلوم ، على أن الأوجه كون المراد بأرجح تحقق الحق حذراً من التساهل فيه ، ولا قوله صلى الله عليه وسلم للعباس رضى الله عنه فى المال الذى جاء من البحرين : « خذ منه » ــ الحديث ، لأن الظاهر أن ما ذكرنا فى المجهول إنما هو بالمعنى الأخص بخلاف هديته وصدقته فيصحان فيما يظهر ، وإعطاء العباس الظاهر صدقة لا هبة ، لكونه من جملة المستحقين ، لأنه كان من العاملين عليها كما مضى ذلك فى كتاب الزكاة .

فـــرع وقد اختلف الفقهاء فى ترك الدين المستقر الذى فى الذمة للمدين ، فقال أبو حنيفة والثورى وإسحاق : إن وهب الدين لغير من هو فى ذمته أو باعه إياه لم يصح . وقال أحمد : إذا كان لك على رجل طعام قرضاً فبعه من الذى هو عليه بنقد ، ولاتبعه من غيره عرضا بمالك عليه .

وقال الشافعى : إن كان الدين على معسر أو مماطل أو جاحد له لم يصح البيع لأنه معجوز عن تسليمه ، وإن كان على ملىء باذل له ففيه قولان .

(أحدهما) يصح لأنه ابتاع بمال ثابت فى الذمة فصح ، كما لو اشترى فى ذمته ويشترط أن يشتريه بعين أو يتقابضان فى المجلس لئلا يكون بيع دين بدين .

(والثانى) لا يصح . وفى نهاية المحتاج بحث حول ترك الدين المستقر الذى فى الذمة المدين لغيره هل يعد هبة أم يعد إبراء فحسب بأنه لا يعد هبة فى الأصح لأنه غير مقدور على تسليمه ، فإن قلنا : بصحة بيعه لغير من هو عليه قياساً على بيع الموصوف فإنه لا يوهب والدين مثله بل أولى ، وفرق ما بين صحة بيعه وعدم صحة هبته بأن بيع ما فى الذمة التزام لتحصيل المبيع فى مقابلة الثمن الذى استحقه والالتزام فيها صحيح بخلاف هبته فإنها لا تتضمن الالتزام إذ لا مقابل فيها ، فكانت بالوعد أشبه فلم يصح .

ووارد على ما لا يجوز بيعه من المجهول أنه إذا خلط متاعه بمتاع غيره فوهب أحدهما نصيبه لصاحبه فيصح مع جهل قدره وصفته للضرورة ، وكذلك لو قال : أنت فى حل مما تأخذ أو تعطى أو تأكل من مالى فله الأكل فقط لأنه إباحة وهى صحيحة بالمجهول بخلاف الأخذ والإعطاء قاله العبادى، قال : وفى خذ من عنب كرمى ما شئت لا يزيد على عنقود لأنه أقل ما يقع عليه الاسم ، وما استشكل به يرد بأن الاحتياط المبنى عليه حق أوجب ذلك التقدير ، وأفتى القفال فى : أبحت لك من ثمار بستانى ما شئت بأنه إباحة، وظاهره أن له أخذ ما شاء ، وما قاله العبادى أحوط .

وفى الأنوار : لو قال أبحت لك جميع ما فى دارى أو ما فى كرمى من العنب ، فله أكله دون بيعه وحمله وإطعامه لغيره . وتقتصر الإباحة على الموجود فى الدار أو فى الكرم ، ولو قال : أبحت لك جميع ما فى دارى أكلا واستعمالا ولم يعلم المبيح لم تحصل الإباحة ا هـ .

ومتى قلنا : لا تصح الهبة فى غير مقدور عليه أو فيما لا يمكن تسليمه كالعبد الآبق والجمل الشارد والمغصوب لغير غاصبه ممن لا يقدر على أخذه بهذا قال أبو حنيفة والشافعى وأحمد رضى الله عنهم ، لأنه عقد يفتقر إلى القبض فلم يصح فى ذلك كالبيع والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا تصح الا بالايجاب والقبول لانه تمليك آدمى لآدمى ، فافتقر الى الايجاب والقبول كالبيع والنكاح ، ولا يصح القبول الا على الفور . وقال أبو العباس : يصح على التراخى ، والصحيح هو الأول ، لانه تمليك مال فى حال الحياة فكان القبول فيه على الفور كالبيع .

فصل ولا يملك الموهوب منه الهبة من غير قبض ، لما روت عائشة رضى الله عنها (أن أباها نحلها جذاذ عشرين وسقا من ماله ، فلما حضرته الوفاة قال : يابنية ان احب الناس غنى بعدى لأنت ، وان أعز الناس على فقرا بعدى لأنت ، وانى كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقا من مالى ، ووددت انك جذذته

وحزته ، وانما هو اليوم مال الوارث ، وانما هما اخواك واختاك ، قالت : هذان اخواى فمن اختاى ؟ قال ذو بطن بنت خارجة ، فانى اظنها جارية) مات قبل القبض قام وارثه مقامه ، ان شاء قبض وان شاء لم يقبض ، ومن أصحابنا من قال : يبطل العقد بالموت ، لأنه غير لازم فبطل بالموت كالعقود الجائزة ، والمنصوص أنه لا يبطل لأنه عقد يؤول الى اللزوم فلم يبطل بالموت كالبيع بشرط الخيار ، فاذا قبض ملك بالقبض ، ومن أصحابنا من قال : يتبين انه ملك بالعقد ، فان حدث منه نماء قبل القبض ، كان للموهوب له ، لأن الشافعى رضى الله عنه قال : فيمن وهب له عبد قبل أن يهل عليه هلال شوال ، وقبض بعد ما أهل : (ان فطرة العبد على الموهوب له) والمذهب الأول ، وما قال فى زكاة الفطر فرعه على قول مالك رحمه الله) .

الشرح خبر عائشة رضى الله عنها ، رواه مالك فى الموطأ من طريق ابن شهاب عن عروة عنها ، وروى نحوه البيهقى من طريق ابن وهب عن مالك وغيره عن ابن شهاب . وعن حنظلة بن أبى سفيان عن القاسم بن محمد نحوه .

قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم « بلغنا عن أبى بكر رضى الله عنه أنه نحل عائشة أم المؤمنين جداد عشرين وسقا من نخل له بالعالية فلما حضره الموت قال لعائشة : إنك لم تكونى قبضتيه ، وإنما هو مال الوارث، فصار بين الورثة لأنها لم تكن قبضته » .

أما اللغات فإن قوله « نحل عائشة »أى أعطاها ، والنحلة العطية ، والوسق ستون صاعا ، وحزته أى قبضته ، ولو قال : حزتيه لكان جائزاً ولكن الحذف أفصح وأما قوله : ذو بطن بنت خارجة ، فإن ذو تأتى بمعنى الاسم الموصول فى لغة طىء قال شاعرهم :

قالوا جننت فقلت كلا ... وربى ما جننت ولا انتشيت
ولكنى ظلمت فكدت أبكى ... من الظلم المبيَّن أو بكيت
فإن الماء ماء أبى وجدى ... وبئرى ذو حفرت وذو طويت

وقد تزوج أبو بكر رضى الله عنه ذو بطن بنت خارجة بن أبى زهير

بالسنح فى بنى الحارث من الخزرج قريب المدينة ، واسمها حبيبة وبنتها أم كلثوم بنت أبى بكر رضى الله عنه .

أما الأحكام فإن الهبة لا تصح إلا بإذن الواهب لأنه بالخيار قبل القبض إن شاء أقبضها وأمضاها وان شاء رجع فيها ومنعها ، فان قبضها الموهوب له قبل إذنه لم تتم الهبة ولم يصح القبض .

وحكى عن أبى حنيفة أنه إذا قبضها فى المجلس صح ، وان لم يأذن له ، لأن الهبة قامت مقام الإذن فى القبض لكونها دالة على رضاه بالتمليك الذى لا يتم الا بالقبض .

ومذهب الشافعى وأحمد رضى الله عنهما أنه قبض الهبة بغير إذن الواهب فلم يصح كما بعد فى المجلس ، أو كما لو نهاه عن قبضها ، ولأن التسليم غير مستحق على الواهب فلا يصح التسليم إلا بإذنه ، كما لو أخذ المشترى المبيع من البائع قبل تسليم ثمنه جعل الهبة إذناً فى القبض بدليل ما بعد المجلس ، ولو أذن الواهب فى القبض ثم رجع عن الإذن أو رجع فى الهبة صح رجوعه لأن ذلك ليس بقبض . وإن رجع بعد القبض لم ينفع رجوعه ، لأن الهبة قد تمت .

إذا عرف هذا عرف أن شرط الهبة الإيجاب ، كوهبتك وملكتك ومنحتك وأكرمتك وعظمتك ونحلتك . وكذا أطعمتك ولو فى غير طعام كما نص عليه، وقبول ، كقبلت ورضيت واتهبت متلفظاً باحدى هذه الكلمات أو باشارة من أخرس مفهومة فى حقه بالقبول ، لأن القبول ينعقد بالكتابة ، ومن أركانها أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب ، ومن أركانها اعتبار الفور فى الصيغة ، ولا يضر الفصل . نعم فى الاكتفاء بالإذن قبل وجود القبول نظر ، لأننا إذا تصورنا أن الواهب لا يفترق عن الراهن عند تقديمه المعين إلى المتهب إلا فى الصيغة ، تبين لنا أهمية الصيغة وضرورتها عند العقد واعتبار القبول على الفور لفظاً ، ولا يكفى لفظ يحتمل القبول والرفض إلا إذا اقترن اللفظ بالقبض وتسليط اليد . كقوله « شكراً » فإنه لفظ يحتمل الاعتذار عن قبول الهبة ويحتمل القبول .

وأفتى بعض الأصحاب فيمن بعث بنتـه وجهازها إلى دار الزوج بأنه إن قال هذا جهاز بنتى فهو ملك لها ، وإلا فهـو عارية ويصدق بيمينـه ، ولا يشترط الإيجاب والقبول فى الصدقة بل يكفى الإعطاء والأخذ ، ولا فى الهدية بل يكفى البعث من هذا ويكون كالإيجـاب والقبض من ذاك ؛ ويكون كالقبول لجريان عادة السلف بل الصحابة مع النبى صلى الله عليه وسلم بذلك ؛ ومع ذلك كانوا يتصرفون فيه تصرف الملاك فسقط ما يتوهم منه أنه كان إباحة . هذا هو الصحيح (والثانى) يشترطان كالهبة . وفرق هنا بين التمليك وبين نقل الحق أو اليد إلى غيره ، كلبن شاة الأضحية أو صوفها أو تنازل إحدى الضرتين عن نوبتها للأخرى .

فـرع لا يملك الموهوب الهبة إلا بقبضها ، فقد روى عروة عن عائشة رضى الله عنها « أن أبا بكر رضى الله عنه نحلها جذاذ عشرين وسـقا من ماله بالعالية فلما مرض قال : يا بنية ما أحد أحب إلى غنى بعدى منك ، ولا أحد أعز على فقراً منك ، وكنت نحلتك جذاذ عشرين وسقاً وددت أنك حزتيه أو قبضتيه ، وهو اليوم مال الوارث أخواك وأختاك ، فاقتسـموا على كتاب الله عز وجل » وروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : « ما بال أقوام ينحلون أولادهم ، فإذا مات أحدهم قال : مالى وفى يدى . وإذا مات هو قال : كنت نحلته ولدى ، لا نحلة إلا نحلة يحرز الولد دون الوالد فإن مات ورثه » .

فإذا مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض ، فان قلنا بأنه عقـد يؤول إلى اللزوم لم يبطل بموت أحد المتعاقدين بل يقوم ورثته مقـامه ، وهذا قول أكثر أصحابنا ، وهو قول أبى الخطاب من الحنابلة حيث يقول : إذا مات الواهب قام وارثه مقامه فى الإذن فى القبض والفسخ .

وإن قلنا بقول بعض الأصحاب بأنه من العقود الجائزة يبطل بموت أحد المتعاقدين كالوكالة والشركة . وهو قول الإمام أحمد حيث قال فى رواية أبى طالب وأبى الحارث فى رجل أهدى هدية فلم تصل إلى المهدى إليه حتى مات ، فإنها تعود إلى صاحبها ما لم يقبضها .

وروى بإسناده عن أم كلثوم بنت سالمة قالت : « لما تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم أم سلمة قال لها : إنى قد أهديت إلى النجاشى حلة وأواقى مسك ، ولا أرى النجاشى إلا قد مات : ولا أرى هديتى إلا مردودة على ، فان ردت فهى لك . قالت : فكان ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وردت عليه هديته ، فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من مسك وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة » ووجه ضعف القول بانفساخ العقد بموت أحدهما أن ليس المدار على القبول بل على الأيلولة للزوم كما قررنا ، وهو جار فى الهدية والصدقة أيضا ، ويجرى الخلاف فى الجنون والإغماء ، ولولى المجنون قبضها قبل الإفاقة .

وفرق الحنابلة بين المكيل والموزون وغيرهما ، فالمكيل والموزون لا يصح التمليك فيهما بغير قبض أما فى غيرهما فيصح بغير القبض لما روى عن على وابن مسعود رضى الله عنهما أنهما قالا : « الهبة جائزة إذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض » وهو قول مالك وأبى ثور . وعن أحمد رواية أخرى لا تلزم الهبة فى الجميع إلا بالقبض ، وهو قول أكثر أهل العلم . قال المروزى : اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلى ، على أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة ، ويروى ذلك عن النخعى والثورى والحسن بن صالح والعنبرى والشافعى وأصحاب الرأى لما ذكرنا .

ومن أصحابنا من قال : إنما يستغنى عن القبض إذا تحقق الإيجاب والقبول واستقر العقد بينهما ، ولأنه عقد تمليك فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالنكاح ، وعلى هذا القول إذا حدث نماء فى الهبة قبل القبض كانت للموهوب له ، والمنصوص أن النماء بعد القبض كان للموهوب .

قال فى الأم : وإذا وهب الرجل للرجل جارية أو داراً ، فزادت الجارية فى يديه ، أو بنى الدار فليس للواهب الذى ذكر أنه وهب للثواب ، ولم يشترط ذلك أن يرجع فى الجارية ، أى حال ما كانت زادت خيراً أو نقصت، كما لا يكون له إذا أصدق المرأة جارية فزادت فى يديها ثم طلقها أن يرجع بنصفها زائدة . أ هـ

قلت : وليست الفطرة التى لزمت الموهوب له منفعة تعود عليه ، وانما هى قربة صادفت محلها فلا شبه بينها وبين النماء ، فالنماء عائد ، والفطـرة بذل وإخراج والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل فان وهب لغير الولد وولد الولد شيئاً واقبضـه ، لم يملك الرجوع فيه ، لما روى ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهما رفعاه الى النبى صلى الله عليه وسلم « لا يحل للرجل ان يعطى العطية فيرجع فيها الا الولد فيـما اعطى ولده » وان وهب للولد او ولد الولد وان سفل جاز له ان يرجع للخبر ، ولأن الاب لا يتهم فى رجوعه ، لانه لا يرجع الا لضرورة ، او لاصـلاح الولد ، وان تصدق عليه فالمنصوص ان له ان يرجع كالهبة ، ومن اصحابنا من قال : لا يرجع ، لأن القصد بالصدقة طلب الثواب واصلاح حاله مع الله عز وجل ، فلا يجوز ان يتغير رأيه فى ذلك ، والقصد من الهبة اصلاح حال الولد ، وربما كان الصلاح فى استرجاعه فجاز له الرجوع .

وان تداعى رجلان نسب مولود ، ووهبا له مالا لم يجز لواحـد منهما ان يرجع ، لانه لم يثبت له بنوته ، فان لحق بأحدهما ففيه وجهان :

(أحدهما) انه يجوز لأنه ثبت انه ولده .

(والثانى) لا يجوز ، لأنه لم يثبت له الرجوع فى حال العقد ، وان وهب لولده ووهب الولد لولده ففيه وجهان :

(احدهما) يجوز لانه فى ملك من يجوز له الرجوع فى هبته .

(والثانى) لا يجوز لانه رجوع على غير من وهب له فلم يجز ، وان وهب لولده شيئاً فافلس وحجر عليه ، ففيه وجهان :

(أحدهما) يرجع لأن حقه سابق لحقوق الغرماء .

(والثانى) لا يرجع لأنه تعلق به حق الغرماء ، فلم يجز له الرجوع ، كما لو رهنه .

فصـــل وان زاد الموهوب فى ملك الولد او زال الملك فيه ثم عاد اليه

فالحكم فيه كالحكم فى المبيع اذا زاد فى يد المشترى او زال الملك فيه ثم عاد اليه ثم افلس فى رجوع البائع ، وقد بيناه فى التفليس) .

الشرح حديث ابن عمر وابن عباس رواه طاوس أن ابن عمر وابن عباس رفعاه إلى النبى صلى الله عليه وسلم قال «لا يحل للرجل أن يعطى العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده ، ومثل الرجل يعطى العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب أكل حتى إذا شبع قاء ثم رجع فى قيئه » أخرجه أحمد والبخارى ومسلم وأبو داود والترمذى وصححه ، وكذلك ابن حبان والحاكم وصححاه .

وقد استدل بالحديث على تحريم الرجوع فى الهبة ، لأن القىء حرام فالمشبه به مثله ، ووقع فى رواية أخرى للبخارى وغيره : « كالكلب يرجع فى قيئه » وهى تدل على عدم التحريم ، لأن الكلب غير متعبد فالقىء ليس حراماً عليه ، وهكذا قوله : (كمثل الكلب الخ) وتعقب بأن ذلك للمبالغة فى الزجر كقوله صلى الله عليه وسلم فيمن لعب بالنردشير (فكأنما غمس يده فى لحم خنزير) وأيضا الرواية الدالة على التحريم غير منافية للرواية الدالة على الكراهة على تسليم دلالتها على الكراهة فقط ، لأن الدال على التحريم قد دل على الكراهة وزيادة ، وقد قدمنا فى باب نهى المتصدق أن يشترى ما تصدق به من كتاب الزكاة عن القرطبى أن التحريم هو الظاهر من سياق الحديث ، وقدمنا أيضا أن الأكثر حملوه على التنفير خاصة لكون القىء مما يستقذر .

ويؤيد القول بالتحريم قوله صلى الله عليه وسلم (ليس لنا مثل السوء) فى حديث ابن عباس عند أحمد والبخارى . وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم : (لا يحل للرجل) قال فى الفتح : والى القول بتحريم الرجوع فى الهبة بعد أن تقبض ذهب جمهور العلماء إلى هبة الوالد لولده ، وذهب الحنفية والزيدية إلى حل الرجوع فى الهبة دون الصدقة ، إلا إذا حصل مانع من الرجوع ، كالهبة لذى رحم ونحو ذلك من الموانع .

وقال الطحاوى : إن قوله (لا يحل) لا يستلزم التحريم . قال وهو

كقوله صلى الله عليه وسلم (لا تحل الصدقة لغنى) وإنما معناه لا تحل له من حيث تحل لغيره من ذوى الحاجة ، وأراد بذلك التغليظ فى الكراهة .

وقال الطبرى : يخص من عموم هذا الحديث من وهب بشرط الثواب ومن كان والداً والموهوب له ولده والهبة لم تقبض ، والتى ردها الميراث إلى الواهب لثبوت الأخبار باستثناء كل ذلك ، وأما ما عدا ذلك كالغنى يثيب الفقير ونحو من يصل رحمه فلا رجوع . قال : ومما لا رجوع فيه مطلقا الصدقة يراد بها ثواب الآخرة . قال ابن حجر : اتفقوا على أنه لا يجوز الرجوع فى الصدقة بعد القبض وقد أخرج مالك عن عمر أنه قال : (من وهب هبة يرجو ثوابها فهى رد على صاحبها ما لم يثب منها) ورواه البيهقى عن ابن عمر مرفوعا وصححه الحاكم . قال ابن حجر : والمحفوظ من رواية ابن عمر عن عمر ورواه عبد الله بن موسى مرفوعا ، قيل : وهو وهم وصححه الحاكم وابن حزم ، ورواه ابن حزم أيضا عن أبى هريرة مرفوعا بلفظ (الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها) وأخرجه أيضاً ابن ماجه والدارقطنى ورواه الحاكم من حديث الحسن عن سمرة مرفوعا بلفظ إذا كانت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع . ورواه الدارقطنى من حديث ابن عباس قال ابن حجر : وسنده ضعيف .

وقال ابن الجوزى : أحاديث ابن عمر وأبى هريرة وسمرة ضعيفة وليس منها ما يصح . وأخرج الطبرانى فى الكبير عن ابن عباس مرفوعا (من وهب هبة فهو أحق بها حتى يثاب عليها ، فان رجع فى هبته فهو كالذى يقىء ويأكل منه) فإن صحت هذه الأحاديث كانت مخصصة لعموم حديث طاوس إلا أنها لم تثبت ، كما رأيت من كلام ابن الجوزى وابن حجر وغيرهما من فقهاء المحدثين .

وقد استدل الجمهور بحديث الفصل على أن للأب أن يرجع فيما وهب لابنه وقال أحمد (لا يحل للواهب أن يرجع فى هبته مطلقا) ويؤيد ما ذهب إليه الجمهور حديث عائشة عند أحمد والبخارى ومسلم وأبى داود والترمذى مرفوعا (إن أطيب ما أكلتم من كسبكم ، وإن أولادكم من كسبكم) وفى

لفظ (ولد الرجل من أطيب كسبه فكلوا من أموالهم هنيئاً) رواه أحمد وحديث جابر أن رجلا قال : يا رسول الله إن لى مالا وولداً وإن أبى يريد أن يجتاح مالى ، فقال : (أنت ومالك لأبيك) رواه ابن ماجه .

وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن أعرابياً أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال إن أبى يريد أن يجتاح مالى فقال : أنت ومالك لوالدك إن أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أولادكم من كسبكم فكلوه هنيئاً » رواه أحمد وأبو داود .

وقال الشافعى رضى الله عنه وأبو حنيفة ومالك : ليس للوالد أن يأخذ منه .

فرع قال النووى فى المنهاج : وللأب الرجوع فى هبة ولده وكذا لسائر الأصول على المشهور ، قال الرملى : بالمعنى الأعم الشامل الهدية والصدقة على الراجح بل يوجد التصريح بذلك فى بعض النسخ ، ولا يتعين الفور ، بل له ذلك متى شاء وإن لم يحكم به حاكم ، أو كان الولد صغيراً أو فقيراً مخالفاً ديناً للخير وساقه . واختص بذلك لانتفاء التهمة فيه ، إذ ما طبع عليه من إيثاره لولده على نفسه يقضى بأنه إنما رجع لحاجة أو مصلحة ، ويكره الرجوع من غير عذر ، فإن وجد ككون الولد عاقا ، أو يصرفه فى معصية أنذره به فان أصر لم يكره .

وبحث الإسنوى ندبه فى العاصى وكراهته فى العاق إن زاد عقوقه وندبه إن أزاله وإباحته إن لم يفد شيئاً ، والأذرعى ذهب إلى عدم كراهته ان احتاج الأب لنفقة أو دين ، بل ندبه حيث كان الولد غير محتاج له ، ووجوبه فى العاصى إن غلب على الظن تعينه طريقاً إلى كفه عن المعصية ، ويمتنع الرجوع كما بحثه البلقينى فى صدقة واجبة كنذر وزكاة وكفارة ، وكذا فى لحم أضحية تطوع ، لأنه إنما يرجع ليستقل بالتصرف وهو ممتنع هنا .

وكذا له الرجوع لسائر الأصول وإن علوا أو سفلوا على المشهور ، وأفهم كلامه اختصاص الرجوع بالواهب فلا يجوز ذلك لأبيه لو مات ولم يرثه فرعه الموهوب له لمانع قام به وورثه جده ، لأن الحقوق لا تورث وحدها

إنما تورث بتبعية المال وهو لا يرثه . ولا يملك الوالد الرجوع إلا إذا كانت باقية فى ملك الابن ، فان خرجت عن ملكه لم يكن له الرجوع فيها لأنه إبطال لغير ملك الابن فان عادت بسبب جديد كبيع أو هبة أو إرث أو وصية لم يملك الرجوع أيضا لأن ملكها لم يستفده من جهة أبيه ، أما إن عادت بفسخ أو إقالة فله الرجوع على أحد الوجهين .

فرع إذا تداعى رجلان نسب مولود ووهب له كل منهما مالا فليس لواحد منهما أن يرجع فى هبته لأن نسبه لم يثبت لواحد منهما ، أما إذا لحق بأحدهما ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لثبوت البنوة (والثانى) لا يجوز ، لأنه لم يكن ثبت له الرجوع فى حال العقد والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل فان وهب شيئاً لمن هو دونه ، لم يزمه أن يثيبه بعوض ، لأن القصد من هبته الصلة ، فلم تجب المكافاة فيه بعوض كالصدقة ، وان وهب لمن هو مثله لم يلزمه ايضا أن يثيبه ، لأن القصد من هبته اكتساب المحبة ، وتأكيد الصداقة . وأن وهب لمن هو أعلى منه ففيه قولان ، قال فى القديم : لم يلزمه أن يثيبه عليه بعوض ، لأن العرف فى هبة الأدنى للأعلى أن يلتمس به العوض فيصير ذلك كالمشروط .

وقال فى الجديد : لا يجب لأنه تمليك بغير عوض ، فلا يوجب المكافاة بعوض ، كهبة النظير للنظير فان قلنا : لا يجب فشرط فيه ثواباً معلوماً ، ففيه قولان (احدهما) يصح لأنه تمليك مال بمال فجاز كالبيع ، فعلى هذا يكون كبيع بلفظ الهبة فى الربا والخيار ، وجميع احكامه .

(والثانى) انه باطل ، لأنه عقد لا يقتضى العوض فبذل شرط العوض كالرهن كالرهن ، فعلى هذا حكمه حكم البيع الفاسد فى جميع احكامه ، وان شرط فيه ثواباً مجهولا بطل قولا واحداً ، لأنه شرط العوض ، ولأنه شرط عوضاً مجهولا . وان قلنا : انه يجب العوض ففى قدره ثلاثة اقوال :

(أحدها) أنه يلزمه أن يعطيه الى أن يرضى ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه ((ان اعرابيا وهب للنبى صلى الله عليه وسلم هبة فاثابه عليها ، وقال

ارضيت ؟ قال : لا ، فزاده وقال : أرضيت ؟ فقال : نعم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لقد هممت أن لا أتهب الا من قرشي او انصاري أو ثقفي)) .

(والثاني) يلزمه قدر قيمته ، لانه عقد يوجب العوض ، فاذا لم يكن مسمى ، وجب عوض المثل كالنكاح .

(والثالث) يلزمه ما جرت العادة في ثواب مثله ، لأن العوض وجب بالعرف فوجب مقداره في العرف ، فان قلنا : انه يجب العوض فلم يعطه ثبت له الرجوع ، فان تلفت العين رجع بقيمتها ، لأن كل عين ثبت له الرجوع بها اذا تلفت وجب الرجوع الى بدلها كالمبيع . ومن أصحابنا من قال : لا يجب لأن حق الواهب في العين ، وان نقصت العين رجع فيها ، وهل يرجع بأرش ما نقص ؟ فيه وجهان كالوجهين في رد القيمة اذا تلفت .

وان شرط عوضاً مجهولا لم تبطل ، لانه شرط يقتضيه العقد ، لأن العقد على هذا القول يقتضي عوضاً مجهولا ، وان لم يدفع اليه العوض وتلف الموهوب ضمن العوض بلا خلاف ، وان شرط عوضا معلوما ففيه قولان :

(احدهما) أن العقد يبطل ، لأن العقد يقتضي عوضا غير مقدر ، فبطل بالتقدير .

(والثاني) يصح لأنه اذا صح بعوض مجهول ، فلأن يصح بعوض معلوم أولى .

فصل وان اختلف الواهب والموهوب له ، فقال الواهب : وهبتك ببدل وقال الموهوب له : وهبتني على غير بدل . ففيه وجهان :

(احدهما) ان القول قول الواهب ، لانه لم يقر لخروج الشيء من ملكه الا على بدل .

(والثاني) ان القول قول الموهوب له ، لأن الواهب اقر له بالهبة ، وادعى بدلا الأصل عدمه) .

الشرح حديث ابن عباس رواه أحمد وابن حبان . وقال الهيثمي : رجال أحمد رجال الصحيح ، وأخرجه أبو داود والنسائي من حديث أبي هريرة بنحوه ، وطوله الترمذي ورواه من وجه آخر ، وبين أن الثواب

كان ست بكرات وكذا رواه الحاكم وصححه على شرط مسلم . وقد روى أحمد والبخارى وأبو داود والترمذى من حديث عائشة رضى الله عنها قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية ويثيب عليها » أى يعطى المهدى بدلها .

والمراد بالثواب المجازاة وأقله ما يساوى قيمة الهدية ، ولفظ ابن أبى شيبة ويثيب ما هو خير منها وقد أعل حديث عائشة بالإرسال . قال البخارى : لم يذكر وكيع ومخارق عن هشام عن أبيه عن جده عن عائشة ، وقد استدل بعض المالكية به على وجوب المكافأة على الهدية إذا أطلق المهدى وكانت ممن مثله يطلب الثواب ، كالفقير للغنى بخلاف ما يهبه الأعلى للادنى .

ووجه الدلالة منه مواظبته صلى الله عليه وسلم ومن حيث المعنى أن الذى أهدى قصد أن يعطى أكثر مما أهدى ، فلا أقل من أن يعوض بنظير هديته ، وبه قال الشافعى فى القديم ، ويجاب بأن مجرد الفعل لا يدل على الوجوب ، ولو وقعت المواهبة كما تقرر فى الأصول .

وذهبت الحنفية والشافعى فى الجديد أن الهبة للثواب باطلة لا تنعقد لأنها بيع مجهول ، ولأن موضع الهبة التبرع ، وفى رواية الفصل « إلا من قرشى الخ » وفى رواية أبى داود « وايم الله لا أقبل هدية بعد يومى هذا من أحد إلا أن يكون مهاجرياً أو قرشياً أو أنصاريا أو دوسيا أو ثقفيا » وسبب همه صلى الله عليه وسلم بذلك ما رواه الترمذى من حديث أبى هريرة قال « أهدى رجل من فزارة إلى النبى صلى الله عليه وسلم ناقة من إبله فعوضه منها بعض العوض فتسخطه ، فسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول على المنبر : إن رجالا من العرب يهدى أحدهم الهدية فأعوضه عنها بقدر ما عندى فيظل يسخط على » الحديث . وقد كان ابن رسلان يحكى أن بعض أهل العلم والفضل يمتنع هو وأصحابه من قبول الهدية من أحد أصلا لا من صديق ولا من قريب ولا غيرهما . وذلك لفساد النيات فى هذا الزمان .

اما الأحكام فقد قال النووى فى المنهاج : ولا رجوع لغير الأصول فى هبة مقيدة بنفى الثواب . ومتى وهب مطلقاً فلا ثواب إن وهب لدونه وكذا لأعلى منه فى الأظهر . قال فى النهاية : كما لو أعاره داره إلحاقاً للأعيان بالمنافع . ولأن العادة ليس لها قوة الشرط فى المعاوضات (والثانى) يجب الثواب لاطراد العادة بذلك ، وكذلك لا ثواب له وإن نواه إن وهب لنظيره على المذهب ، لأن القصد من مثله الصلة وتأكد الصداقة .

والطريق الثانى : طرد القولين السابقين ، والهدية فى ذلك كالهبة كما قاله النووى تفقها ونقله فى الكفاية عن تصريح البندنيجى ومثل ذلك الصدقة ، وإن اختار الأذرعى دليلا أن العادة متى اقتضت الثواب وجب هو أو رد الهدية والأوجه كما بحثه أيضا أن التردد ما إذا لم يظهر حالة الإهداء قرينة حالية أو لفظية دالة على طلب الثواب ، وإلا وجب هو أو الرد لا محالة .

ولو قال : وهبتك ببدل . فقال : بل بلا بدل ، صدق المتهب بيمينه ، لأن الأصل عدم البدل . ولو أهدى له شيئا على أن يقضى له حاجة فلم يفعل لزمه رده إن بقى وإلا فبدله كما قاله الاصطخرى ، فإن كان فعلها حل ، أى وإن تعين عليه تخليصه بناء على الأصح أنه يجوز أخذ العوض على الواجب اذا كان فيه كلفة خلافا لما يوهمه كلام الأذرعى وغيره هنا .

فإن وجب الثواب على مقابل المذهب أو على البحث المار لتلف الهدية أو عدم إرادة المتهب ردها فهو قيمة الموهوب ، أى قدرها يوم قبضه ، ولو مثليا فى (الأصح) ، فلا يتعين للثواب جنس من الأموال بل الخيرة فيه للمتهب (والثانى) يلزمه ما يعد ثواباً لمثله عادة ، وقيل : إلى أن يرضى ولو بإضعاف قيمته ، فإن قلنا بوجوب إنابته ولم يثبه هو ولا غيره فله الرجوع فى هبته إن بقيت وبدلها إن تلفت ولو وهب بشرط ثواب معلوم عليه ، كوهبتك هذا على أن تثيبنى كذا فقبل فالأظهر صحة العقد نظراً للمعنى إذ هو معاوضة بمال معلوم فصح ، كما لو قال : بعتك ، والثانى : بطلانه نظراً إلى اللفظ لتناقضه، فإن لفظ الهبة يقتضى التبرع ، ومن ثم يكون بيعاً على (الصحيح) فيجرى

فيه عقب العقد أحكامه كالخيارين كما مر بما فيه ، والشفعة وعدم توقف الملك على القبض (والثانى) يكون هبة نظراً للفظ فلا تلزم قبل القبض أو بشرط ثواب مجهول فالمذهب بطلانه لتعذر صحته بيعاً ، لجهالة العوض ، وهبة لذكر الثواب بناء على الأصح أنها لا تقتضيه ، وقيل : تصح هبة بناء على أنها تقتضيه .

ولو بعث هدية لم يعده بالباء لجواز الأمرين كما قاله أبو على خلافاً لتصويب الحريرى تعين تعديته بها فى ظرف ، أو وهب شيئا فى ظرف من غير بعث ، فإن لم تجر العادة برده ، كقوصرة تمر (وهى الوعاء الذى يكنز فيه من نحو خوص ولا يسمى بذلك إلا وهو فيه ، وإلا فزنبيل) وكعلبة الحلوى فهو هدية أو هبة أيضاً تحكيما للعرف المطرد .

وكتاب الرسالة يملكه المكتوب إليه إن لم تدل قرينة على عوده ؛ قال المتولى وهو أوجه من قول غيره أنه باق على ملك الكاتب ويملك المكتوب له الانتفاع به على وجه الإباحة ، وإلا إن اعتيد رده أو اضطربت العادة كما اقتضاه ابن المقرى فلا يكون هدية ، بل أمانة فى يده كالوديعة ، ويحرم استعماله لأنه انتفاع بملك غيره بغير إذنه إلا فى أكل الهدية منه إن اقتضته العادة عملا بها ، ويكون عارية حينئذ ويسن رد الوعاء حالا ، قال الأذرعى : وهذا فى مأكول ، أما غيره فيختلف رد ظرفه باختلاف عادة النواحى ، فيتجه فى كل ناحية يعرفهم وفى كل قوم عرفهم باختلاف طبقاتهم ، ولو ختن ولده وحملت له هدايا ملكها الأب .

وقضية ذلك أن ما جرت به عادة بعض أهل البلاد من وضع طاسة (صينية) بين يدى صاحب الفرح ليضع الناس فيها دراهم ، وفى الأسكندرية رأيت الناس يكتبون قائمة بأسماء الواهبين ومقدار ما دفعوه فى الطاسة وهم حريصون على رد ما يأخذونه فى أفراح من أعطوهم ، وربما زاد بعضهم على ما أخذ ، وفى القاهرة تفشو هذه العادة إلا أن الحرص على الرد أقل منه فى الأسكندرية .

قال الرملي : ثم يقسم على المزين ونحوه يجرى فيه ذلك التفصيل ؛ فإن قصد المزين وحده أو نظراءه المعاونين له عمل بالقصد ، وإن أطلق كان ملكا لصاحب الفرح يعطيه لمن يشاء . وبهذا يعلم عدم اعتبار العرف هنا ، أما مع قصد خلافه فظاهر ، وأما مع الإطلاق فلأن حمله على من ذكر من الأب والخادم وصاحب الفرح نظراً للغالب أن كلا من هؤلاء هو المقصود هو عرف الشرع ، فيقدم على العرف المخالف له بخلاف ما لا عرف للشرع فيه فيحكم بالعادة فيه .

قال الشافعي رضى الله عنه : إذا وهب الرجل لرجل شقصا من دار فقبضه ثم عوضه الموهوب له شيئا فقبضه الواهب سئل الواهب ، فان قال : وهبتها للثواب كان فيها شفعة ، وإن قال : وهبتها لغير الثواب لم يكن فيها شفعة ؛ وكانت المكافأة كابتداء الهبة ، وهذا كله فى قول من قال : للواهب الثواب إذا قال أردته فأما من قال : لا ثواب للواهب إن لم يشترطه فى الهبة فليس له الرجوع فى شيء وهبه ولا الثواب منه ، قال الربيع : وفيه قول آخر ، وإذا وهب واشترط الثواب فالهبة باطلة من قبل أنه اشترط عوضاً مجهولا ، وإذا وهب لغيره الثواب وقبضه الموهوب فليس له أن يرجع فى شيء وهبه ، وهو معنى قول الشافعي : وإذا وهب الرجل للرجل هبة فلم يقبضها الموهوبة له حتى مات ، فان أبا حنيفة كان يقول : الهبة فى هذا باطل ولا تجوز وبه يأخذ ، ولايكون له وصية إلا أن يكون ذلك فى ذكر وصية ، وكان ابن أبى ليلى يقول : هى جائزة من الثلث اهـ .

فرع إذا اختلف الواهب والموهوب فقال الواهب : ببدل ، وقال الموهوب له : على غير بدل فوجهان :

(أحدهما) القول قول الواهب لأنه منكر لخروج الشيء من ملكه بغير بدل .

(والثانى) القول قول الموهوب ، لأنه المقر بالهبة والأصل فيها عدم البدل وقد ادعاه الواهب وأنكره الموهوب فالقول قول المنكر . ولو وهبه

وأقبضه ومات فادعى الوارث صدوره فى المرض ، وادعى المتهب كونه فى الصحة صدق المتهب بيمينه ، ولو أقاما بينتين قدمت بينة الوارث لأن معها زيادة علم ، ثم محل ما تقرر إن كان الولد حراً ، ولو أبراه من دين له عليه لم يملك الرجوع سواء أقلنا : انه تمليك أم اسقاط ، اذ لا بقاء للدين فأشبه ما لو وهبه شيئاً فتلف ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب العمرى والرقبى

العمرى هو ان يقول : أعمرتك هذه الدار حياتك ، أو جعلتها لك عمرك وفيها ثلاث مسائل .

(احداها) أن يقول : أعمرتك هذه الدار حياتك ولعقبك بعدك ، فهذه عطية صحيحة ، تصح بالايجاب والقبول ، ويملك فيها بالقبض ، والدليل عليه ما روى جابر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ((ايما رجل اعمر عمرى له ولعقبه ، فانها للذى اعطيها ، لا ترجع الى الذى أعطاها ، لانه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث)) والثانية ان يقول : اعمرتك هذه الدار حياتك ، ولم يشرط شيئاً ففيه قولان .

قال فى القديم هو باطل لأنه تمليك عين قدر بمدة ، فاشبه اذا قال : اعمرتك سنة أو أعمرتك حياة زيد . وقال فى الجديد : هو عطية صحيحة ، ويكون للمعمر فى حياته ولورثته بعده وهو الصحيح ، لما روى جابر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ((من اعمر عمرى حياته فهى له ولعقبه من بعده ، يرثها من يرثه من بعده)) ولأن الأملاك المستقرة كلها مقدرة بحياة المالك ، وتنتقل الى الورثة فلم يكن ما جعله له فى حياته منافياً لحكم الاملاك .

(والثالثة) أن يقول : أعمرتك حياتك ، فان مت عادت الى ان كنت حياً والى ورثتى ان كنت ميتا . فهى كالمسئلة الثانية ، فتكون على قولين .

(أحدهما) تبطل . (والثانى) تصح لأنه شرط ان تعود اليه بعد ما زال ملكه أو الى وارثه ، وشرطه بعد زوال الملك لا يؤثر فى حق المعمر فيصير وجوده كعدمه .

فصـــل واما الرقبى فهو ان يقول : ارقبتك هذه الدار أو داري لك رقبى ومعناه وهبت لك وكل واحد منا يرقب صاحبه ، فان مت قبلي عادت الي ، وان مت قبلك فهي لك ، فتكون كالمسئلة الثالثة من العمرى ، وقد بينا ان الثالثة كالثانية فتكون على قولين ، وقال المزني : الرقبى ان يجعلها لآخرهما موتا وهذا خطا ، لما روى عبد الله بن الزبير رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال من « أمر رقبى أو أرقب عمرى فهى للمعمر يرثها من يرثه » .

فصـــل ومن وجب له على رجل دين جاز له أن يبرئه من غير رضاه، ومن أصحابنا من قال : لا يجوز الا بقبول من عليه الدين ، لأنه تبرع يفتقر الى تعيين المتبرع عليه فافتقر الى قبوله ، كالوصية والهبة ، ولأن فيه التزاما منه فلم يملك من غير قبوله كالهبة ، والمذهب الأول ، لأنه اسقاط حق ليس فيه تمليك مال فلم يعتبر فيه القبول كالعتق والطلاق ، والعفو عن الشفعة والقصاص ، ولا يصح الابراء من دين مجهول ، لأنه ازالة ملك لا يجوز تعليقه على الشرط ، فلم يجز مع الجهالة كالبيع والهبة) .

الشرح حديثا جابر أخرجهما أحمد والبخاري ومسلم بلفظ « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعمرى لمن وهبت له » وفى لفظ عند أحمد ومسلم « قال : أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها ، فمن أعمر عمرى فهى للذى أعمر حيا وميتاً ولعقبه » وفى رواية عند أحمد والبخارى ومسلم وأبى داود والترمذى « العمرى جائزة لأهلها والرقبى جائز لأهلها » .

و فى رواية لأحمد ومسلم والنسائى وابن ماجه « من أعمر رجلا عمرى له ولعقبه فقد قطع قوله حقه فيها ، وهى لمن أعمر وعقبه » وفى رواية لأبى داود والنسائى والترمذى وصححه « أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فإنها للذى يعطاها لا ترجع إلى من أعطاها لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث » وفى رواية عند أحمد ومسلم « إنما العمرى التى أجازها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقول هى لك ولعقبك ، فأما إذا قال : هى لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها » وفى رواية عند النسائى « أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالعمرى أن يهب الرجل للرجل ولعقبه الهبة ويستثنى إن حدث بك حدث ولعقبك فهى إلىّ وإلى عقبى إنها لمن أعطيها ولعقبه » ورواه

الشافعى عن ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن طاوس عن حجر المدرى عن زيد بن ثابت « أن النبى صلى الله عليه وسلم جعل العمرى للوارث » ورواه عن سفيان عن ابن جريج عن عطاء عن جابر مرفوعا « لا تعمروا ولا ترقبوا فمن أعمر شيئاً أو أرقبه فهو سبيل الميراث » .

أما حديث عبد الله بن الزبير فقد رأيت نظيره عن أبى هريرة وزيد بن ثابت وفيه النهى عن الرقبى « لا ترقبوا ، من أرقب شيئاً فهو سبيل الميراث » وفى لفظ « الرقبى جائزة » وهى عند أحمد وأبى داود والنسائى . وفى لفظ عند أحمد « جعل الرقبى للوارث » ورواه أحمد والنسائى عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تعمروا ولا ترقبوا فمن أعمر شيئا أو أرقبه فهو له حياته ومماته » .

قال الربيع : سألت الشافعى عمن أعمر عمرى له ولعقبه فقال : هى للذى يعطاها لا ترجع إلى الذى أعطاها فقلت : ما الحجة فى ذلك ؟ قال : السنة ثابتة من حديث الناس ، وحديث مالك رضى الله عنه : أخبرنا مالك عن ابن شهاب عن أبى سلمة بن عبد الرحمن عن جابر مرفوعا « أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فإنها للذى يعطاها لا ترجع إلى الذى أعطاها لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث » .

قال الشافعى : وبهذا نأخذ ويأخذ عامة أهل العلم فى جميع الأمصار بغير المدينة وأكابر أهل المدينة . وقد روى هذا مع جابر زيد بن ثابت عنه صلى الله عليه وسلم فقلت للشافعى : فإنا نخالف هذا فقال : تخالفونه وأنتم ترووونه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت : إن حجتنا فيه أن مالكا قال : أخبرنى يحيى بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم أنه سمع مكحولا الدمشقى يسأل القاسم بن محمد عن العمرى وما يقول الناس فيها فقال له القاسم : ما أدركت الناس إلا وهم على شروطهم فى أموالهم وفيما أعطوا إلى أن قال الشافعى بعد حوار وحجاج . وكذلك علمنا قول النبى صلى الله عليه وسلم فى العمرى بخبر ابن شهاب عن أبى سلمة عن جابر وغيره عن النبى صلى الله عليه وسلم فإذا قبلنا خبر الصادقين فمن روى هذا عن النبى

صلى الله عليه وسلم أرجح مما روى هذا عن القاسم لا يشك عالم أن ما ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم أولى أن يقال به مما قاله ناس بعده قد يمكن فيهم أن لا يكونوا سمعوا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا بلغهم عنه شيء ، وأنهم أناس لا نعرفهم ، فان قال قائل : لا يقول القاسم قال الناس إلا لجماعة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أو من أهل العلم لا يجهلون النبى صلى الله عليه وسلم سنة ولا يجتمعون أبداً من جهة الرأى ولا يجتمعون إلا من جهة السنة .

(قوله) العمرى بضم العين وسكون الميم مع القصر . قال فى الفتح : وحكى ضم الميم مع ضم أوله . وحكى فتح أوله مع السكون وهى مأخوذة من العمر وهو الحياة سميت بذلك لأنهم كانوا فى الجاهلية يعطى الرجل الرجل الدار ويقول له : أعمرتك إياها ، أى أبحتها لك مدة عمرك وحياتك فقيل لها عمرى لذلك . والرقبى بوزنها مأخوذة من المراقبة ، لأن كلا منهما يرقب الآخر متى يموت لترجع إليه ، وكذا ورثته يقومون مقامه . هذا أصلها لغة .

قال ابن حجر : ذهب الجمهور إلى أن العمرى إذا وقعت كانت ملكا للآخر ، ولا ترجع إلى الأول إلا اذا صرح باشتراط ذلك ، وإلى أنها صحيحة جائزة وحكى الطبرى عن بعض الناس والماوردى عن داود وطائفة وصاحب البحر عن قوم من الفقهاء أنها غير مشروعة ، ثم اختلف القائلون بصحتها إلى ما يتوجه التمليك ، فالجمهور أنه يتوجه إلى الرقباء كسائر الهبات حتى لو كان المعمر عبداً فأعتقه الموهوب له نفذ ، بخلاف الواهب أو يتوجه إلى المنفعة دون الرقبة ، وهو قول مالك والشافعى فى القديم .

وهل يسلك بها مسلك العارية أو الوقف ؟ روايتان عند المالكية ، وعند الحنفية التمليك فى العمرى يتوجه إلى الرقبة ، وفى الرقبى إلى المنفعة ، وعنهم أنها باطلة .

وقد حصل من مجموع الروايات ثلاثة أحوال (الأول) أن يقول

أعمرتكها ويطلق . فهذا تصريح بأنها للموهوب له . وحكمها حكم المؤبدة لا ترجع إلى الواهب . وبذلك قالت الحنفية ومالك . لأن المطلقة عندهم حكمها حكم المؤبدة . وهو أحد قولى الشافعى رضى الله عنه والجمهور . وله قول آخر أنها تكون عارية ترجع بعد الموت إلى المالك . وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن المطلقة للمعمر ولورثته من بعده كما تفيده الأحاديث التى مضى ذكرها .

(الحال الثانى) أن يقول هى لك ما عشت ، فإذا مت رجعت إلىّ فهذه عارية مؤقتة ترجع إلى المعير عند موت المعمر . وبه قال أكثر العلماء ، ورجحه جماعة من أصحابنا ، والأصح عند أكثرهم لا ترجع إلى الواهب . واحتجوا بأنه شرط فاسد فيلغى .

واحتجوا بحديث جابر ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم حكم على الأنصارى الذى أعطى أمه الحديقة حياتها أن لا ترجع إليه ، بل تكون لورثتها ونصه : « أن رجلا من الأنصار أعطى أمه حديقة من نخيل حياتها فماتت فجاء إخوته فقالوا : نحن فيه شرع سواء . قال : فأبى ، فاختصموا إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقسمها بينهم ميراثا » رواه أحمد .

ويؤيده حديث أن النبى صلى الله عليه وسلم « قضى فى العمرى مع الاستثناء بأنها لمن أعطيها » ويعارض ذلك ما فى حديث جابر أيضا بلفظ « فأما إذا قلت : هى لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها » ولكنه قال معمر : كان الزهرى يفتى به .

(الحال الثالث) أن يقول هى لك ولعقبك من بعدك ، أو يأتى بلفظ يشعر بالتأبيد ، فهذه حكمها حكم الهبة عند الجمهور . وروى عن مالك أنه يكون حكمها حكم الوقف إذا انقرض المعمر وعقبه رجعت إلى الواهب ، والأحاديث القاضية بأنها ملك للموهوب ولعقبه ترد عليه وقد ورد عن على رضى الله عنه أن العمرى والرقبى سواء . وقال طاوس : من أرقب شيئاً فهو على سبيل الميراث .

وقال الزهرى : الرقبى وصية ـ يعنى إذا أنا مت فهذا لك ـ وقال الحسن ومالك وأبو حنيفة : الرقبى باطلة ، لما روى أنه صلى الله عليه وسلم « أجاز العمرى وأبطل الرقبى » وقال أحمد : هذا حديث لا نعرفه ، ولا نسلم أن معناها ما ذكروه .

والخلاصة :

إذا شرط فى العمرى أنها للمعمر وعقبه فهذا تأكيد لحكمها وتكون للمعمر وورثته ، وهذا قول جميع القائلين بها ، وإذا أطلقها فهى للمعمر وورثته أيضاً لأنها تمليك للرقبة فأشبهت الهبة ، فإن شرط أنك إذا مت فهى لى ، فعن أحمد فى إحدى الروايتين عنه والشافعى فى القديم والقاسم ابن محمد وزيد بن قسيط والزهرى ومالك وأبى سلمة بن عبد الرحمن وابن أبى ذئب وأبى ثور وداود : صحة العقد والشرط ، ومتى مات المعمر رجعت إلى المعمر .

وعن الشافعى فى الجديد وأبى حنيفة أنها تكون للمعمر ، وهى الرواية الأخرى عن أحمد وهو ظاهر مذهبه إن شاء الله .

اذا ثبت هذا فإن العمرى تصح فى العقار وغيره من الحيوان والثياب لأنها نوع هبة فى ذلك كسائر الهبات .

ومن ثم إذا قال : سكنى هذه الدار لك عمرك أو اسكنها عمرك أو نحو ذلك فليس ذلك بعقد لازم لأنه فى التحقيق هبة المنافع ، والمنافع إنما تستوفى بمضى الزمان شيئاً فشيئاً ، فلا تلزم إلا فى قدر ما قبضه منها واستوفاه بالسكنى ، وللمسكن الرجوع متى شاء ، وأيهما مات بطلت الإباحة ، وبهذا قال أكثر العلماء وجماعة أهل الفتوى ، منهم الشعبى والثورى والنخعى والشافعى وإسحاق وأحمد وأصحاب الرأى ، وروى معنى ذلك عن حفصة رضى الله عنها ، والله تعالى أعلم بالصواب .

فـــرع يقوم بعض ذوى البر والإحسان أو بعض وزارات الشئون الاجتماعية باقامة منازل تؤوى الزمنى والعجزة والمشـــيخة الفانيـــة والذين لا يجدون عائلا يسد خلتهم ويجرون عليها من الأرزاق ما يقوم بأود النازلين فى هذه المنازل فمن كان من هؤلاء النزلاء مليئاً أو قادراً أو له من بنيه من يجب عليه الإنفاق عليه وكانت شروط حبس هذه المنازل على ذوى الحاجة من المساكين حرم على النزيل القادر رزقها ونومها والعيش بها وكان ما يأكله منها سحتاً ، لأخذه ما لم يحبس على مثله .

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب الوصـــــايا

من ثبتت له الخلافة على الأمة جاز له أن يوصي بها الى من يصلح لهـا ، « لأن أبا بكر رضى الله عنه وصى الى عمر ووصى عمر رضى الله عنه الى أهـــل الشورى رضى الله عنهم ورضيت الصحابة رضى الله عنهم بذلك » .

فصـــــل **ومن ثبتت له الولاية فى مال ولده ولم يكن له ولى بعـده جاز له أن يوصى الى من ينظر فى ماله لما روى سفيان بن عيينة رضى الله عنـه عن هشام بن عروة قال : « أوصى الى الزبير تسعة من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم منهم عثمان ، والمقداد ، وعبد الرحمن بن عوف ، وابن مســـعود رضى الله عنهم ، فكان يحفظ عليهم أموالهم ، وينفق على أبنائهم من ماله » وان كان له جد لم يجز أن يوصى الى غـيره لأن ولاية الجـد مســتحقة بالشرع فلا يجوز نقلها عنه بالوصية) .**

الشرح الوصايا جمع وصية كعطايا وعطية مأخوذة من قولهـم : وصَيت الشيء أصِيهُ من باب وعد وصلته ، ووصيت إلى فلان توصية وأوصيت إليه إيصاء ، وفى السبعة (فمـن خاف من موص) بالتخفيف والتثقيل ، والاسم الوصاية بالكسر والفتح لغة ، وهو وصى فعيـل بمعنى مفعـول والجمع الأوصياء وأوصيت إليه بمال جعلته له ، وأوصيته بولده استعطفته عليه . وهذا المعنى لا يقتضى الإيجاب ، وأوصيته بالصلاة أمرته بها . قال تعالى « ذلكم وصاكم به لعلكم تتقون »[1] وقوله « يوصيكم الله فى أولادكم » أى يأمركم . وفى حديث « خطب رســول الله صلى الله عليه وسلم فأوصى بتقوى الله » أى أمر فيعم الأمر بأى لفظ كان ، وهى فى الشرع عهد خاص مضاف إلى ما بعد الموت .

---

(١) الآية ١٥٣ من سورة الأنعام .

والوصية فى الخلافة أن يعهد لمن يصلح لها من بعده بتوليها . والوصية بالمال التبرع به بعد الموت ، والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع . وأما الزبير فإنه ابن عمة رسول الله صلى الله عليه وسلم وأحد العشرة المبشرين بالجنة . وأحد الستة الذين مات رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو عنهم راض ، وكان مع النبى صلى الله عليه وسلم على حراء فتحرك فقال « اسكن حراء فما عليك إلا نبى أو صديق أو شهيد ، وكان عليه أبو بكر وعمر وعثمان وطلحة والزبير » .

وخبر ابن عيينة الذى ساقه المصنف رويناه فى مسند أحمد عن سفيان ابن عيينة عن هشام بن عروة عن أبيه قال : « أوصى إلى الزبير سبعة من الصحابة ، منهم عثمان وابن مسعود وعبد الرحمن ، فكان ينفق على الورثة من ماله ، ويحفظ أموالهم » ومناقب الزبير أجل من أن تحصى ، ساق الذهبى بعضها فى سير أعلام النبلاء .

قال تعالى « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية »[1] إلخ الآية ، قال مجاهد : الخير فى القرآن كله المال (وإنه لحب الخير لشديد)[2] (إنى أحببت حب الخير عن ذكر ربى)[3] (فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً)[4] وقال شعيب (انى أراكم بخير)[5] أى بغنى وأوجه ما قيل فى الخير فى القرآن ما قاله الشافعى رضى الله عنه : الخير كلمة يراد ما أريد بها بالمخاطبة بها .

قال تعالى « أولئك خير البرية »[6] فقلنا : إنهم خير البرية بالإيمان وعمل الصالحات لا بالمال ، وقال تعالى « أولئك لهم خير » فقلنا : إن الخير

---

(١) الآية ١٨٠ من سورة البقرة
(٢) الآية ٨ من سورة العاديات
(٣) الآية ٣٢ من سورة ص
(٤) الآية ٣٢ من سورة النور
(٥) الآية ٨٤ من سورة هود
(٦) الآية ٧ من سورة البينة .

المنفعة بالأجر لا أن لهم مالا ، وقال « ان ترك خيراً الوصية » [1] فقلنا : أن ترك مالا ، لأن المال هو المتروك . وفى الوصية للأقربين ثلاثة تأويلات .

(أحدها) أنهم الأولاد الذين لا يسقطون فى الميراث دون غيرهم من الأقارب الذين يسقطون .

(والثانى) أنهم الورثة من الأقارب كلهم .

(والثالث) أنهم كل الأقارب من وارث وغير وارث فدل ذلك على وجوب الوصية للوالدين والأقربين حقا واجباً وفرضاً لازما ، فلما أنزلت آية المواريث نسخ فيها الوصية للوالدين وكل وارث وبقى فرض الوصية لغير الورثة من الأقربين على حاله ، وهو قول طاوس وقتادة والحسن البصرى وجابر بن زيد .

واختلف فى القدر الذى يجب عليه أن يوصى منه على أقاويل .

(أحدها) أنه ألف درهم ، وهو قول على بن أبى طالب (والثانى) خمسمائة وهذا قول النخعى (والثالث) تجب فى قليل الماء وكثيره ، وهذا قول الزهرى فهذا قول من جعل حكم الآية ثابتاً ، وذهب الفقهاء وجمهور أهل التفسير إلى نسخها بالمواريث ، واختلفوا بأى آية نسخت ، فقال ابن عباس : نسخت بآية الوصايا لقوله تعالى « للرجال نصيب مما ترك » الخ . وقال آخرون نسخت بقوله تعالى « وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض » [2] الآية وقال بعضهم نسخت بحديث (لا وصية لوارث) عند من يجيز النسخ بالسنة .

والوصية على ثلاثة أقسام : قسم لا يجوز وقسم يجوز ولا يجب ، وقسم مختلف فى وجوبه . فأما التى لا يجوز فالوصية للوارث لحديث شرحبيل ابن مسلم عن أبى أمامة سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقول « إن الله

---

(١) الآية ١٨٠ من سورة البقرة .
(٢) الآية ٧٥ من سورة الانفال .

تعالى قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث » أما التى تجوز ولا تجب فالوصية للأجانب وهذا مجمع عليه « وقد أوصى البراء بن معرور للنبى صلى الله عليه وسلم بثلث ماله فقبله ثم رده على ورثته » أما التى اختلف فيها فالوصية للأقارب ، وذهب أهل الظاهر مع من قدمنا ذكره فى تفسير الآية إلى وجوبها للأقارب تعلقا بظاهر قوله تعالى : « الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين » [1] وبما ورد عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من مات بغير وصية مات ميتة جاهلية » والدليل على أنها غير واجبة للأقارب والأجانب ، ما روى ابن عباس وعائشة وابن أبى أوفى رضى الله عنهم أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يوص ، وحديث سعد بن أبى وقاص الذى فيه « إنك إن تدع ورثتك أغنياء خيراً من أن تدعهم فقراء يتكففون الناس » فاقتصر صلى الله عليه وسلم فى الوصية على ماجعله خارجاً مخرج الجواز لا مخرج الإيجاب ثم بين أن غنى الورثة بعده أولى من فقرهم إلى الصدقة ، ولأن الوصية لو وجبت لأجبر عليها ولأخذت من ماله عند موته إن امتنع منها كالديون والزكوات ، ولأن الوصايا عطايا فأشبهت الهبات ، فأما الآية فمنع الوالدين من الوصية مع تقديم ذكرهما فيه دليل على نسخها .

وأما قوله صلى الله عليه وسلم « من مات من غير وصية مات ميتة جاهلية » فمحمول على أحد أمرين : إما وجوبها قبل النسخ ، وإما على من كانت عليه ديون وحقوق لا يوصل إلى أربابها إلا بالوصية ، فتصير الوصية بذكرها وأدائها واجبة ويجوز الوصية بتعيين الناظر فى ماله بعد موته ، فإن كان له أب أو جد لم يجز أن يعهد إلى غيره بالنظر ، لأن ولاية الجد مستحقة بالشرع .

الحكم بتواتر حديث (لا وصية لوارث)

هذا الحديث ورد الحكم بتواتره فى الأزهار المتناثرة فى الأحاديث المتواترة حيث يحكم بأن الحديث الذى بلغ عدد رواته من الصحابة عشرة

---

(١) الآية ١٨٠ من سورة البقرة

متواتر وهذا الحديث جاء عن أكثر من عشرة من الصحابة حيث جاء من حديث أبى أمامة وأنس وعمرو بن خارجة وعلى وابن عباس وابن عمر ومعقل بن يسار ، وخارجة بن عمر وجابر بن عبد الله وزيد بن أرقم والبراء ابن عازب وعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ومن مرسل مجاهد وعمرو ابن دينار وأبى جعفر الباقر .

قال الشافعى رحمه الله : إن هذا المتن متواتر وقال : وجدنا أهل الفتيا ومن حفظنا عنهم من أهل العلم بالمغازى من قريش وغيرهم لا يختلفون فى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال عام الفتح « لا وصية لوارث » ويأثرونه عمن يحفظونه ممن لقوه من أهل العلم فكان نقل كافة عن كافة فهو أقوى من نقل واحد .

فرع فى مذاهب العلماء فى القول بنسخ آية الوصية .

(الظاهرية) قال أبو محمد بن حزم : قال قوم : إن آيات المواريث نسخت قوله تعالى « إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين » [1] وهذا خطأ محض لأن النسخ هو رفع حكم المنسوخ ومضاد له ، وليس فى آية المواريث ما يمنع الوصية للوالدين والأقربين إذ جائز أن يرثوا ويوصى لهم مع ذلك من الثلث .

(أبو مسلم الأصفهانى) نقل الفخر الرازى عن أبى مسلم الأصفهانى أن الآية محكمة غير منسوخة وقرر مذهبه بوجوه :

(أولا) إن هذه الآية ليست مخالفة لآية المواريث بل هى مقررة كلها والمعنى كتب أن ما أوصى به من توريث الوالدين والأقربين فى قوله تعالى : « يوصيكم الله فى أولادكم » [2] إذ كتب على المحتضر أن يوصى للوالدين والأقربين بتنفيذ ما أوصى الله لهم به ، بمعنى أن يوصى بتنفيذ الميراث .

---

(١) الآية ١٨٠ من سورة البقرة
(٢) الآية ١١ من سورة النساء

(ثانياً) لا منافاة بين ثبوت الوصية للأقرباء وثبوت الميراث ، فالوصية عطية من حضره الموت والميراث عطية من الله . فالوارث جمع بين الوصية والميراث بحكم الآيتين .

(ثالثاً) لو ثبت حصول المنافاة بين آية الميراث وآية الوصية لكان يمكن جعل آية الميراث مخصصة لآية الوصية ، لأن هذه الآية تفهم بعمومها أن الوصية واجبة لكل قريب ، وآية الميراث أخرجت القريب الوارث فبقيت آية الوصية مراداً بها القريب الذى لا يرث إما لمانع من الإرث ككفر ورق وإما لأنه محجوب بأقرب منه ، وإما لأنه من ذوى الأرحام .

(ابن جرير الطبرى) فرض عليكم أيها الموصون الوصية إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً ــ والخير المال ــ للوالدين والأقربين الذين لا يرثون بالمعروف ، والمعروف هو الذى أذن الله فيه وأجازه فى الوصية ، ولم يتعمد الموصى ظلم ورثته (حقا على المتقين) [1] يعنى فرض عليكم هذا وأوجبه وجعله حقا واجباً على كل من اتقى فأطاعه أن يعمل به ثم قال الطبرى : فإن قال قائل : أو فرض على الرجل ذى المال أن يوصى لوالديه وأقربيه الذين لا يرثون ؟ قيل : نعم وقد نقل مثل ذلك عن جماعة من العلماء منهم الضحاك كما سبق ، ومنهم مسروق فقد حضر رجلا وصى بأشياء لا تنبغى فقال له مسروق : إن الله قسم بينكم فأحسن القسم ، وأنه من يرغب برأيه عن رأى الله يضله أوص لذى قرابتك ممن لا يرثك ثم دع المال على ما قسمه الله عليه .

(الأستاذ عبد المتعال الجبرى) [2] يقول : ويجوز أن يكون الوصية الواجبة مع نصاب الميراث المفروض هى التى تكون حين يكون مال من حضرته الوفاة كثيراً لقوله تعالى « إن ترك خيراً الوصية للوالدين

---

(١) الآية ١٨٠ من سورة البقرة

(٢) هو أخ لنا امتحن معنا بالسجن والتعذيب فى حكم عبد الناصر حتى فك الله أسره معنا وهو متخرج فى كلية دار العلوم وصناعته التدريس وكتابه (النسخ فى الشريعة الاسلامية كما افهمه) ومنه نقلته .

والأقربين » ورفضت عائشة أن تكون الأربعمائة دينار فى عهدها خيراً يوصى منه كما رفض على بن أبى طالب القول بإيجاب الوصية على من ترك سبعمائة أو ستمائة درهم،لأن هذه المبالغ ضئيلة غير جديرة باطلاق لفظ خيرعليهافىسياق التكثير ، ويكون حديث « لا وصية لوارث » ليس على إطلاقه خلافا لمن قال بوجوب الوصية فيما قل أو كثر للوالدين والأقربين ، وقد قال النخعى : إن الخير هو ألف درهم إلى خمسمائة درهم هذا فى باب الوصية بالمال ، ولم تحدد الآية ذلك ، فإذا كانت الوصية بغيره فلا يمانع فيها أحد .

(شمس الأئمة الحنفى) قال : إن المنتفى من الوصية بآية الميراث هو وجوب الوصية لا جوازها فالجواز نسخ بالحديث .

(الشيخ محمد عبده) قال : لا دليل على أن آية المواريث بعد آية الوصية هنا كما أن السياق ينافى النسخ فإن الله إذا شرع للناس حكما وعلم أنه مؤقت وأنه سينسخه بعد زمن قريب فإنه لا يؤكده ويوثقه بمثل ما أكد به أمر الوصية هنا من كونه حقا على المتقين ومن وعيد من بدله .

قال : وجوز بعض السلف الوصية للوارث نفسه بأن يخص بها من يراه أحوج من الورثة كأن يكون بعضهم غنياً والآخر فقيراً . ولنا أن نقول : إن علماء الأمة وأئمة السلف يقولون : الوصية التى فى الآية مشروعة ولكن منهم من يقول بعمومها ، ومنهم من يخصصها بغير الوارث فحكمها إذن لم يبطل فما هذا الحرص على إثبات نسخها مع تأكيد الله إياها . إن هذا تأثير التقليد (المنار جـ ٢ ص ١٣٦) .

(أمير باه شاه) فى تيسير التحرير : إن الله فرض الوصية إلى العباد أولا بقوله « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت » [1] الآية،ثم تولى ذلك فقال : « يوصيكم الله فى أولادكم » [2] الآيات . وقصر الإيصاء على حدود معلومة من النصف والربع والثمن والثلثين والثلث والسدس ، فكان كمن

---

(١) الآية ١٨٠ من سورة البقرة
(٢) الآية ١١ من سورة النساء

وكل غيره بعمل ثم عمله بنفسه ، فليس هذا من قبيل النسخ ، وكما فى البخارى عن ابن عباس أن الذى نسخ آية الوصية ، هو آية الرأى ، فإذا قام الدليل القاطع على أنه لا يصلح ناسخاً يجب العمل بموجبه ، فإن قول الصحابى فيما يجرى فيه الرأى ليس بحجة على المجتهد .

(ابن الجارود) قال : لقد تكلم ناقدو الحديث فى بعض رجال حديث لا وصية لوارث ، وقد يكون هذا الإسناد هو الذى يشير الشافعى إلى جهالة بعض رواته (الرسالة للشافعى) ص ١٤١ بالتعليق ، وكذلك أفاده الجابرى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ومن ثبت له الولاية فى تزويج ابنته ، لم يجز أن يوصى الى من يزوجها ، وقال أبو ثور : يجوز كما يجوز أن يوصى الى من ينظر فى مالها ، وهذا خطأ لما روى ابن عمر قال : « زوجنى قدامة بن مظعون ابنة أخيه عثمان ابن مظعون ، فاتى قدامة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أنا عمها ووصى ابيها ، وقد زوجتها من عبد الله بن عمر ، فقال صلى الله عليه وسلم : انها يتيمة لا تنكح الا باذنها » ولأن ولاية النكاح لها من يستحقها بالشرع فلا يجوز نقلها بالوصية كالوصية بالنظر فى المال مع وجود الجد .**

فصل **ومن عليه حق يدخله النيابة من دين آدمى أو حج او زكاة أو رد وديعة جاز ان يوصى الى من يؤدى عنه ، لأنه اذا جاز أن يوصى فى حق غيره فلأن يجوز فى خاصة نفسه اولى) .**

الشرح حديث ابن عمر رواه أحمد والدارقطنى وأورده الحافظ ابن حجر فى التخليص وسكت عنه ، وقال الهيثمى فى مجمع الزوائد : ورجال أحمد ثقات ويؤخذ من الحديث الذى نسوقه كاملا أن النبى صلى الله عليه وسلم « أبطل وصية عثمان بن مظعون لأخيه قدامة فى ابنته » قال ابن عمر : « توفى عثمان بن مظعون وترك ابنة له من خولة بنت حكيم بن أمية بن حارثة ابن الأوقص وأوصى إلى أخيه قدامة بن مظعون » .

قال عبد الله : وهما خالاى ، فخطبت إلى قدامة بن مظعون ابنة عثمان

ابن مظعون فزوجنيها ، ودخل المغيرة بن شعبة يعنى إلى أمها فأرغبهـا فى المال ، فحطت إليه وحطت الجارية إلى هوى أمها فأبتا حتى ارتفع أمرهما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قدامة بن مظعون : يا رسول الله ابنة أخى أوصى بها إلى فزوجتها ابن عمتها فلم أقصر بها فى الصلاح ولا فى الكفاءة ولكنها امرأة وإنما حطت إلى هوى أمها قال : فقـال رسـول الله صلى الله عليه وسلم : هى يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها ، قال : فانتزعت والله منى بعد أن ملكتها فزوجوها المغيرة بن شعبة » والحديث دليل على أن الولى لا يجوز له أن يوصى إلى أخ له أو غيره لتزويجها خلافاً لأبى ثور الذى جعل الوصية إلى من ينظر فى تزويجها كالوصية إلى من ينظر فى مالها ، والحديث صريح وقول أبى ثور خطأ ، ولأن استحقاق الولاية فى النكاح لا يتأسس بوصية ، وسيأتى تفصيل ذلك فى أبواب المناكحات إن شاء الله .

فـرع إذا كان عليه دين دنيوى من حقوق الآدميين أو دين أخروى من حقوق الله تعالى فإنه يجوز له أن يوصى إلى من يتولى الأداء عنه لأنه إذا كان يجوز له أن يوصى فى أداء حقوق غيره فلأن يوصى لمن يؤدى ما يتعلق بخاصة نفسه أولى .

وقال بعض الأصحاب بوجوب الوصية فى مثل من عليه دين أو عنـده وديعة أو عليه واجب يوصى بالخـروج منـه ، فإن الله تعـالى فرض أداء الأمانات ، وطريقه فى هذا الباب الوصية فتكون فرضاً عليه وأما الوصـية بجزء من ماله فليست بواجبة على أحد فى قـول الجمهـور ، وبذلك قال الشعبى والنخعى والثورى ومالك والشافعى وأصحاب الرأى وغيرهم وقال ابن عبد البر : أجمعوا على أن الوصـية غير واجبة إلا على مـن عليـه حقوق بغير بينة ، وأمانة بغير إشهاد إلا طائفة شذت فأوجبتها والله تعـالى أعلم) .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ومن ملك التصرف فى ماله بالبيع والهبة ملك الوصية بثلثه فى وجوه البر ، لما روى عامر بن سعد عن أبيه قال : « مرضت مرضا أشرفت منه على الموت فاتانى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودنى فقلت : يا رسول الله لى مال كثير وليس يرثنى الا ابنتى ، افاتصـدق بمـالى كله ؟ قال : لا ، قلت : اتصدق بثلثى مالى ؟ قال : لا ، قلت : اتصدق بالشـطر ؟ قال : لا ، قلت : اتصدق بالثلث ، قال : والثلث كثير انك ان تترك ورثتك اغنياء خير من أن تتركهم عالة يتكففون الناس » ولا يجب ذلك لقوله تعالى : « واولو الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله من المؤمنين والمهـاجرين ؛ الا أن تفعـلوا الى اوليائكم معروفا » (١) وفسر بالوصية فجعل ذلك اليهم ، فدل على أنها لا تجب، ولانه عطية لا تلزم فى حياته فلم تلزم الوصية به قياسا على ما زاد على الثلث .

فصـــل وان كانت ورثته فقراء فالمستحب أن لا يستوفى الثلث لقوله صلى الله عليه وسلم « والثلث كثير انك ان تترك ورثتك اغنيـــاء خير من أن تتركهم عالة يتكففون الناس » فاستكثر الثلث وكره أن يترك ورثته فقـــراء فدل على ان المستحب أن لا يستوفى الثلث . وعن على رضى الله عنه انه قال : « لان أوصى بالخمس احب الى من ان أوصى بالثلث » وان كان الورثة اغنيـــاء فالمستحب أن يستوفى الثلث لانه لما كـره الثلث اذا كانوا فقـــراء دل على انه يستحب اذا كانوا اغنياء ان يستوفيه) .

الشرح حديث عامر بن سعد بن أبى وقاص رواه الستة وأحمد فى مسنده بلفظ « جاءنى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودنى من وجع اشتد بى فقلت : يا رسول الله إنى قد بلغ بى من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثنى إلا ابنـــة لى أفأتصـــدق بثلثى مالى ؟ قال : لا ، قلت : فالشـــطر يا رسول الله ؟ قال : لا ، قلت : فالثلث ؟ قال : الثلث ، والثلث كثير أو كبير، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » .

وفى رواية أكثرهم « جاءنى يعودنى فى حجة الوداع » وفى لفظ « عادنى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى مرضى فقال : أوصيت ؟ قلت : نعم ، قال : بكم ؟ قلت : بمالى كله فى سبيل الله ، قال : فما تركت لولدك ؟ قلت : هم

---

(١) الانفال : الآية ٧٠

أغنياء ، قال : أوص بالعشر . فما زال يقول وأقول حتى قال : أوص بالثلث، والثلث كثير أو كبير » رواه النسائى وأحمد بمعناه إلا أنه قال « قلت : نعم جعلت مالى كله فى الفقراء والمساكين وابن السبيل » ورواه الشافعى عن سفيان عن الزهرى عن عامر بن سعد عن أبيه بلفظ : مرضت عام الفتح ، وساق الحديث .

أما قوله تعالى : « وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض » الآية [1] قيل : إنه أراد بالمؤمنين الأنصار وبالمهاجرين قريشا ، وفيه قولان :

(أحدهما) أنه ناسخ للتوارث بالهجرة . حكى سعيد عن قتادة قال : كان نزل فى سورة الأنفال « والذين آمنوا ولم يهاجروا ما لكم من ولايتهم من شىء حتى يهاجروا » فتوارث المسلمون بالهجرة ، فكان لا يرث الأعرابى المسلم من قريبه المسلم شيئاً حتى يهاجر ، ثم نسخ ذلك . وفى هذه الآية « وأولوا الأرحام » [1] الخ .

(الثانى) أن ذلك ناسخ للتوارث بالحلف والمؤاخاة فى الدين ، روى هشام بن عروة عن أبيه عن جده : (وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله) وذلك أنا معشر قريش لما قدمنا المدينة قدمنا ولا أموال لنا ، فوجدنا الأنصار نعم الأخوان فآخيناهم فأورثونا وأورثناهم ، فآخى أبو بكر خارجة بن زيد ، وآخيت أنا كعب بن مالك ، فجئت فوجدت السلاح قد أثقله ، فوالله لقد مات عن الدنيا ما ورثه غيرى حتى أنزل الله هذه الآية فرجعنا إلى موارثنا .

وثبت عن عروة أن النبى صلى الله عليه وسلم آخى بين الزبير وبين كعب ابن مالك فارتث كعب يوم أحد ، فجاء الزبير يقوده بزمام راحلته ، فلو مات يومئذ كعب عن الضح والريح لورثه الزبير ، فأنزل الله تعالى الآية ، فبين تعالى أن القرابة أولى من الحلف ، فتركت الوراثة بالحلف وورثوا بالقرابة .

---

(١) الأنفال : الآية ٧٥

قال ابن العربى : وأولو الأرحام بالإجماع لأن ذلك يوجب تخصيصا ببعض المؤمنين ، ولا خلاف فى عمومها ، وهذا حل إشكالها .

وأما أثر على كرم الله وجهه فإنه يفيد استحباب النقص عن الثلث وهو من فقهه الذى لا يخلو من استناد صحيح واتصال صريح وهدْى لا ريب فيه عن النبى صلى الله عليه وسلم وبهذا الفقه أخذ الشافعى رضى الله عنه من قوله صلى الله عليه وسلم « الثلث والثلث كثير » ولحديث ابن عباس قال « لو أن الناس غضوا من الثلث إلى الربع فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الثلث كثير » رواه أحمد والبخارى ومسلم ، وقد أخذ ذلك من وصفه صلى الله عليه وسلم للثلث بالكثرة ، ويبدو أن (أو) التى جاءت بين كثير وكبير جاءت من الراوى بعد عهد الترقيم لأن ورود (كبير) هكذا بغير إعجام تقرأ (كبير) وتقرأ (كثير) فخروجاً من حرج أن اللفظ النبوى أحدهما وضع اللفظان مفصولين بأو وكثير من الرواة يعتمدون على كتبهم أكثر مما يعتمدون على السماع والتحديث والمشافهة والله أعلم .

أما الأحكام فإن كل ما جاز الانتفاع به من مال ومنفعة جازت الوصية به وسواء كان المال عيناً أو ديناً حاضراً أو غائبا معلوما أو مجهولا مشاعا أو محوزاً وتقدر الوصية بالثلث ، وليس للموصى الزيادة عليه لحديث سعد « الثلث والثلث كثير » وإن نقص من الثلث جاز ، وأولى الأمرين به أن يعتبر حال الورثة ، فإن كانوا فقراء كان النقصان من الثلث أولى به من استيعاب الثلث لقول على كرم الله وجهه « لأن أوصى بالخمس أحب إلى من أن أوصى بالثلث » وقد أورده الماوردى فى الحاوى الكبير عن رواية أخرى « لأن أوصى بالسدس أحب إلى من أن أوصى بالربع ، وبالربع أحب إلى من الثلث » .

وإن كان ورثته أغنياء وكان فى ماله سعة فاستبقاء الثلث أولى به . وقد قال عمر رضى الله عنه : الثلث وسط ، لا بخس ولا شطط . ولو استوعب الثلث من قليل المال وكثيره ، ومع فقر الورثة وغناهم ، وصغيرهم وكبيرهم ، كانت وصيته ممضاة له .

فأما الزيادة على الثلث فهو ممنوع منها فى قليل المال وكثيره ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم منع سعداً من الزيادة عليه ، فإن وصى بأكثر من الثلث أو بجميع ماله نظرت فإن كان له وارث كانت الوصية موقوفة على إجازته ورده . فإن ردها رجعت الوصية إلى الثلث ، وان أجازها صحت . ثم فيها قولان .

(أحدهما) أن إجازة الورثة ابتداء عطية منه لا تتم إلا بالقبض ، وله فيها ما لم يقبض ، وإن كانت قبل القبض بطلت كالهبات .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وينبغى لمن راى المريض يجنف فى الوصية ان ينهاه لقوله تعالى « وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافا خافوا عليهم فليتقوا الله وليقولوا قولا شديدا » (١) قال اهل التفسير : اذا رأى المريض يجنف على ولده ان يقول : اتق الله ولا توص بمالك كله ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى سعداً عن الزيادة عن الثلث .

فصل والافضل ان يقدم ما يوصى به من البر فى حياته لما روى ابو هريرة رضى الله عنه قال : « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم اى الصدقة افضل ؟ قال : ان تتصدق وانت صحيح شحيح تامل الغنى وتخشى الفقر ، ولا تمهل حتى اذا بلغت الحلقوم قلت : لفلان كذا ولفلان كذا » ولانه لا يامن اذا وصى به ان يفرط به بعد موته فان اختار أن يوصى فالمستحب ان لا يؤخر الوصية لما روى ابن عمر رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال « ما حق امرىء مسلم عنده شىء يوصى يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده » ولانه اذا اخر لم يامن ان يموت فجاة فتفوته .

فصل واما من لا يجوز تصرفه فى المال ـ فان كان ممن لا يميز كالمعتوه والمبرسم ومن عاين الموت ـ لم تصح وصيته لان الوصية تتعلق صحتها بالقول ولا قول لمن لا يميز ، ولهذا لا يصح اسلامه ، ولا توبته ، فلم تصح وصيته ، فان كان صبياً مميزاً او بالغاً مبذراً ففيه قولان .

---

(١) النساء : ٩

(احدهما) لا تصح وصيته ، لأنه تصرف فى المال فلم يصح من الصبى والمبذر كالهبة .

(والثانى) تصح ، لأنه انما منع من التصرف خوفا من اضاعة المال وليس فى الوصية اضاعة المال ، لأنه ان عاش فهو على ملكه ؛ وان مات لم يحتج الى غير الثواب ، وقد حصل له ذلك بالوصية) .

الشرح قوله تعالى « وليخش الذين لو تركوا من خلفهم » الآية فى هذه الآية وجهان كل وجه لا يطرد فى كل الناس ، لأن الناس منهم من يصلح لهم أن يكون معنى الآية ما روى عن سعيد بن جبير : إذا حضر الرجل الوصية فلا ينبغى أن يقول أوص بمالك ، فإن الله تعالى رازق ولدك ، ولكن يقول : قدم لنفسك واترك لولدك ، فذلك قوله تعالى : « فليتقوا الله » ومنهم من يصلح له ما قال مقسم وحضرمى : نزلت فى عكس هذا ، وهو أن يقول للمحتضر من يحضره : أمسك على ورثتك ، وأبق لولدك ، فليس أحد أحق بمالك من أولادك ، وينهاه عن الوصية فيتضرر بذلك ذوو القربى وكل من يستحق أن يوصى له ، فقيل لهم ، كما تخشون على ذريتكم وتسرون بأن يحسن إليهم فكذلك سددوا القول فى جهة المساكين واليتامى ، واتقوا الله فى ضررهم .

وهذان القولان مبنيان على وقت وجوب الوصية قبل نزول آية المواريث وأحسن ما قيل فيها ما حكاه الشيبانى قال : كنا على قسطنطينية فى عسكر مسلمة بن عبد الملك فجلسنا يوماً فى جماعة من أهل العلم فيهم ابن الديلمى فتذاكروا ما يكون من أهوال آخر الزمان . فقلت له : يا أبا بشر ، ودى ألا يكون لى ولد . فقال لى : ما عليك ، ما من نسمة قضى الله بخروجها من رجل إلا خرجت أحب أو كره ، ولكن إن أردت أن تأمن عليهم فاتق الله فى غيرهم. ثم تلا الآية .

وقوله « يجنف » من جنف يجنف كسمع يسمع إذا جار ، والاسم منه جنف وجانف ، قال الأعشى :

تجانف عن حجر اليمامة ناقتى ... وما قصدت من أهلها لسوائكا

ومنه قوله تعالى « فمن خاف من موص جنفاً » [1] قال الشاعر :

هم المولى وإن جنفوا علينا وإنا من لقائهم لزور

وقال لبيد :

إنى امرؤ منعت أرومة عامر ضيمى وقد جنفت على خصومى

وقال تعالى « فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف لإثم » [2] أى مائل اليه.

روى أبو داود عن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إن الرجل أو المرأة ليعمل بطاعة الله ستين سنة ثم يحضرهما الموت فيضاران فى الوصية فتجب لهما النار » وترجم النسائى الصلاة على من جنف فى وصيته .

أخبرنا على بن حجر أنبأنا هشيم عن منصور — وهو زاذان — عن الحسن بن سمرة عن عمران بن حصين رضى الله عنه أن رجلا أعتق ستة مملوكين له عند موته ولم يكن له مال غيرهم ، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فغضب من ذلك وقال « لقد هممت ألا أصلى عليه » ثم دعا مملوكيه فجزأهم ثلاثة أجزاء ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة » وأخرجه مسلم بمعناه إلا أنه قال فى آخره وقال قولا شديداً بدل قوله « لقد هممت ألا أصلى عليه » .

قال الماوردى فى تأويل قوله تعالى : جنفا أو إثما ثلاثة أقاويل (أحدها) أن الجنف الميل ، والاثم أن يأثم فى أثرة بعضهم على بعض ، وهذا قول عطاء وابن زيد (والثانى) أن الجنف الخطأ والاثم العمد ، وهذا قول السدى (والثالث) أنه الرجل يوصى لولد بنيه وهو يريد بنيه . وهذا قول طاوس . فالإضرار فى الوصية أن يوصى بأكثر من الثلث ، والإضرار فى الدين أن يبيع بأقل من ثمن المثل ويشترى بأكثر منه .

---

(١) الآية ١٨٢ من سورة البقرة
(٢) الآية ٣ من سورة المائدة

وقد روى عكرمة عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : الإضرار فى الوصية من الكبائر ، وقال تعالى « ووصى بها إبراهيم بنيه » الآية .

والأفضل أن يقدم ما يوصى به حال حياته ، لحديث أبى هريرة الذى ساقه المصنف قال « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أى الصدقة أفضل ؟ قال : أن تتصدق وأنت صحيح شحيح تأمل الغنى وتخشى الفقر ، ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا » .

وقد أخرج هذا الحديث الشيخان وأصحاب السنن إلا الترمذى ، ورواه أحمد فى مسنده ولفظه فى أكثرها « جاء رجل فقال : يا رسول الله : أى الصدقة أفضل أو أعظم أجراً ؟ قال : أما وأبيك لتفتأن أن تصدق وأنت شحيح صحيح تخشى الفقر وتأمل البقاء ، ولا تمهل حتى إذا بلغت الروح الحلقوم قلت لفلان كذا ، ولفلان كذا ، وقد كان لفلان » .

وقوله « لتفتأن » بالبناء لما لم يسم فاعله من الفتيا ، وفى نسخه لتنبأن من النبأ وقوله « أن تصدق » بتخفيف الصاد على حذف إحدى التاءين ، وأصله أن تتصدق والتشديد على الادغام .

وقوله « شحيح » قال صاحب المنتهى : الشح بخل مع حرص ؛ وقال الخطابى فيه أن المرض يقصر يد المالك عن بعض ملكه ، وأن سخاوته بالمال فى مرضه لا تمحو عنه سمة البخل ، فلذلك شرط صحة البدن فى الشح بالمال لأنه فى الحالتين يجد للمال وقعاً فى قلبه لما يأمله من البقاء فيحذر معه الفقر .

قال ابن بطال وغيره : لما كان الشح غالباً فى الصحة فالسماح فيه بالصدقة أصدق فى النية وأعظم للأجر بخلاف من يئس من الحياة ورأى مصير المال لغيره .

وقوله « حتى إذا بلغت الروح الحلقوم » أى قاربت بلوغه ، إذ لو بلغت حقيقة لم يصح شىء من تصرفاته ، والحلقوم مجرى النفس .

وقوله « قلت لفلان كذا » قال ابن حجر : الظاهر أن هذا المذكور على سبيل المثال ، وقال الخطابى ، فلان الأول والثانى الموصى له ؛ وفلان الأخير الوارث لأنه إن شاء أبطله وإن شاء أجازه ؛ والمقصود أن الحديث يدل على أن تنجيز وفاء الدين والتصدق فى حال الصحة أفضل منه حال المرض لأنه فى حال الصحة يصعب عليه إخراج المال غالباً لما يخوفه به الشيطان ويزينه له من الأمل فى الحياة والحاجة إلى المال ، قال تعالى « الشيطان يعدكم الفقر ويأمركم بالفحشاء ، والله يعدكم مغفرة منه وفضلا » [1] وفى معنى الحديث قوله تعالى « وأنفقوا مما رزقناكم من قبل أن يأتى أحدكم الموت » الآية [2] ، وفى معنى الحديث أيضاً ما أخرجه الترمذى باسناد حسن وصححه ابن حبان عن أبى الدرداء مرفوعا « مثل الذى يعتق ويتصدق عند موته ، مثل الذى يهدى إذا شبع » .

وأما حديث ابن عمر فقد أخرجه أصحاب الكتب الستة وأحمد فى مسنده بلفظ « ما حق امرىء مسلم يبيت ليلتين وله شىء يريد أن يوصى فيه إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه » ورواه الشافعى بلفظ « ما حق امرىء يؤمن بالوصية » أى يؤمن بأنها حق كما حكاه ابن عبد البر عن ابن عيينة ، ورواه ابن عبد البر والطحاوى بلفظ « لا يحل لامرىء مسلم له مال » وقال الشافعى : معنى الحديث ما الحزم والاحتياط للمسلم إلا أن تكون وصيته مكتوبة عنده ، وكذا قال الخطابى ، قوله : مسلم . قال ابن حجر فى فتح البارى : هذا الوصف خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له أو ذكر للتهييج لتقع المبادرة إلى الامتثال لما يشعر به من نفى الإسلام عن تارك ذلك .

ووصية الكافر جائزة فى الجملة . وحكى ابن المنذر فيه الإجماع .

قوله : يبيت صفة لمسلم . قوله ليلتين فى رواية للبيهقى وأبى عوانه : ليلة أو ليلتين ، ولمسلم والنسائى ثلاث ليال ، واختلاف الروايات فى هذا يدل على أنه للتقريب لا للتحديد ، والمعنى لا يمضى عليه زمان وإن كان قليلا

---

(١) الآية ٢٦٨ من سورة البقرة
(٢) الآية ١٠ من سورة المنافقون

إلا ووصيته مكتوبة ، وفيه إشارة إلى اغتفار الزمن اليسير ، وكأن الثلاث غاية التأخير ، ولذلك قال ابن عمر رضى الله عنه لم أبت ليلة منذ سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ذلك إلا ووصيتى عندى ، وفى تخصيص الليلتين والثلاث بالذكر تسامح فى إرادة المبالغة ، أى لا ينبغى أن يبيت زمناً ما وقد سامحناه فى الليلتين والثلاث ، فلا ينبغى له أن يتجاوز ذلك . اما قوله : المبرسم وهو الذى اصيب بعلة الورم فى الدماغ يصاب صاحبه بصداع وكراهية للضوء وزوال للعقل ، وقيل : إنه الموت لأن بر بالسريانية الابن والسام الموت ، ومنه حديث « شفاء من كل داء إلا السام ، قيل : وما السام ؟ قال : الموت » .

اذا ثبت هذا فإن الوصايا تشتمل على أربعة شروط وهى موصى وموصى له وموصى به وموصى إليه ، فأما الفصل الأول وهو الموصى فمن شرطه أن يكون مميزاً حراً ، فإذا اجتمع فيه هذان الشرطان صحت وصيته فى ماله مسلما كان أو كافراً ، فأما المجنون فلا تصح وصيته لأنه غير مميز وأما الصبى فإن كان طفلا غير مميز فوصيته باطلة ، وإن كان مراهقاً ففى جواز وصيته قولان :

(أحدهما) لا تجوز ، وبه قال أبو حنيفة ، واختاره المزنى لارتفاع القلم عنه كالمجنون . لأن الوصية عقد فأشبهت سائر العقود .

(والقول الثانى) وبه قال مالك إن وصيته جائزة لرواية عمرو بن سليم الزرقى قال : « سئل عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن غلام يافع من غسان وصى لبنت عمه وله عشر سنين ، وله وارث ببلد آخر ، فأجاز عمر رضى الله عنه وصيته » ولأن المعنى الذى لأجله منعت عقوده هو المعنى الذى أمضيت وصيته لأن الحظ له فى منع العقود لأنه لا يتعجل بها نفعاً ، ولا يقدر على استدراكها إذا بلغ والحظ له فى إمضاء الوصية ، لأنه إن مات فله ثوابها وذلك أحظ له من تركه على ورثته ، وإن عاش وبلغ قدر على استدراكها والرجوع فيها ، فعلى هذا لو أعتق فى مرضه أو حابى أو وهب ففى صحة ذلك وجهان :

(أحدهما) صحيح ممضى لأن ذلك وصية يعتبر من الثلث .

(والوجه الثانى) أنه باطل مردود لأن الوصية يقدر على الرجوع فيها إن صح ، والعتق والهبة لا يقدر على الرجوع فيها إن صح .

فأما وصية المحجور عليه بالسفه ، فإن قيل بجواز وصية الصبى فوصية السفيه أجوز ، وإن قيل ببطلان وصية الصبى بابطال عقوده بطلت وصية السفيه لبطلان عقوده ، وأما المحجور عليه بالفلس فإن ردها الغرماء بطلت ، وإن أمضوها جازت ، فإن قلنا : حجر الفلس كحجر المرض صحت ، وإن قلنا : إنه كحجر السفيه كان على وجهين ، فأما العبد فوصيته باطلة ، وكذلك المدبر وأم الولد والمكاتب لأن السيد أملك منهم لما فى أيديهم . فأما الكافر فوصيته جائزة ذمياً كان أو حربياً إذا أوصى بمثل ما يوصى به المسلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وأما اذا وصى بما زاد على الثلث ، فان لم يكن له وارث بطلت الوصية فيما زاد على الثلث ، لأن ماله ميراث للمسلمين ، ولا مجيز له منهم فبطلت فان كان له وارث ففيه قولان :**

(احدهما) ان الوصية تبطل بما زاد على الثلث لان النبى صلى الله عليه وسلم ((نهى سعداً عن الوصية بما زاد على الثلث)) والنهى يقتضى الفساد ، وليست الزيادة مالا للوارث فلم تصح وصيته به كما لو أوصى بمال للوارث من غير الميراث .

(والثانى) أنها تصح وتقف على اجازة الوارث ، فان أجاز نفذت ، وان ردها بطلت ، لأن الوصية صادفت ملكه ، وانما يتعلق بها حق الوارث فى الثانى فصحت ووقفت الاجازة كما لو باع ما فيه شفعة ، فان قلنا : على انها باطلة كانت الاجازة هبة مبتدأة يعتبر فيها الايجاب والقبول باللفظ الذى تنعقد به الهبة ، ويعتبر فى لزومها القبض ، وان كان الوصية عتقا لم يصح الا بلفظ العتق ، ويكون الولاء فيه للوارث ، وان قلنا : انها تصح كانت الاجازة امضاء لما وصى به الموصى وتصح بلفظ الاجازة كما يصح العفو عن الشفعة بلفظ العفو ، فان كانت الوصية عتقا كان الولاء للموصى ، ولا يصح الرد والاجازة الا بعد الموت لانه لا حق له قبل الموت فلم يصح اسقاطه كالعفو عن الشفعة قبل البيع .

فصـــل فان اجاز الوارث ما زاد على الثلث ، ثم قال : اجزت لانى ظننت ان المال قليل وان ثلثه قليل ، وقد بان انه كثير لزمت الاجازة فيما علم والقول قوله فيما لم يعلم مع يمينه ، فاذا حلف لم يلزمه لان الاجازة فى احد القولين هبة ، وفى الثانى اسقاط ، والجميع لا يصح مع الجهل به . وان وصى بعبد فاجازه الوارث ثم قال : اجزت لانى ظننت ان المال كثير ، وقد بان انه قليل ففيه قولان :

(احدهما) ان القول قوله كالمسئلة قبلها .

(والثانى) انه يلزمه الوصية لانه عرف ما اجازه ويخالف المسئلة قبلها فان هناك لم يعلم ما اجازه) .

الشرح الأحكام : الزيادة على الثلث ممنوع منها فى قليل المال وكثيره لحديث سعد الذى مضى تخريجه وبيان طرقه الذى منع سعداً من الزيادة عليه ، فإن وصى بأكثر من الثلث أو بجميع ماله نظر ، فإن كان له وارث كانت الوصية موقوفة على إجازته ورده ، فإن ردها رجعت الوصية إلى الثلث ، وإن أجازها صحت ، ثم فيها قولان :

(أحدهما) أن إجازة الوارث ابتداء عطية منه لا تتم إلا بالقبض وله الرجوع فيها ما لم يقبض ، وإن كانت قبل القبض بطلت كالهبات . فإن لم يكن للميت وارث فأوصى بجميع ماله ردت وصيته إلى الثلث فى حق بيت المال .

وقال أبو حنيفة : وصيته إذا لم يكن له وارث نافذة فى جميع ماله استدلالا بأن النبى صلى الله عليه وسلم « لما منع سعداً من الزيادة على الثلث قال : لأن تدع ورثتك أغنياء خيراً من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » فجعل المنع من الزيادة حقاً للورثة ، فإذا لم يكن له وارث سقط المنع ، وبما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال : « لا وارث لمن وضع ماله حيث شاء » ولأنه لما كانت الصدقة بجميع ماله جازت وصيته بجميع ماله .

ودليلنا ما روى عن أبى الدرداء رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه

وسلم قال « إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة فى حسناتكم ليجعلها لكم زيادة فى أعمالكم » رواه الدارقطنى ورواه أحمد والبيهقى والبزار وابن ماجه من حديث أبى هريرة بلفظ « إن الله تصدق عليكم عند موتكم بثلث أموالكم زيادة لكم فى أعمالكم » وقد ضعف الحافظ ابن حجر إسناده وأخرجه أيضاً الدارقطنى والبيهقى من حديث أبى أمامة بلفظ « إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة فى حسناتكم ليجعل لكم زكاة فى أموالكم » وفى إسناده إسماعيل بن عياش وشيخه عتبة بن حميد .

ولأن الأنصارى أعتق ستة مملوكين له لا مال له غيرهم فجزأهم النبى صلى الله عليه وسلم ثلاثة أجزاء على ما مضى ذكره ، ولأن مال من لا وارث له يصير إلى بيت المال إرثا لأمرين :

أحدهما : أنه يخلف الورثة فى الاستحقاق لماله .

والثانى : أنه يعقل عنه كورثته ، فلما ردت الوصية إلى الثلث مع الوارث ردت إلى الثلث مع بيت المال لأنه وارث ، وقد يتحرر منه قياسان (أحدهما) أن كل جهة استحقت التركة بالوفاء منعت من الوصية بالجميع كالورثة (والثانى) أن ما منع من الوصايا مع الورثة منع منها مع بيت المال كالديون .

(فأما الجواب) عن قوله صلى الله عليه وسلم : « لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة » فهو أنه لم يجعل ذلك تعليلا لرد الزيادة على الثلث ، ولو كان ذلك تعليلا لجازت الزيادة على الثلث مع غناهم إذ لم يصيروا عالة يتكففون الناس ، وإنما قاله صلة فى الكلام وتنبيها على الحظ .

وأما قول ابن مسعود « يضع ماله حيث يشاء » فماله الثلث وحده وله وضعه حيث شاء ، وأما الصدقة فهى كالوصية إن كانت فى الصحة أمضيت مع وجود الوارث وعدمه ، وإن كانت فى المرض ردت إلى الثلث مع وجود الوارث وعدمه والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل واختلف أصحابنا فى الوقت الذى يعتبر فيه قدر المال لاخراج الثلث : فمنهم من قال : الاعتبار بقدر المال فى حال الوصية ، لأنه عقد يقتضى اعتبار قدر المال ، فكان الاعتبار فيه بحال العقد ، كما لو نذر أن يتصدق بثلث ماله ، فعلى هذا لو اوصى وثلث ماله الف فصار عند الوفاة الفين لم تلزم الوصية فى الزيادة ، فان وصى بالف ولا مال له ثم استفاد مالا لم تتعلق به الوصية ، وان وصى وله مال فهلك ماله بطلت الوصية ، ومنهم من قال : الاعتبار بقدر المال عند الموت وهو المذهب ، لأنه وقت لزوم الوصية واستحقاقها ، ولأنه لو وصى بثلث ماله ثم باع جميعه تعلقت الوصية بالثمن ، فلو كان الاعتبار بحال الوصية لم تتعلق بالثمن ، لأنه لم يكن حال الوصية ، فعلى هذا لو وصى بثلث ماله وماله الف فصار الفين لزمت الوصية فى ثلث الألفين ، فان وصى بمال ولا مال له ثم استفاد مالا تعلقت به الوصية ، فان وصى بثلثه وله مال ثم تلف ماله لم تبطل الوصية) .

الشرح الأحكام : تجوز الوصية بثلث ماله وإن لم يعلم قـدره ، واختلف أصحابنا هل يراعى بثلث ماله وقت الوصية أو عند الوفاة ؟ على وجهين (أحدهما) وهو قول مالك وأكثر البغداديين أنه يراعى ثلثه وقت الوصية ، ولا يدخل فيها ما حدث بعده من زيادة لأنها عقد ، والعقود لا يعتبر فيها ما بعدها .

(والوجه الثانى) وهو قول أبى حنيفة وأكثر البصريين أنه يراعى ثلث ماله وقت الموت ويدخل فيه ما حدث قبـله من زيادة ، لأن الوصـايا تملك بالموت ، فاعتبر بها وقت ملكها ، فعلى هذين الوجهين إن وصى بثلث ماله ولا مال له ثم أفاد مالا ــ فعلى الوجه الأول تكون الوصية باطلة اعتباراً بحال الوصية ، وعلى الوجه الثانى تكون الوصية جائزة اعتباراً بحـال الموت . وعلى هذا لو وصى بفرس من خيله وهو لا يملك فرساً ولا خيولا ثم ملك قبل الموت خيولا صحت الوصية إن اعتبر بها حال الموت : وبطلت إن اعتبر بها حال القول ، وعلى هذا القول لو وصى بثلث ماله وله مال فهلك ماله وأفاد غيره صحت الوصية فى المال المستفاد إن اعتبر بها حـال الموت ، وبطلت إن اعتبر بها حال الوصية .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل واما الوصية بما لا قربة فيه كالوصية للكنيسة والوصية بالسلاح لأهل الحرب فهى باطلة لأن الوصية انما جعلت له ليدرك بها ما فات ويزيد بها الحسنات ولهذا روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ان الله تعالى اعطاكم ثلث اموالكم فى آخر آجالكم زيادة فى حسناتكم » وما ذكرناه ليس من الحسنات فلم تصح فيه الوصية ، فان وصى ببيع ماله من رجـل من غير محاباة ففيه وجهان :

(احدهما) يصح لانه قصد تخصصه بالتمليك (والثانى) لا يصح لأن البيع من غير محاباة ليس بقربة ، فلم تصح الوصـــية به ، وان وصى لذمى جاز ، لما روى « أن صفية وصت لاخيها بثلثها ثلاثين الفاً وكان يهودياً » ولأن الذمى موضع للقربة ، ولهذا يجوز التصـدق عليه بصـدقة التطـوع ، فجـازت له الوصية ، فان وصى لحربى ففيه وجهان :

(احدهما) انه لا تصح الوصية ، وهو قول أبى العباس بن القاص ، لأن القصد بالوصية نفع الموصى له ، وقد أمرنا بقتل الحربى واخذ ماله فلا معنى للوصية له (والثانى) يصح ـ وهو المذهب ـ لانه تمليك يصح للذمى فصـح للحربى كالبيع .

فصـــل واختلف قول الشافعى رحمه الله تعالى فيمـن وصى لقاتله فقال فى أحد القولين : لا يجوز لانه مال يستحق بالموت فمنع القتـل منـــه كالميراث ، وقال فى الثانى : يجوز لانه تمليك يفتقر الى القبول فلم يمنع القتل منه كالبيع ، فان قتلت ام الولد مولاها عتقت لأن عتقها ليس بوصية ، بدليل انه لا يعتبر من الثلث فلم يمنع القتل منه . فان قتل المدبر مولاه ، فان قلنا : ان التدبير عتق بالصفة عتق لانه ليس بوصية ، وانما هو عتق بصفة قد وجدت الصفة فعتق ، وان قلنا : انه وصية وقلنا : ان الوصية للقاتل لا تجـوز لم يعتق ، وان قلنا : انها تجوز عتق من الثلث فان كان على رجل دين مؤجـــل فقتله صاحب الدين حل الدين ، لأن الأجل حق للمقتول لا حظ له فى بقائه ، بل الحظ فى اسقاطه ليحل الدين ويقضى فيتخلص منه) .

الشرح حديث إن الله تعالى أعطاكم الخ ، رواه الدارقطنى عـن أبى الدرداء وسكت ولم يتكلم عليه الحافظ ابن حجر ، ورواه وأخرجـه أيضا أحمد وكذلك البيهقى وابن ماجه والبزار من حديث أبى هريرة . قال

الحافظ ابن حجر : وإسناده ضعيف ، قلت : ورواه الدارقطنى والبيهقى عن أبى أمامة ، وفى إسناده إسماعيل بن عياش ، وهو ثقة فى الشاميين ضعيف فى غيرهم ، ورواه عن شيخه عتبة بن حميد الضبى ، صدوق له أوهام . ورواه العقيلى فى الضعفاء عن أبى بكر الصديق وفى إسناده حفص بن عمرو ميمون وهو متروك ، وعن خالد بن عبد الله السلمى عند ابن عاصم وابن السكن وابن قانع وأبى نعيم والطبرانى وهو مختلف فى صحبته ، ورواه عنه ابنه الحارث وهو مجهول .

وأما « وصية أم المؤمنين صفية رضى الله عنها لأخيها وكان يهودياً بثلاثين ألفاً » أخرجه البيهقى من حديث عكرمة أن صفية قالت لأخ لها : أسلم ترثنى فرفع ذلك إلى قومه فقالوا : أتبيع دينك بالدنيا فأبى أن يسلم فأوصت له بالثلث » ومن طريق أم علقمة أن صفية أوصت لابن أخ لها يهودى وأوصت لعائشة بألف دينار وجعلت وصيتها إلى عبد الله بن جعفر فطلب ابن أخيها الوصية فوجد عبد الله قد أفسده فقالت عائشة : أعطوه ألف دينار أوصت لى بها عمته » .

أما الأحكام فإن الوصية للبيع والكنائس باطلة لأنها مجمع معاصيهم ومنتدى تأليههم للبشر ، ومباءة التثليث والتجسيد . وكذلك الوصية لكتب التوراة والأناجيل لتبديلها وتغييرها ، وسواء كان الموصى مسلماً أو كافراً . وأجازها أبو حنيفة من الكافر دون المسلم ، وهكذا أجاز وصيته بالخمر والخنزير يتصدق بها على أهل الذمة . وهذا فاسد لقوله تعالى « وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم » [1] .

وخالف أبا حنيفة صاحباه فى الكنيسة ووافقاه فيما عداها . فأما الوصية للكافر فجائزة ذميا كان أو حربيا ، وقال أبو حنيفة : الوصية للحربى باطلة لأن الله تعالى أباح للمسلمين أموال المشركين فلم يجز أن يبيح للمشركين أموال المسلمين وهذا فاسد من وجهين (أحدهما) أنه لما لم يمنع شرك الذمى لم يمنع شرك الحربى من الوصية كالنكاح (والثانى) أنه لما جازت الهبة

---

(١) الآية ٤٩ من سورة المائدة

للحربى وهى أمضى عطية من الوصية كان أولى أن تجوز له الوصية ، وسواء كان الموصى مسلماً أو كافراً .

فأما الوصية للمرتد فعلى ثلاثة أقسام ذكرناها فى كتاب الوقف .

(أحدها) أن يوصى لمن يرغب عن الإسلام فالوصية باطلة لعقدها على معصية .

(الثانى) أن يوصى بها لمسلم فيرتد عن الإسلام بعد الوصية له فالوصية جائزة لأنها وصية صادفت حال الإسلام .

(والثالث) أن يوصى بها لمرتد معين ففى الوصية وجهان (أحدهما) باطلة . (والثانى) جائزة .

أما المحاباة فى المرض ، وهى أن يعاوض بماله ويسمح لمن عاوضه ببعض عوضه وهى أقسام (أحدها) المحاباة فى البيع والشراء ، ولا يمنع ذلك صحة قول جمهور الفقهاء . وقال أصحاب داود بن على : العقد باطل. وعموم قوله تعالى : « وأحل الله البيع » [1] دليل على صحة قول الجمهور ، ولأنه تصرف صدر من أهله فى محله فصح كغير المريض ، فلو باع فى مرضه فرساً قيمته خمسون بعشرين فقد حابى المشترى بثلاثة أخماسه ، وليس له المحاباة بأكثر من الثلث ، فإن أجاز الورثة ذلك لزم البيع ، وإن لم يجيزوا واختار المشترى فسخ البيع فله ذلك لأن الصفقة تبعضت عليه ، وإن اختار إمضاء البيع فالصحيح عند أصحاب أحمد وهو اختيار ابن قدامة فى المغنى أنه يأخذ النصف للمبيع بنصف الثمن ويفسخ البيع فى الباقى وهذا أحد الوجهين عند أصحاب الشافعى ، والوجه الثانى أنه يأخذ ثلثى المبيع بالثمن كله ، لأنه يستحق الثلث بالمحاباة والثلث الآخر بالثمن ، وعند مالك له أن يفسخ ويأخذ ثلث المبيع بالمحاباة ويسميه أصحابه خلع الثلث .

ولأصحابنا كما ساق المصنف ذلك إذا وصى ببيع ماله من رجل من غير

---

(١) الآية ٢٧٥ من سورة البقرة .

محاباة فإذا قلنا إن مجرد التخصيص بالتمليك يقوم مقام المحاباة صحت الوصية على هذا الوجه .

وإن قلنا إن البيع من غير محاباة ليس قربة والمراعى فى الوصية التقرب إلى الله تعالى لحديث أبى الدرداء لم تصح الوصية .

فرع تصح الوصية للذمى باتفاق أهل العلم لا نعلم فى ذلك خلافا ولأن الصدقة عليه جائزة فجازت الوصية ، أما الحربى ففيه لأصحابنا وجهان :

(أحدهما) وهو المذهب وبه قال أحمد فى المنصوص عنه وهو قول مالك ان الوصية للحربى تصح فى دار الحرب .

(والثانى) لا تصح وهو قول أبى حنيفة لقوله تعالى « لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم »[1] إلى قوله تعالى « إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين » الآية ، فيدل ذلك على أن من قاتلنا لا يحل بره ، وهو قول أبى العباس بن القاص من أصحابنا ، لأن القصد من الوصية القربة إلى الله بنفع يعود إلى الموصى له ، وقد أمرنا بقتل الحربى وأخذ سلبه ، فلامعنى للوصية مع قيام هذا كله .

دليلنا : أنه تمليك يصح للذمى فصح للحربى ، ولما كانت تصح هبته فقد صحت الوصية له كالذمى ، وقد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطى عمر حلة من حرير فقال « يا رسول الله كسوتنيها وقد قلت فى حلة عطارد ما قلت ، فقال : إنى لم أعطكها لتلبسها ، فكساها عمر أخا مشركا له بمكة » .

وعن أسماء بنت أبى بكر قالت : « أتتنى أمى وهى راغبة ــ تعنى عن الإسلام ــ فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أتتنى أمى وهى راغبة

---

(١) الآية ٨ ، ٩ من سورة الممتحنة

أفأصلها ، قال : نعم » وهذان الخبران فيهما صلة أهل الحرب وبرهم ، والآية حجة لنا فيمن لم يقاتل ، فأما المقاتل فقد نهى عن توليه لا عن بره والوصية له ، وقد رأينا كيف أن صلاح الدين الأيوبى كان يبر المقاتلة من الصليبيين حتى كان مضرب المثل فى المروءة وعلو الهمة فكان يداوى مرضاهم ويأسو جراحهم ، بيد أنه لم يعف عمن طغى وتجبر وقطع طريق الحاج فأقسم لئن أظفره الله به ليضربن عنقه بيده ، وعندما وقع فى الأسر مع غيره من ملوك أوربا عفا عنهم جميعاً إلا ذلك فقتله بيده براً بقسمه رغم ما عرضه الفرنجة عليه من فداء سخى بالمال بالغاً ما بلغ قدره ، فهذا هو طريق الشرع . وإن احتج بالمفهوم فانه لا يراه حجة ثم قد حصل الاجماع على جواز الهبة . والوصية فى معناها ، فأما المرتد فعند أبى الخطاب من أصحاب الإمام أحمد تصح الوصية له كما تصح هبته . وقال ابن أبى موسى : لا تصح لأن ملكه غير مستقر ولا يرث ولا يورث فهو كالميت ، ولأن ملكه يزول عن ماله بردته فى قول جماعة منهم فلا يثبت له الملك بالوصية ، وقد مضى مذهبنا فيه فى الوقف .

فرع الوصية للقاتل فيها قولان :

(أحدهما) وهو مذهب مالك رضى الله عنه تجوز الوصية ، وإن لم يرث كما تجوز الوصية للكافر ، وإن لم يرث ، ولأنه تمليك يراعى فيه القبول فلم يمنع منه القتل كالبيع ، وهذا أحد الأوجه الثلاثة عند الحنابلة حيث قال ابن حامد : تجوز الوصية له ، وهو قول أبى ثور وابن المنذر أيضاً .

(والقول الثانى) وهو قول أبى حنيفة رضى الله عنه وأحد الأوجه الثلاثة عند الحنابلة : لا تصح الوصية له ، لأن أحمد رضى الله عنه نص على أن المدبر إذا قتل سيده بطل تدبيره ، وعندنا أنه يبطل إذا اعتبر التدبير وصية ، أما إذا اعتبر صفة فإن التدبير ماض ويعتق بموت سيده ولو قتلا ، وهذا أيضا قول الثورى وأصحاب الرأى لأن القتل يمنع الميراث الذى هو آكد من الوصية فالوصية أولى ، ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث

فيمنعها ما يمنعه ، لأن الميراث أقوى التمليكات فلما منع منه القتل كان أولى أن يمنع من الوصية .

فإذا تقرر هذان القولان فلا فرق بين أن يوصي له بعد جرحه إياه وجنايته عليه ، وبين أن يوصى له قبل الجناية ثم يجنى عليه فيقتله وأن الوصية على قولين ولكن لو قال الموصى وليس بمجروح : قد وصيت بثلثى لمن يقتلنى فقتله رجل لم تصح الوصية له قولا واحداً لأمرين .

(أحدهما) أنها وصية عقدت على معصية .

(والثانى) أن فيها إغراء بقتله ، فلو وصى بثلثه لقاتل زيد ، فإن كان قبل القتل لم يجز كما ذكرنا ، وإن كان بعد قتله جاز ؛ وكان القتل تعريفاً ، وهكذا لو وهب فى مرضه لقاتله هبة أو حاباه فى بيع أو أبرأه من حق فكل ذلك على قولين لأنها وصية له تعتبر فى الثلث ، وهكذا لو أعتق فى مرضه عبداً فقتل العبد سيده كان فى عتقه قولان لأنها وصية له ، ولكن لو وهب هبة فى صحته أو أبرأ من حق أو حابى فى بيع أو أعتق عبداً . ثم إن الموهوب له قتل الواهب أو المبرأ قتل المبرىء أو المحابى قتل المحابى والعبد قتل السيد كان ذلك كله نافذاً ماضياً ، لأن فعله فى الصحة جرى مجرى الوصايا، ولو جرح رجل رجلا ــ ثم ان المجروح وصى للجارح بوصية ثم جنى على الموصى آخر فذبحه ــ جازت الوصية للجارح الأول ، لأن الذابح صار قاتلا ، ولو لم يكن الثانى قد ذبحه ولكن لو جرحه صار الثانى والأول قاتلين ، فردت الوصية للأول فى أحد القولين ، وهذا هو قول مالك وأبى ثور وابن المنذر وأحد القولين عند أحمد ؛ وأظهر القولين للشافعى لأن الهبة تصح فصحت الوصية له كالذمى ، وقال القاضى أبو بكر من الحنابلة : لا تصح الوصية له ، وهذا هو قول الثورى وأصحاب الرأى وأحد قولى الشافعى .

قال الماوردى فى حاويه : وإذا قتل المدبر سيده ــ فإن قيل : إن التدبير عتق بصفة لم يبطل عتقه ، وإن قيل : إن التدبير وصية ففى بطلان عتقه

قولان لأنه يعتق فى الثلث ، ولو قتلت أم الولد سيدها بعد عتقها صح عتقها قولا واحداً لأمرين :

(أحدهما) أن عتقها مستحق من رأس المال .

(والثانى) أن فى استبقائها على حالها إضراراً بالورثة لأنهم لا يقدرون على بيعها ، وخالف استبقاء رق المدبر للقدرة على بيعه ــ ثم ينظر فى أم الولد إذا كان قتلها عمداً ــ فإن لم يكن ولدها باقياً قتلت قوداً ، وإن كان باقيا سقط القود عنها لأن ولدها شريك للورثة فى القود فيها . وهو لا يستحق القود من أمه فسقط حقه ، وإذا سقط القود عنها فى حق بعض الورثة سقط فى حق الجميع ا هـ .

ولو أن رجلا وصى لابن قاتله أو لأبيه أو لزوجته صحت الوصية لأن القاتل غير الموصى له ، ولو أوصى لعبد القاتل لم تجز فى أحد القولين لأنها وصية للقاتل ، ولو أقر رجل لقاتله بدين كان إقراره نافذاً قولا واحداً لأن الدين لازم وهو من رأس المال فخالف الوصايا ، ولو كان للقاتل على المقتول دين مؤجل حل بموت المقتول ولا يبقى إلى أجله ، لأن الأجل حق لمن عليه الدين لا يورث عنه ، وليس كالمال الموروث إذا منع القاتل منه صار إلى الورثة ، وسواء كان القتل فى الوصية عمداً أو خطأ كما أن الميراث يمنع منه قبل العمد والخطأ ، فلو أجاز الورثة الوصية للقاتل ، وقد منع منها فى أحد القولين ــ كان فى إمضائها باجازته وجهان من اختلاف قولين فى إمضائهم للوصية للوارث .

فإن قلنا : إن الوصية للوارث مردودة ولا تمضى باجازتهم ردت الوصية للقاتل ولم تمض باجازتهم ، وإن قلنا : إنه يمضى الوصية للوارث باجازتهم أمضيت الوصية للقاتل باجازتهم ، والأصح إمضاء الوصية للوارث بالإجازة، ورد الوصية للقاتل مع الإجازة ، لأن حق الرد فى الوصية للقاتل إنما هو للمقتول لما فيه من حسم الذرائع المفضية إلى قتل نفسه فلم تصح الوصية له باجازتهم ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل واختلف قوله فى الوصية للوارث فقال فى أحد القولين : لا تصح لما روى جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا وصية لوارث » ولأنها وصية لا تلزم لحق الوارث فلم تصح ، كما لو أوصى بمال لهم من غير الميراث فعلى هذا الاجازة هبة مبتداة يعتبر فيها ما يعتبر فى الهبة .

(والثانى) تصح لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا تجوز لوارث وصية الا ان شاء الورثة » فدل على أنهم اذا شاءوا كانت وصية ، وليست الوصية فى ملكه وانما يتعلق بها حق الورثة فى الثانى فلم يمنع صحتها كبيع ما فيه شفعة ، فعلى هذا اذا أجاز الورثة نفذت الوصية .

فصـــل ولا تصح الوصية لمن لا يملك فان وصى لميت لم تصح الوصية لأنه تمليك فلم يصح للميت كالهبة ، وان وصى لحمل تيقن وجوده حال الوصية بأن وضعته لدون ستة أشهر من حين الوصية أو لستة أشهر وليست بفراش صحت الوصية لأنه يملك بالارث فملك بالوصية ، وان وضعته لستة أشهر وهى فراش لم تصح الوصية لأنه يجوز أن يكون حدث بعد الوصية فلم تصح الوصية بالشك ، فان الفته ميتاً لم تصح الوصية لأنه لا يتيقن حياته حال الوصية ، ولهذا لا يحكم له بالارث فلم يحكم له بالملك بالوصية ، فان وصى لما تحمل هذه المرأة لم تصح الوصية . وقال أبو اسحاق تصح والمذهب الأول لأنه تمليك لمن لا يملك فلم يصح .

فصـــل فان قال : وصيت بهذا العبد لأحد هذين الرجلين لم يصح لأنه تمليك لغير معين ، فان قال اعطوا هذا العبد أحد هذين الرجلين جاز لأنه ليس بتمليك وانما هو وصية بالتمليك ، ولهذا لو قال بعت هذا العبد من أحد هذين الرجلين لم يصح . ولو قال لوكيله بع هذا العبد من أحد هذين الرجلين جاز .

فصـــل فان أوصى لعبده كانت الوصية لوارثه ؛ لأن العبد لا يملك فكانت الوصية للوارث ، وقد بيناه ، فان وصى لمكاتبه صحت الوصية ، لأن المكاتب يملك المال بالعقد فصحت له الوصية ، فان وصى لأم ولده صحت لأنها حرة عند الاستحقاق ، فان وصى لمدبره وعتق من الثلث صحت له الوصية ، لأنه حر عند الموت فهو كأم الولد ، فان لم يعتق كانت الوصية للوارث وقد بيناه فان وصى لعبد غيره كانت الوصية لمولاه ، وهل يصح قبوله من غير اذن المولى ؟ فيه وجهان :

(احدهما) وهو الصحيح انه يصح ويملك به المولى كما يملك ما يصطاده بغير اذنه .

(والثانى) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى انه لا يصح لانه تمليك للسيد بعقد فلم يصح القبول فيه من غير اذنه ، وهل يصح قبول السيد ؟ فيه وجهان :

(احدهما) لا يصح لأن الايجاب للعبد فلم يصح قبول السيد كالايجاب فى البيع .

(والثانى) يصح لأن القبول فى الوصية يصح لغير من اوجب له وهو الوارث بخلاف البيع) .

الشرح حديث جابر أخرجه الدارقطنى وصوب إرساله ، ويبدو أن المصنف ساقه لاحتجاج الشافعى به فى أحد قوليه ، وإلا فحديث عمرو ابن خارجة رواه البخارى ومسلم وأحمد والنسائى والترمذى وصححه والدارقطنى والبيهقى « أن النبى صلى الله عليه وسلم خطب على ناقته وأنا تحت جرانها وهى تقصع بجرتها ، وإن لعابها يسيل بين كتفى فسمعته يقول : إن الله قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث » .

وعن أبى أمامة عند أحمد والبخارى ومسلم وأبى داود والترمذى قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : إن الله تعالى قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث » وأخرجه الدارقطنى عن ابن عباس قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة » .

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة » رواه الدارقطنى . وهذا الحديث قال فيه الشافعى رضى الله عنه : إن هذا المتن متواتر . قال : وجدنا أهل الفتيا ومن حفظنا عنهم من أهل العلم بالمغازى من قريش وغيرهم لا يختلفون فى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال عام الفتح : لا وصية لوارث ، ويأثرونه عمن يحفظونه عنه ممن لقوه من أهل العلم ، فكان نقل كافة عن كافة فهو أقوى من نقل واحد .

قلت : وقد ضعف الحافظ ابن حجر جميع طرقه وقال : لا يخلو واحد منها من مقال ولكنه يسلم بأنها فى مجموعها تصل إلى درجة الاحتجاج بها .

وقد عده السيوطى فى الأحاديث المتواترة فى كتابه الموسوم بالأزهار المتناثرة فى الأحاديث المتواترة ، وهو مروى عن أبى أمامة وعمرو بن خارجة وعلى وابن عباس وعمرو بن دينار وأبى جعفر الباقر ، وجابر بن عبد الله وعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وزيد بن أرقم والبراء بن عازب . وقد نازع الفخر الرازى فى كون هذا الحديث متواتراً . قال : وعلى تقدير تسليم ذلك فالمشهور من مذهب الشافعى أن القرآن لا ينسخ بالسنة .

قال الحافظ ابن حجر : لكن الحجة فى هذا إجماع العلماء على مقتضاه، كما صرح به الشافعى وغيره . ثم قال : والمراد بعدم صحة وصية الوارث عدم اللزوم لأن الأكثر على أنها موقوفة على إجازة الورثة .

وقال الصنعانى فى سبل السلام : الأقرب وجوب العمل به لتعدد طرقه وإن نازع الفخر فى تواتره ، ولا يضر ذلك بثبوته . وقيل : إنها لا تصح الوصية لوارث أصلا ، وهو الظاهر ، لأن النفى اما أن يتوجه الى الذات ، والمراد لا وصية شرعية ، واما الى ما هو أقرب الى الذات وهو الصحة ، ولا يصح أن يتوجه هاهنا إلى الكمال الذى هو أبعد المجازين . وقد اختلف فى تعيين ناسخ آية الوصية للوالدين ، فقيل آية الفرائض ، وقيل الأحاديث المذكورة فى الباب وقيل دل الإجماع على ذلك وإن لم يتعين دليله وقد مضى فى فرع مذاهب العلماء فى آية الوصية .

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : أخبرنا ابن عيينة عن سليمان الأحول عن مجاهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا وصية لوارث » وما وصفت من أن الوصية للوارث منسوخة بآى المواريث وأن لا وصية لوارث مما لا أعرف عن أحد ممن لقيت خلافاً .

وإذا كانت الوصايا لمن أمر الله تعالى ذكره بالوصية منسوخة بآى المواريث وكانت السنة تدل على أنها لا تجوز لوارث ، وتدل على أنها

تجوز لغير قرابة دل ذلك على نسخ الوصية للورثة ، وأشبه أن يدل على نسخ الوصايا لغيرهم قال : ودل على أن الوصايا للوالدين وغيرهما ممن يرث بكل حال إذا كان فى معنى غير وارث فالوصية له جائزة وقد قيل إنها إنما بطلت وصيته إذا كان وارثاً ، فاذا لم يكن وارثاً فليس بمبطل للوصية . وإذا كان الموصى يتناول من شاء بوصيته كان والده دون قرابته إذا كانوا غير ورثة فى معنى من لا يرث ، ولهم حق القرابة وصلة الرحم .

* * *

وقال الشافعى رضى الله عنه فى باب الوصية للوارث من الأم : ورأيت متظاهراً عند عامة من لقيت من أهل العلم بالمغازى [1] أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى خطبته عام الفتح « لا وصية لوارث » فحكم الوصية لوارث حكم ما لم يكن ، فمتى أوصى رجل لوارث وقفنا الوصية ، فإن مات الموصى والموصى له وارث ، فلا وصية له ، وإن حدث للموصى وارث يحجبه أو خرج الموصى له من أن يكون يوم يموت وارثاً له ، بأن يكون أوصى صحيحاً لامرأته ثم طلقها ثلاثاً ثم مات مكانه ، فالوصية لها جائزة لأنها غير وارثة ، وإنما ترد أو تجب أو تبطل .

ولو أوصى لرجل وله دونه وارث يحجبه فمات الوارث قبل الموصى فصار الموصى له وارثا ، أو لامرأة ثم نكحها ومات وهى زوجته بطلت الوصية لهما معاً ، لأنها صارت وصية لوارث .

ولو أوصى لوارث وأجنبى بعبد أو دار أو ثوب أو مال مسمى بطل نصيب الوارث وجاز للأجنبى ما يصيبه وهو النصف من جميع ما أوصى به الوارث والأجنبى ، ولكن لو قال : أوصيت بكذا لفلان وفلان فإن كان سمى للوارث ثلثا وللأجنبى ثلثى ما أوصى به جاز للأجنبى ما سمى له ، ورد عن الوارث ما سمى له ، ولو كان له ابن يرثه ولابنه أم ولدته أو حضنته ،

---

(١) لما كان أظهر ما فى التاريخ من المحولات الاجتماعية والسياسية هو المغازى فقد كان المؤرخون يسمون (أهل العلم بالمغازى) (المطيعى)

أو أرضعته أو أب أرضعه أو زوجة أو ولد لا يرثه أو خادم أو عبد غيره فأوصى لهؤلاء كلهم أو لبعضهم جازت الوصية لهم لأن كل هؤلاء غير وارث وكل هؤلاء مالك لما أوصى له به لملكه لماله إن شاء منعه ابنه وإن شاء أعطاه إياه .

وقال الصنعاني في سبل السلام : وذهب الهادي وجماعة إلى جوازها مستدلين بقوله تعالى « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت » الآية ، قالوا : ونسخ الوجوب لا ينافي بقاء الجواز ، قلنا : نعم لو لم يرد هذا الحديث ، فإنه ناف لجوازها إذ وجوبها قد علم نسخة من آية المواريث كما قال ابن عباس : كان المال للولد والوصية للوالدين ، فنسخ الله سبحانه من ذلك ما أحب ، فجعل للذكر مثل حظ الانثيين ، وجعل للأبوين لكل واحد منهما السدس وجعل للمرأة الثمن والربع وللزوج الشطر والربع .

وقوله في الحديث : الا أن يشاء الورثة ، دليل على صحة الوصية ونفاذها للوارث إن أجازها الورثة ، لأنهم قد أسقطوا حقهم ، وهو قول جمهور الفقهاء ما عدا المزني من أصحاب الشافعي وداود بن علي الظاهري وأصحابه وبعض الحنابلة حيث قالوا : لا أثر لإجازتهم ، والظاهر أن لهم أثراً في جوازها ، لأنه صلى الله عليه وسلم لما نهى عن الوصية للوارث قيدها بقوله إلا أن يشاء الورثة وأطلق لما منع الوصية عن الزائد عن الثلث ، وليس لنا تقييد ما أطلقه ومن قيد هنالك قال : انه يؤخذ القيد من التعليل بقوله (انك ان تذر ... الخ) فانه دل على أن المنع من الزيادة على الثلث كان مراعاة لحق الورثة ، فان أجازوا سقط حقهم ولا يخلو عن قوة . هذا في الوصية للوارث ، واختلفوا اذا أقر المريض للوارث بشيء من ماله فأجازه الأوزاعي وجماعة مطلقاً .

وقال أحمد : لا يجوز إقرار المريض لوارثه مطلقاً واحتج بأنه لا يؤمن بعد المنع من الوصية لوارثه أن يجعلها اقراراً ؛ واحتج الأول بما يتضمن الجواب عن هذه الحجة فقال : إن التهمة في حق المحتضر بعيدة وبأنه وقع الاتفاق أنه لو أقر بوارث آخر صح إقراره مع أنه يتضمن الإقرار بالمال

وبأن مدار الأحكام على الظاهر فلا يترك إقراره للظن المحتمل فإن أمره إلى الله .

(قلت) وهذا القول أقوى دليلا ، واستثنى مالك ما إذا أقر لبنته ومعها من يشاركها من غير الولد ، كابن العم قال : لأنه يتهم فى أنه يزيد لابنته ، وينقص ابن العم ، وكذلك استثنى ما إذا أقر لزوجته المعروف بمحبته لها وميله اليها ، وكان بينه وبين ولده من غيرها تباعد لاسيما اذا كان له منها ولد فى تلك الحال . قلت : والأحسن ما قيل عن بعض المالكية واختاره الرويانى فى بحر المذهب من أصحابنا : أن مدار الأمر على التهمة وعدمها ، فإن فقدت جاز وإلا فلا ، وهى تعرف بقرائن الأحوال وغيرها .

وعن بعض الفقهاء : أنه لا يصح إقراره إلا للزوجة بمهرها ، وسيأتى مزيد إيضاح إن شاء الله وفائدة الخلاف أن الوصية إذا كانت صحيحة فاجازة الورثة تنفيذ ، فإذا أجازها الورثة لزمت الوصية ، وان كانت باطلة كانت هبة مبتدأة تفتقر إلى شروط الهبة فى اللفظ والقبول والقبض ، ولو رجع المجيز قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض صح رجوعه .

وأما بقية الفصول من الوصية للعبد والمكاتب وأم الولد وعبد غيره فعلى وجهها . ولا تفتقر إلى مزيد والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وتجوز الوصية بالمشاع والمقسوم لأنه تمليك جزء من ماله فجاز فى المشاع والمقسوم كالبيع ، ويجوز بالمجهول كالحمل فى البطن والآبق فى الضرع وعبد من عبيد ، وبما لا يقدر على تسليمه كالطير الطائر ، والعبد الآبق ، لأن الموصى له يخلف الميت فى ثلثه كما يخلفه الوارث فى ثلثه فلما جاز أن يخلف الوارث الميت فى هذه الأشياء جاز أن يخلفه الموصى له ، فان وصى بمال الكتابة جاز لما ذكرناه فان وصى برقبته فهو على القولين فى بيعه .

فصل فان وصى بما تحمله الجارية ، أو الشجرة ، صحت الوصية لأن المعدوم يجوز أن يملك بالسلم والمساقاة . فجاز أن يملك بالوصية ، ومن

أصحابنا من قال : اذا قلنا : ان الاعتبار بحال الوصية لم تصح ، لأنه لا يملك فى الحال ما وصى به .

فصـــل وتجوز الوصية بالمنافع ، لأنها كالأعيان فى الملك بالعقـد ، والارث ، فكانت كالأعيان فى الوصية ويجوز بالعين دون المنفعة ، وبالعين لواحد، وبالمنفعة لآخر ، لأن المنفعة والعين كالعين فجاز فيهما ما جاز فى العينين ويجوز بمنفعة مقدرة بالمدة ومنفعة مؤبدة لأن القدرة كالعين المعلومة والمؤبدة كالعين المجهولة فصحت الوصية بالجميع .

فصـــل وتجوز الوصية بما يجوز الانتفاع به من النجاسات كالسماد والزيت النجس والكلب وجلد الميتة ، لأنه يحل اقتناؤها للانتفاع بها ، فجاز نقل اليد فيها بالوصية ، ولا يجوز بما لا يحل الانتفاع به كالخمـــر والخنزير والكلب العقور ، لأنه لا يحل الانتفاع بها ، ولا تقر اليد عليها فلم تجز الوصية بها) .

الشرح إذا أوصى لرجل بمعين من ماله ، ولآخر بجزء مشاع منـه كثلث المال وربعه فأجيز لهما ، انفرد صاحب المشاع بوصيته من غير المعين ثم يشارك صاحب المعين فيه يقتسمانه بينهما على قدر حقيهما فيه ، ويدخـل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله فى الوصية كمسائل العول وكما لو أوصى لرجل بماله ولآخر بجزء منه ، فأما فى حال الرد فإن كانت وصيتهما لا تجاوز الثلث مثل أن يوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بمعين قيمته سـدس المال ، فهى بحال الإجازة سواء ، إذ لا أثر للرد ، وإن جاوزت ثلثه رددنا وصيتهما إلى الثلث وقسمناه بينهما على قدر وصيتهما إلا أن صاحب المعين يأخذ نصيبه من المعين والآخر يأخذ حقه من جميع المال ، وقد رجح ابن قدامة من الحنابلة أنهما يقتسمان الثلث على حسب مالهما فى الاجازة وهذا قـول ابن أبى ليلى .

وقال أبو حنيفة ومالك فى الرد : يأخذ صاحب المعين نصيبه منه ويضـم الآخر سهامه إلى سهام الورثة ويقتسمون الباقى على خمسة فى مثل حـالة الخرقى لأن له السدس ، وللورثة أربعة أسداس وهو مثل كلام الخرقى من الحنابلة إلا أن الخرقى يعطيه السدس من جميع المال وعندهما أنه يأخـذ

خمس المائتين وعشر المعين . واتفقوا على أن كل واحد من الوصيين يرجع الى نصف وصيته ، لأن كل واحد منهما قد أوصى له بثلث المال وقد رجع الوصيان إلى الثلث وهو نصف الوصيتين فيرجع كل واحد إلى نصف وصيته ، ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ما له فى الوصية .

قال الشافعى : ولو أوصى له بالثلث من دار أو أرض فأذهب السيل ثلثيها وبقى ثلثها ، فالثلث الباقى للموصى له اذا خرج من الثلث ، فسوى الشافعى رضى الله عنه بين استحقاق الثلثين مشاعا وبين ذهاب ثلثيها بالسيل محوزاً فى أن الوصية تكون بالثلث الباقى بعد الاستحقاق والتلف بالسيل ، والذى أراه الفرق بين المسألتين من أن استحقاقه لا يمنع من إمضاء الوصية بالثلث الباقى كله وذهاب الثلثين منها بالسيل يمنع أن تكون الوصية بجميع الثلث الباقى ، ويوجب أن تكون الوصية بثلث الثلث الباقى ، فاذا استحق ثلثيها لم يمنع أن يكون الثلث الباقى شائعا فى جميعها فصحت الوصية فى جميعه ، فوجبت الوصية فى ثلث ما بقى وثلث ما هلك يكون حكم الاشاعة فى الجميع باقياً .

ألا ترى لو أن رجلا اشترى من رجل نصف دار جميعها بيده ، ثم استحق بعد الشراء نصفها كان النصف الباقى هو المبيع منها .

(فإن قيل) أفليس لو أوصى له برأس من غنمه فهلك جميعها إلا رأساً منها بقى ، فإن الوصية تتعين فيه ولا يكون الهالك وإن كان متميزاً من الوصية وغيرها فهلا كان ما هلك بالسيل كذلك ؟ قيل الوصية برأس من غنمه يوجب الإشاعة فى كل رأس منها ؟ وإنما جعل إلى الوارث أن يعينه فيما شاء من ميراثه ، وليس كذلك الوصية بثلث الدار لأن الثلث شائع فى جميعها فافترقا فإذا تقرر ما وصفته من مذهب الشافعى فى التسوية بين الاستحقاق والتلف وما رأيته من الفرق بين الاستحقاق والتلف ففرع على ذلك ما صح به الجواب .

فرع إذا أوصى بشجرة مدة أو بما تثمر أبداً صحت لجواز ملك المعدوم ومن ثم لم يملك واحد من الموصى له أو الوارث إجبار الآخر على

سقيها لأنه لا يجبر على سقى ملكه ولا سقى ملك غيره ، وإذا أراد أحدهما سقى الشجرة على وجه لا يضر بصاحبه لم يملك الآخر منعه ، وإذا يبست الشجرة كان حطبها للوارث ، لأن الموصى له ليس له منها الا الثمرة ، وان وصى له بثمرتها سنة بعينها فلم تحمل تلك السنة فلا شيء للموصى له .

وان قال : لك ثمرتها أول العام الذى تثمر فيه صح وله ثمرتها أول عام تثمر وكذلك إذا أوصى له بما تحمل شاته ، وان أوصى لرجل بشجرة ولآخر بثمرتها صح وكان صاحب الرقبة قائماً مقام الوارث وله ما له ، وإن وصى بلبن شاة وصوفها صح كما تصح الوصية بثمرة الشجرة ، وكذلك إن وصى بلبنها خاصة أو صوفها خاصة صح ، ويقوم الموصى به دون العين .

فـــرع تجوز الوصية بالمنافع فقد قال الشافعى رضى الله عنـــه : ولو أوصى بخدمة عبده أو بغلة داره وثمرة بستانه ــ والثلث يحتمله ــ جاز ذلك ا هـ .

قلت : إن الوصايا بمنافع الأعيان جائزة كالوصايا بالأعيان لأنه لما صـــح عقد الإجارة عليها صح بالأولى الوصية بها ، وسواء قدرت بمدة أو جعلت مؤبدة . وقال ابن أبى ليلى : إن قدرت بمدة تصح فيها الإجارة صحت ، وإن لم تقدر بمدة تصح فيها الإجارة بطلت ، حملا للوصية على الإجارة .

وذهب الشافعى وأبو حنيفة وجمهور الفقهاء إلى جواز الوصية بها على التأبيد بخلاف الاجارة لأن الوصـــايا تجوز مع الجهـــالة فاذا صح جوازها مقدرة ومؤبدة فقد ذكر الشافعى رضى الله عنه الوصية بخدمة العبد وغلة الدار وثمرة البستان ، فأما الوصية بخدمة العبد فله أن يؤاجـــره وله أن يستخدمه كما يجوز له أن يوصى لفلان بفرسه ولآخـــر بركوبهـــا فيكون لأحدهما عينها وللآخر منفعتها على ما سيأتى إن شاء الله تعالى .

فـــــرع الوصية بالميتة جائزة لأنه قد يدبغ جلدها ويطعـــم بزاته لحمها ، وكذلك الوصية بالروث والزبل ، لأنه قد ينتفع به فى تسميد الأرض وإخصابها للغرس والزرع ، ولا شك أن الشرع الحكيم بسماحته وإحاطته

بمصالح البشر لم يقف من النجاسات موقف العداء المطلق ، فإنه متى ثبت أن لها فائدة ما فى حياة الناس فلابد أن تقتنص هذه الفائدة ، واننا فى عصر تقدمت فيه العلوم الكيميائية حتى صنعت المواد السمادية من الهواء ، فإنه يكثف بأجهزة التكثيف ويستخرج منه أثقل الأجسام صلابة وثقلا كسلفات النشادر ، ومع التطور العظيم فى علوم الكيمياء والأسمدة ، فإن الإجماع بين المتخصصين منعقد على أن أعلى أنواع السماد وأسلمها للأرض وأعظمها إخصاباً للتربة هو الأسمدة العضوية كالروث والبراز الحيوانى والآدمى . لهذا أجاز الوصية بكل نافع ولو كان نجساً .

أما الوصية بالخمر والخنزير والكلب العقور فباطلة ، لأن الانتفاع بهـا محرم فلو أنه أوصى بجرة فيها خمر قال الشافعى رضى الله عنه : أريق الخمر ودفعت إليه الجرة ، لأن الجرة مباحة والخمر حرام .

فأما الوصية بالحيات والعقارب وحشرات الأرض والسـباع والذئاب فباطلة لأنه لا منفعة فيها جميعاً . فأما الوصية بالفيل فإن كان منتفعاً به فجائز لجواز أن يبيعه ويقوم فى التركة ويعتبر من الثلث ، وإن كان غير منتفع به فالوصية باطلة .

فأما الفهد والنمر والشاهين والصقر فالوصية بذلك جائزة لأنها جوارح ينتفع بها للصيد وتقوم فى التركة لجواز بيعهـا وتعتـبر فى الثلث ، وأما الوصية بما تصيده الكلاب فباطلة لأن الصيد لمن صاده .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **ويجوز تعليق الوصية على شرط فى الحياة ، لانها تجوز فى المجهول فجاز تعليقها بالشرط ، كالطلاق ، والعتاق ، ويجوز تعليقها على شرط بعد الموت ، لأن ما بعد الموت فى الوصية ، كحال الحياة ، فاذا جاز تعليقها على شرط فى الحياة جاز بعد الموت .**

فصـــل **وان كانت الوصية لغير معين ، كالفقـراء لزمت بالموت لانه لا يمكن اعتبار القبول فلم يعتبر ، وان كانت لمعين لم تلزم الا بالقبول لانه تمليك**

لمعين فلم يلزم من غير قبول كالبيع ، ولا يصح القبول الا بعد الموت ، لأن الايجاب بعد الموت فكان القبول بعده . فان قبل حكم له بالملك . وفى وقت الملك قولان منصوصان :

(احدهما) تملك بالموت والقبول ، لأنه تمليك يفتقر الى القبول ، فلم يقع الملك قبله كالهبة .

(والثانى) انه موقوف ، فان قبل حكمنا بأنه ملك من حين الموت ، لأنه لا يجوز ان يكون للموصى لأن الميت لا يملك ، ولا يجوز أن يكون للوارث لأن الوارث لا يملك الا بعد الدين والوصية ؛ ولا يجوز أن يكون للموصى له لأنه لو انتقل اليه لم يملك رده كالميراث ، فثبت أنه موقوف . وروى ابن عبد الحكم (قولا ثالثا) انه يملك بالموت ووجهه أنه مال مستحق بالموت فانتقل به كالميراث .

فصل وان رد نظرت ؛ فان كان فى حياة الموصى لم يصح الرد لأنه لا حق له فى حياته ، فلم يملك اسقاطه كالشفيع اذا عفا عن الشفعة قبل البيع، وان رد بعد الموت وقبل القبول صح الرد لأنه يثبت له الحق فملك اسقاطه كالشفيع اذا عفا عن الشفعة بعد البيع وان رد بعد القبول وقبل القبض فيه وجهان :

(احدهما) لا يصح الرد لأنه ملكه ملكا تاماً فلم يصح رده ، كما لو قبضه

(والثانى) أنه يصح الرد ، وهو المنصوص لأنه تمليك من جهة الآدمى من غير بدل فصح رده قبل القبض كالوقف ، وان لم يقبل ولم يرد كان للورثة المطالبة بالقبول او الرد ، فان امتنع من القبول والرد حكم عليه بالرد ، لأن الملك متردد بينه وبين الورثة ، كما لو تحجر أرضا فامتنع من احيائها أو وقف فى مشرعة ماء فلم يأخذ ولم ينصرف .

فصل وان مات الموصى له قبل الموصى بطلت الوصية ، ولا يقوم وارثه مقامه ، لأنه مات قبل استحقاق الوصية ، وان مات بعد موته ، وقبل القبول ، قام وارثه مقامه فى القبول والرد ، لأنه خيار ثابت فى تملك المال ، فقام الوارث مقامه كخيار الشفعة) .

الشرح تصح الوصية مطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يقول : إن مت فثلثى للمساكين أو لفلان ، والمقيدة أن يقول : ان مت من مرضى هذا أو فى هذه البلدة أو فى سفرى فثلثى للمساكين ، فإن برأ من مرضه أو قدم من

سفره أو خرج من البلدة ثم مات بعد ذلك فليس له وصية ، وبهذا قال الحسن والثورى والشافعى وأحمد وأبو ثور وأصحاب الرأى .

وقال مالك : إن قال قولا ولم يكتب كتاباً فهو كذلك ، وإن كتب كتابا ثم صح من مرضه وأقر الكتاب فوصيته بحالها ما لم ينقضها .

ولنا أنها وصية بشرط لم يوجد شرطها فبطلت ، كما لو لم يكتب كتاباً أو كما لو وصى لقوم فماتوا قبله ، ولأنه قيد وصيته بقيد فلا يتعداه كما ذكرنا ، وإن قال لأحد عبديه : أنت حر بعد موتى ، وقال للآخر : أنت حر إن مت فى مرضى هذا فمات فى مرضه فالعبدان سواء فى التدبير . وإن برأ من مرضه ذلك بطل تدبير المقيد وبقى تدبير المطلق بحاله،ولو وصى لرجل بثلثه وقال : إن مت قبلى فهو لعمرو صحت وصيته على حسب ما شرطه له ، وكذلك فى سائر الشروط فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال (المسلمون عند شروطهم) أخرجه البخارى وأبو داود وأخرجه الترمذى بلفظ « المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالا » .

ولا يملك الموصى له الوصية إلا بالقبول فى قول جمهور الفقهاء إذا كانت لمعين يمكن القبول منه لأنها تمليك مال لمن هو من أهل الملك متعين ، فاعتبر قبوله كالهبة والبيع ، فأما إن كانت لغير معين كالفقراء والمساكين ومن لا يمكن حصرهم كبنى هاشم وتميم أو على مصلحة كمسجد ومستشفى ومدرسة أو حج لم يفتقر إلى قبول ولزمت بمجرد الموت ، لأن اعتبار القبول من جميعهم متعذر ، فيسقط اعتباره كالوقف عليهم ، ولا يتعين واحد منهم فيكتفى بقبوله ، ولذلك لو كان فيهم ذو رحم من الموصى به مثل أن يوصى بعبد للفقراء وأبوه فقير لم يعتق عليه ، ولأن الملك لا يثبت للموصى لهم بدليل ما ذكرنا من المسألة وإنما ثبت لكل واحد منهم بالقبض فيقوم قبضه مقام قبوله .

أما الآدمى المعين فيثبت له الملك فيعتبر قبوله لكن لا يتعين القبول باللفظ بل يجزىء ما قام مقامه من الأخذ والفعل الدال على الرضى كقولنا فى الهبة والبيع .

اذا ثبت هذا فإن الوصية تشتمل على أمرين (أحدهما) العطية (والثانى) الولاية ، فأما العطية فهو ما يوصى به الرجل من أمواله لمن أحب فالوقت الذى يصح فيه قبول ذلك ورده بعد موت الموصى ، فان قبل أو رد بعد موته صح ، وكان على ما مضى من حكم القبول والرد ، فأما فى حياة الموصى فلم يصح قبوله ولا رده . وقال أبو حنيفة : يصح الرد ولا يصح القبول ، لأن الرد أوسع حكما من القبول ، وهذا فاسد لأمور منها أن الرد فى مقابلة القبول لأنهما معاً يرجعان الى الوصية ؛ فلما امتنع أن يكون ما قبل الموت زماناً للقبول ؛ امتنع أن يكون زمانا للرد وصار كزمان ما قبل الوصية الذى لا يصح فيه قبول ولا رد ، وعكسه ما بعد الموت لما صح فيه القبول صح فيه الرد ، ومنها أن الرد فى حال الحياة عرف ، وقيل : وقت الاستحقاق ، فجرى مجرى العفو عن القصاص قبل وجوبه ، وعن الشفعة قبل استحقاقها ، ومنها أنه قبل الموت مردود عن الوصية فلم يكن رده لها مخالفا لحكمها .

وأما الوصية بالولاية على مال طفل أو تفريق ثلثه أو تنفيذ وصية فيصح قبولها وردها فى حياة الموصى وبعد موته بخلاف وصايا العطايا ، وكان قبوله فى حياة العاقد أصح ، وذلك عطية تقبل فى زمان التمليك ، ولو رد الوصية فى حياة الموصى لم يكن له قبولها بعد موته ولا فى حياته ، ولو قبلها فى حياة الموصى صحت وكان له المقام عليها إن شاء والخروج منها إذا شاء فى حياة الموصى وبعد موته وقال أبو حنيفة ليس له الخروج من الوصية بعد موت الموصى ويجوز له الخروج منها فى حياته اذا كان حاضراً ، وان غاب لم يجز وهذا فاسد من وجهين .

(أحدهما) أن ما كان لازماً من العقود استوى حكمه فى الحياة وبعد الموت وما كان غير لازم بطل ؛ فالموت والوصية إن خرجت عن أحدهما صارت أصلا يفتقر إلى دليل (والثانى) لو كان حضور الحى شرطاً فى الخروج من الوصية لكان رضاه معتبراً ، وفى إجماعهم على أن رضاه وإن كان حاضراً غير معتبر دليل على أن الحضور غير معتبر ، ولا يخلو إذا رد الوصية من خمسة أحوال ،

(الأول) أن يردها قبل موت الموصى ، فلا يصح الرد لعدم وقوع الوصية فأشبه رد المبيع قبل إيجاب البيع ، ولأنه ليس بمحل للقبول فلا يكون محلا للرد كما قبل الوصية .

(الثانى) أن يرد ما بعد الموت وقبل القبول ، فيصح الرد وتبطل الوصية لا نعلم فيه خلافاً لأنه أسقط حقه فى حال بملك قبوله وأخذه فأشبه عفو الشفيع عن الشفعة بعد البيع .

(الثالث) أن يرد بعد القبول والقبض فلا يصح الرد لأن ملكه قد استقر فأشبه رده لسائر ملكه لا أن يرضى الورثة بذلك فتكون هبة منه هبة منه لهم تفتقر إلى شروط الهبة .

(الرابع) أن يرد بعد القبول وقبل القبض وفيه وجهان :

(أحدهما) يصح لرد لأنهم لما ملكوا الرد من غير قبول ملكوا الرد من غير قبض ، ولأن ملك الوصى لم يستقر عليه قبل القبض فصح رده كما قبل القبول .

(والثانى) لا يصح الرد لأن الملك يحصل بالقبول من غير قبض .

(الخامس) أن يمتنع عن القبول والرد وهذا يكون حكمه حكم الرد ، لأن الملك متردد بينه وبين الورثة ، ومثاله من تحجر أرضاً ثم امتنع من إحيائها أو وقف على جدول ماء فلم يأخذ ولم ينصرف وعطل مرور الماء على من ينتفعون به لإرواء انسان أو حيوان أو نبات ، وفرق الحنابلة فى .

(الثالث) بين المكيل والموزون وغيرهما .

وقد اختلف أصحابنا فيما قبل القبول وبعد الموت متى يحصل ملك الوصية للموصى له وهل تكون باقية على الموصى أو داخلة فى ملك الورثة على وجهين .

(أحدهما) وهو قول ابن سريج وأكثر البصريين أن ملك الوصية منتقل عن الميت إلى ورثته ثم بالقبول تدخل فى ملك الموصى له لزوال ملك الموصى بالموت .

(والوجه الثانى) وهو قول أبى إسحاق المروزى وأكثر البغداديين أن الوصية باقية على ملك الموصى بعد موته حتى يقبلها الموصى له فتدخل فى ملكه بقبوله وتنتقل إليه عن الموصى لأن الوصية تملك عنه كالميراث ، ووجه هذا القول أن الوصية تملك بالقبول فلم يجز أن يتقدم الملك على قبولها كالهبات .

قال الشافعى : وهذا قول ينكسر (والقول الثانى) وهو أصحها أن القبول يدل على حصول الملك بالموت فيكون الملك موقوفاً مراعى ، فإن قبل دل على تقدم ملكه ، وان لم يقبل دل على عدم ملكه ، ووجه هذا القول أنه لما امتنع أن يبقى للميت ملك وأن الوارث لا يملك الإرث اقتضى أن يكون الملك موقوفاً على قبول الموصى له ورده وحقه فى القبول باق ما لم يعلم ، فإذا علم فإن كان عند إنفاذ الوصايا وقسمة التركة فقبوله على الفور ، فإن قبل وإلا بطل حقه فى الوصية . فأما بعد علمه وقبل انفاذ الوصايا وقسمة التركة ، فمذهب الشافعى وقول جمهور أصحابه أن القول فيه على التراخى لا على الفور فيكون ممتداً ما لم يصرح بالرد حتى تنفذ الوصايا وتقسم التركة .

وحكى أبو القاسم بن كج عن بعض أصحابنا أن القبول بعد علمه على الفور لأنها عطية كالهبات ، وحكى ابن عبد الحكم عن الشافعى قولا ثالثاً أن الوصية تدخل فى ملك الموصى له بغير قبول لا اختيار كالميراث ، فاختلف أصحابنا فى تخريجه قولا ثالثاً للشافعى فخرجه أبو على ابن أبى هريرة وأكثر متأخرى المتقدمين من أصحابنا قولا ثالثاً تعليلا بالميراث وامتنع أبو إسحاق المروزى وأكثر قدامى المتقدمين من أصحابنا من تخريجه قولا ثالثاً ، وتأولوا رواية ابن عبد الحكم بأحد تأويلين ، إما حكاية عن مذهب غيره ، وإما على معنى أن بالقبول يعلم دخولها بالموت فى ملكه ، وفى طبيعة الوصية والفرق

بينها وبين الميراث بأن الميراث عطية من الله تعالى فلم يراع فيه القبول ، والوصية عطية من آدمى فروعى فيها القبول .

فرع قال الشافعى ولو مات قبل أن يقبل أو يرد قام ورثته مقامه . وبيانه أن الموصى له لا يخلو أن يكون فى حياة الموصى أو بعد موته ، فإن مات الموصى له فى حياة الموصى فالذى عليه فى جمهور الفقهاء أن الوصية له قد بطلت وليس لوارثه قبولها بعد موت الموصى .

وحكى عن الحسن البصرى أن الوصية لا تبطر بموته ، ولورثته قبولها . قال الماوردى : وهذا فاسد من وجهين ، أن الوصية فى غير حالة الموصى غير لازمة ، وما ليس بلازم من العقود يبطل بالموت ، ولأن الوصية له لا لورثته، وهو لا يملك الوصية فى حياة الموصى .

وإن مات الموصى له بعد الموصى لم يخل حال الموصى له قبل موته من ثلاثة أحوال (أحدهما) أن يكون قد قبلها قبل موته وبعد موت الموصى فقد بطلت برده وليس لوارثه قبولها بعد موته اجماعاً (والحال الثانية) أن يكون قد قبلها قبل موته وبعد موت الموصى فقد ملكها أو انتقلت بموته إلى وارثه ، وسواء قبضها الموصى له فى حياته أم لا ، لأن القبض ليس بشرط فى تملك الوصية (والحال الثالثة) أن يموت قبل قبوله ورده فعلى مذهب الشافعى يقوم وارثه مقامه فى القبول والرد ولا تبطل الوصية بموته قبل القبول وقال أبو حنيفة : إذا مات قبل القبول بطلت الوصية له كالهبة ، وهذا فاسد ، لأن ما استحقه فى التركة لم يسقط بالموت كالدين ، ولأن كل سبب استحق به تملك عين بغير اختيار مالكها لم تبطل بموته قبل تملكها كالرد بالعيب . وفارقت الوصية الهبة من حيث إن الهبة قبل القبض غير لازمة فجاز أن تبطل بالموت ، والوصية قبل القبول لازمة فلم تبطل بالموت ؛ فإذا ثبت أن الوصية لا تبطل بموت الموصى له قبل الرد والقبول فورثته يقومون مقامه فى القبول والرد ، ولهم ثلاثة أحوال (حال) يقبل جميعهم الوصية (وحال) يرد جميعهم الوصية (وحال) يقبلها بعضهم ويردها بعضهم ، فإن قبلوها جميعاً فعلى القول الذى يجعل القبول دالا على عدم

الملك بالموت ، فالمالك للوصية بقبول الورثة هـو الموصى له لا الورثة ، فأما على القول الذى يجعل القبول ملكا ، فقد اختلف أصحابنا هل تدخل الوصية فى ملك الموصى له بقبول ورثته أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) وهو قول أبى على بن أبى هريرة وأبى إسحق المروزى : أن الوصية يملكها الورثة دون الموصى له لحدوث الملك بقبولهم .

(والوجه الثانى) وهو الظـاهر من المذهب ، وبه قال أكثر البصريين وحكاه أبو القاسم بن كج عن شيوخه أن الوصية يملكها الموصى له بقبول ورثته ، وإن كان القبول مملكا ، لأنها لو لم تدخل فى ملكه لبطلت ، لأن الورثة غير موصى لهم ، فلم يجز أن يملك الوصية من لم يوص له ، ولو رد الورثة بأجمعهم الوصـية بطلت بردهم لهـا . والله أعلم وهو الموفق للصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب ما يعتبر من الثلث

ما وصى به من التبرعات كالعتق والهبة والصدقة والمحاباة فى البيع يعتبر من الثلث ، سواء كانت فى حال الصحة أو فى حال المرض ، أو بعضها فى الصحة وبعضها فى المرض ؛ لأن لزوم الجميع عند الموت ، فأما الواجبات من ديون الآدميين وحقوق الله تعالى كالحج والزكاة فانه ان لم يوص بها وجب قضاؤها من رأس المال دون الثلث ، لأنه انما منع من الزيادة على الثلث لحق الورثة ، ولا حق للورثة مع الديون ؛ فلم تعتبر من الثلث .

وان وصى أن يؤدى ذلك من الثلث اعتبر من الثلث ، لأنها فى الأصل من رأس المال فلما جعلها من الثلث علم أنه قصد التوفير على الورثة فاعتبرت من الثلث ، وان وصى بها ولم يقل : انها من الثلث ، ففيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) أنه تعتبر من الثلث وهو ظاهر النص ، لأنها من رأس المال ، فلما وصى بها علم أنه قصد أن يجعلها من جملة الوصايا فجعل سبيلها سبيل الوصايا .

(والثانى) وهو قول أبى على بن أبى هريرة انه ان لم يقرر بها ما يعتبر من الثلث اعتبر من رأس المال ، وان قرن بها ما يعتبر من الثلث اعتبر من الثلث ، لأنها فى الأصل من رأس المال فاذا عريت عن القرينة بقيت على أصلها، وان قرن بها ما يعتبر من الثلث علم أنه قصد أن يكون مصر فهما واحداً .

(والثالث) انه تعتبر من رأس المال وهو الصحيح . لأنها فى الأصل من رأس المال والوصية بها تقتضى التاكيد والتذكار بها ؛ والقرينة تقتضى التسوية بينهما فى الفعل ، لا فى السبيل ، فبقيت على أصلها .

فصل وأما ما تبرع به فى حياته ينظر فيه ـ فان كان فى حال الصحة ـ لم يعتبر من الثلث لأنه مطلق التصرف فى ماله لا حق لأحد فى ماله فاعتبر من رأس المال ، وان كان ذلك فى مرض غير مخوف لم يعتبر من الثلث، لان الانسان لا يخلو من عوارض فكان حكمه حكم الصحيح ، وان كان ذلك فى

مرض مخوف واتصل به الموت اعتبر من الثلث ، لما روى عمران بن الحصين « أن رجلا أعتق ستة أعبد له عند موته لم يكن له مال غيرهم ، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال للرجل قولا شديداً ثم دعاهم فجزأهم وأقرع بينهم ، فأعتق اثنين وأرق أربعة » ولأنه فى هذه الحالة لا يأمن الموت فجعل كحال الموت ، وان برىء من المرض لم يعتبر من الثلث ، لأنه قد بان انه لم يكن فى ماله حق أحد ، وان وهب فى الصحة وأقبض فى المرض ، اعتبر من الثلث ، لأنه لم يلزم الا بالقبض ، وقد وجد ذلك منه المرض .

فصل وان باع فى المرض بثمن المثل أو تزوج امرأة بمهر المثل صح العقد ولم يعتبر العوض من الثلث لأنه ليس بوصية ، لأن الوصية أن يخرج مالا من غير عوض ولم يخرج ههنا شيئاً من غير عوض . وأن كاتب عبداً اعتبر من الثلث ، لأن ما يأخذ من العوض من كسب عبده وهو مال له فيصير كالعتق بغير عوض . وان وهب له من يعتق عليه فى المرض المخوف فقبله ، اعتبر عتقه من الثلث فاذا مات لم يرثه .

وقال ابو العباس : يعتبر عتقه من رأس المال ويرثه ، لأنه ليس بوصية ، لأنه لم يخرج من ملكه شيئاً بغير عوض والمذهب الأول لأنه ملكه بالقبول وعتق عليه ، والعتق فى المرض وصية ، والميراث والوصية لا يجتمعان ، فلو ورثناه بطل عتقه ، واذا بطل العتق بطل الارث فأثبتنا العتق وأبطلنا الارث .

فصل والمرض المخوف كالطاعون والقولنج وذات الجنب والرعاف الدائم والاسهال المتواتر ، وقيام الدم والسل فى انتهائه ، والفالج الحادث فى ابتدائه والحمى المطبقة ، لأن هذه الأمراض لا يؤمن معها معالجة الموت فجعل كحال الموت .

فاما غير المخوف فهو كالجرب ووجع الضرس والصداع اليسير وحمى يوم أو يومين ، واسهال يوم أو يومين من غير دم ، والسل قبل انتهائه ، والفالج اذا طال ، لأن هذه الأمراض يؤمن معها معاجلة الموت . فاذا اتصل بها الموت علم أنه لم يكن موته من هذه الأمراض ، وان اشكل شىء من هذه الأمراض رجع فيه الى نفسين من أطباء المسلمين ، ولا يقبل فيه قول الكافر ، وان ضرب الحامل الطلق فهو مخوف لأنه يخاف منه الموت . وفيه قول آخر أنه غير مخوف لأن السلامة منه أكثر) .

الشرح حديث عمران بن حصين رواه أحمد ومسلم وأصحاب الأربعة بلفظ المصنف . وفى رواية لأحمد « أن رجلا أعتق عند موته ستة

رجلة له فجاء ورثته من الأعراب ؛ فأخبروا رسول الله صلى الله عليه وسلم بما صنع . قال أو فعل ذلك ؟ لو علمنا إن شاء الله ما صلينا ، فأقرع بينهم فأعتق منهم اثنين وأرق أربعة » ورواه أحمد وأبو داود عن أبى زيد الأنصارى ، أن رجلا أعتق ستة أعبد عند موته ليس له مال غيرهم فأعتق اثنين وأرق أربعة » وفى رواية أبى داود « لو شهدته قبل أن يدفن لم يدفن فى مقابر المسلمين » وهذا النص تفسير للقول الشديد الذى أبهم فى رواية عمران ، وفيه تغليظ وذم بالغان ، لأن الله تعالى لم يأذن للمريض بالتصرف إلا بالثلث ، فإذا تصرف فى أكثر منه كان مخالفاً لحكمه تعالى ومشابهاً لمن وهب غير ماله .

أما الأحكام فإن الحديثين يدلان على أن تصرفات المريض إنما تنفذ من الثلث ولو كانت منجزة فى الحال ، ولم تضف الى بعد الموت ، وقد أسلفنا القول بالإجماع على عدم جواز الوصية بأكثر من الثلث لمن كان له وارث ، على أن التنجيز حال المرض المخوف حكمه حكم الوصية . واختلف الفقهاء هل تعتبر الثلث من التركة حال الوصية أو حال الموت ، وهما وجهان لأصحابنا أصحهما الموت ،وبه قال أبو حنيفة وأحمد وهو قول على كرم الله وجهه وجماعة من التابعين ، وقال بحال الوصية مالك وأكثر العراقيين والنخعى وعمر بن عبد العزيز ، وتمسكوا بأن الوصية عقد ، والعقود تعتبر بأولها . وبأنه لو نذر أن يتصدق بثلث ماله اعتبر ذلك حال النذر اتفاقاً ، وأجيب بأن الوصية ليست عقداً من كل وجه . ولذلك لا يعتبر فيها الفورية ولا القبول ، وبالفرق بين النذر والوصية بأنها يصح الرجوع فيها والنذر يلزم ، وثمرة هذا الخلاف تظهر فيما لو حدث له مال بعد الوصية ، واختلفوا أيضاً هل يحسب الثلث من جميع المال ؟ أو يتقيد بما علمه الموصى دون ما خفى عليه ؟ أو تجدد له ولم يعلم به ؟ وبالأول قال الجمهور ، وبالثانى قال مالك ، وحجة الجمهور أنه لا يشترط أن يستحضر مقدار المال حال الوصية اتفاقاً ، ولو كان عالماً بجنسه فلو كان العلم به شرطا لما جاز ذلك .

والكلام على الأحكام أن ما وصى به من التبرعات والهبات والصدقات والمحاباة فى البيع أن يكون المبيع مقوماً بعشرة فيوصى ببيعه بخمسة مثلا

بعد موته ، فان الخمسة الباقية وهى قـدر المحاباة تحسب من الثلث الذى أجاز الله له التصرف فيه بالوصية سواء وقعت الوصية فى حال الصحة أم فى حال المرض ، وكذلك إن أسقط عن وارثه دينا أو أوصى بقضاء دينه أو أسقطت المرأة صداقها عن زوجهـا أو عفا عن جناية موجبهـا المال فهـو كالوصية .

وإن عفا عن القصاص ــ وقلنا : الواجب القصاص عيناً سقط إلى غير بدل وإن قلنا : الواجب أحد شيئين سقط القصاص ووجب المال ، وإن عفا عن حد القذف سقط مطلقا ، وإن وصى لغريم وارثه صحت الوصية ، وكذلك إن وهب له وبهذا قال أحمد والشافعى وأبو حنيفة .

وقال أبو يوسف : هو وصية للوارث ، لأن الوارث ينتفع بهذه الوصيه ويستوفى ديونه منها . ولنا أنه وصى لأجنبى فصح كما لو وصى لمن عادته الإحسان إلى وارثه ، وإن وصى لوالد وارثه صح ، فإن كان يقصـد بذلك نفع الوارث لم يجز فيما بينه وبين الله تعالى . قال طاوس فى قوله تعـالى : « فمن خاف من موصٍ جَنفا » [1] . قال : أن يوصى لولد ابنته وهو يريد نفع ابنته .

فـرع قال الشافعى : يجوز نـكاح المريض . قلت : إذا تزوج امرأة صح نكاحها ولها الميراث والصداق إن لم يزد على صداق مثلها ، فإن زاد ردت الزيادة إن كانت وارثة ، وأمضيت إن كانت غير وارثة . وهكذا المريضة إذا نكحت رجلا صح نكاحها وورثها الزوج ، وعليه صداقها إن كان مهر المثل فما زاد ، فان نكحته بأقل من صداق مثلها ، فالمحاباة بالنقصان وصية له فترد إن كان الزوج وارثاً وتمضى فى الثلث إن كان غير وارث .

وقال مالك : نكاح المريض فاسد لا يستحق به ميراثاً . ولا يجب فيه صداق إلا أن يكون راضيا به ، فيلزمه مهـر المثـل من الثلث مقـدم على الوصايا ، وكذلك نكاح المريض فاسد ولا ميراث للزوجة . وقال ابن أبى ليلى : النكاح فى المرض جائز والميراث من الثلث .

---

(١) البقرة : ١٨٢

وقال ابن أبى هريرة : النكاح فى المرض جائز ولا ميراث . وقال الحسن البصرى : إن ظهر منه الاضرار فى تزويجه لم يجز ، وإن لم يظهر منه الاضرار ، وظهر منه الحاجة إليه فى خدمة أو غيرها جاز .

ودليلنا عموم قوله تعالى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء »[1] ولم يفرق بين صحيح ومريض ، وقال معاذ بن جبل فى مرضه : « زوجونى حتى لا ألقى الله عزبا » وقال عبد الله بن مسعود : « لو لم يبق من أجلى إلا عشرة أيام ما أحببت إلا أن يكون لى زوجة » وروى هشام بن عروة عن أبيه « أن الزبير رضى الله عنه دخل على قدامة يعوده فبشر عنده بجارية فقال قدامة : زوجونى بها فقال : ما تصنع بها وأنت على هذه الحال ؟ فقال : ان أنا عشت نسبت الزبير ، وإن مت فهم أحق من يرثنى » ولأنه فراش لا يمنع منه الصحيح فوجب أن لا يمنع منه المريض ، ولأنه عقد فلم يمنع منه المرض كالبيع والشراء ، ولأنه لا يخلو عمله أن يكون لحاجة أو شهوة ، فإن كان لحاجة لم يجز منعه ، وإن كان لشهوة فهى مباحة له كما أبيح له أن يلتذ بما شاء من أكل أو لبس .

فإذا ثبت إباحة النكاح فى المرض فله أن يتزوج ما أباحه الله تعالى من واحدة إلى أربع كهو فى الصحة ولهن الميراث إن مات من ذلك المرض أو غيره . وأما الصداق فإن كان أمهرهن صداق أمثالهن فلهن الصداق مع الميراث ، وان كانت عليه ديون شاركن الغرماء فى التركة وضربن معهم بالحصص ، وإن تزوجهن أو واحدة منهن بأكثر من صداق مثلها كانت الزيادة على صداق المثل وصية فى الثلث .

فإن كانت الزوجة وارثة ردت الوصية لأنه لا وصية لوارث ، وإن كانت غير وارثة لرق أو كفر دفعت الزيادة اليها ان احتملها الثلث ، أو ما احتمله منها يتقدم على الوصايا كلها لأنها عطية فى الحياة ، وهكذا لو كانت الزوجة حرة مسلمة فماتت قبله صحت لها الزيادة إن احتملها الثلث ،

---

(١) النساء : ٣

لأنها بالموت قبله غير وارثة فلو كانت حين نكاحها فى المرض أمة أو ذمية فأعتقت الأمة أو أسلمت الذمية صارت وارثة ومنعت من الزيادة على صداق مثلها ، ولو صح المريض من مرضه ثم مات من غيره أو لم يمت صحت الزيادة على صداق المثل من رأس المال لوارثه وغير وارثه ، فعلى هذا لو تزوج فى مرضه على صداق ألف درهم وصداق مثلها خمسمائة ومات ولا مال له غير الألف التى هى صداقها أعطيت من الألف ستمائة وستة وستين درهما وثلثا ، لأن لها خمسمائة من المال ، وتبقى خمسمائة هى جميع التركة وهى وصية لها فأعطيت ثلثها وذلك مائة درهم وستة وستون درهما وثلث درهم تأخذها مع صداق مثلها ، ولو خلف مع الصداق خمسمائة صارت التركة بعد صداق المثل ألف درهم فلها ثلثها ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون درهما وثلث ولو خلف مع الصداق ألف درهم خرجت الزيادة على صداق المثل من الثلث وأخذت الألف كلها » .

اذا ثبت هذا فإن التبرعات المنجزة كالعتق والمحاباة والهبة المقبوضة والصدقة والوقف والابراء من الدين والعفو عن الجناية الموجبة للمال اذا كانت هذه كلها فى الصحة فهى من رأس المال لا نعلم فى هذا خلافا ، وإن كانت فى مرض مخوف اتصل به الموت فهى من ثلث المال فى قول جمهور العلماء .

وحكى عن أهل الظاهر فى الهبة المقبوضة أنها من رأس المال ، وليس بصحيح لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم فى أعمالكم » رواه ابن ماجه وغيره ، وهذا يدل على أنه ليس له أكثر من الثلث ، وقد أسلفنا القول فى بسط مايكون من رأس المال وما يكون من الثلث فاشدد به يديك . وحكم العطايا فى مرض الموت المخوف حكم الوصية فى خمسة أشياء .

(أحدها) أن يقف نفوذها على خروجها من الثلث أو إجازة الورثة .

(الثانى) أنها لا تصح لوارث إلا باجازة بقية الورثة .

(الثالث) أن فضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة فى الصحة .

(الرابع) أن يزاحم بها الوصايا فى الثلث .

(الخامس) أن خروجها من الثلث معتبر حال الموت لا قبله ولا بعده ، ويفارق الوصية فى ستة أشياء ٨

أحدها : أنها لازمة فى حق المعطى ليس له الرجوع فيها وإن كثرت ، ولأن المنع على الزيادة من الثلث إنما كان لحق الورثة لا لحقه فلم يملك إجازتها ولا ردها ، وإنما كان له الرجوع فى الوصية لأن التبرع بها مشروط بالموت فلم يملك إجازتها ولا ردها ، وإنما كان له الرجوع فى الوصية ، لأن التبرع مشروط بالموت ففيما قبل الموت لم يوجد التبرع ولا العطية بخلاف العطية فى المرض ، فإنه قد وجدت العطية منه والقبول من المعطى والقبض ، فلزمت كالوصية إذا قبلت بعد الموت وقبضت .

(الثانى) أن قبولها على الفور فى حال حياة المعطى وكذلك ردها . والوصايا لا حكم لقبولها ولا ردها الا بالموت ، فتعتبر شروطه وقت وجوده والوصية تبرع بعد الموت فتعتبر شروطه بعد الموت .

(الثالث) أن العطية تفتقر الى شروطها المشروطة لها فى الصحة من العلم وكونها لا يصح تعليقها على شرط وغرر فى غير العتق ، والوصية بخلافه .

(الرابع) أنها تقدم على الوصية . وهذا قول أحمد والشافعى وجمهور العلماء وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر إلا فى العتق فإنه حكى عنهم تقديمه ، لأن العتق يتعلق به حق الله تعالى ويسرى وقفه وينفذ فى ملك الغير فيجب تقديمه .

(الخامس) العطايا إذا عجز العتق عن جميعها بدىء الأول فالأول سواء كان الأول عتيقا أو غيره وبهذا قال أحمد والشافعى .

وقال أبو حنيفة : الجميع سواء إذا كانت من جنس واحد . وإن كانت

من أجناس وكانت المحاباة متقدمة قدمت وإن تأخرت سوى بينها وبين العتق . وإنما كان كذلك لأن المحاباة حق آدمى على وجه المعاوضة فقدمت إذا تقدمت كقضاء الدين ، وإذا تساوى جنسها سوى بينها لأنها عطايا من جنس واحد تعتبر من الثلث فسوى بينها كالوصية وقال أبو يوسف ومحمد : يقدم العتق تقدم أو تأخر .

(السادس) أن الواهب إذا مات قبل القبض للهبة المنجزة كانت الخيرة للورثة إن شاءوا قبضوا وإن شاءوا منعوا ، والوصية تلزم بالقبول بعد الموت بغير رضاهم ، وما لزم المريض فى مرضه من حق لا يمكنه دفعه وإسقاطه كأرش الجناية وما عارض عليه بثمن المثل . وما يتغابن الناس بمثله فهو من رأس المال لا نعلم فيه خلافا ، وهذا عند الشافعي وأصحاب الرأى وأحمد بن حنبل ، وكذلك النكاح بمهر المثل جائز من رأس المال لأنه صرف لماله حاجة فى نفسه فيقدم بذلك على وارثه . ويعتبر فى المريض الذى هذه أحكامه شرطان أحدهما : أن يتصل بمرضه الموت ولو صح فى مرضه الذى أعطى فيه ثم مات بعد ذلك فحكم عطيته حكم عطية الصحيح، لأنه ليس بمرض الموت . (الثانى) أن يكون مخوفاً ، والأمراض على ثلاثة أقسام غير مخوف كوجع الضرس والعين والأطراف والصداع وارتفاع الحرارة الطارىء ، فهذا حكمه حكم الصحيح لأنه لا يخاف منه فى العادة .

(والثانى) الأمراض المزمنة كالجذام والربو والفالج والذبحة الصدرية والسل فهذا الضرب إن أضنى صاحبه على فراشه فهو مخوف ، وقال الأوزاعى والثورى ومالك وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور وأحمد : إن وصية المجذوم والمفلوج من الثلث لأنه محمول على أنهما صاحبا فراش ، ومذهب الشافعى : أنه لا يخاف تعجيل الموت فيه ، وإن كان لا يبرأ فهو كالهرم لاسيما الفالج إذا أزمن .

(الثالث) من تحقق تعجيل موته فينظر فيه فإن كان عقله قد اختل مثل تزيف المخ أو الحمى الشوكية فلا يصح أما من اشتد مرضه وصح عقله صح تبرعه وكذلك عند أصحاب أحمد .

وجملة ما مضى أن العطايا فى المرض مقدمة على الوصايا إذا ضاق الثلث عنها لأن تلك ناجزة وهذه موقوفة ، فلو ضاق الثلث عن العطايا للمريض قدم الأسبق فالأسبق ، ولو ضاق الثلث عن الوصايا لم يقدم الأسبق لأن عطايا المرض تملك بالقبض المترتب فثبت حكم المتقدم . والوصايا كلها تملك بالموت فاستوى حكم المتقدم والمتأخر إلا أن يرتبها المريض فتمضى على ترتيبه ما لم يتخلل الوصايا عتق ، فإن تخللها عتق فإن كان واجباً فى كفارة أو نذر قدم على وصايا التطوع ، وإن كان تطوعا ففيه قولان (أحدهما) أن العتق مقدم على جميع الوصايا لقوته بالبراءة فى غير الملك وبه قال من الصحابة ابن عمر ومن التابعين شريح والحسن ومن الفقهاء مالك والثورى (والقول الثانى) أن العتق والوصايا كلها سواء فى مزاحمة الثلث لأن جميعها تطوع ، وبه قال من التابعين ابن سيرين والشعبى ومن الفقهاء أبو ثور ، على أن المريض مرض الموت اذا أشكل أمره رجع فى ذلك الى طبيبين مسلمين ، لأن الأمراض فى زماننا هذا قد تشعبت أصنافها وتعددت اختصاصات العالمين من الأطباء بها ، فقد يكون المرض فى رأى أحدهم مخالفاً لرأى الآخر ، فإذا اجتمعا وتشاورا أمكن اتفاقهما على حكم يؤخذ فى الوصية به . وياحبذا لو تفقه أطباء المسلمين فى أحكام الدين المتصلة بعلمهم ومهنتهم لكانت منهم أمة هادية ناصحة راشدة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان كان فى الحرب وقد التحمت طائفتان متكافئتان ، أو فى البحر وتموج ، أو فى اسر كفار يرون قتل الأسارى ، أو قدم للقتل فى المحاربة أو الرجم فى الزنا ، ففيه قولان :

(أحدهما) أنه كالمرض المخوف يعتبر تبرعاته فيه من الثلث ، لأنه لا يأمن الموت كما لا يأمن فى المرض المخوف .

(والثانى) أنه كالصحيح ، لأنه لم يحدث فى جسمه ما يخاف منه الموت فان قدم لقتل القصاص فالمنصوص أنه لا تعتبر عطيته من الثلث ما لم يجرح ، واختلف أصحابنا فيه على طريقين ، فقال أبو اسحاق : هى على قولين قياساً على الأسير فى يد كفار يرون قتل الأسارى : ومن أصحابنا من قال : لا تعتبر

عطيته من الثلث لأنه غير مخوف لأن الغالب من حال المسلم أنه اذا قدر رحم وعفا ، فصار كالاسير فى يد من لا يرى قتل الأسارى) .

الشرح الأحكام : يحصل التخويف بغير ما ذكرناه فى مواضع خمسة تقوم مقام المرض :

(أولا) إذا التحم الجيشان واختلط الفريقان فى القتال وكانت كل فرقة مكافئة للأخرى أو مقهورة أمامها ، فأما الفئة الغالبة منهما فليست خائفة بعد ظهورها ، وكذلك إذا لم يلتحما بل كانت كل منهما متميزة ، سواء كان بينهما تبادل بالرماية أو لم يكن فليست هذه بحالة خوف ، ولا فرق بين كون الطائفتين متفقتين فى الدين أو مفترقتين فعن الشافعى رضى الله عنه قولان : (أحدهما) هذا ، وبه قال مالك والأوزاعى والثورى وأحمد ، ونحوه عن مكحول (والثانى) ليس بمخوف لأنه ليس بمريض .

(والثانى) إذا قدم ليقتل قصاصاً أو غيره أو كمن قدم ليرجم فى حد الزنا فقولان أيضاً (أحدهما) أنه مخوف (والثانى) إن خرج فهو مخوف ، وإلا فلا ، لأنه صحيح البدن ، والظاهر العفو عنه ، وبالأول قال أحمد ، لأن التهديد بالقتل جعل إكراهاً يمنع وقوع الطلاق وصحة البيع ، ويبيع كثيراً من المحرمات ولولا الخوف لم تثبت هذه الأحكام .

(والثالث) إذا ركب البحر ، فإن كان ساكنا فليس بمخوف ، وإن تموج واضطرب وهبت الريح العاصف فهو مخوف ؛ فإن الله تعالى وصفهم بشدة الخوف بقوله تعالى « هو الذى يسيركم فى البر والبحر حتى إذا كنتم فى الفلك وجرين بهم بريح طيبة وفرحوا بها جاءتها ريح عاصف ؛ وجاءهم الموج من كل مكان وظنوا أنهم أحيط بهم دعوا الله مخلصين له الدين لئن أنجيتنا من هذه لنكونن من الشاكرين » [1] .

(والرابع) الأسير والمحبوس إذا كان من عادته القتل ففيه قولان : (أحدهما) هو خائف عطيته من الثلث وإلا فلا . وبه قال أبو حنيفة ومالك

---

(١) يونس : ٢٢

وابن أبى ليلى وأحمد بن حنبل . (والثانى) ليس خائفاً وعطيته من رأس ماله . وقال الحسن : لما حبس الحجاج إياساً ليس له من ماله إلا الثلث ، وقال القاضى أبو بكر : عطية الأسير من الثلث ، ولم يفرق ، وبه قال الزهرى والثورى وإسحاق ، وحكاه ابن المنذر عن أحمد .

وقال الشعبى ومالك : الغازى عطيته من الثلث وقال مسروق إذا وضع رجله فى الغرز . وقال الأوزاعى : المحصور فى سبيل الله والمحبوس ينتظر القتل أو تفقأ عيناه هو فى ثلثه ، والصحيح إن شاء الله ما ذكرنا من التفصيل؛ لأن مجرد الحبس والأسر من غير خوف القتل ليس بمرض ولا هو فى معنى المرض فى الخوف فلم يجز إلحاقه به وإذا كان المريض الذى لا يخاف التلف عطيته من رأس ماله فغيره أولى .

هذا اذا كان مأسوراً لطائفة من المسلمين فان المذهب أنه ليس مخوفاً ، لأن المسلمين لا يقتلون أسراهم من الكفار إلا بشروط فما بالك إذا كان الأسير مسلما .

(والخامس) وقوع الطاعون فى بلد ، فعن أحمد أنه مخوف ، والمذهب أنه ليس بمرض ، وإنما يخالف المرض والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان عجز الثلث عن التبرعات ـ لم يخل ـ اما ان يكون فى التبرعات المنجزة فى المرض أو فى الوصايا ، فان كان فى التبرعات المنجزة فى المرض فان كانت فى وقت واحد نظرت فان كانت هبات أو محاباة قسم الثلث بين الجميع لتساويهما فى اللزوم ، فان كانت متفاضلة المقدار قسم الثلث عليها على التفاضل ، وان كانت متساوية قسم بينها على التساوى كما يفعل فى الديون ، وان كان عتقاً فى عبيد أقرع بينهم لما ذكرناه من حديث عمران ابن الحصين ؛ ولأن القصد من العتق تكميل الأحكام ، ولا يحصل ذلك الا بما ذكرناه ، فان وقعت متفرقة قدم الأول فالأول عتقاً كان أو غيره ، لأن الأول سبق فاستحق به الثلث فلم يجز اسقاطه بما بعده ، فان كان له عبدان سالم وغانم فقال لسالم : ان أعتقت غانماً فأنت حر ، ثم اعتق غانماً قدم عتق غانم

لان عتقه سابق . فان قال : ان اعتقت غانما فانت حر حال عتق غانم ثم اعتق غانما فقد قال بعض أصحابنا : يعتق غانم ، لأن عتقه غير متعلق بعتق غيره ، وعتق سالم متعلق بعتق غيره ، فاذا أعتقناهما فى وقت واحد احتجنا أن نقرع بينهما فربما خرجت القرعة على سالم فيبطل عتق غانم ، واذا بطل عتقه بطل عتق سالم فيؤدى اثباته الى نفيه فسقط ويبقى عتق غانم ، لأنه أصل ، ويحتمل عندى أنه لا يعتق واحد منهما ، لانه جعل عتقهما فى وقت واحد ولا يمكن أن نقرع بينهما لما ذكرناه ، ولا يمكن تقديم عتق أحدهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر بالسبق فوجب أن يسقطا .

وان كانت التبرعات وصايا وعجز الثلث عنها لم يقدم بعضها على بعض بالسبق لأن ما تقدم ما تاخر يلزم فى وقت واحد وهو بعد الموت ، فان كانت كلها هبات أو كلها محاباة أو بعضها هبات وبعضها محاباة قسم الثلث بين الجميع على التفاضل ان تفاضلت وعلى التساوى ان تساوت .

وان كان الجميع عتقاً اقرع بين العبيد لما ذكرناه فى القسم قبله وان كان بعضها عتقاً وبعضها محاباة او هبات ففيه قولان .

(أحدهما) أن الثلث يقسم بين الجميع لأن الجميع يعتبر من الثلث ، ويلزم فى وقت واحد (والثانى) يقدم العتق بما له من القوة ، وان كان بعضها كتابة وبعضها هبات ففيه طريقان (أحدهما) أنه لا تقدم الكتابة لانه ليس له قوة وسراية فلم تقدم كالهبات (والثانى) أنها على قولين لأنها تتضمن العتق فكانت كالعتق .

فصل وان وصى أن يحج عنه حجة الاسلام من الثلث أو يقضى دينه من الثلث ووصى معها بتبرعات ، ففيه وجهان (أحدهما) يقسط الثلث على الجميع لان الجميع يعتبر من الثلث ، فان كان ما يخص الحج أو الدين من الثلث لا يكفى تمم من رأس المال ، لأنه فى الأصل من راس المال ، وانما اعتبر من الثلث بالوصية ، فاذا عجز الثلث عنه وجب أن يتمم من أصل المال (والثانى) يقدم الحج والدين ، لأنه واجب ثم يصرف ما فضل فى الوصايا .

فصل وان وصى لرجل بمال وله مال حاضر ومال غائب ، أو له عين ودين ، دفع الى الموصى له ثلث الحاضر وثلث العين . والى الورثة الثلثان ، وكل ما حضر من الغائب أو نض من الدين شىء قسم بين الورثة والموصى له ، لأن الموصى له شريك الورثة بالثلث فصار كالشريك فى المال . وان وصى لرجل بمائة دينار وله مائة حاضرة وله الف غائبة فالموصل له ثلث الحاضرة ويوقف الثلثان ، لأن الموصى له شريك الوارث فى المال ، فصار كالشريك فى المال .

وان اراد الموصى له التصرف فى ثلث المائة الحاضرة ففيه وجهان :

(احدهما) تجوز لأن الوصية فى ثلث الحاضرة ماضية ، فمكن من التصرف فيه .

(والثانى) لا يجوز لانا منعنا الورثة من التصرف فى الثلثين والموقوفين . فوجب أن نمنع الموصى له من التصرف فى الثلث ، وان دبر عبداً قيمته مائة وله مائتان غائبة ؛ ففيه وجهان :

(احدهما) يعتق ثلث العبد ؛ لأن عتق ثلثه مستحق بكل حال .

(والثانى) وهو ظاهر المذهب انه لا يعتق ؛ لأنا لو اعتقنا الثلث حصل للموصى له الثلث ، ولم يحصل للورثة مثلاه ، وهذا لا يجوز) .

الشرح قال الشافعى : ولو أوصى بغلامه وهو يساوى خمسمائة وبداره لآخر وهى تساوى ألفاً وبخمسمائة لآخر والثلث ألف درهم ، دخل على كل واحد منهم عول نصف فصار للذى له الغلام نصفه ، وللذى له الدار نصفها ، وللذى له الخمسمائة نصفها .

قلت : إذا ضاق الثلث عن الوصايا فللورثة حالتان : حالة يجيزون ، وحالة يردون ، فان ردوا قسم الثلث بين أهل الوصايا بالحصص . وتسوى منه الوصية بالمعين والمقدر .

وحكى عن أبى حنيفة أن الوصية بالمعين مقدمة على الوصية بالمقدر ، استدلالا بأن المقدر يتعلق بالذمة . فإذا ضاق الثلث فيها زال تعلقها بالذمة. وهذا غير صحيح ، لأن محل الوصايا فى التركة ــ سواء ضاق الثلث أو اتسع لها ــ فاقتضى أن يستوى المعين والمقدر مع ضيق الثلث كما يستويان مع اتساعه ، ولأن الوصية بالمقدر أثبت من الوصية بالمعين لأن المعين إن تلف بطلت الوصية به ، والمقدر إن تلف بعض المال لم تبطل الوصية .

فإذا تقرر استواء المعين والمقدر مع ضيق الثلث عنها وجب أن يكون عجز الثلث داخلا على أهل الوصايا بالحصص ، فإذا أوصى بسيارته لرجل

وقيمتها خمسمائة ، وبداره لآخر وقيمتها ألف وبخمسمائة لآخر : فوصايا الثلاثة كلها تكون ألفين ، فان كان الثلث ألفين فصاعداً فلا عجز . وهى مضاة ، وإن كان الثلث ألفاً فقد عجز الثلث عن نصفها فوجب أن يدخل العجز على جميعها . ويأخذ كل موصى له بشىء نصفه فيعطى الموصى له بالسيارة نصفها ، وذلك مائتان وخمسون ويعطى الموصى له بالدار نصفها وذلك خمسمائة . ويعطى الموصى له بالخمسمائة نصفها وذلك مائتان وخمسون .

وعلى قول أبى حنيفة تسقط الوصية بالخمسمائة المقدرة ، ويجعل الثلث بين الموصى له بالسيارة والدار ، فيأخذ كل واحد منهما ثلثى وصيته لدخول العجز بالثلث منها ، فلو كان الثلث فى هذه الوصايا خمسمائة فهو ربع الوصايا الثلاث فيعطى كل واحد ربع ما جعل له ، ولو كان الثلث ألفاً وخمسمائة فيجعل لكل واحد منهم ثلاثة أرباع وصيته ثم على هذا القياس .

وإن أجازوا الوصايا كلها مع ضيق الثلث عنها ودخول العجز بالنصف عليها ففى إجازتهم قولان :

(أحدهما) أن اجازتهم ابتداء عطية منهم لأمرين : (أحدهما) أن ما زاد على الثلث منهى عنه ، والنهى يقتضى فساد المنهى عنه .

(والثانى) أنهم لما كانوا بالمنع مالكين لما منعوه وجب أن يكونوا بالإجازة معطين لما أجازوه فعلى هذا قد ملك أهل الوصايا نصفاً بالوصية لاحتمال الثلث لها ولا يفتقر تملكهم لها إلى قبض ونصفها بالعطية لعجز الثلث عنها ، ولا يتم ملكهم إلا بقبضه .

(والقول الثانى) وهو أصح ، وبه قال أبو حنيفة : أن إجازة الورثة تنفيذ أو إمضاء لفعل الميت ، وإن ذلك مملوك بالوصية دون العطية لأمرين (أحدهما) أن ما استحقوه من الخيار فى عقود الميت لا يكونون بالإمضاء عاقدين لها كالمشترى سلعة اذا وجد وارثه به عيبا فأمضى الشراء ولم ينسخه

كان تنفيذاً ولم يكن عقداً . فكذلك خياره فى إجازة الوصية (والأمر الثانى) أن لهم رد ما زاد على الثلث فى حقوق القسمة ، فإذا أجازوه سقطت حقوقهم منه ، فصار الثلث وما زاد عليه سواء فى لزومه لهم ، فإذا استوى الحكم فى الجميع مع اللزوم اقتضى أن يكون جميعه وصية لا عطية فعلى هذا يلزمهم نصف الوصايا بالوصية من غير إجازة لاحتمال الثلث لها ، ونصف بالإجازة بعد الوصية من غير قبض تعيين ، ولا رجوع يسوغ .

فرع قد أسلفنا القول فى عطايا المرض وتقديمها على الوصايا إذا ضاق الثلث عنها ، وقلنا عن ترتيب المريض لها ما لم يتخلل الوصايا عتق ، وأقوال الفقهاء الواردة عليه ، أما إذا أوصى أن يحج عنه حجة الإسلام المكتوبة من الثلث أو يقضى دينه من الثلث فقال الشافعى رضى الله عنه : ولو أوصى أن يحج عنه ولم يحج حجة الإسلام ــ فإن بلغ ثلثه حجته من بلده أحج عنه من بلده ، وإن لم يبلغ أحج عنه من حيث بلغ . قال المزنى : والذى يشبه قوله أن يحج عنه من رأس ماله لأنه فى قوله دين عليه .

وجملة ذلك أن للمستدل فى الحج عنه حالتان ؛ حالة يوصى به وحالة لا يوصى به ، فإن لم يوص به فلا يخلو حاله من أحد أمرين إما أن يكون عليه حج واجب أو لا حج عليه ، فإن لم يكن عليه حج لم يجز أن يتطوع عنه بالحج ، وإن كان عليه حجة الإسلام فمات من غير أن يوصى بها فواجب أن يحج عنه من رأس ماله بأقل ما يوجد من ميقات بلده وكذلك يخرج عنه من رأس ماله ما وجب عليه من زكوات وكفارات ، وإن لم يوص بها .

قال أبو حنيفة : لا يصح الحج عنه ولا الزكاة ولا الكفارة إلا بوصية منه وهذا فاسد بما ذكره النووى فى الحج بأقوى حجاج ، ولأن ما تعلق وجوبه بالمال لزم أداؤه وإن لم يوص به كالديون . وإذا لزم أداؤه عنه فمن رأس المال كالديون وتخرج منه أجرة المثل من الميقات لا من بلده ، وإن كانت استطاعته من بلده شرطاً فى وجوب حجه ، لأنه إذا كان حيا لزمه أداؤه بنفسه فصار نفقة معتبرة فى استطاعته ، وإذا مات لم يتعين الثلث عنه

أن يكون فى بلده ، وإنما لزم أن يؤتى بالحج من ميقات بلده فلذلك اعتبر أجرة المثل من ميقات بلده .

فــرع إذا أوصى أن يحج عنه ، فإن كان عليه حج فلا يخلو حاله من ثلاثة أقسام : (أحدها) ان يجعل الحج من رأس ماله ، فهذا على ضربين (أحدهما) أن يذكر قدر ما يحج به عنه . (والثانى) أن لا يذكر ، فإن لم يذكر أخرج عنه من رأس ماله قدر أجرة المثل من ميقات بلده ، ولا يستفاد بوصيته إلا التذكير والتأكيد ، وسواء ذكر القدر أم لم يذكر ، فإن أجـرة المثل أتم إذا كانت من الميقات وخروجها من رأس المال .

(والقسم الثانى) أن يوصى بالحج من ثلثه فهذا على ضربين .

(أحدهما) أن يجعل كل الثلث مصروفا الى الحجة الواجبة عليه فهذا الحج عنه بالثلث من بلده إن أمكن ، ولا يجوز أن يدفع إلى وارثه إن زاد على أجرة المثل ويجوز أن يدفع إليه ان لم يزد ، فان عجز الثلث عن الحج من بلده أحج به عنه من حيث أمكن من طريقه . فإن عجز إلا من ميقات البلد أحج به عنه من ميقات البلد ، فان عجز عنه وجب إتمام أجرة المثل من ميقات بلده من رأس المال وصار فيها دور ، لأن ما يتمم به أجرة المثل من رأس ماله يقتضى نقصان رأس المال .

(والضرب الثانى) أن لا يجعل كل الثلث مصروفا إلى الحج بل يقول : أحجوا عنى من ثلثى ، فهذا إما أن يذكر قدراً فلا يزاد عليه إن وجد ويستأجر من يؤديه من بلده أو من الميقات فإن لم يوجد من يحج بها من ميقاته وجب إتمامها من رأس المال لا من ثلثه لأن القدر الذى حدده من الثلث لا يزاد عليه منه وإنما تؤخذ الزيادة من رأس المال ، وإما أن لا يذكر القدر فيخرج من ثلثه قدر أجرة المثل ثم فيها وجهان : (أحدهما) وهو قول أبى إسحق المروزى : الظاهر من كلام الشافعى أجرة المثل من بلد الموصى لأن الوصية فى الثلث تقتضى الكمال . (والوجه الثانى) أجرة مثل الميقات كما لو جعله من رأس المال وما زاد عليه تطوع لا يخرج إلا بالنص ، فإن عجز الثلث عـن

جميع الأجرة تمم الجميع مثل أجرة الميقات من رأس المـال . فلو كان فى الثلث مع الحج وصايا وعطايا ففى تقديم الحج على الوصايا وجهان حكاهما أبو إسحق المروزى .

(أحدهما) يقدم الحج على جميع الوصـايا فى الثلث لأنه مصروف فى فرض ثم يصرف ما فضل بعد الحج فى أهل الوصايا (والوجه الثانى) أنه يقسط الثلث على الحج والوصايا بالحصص لأن الحج وان وجب فله محل غير الثلث تساوى فى الثلث أهل الوصايا ثم تمم أجرة المثل من رأس المال ، وعلى هذين الوجهين لو كانت عليه ديون واجبة أوصى بقضـائها من ثلثـه (أحدهما) يتقدمون بها على أهل الوصايا . (والثانى) يحاصـونهم ثم يستكملون ديونهم من رأس المال فهذا حكم القسم الثانى إذا جعله مـن ثلثه .

(القسم الثالث) أن يطلق الوصية فلا يجعـله من الثلث ولا من رأس المال فالذى نص عليه الشافعى فى الجديد فى مناسك الحج أنه يحج عنـه من رأس المال ، وقال فى الوصايا : يحج عنه من ثلثه ، فاختلف أصـحابنا فكان أبو الطيب بن سلمة وأبو حفص بن الوكيل يخرجان ذلك على قولين (أحدهما) يكون من رأس المال كمـا لو لم يوص به لوجـوبه كالديون (والقول الثانى) أن يكون من الثلث ليستفاد بالوصية ما لم يكن مستفاداً بغيرها . وقال أبو على بن خيران : ليس هذا على اختلاف قولين وإنما هو تبعيض الحكم على حالين فالذى جعله فى الثلث هو أجرة مثل المسير من بلده إلى الميقات ، والذى جعله من رأس المال هو أجرة المثل من الميقات . وقال أبو إسحق المروزى وأبو على بن أبى هريرة : يكون ذلك من رأس المال قولا واحداً ، والذى قاله ههنا أنه يكون فى الثلث إذا خـرج بأنه فى الثلث توفيراً على ورثته ، ألا تراه قال : فإن لم يبلغ تمم من رأس المال .

وإذا وصى بالحج تطوعاً عنه بمال ففيه قولان (أحدهما) أن الوصـية باطلة (والثانى) جائزة وقد بسط النووى توجيهها فى كتاب الحج .

فـرع قال مالك بن أنس رضى الله عنه : إذا أوصى لرجل بمائة دينار له حاضرة وترك غيرها ألف دينار ديناً غائبة فالورثة بالخيار بين إمضاء الوصية بالمائة كلها عاجلا ، سواء حل الدين وسلم الغائب أم لا ، وبين أن يسلموا ثلث المائة الحاضرة وثلث الدين من المال الغائب ويصير الموصى له بالمائة شريكا بالثلث فى كل التركة ، وان كثرت وسمى ذلك خلع الثلث ، استدلالا بأن للموصى ثلث مائة ، فإذا غير الوصية بالثلث فى بعضه فقد أدخل الضرر عليهم بتعيينه ، فصار لهم الخيار بين التزام الضرر بالتعيين وبين العدول إلى ما كان يستحقه الموصى ، فهذا دليل مالك ، وما عليه فى هذا القول .

واستدل اسماعيل بن اسحق بأن تعيين الموصى للمائة الحاضرة من جملة التركة الغائبة بمنزلة العبد الجانى إذا تعلقت الجناية فى رقبته فسيده بالخيار بين افتدائه بأرش جنايته أو تسليمه ، فهذا مذهب مالك ودليلاه .

ومذهب الشافعى رضى الله عنه أن للموصى له ثلث المائة الحاضرة ، وثلثاها الباقى موقوف على قبض الدين أو من الغائب ما يخرج المائة كلها من ثلثه أمضيت الوصية بجميع المائة ، وان كل ما يخرج بعضها أمضى قدر ما احتمله الثلث منها . فإن برىء الدين وتلف الغائب استقرت الوصية فى ثلث المائة الحاضرة وتصرف الورثة فى ثلثيها ، لأنها صارت جميع التركة .

واختلف أصحابنا إذا انتظر بالوصية قبض الدين ووصول الغائب هل يمكن الموصى له من ثلث المائة ؟ على وجهين .

(أحدهما) يمكن من التصرف فيها لأنه ثلث ممضى .

(والوجه الثانى) يمنع من التصرف فيها لأنه لا يجوز أن يتصرف الموصى له فيما لا يتصرف الورثة فى مثليه ، وقد منع الورثة من التصرف فى ثلثى المائة الموقوف ، فوجب أن يمنع الموصى له من التصرف فى الثلث الممضى ، والدليل على فساد ما ذهب إليه مالك أنه يؤول إلى أحد أمرين يمنع الوصية

منهما ، لأنه إذا أجبر الورثة بين التزام الوصية فى ثلث كل التركة أو إمضاء الوصية فى كل المائة فكل واحد من الأمرين خارج عن حكم الوصية لأنهم اختاروا منعه من كل المائة فقد ألزمهم ثلث كل التركة ، وذلك غير موصى به .

وإن اختاروا أن لا يعطوا ثلث التركة فقط ألزمهم إمضاء الوصية بكل المائة فعلم فساد مذهبه بما يؤول إليه حال كل واحد من الخيارين ، فإذا جعلتم تعيين الوصية بالمائة الحاضرة إدخال ضرر أو جناية فالضرر قد رفعناه بوقف الثلثين على قبض الدين ووصول الغائب ، فصار الضرر بذلك مرتفعاً، وإذا زال الضرر ارتفعت الجناية منه فبطل الخيار فيه .

فإذا تقرر ما وصفنا تفرع على ذلك أن يوصى بمائة دينار حاضرة وباقى تركته التى تخرج كل المائة من ثلثها دين أو غائب ، فيخرج ثلث المائة ويوقف ثلثاها على قبض الدين ووصول الغائب ، فاذا قبض ووصل منهما أو أحدهما ما يخرج كل المائة من ثلثه خرج جميعها . وهل يمكن الورثة فى حال وقف الثلثين على قبض الدين ووصول الغائب من استخدام فرس إن كان الموصى به فرساً أو سيارة إن كانت وصية أو غير ذلك ، فتركب ويتصرف فى منفعتها أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) يمكن ذلك لئلا يلزمهم امضاء بما لم ينتفعوا بثلثيه ، وهذا على الوجه الذى يقول : إن الموصى له بالمائة إذا وقف ثلثها منع من التصرف فى ثلثيها اعتباراً بالتسوية ، فعلى هذا ان برىء الدين وتلف الغائب استقر ملكهم على ما وقف من ثلثيها وكان لهم التصرف فى الثلثين أو بيع ثلثى الفرس أو السيارة وإن اقتضى من الدين أو قدم من الغائب ما يخرج جميعه من ثلثه رجع الموصى له بالفرس أو السياراة عليهم بما أخذوه من كسبهما أو أجرة ، وليس للورثة أن يرجعوا على الموصى له بما أنفقوا على الفرس أو السيارة من نفقات السيارة أو الصيانة ، وقد كان لهم إجازة الوصية فصاروا متطوعين بالنفقة .

(والوجه الثانى) أنهم يمنعون من ذلك كما يمنعون من التصرف بالبيع ، لأن الظاهر نفوذ الوصية بعتقه ، وعلى هذا الوجه الذى يجوز للموصى له التصرف فى ثلث المائة ، وان منع الورثة من التصرف فى ثلثيها ، فعلى هذا إن برىء الدين وتلف الغائب ولم يتصرف الورثة فى استغلال الموصى به أدى الموصى له ثلثى غلة كسب الموصى به أو أجرة مثله للورثة لأنه لا يستحق فى الوصية إلا ثلثها والباقى للورثة ، وقد فوت عليهم منافع ثلثى المال والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان وصى له بثلث عبد فاستحق ثلثاه وثلث ماله يحتمل الثلث الباقى من العبد نفذت الوصية فيه على المنصوص ؛ وقال ابو ثور وابو العباس : لا تنفذ الوصية الا فى ثلث الباقى كما لو وصى بثلث ماله ثم استحق من ماله الثلثان والمذهب الأول ، لأن ثلث العبد ملكه ، وثلث ماله يحتمله ، فنفذت الوصية فيه كما لو اوصى له بعبد يحتمله الثلث ، ويخالف هذا اذا اوصى بثلث ماله ثم استحق ثلثاه ، لأن الوصية هناك بثلث ماله ، وماله هو الباقى بعد الاستحقاق ، وليس كذلك ههنا لأنه يملك الباقى وله مال غيره يخرج الباقى من ثلثه .

فصل وان وصى له بمنفعة عبد سنة ، ففى اعتبارها من الثلث وجهان : (احدهما) يقوم العبد كامل المنفعة ، ويقوم مسلوب المنفعة فى مدة سنة ؛ ويعتبر ما بينهما من الثلث . (والثانى) : تقوم المنفعة سنة ، فيعتبر قدرها من الثلث ، ولا تقوم الرقبة لأن الموصى به هو المنفعة ، فلا يقوم غيرها ، وان وصى له بمنفعة عبد على التأبيد ففى اعتبار منفعته من الثلث ثلاثة أوجه .

(احدها) : تقوم المنفعة فى حق الموصى له والرقبة مسلوبة المنفعة فى حق الوارث ، لأن الموصى له ملك المنفعة ، والوارث ملك الرقبة ، وينظر كم قدر التركة مع قيمة الرقبة مسلوبة المنفعة ، وينظر قيمة المنفعة فتعتبر من الثلث .

(والثانى) : تقوم المنفعة فى حق الموصى له لأنه ملكها بالوصية ، ولا تقوم الرقبة فى حق الموصى له ، لأنه لم يملكها ولا فى حق الوارث لأنها مسلوبة المنفعة فى حقه لا فائدة له فيها ، فعلى هذا ينظر كم قدر التركة وقيمة المنفعة ، فتعتبر من الثلث .

(والثالث) وهو المنصوص : تقوم الرقبة بمنافعها فى حق الموصى له ، لأن المقصود من الرقبة منفعتها ، فصار كما لو كانت الرقبة له فقومت فى حقه . وينظر قدر التركة فتعتبر قيمة الرقبة من ثلثها ، وان وصى بالرقبة لواحد وبالمنفعة لواحد قومت الرقبة فى حق من وصى له بها ، والمنفعة فى حق من وصى له بها ، لأن كل واحد منهما يملك ما وصى له به فاعتبر قيمتهما من الثلث) .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : ولو أوصى له بشىء بعينه فاستحق لمثله كان له الثلث الباقى اذا احتمله الثلث ، واذا أوصى له بثلث دار هو فى الظاهر مالك لجميعها فاستحق ثلثا الدار وبقى على ملك الموصى ثلثها ، فالثلث كله للموصى له اذا احتمله الثلث ، وهو قول الجمهور .

وقال أبو ثور : يكون له ثلث الثلث استدلالا بأنه لما أوصى له بثلثها ، وهو فى الظاهر مالك لجميعها تناولت الوصية ثلث ملكه منها ، فإذا بان أن ملكه منها الثلث وجب أن تكون الوصية بثلث الثلث ، لأنه كان ملكه منها كمن أوصى بثلث ماله وهو ثلاثة آلاف درهم فاستحق منها ألفان كانت الوصية بثلث الألف الباقية هكذا قال أبو ثور من الفقهاء وأبو العباس ابن سريج من أصحابنا ، وهو فاسد من وجهين .

أحدهما : أن ما طرأ من استحقاق الثلثين ليس بأكثر من أن يكون عند الوصية غير مالك للثلثين ، وقد ثبت أنه لو أوصى له بثلث دار هو قدر ملكه منها كان له جميع الثلث إذا احتمله الثلث . كذلك إذا أوصى له بثلثها فاستحق ما زاد على الثلث منها .

والثانى : هو أن رفع يده بالاستحقاق كزوال ملكه بالبيع ، وقد ثبت أنه لو باع بعد الوصية بالثلث منها ما بقى من ثلثها صحت الوصية بكل الثلث الباقى بعد البيع ، فكذلك تصح بالثلث الباقى بعد المستحق ، وليس لما ذكراه من استدلال بثلث المال وجه ، لأن الوصية لم تعتبر إلا فى ثلث ملكه ، وملكه هو الباقى بعد الاستحقاق ، ولو فعل مثل ذلك فى الوصية بالدار فقال : قد أوصيت لك بثلث ملكى من هذه الدار فاستحق ثلثاها كان له ثلث ثلثها الباقى .

مسألة إذا ابتدأ الوصية بثلث ماله لرجل ، ثم أوصى أن يحج عنه رجل بمائة درهم ، ثم أوصى بالباقى من ثلث المال لآخر ، فقد اختلف أصحابنا فى الموصى له بالباقى فى هذه المسألة إذا قدم الوصية بالثلث على وجهين (أحدهما) وهو قول أبى إسحاق المروزى : أنها باطلة لأن تقديم الوصية بالثلث يمنع من أن يبقى شىء من الثلث ، فعلى هذا إذا أجاز الورثة الوصية بالثلث وبالمائة أمضيا وان لم يجيزوها ردا الى الثلث ، فجعل نصف الثلث لصاحب الثلث ، وكان النصف الآخر بين الموصى له بالمائة وبين الموصى له بالباقى على ما مضى من الوجهين .

فرع الوصية بالمنفعة كما أسلفنا القول كالوصية بالعين ، فلما كان الموصى له بالرقبة يجوز له المعاوضة عليها لأنه قد ملكها بالوصية كان الموصى له بالخدمة أيضاً يجوز له المعاوضة عليها لأنه قد ملكها بالوصية ، فإذا ثبت هذا فالوصية بالمنفعة ضربان مقدرة بمدة ومؤبدة . فإن قدرت بمدة كأن قال : قد أوصيت لزيد بخدمة عبدى سنة فالوصية جائزة له بخدمة سنة ، والمعتبر فى الثلث منفعة السنة دون الرقبة . وفى كيفية اعتبارها وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبى العباس بن سريج أنه يقوّم العبد كامل المنفعة فى زمانه كله . فاذا قيل مائة دينار قوم وهو مسلوب المنفعة سنة . فاذا قيل ثمانون ديناراً فالوصية بعشرين ديناراً . وهى خارجة من الثلث ان لم يكن على الموصى دين .

(والوجه الثانى) وهو الذى أراه مذهبا أنه يقوم خدمة مثله سنة فتعتبر من الثلث ، ولا تقوم الرقبة لأن المنافع المستهلكة فى العقود والغصوب هى المقومة دون الأعيان . فلو أراد أن يستأجر دكانا فإن ذلك يعد معاوضة على المنفعة فلا تقوم العين على حدة والمنفعة على حدة ، وإنما العقد لا يكون إلا على المنفعة فكذلك فى الوصايا ، فإذا علم القدر الذى تقومت به خدمة السنة اما من العين على الوجه الأول أو من النافع على الوجه الثانى نظر ، فإن خرج جميعه من الثلث صحت الوصية له بخدمة جميع السنة . وإن خرج

ثلثه من الثلث رجعت الوصية الى ثلثها واستخدمه ثلث السنة فاذا تقرر أنه على هذه العبرة استحق استخدامه جميع السنة ، فلا يخلو أن يكون فى التركة مال غير العبد أم لا ، فإن كان فى التركة مال غيره إذا أمكن الموصى من استخدامه سنة أمكن الورثة أن يتصرفوا من التركة فى تلك السنة بما يقابل مثل العبد ، فللموصى له أن يستخدم جميع العبد سنة موالية حتى يستوفى جميع وصيته ، والورثة لا يمنعون من التصرف فى رقبة العبد حتى تمضى السنة فإن باعوا الموصى بمنافعه عبداً كان أو فرساً أو سيارة أو بيتاً قبل مضى السنة كان فى بيعه قولان كالعبد المؤاجر .

وان لم يكن فى التركة مال غير الموصى بمنافعه ولا خلف الموصى سواه ففى كيفية انتفاع الموصى له سنة ثلاثة أوجه حكاها ابن سريج .

(أحدها) أنه ينتفع به سنة متوالية ويمنع الورثة من استخدامه والتصرف فيه حتى يستكمل الموصى له سنة وصيته ، ثم حينئذ يخلص للورثة بعد انقضائها .

(والوجه الثانى) أنه يستخدم ثلث الموصى به ثلاث سنين ، ويستخدم الورثة ثلثيه حتى يستوفى الموصى له سنة وصيته فى ثلاث سنين لئلا يختص الموصى له بما لم يحصل للورثة مثلاه .

(والوجه الثالث) أن يتهايأ عليه الموصى له والورثة ، فيستخدمه الموصى له يوماً والورثة يومين حتى يستوفى سنة وصيته فى ثلاث سنين . والوجه الأول أصح لأنهم قد صاروا إلى ملك الرقبة فلم يلزم أن يقابلوا الموصى له بمثلى المنفعة لأن حق الموصى له فى استخدام الموصى به جميعه ، فلم يجز أن يجعل فى ثلثه ، ولأن حقه مفضل ومعجل فلم يجز أن يجعل مرجأ أو مفرقاً .

واذا كانت الوصية بالمنفعة على التأبيد ، كأن قال : أوصيت لزيد باستخدام سيارتى أبداً فالوصية جائزة إذا حملها الثلث ، واختلف أصحابنا فى الذى يعتبر قيمته فى الثلث على وجهين (أحدهما) قاله الشافعى رضى الله

عنه فى اختلاف العراقيين ، وهو اختيار أبى العباس بن سريج أنه تقـــوم جميع الرقبة فى الثلث ، وإن اختصت الوصية بالمنفعة كما تقوم رقبة الوقف فى الثلث .

وإن ملك الموقوف عليه المنفعة فعلى هذا هل يصير الموصى له مالكا وإن منع من بيعها أم لا ؟ على وجهين (أحدهما) لا يملكها لاختصاص الوصية بمنافعها (والثانى) يملكها كما يملك أم الولد . وإن كان ممنوعا من بيعهـا لتقويمها عليه فى الثلث ، وهذا قول أبى حامد المروروذى . هذا إذا قيل إن الرقبة هى المقومة (والوجه الثانى) أنه يقوم منافع الموصى به فى الثلث دون الرقبة ، لأن التقويم إنما يختص بما تضمنته الوصية ، ولا يجوز أن يتجاوز بالتقويم إلى غيره ولأنه لو أوصى بالمنفعة لرجل وبالرقبة لرجل لم يقوم فى حق صاحب المنفعة إلا المنفعة دون الرقبة . كذلك إذا استبقى الرقبة على ملك الورثة واعتبار ذلك أن يقول : كم قيمة الموصى به بمنافعه ؟ فإذا قيل مائة دينار ، قيل : وكم قيمته مسلوب المنافع ، فإذا قيل : عشرون ديناراً علم أن قيمة منافعه ثمانون ديناراً فتكون هى القدر المعتبر من الثلث .

فعلى هذا هل يحتسب الباقى من قيمة الرقبة وهو عشرون ديناراً على الورثة فى ثلثيهم أم لا ؟ على وجهين (أحدهما) يحتسب به عليهم ، لأنه قد دخل ملكهم وهذا قول أبى إسحاق المروزى (والوجه الثانى) لا يحتسب به عليهم لأن ما زالت عنه المنفعة زال عنه التقويم .

فإذا ثبت ماذكرناه وخرج القدر الذى اعتبرناه من الثلث صحت الوصية بجميع المنفعة ، وكان الموصى له استخدامه أبداً ما كان حياً وأخذ جميـع أكسابه المألوفة ، وهل يملك ما كان غير مألوف منها ؟ على وجهين : أصحهما يملكه . وفى نفقته ثلاثة أوجه (أحدها) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أنها على الموصى له بالمنفعة ، لأن النفقة تختص بالكسب (والثانى) وهـو قول أبى على بن أبى هريرة أنها على الورثة لوجوبها بحق الملك (والثالث) وهو ما حكاه أبو حامد الاسفراييني تجب فى بيت المال لأن كل واحد من مالكى المنفعة والرقبة لم يكمل فيه استحقاق وجوبها عليه فعدل بها إلى بيت

المال ؛ فان مات الموصى له فهل تنتقل المنفعة إلى وارثه أم لا ؟ على وجهين حكاهما أبو على الطبرى فى الإفصاح .

(أحدهما) أن المنفعة تنتقل إلى ورثته لتقويمها على الأبد فى حقه ، فعلى هذا تكون المنفعة مقدرة بحياة العين .

(والوجه الثانى) قد انقطعت الوصية بموت الموصى له لأنه وصى له فى عينه بالخدمة لا لغيره ، فعلى هذا تكون المنفعة مقدرة بحياة الموصى له ثم تعود بعد موته إلى ورثة الموصى .

فأما بيع الموصى بمنفعته ، فإن أراد الموصى له بالمنفعة ببيعه لم يجز سواء ملك جميع المنفعة أو بعضها ، وسواء قيل : إنه مالك أو غير مالك . وإن أراد ورثة الموصى بيعه ففيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) يجوز لثبوت الملك . (والثانى) لا يجوز لعدم المنفعة . (والثالث) يجوز بيعه من الموصى له بالمنفعة ولا يجوز من غيره ، لأن الموصى له ينتفع به دون غيره . والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان وصى له بثمرة بستانه ، فان كانت موجودة اعتبرت قيمتها من الثلث ، وان لم تخلق ـ فان كانت على التابيد ـ ففى التقويم وجهان :**

(احدهما) يقوم جميع البستان (والثانى) يقوم كامل المنفعة ، ثم يقوم مساوب المنفعة ، ويعتبر ما بينهما من الثلث ، فان احتمله الثلث نفذت الوصية فيما بقى من البستان . وان احتمل بعضها كان للموصى له قدر ما احتمله الثلث يشاركه فيه الورثة ، فان كان الذى يحتمله النصف كان للموصى له من ثمرة كل عام النصف ، وللورثة النصف ، والله اعلم) .

الشرح الأحكام : إذا أوصى له بثمرة فذلك ضربان : (أحدهما) أن تكون الثمرة موجودة فالوصية جائزة وتعتبر قيمتها من الثلث عند موت

الموصى لا حين الوصية فإن خرجت من الثلث فهى للموصى له ، وإن خرج بعضها كان له منها قدر ما احتمله الثلث ، وكان الورثة شركاءه فيها بما لم يحتمله الثلث منها (والضرب الثانى) أن يوصى بثمرة لم تخلق فهذا على ضربين .

(الضرب الأول) أن يوصى بثمرته على الأبد فالوصية جائزة ، وفيما يقوم فى الثلث وجهان : (أحدهما) جميع البستان . (والثانى) يقوم كامل المنفعة ، ثم يقوم مسلوب المنفعة ثم يعتبر ما بين القيمتين من الثلث ، فإن احتمله نفذت الوصية بجميع الثمرة أبداً ما بقى البستان ، وإن احتمل بعضه كان للموصى له قدر ما احتمله الثلث يشارك فيه الورثة ؛ مثل أن يحتمل النصف فيكون للموصى له النصف من ثمرة كل عام وللورثة النصف الباقى، وإذا احتمل الثلث جميع القيمة وصارت الثمرة كلها للموصى له فاحتاجت إلى سقى فلا يجب على الورثة السقى بخلاف بائع الثمرة حيث وجب عليه سقيها للمشترى إذا احتاجت إلى السقى ، لأن البائع عليه تسليم ما تضمنه العقد كاملا والسقى من كماله ، وليس كذلك الوصية لأن الثمرة تحدث على ملك الموصى له ولا يجب على الموصى له سقيها ، لأنها بخلاف البهيمة الموصى بخدمتها فى الحرث والسقى ، لأن نفقة البهيمة مستحقة لحرمة نفسها ووجوب حفظها بخلاف الثمرة ، وكذلك لو احتاجت النخل إلى سقى لم يلزم واحداً منهما ؛ وأيهما تطوع به لم يرجع به على صاحبه ، فإن مات النخل استقطع جذاعه للورثة دون الموصى له ، وليس للموصى له أن يغرس مكانه ولا إن غرس الورثة مكانه نخيلا كان له فيه حق ، لأن حقه كان فى النخل الموصى له به دون غيره .

(والضرب الثانى) أن يوصى بثمرة مدة مقدرة ، كأن أوصى له بثمرة عشر سنين ؛ فمن أصحابنا من ذهب الى بطلان الوصية مع التقدير بالمدة بخلاف المنفعة لأن تقويم المنفعة المقدر ممكن ، وتقويم الثمار المقدرة المدة غير ممكن . وذهب سائر أصحابنا إلى جوازها كالمنفعة ، وفيما تقدم فى الثلث وجهان .

(أحدهما) أنه يقوّم البستان كامل المنفعة ، ويقوّم مسلوب المنفعة ، ثم يعتبر ما بين القيمتين فى الثلث .

(والوجه الثانى) أن ينظر أوسط ما تثمره النخل غالبا فى كل عام ثم تعتبر قيمة الغالب من الثمرة فى أول عام ، ولا اعتبار بما حدث بعده من زيادة ونقص فان خرج جميعه من الثلث فقد استحق جميع الثمرة فى تلك المدة ، وإن خرج نصفه فله النصف من ثمرة كل عام إلى انقضاء تلك المدة ، وليس له أن يستكمل هذه كل عام فى نصف تلك المدة ، لأنه قد تختلف ثمرة كل عام فى المقادير والأثمان ، فخالف منافع العبد والبهيمة والدار . ومثل الوصية بثمرة البستان أن تكون الماشية فيوصى له بدرها ونسلها ، وتجب نفقة الماشية كما أسلفنا والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب جامع الوصـــايا

اذا وصى لجيرانه صرف الى اربعين داراً من كل جانب ، لما روى ابو هريرة رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال « حق الجوار اربعون داراً هكذا وهكذا وهكذا ، يميناً وشمالا وقداماً وخلفاً » .

فصـــل وان وصى لقراء القرآن صرف الى من يقرأ جميع القرآن وهل يدخل فيه من لا يحفظ جميعه ؟ ففيه وجهان .

(أحدهما) يدخل فيه لعموم اللفظ .

(والثانى) لا يدخل فيه ، لأنه لا يطلق هذا الاسم فى العرف الا على من يحفظه ، وان وصى للعلماء صرف الى علماء الشرع ؛ لأنه لا يطلق هذا الاســم فى العرب الا عليهم ؛ ولا يدخل فيه من يسمع الحديث ولا يعرف طرقه ، لأن سماع الحديث من غير علم بطرقه ليس بعلم) .

الشرح حديث أبى هريرة مرفوعا « حق الجار أربعون داراً هكذا وهكذا وهكذا يمينا وشمالا وقدام وخلف » هكذا ورد بغير تنوين

قدام وخلف ، وقد ساقهما المصنف منوناً لهما والحديث أخرجه أبو يعلى عن شيخه محمد بن جامع العطار ، وهو ضعيف هكذا أفاده الهيثمى فى مجمع الزوائد على أن القول بهذا التحديد لم ينهض الحديث حجة له يجوز على قول من يقول بتقديم الحديث الضعيف على الاجتهاد ، وبه قال أحمد وغيره من الفقهاء ، على أن المعروف من مذهب الشافعى وبناء على أصله « إذا صح الحديث فهو مذهبى » أنه لا عبرة بحديث لم يصح سنده فى الأصول ولا فى الفروع ، والعبرة فى هذا بالعرف فهو يقوم مقام النص عند عدمه ، إلا أن الماوردى قال فى حاويه فى الغارمين : قال الشافعى : ويعطى من له الدين عليهم أحب للبر ، ولو أعطوه فى دنهم رجوت أن يتبع .

فإن ضمنه فى اثنين ضمن حصة الثالث ، وفيه وجهان :

(أحدهما) يضمن ثلث الثلث .

(والثانى) أنه يضمن أقل ما يجزىء أن يعطيه ثالثاً ويخص به غارما فى بلد المال ومن كان منهم ذا رحم أولى لما فى صلتها من زيادة الثواب ، فان لم يكونوا فجيران المال لقوله تعالى : « والجار ذى القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب »[1] ولقوله صلى الله عليه وسلم «مازال جبريل يوصينى بالجار حتى ظننت أنه سيورثه » قال الشافعى : وأقصى الجوار منهم أربعون داراً من كل ناحية ، وهكذا لو أوصى لجيران كان جيرانه منتهى أربعين داراً من كل ناحية ، وقال قتادة : الجار الدار والداران ، وقال سعيد ابن جبير : هم الذين يسمعون الاقامة ، وقال أبو يوسف : هم أهل المسجد . ودليلنا ما روى « أن رجلا كان نازلا بين قوم وقال النبى صلى الله عليه وسلم يشكوهم ، فبعث النبى صلى الله عليه وسلم أبا بكر وعمر وعليا رضى الله عنهم وقال : اخرجوا إلى باب المسجد وقولوا : ألا إن الجوار أربعون داراً » .

قلت : فإذا صح ما استدل به الماوردى من بعث الصحابة الثلاثة ليبلغوا

---

(١) النساء : ٣٦

عنه صلى الله عليه وسلم هذا كان دليلا مسندا للمذهب وإلا كان تحديد الأربعين اجتهاداً وعرفا يصار إليهما ، على أنه قد استغل بعض السفهاء من واضعى الحديث حث القرآن والسنة على حسن الجوار فجعلوه مرتعاً لأحاديث غير شريفة من ذلك ما روى عن جابر رضى الله عنه مرفوعا « الجيران ثلاثة : جار له حق واحد وهو أدنى الجيران وجار له حقان وجار له ثلاثة حقوق ، فأما الذى له حق واحد فجار مشرك لا رحم له ، له حق الجوار ، وأما الذى له الحقان فجار مسلم له حق الاسلام وحق الجوار ، وأما الذى له ثلاثة حقوق فجار مسلم ذو رحم له حق الاسلام وحق الجوار وحق الرحم » وهذا الحديث رواه البزار عن شيخه محمد الحارثى وهو وضاع ، وفيما روى من الأحاديث الصحيحة غنى ، إلا أن الحديث الذى ساقه الماوردى قد رواه الطبرانى عن كعب بن مالك ولفظه : « أتى النبى صلى الله عليه وسلم رجل فقال : يا رسول الله انى نزلت فى محلة بنى فلان ، وإن أشدهم لى أذى أقربهم لى جواراً فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بكر وعمر وعليا يأتون باب المسجد فيقومون على بابه فيصيحون : ألا إن أربعين داراً جار ، ولا يدخل الجنة من خاف جاره بوائقه » وفى إسناده يوسف بن السفر ، أبو الفيض الدمشقى كاتب الأوزاعى ورواية ، كما روى عن مالك . قال النسائى : ليس بثقة . وقال الدارقطنى : متروك يكذب . وقال ابن عدى ؛ روى بواطيل وقال البيهقى : هو فى عداد من يضع الحديث . وقال أبو زرعة وغيره : متروك .

فإذا وصى لقراءة القرآن وكان المضاف إليه معرفاً بأل وهو يقتضى إما العهد أو الاستغراق ؛ فان قلنا بالأول ، فعلى الوجه الذى يجهل الوصية لمن يحفظ القرآن كله ويخرج بذلك من لا يحفظه جميعاً ، وإن قلنا بالثانى فكل ما قرىء من القرآن فهو قرآن دخل من لا يحفظه كله لاشتمال لفظه عليه ، فإذا وصى وقال لقراء قرآن شمل من يحفظه كله ومن يحفظ آية واحدة قولا واحداً .

فان وصى للعلماء صرف الى علماء وفقهاء الأحكام ، ودارسى الفروع ، لأنه لا يطلق عرفاً عند من يوصون للقربة إلا عليهم ولا يدخل فيهم صغار

المتعلمين للحديث لأنهم يسمعون الحديث ، ولا يشتغلون باختلاف أسانيده ، وأسماء رواته ، ومعرفة الثقة العدل الضابط منهم والمجروح بدلس أو سوء حفظ أو تصديق لكل ما يسمع ، أو شذوذ ، أو نكارة أو وضع ، أو صاحب مقالة فى الإسلام ، أو غلو فى مذهب يخرج به عن حد العدالة الى غير ذلك مما ينبغى العلم به وارتشاف مورده وبذل الوسع فى خدمته ، لأن الحديث أشرف علوم الدين وأعظمها مرتقى ، وأرجاها عاقبة .

ولله در أبى حميد القرطبى حيث قال :

نور الحديث مبين فادن واقتبس ... واحد الركاب له نحو الرضا الندس
واطلبه بالصين فهو العلم إن رفعت ... أعلامه برباها يابن أندلس
فلا تضع فى سوى تقييد شارده ... عمراً بفوتك بين اللحظ والنفس
وخل سمعك عن بلوى أخى جدل ... شغل اللبيب بها ضرب من الهوس
ما إن سمعت بأبى بكر ولا عمر ... ولا أنت عن أبى هر ولا أنس
إلا هوى وخصومات ملفقة ... ليست برطب إذا عدت ولا يبس
فلا يغرك من أربابها هذر ... أجدى وجدك منها نغمة الجرس
أعرهم أذناً صما اذا نطقوا ... وكن اذا سألوا تعزى الى خرس
ما العلم إلا كتاب الله أو أثر ... يجلو بنور هداه كل ملتبس
نور لمقتبس خير لملتمس ... حمى لمحترس نعمى لمبتئس
فاعكف ببابهما على طلابهما ... تمحو العمى بهما عن كل ملتبس
ورد بقلبك عذباً من حياضهما ... تغسل بماء الهدى ما فيه من دنس
واقف النبى وأتباع النبى وكن ... من هديهم أبداً تدنو الى قبس
والزم مجالسهم واحفظ مجالسهم ... واندب مدارسهم بالأربع الدرس
واسلك طريقهم واتبع فريقهم ... تكن رفيقهم فى حضرة القدس
تلك السعادة إن تلمم بساحتها ... فحط رحلك قد عوفيت من تعس

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل فان وصى للأيتام لم يدخل فيه من له أب ، لأن اليتم فى بنى آدم فقد الأب ، ولا يدخل فيه بالغ ، لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يتم

بعد الحلم » وهل يدخل فيه الفنى ؟ فيه وجهان . (أحدهما) يدخل فيه ، لأنه يتيم بفقد الأب .

(والثانى) لا يدخل فيه ، لأنه لا يطلق هذا الاسم فى العرف على غنى ، فان وصى للأرامل دخل فيه من لا زوج لها من النساء ، وهل يدخل فيه من لا زوجة له من الرجال ؟ فيه وجهان : (أحدهما) لا يدخل فيه ، لأنه لا يطلق هذا الاسم فى العرف على الرجال (والثانى) يدخل فيه لأنه قد يسمى الرجل أرملا كما قال الشاعر :

كل الأرامل قد قضيت حاجتهم فمن لحاجة هـذا الأرمل الذكر

وهل يدخل فيه من لها مال ؟ على وجهين كما قلنا فى الأيتام .

فصـــل وان وصى للشـــيوخ أعطى من جاوز الأربعين ، وان وصى للفتيان والشباب أعطى من جاوز البـلوغ الى الثـلاثين ، وان وصى للغلمـان والصبيان أعطى من لم يبلغ لأن هـذه الأسـماء لا تطلق فى العـــرف الا على ما ذكرناه) .

الشرح حديث « لا يتم بعد الحلم ، رواه أبو داود عن على كرم الله وجهه قال « حفظت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد احتلام ولا صمات يوم إلى الليل » وفى إسناده يحيى بن محمد المدنى الجـــارى نسبة إلى الجار بلدة على الساحل بالقرب من المدينة المنورة ، قال البخارى : يتكلمون فيه ، وقال ابن حبان : يجب التنكب عما انفرد به من الروايات . وقال العقيلى : لا يتابع يحيى المذكور على هذا الحديث وفى الخلاصـة أن العجلى وابن عدى وثقاه .

قال المنذرى : وقد روى هذا الحديث من رواية جابر بن عبد الله وأنس ابن مالك وليس فيها شىء يثبت ، وقد أعل هذا الحديث أيضاً عبد الحـق وابن القطان وغيرهما ، وحسنه النووى فيما سلف مـن أجزاء المجمـوع متمسكا بسكوت أبى داود عليه ؛ ورواه الطبرانى بسند آخر عن على ، ورواه أبو داود الطيالسى فى مسنده وأخرج نحوه أيضـاً ابن عـدى عن جابر ، وهذه الروايات يقوى بعضـها بعضـا فرقى بالحديث إلى درجة الحسن .

وقد استدل بالحديث على أن الاحتلام من علامات البلوغ ، وتعقب بأنه بيان لغاية مدة اليتم ، وارتفاع اليتم لا يستلزم البلوغ الذى هو مناط التكليف ، إنما يكون عند إدراكه لمصالح آخرته ، ويؤيد مفهومه عند القائلين بأن الاستلام من علامات البلوغ رواية أحمد وأبى داود والحاكم من حديث على رضى الله عنه وفيه « وعن الصبى حتى يحتلم » وقد أسلفنا القول فى أبواب الحجر فى تعريف اليتيم ما ينفع فى هذا فليراجع. على أنه إذا أوصى للأيتام ووجد من الأيتام الفقراء من يفيدون من وصيته بما لا يبقى منه فضل ، كانوا أولى من اليتيم الغنى وإن شمله التعريف .

فإن وصى للأرامل فهو للنساء اللائى فارقهن أزواجهن بموت أو غيره ؛ وهو من أرمل المكان إذا صار ذا رمل ؛ وأرمل الرجل إذا صار بغير زاد لنفاده وافتقاره . وأرملت المرأة فهى أرملة ؛ وهى التى لا زوج لها لافتقارها الى من ينفق عليها . قال الأزهرى : لا يقال لها أرملة إلا اذا كانت فقيرة ، فإذا كانت موسرة فليست بأرملة ؛ والجمع أرامل حتى قيل : رجل أرمل إذا لم يكن له زوج وهو قليل ؛ لا يذهب زاده بفقد امرأته لأنها لم تكن قيمة عليه . قال ابن السكيت : والأرامل المساكين رجالا كانوا أو نساء .

وقال أحمد بن حنبل فى رواية جرت ، وقد سئل عن رجل أوصى لأرامل بنى فلان فقال : قد اختلف الناس فيها ، فقال قوم : هو للرجال والنساء والذى يعرف فى كلام الناس أن الأرامل النساء . وقال الشعبى وإسحاق : هو للرجال والنساء . وأنشد أحدهم :

هذى الأرامل قد قضيت حاجتها فمن لحاجة هذا الأرمل الذكر

وقال الآخر :

أحب أن أصطاد ظبياً سخيلا رعى للربيع والشتاء أرملا

فعلى الوجه بأنه لا يدخل فى الوصية أرامل الرجال أن المعروف فى كلام الناس أنه النساء فلا يحمل لفظ الموصى إلا عليه . ولأن الأرامل جمع أرملة فلا يكون جمعاً للمذكر ، لأن ما يختلف لفظ الذكر والأنثى فى واحده

يختلف فى جمعه ؛ وقد أنكر ابن الانبارى على قائل القول الآخر وخطأه ، والشعر الذى احتج به حجة عليه بالرواية التى سقناها ، أما على الرواية التى ساقها المصنف : كل الأرامل قد قضيت حاجتهم . فإنه يدل على شمول الأرامل للذكر والأنثى إذ لا خلاف بين أهل اللسان فى أن اللفظ متى كان للذكر والأنثى ثم ورد عليه ضمير غلب فيه لفظ التذكير وضميره ، وهذا يؤيد الوجه القائل بشمول الوصية لأرامل الرجال . فيكون أرامل جمع أرمل كأكابر وأعاظم وأصاغر وأسافل جمع أكبر وأعظم وأصغر وأسفل .

على أن هناك ألفاظاً مشتركة بين الرجال والنساء غلب استعمالها للنساء لكثرة شيوعها فيهن وقلتها بين الرجال ، فالأيامى من قوله تعالى « وأنكحوا الأيامى منكم » [1] ، وفى الحديث : « عوذ بالله من بوار الأيم قالوا: يطلق ذلك على الرجال والنساء الذين لا أزواج لهم لما روى عن سعيد بن المسيب قال: « آمت حفصة بنت عمر من زوجها ، وآم عثمان من رقية » والعزاب للرجال والنساء ؛ والثيب للرجال والنساء والبكر للرجال والنساء .

فإذا أوصى للأرامل فهل يدخل فيه من لها مال ؟ على الخلاف الذى مضى فى اليتيم أما اذا وصى للشيوخ أعطى من جاوز الأربعين لأن ما دون الأربعين كهولة وما دون الكهولة فتوة أو شباب وما دون ذلك يفاعة ، وما دونه صبى وما دونه طفل ، فهو إلى السابعة طفل ، ثم إلى العاشرة صبى ، ثم إلى الخامسة عشرة يافع ثم إلى الثلاثين شاب أو فتى ؛ ثم إلى الأربعين كهل ، ثم بعد الأربعين شيخ ، ثم بعد الستين هرم

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان وصى للفقراء جاز أن يدفع الى الفقراء والمساكين ، وان وصى للمساكين جاز أن يدفع الى المساكين والفقراء ، لأن كل واحد من الاسمين يطلق على الفريقين ، وان وصى للفقراء والمساكين جمع بين الفريقين فى العطية ، لأن الجمع بينهما يقتضى الجمع فى العطية كما قلنا فى آية الصدقات ، وان وصى**

---

(١) النور : ٣٢

لسبيل الله تعالى دفع الى الغزاة من اهل الصدقات ، لأنه قد ثبت لهم هذا الاسم فى عرف الشرع .

فان وصى للرقاب دفع الى المكاتبين ، لأن الرقاب فى عرف الشرع اسم للمكاتبين . وان وصى لأحد هذه الأصناف دفع الى ثلاثة منهم ، لأنه قد ثبت لهذه الألفاظ عرف الشرع فى ثلاثة ، وهو فى الزكاة ، فحملت الوصية عليها ، فان وصى لزيد والفقراء فقد قال الشافعى رحمه الله : هو كاحدهم . فمن اصحابنا من قال : هو بظاهره انه يكون كاحدهم يدفع اليه ما يدفع الى احدهم ، لأنه أضاف اليه واليهم فوجب أن يكون كأحدهم . ومنهم من قال : يصرف الى زيد نصف الثلث . ويصرف النصف الى الفقراء ، لأنه أضاف اليه واليهم ، فوجب أن يساويهم . ومنهم من قال : يصرف اليه الربع ويصرف ثلاثة أرباعه الى الفقراء لأن أقل الفقراء ثلاثة ، فكأنه وصى لأربعة ، فكان حق كل واحد منهم الربع وان وصى لزيد بدينار وبثلثه للفقراء ـ وزيد فقير ـ لم يعط غير الدينار ، لأنه قطع الاجتهاد فى الدفع بتقدير حقه فى الدينار .

فصل وان وصى لقبيلة عظيمة كالعلويين والهاشميين وطىء وتميم ففيه قولان (احدهما) أن الوصية تصح وتصرف الى ثلاثة منهم ، كما قلنا فى الوصية للفقراء (والثانى) أن الوصية باطلة ، لأنه لا يمكن أن يعطى الجميع ولا عرف لهذا اللفظ فى بعضهم فبطل بخلاف الفقراء ، فانه قد ثبت لهذا اللفظ عرف وهو فى ثلاثة فى الزكاة) .

الشرح قال الامام الشافعى : واذا أوصى الرجل فقال : ثلث مالى فى المساكين فكل من لا مال له ولا كسب يغنيه داخل فى هذا المعنى وهو للأحرار دون المماليات ممن لم يتم عتقه . قال : وينظر أين كان ماله ؟ فيخرج ثلثه فى مساكين أهل ذلك البلد الذى به ماله دون غيرهم ، فان كثر حتى يغنيهم نقل إلى أقرب البلدان له ، ثم كان هكذا حيث كان له مال صنع به هذا . وهكذا لو قال : ثلث مالى فى الفقراء كان مثل المسكين يدخل فيه الفقير والمسكين ، لأن المسكين فقير ، والفقير مسكين إذا أفرد الموصى القول هكذا .

ولوقال : ثلث مالى فى الفقراء والمساكين ، علمنا أنه أراد التمييز بين الفقر والمسكنة ، فالفقير الذى لا مال له ولا كسب يقع منه موقعاً والمسكين من له مال أو كسب يقع منه موقعاً ولا يغنيه ، فيجعل الثلث بينهم نصفين ،

ونعنى به مساكين أهل البلد الذى بين أظهرهم ماله ، وفقراءهم وإن قل ، ومن أعطى فى فقراء أو مساكين فإنما أعطى لمعنى فقر ، فينظر فى المساكين فإن كان فيهم من يخرجه من المسكنة مائة وآخر يخرجه من المسكنة خمسون ، أعطى الذى يخرجه من المسكنة مائة سهمين والذى يخرجه خمسون سهما واحداً وهكذا يصنع فى الفقراء على هذا الحساب ، ولا يدخل فيهم ؛ ولا يفضل ذو قرابة على غيره الا بما وصفت فى غيره من قدر مسكنته أو فقره ، لأن العطية له صدقة وصلة ؛ وما جمع ثوابين كان أفضل من التفرد بأحدهما ، فإن صرف الثلث فى أقل من ثلاثة من الفقراء والمساكين ضمن ، فإن صرفه فى اثنين كان فى قدر ما يضمنه وجهان .

(أحدهما) وهو الذى نص عليه الشافعى فى الأم أنه يضمن ثلث الثلث ، لأن أقل الأجزاء ثلاثة ، والظاهر تساويهم فيه .

(والوجه الثانى) أنه يضمن من الثلث قدر ما لو دفعه إلى ثلاثة أجزاء ، لا ينحصر بالثلث لأن له التسوية بينهم والتفضيل ، ولو كان اقتصر على واحد فأحد الوجهين أن يضمن ثلثى الثلث . والوجه الثانى أنه يضمن ما يجزئه من دفعه إليهما فلو أوصى بثلث ما له للفقراء أو المساكين صرف الثلث فى الصنفين بالسوية ودفع السدس إلى الفقراء وأقلهم ثلاثة ، ودفع السدس الآخر إلى المساكين وأقلهم ثلاثة . فإن صرفه فى أحد الصنفين ضمن السدس للصنف الآخر وجهاً واحداً ، ثم عليه صرف الثلث فى فقراء البلد الذى فيه المال دون المالك كالزكاة فان تفرق ماله أخرج فى كل بلد ثلث ما فيه ، فإن لم يوجدوا فيه نقل إلى أقرب البلاد به كما سلف القول فى زكاة المال من المجموع .

فأما زكاة الفطر ففيها وجهان :

(أحدهما) تخرج فى بلد المال دون المالك كزكاة المال .

(والثانى) تخرج فى بلد المالك دون المال لأنها عن فطرة بدنه وطهرة لصومه فان نقل الزكاة من بلد المال إلى غيره كان فى الإجزاء قولان .

فأما نقل الوصية فقد اختلف أصحابنا فى إخراجه على قولين كالزكاة ، ومنهم من قال : يجزىء قولا واحداً وإن أساء ، لأن الوصية عطية من آدمى قد كان له أن يضعها حيث شاء .

فإن وصى فى سبيل الله صرف فى الغزاة لما قلناه فى الزكاة ويصرف ذلك **فى ثلاثة فصاعداً من غزاة البلد ومحاربيه أعنى بلد المال على حسب منازلهم أو الفرسان فان لم يوجدوا فى البلد نقل الى أقرب البلاد به .**
أو الفرسان فإن لم يوجدا فى البلد نقل إلى أقرب البلاد به .

فـــرع اذا أوصى بثلثه فى الرقاب صرف فى المكاتبين ، وبه قال أبو حنيفة وقال مالك : يشترى به رقاب يعتقون ، وأصل هذا اختلافهم فى سهم الرقاب فى الزكاة ، هل ينصرف فى العتق أو فى المكاتبين ، والدليل على ذلك قوله تعالى « إنما الصدقات للفقراء »[1] فأثبت ذلك لهم بلام الملك والعبد لا يملك فيصرف إليه والمكاتب يملك فوجب صرفه إليه ، ولأنه مصروف فى ذوى الحاجات ، ولأن مال الزكاة مصروف لغير نفع يعـود إلى ربه ، فلو صرف فى العتق لعاد إليه الولاء فإذا تقرر أن سهم الرقاب فى الزكاة مصروف فى المكاتبين ، وجب أن يكون سهم الرقاب فى الوصايا مصروفا فى المكاتبين، لأن مطلق الأسماء المشتركة محمولة على عرف الشرع .

فـــرع اذا أوصى بشىء لزيد وللمساكين فقال الشـافعى رضى الله عنه : يكون كأحدهم ان عمهم أعطاه كواحد منهم ، ومن أصحابنا من قال : يصرف إليه ربع الوصية وثلاثة أرباعها للفقراء ، ومنهم من قال : يصرف لزيد نصف الوصية والباقى للفقراء ، لأنه جعل الوصية لجهتين فوجبت القسمة بينهما وبهذا قال أحمد وأصحابه وأبو حنيفة ومحمد .

وعن محمد قول آخر : لزيد ثلثه وللمساكين ثلثاه ، لأن أقل الجمـع اثنان ، فإن كان أوصى لزيد بدينار وبثلثيه للفقراء ، وزيد فقير لم يدفـع إليه من سهم الفقراء شىء ، وليس له غير الدينار ، وبه قال الحسن البصرى وإسحاق بن راهويه . لأن عطفهم عليه يدل على المغايرة بينهما ، إذ الظاهر

---

(١) التوبة : ٦٠

المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه ، ولأن تجويز ذلك يفضى إلى تجويز دفع الجميع اليه ، ولفظه يقتضى خلاف ذلك .

فـــرع وقوله : فإن وصى لقبيلة عظيمـة كالعلويين هم أبنـاء على كرم الله وجهه وهم يطلقون هذا على من كان من ولد محمد بن الحنفية ، ولذلك أطلق بعض من يريد كمال الشرف منهم لقب الفاطميين على أنفسهم حتى ينفوا أنهم من أبناء ابن الحنفية فكل فاطمى علوى وليس العكس .

أما الهاشميون فهم بنو هاشم بن عبد مناف واسمه عمرو وسمى هاشماً لهشمه الثريد أيام المجاعة .

عمرو الذى هشم الثريد لقـومه ورجال مـكة مسـنتون عجاف

وولده عبد المطلب بن هاشم وكان لعبد المطلب اثنا عشر ولداً ، عبد الله أبو النبى صلى الله عليه وسلم وأبو طالب ، والزبير ، وعبد الكعبة ، والعباس وضرار ، وحمزة ، وحجل ، وأبو لهب ، وقثم ، والغيداق الملقب بالمقوم ، والحارث أعمام النبى صلى الله عليه وسلم .

والعقب منهم لستة : حمزة والعباس وأبو لهب والحـارث وأبو طالب وعبد الله وقد ذكر ابن حزم وغيره أن حمزة انقرض عقبه .

أما طىء بفتح الطاء وتشديد الياء بهمزة فى الآخر أخذاً من الطاءة على وزن الطاعة ، وهى الايغال فى المرعى وهم بنو طىء بن زيد بن يشجب بن عريب بن زيد بن كهلان ، واليهم ينسب حاتم الطائى المشـهور بالـكرم ، وأبو تمام الطائى الشاعر المشهور وهم من العرب العاربة من حمير . كانت منازلهم باليمن ثم افترقوا بعد سيل العرم فنزلوا بنجد والحجاز ، ثم غلبوا بنى أسد على جبلى أجأ وسلمى من بلاد نجـد فنزلوهما فعرفا بجبلى طىء ثم افترقوا فى أول الإسلام زمن الفتوحات فى الأقطار ، ومنهم بنو ثعـل وزيد الخيل ، وبنو تميم من العرب المستعربة وكانت منازلهم بأرض نجـد ومن بطونهم طابخة ومن بطونها مزينة وهم بنو عثمان وأوس ابنى عمـر

ابن أد بن طابخة ومزينة أمهما عرفوا بها وهى بنت وبرة ومنهم كعب بن زهير المزنى صاحب قصيدة بانت سعاد التى ألقاها أمام النبى صلى الله عليه وسلم وسيأتى ذكرها فى الشهادات ومنهم الإمام إسماعيل بن إبراهيم المزنى صاحب الامام الشافعى رضى الله عنه .

أما الأحكام فإنه إن وصى لبنى فلان وهم قبيلة ويدخل فيهم الذكر والأنثى والخنثى ففى جواز الوصية قولان .

(أحدهما) تصح وتصرف إلى ثلاثة منهم فما فوق كما قلنا فى الفقراء وبصحتها قال أحمد بن حنبل وقال : لا يدخل ولد البنات فيهم لأنهم لا ينتسبون الى القبيلة (والقول الثانى) لا تصح الوصية لعدم امكان إعطاء الجميع ولا يطلق اللفظ فى العرف على فخذ منهم بحيث لو أوصى لبنى طىء فلا يخص بنى مزينة ولو أوصى لبنى هاشم فلا يخص بنى أبى طالب، فكان باطلا ويخالف الفقراء فإنه ينطبق عرفا على ثلاثة منهم ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان اوصى أن يضع ثلثه حيث يرى لم يجز ان يضعه فى نفسه لانه تمليك ملكه بالاذن فلم يملك من نفسه كما لو وكله فى البيع ، والمستحب أن يصرفه الى من لا يرث الموصى من اقاربه ، فان لم يكن له اقارب صرف الى اقاربه من الرضاع ، فان لم يكونوا صرف الى جيرانه لأنه قائم مقام الموصى والمستحب للموصى أن يضع فيما ذكرناه فكذلك الوصى .

فصل وان وصى بالثلث لزيد ولجبريل ، كان لزيد نصف الثلث وتبطل فى الباقى ؛ فان وصى لزيد وللرياح ففيه وجهان .

(أحدهما) أن الجميع لزيد ، لأن ذكر الرياح لغو .

(والثانى) أن لزيد النصف وتبطل الوصية فى الباقى كالمسألة قبلها ، فان قال : ثلثى لله ولزيد ففيه وجهان :

(احدهما) ان الجميع لزيد ، وذكر الله تعالى للتبرك كقوله تعالى :

(فان لله خمسه وللرسول) (١) .

(والثانى) انه يدفع الى زيد نصفه والباقى للفقراء لان عامة ما يجب لله تعالى يصرف الى الفقراء .

فصـــل وان وصى لحمل امراة فولدت ذكراً وانثى صرف اليهما وسوى بينهما ، لان ذلك عطية فاستوى فيه الذكر والانثى ، وان وصى ان ولدت ذكراً فله الف ، وان ولدت انثى فلها مائة فولدت ذكراً وانثى استحق الذكر الالف والانثى المائة ، فان ولدت خنثى دفع اليه المائة لانه يقين ويترك الباقى الى ان يتبين فان ولدت ذكرين او انثيين ففيه ثلاثة اوجه .

(احدها) ان الوارث يدفع الالف الى من يشاء من الذكرين والمائة الى من يشاء من الانثيين لان الوصية لاحدهما فلا تدفع اليهما ، والاجتهاد فى ذلك الى الوارث كما لو اوصى لرجل باحد عبديه .

(والثانى) انه يشترط الذكران فى الالف والانثيان فى المائة ، لانه ليس احدهما باولى من الآخر فسوى بينهما ، ويخالف العبد فانه جعله الى الوارث، وههنا لم يجعله الى الوارث .

(والثالث) انه يوقف الالف بين الذكرين والمائة بين الانثيين الى ان يبلغا ويصطلحا ، لان الوصية لاحدهما فلا يجوز ان تجعل لهما ولا خيار للوارث ، فوجب التوقف ، فان قال : ان كان ما فى بطنك ذكراً فله الف ، وان كان انثى فله مائة ، فولدت ذكراً وانثى لم يستحق واحد منهما شيئاً لانه شرط ان يكون جميع ما فى البطن ذكراً او جميعه انثى ، ولم يوجد واحد منهما) .

الشرح الأحكام : إذا أوصى بثلث ماله إلى رجل يضعه حيث يشاء هو أن يضعه أو حيث أراه الله لم يكن له أن يأخذ منه لنفسه شيئا ، وإن كان محتاجا لأنه أمره بصرفه لا بأخذه ولم يكن له أن يصرفه الى وارث الموصى ، وإن كان محتاجا لأن الوارث ممنوع من الوصية وليس له أن يودعه عند نفسه ولا أن يودعه غيره ، قال الشافعى رضى الله عنه : واختار له أن يعطيه أهل الحاجة من قرابة الميت حتى يغنيهم دون غيرهم ، وليس

---

(١) سورة الانفال : ٤١

الرضاع قرابة ، فإن لم يكن له قرابة من قبل الأب والأم وكان له رضعاء أحببت أن يعطيهم ، فإن لم يكن له رضيع أحببت أن يعطى جيرانه الأقرب منهم فالأقرب ، وأقصى الجوار منتهى أربعين داراً من كل ناحية وأحب أن يعطيه أفقر من يجده وأشدهم تعففاً واستتاراً ، ولا يبقى فى يده شيئا يمكن به أن يخرجه من ساعته .

فـــرع إن وصى بالثلث لله ولزيد فقد كان لأصحابنا فيه وجهـان (أحدهما) أن الثلث لزيد واسم الله تعالى فى الوصية ورد مورد التبرك . (والثانى) أن يصرف لزيد نصفه ويصرف النصف الثانى للفقراء ، فعلى هذا الوجه إذا صرف إلى زيد الثلث كله ضمن نصفه .

ولو قال : اصرفوا ثلثى فى سبيل الله أو فى سبيل البر أو فى سـبيل الثواب .

قال الشافعى رضى الله عنه : جزىء أجزاء فأعطى ذو قرابته فقراء كانوا أو أغنياء ، والفقراء والمساكين ، وفى الرقاب والغارمين وابن السبيل والحاج، ويدخل الضيف والسائل والمعتر منهم ، فإن لم يفعل الموصى ضمن سـهم من منعه إذا كان موجوداً .

فـــرع قال الشافعى رضى الله عنه : تجوز الوصية لما فى البطـن وبما فى البطن إذا كان يخرج لأقل من ستة أشهر ، فإن خرجوا عدداً ذكوراً وإناثا فالوصية بينهم سواء وهم لمن أوصى بهم له ، وهذه المسألة مشـتملة على فصلين .

(أحدهما) الوصية للحمل ، (والثانى) بالحمل ، فأما الوصية بالحمل فجائزة ، لأنه لما ملك بالإرث ــ وهو أضيق ــ ملك بالوصـية التى هى أوسع ، فلو أقر للحمل إقراراً مطلقا بطل فى أحد القولين ، والفرق بينهـما أن الوصية أحمل للجهالة له من الاقرار ، ألا ترى لو أوصى لمن فى هـذه الدار صح ، ولو أقر له لم يصح ، فإذا قال : قد أوصيت لحمل هذه المرأة

بألف نظر حالها إذا ولدت ، فإن وضعته لأقل من ستة أشهر من حين تكلم بالوصية لا من حين الموت صحت له الوصية لعلمنا أن الحمل كان موجوداً وقت الوصية ، وان وضعته لأكثر من أربع سنين من حين الوصية فالوصية باطلة لحدوثه بعدها ، وأنه لم يكن موجوداً وقت التكلم بها وإن وضعته لأكثر من ستة أشهر وقت الوصية ولأقل من أربع سنين ، فان كانت ذات زوج يمكن أن يطأ ــ فيحدث ذلك منه ــ فالوصية باطلة لإمكان حدوثه فلم يستحق بالشك وإن كانت غير ذات زوج يطأ فالوصية جائزة لأن الظاهر تقدمه ، والحمل يجرى عليه حكم الظاهر فى اللحوق فكذلك فى الوصية فإذا صحت الوصية له فان وضعت ذكرا أو أنثى فالوصية له وإن وضعت ذكراً وأنثى كانت الوصية بينهما نصفين لأنها هبة لا ميراث إلا إذا فضل الموصى الذكر على الأنثى أو العكس فيحمل على تفضيله ، فلو قال : إذا ولدت غلاماً فله ألف ، وإن ولدت جارية فلها مائة فولدت غلاماً استحق ألفا أو جارية استحقت مائة ، وإن ولدت غلاما وجارية استحق الغلام ألفا والجارية مائة ، وإن ولدت خنثى دفع إليه مائة لأنها يقين ووقف تمام الألف حتى يتبين ؛ وهكذا لو قال : ان كان فى بطنك غلام فله ألف ، وان كان فى بطنك جارية فلها مائة ، فإن ولدت غلامين أو جاريتين صحت الوصية ، وفيها ثلاثة أوجه حكاها ابن سريج (أحدها) أن للورثة أن يدفعوا الألف إلى أى الغلامين شاءوا والمائة إلى أى الجاريتين شاءوا لأنها لأحدهما فلم تدفع إليهما ، ورجع فيها إلى بيان الوارث كالوصية بأحد عبديه .

(والوجه الثانى) أنه يشترك الغلامان فى الألف والجاريتان فى المائة ، لأنها وصية لغلام وجارية ؛ وليس أحد الغلامين أولى من الآخر ، فشرك بينهما ولم يرجع فيه إلى خيار الوارث بخلاف الوصية بأحد العبدين اللذين يملكهما الوارث فجاز أن يرجع إلى خياره فيهما .

(والوجه الثالث) أن الألف موقوفة بين الغلامين ، والمائة موقوفة بين الجاريتين حتى يصطلحا عليهما بعد البلوغ ، لأن الوصية لواحد فلم يشرك فيها بين اثنين ؛ وليس للوارث فيها خيار فلزم فيها الوقف .

فلو قال : إن كان الذى فى بطنك غلام فله ألف ، وإن كان الذى فى بطنك جارية فلها مائة ، فولدت غلاماً وجارية فلا شيء لواحد منهما ، بخلاف قوله إن كان فى بطنك غلام فله الألف ، لأنه إذا قال : إن كان الذى فى بطنك غلام فقد جعل كون الحمل غلاماً شرطاً فى الحمل والوصية معا ، فإذا كان الحمل غلاما وجارية لم يوجد الشرط كاملا فلم تصح الوصية .

وإذا قال إن كان فى بطنك غلام فلم يجعل ذلك شرطا فى الحمل ، وإنما جعله شرطاً فى الوصية فصحت الوصية . وهكذا لو قال : إن كان ما فى بطنك غلاما ، فهو كقوله : إن كان الذى فى بطنك جارية ، فإذا وضعت غلاماً وجارية فلا وصية وكذلك لو قال : إن كان الذى فى بطنك غلاماً فله ألف فولدت غلامين ففى الوصية وجهان .

(أحدهما) باطل كما لو ولدت غلاماً وجارية لأنه لم يكن كل حمل غلاماً .

(والوجه الثانى) أنها جائزة لأن كل واحد منهما غلام فاشتركا فى الصفة ولم تضر الزيادة ، فعلى هذا يكون على الوجوه الثلاثة التى حكاها ابن سريج من قبل أنها ترجع إلى بيان الورثة فى دفع الألف إلى أحدهما (والثانى) يشتركان جميعاً فيها . (والثالث) توقف الألف بينهما حتى يصطلحا عليها .

مسألة لو قال : قد أوصيت لحمل هذه المرأة من زوجها فجاءت بولد نفاه زوجها باللعان ، ففى الوصية وجهان (أحدهما) وهو قول ابن سريج أن الوصية باطلة لأن لعانه قد نفى أن يكون منه (والوجه الثانى) وهو قول أبى اسحاق المروزى أن الوصية له جائزة ، لأن لعان الزوج انما اختص بنفى النسب دون غيره من أحكام الأولاد ، ألا ترى أنها تعتد به ؟ ولو قذفها به قاذف حدت له . ولو عاد واعترف به لحق به . ولكن لو وضعت بعد أن طلقها ذلك الزوج ثلاثاً ولأكثر من أربع سنين من وقت الطلاق ولأقل من ستة أشهر من حين الوصية فلا وصية لعلمنا أنه ليس منه . وبخلاف الملاعن الذى يجوز أن يكون الولد منه .

مسئلة اخرى إذا وضعت الموصى بحملها ولدا ميتا فلا وصية كما لا ميراث له ، ولو وضعته حياً فمات صحت الوصية وكان لوارث الحمل كالميراث . ولو ضرب ضارب بطنها فألقت جنينا ميتا كان فيه على الضارب قود ، ولا وصية له كما لا ميراث له . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل فان اوصى لرجل بسهم او بقسط او بنصيب او بجزء من ماله فالخيار الى الوارث فى القليل والكثير ، لان هذه الالفاظ تستعمل فى القليل والكثير .

فصل فان اوصى له بمثل نصيب احد ورثته اعطى مثل نصيب اقلهم نصيباً لانه نصيب احدهم فان وصى له بمثل نصيب ابنه وله ابن كان ذلك وصية بنصف المال ، لانه يحتمل ان يكون قد جعل له الكل ، ويحتمل انه جعله مع ابنه فلا يلزمه الا اليقين ، ولانه قصد التسوية بينه وبين ابنه ولا توجد التسوية الا فيما ذكرناه ، فان كان له ابنان فوصى له بمثل نصيب احد ابنيه جعل له الثلث ، وان وصى له بنصيب ابنه بطلت الوصية ، لان نصيب الابن للابن فلا تصح الوصية به كما لو اوصى له بمال ابنه من غير الميراث .

ومن اصحابنا من قال : يصح ويجعل المال بينهما ، كما لو اوصى له بمثل نصيب ابنه ، فان وصى له بمثل نصيب ابنه وله ابن كافر او قاتل فالوصية باطلة ، لانه وصى بمثل نصيب من لا نصيب له فاشبه اذا وصى بمثل نصيب اخيه وله ابن).

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : ولو قال : لفلان نصيب أو حظ أو قليل أو كثير من مالى ، فما أعرف لكثير جداً .

فجملة ذلك أنه : إذا أوصى لرجل بنصيب من ماله أو حظ أو قليل أو كثير ولم يحد ذلك بشىء فالوصية جائزة ويرجع فى بيانها إلى الورثة ؛ فما بينوه من شىء كان قولهم فيه مقبولا ، فإن ادعى الموصى له أكثر لأن هذه الأسماء كلها لا تختص فى اللغة ولا فى الشرع ولا فى العرف بمقدار معلوم لاستعمالها فى القليل والكثير ولأن القليل والكثير حد ، لأن الشىء قد

يكون قليلا اذا أضيف الى ما هو أكثر منـه ، ويكون كثيراً اذا أضيف الى ما هو أقل منه .

وحكى عن عطاء وعكرمة أن الوصية بما ليس بمعلوم من الحظ والنصيب باطلة للجهل بها . وهذا فاسد لأن الجهل بالوصايا لا يمنـع من جوازها ، ألا ترى أنه لو أوصى بثلث ماله وهو لا يعلم قـدره جازت الوصـية مع الجهل بها ، وقد أوصى أنس بن ملك لثابت البنانى بمثل نصيب أحد ولده .

أما إذا أوصى له بسهم من ماله فقد اختلف النـاس فيه ، فحـكى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنـه والحسـن البصرى واياس بن معـاوية وسفيان الثورى وأحمد بن حنبل أن له سدس المال . وقال شريح : يدفـع له بينهم واحد من سهام الفريضتين . وقال أبو حنيفة : يدفع إليه مثل نصيب أقل الورثة نصـيبا ما لم يجـاوز الثلث ، فان جاوزه أعطى الثلث . وقال أبو ثور : أعطيه سهماً من أربعة وعشرين سهماً وقال أبو يوسف ومحمد يعطى مثل نصيب أقلهم نصيبا ما لم يجاوز الثلث وإن جاوزه أعطى الثلث .

وقال الشافعى : السهم اسم عام لا يختص بقدر محدود لانطـلاقه على القليل والكثير كالحظ والنصيب فيرجع فيه إلى بيان الوارث ، فإن قيل : روى ابن مسعود أن النبى صلى الله عليه وسلم فرض لرجل أوصى له سهماً سدساً . قيل : هى قضية فى عين يحتمل أن تكون البينـة قائمـة ، فأمـر بالسدس أو اعترف به الورثة ، فاذا ثبت أنه يرجع فيه الى بيان الورثة قبل منهم ما بينوه من قليل وكثير ، فان توزعوا أحلفوا ، فلو لم يبينوا لم تخل حالهم من أن يكون عندهم بيان أو لا يكون فإن لم يكن عندهم بيان رجع الى بيان الموصى له ، فان توزع أحلف ، وان لم يكن عند الموصى له بيان فأبوا أن يبينوا ففيه وجهان من اختلاف قولين فيمن أقر بمجمل وامتنع أن يبين (أحدهما) يحبس الوارث حتى يبين (والثانى) يرجع إلى بيان الموصى له .

فـــرع إذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته ولم يسمه قال الشافعى رضى الله عنه « أعطيته مثل أقلهم نصيبا » .

(قلت) لأن الوصايا لا يستحق فيها إلا اليقين والأقل ، فلا تعين الزيادة على شك ، فان كان سهم الزوجة أقل أعطيته مثل سهمها ، وان كان سهم غيرها من البنات أو بنات الابن أقل أعطيته مثله ، واعتبار ذلك باعتبار سهام كل واحد من الورثة من أصل فريضتهم ، فتجعل للموصى له مثل سهام أقلهم ، وتضمه إلى أهل الفريضة ، ثم يقسم المال بين الموصى له والورثة على ما اجتمع معك من العددين وقد بيناه .

ولو وصى إليه بمثل أكثرهم نصيبا اعتبرته وزدته على سهام الفريضة ثم قسمت ما اجتمع من العددين على ما وصفناه ، فعلى هذا لو اختلف الورثة فقال بعضهم : أراد مثل أقلنا نصيبا ، وقال بعضهم : بل أراد مثل أكثرنا نصيبا أعطيته من نصيب كل واحد من الفريقين حصة مما اعترف بها .

ومثاله أن يكون الورثة ابنين وبنتين فيكون لكل ابن سهم ولكل بنت سهم وللموصى له بمثل نصيب الذكر ، ولو أراد أنثى لكان المال مقسوماً على سبعة أسهم فريضة ابنين وثلاثة للبنات .

ولو ترك ابنا وبنتا وأوصى لرجل بمثل نصيب الابن ولآخر بمثل نصيب البنت فذلك ضربان (أحدهما) أن يريد بمثل نصيب البنت قبل دخول الوصية عليها . فعلى هذا يكون الموصى له بمثل نصيب الابن خمس المال وللموصى له بمثل نصيب البنت ربع المال فيصير بالوصيتين بخمس المال وربعه فيوقف على إجازتهما .

(والضرب الثانى) أن يريد بمثل نصيب البنت بعد دخول الوصية عليها فعلى هذا يكون الموصى له بمثل نصيب الابن خمس المال ، وللموصى له بمثل نصيب البنت سدس المال فتصير الوصيتان بخمس المال وسدسه فتوقف على إجازتهما .

فلو ابتدأ فوصى لرجل بمثل نصيب البنت ولآخر بمثل نصيب الابن كان للموصى له بمثل نصيب البنت ربع المال ، فأما الموصى له بمثل نصيب

الابن ــ فان أراد قبل دخول الوصية عليه ، كان له ثلث المال ثم على هــذا القياس .

ولو ترك بنتا وأخا وأوصى لرجل بمثل نصيب البنت فقد اختلف أصحابنا فى قدر ما يستحقه الموصى له على وجهين :

(أحدهما) له الربع نصف حصة البنت ، لأنه لما اســتحق مع البنت الواحدة الربع لأنه نصف نصيبها ، فقد اســتحق نصف حظ الابن الذى معها .

(والوجه الثانى) وهو أصح ، له الثلث لأنه يصير مع البنت الواحدة كبنت ثانية كما يصير مع الابن الواحــد كابن ثان ، وللواحــدة من البنتين الثلث فكذلك للموصى له مثل نصيب البنت الواحــدة الثلث ، وهــكذا لو وصى بمثل نصيب أخت مع عم كان فيما يستحقه بالوصــية وجهــان : (أحدهما) الربع (والثانى) الثلث وهكذا لو لم يرث مع البنت والأخت غيرهما . لأن لكل واحدة منهما اذا انفردت النصف ، والباقى لبيت المال ، فعلى هذا لو وصى بمثل نصيب أخ لأم فله فى أحد الوجهين نصف السدس ، وفى الآخر السدس .

وجملة ذلك أن الموصى جعل وارثه أصلا وقاعدة حمــل عليهــا نصيب الموصى له وجعله مثلا له ، وهذا يقتضى أن لا يزاد عليه ، فإن كان الورثة يتساوون فى الميراث كالبنين مثلا فله نصيب أحدهم إذا كانت الوصية بمثل نصيب أحد ورثته فان تفاضلوا فله مثــل نصيب أقلهــم ميراثا يزاد على الفريضة ، فإن أوصى بنصيب وارث معين فله مثل نصيبه مزاداً على الفريضة ، وبهذا قال الجمهور ، وبه قال أبو حنيفة والشافعى وأحمد .

وقال مالك وابن أبى ليلى وزفر وداود : يعطى مثل نصيب المعين أو مثل نصيب أحدهم اذا كانوا يتساوون من أصل المال غير مزيد ، ويقســم الباقى بين الورثة لأن نصيب الوارث قبل الوصية من أصل المال ، فلو أوصى

بمثل نصيب ابنه ، وله ابن واحد فالوصية بجميع المال ، وإن كان له ابنان فالوصية بالنصف ، وان كانوا ثلاثة فالوصية بالثلث .

وقال مالك : إن كانوا يتفاضلون نظر إلى عددهم فأعطى سهماً من عددهم لأنه لا يمكن اعتبار أنصبائهم لتفاضلهم فاعتبر عدد رءوسهم ، وقد أوضحنا أن الموصى جعل وارثه أصلا وقاعدة ، وهذا يدل على فساد ما خالفه ، لأن قاعدة الجمهور تقتضى أن لا يزاد أحدهما على صاحبه ، ومتى أعطى من أصل المالفما أعطى نصيبه ولا حصلت له التسوية ، والعبارة تقتضى التسوية ، وانما جعل مثل أقلهم نصيبا لأنه اليقين ، وما زاد فمشكوك فيه فلا يثبت مع الشك .

فرع قال الشافعى رضى الله عنه : إذا أوصى بمثل نصيب ابنه ولا ابن له غيره فله النصف ، فإن لم يجز الابن فله الثلث .

(قلت) وهذا قول أبى حنيفة وصاحبه ، فإن أجازها الابن وإلا ردت على الثلث وقال مالك وزفر بن الهذيل وداود بن على : هى وصية بجميع المال ، استدلالا بأن نصيب ابنه ــ إذا لم يكن له غيره ــ الجميع ، فاقتضى أن تكون الوصية بمثل نصيبه وصية بجميع المال ، ولأنه لو كان وصى له بمثل ما كان نصيب ابنه كانت وصية بجميع المال إجماعا وجب إذا وصى له بمثل نصيب ابنه أن تكون وصيته بجميع المال حجاجا ، وهذا فاسد من ثلاثة أوجه :

أحدها :أن نصيب الابن أصل والوصية بمثله فرع فلم يجز أن يكون الفرع رافعا لحكم الأصل .

والثانى : أنه لو جعلت الوصية بكل المال لخرج أن يكون للابن نصيب، وإذا لم يكن للابن نصيب بطلت الوصية التى هى مثله .

والثالث : أن الوصية بمثل نصيب ابنه توجب التسوية بين الموصى له وبين ابنه ، فإذا وجب ذلك كانا نصفين ، وفى إعطائه الجميع إبطال للتسوية

بينهما كما قررنا ، وأما قولهم : إن نصيب الابن كل المال ، فالجواب : أن له الجميع مع عدم الوصية ، فأما مع الوصية فلا يستحق الجميع .

وأما قوله : وصيت لك بمثل ما كان نصيب ابنى فالفرق بينهما أنه لم يجعل له مع الوصية نصيبا فلذلك كانت بكل المال .

فعلى هذا لو قال : وصيت لك بنصيب ابنى فالذى عليه الجمهور من أصحابنا أن الوصية باطلة ، وهو قول أبى حنيفة وأحمد لأنها وصية بما لا يملك ، لأن نصيب الابن ملكه لا ملك أبيه . وقال بعض أصحابنا الوصية جائزة ،وهو قول مالك ويجريها مجرى قوله : بمثل نصيب ابنه فيجعلها وصية بالنصف وعند مالك بالكل ولو أوصى بمثل نصيب ابنه ولا ابن له كانت الوصية باطلة ، وكذلك لو كان له ابن كافر أو قاتل لأنه لا نصيب له .

فـــرع قال الشافعى رضى الله عنه : ولو قال : بمثل نصيب أحد ولدى فله مع الابنين الثلث ومع الثلاثة الربع حتى يكون كأحدهم .

(قلت) وإلى هذا ذهب أحمد وأصحابه . وقال مالك : يكون له مع الاثنين النصف ومع الثلاثة الثلث ومع الأربعة الربع ، وقد ذكرنا وجه فساده لما فيه من تفضيل الموصى له على ابنه .

(قلت) ولو قال : بمثل نصيب ابنى وله ولدان فالوصية باطلة لأنه يوصى بنصيب ابنه الذى هو ملك للابن فلا يملك الأب الوصية به كما لو أوصى بما يملكه ولده من كسبه لا من ميراثه ، ومن أصحابنا من صحح الوصية وجعلها كقوله : بمثل نصيب أحد ابنى ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل فان وصى بضعف نصيب احد اولاده دفع اليه مثلى نصيب احدهم لان الضعف عبارة عن الشىء ومثله ولهذا يروى ان عمر رضى الله عنه اضعف الصدقة على نصارى بنى تغلب ، اى اخذ مثلى ما يؤخذ من المسلمين فان وصى له بضعفى نصيب احدهم اعطى ثلاثة امثال نصيب احدهم . وقال

أبو ثور : يعطى أربعة أمثاله وهذا غلط ، لأن الضعف عبارة عن الشيء ومثله فوجب أن يكون الضعفان عبارة عن الشيء ومثليه .

فصـــل فان وصى لرجل بثلث ماله ولآخـر بنصـفه وأجاز الورثة قسم المال بينهما على خمسة : للموصى له بالثلث سهمان ، وللموصى له بالنصف ثلاثة أسهم ، فان لم يجيزوا قسم الثلث بينهما على خمسة على ما ذكرناه ، لأن ما قسم على التفاضل عند اتساع المال قسم على التفاضل عند ضيق المال كالمواريث ، والمال بين الغرماء فان أوصى لرجل بجميع ماله ولآخر بثلثه وأجاز الورثة قسم المال بينهما على أربعة ، للموصى له بالجميـع ثلاثة اسـهم . وللموصى له بالثلث سهم ، لأن السهام فى الوصايا كالسـهام فى المواريث ثم السهام فى المواريث اذا زادت على قدر المال أعيلت الفريضة بالسهم الزائد ، فكذلك فى الوصـية ، فان لم يجـيزوا قسـم الثلث بينهـما على ما قسـم الجميع) .

الشرح قال الشافعي رضي الله عنه : ولو قال : ضعف ما يصيب أكثر ولدى نصيباً أعطيته مثله مرتين ، ولو قال : ضعفين ، فان كان نصيبه مائة أعطيته ثلاثمائة ، فأكون قد أضعفت المائة التى تصيبه بميراثه مرة فذلك ضعفان ، وهكذا إن قال ثلاثة أضعاف وأربعة ، ولم أزد على أن أنظر أصل الميراث فأضعفه له مرة بعد مرة حتى يستكمل ما أوصى له به ! هـ .

أما اللغات فإنه إذا وصى لرجل بمثل ضعف نصيب أحد أولاده كان الضعف مثلى النصيب ، فإن كان نصيب الابن مائة كان للموصى له بالضعف مائتين ، وبه قال جمهور الفقهاء . وقال أبو عبيدة القاسم بن سلام : الضعف المثل ، واستدل بقوله تعالى « يضاعف لها العذاب ضعفين » [1] أى مثلين ، وقوله تعالى « فآتت أكلها ضعفين » [2] وإذا كان الضعفان مثلين فالواحـد مثل .

ولنا أن الضعف مثلان بدليل قوله تعالى « إذن لأذقناك ضعف الحياة وضعف الممات » [3] وقال « فأولئك لهم جزاء الضعف بما عملوا » [4] ويروى عن عمر أنه أضعف الزكاة على نصارى بنى تغلب فكان يأخذ من المائتين عشرة،

---

(١) سورة الأحزاب : ٣٠ (٢) سورة البقرة : ٢٦٥
(٣) سورة الاسراء : ٧٥ (٤) سورة سبأ : ٣٧

وقال لحذيفة وعثمان بن حنيف : لعلكما حملتما الأرض ما لا تطيق ؟ فقال عثمان : لو أضعفت عليها لاحتملت قال الأزهرى : الضعف المثل فما فوقه .

قال الماوردى فى حاويه : والدليل على أن الضعف مثلان هو أن اختلاف الأسماء يوجب اختلاف المسمى الا ما خص بدليل ، ولأن الضعف أعم فى اللغة من المثل فلم يجز أن يسوى بينه وبين المثل ، ولأن انشقاق الضعف من المضاعفة والتثنية من قولهم ؛ أضعفت الثوب إذا طويته بطاقين .

فأما الآية ففيها جوابان (أحدهما) ما حكاه أبو العباس عن الأثرم عن بعض المفسرين أنه جعل عذابهن اذا أتين بفاحشة ثلاثة أمثال عذاب غيرهن فلم يكن فيه دليل (والثانى) أن الضعف قد يستعمل فى موضع المثل مجازاً إذا صرفه الدليل عن حقيقته ، وليست الأحكام تتعلق بالمجاز ، وإنما تتعلق بالحقائق .

اما الأحكام فانه اذا أوصى له بضعفى نصيب ابنه فقد اختلفوا فيه على ثلاثة مذاهب (أحدها) وهو مذهب مالك أن له ملثى نصيبه لأنه جعل الضعف مثلا فجعل الضعفين مثلين .

والمذهب الثانى ــ وهو مذهب أبى ثور أن له أربعة أمثال نصيبه ، لأنه لما استحق بالضعف مثلين استحق بالضعفين أربعة أمثال .

والمذهب الثالث ــ وهو مذهب الشافعى رضى الله عنه وجمهور الفقهاء ــ أن له بالضعفين ثلاثة أمثال نصيبه ، فان كان الابن نصيبه مائة استحق بالضعفين ثلاثمائة ، لأنه لما أخذ بالضعف سهم الابن ومثله حتى استحق مثلين ، وجب أن يأخذ بالضعفين لسهم الابن ومثليه يستحق به ثلاثة أمثاله . فعلى هذا لو أوصى له بثلاثة أضعاف نصيب ابنه استحق أربعة أمثاله ، وبأربعة أضعاف خمسة أمثاله وكذلك فيما زاد .

فــــرع قال الشافعى رضى الله عنه : ولو أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بنصفه ولآخر بربعه فقد عالت وصاياه على كل ماله ، فلا يخلو حال

ورثته من ثلاثة أحوال : إما أن يجيزوا جميعاً أو يردوا جميعا ، أو يجيزوا بعضها ويردوا بعضها ، فان أجازوا جميعها قسم المال بينهم على قدر وصاياهم وأصلها من اثنى عشرة لاجتماع الثلث والربع ويعول بسهم ، وتصح من ثلاثة عشر ، لصاحب النصف ستة أسهم ، ولصاحب الثلث أربعة أسهم ، ولصاحب الربع ثلاثة أسهم ، وكان النقص بسهم العول داخلا على جميعهم كالمواريث . وهذا متفق عليه ولم يخالف فيه أبو حنيفة ولا غيره .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل فان قال اعطوه رأساً من رقيقى ولا رقيق له ، أو قال اعطوه عبدى الحبشى ، وله عبد سندى ، أو عبدى الحبشى وسماه باسمه ووصفه بصفة من بياض أو سواد وعنده حبشى يسمى بذلك الاسم ومخالف له فى الصفة فالوصية باطلة لأنه وصى له بمالا يملكه ، فان كان له رقيق اعطى منه واحداً ، سليماً كان أو معيبا لأنه لا عرف فى هبة الرقيق فحمل على ما يقع عليه الاسم ، فان مات ماله من الرقيق بطلت الوصية لأنه فات ما تعلقت به الوصية من غير تفريط ، فان قتلوا ـ فان كان قبل موت الموصى ـ بطلت الوصية لأنه جاء وقت الوجوب ولا رقيق له ، فان قتلوا بعد موته وجبت له قيمة واحد منهم لأنه بدل ما وجب له .

فصل فان وصى بعتق عبد أعتق عنه ما يقع عليه الاسم لعموم اللفظ ومن أصحابنا من قال : لا يجزى الا ما يجزى فى الكفارة لأن العتق فى الشرع له عرف وهو ما يجزى فى الكفارة فحملت الوصية عليه ، فان وصى أن يعتق عنه رقبة فعجز الثلث عنها ولم تجز الورثة أعتق قدر الثلث من الرقبة ، لأن الوصية تعلقت بجميعها ، فاذا تعذر الجميع بقى فى قدر الثلث ، فان وصى أن يعتق عنه رقاب أعتق ثلاثة لأن الرقاب جمع واقله ثلاثة ، فان عجز الثلث عن الثلاثة أعتق عنه ما أمكن ، فان اتسع الثلث لرقبتين وتفضل شىء ، فان لم يمكن أن يشترى بالفضل بعض الثالثة زيد فى ثمن الرقبتين ، وان امكن أن يشترى به بعض الثالثة ففيه وجهان :

(أحدهما) يزاد فى ثمن الرقبتين لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن أفضل الرقاب فقال « أكثرها ثمناً وأنفسها عند أهلها » .

(والثانى) أنه يشترى به بعض الثالثة لقوله صلى الله عليه وسلم

« من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضو منها عضوا منه من النار ، ولأن ذلك أقرب الى العدد الموصى به » .

فصـــل فان قال أعتقوا عبيداً من عبيـدى وله خنثى حكم له بأنه رجل ، ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه يجوز لأنه محكوم بأنه عبد .

(والثانى) لا يجوز لأن اسم العبد لا ينصرف اليه ، فان قال أعتقوا أحد رقيقى وفيهم خنثى مشكل فقد روى الربيع فيمن وصى بكتابة أحد رقيقه أنه لا يجوز الخنثى المشكل . وروى المزنى أنه يجوز فمن أصحابنا من قال : يجوز كما نقله المزنى ، لأنه من الرقيق ، ومنهم من قال : لا يجوز كما نقله الربيع لأن اطلاق اسم الرقيق لا ينصرف الى الخنثى المشكل .

فصـــل فان قال : أعطوه شاة جاز أن يدفع اليه الصـــغير والكبير والضأن والمعز : لأن اسم الشاة يقع عليه ولا يدفع اليه تيس ولا كبش على المنصوص ومن أصحابنا من قال يجوز الذكر والأنثى » لأن الشاة اسم للجنس يقع على الذكر والأنثى كالانسان ، يقع على الرجل والمرأة .

فان قال : اعطوه شـاة من غنمى والغنم اناث لم يدفع اليـه ذكر ، فان كانت ذكوراً لم يدفع اليه أنثى لأنه أضـاف الى المال وليس فى المـال غيره ، فان كانت غنمه ذكوراً واناثاً فعلى ما ذكرنا من الخلاف فيه اذا أوصى بشـاة ولم يضف الى المال . فان قال أعطوه ثورا لم يعط بقرة ، فان قال : أعطوه جملا لم يعط ناقة فان قال : أعطوه بعيراً فالمنصوص أنه لا يعطى ناقة . ومن أصحابنا من قال : يعطى لأن البعير كالانسان يقع على الذكر والأنثى ، فان قال : اعطوه رأساً من الابل او رأساً من البقر أو رأسا من الغنم جاز الذكـر والأنثى ، لأن ذلك اسم للجنس .

فصـــل فان قال : أعطوه دابة فالمنصوص أنه يعطى فرساً أو بغلا أو حماراً واختلف أصحابنا فيه فقال أبو العباس : هذا قاله على عادة أهل مصر ، فان الدواب فى عرفهم الأجناس الثلاثة ، فان كان الموصى بمصر أعطى واحـداً من الثلاثة . وان كان فى غيرها لم يعط الا الفرس ، لأنه لا تطلق الدابة فى سائر البلاد الا على الفرس .

وقال أبو اسحاق وأبو على بن أبى هريرة : يعطى واحداً من الثلاثة فى جميع البلاد ، لأن اسم الدواب يطلق على الجميع ، فان قال : أعطوه دابة من دوابى ،

وليس عنده الا واحد من الثلاثة أعطى منه ، لأنه أضاف الى ماله وليس له غيره فان قال : اعطوه دابة ليقاتل عليه العدو لم يعط الا فرساً . فان قال ليحمل عليه لم يعط الا بغلا أو حماراً ، فان قال لينتفع بنسله لم يعط الا فرسا أو حماراً لأن القرينة دلت على ما ذكرناه) .

الشرح حديث « سئل عن أفضل الرقاب » رواه أحمد والبخارى ومسلم من حديث أبى ذر رضى الله عنه ، وحديث « من أعتق رقبة »رواه ثلاثتهم أيضاً عن أبى هريرة رضى الله عنه .

أما قوله : فإن قال « أعطوه شاة من غنمى الخ » فهو كما قال الشافعى رضى الله عنه : ولو أوصى بشاة من ماله ، كأن قيل للورثة أعطوه أو اشتروها له ، صغيرة كانت أو كبيرة ، ضأنا أو معزاً . ا هـ .

قلت : ومعنى هذا أن الوصية جائزة ترك غنماً أو لم يترك ، لأنه جعلها فى ماله ويعطيه الورثة ما شاءوا ، ضأنا أو معزاً كبيرا أو صغيرا سمينا أو هزيلا . وفى استحقاق الأنثى وجهان (أحدهما) وهو الظاهر من نص الشافعى أنه لا يعطى إلا أنثى لأن الهاء موضوعة للتأنيث (والوجه الثانى) وهو قول أبى على بن أبى هريرة أن للورثة الخيار فى إعطائه ذكراً أو أنثى ، لأن الهاء من أصل الكلمة فى اسم الجنس فاستوى فيه الذكر والأنثى ،ولكن لو قال : شاة من غنمى وكانت غنمه كلها إناثا لم يعط إلا أنثى . وكذلك لو كانت كلها ذكوراً لم يعط إلا ذكرا منها . وهكذا لو دل كلامه على المراد منها حمل عليه ، مثل قوله : شاة ينتفع بدرها ونسلها لم يعط إلا كبيرة أنثى لتكون ذات در ونسل ، وسواء كانت ضأنية أو معزية فان قال : شاة ينتفع بصوفها لم يعط إلا من الضأن . ولو قال : ينتفع بشعرها لم يعط إلا من المعز ، ولا يجوز اذا أوصى بشاة من ماله أن يعطى غزالا ولا ظبيا وان انطلق عليه اسم الشاة مجازاً .

ولكن لو قال : شاة من شياهى ولم يكن فى ماله إلا ظبى ففيه وجهان :

(أحدهما) أن الوصية باطلة ، لأن اسم الشاة يتناول الغنم ، وليس بتركته فبطلت (والوجه الثانى) أنها تصح لأنه لما أضاف ذلك الى شاته

وليس فى ماله إلا ما ينطلق عليه مجاز الاسم دون الحقيقة حمل عليه ، وانصرفت وصيته إلى الظبى الموجود فى تركته حتى لا تبطل وصيته .

فرع قال الشافعى رضى الله عنه : ولو قال بعيراً أو ثوراً لم يكن لهم أن يعطوه ناقة ولا بقرة ، ولو قال : عشر أنوق وعشر بقرات لم يكن لهم أن يعطوه ذكراً . ولو قال عشرة أجمال أو أثوار لم يكن لهم أن يعطوه أنثى ، ولو قال : عشرة من إبلى أعطوه ما شاءوا .

قلت : وبهذا نعلم أنه إذا أوصى بثور لم يعط إلا ذكرا . ولو قال بقرة لم يعط إلا أنثى وكان بعض أصحابنا يخرج فى البقرة وجها آخر أنه يجوز أن يعطى ذكراً أو أنثى كالشاة لأن الهاء من أصل اسم الجنس .

ولا يجوز أن يعدل فى الوصية بالثور والبقرة إلى الجواميس بخلاف الشاة التى ينطلق عليها اسم الضأن والمعز إلا أن يكون فى كلامه ما يدل عليه أو يقول بقرة من بقرى وليس له إلا الجواميس فتنصرف إلى الجواميس . وإن كان اسم البقر يتناولها مجازاً ، لأن إضافة الوصية الى التركة قد صرف الاسم عن حقيقته إلى مجازه . ولا يجوز أن يعدل به إلى بقر الوحش ، فان أضاف الوصية إلى بقره ولم يكن له إلا بقر الوحش فعلى ما ذكرنا من الوجهين .

فأما إذا أوصى ببعير فمذهب الشافعى أنه لا يعطى إلا ذكراً ، لأن الاسم بالذكور أخص ، وقال بعض أصحابنا : هو اسم للجنس فيعطى ما شاء الوارث من ذكر أو أنثى . فأما إذا أوصى له بحمل لم يعط إلا ذكراً لاختصاص هذا الاسم بالذكور . ولو أوصى بعشر من إبله أعطاه ما شاء الوارث من ذكور وإناث ، وسواء أثبت الهاء فى العدد أو أسقطها .

ومن أصحابنا من قال إذا أثبت الهاء فى العدد فقال عشرة من إبلى لم يعط إلا من الذكور لأن عددها باثبات الهاء كما هو معروف فى قواعد النحو فى العدد وان أسقط الهاء فى العدد فقال : عشرة من إبلى لم يعط إلا من

الإناث ، لأن عددها باسقاط الهاء لقوله تعالى « سبع ليال وثمانية أيام حسوماً » وقوله « سبع سموات طباقا » وقوله « سبع بقرات سمان يأكلهن سبع عجاف » وكما نقول عشر نسوة وعشرة رجال ، وهذا لا وجه له لأن اسم الإبل إذا كان يتناول الذكور والإناث تناولا واحدا صار العدد فيها محمولا على القدر دون النوع .

وأما إذا قال : أعطوه مطية أو راحلة فذلك يتناول الذكور والإناث فيعطيه ما شاء الوارث منها .

فأما إذا قال أعطوه دابة فقال الشافعي رضى الله عنه : أعطى من الخيل والبغال والحمير ذكرا أو أنثى صحيحاً صغيرا أو كبيرا ، أعجف أو سميناً .

(قلت) لأن اسم الدواب يطلق على كل ما دب على الأرض اشتقاقا من دبيبه غير أنه فى العرف مختص ببعضها ، فإن قال : أعطوه دابة من دوابى فقد اختلف أصحابنا فى قول الشافعى : أعطى من الخيل والبغال والحمير الخ ، فقال أبو العباس ابن سريج يحمل ذلك على عرف الناس بمصر حيث قال ذلك فيهم . وذكره لهم اعتبارا بعرفهم . أما بالعراق والحجاز فلا ينطلق إلا على الخيل وحدها ولا يتناول غيرها إلا مجازا يعرف بقرينة ، فإن كان الموصى بمصر خير ورثته بين الأصناف الثلاثة ، وإن كان بالعراق لم يعطوه إلا من الخيل .

وقال أبو إسحاق المروزى وأبو على بن أبى هريرة : بل الجواب محمول على ظاهره فى كل البلاد ، بأن اسم الدواب ينطلق على هذه الأجناس الثلاثة ، فإن شذ بعض البلاد بتخصيص بعضها بالاسم لم يعتبر به حكم العرف العام ، فلو قرن ذلك بما يدل على التخصيص حمل على قرينته ، كقوله : أعطوه دابة يقاتل عليها فلا يعطى إلا من الخيل عتيقاً أو هجينا ذكرا أو أنثى ولا يعطى صغيرا ولا مما لا يطيق الركوب ، ولو قال : دابة يحمل عليها أعطى من البغال والحمير دون الخيل ، ولو قال : ينتفع بنتاجها يعطى من الخيل والحمير ولا يعطى من البغال والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل فان وصى بكلب ولا كلب له فالوصية باطلة ، لأنه ليس عنده كلب ولا يمكن أن يشترى . فبطلت الوصية ، فان قال : أعطوه كلبا من كلابى وعنده كلاب لا ينتفع بها بطلت الوصية ، لأن ما لا منفعة فيه من الكلاب لا يحل اقتناؤه فان كان ينتفع بها أعطى واحدا منها الا أن يقرن به قرينة من صـــيد او حفظ زرع فيدفع اليه ما دلت عليه القرينة ، فان كان له ثلاثة كلاب ولا مال له فاوصى بجميعها ولم تجز الورثة ردت الى الثلث وفى كيفيـة الرد وجهان .

(أحدهما) يدفع اليه من كل كلب ثلثه كسائر الأعيان .

(والثانى) يدفع اليه احدها وتخالف سائر الأعيان لأن الأعيان تقـــوم وتختلف اثمانها والكلاب لا تقوم فاستوى جميعها وقيما يأخذ وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبى اسحاق أنه يأخذ واحدا منها بالقرعة .

(والثانى) يعطيه الوارث ما شاء منها فان كان له كلب واحد فوصى به ولم تجز الورثة ولم يكن له مال أعطى ثلثه ، فان كان له مال ففيه وجهان : (أحدهما) وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنه يدفع الجميع الى الموصى له لأن أقل المال خير من الكلب فامضيت الوصية فيه كما لو أوصى له بشاة وله مال تخرج الشاة من ثلثه (والثانى) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أنه يدفع اليه ثلث الكلب لأنه لا يجوز أن يحصل للموصى له شىء الا ويحصـــل للورثة مثلاه ولا يمكن اعتبار الكلب من ثلث المال لأنه لا قيمة له فاعتبر بنفسه .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : ولو قال أعطوه كلباً من كلابى أعطاه الوارث أيها شاء وهذا كما قال ، فإن الوصـــية بالكلب المنتفـــع به جائزة ، لأنه لما جاز إقراره فى يد صاحبه ، وحرم انتزاعه من يد صـــاحبه جاز أن يكون وصية وميراثاً فإذا أوصى له بكلب ولا كلاب له فالوصـــية باطلة ، لأنه لا يصح أن يشترى ولا يلزم أن يستوهب ، وإن كان له كلاب فضربان : منتفع به وغير منتفع ، فإن كانت كلابه كلها غير منتفع بها فالوصية باطلة لحظر اقتنائه وتحريم إمساكه ، وإن كانت كلها منتفعاً بها فـــكان له كلب حرث وكلب ماشية وكلب صيد نظرت ، فإن كان الموصى له صاحب

حرث وماشية وصيد فالوارث بالخيار فى إعطائه أى كلب شاء من حرث أو ماشية أو صيد .

وإن كان الموصى له ليس بصاحب حرث ولا ماشية ولا صيد ففى الوصية وجهان (أحدهما) الوصية باطلة اعتباراً بالموصى له وأنه غير منتفع به (والثانى) إن كان الموصى له ممن ينتفع بأخذها بأن كان صاحب حرث لا غير أو صاحب صيد لا غير فالوصية جائزة ، وفيها وجهان . أحدهما : يلزم الوارث أن يعطيه الكلب الذى يختص بالانتفاع به دون غيره اعتباراً بالموصى له . والثانى : أن للوارث الخيار فى إعطائه أى الكلاب شاء اعتباراً بالموصى به .

فأما الوصية بالجرو الصغير المعد للتعليم ففى جوازها وجهان من اختلاف الوجهين فى اقتنائه . أحدهما : غير جائز والوصية به باطلة لأنه غير منتفع به فى الحال . والثانى : أن اقتناءه جائز والوصية به جائزة لأنه سينتفع به فى ثانى حال ، ولأن تعليمه منفعة فى الحال

ولو كان لرجل ثلاثة كلاب ولم يترك شيئاً سواها فأوصى بجميعها لرجل ، فان أجازها الورثة له والا ردت الوصية الى الثلث ، ثم فى كيفية رجوعها إلى الثلث وجهان . أحدهما : أن تستحق من كل كلب ثلثه فيحصل له ثلث الثلاثة ، ولا يستحق واحداً بكماله إلا عن مراضاته ، والوجه الثانى : أنه قد استحق بالوصية أحدهما بخلاف الأموال ، لأن الأموال مقومة تختلف أثمانها ، وليس كالكلاب التى لا تقوم ، فاستوى فيه حكم جميعها ، فعلى هذا فيه وجهان ، أحدهما : وهو قول أبى إسحاق المروزى ــ أنه يأخذ أحدها بالقرعة . الثانى : أن للورثة أن يعطوه أيها شاءوا .

فأما إن كان له كلب واحد ولا مال له غيره فأوصى به لرجل فهو كمن أوصى بجميع ماله ، فإن أجازه الورثة وإلا كان للموصى له ثلثه وللورثة ثلثاه ، ويكون بينهما على المهايأة . وإن ملك مالا فأوصى بهذا الكلب الذى ليس له كلب سواه ففى الوصية وجهان . أحدهما ــ وهو قول أبى على ابن أبى هريرة ــ أن الوصية جائزة فى الكلب كله للموصى له به ، لأن قليل

المال خير من الكلب الذى ليس بمال . والوجه الثانى ــ وهو قول أبى سعيد الاصطخرى ــ أن للموصى له ثلث الكلب إذا منع الورثة من جميعه . وإن كثر مال التركة لأنه مما لا يمكن أن يشترى فيساويه الورثة فيما صار إليهم من المال ، فاختص الكلب بحكمه وصار كأنه جميع التركة ، فلو ترك ثلاثة كلاب ومالا وأوصى بجميع كلابه الثلاثة ، فعلى قول أبى على بن أبى هريرة: الوصية بجميع الكلاب الثلاثة ممضاة وإن قل مال التركة وعلى قول أبى سعيد الاصطخرى تصح الوصية فى أحدها إذا منع الورثة من جميعها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان وصى له بطبل من طبوله وليس له الا طبول الحرب اعطى واحداً منها . وان لم يكن له الا طبول اللهو نظرت ، فان لم يصلح وهو طبل لغير اللهو ــ وان فصل لمباح لم يقع عليه اسم الطبل ــ فالوصية باطلة لانه وصية بمحرم وان كان يصلح لمنفعة مباحة مع بقاء الاسم جازت الوصية لانه يمكن الانتفاع به فى مباح ، وان كان له طبل حرب وطبل لهو ولم يصلح طبل اللهو لغير اللهو ، اعطى طبل الحرب لأن طبل اللهو لا تصح الوصية به فيصير كالمعدوم ، وان كان يصلح لمنفعة مباحة اعطاه الوارث ما شاء منهما .

فصل فان وصى بعود من عيدانه وعنده عود اللهو وعود القوس وعود البناء كانت الوصية بعود اللهو ، لأن اطلاق الاسم ينصرف اليه ، فان كان عود اللهو يصلح لمنفعة مباحة دفع اليه ولا يدفع معه الوتر والمضراب لأن اسم العود يقع من غير وتر ولا مضراب ، وان كان لا يصلح لغير اللهو فالوصية باطلة لانه وصية بمحرم . ومن أصحابنا من قال : يعطى من عود القوس والبناء لأن المحرم كالمعدوم كما قلنا فيمن وصى بطبل من طبوله ، وعنده طبل حرب وطبل لهو انه تجعل الوصية فى طبل الحرب ويجعل طبل اللهو كالمعدوم. والمذهب انه لا يعطى شيئاً لأن العود لا يطلق الا على عود اللهو . والطبل يطلق على طبل اللهو وطبل الحرب فاذا بطل فى طبل اللهو حمل على طبل الحرب ، فان قال اعطوه عوداً من عيدانى وليس عنده الا عود القوس أو عود البناء اعطى منها لانه اضاف الى ما عنده وليس عنده سواه .

فصل فان وصى له بقوس كانت الوصية بالقوس الذى يرمى عنه النبل والنشاب دون قوس الندف والجلاهق وهو قوس البندق ، لأن اطلاق الاسم ينصرف الى ما يرمى عنه ولا يعطى معه الوتر . ومن أصحابنا من قال :

يعطى معه الوتر لأنه لا ينتفع به الا مع الوتر ، والصحيح انه لا يعطى لأن الاسم يقع عليه من غير وتر ، فان قال : أعطوه قوساً من قسيى وليس عنده الا قوس الندف او قوس البندق اعطى مما عنده لأنه أضاف الى ما عنده وليس عنده سواه ، وان كان عنده قوس البندق وقوس الندف أعطى قوس البندق لان الاسم اليه اسبق) .

الشرح قال الشافعي رحمه الله فى الأم : ولو قال أعطوه طبلا من طبولى ــ وله طبلان للحرب واللهو ــ أعطاه أيهما شاء ، فإن لم يصلح الذى للهو إلا للطرب لم يكن لهم أن يعطوا إلا الذى للحرب .

وأصل هذه المسائل أن الوصية بما لا منفعة فيه باطلة ، والوصية بما فيه منفعة مباحة ومنفعة محظورة ، ومنفعة مشتركة بين الحظر والاباحة ، فإن كانت المنفعة مباحة جاز بيع ذلك والوصية به ، وإن كانت المنفعة محظورة لم يجز بيعه ولا الوصية به ، وإن كانت مشتركة جاز بيعه والوصية به لأجل الاباحة ، ونهى عن استعماله فى الحظر .

اذا ثبت هذا وأوصى له بطبل من طبوله ، فإن لم يكن له إلا طبول الحرب فالوصية به جائزة ، لأن طبل الحرب مباح ، ثم ينظر ؛ فإن كان اسم الطبل يطلق عليه بغير جلد دفع إليه الطبل بغير جلد ، وإن كان لا يطلق عليه الاسم إلا بالجلد دفع إليه مع جلده ، وإن كانت طبوله كلها طبول اللهو ــ فان كانت لا تصلح إلا للهو ــ فالوصية باطلة لأن طبول اللهو محظورة، وإن كانت تصلح لغير اللهو فى غير المنافع المباحة جازت الوصية بها .

وان كانت طبوله نوعين طبول حرب وطبول لهو ــ فان كانت طبول اللهو لا تصلح لغير اللهو ــ لم يعط إلا طبل الحرب ، وإن كانت طبول اللهو تصلح لغيره من المباحات كان الوارث بالخيار فى إعطائه ما شاء من طبل لهو أو حرب لانطلاق الاسم عليها ، إلا أن يدل كلامه على أحدهما فيحمل عليه ، كقوله : أعطوه طبلا للجهاد أو الإرهاب فلا يعطى إلا طبل الحرب ، وإن قال : طبلا للفرح والسرور لم يعط إلا طبل اللهو .

فأما الوصية بالدف العربى فجائزة لورود الشرع بإباحة الضرب به فى المناكح .

فـــرع قال الشافعى رضى الله عنه : ولو قال : عوداً من عيدانى ، وله عيدان يعزف بها وعيدان قسى وعصى وغيرها ، فالعود إذا وجه به المتكلم للعود الذى يضرب به دون ما سواه مما يقع عليه اسم عود ؛ فان كان العود يصلح لغير الضرب جازت الوصية ولم يكن عليه إلا أقل ما يقع عليه اسم عود وأصغره بلا وتر ، وإن كان لا يصلح لغير الضرب بطلت عندى الوصية .

ومعنى كلام الشافعى أنه إذا قال : أعطوه عوداً من عيدانى فمطلق هذا الاسم يتناول عيدان الضرب والعزف واللهو دون عيدان القسى والعصى ، فإن كان عود الضرب لا يصلح لغير الضرب واللهو فالوصية باطلة ، وإن كان يصلح لغير اللهو فالوصية جائزة ، ويعطاه بغير وتر لانطلاق الاسم عليه، وإن لم يكن عليه وتر ينظر فإن كان لا يصلح لغير اللهو إلا بعد تفصيله وتخليعه فصل وخلع ثم دفع إليه ،وإن كان يصلح لغير اللهو لم يفصل ودفع إليه غير مفصل .

فـــرع قال الشافعى رضى الله عنه « وكذلك المزمار » يعنى أنه إن كان لا يصلح إلا للهو فالوصية باطلة ، وإن كان يصلح لغير اللهو فالوصية به جائزة ، ثم الكلام فى التفصيل على ما مضى . فأما الشبابه التى ينفخ فيها مع طبل الحرب وفى الأسفار . فالوصية بها جائزة .

وقال الشافعى رضى الله عنه : ولو قال : أعطوه قوساً من قسيى وله قسى معمولة ، وقسى غير معمولة أو ليس منها شىء فقال : أعطوه عوداً من القسى كان عليهم أن يعطوه قوساً معمولة أى قوس شاءوا ــ صغيرة أو كبيرة عربية أو أى عمل شاءوا ــ اذا وقع عليه اسم قوس ترمى بالنبل أو النشاب أو الحسبان ومعنى هذا الكلام أنه إذا أوصى بقوس من القسى فمطلق القوس يتناول قوس السهام والحربة دون قوس النداف والجلاهق الذى منها

البندق ، فلا يعطى إلا قوس السهام الحربية سواء أعطاه قوس نشـــاب وهى الفارسية ، أو قوس نبل وهى العربية أو قوس حسبان ، والخيار فيها إلى الوارث لاشتراك الاسم فى جميعها ، ولا يلزم أن يدفع الوتر معـه ، لأنه يسمى قوساً بغير وتر ، وهكذا لو أوصى له بدابة لم يعط سرجها .

فأما إن قال : أعطوه قوسا من قسبى وله قوس نداف وقوس جلاهق أعطى قوس الجلاهق التى يرمى عنها لأنها أخص بالاسم ، فإن لم يكن له الا قوس نداف دفع اليه ، ولو اقترن بكلامه ما يدل على مراده عمل على مادل عليه كلامه من القسى الثلاث . والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل فان وصى بعتق مكاتبه أو بالابراء مما عليه اعتبر من الثلث اقل الأمرين من قيمته ان مال الكتابة لأن الابراء عتق ، والعتق ابراء فاعتـبر اقلهما والغى الآخر فان احتملهما الثلث عتق وبرىء من المال ، وان لم يحتمل شيئاً منه لديون عليه بطلت الوصية وأخذ المكاتب بأداء جميع ما عليه فان ادى عتق وان عجز رق وتعلق به حق الغرماء والورثة ، فان احتمل الثلث بعض ذلك مثل أن يحتمل النصف من أقل الأمرين عتق نصفه ، وبقى نصفه على الكتابة ، فان ادى عتق وان احتمل الثلث احدهما دون الآخر اعتبر الأقـل فعتق به ، فان لم يكن له مال غير العبد نظر ـ فان كان قد حل عليـه مال الكتابة ـ عتق ثلثه فى الحال ، ويبقى الباقى على الكتابة ، ان ادى عتق وان عجز رق ، وان لم يحل عليه مال الكتابة ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يتعجل عتق شىء منه لأنه يحصل للموصى له الثلث ، ولم يحصل للورثة مثلاه ، وهذا لا يجوز كما لو أوصى بالثلث وله مال حاضر ومال غائب ، فانه لا تمضى الوصية فى شىء حتى يحصل للورثة مثلاه .

(والثانى) وهو ظاهر المذهب انه يتعجل عتق ثلثه ، ويقف الثلثان على العتق بالأداء او الرق بالعجز ، لأن الورثة على يقين من الثلثين اما بالأداء واما بالعجز ، بخلاف ما لو كان له مـال حاضر ومال غائب ، لأنه ليس على يقين من سلامة الغائب .

فصـــل فان قال : ضعوا عن مكاتبى اكثر ما عليه ، وضع عنه النصف وشىء ، لانه هو الاكثر ، فان قال : ضعوا عنه ما شاء من كتابته فشـــاء

الجميع ، فقد روى الربيع رحمه الله انه يوضع عنه الجميع الا شيئا ، وروى المزنى انه اذا قال : ضعوا عنه ما شاء فشاءها كلها ، وضع الجميع الا شيئا ، فمن أصحابنا من قال : الصحيح ما رواه الربيع ، لأن قوله من كتابته يقتضى التبعيض وما رواه المزنى خطأ فى النقل ، والذى يقتضيه أن يوضع عنه الكل اذا شاء ، لا نقوله : ما شاء عام فى الكل والبعض ، وقال أبو اسحاق ما نقله الربيع صحيح على ما ذكرناه ، وما نقله المزنى ايضا صحيح فانه يقتضى أن يبقى من الكل شيء ، لأنه لو أراد وضع الجميع لقال ضعوا عنه مال الكتابة فما علقه على ما شاء دل على أنه لم يرد الكل .

فان قال : ضعوا عنه ما قل وما كثر وضع الوارث عنه ما شاء من قليل وكثير ، لأنه ما من قدر الا وهو قليل بالاضافة الى ما هو أكثر ، وكثير بالاضافة الى ما هو أقل منه . فان قال : ضعوا عنه أكثر نجومه وضع عنه أكثرها مالا ، لأن اطلاق الأكثر ينصرف الى كثرة المال دون طول المدة .

فان قال : ضعوا عنه أوسط النجوم واجتمع فى نجومه أوسط فى القدر وأوسط فى المدة ، وأوسط فى العدد ، كان للوارث أن يضع اى الثلاثة شاء ، لأن الوسط يقع على الثلاثة ، فان استوى الجميع فى المدة والقدر ، وضع عنه الأوسط فى العدد ، فان كانت النجوم ثلاثة وضع عنه الثانى ، فان كانت أربعة وضع عنه الثانى والثالث ، فان كانت خمسة وضع عنه الثالث وعلى هذا القياس .

فصل وان كاتب عبده كتابة فاسدة ، ثم أوصى لرجل بما فى ذمته لم تصح الوصية لأنه لا شيء له فى ذمته ، فصار كما لو وصى بماله فى ذمة حر ، ولا شيء له فى ذمته ، وأن وصى له بما يقبضه منه صحت الوصية لأنه اضاف الى حال يملكه ، فصار كما لو وصى له برقبة مكاتب اذا عجزه ، وفى هذا عندى نظر ، لأنه لا يملكه بالقبض وانما يعتق بحكم الصفة ، كما يعتق بقبض الخمر اذا كاتبه عليه ثم لا يملكه ، وان وصى برقبته والكتابة فاسدة ، نظرت فان لم يعلم بفساد الكتابة ففيه قولان :

(أحدهما) أن الوصية جائزة لأنها صادفت ملكه .

(والثانى) انها باطلة لأنه وصى وهو يعتقد انه يملك الوصية ، وان وصى بها وهو يعلم أن الكتابة فاسدة صحت الوصية قولا واحدا ، كما لو باع من رجل شيئا بيعا فاسدا ، ثم باعه من غيره وهو يعلم فساد البيع الأول ، ومن أصحابنا من قال : القولان فى الجميع ، يخالف البيع ، فان فاسده لا يجرى مجرى الصحيح فى الملك ، وفى الكتابة الفاسدة كالصحيح فى العتق ، والصحيح هو الطريقة الأولى) .

الشرح هذه الفصول كلها فى أحكام المكاتب وهى من الفقه غير العملى فلنفسح مكاناً على القرطاس للفقه العملى ، وهذا ما عزم على انتهاجه سلفنا الإمام النووى رحمه الله تعالى فإنه ذكر فى المقدمة أنه لن يطيل فى الأحكام غير العملية وضرب مثلا باللعان . هذا فى زمانه أما فى زماننا فيضاف إلى ذلك كل ما يتعلق بالعتق والكتابة والتدبير وأمهات الأولاد والله تعالى أعلم بالصواب .

فصل وان وصى بحج فرض من رأس المال حج عنه من الميقات لأن الحج من الميقات . وما قبله تسبب اليه . فان وصى به من الثلث ، ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى اسحاق أنه يحج عنه من بلده ، فان عجز الثلث عنه تمم من رأس المال لأنه يجب عليه الحج من بلده .

(والثانى) وهو قول أكثر أصحابنا أنه من الميقات لأن الحج يجب بالشرع من الميقات فحملت الوصية عليه ، وان أوصى أن يجعل جميع الثلث فى حج الفرض حج عنه من بلده ، وان عجز الثلث عن ذلك حج عنه من حيث أمكن من طريقه ، وان عجز عن الحج من الميقات تمم من رأس المال ما يحج به من

قال المصنف رحمه الله تعالى

الميقات ، لأن الحج من الميقات مستحق من رأس المال ، وانما جعله من الثلث توفيراً على الورثة ، فاذا لم يف الثلث بالجميع بقى فيما لم يف من رأس المال .

فصل وان أوصى بحج التطوع ، وقلنا : انه تدخله النيابة نظرت ، فان قال : أحجوا بمائة من ثلثى حج عنه من حيث أمكن ، وان لم يوجد من يحج بهذا القدر بطلت الوصية ، وعاد المال الى الورثة ، لأنها تعذرت فبطلت كما لو أوصى لرجل بمال فرده ، وان قال : أحجوا عنى بثلثى ، صرف الثلث فيما امكن من عدد الحجج ، فان اتسع المال لحجة أو حجتين ، وفضل ما لا يكفى لحجة أخرى من بلده ، حج من حيث امكن من دون بلده الى الميقات ، فان عجز الفضل عن حجة من الميقات رد الفضل الى الورثة ، وان امكن أن يعتمر به ، لم يفعل لأن الموصى له هو الحج دون العمرة . فان قال : أحجوا عنى ، حج عنه بأجرة المثل من حيث أمكن من بلده الى الميقات ، فان عجز الثلث عن حجة من الميقات بطلت الوصية لما ذكرناه .

فصـــل وان وصى ان يحج عنه رجل بمائة ، ويدفع ما يبقى من الثلث الى آخر ، وأوصى بالثلث لثالث ، فقد وصى بثلثى ماله ، فان كان الثلث مائة سقطت وصيته للموصى له بالباقى ، لأن وصيته فيما يبقى بعد المائة ولم يبق شىء ، فان أجاز الورثة ، دفع الى الموصل له بالثلث ثلثه ، وهو مائة ، والى الموصى له بالمائة مائة ، وان لم يجيزوا قسم الثلث بين الموصى له بالثلث وبين الموصى له بالمائة نصفين ، لأنهما اتفقا فى قدر ما يستحقان وهو المائة ، فان كان الثلث أكثر من مائة وأجاز الورثة دفع الثلث الى الموصى له بالثلث ، ودفع مائة الى الموصى له بالمائة ، ودفع ما بقى الى الموصى له بالباقى ، وان لم يجيزوا ما زاد على الثلث ردت الوصية الى نصفها وهو الثلث ، فيدفع الى الموصى له بالثلث نصف الثلث ، وفى النصف الآخر وجهان :

(أحدهما) يقدم فيه الموصى له بالمائة ، ولا يدفع الى الموصى له بالباقى شىء حتى يأخذ الموصى له بالمائة حقه ، لأنه ـ وان كان قد اعتد به مع الموصى له بالمائة فى احراز الثلث ـ الا أن حقه فيما يبقى بعد المائة ، فلا يأخذ شيئاً قبل أن يستوفى الموصى له بالمائة حقه ، كما اعتد بالأخ من الأب مع الأخ من الأب والأم على الجد فى احراز ثلثى المال ، ثم لا يأخذ شيئاً مع الأخ من الأب والأم ، فان كان النصف مائة أو أقل أخذه الموصى له بالمائة ، وان كان أكثر أخذ الموصى له بالمائة مائة وأخذ الموصى له بالباقى ما يبقى .

(والوجه الثانى) أن الموصى له بالمائة والموصى له بالباقى ، يقسمان النصف على قدر وصيتهما من الثلث ، فان كان الثلث مائتين اقتسما المائة نصفين ، لكل واحد منهما خمسون ، وان كان مائة وخمسين اقتسما الخمسة والسبعين أثلاثاً ، للموصى له بالمائة خمسون ، وللموصى له بالباقى خمسة وعشرون ، وعلى هذا القياس ، لأنه انما أوصى له بالمائة من كل الثلث ، لا من بعضه ، فلم يجز أن يأخذ من نصف الثلث ما كان يأخذ من جميعه ، كأصحاب المواريث اذا زاحمهم من له فرض أو وصية .

فصـــل وان بدأ فوصى بثلث ماله لرجل ، ثم وصى لمن يحج عنه بمائة ، ووصى لآخر بما يبقى من الثلث ، ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبى اسحاق ان الوصية بالباقى بعد المائة باطلة ، لأن الوصية بالثلث تمنع من أن يبقى شىء من الثلث ، فعلى هذا ان أجاز الورثة نفذت الوصيتان ، وان لم يجيزوا ردت الوصية الى الثلث ، فان كان الثلث مائة ، استوت وصيتهما ، فيقتسمان الثلث بينهما نصفين ، وان كان الثلث خمسمائة ، قسم الثلث بينهما على ستة أسهم ، للموصى له بالثلث خمسة

سهم ، وللموصى له بالمائة سهم ، فان كان الثلث الفاً قسم على احد عشر سهما للموصى له بالثلث عشرة أسهم ، وللموصى له بالمائة سهم .

(والوجه الثانى) : وهو قول أبى على بن أبى هريرة ان الحكم فى هذه المسألة كالحكم فى المسألة قبلها ، لأنه اذا أوصى بالمائة بعد الثلث علم أنه لم يرد على ذلك الثلث ، لأن الوصية الأولى قد استوعبته ، وانما أراد ثلثا ثانيا ، فاذا أوصى بعد المائة بما يبقى من الثلث ، دل على أنه أراد ما يبقى من الثلث الثانى ، فصار موصيا بثلث ماله كالمسألة قبلها) .

الشرح إذا أوصى أن يحج عنه بقدر من المال وجب صرف جميع ما أوصى به فى الحج .

إذا كان الثلث يستغرقه لأن وصيته فى قربة فوجب نفاذها ، وليس لوليه أن يحج عنه بأكثر من نفقة المثل كالوكيل فى البيع والشراء . ويحج عنه من حيث الميقات وهو وجه لأكثر اصحابنا لوجوب الحج بالشرع من الميقات فحملت الوصية عليه فإذا لم تف الوصية أو قدر الثلث أكمل من رأس المال ، وقال أحمد وأصحابه والعنبرى : يحج عنه من حيث تبلغ النفقة للراكب من أهل مدينته .

وقال القاضى أبو بكر من الحنابلة وحكاه ابن قدامة : يعان به فى الحج وهو قول سوار القاضى حكاه عنه العنبرى ، وعن أحمد أنه مخير فى ذلك قال فى رواية أبى داود فى امرأة أوصت بحج لا يجب عليها ، أرى أن يؤخذ ثلث مالها فيعان به فى الحج أو يحج من حيث يبلغ .

فرع إذا أوصى بقدر معين فإذا فضل عن الحجة فيدفع فى حجة ثانية ثم فى ثالثة الى أن ينفد ، أو يبقى مالا يبلغ حجة ، فيحج عنه من حيث يبلغ على ما ذكرنا من الخلاف فيه .

ولا يستنيب فى الحج مع الامكان إلا من بلد المجموع عنه ، لأنه نائب عن الميت وقائم مقامه فينوب عنه من موضع لو حج المنوب عنه لحج منه ، فإن كان الموصى به لا يجمله الثلث لم يخل من أن يكون الحج فرضاً أو

تطوعاً ، فإن كان فرضا أخذ أكثر الأمرين من الثلث أو القدر الكافى لحج الفرض فان كان الثلث أكثر أخذ ثم يصرف منه فى الفرض قدر ما يكفيه ، ثم يحج بالباقى تطوعاً حتى ينفد كما ذكرنا من قبل .

وإن كان الثلث أقل تمم قدر ما يكفى الحج من رأس المال . هذا مذهبنا وبهذا قال عطاء وطاوس والحسن وسعيد بن المسيب والزهرى وأحمد وإسحاق .

وقال سعيد بن المسيب والحسن البصرى : كل واجب من رأس المال ، وقال ابن سيرين والنخعى والشعبى وحماد بن أبى سليمان والثورى وأبو حنيفة وداود بن أبى هند : إن وصى بالحج فمن ثلثه ، وإلا فليس على ورثته شيء ، فعلى قولهم إن لم يف الثلث بالموصى به ،وإلا لم يزد على الثلث ، لأن الحجعبادة فلا تلزم الوارث كالصلاة .

ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « أرأيت لو كان على أمك دين أكنت قاضيته ؟ قالت : نعم . قال : فدين الله أحق بالقضاء » والدين من رأس المال، فما هو أحق منه أولى ولأنه واجب فكان من رأس المال كدين الآدمى .

فرع وإذا قال : حجوا عنى حجة بخمسمائة مثلا فما فضل فهو لمن يحج عنى ، فهوعلى ما أوصى لأنه قصد إرفاقه بذلك ، ثم إن عين من يحج عنه فقال يحج عنى فلان بخمسمائة صرف إليه ذلك . وإن لم يعين فللوصى صرفها إلى من شاء لأنه فوض اليه الاجتهاد ، إلا أنه لا يملك صرفها إلى وارث إذا كان فيها فضل إلا بإذن الورثة ، وان لم يكن فيها فضل جاز لأنها لا محاباة فيها ، ثم ينظر فان كان الحج للموصى به تطوعا فجميع القدر الموصى به من الثلث ، وإن كان واجباً فالزائد عن نفقة المثل معتبر من الثلث ، وإن لم يف الموصى به بالحج الواجب أتم من رأس المال ، وإن كان تطوعا فإنه يحج به من حيث يبلغ على ما مضى .

فرع إذا أوصى أن يحج عنه زيد بمائة ولعمرو بتمام الثلث ولسعد إذا أوصى أن يحج عنه بثلث ماله فأجازه الورثة أمضيت على ما قال

الموصى، وإن لم يفضل عن المائة شيء فلا شيء لعمرو لأنه إنما أوصى له بالفضل ولا فضل . وان رد الورثة قسم الثلث بينهم نصفين ، لسعد السدس ولزيد مائة وما فضل من الثلث فلعمرو ، فان لم يفضل شيء فلا شيء لعمرو لأنه إنما أوصى له بالزيادة ، ولا زيادة ولا تمنع المزاحمة به ولا يعطى شيئاً كولد الأب مع الأخ من الأبوين فى مزاحمة الجد ، ويحتمل أنه متى كان فى الثلث فضل عن المائة أن يرد كل واحد منهم إلى نصف وصيته ، لأن زيداً إنما استحق الرد بالإجازة فمع الرد يجب أن يدخل عليه من النقص بقدر وصيته كسائر الوصايا ، وقد ذكرنا نظير هذه المسألة فيما تقدم ، فإن امتنع زيد من الحج وكانت الحجة واجبة استنيب ثقة غيره فى الحج بأقل ما يمكن وثمام المائة للورثة ولعمرو ما فضل ، فإن كانت الحجة تطوعا ففى بطلان الوصية بهما وجهان (أحدهما) وهو قول أبى إسحاق المروزى أن الوصية بالباقى بعد المائة باطلة لأن الوصية بالثلث تمنع من أن يبقى شيء من الثلث ، فإن أجاز الورثة نفذت الوصيتان وإن لم يجيزوا ردت إلى الثلث .

(والوجه الثانى) وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنه يدخل الدور يعنى إذا استغرقت المائة الثلث الأول وبقى من المائة شيء لم يوف من الثلث أخذ من الثلث الثانى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان وصى لرجل بعبد ولآخر بما بقى من الثلث قوم العبد مع التركة بعد موت الموصى ، فان خرج من الثلث دفع الى الموصى له فان بقى من الثلث شيء دفع الى الآخر وان لم يبق شيء بطلت الوصية بالباقى ، لأن وصيته فيما بقى ، وان أصاب العبد عيب بعد موت الموصى ، قوم سليما ودفع الى الموصى له الباقى ، لأنه وصى له بالباقى من قيمته وهو سليم . وان مات العبد بعد موت الموصى ، بطلت الوصية فيه ، وقوم وقت الموت مع التركة ، ودفع الى الموصى له الباقى من الثلث ، لأنهما وصيتان فلا تبطل احداهما ببطلان الأخرى ، كما لو وصى لرجلين فرد أحدهما .**

فصـــل فان وصى له بمنفعة عبد ملك الموصى له منافعه واكتسابه فان كان جارية ملك مهرها لانه بدل منفعتها ، ولا يجوز للمالك وطؤها لأنه تملك الرقبة من غير منفعة ، ولا للموصى له وطؤها ، لأنه تملك المنفعة من غير الرقبة ، والوطء لا يجوز الا فى ملك تام ، ويجوز تزويجها لاكتساب المهر .

وفيمن يملك العقد ثلاثة أوجه :

(أحدها) يملكه الموصى له بالمنفعة لأن المهر له .

(والثانى) يملكه المالك لانه يملك رقبتها .

(والثالث) لا يصح العقد الا باتفاقهما ، لأن لكل واحد منهما حقاً ، فلا ينفرد به أحدهما دون الآخر ، فان أتت بولد مملوك ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه للموصى له ، لانه من جملة فوائدها ، فصار كالكسب .

(والثانى) أنه كالأم رقبته للمالك ومنفعته للموصى له ، لأنه جزء مـــن الأم فكان حكمه حكم الأم ، فان قتل ففى قيمته وجهان :

(أحدهما) أنها للمالك لأنها بدله فكانت له .

(والثانى) وهو الصحيح أنه يشترى به مثله ، للمالك رقبته وللموصى له منفعته ، لأنه قائم مقام الأصل فكان حكمه حكم الأصل ؛ فان جنى على طرفه ففى أرشه وجهان :

(أحدهما) أنه للمالك لأنه بدل ملكه .

(والثانى) وهو الصحيح أن ما قابل منه ما نقص من قيمة الرقبة للمالك ، وما قابل منه ما نقص من المنفعة للموصى له ، لأنه دخل النقص عليهما فقسط الأرش عليهما ، فان احتاج العبد الى نفقة ففيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أن النفقـــة على الموصى له بالمنفعة لأن الكسب له .

(والثانى) أنها على المالك وهو قول أبى على بن أبى هريرة لأن النفقـــة على الرقبة ، فكانت على مالكها .

(والثالث) أنها فى كسبه فان لم يف الكسب ففى بيت المال لأنه لا يمكن

ايجابها على المالك لأنه لا يملك الانتفـــاع ، ولا على الموصى له ، لأنه لا يملك الرقبة ، فلم يبق الا ما قلناه ، فان احتاج البستان الموصى بثمرته الى سقى أو الدار الموصى بمنفعتها الى عمارة لم يجب على واحد منهما ، لأنه لو انفرد كل واحد منهما بملك الجميع لم يجبر على الانفاق ، فاذا اشتركا لم يجب .

فصـــل فان اراد المالك بيع الرقبة ففيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) أنه يجوز ، لأنه يملكها ملكا تاما .

(والثانى) أنه يجوز لأنها عين مساوية المنفعة فلم يجز بيعها كالأعيـان التى لا منفعة فيها .

(والثالث) يجوز بيعها من الموصى له ، لأنه يمكنه الانتفاع بها ، ولا يجوز من غيره لأنه لا يمكنه الانتفاع بها ، فان أراد أن يعتقـــه جاز ، لأنه يملـــكه ملكا تاما ، والموصى له أن يستوفى المنفعة بعد العتق ، لأنه تصرف فى الرقبة فلم يبطل به حق الموصى له من المنفعة ، ولا يرجع العبد على المالك بأجـــرته كما يرجع العبد المستأجر على مولاه بعد العتق فى أحد القولين ، لأن هنـاك ملك المولى بدل منفعته ولم يملك المولى ههنا بدل المنفعة) .

الشرح إن أوصى لزيد بعبد بعينه ولعمرو ببقية الثلث ، قوم العبد يوم موت الموصى ، لأنه حال نفوذ الوصية ، ودفع إلى زيد ودفع بقية الثلث إلى عمرو . فإن لم يبق من الثلث شيء بطلت وصية عمرو ، وإن مات العبد بعد موت الموصى أو رد زيد وصيته بطلت ولم تبطل وصية عمرو ، وهكذا إن مات زيد قبل موت الموصى أو بعده وإن مات العبد قبل موت الموصى قومنا التركة حال موت الموصى بدون العبد ، ثم يقوم العبد لو كان حيا ، فان بقى من الثلث بعد قيمته شيء فهو لعمرو ، وإلا بطلت وصيته . وما بقى من الفصل فعلى وجهه والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الرجوع فى الوصـــية

يجوز الرجوع فى الوصية لأنها عطية لم تزل الملك فجاز الرجوع فيها كالهبة قبل القبض ، ويجوز الرجوع بالقول والتصرف ، لأنه فسخ عقداً قبل تمامه ،

فجاز بالقول والتصرف ، كفسخ البيع فى مدة الخيار ؛ وفسخ الهبة قبل القبض ، وان قال : هو حرام عليه فهو رجوع ، لأنه لا يجوز أن يكون وصية له وهو محرم عليه ، فان قال : لوارثى فهو رجوع ، لأنه لا يجوز أن يكون للوارث وللموصى له ، وان قال : هو تركتى ففيه وجهان :

(احدهما) انه رجوع لأن التركة للورثة .

(والثانى) انه ليس برجوع لأن الوصية من جملة التركة .

فصل وان وصى لرجل بعبد ، ثم وصى به لآخر ، لم يكن ذلك رجوعا لامكان أن يكون نسى الأول ، أو قصد الجمع بينهما ، فان قال : ما وصيت به لفلان فقد وصيت به لآخر فهو رجوع ، ومن أصحابنا من قال : ليس برجوع كالمسألة قبلها ، والمذهب الأول لأنه صرح بالرجوع .

فصل وان باعه أو وهبه واقبض أو اعتقه أو كاتبه أو أوصى أن يباع أو يوهب ، ويقبض ، أو يعتق ، أو يكاتب ، فهو رجوع ، لأنه صرفه عن الموصى له ، وان عرضه للبيع أو رهنه فى دين أو هبه ولم يقبضه فهو رجوع ، لأن تعريضه لزوال الملك صرف عن الموصى له .

ومن أصحابنا من قال : انه ليس برجوع لأنه لم يزل الملك ، وليس بشىء وان وصى بثلث ماله ثم باع ماله ، لم يكن ذلك رجوعاً ، لأن الوصية بثلث المال عند الموت لا بثلث ما باعه ، فان وصى بعبد ثم دبره ـ فان قلنا : ان التدبير عتق بصفة ـ كان ذلك رجوعا ، لأنه عرضه لزوال الملك ، وان قلنا : انه وصية ـ وقلنا فى أحد القولين : أن العتق يقدم على سائر الوصايا ـ كان ذلك رجوعا لأنه أقوى من الوصية فأبطلها ، وان قلنا : ان العتق كسائر الوصايا ففيه وجهان :

(احدهما) انه ليس برجوع ، فيكون نصفه مدبراً ونصفه موصى به ، كما لو أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر .

(والثانى) انه رجوع ، لأن التدبير أقوى ، لأنه يتنجز من غير قبول ، والوصية لا تتم الا بالقبول ، فقدم التدبير كما يقدم ما تنجز فى حياته من التبرعات على الوصية .

فصل وان وصى له بعبد ثم زوجه أو آجره او علمه صنعة أو ختنه لم يكن ذلك رجوعا ، لأن هذه التصرفات لا تنافى الوصية ، فان كانت

جارية فوطئها ، لم يكن ذلك رجوعا ، لانه استيفاء منفعة فلم يكن ذلك رجوعا كالاستخدام ، وقال ابو بكر بن الحداد المصرى : ان عزل عنها لم يكن رجوعا ، وان لم يعزل عنها كان رجوعا لانه قصد التسرى بها .

فصـــل وان وصى بطعام معين فخلطه بغيره ، كان ذلك رجوعا لانه جعله على صفة لا يمكن تسليمه ، فان وصى بقفيز من صبرة ثم خلط الصبرة بمثلها لم يكن ذلك رجوعا . لان الوصية مختلطة بمثلهـــا ، والذى خلطه به مثله ، فلم يكن رجوعا ، فان خلطه باجود منه كان رجوعا ، لانه احدث فيـــه بالخلط زيادة لم يرض بتمليكها ، فان خلطه بما دونه ففيه وجهان :

(احدهما) وهو قول ابى على بن ابى هريرة : انه ليس برجوع ، لانه نقص احدثه فيه فلم يكن رجوعا كما لو اتلف بعضه .

(والثانى) انه رجوع لانه يتغير بما دونه كما يتغير بما هو اجود منـــه ، فان نقله الى بلد ابعد من بلد الموصى له ففيه وجهان .

(احدهما) انه رجوع لانه لو لم يرد الرجوع لما ابعده عنه .

(والثانى) انه ليس برجوع لانه باق على صفته .

فصـــل فان وصى بحنطة فقلاها أو بذرها كان ذلك رجوعا ، لانه جعله كالمستهلك ، وان وصى بحنطة فطحنها او بدقيق فعجنـــه ، أو بعجين فخبزه ، كان ذلك رجوعا ، لانه ازال عنه الاسم ، ولانه جعله للاستهلاك . وان وصى له بخبز فجعله فتيتا ففيه وجهان :

(احدهما) انه رجوع لانه ازال عنه اطلاق اسم الخبز ، فاشبه اذا ترده .

(والثانى) ليس برجوع ، لان الاسم باق عليه ، لانه يقال خبز مدقوق ، وان وصى برطب فجعله تمرا ففيه وجهان . احدهما : انه رجوع لانه ازال عنه اسم الرطب . والثانى : ليس برجوع لانه ابقى له واحفظ على الموصى له) .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : فى الأم وللرجل إذا أوصى بوصية تطوع بها أن ينقضها أو يبدل منها ما شاء التدبير أو غيره ما لم يمت، وإن كان فى وصيته إقرار بدين أو غيره أو عتق بتات فذلك شىء واجب عليه أوجبه على نفسه فى حياته لا بعد مـــوته ، فليس له أن يرجـــع من ذلك فى شىء .

ثم قال فى باب ما يكون رجوعا فى الوصـية وتغييراً لهـا ومالا يكون رجوعا ولا تغييراً : وإذا أوصى رجل بعبد بعينه لرجل ثم أوصى بذلك العبد بعينه لرجل فالعبد بينهما نصفان ، ولو قال : العبد الذى أوصيت به لفلان لفلان ، وقد أوصيت بالذى أوصيت به لفلان لفلان ، كان هذا رداً للوصية الأولى ، وكانت وصيته للآخر منهما ، ولو أوصى لرجل بعبد ثم أوصى أن يباع ذلك العبد كان هذا دليلا على إبطال وصـيته به للأول ، ولو أوصى لرجل بعبد ثم باعه أو كاتبه أو دبره أو وهبه كان هذا كله إبطالا للوصية فيـه .

ثم قال : ولو أوصى به لرجل ثم أذن له فى التجارة أو بعثه تاجراً إلى بلد أو أجره أو علمه كتاباً أو قرآنا أو علما أو صناعة أو كساه أو وهب له مالا أو زوجة لم يكن شىء من هذا رجوعا فى الوصية ، ولو كان الموصى به طعاما فباعه أو وهبه أو أكله أو كان حنطة فطحنها أو دقيقا فعجنه أو خبزه، أو حنطة فجعلها سويقا كان هذا كله كنقض الوصية ، ولو أوصى له بما فى هذا البيت من الحنطة ثم خلطها بحنطة غيرها كان هذا إبطالا للوصـية ، ولو أوصى له بما فى البيت بمكيلة حنطة ثم خلطها بحنطة مثلها لم يكن هذا إبطالا للوصية وكانت له المكيلة التى أوصى بها له . ا هـ .

قلت : ما أورد الشافعى فى هذا الكلام صور لما يمكن أن يكون رجوعا بالتصرف وإبطالا ، أو تصرفا لا يعد رجوعا ولا يؤثر فى صحتها ، وبيـان هذا أنه إذا أوصى لرجل بمعين من ماله ثم وصى به لآخر أو وصى بثلثه له ثم وصى لآخر بثلثه أو وصى بجميع ماله لرجل ثم وصى به لآخر فهو بينهـما ، ولا يكون ذلك رجوعا فى الوصية الأولى ، وبهذا قال ربيعة ومالك والثورى والشافعى وإسحاق وأحمد بن حنبل وابن المنذر وأصحاب الرأى . وقال جابر بن زيد والحسن وعطاء وطاوس وداود بن على : وصيته للآخر منهما ، لأنه وصى للثانى بما وصى به للأول فكان رجوعا ، كما لو قال : ما وصيت به لبشر فهو لبكر ، ولأن الثانية تنافى الأولى ، فإذا أتى بها كان رجوعا كما لو قال : هذا لورثتى .

ولنا أنه وصى لهما فاستويا فيهما ، كما لو قال لهما : وصيت لكما بسيارتى ، وما قاسوا عليه صرح فيه بالرجوع عن وصيته . وفى مسألتنا يحتمل أنه قصد التشريك فلم تبطل وصية أحدهما بالشك .

وإن قال : ما أوصيت به لبشر فهو لبكر كان ذلك رجوعا فى الوصية لبشر . وهذا قول الشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى ، وهو أيضا مذهب الحسن وعطاء وطاوس ولا نعلم فيه مخالفاً ، لأنه صرح بالرجوع عن الأول بذكره أن ما أوصى به مردود إلى الثانى ، فأشبه ما لو قال : رجعت عن وصيتى لبشر وأوصيت بها لبكر بخلاف ما إذا أوصى بشىء واحد لرجلين أحدهما بعد الآخر ، فإنه يحتمل أنه قصد التشريك بينهما ، وقد ثبتت وصية الأول يقينا فلا تزول بالشك .

وإن قال : ما أوصيت به لفلان فنصفه لفلان أو ثلثه كان رجوعا فى القدر الذى وصى به للثانى خاصة وباقيه للأول .

وأجمع أهل العلم على أن للوصى أن يرجع فى جميع ما أوصى به وفى بعضه إلا الوصية بالإعتاق ، وبعضهم على جواز الرجوع فى الوصية به أيضا . وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : (يغير الرجل ما شاء من وصيته) وبه قال عطاء وجابر بن زيد والزهرى وقتادة ومالك والشافعى وأحمد وإسحاق وأبو ثور . وقال الشعبى وابن سيرين وشبرمة والنخعى : يغير منها ما شاء إلا العتق ، لأنه إعتاق بعد الموت فلم يملك تغييره كالتدبير .

ولنا أنها وصية فملك الرجوع عنها كغير العتق ، ولأنها عطية تنجز بالموت فجاز له الرجوع عنها قبل تنجيزها ، كهبة ما يفتقر إلى القبض قبل قبضه ، وفارق التدبير فانه تعليق على شرط فلم يملك تغييره كتعليقه على صفة الحياة .

ويحصل الرجوع بقوله : رجعت فى وصيتى أو أبطلتها أو غيرتها أو ما أوصيت به لفلان فهو لفلان أو فهو لورثتى أو فى ميراثى ، وإن أكله أو أطعمه أو أتلفه أو وهبه أو تصدق به أو باعه ، أو كان ثوباً غير مفصل ففصله

ولبسه ، أو جارية فأحبلها أو ما أشبه ذلك فهو رجوع ولا يعد من الرجوع جماع الجارية بخلاف ما لو أحبلها .

قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم أنه إذا أوصى لرجل بطعام فأكله أو بشيء فأتلفه أو تصدق به أو وهبه أو بجارية فأحبلها أو أولدها أنه يكون رجوعا . وحكى عن أصحاب الرأى أن بيعه ليس برجوع لأنه أخذ بدله بخلاف الهبة ، ولأنه أزال ملكه عنه فكان رجوعا كما لو وهبه ، وإن عرضه على البيع أو وصى ببيعه أو أوجب الهبة فلم يقبلها الموهوب له أو كاتبه أو وصى بإعتاقه أو دبره كان رجوعاً ، لأنه يدل على اختياره للرجوع بعرضه على البيع وإيجابه للهبة ووصيته ببيعه أو إعتاقه لكونه وصى بما ينافى الوصية الأولى ، والكتابة بيع والتدبير أقوى من الوصية لأنه ينجز بالموت فيسبق أخذ الموصى له وإن رهنه كان رجوعا لأنه علق به حقاً يجوز بيعه فكان أعظم من عرضه على البيع ، وفيه وجه آخر أنه ليس برجوع ، وهو وجه لأصحاب أحمد لأنه لا يزيل الملك فأشبه إجارته ، وكذلك الحكم فى الكتابة .

فرع وإن وصى بحب ثم طحنه أو بدقيق فعجنه أو بعجين فخبزه أو بخبز ففته كان رجوعا ، لأنه أزال اسمه وعرضه للاستعمال ، فدل على رجوعه ، وبهذا قال أحمد وأصحابه . أما تفتيته ودقه فقد قال أصحاب أحمد : يعد رجوعا ولأصحابنا فيه وجهان حكاهما المصنف .

وإن وصى بشيء معين ثم خلطه بغيره على وجه لا يتميز منه كان رجوعا لأنه يتعذر بذلك تسليمه . وإن وصى بقفيز قمح من صبرة ثم خلطها بغيرها نظرت فإن كان بخير منها كان ذلك رجوعا لأنه أحدث فيه زيادة ليست من الوصية . أما إذا خلطه بما دونه ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى على ابن أبى هريرة أن ذلك ليس رجوعا قياسا على ما إذا تلف بعضه فصار الباقى على وصيته .

(والثانى) أنه رجوع ، وقد ذهب أحمد وأصحابه إلى أن الخلط بما هو خير منه أو بما دونه أو بمثله لا يعد رجوعا لأنه كان مشاعا وبقى مشاعا

وعندهم وجه ضعيف فيما خلط بخير منه أنه يكون رجوعا ، لأنه لا يمكنه تسليم الموصى به إلا بتسليم خير منه ، ولا يجب على الوارث تسليم خير منه فصار متعذر التسليم بخلاف ما إذا خلطه بمثله أو دونه ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان وصى بقطن فغزله او بغزل فنسجه كان ذلك رجوعا ، لانه ازال عنه الاسم ، وان أوصى له بقطن فحشى به فراشا ففيه وجهان .

(احدهما) انه رجوع ، لانه جعله للاستهلاك . (والثانى) ليس برجوع لان الاسم باق عليه .

فصل وان أوصى له بثوب فقطعه او بشاة فذبحها ، كان رجوعا لانه ازال عنه الاسم ، ولانه جعله للاستهلاك ، وان وصى له بلحم فطبخه او شواه كان ذلك رجوعا ، لانه جعله للأكل ، وان قدده ففيه وجهان كما قلنا فى الرطب اذا جعله تمرا .

فصل وان وصى له بثوب فقطعه قميصا او بساج فجعله بابا ففيه وجهان :

(احدهما) انه رجوع لانه ازال عنه اطلاق اسم الثوب والساج . ولانه جعله للاستعمال .

(والثانى) انه ليس برجوع ، لان اسم الثوب والساج باق عليه .

فصل وان وصى بدار فهدمها كان رجوعا لانه تصرف ازال به الاسم ، فكان رجوعا ، كما لو وصى بحنطة فطحنها ، وان تهدمت ـ نظرت فان لم يزل عنها اسم الدار ـ فالوصية باقية فيما بقى . واما ما انفصل عنها فالمنصوص انه خارج من الوصية لانه انفصل عن الموصى به فى حياة الموصى . وحكى القاضى ابو القاسم ابن كج رحمه الله وجها آخر : انه للموصى له لانه تناولته الوصية فلم يخرج منها بالانفصال ، وان زال عنها اسم الدار ففى الباقى من العرصة وجهان :

(احدهما) انه تبطل فيه الوصية لأنه ازال عنها اسم الدار .

(والثانى) لا تبطل لأنه لم يوجد من جهته ما يدل على الرجوع .

فصـــل وان وصى له بارض فزرعها لم يكن ذلك رجوعا ، لانه لا يراد للبقاء ، وقد يحصل قبل الموت فلم يكن رجوعا ، وان غرسها او بنى فيها ففيه وجهان :

(احدهما) انه رجوع لأنه جعلها لمنفعة مؤبدة ، فدل على الرجوع .

(والثانى) ليس برجوع لانه استيفاء منفعة فهو كالزراعة ، فعلى هـــذا فى موضع الأساس وقرار الغراس وجهان .

(احدهما) انه لا تبطل فيه الوصية كالبياض الذى بينهـــما فاذا مات الغراس أو زال البناء عاد الى الموصى له (والثانى) انه تبطل الوصية فيـــه لانه جعله تابعا لما عليه .

فصـــل وان اوصى له بسكنى دار سنة فاجرها دون السنة لم يكن ذلك رجوعا ، لانه قد تنقضى الاجارة قبل الموت ، فان مات قبل انقضـــــاء الاجارة ففيه وجهان :

(احدهما) يسكن مدة الوصية بعد انقضاء الاجارة .

(والثانى) انه تبطل الوصية بقدر ما بقى من مدة الاجارة وتبقى فى مـدة الباقى .

الشرح إذا وصى بكتان أو قطن فغزله أو وصى بغزل فنسجه أو بثوب فقطعه أو بسبيكة فصاغها أو شاة فذبحها كان ذلك رجوعا ، وبهـــذا قال أصحاب الرأى والشافعى فى ظاهر المذهب وهو الراجح عن أحمد ، واختار أبو الخطاب من الحنابلة أنه ليس برجوع ، وهو قول أبى ثور لأنه لا يزيل الاسم .

دليلنا : أنه عرضة للاستعمال فصار رجوعا كالمسائل قبله ، ولا يصـــح قوله : إنه لا يزيل الاسم ، فإن الثوب لا يسمى غزلا ، والغزل لا يســـمى كتانا .

فـــرع قال الشافعى رضى الله عنه : ولو أوصى له بدار وقبل كانت له وما ثبت فيها من أبوابها وغيرها دون ما فيها . قلت : لأن الوصية إذا كانت بالدار دخل فيها كل ما كان من الدار ولها ، ولم يدخل فى الوصـية كل ما كان فى الدار إذا لم يكن منها ، فالداخل فى الوصية حيطانها وسقوفها وأبوابها المنصوبة عليها وما كان متصلا بها من زخرفها ودرجها ، ولم يدخل فيها ما انفصل عنها من أبوابها ورفوفها وسلاليمها المنفصلة عنها .

وجملة ذلك أن كل ما جعلناه داخلا فى البيع معها دخل فى الوصية بها . وكل ما لم نجعله داخلا فى البيع لم يدخل فى الوصية ، فلو كان الموصى به أرضاً دخل فى الوصية نخلها وشجرها ، ولم يدخل فيه زرعهـا ، ولو كان نخلها عند الوصية مثمراً لم يدخل ثمرها فى الوصـية إن كان مؤبراً ، وفى دخوله فيها إن كان غير مؤبر وجهان (أحدهما) يدخل كالبيع (والثـانى) لا يدخل لخروجه عن الاسم ، وإن كان متصلا ، وهذان الوجهان مخرجان من اختلاف قوليه فى دخوله فى الرهن .

اذا ثبت هذا فقد قال الشافعى رضى الله عنه : ولو انهدمت فى حيـاة الموصى كانت له إلا ما انهدم منها فصار غير ثابت فيها ، وصورتها فى رجـل أوصى لرجل بدار فانهدمت فلا يخلو انهدامها من ثلاثة أحوال :

(أحدها) أن تنهدم فى حياة الموصى .

(والثانى) بعد موته وبعد قبول الموصى له .

(والثالث) بعد موته ، وقبل قبول الموصى ، فإن انهدمت فى حيـاة الموصى فهذا على ضربين . أحدهما :أن يزول اسم الدار عنها بالانهدام . والثانى : أن لا يزول ، فإن لم يزل اسم الدار عنها لبقاء بنيان فيها تسـمى داراً ، فالوصية جائزة وله ما كان ثابتاً فيها من بنيانها ، فأما المنفصل عنهـا بالهدم فالذى نص عليه الشافعى أن يكـون خارجا من الوصـية ، فذهب الجمهور من أصحابنا الى حمل ذلك على ظاهره وأنه خارج من الوصـية ، لأن ما انفصل عنه لا يسمى داراً ، فلم يكن للموصى له بالدار فيها حق

وحكى أبو القاسم بن كج وجهاً آخر عن بعض أصحابنا أن نص الشافعى على خروج ما انهدم من الوصية محمول على أنه هدمه بنفسه فصار ذلك رجوعاً فيه ، ولو انهدمت بسبب من السماء لا ينسب لفعل الموصى كان للموصى له باقى الدار لأنه منها وإنما بان عنها بعد أن تناولته الوصية، وإن كانت الدار بعد انهدامها لا تسمى داراً لأنها صارت عرصة لا بناء فيها ففى بطلان الوصية وجهان :

(أحدهما) لا تبطل وهذا قول من جعل الآلة بعد انفصالها ملكا للموصى له .

(والوجه الثانى) أن الوصية بها باطلة وهو الأصح ، لأنها إذا كانت عرصة لم تسم داراً ، ألا ترى لو حلف لا يدخلها لم يحنث بدخول عرصتها بعد ذهاب بنائها ، وهذا قول من جعل ما انفصل عنها غير داخل فى الوصية ، فأما إن كان انهدامها بعد موت الموصى وبعد قبول الموصى له فالوصية بهما ممضاة ، وجميع ما انفصل عنها من البناء كالمتصل يكون ملكاً للموصى له لاستقرار ملكه عليها بالقبول .

فأما إن كان انهدامها بعد موت الموصى وقبل قبول الموصى له ، فإن لم يزل اسم الدار عنها فالوصية بحالها ، فاذا قبلها الموصى له ، فإن قيل : إن القبول يبنى عن تقدم الملك بموت الموصى وكل ذلك ملك للموصى له المنفصل منه والمتصل ، فإن قيل : إن القبول هو الملك فله الدار وما اتصل بها من البناء .

وفى المنفصل وجهان (أحدهما) للموصى له (والثانى) للورثة ، وإن لم تسم الدار بعد انهدامها داراً .

(فإن قلنا) إن القبول يبنى عن تقدم الملك ، فالوصية جائزة وجهاً واحداً وله العرصة وجميع ما فيها من منفصل أو متصل ، إذا كان عند الموت متصلا ، وإن قيل : إن القبول هو الملك مع بطلان الوصية بانهدامها على ما مضى من الوجهين (أحدهما) باطلة (والثانى) جائزة وله ما اتصل

بها . وفى المنفصل وجهان وما بقى من كلام المصنف فعلى وجهه وليس فيه أقاويل تذكر ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الأوصـــــياء

لا تجوز الوصية الا الى بالغ عاقل حر عدل ، فاما الصبى والمجنون والعبد والفاسق فلا تجوز الوصية اليهم ، لأنه لاحظ للميت ولا للطفل فى نظر هؤلاء، ولهذا لم تثبت لهم الولاية ، وأما الكافر فلا تجوز الوصية اليه فى حق المسلم، لقوله عز وجل « لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا ، ودوا ما عنتم » (١) ولأنه غير مأمون على المسلم ، ولهذا قال الله تعالى « لا يرقبون فى مؤمن الا ولا ذمة » (٢) وفى جواز الوصية اليه فى حق الكافر وجهان .

(أحدهما) انه يجوز لأنه يجوز أن يكون وليا له فجاز أن يكون وصيا له كالمسلم .

(والثانى) لا يجوز كما لا تقبل شهادته للكافر والمسلم .

فصـــــل **وتجوز الوصية الى المرأة لما روى « أن عمر رضى الله عنه وصى الى ابنته حفصة فى صدقته ما عاشت ، فاذا ماتت فهو الى ذوى الرأى من أهلها » ولأنها من أهل الشهادة فجازت الوصية اليها كالرجل ، واختلف أصحابنا فى الأعمى فمنهم من قال : تجوز الوصية اليه لأنه من أهل الشهادة فجازت الوصية اليه كالبصير ، ومنهم من قال : لا تجوز الوصية لأنه تفتقر الوصية الى عقود لا تصح من الأعمى ، وفضل نظر لا يدرك الا بالعين) .**

الشرح قوله تعالى : « لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا ودوا ما عنتم قد بدت البغضاء من أفواههم وما تخفى صدورهم أكبر » الآية أى لا تتخذوا هؤلاء المنافقين أهل مودة تفضون إليهم بأسراركم ، وتطلعونهم على ما خفى من شئونكم فانهم لا يألونكم خبالا ولا

---

(١) آل عمران : ١١٨
(٢) التوبة : ١٠

يقصرون فى اضعافكم وإفساد حالكم كقوله تعالى « لو خرجوا فيكم ما زادوكم الا خبالا » [1] أى ضعفاً وخذلانا وهم يتمنون وقوعكم فى المشقة والضرر الشديد وقد بدت أمارات العداوة لكم على ألسنتهم وما يخفون فى صدورهم من الغمر والسخائم أكبر .

وأما قوله تعالى : « لا يرقبون فى مؤمن إلاً ولا ذمة وأولئك هم المعتدون » [2] أى لا يراعون فى قتل مؤمن لو قدروا على قتله عهداً ولا ذمة لأنهم ديدنهم الاعتداء والعدوان ومجاوزة الحد فى الظلم وهم الجامعون لجميع أوصاف الغدر والخيانة وقد سبق هذه الآية قوله تعالى : « وإن يظهروا عليكم لا يرقبوا فيكم إلاً ولا ذمة يرضونكم بأفواههم وتأبى قلوبهم وأكثرهم فاسقون » [3] أى يعطونكم بألسنتهم من القول خلاف ما يضمرونه لكم فى نفوسهم من العداوة والبغضاء ، وتأبى قلوبهم أن يذعنوا بتصديق ما يبدونه لكم بألسنتهم وأكثرهم فاسقون ناقضون للعهد خارجون عن طاعة الله وأما أثر عمر فى وصيته لابنته حفصة فقد أخرجه أبو داود قال الحافظ ابن حجر : الأصل أن شروط الواقف مرعية ما لم يكن فيها ما ينافى الوقف ويناقضه ، وعليه جرت أوقاف الصحابة ، وقف عمر وشرط أن لا جناح على من وليه أن يأكل منها بالمعروف ، وأن التى تليه حفصة فى حياتها ، فإذا ماتت فذو الرأى من أهلها قال الحافظ رواه أبو داود بسند صحيح به وأتم .

(أما الأحكام) فانه تصح الوصية إلى الرجل العاقل المسلم الحر العدل اجماعا ولا تصح إلى مجنون ولا طفل ولا وصية مسلم إلى كافر بغير خلاف نعلمه ، لأن المجنون والطفل ليسا من أهل التصرف فى أموالهما ، فلا يليان على غيرهما ، والكافر ليس من أهل الولاية على مسلم ، لقوله تعالى « لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا ودوا ما عنتم قد بدت البغضاء من أفواههم وما تخفى صدورهم أكبر » [4] .

قال ابن أبى حاتم : حدثنا أبى حدثنا أبو أيوب محمد بن الوزان حدثنا

---

(١) سورة التوبة : الآية ٤٧
(٢) سورة التوبة : الآية ١٠
(٣) سورة التوبة الآية ٨
(٤) سورة آل عمران الآية ١١٨

عيسى ابن يونس عن أبى حيان التيمى عن أبى الزنباع عن ابن أبى الدهقانة قال : قيل لعمر بن الخطاب رضى الله عنه : « إن ههنا غلاما من أهل الحيرة حافظ كاتب فلو اتخذته كاتبا ؟ فقال : قد اتخذت إذن بطانة من دون المؤمنين » فعلى هذا الأثر مع هذه الآية دليل على أن أهل الذمة لا يجوز استعمالهم فى الكتابة التى فيها استطالة على المسلمين واطلاع على دواخل أمورهم التى يخشى أن يفشوها إلى الأعداء من أهل الحرب ، ولهذا قال تعالى : « لا يألونكم خبالا ودوا ما عنتم » وما هنا مصدرية فيكون المصدر الصريح المفعول لودوا « عنتكم » .

وقال الحافظ أبو يعلى : حدثنا إسحاق بن إسرائيل حدثنا هشيم حدثنا العوام عن الأزهر بن راشد قال : كانوا يأتون أنساً فإذا حدثهم بحديث لا يدرون ما هو أتوا الحسن البصرى فيفسره لهم قال : فحدث ذات يوم عن النبى صلى الله عليه وسلم « لا تستضيئوا بنار المشركين ولا تنقشوا فى خواتيمكم عربيا » فأتوا الحسن ففسر لهم الاستضاءة : لا تستشيروا المشركين فى شئونكم تصديق ذلك فى كتاب الله وتلا الآية ، ويقول الشافعى رضى الله عنه فى الأم فى باب الأوصياء : ولا تجوز الوصية إلا إلى بالغ مسلم عدل .

وروى ابن إسحاق وغيره عن ابن عباس قال : كان رجال من المسلمين يواصلون رجالا من اليهود ، لما كان بينهم من الجوار والحلف فى الجاهلية، فأنزل الله تعالى فيهم يناهم عن مباطنتهم تخوف الفتنة عليهم هذه الآية ، وأخرج عبد بن حميد أنها نزلت فى المنافقين من أهل المدينة : نهى المؤمنون أن يتولوهم ومن ثم فلا تصح وصية مسلم إليه لأنه لا يلى على مسلم ، ولأنه ليس من أهل الشهادة ولا العدالة فلم تصح الوصية إليه كالمجنون والفاسق ، وأما وصية الكافر إليه ــ فإن لم يكن عدلا فى دينه ــ لم تصح الوصية إليه ، لأن عدم العدالة فى المسلم يمنع صحة الوصية إليه فمع الكفر أولى ، وإن كان عدلا فى دينه ففيه وجهان .

أحدهما : تصح الوصية إليه ، وهو قول أصحاب الرأى لأنه يلى

بالنسب فيلى الوصية كالمسلم . والثانى : لا تصح ، وهو قول أبى ثور لأنه فاسق فلم تصح الوصية إليه كفاسق المسلمين . ولأصحاب أحمد وجهان كهذين ، وأما وصية الكافر إلى المسلم فتصح إلا أن تكون تركته خمراً أو خنزيراً .

أما الوصية إلى المرأة فانها تصح فى قول أكثر أهل العلم . وروى ذلك عن شريح . وبه قال مالك والثورى والأوزاعى والحسن بن صالح وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى وأحمد بن حنبل ، ولم يجزه عطاء ، لأنها لا تكون قاضية فلا تكون وصية .

دليلنا أن عمر رضى الله عنه أوصى إلى حفصة ، ولأنها من أهل الشهادة فأشبهت الرجل ،وتخالف القضاء ، فإن المعتبر له الكمال فى الخلقة والاجتهاد بخلاف الوصية ، وتصح الوصية للأعمى فى أحد الوجهين لأنه من أهل الشهادة وهو قول أحمد وأصحابه ، ولم يسلم القائلون بالجواز لمخالفيهم حكمهم ، لأنه يمكنه التوكيل فيما يحتاج إلى نظر ، ثم إنه من أهل الشهادة والولاية فى النكاح ، والولاية على أولاده الصغار ، فصحت الوصية إليه كالبصير . وعلى الوجه الآخر عند أصحابنا أنه لا تصح الوصية إليه بناء على أنه لا يصح بيعه ولا شراؤه فلا يوجد فيه معنى الولاية ، وقد مضى فى البيوع وفى السلم وفى غيرهما مزيد بيان .

أما الصبى العاقل فلا تصح الوصية إليه لأنه ليس من أهل الشهادة والإقرار ، ولا يصح تصرفه إلا بإذن ، فلم يكن من أهل الولاية بطريق الأولى ؛ ولأنه مولى عليه ، فلا يكون واليا كالطفل والمجنون . وهو الصحيح من مذهب الحنابلة وليس عندهم نص عن أحمد فيه ، وإنما رجح أكثرهم مذهبا فى الصبى إلا القاضى فقد قال : قياس المذهب صحة الوصية إليه ، لأن أحمد قد نص على صحة وكالته وأما الفاسق فان الوصية إليه لا تصح فى قول مالك والشافعى وأحمد . وفى رواية عن أحمد صحة الوصية إليه فى رواية ابن منصور عنه . وعند الخرقى من الحنابلة إذا كان خائناً ضم إليه أمين

قال ابن قدامة : وهذا يدل على صحة الوصية إليه وبضم الحاكم اليه أمينا . وقال أبو حنيفة : تصح الوصية إليه وينفذ تصرفه وعلى الحاكم عزله لأنه بالغ عاقل فصحت الوصية إليه كالعدل ، وبهذا يكون على قول أصحاب أحمد عدم جواز إفراده بالوصية .

وعند أبى حنيفة لا يجوز إقراره على الوصية . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل واختلف أصحابنا فى الوقت الذى تعتبر فيه الشروط التى تصح بها الوصية اليه ، فمنهم من قال : يعتبر ذلك عند الوفاة ، فان وصى الى صبى فبلغ أو كافر فأسلم أو فاسق فصار عدلا قبل الوفاة صحت الوصية، لأن التصرف بعد الموت فاعتبرت الشروط عنده كما تعتبر عدالة الشهود عند الأداء أو الحكم دون التحمل ، ومنهم من قال : تعتبر عند العقد وعند الموت ، ولا تعتبر فيما بينهما ، لأن حال العقد حال الايجاب ، وحال الموت حال التصرف فاعتبر فيهما . ومنهم من قال تعتبر فى حال الوصية وفيما بعدها ، لأن كل وقت من ذلك يجوز أن يستحق فيه التصرف بأن يموت ، فاعتبرت الشروط فى الجميع .

فصل وان وصى الى رجل فتغير حاله بعد موت الموصى ـ فان كان لضعف ـ ضم اليه معين أمين ، وان تغير بفسق أو جنون بطلت الوصية اليه ويقيم الحاكم من يقوم مقامه .

فصل ويجوز أن يوصى الى نفسين . لما روى أن فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم « جعلت النظر فى وقفها الى على كرم الله وجهه ، فان حدث به حدث رفعه الى ابنيها فيليانها » ويجوز أن يجعل اليهما والى كل واحدا منهما لأنه تصرف مستفاد بالاذن فكان على حسب الاذن فان جعل الى كل واحد منهما جاز لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف ، فان ضعف أحدهما أو فسق أو مات جاز للآخر أن ينصرف ولا يقام مقام الآخر غيره لأن الموصى رضى بنظر كل واحد منهما وحده ، فان وصى اليهما لم يجز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف لأنه لم يرض بأحدهما ، فان ضعف أحدهما ضم اليه من يعينه فان فسق أحدهما أو مات أقام الحاكم من يقوم مقامه لأن الموصى لم يرض بنظره وحده ، فان أراد الحاكم أن يفوض الجميع الى الثانى لم يجز لأنه لم يرض

الوصى باجتهاده وحده فان ماتا أو فسقا فهل للحاكم أن يفوض الى واحد ؟ فيه وجهان :

(احدهما) يجوز ، لانه سقط حكم الوصية بموتهما وفسقهما فكان الأمر فيه الى الحاكم .

(والثانى) لا يجوز لأنه لم يرض بنظر واحد ، وان اختلف الوصيان فى حفظ المال جعل بينهما نصفين . فاذا بلغا الى التصرف ـ فان كان التصرف الى كل واحد منهما ـ تصرف كل واحد منهما فى الجميع ، وان كان اليهما لم يجز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف دون الآخر .

فصل ومن وصى اليه فى شىء لم يصر وصيا فى غيره ومن وصى اليه الى مدة لم يصر وصيا بعد المدة ، لأنه تصرف بالاذن فكان على حسب الاذن) .

الشرح حديث « أن فاطمة أوصت إلى على فإن حدث به حادث فإلى ابنيها » قال الحافظ فى تلخيص الحبير : لم أره .

أما الأحكام فإن الشروط التى أسلفنا تقريرها هل تعتبر فى الوصى حال العقد أو حال الموت أو حال العقد والموت ؟ على اختلاف بين أصحابنا ، وإلى اعتبارها حال العقد ذهب أحمد وأصحابه فى أحد الوجهين عندهم ، لأنها شروط العقد فتعتبر حال وجوده كسائر العقود فلا ينفع وجودها بعده ، وعلى الوجه الثانى لو كانت الشروط كلها منتفية أو بعضها حال العقد ثم وجدت حالة الموت لصحت الوصية إليه ، وهو الوجه الثانى عند أصحاب أحمد . والوجه الثالث : أن تعتبر حال صدور العقد عند الوفاء ، ولا تعتبر حالة فيما بينهما من الزمن كما سيأتى .

فرع الوصية ولاية وأمانة والفاسق ليس من أهلهما ، فعلى هذا إذا كان الوصى فاسقاً فحكمه حكم من لا وصى له عند أصحاب أحمد ، وينظر الحاكم فى ماله ، وعند أحمد أن الوصية باطلة ابتداء كالذى طرأ عليه فسقه بعد الوصية تزول ولايته ويقيم الحاكم مقامه أميناً ، وهذا هو قول الثورى والشافعى وإسحاق وأحمد بن حنبل . وعلى قول بعض الحنابلة

كالخرقى تصح الوصية ويضم إليه أمين ينظر معه ، وروى ذلك عن الحسن وابن سيرين لأنه أمكن حفظ المال بالأمين ، وتحصيل نظر الوصى بإبقائه فى الوصية . قالوا : فإن لم يمكن حفظ المال بالأمين تعين إزالة يد الفاسق الخائن وقطع تصرفه ، لأن حفظ المال على اليتيم أولى من رعاية قول الموصى الفاسد .

وأما العدل الذى يعجز عن النظر لعلة أو ضعف طرأ ، فإن الحاكم يضم إليه أميناً ، ولا تزول يده عن المال ولا نظره ويكون الأول هو الوصى دون الثانى ، وهذا معاون له ، لأن ولاية الحاكم إنما تكون عند عدم الوصى ، وهذا قول الشافعى وأبى يوسف وأحمد بن حنبل ولا أعلم لهم مخالفاً .

أما إذا تغير حال الوصى بجنون أو كفر أو سفه أو فسق زالت ولايته وصار كأنه لم يوص إليه ، ويرجع الأمر الى الحاكم فيقيم أميناً ناظراً للميت فى أمره وأمر أولاده من بعده كما لو لم يخلف وصياً .

أما إذا تغيرت حالته بعد الوصية وقبل الموت ثم عاد فكان عند الموت جامعاً لشروط الوصية صحت الوصية إليه ، لأن الشروط موجودة حال العقد والموت فصحت الوصية كما لو لم تتغير حاله . هذا وجه ، ووجه آخر تبطل لأن كل حالة منها حالة للقبول والرد فاعتبرت الشروط فيها . فأما إن زالت بعد الموت وانعزل ثم عاد فكمل الشروط لم تعد وصيته لأنها زالت فلا تعود إلا بعقد جديد .

اذا ثبت هذا فإنه يجوز للرجل الوصية إلى اثنين . فمتى أوصى إليهما مطلقاً لم يجز لواحد منهما الانفراد بالتصرف ، فإن مات أحدهما أو جن أو وجد منه ما يوجب عزله أقام الحاكم مقامه أميناً ، لأن الموصى لم يرض بنظر هذا الباقى منهما وحده ، فإن أراد الحاكم رد الباقى منهما فوجهان :

أحدهما : لا يجوز . والثانى : يجوز ، لأن النظر لو كان له لموت الموصى عن غير وصية كان له رده إلى واحد ، كذلك ههنا ، فيكون ناظراً بالوصية من الموصى والأمانة من جهة الحاكم . ولنا أن الموصى لم يرض بتصرف هذا

وحده فوجب ضم غيره إليه ، لأن الوصية مقدمة على نظر الحاكم واجتهاده .

فإن كانت الوصية بالإذن لكل واحد منهما أن يتصرف منفرداً ، فإذا مات أحدهما أو جن أو ارتد أو فسق جاز للآخر أن يتصرف ولا يقام مقام الآخر غيره لأن تصرف الباقي منهما على حسب الإذن مستفاد منه ، ولأنه رضي بنظر كل واحد منهما وحده ، فلا سبيل إلى إقامة بديل لمن بطل عقده .

وإن تغيرت حالهما جميعا بموت أو غيره فهل للحاكم أن ينصب مكانهما واحداً ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) له ذلك ، لأنه لما عدم الوصيان صار الأمر إلى الحاكم بمنزلة ما لم يوص ، ولو لم يوص لاكتفى بواحد ، كذا ههنا ، ويفارق ما إذا كان أحدهما لأن الموصى بين أنه لا يرضى بهذا وحده بخلاف ما إذا ماتا معا .

(والثاني) لا يجوز أن ينصب إلا اثنين لأن الموصى لم يرض بواحد فلم يقتنع به كما لو كان أحدهما حياً .

فأما إن جعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً فمات أحدهما أو خرج من الوصية لم يكن للحاكم أن يقيم مقامه أميناً لأن الباقي منهما له النظر بالوصية فلا حاجة إلى غيره ، وإن ماتا معاً أو خرجا عن الوصية فللحاكم أن يقيم واحداً يتصرف ، وإن تغيرت حال أحد الوصيين تغييراً لا يزيله عن الوصية كالعجز عنها لضعف أو علة ونحو ذلك ، وكان لكل واحد منهما التصرف منفرداً ، فليس للحاكم أن يضم إليهما أمينا ، لأن الباقي منهما يكفي، إلا أن يكون الباقي منهما يعجز عن التصرف وحده لكثرة العمل ونحوه ، فله أن يقيم أميناً ، وإن كانا ممن ليس لأحدهما التصرف على الانفراد فعلى الحاكم أن يقيم مقام من ضعف منهما عنها أمينا يتصرف معه على كل حال فيصيرون ثلاثة : الوصيان والأمين معهما وليس لواحد منهم التصرف وحده .

فـــرع قوله : ومن وصى إليه فى شىء لم يصر وصياً فى غيره الخ .
وهذا صحيح لأنه يجوز أن يوصى لرجل بشىء دون شىء ، مثل أن يوصى إلى إنسان بتفريق وصيته دون غيرها أو بقبض معاشه أو بقضـاء ديونه ، أو بالنظر فى أمر أطفاله فحسب ، فلا يكون له غير ما جعل إليه .

ويجوز أن يوصى إلى إنسان يقبض معاشه لصغاره ، وبآخر للإنفـاق عليهم من هذا المعاش ، وإلى آخر بقضاء ديونه ، وإلى آخر بالإنفاق على أطفاله ، فلا يكون لكل واحد منهم إلا ما جعل له دون غيره ؛ ومتى أوصى إليه بشىء لم يصر وصياً فى غيره . وبهذا قال الشافعى وأحمد بن حنبل .
وقال أبو حنيفة : يصير وصيا فى كل ما يملكه الوصى ، لأن هذه ولاية تنقل من الأب بموته ، فلا تتبعض كولاية الجد .

ولنا أنه استفاد التصرف بالإذن من جهة إنسان ، فكان مقصوراً على ما أذن فيه كالوكيل . وولاية الجد ممنوعة ثم ولاية الجد استفادها بقرابته وهى لا تتبعض والإذن يتبعض فافترقا .

وكذلك إذا أوصى له إلى زمن معين موصوف ، كأن إذا بلغ الصبى أو قدم المسافر ، أو معين كقوله إلى سنة ثمان وثمانين وثلاثمائة بعد الألف ، وهو العام الذى نخط فيه هذا الشرح ، فإنه لا يجوز أن يتجاوزه لأن الإذن موقت بالعام المذكور ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وللوصى أن يوكل فيما لم تجر به العادة أن يتولاه بنفسه ، كما قلنا فى الوكيل ، ولا يجوز أن يوصى الى غيره ، لأنه يتصرف بالاذن فلم يملك الوصية كالوكيل ، فان قال اوصيت اليك ، فان مت فقد اوصيت الى فـلان صح ، لأن عمر رضى الله عنه وصى الى حفصة ، فاذا ماتت فالى ذوى الراى من أهلها ، ووصت فاطمة رضى الله عنها الى على كرم الله وجهه : فاذا مات فالى ابنيها ، ولأنه علق وصية التالى على شرط ، فصار كما لو قال : وصيت اليك شهراً ثم قال : الى فلان ، فان أوصى اليه وأذن له أن يوصى الى من يرى فقد قال فى الوصايا : لا يجوز . وقال فى اختلاف العراقيين : يجوز . فمن أصحابنا

من قال : يجوز قولا واحداً لأنه ملك الوصية والتصرف فى المال ، فاذا جاز أن ينقل التصرف فى المال الى الوصى جاز أن ينقل الوصية اليـــه ، وما قال فى الوصايا أراد اذا أطلق الوصية منهم من قال : فيه قولان :

(أحدهما) يجوز لما ذكرناه (والثانى) لا يجوز لأنه يعقد الوصية عـــن الموصى فى حال لا ولاية له فيه . وان وصى اليه وأذن له أن يوصى بعـد موته الى رجل بعينه ففيه وجهان :

(أحدهما) يجوز لأنه قطع اجتهاده فيه بالتعيين .

(والثانى) انه كالمسألة الأولى لأن علة المسألتين واحدة .

فصـــل ولا تتم الوصية اليه الا بالقبول لأنه وصـية فلا تتـم الا بالقبول كالوصية له . وفى وقت القبول وجهان :

(أحدهما) يصح القبول فى الحال لأنه آذن له فى التصرف فصح القبـول فى الحال كالوكالة .

(والثانى) لا يصح الا بعد الموت كالقبول فى الوصية له .

فصـــل وللموصى أن يعزل الوصى اذا شاء ، وللوصى ان يعـــزل نفسه متى شاء ، لأنه تصرف بالاذن فجاز لكل واحد منهما فسخه كالوكالة .

فصـــل اذا بلغ الصبى واختلف هو والوصى فى النفقة ، فقال الوصى : أنفقت عليك ، وقال الصبى : لم تنفق على ، فالقـــول قول الوصى لأنه أمين وتتعذر عليه اقامة البينة على النفقة ، فان اختلفا فى قدر النفقة فقال : أنفقت عليك فى كل سنة مائة دينار . وقال الصبى : بل أنفقت على خمسين ديناراً ، فان كان ما يدعيه الوصى النفقة بالمعروف فالقول قـوله لأنه أمين ، وان كان أكثر من النفقة بالمعروف فعليه الضمان لأنه فرط فى الزيادة .

وان اختلفا فى المدة فقال الوصى : أنفقت عشر سنين ، وقال الصبى : خمس سنين ، ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أن القول للموصى ، كما لو اختلفا فى قدر النفقة . (والثانى) وهو قول أكثر أصحابنا أن القول قـــول الصبى ، لأنه اختلاف فى مدة الأصل عدمها .

فصـــل وان اختلفا فى دفع المال اليه ، فادعى الوصى انه دفعـــه اليه وانكر الصبى ، ففيه وجهان :

(احدهما) وهو المنصوص ، ان القول قول الصبى لأنه لم يأتمنه على حفظ المال فلم يقبل قوله عليه ، كالمودع اذا ادعى دفع الوديعة الى وارث المودع ، والملتقط اذا ادعى دفع اللقطة الى مالكها .

(والثانى) ان القول قول الوصى كما قلنا فى النفقة) .

الشرح الأحكام : إذا أوصى له فى شىء لا يحسن القيام به بنفسه جاز له أن يوكل عنه من يتولاه ، كأن كان ما عهد إليه بالوصية فيـه كثير الجوانب متعدد الجهات بحيث يحتاج الوصى إلى من يعينـه على أدائه . وكذلك لو كان العمل شاقا لا يقدر مثله على القيام به ويحتاج إلى شـخص قوى يؤديه ، أو كان العمل يفتقر إلى مهـارة أو فن خاص له دارسـوه والمتخصصون فيه كالهندسة ونحوها جاز له توكيل غيرهممن يقوم بمثـل هذه الأمور ، وكذلك لو كان العمل سهلا ولكن من الأعمال التى يترفـع الوصى فى العادة عن مثلها لدناءتها جاز له أن يوكل من يقـوم بهـا ، أما الوصية إلى غيره بغير إذن من الموصى فإنه لا يصح ذلك منه قولا واحداً .

أما إذا قال : أوصيت اليـك ومن بعـدك الى فلان ، فإن ذلك جـائز ولا كلام لما رويناه عن عمر أنه وصى إلى حفصة ، فاذا ماتت فالى ذوى الرأى من قومها ، ولذا جاز أن يوصى إلى من يخلفه بالتعيين كأوصيت إلى فلان فاذا مات فالى فلان كما أوصت فاطمة إلى على ومن بعده إلى ولديهـا السبطين رضى الله عنهما ، كما يجوز أن يوصى إلى من يخلفه بالوصف كقول عمر : فإلى ذوى الرأى من قومها ، وتجرى هذه الوصية مجرى المعلق على شرط كالوصية إلى أجل معين أو موصوف على ما مضى فى الفصل قبله .

أما إذا أوصى إليه ثم أذن له أن يوصى الى من يرى أو الى من يشاء ، أو كل من أوصيت إليه فقد أوصيت اليه أو فهو وصى فقد قال الشـافعى رضى الله عنه فى الوصايا من الأم : ولو أوصى رجل إلى رجل فمات الموصى

إليه وأوصى بما أوصى به إلى رجل لم يكن وصى الوصى وصيا للميت الأول ، لأن الميت الأول لم يرض الموصى الآخر .

ولو قال : أوصيت إلى فلان فان حدث به حدث فقد أوصيت إلى من أوصى إليه لم يجز ذلك لأنه انما أوصى بمال غيره . وقال فى اختلاف العراقيين فى نسخة السراج البلقينى باب الوصى من اختلاف العراقيين ، وهى بعد وصية الإمام الشافعى رضى الله عنه التى كتبها قبل موته .

قال الشافعى رحمه الله تعالى : ولو أن رجلا أوصى إلى رجل فمات الموصى إليه فأوصى إلى آخر ، فان أبا حنيفة كان يقول : هذا الآخر وصى الرجلين جميعاً وبهذا يأخذ ،وكذلك بلغنا عن إبراهيم ، وكان ابن أبى ليلى يقول : هذا الآخر وصى الذى أوصى إليه ، ولا يكون وصيا للأول إلا أن يقول الثانى ، قد أوصيت إليك فى كل شىء ، أو يذكر وصية الآخر .

فمن أصحابنا من قال بالجواز قولا واحداً لأنه ملك الوصية والتصرف فى المال ورضى الموصى باجتهاده واجتهاد من يراه فصح كما لو وصى إليهما معاً ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، وإليه ذهب أحمد وأصحابه . وقالوا لأنه مأذون له فى الإذن فى التصرف فجاز له أن يأذن لغيره كالوكيل إذا أمر بالتوكيل ، وما قال الشافعى فى الوصايا أراد إذا أطلق الوصية .

ومن أصحابنا من قال : فيه قولان . أحدهما : يجوز لما أثبتناه ، والثانى : لا يجوز لأنه ليس له أن يوصى لأنه يلى بتوليه فلا يصح أن يولى فيما لا ولاية له فيه . أما إذا وصى له وأذن له فى أن يوصى إلى فلان بعده بعينه ففيه وجهان (أحدهما) يجوز ، لأنه لم يترك له إعمال الوسع ولا بذل الجهد فى تعيينه فقد أذن له أن يوصى إليه معيناً باسمه فصح كما لو أوصى له ثم من بعده إلى فلان ، والثانى : أنه كالمسألة قبلها لأنه كان بوسعه أن يوصى إليه من بعده ، ولكنه أذن له فى الوصية فكأنه جعل الوصية من شأنه .

وجملة ذلك أنه لا يجوز للوصى أن يوصى إلى غيره ، وهو قول الشافعى وإسحاق وأحد قولى أحمد ، والظاهر من مذهب الخرقى من الحنابلة لقوله فى ذلك فى الوكيل لأنه يتصرف بتوليه فلم يكن له التفويض كالوكيل . وقال مالك وأبو حنيفة والثورى وأبو يوسف وأحمد فى أحد قوليه : له أن يوصى إلى غيره .

فرع يصح قبول الوصية وردها فى حياة الموصى ، لأنها إذن فى التصرف فصح قبوله بعد العقد كالوكيل ، وهى لا تتم إلا بالقبول كالوصية له ، والفرق بينهما أن الأولى إذن له فى التصرف والثانية تمليك فى وقت فلم يصح القبول قبل الوقت ، هذا وجه والوجه الآخر أنه يجوز تأخير القبول إلى ما بعد الموت لأنها نوع وصية فصح قبولها بعد الموت كالوصية له ، ومتى قبل صار وصياً وله عزل نفسه متى شاء مع القدرة والعجز فى حياة الموصى ، وبعد موته بمشهد منه وفى غيبته ، وبهذا قال الشافعى وأحمد . وقال أبو حنيفة : لا يجوز له ذلك بعد الموت بحال ولا يجوز فى حياته إلا بحضرته ، لأنه غره بالتزام وصيته ومنعه بذلك الإيصاء إلى غيره ، وذكر ابن أبى موسى رواية عن أحمد : ليس له عزل نفسه بعد الموت لذلك ، وهذا فاسد لأنه متصرف بالإذن فكان له عزل نفسه كالوكيل ، فأما اختلاف الوصى والموصى فقد مضى كلامنا فيه فى الحجر وفى الوكالة ، وبعض صوره فى الوديعة . والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ولا يلحق الميت مما يفعل عنه بعد موته بغير اذنه الا دين يقضى عنه ، او صدقة يتصدق بها عنه ، أو دعاء له ، فاما الدين فالدليل عليه ما روى أن امرأة من خثعم « سالت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحج عن أبيها فأذن لها ، فقالت : أينفعه ذلك ؟ قال : نعم كما لو كان على أبيك دين فقضيته نفعه » وأما الصدقة فالدليل عليها ما روى ابن عباس « أن رجلا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم : أن أمه توفيت افينفعها أن اتصدق عنها ؟ فقال : نعم قال : فان لى مخرفا فاشهدك انى قد تصدقت به عنها » .**

وأما الدعاء فالدليل عليه قوله عز وجل « والذين جاءوا من بعدهم يقولون : ربنا اغفر لنا ولاخواننا الذين سبقونا بالايمان » (١) فأثنى الله عز وجل عليهم بالدعاء لاخوانهم من الموتى ، وأما ما سوى ذلك من القرب كقراءة القرآن وغيرها فلا يلحق الميت ثوابها . لما روى أبو هريرة رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : اذا مات الانسان انقطع عنه عمله الا من ثلاث ، صدقة جارية ، أو علم ينتفع به ، أو ولد صالح يدعو له » واختلف أصحابنا فيمن مات وعليه كفارة يمين فاعتق عنه ، فمنهم من قال : لا يقع العتق عن الميت بل يكون للمعتق لأن العتق غير متحتم على الميت لأنه كان يجوز له تركه الى غيره فلم يقع عنه ، كما لو تطوع بالعتق عنه فى غير الكفارة ، ومنهم من قال : يقع عنه لأنه لو اعتق فى حياته سقط به الفرض ، وبالله التوفيق) .

الشرح أما قوله تعالى من سورة الحشر « والذين جاءوا من بعدهم يقولون ربنا اغفر لنا ولإخواننا الذين سبقونا بالإيمان » فقد روى عن سعد ابن أبى وقاص قال : الناس على ثلاث منازل قد مضت منزلتان ــ يعنى قوله تعالى : « للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم يبتغون فضلا من الله ورضوانا وينصرون الله ورسوله أولئك هم الصادقون ، والذين تبوأوا الدار والإيمان من قبلهم يحبون من هاجر إليهم ولا يجدون فى صدورهم حاجة مما أوتوا ــ إلى قوله تعالى ــ المفلحون ، ثم قال : وبقيت منزلة ، فأحسن ما أنتم كائنون عليه أن تكونوا بهذه المنزلة التى بقيت ، ثم قرأ : والذين جاءوا من بعدهم » الآية .

أما حديث المرأة الخثعمية رواه أصحاب الكتب الستة وأحمد فى مسنده عن ابن عباس ، وكذا أخرجه أحمد والترمذى وصححه البيهقى من حديث على بن أبى طالب رضى الله عنه . وعن عبد الله بن الزبيرقال : « جاء رجل من خثعم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إن أبى أدركه الإسلام وهو شيخ كبير لا يستطيع ركوب الرحل ، والحج مكتوب عليه أفأحج عنه ؟ قال : أأنت أكبر ولده ؟ قال : نعم . قال : أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيته عنه أكان يجزى ذلك عنه ؟ قال : نعم قال فاحجج عنه » رواه أحمد والنسائى بمعناه . وقال الحافظ ابن حجر : إسناده صالح . وعن ابن عباس

---

(١) سورة الحشر : ١٠

أيضاً « أن امرأة من جهينة جاءت إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : إن أمى نذرت أن تحج فلم تحج حتى ماتت أفأحج عنها ؟ قال : نعم حجى عنها . أرأيت لو كان على أمك دين أكنت قاضيته ؟ اقضوا الله فالله أحق بالوفاء » رواه البخارى والنسائى بمعناه . وعند أحمد ورواية أخرى للبخارى بنحو ذلك ، وفيها قال : « جاء رجل فقال : إن أختى نذرت أن تحج » وهو يدل على صحة الحج عن الميت من الوارث وغيره حيث لم يستفصله أو ارث هو أم لا ؟ وشبهه بالدين . وروى الدارقطنى عن ابن عباس « أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : إن أبى مات وعليه حجة الإسلام أفأحج عنه ؟ » الحديث .

أما حديث ابن عباس « أن رجلا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم إن أمى توفيت أينفعها إن تصدقت عنها ؟ قال نعم . قال : فإن لى مخرفاً فأنا أشهدك أنى قد تصدقت به عنها » فقد رواه البخارى والترمذى وأبو داود والنسائى ، وقد ورد اسم الرجل الذى سأل النبى صلى الله عليه وسلم فى رواية البخارى أنه سعد بن عبادة ، ويؤيد ذلك أن أحمد والنسائى أخرجا حديثاً عن الحسن عن سعد بن عبادة أن أمه ماتت فقال : يا رسول الله إن أمى ماتت أفأتصدق عنها ؟ قال : نعم . قلت : فأى الصدقة أفضل ؟ قال سقى الماء ، قال الحسن : فتلك سقاية آل سعد بالمدينة » .

وقال النووى فى التهذيب فى كتاب المبهمات : (الرجل الذى قال لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : إن أمى قد توفيت أفينفعها ان تصدقت عنها ؟ قال : نعم) . ذكره فى آخر الوصايا من المهذب قال ابن باطيش وغيره هذا الرجل سعد بن عبادة وأمه عمرة بنت مسعود ا هـ .

أما حديث « إذا مات ابن آدم » فقد رواه مسلم وأصحاب السنن من حديث أبى هريرة رضى الله عنه . ولفظ مسلم « إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية ، أو علم ينتفع به ، أو ولد صالح يدعو له » .

أما اللغات فقوله : فإن لى مخـرفا . فى رواية مخـراف ، والمخرف والمخراف الحديقة من النخل أو العنب .

أما أحاديث الفصل فإنها تدل على أن الصدقة من الولد تلحق الوالدين بعد موتهما بدون وصية منهما ، ويصل إليهما ثوابها فيخصص العام من قوله تعالى « وأن ليس للإنسان إلا ما سعى » أخبرنا الربيع بن سـليمان قال حدثنا الشافعى إملاء قال : يلحق الميت من فعل غيره وعمـله ثلاث : حج يؤدى عنه ، ومال يتصـدق به عنه أو يقضى ، ودعاء . فأما ما سـوى ذلك من صلاة أو صيام فهو لفاعله دون الميت ، وإنما قلنا بهذا دون ما سـواه استدلالا بالسنة فى الحج خاصة والعمرة مثله قياساً . وذلك الواجب دون التطوع ولا يحج أحد عن أحد تطوعاً لأنه عمل على البدن . فأما المال فإن الرجل يجب عليه فيما له الحق من الزكاة وغيرها فيجزيه أن يؤدى عنه بأمره لأنه إنما أريد بالفرض فيه تأديته إلى أهله لا عمل البدن ، فإذا عمل امرؤ عنى ما فرض من مالى فقد أدى الفرض عنى ، وأما الدعاء فإن الله عز وجل ندب العباد إليه ، وأمر رسوله صلى الله عليه وسلم به فإذا جاز أن يدعى للأخ حياً جاز أن يدعى له ميتا ، ولحقه إن شاء الله تعالى بركة ذلك ، مع أن الله عز ذكره واسع لأن يوفى الحى أجره ويدخل على الميت منفعته ، وكذلك كلما تطوع رجل عن رجل صدقة تطوع أ هـ .

وقال شيخنا النووى فى كتاب الأذكار فى باب ما ينفع الميت من قـول وغيره : أجمع العلماء على أن الدعاء للأموات ينفعهـم ويصـلهم ثوابه . واحتجوا بقول الله تعالى : « والذين جاءوا من بعدهم » الآية وغير ذلك من الآيات المشهورة بمعناها ، وفى الأحاديث المشهورة كقوله صلى الله عليـه وسلم : « اللهم اغفر لأهل بقيع الغرقد » وكقوله صلى الله عليه وسـلم : « اللهم اغفر لحينا وميتنا » وغير ذلك .

واختلف العلماء فى وصول ثواب قراءة القرآن . فالمشـهور عن مذهب الشافعى وجماعة أنه لا يصل . وذهب أحمد بن حنبل وجماعة من العلمـاء

وجماعة من أصحاب الشافعى إلى أنه يصل ، والمختار أن يقول بعد القراءة : اللهم أوصل ثواب ما قرأته . والله أعلم ا هـ .

وقال ابن النحوى فى شرح المنهاج : لا يصل إلى الميت عندنا ثواب القراءة على المشهور . والمختار الوصول إذا سأل الله إيصال ثواب قراءته . وينبغى الجزم به لأنه دعاء . فإذا جاز الدعاء للميت بما ليس للداعى ، فلأن يجوز بما هو له أولى ، ويبقى الأمر فيه موقوفاً على استجابة الدعاء ، وهذا المعنى لا يختص بالقراءة بل يجرى فى سائر الأعمال ، والظاهر أن الدعاء متفق عليه أنه ينفع الميت والحى القريب والبعيد بوصية وغيرها . وعلى ذلك أحاديث كثيرة ، بل كان أفضل الدعاء أن يدعو لأخيه بظهر الغيب .

وقد حكى النووى فى شرح مسلم الإجماع على وصول الدعاء إلى الميت ، وكذا حكى أيضاً الإجماع على أن الصدقة تقع عن الميت ويصل ثوابها ولم يقيد ذلك بالولد . وحكى الإجماع على لحوق قضاء الدين . والحق أنه يخصص عموم الآية بالصدقة من الولد كما فى أحاديث الفصل وبالحج من الولد كما فى حديث الخثعمية ، ومن غير الولد أيضاً كما فى حديث المحرم عن أخيه شبرمة . أما قراءة القرآن فيمكن أن أنحو بها نحواً آخر لعله يكون شافياً للصدور وافياً بالمقصود إن شاء الله .

ذلك أن الإجماع منعقد على جواز التوسل إلى الله تبارك وتعالى بالأعمال الصالحات ، وأن قراءة القرآن من صميم الأعمال الصالحة بل فى ذروتها فإذا سلمنا بهذا وأن قراءة القرآن من أجل القربات إلى الله تعالى جاز للعبد أن يتوسل إلى الله تعالى بما قرأ من القرآن أن يرحم والديه أو من يعينه من الأموات فيكون من قبيل التوسل إلى الله بعمل صالح كما لو دعته امرأة ذات حسب وجمال فقال : إنى أخاف الله رب العالمين ، ثم أصابه ما يقتضى أن يدعو متوسلا بهذا الامتناع عن الفاحشة مع توفر دواعيها ، ولكنه خاف مقام ربه ونهى النفس عن الهوى فإن دعاءه مرجو القبول والإجابة والله تعالى أعلم بالصواب .

كتاب العتق

الشرح الرق ظاهرة اجتماعية سادت فى الأرض قبل الإسلام، وتوغلت فى حياة المجتمعات البشرية حتى صارت لا يقوم للمجتمع قائمة إلا بوجوده لأن القوى العاملة فى المجتمع التى تمثل عصب الانتاج وتحقيق الحاجات الاقتصادية من زراعية وعمرانية وصناعية كانت تقوم على أيدى الأرقاء، وقد أدركت الدولة الرومانية أهمية هذه الفئة فى حفظ كيان الدولة فحرمت على الأفراد فى القانون الرومانى أن يعتقوا عبيدهم، وكانت تحكم بالسجن أو التعذيب أو فرض الرق على من يضبط متلبساً بجريمة عتق عبيده، وكانت مصادر الرق متنوعة فشعوب الأمم المغلوبة عسكريا تسترق للغالب من القواد والملوك الجبابرة، والجنود توزع عليهم الأسلاب ومنها الرجال والنساء هذه الأمم المقهورة، وكل إنسان يخطف من بلده ويؤخذ بالقوة من أحبائهم ومضاربهم ونجوعهم يصير عبداً مسترقا لخاطفيه لهم بيعه وهبته وتوارثه ويملكون حياته وموته وليس له حرمة فى تلك المجتمعات الجاهلية فارسية ورومانية وعربية وشرقية وغربية.

فلما جاء الإسلام وهو فى منهجه الرصين سماوى الهداية، وفى تعبيره الحذرى نورانى الوسيلة، وفى تدرجه الرزين تربوى التعليم، وفى نظرته لهذه الفئة رحيم السلوك، زاقى الاحساس رفيع الغاية، خفف من بشاعة الرق، ويسر مصافيه، وضيق مصادره ووسع موارده وقصره على الحروب وعدها وجعله بين المحاربين فقط لا يتجاوزه إلى الآمنين ممن لم يرفعوا سلاحا، ثم نظم العلاقة بين السيد ومولاه حتى يتسمى الحر منا لن يكون مولى لأحد هؤلاء النبلاء من حواريى النبوة وجنود الرسالة، بل إن الإسلام حين جعل المرء لا يحط عنه وزر القسم الحانث إلا بعتق رقبة، ولا تنداح عنه معرة الظهار حين يجعل امرأته كظهر أمه إلا بعتق رقبة

من قبل أن يتماسا ، وجعل فى تعمد الطعام فى الصوم إعتاق رقبة ، وجعل المؤمن الحق الذى اقتحم العقبة ، هو الذى يفك الرقاب العانية ، ويطعم فى المسغبة المساكين الكادحة ، وحسبك أن الكتاب الذى يجمع أحكام الرق كلها اسمه كتاب العتق . وليس أبلغ من وصف أحكام هذا الكتاب بهذه الصفة (العتق) مما يدل على تشوف الشريعة وتشوقها إلى الإسراع فى الأخذ بأسباب العتق وانظر إلى صاحب الشريعة حين يجعل اللطمة على وجه العبد فكاكاً له من الرق وجعل جزاء اللطمة عتقه فمن لم يفعل مسته النار .

ثم إن الإسلام جعل من عوامل تصفية الرق المكاتبة لقوله تعالى « فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً وآتوهم من مال الله الذى آتاكم » [1] فجعل للعبد الحق فى أن يطلب من سيده شراء نفسه مكاتبة بنجوم وأقساط يؤديها من صنعته أو عمله ، وعلى سيده أن يمنحه كل أسباب اليسر وإعطاؤه بعض المال ليكون بمثابة رأس مال له فى الحياة يواجه به أعباء الاستقلال عن سيده ، ومن عوامل تصفيته التدبير ؛ وهو أن يجعل رقه فى حياته ثم يكون حراً بعد موته ، ومن أسباب تصفيته أيضاً تحريم ميراث أم الولد ، وهو تحرير لها ولا ريب ، لذلك نزجى إليك فصول العتق والمكاتب والمدبر شاهدة على صدق هذه القضية التى بسطناها لك فى هذه الكليمة مجتزئين بها عن الشرح والتعليق لنوفر مكانا على الورق نبذله فيما لم تتعطل أحكامه وإنك لا تجد فى كتب الفقه على ما وقع لنا فى هذا الكتاب من يسميه من الفقهاء كتاب الرق وإنما يسمونه كتاب العتق ، لأن العتق مما يتشوف إليه الدين ويرغب فى عبادة الله تعالى والتقرب إليه بالعتق ، وكثرة العتق ككثرة الصلاة والحج والزكوات بل إنه فى ميزان الصالحات أعلا وأرجح لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : (من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضو منها عضواً منه من النار حتى فرجه بفرجه) على أنه وقد صح عزمنا وشرح الله صدرنا لتكون هذه الطبعة أكمل ومنهجنا فيها أقوى فانا سنخرج الأحاديث ونصحح ما كان صحيحا ونعلل ما كان معللا وهو ما تجردت منه الطبعة السابقة والتى

---

(١) سورة النور : ٣٣

كان فيها من الدواهى والعظائم ما نسأل الله أن ينتقم من المفسدين ويحبط أعمال المبطلين وسبحان ربك رب العزة عما يصفون وسلام على المرسلين والحمد لله رب العالمين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

العتق قربة مندوب اليه ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((من اعتق رقبة اعتق الله بكل عضو منها عضواً منه من النار حتى فرجه بفرجه)) ولا يصح الا من مطلق التصرف فى المال لانه تصرف فى المال كالبيع والهبة ، فان أعتق الموقوف عليه العبد الموقوف لم يصح عتقه لانه لا يملكه فى أحد القولين ويملكه فى الثانى الا انه يبطل به حق البطن الثانى ، فلم يصح ، وان أعتق المريض عبداً وعليه دين يستغرقه لم يصح لأن العتق فى المرض وصية فلم يصح مع الدين ، وان أعتق العبد الجانى ، فعلى ما ذكرناه فى العبد المرهون .

فصل **ويصح بالصريح والكناية وصريحه العتق والحرية لأنه ثبت لهما عرف الشرع وعرف اللغة والكتابة كقوله : سيبتك وخليتك وحبلك على غاربك ولا سبيل لى عليك ولا سلطان لى عليك وانت لله وانت طالق وما أشبهها لانها تحتمل العتق فوقع بها العتق مع النية .**

وفى قوله فككت رقبتك وجهان :

(احدهما) انه صريح لانه ورد به القرآن قال الله سبحانه ((فك رقبة)) (١)

(والثانى) انه كناية لانه يستعمل فى العتق وغيره . وان قال لأمته : انت على كظهر أمى ونوى العتق ففيه وجهان :

(احدهما) تعتق لانه لفظ يوجب تحريم الزوجة فكان كناية فى العتق كسائر الطلاق .

(والثانى) لا تعتق لانه لا يزيل الملك فلم يكن كناية فى العتق بخلاف الطلاق .

---

(١) سورة البلد : ١٣

فصـــل وان كان بين نفسين عبد فأعتق احدهما نصيبه ، فان كان موسراً قوم عليه نصيب شريكه وعتق ، لما روى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من أعتق شركا له فى عبد ـ فان كان معه ما يبلغ ثمن العبد ـ قوم عليه قيمة عدل ، وأعطى شركاءه حصصهم ، والا فقد عتق منه ما عتق ورق منه مارق » وان كان بين مسلم وكافر عبد مسلم فأعتق الكافر حصته وهو موسر فالمنصوص أنه يقوم عليه ، فمن أصحابنا من قال : اذا قلنا : ان الكافر لا يملك العبد المسلم لم يقـوم عليـه لأن التقـويم يوجب التمليك .

ومنهم من قال : يقوم عليه قولا واحداً لأنه تقويم متلف فاستوى فيـه المسلم والكافر كتقويم المتلفات ، ويخاف البيع لأن القصـد منه التمليك وفى ذلك صغار على الاسلام ، والقصد من التقويم العتق ولا صغار فيه ، فان كان نصف العبد وقفا ، ونصفه طلقا ، فأعتق صاحب الطلق نصيبه ، لم يقـوم عليه الوقف ، لأن التقويم يقتضى التمليك ، والوقف لا يمـلك ، ولأن الوقف لا يعتق بالمباشرة فلأن لا يعتق بالتقويم أولى .

فصـــل وتجب قيمة النصيب عند العتـق لأنه وقت الاتلاف ومتى يعتق فيه ثلاثة أقوال :

(أحدها) يعتق فى الحال ، فان كانت جارية فولدت كان الولد حراً ، لما روى أبو المليح عن أبيه « أن رجلا أعتق شقصا له من غلام فذكر ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فقال : ليس لله شريك ، وفى بعضها فأجاز عتقه » .

(والثانى) : أنه يقع بدفع القيمة ، فان كان جارية فولدت كان نصف الولد حراً ونصفه مملوكا ، لما روى سالم عن أبيه يبلغ به النبى صلى الله عليه وسلم « اذا كان العبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه ، فان كان موسراً يقوم عليه ولا وكس ولا شطط ثم يعتق » ولأنه عتق بعوض فلا يتقدم على العوض ، كعتق المكاتب ، والثالث أنه مراعى فان دفع العوض حكمنا بانه عتق فى الحال ، وان لم يدفع حكمنا بانه لم يعتق لأنا اذا أعتقناه فى الحـال أضررنا بالشريك فى اتلاف ماله قبل أن يسـلم له العوض ، وان لم نعتقـه أضررنا بالعبـد فى ابقاء أحكام الرق عليه ، فاذا قلنا : انه مراعى لم يكن على كل واحد منهـما ضرر ، فان دفع القيمة كان حكمه حكم القول الأول ، وان لم يدفع كان حكمه حكم القول الثانى ، فان بذل المعتق القيمة أخبرنا الشريك على قبضها ، وان طلب الشريك أجبرنا المعتق على دفعها ، فان أمسك الشريك عن الطلب والمعتق عن الدفع وقلنا : ان العتق يقف على الدفع فللعبد أن يطالب المعتق بالدفع والشريك بالقبض ليصل الى حقه ، فان امسك الجميع فللحاكم أن يطـالب

بالدفع والقبض لما فى العتق من حق الله تعالى ، فان أعتق الشريك نصيبه قبل أخذ القيمة ففيه وجهان :

(احدهما) وهو قول أبى على بن أبى هريرة انه يعتق لأنه عتق صادف ملكه .

(والثانى) وهو المذهب انه لا يعتق لأن العتق مستحق من جهة المعتق والولاء مستحق له فلا يجوز ابطاله عليه .

فصل وان كان بين اثنين جارية فأحبلها أحدهما ثبت حرمة الاستيلاد فى نصيبه ، وفى نصيب الشريك الأقوال التى ذكرناها فى العتق ، لأن الاستيلاد كالعتق فى ايجاب الحرية فكان كالاعتاق فى التقويم والسراية .

الشرح حديث أبى هريرة متفق عليه وفيه (نسمة) بدل رقبة وتقيد الرقبة بكونها مسلمة وأخرجه الحاكم من طريق عقبة بن عامر وواثلة وأحمد من حديث مالك بن الحارث ومرة بن كعب وعمرو بن عبسة وتقدم فى الوصايا . وأما حديث ابن عمر (من أعتق شركا له فى عبد الخ) فهو متفق عليه وله ألفاظ أخرى كلها فى الصحيحين وحديث أبى المليح أخرجه أبو داود فى سننه فى كتاب العتق . أما حديث سالم عن أبيه عبد الله بن عمر مرفوعا فقد أخرجه أبو داود فى العتق والدارمى فى الفرائض ومسلم فى العتق والايمان والترمذى فى الأحكام وأحمد فى المسند . جـ ٢ : ١١ ، ١٣٢ ، ٤٦٨ .

أما اللغات فقوله : لا وكس ولا شطط فالوكس النقص والشطط الجور وفى حديث معاوية أنه كتب إلى الحسين بن على « إنى لم أخسك ولم أكسك » أى لم أنقصك حقك ولم أنقض عهدك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان اختلف المعتق والشريك فى قيمة العبد والبينة متعذرة، فان قلنا : انه يسرى فى الحال فالقول قول المعتق لأنه غارم لما استهلكه فكان القول قوله ، كما لو اختلفا فى قيمة ما اتلفه بالجناية .

وان قلنا : لا يعتق الا بدفع القيمة فالقول قول الشريك لأن نصيبه باق على ملكه فلا ينزع منه الا بما يقر به كالمشترى فى الشفعة ، وان ادعى الشريك انه كان يحسن صنعة تزيد بها القيمة فانكر المعتق ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال : هو كالاختلاف فى القيمة ، وفيه قولان . ومنهم من قال : القول قول المعتق قولا واحداً لأن الظاهر معه والشريك يدعى صنعة الأصل عدمها ، وان ادعى المعتق عيباً فى العبد ينقص به القيمة وانكر الشريك ففيه طريقان ايضاً ، من أصحابنا من قال : هو كالاختلاف فى القيمة فيكون على قولين . ومنهم من قال : القول قول الشريك قولا واحداً ، لأن الظاهر معه ، والمعتق يدعى عيباً الأصل عدمه .

فصل وان كان المعتق معسراً عتق نصيبه وبقى نصيب الشريك على الرق والدليل عليه حديث ابن عمر رضى الله عنه ، والا فقد عتق منه ما عتق ورق منه مارق ، ولأن تنفيذ العتق لدفع الضرر عن العبد ، فلو اعتقنا نصيب الشريك لأضررنا به لأنا نتلف ماله ، ولا يحصل له عوض ، والضرر لا يزال بالضرر ، ولهذا لو حضر الشفيع وهو معسر ، لم يأخذ بالشفعة ، لأنه يزيل الضرر بالضرر ، وان كان موسراً بقيمة البعض عتق منه بقدره ، لأنها وجب بالاستهلاك اذا عجز عن بعضه وجب ماقدر عليه كبدل المتلف ، وان كان معه قيمة الحصة وعليه دين يستغرق ما معه ، ففيه قولان ، بناء على القولين فى الدين هل يمنع وجوب الزكاة ، فان قلنا : لا يمنع وجب عليه العتق ، وان قلنا : يمنع لم يجب العتق .

فصل وان ملك عبداً فاعتق بعضه سرى الى الباقى لأنه موسر بالقدر الذى يسرى اليه فسرى اليه ، كما لو أعتق شركاً له فى عبد وهو موسر .

فصل وان اوصى بعتق شرك له فى عبد فاعتق عنه لم يقوم عليه نصيب شريكه ، وان احتمله الثلث ، لأنه بالموت زال ملكه فلا ينفذ الا فيما استثناه بالوصية ، وان وصى بعتق نصيبه وبأن يعتق عنه نصيب شريكه والثلث يحتمله قوم عليه ، واعتق عنه الجميع ، لأنه فى الوصية بالثلث كالحى ، فاذا قوم على الحى قوم على الميت بالوصية .

فصل وان كان عبد بين ثلاثة لأحدهم النصف ، وللآخر الثلث ، وللثالث السدس ، فاعتق صاحب الثلث والسدس نصيبهما فى وقت واحد ، وكانا موسرين ، قوم نصيب الشريك عليهما بالسوية ، لأن التقويم استحق بالسراية فقسط على عدد الرءوس كما لو اشترك اثنان فى جراحة رجل فجرحه أحدهما جراحة والآخر جراحات .

فصـــل وان كان له عبدان فاعتق احدهما بعينه ثم أشكل أمره بان يتذكر فان قال : أعتقت هذا قبل قوله ، لأنه أعرف بما قال ، فان اتهمه الآخر حلف لجواز أن يكون كاذباً ، فان نكل حلف الآخر وعتق العبدان ، احدهما باقراره والآخر بالنكول واليمين ، وان قال : هذا ، بل هذا ، عتقا جميعاً لأنه صار راجعاً عن الأول مقراً بالثاني ، فان مات قبل أن يبين رجع الى قول الوارث ، لأن له طريقاً الى معرفته ، فان قال الوارث : لا أعلم فالمنصوص أنه يقرع بينهما لأنه ليس أحدهما باولى من الآخر فرجع الى القرعة ، ومن أصحابنا من خرج فيه قولا آخر ، أنه يوقف الى أن ينكشف لأن القرعة تفضى الى أن يرق من أعتقه ، ويعتق من أرق ، فوجب أن يوقف الى ان يتبين ، والأول هو الصحيح ، لأن البيان قد فات والوقوف يضر بالوارث فى رقيقه وبالحر فى حق نفسه .

فصـــل وان أعتق عبداً من اعبد ، أخذ بتعيينه ، وله أن يعين من شاء ، فان قال : هو سالم بل غانم عتق سالم ، ولم يعتق غانم ، لأنه تخير لتعيين عتق ، فاذا عينه فى واحد سقط خياره فى الثانى ، ويخالف القسم قبله ، لأن ذلك اخبار لا خيار له فيه فلم يسقط حكم خبره . فان مات قبل أن يعين ، ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يقوم الوارث مقامه فى التعيين كما لا يقوم مقامه فى تعيين الطلاق فى احدى المراتين فعلى هذا يقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة عتق .

(والثانى) يقوم مقامه ، وهو الصحيح ، لأنه خيار ثابت يتعلق بالمال فقام الوارث فيه مقامه ، كخيار الشفعة ، والرد بالعيب .

فصـــل ومن ملك احد الوالدين وان علوا أو أحد المولودين وان سفلوا ، عتقوا عليه لقوله تعالى ((تكاد السموات يتفطرن منه وتنشق الأرض وتخر الجبال هدا أن دعوا للرحمن ولدا وما ينبغى للرحمن أن يتخذ ولدا ، أن كل من فى السموات والأرض الا آتى الرحمن عبداً)) (١) فنفى الولادة مع العبودية فدل على انهما لا يجتمعان ، ولأن الولد بعض منه فيصير كما لو ملك بعضه ، وان ملك بعضه ، فان كان بسبب من جهته كالبيع والهبة وهو موسر قوم عليه الباقى لأنه عتق بسبب من جهته فصار كما لو أعتق بعض عبد ، وان كان بغير سبب من جهته كالارث لم يقوم عليه لأنه عتق من غير سبب من

---

(١) سورة مريم : ٨٨ ، ٨٩ ، ٩٠ ، ٩١ ، ٩٢ ، ٩٣

جهته ، وان ملك من سوى الوالدين والمولودين من الاقارب ، لم يعتق عليه ، لأنه لا بعضه بينهما فكانوا كالأجانب ، وان وجد من يعتق عليه مملوكاً فالمستحب أن يشتريه ليعتق عليه لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يجزى ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه » ولا يجب عليه ذلك لانه استجلاب مال لقربة لم يتقدم وجوبها فلم يجب كشراء المال للزكاة ، وان وصى للمولى عليه بأبيه ، فان كان لا تلزمه نفقته وجب على الولى قبوله لأنه يعتق عليه ، فيحصل له جمال عاجل وثواب آجل ، من غير اضرار ، وان كان تلزمه نفقته لم يجب قبوله ، لأنه يعتق عليه ويطالب بنفقته ، وفى ذلك اضرار فلم يجز ، وان وصى له ببعضه ، فان كان معسراً لزمه قبوله ، لأنه لا ضرر عليه من جهة التقويم ، ولا من جهة النفقة ، وان كان موسراً ، والاب ممن تلزمه نفقته ، لم يجب قبوله لأنه تلزمه نفقته ، وفى ذلك اضرار ؛ وان كان لا تلزمه نفقته ففيه قولان :

(احدهما) لا يجوز قبوله ، لأن ملكه يقتضى التقويم ، وفى ذلك اضرار .

(والثانى) يلزم قبوله ، ولا يقوم عليه لأنه يعتق عليه بغير اختياره ، فلم يقوم عليه كما لو ملكه بالارث .

الشرح حديث « لا يجزى ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه » أخرجه مسلم فى العتق وأبو داود فى الأدب والترمذى فى البر وابن ماجه فى الأدب وأحمد فى مسنده جـ ٢ : ٢٣ ، ٢٦٣ ، ٣٧٦ ، ٤٤٥

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب القرعة

والقرعة أن تقطع رقاع متساوية ويكتب فى كل رقعة ما يراد اخراجه وتجعل فى بنادق من طين متساوية الوزن والصفة وتجفف تغطى بشىء ثم يقال لرجل لم يحضر الكتابة والبندقة : أخرج بندقة ويعمل بما فيها فان كان القصد عتق الثلث جزئوا ثلاثة أجزاء ، وان كان القصد عتق الربع جزئوا اربعة اجزاء ، وان كان القصد عتق النصف جزئوا جزءين ، وتعدل السهام ، فان كان القصد عتق الثلث ـ فان كان عددهم وقيمتهم متساوية ، فان كانوا ستة أعبد قيمة كل واحد منهم مائة ـ جعل كل اثنين جزءاً ، ثم الحاكم بالخيار بين ان يكتب فى الرقاع الأسماء ويخرج الأسماء على الحرية والرق ، وبين ان يكتب الرق والحرية ويخرج على الاسماء، فان اختار كتب الأسماء كتب على كل

اسمين فى رقعة ، فان شاء أخرج القرعة على الحرية ، فاذا خرجت القرعة باسم اثنين عتقا ورق الباقون ، وان شاء أخرج على الرق ، فاذا خرجت رق من فيها ، ثم يخرج قرعة أخرى على الرق ، فاذا خرجت رق من فيهـا ، ويعتق الباقيان . والاخراج على الحرية أولى ، لأنه أقرب الى فصل الحكم ، فان اتفق العدد واختلفت القيم وأمكن تعديل العدد بالقيمة بأن يكونوا ستة ، قيمة اثنين أربعمائة ، وقيمة اثنين ستمائة ، وقيمة اثنين مائتان ، جعـــل اللذان قيمتهما أربعمائة جزءاً ، وضم أحد العبدين المقومين بستمائة الى أحد العبدين المقومين بمائتين ، ويجعل العبدان الآخران جزءاً ، ويخـــرج القرعة على ما ذكرناه من الوجهين .

وان اختلفت قيمتهم ولم يتفق عددهم بأن كانوا ثمانية قيمة واحد مائة ، وقيمة ثلاثة مائة ، وقيمة أربعة مائة ، عدلوا بالقيمة ، فيجعل العبد جزءا والثلاثة جزءاً والأربعة جزءاً ، فان خرجت قـرعة العتـق على العبد عتق ورق السبعة . وان خرجت على الثلاثة عتقوا ورق الخمسة . وان خرجت على الأربعة عتقوا ورق الأربعة ، لأنه لا يمكن تعديلهم بغير القيمة فعدلوا بالقيمة ، وعلى هذا لو كانوا اثنين قيمة أحدهما مائة وقيمة الآخر مائتان ، جعلا جزءين واقرع بينهما ، فان خرجت قرعة العتق على المقوم بمائة ، عتق جميعه ورق الآخر ، وان خرجت على المقوم بمائتين ، عتق نصفه ورق نصفه وجميـــع الآخر ، فان اتفق العدد واختلفت القيم ـ فان عدل بالعدد ـ اختلفت القيم ، وان عدل بالقيمة اختلف العدد ، بأن كانوا ستة قيمة واحد مائة ، وقيمـة اثنين مائة ، وقيمة ثلاثة مائة ، فالمنصوص أنهم يعدلون بالقمية فيجعل العبد جزءاً والعبدان جزءاً والثلاثة جـزءاً وتخـرج القـرعة على ما ذكـرناه مـن الوجهين .

ومن أصحابنا من قال : يعدلون بالعدد فيجعل اللذان قيمتهما مائة جزءاً ويضم أحد الثلاثة الى المقوم بمائة ، فيجعلان جزءاً ، وقيمتهما مائة وثلث ، ويجعل الآخران جزءاً وقيمتهما ثلاثمائة وأقرع بينهم فان خرجت القـرعة على المقومين بالمائة وقد استكملا الثلث ورق الباقون ، وان خرجت على العبدين المقوم أحدهما بمائة الآخر بثلث المائة ، عتقا ورق الأربعة الباقون ، ويقـــرع بين العبدين اللذين خرجت القرعة عليهما ، لأنهما أكثر من الثلث فلم ينفذ العتق فيهما ، فان أقرع فخرجت القرقة على المقوم بمائة عتق ورق الآخـر ، وان خرجت على المقوم بثلث المائة ، عتق وعتق من الآخر الثلثان ، لاســـتكمال الثلث ورق الباقى والصحيح هو المنصوص عليه لأن فيما قال هـذا القائل يحتاج الى اعادة القرعة ، وتبعيض الرق والحـرية فى شخص واحـد ، فان اختلف العدد والقيم ولم يمكن التعديل بالعدد ولا بالقيمة ، بأن كانوا خمسة ،

وقيمة احدهم مائة ، وقيمة الثانى مائتان ، وقيمة الثالث ثلثمائة ، وقيمة الرابع اربعمائة وقيمة الخامس خمسمائة ففيه قولان :

(احدهما) انه يكتب اسماؤهم فى رقاع بعددهم ، ثم يخرج على العتق ، فان خرج المقوم بخمسمائة وهو الثلث عتق ورق الأربعة ، وان خرج المقوم بأربعمائة عتق وقد بقى من الثلث مائة ، فيخرج اسم آخر ، فان خرج اسم المقوم بثلاثمائة عتق منه ثلثه ورق باقية والثلاثة الباقون ، وعلى هذا القياس يعمل فى كل ما يخرج .

(والقول الثانى) أنهم يجزأون ثلاثة أجزاء ، على القيمة دون العدد ، فيجعل المقوم بخمسمائة جزءاً ، ويجعل المقوم بثلثمائة والمقوم بالمائتين جزءاً ، ويجعل المقوم بأربعمائة والمقوم بمائة جزءاً ثم يخرج القرعة ويعتق من فيها ، وهو الثلث ، ويرق الباقون ((لأن النبى صلى الله عليه وسلم جزاهم ثلاثة أجزاء)) .

فصل قال الشافعى : وان اعتق ثلاثة اعبد لا مال له غيرهم فمات واحد ، ثم مات السيد ، اقرع بين الحيين والميت ، فان خرج سهم الحرية على الميت رق الاثنان ، وحكم من خرج عليه سهم الحرية حكم الأحرار منذ خوطب بالعتق الى أن مات ، وكان له ما اكتسب واستفاد بارث غيره . وان خرج سهم الحرية على احد الحيين ، لم يعتق منه الا ثلثاه ، لأن الميت قبل موت سيده مات عبداً ، فلم يكن له حكم ما خلف السيد ، وان مات المعتق ، ولم يقرع بينهم حتى مات اثنان اقرع بين الحى والميتين ، فان خرج بينهم العتق على الحى ، عتق كله ، واعطى كل ما استفاد من يوم خوطب بالعتق ورق الميتان .

فصل اذا اعتق فى مرضه ستة اعبد لا مال له غيرهم فاعتق اثنان بالقرعة ، ثم ظهر مال يحتمل ان يعتق آخران ، جعل الأربعة جزاين ، واقرع بينهم واعتق منهم اثنان .

فصل وان اعتق فى مرضه اعبداً له ومات وعليه دين يستغرق التركة لم ينفذ العتق ، لأن العتق فى المرض وصية ، فلا ينفذ الا فى ثلث ما يفضل بعد قضاء الدين . وان استغرق نصفها جعل التركة جزاين ويكتب فى رقعة دين ، وفى رقعة تركة ، وان استغرق الثلث جعلوا ثلاثة اجزاء فى رقعة دين وفى رقعتين تركة ، ويقرع بينهم فمن خرجت عليه قرعة الدين بيع فى الدين ، وما سواه يجعل ثلاثة أجزاء ويعتق منه الثلث ، لأنه اجتمع حق

الدين وحق التركة وحق العتق ، وليس بعضها بالبيع والارث والعتق باولى من البعض ، وللقرعة مدخل فى تمييز العتق من غيره ، فاقرع بينهم .

فصـــل وان اعتقهم ومات واقرع بينهم واعتق الثلث ثم ظهـر دين مستغرق لم ينفذ العتق لما ذكرناه ، فان قال الورثة : نحن نقضى الدين وننفذ العتق ففيه وجهان :

(احدهما) ان لهم ذلك لان المنع من نفوذ العتق لاجل الدين فاذا قضى الدين زال المنع (والثانى) انه ليس لهم ذلك لانهم تقاسموا العبيد بالقرعة ، وقد تعلق بهم حق الغرماء فلم يصح ، كما لو تقاسما شريكان ثم ظهر شريك ثالث ، فعلى هذا يقضى الدين ، ثم يستانف العتق ؟ وان كان الدين يستغرق نصف التركة فهل يبطل العتق بالجميع ؟ فيه وجهان :

(احدهما) يبطل كما قلنا فى قسمة الشريكين .

(والثانى) يبطل بقدر الدين لان بطلانه بسببه فيقدر بقدره ، فان كان الذى اعتق عبدين ، عتق من كل واحد منهما نصفه ورق النصف ، ثم يقرع بينهما لجمع الحرية ، فان خرجت القرعة لاحدهما وكانت قيمتهما ســـواء عتق وبيع الآخر فى الدين ، وان كانت قيمة احدهما اكثر فخرجت القرعة على اكثرها قيمة ، عتق منه نصف قيمة العبدين ورق باقية والعبد الآخر . وان خرجت على اقلهما قيمة عتق ، وعتق من الثانى تمام النصف وبيع الباقى فى الدين .

الشرح حديث « تجزى العبد ثلاثة » أخرجه مسلم من حديث عمران ابن الحصين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب المـــــدبر

التدبير قربة لانه يقصد به العتق ويعتبر من الثلث فى الصحة والمرض ، لما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « المدبر مـن الثلث » ولانه تبرع يتنجز بالموت فاعتبر من الثلث كالوصية،فان دبر عبدا واوصى بعتق آخر ، وعجز الثلث عنهما ، اقرع بينهما . ومن اصحابنا من قال : فيه قول آخر انه يقدم المدبر ، لانه يعتق بالموت ، والموصى بعتقه لا يعتق بالموت ، والصحيح هو الأول لان لزومهما بالموت فاستويا .

فصـــل ويصح من السفيه لانه انما منع من التصرف حتى لا يضيع ماله فيفتقر وبالتدبير لا يضيع ماله لأنه باق على ملكه ، وان مات استغنى عن المال وحصل له الثواب ، وهل يصح من الصبى المميز ؟ فيه قولان :

(احدهما) انه يصح لما ذكرناه فى السفيه .

(والثانى) لا يصح وهو الصحيح لأنه ليس من أهل العقود ، فلم يصح تدبيره كالمجنون .

فصـــل والتدبير هو أن يقول : ان مت فانت حر ، فان قال : دبرتك او انت مدبر ونوى العتق صح ، وان لم ينو فالمنصوص فى المدبر أنه يصح . وقال فى المكاتب : اذا قال : كاتبتك على كذا وكذا لم يصح حتى يقول : فاذا اديت فانت حر فمن أصحابنا من نقل جوابه فى المدبر ، الى المكاتب ، وجوابه فى المكاتب الى المدبر وجعلهما على قولين :

(احدهما) انهما صريحان لأنهما موضوعان للعتق فى عرف الشرع .

(والثانى) انهما كنايتان فلا يقع العتق بهما الا بقرينة أو نية لأنهما يستعملان فى العتق وغيره . ومنهم من قال فى المدبر صريح وفى المكاتب كناية . ولم يذكر فرقا يعتمد عليه .

فصـــل ويجوز مطلقا ، وهو أن يقول : ان مت فانت حر ، ويجوز مقيداً وهو يقول : ان مت من هذا المرض ، أو فى هذا البلد فانت حر ، لأنه عتق معلق على صفة ، فجاز مطلقاً ومقيداً ، كالعتق المعلق على دخول الدار، ويجوز تعليقه على شرط ، بأن يقول : ان دخلت الدار فانت حر بعد موتى ، كما يجوز أن يعلق العتق المعلق على دخول الدار بشرط قبله ، فان وجد الشرط صار مدبراً ، وان لم يوجد الشرط حتى مات السيد لم يصر مدبراً لانه علق التدبير على صفة ، وقد بطلت الصفة بالموت فسقط ما علق عليه .

فصـــل ويجوز تدبير المعتق بصفة ، كما يجوز أن يعلق عتقه على صفة اخرى ـ فان وجدت الصفة قبل الموت ـ عتق بالصفة وبطل التدبير به ، وان مات قبل وجود الصفة عتق بالتدبير ، وبطل العتق بالصفة ، ويجوز تدبير المكاتب كما يجوز أن يعلق عتقه على صفة ، فاذا دبره صار مكاتباً مدبراً ويستحق العتق بالكتابة والتدبير . فان أدى المال قبل الموت عتق بالكتابة ، وبطل التدبير ، وان مات قبل الأداء فان كان يخرج من الثلث عتق بالتدبير

وبطلت الكتابة ، وان لم يخرج جميعه عتق منه بقدر الثلث ويسقط من مال الكتابة بقدره ، وبقى الباقى على الكتـابة ، ولا يجـوز تدبير أم الولد ، لأن الذى يقتضيه التدبير هو العتق بالموت ، وقد استحقت ذلك بالاستيلاد ، فلم يفد التدبير شيئاً ، فاذا دبرها ومات عتقت بالاستيلاد من راس المال .

فصـــل ويجوز تدبير الحمل كما يجوز فى بعض عبد كما يجوز عتقه، ويجوز فى العتق ، فان كان بين رجلين عبد فدبر احدهما نصيبه وهو موسر فهل يقوم عليه نصيب شريكه ليصير الجميع مدبرا ؟ فيه قولان :

(أحدهما) يقوم عليه لأنه أثبت له شيئاً يفضى الى العتق لا محالة فاوجب التقويم كما لو استولد جارية بينه وبين غيره .

(والثانى) وهو المنصوص انه لا يقوم عليه ، لأن التقويم انما يجب بالاتلاف كالعتق أو بسبب يوجب الاتلاف كالاستيلاد ، والتدبير ليس باتلاف ، ولا سبب يوجب الاتلاف ، لأنه يمكن نقضه بالتصرف فلم يوجب التقويم ، فان كان له عبد فدبر بعضه فالمنصوص أنه لا يسرى الى الباقى .

ومن أصحابنا من قال : فيه قول آخر أنه يسرى فيصير الجميع مدبرا . ووجههما ما ذكرناه فى المسألة قبلها ، فان كان عبد بين اثنين فدبراه ، بان قال كل واحد منهما : اذا مت فانت حر جاز ، كما لو أعتقاه ، فان أعتـــق أحدهما نصيبه بعد التدبير وهو موسر فهل يقوم عليه نصيب شريكه ليعتق ؟ فيه قولان منصوصان :

(أحدهما) لا يقوم عليه ، لأن لنصيب شريكه جهة يعتق بها ، فاستغنى عن التقويم ، ولأنا اذا قومناه على المعتق أبطلنا على شريكه ما ثبت له مـــن العتق والولاء بحكم التدبير .

(والثانى) يقوم عليه ليصير الكل حراً ، لأن المدبر كالقن فى الملك والتصرف، فكان كالقن فى التقويم والسراية ، فان كان بين نفسين عبد فقالا اذا متنا فانت حر لم يعتق حصة واحد منهما الا بموته وموت شريكه ، فان ماتا معاً عتـق عليهما بوجود الصفة فان مات احدهما قبل الآخر انتقل نصيب الميت الى وارثه ووقف عتقه على موت الآخر فاذا مات الآخر عتق ، فان قالا : انت حبيس على آخرنا موتا ، فالحكم فيها كالحكم فى المسالة قبلها الا فى فصل واحد ، وهـو أن فى المسالة الاولى اذا مات احدهما انتقل نصيب الميت الى وارثه الى ان يموت الآخر ، وفى هذه اذا مات احدهما كان منفعة نصيبه موصى بها للآخر ، الى أن يموت لقوله : أنت حبيس على اخرنا موتاً ، فاذا مات الآخر عتق .

فصـــل ويملك المولى بيع المدبر ، لما روى جابر رضى الله عنه ((ان رجلا اعتق غلاما له عن دبر منه ، ولم يكن له مال غيره ، فأمر به النبى صلى الله عليه وسلم فبيع بسبعمائة أو بتسعمائة)) ويملك هبته ووقفه ، وكتابته، قياساً على البيع ويملك اكسابه منافعـه وأرش ما يجنى عليـه ، لانه لما كان كالعبد القن فى التصرف فى الرقبة ، كان كالقن فيما ذكرناه ، وان جنى خطأ تعلق الأرش برقبته وهو بالخيار بين ان يسلمه للبيع وبين ان يفديه كما يفدى العبد القن ، لانه كالقن فى جواز بيعه فكان كالقن فى جواز التسليم للبيـــع والفداء ، وان مات السيد قبل أن يفديه .

فان قلنا : لا يجوز عتق الجانى لم يعتق ، وللوارث الخيار بين التسـليم للبيع وبين الفداء كالسيد فى حياته . وان قلنا : يجوز عتق الجانى عتق مـن الثلث ، ووجب ارش الجناية من التركة ، لانه عتق بسبب من جهته فتعلق الأرش بتركته ، ولا يجب الا اقل الأمرين من قيمته ، أو ارش الجناية ، لأنه لا يمكن تسليمه للبيع بعد العتق .

فصـــل وان كان المدبر جارية فأتت بولد من النكاح أو الزنا فهـــل يتبعها فى التدبير ؟ فيه قولان :

(احدهما) يتبعها لانها تستحق الحرية فتبعهـا الولد كام الولد ، فعلى هذا ان ماتت الأم فى حياة المولى ، لم يبطل التدبير فى الولد .

(والثانى) لا يتبعها ، لانه عقد يلحقه الفسخ ، فلم يسر الى الولد كالرهن والوصية وان دبرها وهى حامل تبعها الولد قولا واحداً كما يتبعها فى العتق ، وان دبر عبدا ثم ملكه جارية ، فأتت منه بولد لحقه نسبه لانه يملكها فى احـد القولين وله فيها شبهة فى القول الثانى ، لاختلاف الناس فى ملكه .

(فان قلنا) لا يملك الجارية فالولد مملوك للمولى ، لانه ولد امته (وان قلنا) يملكها ، فالولد ابن المدبر ومملوكه لانه من امته وهل يكون مدبراً ؟ فيه وجهان :

(احدهما) انه ليس بمدبر لأن الولد انما يتبع الأم دون الأب والأم غـير مدبرة .

(والثانى) انه مدبر لانها علقت به فى ملكه فكان كالاب ، كولد الحـــر من امته .

فصـــل ويجوز الرجوع فى التدبير بما يزيل الملك ، كالبيع والهبة المقبوضة ، لما رويناه من حديث جابر رضى الله عنـه ، وهـل يجـوز بلفظ الفسخ ؟ كقوله : فسخت ونقضت ورجعت ؟ فيه قولان (احدهما) انه يجرى مجرى الوصية فيجوز له فسخه بلفظ الفسخ وهو اختيار المزنى لانه تصرف يتنجز بالموت يعتبر من الثلث فهو كالوصية .

(والثانى) انه يجرى مجرى العتق بالصفة فلا يجوز فسخه بلفظ الفسخ، وهو الصحيح ، لانه عتق علقه على صفة فهو كالعتق بالصفات ، وان وهبـه ولم يقبضه ، فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : ان قلنا : انه كالوصية فهو رجوع ، وان قلنا : انه كالعتق بالصفة فليس برجوع لانه لم يزل الملك . ومنهم من قال : هو رجوع على القولين لانه تصرف يفضى الى زوال الملك وان كاتبه ، فان قلنا : ان التدبير كالوصية كان رجوعا كما لو أوصى بعبـد ثم كاتبه ، وان قلنا ، انه كالعتق بالصفة لم يكن رجوعا بل يصير مدبراً مكاتبـا وحكمه ما ذكرناه فيمن دبر مكاتبا ، وان دبره ثم قال ان أديت الى وارثى الفا فانت حر .

(فان قلنا) انه كالوصية كان ذلك رجوعا فى التدبير لانه عدل عن العتـق بالموت الى العتق باداء المال فبطل التدبير ويتعلق العتق بالأداء ، وان قلنا : انه كالعتق بالصفة وخرج من الثلث عتق بالتدبير وسقط حكم الأداء بعـده لانه علق عتقه بصفة متقدمة ، ثم علقه بصفة متاخرة باسبقهما واسـبقهما الموت ، فعتق به ، وان دبر جارية ثم أولدها ، بطل التدبير ، لأن العتق بالتدبير والاستيلاد فى وقت واحد ، والاستيلاد اقوى فاسقط التدبير .

فصـــل ويجوز الرجوع فى تدبير البعض ، كما يجوز التدبير فى الابتداء فى البعض ، وان دبر جارية فاتت بولد من نكاح او زنا وقلنا : انه يتبعهـا فى التدبير ورجع فى تدبير الأم لم يتبعها الولد فى الرجوع ، وان تبعها فى التدبير ، كما أن ولد أم الولد يتبعها حق الحرية ثم لا يتبعها فى بطلان حقها من الحرية بموتها ، وان دبرها الصبى وقلنا انه يصح تدبيره ، فان قلنا : يجوز الرجـوع بلفظ الفسخ ، جاز رجوعه لأنه لا حجر عليه فى التدبير ، فجاز رجوعه فيـه كالبالغ ، وان قلنا : لا يجوز الرجوع الا بتصرف يزيل الملك لم يصح الرجوع فى تدبيره الا بتصرف يزيل الملك من جهة الولى .

فصـــل وان دبره عبده ثم ارتد ، فقد قال أبو اسحاق : لا يبطل التدبير ، فان مات عتق العبد ، لانه تصرف نفذ قبل الردة ، فلم تؤثر الردة فيه كما لو باع له ثم ارتد ، ومن أصحابنا من قال : يبطل التـدبير لأن المدبر

انما يعتق اذا حصل للورثة شيء مثلاه ، وهاهنا لم يحصل للورثة شيء فلم يعتق .

ومنهم من قال : يبنى على الأقوال فى ملكه ، فان قلنا : يزول ملكه بالردة، بطل لأنه زال ملكه فيه ، فاشبه اذا باعه ، وان قلنا : لا يزول لم يبطل كما لو لم يدبر وان قلنا : موقوف فالتدبير موقوف وما قال أبو اسحاق غير صحيح لأنه ارتد والمدبر على ملكه ، فزال بالردة بخلاف ما لو باعه قبل الردة وما قال الآخر لا يصح لأن ماله بالموت صار للمسلمين ، وقد حصل لهم مثلاه .

فصل وان دبر الكافر عبداً كافراً ، ثم اسلم العبد ، ولم يرجع السيد فى التدبير ففيه قولان :

(أحدهما) يباع عليه وهو اختيار المزنى لأنه يجوز بيعه فبيع عليه كالعبد القن .

(والثانى) لا يباع عليه وهو الصحيح لأنه لا حظ للعبد فى بيعه لأنه يبطل به حقه من الحرية فعلى هذا هو بالخيار بين أن يسلمه الى مسلم وينفق عليه الى أن يرجع فى التدبير ، فيباع عليه أو يموت ، فيعتق عليه ، وبين ان يخارجه على شيء ، لأنه لا سبيل الى اقراره فى يده فلم يجز الا ما ذكرناه ، فان مات السيد ، وخرج من الثلث عتق ، وان لم يخرج عتق منه بقدر الثلث ويبع الباقى على الورثة لأنه صار قنا .

فصل وان اختلف السيد والعبد فادعى العبد أنه دبره وأنكر السيد ، فان قلنا ان التدبير كالعتق بالصفة صح الاختلاف لأنه لا يمكن الرجوع فيه ، والقول قول السيد لأن الأصل أنه لم يدبر .

وان قلنا : انه كالوصية ففيه وجهان .

أحدهما : أن القول قول السيد لأن جحوده رجوع وهو يملك الرجوع .

والثانى : انه ليس برجوع وهو المذهب لأنه قال فى الدعوى والبينات : اذا أنكر السيد قلنا له : قل رجعت ، ولا يحتاج الى اليمين فدل على أن جحوده ليس برجوع ، والدليل عليه أن جحوده الشيء ليس برجوع كما أن جحود النكاح ليس بطلاق فعلى هذا يصح الاختلاف والحكم فيه كالحكم فيه اذا قلنا انه عتق بالصفة ، وان مات السيد واختلف العبد والوارث صح الاختلاف على القولين ، والقول قول الوارث ، وان كان فى يده مال فقال

كسبته بعد العتق ، وقال الوارث : بل كسبته قبل العتق ، فالقول قول المدبر ، لأن الأصل عدم الكسب الا فى الوقت الذى وجد فيه ، وقد وجد وهو فى يد المدبر ، فكان له ، وان كان أمة ومعها ولد فادعت أنها ولدته بعد التدبير . وقال الوارث بل ولدته قبل التدبير فالقول قول الوارث لأن الأصل فى الولد الرق .

فصل ويجوز تعليق العتق على صفة مثل ان يقول : ان دخلت الدار فانت حر ، وان أعطيتنى الفا فانت حر لأنه عتق على صفة فجاز كالتدبير فان قال ذلك فى المرض اعتبر من الثلث ؛ لأنه لو أعتقه اعتبر من الثلث ، فاذا عقده اعتبر من الثلث ، وان قال ذلك وهو صحيح اعتبر من رأس المال سواء وجدت الصفة وهو صحيح أو وجدت وهو مريض لأن العتق انما يعتبر من الثلث فى حال المرض لأنه قصد الى الاضرار بالورثة فى حال يتعلق حقهم بالمال وههنا لم يقصد الى ذلك ، فان علق العتق على صفة مطلقة ثم مات بطل لأن تصرف الانسان مقصور على حال الحياة فحمل اطلاق الصفة عليه ، وان علق عتقه على صفة بعد الموت لم يبطل بالموت ، لأنه يملك العتق بعد الموت فى الثلث فملك عقده على صفة بعد الموت .

فصل وان علق عتق أمة على صفة ثم أتت بولد من النكاح أو الزنا فهل يتبعها الولد ؟ فيه قولان كما قلنا فى المدبرة ، فان بطلت الصفة فى الأم بموتها أو بموته بطلت فى الولد ، لأن الولد يتبعها فى العتق لا فى الصفة ، بخلاف ولد المدبرة ، فانه يتبعها فى التدبير ، فاذا بطل فيها بقى فيه ، وان قال لأمته : أنت حرة بعد موتى بسنة فمات السيد وهى تخرج من الثلث ، فللوارث أن يتصرف فى كسبها ومنفعتها ، ولا يتصرف فى رقبتها لأنها موقوفة على العتق ، فان أتت بولد بعد موت السيد فقد قال الشافعى رحمه الله يتبعها الولد قولا واحداً ، فمن أصحابنا من قال فيه قولان ، كالولد الذى تأتى به قبل الموت ، والذى قاله الشافعى رحمه الله أحد القولين ، ومنهم من قال : يتبعها الولد قولا واحدا ، لأنها أتت به ، وقد استقر عتقها بالموت فيتبعها الولد كأم الولد بخلاف ما قبل الموت فان عتقها غير مستقر ، لأنه يلحقه الفسخ .

فصل وان علق عتق عبده على صفة لم يملك الرجوع فيها بالقول لأنه كاليمين أو كالنذر والرجوع فى الجميع لا يجوز ، ويجوز الرجوع فيه

بما يزيل الملك كالبيع وغيره ، فان علق عتقه على صفة ثم باعه ثم رجع اليه فهل يعود حكم الصفة ؟ فيه قولان بناء على القولين فيمن علق طلاق امرأته على صفة وبانت منه ثم تزوجها ، وان دبر عبده ثم باعه ثم رجع اليه ، فان قلنا : ان التدبير كالوصية لم يرجع لأن الوصية اذا بطلت لم تعد ، وان قلنا : انه كالعتق بصفة فهل يعود ام لا ؟ على ما ذكرناه من القولين) .

الشرح حديث جابر أخرجه البخارى فى الأحكام والبيوع والاستقراض والعتق وأخرجه مسلم فى الأيمان والزكاة وأبو داود فى العتق والنسائى فى الزكاة والبيوع والقضاة وابن ماجه فى العتق وأبو داود فى البيوع .

تم الجزء السادس عشر

ويليه الجزء السابع عشر

وأوله

كتاب المكاتب

كتـــــاب المـــكاتب

الكتابة جائزة لقوله تعالى « والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً » [1] ولا تجوز الكتابة إلا من جائز التصرف فى المال لأنه عقد على المال فلم يجز إلا من جائز التصرف فى المال كالبيع ، ولا يجوز أن يكاتب عبداً أجيراً لأن الكتابة تقتضى التمكين من التصرف ، والإجارة تمنع من ذلك ، ولا يجوز أن يكاتب عبداً مرهوناً لأن الرهـــن يقتضى البيع والكتابة تمنع البيع،وتجوزكتابة المدبر وأم الولد لأنهعتق بصفة يجوز أن تتقدم على الموت فجاز فى المدبر وأم الولد كالعتق المعلق على دخول الدار ، فإن كاتب مدبراً صار مكاتباً ومدبراً ، وقد بينا حكمه فى المدبر ، وإن كاتب أم ولد صارت مكاتبة وأم ولد ، فإن أدت المال قبل موت السيد عتقت بالـــكتابة ، وإن مات الســـيد قبل الأداء عتقت بالاســـتيلاد وبطلت الكتابة .

فصـــــل وتجوز كتابة بعض العبد إذا كان باقيه حراً لأنه كتابة على جميع ما فيه من الرق فأشبه كتابة العبد فى جميعه ، وإن كان عبد بين اثنين فكاتبه أحدهما فى نصيبه بغير إذن شريكه لم يصح لأنه لا يعطى من الصدقات ولا يمكنه الشريك من الاكتساب بالأسفار ، وإن كاتبه بإذن شريكه ففيه قولان :

(أحدهما) لا يصح لما ذكرناه من نقصان فى كسبه .

(والثانى) يصح لأن المنع لحق الشريك فزال بالإذن ، وإن كان لرجل عبد فكاتبه فى بعضه فالمنصوص أنه لا يصح ، واختلف أصحابنا فيه ، فذهب أكثرهم إلى أنه لا يصح قولا واحداً كما لا يصح أن يبعض العتق فيـــه .

---

(١) النور : ٣٣

ومنهم من قال : اذا قلنا : انه يصح أن يكاتب نصيبه فى العبد المشترك باذن الشريك صح ههنا ، لأن اتفاقهما على كتابة البعض كاتفاق الشريكين ، فإن وصى رجل بكتابة عبد وعجز الثلث عن جميعه فالمنصوص أنه يكاتب القدر الذى يحتمله الثلث ، فمن أصحابنا من جعل فى الجميع قولين .

ومنهم من قال : يصح فى الوصية ، وقد فرق بينه وبين العبد المشترك بأن الكتابة فى العبد المشترك غير مستحقة فى جميعه والكتابة فى الوصية استحقت فى جميعه فإذا تعذرت فى البعض لم تسقط فى الباقى .

فصل وإن طلب العبد الكتابة ــ نظرت فإن كان له كسب وأمانة ــ استحب أن يكاتب لقوله عز وجل « والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا » [1] وقد فسر الخير بالكسب والأمانة ، ولأن المقصود بالكتابة العتق على مال ، وبالكسب والأمانة يتوصل إليه ، ولا يجب ذلك لأنه عتق ، فلا يجب بطلب العبد كالعتق فى غير الكتابة .

وإن لم يكن له كسب ولا أمانة ، أو له كسب بلا أمانة ، لم تستحب لأنه لا يحصل المقصود بكتابته ، ولا تكره لأنه سبب للعتق من غير إضرار فلم تكره .

وإن كان له أمانة بلا كسب ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه لا تستحب لأن مع عدم الكسب يتعذر الأداء ، فلا يحصل المقصود .

(والثانى) تستحب لأن الأمين يعان ويعطى من الصدقات ، وإن طلب السيد الكتابة فكره العبد لم يجبر عليه ، لأنه عتق على مال فلا يجبر العبد عليه كالعتق على مال فى غير الكتابة .

---

(١) النور : ٣٣

فصـــل ولا يجوز إلا بعوض مؤجل ، لأنه إذا كاتبه على عوض حال لم يقدر على أدائه فينفسخ العقد ويبطل المقصود ، ولا يجوز على أقل من نجمين ، لما روى عن أمير المؤمنين عثمان رضى الله عنه « أنه غضب على عبد له وقال : لأعاقبنك ولأكاتبنك على نجمين » فدل على أنه لا يجوز على أقل من ذلك،وعن على كرم الله وجهه أنه قال : الكتابة على نجمين والايتاء من الثانى ، ولا يجوز الا على نجمين معلومين ، وأن يكـون ما يؤدى فى كل نجم معلوما ، لأنه عوض منجم فى عقد ، فوجب العلم بمقدار النجم ومقدار ما يؤديه فيه كالسلم الى أجلين .

فصـــل ولا يجوز إلا على عوض معلوم الصـفة ، لأنه عوض فى الذمة فوجب العلم بصفته كالمسلم فيه .

فصـــل وتجوز الكتابة عن المنافع ، لأنه تجوز أن تثبت فى الذمة بالعقد فجاز الكتابة عليها كالمال ، فإن كاتبه على عملين فى الذمة فى نجمين جاز ، كما يجوز على مالين فى نجمين ، وإن كاتبه على خدمة شهرين لم يجز لأن ذلك نجم واحد ، وإن كاتبه على خدمة شهر ، ثم على خدمة شهر بعده ، لم يجز لأن العقد فى الشهر الثانى على منفعة معينـة فى زمان مسـتقبل ، فلم يجز ، كما لو استأجره للخدمة فى شهر مستقبل . وإن كاتبه على دينار وخدمة شهر بعده لم يجز ، لأنه لا يقدر على تسليم الدينار فى الحال ، وإن كاتبه على خدمة شهر ودينار فى نجم بعده جاز ، لأنه يقدر على تسـليم الخدمة فهو مع الدينار كالمالين فى نجمين ، وإن كاتبه على خدمة شهر ودينار بعد انقضاء الشهر فقد اختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو اسحاق : لا يجـوز لأنه إذا لم يفصل بينهما صارا نجماً واحداً . ومنهم من قال : يجوز لأنه يستحق الدينار فى غير الوقت الذى يستحق فيه الخدمة ، وإنمـا يتصـل استيفاؤهما ، فعلى هذا لو كاتبه على خدمة شهر ودينار فى نصف الشـهر جاز ، لأنه يستحق الدينار فى غير الوقت الذى يستحق فيه الخدمة .

فصـــل وإن كاتب رجلان عبداً بينهما على مال بينهما على قـدر الملكين ، وعلى نجوم واحدة جاز ، وإن تفاضلا فى المال مع تساوى الملكين ،

أو تساويا فى المال مع تفاضل الملكين ، أو على أن نجوم أحدهما أكثر من نجوم الآخر ، أو على أن نجم أحدهما أطول من نجم الآخر ، ففيه طريقان : من أصحابنا من قال يبنى على القولين فيمن كاتب نصيبه من العبد بإذن شريكه ، فإن قلنا : يجوز جاز ، وإن قلنا : لا يجوز لم يجز ، لأن اتفاقهما على الكتابة ،ككتابة أحدهما فى نصيبه بإذن الآخر . وعلى هذا يدل قول الشافعى رحمه الله تعالى فإنه قال فى الأم : ولو أجزت لأجزت أن ينفرد أحدهما بكتابة نصيبه ، فدل على أنه إذا جاز ذلك جاز هذا ، وإن لم يجز ذلك لم يجز هذا .

ومنهم من قال : لا يصح قولا واحداً ، لأنه يؤدى إلى أن ينتفع أحدهما بحق شريكه من الكسب ، لأنه يأخذ أكثر مما يستحق ، وربما عجز المكاتب فيرجع على شريكه بالفاضل بعد ما انتفع به .

فصل ولا يصح على شرط فاسد لأنه معاوضة يلحقها الفسخ فبطلت بالشرط الفاسد كالبيع ، ولا يجوز تعليقها على شرط مستقبل ، لأنه عقد يبطل بالجهالة فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل كالبيع .

فصل وإذا انعقد العقد لم يملك المولى فسخه قبل العجز ، لأنه أسقط حقه منه بالعوض ، فلم يملك فسخه قبل العجز عن العوض كالبيع ، ويجوز للعبد أن يمتنع من أداء المال لأن مالا يلزمه إذا لم يجعل شرطاً فى عتقه ، لم يلزمه اذا جعل شرطاً فى عتقه كالنوافل ، وهل يملك أن يفسخ ؟ فيه وجهان من أصحابنا من قال : لا يملك لأنه لا ضرر عليه فى البقاء على العقد ، ولا فائدة له فى الفسخ فلم يملكه . ومنهم من قال : له أن يفسخ لأنه عقد لحظه فملك أن ينفرد بالفسخ كالمرتهن ، فإن مات المولى ، لم يبطل العقد ، لأنه لازم من جهته ، فلم يبطل بالموت كالبيع ، وينتقل المكاتب الى الوارث لأنه مملوك لا يبطل رقه بموت المولى ، فانتقل إلى وارثه كالعبد القن وان مات العبد بطل العقد ، لأنه فات المعقود عليه قبل التسليم ، فبطل العقد كالمبيع إذا تلف قبل القبض ، ولا يجوز شرط الخيار فيه ، لأن الخيار

لدفع الغبن عن المال ، والسيد يعلم أنه مغبون من جهة المملوك لأنه يبيع ماله بماله ، والعبد مخير بين أن يدفع المال ، وبين أن لا يدفع ، فلا معنى لشرط الخيار ، فإن اتفقا على الفسخ جاز ، لأنه عقد يلحقه الفسخ بالعجز عن المال ، فجاز فسخه بالتراضي كالبيع .

باب ما يملكه المكاتب وما لا يملكه

ويملك المكاتب بالعقد اكتساب المال بالبيع والإجارة والصدقة والهبة والأخذ بالشفعة والاحتشاش والاصطياد وأخذ المباحات ، وهو مع المولى كالأجنبى مع الأجنبى فى ضمان المال وبذل المنافع وأرش الأطراف ، لأنه صار بما بذله من العوض عن رقبته كالخارج عن ملكه ، ويملك التصرف فى المال بما يعود إلى مصلحته ومصلحة ماله . فيجوز أن ينفق على نفسه لأن ذلك من أهم المصالح وله أن يفدى فى حياته نفسه أو رقيقه لأن له فيه مصلحة ، وله أن يختن غلامه ويؤدبه لأنه إصلاح للمال . وأما الحد فالمنصوص أنه لا يملك إقامته لأن طريقه الولاية والمكاتب ليس من أهل الولاية .

ومن أصحابنا من قال : له أن يقيم الحد كما يملك الحر فى عبده ، وله أن يقتص فى الجناية عليه وعلى رقيقه . وذكر الربيع قولا آخر ، أنه لا يقتص من غير إذن المولى ، ووجهه أنه ربما عجز فيصير ذلك للسيد ، فيكون قد أتلف الأرش الذى كان للسيد أن يأخذه لو لم يقتص منه . قال أصحابنا : هذا القول من تخريج الربيع ، والمذهب أنه يجوز أن يقتص لأن فيه مصلحة له .

فصل وإن كان المكاتب جارية فوطئها المولى وجب عليه المهر ، ولها أن تطالب به ، لتستعين به على الكتابة ، لأنه يجرى مجرى الكسب ، وإن أذهب بكارتها لزمه الأرش ، لأنه إتلاف جزء لا يستحقه فضمن بدله ، كقطع الطرف ، وان أتت منه بولد صارت مكاتبة وأم ولد ، وقد بينا حكمهما فى أول الباب ، وان كانت مكاتبة بين اثنين فأولدها أحدهما ــ نظرت ، فان كان معسراً ــ صار نصيبه أم ولد ، وفى الولد وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى على بن أبى هريرة : إن الولد ينعقد جميعه حراً ، ويثبت للشريك فى ذمة الواطىء ، نصف قيمته ، لأنه يستحيل أن ينعقد نصف الولد حراً ونصفه عبداً .

(والثانى) وهو قول أبى إسحاق : إن نصفه حر ونصفه مملوك ، وهو الصحيح ، اعتباراً بقدر ما يملك منها ، ولا يمتنع أن ينعقد نصفه حراً ونصفه عبداً فالمرأة إذا كان نصفها حراً ونصفها مملوكاً فأتت بولد فان نصفه حر ونصفه عبد وإن كان موسراً فالولد حر وصار نصيبه من الجارية أم ولد ، ويقوّم على الواطىء نصيب شريكه ، وهل يقوّم فى الحال فيه طريقان ، من أصحابنا من قال : فيه قولان :

(أحدهما) يقوم فى الحال ، فإذا قوم انفسخت الكتابة وصار جميعها أم ولد للواطىء ، ونصفها مكاتباً له فإن أدت المال عتق نصفها وسرى إلى باقيها .

(والقول الثانى) أنه يؤخر التقويم إلى العجز ، فإن أدت ماعليها عتقت عليها بالكتابة ، وإن عجزت قوم على الواطىء نصيب شريكه وصار الجميع أم ولد .

وقال أبو على بن أبى هريرة : لا يقوّم فى الاستيلاد نصيب الشريك فى الحال قولا واحداً ، بل يؤخر إلى أن تعجز ، لأن التقويم فى العتق فيه حظ للعبد ، لأنه يتعجل له الحرية فى الباقى ، ولا حظ لها فى التقويم فى الاستيلاد ، بل الحظ فى التأخير ، لأنه إذا أخر ربما أدت المال فعتقت ، وإذا قوم فى الحال صارت أم ولد ، ولا تعتق إلا بالموت ، والصحيح هو الأول ، وأنه على قولين كالعتق لأن الاستيلاد كالعتق بل هو أقوى ، لأنه يصح من المجنون والعتق لا يصح منه ، فاذا كان فى التقويم فى العتق قولان ، وجب أن يكون فى الاستيلاد مثلاه .

فصل وإن أتت المكاتبة بولد من نكاح أو زنا ، ففيه قولان :

(أحدهما) أنه موقــوف ، فإن رقت الأم رق ، وإن عتقت عتــق لأن الكتابة سبب يستحق به العتق ، فيتبع الولد الأم فيه كالاستيلاد .

(والثانى) أنه مملوك يتصرف فيه ، لأنه عقد يلحقه الفسخ ، فلم يسر إلى الولد كالرهن .

(فإن قلنا) إنه للمولى كان حكمه حــكم العبد القــن فى الجنــاية ، والكسب ، والنفقة ، والوطء (وإن قلنا) إنه موقوف فقتل ففى قيمتــــه قولان :

(أحدهما) : أنها لأمه تستعين بها فى الكتابة لأن القصد بالكتابة طلب حظها .

(والثانى) : أنها للمولى لأنه تابع للأم ، وقيمة الأم للمولى ، فكذلك قيمة ولدها ، فإن كسب الولد مالا ففيه قولان :

(أحدهما) أنه للأم لأنه تابع لها فى حكمها فكسبها لها فكذلك كسب ولدها .

(والثانى) أنه موقوف لأن الكسب نماء الذات ، وذاته موقوفة فكذلك كسبه فعلى هذا يجمع الكسب ، فان عتق ملك الكسب ، كمــا تملك الأم كسبها اذا عتقت ، وان رق بعجز الأم صار الكسب للمولى ، فمن أصحابنا من خرج فيه قولا ثالثاً ، أنه للمولى ، كماقلنا فى قيمته فى أحــد القولين ، وإن أشرفت الأم على العجز وكان فى كسب الولد وفاء بمال الكتابة ففيه قولان :

(أحدهما) أنه ليس للأم أن تستعين به على الأداء ، لأنه موقوف على السيد أو الولد ، فلم يكن للأم فيه حق .

(والثانى) أن لها أن تأخذه وتؤديه ، لأنهــا إذا أدت عتقت ، وعتــق

الولد فكان ذلك أحظ للولد من أن ترق ، ويأخذه المولى ، فإن احتاج الولد إلى النفقة ولم يكن فى كسبه ما يفى .

فإن قلنا : إن الكسب للمولى فالنفقة عليه ، وإن قلنا : انه للأم فالنفقة عليها وإن قلنا : انه موقوف ففى النفقة وجهان :

(أحدهما) أنها على المولى لأنه مرصد لملكه .

(والثانى) أنها فى بيت المال لأن المولى لا يملكه فلم يبق إلا بيت المال ، وإن كان الولد جارية فوطئها المولى ــ فإن قلنا : إن كسبه له ــ لم يجب عليه المهر لأنه لو وجب لكان له ، وإن قلنا : إنه للأم فالمهر لها ، وإن قلنا : إنه موقوف وقف المهر ، وان أحبلها صارت أم ولد له بشبهة الملك ، ولا تلزمه قيمتها ، لأن القيمة تجب لمن يملكها ، والأم لا تملك رقبتها وإنما هى موقوفة عليها .

فصل وإن حبس السيد المكاتب مدة ففيه قولان :

(أحدهما) يلزمه تخليته فى مثل تلك المدة ، لأنه دخل فى العقد على التمكين من التصرف فى المدة ، فلزمه الوفاء به .

(والثانى) تلزمه أجرة المثل للمدة التى حبسه فيها ، وهو الصحيح ، لأن المنافع لا تضمن بالمثل ، وإنما تضمن بالأجرة ، وان قهر أهل الحرب المكاتب على نفسه مدة ثم أفلت من أيديهم ففيه قولان :

(أحدهما) لا تجب تخليته فى مثل المدة ، لأنه لم يكن الحبس من جهته .

(والثانى) تجب لأنه فات ما استحقه بالعقد ، ولا فرق بين أن يكون بتفريط أو غير تفريط ، كالمبيع إذا هلك فى يد البائع ، ولا يجىء ههنا إيجاب الأجرة على المولى ، لأنه لم يكن الحبس من جهته ، فلا تلزمه أجرته .

فصـــل ولا يملك المكاتب التصرف إلا على وجه النظر والاحتياط لأن حق المولى يتعلق باكتسابه ، فإن أراد أن يسافر فقد قال فى الأم : يجوز . وقال فى الأمالى : لا يجوز بغير إذن المولى ، فمن أصحابنا من قال : فيه قولان .

(أحدهما) لا يجوز لأن فيه تغريراً .

(والثانى) يجوز لأنه من أسباب الكسب ، ومنهم من قال : إن كان السفر طويلا لم يجز ، وإن كان قصيراً جاز ، وحمل القولين على هذين الحالين ، والصحيح هو الطريق الأول .

فصـــل ولا يجوز أن يبيع نسيئة ، وإن كان بأضعاف الثمن ، ولا على أن يأخذ بالثمن رهناً أو ضمينا ، لأنه يخرج المال من يده من غير عوض ، والرهن قد يتلف والضمين قد يفلس ، وان باع ما يساوى مائة بمائة نقداً وعشرين نسيئة ، جاز ، لأنه لا ضرر فيه ؛ ولا يجوز أن يقرض ولا يضارب ولا يراهن لأنه إخراج مال بغير عوض .

فصـــل ولا يجوز أن يشترى من يعتق عليه لأنه يخرج ما لا يملك التصرف فيه بمال لا يملك التصرف فيه ، وفى ذلك اضرار ، وان وصى له بمن يعتق عليه ، فإن لم يكن له كسب لم يجز قبوله ، لأنه يحتاج أن ينفق عليه ، وفى ذلك إضرار ؛ وإن كان له كسب جاز قبوله لأنه لا ضرر فيه ، فإن قبله ثم صار زمنا لا كسب له ، فله أن ينفق عليه ، لأن فيه إصلاحا لماله .

فصـــل ولا يعتق ، ولا يكاتب ، ولا يهب ، ولا يحابى ، ولا يبرىء من الدين ؛ ولا يكفر بالمال ؛ ولا ينفق على أقاربه الأحرار ، ولا يسرف فى نفقة نفسه ، وإن كان له أمة مزوجة لم تبذل العوض فى الخلع ، لأن ذلك كله استهلاك للمال ، وإن كان عليه دين مؤجل لم يملك تعجيله ، لأنه يقطع التصرف فيما يعجله من المال من غير حاجة ، وإن كان مكاتبا بين نفسين لم

يجز أن يقدم حق أحدهما ، لأن ما يقدمه من ذلك يتعلق به حقهما ، فلا يجوز أن يخص به أحدهما ، وإن أقر بجناية خطأ ، ففيه قولان :

أحدهما : يقبل لأنه إقرار بالمال فقبل ، كما لو أقر بدين معاملة .

والثانى : لا يقبل لأنه يخرج به الكسب من غير عوض فبطل كالهبة ، وإن جنى هو أو عبد له يملك بيعه على أجنبى لم يجز أن يفديه بأكثر من قيمته ، لأن الفداء كالابتياع ، فلا يجوز بأكثر من القيمة ، وإن كان عبداً لا يملك بيعه كالأب والابن ، لم يجز أن يفديه بشىء قل أو كثر ، لأنه يخرج ما يملك التصرف فيه لاستبقاء ما لا يملك التصرف فيه .

فصل وإن فعل ذلك كله بإذن المولى ففيه قولان :

أحدهما : لا يصح لأن المولى لا يملك ما فى يده والمكاتب لا يملك ذلك بنفسه ، فلا يصح باجتماعهما ، كالأخ اذا زوج أخته الصغيرة باذنها .

والثانى : أنه يصح وهو الصحيح لأن المال موقوف عليهما ، ولا يخرج منهما فصح باجتماعهما ، كالشريكين فى المال المشترك ، والراهن والمرتهن فى الرهن ، وان وهب للمولى أو حاباه أو أقرضه أو ضاربه ، أو عجل له ما تأجل من ديونه أو فدى جنايته عليه بأكثر من قيمته ــ فان قلنا يصح للأجنبى بإذن المولى ــ صح ، وإن قلنا : لا يصح فى حق الأجنبى باذنه لم يصح لأن قبوله كالإذن ، فان وهب أو أقرض ــ وقلنا أنه لا يصح ــ فله أن يسترجع فان لم يسترجع حتى عتق ، لم يسترجع على ظاهر النص ، لأنه إنما لم يصح لنقصانه وقد زال ذلك . ومن أصحابنا من قال : له أن يسترجع لأنه قد وقع فاسداً فثبت له الاسترجاع .

فصل ولا يتزوج المكاتب إلا باذن المولى ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر ، ولأنه يلزمه المهر والنفقة فى كسبه ، وفى ذلك إضرار بالمولى ، فلم يجز بغير إذنه ،

فإن أذن له المولى جاز قولا واحداً للخبر ، ولأن الحاجة تدعو إليه بخلاف الهبة .

فصـــل ولا يتسرى بجارية من غير إذن المولى ، لأنه ربما أحبلها فتلفت بالولادة ، فان أذن له المولى وقلنا : إن العبد يملك ففيه طريقان ، ومن أصحابنا من قال : على قولين كالهبة . ومنهم من قال يجـوز قـولا واحداً ، لأنه ربما دعت الحاجة إليه فجاز كالنكاح ، فإذ أولدها فالولد ابنه ومملوكه ، لأنه ولد جاريته وتلزمه نفقته لأنه مملوكه بخلاف ولد الحرة ، ولا يعتق عليه لنقصان ملكه ، فإن أدى المال عتق معه ، لأنه كمل ملكه وإن رق رق معه .

فصـــل ويجب على المولى الإيتاء ، وهو أن يضع عنه جزءاً مـن المال أو يدفع إليه جزءاً من المال ، لقوله عز وجل « وآتوهم من مال الله الذى آتاكم » (١) وعن على كرم الله وجهه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى هذه الآية : « يحط عنه ربع الكتابة » والوضع أولى من الدفع ، لأنه يتحقق الانتفاع به فى الكتابة . واختلف أصحابنا فى القدر الواجب ، فمنهم من قال ما يقع عليه الاسم من قليل وكثير ، وهو المذهب ، لأن اسم الايتاء يقع عليه .

وقال أبو إسحاق : يختلف باختلاف قلة المال وكثرته ، فإن اختلفا قدره الحاكم باجتهاده كما قلنا فى المتعة ، فإن اختار الدفع جاز بعد العقد للآية ، وفى وقت الوجوب وجهان ، أحدهما يجب بعد العتق كما تجب المتعة بعد الطلاق ، وللثانى أنه يجب قبل العتق ، لأنه إيتاء وجب للمكاتب فوجب قبل العتق كالايتاء فى الزكاة ، ولا يجوز الدفع من غير جنس مال الكتابة لقوله تعالى : « وآتوهم من مال الله الذى آتاكم » (٢) فان دفع اليه من جنسـه من غير ما أداه إليه ففيه وجهان :

(١،٢) النور : ٣٣

(أحدهما) يجوز كما يجوز فى الزكاة أن يدفع من غير المال الذى وجب فيه الزكاة .

(والثانى) لا يجوز وهو الصحيح للآية ، وإن سبق المكاتب وأدى المال لزم المولى أن يدفع اليه ، لأنه مال وجب للآدمى فلم يسقط من غير أداء ولا ابراء كسائر الديون.وان مات المولى وعليه دين حاص المكاتب أصحاب الديون . ومن أصحابنا من قال : يحاص أصحاب الوصايا لأنه دين ضعيف، غير مقدر فسوى بينه وبين الوصايا ، والصحيح هو الأول ، لأنه دين واجب فحاص به الغرماء كسائر الديون وبالله التوفيق .

باب الأداء والعجز

ولا يعتق المكاتب ولا شيء منه ، وقد بقى عليه شيء من المال ، لما روى عمرو بن شعيب رضى الله عنه عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « المكاتب عبد ما بقى عليه من كتابته درهم » ولأنه علق عتقه على دفع مال فلا يعتق شيء منه مع بقاء جزء منه ، كما لو قال لعبده : إن دفعت إلى ألفاً فأنت حر ، فان كاتب رجلان عبداً بينهما ثم أعتق أحدهما نصيبه أو أبرأه مما عليه من مال الكتابة عتق نصيبه ، لأنه برىء من جميع ماله عليه فعتق كما لو كاتب عبداً فأبرأه ، فإن كان المعتق موسراً فقد قال أصحابنا : يقوم عليه نصيب شريكه كما لو أعتق شركا له فى عبد ، وعندى أنه يجب أن يكون على قولين :

(أحدهما) يقوم عليه .

(والثانى) لا يقوم ، كما قلنا فى شريكين دبرا عبدا ثم أعتق أحدهما نصيبه أنه على قولين .

(أحدهما) يقوم (والثانى) لا يقوم ، فاذا قلنا : انه يقوم عليه ففى وقت التقويم قولان :

(أحدهما) يقوم فى الحال ، كما نقول فيمن أعتق شركا له فى عبد .

(والثانى) يؤخر القويم الى أن يعجز ، لأنه قد ثبت للشريك حق العتق والولاء فى نصيبه ، فلا يجوز إبطاله عليه .

وإن كاتب عبده ومات وخلف اثنين فأبرأه أحدهما عن حصته عتق نصيبه ، لأنه أبرأه من جميع ماله عليه ، فإن كان الذى أبرأه موسراً فهل يقوّم عليه نصيب شريكه ؟ فيه قولان :

(أحدهما) لا يقوّم لأن سبب العتق وجد من الأب ، ولهذا يثبت الولاء له .

(والثانى) يقوم عليه وهو الصحيح لأن العتق تعجل بفعله ، فعلى هذا هل يتعجل التقويم والسراية ؟ فيه قولان :

(أحدهما) يتعجل لأنه عتق يوجب السراية فتعجلت به ، كما لو أعتق شركا له فى عبد .

(والثانى) يؤخر إلى أن يعجز ، لأن حق الأب فى عتقه وولائه أسبق ، فلم يجز إبطاله .

وإن كاتب رجلان عبدا بما يجوز وأذن أحدهما للآخر فى تعجيل حق شريكه من المال وقلنا : إنه يصح الإذن عتق نصيبه ، وهل يقوم عليه نصيب شريكه فيه قولان :

(أحدهما) لا يقوم لتقدم سببه الذى اشتركا فيه .

(والثانى) يقوم لأنه عتق نصيبه بسبب منه ومتى يقوم ؟ فيه قولان :

(أحدهما) يقوم فى الحال لأنه تعجل عتقه .

(والثانى) يؤخر إلى أن يعجز لأنه قد ثبت لشريكه عقد يستحق به

العتق والولاء ، فلم يجز أن يقوم عليه ذلك ، فعلى هـذا إن أدى عتـق باقيه ، وان عجز قوم على المعتق • وان مات قبل الأداء والعجز مات ونصفه حر ونصفه مكاتب .

فصـــل وإن حل عليه نجم وعجز عن أداء المال جاز للمـولى أن يفسخ العقد لأنه أسقط حقه بعوض ، فإذا تعذر العوض ووجد عين ماله جاز له أن يفسخ ويرجع إلى عين ماله ، كما لو باع سلعة فأفلس المشـترى بالثمن ووجد البائع عين ماله ، وإن كان معه ما يؤديه فامتنع من أدائه جاز له الفسخ لأن تعذر العوض بالامتناع كتعذره بالعجز لأنه لا يمكن إجباره على أدائه ، وإن عجز عن بعضه أو امتنع من أداء بعضه ، جاز له أن يفسخ، لأنا بينا أن العتق فى الكتابة لا يتبعض فكان تعذر البعض كتعذر الجميع • ويجوز الفسخ من غير حاكم ، لأنه مجمع عليـه فلم يفتقـر إلى الحاكم ، كفسخ البيع بالعيب .

فصـــل وإن حل عليه نجم ومعه متاع ، فاستنظر لبيع المتاع وجب إنظاره ، لأنه قادر على أخذ المال من غير إضرار ، ولا يلزمه أن ينظر أكثـر من ثلاثة أيام ، لأن الثلاثة قليل فلا ضرر عليه فى الانتظـار ، وما زاد كثير وفى الانتظار اضرار • وان طلب الانظار لمال غائب ، فان كان على مسافة لاتقصر فيها الصلاة وجب إنظاره ، لأنه قريب لا ضرر فى إنظـاره ، وإن كان على مسافة تقصر فيها الصلاة ، لم يجب لأنه طويل ، وفى الانتظار إضرار .

وإن طلب الانظار لاقتضـاء دين ــ فإن كان حالا على مليء ــ وجب إنظاره ، لأنه كالعين فى يد المودع ، ولهذا تجب فيه الزكاة ، وإن كان مؤجلا أو على معسر لم يجب الإنظار ، لأن عليه أضراراً فى الانظار ، فإن حل عليه المال وهو غائب ففيه وجهان :

(أحدهما) : له أن يفسخ لأنه تعذر المال فجاز له الفسخ .

(والثانى) : ليس له أن يفسخ . بل يرجع إلى الحاكم ليكتب إلى حاكم البلد الذى فيه المكاتب ليطالبه ، فإن عجز أو امتنع فسخ ، لأنه لا يتعذر

الأداء الا بذلك ، فلا يفسخ قبله • وان حل عليه النجم وهو مجنون ــ فان كان معه مال يسلم إلى المولى ــ عتق لأنه قبض ما يستحقه ، فبرئت به ذمته ، وإن لم يكن معه شيء فعجزه المولى وفسخ ، ثم ظهر له مال ، نقض الحكم بالفسخ ، لأنا حكمنا بالعجز فى الظاهر ، وقد بان خلافه فنقض ، كما لو حكم الحاكم ثم وجد النص بخلافه .

وإن كان قد أنفق عليه بعد الفسخ ، رجع بما أنفق لأنه لم يتبرع ، بل أنفق على أنه عبده ، فان أفاق بعد الفسخ وأقام البينة أنه كان قد أدى المال نقض الحكم بالفسخ ولا يرجع المولى بما أنفق عليه بعد الفسخ ، لأنه تبرع ، لأنه أنفق وهو يعلم أنه حر .

وإن حل النجم فأحضر المال وادعى السيد أنه حرام ، ولم تكن له بينة ، فالقول قول المكاتب مع يمينه ، لأنه فى يده والظاهر أنه له ، فإن حلف خير المولى بين أن يأخذه وبين أن يبرئه منه ، فإن لم يفعل قبض عنه السلطان ، لأنه حق تدخله النيابة ، فاذا امتنع منه قام السلطان مقامه •

فصل وان قبض المال وعتق ، ثم وجد به عيباً ، فله أن يرد ويطالب بالبدل ، فإن رضى به استقر العتق ، لأنه برئت ذمة العبد. وإن رده ارتفع العتق لأنه يستقر باستقرار الأداء ، وقد ارتفع الأداءبالرد فارتفع العتق . وإن وجد به العيب وقد حدث به عنده عيب ثبت له الأرش ، فإن دفع الأرش استقر العتق ، وإن لم يدفع ارتفع العتق ، لأنه لم يتم براءة الذمة من المال .

وإن كاتبه على خدمة شهر ودينار ، ثم مرض بطلت الكتابة فى قدر الخدمة ، وفى الباقى طريقان :

(أحدهما) أنه على قولين .

(والثانى) أنه لا يبطل قولا واحداً بناء على الطريقين فيمن أبتاع عينين ، ثم تلفت احداهما قبل القبض •

فصـــل فإن أدى المال وعتق ثم خرج المال مستحقا ، بطل الحكم بعتقه لأن العتق يقع بالأداء ، وقد بان أنه لم يؤد ، وإن كان الاستحقاق بعد موت المكاتب كان ما ترك للمولى دون الورثة لأنا قد حكمنا بأنه مات رقيقا .

فصـــل فإن باع المولى ما فى ذمة المكاتب ، وقلنا : إنه لا يصح فقبضه المشترى فقد قال فى موضع : يعتق ، وقال فى موضع : لا يعتق ، واختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو العباس : فيه قولان .

(أحدهما) يعتق لأنه قبضه بإذنه ، فأشبه إذا دفعه إلى وكيله .

(والثانى) وهو الصحيح أنه لا يعتق لأنه لم يقبضه للمولى ، وإنما قبضه لنفسه ولم يصح قبضه لنفسه لأنه لم يستحقه ، فصار كما لو لم يؤخذ ، وقال أبو إسحاق : هى على اختلاف حالين ، فالذى قال : يعتق إذا أمره المكاتب بالدفع إليه ، لأنه قبضه بإذنه ، والذى قال : لا يعتق إذا لم يأمره بالدفع إليه ، لأنه لم يأخذه باذنه ، وإنما أخذه بما تضمنه البيع من الإذن ، والبيع باطل فبطل ما تضمنه .

فصـــل إذا اجتمع على المكاتب دين الكتابة ودين المعاملة وأرش الجناية وضاق ما فى يده عن الجميع قدم دين المعاملة لأنه يختص بما فى يده والسيد والمجنى عليه يرجعان الى الرقبة ، فان فضل عن الدين شىء قدم حق المجنى عليه لأن حقه يقدم على حق المالك فى العبد القن فكذلك فى المكاتب ، وإن لم يكن له شىء فأراد صاحب الدين تعجيزه لم يكن له ذلك لأن حقه فى الذمة فلا فائدة فى تعجيزه بل تركه على الكتابة أنفع له لأنه ربما كسب ما يعطيه وإذا عجزه بقى حقه فى الذمة إلى أن يعتق ، فإن أراد المولى أو المجنى عليه تعجيزه ، كان له ذلك ، لأن المولى يرجع بالتعجيز إلى رقبته ، والمجنى عليه يبيعه فى الجناية ، فان عجزه المولى انفسخت الكتابة ، وسقط دينه ، وهو بالخيار بين أن يسلمه للبيع فى الجناية ، وبين أن يفديه ، فإن عجزه المجنى عليه نظرت ــ فان كان الأرش يحيط بالثمن ــ بيع وقضى حقه ، وإن كان دون الثمن بيع منه ما يقضى منه الأرش وبقى الباقى على

الكتابة ، وإن أدى كتابة باقيه عتق وهل يقوم الباقى عليه إن كان موسراً ؟ فيه وجهان : أحدهما : لا يقوّم لأنه وجد سبب العتق قبل التبعيض . والثانى: يقوم عليه لأن اختياره للإنظار كابتداء العتق .

باب الكتابة الفاسدة

إذا كاتب على عوض محرم أو شرط باطل فللسيد أن يرجع فيها ، لأنه دخل على أنه يسلم له ما شرط ، ولم يسلم ، فثبت له الرجوع وله أن يفسخ بنفسه ، لأنه مجمع عليه . وإن مات المولى أو جن أو حجر عليه ، بطل العقد ، لأنه غير لازم من جهته ، فبطل بهذه الأشياء كالعقود الجائزة ، فإن مات العبد بطل لأنه لا يلحقه العتق بعد الموت ، وإن جن لم تبطل لأنه لازم من جهة العبد فلم تبطل بجنونه كالعتق المعلق على دخول الدار .

فصل وان أدى ما كاتبه عليه قبل الفسخ عتق ، لأن الكتابة تشتمل على معاوضة وهو قوله : كاتبتك على كذا وعلى صفة ، وهو قوله : فاذا أديت فأنت حر ، فاذا بطلت المعاوضة بقيت الصفة فعتق بها ، وان أداه إلى غير من كاتبه لم يعتق ، لأنه لم توجد الصفة ، فاذا عتق تبعه ما فضل فى يده من الكسب ، وإن كانت جارية تبعها الولد ، لأنه جعل كالكتابة الصحيحة فى العتق ، فكانت كالصحيحة فى الكسب والولد .

فصل ويرجع السيد عليه بقيمته ، لأنه أزال ملكه عنه بشرط ولم يسلم له الشرط ، وتعذر الرجوع اليه فرجع ببدله ، كما لو باع سلعة بشرط فاسد ، فتلفت فى يد المشترى . ويرجع العبد على المولى بما أداه إليه ، لأنه دفعه عما عليه ، فإذا لم يقع عما عليه ثبت له الرجوع ، فإن كان ما دفع من جنس القيمة وعلى صفتها كالأثمان وغيرها من ذوات الأمثال ، ففيه أربعة أقوال :

(أحدها) أنهما يتقاصّان فسقط أحدهما بالآخر ، لأنه لا فائدة فى أخذه ورده .

(والثانى) أنه إن رضى أحدهما تقاصا ، وإن لم يرض واحد منهما لم يتقاصا ، لأنه اذا رضى أحدهما فقد اختار الراضى منهما قضاء ما عليه ، بالذى له على الآخر ، ومن عليه حق يجوز أن يقضيه من أى جهة شاء .

(والثالث) أنهما إن تراضيا تقاصا ، وإن لم يتراضيا لم يتقاصا ، لأنه إسقاط حق بحق ، فلم يجز إلا بالتراضى كالحوالة .

(والرابع) أنهما لا يتقاصان بحال لأنه بيع دين بدين ، وإن أخذ من سهم الرقاب فى الزكاة ، فإن لم يكن فيه وفاء استرجع منه ، وإن كان فيه وفاء ، فقد قال فى الأم : يسترجع ولا يعتق ، لأنه بالفساد خرج عن أن يكون من الرقاب . ومن أصحابنا من قال : لا يسترجع لأنه كالكتابة الصحيحة فى العتق والكسب .

فصل فإن كاتب عبداً صغيراً أو مجنوناً ، فأدى ما كاتبه عليه ، عتق بوجود الصفة وهل يكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة مع البالغ فى ملك ما فضل فى يده من الكسب ، وفى التراجع ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى إسحاق : إنه لا يملك ما فضل فى يده من الكسب ، ولايثبت التراجع ، وهو رواية المزنى فى المجنون ، لأن العقد مع الصبى ليس بعقد ، ولهذا لو ابتاع شيئاً وقبضه وتلف فى يده ، لم يلزمه الضمان بخلاف البالغ فإن عقده عقد يقتضى الضمان ، ولهذا لو اشترى شيئاً ببيع فاسد ، وتلف عنده لزمه الضمان .

(والثانى) وهو قول أبى العباس أنه يملك ما فضل من الكسب ، ويثبت بينهما التراجع ، وهو رواية الربيع فى المجنون ، لأنه كتابة فاسدة فأشبهت كتابة البالغ بشرط فاسد .

فصل وإن كاتب بعض عبده ، وقلنا : إنه لا يصح ، فلم يفسخ حتى أدى المال ، عتق لوجود الصفة وتراجعا ، وسرى العتق إلى باقيه ، لأنه عتق بسبب منه ، فإن كاتب شركا له فى عبد من غير إذن شريكه ــ نظرت ،

فإن جمع كسبه ، ودفع نصفه إلى الشريك ونصفه الى الذى كاتبه ــ عتق لوجود الصفة ، فإن جمع الكسب كله وأداه ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يعتق لأن الأداء يقتضى أداء ما يملك التصرف فيه ، وما أداه من مال الشريك لا يملك التصرف فيه .

(والثانى) يعتق لأن الصفة قد وجدت ، فان كاتبه باذن شريكه ، فان قلنا : إنه باطل فالحكم فيه كالحكم فيه إذا كاتبه بغير اذنه ، وان قلنا : انه صحيح ودفع نصف الكسب إلى الشريك ، ونصفه إلى الذى كاتبه عتق ، فإن جمع الكسب كله ودفعه إلى الذى كاتبه ، فقد قال بعض أصحابنا : فيه وجهان كالقسم قبله والمذهب أنه لا يعتق ، لأن الكتابة صحيحة ، والمغلب فيها حكم المعاوضة ، فاذا دفع فيها ما لا يملكه صار كما لو لم يؤد ، بخلاف القسم قبله فانها كتابة فاسدة ، والمغلب فيها الصفة . واذا حكمنا بالعتق فى هذه المسائل فى نصيبه ، فان كان المعتق موسراً سرى الى نصيب الشريك ، وقوم عليه ، لأنه عتق بسبب منه ، ولا يلزم العبد ضمان السراية ، لأنه لم يلتزم ضمان ما سرى اليه .

فصـــل وإن كاتب عبيداً على مال واحد ــ وقلنا : إن الكتابة صحيحة ، فأدى بعضهم ، عتق لأنه برىء مما عليه . وإن قلنا إن الكتابة فاسدة فأدى بعضهم ، فالمنصوص أنه يعتق ، لأن الكتابة الفاسدة محمولة على الكتابة الصحيحة فى الأحكام ، فكذلك العتق فى الأداء . ومن أصحابنا من قال : لا يعتق وهو الأظهر ، لأن العتق فى الكتابة الفاسدة بالصفة ، وذلك لم يوجد بأداء بعضهم .

باب اختلاف المولى والمكاتب

إذا اختلفا فقال السيد : كاتبتك وأنا مغلوب على عقلى أو محجور على ، فأنكر العبد ، فان كان قد عرف له جنون أو حجر ، فالقول قوله مع يمينه ، لأن الأصل بقاؤه على الجنون أو الحجر ، وإن لم يعرف له ذلك

فالقول قول العبد ، لأن الظاهر عدم الجنون والحجر . وإن اختلفا فى قدر المال أو فى نجومه تحالفا قياسا على المتبايعين ، إذا اختلفا فى قدر الثمن أو فى الأجل ، فان كان ذلك قبل العتق فهل تنفسخ بنفس التحالف أو يفتقر إلى الفسخ ؟ فيه وجهان ، كما ذكرناه فى المتبايعين ــ وإن كان التحالف بعد العتق ، لم يرتفع العتق ، ويرجع المولى بقيمته ، ويرجع المكاتب بالفضل كما نقول فى البيع الفاسد .

فصل وإن وضع شيئاً عنه من مال الكتابة ، ثم اختلفا فقال السيد : وضعت النجم الأخير ، وقال المكاتب ، بل الأول فالقول قول السيد ، وإن كاتبه على ألف درهم فوضع عنه خمسين ديناراً لم يصح ، لأنه أبرأه مما لا يملكه ، فان قال : أردت ألف درهم بقيمة خمسين ديناراً صح ، وان اختلفا فيما عنى فادعى المكاتب أنه عنى ألف درهم بقيمة خمسين ديناراً ، وأنكر السيد ذلك ، فالقول قول السيد ، لأن الظاهر معه ولأنه أعرف بما عنى ، وان أدى المكاتب ما عليه فقال له المولى : أنت حر ، وخرج المال مستحقا فادعى العبد أن عتقه بقوله : أنت حر ، وقال المولى : أردت أنك حر بما أديت ، وقد بان أنه مستحق فالقول قول السيد ، لأنه يحتمل الوجهين ، وهو أعرف بقصده ، وإن قال السيد : استوفيت أو قال العبد : أليس أوفيتك ؟ فقال : بلى ، فادعى المكاتب أنه وفاه الجميع ، وقال المولى : بل وفانى البعض فالقول قول السيد لأن الاستيفاء لا يقتضى الجميع .

فصل وان كان المكاتب جارية فأتت بولد فاختلفا فى ولدها ، وقلنا : إن الولد يتبعها ، فقالت الجارية : ولدته بعد الكتابة فهو موقوف معى ، وقال المولى : بل ولدته قبل الكتابة فهو لى ، فالقول قول السيد ، لأن هذا اختلاف فى وقت العقد ، والسيد يقول : العقد بعد الولادة والمكاتبة تقول قبل الولادة ، والأصل عدم العقد ، وان كاتب عبداً ثم زوجه أمة له ، ثم اشترى المكاتب زوجته وأتت بولد فقال السيد : أتت به قبل الشراء فهو لى ، وقال العبد : بل أتت به بعد ما اشتريتها فهو لى ، فالقول قول العبد ، لأن هذا الاختلاف فى الملك ، والظاهر مع العبد ، لأنه فى يده بخلاف المسئلة قبلها ، فإن هناك لم يختلفا فى الملك ، وإنما اختلفا فى وقت العقد .

فصـــل وإن كاتب عبدين فأقر أنه استوفى ما على أحدهما أو أبرأ أحدهما ، واختلف العبدان فادعى كل واحد منهما أنه هو الذى استوفى منه ، أو أبرأه ، رجع إلى المولى ،فإن أخبر أنه أحدهما ، قبل منه ؛ لأنه أعرف بمن استوفى منه أو أبرأه ؛ فإن طلب الآخر يمينه حلف له ، وإن ادعى المولى أنه أشكل عليه ، لم يقرع بينهما ، لأنه قد يتذكر ، فإن ادعيا أنه يعلم حلف لكل واحد منهما وبقيا على الكتابة ، ومن أصحابنا من قال : ترد الدعوى عليهما ، فان حلفا أو نكلا بقيا على الكتابة ، وان حلف أحدهما ونكل الآخر عتق الحالف وبقى الآخر على الكتابة . وإن مات المولى قبل أن يعين ففيه قولان :

(أحدهما) : يقرع بينهما لأن الحرية تعينت لأحدهما ولا يمكن التعيين بغير القرعة فوجب تمييزها بالقرعة ، كما لو قال لعبدين : أحدكما حر ، والثانى : لا يقرع لأن الحرية تعينت فى أحدهما ، فإذا أقرع لم يؤمن أن تخرج القرعة على غيره ، فعلى هذا يرجع إلى الوارث ، فإن قال : لا أعلم حلف لكل واحد منهما ، وبقيا على الكتابة على ما ذكرناه فى المولى .

فصـــل وإن كاتب ثلاثة أعبد فى عقود أو فى عقد على مائة ، وقلنا : إنه يصح ، وقيمة أحدهم مائة ، وقيمة كل واحد من الآخرين خمسون ، فأدوا مالا من أيديهم ثم اختلفوا ، فقال من كثرت قيمته : النصف لى ولكل واحد منكما الربع . وقال الآخران : بل المال بيننا أثلاثاً ويبقى عليك تمام النصف ، ويفضل لكل واحد منا ما زاد على الربع . فقد قال فى موضع : القول قول من كثرت قيمته ، وقال فى موضع : القول قول من قلت قيمته ، فمن أصحابنا من قال : هى على قولين .

(أحدهما) : أن القول قول من قلت قيمته ،وأن المؤدى بينهم أثلاثاً ، لأن يد كل واحد منهم على ثلث المال .

(والثانى) أن القول قول من كثرت قيمته لأن الظاهر معه ، فإن العادة أن الإنسان لا يؤدى أكثر مما عليه .

ومنهم من قال : هى على اختلاف حالين ، فالذى قال : القول قول من كثرت قيمته إذا وقع العتق بالأداء ، لأن الظاهر أنه لا يؤدى أكثر مما عليه . والذى قال : ان القول قول من قلت قيمته ، اذا لم يقع العتق بالأداء ، فيؤدى من قلت قيمته أكثر مماعليه ليكون الفاضل له من النجم الثانى . والدليل عليه أنه قال فى الأم : اذا كاتبهم على مائة فأدوا ستين ، فاذا قلنا : إنه بينهم على العدد أثلاثاً فأراد العبدان أن يرجعا بما فضل لهما لم يجز ، لأن الظاهر أنهما تطوعا بالتعجيل ، فلا يرجعان به ، ويحتسب لهما من النجم الثانى .

فصل وإن كاتب رجلان عبداً بينهما ، فادعى المكاتب أنه أدى إليهما مال الكتابة ، فأقر أحدهما وأنكر الآخر ، عتق حصة المقر ، والقول قول المنكر مع يمينه ، فإذا حلف بقيت حصته على الكتابة فله أن يطالب المقر بنصف ما أقر بقبضه ، وهو الربع ، لحصول حقه فى يده ويطالب المكاتب بالباقى ، وله أن يطالب المكاتب بالجميع وهو النصف ، فإن قبض حقه منهما أو من أحدهما عتق المكاتب ، وليس لأحد من المقر والمكاتب أن يرجع على صاحبه بما أخذه منه لأن كل واحد منهما يدعى أن الذى ظلمه هو المنكر فلا يرجع على غيره . وإن وجد المكاتب عاجزاً فعجزه أحدهما رق نصفه .

قال الشافعى رحمه الله : ولا يقوم على المقر ، لأن التقويم لحق العبد وهو يقول : أنا حر مسترق ظلما ، فلا يقوم ، ولا تقبل شهادة المصدق على المكذب ، لأنه يدفع بها ضرراً من استرجاع نصف ما فى يده ، فإن ادعى المكاتب أنه دفع جميع المال إلى أحدهما ، ليأخذ منه النصف ، ويدفع إلى شريكه النصف ــ نظرت فإن قال المدعى عليه : دفعت إلى كل واحد منا النصف وأنكره الآخر عتق حصة المدعى عليه باقراره وبقيت حصة المنكر على الكتابة من غير يمين ، لأنه لا يدعى عليه واحد منهما تسليم المال إليه ، وله أن يطالب المكاتب بجميع حقه ، وله أن يطالب المقر بنصفه ، والمكاتب بنصفه ، ولا يرجع واحد منهما بما يؤخذ منه على الآخر ، لأن كل واحد منهما يدعى أن الذى ظلمه هو المنكر فلا يرجع على غيره ، فإن استوفى

المنكر حقه منهما أو من المكاتب عتقت حصته وصار المكاتب حراً وان عجز المكاتب فاسترقه فقد قال الشافعى رحمه الله : إنه يقوم على المقر ، ووجهه أنه عتق نصيبه بسبب من جهته . وقال فى المسئلة قبلها لا يقوم ، فمن أصحابنا من نقل جوابه فى كل واحدة منهما إلى الأخرى فجعلها على قولين ومنهم من قال يقوم ههنا ولا يقوم فى المسئلة قبلها على ما نص عليه ، لأن فى المسئلة قبلها يقول المكاتب أنا حر فلا أستحق التقويم على أحد ، وههنا يقول : نصفى مملوك فأستحق التقويم ، وإن قال المدعى عليه : قبضت المال وسلمت نصفه إلى شريكى ، وأمسكت النصف لنفسى ، وأنكر الشريك القبض ، عتق حصة المدعى عليه والقول قول المنكر مع يمينه ، لأن المقر يدعى التسليم إليه ، فإذا حلف بقيت حصته على الكتابة وله أن يطالب المكاتب بجميع حقه بالعقد ، وله أن يطالب المقر بإقراره بالقبض فان رجع على المقر لم يرجع المقر على المكاتب لأنه يقول إن شريكى ظلمنى ، وإن رجع على المكاتب رجع المكاتب على المقر ، صدقه على الدفع أو كذبه ، لأنه فرط فى ترك الاشهاد . فان حصل للمنكر ماله من أحدهما عتق المكاتب ، وإن عجز المكاتب عن أداء حصة المنكر كان للمنكر أن يسترق نصيبه ، فإذا رق قوم على المقر لأنه عتق بسبب كان منه ، وهو الكتابة ويرجع على المنكر المقر بنصف ما أقر بقبضه ، لأنه بالتعجيز استحق نصف كسبه ، وإن حصل المال من جهة المكاتب عتق باقيه ورجع المكاتب على المقر بنصف ما أقر بقبضه لأنه كسبه .

كتاب عتق أمهات الأولاد

إذا علقت الأمة بولد حر فى ملك الواطىء ، صارت أم ولد له ، فلا يملك بيعها ولا هبتها ولا الوصية بها ، لما ذكرناه فى البيوع ، فإن مات السيد عتقت لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من ولدت منه أمته فهى حرة من بعد موته » وتعتق من رأس المال ، لأنه إتلاف حصل بالاستمتاع فاعتبر من رأس المال كالإتلاف بأكل الطيب ولبس الناعم ، وإن علقت بولد مملوك فى غير ملك من زوج أو زنا لم تصر أم ولد له ، لأن حرمة الاستيلاد إنما تثبت للأم بحرية الولد . والدليل عليه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكرت له مارية القبطية فقال : أعتقها ولدها » والولد ههنا مملوك فلا يجوز أن تعتق الأم بسببه ، وإن علقت بولد حر بشبهة من غير ملك لم تصر أم ولد فى الحال ، فإذا ملكها ففيه قولان :

(أحدهما) لا تصير أم ولد لأنها علقت منه فى غير ملكه فأشبه إذا علقت منه فى نكاح فاسد أو زنا .

(والثانى) أنها تصير أم ولد لأنها علقت منه بحر ، فأشبه إذا علقت منه فى ملكه ، وإن علقت بولد مملوك فى ملك ناقص وهى جارية المكاتب إذا علقت من مولاها ففيه قولان :

(أحدهما) أنها لا تصير أم ولد لأنها علقت منه بمملوك .

(والثانى) أنها تصير أم ولد لأنه قد ثبت لهذا الولد حق الحرية ، ولهذا لا يجوز بيعه فثبت هذا الحق لأمه .

فصل وإن وطىء أمته فأسقطت جنيناً ميتاً كان حكمه حكم الولد الحى فى الاستيلاد لأنه ولد . وإن أسقطت جزءاً من الآدمى كالعين

والظفر أو مضغة فشهد أربع نسوة من أهـل المعرفة والعـدالة أنه تخطط وتصور ، ثبت له حكم الولد لأنه قد علم أنه ولد ، وإن ألقت مضغة لم تتصور ولم تتخطط وشهد أربع من أهل العدالة والمعرفة أنه مبتدأ خلق الآدمى ، ولو بقى لكان آدمياً ، فقد قال ههنا ما يدل على أنها لا تصير أم ولد ، وقال فى العدد : تنقضى به العدة ؛ فمن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة منهما إلى الأخرى وجعلها على قولين .

(أحدهما) : لا يثبت له حكم الولد فى الاستيلاد ولا فى انقضاء العدة لأنه ليس بولد .

(والثانى) : يثبت له حكم الولد فى الجميـع لأنه خلق بشر فأشـبه إذا تخطط ، ومنهم من قال : لا يثبت له حكم الولد فى الاستيلاد وتنقضى به العدة لأن حرمة الاستيلاد تتعلق بوجود الولد ، ولم يوجد الولد ، والعدة تراد لبراءة الرحم ، وبراءة الرحم تحصل بذلك .

فصـــل ويملك استخدام أم الولد وإجارتها ، ويملك وطأها لأنها باقية على ملكه ، وانما ثبت لها حق الحرية بعد الموت ، وهـذه التصرفات لا تمنع العتق ، فبقيت على ملكه ، وهل يملك تزويجها ؟ فيه ثلاثة أقوال :

(أحدها) يملك لأنه يملك رقبتها ومنفعتها فملك تزويجها كالأمـــة القنة .

(والثانى) يملك تزويجها برضاها ولا يملك من غير رضاها لأنهـــا تستحق الحرية بسبب لا يملك المولى ابطـاله فملك تزويجهـا برضـاها ، ولا يملك بغير رضاها كالمكاتبة :

(والثالث) لا يملك تزويجها بحال لأنها ناقصة فى نفسها وولاية المولى عليها ناقصة فلم يملك تزويجها كالأخ فى تزويج أخته الصغيرة ، فعلى هـذا هل يجوز للحاكم تزويجها بإذنهما ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنه لا يملك لأنه قائم مقامهما ويعقد باذنهما ، فاذا لم يملك العقد باجتماعهما لم يملك مع من يقوم مقامهما .

(والثانى) وهو قول أبى سعيد الأصطخرى أنه يملك تزويجها لأنه يملك بالحكم ما لا يملك بالولاية وهو تزويج الكافرة .

فصل وإن أتت أم الولد بولد من نكاح أو زنا تبعها فى حقها من العتق بموت السيد لأن الاستيلاد كالعتق المنجز ثم الولد يتبع الأم فى العتق فكذلك فى الاستيلاد ، فإن ماتت الأم قبل موت السيد لم يبطل الحكم فى ولدها لأنه حق استقر له فى حياة الأم فلم يسقط بموتها .

فصل وإن جنت أم الولد لزم المولى أن يفديها ، لأنه منع من بيعها بالإحبال ، ولم يبلغ بها إلى حال يتعلق الأرش بذمتها فلزمه ضمان جنايتها كالعبد القن إذا جنى وامتنع المولى من بيعه ، ويفديها بأقل الأمرين من قيمتها أو أرش الجناية قولا واحدا ، لأن فى العبد القن إنما فداه بأرش الجناية بالغاً ما بلغ فى أحد القولين ، لأنه يمكن بيعه فربما رغب فيه من يشتريه بأكثر من قيمته ، وأم الولد لا يمكن بيعها فلا يلزمه أن يفديها بأكثر من قيمتها • وان جنت ففداها بجميع القيمة ثم جنت ففيه قولان :

(أحدهما) يلزمه أن يفديها لأنه إنما لزمه أن يفديها فى الجناية الأولى، لأنه منع من بيعها ولم يبلغ بها حالة يتعلق الأرش بذمتها . وهذا موجود فى الجناية الثانية فوجب أن تفدى كالعبد القن ، إذا جنى وامتنع من بيعه ثم جنى وامتنع من بيعه والقول الثانى وهو الصحيح أنه لا يلزمه أن يفديها بل يقسم القيمة التى فدى بها الجناية الأولى بين الجنايتين على قدر أرشهما، لأنه بالإحبال صار كالمتلف لرقبتها فلم يضمن أكثر من قيمتها ، وتخالف العبد القن فانه فداه لأنه امتنع من بيعه ، والامتناع يتكرر فتكرر الفداء ، وههنا لزمه الفداء للإتلاف بالإحبال . وذلك لا يتكرر فلم يتكرر الفداء .

وان جنت ففداها ببعض قيمتها ثم جنت ، فان بقى من قدر قيمتها

ما يفدى به الجناية الثانية لزمه أن يفديها ، وإن بقى ما يفدى به بعض الجناية الثانية فعلى القولين ، إن قلنا : يلزمه أن يفدى الجناية الثانية لزمه أن يفديها . وإن قلنا : يشارك الثانى الأول فى القيمة ضم ما بقى من قيمتها إلى ما فدى به الجناية الأولى ثم يقسم الجميع بين الجنايتين على قدر أرشهما .

فصل وإن أسلمت أم ولد نصرانى ، تركت على يد امرأة ثقة ، وأخذ المولى بنفقتها إلى أن تموت فتعتق ، لأنه لا يمكن بيعها لما فيه من إبطال حقها من العتق المستحق بالاستيلاد ولا يمكن إعتاقها لما فيه من إبطال حق المولى ، ولا يمكن اقرارها فى يده لما فيه من الصغار على الاسلام فلم يبق الا ما ذكرناه . وان كاتب كافر عبداً كافراً ثم أسلم العبد بقى على الكتابة لأنه أسلم فى حال لا يمكن مطالبة المالك ببيعه أو إعتاقه وهو خارج عن يده وتصرفه فبقى على حالته ، فإن عجز ورق أمر ببيعه .

باب الولاء

إذا أعتق الحر مملوكاً ثبت له عليه الولاء لما روت عائشة رضى الله عنها قالت : « اشتريت بريرة واشترط أهلها ولاءها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أعتقى فإنما الولاء لمن أعتق » .

وان عتق عليه بتدبير ، أو كتابة ، أو استيلاد أو قرابة ، أو أعتق عنه غيره ، ثبت له عليه الولاء ، لأنه عتق عليه فثبت له الولاء ، كما لو باشر عتقه . وإن باع الرجل عبده من نفسه ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه يثبت له عليه الولاء ، لأنه لم يثبت عليه رق غيره .

(والثانى) لا ولاء عليه لأحد ، لأنه لم يعتق عليه فى ملكه ولا يملك العبد الولاء على نفسه فلم يكن عليه ولاء .

فصـــل وإن أعتق المكاتب عبداً بإذن المولى وصـححنا عتقه ففى ولائه قولان :

(أحدهما) أنه للسيد لأن العتق لا ينفك من الولاء والمكاتب ليس من أهله فوجب أن يكون للسيد .

(والثانى) أنه موقوف فإن عتق فهو له فإن عجـز فهو للسـيد ، لأن المعتق هو المكاتب فوقف الولاء عليه ، فان مات العبد المعتق قبل عجـز المكاتب أو عتقه ففى ماله قولان :

(أحدهما) أنه موقوف على ما يكون من أمر المكاتب كالولاء .

(والثانى) أنه للسيد ، لأن الولاء يجوز أن ينتقل ، فجـاز أن يقف والارث لا يجوز أن ينتقل فلم يجز أن يقف .

فصـــل وإن أعتق مسلم نصرانيا أو أعتق نصرانى مسلما ثبت له الولاء ، لأن الولا ءكالنسب ، والنسب يثبت مع اختـلاف الدين فكذلك الولاء ، وإن أعتق المسلم نصرانيا فلحق بدار الحرب فسـبى لم يجـز استرقاقه لأن عليه ولاء لمسلم فلا يجوز ابطاله وان أعتق ذمى عبده فلحق بدار الحرب وسبى ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يجوز أن يسترق لأنه لا يلزمنا حفظ ماله فلم يجز ابطال ولائه بالاسترقاق كالمسلم .

(والثانى) يجوز لأن معتقه لو لحق بدار الحرب جاز استرقاقه فكذلك عتيقه وإن أعتق حربى عبداً حربياً ثبت له عليه الولاء ، فإن سبى العبد المعتق أو سبى مولاه واسترق بطل ولاؤه ، لأنه لا حرمة له فى نفسه ولا ماله ، وان أعتق ذمى عبداً ثم لحق بدار الحرب فملكه عبده وأعتقه صار كل واحد منهما مولى للآخر لأن كل واحد منهما أعتق الآخر .

فصـــل وإن اشـترك اثنـان فى عتق عبـد اشـتركا فى الولاء

لاشتراكهما فى العتق ، وإن كاتب رجل عبداً ومات وخلف اثنين فأعتق أحدهما نصيبه أو أبرأه مما له عليه ، فإن قلنا : لا يقوم عليه فأدى ما عليه للآخر كان ولاؤه للاثنين لأنه عتق بالكتابة على الأب ، وقد ثبت له الولاء فانتقل إليهما . وإن عجز عما عليه للآخر فرق نصيبه ففى ولاء النصف المعتق وجهان :

(أحدهما) أنه بينهما لأنه عتق بحكم الكتابة فثبت الولاء للأب وانتقل إليهما .

(والثانى) أنه للمعتق خاصة ، لأنه هو الذى أعتقه ، ووقف الآخر عن المعتق ، وإن قلنا إنه يقوم فى الحال فقوم عليه ثبت الولاء للمقوم عليه فى المقوم لأن بالتقويم انفسخت الكتابة فيه وعتق عليه ، وأما النصف الآخر فإنه عتق بالكتابة وفى ولائه وجهان (أحدهما) أنه بينهما (والثانى) أنه للمعتق خاصة ، وإن قلنا يؤخر التقويم ، فإن أدى عتق بالكتابة وكان الولاء لهما ، وإن عجز ورق قوم على المعتق وثبت له الولاء على النصف المقوم لأنه عتق عليه ، والنصف الآخر عتق بالكتابة وفى ولائه وجهان :

فصل ولا يثبت الولاء لغير المعتق ، فإن أسلم رجل على يد رجل أو التقط لقيطاً ، لم يثبت له عليه الولاء ، لحديث عائشة رضى الله عنها . « فإنما الولاء لمن أعتق » وإنما فى اللغة موضوع لإثبات المذكور ونفى ما عداه فدل على إثبات الولاء للمعتق ونفيه عمن عداه ولأن الولاء ثبت بالشرع ولم يرد الشرع فى الولاء الا لمن أعتق ، وهذا المعنى لا يوجد فى غيره فلا يلحق به .

فصل ولا يجوز بيع الولاء ولا هبته لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع الولاء وعن هبته » ولأن الولاء كالنسب والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم « الولاء لحمة كلحمة النسب » والنسب لا يصح بيعه وهبته فكذلك الولاء ، وإن أعتق عبداً سائبة على أن لاولاء عليه عتق وثبت له الولاء لقوله

عز وجل : « ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام » [1] ولأن هذا فى معنى الهبة ، وقد بينا أنه لا يصح هبته .

فصل وإن مات العبد المعتق وله مال ، ولا وارث له ، ورثه المولى لما روى يونس عن الحسن أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم برجل وقال : « اشتريته وأعتقته فقال : هو مولاك إن شكرك فهو خير له ، وإن كفرك فهو شر له وخير لك ، فقال : فما أمر ميراثه فقال : ان ترك عصبة فالعصبة أحق وإلا فالولاء » ؛ وإن كان له عصبة لم يرث للخبر ، ولأن الولاء فرع للنسب فلا يورث به مع وجوده ، وإن كان له من يرث الفرض ــ فان كان ممن يستغرق المال بالفرض ــ لم يرثه لأنه اذا لم ترث العصبات مع من يستغرق المال بالفرض فلأن لا يرث المولى أولى ، وإن كان ممن لا يستغرق المال ، ورث ما فضل عن أهل الفرض ، لما روى عبد الله بن شداد قال : « أعتقت ابنة حمزة مولى لها فمات وترك ابنته وابنة حمزة فأعطى النبى صلى الله عليه وسلم ابنة حمزة النصف وابنته النصف » .

فصل وإن مات العبد والمولى ميت كان الولاء لعصبات المولى دون سائر الورثة ، لأن الولاء كالنسب لما ذكرناه من الخبر ، والنسب إلى العصبات دون غيرهم ويقدم الأقرب فالأقرب ، لما روى سعيد بن المسيب رحمة الله عليه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « المولى أخ فى الدين ونعمة يرثه أولى الناس بالمعتق » ولأن فى عصبات الميت يقدم الأقرب فالأقرب وكذلك فى عصبات المولى . فإن كان للمولى ابن وابنة كان الميراث للابن دون البنت ، لأنا بينا أنه لا يرث الولاء غير العصبات ، والبنت ليست من العصبات ، ولأن الولاء كالنسب . ثم المرأة لا ترث بالقرابة من الميت إذا تباعد نسبها منه ، وهى بنت الأخ والعمة ، فلأن لا ترث بنت المولى وهو مؤخر عن النسب أولى ، وان كان له أب وابن أو أب وابن ابن ، فالميراث للابن لأن تعصيب الابن أقوى ، لأنه يسقط تعصيب الأب ، فإن لم يكن بنون فالولاء للأب دون الجد والأخ ، لأنه أقرب منهما ، وإن ترك جداً وأخاً ففيه قولان :

---

(١) المائدة : ١٣٠ .

(أحدهما) أنهما يشتركان كما يشتركان فى إرث النسب .

(والثانى) يقدم الأخ لأن تعصيبه كتعصيب الابن وتعصيب الجد كتعصيب الأب ، وإنما لم يقدم فى إرث النسب للإجماع وليس فى الولاء اجماع فوجب أن يقدم فان ترك جداً وابن أخ فهو على القولين ، ان قلنا : ان الجد والأخ يشتركان قدم الجد ، وان قلنا : ان الأخ يقدم قدم ابنه،وان ترك أبا الجد والعم ، فعلى القولين ، ان قلنا : ان الجد والأخ يشتركان قدم أبو الجد ، وإن قلنا : إن الأخ يقدم قدم العم ، وإن اجتمع الأخ من الأب والأم والأخ من الأب ، قدم الأخ من الأب والأم كما يقدم فى الارث بالنسب .

ومن أصحابنا من قال : فيه قولان :

(أحدهما) يقدم لما قلناه .

(والثانى) أنهما سواء لأن الأم لا ترث بالولاء ، فلا يرجح بها من يدلى بها ، فإن لم يكن للمولى عصبة ، وله مولى فالولاء لمولاه ، لأن المولى كالعصبة ، فان لم يكن له مولى فلعصبة مولاه ؛ فان لم يكن له مولى ولا عصبة مولى ، وهناك مولى لعصبة المولى ــ نظرت ، فإن كان مولى أخيه أو مولى ولده ــ لم يرث ، لأن إنعامه على أخيه لا يتعدى إليه ، وإن كان مولى أبيه أو جده ورث ، لأن انعامه عليه انعامه على نسله .

فصل فإن أعتق عبداً ثم مات وخلف اثنين ثم مات أحدهما وترك ابناً ثم مات العبد وله مال ورثه الكُبَرُ من عصبة المولى ، وهو الابن دون ابن الابن لما روى الشعبى قال : « قضى عمر وعلى وزيد رضى الله عنهم أن الولاء للكبر » ولأن الولاء يورث به ولا يورث .

والدليل عليه ما روى جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث » فإذا ثبت أنه لا يورث ثبت أنه إنما يورث بما ثبت للمولى من الولاء فوجب أن

يكون للكُبَر لأنه أقرب الى المولى ، وان مات المولى وخلف ثلاثة بنين ثم مات أحدهم وخلف ابناً ، ومات الثانى وخلف أربعة ، ومات الثالث وخلف خمسة ، ثم مات العبد المعتق ، كان ماله بين العشرة بالسوية لتساويهم فى القرب ، ولو ظهر للمولى مال كان بينهم أثلاثاً لابن الابن الثلث ، وللأربعة الثلث ، وللخمسة الثلث ، لأن المال انتقل إلى أولاده أثلاثاً ، ثم انتقل ما ورث كل واحد منهم إلى أولاده ، والولاء لم ينتقل إلى أولاده ، وإنما ورثوا مال العبد لقربهم من المولى ، الذى ثبت له الولاء ، وهم فى القرب منه سواء فتساووا فى الميراث .

فصل اذا تزوج عبد لرجل بمعتقة لرجل فأتت منه بولد ثبت لمولى الأم الولاء على الولد لأنه عتق باعتاق الأم فكان ولاؤه لمولاها ، فان أعتق بعد ذلك مولى العبد عبده انجر ولاء الولد من موالى الأم إلى موالى العبد .

والدليل عليه ما روى هشام بن عروة عن أبيه قال : « مر الزبير بموال لرافع بن خديج فأعجبوه ، فقال : لمن هؤلاء ؟ فقالوا : هؤلاء موال لرافع ابن خديج ، أمهم لرافع بن خديج وأبوهم عبد لفلان ، فاشترى الزبير أباهم فأعتقه ، ثم قال : أنتم موالى فاختصم الزبير ورافع الى عثمان رضى الله عنه فقضى عثمان للزبير ، قال هشام : فلما كان معاوية خاصمونا فيهم أيضاً ، فقضى لنا معاوية » ولأن الولاء فرع للنسب ، والنسب معتبر بالارث ، وانما ثبت لمولى الأم لعدم الولاء من جهة الأب ، كولد الملاعنة نسب الى الأم لعدم النسب من جهة الأب ، فاذا ثبت الولاء على الأب عاد الولاء الى موضعه كولد الملاعنة اذا اعترف به الزوج ، وان أعتق جد الولد دون الأب ففى ولائه ثلاثة أوجه :

(أحدهما) ينجر الولاء إلى معتقه ، لأنه كالأب فى الانتساب إليه والولاية ، فكان كالأب فى جر الولاء إلى معتقه .

(والثانى) لا ينجر ، لأن بينه وبين الولد الأب ، فلا ينجر الولاء إلى معتقه كالأخ .

(والثالث) ان كان الأب حياً لم ينجر الولاء الى معتقه ، وان كان ميتاً انجر لأن مع موته ليس غيره أحق ومع حياته من هو أحق ، فان قلنا : انه ينجر الولاء إلى معتقه فانجر ثم أعتق الأب ، انجر من مولى الجد إلى مولى الأب لأنه أقوى من الجد فى النسب وأحكامه .

فصـــل وان تزوج عبد رجل بأمة آخر ، فأتت منه بولد ثم أعتق السيد الأمة وولدها ، ثبت له عليها الولاء ، فان أعتق العبد بعد ذلك لم ينجر ولاء الولد إلى مولى العبد ، والفرضيون يعبرون عن علة ذلك أنه ولد مسه الرق ، ثم ناله العتق ، والعلة فى ذلك أن المعتق أنعم على الولد بالعتق فكان أحق بولائه ممن أنعم على أبيه وتخالف ما قبلها ، فإن أحدهما أنعم على الأم ، والآخر أنعم على الأب ، فقدم المنعم على الأب لأن النسب اليه والولاء فرع للنسب ، وههنا أحدهما أنعم على الولد نفسه والآخر أنعم على أبيه فقدم المنعم إليه ، على المنعم على أبيه ، وان تزوج عبد لرجل بجارية آخر ، فحبلت منه ثم أعتقت الجارية وهى حامل ، ثبت الولاء على الجارية وحملها ، فإن أعتق العبد بعد ذلك لم ينجر الولاء الى مولاه ، لما ذكرناه من العلة ، وان تزوج حر لا ولاء عليه بمعتقة رجل فأتت منه بولد ، لم يثبت عليه الولاء لمولى الأم ، لأن الاستدامة فى الأصول أقوى من الابتداء ، ثم ابتداء الحرية فى الأب تسقط استدامة الولاء لمولى الأم ، فلأن تمنع استدامة الحرية فى الأب ابتداء الولاء لمولى الأم أولى ، وان تزوج عبد لرجل بمعتقة لآخر ، وأولدها ولداً ، ثبت الولاء على الولد لموالى الأم ، فان اشترى الولد أباه عتق عليه ، وثبت له الولاء عليه ، وهل ينجر ولاء نفسه بعتق الأب ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) : لا ينجر ، لأنه لا يملك ولاء نفسه ، فعلى هذا يكون ولاؤه باقيا لموالى الأم .

(والثانى) : أنه ينجر ولاء نفسه بعتق أبيه ولا يملكه على نفسه ولكن يزيل به الولاء عن نفسه ويصير حراً لا ولاء عليه لأن عتق الأب يزيل الولاء عن معتق الأم .

فصـــل إذا مات رجل وخلف اثنين وعبداً فادعى العبد أن المولى كاتبه فصدقه أحدهما وكذبه الآخر ، فأدى إلى المصدق كتابته عتق نصفه ، وفى ولائه وجهان :

(أحدهما) أن الولاء بينهما لأنه عتق بسبب كان من أبيهما فكان الولاء بينهما .

(والثانى) أن الولاء للمصدق لأن المكذب أسقط حقه بالتكذيب فصار كما لو حلف أحد الأخوين على دين لأبيهما فأخذ نصفه فإن الآخر لا يشارك فى نصفه وإن تزوج المكاتب بحرة فأولدها ، فإن كان على الحرة ولاء لمعتق كان له ولاء الولد ، فان عتـق الأب بالأداء جـر ولاء ولده من معتق الأم الى معتقه ، فان اختلف مولاه ومولى الأم ، فقال مولى المكاتب قد عتـق المكاتب بالأداء ، وجر الى ولاء الولد . وقال مولى الأم : لم يعتـق وولاء الولد لى ـ نظرت فان كان المكاتب حيا ـ عتق باقرار سيده ، وانجر الولاء إلى معتقه ، ولا يمين عليه ، ولا على السيد ، وإن كان قد مات واختلف السيد ومولى الأم ، فإن كان للسيد المكاتب بينة شاهدان ، أو شـاهد وامرأتان أو شـاهد ويمـين ، قضى له لأنها بينه على المال . وان لم تكن له بينة فالقول قول مولى الأم مع يمينه ، لأنا تيقنا رق المكاتب وثبوت الولاء لمعتق الأم ، فلا ينتقل عنه من غير بينة وبالله التوفيق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــــاب الفرائض

الفرائض باب من ابواب العلم وتعلمها فرض من فروض الدين ، والدليل عليه ما روى ابن مسعود رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « تعلموا الفرائض وعلموها الناس ، فانى امرؤ مقبوض ، وان العلم سيقبض ، وتظهر الفتن حتى يختلف الاثنان فى الفريضة فلا يجدان من يفصل بينهما » .

الشرح حديث ابن مسعود رواه أبو يعلى والبزار قال الحافظ الهيثمى فى مجمع الزوائد : وفى إسناده من لم أعرفه . واللفظ الذى ساقه (تعلموا القرآن وعلموه الناس ، وتعلموا العلم وعلموه الناس ، وتعلموا الفرائض وعلموها الناس فانى امرؤ مقبوض ، وان العلم سيقبض ، حتى يختلف الرجلان فى الفريضة لا يجدان من يخبرهما) . ومثله عن أبى بكرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : (تعلموا القرآن وعلموه الناس ، وتعلموا الفرائض وعلموها الناس أوشك أن يأتى على الناس زمان يختصم الرجلان فى الفريضة فلا يجدان من يقضى بينهما) رواه الطبرانى فى الأوسط وفيه محمد بن عقبة السدوسى وثقه ابن حبان وضعفه أبو حاتم وسعيد بن أبى كعب ولم أجد من ترجمه وبقية رجاله ثقات ، وعن عبد الله ابن مسعود قال : (من قرأ منكم القرآن فليتعلم الفرائض ، فإن لقيه أعرابى قال : يا مهاجر أتقرأ القرآن ؟ فيقول : نعم فيقول الأعرابى : وأنا أقرؤه فيقول الأعرابى : أتفرض يا مهاجر ؟ فاذا قال : نعم قال : زيادة وخير ، وإن قال : لا أحسبه قال : فما فضلك على يا مهاجر ؟ !) رواه الطبرانى وفيه مهاجر بن كثير الصنعانى وهو ضعيف والدارمى عن أبى عبيد بن عبد الله ابن مسعود ، وعن القاسم بن عبد الرحمن قال : قال عبد الله بن مسعود : « تعلموا الفرائض فإنه يوشك أن يفتقر الرجل إلى علم كان يعلمه أو يبقى

فى قوم لا يعلمون » رواه الطبرانى وهو منقطع الاسناد . وعن أبى الزناد أنه أخذ هذه من خارجة بن زيد بن ثابت (بسم الله الرحمن الرحيم ، لعبد الله أمير المؤمنين معاوية من زيد بن ثابت . سلام عليك أمير المؤمنين ورحمة الله فانى أحمد اليك الله الذى لا اله الا هـو .. (أما بعـد) فانك كنت سألتنى عن ميراث الجد والإخوة والكلالة ، وكثير مما يقضى به فى هـذه الأمور لا يعلم مبلغها ، وقد كنا نحضر من ذلك أموراً عند الخلفاء بعـد رسول الله صلى الله عليه وسلم فوعينا منها ما شئنا أن نعى فنحن نفتى بعد من استفتانا فى المواريث) رواه الطبرانى وجادة ، وفيه عبد الرحمن بن أبى الزناد وثقه النسائى وغيره وضعفه الجمهور . وأخرج حديث ابن مسعود الدارقطنى من رواية عوف عن سليمان بن جابر عنه وفيه انقطاع بين عوف وسليمان هذا ومن كتب الأصول ولكن عن غير عبد الله بن مسعود ممـا يشهد لحديث ابن مسعود ويحسنه على الأقل ما أخرجه الترمذى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم (تعلموا الفرائض والقرآن وعلموا الناس فانى مقبوض) فى كتـاب الفرائض باب ما جاء فى تعلم الفرائض من الترمذى وفى إسناده محمد بن القاسم الاسدى ضعفه أحمد وأخرج ابن ماجه وهو عند الحاكم عن أبى هريرة أيضاً قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم (تعلمـوا الفرائض وعلموه النـاس فإنه نصف العـلم وهو ينسى وهو أول شىء ينزع من أمتى) وهـو عند ابن ماجة فى كتـاب الفرائض (باب الحث على تعـلم الفرائض) وفى اسـناده حفص بن عمـر بن أبى العطـاف ضعفه ابن معين والبخارى وقد أخرج الدارمى عن مورق العجلى عن عمر بن الخطـاب رضى الله عنـه : (تعلموا الفرائض واللحن والسنن كما تعلمون القرآن) وفيه أيضاً عـن الأعمش عن إبراهيم بن يزيد النخعى قال : قال عمر : (تعلموا الفرائض فإنها من دينكم) وقال الدارمى :

حدثنا أبو نعيم ثنا المسعودى عن القاسم قال : قال عبد الله بن مسعود (تعلموا القرآن والفرائض ، فانه يوشك أن يفتقر الرجل الى علم كان يعلمه أو يبقى فى قوم لا يعلمون) هكذا رواه الدارمى موقوفاً على ابن مسعود، وقد نقل المناوى فى كتابه الجامع الأزهر فى حديث النبى الأنور . وعـن

عبد الله بن عمرو أن النبى صلى الله عليه وآله وسلم قال : (العلم ثلاثة وما سوى ذلك فضل : آية محكمة أو سنة قائمة أو فريضة عادلة) رواه أبو داود وابن ماجه •

وقال الحافظ فى التلخيص حديث ١٣٤٣ (أفرضكم زيد) أحمد ، والترمذى ، والنسائى ، وابن ماجه وابن حبان والحاكم من حديث أبى قلابة عن أنس (أرحم أمتى بأمتى أبو بكر ــ الحديث ــ وفيه : وأعلمهم بالفرائض زيد بن ثابت صححه الترمذى والحاكم وابن حبان • وفى رواية للحاكم : (أفرض أمتى زيد) وصححها أيضاً ، وقد أعل بالارسال وسماع أبى قلابة من أنس صحيح ، إلا أنه قيل : لم يسمع منه هذا . وقد ذكر الدارقطنى الاختلاف فيه على أبى قلابة فى العلل ورجح هو وغيره كالبيهقى والخطيب فى المدرج أن الموصول منه ذكر أبى عبيدة ، والباقى مرسل ، ورجح ابن المواق وغيره رواية الموصول ، وله طريق أخرى عن أنس أخرجها الترمذى من رواية داود العطار ، عن قتادة عنه ، وفيه سفيان بن وكيع وهو ضعيف ، ورواه عبد الرزاق عن معمر عن قتادة مرسلا ، قال الدارقطنى : هذا أصح ،وفى الباب عن جابر رواه الطبرانى فى الصغير باسناد ضعيف فى ترجمة على بن جعفر ، وعن أبى سعيد رواه قاسم بن أصبغ عن ابن خيثمة والعقيلى فى الضعفاء عن على بن عبد العزيز كلاهما عن أحمد بن يونس عن سلام عن زيد العمى عن أبى الصديق عنه ، وزيد وسلام ضعيفان ، وعن ابن عمر رواه ابن عدى فى ترجمة كوثر بن حكيم وهو متروك ، وله طريق أخرى فى مسند أبى يعلى من طريق ابن البيلمانى عن أبيه عنه ، وأورده ابن عبد البر فى الاستيعاب من طريق أبى سعيد البقال عن شيخ من الصحابة يقال له : محجن أو أبو محجن .

أما اللغات فالفرائض جمع فريضة فعيلة أى مفروضة والفرض مصدر فرضت الشىء أفرضه فرضاً وفرضته للتكثير إذا أوجبته . وقوله تعالى « سورة أنزلناها وفرضناها » ويقرأ وفرّضناها بالتشديد فمن قرأ بالتخفيف فمعناه ألزمناكم العمل بما فرض فيها ، ومن قرأ بالتشديد فعلى وجهين : (أحدهما) على معنى التكثير على معنى أنا فرضنا فيها فروضاً

وعلى معنى بينا وفصلنا ما فيها من الحلال والحرام والحدود . (قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) أى بينها والاسم الفريضة وفرائض الله حدوده التى أمر بها ونهى عنها .

والفرائض بالميراث والفارض والفَرَضىّ بفاء وراء مفتوحتين الذى يعرف الفرائض ويسمى العلم بقسمة المواريث علم الفرائض وفى الحديث (أفرض أمتى زيد) . وقال الخطابى : الفرض هو القطع ، يقال : فرضت لفلان كذا أى قطعت له شيئاً من المال . وقيل : هى من فرض القوس وهو الحز الذى فى طرفه حيث يوضع الوتر ليثبت فيه يلزمه ولا يزول ا هـ .

أما الأحكام فإن العلم بالفرائض ــ أعنى المواريث ــ من فروض الكفايات ، شأن جميع العلوم الشرعية التفصيلية التى هى مناط القضاء والفتيا والتدريس والتحصيل .

وقال الامام الغزالى فى الاحياء (أما فرض الكفاية فهو كل علم لا يستغنى عنه فى قوام أمور الدنيا كالطب إذ هو ضرورى فى حاجة بقاء الأبدان ، وكالحساب فإنه ضرورى فى المعاملات وقسمة الوصايا والمواريث وغيرهما ، وهذه العلوم التى لو خلا البلد عمن يقوم بها خرج أهل البلد ، وإذا قام بها واحد كفى وسقط الفرض عن الآخرين ويستطرد هنا رحمه الله تعالى ونفعنا بعلومه فيقول :

فلا يتعجب من قولنا : إن الطب والحساب من فروض الكفايات ، فان أصول الصناعات أيضاً من فروض الكفايات كالفلاحة والحياكة والسياسة بل الحجامة والخياطة ، فإنه لو خلا بلد من الحجام تسارع الهلاك إليهم وحرجوا بتعريضهم أنفسهم للهلاك ، فان الذى أنزل الداء أنزل الدواء وأرشد إلى استعماله ، وأعد الأسباب لتعاطيه فلا يجوز التعرض للهلاك باهماله .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل واذا مات الميت بدىء من ماله بكفنه ومؤنة تجهيزه ، لما روى خباب بن الأرت قال : « قتل مصعب بن عمير رضى الله عنه يوم أحد ، وليس له الا نمرة كنا اذا غطينا بها رأسه خرجت رجله ، واذا غطينا رجله خرج رأسه فقال النبى صلى الله عليه وسلم : غطوا بها رأسه واجعلوا على رجله من الاذخر » ولأن الميراث انما انتقل الى الورثة لأنه استغنى عنه الميت وفضل عن حاجته ، والكفن ومؤنة التجهيز لا يستغنى عنه فقدم على الارث، ويعتبر ذلك من رأس المال لأنه حق واجب فاعتبر من رأس المال كالدين .

فصـــل ثم يقضى دينه لقوله عز وجل « من بعد وصية يوصى بها أو دين » (١) ولأن الدين تستغرقه حاجته فقدم على الارث ، وهل ينتقل ماله الى الورثة قبل قضاء الدين ؟ اختلف أصحابنا فيه . فذهب أو سعيد الاصطخرى رحمه الله الى أنه لا ينتقل بل هو باق على ملكه الى أن يقضى دينه ، فان حدثت منه فوائد ككسب العبد وولد الأمة ونتاج البهيمة تعلق بها حق الغرماء ، لأنه لو بيع كانت العهدة على الميت دون الورثة ، فدل على أنه باق على ملكه .

وذهب سائر اصحابنا الى أنه ينتقل الى الورثة ، فان حدثت منها فوائد لم يتعلق بها حق الغرماء ، وهو المذهب ، لأنه لو كان باقيا على ملك الميت لوجب أن يرثه من أسلم أو أعتق من اقاربه قبل قضاء الدين ولوجب أن لا يرثه من مات من الورثة قبل قضاء الدين . وان كان الدين أكثر من قيمة التركة فقال الوارث : انا افكها بقيمتها وطالب الغرماء ببيعها ففيه وجهان بناء على القولين فيما يفدى به المولى جناية العبد (أحدهما) لا يجب بيعها ، لأن الظاهر أنها لا تشترى بأكثر من قيمتها ، وقد بذل الوارث قيمتها فوجب أن تقبل . (والثانى) يجب بيعها ، لأنه قد يرغب فيها من يزيد على القيمة فوجب بيعها .

فصـــل ثم تنفذ وصاياه لقوله عز وجل « من بعد وصية يوصى بها أو دين » ولأن الثلث بقى على حكم ملكه ليصرفه فى حاجاته فقدم على الميراث كالدين) .

الشرح حديث خباب رواه الشيخان وأحمد وأصحاب السنن ، الا ابن ماجة وله طرق عن جابر وأنس وعبد الرحمن بن عوف . فأما

---

(١) النساء : ١١

البخارى فقد علق أولا فى باب للكفن من جميع المال وبه قال عطاء إلى أن قال : حدثنا أحمد بن محمد المكى حدثنا إبراهيم بن سعد عن سعد عن أبيه قال أتى عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه يوما بطعامه فقال : قتل مصعب ابن عمير وكان خيراً منى فلم يوجد له ما يكفن به الا بردة وقتل حمزة أو رجل آخر خير منى فلم يوجد له ما يكفن فيه الا بردة ولقد خشيت أن يكون قد عجلت لنا طيباتنا فى حياتنا الدنيا ثم جعل يبكى وفى البخارى فى (باب اذا لم يوجد الا ثوب واحد عنه رضى الله عنه قال : (قتل مصعب بن عمير وهو خير منى كفن فى بردة إن غطى رأسه بدت رجلاه وان غطى رجلاه بدا رأسه) الخ الحديث .

وبعد أن أورد البخارى ما قاله عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه قال (باب إذا لم يجد كفنا الا ما يوارى رأسه أو قدميه غطى رأسه) حدثنا عمر بن حفص بن غياث حدثنا أبى حدثنا الأعمش حدثنا شقيق حدثنا خباب رضى الله عنه قال : هاجرنا مع النبى صلى الله عليه وآله وسلم نلتمس وجه الله فوقع أجرنا على الله فمنا من مات لم يأكل من أجره شيئاً منهم مصعب ابن عمير ومنا من أينعت له ثمرته فهو يهديها قتل يوم أحد فلم نجد ما نكفنه إلا بردة إذا غطينا بها رأسه خرجت رجلاه وإذا غطينا رجليه خرج رأسه فأمرنا النبى صلى الله عليه وسلم أن نغطى رأسه وأن نجعل على رجليه من الإذخر . هذا لفظ البخارى .

وقد أتى الامام النووى فى تهذيب الأسماء واللغات على ترجمة ضافية وافية شافية قال رحمه الله ونفعنا ببركاته وبركات من ترجم له : (مصعب ابن عمير) الصحابى رضى الله عنه مذكور فى المهذب فى الكفن وأول الفرائض هو أبو عبد الله مصعب بن عمير بن هاشم بن عبد مناف بن عبد الدار بن قصى بن كلاب بن مرة القرشى العبدرى كان من فضلاء الصحابة وخيارهم ومن السابقين إلى الإسلام ، أسلم ورسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فى دار الأرقم وكتم اسلامه خوفا من أمه وقومه ، وكان يختلف الى رسول الله سرا فبصر به عثمان بن طلحة العبدرى يصلى فأعلم به أمه وأهله فحبسوه فلم يزل محبوساً إلى أن هاجر إلى الحبشة ثم عاد إلى مكة ثم هاجر الى

المدينة بعد العقبة الأولى ليعلم الناس القرآن ويصلى بهم ، بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم مع الاثنى عشر أهل العقبة الثانية ليفقه أهل المدينة ويقرأهم القرآن فنزل على أسعد بن زرارة وكان يسمى بالمدينة ابن حضير وكفى بذلك فضلا وأثراً فى الإسلام . قال البراء بن عازب أول من قدم علينا من المهاجرين مصعب بن عمير ثم عمرو بن أم مكتوم ثم عمار بن ياسر وسعد بن أبى وقاص وابن مسعود وبلال ثم عمر بن الخطاب رضى الله عنهم وشهد بدراً وأحداً واستشهد بأحد ومعه لواء المسلمين قيل كان عمره أربعين سنة أو أكثر قليلا . ويقال نزل فيه وفى أصحابه قوله تعالى : « من المؤمنين رجال صدقوا ما عاهدوا الله عليه فمنهم من قضى نحبه ومنهم من ينتظر » وكان قبل إسلامه أنعم فتى بمكة وأجوده خلة وأكمله شباباً وجمالا وجوداً وكان أبواه يحبانه حبا كثيراً وكانت أمه تكسوه أحسن ما يكون من الثياب بمكة وكان أعطر مكة ، ثم انتهى به الحال فى الإسلام إلى أن كان عليه بردة مرفوعة بفروة .

وثبت فى الصحيحين عن خباب بن الأرت رضى الله عنه قال هاجرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم نلتمس وجه الله تعالى فوقع أجرنا على الله فمنا من مات ولم يأكل من عمله شيئاً منهم مصعب بن الزبير قتل يوم أحد ولم نجد له ما نكفنه به الا بردته إذا غطينا بها رأسه خرجت رجلاه ، وإذا غطينا رجلاه خرج رأسه فأمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نغطى رأسه وأن نجعل على رجليه الاذخر ومنا من أينعت له ثمرته فهو يهديها ومعنى أينعت نضجت ومعنى يهديها أى يجتنيها وهو اشارة الى ما فتح الله عليهم من الدنيا بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان مصعب زوج حمنة بنت جحش رحمه الله .

وقد روى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « تعلموا الفرائض وعلموها ، فانها نصف العلم ، وهو ينسى ، وهو أول شىء ينزع من أمتى » رواه ابن ماجه والدارقطنى والحاكم . قال ابن الصلاح : لفظ النصف هنا عبارة عن القسم الواحد وإن لم يتساويا ، وقال ابن عيينة : انما قيل له : نصف العلم لأنه يبتلى به الناس كلهم أو

للترغيب فى تعلم الفرائض وتعليمها والتحريض على حفظها لأنها لما كانت تنسى وكانت أول ما ينزع من العلم كان الأغنياء بحفظها أهم ومعرفتها لذلك أقوم. الفرائض وتعليمها والتحريض على حفظها لأنها لما كانت تنسى وكانت أول ما ينزع من العلم كان الأغنياء بحفظها أهم ومعرفتها لذلك أقوم .

وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : « اذا لهوتم فالهوا بالرمى ، واذا تحدثتم فتحدثوا بالفرائض » ورواه سعيد بن منصور عن جرير عن عاصم الأحول عن مورق العجلى عن عمر بن الخطاب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « تعلموا الفرائض واللحن والسنة كما تعلمون القرآن » .

وروى أحمد فى مسنده وغيره عن جابر بن عبد الله رضى الله عنه « أن امرأة سعد بن الربيع جاءت الى النبى صلى الله عليه وسلم بابنتيها من سعد فقالت : يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك فى أحد شهيداً ، وان عمهما أخذ مالهما ولا ينكحان الا ولهما مال ، قال : فنزلت آية الميراث فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عمهما فقال : « أعط امرأة سعد الثمن وابنتى سعد الثلثين وما بقى فهو لك » .

وقال علقمة : اذا أردت أن تعلم الفرائض فأمت جيرانك .

اذا ثبت هذا فإن التوارث فى الجاهلية كان بالحلف والنصرة ، فكان الرجل يقول للرجل : تنصرنى وأنصرك وترثنى وأرثك وتعقل عنى وأعقل عنك . وربما تحالفوا على ذلك . فإذا كان لأحدهما ولد كان الحليف كأحد أولاد حليفه وان لم يكن له ولد فان جميع المال للحليف ، فجاء الاسلام والناس على هذا ، فأقرهم الله تعالى على صدر الإسلام بقوله « والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم » .

وروى أن أبا بكر رضى الله عنه حالف رجلا فمات فورثه أبو بكر ثم نسخ ذلك وجعل التوارث بالإسلام والهجرة ، فكان الرجل إذا أسلم وهاجر معه من مناسبيه ، مثل أن يكون له أخ وابن مسلمان فهاجر معه الأخ دون الابن فيرثه أخوه دون ابنه ، والدليل عليه قوله تعالى « والذين آمنوا

وهاجروا وجاهدوا بأموالهم وأنفسهم فى سبيل الله ؛ والذين آووا ونصروا ؛ أولئك بعضهم أولياء بعض ، والذين آمنوا ولم يهاجروا ما لكم من ولايتهم من شىء حتى يهاجروا » ثم نسخ ذلك ربنا عز وجل بالميراث بالرحم بقوله تبارك اسمه « وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله من المؤمنين والمهاجرين الا أن تفعلوا الى أوليائكم معروفا » وفسر المعروف بالوصية ، وقال تعالى : « للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون » فذكر أن لهم نصيباً فى هذه الآية ، ولم يبين قدره ، ثم بين قدر ما يستحقه كل وارث فى ثلاثة مواضع من كتابه على ما نذكره فى مواضعه إن شاء الله .

وقال الإمام الشيخ محمد بن محمد سبط المارديني فى الرحبيـة للامام العلامة الشيخ أبى عبد الله محمد بن على بن محمـد بن الحسـين الرحبى المعروف بابن موفق الدين :

علماً بأن العـلم خير ما سـعى ... فيـه وأولى ما له العبـد دعى
وأن هذا العلم مخصـوص بما ... قد شاع فيه عنـد كل العلمـا
بأنـه أول عـلم يفقـد ... فى الأرض حتى لا يكاد يوجـد
وأن زيـداً خص لا محـاله ... بمـا حبـاه خاتـم الرسـاله
فـكان أولى باتبـاع التـابع ... لاسيما وقـد نحاه الشـافعى

وإذا تقرر هذا فإن الميت إذا مات أخرج من ماله كفنه وحنوطه ومؤنة تجهيزه من رأس ماله مقدماً على دينه ووصيته ، موسراً كان أو معسراً ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأكثر أهل العلم .

وقال الزهرى : إن كان موسراً حسب ذلك من رأس المال ، وإن كان معسراً احتسب من ثلثه . وقال خلاس بن عمـرو : يحتسب من ثلثه بكل حال . دليلنا ما روى خباب فى الحديث الذى ساقه المصنف ، ولم يسـأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثلث ماله . وروى أن الرجل الذى قضى وهو محرم ، قال النبى صلى الله عليه وسلم : « كفنوه فى ثوبيه اللذين مات فيهما » ولم يعتبر الثلث ولأن الميراث إنما نقل إلى الورثة لاستغناء الميت عنه ، وهذا غير ما استقر من كفنه ومؤنة تجهيزه فقدم على الإرث ثم يقضى

دينه ــ إن كان عليه دين ثم تخرج وصاياه لقوله تعالى « من بعد وصية يوصى بها أو دين » وأجمعت الأمة على أن الدين مقدم على الوصية ؛ وهل ينتقل ماله إلى ورثته قبل قضاء الدين ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فذهب أكثرهم إلى أنه ينتقل إليهم قبل قضاء الدين .

وقال أبو سعيد الاصطخرى : لا ينتقل إليهم حتى يقضى الدين . هكذا ذكر الشيخان أبو حامد الاسفراييني وأبو إسحاق المروزى عن أبى سعيد من غير تفصيل ، وأما ابن الصباغ فحكى عنه : إن كان الدين لا يحيط بالتركة لم يمنع الدين من انتقال المال إلى الورثة إلا بقدره ، واحتج بأنه لو بيع شيء من ماله بعد موته لكانت العهدة على الميت دون الورثة ، فدل على بقاء ملكه .

فعلى هذا إذا حدث من المال فوائد أو نماء قبل الدين كان ذلك ملكا للميت فيقضى منه دينه ، وينفذ منه وصاياه .

وقال أبو حنيفة : ان كان الدين يحيط بالتركة منع انتقال الملك الى الورثة وإن كان الدين لا يحيط بالتركة لم يمنع انتقال الملك إلى الورثة بحال ، ولقوله تعالى : « ولكم نصف ما ترك أزواجكم ــ الآية » ولم يفرق ، وأنه لا خلاف في أن رجلا مات وخلف ابنين وعليه دين فمات أحدهما قبل قضاء الدين ، فان تركة من عليه الدين تقسم بين الابن وابن الابن . فلو كان الدين يمنع انتقال الملك إلى الورثة لكانت التركة للابن وحده . فعلى هذا لو حصل من التركة فوائد قبل قضاء الدين فإنها للورثة . لا يتعلق بها حق الغرماء ولا الوصية ، وإن كان الدين أكثر من التركة : فقال الوارث : أنا أدفع قيمة التركة من مالى ولا تباع التركة ، وطلب الغرماء بيعها ، فهل يجب بيعها ؟ فيه وجهان بناء على العبد الجانى اذا بذل سيده قيمته وطلب المجنى عليه بيعه ، وكان الأرش أكثر قيمته ، فهل يجب بيعه ؟ فيه وجهان .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ثم تقسم التركة بين الورثة . والأسباب التى يتوارث بهـا الورثة المعينون ثلاثة : رحم ، وولاء ، ونكاح ، لأن الشرع ورد بالارث بها . وأما المؤاخاة فى الدين والموالاة فى النصرة والارث فلا يورث بها ، لأن هذا كان فى ابتداء الاسلام ثم نسخ بقوله عز وجل « وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله » .

فصـــل والوارثون من الرجال عشرة : الابن وابن الابن وان سـفل والأب والجد ابو الأب وان علا ، والأخ وابن الأخ والعم وابن العم والزوج ومولى النعمة والوارثات من النساء سبع : البنت وبنت الابن والأم والجـدة والأخت والزوجة ومولاة النعمة ، لأن الشرع ورد بتوريثهم على ما نذكـره ان شاء الله تعالى .

فأما ذوو الأرحام ـ وهم الذين لا فرض لهم ولا تعصيب ـ فانهـم لا يرثون ، وهم عشرة ولد البنات وولد الأخوات وبنات الاخوة وبنات الأعمام وولد الاخوة من الأم والعم من الأم والعمة والخال والخالة والجـد ابو الأم ومن يدلى بهم . والدليل عليه ما روى أبو أمامة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ان الله تعالى أعطى كل ذى حـق حقـه ، ولا وصـية لوارث » .

فاخبر انه اعطى كل ذى حق حقه ، فدل على أن كل من لم يعطه شـيئا فلا حق له ، ولأن بنت الأخ لا ترث مع أخيها فلم ترث كبنت المولى ، ولا يرث العبد المعتق من مولاه لما ذكرناه من حديث أبى أمامة ، ولقوله صلى الله عليـه وسلم « انما الولاء لمن أعتق ») .

الشرح حديث أبى أمامة أخرجه أحمد وأبو داود والترمذى وابن ماجه من حديث أبى أمامة باللفظ الذى ساقه المصنف وهو حسن الاسـناد كما أفاد ذلك الحافظ فى التلخيص وقال : وكذا رواه أحمـد والترمـذى والنسائى وابن ماجه من حديث عمرو بن خارجة ورواه ابن ماجه من رواية سعيد بن أبى سعيد عن أنس ، ورواه البيهقى من طريق الشافعى ، عن ابن عيينة عن سليمان الأحول عن مجاهد : أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : (لا وصية لوارث) قال الشافعى : وروى بعض الشاميين حديثا

ليس مما يثبته أهل الحديث ، فإن بعض رجاله مجهولون ، فاعتمدنا على المنقطع مع ما انضم إليه من حديث المغازى ، وإجماع العلماء على القول به ، وكأنه أشار إلى حديث أبى أمامة المتقدم ، ورواه الدارقطنى من حديث جابر ، وصوب إرساله من هذا الوجه ، ومن حديث على وإسناده ضعيف ، ومن طريق ابن عباس بسند حسن ، وفى الباب عن معقل بن يسار عند ابن عدى ، ومن حديث خارجة بن عمرو عند الطبرانى فى الكبير ، ولعله عمرو ابن خارجة انقلب ا هـ .

وأما الحديث الثانى « الولاء لمن أعتق » فهو من حديث عائشة عند أحمد والبخارى ومسلم ولفظه « أن بريرة جاءت تستعينها فى كتابتها ، ولم تكن قضت من كتابتها شيئاً ، فقالت لها عائشة : ارجعى إلى أهلك ، فإن أحبوا أن أقضى عنك كتابتك ويكون ولاؤك لى فعلت ، فذكرت بريرة ذلك لأهلها فأبوا وقالوا : إن شاءت أن تحتسب عليك فلتفعل ويكون لنا ولاؤك، فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : ابتاعى فأعتقى ، فانما الولاء لمن أعتق ، ثم قام فقال : ما بال أناس يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله تعالى ، من اشترط شرطاً ليس فى كتاب الله فليس له وإن شرطه مائة مرة ، شرط الله أحق وأوثق وإنما الولاء لمن أعتق » .

أما الأحكام فقد قال فى الرحبية :

أسباب ميراث الورى ثلاثة ... كل يفيد ربه الوراثه
وهى نكاح وولاء ونسب ... ما بعدهن للمواريث سبب

لقد فرض الله تبارك وتعالى الإرث وجعله مما يجبر عليه الناس ويؤطرون عليه أطراً لأنه الحق من ربهم فليس للمورث أن يحرم أحد ورثته حظه الذى قسم الله له من ميراثه ، وليس للوارث أن يرد إرثه من الميت فهو يملك نصيبه جبراً من غير اختيار منه ولا حكم قاض .

وفرض الله تعالى أيلولة ما يتركه الميت من مال لأحب الناس إليه

وأوثقهم به علاقة ، وأرجاهم له مودة وشفقة ، وأقربهم تعاوناً معه فجعله في محيط القرابة الحقيقية أو الزوجية أو القرابة الحكمية وهي ولاء العتق ، وجعل الشارع ولاء العتق كلحمة النسب كما قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم (إن مولى القوم منهم) رواه أصحاب السنن وابن حبان من حديث رفاعة بن رافع رضى الله عنه عند أحمد والحاكم وفى الأدب المفرد للبخارى .

وكما روى الشافعي عن محمد بن الحسن الشيباني عن أبى يوسف عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال (الولاء لحمة كلحمة النسب ، لا يباع ولا يوهب) ورواه ابن حبان فى صحيحه من طريق بشر بن الوليد عن أبى يوسف لكن قال : عن عبيد الله ابن عمر عن عبد الله بن دينار ، وكذلك رواه البيهقى ، وقال فى معرفة السنن والآثار : كأن الشافعي حدث به من حفظه ، فنسى عبيد الله بن عمر من اسناده ، وقد رواه محمد بن الحسن فى كتاب الولاء له عن أبى يوسف عن عبيد الله بن عمر من اسناده . هكذا أفاده الحافظ فى التلخيص ثم قال : وقال أبو بكر النيسابورى : هذا خطأ ، لأن الثقات رووه عن عبد الله ابن دينار بغير هذا اللفظ ، وهذا اللفظ إنما هو رواية الحسن المرسلة ، ثم ساقه الدارقطنى من طريق يزيد بن هارون عن هشام بن حسان عن الحسن عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم . قال البيهقى : ورويناه من طريق ضمرة عن الثورى عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر ، قال الطبرانى : تفرد به ضمرة يعنى باللفظ المذكور . قال البيهقى : وقد رواه ابراهيم بن محمد ابن يوسف الفريابى أن ضمرة على الصواب كرواية الجماعة . وللبحث بقية سأورده إن شاء الله تعالى فى كتاب الولاء كما قدمت أيضاً فى كتاب الوصية ولله الحمد والمنة على ما أولى وأنعم إنه نعم المولى ونعم النصير .

وفى هذا الذى شرعه الله تبارك وتعالى صلاح المجتمع وإحكام الروابط بين أفراده وتوجيهها إلى التعاون على الخير . وقد حرم التبنى وحرّم ما يستتبعه من ميراث كان مقضيا به فى الجاهلية وقد جعل الشارع الحكيم الأصل فى تقديم بعض الورثة على بعض هو قوة القرابة ، وشدة الصلة

واتصال المنافع بين الوارث والمورث ، ولذا آثر الأقوى قرابة والأشد صلة والأكثر نفعاً على من يليه فى توفر هذه الخلال ومن ثم قدم الابن على الأخ وقدم الأب على الجد والأم على الجدة وقال تعالى : « آباؤكم وأبناؤكم لا تدرون أيهم أقرب لكم نفعا » .

والإرث ضربان : عام وخاص ، فأما العام فهو أن يموت رجل من المسلمين ولا وارث له خاص ، فان ماله ينتقل الى المسلمين ارثا بالتعصيب ، يستوى فيه الذكر والأنثى ، وهل يدخل فيه العامل ؟ فيه وجهان :

وأما الإرث الخاص فيكون بأحد أمرين بسبب أو نسب ، فأما السبب فينقسم قسمين ولاء ونكاح . فأما الولاء فقد مضى بيانه آنفا ، وأما النكاح فهو إرث أحد الزوجين من الآخر على ما يأتى بيانه . وأما النسب فهم الوارثون من القرابة من الرجال والنساء ، فالرجال المجمع على توريثهم خمسة عشر ، منهم أحد عشر لا يرثون الا بالتعصيب . وهم الابن وابن الابن وان سفل والأخ للأب والأم ، والأخ للأب ، وابن الأخ للأب والأم ، وابن الأخ للأب والعم للأب والأم والعم للأب ، وابن العم للأب والأم وابن العم للأب ، والمولى المنعم . فكل هؤلاء لا يرث واحد منهم فرضاً وإنما يرث تعصيباً ، إلا الأخ للأب والأم فإنه يرث بالفرض فى المشتركة على ما نذكره. واثنان من الرجال الوارثين تارة بالفرض وتارة بالتعصيب وتارة بالفرض والتعصيب معاً وهما الأب والجد أبو الأب . وإن علا ، واثنان لا يرثان إلا بالفرض لا غير ، وهما الأخ للأم والزوج .

وأما النساء المجمع على توريثهن فعشر : وهى الابنة وابنة الابن وان سفل والأم والجدة أم الأم والجدة أم الأب والأخت للأب والأم والأخت للأب والأخت للأم ، والزوجة والمولاة المنعمة فأربع منهن يرثن تارة بالفرض وتارة بالتعصيب ، وهن الابنة ، وابنة الابن ، والأخت للأب والأم والأخت للأب ، والأخت للأم ، والزوجة . وواحدة منهن لا ترث إلا بالتعصيب وهى المولاة المنعمة .

والورثة من الرجال والنساء ينقسمون ثلاثة أقسام : قسم يدلى بنفسه ، وقسم يدلى بغيره ، وقسم يدلى بنفسه وقد يدلى بغيره . فأما القسم الذى يدلى بنفسه فهم ستة : الأب والأم والابن والابنة والزوج والزوجة وهؤلاء لا يحجبون بحال ، وأما القسم الذى يدلى بغيره ما عدا من ذكر من القرابات وقد يحجبون . وأما القسم الذى يدلى بنفسه مرة وبغيره أخرى فهو من يرث بالولاء ، وقد يحجب أيضاً ، وقد ورد الشرع بتوريث جميع من ذكرنا على ما يأتى بيانه .

وأما ذوو الأرحام ، وهم ولد البنات وولد الأخوات ، وبنات الإخوة وولد الإخوة للأم ، والخال والخالة ، والعمة والعم للأم وبنات الأعمام وكل جد بينه وبين الميت أم ، ومن يدلى بهؤلاء .

فاختلف أهل العلم فى توريثهم على ثلاثة مذاهب ، فذهب الشافعى رضى الله عنه إلى أنهم لا يرثون بحال ، وبه قال فى الصحابة زيد بن ثابت وابن عمر وهى إحدى الروايتين عن عمر ؛ ومن الفقهاء الزهرى ومالك والأوزاعى وأهل الشام وأبو ثور .

وذهبت طائفة إلى أنهم يرثون ويقدمون على الموالى والرد ، ذهب إليه من الصحابة على بن أبى طالب وابن مسعود ومعاذ وأبو الدرداء وهو الصحيح عن عمر ، وذهب الثورى وأبو حنيفة الى أن ذوى الأرحام يرثون، ولكن يقدم عليهم المولى والرد ، فإن كان له مولى منعم ورث ، وإن لم يكن له منعم ــ وهناك من له فرض كالابنة والأخت ــ كان الباقى لصاحب الفرض بالرد . وإن لم يكن هناك أحد من أهل الفروض ورث ذوو الأرحام وبه قال بعض أصحابنا إن لم يكن هناك إمام عادل ، وهى إحدى الروايتين عن على كرم الله وجهه إلا أنها رواية شاذة ، ولا سند لأبى حنيفة فى مذهبه غير هذه الرواية الشاذة .

دليلنا على أبى حنيفة ما روى أبو أمامة الباهلى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إن الله تعالى قد أعطى لكل ذى حق حقه » الحديث ، فظاهر

النص يقتضى أنه لا حق فى الميراث لمن لم يعطه الله شيئاً ، وجميع ذوى الأرحام لم يعطهم الله فى كتابه شيئاً » فثبت أنه لا ميراث لهم وروى أبو سلمة بن عبد الرحمن عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن ميراث العمة والخالة فقال : « لا أدرى حتى يأتى جبريل ، ثم قال : أين السائل عن ميراث العمة والخالة ؟ أتانى جبريل فسارنى أن لا ميراث لهما » .

وروى عطاء بن يسار عن ابن عمر « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يأتى قباء على حمار أو حمارة يستخير الله فى ميراث العمة والخالة ، فأنزل الله عز وجل أن لا ميراث لهما » قال الحافظ فى التلخيص روى « أنه صلى الله عليه وآله وسلم قال : « سألت الله عز وجل عن ميراث العمة والخالة ، فسارّنى جبريل أن لا ميراث لهما » أبو داود فى المراسيل والدارقطنى من طريق الدراوردى عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار به مرسلا ، وأخرجه النسائى من مرسل زيد بن أسلم ، ووصله الحاكم فى المستدرك بذكر أبى سعيد ، وفى اسناده ضعف ، ووصله الطبرانى فى الصغير أيضاً من حديث أبى سعيد فى ترجمة محمد بن الحارث المخزومى فسيخه وليس فى الإسناد من ينظر فى حاله غيره ، ورواه الدارقطنى من حديث أبى سلمة عن أبى هريرة وضعفه بمسعدة بن اليسع الباهلى رواية عن محمد بن عمرو ، ورواه الحاكم من حديث عبد الله بن دينار عن ابن عمر وصححه ، وفى إسناده عبد الله بن جعفر المدينى وهو ضعيف ، وروى له الحاكم شاهداً من حديث شريك بن عبد الله بن أبى نمر أن الحارث بن عبد أخبره أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن ميراث العمة والخالة فذكره وفيه سليمان الشاذكونى وهو متروك ، وأخرجه الدارقطنى من وجه آخر عن شريك مرسلا .

ولأن كل من لم ترث مع من هو أبعد لم يرث كابنة المولى لما لم ترث مع ابن المولى وهو أبعد منها لم ترث أيضاً إذا انفردت كذلك ، ولهذا لم ترث مع ابن العم وهو أبعد منها ، ولم ترث أيضاً إذا انفردت ، ولأن

ابنة الأخ لما لم ترث مع أختها لم ترث إذا انفردت كابنة المولى ، وعكسه الابنة والأخت فانهما لما ورثنا مع أخيهما ورثتا اذا انفردتا .

وقال في الرحبية ناظماً لهؤلاء العشرة الذين مر بك شأنهم تفصيلا :

والوارثون من الرجال عشرة ... أسماؤهم معروفة مشتهره
الابن وابن الابن مهما نزلا ... والأب والجد له وإن علا
والأخ من أي الجهات كانا ... قد أنزل الله به القرآنا
وابن الأخ المدلى إليه بالأب ... فاسمع مقالا ليس بالمكذب
والعم وابن العم من أبيه ... فاشكر لذى الايجاز والتنبيه
والزوج والمعتق ذو الولاء ... فجملة الذكور هؤلاء

فرع مولى الموالاة لا يرث عندنا وهو أن يقول رجل لآخر : والينك على أن ترثني وأرثك وتنصرني وأنصرك وتعقل عني وأعقل عنك ولا يتعلق بهذه الموالاة عندنا حكم إرث ولا عقل ولا غيره ، وبه قال زيد ابن ثابت ومن التابعين الحسن البصري والشعبي ومن الفقهاء الأوزاعي ومالك ، وذهب النخعي إلى أن هذا العقد يلزم بكل حال ويتعلق به التوارث والعقل ولايكون لأحدهما فسخه بحال ، وقال أبو حنيفة : مولى الموالاة يرث ولكنه يؤخر عن المناسبين . والموالاة وهي عقد جائز لكل منهما فسخه ما لم يعقل أحدهما عن الآخر فإذا عقل لزمه ذلك ولم يكن له سبيل إلى فسخه ويفسرون هذا الولاء بأن يعقد شخص مع آخر ليس له أقرباء عقد محالفة على أن يعقل عنه إذا جنى ويرثه إذا مات فإذا مات هذا العاقد الأدنى فان الأعلى الذى هو مولى الموالاة يرثه بحكم هذه المخالفة فيأخذ جميع التركة بالضرورة ، أو يأخذ الباقى منها بعد فرض الزوج أو الزوجة اذا كان الحليف المتوفى متزوجاً ثم إذا لم يكن مولى الموالاة موجوداً وقت موت الحليف فإن عصبته هى التى ترث هذا الحليف ، والحليف الأدنى لا يرث من الآخر إذا مات قبله إلا أن يكون مثله معدوم الأقارب هذا هو مذهب أبى حنيفة وهو مروى عن عمر وعلى وابن مسعود وحجتهم فيما ذهبوا إليه قوله تعالى : « ولكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والأقربون والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم ان الله كان على كل شيء شهيداً » وولاء العقد

الوارد فى الآية هو ولاء الموالاة . وقد خالفهم فى هذا الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد رحمهم الله وأكثر أهل العلم على أن الميراث بالموالاة بالنصرة والحلف منسوخ بآيات المواريث بعد أن كان معمولا به فى الجاهلية وصدر الإسلام وكذلك حديث بريرة « الولاء لمن أعتق » فجعل جنس الولاء للعتق فلم يبق ولاء يثبت لغيره لأن كل سبب لم يورث مع وجود النسب لم يورث به مع فقده كما لو أسلم رجل على يد رجل ، ولأن عقد الموالاة لو كان سبباً يورث به لم يجز فسخه وإبطاله كالنسب والولاء .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يرث المسلم من الكافر ولا الكافر من المسلم أصلياً كان أو مرتداً لما روى أسامة بن زيد رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » ويرث الذمى من الذمى، وان اختلفت أديانهم كاليهودى من النصرانى والنصرانى من المجوسى ، لأنه حقن دمهم ، بسبب واحد فورث بعضهم من بعض كالمسلمين ولا يرث الحربى من الذمى ولا الذمى من الحربى لأن الموالاة انقطعت بينهما فلم يرث احدهما من الآخر كالمسلم والكافر .

فصل ولا يرث الحر من العبد ، لأن ما معه من المال لا يملكه فى أحد القولين ، وفى الثانى يملكه ملكاً ضعيفاً ، ولهذا لو باعه رجع الى مالكه فكذلك اذا مات . ولا يرث العبد من الحر لأنه لا يورث بحال فلم يرث كالمرتد. ومن نصفه حر ونصفه عبد لا يرث ، وقال المزنى : يرث بقدر ما فيه من الحرية ويحجب بقدر ما فيه من الرق ، والدليل على أنه لا يرث أنه ناقص بالرق فى النكاح والطلاق والولاية ، فلم يرث كالعبد ، وهل يورث منه ما جمعه بالحرية ؟ فيه قولان : قال فى الجديد : يرثه ورثته ، لأنه مال ملكه بالحرية فورث عنه كمال الحر . وقال فى القديم : لا يورث لأنه اذا لم يرث بحريته لم يورث بها ، وما الذى يصنع بماله ؟ قال الشافعى رضى الله عنه : يكون لسيده . وقال أبو سعيد الاصطخرى : يكون لبيت المال ، لأنه لا يجوز أن يكون لسيده لأنه جمعه بالحرية فلا يجوز أن يورث لرقه ، فجعل لبيت المال ليصرف فى المصالح كمال لا مالك له .

فصل ومن أسلم أو أعتق على ميراث لم يقسم لم يرث لأنه لم يكن وارثاً عند الموت فلم يرث ، كما لو أسلم أو أعتق بعد القسمة . وان دبر

رجل اخاه فعتق بموته لم يرثه ، لأنه صار حراً بعد الموت ، وان قال له : أنت حر فى آخر جزء من أجزاء حياتى المتصل بالموت ، ثم مات عتق من ثلثه ، وهل يرثه ؟ فيه وجهان : (أحدهما) لا يرثه لأن العتق فى المرض وصية ، والارث والوصية لا يجتمعان (والثانى) يرثه ولا يكون عتقه وصية ، لأن الوصية ملك بموت الموصى ، وهذا لم يملك نفسه بموته .

وان قال فى مرضه : ان مت بعد شهر فأنت اليوم حر ، فمات بعد شهر عتق يوم تلفظ ، وهل يرثه ؟ على الوجهين) .

الشرح حديث أسامة رواه أحمد والبخارى ومسلم وأبو داود والترمذى وابن ماجه قال الحافظ ابن حجر : واغرب ابن تيمية فى المنتقى فادعى أن مسلماً لم يخرجه وكذا ابن الأثير فى جامع الأصول ادعى أن النسائى لم يخرجه . قلت : وفى رواية عند الشيخين قال : « يا رسول الله أتنزل غداً فى دارك بمكة ؟ قال : وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور » وكان عقيل ورث أبا طالب هو وطالب ، ولم يرث جعفر ولا على شيئاً لأنهما كانا مسلمين ، وكان عقيل وطالب كافرين .

أما الأحكام فقد قال فى الرحبية :

ويمنع الشخص من الميراث ... واحدة من علل ثلاث
رق وقتل واختلاف دين ... فافهم فليس الشك كاليقين

وجملة هذا أن الكافر لا يرث من المسلم بلا خلاف ، وأما المسلم فلا يرث الكافر عندنا ، وبه قال على وزيد بن ثابت وهو قول الفقهاء كافة .

وقال معاذ ومعاوية : يرث المسلم من الكافر ، دليلنا حديث أسامة ابن زيد وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يتوارث أهل ملتين شتى » رواه أحمد ، والنسائى ، وأبو داود ، وابن ماجه ، والدارقطنى ، وابن السكن من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ورواه ابن حبان من حديث ابن عمر فى حديث ، ومن حديث جابر رواه الترمذى واستغربه وفيه ابن أبى ليلى ، وأخرجه البزار من حديث أبى سلمة عن أبى هريرة بلفظ (لا ترث ملة من ملة) وفيه

عمر بن راشد قال : إنه تفرد به وهو لين الحديث ورواه النسائى والحاكم والدارقطنى بهذا اللفظ من حديث أسامة بن زيد قال الدارقطنى : هذا اللفظ فى حديث أسامة غير محفوظ ، ووهم عبد الحق فعزاه الى لمسلم وفى البيهقى (لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم ولا يتوارث أهل ملتين) وفى اسنادها الخليل بن مرة وهو واه . هكذا أفاده الحافظ فى التلخيص ، والاسلام والكفر ملتان شتى ، فوجب أن لا يتوارثا ويرث الكافر من الكافر اذا اجتمعا فى الذمة أو فى الحرب ، فيرث اليهودى من النصرانى والعكس . وكذا المجوسى اذا جمعتهم الذمة أو كانوا حرباً لنا .

فأما أهل الحرب وأهل الذمة فإنهم لا يتوارثون ، وإن كانوا من اليهود والنصارى ، وبه قال من الصحابة عمر وعلى وزيد بن ثابت . ومن الفقهاء مالك والثورى وأبو حنيفة . هذا نقل أصحابنا البغداديين . وقال المسعودى الذمى هل يرث الحربى ؟ فيه قولان :

(أحدهما) يرثه ، لأن ملتهما واحدة .

(والثانى) لا يرثه لأن حكمنا لا يجرى على الحربى .

هذا مذهبنا . وذهب الزهرى والأوزاعى وابن أبى ليلى وأحمد وإسحاق إلى أن اليهودى لا يرث من النصرانى وكذلك العكس وإن جمعتهم الملة ، وإنما يرث النصرانى من النصرانى واليهودى من اليهودى ، كما يرث أهل الحرب بعضهم بعضاً إذا تحاكموا إلينا ؛ وإن اختلفت دارهما وكان بعضهم يرى قتل بعض ، وحكم من دخل إلينا بأمان أو تجارة أو رسالة حكم أهل الذمة ويرث بعضهم من بعض ، ومتى كانت امرأة الكافر ذات رحم منه من نسب أو رضاع لم يتوارثا بالنكاح ، وإن كانت غير ذات رحم محرم منه لو أسلما أقرا على نكاحهما وتوارثا بالنكاح ، وان عقدا بغير ولى ولا شهود .

فرع قال الشافعى : وميراث المرتد لبيت المال . قال العمرانى : وجملة ذلك أن العلماء اختلفوا فى الإرث بعد موته على أربعة مذاهب :

فذهب الشافعى رحمه الله إلى أن ماله لا يورث بل يكون فيئاً لبيت المال . سواء فى ذلك ما اكتسبه فى حال إسلامه أو فى حال ردته . وسواء قلنا : إن ملكه يزول أو لا يزول أو موقوف . وبهذا قال ابن عباس وهى إحدى الروايتين عن على وبه قال الأوزاعى وأبو يوسف ومحمد ، وذهب قتادة وعمر بن عبد العزيز إلى أن ماله يكون لأهل الذمة التى انتقل إليها ، فإن انتقل إلى اليهود كان ماله لهم . وان انتقل الى النصارى كان ماله لهم .

وقال أبو حنيفة والثورى : ما اكتسبه قبل الردة ورث عنه ، وما اكتسبه بعد الردة يكون فيئاً • ودليلنا حديث أسامة فى الفصل ؛ والمرتد كافر ؛ ولأنه لا يرث بحال فلم يورث كالكافر ، والجواب على أبى حنيفة هو أن من لم يرث المسلم ما اكتسبه فى حالة إباحة دمه لم يرث ما اكتسبه فى حال حقن دمه كالذمى اذا لحق بدار الحرب •

اذا ثبت هذا فهل يخمس مال المرتد ؟ فيه قولان يأتيان .

فرع إذا مات العبد وفى يده مال لم يرثه قرابته الأحرار ، لأن من الناس من يقول : إنه لا يملك المال ، ومنهم من قال : إنه يملكه إذا ملكه السيد وهذا ملك ضعيف يزول بزوال ملك سيده ، وأما من نصفه حر ومن نصفه عبد فهو على وجهه مما أورده المصنف ، أما إذا مات مسلم حر وخلف أولاداً أحراراً مسلمين وأولاداً مملوكين ورثه الأولاد المسلمون الأحرار ، فإن أسلم الكفار أو أعتق العبيد بعد قسمة الميراث لم يشاركوا فى الإرث بلا خلاف ، وإن أسلموا أو أعتقوا بعد موت أبيهم وقبل قسمة تركته لم يشاركوا فى الميراث عندنا ، وبه قال أكثر أهل العلم . وقال عمر وعثمان رضى الله عنهما : اذا أسلموا أو عتقوا قبل القسمة شاركوا فى الارث •• دليلنا أن كل من لم يرث حال الموت لم يرث بعد ذلك ، كما لو أسلم أو أعتق بعد القسمة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل واختلف أصحابنا فيمن قتل مورثه فمنهم من قال : ان كان القتل مضمونا لم يرثه لأنه قتل بغير حق وان لم يكن مضمونا ورثه لأنه قتل بحق فلا يحرم به الارث . ومنهم من قال : ان كان متهما كالمخطىء أو كان حاكما فقتله فى الزنا بالبينة لم يرثه لأنه متهم فى قتله لاستعجال الميراث ، وان كان غير متهم بأن قتله باقراره بالزنا ورثه لأنه غير متهم لاستعجال الميراث . ومنهم من قال : لا يرث القاتل بحال ، وهو الصحيح لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا يرث القاتل شيئا » ولأن القاتل حرم الارث حتى لا يجعل ذريعة الى استعجال الميراث فوجب أن يحرم بكل حال لحسم الباب) .

الشرح حديث ابن عباس رواه الدارقطنى وفى إسناده كثير ابن مسلم وهو ضعيف ، وعند البيهقى حديث آخر بلفظ : (من قتل قتيلا فإنه لا يرثه . وإن لم يكن له وارث غيره وإن كان والده أو ولده) . وفى إسناده عمرو بن برق وهو ضعيف ، وعن أبى هريرة عند الترمذى وابن ماجه « القاتل لا يرث » وفى إسناده إسحاق بن عبد الله بن أبى فروة تركه أحمد وغيره وأخرجه النسائى فى السنن الكبرى وقال : إسحاق متروك ورواه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « لا يرث القاتل شيئاً » وأخرجه النسائى وأعله ، والدارقطنى وقواه ابن عبد البر . ورواه مالك فى الموطأ وأحمد وابن ماجه والشافعى وعبد الرزاق والبيهقى عن عمر : سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقول : « ليس لقاتل ميراث » وفى سنده انقطاع . وقال البيهقى : (ورواه محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا) قال الحافظ ابن حجر: وكذا أخرجه النسائى من وجه آخر عن عمر وقال : إنه خطأ وأخرجه ابن ماجه والدارقطنى من وجه آخر عن عمر أيضا هكذا أفاده الحافظ ابن حجر فى تلخيص الحبير .

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : (والقاتلون عمداً أو خطأ لا يرثون) وجملة ذلك أن العلماء اختلفوا فى ميراث القاتل من المقتول ، فذهب الشافعى إلى أن القاتل لا يرث المقتول لا من ماله ولا من ديته سواء

قتله عمداً أو خطأ أو مباشرة أو بسبب مصلحة . كسقى الدواء أو ربط الجرح أو لغير مصلحة متهما كان أو غير متهم ، وسواء كان القاتل صغيراً أو كبيراً ، عاقلا أو مجنونا وبه قال عمر بن الخطاب وابن عباس وعمر بن عبد العزيز وأحمد بن حنبل • والمانع من الميراث هو معنى يقوم بالشخص فيحرم لأجله من الميراث ، وذلك كأن قتل رجل زوجته حرم من الميراث معاملة له بنقيض مقصوده ، لأن الظاهر من فعل القاتل هو استعجال حيازة المال بالخلافة عن المورث فيعاقب بالحرمان منه ، فسبب الإرث قائم وهو الزوجية لكن قد وجد ما يمنع هذا السبب أن يعمل عمله ويثبت له حكمه وهو القتل ، وهو معنى قائم بالمحروم نفسه انتفت به أهليته للميراث ، وقال أبو اسحاق المروزى من أصحابنا : اذا كان القاتل غير متهم بأن كان حاكما فجاء مورثه فأقر عنده بقتل رجل عمداً وطلب وليه القود فمكنه الحاكم من قتله ، أو اعترف عندنا بالزنا وهو محصن فرجمه أو اعترف بقتل الحرابة فقتل فانه يرثه لأنه غير متهم فى قتله •

ومن أصحابنا من قال : إن كان القتل مضمونا لم يرث القاتل لأنه قتل بغير حق ، وإن كان غير مضمون بأن قتله قصاصا أو فى الزنا أو كان باغياً فقتله العادل وما أشبه ذلك ورث ، لأنه قتل بحق فلا يمنع الارث . وقال عطاء وابن المسيب ومالك والأوزاعى : إن كان القتل عمداً لم يرث القاتل لا من ماله ولا من ديته وان كان القتل خطأ ورث ماله ولم يرث من ديته • وقال أبو حنيفة وأصحابه إن قتله بمباشرة فلا يرثه سواء قتله عمداً أو خطأ إلا إن كان القاتل صبيا أو مجنوناً أو عادلا فقتل الباغى فإنهم لا يرثون ، وان قتله بسبب ، مثل أن حفر بئراً أو نصب سكينا فوقع عليها مورثه أو كان يقود دابة أو يسرقها فرفسته فإنه يرثه إن كان راكبا للدابة فرفست مورثه أو وطئته فمات فقال أبو حنيفة : لا يرثه ، وقال أبو يوسف ومحمد : يرثه . أما نحن فدليلنا ما رويناه من حديث ابن عباس « لا يرث القاتل شيئاً » وحديث عمر وحديث أبى هريرة وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وكلها نصوص فى أن القاتل لا يرث وقد صار العمل بهذه الأحاديث من الأمة خلفاً عن سلف .

فـــرع فى مذاهب العلماء فى القتل الخطأ ، ومذهبنا أنه إذا قتل الوارث مورثه حرم من الميراث فى تركته كالرجل يقتل زوجته ، والولد يقتل أباه أو أمه ، فقد أخرج أحمد فى مسنده ومالك فى موطئه وابن ماجـه فى سننه عن عمر أنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول : (ليس لقاتل ميراث) ولما رواه أبو داود عـن النبى صلى الله عليـه وآله وسلم قال : (لا يرث القاتل شيئاً) .

ولما كان القتل بغير حق جريمة شنعاء تستحق أشد العقاب ، والظاهـر من حال القاتل أنه قتل المورث استعجالا لحيازة ما فى يده من مال فيعاقب بالحرمان منه معاملة له بنقيض مقصوده ، ولكيلا يجترىء الورثة على قتل مورثيهم ، وأيضاً فإن القتل جريمة محظورة والميراث نعمة ولم يعهـد فى الشريعة أن يكون الفعل المحظور سببا فى النعمة .

فـــرع فى القتل المانع من الإرث عند العلماء ، اتفق جمهور الفقهاء على أن القتل مانع من الارث عدا الخوارج فقالوا : لا يمنع القتـل مـن الإرث ، ولكنهم اختلفوا فى القتل الذى يكون مانعاً إلى مذاهب فمذهبنا أن كل قتل يوجب عقوبة مالية أو غير مالية فهو مانع من الإرث سواء كان عمداً أم خطأ وسواء كان بالمباشرة أم بالتسبب وسواء كان بحق أو بغير حق وفى وجه أن القتل ان كان مضموناً فلا ميراث للقاتل وان كان غيرمضمون كأن كان بحق فله الميراث الا اذا كان قتله لردته فلا توارث لكفر المورث ولكن كما قررنا إذا قتله قصاصاً أو لحد الزنا أو كان باغيا وكان القاتل عادلا وهذا وجه لبعض أصحابنا والأول هو قول الشافعى قولا واحداً .

وقالت الحنابلة : ان كل قتل يوجب عقوبة مالية أو غير مالية فهـو مانع من الإرث كالقتل بحق أو بعذر .

وقال مالك رحمه الله تعالى : إن القتل المانع من الإرث هو العمـد للعدوان فحسب بمباشرة أم بالتسبب ، وسواء كان بآلة من شأنها القتل أم بغيرها ، وسواء كان بقصد القتل ، أم بقصد الضرب لغير التأديب ، أما

القتل الخطأ فلا يمنع الميراث عندهم إلا من الدية فقط ، فإنه يحرم الوارث من الإرث فيها ، ويرث ما عداها . وكذلك لا يمنع من الإرث ما كان بعذر كالقتل دفاعاً عن النفس أو بسبب مجاوزة حق الدفاع الشرعى ، والقتل عند مفاجأة الزوجة أو أى محرم له مع الزانى بها ، وكذلك القتل بحق القصاص والحد ـ وإذا قتل المجنون أو الصبى مورثه ورثه على الصحيح من مذهب مالك .

أما مذهب الحنفية فكل قتل يستوجب قصاصاً أو كفارة فهو مانع من الإرث وهذا الضابط يشمل أربعة أنواع من القتل ، هى القتل العمد ، وشبه العمد والخطأ وما جرى مجرى الخطأ .

وحد القتل العمد أن يتعمد المكلف ضرب إنسان بما يقتل غالباً من غير حق كما لو تعمد ضربه بسلاح أو ما جرى مجراه فى تفريق الأجزاء أو بحجر كبير أو عصا غليظة من شأنها أن تقتل غالباً وأن يكون من غير حق شرعى .

وشبه العمد أن يتعمد ضربه بما لا يقع القتل به غالباً ، كالعصا الصغيرة ونحوها فالفرق بينه وبين العمد هو فى الآلة التى يقع بها الضرب .

وأما الخطأ فأن يقتله من غير قصد الى قتله ، بل يكون المقصود بالفعل شيئاً آخر ، وهو إما أن يكون خطأ فى القصد كأن يرمى شبحاً يظنه حيوانا فإذا هو إنسان ، أو حربيا فإذا هو مسلم ، وإما أن يكون خطأ فى الفعل كأن يرمى طائراً فينحرف السهم فيصيب إنساناً .

وهنا يختلف أبو حنيفة وصاحباه فى تحديد القتل العمد وشبه العمد ، فأبو حنيفة يقول : العمد هو أن يتعمد ضربه بسلاح أو ما جرى مجراه فى تفريق الأجزاء ، كالمحدد من الخشب والحجر ، وشبه العمد أن يتعمد ضربه بما لا يستعمل للقتل غالباً كالعصا ونحوها ، وقال الصاحبان العمد هو أن يتعمد ضربه بما يقتل به غالباً وإن لم يكن محدداً كحجر كبير وشبه العمد أن يتعمد ضربه بما لا يقع القتل به غالباً ، كالعصا الصغيرة ، ولا أثر

لهذا الخلاف فى باب الميراث . لأن كلا من العمد وشبهه مانع من الإرث ، وإنما يظهر أثر ذلك فى القصاص . فلو تعمد شخص ضرب آخر بحجر كبير غير محدد فقتله فعليه القصاص عند الصاحبين لأنه قتل عمد ، وقال أبو حنيفة : عليه الدية والكفارة لأنه شبه عمد والراجح من مذهب الصاحبين .

وأما ما يجرى مجرى الخطأ الذى ذكرناه آنفا فهو ما يقع من غير قصد أصلا ، كنائم ينقلب على شخص فيقتله ، وكمن يقع من شاهق على غيره فيقتله ، أو يسقط من يده حجر على آخر فيقتله ففى جميع هذه الحالات يمنع القاتل من الميراث عند هؤلاء السادة الحنفية لأن القتل العمد يستوجب الاثم ويتعلق به وجوب القصاص ، والثلاثة التى بعده فيها الكفارة وإن كان فيها الدية أيضاً .

أما اذا كان القتل لا يستوجب قصاصاً ولا كفارة فانه لا يمنع الارث ، وإن كان عمداً واستثنى هؤلاء السادة ــ أعنى الحنفية ــ من ذلك قتل الأب ابنه عمداً فإنه يمنع الإرث ،وان كان لا يوجب قصاصاً ولاكفارة ، لأنه فى الأصل موجب للقصاص ، وإنما سقط عنه بقوله صلى الله عليه وآله وسلم (لا يقتل والد بولده ولا سيد بعبده) .

ويشمل القتل غير الموجب للقصاص والدية القتل الصادر من غير المكلف كالمجنون والصبى والقتل بحق والقتل بعذر والقتل بالتسبب من غير مباشرة .

فلو قتل المجنون أو الصبى مورثه لم يسقط حقهما فى الميراث لأن فعل هذين لا يتعلق به حكم ، إذ هما غير مكلفين شرعاً ، وكذا لا يحرم من الميراث من قتل مورثه بحق كالقتل قصاصاً أو حداً أو بسبب البغى والخروج على جماعة المسلمين ، وكذا إذا القتل بعذر كقتل الزوج زوجته والزانى بها عند مفاجآتها حال الزنا ، وكذلك كل ذى رحم محرم منه إذا فاجأها مع الزانى بها وكذلك يقتل دفاعاً عن ماله أو عرضه .

وإذا كان القتل عن طريق التسبب لا عن طريق المباشرة فإنه لا يمنع الإرث كمن يفعل فعلا لا حق له فيه فيتسبب عنه هلاك المورث .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل واختلف قول الشافعي رحمه الله فيمن بت طلاق امرأته في المرض المخوف واتصل به الموت ، فقال في أحد القولين : انها ترثه لأنه متهم في قطع ارثها فورثت ، كالقاتل لما كان متهما في استعجال الميراث لم يرث . (والثاني) انها لا ترث وهو الصحيح ، لأنها بينونة قبل الموت فقطعت الارث كالطلاق في الصحة ، فاذا قلنا : انها ترث فالى أي وقت ترث ؟ فيه ثلاثة أقوال : (أحدها) ان مات وهي في العدة ورثت لأن حكم الزوجية باق ، وان مات وقد انقضت العدة لم ترث لأنه لم يبق حكم الزوجية . (والثاني) انها ترث ما لم تتزوج لأنها اذا تزوجت علمنا أنها اختارت ذلك (والثالث) أنها ترث أبداً ، لأن توريثها للفرار ، وذلك لا يزول بالتزويج فلم يبطل حقها .

وأما اذا طلقها في المرض ومات بسبب آخر لم ترث لأنه بطل حكم المرض ، وان سألته الطلاق لم ترث لأنه غير متهم . وقال أبو علي بن أبي هريرة : ترث لأن عثمان بن عفان رضي الله عنه ورث تماضر بنت الأصبغ من عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه وكانت سألته الطلاق ، وهذا غير صحيح فان ابن الزبير خالف عثمان في ذلك ؛ وان علق طلاقها في الصحة على صفة تجوز أن توجد قبل المرض فوجدت الصفة في حال المرض لم ترث، لأنه غير متهم في عقد الصفة ، وان علق طلاقها في المرض على فعل من جهتها ، فان كان فعلا يمكنها تركه ففعلت لم ترث لأنه غير متهم في ميراثها ، وان كان فعلا لا يمكنها تركه كالصلاة وغيرها فهو على القولين ، وان قذفها في الصحة ثم لاعنها في المرض لم ترث ، لأنه مضطر الى اللعان لدرء الحد فلا تلحقه التهمة . وان فسخ نكاحها في مرضه بأحد العيوب ففيه وجهان : (أحدهما) انه كالطلاق في المرض . (والثاني) انها لا ترث لأنه يستند الى معنى من جهتها ولأنه محتاج الى الفسخ لما عليه من الضرر في المقام معها على العيب) .

فصل وان طلقها في المرض ثم صح ثم مرض ومات ، أو طلقها في المرض ثم ارتدت ثم عادت الى الاسلام ثم مات لم ترثه قولا واحداً لأنه أتت عليها حالة لو مات سقط ارثها فلم يعد) .

الشرح اذا طلق الرجل امرأته في مرض موته وقع الطلاق رجعياً فمات وهي في العدة أو ماتت قبله في العدة ورث أحدهما صاحبه بلا خلاف

أيضاً ، لأن الرجعية حكمها حكم الزوجة إلا فى إباحة وطئها ، وهى كالحائض، وإن كان الطلاق بائناً ، فإن ماتت قبل الزوج لم يرثها الزوج وهو اجماع أيضاً لا خلاف فيه ، فان مات الزوج قبلها فهل ترثه ؟ فيه قولان .

قال فى القديم : ترثه ، وبه قال عمر وعثمان وعلى ، ومن الفقهاء شعبة ومالك والأوزاعى والليث وسفيان بن عيينة وسفيان الثورى وابن أبى ليلى وأبو حنيفة وأصحابه وأحمد ، ووجه هذا ما روى أن عمر قال : « المبتوتة فى حال المرض ترث من زوجها » وروى أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته تماضر بنت أصبغ الكلبية فى مرض موته فورثها منه على بن أبى طالب وقال : قد كان أشرف على موت ، ولأنه متهم فى قطع ميراثها فغلظ عليه وورثت منه كالقاتل لما كان متهما فى القتل لاستعجال الميراث غلظ عليه فلم يرث .

وقال فى الجديد : لا ترثه ، وبه قال عبد الرحمن بن عوف وابن الزبير وأبو ثور وهو الصحيح ، لأنها فرقة بقطع ميراثه منها فقطعت ميراثها عنه كما أبانها فى حال الصحة وعكسه الرجعية ، ولأنها فرقة لو وقعت فى الصحة لقطعت ميراثها عنه فإذا وقعت فى المرض قطعت ميراثها عنه كاللعان ، ولأنها ليست بزوجة له بدليل أنه لا يلحقها طلاقه ولا إيلاؤه ولاظهاره ولا عدة وفاته فلم ترثه كالأجنبية .

وأما ما روى عن عمر وعثمان وعلى ، فإن ابن الزبير وعبد الرحمن ابن عوف خالفاهم فى ذلك فقال ابن الزبير : أما أنا فلا أرى أن ترث مبتوتة، وعبد الرحمن بن عوف انما طلق امرأته فى مرض موته ليقطع ميراثها عنه ، فإذا قلنا فى الجديد فلا تفرع عليه ، وإن قلنا بقوله القديم قال : متى ترثه ؟ فيه ثلاثة أقوال :

(أحدها) ترثه ما دامت فى عدتها منه ، فإذا انقضت عدتها لم ترثه : وبه قال أبو حنيفة وسفيان والليث والأوزاعى وإحدى الروايتين عن أحمد ، لأن الميراث للزوجة إنما يكون لزوجة أو لمن هى فى حكم الزوجات ، فما دامت فى عدتها منه فهى فى حكم الزوجات .

(والثانى) أنها ترثه ما لم تتزوج بغيره ، فإذا تزوجت بغيره لم ترثه ، وبه قال ابن أبى ليلى ، وهى الرواية الصحيحة عن أحمد ، لأن حقها قد ثبت فى ماله ، فاذا لم يسقط ببينونتها لم يسقط بانقضاء عدتها ، وانما يسقط برضاها ، فإذا تزوجت فقد رضيت بفراقه وقطع حقها عنه .

(والثالث) أنها ترثه أبداً سواء تزوجت أو لم تتزوج ، وبه قال مالك لأنها قد ثبت لها حق فى ماله فلم ينقص بانقضاء عدتها ولا بتزويجها كمهرها .

فرع إذا أقر فى مرض موته أنه قد كان طلق امرأته فى صحته ثلاثا بانت منه ، قال الشيخ أبو حامد : ولا ترثه قولا واحداً ، لأن ما أقر به فى مرض موته وإضافته إلى الصحة كالذى فعله فى الصحة كما لو أقر فى مرض موته أنه كان وهب ماله فى صحته وأقبضه ، فإن ذلك لا يعتبر من الثلث . وحكى القاضى أبو الطيب عن بعض أصحابنا فى ذلك قولين كما لو طلقها ثلاثا فى مرض موته لأنه متهم فى إسقاط حقها فلم يسقط بدليل أنه لا يسقط بهذا الإقرار نفقتها ولا سكناها فى حال النكاح وإن أضاف ذلك إلى وقت ماض .

فرع وإذا كان الرجل مريضاً فسألته امرأته أن يطلقها ثلاثا ومات فى مرضه ذلك ، أو قال لها فى مرض موته : أنت طالق ثلاثا إن شئت ، فقالت : شئت ، طلقت ، وهل ترثه ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو على ابن أبى هريرة : هى على القولين ، لأن الأصل فى هذا قصة عثمان فى توريثه تماضر زوجها عبد الرحمن بن عوف فى مرض موته ، وقد كانت سألته الطلاق .

وقال الشيخ أبو حامد :لا ترثه قولا واحداً . وهو المذهب لأنها إذا سألته الطلاق فلا تهمة عليه فى طلاقها . وأما قصة تماضر لا حجة فيها لأن عبد الرحمن قال لنسائه : من اختارت منكن أن أطلقها طلقتها . فقالت تماضر : طلقنى . فقال لها : إذا حضت فأعلمينى فأعلمته فطلقها . وليس

طلاقه لها فى هذا الوقت جواباً لكلامها لأن قولهـا طلقنى يقتضى الجواب فى الحال . فإذا تأخر ثم طلقها كان ذلك ابتداء طلاق . وإن سألته فى مرض موته أن يطلقها واحدة فطلقها ثلاثة ثم مات فهل ترثه فيه قولان . لأنهـا سألته تطليقها فإذا طلقها ثلاثا صار متهما بذلك لأنه قصد قطع ميراثهـا . فصار كما لو طلقها ثلاثا ابتداء من غير سؤالها .

فـــرع إذا علق المريض طلاق امرأته ثلاثاً بصفة ثم وجدت تلك الصفة فى مرضه ومات ، فهل ترثه ؟ نظرت فإن كان صفة لها منه بد مثـل أن قال لها : ان دخلت الدار أو خرجت منها أو كلمت فلانا أو صليت النافلة أو صمت النافلة فأنت طالق ثلاثا . ففعلت ذلك فى مرض موته لم ترثه قولا واحداً . لأنها إذا فعلت ذلك مع علمها بالطلاق فقد اختارت وقوع الطلاق عليها بما لها منه بد فصارت كما لو سألته الطلاق ، وان كانت صفة لابد منها بأن قال : إن تنفست أو صليت الفرض أو كلمت أباك أو أمك فأنت طالق ثلاثا ففعلت ذلك فى مرض موته ومات فهل ترثه ؟ على القولين لأنها لابد لها من فعل هذه الأشياء فصار كما لو طلقها ثلاثا طلاقا منجزاً .

وقال الشيخ أبو حامد : إن قال لها إن مرضت فأنت طالق ثلاثا فمات فى مرضه فيه قولان : لأنه لما جعل مرض موته شرطاً فى وقوع الطـــلاق عليها كان متهماً فى ذلك ، فإن قال لها وهو صحيح : إن جاء رأس الشـــهر أو جاء الحاج أو طلعت الشمس وما أشبه ذلك فأنت طالق ثلاثا ، فوجدت هذه الصفات فى مرض موته فهل ترثه ؟ قال البغداديون من أصـــحابنا : ترثه قولا واحداً لأنه غير متهم فى ذلك ، لأن اتفاق ذلك فى مرضه مع هذه الصفات لم يكن من قصده . أما إذا قال : أنت طالق ثلاثا قبل موتى بشهر، فإن عاش هذا الزوج بعد هذا القول أقل من شهر ثم مات لم يحكم بوقوع الطلاق لأنا لا نحكم بوقوعه قبل محله ، وإن عاش بعد ذلك شهراً ومـــات مع الشهر لم يقع الطلاق لأن الطلاق إنما يقع عقب الإيقاع مما معه ، وإن عاش شهراً واحداً طلقت قبل موته بشهر .

قال الشيخ أبو حامد : وهل ترثه ؟ فيه قولان لأنه متهم فى ذلك ، ثم انه بذلك منعها من الميراث .

فـــرع إذا طلقها ثلاثا فى مرضه ، ثم صح ثم مرض ثم مات فإنها لا ترثه قولا واحداً ، لأنه قد تخلل بين المرض والموت حالة لو طلقها ثلاثا فيها لم ترث شيئاً ، فكذلك إذا طلقها قبل تلك الحالة فوجب ألا ترث . وهكذا إذا طلقها فى مرض موته ثلاثا ثم ارتد الزوج أو الزوجة ، ثم رجعا ثم مات الزوج لم ترثه قولا واحداً .

فـــرع إذا طلق امرأته فى الصحة ثم لاعنها فى مرض موته لم ترثه قولا واحداً لأنه مضطر إلى اللعان لدرء الحد فلا تلحقه التهمة ، وإن قذفها فى مرض موته ولاعنها ــ قال ابن الصباغ : فإنها لا ترثه قولا واحداً لأنه فى حاجة إلى اللعان لإسقاط الحد عن نفسه .

قال ابن اللبان : ويحتمل أن يقال : إن كان قد نفى الحمل فإنها لا ترثه لأنه مضطر إلى قذفها ، وإن لم ينف الولد ورثته فى أحد القولين ، لأنه لم يضطر الى قذفها ، وان فسخ نكاحها فى مرض موته بأحد العيوب ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو إسحاق . أحدهما : كالطلاق فى المرض فيكون فى ميراثها منه قولان . والثانى : لا ترثه قولا واحداً ، لأنه يستند إلى معنى من جهتها ، ولأنه به حاجة إلى الفسخ لما عليه من الضرر فى المقام معها على العيب .

فـــرع اذا كانت تحته أربع نسوة وطلقهن فى مرض موته طلاقا بائناً ثم تزوج بعدهن أربعاً سواهن ثم مات من مرضه ذلك ــ فإن قلنا بالجديد : وإن المبتوتة فى مرض لا ترث كان ميراثه للأربع زوجات دون المطلقات ، وإن قلنا بالقديم : وإن المبتوتة فى مرض الموت ترث فمتى ترث؟ فيه ثلاثة أوجه حكاها الشيخ أبو حامد .

(أحدها) أنه للزوجات الجديدات دون المطلقات لأنه لا يجوز أن يرث الرجل أكثر من أربع زوجات ولابد من تقديم بعضهن على بعض ، فكان

تقديم الزوجات أولى ، لأن ميراثهن ثابت بنص القرآن ، وميراث المطلقات ثبت بالاجتهاد .

(والثانى) أنه للزوجات المطلقات دون الزوجات الجديدات ، لأنه لا يجوز أن يرثه أكثر من أربع ، فكان تقديم المطلقات أولى لأن حقهن أسبق .

(والثالث) أنه يكون بين الزوجات والمطلقات بالسوية لأن إرث الزوجات ثابت بنص القرآن ، وإرث المطلقات ثابت بالاجتهاد فشرك بينهن ، وقول من قال : لا يجوز أن يرثه أكثر من أربع زوجات ليس بصحيح لأن الشرع إنما منع من نكاح ما زاد على أربع ، وأما توريث ما زاد على أربع فلم يمنع الشرع منه ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان مات متوارثان بالغرق أو الهدم ، فان عرف موت احدهما قبل الآخر ونسى ، وقف الميراث الى أن يتذكر ، لأنه يرجى أن يتذكر ، وان علم أنهما ماتا معاً أو لم يعلم موت أحدهما قبل الآخر ، أو علم موت احدهما قبل موت الآخر ، ولم يعرف بعينه ، جعل ميراث كل واحد منهما لمن بقى من ورثته ولم يورث أحدهما من الآخر ، لأنه لا تعلم حياته عند موت صاحبه ، فلم يرثه كالجنين اذا خرج ميتا .

فصل وان أسر رجل أو فقد ولم يعلم موته لم يقسم ماله حتى يمضى زمان لا يجوز أن يعيش فيه مثله ، وان مات له من يرثه دفع الى كل وارث أقل ما يصيبه ووقف الباقى الى أن يتبين أمره .

الشرح اذا مات متوارثان كالرجل وابنه أو كالزوجين بالغرق أو الهدم فإن علم أن أحدهما مات أولا وعرف عينه ورث الثانى من الأول ، وإن علم أن أحدهما مات أولا وعرف عينه ثم نسى ، وقف الأمر إلى أن يتذكر من الأول منهما فيرث منه الثانى ، لأن الظاهر ممن علم ثم نسى أنه يتذكر ،

وهذا لا خلاف فيه ، وإن علم أنهما ماتا معاً أو علم أن أحدهما أولا ولم يعرف عينه .

قال الشيخ أبو حامد : مثل أن غرقا فى ماء فرأى أحدهما يصعد من الماء وينزل ولم يعرف عينه ، والآخر قد نزل ولا يصعد ، فإنه يعلم لا محالة أن الذى يصعد وينزل لم يمت ، وأن الذى نزل ولا يصعد قد مات ، أو لم يعلم هل ماتا فى حالة واحدة أو مات أحدهما قبل الآخر ، فمذهبنا فى هذه الثلاث المسائل أنه لا يرث أحدهما من الآخر ، ولكن يرث كل واحد منهما ورثته غير الميت معه . وبه قال أبو بكر وعمر وابن عباس وزيد ابن ثابت ومالك وأبو حنيفة وأكثر أهل العلم . وذهب على بن أبى طالب إلى أنه يرث كل واحد منهما الآخر ثم يرثهما ورثتهما وبه قال داود .

دليلنا ما روى عن زيد بن ثابت أنه قال : ولانى أبو بكر مواريث قتلى اليمامة فكنت أورث الأحياء من الموتى ولا أورث الموتى من الموتى ، ولا كل من لم تعلم حياته عند موت مورثه لم يرثه ، أصله الحمل ، وهو أن رجلا إذا مات وخلف امرأة حاملا فإنه إن خرج حياً ورث ، لأنا تيقنا حياته عند موت مورثه ، وإن خرج ميتاً لم يرث ، لأنا لا نعلم حياته عند موت مورثه ، ولأن توريث كل واحد منهما من الآخر خطأ بيقين ، لأنهما إن ماتا معاً فى حالة واحدة لم يرث أحدهما الآخر وإن مات أحدهما قبل الآخر فتوريث السابق منهما موتاً من الآخر خطأ فاذا كان كذلك لم يرث أحدهما من الآخر لأنه ليس أحدهما أن يكون مات أولا بأولى من الآخر لأنه ليس أحدهما أن يكون مات أولا بأولى من الآخر .

فرع إذا مات رجل وخلف ولداً أسيراً فى أيدى الكفار فإنه يرث مادام يعلم حياته ، وبه قال أهل العلم كافة ، وقال النخعى لايرث الأسير . دليلنا قوله تعالى « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » ولم يفرق بين الأسير وغيره . فأما اذا لم تعلم حياته فحكمه حكم المفقود ، وإذا فقد رجل وانقطع خبره لم يقسم ماله حتى يعلم موته أو يمضى عليه من الزمان من حين ولد زمان لا يعيش فيه مثله فحينئذ يحكم

الحاكم بموته ويقسم ماله بين ورثته الأحياء يومئذ دون من مات من ورثته قبل ذلك .

وقال مالك « إذا مضى له من العمر ثمانون سنة قسم ماله » وقال عبد الله بن الماجشون « اذا مضى له تسعون سنة حكم الحاكم بموته » وقال أبو حنيفة : « اذا مضى له مائة وعشرون سنة » وحكى بعضهم أن ذلك مذهب الشافعى .

وإن مات للمفقود من يرثه قبل أن يحكم بموته أعطى كل وارث من ورثته ما يتيقن أنه له ، ووقف المشكوك فيه الى أن يتيقن أمر المفقود ، مثل أن تموت امرأة وتخلف زوجا وأختين وأخاً لأب وأم مفقوداً ، فإن الزوج لا يستحق النصف كاملا إلا إذا تيقنا حياة الأخ عند موت المرأة ، ولا يستحق الأختان أربعة أسباع المال إلا إذا تيقنا موت الأخ عند موت المرأة ، والعمل فى هذه وما أشبهها أن يقال : لو كان الأخ ميتاً وقت موت أخته لكانت الفريضة من سبعة للزوج ثلاثة وللأختين للأب والأم أربعة ، ولو كان الأخ حياً وقت موت أخته لكانت الفريضة من ثمانية ، للزوج أربعة ولكل أخت سهم وللأخ سهمان والثمانية لا توافق السبعة . فيضرب الثمانية فى سبعة فذلك ستة وخمسون ، فيعطى الزوج نصيبه وهو عند موت الأخ ،فله حينئذ ثلاثة من سبعة مضروب فى ثمانية فذلك أربعة وعشرون وتعطى كل أخت نصيبها وهو عند وجود الأخ حياً عند موت أخته ، وذلك سهم من ثمانية مضروب فى سبعة ، فذلك سبعة ويبقى من المال ثمانية عشر سهماً ، فيوقف ذلك إلى أن يتبين أمر الأخ ، فإن بان أنه كان حياً وقت موت أخته كان له سهمان من ثمانية فى سبعة فذلك أربعة عشر سهما يأخذها من الموقوف وللزوج أربعة فى سبعة فذلك ثمانية وعشرون فمعه أربعة وعشرون ويبقى له أربعة فيأخذها من الموقوف وقد استوفى الأختان نصيبهما ، وان بان أن الأخ كان ميتاً وقت موت أخته كان للأختين أربعة من سبعة فى ثمانية فذلك اثنان وثلاثون فمعهما أربعة عشر ويبقى لهما ثمانية عشر وهو الموقوف فيأخذانه وقد استوفى الزوج نصيبه ، هذا هو المشهور من المذهب .

وخرج ابن اللبان فى ذلك وما أشبهه وجهين آخرين :

(أحدهما) أن يجعل حكم الأخ المفقود حكم الحى ، لأن الأصل بقاء حياته ، فلا ينتقص الزوج من النصف كاملا وإن لكل أخت الثمن ويوقف ربع المال ، فإن بان أن الأخ كان حياً وقت موت أخته دفع إليه الربع أو الى ورثته ان كان قد مات • وان بان أنه ميت وقت موت أخته أخذ من الزوج نصف السبع ودفع ذلك مع الربع الموقوف إلى الأختين وهل يؤخذ من الزوج ضامن فى نصف السبع . فيه قولان :

(أحدهما) يؤخذ منه ضمان بجواز أن يكون الأخ ميتاً .

(والثانى) لا يؤخذ منه ضمين كما يقسم مال الغرماء على الأحياء من ورثتهم ولا يؤخذ منهم ضمان والله تعالى أعلم .

وبالجملة : فإذا مات جماعة دفعة واحدة بسبب واحد فى وقت واحد أو بأسباب متعددة كالغرق أو الحرق أو الهدم أو الوباء أو الحرب وكان بينهم سبب من أسباب الإرث ولم يعلم من مات منهم قبل الآخر فالحكم فى هذه الحالة أنه لا يستحق أحدهم فى تركة الآخر شيئاً ، وتقسم تركة كل واحد على ورثته الموجودين وقت موته ، وذلك لما قدمناه من أن شرط استحقاق الميراث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث ، وهذا الشرط غير متحقق هنا ، إذ لا يمكن الجزم بتحقق حياة أحدهما وقت موت الآخر وهو ما اتفق عليه فقهاء الأمصار ، وعلى هذا إذا مات شقيقان فى حادث سيارة ولم يعلم أيهما مات أولا وترك كل منهما أما وبنتا وابن عم كان للأم السدس وللبنت النصف ولابن العم الباقى فى تركة كل منهما ولا شيء لأحد الأخوين فى تركة أخيه .

وإذا مات الأب والابن غرقا ولم يعلم أيهما مات أولا وترك الأب زوجته أم ابنه الميت معه وبنته وأباه كان للزوجة الثمن فرضاً وللبنت النصف فرضاً ، وللأب السدس فرضا والباقى تعصيبا ولا شيء لابنه الذى مات معه

وتكون تركة الابن لورثته وهم أمه ولها الثلث فرضاً وأخته ولها النصف وجده وله الباقى ولا شىء لأبيه الذى مات معه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب ميراث أهل الفرائض

وأهل الفرائض هم الذين يرثون الفروض المذكورة فى كتاب الله عز وجل، وهى النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس ، وهم عشرة ، الزوج والزوجة والأم والجدة ، والبنت وبنت الابن ، والأخت وولد الأم والأب مع الابن وابن الابن والجد مع الابن وابن الابن .

فأما الزوج فله فرضان ، النصف ، وهو اذا لم يكن معه ولد ولا ولد ابن ، والربع وهو اذا كان معه ولد أو ولد ابن . والدليل عليه قوله عز وجل « ولكم نصف ما ترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد ، فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين » (١) ..

فأما الزوجة فلها أيضاً فرضان : الربع اذا لم يكن معها ولد ولا ولد ابن . والثمن اذا كان معها ولد أو ولد ابن . والدليل عليه قوله تعالى : « ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها او دين » فنص على فرضها مع وجود الولد وعدم الولد ، وقسنا ولد الابن فى ذلك على ولد الصلب ، لاجماعهم على انه كولد الصلب فى الارث والتعصيب ، فكذلك فى حجب الزوجين ، وللزوجتين والثلاث والأربع ما للواحدة من الربع والثمن لعموم الآية) .

الشرح الفروض المذكورة فى كتاب الله تعالى ستة ، النصف ونصفه ونصف نصفه والثلثان ونصفهما ونصف نصفهما وأهل الفروض عشرة .

١ ــ الزوج
٢ ــ الزوجة
٣ ــ الأم
٤ ــ الجدة

---

(١) النساء : ١٢

٥ ــ البنت ٦ ــ بنت الابن
٧ ــ الأخت ٨ ــ ولد الأم
٩ ــ الأب مع الابن وابن الابن
١٠ ــ الجد مع الابن أو ابن الابن .

وقالت الحنفية أصحاب الفروض اثنا عشر : الأب ، والأم ، والزوج ، والزوجة ، والجد الصحيح ، والجدة الصحيحة ، والبنات وبنات الابن وان نزل والأخوات الشقيقات والأخوات لأب والاخــوة لأم والأخوات لأم .

فأما الزوج فله فرضان ، النصف مع عدم الولد وولد الابن ، والربع مع وجود الولد أو ولد الابن وان سفل،ذكراً كان أو أنثى،لقوله « ولكم نصف ما ترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد ، فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن » (١) فأما الزوجة فلها الربع من زوجها إذا لم يكن له ولد أو ولد ابن وان سفل ولها منه الثمن اذا كان له ولد أو ولد ابن وان سفل ذكــراً كان أو أنثى لقوله تعالى « ولهن الربع مما تركتــم ان لم يكن لــكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم » (٢) وللزوجتين والثلاث والأربع ما للزوجة الواحدة لقوله تعالى (ولهن) وجعل سبحانه لهن نصف ميراث الذكر .

اذا ثبت هذا فإن للزوج حالتين (الحالة الأولى) أنه يرث نصف تركة الزوجة ان لم يكن لها فرع وارث بالفرض أو بالتعصيب سواء كان هــذا الفرع من ذلك الزوج نفسه أو من زوج آخر والفرع الوارث بالتعصيب أو بالفرض هــو الابن وابن الابن وان نزل والبنت وبنت الابن وبنت ابن الابن وهكذا مهــما نزل أبوها . وأما اذا كان لها فرع غير وارث كالابن المحروم بسبب القتل أو اختلاف الدين أو كان يرث بغير الفرض والتعصيب كأولاد البنات الذين يرثون بالرحم فانه لا يؤثر على نصيب الزوج بالنقصان وكذلك لو كانوا أصحاب وصية واجبة ، لأن استحقاقهم بغير طريق الإرث

(١،٢) النساء : ١٢

(الحالة الثانية) أنه يكون له ربع التركة اذا كان للزوجة ذلك الفرع الوارث بالفرض أو بالتعصيب .

أما ميراث الزوجة فان لها أيضا حالتين :

(الأولى) أنها ترث ربع تركة الزوج إن لم يكن له فرع وارث فكذلك سواء كان من هذه الزوجة أو من غيرها .

(الثانية) أنها ترث الثمن من تركته ان كان له فرع وارث بالفرض أو بالتعصيب سواء أكان من هذه الزوجة أو من غيرها ، وإن كان للمتوفى أكثر من زوجة لكان فرض الربع أو الثمن للزوجة أو الزوجات بينهن بالتساوى، لا فرق بين أم الأولاد وغيرها .

فإذا توفيت امرأة وتركت زوجاً وابنا وبنتا ، كان للزوج الربع فرضاً لوجود الفرع الوارث ، والباقى للابن وللبنت تعصيبا للذكر ضعف الأنثى . وإذا ماتت عن زوج وأخ شقيق كان للزوج النصف فرضاً لعدم وجود الفرع الوارث والباقى للأخ تعصيبا واذا مات رجل وترك زوجة وأباً كان للزوج الربع والباقى للأب بالتعصيب ، وإذا مات وترك زوجة وابن ابن وبنت ابن كان للزوجة الثمن لوجود الفرع الوارث والباقى لابن الابن وبنت الابن تعصيباً للذكر مثل حظ الأنثيين ونصيب الزوج قد يتأثر بسبب العول فينقص عن النصف أو الربع ، وكذلك يتأثر بالعول نصيب الزوجة فينقص عن الربع أو الثمن وكذلك يتأثر به أنصباء جميع أصحاب الفروض وسنأتى على تفصيل ذلك عند الكلام على العول .

حكمة تشريع الميراث تفصيلا

للميراث حكمة مشروعية عامة ، وله حكمة فى مجيئه مفصلا تفصيلا شديداً ، وعن حكمة التشريع التفصيلى للميراث يحدثنا الدكتور أحمد العسال رئيس قسم الدعوة والحسبة بالمعهد العالى للدعوة الإسلامية بالرياض فيقول :

ـ لقد جاء تشريع الميراث يضبط العاطفة ويمنع اتباع الحق للهوى فأبطل ما كان عليه أهل الجاهلية ، وبذلك وسع دائرة الخير والنفع ، وحرص الرسول الكريم على ترك الورثة أغنياء ، وجعل ذلك خيراً من تركهم عالة يتكففون الناس ، وبهذا الصنيع حفز المسلمين على تنمية ثرواتهم من جهة ، وحقق العدالة بينهم من جهة ثالثة . فلم يفعل ما فعلته الأنظمة الأخرى من حبس الثروة فى الابن الأكبر . وبذلك حقق مبدأه العام من « ألا يكون المال دولة بين الأغنياء فقط » .

ولقد جاء تشريع الميراث مفصلا ووحيا يتلى ، لأن توزيع التركات لا يتأثر بتغير البيئات ولا الأزمان ، وهذا ما اقتضته حكمة العليم الخبير فى كل أمر يشبه الميراث ، مثل الزواج والطلاق والرضاعة والحدود والجنايات ... الخ ، ومما لا شك فيه ان هذا التفصيل يعين على اطراد الأمن والعدل فى المجتمع المسلم ومن ثم يدفع إلى ازدهاره واستقراره . فلا خطر أبلغ من الاضطرابات والقلق فى أساسيات الجماعة وسبل ترابطها . ومن هنا ندرك اهتمام الرسول الكريم بتعلم الفرائض ووصاته بذلك : « تعلموا الفرائض وعلموها الناس ، فانى امرؤ مقبوض ، وان العلم سيقبض وتظهر الفتن ، حتى يختلف اثنان فى الفريضة ، فلا يجد من يفصل بينهما » رواه أحمد والترمذى .

ومن أسباب تشريع الإسلام نظام الميراث مفصلا كذلك ـ حرص الإسلام الشديد على ضمان استمرار التوازن والعدل بين نصيبى الرجل والمرأة بحيث لا تتاح الفرصة لأصحاب الأهواء كى يفرضوا أهواءهم المريضة ، فيتدخلوا لظلم الرجل أو لظلم المرأة ، ولاسيما والأحقاب التاريخية لا تخلو من هذا اللون من التحييز سواء من أولى الأمر أو من المفكرين ، فمرة يكون هناك ميل لظلم الرجل وأحيانا يكون الميل لظلم المرأة ـ ومن هنا جاء الشرع مفصلا ليقمع هذه الأهواء ، ويكشف كفر المعتدين على نصوصها .. ولا يترك مجالا للمتاجرة بعلاقة المرأة بالرجل .

ومن حكم المشروعية فى المواريث المفصلة ربط الإسلام الحقوق

بالواجبات ، أو ما يمكن تسميته بربط « الغنم بالغرم » . فعلى قدر الغنم فى الميراث تكون المسؤولية إذا كان هناك غرم على الميت ، أو إذا كان له أولاد يحتاجون للاعالة .. أم تراه يرث فى حال الغنم ويهرب من المسؤولية فى حال الغرم ؟ وبالتالى جاء هذا التفصيل ليحدد المغانم والمغارم فى عدالة وتوازن لا افراط فيها ولا تفريط .

وأحب أن أضيف أيضاً ــ والحديث للدكتور أحمد العسال ــ ان نظام الميراث ــ بتفصيلاته ــ قد وفر للرجال الظروف المعينة على تحمل المسؤولية، حتى لا يكون لهم عذر عند الاخلال بهذه المسؤولية ، سواء تجاه الأصول أو الفروع أو الأرحام أو مجموع المجتمع أو المسلمين جميعاً .

الأنصبة المفصلة ، فيقول : « نصيبا مفروضا » عقب سرده لبعض الأنصبة ، فى أكثر من موضع .. وبالتالى فلا مجال للعبث فى هذه الأنصبة المفروضة .

حقوق واجبة فى التركة
قبل توزيع الميراث

توجد فى التركة حقوق واجبة على الفور ، اما لأنها متعلقة بحقوق للميت نفسه أو بحقوق للغير عليه ، أو بأمر أوصى به هو ، يلزم تنفيذه قبل توزيع الميراث ، وعن هذه الحقوق الواجبة ، قبل توزيع الميراث يحدثنا الأستاذ الدكتور أحمد العسال أيضا فيحصر هذه الحقوق فى الحقوق الثلاثة التالية :

١ ــ كفن الميت ومؤونة تجهيزه : فمن السنة الاسراع فى ذلك . قال صلى الله عليه وسلم : « إنى لأرى طلحة قد حدث فيه الموت فآذنونى به وعجلوا ، فإنه لا ينبغى لجيفة مسلم ان تحبس بين ظهرانى أهله » رواه أبو داود .

٢ ـ قضاء الديون التى عليه : وهى أما ديون لله تعـــالى ، أو ديون للناس . وتقدم ديون الناس لتعلق حقوقهم بها . ولانشـغال ذمته بهـا ، وما بقى يخرج منه الديون التى لله تعالى كالزكاة والكفارة والحج والنذر الخ ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسأل إذا قدم له ميت للصلاة عليه : هل عليه دين ؟ وكان لا يصلى عليه حتى يتحمل أحد دينه ، أو يأذن لأصحابه فى الصلاة عليه ، وتستحب المســارعة فى ذلك لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه » .

٣ ـ تنفيذ وصاياه من ثلث ماله : لقوله تعالى : « من بعد وصية يوصى بها أو دين » ولحديث سعد « الثلث والثلث كثير » (متفق عليه) ، وقـد فهم الصحابة من الحديث استحباب الشارع أن تكون الوصية فى الربـع أو الخمس . قال ابن عباس « وددت لو أن الناس غضوا من الثلث » وعن ابراهيم : « كانوا يقـولون : صاحب الربع أفضـل من صـاحب الثلث ، وصاحب الخمس أفضل من صاحب الربع » رواه سعيد . وأوصى أبو بكر الصديق بالخمس وقال : « رضيت بما رضى الله به لنفســه » يريد قـوله تعالى : « واعلموا أنما غنمتم من شىء فأن لله خمسه » (الأنفال : ٤١) .

وقال على رضى الله عنه « لأن أوصى بالخمس أحب إلى من الربع » .

والمهم انه لا يجوز تقسيم التركة قبل الوفاء بهذه الحقوق الأســاسية التى تتعلق بالتــركة نفســها ، بل وبالوارثين إذا لم يــكن للميت تركة ، باستثناء الوصية بالطبع .

قال المصنف رحمه الله تعالى

وأما الأم فلها ثلاثة فروض :

(احدها) الثلث : وهــو اذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن ولا اثنــان فصاعدا من الاخوة والاخوات لقوله عز جل « وورثه أبواه فلأمه الثلث » .

(والفرض الثانى) السدس ، وذلك فى حالين :

(أحدهما) أن يكون للميت ولد أو ولد ابن . والدليل عليه قوله تعالى : « ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك أن كان له ولد » ففرض لهـــا السدس مع الولد ، وقسنا عليه ولد الابن .

(والثانى) أن يكون له اثنان فصاعدا من الاخوة والأخوات . والدليـــل عليه قوله عز وجل « فان كان له اخوة فلأمه السدس » ففرض لها السـدس مع الاخوة ، واقلهم ثلاثة . وقسنا عليهم الأخوين ، لأن كل فرض تغير بعدد كان الاثنان فيه كالثلاثة كفرض البنات .

(والفرض الثالث) ثلث ما يبقى بعد فرض [أحد] الزوجين ، وذلك فى مسألتين ، فى زوج وأبوين ، أو زوجة وأبوين ، للأم ثلث ما يبقى بعد فـرض الزوجين ، والباقى للأب . والدليل عليه أن الأب والأم اذا أجتمعا كان للأب الثلثان وللأم الثلث ، فاذا زاحمهما ذو فرض قسم الباقى بعد الفرض بينهما على الثلث والثلثين ، كما لو اجتمعا مع بنت) .

الشرح الأم لها ثلاثة فروض الثلث أو السدس أو ثلث ما يبقى ، ولها سبعة أحوال :

(أحدها) أن يكون معها ولد ذكر أو أنثى أو ولد ابن ذكر أو أنثى وإن سفل ، فلها السدس لقوله تعالى « ولأبويه لكل واحد منهما السـدس مما ترك إن كان له ولد » .

(ثانيها) أن لا يكون مع الأم ولد ولا ولد ابن ولا أحد من الاخـوة والأخوات فللأم الثلث لقوله تعالى « فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث » .

(ثالثها) أن يكون مع الأم ثلاثة إخوة أو ثلاث أخوات أو اثنان منهما فلها السدس لقوله تعالى « فإن كان له إخوة فلأمه السدس » وقوله تعالى : إخوة لفظ جمع وأقله ثلاثة .

(رابعها) أن يكون مع الأم أخ أو أخت فلها الثلث أيضا لقوله تعـالى « فان كان له اخوة فلأمه السدس » فحجبها عن الثلث الى السدس بالاخوة، وذلك جمع ولا خلاف أن الواحد ليس بجمع .

(خامسها) أن يكون مع الأم اثنان من الاخوة والأخوات أو منهما فللأم السدس . وبه قال الصحابة والفقهاء عامة إلا ابن عباس فإنه قال : لها الثلث ، وله خمس مسائل فى الفرائض انفرد بها ، هذه إحداهن .

دليلنا : أنه حجب لا يقع بواحد ، وينحصر بعدد ، فوجب أن يوقف على اثنين ، أصله حجب بنات الابن بالبنات ، فقولنا : حجب لا يقع بواحد احتراز من حجب الزوج والزوجة فإنه يقع الواحد من الأول ، وقولنا ينحصر بعد احتراز من حجب البنتين للبنات والاخوة والأخوات لأن الابنة فرضها النصف والأخت فرضها النصف ، وإذا حصل مع إحداهما أخوها حجب من النصف ، ولا ينحصر هذا الحجب بعدد ، بل كلما كثر الاخوة حجبوها أكثر ، ولأنا وجدنا الاثنين من الأخوات كالثلاث فى استحقاق الثلثين ، فوجب أن يكون حجب الاثنين من الاخوة للأم حجب الثلاثة .

وروى أن ابن عباس دخل على عثمان فقال له : قال الله تعالى « فإن كان له إخوة فلأمه السدس » وليس الأخوات إخوة بلسان قومك ، فقال عثمان: « لا أستطيع أن أرد ما كان قبلى ، وانتشر فى الأمصار ، وتوارث به الناس » فدل بهذا أنهم أجمعوا على ذلك .

(سادسها) إذا كان هناك زوج وأبوان ، قال أصحابنا : فللزوج النصف وللأم ثلث ما بقى ، وللأب الباقى وأصلها من ستة للزوج ثلاثة ، وللأم ثلث ما بقى وهو سهم وللاب سهمان ، وقال بعض أصحابنا كما أفاده صاحب البيان : للام هاهنا الثلث ، ولا يقال لها ثلث ما بقى ، قلت : ومعنى العبارتين واحد لأن العبارة الواحدة هى المشهورة وبه قال عامة الصحابة والفقهاء .

وقال ابن عباس : للزوج النصف ، وللأم ثلث جميع المال ، وللأب ما بقى ، وأصلها من ستة للزوج ثلاثة ، وللام سهمان وللاب سهم وتابعه على هذا شريح .

(سابعها) اذا كان زوجة وأبوان فللزوجة الربع ، وللأم ثلث ما بقى

وهو سهم وللأب ما بقى وهو سهمان ، وبه قال عامة الصحابة وأكثر الفقهاء .

وقال ابن عباس : للزوجة الربع وللأم ثلث جميع المال ، وللأب ما بقى وأصلها من اثنى عشر للزوجة ثلاثة ، وللأم أربعة ، وللأب خمسة ، وهاتان المسألتان فى المسائل التى انفرد بها ابن عباس عن الصحابة ، وتابعه عليها شريح وابن سيرين ودليلنا أن فى الأولة يؤدى إلى تفضيل الأم على الأب ، وهذا لا يجوز ، ولأنهما أبوان معهما ذو سهم فوجب أن يكون للأم ثلث ما بقى بعد ذلك السهم ، كما لو كان مع الأبوين بنت ، ولأن كل ذكر وأنثى لو انفرد كان للذكر الثلثان والأنثى الثلث ، وجب إذا كان معهما زوج أو زوجة أن يكون ما بقى بعد فرض الزوج والزوجة بينهما كما كان بينهما إذا انفرد كالابن والابنة والأخ والأخت .

اذا ثبت هذا فان للأم أحوالا ثلاثاً .

(الأولى) أن لها السدس فرضاً فى موضعين (الأول) إذا كان للمتوفى فرع وارث ذكراً كان أو أنثى وهو الابن وابن الابن وإن نزل ، وبنت الابن مهما نزل أبوها (الثانى) إذا كان معها اثنان فأكثر من الإخوة أو الأخوات للمتوفى ، سواء أكانوا أشقاء أم من الأب أم من الأم ، أم كانوا مختلطين ، وسواء كانوا وارثين أم محجوبين . فإذا مات شخص عن أب وأم وابن كان للأب السدس فرضاً لوجود الفرع الوارث الذكر ، وذلك سهم من ستة ، وللأم السدس كذلك ، والباقى للابن تعصيباً وإذا مات شخص عن أب وأم وأخوين شقيقين ، أو لأب أو لأم كان للأم السدس فرضاً لوجود اثنين من الإخوة والباقى للأب بالتعصيب ، ولاشىء للإخوة لحجبهم بالأب وهذا مذهب العلماء كافة أن السدس الذى حجبت عنه الأم بسبب الإخوة يكون للأب . وعن ابن عباس أنه يكون للاخوة ، لأنهم انما حجبوا عنه ليأخذوه ، فان غير الوارث لا يحجب ، كما اذا كان الاخوة كفاراً أو أرقاء ، ويستدل له بما رواه طاوس مرسلا أن النبى صلى الله عليه وآله وسلم أعطى الإخوة السدس مع الأبوين .

ودليلنا ودليل الجمهور أن الله تعالى قال : « فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث ، فإن كان له إخوة فلأمه السدس » والمراد من صدر الكلام أن لأمه الثلث والباقى للأب ، فكذا الحال فى آخره ، كأنه قيل فإن كان له إخوة وورثه أبواه فلأمه السدس ولأبيه الباقى .

والجواب عن القياس على الإخوة الكفار أو الأرقاء : أن شرط الحاجب أن يكون وارثاً فى حق من يحجبه ، والأخ المسلم وارث فى حق الأم بخلاف الرقيق والكفار ، فالإخوة يحجبون الأم من الثلث إلى السدس وهم يحجبون بالأب ألا ترى أنهم لا يرثون مع الأب شيئاً عند عدم الأم ، لأنهم كلالة ، فلا ميراث لهم مع الوالد ، وليس حال الإخوة مع وجود الأم بأقوى من حالهم مع عدمها .

وأما مرسل طاوس بإعطاء الإخوة السدس مع الأبوين فإن ذلك لم يكن ميراثاً ، وإنما كان وصية ، فقد روى طاوس أنه قال : لقيت ابن رجل من الإخوة الذين أعطاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس مع الأبوين وسألته عن ذلك فقال : كان ذلك وصية .

(الثانية) إذا عدم من ذكرنا ولم يجتمع مع الأبوين أحد الزوجين فإن للأم ثلث التركة كلها فرضاً فإذا مات شخص وترك أباً وأما كان للأم الثلث فرضا ، لعدم وجود الفرع الوارث أو الجمع من الاخوة والأخوات وللاب الباقى تعصيباً ، وان ترك أباً وأما وأخًا كان للأم الثلث فرضا ، وللأب الباقى تعصيبا ولا شيء للاخ لحجبه بالأب .

واذا مات عن زوجة وأم وأخ شقيق أو لأب كان للزوجة الربع فرضاً لعدم وجود الفرع الوارث ، وللأم الثلث فرضاً كذلك ، ولعدم الجمع من الإخوة ، وللأخ الباقى تعصيباً .

والدليل على هاتين المسألتين قوله تعالى : « ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد ، فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث ، فإن كان له إخوة فلأمه السدس » فدلت الآية على أن فرض الأم

السدس فى حالتين : (الأولى) إذا كان للمتوفى ولد أو ولد ولد وإن نزل أى فرع وارث بالفرض أو بالتعصيب ذكراً كان أو أنثى (الثانية) إذا كان له جمع من الإخوة والمراد به اثنان فصاعداً ، والمراد بالاخوة فى الآية ما يشمل الأخوات أيضاً ، لأن لفظ الإخوة يطلق حقيقة على الذكور خاصة ، ويطلق بطريق التغليب على الذكور والإناث . كما دلت الآية أيضاً على أن فرض الأم الثلث عند عدم الفرع الوارث وعدم اثنين فأكثر من الإخوة أو الأخوات ، فإذا وجد فرع غير وارث لا بالفرض ولا بالتعصيب ، كبنت البنت ، وابن البنت أو وجد واحد من الإخوة أو الأخوات فلا يحجب الأم من الثلث إلى السدس .

هذا وحجب الأم من الثلث إلى السدس بالاثنين من الإخوة أو الأخوات مذهب الصحابة وفقهاء الأمصار ، وقال ابن عباس : إن الاخوة أو الأخوات لا يحجبون الأم من الثلث الى السدس الا اذا كانوا ثلاثة فأكثر ، فان كانوا اثنين فلا يحجبانها بل يكون فرضها الثلث ، كما لو كان معها أخ واحد أو أخت واحدة ، لأن الله تعالى يقول : « فإن كان له إخوة فلأمه السدس » ولفظ الإخوة جمع وأقل الجمع ثلاثة ، فلا تحجب بأقل من هذا العدد .

دليلنا : أن حكم الاثنين فى الميراث حكم الجماعة ، ألا ترى أن البنتين كالبنات،والأختين كالأخوات فى استحقاق الثلثين فيجب أن يكون الحكم كذلك فى الحجب ، وأيضاً فإن معنى الجمع الضم والاجتماع ، وهذا يتحقق بضم واحد إلى واحد كما يتحقق بضم ما فوق ذلك وقد ورد عن زيد بن ثابت قوله : (إن العرب تقول للأخوين إخوة) وقد أطلق لفظ الجمع على المثنى فى قوله تعالى « ان تتوبا الى الله فقد صغت قلوبكما » وهما قلبان لا غير .

(الحالة الثالثة) أن يكون لها ثلث الباقى من التركة بعد فرض أحد الزوجين فى المسألتين التاليتين :

الأولى : أن يكون الورثة زوجاً وأما وأبا ، فان للزوج النصف فرضا

لعدم وجود الفرع الوارث ، وذلك ثلاثة أسهم من ستة وللأم ثلث الباقى فرضاً وذلك سهم من الثلاثة الباقية بعد فرض الزوج وللأب الباقى تعصيباً وذلك سهمان .

(الثانية) : أن يكون الورثة زوجة وأما وأباً ، فإن للزوجة الربع فرضاً، وذلك ثلاثة أسهم من اثنى عشر سهماً ، وللأب ثلث ما يبقى فرضا وذلك ثلاثة ، وللأب الباقى تعصيبا وهو ستة أسهم .

وهاتان المسألتان تسمى الغراوين تثنية غراء ، تشبيها لها بالكوكب الأغر لشهرتهما كما سميتا (العمريتين) لقضاء عمر بن الخطاب رضى الله عنه فيهما بذلك . وبما ذهب إليه عمر وقضى به أخذ جمهور الصحابة والتابعين وفقهاء الأمصار ولم يخالف سوى عبد الله بن عباس رضى الله عنهما فقال : للأم ثلث المال كله فى هاتين المسألتين جميعاً واستدل ابن عباس بقوله تعالى « ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد » فجعل للأم سدس التركة . إذا كان للميت ولد ، ثم ذكر أن لها عند عدم الولد الثلث بقوله تعالى : « فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث » فيفهم من هذا أن المراد ثلث أصل التركة ، كما أن المراد من الآية الأولى سدس أصل التركة بالاتفاق فيتعين أن يكون المراد من الآية الأخرى ثلث أصل التركة ، ويؤيد هذا أن السهام المقدرة للورثة فى كتاب الله تعالى منسوبة كلها إلى أصل التركة بعد الوصية والدين .

دليلنا أن الأبوين فى أصول الميت كالابن والبنت فى فروعه ، لأن السبب فى وراثة الذكر والأنثى واحد ، وكل واحد منهما يدلى إلى الميت بلا واسطة ، ومعلوم أن حق الابن والبنت مع أحد الزوجين هو الباقى بعد فرضه يقتسمانه للذكر مثل حظ الأنثيين ، فيكون أيضاً حق الأبوين مع أحد الزوجين هو الباقى من التركة بعد فرضه يقسم بينهما على الوجه الذى قسم بين الابن والبنت ، فيكون للأم ثلث ما يبقى بعد فرض أحد الزوجين ويكون للأب ثلثاه بطريق التعصيب .

وأيضاً لو أعطيت الأم ثلث التركة مع أحد الزوجين للزم على ذلك أن

تأخذ الأم ضعف نصيب الأب إذا كان معها زوج ، حيث يكون نصيبها اثنين من ستة ، ونصيب الأب واحداً من ستة ، وللزم أن يزيد نصيبها على نصف نصيب الأب إذا كان معهما زوجة ، حيث يكون نصيبها أربعة أسهم من اثنى عشر سهما ونصيب الأب خمسة من اثنى عشر سهماً ، وهذا لا يتفق مع النص الذى يقتضى تفضيله عليها بالضعف عند الانفراد ، كما لا يتفق مع القاعدة العامة فى المواريث من أن نصيب الأنثى يكون على النصف من الذكر الذى فى درجتها .

والجواب عن ما قاله ابن عباس : أن المراد من الثلث فى الآية الكريمة هو ثلث يستحقه الأبوان سواء أكان جميع المال أم بعضه ، لأنه لو أريد ثلث جمع التركة حتى مع وجود أحد الزوجين لكفى فى البيان أن يقال (فإن لم يكن له ولد فلأمه الثلث) ولا حاجة لأن يقول « وورثه أبواه » فيلزم أن يكون قوله « وورثه أبواه » خاليا من الفائدة ، وهذا محال ، فيتعين أن يكون نصيب الأم ثلث جميع التركة إذا انحصر الإرث فى الأبوين فقط إعمالا لقوله تعالى : « وورثه أبواه » بدل إهماله .

فرع إذا كان مكان الأب جد صحيح مع أحد الزوجين أخذت الأم ثلث أصل التركة لا ثلث الباقى ، وهذه إحدى المسائل التى يختلف فيها ميراث الأب عن ميراث الجد عند أبى حنيفة ومحمد ، ويرى أبو يوسف أن الجد كالأب فيكون للأم معه ثلث الباقى بعد نصيب أحد الزوجين والله تعالى أعلم وله الحمد والمنة سبحانه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وأما الجدة فان كانت أم الأم أو أم الأب فلها السدس ، لما روى قبيصة بن ذؤيب قال : « جاءت الجدة الى أبى بكر رضى الله عنه فسألته عن ميراثها فقال أبو بكر الصديق رضى الله عنه ليس لك فى كتاب الله شيء وما علمت لك فى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً فارجعى حتى أسأل الناس فسأل عنها فقال المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه

وسلم فاعطاها السدس ، فقال ابو بكر رضى الله عنه هل معك غيرك ؟ فقام محمد بن مسلمة الانصارى رضى الله عنه فقال مثل ما قال ، فانفذه لها ابو بكر رضى الله عنه ثم جاءت الجدة الأخرى الى عمر رضى الله عنه فسألته ميراثها ، فقال لها : ما لك فى كتاب الله عز وجل شىء ، وما كان القضاء الذى قضى به الا لغيرك وما انا بزائد فى الفرائض شيئاً ، ولكن هو ذلك السدس ، فان اجتمعتما فيه فهو بينكما فأيكما خلت به فهو لها ، وان كانت أم أبى الأم لم ترث لأنها تدلى بغير وارث ، وان كانت أم أبى الأب ففيه قولان :

(احدهما) انها ترث وهو الصحيح ، لأنها جدة تدلى بوارث فورثت كأم الأم وأم الأب .

(والثانى) انها لا ترث لأنها جدة تدلى بجد فلم ترث كأم أبى الأم ، فان اجتمعت جدتان متحاذيتان كأم الأم وأم الأب فالسدس بينهما لما ذكرناه ، فان كانت احداهما أقرب نظرت ، فان كانتا من جهة واحدة ورثت القربى دون البعدى لأن البعدى تدلى بالقربى فلم ترث معها كالجد مع الأب وأم الأم مع الأم ، وان كانت القربى من جهة الأب والبعدى من جهة الأم ففيه قولان :

(احدهما) ان القربى تحجب البعدى ، لأنهما جدتان ترث كل واحدة منهما اذا انفردت فحجبت القربى منهما البعدى ، كما لو كانت القربى من جهة الأم .

(والثانى) لا تحجبها وهو الصحيح ، لأن الأب لا يحجب الجدة من جهة الأم ، فلأن لا تحجبها الجدة التى تدلى به أولى ، وتخالف القربى من جهة الأم ، فان الأم تحجب الجدة من قبل الأب فحجبتها أمها والأب لا يحجب الجدة من قبل الام فلم تحجبها امه ، فان اجتمعت جدتان احداهما تدلى بولادتين بان كانت أم أم أب ، أو ام أم أم ، والأخرى تدلى بولادة واحدة كأم أبى اب ففيه وجهان :

(احدهما) وهو قول أبى العباس : أن السدس يقسم بين الجدتين على ثلاثة فتأخذ التى تدلى بولادة سهما وتأخذ التى تدلى بولادتين سهمين .

(والثانى) وهو الصحيح انهما سواء لانه شخص واحد فلا يأخذ فرضين) .

الشرح حديث قبيصة بن ذؤيب رواه أحمد والبخارى ومسلم وأبو داود والترمذى وصححه وابن حبان والحاكم . قال الحافظ ابن حجر:

وإسناده صحيح لثقة رجاله ، إلا أن صورته مرسل ، فإن قبيصة لا يصح سماعه من الصديق ولا يمكن شهوده القصة كما أفاده ابن عبد البر ، وقد اختلف فى مولده ، والصحيح أنه ولد عام الفتح فيبعد شهوده القصة ، وقد أعله ابن عبد الحق تبعاً لابن حزم بالانقطاع ، وقال الدارقطنى فى العلل بعد أن ذكر الاختلاف فيه على الزهرى : يشبه أن يكون الصواب قول مالك ومن تابعه . وقد وردت أحاديث متصلة صحيحة تؤيد قصة قبيصة عند الطبرانى والبيهقى والدارقطنى وابن ماجه وأبى القاسم بن منده وقد نقل محمد بن نصر من أصحاب الشافعى اتفاق الصحابة عليه .

أما اللغات فقوله (تدلى) أى تتوصل وتمت وهو من إدلاء الدلو ، وأدلى بحجته أثبتها .

أما الأحكام فان الجدة أم الأم أو أم الأب وارثة بما روى خارجة ابن زيد عن أبيه أن النبى صلى الله عليه وسلم « أعطى الجدة أم الأم السدس » وأجمعت الأمة على توريث الجدة . قال فى الرحبية :

والسدس فرض جدة فى النسب ... واحدة كانت لأم وأب
وولد الأم ينال السدسا ... والشرط فى إفراده لا ينسى
وإن تساوى نسب الجدات ... وكن كلهن وارثات
فالسدس بينهن بالسوية ... فى القسمة العادلة الشرعية

اذا ثبت هذا فإن فرضها السدس سواء كانت أم أم أو أم أب ، وبه قال الصحابة كافة كما قررنا والفقهاء أجمع ، وروى عن ابن عباس رواية شاذة أنه قال : أم الأم ترث الثلث لأنها تدلى بالأم فورثت ميراثها كالجد يرث ميراث الأب : ودليلنا ما ذكرناه من الخبرين ، وبما رواه قبيصة بن ذؤيب فى قصة الجدة المذكورة فى الفصل .

قال الحافظ : ذكر القاضى حسين أن الجدة التى جاءت الى الصديق أم الأم والتى جاءت إلى عمر أم الأب وفى رواية ابن ماجه ما يدل له وسيأتى فيما بعد أنهما أتتا أبا بكر معاً وقال صاحب البيان :

قال الشيخ أبو حامد : والجدة التى أتت أبا بكر هى أم الأم ، والجدة التى أتت عمر هى أم الأب ، ومعنى قول أبى بكر رضى الله عنه « ما لك فى كتاب الله شىء لأن الكتاب محصور ، وليس فيه ذكر الجدة ، ولهذا قلنا : ان اسم الأم لا ينطلق على الجدة لأنه قال : ما لك فى الكتاب شىء ، وفى الكتاب ذكر الأم ، ثم قال : وما علمت لك فى السنة شيئاً فلم يقطع به ، لأن السنة لا تنحصر ، ولكن على مبلغ علمه » ومعنى قول عمر لست بزائد فى الفرائض أى لا أزيد فى الفريضة لأجلك ، وإنما هو ذلك السدس الذى قضى به . وأما الاحتجاج بقول ابن عباس : لما كانت تدلى بالأم أخذت ميراثها يبطل بالأخ من الأم ، فإنه يدلى بها ، ولا يأخذ ميراثها .

اذا ثبت هذا فإن أولى منازل الجدات يجتمع فيه جدتان أم الأم وأم الأب ، فإن عدمت إحداهما ووجدت الأخرى كان السدس للموجودة منهما ، وإن اجتمعتا كان السدس بينهما .

قال الشيخ أبو حامد : لما روى الحكم عن على بن أبى طالب رضى الله عنه (أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطى الجدتين السدس) وروى القاسم ابن محمد قال : (أتت الجدتان أم الأم وأم الأب أبا بكر الصديق فأراد أن يجعل السدس للتى من قبل الأم ، فقال له رجل من الأنصار : أما انك تترك التى لو ماتت وهى حى كان اياها يرث فجعل السدس بينهما ، رواه مالك فى الموطأ عن يحيى بن سعيد عن القاسم ورواه الدارقطنى من طريق ابن عيينة) .

قال الشيخ أبو حامد : وأصحابنا يحكون أن هذه القضية كانت لعمر ، وإنما هى قضية أبى بكر ، ومعنى قول الأنصارى تترك التى لو ماتت وهو حى كان اياها يرث لأنه ابن ابنها ، فاذا ارتفع الجدات الى المنزلة الثانية ؛ اجتمع أربع جدات اثنتان من جهة الأم ؛ وهما أم أم الأم ، وأم أب الأم ، واثنتان من جهة الأب وهماأم الأب وأم أبى الأب فأما أم أم الأم ، وأم أم الأب فهما وارثتان بلا خلاف ، وأما أم أب الأم فإنها غير وارثة ، وهو قول الفقهاء كافة ، إلا ما روى عن ابن سيرين أنه ورثها وهذا خطأ لأنها

تدلى بمن ليس بوارث فلم تكن وارثة كابنة الخال . وأما الجـدة أم أب الأب فهل ترثه ، ففيه قولان :

(أحدهما) لا ترث ، وبه قال أهل الحجاز الزهرى وربيعة ومالك لأنها جدة تدلى بجد فلم ترث كأم أب الأم ، فعلى هذا لا يرث قط إلا جدتان .

(والثانى) أنها ترث ، وبه قال على وابن مسعود وابن عباس ، وهى إحدى الروايتين عن زيد بن ثابت ، وبه قال الحسن البصرى وابن سيرين وأهل الكوفة والثورى وأبو حنيفة وأصحابه وهو الصحيح ، لأنها جـدة تدلى بوارث فورثت كأم الأم ، ولأن تعليل الصحابة رضى الله عنهم موجود فيها حيث قال لأبى بكر فى أم الأب ورثتها عمن لو ماتت لم يرثها ولم تورثها عمن لو ماتت ورثها فورثها أبو بكر رضى الله عنه لهـذه العـلة ؛ وهى أم الأب فعلى هذا ترث فى الدرجة الثانية ثلاث جدات ، فإذا ارتفع الجدات إلى المنزلة الثالثة اجتمعن ثمانى جدات فيرث منهن أربع ولا ترث أربع ، وإنما كان كذلك لأن الميت واحد فله فى المنزلة الأولى جدتان ، فإذا ارتفعن إلى الدرجة الثانية كان للميت أبوان ، ولكل واحد منهما جدتان فيجتمـع له فى الدرجة الثالثة ثمانى جدات ثم فى الرابعة ست عشرة جدة ، وكلمـا ارتفع الميت درجة ازداد عدد الجدات ضعفاً . وأما الوارثات منهن فيورث فى الدرجة الأولى جدتان ، وفى الثانية ثلاث . وفى الثالثة أربع وفى الرابعة خمس إلى أن ترثه مائة جدة . فى الدرجة التاسعة والتسعين يزيد على عدد الدرجات بواحدة .

وإذا اجتمع الجدات الوارثات وهن متحاذيات كان السدس بينهـن لما ذكرناه فى الحد بين أم الأم وأم الأب .

وإن اجتمع جدتان إحداهما أبعد من الأخرى نظرت . فإن كانتا من جهة واحدة بأن كان هناك أم أم وأم أم أم كان السدس لأم الأم ، لأن البعدى تدلى بهذه القربى ، وكل من أدلى بغيره فإنه لا يشاركه فى فرضه كالجد مع الأب وابن الابن مع الابن . وعلى هذا جميع الأصول .

قال فى الرحبية :

وتسقط البعدى بذات القرب ... أم أب بُعدَى وسدساً سلبت
وإن تكن قربى لأم حجبت ... فى كتب أهل العلم منصوصان
وإن تكن بالعكس فالقولان ... واتفق الجل على التصحيح
لا تسقط البعدى على الصحيح ... فما لها حظ من المواريث
وكل من أدلت بغير وارث ... فى المذهب الأولى فقل لى حسبى

فإن قيل : أليس الأخ للأم يدلى بالأم ومع ذلك فإنه يرث معها ؟ فالجواب أنه لا يرث أخاه بالإدلاء إليه بالأم ، ولكن لأجل أنه ركض معه فى رحم واحد وأنه وإن أدلى بها فقد احترزنا عنه بقولنا لا يشاركه فى إرثه ، وهو أن السدس إرث للقربى لو انفردت الجدة البعدى لشاركتها فى ذلك السدس ، وليس كذلك الأخ للأم .

وإن اجتمع أم أب وأم أب الأب فإن السدس يكون لأم الأب ويسقط أم أب الأب ، وبه قال على وزيد والفقهاء أجمع . وقال ابن مسعود فى إحدى الروايتين عنه : يشتركان فى السدس ، وهذا ليس بصحيح لأنهما من جهة واحدة إذ أنهما يدليان بالأب ، وإحداهما أقرب من الأخرى فسقطت البعدى كأم الأم إذا اجتمعت مع أم أم الأم ، وإن كانتا من جهتين إحداهما من جهة الأم والأخرى من جهة الأب نظرت ، فإن كانت القربى من جهة الأم والبعدى من جهة الأب ، فإن القربى تسقط البعدى . وقال ابن مسعود : لا تسقطها، وإنما يشتركان فى السدس . دليلنا أن إحداهما أقرب من الأخرى فسقطت البعدى بالقربى ، كما لو كانتا من جهة واحدة .

وان كانت القربى من جهة الأب والبعدى من جهة الأم ففيه قولان : (أحدهما) أن البعدى منهما تسقط القربى . وبه قال على بن أبى طالب ، وهو قول أهل الكوفة ، ورووا ذلك عن زيد بن ثابت لأنهما جدتان لو انفردت كل واحدة منهما لكان لها السدس ، فإذا اجتمعا وجب أن تسقط البعدى بالقربى ، كما لو كانت القربى من جهة الأم (والثانى) لا تسقط البعدى بالقربى بل يشتركان فى السدس ، وهى الرواية الثانية عن زيد ،

رواه المدنيون عنه ، وهو الصحيح ، لأن الأب لو اجتمع مع أم الأم لم يحجبها وإن كان أقرب منها ، فلأن لا تسقط الجدة التى تدلى به من هى أبعد منها من جهة الأم أولى .

فـــرع وان اجتمع جـدتان متحاذيتان واحداهما تدلى بقـــرابة والأخرى تدلى بقرابتين بأن تزوج رجل بابنة عمته فولد منها ولداً فإن جدة هذا الولد أم أبى أبيه وهى جدته أم أم أمه ، وإن اجتمع معهـا أم أم أبى هذا الولد ففيه وجهان : (أحدهما) وهو قول أبى العباس بن سريج وبه قال الحسن بن صالح ومحمد بن الحسن وزفر أن السدس يقسم بين هاتين الجدتين على ثلاثة . فتأخذ التى تدلى بولادتين بسهمين وتأخذ التى تدلى بولادة سهماً لأنها تدلى بنسب واحد . (والثانى) يقسم السدس بينهـما نصفين . وبه قال أبو يوسف وهو الصحيح لأنها شخص واحد فلا تأخـذ فرضين .

فصـــل فى جملة ما تقدم فنقول : الجدة المسـتحقة لفرضها هى الجدة المقدمة لصحة جدودتها ، أما الجدة غير الصـحيحة فهى مـن ذوى الأرحام المؤخرين فى الإرث عن أصحاب الفروض والجدودة الصحيحة هى التى لم يتخلل نسبتها الى الميت جد غير صحيح بأن لم يكن فى نسبتها الى الميت جـد أصـــلا وذلك كأم الأم ، وأم أم الأم وأم الأب وأم أم الأب أو كان فى نسـبتها الى الميت جد صـحيح وذلك كأم أبى الأب وأم أبى أبى الأب .

والأصل فى هذا ما رواه الشعبى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنـه سئل عن أربع جدات متحاذيات هن أم أم الأم وأم أم الأب وأم أبى الأب وأم أبى الأم فورثهن جميعاً إلا الأخيرة لأن فى نسبتها إلى الميت جد غـير صحيح . والمعنى الذى ابتنى عليه هذا الأصل أن إرث الجدات قائم على اعتبار القرب والإدلاء إلى الميت ، ومن يدلى بعصبة أو صاحب فرض يكون سببه أقوى ممن يدلى بمن ليس بعصبة ولا صاحب فرض .

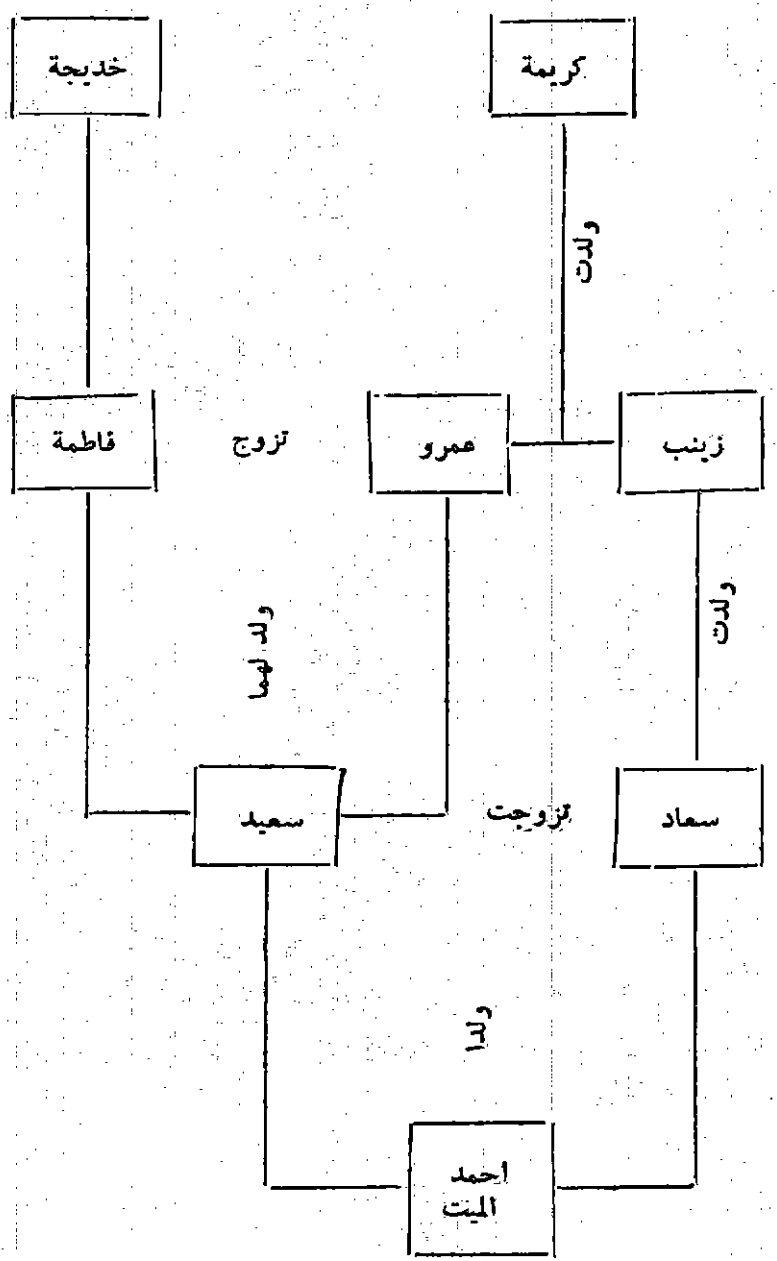
فرض الجدة والجدات

إذا ثبت هذا فان الجدة الصحيحة ترث السدس فرضاً إذا لم تكن محجوبة بغيرها سواء أكانت هذه الجدة من جهة الأب أم من جهة الأم وذلك لما رواه أبو سعيد الخدرى وقبيصة بن ذؤيب أن النبى صلى الله عليه وآله وسلم (أعطى الجدة السدس) .

وذهب ابن عباس إلى أن الجدة أم الأم تقوم مقام الأم عند عدمها فتأخذ الثلث إذا لم يكن للميت ولد ولا إخوة ، وتأخذ السدس إذا كان له أحدهما كما أن الجد أبا الأب يقوم مقام الأب عند عدمه ، وابن الابن يقوم مقام الابن عند عدمه .

دليلنا أنه لا اجتهاد فى مقابلة النص وقد ثبت أن الجدة لا يزيد نصيبها على السدس فرضاً على أى حال واذا مات شخص عن وزجة وأخ شقيق أو لأب وجدة صحيحة كان للزوجة الربع فرضاً لعدم وجود الفرع الوارث ، وذلك ثلاثة أسهم من اثنى عشر سهماً وللجدة السدس فرضا ، وذلك سهمان ، وللأخ الباقى تعصيباً .

على أن السدس فرض الجدات إذا كن أكثر من واحدة فيشتركن فيه ويقتسمنه بالسوية إذا كن متحاذيات كأم الأم وأم الأب وذلك لما أخرجه الشيخان وغيرهما عن قبيصة بن ذؤيب قال : جاءت الجدة أم الأم لأبى بكر رضى الله عنه فسألته ميراثها فقال : ما لك فى كتاب الله شىء ، وما علمت لك فى سنة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم شيئاً فارجعى حتى أسأل الناس فسأل الناس ، فقال المغيرة بن شعبة : « حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أعطاها السدس فقال أبو بكر : هل معك غيرك ؟ فقام محمد بن مسلمة الأنصارى فقال مثل مقالة المغيرة بن شعبة فأنفذه لها أبو بكر قال : ثم جاءت الجدة الأخرى أم الأب الى عمر فسألته ميراثها ، فقال : ما لك فى كتاب الله شىء ، ولكن هو ذاك السدس ، فإن اجتمعتما فهو بينكما وأيكما خلت به فهو لها » فاذا مات شخص عن زوجة وأخ شقيق وجدة لأم


خديجة
كريمة
ولدت
فاطمة
تزوج
عمرو
زينب
ولدت
ولد لهما
سعيد
تزوجت
سعاد
ولدا
احمد
الميت

وجدة لأب كان للزوجة الربع فرضاً لعدم وجود الفرع الوارث ،وللجدتين معاً السدس فرضا يقسم بينهما بالسوية ، والباقى للأخ تعصيبا .

والجدات الصحيحات المتحاذيات يقتسمن السدس عند اجتماعهن لا فرق بين ذات القرابة الواحدة وذات القرابتين ، فإذا اجتمعت أم أم الأم التى هى فى الوقت عينه أم أبى الاب مع أم أم الأب كان السدس بينهما مناصفة ، فلا تفضل ذات القرابتين على ذات القرابة الواحدة .

وصورتها أن تكون امرأة قد زوجت ابن ابنها من بنت بنتها فولد لهما ولد فهذه المرأة جدة لهذا الولد من جهة أبيه لأنها أم أبى أبيه ، وهى جدة له من جهة أمه لأنها أم أم أمه فهى الجدة ذات القرابتين ثم هناك جدة أخرى محاذية لها هى أم أم أبى الولد وهى ذات قرابة واحدة ويوضحها هذا الرسم الذى يتبين منه أن كريمة هى أم أم أم وأن خديجة هى أم أم أب وكريمة فى الوقت أم أبى الأب ، وخديجة أم أم سعيد أبى أحمد المتوفى وهما فى درجة واحدة ولكن كريمة ذات قرابتين والثانية ذات قرابة واحدة فهاتان الجدتان تقتسمان السدس بينهما نصفين لا تفضل إحداهما الأخرى .

فرع فى مذاهب العلماء فيمن هى الجدة الوارثة .

مذهبنا أن كل جدة تدلى بوارث فهى تستحق السدس فإن أدلت بغير وارث لم ترث مثل أم أبى الأم فالجدة هذه قد أدلت بالأب وهو غير وارث ، فالجدة الوارثة اذن هى مثل أم أبى أبى الأب ووافقنا على هذا أبو حنيفة رحمه الله تعالى .

وقال مالك رحمه الله تعالى : لا أعلم أحداً ورث أكثر من جدتين منذ كان الإسلام إلى اليوم وقال أحمد بن حنبل : لا ترث أم أبى أبى الأب ، ولكن ترث أم أبى الأب .

وعلى هذا فالجدة أم الأم والجدة أم الأب وأمهاتهما وارثات

بالاجماع ، وأما أم الجد وأم أمه وان علت مثل أم أبى الأب ، وأم أم أبى الأب فهى وارثة عند الشافعية والحنفية والحنابلة وهو قول زيد بن ثابت وعبد الله بن مسعود وعلى بن أبى طالب وعبد الله بن عباس .

وأما أم جد الأب مثل أبى أبى الأب ومثلها أم أبى الجد كأم أبى أبى أبى الأب وكذلك كل أم أدلت بوارث فإنها ترث عندنا وعند أبى حنيفة ولا ترث عند مالك وأحمد وانظر قول الرحبى فيمن تدلى إلى الميت بغير وارث وهو ما قررناه آنفا :

وكل من أدلت بغير وارث فما لها حظ من الموارث

وكل من أدلت بقرابة أو قرابتين فقد قلنا بتساوى كل منهما بالأخرى وبهذا قال أبو يوسف وسفيان الثورى وذهب محمد وزفر الى أن السدس يقسم بينهما أثلاثا لذات القرابة الواحدة ثلثه ولذات القرابتين ثلثاه ، فالمعتبر عند محمد وزفر هو تعدد الجهة ، لأن استحقاق الإرث باعتبار الأسباب ، فإذا اجتمع فى واحد سببان متفقان كجدة من جهتين كان فى الصورة واحداً وفى المعنى متعدداً ، فتستحق الإرث بالسببين معاً ، كما إذا اجتمع فى شخص سببان مختلفان ، فإنه يرث بهما اتفاقاً ، كما لو ماتت امرأة وتركت ابنى عم أحدهما زوجها فان زوجها يأخذ النصف بالفرضية ويقاسم الآخر فى النصف الباقى بالعصوبة .

أما أبو يوسف فلا عبره عنده بتعدد الجهة إلا إذا كان ذلك مقتضياً تعدد الاسم ، فإن اقتضى تعدد الاسم كان متقضيا لتعدد الاستحقاق بحسب تعدد الجهة ، وذلك كما فى حالات الزوج الذى هو ابن عم ، وإذا لم يقتض تعدد الاسم كان فى حكم الجهة الواحدة فتكون العبرة بالأبدان كما فى مسألة الجدة ، فإن ذات القرابتين تسمى بالجدة كذات القرابة الواحدة

فـــرع فى حجب الجدة عن الإرث .

قلنا : ان ميراث الجدة السدس فرضاً اذا لم تحجب فاذا حجبت حرمت ولا ميراث لها ، وتحجب الجدة فى الصور التالية :

أولها : إذا كانت أم أب والأب حى يرزق فإنهـا تحجب به لأنها تدلى الى الميت به وهو أقرب منها فيحجبها وبه قال على كرم الله وجهه وعثمان ابن عفان وزيد بن ثابت رضى الله عنهم ، وروى عن عمر بن الخطـاب وعبد الله بن مسعود أن أم الأب ترث مع الأب وبه قال الحسـن وشريح وابن سيرين لما رواه ابن مسعود أن النبى صلى الله عليه وآله وسلم أم الأب السدس مع وجود الأب وقد تأول أصحابنا هذا وقالوا : إن إعطاء الجدة مع وجود الأب كان وصيته وليس ميراثاً ، أو أن الأب كان رقيقاً أو كافراً والمحروم من الميراث لا يحجب غيره أما اذا كانت الجدة من جهة الأم فانها لا تحجب بالأب ، بل ترث فرضاً مع وجوده ، وذلك لانتفاء سببى الحجب وهما الادلاء واتحـاد سبب الارث ، فان الجـدة مـن الأم لا تدلى الميت بالأب ، وقد اختلفا فى سبب الارث اذ هى ترث بالأمومة وهو بالأبوة .

(ثانيها) : إذا كان للمتوفى أم فان وجود الأم يحجب الجـدة عـن الميراث سواء كانت هذه الجدة من جهة الأب أم من جهة الأم . أما حجب الجدة من الأم فلأنها تدلى إلى الميت بالأم . والقاعدة أن المدلى إلى الميت بغيره يحجب بذلك الغير كما يحجب ابن الابن بالابن ، والجد بالأب .

ثم إن الجدة من الأم إنما ترث بسبب الأمومة كما ترث الأم بهـذا السبب ، والقاعدة أنه عند اتحاد السبب يقدم الأقرب ، فإذا استوفت الأم فرضها فانه لا يبقى للجدة شىء من فرض الأمهات ، وأما الجـدة من الأب فانها تحجب بالأم أيضاً لأنها ــ وان كانت لا تدلى الى الميت بالأم ــ ترث أيضاً بسبب الأمومة وعند اتحاد السبب يقدم الأقرب .

اذا ثبت هذا فإن حجب الجـدة يكون ــ وهو القـاعدة فى الحجب مطلقاً ــ بالادلاء كما يكون باتحاد السبب . وفى الجدة من الأم اجتمع فيها السببان أحدهما : الإدلاء وثانيهـا : اتحـاد السـبب وهو الأمـومة . (ثالثها) : الجدة القربى من أى جهة تحجب البعدى من أى جهة كانت الا فى حالة عم الأب فانهـا لا تحجب الجـدة من الأم وان بعـدت ولذا قال الرحبى :

وإن تكن قربى لأم حجبت ... أم أب بعدى وسدساً سلبت
وإن تكن بالعكس فالقولان ... فى كتب أهل العلم منصوصان
لا تسقط البعدى على الصحيح ... واتفق الكل على التصحيح

ومن هنا لا تحجب أم الأب القريبة أم الأم البعدى وبهذا قال مالك وأصحابه ، بل ترثان معاً ، لأن أم الأب وان كانت أقرب درجة فإن الجدة الأمية أظهر فى الأمومة ، وذهبت الحنفية إلى أن القربى من الجدات تحجب البعدى مطلقاً ، لأن ميراث الجدات جاء من قبل الأمومة ، والقربى أظهر فى هذا المعنى فتستأثر بالميراث دون البعدى ، ولذلك قالوا : تحجب أم الأب أم أم الأم ، كما تحجب أم أبى الأب وأم أم الأب ، لأنها أقرب منهن درجة فتقدم عليهن فى الإرث ، وأم الأم تحجب أم أبى الأب وأم أم الأب وأم أم الأم وهكذا ، لأنها أقرب منهن درجة قالوا : والقربى دائماً تحجب البعدى سواء كانت القربى نفسها وارثاً أم محجوبة بغيرها ، فقد تكون محجوبة بغيرها وتحجب البعدى ، كأم الأب المحجوبة بالأب إذا وجدت مع أم أم الأم فإنها تحجبها عن الإرث ، ونظير ذلك الإخوة والأخوات مع الأب والأم ، فانهم يحجبون الأم من الثلث الى السدس مع أنهم محجوبون بالأب دليلنا ما سبق أن ذكرناه فى أول فصل الجدة وقبل فصل وبالجملة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **واما البنت فلها النصف اذا انفردت لقوله تعالى : « وان كانت واحدة فلها النصف » وللاثنتين فصاعداً الثلثان . لما روى جابر بن عبد الله قال « جاءت امرأة سعد بن الربيع الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله هاتان ابنتا سعد ، قتل أبوهما معك يوم احد ولم يدع عمهما لهما مالا الا أخذه . فما ترى يا رسول الله ؟ والله لا تنكحان الا ولهما مال ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يفقهنى الله فى ذلك . فنزلت اليه سورة النساء « يوصيكم الله فى أولادكم » فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ادعوا لى المرأة وصاحبها . فقال لعمهما : أعطهما الثلثين ، وأعط امهما الثمن وما بقى فلك » فدلت الآية : وهو قوله تعالى : « فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك » على فرض ما زاد على الاثنتين . ودلت السنة على فرض الاثنتين .**

فصـــل وأما بنت الابن فلها النصف اذا انفردت وللاثنتين فصاعدا الثلثان لاجماع الأمة على ذلك . ولبنت الابن مع بنت الصلب السدس تكملة الثلثين . لما روى الهزيل بن شرحبيل قال : « جاء رجل الى أبى موسى وسلمان ابن ربيعة رضى الله عنهما فسألهما عن بنت وبنت ابن وأخت فقالا : للبنت النصف وللأخت النصف . وأت عبد الله فانه سيتابعنا . فأتى عبد الله فقال : انى قد ضللت اذاً وما أنا من المهتدين . لأقضين بينهما بما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم للبنت النصف . ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين وما بقى فللأخت » ولأن بنت الابن ترث فرض البنات ولم يبق من فرض البنات الا السدس . وهكذا لو ترك بنتاً وعشر بنات ابن كان للبنت النصف ولبنات الابن السدس تكملة الثلثين لما ذكرناه من المعنى . وأن ترك بنتاً وبنت ابن ابن أو بنات ابن ابن اسفل من البنت بدرجة كان لهن السدس لانه بقية فرض البنات ولبنت ابن الابن أو بنات ابن الابن مع بنت الابن من السدس تكملة الثلثين ما لبنت الابن وبنات الابن مع بنت الصلب وعلى هذا أبداً) .

الشرح حديث جابر أخرجه أبو داود بلفظ (فقالت : يا رسول الله هاتان بنتا ثابت بن قيس قتل معك يوم أحد) قال أبو داود : أخطأ فيه بشروهما بنتا سعد بن الربيع وثابت بن قيس قتل يوم اليمامة ، وأخرج الحديث الترمذى وحسنه وأخرجه أحمد فى مسنده وأخرجه الحاكم فى أسناده عبد الله بن محمد بن عقيل بن أبى طالب وقد اختلف الأئمة فيه قال : الترمذى انه صدوق سمعت محمداً ــ يعنى البخارى ــ يقول : كان أحمد واسحاق والحميدى يحتجون بحديثه ، وأما حديث هزيل بن شرحبيل فقد رواه أحمد والبخارى وأبو داود والترمذى وابن ماجه . وفى رواية البخارى فأتينا أبا موسى . وفى رواية غيره « جاء رجل إلى أبى موسى وسلمان بن ربيعة » وهذه الواقعة كانت فى عهد عثمان . لأن أبا موسى كان وقت السؤال أميراً على الكوفة وسلمان قاضياً بها . وقد اختلف فى صحبته وأما هزيل بن شرحبيل وهو بالتصغير الأودى الكوفى فانه ثقة مخضرم .

أما الأحكام فإن البنت لها النصف لقوله تعالى « وإن كانت واحدة فلها النصف » . « وان كانتا اثنتين فلهما الثلثان » وبه قال الصحابة والفقهاء

كافة . وروى عن ابن عباس رواية شاذة أنه قال للابنتين النصف لقوله تعالى : « فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك » .

دليلنا حديث جابر الذى ساقه المصنف الذى دل على أن للبنتين الثلثين ولأن الآية وردت على سبب وهو ابنتا سعد بن الربيع ، فلا يجوز إخراج السبب عن حكم الآية . وأيضاً فإن الله تعالى فرض للابنة الواحدة النصف وفرض للأخت الواحدة النصف فى آية أخرى وجعل حكمهما واحداً ، ثم جعل للأختين الثلثين ، ووجدنا أن البنات أقوى من الاخوات بدليل أن البنات لا يسقطن مع الأب ولا مع البنين والاخوات يسقطن مع الأب والبنتين، فإذا كان للأختين الثلثان فالأبنتان بذلك أولى .

(والجواب) عن قوله : « فان كن نساء فوق اثنتين » فان قوله (فوق) صلة فى الكلام لقوله تعالى « فاضربوا فوق الأعناق » وإن كانت البنات أكثر من اثنتين فلهن الثلثان الآية .

اذا ثبت هذا فان البنت الصلبية هى كل أنثى يكون للمتوفى عليها ولادة مباشرة ، ويختلف ميراث الواحدة عن المنضمة إليها ، فإذا توفى شخص عن بنت واحدة فإن لها نصف التركة فرضاً ، أما إذا ترك بنتين أو أكثر فلهن الثلثان بالسوية بينهن ، وهذا اذا لم يترك الميت ابناً مع البنت أو البنات ، أما إذا ترك ابنا مع البنت فإن الابن يعصبها ، فتأخذ من التركة أو مما تبقى منها بعد أصحاب الفروض نصف ما يأخذه الابن وكذلك اذا ترك ابنا مع ابنتين أو أكثر فان الابن يعصبهن فتأخذ كل واحدة نصف ما يأخذه أخوها .

فاذا ماتت امرأة عن زوج وابن وبنت فللزوج ربع التركة لوجود الفرع الوارث للمتوفاة وذلك سهم واحد من أربعة أسهم تقسم اليها التركة ، والباقى يكون للإبن والبنت أثلاثاً بطريق التعصيب فللابن ثلثا هذا الباقى وذلك سهمان وللبنت ثلثه وهو سهم واحد .

وإذا مات رجل أو امرأة عن ثلاث بنات وابن ليس له ورثة غيرهم

فللابن نصيب بنتين فتقسم التركة خمسة أسهم للابن سهمان من خمسة ولكل بنت سهم .

وإذا مات رجل عن زوجة وثلاثة أبناء وبنت فللزوجة ثمن التركة لوجود الفرع الوارث للمتوفى وذلك سهم من ثمانية أسهم تقسم إليها التركة والباقى للأبناء الثلاثة والبنت بالتعصيب لكل ابن سهمان وللبنت سهم واحد .

وإذا مات رجل عن زوجة وبنت ، فللزوجة الثمن فرضاً لوجود الفرع الوارث وذلك سهم من ثمانية أسهم تقسم إليها التركة وللبنت النصف فرضاً وذلك أربعة أسهم ثمانية والباقى يكون للبنت بطريق الرد لا الفرض .

واذا ماتت امرأة عن زوج وثلاث بنات فللزوج الربع لوجود الفرع الوارث وذلك ثلاثة أسهم من اثنى عشر سهما تقسم إليها التركة ، وللبنات الثلثان فرضاً ، وذلك ثمانية سهام من اثنى عشر والباقى وهو سهم يكون للبنات بطريق الرد لا الفرض .

اذا ثبت هذا فان للبنات ثلاثة أحوال :

(الأول) أن البنت الواحدة ترث النصف فرضاً وذلك إذا لم يكن معها ابن للمتوفى أو أبناء .

(الثانى) أن البنتين فأكثر يرثن الثلثين بالسوية فرضاً إذا لم يكن معهن ابن للمتوفى أو أبناء .

(الثالث) يرثن بطريق التعصيب واحدة أو أكثر اذا كان معهن ابن له أو أبناء فيأخذ الابن ضعف نصيب البنت .

والدليل على ذلك من الكتاب العزيز قوله تعالى « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك ، وإن كانت واحدة فلها النصف » .

وقد بينت الآية نصيب البنت الواحدة إذا لم يكن معها ابن للمتوفى ولا بنت أخرى أن لها النصف ، وبينت ميراث الأولاد إذا كانوا ذكوراً وإناثا أن للذكر مثل حظ الأنثيين ، وبينت اذا كن أكثر من اثنتين ولم يكن معهن ابن للمتوفى أن لهن الثلثين ولكن ما نصيب البنتين وما الدليل على ما يستحقانه من التركة وهل تلحق البنتان بالبنت الواحدة أم تلحقان بالثلاث فأكثر ، فيكون نصيبهما فى الأولى النصف ، وفى الثانية الثلثين ؟

فعن ابن عباس رضى الله عنهما أنه كان يلحقهما بالبنت الواحدة فيعطيهما النصف أخذاً بظاهر قوله تعالى : « فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك » فقد قيدت الآية فرض الثلثين للبنات بأن يكن أكثر من اثنتين أما غيره من الصحابة فقد كانوا يعطونهما الثلثين إلحاقاً بالبنات الثلاث فأكثر وهذا ما اتفق عليه علماء الأمصار واستقرت عليه الفتوى والمتأمل فى فحوى الخطاب فى الآية يدرك نصيب البنتين من ناحيتين (الناحية الأولى) أن صدر الآية « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » يفيد أن المتوفى إذا ترك ابنا وبنتا كان للبنت نصف نصيب الابن فتقسم التركة أو الباقى منها بينهما أثلاثا فللبنت الثلث وللابن الثلثان ، واذا كانت البنت تستحق مع الابن ثلث التركة فلا يمكن أن يكون نصيبها أقل من ذلك لو كان معها بنت واحدة مكان الابن فكيف يكون نصيبهما مع الابن الثلث ونصيبها من البنت الربع ؟ ! .

(والناحية الثانية) أنه قد نص فى آية أخرى على نصيب الأخت الواحدة ونصيب الأختين ، وذلك قوله تعالى « يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة، ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك ، وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك ، وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين » فإذا كانت الأختان ترثان الثلثين وهما أبعد قرابة من البنتين فالبنتان تكونان أولى باستحقاق الثلثين ، وعلى هذا يكون نصيب البنتين معروفاً من القرآن من ناحية مدلولات النص .

وإذن يكون السر فى تقييد عدد البنات اللاتى يأخذن الثلثين بأن يكن

فوق اثنتين هو إفادة أن نصيب البنات مهما كثرن هو الثلثان لا غير . فإنه قد يتوهم ــ من زيادة سدس على نصيب البنت الواحدة إذا كان معها بنت أخرى ليكون نصيبهما الثلثين ــ أنه كلما زاد عدد البنات واحدة فإنه يزاد لأجلها فى الفريضة سدس ، فأريد دفع هذا التوهم بالنص على تعميم فريضة الثلثين لتشمل أكثر من بنتين مهما كانت هذه الكثرة والله تعالى أعلم •

ميراث بنت الابن

أما مسألة ابنة الابن فإن لها النصف إذا انفردت ولابنتى الابن فصاعدا الثلثان ، لأن الأمة أجمعت على أن ولد البنتين يقومون مقام الأولاد ، ذكورهم كذكور الأولاد وإناثهم كإناثهم ، فإذا اجتمع ابنة وابنة ابن كان للابنة النصف ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين لما رواه هزيل بن شرحبيل فى قصة سؤال أبى موسى وسلمان بن ربيعة ثم فتوى ابن مسعود .

وقولهما : وأت عبد الله فإنه سيتابعنا . جعل ابن مسعود يقول : « قد ضللت اذن وما أنا من المهتدين » يعنى اذا تابعتهما أو أفتيت بقولهما • ثم قال : لأقضين فيهما بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم « للابنة النصف ولابنة الابن السدس والباقى للأخت » فأخبر أن هذا قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأن بنات الابن يرثن فرض البنات ، ولم يبق من فروض البنات إلا السدس فكان لابنة الابن . وإن ترك ابنة وبنات ابن كان للابنة النصف ولبنات الابن السدس لأنه هو الباقى عن فرض البنات ، وهكذا لو ترك بنتاً وبنت ابن ابن أنزل بدرجة أو بنات ابن ابن أنزل بدرجة كان للابنة النصف ولمن بعدها من بنات الابن وان بعدن السدس اذا تحاذين ، وان كان بعضهن أعلى من بعض كان السدس للأعلى منهن . ما لم يعصب بنت الابن أو بنات الابن ذكر فى درجتهن مع أخ أو ابن عم .

وقال ابن مسعود : لبنات الابن الأقل من المقاسمة أو السدس ، فإن كان السدس أقل كان لهن السدس والباقى لابن الابن ، وإن كانت المقاسمة أقل من السدس فلهن المقاسمة . ودليلنا عليه ما ذكرناه فى الأولى .

فـــرع فإن خلف بنتاً وابن ابن وبنت ابن ابن فللابنة النصف والباقى لابن الابن وسقطت بنت ابن الابن لأنه أقرب منها ، وإن خلف بنتين وبنت ابن وابن ابن ابن كان للبنتين الثلثان ، والباقى بين بنت الابن وابن ابن الابن للذكر مثل حظ الأنثيين ، وقال ابن مسعود وهو قول أبى ثـور الباقى لابن ابن الابن وسقطت بنت الابن .

ودليلنا : أنا وجدنا أن بنت الابن لو كانت فى درجة ابن الابن لم تسقط معه بل يعصبها ، فلما لم يسقطها إذا كانت فى درجته فلأن لا يسقطها إذا كانت أعلى منـه أولى ، وإن خلف بنتـاً وبنـات ابن وابن ابن ابن كان للبنت النصف ، ولبنات الابن السدس ، تكملة الثلثين والباقى لابن ابن الابن ، لأن من فوقه من بنات الابن قد أخذن شيئاً من فرض البنات فلا يجوز أن يرثن بالتعصيب فكان الباقى له دونهن .

اذا ثبت هذا فإن كل أنثى يكون للمتوفى عليها ولادة بواسطة أبنـائه سواء كان أبوها ابن الميت مباشرة أم ابن ابنه ، وهكذا مهما نزل ، وهى تقوم مقام البنت الصلبية عند عدم وجودها ، وعدم ابن للمتوفى ، والبعيدة من بنات الأبناء حكمها مع القريبة منهن كحكم بنت الابن مع البنت الصلبية فى جميع الحالات .

ولبنات الابن ست حالات :

(الأولى) النصف للواحدة إذا انفردت ولم يكن للمتوفى أبناء ولا بنات صلبية ولا أبناء أبناء فى درجتها ، سواء كان واحداً أو أكثر .

فإذا مات شخص وترك زوجة وأباً وبنت ابن كان للزوجة الثمن فرضاً ، لوجود الفرع الوارث ، وذلك ثلاثة أسهم من أربعة وعشرين سهما تقسم إليها التركة وللأب ــ أولا ــ السدس بطريق الفرض ، وذلك أربعة أسهم من أربعة وعشرين ولبنت الابن النصف فرضاً ، وذلك اثنا عشر سهماً والباقى وهو خمسة أسهم يكون للأب تعصيبا .

(الثانية) الثلثان للاثنتين فأكثر إذا لم يكن للمتوفى أبناء وبنات صلبية ولا أبناء أبناء فى درجتهن واحداً أو أكثر .

فإذا مات شخص وترك زوجة وأخاً شقيقاً أو من الأب ، وثلاث بنات ابن كان للزوجة الثمن فرضا لوجود الفرع الوارث ، وذلك ثلاثة أسهم من أربعة وعشرين سهماً ولبنات الابن الثلثان وذلك ستة عشر سهماً يقسم بينهن بالسوية ، وللأخ الباقى بطريق التعصيب وذلك خمسة أسهم .

(الثالثة) أن يرثن بالتعصيب إذا كان مع الواحدة منهن أو الأكثر ابن ابن فى درجتهن سواء كان أخا لهن أم ابن عمهن ، ولم يكن للمتوفى ابن من الصلب وفى هذه الحالة تكون التركة جميعها ــ إذا لم يكن للمتوفى ورثة من أصحاب الفروض ــ أو الباقى منها بعد أصحاب الفروض ــ إن وجدوا ــ لابن الابن وبنات الابن بطريق التعصيب ، فيكون حينئذ للذكر مثل حظ الأنثيين .

فإذا مات شخص وترك ابن ابن وبنت ابن كانت التركة كلها بينهما أثلاثاً لابن الابن الثلثان ، ولبنت الابن الثلث .

وإذا مات شخص وترك أما وزوجة وابن ابن وبنت ابن كان للأم السدس فرضاً لوجود الفرع الوارث ، وذلك أربعة أسهم من أربعة وعشرين تقسم إليها التركة وللزوجة الثمن لوجود الفرع الوارث وذلك ثلاثة أسهم ويكون الباقى لابن الابن وبنت الابن بطريق التعصيب يقسم أثلاثاً لبنت الابن ثلثه ولابن الابن ثلثاه .

(الرابعة) أن لهن جميعاً السدس عن طريق الفرضية إذا كان للمتوفى بنت صلبية واحدة ، ولم يكن مع بنات الابن ابن ابن يعصبهن لأن كل حق البنات عن طريق الفرضية انما هو الثلثان فقط وقد أخذت البنت الصلبية النصف فرضاً لقوة القرابة فبقى السدس من حق البنات فتأخذه بنات الابن واحدة كانت أو أكثر وما بقى من التركة يكون لأولى عصبة ذكر .

فإذا مات شخص وترك أما وأبا وبنتاً صلبية وثلاث بنات ابن كان للأم السدس فرضاً وذلك سهم من ستة تقسم إليها التركة وللأب السدس فرضاً وذلك سهم أيضا وللبنت الصلبية النصف فرضا وذلك ثلاثة أسهم ، ولبنات الابن السدس فرضاً تكملة للثلثين وذلك سهم أيضاً يقسم بينهن بالسوية .

وإذا مات شخص عن أم وأب وبنت ابن وثلاث بنات ابن ابن كان للأم السدس فرضاً ، وذلك سهم من ستة تقسم إليها التركة ، وللأب السدس فرضاً وذلك سهم أيضا ، وللبنت الصلبية النصف فرضا وذلك ثلاثة أسهم ولبنات الابن السدس فرضاً تكملة للثلثين وذلك سهم أيضا يقسم بينهن بالسوية .

وإذا مات شخص عن أم وأب وبنت ابن وثلاث بنات ابن ابن كان للأم السدس فرضاً وللأب السدس فرضاً ، ولبنت الابن النصف فرضا ولبنات ابن الابن السدس فرضا تكملة للثلثين يقسم بينهن بالسوية فبنات الابن من ذوات الفروض مع الواحدة من الصلبيات إلا أن يكون معهن من الذكور من يعصبهن ، فإذا كان معهن من الذكور من يعصبهن ــ وهو ابن الابن المساوى لهن فى الدرجة ، سواء كان أخا لهن أم ابن عم ــ فانهن يصرن به عصبة فيأخذن معه الباقى بعد نصيب البنت الصلبية ويقسم الباقى بينهن للذكر مثل حظ الأنثيين ، وبهذا قال جمهور الصحابة وفقهاء الأمصار كافة .

وقال عبد الله بن مسعود رضى الله عنه : ينظر الى المقاسمة والسدس فأى ذلك كان أضر لبنات الابن فلهن ذلك والباقى لابن الابن .

فلو ترك الميت بنتاً صلبية وابن ابن وأربع بنات ابن كان عند ابن مسعود للبنت الصلبية النصف ، ولبنات الابن السدس ، لأن ذلك أضر لهن من المقاسمة ، والباقى وهو الثلث لابن الابن ، وإذا مات وترك بنتاً صلبية وأربعة أبناء ابن وأربع بنات ابن كان للصلبية النصف والباقى بين أبناء

الابن مقاسمة للذكر مثل حظ الأنثيين لأن المقاسمة هنا أضر لبنات الابن من السدس .

ودليل ابن مسعود رضى الله عنه : أن البنت الصلبية استحقت النصف فرضاً فلم يبق مما يستحقه البنات إلا السدس ، وهو لا يكون لبنات الابن إلا عند الانفراد لا عند الاختلاط بالذكور ، فلا يعطين إلا الأقل وهو المتعين .

ولأن بنات الابن لو انفردن مع الواحدة الصلبية لا يكون لهن سوى السدس ومعلوم أن حالة الانفراد فى حكم الاستحقاق أقوى فى حالة الاجتماع ، فاذا اجتمعن مع من يعصبهن فلا يكون لهن السدس اذا كان نصيبهن فى المقاسمة أكثر من ذلك .

دليلنا فى إعطاء بنات الابن نصيبهن بالغاً ما بلغ عند التعصيب ، أنه بنات الابن مع أخيهن لو انفردوا ، بأن لم يكن هناك أصحاب فروض ؛ كانوا عصبة فكذلك إذا اجتمع معهن صاحب فرض لا يخرجن عن صفة العصوبة ، كما إذا اجتمع معهم الزوج أو الأم .

وذلك لأن البنت الصلبية لما أخذت نصيبها خرجت من بينهن وصارت السهام الباقية وكأنه ليس هناك بنت فيكون الحكم فيما بقى كالحكم فى الجميع إذا لم يكن هناك بنت صلبية ، ولأن الذكر من أولاد الابن يعصب الأنثى التى فى درجته فى حكم الحرمان ؛ كما فى صورة القريب المشئوم ؛ فلأن يعصبها فى حكم الاستحقاق أولى ، لأن التعصيب فى الأصل للاستحقاق لا للحرمان .

ونزيد الأمر إيضاحاً فنقول :

إذا مات وترك بنتاً صلبية وابن ابن وبنت ابن فان البنت تستحق النصف فرضاً ويكون الباقى لابن الابن وبنت الابن بطريق التعصيب فيستحق ابن الابن ثلثى الباقى وتستحق بنت الابن ثلثه .

وعلى هذا فاذا استغرقت الفروض كل التركة فلا شيء لأولاد الابن فى تلك الحالة لأنهم صاروا عصبة ، ومن المقرر أن أصحاب الفروض غير المحجوبين مقدمون على العصبات فى الاستحقاق . ولنضرب لذلك مثلا : ماتت امرأة وتركت زوجا وأباً وأماً ، وبنتا من رحمها وابن ابن وبنت ابن فإن فى هذه الحالة يكون للزوج الربع فرضا ، لوجود الفرع الوارث ، وللأب السدس فرضاً ، وللأم السدس كذلك ، وللبنت الصلبية النصف فرضاً ، ولا شيء لأولاد الابن ، لأن الفروض استغرقت جميع التركة ، بل ضاقت التركة عن سهام أصحاب الفروض ، فأصبحت من المسائل التى يدخلها العول على ما سيأتى إن شاء الله تعالى . فلم يبق شيء للعصبة وهم هنا أولاد الابن فهم لا يستحقون شيئاً .

وابن الابن فى هذه الحالة هو الذى يسمى القريب المشئوم لأنه كان سبباً فى حرمان بنت الابن من الميراث بسبب تعصيبه لها إذ لولاه لكانت صاحبة فرض وورثت السدس .

فرع وإذا كان مع بنات الابن عند اجتماعهن ببنت صلبية واحدة غلام أنزل درجة منهن كابن ابن ابن فانه لا يعصبهن بل يكن من ذوات الفروض فلهن فرضهن وهو السدس ، لأن من المقرر أن الغلام الأدنى درجة لا يعصب من هى أعلى منه من البنات إلا إذا كانت محتاجة إليه ، أى كانت لا ترث بدونه ، وبنات الابن مع البنت الصلبية الواحدة من ذوات الفروض ، فهن وارثات بدونه ، وغير محتاجات إلى الغلام الأدنى منهن .

(الخامسة) أنهن لا يرثن شيئاً مع وجود البنتين الصلبيتين إلا أن يكون بحذائهن أو أسفل منهن غلام فيعصبهن ، وحينئذ يكون الباقى بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين .

فرع إذا مات شخص وترك بنتين صلبيتين وبنات ابن كان للبنتين الصلبيتين الثلثان فرضاً لا يزيد على الثلثين وقد استغرق ذلك

بنصيب البنتين والصلبيتين فلم يبق شيء من حق البنات ، فلا فرض حينئذ لبنات الابن ، وهذا هو مذهب علماء الأمصار كافة وخالف فيذلك عبد الله ابن عباس رضى الله عنهما فقال : لبنات الابن مع البنتين الصلبيتين السدس فرضاً ، لأن الأصل عنده أن البنتين كالواحدة فيكون لها النصف فرضاً ، ولبنات الابن السدس فرضا تكملة للثلثين .

هذا إذا لم يكن مع بنات الابن غلام يعصبهن ، فإذا كان بحذائهن غلام سواء أخاهن أم ابن عمهن ــ فانه يعصبهن . وحينئذ يكون الباقى بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، وذلك لأن الذكر من أولاد الابن يعصب الاناث اللاتى فى درجته إذا لم يكن للميت ولد صلبى بالاتفاق فى جميع المال ، فكذلك يعصبها فى استحقاق الباقى بعد الثلثين مع البنتين الصلبيتين وبه قال عامة الصحابة والعلماء كافة .

وقال عبد الله بن مسعود رضى الله عنه : لا يعصبهن بل الباقى كله لابن الابن ولا شيء لبناته واحتج لذلك بثلاثة أدلة :

(أحدهما) : أنه لو جعل الباقى بينهم فى هذه الحالة ــ للذكر مثل حظ الأنثيين لزاد حق البنات على الثلثين ، وهذا لا يجوز للدليل الثانى وهو ما روى أنه صلى الله عليه وآله وسلم قال : (لا يزاد حق البنات على الثلثين) .

(والثانى) : أن الأنثى إنما يصير عصبة بالذكر إذا كانت صاحبة فرض عند الانفراد عنه كالبنات والأخوات ، وأما إذا لم تكن كذلك فلا يصير عصبة كبنات الاخوة والأعمام مع بنيهم ، وهنا بنت الابن ليست صاحبة فرض لوجود الصلبيتين فلا يصير عصبة بالغلام .

والجواب عن الأول أن استحقاق الصلبيتين فى هذه الحالة إنما هو بالفرض واستحقاق بنات الابن بالتعصيب ، وهما سببان مختلفان فلا يضم أحد الحقين إلى الآخر فلا زيادة على الثلثين ، فإن الممنوع أن يزاد حق البنات على الثلثين بطريق الفرضية ، إذ لاشك أن حق البنات قد يزاد

على الثلثين إذا كن عصبة ، كما إذا مات شخص عن ابن واحد ، وبنات تسع ، فان البنات يأخذن تسعة أسهم من أحد عشر سهماً بالتعصيب وهذا القدر زائد على الثلثين .

والجواب عن الحديث أنه لا أصل له .

والجواب عن الدليل الثالث : أن بنت الابن صاحبة فرض عند الانفراد عن ابن الابن لكنها محجوبة بالصلبيتين ههنا ، ألا يرى أنها تأخذ النصف فرضا عند عدم الصلبيات بخلاف بنات الأخ والعم ، إذ لا فرض لهن عند انفرادهن عن ابنيهما فلا يصرن به عصبة .

هذا كله اذا كان الغلام فى درجة بنات الابن ، أما اذا كان أنزل منهن درجة كابن ابن الابن — مع بنات الابن — فانه يعصبهن أيضاً ، لأنهن محتاجات اليه وهو الراجح فى مذهب أبى حنيفة لأن الأنثى لو كانت فى درجة الغلام لصارت به عصبة ، فإذا كانت أقرب منه ومحتاجة إليه كانت بذلك أولى .

ويرى أبو بكر الأصم أن الغلام إنما يعصب من كان فى درجته من الإناث لا من كان أعلى منه بدليل أن ابن الابن يعصب البنات الصلبية

وجوابه أنه لا يلزم من تعصيب ابن الابن البنت الصلبية عدم تعصيب ابن ابن الابن بنت الابن عند وجود الصلبيتين لأن الصلبية صاحبة فرض فهى غير محتاجة إلى من دونها ليعصبها بل التعصيب يضرها بنفس نصيبها بخلاف بنت الابن مع الصلبيتين فانها محتاجة الى من دونها ليعصبها اذ لولا ذلك لم ترث ، ثم كيف يسوغ أن يرث من الإناث من كان فى درجة الغلام وتحرم منه من كانت أقرب الى الميت .

(السادسة) أنهن يسقطن مطلقا بالابن الصلبى أو ابن الابن الذى هو أعلى منهن درجة فبنت الابن تحجب بالابن وبنت ابن الابن تحجب بابن الابن .

فـــرع اذا مات شخص عن ابن وبنت ابن فالتركة جميعها للابن بالتعصيب ولا شيء لبنت الابن ، وإذا مات شخص عن ابن ابن وبنت ابن ابن فالتركة جميعها لابن الابن بالتعصيب ، ولا شيء لبنت ابن الابن .

ولو مات عن ابن ابن ابن ، وبنت ابن ابن ابن فالتركة كلها لابن ابن الابن تعصيباً ولا شيء لبنت ابن ابن الابن .

هكذا أفاده الشيخ عيسوى أحمد عيسوى فقال :

(تنبيـــه) تبين مما قدمنا أن بنت الابن لا ترث شيئاً مع وجود الابن الصلبى للمتوفى ، أو من هو أعلى منها درجة من أبناء الأبناء .

وكذلك لا يرث أبناء الابن مع وجود ابن صلبى للمتوفى ، لأن الأصـــل فى التوريث بالعصوبة أن الأقرب يحجب الأبعد مادامت من جهة واحـــدة على ما سنوضحه إن شاء الله تعالى ، وكذلك لا ميراث لأولاد البنـــات ــ ذكوراً وإناثاً ــ من ذوى الأرحام وهم مؤخرون فى ترتيب الميراث عن أصحاب الفروض والعصبة . هذا هو الحكم الفقهى والقـــانونى بالنظـــر للمواريث .

أما من حيث الاستحقاق بطريق الإرث فنظراً لاعتبـــارات اجتماعيـــة قد أوجب قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على كل شخص ــ ســـواء كان ذكراً أو أنثى أن يوصى لفرع ولده الذى مات فى حياته ولو حكماً مهما نزل هذا الفرع مادام من أولاد الظهور ، وللطبقة الأولى فقط من فـــروع أولاد البطون ، كذلك أوجب الوصية لفرع من مات مع أبيه أو أمه فى حادث ولد ، ولا يدرى أيهم سبقت اليه المنية كالغرقى والقتلى والحرقى والمتردين فى حفرة ونحو ذلك ، لأن القاعدة العامة أن من جهل وقت وفاتهم لا يرث أحدهم الآخر فلا يرث الفرع أصـــله فى تلك الحـــالة فتحجب الوصـــية لذرية ذلك الفرع بحكم القانون ، وهذا ما يعرف فى القانون باسم الوصية الواجبة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وأما الأخت للأب والأم فلها النصف اذا انفردت ، وللاثنتين فصاعداً الثلثان لقوله عز وجل « يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك ، وهو يرثها ان لم يكن لهـــا ولد ، فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك » وللثلاث فصاعداً ما للاثنتين لأن كل فرض يغير بالعـــدد كان الثلاث فيه كالاثنتين كالبنات ، وللأخت من الأب عند عدم الأخت من الأب والأم النصف اذا انفردت ، وللاثنتين فصـــــاعداً الثلثان ، لأن ولد الأب مع ولد الأب والأم كولد الان مع ولد الصلب فكان ميراثهم كميراثهم .

فصـــل والأخوات من الأب والأم مع البنات عصبة ومع بنات الابن والدليل عليه ما ذكرناه من حديث الهزيل بن شرحبيل .

وروى ابراهيم عن الأسود قال (قضى فينا معاذ بن جبل رضى الله عنـه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى امراة تركت بنتها واختها ، للبنت النصف وللأخت النصف) .

وعن الأسود قال : « كان ابن الزبير لا يعطى الأخت مع البنت شـــيئاً فقلت : ان معاذاً قضى فينا باليمن فأعطى البنت النصف والأخت النصف ، قال : فانت رسولى بذلك ، فان لم تكن أخوات من الأب والأم فالأخوات مـن الأب لأنهن يرثن ما يرث الأخوات من الأب والأم عند عدمهن » .

فصـــل وأما ولد الام فللواحد السدس وللاثنين فصاعداً الثلث ، والدليل عليه قوله عز وجل « وان كان رجل يورث كلالة أو امراة وله اخ او اخت فلكل واحد منهاا السدس ، فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث » والمراد به ولد الأم ، والدليل عليه ما روى أن عبد الله وسعداً كانا يقـــرآن « وله أخ أو اخت من أم » وسوى بين لذكور والاناث للآية ، ولأنه ارث بالرحم المحض فاستوى فيه الذكر والأنثى كميراث الأبوين مع الابن .

فصـــل وأما الأب فله السدس مع الابن وابن الابن ، لقوله عز وجل « ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد » ففرض له السدس مع الابن ، وقيس عليه اذا كان مع ابن الابن ، لأن ابن الابن كالابن فى الحجب والتعصيب ، وأما الجد فله السدس مع الابن وابن الابن لاجماع الأمة .

فصـــل ولا ترث بنت الابن مع الابن ، ولا الجدة ام الأب مع الأب ، لأنها تدلى به ، ومن ادلى بعصبة لم يرث معه كابن الابن مع الابن ، والجد مع الاب ، ولا ترث الجدة من الأم مع الام ، لانها تدلى بها ، ولا الجدة من الاب لأن الام فى درجة الأب والجدة فى درجة الجد ، فلم ترث معها ، كما لا يرث الجد مع الأب) .

الشرح قوله تعالى « يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة الآية » روى أنه آخر ما نزل من الأحكام كان صلى الله عليه وسلم فى طريق عام حجة الوداع فأتاه جابر فقال : ان لى أختا فكم آخذ من ميراثها ان ماتت ، وقيل كان مريضاً فعاده صلى الله عليه وسلم فقال : إنى كلالة فكيف أصنع فى مالى فنزلت « ان امرؤ هلك » ـ ارتفع امرؤ بمضمر يفسره الظاهر ومحل (ليس له ولد) الرفع على الصفة لا النصب على الحال أى إن هلك امرؤ غير ذى ولد والمراد بالولد الابن وهم اسم مشترك يجوز ايقاعه على الذكر والأنثى لأن الابن يسقط الأخت ولا تسقطها البنت إلا فى مذهب ابن عباس وبالأخت التى هى لأب وأم دون التى لأم لأن الله فرض لها النصف وجعل أخاها عصبة وقال « للذكر مثل حظ الانثيين » وأما الأخت للأم فلها السدس فى آية المواريث سوى بينها وبين أخيها وهو يرثها وأخوها يرثها إن قدر الأمر على العكس من موتها وبقائه بعدها « إن لم يكن لها ولد » أى ابن لأن الابن يسقط الأخ دون البنت (فإن قلت) : الابن لا يسقط الأخ وحده فان الأب نظيره فى الاسقاط فلم اقتصر على نفى الولد ؟ (قلت) : بين حكم انتفاء الولد ووكل حكم انتفاء الوالد إلى بيان السنة ، وهو قوله عليه السلام (ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فلأولى عصبة ذكر) والأب أولى من الأخ وليسا بأول حكمين بين أحدهما بالكتاب والآخر بالسنة ويجوز أن يدل بحكم انتفاء الولد على حكم انتفاء الوالد لأن الولد أقرب الى الميت من الوالد ، لأن الولد أقرب الى الميت من الوالد ، فاذا ورث الأخ عند انتفاء الأقرب فأولى أن يرث عند انتفاء الأبعد ، ولأن الكلالة تتناول انتفاء الوالد والولد جميعاً فكان ذكر انتفاء أحدهما دالا على انتفاء الآخر .

وأما خبر الهزيل بن شرحبيل : سئل أبو موسى عن بنت وبنت ابن وأخت

الحديث وفيه قول ابن مسعود : (للابنة النصف ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين وما بقى فللأخت) أخرجه أحمد والبخارى وأبو داود والترمذى وابن ماجة والحاكم من هذا الوجه ، زاد من عدا البخارى : جاء رجل الى أبى موسى وسلمان بن ربيعة والباقى نحوه .

(تنبيه) هزيل قيده الرافعى فى الأصل بالزاى ، وإنما صنع ذلك مع وضوحه ، لأنه وقع فى كلام كثير من الفقهاء هذيل بالذال ، وهو تحريف أفاده الحافظ ابن حجر فى تلخيص الحبير .

أما حديث ابراهيم عن الأسود رواه أبو داود وكذا البخارى بمعناه وإبراهيم بن الأسود بن يزيد بن قيس بن الأسود بن عمرو بن ربيعة بن ذهل بن سعد بن مالك بن النخع النخعى الكوفى فقيه أهل الكوفة أبو عمران تكرر فى المختصر وذكره فى المهذب فى الشهادات فى مسألة التوبة وهنا فى ميراث أهل الفرائض وأمه مليكة بنت يزيد بن قيس أخت الأسود بن يزيد وهو تابعى جليل دخل على عائشة رضى الله عنها ولم يثبت له منها سماع وسمع جماعات من كبار التابعين منهم علقمة وخالاه الأسود وعبد الرحمن ابنا يزيد ومسروق وأبو عبيدة بن عبد الله وغيرهم روى عنه جماعات من التابعين منهم السبيعى وحبيب بن أبى ثابت وسماك بن حرب والحكم والأعمش وابن عون وعمار بن أبى سليمان شيخ أبى حنيفة وأجمعوا على توثيقه وجلالته وبراعته فى الفقه . روينا عن الشعبى أنه قال حين توفى النخعى : ما ترك أحداً أعلم منه أو أفقه ، قيل ولا الحسن وابن سيرين ؟ قال : ولا الحسن وابن سيرين ولا من أهل البصرة ولا الكوفة ولا الحجاز ولا الشام وروينا عن أحمد بن صالح العجلى قال : لم يحدث النخعى عن أنس من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وقد أدرك منهم جماعة ورأى عائشة وروينا عن الأعمش قال : كان النخعى صيرفى الحديث . وقاله أبو ذرعة : النخعى علم من أعلام أهل الاسلام . وقال العجلى : كان النخعى صالحاً فقيها متوقيا قليل التكلف توفى سنة ست وتسعين وهو ابن تسع واربعين سنة وقال البخارى : ابن ثمان وخمسين .

أما مسألة الأخوات للأب والأم فترتيبهن كترتيب البنات . فان خلف أختا واحدة فلها النصف ، فان خلف أختين فصاعداً فلهن الثلثان لقوله تعالى : « يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة ، إن امرؤ هلك ليس ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد ، فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك ، وإن كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين » وليس فى الآية ذكر ثلاث أخوات فما زاد ، ولكن قد ذكر فى البنات إذا كن فوق اثنتين أن لهن الثلثين ، ولم يذكر الثلاث فى الأخوات اكتفاء بما ذكره فى البنات ، كما أنه لم يذكر ما للابنتين اكتفاء بما ذكره للأختين ، لأن حكم البنات والأخوات واحد وأيضاً قد روى جابر قال : اشتكيت وعندى ثلاث أخوات فدخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودنى ، فقلت : يا رسول الله كيف أصنع بمالى وليس يرثنى إلا الكلالة ؟ فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم رجع فقال : قد أنزل فى أخواتك وبين ، فجعل لهن الثلثين ، قال جابر : فنزلت قوله « يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة » فذكر أن الآية نزلت فى أخواته وهن تسع على ما فى الصحيح وإنما وردت بابنتين ، فدل على أن المراد بالآية الابنتان وما زاد عليهما .

أما الأسود بن يزيد فقد قال فيه النووى فى التهذيب : التابعى مذكور فى المهذب فى أول الفوات والاحصار وفى ميراث الأخوات هو أبو عمرو ويقال : أبو عبد الرحمن الأسود بن يزيد بن قيس بن عبد الله بن مالك بن علقمة ابن سلامان بن كهيل النخعى الكوفى التابعى الفقيه الامام الصالح أخو عبد الرحمن بن يزيد النخعى الفقيه رأى أبا بكر الصديق وعمر بن الخطاب رضى الله عنهما ، وروى عن على وابن مسعود ومعاذ وأبى موسى وعائشة . يروى عنه أبنه عبد الرحمن بن الأسود وأخوه عبد الرحمن بن يزيد وإبراهيم النخعى وآخرون . قال أحمد بن حنبل : هو ثقة من أهل الخير ، واتفقوا على توثيقه وجلالته . وروينا عن ميمون بن أبى حمزة قال : سافر الأسود بن يزيد ثمانين حجة وعمرة لم يجمع بينهما وروينا أن ابنه عبد الرحمن كان يصلى كل يوم سبعمائة ركعة كانوا يقولون إنه أقل أهل بيته اجتهاداً وأنه صار عظيما وجلداً رضى الله عنهم . اهـ .

فـــرع وأما الأخوات للأب مع الأخوات للأب والأم فكبنات الابن مع البنات لأنهن قد تساوين فى الأخوة ، الا أن الأخوات للأب والأم فضلن بالادلاء بالأم فكن كالبنات فضلن على بنات الابن •

اذا ثبت هذا فان لم يكن هناك أحد من الاخوة للأب والأم وهنـاك أخت واحدة لأب فلها النصف ، وإن كانتا أختين فصاعداً فلهما الثلثـان . وان كان هناك أخت لأب وأم وأخت لأب كان للأخت للأب والأم النصف وللأخت للأب السدس قياساً على ابنة الابن مع ابنة الصلب •

وان كان هناك أخت لأب وأم وأخ وأخت لأب كان للأخت للأب والأم النصف وللأخ والأخت للاب الباقى للذكر مثـل حظ الانثيين [وقال ابن مسعود رضى الله عنه : للأخت للأب الأقل من المقاسمة أو سدس المال والباقى للأخ للأب] وان خلف أختين لأب وأم وأختاً لأب كان للاختين للاب والأم الثلثان ولا شيء للأخت وللأب لأنه لا يجوز أن يأخذ للاخوات الفرض أكثر من الثلثين •

وان خلف أختين لأب وأم وأخا وأخـوات لأب فللأختين للأب والأم الثلثان وما بقى للأخ والأخوات للأب ، للذكر مثل حظ الانثيين ، وبه قال عامة الصحابة والفقهاء إلا ابن مسعود رضى الله عنه فإنه قال : الباقى للأخ للأب وتسقط الأخوات للأب لهن الأقل من المقاسمة أو سدس المال وقـد مضى الدليل على ذلك فى بنات الابن .

وان خلف أختين لأب وأم وأختـاً لأب وابن أخ لأب ، فللأختين للأب والأم الثلثان والباقى لابن الأخ ، ولا يعصب الأخت للأب . والفرق بينـه وبين ابن الابن حيث عصب عمته أن ابن الابن يعصب أخته فعصب عمتـه وابن الأخ لا يعصب أخته فلم يعصب عمته .

فـــرع وإن خلف ابنة وأختاً لأب وأم أو لأب أو ابنة ابن وأختا لأب وأم أو لأب كان للابنة أو لابنة الابن النصف وما بقى للأخت . وهكذا إن خلف بنتا وبنت ابن وأختاً لأب وأم أو لأب كان للابنة النصف ولابنة

الابن السدس وللأخت ما بقى . وكذلك إن كان فى هذه المسائل مع الأخت ابن أخ أو عم ، فان ما بقى عن فرض البنات للأخت دون ابن الأخ والعم وبه قال عامة الصحابة والفقهاء إلا ابن عباس فإنه لم يجعل للأخت مع البنت أو مع ابنة الابن شيئاً ، بل جعل ذلك لابن الأخ أو للعم لقوله تعالى : « قل الله يفتيكم فى الكلالة إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك » فورث الأخ شرط أن لا يكون للميت ولد ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : « ما أبقت الفرائض فلأولى عصبة ذكر » .

دليلنا ما ذكرناه من حديث هزيل بن شرحبيل « قال ابن مسعود : لأقضين فيها بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم : للابنة النصف ولابنة الابن السدس وللأخت ما بقى » .

وأما الجواب عن قوله تعالى « يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة ، إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك » فإن الآية تدل على أنه لا فرض لها إذا كان للميت ولد ، ونحن نقول كذلك لأن هذا النصف الذى تأخذه مع عدم الولد تأخذه بالفرض . وهذا الذى تأخذه مع وجود الولد تأخذه بالتعصيب بدليل ما ذكرناه من الخبر . فأما قوله صلى الله عليه وسلم « ما أبقت الفرائض فلأولى عصبة ذكر » فيحتمل إذا لم يكن هناك أخوات ، بدليل ما ذكرناه من خبر ابن مسعود ، ولأن للأخت تعصيباً ولابن الأخ تعصيباً ، وتعصيب الأخت أولى لأنها أقرب من ابن الأخ والعم وابن العم .

وأما مسألة ولد الأم فللواحد منهم السدس ذكراً كان أو أنثى وللاثنين فما زاد منهم الثلث ، ويسوى فيه بين الذكر والأنثى لقوله تعالى « وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس ، فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث » وهذه الآية نزلت فى الإخوة والأخوات للأم ، بدليل ما روى أن سعد بن أبى وقاص وابن مسعود كانا يقرآنها « وله أخ أو أخت من أم فلكل واحد منهما السدس » والقراءة الشاذة تحل محل الأخبار عن النبى صلى الله عليه وسلم أو التفسير،

فيجب العمل به ، ولأن إرث الإخوة للأم إرث بالرحم المحض ولا تعصيب لهم فاستوى ذكرهم وأنثاهم كالأبوين مع الابن .

وأما مسألة الأب فله ثلاث حالات : حالة يرث بالفرض لا غير ، وحالة يرث فيها بالتعصيب لا غير ، وحالة يرث فيها بالفرض والتعصيب .

فأما الحالة التى يرث فيها بالفرض لا غير فهو إذا كان مع الابن أو ابن الابن فإن فرض الأب السدس لقوله تعالى « ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد » والمراد بالولد هنا الذكر .

فرع الأخت من الأب ــ وهى التى تشترك مع الميت فى أبيه دون أمه ــ تقوم مقام الأخت الشقيقة عند عدمها ، وتنفرد عنها بحالتين ، ولهذا كان للأخوات من الأب سبع حالات هى تفصيل ما ذكرناه آنفاً .

(الأولى) النصف فرضاً للواحدة عند الانفراد ، أى إذا لم يكن للميت إخوة أو أخوات أشقاء أو من الأب سواها . فإذا ماتت امرأة وتركت زوجاً وأختاً من الأب كان للزوج النصف فرضا لعدم وجود الفرع الوارث وللأخت النصف فرضاً .

(الثانية) الثلثان فرضاً للأنثيين فأكثر اذا لم يكن للميت اخوة من الأب أو إخوة أو أخوات أشقاء . فإذا مات شخص وترك زوجة وأختين من الأب كان للزوجة الربع فرضاً لعدم وجود الفرع الوارث ، وللأختين الثلثان فرضاً والباقى رداً .

(الثالثة) السدس فرضاً للواحدة أو الأكثر إذا كان للميت أخت شقيقة واحدة ولم يكن مع الأخت لأب أخ لأب يعصبها .

وذلك لأن ميراث الشقيقة النصف فرضاً ، والأخت لأب مع الشقيقة كبنت الابن مع البنت فتأخذ السدس تكملة للثلثين إلا إذا كان معها فى هذه الحالة أخ لأب فإنه يعصبها فيرثان معاً ميراث العصبات ، فيأخذان

الباقى للذكر مثل حظ الأنثيين ، ويسقطان معاً لو استغرقت الفروض التركة فإذا مات شخص عن زوجة وأخت شقيقة وأخت لأب كان للزوجة الربع فرضاً وللشقيقة النصف فرضاً وللأخت من الأب السدس فرضا تكملة للثلثين ، والباقى يرد على الأختين بنسبة سهامهما .

وإذا مات شخص عن أم وأخت شقيقة وأربع أخوات لأب كان للأم السدس فرضاً ، وللأخت الشقيقة النصف فرضاً وللاخوات من الأب السدس فرضا تكملة للثلثين يقسم السدس بينهن بالسوية والباقى يرد على جميع الورثة بنسبة سهامهن .

وإذا مات شخص عن زوجة وأخت شقيقة وأخ من الأب وأخت من الأب . كان للزوجة الربع فرضاً والأخت الشقيقة النصف فرضاً والباقى للأخ والأخت تعصيبا للذكر مثل حظ الانثيين .

(الرابعة) التعصيب بالغير ، وذلك إذا كان مع الواحدة أو الأكثر أخ لأب أو أكثر فإنه يعصبهن فيكون للذكر ضعف الأنثى .

وقد اتفق العلماء على تعصيب الأخت لأب بالأخ لأب واختلفوا فى تعصيبها بابن الأخ لأب ، وابن الأخ الشقيق ، فقال بعضهم : لا يعصبها ، لأنه لا يعصب من فى درجته من الإناث فلا يعصب من كانت أعلى منه ، وقال بعضهم : يعصبها إذا كانت محجوبة ، إذ لا يجوز أن يرث هو دونها مع أنها أقرب منه الى الميت وأما عدم تعصيبه لمن هى فى درجته فلأنها ليست صاحبة فرض عند الانفراد على أنه إذا استغرقت الفروض جميع التركة فلا شىء للأخ والأخت من الأب .

(الخامسة) التعصيب مع الغير ، وذلك إذا كان مع الواحدة أو الأكثر بنت أو أكثر أو بنت ابن أو هما معاً . وفى هذه الحالة تأخذ الأخت أو الأكثر بالتعصيب ما بقى بعد أصحاب الفروض ، وتسقط إذا استغرقت الفروض التركة فلا تأخذ شيئاً .

فاذا مات شخص وترك بنتاً وزوجة وأما وأختين لأب كان للبنت النصف فرضا ، وللزوجة الثمن فرضاً لوجود الفرع الوارث وللأم السدس فرضاً لذلك ولوجود الأختين وللأختين الباقى تعصيبا يقسم بينهما بالسوية .

(السادسة) حجبها عن الارث واحدة أو أكثر بالأختين الشيقيتين الى أن يكون معها أخ يعصبها ، فإذا لم يكن معها أخ لأب فلا ميراث لها لاستيفاء الأختين الشقيقتين حق الأخوات بالفرض وهو الثلثان .

أما إذا كان معها أخ لأب فانه يعصبها فيأخذ معها الباقى بعد أصحاب الفروض يقسم بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين .

فإذا ترك شخص أختين شقيقتين وأختاً لأب فالميراث للشقيقتين ولا ميراث للأخت للأب .

وإذا ترك أختين شقيقتين وأخا لأب وأختاً لأب كان للشقيقتين الثلثان فرضاً ، والباقى للأخ والأخت لأب للذكر مثل حظ الأنثيين .

(السابعة) حجبها عن الإرث بالابن وابن الابن وإن نزل وبالأب والأخ الشقيق والأخت الشقيقة إذا صارت عصبة مع غيرها أى مع البنت وبنت الابن ، سواء كان مع الأخت لأب أخ لأب يعصبها أم لا ، لأن الأخت الشقيقة فى هذه الحالة تكون كالأخ الشقيق فى كونها عصبة أقرب الى الميت فتحجب الإخوة والأخوات لأب . ولا تسقط بالجد الصحيح خلافاً لأبى حنيفة .

هذا ودليل توريث الأخوات لأب هو دليل توريث الأخوات الشقيقات فى الحالات المشتركة بينهن ، لأن من المتفق عليه بين العلماء أن المراد بالأخت فى قوله تعالى « يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت » وهى الأخت الشقيقة والأخت لأب . أما الإخوة والأخوات لأم فحكمهم يؤخذ من آية أخرى هى قوله تعالى : « وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من

ذلك فهم شركاء فى الثلث) وأما سقوط الإخـوة والأخـوات لأب بالأخ الشقيق فيؤخذ مما رواه أحمد والترمذى عن على رضى الله عنـه : (أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قضى بالدين قبل الوصية وأن أعيـان بنى الأم يتوارثون دون بنى العلات الرجل يرث أخاه لأبيه وأمه دون أخيه لأبيه) ولا نعلم فى هذا خلافاً [1] رغم ضعف الحديث ولكن العمل عليـه وبنو الأعيان هم الاخوة والأخوات الأشقاء ، سموا بذلك لأن عين الشىء خياره والأشقاء هم خيار الإخوة ، لارتباطهم بالشخص من جهتين ، وبنـو العلات هم الاخوة والأخوات لأب من أمهات مختلفة ، سـموا بذلك لأن العلة (بفتح العين) هى الضرة وأمهاتهم ضرائر .

وأما الحالة التى يرث فيها بالتعصيب لا غير فتنقسم قسمين (أحدهما) ينفرد بجميع المال اذا لم يكن معه من له فرض (ثانيهما) اذا كان معه من له فرض الابنة ، مثل أن كان معه أم أو أم أم زوج أو زوجة فإنه يأخذ ما بقى عن فرض هؤلاء بالتعصيب لقوله تعالى « فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث » فأضاف المال إلى الأبوين ثم قطع للأم منه الثلث ولم يذكـر حكم الباقى ، فدل على أن جميعه للأب .

وأما الحالة الثالثة التى يرث فيها بالفرض والتعصيب فهو إذا كان أب وابنة أو ابنة ابن فان للأب السدس بالفرض وللابنة أو لابنة الابن النصف. والباقى للأب بالتعصيب . وقيل : ان رجلا سـأل الشعبى عن رجـل مات وخلف بنتاً وأباً فقال له : للابنة النصف والباقى للاب ، فقال أصبت المعنى وأخطأت العبارة . قل للأب السدس وللابنة النصف والباقى للاب . وهكذا لو خلف ابنتين وأباً ، أو ابنة ابن وأباً ، فللأب السدس وللابنتين الثلثـان والباقى للأب .

---

(١) لانه من رواية الحارث الأعـور عن على ويقال : أن الحارث كان عالماً بالفرائض ولكنه كان رافضيا غاليا هالكاً وقد قال النسائى فى الحـديث : لا بأس به وقال الترمذى : لا يعرف الا من طريقه والعمل عليه .

فـــرع وأما الجد ففرضه السدس مع الابن أو ابن الابن لإجماع الأمة على ذلك . وإن مات رجل وخلف جداً وإبنة أو ابنة ا. قال المسعودى فمن أصحابنا من قال للجد السدس بالفرض وللابنة أو ا: لابن النصف والباقى للجد بالتعصيب كما قلنا فى ابنة وأب • ومنهم من قال : يجوز أن يقال للابنة النصف والباقى للجد . وأما مسألة الجدة فقد قال الشافعى رضى الله عنه « ولا يرث مع الأب أبواه ولا مع الأم جدة » .

قال فى الرحبية :

والجـد محجوب عن المـيراث ... بالأب فى أحـواله الثـلاث
وتسقط الجدات من كل جهـة ... بالأم فافهمه وقس ما أشـبهه
وهكذا ابن الابن بالابن فـلا ... تبغ عن الحكم الصحيح معـدلا
وتسقط الإخـوة بالبنينـا ... وبالأب الأدنى كما روينـا
وبنى البنـين كيف كانـوا ... سيان فيـه الجمع والوحـدان
ويفضل ابن الأم بالإسـقاط ... بالجـد فافهمـه على احتيـاط
وبالبنـات وبنـات الابن ... جمعاً ووحـداناً فقـل لى زدنى
ثم بنـات الابن يسـقطن متى ... حـاز البنـات الثلثين يا فتى
إلا إذا عصـبهن الذكـر ... مـن ولد الابن على ما ذكـروا

وجملة ذلك أن الأم تحجب الجدات من جهتها ومن جهة الأب ، لما روى عبد الله بن زيد « أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطى الجدة السدس إذا لم يكن دونها أم » فشرط فى إرث الجدة إذا لم يكن هناك أم . فدل على أنه إذا كان هناك أم أنه لا شىء للجدة ولأن أم الأم تدلى بالأم ومن أدلى بشخص لم يشاركه فى الميراث كابن الابن مع الابن .

وأما أم الأب فإنه لا يرث معه أبواه ، لأن الجد يدلى بالأب ومن أدلى بعصبة لم يشاركه فى الميراث كابن الابن لا يشارك الابن، وكذلك لا يرث مع الأب أحد من أجداده لما ذكرناه فى الجد ولا يحجب الأب أم الأم لأنها تدلى بالأم ، والأب لا يحجب الأم فلم يحجب أمها كما لا يحجب الأب ابن

الابن ، وكذلك أم الأبن ترث مع الجد لأن الأب اذا لم يحجبها فلأن لا يحجبها الجد أولى . وكذلك الجد لا يحجب أم الأب لأنها تساويه فى الدرجة والإدلاء إلى الميت .

قال أصحابنا وجميع هذه المسائل فى الحجب لا خلاف فيها ، وأما الأب فهل يحجب أم نفسه ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فذهب الشافعى إلى أنه يحجبها ، وبه قال من الصحابة عثمان وعلى وزيد بن ثابت ، ومن التابعين شريح ، ومن الفقهاء الأوزاعى والليث ومالك وأبو حنيفة وأصحابه .

وذهب عمر بن الخطاب وابن مسعود وأبو موسى وعمران بن الحصين إلى أنه لا يحجبها بل ترث معه من ولده ، وبه قال أحمد وإسحاق وابن جرير الطبرى لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم ورث امرأة من ثقيف مع ابنها، دليلنا أنها تدلى بولدها فلم تشاركه فى الميراث كأم الأم لا ترث مع الأم .

وأما الخبر فى الجدة التى ورثت مع ابنها فيجوز أن يكون لها ابنان فمات أحدهما وخلف ابناً ثم مات ابن ابنها وخلف عمه وجدته أو يجوز أن يكون الابن كافراً أو قاتلا أو مملوكا .

اذا ثبت هذا ومات رجل وخلف أباه وأم أمه وأم أبيه فإن البغداديين من أصحابنا قالوا : لأم الأم السدس والباقى للأب قال المسعودى فيه وجهان (أحدهما) هذا (والثانى) أن الجدة أم الأب تحجب أم الأم عن نصف السدس ويأخذه الأب مع باقى المال ، ووجهه أنهما لو اجتمعتا لشاركتها فى نصف السدس واستحقته ، فإذا كان هناك الأب استحق ما كانت تستحقه لأنها تدلى به ، والأول هو المشهور ، ولا ترث ابنة الابن مع الابن لما ذكرناه فى أم الأب والله تعالى أعلم .

اذا ثبت هذا فإن الجد الصحيح وهو أبو الأب وإن علا ــ مع كونه صحيحاً بحيث لا يكون اتصاله بالميت بواسطة أنثى ــ فإن كان اتصاله بواسطة الأنثى ــ كأبى الأم وأبى أم الأب ــ فلا يكون صحيحاً ، ولا يرث بالفرض ولا بالتعصيب ، وإنما هو من ذوى الأرحام الذين لا يرثون إلا إذا

انعدم أصحاب الفروض النسبية والعصبة النسبية . والجد كالأب فى الأحوال الثلاثة التى سبق بيانها :

(أولا) يرث بطريق الفرض وحده إذا كان المتوفى ــ وهو ابن ابنه ، أو بنت ابنه ــ قد ترك ابناً أو ابن ابن أو أسفل منه فيكون للجد سدس التركة فرضاً . فاذا مات شخص وترك زوجة وابنا وجداً كان للزوجة الثمن فرضاً لوجود الفرع الوارث وللجد السدس فرضا ، والباقى للابن بالتعصيب .

وإذا مات وترك ابن ابن وجداً فللجد السدس فرضاً ، والباقى لابن الابن تعصيباً .

(ثانياً) ويرث بطريق التعصيب وحده إذا لم يكن لذلك المتوفى فرع وارث أصلا لا بطريق الفرض ولا بطريق التعصيب ، فيأخذ الجد كل المال أو ما بقى منه بعد أصحاب الفروض إن كان منهم أحد .

فإذا مات شخص عن زوجة وجد ، كان للزوجة الربع لعدم وجود الفرع الوارث ، وللجد الباقى تعصيباً ، وإذا مات ولم يترك سوى جده فللجد جميع التركة تعصيباً .

(ثالثاً) ويرث بالفرض والتعصيب معا ، وذلك إذا كان للمتوفى فرع وارث مؤنث ، أى بنت واحدة أو أكثر أو بنت ابن مهما نزل أبوها واحدة أو أكثر ، فإذا مات شخص عن زوجة وبنت ابن وجد فللزوجة الثمن لوجود الفرع الوارث ولبنت الابن النصف فرضاً وللجد السدس فرضاً ويأخذ الباقى تعصيبا .

هذه الأحوال الثلاثة هى التى يكون فيها الجد كالأب من حيث الأحكام، وهناك حالات أخرى يختلف فيها الجد عن الأب ــ فمن ذلك أن أحد الزوجين إذا مات وترك أباه وأمه وزوجه كان للأم ثلث ما بقى بعد نصيب الزوجة أو الزوج باتفاق وهو مذهب أبى حنيفة وأصحابه . أما اذا ترك

جده وأمه وزوجه فللأم ثلث جميع التركة إلا أبا يوسف فقد جعل لها ثلث ما يبقى كحالها مع الأب . ومن ذلك أيضاً أن المتوفى إذا ترك أباه وإخوته الأشقاء أو الأب فان الاخوة يسقطون بالأب بالاجماع ، أما اذا كان بدل الأب جد ففى سقوط هؤلاء الاخوة خلاف قد ذكرناه فى أحكام الكلالة .

ومن ذلك أيضاً أن المتوفى إذا ترك أباه وجدته لأبيه فإن الجدة لا ترث مع الأب شيئاً ، أما إذا كان بدل الأب جد فان الجدة ترث فرضا والأحوال الثلاثة المتقدمة هى التى يرث فيها الجد كالأب .

وهناك حالة خاصة به لا يرث فيها وهى التى يجتمع فيها مع الأب فيكون محجوباً من الميراث وكذلك الحكم فى أبى الأب مع أبى أبى الأب ، فان الأول يحجب الثانى ، والأصل فى هذا أنه إذا كان لشخص قريبان قرابتهما من جنس واحد كالبنوة والأبوة ، وكان أحدهما يدلى فى هذه القرابة بواسطة الآخر فإنه يحجب به من الميراث فى ذلك الشخص ، وذلك كالجد مع الأب، وأبى الجد مع الجد وأم الأم مع الأم وابن الابن مع الابن والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يرث ولد الأم مع أربعة : مع الولد وولد الابن والأب والجد لقوله عز وجل « وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس » فورثهم فى الكلالة ، والكلالة من سوى الوالد والولد ، والدليل عليه ما روى جابر رضى الله عنه قال « جاءنى النبى صلى الله عليه وسلم يعودنى وانا مريض لا أعقل ، فتوضأ وصب من وضوئه على فعقلت ، فقلت : يا رسول الله لمن الميراث وانما يرثنى كلالة ؟ قال فنزلت آية الفرض » وروى أنه قال : كيف أصنع فى مالى ولى اخوات ؟ فنزلت آية المواريث : يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة » والكلالة هو من ليس له ولد ولا والد ، وله اخوة ، ولأن الكلالة مشتق من الاكليل وهو الذى يحتاط بالرأس من الجوانب ، والذين يحيطون بالميت من الجوانب الاخوة ، فأما الوالد والولد

فليسا من الجوانب ، بل أحدهما من أعلاه والآخر من أسفله ، ولهـــذا قال الشاعر يمدح بنى أمية :

ورثتـم قنـاة الملك لا عـن كـلالة عن ابنى مناف عبد شمس وهاشم

فصـــل ولا يرث ولد الأب والأم مع ثلاثة مع الابن وابن الابن والأب، والدليل عليه قوله عز جل « يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة إن امرؤ هلك ليس له لد وله اخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد » فورثهم فى الكلالة ، وقد بينا أن الكلالة أن لا تكون والداً ولا ولداً .

فصـــل واذا استكمل البنات الثلثين ولم يكن مع من دونهن مـــن بنات الابن ذكر لم يرثن . لما روى الأعمش عن ابراهيم قال : قال زيد رضى الله عنه اذا استكمل البنات الثلثين فليس لبنات الابن شىء الا أن يلحق بهن ذكر ، فيرد عليهن بقية المال ، اذا كان أسفل منهن رد على من فوقه للذكر مثل حظ الأنثيين وان كن أسفل منه فليس لهن شىء ، وبقية المال له دونهن ، ولأنا لو ورثنا من دونهن من بنات الابن فرضاً مستأنفاً لم يجز لأنه ليس للبنـــات بالبنوة أكثر من الثلثين ، وان شركنا بينهن وبين بنات الابن لم يجز ، لأنهـن انزل منهن بدرجة فلا يجوز أن يشاركهن ، وان استكمل الأخوات للأب والأم الثلثين ولم يكن مع الأخوات للأب ذكر يعصبهن لم يرثن لما ذكرناه من المعنى فى البنات وبنات الابن .

فصـــل ومن لا يرث ممن ذكرناه من ذوى الأرحام أو كان عبداً او قاتلا أو كافـراً لم يحجب غيره مـن الميراث ، لأنـه ليس بوارث فـلم يحجب كالأجنبى) .

الشرح حديث جابر أخرجه أحمد قال : ثنا سفيان أنبأنا ابن المنكدر أنه سمع جابراً يقول : « مرضت فأتانى النبى صلى الله عليه وسلم يعودنى هو وأبو بكر ماشيين ، وقد أغمى على فلم أكلمه ، فتوضأ فصبه على فأفقت وقلت : يا رسول الله كيف أصنع فى مالى ولى أخـوات ؟ قال : فنزلت آية الميراث « يستفتونك قل الله يفتيـكم فى الـكلالة » كان ليس له ولد وله أخوات .

وفى رواية الصحيحين عن جابر رضى الله عنه قال « عادنى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر فى بنى سلمة يمشيان ، فوجدنى لا أعقل — زاد فى رواية الكشميهنى : شيئاً » وقد ترجم البخارى له فى صحيحه : باب عيادة المغمى عليه وفى باب الاعتصام من صحيح البخارى بأنه صب عليه نفس الماء الذى توضأ به ، وفى باب عيادة المريض : « فتوضأ النبى صلى الله عليه وسلم ثم صب وضوءه على » وفى لفظ عند أبى داود : « فنفخ فى وجهى فأفقت » وفى الصحيحين من رواية رافع بن خديج فنزلت : « يوصيكم الله فى أولادكم » فقد قيل : انه وهم وان الصواب أن الآية التى نزلت فى قصة جابر هى الآية الأخيرة من سورة النساء وهى : « يستفتونك » قال شعبة : قلت لمحمد بن المنكدر : « يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة ؟ قال : هكذا أنزلت » .

اما الأحكام فإن الإخوة والأخوات للأم يسقطون عن الإرث مع أحد أربعة ، مع الأب أو الجد الوارث أو مع الولد ذكراً كان أو أنثى واحداً كان أو أكثر أو مع ولد البنين ، سواء كان ولد الابن ذكراً أو أنثى ، واحداً كان أو أكثر ، والدليل عليه قوله تعالى « وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس ، فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث » فورثهم بالكلالة ، والكلالة هو من لا ولد له ولا والد .

والدليل عليه الكتاب والسنة والإجماع واللغة . فالكتاب « يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة إن امرؤ هلك ليس له ولد » فنص على أن الكلالة من لا ولد له ، والاستدلال من الآية أن الكلالة أيضاً من لا والد له لقوله تعالى « وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد » فورث الأخت نصف مال الأخ وورث الأخ جميع مال الأخت إذا لم يكن لها ولد ولا والد .

أما السنة : فرواية جابر كيف أصنع بمالى ؟ إنما ترثنى كلالة ، ولم يكن له ولد ولا والد ، فأقره النبى صلى الله عليه وسلم على ذلك .

وأما الإجماع : فروى عن أبى بكر وعلى وابن مسعود وابن عمر رضى الله عنهم أنهم قالوا : الكلالة من لا ولد له ولا والد ، ولامخالف لهم .

اذا ثبت هذا فان أولاد الأم هم الاخوة والأخوات من الأم فقط من آباء شتى ، ويسمون بالأخياف ، وانما بذلك تشبيها لهم بالفرس الأخيف ، وهو الذى له عين زرقاء وأخرى كحلاء ، وهم مختلفون فى نسب الآباء كذلك ولهم ثلاثة أحوال .

(أحدها) : السدس فرضاً للواحد ذكراً كان أو أنثى ، فمن مات وترك أخا شقيقاً وأخاً أو أختا لأم ، فان للأخ من الأم أو الأخت من الأم السدس فرضاً والباقى للأخ الشقيق تعصيبا .

(ثانيها) : الثلث فرضاً للأكثر من الواحد يقسم بينهم بالسوية سواء كانوا ذكوراً أم إناثاً أم مختلطين .

(ثالثها) الحجب عن الارث بالفرع الوارث مطلقاً مذكراً كان أو مؤنثاً ، وبالأصل المذكر فلا يرثون مع الابن ولا ابن الابن وإن نزل ، ولا مع البنت وبنت الابن وإن نزل أبوها ولا مع الأب والجد الصحيح وإن علا .

وهم يرثون مع الأم مع أنهم يدلون بها الى الميت فهم مستثنون من القاعدة المعروفة (أن من أدلى إلى الميت بغيره كان محجوباً بذلك الغير) .

وبيان أحوالهم جاء فى سورة النساء « وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث » .

وقد أجمع العلماء على أن المراد بالأخ والأخت فى هذه الآية هو الأخ والأخت من الأم ، جعلته الآية توريثهم مشروطاً بكون الميت كلالة ، وهو من لا ولد له ولا والد ، فإذا لم يكن كلالة فلا ميراث لهم .

أما إذا كان الميت كلالة وله أخ أو أخت لأم استحق من وجد منهما

السدس فرضاً ، وإن كان له أكثر من واحد من الإخوة أو الأخوات لأم فإنهم يستحقون الثلث يقسم بينهم بالسوية لا فرق بين الذكور والإناث ، لأن الآية نصت على أنهم فيه شركاء ، والشركة عند الاطلاق تقتضى المساواة ولأن تفضيل الذكر على الأنثى إنما هو باعتبار العصوبة وهى منتفيـة فى قرابة الأم ، وانما استحقوا هذا الفرض لأنهم أقرباء من جهة الأم ، لما تساووا فى هذه القرابة سوى الشارع بينهم فى الميراث ، وإنما جعل الثلث حداً أعلى لميراثهم لكيلا يزيد حقهم عما تستحقه الأم وهم إنما يدلون إلى الميت بها .

اما اللغات فإن الكلالة مأخوذة من الإكليل ، والإكليل إنما يحيط بالرأس من الجوانب ، ولا يتعلق عليه ولا ينزل عنه ، والأب يعـلو الميت ، وولده ينزل عنه ، كذلك الكلالة يحيط بالميت من الجوانب ولا تعلو عليـه ولا تنزل عنه ، ولهذا قال الشاعر الأموى يمدحهم :

ورثتم قنـاة الملك لا عن كلالة عن ابنى مناف عبد شمس وهاشم

أى لم ترثوا الملك عمن هو مثلكم ، وانما ورثتموه عمن هو أعلى منكم ، عن عثمان بن عفان جدكم . وعثمان ورثه عن جده عبد شمس وعبد شـمس ورثه عن هاشم جد النبى صلى الله عليه وسلم ، وقال ابن بطال : لأن بنى أمية ورثوا الخلافة عن عثمان رضى الله عنه وأبوه من بنى عبد شمس وأم أمـه من بنى هاشم ، وهى البيضاء بنت عبد المطلب بن هاشم فجدته لأمه عمة النبى صلى الله عليه وسلم .

والكلالة مصدر بمعنى الكلال وهو الاعياء ثم اطلقت على الميت الذى لم يخلف ولداً ولا والداً يرثانه ، قال الفراء الكلالة من سقط عنه طـرفاه وهما أبوه وولده فصار كلا وكلالة أى عيالا على أهله ــ وتطلق الـكلالة أيضاً على الورثة عدا الوالد والولد وسموا كلالة لاستدارتهم بنسب الميت من تكلله النسب اذا استدار به ، ومنه يقال : تكللت الغمام السـماء أى أحاط بها من كل جانب ، ومنه الاكليل فانه يحيط جوانب الرأس ولا يعلو عليه ، فكأنه الورثة ما عدا الولد والوالد قد أحاطوا بالميت من حـــوله

لا من طرفيه أعلاه وأسفله كاحاطة للاكليل بالرأس . وقد يقال : إذا كان المراد من الكلالة من لا ولد له ولا والد فان سقوط الأخوات بالولد يكون استفادة ذلك من لفظ الكلالة ــ هو دفع ما يتوهم من احتمال توريثها مع الابن بذلك والجواب على هذا من وجهين ــ انظر الورقة المرفقة .

(أحدهما) أن السر فى النص على عدم الولد فى توريث الأخت مع استفادة ذلك من لفظ الكلالة ــ هو ما يتوهم من احتمال توريثها مع الابن كما ترث مع البنت ، فان من يعرف أن البنت لا تحجب الأخت قد يتوهم أن الابن لا يحجبها أيضاً فجاء النص لدفع هذا الاحتمال ، وهذا الجواب مبنى على أن المراد من الولد فى الآية هو الابن دون البنت كما هو رأى الجمهور .

(والثانى) ما ذكره الجرجانى ، من أن قوله تعالى (ليس له ولد) تفسير للكلالة ، فإن لفظ الولد يطلق على الوالد والمولود فالوالد يسمى ولداً لأنه ولد ، والمولود يسمى ولداً لأنه ولد كالذرية فانها من ذرا ثم تطلق على المولود وعلى الولد كما فى قوله تعالى : « وآية لهم أنا حملنا ذريتهم فى الفلك المشحون » .

أما مسألة الإخوة والأخوات للأب والأم فإنهم لا يرثون مع أحد ثلاثة ، مع الأب أو مع الابن أو ابن الابن لقوله تعالى « يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة ان امرؤ هلك » الآية . فورث للاخت من أخيها بالكلالة ، وقد دللنا على أن الكلالة من لا ولد له ولا والد .

ثم دل الدليل على أنهم يرثون مع البنات وبنات الابن ومع الجد ، وبقى الأب والابن وابن الابن على ظاهر الآية ، ولا ترث الاخوة والأخوات للأب مع أحد أربعة : الأب والابن وابن الابن لما ذكرناه . ولا مع الأخ للأب والأم لأنه أقرب منهم [ولا مع الأخوات للأب والأم إذا كن عصبة بالبنات . ولا ترث الأخوات للأب مع أختين لأب وأم فأكثر لاستكمال الثلثين الا اذا كان معهن أخ لأب فيعصبهن للذكر مثل حظ الأنثيين] .

أما مسألة الحجب فإنه حجبان : حجب إسقاط وحجب نقصان . فأما حجب الإسقاط فمثل حجب الابن للإخوة والأخوات وبنيهم . والأعمام وبنيهم . ومثل حجب الإخوة لبنى الإخوة والأعمام وبنيهم ، ومثل حجب الأب للإخوة . وأما حجب النقصان فمثل حجب الولد للزوج من النصف الى الربع ، وحجب الزوجة من الربع الى الثمن ، ومثل حجب الأم من الثلث إلى السدس .

اذا ثبت هذا فإن جميع من ذكرناه ممن لا يرث من ذوى الأرحام والكفار والمملوكين والقاتلين وقال العمرانى : لا يحجبون غيرهم ومن عمى موته فإنه لا يحجب غيره ، قال الثورى فى الروضة : فالمفقود الذى انقطع خبره وجهل حاله فى سفر أو حضر فى قتال أو عند انكسار سفينة أو غيرهما وله مال ــ وفى معناه : الأسير الذى انقطع خبره ــ فإن قامت بينة على موته قسم ميراثه والا فوجهان أحدهما : وهو اختيار أبى منصور وغيره أنه لا يقسم ماله حتى يتحقق حاله وأصحهما وبه قطع الأكثرون أنه إذا مضت مدة يحكم الحاكم بأنها مضت مدة لا يعيش مثله فيها قسم ماله وهذه المدة ليست مقدرة عند الجمهور ولا يشترط القطع بأنه لا يعيش ، وبه قال الصحابة والفقهاء كافة إلا ابن مسعود فإنه قال : يحجبون حجب النقصان ووافق أنهم لا يحجبون حجب الإسقاط .

ودليلنا أن كل من لا يحجب حجب الإسقاط لم يحجب حجب النقصان كابن البنت ، ولأنه ليس بوارث فلم يحجب غيره كالأجنبى ، فإن قيل الأخوان لا يرثان مع الأب ويحجبان الأم فالجواب أنهما وارثان ، وإنما أسقطهما من هو أقرب منهما ، وهؤلاء ليسوا بورثة فى الجملة .

فرع قال الشافعى رضى الله عنه : وبنو الإخوة لا يحجبون الأم عن الثلث ولا يرثون مع الجد وهذا صحيح ، بنو الإخوة لا يحجبون الأم من الثلث الى السدس سواء كانوا بنى اخوة لأب وأم أو لأب لقوله تعالى « وورثه أبواه » أليس لما حجبها الأولاد حجبها أولاد الأولاد ؟ هلا قلتم لما حجبها الاخوة حجبها أولادهم ، قلنا : الفرق بينهما أن حجب الأولاد أقوى

من حجب الإخوة . بدليل أن الواحد من الأولاد حجب الأم ، فمن حيث هو أقوى تعدى حجبه ذلك إلى ولده ، وحجب الإخوة أضعف لأنه لا يحجبها الا اثنان منهم عندنا . وعند ابن عباس لا يحجبها الا ثلاثة . فمن حيث ضعف حجبهم لم يتعد حجبهم إلى أولادهم ، ولأن كل من حجبه الولد حجبه ولد الابن ، لأن الولد يحجب الإخوة فحجبهم ولده ، والولد يحجب فحجبه ولده ، وليس كذلك ولد الإخوة فإنهم لا يحجبون من يحجب أبوهم ألا ترى أن الأخ للأب والأم يحجب الأخ للأب ومعلوم أن ابن الأخ للأب والأم لا يحجب الأخ للأب ، بل الأخ للاب يسقط ابن الأخ للاب والأم، ولا يرث بنو الإخوة مع الجد لأن الجد أقرب منهم فأسقطهم . والله تعالى أعلم بالصواب .

(فرع) فى الحجب بنوعيه

الحجب فى اللغة هو المنع مطلقاً ومنه الحجاب اسم لما يستر به الشيء ويمنع من النظر إليه ، وفى اصطلاح الفرضيين هو منع من قام به سبب الإرث عن ميراثه كله أو بعضه بسبب وجود شخص آخر غير مشارك له فى سهمه كحجب الأخ عن الميراث بالابن وكحجب الجد بالأب .

والمحجوب قد تحقق فيه سبب الارث غير أن وجود الحاجب هو الذى منع هذا السبب أن يعمل عمله ويثبت له حكمه فعدم إرثه لا يرجع إلى معنى فيه يحرمه من الميراث وانما هو لتقديم الحاجب عليه ، لأنه أقرب منه الى المتوفى .

فإن كان عدم الإرث لمعنى قائم بالشخص المحروم نفسه تنتفى به أهليته للإرث كالقتل واختلاف الدين والرق فإنه لا يسمى حجباً اصطلاحاً ، وإنما يسمى حرمانا ويسمى المحروم معدوما فى حق الإرث والحجب فلا يرث ولا يحجب غيره عن الميراث بخلاف المحجوب فإنه قد يحجب غيره مع كونه محجوباً . وليس من الحجب انتقاص حصص أصحاب الفرائض بسبب اجتماع من يجانسهم عن حالة الانفراد كالزوجات مثلا ، فان فرض الزوجة

إذا انفردت الربع أو الثمن ، فإذا اجتمعت معها غيرها زاحمتهـــا فى ذلك الفرض فيقل نصيبها تبعاً لذلك .

وليس من الحجب استغراق الفروض للتركة بحيث لا يبقى للعاصب شيء كمـا فى زوج وأخت شـقيقة وأخ لأب فانـه لا شيء للأخ لأب لأنه عاصب ولم يبـق له شيء بعد الفـرائض لأن الزوج له النصـف والأخت الشقيقة لها النصف ، ولا شيء للأخ من الأب ولا يسمى اصطلاحاً محجوباً أو محروما .

وليس من الحجب أيضاً انتقاص السهام بالعول عندما تزيد السـهام على أصل المسألة اذا ثبت هذا فان الحجب يختلف عن المنع مـن وجهـين (أحدهما) من حيث الحقيقة (والثانى) مـن حيث الأثر المترتب على كل منهما ، فمن حيث الحقيقة نرى أن الشخص الممنوع قد قام به سبب الإرث من قرابة أو زوجية أو ولادة ، وتحقق الشرط لكن قام به معنى من المعانى كالقتل واختلاف الدين ، أخرجه عن أهلية الميراث ، فالمحروم قد اجتمـع فيه المقتضى والمانع ، وبهذا لا تعمل العلة عملها فيحرم مـن الميراث . أما المحجوب فقد قام به سبب الأرث وتحقق الشرط وانتفى المانع لكن وجد معه من هو أولى منه بالميراث .

وأما من ناحية الأثر فإن المحجوب قد يحجب غيره عند جمهور الفقهـاء كما فى أب وأم واخوة متعددين فإن الاخوة محجوبون بالأب وهم مع ذلك يحجبون الأم من الثلث إلى السدس . وأما المحروم فلا يحجب غيره أصـلا لأنه ملحق بالعدم وذلك كالابن القاتل لأبيه مع بنت ابن فإن الميراث يكون لبنت الابن كله ، ولا أثر لوجود الابن القاتل . وقد حكى عن ابن مسعود أنه يعتبر الممنوع من الميراث لأى سبب حاجباً لغيره من الميراث وإن كان هو محروماً منـه وإلى هـذا ذهب داود بن على ووافـق الحسـن البصرى ابن مسعود فى القاتل فقط دون غيره وإلى هذا ذهبت الأباضية .

اذا ثبت هذا فان الحجب نوعان : حجب نقصـان وحجب حـرمان

أما حجب النقصـــان فهـو نقـل وارث من سـهم أكثر الى سـهم أقل بسبب وجود شخص آخر ، كنقل الزوج من النصف إلى الربع عند وجـود الفرع الوارث للزوجة ونقل الأم من الثلث الى السدس لوجـود الفـرع الوارث أو أكثر من واحد من الاخوة والأخوات .

وهذا الحجب يكون لخمسة من أصحاب الفروض : الزوج ، والزوجة ، والأم ، وبنت الابن ، والأخت لأب ، ولا يكون لغير هؤلاء من الورثة .

أما حجب الحرمان فهو منع الشخص من الميراث كله لوجـود شخص آخر ، كحجب الأخ بالابن وحجب الجد بالأب ، وحجب الجـدة بالأم . والورثة فى حجب الحرمان ضربان : ضرب لا يحجبون هذا الحجب بأى حال، وإن كان بعضهم يحجب حجب النقصان وهم سـتة : الزوج ، والزوجة ، والأب ، والأم ، والابن ، والبنت .

وضرب يرثون بحال ويحجبون بحال أخرى وهم غير هؤلاء الستة مـن الورثة سواء كانوا أصحاب فروض أم عصبات ، والقاعدة التى يجرى عليها حجب الحرمان تقوم على أصلين :

(أحدهما) أن كل من يدلى إلى الميت بشخص فإنه لا يرث مع وجود ذلك الشخص كالجد فانه لا يرث مع الأب ، وكابن الابن لا يرث مع الابن وكأم الأم لا ترث مع الأم ، لأن المدلى به أقرب من المـدلى فيكون أولى بالميراث ، ويستثنى من هذه القاعدة أولاد الأم فانهم يرثون مع وجودها ، وإن كانوا يدلون إلى الميت بها لأنها لا تستحق جميع التركة بجهة واحدة .

(ثانيهما) أن الأقرب درجة يحجب الأبعد وأن الأقوى قرابة فى الدرجة الواحدة يحجب الأضعف فيها ، فالأخ لأب يحجب ابن الأخ الشـقيق لأن الأول أقرب درجة ، وكذا العم لأب يحجب ابن العم الشقيق لنفس السبب ، والأخ لأبوين يحجب الأخ لأب لأن الأول أقوى قرابة من الثانى . والأقرب يحجب الأبعد ولو كان الأقرب نفسه محجوباً كما لو اجتمع الأب وأم الأب وأم أم الأم ، فإن أم الأب تحجب أم أم الأم ، وإن كانت أم الأب محجوبة

بالأب ، فالمحجوب حجب حرمان يحجب غيره عن الميراث لتحقق أهليته الميراث ، وثبوت سبب الارث فيه ، اذ الحرمان لم يكن لمعنى فيه نفسه وانما لتقديم الغير عليه ، فلولا وجود ذلك الغير لورث ، بخلاف المحروم بسبب مانع كاختلاف الدين والقتل ، فإن المنع لمعنى فيه نفسه فانتفت عنه أهلية الميراث ، فصار كالمعدوم فى حق الإرث والحجب جميعاً كما ذكرنا آنفاً .

وهذه القواعد تسرى على العصبات كما تسرى على أصحاب الفروض، فالترجيح بين العصبات يكون أولا بالجهة على أن الجد والاخوة يكونون فى مرتبة واحدة ، فإذا تساووا فى الجهة فالترجيح بقرب الدرجة من الميت . فالأب مقدم على الجد ، والأخ مقدم على ابن الأخ وهكذا ، فإذا تساووا فى الجهة والدرجة فالترجيح بقوة القرابة ، فالأخ الشقيق مقدم على الأخ لأب وهكذا .

(فرع) فى حجب أصحاب الفروض

اعلم أن أصحاب الفروض المقدرة اثنا عشر شخصاً ، منهم اثنان لا يحجبان أصلا ، وهما الأب والبنت الصلبية ، ومنهم عشرة يحجب بعضهم حجب نقصان فقط ، ويحجب البعض الآخر حجب حرمان واليك تفصيلها :

(أولا) : الأم تحجب حجب نقصان من الثلث إلى السدس ، وذلك بالفرع الوارث مطلقاً مذكراً كان أو مؤنثا وبأكثر من واحد من الاخوة والأخوات من أى جهة كانوا .

(ثانياً) الزوج يحجب حجب نقصان فقط من النصف إلى الربع ، وذلك بالفرع الوارث للزوجة ، سواء كان ولدها من هذا الزوج أو من غيره .

(ثالثاً) الزوجة تحجب حجب نقصان فقط من الربع الى الثمن ، وذلك بالفرع الوارث للزوج ، سواء كان منها أو من غيرها .

(رابعاً) الجد الصحيح يحجب حجب حرمان بالأب وبالجد الصحيح الأقرب منه درجة إلى الميت .

(خامساً) الجدة الصحيحة تحجب حجب حرمان سواء كانت أبوية أم بالأم وتحجب الأبوية بالأب وبالجد الصحيح الذى تدلى به الى الميت ، ويحجب الجدة البعدى بالجدة القربى كأم أم الأم تحجب بأم الأب .

(سادساً) بنت الابن تحجب حجب حرمان بالفرع الوارث المذكر الأعلى منها درجة ، سواء كان معها معصب أم لا ، وتحجب أيضاً بالبنتين الصلبيتين فأكثر إلا أن يكون معها معصب فى درجتها أو أنزل منها درجة ، وتحجب أيضاً ببنتى الابن الأعلى منها درجة إلا أن يكون معها معصب ، وتحجب حجب نقصان من النصف الى السدس مع البنت الصلبية الواحدة أو بنت الابن الأعلى منها درجة ، وإذا حرمت من الميراث كان لها وصية واجبة فى حدود الثلث حسب نظام المواريث فى الديار المصرية .

(سابعاً) الأخت الشقيقة تحجب حجب حرمان بالابن وابن الابن وإن نزل وبالأب سواء كان معها أخ شقيق أم لا .

(ثامناً) الأخت لأب تحجب حجب حرمان سواء كان معها من يعصبها أم لا بما تحجب به الأخت الشقيقة وبالأخ الشقيق ، وكذا بالأخت الشقيقة إذا صارت عصبة مع البنات أو بنات الابن ، وتحجب بالأختين الشقيقتين إلا أن يكون معها معصب ، وتحجب حجب نقصان من النصف إلى السدس إذا كان للميت أخت شقيقة واحدة وارثة بالفرض فتأخذ الأخت الشقيقة النصف وتأخذ الأخت للأب السدس تكملة للثلثين لقوله تعالى « فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك » .

(تاسعاً) الإخوة والاخوات لأم يحجبون حجب حرمان بالفرع الوارث مطلقاً وبالأصل الوارث المذكر مهما علا والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان اجتمع أصحاب فروض ولم يحجب بعضهم بعضاً فرض لكل واحد منهم فرضه فان زادت سهامهم على سهام المال أعيلت بالسهم الزائد ودخل النقص على كل واحد منهم بقدر فرضه ، فان ماتت امرأة وخلفت زوجاً وأماً وأختين من الأم وأختين من الأب والأم فللزوج النصف وللأم السدس وللأختين من الأم الثلث وللأختين من الأب والأم الثلثان ، وأصل الفريضة من ستة وتعول الى عشرة ، وهو أكثر ما تعول اليه الفرائض لأنها عالت بثلثيها وتسمى أم الفروخ لكثرة السهام العائلة ، وتسمى الشريحية لأنها حدثت فى أيام شريح وقضى فيها .

وان مات رجل وخلف ثلاث زوجات وجدتين وأربع أخوات من الأم وثماني أخوات من الأب والأم ، فللزوجات الربع وللجدتين السدس وللأخوات من الأم الثلث وللأخوات من الأب والأم الثلثان ، وأصلها من اثنى عشر وتعول الى سبعة عشر وهو أكثر ما يعول اليه هذا الأصل وتسمى أم الأرامل ، وان مات رجل وخلف زوجة وأبوين وابنتين فللزوجة الثمن وللأبوين السدسان وللابنتين الثلثان أصلها من أربعة وعشرين وتعول الى سبعة وعشرين وتسمى المنبرية ، لأنه روى أن علياً كرم الله وجهه سئل عن ذلك وهو على المنبر فقال : صار ثمنها تسعاً .

وان ماتت امرأة وخلفت زوجاً وأماً وأختا من أب وأم فللزوج النصف وللأخت النصف وللام الثلث ، وأصلها من ستة وتعول الى ثمانية وهى أول مسئلة أعيلت فى خلافة عمر رضى الله عنه وتعرف بالمباهلة ، فان ابن عباس رضى الله عنه أنكر العول،وقال هذان النصفان ذهبا بالمال فأين موضع الثلث فقيل له: والله لئن مت أو متنا فيقسم ميراثنا الا ما عليه القوم ، قال : فلندع أبناءنا وأبناءهم ونساءنا ونساءهم وأنفسنا وأنفسهم ، ثم نبتهل فنجعل لعنة الله على الكاذبين)) والدليل على اثبات العول أنها حقوق مقدرة متفقة فى الوجوب ، ضاقت التركة عن جميعها فقسمت التركة على قدرها كالديون) .

الشرح إذا اجتمع أصحاب الفروض وضاقت سهام المال عن أنصبتهم ، أعيلت الفريضة التى زيد فى حسابها ليدخل النقص على كل واحد

منهم بقدر حقه . والعول هو الرفع . قال الفيومى فى المصباح : عالت الفريضة عولا ارتفع حسابها وزادت سهامها فنقصت الأنصباء ، فالعول نقيض الرد ، ويتعدى بالألف فى الأكثر ، وبنفسه فى لغة ، فيقال أعال زيد الفريضة وعالها ، وعال الرجل عولا جار وظلم . وقوله تعالى : ذلك أدنى ألا تعولوا . قيل معناه ألا يكثر من تعولون : وقال مجاهد : لا تميلوا ولا تجوروا .

وقال العمرانى فى البيان : وإنما سمى عولا للرفع فى الحساب إلى الزيادة فيه .

اذا ثبت هذا فأصول حساب الفرائض سبعة : الاثنان ، والثلاثة ، والأربعة ، والستة ، والثمانية ، والاثنا عشر ، والأربعة وعشرون.فأربعة من هذه الأصول لا يعول قط ، وهى الاثنان والثلاثة والأربعة والثمانية ، وثلاثة من هذه الأصول يعول ، وهى الستة والاثنا عشر والأربعة وعشرون. فأما أصل الستة فإنه يعول إلى سبعة وثمانية وتسعة وعشرة . فأما التى تعول سبعة فهى إذا ماتت امرأة وخلفت زوجاً وأختين لأب وأم فللزوج النصف ثلاثة وللأختين الثلثان أربعة فذلك سبعة أو مات رجل وخلف أختين لأب وأم وأختين لأم وأماً أو جدة فللأختين للاب والأم الثلثان أربعة وللأختين للأم الثلث سهمان وللام أو الجدة سهم وهو السدس فذلك سبعة فنتصور أن يكون الميت فيها رجلا أو امرأة .

وأما التى تعول إلى ثمانية ، فمثل أن يكون هناك أختان لأب وأم وأخ لأم وزوج فللأختين للأب والأم الثلثان أربعة وللأخ للأم السدس سهم وللزوج النصف ثلاثة . وكذلك إذا خلفت زوجاً وأختاً لأب وأم أو لأب وأما فللزوج النصف ثلاثة وللأخت النصف ثلاثة وللأم الثلث سهمان وتعرف هذه المسألة بالمباهلة ، فإنها حدثت فى أيام عمر رضى الله عنه ، فقضى فيها عمر كذلك فأنكره ابن عباس وقال : من شاء باهلته فيها ، والبهلة اللعنة .

وأما التى تعول إلى تسعة فمثل أن تموت امرأة وتخلف أختين لأب وأم وأخوين لأم وزوجاً فللأختين الثلثان أربعة وللأخوين للام الثلث وللزوج

النصف . وأما التى تعول إلى عشرة ، فمثل أن تموت امرأة وتخلف زوجاً وأختين لأب وأم وأخوين لأم وأماً أو جدة فللزوج النصف ثلاثة وللأختين للاب والأم الثلثان أربعة وللأختين للأم الثلث سهمان وللام أو الجدة سهم فذلك عشرة • وهو أكثر ما تعول اليه الفرائض لأنها عالت بثلثيها • وتسمى أم الفروخ لكثرة ما فرخت وعالت به من السهام ، وتسمى الشريحية لأنها حدثت فى زمان شريح فقضى بها كذلك . وكان الزوج يقول : جعل لى شريح النصف فلما كان وقت القسمة لم يعط النصف ولا الثلث . وقال شريح : أراك رجلا جائراً تذكر الفتوى ولا تذكر القصة .

وإذا عالت الفريضة إلى ثمانية أو تسعة أوعشرة فلا يحتمل أن يكون الميت ذكراً وأما أصل الاثنى عشر فإنها تعول إلى ثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر ، فأما التى تعول الى ثلاثة عشر فمثل أن يموت رجل ويخلف زوجة وأختين لأب وأم وأماً أو جدة فلأختين الثلثان ثمانية وللزوجة الربع ثلاثة وللأم أو الجدة السدس سهمان أو تموت امرأة فتخلف زوجاً وبنتى صلب وأما فيتصور فى التى تعول إلى ثلاثة عشر أن يكون الميت رجلا أو امرأة ، وأما التى تعول إلى خمسة عشر فمثل أن يكون هناك زوجة وأختان لأب وأم وأخوان لأم فللزوجة الربع ثلاثة وللأختين للأب والأم الثلثان ثمانية وللأخوين للأم الثلث أربعة ، أو تموت امرأة فتخلف زوجا وابنتين وأبوين فللزوج الربع ثلاثة وللابنتين الثلثان ثمانية وللأبوين السدسان أربعة ، فنتصور أن يكون الميت فيها رجلا أو امرأة •

وأما التى تعول إلى سبعة عشر كأن يكون هناك زوجة وأختان لأب وأم وأخوان لأم وأم أو جدة ، فللزوجة الربع ثلاثة وللاختين للأب والأم الثلثان ثمانية وللأخوين للام الثلث أربعة ، وللأم أو الجدة السدس سهمان فذلك سبعة عشر ، وهذا أكثر ما يعول إليه هذا الأصل ، وتسمى أم الأرامل لأنه لا يتصور أن يكون الميت فيها الا رجلا •

وأما أصل أربعة وعشرين فإنه يعول إلى سبعة وعشرين لا غير ، وهو أن يكون هناك زوجة وابنتان وأبوان ، فللزوجة الثمن ثلاثة وللأبنتين الثلثان

ستة عشر وللأبوين السدسان ثمانية ، ولا يتصور أن يكون الميت فيها الا رجلا وتسمى المنبرية ، لأن عليا رضى الله عنه سئل عنها وهو على المنبر فقال : عاد ثمنها تسعاً .

اذا ثبت هذا فقد قال بالعول الصحابة كافة وذلك أنه حدث فى أيام عمر رضى الله عنه أن امرأة ماتت وخلفت زوجا وأختا لأب وأم وأما فاستشار الصحابة فيها فأشار العباس عليه بالعول فقالوا : صدقت ، وكان ابن عباس يومئذ صبيا فلما بلغ أنكر العول وقال : من شاء باهلته ، وروى عن عبد الله ابن مسعود أنه قال : التقيت أنا وزفر بن أوس الطائى فذهبنا الى ابن عباس وتحدثنا معه فقال : ان الذى أحصى رمل عالج عدداً لم يجعل فى مال نصفا ونصفا وثلثا فالنصفان ذهبا بالمال ، فأين الثلث ، فقال له زفر : من أول من أعال المسائل ؟ فقال عمر : ويم الله لو قدموا من قدم الله وأخروا من أخره الله ، ما عالت فريضة قط ، فقال له زفر : من المقدم ومن المؤخر ؟ فقال : من أهبط من فرض الى فرض فهو المقدم ، ومن أهبط من فرض الى ما بقى فهو المؤخر ، فقال زفر : هلا أشرت عليه ؟ فقال : هبته ، وكان امرءاً مهيبا ، فكان ابن عباس يدخل النقص على البنات والأخوات ويقدم الزوج والزوجة والأم ، لأنهم يستحقون الفرض بكل حال ، والبنات والأخوات تارة يفرض لهن وتارة لا يفرض لهن ، فيقول فى زوجة وابنتين وأبوين : للزوجة الثمن وللأبوين السدسان ثمانية وللابنتين ما بقى وهو ثلاثة عشر .

ودليلنا ما روى ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اقسموا الفرائض على كتاب الله عز وجل » ووجدنا أن الله فرض لكل واحد ممن ذكرنا من البنات والأخوات فرضا فوجب أن يقسم ذلك لهن . ولأن الأخوات أقوى حالا من الأم والبنات أقوى حالا من الزوج والزوجة بدليل أن البنات يحجبن الزوج والزوجة ، من النصف والربع الى الربع والثمن ، والزوجان لا يحجبانهن والأخوات يحجبن الأم لا تحجبهن،فكيف يجوز تقديم الضعيف على من هو أقوى منه،ولأنه لا خلاف أن رجلا لو أوصى لرجل بثلث ماله ولم يجز الورثة يقسم الثلث بينهما،واذا ضاق مال المفلس عن ديونه قسم بينهم على قدر ديونهم ، فوجب إذا ضاقت التركة عن سهام التركة أن يجعل لكل واحد

منهم على قدر سهمه حسب قانون النسبة ويضرب به ، ولأنه اذا كان هناك زوج وأختان لأم وأم فلابد أن ينتقض فيها بعض أصول ابن عباس ، لأنه قال للزوج النصف وللأم السدس وللأختين الثلث نقض أصله فى أن الأختين تحجبان الأم من الثلث الى السدس ، وان قال للزوج النصف • وللأم الثلث وللأختين للام الثلث نقض أصله لأنه أدخل النقص على من له فرض مقدر لا ينقص عنها ، وان قال : للزوج النصف وللأم الثلث وللأختين للام الثلث أعال الفريضة فنقص أصله فى العول •

وقال فى الرحبية :

وإن ترد معرفة الحساب ... لتنتهى فيه إلى الصواب
وتعرف القسمة والتفصيلا ... وتعلم التصحيح والتأصيلا
فاستخرج الأصول فى المسائل ... ولا تكن عن حفظها بذاهل
فانهن سبعة أصول ... ثلاثة منهن قد تعول
وبعدها أربعة تمام ... لا عول يعروها ولا انثلام
فالسدس من ستة أسهم يرى ... والسدس والربع من اثنى عشرا
والثمن ان ضم اليه السدس ... فأصله الصادق فيه الحدس
أربعة يتبعها عشرونا ... يعرفها الحساب أجمعونا

(فرع) فى تفصيل أصول المسائل وتصحيحها

مما نحتاج إليه فى قسمة التركة وإعطاء كل ذى حق حقه معرفة مخارج الفروض وأصول المسائل وهذه عمليات حسابية يراد بها معرفة مقام الكسر الدال عليه كالاثنين للنصف والثلاثة المثلث ، ومعلوم أن الفروض المقدرة ستة : النصف ، والربع ، والثمن ، والثلثان ، والثلث ، والسدس . فمخرج كل فرض منها هو مقام الكسر الدال عليه .

والمراد بأصل المسألة هو أقل عدد يمكن أن تأخذ منه سهام الورثة صحيحة من غير كسر . فإن كان فى المسألة صاحب فرض واحد فأصلها مخرج ذلك الفرض فالاثنان للنصف ، والثلاثة للثلث والثلثين ، والأربعة للربع

وهكذا ، وإن كان فى المسألة أكثر من فرض فأصلها هو أقل عدد تقبل القسمة على مخارج تلك الفروض ، وبعبارة أخرى هو المضاعف البسيط لمقامات الكسور الدالة على سهام أصحاب الفروض .

فرع فى طريقة إيجاد المضاعف البسيط لعددين أو أكثر تكون بضرب تلك الأعداد بعضها ببعض ان كانت أعداداً أولية ، فالمضاعف البسيط للأعداد ثلاثة وخمسة وسبعة هو حاصل ضرب تلك الأعداد ببعضها فإذا ضربت ٥ × ٧ = ٣٥ × ٣ = ١٠٥ وإذا ضربت ٣ × ٧ = ٢١ × ٥ = ١٠٥ أما اذا لم تكن الأعداد أولية فانها تحلل أولا الى عواملها الأولية ثم تضرب تلك العوامل فى بعضها البعض ، وحاصل الضرب يكون هو المضاعف البسيط .

(فرع) فى أصول المسائل

اذا نظرنا الى الفروض المقدرة منفردة ومجتمعة تبين لنا أن أصول المسائل التى فيها فروض تنحصر فى سبعة وهى ٢ ، ٣ ، ٤ ، ٦ ، ٨ ، ١٢ ، ٢٤ . فإن خلت المسألة من أصحاب الفروض المقدرة ، وكان جميع الورثة يرثون بالتعصيب فأصل المسألة هو عدد رءوسهم مع ملاحظة أنه عند اختلاط الذكور بالإناث يعتبر المذكر فى التعداد اثنين .

ويجب أن يعلم أن هذه الطريقة فى معرفة أصول المسائل انما تجرى فى المسائل التى ليس فيها رد على أصحاب الفروض ، أما مسائل الرد فلها قاعدة خاصة بها فى معرفة أصولها وسنفرد لها فصلا مستقلا بها إن شاء الله تعالى ولتطبيق هذا نقول :

١ ــ فى زوج وأخت شقيقة يكون للزوج النصف فرضاً ، وللأخت النصف فرضاً ، وأصل المسألتين من اثنين .

٢ ــ وفى بنتين وأخ شقيق ، للبنتين الثلثان فرضاً ، وللأخ الباقى ، وأصل المسألة من ثلاثة .

٣ ــ وفى زوجة ، وأب ، للزوجة الربع فرضاً ، والباقى للأب تعصيباً وأصل المسألة من أربعة .

٤ ــ وفى بنت ، وبنت ابن وأخ لأب ، للبنت النصف فرضاً ولبنت الابن السدس فرضاً والباقى للأخ تعصيبا وأصل المسألة من ستة .

٥ ــ وفى زوجة وبنت وأخت شقيقة ، للزوجة الثمن فرضاً ، وللبنت النصف فرضاً ، وللأخت الباقى تعصيبا وأصل المسألة من ثمانية .

٦ ــ وفى زوجة وأخوين لأم وأخ شقيق للزوجة الربع فرضاً وللأخوين من الأم الثلث فرضاً ، والباقى للأخ الشقيق تعصيبا والمسألة من اثنى عشر

٧ ــ وفى زوجة ، وأم ، وابن ، للزوجة الثمن فرضاً ، وللأم السدس فرضاً ، وللأبن الباقى تعصيبا ، وأصل المسألة من أربعة وعشرين .

٨ ــ وفى خمسة أبناء يكون أصل المسألة من خمسة كعدد رءوس الورثة .

٩ ــ وفى أخوين وأختين يكون أصل المسألة من ستة ، لأن المذكر باثنين .

١٠ ــ وفى ابنين ، وثلاث بنات يكون أصل المسألة من سبعة وهكذا وبيان هذا التصحيح أنه قد يكون المقدار الذى يستحقه بعض الورثة لا يقبل القسمة عليهم ، وحينئذ نكون فى حاجة إلى تعديل السهام بأرقام صحيحة ، وهذا التعديل هو ما يسمى عند الفرضيين بالتصحيح .

وقاعدة التصحيح أن يضرب أصل المسألة أو عولها فى أقل عدد يمكن معه أن يستحق كل وارث بانفراد قدراً من السهام برقم صحيح وحاصل الضرب هو أصل المسألة بعد التصحيح وإليك أمثلة إيضاحية :

١ ــ توفى رجل عن زوجة ، وبنت ، وأختين شقيقتين ، يكون أصل

المسألة من ثمانية ، لأن ذلك أقل عدد يقبل القسمة على مخارج النصف والثمن فللزوجة الثمن وهو سهم ، وللبنت النصف وهو أربعة أسهم ، وللأختين الباقى تعصيبا وهو ثلاثة أسهم ، والثلاثة لا تقبل القسمة على الأختين برقم صحيح وأقل عدد يقسم عليهما بدون كسر اثنان . فيضرب فى أصل المسألة وهو ثمانية فيكون الأصل بعد التصحيح ستة عشر . للزوجة الثمن وهو سهمان وللبنت النصف وهو ثمانية ولكل واحدة من الأختين ثلاثة سهام .

٢ ــ توفى رجل عن زوجة ، وأم ، وبنت ، وأربع أخوات شقيقات ، يكون أصل المسألة من أربعة وعشرين ؛ لأن ذلك أقل عدد يقبل القسمة على المخارج للزوجة الثمن وهو ثلاثة ، وللبنت النصف وهو اثنا عشر ، وللأم السدس وهو أربعة ، والباقى وهو خمسة للأخوات الشقيقات تعصيباً وهو لا يقبل القسمة عليهن بدون كسر وأقل عدد يقبل القسمة عليهن أربعة فيضرب فى أصل المسألة وهو أربعة وعشرون ، فيكون الأصل بعد التصحيح ستة وتسعين فيكون للزوجة اثنا عشر وللبنت النصف ثمانية وأربعون ، وللأم السدس ستة عشر وللأخوات عشرون لكل واحد منهن خمسة سهام .

(فرع) فى العول تفصيلا وتطبيقا

إذا اجتمع فى التركة أكثر من فرض واحد فقد تكون سهام أصحاب الفروض المجتمعة مساوية لأصل المسألة كما إذا ترك أختين شقيقتين وأخوين لأم فان للشقيقتين الثلثين فرضاً وللأخوين لأم الثلث فرضاً ، وكما اذا تركت زوجا وأختا لأب فإن للزوج النصف فرضا وللأخوين لأم الثلث فرضاً ، وكما اذا تركت زوجاً وأختا لأب فان للزوج النصف فرضا ، وللأخت النصف فرضا .

وقد تكون سهام أصحاب الفروض أقل من أصل المسألة ويوجد عصبة يستحقون الباقى كما اذا ترك زوجة وأما وأخا شقيقاً فان للزوجة الربع

فرضاً وللأم الثلث فرضاً والباقى للأخ تعصيبا ، وتسمى المسألة فى هاتين الحالتين (عادلة) لأن كل صاحب فرض أخذ حقه كاملا من غير زيادة ولا نقصان .

وقد تكون سهام الفريضة أقل من أصل المسألة ، وليس بين الورثة عاصب يستحق الباقى كما إذا ترك أختاً شقيقة ، وأما . فإن للأخت النصف فرضا وللأم الثلث فرضا ، وتسمى المسألة فى هذه الحالة (القاصرة) وفيها يرد الباقى على أصحاب الفروض .

وقد تكون سهام الفريضة أكثر من أصل المسألة ، كما فى زوج وشقيقتين فإن أصل المسألة ستة ، ومجموع السهام سبعة ، وتسمى المسألة حينئذ (عائلة) فالعول فى اصطلاح الفرضيين هو أن يزاد على أصل المسألة شىء من أجزائه ــ كسدسه وثلثه ــ اذا ضاق الأصل عن الوفاء بالفروض المجتمعة فيه ، وحينئذ يهمل الأصل الأول ويعتبر مجموع السهام أصلا تقسم التركة بحسبه ، ليدخل النقص على كل وارث بنسبة نصيبه ، وهو مأخوذ من العول بمعنى الارتفاع يقال عال الميزان اذا ارتفع ، لأن بهذه الزيادة قد ارتفعت السهام إلى أكثر من أصل المسألة ، أو هو من العول بمعنى الميل أو الجور يقال : فلان يعول فى حكمه أى يميل جائراً ، لأن المسألة عالت على أهلها بالجور حتى نقصت من فروضهم .

فالعول لا يكون إلا عندما تتعدد الفروض ويضيق عنها أصل المسألة فحينئذ تقسم على مجموع السهام بعد العول حتى يدخل النقصان فى فرائض جميع الورثة على نسبة واحدة ، كما يقسم مال المدين بالحصص إذا ضاق المال عن الوفاء بجميع الديون وكما يقسم ثلث التركة بالحصص بين الوصايا إذا ضاق عنها جميعها .

فإذا كان الورثة زوجاً وأختين شقيقتين فأصل المسألة ستة ، للزوج النصف وهو ثلاثة وللأختين الثلثان وهو أربعة ومجموع السهام سبعة ، فيهمل الأصل ويجعل العول أصلا تقسم التركة بحسبه ، فتقسم أسباعاً

فيكون للزوج ثلاثة من سبعة بعد أن كان ثلاثة من ستة ، ويكون للأختين أربعة من سبعة بعد أن كان لهما أربعة من ستة .

وأول من قضى بالعول عمر بن الخطاب كما أوضحنا آنفاً إذ قد وقع فى عهده مسألة ضاق أصلها عن فرضها وكانت زوجاً وأختين فشاور الصحابة فيها فأشار العباس بن عبد المطلب بالعول ، وقال : أعيلوا الفرائض ، فأقره عمر على ذلك وقضى به وتابعه الصحابة عليه ، ولم ينكره إلا ابن عباس بعد وفاة عمر ، فسأله رجل عما يصنع بالفريضة إذا عالت فقال : أدخل النقص على من هو أسوأ حالا ، وهن البنات والأخوات لأبوين أو لأم ، فإنهن ينقلن من فرض مقدر إلى فرض غير مقدر .

ولاشك أن ما ذهب إليه الجماعة أعدل وأحكم ، لأن أصحاب الفروض المجتمعة فى التركة قد تساووا فى سبب الاستحقاق فيتساوون فى الاستحقاق وحينئذ يأخذ كل واحد منهم جميع حقه اذا اتسع المحل لذلك ، والا دخل النقص عليهم جميعاً بنسبة سهام كل واحد منهم كالدائنين إذا ضاق المال عن الوفاء بديونهم كاملة فانهم يتقاسمونه بالحصص ، وكأصحاب الوصايا إذا ضاق الثلث عن الوفاء بها كاملة فإنهم يتحاصون فيه .

هذا فضلا عما فى منهج ابن عباس رضى الله عنهما من التناقض فيما يبدو لنا بالنسبة لما ذهب إليه الجماعة وبالنسبة لما أخذ به هو نفسه رضى الله عنه حيث أدخل النقص هنا على الأخوات لأب وأم أو لأب دون الأخوات لأم ، ونظن أن الأخوات لأم أسوأ حالا من بقية الأخوات ، فإنهن يسقطن بالبنات والجد بالاتفاق بخلاف الأخوات لأب وأم أو لأب . ولهذا أخذ القانون بما ذهب إليه عمر وأقره على ذلك الصحابة والأئمة الأربعة .

(فرع) فى الأصول التى تعول

علمنا مما تقدم أن أربعة من أصول المسائل لا تعول أصلا وهى : ٢ ، ٣ ، ٤ ، ٨ وثلاثة منها قد تعول وهى : ٦ ، ١٢ ، ٢٤ فالستة تعول إلى ٧ ،

٨ ، ٩ ، ١٠ ، والاثنا عشر قد تعول إلى ١٣ ، ١٥ ، ١٧ . والأربعة والعشرون تعول إلى ٢٧ أفاده الشيخ عيسوى أحمد عيسوى .

واليك بعض الأمثلة من اختيارات الشيخ عيسوى أحمد عيسوى أيضاً :

١ – في زوج وأختين شقيقتين

الأنصباء :	١/٢	٢/٣	الأصل ٦
السهام :	٣	٤	وبالعول ٧

٢ – وفي زوج وأختين شقيقتين وأم

الأنصباء :	١/٢	٢/٣	١/٦	الأصل ٦
السهام :	٣	٤	١	تعول إلى ٨

٣ – وفي زوج وأختين شقيقتين وأخوين لأم

الأنصباء :	١/٢	٢/٣	١/٦	الأصل ٦
السهام :	٣	٤	٢	فالعول ٩

٤ – وفي زوج وأختين شقيقتين وأخوين لأم وأم

الأنصباء :	١/٢	٢/٣	١/٦	١/٦	الأصل ٦
السهام :	٣	٤	٢	١	وبالعول ١٠

٥ – وفي زوج وبنتين وأم

الأنصباء :	١/٤	٢/٣	١/٦	الأصل ١٢
السهام :				وبالعول ١٣

٦ – وفي زوجة وأختين شقيقتين وأخت لأم وأم

الأنصباء :	١/٤	٢/٣	١/٦	١/٦	الأصل ١٢
السهام :	٣	٨	٢	٢	وبالعول ١٥

٧ – وفى زوجة وأختين شقيقتين وأخوين لأم وأم

الأنصباء :	$\frac{١}{٤}$	$\frac{٢}{٣}$	$\frac{٢}{٦}$	$\frac{١}{٦}$	الأصل ١٢
السهام :	٣	٨	٤	١	وبالعول ١٧

٨ – وفى زوجة وبنتين وأب وأم

السهام :	$\frac{١}{٨}$	$\frac{٢}{٣}$	$\frac{١}{٦}$	$\frac{١}{٦}$	الأصل ٢٤
الأنصباء :	٣	١٦	٤	٤	وبالعول ٢٧

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وإن اجتمع فى شخص جهتا فرض كالمجوسى إذا تزوج ابنته فأتت منه ببنت ، فإن الزوجة صارت أم البنت وأختها من الأب ، والبنت بنت الزوجة وأختها ، فإن ماتت البنت ورثتها الزوجة بأقوى القرابتين وهى بكونها أما ، ولا ترث بكونها أختاً ، لأنها شخص واحد اجتمع فيه شيئان يورث بكل واحد منهما الفرض ، فورث بأقواهما ولم ترث بهما ، كالأخت من الأب والأم وإن ماتت الزوجة ورثتها البنت النصف بكونها بنتاً ، هل ترث الباقى بكونها أختاً ، فيه وجهان .**

(احدهما) لا ترث ، لما ذكرناه من العلة .

(والثانى) ترث ، لأن ارثها بكونها بنتا بالفرض وارثها بكونها أختا بالتعصيب لأن الأخت مع البنت عصبة ، فجاز أن ترث بهما كأخ من أم وهو ابن عم) .

الشرح كان فى بعض الشعوب القديمة إباحة التزوج بالابنة والأخت كالمصريين فقد كان فراعينهم يتزوجون بأخواتهم كزواج توت عنخ آمون من شقيقته نفرتيتى ، وكذلك فعل رعمسيس وغيره من هؤلاء ، وكذلك المجوس فى فارس وخراسان والهند ، وقد شبب المتنبى فى شعره وتغزل فى أخته فقال :

يا أخت معتنق الفوارس فى الوغى ... لأخوك ثم أرق منك وأرحم
يرنو إليك مع العفاف وعنده ... أن المجوس تصيب فيما تحكم

أما الأحكام . فانه اذا أدلى شخص بنسبين أو بسببين الى مورثه فانه يورث بكل واحد منهما فرضاً مقدراً مثل أن يتزوج المجوسى ابنته فأولدها بنتاً فلا خلاف أنهما لا يورثان بالزوجية ، وأما القرابة فإنهما قد صارتا أختين لأب وإحداهما أم الأخرى ، فإن مات الأب كان لابنتيه الثلثان وما بقى لعصبته ، فإن ماتت السفلى ورثتها الأخرى بأقوى القرابتين ، وهى كونها أماً ، وهكذا لو وطىء مسلم ابنته بشبهة فأتت ببنت فإنها بنتها وأختها لأب، فإن ماتت البنت السفلى ورثتها أمها بكونها أماً لا بكونها أختا ، وبه قال زيد بن ثابت ومن الفقهاء مالك . وذهب على وابن مسعود وابن أبى ليلى وأبو حنيفة وأصحابه إلى أنها ترث بالقرابتين . دليلنا أنهما قرابتان يورث بكل واحدة منهما فرض مقدر فوجب أن لا يرث بهما معاً ، كالأخت للأب والأم لا ترث بكونها أختاً لأب وأختا لأم وإن ماتت الأم ورثتها بكونها بنتاً النصف . وهل ترث الباقى بكونها أختا ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا ترث للعلة الأولى (والثانى) وهو قول أبى حنيفة أنها ترث بكونها بنتاً النصف بالفرض ، وترث بكونها أختاً الباقى بالتعصيب ، فجاز أن ترث بهما كأخ من أم هو ابن عم . وإن أتت منه بابن وابنة ثم مات الأب كان ماله لابنه وابنته للذكر مثل حظ الأنثيين . وان ماتت بعد ذلك البنت التى هى زوجة كان مالها لابنتها وابنها ولا يرثان بالأخوة .

وإن مات الابن وخلف أما وهى أخت لأب وأختاً لأب وأم فعندنا للأم الثلث ولا شىء لها بكونها أختا لأب ، وللأخت للأب والأم النصف والباقى للعصبة وعند أبى حنيفة للاخت للأب والأم النصف ، وللأم بكونها أماً السدس ، ولها بكونها أختاً لأب السدس فوافقنا فى الجواب وخالفنا فى المعنى والله أعلم .

جدول أصحاب الفروض وانصبتهم
حسب احوالهـــم

الوارث	حالاته	البيـــــان	ملاحظات
الزوج	له حالتان	١ ـ النصف فرضاً عند عدم الفـرع الوارث للزوجة ٢ ـ الربع فرضاً عند وجود الفـرع الوارث للزوجة	لا يحجب حجب
الزوجة	لها حالتان	١ ـ الربع فرضاً عند عدم الفـــرع الوارث للزوج . ٢ ـ الثمن فرضاً عند وجود الفـرع الوارث للزوج	حرمان حرمان
البنت الصلبية	لها ثلاث حالات	١ ـ النصف فرضاً للواحدة اذا لـم يكن معها معصب ٢ ـ الثلثـان للاثنتين فاكثر اذا لـم يكن معهن معصب ٣ ـ التعصيب مع الابن . للذكر مثل حظ الانثيين	حرمان حرمان حرمان
بنت الابن	لهن ست حالات	١ ـ النصف للواحدة اذا انفردت ولم يكن للمتوفى ابن ابن فى درجتهـا ولا بنت صلبية ٢ ـ الثلثـان للاثنتين فاكثر اذا لم يكن للمتوفى بنت صلبية او ابن ابن فى درجتهن ٣ ـ التعصيب اذا كان مع الواحـدة والأكثر ابن ابن فى درجتهـا ولم يكن للمتوفى ابن صلبى . ٤ ـ السدس للواحدة فأكثر مع البنت الصلبية وعدم وجود معصب . ٥ ـ الحجب بالصلبيتين وبنتى الابن الأعلى منها درجة اذا لم يوجـد معها معصب . ٦ ـ الحجب بالفرع الوارث المذكـر الأعلى منها درجة	تحجب حجب حرمان

الوارث	حالاته	البيـــــان	ملاحظات
الأب	له ثلاث حالات	١ ـ السدس فرضا مع الفرع الوارث المذكر ٢ ـ السدس فرضا والباقى تعصيبا مع الفرع الوارث المؤنث ٣ ـ التعصيب المحض عند عدم الفرع الوارث مطلقاً	لا يحجب حجب حرمان
الجـد الصحيح	له أربع حالات عند أبى حنيفة وخمس عند الصاحبين	١، ٢، ٣ ـ حالات الأب الثلاث عند عدم الأب ٤ ـ يحجب بالأب وبالجد الصحيح الأقرب منه ٥ ـ الارث بالمقاسمة أو بالسدس أيهما أفضل مع الاخوة والأخوات الأشقاء أو الأب على راى الصاحبين كما سنبين ذلك فى الكلام على ارث الجد مع الاخوة	يحجب حجب حرمان
الأم	لها ثلاث حالات	١ ـ السدس فرضاً مع الفرع الوارث مطلقا او مع اثنين فأكثر من الاخوة والأخوات مطلقاً ٢ ـ ثلث كل التركة عند عدم من ذكروا وعدم اجتماع أحد الزوجين مع الأبوين ٣ ـ ثلث الباقى من التركة فى المسألتين الغراوين وهما زوج وأبوين أو زوجة وأبوين	لا تحجب حجب حرمان
الجـدة الصحيحة	لها حالتان	١ ـ السدس للواحدة أو الأكثر اذا تساوين فى الدرجة ٢ ـ الحجب مطلقاً بالأم وبالجدة القربى . وحجب الأبوية بالأب والجد الذى تدلى به	تحجب حجب حرمان

الوارث	حالاته	البيـــــان	ملاحظات
الأخت الشقيقة	لها خمس حالات	١ ـ النصف للواحدة اذا لم يوجد معها معصب ٢ ـ الثلثان للأكثر اذا لم يوجد معهن معصب ٣ ـ التعصيب بالغير وذلك بالأخ الشقيق ٤ ـ التعصيب مع الغير وذلك مع الفرع الوارث المؤنث فتأخذ الباقى بعد أصحاب الفروض ٥ ـ حجبها بالأب والابن وابن الابن وان نزل بالاتفاق وبالجد الصحيح عند ابى حنيفة خلافا للصاحبين وبرأيهما أخذ القانون	تحجب حجب حرمان
الأخت لأب	لها سبع حالات	١ ـ النصف للواحدة ٢ ـ الثلثان للأكثر ٣ ـ التعصيب بالغير ويكون ذلك بالأخ لأب ٤ ـ التعصيب مع الغير وذلك مع البنت أو بنت الابن فتأخذ الباقى ٥ ـ السدس فرضا مع الأخت الشقيقة تكملة للثلثين ٦ ـ الحجب بالأب ، والابن ، وابن الابن وان نزل ، وبالأخ الشقيق وبالأخت الشقيقة اذا صارت عصبة مع الغير ٧ ـ حجبها بالأختين الشقيقتين اذا لم يكن معها معصب	تحجب حجب حرمان
الأخوة والأخوات لأم	لهم ثلاث	١ ـ السدس للواحد مذكراً كان أو مؤنثا ٢ ـ الثلث للأكثر مذكراً كان او مؤنثاً بالسوية ٣ ـ الحجب بالفرع الوارث مطلقا وبالأصل الوارث المذكر	يحجبون حجب حرمان

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب ميراث العصبة

(العصبة كل ذكر ليس بينه وبين الميت انثى وهم الأب والابن ومن يدلى بهما واولى العصبات الابن والأب لأنهما يدليان بأنفسهما ، وغيرهما يدلى بهما، فان اجتمعا قدم الابن لأن الله عز وجل بدا به فقال « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين » والعرب تبدأ بالأهم فالأهم ، ولأن الأب اذا اجتمع مع الابن فرض له السدس وجعل الباقى للابن ، ولأن الابن يعصب أخته والأب لا يعصب اخته ، ثم ابن الابن وان سفل لأنه يقوم مقام الابن فى الارث والتعصيب ثم الأب لأن سائر العصبات يدلون به ، ثم الجد ان لم يكن أخ لأنه أبو الأب ثم ابو الجد وان علا ، وان لم يكن جد فالاخ لانه ابن الاب ثم ابن الأخ وان سفل ثم العم لأنه ابن الجد ثم ابن العم وان سفل ثم عم الأب لأنه ابن ابى الجد ثم ابنه وان سفل ، وعلى هذا أبداً) .

فصل وان انفرد الواحد منهم اخذ جميع المال ، والدليل عليه قوله عز وجل : « ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك ، وهو يرثها ان لم يكن لها ولد » فورث الأخ جميع مال الأخت اذا لم يكن لها ولد ، وان اجتمع مع ذى فرض أخذ ما بقى لما رويناه من حديث جابر رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم ورث أخا سعد بن الربيع ما بقى من فرض البنات والزوجة ، فدل على ان هذا حكم العصبة .

فصل ان اجتمع اثنان قدم اقربهما فى الدرجة لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فهو لأولى عصبة ذكر » وان اجتمع اثنان فى الدرجة واحدهما يدلى بالأب والأم والآخر يدلى بالأب قدم من يدلى بالأب والأم ، لأنه أقرب ، وان استويا فى الدرجة والادلاء استويا فى الميراث لتساويهما) .

فصل ولا يعصب أحد منهم أنثى الا الابن وابن الابن والأخ فانهم يعصبون اخواتهم . فأما الابن فانه يعصب أخواته للذكر مثل حظ الأنثيين ، لقوله تعالى « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » وأما ابن الابن

فانه يعصب من يحاذيه من اخواته وبنات عمه ، سواء كان لهن شيء من فرائض البنات أو لم يكن .

وقال أبو ثور : اذا استكمل البنات الثلثين فالباقي لابن الابن ولا شيء لبنات الابن ، لان البنات لا يرثن بالبنوة أكثر من الثلثين ؛ فلو عصبنا بنت الابن بابن الابن بعد استكمال البنات الثلثين صار ما تأخذه بالتعصيب زيادة على الثلثين وهذا خطأ لقوله تعالى ((يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين)) والولد يطلق على الأولاد وأولاد الأولاد . والدليل عليه قوله تعالى : ((يا بنى آدم)) وقوله صلى الله عليه وسلم لقوم من أصحابه : ((يا بنى اسماعيل ارموا فان اباكم كان راميا)) ولأنه يقال لمن ينتسب الى تميم وطيىء بنو تميم وبنو طيىء .

وقوله : بانهن لا يرثن بالبنوة أكثر من الثلثين ، فانما يمتنع ذلك من جهة الفرض ، فأما فى التعصيب فلا يمتنع ، كما لو ترك ابنا وعشر بنات فان للابن السدس وللبنات خمسة أسداس وهو أكثر من الثلثين . وأما ابن ابن الابن وان سفل فانه يعصب من يحاذيه من اخواته وبنات عمه ، سواء بقى لهن من فرض البنات شيء أو لم يبق كما يعصب ابن الابن من يحاذيه . وأما من فوقه من العمات فينظر فيه فان كان لهن من فرض البنات من الثلثين أوالسدس شيء أخذ الباقى ولم يعصبهن لأنهن يرثن بالفرض ، ومن ورث بالفرض بقرابة لم يرث بالتعصيب بتلك القرابة ؛ وان لم يكن لهن من فرض البنات شيء عصبهن ، لما روى عن زيد بن ثابت رضى الله عنه أنه قال : اذا استكمل البنات الثلثين فليس لبنات الابن شيء الا أن يلحق بهن ذكر فيرد عليهن بقية المال اذا كان أسفل منهن رد على من فوقه ((للذكر مثل حظ الأنثيين)) وان كن أسفل منه فليس لهن شيء وبقية المال له دونهن ، ولأنه لا يجوز أن يرث بالبنوة مع البعد ، ولا يرث عماته مع القرب ، ولا يعصب من هو أنزل منه من بنات اخيه ، بل يكون الباقى له لما ذكرناه من قول زيد بن ثابت ، فان كن اسفل منه فليس لهن شيء وبقية المال له دونهن ، ولأنه عصبة فلا يرث معه من هو دونه كالابن مع بنت الابن وأما الأخ فانه يعصب أخواته ، لقوله تعالى :((وان كانوا أخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين)) .

فصل ولا يشارك أحد من العصبات أهل الفروض فى فروضهم الا ولد الأب والأم فانهم يشاركون ولد الأم فى ثلثهم فى المشتركة ، وهى زوج

وام او جدة واثنان من ولد الأم وولد الأب والأم ، واحداً كان أو أكثر . فيفرض للزوج النصف وللأم أو الجدة السدس ولولد الأم الثلث يشاركهم ولد الأب والأم فى الثلث ، لأنهم يشاركونهم فى الرحم الذى ورثوا بها الفرض ، فلا يجوز ان يرث ولد الأم ويسقط ولد الاب والأم كالأب لما شارك الأم فى الرحم بالولادة لم يجز أن ترث الأم ويسقط الأب ؛ وتعرف هذه المسئلة بالمشركة لما فيها من التشريك بين ولد الاب والأم وولد الام فى الفرض وتعرف بالحمارية فانه يحكى فيها عن ولد الأب والأم أنهم قالوا : احسب أن أبانا كان حماراً اليس امنا وأمهم واحدة) .

الشرح حديث سعد بن الربيع ومجىء امرأته للنبى صلى الله عليه وسلم تشكو أخاه ، مضى تخريجه . وحديث ابن عباس رواه الشيخان وأحمد فى مسنده وحديث « يا بنى إسماعيل ارموا » مضى تخريجه فى كتاب السبق والرمى ، أما العصبة فهى القرابة الذكور الذين يدلون بالذكور ، هذا معنى ما قاله علماء اللغة ، وهو جمع عاصب مثل كفرة جمع كافر ، وقد استعمل الفقهاء العصبة فى الواحد إذا لم يكن غيره لأنه قام مقام الجماعة فى إحراز جميع المال ، والشرع جعل الأنثى عصبة فى مسئلة الإعتاق وفى مسئلة من المواريث فقلنا بمقتضاه فى مورد النص ، وقلنا فى غيره : لا تكون المرأة عصبة لا لغة ولا شرعا . وعصب القوم بالرجل عصباً من باب ضرب أحاطوا به لقتال أو حماية ، فلهذا اختص الذكور بهذا الاسم لقوله عليه السلام : « فلأولى عصبة ذكر » فذكر صفة الأولى وفيه معنى التوكيد كما فى قوله تعالى « الهين اثنين » .

قال فى البيان : العصبة كل ذكر لا يدلى الى الميت بأنثى ، وانما سميت عصبة لأنه يجمع المال ويحوزه مشتق من العصابة لأنها تحيط بالرأس وتجمعه، والأصل فى توريث العصبة قوله تعالى : « ولكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والأقربون والذين عقدت أيمانكم » قال مجاهد : الأقربون ههنا هم العصبة .

أما اللغات فالعصبات جمع عصبة ، والعصبة أبوه وبنوه وقرابة أبيه وسموا عصبة لأنهم عصبوا بنسبه أى أحاطوا به حماية له ودفعاً عنه من

عصب القوم بفلان إذا أحاطوا به ، وهو جمع لا مفرد له من لفظه ، وقياسه عاصب مثل : فسقة وفاسق وكفرة وكافر وطلبة وطالب وكتبة وكاتب قال في المغرب : وكأنه جمع عاصب وإن لم تسمع به العرب ثم سمى به الواحد والجمع والمذكر والمؤنث تغليباً وقالوا في مصدر العصوبة وتطلق العصبة اصطلاحاً على الذكور الأقارب من جهة الأب والابن ، ومن في حكمهم من الإناث اللائى يعصبن بالغير أو مع الغير وتسمى هذه الطائفة عصبة نسبية ، وتطلق أيضاً على صاحب القرابة الحكمية التى جاءت بسبب الاعتاق وتسمى عصبة سببية .

أما الأحكام فإن الدليل على وجود العصبة قوله تعالى : « ولكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والأقربون والذين عقدت أيمانكم » ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم : (ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت فلأولى عصبة ذكر) .

ومن ثم كانت مرتبة العصبة في التركة بعد أصحاب الفروض إذا بقى شيء بعد استيفاء فروضهم ، وليس معنى ذلك أن جميع أصحاب الفروض أولى من العصبة في الاستحقاق فإن كثيراً من العصبة يحجبون كثيراً من أصحاب الفروض ، إما حجب حرمان أو حجب نقصان كالابن مثلا فانه يحجب الأخوات الشقيقات أو لأب أو لأم وبنات الابن حجب حرمان ، ويحجب الزوج والزوجة والأم حجب نقصان .

واذن يكون المقصود بتقديم أصحاب الفروض أن يأخذ أصحاب الفروض غير المحجوبين فروضهم أولا ثم ما بقي يكون للعصبة ، وليس المراد أن جميع أصحاب الفروض أحق بالميراث من جميع العصبات .

فرع أقسام العاصب ثلاثة : عصبة بالنفس ، وعصبة بالغير ، وعصبة مع الغير . فأما القسم الأول وهو العاصب بنفسه وهو القريب الذكر الذى يمكن نسبته إلى الميت بدون توسط أنثى فيشمل جميع الأقارب الذكور الذين يتصلون بالميت بغير واسطة أو بواسطة الذكور ، فمن كان من الذكور منتسباً إلى الميت بدون واسطة كالابن والأب فهو عاصب وكذلك

من انتسب منهم إلى الميت بواسطة الذكور وحدهم كابن الابن وأبى الأب والأخ لأب ، وكذلك من انتسب إلى الميت بواسطة الأنثى فقط من غير العصبات ، بل قد يكون من ذوى الفرائض كالأخ لأم ، أو من ذوى الأرحام كأبى الأم وابن البنت ، والأنثى لا تكون عصبة بنفسها سواء انتسبت إلى الميت بدون واسطة كالبنت والأم ، أو بواسطة المذكر كبنت الابن والأخت الشقيقة أو لأب .

وحكم العصبة بالنفس أنهم إذا انفردوا يأخذون التركة كلها بجهة واحدة هى جهة العصوبة ، ويأخذون الباقى منها بعد أصحاب الفروض إن وجدوا ، فإذا استغرقت الفروض جميع التركة فلا شىء لهم لقوله صلى الله عليه وآله وسلم (ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت فلأولى عصبة ذكر) رواه الشيخان وأحمد فى مسنده .

والعصبات بأنفسهم ينقسمون إلى أربعة أقسام مقدم بعضها على بعض فى الترتيب .

(أولها) جزء الميت وهم الابن وابن الابن وان نزل .

(ثانيها) أصوله ، وهم الأب والجد الصحيح وإن علا .

(ثالثها) جزء أبيه ، وهم الإخوة لأبوين أو لأب ثم بنوهم وإن نزلوا .

(رابعها) جزء جده وإن علا . وهم أعمام الميت وأعمام أبيه وأعمام جده وإن علا ، ثم بنوهم وإن نزلوا .

فجهات العصوبة بالنفس أربع : جهة البنوة بغير واسطة أو بواسطة ، وجهة الأبوة كذلك ، وجهة الإخوة وفروعها ، وجهة العمومة وفروعها .

فجهة البنوة مقدمة فى استحقاق الميراث بالعصوبة على جهة الأبوة ، وجهة الأبوة مقدمة على جهة الأخوة ، وهذه مقدمة على جهة العمومة فإذا كان العاصب واحداً أحرز التركة كلها أو ما أبقته الفرائض منها بدون احتياج

الى ترجيح • أما اذا كان العصبة أكثر من واحد ففى هذه الحالة يحتاج الى ترجيح بعضهم على بعض .

(فرع) فى الترجيح بين العصبات بالنفس

يكون الترجيح أولا بالجهة ، فاذا كان بعض العصبة من جهة البنوة ، والبعض الآخر من جهة الأبوة كان المقدم فى الميراث الذى يستحق بالعصوبة هم العصبة من جهة البنوة ، وإذا كان بعضهم من جهة الأبوة والآخر من جهة الأخوة قدم الأول على الثانى • واذا اجتمع العصبة من جهة الاخوة مع العصبة من جهة العمومة قدم أصحاب الجهة الأولى على الثانية .

فابن الميت وابن ابنه وان نزل مقدمان فى الميراث بالعصوبة على أصوله ، والأصول مقدمون على الاخوة وبنيهم ، وهؤلاء مقدمون على الأعمام وبنيهم فاذا مات شخص عن أب وابن كان الأب صاحب فرض هو السدس وكان الباقى للابن بالعصوبة ، وكذا الحال لو مات عن أب وابن ابن مهما نزل .

وإذا مات شخص عن أب وأخ شقيق أو لأب كان المال كله للأب بالعصوبة ولا شىء للأخ ، وإن مات عن أخ شقيق أو لأب وعم كان المال كله للأخ بالعصوبة ، ولا شىء للعم .

وإنما قدم البنون على الأب فى الميراث بالعصوبة لقوله تعالى: « ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد » فإنه يدل على أن الأب صاحب فرض مع الولد ، والولد عصبة فدل على تقدمه فى العصوبة • والسر فى هذا أن فروع الإنسان أشد اتصالا به من أصول ، وفى طباع الناس إيثار الولد بالمال على الوالد • وقدم بنو البنين وان نزلوا على الأب ، لأن سبب استحقاقهم أيضاً البنوة المقدمة على الأبوة .

ولا شك أن الأصول أقرب الى الانسان من الاخوة اذ هم الواسطة فى صلة الإخوة ، ولهذا قدموا عليهم فى الإرث ، ومثل ذلك يقال بالنسبة للإخوة مع الأعمام .

ثانى اسباب الترجيح بين العصبات : قرب الدرجة :

فاذا استوت العصبات فى الجهة كان الترجيح بقرب الدرجة الى الميت : فمن كان أقرب درجة قدم على غيره ، فيقدم الابن على ابن الابن ، والأب على الجد ، والأخ على ابن الأخ ، والعم على ابن العم ، وعم الميت على عم أبيه .

ثالث اسباب الترجيح بين العصبات : قوة القرابة :

فإذا استووا فى الجهة والدرجة معاً قدم الأقوى قرابة ، فيقدم صاحب القرابتين كالأخ الشقيق على صاحب القرابة الواحدة ، كالأخ لأب ، ويقدم ابن الأخ الشقيق على ابن الأخ لأب ، ويقدم العم لأبوين على العم لأب ويقدم ابن العم لأبوين على ابن العم لأب ،وكذا الحال فى عم أبيه وعم جده ، وهكذا الحكم فى فروعهم .

فالمعتبر دائماً فى الترجيح أولا هو الجهة ثم قرب الدرجة ، ثم قوة القرابة ، فإذا استووا فى الجهة والدرجة وقوة القرابة استحق الجميع على السواء . هذا وينبغى أن يعلم أن تأخير الإخوة عن الجد فى العصوبة هو مذهب الامام أبى حنيفة بناء على أن الاخوة يحجبون بالجد عنده كما يحجبون بالأب .

أما على قول الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد فالجد والإخوة بمنزلة واحدة فى العصوبة ، اذ ان الاخوة الأشقاء أو لأب لا يحجبهم من الأصول غير الأب عندهم وبهذا قال الصاحبان لأبى حنيفة أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيبانى وقانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ترتب العصبات على النحو التالى :

أولا : جزء الميت وهم البنون وأبناؤهم .

ثانياً : أبو الميت مباشرة .

ثالثاً : الجد الصحيح وان علا مع الاخوة لأبويه أو لأب دون بنيهم .

رابعاً : أبناء الإخوة .

خامساً : أعمام الميت وأعمام أبيه وجده مهما علا ثم بنوهم .

القسم الثانى (العصبة بالغير)

والعصوبة بالغير منحصرة فى أربع نسوة من صواحب الفروض وهن اللاتى فرضهن النصف عند التفرد والثلثان عند التعدد :

(الأولى) البنت الصلبية واحدة أو أكثر ، إذ للواحدة النصف وللاثنين الثلثان فرضاً ، وهذه تصير عصبة بالابن الصلبى دون غيره ، فإذا اجتمع معها أخوها انتقلت من أصحاب الفروض إلى العصبة ، وتكون فى الميراث على النصف من أخيها .

(الثانية) بنت الابن مهما نزل أبوها واحد أو أكثر فان حالها فى الفرضية كحال البنت الصلبية عند عدمها وعدم الابن الصلبى ، وهذه تصير عصبة بأخيها وبمن فى درجتها من أبناء عمومتها مطلقاً ، أى سواء كانت وارثة لو لم يكن معها معصب أم محجوبة كما لو اجتمعت مع بنتين صلبيتين وتصير أيضاً عصبة بمن هو أنزل منها فى الدرجة اذا كانت محجوبة عن الميراث بدونه ، لأنها محتاجة إليه ، أما إذا كانت وارثة بدونه ـ كما لو اجتمعت مع صلبية واحدة ، فإنه لا يعصبها لعدم حاجتها إليه كما أشرنا اليه فى أحوال بنات الابن .

(الثالثة) الأخت لأبوين ، اذ للواحدة النصف فرضا ، وللاثنتين الثلثان عند عدم الابن والبنت وبنت الابن ، وهذه يعصبها الأخ الشقيق فقط ، فترث معه ميراث العصبات ، ولا تصير عصبة بالأخ من الأب ولا بابن الأخ

(الرابعة) الأخت لأب واحدة أو أكثر فإن حالها كحال الأخت لأبوين

عند عدمها ، وهذه تصير عصبة بالأخ من الأب وان كان غير شقيق لها كحال الأخت لأبوين عند عدمها وهذه تصير عصبة بالأخ من الأب ، وإن كان غير شقيق لها ، لأنه يساويها فى الدرجة وقوة القرابة ، وتصير عصبة أيضاً بابن الأخ فى الأصح إذا كانت محجوبة بالأختين الشقيقتين ـ خلافاً لقانون المواريث المشار اليه آنفا حيث قصر تعصيب الأخت لأب على الأخ لأب دون ابن الأخ فإذا صار هؤلاء النسوة عصبة بغيرهن انتقلن من صاحبات فروض الى الميراث بالعصوبة فيأخذن مع من يعصبهن من الرجال كل التركة أو ما بقى منها بعد أصحاب الفروض للذكر مثل حظ الأنثيين ، والدليل على صيرورة البنات وبنات الابن عصبة قوله تعالى « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين » وعلى صيرورة الأخوات قوله تعالى : « وان كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين » فان النص لم يبين سهما معيناً للبنات والأخوات عند اجتماعهن باخوتهن فدل ذلك على كونهن عصبات .

أما اذا لم تكن الأنثى صاحبة فرض واجتمعت مع أخيها العاصب فانه لا يعصبها ، فالميراث له دونها ، وذلك كالعمة مع العم ، وبنت العم مع ابنه وبنت الأخ مع ابنه ، لأن النص وارد فى تعصيب البنات بالبنين والأخوات بالإخوة ، وكل من البنات والأخوات من أصحاب الفروض فلا يتناول من لا فرض لها من الإناث .

القسم الثالث (العصبة مع الغير)

العصبة مع الغير هى كل أنثى لها فرض مقدر فى الأصل وتحتاج فى عصوبتها الى أنثى أخرى لم تشاركها فى تلك العصوبة ، وتنحصر فى اثنتين من أصحاب الفروض هما الأخت الشقيقة والأخت لأب إذا لم يكن مع الواحدة منهما معصب من الذكور ، ووجدت مع بنت صلبية أو أكثر أو بنت ابن أو أكثر مهما نزل أبوها ، أو هما معاً ، ففى هذه الحالة ترث الأخت أو الأكثر بالتعصيب ، فتأخذ الباقى من التركة بعد فرض البنت أو بنت الابن ، وإذا استغرقت الفروض كل التركة فلا شىء لها لأنها صارت عصبة ،

فهى مؤخرة فى الترتيب عن أصحاب الفروض . والدليل على تعصيب الأخوات مع البنات وبنات الابن أنه صلى الله عليه وسلم قضى فى بنت وبنت ابن وأخت فأعطى البنت النصف وبنت الابن السدس والباقى للأخت وهو مروى فى صحيح البخارى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه وظاهر مما تقدم أن هناك فرقاً بين العصبة بالغير والعصبة مع الغير ، إذ فى العصبة بالغير يكون ذلك الغير عصبة بنفسه فتتعدى بسببه العصوبة إلى الأنثى ويرثان معاً بالتعصيب . أما الغير فى العصبة مع الغير فليس عصبة ، بل هى أنثى صاحبة فرض فليست سبباً فى تعصيب الأخت وإنما وجودها شرط فيه .

مسألة إذا اجتمعت العصبة بالنفس مع العصبة بالغير أو مع الغير فالترجيح فيها يكون عند اتحاد الجهة والدرجة بقوة القرابة من الميت لا يكون عصبة بالنفس ، ولهذا إذا اجتمع أخ لأب وأخت شقيقة وبنت كان للبنت النصف فرضاً ، والباقى للأخت الشقيقة بالتعصيب ، ولا شىء للأخ من الأب مع أنه عصبة بنفسه وهى عصبة مع الغير هكذا أفاده الشيخ عيسوى أحمد عيسوى .

(فرع) فى الادلاء بجهتين

قد يتصل الوارث بالمورث من جهتين كأخ لأم هو ابن عم وكابن عم هو زوج وكأم أم الأم التى هى أم أبى الأب أيضاً فهل يرث بالجهتين معاً ؟

والجواب أنه إن ترتب على اختلاف الجهة اختلاف صفة الوارث إذا انتسب إلى الميت كأخ لأم هو ابن عم وابن عم هو زوج فانه يرث بالجهتين معاً إذا لم يكن هناك مانع من الإرث بهما أو بأحدهما ، وهذا لأنهما سببان مختلفان يثبت الإرث بكل منهما عند الانفراد ، فكذا يثبت الإرث بهما عند الاجتماع ، فلو ماتت امرأة عن بنت ، وزوج ابن عم يكون للبنت النصف فرضاً ، وللزوج الربع فرضاً باعتباره زوجا وله الباقى تعصيبا باعتباره ابن عم .

ولو توفيت امرأة عن ابنى عم أحدهما زوج يكون للزوج النصف فرضا والباقى بينه وبين ابن العم الآخر بالسوية تعصيباً . ولومات شخص عن زوجة ، وأخ لأم هو ابن عم يكون للزوجة الربع فرضاً ، وللأخ للأم السدس فرضاً ، وله الباقى تعصيبا باعتباره ابن عم .

وفى أخ شقيق وأخ لأم هو ابن عم يكون للأخ السدس فرضاً ولا يرث باعتباره ابن عم لحجبه بالأخ الشقيق ، ولو توفى شخص عن بنت وأخ لأم هو ابن عم يكون النصف فرضاً والباقى لابن العم تعصيبا ولا يرث بوصفه أخاً لأم ، لأنه محجوب بالفرع الوارث .

أما إذا لم يترتب على اختلاف الجهة اختلاف صفة الوارث كانت الجهتان فى الحكم كجهة واحدة كما فى الجدة ذات القرابتين ، فانها اذا اجتمعت مع جدة ذات قرابة واحدة كان السدس بينهما بالسوية ، وهذا هو مذهب أبى يوسف .

مسائل على ما تقدم

فى أب وأم وابن وبنت : للأب السدس فرضاً وللأم السدس كذلك والباقى للابن والبنت للذكر ضعف الأنثى فهى من ثمانية عشر للأم ثلاثة وللأب ثلاثة وللبنت أربعة وللابن ثمانية .

وفى أب ، وأم وأم أب ، واخوة أشقاء ، واخوة لأم يكون للأم السدس فرضاً والباقى للأب تعصيباً ولا شىء لأم الأب ولا للإخوة جميعا لحجبهم بالأب .

وفى جد صحيح ، وأم وبنت ابن يكون لبنت الابن النصف فرضاً وللأم السدس فرضاً ، وللجد السدس فرضا والباقى تعصيبا .

وفى بنت ، وأخت شقيقة ، وأخت لأم ، وأخ لأم ؛ وأخت لأب ؛ وأخ لأب يكون للبنت النصف فرضاً ،وللشقيقة الباقى تعصيباً ، ولا شىء للأخت

والأخ لأم لحجبها بالبنت ، ولا للأخ والأخت لأب لحجبهما بالشقيقة التى صارت عصبة مع البنت .

وفى أخ شقيق وعم يكون الكل للأخ الشقيق لأن جهة الأخوة مقدمة على جهة العمومة وفى أخ لأب وابن أخ شقيق يكون الجميع للأخ لأب لأنه أقرب درجة من ابن الأخ الشقيق .

وفى ابن وابن ابن يكون الجميع للابن ولا شىء لابن الابن ميراثاً لأنه محجوب بالابن ويكون له وصية واجبة فى حدود الثلث حسب قانون المواريث فى مصر .

وفى عم لأب وابن عم شقيق يكون الجميع للعم ، لأنه أقرب درجة .

وفى بنت وبنت ابن وابن ابن وأخ شقيق يكون للبنت النصف فرضاً والباقى لبنت الابن وابن الابن تعصيباً وهى من ستة للبنت ثلاثة ولابن الابن اثنان ولبنت الابن واحد ولا شىء للأخ لحجبه بابن الابن .

وفى زوج ، وأم ، وأخوين لأم ، وأخ شقيق يكون للزوج النصف فرضاً وللأم السدس فرضاً وللاخوة الثلاثة الثلث يقسم بينهم بالسوية .

المسألة المشتركة

وفى زوج وجدة صحيحة وأخت شقيقة ، وأخوين لأم يكون للزوج النصف فرضاً ، وللجدة السدس فرضا وللأخت الشقيقة النصف فرضاً وللأخوين الثلث وهى من ستة تعول الى تسعة = ثلاثة للزوج وواحد للجدة وثلاثة للأخت الشقيقة واثنان للاخوين سهم لكل واحد منهما .

وفى أخت شقيقة وأخت وأخ لأب ، وأخوين لأم وأم ، يكون للشقيقة النصف فرضاً وللأخوين لأم الثلث فرضا ، وللأم السدس فرضاً ولا شىء للأخ والأخت من الأب ، لأن الأخت عصبها أخوها وقد استغرقت الفروض

التركة فلم يبق شيء للعصبة وهى من ستة ثلاثة للشقيقة وللأخوين لأم اثنان وللأم سهم ولم يبق شيء للعصبة •

اذا ثبت هذا فأقرب العصبة الابن وان سفل ثم الأب قال المسعودى : ومنهم من لا يسمى الابن عصبة وليس بشيء والدليل على أن الابن أقرب تعصيباً من الأب قوله تعالى « يوصيكم الله فى أولادكم » فبدأ بذكر الولد قبل الوالد والعرب لا تبدأ إلا بالأهم فالأهم ، ولأن الله تعالى فرض للأب مع الولد السدس فدل على أن الابن أسقط تعصيب الأب ، لأنه إنما يأخذ السدس بالفرض ، ولأن الابن يعصب أخته بخلاف الأب ، فإن عدم البنون وبنوهم وإن سفلوا كان التعصيب للأب وكان أحق من سائر العصبات لأن سائر العصبات يدلون به ، فإن عدم الأب كان التعصيب للجد إن لم يكن أخ لأنه يدلى بالأب ثم لأب الجد وإن علا [مع الاخوة للأم والأب أو للأب ويقدمون على بنى الاخوة وبنو الاخوة] يقدمون على الأعمام ، وان لم يكن جد وهناك أخ لأب وأم أو لأب كان التعصيب له لأنه يدلى بالأب . فإن أخ لأب وأم وأخ لأب فالأخ للأب والأم أولى لما روى على رضى الله عنه اجتمع الجد والأخ كان المال بينهما عندنا على ما يأتى بيانه ، وإن اجتمع أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالدين قبل الوصية ، وقال : ان أعيان بنى الأخ يتوارثون دون بنى العلات يرث الرجل أخاه لأبيه وأمه دون أبيه » ولأنه يدلى بقرابتين فكان أولى ممن يدلى بقرابة ، فإن عدم الأخ للأب والأم كان التعصيب للأخ للأب ، ويقدم على ابن الأخ للاب والأم لأنه أقر [فان عدم الأخ للأب فالتعصيب لابن الأخ للأب والأم فان عدم فلابن الأخ للاب فان عدم فللأعمام بنيهم] •

فان عدم الأعمام وبنوهم [فلأعمام الأب وبنيهم فان عدموا] كان التعصيب لأعمام الجد الأقرب فالأقرب منهم ، ثم بعدهم يكون لبنيهم وعلى هذا فإذا انفرد الواحد من العصبة أخذ جميع المال لقوله تعالى « إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك ، وهو يرثها ان لم يكن لها ولد » فورث الأخ جميع مال الأخت ، وإن كان هناك اثنان من العصبة فى درجة واحدة اقتسما المال بينهما لاستوائهما فى النسب . وإن كان مع

العصبة من له فرض أعطى صاحب الفرض فرضه وكان الباقي للعصبة لما ذكرناه فى حديث ابنتى سعد بن الربيع وزوجته وأخيه ، ويعصب الابن أخته وأخواته ، لقوله تعالى : « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » وكذلك ابن الابن يعصب أخواته لقوله تعالى « يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة » إلى قوله تعالى « وإن كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين » وما عدا هؤلاء من العصبة لا يعصب أخواته لأنه لا فرض لهن عند انفرادهن فلم يعصبهن .

فرع وإن ماتت امرأة وخلفت زوجا وأما واثنين من ولد الأم وأخا وأختاً لأب وأم كان للأم السدس وهو سهم من ستة ، وللزوج النصف ثلاثة وللأخوين للأم الثلث سهمان ويشاركهما فى هذين السهمين الأخ والأخت للأب والأم يقتسمونه بينهم الذكر والأنثى فيه سواء . وتصح من اثنى عشر للأم سهمان وللزوج ستة ولكل واحد من الاخوة والأخت سهم ؛ وبه قال عمر وعثمان وابن مسعود وزيد بن ثابت وشريح ومالك وإسحاق .

وقال على بن أبى طالب وابن عباس وأبو موسى الأشعرى وأبى بن كعب والشعبى والثورى وأبو حنيفة وأصحابه وأحمد : يسقط الأخ والأخت للأب والأم . دليلنا : أنها فريضة جمعت ولد أم وولد أب وأم يرث كل واحد منهما إذا انفرد ؛ فإذا ورث ولد الأم لم يسقط ولد الأب والأم كما لو انفرد ولد الأم وولد الأب والأم ؛ ولم يكن معهم ذو سهم غيرهم ؛ وهذه المسألة تعرف بالحمارية لأنه يحكى فيها أن ولد الأب قالوا : هب أن أبانا كان حماراً أليس أمنا وأمهم واحدة ؟ وتعرف بالمشركة أيضاً لما فيها من التشريك بين الإخوة للأم والإخوة للأب والأم فى الثلث ؛ وقد مضى لنا فى العول تفصيل يشرح مسائل هذه الفصول فلا يجمل التكرار .

وقال فى الرحبية :

وإن تجد زوجاً وأماً ورثا ... وإخوة لأم حازوا الثلثا
وإخوة أيضا لأم وأب ... واستغرقوا المال بفرض النصب

فاجعلهـــم كلهـــم لأم واجعل أباهـم حجراً فى اليـم
واقسم على الإخوة ثلث التركة فهـــذه المسـئلة المشـتركة

فـــرع فى ايضاح المشركة أو الحجرية :

من القواعد المقررة فى الميراث أن العاصب ذكراً كان أو أنثى لا يرث إلا بعد استيفاء أصحاب الفروض غير المحجوبين فروضهم ؛ فإذا استغرقت الفرائض جميع التركة فلا شىء للعاصب عملا بقوله صلى الله عليه وسلم (ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت فلأولى عصبة ذكر) متفق عليه من حديث ابن عباس وهذه القاعدة مطردة فى جميع مسائل المواريث باتفاق العلمـاء عدا مسـألة واحدة وقع فيها الخلاف ، وهو أن يجتمع فى المسـألة عاصب هو أخ شقيق ــ معه أخت شقيقة أولا ــ مع زوج وعدد من أولاد الأم ، وصاحبة سهم من أم أو جدة صحيحة ، ففى هذه الصورة نجد أن الفرائض قد استغرقت جميع التركة فهل يحرم الأشقاء ــ وهم عصبة ــ فى هـــذه الحالة من الميراث تطبيقا لتلك القاعدة المأخوذة من الحديث المتقدم ؟ .

ذهب بعض الصحابة منهم على وابن مسعود وابن عبـاس وأبو موسى الأشعرى وأبى بن كعب إلى إسقاط العصبة وهم الأشقاء مادام لم يبق شىء من التركة بعد أنصباء ذوى الفروض ، لأن للزوج النصف فرضاً وللأم أو الجدة السدس فرضاً ولأولاد الأم الثلث فرضا لم يبق شىء للعاصب ، والى هذا الرأى ذهب أبو حنيفة وأحمد وكثير من الفقهـاء دليلهـم ما ورد فى الكتاب العزيز .

وعن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قضى أولا باسقاط الأشقاء ولم يشركهم مع الإخوة لأم فى الإرث ثم عرضت عليه مسألة مشابهة للأولى فهم أن يقضى فيها بمثل ما قضى أولا ، فقيل له : يا أمير المؤمنين هب أن أباهم كان حجراً ملقى فى اليم أليست أمهم واحدة ؟ تشرك بينهم فى الإرث فقضى بارثهم مع أولاد الأم فى الثلث يقسم بينهم جميعاً بالسـوية ، لا فـرق بين ذكورهم وإناثهم ، كأنهم جميعاً إخوة لأم ، ووافقه على ذلك زيد بن ثابت وجمع من الصحابة ، ووافقنا على القول به مالك رحمه الله والنظـر يقضى

برجحان الرأى الذى يسوى بين أولاد الأم والأولاد من الأبوين فى الميراث فى هذه الحالة لاستوائهم فى القرابة من جهة الأم وقرابة الأب إن لم يزدهم قرباً واستحقاقا فلا ينبغى أن تكون سببا فى اسقاطهم ، وعلى هذا : اذا ماتت امرأة وتركت زوجاً وأما وأخوين لأم وأخا شقيقا وأختا شقيقة كان للزوج النصف فرضاً ، وللأم السدس فرضا ، وللاخوة والأخت جميعا الثلث يقسم بينهم بالسوية ، لا فرق بين ذكورهم وإناثهم .

وتسمى هذه المسألة (المشرَّكة) بصيغة البناء للمفعول مع تشديد الراء المفتوحة ، وذلك للتشريك فيها بين جميع الاخوة فى الثلث ، وتسمى أيضاً (المشتركة) بمعنى المشترك فيها ، والحجرية نسبة إلى قولهم : هب أن أبانا كان حجراً فى اليم ، أليست أمنا واحدة .

الموجود من ولد الأم واحداً فقط لأنه يرث السدس فلا تكون الفروض مستغرقة للتركة بل يبقى منها سدس يكون للأشقاء بالتعصيب ، وكذلك لا تتحقق اذا كان الموجود من العصبة اخوة الميت من جهة الأب فقط .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان اجتمع فى شخص واحد جهة فرض وجهة تعصيب كابن عم هو زوج أو ابن عم هو أخ من أم ورث بالفرض والتعصيب لأنهما ارثان مختلفان بسببين مختلفين ، فان اجتمع ابنا عم أحدهما أخ من الأم ورث الأخ من الأم السدس والباقى بينه وبين الآخر . وقال أبو ثور : المال كله للذى هو أخ من الأم لأنهما عصبتان يدلى أحدهما بالأبوين والآخر بأحدهما فقدم من يدلى بهما كالأخوين أحدهما من الأب والآخر من الأب والأم ، وهذا خطأ لأنه استحق الفرض بقرابة الأم فلا يقدم بها فى التعصيب كابنى عم أحدهما زوج .**

فصل **وان لاعن الزوج ونفى نسب الولد انقطع التوارث بينهما لانتفاء النسب بينهما ، ويبقى التوارث بين الأم والولد لبقاء النسب بينهما ، وان مات الولد ولا وارث له غير الأم كان لها الثلث وان أتت بولدين توأمين فنفاهما**

الزوج باللعان ثم مات احدهما وخلف أخاه ففيه وجهان (أحدهما) أنه يرث ميراث الاخ من الام لانه لا نسب بينهما من جهة الأب فلم يرث بقرابته كالتوامين من الزنا اذا مات احدهما وخلف أخا (والثانى) أنه يرثه ميراث الأخ من الأب والأم لأن اللعان ثبت فى حق الزوجين دون غيرهما ، لهذا لو قذفها الزوج لم يحد ولو قذفها غيره حد ، والصحيح هو الأول ، لأن النسب قد انتفى بينهما فى حق كل واحد كما انقطع الفراش بينهما فى حق كل احد كما يجوز لكل أحد أن يتزوجها .

فصـــل وان كان الوارث خنثى ، وهو الذى له فرج الرجال وفرج النساء فان عرف انه ذكر ورث ميراث ذكر . وان عرف أنه أنثى ورث ميراث انثى . وان لم يعرف فهو الخنثى المشكل وورث ميراث أنثى فان كان أنثى وحده ورث النصف ، فان كان معه ابن ورث الثلث وورث الابن النصف لأنه يقين ووقف السدس لأنه مشكوك فيه ، وان كانا خنثيين ورثا الثلثين لأنه يقين ووقف الباقى لأنه مشكوك فيه ، ويعرف أنه ذكر أو أنثى بالبول ، فان كان يبول من الذكر فهو ذكر ، وان كان يبول من الفرج فهو أنثى ، لما روى عن على كرم الله وجهه أنه قال : « يورث الخنثى من حيث يبول » وروى عنه أنه قال : « ان خرج بوله من مبال الذكر فهو ذكر ، وان خرج من مبال الأنثى فهو أنثى . لأن الله تعالى جعل بول الذكر من الذكر، وبول الأنثى من الفرج ، فرجع فى التمييز اليه » وان كان يبول منهما نظرت فان كان يبول من احدهما اكثر فقد روى المزنى فى الجامع أن الحكم للأكثر ، وهو قول بعض أصحابنا ، لأن الأكثر هو الأقوى فى الدلالة (والثانى) أنه لا تعتبر الكثرة لأن اعتبار الكثرة يشق فسقط ، وان لم يعرف بالبول سئل عما يميل اليه طبعه ، فان قال أميل الى النساء فهو ذكر وان قال أميل الى الرجال فهو أنثى وان قال أميل اليهما فهو المشكل ، وقد بيناه ومن أصحابنا من قال : ان لم يكن فى البول دلالة اعتبر عدد الأضلاع ، فان نقص من الجانب الأيسر ضلع فهو ذكر ، فان أضلاع الرجل من الجانب الأيسر أنقص ، فان الله عز وجل خلق حواء من ضلع آدم الأيسر ، فمن ذلك نقص من الجانب الأيسر ضلع . ولهذا قال الشاعر :

هى الضلع العوجاء لست تقيمها ... ألا أن تقويم الضلوع انكسارها
أتجمع ضعفاً واقتداراً على الفتى؟ ... أليس عجيباً ضعفها واقتدارها)

الشرح قوله « توأمين » وأحدهما توأم ، ولا يقال للاثنين توأم ، على ما إشتهر على ألسنة العامة خطأ ، وإنما يقال للواحد توأم وللاثنين توأمان كالذكر والأنثى يقال لهما زوجان وكل واحد منهما زوج ، والأنثى توأمة والجمع توائم وتؤام كدخان . قال الشاعر :

قالت لنا ودمعها تؤام على الذين ارتحلوا سلام

أما الأحكام إذا اجتمع فى شخص واحد جهتان من جهات الإرث كابن ابن عم هو أخ لأم وابن ابن عم آخر للأخ السدس والباقى بينهما وعند ابن مسعود الكل للأخ وسقط الآخر وإن كان أحدهما ابن أخ لأم فلا شيء له بقرابة لأن ابن الأخ للأم من ذوى الأرحام ، وإن كان عمان .

(أحدهما) خال لأم لم يرجح بخئولته وقيل على قياس ابن مسعود وجهان :

(أحدهما) لا يرجح بها .

(والثانى) يرجح بها على العم الذى هو من أب فيأخذ المال لأنه ابن الجد والجدة ، والآخر ابن الجد لا غير . وإن كان العم الآخر من أبوين دليلنا : أن كل من تحققت حياته بعد انفصاله وجب أن يرث كما لو خرج فى ابنى عم أحدهما خال أو ابنى ابنى عم أحدهما خال فأما على قول عامة الصحابة فلا أثر لهذا عندهم (أفاده ابن قدامة فى المغنى وقال : ابنا عم أحدهما زوج فللزوج النصف والباقى بينهما نصفين عند الجميع ، فان كان الآخر أخا من أم فللزوج النصف وللأخ السدس والباقى بينهما أصلها من ستة للزوج أربعة وللأم اثنان وترجع بالاختصار إلى ثلاثة وعند ابن مسعود الباقى للأخ فتكون من اثنين لكل واحد منهما سهم .

ثلاثة بنى عم أحدهم زوج والآخر أخ لأم فللزوج النصف وللأخ السدس والباقى بينهما على ثلاثة أصلها من ستة يضرب فيها الثلاثة تكون ثمانية عشر للزوج النصف تسعة وللأخ ثلاثة يبقى ستة بينهم على ثلاثة

فيحصل للزوج أحد عشر وهى النصف والتسع ، وللثالث التسع سهمان فإن كان الزوج ابن عم لأبوين فالباقى كله له ، وإن كان هو والثالث من أبوين فالثلث فالنصف الباقى بينهما وتصح من ستة للزوج الثلثان ولكل واحد من الآخرين سدس ، وابن فى جميع ذلك يجعل الباقى بعد فرض الزوج للذى هو أخ من أم .

فرع فى المسائل التى خالف فيها عبد الله بن مسعود رضى الله عنه .

هى ست مسائل (احداهن) هذه • (والثانية) فى بنت وبنات ابن وابن ابن الباقى عنده للابن دون أخواته (الثالثة) فى أخوات الأبوين وأخوات لأب الباقى عنده للأخ دون أخواته (والرابعة) بنت وابن ابن وبنات ابن عنده لبنات الابن الأضر بهن من السدس أو المقاسمة (الخامسة) أخت لأبوين وأخ وأخوات لأب للأخوات عنده الأضر بهن من ذلك (السادسة) كأن يحجب الزوجين والأم بالكفار والعبيد والقاتلين و يورثهم كما مر آنفاً .

(وبالجملة) فإذا ماتت امرأة وخلفت ابنى عم أحدهما زوج ورث الزوج النصف بالفرض والباقى بينه وبين الآخر بالتعصيب • وان مات رجل وخلف ابنى عم أحدهما أخ لأم فان للذى هو أخ لأم السدس بالفرض والباقى بينه وبين الآخر نصفان بالتعصيب ، وبه قال على وزيد بن ثابت ومالك والأوزاعى والثورى وأبو حنيفة . وذهب عمر وابن مسعود وشريح وأبو ثور أن المال كله لابن العم الذى هو أخ لأم من الرجال الأقربين ، فينبغى أن يكون له نصيب ولأنه يدلى بنسب يفرض له به فوجب أن لا يقوى به تعصيبه أحدهما زوج .

فرع وإذا قذف رجل امرأته بالزنا وانتفى عنه نسب ولدها ، ونفاه باللعان فإن النسب ينقطع بين الأب والولد فلا يثبت بينهما توارث ، لأن الإرث بينهما بالنسب ولا نسب بينهما بعد اللعان ، ولا ينقطع التوارث بين الولد والأم لأنه لا ينتفى عنها ، فان ماتت الأم ورث ولدها جميع مالها إن كان ذكراً ، وإن مات الولد ولم يخلف غير الأم كان لها الثلث والباقى

لمولاه ان كان له مولى ، وان لم يكن له مولى كان الباقى لبيت المال ، وان كان له أخ كان له السدس ولأمه الثلث والباقى لمولاه أو لبيت المال ، وإن كان له أخوان لأب وأم كان لأمه السدس ولأخويه لأبيه وأمه الثلث والباقى لبيت المال ، وبه قال ابن عباس وزيد بن ثابت ، وهى إحدى الروايتين عن على .

وقال أبو حنيفة : يكون للأم فرضها ويأخذ الباقى بالإرث بناء على أصله فى ذلك ، وذهب ابن مسعود إلى أن الأم عصبة له فتأخذ ثلثها بالفرض والباقى بالتعصيب . وذهب بعض الناس إلى أن عصبته عصبة الأم . دليلنا ما روى البخارى ومسلم عن الزهرى عن سهل بن سعد الساعدى أنه قال : فرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الرجل والمرأة ــ يعنى باللعان ــ وكانت حاملا فانتفى حملها فكان الولد يدعى لأمه ، وجرت السنة أن يرثها وترث منه ما فرض الله لها ، والذى فرض الله للأم من الولد الثلث أو السدس ، فالظاهر يقتضى أنها لا تزاد على ذلك ولأن من ورث سهما من فريضة لم يستحق زيادة عليه إلا بتعصيبه قياساً على الزوجة ، ولأن الأم لو كانت عصبة لم يسقطها المولى لأن العصبة لا تسقط بالمولى فدل على أنها ليست بعصبة .

وأما الدليل على أن عصبتها ليس عصبة لولدها أن الأم ليست عصبة للولد فلم يكن من يدلى بها عصبة له كابن الأخ للأم .

اذا ثبت هذا فإن حكم ولد الزنا حكم ولد الملاعنة لأنه ثابت النسب من أمه وغير ثابت النسب من أبيه فكان حكمه حكم ولد الملاعنة .

فــــرع وإن أتت المرأة بولدين توأمين من الزنا ، أو أتت امرأة رجل بولدين توأمين فنفاهما الأب باللعان انقطع التوارث بينهما وبين الأب لما ذكرناه فى الولد ولا ينقطع التوارث بينهما وبين الأم .

وأما إرث أحدهما من الآخر فهل يتوارثان بكونهما أخوين لأم لا غير ؟ أو بكونهما أخوين لأب وأم ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يتوارثان بكونهما أخوين لأب وأم ، ولأن حكم اللعان انما يتعلق بالزوجين دون غيرهما ، ألا ترى أن الزوج اذا قذفها بعد اللعان لم يحد ، وإذا قذفها غيره حد .

(والثانى) أنهما يتوارثان بكونهما أخوين لأم لا غير وهو الأصح ، لأن نسبهما قد انقطع عن الأب فكيف يتوارثان به ؟ .

وقد روى أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه جعل ميراث ابن الملاعنة لأمه ولورثتها من بعدها » .

فرع إذا مات ميت وخلف وارثاً خنثى ــ وهو الذى له ذكر رجل وفرج امرأة ــ فإن كان يبول من الذكر لا غير فهو رجل ، وإن كان يبول من الفرج لا غير فهو امرأة ، لما روى عن على كرم الله وجهه أنه قال : « إن خرج بوله من مبال الذكر فهو ذكر . وإن خرج من مبال الانثى فهو أنثى ولأن الله تعالى أجرى العادة فى الرجل أنه يبول من ذكره وأن الأنثى تبول من فرجها فنرجع فى التمييز إليه .

وإن كان يبول منهما سواء أو خلق الله له موضعاً آخر يبول منه فهو مشكل وإن كان يبول منهما إلا أنه يبول من أحدهما أكثر ففيه وجهان :

(أحدهما) يعتبر بالأكثر لأنه أقوى فى الدلالة .

(والثانى) لا يعتبر به ، ولأن اعتبار ذلك يشق . وحكى أن أبا حنيفة سئل عن الخنثى المشكل فقال : يحكم بالمبال ، وقال أبو يوسف : ان كان يبول بهما قال : لا أدرى قال أبو يوسف : لكنى أرى أن يحكم بأسبقهما بولا . قال أبو حنيفة أرأيت لو استويا فى الخروج ؟ فقال أبو يوسف بأكثرهما ، فقال أبو حنيفة يكال أو يوزن ؟ فسكت أبو يوسف .

وقال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الخنثى يورث من حيث يبول .

وممن روى عنه ذلك على ومعاوية وسعيد بن المسيب وجابر بن زيد وأهل الكوفة وسائر أهل العلم .

وقال ابن قدامة فى المغنى : قال ابن اللبان : روى الكلبى عن أبى صالح عن ابن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن مولود له قبل وذكر من أين يورث ؟ قال : من حيث يبول » وروى أنه عليه السلام أتى بخنثى من الأنصار فقال : « ورثوه من أول ما يبول منه » .

قلت : وان لم يكن فيه دلالة من المبال فهل يعتبر فيه نبات اللحية ونهود الثديين وعدد الأضلاع ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يعتبر بنبات اللحية للرجال ونهود الثديين للنساء ، وإن استوت أضلاعه من الجانبين فهو امرأة . وإن نقص أحد جانبيه ضلعاً فهو رجل ، لأن المرأة لها فى كل جانب سبع عشرة ضلعاً ، والرجل من الجانب الأيمن سبعة عشر ضلعاً ومن الجانب الأيسر ستة عشر ضلعا ، لأنه يقال ان حواء خلقت من ضلع من جانب آدم الأيسر ، فلذلك نقصت من الجانب الأيسر من الرجال ، وراثة عن أبيهم .

ومنهم من قال : لا يعتبر بذلك ، وهو قول أكثر أصحابنا لأن اللحية قد نبتت لبعض النساء ولا تنبت لبعض الرجال ، وروى أن بعض الرجال كان له ثدى يرضع به فى مجلس هارون الرشيد ، وأما اعتبار الأضلاع فإنه يشق ولا يتوصل إلى ذلك إلا بالتشريح الطبى وقد يخفى الضلع فلا يمكن اعتبار ذلك .

اذا ثبت هذا أو تعذر اعتباره من هذه الأشياء فإنه يرجع إلى قوله وإلى ماذا يميل طبعه ، فإن قال أميل الى جماع النساء فهو رجل ، وإن قال أميل الى جماع الرجال فهو امرأة وليس ذلك مميزاً له وإنماهو سؤال له عن ميلاد طبعه ، فان أخبر بأحدهما ثم رجع عنه لم يقبل رجوعه لأنه اذا أخبر تعلقت به أحكام ، وفى قبول قوله فى الرجوع إسقاط لتلك الأحكام فلم يجز . والإنسان وقد خلق الله فيه مركبات من الغدد التى منحها سبحانه

خصائص الذكورة وأخرى منحها خصائص الأنوثة ، فبعض هذه الغدد له إفرازات فى الجسم ونشاط فى تشكيل شكل الجسم ، فغدد الأنوثة يتضح عملها بتأثير قدرة الله تعالى فى كبر الأرداف وتنوء الثديين وتجرد الوجه من الشعر كاللحية والشارب ، ورخامة الصوت فى لين ونعومة وارتخاء .

أما غدد الذكورة فيتضح عملها بتأثير قدرة الله تعالى فى إنبات اللحية والشارب وضمور الأرداف وامتشاق الجسم وغلظ شعر الرجل وخشونته عن شعر المرأة ، وخشونة صوت الرجل واستقامة نبراته وصحة نطقه ، وهذه الغدد يكون مركزها فى بيضتى المذاكير عند الرجال ومبائض المرأة القريبه من رحمها ، وقد قرأنا كثيراً من أخبار اللائى يتحولن من الاناث الى الذكران ، والذين يتحولون من الذكر اناثا ويحدث اشكال فى تغيير هوياتهم وشهادات ميلادهم وشهادات دراساتهم ، وسبيل الطب إلى تحويل هؤلاء هو دراسة أعضائهم السفلى ، وتحديد النشاط الغالب على هذه الغدد فقد تكون مذاكير الرجل مطوية فى عمق يظن أنه فرج ثم يقوم الطبيب باجراء جراحة يخلص بها مذاكير الرجل الذى كان فى نظر الناس امرأة لاختفاء مذاكيره وانعكاسها إلى أسفل ، وقد تكون غدد الأنوثة أقوى بمعنى أن تكون له مبايض امرأة مرتخية فى شكل الانثيين للرجل ولكن تصرفات هذا الشخص وميوله تنبىء عن أنوثة حبيسة حتى إذا أجريت له جراحة لوضع غدده فى مكانها الطبيعى صار امرأة .

أما بعد : فقد وصل الطب إلى تحديد حقيقة الخنثى المشكل بالأشعة والتشريح ودراسة الظواهر الخارجية التى تدل على اتجاه الغدد نحو الأنوثة أو الذكورة ، فإذا رؤى اختفاء الشارب واللحية وبروز الثديين واختفاء المذاكير وتغير الصوت وكبر الأرداف عرفنا أنه امرأة وإذا عملت للشخص جراحة تخلص من الإشكال وكذلك إذا كان نشاط الغدد عكس ما قررنا كان للجراحة أيضاً دورها فى تحديد نوع الشخص كرجل .

بقى بعد ذلك حكم الفقهاء فى كثير من الصور الشاذة التى يحتمل وقوعها ولا يحيل العقل أو العلم حدوثها .

قال المسعودى : ان قال : أنا رجل فزوج بامرأة فحبلت امرأته وحبل هو تبينا أنه امرأة وإن كان نكاحه باطلا وأن ولد المرأة غير لاحق به لأن حمله يدل على الأنوثة قطعاً .

وإن قال الخنثى : أنا أشتهى جماع الرجال والنساء أو لا أشتهى واحداً منهما فهو مشكل ، والحكم فى توريث المشكل أنه يعطى ما يتبين أنه له ، وإن كان معه ورثة أعطى كل واحد منهم ما يتيقن أنه له وهو أقل حقيه ووقف الباقى حتى يتبين أمر الخنثى بأى طريق من الطرق والتى أضبطها وأدقها طرق الطب الحديث التى يمتزج فيها علم النفس مع وظائف الأعضاء والتشريح ، وإن مات ميت وخلف ابنا خنثى مشكلا لا غير أعطى نصيب مآله ، وان كانا خنثيين أعطيا الثلثين ووقف الباقى الى أن يتبين أمرهما أو يصطلحوا عليه .

وقال أبو حنيفة : يعطى الخنثى المشكل ما يتبين أنه له ، ويصرف الباقى إلى العصبة ، وخرج ابن اللبان وجها آخر وليس بمشهور ، وذهبت طائفة من البصريين الى أنه اذا خلف ابنا خنثى مشكلا لا غير أعطى ثلاثة أرباع المال .

واختلفوا فى تنزيل حاله ، فمنهم من قال : يترك حاله لأنه يحتمل أن يكون ذكراً فيكون له جميع المال ، ويحتمل أن يكون أنثى فيكون له نصف المال ، والباقى للعصبة ، فالنصف متيقن له والنصف الآخر يتنازعه هو والعصبة فيكون بينهما .

ومنهم من قال : ينزل لأنه يحتمل أن يكون ذكراً فيكون له جميع المال ، ويحتمل أنه أنثى فيكون له نصف المال فأعطى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى دليلنا أنه يحتمل أن يكون ذكراً ويحتمل أن يكون أنثى فأعطيناه اليقين وهو ميراث الأنثى لأنه متيقن له ولم نورثه ما زاد لأنه توريث بالشك، وعلى أبى حنيفة أنا لا نتيقن استحقاق العصبة للموقوف له فلم يجز ذلك إليهم .

قال فى الرحبية :

وإن يكن فى مستحق المال ... خنثى صحيح بين الأشكال
فاقسم على الأقل واليقين ... تحظ بحق القسمة والتبيين
واحكم على المفقود حكم الخنثى ... إن ذكراً يكون أو هو أنثى
وهكذا حكم ذوات الحمل ... فابن على اليقين والأقل

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان مات رجل وترك حملا وله وارث غير الحمل نظرت ، فان كان له سهم مقدر لا ينقص كالزوجة دفع اليها الفرض ، ووقف الباقى الى أن ينكشف ، وان لم يكن له سهم مقدر كالابن وقف الجميع لأنه لا يعلم أكثر ما تحمله المرأة ، والدليل عليه أن الشافعى رحمه الله قال : دخلت الى شيخ باليمن لأسمع منه الحديث فجاءه خمسة كهول فسلموا عليه وقبلوا رأسه ثم جاءه خمسة شباب فسلموا عليه وقبلوا رأسه ، ثم جاءه خمسة فتيان فسلموا عليه وقبلوا رأسه ، ثم جاءه خمسة صبيان فسلموا عليه وقبلوا رأسه ، فقلت : من هؤلاء ؟ فقال : أولادى كل خمسة منهم فى بطن ، وفى المهد خمسة أطفال .

وقال ابن المرزبان : اسقطت امرأة بالانبار كيسا فيه اثنا عشر ولداً كل اثنين متقابلان .

فاذا انفصل الحمل واستهل ورث لما روى سعيد بن المسيب رحمة الله عليه عن أبى هريرة رضى الله عنه أنه قال : أن من السنة ان لا يرث المنفوس ولا يورث حتى يستهل صارخاً ، فان تحرك حركة حى او عطس ورث ، لأنه عرف حياته فورث كما لو استهل ، وان خرج ميتاً لم يرث لأنا لا نعلم انه كان وارثا عند موت مورثه ، وأن تحرك حركة مذبوح لم يرث لأنه لم تعرف حياته ، وان خرج بعضه وفيه حياة مات قبل خروج الباقى لم يرث لأنه لا يثبت له حكم الدنيا قبل انفصال جميعه ، ولهذا لا تنقضى به العدة ولا يسقط حق الزوج عن الرجعة قبل انفصال جميعه) .

الشرح حديث أبى هريرة بلفظه هكذا مرفوع المعنى لقوله : من السنة ، وقد ورد الحديث مرفوع اللفظ فى سنن أبى داود عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إذا استهل المولود ورث » .

وعن سعيد بن المسيب عن جابر بن عبد الله والمسور بن مخرمة قالا « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يرث الصبى حتى يستهل » ذكره أحمد بن حنبل من رواية ابنه عبد الله وأخرجه أيضاً الترمذى والنسائى وابن ماجه والبيهقى بلفظ « إذا استهل السقط صلى عليه وورث » وفى إسناده إسماعيل بن مسلم وهو ضعيف .

قال الترمذى : وروى مرفوعا والموقوف أصح ، وبه جزم النسائى . وقال الدارقطنى فى العلل : لا يصح رفعه . وحديث أبى هريرة عند أبى داود فى إسناده محمد بن إسحاق وفيه مقال معروف ، وقد روى عن ابن حبان تصحيح الحديث . وقد تقدم فى كتاب الجنائز الكلام على السقط ، وقد اختلف فى الأمر الذى تعلم به حياة المولود فأهل الفرائض قالوا بالصوت أو الحركة ، وهو قول الكرخى . وروى عن على وزفر والشافعى. وروى عن ابن عباس وجابر وشريح والنخعى ومالك وأهل المدينة أنه لا يرث ما لم يستهل صارخاً .

قال العمرانى فى البيان : إن مات وخلف حملا وارثاً نظرت ــ فإن استهل صارخا ــ فانه ــ يرث سواء كان فيه روح حال موت مورثه أو كان يومئذ نطفة لما روى أبو الزبير عن جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إذا استهل الصبى ورث وصلى عليه » . وقال الشيخ أبو حامد : ولا خلاف فى هذا ، وإن خرج ولم يستهل ولكن علمت حياته بحركة أو غير ذلك، ثم مات فانه يرث عندنا ، وبه قال أبو حنيفة . وقال مالك : لا يرث .

دليلنا : أن كل من تحققت حياته بعد انفصاله وجب أن يرث كما لو خرج واستهل صارخاً ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم إنما نص على الاستهلال لأن ذلك يعلم به الحياة ، فكل ما علمت به الحياة كالحركة والبكاء قام

مقامه ، وإن خرج ميتا لم يرث ، لأنا لا نعلم أنه نفخ فيه الروح وصار من أهل الميراث أو لم ينفخ . وإن انفصل ميتاً وتحرك بعد الانفصال حركة لا تدل على الحياة لم يرث . لأن بهذه الحركة لم تعلم حياته لأن المذبوح قد يتحرك واللحم قد يختلج ولا روح فيه ، وان خرج بعضه فصرخ ثم مات قبل أن ينفصل لم يرث لأنه ما لم ينفصل جميعه لا تثبت له أحكام الدنيا .

اذا ثبت هذا فما حكم مال الميت قبل انفصال الحمل ؟ ينظر فيه ، فان كان مع الحمل وارث له فرض لا ينقص الحمل عنه كالزوج والزوجة والأم والجدة أعطى صاحب الفرض فرضه ووقف الباقى من ماله ، وإن كان الوارث معه ممن لا سهم له مقدر كالابن والابنة ، فاختلف أصحابنا فيه ، فذهب المسعودى وابن اللبان وغيرهما إلى أنه يدفع إلى الابن الموجود خمس المال ويوقف الباقى .

وحكى الشيخ أبو حامد أن هذا مذهب أبى حنيفة لأن أكثر ما تلد المرأة فى بطن أربعة أولاد . وقال الشيخان أبو حامد الاسفراييني وأبو إسحاق المروزى : لا يعطى الابن الموجود شيئاً من المال بل يوقف جميعه . وحكى المسعودى أن هذا مذهب أبى حنيفة . وقال محمد بن الحسن : يدفع إليه ثلث المال أكثر ما تلده المرأة اثنان . وقال أبو يوسف : يدفع اليه نصف المال لأن الظاهر أنها لا تلد أكثر من واحد .

فإذا قلنا : إنه يوقف جميع المال فوجهه أنه لا يعلم أكثر ما تحمله المرأة ، وحكى عن الشافعى رضى الله عنه أنه قال : قدمت اليمن عند شيخ بها أسمع عليه الحديث . قال ابن بطال : هذا الشيخ من بادية صنعاء من قرية تسمى خيرة . قال الشافعى : فبينما هو جالس على بابه اذ جاء خمسة كهول الى آخر ما قال ووجه سوق القصة أن بعض النساء يمكن أن تلد خمسة توائم ، وقد طالعتنا الانباء منذ حين قريب بامرأة ولدت ستة توائم . وحكى ابن المرزبان أنه قال : أسقطت امرأة عندنا بالأنبار كيساً به اثنا عشر ولداً كل اثنين متحاذيان ، فعلم أنه ليس لما تلده المرأة حد ، واستطراداً على مناسبة

الكيس فإن ولدينا الأنور وعبد الناصر قد رزقنى الله بهما توأمين ؛ وكان الأنور فى كيس رائق شفاف فتبارك الله أحسن الخالقين •

فـــرع ميت مات فقالت امرأة حامـل : إن ولدت أنثى لم ترث منه ، وإن ولدت ذكراً ورث منه ، وان ولدت ذكراً وأنثى ورث الذكر دون الانثى فهذه امرأة أخ الميت أو امرأة ابن أخيه أو امرأة عمه أو امـــرأة ابن عمه .

وان قالت : وان ولدت أنثى ورثت وان ولدت ذكراً لم يرث وان ولدت ذكراً وأنثى لم يرثا ، فهذه امرأة ماتت وخلفت زوجاً وبنتا وأبوين وزوجة ابنها حاملا من ابنها ، وان ولدت ذكراً وأنثى لم يرثا كما قررنا •

وان قالت امرأة حامل : ان ولدت ذكراً ورث وان ولدت أنثى لم ترث ، وان ولدت ذكراً وأنثى ورثا ، فهذا ميت مات وخلف بنتين وزوجة ابن حاملا منه ، أو ميت مات وخلف أختين لأب وأم وزوجة أب حاملا منه •

ولو قالت الحامل : ان ولدت ذكـراً ورث وورثت معـه ، وان ولدت ذكراً وأنثى ورثا وورثت معهما ، وان ولدت أنثى لم ترث ولم أرث ، فهـذا رجل مات وخلف ابنتين وابنة ابن حاملا من ابن ابن آخر قد مات •

ولو قالت الحامل : إن ولدت أنثى ورثت وورثت معهـا وإن ولدت ذكراً أو ذكراً وأنثى لم يرث واحد منا ، فهذه امـرأة ماتت وخلفت ابنـة وأبوين وزوجاً وهذه الحامل ابنة ابن ابن هذه الميتة من ابن ابن لها آخر ، أفاده العمرانى .

فـــرع إن مات رجل وخلف أخا [لأب وأم أو لأب] وامرأة حاملا فولدت ابنا وبنتاً فاستهلا ثم مات أحدهما ثم ماتت المرأة بعده ثم مات الولد الآخر ولم يعلم أيهما مات قبل الأم ، قال ابن اللبان : وقـد قيـل القياس لا يرث الولدان أمهما ، ولا ترثهما لأنه لا يعلم على الانفراد أيهما مات قبلها

كالغرقى ، فيكون ثمن المرأة لعصبتها والسبعة الأثمان التى للولدين للأخ بميراثه منهما .

وقيل بل ينزل فيقال : إن كان الذى مات قبل المرأة هى البنت . فالمال كله للأخ وان كان الذى مات قبل المرأة هو الابن ورثت المرأة منه ثلث سهامه وهو أربعة أسهم وثلثا سهم من أربعة وعشرين . وورثت الاخت نصفها والعم سدسها ، فلما ماتت المرأة كان ما بيدها وهو سبعة أسهم وثلثا سهم بين ابنتها وعصبتها نصفين ، فيصبح لعصبتها ثلاثة أسهم وخمسة أسداس ، فلما ماتت البنت صار ما فى يدها للعم ، فاجتمع للعم بميراثه من الابن والبنت عشرون سهما وسدس سهم ، وهذا نصيب الأخ بيقين والباقى من المال وهو ثلاثة أسهم وخمسة أسداس سهم لعصبة المرأة ، فيوقف ذلك حتى يصطلحا عليه ، فتضرب الفريضة وهى أربعة وعشرون فى مخرج السدس وهو ستة ، فذلك مائة وأربعة وأربعون .

فائدة ذكر بعض العلماء هنا لغزاً عظيما ناظماً له بقوله :

قاضى المسلمين انظر لحالى ... وافتنى بالصحيح واسمع مقالى
مات زوجى وهمنى بعد بعلى ... كيف حال النساء بعد الرجال
صير الله فى حشايا جنينا ... لا حرام بل هو بوطء حلال
فلى النصف إن أتيت بأنثى ... ولى الثمن إن يكن من رجال
ولى الكل إن أتيت بميت ... هذه قصتى ففسر سؤالى

والجواب أن يقال هذه امرأة اشترت رقيقا وأعتقته ثم تزوجت به فحملت منه ثم مات وهى حامل منه فإن وضعت أنثى فلها النصف فرضاً لأنها بنت الميت ولهذه الزوجة الثمن فرضاً والباقى تعصيبا وإن كان المولود ذكراً فلها الثمن فقط والباقى للولد تعصيباً ، وإن يكن الحمل ميتا أخذت جميع المال تعصيباً وفرضا لأن لها الربع فرضا بالزوجية والباقى بالولاء تعصيبا حيث لا وارث له من النسب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان مات رجل ولم تكن له عصبة ورثه المولى المعتق كما ترثه العصبة على ما ذكرناه فى باب الولاء فان لم يكن له وارث نظرت ، فان كان كافراً صار ماله لمصالح المسلمين ، وان كان مسلما صار ماله ميراثا للمسلمين ، لانهم يعقلونه اذا قتل ، فانتقل ماله اليهم بالموت ميراثا كالعصبة ، فان كان للمسلمين امام عادل سلم اليه ليضعه فى بيت المال لمصالح المسلمين وان لم يكن امام عادل ففيه وجهان :

(احدهما) انه يرد على اهل الفرض على قدر فروضهم الا على الزوجين، فان لم يكن اهل الفرض قسم على ذوى الأرحام على مذهب اهل التنزيل ، فيقام كل واحد منهم مقام من يدلى به ، فيجعل ولد البنات والأخوات بمنزلة امهاتهم ، وبنات الاخوة والاعمام بمنزلة آبائهم ، وابو الام والخال بمنـــزلة الام ، والعمة والعم من الام بمنزلة الاب ، لان الامة اجمعت على الارث باحدى الجهتين ، فاذا عدمت احداهما تعينت الأخرى .

(الثانى) وهو المذهب : انه لا يرد على اهل السهام ، ولا يقسم المال على ذوى الارحام ، لانا دللنا انه للمسلمين ، والمسلمون لم يعدموا ؛ وانما عدم من يقبض لهم فلم يسقط حقهم ، كما لو كان الميراث لصبى وليس له ولى ، فعلى هذا يصرفه من فى يده المال الى المصالح) .

الشرح الأحكام : إن مات ميت وخلف من الورثة من له فـرض لا يستغرق جميع ماله كالأم والابنة والأخت ، فإن صاحب الفرض يأخـذ فرضه وما بقى عن فرضه يكون لعصبته إن كان له عصبة ، وإن لم يكن له عصبة كان للمولى إن كان له مولى ، وإن لم يكن له مولى كان الباقى لبيت المال ، فيصرف إلى الإمام ليصرفه فى مصالح المسلمين . وبه قال زيد بن ثابت والزهرى والأوزاعى ومالك .

وذهب على بن أبى طالب كرم الله وجهـه إلى أنه يـرد ذلك إلى ذوى الفروض إلا على الزوجين فانه لا يرد عليهما ، فإن لم يكن له أحد من أهل الفروض صرف ذلك إلى ذوى الأرحام ، فيقام كل واحد من ذوى الأرحام

مقام من يدلى به ، وبه قال الثورى وأبو حنيفة وأصحابه ، واختاره بعض أصحابنا إذا لم يكن هناك إمام عادل ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم أقر أن تحوز المرأة ثلاثة مواريث عتيقها ولقيطها وابنهـا الذى لاعنت به ، فأخبر أنها تحوز ميراث ابنها الذى لاعنت عليه ، وهذا نص .

ودليلنا قوله تعالى : « يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك » ولم يفـرق بين أن يكون هناك وارث غيرها أو لم يكن . فمن قال : إن لها جميع المـال فقـد خالف ظاهر القرآن ، وكذلك جعل للابنتين الثلثين ولم يفرق ، ولأن كل مـن استحق من فريضة سهما مقدراً لم يرث شـيئاً آخـر إلا بتعصيب كالزوج والزوجة . فعلى هذا ان كان هناك امام عادل يسلم المال اليه ، وان لم يكن هناك إمام عادل صرفه من هو بيده الى مصالح المسلمين ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الجـد والاخـوة

اذا اجتمع الجد أو أبو الجد وان علا مع ولد الأب والأم أو ولد الأب ، ولم تنقصه المقاسمة من الثلث ، قاسمهم وعصب اناثهـم ، وقال المـزنى يسقطهم ، ووجهه أن له ولادة وتعصيباً بالرحم ، فأسقط ولد الأب والأم كالأب ، وهذا خطأ لأن ولد الأب يدلى بالأب فلم يسـقطه الجـد كأم الأب ، ويخالف الأب ، فان الأخ يدلى به ، ومن أدلى بعصبة لم يرث معه كابن الأخ مع الأخ ، وأم الاب مع الاب ، والجد والاخ يدليان بالأب فلم يسقط أحدهما الآخر ، كالأخوين مـن الأب وأم الأب مع الجد ، ولأن الأب يحجب الام مـن الثلث الى ثلث الباقى مع الزوجين ، والجد لا يحجبها .

فصـل **وان اجتمع مع الجد ولد الأب والأم وولد الأب عاد ولد الأب والأم الجد بولد الأب ، لأن من حجب بولد الأب والام وولد الاب اذا انفـرد حجب بهما اذا اجتمعا كالام ، فان كان له جد واخ من أب وأم ، واخ من أب ، قسم المال على ثلاثة أسهم ، للجد سهم ، ولكل واحد من الأخوين سـهم ،**

ثم يرد الاخ من الاب سهمه على الاخ من الاب والام ، لانه لا يرث معه فلم يشاركه فيما حجبا عنه ، كما لا يشارك الاخ من الاب ، الاخ من الاب والام فيما حجبا عنه الام ، وتعرف هذه المسئلة بالمعادة لان الاخ من الاب والام عاد الجد بالاخ من الاب ، ثم اخذ منه ما حصل له ، وان اجتمع مع الجد اخ من الاب واخت من الاب والام قسم المال على خمسة اسهم ، للجد سهمان وللاخ سهمان وللاخت سهم ، ثم يرد الاخ على الاخت تمام النصف وهو سهم ونصف ، وياخذ ما بقى وهو نصف سهم ، لأن الاخ من الاب انما يرث مع الاخت من الاب والام ما يبقى بعد استكمال الاخت النصف ، وتصح من عشرة وتسمى عشرية زيد رضى الله عنه ، وان اجتمع مع اختين من الاب واختين من الاب والام قسم المال بينهم على ستة اسهم ، للجد سهمان ، ولكل اخت سهم ، ثم ترد الاختان من الاب جميع ما حصل لهما على الاختين من الاب والام ، لانهما لا يرثان قبل ان تستكمل الاختان من الاب والام الثلثين) .

الشرح اتفق فقهاء الصحابة ومن بعدهم من التابعين وأئمة المذاهب على أن الاخوة والأخوات لأم يسقطون بالجد الصحيح كما يسقطون بالأب ، واختلفوا فى سقوط الإخوة والأخوات لأبوين أو لأب بالجد .

فذهب فريق من الصحابة والتابعين ــ منهم أبو بكر وابن عباس وابن عمر وعائشة وشريح والحسن وابن سيرين رضى الله عنهم إلى سقوطهم بالجد كما يسقطون بالأب وإليه ذهب أبو حنيفة . وذهبت طائفة منهم على وزيد ابن ثابت وابن مسعود رضى الله عنهم إلى أنهم لا يسقطون بالجد ، بل يشاركونه فى الميراث ، وإليه ذهب مالك والشافعى وأحمد ، وأبو يوسف ومحمد صاحبا أبى حنيفة .

وكان عمر بن الخطاب رضى الله عنه يرى الرأى الأول فى أول أمره فقد قال لعلى وزيد بن ثابت : لولا رأيكما لاجتمع رأيى ورأى أبى ، كيف يكون ابنى ولا أكون أباه ، ولكنه عدل عن هذا الرأى واتفق مع على وزيد ابن ثابت فى رأيهما .

احتج الأولون بأن لفظ الأب فى اللغة يطلق على الجد كما فى قوله تعالى « يا بنى آدم لا يفتننكم الشيطان كما أخرج أبويكم من الجنة »

وقوله تعالى : « واتبعت ملة آبائى إبراهيم واسحق ويعقوب » وحيث كان الجد أبا فانه يقوم مقام الأب عنده فقده فيحجب ولد الأب كما يحجبهم الأب لو كان موجوداً .

واحتجوا ثانيا بأن منزلة الجد من الميت كمنزلة ابن الابن منه ، فكما أن ابن الابن يقوم مقام أبيه فى حجب إخوة المتوفى ، فكذلك أبو الأب يقوم مقام الأب فى حجبهم ، لذلك قال عمر فى محاجة على وزيد : كيف يكون ابنى ولاأكون أباه ؟ أى كيف يتصور أن يكون ابن الابن ابنا فيحجب إخوة الجد ، ثم لا يكون أبو الأب أبا ليحجب إخوة الحفيد ، وقال ابن عباس : ألا يتقى الله زيد بن ثابت يجعل ابن الابن ابناً ولا يجعل أبا الأب أبا ؟

واحتج أصحابنا ومن قال بقولهم :

(أولا) بأن ارث الاخوة ثبت بالكتاب فلا يحجبون الا بنص أو اجماع ولم يوجد من ذلك شىء .

(ثانياً) كلا من الجد والاخوة يدلى الى الميت بالأب ، فالجد أبوه والأخ ابنه فهم متساوون فى درجة القرابة فيتساوون كذلك فى الاستحقاق، ويجاب عما استدل به الفريق الأول بأن تسمية الجد أبا فى الآية من باب المجاز وذلك لا يقتضى أن مثله من كل الوجوه كما أن الجدة تسمى أما ، ولكنها معاملة الأم عند عدمها بالاتفاق .

فرع فى مذاهب الصحابة رضى الله عنهم فى ميراث الجد مع الاخوة ، ذهب على بن أبى طالب رضى الله عنه إلى أن للجد مع الإخوة والأخوات ثلاث حالات :

(الحالة الأولى) أن يكون مع الجد إخوة لأبوين أو لأب ذكوراً فقط أو ذكوراً وإناثاً وفى هذه الحالة يكون الجد كأخ شقيق مع الأشقاء ، وكأخ لأب مع الاخوة لأب فيرث بالتعصيب ويقاسمهم مادامت القسمة خيراً له من السدس وإلا أعطى السدس فرضاً ، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون معهم أصحاب فروض آخرون غير البنات أو لا .

(الحالة الثانية) أن يكون مع الجد أخوات يرثن بالفرض كأخت شقيقة أو لأب أو أختين ولا معصب ، وفى هذه الحالة يأخذ الأخوات فرضهن ويرث الجد الباقى بالتعصيب إذا كان ذلك خيراً له من السدس ، وإلا أخذ السدس وورث الأخوات الباقى .

(الحالة الثالثة) أن يكون مع الجد أخوات وفرع وارث مؤنث فللبنات فرضهن وللجد السدس والباقى للأخوات ، ولا يحسب الإخوة أو الأخوات لأب المحجوبون بالأشقاء على الجد فى المقاسمة عند الإمام على .

ومذهب زيد بن ثابت أن للجد مع الاخوة حالتين :

(الأولى) إذا لم يكن معهم أحد من أصحاب الفروض ، وفى هذه الحالة يكون للجد الأفضل من أمرين ، المقاسمة أو ثلث جميع المال ، يعنى أن الجد يقاسم الإخوة ذكوراً أو إناثاً أو مختلطين ، بأن يجعل كأحد الإخوة ما لم تنقصه المقاسمة عن الثلث وإلا فرض له الثلث وما بقى يكون للإخوة .

(الحالة الثانية) إذا كان معهم ذو فرض من الأم ، والجدة ، والبنت ، وبنت الابن ، والزوج والزوجة . وفى هذه الحالة إن استغرقت الفروض التركة أو بقى منها السدس أو أقل كان للجد السدس فرضاً ، ولا شىء للإخوة ، وإن بقى من التركة أكثر من السدس فللجد الأحسن من أمور ثلاثة : المقاسمة أو ثلث ما يبقى ، أو سدس جميع التركة ، وعند زيد أن الاخوة المحجوبين يحسبون على الجد فى المقاسمة ، ففى جد ، وأخ شقيق ، وأخ لأب يدخل الأخ لأب فى المقاسمة فيقسم المال أولا على ثلاثة فيكون للجد ثلثه ثم يأخذ الأخ الشقيق ما بيد الأخ من الأب ، لأنه محجوب به فيحرز الشقيق الثلثين .

ومذهب عبد الله بن مسعود أن الجد لا يعصب الإناث من الأخوات المنفردات عن الجد من بنى الأعيان ، وإذا ورث الجد بالمقاسمة لم ينقص نصيبه بها عن الثلث فإن نقص عنه جعل فرضه الثلث والله تعالى أعلم .

(فرع) فيما قدره القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ م

للجد مع الإخوة حالتان :

الأولى : أن يكون الموجود من الإخوة أو الأخوات وارثاً بالتعصيب ، ويندرج تحت هذه الحالة ثلاث صور :

(أولها) أن يكون مع الجد أخ شقيق معه أخت شقيقة أو لا .

(ثانيها) أن يكون معه أخ لأب معه أخت لأب أو لا .

(ثالثها) أن تكون معه أخت شقيقة أو لأب مع البنت أو بنت الابن ، وفى هذه الحالة يجعل الجد أخاً شقيقاً مع الأشقاء وأخا لأب مع الإخوة لأب ، فيرث معهم بالتعصيب ويقاسمهم للذكر مثل حظ الانثيين مادامت المقاسمة خيراً له من سدس جميع المال ، ولا يدخل فى المقاسمة حينئذ من يكون محجوباً من الإخوة والأخوات لأب .

وإذا كانت المقاسمة تنقصه عن سدس جميع المال ، كان السدس خيراً له من المقاسمة فيعطى السدس فرضاً ويقسم الباقى بعد نصيب الجد وأصحاب الفروض إن وجدوا بين الإخوة والأخوات بالتعصيب للذكر مثل حظ الأنثيين .

فإذا كان مع الجد أخ لأبوين أو أخوان أو ثلاثة أو أربعة وليس معهم أحد من أصحاب الفروض كانت المقاسمة خيراً له ، لأن نصيبه النصف أو الثلث أو الربع أو الخمس ، واذا كان معه خمسة اخوة لأبوين كانت المقاسمة والسدس سواء ، واذا كان معه ستة فأكثر كان السدس خيراً له من المقاسمة فيعطى السدس فرضاً وكذلك يكون حال الجد مع الإخوة وإن كانوا جميعاً لأب .

فإن كان بعض الإخوة أشقاء وبعضهم لأب فقط فالمعتبر فى المقاسمة هم الأشقاء دون الإخوة لأب ، لأنهم محجوبون بالأشقاء ففى جد وأخ

شقيق وخمسة اخوة لأب تكون المقاسمة بين الجد والشقيق فلكل منهما النصف ولا يحسب الاخوة لأب على الجد فى المقاسمة .

(الثانية) أن يكون الموجود من الأخوات وارثاً بالفرض ، كأخت شقيقة أو لأب أو أختين ولا معصب ، وفى هذه الحالة يرث الجد بالتعصيب فيأخذ ما يبقى بعد الفروض إلا أن يحرمه ذلك من الميراث ، أو ينقص نصيبه عن السدس ، فانه يعطى السدس فرضاً ، ففى جد وأخت شقيقة أو لأب يكون للأخت النصف فرضاً والباقى للجدة تعصيبا .

وفى جد وأختين شقيقتين أو لأب للأختين الثلثان فرضاً ، والباقى للجد تعصيباً .

وفى أخت شقيقة ، وأخت لأب ، وجد ، للشقيقة النصف فرضاً ، وللأخت لأب السدس فرضاً تكملة للثلثين ، وللجد الباقى تعصيباً ، ففى جميع هذه الصور وأمثالها يكون الإرث بالتعصيب خيراً للجد .

فإن كان توريث الجد بالتعصيب يحرمه من الميراث أو ينقص حظه عن السدس أعطى السدس فرضاً ، وذلك كما لو اجتمع مع الجد والأخوات أصحاب فروض آخرون واستغرقت التركة ، أو كان الباقى بعد الفروض أقل من السدس .

ففى جد وأخت شقيقة أو لأب ، وأم ، وزوج يكون الجد صاحب السدس فرضاً ، لأنه لو كان عصبة لما ورث شيئاً لاستغراق الفروض التركة، اذ يكون للاخت النصف فرضا ، وللأم الثلث فرضا ، وللأم الثلث فرضاً ، وللزوج النصف فرضاً فيعطى الجد السدس فرضا ، حتى لا يحرم من الميراث .

وفى أختين شقيقتين أو لأب وزوجة وجد يكون الجد صاحب فرض السدس أيضاً ، لأنه لو ورث بالتعصيب لنقص نصيبه عن السدس ، إذ للأختين الثلثان فرضاً وذلك ثمانية أسهم من أثنى عشر .

قال فى الرحبية :

ونبتدى الآن بما أردنا ... فى الجد والإخوة إذ وعدنا
فألق نحو ما أقول السمعا ... واجمع حواشى الكلمات جمعا
واعلم بأن الجد ذو أحوال ... أنبيك عنهن على التوالى
يقاسم الإخوة فيهن اذا ... لم يعد القسم عليه بالأذى
فتارة يأخذ ثلثا كاملا ... ان كان بالقسمة عنه نازلا
إن لم يكن هناك ذو سهام ... فاقنع بإيضاحى عن استفهام
وتارة يأخذ ثلث الباقى ... بعد ذوى الفروض والأرزاق
هذا إذا ما كانت المقاسمة ... تنقصه عن ذاك بالمزاحمة
وتارة يأخذ سدس المال ... وليس عنه نازلا بحال

قلت : الجد أبو الأب وان علا وارث بلا خلاف بين أهل العلم ، وروى عن عمر رضى الله عنه أنه سأل الصحابة : (هل تعلمون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فعل فى الجد شيئاً ؟ فقال معقل بن يسار المزنى : نعم شهدت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ورثه السدس فقال له عمر : مع من ؟ قال : لا أدرى فقال : لا دريت إذن » رواه أبو القاسم بن منده .

فإن اجتمع الجد مع الإخوة أو الأخوات للأم أسقطهم بالإجماع ، وقد مضى بيان ذلك ، وإن اجتمع مع الإخوة والأخوات للأب والأم أو للأب فقط كانت الصحابة رضوان الله عليهم يتحرجون من الكلام فيه لما روى سعيد بن المسيب أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أجرؤكم على الجد أجرؤكم على النار » وروى عن على رضى الله عنه أنه قال : « من أراد أن يقتحم جراثيم جهنم فليقض بين الجد والاخوة » وروى عن ابن مسعود أنه قال : سلونا عن كل شىء ودعونا من الجد لا حياه الله ولا بياه .

اذا ثبت هذا فقد اختلف الناس فى الجد إذا اجتمع مع الإخوة والأخوات للأب والأم أو للأب ، فذهب الشافعى رضى الله عنه الى أن الجد لا يسقطهم، وروى ذلك عن عمر وعثمان وعلى وابن مسعود وزيد بن ثابت ، وبه قال مالك والأوزاعى وأبو يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل ، وذهبت طائفة

إلى أن الجد يسقطهم ، وروى ذلك عن أبى بكر وابن عباس وعائشة وأبى الدرداء ، وبه قال أبو حنيفة وعثمان البتى وابن جرير الطبرى وداود وإسحاق ، واختاره المزنى . قال المسعودى : وإليه ذهب ابن سريج .

دليلنا قوله تعالى : « للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون » فجعل للرجال والنساء الأقارب نصيبا ، والإخوة والأخوات للأب إذا اجتمعوا مع الجد وهم من الأقارب ، فمن قال : لا نصيب لهم فقد ترك ظاهر القرآن ، وأن الأخ يعصب أخته فلم يسقطه الجد كالابن ، لأن الأخت تأخذ النصف بالفرض فلم يسقطها الجد كالبنت ، ولأن الجد والأخ على منزلة واحدة من الميت لأن الجد أبو أبيه والأخ ابن أبيه ، والجد له تعصيب ورحم ، والأخ له تعصيب من غير رحم فلم يسقطه الجد كالابن والبنت إذا اجتمعا .

اذا ثبت هذا فإن الجد كالأب فى عامة أحكامه ، فيرث بالتعصيب إذا انفرد كالأب ويرث بالفرض مع الابن وابن الابن ويرث بالفرض والتعصيب مع البنت وبنت الابن إلا أن الجد يخالف الأب فى أربع مسائل :

منها أن الأب يحجب الإخوة للأب والأم ، أو للأب ، والجد لا يحجبهم ، (والثانية والثالثة) أن الأب يحجب الأم عن كمال الثلث الى ثلث ما يبقى فى زوج وأبوين أو زوجة وأبوين فإن الجد لا يحجبها ، بل يكون لها ثلث جميع المال مع الجد فيها (الرابعة) أن الأب يحجب أم نفسه ،والجد لا يحجب أم الأب . لأنها تساويه فى الدرجة إلى الميت ، وتدلى بالأب فلم ترث معه .

فرع إذا اجتمع الجد والإخوة أو الأخوات للأب والأم أو للأب وليس معهم من له فرض فللجد الأحظ من المقاسمة ، أو ثلث جميع المال ، فإن كان معه أخ واحد فالأحظ له ههنا المقاسمة ، لأنه يأخذ نصف المال ، وإن كان معه أخوان استوت له المقاسمة والثلث ، وإن كان معه ثلاثة إخوة فما زاد فالأحظ له ههنا أن ينفرد بثلث جميع المال ، هذا مذهبنا ، وبه قال زيد بن ثابت وابن مسعود . وروى عن على رضى الله عنه روايتان :

(إحداهما) وهى المشهورة أن له الأحظ من المقاسمة أو سدس جميع المال فإذا كان معه أربعة إخوة فالمقاسمة أحظ له ، وإن كانوا خمسة استوت المقاسمة والسدس ، وإن كانوا ستة فالسدس أحظ له .

(والثانية) أن له الأحظ من المقاسمة أو سبع جميع المال ، وروى عن عمران بن الحصين وأبى موسى الأشعرى أنهما قالا : له الأحظ من المقاسمة أو نصف سدس جميع المال ، فإذا كان معه عشرة إخوة فالمقاسمة خير له ، وإن كانوا أحد عشر استوت المقاسمة ونصف السدس .

ودليلنا عليهم : أن البنين أقوى حالا من الإخوة : بدليل أن الإخوة يسقطون بالبنين ثم ثبت أن البنين لا يسقطون . وأما الدليل على ما قلناه فلأن حجب الاخوة للجد لا يقع بواحد ، وينحصر بعدد ، فوجب أن يكون غاية ذلك اثنين قياسا على حجب الإخوة للأم عن الثلث ، وحجب البنات لبنات الابن وحجب الأخوات للأب والأم للاخوات للأب .

وأما إذا اجتمع مع الجد الأخوات للأب والأم أو للأب منفرداً فمذهبنا أن حكمهن حكم الاخوة مع الجد فيقاسمهن ويكون المال بينه وبينهن للذكر مثل حظ الانثيين ما لم تنقصه المقاسمة عن الثلث ، فإذا نقصته عن الثلث أفرد بثلث جميع المال ، وبه قال زيد بن ثابت . وقال على بن أبى طالب وابن مسعود : يفرض للأخوات فرضهن ، ويكون الباقى للجد ، ودليلنا أنها فريضة جمعت أبا أب وولد أب فوجب أن لا يأخذ ولد الأب بالفرض كما لو كان مع الجد إخوة وأخوات لأب وأم أو للأب ، فإن الجد يقاسمهم للذكر مثل حظ الأنثيين ما لم تنقصه المقاسمة عن الثلث ، فإذا أنقصته عن ذلك فرض له الثلث كما ذكرنا والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان كانت المقاسمة تنقص الجد من الثلث بان زاد الاخوة على اثنين والأخوات على اربع فرض للجد الثلث وقسم الباقى بين الاخوة والاخوات لانا قد دللنا على انه يقاسم الواحد ، ولا خلاف انهم لا يقاسمونه**

ابدا فكان التقدير بالاثنين اشبه بالاصول ، فان الحجب اذا اختلف فيه الواحد والجماعة وجب التقدير فيه بالاثنين كحجب الأم من الثلث ، وحجب البنات لبنات الابن وحجب الاخوات للأب والأم للأخوات للاب ، ولا يعاد ولد الأب والأم الجد بولد الأب فى هذا الفصل ، لأن المعادة تحجب الجد ولا سبيل الى حجبه عن الثلث .

فصل وان اجتمع مع الجد والاخوة من له فرض اخذ صاحب الفرض فرضه وجعل للجد اوفر الأمرين من المقاسمة او ثلث الباقى ما لم ينقص عن سدس جميع المال لأن الفرض كالمستحق من المال فيصير الباقى كانه جميع المال، وقد بينا أن حكمه فى جميع المال ان يجعل له اوفر الأمرين من المقاسمة او ثلث المال فكذلك فيما بقى بعد الفرض ، فان نقصته المقاسمة او ثلث الباقى عن السدس فرض له السدس لأن ولد الأب والأم ليس باكثر من ولد الصلب ، ولو اجتمع الجد مع ولد الصلب لم ينقص حقه من السدس ، فلأن لا ينقص مع ولد الأب والأم اولى .

وان مات رجل وخلف بنتاً وجداً واختاً فللبنت النصف الباقى بين الجد الأخت ، للذكر مثل حظ الأنثيين ، وهى من مربعات عبد الله بن مسعود رضى الله عنه ، فانه قال : للبنت النصف والباقى بين الجد والأخت نصفان ، وتصح من اربعة ، وان ماتت امراة وخلفت زوجا واما وجداً فللزوج النصف وللأم الثلث والباقى للجد وهو السدس ، وهى من مربعات عبد الله رضى الله عنه لانه يروى عنه انه قال : للزوج النصف والباقى بين الجد والأم نصفان . وتصح من اربعة . وهذا خطأ . لأن الجد ابعد من الأم فلم يجز ان يحجبها كجد الأب مع ام الاب .

وان مات رجل وخلف زوجة واما واخا وجداً فللزوجة الربع وللأم الثلث والباقى بين الجد والأخ نصفان ، وتصح من اربعة وعشرين ، للزوجة ستةاسهم وللأم ثمانية والباقى بين الجد والأخ لكل واحد منهما خمسة،وهى من مربعات عبد الله بن مسعود رضى الله عنه ، فانه روى عنه انه جعل للزوجة الربع وللأم ثلث ما بقى والباقى بين الجد والأخ نصفان وتصح من اربعة ، للزوجة سهم وللأم سهم وللأخ سهم وللجد سهم .

وان مات رجل وخلف امراة وجداً واختا ، فللمراة الربع والباقى بين

الجد والأخت للذكر مثل حظ الانثيين وتعرف بالمربعة ، لأن مذهب زيد ما ذكرناه ومذهب ابى بكر وابن عباس رضى الله عنهما . للمراة الربع والباقى للجد . ومذهب على وعبد الله رضى الله عنهما : للمراة الربع وللأخت النصف والباقى للجد واختلفوا فيها على ثلاثة مذاهب واتفقوا على القسمة من اربعة . وان مات رجل وخلف اماً واختا وجداً ، فللأم الثلث ، والباقى بين الجد والأخت للذكر مثل حظ الانثيين ، وتسمى الخرقاء لكثرة اختلاف الصحابة فيها ، فان زيداً ذهب الى ما قلناه وذهب ابو بكر وابن عباس رضى الله عنهما الى ان للأم الثلث والباقى للجد . وذهب عمر الى أن للأخت النصف وللام ثلث الباقى وهو السدس والباقى للجد . وذهب عثمان رضى الله عنه الى ان للأم الثلث والباقى بين الجد والأخت نصفان وتصح من ثلاثة . وذهب على عليه السلام الى أن للأخت النصف وللام الثلث والباقى للجد.وعن ابن مسعود روايتان (احداهما (مثل قول عمر رضى الله عنه (والثانية) للاخت النصف والباقى بين الأم والجد نصفان ، وتصح من أربعة وتعرف بمثلثة عثمان ومربعة عبد الله رضى الله عن الجميع .

فصل ولا يفرض للأخت مع الجد الا فى مسئلة واحدة وهى : اذا ماتت امراة وخلفت زوجا واما واختا وجداً ، فللزوج النصف وللام الثلث وللأخت النصف وللجد السدس . وأصلها من ستة وتعول الى تسعة ، ويجمع نصف الأخت وسدس الجد فيقسم بينهما للذكر مثل حظ الانثيين ، وتصح من سبعة وعشرين ، للزوج تسعة وللأم ستة وللجد ثمانية وللاخت اربعة ، لأنه لابد من أن يعطى الزوج النصف لانه ليس ههنا من يحجبه ، ولابد من ان تعطى الأم الثلث لانه ليس ههنا من يحجبها ، ولابد من ان يعطى الجد السدس لأن اقل حقه السدس ، ولا يمكن اسقاط الأخت لانه ليس ههنا من يسقطها ولا يمكن أن تعطى النصف كاملا ، لأنه لا يمكن تفضيلها على الجد ، فوجب أن يقسم مالهما بينهما للذكر مثل حظ الانثيين ، وتعرف هذه المسئلة بالاكدرية لأن عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلا اسمه الاكدر فنسبت اليه .

وقيل : سميت اكدرية لانها كدرت على زيد اصله لانه لا يعيل مسائل الجد وقد اعال ولا يفرض للأخت مع الجد وقد فرض ، فان كان مكان الأخت فى الاكدرية اخ لم يرث لأن للزوج النصف وللأم الثلث وللجد السدس،

ولا يجوز ان يشارك الجد فى السدس لأن الجد يأخذ السدس بالفرض ، والأخ لا يرث بالفرض وانما يرث بالتعصيب ولم يبق ما يرثه بالتعصيب فسقط . وبالله التوفيق) .

الشرح الأحكام : إذا اجتمع مع الجد والإخوة من له فرض وهم ستة : البنت وبنت الابن والزوج والزوجة والأم والجدة فإن صاحب الفرض يعطى فرضه ويكون للجد أو فى ثلاثة أشياء : المقاسمة ، أو ثلث ما يبقى أو سدس جميع المال ، وان كان الفرض أقل من نصف جميع المال فثلث ما يبقى خيرٌ له من السدس فيكون له الأحظ من المقاسمة أو ثلث ما يبقى ، وإن كان الفرض النصف فثلث ما يبقى والسدس واحد ، وإن كان الفرض أكثر من النصف فالسدس أكثر من ثلث ما يبقى فيكون للجد الأحظ من المقاسمة أو السدس .

اذا ثبت هذا فمات الرجل وخلف بنتاً وأختا لأب وأم وجداً فللبنت النصف والباقى بين الجد والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين ، والمقاسمة ههنا خير للجد هذا مذهبنا ، وبه قال زيد بن ثابت . وقال على بن أبى طالب للبنت النصف وللجد السدس والباقى للأخت دليلنا : أنه فريضة جمعت أبا أب وولد أب فاشتركا فى الفاضل من فرض ذوى السهام ، كما لو كان بدل الأخت أخاً مع البنت والجد .

فرع جد وأخت شقيقة وأخ وأخت لأب يستوى للجد فيها الثلث والمقاسمة فله الثلث والفاضل ثلثان أكثر من النصف فتعطى الشقيقة النصف يفضل سدس للأخ والأخت من الأب أثلاثاً : وتصح من ثمانية عشر.

فرع أم وجد وأخ شقيق وأخت لأب للأم السدس سهم من ستة يفضل خمسة والمقاسمة فيها خير للجد فله سهمان وللشقيق الباقى ثلاثة وتسقط الأخت للأب ، وكذلك أم وجد وأخت شقيقة وأخ لأب ، للأم سهم وللجد سهمان وللأخت ثلاثة ويسقط الأخ للأب .

فرع أم وجد وأخت شقيقة وأخوان لأب : للأم السدس وثلث

الباقى خير للجد فيفرض له فأصلها ثمانية عشر للأم ثلاثة وللجد ثلث الباقى خمسة يفضل عشرة للشقيقة منها النصف تسعة فرضها ويفضل للأخوين لأب سهم بينهما نصفين فتصح من ست وثلاثين والنصف الذى تأخذه فرضاً لأنها لو انفردت لم تأخذ أكثر من النصف وحيث كان ثلث المال أو ثلث الباقى خيراً للجد وفضل نصف المال أو أكثر فالنصف الذى تأخذه الشقيقة تأخذه فرضاً على الصواب كما نقله الرافعى والنووى عن تصويب ابن اللبان وقرأه ونقله جماعة عن زيد رضى الله عنه وهذا وارد على قول الجماهير أنه لا يفرض للأخت مع الجد إلا فى الأكدرية والله تعالى أعلم .

فـــرع زوج وجد وأم فالتركة من ستة : للزوج ثلاثة وللأم الثلث سهمان وللجد سهم . وبه قال زيد بن ثابت . فإن كان بدل الزوج زوجة كان لها الربع وللأم الثلث والباقى للجد . وروى عن عمر روايتان :

(أحدهما) أن للزوج النصف وللأم ثلث ما بقى والباقى للجد .

(والثانية) للزوج النصف وللأم السدس والباقى للجد . ويفيد اختلاف الروايتين اذا كان مكان الزوج زوجة ، فعلى احدى الروايتين يكون للزوجة الربع وللأم الثلث وما بقى للجد .

وروى عن ابن مسعود ثلاث روايات ، روايتان كروايتى عمر ، والثالثة للزوج النصف والباقى بين الجد والأم ، فيكون على هذه الرواية من مربعات ابن مسعود . وإن مات رجل وخلف زوجة وأما وأخا وجداً كان أصلها من اثنى عشر : للزوجة ثلاثة وللأم أربعة وللاخ والجد ما بقى وهى خمسة . وتصح من أربعة وعشرين وهى من مربعات ابن مسعود فانه قال : للزوجة الربع وللأم ثلث ما بقى وللأخ والجد سهمان .

وان خلف رجل زوجة وأختا وجدا كان للزوجة الربع سهم من أربعة والباقى بين الجد والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين ، وتصح من أربعة ، وبه قال زيد بن ثابت .

وقال أبو بكر وابن عباس : للزوجة الربع والباقى للجد . وقال عمر وابن

مسعود : للزوجة الربع سهم من أربعة وللأخت النصف سهمان وللجد ما بقى وهو سهم ، وتعرف هذه المسألة بالمربعة ، فإنهم اختلفوا فى قدر ما يرث كل واحد من الجد والأخت ، واتفقوا على أن أصلها من أربعة .

فرع وإن مات رجل وخلف أما وأختا وجداً فهذه تسمى الخرقاء لتخرق أقاويل الصحابة فيها . قال ابن بطال « لعلها ماخوذة من الخرق ، وهى الأرض الواسعة ، وأن فيها سبعة أقاويل فأبو بكر وابن عباس وعائشة وهم من قالوا إن الجد مسقط للاخوة ، فللأم الثلث والباقى للجد ويسقط الأخت . وعن عمر فيها روايتان :

(إحداهما) للأخت النصف وللأم السدس والباقى للجد .

(والثانية) أن للاخت النصف وللأم ثلث ما يبقى والباقى بين الجد والأخت نصفا ، وعن ابن مسعود فيها ثلاث روايات ، روايتان مثل روايتى عمر والثالثة للأخت النصف والباقى بين الجد والأم نصفان ، فتكون على هذه الرواية من مربعاته ٨ وعن عثمان يقسم المال كله على ثلاثة للأم سهم وللأخت سهم وللجد سهم . وقال على : للام الثلث وللاخت النصف وللجد السدس . وقال زيد بن ثابت للأم الثلث والباقى بين الجد والأخت للذكر مثل حظ الانثيين . وتصح من تسعة ، وبه قال الشافعى وأصحابه .

فرع قال الشافعى رضى الله عنه وليس يعال لأحد من الاخوة والأخوات مع الجد إلا فى الاكدرية ، وهى زوج وأم وأخت لأب وأم أو لأب وجد ، وقد اختلف الصحابة رضى الله عنهم فيها ، فذهب أبو بكر وابن عباس أن للزوج النصف وللأم الثلث والباقى للجد ، وتسقط الأخت .

وقال عمر وابن مسعود رضى الله عنهما : للزوج النصف وللأم السدس وللأخت النصف وللجد السدس فيعول الى ثمانية وقال على كرم الله وجهه : للزوج النصف وللأم السدس وللاخت النصف وللجد السدس فتعول إلى تسعة ، فتأخذ الأخت ثلاثة . وقال زيد بن ثابت تعول إلى تسعة كما قال على ولكن يجمع الثلاثة التى للأخت والسهم الذى للجد فتصير أربعة ، فيقسمان

للذكر مثل حظ الانثيين . وتصح من سبعة وعشرين للزوج تسعة وللأم ستة وللجد ثمانية وللأخت أربعة ، وبهذا قال الشافعى وأصحابه ، وإنما كان كذلك لأنه ليس ههنا من يحجب الزوج عن النصف ولا من يحجب الأم عن الثلث ، ولا يمكن أن ينتقص الجد عن السدس لأن الابن لا يسقطه عنه فهؤلاء أولى ، وقد استكملت الفريضة ولا سبيل إلى إسقاط الأخت لأنه ليس ههنا من يسقطها ففرض لها النصف ، ولا يمكن أن تأخذ جميعه لأنه لا يجوز تفضيلها على الجد فوجب أن يجتمع نصيبهما ويقسماه للذكر مثل حظ الأنثيين ، كما قلنا فى غير هذا الموضع • واختلف الناس لأى معنى سميت أكدرية ، فروى عن الأعمش أنه قال إنما سميت أكدرية لأن عبد الملك ابن مروان سأل عنها رجلا يقال له أكدر فذكر له اختلاف الصحابة فيها فنسبت إليه . وقيل سميت أكدرية لأن امرأة تسمى أكدرية ماتت وخلفت هؤلاء فسميت أكدرية ونسبت إليها وقيل سميت أكدرية لأنها كدرت على زيد أصله ، لأنه لا يفرض للأخوات مع الجد وقد فرض لها ههنا ، ولا يعيل مسائل الجد وقد أعال ههنا •

قال فى الرحبية :

والأخت لا فرض مع الجد لها ... فيما عدا مسئلة كملها
زوج وأم وهما تمامها ... فاعلم فخير أمة علامها
تعرف يا صاح بالأكدريه ... وهى بأن تعرفها حريه
فيفرض النصف لها والسدس له ... حتى تعول بالفروض المجمله
ثم يعودان إلى المقاسمه ... كما مضى فاحفظه واشكر ناظمه

وقال ابن بطال : يقال إنه اسم المرأة فى المسألة فنسبت إليها ، وإن كان بدل الأخت أخاً فإن للزوج النصف وللأم الثلث وللجد السدس ، ويسقط الأخ لأن الأخ له تعصيب محض ولا يمكن أن يفرض له • ولم يبق فى الفريضة شىء فسقط وإن كان هناك زوج وأم وأختان وجد فليست بأكدرية، بل للزوج النصف وللأم السدس والباقى بين الجد والاختين للذكر مثل حظ الأنثيين فيصح من اثنى عشر ، فان كان هناك زوج وأم وبنت وأخت وجد كان أصلها من اثنى عشر للزوج ثلاثة وللبنت ستة ، وللأم سهمان وللجد

سهمان ولا شيء للأخت لأن المسألة قد عالت ولا يفرض لها لأنها إنما تأخذ مع البنت بالتعصيب ولا تعصيب ههنا .

مسألة قال الشافعي رضى الله عنه والإخوة للأب والأم معا دون الجد بالاخوة والأخوات للأب ، وجملة ذلك أنه إذا اجتمع جد وأخ لأب وأم وأخ لأب فان الأخ للأب والأم يعاد الجد بالأخ للأب فيقسم المال بينهم على ثلاثة لكل واحد سهم ثم يرجع الأخ للأب والأم فيأخذ السهم الذى بيد الأخ للأب ، وبه قال زيد بن ثابت ومالك بن أنس .

وذهب على وابن مسعود إلى أن الأخ للأب يسقط ويكون المال بين الجد والأخ للأب والأم نصفين .

دليلنا أن الجد اذا حجب بأخوين وارثين جاز أن يحجب بأخوين أحدهما وارث والآخر غير وارث ، كالأم تحجب بالأخوين أحدهما لأب والآخر لأب وأم ، فإن كان هناك أخ لأب وأم وأخت لأب وجد عاد الأخ للأب والأم الجد بالأخت للأب فيقسم المال على خمسة ، للجد سهمان وللأخ للاب والأم سهمان وللاخت سهم ، ثم يرجع الأخ فيأخذ سهم الأخت ، وإن كان هناك أخوات لأب وأم وأخ لأب وجد ولا حاجة ههنا إلى المعادة لأن الجد لا يجوز أن ينقص عن الثلث .

فرع وان اجتمع أخت لأب وأم وأخت لأب وجد كان المال بينهم على أربعة أسهم ، للجد سهمان ولكل أخت سهم ثم تأخذ الأخت للأب والأم السهم الذى بيد الأخت للاب وقد حصل معها نصف المال ، وإن كان هناك أخت لأم وأب وأخ لأب وجد كان المال بينهم على خمسة ، للجد سهمان وللأخت سهم وللأخ سهمان ثم تأخذ الأخت من الأخ تمام النصف وهو سهم ونصف ، لأنه لا يجوز أن ترث أكثر من نصف المال ، فتضرب الخمسة فى اثنين فتصح من عشرة للجد اثنان فى اثنين فذلك أربعة وللأخت سهمان ونصف فى اثنين فذلك خمسة وللأخ النصف فى اثنين فذلك سهم ، وتعرف هذه المسألة بعشرية زيد ، ولو كان بدل الأخ للأب أختان للأب فهى من خمسة كالتى قبلها وتضرب فى أثنين تحصل العشرة لأنه يبقى للأختين

سهم من عشرة فتضرب فى العشرة اثنين فذلك عشرون ، وتعرف بالعشرينية . وإن اجتمع مع الجد والاخوة للأب والأم والإخوة للأب من له فرض كان الحكم فيه حكم ما لو كان مع الجد والإخوة للأب والأم من له فرض فى أن يجعل للجد الأوفر من المقاسمة بعد الفرض أو ثلث ما يبقى أو سدس جميع المال ويعاد الاخوة للأب والأم الجد بالاخوة للأب على ما ذكرنا .

وقال فى الرحبية :

وهو مع الإناث عند القسم ... مثل أخ فى سهمه والحكم
إلا مع الأم فلا يحجبها ... بل ثلث المال لها يصحبها
واحسب بنى الأب لدى الاعداد ... وارفض بنى الأم مع الأجداد
واحكم على الإخوة بعد العد ... حكمك فيهم عند فقد الجد

والله تعالى أعلم بالصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــــاب النـــكاح

(النكاح جائز لقوله تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » ولما روى علقمة عن عبد الله رضى الله عنهما قال : قال رسـول الله صلى الله عليه وسلم « يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ، فانه أغض للبصر وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصـوم فانه له وجاء ») .

الشرح قوله تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم » مرتبط بأول الآية « وان خفتم ألا تقسطوا فى اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النســاء مثنى وثلاث ورباع ، فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا » .

قال الشافعى رضى الله عنه (أن لا يكثر عيالكم) فـدل على أن قـلة العيال أدنى وقيل : قد قال الشافعى ذلك وخالف جمهور المفسرين وقالوا : معنى الآية : ذلك أدنى أن لا تجوروا ولا تميلوا . فانه يقال : عال الرجـل يعول عولا اذا مال وجار ومنه عول الفرائض ، لأن سهامها زادت . ويقال : عال يعيل عيلة اذا احتاج . قال تعالى « وان خفتم عيلة فسوف يغنيكم الله من فضله » .

وقال الشاعر :

وما يدرى الفقير متى غنـاه وما يدرى الغنى متى يعيـل

قال ابن القيم : وأما كثرة العيال فليس من هـذا ولا من هـذا ــ أى لا من الفقر ولا من الجور ــ قلت : ان ما ذكره الشافعى لغة حكاها الفـراء عن الكسائى قال : ومن الصحابة من يقول : عال يعول اذا كثر عيـاله ،

قال الكسائى : وهى لغة فصيحة سمعتها من العرب • على أن قصد المصنف من سوق الآية هو الاستشهاد بها على جواز النكاح ، وسنعود اليه •

أما حديث علقمة عن عبد الله بن مسعود فقد رواه أصحاب الكتب الستة وأحمد فى مسنده ، وقد أخرج أحمد والبخارى ومسلم عن سعد ابن أبى وقاص قال « رد رسول الله صلى الله عليه وسلم على عثمان بن مظعون التبتل ، ولو أذن له لاختصينا » وأخرج أحمد والبخارى ومسلم عن أنس « أن نفراً من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم قال بعضهم : لا أتزوج ، وقال بعضهم : أصلى ولا أنام ، وقال بعضهم : أصوم ولا أفطر فبلغ ذلك النبى صلى الله عليه وسلم فقال : ما بال أقوام قالوا كذا وكذا ؛ لكنى أصوم وأفطر ، وأصلى وأنام وأتزوج النساء ؛ فمن رغب عن سنتى فليس منى » وفى مسند أحمد وصحيح البخارى عن سعيد بن جبير قال : قال لى ابن عباس : « هل تزوجت ؟ قلت : لا ، قال : تزوج فان خير هذه الأمة أكثرها نساء » •

وفى سنن الترمذى وابن ماجه عن قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن التبتل » وقرأ قتادة « ولقد أرسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم أزواجاً وذرية » قال الترمذى : انه حسن غريب قال : وروى الأشعث بن عبد الملك هذا الحديث عن الحسن عن سعد بن هشام عن عائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم ويقال : كلا الحديثين صحيح •

(قلت) وفى سماع الحسن من سمرة خلاف مشهور مضى فى غير موضع، وحديث عائشة الذى ذكره الترمذى رواه النسائى أيضاً ، وفى مسند الفردوس عن ابن عمر مرفوعا « حجوا تستغنوا ، وسافروا تصحوا ، وتناكحوا تكثروا فانى أباهى بكم الأمم » وفى اسناده محمد بن الحارث عن محمد بن عبد الرحمن البيلمانى وهما ضعيفان ورواه البيهقى عن الشافعى أنه ذكره بلاغاً وزاد فى آخره حتى بالسقط ، ورواه البيهقى عن أبى أمامة بلفظ « تزوجوا فانى مكاثر بكم الأمم ، ولا تكونوا كرهبانية النصارى » وفى اسناده محمد بن ثابت وهو ضعيف ، وعند الدارقطنى فى

المؤتلف وابن قانع فى الصحابة عن حرملة بن النعمان بلفظ « امرأة ولود أحب الى الله من امرأة حسناء لا تلد ، انى مكاثر بكم الأمم يوم القيامة » وقد ضعف اسناده ابن حجر ، وعند ابن ماجه عن عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « النكاح من سنتى ، فمن لم يعمل بسنتى فليس منى ؛ وتزوجوا فانى مكاثر بكم الأمم ، ومن كان ذا طول فلينكح ، ومن لم يجد فعليه بالصوم فان الصوم له وجاء » وفى اسناده عيسى بن ميمون وهو ضعيف .

وفى مسلم عن عمرو بن العاص عن النبى صلى الله عليه وسلم « الدنيا متاع وخير متاعها المرأة الصالحة » وعند النسائى والطبرانى باسناد حسن عن أنس عن النبى صلى الله عليه وسلم « حبب الى من دنياكم النساء والطيب ، وجعلت قرة عينى فى الصلاة » وعند الترمذى والدارقطنى والحاكم عن أبى هريرة مرفوعا « ثلاثة حق على الله اعانتهم ، المجاهد فى سبيل الله ؛ والناكح يريد أن يستعف ، والمكاتب يريد الأداء » وعند الحاكم عن أنس بلفظ « من رزقه الله امرأة صالحة فقد أعانه على شطر دينه فليتق الله فى الشطر الثانى » .

قال ابن حجر : واسناده ضعيف وروى بلفظ « من تزوج امرأة صالحة فقد أعطى نصف العبادة » وفى اسناده زيد العمى وهو ضعيف . وعند أبى داود والحاكم عن ابن عباس مرفوعا بلفظ « ألا أخبركم بخير ما يكنز المرء ؟ المرأة الصالحة اذا نظر اليها سرته ، واذا غاب عنها حفظته ، واذا أمرها أطاعته » وعند الترمذى نحوه باسناد منقطع ؛ وعند البغوى فى معجم الصحابة بلفظ « من كان موسراً فلم ينكح فليس منا » ورواه البيهقى وقال: هو مرسل ، وكذا جزم به أبو داود والدولابى .

وقد روى ابن ماجه والحاكم عن ابن عباس « لم ير للمتحابين مثل التزويج » وأخرج أحمد وأبو داود والحاكم وصححه والطبرانى من رواية عطاء عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعا « لا صرورة فى الاسلام » ولا رواية لعطاء عن عكرمة ولعله من رواية عمرو بن عطاء بن وراز ، وهو مجهول أو

عمرو بن أبى الجوار،والصرورة الذى لم يتزوج والذى لم يحج،وعند الحاكم من حديث عياض بن غنم مرفوعا « لا تزوجوا عاقراً ولا عجوزاً فانى مكاثر بكم الأمم » واسناده ضعيف وقد قال ابن حجر فى الفتح : وفيه أيضاً عن الصنابح بن الأعسر وسهل بن حنيف وحرملة بن النعمان ومعاوية بن حيدة •

أما لغات الفصل وغريبهفان الباءة بالمد النكاح والتزوج وقد تطلق الباءة على الجماع نفسه ، ويقال أيضاً : الباهة والباه بالألف مع الهاء وابن قتيبة يجعل هذه الأخيرة تصحيفاً وليس كذلك ، بل حكاه الأزهرى عن ابن الأنبارى ، وبعضهم يقول الهاء مبدلة من الهمزة يقال : فلان حريص على الباءة والباء والباء بالهاء والقصر أى على النكاح •

قال ابن الأنبارى : الباء الواحدة والباء الجمع ثم حكاها الأزهرى عن ابن الأعرابى أيضاً ويقال : ان الباءة هو الموضع الذى تبوء اليه الابل ثم جعل عبارة عن المنزل ثم كنى به عن الجماع اما لأنه لا يكون الا فى الباءة غالباً أو لأن الرجل يتبوأ من أهله أى يستمكن كما يتبوأ من داره ، وقوله عليه الصلاة والسلام : « من استطاع منكم الباءة » على حذف مضاف والتقدير من وجد مؤنة النكاح فليتزوج ، ومن لم يستطع أى من لم يجد أهبة فعليه بالصوم ، وقيل الباءة بالمد القدرة على مؤن النكاح وبالقصر الوطء •

قال أبو العلاء المعرى :

والباء مثل الباء يخـ ـفض للدناءة أو يجر

قال ابن حجر : ولا مانع من الحمل على المعنى الأعم بأن يراد بالباءة القدرة على الوطء ومؤن التزويج ، وقد وقع فى رواية عند الاسماعيلى من طريق أبى عوانة بلفظ « من استطاع منكم أن يتزوج فليتزوج » وفى رواية للنسائى « من كان ذا طول فلينكح » وقوله « أغض للبصر وأحصن للفرج » أى أشد غضاً للبصر وأشد احصاناً ومنعاً من الفاحشة ، وقوله « فعليه » قيل هذا من اغراء الغائب ، ولا تكاد العرب تغرى الا الشاهد ، تقول عليك زيداً ، ولا تقول عليه زيداً • قال الطيبى وجوابه أنه لما كان الضمير للغائب

راجعا الى لفظة من وهى عبارة عن المخاطبين فى قوله : « يا معشر الشباب » والشباب جمع شاب .

قال الأزهرى : لم يجمع فاعل على فعال غيره ، وبيان لقوله « منكم » جاز قوله عليه لأنه بمنزلة الخطاب ، وأجاب القاضى عياض بأن الحديث ليس فيه اغراء الغائب ، بل الخطاب للحاضرين الذين خاطبهم أولا بقوله : « من استطاع منكم » وقد استحسنه القرطبى والحافظ ابن حجر ، وقوله : وجاء بكسر الواو والمد وأصله الغمز ومنه وجأ فى عنقه اذا غمزه ، ووجأه بالسيف اذا طعنه به ، ووجأ أنثييه غمزهما حتى رضهما وتسمية الصيام وجاء استعارة ، والعلاقة المشابهة ، لأن الصوم لما كان مؤثراً فى ضعف شهوة النكاح شبه بالصوم . وقد يقال : ان الصوم بما فيه من عبادة فى ذاته وفيما يلابسه من ترك لشهواته الحسية والمعنوية فانه صارف عن مقارفة الشهوات أو التجانف للمآثم ، وهو بما يحيط بالمرء من فيض نور الطاعة وقاية من الفحشاء أى وقاية .

اما الأحكام فان النكاح مشروع بالكتاب والسنة كما أوردنا من نصوصهما وقد اختلف الفقهاء فى كونه واجباً أو جائزاً فمذهبنا جوازه ، وهو المشهور من مذهب أحمد بن حنبل رضى الله عنه الا أن يخاف أحد على نفسه الوقوع فى محظور بتركه فيلزمه اعفاف نفسه .

وحكى عن داود أنه واجب فى العمر مرة واحدة للآية والخبر . دليلنا أن الله تعالى حين أمر به علقه على الاستطابة بقوله : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء » والواجب لا يقف على الاستطابة ، وقال : مثنى وثلاث ورباع . ولا يجب ذلك بحال بالاتفاق .

قالت عائشة رضى الله عنها كانت مناكح أهل الجاهلية على أربعة أقسام :

(أحدها) مناكح الرايات وهو أن المرأة كانت تنصب على بابها راية لتعرف أنها عاهرة ، فيأتيها الناس .

(والثانى) أن الرهط من القبيلة أو الناحية كانوا يجتمعون على وطء امرأة لا يخالطهم غيرهم ، فاذا جاءت بولد الحق بأشبههم •

(الثالث) نكاح الاستخيار ، وهو أن المرأة اذا أرادت أن يكون ولدها كريماً بذلت نفسها لعدة من فحول القبائل ليكون ولدها كأحدهم •

(الرابع) النكاح الصحيح ــ وهو الذى قال النبى صلى الله عليه وسلم فيه « ولدت من نكاح لا سفاحاً » وتزوج النبى صلى الله عليه وسلم خديجة بنت خويلد قبل النبوة من عمها ورقة بن نوفل وكان الذى خطبها له عمه أبو طالب وخطب فقال : « الحمد لله الذى جعل لنا بلداً حراماً وبيتا محجوجا وجعلنا سدنته ، وهذا محمد قد علمتم مكانه من العقل والنبل ، وان كان فى المال قل ، الا أن المال ظل زائل ، وعارية مسترجعة • وما أردتم من المال فعلى ، وله فى خديجة بنت خويلد رغبة ولها فيه مثل ذلك ، فزوجها منه عمها » والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يصح النكاح الا من جائز التصرف فأما الصبى والمجنون فلا يصح منهما عقد النكاح لأنه عقد معاوضة فلم يصح من الصبى والمجنون كالبيع • وأما المحجور عليه لسفه فلا يصح نكاحه بغير اذن الولى لأنه عقد يستحق به المال فلم يصح منه من غير اذن الولى ، ويصح منه باذن الولى لأنه لا يأذن له الا فيما يرى الحظ فيه • وأما العبد فلا يصح نكاحه بغير اذن المولى لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا نكح العبد بغير اذن سيده فنكاحه باطل » ولأنه بالنكاح تنقص قيمته ويستحق بالمهر والنفقة كسبه • وفى ذلك أضرار بالمولى فلم يجز من غير اذنه ، ويصح منه باذن المولى لأنه لما أبطل النبى صلى الله عليه وسلم نكاحه بغير اذنه دل على أنه يصح باذنه ، ولأن المنع لحق المولى فزال باذنه •

فصل ومن جاز له النكاح وتاقت نفسه اليه وقدر على المهر والنفقة فالمستحب له أن يتزوج لحديث عبد الله ، ولأنه أحصن لفرجه وأسلم لدينه ،

ولا يجب ذلك لما روى ابراهيم بن ميسرة رضى الله عنه عن عبيد بن سعد يبلغ به النبى صلى الله عليه وسلم « من احب فطرتى فليستن بسنتى ، ومن سنتى النكاح » ولأنه ابتغاء لذة تصبر النفس عنها فلم يجب كلبس الناعم واكل الطيب ، ومن لم تتق نفسه اليه ، فالمستحب له أن لا يتزوج لأنه تتوجه عليه حقوق هو غنى عن التزامها ويحتاج ان يشتغل عن العبادة بسببها ، واذا تركه تخلى للعبادة فكان تركه أسلم لدينه) .

الشرح حديث ابن عمر أخرجه ابن ماجه ، قال الترمذى (لا يصح انما هو عن جابر) ورواية جابر عند أحمد وأبى داود والترمذى وحسنه بلفظ « أيما عبد تزوج بغير اذن سيده فهو عاهر » .

أما حديث عبيد بن سعد فأصح طرقه روايتا عائشة وأنس فى الرهط الذين جاءوا الى البيت ، وقد مضى تخريجه .

اما الأحكام فانه لا يصح النكاح الا من حر بالغ عاقل مطلق التصرف . فأما العبد فلا يصح نكاحه بغير اذن السيد . وأما الصبى والمجنون فلايصح نكاحهما لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبى حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » ولأنه عقد معاوضة فلم يصح من الصبى والمجنون كالبيع . وأما السفيه فلا يصح نكاحه بغير اذن الولى ، لأنه لا يأذن له الا فيما فيه مصلحة من ذلك .

ـ فرع النكاح مستحب غير واجب عندنا ، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد فى المشهور من مذهبه ، وأكثر أهل العلم .

وقال داود بن على الظاهرى : هو واجب على الرجل والمرأة مرة فى العمر دليلنا كما قلنا قوله تعالى :« فانكحوا ما طاب لكم من النساء » فعلقه بالاستطابة وما كان واجباً لا يتعلق بالاستطابة .

وروى أبو أيوب الأنصارى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أربع من سنن المرسلين : الختان والتعطر والسواك والنكاح » وقوله : « من أحب فطرتى » فعلقه على المحبة وسماه سنة ، فاذا اطلقت السنة

اقتضت المندوب اليه • وروى أن امرأة أتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : « يا رسول الله ما حق الزوج على المرأة ؟ فبين لها ذلك ، فقالت : لا والله لا تزوجت أبداً » فلو كان النكاح واجباً لأنكر عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك ، وروى أن جماعة من الصحابة ماتوا ولم يتزوجوا ولم ينكر عليهم •

اذا ثبت هذا فالناس فى النكاح على أربعة أضرب : ضرب تتوق نفسه اليه ، أى اشتاقت • ويجد أهبته وهو المهر والنفقة وما يحتاج اليه ، فيستحب له أن يتزوج لما رواه عبد الله بن مسعود فى حديث (يا معشر الشباب) •

(والضرب الثانى) من تتوق نفسه الى الجماع ولا يقدر على المهر والنفقة فالمستحب له أن لا يتزوج ، بل يتعاهد نفسه بالصوم فانه له وقاية • ولا يشغل ذمته بالمهر والنفقة •

(والضرب الثالث) من لا تتوق نفسه الى الجماع ويريد التخلى الى عبادة الله تعالى فيستحب له أن يتزوج ، لأنه يلزم ذمته حقوقاً هو مستغن عن التزامها •

(والضرب الرابع) من لا تتوق نفسه وهو قادر على المهر والنفقة ولا يريد العبادة فهل يستحب له أن يتزوج ؟ فيه قولان حكاهما العمرانى فى الفروع •

(أحدهما) لا يستحب له أن يتزوج لأنه يشغل ذمته بما لا حاجة به اليه •

(والثانى) يستحب له لقوله صلى الله عليه وسلم « من أحب فطرتى فليستن بسنتى ، ومن سنتى النكاح » •

وقال : أبو حنيفة النكاح مستحب بكل حال ، وبه قال بعض أصحابنا ؛ بل قال أبو عوانة الاسفراييني من محدثى أصحاب الشافعى : « انه يجب

للتائق اليه القادر على مؤنته » وصرح به فى صحيحه ، ونقله المصعبى فى شرح مختصر الجوينى وجهاً وقال ابن حزم فى المحلى : وفرض على كل قادر على الوطء ان وجد ما يتزوج به أو يتسرى أن يفعل أحدهما ، فان لم يجد فليكثر من الصوم وهو قول جماعة من السلف • انتهى •

وقال الماوردى من أصحابنا : الذى نطق به مذهب مالك أنه مندوب ، وقد يجب عندنا فى حق من لا ينكف عن الزنا الا به وقال القاضى عياض : هو مندوب فى حق كل من يرجى منه النسل ، ولو لم يكن فى الوطء شهوة ، وكذا فى حق من له رغبة فى نوع من الاستمتاع بالنساء غير الوطء • فأما من لا نسل له ولا ارب له فى النساء ولا فى الاستمتاع فهذا مباح فى حقه اذا علمت المرأة بذلك ورضيت • وقد يقال : انه مندوب أيضا لعموم « لا رهبانية فى الاسلام » قال الحافظ ابن حجر : ولم أره بهذا اللفظ ، لكن فى حديث سعد بن أبى وقاص عند الطبرانى « ان الله أبدلنا بالرهبانية الحنيفية السمحة » قلت : ويؤخذ على الحافظ ابن حجر ذكره لحديث الطبرانى بيد أن حديث أحمد فى مسنده أولى بالذكر من حديث الطبرانى ولفظه ــ أعنى أحمد بن حنبل ــ حدثنا عبد الله حدثنى أبى ثنا عبد الرزاق قال ثنا معمر عن الزهرى عن عروة قال : دخلت امرأة عثمان بن مظعون أحسب اسمها خولة بنت حكيم على عائشة وهى باذة الهيئة فسألتها ما شأنك ؟ فقالت : زوجى يقوم الليل ويصوم النهار فدخل النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت عائشة ذلك له فلقى رسول الله صلى الله عليه وسلم عثمان فقال : يا عثمان ان الرهبانية لم تكتب علينا فما لك فى أسوة فوالله انى لأخشاكم لله وأحفظكم لحدوده » وفى سنن الدارمى حدثنا محمد ابن يزيد الحزامى ثنا يونس بن بكير حدثنى ابن اسحاق حدثنى ابن اسحاق حدثنى الزهرى عن سعيد بن المسيب عن سعد بن أبى وقاص قال : « لما كان من أمر عثمان بن مظعون الذى كان من ترك النساء بعث اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا عثمان انى لم أومر بالرهبانية أرغبت عن سنتى ؟ قال : لا يا رسول الله قال : ان من سنتى أن أصلى وأنام وأصوم وأطعم وأنكح وأطلق فمن رغب عن سنتى فليس منى ، يا عثمان ان لأهلك عليك حقا ، ولنفسك عليك حقاً • قال سعد : فوالله لقد كان أجمع رجال

من المسلمين على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ان هو أقر عثمان على ما هو عليه أن تختصى فتتبتل » وهذا أيضاً أولى بالتقديم من حديث الطبرانى والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل والمستحب أن لا يتزوج الا ذات دين لما روى ابو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « تنكح المرأة لأربع ، لمالها وحسبها وجمالها ودينها ، فاظفر بذات الدين تربت يداك » ولا يتزوج الا ذات عقل ، لأن القصد بالنكاح العشرة وطيب العيش ، ولا يكون ذلك الا مع ذات عقل ، ولا يتزوج الا من يستحسنها لما روى ابو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « انما النساء لعب ، فاذا اتخذ احدكم لعبة فليستحسنها » .

فصل واذا أراد نكاح امرأة فله ان ينظر وجهها وكفيها ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رجلا أراد أن يتزوج امرأة من نساء الأنصار فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « انظر اليها فان فى أعين الأنصار شيئاً » ولا ينظر الى ما سوى الوجه والكفين لأنه عورة ، ويجوز للمرأة اذا أرادت أن تتزوج برجل أن تنظر اليه ، لأنه يعجبها من الرجل ما يعجب الرجل منها . ولهذا قال عمر رضى الله عنه : « لا تزوجوا بناتكم من الرجل الدميم ، فانه يعجبهن منهم ما يعجبهم منهن » ويجوز لكل واحد منهما أن ينظر الى وجه الآخر عند المعاملة ، لأنه يحتاج اليه للمطالبة بحقوق العقد والرجوع بالعهدة . ويجوز ذلك عند الشهادة للحاجة الى معرفتها فى التحمل والأداء .

ويجوز لمن اشترى جارية أن ينظر الى ما ليس بعورة منها للحاجة الى معرفتها ويجوز للطبيب أن ينظر الى الفرج للمداواة لأنه موضع ضرورة فجاز له النظر الى الفرج كالنظر فى حال الختان . واما من غير حاجة فلا يجوز للأجنبى أن ينظر الى الأجنبية ، ولا للأجنبية أن تنظر الى الأجنبى ، لقوله تعالى : « قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم ـ وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن » .

وروت ام سلمة رضى الله عنها قالت : ((كنت عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وعنده ميمونة ، فاقبل ابن أم مكتوم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجبن عنه ، فقلت : يا رسول الله أليس أعمى لا يبصرنا ولا يعرفنا ؟ فقال : افعمياوان أنتما أليس تبصرانه ؟)) وروى على كرم الله وجهه ((أن النبى صلى الله عليه وسلم أردف الفضل فاستقبلته جارية من خثعم فلوى عنق الفضل ، فقال أبوه العباس : لويت عنق ابن عمك ؟ قال : رايت شابا وشابة فلم آمن الشيطان عليهما)) ولا يجوز النظر الى الأمرد من غير حاجة لأنه يخاف الافتتان به كما يخاف الافتتان بالمراة .

فصل ويجوز لذوى المحارم النظر الى ما فوق السرة ودون الركبة من ذوات المحارم لقوله تعالى : ((ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن أو آبائهن أو أبناء بعولتهن أو اخوانهن أو بنى أخواتهن أو نسائهن أو ما ملكت ايمانهن أو التابعين غير أولى الاربة من الرجال)) يجوز للرجل أن ينظر الى ذلك من الرجل وللمراة ان تنظر الى ذلك من المراة لأنهم كذوى المحارم فى تحريم النكاح على التأبيد فكذلك فى جواز النظر . واختلف أصحابنا فى مملوك المرأة ، فمنهم من قال : هو محرم لها فى جواز النظر والخلوة ، وهو المنصوص لقوله عز وجل ((أو ما ملكت أيمانهن)) فذكره مع ذوى المحارم فى اباحة النظر . وروى أنس رضى الله عنه قال : ((أعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاطمة غلاماً فاقبل النبى صلى الله عليه وسلم ومعه الغلام فتقنعت بثوب اذا قنعت رأسها لم يبلغ رجليها ، واذا غطت رجليها لم يبلغ رأسها ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم انه ليس عليك بأس أنما هو أبوك وغلامك)) ومنهم من قال : ليس بمحرم ، لأن المحرم من يحرم على التأبيد ، وهذا لا يحرم على التأبيد فلم يكن محرماً ، واختلفوا فى المراهق مع الأجنبية ، فمنهم من قال : هو كالبالغ فى تحريم النظر لقوله تعالى : ((أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء)) فدل على أنه لا يجوز لمن ظهر على عورات النساء ، ولأنه كالبالغ فى الشهوة فكان كالبالغ فى تحريم النظر . ومن أصحابنا من قال : يجوز له النظر الى ما ينظر ذو محرم ، وهو قول أبى عبد الله الزبيرى لقوله عز وجل : ((واذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا)) فدل على أنهم اذا لم يبلغوا الحلم لم يستأذنوا)) .

فصل ومن تزوج امرأة أو ملك جارية يملك وطأها فله أن ينظر منها الى غير الفرج ، وهل يجوز أن ينظر الى الفرج ؟ فيه وجهان : (أحدهما)

لا يجوز ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « النظر الى الفرج يورث الطمس » (والثانى) يجوز ، وهو الصحيح ، لأنه يملك الاستمتاع به فجاز له النظر اليه كالفخذ . وان زوج أمته حرم عليه النظر الى ما بين السرة والركبة لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا زوج أحدكم جاريته عبده أو أجيره فلا ينظر الى ما دون السرة والركبة ») .

الشرح حديث أبى هريرة رواه الشيخان وأحمد فى مسنده وأصحاب السنن ما عدا الترمذى ، وحديث أنس رواه أبو داود والبيهقى وابن مردويه وفى اسناده أبو جميع سالم بن دينار الهجيمى البصرى . قال ابن معين : ثقة ، وقال أبو زرعة الرازى : بصرى لين الحديث . وقوله : « اذا قنعت » بفتح النون المشددة سترت وغطت ، وأما حديث « النظر الى الفرج يورث الطمس » فقد رواه ابن حبان فى الضعفاء من طريق بقية عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس بلفظ : « اذا جامع الرجل زوجته فلا ينظر الى فرجها فان ذلك يورث العشا » قال : وهذا يمكن أن يكون بقية سمعه من بعض شيوخه الضعفاء عن ابن جريج فدلسه ، وقال ابن أبى حاتم فى العلل : سألت أبى عنه فقال : موضوع وبقية مدلس . وذكر ابن القطان فى كتاب أحكام النظر : أن بقى بن مخلد رواه عن هشام بن خالد عن بقية قال : عن ابن جريج وكذلك رواه ابن عدى عن ابن قتيبة عن هشام فما بقى فيه الا التسوية وقد ذكره ابن الجوزى فى الموضوعات وخالف ابن الصلاح فقال : انه جيد الاسناد كذا قال ، وفيه نظر وفى الباب عن أبى هريرة وقد مضى فى العبادات فى ستر العورة وضعفه النووى وغيره . وكذلك حد العورة من الجارية مضى فى ستر العورة فليراجع .

أما غريبه فقوله « لأربع » أى لأجل أربع ، وقوله « لحسبها » بفتح الحاء والسين أى شرفها : والحسب فى الأصل الشرف بالآباء وبالأقارب مأخوذة من الحساب ، لأنهم كانوا اذا تفاخروا عدوا مناقبهم ومآثر آبائهم وقومهم وحسبوها فيحكم لمن زاد عدده على غيره ، وقيل المراد بالحسب هنا الأفعال الحسنة ، وقيل المال ، وهو مردود بذكره قبله ، ويؤخذ من الحديث أن الشريف النسيب يستحب له أن يتزوج نسيبة ، الا أن تعارض نسيبة

غير ذات دين ، وغير نسيبة ذات دين ؛ فتقدم ذات الدين ، وهكذا فى كل الصفات •

وأما ما أخرجه أحمد والنسائى وصححه ابن حبان والحاكم من حديث بريدة رفعه « ان أحساب أهل الدنيا الذى يذهبون اليه المال » فقال ابن حجر : يحتمل أن يكون المراد أنه حسب من لا حسب له فيقوم النسب الشريف لصاحبه مقام المال لمن لا نسب له ، ومنه حديث سمرة يرفعه « الحسب المال والكرم التقوى » أخرجه أحمد والترمذى وصححه هو والحاكم •

قوله « وجمالها » يؤخذ منه استحباب نكاح الجميلة ، ويلحق بالجمال فى الذات الجمال فى الصفات ؛ قوله « فاظفر بذات الدين » فيه دليل على أن اللائق بذى الدين والمروءة أن يكون الدين مطمح نظره فى كل شىء لاسيما فيما تطول صحبته كالزوجة وقد وقع فى حديث عبد الله بن عمرو عند ابن ماجه والبزار والبيهقى يرفعه « لا تزوجوا النساء لحسنهن فعسى حسنهن أن يرديهن ، ولا تزوجوهن لأموالهن فعسى أموالهن أن تطغيهن ، ولكن تزوجوهن على الدين ، ولأمة سوداء ذات دين أفضل » •

والحديث يكشف نحائز البشر وما استقر فى طباعهم من قصد هذه الخصال الأربع وآخرها عندهم ذات الدين فاظفر أيها الحصيف بذات الدين تربت يداك ، أى لصقت بالتراب وهى كناية عن الفقر ، وهو خبر بمعنى الدعاء ؛ لكن لا يراد به حقيقته وبهذا جزم صاحب العمدة •

وحكى ابن العربى أن المعنى : استغنت يداك ، ورد بأن المعروف أترب اذا استغنى ، وترب اذا افتقر ؛ وقيل : معناه ضعف عقلك ، وقيل : افتقرت من العلم وقيل : فيه شرط مقدر أى وقع ذلك لك ان لم تفعل ؛ ورجحه ابن العربى • وحديث « انما النساء لعب » مضى تخريجه •

أما حديث أبى هريرة فقد رواه أحمد والنسائى ، وأخرجه مسلم من حديث أبى حازم عنه ولفظه « كنت عند النبى صلى الله عليه وسلم فأتاه رجل

فأخبره أنه تزوج امرأة من الأنصار فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنظرت اليها ؟ قال : لا ، قال : فاذهب فانظر اليهـا فان فى أعين الأنصـار شيئاً » .

أما حديث أم سلمة فقد رواه أحمد وأبو داود والترمذى وصـححه والنسائى وابن حبان وفى اسناده نبهان مولى أم سلمة شيخ الزهرى وقـد وثق . وقد روى مالك فى موطئه عن عائشة أنها احتجبت من أعمى فقيـل لها : انه لا ينظر اليك قالت : لكنى أنظر اليه .

أما حديث على كرم الله وجهه فقد أخرجه الترمذى وصححه ، ورواه البخارى من حديث عبد الله بن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم أردف الفضل بن العباس يوم النحر خلفه ، وفيه قصة المرأة الخثعمية التى سألته صلى الله عليه وسلم عن أمها التى لم تحج ، وقد مضى فى كتاب الحج تفصيله وطرقه وفحواه .

وأما حديث (اذا زوج أحدكم عبده جاريته أو أجيره فلا ينظر الى ما بين السرة والركبة) أخرجه أبو داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عـن جده ورواه البيهقى وقال البخارى فى صحيحه : ويذكر عن ابن عباس وجرهد ومحمد بن جحش : الفخذ عورة . وقد ذكر الحافظ ابن حجر من وصله فى كتابه تعليق التعليق . أما أثر عمر فقال الحافظ فى التلخيص : (لم أجده) .

اما الأحكام فانه يسـتحب له أن يتزوج ذات العقـل ، لأن القصـد بالنكاح طيب العيش معها ولا يحصل ذلك مع من لا عقل لها ، ويستحب له أن يتزوج بكراً لما روى جابر قال : تزوجت امرأة فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فقال : أتزوجت يا جابر ؟ فقلت نعم ، فقال : بكراً أم ثيباً ؟ فقلت له : ثيبا ، فقال : هلا جارية بكراً تلاعبها وتلاعبك » الخ الحديث ، ويستحب له أن يتزوج من يستحسنها لحديث « فاذا اتخذ أحدكم لعبـة فليسـتحسنها ويستحب له أن يتزوج ذات نسب لحديث « تنكح المرأة لأربع » ولقـوله صلى الله عليه وسلم « تخيروا لنطفكم » ولقـوله صلى الله عليـه وسلم :

« اياكم وخضراء الدمن ، قيل وما خضراء الدمن يا رسول الله ؟ قال : المرأة الحسناء فى المنبت السوء » .

والأولى أن يتزوج من غير عشيرته لأن الشافعى رضى الله عنه قال : اذا تزوج الرجل من عشيرته فالغالب على ولده الحمق ، ومن المقرر فى علم الأجناس أن من أسباب انقراض الجنس حصره فى أسرة واحدة فان ذلك يقضى بتدهور السلالات وضعف النسل ، ويستحب له أن يتزوج الولود ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « تناكحوا تكثروا » وقوله صلى الله عليه وسلم « تزوجوا الولود الودود » وقوله صلى الله عليه وسلم : « سوداء ولود خير من حسناء عقيم » ويستحب له أن يتزوج فى شوال ، لما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت : « تزوجنى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى شوال ، وبنى بى فى شوال ، فكانت عائشة رضى الله عنها تستحب أن يبتنى بنسائها فى شوال » .

فـــرع ويجوز للحر أن يجمع بين أربع زوجات حرائر ، ولا يجوز له أن يجمع بين أكثر من أربع لقوله : « مثنى وثلاث ورباع » وقال الصيمرى من أصحابنا الا أن المستحب أن لا يزيد على واحدة لاسيما فى زماننا هذا ــ أى فى زمان الصيمرى ــ وقال القاسم وشيعته (القاسمية) يجوز أن يجمع بين تسع ولا يجوز له أكثر من ذلك لأن النبى صلى الله عليه وسلم مات عن تسع زوجات ، ولأن قوله تعالى : « مثنى وثلاث ورباع » فيكون المجموع تسعا . وذهبت طائفة من الرافضة الى أنه يتزوج أى عدد شاء .

دليلنا أن غيلان بن سلمة الثقفى أسلم وتحته عشر نسوة ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : « أمسك منهن أربعاً وفارق سائرهن » وروى عن نوفل ابن معاوية قال : أسلمت وتحتى خمس نسوة فقال لى النبى صلى الله عليه وسلم « أمسك أربعا منهن وفارق واحدة منهن » وأما الآية فالمراد بها التخيير بين الاثنتين والثلاث والأربع ، ولم يرد به الجمع ، كقوله تعالى : « أولى أجنحة مثنى وثلاث ورباع » فى صفة الملائكة وتقول : جاءنى القوم مثنى وثلاث ورباع ، وأما النبى صلى الله عليه وسلم فانه كان مخصوصاً بذلك ، وما روى أن أحداً من الصحابة جمع بين أكثر من أربع زوجات .

فـــرع واذا أراد الرجل خطبة امرأة جاز له النظر منها الى ما ليس بعورة منها وهو وجهها وكفاها باذنها وبغير اذنها ولا يجوز له أن ينظر الى ما هو عورة منها وبه قال مالك وأبو حنيفة وحكى عن مالك أنه لا يجـوز له ذلك الا باذنهـا ، وقال المزنى : ويجوز أن ينظر الى شيء منها • وقال داود بن على : يجوز له أن ينظر الى جميع بدنها الا الى فرجها • دليلنا على المزنى حديث أبى هريرة مرفوعاً « انظر اليها فان فى أعين الأنصار شيئاً » •

وروى عن المغيرة بن شـعبة قال : أردت أن أنكح امرأة من الأنصـار فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فقال « اذهب فانظر اليها فانه أحرى أن يؤدم بينكما قال فذهبت فأخبرت أباها بذلك ، فذكر أبوها ذلك لهـا فرفعت الخدر فقالت : ان كان رسول الله صلى الله عليه وسلم أذن لك أن تنظر فانظر ، والا فانى أخرج عليك ان كنت تؤمن بالله ورسوله » •

وروى الشافعى وأبو داود والبزار والحاكم من حديث ابن اسـحاق عن داود بن الحصين عن واقد بن عبد الرحمن عن جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « اذا خطب أحدكم المرأة فان استطاع أن ينظر الى نكاحها فليفعل قال : فخطبت جارية فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منهـا ما دعانى الى نكاحها فتزوجتها » ورواه أحمد من هذا الوجه وفيه أنهـا من بنى سلمة وأعله ابن القطان بواقد بن عبد الرحمـن وقال : المعـروف واقد بن عمر وقال الحافظ : رواية الحاكم فيها عن واقد بن عمرو وكذا هو عند الشافعى •

وأما الدليل على داود فقوله تعالى : « ولا يبدين زينتهن الا ما ظهـر منها » قيل فى التفسير : الوجه والكفان ، وظاهر الآية يقتضى أنه لا يجـوز للمرأة أن تبدى الا وجهها وكفيها وروى جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا أراد أحدكم تزويج امرأة فلينظر الى وجههـا وكفيها » فدل على أنه لا يجوز له النظر الى غير ذلك ، ولأن ذلك يدل على سائر بدنها •

اذا ثبت هذا فله أن يكرر النظـر الى وجههـا وكفيهـا • لما روى

أبو الدرداء رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا قذف الله فى قلب امرىء خطبة امرأة فلا بأس أن يتأمل محاسن وجهها » ولا يمكنه تأمل ذلك الا بأن يكرر اليها النظر قال الصيمرى : فاذا نظر اليها ولم توافقه فالمستحب له أن يسكت ولا يقول لا أريدها • قال : وقد جرت عادة الرجال فى وقتنا هذا أن يبعث بامرأة ثقة لتنظر الى المرأة التى يريدون خطبتها ، وهو خلاف السنة ، وذلك فى كتاب الافصاح •

فـــرع قال الشيخ أبو اسحاق : ويجوز للمرأة اذا أرادت أن تتزوج برجل أن تنظر اليه لأنه يعجبها منه ما يعجبه منها ، ولهذا قال عمر رضى الله عنه : « لا تزوجوا بناتكم من الرجل الدميم فانه يعجبهن منهم ما يعجبهم منهن » ولم نعرف لهذا الأثر مصدراً •

واذا أراد الرجل أن ينظر الى امرأة أجنبية عنه من غير سبب فلا يجوز له ذلك لا الى العورة ولا الى غيره العورة لقوله تعالى « قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم » ولحديث على فى ارداف الرسول صلى الله عليه وسلم الفضل ابن العباس خلفه فى حجة الوداع فى قصة الخثعمية • وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لعلى « يا على لا تتبع النظرة النظرة فانما لك الأولى وليست لك الآخرة » أخرجه أحمد وأبو داود والترمذى من حديث بريدة•

ولا يجوز للمرأة أن تنظر الى الرجل الأجنبى لا الى العورة ولا الى غيرها من غير سبب ، لقوله تعالى : « وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن » ولحديث : « دخول ابن أم مكتوم على النبى صلى الله عليه وسلم وعنده أم سلمة وميمونة ، وقيل عائشة وحفصة ، فأمرهما صلى الله عليه وسلم بالاحتجاب ، قائلا : أفعمياوان أنتما ؟ أليس تبصرانه ؟ » ولأن المعنى الذى منع الرجل لأجله هو صرف الافتتان ، وهذا موجود فى المرأة لأنها أسرع الى الافتتان لغلبة شهوتها فحرم عليها ذلك •

فـــرع ويجوز للرجل أن ينظر الى وجه المرأة الأجنبية عند الشهادة وعند البيع منها والشراء ، ويجوز لها أن تنظر الى وجهه لذلك لأن هنا يحتاج اليه فجاز النظر لأجله ويجوز لكل واحد منهما أن ينظر الى بدن

الآخر اذا كان طبيباً وأراد مداواته لأنه موضع ضرورة فزال تحريم النظر لذلك .

فرع واختلف أصحابنا فى الصبى المراهق مع المرأة الأجنبية ، فمنهم من قال : هو كالرجل البالغ الأجنبى معها فلا يحل لها أن تبرز له لقوله تعالى : « أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء » ومعناه لم يقووا على مواقعة النساء والمراهق يقوى على المواقعة والجماع فهو كالبالغ ، ومنهم من قال : هو معها كالبالغ من ذوى محارمها لقوله تعالى : « واذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا » فأمر بالاستئذان اذا بلغوا الحلم ، فدل على أنه قبل أن يبلغ الحلم يجوز دخولهم من غير استئذان .

ولا يجوز للرجل الخصى أن ينظر الى بدن المرأة الأجنبية قال ابن الصباغ : الى أن يكبر ويهرم وتذهب منه شهوته ، قال : وكذلك المخنث لقوله تعالى : « أو التابعين غير أولى الاربة من الرجال » وروى « أن مخنثاً كان يدخل على أزواج النبى صلى الله عليه وسلم وكانوا يعدونه من غير أولى الاربة ، فدخل النبى صلى الله عليه وسلم يوماً وهو عند بعض نسائه هو ينعت امرأة لعبد الله بن أهية أخى أم سلمة يقول : يا عبد الله ان فتح الله عليكم الطائف فانى أدلك على ابنة غيلان فانها تقبل بأربع وتدبر بثمان ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم لا يدخلن هؤلاء عليكم » رواه البخارى ومسلم ، وأخرجه أحمد فى مسنده عن أم سلمة ؛ ورواه أحمد ومسلم وأبو داود من حديث عائشة وقوله « تقبل بأربع » يعنى أربع عكن فى مقدم بطنها ، وقوله « تدبر بثمان » لأن الأربع محيطة ببطنها وجنبيها فتبدو العكن من خلفها ثمان أربع من اليمين وأربع من اليسار . وهذا هو تفسير مالك رضى الله عنه للحديث ، وتابعه عليه جمهور العلماء فى اللغة والحديث.

فرع ويجوز للرجل أن ينظر الى المرأة من ذوات محارمه ، وكذلك يجوز لها النظر اليه من غير سبب ولا ضرورة ، لقوله تعالى : « ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن أو آبائهن أو آباء بعولتهن » الآية وفى الموضع الذى يجوز له النظر اليها منها وجهان حكاهما المسعودى :

(أحدهما) وهو قول البغداديين من أصحابنا أنه يجوز له النظر الى جميع بدنها الا ما بين السرة والركبة ، لأنه لا يحل له نكاحها بحال ، فجاز له النظر الى ذلك كالرجل مع الرجل •

(والثانى) وهو اختيار القفال أنه يجوز له النظر الى ما يبدو منها عند المهنة [1] لأنه لا ضرورة به الى النظر الى ما زاد على ذلك • قال المسعودى : وهكذا الوجهان فى النظر الى أمة غيره ، ويجوز للرجل أن ينظر الى جميع بدن الرجل الا الى ما بين السرة والركبة من غير سبب ولا ضرورة ، لأنه لا يخاف الافتتان بذلك •

فرع اذا امتلكت المرأة خادماً فهل يكون كالمحرم لها فى جواز النظر والخلوة به ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) أنه يصير محرماً لها ، وقد مال فى المهذب الى ذلك ، وهو المنصوص لقوله تعالى : « أو ما ملكت أيمانهن » فعده من ذوى المحارم وروت أم سلمة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا كان مع احداكن مكاتب وفى فلتحتجب عنه » فلولا أن الاحتجاب لم يكن واجباً عليهن قبل ذلك لما أمرهن به •

وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم « أعطى فاطمة رضى الله عنها غلاماً فأراد النبى صلى الله عليه وسلم أن يدخل عليها ومعه على والغلام وليس عليها الا ثوب واحد ، فأرادت أن تغطى به وجهها ورجليها فلم يبلغ ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم لا بأس عليك انما هو أبوك وزوجك وخادمك » ولأن الملك سبب يحرم الزوجية بينهما فوجب أن يكون محرماً له كالنسب والرضاعة •

(والثانى) لا يكون محرماً لها • قال الشيخ أبو حامد : وهو الصحيح عند أصحابنا لأن الحرمة انما تثبت بين شخصين لم تخلق بينهما شهوة كالأخ والأخت • والخادم وسيدته شخصان خلقت بينهما الشهوة فهو كالأجنبى •

---

(١) المهنة بفتح الميم بعد هاء ساكنة ثم نون مفتوحة فهاء .

وأما الآية فقال أهل التفسير ، المراد بها الا ما دون العبيد • وأما الخبر فيحتمل أن يكون الغلام الذى أعطاه النبى صلى الله عليه وسلم لفاطمة صغيراً •

فرع واذا تزوج الرجل امرأة يحل له الاستمتاع بها كان لكل واحد منهما النظر الى جميع بدن الآخر ، لأنه يملك الاستمتاع به ، وهل يجوز له النظر الى الفرج ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يجوز لأنه موضع يجوز الاستمتاع به فجاز له النظر اليه كالفخذ •

(والثانى) ولا يجوز لما روى من أن النظر الى الفرج يورث الطمس وهو العمى • قال تعالى : « فطمسنا أعينهم » ولأن فيه دناءة وسخفاً • قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ : يعنى بالطمس العمى أى فى النظر • وقال الطبرى فى العدة أى أن الولد بينهما يولد أعمى • واذا زوج الرجل أمته كانت كذوات محارمه فلا يجوز له أن ينظر منها الى ما بين السرة والركبة للحديث : (اذا زوج أحدكم أمته فلا ينظر منها الى ما بين السرة والركبة) ولأنه اذا زوجها فحكم الملك ثابت بينهما وانما حرم عليه الاستمتاع بها فصارت كذوات محارمه •

مسألة قال الشافعى رضى الله عنه : « ان الله عز وجل لما خص به رسوله صلى الله عليه وسلم من وحيه وأنا به بينه وبين خلقه بما فرضه عليهم من طاعته افترض عليه أشياء خففها على خلقه ليزيده بها ان شاء الله قربه ، وأباح له أشياء حظرها على خلقه زيادة فى كرامته وتبييناً لفضيلته » •

وجملة ذلك أن النبى صلى الله عليه وسلم خص بأحكام فى النكاح وغيره ولم يشاركه غيره فيها • فأما ما خص به فى غير النكاح فأوجب الله تعالى عليه أشياء لم يوجبها على غيره ليكون ذلك أكثر لثوابه ، فأوجب عليه السواك والوتر والأضحية • والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم

« ثلاث كتبهن الله على ولم تكتب عليكم : السواك والوتر والأضحية »
« وكان يجب عليه اذا لبس لأمة حربة أن لا ينزعها حتى يلقى العدو »
الدليل قوله صلى الله عليه وسلم : « ما كان لنبى اذا لبس لأمته أن ينزعها حتى يحكم الله بينه وبين عدوه » .

وأما قيام الليل فمن أصحابنا من قال : كان واجباً عليه الى أن مات لقوله تعالى : « يا أيها المزمل قم الليل الا قليلا » الآية . والمنصوص أنه كان واجباً عليه ثم نسخ بقوله تعالى : « ومن الليل فتهجد به نافلة لك » وبعض أهل العلم يرى أن الآية ليست ناسخة . وأن قوله نافلة لك تجرى مجرى معناها اللغوى ، أى زيادة خاصة بك وليست نافلة بمعناها الاصطلاحى من كونها دون الواجب . وكان صلى الله عليه وسلم اذا رأى منكراً أنكره وأظهره ، لأن اقراره لغيره على ذلك يدخل على جوازه ؛ وقد ضمن الله تعالى له النصر . وحرم عليه أشياء لم يحرمها على غيره تنزيهاً له وتطهيراً ، فحرم عليه الكتابة وقول الشعر وتعليمه تأكيداً لحجته وبياناً لمعجزته قال تبارك وتعالى : « وما كنت تتلو من قبله من كتاب ولا تخطه بيمينك اذن لارتاب المبطلون » .

وذكر النقاش من أصحابنا أن النبى صلى الله عليه وسلم ما مات حتى كتب ، والأول هو المشهور وحرمت عليه الصدقة المفروضة قولا واحداً . وفى صدقة التطوع قولان وقد مضى بيانه مفصلا فى الزكاة وحرم عليه خائنة الأعين وهو الرمز بالعين ، لما روى : « أن رجلا دخل على النبى صلى الله عليه وسلم فلما خرج قال : هلا قتلتموه ؟ فقالوا : هلا رمزت الينا ، فقال صلى الله عليه وسلم ما كان لنبى أن يكون له خائنة الأعين » وحرم عليه أن يمد عينيه الى ما متع به الناس والدليل عليه ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم (مرت به ابل عست بأبوالها وأبعارها فغطى عينيه ، فقيل له فى ذلك ، فقال قال الله تعالى (ولا تمدن عينيك الى ما متعنا به أزواجاً منهم) .

وأباح الله تعالى له أشياء لم يبحها لغيره تفضيلا له واختصاصاً منها أنه

أباح له الوصال فى الصوم • والدليل عليه أنه نهى عن الوصال ، فقيل له: يا رسول الله انك تواصل ، فقال « انى لست مثلكم ، انى أطعم وأسقى » وفى رواية « انى أبيت عند ربى فيطعمنى ويسقينى » وأبيح له أربعة أخماس الغنيمة ، وخمس الخمس من الفىء والغنيمة ، وأبيح له أن يختار منها ما شاء ؛ وأكرمه الله تعالى بأشياء منها أنه أحل له الغنائم له ولأمته وكانت لا تحل لمن قبله من الأنبياء •

ويزعم اليهود فى توراتهم أن السبى والفىء والغنيمة حلال لهم بالحرب• وفى التلمود كل أموال غير اليهود ودمائهم ونسائهم وأطفالهم مستباحة لليهود « وقالوا ليس علينا فى الأمين سبيل ويقولون على الله الكذب وهم يعلمون » وجعلت له الأرض مسجداً وطهوراً ولأمته ، وكان من قبله من الأنبياء لا تصح صلاتهم الا فى المساجد لقوله صلى الله عليه وسلم « فضلنا على الناس بثلاث ، جعلت الأرض لنا مسجداً وترابها طهوراً ، وجعلت صفوفنا كصفوف الملائكة » وجعل له معجزات كمعجزات الأنبياء قبله وزيادة ، فكانت معجزة موسى العصا وانبجاس الماء من الصخرة •

وقد انشق القمر للنبى صلى الله عليه وسلم وخرج الماء من بين أصابعه وكانت معجزة عيسى احياء الموتى وابراء الأكمه والأبرص ، وقد سبحت الحصى بيد النبى صلى الله عليه وسلم وحن الجذع اليه ، وفضله الله تعالى عليهم بأن جعل القرآن معجزته وجعل معجزته فيه باقية الى يوم القيامة ، ولهذا كانت نبوته مؤبدة لا تنسخ الى يوم القيامة ، ونصر بالرعب مسيرة شهر ، وبعث الى الخلق كافة ؛ وقد كان كل نبى يبعث فى نسب قومه خاصة،وقال صلى الله عليه وسلم تنام عيناى ولا ينام قلبى،وكان يرى من خلفه كما يرى من بين يديه ، وأما ما خص به النبى صلى الله عليه وسلم من الأحكام فى النكاح فاختلف أصحابنا فى المنع من الكلام فيه فحكى الصيمرى أن أبا على ابن خيران منع من الكلام فيه وفى الامامة • لأن ذلك قد انقضى فلا معنى للكلام فيه • وقال سائر أصحابنا : لا بأس فى الكلام بذلك وهو المشهور من المذهب لما فيه من زيادة العلم ، وقد تكلم العلماء فيما لا يكون كما بسط الفرضيون مسائل الوصايا وقالوا : اذا ترك أربعمائة جدة وأكثر •

اذا ثبت هذا فانه أبيح للنبى أن ينكح من النساء أى عدد شاء • وحكى الطبرى فى العدة وجهاً آخر أنه لم يبح له أن يجمع بين أكثر من تسع والأول هو المشهور ، قال تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فان خفتم ألا تعدلوا فواحـدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا » قيل فى التفسير : أن لا تجوروا فى حقوقهن فحـرم الزيادة على الأربع وندب الى الاقتصار على واحدة خوفاً من الجور وترك العـدل ، وهذا مأمون من النبى صلى الله عليه وسلم ولأن النبى صلى الله عليه وسلم تزوج ثمانى عشرة امرأة ، وقيل : بل خمس عشرة وجمع بين أربع عشرة ، وقيل بل بين احدى عشرة ؛ ومات عن تسـع هن : عائشـة بنت أبى بكر الصديق ، وحفصة بنت عمر ، وأم سلمة بنت أبى أميـة ؛ وأم حبيبة بنت أبى سفيان وميمونة بنت الحارث ؛ وجويرية بنت الحارث ، وصـفية بنت حيى ، وزينب بنت جحش ، فهؤلاء ثمان نسوة كان يقسم لهن الى أن مات صلى الله عليه وسلم والتاسعة سودة بنت زمعة كانت وهبت ليلتها لعائشـة حتى قال له ربه تعالى : « لا يحل لك النساء بعد ولا أن تبـدل بهن » ثم نسخ هذا التحريم بقوله تعالى : « يا أيها النبى انا أحللنـا لك أزواجك اللائى هاجرن معك » الآية •

قال الشافعى رضى الله عنه : فمن ذلك أن من ملك زوجة فليس عليـه تخييرها وأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يخـير نسـاءه فاخترنه ؛ ومن ذلك أن الله تعالى خيره صلى الله عليه وسلم بين أن يكون نبياً ملـكاً وعرض عليه مفاتيح خزائن الدنيا وبين أن يكون نبياً مسكيناً فاختار المسكنة وهى أعلى المنزلتين ومن ثم أمره الله تعالى أن يخير زوجاته فربما كان فيهن من تكره المقام على الشدة تنزيها له ، ومما خص به النبى صلى الله عليـه وسلم أن جعل أزواجه أمهات المؤمنين • قال الشافعى : معنى قوله تعـالى : « وأزواجه أمهاتهم » فى معنى دون معنى وأراد به أن أزواجه اللاتى مات عنهن لا يحل لأحد نكاحهن ومن استحل ذلك كان كافراً •

أما اذا تزوجها ولم يدخل بها ثم فارقها كالكلبية التى قالت : « أعوذ بالله منك ، فقال لها : لقد استعذت بمعاذ الحقى بأهلك » فقيل : انه تزوجهـا

عكرمة بن أبى جهل فى خلافة الصديق أو خلافة عمر فهم برجمها ، فقيل له : انه لم يدخل بها فخلى عنها ، وقيل : ان الذى تزوج منها الأشعث بن قيس الكندى • وقال القاضى أبو الطيب : الذى تزوجها المهاجر بن أبى أمية ولم ينكر أحد ذلك فدل على أنه اجماع ، ومما خص به النبى صلى الله عليه وسلم أن الله فضل زوجاته على نساء العالمين « يا نساء النبى لستن كأحد من النساء ان اتقيتن » وقوله : « يا نساء النبى من يأت منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين » الى قوله تعالى : « وتعمل صالحاً نؤتها أجرها مرتين » فجعل حدهن مثلى حد غيرهن لكمالهن وفضيلتهن كما جعل حد الحر مثلى حد العبد وكذلك حسناتهن مضاعفة لهن تفضيلا لهن وتشريفا ، وقد قال الشافعى فى كتاب أحكام القرآن الذى رواه عنه البيهقى : وأبان من فضله ــ من المباينة بينه وبين خلقه ــ فرض عليهم طاعته فى غير آية من كتابه ، وافترض عليه أشياء خففها عن خلقه ، قال العمرانى • وهذا أوضح معنى مما نقله المزنى والله تعالى أعلم •

الحكمة فى خصوصيته صلى الله عليه وسلم بأكثر من أربع وعلة تزوجه بكل واحدة

كتب بعض المعاصرين من الأعلام رسائل ترد على مفتريات الحاقدين من النصارى واليهود والملاحدة الذين يزعمون أن شريعة الاسلام هى أول شريعة أقرت تعدد النساء ومن هؤلاء الأعلام المرحوم السيد رشيد رضا والدكتور أحمد الحوفى وقد جاء فى هذه البحوث •

أن الامبراطور قسطنطين وابنه قد عددا النساء والامبراطور فلافيوس فالنتيان سن قانوناً يبيح التعدد ، أباح فيه لرعاياه جميعاً أن يتزوجوا ما شاءوا وكان ذلك فى منتصف القرن الرابع الميلادى ولم يعترض عليه أحد من قساوسته ورؤساء دينه •

وأن المنذر بن الحارث بن أبى جبلة الغسانى الذى كان بطريقاً وحامياً للكنيسة الشرقية تزوج نساء كثيرات ، وكذلك النعمان بن المنذر ملك الحيرة تزوج عدة نساء حتى بعد تنصره •

ولما أشرق نور الاسلام كان فى ثقيف رجال عند كل منهم عشر نسوة ، أسلم بعضهم مثل غيلان بن سلمة بن عبد الله ومسعود بن عامر فنزل كل منهم عن ست زوجات وأمسك أربعاً وكان عند قيس بن الحارث ثمانى نسوة وعند نوفل بن معاوية خمس فخيرهما النبى صلى الله عليه وسلم فى أربع وكان عند أبى سفيان ست نسوة وعند صفوان بن أمية مثلهن وكان عند المغيرة بن شعبة زوجات كثيرات حيث تزوج بسبعين امرأة أو ثمانين أو تسعاً وثمانين أو ثلاثاً وتسعين وقد نزل من أسلم منهم عما زاد على أربع وأمسك عليه ما أباح الله له .

زوجات النبى صلى الله عليه وسلم
السيدة خديجة رضى الله عنها

لم يتزوج النبى صلى الله عليه وسلم قبل زواجه بها وقضى أنضر شبابه وأشدها نزوعاً الى المتعة ــ وما أيسرها عليه ــ هادئاً عفيفا بغض الله اليه اللهو حتى ما كان منه بريئا أو مباحا .

وبقى صلى الله عليه وسلم الى الخامسة والعشرين حتى تاجر للسيدة خديجة بنت خويلد فى مالها فأعجبتها أمانته وسيرته . وكانت رضى الله عنها من ذوات الحسب والثراء ، وكانت قد تزوجت مرتين فى بنى مخزوم ، ثم خطبها كثير من كبار قريش فرفضتهم ؛ لأنها رأت أنهم يرغبون فيها لثرائها .

وكان صدى اعجابها بأمانة محمد وسيرته أن أرسلت اليه أختها أو صديقتها فقالت له : ما الذى يمنعك أن تتزوج ؟ قال : لست أملك ما أتزوج به . قالت : فان كفيت ذلك ، ودعيت الى الجمال والكفاءة والمال والشرف ألا تجيب ؟ قال : فمن هى ؟ قالت : خديجة بنت خويلد . قال : فكيف لى بذلك ؟ قالت : على ذلك . فأعلن لها رسول الله صلى الله عليه وسلم رضاه وهو يعلم أن خديجة تكبره بخمسة عشر عاماً أو أكثر ويعلم أنها تزوجت قبله مرتين ــ قال الدكتور الحوفى :

ثم تم زواج النبى صلى الله عليه وسلم بالسيدة خديجة فتوارى فارق

السن أمام السعادة والوفاء وطيب العشرة والبهجة بالبنين والبنات اذ ولدت له القاسم وعبد الله وزينب وأم كلثوم وفاطمة ورقية .

وانه ليسترعى النظر أن النبى صلى الله عليه وسلم كان وهو يسعد بهذه الحياة الزوجية معها يترك بيته الليالى ذوات العدد يقضيها مفكراً متعبداً فى غار حراء ، ويحرص على التحنث فى هذا الغار شهر رمضان من كل عام حيث يحمل اليه ما قل من الطعام ، فلو أنه كان كلفاً بالنساء ما فارق بيته الى غار قفر فى جبل موحش يقضى به الليالى وحيداً فريداً لا يؤنسه الا تفكيره وتبتله ولقد توارى فارق السن بين النبى صلى الله عليه وسلم وزوجته أمام السعادة الزوجية وأمام ما نهضت به السيدة الجليلة من مسارعتها الى التصديق برسالة محمد صلى الله عليه وسلم وتثبيتها له ومشاركتها اياه بنفسها وبمالها فى البأساء والضراء الى أن اختارها الله تعالى .

فقد كانت أول من آمن به من النساء وكان لا يجد من المشركين ما يكره الا خففت عنه وأيدته وهونت عليه .

ولن ينسى تاريخها لقاءها الحبيب حينما نزل عليه الوحى أول مرة وقد عاد يرجف فؤاده فأخذت تواسيه قائلة : والله لا يخزيك الله أبداً انك لتصل الرحم وتحمل الكل وتقرى الضيف وتعين على نوائب الحق ، ثم انطلقت به الى ورقة بن نوفل ابن عمها وكان امرءاً تنصر فى الجاهلية وقالت : يا بن عم اسمع من ابن أخيك فلما أخبره صلى الله عليه وسلم قال : ان هذا الناموس الذى نزل الله على موسى .

على أن النبى صلى الله عليه وسلم عاش مكتفياً بالسيدة خديجة وحدها خمساً وعشرين سنة أعنى بعد أن جاوز الخمسين وقضى زهرة عنفوانه معها بينما هى تنحدر الى الشيخوخة والكبر فلما افتقدها وعمرها أربع وستون أو خمس وستون سنة حزن عليها حزناً يليق بجلال النبوة وعظيم الوفاء .

ولم يزل طيلة حياته وفياً لها يعطر ذكراها بالثناء عليها فى غير كتمان لاعجابه بها وحدبه على طيب ذكرها على مسمع من زوجاته اللائى كن له بعد

ذلك حتى ان عائشة رضى الله عنها قالت : « ما غرت من امرأة مثل ما غـرت من خديجة لكثرة ذكر الرسول صلى الله عليه وسلم اياها ، حتى انه كان يذبح فيتتبع صدائق خديجة يهديها اليهن » •

وقالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يكاد يخرج من البيت حتى يذكر خديجة فيحسن الثناء عليها فذكرها يوماً من الأيام فأدركتنى الغـيرة فقلت : هل كانت الا عجوزاً أبدلك الله خيراً منها ؟ فغضب صلى الله عليـه وسلم حتى اهتز مقدم شعره من الغضب ثم قال : لا والله ما أبدلنى الله خيراً منها ، آمنت بى اذ كفر الناس ، وصدقتنى اذ كذبنى الناس ، وواستنى فى مالها اذ حرمنى الناس ورزقنى الله منها الولد ولم أرزق من غيرها ، قالت عائشة فقلت فى نفسى : لا أذكرها بسوء أبداً : ولقد توفيت خديجة رضى الله عنها قبل الهجرة بثلاث سنوات •

سودة بنت زمعة

أسلمت هى وزوجها وكان ابن عم لها السكران بن عمرو بن عبد شمس وخالفت باسلامها قومها وأقاربها ثم هاجرت مع زوجها الى الحبشة فى الهجرة الثانية فراراً من ايذاء المشركين لهما ، فلما عادا الى مكة توفى زوجها •

كانت سودة كبيرة السن ثقيلة بطيئة الحركة ، وكانت ممشـوقة القامة لا تستطيع أن تجد الكفء الذى يرضاها زوجة له ، وكانت حسيبة لا ترضى أن يتزوجها من لا يكافئها ولا يعادلها ، ولم تكن تستطيع أن ترجع الى أهلها الذين أسلمت على كره منهم لئلا يؤذوها ويردوها عن الاسلام •

فماذا فعل صلى الله عليه وسلم ؟ لقد كرمها اذ تزوجها قبـل الهجـرة بسنتين ولكنه لم يبن بها الا فى المدينة أى بعد موت السيدة خديجة بثلاث سنين •

كان هذا الزواج كما هو واضح حماية لها من أذى قومهـا الغلاظ . وكان تكريماً لمبادرتها الى الاسلام وفرارها بدينها وصبرها على الاستمساك

بعقيدة التوحيد ، وكان مواساة لها عن زوجها ، ولم يخل هذا الزواج من نهنهة قومها عن هيجان عداوتهم واستمالتهم وتأليف قلوبهم لصيرورتهم أصهاراً لرسول الله صلى الله عليه وسلم فهو اذن زواج تكريم ومراعاة لصالح الاسلام لا زواج استمتاع ولا استكثار .

ولقد قالت له صلى الله عليه وسلم وقد أدركت الفارق بينه وبينها فى السن وهى عجوز وأنها لا تشتهى ولا تشتهى فوهبت يومها لعائشة ، وقالت : انما أريد أن أكون زوجتك فى الجنة يا رسول الله .

عائشة بنت ابى بكر

أبو بكر الصديق حبيبه الأثير ورفيقه فى الغار وظهيره فى الجهاد ، لقد بذل ماله ونفسه لنصرة الاسلام فكان أقرب الناس الى قلبه صلى الله عليه وسلم وكان بمثابة وزيره الأول فبماذا يكرم النبى صلى الله عليه وسلم صفية هذا وصديقه من أن يزيده قرباً الى قربه وشرفاً الى شرفه لم يكن ثمة أولى من أن يصهر اليه فيتزوج كريمته السيدة عائشة تزوجها وهو فى أشد الحاجة الى زوجة بعد وفاة خديجة بثلاث سنين ، لأن سودة لم تكن أكثر من زوجة اسما لا فعلا ولقد أعلنت النبى صلى الله عليه وسلم بحالها وأنه فى حل من شأنها وأن أمنيتها أن تكون زوجته فى الجنة وأن تلقى الله وهى زوجة نبى .

وهو صلى الله عليه وسلم صاحب بيت ولابد للبيت من زوجة تدير شئونه وترعى مصالحه وتعده ليأوى اليه النبى صلى الله عليه وسلم وهو صالح لمأواه ، وتزيده أنساً وتعطر بيت النبوة العظيم بشذى من رقة الأنوثة وحنانها وتحقق قوله تعالى فى بيان بعض نعمه على عباده : « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة ان فى ذلك لآيات لقوم يتفكرون » .

واذا كان آلاف من المسلمين والمسلمات يودون أن ينهضوا بخدمة بيت النبى صلى الله عليه وسلم فانهم لا يكفلون طمأنينة البيت وهدوءه وراحته

ووقاره كما تكفله الزوجة ولا يستطيعون أن يحققوا ما جاء فى الآية الكريمة من معانى السكن والمودة والرحمة •

ثم ان معاشرة النبى صلى الله عليه وسلم لزوجه ولزوجات تتيح لهن أن يعرفن كثيراً من التشريع والأحكام والحلال والحرام والمباح وتتيح لهن سماع كثير من أصول هذه الأحكام فى أحاديثه الشريفة صلى الله عليه وسلم برواية أقرب الناس اليه عشرة •

على أن وجود زوجة فى بيته صلى الله عليه وسلم كان مشجعاً للنساء على أن يفدن الى بيته كما يفد الرجال ويسألن السيدة عائشة عما يتحرجن من سؤال النبى صلى الله عليه وسلم عندما يختص بالنساء • وقد كانت رضى الله عنها فتاة ذكية سريعة الحفظ مشهورة برواية الحديث ـ ولقد صنف العلماء مصنفات نافعة فيما استدركته عائشة على الصحابة ـ كما فعل ذلك الزركشى فى كتابة (الاجابة فيما استدركته عائشة على الصحابة) ولقد كانت مرجعاً لكبار الصحابة فى الفتيا •

قال أبو موسى الأشعرى رضى الله عنه : ما أشكل علينا أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم حديث قط فسألنا عائشة الا وجدنا عندها منه علماً وقال مسروق رأيت مشيخة أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يسألونها عن الفرائض •

ولم يقتصر تفوقها على رواية الحديث وعلى الفقه فحسب ، بل كانت فصيحة اللسان قوية البيان حافظة لكثير من القصائد ، حتى ان هشام ابن عروة حدث عن أبيه أنه قال : (ما رأيت أحداً أعلم بفقه ولا بطب ولا بشعر من عائشة) •

وحدث أبو الزناد فقال : انه ما رأى أحداً أروى للشعر من عروة وان عروة قيل له : ما أكثر روايتك فقال : وما روايتى فى رواية عائشة ما كان ينزل بها شىء الا أنشدت فيه شعراً •

فهى رضى الله عنها قديرة على حفظ السنة واستيعابها وفهمها قديرة على حفظ كثير من الأخبار الخاصة بحياة النبى صلى الله عليه وسلم فى بيته وفى خلواته ، وقديرة على تفهم ما لا يستطيع غيرها من النساء أن يتفهمه ؛ ولقد كان لزواج النبى صلى الله عليه وسلم بعائشة خير كثير للاسلام وللمسلمين من رجال ونساء •

حفصة بنت عمر

تلك هى ابنة وزيره وظهيره ونصيره الذى كان بمثابة وزيره الثانى بعد الصديق • كان زوجها الأول خنيس بن حذافة السهمى قد توفى جريحاً فى غزوة بدر فذكرها عمر لصديقه أبى بكر لعله أن يتزوجها ، فسكت أبو بكر فاستاء عمر ، ثم عرضها على صديقه عثمان بن عفان وكانت زوجته رقية بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم قد توفيت فقال عثمان : ما أريد أن أتزوج اليوم لأنه كان يريد أم كلثوم بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فعز على عمر اعراض صديقيه أبى بكر وعثمان ، فذهب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فشكا اليه أمرهما فتدارك الرسول صلى الله عليه وسلم ما داخل نفس عمر منهما وأتاح له خيراً مما كان يريد اذ قال له : يتزوج حفصة من هو خير من عثمان ويتزوج عثمان من هى خير من حفصة ، ثم خطبها النبى صلى الله عليه وسلم الى عمر وتزوجها سنة ثلاث وتزوج عثمان أم كلثوم •

فهذا الزواج ضرب من رأب الصدع وعلاج النفس والحفاظ على صفاء الصلات التى بين الاخوة المقربين اليه صلى الله عليه وسلم فكان تكريماً لعمر كما كان زواج عائشة تكريماً لأبى بكر وكان زواجه صلى الله عليه وسلم بها تكريماً لعمر ، يدل عليه أنه لما بلغه رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم طلق نساءه ومنهن حفصة حثا التراب على رأسه وقال : ما يعبأ الله بعمر وابنته بعد هذا ، ولم يسكن جأشه حتى علم أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يطلقهن •

ام سلمة رضى الله عنها

هى هند بنت أبى أمية حذيفة بن المغيرة المخـزومى ، تزوجها صلى الله عليه وسلم سنة اثنين بعد غـزوة بدر وكانت زوجـة لأبى سـلمة عبد الله ابن عبد الأسد بن مخزوم لقد كانت هذه السيدة من السابقات الى الاسلام وكانت أول من هاجر الى الحبشة مع زوجها ثم عادا وهاجرا الى المدينـة وشهد زوجها غزوة بدر ، وكان فارس القوم ثم اشترك فى غزوة أحـد فأصابه جرح مات منه •

كانت بين النبى صلى الله عليه وسلم وأبى سلمة صلة أخرى حميمة لأنه ابن برة بنت عبد المطلب عمة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأنه أخـوه من الرضاعة ، وكانت أم سلمة حين مات زوجها كبيرة السن كثيرة الأولاد ، ولهذا لما خطبها أبو بكر وعمر بعد موت زوجها اعتذرت بكبر سنها وكثرة عيالها وشدة غيرتها •

فرأى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرعاها بنفسه جزاء لهـا على ما قدمت هى وزوجها للاسلام كما ترعى الدول المعاصرة أسر الشـهداء بوسائل شتى من التكريم والتقديم والايثار ورأى أن يواسيها وأن يتكفل بأبنائها وهو يرى حزنها شديداً على زوجها ، وقال لهـا : « اللهم آجرنى فى مصيبتى وارزقنى خيراً منها » قالت : فرزقنى الله تعالى خيراً من أبى سلمة رسول الله صلى الله عليـه وسـلم وزوج ابنها سـلمة أمامة بنت حمـزة ابن عبد المطلب التى كان يتنافس عليها على وجعفر وزيد •

وأم سلمة هى التى قالت للنبى صلى الله عليه وسلم حين خطبها : فى خلال ثلاث : أنا كبيرة السن وأنا امرأة معيلة وأنا امرأة شديدة الغيرة فقال صلى الله عليه وسلم « أنا أكبر منك سناً وأما العيال فالى الله وأما الغيرة فأدعو الله فيذهبها عنك » وقد كان •

زينب بنت خزيمة من بنى عامر بن صعصعة

هى التى كانت تدعى فى الجاهلية أم المساكين ، وكانت زوجه للطفيـل ابن الحارث بن عبد المطلب الذى استشهد يوم أحد ولم تكن ذات جمـال

أو صبا فقد تجاوزت سن الشباب • وقد تزوجها صلى الله عليه وسلم رعاية لها ، وحدباً عليها ، واشفاقاً على أبنائها ؛ وتعويضا عن فقد زوجها فى حومة الجهاد ، ولم تعش مع النبى صلى الله عليه وسلم الا شهرين أو ثلاثة أشهر ثم توفيت •

جويرية بنت الحارث الخزاعية

كان أبوها سيد بنى المصطلق وقد جمع جموعاً كثيرة لمحاربة رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما التقى الجمعان فى غزوة المريسيع أو غزوة بنى المصطلق سنة خمس من الهجرة عرض رسول الله صلى الله عليه وسلم الاسلام فأبوا فحاربهم وانتصر عليهم •

حينئذ وقعت جويرية وكان اسمها برة وكانت زوجة لمسافع بن صفوان المصطلقى فى سهم ثابت بن قيس فكاتبها على سبع أواق من ذهب ، فلم تجدها ولم تجد معيناً لها غير رسول الله صلى الله عليه وسلم فمضت اليه وقالت : يا رسول الله أنا بنت الحارث بن أبى ضرار سيد قومه ، وقد أصابنى من الأمر ما لم يخف عليك فوقعت فى سهم ثابت بن قيس فكاتبته على نفسى وجئت استعينك فقال لها صلى الله عليه وسلم هل لك فى خير من ذلك ؟ قالت : وما هو يا رسول الله ؟ قال : أقضى عنك كتابتك وأتزوجك ؟ قالت : نعم قال : قد فعلت •

وخرج الخبر الى الناس وعلموا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج بنت الحارث فقال بعضهم لبعض لقد صاروا أصهار رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يصح أن تبقى سباياهم فى ملكنا ، وأطلقوا ما فى أيديهم من سبايا بنى المصطلق • لهذا قالت السيدة عائشة رضى الله عنها : لا نعلم امرأة كانت أعظم بركة على قومها من جويرية •

وكان اسمها برة فغيره النبى صلى الله عليه وسلم الى جويرية • فلم يلبث بنو المصطلق أن أسلموا وأن صاروا فى صفوف المدافعين عن الاسلام بعد أن كانوا فى صفوف أعدائه الألداء • ومعنى هذا أن زواج النبى صلى

الله عليه وسلم بجويرية لم يكن الا لخير الاسلام وقوة المسلمين والاستكثار من أنصار الدعوة .

أم حبيبة بنت أبى سفيان بن حرب

اسمها رملة أسلمت على الرغم من أبيها وهاجرت مع زوجها عبيد الله ابن جحش الى الحبشة لكن زوجها تنصر هناك وأرادها أن تتابعه فأبت ففارقها ومات .

فبم يكافىء النبى صلى الله عليه وسلم امرأة أسلمت على الرغم من أبيها وهو من ألد أعداء النبى صلى الله عليه وسلم وأقواهم ؟ بم يكافىء امرأة هاجرت الى الحبشة فراراً باسلامها مستهينة بما تلقى من آلام الغربة والمخاطر والحاجة للحفاظ على دينها ؟ بم يكافىء امرأة تنصر زوجها وهما فى الغربة وأرادها على أن تتنصر مثله فرفضت ففارقها وتخلى عنها .

لم يجد النبى صلى الله عليه وسلم مكافأة لها واعزازاً لشأنها وحماية لها خيراً من أن يتزوجها وهى بالحبشة سنة ست أو سبع ، ولينقذها من ضيق الغربة والوحدة والفقر لعله يتألف قلب أبيها أحد زعماء الشرك وأعداء الاسلام الألداء .

ولم تقدم من الحبشة الا عام الهدنة مع خالد بن سعيد فى العام السابع من الهجرة يوم فتح خيبر .

زينب بنت جحش بن رئاب

هى ابنة عمته أميمة بنت عبد المطلب .

ولزواج النبى صلى الله عليه وسلم منها قصة خلط فيها ذوو الغفلة تخليطا يأباه الواقع وينفر منه الحق ، ثم جاء بعض خصوم الاسلام فتلقفوا هذا التخليط وضخموه محاولين أن يثيروا غباراً حول نزاهة رسول الله صلى الله عليه وسلم كأنما يجهلون أن غبارهم لن يتجاوز أقدامهم التى أثارته ، فمن أين له أن يبلغ الجوزاء .

ان زيد بن حارثة الكلبى كان قد أصابه سباء فى الجاهلية فاشترته السيدة خديجة بنت خويلد ووهبته لرسول الله صلى الله عليه وسلم فتبناه بمكة قبل النبوة وهو ابن ثمان ، ثم علم أبوه حارثة مكانه فخرج لفدائه ولقى النبى صلى الله عليه وسلم فقال النبى صلى الله عليه وسلم مخيره ، فان اختاركم فهو لكم وان اختارنى فوالله ما أنا بالذى أختار على من اختارنى أحداً •

وعرف زيد أباه وعمه ولكنه اختار البقاء مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما فعله زيد خرج به الى الحجر فأشهد الناس ان زيداً ابنه يرث كل منهما الآخر فطابت نفس حارثة ونفس أخيه وعرف زيد بأنه ابن محمد حتى جاء الاسلام ونزل قوله تعالى : « ادعوهم لآبائهم » الآية ٥ من سورة الأحزاب •

فدعى من يومئذ زيد بن حارثة ودعى الأدعياء لآبائهم • ثم علم النبى صلى الله عليه وسلم من الوحى أن زيداً سيتزوج زينب ثم يطلقها ثم يتزوجها النبى صلى الله عليه وسلم بعده لابطال ما تعارف عليه العرب من تحريم زوجة المتبنى ، فخطب لزيد زينب ابنة عمته فأبت وأبى أخوها عبد الله ، لأنها شريفة حسيبة وزيد عبد حرره النبى صلى الله عليه وسلم فنزل قوله تعالى : « وما كان لمؤمن ولا مؤمنة اذا قضى الله ورسوله امراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم ومن يعص الله ورسوله فقد ضل ضلالا مبيناً » •

فلم تجد زينب وأخوها بدا من الخضوع لما قضاه الله ورسوله ، فزوجها رسول الله زيداً ودفع هو مهرها نيابة عن زيد ستين درهماً وحماراً وملحفة ودرعاً وازاراً ، وخمسين مداً من طعام وثلاثين صاعاً من تمر •

لكن زينب لم تستطع أن تنسلخ من زهوها بشرف نسبها فكانت تتعالى على زوجها زيد ، وتفخر عليه وتجفوه وتسمعه ما يؤذيه ، حتى انها كما قالوا تمنعت عليه أن يلامسها كما يلامس الزوج زوجته فجاء يوماً الى

رسول الله فقال : يا رسول الله ، ان زينب قد اشتد على لسانها فأريد أن أطلقها فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أمسك عليك زوجك واتق الله فى أمرها ولا تطلقها .

وقد كان النبى صلى الله عليه وسلم يعلم من الوحى أن زيداً سيطلق زينب وأنه سيتزوجها من بعده لأن هذا الزواج تشريع الهى حكيم يبطل ما جرى عليه العرب من تحريم زوجة المتبنى كما يحرمون زوجة الابن .

وكان زواج النبى صلى الله عليه وسلم من زينب سنة خمس هو القدوة العملية التى تحل ما حرموه على أنفسهم مما لا حرمة فيه . ولم يكن أحد غير النبى صلى الله عليه وسلم يصلح لأن يبطل بعمله نظاماً شائعاً أخذوا أنفسهم به ، اذ اعتقدوا أجيالا متعاقبة أن زوجة الابن المتبنى تحرم على متبنيه كما تحرم زوجة الابن الحقيقى ، وجروا على هذه العقيدة ونفذوها ، فاقتضى ابطالها عملا ايجابيا يبلغ من القوة والشهرة الى المكانة التى تكفل القضاء على عقيدة سابقة وتفتح عيون الناس وقلوبهم الى هذا التشريع الجديد .

فلم يكن بد من أن ينزل القرآن الكريم بابطال عقيدة العرب وبمطالبة النبى صلى الله عليه وسلم أن يتولى بنفسه وبعمله تحقيق ابطالها . وقد يقال : لماذا لم ينزل القرآن الكريم بابطال عقيدتهم بغير أن يكلف النبى صلى الله عليه وسلم أن يتولى هذا الابطال بنفسه ؟ .

والجواب على هذا أن العقيدة لخطورتها وشيوعها واستقرارها ما كان يقدر على ابطالها الا تشريع عملى يكلف بتنفيذه المبلغ للشريعة والمطبق لها والحارس عليها والقدوة المثلى وهو النبى صلى الله عليه وسلم لكن النبى صلى الله عليه وسلم لم يبح بما علمه من الوحى لزيد ولا لغير زيد ، خشية من أقاويل الناس ، وحياء من قولهم ان محمداً تزوج امرأة ابنه .

لهذا عاتب الله نبيه على أن يخفى نفسه ما علمه من الوحى وخشى الناس، لأن الله تعالى هو الحقيق بأن يخشاه فى كل شأن من شئونه فيفعل ما أباحه له وأذن له فى عمله وكان الأولى به حينما شكا اليه زيد أن يصمت أو أن

يفوض الأمر اليه فى شأن زينب • وهذا هو معنى قوله تعالى : « واذ تقول للذى أنعم الله عليه وأنعمت عليه أمسك عليك زوجك واتق الله وتخفى فى نفسك ما الله مبديه وتخشى الناس والله أحق أن تخشاه فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكها لكى لا يكون على المؤمنين حرج فى أزواج أدعيائهم اذا قضوا منهن وطراً وكان أمر الله مفعولا » الآية ٣٧ من سورة الأحزاب •

وقوله : أنعم الله عليه أى بالاسلام وأنعمت عليه بالعتق والرعاية والتبنى تخفى فى نفسك ما الله مبديه : تكتم ما أوحى اليك من طلاقها وزواجك بها• حرج : ضيق وحرمة • أدعيائهم : أولادهم من التبنى •

ثم جاء بعد العتاب تقرير حقيقة هى أنه لا لوم على النبى صلى الله عليه وسلم أن يفعل ما أمره الله به ، لأن هـذا هو الطـريق الذى أمر أنبيـاءه السابقين أن يسلكوه وأمر الله نافذ لا معقب له •

وجاء بعد هذا التقرير عتاب آخر ضمنى فى ذكره تعـالى أن الأنبيـاء السابقين الذين سلكوا الطريق الالهى المرسوم كانوا يبلغون رسالات الله ويخشونه وحده ، ولا يأبهون بأحد من الناس فلم يكن عليهـم حـرج فى الاقدام على ما أباحه لهم ووسع عليهم فيه من زواج وغير زواج ، وقد كانت لهم زوجات مهائر وزوجات سرارى قال تعالى : « ما كان على النبى مـن حرج فيما فرض الله له ، سنة الله فى الذين خلوا من قبل وكان أمر الله قـدراً مقدوراً • الذين يبلغون رسالات الله ويخشونه ولا يخشون أحداً الا الله وكفى بالله حسيباً » •

وبهذا التشريع العملى التطبيقى الناجز الذى احتمل رسول الله ثقـله حسم القرآن الكريم العلاقة بين المتبنى ومتبناه والصلة بين المتبنى وزوجة متبناه فبين أن الابن من التبنى ليس ولداً لمن تبناه ، وان جرى عرف العرب على نسبه اليه •

وأراد القرآن الكريم أن يثبت بطلان ما تعارف عليه العرب فضرب لهم مثالين محسوسين أولهما أنه تعالى لم يخلق فى جسد واحد قلبين ، وثانيهما

أن الله جعل المرأة الواحدة أما للرجل وزوجة له ، وان حرم هو زوجته على نفسه بقوله أنت على كظهر أمى وكذلك لا يكون انسان ابنا لرجلين ، أحدهما والده الحقيقى ، والآخر الذى تبناه ؛ وانما يكون ابنا لرجل واحد الذى نسله وهو الذى يجب أن ينسب اليه .

وقد ترتب على هذا أن المتبنى لا يرث شيئاً من مال الرجل الذى تبناه ، وأن زوجة المتبنى لا يرث شيئاً من مال الرجل الذى تبناه ، وأن زوجة المتبنى لا تحرم على متبنيه قال تعالى : « ما جعل الله لرجل من قلبين فى جوفه ، وما جعل أزواجكم اللائى تظاهرون منهن أمهاتكم وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدى السبيل . ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله ، فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم فى الدين ومواليكم ، وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفوراً رحيماً » .

على أن زواج النبى صلى الله عليه وسلم من زينب لم يخل من مكافأة لها على خضوعها لأمر الله ورسوله وقبولها الزواج من زيد العبد العتيق ، وهى حسيبة أباً وأماً فى مجتمع يقدر الحسب والنسب الى حد المغالاة .

ولقد كان على المرجفين والمصدقين لأباطيل القصة التى تثير الريب أن يسائلوا أنفسهم هذه الأسئلة هل كان النبى صلى الله عليه وسلم يجهل زينب أو يخفى عليه جمالها وهى بنت عمته ، وهو الذى خطبها لزيد ؟ بل هو الذى أجبرها على الرضا بزيد :

ولماذا زوج زيداً من زينب ولم يتزوجها هو مع أنه لو شاء لكان يسيراً عليه أيما يسر ؟ وأيهما أولى بمكانته أن يتزوج بنت عمته ابتداء وهى بكر أم أن يخلف عليها مولاه الذى أعتقه ؟ وهل من المعقول أن يتحرج النبى صلى الله عليه وسلم من هذا الزواج الذى أوحى الله به اليه فلا يذيع خبره خشية من الناس فى الوقت الذى لا يتحرج أن يقول الناس فيه انه أعجب بجمال زوجة مولاه وخلفه عليها .

ومتى كان النبى صلى الله عليه وسلم وهو الذى يحمل أعباء الرسالة العظمى خلى البال ليأسره جمال النساء فلم يبق منفذ لأى شبهة فى هذا الزواج الذى كان بأمر من الله تعالى ليحل للناس ما حرموه على أنفسهم وليشرع لهم قانوناً جديداً يلغى ما وضعوه •

وان الآيات القرآنية الكريمة لتنطق بالخبر كله فى جلاء ، وتكشف عن الغرض من هذا الزواج كشفاً ينقض ما حاكه القصاص وذوو الغفلة ثم ضخمه أعداء الاسلام •

صفية بنت حيى بن اخطب

يهودية تزوجها اثنان من اليهود أولهما سلام بن مشكم وثانيهما كنانة ابن الربيع بن أبى الحقيق ، وقد وقعت فى السبايا فى غزوة خيبر سنة سبع فطلب دحية الكلبى من رسول الله صلى الله عليه وسلم جارية من السبايا فقال له : اذهب فخذ جارية فأخذ صفية •

حينئذ جاء الصحابة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا : يارسول الله انها بنت سيد بنى قريظة وبنى النضير فما تصلح الا لك ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم لدحية : خذ جارية من السبايا غيرها وخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أن يعيدها الى قومها ، وأن يعتقها ويتزوجها فاختارت الزواج منه صلى الله عليه وسلم • وكانت قد رأت فى المنام وهى زوجة لكنانة أن قمراً وقع فى حجرها فقصت رؤياها على كنانة فقال لها : لا تأويل لهذا الا أنك تتمنين الزواج من ملك الحجاز محمد ولطم وجهها لطمة خضرت عينيها فلما جاءوا بها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى الأثر بعينيها فسألها ما هو ؟ فأخبرته هذا الخبر •

فأى حرج على النبى صلى الله عليه وسلم فى أن يؤوى الى حماه سبية هى بنت سيد قومها ؟

انها لو صارت الى سواه لبقيت طيلة حياتها تشعر بالمرارة والخزى وهبوط المكانة ويكفى للدلالة على هذا أن النبى صلى الله عليه وسلم دخل

عليها يوماً وهى تبكى فقال لها : ما يبكيك ؟ قالت : بلغنى أن عائشة وحفصة تنالان منى ، وتقولان : نحن خير من صفية لأننا بنات عم رسول الله وأزواجه ، فقال لها : ألا قلت لهن : كيف تكن خيراً منى وأبى هارون وعمى موسى وزوجى محمد ؟ وأى حرج على النبى صلى الله عليه وسلم فى أن يتزوج امرأة سبية خيرها بين أن يعتقها ويردها الى قومها ، وأن تكون زوجة له فأقرت أن تكون زوجة له .

ميمونة بنت الحارث بن حزق الهلالية

لهذه السيدة صلات بكثير من أشراف العرب ، وذلك أن لها أخوات شقيقات هن : أم الفضل لبابة الكبرى ، زوجة العباس بن عبد المطلب عم النبى صلى الله عليه وسلم ولبابة الصغرى زوجة الوليد بن المغيرة أم خالد ابن الوليد وعصماة زوجة أبى بن خلف الجمحى وعزة زوجة زياد ابن عبد الله الهلالى .

ولها أخوات لأمها هن : أسماء بنت عميس زوجة جعفر بن أبى طالب ثم أبى بكر الصديق بعد استشهاد جعفر فى مؤتة وقد ولدت لأبى بكر محمد ولدته فى حجة الوداع ـ وسلمى بنت عميس زوجة حمزة بن عبد المطلب وسلامة بنت عميس زوجة عبد الله بن كعب بن منبه الخثعمى ، فما السبب فى زواج النبى صلى الله عليه وسلم بها ؟ .

مات زوجها الثانى فلقى العباس بن عبد المطلب النبى صلى الله عليه وسلم وهو يعتمر عمرة القضاء وقال له : يا رسول الله تأيمت ميمونة بنت الحارث فهل لك فى أن تتزوجها ؟ فقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم . وفى خبر آخر أنه لما فرغ النبى صلى الله عليه وسلم من خيبر وتوجه الى مكة معتمراً سنة سبع ، وقدم عليه جعفر بن أبى طالب من الحبشة خطب له جعفر ميمونة بنت الحارث فأجابت وجعلت أمرها الى العباس فزوجها النبى صلى الله عليه وسلم .

ولابد أن نلاحظ فى هذا الزواج عدة ملابسات .

١ ــ أن احدى شقيقاتها زوجة العباس عم النبى صلى الله عليه وسلم وأن احدى أخواتها لأمها زوجة لجعفر بن أبى طالب وأخرى زوجة لحمزة عم النبى صلى الله عليه وسلم والعباس وحمزة وجعفر من أقرب الأقارب اليه صلى الله عليه وسلم ومن أحبهم اليه ومن أعظمهم ولاء له وللاسلام .

٢ ــ أن العباس عم النبى صلى الله عليه وسلم وجعفر ابن عمه عرضاها على النبى صلى الله عليه وسلم عرضاً صريحاً يبتغيان تشريفها وتشريف نفسيهما وقد أبى كرمه صلى الله عليه وسلم ووفاؤه الا أن يجيب .

٣ ــ أن أخواتها الشقيقات وغير الشقيقات زوجات لسادة أشراف من الخير للاسلام أن يظاهروه بسبب هذه المصاهرة .

٤ ــ أنه لم يكن فى هذه السيدة ما يغرى لأنها امرأة ثيب تزوجت مرتين .

٥ ــ وأنها هى التى وهبت نفسها للنبى صلى الله عليه وسلم وفيها نزل قوله تعالى : « يا أيها النبى انا أحللنا لك أزواجك اللاتى آتيت أجورهن وما ملكت يمينك مما آفاء الله عليك ، وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك اللاتى هاجرن معك وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبى ان أراد النبى أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين » فلم يكن كرم أخلاقه ليتغاضى عن رغبة حبيبيه عمه العباس وابن عمه جعفر ، ولا ليبخس امرأة وهبت نفسها له ولا ليسد الطريق أمام أمل فى تقوية الاسلام والمسلمين فتزوجها وكان اسمها برة فسماها ميمونة .

مارية القبطية

بعث النبى صلى الله عليه وسلم حاطب بن أبى بلتعة بكتاب الى المقوقس حاكم الاسكندرية ومصر سنة ست يدعوه الى الاسلام فتلقى الرسول والكتاب لقاء حسناً ، وبعث الى النبى صلى الله عليه وسلم هدايا منها مارية القبطية للنبى صلى الله عليه وسلم خاصة ومعها أختها سيرين وخصى يقال له المأبور وقيل : انه بعث معها أربع جوار .

فوهب رسول الله صلى الله عليه وسلم سيرين لحسان بن ثابت فولدت له ابنه عبد الرحمن واتخذ النبى صلى الله عليه وسلم مارية حليلة فولدت له ابنه ابراهيم ، فما الذى كان ينتظر غير ذلك ؟ .

هل كان يليق بالنبى صلى الله عليه وسلم أن يرد مارية وهى مهداة اليه باسمه ؟ ان المقوقس تلقى كتاب النبى صلى الله عليه وسلم ورسوله بالحسنى وزاد مع هذا أنه أهدى هدايا فلا مندوحة من قبولها فى ظرف يسعى فيه النبى صلى الله عليه وسلم الى نشر الدين وافتتاح الميادين ، واجتذاب القلوب وكثرة الأنصار .

وهل كان من حميد السلوك أن يهبها لغيره وقد أرسلها المقوقس اليه خاصة ؟ لو أنه فعل ذلك لأساء الى المقوقس والى مارية ، لأن عمله هذا رفض للهبة أو ترفع عن قبولها واباء .

فلم يبق الا أن تكون حليلة مرضاة للمقوقس وارضاء لها وتطبيقا عمليا للاستحلال .

النتائج العامة التى أثمرتها الدراسة

(أولا) ان زواج النبى صلى الله عليه وسلم كان للدين لا للدنيا وكان للحكمة لا للهوى ولتوطيد الدعوة ونشرها لا للمتعة والاستطراف والاستكثار .

فقد ابتغى من زواجه بالسيدة خديجة ما يبتغيه كل انسان وما ابتغاه كل رسول من قبل أن يكون له بيت وزوجة وأبناء وأسباط .

وذلك أنه كان يعمد حينا الى أن يزيد القريب الى قلبه قرابة ، وأن يضيف الى حبيبه محبة ، والى أليفه ألفة ، والى المخلص لله ورسوله اخلاصاً ، وكان يتوخى ثارة أن يستكثر من الأصهار ليناصروا ويؤازروا دين الله فى مجتمع يعتد المصاهرة صلة حميمة تستوجب النصرة والوفاء .

وكان يقصد مرة الى أن يفسح المجال أمام المسلمين الغالبين ليطلقوا الأسرى والسبايا من قبيلة عظيمة مهزومة من الخير للاسلام أن يرضوها لتسلم وتظاهر الاسلام •

وكان يريد مرة أن يكرم امرأة مسنة لا ارب للرجال فيها وهبت نفسها له فيضمها الى زوجاته تشريفاً لها كما أرادت •

وكان يبتغى تارة أن يكرم قوماً أرادوا أن يشرفوا بمصاهرته ، ولهذا حزن عمر أشد الحزن لما قيل له : ان النبى صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ولم ينفرج كربه الا لما علم الحقيقة كذلك ود على بن أبى طالب وهو ابن عمه وربيبه وزوج ابنته أن يزوجه أخته أم هانىء بنت أبى طالب لكنها خشيت أن تقصر فى القيام بما يجب له من حقوق ، لأنها ذات أبناء يشغلونها عن واجبات الزوج •

وكان صلى الله عليه وسلم يقصد حينا أن تخفف المصاهرة من حدة العدو وحنقه لعله أن يرعوى عن غيه أو يزدجر •

وكان يقصد حيناً الى المواساة والتعويض والى التشجيع على الجهاد الباسل ، فيتزوج الأيم التى فقدت زوجها وعائلها فى الدفاع عن الاسلام ، لأن فى زواجه بها خيراً لها ولبنيها وفيه اطمئنان المجاهدين على مصير زوجاتهم وأبنائهم ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم والمسلمين سيرعونهم اذا استشهد عائلوهم ، وما من شك فى أن هذا الاطمئنان يدفعهم الى الجهاد ، والاستشهاد فى نفوسهم أعز من الحياة •

(ثانياً) وقد اتضح من تفصيل زواجه صلى الله عليه وسلم أنه لم يتزوج بعد أن توفيت السيدة خديجة الا وهو فى أول العقد السادس ، وهذه سن لا تواتى الكلف بالنساء ، ولا الشغف باللذات الجسدية ، واتضح أنه لم يتزوج الا بعد أن مضت على وفاتها ثلاث سنوات •

(ثالثاً) وتبين أن زوجاته جميعاً ــ ما عدا السيدة عائشة ــ ثيبات وأن أكثرهن مسنات فلماذا لم يتخيرهن كلهن أو لماذا لم يتخير بعضهن من

الفتيات الأبكار الحسان ، وقد كان ذلك ميسوراً عليه أيما يسر لو أراده ، وأيهما أحظى عند الرجل الظمآن الى النساء ؟ البكر أم الثيب والفتاة أم العجوز ؟ أليس الزواج بالثيبات وبالمسنات دليلا قاطعاً على أن النبى صلى الله عليه وسلم كان أبعد الناس عن الكلف بالاستمتاع الجسدى والظمأ الجنسى كما افترى خصومه وخصوم الاسلام •

(رابعاً) وليس من شك فى أن زوجات رسول الله صلى الله عليه وسلم أفدن الاسلام بكثير من الحقائق الوثيقة والأحكام فى الأصول والفروع •

وهن اللائى روين أحاديثه الشريفة التى قالها فى بيته ولم يسمعها غيرهن وصححن رواية بعض ما سمعه غيرهن ، وقد حرصن على الرواية عن الرسول صلى الله عليه وسلم حتى ما كان من روايات أخرى كن حريصات على تحصيلها وحفظها ، وقد أخرج مسلم وغيره عن عروة بن الزبير « أن عائشة قالت لى : يا ابن أختى ان عبد الله بن عمرو مار بنا الى الحج فاذهب اليه فالقه فان عنده من رسول الله صلى الله عليه وسلم علماً كثيراً » وقد عاد اليها عروة بحديث العلم « ان الله لا ينزع العلم انتزاعاً الحديث » فأخذت تناقشه وتمتحن حفظه وترسل له عروة فى العام القابل حتى استقامت الرواية عندها فقالت : (قد والله صدق) وقال تعالى : « واذكرن ما يتلى فى بيوتكن من آيات الله والحكمة ان الله كان لطيفاً خبيراً » وقال صلى الله عليه وسلم : « نضر الله عبداً سمع مقالتى فحفظها ووعاها وأداها ، فرب حامل فقه غير فقيه ورب حامل فقه الى من هو أفقه منه » •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب ما يصح به النكاح

لا يصح النكاح الا بولى فان عقدت المرأة لم يصح ، وقال أبو ثور : ان عقدت باذن الولى صح ، ووجهه أنها من أهل التصرف ، وانما منعت من النكاح لحق الولى ،فاذا أذن زال المنع كالعبد أذا أذن له المولى فى النكاح ، وهذا خطأ لما روى أبو هريرة رضى الله عنه رفعه « لا تنكح المرأة المرأة ، ولا تنكح المرأة

نفسها » ولانها غير مامونة على البضع لنقصان عقلها ، وسرعة انخداعها ، فلم يجز تفويضه اليها كالمبذر فى المال ، ويخالف العبد فانه منع لحق المولى ، فانه ينقص قيمته بالنكاح ، ويستحق كسبه فى المهر والنفقة فزال المنع باذنه ، فان عقد النكاح بغير ولى وحكم به الحاكم ففيه جهان :

(احدهما) وهو قول ابى سعيد الاصطخرى : انه ينقض حكمه ، لانه مخالف لنص الخبر : وهو ما روت عائشة رضى الله عنها ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ايما امراة نكحت بغير اذن وليها ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له فان اصابها فلها مهرها بما استحل من فرجها » . (والثانى) لا ينقض ، وهو الصحيح ، لانه مختلف فيه فلم ينقض فيه حكم الحاكم كالشفعة للجار . واما الخبر فليس بنص لانه محتمل للتاويل ، فهو كالخبر فى شفعة الجار ، فان وطئها الزوج قبل الحكم بصحته لم يجب الحد .

وقال ابو بكر الصيرفى : ان كان الزوج شافعياً يعتقد تحريمه وجب عليه الحد كما لو وطىء امراة فى فراشه وهو يعلم انها أجنبية ، والمذهب الأول لانه وطء مختلف فى اباحته فلم يجب به الحد ، كالوطء فى النكاح بغير شهود ، ويخالف من وطىء امراة فى فراشه وهو يعلم انها أجنبية لانه لا شبهة له فى وطئها ، وان طلقها لم يقع الطلاق . وقال ابو اسحاق : يقع لانه نكاح مختلف فى صحته ، فوقع فيه الطلاق كنكاح المراة فى عدة اختها ، والمذهب الأول ، لانه طلاق فى غير ملكه فلم يصح كما لو طلق اجنبية .

فصل وان كانت المنكوحة امة فوليها مولاها لانه عقد على منفعتها فكان الى المولى كالاجارة ، وان كانت الأمة لامراة زوجها من يزوج مولاتها ، لانه نكاح فى حقها فكان الى وليها كنكاحها ، ولا يزوجها الولى الا باذنها لانه تصرف فى منفعتها فلم يجز من غير اذنها ، فان كانت المولاة غير رشيدة نظرت ، فان كان وليها غير الأب والجد ، لم يملك تزويجها ، لانه لا يملك التصرف فى مالها وان كان الأب او الجد ففيه وجهان :

(احدهما) لا يملك . لان فيه تغريراً بمالها لانها ربما خبلت وتلفت .

(والثانى) وهو قول ابى اسحاق : انه يملك تزويجها لانها تستفيد به

المهر والنفقة واسترقاق ولدها ، وان كانت المنكوحة حرة فوليها عصباتها واولاهم الاب ثم الجد ثم الاخ ثم ابن الاخ ثم العم ثم ابن العم ، لان الولاية فى النكاح تثبت لدفع العار عن النسب ، والنسب الى العصبات ، فان لم يكن لها عصبة زوجها المولى المعتق ، ثم عصبة المولى ، ثم مولى المولى ، ثم عصبته ، لأن الولاء كالنسب فى التعصيب فكان كالنسب فى التزويج ، فان لم يكن فوليها السلطان ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له » ولا يزوج أحد من الأولياء وهناك من هو أقرب منه ، لانه حق يستحق بالتعصيب فقدم فيه الأقرب فالاقرب كالميراث ، وان استوى اثنان فى الدرجة واحدهما يدلى بالأبوين والآخر باحدهما كأخوين أحدهما من الاب والام والآخر من الاب ففيه قولان .

قال فى القديم : هما سواء ، لأن الولاية بقرابة الأب وهما فى قرابة الأب سواء وقال فى الجديد : يقدم من يدلى بالأبوين لانه حق يستحق بالتعصيب فقدم من يدلى بالأبوين على من يدلى باحدهما كالميراث ، فان استويا فى الدرجة والادلاء فالمستحب أن يقدم أسنهما واعلمهما واورعهما ، لأن الاسن أخبر ، والأعلم أعرف بشروط العقد ، الأورع احرص على طلب الحظ ، فان زوج الآخر صح لان ولايته ثابتة ، وان تشاحا اقرع بينهما لانهما تساويا فى الحق فقدم بالقرعة كما لو اراد ان يسافر باحدى المرأتين ، فان خرجت القرعة لاحدهما فزوج الآخر ففيه وجهان ، القرعة (احدهما) يصح لأن خروج القرعة لاحدهما لا يبطل ولاية الآخر . (والثانى) لا يصح لانه يبطل فائدة القرعة) .

الشرح حديث أبى هريرة رواه ابن ماجه والدارقطنى والبيهقى ولفظه « لا تزوج المرأة المرأة ، ولا تزوج المرأة نفسها ، فان الزانية هى التى تزوج نفسها » قال ابن كثير : الصحيح وقفه على أبى هريرة ، وقال ابن حجر : رجاله ثقات وفى لفظ للدارقطنى : كنا نقول : التى تزوج نفسها هى الزانية . قال ابن حجر : فتبين أن هذه الزيادة من قول أبى هريرة ، وكذلك رواها البيهقى موقوفة فى طريق ورواها مرفوعة فى أخرى .

أما حديث عائشة رضى الله عنها فرواه أحمد وأبو داود وابن ماجه والترمذى وحسنه وأبو عوانة وابن حبان والحاكم عن سليمان بن موسى عن

الزهرى عن عروة عن عائشة ، وقد أعل بالارسال وتكلم فيه بعضهم من جهة أن ابن جريج قال : ثم لقيت الزهرى فسألته عنه فأنكره ، وقد عد أبو القاسم بن منده عدة من رواه عن ابن جريج فبلغوا عشرين رجلا ، وذكر أن معمراً وعبيد الله بن زحر تابعا ابن جريج على روايته اياه عن سليمان ابن موسى ، وأن قرة وموسى بن عقبة ومحمد بن اسحاق وأيوب بن موسى وهشام بن سعد وجماعة تابعوا سليمان بن موسى عن الزهرى ، قال : ورواه أبو مالك الجنبى ونوح بن دراج ومندل وجعفر بن برقان وجماعة عن هشام ابن عروة عن أبيه عن عائشة . وقد أعل ابن حبان وابن عدى وابن عبد البر والحاكم وغيره الحكاية عن ابن جريج بانكار الزهرى ، وعلى تقدير الصحة لا يلزم نسيان الزهرى له أن يكون سليمان بن موسى وهم فيه ، ويؤيد هذا الحديث ما رواه البخارى عن أبى موسى الأشعرى عن النبى صلى الله عليه وسلم « لا نكاح الا بولى » وما رواه أبو داود الطيالسى بلفظ : « لا نكاح الا بولى ، وأيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل ، باطل ، باطل ، فان لم يكن لها ولى فالسلطان ولى من لا ولى له » .

على أن حديث « لا نكاح الا بولى » هل يعد النفى متوجها الى الذات الشرعية لأن الذات الموجودة ، أعنى صورة العقد بدون ولى ليست بشرعية؟ أم يتوجه الى الصحة التى هى أقرب المجازين الى الذات فيكون النكاح بغير ولى باطلا كما هو مصرح به فى حديث عائشة ، وكما يدل عليه حديث أبى هريرة المذكور فى أول الفصل لأن النهى يدل على الفساد المرادف للبطلان .

وقد ذهب الى هذا على وعمر وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وأبو هريرة وعائشة والحسن البصرى وابن المسيب وابن شبرمة وابن أبى ليلى والعترة وأحمد واسحاق والشافعى وجمهور أهل العلم ، فقالوا : لا يصح العقد بدون ولى . وقال ابن المنذر : انه لا يعرف عن أحد من الصحابة خلاف ذلك .

وحكى فى البحر من كتب الزيدية وهو غير بحر المذهب للرويانى عن أبى حنيفة أنه لا يعتبر الولى مطلقاً لحديث : « الثيب أحق بنفسها من وليها »

وسيأتى • وأجيب بأن المراد اعتبار الرضى منها جمعاً بين الأخبار وعن أبى يوسف ومحمد للولى الخيار فى غير الكفء وتلزمه الاجازة فى الكفء • وعن مالك يعتبر الولى فى الرفيعة دون الوضيعة • وأجيب عن ذلك بأن الأدلة لم تفصل • وعن الظاهرية أنه يعتبر فى البكر فقط ، وأجيب عنه بأن الأدلة لم تفرق • وقال أبو ثور : يجوز لها أن تزوج نفسها باذن وليها أخذاً بمفهوم قوله : « وأيما امرأة نكحت بغير اذن وليها » •

ويجاب عن ذلك بحديث أبى هريرة الذى ساقه المصنف فى أول الفصل، والمراد بالولى الأقرب من العصبة من النسب ثم من السبب ثم من عصبته • وليس لذوى السهام ولا لذوى الأرحام ولاية • وهذا مذهب الجمهور • وروى عن أبى حنيفة أن ذوى الأرحام من الأولياء ، فاذا لم يكن ثم ولى أو كان موجوداً وعضل انتقل الأمر الى السلطان لأنه ولى من لا ولى له كما أخرجه الطبرانى من حديث ابن عباس • وفى اسناده الحجاج ابن أرطاة •

قال الشافعى رضى الله عنه فى باب « لا نكاح الا بولى » من الأم : زعم بعض أهل العلم بالقرآن أن معقل بن يسار كان زوج أختاً له ابن عم له ، فطلقها ثم أراد الزوج وأرادت نكاحه بعد مضى عدتها فأبى معقل • وقال : زوجتك وآثرتك على غيرك فطلقتها ، لا أزوجكها أبداً فنزل : « اذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن » يعنى فانقضى أجلهن يعنى عدتهن « فلا تعضلوهن » يعنى أولياءهن « أن ينكحن أزواجهن » ان طلقوهن ولم يبتوا طلاقهن ، وما أشبه معنى ما قالوا من هذا بما قالوا ، ولا أعلم الآية تحتمل غيره لأنه انما يؤمر بأن لا يعضل المرأة من له سبب الى العضل بأن يكون يتم به نكاحها من الأولياء ، والزوج اذا طلقها فانقضت عدتها فليس بسبيل منها فيعضلها ، وان لم تنقض عدتها فقد يحرم عليها أن تنكح غيره وهو لا يعضلها عن نفسه ، وهذا أبين ما فى القرآن من أن للولى مع المرأة فى نفسها حقا ، وأن على الولى أن لا يعضلها اذا رضيت أن تنكح بالمعروف • قال الشافعى وجاءت السنة بمثل معنى كتاب الله عز وجل أخبرنا مسلم وسعيد وعبدالمجيد عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن

عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فان أصابها فلها الصداق بما استحل من فرجها » وقال بعضهم فى الحديث : فان اشتجروا وقال غيره منهم : فان اختلفوا فالسلطان ولى من لا ولي له . أخبرنا مسلم وسعيد عن ابن جريج قال : أخبرنى عكرمة بن خالد قال : جمعت الطريق ركباً فيهم امرأة ثيب فولت رجلا منهم أمرها فزوجها رجلا فجلد عمر ابن الخطاب الناكح ورد نكاحها .

قال الشافعى : فأى امرأة نكحت بغير اذن وليها فلا نكاح لها ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال فنكاحها باطل ، وان أصابها فلها صداق مثلها بما أصاب منها بما قضى لها به النبى صلى الله عليه وسلم وقال العمرانى فى البيان : وهذا الخبر ــ يعنى حديث عائشة ــ دليل على من خالفنا الا أبا ثور فانه يقول : لما أبطل النبى صلى الله عليه وسلم نكاحها بغير اذن وليها دل على أنه يصح باذن وليها .

ودليلنا عليه أن المراد ههنا بالاذن لغيرها من الرجال بدليل قوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح المرأة المرأة ولا تنكح المرأة نفسها ولم يفرق بين أن يكون ذلك باذن الولى أو بغير اذنه .

اذا ثبت هذا فان أصحابنا قد ذكروا فى حديث عائشة فوائد :

١ ــ أن للولى شركا فى بضعها لأنه أبطل نكاحها بغير اذنه .

٢ ــ أن الولاية ثابتة على جميع النساء لأن لفظ أى مراد به العموم

٣ ــ أن الصلة جائزة فى الكلام لقوله « أيما » ومعناه أى امرأة .

٤ ــ أن للولى أن يوكل فى عقد النكاح .

٥ ــ أن مطلق النكاح فى الشريعة ينصرف الى العقد ، لأن المعنى أيما امرأة عقدت .

٦ ــ جواز اضافة النكاح اليها .

٧ ــ أن اسم النكاح يقع على الصحيح والفاسد .

٨ ــ أن النكاح الموقوف لا يصح لأنه لو كان صحيحاً لما أبطله .

٩ ــ أن الشيء اذا كان بيناً فى نفسه جاز أن يؤكد بغيره لأنه لو اقتصر على قوله : فنكاحها باطل لكان بيناً ، فأكد بالتكرار ، وهو كقوله تعالى : « فصيام ثلاثة أيام فى الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة كاملة » وكقوله تعالى : « وواعدنا موسى ثلاثين ليلة وأتممناها بعشر فتم ميقات ربه أربعين ليلة » .

١٠ــ وطء الشبهة يوجب المهر .

١١ــ أن اللمس كناية عن الوطء .

١٢ــ أنه اذا مس سائر بدنها غير الفرج فلا مهر عليه .

١٣ــ قال الصيمرى : ان القبل والدبر سواء لأن كله فرج .

١٤ــ أنه لا فرق بين الخصى والفحل .

١٥ــ لا فرق بين قوى الجماع وضعيفه .

١٦ــ أنه لا فرق بين أن ينزل أو لا ينزل .

١٧ــ لا فرق بين أن يجامعها مرة أو مراراً .

١٨ــ أنه يجوز أن يثبت له وعليه حتى يجهل قدره .

١٩ــ أن النكاح الفاسد اذا لم يكن فيه جماع فلا مهر فيه .

٢٠ــ أن مهر المثل يتوصل الى العلم به .

٢١ــ أن المهر يجب مع العلم بتحريم الوطء ومع الجهل به لأنه لم يفرق

٢٢ــ المكره يجب عليه المهر لأن المكره مستحل لفرج المكرهه .

٢٣ــ أن المهر لا يجب الا بخلوة ، لأنه شرط اللمس فى الفرج .

٢٤ــ أنه لا حد فى وطء الشبهة .

٢٥ــ قال الشيخ أبو حامد : ان النسب يثبت بالوطء فى الشبهة .

٢٦ـ ان العدة تجب على الموطوءة بالشبهة لأن النسب اذا لحق به أوجب العدة .

٢٧ـ أن تحريم المصاهرة يثبت بوطء الشبهة .

٢٨ـ أن المرأة يجوز أن يكون لها جماعة أولياء لقوله صلى الله عليه وسلم : « فان اشتجروا » فهذا اخبار عن جمع .

٢٩ـ أن السلطان ولى من لا ولى لها .

٣٠ـ أن الأولياء اذا عضلوا المرأة عن النكاح انتقلت الى السلطان ، لأن الاختلاف المراد فى الخبر أن يقول كل واحد منهم : لا أزوجها بل زوجها أنت فأما اذا قال كل واحد منهم : أنا أزوجها دونك ، فلا تنتقل الى السلطان .

فرع اذا تزوج الرجل امرأة من نفسها ثم ترافعا الى حاكم شافعى أو حنبلى لأن الظاهر من مذهب أحمد بطلان النكاح بغير ولى وشاهدين كما فى المغنى لابن قدامة ـ فان كانا لم يترافعا الى حاكم حنفى قبله حكم الشافعى بفساده وفرق بينهما لأنه يعتقد بطلانه ، وان كانا قد ترافعا قبله الى حاكم حنفى فحكم بصحته فهل ينقض الشافعى حكمه ؟ فيه وجهان :

قال أبو سعيد الاصطخرى : ينقض حكمه ويحكم بفساده ، لأن حكمه مخالف لنص النبى صلى الله عليه وسلم وهو قوله صلى الله عليه وسلم (فنكاحها باطل) .

(والثانى) وهو الأصح ـ أنه لا يصح حكمه بفساده ، لأن حكم الأول وقع بما يسوغ فيه الاجتهاد فهو كالحكم بالشفعة للجار .

فرع وان تزوج رجل امرأة من نفسها ووطئها ، فان لم يعلم بتحريم الوطء بأن كان جاهلا لا يعلم تحريمه أو عاميا فقلد مجتهداً يرى تحليله ، أو كان الواطىء حنفياً يرى تحليله فلا حد عليه لأنه موضع شبهة . وان كان الواطىء شافعيا يعتقد تحريمه ففيه وجهان :

قال أبو بكر الصيرفى : عليه الحد لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « البغى من أنكحت نفسها بغير ولى ولا بينة » قال فى المغنى شرح مختصر الخرقى : ولا حد فى وطء النكاح الفاسد سواء اعتقد حله أو حرمته • وعن أحمد ما يدل على أنه يجب الحد بالوطء فى النكاح بلا ولى اذا اعتقد حرمته ، وهو اختيار السمرقندى من أصحاب الشافعى لما روى الدارقطنى باسناده عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تزوج المرأة المرأة ، ولا تزوج المرأة نفسها ، ان الزانية هى التى تزوج نفسها » •

وباسناده عن الشعبى قال : « ما كان أحد من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم أشد فى النكاح بغير ولى من على رضى الله عنه كان يضرب فيه »

ولخبر عمر الذى فيه « أنه جلد الناكح » ولا مخالف له ، ولأن أكثر ما فيه حصول الاختلاف فى اباحته ، وذلك لا يوجب اسقاط الحد فيه كشرب النبيذ •

(والثانى) وهو قول أكثر أصحابنا ، وهو المذهب أنه لا حد عليه لقوله صلى الله عليه وسلم « ادرأوا الحدود بالشبهات » وحصول الاختلاف فى اباحته من أعظم الشبهات ولأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يوجب الحد فى حديث عائشة •

وأما قوله فى رواية الدارقطنى « فان الزانية هى التى تزوج نفسها » فقد أخرجه أيضاً البيهقى • وقال ابن كثير : الصحيح وقفه على أبى هريرة • وفى لفظ للدارقطنى كنا نقول التى تزوج نفسها هى الزانية •

قال الحافظ ابن حجر : فتبين أن هذه الزيادة من قول أبى هريرة ، وكذلك رواها البيهقى موقوفة فى طريق ورواها مرفوعة فى أخرى • فتسميتها بالبغى أو الزانية اذا صحت روايات الرفع حمل على سبيل المجاز لتعلق بعض حكم البغى عليها وهو تحريم الوطء فأما جلد عمر لها فكان

على جهة التعزير لا على جهة الحد ، بدليل أنه جلد المنكح وهو بالاجماع لا حد عليه .

وأما النبيذ فالفرق بينهما أن هذا الوطء بين الزنا والوطء في النكاح الصحيح وشبهه بالوطء في النكاح الصحيح أكثر بدليل أنه يجب فيه المهر والعدة ويلحق به النسب ، وانما يشبه الزنا بتحريم الوطء لا غير ، فكان الحاقه بالوطء في النكاح الصحيح في اسقاط الحد أولى والنبيذ ليس له الا أصل واحد يشبهه وهو الخمر لأنه شراب فيه شدة مطربة وليس في الأشربة ما يشبه الخمر غيره فألحقناه به .

فرع ولو تزوج رجل امرأة من نفسها ثم طلقها فهل يقع الطلاق عليها ؟ فيه وجهان :

قال أبو اسحاق المروزى : يقع عليها طلاقه لأنه نكاح مختلف في صحته فوقع فيه الطلاق ، كما لو تزوج امرأة ودخل بها وطلقها طلاقاً بائنا ثم يتزوج أختها أو عمتها قبل انقضاء عدة الأولى ؛ فان نكاح الثانية مختلف في صحته ، لأن مذهبنا أنه يصح ؛ ومذهب أبي حنيفة وأصحابه أنه لا يصح ، ولو طلق الثانية لوقع عليها الطلاق وان كان مختلفاً في نكاحها فكذلك هذه مثلها .

(والوجه الثانى) وهو المنصوص : أنه لا يقع عليها طلاقه ، لأن الطلاق قطع الملك ، فاذا لم يقع هناك ملك لم يقع الطلاق ؛ كما لو اشترى عبداً شراء فاسداً ثم أعتقه ؛ ويخالف اذا تزوج امرأة ودخل بها في عدة أختها فان النكاح عندنا صحيح فلذلك وقع عليها الطلاق وههنا النكاح عندنا غير صحيح فلم يقع عليها الطلاق .

فرع النكاح الموقوف على الاجازة لا يصح عندنا سواء كان موقوفا على اجازة الولى أو الزوج أو الزوجة ، فالموقوف على اجازة الولى أن يتزوج الرجل امرأة من رجل ليس بولى لها ، ويكون موقوفا على اجازة وليها ، أو تزوج الأمة نفسها أو العبد نفسه بغير اذن السيد ، ويكون

موقوفا على اذن السيد . وأما الموقوف على اجازة الزوج بأن يزوج الرجل امرأة بغير اذنه ، ويكون ذلك موقوفا على اجازته وأما الموقوف على اذن الزوجة بأن يزوج الولى امرأة يشترط اذنها فى النكاح بغير اذنها ويكون موقوفاً على اجازتها ، فجميع هذه الأنكحة لا تصح عندنا ، وبه قال أحمد رضى الله عنه .

وقال أبو حنيفة : تصح هذه الأنكحة ، فان أجاز ذلك الموقوف على رضاه لزم » وان رده بطل ، وقال مالك : يجوز أن يقف النكاح مدة قريبة ، فان تطاول الزمان بطل .

دليلنا ما قدمنا من أحاديث « فنكاحها باطل » وحديث « أيما عبد تزوج بغير اذن سيده فهو عاهر » .

فرع المرأة لا تتوكل فى قبول النكاح ولا فى ايجابه ، وقال أبو حنيفة : اذا وكل الولى امرأة فى ايجاب النكاح أو وكلها الزوج فى القبول صح . دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « لا تنكح المرأة المرأة ولا تنكح المرأة نفسها » وهذا عام وروى عن ابن عمر وابن عباس وأبى موسى الأشعرى وأبى هريرة رضى الله عنهم أنهم قالوا : « المرأة لا تقبل عقد النكاح ولا مخالف لهم ، وروى عن عائشة رضى الله عنها « أنها حضرت نكاحاً فخطبت ثم قالت : اعقدوا فان النساء لا يعقدن » فدل على انه الاجماع .

فرع اذا كانت المنكوحة حرة فأولى الولاة بتزويجها الأب لأن سائر الأولياء يدلون به ، ولأن القصد بالولى طلب الحظ لها والأب أشفق عليها . وأطلب للحظ لها من غيره ، فان لم يكن أب وهناك جد أو أب أو جد من أجداد الأب الوارثين وان علا فهو أولى من الأخ .

وحكى عن مالك أنه قال : الأخ أولى من الجد . دليلنا أن الجد له ولادة وتعصيب فكان مقدماً على الأخ كالأب ، فان قيل : هلا قلتم ان الجد يساوى الأخ فى الولاية كما قلتم فى الميراث ؟ قلنا : الفرق بينهما أن الميراث مستحق بالتعصيب المحض ، ولهذا قدم الابن على الأب فى الميراث ، والأخ يساوى

الجد فى التعصيب أو هو أقوى من الجد فى التعصيب ، بدليل أنه يعصب أخواته وانما لم يقدم عليه فى الميراث للاجماع فلذلك سوينا بينهما فى الارث ، والولاية فى النكاح تستحق بالشفعة وطلب الحظ بدليل أن الابن لا ولاية له على أمه لذلك . والجد أكثر شفقة عليها من الأخ فكان أولى ، فان عدم الأجداد من قبل الأب انتقلت الولاية الى الاخوة للأب والأم أو الأب ثم بنيهم ويقدمون على الأعمام وبنيهم لأنهم يدلون بالأب ، والأعمام يدلون بالجد ، والأب أقرب من الجد ؛ فان عدم الأخ وبنوهم انتقلت الولاية للأعمام ثم الى بنيهم ، ويقدمون على أعمام الأب وبنيهم ، لأن الأعمام يدلون بالجد ؛ وأعمام الأب يدلون بابن الجد وعلى هذا يقدم الأقرب فالأقرب كما قلنا فى الميراث .

فرع وان اجتمع وليان أحدهما يدلى بالأب والأم ، والآخر يدلى بالأب كأخوين أو عمين، أو ابنى عم أحدهما لأب وأم والآخر لأب ففيه قولان ، قال فى القديم : هما سواء ، وبه قال مالك وأحمد وأبو ثور ؛ لأن ولاية النكاح تستفاد بالانتساب الى الأب بدليل أن الأخ للأم لا ولاية له فى النكاح ، وهما فى الانتساب الى الأب سواء فاستويا فى الولاية .

وقال فى الجديد : ان المدلى بالأب والأم أولى ، وبه قال أبو حنيفة وهو الصحيح لقوله تعالى : « فقد جعلنا لوليه سلطاناً » ولو قتل رجل وله أخ لأب وأم أو أخ لأب كان القصاص للأخ للأب والأم دون الأخ للاب فثبت أنه لا ولاية له معه ولأنه حق يستحق بالتعصيب فقدم المدلى بالأبوين على المدلى بأحدهما كالارث . وهكذا القولان فى التقدم فى الصلاة على الميت وفى العقل ، وأما الارث والولاء والوصية للأقرب ، فان المدلى بالأب والأم أولى قولا واحداً ؛ وان اجتمع ابنا عم أحدهما معتق أو أخ فهل يقدم فى ولاية النكاح وللصلاة على الميت والعقل ؟ فيه قولان كأخوين أحدهما الأب وأم والآخر لأب ، وان اجتمع ابنا عم أحدهما خال لم يقدم قولا واحداً ، الا أنه لا مدخل للخئولة فى الميراث .

فـــرع وان اجتمع للمرأة أولياء فى درجة واحدة كالاخوة أو بنيهم والأعمام أو بنيهم فالمستحب أن يقدم أكبرهم سناً وأعلمهم وأورعهم لما روى أن حويصة ومحيصة دخلا على النبى صلى الله عليه وسلم فبدأ محيصة بالكلام ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم « كبر كبر » يعنى قدم أخاك فى الكلام لأنه أكبر سناً منك ، ولأن الأكبر أخبر بالناس بمكان أولى ، والأعلم أعرف بشروط العقد . والأورع أحرص على طلب الحظ لها ، فان زوجها أحدهم باذنها من غير إذن الباقين صح ، وان كان أصغرهم سنا لقوله صلى الله عليه وسلم اذا أنكح الوليان فالأول أحق ، ولأن كل واحد منهم ولى ، وان تشاجرا وقال كل واحد منهم : أنا أزوج ولم يقدموا الأكبر الأعلم الأورع أقرع بينهم لاستواء استحقاقهم فى الولاية كما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم : « كان اذا أراد أن يسافر باحدى نسائه أقرع بينهن » فان خرجت القرعة لأحدهم فزوج أو أذن لغيره من الأولياء الباقين أو غيرهم صح وان زوج واحد ممن لم تخرج عليه القرعة باذن المرأة ففيه وجهان :

(أحدهما) يصح لأن خروج القرعة لأحدهما لا تبطل ولاية الباقين كما لو زوجها أحدهم قبل القرعة .

(والثانى) لا يصح لأن الفائدة فى خروج القرعة أن تتعين الولاية لمن خرجت له . فلو صححنا عقد غيره بغير اذنه لبطلت فائدة القرعة ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **ولا يجوز للابن ان يزوج امه بالبنوة لأن الولاية ثبتت للأولياء لدفع العار عن النسب ولا نسب بين الابن والأم ، وان كان للابن تعصيب بأن كان ابن ابن عمها جاز له أن يزوج لأنهما يشتركان فى النسب ، فان كان لها ابنا ابن عم أحدهما ابنها فعلى القولين فى أخوين أحدهما من الأب والأم والآخر من الأب .**

فصـــل ولا يجوز ان يكون الولى صغيراً ولا مجنوناً ولا عبداً لانه لا يملك العقد لنفسه فلا يملكه لغيره ، واختلف أصحابنا فى المحجور عليه لسفه ، فمنهم من قال : يجوز أن يكون وليا لأنه انما حجر عليه فى المال خوفا من اضاعته وقد أمن ذلك فى تزويج ابنته فجاز له ان يعقد كالمحجور عليه للفلس، ومنهم من قال : لا يجوز لأنه ممنوع من عقد النكاح لنفسه فلم يجز أن يكون وليا لغيره ، ولا يجوز ان يكون فاسقاً على المنصوص ، لأنها ولاية فلم تثبت مع الفسق كولاية المال . ومن اصحابنا من قال : ان كان ابا او جداً لم يجز . وان كان غيرهما من العصبات جاز . لأنه يعقد بالاذن فجاز أن يكون فاسقا كالوكيل .

ومن اصحابنا من قال : فيه قولان : (احدهما) لا يجوز لما ذكرناه . (والثانى) يجوز لأنه حق يستحق بالتعصيب فلم يمنع منه الفسق كالميراث والتقدم فى الصلاة على الميت ، وهل يجوز أن يكون أعمى ؟ فيه وجهان .

(احدهما) يجوز ، لأن شعيبا عليه السلام كان أعمى وزوج ابنته من موسى صلى الله على نبينا وعليهم وسلم .

(والثانى) لا يجوز ، لأنه يحتاج الى البصر فى اختيار الزوج ، ولا يجوز للمسلم أن يزوج ابنته الكافرة ، ولا للكافر أن يزوج ابنته المسلمة لأن الموالاة بينهما منقطعة ، والدليل عليه قوله تعالى : « والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض » وقوله سبحانه : « والذين كفروا بعضهم أولياء بعض » ولهذا لا يتوارثان ويجوز للسلطان أن يزوج نساء أهل الذمة ، لأن ولايته تعم المسلمين وأهل الذمة ولا يجوز للكافر أن يزوج أمته المسلمة ، وهل يجوز للمسلم أن يزوج أمته الكافرة ؟ فيه وجهان : (احدهما) يجوز وهو قول أبى اسحاق وأبى سعيد الاصطخرى وهو المنصوص ، لأنها ولاية مستفادة بالملك فلم يمنع منها اختلاف الدين كالولاية فى البيع والاجارة . (والثانى) لا يجوز ، وهو قول أبى القاسم الداركى لانه اذا لم يملك تزويج الكافرة بالنسب فلأن لا يملك بالملك اولى) .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : ولا يزوج المرأة ابنها الا أن يكون عصبة ، وبيان ذلك أن الابن لا ولاية له على أمه فى النكاح من جهة

البنوة • وقال مالك وأبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل واسحاق رحمهم الله تعالى : يثبت له عليها ولاية النكاح بالبنوة ، واختلفوا فى ترتيب ولايته فذهب مالك وأبو يوسف واسحاق الى أنه مقدم على الأب، وذهب محمد وأحمد الى أن الأب مقدم عليه ، وذهب أبو حنيفة الى أنهما سواء •

دليلنا على أنه لا ولاية له أن بين الابن وأمه قرابة لا ينسب أحدهما الى الآخر ولا ينتسبان الى من هو أعلى منهما ، فلم يكن له عليها ولاية كابن الأخت •

قال الشافعى رضى الله عنه : ولأن ولاية النكاح انما وضعت طلباً لحظ المرأة والاشفاق عليها والابن يعتقد أن تزويج أمه عار عليه فلا يطلب لها الحظ ، ولا يشفق عليها فلم يستحق الولاية عليها ، وان كان ابنها من عصبتها بأن كان ابن ابن عمها كان ولياً لها فى النكاح لأنهما لا ينسبان الى من هو أعلى منهما فجاز له تزويجها كتزويج الأخ لأخته للأب ، وان كان لها ابنا ابن عم أحدهما ابنها ففيه قولان : (أحدهما) أنهما سواء • (والثانى) أن ابنها أولى كالقولين فى الأخوين أحدهما لأب وأم والآخر لأب ، وهكذا اذا كان ابنها مولاها أو كان حاكماً فله عليها ولاية من جهة الولاء والحكم لا من جهة البنوة •

فرع وان كانت له أخت لأم لا قرابة بينهما غير ذلك لم يملك تزويجها • وقال أبو حنيفة فى احدى الروايتين : له تزويجها •

دليلنا أنه لا تعصيب بينهما فلم يملك تزويجها كالأجنبى •

فرع قال الشافعى فى البويطى : لا يكون الولى الا مرشداً • وقال فى موضع آخر : وولى الكافرة كافر ، وهو يقتضى ثبوت الولاية للفاسق ، واختلف أصحابنا فى الفاسق هل هو ولى فى النكاح أم لا ؟ على

خمسة طرق ، فقال الشيخ أبو حامد : الفاسق ليس بولى فى النكاح قولا واحداً .

وقال القفال : الفاسق يولى فى النكاح قولا واحداً . وقال أبو اسحاق المروزى ان كان الولى ممن يجبر على النكاح كالأب والجد فى تزويج البكر لم يصح أن يكون فاسقاً لأنه يزوج بالولاية ، والولاية لا تثبت مع الفسق، كفسق الحاكم والوصى وان كان ممن لا يجبر على النكاح كمن عدا الأب والجد من الأولياء ، وكتزويج الأب والجد للثيب صح تزويجه ، وان كان فاسقاً ، لأنه يزوج باذنها فهو كالوكيل . ومن أصحابنا من قال : ان كان الفاسق مبذراً فى ماله لم يجز أن يكون ولياً فى النكاح ، وان كان رشيداً فى أمر دنياه كان ولياً فى النكاح . ومن أصحابنا من قال فيه قولان : (أحدهما) أن الفاسق ولى فى النكاح بكل حال . وهو قول مالك وأبى حنيفة لقوله تعالى : « وأنكحوا الأيامى منكم » وهذا خطاب للأولياء ، ولم يفرق بين العدل والفاسق ، ولأن الكافر لما ملك تزويج ابنته الكافرة — والمسلم الفاسق أعلا منه — فلأن يملك تزويج وليته أولى .

(والثانى) لا يصح أن يكون ولياً بحال ، وهو المشهور من المذهب لقوله صلى الله عليه وسلم (لا نكاح الا بولى) وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : (لا نكاح الا بولى مرشد وشاهدى عدل) ولا مخالف له ، والمرشد من أسماء المدح ، والفاسق ليس بممدوح ، ولأنه تزويج فى حق غيره فنافاه الفسق فى دينه كفسق الحاكم ، فقولنا تزويج ، احتراز من ولاية القصاص ، وقولنا : فى حق غيره احتراز من تزويج الفاسق لأمته فانه تزويج فى حقه ، بدليل أنه يجب له المهر . وقولنا فى دينه ، احتراز من تزويج الكافر لابنته الكافرة ، لأنه ليس بفسق فى دينه ، ولأن الولى انما اشترط فى العقد لئلا تحمل المرأة شهوتها على أن تلقى نفسها فى أحضان غير كفء ، وتزوج نفسها فى العدة ، فيلحق العار بأهلها وهذا المعنى موجود فى الفاسق لأنه لا يؤمن أن يحمله فسقه على أن يضع المرأة فى أحضان غير كفء ، ويزوجها فى العدة ، فيلحق العار بأهلها ، فلم يجز أن يكون ولياً .

وأما الآية فلا نسلم له أنها تنصرف الى الفاسق لأنه ليس بولى عندنا ، فان سلمنا فان عمومها مخصص بالخبر وأما الكافر فانما يصح أن يزوج ابنته الكافرة اذا كان رشيداً فى دينه لأنه مقر عليه بخلاف الفاسق .

إذا ثبت هذا وقلنا الفاسق ليس بولى فقد قال المسعودى : واختلف أصحابنا فى الفسق الذى يخرجه عن ولاية النكاح ، فمنهم من قال : شرب الخمر فحسب ، لأنه اذا كان يشربها فانه يميل الى من هو فى مثل حاله ، ومنهم قال : جميع الفسق بمثابته .

فرع قال الشافعى رضى الله عنه : وان كان الولى سفيهاً أو ضعيفاً غير عالم بموضع الحظ ، أو سفيهاً مؤلما أو به علة تخرجه عن الولاية فهو كمن مات ، فاذا صلح صار ولياً . قال أصحابنا : أما السفيه فله تأويلان (أحدهما) أنه أراد الصغير . (والثانى) أراد به الشيخ الذى قد ضعف نظره عن معرفة موضع الحظ . وأما السقيم فمن كان به سقم شديد قد نقص نظره وأخرجه عن طلب الحظ . وأما المؤلم وهو صفة السقيم ، وهو السقيم الذى اشتد به الألم الى أن أخرجه عن النظر . وروى « أو سقيماً مولى » فيكون معناه السقيم الذى صار مولى من قلة تمييزه . وأما الذى به علة فالمراد به اذا قطعت يده أو رجله أو أصابه جرح عظيم أخرجه عن حد التمييز ؛ فان ولايته تزول ، فان زالت هذه الأسباب عادت ولايته ، لأن المانع وجود هذه الأسباب فزال المنع بزوالها .

فرع قال أبو على الطبرى : اذا كان الولى يجن يوما ويفيق يوما ، أو يغمى عليه يوما ويفيق يوما ، فهل يخرجه ذلك من الولاية ؟ فيه وجهان . وأما السكران فان قلنا ان الفاسق ليس بولى وهذا فاسق . وان قلنا : الفاسق ولى فهل يخرج السكران من الولاية ؟ فيه وجهان كالجنون غير المطبق والاحرام فى الحج هل يخرجه من الولاية ؟ فيه وجهان ، فان قلنا يخرجه زوجها من دونه من الأولياء ، وان قلنا لا يخرجه زوجها السلطان . وأما الأخرس اذا كان له اشارة مفهومة كان وليا فى النكاح ، وان لم يكن له اشارة مفهومة فليس بولى فى النكاح .

فـــرع وهل يصح أن يكون الأعمى وليا فى النكاح ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يصح لأنه قد يحتاج الى النظر فى اختيار الزوج لها ، لئلا يزوجها بمعيب أو دميم . (والثانى) يصح ، وهو الصحيح لأن شعيباً عليه السلام كان أعمى وزوج ابنته من موسى عليه السلام .

فـــرع قال الشافعى رضى الله عنه : وولى الكافرة كافر ولا يكون المسلم ولى الكافرة الا على أمته . وبيان ذلك أنه اذا كان للكافر ابنة مسلمة فانه لا ولايه له عليها ، فان كان لها ولى مسلم زوجها والا زوجها الحاكم لقوله تعالى : « والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض » .

وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يتزوج أم حبيبة بنت أبى سفيان وكانت مسلمة وأبو سفيان لم يسلم ، وكل النبى صلى الله عليه وسلم عمرو بن أمية الضمرى فتزوجها من ابن عمها خالد بن سعيد ابن العاص ، وكان مسلماً ، وان كان للمسلم ابنة كافرة فلا ولاية له عليها لقوله تعالى : « والذين كفروا بعضهم أولياء بعض » فدل على أنه لا ولاية للمسلم عليها ، فان كان لها ولى كافر زوجها للآية ، وان لم يكن لها ولى كافر زوجها الحاكم لقوله صلى الله عليه وسلم : « فالسلطان ولى من لا ولى له » ولم يفرق بين المسلم وغيره ؛ ولأن ولايته عامة فدخل فيها المسلم والكافر .

فـــرع ان كان للمسلم أمة كافرة فهل له عليها ولاية فى النكاح ؟ فيه وجهان : من أصحابنا من قال : له عليها ولاية ، وهو المنصوص فى الأم ، لأنها ولاية مستفادة بالملك فلم يمنع اختلاف الدين كالفسق لما لم يؤثر فى منع تزويج أمته ، فكذلك كفرها . ومنهم من قال : ليس بولى لها ، لأنه لم يملك تزويج ابنته الكافرة فلأن لا يملك تزويج أمته الكافرة أولى . وحمل النص على الولاية فى عقد البيع والاجارة ، والأول أصح ، وان كان للكافر أمة مسلمة فهل له أن يزوجها ؟ قال ابن الصباغ : فيه وجهان كما قلنا فى تزويج المسلم لأمته الكافرة ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان خرج الولى عن أن يكون من أهل الولاية بفسق أو جنون انتقلت الولاية الى من بعده من الأولياء لأنه بطلت ولايته فانتقلت الولاية الى من بعده كما لو مات ، فان زال السبب الذى بطلت به الولاية عادت الولاية لزوال السبب الذى أبطل ولايته ، فان زوجها من انتقلت اليه قبل أن يعلم بعود ولاية الأول ففيه وجهان بناء على القولين فى الوكيل اذا باع ما وكل فى بيعه قبل أن يعلم بالعزل ، وان دعت المنكوحة الى كفؤ فعضلها الولى زوجها السلطان لقوله صلى الله عليه وسلم : « فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له » ولأنه حق توجه عليه تدخله النيابة . فاذا امتنع قام السلطان مقامه كما لو كان عليه دين فامتنع من أدائه ، وان غاب الولى الى مسافة تقصر فيها الصلاة زوجها السلطان ولم يكن لمن بعده من الأولياء أن يزوج لأنى ولاية الغائب باقية ، لهذا لو زوجها فى مكانه صح العقد وانما تعذر من جهته فقام السلطان مقامه ، كما لو حضر وامتنع من تزويجها ، فان كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يجوز تزويجها الا باذنه لأنه كالحاضر .

(والثانى) يجوز للسلطان أن يزوجها لأنه تعذر استئذانه فاشبه اذا كان فى سفر بعيد ، ويستحب للحاكم اذا غاب الولى وصار التزويج اليه أن يأذن لمن تنتقل الولاية اليه ليزوجها ليخرج من الخلاف ، فان عند أبى حنيفة أن الذى يملك التزويج هو الذى تنتقل الولاية اليه) .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : ولا ولاية لأحد وثم أولى منه وجملة ذلك أنه اذا كان للمرأة وليان أحدهما أقرب من الآخر ، فان الولاية للأقرب فان زوجها من بعده من يصح . وقال مالك : يصح . دليلنا أنه حق مستحق بالتعصيب فلم يثبت للأبعد مع الأقرب كالميراث ، فان خرج الأقرب عن أن يكون ولياً باختلاف الدين أو الفسق أو الجنون أو الصغر انتقلت الولاية الى الولى الأبعد ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم تزوج أم حبيبة من ابن عمها مع وجود أبيها لكون أبيها كافراً . واذا ثبت

ذلك فى الكفر كان الفسق والجنون والصغر مثله لأن الجميع يمنع ثبوت ولاية النكاح •

وان أعتق رجل أمة ومات وخلفت ابناً صغيراً وأخاً لأب كبيراً وأرادت الجارية النكاح ولا مناسب لها فلا أعلم فيها نصاً ، والذى يقتضى المذهب أن ولاية نكاحها لأخ المعتق ، لأن الولاية فى الولاء فرع عن ولاية النسب وولاية أبيه الميت لأخيه مادام الابن صغيراً • وكذلك ولاية المعتقة •

فرع وان زال السبب الذى أوجب قطع الولاية فى الأقرب عادت ولايته لأن المانع قد زال • فان كان الولى الأبعد قد زوجها قبل زوال المانع صح النكاح وان زوجها بعد زوال المانع وبعد علمه بزوال المانع لم يصح كما لو باع الوكيل ما وكل فى بيعه بعد العزل وبعد علمه بالعزل ، وان زوج بعد زوال المانع وقبل علمه بزواله ففيه وجهان بناء على القولين فى الوكيل اذا باع بعد العزل وقبل علمه بالعزل •

فرع وان دعت المرأة أن تزوج لكفؤ فامتنع الولى زوجها الحاكم • ولا تنتقل الى من عدا العاضل من الأولياء لقوله صلى الله عليه وسلم « فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له » ولأن النكاح حق لها فاذا تعذر ذلك من جهة وليها كان على الحاكم استيفاؤه ، كما لو كان على رجل دين فامتنع من بذله فان الحاكم ينوب عنه فى الدفع من مال الممتنع •

فرع قال الشافعى رضى الله عنه : فان كان أولاهم به مفقوداً أو غائباً غيبة بعيدة كانت أو قريبة زوجها السلطان ، وجملة ذلك أنه اذا كان للمرأة أب أو جد فغاب الأب وحضر الجد ودعت المرأة الى تزويجها نظرت ، فان كان الأب مفقوداً بأن انقطع خبره ولا يعلم أنه حى أو ميت فان الولاية لا تنتقل الى الجد ، وانما يزوجها السلطان ، لأن ولاية الأب باقية عليها ؛ بدليل أنه لو زوجها فى مكانه لصح ؛ وانما تعذر بغيبته فناب الحاكم عنه ، كما لو غاب وعليه دين ، فان الحاكم ينوب عنه فى الدفع من ماله دون الأب•

وان غاب غيبة غير منقطعة بأن يعلم أنه حى نظرت ــ فان كان على مسافة

تقصر فيها الصلاة ـ جاز للسلطان تزويجها ، لأن فى استئذانه مشقة فصار كالمفقود • وان كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة ، فاختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال يجوز للحاكم تزويجها ، وهو المذهب ، لأن فى استئذانه الحاق مشقة ، فهو كما لو كان على مسافة القصر •

ومنهم من قال : لا يجوز تزويجها لأنه فى حكم الحاضر ، بدليل أنه لا يجوز له القصر والفطر ، فهو كما لو كان فى البلد • هذا مذهبنا وبه قال زفر وحكى ابن القاص قولا آخر أن الولاية تنتقل الى من بعده من الأولياء ، وليس بمشهور •

وقال أبو حنيفة ومحمد وأحمد بن حنبل : ان غاب الأب غيبة منقطعة جاز للجد تزويجها • وان كانت غيبة غير منقطعة لم يجز للجد تزويجها • واختلف أصحاب أبى حنيفة فى حد المنقطعة ، فمنهم من قال من الرقة الى البصرة ، ومنهم من قال من بغداد الى البصرة •

وقال محمد : اذا سافر من اقليم الى اقليم ، كمن سافر من الكوفة الى بغداد فهى منقطعة ، وان كان فى اقليم واحد فهى غير منقطعة • ومنهم من قال : المنقطعة الذى لا تجىء منه القافلة فى السنة الا مرة واحدة • ودليلنا أن كل ولاية لم تنقطع بالغيبة القريبة لم تنقطع بالغيبة البعيدة كولاية المال•

اذا ثبت هذا فان الشافعى رضى الله عنه قال : وان غاب الولى وأراد الحاكم تزويجها استحب له أن يستدعى عصابتها ، وان لم يكونوا أولياء ، فان لم يكن لها عصبات فذوى الأرحام والقرابات لها ، فيسألهم عن حال الزوج ويستشيرهم فى أمره ليستطيب بذلك نفوسهم ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم « أمر نعيما أن يشاور أم ابنته فى تزويجها » وان لم لم يكن لها ولاية ، فان قالوا : انه كفؤ زوجها •

قال الشيخ أبو اسحاق : ويستحب له أن يأذن لمن تنتقل الولاية اليه ليزوجها ليخرج من الخلاف ، فان زوجها الحاكم بنفسه أو أذن لأحد أو لم يشاورهم صح ذلك ، لأن الولاية له • قال الشافعى : ولا يزوجها ما لم

يشهد شاهدان أنه ليس لهـا ولى وليست فى نكاح أحـد ولا عـدة • قال المسعودى : من أصحابنا من قال : هذا واجب ، ومنهم مـن قال : هـذا مستحب والله أعلم بالصواب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـل ويجوز للأب والجد تزويج البكر من غير رضاها صـغيرة كانت أو كبيرة ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الثيب احق بنفسها من وليها والبكر يستأمرها أبوها فى نفسها » فدل على أن الولى احق بالبكر وان كانت بالغة فالمستحب أن يستأذنها للخـبر « واذنها صماتها » لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليـه وسلم قال : « الأيم احق بنفسها من وليها والبكر تستأذن فى نفسها واذنهـا صماتها » ولأنها تستحى أن تأذن لأبيها بالنطق فجعل صماتها اذنا ، ولا يجوز لغير الأب والجد تزويجها الا أن تبلغ وتأذن ، لما روى نافـع « أن عبد الله ابن عمر رضى الله عنه تزوج بنت خاله عثمان بن مظعون فذهبت أمهـا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت : ان ابنتى تكره ذلك فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يفارقها . وقال : لا تنكحوا اليتامى حتى تستأمروهن، فان سكتن فهو اذنهن فتزوجت بعد عبد الله ، المغيرة بن شعبة » ولأنه ناقص الشفقة ولهذا لا يملك التصرف فى مالها بنفسه ، ولا يبيع مالها من نفسه ، فلا يملك التصرف فى بضعها بنفسه ، فان زوجها بعد البلوغ ففى اذنهـا وجهان :

(أحدهما) أن اذنها بالنطق لأنه لما افتقر تزويجها الى اذنها افتقـر الى نطقها بخلاف الأب والجد .

(والثانى) وهو المنصوص فى الاملاء وهو الصحيح : أن اذنها بالسكوت لحديث نافع ، وأما الثيب فانها ان ذهبت بكارتها بالوطء ـ فان كانت بالغة عاقلة ـ لم يجز لأحد تزويجها الا باذنها ، لما روت خنساء بنت خدام الانصارية « أن أباها زوجها وهى ثيب فكرهت ذلك ، فذكرت لرسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها » واذنها بالنطق لحديث ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « والبكر تستأذن فى نفسها واذنها صماتها » فـدل

على أن اذن الثيب بالنطق ، وان كانت صغيرة لم يجز تزويجها حتى تبلغ وتأذن لأن اذنها معتبر فى حال الكبر فلا يجوز الافتيات عليها فى حال الصغر ، وان كانت مجنونة جاز للأب والجد تزويجها صغيرة كانت او كبيرة لانه لا يرجى لها حال تستأذن فيها ولا يجوز لسائر العصبات تزويجها لأن تزويجها اجبار وليس لسائر العصبات غير الأب والجد ولاية الاجبار ، فأما الحاكم فانها ان كانت صغيرة لم تملك تزويجها لأنه لا حاجة بها الى النكاح ، وان كانت كبيرة جاز له تزويجها ان رأى ذلك لأنه قد يكون فى تزويجها شفاء لها ، وان ذهبت بكارتها بغير الوطء ففيه وجهان :

(احدهما) أنها كالموطوءة لعموم الخبر . (والثانى) وهو المذهب أنها تزوج تزويج الأبكار لأن الثيب انما اعتبر اذنها لذهاب الحياء بالوطء والحياء لا يذهب بغير الوطء .

فصل وان كانت المنكوحة أمة فالمولى ان يزوجها بكراً كانت أو ثيباً ، صغيرة كانت أو كبيرة ، عاقلة كانت أو مجنونة ، لأنه عقد يملكه عليها بحكم الملك ، فكان الى المولى كالاجارة . وان دعت الأمة المولى الى النكاح ، فان كان يملك وطأها لم يلزمه تزويجها لأنه يبطل عليه حقه من الاستمتاع ، وان لم يملك وطأها ففيه وجهان :

(احدهما) لا يلزمه تزويجها لأنه تنقص قيمتها بالنكاح . (والثانى) يلزمه لأنه لا حق له فى وطئها ، وان كانت مكاتبة لم يملك السيد تزويجها بغير اذنها لأنه لا حق له فى منفعتها ، فان دعت السيد الى تزويجها ففيه وجهان : (احدهما) يجبر لأنها تستعين بالمهر والنفقة على الكتابة . (والثانى) لا يجبر لأنها ربما عادت اليه وهى ناقصة بالنكاح) .

الشرح حديث ابن عباس رواه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وابن أبى شيبة بلفظ « الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن فى نفسها واذنها صماتها » وفى رواية لأحمد ومسلم وأبى داود والنسائى « والبكر يستأمرها أبوها » وفى رواية لأحمد والنسائى « واليتيمة تستأذن فى نفسها » وفى رواية لأبى داود والنسائى « ليس للولى مع الثيب أمر واليتيمة تستأمر وصمتها اقرارها » قال الحافظ : ورجاله ثقات وأعل بالارسال ، وبتفرد جرير بن حازم عن أيوب ، وبتفرد حسين عن

جرير ، وأجيب بأن أيوب بن سويد رواه عن الثورى عن أيوب موصولا ، وكذلك رواه معمر بن سليمان الرقى عن زيد بن حباب عن أيوب موصولا ، واذا اختلف فى وصل الحديث وارساله حكم لمن وصله على طريقة الفقهاء ، وعن الثانى بأن جريراً توبع عن أيوب كما ترى • وعن الثالث بأن سليمان ابن حرب تابع حسين بن محمد عن جرير ؛ واتفصل البيهقى عن ذلك بأنه محمول على أنه زوجها من غير كفء •

وقد أخرج أحمد والبخارى وأصحاب السنن عن خنساء بنت خدام الأنصارية أن أباها زوجها وهى ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها ، وروى أحمد والشيخان وأصحاب السنن وابن حبان والحاكم عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا البكر حتى تستأذن ، قالوا : يا رسول الله وكيف اذنها ؟ قال : أن تسكت » وأخرج أحمد والشيخان عن عائشة قالت « قلت : يا رسول الله تستأمر النساء فى أبضاعهن ؟ قال : نعم ، قلت : ان البكر تستأمر فتستحى فتسكت ، فقال : سكاتها اذنها » وهو من أحاديث الفصل•

أما حديث نافع فى قصة زواج عبد الله بن عمر من ابنة خالد فقد أخرجه أحمد والدارقطنى عن ابن عمر بلفظ « توفى عثمان بن مظعون وترك ابنة له من خولة بنت حكيم بن أمية بن حارثة بن الأوقصى ، وأوصى الى أخيه قدامة ابن مظعون ، قال عبد الله : وهما خالاى فخطبت الى قدامة بن مظعون ابنة عثمان بن مظعون فزوجها ، ودخل المغيرة بن شعبة ــ يعنى الى أمها فأرغبها فى المال•فحطت اليه ، وحطت هوى الجارية الى هوى أمها فأبتا حتى ارتفع أمرهما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قدامة بن مظعون : يا رسول الله ابنة أخى أوصى بها الى فزوجتها ابن عمتها فلم أقصر بها فى الصلاح ولا فى الكفاءة ، ولكنها مرأة ، وانما حطت الى هوى أمها قال : فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هى يتيمة ولا تنكح الا باذنها ، قال : فانتزعت والله منى بعد أن ملكتها فزوجوها للمغيرة بن شعبة » وقد أورده الحافظ ابن حجر فى التلخيص وسكت عنه ، وقال الهيثمى فى مجمع الزوائد : ورجال أحمد ثقات •

أما الأحكام فانه لا يخلو حال المراد زواجها من أن تكون حرة أو أمة ، فان كانت حرة نظرت ، فان كانت عاقلة فلا تخلو اما أن تكون بكراً أو ثيباً ، فان كانت بكراً فلا يخلو اما أن تكون صغيرة أو كبيرة ، فان كانت صغيرة جاز للأب تزويجها بغير اذنها بغير خلاف ، والدليل عليه قوله تعالى : « واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر ، واللائى لم يحضن » وتقديره وكذلك عدة اللائى لم يحضن ، وانما يجب على الزوجة الاعداد من الطلاق بعد الوطء فدل على أن الصغيرة التى لم تحض يصح نكاحها ، ولا جهة يصح نكاحها معها الا أن يزوجها أبوها •

وروت عائشة رضى الله عنها قالت : « تزوجنى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا ابنة سبع سنين ودخل بى وأنا ابنة تسع سنين» ومعلوم أنه لم يكن باذنها حكم فى تلك الحال ، فعلم أن أباها زوجها بغير اذنها فيجوز للأب والجد اجبارها على النكاح ولا يجوز لغيرهما من الأولياء تزويجها قبل أن تبلغ •

وقال مالك : لا يجوز للجد • وقال أبو حنيفة : يجوز للأب والجد وسائر العصبات ، وللحاكم اجبارها على النكاح الا أنه اذا زوجها غير الأب والجد ثبت لها الخيار فى فسخ النكاح اذا بلغت •

دليلنا على مالك أن للجد ولاية وتعصيباً فجاز له اجبار البكر كالأب ، وعلى أبى حنيفة بما روى ابن عمر من حديث زواجه بابنة خاله عثمان ابن مظعون ، وقول النبى صلى الله عليه وسلم انها يتيمة وانها لا تنكح الا باذنها • ولأن غير الأب والجد لا يلى مالها بنفسه فلم يملك اجبارها على النكاح كالأجنبى •

اذا ثبت هذا فقد قال الشافعى رضى الله عنه فى القديم : استحب للأب أن لا يزوجها حتى تبلغ لتكون من أهل الاذن • لأنه يلزمها بالنكاح حقوق • قال الصيمرى • اذا قاربت البلوغ وأراد تزويجها فالمستحب أن يرسل اليها نساء ثقات ينظرن ما عندها ، فان كانت البكر بالغاً فللأب والجد

اجبارها على النكاح وان أظهرت الكراهية ، وبه قال ابن أبى ليلى وأحمد واسحاق •

وقال مالك : للأب اجبارها دون الجد ، وقال أبو حنيفة وأصحابه والثورى والأوزاعى : لا يجوز لأحد اجبارها • دليلنا على مالك أن الجد له تعصيب وولادة فملك اجبار البكر على النكاح كالأب ، وعلى أبى حنيفة بقوله صلى الله عليه وسلم « الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن فى نفسها واذنها صماتها » فلما جعل النبى صلى الله عليه وسلم الثيب أحق بنفسها من وليها دل على أن الولى أحق بالبكر ، والمراد بالولى هنا الأب والجد بدليل قوله صلى الله عليه وسلم « اليتيمة تستأمر فى نفسها ، فان صمتت فهو اذنها ، وان أبت فلا جواز عليها » رواه أحمد وأبو داود والنسائى والترمذى وصححه ، وأراد باليتيمة التى لا أب لها وسماها يتيمة بعد البلوغ استصحاباً لاسمها قبل البلوغ ، فلما أوجب استئذان اليتيمة دل على أن غير اليتيمة لا تستأذن ؛ ومن لها أب أو جد فليست بيتيمة •

اذا ثبت هذا فان زوج الأب أو الجد البكر البالغ فالمستحب لهما استئذانها واذنها صماتها للخبر ، ولأنها تستحى أن تأذن بالنطق ، فان لم يستأذنها جاز لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الثيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن » فقصد بذلك التفرقة بينهما ، فلو قلنا : ان استئذان البكر واجب لما كان بينهما فرق ، وان زوج البكر البالغ غير الأب والجد من الأولياء لم يصح حتى يستأذن ، وهو الجماع لا خلاف فيه ؛ وفى اذنها وجهان •

(أحدهما) لا يحصل الا بنطقها ، لأن كل من يفتقر نكاحها الى اذنها افتقر الى نطقها مع قدرتها على النطق كالثيب وهو المذهب أنها اذا استؤذنت فصمتت كان ذلك اذناً منها فى النكاح لقوله صلى الله عليه وسلم « اليتيمة تستأمر فى نفسها فان صمتت فهو اذنها » لأنها تستحى أن تأذن بالنطق بخلاف الثيب •

قال العمرانى فى البيان قال أصحابنا المتأخرون : فان استأذنها وليها أن

يزوجها بأقل من مهر مثلها أو بغير نقد البلد وصمتت لم يكن ذلك اذنا منها فى ذلك ، لأن ذلك مال فلا يكون صمتها اذناً فيه • كما لو استأذنها فى بيع مالها فصمتت ، بخلاف النكاح •

وان كانت المراد تزويجها ثيباً نظرت ــ فان ذهبت بكارتها بالوطء فى نكاح أو ملك أو شبهة ــ فان كانت بالغاً لم يجز لأحد من الأولياء اجبارها على النكاح سواء كان الولى أباً أو جداً أو غيرهما ، لما روى « أن خنساء بنت خدام الأنصارية زوجها أبوها وهى ثيب ، فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها » وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ليس للولى مع الثيب أمر » قال الشيخ أبو حامد : وهو اجماع لا خلاف فيه ، ولا يصح نكاحها الا باذنها ، ولا يصح اذنها الا بنطقها مع قدرتها على النطق لقوله صلى الله عليه وسلم : « والبكر تستأذن فى نفسها واذنها صماتها » فلما جعل اذن البكر الصمت دل على أن اذن الثيب بالنطق ، فان كانت خرساء وأشارت الى الاذن بما يفهم منها صح تزويجها ، وان كانت الثيب صغيرة لم يجز لأحد من الأولياء تزويجها قبل البلوغ ، سواء كان الولى أباً أو جداً أو غيرهما •

وقال أبو حنيفة وأصحابه : يجوز للأب والجد وغيرهما من الأولياء اجبارها على النكاح ، والاجبار عندهم يختلف بصغر المنكوحة وكبرها ، وعندنا يختلف ببكارتها وثيوبتها •

دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « ليس للولى مع الثيب أمر » ولم يفرق ، ولأنها حرة سليمة ذهبت بكارتها بجماع فلم تجبر على النكاح كالثيب الكبيرة • وقولنا (حرة) احتراز من الأمة ، وقولنا (سليمة) احتراز من المجنونة ، وقولنا (بجماع) احتراز ممن ذهبت بكارتها بوثبة أو غيرها •

فرع وان ذهبت بكارتها بالزنا فهو كما ذهبت بالجماع فى النكاح ، فيكون حكمها حكم الثيب فى الاذن • وقال أبو حنيفة : حكمها حكم البكر • دليلنا أنها حرة سليمة ذهبت بكارتها بجماع ، فهو كما لو

ذهبت بنكاح وان ذهبت بكارتها بوثبة أو تعنيس ففيه وجهان : (أحدهما) حكمها حكم الموطوءة بنكاح لأنها ثيب (والثانى) حكمها حكم البكر فى الاذن ، وهو المذهب ، لأن الثيب انما اعتبر اذنها بالنطق لذهاب الحياء بالوطء وهذا الحياء لا يذهب بغير الوطء بخلاف الزانية فانها اذا لم تستح من مباضعة الرجال على الزنا والاقدام عليه لم تستح من النطق بالاذن •

وقال الصيمرى : وان خلقت المرأة لا بكارة لها فهى كالبكر ؛ وان ادعت المرأة البكارة أو الثيوبة قال الصيمرى : القول قولها ، ولا يكشف عن الحال لأنها أعلم بحالها •

فـــرع قال ابن الحداد : اذا زوج الرجل ابنته البكر البالغ بغير اذنها فلما بلغها ذلك قالت : (أنا أختـــه من الرضـــاع) يعنى الزوج ، أو (تزوجنى أبوه قبله) أو غير ذلك من الأسباب المحرمة فالقـــول قولهـــا مع يمينها ، ويبطل النكاح • وان كانت ثيبا فزوجها وليها باذنها أو زوجها أبوها وهى بكر بغير اذنها فمكن الزوج من وطئها ثم ذكرت سبباً يوجب التحريم لم يقبل قولها كما قال الشافعى رضى الله عنه فيمن ضل له عبد فأخذه الحاكم ورأى المصلحة فى بيعه فباعه أو باعه عليه الحاكم لدين عليه وهو غائب ، ثم قدم وادعى أنه أعتقه قبل ذلك ، قبل قوله فيه مع يمينه •

ولو بلغه المالك بنفسه أو باعه الحاكم عليه وهو حاضر لدين عليه امتنع منه ثم ادعى بعد البيع أنه كان أعتقه أو وقفه لم يقبل قوله فى ذلك ، فمـــن أصحابنا من صوب ابن الحداد ومنهم من خطأه وقال : لا يقبل قولها بحال ، لأن لها غرضاً فى اجبار الأزواج ، وربما كرهت زوجها وطلبت غيره ، ولا تصدق على ما يوجب بطلان نكاحها ، كما اذا أقر العبد بجناية خطأ أو اتلاف مال فانه لا يقبل •

فـــرع قال ابن الحداد « وان قالت امرأة وهى بالغ عاقلة : زوجنى أبى زيداً بشهادة شاهدين وصادقها زيد على ذلك فأنكر الأب أو الشاهدان ذلك لم يلتفت الى انكار الأب أو الشاهدين ، لأن الحق للزوجين ، ولا حق

للأب ولا للشاهدين فى ذلك فهو كما لو قال رجل : باع وكيلى دارى من فلان وادعاه المشترى وأنكر الوكيل لم يلتفت الى انكاره فكذلك هذا مثله.

قال القاضى أبو الطيب : هذا على قول الشافعى رحمه الله فى الجديد أن النكاح ثبت بتصادق الزوجين ، وهو المشهور وأما على القول القديم فانه لا يثبت بتصادقهما الا ان كانا عربيين .

فـــرع وان كانت المراد نكاحها مجنونة فان كان وليها أباها أو جدها زوجها على أى صفة كانت ، صغيرة أو كبيرة ، بكراً أو ثيباً لأنهما يملكان اجبارها على النكاح ، وانما لم يجز لهما تزويج الثيب الصغيرة العاقلة لأنه يرجى لها أن تبلغ وتأذن ، ولم يجز لهما تزويج الثيب البالغة الا باذنها لأنهما من أهل الاذن والمجنونة ليست من أهل الاذن ولا يرجى لها حال تصير فيه من أهل الاذن ، وان كان وليها غير الأب والجد من العصبات لم يملك تزويجها ، لأن تزويجها اجبار وهم لا يملكون اجبارها على النكاح.

وان كان وليها الحاكم قال الشيخ أبو حامد : بأن لا يكون لها ولى مناسب ، أو كان لها ولى مناسب غير الأب والجد فانه لا ولاية لهم عليها فى هذه الحالة ، وتنتقل الولاية الى الحاكم ؛ فان كانت صغيرة لم يجز للحاكم تزويجها لأنها لا حاجة بها الى التزوج فى هذه الحال . وان كانت كبيرة جاز له تزويجها لأن لها فى ذلك حظاً لأنها تحتاج اليه للعفة ويكسبها غنى ؛ وربما كان لها فيه شفاء . والفرق بين الحاكم وبين غير الأب والجد من العصبات أنه يزوجها حكما ، وبهذا يجوز له التصرف فى مالها ، والعصبات غير الأب والجد يزوجونها بالولاية ولا ولاية لهم عليها ؛ هذا نقل أصحابنا البغداديين.

وقال الخراسانيون : المجنونة المطبقة ان كانت بكراً فللأب والجد تزويجها ، صغيرة كانت أو كبيرة ، وان كانت ثيباً ، فان بلغت مجنونة فلهما ذلك ، وان بلغت عاقلة فهل لهما تزويجها ؟ فيه وجهان بناء على أنه هل تعود ولاية المال لهما ؟ وفيه وجهان . وان كانت صغيرة ثيباً فوجهان ، وان كان جنونها غير مطبق وهى ثيب فهل لهما تزويجها فى يوم الجنون ؟ على وجهين. وأما غير الأب والجد من العصبات فليس له تزويجها بحال ، وللحاكم أن

يزوجها اذا كانت بالغة ، وهل يستأذن الحاكم غيره من العصبات ؟ فيه وجهان وأما اذا كان المراد تزويجها أمة فعلى ما ذكر المصنف . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان كان ولى المراة ممن يجوز له أن يتزوجها كابن عم ، والمولى المعتق ، لم يجز ان يزوجها من نفسه ؛ فيكون موجبا قابلا لانه يملك الايجاب بالاذن فلم يجز ان يملك شطرى العقد كالوكيل فى البيع ، فان اراد أن يتزوجها، فان كان هناك من يشاركه فى الولاية زوجها منه ، وان لم يكن من يشاركه فى الولاية زوجها الحاكم منه ، وان اراد الامام أن يتزوج امراة لا ولى لها غيره ففيه وجهان .

(أحدهما) أن له ان يزوجها من نفسه ، لانه اذا فوض الى غيره كان غيره وكيلا ، والوكيل قائم مقامه فكان ايجابه كايجابه .

(والثانى) يرفعه الى حاكم ليزوجها منه لأن الحاكم يزوج بولاية الحكم فيصير كما لو زوجها منه ولى ، ويخالف الوكيل لانه يزوجها بوكالته . ولهذا يملك عزله اذا شاء ، ولا يملك عزل الحاكم من غير سبب واذا مات انعزل الوكيل ولا ينعزل الحاكم . وان كان لرجل ابن وبنت ابن وهما صغيران فزوج بنت الابن بابن الابن . ففيه وجهان :

(احدهما) لا يجوز ، وهو قول ابى العباس ابن القاص ، لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « كل نكاح لم يحضره اربعة فهو سفاح : خاطب وولى وشاهدان » .

(والثانى) وهو قول ابى بكر بن الحداد المصرى انه يجوز كما يجوز ان يلى شطرى العقد فى بيع ماله من ابنه ، فعلى هذا يحتاج أن يقول زوجت بنت ابنى بابن ابنى ، وهل يحتاج الى القبول ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يحتاج الى القبول ، وهو أن يقول بعد الايجاب (وقبلت نكاحها له) وهو قول أبى بكر بن الحداد ، لانه يتولى ذلك بولايتين فقام فيه مقام الاثنين . (والثانى) لا يحتاج الى لفظ القبول ، وهو قول أبى بكر القفال، لانه قائم مقام اثنين فقام لفظه مقام لفظين .

فصـــل وان وكل الولى رجلا فى التزويج فهل يلزمـــه أن يعين الزوج ؟ فيه قولان : (أحدهما) لا يلزمه لأن من ملك التوكيل فى عقد لم يلزمه تعيين من يعقد معه كالموكل فى البيع . (والثانى) يلزمه لأن الولى انما جعل اليه اختيار الزوج لكمال شفقته ولا يوجد كمال الشفقة فى الوكيل فلم يجعل اختيار الزوج اليه .

الشرح حديث عائشة أخرجه الدارقطنى بلفظ « لابد فى النكاح من أربعة « الولى والزوج والشـاهدين » وفى اسـناده أبو الخصيب نافع ابن ميسرة مجهول ، وروى نحوه البيهقى فى الخلافيات عن ابن عباس موقوفاً وصححه ، وابن أبى شيبة بنحوه أيضاً ؛ وعن أنس أشار اليـه الترمذى ، وأخرج الدارقطنى رواية أخرى عن عائشة بلفظ « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا نكاح الا بولى وشاهدى عدل فان تشاجروا فالسلطان ولى من لا ولى له » وقد أخرجه أيضاً البيهقى من طريق محمد بن أحمد بن الحجاج الرقى عن عيسى بن يونس عن الزهرى عن عروة عن عائشة كذلك ، وقـد توبع الرقى عن عيسى ، ورواه سعيد بن خالد بن عبد الله بن عمرو بن عثمان ، ويزيد بن صنان ؛ ونوح بن دراج ، وعبد الله بن حكيم عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة كذلك ، وقد ضعف ابن معين ذلك كله ، وأقره البيهقى ؛ وقد تقدم فى فصل لا نكاح الا بولى طرف منه ، ويؤيد هذا الحديث ما رواه الترمذى عن ابن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : البغايا اللاتى ينكحن أنفسهن بغير بينة » .

وذكر الترمذى أنه لم يرفعه غير عبد الأعلى وأنه قد وقفه مرة وأن الوقف أصح ، وهذا لا يقدح لأن عبد الأعلى ثقة فيقبل رفعه وزيادته ، وقد يرفـع الراوى الحديث وقد يقفـه ؛ وقال الترمذى : هذا الحديث غير محفـوظ لا نعلم أحداً رفعه الا ما روى عن عبد الأعلى عن سعيد عن قتادة مرفوعاً .

وروى عن عبد الأعلى عن سعيد هذا الحديث موقوفاً ، والصحيح ما روى ابن عباس : « لا نكاح الا ببينة » ويؤيده حديث عمران بن الحصـين عـن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا نكاح الا بولى وشاهدى عدل » ذكره

أحمد بن حنبل فى رواية ابنه عبد الله وقد أشار اليه الترمذى ، وأخرجه الدارقطنى والبيهقى فى العلل من حديث الحسن عنه ، وفى اسناده عبد الله ابن محرز وهو متروك ، ورواه الشافعى من وجه آخر عن الحسن مرسلا . وقال : هذا ــ وان كان منقطعاً ــ فان أكثر أهل العلم يقولون به .

وقد روى الشافعى والبيهقى من طريق أبى خيثم عن سعيد بن جبير عن ابن عباس موقوفا بلفظ « لا نكاح الا بولى مرشد وشاهدى عدل » وقال البيهقى بعد أن رواه من طريق أخرى عن أبى خيثم بسنده مرفوعا بلفظ : « لا نكاح الا باذن ولى مرشد أو سلطان » قال : والمحفوظ الموقوف ، ثم رواه من طريق الثورى عن أبى خيثم ، ومن طريق عدى بن الفضل عن أبى خيثم بسنده مرفوعا بلفظ لا نكاح الا بولى وشاهدى عدل ، فان نكحها ولى مسخوط عليه فنكاحها باطل » وعدى بن الفضل ضعيف . وعن أبى هريرة مرفوعا وموقوفاً عند البيهقى بلفظ : « لا نكاح الا بأربعة خاطب وولى وشاهدين » وفى اسناده المغيرة بن موسى البصرى قال البخارى : منكر الحديث .

اما الأحكام فان هذه الأحاديث تفيد شرطية الاشهاد فى النكاح ، وهو قول على وعمر وابن عباس والعترة والشعبى وابن المسيب والأوزاعى والشافعى وأبى حنيفة وأحمد بن حنبل .

قال الترمذى : والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم قالوا : « لا نكاح الا بشهود » لم يختلفوا فى ذلك من مضى منهم الا قوم من المتأخرين من أهل العلم ، وانما اختلف أهل العلم فى هذا اذا شهد واحد بعد واحد ، فقال أكثر أهل العلم من الكوفة وغيرهم ، لا يجوز النكاح حتى يشهد الشاهدان معاً عند عقدة النكاح .

وقد روى بعض أهل المدينة اذا شهد واحد بعد واحد فانه جائز اذا أعلنوا ذلك وهو قول مالك بن أنس وغيره . وقال بعض أهل العلم : يجوز شهادة رجل وامرأتين فى النكاح ، وهو قول أحمد واسحاق . انتهى كلام الترمذى .

وحكى عن ابن عمر وابن الزبير وعبد الرحمن بن مهدى وداود بن على أنه لا يعتبر الاشهاد ، وحكى أيضاً عن مالك أنه يكفى الاعلان بالنكاح ، والحق ما ذهب اليه الأولون لأن الأحاديث التى سقناها يؤيد بعضها بعضاً •

اذا ثبت هذا فانه اذا أراد الرجل أن يتزوج امرأة يلى عليها أمر النكاح من نفسه كابن العم والمعتقة أو وكل الولى رجلا يزوج وليته فيزوجها الوكيل من نفسه لم يصح •

وقال ربيعة ومالك والثورى وأبو حنيفة وأصحابه : يصح ، دليلنا ما روت عائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم : « لا نكاح الا بولى وشاهدى عدل فان تشاجروا فالسلطان ولى من لا ولى له » •

وحديث أبى هريرة « لا نكاح الا بأربعة خاطب وولى وشاهدان » وهذا لم يحضره الا ثلاثة ، وشرط أن يكون ولى وخاطب ولم يوجد ذلك ، ولأنه لو وكل وكيلا ليبيع له سلعة لم يجز للوكيل أن يبتاعها من نفسه ، فكذلك هذا مثله ، وقد وافقنا أبو حنيفة على البيع ، وخالفنا مالك فيه وقد مضى فى البيع •

اذا ثبت هذا فأراد ابن العم أن يتزوجها فان كان هناك ولى لها فى درجته تزوجها منه ، وان لم يكن هناك ولى فى درجته بل كان أبعد منه أو لا ولى لها تزوجها من السلطان لأنها تصير فى حقه بمنزلة من لا ولى لها فيتزوجها من السلطان •

فرع اذا أراد الحاكم أن يتزوج امرأة لا ولى لها فانه يتزوجها من الامام قال ابن الصباغ : أو يرد ذلك الى من يزوجه اياها ويتولى طرفى العقد لأنه اذا تزوجها من الحاكم فهو قائم من جهته (فصح) أن يتولى ذلك (والثانى) : لا يصح أن يتولى العقد بنفسه بل يتزوجها الحاكم لأن الحاكم ليس بوكيل له ، وانما هو نائب عن المسلمين ، ولهذا لا يملك الامام عزله من غير سبب •

فـــرع وان أراد الجد أن يزوج ابنه الصغير بابنة ابن له آخـر ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح ، وهو اختيار ابن القاص لقوله صلى الله عليه وسلم « لا نكاح الا بولى وخاطب وشاهدى عدل » (والثانى) يصح ، وهو اختيار ابن الحداد والقاضى أبى الطيب لأنه يملك طرفى العقد بغـير تولية فجاز أن يتولاه ههنـا كبيع مال الصـغير من نفسـه ، وأما الخبر فمحمول اذا كان الولى غير الخاطب فعلى هذا لا تصح الولاية الا بشروط .

(أحدها) اذا كان أبواهما ميتين أو فاسقين أو أحدهما ميتاً والآخر فاسقاً لأنه لا ولاية للجد الرشيد عليهما مع ثبوت ولاية الأبوين عليهما .

(الشرط الثانى) أن يكون ابن الابن صغيراً أو مجنوناً .

(الثالث) أن تكون الابنة بكراً فأما اذا كانت ثيباً فلا يملك تزويجهـا بحال الا باذنها ، وقد اشترط ابن الحداد أن تكون صغيرة ، وليس بصحيح لأن الجد يملك اجبارها على النكاح اذا كانت بكراً بكل حال الا أن تكون الابنة مجنونة فيملك الجد اجبارها على النكاح بكل حال .

اذا ثبت هذا فان الجد يقول : زوجت فلانة بفلان أو فلاناً بفلانة ، وهل يفتقر الى لفظ القبول ؟ وهو أن يقول : وقبلت نكاح فلانة لفلان ؟ فيه وجهان من أصحابنا من قال : لا يفتقر الى ذلك لأن الايجاب يتضمن القبول، وهو قول ابن الحداد ، وهو المشهور « لأن كل عقد افتقر الى الايجاب افتقر الى القبول كما لو كان بين شخصين .

فـــرع وان زوج الولى وليته من ابنه الكبير صح لأنه هو الذى يوجب النكاح على المرأة ويقبله لابنه ، والشخص الوحيد لا يجوز أن يكون قابلا موجباً فى النكاح .

فـــرع قال الشافعى رضى الله عنه : وكيل الولى يقوم مقـامه ، وجملة ذلك أن الولى اذا كان ممن يملك اجبار المرأة على النـكاح فله أن يوكل من يزوجها بغير اذنها كما يجوز أن يعقد عليها بنفسه بغير اذنها ، فان

وكل فى تزويجها من رجل بعينه صح ، وان قال الوكيل : وكلتك فى تزويجها وأطلق فهل يصح ؟ حكى الشيخان أبو حامد وأبو اسحاق فيهـا قولين ، وحكاهما ابن الصباغ والمسعودى وجهين •

(أحدهما) يصـح ، لأن من جاز أن يوكل وكالة معينـة جاز أن يوكل وكالة مطلقة كالوكالة فى البيع •

(والثانى) لا يصح هذا التوكيل لأن الولى انمـا فوض اليه اختيـار الزوج لكمال شفقته وهذا لا يوجد فى الوكيل ، وان كان الولى لا يملك التزويج الا باذنها ، فان أذنت له فى التزويج والتوكيل صح توكيله ، وان أذنت فى التزويج لا غير فهل يملك التوكيل ؟ فيه وجهان مضى ذكرهما فى الوكالة •

فـرع اذا كان الولى لا يملك أن يعقد على المرأة الا باذنها ، فان أذنت له أن يزوجها من رجل معين صح ، وان أذنت أن يزوجها مطلقـاً قال الشيخ أبو حامد : يصح ذلك قولا واحداً لكمال شفقته •

وقال الطبرى فى العدة : هو كالوكيل اذا وكله الولى فى التزويج وأطلق على ما مضى ويجوز للمرأة أن تأذن لوليها بلفظ الاذن ، ويجوز بلفظ الوكالة نص عليه الشافعى رضى الله عنه لأن المعنى فيهما واحد ، وان أذنت لوليها أن يزوجها ثم رجعت لم يصح تزويجها كالموكل اذا عزل وكيله ، فان زوجها الولى بعد العزل وقبل أن يعلم به فهل يصح ؟ فيه وجهان مأخوذان من القولين اذا باع بعد العزل وقبل العلم به ، والله تعالى أعلم بالصواب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا يجوز للولى أن يزوج المنكوحة من غير كفء الا برضاها ورضى سائر الأولياء ، لما روت عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « تخيروا لنطفكم ، فانكحوا الأكفاء وانكحوا اليهـم » ولأن فى ذلك الحاق عار بها وبسائر الأولياء فلم يجز من غير رضاهم •

فصـــل وان دعت المنكوحة الى غير كفء لم يلزم الولى تزويجها لأنه يلحقه العار ، فان رضيا جميعاً جاز تزويجها لما روت فاطمة بنت قيس قالت « أتيت النبى ﷺ فاخبرته أن أبا الجهم يخطبنى ومعاوية ، فقال : أما أبو الجهم فاخاف عليك عصاه وأما معاوية فشاب من شباب قريش لا شيء له ولكنى أدلك على من هو خير لك منهما، قلت : من يا رسول الله ؟ قال: أسامة قلت: أسامة؟ قال : نعم أسامة فتزوجت أبا زيد فبورك لأبى زيد فى وبورك لى فى أبى زيد » وقال عبد الرحمن بن مهدى : أسامة من المولى وفاطمة قرشية ، ولأن المنع من نكاح غير الكفء لحقهما ، فاذا رضيا زال المنع ، فان زوجت المرأة من غير كفء من غير رضاها أو من غير رضا سائر الأولياء ، فقد قال فى الام : النكاح باطل . وقال فى الاملاء : كان للباقين الرد ، وهذا يدل على أنه صحيح فمن أصحابنا من قال : فيه قولان : (أحدهما) أنه باطل لأنه عقد فى حق غيره من غير اذن فبطل كما لو باع مال غيره بغير اذنه . (والثانى) أنه صحيح ويثبت فيه الخيار ، لأن النقص يوجب الخيار دون البطلان ، كما لو اشترى شيئاً معيناً .

ومنهم من قال : العقد باطل قولا واحداً لما ذكرناه ، وتأول قوله فى الاملاء على أنه أراد بالرد المنع من العقد ، ومنهم من قال : ان عقد وهو يعلم أنه ليس بكفء بطل العقد ، كما لو اشترى الوكيل سلعة وهو يعلم بعيبها ، وان لم يعلم صح العقد وثبت الخيار ، كما لو اشترى الوكيل سلعة ولم يعلم بعيبها ، وحمل القولين على هذين الحالين) .

الشرح حديث عائشة أورده السيوطى فى الجامع الصغير مرموزاً له بابن ماجه والبيهقى والحاكم ، كما أورد ما أخرجه ابن عدى فى الكامل وعبد الرزاق وابن عساكر عن عائشة بلفظ « تخيروا لنطفكم فان النساء يلدن أشباه اخوانهن وأخواتهن » وقد ضعفه السيوطى وأخرج أبو نعيم فى حلية الأولياء عن أنس : « تخيروا لنطفكم واجتنبوا هذا السواد فانه لون مشوه » .

وقد رد الذهبى حديث عائشة بأن الحارث بن عمران الجعفرى عن هشام عن أبيه عن عائشة مرفوعا « تخيروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء » تابعه عكرمة

ابن ابراهيم بأن الحارث كان يضع الحديث ، قال ابن حبان : كان يضع الحديث على الثقات • وكذلك عكرمة عن هشام ضعيف أيضاً • وقال ابن حجر : مداره على أناس ضعفاء أمثلهم صالح بن موسى الطلحى والحارث الجعفرى • وقال فى الفتح رواه أبو نعيم وابن ماجه والحاكم وصححه من حديث عمر أيضاً وفى اسناده مقال ويقوى أحد الاسنادين الآخر • وقال ابن الديبع الشيبانى فى تمييز الطيب من الخبيث : مداره على أناس ضعفاء وكل طرقه ضعيفة •

وحديث عائشة : « تخيروا لنطفكم فان النساء يلدن الخ » الذى سقناه • قال ابن الجوزى : حديث لا يصح ، فيه عيسى بن ميمون • قال ابن حبان : منكر الحديث لا يحتج بروايته • وقال الخطيب : حديث غريب وكل طرقه واهية • وقال السخاوى هو ضعيف وبالجملة كل ما ورد من طرق هذا الحديث على مختلف صوره وطرقه وألفاظه ليس فيها صحيح •

أما حديث فاطمة بنت قيس فقد أخرجه أحمد ومسلم وأصحاب السنن الأربعة بلفظ « أن زوجها طلقها ثلاثاً فلم يجعل لها رسول الله صلى الله عليه وسلم سكنى ولا نفقة ، قالت وقال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا حللت فآذنينى ؛ فآذنته فخطبها معاوية وأبو جهم وأسامة بن زيد ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما معاوية فرجل ترب لا مال له ؛ وأما أبو جهم فرجل ضراب للنساء ، ولكن أسامة ، فقالت بيدها هكذا أسامة أسامة ؟ فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : طاعة الله وطاعة رسوله ؛ قالت : فتزوجته فاغتبطت » •

وقد اختلف فى معاوية هذا فقيل : هو ابن أبى سفيان بن حرب وقيل غيره • وفى صحيح مسلم التصريح بأنه هو ، وقوله • فرجل ضراب • وفى رواية : لا يضع عصاه عن عاتقه ، وهو كناية عن كثرة ضربه للنساء • وقال أبو عبيد فى قوله صلى الله عليه وسلم : « أنفق على أهلك ولا ترفع عصاك عنهم لم يرد العصا التى يضرب بها ولا أمر أحداً بذلك ، وانما أراد بمنعها

من الفساد ؛ يقال للرجل اذا كان رفيقاً حسن السياسة لين العصا • وقيل : السفر • وكنى بالعصا عنه قال الشاعر :

فألقت عصاها واستقر بها النوى

وقيل كما أفاده ابن بطال : كنى به عن كثرة الجماع وليس بشيء • قال الأزهرى : معناه أنه شديد على أهله خشن الجانب فى معاشرتهن مستقص عليهن فى باب الغيرة •

اما الأحكام فقد ذكرنا أن للزوج أن يوكل من يتزوج له ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية الضمرى أن يتزوج له أم حبيبة رضى الله عنها بنت أبى سفيان من ابن عمها من أرض الحبشة ، ووكل أبا رافع فى تزويج ميمونة ؛ فان وكله أن يزوج له امرأة بعينها صح ، فان وكله أن يتزوج له ممن شاء ، ففيه وجهان • مضى ذكرهما فى الوكالة ، قال أبو العباس بن سريج وأبو عبد الله الزبيرى : لا يجوز ؛ لأن الأغراض تختلف فى ذلك • قال القاضى أبو حامد المروروذى : يجوز ، واليه ذهب الصيمرى فانه قال : لو وكله أن يزوجه امرأة من العرب فزوجه امرأة من قريش جاز ، ولو وكله أن يزوجه امرأة من قريش فزوجه امرأة من العرب لم يصح ، ولو وكله أن يزوجه امرأة من الأنصار فزوجه امرأة من الأوس أو الخزرج من بنات الأنصار جاز ، ولو وكله أن يزوجه امرأة من الأوس فزوجه امرأة من الخزرج لم يجز ، ولو وكله أن يزوجه امرأة بعينها فتزوجها الموكل لنفسه ثم طلقها قبل الدخول أو بعد الدخول وانقضت عدتها ثم تزوجها الوكيل للموكل قال الصيمرى : لم يصح ، لأن وكالته قد بطلت لما تزوجها الموكل لنفسه ، فان وكله أن يتزوج امرأة بمائة فتزوجها له بخمسين صح ، فان تزوجها له بأكثر من مائة قال الصيمرى • فقد قال شيخ من أصحابنا : يبطل النكاح ، والصحيح أنه يصح ولها مهر مثلها •

فرع فان جاء رجل وادعى أن فلاناً وكله أن يتزوج له امرأة فتزوجها له وضمن عنه المهر ثم نكر الموكل الوكالة ولا بينة فالقول قوله مع يمينه ، فاذا حلف لم يلزمه النكاح ؛ ولا يقع النكاح للوكيل بخلاف

وكيل الشراء ؛ لأن الغرض من النكاح أعيان الزوجين فلا يقع بغير من عقد له ، وترجع الزوجة على الوكيل بنصف المهر • وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف ، لأنها تدعى وجوبه على الزوج ، والوكيل ضامن به وهو مقر به •

وقال محمد بن الحسن • يرجع على الوكيل بجميع الصداق ، لأن الفرقة لم تقع فى الباطن بانكاره ، وهذا ليس بشىء ، لأنه يملك الطلاق ؛ فاذا أنكر النكاح فقد أقر بتحريمها عليه ؛ فصار بمنزلة ايقاعه للطلاق ، ولو مات الزوج قبل المصادقة على النكاح لم ترث هذه الزوجة الا أن يصدقها سائر ورثته على التوكيل أو يقدم لها بينة على ذلك ولو غاب رجل عن امرأته فجاءها رجل فذكر أن زوجها طلقها طلاقا بانت به منه بدون الثلاث ، وأنه وكله فى استئناف عقد النكاح عليها بألف فعقد عليها النكاح بألف وضمن لها الوكيل الألف ، ثم قدم الزوج فأنكر ذلك ، فالقول قوله مع يمينه ؛ فاذا حلف فهل للزوجة أن ترجع على الوكيل بالألف ؟ فيه وجهان •

قال الساجى والقاضى أبو الطيب : لا ترجع عليه بشىء ، وبه قال أبو حنيفة لأن الضامن فرع على المضمون عنه • فاذا لم يلزم المضمون عنه شىء لم يلزم الضامن • (والثانى) يرجع عليه بالألف • وقال الشيخ أبو حامد : وقد نص عليه الشافعى رحمه الله فى الاملاء ــ وهو الأصح ــ لأن الوكيل مقر بوجوبها عليه كما قلنا فى التى قبلها ؛ والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **والكفاءة فى الدين والنسب والحرية والصنعة ، فاما الدين فهو معتبر ، فالفاسق ليس بكفء للعفيفة ، لما روى أبو حاتم المزنى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « اذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فانكحوه ، الا تفعلوا تكن فتنة فى الأرض وفساد عريض » واما النسب فهو معتبر ، فالأعجمى ليس بكفء العربية ، لما روى عن سلمان رضى الله عنه انه قال : « لا نؤمكم فى صلاتكم ، ولا ننكح نساءكم » وغير القرشى ليس بكفء**

للقرشية لقوله صلى الله عليه وسلم : « قدموا قريشاً ولا تتقدموها » وهل تكون قريش كلها أكفاء ؟ فيه وجهان : (أحدهما) أن الجميع أكفاء ، كما أن الجميع فى الخلافة أكفاء . (والثانى) أنهم يتفاضلون ، فعلى هذا غير الهاشمى والمطلبى ليس بكفء للهاشمية والمطلبية ، لما روى واثلة بن الأسقع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ان الله اصطفى كنانة من بنى اسماعيل واصطفى من كنانة قريشاً ، واصطفى من قريش بنى هاشم واصطفانى من بنى هاشم » .

وأما بنو هاشم وبنو المطلب فهم أكفاء ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم سوى بينهم فى الخمس ، وقال : « ان بنى هاشم وبنى عبد المطلب شىء واحد » وأما الحرية فهى معتبرة ، فالعبد ليس بكفء للحرة ، لقوله تعالى : « ضرب الله مثلا عبداً مملوكاً لا يقدر على شىء ، ومن رزقناه منا رزقاً حسناً فهو ينفق منه سراً وجهراً ، هل يستوون » ؟ ولأن الحرة يلحقها العار بكونها تحت عبد . وأما الصنعة فهى معتبرة فالحائك ليس بكفء للبزاز ، والحجام ليس بكفء للخراز ، لأن الحياكة والحجامة يسترذل أصحابهما .

واختلف أصحابنا فى اليسار فمنهم من قال يعتبر ، فالفقير ليس بكفء للموسرة لما روى سمرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الحسب المال والكرم التقوى » ولأن نفقة الفقير دون نفقة الموسر ، ومنهم من قال لا يعتبر لأن المال يروح ويغدو ولا يفتخر به ذوو المروءات . ولهذا قال الشاعر :

غنينا زمانا بالتصعلك والغنى ... وكلا سقاناه بكاسيهما الدهر
فما زادنا بغيا على ذى قرابة ... غنانا ولا أزرى بأحسابنا الفقر)

الشرح حديث أبى حاتم المزنى رواه الترمذى بلفظ « ان أتاكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه ، الا تفعلوه تكن فتنة فى الأرض وفساد كبير ، قالوا : يا رسول الله وان كان فيه ؟ قال : اذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه ؟ ثلاث مرات » قال الترمذى : هذا حديث حسن غريب . ونقل المناوى عن البخارى أنه لم يعده محفوظاً ، وعده أبو داود فى المراسيل ، وأعله ابن القطان بالارسال ؟ وضعف روايته ؟ وأبو حاتم المزنى له صحبة ، ولا يعرف له عن النبى صلى الله عليه وسلم غير هذا الحديث .

وقد أخرج الترمذى أيضاً هذا الحديث من حديث أبى هريرة ولفظه قال « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا خطب اليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه الا تفعلوا تكن فتنة فى الأرض وفساد عريض » ومن ثم ندرك أن المصنف أخطأ فى عزو لفظ رواية أبى هريرة الى عائشة • وقال المناوى : قد خولف عبد الحميد بن سليمان فى هذا الحديث ورواه الليث ابن سعد عن أبى عجلان عن النبى صلى الله عليه وسلم قال البخارى : وحديث الليث أشبه ، ولم يعد حديث عبد الحميد محفوظاً •

وعن ابن عمر عند الحاكم أنه صلى الله عليه وسلم قال : « العرب أكفاء بعضهم لبعض ، قبيلة لقبيلة ، وحى لحى ، ورجل لرجل ، الا حائك أو حجام » وفى اسناده رجل مجهول وهو راويه عن ابن جريج ، وقد سأل ابن أبى حاتم أباه عن هذا الحديث فقال : هذا كذب لا أصل له ، وقال فى موضع آخر : باطل • رواه ابن عبد البر فى التمهيد من طريق أخرى عنه • قال الدارقطنى فى العلل لا يصح •

وله طريق آخر عن غير ابن عمر رواها البزار فى مسنده من حديث معاذ رفعه « العرب بعضها لبعض أكفاء » وفيه سليمان بن أبى الجون • قال ابن القطان : لا يعرف ثم هو من رواية خالد بن معدان عن معاذ ولم يسمع منه ، وفى المتفق عليه من حديث أبى هريرة « خياركم فى الجاهلية خياركم فى الاسلام اذا فقهوا » وأما قول سلمان فقد مضت الاشارة اليه فى الامامة، ولعل أبا حنيفة حين قال : قريش أكفاء بعضهم بعضاً والعرب كذلك وليس أحد من العرب كفؤاً لقريش كما ليس أحد من غير العرب كفؤا للعرب ، كان متأثراً بقول سلمان هذا • وقال الثورى : اذا نكح المولى العربية يفسخ النكاح ؛ وبه قال أحمد فى رواية •

أما الأحكام فقد قال الشافعى : ليس نكاح غير الأكفاء حراماً فأرد به النكاح ، وانما هو تقصير بالمرأة والأولياء ، فاذا رضوا صح ويكون حقاً لهم تركوه ؛ فلو رضوا الا واحداً فله فسخه • قال : ولم يثبت فى اعتبار الكفاءة بالنسب من حديث ، وأما ما أخرجه البزار من حديث معاذ رفعه

« العرب بعضهم أكفاء بعض والموالى بعضهم أكفاء بعض » فاسناده ضعيف ، واحتج البيهقى بحديث « ان الله أصطفى بنى كنانة من بنى اسماعيل الخ الحديث » الذى ساقه المصنف فى هذا الفصل وهو صحيح أخرجه مسلم لكن فى الاحتجاج به لذلك نظر ، وقد ضم اليه بعضهم حديث « قدموا قريشاً ولا تقدموها » .

ونقل ابن المنذر عن البويطى أن الشافعى قال : الكفاءة فى الدين وهو كذلك فى مختصر البويطى . قال الرافعى : وهو خلاف مشهور . قال فى الفتح : واعتبار الكفاءة فى الدين متفق عليه ، فلا تحل المسلمة لكافر .

قال الخطابى : ان الكفاءة معتبرة فى قول أكثر العلماء بأربعة أشياء : الدين والحرية ، والنسب ، والصناعة . ومنهم من اعتبر السلامة من العيوب ، واعتبر بعضهم اليسار . ويدل على ذلك ما أخرجه أحمد والنسائى وصححه ابن حبان والحاكم من حديث بريدة رفعه « أن أحساب أهل الدنيا الذين يذهبون اليه المال » وما أخرجه أحمد والترمذى وصححه هو والحاكم من حديث سمرة رفعه « الحسب المال والكرم التقوى » وقد ساقه المصنف فى الفصل . قال ابن حجر : يحتمل أن يكون المراد أنه حسب من لا حسب له فيقوم النسب الشريف لصاحبه مقام الأول لمن لا نسب له .

فرع ليس للولى أن يزوج المرأة من غير كفؤ الا برضاها ورضا سائر الأولياء لحديث عائشة ، ولأن فى ذلك الحاق عار بها وسائر الأولياء فلم يجز من غير رضاهم . قال الشيخ أبو حامد والأولياء الذين يعتبر رضاهم فى نكاح المرأة من غير كفؤ هو كل من كان وليا للعقد حال التزويج، فأما من يجوز أن تنتقل اليه الولاية فلا يعتبر رضاه ، فان دعت المرأة أولياءها أن يزوجوها من غير كفؤ فامتنعوا لم يجبروا على ذلك ، ولا ينوب الحاكم منابهم فى تزويجها لحديث عائشة « فانكحوا الاكفاء وانكحوا اليهم » .

قال العزيزى فى شرح الجامع الصغير : يحتمل أن المراد تزوجوا الخيرات وانضموا اليهن فالهمزة همزة وصل فى الفعلين وأطلق ضمير المذكر على المؤنث ، وفيه رد على من لم يشترط الكفاءة .

وقال الشيخ الحفنى فى شرحه على الجامع الصغير : أى تزوجوا النساء المكافئات لكم من النساء ، وانكحوا اليهم أى ميلوا اليهم من قولنا تناكحت الأشجار اذا مال بعضها على بعض ، وقد استعير ضمير الذكور للاناث فى قوله اليهم ، ولو كان المراد من الثانى ، وزوجوا بناتكم الأكفاء لقال : وانكحوهن ولم يقل اليهم ؛ فهو بوصل الهمزة فى الموضعين لا بقطعها فى الثانى •

(قلت) لم يجبروا على تزويجها ولا ينوب الحاكم منابهم فى تزويجها ولما روى عن على أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ثلاثة لا يؤخرن : الصلاة اذا أتت ، والجنازة اذا حضرت ، والأيم اذا وجدت كفؤاً » رواه الترمذى ؛ فدل على أنها اذا وجدت غير كفؤ جاز أن تؤخر ؛ وان دعت المرأة الولى أن يزوجها من كفؤ بأقل من مهر مثلها وجب عليه اجابتها ، فان زوجها والا زوجها الحاكم ، فان كان لها أولياء فزوجها أحدهم بأقل من مهر مثلها ، أو زوجها واحد منهم بذلك ألزموا الزوج مهر مثلها ولم يكن لهم فسخ النكاح •

دليلنا ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من استحل بدرهمين فقد استحل » ولأن كل من لا يملك الاعتراض عليها فى جنس المهر لم يكن له الاعتراض عليها فى قدره كأباعد الأولياء والأجانب ، ولأن المهر حق لها ولا عار عليهم بذلك فلم يكن لهم الاعتراض عليها •

فـــرع فان زوجت المرأة من غير كفؤ برضاها ورضى سائر الأولياء صح النكاح ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأكثر أهل العلم • وقال سفيان وأحمد وعبد الملك بن الماجشون : لا يصح •

دليلنا : ما روى أن فاطمة بنت قيس أتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ان معاوية وأبا الجهم خطبانى على حد الرواية التى ساقها المصنف أو على حد الرواية التى أخرجها أكثر الجماعة باشراك أسامة فى خطبتها ثم اختار النبى صلى الله عليل وسلم أسامة لها لخلوه من صعلكة

معاوية وقسوة أبى الجهم مع أنه كان من المولى ، قالت : فتزوجت أبا زيد ، وفاطمة قرشية وأسامة مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وروى أبو هريرة رضى الله عنه قال : « حجم أبو هند رسول الله صلى الله عليه وسلم فى اليافوخ ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم يا بنى بياضة أنكحوا أبا هند وانكحوا اليه » رواه أبو داود والحاكم وحسنه ابن حجر فى التلخيص فندبهم الى التزوج من حجام وليس بكفؤ لهم .

وروى أن بلالا رضى الله عنه تزوج بهالة بنت عوف أخت عبد الرحمن ابن عوف رضى الله عنهم ، وقيل : بل هو حذيفة ، روى الدارقطنى عن حنظلة ابن أبى سفيان الجمحى عن أمه قالت : رأيت أخت عبد الرحمن بن عوف تحت بلال .

وروى أن سلمان الفارسى خطب الى عمر بن الخطاب رضى الله عنهما ابنته فأنعم له عمر رضى الله عنه فكره ذلك عبد الله بن عمر ، فلقى عمرو ابن العاص فأخبره بذلك فقال أنا أكفيك هذا فلقى سلمان فقال له عمرو ، هنيئاً لك فقال بماذا ؟ فقال : تواضع لك أمير المؤمنين ، فقال سلمان : ألمثلى يتواضع ؟ والله لا تزوجتها أبداً . وعن عائشة أن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة ابن عبد شمس ، وكان ممن شهد بدراً مع النبى صلى الله عليه وسلم تبنى سالما وأنكحه ابنة أخيه الوليد بن عتبة بن ربيعة وهو مولى امرأة من الأنصار .

فرع فان زوج الأب أو الجد البكر من غير كفؤ بغير رضاها أو زوجها أحد الأولياء بغير كفؤ برضاها من غير رضا سائر الأولياء ، فقد قال الشافعى رحمه الله : النكاح باطل . وقال فى موضع : كان للباقى الرد ، وهذا يدل على أنه وقع صحيحاً واختلف أصحابنا فيها على ثلاث طرق ، فمنهم من قال فيها قولان ، وهو اختيار الشيخ أبى حامد .

(أحدهما) أن النكاح صحيح ويثبت لها ولسائر الأولياء الخيار فى

فسخه • لأن النقص دخل عليها ، وحصول النقص لا يمنع صحة العقد ، وانما يثبت الخيار كما لو اشترى لموكله شيئاً معيباً •

(والثانى) أن العقد لا يصح ، لأن العاقد تصرف فى حق غيره ، فاذا فرط بطل العقد ، كما لو باع الوكيل بأقل من ثمن المثل • ومنهم من قال : العقد باطل قولا واحداً ، وحيث قال : كان للباقين الرد ؛ أى المنع من العقد ؛ ومنهم من قال : هى على حالين ، فحيث قال : يبطل العقد أراد اذا عقد وهو يعلم أنه ليس بكفؤ ، وحيث قال : لا يبطل العقد أراد اذا عقد ولم يعلم أنه غير كفؤ ، كما قلنا فى الوكيل اذا اشترى شيئاً معيبا يعلم بعيبه لم يصح فى حق الموكل ، وان اشتراه وهو لا يعلم بعيبه صح فى حق موكله، هذا مذهبنا • وقال أبو حنيفة : اذا زوجها أحد الأولياء بغير كفؤ برضاها لم يكن للباقين فى ذلك اعتراض • دليلنا : أن رضا جميعهم معتبر فلم يسقط برضا بعضهم •

فرع وان دعت المرأة وليها الى تزويجها برجل وزعمت أنه كفؤ لها فقال الولى : ليس بكفؤ لها رفع ذلك الى الحاكم ونظر فيه • فان كان كفؤاً لها لزمه تزويجها به فان امتنع زوجها منه ، وان كان ليس بكفؤ لها لم يلزم الولى اجابتها اليه •

فرع قال فى البيان : الكفؤ معتبر فى خمسة أشياء كما قررنا : النسب ، والدين ، والحرية ؛ والصنعة ؛ والسلامة من العيوب ، فأما النسب فان الأعجمى ليس بكفؤ للعربية ، وأما العجم فهم أكفاء لا فضل لبعضهم على بعض لما روى نافع عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « العرب أكفاء حى لحى الخ » فدل على أن العجم ليسوا بأكفاء للعرب • وأما العرب فان غير قريش ليس بكفؤ للقرشية •

وقال أبو حنيفة : بل هم أكفاء لهم ، دليلنا ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم : « ان الله عز وجل اختار العرب من سائر الأمم ، واختار من العرب قريشاً واختار من قريش بنى هاشم وبنى المطلب » وأما قريش فان

بنى هاشم وبنى المطلب أكفاء لقوله صلى الله عليه وسلم : « ان بنى هاشم وبنى المطلب شيء واحد ، وشبك بين أصابعه » وهل يكون سائر قبائل قريش أكفاء لبنى هاشم وبنى المطلب ؟ فيه وجهان حكاهما المصنف •

(أحدهما) أنهم أكفاء كما أنهم فى الخلافة أكفاء • (والثانى) أنهم ليسوا بأكفاء لهم ، ولم يذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ غيره لما روت عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « قال لى جبريل : لم أجد فى مشارق الأرض ومغاربها أفضل من بنى هاشم » •

فأما سائر قبائل العرب فلا فضل لبعضهم على بعض لحديث « العرب بعضهم أكفاء بعض حى لحى وقبيلة لقبيلة ورجل لرجل الا الحائك والحجام » وهو ضعيف قال الصيمرى : وموالى قريش أكفاء لقريش لقوله صلى الله عليه وسلم : « موالى القوم من أنفسهم » قال العمرانى : وهذا الذى ذكره الصيمرى مخالف لظاهر قول سائر أصحابنا لأنهم يحتجون على جواز نكاح المرأة بمن ليس بكفء لها بتزويج أسامة بن زيد لفاطمة بنت قيس وأسامة مولى لرسول الله صلى الله عليه وسلم وفاطمة قرشية » ولو قيل فيها وجهان كالوجهين هل تحل الصدقة المفروضة لموالى بنى هاشم وبنى المطلب لكان محتملا •

فأما اذا وطىء الرجل أمته فأولدها ولداً كان كفؤاً لمن أمه عربية لأن الولد يتبع الأب فى النسب دون الأم بدليل أن الهاشمى لو تزوج أعجمية كان ولده منها هاشميا ، ولو تزوج الأعجمى هاشمية فان ولده منها أعجمى، وأما الدين فهو معتبر فالفاسق الذى يشرب الخمر ويزنى أو لا يصلى ليس بكفء للحرة العفيفة ، وقال محمد بن الحسن : هو كفؤ لها الا أن يكون مظاهراً بسكره مولعاً بالصبيان •

دليلنا قوله تعالى : « أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقاً لا يستوون » فنفى المساواة بينهما فى جميع الوجوه • ولقوله صلى الله عليه وسلم : « اذا خطب اليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه ، الا تفعلوا تكن فتنة

فى الأرض وفساد كبير » ولأن الفاسق لا يؤمن أن يحمله فسقه على أن يجنى على المرأة ، فثبت لها الخيار فى فسخ نكاحه .

وأما الحرية فهى معتبرة ؛ فالحرة ليست بكفء للعبد ؛ والحر لا يكافىء الأمة لقوله تعالى : « ضرب الله مثلا عبداً مملوكا » الى قوله تعالى : « هل يستوون » فنفى المساواة بينهما ، ولأن بريرة أعتقت تحت عبد فخيرها النبى صلى الله عليه وسلم فاذا ثبت الخيار اذا طرأت عليها الحرية ، فلأن يثبت لها الخيار اذا كانت حرة عند ابتداء النكاح أولى ، ولأن عليه النفقة لها ولعيالها منه فلا يستطيع أن ينفق نفقة الموسرين .

وأما أهل الصنعة الدنيئة ، كالحمامى والزبال وما أشبههم ، وقد كانوا يعتبرون الحائك منهم لنص الحديث « الا الحائك والحجام » فان للصنعة تأثيراً فى الكفاءة ولأن الصنعة الدنيئة نقص فى العادة فاعتبرت .

فأما اليسار فاختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال انه معتبر بالمعسر ليس بكفء للموسرة لقوله صلى الله عليه وسلم : « الحسب المال » ولأنه لما ثبت أن العبد لا يكافىء الحرة لعجزه عن الانفاق عليها نفقة الموسر فكذلك المعسر، فعلى هذا لا يعتبر أن يكون الرجل مثل المرأة فى اليسار فى جميع الوجوه ، بل اذا كان كل واحد موسراً يساراً ما تكافآ ، وان اختلفا فى المال .

ومنهم من قال : اليسار غير معتبر فى الكفاءة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يكن من أهل اليسار ومات ودرعه مرهونة عند يهودى فى طعام أهله ، ولأن الفقر ليس ينقص فى الكفاءة فى العادة لأن المال يغدو ويروح ، ولهذا قال النبى صلى الله عليه وسلم لابنى خالد « لا تيأسا من رزق الله تعالى » .

وأما السلامة من العيوب فهى معتبرة فى الكفاءة ، والعيوب فى الرجال الجنون والجذام والبرص والجب والعنة ، والعيوب فى النساء الجنون والجذام والبرص والرتق [1] والقرن ولها أحكام تأتى فى بابها .

---

(١) الرتقاء التى لا يستطاع جماعها او لا خرق لها الا المبال خاصة .

قال الصيمري واعتبر قوم البلدان ، فقالوا : ساكنو مكة والمدينة والبصرة والكوفة ليسوا بأكفاء لمن يسكن الجبال . وهذا ليس بشيء ، وليس للحسن والقبح والطول والقصر والسخاء والبخل ونحو ذلك مدخل في الكفاءة ، لأن ذلك ليس بنقص في العادة ولا عار فيه ولا ضرر ، والبيتان لرجل يدعى عروة الصعاليك كان يجمع الفقراء في حظيرة ويرزقهم مما يغنم، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فـــرع **وان كان للمراة وليان واذنت لكل واحد منهما في تزويجها، فزوجها كل واحد منهما من رجل نظرت ، فان كان العقدان في وقت واحد ، أو لم يعلم متى عقدا ؟ او علم ان أحدهما قبل الآخر ، ولكن لم يعلم عين السابق منهما بطل العقدان ، لانه لا مزية لاحدهما على الآخر ، وان علم السابق ثم نسي وقف الأمر لانه قد يتذكر . وان علم السابق وتعين فالنكاح هو الاول والثاني باطل ، لما روى سمرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أيما امراة زوجها وليان فهي للأول منهما فان ادعى كل واحد من الزوجين انه هو الأول وادعيا علم المراة به ، فان انكرت العلم فالقول قولها مع يمينها ، لأن الأصل عدم العلم . وان اقرت لاحدهما سلمت اليه وهل تحلف للآخر ؟ فيه قولان :**

(احدهما) لا تحلف ، لأن اليمين تعرض على المنكر حتى يقر . ولو اقرت للثاني بعدما أقرت للأول لم يقبل فلم يكن في تحليفها له فائدة .

(والثاني) تحلف لأنها ربما نكلت واقرت للثاني فيلزمها المهر ، فعلى هذا ان حلفت سقط دعوى الثاني ، وان أقرت للثاني لم يقبل رجوعها ويجب عليها المهر للثاني . وان نكلت رددنا اليمين على الثاني ، فان لم يحلف استقر النكاح للأول وان حلف حصل مع الأول اقرار ، ومع الثاني يمين ، ونكول المدعى عليه ، فان قلنا انه كالبينة حكم بالنكاح للثاني ، لأن البينة تقدم على الاقرار ، وان قلنا انه بمنزلة الاقرار وهو الصحيح ففيه وجهان :

(احدهما) يحكم ببطلان النكاحين ، لان مع الأول اقراراً ومع الثاني ما يقوم مقام الاقرار ، فصار كما لو اقرت لهما في وقت واحد .

(والثانى) أن النكاح للأول لأنه سبق الاقرار له فلم يبطل باقرار بعده ويجب عليها المهر للثانى كما لو اقرت للأول ثم أقرت للثانى) .

الشرح حديث سمرة أخرجه أحمد والدارمى وأبو داود والترمذى والنسائى من حديث قتادة عن الحسن عن سمرة ، حسنه الترمذى وصححه أبو زرعة وأبو حاتم والحاكم فى المستدرك . وصحته متوقفة على ثبوت سماع الحسن من سمرة فان رجاله ثقات لكن الاختلاف على سماع الحسن من سمرة معروف مشهور ورواه الشافعى وأحمد والنسائى من طريق قتادة أيضاً عن الحسن عن عقبة بن عامر قال الترمذى : الحسن عن سمرة فى هذا أصح وقال ابن المدينى : لم يسمع الحسن من عقبة شيئاً وأخرجه ابن ماجه من طريق شعبة عن قتادة عن الحسن عن سمرة أو عقبة بن عامر .

أما الأحكام فانه اذا كان للمرأة وليان فى درجة واحدة فأذنت لكل واحد منهما أن يزوجها برجل غير الذى أذنت به للآخر ، أو أذنت لكل واحد منهما أن يزوجها برجل ولم يعين . وقلنا : يجوز ، فزوجها كل واحد منهما برجل ، ففيه خمس مسائل :

(أولها) أن يعلم أن العقدين وقعا معاً فى حالة واحدة فهما باطلان ، لأنه لا يمكن الجمع بينهما ، اذ المرأة لا يجوز أن يكون لها زوجان لاختلاط النسب وفساده ، وليس أحدهما أولى من الآخر فى التقديم فبطلا كما لو تزوج أختين فى عقد واحد .

(ثانيها) أن لا يعلم هل وقع العقدان فى حالة واحدة أو سبق أحدهما الآخر ؟ فقال أصحابنا البغداديون : بطل العقدان ، لأنه لا يمكن الجمع بينهما ، ولا مزية لأحدهما على الآخر فى التقديم . وقال الخراسانيون : بطل العقدان فى الظاهر ، وهل يبطلان فى الباطن ؟ فيه وجهان .

(ثالثها) أن يعلم أن أحدهما سبق الآخر الا أنه أشكل عين السابق منهما ، فقال أصحابنا البغداديون : بطل العقدان لما ذكرنا فى الذى قبلها . ومن أصحابنا من قال : فيها قولان : (أحدهما) أنهما باطلان . (والثانى)

يتوقف فيهما بناء على القولين فى الجمعتين اذا وقعتا معاً فى بلدة وعلم بسبق احداهما ، ولم يتيقن السابقة ، وهذا اختيار الجوينى .

(رابعاً) أن يعلم أن أحد العقدين سبق الآخر ، ونسى السابق منهما ، فيتوقفان الى أن يتذكر السابق ؛ لأن الظاهر مما علم ثم نسى أن يتذكر .

(خامساً) أن يعلم السابق منهما ويتعين ويذكر . فان النكاح الصحيح هو الأول ، والثانى باطل ، سواء دخلا بها أو لم يدخلا بها . أو دخل بها أحدهما ؛ وبه قال من الصحابة على رضى الله عنه ؛ ومن التابعين شريح والحسن البصرى . ومن الفقهاء الأوزاعى وأبو حنيفة وأحمد واسحاق ؛ وذهبت طائفة الى أنه ان لم يطأها أحدهما أو وطئاها معاً أو وطئها الأول دون الثانى فهى للأول كقولنا . وان وطئها الأول دون الثانى فالنكاح للثانى دون الأول . وبه قال عمر رضى الله عنه وعطاء والزهرى ومالك دليلنا قوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم » الى قوله : « والمحصنات من النساء » والمراد به المزوجات ولم يفرق وروى سمرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا نكح الوليان فهى للأول منهما » ولأنه نكاح لو عرى عن الوطء لم يصح . فاذا كان فيه الوطء لم يصح كنكاح المعتدة والمحرمة بالحج .

فرع اذا زوج المرأة وليان من رجلين ولم يعلم السابق منهما ، وادعى كل واحد من الزوجين أنه هو السابق منهما نظرت ، فان ادعى أحد الزوجين ، قال المسعودى : لم تسمع دعواه ؛ لأنه لا شىء فى يده وان ادعيا على الولى — فان كان غير مستبد بنفسه — بأن لا يصح انكاحه الا باذنها ، لم تسمع دعواهما عليه وان كان مستبداً بنفسه كالأب والجد فى تزويج البكر ، هل تسمع الدعوى عليه ؟ فيه قولان ؟ فان ادعيا على المرأة ، وادعيا علمها بذلك ؛ هل تسمع الدعوى عليها ؟ فيه قولان بناء على القولين فى اقرارها لأحدهما بالسبق ، هل يقبل ؟ قال فى القديم : يقبل اقرارها . فعلى هذا تسمع الدعوى عليها . وقال فى الجديد : لا يقبل اقرارها فعلى هذا لا تسمع الدعوى عليها .

وأما الشيخ أبو حامد والبغداديون من أصحابنا فقالوا : تسمع الدعوى عليها من غير تفسير ، فاذا قلنا : تسمع الدعوى عليها ــ نظرت ــ فان أنكرت أنها لا تعرف السابق منهما فالقول قولها مع يمينها أنها لا تعرف السابق ، فاذا حلفت سقطت دعواهما وبطل النكاحان فان نكلت عن اليمين ردت اليمين عليهما فيحلف كل واحد منهما أنه هو السابق بالعقد . فاذا حلفا بطل النكاحان ، لأن كل واحد قد أثبت بيمينه أنه هو السابق ، ولا مزية لأحدهما على الآخر فبطلا ؛ وان حلف أحدهما ونكل الآخر ثبت نكاح الحالف وبطل نكاح الناكل ، فان نكلا جميعاً بطل النكاحان أيضاً ، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر ؛ وان أقرت أنها تعلم السابق منهما نظرت ، فان أقرت لكل واحد منهما سابقاً فيكون دعواهما عليها باقية فيطالب بالجواب ، وان أقرت لأحدهما أنه هو السابق حكم بالنكاح له لأنه لم يثبت عليها نكاح غير المقر له حال الاقرار ، فقبل اقرارها على نفسها ، فان أراد الثانى أن يحلفها بعد اقرارها للأول أنها لا تعلم ؛ لأنه هو السابق ، فهل يلزمها أن تحلف له ؟ فيه قولان بناء على أنها أقرت للثانى هل يلزمها غرم ؟ فيه قولان كالقولين فيمن أقر بدار لزيد ثم أقر بها لعمرو ، فهل يلزمه الغرم لعمرو ؟ فيه قولان :

(أحدهما) لا يلزمها أن تحلف للثانى لأنها لو أقرت له لم يقبل اقرارها له ، فلا معنى لعرض اليمين عليها .

(والثانى) يلزمها أن تحلف للثانى بجواز أن تخاف من اليمين فتقر له فيلزمها الغرم ، فان قلنا : لا يلزمها أن تحلف للثانى ثبت النكاح للأول وانصرف الثانى وان قلنا : يلزمها أن تحلف للثانى نظرت ، فان حلفت له انصرف وان أقرت للثانى بأنه هو السابق لم يقبل قولها فى النكاح لأن فى ذلك اسقاط حق للأول الذى قد ثبت ، ولكنها قد أقرت أنها حالت بين الثانى وبين بضعها باقرارها الأول وهل يلزمها أن تغرم له ؟ قال الشيخ أبو حامد : فيه قولان كما لو أقرت بدار لزيد ثم أقرت به لعمرو . قال المحاملى وابن الصباغ : يلزمها له الغرم قولا واحداً ، لأنا انما عرضنا عليها اليمين على القول الذى يقول : يلزمها الغرم .

فاذا أقرت له لزمها أن تغرم له عوض ما حالت بينه وبينه ، وكم يلزمها من الغرم ؟ قال الشيخ أبو حامد وأكثر أصحابنا : يلزمها أن تغرم جميع مهر المثل والثانى نصف مهر مثلها كالقولين فى المرأة اذا أرضعت زوجة لرجل وانفسخ نكاحها بذلك ، وان لم تقر للثانى ولا حلفت له ، بل نكلت عن اليمين ردت اليمين عليه ، فان قلنا : ان يمين المدعى مع نكول المدعى عليه يحل محل البينة ثبت النكاح للثانى وانفسخ نكاح الأول •

قال الشيخ أبو حامد : وهذا القول ضعيف جدا ، وان قلنا : ان يمين المدعى مع نكول المدعى عليه يحل محل اقرار المدعى عليه وهو الصحيح ، ففيه وجهان قال الشيخ أبو اسحاق يبطل النكاحان ، لأن مع الأول اقراراً ومع الثانى ما يقوم مقام الاقرار ، وليس أحدهما أولى من الآخر فبطلا • ومن أصحابنا من قال : يثبت نكاح الأول لأن اقرارها له أسبق •

قال الشيخ أبو اسحاق الشيرازى صاحب المهذب وابن الصباغ والمحاملى : يلزمها على هذا أن تقوم مهر مثلها للثانى وذكر الشيخ أبو حامد فى التعليق هل يلزمها الغرم للثانى محل هذا ؟ فيه قولان ، قال ابن الصباغ فعلى قول أبى اسحاق لا تعرض عليها اليمين لأنه لا فائدة فيها ، هذا ترتيب البغداديين ، وقال المسعودى : اذا نكحت وحلف الثانى فهل ينفسخ نكاح الأول ؟ فيه وجهان ، فاذا قلنا : ينفسخ ، قال القفال : فانه لا يثبت نكاح الثانى ، والأول المشهور •

فرع قال الشافعى رحمه الله فى الاملاء : اذا زوج الرجل أخته من رجل ثم مات الزوج فادعى ورثته أن الأخ زوجها بغير اذنها ، فالنكاح باطل ولا ترث واذا ادعت المرأة أنه زوجها باذنها فالقول قولها وترث ؟ لأن هذا اختلاف فى اذنها وهى أعلم به ، ولأن الأصل فى النكاح أنه يقع صحيحاً ، فاذا ادعى الورثة بفساده كان القول قولها لأن الظاهر صحته •

قال فى الاملاء : اذا قال رجل : هذه المرأة زوجتى وصدقته على ذلك تمت الزوجية بينهما ، وأيهما مات ورثه الآخر لأن الزوجية قد ثبتت ، وان

قال رجل : هذه زوجتي فسكتت ، فان ماتت لم يرثها ، لأن اقراره عليها لا يقبل ، فان مات ورثته لأن اقراره على نفسه مقبول ، وكذلك اذا أقرت المرأة بالزوجية من رجل ولم يسمع منه اقرار ، فان مات لم ترثه ، وان ماتت ورثها كما ذكرناه في التي قبلها والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ويجوز لولي الصبي ان يزوجه اذا رأى ذلك ، لما روى : « أن عمر رضي الله عنه زوج ابناً له صغيراً » ولأنه يحتاج اليه اذا بلغ ، فاذا زوجه ألف حفظ الفرج ، وهل له ان يزوجه باكثر من امراة ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يجوز لأن حفظ الفرج يحصل بامراة .

(والثاني) يجوز ان يزوجه باربع ، لأنه قد يكون له فيه حفظ ، واما المجنون فانه ان كان له حال افاقة لم يجز تزويجه بغير اذنه ، لأنه يمكن استئذانه فلا يجوز الافتيات عليه ، وان لم يكن له حال افاقة ورأى الولي تزويجه للعفة او لخدمة زوجه ، لأن له فيه مصلحة . وأما المحجور عليه لسفة ـ فانه ان رأى الولي تزويجه ـ زوجه ، لأن ذلك من مصلحته فان كان كثير الطلاق سراه بجارية ، لأنه لا يقدر على اعتاقها ، وان طلب التزوج وهو محتاج اليه فامتنع الولي فتزوج بغير اذنه ففيه وجهان :

(احدهما) انه لا يصح لأنه تزوج بغير اذنه فلم يصح منه ، كما لو تزوج قبل الطلب . (والثاني) يصح لأنه حق وجب له يجوز له أن يستوفيه باذن من هو عليه فاذا امتنع جاز له أن يستوفيه ، كما لو كان له على رجل دين وامتنع من ادائه وأما العبد فانه ان كان بالغاً فهل يجوز لمولاه ان يزوجه بغير رضاه ؟ فيه قولان .

(احدهما) له ذلك لأنه مملوك يملك بيعه وإجارته ، فملك تزويجه من غير رضاه كالأمة (والثاني) ليس له ذلك لأن النكاح معنى يقصد به الاستمتاع فلم يملك اجباره عليه كالقسم ، وان كان صغيراً ففيه طريقان :

(أحدهما) انه على القولين لأنه تصرف بحق الملك فاستوى فيه الصغير

والكبير كالبيع والاجارة . (والثانى) انه يملك تزويجه قولا واحدا ، لأنه ليس من اهل التصرف فجاز تزويجه كالابن الصغير ، وان دعا العبد البالغ مولاه الى النكاح ففيه قولان : (احدهما) يلزمه تزويجه لأنه مكلف مولى عليه ، فاذا طلب التزويج وجب تزويجه كالسفيه . (والثانى) لا يلزمه لأنه يملك بيعه واجارته فلم يلزمه تزويجه كالأمة ، واما المكاتب فلا يملك المولى اجباره على النكاح لأنه سقط حقه من رقبته ومنفعته ، فان دعا المكاتب المولى الى التزويج ـ فان قلنا يجب عليه تزويج العبد ـ فالمكاتب اولى .

وان قلنا : لا يجب عليه تزويج العبد ففى المكاتب وجهان : (احدهما) لا يجب لأنه مملوك ، فلم يلزمه تزويجه كالعبد . (والثانى) يجب لأنه لا حق له فى كسبه بخلاف العبد فان كسبه للمولى فاذا زوجه بطل عليه كسبه لأجل المهر والنفقة) .

الشرح الأحكام : يجوز للأب والجد أن يزوج ابنه الصغير اذا كان عاقلا لما روى « أن ابن عمر زوج ابناً له صغيراً » ولأنه يملك التصرف فى مصلحته والنكاح مصلحة له ، لأنه ان بلغ وهو محتاج الى النكاح وجد قرينة تحته يستمتع بها وينتفع بخدمتها وتقوم على حوائجه فيكون ذلك سكناً له ، وان بلغ وهو غير محتاج الى النكاح فان المرأة تكون سكناً له ، هذا نقل أصحابنا البغداديين .

وقال المسعودى : هل يزوج الصغير ؟ فيه وجهان ، الأصح لا يزوجه لأنه لا حاجة به اليه ؛ وكم يجوز للأب والجد أن يزوجا الصغير ؟ حكى الشيخ أبو حامد أن الشافعى رضى الله عنه قال : له أن يزوجه بزوجة واحدة واثنتين وثلاثاً وأربعاً كالبالغ ، ومن أصحابنا من قال : لا يجوز له أن يزوجه بأكثر من واحدة ، لأنه لا حاجة به الى ما زاد عليها ؛ ويجوز للولى والحاكم أن يزوجا الصغير كما قلنا فى الأب والجد .

فرع ولا يجوز للأب والجد ولا للوصى ولا للحاكم تزويج الصغير المجنون لأنه لا يحتاج الى النكاح فى الحال ، ولا يدرى اذا بلغ هل يحتاج الى النكاح أم لا ؟ بخلاف الصغير العاقل ، لأن الظاهر أنه يحتاج الى النكاح عند بلوغه ، فان كان المجنون بالغاً نظرت ؛ فان كان يجن ويفيق ، لم يجز للولى تزويجه لأن له حالة يمكن استئذانه فيها وهى حال افاقته ،

وان لم يكن له حال الافاقة ــ فان كان خصيا أو مجبوبا أو علم أنه لا يشتهى النكاح ــ لم يجز للولى تزويجه لأنه لا حاجة به الى النكاح ، وان علم أنه يشتهى بأن يراه يتبع نظره النساء أو علم ذلك بانتشار ذكره أو غير ذلك جاز للأب والجد تزويجه لأن فيه مصلحة له ، وهو ما يحصل له به من العفاف ، فان لم يكن له أب ولا جد زوجه الحاكم •

مسألة قال الشافعى رضى الله عنه : وليس له أن يزوج ابنته الصغيرة عبداً ولا غير كفؤ ولا مجنوناً ولا مخبولا ولا مجذوماً ولا أبرص•

وهذا كما قال : لا يجوز للرجل أن يزوجها لغير كفؤ ، وقد مضى شروط الكفاءة • والمريض بمرض عقلى أو جسمانى مزمن لا يجوز له أن يرضى به زوجاً لابنته الصغيرة ، لأن القصد من النكاح الاستمتاع وهذا متعذر منه ؛ ولأنه لا يؤمن أن يجنى عليها • والمخبول هو الذى تقادم جنونه وسكن • فلا يتأذى الناس به ، أو يكون أبله لا يحصل منه أذية ، وهذا يحدث من خلل فى تلافيف المخ يترتب عليها أعراض ظاهرة كارتخاء الشفتين أو انفراج الفم وسيلان اللعاب والعى والفهاهة فى النطق ، لأن مراكز المخ اذا اختلت بعض خلاياها وما أكثرها ظهرت أعراضها ، فان بعضها مختص بحواس البشرة واللمس وبعضها بحواس الشم وبعضها بحواس الذوق الى آخر ما عند الانسان من آفاق حيوية مادية ومعنوية ، كل خلجة منها لها خلية فى المخ تعطى اشاراتها الى بقية أجزاء الجسم ، فأى خلل فى خلية منها يعطل وظيفتها فيظهر ذلك فى وجهه أو تصرفاته أو صوته ، فينبغى مراعاة جانب الصحة النفسية لمن أراد أن يزوج صغيرته حتى لا تشقى بسوء اختيار أبيها أو جدها أو وليها ؛ وقد نصبت الحكومات موانع غير شرعية وأوقعت عقوبات شديدة على من يزوج أو يتزوج صبية دون ست عشرة سنة أو صبياً دون ثمان عشرة سنة مما أدى الى فشو سعار الشبق والتلهب بين الجنسين الا من عصم الله •

وقال الشيخ أبو حامد فى الأبرص والمجذوم : ولأنه يقال : ان هذه العيوب تعدى • وربما أعدت اليها أو الى ولدها منه ، وكذلك لا يزوجها

بخصى ولا مجبوب ، لأن المقصود من النكاح الاستمتاع ، وذلك لا يوجد منه • فان خالف الأب وزوج ابنته الصغيرة ممن به أحد هذه العيوب فهل يصح النكاح ؟ على الطرق الثلاث اذا زوج المرأة من غير كفء بغير رضاها أو من غير رضى سائر الأولياء ؟ فاذا قلنا : ان النكاح باطل فلا كلام • وان قلنا : ان النكاح صحيح فهل يجب على الأب أن يختار فسخ النكاح أو يدعه حتى تبلغ فتختار ؟ حكى القاضى أبو الطيب فيه قولين وحكاهما الشيخ أبو حامد وجهين :

(أحدهما) يجب عليه ذلك لأنه قد فرط فكان عليه أن يتلافى تفريطه كالوكيل اذا اشترى شيئاً معيباً •

(والثانى) لا يجب عليه وليس له ذلك • لأن الشهوات والميول تختلف• وقد تختار المرأة التزوج ممن به هذه العيوب ، فعلى هذا اذا بلغت كانت بالخيار ان شاءت فسخته وان شاءت أقرته •

قال ابن الصباغ : هذا اذا كان المزوج هو الولى وحده • فأما اذا كان معه غيره فلهم الاعتراض على العقد وفسخه قولا واحداً • لأن العاقد أسقط حقه برضاه والباقون لم يرضوا • وان أراد أن يزوج أمته من عبد جاز لأنه مكافىء لها أما اذا أرادت أن تتزوج بمجنون أو مجذوم أو أبرص أو مجبوب أو خصى لم يكن له ذلك ، لأن الضرر الذى يلحق الحرة فى ذلك يلحق الأمة •

فرع ولا يزوج ابنه الصغير بامرأة ليست بكفء له • ولا بمجنونة ولا مخبولة ولا مجذومة ولا برصاء ولا رتقاء لأنه لا مصلحة له فى تزويج احداهن • فان زوجه بأمة لم يصح قولا واحداً ، لأن تزويج الأمة انما يصح للحر اذا لم يجد طول حرة ويخاف العنت •

وان زوج ابنه المجنون برتقاء ، فان قلنا : يصح تزويج الصغير العاقل بها صح بالمجنون ، وان قلنا : لا يصح تزويج الصغير العاقل بها ففى المجنون وجهان : (أحدهما) لا يصح كما لو زوجها من الصغير العاقل • (والثانى) يصح لأنه لا ضرر عليه فى ذلك لأنه لا يحتاج الى الوطء •

فـــرع قال الصيمرى : ولا يزوج ابنه الصغير بعجوز هرمة ولا بمقطوعة اليدين والرجلين ولا عمياء ولا زمنة ولا يهودية ولا نصرانية ، ولا يزوج ابنته الصغيرة بشيخ هرم ، ولا بمقطوع اليدين والرجلين ، ولا بأعمى ولا زمن ، ولا بفقير وهى غنية ، فان فعل ذلك فسخ . وعندى أنها تحتمل وجها آخر أنه لا يكون له الفسخ لأنه ليس بأعظم ممن زوج ابنته الصغيرة بمجذوم أو أبرص .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا يصح النكاح الا بشاهدين . وقال أبو ثور : يصح من غير شهادة لأنه عقد فصح من غير شهادة كالبيع . وهذا خطأ لما روت عائشة رضى الله عنها ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « كل نكاح لم يحضره اربعة فهو سفاح . خاطب وولى وشاهدان » ويخالف البيع فان القصد منه المال والقصد من النكاح الاستمتاع وطلب الولد ومبناهما على الاحتياط ولا يصح الا بشاهدين ذكرين فان عقد برجل وامرأتين لم يصح لحديث عائشة رضى الله عنها ، ولا يصح الا بعدلين لما روى ابن مسعود رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا نكاح الا بولى وشاهدى عدل » .

فان عقد بمجهولى الحال ففيه وجهان : (احدهما) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى : انه لا يصح ، لأن ما افتقر ثبوته الى الشهادة لم يثبت بمجهولين كالاثبات عند الحاكم . (والثانى) يصح وهو المذهب لأنا لو اعتبرنا العدالة الباطنة لم تصح انكحة العامة الا بحضرة الحاكم لأنهم لا يعرفون شروط العدالة ، وفى ذلك مشقة فاكتفى بالعدالة الظاهرة كما اكتفى فى الحوادث فى حقهم بالتقليد حين شق عليهم ادراكها بالدليل ، فان عقد بمجهولين ثم بان أنهما كانا فاسقين لم يصح لأنا حكمنا بصحته فى الظاهر ، فاذا بان خلافه حكم بابطاله ، كما لو حكم الحاكم باجتهاده ثم جد النص بخلافه . ومن أصحابنا من قال : فيه قولان بناء على القولين فى الحاكم اذا حكم بشهادة شاهدين ثم بان أنهما كانا فاسقين ، وان عقد بشهادة أعميين ففيه وجهان :

(احدهما) انه يصح ، لأن الأعمى يجوز أن يكون شاهداً .

(والثانى) لا يصح ، لانه لا يعرف العاقد فهو كالأصم الذى لا يسمع لفظ العاقد ويصح بشهادة ابنى احد الزوجين ، لانه يجوز ان يثبت النكاح بشهادتهما وهو اذا جحد الزوج الآخر وهل يصح بشهادة ابنيهما ؟ او بشهادة ابن الزوج وابن الزوجة ؟ فيه وجهان : (احدهما) يصح لانهما من اهل الشهادة . (والثانى) لا يصح لانه لا يثبت هذا النكاح بشهادتهما بحال .

فصل **واذا اختلف الزوجان فقالت الزوجة : عقدنا بشاهدين فاسقين وقال الزوج : عقدنا بعدلين ، ففيه وجهان : (احدهما) ان القول قول الزوج لان الأصل بقاء العدالة . (والثانى) ان القول قول الزوج ، لان الاصل عدم النكاح وان تصادقا على انهما تزوجا بولى وشاهدين ، وانكر الولى والشاهدان لم يلتفت الى انكارهم لأن الحق لهما دون الولى والشاهدين) .**

الشرح حديثا عائشة وابن مسعود رضى الله عنهما مضى تخريجهما آنفاً فى بحث النكاح بولى .

اما الأحكام فانه لا يصح النكاح الا بحضرة شاهدين ذكرين عدلين ، وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب وابن عباس والحسن البصرى وابن المسيب والنخعى والشعبى والأوزاعى وأحمد بن حنبل . وقال ابن عمر وابن الزبير وعبد الرحمن بن مهدى وداود وأهل الظاهر : لا يفتقر النكاح الى الشهادة ، وبه قال مالك ، الا أنه قال : من شرطه أن لا يتواصوا بكتمانه ، وان تواصوا على كتمانه لم يصح النكاح وان حضره شهوده وبه قال الزهرى . وقال أبو حنيفة : من شرطه الشهادة الا أنه ينعقد بشهادة رجلين فاسقين وعدوين ومحدودين ، وشاهد وامرأتين .

دليلنا ما روى عمران بن الحصين رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا نكاح الا بولى وشاهدى عدل » رواه أحمد فى رواية ابنه عبد الله ورواه الدارقطنى ، وأشار اليه الترمذى ، وروت عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح : خاطب وولى وشاهدان » وعنها رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم

قال : « لا نكاح الا بولى وشاهدى عدل » وعن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا نكاح الا بولى مرشد وشاهدى عدل » وعنه رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « البغايا اللاتى ينكحن أنفسهن بغير بينة » رواه الترمذى ، وهذه الأحاديث وغيرها مضى تخريجها فى الولى ، ولأنه عقد فلم يكن من شرطه ترك التواصى بالكتمان كالبيع ، ولأن كل ما لم يثبت بشهادة عدلين لم يثبت بشهادة فاسقين كالاثبات عند الحاكم .

فرع قال الشافعى رضى الله عنه : والشهود على العدل حتى يعلم الجرح يوم وقع النكاح وجملة ذلك أنه اذا عقد بحضرة شاهدين فان علمت عدالتهما ظاهراً وباطناً انعقد النكاح بشهادتهما ، وان علمت عدالتهما فى الظاهر وجهلت فى الباطن ففيه وجهان حكاهما المصنف قال أبو سعيد الاصطخرى : لا يصح لأن ما افتقر ثبوته الى الشهادة لم يثبت بمجهول الحال كالاثبات عند الحاكم ، والثانى ــ وهو المذهب ولم يحك الشيخ أبو حامد وابن الصباغ غيره ــ أن النكاح صحيح لأن الظاهر العدالة ، ولأنا لو اعتبرنا العدالة الباطنة لم ينعقد النكاح الا بحضرة الحاكم ، لأن العامة لا يعرفون شروط العدالة ، وقد أجمع المسلمون على جواز انعقاده بغير حضور الحاكم .

فاذا قلنا بهذا فبان أنهما فاسقان ، فان حدث هذا الفسق بعد العقد لم يؤثر ، لأن الاعتبار وجود العدالة حال العقد ، وان بان أنهما فاسقان حال العقد لم يصح النكاح ؛ لأن فسقهما ينافى قبول شهادتهما على النكاح .

ومن أصحابنا من قال : فيه قولان كالقولين فى الحاكم اذا حكم بشهادة شاهدين ظاهرهما العدالة ؛ ثم بان فسقهما حال الشهادة ، وليس بشىء ، فان ترافع الزوجان الى الحاكم وأقرا بالنكاح وأنه عقد بشهادة رجلين ظاهرهما العدالة واختصما فى حق من حقوق الزوجية كالنفقة والكسوة وما أشبههما ؛ فان الحاكم يحكم بينهما فيما احتكما فيه ، ولا ينظر فى حال

عدالة شاهدين فى الباطن الا أن يعلم أنهما فاسقان فلا يحكم بينهما ، وان جحد أحد الزوجين الآخر ــ فأما المدعى عنهما بشاهدين ــ فان علم الحاكم عدالتهما ظاهراً وباطناً حين عقد النكاح حكم بصحة النكاح ، وان علم فسقهما حال الشهادة لم يحكم بصحة العقد بل يحكم بفساده على المذهب ، فان عرف أنهما كانا عدلين فى الظاهر وجهل عدالتهما فى الباطن فلا يجوز أن يحكم بصحة العقد ولا بفساده بل يتوقف الى أن يعلم عدالتهما فى الباطن ، لأنه لا يجوز أن يحكم بشهادة شاهد الا بعد معرفة حاله ظاهراً وباطناً ، بخلاف ما لو أقر بالنكاح ، هكذا ذكر الشيخ أبو حامد فى التعليق. وذكر ابن الصباغ أن الرجل اذا ادعى نكاح امرأة بولى وشاهدى عدل فأقام شاهدين عدلين عند الحاكم فانه يبحث عن حالهما عند الحاكم ولا يبحث عن حالهما حين العقد ، والأول أصح . وهل ينعقد النكاح بشهادة أعميين أو أعمى وبصير ؟ فيه وجهان : (أحدهما) ينعقد ، لأن الأعمى من أهل الشهادة . (والثانى) لا يصح لأنه لا يعرف العاقد فهو كالأصم الذى لا يسمع لفظ العاقد وهل يعقد بشهادة أخرسين أو أخرس وناطق ؟ فيه وجهان : (أحدهما) لا ينعقد ، قال الشيخ أبو حامد : وهو المذهب ، لأن الشهادة تفتقر الى صريح اللفظ ، والأخرس لا يتأتى منه ذلك . (والثانى) ينعقد . قال القاضى أبو الطيب وهو المذهب لأن اشارته اذا كانت مفهومة تقوم مقام عبارة غيره .

فرع وهل تجوز شهادة أصحاب الصنع الدنيئة مثل الحجام والقصاب والكناس وغيرهم ؟ فيه وجهان بناء على جواز قبول شهادتهم فى سائر الحقوق ، ويأتى بيانهما فى موضعهما من كتاب الشهادات .

فرع وان عقد النكاح بشهادة ابنى أحد الزوجين أو بشهادة ابنه وجده أو بشهادة عدوى أحد الزوجين صح النكاح لأنه يثبت بشهادتهما ؛ وهو اذا شهد الابنان على والدهما أو شهد العدوان لعدوهما ، وأن عقد النكاح بشهادة ابنى الزوجين أو ابن لهذه أو جد هذا وجد هذه أو عدوين لهما ففيه وجهان : (أحدهما) ينعقد لأنهما من أهل الشهادة فى النكاح فى الجملة . (والثانى) لا ينعقد لأنه لا يثبت بشهادتهما بحال من الأحوال ،

من أصحابنا الخراسانيين من قال : ينعقد بشهادة العدوين وجها واحداً ، لأن العداوة قد تزول .

فـــرع وليس من شرط الشهادة احضار الشاهدين بل لوحضر الشاهدان لأنفسهما وسمعا الايجاب والقبول صح ذلك ولو سمعا الايجاب والقبول ولم يسمعا الصداق صح النكاح لأن الصـداق ليس بشرط فى النكاح ، وان سمع أحد الشاهدين الايجاب وسمع الآخر القبول لم يصح النكاح ؛ لأنهما شرط فى الايجاب والقبول .

فـــرع واذا تزوج المسلم كتابية فانه يتزوجها من وليها الـكافر اذا كان عدلا فى دينه ، ولا يصح الا بحضرة شاهدين مسـلمين عدلين . وقال أحمد : لا يصح أن يتزوجها الا من المسلم . وقال أبو حنيفة : يتزوجها من وليها الكافر ، ويصح أن يكون بشهادة كافرين .

دليلنا على أحمد قوله تعالى « والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أوليـــاء بعض » فدل ذلك على أنه لا ولاية لهـم على الـكافرين ومادامت الولاية منقطعة على الكافر من المسلم فمن أين يأتى بولى مسلم لها ؟ فلم يبق الا أن يكون وليها كتابياً متصفاً بالعدالة فى دينه حتى لا يجحد حقا من حقوقه أو حقوقها فى كتب العقد ، ودليلنا على أبى حنيفة لانهما شاهدان لا يثبت بهما نكاح المسلمة ؛ فلم يثبت بهما نكاح الكافرة كالعبـدين ، وكالفـرق بين الولى والشاهدين لأن الولى أريد لدفع العار عن النسب ، والـكافر كالمسلم فى دفع العار ؛ والشاهدان يرادان لاثبات الفراش عند جحد أحد الزوجين ، وليس الكافر كالمسلم فى اثبات الفراش ؛ لأنه لا يثبت بشهادته الفراش ، ولأن الولى يتعين فى العقد فتأكد حاله فجاز أن يكون كافراً ، والشاهد يتعين فلم يجز أن يكون كافراً .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **ولا يصح الا على زوجين معينين لأن المقصود بالنـــكاح اعيانهما فوجب تعيينهما ، فان كانت المنكوحة حاضرة فقال : زوجتك هـذه**

صح . وان قال : زوجتك هذه فاطمة واسمها عائشة صح ، لأن مع التعيين بالاشارة لا حكم للاسم ، فلم يؤثر الغلط فيه ، وان كانت المنكوحة غائبة فقال : زوجتك ابنتي وليس له غيرها صح ، وان قال : زوجتك ابنتي فاطمة وهي عائشة صح ، لأنه لا حكم للاسم مع التعيين بالنسب ، فلم يؤثر الغلط فيه ، وان كان له اثنتان فقال : زوجتك ابنتي لم يصح حتى يعينها بالاسم او بالصفة ، وان قال : زوجتك عائشة وقبل الزوج ونويا ابنته ، او قال زوجتك ابنتي وقبل الزوج ونويا الكبيرة صح لأنها تعينت بالنية ، وان قال : زوجتك ابنتي ونوى الكبيرة وقبل الزوج ونوى الصغيرة لم يصح ، لأن الايجاب في امراة والقبول في اخرى ، وان قال زوجتك ابنتي عائشة ، ونوى الصغيرة وقبل الزوج ، ونوى الكبيرة ، صح النكاح في عائشة في الظاهر ، ولم يصح في الباطن ، لان الزوج قبل في غير ما اوجب الولي .

فصل ويستحب ان يخطب قبل العقد ، لما روى عن عبد الله قال : « علمنا رسول الله صلى الله عليه وسلم خطبة الحاجة : الحمد لله نحمده ونستعينه ونعوذ بالله من شرور انفسنا ومن سيئات اعمالنا ، من يهد الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له ، ونشهد أن لا اله الا الله وان محمداً عبده ورسوله » قال عبد الله ثم تصل خطبتك بثلاث آيات : « اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن الا وانتم مسلمون » « اتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام ان الله كان عليكم رقيباً » « اتقوا الله وقولوا قولا سديداً » ، فان عقد من غير خطبة جاز لما روى سهل بن سعد الساعدي « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للذي خطب الواهبة ، زوجتكها بما معك من القرآن » ولم يذكر الخطبة ، ويستحب ان يدعو لهما بعد العقد ، لما روى ابو هريرة رضي الله عنه « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا رفا الانسان اذا تزوج قال : بارك الله لك ، وبارك عليك ، وجمع بينكما في خير ») .

الشرح حديث عبد الله بن مسعود أخرجه الترمذي وحسنه وأبو داود والنسائي والحاكم والبيهقي من رواية أبي عبيدة بن عبد الله ابن مسعود عن أبيه ولم يسمع منه . وقد رواه الحاكم من طريق أخرى عن قتادة عن عبد ربه عن أبي عياض عن ابن مسعود وليس فيه الآيات ؛ ورواه أيضاً من طريق اسرائيل عن أبي اسحاق عن أبي الأحوص وأبي عبيدة

أن عبد الله قال فذكره نحوه ، ورواه البيهقى من حديث واصل الأحدب عن شقيق عن ابن مسعود بتمامه ، وفى رواية للبيهقى « اذا أراد أحدكم أن يخطب لحاجة من النكاح أو غيره فليقل : الحمد لله نحمده ونستعينه الخ » .

ورواية الترمذى أردفها بعد التحسين بقوله : رواه الأعمش عن أبى اسحاق عن أبى الأحوص عن عبد الله عن النبى صلى الله عليه وسلم وكلا الحديثين صحيح لأن اسرائيل جمعهما فقال : عن أبى اسحاق عن أبى الأحوص وأبى عبيدة عن عبد الله عن النبى صلى الله عليه وسلم .

وقال النووى فى كتاب الأذكار : يستحب أن يخطب بين يدى العقد خطبة تشتمل على ما ذكرنا فى الباب الذى قبل هذا وتكون أطول من تلك ، وسواء خطب العاقد أو غيره ؛ وأفضلها ما روينا فى سنن أبى داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وغيرها بالأسانيد الصحيحة عن عبد الله ابن مسعود رضى الله عنه قال : « علمنا رسول الله صلى الله عليه وسلم خطبة الحاجة الحمد لله نستعينه ونستغفره ونعوذ به من شرور أنفسنا من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادى له ، وأشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ، يا أيها الناس اتقوا ربكم الذى خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيراً ونساء ، واتقوا الله الذى تساءلون به والأرحام ، ان الله كان عليكم رقيباً . يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن الا وأنتم مسلمون ، يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولا سديداً يصلح لكم أعمالكم ويغفر لكم ذنوبكم ومن يطع الله ورسوله فقد فاز فوزاً عظيماً » .

ثم قال : هذا لفظ احدى روايات أبى داود ، وفى رواية له أخرى بعد قوله « ورسوله ؛ أرسله بالحق بشيراً ونذيراً بين يدى الساعة ، من يطع الله ورسوله فقد رشد ، ومن يعصهما فانه لا يضر الا نفسه ، ولا يضر الله شيئاً » قال الترمذى حديث حسن . ا هـ .

أما حديث سهل بن سعد الساعدى فقد رواه أحمد والبخارى ومسلم ،

ولفظه « أن النبى صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت : يا رسول الله انى قد وهبت نفسى لك ، فقامت قياماً طويلا ، فقام رجل فقال يا رسول الله زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل عندك من شيء تصدقها اياه ؟ فقال : ما عندى الا ازارى هذا ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم ان أعطيتها ازارك جلست لا ازار لك ، فالتمس شيئاً ، فقال : ما أجد شيئاً ، فقال : التمس ولو خاتماً من حديد ، فالتمس فلم يجد شيئا ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم هل معك من القرآن شيء ؟ قال : نعم ، سورة كذا وسورة كذا لسور يسميها ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم قد زوجتكها بما معك من القرآن » .

وقد روى سعيد بن منصور فى سننه عن أبى النعمان الأزدى قال : « زوج النبى صلى الله عليه وسلم امرأة على سورة من القرآن ثم قال : لا يكون لأحد بعدك مهراً » وهو مع ارساله فيه من لا يعرف . ومن ثم فلا يحتج به فى تخصيص الحكم بهذه المرأة .

أما حديث أبى هريرة فقد أخرجه أبو داود والترمذى وصححه وحسنه وابن ماجه وقال النووى فى الأذكار : « ويستحب أن يقال لكل واحد من الزوجين بارك الله لكل واحد منكما فى صاحبه وجمع بينكما فى خير » روينا فى صحيحى البخارى ومسلم عن أنس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه حين أخبره أنه تزوج : « بارك الله لك » وروينا فى الصحيح أيضا أنه صلى الله عليه وسلم قال لجابر رضى الله عنه حين أخبره أنه تزوج : « بارك الله عليك » .

أما اللغات فقوله (رفأ) قال فى الفتح بفتح الراء وتشديد الفاء مهموز ، معناه دعا له . وفى القاموس رفأه ترفئة وترفياً ، قال له : بالرفاء والبنين . أى بالالتئام وجمع الشمل ا هـ . والترفئة فى الأصل الالتئام . يقال رفأ الفتق لأم خرقه وضم بعضه الى بعض ، وكانت ترفئة الجاهلية أن يقال « بالرفاء والبنين » ثم نهى النبى صلى الله عليه وسلم عنها وأرشد الى ما فى الأحاديث الواردة على ما سيأتى فى الأحكام .

أما الأحكام فانه اذا أراد عقد النكاح على امرأة فلابد أن تتميز عن غيرها بالمشاهدة أو بالصفة أو بالتسمية ، فاذا كان له ابنة واحدة وهى حاضرة ، فان قال زوجتك هذه صح ولم يحتج الى ذكر اسمها ولا الى صفتها ، وان قال : زوجتك ابنتى وزوجتك هذه عائشة صح لأنها تميزت بالاشارة ، وكان ما زاد تأكيداً ، وان كان اسمها عائشة فقال : زوجتك هذه فاطمة : فقال البغداديون من أصحابنا يصح ، لأنه لا حكم لتغيير الاسم مع الاشارة ، وقال المسعودى : هل يصح ؟ فيه وجهان بناء على الوجهين فيما لو قال : بعتك هذا البغل وكان حماراً أو فرساً • وان كان له ابنة واحدة اسمها عائشة وهى غائبة عنهما ، فان قال زوجتك ابنتى صح ، لأن قوله ابنتى صفة لازمة لها وليس له غيرها ، وان قال : زوجتك ابنتى عائشة صح ، لأن النكاح ينعقد بقوله ابنتى ، فاذا سماها باسمها كان تأكيداً ، وان قال زوجتك ابنتى فاطمة فغير اسمها ، فقال البغداديون من أصحابنا : يصح ، لأن قوله ابنتى صفة لازمة لها لا تختلف ولا تتغير ، والاسم يتغير ويختلف ، فاعتبر حكم الصفة اللازمة وألغى الاسم ، قال المسعودى : لا يصح ، ولم يذكر له وجهاً • وان قال : زوجتك عائشة وقصد ابنته فذكر الشيخ أبو اسحاق والطبرى فى العدة وحكاه ابن الصباغ عن الشيخ أبى حامد أنه يصح لأنها تتميز بالنية ، وان لم يقصد ابنته لم يصح ، قال ابن الصباغ : وهذا فيه نظر ، لأن هذا العقد تعتبر فيه الشهادة فلابد أن يكون العقد مما يصح أداء الشهادة على وجه يثبت به العقد وهذا متعذر فى النية ولم أجد فيما قرأت من تعليق الشيخ أبى حامد وغيره أنه لا يصح من غيره تفصيل لأن هذا الاسم يقع على ابنتيه وعلى من اسمها عائشة فلا تتميز بذلك عن غيرها ، فان كانت له ابنتان كبيرة اسمها عائشة وصغيرة اسمها فاطمة ، فان قال زوجتك ابنتى أو احدى ابنتى لم يصح لأن المزوجة غير متميزة • وان قال : زوجتك ابنتى عائشة أو ابنتى الكبيرة صح لأنه قد بينها بالصفة أو بالاسم •

وان قال زوجتك ابنتى الكبيرة فاطمة فغير اسمها صح النكاح على الصغيرة ولا يضر تغييره للاسم ، وعلى قول المسعودى فى التى قبلها لا يصح ها هنا • وان قال : زوجتك ابنتى عائشة وهو ينوى الصغيرة واسم الصغيرة

فاطمة فقبل الزوج وهو ينوى الصغيرة ، قال الشيخ أبو حامد : ينعقد النكاح على الصغيرة لاتفاق بينهما ولا يضر تغيير الاسم •

وان قال : زوجتك ابنتى عائشة وهو ينوى الصغيرة وقبل الزوج وهو ينوى الكبيرة انعقد النكاح فى الظاهر على الكبيرة لأنه أوجب نكاحها له فقبلها فى الباطن ، وهو مفسوخ لأنه أوجب له النكاح فى الصغيرة فقبل فى الكبيرة : فان قال : زوجتك ابنتى فقبل الزوج ونويا الكبيرة فقال الشيخ أبو اسحاق يصح لأنها تميزت بالنية • وقال ابن الصباغ : لا يصح لأنه لا يمكن اذن الشهادة فى هذا •

فرع وان كان لرجل ابنتان فزوج رجل احداهما بعينها ثم مات الأب وادعت كل واحدة من الابنتين على الزوج أنها هى التى زوجها أبوها منه فان أنكرهما حلف لكل واحدة يميناً ؛ وان أقر لاحداهما تثبت زوجتيهما • فان ادعت عليه الأخرى النكاح بعد ذلك قال ابن الحداد لم تسمع دعواها لأنه قد أقر بتحريمها على نفسه ، وان ادعت عليه نصف المهر فالقول قوله مع يمينه ، فان حلف لها فلا كلام ، وان نكل حلفت ووجب المسمى لها الذى ادعت •

وان لم يدعيا عليه ولكنه ادعى على احداهما أنها زوجته فان أقرت له ثبت النكاح بينهما ؛ وان أنكرت حلفت له وسقطت دعواه ، قال ابن الحداد : ووجب عليه لها نصف مهرها •

قلت : وينبغى أنه لا يثبت لها ذلك الا اذا ادعته ، فأما اذا لم تدعيه لم يثبت لها • قال ابن الحداد : ويكون ذلك ابطالا لنكاح التى أقر بنكاحها أولا ، ويجب لها نصف مهرها ان لم يدخل بها ، وجميع مهرها ان دخل بها •

فرع اذا قال : زوجتك حمل هذه المرأة ان كانت ابنة لم يصح النكاح لأنه قد يكون ريحاً أو حملا موهوماً فلا يتحقق وجوده ؛ وقد يكون ذكراً ، وقد يكون ابنتين ، فلا يعلم أيتهما المعقود عليها وهذا غرر من غير

حاجة ، فلا يصح كما اذا كتب رجل الى الولى : زوجنى ابنتك فقرأه الولى أو غيره بحضرة شاهدين فقال الولى : زوجته لم ينعقد النكاح •

وحكى ابن الصباغ أن أبا حنيفة وأصحابه قالوا : يصح دليلنا أنه لم يوكل القارىء فلم يصح كما لو استدعاه من غائب فبلغه فأوجب •

فـــرع واذا أراد العقد خطب الولى أو الزوج أو أجنبى مـــن الحاضرين فيحمد الله تعالى ويصلى على رسوله صلى الله عليه وسلم ويوصى بتقوى الله ويرغب فى النكاح لقوله صلى الله عليه وسلم : « كل أمر ذى بال لا يبدأ فيه بحمد الله فهو أبتر » فالنكاح من الأمـــور التى لها بال ، والخطبة مستحبة غير واجبة ، وبه قال عامة أهل العلم الا داود فانه قال : انها شرط فى النكاح •

دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « لا نكاح الا بولى مرشد وشاهدى عدل » ولم يشترط الخطبة ، ولأن النبى صلى الله عليه وســـلم : « زوج الواهبة ولم يخطب » « وتزوج عائشة رضى الله عنها ولم يخطب » •

قال الشيخ أبو حامد : وقد روى فى بعض الروايات أنه قال فى الثلاث الآيات : « يا أيها الناس ، قال : وحكى عن بعض المتأخرين أنه كان يقول : المحمود الله ، والمصطفى رسول الله صلى الله عليه وسلم وخير ما عمـــل به كتاب الله قال : وزاد بعضهم فكان يقول : المحمود الله ذو الجلال والاكرام، والمصطفى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وخير ما عمل به كتاب الله المفرق بين الحلال والحرام ، ثم يقول : والنكاح مما أمر الله به وندب اليه » •

وأما الخطبة التى تحلل العقد بأن يقول الولى : « بسم الله والحمد لله وصلى الله على رسول الله ، أوصيكم بتقوى الله» ويقول كما روى عـــن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنكحتك على ما أمر الله به من امساك بمعروف أو تسريح باحسان » ثم يقول الزوج : « بسم الله والحمد لله والصـــلاة والسلام على رسول الله أوصـــيكم بتقـــوى الله قبلت نكاحهـــا » فاختلف أصحابنا فى صحة العقـــد مع ذلك ، فذكر الشـــيخ أبو حامد والمحـــاملى

وابن الصباغ أن ذلك يصح ، لأن الخطبة متعلقة بالنكاح فلم يؤثر فصلها بين الايجاب والقبول ، كالتيمم بين صلاتى الجمع •

وحكى الشيخ مصنف المهذب عن بعض أصحابنا أن الفصل بين الايجاب والقبول بالخطبة يبطل العقد كما لو فصل بينهما بغير الخطبة ؛ ويخالف التيمم ، فانه مأمور به بين الصلاتين ، والخطبة مأمور بها قبل العقد •

قال النووى فى الأذكار : فلو قال : الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله قبلت نكاحها صح ، ولم يضر هذا الكلام بين الايجاب والقبول لأنه فصل يسير له تعلق بالعقد ، ويكره أن يقال للزوج بعد العقد بالرفاء والبنين ؛ لما روى أحمد والنسائى وابن ماجه عن عقيل بن أبى طالب أنه تزوج امرأة من بنى جشم فقالوا : بالرفاء والبنين ، فقال لا تقولوا هكذا ، ولكن قولوا كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اللهم بارك لهم وبارك عليهم » وفى رواية له : « لا تقولوا ذلك فان النبى صلى الله عليه وسلم قد نهانا عن ذلك : قولوا بارك الله لها فيك وبارك لك فيها » وأخرجه أيضاً أبو يعلى والطبرانى وهو من رواية الحسن عن عقيل • قال فى الفتح : ورجاله ثقات الا أن الحسن لم يسمع من عقيل فيما يقال ، وقد اختلف فى علة النهى عن الترفئة التى كانت تفعلها الجاهلية فقيل : لأنه لا حمد فيها ولا ثناء ولا ذكر الله . وقيل : لما فيه من الاشارة الى بغض البنات لتخصيص البنين بالذكر ، والا فهو دعاء للزوجين بالالتئام والائتلاف فلا كراهة فيه •

وقال ابن المنير : الذى يظهر أنه صلى الله عليه وسلم كره اللفظ لما فيه من موافقة الجاهلية لأنهم كانوا يقولونه تفاؤلا لادعاء فيظهر أنه لو قيل بصورة الدعاء لم يكره كأن يقول : اللهم ألف بينهما وارزقهما بنين صالحين وقال العمرانى من أصحابنا : ويكره أن يقال للزوج بعد العقد بالرفاء والبنين والمستحب أن يقول ما ورد فى حديث أبى هريرة وساقه • قلت : ووجه الكراهة ترك اللفظ النبوى الشريف والعدول عنه الى دعاء آخر والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا يصح العقد الا بلفظ التزويج أو الانكاح ، لأن ما سواهما من الألفاظ كالتمليك والهبة لا يأتى على معنى النكاح ، ولأن الشهادة شرط فى النكاح فاذا عقد بلفظ الهبة لم تقع الشهادة على النكاح ، واختلف أصحابنا فى نكاح النبى صلى الله عليه وسلم بلفظ الهبة ، فمنهم من قال : لا يصح لأن كل لفظ لا ينعقد به نكاح غيره لم ينعقد به نكاحه كلفظ الاحلال . ومنهم مـن قال : يصح لأنه لما خص بهبة البضع من غير بدل خص بلفظهـا ، وان قال : زوجنى فقال : زوجتك صح ، لأن الذى خطب الواهبة من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال زوجنيها ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم « زوجتكها بما معك من القرآن » وان قال : زوجتك ، فقال : قبلت ، ففيه قولان :

(أحدهما) يصح لأن القبول يرجع الى ما أوجبه الولى كما يرجع فى البيع الى ما أوجبه البائع .

(والثانى) لا يصح لأن قوله : قبلت ليس بصريح فى النكاح فلم يصـح به ، كما لو قال : زوجتك فقال نعم . وان عقد بالعجمية ففيه ثلاثة أوجـه (أحدها) لا يصح لقوله صلى الله عليه وسلم « استحللتم فروجهن بكلمة الله » وكلمة الله بالعربية فلا تقوم العجمية مقامها كالقرآن (والثـانى) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى انه ان كان يحسن بالعربية لم يصح ، وان لم يحسن صح ، لأن ما اختص بلفظ غير معجز جاز بالعجمية عند العجز عن العربية ، ولم يجز عند القدرة كتكبيرة الصلاة (والثالث) وهو الصحيح انه يصـح ، سواء أحسن بالعربية أو لم يحسن ، لأن لفظ النكاح بالعجمية يأتى على ما يأتى عليه لفظه بالعربية ، فقام مقامه ، ويخالف القرآن فان القصد منه النظـم المعجز ، وذلك لا يوجد فى غيره ، والقصد بالتكبيرة العبادة ففرق فيـه بين العجز والقدرة كافعال الصلاة ، والقصد بالنكاح تمليك ما يقصد بالنكاح ، والعجمية كالعربية فى ذلك ، فان فصل بين القبول والايجاب بخطبة بان قال الولى : زوجتك ، وقال الزوج : بسم الله والحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله قبلت نكاحها . ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمه الله : انه يصح لأن الخطبة مأمور بها للعقد فلم تمنع صحته كالتيمم بين صلاتى الجمع .

(والثانى) لا يصح ، لانه فصل بين الايجاب والقبول فلم يصح كما لو فصل بينهما بغير الخطبة ، ويخالف التيمم فانه مأمور به بين الصلاتين والخطبة مأمور بها قبل العقد .

فصل **واذا انعقد العقد لزم ولم يثبت فيه عيار المجلس ولا خيار الشرط لأن العادة فى النكاح انه يسئل عما يحتاج اليه قبل العقد فلا حاجة فيه الى الخيار بعده ، والله تعالى أعلم .**

الشرح الأحكام : لا ينعقد النكاح عندنا الا بلفظ النكاح أو التزويج ، وهما اللفظان اللذان ورد بهما القرآن ، وهو قوله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء » وقوله تعالى : « فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكها » فأما لفظ البيع والتمليك والهبة والاجارة وغيرها من الألفاظ فلا ينعقد به النكاح ، وبه قال عطاء وابن المسيب والزهرى وربيعة وأحمد بن حنبل .

وقال أبو حنيفة : ينعقد النكاح بكل لفظ يقتضى التمليك كالبيع والتمليك والهبة والصدقة ، وفى لفظ الاجارة عنه روايتان ، ولا ينعقد بالاباحة والتحليل وقال مالك : ان ذكر المهر مع الألفاظ التى تقتضى التمليك انعقد بها النكاح . وان لم يذكر المهر لم ينعقد بها النكاح .

دليلنا قوله تعالى : « وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبى ان أراد النبى أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين » فذكر أن النبى صلى الله عليه وسلم مخصوص بالنكاح بلفظ الهبة ، وأن غيره لا يساويه ، ولأنه لفظ ينعقد به غير النكاح فلم ينعقد به النكاح كالاجارة والاباحة .

فرع قال الشافعى رضى الله عنه : والفرج محرم قبل العقد فلا يحل أبداً الا بأن يقول الولى : قد زوجتكها أو أنكحتكها ، ويقول الزوج : قد قبلت التزويج أو النكاح . أو قال : أنكحتك ابنتى ، فقال الزوج : قبلت النكاح والتزويج صح ذلك ، لأنه قد وجد الايجاب والقبول فى النكاح والتزويج ، فان قال الولى : زوجتك ابنتى أو أنكحتك ، فقال

الزوج : قبلت ؛ ولم يقل النكاح ولا التزويج فقد قال الشافعى رضى الله عنه فى موضع : يصح • وقال فى موضع : لا يصح ، واختلف أصحابنا فيها على ثلاث طرق ، فمنهم من قال : لا يصح قولاً واحداً • وحيث قال : يصح أراد اذا قبل الزوج قبولاً تاماً •

ومنهم من قال : يصح قولا واحداً ، وحيث شرط الشافعى رضى الله عنه لفظ النكاح ؛ أو التزويج فى القبول فأراد على سبيل التأكيد ، وهـــذا لا يصح لأنه قال : لا ينعقد النكاح ، فقال أكثر أصحابنا : هى على قولين ، وهذا اختيار الشيخ أبى اسحاق وابن الصباغ •

(أحدهما) يصح ، وهو قول أبى حنيفة وأحمد لأن قوله : قبلت اذا ورد على وجه الجواب عن ايجاب متقدم كان المراد به قبول ما تقدم ؛ فصح كما لو قال : بعتك دارى أو وهبتكها ، فقال : قبلت فانه يصح •

(والثانى) لا يصح ، قال الشيخ أبو حامد : وهو الصـــحيح ، لأن الاعتبار فى النكاح أن يحصل الايجاب والقبول فيـــه بلفظ النـــكاح أو التزويج ؛ فاذا عرى القبول منه لم يصح كما لو قال رجل لآخر : زوجت ابنتك من فلان ؟ فقال الولى : نعم ، وقال الزوج : قبلت النكاح ، فان هذا لا يصح بلا خوف وان قال الولى : زوجتك ابنتى ، فقال الزوج : نعم • قال الصيمرى : هو كما لو قال الزوج : قبلت على الطرق الثلاث •

وقال الشيخ أبو حامد وأكثر أصحابنا : لا يصح قولا واحداً • وان قال الزوج زوجنى ابنتك فقال الولى : زوجتك صح ذلك ولا يفتقر الزوج الى أن يقول : قبلت نكاحها ، وقد وافقنا أبو حنيفة ههنا وخالفنا فى البيع ؛ لما روى أن الذى تزوج الواهبة قال للنبى صلى الله عليه وسلم زوجنيهـــا يا رسول الله فقال النبى صلى الله عليه وسلم زوجتكها ولم يأمره بالقبـــول بعد هذا • وان قال الزوج : أتزوجنى ابنتك ؟ فقال الولى : زوجتك لم يصح حتى يقول الزوج : قبلت التزويج أو النكاح ، لأن قـــوله : أتزوجنى ؟ استفهام ليس باستدعاء ؛ ولو قال الولى : أتستنكحها ؟ فقال الزوج : قـــد

استنكحت أو قد تزوجت لم يكن بد من قول الولى بعد هذا : زوجتك أو أنكحتك لأن ما تقدم انما كان استفهاماً ولم يكن تقريراً •

فـــرع وان عقد النكاح بالعجمية فاختلف أصحابنا فيه ؛ فقال الشيخ أبو حامد : ان كانا يحسنان العربية لم يصح العقد بالعجمية وجهاً واحداً • وان كانا لا يحسنان العربية فهل يصح العقد بالعجمية ؟ فيه وجهان ، المذهب أنه يصح • وقال القاضى أبو الطيب : ان كانا لا يحسنان العربية صح العقد بالعجمية وجها واحداً ، وان كانا يحسنان بالعربية فهل يصح العقد بالعجمية ؟ فيه وجهان • وقال المصنف : فيه ثلاثة أوجه •

(أحدها) لا يصح العقد بالعجمية لقوله صلى الله عليه وسلم : « استحللتم فروجهن بكلمة الله » وكلمة الله انما هى بالعربية • (والثانى) ان كانا يحسنان العربية لم يصح العقد بالعجمية ، وان كانا لا يحسنان صح بالعجمية • كما قلنا فى تكبيرة الاحرام • (والثالث) يصح العقد بالعجمية بكل حال ؛ لأن لفظ العجمية يأتى على ما يأتى عليه العربية فى ذلك •

وان كان أحدهما يحسن العربية ولا يحسن العجمية ، والآخر يحسن العجمية ولا يحسن العربية ، وقلنا : يصح العقد بالعجمية صح العقد بينهما شرط أن يفهم القائل أن الولى أوجب له النكاح ، لأنه اذا لم يفهم لا يصح أن يقبل ؛ وهكذا اذا حضر شاهدان أعجميان وعقد بالعربية ، أو عربيان وعقد بالعجمية فلا يصح الا اذا فهما أن العاقدين عقدا النكاح ، لأن الغرض بالشاهدين معرفتهما بالعقد وتحملهما الشهادة •

فـــرع واذا وكل الزوج من يقبل له النكاح ، أو قبل الأب لابنه الصغير ؛ فان النكاح لا يصح حتى يسمى الزوج فى الايجاب والقبول ؛ فيقول الولى : زوجت فلانة فلاناً ــ ويسمى الزوج ، ويقول القائل من قبل الزوج : قبلت النكاح لفلان ويسمى الزوج بخلاف الوكيل فى الشراء فانه لا يجب ذكر الموكل ، لأن النكاح لا يقبل نقل الملك فيه • أى أن الرجل لا يجوز أن يتزوج امرأة ثم ينتقل نكاحها منه الى غيره • والملك فى المال

من قبل النقل • أى أنه يجوز أن يتملك الرجل عيناً ثم ينتقل ملكها منه الى غيره • قال الطبرى : ولهذا قال أصحابنا : لو قال رجل لآخر : وكلتك أن تزوج ابنتى من زيد فزوجها من وكيل زيد صح لأنه فى الحقيقة زوجها من زيد • ولو قال : وكلتك أن تبيع سيارتى هذه من زيد فباعها من وكيل زيد لم يصح لهذا المعنى • فاذا انعقد النكاح لزم ولم يثبت فيه خيار المجلس ولا خيار الثلاث • وقد مضى تفصيل ذلك فى البيع والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب ما يحرم النكاح وما لا يحرم

من ارتد عن الدين لم يصح نكاحه ، لأن النكاح يراد للاستمتاع ولا يوجد ذلك فى نكاح المرتد • ولا يصح نكاح الخنثى المشكل لأنه ان تزوج امرأة لم يؤمن أن يكون امرأة ، وان تزوج رجلا لم يؤمن أن يكون رجلا • ولا يصح نكاح المحرم لما بيناه فى الحج •

فصل **ويحرم على الرجل من جهة النسب الأم والبنت والأخت والعمة والخالة وبنت الأخ وبنت الأخت لقوله تعالى : ((حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت)) ومن حرم عليه مما ذكرناه بنسب حرم عليه بذلك النسب كل من يدلى به • وان بعد فتحرم عليه الأم وكل من يدلى بالأمومة من الجدات من الأب والأم وان علون • وتحرم عليه البنت وكل من ينتسب اليه بالبنوة من بنات الأولاد وأولاد الأولاد وان سفلن • وتحرم عليه الأخت من الأب والأخت من الأم والاخت من الاب والأم • وتحرم عليه العمة وكل من يدلى اليه بالعمومة من أخوات الآباء والأجداد من الأب والأم أو من الأب أو من الأم وان علون • وتحرم عليه الخالة وكل من يدلى اليه بالخئولة من أخوات الجدات من الأب والأم أو من الأب أو من الأم وان علون • ويحرم عليه بنت الأخ وكل من ينتسب اليه ببنوة الأخ من بنات أولاده وأولاد أولاده وان سفلن ، وتحرم عليه بنت الأخت وكل من ينتسب اليه ببنوة الأخت من أولادها وأولاد أولادها وان سفلن ، لأن الاسم يطلق على ما قرب وبعد ، والدليل عليه قوله سبحانه وتعالى : ((يا بنى آدم)) وقوله**

تعالى « ملة أبيكم ابراهيم » وقوله سبحانه وتعالى « ملة آبائى ابراهيم واسحاق ويعقوب » فأطلق عليهم اسم الآباء مع البعد . وقال صلى الله عليه وسلم لقوم من أصحابه يرمون « ارموا فان أباكم اسماعيل عليه السلام كان راميا » فسمى اسماعيل أباهم مع البعد ، ولأن من بعد منهم كمن قرب فى الحكم ، والدليل عليه أن ابن الابن كالابن ، والجد كالأب فى الميراث والولاية والعتق بالملك رد الشهادة ، فلأن يكون كالأبن والأب فى التحريم ومبناه على التغليب أولى) .

الشرح قبل أن ندخل فى شرح الفصل نذكر هذا الأصل : اعلم أن التحريم ليس صفة للأعيان ؛ والأعيان ليست مورداً للتحليل والتحريم ولا مصدراً وانما يتعلق التكليف بالأمر والنهى بأفعال المكلفين من حركة وسكون ، لكن الأعيان لما كانت مورداً للأفعال أضيف الأمر والنهى والحكم اليها ، وعلق بها مجازاً على معنى الكناية بالمحل عن الفعل الذى يحل به .

أما الأحكام فانه لا يصح نكاح المرتد والمرتدة لأن القصد بالنكاح الاستمتاع ولما كان دمهما مهدراً ووجب قتلهما فلا يتحقق الاستمتاع ، ولأن الرحمة تقتضى ابطال النكاح قبل الدخول فلا ينعقد النكاح معها كالرضاع ؛ ولا يصح نكاح الخنثى المشكل لأنه لا يدرى هل هو رجل أم امرأة فان حمل هذا الخنثى تبينا أنه امرأة ، وأن نكاحه كان باطلا لأن الحمل دليل على الأنوثة من طريق القطع .

مسألة النساء اللائى نص القرآن على تحريمهن أربع عشرة امرأة، ثلاث عشرة بقوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم » الآية ، وواحدة فى قوله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء » فسبع منهن حرمت بالنسب وثنتان بالرضاع وأربع بالمصاهرة وواحدة بالجمع ؛ فالسبع المحرمات بالنسب : الأم والبنت والأخت والعمة والخالة وبنت الأخ وبنت الأخت للآية : « حرمت عليكم أمهاتكم » الخ فأما الأم فيحرم عقد النكاح عليها ووطؤها .

قال الصيمرى : ومن أصحابنا من قال : تحريم وطئها علم بالعقل ،

وليس بشيء ، وسواء فى التحريم الأم حقيقة وهى التى ولدته ، والأم مجازاً وهى جدته أم أمه وأم أبيه . وكذلك كل جد من قبل أبيه أو أمه وان علت، وأما البنت فتحرم عليه التى يقع عليها اسم البنت حقيقة وهى بنته لصلبه ، والبنت التى يقع عليها اسم البنت مجازاً وهى بنت بنته وبنت ابنه وان سفلت . وأما الأخت فتحرم عليه سواء أكانت لأب وأم أو لأب أو لأم لعموم قوله تعالى « وأخواتكم » وأما العمة فيحرم عليه من يقع عليه اسم العمة حقيقة وهى أخت أبيه ، سواء كانت أخته لأبيه وأمه أو لأبيه أو لأمه ، ويحرم عليه من يقع عليها اسم العمة مجازاً وهى أخت لجد من أجداده من قبل أبيه أو من قبل أمه .

وأما الخالة فيحرم عليه نكاح من يقع عليه اسم الخالة حقيقة ، وهى أخت أمه لأبيها وأمها أو لأبيها أو لأمها . ويحرم عليه من يقع عليها اسم الخالة مجازاً وهى أخت كل جدة له من قبل أمه وأبيه ؛ وأما بنت الأخ فتحرم عليه نكاح بنت أخيه حقيقة وهى بنت أخيه لصلبه ويحرم عليه بنت أخيه مجازاً وهى كل من تنسب الى أخيه بالبنوة من قبل أبنائه وبناته وان سفلت. وأما بنت الأخت فتحرم عليه بنت أخته حقيقة ، وهى بنت أخته لصلبها . ويحرم عليه بنت أخته مجازاً ، وهى كل من ينسب الى أخته بالبنوة من بنات أبنائها وبناتها وان سفلن وكذلك التحريم بالجمع وقد ثبت بالسنة بحديث رواه عن الرسول صلى الله عليه وسلم أبو هريرة وأجمعت الأمة قاطبة بجميع مذاهبها على العمل به وهل يحرم عليه كل من وقع عليها الاسم مجازاً بالاسم أو بالقياس على من وقع عليه الاسم حقيقة ؟ فيه وجهان : (الصحيح) أنه يحرم بوقوع الاسم عليها لقوله تعالى « يا بنى آدم » وقوله تعالى « ملة أبيكم ابراهيم » وقوله « ملة آبائى ابراهيم واسحاق ويعقوب » فأطلق عليهم اسم البنوة والأبوة مع البعد .

اذا ثبت هذا فقد عبر بعض أصحابنا عن المحرمات بالنسب فقال : يحرم على الرجل أصوله وفصوله ، وفصول أول أصوله وأول فصل من كل أصل بعده وهى عبارة عن حسبه ؛ لأن أصوله من ينسب الرجل اليه بالبنوة، من الآباء والأمهات وفصوله من ينسب الى الرجل بالبنوة ، وفصول أول

أصوله الأخوات وأولادهن وبنات الاخوة وأول فصل من كل أصل بعده العمات والخالات فاحترز عن بنات العمات وبنات الخالات وأول فصل من كل أصل بعده •

فرع وأما الاثنتان المنصوص على تحريمهما بالرضاع فالأم والأخت لقوله تعالى : « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة » فمتى كان للرجل زوجة وانبثق منها لبن من وطئه فأرضعت به طفلا له دون الحولين خمس رضعات متفرقات صار كالولد لهما من النسب، وصارا كالوالدين له من النسب ، فى تحريم النكاح وجواز الخلوة ؛ ويحرم عليها نكاحه ونكاح أولاده وأولاد أولاده وان سفلوا لأنه ولدهما ، ويحرم على الرضيع نكاح الأم من الرضاع الحقيقة والمجاز والأخت من الرضاع والعمة من الرضاع الحقيقة والمجاز ، وبنت الأخت من الرضاع الحقيقة والمجاز على ما ذكرناه فى المحرمات من النسب ؛ لأن الله تعالى نص على السبع المحرمات بالنسب ، ونص على الأم والأخت من الرضاع لينبه بهما على من تقدم ذكرهن من المحرمات والنسب • وروت عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : يحرم من النسب • وفى رواية ما يحرم من الولادة ، ويقال : الرضاع بكسر الراء وفتحها ، فأما الرضاعة بالتاء فيفتح الراء لا غير •

فرع فى مذاهب العلماء فى عدد الرضعات المحرمات •

التحريم بالرضاع انما يحصل اذا اتفق الارضاع فى الحولين لقوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين » أما فى قدر ما يحرم فالمذهب عندنا اعتبار شرطين : (أحدهما) خمس رضعات لحديث عائشة رضى الله عنها قالت : « كان فيما أنزل الله عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس معلومات وتوفى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن مما يقرأ من القرآن » وموضع الدليل أنها أثبتت أن العشر نسخن بخمس ؛ فلو تعلق التحريم بما دون الخمس لكان ذلك نسخاً للخمس ولا يقبل على هذا خبر واحد ولا قياس ، لأنه لا ينسخ بهما وفى حديث سهلة : « أرضعيه خمس رضعات يحرم بهن » • (الشرط الثانى) أن يكون فى الحولين فان

كان خارجاً عنهما لم يحرم لقوله تعالى « حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » وليس بعد التمام والكمال شيء .

واعتبر أبو حنيفة رحمه الله بعد الحولين ستة أشهر . واعتبر مالك الشهر ونحوه وقال زفر من أصحاب أبي حنيفة : مادام يجتزىء باللبن ولم يفطم فهو رضاع وان أتى عليه ثلاث سنين . وقال الأوزاعي : اذا فطم لسنة واستمر فطامه فليس بعده رضاع وانفرد الليث بن سعد من بين العلماء الى أن رضاع الكبير يوجب التحريم وهو قول عائشة وروى عن أبي موسى وروى عنه ما يدل على رجوعه عن ذلك وهو ما رواه أبو حصين عن أبي عطية قال : قدم رجل بامرأته من المدينة فوضعت وتورم ثديها فجعل يمصه ويمجه فدخل في بطنه جرعة منه فسأل أبا موسى فقال : بانت منك ، وأت ابن مسعود فأخبره ، ففعل فأقبل بالأعرابي الى أبي موسى الأشعري وقال : أرضيعاً ترى هذا الأشمط ! انما يحرم من الرضاع ما ينبت اللحم والعظم فقال الأشعري : (لا تسألوني عن شيء وهذا الحبر بين أظهركم) فقوله لا تسألوني يدل على أنه رجع عن ذلك .

واحتجت عائشة بقصة سالم مولى أبي حذيفة وأنه كان رجلا فقال النبي صلى الله عليه وسلم لسهلة بنت سهيل « أرضعيه » خرجه الموطأ وغيره ، وشذت طائفة فاعتبرت عشر رضعات تمسكا بأنه كان فيما أنزل عشر رضعات وكأنهم لم يبلغهم الناسخ .

وقال داود الظاهري : لا يحرم الا بثلاث رضعات واحتج بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم :« لا تحرم الاملاجة والاملاجتان » خرجه مسلم ، وهو مروى عن عائشة وابن الزبير ، وبه قال أحمد واسحق وأبو ثور وأبو عبيد ، وهو تمسك بدليل الخطاب ، وهو مختلف فيه وذهب من عدا هؤلاء من أئمة الفتوى الى أن الرضعة الواحدة تحرم اذا تحققت كما ذكرنا متمسكين بأقل ما يطلق عليه اسم الرضاع . وعضد هذا بما وجد من العمل عليه بالمدينة وبالقياس على الصهر بعلة أنه معنى طارىء يقتضي تأبيد التحريم ، فلا يشترط فيه العدد كالصهر ، وقال الليث بن سعد :

وأجمع المسلمون على أن قليل الرضاع وكثيره يحرم فى المهد ما يفطر الصائم قال أبو عمر : لم يقف الليث على الخلاف فى ذلك •

وقال القرطبى : وأنص من هذا قوله صلى الله عليه وسلم « لا تحرم المصة ولا المصتان » أخرجه مسلم فى صحيحه • وهو مفسر معنى قوله تعالى « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم » أى أرضعنكم ثلاث رضعات فأكثر • غير أنه يمكن أن تحمل على ما اذا لم يتحقق وصوله الى جوف الرضيع لقوله : « عشر رضعات معلومات ؛ وخمس رضعات معلومات » فوصفها بالمعلومات انما هو تحرز مما يتوهم أو يشك فى وصوله الى الجوف •

ويفيد دليل خطابه أن الرضعات اذا كانت غير معلومات لم تحرم • والله أعلم وذكر الطحاوى أن حديث الاملاجة والاملاجتين لا يثبت ، لأنه مرة يرويه ابن الزبير عن النبى صلى الله عليه وسلم ومرة يرويه عن عائشة « أنه لا يحرم الا سبع رضعات » وروى أنها أمرت أختها (أم كلثوم) أن ترضع سالم بن عبد الله عشر رضعات وروى عن حفصة مثله ، وروى عنها ثلاث ، وروى عنها خمس كما قال الشافعى رضى الله عنه ؛ وحكى عن اسحاق •

وقد استدل سعيد بن المسيب وابراهيم النخعى وأبو سلمة ابن عبد الرحمن بقوله تعالى : « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم » على تحريم لبن الفحل وقالوا : لبن الفحل يحرم شيئاً من قبل الرجل • وقال جمهور العلماء : قوله تعالى « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم » يدل على أن الفحل أب ، لأن اللبن منسوب اليه لأنه در بسبب ولده ، وقد ضعف القرطبى هذا الاستدلال بقوله : فان الولد خلق من ماء الرجل والمرأة جميعاً ؛ واللبن من المرأة ولم يخرج من الرجل ، وما كان من الرجل الا وطء هو سبب لنزول الماء منه ، واذا فصل الولد خلق الله اللبن من غير أن يكون مضافاً الى الرجل بوجه ما ولذلك لم يكن للرجل حق فى اللبن ، وانما اللبن لها فلا يمكن أخذ ذلك من القياس على الماء •

وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « يحرم من الرضاع ما يحرم من

النسب » يقتضى التحريم من الرضاع ولا يظهر وجه نسبة الرضاع الى الرجل مثل ظهور نسبة الماء اليه والرضاع منها • نعم الأصل فى حديث الزهرى وهشام بن عروة عن عروة عن عائشة : أن أفلح أخا القعيس جاء يستأذن عليها وهو عمها من الرضاعة بعد أن نزل الحجاب قالت : فأبيت أن آذن له فلما جاء النبى صلى الله عليه وسلم أخبرته فقال : « ليلج عليك فانه عمك تربت يمينك » وقال : وأبو القعيس زوج المرأة التى أرضعت عائشة ثم قال : وهذا أيضاً خبر واحد ويحتمل أن يكون « أفلح » مع أبى بكر رضيعى لبان فلذلك قال « ليلج عليك فانه عمك » ثم قال : وبالجملة فالقول فيه مشكل والعلم عند الله ؛ ولكن العمل عليه والاحتياط فى التحريم أولى • مع أن قوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم » يقوى قول المخالف •

قلت : اذا صح الخبر وتحقق الاجماع المستند الى الخبر اجماعاً لا مخرقه خلاف تابعى فان اتفاق الصحابة رضى الله عنهم لا يضعفه خلاف نفر من التابعين فلا أثر للآية هنا أخذاً من اجلال ما عدا ما ذكر فى الآية ، لأنه قد ثبت تحريم الجمع بين المرأة وعمتها والمرأة وخالتها ، وهو خبر واحد فقط أعنى فرداً مطلقاً وهو حديث تحريم الجمع ولم يروه أحد من الصحابة سوى أبى هريرة ولكن الاجماع منعقد على الأخذ به ولم يشذ أحد حتى من لا يعتد بخلافهم عندنا كالشيعة والخوارج • والسنة مخصصة لعمومات الكتاب والله أعلم •

أما اللغات فالأمهات جمع أمهة يقال : أم وأمهة بمعنى واحد وجاء القرآن بهما وقد قيل : ان أصل أم أمهة على وزن فعلة مثل قبرة وحمرة لطيرين فسقطت وعادت فى الجمع قال الشاعر :

أمهتى خندف والدوس أبى

وقد رجح النووى أمات جمع أم فى الحيوان وأمهات جمع أم للانسان على ما مضى فى الزكاة ولم يفرق القرطبى بين الجمعين •

مسألة في رضاع الكبير •

رضاع الكبير محرم ولو أنه شيخ يحرم كما أن رضاع الصغير يحرم ولا فرق • وهذا مكان اختلف الناس فيه فطائفة قالت : يحرم من الرضاع في الصغر ولا يحرم في الكبر ولم يحدوا حدا في ذلك كما روينا من طريق مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير أن أزواج النبي صلى الله عليه وسلم حاش عائشة وحدها كن يرين رضاع سالم مولى أبي حذيفة خاصة له فدل ذلك على أنهن كن يرين لا يحرم الا رضاع الصغير لارضاع الكبير دون أن يرد عنهن في ذلك حد • ومن طريق مالك عن عبد الله بن دينار أنه سمع ابن عمر وقد سأله رجل عن رضاع الكبير فقال له ابن عمر : قال عمر ابن الخطاب : انما الرضاعة رضاعة الصغير ، ومن طريق مالك عن نافع عن ابن عمر أنه كان يقول : لا رضاعة الا ما أرضع في الصغر ولا رضاعة لكبير، وقالت طائفة : لا يحرم من الرضاع الا ما كان في المهد كما روينا من طريق أبي داود باسناده عن عروة بن الزبير : « أبى أزواج النبي صلى الله عليه وسلم أن يدخل عليهن بالرضاعة أحد حتى يرضع في المهد » ومن طريق عبد الرازق عن سعيد بن المسيب قال : لا رضاعة الا ما كان في المهد • وقالت طائفة : لا يحرم من الرضاع الا ما كان قبل الفطام وأما بعد الفطام فلا هكذا أفاد ذلك ابن حزم في المحلى قال : كما روينا من طريق حماد ابن سلمة باسناده الى أم سلمة أم المؤمنين أنها سئلت هل يحرم الرضاع بعد الفطام ؟ فقالت : لا رضاع بعد فطام •

ومن طريق عبد الرحمن بن مهدى عن سفيان الثورى عن أبى حصين عن أبى عطية الوادعى أن رجلا مص من ثدى امرأته فدخل اللبن فى حلقه فسأل أبا موسى الأشعرى عن ذلك فقال أبو موسى : حرمت عليك امرأتك ثم سأل ابن مسعود عن ذلك قال أبو عطية : ونحن عنده فقام ابن مسعود وقمنا معه حتى أتى أبا موسى الأشعرى فقال أرضيعا ترى هذا ؟ انما الرضاع ما أنبت اللحم والعظم فقال أبو موسى الأشعرى : لا تسألونى عن شيء مادام هذا الحبر بين أظهركم • فتبين ههنا أنه انما يعرم مدة تغذى الرضيع باللبن • وبالاسناد عن على بن أبى طالب قال : لا رضاع بعد الفصال ،

وأخرج عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن عمرو بن دينار عمن سمع من ابن عباس يقول : لا رضاع بعد الفطام .

وأما خبر سالم مولى أبى حذيفة فقد أخرجه الجماء الغفير فهو نقل لا يختلف مؤالف ولا مخالف فى صحته فلم يبق من الاعتراض الا أن يقول قائل : هو خاص لسالم كما قال بعض أزواج النبى صلى الله عليه وسلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وتحرم عليه من جهة المصاهرة ام المراة دخل بها او لم يدخل ، لقوله تعالى « وأمهات نسائكم » ويحرم عليه كل من يدلى الى امراته بالأمومة من الجدات من الأب والأم لما بيناه فى الفصل قبله ، ويحرم عليه ابنة المراة بنفس العقد تحريم جمع ، لأنه اذا حرم عليه الجمع بين المراة واختها فلأن يحرم الجمع بين المراة وابنتها أولى . فان بانت الأم قبل الدخول حلت له البنت ، وان دخل بالأم حرمت عليه البنت على التأبيد ، لقوله تعالى « وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن ، فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » وتحرم عليه كل من ينتسب الى امراته بالبنوة من بنات أولادها وأولاد أولادها وان سفلن من وجد منهن ومن لم يوجد ، كما تحرم البنت ، وتحرم عليه حليلة الابن لقوله تعالى « وحلائل أبنائكم » وتحرم عليه حليلة كل من ينتسب اليه بالبنوة من بنى الأولاد وأولاد الأولاد لما بيناه . وتحرم عليه حليلة الأب لقوله تعالى « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء » وتحرم عليه حليلة كل من يدلى اليه بالأبوة من الأجداد لما ذكرناه .

ومن حرم عليه بنكاحه أو بنكاح أبيه أو ابنه حرم عليه بوطئه أو وطء أبيه أو ابنه فى ملك أو شبهة لأن الوطء معنى تصير به المراة فراشاً فتعلق به تحريم المصاهرة كالنكاح ولأن الوطء فى ايجاب التحريم آكد من العقد ، بدليل أن الربيبة تحرم بالعقد تحريم جمع وتحرم بالوطء على التأبيد ، فاذا ثبت تحريم المصاهرة بالعقد فلأن يثبت بالوطء أولى ، واختلف قوله فى المباشرة فيما دون الفرج بشهوة فى ملك أو شبهة فقال فى أحد القولين هو كالوطء

فى التحريم لأنها مباشرة لا تستباح الا بملك فتعلق بها تحريم المصاهرة كالوطء (والثانى) لا يحرم بها ما يحرم بالوطء ، لقوله تعالى « فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » ولأنها مباشرة لا توجب العدة فلا يتعلق بها التحريم كالمباشرة بغير شهوة ، وان تزوج امرأة ثم وطىء أمها أو بنتها أو وطئها ابوه أو ابنه بشبهة انفسخ النكاح لأنه معنى يوجب تحريما مؤبداً فاذا طرأ على النكاح أبطله كالرضاع) .

الشرح الأحكام : الأربع المنصوص على تحريمهن بالمصاهرة ؛ الزوجة والربيبة وحليلة الابن وحليلة الأب لقوله تعالى « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء » وقوله تعالى : « وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن » فأما أم الزوجة فان الرجل اذا عقد النكاح على امرأة حرمت عليه كل أم لها حقيقة أو مجازاً من جهة النسب أو من جهة الرضاع سواء دخل بها أو لم يدخل وبه قال العلماء كافة الا ما روى عن على رضى الله عنه وأرضاه أنه قال : لا تحرم عليه الا بالدخول بالبنت كالربيبة ، وبه قال مجاهد .

وقال زيد : الموت يقوم مقام الدخول دليلنا قوله تعالى « وأمهات نسائكم » وبالعقد عليها تدخل فى اسم نساء العاقد عليها وروى عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من نكح امرأة ثم طلقها قبل الدخول بها حرمت عليه أمها ولم تحرم عليه بنتها » أخرجه الترمذى ووهنه كما سيأتى .

وأما الربيبة فهى بنت زوجته فاذا عقد النكاح على امرأة حرمت عليه ابنتها حقيقة ومجازاً من النسب والرضاع ثم الجمع . فان دخل بالأم حرمت عليه ابنتها على التأبيد ، وان ماتت الزوجة أو طلقها قبل الدخول بها جاز له أن يتزوج بابنتها ، وسواء كانت الربيبة فى حجره وكفالته أو لم تكن ، وبه قال عامة أهل العلم وقال داود : انما تحرم عليه الربيبة اذا كانت فى حجره وكفالته ، فان لم تكن فى حجره وكفالته لم تحرم عليه ، وان دخل بأمها . وروى ذلك عن على بن أبى طالب وقال زيد بن ثابت : تحرم عليه اذا دخل بأمها أو ماتت .

دليلنا ما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من نكح امرأة ثم طلقها قبل الدخول بها حرمت عليه أمها ولم تحرم عليه ابنتها » وقد أشرنا الى توهينه عند الترمذى حيث قال : لا يصح وانما رواه عن عمرو بن شعيب المثنى بن الصباح وابن لهيعة وهما ضعيفان وقال غيره : يشبه أن يكون ابن لهيعة أخذه عن المثنى ثم أسقطه فان أبا حاتم قد قال : لم يسمع ابن لهيعة من عمرو بن شعيب ووجه الاستدلال به انعقاد الاجماع على العمل به كما قرر ذلك جمهور من العلماء .

فأما التربية فلا تأثير لها فى التحريم كتربية الأجنبية ؛ وأما الآية فلم يخرج ذلك مخرج الشرط ؛ وانما وصفها بذلك تعريفاً لها ، كأن العادة أن الربيبة تكون فى حجره ، وأما حليلة الابن ، فان الرجل اذا عقد النكاح على امرأة حرمت على أب الزوج سواء دخل بها الزوج أو لم يدخل بها لقوله تعالى : « وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » وبالعقد عليها يقع عليها اسم الحليلة ، وسواء كان ابنه حقيقة أو مجازاً ، وسواء كان ابنه من الرضاع حقيقة أو مجازاً لما ذكرناه فى المحرمات من النسب .

فان قيل : فقد قال الله تعالى « وحلائل أبنائكم » الآية فدليل خطابه يدل على أنه لا تحرم حلائل الأبناء من الرضاع . فالجواب أن دليل الخطاب انما يكون حجة اذا لم يعارضه نص وههنا نص أقوى منه فقدم عليه ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة » رواه أبو داود وغيره من حديث عائشة رضى الله عنها .

وأما حليلة الأب فان الرجل اذا تزوج امرأة حرمت على ابن الزوج سواء دخل بها أو لم يدخل بها لقوله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء الا ما قد سلف » ولا فرق بين الأب حقيقة أو مجازاً ، وسواء كان الأب من الرضاع حقيقة أو مجازاً لما ذكرناه فى المحرمات من النسب والله أعلم .

فرع فى مذاهب العلماء فى نكاح المرأة وأمها .

قلنا : ان جمهور السلف ذهبوا الى أن الأم تحرم بالعقد على الابنة ولا تحرم الابنة الا بالدخول بالأم وقالت طائفة من السلف : الأم والربيبة سواء لا تحرم منهما واحدة الا بالدخول بالأخرى قال الطحاوى : وكل هذا من المحكم المتفق عليه ، وغير جائز نكاح واحدة منهن بالاجماع الا أمهات النساء اللواتى لم يدخل بهن أزواجهن •

وذكر القرطبى أن العلماء زعموا أن شرط الدخول راجع الى الأمهات والربائب جميعاً رواه خلاس عن على بن أبى طالب ، وروى عن ابن عباس وجابر وزيد بن ثابت وهو قول ابن الزبير ومجاهد •

وقال مجاهد : الدخول مراد فى النازلتين ، وقول الجمهور مخالف لهذا وعليه الحكم والفتيا ، وقد شدد فيه أهل العراق حتى قالوا : لو وطئها بزنا أو قبلها أو لمسها بشهوة حرمت عليه ابنتها • وعندنا وعند الشافعى انما تحرم بالنكاح الصحيح ، والحرام لا يحرم الحلال على ما يأتى .

وحديث خلاس عن على لا تقوم به حجة ولا تصح روايته عند أهل العلم بالحديث ، والصحيح عنه مثل قول الجماعة قال ابن جريج : قلت لعطاء : الرجل ينكح المرأة ثم لا يراها ولا يجامعها حتى يطلقها أو تحل له أمها ؟ قال : لا ، هى مرسلة دخل بها أو لم يدخل • فقلت له : أكان ابن عباس يقرأ « وأمهات نسائكم اللاتى دخلتم بهن » ؟ قال : لا لا •

وروى سعيد عن قتادة عن عكرمة عن ابن عباس فى قوله تعالى : « وأمهات نسائكم » قال : هى مبهمة لا تحل بالعقد على الابنة ، وكذلك روى مالك فى موطئه عن زيد بن ثابت وفيه : فقال زيد : لا ، الأم مبهمة ليس فيها شروط وانما الشرط فى الربائب قال ابن المنذر : وهذا هو الصحيح لدخول جميع أمهات النساء فى قوله تعالى « وأمهات نسائكم » ويؤيد هذا القول من جهة الاعراب أن الخبرين اذا اختلفا فى العامل لم يكن نعتهما واحداً ، فلا يجوز عند النحويين : مررت بنسائك وهربت من نساء زيد الظريفات ، على أن تكون « الظريفات » نعتا لنسائك ونساء

زيد ؛ فكذلك الآية لا يجوز أن يكون اللاتى من نعتهما جميعاً لأن الخبرين مختلفان ، ولكنه يجوز على معنى أعنى وأنشد الخليل وسيبويه :

ان بهـا أكتـل أو رزاماً خويربين ينقفان الهـاما

خويربين يعنى لصين بمعنى أعنى • وينقفان : يكسران ، نقفت رأسه كسرته • وقد جاء صريحاً فى حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم : « اذا نكح الرجل المرأة فلا يحل له أن يتزوج أمها دخل بالبنت أو لم يدخل ، واذا تزوج الأم فلم يدخل بها ثم طلقها فان شاء تزوج البنت » أخرجه فى الصحيحين والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـل وان زنى بامراة لم يحرم عليه نكاحها لقوله تعالى « واحل لكم ما وراء ذلكم » وروت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم « سئل عن رجل زنى بامراة فاراد ان يتزوجها أو ابنتها ، فقال : لا يحرم الحرام الحلال » انما يحرم ما كان بنكاح ولا تحرم بالزنا امها ولا ابنتها ولا تحرم هى على ابنه ولا على ابيه للآية والخبر ، ولأنه معنى لا تصير به المراة فراشاً فلم يتعلق به تحريم المصاهرة كالمباشرة بغير شهوة ، وان لاط بغلام لم تحرم عليه أمه وابنته للآية والخبر ، وان زنى بامراة فاتت منه بابنة فقد قال الشافعى رحمه الله : اكره أن يتزوجها ؛ فان تزوجها لم افسخ ، فمن اصحابنا من قال : انما كره خوفاً من أن تكون منه ، فعلى هذا ان علم قطعاً انها منه بأن أخبره النبى صلى الله عليه وسلم فى زمانه لم تحل له •

ومنهم من قال : انما كره ليخرج من الخلاف ، لأن ابا حنيفة يحرمها ، فعلى هذا لو تحقق أنها منه لم تحرم ، وهو الصحيح ، لأنها ولادة لا يتعلق بها ثبوت النسب فلم يتعلق بها التحريم ، كالولادة لما دون ستة اشهر من وقت الزنا ، واختلف أصحابنا فى المنفية باللعان ، فمنهم من قال : يجوز للملاعن نكاحها لأنها منفية عنه فهى كالبنت من الزنا ، ومنهم من قال : لا يجوز للملاعن نكاحها لأنها غير منفية عنه قطعاً ، ولهذا لو اقر بها ثبت النسب) •

الشرح حديث عائشة أخرجه البيهقى فى السنن وضعفه وأخرجه ابن ماجه عن ابن عمر ، قال العلقمى : قال الدميرى : هذا يدل لمذهب الشافعى أن الزنا لا يثبت حرمة المصاهرة حتى يجوز للزانى أن ينكح أم المزنى بها ، وقد ورد فى هذا المعنى أحاديث لكل واحد منها مدلوله عند المخالفين فعن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الزانى المجلود لا ينكح الا مثله » رواه أحمد وأبو داود ، وقال فى الفتح: رجاله ثقات •

وعن عبد الله بن عمرو : « أن رجلا من المسلمين استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى امرأة يقال لها : أم مهزول كانت تسافح وتشترط له أن تنفق عليه فاستأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم أو ذكر له أمرها فقرأ عليه نبى الله صلى الله عليه وسلم : « والزانية لا ينكحها الا زان أو مشرك » رواه أحمد والطبرانى فى الكبير والأوسط ، قال الهيثمى فى مجمع الزوائد : ورجال أحمد ثقات •

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده (أن مرثد بن أبى مرثد الغنوى كان يحمل الأسارى بمكة ، وكان بمكة بغى يقال لها عناق وكانت صديقته قال : فجئت النبى صلى الله عليه وسلم فقلت : يا رسول الله أنكح عناقاً ؟ قال : فسكت عنى فنزلت : « والزانية لا ينكحها الا زان أو مشرك » فدعانى فقرأها على وقال : لا تنكحها) رواه أبو داود والنسائى والترمذى وحسنه • ويمكن الجمع بين الأحاديث بأن المنع لمن كانت مستمرة فى مزاولة البغاء يدل على هذا ما روى عن ابن عباس عند أبى داود والنسائى قال : جاء رجل الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : « ان امرأتى لا تمنع يد لامس قال : غربها ، قال : أخاف أن تتبعها نفسى قال فاستمتع بها » قال المنذرى : ورجال اسناده يحتج بهم فى الصحيحين •

وذكر الدارقطنى أن الحسن بن واقد تفرد به عن عمارة بن أبى حفصة وأن الفضل بن موسى السينانى تفرد به عن الحسن بن واقد ، وأخرجه النسائى من حديث عبد الله بن عبيد الله بن عمير عن ابن عباس وبوب عليه

فى سننه تزويج الزانية وقال : هذا الحديث ليس بثابت ، وذكر أن المرسل فيه أولى بالصواب .

وقال الامام أحمد : لا تمنع يد لامس تعطى من ماله . قلت : فان أبا عبيدة يقول : من الفجور ، قال : ليس عندنا الا أنها تعطى من ماله ، ولم يكن النبى صلى الله عليه وسلم ليأمره بامساكها وهى تفجر ، وسئل عنه ابن الأعرابى فقال : من الفجور . وقال الخطابى : معناه الزانية وأنها مطاوعة لمن أرادها لا ترد يده . وعن جابر عند البيهقى بنحو حديث ابن عباس هذا ، وفى الأدلة التى ساقوها ما يمنع أن تتزوج المرأة من ظهر منه الزنا ، والرجل أن يتزوج من ظهر منها الزنا ويدل على ذلك قوله تعالى « وحرم ذلك على المؤمنين » فانه صريح فى التحريم . قال ابن رشد : اختلفوا فى قوله تعالى « وحرم ذلك على المؤمنين » هل خرج مخرج الذم أو مخرج التحريم ، وهل الاشارة فى قوله ذلك الى الزنا أو الى النكاح ، قال : وانما صار الجمهور الى حمل الآية على الذم لا على التحريم لحديث ابن عباس الذى سقناه . وقد حكى الرويانى عن على وابن عباس وابن عمر وجابر وسعيد بن المسيب وعروة والزهرى والعترة ومالك والشافعى وربيعة وأبى ثور أنها لا تحرم على من زنى بها لقوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم » وقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يحرم الحلال الحرام » أخرجه ابن ماجه من حديث ابن عمر .

وحكى عن الحسن البصرى أنه يحرم على الرجل نكاح من زنى بها على التأبيد واستدل بالآية وحكى أيضاً عن قتادة وأحمد الا اذا تابا لارتفاع سبب التحريم ، وأجاب عنه فى البحر الزخار بأنه أراد بالآية الزانى المشرك ، واستدل بقوله تعالى « أو مشركة » قال : وهى تحرم على الفاسق المسلم بالاجماع ، ولا يخفى ما فى هذا من تأويل يعطل فائدة الآية اذ منع النكاح مع الشرك والزنا حاصل بغير الآية ، ويستلزم أيضاً امتناع عطف المشرك والمشركة على الزانى والزانية .

وقال فى البيان : اذا زنى بامرأة لم ينتشىء بهذا الزنا تحريم المصاهرة .

فلا يحرم على الزانى نكاح المرأة التى زنى بها ولا أمها ولا ابنتها ولا تحرم الزانية على أبى الزانى ولا على أبنائه ، وكذلك اذا قبلها بشهوة حراماً ، أو لمسها أو نظر الى فرجها بشهوة حراما •

ثم قال : وانفرد الأوزاعى وأحمد رحمة الله عليهما أنه اذا لاط بغلام حرم عليه بنته وأمه • وقال أبو حنيفة : اذا قبل امرأة بشهوة حراماً أو لمسها بشهوة حراماً أو كشف عن فرجها ونظر اليه تعلق به تحريم المصاهرة • وان قبل أم امرأته انفسخ به نكاح امرأته • وان قبل رجل امرأة ابنه انفسخ نكاح الأب • دليلنا قوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم » وقوله تعالى « وهو الذى خلق من الماء بشراً فجعله نسباً وصهراً » فأثبت تعالى الصهر فى الموضع الذى أثبت فيه النسب • فلما لم يثبت بالزنا النسب فلم يثبت به الصهر ، ولحديث عائشة وابن عمر مرفوعا عند البيهقى وابن ماجه « لا يحرم الحرام الحلال » والعقد قبل الزنا حلال • وروى أن عمر رضى الله عنه جلد رجلا وامرأة وحرص أن يجمع بينهما فى النكاح • وسئل ابن عباس رضى الله عنه عن رجل زنى بامرأة وأراد أن يتزوجها فقال : يجوز، أرأيت لو سرق رجل من كرم رجل ثم ابتاعه أكان يجوز ؟ •

فرع فان زنى بامرأة فأتته بابنة يمكن أن تكون منه بأن تأتى بها لستة أشهر من وقت الزنا فلا خلاف بين أهل العلم أنه لا يثبت نسبها من الزانى ولا يتوارثان ، وأما نكاحه لها فقد قال الشافعى رضى الله عنه : أكره له أن يتزوجها فان تزوجها لم أفسخ •

واختلف أصحابنا فى العلة التى لأجلها كره للزانى أن يتزوج بها ، فمنهم من قال : انما كره ذلك ليخرج من الخلاف ، فان من الناس من قال : لا يجوز له نكاحها وهذا لو تحقق أنها من مائه بأن أخبره النبى صلى الله عليه وسلم فى زمانه أنها من مائه لم يحرم عليه نكاحها ، لأن علة الكراهة حصول الاختلاف لا غير • ومنهم من قال : انما كره له ذلك بامكان أن يكون من مائه لأنه لم يتحقق ذلك ، فلو تحقق أنها من مائه بأن أخبره النبى صلى الله عليه وسلم فى زمانه انها من مائه لم يجز له تزويجها ، هذا مذهبنا وبه قال مالك •

وقال أبو حنيفة وأحمد : لا يجوز له تزويجها ، واختلف أصحاب أبى حنيفة فى علة تحريمها ؛ فقال المتقدمون من أصحابه : انما حرم نكاحها لكونها ابنة من زنى بها لا أنها ابنته من الزنا ، وانما الزنا عنده ثبت به تحريم المصاهرة على ما مضى . فعلى هذا لا يحرم على آبائه ولا أبنائه . وقال المتأخرون من أصحابه : انما حرم نكاحها لكونها مخلوقة من مائه ، فعلى هذا تحرم على آبائه وأبنائه ، وهذا أصح عندهم .

دليلنا أنها منفية عنه قطعاً بدليل أنه لا يثبت بينهما التوارث ولا حكم فى أحكام الولادة . فلم يحرم عليه نكاحها كالأجنبية وان أكره رجل امرأة على الزنا فأتت منه بابنة فحكمه حكم ما لو طاوعته على الزنا لأنه زنا فى حقه .

فرع وان أتت امرأة بابنة فنفاها باللعان ـ فان كان قد دخل بالزوجة لم يجز له التزوج بابنتها لأنها بنت امرأة دخل بها ، وان لم يدخل بالأم فهل يجوز له نكاح الابنة ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يجوز له تزويجها لأنها منفية عنه فهى كالابنة من الزنا .

(والثانى) لا يجوز له تزويجها لأنها غير منفية عنه قطعاً ، بدليل أنه لو أقر بها لحقته نسبها ؛ والأبنة من الزنا لو عاد الزانى فأقر بنسبها لم يلحقه نسبها .

فرع وان زنى رجل بزوجة رجل لم ينفسخ نكاحها ، وبه قال عامة العلماء ، وقال على بن أبى طالب : ينفسخ نكاحها وبه قال الحسن البصرى .

دليلنا حديث ابن عباس فى الرجل الذى قال للنبى صلى الله عليه وسلم « ان امرأتى لا ترد يد لامس » وقد خرجناه آنفا فكنى الرجل عن الزنا بقوله : « لا ترد يد لامس » ولم يحكم النبى صلى الله عليه وسلم بانفساخ نكاحها .

فـــرع ولو قال رجل : أنا أحيط علماأن لى فى هذه البلدة امرأة يحرم على نكاحها بنسب أو رضاع أو صهر ولا أعلم عينهـا ، جاز له أن يتزوج من تلك البلدة لأن فى المنع من ذلك مشقة ، كما لو كان فى يد رجل صيد فانفلت واختلط بصيد ناحية ولم يتميز ، فانه لا يحرم على النـاس أن يصطادوا من تلك الناحية •

وان اختلطت هذه المرأة بعدد محصور من النساء قل ذلك العدد أو كثر حرم عليه أن يتزوج بواحدة منهن ، لأنه لا مشقة عليه فى اجتناب التزويج من العدد المحصور ، هكذا أفاده ابن الحـداد المصرى من أصـحابنا • والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ويحرم عليه أن يجمع بين اختين فى النكاح لقوله عز وجل « وان تجمعوا بين الأختين » ولأن الجمع بينهما يؤدى الى العداوة وقطع الرحم، ويحرم عليه أن يجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها لما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها » ولأنهما امرأتان لو كانت احداهما ذكرا لم يحل له نكاح الأخرى ، فلم يجز الجمع بينهما فى النكاح كالأختين ؛ فان جمع بين الأختين او بين المرأة وعمتها أو بين المرأة وخالتها فى عقد واحد بطل نكاحهما لأنه ليست احداهما بأولى مـن الأخرى فبطل نكاحهما ، وان تزوج احداهما بعد الأخرى بطل نكاح الثانيـة لأنها اختصت بالتحريم ؛ وان تزوج احداهما ثم طلقها ـ فان كان طلاقا بائنا ـ حلت له الأخرى لأنه لم يجمع بينهما فى الفراش ، وان كان رجعيا لم تحـل لأنها باقية على الفراش •

وان قال : اخبرتنى بانقضاء العدة وانكرت المرأة لم يقبل قوله فى اسقاط النفقة والسكنى لأنه حق لها ، ويقبل قوله فى جواز نكاح أختها لأن الحق لله تعالى ، وهو مقلد فيما بينه وبينه ، فان نكح وثنى وثنية ودخل بها ثم اسلم وتزوج باختها فى عدتها لم يصح •

وقال المزنى : النكاح موقوف على اسلامها ، فان لم تسـلم حتى انقضت

العدة صح ، كما يقف نكاحها على اسلامها . وهذا خطأ لأنها جارية الى بينونة فلم يصح نكاح أختها كالرجعية ، ويخالف هذا نكاحها ، فان الموقوف هناك الحل ، والنكاح يجوز أن يقف حله ولا يقف عقده ، ولهذا يقف حل نكاح المرتدة على انقضاء العدة ولا يقف نكاحها على الاسلام ، ويقف حل نكاح الرجعية على العدة ولا يقف نكاح أختها على العدة) .

الشرح حديث أبي هريرة رواه أحمد والشيخان وأصحاب السنن الأربعة والدارقطني قال ابن عبد البر : أكثر طرقه متواترة عنه . وزعم قوم أنه تفرد به وليس كذلك . قلت : رواه أحمد والبخاري والترمذي من حديث جابر . وقال البيهقي عن الشافعي : ان هذا الحديث لم يرو من وجه يثبته أهل الحديث الا عن أبي هريرة ؛ وما ذكرناه من رواية جابر يدفعه قال البيهقي:هو كما قال الشافعي قد جاء من حديث علي وابن مسعود وابن عمر وابن عباس وعبد الله بن عمرو وأنس وأبي سعيد وعائشة ، وليس فيها شيء على شرط الصحيح ، وانما اتفقنا على اثبات حديث أبي هريرة . وأخرج البخاري رواية عاصم عن الشعبي عن جابر وبين الاختلاف على الشعبي فيه. قال : والحفاظ يرون رواية عاصم خطأ والصواب رواية ابن عون وداود ابن أبي هند . ا هـ .

قال الحافظ ابن حجر : وهذا الاختلاف لم يقدح عند البخاري لأن الشعبي أشهر بجابر منه بأبي هريرة ، وللحديث طريق أخرى عن جابر بشرط الصحيح أخرجها النسائي من طريق ابن جريج عن ابن الزبير عن جابر . وقول من نقل عنهم البيهقي تضعيف حديث جابر معارض بتصحيح الترمذي وابن حبان وغيرهما له وكفى بتخريج البخاري له موصولا قوة .

قال ابن عبد البر : كان بعض أهل الحديث يزعم أنه لم يرو هذا الحديث غير أبي هريرة ، يعني من وجه يصح ، وكأنه لم يصح حديث الشعبي عن جابر وصححه عن أبي هريرة والحديثان جميعاً صحيحان .

قال ابن حجر : وأما نقل البيهقي أنهم رووه من الصحابة غير هذين فقد ذكر مثل ذلك الترمذي بقوله ، وفي الباب ــ لكن لم يذكر ابن مسعود

ولا ابن عباس ولا أنساً ــ وزاد بدلهم أبا موسى وأبا أمامة وسمرة ، وقال : وقع لى أيضاً من حديث أبى الدرداء ومن حديث عتاب بن أسيد ومن حديث سعد بن أبى وقاص ومن حديث زينب امرأة ابن مسعود • قال : وأحاديثهم موجودة عند ابن أبى شيبة وأحمد وأبى داود والنسائى وابن ماجه وأبى يعلى والبزار والطبرانى وابن حبان وغيرهم ؛ ولولا خشية التطويل لأوردتها مفصلة • قال : ولكن فى لفظ حديث ابن عباس عند أبى داود أنه كره أن يجمع بين المرأة على العمة والخالة وقال : انكن اذا فعلتن قطعتن أرحامكن • ا هـ

وأخرج أبو داود فى المراسيل عن عيسى بن طلحة قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أن تنكح المرأة على قرابتها مخافة القطيعة » وأخرجه أيضاً ابن أبى شيبة • وأخرج الخلال من طريق اسحاق بن عبد الله ابن أبى طلحة عن أبيه عن أبى بكر وعثمان أنهم كانوا يكرهون الجمع بين القرابة مخافة الضغائن ولكن الأحاديث التى مضى لنا ذكرها تدل على تحريم الجمع بين من ذكر فى حديث أبى هريرة ، لأن ذلك هو معنى النهى حقيقة وقد حكاه الترمذى عن عامة أهل العلم وقال : لا نعلم بينهم اختلافا فى ذلك، وكذلك حكاه الشافعى عن جميع المفتين وقال : لا اختلاف بينهم فى ذلك •

وقال ابن المنذر : لست أعلم فى منع ذلك اختلافاً اليوم ، انما قال بالجواز فرقة من الخوارج • وهكذا حكى الاجماع القرطبى واستثنى الخوارج • قال : ولا يعتد بخلافهم • وهكذا نقل الاجماع ابن عبد البر ولم يستثن ، ونقل الاجماع ابن حزم واستثنى عثمان البتى ، ونقله النووى فى الروضة والمنهاج واستثنى فى الروضة طائفة من الخوارج والشيعة • ونقله ابن دقيق العيد عن جمهور العلماء ولم يعين المخالف •

أما أحكام الفصل فان المنصوص على تحريمها بالجمع أخت الزوجة، فلا يجوز للرجل أن يجمع بين الأختين فى النكاح ، سواء ان كانتا أختين لأب وأم أو لأب أو لأم • وسواء كانتا أختين من النسب أو من الرضاع لقوله تعالى « وأن تجمعوا بين الأختين » الآية ؛ ولأن العادة جارية أن

الرجل اذا جمع ضرتين تباغضا وتحاسدا وتتبعت كل واحدة عيوب الأخرى وعورتها ، فلو جوزنا الجمع بين الأختين لأدى ذلك الى تباغضهما وتحاسدهما فيكون فى ذلك قطع الرحم بينهما ولا سبيل اليه ، وهو اجماع لا خلاف فيه ، فان تزوجهما معاً فى عقد واحد لم يصح نكاح واحدة منهما، ولأنه لا مزية لاحداهما على الأخرى ؛ فبطل الجمع كما لو ابتاع درهمين بدرهمين ، وان تزوج احداهما ثم تزوج الثانية بطل نكاح الثانية دون الأولى لأن الجمع اختص بالثانية .

فرع ويحرم عليه الجمع بين المرأة وعمتها الحقيقة والمجاز ، من الرضاع أو من النسب ، ويحرم عليه الجمع بين المرأة وخالتها الحقيقة والمجاز ، من الرضاع أو من النسب .

دليلنا ما سقناه من أحاديث بلغت حد التواتر من أطرافها الأولى الى مخرجيها ومدونيها .

قال العمرانى من أصحابنا : ولأن كل امرأتين منهما لو قلبت احداهما ذكراً لم يجز له أن يتزوج بالأخرى بالنسب ؛ فوجب أن لا يجوز الجمع بينهما فى النكاح كالأختين ، ولا يجوز أن يجمع بين المرأة وخالة أمها أو عمة أمها . اهـ

ويجوز الجمع بين امرأة كانت لرجل وبين ابنة زوجها الأول من غيرهما. وقال ابن أبى ليلى : لا يجوز لأنه لو قلبت ابنة الرجل ذكراً لم يحل له نكاح امرأة ابنه فهما كالأختين .

دليلنا قوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم » لأنه لو قلبت امرأة الرجل ذكراً لحل له نكاح الأخرى ، ويخالف الأختين لأنك لو قلبت كل واحدة منهما ذكراً لم يحل له الأخرى ، ويجوز أن يجمع بين المرأة وبين زوجة أبيها لأنه لا قرابة بينهما ولا رضاع ، وكذلك اذا تزوج رجل له ابنة امرأة لها ابنة فيجوز لآخر أن يجمع بين ابنة الزوج وابنة الزوجة ؛ لأنه اذا

جاز أن يجمع بين المرأة وبين ابنة ضرتها لأنه لا قرابة بينهما ولا رضاع ، فلأن يجوز بين بنت رجل وبنت زوجة أولى .

وان تزوج رجل له ابن بامرأة لها ابنة جاز لابن الزوج أن يتزوج بابنة الزوجة لما روى أن رجلا له ابن تزوج امرأة لها ابنة ففجر الغلام بالصبية فسألهما عمر رضى الله عنه فاعترفا فجلدهما وعرض أن يجمع بينهما ، فأبى الغلام ، ولأنه لا نسب بينهما ولا رضاع .

فان قيل : أليس الرجل لو أولد من المرأة ولداً كان أخاً أو أختاً له ؟ فكيف يجوز له أن يتزوج بأخت أخيه ؟ قلنا : انه لا يجوز له التزوج بأخت نفسه ، فأما بأخت أخيه فلا يمنع منه ؛ فان رزق كل واحد منهما ولداً من امرأته كان ولد الأب عم ولد الابن وخاله ، فان تزوج بامرأة وتزوج ابنه بأمها جاز ، لأن أمها محرمة على أبيه دونه ، فان رزق كل واحد منهما ولداً كان ولد الأب عم ولد الابن وولد الابن خال ولد الأب .

فرع وان تزوج بامرأة ثم طلقها وأراد أن يتزوج بأختها أو عمتها أو خالتها أو تزوج أربع نسوة وطلقهن وأراد أن ينكح أربعاً غيرهن أو طلق واحدة منهن وأراد أن يتزوج غيرها ــ فان كان الطلاق قبل الدخول ــ يصح تزويجه بلا خلاف ؛ لأنه لا عدة له على المطلقة ، وان كان بعد الدخول ــ فان كان الطلاق رجعياً ــ لم يصح تزويجه قبل انقضاء العدة ، لأن المطلقة فى حكم الزوجات ، وان كان الطلاق بائناً صح تزويجه عندنا قبل انقضاء العدة وبه قال زيد بن ثابت رضى الله عنه والزهرى ومالك . وقال الثورى وأبو حنيفة : لا يصح ، وروى ذلك عن على وابن عباس . دليلنا أن المطلقة بائن منه فجاز له عقد النكاح على أختها كالبائن قبل الدخول .

فرع قال الشافعى فى الأم : فان تزوج رجل امرأة فطلقها طلاقاً رجعياً ثم قال الزوج : قد أخبرتنى بانقضاء عدتها فأنكرت لم يقبل قوله فى اسقاط نفقتها وكسوتها وسائر حقوقها ؛ لأنه حق لها فلم يقبل قوله فى

اسقاطه ، وان أراد أن يتزوج بأختها أو عمتها وصادقته التى تزوجهـا على ذلك صح تزويجه ، لأن الحق لله تعالى وهو مقدر فيما بينه وبينه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ومن حرم عليه نكاح امرأة بالنسب له أو بالمصـاهرة أو بالجمع حرم عليه وطؤها بملك اليمين لأنه اذا حرم النكاح فلأن يحرم الوطء وهو المقصود أولى وان ملك أختين فوطىء أحداهما حرمت عليه الأخرى حتى تحرم الموطوءة ببيع أو عتق أو كتابة أو نكاح ، فان خالف ووطئها لم يعد الى وطئها حتى تحرم الأولى .

والمستحب أن لا يطأ الأولى حتى يستبرىء الثانية حتى لا يكون جامعـاً للماء فى رحم أختين ، وان تزوج امرأة ثم ملك أختها لم تحل له المملوكة ، لأن أختها على فراشه ، وان وطىء مملوكة ثم تزوج أختها حرمت المملوكة وحلت المنكوحة ، لأن فراش المنكوحة أقوى ، لأنه يملك به حقوق لا تملك بفـراش المملوكة من الطلاق والظهار والايلاء واللعان . فثبت الأقوى وسقط الأضعف كملك اليمين لما ملك به ما لا يملك بالنكاح من الرقبة والمنفعـــة اذا طرأ على النكاح ثبت وسقط النكاح .

فصـــل وما حرم من النكاح والوطء بالقرابة حرم بالرضاع ، لقوله تعالى ((وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضـــاعة)) فنص على الأم والأخت وقسنا عليهما من سواهما ، وروت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ((يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة)) .

فصـــل ومن حرم عليه نكاح امرأة على التأبيد برضاع أو نـكاح أو وطء مباح صار لها محرما فى جواز النظر والخلوة ، لأنها محرمة عليه على التأبيد بسبب غير محرم فصار محرما لها كالأم والبنت ، ومن حرمت عليـه بوطء شبهة لم يصر محرماً لها لأنها حرمت عليه بسبب غير مباح ، ولم تلحق بذوات المحارم والأنساب) .

الشرح حديث عائشة رضى الله عنها مضى تخريجه فى التحريم بالرضاع .

أما الأحكام فان الشرع ساوى بين الأمة والحرة فى تحريم الجمع بين الاختين كما لا يحل له نكاحها بنسب أو رضاع أو مصاهرة ، لم يحل له وطؤها واسم النكاح يقع على الوطء ؛ ولأن المقصود بعقد النكاح هو الوطء ، فاذا حرم عقد النكاح فلأن يحرم الوط أولى ، ويسرى على الامام تحريم الجمع بين المرأة وعمتها والمرأة وخالتها فى الوطء ، وان كان يحل فى الملك ؛ لأن الاستمتاع ليس غاية للملك ، وانما المقصود بالملك المنفعة وما ذكره المصنف فعلى وجهه •

مسألة اذا حرم عليه نكاح المرأة على التأبيد بنكاح أو رضاع أو وطء مباح صار محرماً لها فى جواز النظر والخلوة ، لأنها محرمة عليه على التأبيد بسبب غير محرم فصار محرماً لها كالأم والابنة ، وان حرم عليه نكاحها بوطء شبهة فهل تصير محرماً له ؟ فيه قولان حكاهما الصيمرى (المشهور) أنها لا تصير محرماً له لأنها حرمت عليه بسبب غير مباح فلم يلحق بذوات الأنساب • (والثانى) أنها تصير محرماً له لأنها لما ساوت من وطئت وطئاً مباحاً فى تحريم النكاح ولحوق النسب من هذا الوطء ساوتها فى الخلوة والنظر •

مسألة اذا وطىء الرجل امرأة بملك صحيح أو بشبه ملك أو بشبهة عقد نكاح أو وطئها زوجة أو أمة حرمت عليه أمهاتها وبناتها على التأبيد لأنه وطء يتعلق به لحوق النسب فتعلق به تحريم المصاهرة كالوطء فى النكاح ، ولأنه معنى تصير به المرأة فراشاً فتعلق به تحريم المصاهرة كعقد النكاح ، وهذا هو المشهور من المذهب • وحكى المسعودى قولا آخر أنه لا يتعلق به تحريم المصاهرة بوطء شبهة ، وليس بشىء عند أصحابنا منهم صاحب البيان وغيره •

وان باشر امرأة دون الفرج بشهوة فى ملك أو شبهة بأن قبلها أو لمس شيئاً من بدنها فهل يتعلق بذلك تحريم المصاهرة ؟ وتحرم عليه الربيبة على التأبيد ؟ فيه قولان :

(أحدهما) يتعلق به التحريم ، وبه قال أبو حنيفة ومالك • وقالا : انه

روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وليس له مخالف فى الصحابة ، ولأنه تلذذ بمباشرة فتعلق به تحريم المصاهرة والربيبة كالوطء ؛ فقولنا : تلذذ احتراز من المباشرة بغير شهوة ، وقولنا : بمباشرة احتراز من النظر .

(والثانى) لا يتعلق به تحريم المصاهرة ولا الربيبة ، وبه قال أحمد ابن حنبل لقوله تعالى : « وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن » وهذا ليس بدخول ، ولأنه لمس لا يوجب الغسل فلم يتعلق به تحريم كالمباشرة بغير شهوة وان نظر الى فرجها بشهوة لم يتعلق به تحريم المصاهرة ولا تحريم الربيبة . وقال الثورى وأبو حنيفة : يتعلق بها التحريم ، وحكاه المسعودى قولا آخر للشافعي وليس بمشهور . دليلنا أنه نظر الى بعض بدنها فلم يتعلق به التحريم كما لو نظر الى وجهها .

فرع وان تزوج امرأة ثم وطىء بنتها أو أمها بشبهة أو وطىء الأب زوجة الابن بشبهة أو وطىء الابن زوجة الأب بشبهة انفسخ النكاح ؛ لأنه معنى يوجب تحريماً مؤبداً ، فاذا طرأ على النكاح أبطله كالرضاع .

اذا ثبت هذا فان تزوج رجل امرأة ؛ وتزوج ابنه ابنتها ، ثم زفت الى كل منهما زوجة صاحبه ووطئها ولم يعلما ، فان الأول لما وطىء غير زوجته منهما لزمه لها مهر مثلها وانفسخ نكاح الموطؤة من زوجها لأنها صارت فراشاً لأبيه أو ابنه ، ويجب عليه الغرم لزوجها ، لأنه حال بينه وبين بضع امرأته ، وفيما يلزمه قولان : (أحدهما) جميع مهر المثل . (والثانى) نصفه ، كالقولين فيما يلزم المرضعة لزوج الرضيعة اذا انفسخ النكاح بارضاع ، وينفسخ نكاح الواطىء الأول من زوجته لأن أمها أو ابنتها صارت فراشاً له ؛ فيجب عليه لامرأته نصف المسمى لأن الفرقة جاءت من جهته .

وأما الوطىء الثانى فيلزمه مهر المثل للتى وطئها ، ولا يجب عليه لزوجها شىء لأنه لم يحل بينه وبين بضعها لأن الحيلولة بينهما حصلت بوطء الأول ، ولا يجب على الثانى لزوجته أيضاً شىء ؛ لأن الفرقة بينهما جاءت من قبلها بتمكينها الأول من نفسها ؛ فان عرف الأول منهما أو الثانى ، تعلق بوطء

كل واحدة منهما مهر المثل على الذى وطئها وينفسخ النكاحان ، ويجب لكل واحدة منهما على زوجها نصف المسمى لها ، لأنا تتيقن وجوبه فلا يسقط بالشك ولا يرجع أحدهما على الآخر بشىء ، لأن ذلك انما وجب للثانى على الأول ولم يعلم الأول من الثانى ، ويجب على كل واحدة منهما العدة ، وان جاءت كل واحدة بولد لحق الولد بواطئها ولا حد على أحدهما • وهذا ان كان الواطىء والموطوءة جاهلين بالتحريم ، وان كانت جاهلة وهو عالم بالتحريم ثبت لها المهر ولا حد عليها ولا يجب عليها عدة ، ولا يلحقه النسب ؛ ولا يثبت بهذا الوطء تحريم المصاهرة ، ويجب على الواطىء الحد، وان كان الواطىء جاهلا بالتحريم والمرأة عالمة بالتحريم وجب عليها العدة ولحق النسب به وثبت به تحريم المصاهرة ، ولا حد عليه ؛ ولا مهر لها ، وعليها الحد وجوباً •

فرع وان تزوج رجل امرأة ثم تزوج أخرى فوطىء احداهما ثم بان أن احداهما أم الأخرى ، فان نكاح الأولى صحيح لأنه لم يتقدمه ما يمنع صحته ، ونكاح الثانية باطل ؛ لأن نكاح الأولى يمنع نكاح الثانية •

وأما الواطىء فان كان وطىء الأولى فقد صادف وطؤه زوجته واستقر به المسمى لها ، ويفرق بينه وبين الثانية ، وتحرم عليه على التأبيد ؛ لأنها ان كانت هى البنت فقد وطىء أمها ، وان كانت هى الأم فقد عقد على بنتها ووطئها ؛ وان كانت الموطوءة هى الثانية وجب لها عليه مهر مثلها وانفسخ نكاح الأولى وحرمت عليه على التأبيد ، لأنها ثبت من وطئها بشبهة أو أمها ، ووجب عليه للأولى نصف المسمى لها لأن الفسخ من جهته ، وهل يجوز أن يتزوج الثانية على الانفراد ؟ ينظر فيه ؛ فان كانت البنت جاز له أن يتزوجها لأنها ربيبة لم يدخل بأمها ، وان كانت الأم لم يجز له تزويجها ، لأنه قد عقد النكاح على ابنتها ، وان وطئهما جميعاً ثم بان أن احداهما أم الأخرى فان وطىء أولا المنكوحة أولا فقد صادف وطؤه زوجته فاستقر به عليه مهر مثلها المسمى ؛ فلما وطىء الثانية لزم لها مهر مثلها وانفسخ نكاح الأولى بوطء الثانية ، ولا يسقط من مهر الأولى شىء لأن الفسخ وقع بعد الدخول •

وان وطىء أولا المنكوحة ثانياً ثم وطىء بعدها المنكوحة أولا ، فانه لما وطىء المنكوحة ثانياً أولا لزمه لها مهر مثلها وانفسخ بهذا الوطء نكاحه من زوجته وهى المنكوحة أولا ، ولزمه لها نصف المهر المسمى ؛ فاذا وطىء المنكوحة أولا بعد ذلك لزمه بهذا الوطء مهر مثلها ، وان أشكل الأمر فلم يعلم المنكوحة أولا من المنكوحة ثانياً ، ووطىء احداهما ؛ وقف عنهما لجواز أن تكونا محرمتين عليه على التأبيد ، فان كانت الموطوءة تعلم عينها وجب لها أقل الأمرين من مهر المثل أو المسمى لها لأنها تستحق ذلك بيقين، لأنها ان كانت هى المنكوحة أولا فلها المسمى ؛ وان كانت هى المنكوحة ثانياً فلها مهر المثل ، وتوقف الزيادة حتى تتبين ، وان كانت الموطوءة أيضاً مشكلة وقف أقل المهرين بينهما حتى يتبين أو يصطلحا . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ويحرم على المسلم ان يتزوج ممن لا كتاب له من الكفار ، كعبدة الأوثان ومن ارتد عن الاسلام ، لقوله تعالى « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » ويحرم عليه أن يطأ اماءهم بملك اليمين ، لأن كل صنف حرم وطء حرائرهم بعقد النكاح حرم وطء امائهم بملك اليمين كالأخوات والعمات ، ويحل له نكاح حرائر أهل الكتاب ، وهم اليهود والنصارى ومن دخل فى دينهم قبل التبديل لقوله تعالى « وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات المحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم » ولأن الصحابة رضى الله عنهم تزوجوا من أهل الذمة ، فتزوج عثمان رضى الله عنه نائلة بنت الفرافصة الكلبية وهى نصرانية وأسلمت عنده ، وتزوج حذيفة رضى الله عنه يهودية من أهل المدائن ، وسئل جابر رضى الله عنه عن نكاح المسلم لليهودية والنصرانية فقال « تزوجنا بهن زمان الفتح بالكوفة مع سعد بن ابى وقاص » ويحل له وطء امائهم بملك اليمين ، لأن كل جنس حل نكاح حرائرهم حل وطء امائهم كالمسلمين ، ويكره ان يتزوج حرائرهم وان يطأ اماءهم بملك اليمين ؛ لأنا لا نامن ان يميل اليها فتفتنه عن الدين أو يتولى أهل دينها ، فان كانت حربية فالكراهية أشد ، لأنه لا يؤمن ما ذكرناه ، ولأنه يكثر سواد أهل الحرب ، ولأنه لا يؤمن ان يسبى ولده منها فيسترق .

فصـــل واما غير اليهود والنصارى من اهل الكتاب ، كمن يؤمن بزبور داود عليه السلام وصحف شعيب ، فلا يحل للمسلم أن ينكح حرائرهم ولا ان يطأ اماءهم بملك اليمين لأنه قيل : ان ما معهم ليس من كلام الله عز جل وانما هو شيء نزل به جبريل عليه السلام كالأحكام التى نزل بها على النبى صلى الله عليه وسلم من غير القرآن ، وقيل : ان الذى معهم ليس بأحكام وانما هى مواعظ ؛ والدليل عليه قوله تعالى « انما انزل الكتاب على طائفتين من قبلنا » ومن دخل فى دين اليهود والنصارى بعد التبديل لا يجوز للمسلم ان ينكح حرائرهم ولا أن يطأ اماءهم بملك اليمين لأنهم دخلوا فى دين باطل ، فهم كمن ارتد من المسلمين ، ومن دخل فيهم ولا يعلم انهم دخلوا قبل التبديل او بعده كنصارى العرب وهم تنوخ وبنو تغلب وبهراء لم يحل نكاح حرائرهم ولا وط امائهم بملك اليمين ، لأن الأصل فى الفرج الحظر فلا تستباح مع الشك) .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : (وأهل الكتاب الذين يحل نكاحهم اليهود والنصارى دون المجوس) وجملة ذلك أن المشركين على ثلاثة أضرب : ضرب لهم كتاب وضرب لا كتاب لهم ولا شبهة ، وضرب لهم شبهة كتاب ؛ فاما الضرب الذين لهم كتاب فاليهود والنصارى ؛ وليس بين أهل العلم اختلاف فى حرائر أهل الكتاب .

وممن روى عنه ذلك عمر وعثمان وطلحة وحذيفة وسلمان وجابر وغيرهم . قال ابن المنذر : ولا يصح عن أحد من الأوائل أنه حرم ذلك . وروى الخلال باسناده أن حذيفة وطلحة والجارود بن المعلى وأذينة العبد تزوجوا نساء من أهل الكتاب ، وبه قال سائر أهل العلم ، وحرمته الامامية تمسكاً بقوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » وقوله تعالى : « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » .

دليلنا قوله تعالى : « يسئلونك ماذا أحل لهم ، قل أحل لكم الطيبات ــ الى قوله تعالى ــ والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم » قال ابن عباس : هذه الآية نسخت قوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركات حتى

يؤمن » لأن المائدة نزلت بعد البقرة ، وقد نكح عثمان نصرانية ، ونكح حذيفة يهودية ، وسئل جابر بن عبد الله عن نكاح المسلم اليهودية والنصرانية فقال : تزوجناهن بالكوفة عام الفتح ، يعنى فتح العراق ، اذ لم نجد مسلمة، فلما انصرفنا طلقناهن ، نساؤهم حل لنا ونساؤنا يحرمن عليهم •

فـــرع فيمن تنصروا بعد تحريف كتب موسى وعيسى فانه لا يجوز زواج نسائهم ولا يجوز فرض الجزية عليهم فاذا ثبت هذا فان عدم جواز من تنصر قومها بعد بعثة نبينا صلى الله عليه وسلم أولى وذلك مثل الشعوب الذين يدخلون فى النصرانية على يد المبشرين من أهل الفلبين وأندونيسيا والسودان •

وأما من لا كتاب لهم ولا شبهة كتاب فهم عبدة الأوثان : وهم قـوم يعبدون ما يستحسنون من حجر وحيوان وشمس وقمر ونار وأنهار وأشجار ولا يجوز اقرارهم على دينهم ولا يجوز نكاح حرائرهم ؛ وان ملكت منهم أمة لم يحل وطؤها بملك اليمين لقوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » وقوله تعالى : « ولاتمسكوا بعصـم الكوافر » فيحـرم نـكاح المشركات ثم نسخ منه نكاح أهل الذمة على قول من يجعل الاستثناء مـن العام نسخاً فى قدره ، وبقى الباقى منهم على عموم التحريم •

وأما من لهم شبهة كتاب وهم المجوس ــ ولا خلاف أنه ليس لهم كتاب موجود ــ وهل كان لهم كتاب ثم رفع ؟ فيه قولان يأتيان فى موضعهما من الجهاد والسير جـ ١٨ ان شاء الله •

اذا ثبت هذا فيجوز اقرارهم على دينهم ببذل الجزية ، ولا يحـل نكاح حرائرهم • وحكى عن أبى اسحاق المروزى أنه قال : اذا قلنا ان لهم كتاباً حل نكاح حرائرهم والأول هو المذهب • وقد ذهب ابن حـزم الى جواز نكاح حرائرهم فى كتابه الفصل فى الملل والأهواء والنحل بناء على وجوب الجزية عليهم ، وهو أخذ بالقياس الذى يرفضه ويحمل عليـه فى جميع كتبه التى تدور كلها على ذم القياس •

ودليلنا قوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » وقوله تعالى : « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » وهذا عام فى كل مشركة الا ما قام عليه دليل وهو أهل الكتاب ، وهؤلاء غير متمسكين بكتاب فلم تحل مناكحتهم، وقال ابراهيم الحربى : روى عن بضعة عشر نفساً من الصحابة رضى الله عنهم أنهم قالوا : لا يحل لنا نكاح نسائهم . وقال أبو ثور : يحل لنا نكاح حرائرهم قياساً على الجزية . وقد قلنا : ان هؤلاء ليسوا أهل كتاب فلم تحل مناكحتهم ولا أكل ذبائحهم كعبدة الأوثان وأما قول أبى اسحاق من أصحابنا وأبى ثور من الفقهاء أصحاب الشافعى القدامى فغير صحيح ؛ لأنه لو جاز نكاحهم على القول بأن لهم كتاباً لحل قتالهم على القول الذى يقول : لا كتاب لهم . هكذا أفاده العمرانى فى البيان .

فرع فأما المتمسكون بالكتب التى نزلت على الأنبياء صلوات الله عليهم كمن تمسك بصحف ابراهيم وزبور داود وشعيب عليهم السلام ؛ فلا يحل نكاحهم ولا وطء الاماء منهم بملك اليمين ، ولا يحل أكل ذبائحهم؛ وعلل الشافعى رضي الله عنه ذلك بعلتين احداهما أن تلك الكتب ليس فيها أحكام ، وانما هى مواعظ فلم تثبت لها حرمة . والثانية : أنها ليست من كلام الله سبحانه وتعالى ، وانما كانت وحياً منه وقد يوحى ما ليس بقرآن كما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « أتانى جبريل يأمرنى أن أجهر ببسم الله الرحمن الرحيم » ولم يكن ذلك قرآنا وكلاماً من الله تعالى ؛ هكذا ذكر الشيخ أبو حامد وأفاده العمرانى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **واختلف أصحابنا فى السامرة والصابئين ، فقال ابو اسحاق : السامرة من اليهود والصابئون من النصارى ، واستفتى القاهر ابا سعيد الاصطخرى فى الصابئين فافتى بقتلهم لأنهم يعتقدون ان الكواكب السبعة مدبرة ، والمذهب انهم ان وافقوا اليهود والنصارى فى أصول الدين من تصديق الرسل والايمان بالكتب كانوا منهم ، وان خالفوهم فى أصول الدين**

لم يكونوا منهم وكان حكمهم حكم عبدة الأوثان . واختلفوا فى المجوس ، فقال أبو ثور : يحل نكاحهم لأنهم يقرون على دينهم بالجزية كاليهود والنصارى .

وقال أبو اسحاق : ان قلنا : انهم كان لهم كتاب حل نكاح حرائرهم ووطء امائهم ، والمذهب انه لا يحل لانهم غير متمسكين بكتاب فهم كعبدة الأوثان . وأما حقن الدم فلان لهم شبهة كتاب والشبهة فى الدم تقتضى الحقن وفى البضع تقتضى الحظر . وأما ما قال ابو اسحاق فلا يصح لانه لو جاز نكاحهم على هذا القول لجاز قتلهم على القول الآخر .

فصل ويحرم عليه نكاح من ولد بين وثنى وكتابية لان الولد من قبيلة الاب لهذا ينسب اليه ويشرف بشرفه ، فكان حكمه فى النكاح حكمه ، ومن ولد بين كتابى ووثنية ففيه قولان (احدهما) انها لا تحرم عليه ، لانها من قبيلة الاب ، الاب من أهل الكتاب (الثانى) انها تحرم لانها لم تتمحض كتابية فاشبهت المجوسية) .

الشرح الأحكام : السامرة والصابئون . قال الشافعى رضى الله عنه فى موضع : السامرة صنف من اليهود ، والصابئون صنف من النصارى، وتوقف الشافعى رضى الله عنه فى موضع آخر فى حكمهم ، فقال أبو اسحاق: انما توقف فى حكمهم قبل أن يتيقن أمرهم ؛ فلما تيقن أمرهم ألحقهم بهم وحكى أن القاهر العباسى استفتى فى الصابئة فأفتاه أبو سعيد الاصطخرى أنهم ليسوا من أهل الكتاب . لأنهم يقولون : ان الفلك حى ناطق ، وان الأنجم السبعة آلهة ، وهما الشمس والقمر والمشترى (جوبتير) وزحل والمريخ وزهرة وعطارد ، فأفتى بضرب رقابهم فجمعهم القاهر ليقتلهم فبذلوا له مالا كثيراً فتركهم ؛ وهؤلاء يتفقون مع قدماء اليونان فى عبادة الزهرة والمريخ ، وفينوس اله الجمال وباكوس اله النبيذ وجوبتير ، أما السامريون فيقال : انهم أصحاب موسى السامرى وقبيله . وهم يقطنون نابلس من أرض فلسطين ــ كشف الله البلاء عنها وأزاح غمتها ، وفرج الكروب الملمة ؛ والنكبات المدلهمة التى حاقت بالقدس الشريف .

وعلينا أن ننظر فى أمر الفريقين فان كانوا يخالفون اليهود والنصارى فى أصول دينهم فليسوا منهم ، وان كانوا يوافقونهم ـ ولا أظن الصابئين يوافقونهم فى أصول دينهم ويخالفونهم فى الفروع فهم منهم ، كما أن المسلمين ملة واحدة لاتفاقهم فى أصول الدين ؛ وان اختلفوا فى الفروع •

وقال المقريزى : اعلم أن طائفة السامرة ليسوا من بنى اسرائيل ألبتة ، وانما هم قوم قدموا من المشرق وسكنوا بلاد الشام وتهودوا ، الى أن قال: وعرفوا بين الأمم بالسامرة لسكناهم بمدينة شمرون ، وشمرون هذه هى مدينة نابلس •

فرع قال الشافعى رضى الله عنه : ولا أكره نساء أهل الحرب الا لئلا يفتن مسلماً عن دينه ، وجملة ذلك أن الحربية من أهل الكتاب يجوز نكاحها اعتباراً بالكتاب دون الدار •

اذا ثبت هذا فانه يكره للمسلمين نكاح الكتابية بكل حال ، لأنه لا يؤمن أن تفتنه عن دينه ، أو تزعزع عقيدة أبنائه منها ولطالما رأينا ملحدين وخونة وعملاء يرجع سبب ذلك الى تأثرهم بأمهاتهم غير المسلمات أو خلطائهم ممن يطوون على الاسلام كشحاً ، ولا يودون لأمته عزا ؛ فيزلزلون المثل الرفيعة فى ضمائر هؤلاء المتفرنجين ، فينقلبون حرباً على أمتهم وعلى عقائدها وشرائعها ، وقد كثرت جرائم هذا الصنف من الزواج الغر الجهول حتى تفشت مضاره فسنت حكومة مصر قانوناً بحظر الزواج من هؤلاء الأجنبيات على ضباط القوات المسلحة ؛ وعلى رجال السلك الدبلوماسى من السفراء والقناصل والمفوضين ومن اليهم حتى لا تتسرب أسرارنا الى العدو ، وهذا يدل على بعد نظر الامام الشافعى رضى الله عنه ودقة فهمه وقوة اجتهاده حين كره ذلك لجميع أفراد الأمة ولم يفرق بين فئة وأخرى لأن كل مسلم على ثغرة من ثغور الاسلام ، فلا يؤتى الاسلام من قبله •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا يحل له نكاح الامة الكتابية لقوله تعالى « ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصـــنات المؤمنات فمما ملكت ايمانـــكم من فتياتكم المؤمنات » ولانها ان كانت لكافر استرق ولده منها ، وان كانت لمسلم لم يؤمن ان يبيعها من كافر فيسترق ولده منها .

واما الامة المسلمة فانه ان كان الزوج حراً نظرت فان لم يخش العنت وهو الزنا لم يحل له نكاحها لقوله تعالى « ومن لم يستطع منكم طولا ان ينـــكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات » الى قوله عز وجل « ذلك لمن خشى العنت منكم » فدل على أنها لا تحل لمن لم يخش العنت ، وان خشي العنت ولم تكن عنده حرة ولا يجد طولاً ، وهو ما يتزوج به حرة ، ولا ما يشترى به امة جاز له نكاحها للآية ، وان وجد ما يتزوج به حرة مسلمة لم يحل له نكاح الامة لقوله تعالى « ومن لم يستطع منكم طولا ان ينـــكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت ايمانكم » فدل على انه اذا استطاع ما ينكح به محصنة مؤمنة انه لا ينكح الامة ، وان وجد ما يتزوج به حرة كتابيـــة او يشترى به امة ففيه جهان .

(احدهما) يجوز ، لقوله تعالى « ومن لم يســتطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت ايمانكم » وهذا غير مستطيع ان ينكح المحصنات المؤمنات (والثانى) لا يجوز ، وهو الصحيح ، لقوله تعالى « ذلك لمن خشى العنت منكم » وهذا لا يخشى العنت . وان كانت عنده حرة لا يقدر على وطئها لصغر او لرتق او لضنى من مرض ففيه جهان .

(احدهما) يحل له نكاح الامة ، لانه يخشى العنت .

(والثانى) لا يحل ، لان تحته حرة فلا يحل له نكاح الامة ، والصـــحيح هو الاول ، فان لم تكن عنده حرة ولم يقدر على طـول حـرة وخشى العنت فتزوج امة ثم تزوج حرة او وجد طول حرة او امن العنت لم يبطـل نـكاح الامة . قال المزنى : اذا جد صداق حرة بطل نكاح الامة ، لان شرط الاباحة قد زال ، وهذا خطا ، لان زوال الشرط بعد العقد لا حكم له كما لو امن العنت بعد العقد ، وان كان الزوج عبداً حل له نكاح الامة ، وان وجد صداق حـرة

ولم يخف العنت لأنها مساوية له فلم يقف نكاحها على خوف العنت عدم صداق الحرة كالحرة فى حق الحر .

فصـــل ويحرم على العبد نكاح مولاته ، لان احكام الملك والنكاح تتناقض ، فان المرأة بحكم الملك تطالبه بالسفر الى المشرق والعبد بحكم النكاح يطالبها بالسفر الى المغرب ، والمرأة بحكم النكاح تطالبه بالنفقة ، والعبد بحكم الملك يطالبها بالنفقة ، وان تزوج العبد حرة ثم اشترته انفسخ النكاح ، لان ملك اليمين أقوى لانه يملك به الرقبة والمنفعة ، فاسقط النكاح ، ويحرم على المولى ان يتزوج أمته لأن النكاح يوجب للمرأة حقوقاً يمنع منها ملك اليمين فبطل ، وان تزوج جارية ثم ملكها انفسخ النكاح لما ذكرناه فى العبد اذا تزوج حرة ثم اشترته .

فصـــل ويحرم على الاب نكاح جارية ابنه لأن له فيها شبهة تسقط الحد بوطئها فلم يحل له نكاحها كالجارية المشتركة بينه وبين غيره ، فان تزوج جارية اجنبى ثم ملكها ابنه ففيه وجهان (أحدهما) انه يبطل النكاح لان ملك الابن كملكه فى اسقاط الحد وحرمة الاستيلاد فكان كملكه فى ابطال النكاح (والثانى) لا يبطل لأنه لا يملكها بملك الابن فلم يبطل النكاح) .

الشرح لا يجوز للحر المسلم نكاح الأمة المشركة سواء كانت وثنية أو كتابية وقال أبو حنيفة : يجوز له نكاح الأمة الكتابية ، دليلنا قوله تعالى : « ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات » الآية ، فدل على أنه لا يجوز نكاح الفتيات غير المؤمنات ، ويجوز للحر المسلم أن ينكح الأمة المسلمة بشرطين :

(أحدهما) أن يكون عادماً للطول وهو مهر الحرة المحصنة.والمحصنات هنا من الحرائر ولو كن أبكاراً ، والمحصنات أيضاً المزوجات والمحصنات العفائف ، أحصنت المرأة عفت عن الزنا ، وكل امرأة عفيفة محصنة ومحصنة (بفتح الصاد المهملة وكسرها) وكل امرأة مزوجة محصنة بالفتح فقط ، والحصان بفتح الحاء المرأة العفيفة ، ولعل اللفظ مأخوذ فى الأصل من الحصن وهو المكان الذى لا يقدر عليه لارتفاعه ، وحصن بالضم حصانة

فهو حصين ، والحصان بالكسر الفرس العتيق ، ولعله سمى بذلك لأن ظهره كالمحصن لصاحبه • وقيل انه ضن بمائة فلم ينزل الا على كريمة • ومن هذه المادة كان اذا أصاب الحر البالغ امرأته أو أصيبت الحرة البالغة بنكاح فهو احصان فى الاسلام والشرك ، والمراد فى نكاح صحيح ؛ واسم الفاعل من أحصن اذا تزوج محصن بالفتح على غير قياس والمرأة محصنة أيضاً على غير قياس ، ولذا قال تعالى « المحصنات » •

(والثانى) أن يكون خائفاً من العنت ، والعنت الخطأ وأيضا المشقة ؛ يقال : أكمة عنوت أى شاقة • قال تعالى : « عزيز عليه ما عنتم » وقال : « ودوا ما عنتم » ومعناه هنا الفجور أو الوقوع فى المشقة المفضية الى الزنا ، فان خاف العنت أو لم يستطع الطول جاز له أن ينكح الأمة المسلمة ، وبه قال ابن عباس وجابر رضى الله عنهم • ومن التابعين الحسن وعطاء وطاوس وعمرو بن دينار والزهرى ؛ ومن الفقهاء مالك والأوزاعى •

وقال أبو حنيفة : اذا لم يكن تحته حرة حل له نكاح الأمة وان لم يخف العنت سواء كان قادراً على صداق حرة أو غير قادر ، وقال الثورى وأبو يوسف : اذا خاف العنت حل له نكاح الأمة ، وان لم يعدم الطول • وقال عثمان البتى : يجوز له أن يتزوج الأمة بكل حال كالحرة •

دليلنا قوله تعالى : « ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات » الى قوله : « ذلك لمن خشى العنت منكم » فلم يجز نكاحها الا مع وجود الشرطين ؛ فان وجد مهر حرة مسلمة لم يجز له نكاح الأمة للآية • وان كان مجنونا لم يحل له نكاح الأمة لأنه لا يخاف الزنا ؛ وان كان عادماً لطول حرة مسلمة وخائفا للعنت فأقرضه رجل مهر حرة مسلمة أو رضيت الحرة بتأخير الصداق عليه حل له نكاح الأمة ، لأن عليه ضررا بتعلق الدين بذمته ، وان بذل له رجل هبة الصداق حل له نكاح الأمة لأن عليه منة فى ذلك ، وان وجد طول حرة مسلمة الا أنه لا يتزوج لقصور نسبه أو لم يزوجه أهل البلد الا بأكثر من مهر المثل فله أن يتزوج أمة لأنه

غير قادر على حرة مسلمة ، ووجود الشيء بأكثر من ثمن مثله بمنزلة عدمه ، وان رضيت الحرة بدون مهر المثل وهو واجد له فهل له أن يتزوج أمة ؟ فيه وجهان حكاهما المسعودى ، وان كان تحته حرة صغيرة لا يقدر على وطئها ، أو تحته كبيرة مريضة أو غائبة لا يصل اليها فهل له أن يتزوج أمة ؟ فيه وجهان : (أحدهما) يجوز له نكاح الأمة ، لأن الله تعالى شرط فى نكاحها أن لا يستطيع نكاح المحصنات المؤمنات والشرط موجود . (والثانى) لا يجوز له وهو الأصح لأنه لا يخاف العنت .

مسألة لا يصح نكاح العبد لمولاته لتناقض أحكام الملك والنكاح فى النفقة والسفر ؛ لأن العبد مستحق النفقة عليها وهى مستحقة النفقة عليه ، وللمرأة أن تسافر بعبدها الى أى بلد تشاء ، وللزوج أن يسافر بزوجته الى أى بلد يشاء ، فلو صححنا نكاحه لمولاته لتناقضت الأحكام فى ذلك ؛ فان تزوج حرة ثم ملكته انفسخ نكاحها منه لأن حكم ملك اليمين أقوى من النكاح . ولا يصح للرجل أن ينكح جارية ولده لصلبه ، ولا ولدولده وان سفل لأن له شبهة فى ماله بدليل أنه يجب عليه اعفافه فصارت كجارية نفسه ، وفى أحكام هذه الفصول فروع كثيرة اجتزأنا بأحراها بنظرة الاسلام الى ظاهرة الرق لندعم بها ما قررنا فى أول أبواب العتق . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يجوز نكاح المعتدة من غيره لقوله تعالى « ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله » ولان العدة وجبت لحفظ النسب ، فلو جوزنا فيها النكاح اختلط النسب وبطل المقصود ، ويكره نكاح المرتابة بالحمل بعد انقضاء العدة ، لانه لا يؤمن ان تكون حاملا من غيره ، فان تزوجها ففيه وجهان .

(احدهما) وهو قول ابى العباس ان النكاح باطل لانها مرتابة بالحمل فلم يصح نكاحها ، كما لو حدثت الريبة قبل انقضاء العدة (والثانى) وهو قول ابى سعيد وابى اسحاق انه يصح ، وهو الصحيح ، لانها ريبة حدثت

بعد انقضاء العدة فلم تمنع صحة العقد كما لو حدثت بعد النكاح ، ويجوز نكاح الحامل من الزنا لان حملها لا يلحق بأحد فكان وجوده كعدمه) .

الشرح الأحكام : لا يصح نكاح المعتدة من غيره لقوله تعالى : « ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله » فالعزم على الشيء وعزمه عزما من باب ضرب عقد ضميره على فعله ، والمعنى هنا لا تعزموا على عقدة النكاح فى العدة ، والعزم عليه بعدها لا بأس به ، ثم حذف على . قال سيبويه : والحذف فى هذه الآية لا يقاس عليه .

قال النحاس : يجوز أن يكون المعنى ولا تعقدوا عقدة النكاح ، لأن معنى تعزموا وتعقدوا واحد قيل : ان العزم على الفعل يتقدمه فيكون فى هذا النهى مبالغة ، لأنه اذا نهى عن المتقدم على الشيء كان النهى عن ذلك الشيء بالأولى وحتى هنا غاية للنهى ، وبلوغ الكتاب أجله كناية عن انقضاء العدة ، والكتاب هنا هو الحد والقدر الذى رسم من المدة سماه كتاباً لكونه محدوداً ومفروضاً . كقوله تعالى : « ان الصلاة كانت على المؤمنين كتاباً موقوتاً » والمراد بالأجل آخر مدة العدة .

وان ارتابت بالحمل بأن بان أمارات الحمل وشكت هل هو حمل أو لا ؟ فان حدثت لها هذه الريبة قبل انقضاء العدة ، ثم انقضت عدتها بالاقراء أو بالشهور والريبة باقية يصح نكاحها لأنها تشك فى خروجها من العدة والأصل بقاؤها . وان انقضت عدتها من غير ريبة فتزوجت ثم حدثت لها ريبة بالحمل لم تؤثر هذه الريبة ، لأن النكاح قد صح فى الظاهر . وان انقضت عدتها بالشهور أو بالاقراء ثم حدثت لها ريبة بالحمل فيكره نكاحها ، فان تزوجها رجل فهل يصح ؟ فيه وجهان : (أحدهما) لا يصح لأنها مرتابة بالحمل فلم يصح نكاحها ، كما لو حدثت بها ريبه قبل انقضاء العدة ثم انقضت عدتها وهى مرتابة بالحمل فلم يصح نكاحها كذلك هذا مثله . (والثانى) يصح نكاحها وهو المذهب لأنها ريبة حدثت بعد انقضاء عدتها فلم تؤثر كما لو نكحت بعد انقضاء العدة ثم حدثت الريبة .

فرع اذا زنت المرأة لم يجب عليها العدة ، سواء كانت حائلا

أو حاملا ، فان كانت حائلا جاز للزانى ولغيره عقد النكاح عليها وان حملت من الزنا فيكره نكاحها قبل وضع الحمل ، وهو أحد الروايتين عن أبى حنيفة رضى الله عنه وذهب ربيعة ومالك والثورى وأحمد واسحاق رضى الله عنهم الى أن الزانية يلزمها العدة كالموطوءة بشبهة ؛ فان كانت حائلا اعتدت ثلاثة أقراء ، وان كانت حاملا اعتدت بوضع الحمل ، ولا يصح نكاحها قبل وضع الحمل .

قال مالك رضى الله عنه : اذا تزوج امرأة ولم يعلم أنها زانية ثم علم أنها حامل من زنا فانه يفارقها ، فان كان قد وطئها لزمه مهر المثل . وقال ربيعة : يفارقها ولا مهر عليه . وذهب ابن سيرين وأبو يوسف رضى الله عنهما الى أنها ان كانت حائلا فلا عدة عليها ، وان كانت حاملا لم يصح عقد النكاح عليها حتى تضع وهى الرواية الأخرى عن أبى حنيفة .

دليلنا قوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم » وقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يحرم الحرام الحلال » والعقد على الزانية كان حلالا قبل الزنا وقبل الحمل فلا يحرمه الزنا . وروى أن رجلا كان له ابن تزوج امرأة لها ابنة ففجر الغلام بالصبية ، فسألهما عمر رضى الله عنه فأقرا فجلدهما وحرص أن يجمع بينهما بالنكاح فأبى الغلام ولم ير عمر رضى الله عنه انقضاء العدة ، ولم ينكر عليه أحد ، فدل على أنه اجماع ولأنه وطء لا يلحق به النسب ؛ أو حمل لا يلحق بأحد فلم يمنع صحة النكاح كما لو لم يوجد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ويحرم على الحر أن يتزوج بأكثر من أربع نسوة ، لقوله تعالى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » وروى عبد الله ابن عمر رضى الله عنهما « أن غيلان بن سلمة اسلم وتحته عشر نسوة ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : خذ منهن أربعا » ويحرم على العبد أن يجمع بين أكثر من امرأتين . وقال أبو ثور : يحل له أن يجمع بين أربع ، وهذا خطأ لما روى أن عمر رضى الله عنه خطب وقال « من يعلم ماذا يحل للمملوك

من النساء ؟ فقال رجل : انا ، فقال : كم ؟ قال اثنتان ، فسكت عمر » وروى ذلك عن على وعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنهما) .

الشرح حديث ابن عمر رواه أحمد وابن ماجه والترمذي من طريق الزهرى عن سالم عن أبيه ، وأخرجه الشافعى عن الثقة عن معمر عن الزهرى باسناده المذكور . وأخرجه أيضا ابن حبان والحاكم وصححاه. وزاد أحمد فى رواية : فلما كان فى عهد عمر طلق نساءه وقسم ماله بين بنيه ، فبلغ ذلك عمر فقال : انى لأظن الشيطان فيما يسترق من السمع سمع بموتك فقذفه فى نفسك ، ولعلى لا تمكث الا قليلا ، وايم الله لتراجعن نساءك ولترجعن مالك أو لأورثهن منك ولآمرن بقبرك أن يرجم كما رجم قبر أبى رغال . قال البزار : جوده معمر بالبصرة وأفسده باليمن .

وحكى الترمذى عن البخارى أنه قال : هذا الحديث غير محفوظ . قال البخارى : وأما حديث الزهرى عن سالم عن أبيه فانما هو « أن رجلا من ثقيف طلق نساءه فقال له عمر : لتراجعن نساءك أو لأرجمنك » وحكم أبو حاتم وأبو زرعة بأن المرسل أصح . وحكى الحاكم عن مسلم أن هذا الحديث مما وهم فيه معمر بالبصرة . قال : فان رواه عنه ثقة خارج البصرة حكمنا له بالصحة وقد أخذ ابن حبان والحاكم والبيهقى بظاهر الحكم فأخرجوه من طرق عن معمر من حديث أهل الكوفة وأهل خراسان وأهل اليمامة عنه .

قال الحافظ ابن حجر : ولا يفيد ذلك شيئاً فان هؤلاء كلهم انما سمعوا منه بالبصرة ، وعلى تقدير أنهم سمعوا منه بغيرها فحديثه الذى حدث به فى غير بلده مضطرب ، لأنه كان يحدث فى بلده من كتبه على الصحة . وأما اذا رحل فحدث من حفظه بأشياء وهم فيها ، اتفق على ذلك أهل العلم كابن المدينى والبخارى وابن أبى حاتم ويعقوب بن شيبة وغيرهم ، وحكى الأثرم عن أحمد أن هذا الحديث ليس بصحيح والعمل عليه ، وأعله بتفرد معمر فى وصله وتحديثه به فى غير بلده . وقال ابن عبد البر : طرقه كلها معلولة ، وقد أطال الدارقطنى فى العلل تخريج طرقه ورواه ابن عيينة ومالك عن الزهرى

مرسلا ، ورواه عبد الرزاق عن معمر كذلك ، وقد وافق معمر على وصله بحركنيز السقاء عن الزهرى ولكنه ضعيف وكذا وصله يحيى بن سلام عن مالك ويحيى ضعيف جداً ، وأما الزيادة التى رواها أحمد عن عمر فأخرجها أيضاً النسائى والدارقطنى ، قال الحافظ ابن حجر : واسناده ثقات ، وهذا الموقوف على عمر هو الذى حكم البخارى بصحته وقد توبع الحديث بما رواه أبو داود وابن ماجه عن قيس بن الحرث قال : « أسلمت وعندى ثمان نسوة فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال : اختر منهن أربعا » وفى رواية الحرث بن قيس ، وفى اسناده محمد ابن أبى ليلى : وقد ضعفه غير واحد من الأئمة ، وقد توبع أيضاً بما روى عن عروة بن مسعود وصفوان بن أمية عند البيهقى وقد استدل جمهور أهل العلم بهذه الأخبار على تحريم الزيادة على أربع •

وذهبت الظاهرية الى أنه يحل للرجل أن يتزوج تسعا ، ووجههم قوله تعالى : « مثنى وثلاث ورباع » ومجموع ذلك لا باعتباره ما فيه من العدل تسع • وقد أخطأ الشوكانى فى عزو ذلك الى ابن الصباغ والعمرانى وبعض الشيعة ، والصحيح أن ابن الصباغ والعمرانى ردا على القائلين بهذا كالقاسم ابن ابراهيم وبعض الشيعة وبعض الظاهرية ، وحاشا لبعض أصحابنا من الفحول أن يذهبوا الى حل أكثر من أربع ، ونحن نعتمد فى شرح هذا السفر على أقوال ابن الصباغ والعمرانى وغيرهما من أصحابنا ، ولم نجد لأحد منهم الذهاب الى هذا المذهب ، وهى زلة للشوكانى تنأى به عن ساحة المحررين •

وأما خبر عمر فقد أخرج الدارقطنى بسنده الى عمر رضى الله عنه قال : « ينكح العبد امرأتين ويطلق تطليقتين وتعتد الأمة حيضتين » وقد روى البيهقى وابن أبى شيبة من طريق الحكم بن عتيبة أنه أجمع الصحابة على أن العبد لا ينكح أكثر من اثنتين • وقال الشافعى بعد أن روى ذلك عن على وعمر وعبد الرحمن بن عوف : انه لا يعرف لهم من الصحابة مخالف • وأخرجه ابن أبى شيبة عن جماهير التابعين عطاء والشعبى والحسن وغيرهم •

ويؤخذ من هذا الفصل الرد على القائلين باباحة التزويج بأكثر من أربع لأن الأحاديث التى سقناها تنتهض الى درجة الحسن الذى ينتهض حجة للعمل به ، ويجاب على استدلالهم بزواج النبى صلى الله عليه وسلم بأن هذا مخصوص به ؛ ويجاب عن الآية بأنه من المستساغ لغة أن تقول عن ألف جاءوك : جاءنى هؤلاء مثنى مثنى أو ثلاث ، أو رباع اذا كان مجيئهم اثنين اثنين أو ثلاثة ثلاثة أو أربعة أربعة ، ويؤيد ذلك كون الأصل فى الفروج الحرمة ، كما صرح به الخطابى ؛ فلا يجوز الاقدام على شىء منه الا بدليل. وأيضاً هذا الخلاف مسبوق بالاجماع على عدم جواز الزيادة على الأربع كما صرح بذلك فى البحر .

وقال فى الفتح : اتفق العلماء على أن من خصائصه صلى الله عليه وسلم الزيادة على أربع نسوة يجمع بينهن وقد مضى بحثنا فى حكمة هذه الخاصية.

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يجوز نكاح الشغار ، وهو ان يزوج الرجل ابنته او اخته من رجل على أن يزوجه ذلك ابنته او اخته ؛ ويكون بضع كل واحدة منهما صداقا للأخرى ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه « ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار ، والشغار أن يزوج الرجل ابنته من الرجل على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق » لانه اشرك فى البضع بينه وبين غيره فبطل العقد ، كما لو زوج ابنته من رجلين .

فاما اذا قال زوجتك ابنتى على ان تزوجنى ابنتك صح النكاحان ، لانه لم يحصل التشريك فى البضع ، وانما حصل الفساد فى الصداق ، وهو انه جعل الصداق أن يزوجه ابنته فبطل الصداق وصح النكاح . وان قال : زوجتك ابنتى بمائة على أن تزوجنى ابنتك بمائة صح النكاحان ووجب مهر المثل ، لان الفساد فى الصداق وهو شرطه مع المائة تزويج ابنته ، فاشبه المسئلة قبلها . وان قال زوجتك ابنتى بمائة على أن تزوجنى ابنتك بمائة ويكون بضع كل واحدة منهما صداقاً للأخرى ففيه وجهان (احدهما) يصح لأن الشغار هو الخالى من الصداق ، وههنا لم يخل من الصداق (والثانى) لا يصح وهو المذهب ، لأن المبطل هو التشريك فى البضع ، وقد اشترك فى البضع) .

الشرح حديث ابن عمر رواه عنه نافع وأخرجه الشيخان وأصحاب السنن الأربعة وأحمد فى مسنده والدارقطنى ، ولم يذكر الترمذى ما ورد من تفسير الشغار • وأبو داود جعله من كلام نافع ، وهو كذلك فى رواية عند أحمد والشيخين وروى عن ابن عمر أيضاً عند مسلم أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا شغار فى الاسلام » وعند أحمد ومسلم أيضاً عن أبى هريرة « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشغار ؛ والشغار أن يقول الرجل للرجل زوجنى ابنتك وأزوجك ابنتى أو زوجنى أختك وأزوجك أختى » •

وأخرج أحمد وأبو داود عن عبد الرحمن بن هرمز الأعرج : « أن العباس بن عبد الله بن عباس أنكح عبد الرحمن بن الحكم ابنته وأنكحه عبد الرحمن ابنته • وقد كانا جعلاه صداقاً ، فكتب معاوية بن أبى سفيان الى مروان بن الحكم يأمره بالتفريق بينهما • وقال فى كتابه : هذا الشغار الذى نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه • وأخرج أحمد والنسائى والترمذى وصححه من حديث عمران بن الحصين أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا جلب ولا جنب ولا شغار فى الاسلام ، ومن انتهب فليس منا » وروى مثل ذلك عن جابر عند مسلم •

وأخرج البيهقى عن جابر أيضا « نهى عن الشغار ، والشغار أن تنكح هذه بهذه بغير صداق ؛ بضع هذه صداق هذه ، وبضع هذه صداق هذه » وأخرج عبد الرزاق عن أنس مرفوعا : « لا شغار فى الاسلام ، والشغار أن يزوج الرجل الرجل أخته بأخته » وأخرج أبو الشيخ من حديث ريحانة « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن المشاغرة أن يقول : زوج هذا من هذه ، وهذه من هذا بلا مهر » وأخرج الطبرانى عن أبى بن كعب مرفوعا « لا شغار ، قالوا : يا رسول الله وما الشغار ؟ قال : انكاح المرأة بالمرأة لا صداق بينهما » •

وقال الشافعى فى حديث ابن عمر « لا أدرى التفسير عن النبى صلى الله عليه وسلم أو عن ابن عمر أو عن نافع أو عن مالك • هكذا حكى عن

الشافعى البيهقى فى المعرفة • قال الخطيب : تفسير الشغار ليس من كلام النبى صلى الله عليه وسلم وانما هو من قول مالك • وهكذا قال غير الخطيب ؛ قال القرطبى : تفسير الشغار صحيح موافق لما ذكره أهل اللغة ، فان كان مرفوعا فهو المقصود ، وان كان من قول الصحابى فمقبول أيضاً لأنه أعلم بالمقال وأقعد بالحال •

أما لغات الفصل فالشغار مادته من شغر البلد من باب قعد اذا علا عن حافظ يمنعه ، وشغر الكلب شغراً من باب تعع رفع احدى رجليه ليبول ، وشغرت رفعت رجلها للنكاح ؛ وشغرتها فعلت بها ذلك يتعدى ويلزم وقد يتعدى بالهمز فيقال أشغرتها • وقال فى المصباح : وشاغر الرجل الرجل شغاراً من باب قتل زوج كل واحد صاحبه حريمته على أن يضع كل واحدة صداق الأخرى ولا مهر سوى ذلك وكان سائغاً فى الجاهلية • قيل مأخوذ من شغر البلد ، وقيل مأخوذ من شغر برجله اذا رفعها ، والشغار وزان سلام : الفارع ا هـ •

قال ابن بطال : قال فى الفائق : هو من قولهم شغرت بنى فلان من الباب اذا أخرجتهم قال :

ونحن شغرنا ابنى نزار كليهما وكلباً بطعن مرهب متقاتل

ومنه قولهم : تفرقوا شغر بغر ، لأنهما اذا تبدلا بأختيهما فقد أخرج كل واحد منهما أخته الى صاحبه وفارق بها اليه • وقيل سمى شغاراً لخلوه عن المهر من قولهم : شغر البلد اذا خلا عن أهله • وقال فى الشامل : وقيل سمى شغاراً لقبحه تشبيها برفع الكلب رجله ليبول •

أما الأحكام قال العمرانى فى البيان : ولا يصح الشغار ، وهو أن يقول رجل لآخر : زوجتك ابنتى أو أختى أو امرأة بلى عليها ، على أن تزوجنى ابنتك أو أمك فيكون بضع كل واحدة منهما صداقا للأخرى ؛ وبه قال مالك وأحمد واسحاق وقال الزهرى والثورى وأبو حنيفة وأصحابه : يصح : ويجب مهر المثل • ا هـ

دليلنا ما سقناه من الأحاديث والأخبار المستفيضة ، ولأنه حصل فى البضع تشريك فلم يصح العقد مع ذلك ، كما لو زوج ابنته من رجلين • وبيان التشريك أنه جعل البضع ملكا للزوج وابنته ؛ لأنه اذا قال زوجتك ابنتى فقد ملك الزوج بضعها ، فاذا قال : على أن تزوجنى ابنتك ، فيكون بضع كل واحدة منهما مهراً للأخرى فقد شرك ابنة الزوج فى ملك بضع هذه الزوجة ؛ لأن الشىء اذا جعل صداقا اقتضى تمليكه لمن جعل صداقا لها ، فصار التشريك حاصلا فى البضعين فلم يصح •

اذا ثبت هذا فانه ان قال : زوجتك ابنتى على أن تزوجنى ابنتك واقتصر على هذا فالنكاح صحيح لأنه لم يحصل فى البضع تشريك ، وانما حصل الفساد فى الصداق ، وهو أنه جعل مهر ابنته ففسد المهر المسمى ووجب مهر المثل • هذا نقل البغداديين من أصحابنا •

وقال المسعودى : هل يصح النكاح ؟ فيه وجهان :(أحدهما) يصح لما ذكرناه • (والثانى) لا يصح لأنهما لم يسميا صداقاً صحيحاً ، ولكن جعل عقد نكاح كل واحدة منهما صداقا للأخرى ؛ لأنه أخرج ذلك مخرج الصداق ، والأول هو المشهور • وان قال : زوجتك ابنتى على أن تزوجنى ابنتك ويكون مهر كل واحدة منهما كذا وكذا ؛ فيصح النكاحان ويبطل المهران المسميان ، ويجب لهما مهر المثل سواء اتفق المهران أو اختلفا ، لأنه لم يحصل فى البضعين تشريك ، وانما حصل الفساد فى المهر لأنه شرط مع المهر تزويج ابنته فهو كما لو قال : زوجتك ابنتى بمائة على أن تبيعنى دارك ، فان النكاح صحيح والمهر باطل •

وان قال زوجتك ابنتى على أن تطلق زوجتك ويكون ذلك صداقا لابنتى صح النكاح ولا يلزمه أن يطلق زوجته ويجب للزوجة مهر المثل ، لأنه لم يسم لها صداقاً صحيحاً • وان قال : زوجتك ابنتى على أن تزوجنى ابنتك ويكون بضع ابنتك صداقاً لابنتى صح النكاح الأول ولم يصح النكاح الثانى ، لأنه ملكه بضع ابنته فى الابتداء من غير تشريك وشرط عليه شرطاً فاسداً وهو التزويج فلم يؤثر فى عقد الأولى والثانية هى التى حصل التشريك فى بضعها •

وان قال : زوجتك ابنتى على أن تزوجنى ابنتك ويكون بضع ابنتى مهراً لابنتك فالعقد على ابنة المخاطب باطل ، لأن التشريك حصل فى بضعها ، والعقد على ابنة القائل صحيح لأنه لم يحصل فى بضعها تشريك .

وان قال : زوجتك ابنتى على أن تزوجنى ابنتك ويكون بضع كل واحدة مائة درهم صداقاً للأخرى ففيه وجهان : (أحدهما) أن النكاحين صحيحان ، ويجب لها مهر المثل ، لأن الشغار هو الخالى عن المهر ، وههنا لم يخل عن المهر . (والثانى) وهو الصحيح ، أن النكاحين باطلان ، لأن التشريك فى البضع موجود مع تسمية المهر والمفسد هو التشريك . وان قال : زوجتك ابنتى وهذا الحائط فهل يصح النكاح ؟ فيه وجهان حكاهما صاحب العدة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يجوز نكاح المتعة وهو أن يقول : زوجتك ابنتى يوما أو شهراً لما روى محمد بن على رضى الله عنهما « أنه سمع أباه على بن أبى طالب كرم الله وجهه وقد لقى ابن عباس وبلغه أنه يرخص فى متعة النساء ، فقال له على كرم الله وجهه : انك امرؤ تائه ، ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها يوم خيبر وعن لحوم الحمر الانسية » ولأنه عقد يجوز مطلقاً فلم يصح مؤقتاً كالبيع ولأنه نكاح لا يتعلق به الطلاق والظهار والارث وعدة الوفاة فكان باطلا كسائر الانكحة الباطلة .

فصل ولا يجوز نكاح المحلل وهو ان ينكحها على انه اذا وطئها فلا نكاح بينهما وان يتزوجها على أن يحللها للزوج الأول لما روى هزيل عن عبد الله قال « لعن رسول الله صلى الله عليه سلم الواصلة والموصولة ، والواشمة والموشومة والمحلل والمحلل له ، وآكل الربا ومطعمه » ولأنه نكاح شرط انقطاعه دون غايته ، فشابه نكاح المتعة . وان تزوجها على أنه اذا وطئها طلقها ففيه قولان (أحدهما) انه باطل لما ذكرناه من العلة (والثانى) أنه يصح لأن النكاح مطلق ، وانما شرط قطعه بالطلاق فبطل الشرط وصح العقد ، فان تزوجها واعتقد أنه يطلقها اذا وطئها كره ذلك ، لما روى أبو مرزوق التجيبى « أن رجلا أتى عثمان رضى الله عنه فقال : أن جارى طلق امرأته فى غضبه

ولقى شدة فأردت أن احتسب نفسى ومالى فأتزوجها ثم أبنى بها ثم أطلقها فترجع الى زوجها الأول ، فقال له عثمان رضى الله عنه : لا تنكحها الا بنكاح رغبة » فان تزوج على هذه النية صح النكاح لأن العقد انما يبطل بما شرط لا بما قصد ، ولهذا لو اشترى عبداً بشرط أن لا يبيعه بطل ، ولو اشتراه بنية أن لا يبيعه لم يبطل .

فصل وان تزوج بشرط الخيار بطل العقد لانه عقد يبطله التوقيت فبطل بالخيار الباطل كالبيع . وان شرط أن لا يتسرى عليها او ينقلها من بلدها بطل الشرط لأنه يخالف مقتضى العقد ولا يبطل العقد لأنه لا يمنع مقصود العقد وهو الاستمتاع فان شرط أن لا يطأها ليلا بطل الشرط لقوله صلى الله عليه وسلم « المؤمنون على شروطهم الا شرطاً أحل حراما او حرم حلالا » فان كان الشرط من جهة المرأة بطل العقد ، وان كان من جهة الزوج لم يبطل ، لأن الزوج يملك الوطء ليلا ونهاراً وله أن يترك ، فاذا شرط أن لا يطأها فقد شرط ترك ماله تركه . والمرأة يستحق عليها الوطء ليلا ونهاراً ، فاذا شرطت أن لا يطأها فقد شرطت منع الزوج من حقه ، وذلك ينافى مقصود العقد فبطل) .

الشرح حديث على كرم الله وجهه رواه عنه ولده محمد ابن الحنفية وأخرجه أحمد والبخارى ومسلم بلفظ « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن نكاح المتعة وعن لحوم الحمر الأهلية زمن خيبر » وفى رواية « ونهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن لحوم الحمر الانسية » وقد أخرج أحمد والبخارى ومسلم عن ابن مسعود رضى الله عنه قال : « كنا نغزو مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس معنا نساء ، فقلنا ألا نختص ؟ فنهانا عن ذلك ثم رخص لنا بعد أن ننكح المرأة بالثوب الى أجل » ثم قرأ عبد الله « يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم » الآية وعن أبى جمرة « سألت ابن عباس عن متعة النساء فرخص فقال له مولى له : انما ذلك فى الحال الشديد وفى النساء قلة ، فقال : نعم » .

وعن محمد بن كعب عن ابن عباس قال : « انما كانت المتعة فى أول الاسلام كان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفة ، فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أن يقيم فتحفظ له متاعه وتصلح له شأنه حتى نزلت هذه الآية : « الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم » قال ابن عباس : « فكل فرج

سواهما حرام » رواه الترمذى • وفى اسناده موسى بن عبيد الربذى ، وهو ضعيف ، وقد روى الرجوع عن ابن عباس جماعة منهم ابن خلف القاضى المعروف بوكيع فى كتابه الغرر بسنده المتصل بسعيد بن جبير قال : « قلت لابن عباس : ما تقول فى المتعة ، فقد أكثر فيها حتى قال فيها الشاعر • قال : وما قال ؟ قال :

قلت للشيخ لما طال محبسه :
يا صاح هل لك فى فتوى ابن عباس ؟
وهل ترى رخصة الأطراف آنسة
تكون مثواك حتى مصدر الناس ؟

وقال : وقد قال فيه الشاعر ؟ قلت : نعم ، قال فكرهها أو نهى عنها ، ورواه الخطابى عن سعيد قال : قد سارت بفتياك الركبان ، وقالت فيه الشعراء ، وذكر البيتين فقال : سبحان الله ، والله ما بهذا أفتيت وما هى الا كالميتة لا تحل الا لمضطر ، وروى الرجوع أيضاً البيهقى وأبو عوانة فى صحيحه • وقال ابن حجر بعد أن ذكر رجوع ابن عباس وذكر حديث سهل ابن سعد عند الترمذى بلفظ : « انما رخص النبى صلى الله عليه وسلم فى المتعة لغربة كانت بالناس شديدة ثم نهى عنها بعد ذلك » •

أما حديث هزيل عن عبد الله فقد أخرجه النسائى ، أخبرنا عمرو ابن منصور حدثنا أبو نعيم عن سفيان عن أبى قيس عن هزيل عن عبد الله بلفظ المصنف • وعبد الله هو ابن مسعود ، وفى اسناده أبو قيس وهو عبد الرحمن بن ثروان الأودى روى عن هزيل بن شرحبيل وغيره • قال عبد الله بن أحمد : سألت أبى عنه فقال : هو كذا وكذا ــ وحرك يده ــ وهو يخالف فى أحاديث • قال الحافظ الذهبى : خرج له البخارى حديثه عن هزيل قال : أخبر ابن مسعود بقول أبى موسى فى ميراث ابنة وابنة ابن وأخت • وصحح الترمذى حديثه عن هزيل عن عبد الله فى لعن المحلل • وخرج له البخارى بالاسناد : ان أهل الجاهلية كانوا يسيبون •• الحديث•

وأخرجه الترمذى بلفظ « لعن الله المحلل والمحلل له » ولم يذكر بقية

الحديث من الواصلة الى غير ما ذكرنا • وقال الترمذى بعد ذكر الحديث : هذا حديث حسن صحيح وأبو قيس الأودى اسمه عبد الرحمن بن ثروان ، وقد روى هذا الحديث عن النبى صلى الله عليه وسلم من غير وجه والعمل على هذا الحديث عند أهل العلم من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم منهم عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعبد الله بن عمر وغيرهم ، وهو قول الفقهاء من التابعين وبه يقول سفيان الثورى وابن المبارك والشافعى وأحمد واسحاق • قال : وسمعت الجارود بن معاذ يذكر عن وكيع أنه قال بهذا • وقال : ينبغى أن يرمى بهذا الباب من قول أصحاب الرأى • قال جارود : قال وكيع : وقال سفيان : اذا تزوج الرجل المرأة ليحللها ثم بدا له أن يمسكها فلا يحل له أن يمسكها حتى يتزوجها بنكاح جديد • ا هـ

وقد أخرج الحديث أحمد فى مسنده وأخرجه ابن ماجه والدارقطنى كلها من طريق ابن مسعود ؛ وقد صححه ابن القطان وابن دقيق العيد على شرط البخارى وله طريق أخرى أخرجها عبد الرزاق • وروى عن عقبة ابن عامر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ألا أخبركم بالتيس المستعار ؟ قالوا : بلى يا رسول الله ، قال : هو المحلل ، لعن الله المحلل والمحلل له » أخرجه ابن ماجه والحاكم وأعله أبو زرعة وأبو حاتم بالارسال وحكى الترمذى عن البخارى أنه استنكره • وقال أبو حاتم : ذكرته ليحيى بن بكير فأنكره انكاراً شديداً وسياق اسناده فى سنن ابن ماجه هكذا : حدثنا يحيى بن عثمان بن صالح المصرى حدثنا أبى سمعت الليث بن سعد يقول : قال لى مشرح بن هاعان : قال عقبة بن عامر فذكره ، ويحيى بن عثمان ضعيف ومشرح قد وثقه ابن معين وهو مشرح المعافرى (بفتحتين وفاء) البصرى أبو مصعب • وأخرج ابن ماجه عن ابن عباس مثله ، وفى اسناده زمعة بن صالح وهو ضعيف •

وعن أبى هريرة عند أحمد واسحاق والبيهقى والبزار وابن أبى حاتم فى العلل والترمذى فى العلل ، وحسنه البخارى ، والأحاديث المذكورة تدل على تحريم التحليل لأن اللعن انما يكون على ذنب عظيم •

قال الحافظ ابن حجر : استدلوا بهذا الحديث على بطلان النكاح اذا شرط الزوج انه اذا نكحها وبانت منه أو شرط أنه يطلقها أو نحـــو ذلك وحملوا الحديث على ذلك ولاشك أن اطلاقه يشمل هذه الصورة وغيرها ، لكن روى الحاكم والطبرانى فى الأوسط عن عمر أنه جاء اليه رجل فسأله عن رجل طلق امرأته ثلاثاً فتزوجها أخ له عن غير مؤامرة ليحلها لأخيه ؛ هل تحل للأول ؟ قال : لا الا بنكاح رغبة . كنا نعد هذا سـفاحا على عهـــد رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال : وقال ابن حزم : ليس الحديث على عمومه فى كل محلل اذ لو كان كذلك لدخل فيه كل واهب وبائع ومزوج ، فصح أنه أراد بعض المحللين ، وهو من أحل حراما لغيره بلا حجة ، فتعين أن يكون ذلك فيمن شرط ذلك ؛ لأنهم لم يختلفوا فى أن للزوج اذا لم ينو تحليلهـا للأول ونوت هى أنه لا يدخـل فى اللعن فـدل على أن المعتـبر الشرط . ا هـ

أما اللغات فقوله : المتعة ومادته من المتاع وهو كل ما ينتفع به ، وأصل المتاع ما يتبلغ به من الزاد ، وهو اسم من متعته اذا أعطيته ذلك ، ومتعة المطلقة ستأتى ومتعة الحج مضت ؛ ونكاح المتعة هو النكاح المؤقت فى العقد . قال فى العباب : كان الرجل يشارط المـرأة شرطاً على شىء الى أجل معلوم ويعطيها ذلك فيستحل بذلك فرجها ثم يخلى سبيلها من غـير تزويج ولا طلاق » وقيل فى قوله تعالى : « فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن » المراد نكاح المتعة ، والآية محكمة والجمهور على تحريم نكاح المتعة .

وقالوا فى معنى قوله « فما استمتعتم » فما نكحتم على الشريطة التى فى قوله تعالى : « أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » أى عاقدين النكاح ، واستمتعت بكذا وتمتعت به انتفعت . وقوله « الحمر الانسية » كل حيوان انسى ما كان أيسر ؛ والوحشى من كل دابة الجـانب الأيمن . قال الشاعر :

فمالت على شـق وحشـــيها وقـد ريع جانبهـا الأيسر

قال الأزهرى : قال أئمة اللغة : الوحشى من جميع الحيوان غير الانسان الجانب الأيمن ، وهو الذى لا يركب منه الراكب ولا يحلب من الحالب ، والانس الجانب الأيسر وقد مضى له مزيد • وقوله « انك امرؤ تائه » من التيه بكسر التاء : المفازة ، والتيهاء بالفتح والمد مثله ، وهى التى لا علامة فيها يهتدى بها وتاه الانسان فى المفازة يتيه فيها ضل عن الطريق ، وتاه يتوه توهاً لغة ، وقد تيهته وتوهته • ومنه يستعار لمن رام أمراً فلم يصادف الصواب ، فيقال : انه تائه •

وقوله « الواصلة » وصلت المراة شعرها بشعر غيره وصلا فهى واصلة ، « واستوصلت » سألت أن يفعل بها ذلك ، واسم الفاعل هنا مقروناً باسم المفعول « الواصلة والموصولة » معناه التى تصل الشعر لغيرها، والموصولة التى يفعل بها ذلك « والواشمة والموشومة » وشمت المرأة يدها من باب وعد غرزتها بابرة ثم ذرت عليها النؤر ، وهو النيلج وتسميه العامة بمصر النيلة ، وهو دخان الشحم ، حتى يخضر •

اما الأحكام فلا يصح عندنا نكاح المتعة ، وهو أن يتزوج لمدة معلومة أو مجهولة بأن يقول زوجنى ابنتك شهراً أو أيام الموسم ، وبه قال جميع الصحابة رضوان الله عليهم والتابعين والفقهاء الا ابن جريج فانه قال : يصح ، وقد ورد اسم ابن جريج خطأ فى نيل الأوطار بابن جرير والصواب ما ذكرنا • وقال ابن المنذر : جاء عن الأوائل الرخصة فيها ، ولا أعلم اليوم أحداً يجيزها الا بعض الرافضة ، ولا معنى يخالف كتاب الله وسنة رسوله•

(قلت) ودليل المجيزين ما ثبت من اباحته صلى الله عليه وسلم لها فى مواطن متعددة ، منها فى عمرة القضاء ، كما أخرجه عبد الرزاق عن الحسن البصرى وابن حبان عن سبرة ، ومنها فى خيبر كما فى حديث ابن مسعود ، ومنها عام الفتح كما فى حديث سبرة أيضاً • ومنها يوم حنين رواه النسائى من حديث على • قال الفتح : ولعله تصحيف عن خبر ، وذكره الدارقطنى بلفظ حنين • ووقع فى حديث سلمة فى عام أوطاس • قال السبيلى : وهو موافق لرواية من روى عام الفتح ، فانهما كانا فى عام واحد ، ومنها فى

تبوك رواه الحازمى والبيهقى عن جابر ولكنه لم يبحها لهم النبى صلى الله عليه وسلم قال : « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى غـزوة تبوك حتى اذا كنا عند الثنية مما يلى الشام جاءتنا نسوة تمتعنا بهن يطفن برجالنا ، فسألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عنهن فأخبرناه ، فغضب وقام فينا خطيبا ، فحمد الله وأثنى عليه ونهى عن المتعة ، فتوادعنا يومئـذ ولم نعد ، ولا نعود فيها أبداً ، فلذا سميت ثنية الوداع » قال الذهبى : وهذا اسناد ضعيف ، لكن عند ابن حبان من حديث أبى هريرة ما يشهد له.

قال ابن حجر : انه لا يصح من روايات الاذن بالمتعة شىء بغير علة الا فى غزوة الفتح لأن الاذن فى عمرة القضاء من مراسيل الحسن وكل مراسيله ضعيفة وعلى تقدير ثبوته فلعله أراد أيام خيبر ، لأن القضاء وخيبر كانا فى سنة واحدة ، كالفتح وأوطاس ويبعد كل البعد أن يقع فى غزوة أوطاس بعد أن يقع التصريح فى أيام الفتح قبلها فانها حرمت الى يوم القيامة .

فـرع وأما نكاح المحلل فان الرجل اذا طلق امرأته ثلاثاً فانها لا تحل له الا بعد زوج واصابة ، فاذا طلق امرأته وانقضت عدتها منه ثم تزوجت بآخر بعده ففيها ثلاث مسائل (احداهن) أن يقول : زوجتك ابنتى الى أن تطأها أو الى أن تحللها للأول ، فاذا أحللتها فلا نكاح بينكما ، وهذا باطل بلا خـلاف للأحاديث فى لعن المحلل والمحـلل له ووصـفه بالتيس المستعار ، ولأن هذا أفسد من نكاح المتعة لأنه يعقده الى مـدة مجهـولة (الثانية) أن يقول : زوجتك ابنتى على أنك ان وطئتها طلقتها . أو قال تزوجتك على أنى اذا أحللتك للأول طلقتك ، وكان هذا الشرط بنفس العقد ففيه قولان :

(أحدهما) أن النكاح باطل لقوله صلى الله عليه وسلم : « لعن الله المحلل والمحلل له » ولم يفرق .

(والثانى) أن النكاح صحيح ، والشرط باطل لأن العقد وقع مطلقـا من غير توقيت ، وأنه شرط على نفسه الطلاق ولم يؤثر فى النكاح ، وانما بطل المهر ، كما لو شرط أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى عليها .

(الثالثة) ان شرط عليه قبل النكاح أنه اذا أحللها للأول طلقها أو تزوجها أو نوى بنفسه ذلك فعقد النكاح عقداً مطلقاً فيكره له ذلك ، فان عقد كان العقد صحيحاً ، وبه قال أبو حنيفة رضى الله عنه • وقال مالك والثورى والليث وأحمد والحسن والنخعى وقتادة رضى الله عنهم : لا يصح •

دليلنا ما روى الشافعى رضى الله عنه أن امرأة طلقها زوجها ثلاثاً ، وكان مسكين أعرابى يقعد بباب المسجد ، فجاءته امرأة فقالت : هل لك فى امرأة تنكحها وتبيت معها ليلة فاذا أصبحت فارقتها ؟ فقال : نعم ، قال : فكان ذلك ، فلما تزوجها قالت له المرأة : انك اذا أصبحت فسيقولون لك : طلقها فلا تفعل ، فانى لك كما ترى واذهب الى عمر رضى الله عنه ، فلما أصبح أتوه وأتوها فقالت لهم : أنتم جئتم به فسألوه أن يطلقها فأبى ، وذهب الى عمر رضى الله عنه فأخبره ، فقال له : الزم زوجتك ، وان رابوك بريب فأتنى وبعث الى المرأة الواسطة فنكل بها ، وكان يغدو بعد ذلك ويروح على عمر رضى الله عنه فى حلة ، فقال له عمر رضى الله عنه : الحمد لله يا ذا الرقعتين الذى رزقك حلة تغدو بها وتروح » ولم ينكر أحد على عمر ، فدل على أنه اجماع •

وقال أحمد : حديث ذى الرقعتين ليس له اسناد ، يعنى أن ابن سيرين لم يذكر اسناده الى عمر (قلت) ولعل ذا الرقعتين لم يقصد التحليل ولا نواه ، وقد وافق ذلك ما انتوته زوجته •

فرع عقد المصنف هذا الفصل وسيأتى فى باب الخيار فى النكاح والرد بالعيب مزيد ، وجملة ما ههنا أنه ان تزوج امرأة بشرط الخيار بطل العقد لأنه لا مدخل للخيار فيه فأبطله ، فان شرط فى العقد أنه لا يطؤها ليلا بطل الشرط لقوله صلى الله عليه وسلم : « والمؤمنون عند شروطهم الا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا » رواه أبو داود والحاكم عن أبى هريرة والحاكم عن أنس والطبرانى عن عائشة ورافع بن خديج وقد مضى فى البيوع ، فان كان هذا الشرط من قبل الزوج لم يبطل العقد ، لأن ذلك

حق له ؛ وان كان الشرط من جهة المرأة بطل العقد لأن ذلك حق عليها والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ويجوز التعريض بخطبة المعتدة عن الوفاء والطلاق الثلاث لقوله تعالى : ((ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء)) ولما روت فاطمة بنت قيس ((أن ابا حفص بن عمرو طلقها ثلاثا ، فأرسل اليها النبى صلى الله عليه وسلم لا تسبقينى بنفسك فزوجها باسامة رضى الله عنه .

ويحرم التصريح بالخطبـة ، لأنه لما اباح التعريض دل على أن التصريح محرم ، ولأن التصريح لا يحتمل غير النكاح ، فلا يؤمن أن يحملها الحرص على النكاح فتخبر بانقضاء العدة والتعريض يحتمل غير النـكاح فلا يدعوها الى الاخبار بانقضاء العدة ، وان خالعها زوجها فاعتدت لم يحـــرم على الزوج التصريح بخطبتها ، لأنه يجوز له نكاحها فهو معها كالأجنبى مع الأجنبية فى غير العدة ، ويحرم على غيره التصريح بخطبتها لأنها محرمة عليه ، وهل يحرم التعريض ؟ فيه قولان :

(أحدهما) يحرم لأن الزوج يملك أن يستبيحها فى العدة ، فلم يجز لغيره التعريض بخطبتها كالرجعية .

(والثانى) لا يحرم لأنها معتدة بائن ، فلم يحرم التعريض بخطبتها كالمطلقة ثلاثا ، والمتوفى عنها زوجها ، والمراة فى الجواب كالرجل فى الخطبة فيما يحل وفيما يحرم ، لأن الخطبة للعقد فلا يجوز أن يختلفا فى تحليله وتحريمـه ، والتصريح ان يقول اذا انقضت عدتك تزوجتك او ما أشبه ، والتعريض أن يقول : رب راغب فيك . وقال الأزهرى : انت جميـلة وانت مرغوب فيك ، وقال مجاهد : مات رجل وكانت امرأته تتبع الجنازة ، فقال لها رجـل : لا تسبقينا بنفسك ، فقالت : قد سبقك غيرك ويكره التعريض بالجماع لقوله تعالى ((ولكن لا تواعدوهن سراً)) وفسر الشافعى رحمه الله السر بالجماع ، فسماه سراً لأنه يفعل سراً ، وأنشد فيه قول امرىء القيس :

ألا زعمت بسـباسة اليـوم أننى كبرت وأن لا يحسن السر أمثالى

ولأن ذكر الجماع دناءة وسخف) .

الشرح حديث زواج فاطمة بنت قيس بأسامة مضى فى الفصول الأولى من النكاح ، وقد رواه أحمد ومسلم وأصحاب السنن الخمسة وبيت امرىء القيس من قصيدة مطلعها :

ألا عم صباحا أيها الطلل البالى
وهل يعمن من كان فى العصر الخالى

حتى قال :

ألا زعمت بسباسة اليوم أننى كبرت وأن لا يحسن السر أمثالى
كذبت لقد أصبى على المرء عرسه وأمنع عرسى أن يزن به الخالى

وفى بعض الروايات « وأن لا يحسن اللهو أمثالى ، وهى فى الدواوين المطبوعة هكذا الا أن رواية الشافعى أضبط وهو الأديب الشاعر الذواقة القريب عهده بامرىء القيس وبسباسة اسم امرأة ، وقد فضح امرؤ القيس نفسه بتسجيل اتهام بسباسة له بضعف الباه ، وقد حدث أن طلق أم جندب لأنها انحازت لعلقمة فى مقارضة بينهما فى وصف الصيد فاتهمها بأنها له وامض ، وقد قالت له : انى أكرهك فقال : ولم ؟ قالت لأنك ثقيل صدرك خفيف عجزك ، سريع الاراقة بطىء الافاقة فلما طلقها تزوجت بعلقمة الفحل، لأنه كان أقوى على جماعها منه ، وكان امرؤ القيس ملكاً على كندة ثم سلب ملكه وفر الى الروم ومات قبل البعثة واطلاق السر على الجماع كاطلاق الغيب على الفرج فى قوله تعالى : « فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله » .

أما الأحكام فقد روى البخارى عن ابن عباس « فيما عرضتم به من خطبة النساء . يقول انى أريد التزويج ولوددت أنه يسر لى امرأة صالحة» وعن سكينة بنت حنظلة قالت « استأذن على محمد بن على (وهو محمد الباقر بن على زين العابدين بن الحسين) ولم تنقض عدتى من مهلكة زوجى، فقال : قد عرفت قرابتى من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقرابتى من على وموضعى من العرب ، (قلت) غفر الله لك يا أبا جعفر ، انك رجل يؤخذ عنك ، وتخطبنى فى عدتى ؟ فقال : انما أخبرتك بقرابتى من رسول الله

صلى الله عليه وسلم ومن على • وقد دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم على أم سلمة وهى متأيمة من أبى سلمة ، فقال لقد علمت أنى رسول الله وخيرته من خلقه وموضعى من قومى ، كانت تلك خطبته » رواه الدارقطنى من طريق عبد الرحمن بن سليمان بن الغسيل وسكينة عمته ، وهو منقطع فى خبر أم سلمة ؛ لأن محمداً لم يدرك النبى صلى الله عليه وسلم ، فمن التعريض أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لفاطمة بنت قيس : « لا تفوتينا بنفسك » •

وقال الزمخشرى فى الكشاف : التعريض أن يذكر المتكلم شيئاً يدل به على شىء لم يذكره • واعترض على الزمخشرى بأن هذا التعريف لا يخرج المجاز ، وأجيب بأنه لم يقصد التعريف ، ثم حقق التعريض بأنه ذكر شىء مقصود بلفظ حقيقى أو مجازى أو كنائى ليدل به على شىء آخر لم يذكر فى الكلام ، مثل أن يذكر المجى للتسليم ، ومراده التقاضى ، فالسلام مقصود والتقاضى عرض ، أى أميل اليه الكلام عن عرض أى جانب • وامتاز عن الكناية فلم يشتمل على جميع أقسامها • والحاصل أنهما يجتمعان ويفترقان؛ فمثل : جئت لأسلم عليك كناية وتعريض • ومثل : طويل النجاد ؛ كناية لا تعريض ، ومثل : آذيتنى فستعرف خطاباً لغير المؤذى تعريض بتهديد المؤذى لا كناية والتعريض كالتلويح والتلميح والتورية •

قال الشافعى رضى الله عنه فى الآية « ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء » الآية • قال وبلوغ الكتاب أجله ــ والله أعلم ــ انقضاء العدة قال : فبين فى كتاب الله تعالى أن الله فرق فى الحكم بين خلقه وبين أسباب الأمور وعقد الأمور وبين اذ فرق الله تعالى ذكره بينهما أن ليس لأحد الجمع بينهما وأن لا يفسد أمر بفساد السبب اذا كان عقد الأمر صحيحاً ، ولا بالنية فى الأمر ، ولا تفسد الأمور الا بفساد ان كان فى عقدها لا بغيره • ألا ترى أن الله حرم أن يعقد النكاح حتى تقضى العدة ؟ ولم يحرم التعريض بالخطبة فى العدة ، ولا أن يذكرها وينوى نكاحها بالخطبة لها والذكر لها والنية فى نكاحها ؟ الى أن قال ــ قول الله تبارك وتعالى : « ولكن لا تواعدوهن سراً » يعنى والله تعالى أعلم جماعا « الا أن تقولوا

قولا معروفاً » قولا حسنا لا فحش فيــه • الى أن قال : والتعريض الذى أباح الله ما عدا التصريح من قول • وذلك أن يقــول : رب متطــلع اليك وراغب فيك وحريص عليك ، وانك لبحيث تحبين ، وما عليك أيمة ، وانى عليك لحريص وفيك راغب ، وما كان فى هذا المعنى مما خالف االتصريح ، والتصريح أن يقول تزوجينى اذا حللت ، أو أنا أتزوجك اذا حللت ، وما أشبه ذلك مما جاوز به التعريض ، وكان بياناً أنه خطبة لا أنه يحتمل غــير الخطبة • ا هـ

وقال المسعودى : هل يجوز التعريض بخطبة البائن بالثلاث ؟ فيه قولان، والمشهور هو الأول لحديث فاطمة بنت قيس ، ويحرم التصريح بها بخطبتها لأن الله تعالى لما أباح التعريض بالخطبة دل على أنه لا يجوز التصريح بها ، ولأن التعريض يحتمل النكاح وغيره ، والتصريح لا يحتمل غير النــكاح فلا يؤمن أن يحملها الحرص على النكاح أن تخبر بانقضاء عدتها قبل انقضائها• وأما البائن التى تحل لزوجها فهى التى طلقها زوجها طلقة أو طلقتين بعوض أو فسخ أحدهما النكاح بعيب فيجوز لزوجها التعريض بخطبتها والتصريح لأنها تحل له بعقد النكاح • وأما غير زوجها فلا يحل له التصريح بخطبتهــا كالبائن بالثلاث ، وهل يجوز التعريض بخطبتها ؟ فيه قولان :

(أحدهما) يجوز له التعريض بخطبتها لأنها معتدة بائن عن زوجها ، فهى كالبائن بالوفاة أو بالثلاث •

(والثانى) لا يجوز له لأنها تحل لزوجها فى حال العدة فهى كالرجعية • قال الشافعى رضى الله عنه : وكل معتدة حل للزوج التعريض بخطبتها وحل لها التعريض باجابته ، وكل من لا يحل له التعريض بخطبتها والتصريح لم يحل لها اجابته بتعريض ولا بتصريح ، لأنه لا يحل له ما يحرم عليها ولا يحل لها ما يحرم عليه فتساويا •

اذا ثبت هذا فالتصريح ما لا يحتمل غير النكاح ، مثل أن يقول : أنا أريد أن أتزوجك ، أو اذا انقضت عدتك تزوجتك ، والتعريض بكل كلام احتمل النكاح وغيره كأن يقول : ان الله ليسوق اليك خيراً أو رزقا كان

ذلك تعريضا • هذا مذهبنا • وقال داود : لا تحل الخطبة سراً وانما تحل علانية لقوله تعالى « ولكن لا تواعدوهن سراً » فهذا ليس بصحيح لأن الله تعالى لم يرد بالسر ضد الجهر • وانما أراد أن لا يعرض المعتدة بالجماع ولا يصرح به مثل أن يقول : عندى جماع يصلح لمن جومعه ، ولا يكره للرجل التعريض لزوجته بالجماع ولا التصريح به لأنه لا يكره له جماعها فلأن لا يكره له ذكره أولى ، والآية وردت فى المعتدات ؛ فان عرض بخطبة امرأة ــ لا يحل له التعريض بخطبتها ــ أو صرح بخطبتها ثم انقضت عدتها وتزوجها صح نكاحها •

وقال مالك : يبينها بطلقة واحدة • دليلنا أن النكاح حادث بعد المعصية فلا تؤثر المعصية فيه ، كما لو قال : لا أتزوجها الا بعد أن أراها متجردة ؛ فتجردت له ثم نكحها • أو قالت لا أرضى نكاحه حتى يتجرد لى أو حتى يجامعنى ؛ فتجرد لها أو جامعها ثم تزوجها ، فان الفعل معصية والزواج صحيح •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ومن خطب امراة فصرح له بالاجابة حرم على غيره خطبتها الا ان يأذن فيه الأول ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهى ان يخطب الرجل على خطبة أخيه ، حتى يترك الخاطب الأول او يأذن له فيخطب » وان لم يصرح له الاجابة ولم يعرض له لم يحرم على غيره ، لما روى ان فاطمة بنت قيس قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم « ان معاوية وابا الجهم خطبانى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اما ابو الجهم فلا يضع العصا عن عاتقه واما معاوية فصعلوك لا مال له فانكحى اسامة » •

وان عرض له بالاجابة ففيه قولان ، قال فى القديم : تحرم خطبتها لحديث ابن عمر رضى الله عنه ولأن فيه افساداً لما تقارب بينهما ، وقال فى الجديد : لا تحرم لأنه لم يصرح له بالاجابة فاشبه اذا سكت عنه ، فان خطب على خطبة أخيه فى الموضع الذى لا يجوز فتزوجها صح النكاح ، لأن المحرم سبق العقد فلم يفسد به العقد • وبالله التوفيق) •

الشرح حديث ابن عمر رواه أحمد والبخارى والنسائى • وقد روى أحمد ومسلم عن عقبة بن عامر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « المؤمن أخو المؤمن فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر » وأخرج البخارى والنسائى عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم : « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك » وفى لفظ للبخارى من حديث ابن عمر « نهى أن يبيع بعضكم على بيع بعض أو يخطب » وفى لفظ لأحمد من حديث الحسن عن سمرة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه » وقد استدل الجمهور على تحريم الخطبة على الخطبة بهذه الأحاديث الناهية وجزموا بالتحريم •

وحكى النووى أن النهى فيه للتحريم بالاجماع • وقال الخطابى : أن النهى ههنا للتأديب وليس بنهى تحريم يبطل العقد عند أكثر الفقهاء • قال الحافظ : ولا ملازمة بين كونه للتحريم وبين البطلان عند الجمهور ، بل هو عندهم للتحريم ولا يبطل العقد • ولكنهم اختلفوا فى شروطه ، فقالت الشافعية والحنابلة : محل التحريم اذا صرحت المخطوبة بالاجابة أو وليها الذى أذنت له • وأما ما احتج به من حديث فاطمة بنت قيس الذى مضى تخريجه فى الكفاءة أن معاوية وأبا الجهم خطباها فلم ينكر النبى صلى الله عليه وسلم ذلك عليهما ، بل خطبها لأسامة فليس فيه حجة كما قال النووى لاحتمال أن يكونا خطباها معاً أو لم يعلم الثانى بخطبة الأول « والنبى صلى الله عليه وسلم أشار بأسامة ولم يخطب » وعلى تقدير أن ذلك كان خطبة فلعله كان بعد ظهور رغبتهما عنها ؛ وظاهر حديث فاطمة أن أسامة خطبها مع معاوية وأبى الجهم فهى رواية أحمد ومسلم وأصحاب السنن الخمسة : أبى داود والترمذى وابن ماجه والنسائى والدارقطنى « قالت : وقال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا حللت فآذنينى فآذنته فخطبها معاوية وأبو الجهم وأسامة بن زيد • الحديث » وعن بعض المالكية لا تمتنع الخطبة الا بعد التراضى على الصداق ولا دليل على ذلك • وقال داود : اذا تزوجها الثانى فسخ النكاح قبل الدخول وبعده • وللمالكية فى ذلك قولان ، فقال بعضهم يفسخ قبله لا بعده • قال فى الفتح : وحجة الجمهور

أن المنهى عنه الخطبة وهى ليست شرطاً فى صحة النكاح فلا يفسخ النكاح بوقوعها غير صحيحة •

قال فى الأم : وان قالت امرأة لوليها : زوجنى من شئت أو ممن ترى ، حل لكل أحد خطبتها لحديث فاطمة بنت قيس قالت : طلقنى زوجى أبو حفص بالشام ثلاثاً فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فأخبرته بذلك فأمرنى أن أعتد فى بيت ابن أم مكتوم وقال : اذا حللت فآذنينى ، فلما انقضت عدتى أتيته فأخبرته وقلت له:ان معاوية وأبا جهم خطبانى،فقال النبى صلى الله عليه وسلم أما معاوية فصعلوك لا مال له ، وأما أبو جهم فلا يضع العصا عن عاتقه ، ولكن أدلك على من هو خير لك منهما ، قلت : ومن يا رسول الله؟ قال أسامة بن زيد • قلت أسامة ؟ قال نعم أسامة • الخ الحديث •

قال الشافعى رضى الله عنه : ولم تكن فاطمة رضى الله عنها أذنت فى نكاحها من معاوية ولا من أبى الجهم ، وانما كانت تستشير النبى صلى الله عليه وسلم ومعلوم أن الرجلين اذا خطبا امرأة خطبها أحدهما بعد الآخر فلم ينكر النبى صلى الله عليه وسلم على الأخير منهما ثم خطبها النبى صلى الله عليه وسلم لثالث بعدهما فدل على جوازه • وان خطب رجل امرأة الى وليها وكان ممن يخيرها فعرض له بالاجابة ، ولم يصرح مثل أن يقول أنا أستشير فى ذلك ، أو أنت مرغوب فيك ، أو يشترط بشرائط العقد مثل تقديم المهر وغيره ، فهل يحرم على غيره خطبتها ؟ فيه قولان • قال فى القديم: يحرم على غيره خطبتها ، وبه قال مالك وأبو حنيفة لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يخطب الرجل على خطبة أخيه » ولم يفصل • ولأن فيه افساداً لما يقارب بينهما •

وقال فى الجديد : لا يحرم على غيره خطبتها ، وهو الصحيح ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم خطب فاطمة بنت قيس لأسامة بعد أن أخبرته أن معاوية وأبا الجهم خطباها ولم يسألها هل ركنت الى أحدهما أو رضيت به أم لا ، فدل على أن الحكم لا يختلف بذلك ، لأن الظاهر من حالها أنها ما جاءت تستشيره الا وقد رضيت بذلك وركنت اليه •

قال الصيمرى : فان خطب رجل خمس نسوة جملة واحـــدة فأذن فى نكاحه لم يحل لأحد خطبة واحدة منهن حتى يترك أو يعقد على أربع ، فيحل خطبة الخامسة ، وان خطب كل واحدة وحدها فأذنت كل واحدة فى نكاحه لم يجز لغيره خطبة الأربع الأولات ويحل خطبة الخامسة لغيره .

اذا ثبت هذا فان خطب رجل امرأة فى الحالة التى قلنا لا يحل له خطبتها فيه وتزوجها صح ذلك ، وقال داود : لا يصح ، وحكاه ابن الصباغ عن مالك رضى الله عنه.دليلنا أن المحرم انما يفسد العقد اذا قارنه ، فأما اذا تقدم عليه لم يفسد ، كما لو قالت امرأة لا أتزوج فلاناً حتى أراه مجرداً فتجرد ثم تزوج بها .

واذا تقرر هذا فذكر أصحابنا فى حديث فاطمة بنت قيس رضى الله عنها فوائد (وقد مر نصه) وقد اختلفت الروايات فيه ، فروى أن زوجها طلقها بالشام فجاءها وكيله بشعير فسخطت به ، فقال لها « مالك علينـــا شىء » فأتت النبى صلى الله عليه وسلم تستفتيه فقال لها : « لا نفقة لك الا أن تكونى حاملا » فاحدى فوائد الخبر أنه دل على جواز الطلاق .

(الثانية) أنه يدل على جواز الطلاق الثلاث (الثالثة) أن طلاق الغائب يقع (الرابعة) أنه يجوز للمرأة أن تستفتى لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليها (الخامسة) أن كلامها ليس بعورة (السادسة) أنه يجـــوز للمعتدة أن تخرج من منزلها لحاجة (السابعة) أنه لا نفقة للمبتوتة الحائل خلافا لأبى حنيفة .

(الثامنة) أن للحامل المبتوتة النفقة (التاسعة) يدل على جواز نقـــل المعتدة عن بيت زوجها ، واختلف لأى معنى نقلها النبى صلى الله عليه وسلم فقال ابن المسيب : كانت بذيئة أو كانت تستطيل على أحمائهـــا . وقالت عائشة أم المؤمنين عليها السلام : كان بيت زوجها وحشاً فخيف عليها فيه ، وأى الروايتين صح مع الخبر دليل على جواز النقل لأجله (العاشرة) يدل على جواز التعريض بالخطبة للمعتدة (الأحدى عشر) أنه يجوز للرجل أن يعرض المعتدة بالخطبة لغيره لأن النبى صلى الله عليه وسلم عرض لها فى

الخطبة لأسامة بن زيد رضى الله عنهما لا لنفسه (الاثنتا عشر) أنه يجوز للمرأة أن تستشير الرجال لأنها جاءت تستشير النبى صلى الله عليه وسلم •

(الثالثة عشرة) يدل على جواز وصف الانسان بما فيه • وان كان يكره ذلك للحاجة لأن النبى صلى الله عليه وسلم وصف معاوية رضى الله عنه وأبا جهم رضى الله عنه بما فيهما وان كانا يكرهان ذلك (الرابعة عشر) أنه يجوز أن يعبر بالأغلب عن الشيء ويذكر العموم والمراد به الخصوص لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أما معاوية فصعلوك لا مال له » ومعلوم أنه لا يخلو من أن يملك شيئاً من المال وان قل ، كثيابه وما أشبهها وانما أراد أنه لا يملك ما يتعارفه الناس مالا ، وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم فى أبى جهم لأنه لا يضع عصاه عن عاتقه ؛ وان كان لا يخلو أن يضعها فى بعض أوقاته ، والصعلوك الفقير ، قال الشاعر :

غنينا زمانا بالتصعلك والغنى وكلا سقاناه بكأسيهما الدهر

وأما قوله صلى الله عليه وسلم لا يضع العصا عن عاتقه ففيه تأويلان : (أحدهما) أنه كثير الأسفار قال الشاعر :

فألقت عصاها واستقرت بها النوى كما قر عيناً بالاياب المسافر

فعلى هذا يكون فيه دليل على جواز السفر بغير اذن زوجته (الثانى) أنه أراد أنه كان كثير الضرب لزوجته ؛ ولهذا قال صلى الله عليه وسلم : « لا ترفع عصاك عن أهلك » أى فى التأديب فى الكلام أو الضرب ؛ فعلى هذا التأويل يدل على جواز ضرب الزوج لزوجته لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يخرجه مخرج النكير وقال بعضهم : يدل على أنه كثير الجماع • وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم « لا ترفع عصاك عن أهلك » أراد به الكناية عن الجماع ، فيكون فى هذه الدلالة دلالة على جواز الكناية بالجماع ، وهذا غلط فى التأويل ، لأنه ليس من الكلام ما يدل على أنه أراد هذا •

قال الصيمرى : ولو قيل انه أراد بقوله صلى الله عليه وسلم هذا كثرة

الجماع أى أنه كثير التزويج لكان أشبه (الثامنة عشر) يدل على جواز خطبة الرجل ؛ لأن النبى صلى الله عليه وسلم خطبها لأسامة (التاسعة عشر) أنه يجوز للرجل أن يخطب امرأة قد خطبها غيره اذا لم يتقدم اجابة للأول.

(العشرون) أنه يجوز للمستشار أن يشير على المستشير بما لم يسأله عنه لأنها لم تستشر فى أسامة رضى الله عنه (الاحدى والعشرون) أنه لا يجب على المستشير المصير الى ما أشار به المشير لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يقل لها : يجب عليك المصير الى ما أشرت به ، وانما أعاد ذلك عليها على سبيل المشورة .

(الثانية والعشرون) أن الخير لا يختص بالنسب ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أدلك على من هو خير منهما ، ونسبهما خير من نسبه » .

(الثالثة والعشرون) أن الكفاءة ليست بشرط فى النكاح ، لأنها قرشية وأسامة مولى .

(الرابعة والعشرون) أنه يجوز أن يخطب المرأة الى نفسها ، وان كان لها ولى . والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الخيار فى النكاح والرد بالعيب

اذا وجد الرجل امرأته مجنونة أو مجذومة أو برصاء أو رتقاء ـ وهى التى انسد فرجها ـ أو قرناء ـ وهى التى فى فرجها لحم يمنع الجماع ـ ثبت له الخيار . وان وجدت المرأة زوجها مجنونا أو مجذوماً أو أبرص أو مجبوباً أو عنينا ، ثبت لها الخيار ، لما روى زيد بن كعب بن عجرة قال « تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة من بنى غفار فرأى بكشحها بياضاً فقال لها النبى صلى الله عليه وسلم البسى ثيابك والحقى بأهلك » فثبت الرد بالبرص بالخبر وثبت فى سائر ما ذكرناه بالقياس على البرص ، لأنها فى معناه فى منع الاستمتاع .

وان وجد احدهما الآخر وله فرج الرجال وفرج النساء ففيه قولان : (احدهما) يثبت له الخيار ، لأن النفس تعاف عن مباشرته فهو كالابرص . (والثانى) لا خيار له ، لانه يمكنه الاستمتاع به . وان وجدت المرأة زوجها خصياً ففيه قولان :

(احدهما) لها الخيار ، لأن النفس تعافه (والثانى) لا خيار لها لأنها تقدر على الاستمتاع به ، وان وجد احدهما بالآخر عيباً وبه مثله ، بأن وجده ابرص وهو ابرص ففيه وجهان :

(احدهما) له الخيار ، لأن النفس تعاف من عيب غيرها وان كان بها مثله (والثانى) لا خيار له لأنهما متساويان فى النقص فلم يثبت لهما الخيار، كما لو تزوج عبد بأمة . وان حدث بعد العقد عيب يثبت به الخيار ، فان كان بالزوج ، ثبت لها الخيار ، لأن ما ثبت به الخيار اذا كان موجوداً حال العقد ثبت به الخيار اذا حدث بعد العقد كالاعسار بالمهر والنفقة وان كان بالزوجة ففيه قولان .

(احدهما) يثبت به الخيار ، وهو قوله فى الجديد ، وهو الصحيح ، لأن ما ثبت به الخيار فى ابتداء العقد ثبت به الخيار اذا حدث بعده كالعيب فى الزوج (والثانى) وهو قوله فى القديم انه لا خيار له ، لأنه يملك أن يطلقها) .

الشرح خبر زيد بن كعب بن عجرة رواه أحمد هكذا : حدثنا القاسم المزنى قال أخبرنى جميل بن زيد قال : صحبت شيخاً من الأنصار ذكر أنه كانت له صحبة يقال له كعب بن زيد أو زيد بن كعب ، فحدثنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من غفار فلما دخل عليها وضع ثوبه وقعد على الفراش أبصر بكشحها بياضا فانحاز عن الفراش ثم قال : « خذى عليك ثيابك ولم يأخذ مما آتاها شيئاً » .

وهذا يدور سنده على رجلين هما موضع نظر ، أولهما جميل بن زيد وثانيهما زيد بن كعب أو كعب بن زيد ، ونتكلم عن الثانى لشرف الصحبة فنقول : رواية أحمد كما عرفت عن زيد بن كعب ولم نعرف من الصحابة سوى زيد بن كعب البهزى ثم السلمى صاحب الظبى الحاقف وكان صائده ،

وقد سقناه فى اللقطة ، ومن قبل ساقه النووى فى الصيد ، وليس هو الذى حدث جميلا ، وان كان كعب بن زيد فليس عندنا مصدر يعرفنا به سوى جميل بن زيد ، ولذلك جاء التعريف به فى الاستيعاب هكذا : كعب بن زيد ويقال زيد بن كعب • روى قصة الغفارية التى وجد رسول الله صلى الله عليه وسلم البياض بكشحها ، روى عنه جميل بن زيد وفى الخبر اضطراب • اهـ

ويأتى الحاكم فيروى عن جميل هذا فيقول عن جميل بن زيد الطائى عن زيد بن كعب بن عجرة عن أبيه ،فيكون الصحابى هنا كعب بن عجرة الأنصارى وهو من مشاهير الصحابة فلا يناسبه ما فى رواية أحمد صحبت شيخا ذكر أنه كانت له صحبة يقال له الخ •

ويأتى اسماعيل بن زكريا فيقول : حدثنا جميل بن زيد ، حدثنا ابن عمر قال « تزوج النبى صلى الله عليه وسلم امرأة وخلى سبيلها » الحديث فهو تارة يرويه عن زيد بن كعب أو كعب بن زيد شيخ ذكر أن له صحبة ، وتارة يرويه عن زيد بن كعب بن عجرة الأنصارى عن أبيه ، وتارة يرويه عن ابن عمر مع أن ابن حبان يقول : روى عن ابن عمر ولم ير ابن عمر • وقال ابن معين : جميل بن زيد ليس بثقة • وقال البخارى : لم يصح حديثه • وروى أبو بكر بن عياش عن جميل قال « هذه أحاديث ابن عمر ، ما سمعت من ابن عمر شيئاً ؛ انما قالوا لى اكتب أحاديث ابن عمر فقدمت المدينة فكتبتها » •

وقال أبو القاسم البغوى فى معجمه : الاضطراب فى حديث الغفارية منه ، يعنى تارة عن ابن عمر وتارة عن هذا وتارة عن ذاك • قال : وقد روى أحاديث عن ابن عمر يقول فيها « سألت ابن عمر ، مع أنه لم يسمع من ابن عمر شيئاً » وقال أبو حاتم والبغوى « ضعيف الحديث » وقال النسائى « ليس بثقة » وقد قال العلامة السفارينى فى كتابه (تفثات صدر المكمد ، وقوة عين الأرمد ، لشرح ثلاثيات مسند الامام أحمد) قال ابن حبان « جميل بن زيد دخل المدينة بعد موت ابن عمر رضى الله عنهما • فجمع

أحاديثه ثم رجع الى البصرة فرواها ، ورواه سعيد بن منصور فى سننه عن زيد بن كعب بن عجرة ولم يشك ، وكذا قال الامام ابن القيم فى الهدى : زيد بن كعب بن عجرة » . ا هـ

والحاصل أن الحديث لم يثبت من طريق آخر فآفته فى جميع الكتب جميل بن زيد ولذلك لا نستطيع أن نجزم بواقعة زواج النبى صلى الله عليه وسلم من الغفارية .

اما الأحكام فان الرد بالعيب فى النكاح قد ثبت بالقواعد الكلية فى العقود والمعاوضات وغير ذلك على ما سيأتى ، ولكن ابن حجر يصحح رواية الشافعى من طريق مالك وابن أبى شيبة عن أبى ادريس عن يحيى قال : ورجاله ثقات .

أما اللغات فقوله « أبصر بكشحها » أى خصرها أو بطنها ، والكشح ما بين الخاصرة الى الضلع الخلف . وفى حديث سعد : ان أميركم هذا لأهضم الكشحين أى دقيق الخصرين .

وقوله « بياضا » يحتمل أن يكون بهقا ويحتمل أن يكون برصا ، وهو الأصح وان كان كل منهما تكرهه النفس . قوله « امرأة من غفار » قيل اسمها الغالية ، وقيل : أسماء بنت النعمان ، قال الحاكم : يعنى الجونية . وقال الحافظ ابن حجر : الحق أنها غيرها .

أما الأحكام فانه اذا وجد أحد الزوجين عيباً بالآخر ثبت له الخيار فى فسخ النكاح ، والعيوب التى يثبت لأجلها الخيار فى النكاح خمسة ، ثلاثة يشترك فيها الزوجان وينفرد كل واحد منهما باثنين ، فأما الثلاثة التى يشتركان فيها ، فالجنون والجذام والبرص ، وينفرد الرجل بالجب والعنة وتنفرد المرأة بالرتق والقرن ؛ فالرتق أن يكون فرج المرأة مسدوداً يمنع من دخول الذكر ؛ والقرن قيل هو عظم يكون فى فرج المرأة يمنع من الوطء . والمحققون يقولون : هو لحم ينبت فى الفرج يمنع من دخول الذكر ، مثل أن يتورم الرحم وتنشأ عليه أورام سرطانية تسد مدخل فرجها،

وانما يصيب المرأة ذلك فى بعض حالات الولادة ، هذه العيوب يثبت بها الخيار • هذا مذهبنا وبه قال عمر رضى الله عنه وابن عباس رضى الله عنهما ومالك وأحمد واسحاق •

وقال على كرم الله وجهه وابن مسعود رضى الله عنه : لا ينفسخ النكاح بالعيب واليه صار النخعى والثورى وأبو حنيفة ، الا أنه قال : اذا وجدت المرأة زوجها مجبوباً أو عنيناً كان لها الخيار ، فان اختارت فرق بينهما الحاكم بتطليقها • دليلنا الخبر المذكور وما قاله عمر رضى الله عنه فيما روى يحيى بن سعيد الأنصارى عن سعيد بن المسيب عنه « أيما امرأة زوجت وبها جنون أو جذام أو برص فدخل بها ، ثم اطلع على ذلك فلها مهرها بمسيسه اياها ، وعلى الولى الصداق بما دلس كما غره » وكذا روى الشعبى عن على رضى الله عنه « أيما امرأة نكحت وبها برص أو جنون أو جذام أو قرن، فزوجها بالخيار ما لم يمسها ، ان شاء أمسك والا طلق • وان مسها فلها المهر بما استحل من فرجها » ولأن المجنون منهما يخاف منه على الآخر وعلى الولد ، والجب والعنة والرتق والقرن يتعذر معها مقصود الوطء ؛ والجذام والبرص تعاف النفوس من مباشرته •

قال الشافعى رضى الله عنه (ويخاف منهما العدوى للآخر والى النسل) فان قيل : فقد قال النبى صلى الله عليه وسلم : « لا عدوى ولا هامة ولا صفر » وقال صلى الله عليه وسلم : « لا يعدى شىء شيئاً » فقال أعرابى « يا رسول الله ان الثفر قد تكون بمشفر البعير أو بذنبه فى الابل العظيمة فتجرب كلها ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم فما أجرب الأول » ؟ •

قال أصحابنا : وقد وردت أيضاً أخبار بالعدوى ، فمنها قوله صلى الله عليه وسلم : « لا يوردن ذو عاهة على مصح » وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا تديموا النظر الى المجذومين ؛ فمن كلمه منكم فليكن بينه وبينه قدر رمح » •

وروى أن رجلا جاء الى النبى صلى الله عليه وسلم ليبايعه فأخرج يده فاذا هى جذماء ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : « ضم يدك قد بايعتك »

وكان من عادته صلى الله عليه وسلم المصافحة فامتنع من مصافحته لأجل الجزام » وقال صلى الله عليه وسلم : « فر من المجذوم فرارك من الأسد »

قال العمرانى فى البيان : وانما نفى النبى صلى الله عليه وسلم العدوى الذى يعتقده الملاحدة ، وهو أنهم يعتقدون أن الأدواء تعدى بأنفسها وطباعها • وليس هذا بشىء ، وانما العدوى الذى نريده أن يقول ان الداء جرت العادة أن يخلق الداء عند ملاقاة الجسم الذى فيه الداء ، كما أنه أجرى العادة أن يخلق الأبيض بين الأبيضين والأسود بين الأسودين وان كان فى قدرته أن يخلق الأبيض من الأسود لا أن هذه الأدواء تعدى بنفسها

وأما قوله صلى الله عليه وسلم : « لا هامة ولا صفر » فان أهل الجاهلية كانوا يقولون : اذا قتل الانسان ولم يؤخذ بثأره خرج من رأسه طائر يصرخ ويقول اسقونى دم قاتلى • هكذا حكاه ابن الصباغ • وأما الصفر فان أهل الجاهلية كانوا يقولون فى الجوف دابة تسمى الصفر اذا تحركت جاع الانسان وهى اعداء من الجرب عند العرب ، وقيل : هو تأخير حرمة المحرم الى صفر ، فأبطل النبى صلى الله عليه وسلم كل ذلك •

وقد بسط الشافعى رضى الله عنه فى أحكام العيب فقال : ولو تزوج الرجل امرأة على أنها جميلة شابة موسرة تامة بكر فوجدها عجوزاً قبيحة معدمة قطعاء ثيباً أو عمياء أو بها ضر ما كان الضر غير الأربع التى سمينا فيها الخيار ــ يعنى الجذماء والبرصاء والرتقاء والمجنونة ــ فلا خيار له ، وقد ظلم من شرط هذا نفسه • الى أن قال : وليس النكاح كالبيع فلا خيار فى النكاح من عيب يخص المرأة فى بدنها ولا خيار فى النكاح عندنا الا من أربع • أن يكون خلق فرجها عظما لا يوصل الى جماعها بحال ، وهذا مانع للجماع الذى له عامة ما نكحها ، فان كانت رتقاء فكان يقدر على جماعها بحال فلا خيار له ، أو عالجت نفسها حتى تصير الى أن يوصل اليها فلا خيار للزوج ، وان لم تعالج نفسها فله الخيار اذا لم يصل الى الجماع بحال • وان سألها أن يشقه هو بحديدة أو ما شابهها ويجبرها على ذلك ، لم أجعل له أن يفعل وجعلت له الخيار • وان فعلته هى فوصل الى جماعها قبل أن

أخيره لم أجعل له خياراً ؛ ولكن لو كان القرن مانعاً للجماع كان كالرتق أو تكون جذماء أو برصاء أو مجنونة ، ولا خيار فى الجذام حتى يكون بينا فأما الزعر فى الحاجب أو علامات ترى أنها تكون جذماء ولا تكون فلا خيار بينهما وقال الجنون ضربان ، فضرب خنق وله الخيار بقليله وكثيره ، وضرب غلبه على عقله من غير حادث مرض فله الخيار فى الحالين معا • وهذا أكثر من الذى يخنق ويفيق • ا هـ

وذهب بعض الحنابلة الى ما ذهب اليه أصحابنا ؛ الا أنهم جعلوا خيار العيوب على التراخى ، لا يسقط الا أن يوجد منه دلالة على الرضى من قول أو وطء أو تمكين مع العلم بالعيب أو يأتى بصريح الرضا ، فان ادعى الجهل بالخيار ومثله يجهله فالأظهر ثبوت الفسخ ، هكذا أفاده ابن تيمية • وقال فى شرح الثلاثيات العلامة السفارينى الحنبلى لابد لصحة فسخ عقد النكاح بأحد العيوب المذكورة من حكم حاكم خلافا لشيخ الاسلام ابن تيمية •

وقال داود الظاهرى وابن حزم ومن وافقهما : لا يفسخ النكاح بعيب البتة ، قال السفارينى : وقال الامام ابن القيم من علمائنا : يسوغ الفسخ بكل عيب ترد به الجارية فى البيع من العمى والخرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو أحدهما أو كون الرجل كذلك ، لأن هذه الأمور من أعظم المنفرات والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش وهو مناف للدين ، والاطلاق ينصرف الى السلامة فهو كالمشروط عرفاً • قال والقياس أن كل عيب ينفر أحد الزوجين منه ولا يحصل به مقصود النكاح من المودة والرحمة يوجب الخيار ، وهو أولى من البيع ؛ كما أن الشروط المشروطة فى النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع • ا هـ

فرع ان وجد كل واحد من الزوجين بصاحبه عيباً ــ فان كان العيبان من جنسين بأن كان أحدهما أجذم والآخر أبرص ثبت لكل منهما الخيار لأن نفس الانسان تعاف من داء غيره • وان كانا من جنس واحد بأن كان كل واحد منهما أجذم أو أبرص ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يثبت لواحد منهما الخيار لأنهما متساويان فى النقص فهو كما لو تزوج عبد امرأة فكانت أمة .

(والثانى) يثبت لكل واحد منهما الخيار لأن نفس الانسان تعاف من عيب غيره وان كان به مثله . وان أصاب الرجل امرأته قرناء أو رتقاء وأصابته عنينا أو مجبوباً ففيه وجهان : (أحدهما) يثبت لكل واحد منهما الخيار لوجود النقص الذى يثبت لأجله الخيار . (والثانى) لا خيار لواحد منهما ، لأن الرتق والقرن يمنع الاستمتاع والمجبوب والعنين لا يمكنه الاستمتاع فلم يثبت الخيار .

هذا الكلام فى العيوب الموجودة حال العقد التى لم يعلم بها الآخر . فأما اذا حدث شىء من هذه العيوب بأحد الزوجين بعد العقد نظرت ، فان كان ذلك بالزوج ويتصور فيه حدوث العيوب كلها الا العنة فانه لا يتصور أن يكون غير عنين قبله ثم يكون عنيناً بعده ، فاذا حدث فيه أحد العيوب الأربعة ثبت للزوجة الخيار،لأن كل عيب ثبت لأجله الخيار اذا كان موجوداً حال العقد ثبت لأجله الخيار اذا حدث بعد العقد كالاعسار بالنفقة والمهر . وان كان ذلك حادثاً فى الزوجة فانه يتصور بها جميع العيوب الخمسة ، فاذا حدث منها شىء فهل يثبت للزوج فسخ النكاح ؟ فيه قولان :

قال فى القديم : لا يثبت له الفسخ . وبه قال مالك رضى الله عنه لأنها لم تدلس عليه ولأنه يمكن التخلص من ذلك بالطلاق .

وقال فى الجديد : يثبت له الخيار فى الفسخ ، وهو الصحيح ، وقد استدل أصحابنا لصحة هذا بخبر زواج النبى صلى الله عليه وسلم بالغفارية وردها لما وجد فى كشحها بياضاً . ولأن كل عيب يثبت لأجله الفسخ اذا كان موجوداً حال العقد يثبت لأجله الفسخ اذا حدث كالعيب بالزوج ؛ والقول الأول يمكنه أن يطلق يبطل بالعيب الموجود حال العقد فانه يمكنه أن يطلق ومع هذا فثبت له الفسخ .

فـــرع قال فى الاملاء : اذا علم بالعيب حال العقد فلا خيار له لأنه عيب رضى به فلم يكن له الفسخ لأجله ، كما لو اشترى شيئاً معيبا مع العلم بعيبه ، فان أصاب أحد الزوجين بالآخر عيبا فرضى به سقط حقه من الفسخ لأجله ، فان وجد عيباً غيره بعد ذلك ثبت له الفسخ لأنه لم يرض به ، وان زاد العيب الذى رآه ورضى به نظرت ، فان حدث فى موضع آخر بأن رأى البرص والجذام فى موضع من البدن فرضى به ، ثم حدث البرص فى موضع آخر من البدن كان له الخيار فى الفسخ ، لأن هذا غير الذى رضى به ، وان اتسع ذلك الموضع الذى رضى به لم يثبت له الخيار لأجله ، لأن رضاه به رضاء بما تولد منه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل والخيار فى هذه العيوب على الفور ، لأنه خيار ثبت بالعيب فكان على الفور ، كخيار العيب فى البيع ، ولا يجوز الفسخ الا عند الحاكم لأنه مختلف فيه .

فصـــل وان فسخ قبل الدخول سقط المهر ، لأنه ان كانت المراة فسخت كانت الفرقة من جهتها فسقط مهرها ، وان كان الرجل هو الذى فسخ الا انه فسخ لمعنى من جهة المراة وهو التدليس بالعيب فصار كأنها اختارت الفسخ ، وان كان الفسخ بعد الدخول سقط المسمى ووجب مهر المثل ، لأنه يستند الفسخ الى سبب قبل العقد فيصير الوطء كالحاصل فى نكاح فاسد فوجب مهر المثل ، وهل يرجع به على من غره ؟ فيه قولان : قال فى القديم : يرجع لأنه غره حتى دخل فى العقد .

وقال فى الجديد : لا يرجع لأنه حصل له فى مقابلته الوطء ، فان قلنا : يرجع فان كان الرجوع على الولى رجع بجميعه ، وان كان على المراة ففيه وجهان :

(احدهما) يرجع بجميعه كالولى (والثانى) يبقى منه شيئاً حتى لا يعرى الوطء عن بدل . وان طلقها قبل الدخول ثم علم أنه كان بها عيب لم يرجع بالنصف ، لأنه رضى بازالة الملك والتزام نصف المهر فلم يرجع به .

فصـــل ولا يجوز لولى المرأة الحرة ولا لسيد الأمة ولا لولى الطفل تزويج المولى عليه ممن به هذه العيوب ، لأن فى ذلك اضراراً بالمولى عليـه ، فان خالف وزوج فعلى ما ذكرناه فيمن زوج المرأة من غير كفء ، وان دعت المرأة الولى أن يزوجها بمجنون لم يلزمه تزويجها لأن عليه فى ذلك عاراً ، وان دعت الى نكاح مجبوب أو عنين ، لم يكن له أن يمتنع ، لأنه لا ضرر عليه فى ذلك . وان دعت الى نكاح مجذوم أو أبرص ففيه وجهان (أحدهما) له أن يمتنع لأن عليه فى ذلك عاراً (والثانى) ليس له أن يمتنع لأن الضرر عليها دونه .

فصـــل وان حدث العيب بالزوج ورضيت به المرأة لم يجبرها الولى على الفسخ ، لأن حق الولى فى ابتداء العقد دون الاستدامة ، ولهذا لو دعت المرأة الى نكاح عبد كان للولى ان يمتنع ، ولو أعتقت تحت عبد فاختارت المقام معه لم يكن للولى اجبارها على الفسخ) .

الشرح كل موضع قلنا لأحد الزوجين أن يفسخ النكاح بالعيب فان ذلك الخيار يثبت له على الفور لا على التراخى لأنه خيار عيب لا يحتاج الى نظر وتأمل فكان على الفور ، كما لو اشترى عيناً فوجد بها عيبـاً ، فقولنا : خيار عيب احتراز من خيار الأب فى رجوعه بهبته لابنه ومن خيار الولى فى القصاص والعفو . وقولنا : لا يحتاج الى نظر وتأمل . احتراز من المعتقة تحت عبد اذا قلنا : يثبت لها الخيار على التراخى ولسنا نريد الفسخ يكون على الفور بل نريد المطالبة وهو أن أحد الزوجين اذا علم بالآخـر عيباً فانه يرفع ذلك الى الحاكم ، فيستدعى الحاكم الآخر ويسأله ، فان أقر به أو كان ظاهراً انفسخ النكاح بينهما ، وان أنكر وكان خفياً فعلى المدعى البينة ، فاذا أقام البينة فسخ النكاح بينهما .

وقال أصحاب أحمد : ان خيار العيب ثابت على التراخى لا يسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى به من القـول والاسـتمتاع مـن الزوج أو التمكين من المرأة أفاده الخرقى فى ظاهر كلامه.وذكر القاضى من الحنابلة أنه على الفور ، كما أن ظاهر مذهب الحنابلة أن الفسخ يحتاج الى الحـاكم لأنه مجتهد فيه ، ونقل السفارينى من الحنـابلة عن ابن تيميـة أن الفســخ لا يحتاج الى الحاكم كالرد بالعيب فى البيع .

وقد رأيت فى البيان للعمرانى من الشافعية (مخطوطة دار الكتب العربية) بهامش الجزء السابع ما يأتى : وفيه وجه أنه ينفرد كل واحد من الزوجين بالفسخ من غير مرافعة الحاكم ؛ كفسخ البيع بالعيب ينفرد به كل واحد من المتبايعين • ا هـ

وقال قاضيخان من أصحاب أبى حنيفة : اذا كان الزوج عنينا والمرأة رتقاء لم يكن لها حق الفرقة لوجود المانع من جهتها • وكذا فى حاشية جلبى •

وفى ملتقى الأبحر أنه لو أقر أنه عنين يؤجله الحاكم سنة قمرية ولا يحتسب منها مدة مرضه ومرضها ، ويحتسب منها رمضان وأيام حيضها • ا هـ

قال الشيخ أبو حامد : ولا يجوز لأحد الزوجين أن يتولى الفسخ بنفسه بحال ، وقال ابن الصباغ : اذا رفعت الأمر الى الحاكم فالحاكم أولى به ، وهو بالخيار ان شاء فسخ بنفسه وان شاء أمرها بالفسخ • وقال القفال : اذا رفعت الأمر الى الحاكم وأثبتت العيب عنده خيرت بين أن تفسخ بنفسها وبين أن يفسخ الحاكم بمسألتها •

فرع واذا وجد أحد الزوجين بالآخر عيباً ففسخ النكاح نظرت ، فان كان الفسخ قبل الدخول سقط جميع المهر لأن المرأة ان كانت هى التى فسخت بالفرقة جاءت من جهتها ، وان كان الزوج الذى فسخ فهو بمعنى من جهتها وهو تدنيسها بالعيب فصار كما لو فسخت بنفسها ، وان كان الفسخ بعد الدخول ــ فان كان الفسخ لعيب كان موجوداً حال العقد فالمشهور من المذهب أنه يلزم الزوج مهر المثل سواء كان العيب بالزواج أو بالزوجة ؛ لأن الفسخ مستند الى العيب الموجود حال العقد فصار كما لو كان النكاح فاسداً •

وحكى المسعودى قولا آخر مخرجا أنه يجب المسمى ، لأن الفسخ رفع العقد فى حالة لا من أصله وليس بشىء ، وان كان الفسخ بعيب حدث بعد العقد بالزوج أو بالزوجة على القول الجديد فيه ثلاثة أوجه •

(أحدها) يجب لها المسمى ؛ لأنه قد وجب المسمى بالعقد فلا يتغير بما يحدث بعده بالعيب •

(والثانى) لها مهر المثل ، وان حدث بعد الوطء وجب لها المسمى لأنه اذا حدث قبل الوطء فقد حدث قبل استقرار المسمى ، فاذا فسخ العقد ارتفع من أصله فصار كما لو وطئها بشبهة ؛ واذا حدث العيب بعد الوطء فقد حدث بعد استقرار المسمى بالدخول فلا يتغير بما طرأ بعده •

فـــرع فان تزوج رجل امرأة وبها عيب فلم تعلم به حتى وطئها ثم علم به فسخ النكاح ؛ وقد قلنا : انه يجب لها مهر المثل ، وهل للزوج أن يرجع به على الولى فيه قولان ، قال فى القديم : يرجع عليه ، وبه قال مالك رضى الله عنه لما روى أن عمر رضى الله عنه قال : « أيما رجل تزوج بامرأة وبها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها الصداق ولزوجها غرم على وليها » ولأن الولى هو الذى أتلف على الزوج المهر لأنه أدخله فى العقد حتى لزمه مهر المثل فوجب أن يلزمه الضمان كالشهود اذا شهدوا عليه بقتل أو غيره ثم رجعوا • وقال فى الجديد : لا يرجع عليه ؛ وبه قال على كرم الله وجهه ، وهو قول أبى حنيفة وهو الأصح لأنه ضمن ما استوفى بدله وهو الوطء فلا يرجع به على غيره كما لو كان المبيع معيباً فأتلفه ، فاذا قلنا بهذا قلنا بهذا فلا تفريع عليه ، واذا قلنا بالأولى فان كان الولى ممن يجوز له النظر الى وليته كالأب والجد والعم رجع الزوج عليه سواء علم الولى بالعيب أو لم يعلم ، لأنه فرط بترك الاستعلام بالعيب ، ولأن الظاهر أنه يعلم ذلك ؛ وان كان الولى ممن لا يجوز له النظر اليها كابن العم والحاكم ــ فان علم الولى بعيبها ــ رجع عليه الزوج ، وان لم يعلم الولى بالعيب لم يرجع عليه الزوج ، ويرجع الزوج على المرأة لأنها هى التى غرت ، فان ادعى الزوج على الولى أنه علم بالعيب فأنكر ــ فان أقام الزوج بينة على اقرار الولى بالعيب رجع عليه ؛ وان لم يقم عليه بينة حلف الولى أنه لم يعلم بالعيب ، ورجع الزوج على الزوجة ، وان كان لها جماعة أولياء فى درجة واحدة ممن لهم النظر اليها ، رجع الزوج عليهم اذا علموا فان كان بعضهم عالماً بالعيب ، وبعضهم جاهلا ففيه وجهان ، حكاهما الطبرى فى

العدة (أحدهما) يرجع على العالم لأنه هو الذى غره • (والثانى) يرجع على الجميع لأن ضمان الأحوال لا يختلف بالخطأ والعمد ، هكذا نقل البغداديون •

فرع وقال المسعودى : اذا كان الولى غير محرم لها فهل يرجع عليه الزوج ؟ فيه قولان ، وكل موضع قلنا : يرجع الزوج على الولى، فانه يرجع عليه بجميع مهر المثل ، وكل موضع قلنا : يرجع الزوج على الزوجة ؛ فبكم يرجع عليها ؟ فيه قولان ، ومنهم من قال : هما وجهان •

(أحدهما) لا يرجع عليها بجميع مهر المثل ، وانما يبقى قدراً اذ يمكن أن يكون صادقاً لئلا يعرى الوطء عن بدل •

(والثانى) يرجع عليها بالجميع ، لأنه قد حصل لها بدل الوطء وهو المهر ، وانما رجع اليه بسبب آخر فهو كما لو وهبته منه ؛ والأول أصح • وحكى المسعودى أن القولين فى الولى • والمشهور أنه يرجع عليه بالجميع قولا واحداً •

فرع قال فى الأم : اذا تزوج امرأة ثم طلقها قبل الدخول ، وعلم بعد ذلك أنه كان بها عيب يثبت به خيار الفسخ لزمه نصف المهر لأنه رضى بازالة الملك والتزام نصف الصداق بالطلاق فلم يرجع اليه •

فرع وان دعت المرأة وليها لتزويجها الى مجنون كان له الامتناع من ذلك لأن عليه عار أن تكون وليته تحت مجنون ، لأنه لا يشهد ولا يحضر الجمعة والجماعة وان دعا الولى وليته الى تزويجها بمجنون أو خصى فلها أن تمتنع لأن عليها ضرراً به وعاراً يلحقها •

وان دعت المرأة وليها الى أن يزوجها بمجذوم أو أبرص فهل له أن يمتنع ؟ فيه وجهان : (أحدهما) ليس له أن يمتنع لأن الخيار انما يثبت لها فى النكاح لأن النفس تعاف من مباشرتهم ؛ وذلك نقص عليها دون الولى فهو كالمجبوب والخصى • (والثانى) له أن يمتنع لأن على الولى عاراً فى

ذلك ، وربما أعداها أو أعدى ولدها فيلتحق العار بأهل نسبها • وان دعاها الولى الى تزويجها بمجذوم أو أبرص كان لها أن تمتنع لأن عليها فى ذلك عاراً ونقصاً ؛ وان تزوجت امرأة برجل سليم لا عيب فيه ثم حدث فيه عيب يثبت لأجله الخيار ، فان فسخت النكاح لم يعترض عليها وليها بذلك ؛ فان اختارت المقام معه على ذلك جاز ولا اعتراض للولى عليها بذلك لأن حق الولى انما هو فى ابتداء العقد دون استدامته ، ولهذا لو دعت الحرة وليها الى تزويجها بعبد لم يلزمه اجابتها ؛ ولو اعتقت تحت عبد واختارت المقام معه لم يجبر على الفسخ والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل اذا ادعت المرأة على الزوج انه عنين وأنكر الزوج ، فالقول قول مع يمينه ، فان نكل ردت اليمين على المرأة ، وقال أبو سعيد الاصطخرى: يقضى عليه بنكوله . ولا تحلف المرأة ، لأنه أمر لا تعلمه ، والمذهب الأول ، لأنه حق نكل فيه المدعى عليه عن اليمين فردت على المدعى كسائر الحقوق ، وقوله : انها لا تعلمه يبطل باليمين فى كناية الطلاق وكناية القـذف ، فاذا حلفت المرأة أو اعترف الزوج أجله الحاكم سنة ، لما روى سعيد بن المسيب ((أن عمر رضي الله عنه قضى فى العنين أن يؤجل سنة)) .

وعن على وعبد الله بن مسعود والمغيرة بن شعبة رضى الله عنهم نحوه ، ولأن العجز عن الوطء قد يكون بالتعنين ، وقد يكون لعارض من حرارة أو برودة أو رطوبة او يبوسة ، فاذا مضت عليه الفصول الأربعة ، واختلفت عليه الأهوية ولم يزل ، دل على أنه خلقة ، ولاتثبت المدة الا بالحاكم ، لأنه يختلف فيها بخلاف مدة الإيلاء ، فان جامعها فى الفرج سقطت المدة ، وادناه أن يغيب الحشفة فى الفرج ، لأن احكام الوطء تتعلق به ولا تتعلق بما دونه ، فان كان بعض الذكر مقطوعا لم يخرج من التعنين الا بتغييب جميع ما بقى .

ومن اصحابنا من قال : اذا غيب من الباقى بقدر الحشفة خرج من حكم التعنين لأن الباقى قائم مقام الذكر ، والمذهب الأول ، لأنه اذا كان الذكر سليما فهناك حد يمكن اعتباره وهو الحشفة ، واذا كان مقطوعا فليس هناك حد يمكن اعتباره فاعتبر الجميع ، وان وطئها فى الدبر لم يخرج من حكم

التعنين لأنه ليس بمحل للوطء ولهذا لا يحصل به الاحلال للزوج الأول ، وان وطىء فى الفرج وهى حائض سقطت المدة لأنه محل للوطء ، وان ادعى انه وطئها فان كانت ثيباً فالقول قوله مع يمينه ، لأنه لا يمكن اثباته بالبينة . وان كانت بكراً فالقول قولها لأن الظاهر انه لم يطأها ، فان قال الزوج : وطئت ولكن عادت البكارة حلفت لجواز أن يكون قد ذهبت البكارة ثم عادت .

فصل **وان اختارت المقام معه قبل انقضاء الأجل ففيه وجهان (أحدهما) يسقط خيارها لأنها رضيت بالعيب مع العلم (والثانى) لا يسقط خيارها ، لأنه اسقاط حق قبل ثبوته فلم يصح ، كالعفو عن الشفعة قبل البيع ، وان اختارت المقام بعد انقضاء الأجل سقط حقها لأنه اسقاط حق بعد ثبوته ، وان ارادت بعد ذلك أن ترجع وتطالب بالفسخ لم يكن لها ، لأنه خيار ثبت بعيب وقد اسقطته فلم يجز أن ترجع فيه ، فان لم يجامعها حتى انقضى الأجل وطالبت بالفرقة فرق الحاكم بينهما ، لأنه مختلف فيه ، وتكون الفرقة فسخاً لأنه فرقة لا تقف على ايقاع الزوج ولا من ينوب عنه ؛ فكانت فسخا كفرقة الرضاع ، وان تزوج امرأة ووطئها ثم عن منها لم تضرب المدة ، لأن القدرة يقين فلا تترك بالاجتهاد) .**

الشرح خبر عمر رضى الله عنه رواه الدارقطنى باسناده عن عمر ورواه عن ابن مسعود والمغيرة بن شعبة ولا مخالف لهم ، ورواه أبو حفص عن على كرم الله وجهه ؛ أما العنين فهو الرجل العاجز عن الجماع ، وربما يشتهى الجماع ولا يناله . واشتقاقه من عن الشىء اذا اعترض من أحد الجانبين والعنة بفتح العين وضمها الاعتراض بالفضول ، وعن عن الشىء من باب ضرب اذا أعرض عنه وانصرف ، وعنان الفرس جمعه أعنة وقد مضى بعض هذه المادة فى الشركة حيث شركة العنان ، وهو هنا من عن ذكره اذا اعترض عن يمين الفرج وشماله فلا يقصده ؛ وقيل مشتق من عنان الدابة أى أنه يشبهه فى اللين .

اذا ثبت هذا فالعنة فى الرجل عيب يثبت الخيار لزوجته فى فسخ النكاح لأجلها على ما نبينه ، وبه قال عامة أهل العلم .

وقال الحكم بن عيينة وداود وأهل الظاهر ليست بعيب .

دليلنا قـوله تعالى : « الطلاق مرتان ، فامسـاك بمعروف أو تسريح باحسان » فخير الله الأزواج بين أن يمسكوا النساء بمعروف أو يسرحوهن باحسان ، والامساك بمعروف لا يكون بغير وطء ؛ لأنه هو المقصود بالنكاح، فاذا تعذر عليه الامسـاك بمعروف من هـذا الوجه تعين عليـه التسريح باحسان ، لأن من خير بين شيئين اذا تعذر عليه أحدهما تعين عليه الآخر ، وقد أجمع الصحابة رضى الله عنهم على تأجيل العنين سنة ؛ فان جامعهـا والا فرق بينهما روينا ذلك عمن ذكرنا من الصحابة ولا مخالف لهم ، ولأن الله تعـالى أوجب على المولى أن يفىء أو يطلق لما يلحقها بامتنـاعه مـن الوطء ، والضرر الذى يلحق امرأة العنين أعظم من امرأة المؤلى لأن المؤلى ربما وطئها ، فاذا ثبت الفسخ لامرأة المؤلى ؛ فلأن يثبت لامرأة العنين أولى.

اذا ثبت هذا فان المـرأة اذا جاءت الى الحـاكم وادعت على زوجها أنه عنين أو أنه عاجز عن وطئها استدعاه الحاكم وسأله ، فان أقر أنه عنين أو أنه عاجز عن وطئها ثبت أنه عنين . وان أنكر وقال : لست بعنين ـ فان كان مع المرأة بينة على اقراره تقول : انه عنين وأقامتها ثبت أنه عنين وان لم يكن معها بينة فالقـول قوله مع يمينـه أنه ليس بعنين ، فاذا حلف سقطت دعواها ، واذا ثبت أنه قادر على وطئها فهل يجبره الحاكم على وطئها ليتقرر مهرها ؟ فيه وجهان حكاهما المسعودى . وان نكل عن اليمين حلفت أنه عنين ؛ ولا يقضى عليه بنكوله من غير يمين .

وحكى الشيخ أبو اسحاق عن أبى سعيد الاصطخرى أنه يقضى عليـه بنكوله من غير أن تحلف ؛ لأنه أمر لا تعلمه وليس بشىء ، لأنه حق نكل فيه المدعى عليه عن اليمين فحلف المدعى كسائر الحقوق . وقوله : أمـر لا نعلمه يبطل بكنايات الطلاق والقـذف ، فاذا ثبت أنه عنين باقراره أو بيمينها بعد نكوله فان الحاكم يؤجله سنة سواء كان الزوج حراً أو عبداً .

وحكى عن مالك أنه قال : يؤجل العبد نصف سنة . دليلنا ما رويناه عن الصحابة عمر وعثمان وابن مسعود والمغيرة وعلى ، وبه قال سـعيد ابن المسيب وعطاء وعمرو بن دينار والنخعى وقتادة وحماد بن أبى سليمان،

وعليه فتوى فقهاء الأمصار منهم أبو حنيفة وأصحابه والثورى والأوزاعى والشافعى واسحاق وأبو عبيد ولم يفرق هؤلاء بين العبد والحر ؛ ولأن العجز عن الوطء قد يكون من أصل الخلقة ، وقد يكون لعارض ، فاذا مضت عليه سنة اختلفت الأهوية (جمع هواء) فان كان ذلك قد أصابه من الحرارة انحل فى الشتاء ، وان أصابه من الرطوبة انحل فى الصيف وشدة الحر ، وان كان طبعه يميل الى هواء معتدل أمكنه ذلك فى الفصلين الآخرين ، فان مضت عليه سنة ولم يقدر على الوطء علم أن عجزه من أصل الخلقة ، ولأن بعضهم قال : الداء لا يستكن فى البدن أكثر من سنة ثم يظهر ولا يضرب المدة له الا الحاكم ، لأن عمر رضى الله عنه أجل العنين سنة ولأن من الناس من قال : يؤجل ؛ ولأن توفر قدر من راحة النفس ، وصفاء الخاطر وذهاب الخجل ، المفضى الى عدم الانتشار تفتقر الى وقت تتوفر هذه الأمور للتحقق من ذهاب العنة •

ومنهم من قال : لا يؤجل ، وكل حكم مختلف فيه فلا يثبت الا بالحاكم كالفسخ بالعيوب والاعسار بالنفقة ، ولا يضرب الحاكم له المدة الا من حين ترافعا اليه بعد ثبوت العنة ؛ فأما اذا أقر الزوج بالعنة وأقامها على ذلك زماناً فلا يحكم عليه بالتأجيل لأن عمر رضى الله عنه أجل العنين سنة والظاهر أنه انما ضرب له المدة من حين ترافعا اليه •

فرع فاذا ضرب للعنين المدة ثم جامع امرأته قبل انقضاء السنة أو بعدها وقبل الفسخ سقط حقها من الفسخ ، لأنه قد ثبتت قدرته على الوطء ، وان كان ذكره سليما خرج من العنة بتغييب الحشفة (والحشفة ما فوق الختان) فى فرجها ولا يخرج بما دون ذلك ، ولا يلزمه أكثر من ذلك لأن أحكام الوطء من وجوب الغسل والحد والعدة واستقرار المهر يتعلق بذلك ؛ وان كان بعض ذكره مقطوعاً وبقى منه ما يمكنه به الجماع فان غيب جميعه فى فرجها خرج من العنة ، وان غيب منه أقل من الحفشة لم يخرج من العنة بذلك لأنه لو كان ذكره سليما فغيب منه هذا القدر خرج من العنة ، وكذلك لم يخرج من العنة بذلك ، وكذلك اذا كان بعضه مقطوعا (الثانى) ــ وهو ظاهر النص ــ أنه لا يخرج من العنة الا بتغييب

ما بقى من الذكر فى الفرج ؛ ولأنه اذا كان سليما فهنالك حد يمكن اعتباره ، وهو الحشفة ، فاذا كان بعضه مقطوعا فليس هناك حد يمكن اعتباره فاعتبر كله ، وعندى أن الغسل وسائر أحكام الوطء على هذين الوجهين • وان وطئها فى الموضع المكروه لم يخرج من العنة ؛ لأنه ليس محل الوطء فى الشرع ولهذا لا يجعل به الاحلال للزوج الأول ، وان أصابها بالفرج وهى حائض أو نفساء أو صائمة عن فرض أو محرمة خرج من العنة ، لأنه محل للوطء فى الشرع وانما حرم الوطء لعارض •

فرع وان ادعى الزوج أنه وطئها فأنكرت ــ فان كانت ثيباً ــ فالقول قول الزوج مع يمينه ، لأنه لا يمكن اثباته بالبينة ؛ وان كانت بكراً عرضت على أربع من القوابل ، فان قلن : ان بكارتها قد زالت فالقول قول الزوج مع يمينه ، لأن الظاهر أن البكارة لا تزول الا بالوطء ؛ وان قلن : ان البكارة باقية ، فان قال الزوج اننى أصبتها وهى ثيب لم يلتفت الى قوله ، لأن ذلك طعن على البينة ؛ فثبت عجزه ، وان قال : صدقت قد أصبتها وزالت بكارتها ثم عادت فالقول قول الزوجة ، لأن الظاهر أن البكارة لا تعود •

قال الشافعى رضى الله عنه : وتحلف المرأة على ذلك ، لأن ما يدعيه الزوج ممكن لأنه قد قال أهل الخبرة : ان الرجل اذا وطىء البكر ولم يبالغ ؛ فان البكارة ربما زالت ثم عادت ، فحلفت عليه ، هذا مذهبنا •

وقال الأوزاعى : يترك الزوج معها ، ويكون هناك امرأتان جالستين خلف ستر قريب منهما ، فاذا قام الرجل عن جماعها بادرتا فنظرتا الى فرجها ، فان رأتا فيه الماء علمتا أنه أصابها ؛ وان لم تريا فيه الماء علمتا أنه لم يصبها •

وقال مالك : يفعل ذلك ولكن يقتصر على امرأة واحدة ، وحكى « أن امرأة ادعت على زوجها العنة ، فكتب سمرة بن جندب رضى الله عنه بذلك الى معاوية رضى الله عنه فكتب اليه أن يزوج الرجل امرأة ذات حسن

وجمال يذكر عنها الصلاح ويساق اليها صداقها من بيت المال ليختبر حاله ؛ فان أصابها فقد كذبت ــ يعنى زوجته المدعية ــ وان لم يصبها فقد صدقت ففعل ذلك ثم سألها عنه فقالت : ما عندى شيء ، فقال سمرة رضى الله عنه : ما دنا ولا انتشر عليه ؟ فقالت : بلى دنا وانتشر عليه ، ولكن جاءه سره » ــ أى أنزل قبل أن يولج ــ هذه رواية الشيخ أبى حامد وسائر أصحابنا.

وأما أبو عبيد فذكر أن معاوية رضى الله عنه كتب اليه أن : اشتر له جارية من بيت المال وأدخلها معه ليلة ، ثم اسألها عنه ؛ ففعل سمرة رضى الله عنه فلما أصبح قال : ما صنعت ؟ فقال : فعلت حتى حصحص فيه ، فسأل الجارية فقالت : لم يصنع شيئاً فقال : خل سبيلها ما يحصحص ، والحصحصة الحركة فى الشيء حتى يستقر ؛ وما ذكره الأوزاعى ومالك غير صحيح ، لأن الضين قد ينزل من غير ايلاج وقد يولج من غير انزال ، وما ذكره معاوية غير صحيح ، لأن الرجل قد يعن عن امرأة ولا يعن عن غيرها . وقد يعن عن الجميلة ولا يعن عن الدميمة ، لأن بعض الناس يسرح بخاطره فى جمال المرأة ويبعث جمالها فى نفسه رهبة أو احساساً بسموها عن الابتذال؛ وقد يكون هذا بدوافع باطنية لا يحسها ولا يدرك كنهها والله فى خلقه شئون .

مسألة واذا انقضت السنة ولم يقدر على وطئها كانت بالخيار بين الاقامة والفسخ ، فان اختارت الاقامة سقط حقها من الفسخ لأنها أسقطت ما ثبت لها من الفسخ فان أرادت بعد ذلك أن ترجع فتطالب بالفسخ لم يكن لها ذلك لأنه عيب رضيت به ؛ فهو كما لو وجدته مجذوما أو أبرص فرضيت به ثم أرادت أن تفسخ بعد ذلك ــ فان اختارت الفسخ ــ لم يصح الا بالحاكم لأنه مجتهد فيه . قال ابن الصباغ : ويفسخ الحاكم النكاح ، ويجعله اليها فتفسخ .

قال الشيخ أبو حامد : لا تفسخه المرأة بنفسها ؛ لأن الصحابة رضى الله عنهم قالوا : فان جامعها والا فرق بينهما ؛ فأخبر أنها لا تتولاه ، ويكون ذلك فسخاً لا طلاقا . وقال مالك والثورى وأبو حنيفة رضى الله عنهم :

تكون طلقة بائنة • دليلنا أنه فسخ بعيب كفسخ المشترى ؛ لأجل العيب فى المبيع ، وكالأمة اذا أعتقت تحت عبد فاختارت الفسخ فان رضيت بالمقام معه قبل أن يضرب له المدة وفى اثباتها فيه وجهان وحكاهما ابن الصباغ قولين •

(أحدهما) يسقط حقها من الفسخ لأنها رضيت بعيبه فهو كما لو رضيت به بعد انقضاء المدة (والثانى) لا يسقط حقها من الفسخ • وهو الأصح ، لأنها أسقطت حقها من الفسخ قبل جوازه فلم يسقط كالشفيع اذا أسقط حقه من الشفعة قبل الشراء •

فرع اذا تزوج رجل امرأة فوطئها ثم عجز عن وطئها لم يثبت لها الخيار ولا يحكم لها عليه بالعنة • وقال أبو ثور : يضرب لها المدة ؛ ويثبت لها الخيار كما لو وطئها ثم جب ذكره • دليلنا أن العنة يتوصل اليها بالاستدلال والاجتهاد فاذا تحققنا قدرته على الوطء فى هذا لم يرجع فيه الى الاستدلال ومضى الزمان ، لأنه رجوع من اليقين الى الظن ، ويخالف اذا وطئها ثم جب ، لأن الجب أمر مشاهد متحقق فجاز أن يدفع قدرته على الوطء بالأمر المتحقق ؛ فان تزوج امرأة ثم وطئها ثم طلقها فبانت منه ثم تزوجها فادعت عليه بالعنة سمعت دعواها عليه ، فان أقر بذلك ضربت له المدة لأن كل نكاح له حكم نفسه ، ويجوز أن يثبت فى نكاح دون نكاح ، كما يثبت من امرأة دون امرأة •

فرع وان تزوج رجل امرأة مع علمها أنه عنين بأن أخبرها أنه عنين أو تزوجها فأصابته عنيناً ثم فسخت النكاح ثم تزوجها ثانياً ففيه قولان• قال فى الأم : لا يثبت لها الخيار لأنها تزوجته مع العلم بحاله فلم يثبت لها الفسخ • كما لو اشترى سلعة مع العلم بعيبها • وقال فى الجديد : يثبت لها الفسخ لأن كل نكاح له حكم نفسه ؛ ولأنها انما تحققت عنته فى النكاح الأول ، ويجوز أن يكون عنيناً فى نكاح دون نكاح •

مسألة قال الشافعى رضى الله عنه : فان فارقها بعد ذلك ثم راجعها ثم سألت أن يؤجل لها لم يكن لها ذلك ، وجملة ذلك أن المرأة اذا

أصابت زوجها عنينا فضربت له المدة ورضيت بالمقام معه ثم طلقها وعادت اليه نظرت • فان طلقها طلاقا رجعياً ثم راجعها وأرادت أن تضرب له المدة ثانيا لم يكن لها ذلك لأن الرجعية استصلاح النكاح الأول وليس بتجديد عقد النكاح • وقد رضيت بمقامها معه فى هذا النكاح فلم يكن لها أن تطالب بضرب المدة ، فاعترض المزنى على الشافعى وقال : لا تجتمع الرجعية مع العنة ؛ لأنه ان كان قد وطئها فى هذا النكاح ، فانه لا تضرب له مدة السنة لأنه وان لم يصبها فيه فلا عدة عليها له ولا رجعية ، قال أصحابنا : يحتمل أن يكون الشافعى رضى الله عنه بنى هذا على القول القديم أن الخلوة تثبت العدة ، فكأنه فرضها فيمن خلا بامرأته ولم يطأها فأصابته عنيناً فضربت له المدة ثم اختارت المقام معه ثم طلقها ولم يبنها ، فان له الرجعية عليها لأن الخلوة كالدخول فى استقرار المهر بوجوب العدة والرجعة على هذا ويحتمل أنه بناها على القول الجديد وهو اذا وطئها ولم يغيب الحشفة فى الفرج وأنزل واستدخلت ماءه من غير جماع ؛ فانه يجب عليها للعدة وله عليها الرجعة ، قال الشيخ أبو حامد : وهذا أصح ، لأن الشافعى رحمه الله ذكرها فى الأم ؛ وقوله فى الأم : ان الخلوة لا تقر المهر ؛ ولا توجب العدة •

وقال المسعودى : يحتمل أن يكون الشافعى رحمه الله أراد اذا وطئها فى دبرها وان كان الطلاق بائناً ثم تزوجها بعده فقد تزوجته مع العلم بعيبه ، وهل لها الخيار ؟ فيه قولان مضى بيانهما •

فـــرع اذا تزوج امرأتين فعن عن احداهما دون الأخرى ضربت له المدة التى عن عنها لأن لكل واحدة حكم بعنتها فاعتبر حكمها بانفرادها•

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **وان وجدت المراة زوجها مجبوبا ثبت لها الخيار فى الحال ، لان عجزه متحقق ، فان كان بعضه مجبوباً وبقى ما يمكن الجماع به فقالت المراة : لا يتمكن من الجماع به ، وقال الزوج : اتمكن ، ففيه وجهان :**

(احدهما) ان القول قوله ، لان له ما يمكن الجماع بمثله ، فقبل قوله • كما لو اختلفا وله ذكر قصير •

(والثانى) وهو قول أبى اسحاق : أن القول قول المرأة ، لأن الظـــاهر معها ، فان الذكر اذا قطع بعضه ضعف ، وان اختلفا فى القدر الباقى هل يمكنه الجماع به فالقول قول المرأة ، لأن الأصل عدم الامكان .

فصـــــل اذا تزوجت امرأة رجلا على أنه على صفة فخرج بخلافها ، أو على نسب فخرج بخلافه ، ففيه وجهان :

(أحدهما) أن العقد باطل ، لأن الصفة مقصودة كالعين ، ثم اختـلاف العين يبطل العقد ، فكذلك اختلاف الصفة ، ولأنها لم ترض بنكاح هذا الزوج فلم يصح ، كما لو اذنت فى نكاح رجل على صفة فزوجت ممن هو على غير تلك الصفة .

(والقول الثانى) أنه يصح العقد وهو الصحيح ، لأن مالا يفتقر العقد الى ذكره اذا ذكره وخرج بخلافه لم يبطل العقد كالمهر ، فعلى هـذا ان خـرج اعلى من المشروط لم يثبت الخيار ، لأن الخيار يثبت النقصان لا للزيادة ، فان خرج دونها فان كان عليها فى ذلك نقص بأن شرط أنه حر فخرج عبداً او انه جميل فخرج قبيحاً او أنه عربى فخرج عجمياً ، ثبت لها الخيـار لأنه نقص لم ترض به ، وان لم يكن عليها نقص بان شرطت أنه عربى فخرج عجميا وهى عجمية ، ففيه وجهان : (أحدهما) لها الخيار لأنها ما رضيت ان يكون مثلهـا (والثانى) لا خيار لها لأنها لا نقص عليها فى حق ولا كفاءة) .

الشرح ان أصابت المرأة زوجها مجبوباً ، فان جب ذكره من أصله ثبت لها الخيار فى الحال ؛ لأن عجزه متحقق ، وان بقى بعضه ــ فان كان الباقى مما لا يمكن الجماع به ــ فهو كما لو لم يبق منه شىء ، لأن وجود الباقى كعدمه ، وان كان الباقى مما يمكن الجماع به ، فان اتفق الزوجان على أن الزوج يقدر على الجمـاع به فلا خيـار لها ؛ وان اختلفـا فقالت الزوجة : لا يقدر على الجماع به . وقال الزوج بل أقدر على الجماع به ؛ ففيه وجهان :

(أحدهما) أن القول قول الزوج مع يمينه كما لو كان الذكر سليما .

(والثانى) وهو قول أبى اسحاق . أن القول قول الزوجة مع يمينها ،

لأن الظاهـــر ممـــن قطع بعض ذكـــره أنه لا يقـــدر على الجمـــاع به ، فان ثبت عجزه عن الجماع باقراره أو يمينها ففيه وجهان حكاهما ابن الصباغ (أحدهما) حكاه عن الشيخ أبى حامد أن الخيار يثبت لها فى الحال ؛ لأن عجزه متحقق • (والثانى) وهو قول القـــاضى أبى الطيب ولم أجد له الا ذلك ــ أنه يضرب له مدة العنين ، لأن عجزه غير متحقق ، لأنه يقـــدر على الجماع به فهو كالعنين ، فأما اذا اختلفا فى القدر الباقى هل هو مما يمكن الجماع به أو مما لا يمكن الجماع به ؛ فذكر الشيخ أبو حامد والشـــيخ أبو اسحاق المروزى والمحاملى أن القول قول الزوجة وجهاً واحـــداً ، لأن الأصل عدم الامكان •

وقال ابن الصباغ : ينبغى أن لا يرجع فى ذلك اليها ، وانما يرجع الى من يعرف ذلك بصغره أو كبره كما لو ادعت أنه مجبوب وأنكر ذلك • وان أصابت زوجها خصيا أو خنثى قد زال اشكاله ــ فان قلنا : لها الخيار ــ كان لها الخيار فى الحال ، سواء كان قادراً على الوطء أو عاجزاً عنه ؛ لأن العلة فيه أن النفس تعاف من مباشرته ، وان قلنا : لا خيار لها وادعت عجزه عن الجماع فأقر بذلك ضربت له مدة العنين وهى سنة •

فـــرع روى المزنى عن الشافعى : فان لم يجامعها الصبى أجل • قال المزنى : معناه عندى صبى قد بلغ أن يجامع مثله ــ قال أصحابنا : المزنى أخطأ فى النقل والتأويل ، أما النقل فان الشافعى قال فى القديم : وان لم يجامعها الخصى أجل ثم أردف الشافعى هذا بقوله : اذا قلنا : لا خيار فى الخصى وادعت عجزه فى الجماع فانه يؤجل • فغلط المزنى من الخصى الى الصبى ؛ وأما تأويله فغلط أيضاً لأن الصبى لا تثبت العنة فى حقه ، لأن العنة لا تثبت الا باعترافه أو بنكوله عن اليمين ، ونكول يمين الزوجة وهذا متعذر فى حقه قبل أن يبلغ ، لأن دعوى المرأة لا تسمع عليه بذلك قبـــل بلوغه ، وان ادعت امرأة المجنون على زوجها العنة لم تسمع دعواها عليه ؛ لأنه لا يمكنه الجواب على دعواها ، وان ثبتت عنته قبل الجنون فضربت له المدة وانقضت وهو مجنون فلا يجوز للحاكم أن يفسخ النكاح بينهما ، لأنه لو كان عاقلا لجاز أن يدعى الاصابة ويحلف عليها ان كانت ثيبـــا ؛

وهذا متعذر منه فى حال جنونه ، وان كانت بكراً فيجوز أن يكون وطئها وزالت بكارتها ثم عادت البكارة أو منعته عن نفسها فلم يحكم عليه قبل افاقته .

فرع اذا تزوجت امرأة رجلا على أنه على صفة فخرج بخلافها ، أو على نسب فخرج بخلافه ، سواء خرج أعلى مما شرط أو دون ما شرط فالحكم واحد بأن تتزوج رجلا بشرط أنه طويل ؛ فيخرج قصيراً ، وبشرط أنه قصير فيخرج طويلا ؛ أو أنه أسود فيأتى أبيض ، أو أنه أبيض فيأتى أسود ، أو أنه موسر فيخرج فقيراً ؛ أو أنه فقير فيخرج موسراً أو على أنه قرشى فيخرج غير قرشى ؛ أو على أنه ليس بقرشى فيخرج قرشياً ، أو على أنه حر فكان عبداً وكان نكاحه باذن مولاه ، أو على أنه عبد فخرج حراً وكان هذا الشرط فى حال العقد ، فهل يصح العقد ؟ فيه قولان :

(أحدهما) أن النكاح باطل ، لأن الاعتماد فى النكاح على الصفات والأسماء كما أن الاعتماد فى البيوع على المشاهدة ؛ بدليل أنه لو قال : زوجتك أختى أو ابنتى صح وان لم يشاهدها الزوج ، كما أنه اذا باعه سلعة شاهدها صح ، ثم اختلاف الأعيان يوجب بطلان النكاح والبيع بدليل أنه لو قال : زوجتك ابنتى يا زيد فقبل نكاحها وهو عمرو ، أو قال : بعتك عبدى هذا ؛ فقال المشترى : قبلت البيع فى الجارية لم يصح النكاح والبيع، فوجب أن يكون اختلاف الصفة يوجب بطلان العقد ؛ فعلى هذا يفرق بينهما ، فان لم يدخل بها فلا شىء عليه ، وان دخل بها وجب لها مهر مثلها .

(والقول الثانى) أن النكاح صحيح ، وبه قال أبو حنيفة وهو الأصح؛ لأنه معنى لا يفتقر العقد الى ذكره ، ولو ذكره وكان كما شرط صح العقد ، فان ذكره وخرج بخلاف ما شرطه لم يبطل العقد كالمهر .

فاذا قلنا بهذا نظرت ؛ فان كان الشرط فى الصفة ، فان خرج الزوج أعلى مما شرط فى الصفة بأن شرط كونه فقيراً فكان موسراً ، أو أنه شيخ فكان شاباً ، لم يكن لها الخيار فى فسخ النكاح لأن الخيار يثبت للنقص ،

وهذا زيادة لا نقصان فيه ؛ وان خرج أدنى مما شرط ثبت لها الخيار فى فسخ النكاح ، لأنه دون ما شرط وان كان فى النسب نظرت ، فان شرط أنه حر فخرج عبداً وهى حرة ثبت لها الخيار فى فسخ النكاح قولا واحداً ، لأن العبد لا يكافىء الحرة ؛ وكذلك اذا شرط أنه عربى فخرج عجميا ، وهو من كان من أبوين عجميين وهى عربية ثبت لها الخيار ، لأنه لا يكافئها ، وان خرج نسبه أعلى من نسبها شرط أنه ليس من قريش فكان قرشيا فلا خيار لها لأنه أعلى مما شرط ، وان خرج نسبه دون نسبه الذى انتسب اليه ودون نسبها ثبت لها الخيار ؛ وان كان مثل نسبها أو أعلى منه ففيه وجهان : (أحدهما) لها الخيار ، لأنها لم ترض بكفؤ لها . (والثانى) وهو المنصوص فى الأم : أنه لا خيار لها لأنه كفؤ لها ولا نقص عليها فى ذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان كان الغرر من جهة المرأة نظرت ، فان تزوجها على أنها حرة فكانت أمة ـ وهو ممن يحل له نكاح الامة ـ ففى صحة النكاح قولان . فان قلنا : انه باطل فوطئها لزمه مهر المثل ، وهل يرجع به على الغار ؟ فيه قولان : (أحدهما) لا يرجع ، لأنه حصل له فى مقابلته الوطء . (الثانى) يرجع ؛ لأن الغار ألجأه اليه فان كان الذى غره غير الزوجة رجع عليه ، وان كانت هى الزوجة رجع عليها اذا أعتقت ، وان كان وكيل السيد رجع عليه فى الحال ، وان أحبلها فضمن قيمة الولد رجع بها على من غره .

وان قلنا : انه صحيح فهل يثبت له الخيار ؟ فيه قولان : (أحدهما) لا خيار له لأنه يمكنه أن يطلق (والثانى) له الخيار وهو الصحيح ؛ لأن ما ثبت به الخيار للمرأة ثبت به الخيار للرجل كالجنون . وقال أبو اسحاق : ان كان الزوج عبداً فلا خيار له قولا واحداً ، لأنه مثلها والصحيح أنه لا فرق بين أن يكون حراً أو عبداً ، لأن عليه ضرراً لم يرض به ، وهو استرقاق ولده منها وعدم الاستمتاع بها فى النهار . فان فسخ فالحكم فيها كالحكم فيه اذا قلنا : انه باطل .

(وان قلنا) لا خيار له أو له الخيار ولم يفسخ فهو كالنكاح الصحيح ،

فان وطئها قبل العلم بالرق فالولد حر ، لانه لم يرض برقه ، وان وطئها بعد العلم بالرق فالولد مملوك ، لانه رضى برقه ، وان غرته بصفة غير الرق او بنسب ففى صحة النكاح قولان : (فان قلنا) انه باطل ودخل بها وجب مهر المثل . وهل يرجع به على من غره ؟ على القولين : (فان قلنا) يرجع فان كان الغرور من غيرها رجع بالجميع وان كان منها ففيه وجهان :

(احدهما) يرجع بالجميع كما يرجع على غيرها (والثانى) يبقى منه شيئاً حتى لا يعرى الوطء عن بدل . وان قلنا : انه صحيح ، فان كان الغرور بنسب فخرجت اعلى منه ، لم يثبت الخيار ، وان خرجت دونه ولكنه مثل نسبه او اعلى منه لم يثبت الخيار ، وان كان دون نسبه ففيه وجهان .

(احدهما) له الخيار ، لانه لم يرض ان تكون دونه . (والثانى) لا خيار له ، لانه لا نقص على الزوج بان تكون المراة دونه فى الكفاءة ، فان قلنا : ان له الخيار فاختار الفسخ ، فالحكم فيه كالحكم فيه اذا قلنا : انه باطل ، وان اختار المقام فهو كما قلنا : انه صحيح وقد بيناه) .

الشرح ان تزوج رجل امرأة على أنها حرة فكانت أمة فهل يصح النكاح ؟ فيه وجهان وجههما ما ذكرناه فى التى قبلها ، وانما يتصور القولان مع وجود أربع شرائط (أحدها) أن يكون الزوج ممن يحل له نكاح الأمة (الثانى) أن يكون القولان مع وجود أربع شرائط :

(أحدها) أن يكون الزوج ممن يحل له نكاح الأمة .

(الثانى) أن يكون الشرط فى حال العقد فأما قبله أو بعده فلا يؤثر .

(الثالث) أن يكون الغرر من جهة الأمة أو من وكيل السيد فأما ان كان من السيد فانها تعتق .

(الرابع) أن يكون النكاح باذن السيد .

اذا ثبت هذا ــ فان قلنا : ان النكاح باطل فان لم يدخل بها فرق بينهما ولا شيء عليه ، وان دخل بها لزمه مهر المثل لسيدها ؛ فاذا غرمه فهل يرجع به على من غره ؟ فيه قولان مضى توجيههما ؛ وان حبلت منه وخرج

الولد حياً كان حراً للشبهة سواء كان الزوج حراً أو عبداً ويلزمه قيمته لسيدها ، وما قاله المصنف فى استرقاق الولد والغرور بالرق فعلى وجهه .

فرع وان تزوجها على أنها على صفة فخرجت بخلافها ، أو أنها من نسب فخرجت بخلافه ، وكان هذا الشرط حال العقد ؛ فهل يصح النكاح ؟ فيه قولان سواء خرجت أعلى من الشرط أو دونه ، فان قلنا : ان النكاح باطل ، فان لم يدخل بها فرق بينهما ولا شيء عليه . وان دخل بها لزمه مهر مثلها . وهل يرجع به على من غره ؟ فيه قولان مضى توجيههما ؛ فان قلنا : لا يرجع فلا كلام ، وان قلنا : يرجع على من غره فغرم ، فان كان الذى غره وليها وهو واحد رجع عليه بالجميع ؛ وان كانوا جماعة فان غروه بالنسب رجع على جميعهم بالسوية بجميع المهر ، لأن نسبها لا يخفى عليهم؛ وان غروه بصفة غير النسب ــ فان كانوا كلهم عالمين بحالها أو كلهم جاهلين بحالها ــ رجع على جميعهم بالسوية ، لأنه لا مزية لبعضهم على بعض ، وان كانوا بعضهم عالمين بحالها وبعضهم جاهلين بحالها ؛ ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد .

(أحدهما) يرجع على الجميع لأن العالمين منهم زوجوه ؛ وحقوق الأموال لا تسقط بالخطأ .

(والثانى) يرجع على العالم منهم بحالها دون الجاهل ، لأن العالم بحالها هو الذى غره ، وان كان الذى غره هى الزوجة ففيه وجهان : (أحدهما) يرجع عليها بجميع المهر كما قلنا فى الأولياء . (والثانى) لا يرجع عليها بالجميع بل يبقى منه شيئاً حتى لا يعرى الوطء عن بدل ؛ فان قلنا : يرجع عليها بالجميع ــ فان كانت قبضته منه ردته اليه ؛ وان لم تقبضه منه لم يقبضه ، بل يسقط أحدهما بالآخر ، وان قلنا : لا يرجع عليها بالجميع ــ فان كانت قد قبضت الجميع ــ رجع عليها بما قبضت منه ؛ وبقى منه بعضه، وان لم يقبضه منه أقبضها منه شيئاً وسقط الباقى عنه ، وان قلنا : ان النكاح صحيح ، لأنه لا نقص عليه ؛ فان غرته بصفة فخرجت أعلا مما شرطت فلا خيار للزوج لأنه لا نقص عليه ، وان خرج نسبها دون النسب

الذى شرطت ودون نسب الزوج ؛ أو كان الغرور بصفة فخرجت صفتها دون الصفة التى شرطت فهل له الخيار فى فسخ النكاح ؟ فيه قولان .

(أحدهما) له الخيار لأنه معنى لو شرط بنفسه وخرج بخلافه لثبت لها الخيار فيثبت للزوج الخيار كالعيوب .

(والثانى) لا يثبت له الخيار ؛ لأنه يمكنه أن يطلقها ؛ ولأنه لا عار على الزوج يكون نسب الزوجة دون نسبه ودون صفته بخلاف الزوجة ــ فان قلنا : له الخيار ، فاختار الفسخ ــ فهو كما قلنا : انه باطل ، وان قلنا : لا خيار له ؛ أو له الخيار ، فاختار امساكها لزمه أحكام العقد الصحيح .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان تزوج امراة من غير شرط يظنها حرة فوجدها امة فالنكاح صحيح ؛ والمنصوص أنه لا خيار له . وقال فيمن تزوج حرة يظنها مسلمة فخرجت كتابية ان له الخيار . فمن اصحابنا من نقل جوابه فى كل واحدة من المسئلتين الى الاخرى وجعلهما على قولين .

(أحدهما) له الخيار ، لأن الحرة الكتابية احسن حالا من الأمة ، لأن الولد منها حر ، والاستمتاع بها تام ، فاذا جعل له الخيار فيها كان فى الأمة والولد منها رقيق ، والاستمتاع بها ناقص اولى .

(والقول الثانى) لا خيار له لأن العقد وقع مطلقا فهو كما لو ابتاع شيئا يظنه على صفة فخرج بخلافها ، فانه لا يثبت له الخيار . فكذلك ههنا ، واذا لم يجعل له الخيار فى الأمة ففى الكتابية أولى . ومنهم من حملها على ظاهر النص فقال له الخيار فى الكتابية . ولا خيار له فى الأمة . لأن فى الكتابية ليس من جهة الزوج تفريط . لأن الظاهر ممن لا غيار عليه انه ولى مسلمة ، وانما التفريط من جهة الولى فى ترك الغيار . وفى الأمة التفريط من جهة الزوج فى ترك السؤال .

فصل اذا أعتقت الأمة وزوجها حر لم يثبت لها الخيار . لما روت

عائشة رضى الله عنها قالت « أعتقت بريرة فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم فى زوجها . وكان عبداً فاختارت نفسها » ولو كان حراً ما خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأنه لا ضرر عليها فى كونها حرة تحت حر . ولهذا لا يثبت به الخيار فى ابتداء النكاح فلا يثبت به الخيار فى استدامته وان اعتقت تحت عبد ثبت لها الخيار . لحديث عائشة رضى الله عنها ولأن عليها عاراً وضرراً فى كونها تحت عبد . ولهذا لو كان ذلك فى ابتداء النكاح ثبت لها الخيار . فثبت به الخيار فى استدامته . ولها أن تفسخ بنفسها لأنه خيار ثابت بالنص . فلم يفتقر الى الحاكم . وفى وقت الخيار قولان .

(احدهما) أنه على الفور ، لأنه خيار لنقص فكان على الفور كخيار العيب فى البيع (والثانى) أنه على التراخى ، لأنا لو جعلناه على الفور لم نامن ان تختار المقام أو الفسخ ثم تندم ، فعلى هذا فى وقته قولان :

(أحدهما) يتقدر بثلاثة ايام ، لأنه جعل حدا لمعرفة الحظ فى الخيار فى البيع .

(والثانى) أن لها الخيار الى أن تمكنه من وطئها لأنه روى ذلك عن ابن عمر وحفصة بنت عمر رضى الله عنهما ، وهو قول الفقهاء السبعة سعيد ان المسيب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد وأبى بكر بن عبد الرحمن ابن الحارث بن هشام وخارجة بن زيد بن ثابت وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة ابن مسعود وسليمان بن يسار رضى الله عنهم فان اعتقت ولم تختر الفسخ حتى وطئها ثم ادعت الجهل بالعتق ـ فان كان فى موضع يجوز ان يخفى عليها العتق ـ فالقول قولها مع يمينها ، لأن الظاهر أنها لم تعلم ، وان كان فى موضع لا يجوز أن يخفى عليها لم يقبل قولها لأن ما يدعيه خلاف الظاهر ، وان علمت بالعتق ولكن ادعت أنها لم تعلم بان لها الخيار ، ففيه قولان :

(احدهما) لا خيار لها كما لو اشترى سلعة فيها عيب ، وادعى انه لم يعلم ان له الخيار .

(والثانى) أن لها الخيار ، لأن الخيار بالعتق لا يعرفه غير أهل العلم ، وان اعتقت وهى صغيرة ثبت لها الخيار اذا بلغت ، وان كانت مجنونة ثبت لها الخيار اذا عقلت وليس للولى أن يختار ، لأن هذه طريقة الشهوة فلا ينوب عنها الولى كالطلاق ، وان أعتقت فلم تختر حتى عتق الزوج ففيه قولان :

(احدهما) لا يسقط خيارها لأنه حق ثبت فى حال الرق فلم ينتفر بالعتق كما لو وجب عليه حد ثم اعتق .

(والثانى) يسقط لأن الخيار ثبت بالنقص وقد زال ، فان اعتقت وهى فى العدة من طلاق رجعى فلها ان تترك الفسخ لانتظار البينونة بانقضاء العدة ولها ان تفسخ لأنها اذا لم تفسخ ربما راجعها اذا قارب انقضاء العدة ـ فاذا فسخت ـ احتاجت أن تستأنف العدة وان اختارت المقام فى العدة لم يسقط خيارها لأنها جارية الى بينونة فلا يصح منها اختيار المقام مع ما ينافيه ، وان اعتقت تحت عبد فطلقها قبل ان تختار للفسخ ففيه قولان :

(احدهما) : ان الطلاق ينفذ ، لأنه صادف الملك .

(والثانى) لا ينفذ لأنه يسقط حقها من الفسخ ، فعلى هذا ان فسخت لم يقع الطلاق ، وان لم تفسخ حكمنا بوقوع الطلاق من حين طلق .

فصـــل وان اعتقت وفسخت النكاح ـ فان كان قبل الدخول ـ سقط المهر لأن الفرقة من جهتها ، وان كان بعد الدخول نظرت ، فان كان العتق بعد الدخول استقر المسمى ، وان كان قبله ودخل بها ولم تعلم بالعتق سقط المسمى ووجب مهر المثل لأن العتق وجد قبل الدخول فصار كما لو وجـــد الفسخ قبل الدخول ويجب المهر للمولى لأنه وجب بالعقد فى ملـكه ، وان كانت مفوضة فأعتقت فاختارت الزوج وفرض لها المهر بعد العتق ففى المهر قولان . ان قلنا : يجب بالعقد كان للمولى لأنه وجب قبل العتق . وان قلنا : يجب بالفرض كان لها لأنه وجب بعد العتق .

فصـــل وان تزوج عبد مشرك حرة مشركة ثم اسلما ففيه وجهان : احدهما : لا خيار لها لأنها دخلت فى العقد مع العلم برقه . والثانى : وهـــو ظاهر النص أن لها أن تفسخ النكاح لأن الرق ليس بنقص فى الكفر وانما هو نقص فى الاسلام فيصير كنص حدث بالزوج ، فيثبت لها الخيار ، وان تزوج العبد المشرك امة فدخل بها ثم أسلمت وتخلف العبد فأعتقت الأمة ثبت لهـــا الخيار ، لأنها عتقت تحت عبد ، وان اسلم العبد وتخلفت المرأة ففيه وجهان .

(احدهما) وهو قول ابى الطيب بن سلمة انه لا يثبت لها الخيار ، وهـــو

ظاهر ما نقله المزنى ، والفرق بينها وبين ما قبلها أن هناك الأمر موقوف على اسلام الزوج فاذا لم تفسخ لم تأمن أن لا يسلم حتى يقارب انقضاء العدة ثم يسلم فتفسخ النكاح فتطول العدة . وههنا الأمر موقوف على اسلامها فأى وقت شاءت أسلمت وثبت النكاح فلم يثبت لها الفسخ . (والثانى) وهو قول أبى أسحاق أنه يثبت لها الخيار كالمسألة قبلها ، وأنكر ما نقله المزنى .

فصل **اذا ملك مائة دينار وأمة قيمتها مائة دينار وزوجها من عبد بمائة ووصى بعتقها فأعتقت قبل الدخول لم يثبت لها الخيار لأنها اذا فسخت سقط مهرها ، واذا سقط المهر عجز الثلث عن عتقها فسقط خيارها فيؤدى اثبات الخيار الى اسقاطه فسقط .**

فصل **وأن أعتق عبد وتحته أمة ففيه وجهان . أحدهما : يثبت له الخيار كما يثبت للأمة اذا كان زوجها عبداً ، والثانى : لا يثبت لأن رقها لا يثبت به الخيار فى ابتداء النكاح فلا يثبت به الخيار فى استدامته) .**

الشرح خبر بريرة بلفظ المصنف أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذى وصححه من طريق عروة عن عائشة ؛ وقال ابن القيم فى الهدى : حديث عائشة رواه ثلاثة الأسود وعروة والقاسم ، وهو يرجح كون زوج بريرة حراً بيد أن الروايات الثابتة عندنا تخالف ابن القيم فيما ذهب اليه .

وقد اختلف أهل العلم فيما اذا كان الزوج حراً هل يثبت الخيار للزوجة أم لا ؟ فذهب الجمهور الى أنه لا يثبت ، وجعلوا العلة فى الفسخ عدم الكفاءة لأن المرأة اذا صارت حرة وكان زوجها عبداً لم يكن كفؤاً لها ؛ ويؤيد هذا قول عائشة فى حديث الباب ، ولو كان حرا لم يخيرها ، ولكنه تعقب بأن هذه الزيادة مدرجة من قول عروة كما صرح بذلك النسائى فى سننه ، وبينه أيضاً أبو داود فى رواية مالك ، ولو سلم أنه من قولها فهو اجتهاد وليس بحجة ؛ وذهبت العترة والشعبى والنخعى والثورى والحنفية الى أنه يثبت الخيار ولو كان الزوج حراً . وتمسكوا أولا بتلك الرواية التى فيها أنه كان زوج بريرة حرا ، وقد عرفنا عدم صلاحية ذلك للتمسك به . وما بقى من فروع المسائل فى هذه الفصول فعلى وجهه لمن أراد

أن يحيط بها اجمالا اذ لا حاجة بنا الى بسطها لأنها تقوم على أساس الرق وهو من الأحكام غير العملية اليوم وقد ضاقت فوارق التكافؤ بينهم الا قليلا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب نكاح المشرك

اذا أسلم الزوجان المشركان على صفة ـ لو لم يكن بينهما نكاح جاز لهما عقد النكاح ـ اقرا على النكاح ، وان عقد بغير ولى ولا شهود ، لأنه اسلم خلق كثير فاقرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم على انكحتهم ، ولم يسألهم عن شروطه وان اسلما والمراة ممن لا تحل له كالأم والأخت لم يقرا على النكاح، لانه لا يجوز ان يبتدىء نكاحها فلا يجوز الاقرار على نكاحها ، وان اسلم احد الزوجين الوثنيين او المجوسيين او اسلمت المراة والزوج يهودى او نصرانى ـ فان كان قبل الدخول ـ تعجلت الفرقة ، وان كان بعد الدخول وقفت الفرقة على انقضاء العدة ، فان اسلم الآخر قبل انقضائها فهما على النكاح ، وان لم يسلم حتى انقضت العدة حكم بالفرقة .

وقال ابو ثور : ان اسلم الزوج قبل الزوجة وقعت الفرقة وهذا خطأ ، لما روى عبد الله بن شبرمة ((أن الناس كانوا على عهد رسول الله صلى الله عليه سلم يسلم الرجل قبل المراة ، والمراة قبل الرجل ، فايهما اسلم قبل انقضاء عدة المراة فهى امراته ، وان اسلم بعد انقضاء العدة فلا نكاح بينهما ، والفرقة الواقعة باختلاف الدين فسخ لأنها فرقة عريت عن لفظ الطلاق ونيته فكانت فسخا ، كسائر الفسوخ)) .

الشرح خبر عبد الله بن شبرمة مرسل لأنه من الطبقة الخامسة فى التابعين ومن ثم يؤخذ على المصنف استدلاله به مع استفاضة الروايات المرفوعة وكثرة طرقها ، من ذلك ما رواه البخارى عن ابن عباس قال : « كان المشركون على منزلتين من النبى صلى الله عليه وسلم ومن المؤمنين ؛ كانوا مشركى أهل حرب يقاتلهم ويقاتلونه ، ومشركى أهل عهد لا يقاتلهم ولا يقاتلونه . وكان اذا هاجرت المرأة من أهل الحرب لم تخطب حتى

تحيض وتطهر ، فاذا طهرت حل لها النكاح • وان جاء زوجها قبل أن تنكح ردت اليه » •

وأخرج أحمد وأبو داود وصححه الحاكم عن ابن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم رد ابنته زينب على زوجها أبى العاص بن الربيع بالنكاح الأول لم يحدث شيئاً » وفى لفظ « رد ابنته زينب على أبى العاص زوجها بنكاحها الأول بعد سنتين ولم يحدث صداقا » رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه • وفى لفظ « رد ابنته زينب على أبى العاص وكان اسلامها قبل اسلامه بست سنين على النكاح الأول ؛ ولم يحدث شهادة ولا صداقا » رواه أحمد وأبو داود والترمذى وقال فيه « لم يحدث نكاحا » وقال : ليس باسناده بأس •

وقد روى باسناد ضعيف عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن النبى صلى الله عليه وسلم رد ابنته على أبى العاص بمهر جديد ونكاح جديد » قال الترمذى : فى اسناده مقال ، وقال أحمد : هذا حديث ضعيف والحديث الصحيح أنه أقرهما على النكاح الأول • وقال الدارقطنى : هذا حديث لا يثبت ، والصواب حديث ابن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم ردها بالنكاح الأول » وقال الخطابى : حديث ابن عباس أصح من حديث عمرو بن شعيب •

وقال ابن كثير فى الارشاد : هو حديث جيد قوى ؛ وهو من رواية ابن اسحاق عن داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس ا هـ • الا أن حديث داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس ضعف أمرها على بن المدينى ، وابن اسحاق فيه مقال معروف وحديث عمرو بن شعيب أخرجه ابن ماجه أيضاً ، وفى اسناده الحجاج بن أرطاه وهو معروف بالتدليس ؛ ولم يسمعه من عمرو بن شعيب كما قال أبو عبيد ، وانما حمله عن العزرمى وهو ضعيف؛ وقد ضعف هذا الحديث جماعة من أهل العلم •

وأخرج مالك فى الموطأ عن ابن شهاب أنه بلغه أن ابنة الوليد بن المغيرة كانت تحت صفوان بن أمية ، فأسلمت يوم الفتح وهرب صفوان من

الاسلام ، فبعث اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم أماناً ؛ وشهد حنيناً والطائف وهو كافر وامرأته مسلمة فلم يفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما حتى أسلم صفوان واستقرت عنده بذلك النكاح . قال ابن شهاب : وكان بين اسلام صفوان وبين اسلام زوجته نحوا من شهر .

وفى الموطأ عن ابن شهاب « أن أم حكيم ابنة الحرث بن هشام أسلمت يوم الفتح بمكة وهرب زوجها عكرمة بن أبى جهل من الاسلام حتى قدم اليمن فارتحلت أم حكيم حتى قدمت على زوجها باليمن ودعته الى الاسلام فأسلم ؛ وقدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم فبايعه فثبتا على نكاحهما ذلك .

قال ابن شهاب : ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت الى الله والى رسوله وزوجها كافر مقيم بدار الكفر الا فرقت هجرتها بينها وبين زوجها الا أن يقدم زوجها مهاجراً قبل أن تنقضى عدتها ؛ وأنه لم يبلغنا أن امرأة فرق بينها وبين زوجها اذا قدم وهى فى عدتها » وروى البيهقى عن الشافعى عن جماعة أهل العلم من قريش وأهل المغازى وغيرهم عن عدد مثلهم « أن أبا سفيان أسلم بمر الظهران وامرأته هند بنت عتبة كافرة بمكة ، ومكة يومئذ دار حرب ؛ وكذلك حكيم بن حزام ، ثم أسلم المرأتان بعد ذلك وأقر النبى صلى الله عليه وسلم النكاح » .

وقد استشكل بعض علماء الحديث والفقه ما جاء فى روايات ابن عباس من قوله « بعد سنتين » وفى الرواية الثانية « بست سنين » ووقع فى رواية « بعد ثلاث سنين » وأشار ابن حجر فى الفتح الى الجمع فقال : المراد بالست ما بين هجرة زينب واسلامه ، وبالسنتين أو الثلاث ما بين نزول قوله تعالى : « لا هن حل لهم » وقدومه مسلماً ؛ فان بينهما سنتين وأشهراً . قال الترمذى فى حديث ابن عباس : انه لا يعرف وجهه . قال الحافظ : وأشار بذلك الى أن ردها اليه بعد ست سنين أو بعد سنتين أو ثلاث مشكل لاستبعاد أن تبقى فى العدة هذه المدة ، قال : ولم يذهب أحد الى جواز تقرير المسلمة تحت المشرك اذا تأخر اسلامه عن اسلامها حتى انقضت عدتها،

وممن نقل الاجماع فى ذلك ابن عبد البر ، وأشار الى أن بعض أهل الظاهر قال بجوازه ورده بالاجماع المذكور ؛ وتعقب بثبوت الخلاف فيه قديماً ، فقد أخرجه ابن أبى شيبة عن على وابراهيم النخعى بطرق قوية ، وأفتى به حماد شيخ أبى حنيفة ، وأجاب الخطابى عن الاشكال بأن بقاء العدة تلك المدة ممكن ، وان لم تجربه عادة فى الغالب ؛ ولاسيما ان كانت المدة انما هى سنتان وأشهر ، فان الحيض قد يبطىء عن ذات الاقراء لعارض ، وبمثل هذا أجاب البيهقى • قال الحافظ : وهو أولى ما يعتمد فى ذلك •

وقال السهيلى فى شرح السيرة : ان حديث عمرو بن شعيب هو الذى عليه العمل ، وان كان حديث ابن عباس أصح اسناداً لكن لم يقل به أحد من الفقهاء ، لأن الاسلام قد كان فرق بينهما ، قال الله تعالى : « لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن » ومن جمع بين الحديثين قال : معنى حديث ابن عباس ردها عليه على النكاح الأول فى الصداق والحباء ولم يحدث زيادة على ذلك من شرط ولا غيره ا هـ •

وقد أشار الى مثل هذا الجمع ابن عبد البر ، وقيل : ان زينب لما أسلمت وبقى زوجها على الكفر لم يفرق النبى صلى الله عليه وسلم بينهما اذ لم يكن قد نزل تحريم نكاح المسلمة على الكافر ، فلما نزل قوله تعالى : « لا هن حل لهم » الآية أمر النبى صلى الله عليه وسلم ابنته أن تعتد فوصل أبو العاصى [1] مسلما قبل انقضاء العدة ، فقررها النبى صلى الله عليه وسلم بالنكاح الأول فيندفع الاشكال ؛ وحديث عمرو بن شعيب تعضده الأصول ، وقد صرح فيه بوقوع عقد جديد ، والأخذ بالصريح أولى من الأخذ بالمحتمل ، ويؤيده مخالفة ابن عباس لما رواه كما حكى ذلك عنه البخارى • قال الحافظ ابن حجر : وأحسن المسالك فى تقرير الحديثين ترجيح حديث ابن عباس كما رجحه الأئمة ، وحمله على تطاول العدة فيما بين نزول آية التحريم واسلام أبى العاصى [1] ، ولا مانع من ذلك ، وأغرب

---

(١) كذا رجح النووى أو صوب ثبوت الياء فى العاصى لكونه اسم فاعل ناقص محلى بأل وقد التزم بهذه الصورة فى تهذيب الأسماء واللغات والاذكار والمجموع فى عمرو بن العاص (ط) •

ابن حزم فقال : ان قوله : ردها اليه بعد كذا ، مراده جمع بينهما ، والا فاسلام أبى العاصى كان قبل الحديبية ، وذلك قبل أن ينزل تحريم المسلمة على المشرك هكذا زعم • قال الحافظ ابن حجر : وهو مخالف لما أطبق عليه أهل المغازى أن اسلامه كان بعد نزول آية التحريم •

وقال ابن القيم فى الهدى ما حاصله : ان اعتبار العدة لم يعرف فى شىء من الأحاديث ولا كان النبى صلى الله عليه وسلم يسأل المرأة هل انقضت عدتها أم لا ولو كان الاسلام بمجرده فرقة ، لكانت طلقة بائنة ولا رجعة فيها ، فلا يكون الزوج أحق بها اذا أسلم ، وقد دل حكمه صلى الله عليه وسلم أن النكاح موقوف فان أسلم الزوج قبل انقضاء العدة فهى زوجته ، وان انقضت عدتها فلها أن تنكح من شاءت ، وان أحبت انتظرته ، واذا أسلم كانت زوجته من غير حاجة الى تجديد نكاح ، قال : ولا نعلم أحداً جدد بعد الاسلام نكاحه ألبتة ، بل كان الواقع أحد الأمرين اما افتراقهما ونكاحها غيره واما بقاؤهما على النكاح الأول اذا أسلم الزوج ، وأما تنجيز الفرقة أو مراعاة العدة فلم يعلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بواحد منهما مع كثرة من أسلم فى عهده ، وهذا كلام فى غاية الحسن والمتانة • قال : وهذا اختيار الخلال وأبى بكر صاحبه وابن المنذر وابن حزم ، وهو مذهب الحسن وطاوس وعكرمة وقتادة والحكم •

قال ابن حزم : وهو قول عمر بن الخطاب وجابر بن عبد الله وابن عباس ثم عد آخرين ، وقد ذهب الى أن المرأة اذا أسلمت قبل زوجها لم تخطب حتى تحيض وتطهر ــ ابن عباس وعطاء وطاوس والثورى وفقهاء الكوفة ووافقهم أبو ثور واختاره ابن المنذر واليه جنح البخارى ، وشرط أهل الكوفة ومن وافقهم أن يعرض على زوجها الاسلام فى تلك المدة فيمتنع ان كانا معاً فى دار الاسلام وقد روى عن أحمد أن الفرقة تقع بمجرد الاسلام من غير توقف على مضى العدة كسائر أسباب الفرقة من رضاع أو خلع أو طلاق •

قال فى البحر الزاخر : اذا أسلم أحدهما دون الآخر انفسخ النكاح

اجماعا ثم قال بعد ذلك : ومذهب الشافعي ومالك وأبي يوسف على أن الفرقة باسلام أحدهما فسخ لا طلاق اذ العلة اختلاف الدين كالردة • وقال أبو العباس وأبو حنيفة ومحمد : بل طلاق حيث أسلمت وأبى الزوج ، اذا امتناعه كالطلاق قلنا : بل كالردة ا هـ •

وجملة ما أوردنا فى هذا البحث أن أهل الشرك أنكحتهم صحيحة وطلاقهم واقع وينبنى على هذا أنه اذا نكح مشرك مشركة وطلقها ثلاثاً لم تحل له الا بعد زوج ، ولو نكح مسلم ذمية ثم طلقها ثلاثاً ثم نكحها ذمى ودخل بها وطلقها الذمى حلت للمسلم الذى طلقها بعد انقضاء عدتها ؛ فيتعلق بأنكحتهم سائر الأحكام التى تتعلق بأنكحة المسلمين ، وبه قال الزهرى والأوزاعى وأبو حنيفة وأصحابه • وقال مالك : أنكحة أهل الشرك باطلة فلا يتعلق بها حكم من أحكام النكاح الصحيح ، وحكاه أصحابنا الخراسانيون قولا آخر للشافعى •

ودليلنا قوله تعالى : « وقالت امرأة فرعون » وقوله تعالى « تبت يدا أبى لهب وتب ــ الى قوله ــ وامرأته حمالة الحطب » فأضاف امرأتيهما اليهما وحقيقة الاضافة تقتضى الملك ، وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ولدت من نكاح لا من سفاح » وكان مولوداً فى الشرك •

اذا ثبت هذا فان أسلم الزوجان المشركان معاً ــ فان كانا عند اسلامهما يجوز ابتداء النكاح بينهما أقرا على نكاحهما الأول ؛ وان كانا عقدا بغير ولى ولا شهود لأنه أسلم خلق كثير وأقرهم النبى صلى الله عليه وسلم على أنكحتهم ؛ ولم يسأل عن شروطها وان كان لا يجوز لهما ابتداء النكاح بينهما ، فان كانت محرمة عليه بنسب أو رضاع أو صهارة أو معتدة عنه لأنه لا يجوز لهما ابتداء النكاح فلا يجوز اقرارهما عليه •

قال أصحابنا : فان أسلم الزوج والزوجة كتابية أقرا على النكاح لأنه يجوز للمسلم ابتداء النكاح على الكتابية فأقرا عليه ، وان أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين أو أسلم الزوج ولم تسلم الزوجة ، فان

كان قبل الدخول انفسخ النكاح ؛ وان كان بعد الدخول وقف النكاح . وان أسلم الكافر منهما قبل انقضاء عدة الزوجة أقرا على النكاح وان لم يسلم الكافر منهما حتى انقضت عدة الزوجة بانت منه من وقت اسلام المسلم منهما ، ولا فرق بين أن يكون ذلك فى دار الاسلام أو فى دار الحرب ، وبه قال أحمد . وقال مالك : ان كانت هى المسلمة فكما قلنا ، وان كان هو المسلم عرض عليها الاسلام فى الحال ؛ فان أسلمت والا انفسخ نكاحها ، وقال أبو بكر رضى الله عنه : ان أسلم الزوج قبل الزوجة وقعت الفرقة بكل حال .

وقال أبو حنيفة : ان كان فى دار الحرب وكان ذلك بعد الدخول فالنكاح موقوف على انقضاء العدة كقولنا ، وان كان فى دار الاسلام فسواء كان قبل الدخول أو بعده فان النكاح لا ينفسخ بل يعرض على المتأخر منهما الاسلام ، فان أسلم فهما على الزوجية ، وان لم يسلم فرق بينهما بتطليقه ؛ وان لم يعرض الاسلام على المتأخر منهما وأقاما على الزوجية مدة طويلة فهما على النكاح .

دليلنا ما رويناه من الأخبار التى تفيد بمنطوقها « أن الناس كانوا يسلمون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل ، فأيهما أسلم قبل انقضاء عدة المرأة فهى امرأته ؛ وان أسلم بعد انقضاء العدة فلا نكاح بينهما » والعدة لا تكون الا بعد الدخول ، ولم يفرق بين ان أسلم الرجل أولا أو المرأة ، وبين أن يكون فى دار الاسلام أو فى دار الحرب ؛ فان أسلم الزوجان فى حالة واحدة قبل الدخول لم ينفسخ نكاحهما لأنه لم يسبق أحدهما الآخر .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان اسلم الحر وتحته اكثر من اربع نسوة واسلمن معه ، لزمه ان يختار اربعاً منهن ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه « أن غيلان أسلم وتحته عشر نسوة فأمره النبى صلى الله عليه وسلم ان يختار منهن أربعا »**

ولأن ما زاد على أربع لا يجوز اقرار المسلم عليه ، فان امتنع اجبر عليه بالحبس والتعزير ، لأنه حق توجه عليه لا تدخله النيابة فاجبر عليه ، فان اغمى عليه فى الحبس خلى الى أن يفيق لأنه خرج عن أن يكون من أهل الاختيار، فخلى كما يخلى من عليه دين اذا اعسر به ، فان افاق أعيد الى الحبس والتعزير الى أن يختار ، ويؤخذ بنفقة جميعهن الى أن يختار لأنهن محبوسات عليه بحكم النكاح ، والاختيار ان يقول : اخترت نكاح هؤلاء الأربع ، فينفسخ نكاح البواقى ، أو يقول : اخترت فراق هؤلاء ، فيثبت نكاح البواقى ، وان طلق واحدة منهن كان ذلك اختياراً لنكاحها ، لأن الطلاق لا يكون الا فى زوجة ، وان ظاهر منها أو آلى لم يكن ذلك اختياراً لأنه قد يخاطب به غير الزوج ، وان وطىء واحدة ففيه وجهان :

(أحدهما) انه اختيار لأن الوطء لا يجوز الا فى ملك فدل على الاختيار كوطء البائع الجارية المبيعة بشرط الخيار . (والثانى) وهو الصحيح ـ انه ليس باختيار لأنه اختيار للنكاح فلم يجز بالوطء كالرجعة ، وان قال : كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت نكاحها لم يصح لأن الاختيار كالنكاح فلم يجز تعليقه على الصفة ولا فى غير معين وان قال : كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت فسخ نكاحها لم يصح ، لأن الفسخ لا يجوز تعليقه على الصفة ، ولأن الفسخ انما يستحق فيما ازد على أربع ، وقد يجوز أن لا يسلم اكثر من أربع فلا يستحق فيها الفسخ ، وان قال : كلما أسلمت واحدة فهى طالق ففيه وجهان :

(أحدهما) يصح ، وهو ظاهر النص ، لأنه قال : وان قال : كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت فسخ نكاحها لم يكف شيئاً الا أن يريد به الطلاق . فدل على انه اذا أراد الطلاق صح ، ووجهه أن الطلاق يصح تعليقه على الصفات .

(والثانى) وهو قول أبى على بن أبى هريرة : أنه لا يصح ، لأن الطلاق ههنا يتضمن اختيار الزوجية ، والاختيار لا يجوز تعليقه على الصفة ، وحمل قول الشافعى رحمه الله على من اسلم وله أربع نسوة فى الشرك ، وأراد بهذا القول الطلاق فانه يصح ، لأنه طلاق لا يتضمن اختياراً فجاز تعليقه على الصفة ، وان أسلم ثم ارتد لم يصح اختياره ، لأن الاختيار كالنكاح فلم يصح

مع الردة ، وأن اسلم واحرم ، فالمنصوص انه يصح اختياره ، فمن اصحابنا من جعلها على قولين .

(احدهما) لا يصح كما لا يصح نكاحه . (والثانى) يصح كما تصح رجعته ، ومنهم من قال : ان اسلم ثم احرم ثم اسلمن لم يجز أن يختار قولا واحداً ، لأنه لا يجوز أن يبتدىء النكاح وهو محرم ، فلا يجوز أن يختاره ، وحمل النص عليه ، واذا اسلم ثم اسلمن ثم احرم فان له الخيار ، لأن الاحرام طرأ بعد ثبوت الخيار) .

الشرح حديث ابن عمر أخرجه أحمد وابن ماجه والترمذى عن الزهرى عن سالم عن ابن عمر ، وزاد أحمد فى رواية « فلما كان فى عهد عمر طلق نساءه وقسم ماله بين بنيه ، فبلغ ذلك عمر فقال : انى لأظن الشيطان فيما يسترق من السمع سمع بموتك فقذفه فى نفسك ، ولعلك لا تمكث الا قليلا ، وايم الله لتراجعن نساءك ولترجعن مالك أو لأورثنك منك ، ولآمرن بقبرك أن يرجم كما رجم قبر أبى رغال » ورغال ككتاب ففى سنن أبى داود ودلائل النبوة عن ابن عمر « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم حين خرجنا معه الى الطائف فمررنا بقبر فقال : هذا قبر أبى رغال وهو أبو ثقيف وكان من ثمود ، وكان بهذا الحرم يدفع عنه ، فلما خرج منه أصابته النقمة التى أصابت قومه بهذا المكان فدفن فيه » الحديث .

وأخرج مالك فى موطئه والنسائى والدارقطنى فى سننهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لغيلان بن أمية الثقفى وقد أسلم وتحته عشرة نسوة « اختر منهن أربعاً وفارق سائرهن » وفى كتاب أبى داود عن الحارث ابن قيس قال : « أسلمت وعندى ثمان نسوة فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فقال : اختر منهن أربعاً » وقال مقاتل : « ان قيس بن الحارث كان عنده ثمان نسوة حرائر فلما نزلت هذه الآية أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يطلق أربعاً ويمسك أربعاً » كذا قال : « قيس بن الحارث » والصواب أن ذلك كان حارث بن قيس الأسدى كما ذكر أبو داود . وكذا روى محمد بن الحسن فى كتاب السير الكبير أن ذلك كان حارث بن قيس وهو المعروف عند الفقهاء .

أما قول الجوهرى بأنه كان دليلا للحبشة حين توجهوا الى مكة فمات فى الطريق غير معتد به ؛ كذا قول ابن سيده فى المخصص أنه كان عبداً لشعيب وكان عشاراً جائراً ، وقد سبق لنا الكلام على اسناد الحديث وما فى وهم معمر وتفرده والعلل التى فى الخبر •

اما الأحكام فاذا أسلم الرجل وتحته أكثر من أربع زوجات فأسلمن معه فى العدة أو كن كتابيات لزمه أن يختار أربعاً منهن ، ويفارق ما زاد سواء تزوجهن بعقد واحد أو بعقود ، وسواء اختار من نكاحها أولا أو آخراً ، وبه قال مالك وأحمد ومحمد بن الحسن • وقال الزهرى وأبو حنيفة وأبو يوسف : لا يصح التخيير بحال ، بل ان كان تزوجهن بعقد واحد بطل نكاح الجميع ، ولا يحل له واحدة منهن الا بعقد مستأنف فان تزوجهن بعقود لزمه نكاح الأربع الأوائل ؛ وبطل نكاح من بعدهن • دليلنا ما روى عن غيلان بن سلمة فى قصة اسلامه التى أتينا عليها قبل •

فرع اذا أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة وأسلمن فقد ذكرنا أنه يجب عليه أن يختار الأربع منهن لقوله صلى الله عليه وسلم لغيلان : « اختر أربعاً » وهذا أمر ، والأمر يدل على الوجوب ؛ فان لم يختر أجبره الحاكم على الاختيار ، لأنه لا يجوز له أن يمسك أكثر من أربع ويحبسه ليختار ، فان لم يفعل أخرجه وضربه جلدات دون أقل الجلد ؛ فان لم يختر أعاده الى الحبس ، فان لم يفعل أخرجه وضربه ثانياً وعلى هذا يتكرر عليه الحبس والضرب الى أن يختار ، لأن هذا حق يتعين عليه ؛ فهو كما لو كان عليه دين وله مال ناض أخفاه فانه يحبس ويعزر الى أن يظهره ليقضى به الدين ، ويجب عليه أن ينفق على جميعهن الى أن يختار لأنهن محبوسات عليه ، فان جن فى حال الحبس أطلق سراحه لأنه خرج عن أن يكون من أهل الاختيار ، فاذا أفاق أعيد الى الحبس والتعزير ، ولا ينوب الحاكم عنه فى الاختيار ؛ لأنه اختيار شهوة فلم ينب عنه الحاكم •

فان قال لأربع منهن : اخترتكن أو اخترت نكاحكن أو اخترت حبسكن أو أمسكتكن أو أمسكت نكاحكن ، أو أثبت نكاحكن و أثبت عقدكن لزم نكاحهن وانفسخ نكاح ما زاد عليهن •

وان قال لواحدة أو لما زاد على أربع : فسخت نكاحكن انفسخ نكاحهن ولزم نكاح الأربع الباقيات • وان طلق واحدة أو أربعاً وقع عليها وكان ذلك اختياراً لها للزوجية ، لأن ذلك يتضمن الاختيار لأن الطلاق لا يقع الا فى زوجة وان قال لواحدة فارقتك أو اخترت فراقك فذكر الشيخان أبو حامد وأبو اسحاق أن ذلك يكون اختياراً لفسخ نكاحها • وقال القاضى أبو الطيب : يكون ذلك اختياراً لها للزوجية فيقع عليها الفرقة ويعتد بها من الأربع الزوجات ؛ لأن الفراق صريح فى الطلاق ، فلما كان الطلاق فى واحدة منهن اختياراً لزوجيتها فكذلك لفظ الطلاق صريح فى الطلاق • قال ابن الصباغ : وهذا وان كان مبنيا على هذا الأصل الا أنه مخالف للسنة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال لغيلان « اختر منهن أربعاً وفارق سائرهن » وكذلك حديث نوفل بن معاوية حيث قال له النبى صلى الله عليه وسلم : « أمسك أربعاً وفارق الأخرى » رواه الشافعى وفى اسناده مجهول ــ لأن الشافعى يقول : حدثنا بعض أصحابنا عن أبى الزناد عن عبد المجيد بن سهل عن عوف بن الحارث عن نوفل بن معاوية •

وهل يكون لفظ الفراق صحيحاً ؟ كما قلنا : انه صريح فى الطلاق ، فيكون صريحا فى الطلاق وفى الفسخ ، لأنه حقيقة فيهما ويتخصص بالموضع الذى يقع فيه فان كان ظاهر من واحدة منهن أو آلى منها لم يكن ذلك اختياراً لها ؛ لأنه قد يخاطب به غير الزوجة • وان وطىء واحدة ففيه وجهان :

(أحدهما) يكون ذلك اختياراً للنكاح ، لأن الظاهر أنه لا يطأ الا من يختارها للنكاح كما قلنا فى البائع اذا وطىء الجارية المبيعة فى حال الخيار فانه فسخ للبيع •

(والثانى) لا يكون ذلك اختياراً لها ، لأن ما يتعلق به اصطلاح النكاح لا يكون بالوطء كالرجعية ، فاذا قلنا انه اختيار للموطوءة للنكاح فوطىء أربعا منهن لزم نكاحهن وانفسخ نكاح البواقى • واذا قلنا لا يكون اختياراً

للنكاح قلنا له اختر أربعا ، فان اختار الموطوءة فلا شيء عليه ، وان اختار أربعا غير الموطوءة لزمه للموطوءة مهر مثلها •

فـــرع وان قال : كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت نكاحها لم يصح ، لأن الاختيار كابتداء العقد ، فلا يجوز تعليقه على صفة • قال الشافعي رضي الله عنه : كلما أسلمت واحـدة منكن فقـد اخترت فسـخ نكاحها ، لم يكن شيئاً الا أنه يريده طلاقاً وجملة ذلك أن الرجل اذا أسـلم وتحته أكثر من أربع زوجات فقال : كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت فسخ نكاحها ، فان أراد به الفسخ لم يصح لأن الفسـخ لا يصـح تعليقـه بالصفات ، فهو كما لو أسلمن وقال لكل واحدة « اذا طلعت الشمس فقـد فسخت نكاحك » •

وان نوى به الطلاق ، أو قال : كلما أسلمت واحدة منكن فهي طالق ، فاختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال بظاهر كلام الشافعي ، وقال : يصـح ذلك لأن الطلاق يصح تعليقه على الصفات ، فاذا أسلم أربع منهن وقـع عليهن الطلاق ، وكان ذلك اختياراً للزوجتين ، ومنهم من قال : لا يصـح ولا يتعلق بهذا حكم •

قال الشيخ أبو حامد : وهو المذهب ، لأن هـذا يتضـمن اختيـاراً للزوجة • والاختيار لا يصح تعليقه بالصفة ، ومن قال بهذا تأول كلام الشافعي ثلاثة تأويلات •

(أحدها) أنه اذا أسلم الرجل وليس عنده الا أربع زوجات حرائر وتأخر اسلامهن فقال : كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت فسخ نكاحها ، فان أراد به الفسخ لم يصح لأن الفسخ لا يصح الا فيمن تفضل عن الأربع ، وان أراد به الطلاق صح لأنه يلزمه نكاح جميعهن والطـلاق يصـح تعليقـه بالصفات •

(والتأويل الثاني) أنه أراد اذا أسلم وتحته أكثر من أربع زوجات ، فكلما أسلمت واحدة منهن قال لها : فسخت نكاحك ونوى به الطلاق فيصح

ذلك ويكون طلاقاً واختياراً لها ، فيكون الشرط من كلام الشافعى لا من كلام الزوج •

(والتأويل الثالث) : أنه أراد اذا أسلم رجل وعنده ثمان زوجات فأسلم أربع منهن فاختار نكاحهن لزمه نكاحهن ، ثم قال بعد ذلك للباقيات : كلما أسلمت واحدة منكن فقد اخترت فسخ نكاح واحدة من زوجاتى اللاتى اخترت نكاحهن فان أراد به الفسخ لم يصح ، وان أراد به الطلاق صح ، فكلما أسلمت واحدة من الباقيات طلقت واحدة من الزوجات • قال الصباغ: والطريقة الأولة أظهر والتأويل يبعد ، لأن الطلاق يصح تعليقه بالصفات والاختيار تابع •

فرع وان أسلم وأسلمن ثم ارتد لم يصح اختياره ، وكذلك اذا رجعن الى الردة لم يصح اختيارهن ولا واحدة منهن ، لأن الردة تنافى ابتداء النكاح فكذلك الاختيار ، وان أسلم وأحرم فالمنصوص أنه يصح اختياره كما تصح رجعته ، ومنهم من قال : ان أسلم وأحرم فالمنصوص فى الأم أنه يصح اختياره ، فمن أصحابنا من قال : فيه قولان : (أحدهما) لا يصح اختياره كما لا يصح نكاحه • (والثانى) يصح اختياره كما تصح رجعته ، ومنهم من قال : ان أسلم وأحرم ثم أسلمن لم يصح اختياره كما لا يصح نكاحه وان أسلم وأسلمن ثم أحرم صح اختياره ، لأن الاحرام طرأ بعد ثبوت الاختيار •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ان مات قبل ان يختار لم يقم وارثه مقامه ؛ لأن الاختيار يتعلق بالشهوة فلا يقوم فيه غيره مقامه ، وتجب على جميعهن العدة ، لأن كل واحدة منهن يجوز ان تكون من الزوجات ، فمن كانت حاملا اعتدت بوضع الحمل ومن كانت من ذوات الشهر اعتدت بأربعة أشهر وعشر ، ومن كانت من ذوات الأقراء اعتدت بالأقصى من الأجلين من ثلاثة اقراء ، أو اربعة أشهر وعشر، ليسقط الفرض بيقين ويوقف ميراث اربع نسوة الى ان يصطلحن ، لانا نعلم

أن فيهن أربع زوجات ، وان كان عددهن ثمانية فجاء أربع يطلبن الميراث لم يدفع اليهن شيء لجواز أن تكون الزوجات غيرهن ، وان جاء خمس دفع اليهن ربع الموقوف لأن فيهن زوجة بيقين ، ولا يدفع اليهن الا بشرط أنه لم يبق لهن حق ليمكن صرف الباقي الى باقي الورثة ، وان جاء ست دفع اليهن نصف الموقوف لأن فيهن زوجين بيقين ؛ وعلى هذا القياس . وان كان فيهن أربع كتابيات ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبي القاسم الداركي انه لا يوقف شيء ، لأنه لا يوقف الا ما يتحقق استحقاقه ويجهل مستحقه ، وههنا لا يتحقق الاستحقاق لجواز أن تكون الزوجات الكتابيات فلا يرثن .

(والثاني) يوقف لأنه لا يجوز أن يدفع الى باقي الورثة الا ما يتحقق انهم يستحقونه ، ويجوز أن يكون المسلمات زوجاته فلا يكون الجميع لباقي الورثة) .

الشرح الأحكام : اذا أسلم رجل حر وعنده أكثر من أربع زوجات حرائر وأسلمن معه ، فمات قبل أن يختار أربعاً ، فان الوارث لا يقوم مقامه في الاختيار لأنه اختيار شهوة ، والوارث لا ينوب منابه في الشهوة فلزمهن العدة فان كن حوامل لم تنقض عدتهن الا بوضع الحمل ، لأن من كانت منهن زوجة فهي متوفى عنها زوجها وعدة المتوفى عنها زوجها تنقضي بوضع الحمل ، وان كن حوائل ــ فان كن من ذوات الشهور ــ لم تنقض عدتهن الا بأربعة أشهر وعشر لأن من كانت منهن زوجة فهي موطوءة بشبهة فعدتها ثلاثة أشهر ، ولا تنقص الزوجات من غيرهن فلزمهن أربعة أشهر وعشر ليسقط الفرض بيقين ، وان كن من ذوات الأقراء لزم كل واحدة منهن أن تعتد بأقصى الأجلين من أربعة أشهر وعشر أو ثلاثة أقراء ، لأن عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشر وعدة الموطوءة بشبهة ثلاثة أقراء .

فان كانت قبل مضي أربعة أشهر وعشر لزمها استكمال العدة أربعة أشهر وعشر ليسقط الفرض بيقين كما قلنا فيمن نسي صلاة من خمس صلوات لا يعرفها بعينها . وان كان بعضهن حوامل وبعضهن من ذوات الشهور ،

وبعضهن من ذوات الأقراء لزم كل واحدة حكم نفسها فيما ذكرنا من ذلك ويوقف لهن من ماله ميراث أربع زوجات وهو الربع مع عدم الولد والثمن من الولد ، لأن فيهن أربع زوجات بيقين ، وان لم يعرفهن بأعيانهن ، فان أصطلحن فيه ، فان كن ثمان نسوة فأخذت كل واحدة منهن ثمن الموقوف أو تفاضلن فيه برضاهن صح عن الشافعي رضى الله عنه ، فان كان فيهن مولاة عليها اما لأنها صغيرة أو مجنونة لم يصح لوليها أن يصالح عنها بأقل من ثمن الموقوف لأنها تستحق هذا القدر فى الظاهر ، فلا يجوز أن يصالح عنها على أقل منه •

قال الشافعي رضي الله عنه فى الأم : فان جاءت منهن واحدة الى الحاكم تطلب حقها من الميراث لم يدفع اليها شيء لأنه يمكن أن تكون زوجة وكذلك ان جاء اثنتان أو ثلاث أو أربع فان جاء خمس دفع اليهن ربع الموقوف لأنا نتيقن أن فيهن زوجة • قال أكثر أصحابنا : الا أنه لا يدفع ذلك اليهن الا بشرط أنه لم يبق لهن حق فى الباقى من الموقوف ليمكن صرفه الى الثلاث الباقيات ان طلبنه لأنه اذا لم يشرط عليهن ذلك كان حقهن متعلقاً به فيؤدى الى أن يأخذن نصيب زوجة بيقين ، وحقهن بالباقى ، وكذلك ان جاء ست دفع اليهن نصف الموقوف بهذا الشرط ، ودفع الباقى الى الأخيرتين ان طلبتاه ، وان جاء سبع منهن دفع اليهن ثلاثة أرباع الموقوف بهذا الشرط ، ودفع الباقى منه الى الثامنة ان طلبت ذلك •

قال ابن الصباغ : وهذا فيه نظر ، وذلك أن من يعطى من الميراث اليقين لا يسقط بذلك حقه مما يجوز أن يستحقه كما لو خلف زوجة وحملا فانا نعطى الزوجة اليقين ، ونوقف الباقى ، ولا يسقط حقها منه ، وان أسلم وتحته أربع زوجات كتابيات وأربع وثنيات فأسلم الوثنيات معه ثم مات قبل أن يختار ، ففيه وجهان : (أحدهما) لا يوقف شيء من تركته بل يدفع الجميع الى باقى ورثته لأنه لا يوقف الا ما يتيقن استحقاقه على باقى الورثة ، ويجهل من يستحقه ، وههنا يجوز أن يكون الزوجات هن الكتابيات • (والثانى) يجوز أن يكون المسلمات هن الزوجات •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان أسلم وتحته أختان ، أو امرأة وعمتها ، أو امرأة وخالتها، وأسلمتا معه لزمه أن يختار احداهما ؛ لما روى ((أن ابن الديلمى أسلم وتحته أختان فقال له النبى صلى الله عليه سلم : اختر ايتهما شئت وفارق الأخرى)) وان أسلم وتحته أم وبنت أسلمتا معه لم يخل اما أن لا يكون قد دخل بواحدة منهما أو دخل بهما أو دخل بالأم دون البنت او بالبنت دون الأم ، فان لم يكن دخل بواحدة منهما ففيه قولان :

(أحدهما) يمسك البنت وتحرم الأم ، وهو اختيار المزنى ، لأن النكاح فى الشرك كالنكاح الصحيح ، بدليل أنه يقر عليه والأم تحـرم بالعقـد على البنت ، وقد وجد العقد والبنت لا تحـرم آلا بالدخـول بالأم ، ولم يوجـد الدخول .

(القول الثانى) وهو الصحيح انه يختار من شاء منهما ، لأن عقد الشرك انما تثبت له الصحة اذا انضم اليه الاختيار ، فاذا لم ينضم اليه الاختيـار فهو كالمعدوم ، ولهذا لو أسلم عنده أختان واختـار احداهما جعل كأنه عقـد عليها ولم يعقد على الأخرى ، فاذا اختار الأم صار كأنه عقد عليها ولم يعقد على البنت ، واذا اختار البنت صار كأنه عقد عليها ولم يعقد على الأم ، فعلى هذا اذا أختار البنت حرمت الأم على التأبيد ، لأنها أم امرأته ، وان اختار الأم حرمت البنت تحريم جمع لأنها بنت امرأة لم يدخل بها وان دخل بها حرمت البنت بدخوله بالأم وأما الأم فان قلنا : انها تحرم بالعقد على البنت حرمت لعلتين : بالعقد على البنت وبالدخول بها .

وان قلنا : انها لا تحرم بالعقد حرمت بعلة وهى الدخول ، وان دخل بالأم دون البنت ، فان قلنا : أن الأم تحرم بالعقد على البنت ، حرمت الأم بالعقد على البنت وحرمت البنت بالدخول بالأم ، وان قلنا : ان الأم لا تحرم بالعقد على البنت حرمت البنت بالدخول بالأم وثبت نكاح الأم ، وان دخل بالبنت دون الأم ثبت نكاح البنت وانفسخ نكاح الأم وحرمت فى احد القولين بالعقـد وبالدخول ، وفى القول الآخر بالدخول) .

الشرح حديث ابن الديلمى لعله فيروز فى رواية ابنـه الضـحاك عند الشافعى وأحمد والترمذى وحسنه والدارقطنى وابن حبان وصححه ،

عن الضحاك عن أبيه قال « أسلمت وعندى امرأتان أختـان فأمرنى النبى صلى الله عليه وسلم أن أطلق احداهما » وفى لفظ الترمذى « اختر أيتهما شئت » .

فاذا أسلم وعنده أختان اختار احداهمـا وفارق الأخـرى وكذلك اذا أسلم وعنده امرأة وعمتها أو امرأة وخالتها وأسلمتا اختار احـداهما لأنه لا يجوز الجمع بينهما فهما كالأختين . وجملة ذلك أنه لو تزوج أختين ودخل بهما ثم أسلم وأسلمتا معه فاختار احداهما لم يطأها حتى تنقضى عدة أختها لئلا يكون واطئا لاحدى الأختين فى عدة الأخرى ، وكذلك اذا أسلم وتحته أكثر من أربع قد دخل بهن فأسلمن معه وكن ثمانياً وقـد فصـلنا ذلك فى موطنه .

والمقصود هنا أنه اذا أسلم وتحته أختان منهما واحـدة وهـذا قـول الحسن والأوزاعى وأحمد واسحاق وأبى عبيد وقال أبو حنيفة فى هـذه كقوله فى نسوة بعقد .

دليلنا ما روى الضحاك بن فيروز عن أبيه قال : قلت يا رسول الله انى أسلمت وتحتى أختان قال : طلق أيتهما شئت » رواه أبو داود وابن ماجه وغيرهما ، ولأن أنكحة الكفار صحيحة وانما حرم الجمع فى الاسلام وقد أزاله فصح كما لو طلق احداهما قبل اسلامه ثم أسلم والأخرى فى حباله ، وهكذا الحكم فى المرأة وعمتها أو خالتها لأن المعنى فى الجميع واحد .

فـــرع وان كانتا أما وبنتاً وأسلمتا معاً قبل الدخول فالـكلام فى هذه المسألة فى قسمين :

(الأول) اذا كان اسلامهم جميعاً قبل الدخول ففيه قولان (أحدهما) وهو اختيار المزنى يفسد نكاح الأم ويثبت نكاح البنت (والقول الثانى) وهو الأظهر يختار أيتهما شاء ، لأن عقد الشرك انما يثبت له حكم الصحة اذا انضم اليه الاختيار فاذا اختار الأم فكأنه لم يعقـد على البنت ، واذا اختار البنت فكأنه لم يعقد على الأم وقال أحمد وأصحابه : اذا كانتا أما

وبنتاً فأسلم وأسلمتا معاً قبل الدخول فسد نكاح الأم ، وان كان دخل بالأم فسد نكاحهما لقوله تعالى (وأمهات نسائكم) وهذه أم زوجته فتدخل فى عموم الآية ، ولأنها أم زوجته فتحرم عليه كما لو طلق زوجته فى حال شركه ، ولأنه تزوج البنت وحدها ثم طلقها حرمت عليه اذا أسلم ، فاذا لم يطلقها وتمسك بنكاحها أولى ، وقولهم انما يصح العقد بانضمام الاختيار اليه غير صحيح فان أنكحة الكفار صحيحة ثبت لها أحكام الصحة ، قالوا : وكذلك لو انفردت كان نكاحها صحيحاً لازما من غير اختيار ، ولهذا فوض اليه الاختيار ههنا ، ولا يصح أن يختار من ليس نكاحها صحيحاً وانما اختصت الأم بفساد نكاحها لأنها تحرم بمجرد العقد على ابنتها على التأبيد فلم يمكن اختيارها ، والبنت لا تحرم قبل الدخول بأمها فتعين النكاح فيها بخلاف الأختين .

(والقسم الثانى) اذا دخل بهما حرمتا على التأبيد ، الأم لأنها أم زوجته ، والبنت لأنها ربيبته من زوجته التى دخل بها . قال ابن المنذر : (أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، وهذا قول الحسن وعمر بن عبد العزيز وقتادة ومالك وأهل الحجاز والثورى وأهل العراق وأحمد والشافعى ومن تبعهم) وان دخل بالأم وحدها فكذلك أن البنت تكون ربيبته مدخولا بأمها والأم حرمت بمجرد العقد على ابنتها ، وان دخل بالبنت وحدها ثبت نكاحها وفسد نكاح أمها كما لو لم يدخل بها ، ولو لم تسلم معه الا احداهما كان الحكم كما لو أسلمتا معاً معه ، فان كانت المسلمة هى الأم فهى محرمة عليه على كل حال ، وان كانت ولم يكن دخل بأمها ثبت نكاحها ، وان كان دخل بأمها فهى محرمة على التأبيد .

ولو أسلم وله جاريتان احداهما أم الأخرى وقد وطئهما حرمتا عليه على التأبيد ، وان كان قد وطىء احداهما حرمت الأخرى على التأبيد ولم تحرم الموطوءة ، وان كان لم يطأ واحدة فله وطء أيتهما شاء ، فاذا وطئها حرمت الأخرى على التأبيد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان اسلم وتحته أربع اماء فأسلمن معه فان كان ممن يحل له نكاح الأمة اختار واحدة منهن لأنه يجوز أن يبتدىء نكاحها فجاز له اختيارها كالحرة وان كان ممن لا يحل له نكاح الأمة لم يجز أن يمسك واحدة منهن .

وقال أبو ثور : يجوز لأنه ليس بابتداء النكاح فلا يعتبر فيه عدم الطـول وخوف العنت كالرجعة وهذا خطأ ، لأنه لا يجوز له ابتداء نكاحها فلا يجـوز له اختيارها كالأم والأخت ويخالف الرجعة ، لأن الرجعة سد ثلمة ـ النكاح ، والاختيار اثبات النكاح فى المرأة ، فصار كابتداء العقد ، وان أسلم وتحته اماء وهو موسر فلم يسلمن حتى أعسر ثم أسلمن فله أن يختار واحدة منهـن ، لأن وقت الاختيار عند اجتماع اسلامه واسلامهن ، وهو فى هذا الحال ممـن يجوز له نكاح الأمة ، فكان له اختيارها وان أسلم بعضهن وهو موسر وأسلم بعضهن وهو معسر ، فله أن يختار من اجتمع اسلامه واسلامها وهو معسر ، ولا يختار من اجتمع اسلامه واسلامها وهو موسر اعتباراً بوقت الاختيار .

فصـــل وان أسلم وعنده أربع اماء فأسلمت منهن واحدة ، وهـو ممن يجوز له نكاح الاماء فله أن يختار المسلمة وله أن ينتظر اسـلام البواقى ليختار من شاء منهن ؛ فان اختار فسخ نكاح المسلمة لم يكن له ذلك ، لأن الفسخ انما يكون فيمن فضل عمن يلزمه نكاحها ، وليس ههنا فضل ، فان خالف وفسخ ولم يسلم البواقى لزم نكاح المسلمة ؛ وبطل الفســـخ ؛ وان اسلمن فله ان يختار واحدة . فان اختار نكاح المسلمة التى اختار فســـخ نكاحها ، ففيه وجهان :

(احدهما) ليس له ذلك لأنا منعنا الفسخ فيها لأنها لم تكن فاضلة عمن يلزم فيها النكاح ، وباسلام غيرها صارت فاضلة عمن يلزم نكاحها . فثبت فيها الفسخ .

(والثانى) وهو المذهب ان له أن يختار نكاحها لأن اختيـار الفسـخ كان قبل وقته ، فكان وجوده كعدمه ، كما لو اختار نكاح مشركة قبل اسلامها .

فصـــل وان اسلم وعنده حرة وأمة أسلمتا معه ثبت نكاح الحرة وبطل

نكاح الأمة ، لأنه لا يجوز ان يبتدىء نكاح الأمة مع وجود حرة ، فلا يجوز أن يختارها ، فان اسلم واسلمت الأمة معه وتخلفت الحرة فان اسلمت قبل انقضاء العدة ثبت نكاحها وبطل نكاح الأمة كما لو اسلمتا معاً ، وان انقضت العدة ولم تسلم بانت باختلاف الدين ، فان كان ممن يحل له نكاح الأمة فله ان يمسكها .

فصل **وان اسلم عبد وتحته أربع فأسلمن معه لزمه أن يختار اثنتين فان اعتق بعد اسلامه واسلامهن لم تجز الزيادة على اثنتين لأنه ثبت له الاختيار وهو عبد وان اسلم وأعتق ثم أسلمن ، أو أسلمن واعتق ثم اسلم لزم نكاح الأربع لانه جاء وقت الاختيار وهو ممن يجوز له ان ينكح اربع نسوة .**

الشرح قوله : سد الثلمه يعنى جبر الخلل يقال : ثلمته أثلمه وبابه ضرب وفى السيف ثلم وفى الاناء ثلم اذا كسر من شفته .

اما الأحكام فانه اذا أسلم الحر وتحته أربع زوجات اماء وأسلمن معه بعد الدخول ، فان كان عادماً لطول حرة خائفاً للعنت لزمه أن يختار واحدة منهن ، وان كان واجداً لطول حرة أو آمنا من العنت لم يجز له أن يختار منهن واحدة . وقال أبو ثور : له أن يختار واحدة منهن بكل حال ، لأن الاختيار ليس بابتداء نكاح وانما هو كالرجعة وهذا ليس بصحيح لأنه لا يجوز له النكاح للأمة ، فلا يحل له اختيار نكاحها كالمعتدة .

اذا ثبت هذا فان أسلم وهو موسر فلم يسلمن معه حتى أعسر فله أن يختار واحدة منهن اعتباراً بوقت اجتماع اسلامه واسلامهن ، وان أسلم وهو معسر فلم يسلمن حتى أيسر لم يكن له أن يختار واحدة منهن ، وان اجتمع اسلامه واسلام بعضهن وهو موسر واجتمع اسلامه واسلام بعضهن وهو معسر فله أن يختار ممن اجتمع اسلامه واسلامهن فى حال الاعسار دون يساره ، وان أسلم وأسلمت واحدة منهن وتخلف ثلاث فى الشرك فله أن يختار المسلمة ، وله أن ينتظر اسلام الثلاث الباقيات ، لأنه قد يكون له غرض فى ذلك ، فان اختار نكاح المسلمة لزمه نكاحها ، فان لم يسلم الباقيات حتى انقضت عدتهن انفسخ نكاحهن من وقت اسلامهن وكان

ابتداء عدتهن من ذلك الوقت ، وان أسلمن قبل انقضاء عدتهن انفسخ نكاحهن وقت اختيار الأولة وكان ابتداء عدتهن من ذلك الوقت ، فان ماتت المسلمة بعد اختيار نكاحها فليس له أن يختار واحدة من الباقيات ، وان لم يختر المسلمة الأولة نظرت ، فان لم يسلم الباقيات حتى انقضت عدتهن لزمه نكاح المسلمة وانفسخ نكاح الباقيات من وقت اسلامه وابتداء عدتهن من ذلك الوقت وهكذا لو أسلم وتحته ثمان نسوة دخل بهن وأسلم منهن أربع وتخلف أربع فله أن يختار نكاح الأربع المسلمات ، وله أن ينتظر اسلام الباقيات ؛ فاذا اختار كان الحكم فى وقت الفسخ ووقت العدة ما ذكرناه فى التى قبلها ، فان طلق الأمة المسلمة أولا أو الأربع الحرائر المسلمات قبل اسلام الباقيات صح طلاقه ، وكان ذلك اختياراً لمن طلق ، وان أراد أن يفسخ نكاح المسلمة أولا أو الأربع المسلمات قبل اسلام الباقيات لم يكن له ذلك ، لأن الفسخ انما يكون فيمن يلزمه نكاحه ، ويجوز أن لا يسلم الباقيات ، فيلزمه نكاح من قد أسلم ، فان خالف وفسخ نكاح من أسلم نظرت ، فان لم يسلم الباقيات لم يصح الفسخ ولزمه نكاح من فسخ نكاحه • وان أسلم الباقيات نظرت ؛ فان اختار نكاح واحدة من الثلاث الاماء أو الأربع الحرائر المسلمات لزمه نكاح من اختار نكاحه وانفسخ نكاح الباقيات ، وان اختار نكاح الأمة المسلمة أو الأربع الحرائر أولا ففيه وجهان :

(أحدهما) يصح اختياره ، لأن فسخه الأول لم يحكم بصحته •

(والثانى) لا يصح ، لأنا انما لم نحكم بصحة فسخه لأنها لم تكن فاضلة عمن يلزمه نكاحها ، وباسلام الباقيات صار من فسخ نكاحها فاضلا والأول أصح •

فرع اذا نكح الحر ثمانى زوجات فى الشرك ، فأسلم وأسلم منهن أربع وتخلف أربع ، ثم مات الأربع المسلمات أو بعضهن ثم أسلم الأربع الباقيات قبل انقضاء عدتهن ، فله أن يختار الأربع الموتى للنكاح ؛ لأن الاختيار ليس هو ابتداء عقد ، وانما يتعين به من كانت زوجة ولأن الاعتبار بالاختيار حال ثبوته وقد كن أحياء ذلك الوقت •

فـــرع اذا تزوج وثنية ثم أسلمت وتخلف الزوج فى الشرك فتزوج أختها فان أسلم بعد انقضاء عدة الأولة انفسخ نكاح الأولة وثبت نـكاح الثانية ان أسلمت معه قبل انقضاء عدتها ، وان أسلم الزوج قبل انقضاء عدة الأولة وأسلمت معه الثانية ، اختار أيتهما شاء •

فـــرع اذا كان تحته ثمان زوجات فأسـلم وأسلمن معه ــ فقد قلنا : اذا طلق واحدة كان ذلك اختياراً لزوجيتها ، وان ظاهر من واحـدة أو آلى منها أو قذفها لم يكن ذلك اختياراً لهـا ، لأنه قـد يخاطب به غير الزوجة ، فيكون ذلك موقوفاً فان لم يختر التى ظاهر منها أو آلى لم يصح ظهاره ولا ايلاؤه ، وان اختارها النكاح تبينا أن ظهاره أو ايلاءه صحيح •

وأما المقذوفة ، فان لم يخترها للنكاح ، وجب عليه الحد بقذفها ، ولا يسقط الا بالبينة ، وان اختارها للنكاح تبينا أنهـا كانت زوجـة ، وله أن يسقط حد قذفها بالبينة أو باللعان ، وان أسـلم وتخلفن فى الشرك فطلق واحدة منهن أو ظاهر منها أو آلى أو قذفها •

فان لم يسلمن حتى انقضت عدتهن لم يكن لطلاقه وظهاره وايلائه حكم ، ويجب عليه التعزير للمقذوفة ، وان أسلمن قبل انقضاء عدتهن ، قال الشيخ أبو حامد الاسفراييني : فان اختار التى طلق أو ظاهر منها أو آلى وقـع عليها الطلاق والظهار والايلاء • ويلزمه التعزير بقذفها ، وله أن يسـقطه بالبينة أو باللعان ، وان لم يخترها فانها أجنبية منه فلا يقع عليها طلاق ولا ظهار ولا ايلاء ويلزمه بقذفها التعزير ، ولا يسقط الا بالبينة •

قال ابن الصباغ فى الشامل : وفى هذا عندى نظر ، بل يجب اذا أسلمت المطلقة أن يقع عليها الطلاق ، ويكون ذلك اختياراً لها لأن هذا الطلاق اذا كان يقع عليها مع اختياره وقع عليها باسلامها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان تزوج امراة معتدة من غيره واسلما فان كان قبـــل انقضاء العدة لم يقرا على النكاح ، لأنه لا يجوز له ان يبتدىء نكاحها فلا يجوز

اقراره على نكاحها ، وأن كان بعد انقضاء العدة اقرا عليه ، لانه يجـــوز ان يبتدىء نكاحها ، وان أسلما وبينهما نكاح متعة لم يقرا عليه ، لانه ان كان بعد انقضاء المدة لم يبق نكاح ، وان كان قبله لم يعتقدا تاييده ، والنكاح عقـــد مؤبد ، وان أسلما على نكاح شرط فيه الخيار لهما أو لاحدهما متى شـــاء لم يقرا عليه ، لانهما لا يعتقدان لزومه والنكاح عقد لازم ، وان اسلما على نكاح شرط فيه خيار ثلاثة ايام ـ فان كان قبل انقضاء المدة ـ لم يقـرا عليـــه ، لانهما لا يعتقدان لزومه ، وان كان بعد انقضاء المدة اقرا عليه لانهما يعتقدان لزومه ، وان طلق المشرك امراته ثلاثا ثم تزوجتا قبل زوج ثم أسلما لم يقرا عليه ، لانها لا تحل له قبل زوج ، فلم يقرا عليه كما لو اسلم عنده ذات رحم محرم ، وأن قهر حربى حربية ثم اسلما ـ فان اعتقدا ذلك نكاحا اقرا عليـــه لانه نكاح لهم فيمن يجوز ابتداء نكاحها فاقرا عليه ، كالنـــكاح بلا ولى ولا شهود ، وان لم يعتقدا ذلك نكاحا لم يقرا عليه لانه ليس بنكاح .

فصـــــل اذا ارتد الزوجان أو احدهما ـ فان كان قبل الدخول ـ وقعت الفرقة ، وأن كان بعد الدخول وقعت الفرقة على انقضاء العدة ، فان اجتمعا على الاسلام قبل انقضاء العدة فهما على النكاح ، وان لم يجتمعا وقعت الفرقة ، لانه انتقال من دين الى دين يمنع ابتداء النكاح ، فكان حكمه ما ذكرناه كما لو أسلم احد الوثنيين .

فصـــــل وان انتقل الكتابى الى دين لا يقر اهله عليه لم يقر عليـــه ، لانه لو كان على هذا الدين فى الأصل لم يقر عليه ، فكذلك اذا انتقل اليه ، وما الذى يقبل منه ؟ فيه ثلاثة اقوال .

(احدها) يقبل منه الاسلام او الدين الذى كان عليه ، او دين يقر عليه اهله ، لأن كل واحد من ذلك مما يجوز الاقرار عليه .

(والثانى) لا يقبل منه الا الاسلام لانه دين حق ، او الدين الذى كان عليه لانا اقررناه عليه .

(والثالث) لا يقبل منه الا الاسلام وهو الصحيح ، لانه اعترف ببطلان كل دين سوى دينه ، ثم بالانتقال عنه اعترف ببطلانه ، فلم يبق الا الاسلام ، وان انتقل الكتابى الى دين يقر اهله عليه ففيه قولان ؟

(احدهما) يقر عليه ، لانه دين يقر اهله عليه فاقر عليه كالاسلام .

(والثانى) لا يقر عليه لقوله عز وجل « ومن يبتغ غير الاسلام دينا فلن يقبل منه » فعلى هذا فيما يقبل منه قولان : (احدهما) يقبل منه الاسلام أو الدين الذى كان عليه . (والثانى) لا يقبل منه الا الاسلام لما ذكرناه ، وكل من انتقل من الكفار الى دين لا يقر عليه فحكمه فى بطلان نكاحه حكم المسلم اذا ارتد .

فصـــل وان تزوج كتابى وثنية ففيه جهان (احدهما) وهو قـول ابى سـعيد الاصطخرى : انه لا يقر عليه لأن كل نكاح لم يقر عليـه المسلم لم يقر عليه الذمى كنكاح المرتدة . (والثانى) وهو المذهب انه يقر عليـه لأن كل نكاح اقر عليه بعد الاسلام اقر عليه قبله كنكاح الكتابية) .

الشرح اذا تزوج معتدة من غيره ، فان أسلما قبل إنقضاء عدتها من الأول لم يقرا على النكاح لأنه لا يجوز له ابتداء نكاحها فلم يجز اقراره عليه كذوات محارمه ، وان أسلما بعد انقضاء عدتها من الأول أقـرا على النكاح لأنه لا يجوز له ابتداء نكاحها فأقرا عليه .

فـــرع اذا نكح مشرك مشركة نكاح متعة ثم أسلما لم يقرا عليه لأنهما ان أسلما قبل انقضاء المدة التى شرطها فهما لا يعتقدان لزومه الآن بعد انقضائها وان أسلما بعد انقضائها فهما لا يعتقدان لزومه .

قال الشافعى رضى الله عنه : فان أبطلا بعد العقـد المتعة وجعلا العقد مطلقاً لم يؤثر ذلك ، لأنه حالما عقداه كانا يعتقدان أنه لا يدوم بينهما فلم يتغير ذلك الحكم بما طرأ من الشرط ، وهكذا لو تزوجها على أن لهما أو لأحدهما الخيار فى فسخ النكاح متى شاء ثم أسلم لم يجز اقرارهما عليه ، لأنهما لا يعتقدان لزومه ، فان اتفقا على اسقاط الشرط لم يؤثر ذلك . ولم يقرا عليه لما ذكرناه ، وان شرطا بينهما خيار ثلاثة أيام ، فان أسلما قبـل الثلاث لم يقرا عليه ، لأنهما لا يعتقـدان لزومه ، وان أسلما بعد الثـلاث اقرا عليه لأنهما يعتقدان لزومه .

فـــرع قال فى الأم : وان قهر حربى حربية على نفسها فوطئهـا أو طاوعته فوطئها ثم أسلما لم يقـرا على ذلك اذا كانا لا يعتقـدان ذلك

نكاحا ، قال أصحابنا : فان اعتقدا ذلك نكاحا وأسلما أقرا عليه لأنه لا يجوز لبعض أهل الذمة أن يقهر بعضاً ، لأن على الامام الذب عنهم •

فـــرع فى مذاهب العلماء : مذهبنا اذا ارتد أحد الزوجين ــ فان كان قبل الدخول ــ انفسخ نكاحهما وقال داود : لا ينفسخ : دليلنا قوله تعالى : « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » ولأن هذا اختلاف دين يمنع الاصابة فانفسخ به النكاح كما لو أسلمت الذمية تحت كافر وان ارتد أحدهما بعد الدخول وقف النكاح على انقضاء (عدة الزوجة) فان رجع المرتد منهما قبل انقضاء عدتها فهما على النكاح • وان انقضت عدتها قبل أن يسلم المرتد منهما بانت منه بردة المرتد منهما ؛ وبه قال أحمد واحدى الروايتين عن مالك •

وقال أبو حنيفة : ينفسخ النكاح فى الحال ، وهى الرواية الأخرى عن مالك دليلنا أن هذا اختلاف دين بعد الدخول فلا يوجب الفسخ فى الحال كما لو أسلمت الحربية تحت الحربى ، وان ارتدا معاً ــ فان كان قبل الدخول ــ انفسخ النكاح بينهما ، وان كان بعد الدخول وقف الفسخ على انقضاء عدة الزوجة ، فان رجعا الى الاسلام قبل انقضائها فهما على النكاح، وان انقضت قبل اسلامهما بانت منه بالردة ، وبه قال مالك وأحمد رضى الله عنهما • وقال أبو حنيفة : لا ينفسخ العقد استحساناً ، دليلنا أنها ردة طارئة على النكاح فوجب أن يتعلق بها فسخه كما لو ارتد أحدهما •

فـــرع اذا ارتدت الزوجة بعد الدخول فطلقها الزوج ثلاثاً ــ فان انقضت العدة قبل أن ترجع الى الاسلام تبينا أنها بانت بالردة ، ولم يقع عليها طلاق ، وان رجعت الى الاسلام قبل انقضاء العدة ، تبينا أنها كانت زوجة وقت الطلاق ووقع عليها • وان تزوج أختها أو عمتها بعد الطلاق أو خالتها بعد الطلاق صح بكل حال ، لأنها اما بائن منه بالردة أو بالطلاق ، وان تزوج أختها أو عمتها بعد الردة وقبل الطلاق فى العدة لم يصح ، لجواز أن ترجع الى الاسلام فتكون زوجة •

فـــرع وان ارتدت زوجة رجل بعد الدخول عليه ، وله امـرأة صغيرة فأرضعتها أم المرتدة قبل انقضاء عدة المرتدة خمس رضعات متفرقات؛ فان رجعت المرتدة الى الاسلام قبل انقضاء عدتها انفسخ نكاح الصغيرة • وفى الكبيرة قولان وان لم ترجع الى الاسلام بانت بالردة ، ولم ينفسـخ نكاح الصغيرة وان أرضعتها الكبيرة أو بنتها انفسخ نكاح الصغيرة بـكل حال •

فـــرع اذا انتقل اليهودى أو النصرانى الى دين لا يقر أهله عليه، لم يقر عليه ، كما لا يقر أهله عليه وما الذى يقبل منه ؟ فيه ثلاثة أقوال •

(أحدها) الاسلام أو الدين الذى كان عليه أو دين يقر أهله عليـه ؛ لأن كل دين من ذلك يقر أهله عليه • (والثانى) لا يقبل منه الا الاسلام ، لأنه الدين الحق ؛ أو الدين الذى كان عليه ، لأنا قد أقررناه عليه • (والثالث) وهو الأصح ، أنه لا يقبل منه الا الاسلام ؛ لأنه قـد اعترف ببطلان كل دين فلم يقبل الا الاسلام فان انتقل الى دين يقر أهله عليه فهل يقر عليه ؟ فيه قولان مضى توجيههما ، فان قلنا : لا يقر عليه فهل يقبل منه الدين الذى كان عليه أو لا يقبل منه الا دين الاسـلام ؟ فيـه قولان مضى توجيههما ؛ وكل موضع قلنا : لا يقبل منه ما انتقل اليه فحكمه فى النـكاح حكم المرتد وقد مضى بيانه •

فـــرع اذا تزوج الكتابى بكتابية أقرا عليه قبل اسلامهما وبعد اسلامهما وان تزوج الكتابى وثنية أو مجوسية ــ فان أسلما ــ أقرا عليـه بلا خلاف « لأن غيلان بن سلمة أسلم وتحته عشر نسوة فاسلمن معه ، فأمره النبى صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعاً ، ولم يسأله هل هن كتابيات أو غير كتابيات » فدل على أن الحكم لا يختلف ، وان ترافع الينا قبـل الاسلام ففيه وجهان :

قال أبو سعيد الاصطخرى لا يقران عليه لأن كل نكاح لم يقر عليـه المسلم ولم يقر عليه الكتابى كالمرتد • والثانى ــ وهو المذهب ــ أنهـما

يقران عليه ، لأن كل نكاح أقرا عليه اذا أسلما أقرا عليه اذا لم يسلما كنكاح الكتابية ويخالف المسلم فان الكافر أنقص من المسلم فجاز له استدامة نكاح المجوسية والوثنية ــ وان لم يجز ذلك للمسلم ــ كما قلنا فى العبد : يجوز له تزويج الأمــة ولا يعتبر فيه خوف العنت ، وعــدم الطول ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل اذا أسلم الوثنيان قبل الدخول ثم اختلفا فقالت المرأة : اسلم أحدنا قبل صاحبه فانفسخ النكاح ، وقال الزوج : بل أسلمنا معاً ، فالنكاح على حاله ، ففيه قولان : (أحدهما) أن القول قول الزوج ، وهــو اختيار المزنى ، لأن الأصل بقاء النكاح (والثانى) أن القول قول المرأة ، لأن الظاهر معها ، فان اجتماع اسلامهما حتى لا يسبق أحدهما الآخر متعذر .

قال فى الأم : اذا أقام الزوج بينة أنهما أسلما حين طلعت الشمس ، أو حين غربت الشمس ، لم ينفسخ النكاح لاتفاق اسلامهما فى وقت واحد ، وهو عند تكامل الطلوع أو الغروب ، فان أقام البينة انهما اســلما حال طلوع الشمس او حال غروبها انفسخ نكاحهما ، لأن حال الطلوع والغــروب من حين يبتدىء بالطلوع والغروب الى أن يتكامل وذلك مجهول . ان اسلم الوثنيان بعد الدخول اختلفا ، فقال الزوج : اسلمت قبل انقضاء عدتك فالنكاح باق . وقالت المرأة بل اسلمت بعد انقضاء عدتى ، فلا نكاح بيننا ، فقد نص الشافعى رحمه الله تعالى على أن القول قول الزوج ، ونص فى مسئلتين على أن القول قول الزوجة ، احداهما : اذا قال الزوج للرجعية : راجعتك قبل انقضاء العدة ، فنحن على النكاح وقالت الزوجة : بل راجعتنى بعد انقضاء العدة ، فالقــول قول الزوجة ، والثانية : اذا ارتد الزوج بعد الدخول ثم أسلم فقال : اسلمت قبل انقضاء العدة فالنكاح باق . وقالت المرأة : بل أسلمت بعد انقضـــاء العدة فالقول قول المرأة . فمن أصحابنا من نقل جواب بعضــها الى بعض ، وجعل فى المسائل كلها قولين :

(احدهما) ان القول قول الزوج لأن الأصل بقاء النكاح .

(والثانى) ان القول قول الزوجة ، لأن الأصل عدم الاسلام والرجعة .

ومنهم من قال : هي على اختلاف حالين ، فالذى قال : ان القول قول الزوج اذا سبق بالدعوى ، والذى قال : القول قول الزوجة اذا سبقت بالدعوى ، لأن قول كل واحد منهما مقبول فيما سبق اليه ، فلا يجوز ابطاله بقول غيره .

ومنهم من قال : هي على اختلاف حالين على وجه آخر فالذى قال : القول قول الزوج ، أراد اذا اتفقا على صدقه فى زمان ما ادعاه لنفسه ، بان قال أسلمت وراجعت فى رمضان ، فقالت المراة : صدقت ، لكن انقضت عدتى فى شعبان ، فالقول قول الزوج باتفاقهما على الاسلام بالرجعية فى رمضان ، واختلافهما فى انقضاء العدة ، والذى قال : القول قول المراة اذا اتفقا على صداقها فى زمان ما ادعته لنفسها ، بان قالت : انقضت عدتى فى شهر رمضان ، فقال الزوج : لكن راجعت أو أسلمت فى شعبان ، فالقول قول المراة لاتفاقهما على انقضاء العدة فى رمضان ، واختلافهما فى الرجعية والاسلام) .

الشرح اذا أسلم الزوج بعد الدخول وتخلفت الزوجة فلا نفقة لها ، وان أسلمت الزوجة ولم يسلم فعليه نفقتها ، فان اختلفا فقالت الزوجة: أسلمت أنا وأقمت أنت على الشرك فأنا استحق عليك النفقة ، وقال الزوج : بل أسلمت أنا ولم تسلمى أنت فلا نفقة لك على ففيه وجهان :

(أحدهما) القول قول الزوجة ، لأنه قد ثبت استحقاقها للنفقة بالزوجية ، والأصل بقاؤها . (والثانى) أن القول قول الزوج ، لأن نفقة كل يوم يجب بيومه ، والأصل عدم الوجوب .

فرع اذا أسلم الزوج قبل الزوجة وقبل الدخول وجب عليه نصف المسمى ان سمى لها مهراً صحيحاً ، وان سمى لها مهراً باطلا ولم تقبضه فى الشرك وجب لها نصف مهر المثل ، وان أسلمت الزوجة قبله قبل الدخول لم يجب لها شىء .

اذا ثبت هذا فان اتفقا أنهما أسلما قبل الدخول وقالا : لا نعلم السابق منا بالاسلام انفسخ النكاح بينهما ، لأن الحال لا يختلف فى انفساخ النكاح . وأما الصداق ، فان كان فى يد الزوج لم تقبض منه الزوجة شيئاً ، لأنهما ان كانت أسلمت أولا فانها لا تستحق منه شيئاً ، وان أسلم

الزوج أولا فلها نصفه ، فاذا لم تعلم على أى وجه كان لم يتيقن استحقاقها بشىء من المهر ، وان كان الصداق فى يد الزوجة لم يكن للزوج أن يقبض منه الا النصف ، لأنه لا يتيقن أنه يستحق الا ذلك ؛ وان اختلفا فقالت الزوجة : أسلمت أنت أولا فأنا أستحق عليك نصف الصداق ، وقال الزوج: بل أسلمت أنت أولا فلا تستحقين على شيئاً ، فالقول قول الزوجة مع يمينها ؛ لأنا تيقنا استحقاقها لنصف المهر ، والأصل بقاء ذلك الاستحقاق ، وان اختلفا فى انفساخ النكاح ، فقالت الزوجة : أسلم أحدنا قبل صاحبه قبل الدخول فانفسخ النكاح • وقال الزوج : بل أسلمنا معاً فى حالة واحدة ففيه قولان :

(أحدهما) القول قول الزوج مع يمينه ــ وهو اختيار المزنى وأبى اسحاق المروزى ــ لأن الأصل بقاء النكاح • (والثانى) القول قول الزوجة مع يمينها ؛ لأن الظاهر معها أنه لا يتفق اسلامهما فى حالة واحدة الا نادراً ، وان قال الزوج : أسلم أحدنا قبل صاحبه ، وقالت الزوجة بل أسلمنا معاً فى حالة واحدة فانه يحكم على الزوج بانفساخ النكاح لأنه أقر بذلك • وأما المهر فيحتمل أن يكون على القولين كالأولة ؛ وان أقام الزوج البينة أنهما أسلما قبل الدخول حين طلعت الشمس أو حين زالت أو حين غربت ، لم ينفسخ النكاح ، وان قال الزوجان : أسلمنا معاً مع طلوع الشمس أو مع زوالها أو مع غروبها أو حال طلوعها أو حال زوالها أو حال عروبها لم يثبت اسلامهما معاً فينفسخ ، والفرق بينهما أن حين طلوعها وحين زوالها وحين غروبها هو حين تكامل الطلوع والزوال والغروب الى استكماله ؛ فيجوز أن يكون اسلام أحدهما قبل الآخر •

فرع وان أسلمت الزوجة بعد الدخول ثم أسلم الزوج بعدها ثم اختلفا فقال الزوج : أسلمت قبل انقضاء العدة ، وقالت الزوجة : بل

أسلمت بعد انقضاء العدة • قال الشافعي رحمه الله : فالقول قول الزوج • وقال الشافعي رحمه الله : اذا طلق زوجته طلقة رجعيـة ثم راجعها فقـال الزوج : راجعت قبل انقضاء العدة وقالت الزوجة : بل راجعت بعد انقضاء العدة ، فالقول قول الزوجة • وقال : اذا ارتد الزوج بعد الدخول ثم أسلم فقالت الزوجة : أسلمت بعد انقضاء العدة ، وقال الزوج : أسلمت قبل انقضاء العدة ، فالقول قول الزوجة ، واختلف أصحابنا فى هذه المسائل الثلاث على ثلاث طرق •

فمنهم من قال : فيها قولان (أحدهما) القول قول الزوج لأن الأصـل بقاء النكاح (والثانى) القول قول الزوجة ، لأن الأصل عدم الاسـلام والرجعة • ومنهم من قال : هى على حالين ، فحيث قال : القول قول الزوجة اذا كانت هى السابقة بالدعوى ، لأن قول كل واحد منهما مقبول فيما أظهره وسبق اليه • ومنهم من قال : هى على حالين آخرين فحيث قال : القـول قول الزوج اذا اتفقا على وقت اسلامه أو رجعته ، واختلفا فى وقت انقضاء عدتها بأن قال : أسلمت أو راجعت فى شعبان ، فقالت : صدقت لكن انقضت عدتى فى رجب ، وحيث قال : القول قول الزوجة ، أراد اذا اتفقـا على وقت انقضاء عدتها ، واختلفا فى وقت اسلامه ورجعته ، بأن قالت : انقضت عدتى فى شعبان فقال : صدقت لكن أسلمت أو راجعت فى رجب ، لأن الأصل بقاء العدة الى شعبان وعدم الاسلام أو الرجعة فى رجب •

فـــرع وان تزوج الكتابى بالكتابية صغيرة وأسلم أحد أبويهـا قبل الدخول انفسخ نكاحها ، لأنها صارت مسلمة تبعاً لمن أسلم من أبويها قبل الدخول فهو كما لو قال : أسلمت بعد بلوغها وقبل الدخول ، وهل يجب لها من المهر شىء ؟ قال ابن الحداد سقط جميع المهر ، لأن الفرقة وقعت بينهما قبل الدخول ، ولم يكن من الزوج صنع فيها فسقط المهر ، كما لو اشترت

المرأة زوجها قبل الدخول ، فمن أصحابنا من صـــوبه ، ومنهم من خطـأه وقال : يجب لها المهر لأنها لم يكن من جهتها صنع فى الفرقة ، فهو كما لو أرضعتها أم الزوج ، فاذا قلنا بهذا فان الزوج لا يرجع على من أسلم مـــن أبويها بشىء ، ويرجع على المرضعة ، والفرق بينهما أن الاسلام واجب فلم يكن فعله جناية ، وليس كذلك الارضاع فانه ليس بواجب ، غير أنه ان وجدت هذه المرضعة الصغيرة عطشانة قد أشرفت على الموت ، ولم تجـد أحداً يرضعها أو يسقيها لبناً ، ولم تتمكن من احيائها الا بالرضاع فانه يجب عليها ارضاعها واذا أرضعتها انفسخ النكاح ولم يجب عليها شىء للزوج ، هكذا ذكر القاضى أبو الطيب والله تعالى أعلم وهو الموفق للصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب الصـــــداق

المستحب ان لا يعقد النكاح الا بصداق لما روى سعد بن سهل رضى الله عنه أن امراة قالت: قد وهبت نفسى لك يارسول الله صلى الله عليك ، فر فى رأيك فقال رجل : زوجنيهـا ، قال اطلب ولو خاتما من حديد ، فذهب فلم يجىء فقال النبى صلى الله عليه وسلم : هـل معك من القـرآن شىء ؟ فقال : نعـم فزوجه بما معه من قرآن » ولأن ذلك أقطع للخصومة ، ويجوز من غير صداق، لقوله تعالى : « لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضـوا لهن فريضة » فأثبت الطلاق مع عدم الفرض .

وروى عقبة بن عامر رضى الله عنه « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لرجل : انى أزوجك فلانة ؟ قال نعم قال للمرأة : أترضين أن أزوجك فلانا ؟ قالت : نعم فزوج أحدهما من صاحبه ، فدخـل عليهـا ولم يفرض لهـا به صداق ، فلما حضرته الوفاة قال : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوجنى فلانة ولم أفرض لها صداقاً ولم أعطها شيئاً ، وانى قد أعطيتها عن صداقها سهمى بخيبر ، فأخذت سهمه فباعته بمائة ألف » ولأن القصد بالنكاح الوصلة والاستمتاع دون الصداق فصح من غير صداق .

فصـــل ويجوز أن يكون الصداق قليلا لقوله صلى الله عليه وسلم « اطلب ولو خاتماً من حديد » ولأنه بدل منفعتها فكأن تقدير العوض اليهـا كأجرة منافعها ويجوز أن يكون كبيراً لقوله عز وجل « وآتيتم احداهن قنطاراً » قال معاذ رضى الله عنه القنطار ألف ومائتا أوقية ، وقال أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه « ملء مسك ثور ذهباً » والمستحب أن يخفف لما روت عائشـة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أعظم النساء بركة أيسرهن مؤنة » ولأنه اذا كبر أجحف وأضر ودعى الى المقت والمستحب أن لا يزيـد على خمسمائة درهم ، لما روت عائشة رضى الله عنها قالت : « كان صـداق رسول الله ﷺ لأزواجه اثنتى عشر أوقية ونشاً أتدرون ما النش ؟ نصـف أوقيه ، وذلك خمسمائة درهم » المستحب الاقتداء به والتبرك بمتابعته ، فان ذكر صداق فى السر وصداق فى العلانية فالواجب ما عقـد به العقـد ، لأن الصداق يجب بالعقد فوجب ما عقد به ، وان قال : زوجتك ابنتى بألف ،

وقال الزوج : قبلت نكاحها بخمسمائة ؛ وجب مهر المثل لأن الزوج لم يقبل بالف والولى لم يوجب بخمسمائة فسقط الجميع ووجب مهر المثل) .

الشرح خبر سهل بن سعد فى التى وهبت نفسها أخرجه أحمد والبخارى ومسلم وقد مضى ذكره فى غير موضع ، وحديث عقبة بن عامر أخرجه أبو داود والحاكم وقد استشهد به المحدثون لصحة حديث أخرجه أحمد وأبو داود والترمذى وصححه والنسائى وابن ماجه والحاكم والبيهقى وابن حبان « أن عبد الله بن مسعود أتى فى امرأة تزوجها رجل ثم مات عنها ولم يفرض لها صداقا ، ولم يكن دخل بها ، فاختلفوا اليه فقال : أرى لها مثل مهر نسائها ولها الميراث وعليها العدة . فشهد معقل بن سنان الأشجعى أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى بروع ابنة واشق بمثل قضى » .

وقال الشافعى لا أحفظه من وجه يثبت مثله ولو ثبت حديث بروع لقلت به .وقال ابن حزم : لا مغمز فيه لصحة اسناده ؛ وروى الحاكم فى المستدرك عن حرملة بن يحيى أنه قال : سمعت الشافعى يقول : ان صح حديث بروع بنت واشق قلت به . قال الحاكم : قال شيخنا أبو عبيد الله : لو حضرت الشافعى لقمت على رءوس الناس وقلت قد صح الحديث فقل به.

أما حديث عائشة رضى الله عنها باللفظ الذى ساقه المصنف فقد رواه أحمد ورواه الطبرانى فى الأوسط بلفظ « أخف النساء صداقاً أعظمهن بركة » وفى اسناده الحرث بن شبل ، وأخرجه الطبرانى فى الكبير والأوسط بنحوه ، وأخرج نحوه الحاكم وأبو داود عن عقبة بن عامر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « خير الصداق أيسره » .

وأما حديث عائشة الثانى فقد أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود والنسائى وابن ماجه والدارقطنى عن أبى سلمة قال : سألت عائشة رضى الله عنها كم كان صداق رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قالت : كان صداقه لأزواجه اثنتى عشرة أوقية ونشاً ؛ قالت : أتدرى ما النش ؟ قلت لا . قالت : نصف أوقية ؛ فتلك خمسمائة درهم » .

أما اللغات فقوله « فر » فعل أمر من رأى محذوف الوسط المهموز كحذف همزة الوسط فى سأل فيقاه : سل ؛ ولأنه معتل الآخر فهو مبنى على حذف حرف العلة وبذلك حذفت الألف المهموزة والألف المقصورة فكان فعل الأمر (ر) راء مفتوحة فقط ، والصداق فيه لغات أولها بفتح الصاد ، وثانيها كسرها ، والجمع صدق بضمتين والثالثة لغة الحجاز ؛ صدقة بفتح الصاد وضم الدال وجمعها صدقات على لفظها وفى التنزيل « وآتوا النساء صدقاتهن » والرابعة لغة تميم صدقة بضم الصاد واسكان الدال والجمع صدقات مثل غرفة وغرفات فى وجوهها ، والخامسة صدقة وجمعها صدق مثل قرية وقرى • وأصدقتها أعطيتها صداقها وأصدقتها تزوجتها على صداق، وشىء صدق وزان فلس أى صلب •

أما الأحكام فالصداق هو ما تستحقه المرأة بدلا فى النكاح وله سبعة أسماء الصداق والنحلة والأجرة والفريضة والمهر والعليقة والعقد ؛ لأن الله تعالى سماه الصداق والنحلة والفريضة ، وسماه النبى صلى الله عليه وسلم المهر والعليقة ، وسماه عمر بن الخطاب رضى الله عنه العقد ، قال تعالى : « فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة » وقال تعالى : « وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة ؛ فنصف ما فرضتم الا أن يعفون » الآية ، وقال صلى الله عليه وسلم :« فان مسها فلها المهر بما استحل من فرجها » وقال صلى الله عليه وسلم :« أدوا العلائق ، قيل وما العلائق ؟ قال ما تراضى عليه الأهلون » فان قيل : لم سماه نحلة ؛ والنحله العطية بغير عوض ، والمهر ليس بعطية وانما هو عوض عن الاستمتاع ، ففيه ثلاثة تأويلات •

(أحدها) أنه لم يرد بالنحلة العطية ، وانما أراد بالنحلة الانحال وهو التدين لأنه يقال : انتحل فلان مذهب كذا أى دان به ، فكأنه تبارك وتعالى قال : « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » أى تديناً •

(والثانى) أن المهر يشبه العطية لأنه يحصل للمرأة من اللذة فى الاستمتاع ما يحصل للزوج وأكثر ؛ لأنها أجلب شهوة ؛ والزوج ينفرد ببذل المهر ، فكأنها تأخذه بغير عوض •

(والثالث) أنه عطية من الله تعالى فى شرعنا للنساء ؛ لأن فى شرع من قبلنا كان المهر للأولياء ، ولهذا قال تعالى فى قصة شعيب « انى أريد أن أنكحك احدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج » الآية •

اذا ثبت هذا فالمستحب أن نسمى الصداق فى العقد لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم « لم يتزوج أحداً من نسائه عليهن السلام ولا زوج أحداً من بناته عليهن السلام الا بصداق سماه فى العقد » وحديث المرأة التى جاءت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : « يا رسول الله قد وهبت نفسى منك فصعد النبى صلى الله عليه وسلم بصره ثم صوبه ثم قال : « مالى الى النساء من حاجة ، فقام رجل فقال : زوجنيها يا رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم : ما تصدقها ؟ قال : ازارى ، قال : ان أصدقتها ازارك جلست ولا ازار لك ؛ التمس ولو خاتما من حديد ، فالتمس ولم يجد فقال النبى صلى الله عليه وسلم أمعك شىء من القرآن ؟ قال : نعم سورة كذا وسورة كذا ، فقال صلى الله عليه وسلم زوجتكها بما معك من القرآن» ولأنه اذا زوجه بالمهر كان أقطع للخصومة ، فان عقد النكاح بغير صداق انعقد النكاح لقوله تعالى : « لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » الآية • فأثبت الطلاق من غير فرض ، والطلاق لا يقع الا فى نكاح صحيح ؛ وخبر الرجل الذى تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقا فلما حضرته الوفاة أعطاها عن صداقها سهمه بخيبر » ولأن المقصود فى النكاح أعيان الزوجين دون المهر ، ولهذا يجب ذكر الزوجين فى العقد ، وانما العوض فيه تبع بخلاف البيع ، فان المقصود فيه العوض ، ولهذا لا يجب ذكر البائع والمشترى فى العقد اذا وقع من وكيليهما •

فـــرع فى مذاهب العلماء فى قدر الصداق •

ليس لأقل الصداق حد عندنا بل كل ما يتمول ــ وجاز أن يكون ثمناً لشىء أو أجرة ــ جاز أن يكون صداقا ، وبه قال عمر رضى الله عنه وابن عباس وابن المسيب والحسن وربيعة والأوزاعى والثورى وأحمد

واسحاق رضى الله عنهم قال القاضى أبو القاسم الصيمرى : ولا يصح أن يكون الصداق نواة أو قشرة بصلة أو قمع باذنجان أو ليطة أو حصاة • هذا مذهبنا •

وقال مالك وأبو حنيفة : أقل الصداق ما تقطع به يد السارق ، الا أن ما تقطع به يد السارق عند مالك ربع دينار أو ثلاثة دراهم ، وعند أبى حنيفة دينار أو عدة دراهم فان أصدقها دون العشرة دراهم ، قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد : كملت العشرة • وقال زفر : يسقط المسمى ويجب مهر المثل ، وقال ابن شبرمة : أقله خمسة دراهم ، وقال النخعى : أقلهأربعون درهما • وقال سعيد بن جبير : أقله خمسون درهماً •

دليلنا قوله تعالى : « فنصف ما فرضتم الا أن يعفون » الآية ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « أدوا العلائق » ثم قال صلى الله عليه وسلم : « والعلائق ما تراضوا عليه الأهلون » وقوله صلى الله عليه وسلم : « التمس شيئاً • التمس ولو خاتماً من حديد » وهذه عمومات تقع على القليل والكثير، وعن عبد الرحمن بن عوف « أنه أتى النبى صلى الله عليه وسلم وعليه علامات التزويج وقال : تزوجت امرأة من الأنصار قال صلى الله عليه وسلم ما سقت اليها ؟ قال : نواة من ذهب فقال صلى الله عليه وسلم : أولم ولو بشاة » وفى رواية فى غير المسند تفسيراً « والنواة خمسة دراهم » أخرجه الشيخان فى النكاح وأبو داود فى الأطعمة وابن ماجه فى النكاح وأحمد فى مسنده جـ ٣ : ١٧٢ ، ٢٢٧ •

وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من استحل بدرهم فقد استحل » رواه أبو يعلى من حديث يحيى بن عبد الرحمن بن أبى كبشة الانمارى ويحيى ضعيف ، ولأن كل ما جاز أن يكون ثمناً جاز أن يكون مهراً كالمجمع عليه ، وأما أكثر الصداق فليس له حد ، وهو اجماع لقوله تعالى : « وآتيتم احداهن قنطاراً » الآية • فأخبر تعالى أن القنطار يجوز أن يكون صداقاً قال ابن عباس : القنطار سبعون ألف مثقال ، وقال

أبو صالح : مائة رطل وقال معاذ : ألف ومائتا أوقية • وقال أبو سعيد الخدرى : القنطار ملء مسك ثور ذهباً • ومسك الثور جلده •

وروى عن عمر رضى الله عنه (أنه خطب الناس وقال : يا معاشر الناس لا تغالوا فى صدقات النساء ، فوالله لا يبلغنى أحد زاد على مهر أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم الا جعلت الفضل فى بيت المال ، فعرضت له امرأة من قريش ، فقالت : كتاب الله أولى أن يتبع ، ان الله يعطينا ويمنعنا ابن الخطاب ؛ فقال : أين ؟ قالت : قال الله تعالى : « وآتيتم احداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً » الآية • فقال : فليضع الرجل ماله حيث شاء) وفى رواية « كل الناس أفقه من عمر ؛ فرجع عن ذلك » أخرجه أبو يعلى الموصلى فى الجامع الكبير وفى اسناده مجالد بن سعيد وفيه ضعف وقد وثق وروى أنه رضى الله عنه تزوج أم كلثوم بنت على كرم الله وجهه وأصدقها أربعين ألف درهم •

وروى أن عبد الله بن عمر « زوج بنات أخيه عبيد الله على صداق عشرة آلاف درهم » « وتزوج أنس رضى الله عنه امرأة وأصدقها عشرة آلاف درهم » وتزوج الحسن بن على السبط رضى الله عنه امرأة وبعث اليها مائة جارية ومع كل جارية ألف درهم ، ثم طلقها وتزوجها رجل من بنى تميم فأصدقها مائة ألف درهم » « وتزوج مصعب بن الزبير بعائشة بنت طلحة وأصدقها مائة ألف درهم » •

قال الشافعى رضى الله عنه : والاقتصاد فى المهر أحب الى من المغالاة فيه لما روت عائشة أم المؤمنين عليها السلام أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أعظم النكاح بركة أخفه مؤنة » وروى ابن عباس رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « خيرهن أيسرهن مهراً » وروى صهيب ابن سنان أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أيما رجل أصدق امرأة صداقاً والله يعلم أنه لا يريد أداء اليها فغرها بالله واستحل فرجها بالباطل لقى الله يوم القيامة وهو زان ؛ وأيما رجل أدان ديناراً ونوى أن لا يؤديه لقى الله وهو سارق » رواه أحمد والطبرانى وفى اسناد أحمد رجل لم يسم

وبقية رجاله ثقات وفى اسناد الطبرانى قال الهيثمى : من لم أعرفهم وروى البزار نحوه من حديث أبى هريرة وفى اسناده محمد بن الحصين الجزرى وأخرج نحوه الطبرانى عن ميمون الكردى عن أبيه هكذا أفاده فى مجمع الزوائد • والمستحب أن لا يزيد على خمسمائة درهم ؛ وهو صداق أزواج النبى صلى الله عليه وسلم وبناته عليهن سلام الله ورحمته لما روى عن عائشة قالت : « كان صداق أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم اثنتى عشرة أوقية ونشاً قالت والنش نصف أوقية ، والأوقية أربعون درهماً » •

فرع ولو تواعدوا فى السر على أن الصداق مائة ، وعلى أنهم يظهرون للناس أنه ألف كما يشيع ذلك فى زماننا هذا فقد قال الشافعى رضى الله عنه فى موضع : المهر مهر السر • وقال فى موضع : المهر مهر العلانية • قال أصحابنا البغداديون ليست على قولين ، وانما على حالين ؛ فالموضع الذى قال : المهر مهر السر ، أراد اذا عقدوا النكاح أولا فى العلانية بألف ثم عقدوا ثانياً فى السر بمائة ومن أصحابنا الخراسانيين من قال : فى المهر قولان والأول هو المشهور ، فان قال الولى : زوجتك ابنتى بألف فقال الزوج قبلت نكاحها بخمسمائة وجب لها مهر مثلها لأن الايجاب والقبول لم يتفقا على مهر واحد والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ويجوز ان يكون الصداق ديناً وعيناً وحالا ومؤجلا لأنه عقد على المنفعة فجاز بما ذكرناه كالاجارة •

فصل ويجوز أن يكون منفعة كالخدمة وتعليم القرآن وغيرهما من المنافع المباحة لقوله عز وجل « انى أريد أن أنكحك احدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج » فجعل الرعى صداقاً « وزوج النبى صلى الله عليه وسلم الواهبة من الذى خطبها بما معه من القرآن » ولا يجوز أن يكون محرما كالخمر وتعليم التوراة وتعليم القرآن للذمية ، لا تتعلمه للرغبة فى الاسلام ؛ ولا ما فيه غرر كالمعدوم والمجهول ولا ما لم يتم ملكه عليه كالمبيع قبل القبض ولا ما لا يقدر على تسليمه كالعبد الآبق والطير الطائر ، لأنه عوض فى عقد فلا يجوز بما ذكرناه كالعوض فى البيع والاجارة ، فان تزوج على شىء من ذلك لم يبطل النكاح ،

لأن فساده ليس بأكثر من عدمه ، فاذا صح النكاح مع عدمه صح مع فساده ويجب مهر المثل لأنهـا لم ترض من غير بدل ، ولم يسلم لها البدل، وتعذر رد العوض فوجب رد بدله كما لو باع سلعة بمحرم وتلفت فى يد المشترى) .

الشرح يصح أن يكون الصداق دينا وعينا ، فاذا كان دينا صح أن يكون حالا ومؤجلا ، فان أطلق كان حالا كما قلنا فى الثمن ، ويصح أن يكون الصداق منفعة يصح عقد الاجارة عليها كمنفعة العبيـد والبهـائم والأرض والدور لأنه عقد على المنفعة فجاز بما ذكرناه كالاجارة .

فـــرع ويصح أن تكون منفعة الحر صداقا كالخياطة والبناء وتعليم القرآن وما أشبه ذلك مما يصح استئجاره عليه ، وبه قال مالك رحمه الله الا أنه قال : يكره ذلك . وقال أبو حنيفة رحمه الله : لا يصح .

دليلنا قوله تعالى : « انى أريد أن أنكحك احدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج » فذكر أن الرعى صداق فى شرع من قبلنا ولم يعقبه بنكير ، « وزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم المرأة التى وهبت نفسها من رسول الله صلى الله عليه وسلم للذى خطبها بما معه من القرآن ، تقديره على تعليم ما معه من القرآن ، لأن القرآن ، لأن القـرآن لا يجـوز أن يكون صداقا ، ولأن كل منفعة جاز أن يستحق بعقد الاجارة جاز أن يستحق بعقد النكاح كمنفعة العبيد والأرض .

فـــرع وما لا يصح بيعه كالكلب والخنزير والسرجين والمجهول والمعدوم وما لم يتم ملكه عليه والمنافع التى لا يصح الاستئجار عليها لا يصح أن يكون شىء من ذلك صداقاً لأنه عوض فى عقد فلم يصـح فيها ذكـره ، كالبيع والاجارة .

اذا ثبت هذا فان عقد النكاح لمهر باطل أو مجهـول لم يبطـل النكاح ، وبه قال أبو حنيفة وأكثر أهل العلم . وقال مالك رحمـه الله : لا يصح النكاح . وحكى المسعودى أنه قول الشافعى رحمه الله فى القديم ، وليس بمشهور . دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « لا نـكاح الا بولى

مرشد وشاهدى عدل » ولم يفصل بين أن يكون المهر صحيحاً أو فاسداً ولأنه عقد نكاح فلم يبطل بفساد المهر كما لو تزوجها على دراهم مغصوبة ، فان مالكاً وافقنا على هذا ، ولأن النكاح اذا انعقد مع عدم ذكر المهر فلأن ينعقد مع فساده أولى ، فاذا عقد النكاح بمهر باطل وجب لها مهر المثل أو المسمى •

دليلنا : أنها دخلت فى العقد على أن يكون لها المسمى ، فاذا لم يسلم وتعذر رجوعها الى بضعها رجعت الى قيمته ، كما لو اشترى عبداً شراء فاسداً وقبضه وتلف فى يده • وان تزوجها على شىء موصوف فى ذمته لزمه تسليم ذلك على ما وصف •

وقال أبو حنيفة وأحمد : ان شاء سلم الموصوف بصفته وان شاء دفع قيمته • وعن أبى حنيفة فى الثوب صداقا روايتان ، احداهما كقولنا أنه يسلم الثوب الموصوف الذى فى ذمته ، والثانية له دفع قيمته ، دليلنا أن هذه تسمية صحيحة فلم يخير بين دفع المسمى وبين دفع قيمته كالمكيل والموزون•

فرع اذا قالت المرأة لوليها : زوجنى بلا مهر أو بأقل من مهر مثلها فنقل أصحابنا البغداديون أن النكاح صحيح فى جميع هذه المسائل ولها مهر مثلها • وقال المسعودى : هل ينعقد النكاح فى جميع هذه المسائل ؟ فيه قولان • قال : ومن أصحابنا من قال : لا ينعقد النكاح من الوكيل قولا واحداً ، لأنه يزوج بالنيابة عن الولى والأصح الطريق الأول ، لأن النكاح لا يفسد عندنا بفساد المهر ، هذا مذهبنا • وقال أبو حنيفة : اذا زوج ابنته الصغيرة بأقل من مهر مثلها ــ وكان ذلك المهر لا ينقص عن أقل المهر ، وهى عشرة دراهم صح المهر •

دليلنا أن البنت اذا أذنت لعمها فى العقد فزوجها بأقل من مهر مثلها بغير اذنها استحقت مهر مثلها ، فكذلك الأب والجد ، ولأن الأب والجد لا يجوز أن يبيعا مال الصغيرة بأقل من ثمن مثله ، فكذلك لا يجوز لهما تزويجها بأقل من مهر مثلها •

وان زوج الرجل وليته بأرض أو عرض أو بغير نقد البلد فهل يصح المهر ؟ لا أعلم فيه نصا ، بمعنى أنها فى مصر وأصدقها بالدولار أو بالاسترلينى أو بالدينار العراقى أو بالليرة السورية أو بريال تريزة أو بالريال السعودى ؛ فالذى يقتضى القياس ان كان الولى أبا أو جدا ، أو كانت المنكوحة صغيرة أو مجنونة صح المهر اذا كان قيمة ذلك مثل مهر مثلها ، كما يجوز أن يبتاع لها ذلك بمالها . وان كان الولى غيرهما من العصبات ، أو كان الولى أبا أو جداً والمنكوحة بالغة عاقلة لم يصح ذلك المهر الا ان كان باذنها ونطقها لأنه لا ولاية له على مالها ، وانما ولايته على عقد نكاحها بنقد البلد . وان كانت المنكوحة مجنونة وكان وليها الحاكم ، ورأى أن يزوجها بشىء من العروض ــ وقيمته قدر مهر مثلها ــ صح ذلك لأنه يجوز له التصرف بمالها .

فــــرع اذا تزوجها وأصدقها تعليم القرآن مدة معلومة صح ذلك اذا كانت المدة متصلة بالعقد ، وتطالبه بالتعليم فى تلك المدة على حسب عادة التعليم ، ولها أن تطالبه بتعليم ما شاءت من القرآن ، وان كان الصــداق تعليم شىء من القرآن فيشترط أن يذكر السورة التى يعلمها .

فان أصدقها تعليم عشرين آية من سورة كذا ولم تبين الأعشار ــ ففيه وجهان : (أحدهما) يصح لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال للرجل الذى خطب الواهبة « ما معك من القرآن ؟ قال سورة البقرة والتى تليها ، فقال صلى الله عليــه وسلم زوجتــك بما معك على أن تعلمها عشرين آية » ولم يفصــل . (والثانى) لا يصــح ، لأن الأعشــار تختلف .

وأما الخبر فانما نقل الراوى جواز تعليم القرآن فى الصداق ولم ينقل غير الصداق ، ولا يجوز فى صفة الرسول صلى الله عليه وسلم أن يعقــد الصداق على مجهول . وهل من شرطه أن يبين الحرف الذى يعلمها كحرف نافع وابن كثير وغيرهما ؟ فيه وجهان مضى بيانهما فى الاجارة .

فان أصدقها تعليم سورة وهو لا يحفظها ــ فان كان على أن يحصــل

لها تعليمها صح ذلك ــ ويستأجر محرما لها أو امرأة تعلمها أو يتعلمها هو بنفسه ثم يعلمها وان كان على أن يعلمها هو بنفسه ففيه وجهان :(أحدهما) يصح كما لو أصدقها ألف درهم فى ذمته ولا يملك شيئاً (والثانى) لا يصح ، كما لو أصدقها خدمة عبد لا يملكه ، وان أصدقها تعليم سورة فأتت بامرأة غيرها لتعلمها مكانها فهل يلزمه تعليمها ؟ فيه وجهان : (أحدهما) يلزمه كما لو أكترت منه دابة لتركبها الى بلد فأرادت أن تركبها مثلها • (والثانى) لا يلزمه ، لأن له غرضا فى تعليمها لأنه أطيب له لأنه يلتذ بكلام غيرها ؛ ولأنه أصدقها ايقاع منفعة فى عين فلا يلزمه ايقاعها فى غيرها ، كما لو أصدقها خياطة ثوب بعينه فأتت بثوب غيره ليخيطه فلا يلزمه ذلك ، وان لقنها فحفظت ثم نسيت ، قال الشيخ أبو حامد : فينظر فيها ، فان علمها دون آية فنسيتها لم يعتد له بذلك ، وكم القدر الذى اذا علمها اياه خرج من عهدة التعليم ؟ فيه وجهان : (أحدهما) أقله آية ، لأنه يطلق عليه اسم التعليم ، فعلى هذا اذا علمها آية فنسيتها لم يلزمه تعليمها اياها ثانيا • (والثانى) أقله سورة ، لأن ما دونها ليس بتعليم فى العادة • وذكر ابن الصباغ أنه اذا علمها ثلاث آيات سقط عنه عهدة التعليم وجها واحداً ؛ وهل يسقط عنه تعليم آية أو آيتين ؟ فيه وجهان •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **فان تزوج كافر بكافرة على محرم كالخمر والخنزير ثم أسلما او تحاكما الينا قبل الاسلام نظرت فان كان قبل القبض سقط المسمى ووجب مهر المثل لأنه لا يمكن اجباره على تسليم المحرم ، وان كان بعد القبض برئت ذمته منه كما لو تبايعا بيعاً فاسداً وتقابضا ، وان قبض البعض برئت ذمته من المقبوض ووجب بقدر ما بقى من مهر المثل ، فان كان الصداق عشرة أزقاق خمر فقبضت منها خمسة ففيه وجهان :**

(أحدهما) يعتبر بالعدد فيبرأ من النصف ويجب لها نصف مهر المثل لأنه لا قيمة لها فكان الجميع واحداً فيها فسقط نصف الصداق ، ويجب نصف مهر المثل •

(والثانى) يعتبر بالكيل لأنه أحصر ، وأن أصدقها عشرة من الخنازير وقبضت منها خمسة ففيه وجهان :

(أحدهما) يعتبر بالعدد فتبرأ من النصف ويجب لها نصف مهر المثل ؛ لأنه لا قيمة لها فكان الجميع واحداً .

(والثانى) يعتبر بماله قيمة وهو الغنم فيقال . لو كانت غنماكم كانت قيمة ما قبض منها فيبرأ منه بقدره ، ويجب بحصة ما بقى من مهر المثل ، لأنه لما لم تكن له قيمة اعتبر بماله قيمة ، كما يعتبر الحر بالعبد فيما ليس له أرش مقدر من الجنايات .

فصـــل وان أعتق رجل أمته على أن تتزوج به ويكون عتقها صداقها وقبلت لم يلزمها أن تتزوج به لأنه سلف فى عقد فلم يلزم كما لو قال لامرأة خذى هذا الألف على أن تتزوجى بى وتعتق الأمة لأنه أعتقها على شرط باطـل فسقط الشرط وثبت العتق كما لو قال لعبده : أن ضمنت لى خمراً فأنت حر فضمن ويرجع عليها بقيمتها لأنه لم يرض فى عتقها الا بعوض ولم يسـلم له وتعذر الرجوع اليها فوجبت قيمتها كما لو باع عبداً بعوض محرم وتلف العبد فى يد المشترى ، وان تزوجها بعد العتق على قيمتها وهما لا يعلمان قدرها فالمهر فاسد .

وقال أبو على بن خيران : يصح كما لو تزوجها على عبد لا يعلمان قيمته وهذا خطأ لأن المهر هناك هو العبد وهو معلوم والمهر ههنا هو القيمـة وهى مجهولة فلم يجز وان أراد حيلة يقع بها العتق وتتزوج به ففيـه وجهـــان : (أحدهما) هو قول أبى على بن خيران أنه يمكنه ذلك بأن يقـول : ان كان فى معلوم الله تعالى انى اذا أعتقتك تزوجت بى فأنت حرة فاذا تزوجت به علمنا أنه قد وجد شرط العتق وان لم تتزوج به علمنا أنه لم يوجد شرط العتق . (والثانى) وهو قول أكثر أصحابنا أنه لا يصح ذلك ولا يقع العتق ولا يصـح النكاح لأنه حال ما تتزوج به تشك أنها حرة أو أمة والنكاح مع الشك لا يصح فاذا لم يصح النكاح لم تعتق لأنه لم يوجد شرط العتق ، وان أعتقت امرأة عبداً على أن يتزوج بها وقبل العبد عتق ولا يلزمه أن يتزوج بها لما ذكرناه فى الأمة ولا يلزمه قيمته لأن النكاح حق للعبد فيصير كما لو أعتقته بشرط أن تعطيه مع العتق شيئاً آخر ويخالف الأمة فان نكاحها حق للمولى فاذا لم يسلم له رجع عليها بقيمتها . وان قال رجل لآخر : أعتق عبدك عن نفسك على أن أزوجك ابنتى فأعتقه لم يلزمه التزويج لما ذكرناه ، وهل تلزمه قيمة العبد ؟ فيـــه وجهان بناء على القولين فيمن قال لغيره : أعتق عبدك عن نفسك وعلى ألف فأعتقه ، (أحدهمـا) يلزمه كمـا لو قال : أعتـق عبـدك عنى على ألف . (والثانى) لا يلزمه لأنه بذل العوض على ما لا منفعة له فيه) .

الشرح إذا ترافع ذميان الى حاكم المسلمين ليحكم بينهما فى ابتداء العقد لم يحكم به بين المسلمين ؛ فان كانت المنكوحة بكراً أجبرها الأب والجد ، وان كانت ثيبا لم يصح تزويجها الا باذنها ؛ وان عضلها الولى زوجها حاكم المسلمين لأنه يلى عليها بالحكم ، وان تحاكما فى استدامته فانه لا اعتبار بانعقاده على أى وجه كان ؛ ولكن ينظر فيها ــ فان كانت ممن لا يجوز له ابتداء نكاحها فى هذه الحال ــ فرق بينهما ، فان كانت ممن يجوز له ابتداء نكاحها أقرهما على نكاحها وان كان قد عقد لها بولى غير مرشد أو بغير شهود لأنه عقد مضى فى الشرك ، فلا يجوز تتبعه ومراعاته ؛ لأن فى ذلك الحاق مشقة ، وتنفيراً لهم عن الدخول فى الطاعة ؛ وفى هذا المعنى نزل قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا » فأمر بترك ما بقى فى أيديهم من الربا وعفا عما قبض فى الشرك ، وان تحاكما فى الصداق أو أسلما وتحاكما ، فان كان قد أصدقها صداقاً صحيحاً حكم بصحته ، وان أصدقها صداقاً فاسداً كالخمر والخنزير ، فان كانت قد قبضت جميعه فى الشرك ؛ فقد سقط عنه جميعه وبرئت ذمته من الصداق ، لأن ما قبض فى الشرك لا يجوز نقضه لما ذكرناه من الآية ، ولقوله تعالى : « قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف » الآية .

وان كانت لم تقبض شيئاً حكم الحاكم بفساد المسمى ، وأوجب لها مهر مثلها من نقد البلد . وقال أبو حنيفة : لا يحكم لها الا بما سمى لها . دليلنا أنه لا يمكن أن يحكم عليها بتسليم المسمى لفساده فحكم لها بمهر صحيح . وان قبضت بعضه فى حال الشرك وبقى البعض سقط من المهر بقسط ما قبضته من المسمى » ووجب لها مهر المثل بقسط ما تقبضه من المسمى ؛ لأنها لو قبضت الجميع لم يحكم لها بشىء ، ولو لم تقبض شيئاً لحكم لها بمهر مثلها ؛ فاذا قبضت البعض وبقى البعض فيقسط مهر المثل على المقبوض وعلى ما لم تقبض .

اذا ثبت هذا فان كان أصدقها عشرة أزقاق خمر فقبضت منها بعضها ــ فان كانت متساوية لا يفضل بعضها على بعض ــ قسم المهر على أعدادها ، فان قبضت خمسة سقط عنه نصف المهر ووجب لها نصف مهر

مثلها ، وان كانت مختلفة ففيه وجهان : (أحدهما) وهو قول أبى اسحاق أن المهر يقسط على أعدادها ، لأنه لا قيمة للخمر ، فاستوى الصغير والكبير (والثانى) يقسط على كيلها • قال ابن الصباغ : وهو الأقيس ، لأنه لا يمكن اعتبار كيلها ، وان أصدقها عشرة خنازير أو عشرة كلاب وقبضت خمسة ففيه ثلاثة أوجه •

قال أبو اسحاق : يعتبر بالعدد ، سواء فى ذلك الصغير والكبير فيسقط نصف المهر ويجب لها نصف مهر مثلها ؛ لأن الجميع لا قيمة له ، فكان الجميع واحداً •

(والثانى) يعتبر التفاوت فيها ؛ فيضم صغيران ويجعلان بازاء كبير أو صغير ويجعلان بازاء وسطين ، ويقسط المهر على ذلك •

(والثالث) وهو قول أبى العباس بن سريج ـ أنه يقال : لو كانت هذه الخنازير أو الكلاب مما يجوز بيعها كم كانت قيمتها ؟ فيقسط المهر على ذلك ، لأنه لا يمكن اعتبارها بأنفسها ؛ فاعتبرت بغيرها كما قلنا فى الجناية على الحر التى لا أرش لها فقدر أنها تعتبر بالجناية على العبد ؛ قال القاضى أبو الطيب والشيخ أبو اسحاق : فعلى هذا تقدر لو كانت غنما ، لأنها أقرب اليها •

قال ابن الصباغ : وهذا ليس بصحيح لأن الغنم ليست من جنس الخنازير والكلاب فتعتبر بها بخلاف الحر والعبد ، وينبغى على هذا أن تقوم بما يتبايعونها بينهم ليقدر ذلك ، لأن لها قيمة فى الشرع كما يقدر أن لو جاز بيعها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ويثبت فى الصداق خيار الرد بالعيب ، لأن اطلاق العقد يقتضى السلامة من العيب ، فثبت فيه خيار الرد كالعوض فى البيع ، ولا يثبت فيه خيار الشرط ولا خيار المجلس لأنه أحد عوضى النكاح فلم يثبت فيه خيار**

الشرط وخيار المجلس كالبضع ، ولأن خيار الشرط وخيار المجلس جعلا لدفع الغبن ، والصداق لم يبن على المغابنة ، فان شرط فيه خيار الشرط فقد قال الشافعي رحمه الله : يبطل النكاح ، فمن أصحابنا من جعله قولا لأنه احد عوضي النكاح فبطل النكاح بشرط الخيار فيه كالبضع . ومنهم من قال : لا يبطل وهو الصحيح ، كما لا يبطل اذا جعل المهر خمراً أو خنزيراً ، وما قال الشافعي رحمه الله محمول على ما اذا شرط في المهر والنكاح ، ويجب مهر المثل لأن شرط الخيار لا يكون الا بزيادة جزء أو نقصان جزء ، فاذا سقط الشرط وجب اسقاط ما في مقابلته ، فيصير الباقي مجهولا فوجب مهر المثل . وان تزوجها بالف على أن لا يتسرى عليها أو لا يتزوج عليها بطل الصداق لأنه شرط باطل اضيف الى الصداق فابطله ، ويجب مهر المثل لما ذكرناه في شرط الخيار) .

الشرح قال الشافعي رضي الله عنه « اذا كان النكاح بألف على أن لأبيها ألفاً فالمهر فاسد » وجملة ذلك أنه اذا تزوج امرأة بألف على أن لأبيها أو لعمها ألفاً أخرى فالنكاح صحيح والمهر فاسد ولها مهر مثلها ؛ وانما صح النكاح لأنه لا تفتقر صحته الى صحة المهر ، وانما فسد المهر لأن قوله على أن لأبيها ألفاً ان أراد أن ذلك جميع الألفين صداقا لها فالصداق لا تستحقه غير الزوجة ، فاذا فسد الشرط سقط المهر وقد نقصت المرأة من صداقها جبراً لأجل الشرط واذا سقط الشرط وجب أن يرد الى المهر الجزء الذى نقصته لأجل الشرط ، وذلك مجهول ؛ والمجهول اذا أضيف الى معلوم صار الجميع مجهولا ، ولو أصدقها صداقاً مجهولا لم يصح ووجب لها مهر مثلها بالغاً ما بلغ .

وقال الشافعي في القديم : اذا تزوجها على ألف على أن لأبيها ألفا ولأمها ألفا صح النكاح واستحقت الثلاثة آلاف ، وبه قال مالك . قال أبو على بن أبى هريرة فيجيء على هذا أن الألفين فى الأولة للزوجة وهذا مخالف لما نقله المزنى ؛ وذكره الشافعي فى الأم فى التى قبلها ؛ والأول أصح لأنه انما أصدقها ألفا لا غير ، وما شرطه وأمها لا يستحقانه ولا تستحقه الزوجة لما قدمناه فى التى قبلها .

اذا ثبت هذا فذكر المزنى بعد الأولة ؛ ولو نكح امرأة على ألف وعلى أن يعطى أباها ألفاً جائزاً ولها منعه وأخذها منه لأنها هبة لم تقبض أو

وكالة قال أصحابنا : أخطأ المزنى فى النقل ، لا فرق بين هذه والأولة ، ويكون المهر فاسداً ؛ وانما نقل المزنى جواب مسألة ثالثة : ذكرها الشافعى رضى الله عنه فى الأم ، وهو اذا تزوجها بألفين على أن تعطى أباها منهـا ألفا فيكون المهر جائزاً لأنها قد ملكت الألفين بالعقد وما شرطه عليها من دفعها لأبيها ألفاً لا يلزمها لأنه ان كان هبة منها فلا يلزم عليها قبل القبض ، أو على سبيل الوكالة منها لأبيها بالقبض ، وذلك لا يلزم عليها ؛ واذا لم يلزمها سقط ولا يؤثر ذلك فى المهر ، لأن المرأة لم ينقص من مهرها شىء لأجل هذا الشرط ولا الزوج زاد فى مهرها لكى تعطى أباها ، لأنه لا منفعة له فى ذلك .

قال الشيخ أبو حامد : وكذلك اذا أصدقها ألفين على أن يعطى الزوج منها ألفاً لأبيها لم يؤثر ذلك ؛ لأن ذلك هبة منها أو توكيـل فى قبضـها والتصرف لها ؛ لا حق للزوج فى ذلك . قال الشيخ أبو حامد : ومعنى هذا عندى أنه لم يرد به الشرط . وانما أراد به أنه تزوجها على ألفين على أن لها أن تعطى أباها ألفاً ويعطى هو أباها ألفاً فالحـكم ما ذكـرنا ، فأما اذا أخرج ذلك مخرج الشرط فينبغى أن يفسد المهر ، لأنه لم يملكها المهر ملكا تاما فيبطل ؛ وقد حكى الصيمرى هذا عن بعض أصحابنا . ثم قال الصيمرى: هو قياس التحقيق لو كان من عقود المعاوضات وما الغرض فيـه العتق . فأما ما هو خلاف ذلك فلا .

فـــرع اذا تزوج امرأة بألف على أن يطأها ليلا ونهاراً ، أو على أن ينفق عليها ويكسوها ويسافر بها على أن لا تخرج من بيته الا باذنه صح ذلك ولم يؤثر فى الصداق ، لأن ذلك من مقتضى العقد ؛ وان شرط على أن له أن يتزوج عليها أو يتسرى صح ولم يؤثر لأنه لا ينافى مقتضاه .

وان تزوجها بمائة على أن لا يتزوج أو لا يتسرى عليهـا ؛ أو على أن لا يسافر بها أو على أن لا يكلم أباها وأمها أو على أن لا يكسوها ولا ينفق عليها أو على أن لها أن تخرج من بيتها متى شاءت فالنكاح صحيح والشرط والمهر فاسدان ، وبه قال مالك وأبو حنيفة .

وقال أحمد : الشرط صحيح ومتى لم يف لها به ثبت لها الخيار فى فسخ النكاح ، وروى ذلك عن عمر رضى الله عنه ومعاوية وعمر ابن عبد العزيز وشريح وأبى الشعثاء رضى الله عنهم • دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل » وهذا الشرط ليس فى كتاب الله ، ويجب لها مهر مثلها ؛ لأنها تركت لأجل الشرط جزءاً من المهر ، فاذا سقط الشرط وجب رد الجزء وهو مجهول ؛ واذا صار الصداق مجهولا وجب لها مهر مثلها •

وقال أبو على بن خيران : يجب لها أقل الأمرين من المسمى أو مهر المثل والمذهب الأول ، لأن المسمى قد سقط اعتباره ؛ وانما الاعتبار بمهر المثل ، وان تزوجها على ألف ان لم يخرجها من بلدها وعلى ألفين ان أخرجها فالمهر فاسداً ، ويجب لها مهر مثلها •

وقال أبو حنيفة : ان وفى لها بالشرط الأول كان لها الألف ، وان لم يف لها كان لها مهر مثلها • وقال أبو يوسف ومحمد : الشرطان جائزان • دليلنا : أنه دخل فى العقد على التخيير بين عوضين فكان العوض فاسداً كما لو قال : بعتك بألف نقداً وبألفين نسيئة •

فرع اذا اشترطت المرأة على الزوج حال العقد أن لا يطأها أو على أن يطأها فى الليل دون النهار ، أو على أن لا يدخل عليها سنة بطل النكاح لأن ذلك شرط ينافى مقتضى العقد وان شرط الزوج ذلك عليها فى العقد لم يبطل النكاح لأن ذلك حق لا يجوز له تركه فلم يؤثر شرطه ولا يلزمه الوفاء بالشرط ؛ ولقوله صلى الله عليه وسلم : « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل » وليس هذا فى كتاب الله فكان باطلا •

فرع اذا تزوج امرأة بمهر وشرط خيار المجلس أو خيار الثلاث فى عقد النكاح فسد النكاح ، لأن النكاح لا يقع الا لازماً ، فاذا شرط فيه الخيار نافى ذلك مقتضاه فأبطله • وان شرط الخيار فى الصداق فقد قال الشافعى رضى الله عنه فى المختصر : كان المهر فاسداً ؛ وظاهر هذا أن النكاح

صحيح • وقال فى الاملاء : ان المهر والنكاح باطلان • واختلف أصحابنا فيها فمنهم من قال : هى على حالين ، فحيث قال : يبطلان أراد اذا شرط الخيار فى النكاح والمهر أو فى النكاح وحده ، وحيث قال : لا يبطل النكاح أراد اذا شرط الخيار فى المهر وحده ، فهل يصح النكاح ؟ فيه قولان :

(أحدهما) لا يصح لأنه أحد عوضى النكاح فبطل النكاح بشرط الخيار فيه كما لو شرطه فى البضع • (والثانى) يصح النكاح وهو الصحيح لأنه لو جعل الصداق خمراً أو خنزيراً لم يبطل النكاح، فلأن لا يفسد اذا شرط الخيار فى المهر أولى ، فاذا قلنا بهذا ففى المهر والخيار ثلاثة أوجه حكاها الشيخ أبو حامد : (أحدها) أن المهر والخيار صحيحان ؛ لأن المهر كالثمن فى البيع ، فلما ثبت جواز الخيار فى الثمن ثبت جوازه فى المهر • (والثانى) أن المهر صحيح والخيار باطل ، لأن المقصود هو الصداق والخيار تابع ، فثبت المقصود وبطل التابع (والثالث) أن المهر والخيار باطلان ــ وهو المنصوص فى الأم ــ لأن الخيار لما لم يثبت فى العوض وهو البضع لم يثبت فى المعوض ؛ واذا سقط الخيار فقد ترك لأجله جزء من المهر فيجب رده وذلك مجهول • واذا كان المهر مجهولا وجب مهر المثل • قال الشيخ أبو حامد : الوجهان الأولان لا يساويان استماعهما •

فرع ويثبت فى الصداق خيار الرد بالعيب الفاحش واليسير وما يعد عيباً فى مثله • وقال أبو حنيفة ومحمد وأبو يوسف : يرد بالفاحش دون اليسير • دليلنا أن اطلاق العقد يقتضى سلامة المهر من العيب ، فاذا رد بالفاحش رد باليسير كالمبيع •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وتملك المرأة المسمى بالعقد ان كان صحيحاً ، ومهر المثل ان كان فاسداً ، لأنه عقد يملك العوض فيه بالعقد فملك العوض فيه بالعقد كالبيع ، وان كانت المنكوحة صغيرة أو غير رشيدة سلم المهر الى من ينظر فى مالها ، وان كانت بالغة رشيدة وجب تسليمه اليها ، ومن أصحابنا من خرج**

فى البكر البالغة قولا آخر أنه يجوز أن يدفع اليها أو الى أبيها وجدها ، لأنه يجوز إجبارها على النكاح فجاز للولى قبض صداقها بغير اذنها كالصغيرة ، فان قال الزوج : لا أسلم الصداق حتى تسلم نفسها ، فقالت المرأة : لا أسلم نفسى حتى أقبض الصداق ففيه قولان :

(أحدهما) لا يجبر واحد منهما بل يقال : من سلم منكما أجبرنا الآخر .

(والثانى) يؤمر الزوج بتسليم الصداق الى عدل وتؤمر المرأة بتسليم نفسها فاذا سلمت نفسها أمر العدل بدفع الصداق اليها كالقولين فيمن باع سلعة بثمن معين ، وقد بينا وجه القولين فى البيوع ، فان قلنا : بالقول الأول لم تجب لها النفقة فى حال امتناعها لأنها ممتنعة بغير حق ، وان قلنا بالقول الثانى وجبت لها النفقة لأنها ممتنعة بحق وان تبرعت وسلمت نفسها ووطئها الزوج أجبر على دفع الصداق وسقط حقها من الامتناع ، لأن بالوطء استقر لها جميع البدل فسقط حق المنع كالبائع اذا سلم المبيع قبل قبض الثمن) .

الشرح الأحكام : تملك المرأة جميع المهر المسمى لها بنفس العقد ان كان ما سماه صحيحاً ، وان كان باطلا ملكت مهر المثل ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد رضى الله عنه وقال مالك رضى الله عنه : تملك نصف المسمى بالعقد والنصف الباقى أمانة فى يدها للزوج فان دخل بها استقر ملكها على الجميع .

دليلنا قوله تعالى : « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » فلولا أنهن ملكنه لما أمر بتسليمه اليهن ؛ ولأنه عوض عن مقابلة معوض فملك فى الوقت التى تملك به المعوض كالأثمان فى البيع ، وان كانت المنكوحة صغيرة أو كبيرة مجنونة أو سفيهة فللأب والجد أن يقبض صداقها لأن له ولاية على مالها ، وان كانت بالغة عاقلة رشيدة سلم المهر إليها أو الى وكيلها ، وليس لوليها قبضة بغير اذنها . ومن أصحابنا من قال : اذا قلنا : ان الذى بيده عقدة النكاح هو الأب والجد جاز له أن يقبض المهر بغير اذنها لأنه اذا جاز له العفو عنه فلأن يجوز له قبضه أولى ؛ والأول أصح لأنه انما يجوز له العفو على هذا القول عن مهر الصغيرة أو المجنونة فأما الكبيرة العاقلة فليس له العفو عن مهرها بلا خلاف ، هذا مذهبنا . وقال أبو حنيفة : ان كانت

المنكوحة ثيباً لم يكن له قبض صداقها بغير اذنها ؛ وان كانت بكراً فله قبض صداقها بغير اذنها الا أن تنهاه عن قبضه • دليلنا أنها بالغة رشيدة فلم يكن له قبض صداقها بغير اذنها كالبنت •

فـــرع اذا كان الصداق حالا فطالبته الزوجة بتسليمه فقـــال الزوج : لا ، وطلب امهاله الى أن يجمعه • وطالب بتسليم الزوجة اليه لم تجبر الزوجة على تسليم نفسها اليه الى أن يجمع صداقها ويسلمه اليهـا لأن المهر فى مقابلة البضع وعوض عنه ؛ فاذا امتنع الزوج من تسليم العوض لم تجبر المرأة على تسليم المعوض كما لا يجبر البائع على تسليم المبيع اذا امتنع المشترى من تسليم الثمن ، وان قال الزوج : لا أسلم الصداق حتى تسلم نفسها • وقالت الزوجة لا أسلم نفسى حتى يسلم الى الصداق فقد ذكر المصنف فيمن اشترى سلعة بثمن فى ذمته ، فقال البائع لا أسلم السلعة حتى أقبض الثمن ، وقال المشترى لا أسلم الثمن حتى أقبض السلعة ثلاثة أقوال مشهورة أتى عليهما الامام تقى الدين السبكى فى شرح المهذب فى شروعه فى تكملة المجموع •

(أحدها) لا يجبر واحد منهما على التسليم ؛ بل أيهما تطوع بالتسليم أجبر الآخر •

(والثانى) أنهما يجبران معاً ، فيجبر البائع على تسليم السلعة الى عدل ، ويجبر المشترى على تسليم الثمن الى عدل ، ثم يسلم السلعة الى المشترى والثمن الى البائع وبأيهما بدأ جاز •

(والثالث) أن البائع يجبر على تسليم السلعة الى المشترى ثم يجـبر المشترى على تسليم الثمن الى البائع • وأما الصـداق فلا يجىء فيـه الا القولان الأولان: (أحدهما) لا يجبر واحد منهما على التسليم بل يقال لهما : أيكما تطوع بالتسليم أجبر الآخر على التسليم • (والثانى) يجبر الزوج على تسليم الصداق الى عدل ؛ فاذا حصل الصـداق فى يد عـدل أجبرت الزوجة على تسليم نفسها الى الزوج ، ولا مجىء فى هذا القول أن تسـلم

المرأة نفسها الى عدل كما قلنا فى البائع ، لأن معنى قولنا : تسلم نفسها نعنى به يطؤها الزوج ، وهذا لا يحصل بتسليمها نفسها الى العدل ؛ ويسقط ههنا القول الثالث فى البيع وهو قولنا : يجبر البائع على تسليم السلعة أولا الى المشترى لأنا اذا أجبرنا البائع على هذا التسليم تسلم السلعة وأخذ الثمن من المشترى ان كان حاضراً ، وان كان غائباً حجرنا على المشترى فى السلعة فى جميع أمواله الى أن يسلم الثمن ، والزوجة ههنا بمعنى البائع ؛ فلو أجبرناها على تسليم نفسها وهو تمكينها الزوج من وطئها ربما أتلف ماله بعد وطئها أو أفلس ؛ وقد أتلف بضعها لأنه لا يتأتى فيه ما ذكرناه فى السلعة • هذا نقل أصحابنا البغداديين •

وقال المسعودى : بلى فى الصداق ثلاثة أقوال أيضاً (أحدها) لا يجبران ، (والثانى) يجبران بأن يوضع الصداق على يد عدل ، وتجبر المرأة على التمكين • (والثالث) يجبر الزوج ، والأول هو المشهور ؛ فاذا قلنا : لا يجبران لم يجب لها نفقة فى حال امتناعها ، لأن الزوج لا يختص بالامتناع • وان قلنا : يجبر الزوج أولا فلها النفقة فى حال امتناعها قبل تسليم الزوج المهر ، لأن المنع من جهته ؛ وان تبرعت المرأة وسلمت نفسها اليه ووطئها الزوج لم يكن لها أن تمتنع بعد ذلك حتى تقبض صداقها •

دليلنا أن التسليم الأول تسليم استقر به المسمى برضاها فلم يكن لها الامتناع بعد ذلك ، كما لو سلم البائع سلعة قبل قبض الثمن ثم أراد أخذها •

فرع وان أكرهها الزوج فوطئها فهل لها أن تمتنع بعد ذلك الى أن تقبض المهر ؟ فيه وجهان حكاهما فى الابانة : (أحدهما) لها أن تمتنع كما لو قبض المشترى العين المبيعة وأكره البائع على ذلك قبل قبض الثمن (والثانى) ليس لها أن تمتنع لأن المهر قد تقرر بذلك والبائع اذا استرد المبيع ارتفع التقرير ، وان كان الصداق مؤجلا فطلب الزوج تسليمه اليه قبل حلول الأجل لم يكن لها أن تمتنع ؛ فان امتنعت أجبرت لأنها رضيت بتأخير حقها الى الأجل فلم يكن لها الامتناع من التسليم كما لو باع سلعة

بثمن مؤجل فليس له الامتناع من تسليمها قبل حلول الأجل ؛ فان تأخر تسليمها لنفسها حتى حل الأجل فهل لها الامتناع من تسليمها الى أن تقبض الصداق ؟ فيه وجهان .

قال الشيخ أبو حامد : ليس لها أن تمتنع لأن التسليم مستحق عليها قبل المحل فلم يسقط ما وجب عليها بحلول دينها . وقال القاضى أبو الطيب : لها أن تمتنع ، وقد ذكر المزنى فى المنثور أنه اذا باع سلعة بثمن مؤجل فلم يقبض السلعة حتى حل الأجل فان للبائع الامتناع من تسليم السلعة حتى يقبض الثمن ؛ ووجهه أن لها المطالبة بالمهر فكان لها الامتناع كما لو كان حالا ، وان كان بعض الصداق مؤجلا وبعضه حالا فلها أن تمتنع من تسليم نفسها حتى تقبض المؤجل كما لو كان جميعه مؤجلا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **فان كان الصداق عينا لم تملك التصرف فيه قبل القبض كالمبيع ، وان كان دينا فعلى القولين فى الثمن ، وان كان عينا فهلكت قبل القبض هلك من ضمان الزوج كما يهلك المبيع قبل القبض من ضمان البائع ؛ وهل ترجع الى مهر المثل ، أو الى بدل العين ؟ فيه قولان . قال فى القديم : ترجع الى بدل العين لأنه عين يجب تسليمها لا يسقط الحق بتلفها فوجب الرجوع الى بدلها كالمغصوب ، فعلى هذا ان كان مما له مثل وجب مثله وان لم يكن له مثل وجبت قيمته اكثر ما كانت من حين العقد الى ان تلف كالمغصوب، ومن اصحابنا من قال : تحسب قيمته يوم التلف ، لأنه وقت الفوات والصحيح هو الأول ، لأن هذا يبطل بالمغصوب .**

وقال فى الجديد : ترجع الى مهر المثل لأنه عوض معين تلف قبل القبض وتعذر الرجوع الى المعوض ، فوجب الرجوع الى بدل المعوض كما لو اشترى ثوبا بعبد فقبض الثوب ولم يسلم العبد وتلف عنده ، فانه يجب قيمة الثوب، وان قبضت الصداق ووجدت به عيبا فردته او خرج مستحقا رجعت فى قوله القديم الى بدله ، وفى قوله الجديد الى مهر المثل ، وان كان الصداق تعليم سورة من القرآن فتعلمت من غيره أو لم تتعلم لسوء حفظها فهو كالعين اذا تلفت فترجع فى قوله القديم الى اجرة المثل ، وفى قوله الجديد الى مهر المثل) .

الشرح الأحكام : اذا كان الصداق عيناً فأرادت الزوجة أن تتصرف فيها بالبيع والهبة وما أشبههما قبل القبض لم يصح ، وقال بعض الناس : يصح هكذا أفاده العمرانى •

دليلنا أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع ما لم يقبض » وهذا لم يقبض ، وان كان الصداق دينا فى الذمة فهل يصح لها بيعه قبل قبضه ؟ فيه قولان كالثمن فى الذمة • هذا نقل أصحابنا البغداديين •

وقال المسعودى : اذا أراد بيع الصداق قبل أن تقبضه فهل يصح بيعها له ؟ فيه قولان ـ ان قلنا : انه مضمون فى يد الزوج ضمان العقد لم يصح ؛ وان قلنا ضمان اليد صح وأراد بذلك اذا كان الصداق عيناً •

فرع اذا أصدق الرجل امرأته عيناً معينة اما حيواناً أو ثوبا أو سيارة فانها تكون مضمونة على الزوج ما لم تقبضها الزوجة ، لأنها مضمونة عليه بعقد معاوضة فكانت مضمونة كالمبيع ، فان قبضتها الزوجة سقط الضمان عنه وصار ضمانها على الزوجة • فان هلكت العين فى يد الزوج قبل أن تقبضها الزوجة سقط حقها من العين لأنها قد تلفت ولا يبطل النكاح ، لأن النكاح ينعقد بغير مهر فلا يبطل بتلف الصداق ؛ ويجب على الزوج ضمان الصداق للزوجة لأنا قد تبينا أنه مضمون عليه الى أن تقبضه الزوجة ؛ وفيما يضمنه قولان :

قال فى الجديد : ترجع عليه بمهر مثلها وهو اختيار المزنى وأبى اسحاق المروزى والقاضى أبى الطيب ؛ لأنه عوض معين تلف قبل القبض وتعذر الرجوع الى المعوض فوجب الرجوع الى بدل المعوض لا الى بدل العوض كما لو اشترى فرسا بثوب وقبض الفرس وتلف الفرس والثوب عنده ؛ فانه يجب عليه قيمة الفرس لا قيمة الثوب ؛ فقولنا : عوض معين احتراز من العوض فى الذمة ، وقلنا : تعذر الرجوع الى المعوض لأن الشرع قد منع الزوجة من الرجوع الى بضعها بتلف الصداق فرجعت الى بدله • وفيه احتراز من البيع اذا تلف قبل القبض والثمن باق •

وقال فى القديم : ترجع عليه ببدل العين التالفة « وهو قول أبى حنيفة وأحمد رضى الله عنهما واختيار الشيخ أبى حامد وابن الصباغ لأن كل عين يجب تسليمها فلا يسقط ضمانها بتلفها ، فاذا تلفت ضمنت ببدلها كالعين المغصوبة • فقولنا : عين يجب تسليمها احتراز مما لا يجب تسليمه كالعين المبيعة والثمن قبل البيع • وقولنا : لا يسقط ضمانها بتلفها احتراز من العين المبيعة والثمن اذا تلفا قبل القبض ؛ فاذا قلنا بقوله الجديد فان تلفت العين بآفة سماوية أو بفعل الزوج وجب لها مهر مثلها سواء سلمت نفسها الى الزوج وطالبته بها فمنعها أو لم تطالبه بها ولم يمنعها • وان أتلفتها الزوجة كان قبضاً لها ، وان أتلفها أجنبى فظاهر قول الشافعى رضى الله عنه أنها بالخيار بين أن ترجع على الزوج بمهر المثل ويرجع الزوج على الأجنبى ببدل الصداق الذى أتلف •

فـــرع وان نقص الصداق فى يد الزوج بآفة سماوية أو بفعل الزوج وجب لها مهر مثلها سواء سلمت نفسها الى الزوج وطالبته بها فمنعها أو لم تطالبه بها ولم يمنعها ، وان أتلفتها الزوجة كان قبضاً لها ، وان أتلفها أجنبى فظاهر قول الشافعى رضى الله عنه أنها بالخيار بين أن ترجع على الزوج بمهر المثل ويرجع الزوج على الأجنبى ببدل الصداق الذى أتلف وبين أن ترجع الزوجة على الأجنبى ببدل ما أتلف • وان نقص الصداق فى يد الزوج بآفة سماوية أو بفعل الزوج فهى بالخيار بين أن تأخذ الصداق ناقصاً ولا شىء لها وبين أن ترجع على الزوج بمهر مثلها ؛ وان نقص بفعل أجنبى فهى بالخيار بين أن ترجع على الزوج بمهر مثلها ويأخذ الزوج من الأجنبى الأرش ؛ وبين أن تأخذ الصداق والأرش من الأجنبى وان نقص الصداق بفعل الزوجة أخذته ناقصاً ولا شىء لها • وان قلنا بقوله القديم فحكمه فى يد الزوج حكم المغصوب الا أنه لا يأثم اذا لم يمنعها من أخذه فاذا تلف فى يد الزوج بآفة سماوية أو بفعل الزوج رجعت عليه بمثله ان كان له مثل ، وبقيمته ان لم يكن له مثل ؛ ومتى تعتبر قيمته ؟ من أصحابنا من قال : فيه قولان ومنهم من قال : هما وجهان ، المنصوص أنه تعتبر قيمته أكثر ما كانت

من حين العقد الى حين التلف لأنه مضمون على الزوج فى جميع هذه الأحوال فهو كالمغصوب • والثانى : يرجع عليه بقيمته يوم التلف ؛ والأول أصح •

فـــرع وان نقص فى يد الزوج نظرت ــ فان كان بآفة سماوية ــ كانت بالخيار بين أن ترد الصداق لأجل النقص وترجع ببدله عليه ، وبين أن تأخذه ناقصاً وتأخذ منه أرش النقص لأنه كالغاصب •

فـــرع وان نقص بفعل الزوج ــ فان اختارت رده وأخذ بدله ــ كان لها ، وان اختارت أخذه ــ فان لم يكن للجناية أرش مقدر ــ أخـذت الصداق وما نقص من قيمته ، وان كان لها أرش مقدر بأن كانت ابلا جبت أسنمتها أو عبداً قطعت يده رجعت عليه بأكثر الأمرين من نصف قيمة العين أو ما نقص من قيمتها بذلك ؛ لأنه اجتمع فيه ضمان اليد والأسنمة والجناية، فان نقص بفعل أجنبى فاختارت رده على الزوج وأخذ بدله منه كان لهـا ذلك لأجل النقص ورجع الزوج على الأجنبى بالأرش فان اختارت أخـذه أخذته ، فان كان الأرش غير مقدر ــ فان كان مثل أرش النقص أو أكثر من أرش النقص ــ رجعت به على من شاءت منهما • وان كان الأرش المقدر أقل من أرش النقص كانت بالخيار بين أن ترجع بأرش النقص على الزوج وبين أن ترجع على الأجنبى بالأرش المقدر وترجـع على الزوج بتمام أرش النقص •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ويستقر الصداق بالوطء فى الفرج لقـوله عز وجـل : ((وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض)) وفسر الافضاء بالجماع ، وهل يستقر بالوطء فى الدبر ، فيه وجهان : (أحدهما) يستقر لأنه موضـع يجب بالايلاج فيه الحد ، فأشبه الفرج • (والثانى) لا يستقر لأن المهر فى مقـابلة ما يملك بالعقد ، والوطء فى الدبر غير مملوك فلم يستقر به المهر ويسـتقر بالموت قبل الدخول ، وقال أبو سعيد الاصطخرى : ان كانت أمة لم يسـتقر بموتها لأنها كالسلعة تباع وتبتاع ، والسلعة المبيعة اذا تلفت قبـل التسـليم سقط الثمن • فكذلك اذا ماتت الأمة وجب أن يسـقط المهر ، والمذهب انه

يستقر ، لأن النكاح الى الموت ؛ فاذا ماتت انتهى النكاح فاستقر البـــدل كالاجارة اذا انقضت مدتها .

واختلف قوله فى الخلوة فقال فى القديم : تقرر المهر ، لأنه عقد على المنفعة فكان التمكين فيه كالاستيفاء فى تقرير البدل كالاجارة وقال فى الجـــديد : لا تقرر لأنه خلوة فلا تقرر للمهر كالخلوة فى غير النكاح ») .

الشرح الأحكام : يستقر المهر المسمى للزوجة بالوطء فى الفرج لقوله تعالى : « وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » الآية فلما أثبت له الرجوع بنصف الصداق بالطـلاق قبل المسيس دل على أنه لا يرجع عليها بشىء منه بعد المسيس . وقال فى آية أخرى « وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض » ففسر الافضـــاء بالجماع .

وان وطئها فى دبرها فهل يستقر به المسمى ؟ فيه وجهان : من أصحابنا من قال : لا يستقر لها لأن المهر فى مقابلة ما يملك بالعقد ، والوطء فى الدبر غير مملوك فى العقد فلم يستقر به المهر . والثانى ــ وهو المذهب ــ أنه يستقر به المسمى ، وبه قطع صاحب المهذب ؛ ووجهـه أن الوطء فى الدبر لا يختلف عن المجامعة فيما يتضمن تكميلا كالاحصان والتحليل ، أو يوجب تخفيفا مثل الخروج عن موجب العنة والايلاء .

ووجه ذلك أنه يتضمن تغليظا فى الحاقه بالوطء كما نقـول فى موجب الغسل دون الانزال وافساد العبادات ، والحكم بتقرير المهر اثبات تغليظ على الرجل حتى لو أنه جامع امرأة فى دبرها بالشبهة وجب المهر لأنه موضع يجب بالايلاج فيه الحد فاستقر به المهر كالفرج .

قال أصحابنا : وجميع الأحـكام التى تتعلق بالوطء فى الدبر أربعـة أحكام : الاحلال للزوج الأول ؛ والاحصان ، وايفاء المولى ، والخروج من العنة ، وان وطىء أجنبية فى دبرها وجب لها مهر المثل ، وان حلف أن لا يطأ امرأة فوطئها فى دبرها حنث فى يمينه ، قال الصيمرى : فان آلى من امرأته أكثر من أربعة أشهر فوطئها فى دبرها لم يسقط بذلك حقها ، وينبغى أن

يحنث فى يمينه ، وان أتت امرأته بولد يلحقه بالامكان ـ ولم يقر بوطئها ـ فهل يستقر عليه المهر المسمى ؟ فيه قولان : (أحدهما) يستقر ، لأن الحاق النسب به يقتضى وجود الوطء • (والثانى) لا يستقر عليه لأن الولد يلحق بالامكان ، والمهر لا يستقر الا بالوطء والأصل عدم الوطء •

فـــرع وان مات أحد الزوجين قبل الدخول استقر لها المهر ؛ وهو المذهب لأن النكاح الى الموت فاستقر به المهر كالاجارة اذا انقضت مدتها •

فـــرع وان خلا الزوج بها ولم يجامعها فهل حكم الخلوة حكم الوطء فى تقرير المهر ووجوب العدة ؟ اختلف العلماء فيها ، فذهب الشافعى فى الجديد الى أنه لا تأثير للخلوة فى تقرير المهر ولا فى وجوب العـــدة • وبه قال ابن عباس وابن مسعود رضى الله عنهم ، ومن التابعين الشـــعبى وابن سيرين وطاوس ، ومن الفقهاء أبو ثور • وذهبت طائفة الى أن الخلوة كالوطء فى تقـــرير المهـــر ووجوب العـــدة ؛ وذهب اليـــه ابن عمر وعلى ابن أبى طالب رضى الله عنهـــم ، وبه قال الزهـــرى والأوزاعى والثـــورى وأبو حنيفة وأصحابه •

وقال مالك : ان خلا بها خلوة تامة بأن يخلو بها فى بيته دون بيت أبيها أو أمها رجح بها قول من يدعى الاصابة منهما عند اختلافهما بها ، ولا تكون الخلوة كالوطء فى تقرير المهر ووجوب العدة • وقال الشافعى فى القديم : للخلوة تأثير • وقال الخرقى من الحنابلة : اذا خلا بها بعد العقد فقـــال : لم أطأها وصدقته لم يلتفت الى قولهما وكان حكمها حكم الدخول فى جميع مأورهما الا فى الرجوع الى زوج طلقها ثلاثاً أو فى الزنا فانهما يجلدان ولا يرجمان • ا هـ

وقال ابن قدامة : اذا خلا بامرأته بعد العقد الصحيح استقر عليه مهرها ووجبت عليها العدة وان لم يطأ ، روى ذلك عن الخلفاء الراشدين وزيـــد وابن عمر ؛ وبه قال على بن الحســـين وعروة وعطاء والزهـــرى والأوزاعى واسحاق وأصحاب الرأى ؛ وهو قديم قولى الشافعى ، وقال شريح والشعبى

وطاوس وابن سيرين والشافعى فى الجديد : لا يستقر الا بالوطء ، وحكى ذلك عن ابن مسعود وابن عباس ؛ وروى نحو ذلك عن أحمد ، وروى عنه يعقوب بن بختان أنه قال : اذا صدقته المرأة أنه لم يطأها لم يكمل لها الصداق وعليها العدة ، وذلك لقوله تعالى « وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » وهذه قد طلقها قبل أن يمسها ، وقال تعالى : « وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض » ثم قال : ولنا اجماع الصحابة رضى الله عنهم • روى الامام أحمد والأثرم باسنادهما عن زرارة بن أبى أوفى قال : قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب المهر ووجبت العدة • ورواه أيضاً عن الأحنف عن عمر وعلى وعن سعيد بن المسيب وعن زيد بن ثابت : عليها العدة ولها الصداق كاملا ، وهذه قضايا تشتهر ولم يخالفهم أحد فى عصرهم فكان اجماعاً • وما رووه عن ابن عباس لا يصح • قال أحمد : يرويه ليث وليس بالقوى ؛ وقد رواه حنظلة خلاف ما رواه ليث ، وحنظلة أقوى من ليث ، وحديث ابن مسعود منقطع • قاله ابن المنذر اهـ •

قلت : لما كان للشافعى رضى الله عنه قولاه القديم والجديد ، فان من أصحابنا من قال : مذهب الشافعى فى القديم فى الخلوة كقول مالك فى أنه يرجح بها قول من ادعى الاصابة لا غير ؛ الا أنه لا فرق عندنا على هذا بين أن يخلو بها فى بيته أو فى بيت أبيها أو أمها •

ومنهم من قال : مذهب الشافعى فى الجديد كقول أبى حنيفة ــ وهو المنصوص فى القديم ــ فاذا قلنا بهذا فوجهه ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من كشف عن قناع امرأة فقد وجب عليه المهر » وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : « اذا أغلق الباب وأرخى الستر فقد وجب المهر ، ما ذنبهن ان جاء العجز من قبلكم » ولأنه عقد على المنفعة فكان التمكين منها كالاستيفاء فى تقرير البدل كالاجارة •

واذا قلنا بقوله الجديد قال العمرانى وأكثر الأصحاب ؛ وهو الأصح : فوجهه قوله تعالى « وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن

فريضة فنصف ما فرضتم » ولم يفرق بين أن يخلو بها أو لا يخلو بهـا ، ولأن الخلوة لو كانت كالاصـابة فى تقرير المهر ووجـوب العـدة لكانت كالاصابة فى وجوب مهر المثل فى الشبهة •

وأما الخبر فمحمول على أنه كنى عن الجماع بكشف النقاب ، وما روى عن أمير المؤمنين عمر رضى الله عنه فقد روينا عن ابن عباس وابن مسعود خلاف ذلك ، فاذا قلنا بقوله الجديد فوطئها فيما دون الفرج فسـبق الماء الى فرجها وجبت عليها العدة وجهاً واحداً ؛ لأن رحمها قد صار مشـغولا بمائه ، وان أتت من ذلك بولد لحقه نسبه ، وهل يستقر بذلك صداقها أ فيه وجهان :

(أحدهما) يستقر ، لأن رحمها قد صار مشغولا بمائه فهو كما لو وطئها •

(والثانى) لا يستقر به المهر لأنه لم يوجد الجماع التام فهو كما لو لم يسبق الى فرجها ماؤه ؛ ولو استدخلت المرأة ماء غير ماء زوجها وظنته ماء زوجها لم يثبت له حكم من الأحكام لأن الشبهة تعتبر فى الرجل •

مسـألة فشا فى هذه الأزمان عادة خروج المعقود عليها مع زوجها للتنزه وغشيان الأسواق وركوب السيارة بدون أن يكون معهـما ثالث ، والسيارة تعتبر خلوة تامة وهى وسيلة من وسـائل التمكين ، وقد قضت محكمة الأحوال الشخصية بالاسكندرية باعتبار الخروج معهـا دخـولا وأسقطت دعواه فى نصف الصداق ؛ واستحقت بالحكم الصداق كاملا ؛ وقد فشا فى الناس تقليد الفرنجة بعد فشو الاختلاط فى الجامعات ودور التعليم فصاروا يستبيحون عقد الصداق بين الفتاة والفتى فتخرج معـه للتفـرج والتنزه بدعوى الخطبة فتحدث من جراء هذه الدوامى ما تئن منه العفـة وما تذهب به ريح الفضيلة ونسأل الله الهداية للمسلمين •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان وقعت فرقة بعد الدخول لم يسقط من الصداق شيء لأنه استقر فلم يسقط ، فان أصدقها سورة من القرآن وطلقها بعد الدخول وقبل أن يعلمها ففيه وجهان :

(أحدهما) يعلمها من وراء حجاب كما يستمع منها حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(والثانى) لا يجوز أن يعلمها لأنه لا يؤمن الافتتان بها ويخالف الحديث فانه ليس له بدل ، فلو منعناه من سماعه منها أدى الى اضاعته ، وفى الصداق لا يؤدى الى ابطاله ، لأن فى قوله الجديد ترجع الى مهر المثل ، وفى قوله القديم ترجع الى أجرة التعليم ، وان وقعت الفرقة قبل الدخول نظرت ـ فان كانت بسبب من جهة المرأة ، بأن أسلمت أو ارتدت أو أرضعت من ينفسخ النكاح برضاعه ـ سقط مهرها لأنها اتلفت المعوض قبل التسليم ، فسقط البدل كالبائع اذا أتلف المبيع قبل التسليم ، وان كانت بسبب من جهته نظرت ـ فان كان بطلاق ـ سقط نصف المسمى لقوله تعالى : ((وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم)) وان كان باسلامه أو بردته سقط نصفه ؛ لأنه فرقة انفرد الزوج بسببها قبل الدخول ، فتنصف بها المهر كالطلاق ، وان كان بسبب منهما نظرت ـ فان كان بخلع ـ سقط نصفه ، لأن المغلب فى الخلع جهة الزوج ، بدليل أنه يصح الخلع به دونها وهو اذا خالع مع اجنبى فصار كما لو انفرد به ، وان كان بردة منهما ففيه وجها :

(أحدهما) يسقط نصفه ، لأن حال الزوج فى النكاح اقوى فسقط نصفه كما لو ارتد وحده .

(والثانى) يسقط الجميع لأن المغلب فى المهر جهة المرأة ، لأن المهر لها فسقط جميعه كما لو انفردت بالردة فان اشترت المرأة زوجها قبل الدخول ففيه وجهان ، أحدهما : يسقط النصف ، لأن البيع تم بالزوجة والسيد وهو قائم مقام الزوج ، فصار كالفرقة الواقعة بالخلع والثانى : يسقط جميع المهر لأن البيع تم بها دون الزوج فسقط جميع المهر كما لو أرضعت من ينفسخ النكاح برضاعه .

فصل وان قتلت المرأة نفسها فالمنصوص أنه لا يسقط مهرها ، وقال فى الأمة : اذا قتلت نفسها أو قتلها مولاها أنه يسقط مهرها ، فنقل أبو العباس : جوابه فى كل واحدة منهما الى الاخرى وجعلهما على قولين :

(أحدهما) يسقط المهر لأنها فرقة حصلت من جهتها قبل الدخول فسقط بها المهر ، كما لو ارتدت .

(والثانى) لا يسقط وهو اختيار المزنى وهو الصحيح ، لأنها فرقة حصلت بانقضاء الأجل وانتهاء النكاح فلا يسقط بها المهر كما لو ماتت . وقال أبو اسحاق : لا يسقط فى الحرة ويسقط فى الأمة على ما نص عليه ، لأن الحرة كالمسلمة نفسها بالعقد ، ولهذا يملك منعها من السفر ، والأمة لا تصير كالمسلمة نفسها بالعقد ولهذا لا يملك منعها من السفر مع المولى . وان قتلها الزوج استقر مهرها لأن اتلاف الزوج كالقبض كما أن اتلاف المشترى للمبيع فى يد البائع كالقبض فى تقرير الثمن) .

الشرح الأحكام : اذا تزوج رجل امرأة ودخل بها ثم افترقا لم ترجع الى الزوج بشىء من المهر سواء كانت الفرقة من جهة الزوج أو من جهة الزوجة أو من جهتهما أو من جهة أجنبى ، لأن المهر قد استقر بالدخول فلم تؤثر الفرقة . وهذا لا خلاف فيه ، وان أصدقها تعليم سورة من القرآن ودخل بها ثم طلقها قبل أن يعلمها ــ فان كان الصداق تحصيل التعليم ــ لم يتعذر ذلك بسبب الطلاق بل يستأجر لها امرأة أو محرماً لها ليعلمها ، وان كان الصداق على أن يعلمها بنفسه ففيه وجهان :

(أحدهما) أن التعليم لا يتعذر بذلك ، بل يعلمها من وراء حجاب كما يجوز أن تسمع أخبار رسول الله صلى الله عليه وسلم من وراء حجاب ، وقد ثبت أن كثيراً من روايات الحديث وحافظاته يسمعهن الأجانب عنهن من وراء حجاب وقد كان أبو الشعثاء جابر بن زيد يسأل عائشة من وراء حجاب وكان يسألها عن أخص أحوال النبى صلى الله عليه وسلم حتى فى جماعه وكانت رضى الله عنها تخجل حتى ليحمر وجهها كما يقول عروة ابن أختها ؛ وهى تقول : سل يا ابناه . ومن هؤلاء الراويات مثل أمة الواحد بنت يامين والدة يحيى بن بشير وأمية بنت عبد الله ويهسة الفزارية وحميدة راوية أم سلمة وخيرة أم الحسن البصرى وزينب بنت معاوية زوج ابن مسعود وراويته والعالية بنت سويد وثقة العجلى وعمرة بنت قيس عن عائشة روى عنها جعفر بن كيسان فى صحيح ابن خزيمة ، وأم القلوص عن عائشة وعنها المتوكل بن الفضل فى الدارقطنى وهن لا يحصين .

(والثانى) أن تعليمه لها قد تعذر لأنه يخاف عليهما الافتتان ، ويخالف سماع الأخبار لأنا لو لم نجز ذلك لضاع ما عندها من الأخبار ، فاذا قلنا بهذا كان كما لو تلف الصداق قبل القبض فيرجع فى قوله الجديد الى مهر مثلها ، وفى قوله القديم الى أجرة التعليم ، وان وقعت الفرقة بينهما قبل الدخول نظرت ؛ فان كانت بسبب من جهتها بأن أسلمت أو ارتدت أو أرضعته أو أرضعت زوجة له صغيرة أو وجد أحدهما بالآخر عيباً ففسخ النكاح سقط جميع المهر لأن البضع تلف قبل الدخول بسبب من جهتها ، فسقط ما يقابله كالمبيع اذا تلف قبل القبض ، وان كان بسبب من جهة الزوج بأن طلقها سقط عنه نصف المسمى ان كانت لم تقبضه ؛ ووجب عليها رد نصفه ان كانت قبضته لقوله تعالى : « وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » وهكذا ان أسلم أو ارتد فحكمه حكم الطلاق ، لأن الفرقة من جهته فهو كالطلاق وان كانت الفرقة بسبب منهما نظرت ــ فان كانت بخلع فحكمه حكم الطلاق لأن المغلب فيه جهة الزوج بدليل أنه يصح خلعه مع الأجنبى ، وان كان بردة منهما بأن ارتدا معاً فى حالة واحدة ففيه وجهان :

(أحدهما) حكمه حكم الطلاق لأن حال الزوج فى النكاح اذا خالع زوجته بعد الدخول بها ثم تزوجها ثانيا فى العدة ثم طلقها قبل أن يدخل بها يتنصف المسمى . وقال أبو حنيفة : لا يتنصف بل يبقى حقها فى الجميع كما كان . دليلنا ظاهر الآية « فنصف ما فرضتم » ولأن الوطء الموجود فى النكاح الأول يقابله المهر الأول ، فلو قلنا : لا يتنصف المهر فى النكاح الثانى لصار ذلك الوطء مؤثراً أقوى فى تقرير المهرين ، والتسليم الواحد لا يقبل بدلين وعلى هذا الخلاف لو وطىء امرأة بالشبهة أو أعتق أم ولده ونكحها ثم طلقها ينصف المهر عندنا ، وعند أبى حنيفة لا ينصف ويجعل دوام شغل الرحم كالوطء فى تقرير المهر كله وتخالف هذه المسألة المخالعة حيث غلبنا جانب الزوج لأن الزوج يتصور منه أن ينفرد بالمخالعة عنها بأن تخالع مع أجنبى والمرأة لا يتصور منها الانفراد بالمخالعة عن الزوج فيترجح جانب الزوج ، وههنا فى المبايعة سواء رجحنا أحد الجانبين بالاستدعاء كما

فى الحرة اذا قتلت نفسها أو قتلت وليها قبل الدخـول انه لا يسقط شىء من المهر •

واختلف أصحابنا فيهما فذهب أبو العباس بن سريج وبعض أصـحابنا الى أن فيهما قولين : (أحدهما) يسقط مهرها ، لأن النكاح انفسخ بسبب من جهتها ، فهو كما لو ارتدت • (والثانى) لا يسقط وهو الأصح لأنهـا فرقة حصلت بانقضاء أجلها فهو كما لو ماتت ، وذهب أبو اسحاق المروزى وبعض أصحابنا الى أنها على قولين على ظاهرهما ، ففى الأمة يسقط ، وفى الحرة لا يسقط ، لأن الحرة مسلمة لنفسها فى العقد ، ولهـذا لا يجـوز لها السفر بغير اذن الزوج ، والأمة غير مسلمة لنفسها ولهذا يجوز السـفر بها بغير اذن زوجها ؛ لأن الزوج للحرة يغنم ميراثها فجاز أن يغرم مهـرها ؛ وزوج الأمة لا يغنم ميراثها فلم يغرم مهرها ، فاذا قلنا : يسقط المهر بذلك فان الحرة لا يسقط مهرها الا اذا قتلت نفسها قبل الدخول ، وان قتلهـا وليها أو زوجها أو أجنبى لم يسقط مهرها •

وأما الأمة فان قتلت نفسها قبل الدخول سقط مهرها ، وان قتلها سيدها سقط مهرها لأن المهر له ، وان قتلها زوجها أو أجنبى قبل الدخول لم يسقط المهر ، خلافا لأبى سعيد الاصطخرى الذى قال : اذا قتلها أجنبى قبل الدخول يسقط مهرها لأنها كالسلعة المبيعة اذا أتلفها أجنبى قبل القبض انفسخ البيع وسقط الثمن ، والمذهب الأول ؛ لأنها انما تكون كالسلعة اذا بيعت أما فى النكاح فهى كالحرة كما قررنا فى غير موضع •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ومتى ثبت الرجوع فى النصف لم يخل اما ان يكون الصداق تالفاً أو باقياً ، فان كان تالفاً ـ فان كان مما له مثل ـ رجع بنصف مثـله ، وان لم يكن له مثل رجع بقيمة نصفه أقـل ما كانت من يوم العقـد الى يوم القبض ، لانه ان كانت قيمتـه يوم العقد أقل ثم زادت ، كانت الزيادة فى ملكها فلم يرجع بنصفها وان كانت قيمته يوم العقد أكثر ثم نقص ، كان النقصان مضموناً عليه ، فلم يرجع بما هو مضمون عليه ، وان كان باقياً لم يخل ـ اما

ان يكون باقيا على حالته أو زائداً أو ناقصاً أو زائداً من وجه ناقصاً من وجه ـ فان كان على حالته رجع فى نصفه ، ومتى يملك لا فيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى أسحاق : أنه لا يملك الا باختيار التملك ، لأن الانسان لا يملك شيئاً بغير اختياره الا الميراث ، فعلى هذا ان حدثت منه زيادة قبل الاختيار كانت لها .

(والثانى) وهو المنصوص أنه يملك بنفس الفرقة لقوله عز وجل : « وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » فعلق استحقاق النصف بالطلاق ، فعلى هذا ان حدثت منه زيادة كانت بينهما ، وان طلقها والصداق زائد نظرت فان كانت زيادة متميزة كالثمرة والنتاج والتلين رجع بنصف الأصل ، وكانت الزيادة لها لأنها زيادة متميزة حدثت فى ملكها ، فلم تتبع الأصل فى الرد ، كما قلنا فى الرد بالعيب فى البيع ، وان كانت الزيادة غير متميزة كالسمن وتعليم الصنعة فالمرأة بالخيار بين أن تدفع النصف بزيادته وبين أن تدفع قيمة النصف ، فان دفعت النصف أجبر الزوج على أخذه لأنه نصف المفروض مع زيادة لا تتميز ، وان دفعت قيمة النصف أجبر على أخذها لأن حقه فى نصف المفروض والزائد غير المفروض فوجب أخذ البدل ، وان كانت المرأة مفلسة ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى اسحاق : أنه يجوز للزوج أن يرجع بنصف العين مع الزيادة ، لأنه لا يصل الى حقه من البدل ، فرجع بالعين مع الزيادة كما يرجع البائع فى المبيع مع الزيادة عند افلاس المشترى .

(والثانى) وهو قول أكثر أصحابنا أنه لا يرجع لأنه ليس من جهة المرأة تفريط فلا يؤخذ منها ما زاد فى ملكها بغير رضاها ، ويخالف اذا أفلس المشترى فان المشترى فرط فى حبس الثمن الى أن أفلس فرجع البائع فى العين مع الزيادة . فان كان الصداق نخلا وعليها طلع غير مؤبر فبذلت المرأة نصفها مع الطلع ، ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يجبر الزوج على أخذها لأنها هبة فلا يجبر على قبولها .

(والثانى) يجبر وهو المنصوص لأنه نماء غير متميز فأجبر على أخذها كالسمن وان بذلت نصف النخل دون الثمرة لم يجبر الزوج على أخذها . وقال المزنى : يلزمه أن يرجع فيه وعليه ترك الثمرة الى أوان الجذاذ كما يلزم المشترى ترك الثمرة الى أوان الجذاذ ، وهذا خطأ ، لأنه قد صار حقه فى القيمة فلا يجبر على أخذ العين ، ولأن عليه ضرراً فى ترك الثمرة على نخله فلم يجبر ، ويخالف المشترى فانه دخل فى العقد عن تراض فاقرأ على

ما تراضيا عليه ، فان طلب الزوج الرجوع بنصف النخل وترك الثمرة الى أوان الجذاذ ففيه وجهان :

(أحدهما) لا تجبر المرأة لأنه صار حقه في القيمة .

(والثاني) تجبر عليه لأن الضرر زال عنها ورضي الزوج بما يدخل عليه من الضرر وان طلقها والصداق ناقص بأن كان عبداً فعمى أو مرض ؛ فالزوج بالخيار بين أن يرجع بنصفه ناقصا وبين أن يأخذ قيمة النصف ، فان رجع في النصف أجبرت المرأة على دفعه لأنه رضي بأخذ حقه ناقصاً ، وان طلب القيمة أجبرت على الدفع ، لأن الناقص دون حقه . وان طلقها والصداق زائد من وجه ناقص من وجه بأن كان عبداً فتعلم صنعة ومرض ، فان تراضيا على أخذ نصفه جاز لأن الحق لهما ، وان امتنع الزوج من أخذه لم يجبر عليه لنقصانه . وان امتنعت المرأة من دفعه لم تجبر عليه لزيادته ، وان كان الصداق جارية فحملت فهي كالعبد اذا تعلم صنعة ومرض ، لأن الحمل زيادة من وجه ونقصان من وجه أخرى لأنه يخاف منه عليها فكان حكمه حكم العبد .

وان كان بهيمة فحملت ففيه وجهان : (أحدهما) أن المرأة بالخيار بين أن تسلم النصف مع الحمل ، وبين أن تدفع القيمة لأنه زيادة من غير نقص ، لأن الحمل لا يخاف منه على البهيمة . (والثاني) وهو ظاهر النص أنه كالجارية لأنه زيادة من وجه ونقصان من وجه ، فانه ينقص به اللحم فيما يؤكل ، ويمنع من الحمل عليه فيما يحمل فكان كالجارية .

وان باعته ثم رجع اليها ثم طلقها الزوج رجع بنصفه لأنه يمكن الرجوع الى عين ماله فلم يرجع الى القيمة ، وان وصت به أو وهبته ولم يقبض ثم طلقها رجع بنصفه ، لأنه باق على ملكها وتصرفها . وان كاتبته أو وهبته وأقبضته ثم طلقها رجع بقيمة النصف ، لأنه تعلق به حق لازم لغيرها ، فان كان عبداً فدبرته ثم طلقها فقد روى المزني أنه يرجع ، فمن أصحابنا من قال : يرجع لأنه باق على ملكها ومنهم من قال : لا يرجع لأنه لا يملك نقض تصرفها ، ومنهم من قال : فيه قولان ، ان قلنا : أن التدبير وصية فله الرجوع ، وان قلنا : انه عتق بصفة رجع بنصف قيمته) .

الشرح الأحكام : اذا طلق الرجل امرأة قبل الدخول وقد قبضت الصداق فقد ذكرنا أن الزوج يرجع عليها بنصفه ، فان كان قد تلف بيدها فان كان له مثل رجع عليها بنصف مثله ؛ لأنه أقرب ، وان كان لا مثل له رجع عليها بنصف قيمته ، لأن ما لا مثل له يضمن بالقيمة ، فان اختلفت قيمته من

حين العقد الى حين قبضه رجع بنصف قيمته أقل ماكانت من حين العقد الى حين القبض ؛ لأن قيمته ان كانت حين العقد أقل ثم ازدادت ، فان الزيادة حدثت فى ملكها فلا يلزمها ضمانها،وان كانت قيمته وقت العقد أكثر ثم نقصت فالنقص مضمون على الزوج لها فلا تضمنه الزوجة له ، وان كان الصداق باقياً فى يدها فلا يخلو من أربعة أحوال : اما أن يكون باقياً على حاله من حين القبض الى حين الطلاق ، أو يكون ناقصاً من جميع الوجوه عن حالته التى قبضته عليها أو يكون زائداً على حالته التى قبضته عليها من جميع الوجوه ، أو يكون زائداً من وجه ناقصاً من وجه فان كان باقيا على حالته رجع بنصفه لقوله تعالى « فنصف ما فرضتم » وان كان ناقصاً من جميع الوجوه بأن كانت جارية سمينة فهزلت أو مرضت أو ما أشبه ذلك فالزوج بالخيار بين أن يرجع بنصف الصداق ناقصاً ولا شيء غير ذلك ، وبين أن يرجع عليها بنصف قيمته أقل ما كانت من حين العقد الى حين القبض لأن الله تعالى قال : « فنصف مافرضتم » •

وان كان ناقصاً من جميع الوجوه بأن كانت بهيمة سمينة فهزلت أو مرضت فالزوج بالخيار بين أن يرجع بنصف الصداق ناقصاً ولا شيء له غير ذلك ، وبين أن يرجع عليها بنصف قيمته أقل ما كانت من حين العقد الى حين القبض ؛ لأن الله تعالى قال : « فنصف مافرضتم » واذا كان ناقصاً فليس هو المفروض • وان كان الصداق زائداً من جميع الوجوه فلا تخلو الزيادة اما أن تكون متميزة أو غير متميزة ، فان كانت متميزة بأن أصدقها بهيمة حائلا فحملت وولدت ثم طلقها ، أو شجرة لا ثمرة عليها فأثمرت وجدت ثم طلقها رجع عليها بنصف الصداق دون النماء لأنه نماء حدث فى ملكها وتميز فلم يكن له فيه حق كما قلنا فى المشترى اذا حدث فى ملكه نماء مميز ثم وجد بالمبيع عيبا فرده •

وان كانت الزيادة غير متميزة كالسمن وتعليم القرآن والعلم والصنعة ، فان اختارت الزوجة تسليم نصفه أجبر الزوج على أخذه لأنه يرجع أكمل ما دفع اليها وان لم يختر تسليم نصفه لم يجبر عليه ؛ وبه قال أبو حنيفة رحمه الله •

وقال محمد بن الحسن : تجبر الزوجة على تسليم نصفه مع زيادته المتصلة ، دليلنا أن هذه زيادة حدثت فى ملكها فلم يلزمها تسليمها كما لو كانت الزيادة متميزة ، ويلزمها نصف قيمته أقل ما كانت من حين العقد الى حين القبض ؛ فان كان على الزوجة ديون فأفلست وحجر عليها فهل للزوج أن يرجع فى نصف الصداق مع زيادته المتصلة به ؟ فيه وجهان : قال أبو اسحاق يرجع بنصف الصداق مع زيادته المتصلة به لأنا انما لا توجب الرجوع الى نصف الصداق مع زيادته اذا كانت غير مفلسة لأن ذمتها عامرة فيتوصل الزوج الى استيفاء حقه من القيمة ، واذا كانت مفلسة فذمتها خربة فلا يمكنه الوصول الى استيفاء حقه بالقيمة فليس له الرجوع الى نصفه .

وقال أكثر أصحابنا : لا يرجع الزوج الى نصف الصداق مع زيادته المتصلة ، لقوله تعالى : « فنصف مافرضتم » والزائد غير مفروض . ولم يفرق بين المفلسة وغير المفلسة . وان كان الصداق زائداً من وجه ناقصاً من وجه ؛ بأن كان عبداً فتعلم صنعة ومرض ــ فان اتفقا على أن يأخذ الزوج نصفه ــ جاز لأن الحق لهما وان طلب الزوج نصفه فامتنعت الزوجة من ذلك لم يجبر على ذلك لزيادته ، وان بذلت المرأة نصفه وامتنع الزوج من أخذه لم يجبر على ذلك لنقصانه ويرجع الى نصف قيمته أقل ما كانت من حين العقد الى حين القبض ، وان طلقها قبل الدخول والصداق فى يدها ــ فان كان الصداق بحاله لم يزد ولم ينقص ــ كان لها النصف ، وان كان ناقصاً من جميع الوجوه بأن مرض فى يده أو عمى ، فالزوجة بالخيار بين أن تأخذ نصفه ناقصاً ولا شىء لها كالمبيع اذا نقص فى يد البائع ، وبين أن يفسخ الصداق لأجل نقصه ؛ فاذا فسخت الصداق لم ينفسخ النكاح والام يرجع ؟ فيه قولان كما لو تلف قبل القبض . قوله الجديد : يرجع الى نصف مهر المثل . وقوله القديم : يرجع الى بدل نصف الصداق .

وان كان الصداق زائداً نظرت ــ فان كانت زيادة متميزة كالولد واللبن والثمرة ــ كان لها نصف أصل الصداق وجميع الزيادة . وحكى المسعودى أن أبا حنيفة رحمه الله قال للزوج نصف الزيادة المنفصلة الحادثة فى يده . دليلنا أنها زيادة حدثت فى ملكها فلم يكن للزوج فيها حق كما لو حدثت فى

يدها ، وان كانت الزيادة غير متميزة كالسمن والصبغة فالمرأة بالخيار بين أن تأخذ نصف الصداق وتدفع الى الزوج نصفه مع زيادته فيجبر على قبوله ، وبين أن تأخذ جميع الصداق وتدفع للزوج نصف قيمته أقل ما كانت من حين العقد الى حين القبض ، وان كان الصداق زائداً من وجه ناقصاً من وجه ــ بأن كانت جارية تعلمت صنعة ونسيت أخرى ــ فهى بالخيار بين أن تأخذ نصفه وتسلم الى الزوج نصفه ، فيجبر الزوج على ذلك ، لأن النقص فى يده مضمون عليه ، وبين أن تفسخ الصداق لأجل النقص ، فاذا فسخت رجعت عليه فى قوله الجديد بنصف مهر المثل وفى قوله القديم بنصف بدل الصداق •

فــرع كل موضع قلنا : يرجع الى الزوج نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول • فمتى يملك الزوج ذلك النصف ؟ فيه وجهان ، قال أبو اسحاق لا يملكه الا بالطلاق واختيار التملك ، وهو قول أبى حنيفة رحمه الله لأن الملك من غير اختيار لا يقع الا بالارث ، وهذا ليس بارث •

(والثانى) وبه قال زفر ، وهو المنصوص أنه يملك بنفس الطلاق ، وان لم يختر التملك لقوله : « وان طلقتموهن » ولم يفرق بين أن يختار التملك أو لا يختار وما ذكره الأول أن الانسان لا يملك شيئاً غير الميراث الا باختيار التملك غير مسلم ، فان الانسان لو أخذ صيداً لينظر اليه لا ليتملكه لملكه بالأخذ من غير اختيار التملك ، وان زاد الصداق بعد الطلاق وقبل اختيار التملك ، فان قلنا بقول أبى اسحاق كانت الزيادة للزوجة وحدها ، وان قلنا بالمنصوص كانت الزيادة بينهما ، وان نقص فى يدها بعد الطلاق وقبل الاختيار ، فان قلنا بقول أبى اسحاق لم يلزمها ضمان النقص ، وان قلنا بالمنصوص لزمها ضمان النقص •

اذا ثبت هذا فان الشافعى رضى الله عنه قال : وهذا كله ما لم يقض القاضى بنصفه فتكون هى حينئذ ضامنة لما أصابه فى يدها ، فقال الصيمرى: هل يشترط قضاء القاضى فى تملك الزوج نصف الصداق ؟ فيه وجهان : (ظاهر) كلام الشافعى أن ذلك شرط • (والثانى) وهو الأصح أن ذلك

ليس بشرط ، وسائر أصحابنا قالوا : لا خلاف فى أن قضاء القاضى ليس بشرط لأن الرجوع بنصف الصداق ثبت له بنص الكتاب والاجماع ، فلم يشترط قضاء القاضى فيه ، فعلى هذا اختلف أصحابنا فى تأويل كلام الشافعى ، فمنهم من قال : أراد اذا اختلفا فى وقت ملك الزوج بأن قال الزوج ملكته من شهرين ثم نقص بعدما ملكته فعليك ضمان النقص • وقالت : بل ملكته من شهر ونقص قبل أن أملكه فلا يلزمنى ضمان النقص فانهما يترافعان الى القاضى ، فاذا قضى له القاضى بملكه من وقت كانت ضامنة لما حدث بعد من النقص ، وقال أبو اسحاق وأكثر أصحابنا : عطف الشافعى رحمه الله بهذا الكلام عليه اذا طلقها قبل الدخول وقبل نقص فى يدها فى جميع الوجوه فان الزوج بالخيار بين أن يرجع فى نصفه ناقصاً ولا أرش له وبين أن يرجع بقيمة نصفه ، ومتى يملك نصفه ، على قول أبى اسحاق يملكه بالطلاق واختيار التملك ؛ وعلى المنصوص يملكه بالطلاق ولا يفتقر الى قضاء للقاضى : وانما عبر الشافعى رحمه الله عن وقت الملك بقضاء القاضى لأنه أوضح ما يعلم به عود نصف الصداق فمتى علم وقت عوده اليه ثم نقص بعد ذلك وجب عليها ضمان النقص لأنها قبضت الصداق بعقد المعاوضة ، وقد انفسخت المعاوضة فكان عليها ضمان ما نقص فى يدها ، كما لو اشترى سلعة فوجد بها عيباً ففسخ البيع ثم نقصت فى يده فانه يجب عليه ضمان النقص •

وقد نص الشافعى فى الأم أنه اذا طلقها قبل الدخول والصداق فى يدها فمنعته اياه كان عليها ضمان ما يحدث فيه من النقص ؛ فمن أصحابنا من قال بظاهر هذا ، وأنها اذا لم تمنعه لا يلزمها ضمان ما نقص ؛ بل هو أمانة فى يدها ، لأنه حصل فى يدها من غير تفريط ؛ ومنهم من قال : يجب عليها ضمان ما نقص فى يدها ، سواء منعته أو لم تمنعه وهو الأصح كما قلنا فيمن اشترى عيناً فوجد بها عيباً ففسخ البيع ثم نقصت فى يده فان عليه ضمان النقص بكل حال •

وتأولوا كلام الشافعى رضى الله عنه فى الأم على أنه أراد ضمان الغصب، لأن ضمان الغصب يطرأ على ما هو مضمون بالقيمة كالعارية اذا منعها

صاحبها • وقال أبو العباس بل عطف الشافعى رحمه الله بهذا اذا زاد الصداق فى يد الزوجة من جميع الوجوه فقد قلنا ان الزيادة كلها لها ، فقال الشافعى رحمه الله : ما لم يقض القاضى بنصفه ، يعنى ما لم يقض له قاض مالكى بنصفه مع زيادته ، لأن مالكا رحمه الله يقول : نصف الصداق باق على ملك الزوج الى أن يدخل بها ، فاذا قضى له مالكى بنصفه مع زيادته كان بينهما ولا ينقض حكمه لأنه موضع اجتهاد •

قال الشيخ أبو حامد : وهذا تأويل حسن الا أن الشافعى رحمه الله قال بعده : فتكون حينئذ ضامنة لما أصابه فى يدها ، ولا يمكن حمله على مذهب مالك رحمه الله لأنه يقول : هو أمانة فى يدها لا يلزمها ضمان النصف ولا زيادته •

مسألة اذا أصدقها نخلا لا ثمرة فيه فأثمرت فى يدها ثم طلقها قبل الدخول ففيها ست مسائل :

(الأولى) اذا أراد الزوج أن يرجع فى نصف النخل بنصف ثمرتها فامتنعت الزوجة من ذلك فانها لا تجبر على ذلك لأن الثمرة ان كانت غير مؤبرة فهى زيادة متصلة بالنخل وان كانت مؤبرة فهى كالزيادة المنفصلة ، وقد تبينا أن الجميع لها •

(الثانية) اذا بذلت نصف النخل مع نصف الثمرة فهل يجبر على قبوله ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يجبر على قبوله ، لأن هذه الزيارة ملك لها فلا يجبر على قولها كما لو وهبت له شيئاً فانه لا يجبر على قبوله • (والثانى) وهو المذهب — أنه يجبر لأنها زيادة متصلة بالصداق فأجبر الزوج على قبولها •

قال الشيخ أبو حامد : الوجهان انما هما فى الثمرة المؤبرة ، فأما غير المؤبرة فيجبر الزوج على قبولها وجها واحداً • وذكر المصنف أن الوجهين فى غير المؤبرة ، ولم يذكر المؤبرة ، فاذا قلنا : يجبر على القبول فانه يجبر

الا أن يطول النخل وتكون قحاما وهو الذى قل سعفه ودق أصله فلا يجبر الزوج على قبولها لما فيها من النقص بذلك •

(الثالثة) اذا قال لها الزوج : اقطعى الثمرة لأرجع فى نصف النخل بلا ثمرة فلا تجبر المرأة على ذلك ، لأن فى قطع الثمرة قبل أوان قطعها أضراراً بها ، وقد قال صلى الله عليه وسلم : « ليس لعرق ظالم حق » وهذه ليست بظالمة •

(الرابعة) أن تقول المرأة للزوج : اصبر عن الرجوع حتى تدرك الثمرة فتجد ثم ترجع فى نصف النخل ــ فلا يجبر الزوج على ذلك ، لأن حقه متعجل ، وقد تعجل بالقيمة فلا يجبر على التأخير ، ولأنه لا يأمن أن يتلف النخل فلا يمكنه الرجوع فيها ، فان صبر باختياره الى أن جدت الثمرة أو قطعت المرأة الثمرة قبل أوان جذاذها لم يكن للزوج الا نصف النخل الا أن يحدث بها نقص فلا يجبر على نصفها •

(الخامسة) أن يقول الزوج : أنا أصبر الى أن تدرك الثمرة فتجد ثم أرجع فى نصف النخل ، فان المرأة لا تجبر على ذلك بعد أن رجع اليه نصفها فيكون فى ضمانها فيلزمها الضرر بدخوله فى ضمانها ، ولأن النخل تزيد فاذا رجع فى نصفها بعد ذلك رجع فى نصفها ونصف زيادتها المتصلة ، ولأن النخل تزيد فاذا رجع فى نصفها بعد ذلك رجع فى نصفها وفى نصف زيادتها المتصلة الحادثة فى يدها ، ولأن حقه قد تعلق بالقيمة فلا ينتقل الى النخل الا برضا المرأة •

(السادسة) اذا قال الزوج : أنا أرجع فى نصف النخل فى الحال مشاعاً وأترك الثمرة لها الى أن تجد ففيه وجهان • قال أبو اسحاق : له ذلك وتجبر المرأة على ذلك لأنه لا ضرر على المرأة بذلك ، ومن أصحابنا من قال : لا تجبر المرأة على ذلك لأن حقه قد صار بالقيمة فلا يجبر على تسليم نصف النخل •

فرع اذا أصدقها أرضاً فحرثتها ثم طلقها قبل الدخول ، فان

بذلت له نصفها أجبر على قبولها ؛ لأن الحرث زيادة من نقصان ، وان امتنعت من بذلها نصفها لم تجبر على ذلك وكان له نصف قيمتها لأنها قد زادت فى يدها وان زرعت أو غرستها وطلقها قبل الدخول والزرع والغرس فيهـا ، فان بذلت له نصف الأرض ونصف الزرع ونصف الغرس ، وكانت قيمـة الأرض قبـل الزرع والغرس كقيمتهـا بعد الزرع والغـرس قال الشـيخ أبو حامد : أجبر على قبول ذلك على المذهب كما قلنا فى النخل والثمرة وفى الأرض المحروثة .

وقال ابن الصباغ : لا يجبر لأن الثمرة لا ينقص بهـا النخـل ، والزرع تنقص به الأرض وتضعف ؛ ولأن الثمرة متولدة من النخل فهى تابعة لهـا والزرع والغرس ملك لها أودعته فى الأرض فلا يجبر على قبوله وان نقصت قيمة الأرض بالزرع والغرس لم يجبر على قبول نصفها ، فان طلقها وقـد استحصد الزرع ولم يحصده بعد فقالت : أنا أحصده وأسلم نصف الأرض فارغة أجبر على قبول ذلك الا أن يحـدث بالأرض نقص ، وان حصـدت الزرع ثم طلقها أو طلقها ثم حصدت الزرع كان له الرجوع فى نصف الأرض الا أن تكون قد نقصت بالزرع فلا يجبر على قبولها لأن المانع من الرجوع الزرع وقد زال .

مسـألة اذا أصدقها خشبة فصنعتها أبوابا فزادت قيمتها بذلك ثم طلقها قبل الدخول لم تجبر المرأة على تسليم نصفها لزيادة قيمتها بذلك ، وان بذلت له نصفها بزيادته لم يجبر الزوج على قبوله لأنها كانت تصلح وهى خشب لما لا تصلح له الآن ، وان أصدقها فضة أو ذهبا فصاغتها آنية فزادت قيمتها بذلك ثم طلقها قبل الدخول لم تجبر المرأة على تسليم نصفها لزيادته ، فان بذلت النصف بزيادته أجبر على القبول لأنه يصلح وهو مصوغ لجميع ما كان يصلح له قبل ذلك ، هكذا ذكر الطبرى فى العدة ، وعندى اذا قلنا : لا يجوز اتخاذ آنية الذهب والفضة أن المرأة تجبر على تسليم نصفها ، وان كانت قيمتها زائدة لأن صنعتها لا قيمة لها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان كان الصداق عيناً فوهبته من الزوج ثم طلقها قبـل الدخول ففيه قولان : (أحدهما) لا يرجع عليها ، وهو اختيـار المزنى ، لأن النصف تعجل له بالهبة . (والثانى) يرجع وهو الصحيح ، لأنه عاد اليه بغير الطلاق فلم يسقط حقه من النصف بالطلاق ، كما لو وهبته لأجنبى ثم وهبه لأجنبى منه . وان كان ديناً فأبرأته منه ثم طلقها قبل الدخول ـ فان قلنا : انه لا يرجع فى الهبة ـ لم يرجع فى الابراء ، وان قلنا : يرجع فى الهبة ففى الابراء وجهان .

(أحدهما) يرجع كما يرجع فى الهبة .

(والثانى) لا يرجع لأن الابراء اسقاط لا يفتقر الى القبول ، والهبة تمليك تفتقر الى القبول ، فان أصدقها عيناً فوهبتها منه ثم ارتدت قبل الدخـول فهل يرجع بالجميع ؟ فيه قولان ، لأن الرجوع بالجميع فى الردة كالرجـوع بالنصف فى الطلاق ، وان اشترى سلعة بثمن وسلم الثمن ووهب البائع الثمن منه ثم وجد بالسلعة عيباً ففى ردها والرجوع بالثمن وجهان ، بناء على القولين، فان وجد به عيباً وحدث به عنده عيب آخر فهل يرجع بالأرش ؟ فيه وجهـان بناء على القولين . وان اشترى سلعة ووهبها من البائع ثم أفلس المشترى ، فللبائع أن يضرب مع الغرماء بالثمن قولاً واحداً لأن حقه فى الثمن ، ولم يرجع اليه الثمن) .

الشرح الأحكام : قال الشـافعى رضى الله عنـه : ولو وهبت له صداقها قبل القبض أو بعده ثم طلقها قبل أن يمسها ففيه قولان وجملة ذلك أنه اذا أصدقها عينا ثم وهبتها من الزوج وأقبضـته اياها ثم طلقهـا قبـل الدخول ففيه قولان :

(أحدهما) لا يرجع عليها بشىء لأنه قد تعجل له ما كان يستحقه بالطلاق قبل محله فلا يستحقه عند محله كما لو تعجل دينه المؤجل قبل محله ثم جاء وقت محله .

(والثانى) : يرجع عليها بنصف مثله ان كان له مثل أو بنصف قيمتـه ان لم يكن له مثل وهو الأصح ، لأنه عاد اليه بعقد ، فلا يمنع ذلك رجوعه ببدل نصفه كما لو اشتراه منها أو وهبته الأجنبى منه . قال المحاملى وابن

الصباغ : وسواء قبضت الصداق أو لم تقبضه • وان كان الصداق دينا ــ فان عينه الزوج فى شىء وأقبضه أياها ثم وهبته منه ــ فهى كالأولة ، وان أبرأته منه ثم طلقها قبل الدخول ــ فان قلنا : لا يرجع عليها اذا كان عينا فوهبتها منه ــ فههنا أولى أن لا يرجع عليها ؛ وان قلنا : يرجع عليها فى العين فهل يرجع عليها فى الدين ؟ فيه قولان ، ومنهم من يقول : هما وجهان :

(أحدهما) يرجع عليها بنصفه لأنها قد ملكت الصداق بالعقد فهو كالعين •

(والثانى) لا يرجع عليها بشىء ، وهو الصحيح ، والفرق بينهما أن الصداق اذا كان عينا فقد ضمنته بالقبض ؛ وفى الدين لم تضمنه بالقبض فلم يرجع عليها بشىء ، ألا ترى أن الصداق لو نقص فى يده ثم طلقها قبل الدخول ــ فان قلنا : يرجع عليها اذا وهبت جميع الصداق ــ رجع عليها ههنا بالنصف أيضاً ، وان قلنا وهبته النصف لا يرجع عليها فى العين ففى الدين قولان ، والفرق بينهما أن هناك عاد اليه بعقد جديد بخلاف هذا ؛ وان قبضت نصف الصداق ثم وهبته النصف الباقى ثم طلقها قبل الدخول ــ فان قلنا : يرجع عليها اذا وهبت جميع الصداق ــ رجع عليها ههنا بالنصف أيضاً ، وان قلنا هناك : لا يرجع عليها بشىء فههنا قولان :

١ ــ قال فى الأم : لا يرجع عليها بشىء لأنه انما يرجع عليها ، وقد تعجل له ذلك النصف فلم يرجع عليها بشىء •

٢ ــ وقال فى الاملاء : يرجع عليها لأنها لو وهبته جميعه لم يرجع عليها بشىء فاذا وهبته نصفه كان ذلك فى حقها وحقه ؛ لأن حقهما شائع فى الجميع ؛ فاذا قلنا بهذا ففى كيفية رجوعه ثلاثة أقوال :

(أحدها) يرجع عليها بالنصف الباقى لأنه يستحق عليها النصف وقد وجده •

(والثانى) يرجع عليها بنصف النصف الباقى وقيمته نصف الموهوب ، لأن حقهما شائع فى الجميع فصار الموهوب كالتالف .

(والثالث) أنه بالخيار بين أن يرجع بالنصف الباقى وبين أن يرجع بنصف النصف الباقى ونصف قيمة الموهوب لأنه تبعض عليه حقه .

فرع وان وهبته امرأته الصداق أو أبرأته منه ثم ارتدت قبل الدخول فحكم الرجوع عليها بجميع الصداق كالحكم فى رجوعه عليها بالنصف عند الطلاق لأنه يستحق عليها الرجوع بالجميع عند ردتها كما يستحق عليها الرجوع بالنصف عند الطلاق والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **اذا طلقت المرأة قبل الدخول ووجب لها نصف المهر جاز للذى بيده عقدة النكاح أن يعفو عن النصف ، لقوله عز وجل : ((وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم الا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقد النكاح)) وفيمن بيده عقدة النكاح قولان :**

قال فى القديم : هو الولى فيعفو عن النصف الذى لها ، لأن الله تعالى خاطب الأزواج فقال سبحانه وتعالى : ((وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم الا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح)) ولو كان هو الزوج لقال : الا أن يعفون أو تعفو لأنه تقدم ذكر الأزواج وخاطبهم بخطاب الحاضر ، فلما عدل عن خطابهم دل على أن الذى بيده عقدة النكاح غير الزوج ، فوجب أن يكون هو الولى ، وقال فى الجديد : هو الزوج فيعفو عن النصف الذى وجب له بالطلاق ، فأما الولى فلا يملك العفو لأنه حق لها فلا يملك الولى العفو عنه كسائر ديونها ، وأما الآية فتحتمل أن يكون المراد به الأزواج ، فخاطبهم بخطاب الحاضر ، ثم خاطبهم بخطاب الغائب كما قال الله عز وجل : ((حتى اذا كنتم فى الفلك وجرين بهم)) فاذا قلنا : ان الذى بيده عقدة النكاح هو الولى لم يصح العفو منه الا بخمسة شروط (أحدها) أن يكون أبا أو جداً لأنهما لا يتهمان فيما يريان من حظ الولد ومن سواهما متهم . (والثانى) أن تكون المنكوحة بكراً ، فأما الثيب فلا يجوز العفو عن مالها لأنه لا يملك الولى تزويجها . (والثالث) أن يكون العفو بعد الطلاق وأما قبله فلا يجوز لأنه لا حظ لها فى العفو قبل الطلاق ، لأن البضع معرض للتلف ، فاذا عفا ربما دخل بها فتلفت منفعة بضعها من غير بدل . (والرابع) أن يكون قبل الدخول ، فأما بعد

الدخول فقد أتلف بضعها فلم يجز اسقاط بدله . (والخامس) أن تكون صغيرة أو مجنونة ، فأما البالغة الرشيدة فلا يملك العفو عن مهرها لأنه لا ولاية عليها فى المال) .

الشرح اللغات . قوله : « وقد فرضتم لهن فريضة » جملة حالية من فاعل طلقتموهن أو من مفعوله ، ونفس الفرض من المبنى للفاعل أو للمفعول وان لم يفارق حالة التطليق لكن اتصاف المطلق بالفارضية فيما سبق مما لا ريب فى مقارنته لها ، وكذا الحال فى اتصاف المطلقة بكونها مفروضاً فيما سبق .

قوله « الا أن يعفون » استثناء مفرغ من أعم الأحوال ، أى فلهن نصف المفروض معيناً فى كل حال الا حال عفوهن ، أى المطلقات المذكورات فانه يسقط ذلك حينئذ بعد وجوبه ، والصيغة تحتمل التذكير والتأنيث والفرق بالاعتبار ، فان الواو فى التذكير ضمير والنون علامة الرفع ، وفى التأنيث الواو لام الفعل والنون ضمير النسوة والفعل مبنى ، ولذلك لم تؤثر فيه « أن » هنا مع أنها ناصبة لا مخففة بدليل عطف المنصوب عليه من قوله تعالى : « أو يعفو الذى .. » الخ .

اما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : **ولو خالعته على شىء** مما عليه من المهر فما بقى فعليه نصفه . وجملة ذلك أنه اذا خالعها على شىء مما عليه من المهر فما بقى فعليه نصفه . وجملة ذلك أنه اذا خالعها على نصف مهر قبل الدخول نظرت فان كان الصداق عينا فخالعها على نصفها ـ فان قلنا : ان الزوج يملك نصف الصداق بالطلاق ـ لم يصح الخلع على نصف ما سماه فى الخلع ، لأن الخلع بمنزلة الطلاق الذى يوقعه ابتداء فلم يصح خلعها على النصف الذى يملك الزوج ، وهل يصح فى نصف ما سماه فى الخلع ؟ فيه قولان بناء على القولين فى تفريق الصفقة ، وما فسد من المسمى فى الخلع فهل يرجع الزوج عليها ببدله أو بمهر المثل ؟ فيه قولان كما قلنا فيه اذا تلف الصداق قبل القبض .

وان قلنا : ان الزوج لا يملك النصف الا بالطلاق واختيار التملك صح

الخلع على النصف المسمى فى الخلع ورجع عليها بالنصف • وهل يرجع عليها بجميع النصف الباقى فى يدها أو بنصفه أو بنصف قيمته ؟ على الأقوال الثلاثة التى مضت قبلها ، وان كان الصداق ألفاً فى الذمة فخالعها على خمسمائة منه قبل الدخول ــ قال ابن الصباغ : فان قلنا انه يملك نصف الصداق بالطلاق ــ فسدت التسمية فى الخلع فى نصف الخمسمائة ، ولا ينصرف ذلك الى نصيبها من الألف بعد الطلاق لأن وقت التسمية هى مالكة لجميعه ، فكان ما سمته من الجملة ، وهل تفسد التسمية فى نصف الباقى ؟ على القولين • وهل يرجع عليها ببدلها أو بمهر مثلها ؟ على القولين•

وان قلنا : انه لا يملك النصف الا بالطلاق واختيار التملك صح الخلع على ما سمى فيه ؛ ويسقط الباقى من ذمته باختيار التملك •

اذا ثبت هذا فقد قال الشافعى رضى الله عنه : وما بقى فعليه نصفه ، وظاهر هذا أن الخلع يصح بخمسمائة ويسقط عن ذمته من الخمسمائة الباقية ومائتان وخمسون واختلف أصحابنا فى تأويل هذا ؛ فقال أبو على ابن خيران : أراد الشافعى رحمه الله اذا تخالعا على خمسمائة من الألف وهما يعلمان أن الخلع لا يصح الا على مائتين وخمسين منها لأن نصفها يسقط عنه بالطلاق قبل الدخول • فاذا علمنا بذلك فقد رضيا أن يكون عوض الخلع مائتين وخمسين لا غير ، فاذا بقى على الزوج خمسمائة سقط عنه نصفها بالطلاق قبل الدخول • ومن أصحابنا من قال : أراد الشافعى رحمه الله اذا قالت اخلعنى بما يخصنى من خمسمائة فصرحا بذلك •

وقال أبو اسحاق : تأويلها أن العقد وقع على جميع الخمسمائة لأنها كانت ملكا للزوجة ، وأما ما يعود نصفها الى الزوج بعد الطلاق ــ فاذا تم الخلع ــ رجع الى الزوج نصفها فيكون هذا النصف كالتالف قبل القبض فيرجع الزوج الى بدل هذا النصف فى القول القديم وبدل الدراهم فيستحق عليها فى ذمتها بدل المائتين والخمسين التى كانت تستحقها بالطلاق ، وبقى عليها خمسمائة فيسقط عنه نصفها بالطلاق ، ويبقى لها عليه مائتان وخمسون فيتقاصا ، فيكون معنى قوله : فما بقى عليه نصفه ، يعنى الخمسمائة التى لم يقع بها الخلع فذكر ما بقى لها عليه ولم يذكر ماله عليها ولا ذكر المقاصة أيضاً •

قال الشيخ أبو حامد : وهذه طريقة صالحة • وقال القاضي أبو الطيب : ان الذى قاله الشافعى رحمه الله انما قاله على أن الزوج لا يملك بالطلاق ، وانما يملك بالطلاق والاختيار فقد صح الخلع بالخمسمائة ، ويرجع عليها بنصف الباقى وبقيمة ما خالعها به ، وانما لم يذكر قيمة ما خالعها به ، وقال الشيخ أبو حامد : لا يمكن حمل كلام الشافعى رحمه الله على هذا ، لأنه قال : فما بقى فعليه نصفه ، ولو أراد أنه لا يملك الا بالاختيار لقال : فعليه كل ما بقى الا أن يختار تملك نصفه •

قال أصحابنا : وان أرادت الخلاص خالعته على خمسمائة فى ذمتها ويسقط عنه خمسمائة من الألف ويبقى عليه لها خمسمائة فيتقاصان وتقول : اخلعنى على ما يسلم لى من الألف أو على أن لا يبقى بيننا علقة ولا تبعة •

مسألة قال الشافعى رضى الله عنه : قال الله تعالى : « الا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح » • وجملة ذلك أنه اذا طلق امرأته قبل الدخول جاز لها أن تعفو عن نصف المهر الذى وجب لها لقوله تعالى : « الا أن يعفون » ولا خلاف أن المراد به النساء ، وجاز للزوج أن يعفو عن النصف الذى له الرجوع فيه لقوله تعالى « وأن تعفوا أقرب للتقوى » ولا خلاف أن المراد به الأزواج اهـ •

وفى الذى بيده عقدة النكاح قولان : قال فى القديم : المراد به ولى المرأة وبه قال ابن عباس والحسن البصرى والزهرى وطاوس وربيعة ومالك وأحمد ، فيكون تقدير الآية على هذا « الا أن يعفون » يعنى الزوجات عن النصف الذى وجب لهن فيكون جميع الصداق للزوج أو يعفو الولى عن نصيب الزوجة ، فيكون الجميع للزوج • « وأن تعفوا أقرب للتقوى » ، يعنى الأزواج ، فيكون الجميع للزوجة ، لأن الله تعالى قال : « أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح » وهذا ورد فيما بعد الطلاق ، والذى بيده عقدة النكاح عليها هو الولى دون الزوج ، ولأن الكناية ترجع الى أقرب مذكور قبله ، وأقرب مذكور قبل هذا هو نصف المرأة ، ولأن الله تعالى ذكر العفو فى الآية فى ثلاثة مواضع فاذا حمل على هذا الولى حصل لكل عفو فائدة ، واذا حمل على غيره جعل أحدهما مكرراً •

وقال فى الجديد : الذى بيده عقدة النكاح هو الزوج ، وبه قال على ابن أبى طالب وجبير بن مطعم وابن المسيب وسعيد بن جبير ومجاهد وشريح وأهل الكوفة والثورى وأبو حنيفة وأصحابه ، فيكون تقدير الآية : « الا أن يعفون » يعنى الزوجات أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح ، يعنى الزوج « وأن تعفوا أقرب للتقوى » ، يعنى أن عفو الأزواج أفضل من عفو الزوجات ، لقوله تعالى « أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح » وقال العلامة صديق خان فى كتابه نيل المرام ومعنى : « أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح » قيل هو الزوج •

ثم ذكر جماعة من القائلين به الى أن قال « وفى هذا القول قوة وضعف• أما قوته فلكون الذى بيده عقدة النكاح حقيقة هو الزوج لأنه الذى اليه رفعه بالطلاق • وأما ضعفه فلكون العفو منه غير معقول ، وما قالوا به من أن المراد بعفوه أن يعطيها المهر كاملا غير ظاهر ، لأن العفو لا يطلق على الزيادة • وقيل المراد بقوله « أو يعفو •• الخ » هو الولى ؛ الى أن قال : وفيه أيضاً قوة وضعف ، أما قوته فلكون معنى العفو فيه معقولا ، وأما ضعفه فلكون عقدة النكاح بيد الزوج لا بيده •

ومما يزيد هذا القول ضعفاً أنه ليس للولى أن يعفو عن الزوج مما لا يملكه وقد حكى القرطبى الاجماع على أن الولى لا يملك شيئا من مالها ، والمهر مالها ، فالراجح ما قاله الأولون لوجهين : (الأول) أن الزوج هو الذى بيده عقدة النكاح حقيقة • (الثانى) أن عفوه باكمال المهر هو صادر عن مالك مطلق التصرف بخلاف الولى ، وتسمية الزيادة عفواً وان كان خلاف الظاهر ، لكن لما كان الغالب أنهم يسوقون المهر كاملا عند العقد ، كان العفو معقولا ؛ لأنه تركه لها ولم يسترجع النصف منه ؛ ولا يحتاج لهذا أن يقال انه من باب المشاكلة كما فى الكشاف لأنه عفو حقيقى ، أى ترك ما تستحق المطالبة به ، الا أن يقال انه مشاكلة أو تغليب فى توفيته المهر قبل أن يسوقه الزوج • فاذا قلنا : ان الذى بيده عقدة النكاح هو الولى لم يصح الا بالشروط الخمسة التى ساقها المصنف •

فـــرع فاذا كان الصـــداق دينا فى ذمـــة الزوج وطلقها قبـــل الدخول ، وأرادت المرأة العفو عن النصف الذى لها صح عفوها بأحد ستة ألفاظ بأن تقول : أبرأتك عن كذا أو وهبته لك أو ملكتك أو تركت لك أو أسقطت عنك أو عفـــوت عن مالى فى ذمتك ، وهـــل يفتقر الى قبـــول الزوج ؟ فيه وجهان مضى ذكرهما • المنصـــوص أنه لا يفتقـــر ، فان أراد الزوج أن يعفو عن النصف الذى رجع اليه بالطلاق ، فان قلنا : انه لا يملك ذلك الا بالطلاق واختيار التملك ولم يختر بعد ، فله أن يسقط حقه ، وان قلنا : انه يملك النصف بالطلاق لم يصح عفوها عنـــه لأنه قـــد هلك على ملكها ، وفى يدها • وان أراد الزوج أن يعفو عنها ، فان قلنا : انه لا يملك النصف الا بالطلاق والاختيار صح عفوه قبل الاختيار بكل لفظ يتضـــمن اسقاط حقه كالعفو والاسقاط والترك كما قلنا فيمن له شفعة فأسقطها • ولا يفتقر الى قبولها وجهاً واحداً • وان قلنا بالمنصوص وأنه يملك نصفه بالطلاق صح عفوه عنها بأحد الألفاظ الستة : الهبـــة والعفـــو والابراء والتمليك والاسقاط والترك ، وهل يفتقر الى قبولها ؟ على الوجهين •

وان كان الصداق عيناً فى يد الزوج وأرادت أن تعفو عن النصف الذى لها صح بلفظ الهبة أو التمليك ولا بد من قبول الزوج ، ولا بد من مضى مدة القبض وهل يفتقر الى اذنها بالقبض ؟ فيه طريقان مضيا فى الرهن ، ولا يصح عفوها بلفظ الابراء والاسقاط لأن ذلك انما صح عما فى الذمم ، وهل يصح بلفظ العفو ؟ فيه وجهان حكاهما فى التعليق ، الصحيح لا يصح ، وان أراد الزوج أن يعفو عن النصف الذى له ، فان قلنا بقول أبى اســـحاق انه لا يملك الا بالطلاق والاختيار ، ولم يختر بعد صح عفوه بكل لفظ يتضمن اسقاط الخيار ، وان قلنا بالمذهب أنه يملك بنفس الطلاق احتاج الى ثلاث شرائط : الهبة من الايجاب والقبول ، والاذن بالقبض ، والقبض •

وان كان الصداق عيناً فى يد الزوجة فأرادت أن تعفو عن نصفها افتقر الى شروط الهبة ، وان أراد الزوج أن يعفو عنها ، فان قلنا : انه يملك بنفس الطلاق فهو يهبها شيئاً فى يدها فلا بد فيه من الايجاب والقبول ومضى مدة القبض •

فـــرع اذا تزوج امرأة بمهر حرام أو مجهول وجب لها مهـــر مثلها ، فان أبرأته عنه ــ وكانت تعلم قدره ــ صـحت البراءة . وان كانت لا تعلم قدره وأبرأته عنه لم تصح البراءة • وقال أبو حنيفة : تصح ، دليلنا أنه ملك بلفظ ازالة لا يسرى فلم يصح مع الجهل به كالبيع ، وفيه احتراز من العتق ، واذ ثبت أن الابراء فى الكل لا يصـح فهل يصـح فى قـدر ما يتحققه ؟ •

قال الشيخ أبو حامد : المعروف أنه لا يصح ، وقال أبو اسحاق : يصح، لأنا انما منعنا صحة البراءة فى كله لأجل الغرر ، وهذا لا يوجد فيما يتحقق أنه لها ، وان كانت تعلم أن المهر يزيد على مائة ولا يبلغ ألفاً فقالت : أبرأتك من مائة الى ألف صح ، لأن الغرر قد زال والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان فوضت بضعها بأن تزوجت وسكت عن المهر أو تزوجت على أن لا مهر لها ففيه قولان : (أحدهما) لا يجب لهـا المهـر بالعقـد وهـو الصحيح لأنه لو وجب لها المهر بالعقد لتنصف بالطلاق . (والثانى) يجب لأنه لو لم يجب لما استقر بالدخول ولها أن تطالب بالفرض لأن اخلاء العقد عن المهر خالص لرسول الله صلى الله عليه وسلم فان قلنا : يجب بالعقد فرض لها مهر المثل لأن البضع كالمستهلك فضمن بقيمته كالسلعة المستهلكة فى يد المشـترى ببيع فاسد ، وان قلنا : لا يجب لها المهر بالعقد فرض لها ما يتفقان عليه لأنه ابتداء ايجاب فكان اليهما كالفرض فى العقد ومتى فرض لها مهر المثـل أو ما يتفقان عليه صار ذلك كالمسمى فى الاستقرار بالدخول والمـوت والتنصف بالطلاق لأنه مهر مفروض فصار كالمفروض فى العقد ، وان لم يفرض لها حتى طلقها لم يجب لها شىء من المهر لقوله عز وجل : « وان طلقتموهن من قبـل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » فدل على أنه اذا لم يفرض لم يجب النصف وان لم يفرض لها حتى وطئها استقر لها مهر المثل، لأن الوطء فى النكاح من غير مهر خالص لرسول الله صلى الله عليه وسلم وان ماتا أو احدهما قبل الفرض ففيه قولان :

(أحدهما) لا يجب لها المهر لأنها مفوضة فارقت زوجها قبـل الفرض والمسيس فلم يجب لها المهر كما لو طلقت •

(والثانى) يجب لها المهر لما روى علقمة قال : ((أتى عبد الله فى رجل تزوج امرأة فمات عنها ولم يكن فرض لها شيئاً ولم يدخل بها فقال : أقول فيها برأيى لها صداق نسائها وعليها العدة ولها الميراث فقال معقل بن سنان الأشجعى : قضى رسول الله صلى الله عليه سلم فى تزويج بنت واشق بمثل ما قضيت ، ففرح بذلك)) ولأن الموت معنى يستقر به المسمى فاستقر به مهر المفوضة كالوطء ، وان تزوجت على أن لا مهر لها فى الحال ولا فى الثانى ففيه وجهان :

(أحدهما) ان النكاح باطل لأن النكاح من غير مهر لم يكن الا لرسول الله صلى الله عليه وسلم فتصير كما لو نكح نكاحاً ليس له .

(والثانى) يصح لأنه يلغى قولها لا مهر لى فى الثانى لأنه شرط باطل فى الصداق فسقط وبقى العقد فعلى هذا يكون حكمه القسم قبله .

الشرح اللغات : قال فى البيان : التفويض فى اللغة أن يكل الرجل أمره الى غيره . وقال ابن بطال الركبى المفوضة المرأة تنكح بغير صداق من قولهم فوضت الأمر الى فلان أى رددته ، الى أن قال : والتفويض أن تفوض المرأة أمرها الى الزوج فلا تقدر معه مهراً ، وقيل : التفويض الاهمال . كأنها أهملت أمر المهر فلم تسمه ويقال : المرأة مفوضة بالكسر لتفويضها لأنها أذنت وبالفتح لأن وليها فوضها بعقده .

أما الأحكام التفويض فى الشرع فهو تفويض البضع فى النكاح ، يقال : امرأة مفوضة بكسر الواو اذا أضفت التفويض اليها ، ومفوضة بفتح الواو اذا أسند التفويض الى غيرها ، والتفويض على ضربين ، تفويض مهر وتفويض بضع ؛ فأما تفويض المهر فمثل أن يقول : تزوجتك على أى مهر شئت أو شئت أو شئنا فالنكاح صحيح ، ويجب لها مهر مثلها فى العقد ، وأما تفويض البضع فبأن يقول زوجتكها وتسكت عن المهر أو زوجتكها بلا مهر فى الحال وكان ذلك باذن المرأة لوليها وهى من أهل الاذن ؛ فان النكاح ينعقد ، وأما المهر فقد قال الشيخ أبو حامد لا يجب لها مهر فى العقد قولا واحداً ، ولكنها قد ملكت بالعقد أن تملك مهراً لأن لها المطالبة بفرضه ، فهى كالشفيع ملك أن يملك الشقص أو أى مهر ملكت تملكه فيه قولان :

(أحدهما) مهر المثل والمفروض بدل عنه •

(والثانى) ما يتفقان عليه • وقال أبو حنيفة يجب لها مهر المثل بالعقد ، وحكى الشيخ أبو اسحاق أنه أحد قولينا لأنه لو لم يجب بالعقد لما استحقت المطالبة به ، ولما استقر بالدخول ، ودليلنا على أنه لا يجب بالعقد أنه لو وجب لها المهر بالعقد ليتصف بالطلاق كالمسمى فى العقد ، فاذا قلنا : انها ملكت أن تملك مهر المثل ويكون المفروض بدلا منه فلأنه اذا عقد عليها النكاح فقد استهلك بضعها فوجب أن يكون لها بدله ، وبدله هو مهر المثل ، واذا قلنا ملكت أن تملك مهراً ما ، وانما يتعذر ذلك بالفرض •

قال أبو اسحاق وهو أقواهما ولأن المهر الذى تملكه المرأة بعقد النكاح مهران مهر تملكه بالتسمية ، ومهر تملكه بالفرض ، ثم ثبت أن المهر الذى تملكه بالتسمية ــ لا يقدر الا بالتسمية ، فكذلك المهر الذى تملكه بالفرض لا يتقدر الا بالفرض ؛ لأن الشافعى رضى الله عنه نص على أنهما اذا فرضا لها أكثر من مهر المثل لزم لها الجميع ، ولو كانت الزيادة على مهر المثل هبة لم يلزم بالفرض ، وانما يلزم بالقبض •

فــــرع وللمفوضة أن تطالب بفرض المهر لأن اخلاء العقد عن المهر خاص للنبى صلى الله عليه وسلم فان ترافعا الى الحاكم فرض لها مهر مثلها لأن زيادته على ذلك ميل على الزوج ، ونقصانه عنه ميلا عنها ولا يصح فرضه الا بعد معرفته بقدر مهر مثلها لأنه لا يملك الفرض الا بذلك ، وان تراضى الزوجان ففرضاه بينهما ــ فان كانا عالمين بقدر مهر مثلها ــ صح فرضهما ، فان فرضا مهر مثلها صح ، وان فرضا أكثر منه صح ولزم ، وقد سمح الزوج ، وان فرضا أقل منه صح ولم يلزم الزوج أكثر منه لأنها سمحت ، وان كانا جاهلين بقدر مهر مثلها أو أحدهما ــ فان قلنا : انها ملكت بالعقد أن تملك مهر المثل لم تصح فرضهما ، لأن المفروض بدل عن مهر المثل ، فلابد أن يكون المبدل معلوما عندهما ، وان قلنا : ملكت بالعقد أن تملك مهراً ما صح فرضهما ، واذا فرض لها الحاكم لم يفرض لها الا من نقد البلد ، لأنه بدل بضعها التالف فهو كما لو أتلف عليها عيناً من مالها ،

وان فرضه الزوجان بينهما جاز أن يفرضا نقداً أو عرضاً مما يجوز تسميته فى العقد ، ولا يلزم الا ما اتفقا عليه من ذلك ، واذا فرض لها مهر صحيح كان ذلك كالمسمى فى العقد يستقر بالدخول أو بالموت وينتصف بالطلاق قبل الدخول • وقال أبو حنيفة : اذا طلقها قبل الدخول سقط المفروض ووجب لها المتعة ، دليلنا قوله تعالى : « فنصف ما فرضتم » الآية • ولأنه مهر واجب قبل الطلاق فينصف بالطلاق كالمسمى لها فى العقد •

فرع ويستحب أن لا يدخل بها حتى يفرض لها لئلا يشتبه بالموهوبة فان لم يفرض لها حتى وطئها استقر عليه مهر المثل ، لأن الوطء فى النكاح من غير مهر خالص للنبى صلى الله عليه وسلم فان طلقها قبل القبض والمسيس لم يجب لها المهر لقوله تعالى : « فنصف مافرضتم الا أن يعفون » الآية ، وهذا لم يفرض شيئاً ، وان مات أحدهما قبل القبض والمسيس توارثا ووجب عليها عدة الوفاة ان مات الزوج قبلها بلا خلاف ، لأن الزوجية ثابتة بينهما الى الموت ، وهل لها مهر المثل ؟ فيه قولان :

(أحدهما) يجب لها مهر مثلها ، وبه قال ابن مسعود رضى الله عنه وابن شبرمة وابن أبى ليلى وأبو حنيفة وأصحابه وأحمد واسحاق الا أن أبا حنيفة يقول : يجب لها مهر مثلها بالعقد ، ووجه هذا القول ما روى عن عبد الله بن عتبة بن مسعود : « أن ابن مسعود سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يسم لها مهراً فمات قبل الدخول فقال عبد الله : أقول فيها برأيى ، فان أصبت فمن الله ، وان أخطأت فمنى ومن الشيطان ، والله ورسوله بريئان ، لها الميراث وعليها العدة ولها مهر مثلها ، لا وكس ولا شطط ، فقام اليه معقل بن سنان الأشجعى وقال : أشهد لقضيت مثل ما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بروع بنت واشق ، ففرح عبد الله بذلك » ولأن الموت سبب يستقر به المسمى فاستقر به مهر المفوضة كالدخول •

(والثانى) لا يجب لها مهر ، وبه قال على وابن عمر وابن عباس وزيد ابن ثابت رضى الله عنهم وأهل المدينة والزهرى وربيعة ومالك والأوزاعى

من أهل الشام ولأنها فرقة وردت على المفوضة قبل الفرض والمسيس فلم يجب لها مهر كالطلاق فأما خبر ابن مسعود رضى الله عنه فهو مضطرب ، وروى أنه قام اليه ناس من أشجع ، وروى أنه قام اليه رجل من أشجع ، وروى أنه قام اليه معقل بن سنان وروى أنه قام اليه معقل بن يسار ، وروى أنه قام اليه أبو سنان ، ويجوز أن تكون بروع مفوضة المهر لا مفوضة البضع •

فرع وان زوج الولى وليته باذنها وهى من أهل الاذن على أن لا مهر لها فى الحال ولا فيما بعد ؛ فهل يصح النكاح ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يصح النكاح لأنها فى معنى الموهوبة ، وذلك لا يصح الا للنبى صلى الله عليه وسلم •

(والثانى) : يصح النكاح ويبطل الشرط ، لأن النكاح لا يخلو من مهر ، فاذا شرط أن لا مهر لها بحال ألغى الشرط لبطلانه ، ولا يبطل النكاح لأنه لا يبطل لبطلان المهر ، فعلى هذا تكون مفوضة البضع ، وقد مضى حكمها ، فان زوج الأب أو الجد الصغيرة أو الكبيرة المجنونة أو البكر البالغة العاقلة وفوض بضعها أو أذنت المرأة لوليها فى تزويجها ففوض بضعها بغير اذنها لم تكن مفوضة ، بل يجب لها مهر مثلها ؛ لأن التفويض انما يتصور باذنها اذا كانت من أهل الاذن ، هذا هو المشهور من المذهب •

وقال أبو على بن أبى هريرة : اذا قلنا : ان الذى بيده عقدة النكاح هو الأب والجد صح تفويضه لبضع الصغيرة والمجنونة ، كما يصح عفوه ، والأول أصح ، لأنه انما يصح على أحد القولين بعد الطلاق فأما مع بقاء النكاح لا يصح •

فرع قال ابن الصباغ : اذا وطىء الزوج المفوضة بعد سنين وقد تغيرت صفتها فانه يجب لها مهر المثل معتبراً بحال العقد ، لأن سبب وجوب ذلك انما هو بالعقد واعتبر به •

وقال القاضى أبو الطيب : يعتبر مهرها أكثر ما كان من حين العقد الى حين الوطء لأن لها أن تطالبه بفرض المهر فى كل وقت من ذلك ، وان نكح امرأة نكاحاً فاسداً ووطئها اعتبر مهرها وطئها ، وان أبرأته من مهرها قبل الفرض لم تصح البراءة ، لأن المهر لم يجب والبراءة من الدين قبل وجوبه لا تصح ، وان أسقطت حقها من المطالبة بالمهر قال ابن الصباغ : لم يصح اسقاطه عندى لأن اثبات المهر ابتداء حق لها يتعلق به حق الله تعالى ؛ لأن الشرع منعها من هبة بضعها ، انما خص به النبى صلى الله عليه وسلم ولهذا لا يصح أن يطأها بغير عوض ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ويعتبر مهر المثل بمهر نساء العصبات لحديث علقمة عن عبد الله وتعتبر بالأقرب فالأقرب منهن وأقربهن الأخوات وبنات الأخوة والعمات وبنات الأعمام » فان لم يكن لها نساء عصبات اعتبر بأقرب النساء اليها من الأمهات والخالات لأنهن اقرب اليها ، فان لم يكن لها أقارب اعتبر نساء بلدها ثم بأقرب النساء شبها بها ويعتبر بمهر من هى على صفتها فى الحسن والعقل والعفة واليسار ، لأنه قيمة متلف فاعتبر فيها الصفات التى يختلف بها العوض والمهر يختلف بهذه الصفات ويجب من نقد البلد كقيم المتلفات) .**

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : ومتى قلت لها مهر نسائها فانما أعنى نساء عصبتها وليس أمها من نسائها . وجملة ذلك أن أصحابنا قالوا : يجب لها مهر مثلها فى سبعة مواضع :

١ ــ مفوضة المهر .

٢ ــ مفوضة البضع اذا دخل بها الزوج قبل الفرض أو مات عنها فى أحد القولين .

٣ ــ اذا فرض الولى بضعها بغير اذنها .

٤ ــ اذا نكحت المرأة بمهر فاسد أو مجهول .

٥ ــ اذا نكحها نكاحاً فاسداً ووطئها .

٦ ــ اذا وطىء امرأة بشبهة •

٧ ــ اذا أكره المرأة على الزنا ، وكل موضع وجب للمرأة مهر مثلها تعتبر بنساء عصبتها كالأخوات وبنات الأخوات والعمات وبنات الأعمام ؛ ولا يعتبر بنساء ذوى أرحامها كأمهاتها وخالاتها ، ولا بنساء بلدها • وقال ابن أبى ليلى وأبو حنيفة : يعتبر بنساء عصباتها وبنساء ذوى أرحامها • دليلنا ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى بروع بنت واشق أن لها مهر نسا قومها • وهذا يقتضى قومها الذين تنسب اليهم ، ولأنه اذا لم يكن بد من اعتبارها بغيرها من النساء ، فاعتبارها بنساء عصباتها أولى لأنها تساويهن فى النسب ؛ ويعتبر بمن هى فى مثل حالها من الجمال والعقل والأدب والسن والبكارة والثيوبة والدين وصراحة النسب • وانما اعتبر الجمال لأن له تأثيراً فى الاستمتاع وهو المقصود بالنكاح ، والعقل والأدب يعتبران، لأن مهر العاقلة الأديبة أكثر من مهر من لا عقل لهما ولا أدب • وكذلك مهر الشابة والبكر أكثر من مهر العجوز والثيب ومهر العفيفة أكثر من مهر الفاسقة • قال الشافعى وصراحتها ، فمن أصحابنا من قال : أراد الفصاحة فى اللسان • وقال أكثرهم : أراد صراحة النسب ؛ لأن العرب أكمل من العجم ــ فان كانت بين عربيين لم يعتبر بمن هى بين عربى وعجمية ، لأن الولد بين عربى وعجمية هجين ، والولد بين عربية وعجمى مقرف ومدرع ، قال الشاعر فى المقرف •

وما هند الا مهرة عربية ... سليلة أفراس تجللها بغل
فان تنجت مهراً كريما فبالحرى ... وان يك أقرافاً فما أنجب الفحل

وقال فى المدرع :

ان المدرع لا تغنى خؤولته ... كالبغل يعجز عن شوط المحاضير

ويعتبر بالأقرب فالأقرب ؛ فان لم يكن فى أخواتها مثلها صعد الى بنات أخيها ثم الى عماتها ثم الى بنات عمها ، فان لم يكن نساء عصباتها فى بلدها متفرقة ، ومهور ذلك البلد تختلف اعتبرت بنساء عصباتها من أهل بلدها لأنها أقرب اليهن فان لم يكن لها عصبات أو كان لها نساء عصبة ولم يوجد

فيهن مثلها اعتبرت بأقرب النساء اليها من ذوى أرحامها كأمهاتها وخالاتها ، فان لم يكن لها من يشبهها منهن اعتبرت بنساء بلدها ، ثم بنساء أقرب بلد الى بلدها •

فـــرع فان كان من عادتهم اذا زوجوا من عشيرتهم خففوا المهر ، واذا زوجوا من الأجانب ثقلوا المهر حمل الأمر على ذلك ـ فان كان زوجها من عشيرتها خفف المهر ، وان كان من الأجانب ثقـل ، لأن المهـر يختلف بذلك • قال ابن الصباغ : وينبغى على هذا اذا كان الزوج شريفاً ـ والعادة أن يخفف مهر الشريف لشرف الزوج أن يعتبر ذلك •

فـــرع ويجب مهر المثل حالا من نقد البلد • وقال الصيمرى : ان جرت عادتهم فى ناحية بالثياب وغير ذلك قضى لها بذلك ؛ والمنصـوص هو الأول لأنه بذل متلف فأشبه سائر المتلفات قال أبو على الطبرى : وان كان عادة نساء عصباتها التأجيل فى المهر فانه لا يجب لها المهر المؤجل بل يجب حالا ؛ وينقص منه لأجل التأجيل ، لأن القيم لا تكون مؤجلة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **واذا اعسر الرجل بالمهر ففيه طريقان ، من أصحابنا مـن قال : ان كان قبل الدخول ثبت لها الخيار فى فسخ النكاح ، لأنه معاوضـة يلحقه الفسخ ، فجاز فسخه بالافلاس بالعوض كالبيع ، وان كان بعد الدخول لم يجز الفسخ لأن البضع صار كالمستهلك بالوطء فلم تفسخ بالافلاس كالبيع بعد هلاك السلعة . ومن أصحابنا من قال : ان كان قبل الدخول ثبت الفسخ، وان كان بعد الدخول ففيه قولان : (أحدهما) لا يثبت لها الفسخ لما ذكرناه . (والثانى) يثبت لها الفسخ وهو الصحيح ، لأن البضع لا يتلف بوطء واحـد فجاز الفسخ والرجوع اليه ، ولا يجوز الفسخ الا بالحاكم ، لأنه مختلف فيـه فافتقر الى الحاكم ، كفسخ النكاح بالعيب .**

فصـــل **اذا زوج الرجل ابنه الصغير وهو معسر ففيه قولان ـ قال فى القديم يجب المهر على الأب لأنه لما زوجه مع العلم بوجوب المهر والاعسار كان ذلك رضا بالتزامه . وقال فى الجديد يجب على الابن وهو الصحيح ، لأن البضع له فكان المهر عليه .**

فصـــل وان تزوج العبد باذن المولى فان كان مكتسباً وجب المهر والنفقة فى كسبه لأنه لا يمكن ايجاب ذلك على المولى لأنه لم يضمن ، ولا فى رقبة العبد لأنه وجب رضا من له الحق ، ولا يمكن ايجابه فى ذمته لأنه فى مقابلة الاستمتاع فلا يجوز تأخيره عنه ، فلم يبق الا الكسب فتعلق به ولا يتعلق الا بالكسب الحادث بعد العقد ، فان كان المهر مؤجلا تعلق بالكسب الحادث بعد حلوله ، لأن ما كسبه قبله للمولى ، ويلزم المولى تمكينـــه من الكسب بالنهار ومن الاستمتاع بالليل ، لأن اذنه فى النكاح يقتضى ذلك ؛ فان لم يكن مكتسباً وكان مأذوناً له فى التجارة فقد قال فى الام : يتعلق بما فى يده ، فمن أصحابنا من حمله على ظاهره ، لأنه دين لزمه بعقد أذن فيه المولى ففضى مما فى يده كدين التجارة . ومن أصحابنا من قال : يتعلق بما يحصل من فضل المـال ، لأن ما فى يـده للمولى فلا يتعلق به كمـا لا يتعلق بما فى يده مـن الكسب ، وانما يتعلق بما يحدث وحمل كلام الشافعى رحمه الله على ذلك ، وان لم يكن مكتسباً ولا مأذوناً له فى التجارة ففيه قولان :

(احدهما) يتعلق المهر والنفقة بذمته يتبع به اذا أعتق ، لأنه دين لزمه برضا من له الحق فتعلق بذمته كدين القرض ، فعلى هذا للمراة أن تفسـخ اذا أرادت . (والثانى) يجب فى ذمة السيد لأنه لما اذن له فى النكاح مع العلم بالحال صار ضامناً للمهر والنفقة وان تزوج بغير اذن المولى ووطىء فقد قال فى الجديد يجب فى ذمته يتبع به اذا أعتق ، لأنه حق وجب برضا من له الحق فتعلق بذمتـه كدين القرض . وقال فى القديم : يتعلق برقبتـه لأن الوطء كالجناية ، وان اذن له فى النكاح نكاحا فاسداً ووطىء ففيه قولان :

(احدهما) أن الاذن يتضمن الصحيح والفاسد ، لأن الفاسد كالصحيح فى المهر والعدة والنسب ، فعلى هذا حكمه حكم الصحيح وقد بيناه .

(والثانى) وهو الصحيح انه لا يتضمن الفاسد لأن الاذن يقتضى عقـداً يملك به ، فعلى هذا حكمه حكم ما لو تزوج بغير اذنه وقد بيناه .

الشرح اذا أعسر الرجل بالصداق فهل يثبت لها الخيار فى فسخ النكاح ؟ فيه ثلاثة طرق حكاها ابن الصباغ ، من أصحابنا من قال : ان كان بعد الدخول لم يثبت لها الخيار قولا واحداً ، وان كان قبل الدخول ففيه قولان : (أحدهما) يثبت لها الخيار لأنه تعذر عليها تسليم العوض ، والمعوض باق بحاله فكان لها الرجوع الى المعوض كما لو أفلس المشـترى بالثمـن والمبيع باق بحاله . (والثانى) لا يثبت لها الخيار ، لأن تأخير المهر ليس فيه ضرر متحقق فهو بمنزلة نفقة الخادم اذا أعسر بها الزوج . ومنهم مـن

قال : ان كان قبل الدخول ثبت لها الخيار قولا واحداً وان كان بعد الدخول ففيه قولان : (أحدهما) لا يثبت لها الخيار قولا واحداً ، لأن المعقود عليه قد تلف فهو كما لو أتلف المبيع فى يد المشترى ثم أفلس • (والثانى) لا يثبت لها الخيار وهو اختيار الشيخ أبى اسحاق ، لأن المرأة يجب عليها التمكين من الوطء وجميعه فى مقابلة الصداق ، وانما سلمت بعضه فكان لها الفسخ فى الباقى فهو كما لو وجد البائع بعض المبيع فى يد المفلس • ومنهم من قال : ان كان قبل الدخول ثبت لها الخيار قولا واحداً ، وان كان بعده لم يثبت لها الخيار قولا واحدا • لأن قبل الدخول لم يتلف البضع ، وبعد الدخول قد تلف البضع ، لأن المسمى يستقر بالوطء الأول كما يستقر الثمن بتسليم جميع المبيع ، وباقى الوطئات تبع للأولة ، فاذا تزوجت امرأة رجلا مع العلم باعساره بالمهر ، وقلنا : لها الخيار اذا لم تعلم به فهل يثبت لها الخيار ههنا ؟ فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ •

(أحدهما) لا يثبت لها الخيار لأنها رضيت بتأخيره بخلاف النفقة فان النفقة لا تجب بالعقد ولأنه قد يتمكن المعسر من النفقة بالكسب والاجتهاد الشرع منعها من هبة بضعها ، انما خص به النبى صلى الله عليه وسلم ولهذا بخلاف الصداق •

(والثانى) يثبت لها الخيار لأنه يجوز أن يقدر عليه بعد العقد ، فلا يكون باعساره رضا بتأخير الصداق كالنفقة ، واذا أعسر بالصداق فرضيت بالمقام معه لم يكن لها الخيار بعد ذلك ، لأن حق الصداق لم يتجدد بخلاف النفقة • هذا ترتيب البغداديين • وقال المسعودى : اذا رضيت باعساره بالمهر ثم رجعت ، فان كان قبل الدخول ، كان لها الامتناع ، وان كان بعد الدخول لم يكن لها الامتناع ، وان رضيت بالمقام معه بعدما أعسر بالصداق سقط حقها من الفسخ ولا يلزمها أن تسلم نفسها بل لها أن تمتنع حتى يسلم صداقها ، لأن رضاها انما يؤثر فى اسقاط الفسخ دون الامتناع ولا يصح الفسخ للاعسار بالصداق الا باذن الحاكم لأنه مجتهد فيه كفسخ النكاح بالعيب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب اختلاف الزوجين فى الصداق

اذا اختلف الزوجان فى قدر المهر أو فى أجله تحالفا ، لأنه عقد معاوضة فجاز أن يثبت التحالف فى قدر عوضه وأجله كالبيع ، واذا تحالفا لم ينفسخ النكاح ؛ لأن التحالف يوجب الجهل بالعوض ، والنكاح لا يبطل بجهالة العوض، ويجب مهر المثل ، لأن المسمى سقط وتعذر الرجوع الى المعوض فوجب بدله، ، كما لو تحالفا فى الثمن بعد هلاك المبيع فى يد المشترى .

وقال ابو على بن خيران : ان زاد مهر المثل على ما تدعيه المراة لم تجب الزيادة لأنها لا تدعيها ، وقد بينا فساد قوله فى البيع ، وان ماتا أو احدهما قام الوارث مقام الميت لما ذكرناه فى البيع ، فان اختلف الزوج وولى الصغيرة فى قدر المهر ففيه وجهان :

(احدهما) يحلف الزوج ويوقف يمين المنكوحة الى أن تبلغ ولا يحلف الولى ، لأن الانسان لا يحلف لاثبات الحق لغيره .

(والثانى) انه يحلف ـ وهو الصحيح ـ لأنه باشر العقد فحلف كالوكيل فى البيع ، فان بلغت المنكوحة قبل التحالف لم يحلف الولى ، لأنه لا يقبل اقراره عليها فلم يحلف ، وهذا فيه نظر ، لأن الوكيل يحلف وان لم يقبل اقراره وان ادعت المراة أنها تزوجت به يوم السبت بعشرين ويوم الأحد بثلاثين ، وأنكر الزوج احد العقدين ، وأقامت المراة البينة على العقدين وادعت المهرين قضى لها ، لأنه يجوز أن يكون تزوجها يوم السبت ثم خالعها ، ثم تزوجها يوم الأحد فلزمه المهران) .

الشرح اذا اختلف الزوجان فى قدر المهر بأن قال : تزوجتك بمائة فقالت : بل بمائتين أو فى جنسه بأن قال : تزوجتك على دراهم فقالت : بل على دنانير ، أو فى عينه بأن قال : تزوجتك بهذه السيارة فقالت : بل بهذه العمارة ، أو فى أجله بأن قال : تزوجتك بمهر مؤجل فقالت : بل بمهر حال ولا بينة لأحدهما تحالفا ، وسواء كان اختلافهما قبل الدخول أو بعده ، وبه قال الثورى .

وقال مالك : ان كان الاختلاف قبل الدخول تحالفا وفسخ النكاح ،

وان كان بعد الدخول فالقول قول الزوج ، وقال النخعى وابن شبرمة وابن أبى ليلى وأبو يوسف : القول قول الزوج بكل حال ، الا أن أبا يوسف قال : الا أن يدعى الزوج مهراً مستنكراً لا يزوج بمثله فى العادة فلا يقبل • وقال أبو حنيفة ومحمد : ان اختلفا بعد الطلاق فالقول قول الزوج ، وان كان اختلافهما قبل الطلاق فالقول قول الزوجة الا أن تدعى أكثر من مهر مثلها ، فيكون القول قولها فى قدر مهر مثلها ، وفى الزيادة القول قول الزوج مع يمينه •

دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » وكل واحد من الزوجين مدعى عليه فكان عليه اليمين كالذى أجمع عليه كل مخالف فيها •

اذا ثبت هذا فالكلام فى البادىء منهما كالكلام فى صورة التحالف بالبيع ، واذا تحالفا لم ينفسخ النكاح • وقال مالك : ينفسخ •

دليلنا : أن أكثر ما فيه أن المهر يصير مجهولا ، والجهل بالمهر لا يفسد النكاح عندنا ، وقد مضى الدليل عليه ، ويسقط المسمى لأن كل واحد منهما قد حقق بيمينه ما حلف عليه ، وليس أحدهما بأولى من الآخر فسقطا وهل يسقط ظاهراً وباطناً ؟ أو يسقط فى الظاهر دون الباطن ؟ على الأوجه الثلاثة فى البيع وهل ينفسخ بنفس التحالف أو بالفسخ ؟ على ما مضى فى البيع ؟ وترجع المرأة الى مهر مثلها سواء كان ذلك أكثر مما تدعيه أو أقل •

وقال أبو على بن خيران : ان كان مهر المثل أكثر مما تدعيه لم تستحق الزيادة وقال ابن الصباغ : ينبغى أن يقال : اذا قلنا : ينفسخ فى الظاهر دون الباطن لا تستحق الا أقل الأمرين من مهر المثل أو ما تدعيه ، والمشهور هو الأول ، ولأن بالتحالف سقط اعتبار المسمى فصار الاعتبار بمهر المثل ، ويبطل ما قالاه بما لو كان مهر المثل ، أقل مما اعترف الزوج أنه تزوجها به ، فانها لا تستحق أكثر من مهر مثلها ، ولا يلزم الزوج ما اعترف به من الزيادة •

مسألة قال الشافعي رضي الله عنه : وهكذا الزوجة وأبو الصبية ، وجملة ذلك أن الأب والجد اذا زوج الصغيرة أو المجنونة ، واختلف الأب والجد في قدر المهر والزوج ؛ فهل يتحالفان ؟ اختلف أصحابنا فمنهم من قال: يحلف الزوج وتوقف يمين الزوجة الى أن تبلغ أو تفيق ، ولا يحلف الولي لأن النيات لا تدخل في اليمين ، وحمل النص على أنه أراد به العطف على قوله ، وبدأت بيمين الزوج مع الكبيرة ثم مع أبي الصغيرة ؛ وذهب أبو العباس وأبو اسحاق وأكثر أصحابنا الى أن الأب والجد يحلفان مع الزوج على ظاهر قول الشافعي رحمه الله وهو الصحيح ، لأنه عاقد فحلف كما لو وكل رجل ببيع سلعة فاختلف هو والمشتري فانه يحلف .

اذا ثبت هذا فان التحالف بينهما انما يتصور بشرطين :

(أحدهما) اذا ادعى الأب والجد أنه زوجها بأكثر من مهر المثل ، وادعى الزوج أنه انما تزوجها بمهر المثل ؛ فأما اذا اختلفا في مهر المثل أو أقل منه فلا تحالف بينهما لأنها اذا زوجها بأقل من مهر المثل ثبت لها مهر المثل .

(والثاني) اذا كانت المنكوحة عند الاختلاف صغيرة أو مجنونة ، فأما اذا بلغت أو أفاقت قبل التحالف فان عامة أصحابنا قالوا : لا يحلف الولي لأنه لو أقر عنها بما يدعي الزوج من مهر المثل قبل اقراره ، وقال القاضي أبو الطيب والشيخ أبو اسحاق : يقبل حلف الولي ، لأن الوكيل يحلف وان لم يقبل اقراره فكذلك الولي ههنا .

فرع اذا ادعت المرأة أنه عقد عليها النكاح يوم الخميس بعشرين ثم عقد عليها يوم الجمعة بثلاثين وأقامت على ذلك بينة وطلبت المهرين . قال الشافعي رضي الله عنه : فهما لها ؛ لأنه يجوز أن يكون تزوجها يوم الخميس بعشرين ثم خالعها بعد الدخول ثم تزوجها وطلقها قبل الدخول ثم تزوجها فيلزمه المهران ؛ فان قال الزوج : انما عقدت يوم الجمعة تكراراً وتأكيداً فالقول قولها مع يمينها لأن الظاهر لزومها .

قال المزني : للزوج أن يقول : كان الفراق قبل النكاح الثاني قبل

الدخول ، فلا يلزمه الا نصف الأول وجميع الثانى ؛ لأن القول قوله أنه لم يدخل فى الأول قال أصحابنا : انما قصد الشافعى رحمه الله أن المهرين واجبان ، فان ادعى سقوط نصف الأول بالطلاق قبل الدخول كان القول قوله ؛ لأن الأصل عدم الدخول .

قال أصحابنا : وهكذا لو أقام بينة أنه باع من رجل هذا الثوب يوم الخميس بعشرة وأنه باعه يوم الجمعة بعشرين لزمه الثمنان لجواز أن يرجع اليه بعد البيع الأول أو هبته .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان اختلفا فى قبض المهر فادعاه الزوج وأنكرت المرأة فالقول قولها ، لأن الأصل عدم القبض وبقاء المهر ، وان كان الصداق تعليم سورة فادعى الزوج أنه علمها ، وأنكرت المرأة ـ فان كانت لا تحفظ السورة ـ فالقول قولها لأن الأصل عدم التعليم ، وان كانت تحفظها ففيه وجهان :

(أحدهما) أن القول قولها ، لأن الأصل أنه لم يعلمها .

(والثانى) أن القول قوله ، لأن الظاهر أنه لم يعلمها غيره وان دفع اليها شيئاً وادعى أنه دفعه عن الصداق وادعت المرأة أنه هدية ، فان اتفقا على أنه لم يتلفظ بشىء ، فالقول قوله من غير يمين لأن الهدية لا تصح بغير قول ، وان اختلفا فى اللفظ فادعى الزوج أنه قال : هذا عن صداقك ، وادعت المرأة أنه قال : هو هدية فالقول قول الزوج ، لأن الملك له ، فاذا اختلفا فى انتقاله كان القول فى الانتقال قوله كما لو دفع الى رجل ثوباً فادعى أنه باعه ، وادعى القابض انه وهبه له .

فصل وان اختلفا فى الوطء فادعته المرأة وأنكر الزوج فالقول قوله ، لأن الأصل عدم الوطء فان أتت بولد يلحقه نسبه ففى المهر قولان : (أحدهما) يجب لأن الحاق النسب يقتضى وجود الوطء . (والثانى) لا يجب لأن الولد يلحق بالامكان والمهر لا يجب الا بالوطء والأصل عدم الوطء .

فصل وان أسلم الزوجان قبل الدخول فادعت المرأة أنه سبقها بالاسلام فعليه نصف المهر وادعى الزوج أنها سبقته فلا مهر لها فالقول قول المرأة لأن الأصل بقاء المهر ، وان اتفقا على ان أحدهما سبق ولا يعلم عين

السابق منهما ، فان كان المهر فى يد الزوج لم يجز للمرأة أن تأخذ منه شيئاً لأنها تشك فى الاستحقاق ، وان كان فى يد الزوجة رجع الزوج بنصفه لأنه يتيقن استحقاقه ولا يأخذ من النصف الآخر شيئاً ، لأنه شك فى استحقاقه).

الشرح اذا ادعى الزوج أنه دفع الصداق الى زوجته وأنكرت ولا بينة له فالقول قول الزوجة مع يمينها ، وبه قال الشعبى وسعيد بن جبير وأهل الكوفة وابن شبرمة وابن أبى ليلى وأبو حنيفة وأصحابه • وقال مالك والأوزاعى : ان كان الاختلاف قبل الدخول فالقول قول الزوجة ؛ وان كان بعد الدخول فالقول قول الزوج ؛ وقال الفقهاء السبعة من أهل المدينة : ان كان الاختلاف قبل الزفاف فالقول قولها ، وان كان بعد الزفاف فالقول قوله ؛ دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، والمرأة مدعى عليها فى جميع الحالات فكان القول قولها •

فرع وان أصدقها تعليم سورة وادعى أنه قد علمها اياها وأنكرت ، فان كانت لا تحفظها فالقول قولها مع يمينها ، لأن الأصل عدم التعليم ؛ وان كانت تحفظها ففيه وجهان ، أحدهما : القول قولها لما ذكرناه ، والثانى : القول قوله ، لأن الظاهر أنه قد علمها •

فرع وان أصدقها ألف درهم فدفع اليها ألف درهم فقال : دفعتها عن الصداق وقالت : بل دفعها هدية أو هبة ــ فان اتفقا أنه لم يتلفظ بشىء ــ فالقول قوله من غير يمين ، لأن الهدية والهبة لا تصح بغير قول ؛ وان اختلفا فى قوله فقال قلت هذا عن الصداق ، وقالت : بل قلت : هذا هدية فالقول قوله لأنه أعلم بقوله قال الشافعى : ولو تصادقا أن الصداق ألف فدفع اليها ألفين فقال : ألف صداق ؛ وألف وديعة ؛ وقالت : ألف صداق وألف هدية فالقول قوله مع يمينه ، وله عندها ألف وديعة ، واذا أقرت أنها قبضت منه شيئاً فقد أقرت بمال له وادعت ملكه ؛ فالقول قوله فى ماله •

مسألة وان ادعت المرأة أنه خلا بها وأصابها أو أصابها من غير خلوة فأنكر الزوج فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم الخلوة والاصابة• وان صادقها على الخلوة والتمكن فيها من الاصابة وأنكر الاصابة ــ فان

قلنا : انها ليست كالاصابة ـ فهل القول قوله أو قولها ؟ فيه قولان ؛ قال فى القديم القول قولها لأن الظاهر معها ؛ وقال فى الجديد القول قوله وهو الأصح ، لأن الأصل عدم الاصابة وما بقى من الفصول فهى ماضية على وجهها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان أصدقها عينا ثم طلقها قبل الدخول ، وقد حدث بالصداق عيب فقال الزوج : حدث بعد ما عاد الى فعليك أرشه ، وقالت المرأة: بل حدث قبل عوده اليك فلا يلزمنى ارشه فالقول قول المرأة ، لأن الزوج يدعى وقوع الطلاق قبل النقص والأصل عدم الطلاق والمرأة تدعى حدوث النقص قبل الطلاق والأصل عدم النقص فتقابل الأمران فسقطا والأصل براءة ذمتها .

فصل واذا وطىء امرأة بشبهة أو فى نكاح فاسد لزمه المهر لحديث عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل)) فان مسها فلها المهر بما استحل من فرجها ، فان أكرهها على الزنا وجب عليه المهر لأنه وطء سقط فيه الحد عن الموطوءة بشبهة ، والواطىء من أهل الضمان فى حقها ، فوجب عليه المهر كما لو وطئها فى نكاح فاسد ـ فان طاوعته على الزنا نظرت ـ فان كانت حرة لم يجب لها المهر ، لما روى أبو مسعود البدرى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم ((نهى عن ثمن الكلب ومهر البغى وحلوان الكاهن)) وان كانت أمة لم يجب لها المهر على المنصوص الخبر ، ومن أصحابنا من قال : يجب لأن المهر حق للسيد فلم يسقط باذنها كأرش الجناية .

فصل وان وطىء امرأة وادعت المرأة أنه استكرهها وادعى الواطىء أنها طاوعته ففيه قولان :

(أحدهما) القول قول الواطىء لأن الأصل براءة ذمته : والثانى ؛ القول قول الموطوءة ، لأن الواطىء متلف ويشبه أن يكون القولان مثبتين على القولين فى اختلاف رب الدابة وراكبها ورب الأرض وزارعها .

فصل وان وطىء المرتهن الجارية المرهونة باذن الراهن وهو جاهل بالتحريم ففيه قولان :

(أحدهما) لا يجب المهر لأن البضع للسيد وقد أذن له فى اتلافه فسقط بدله كما لو أذن له فى قطع عضو منها . (والثانى) يجب لأنه وطء سقط عنه الحد للشبهة فوجب عليه المهر كما لو وطىء فى نكاح فاسد ، فان أتت منه بولد ففيه طريقان من أصحابنا من قال : فيه قولان كالمهر لأنه متولد من مأذون فيه ، فاذا كان فى بدل المأذون فيه قولان كذلك وجب أن يكون فى بدل ما تولد منه قولان . وقال أبو اسحاق : تجب قيمة الولد يوم سقط قولا واحداً لأنها تجب بالاحبال ولم يوجد الاذن فى الاحبال ، والطريق الأول اظهر لأنه وان لم يأذن فى الاحبال الا انه أذن فى سببه) .

الشرح حديث عائشة رواه أبو داود السجستانى وأبو داود الطيالسى وابن ماجه والدارقطنى والترمذى ؛ وكذلك رواه الشافعى ومن طريق سليمان بن موسى عن الزهرى عن عروة عنها ، وقد مضى الكلام على طرقه فى ولاية النكاح . أما حديث أبى مسعود البدرى وهو عقبة بن عمرو رضى الله عنه فقد أخرجه أصحاب الكتب الستة وأحمد والدارقطنى ، وقد ذكره فى البيوع وغيرها من المجموع .

وأولى بالكلام من هذه الفصول أنه اذا أصدقها عينا وقبضتها ثم طلقها قبل الدخول ووجد فى العين نقص ذكرنا أن هذا النقص لا يلزمها أرشه ؛ وان حدث بعد الطلاق فعليها أرشه ، فاختلف الزوجان فى وقت حدوثه ، فقال الزوج حدث فى يدك بعد عود النصف الى اما بالطلاق على المنصوص أو بالطلاق واختيار التملك على قول أبى اسحاق . وقالت الزوجة بل حدث قبل ذلك فالقول قول الزوجة مع يمينها ؛ لأن الزوج يدعى وقوع الطلاق قبل حدوث القبض وهى تنكر ذلك ، والأصل عدم الطلاق ، والزوجة تدعى حدوث النقص قبل الطلاق والأصل عدم حدوث النقص ؛ فتعارض هذان الأصلان وسقطا ، وبقى أصل براءة ذمتها من الضمان ، فكذلك كان القول قولها وبالله التوفيق ..

باب المتعـــة

قال المصنف رحمه الله تعالى

اذا طلقت المراة لم يخل اما ان يكون قبل الدخول أو بعده ـ فان كان قبل الدخول نظرت ، فان لم يفرض لها مهر ـ وجب لها المتعة لقوله تعالى ((لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن)) ولأنه لحقها بالنكاح ابتذال ، وقلت الرغبة فيها بالطلاق ، فوجب لها المتعة ، وان فرض لها المهر لم تجب لها بالمتعة ، لانه لما أوجب بالآية لمن لم يفرض لها دل على انه لا يجب لمن فرض لها ، ولأنه حصل لها فى مقابلة الابتذال نصف المسمى ، فقام ذلك مقام المتعة .

وان كان بعد الدخول ففيه قولان ، قال فى القديم : لا تجب لها المتعة،لأنها مطلقة من نكاح لم يخل من عوض ، فلم تجب لها المتعة كالمسمى لهـا قبـل الدخول . وقال فى الجديد : تجب لقوله تعالى : ((فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحاً جميلا)) وكان ذلك فى نساء دخل بهن ، ولأن ما حصل من المهر لهـا بدل عن الوطء ، وبقى الابتذال بغير بدل ، فوجب لها المتعة كالمفوضة قبـل الدخول . وان وقعت الفرقة بغير الطلاق نظرت ـ فان كانت بالموت ـ لم تجب لها المتعة لأن النكاح قد تم بالموت وبلغ منتهاه فلم تجب لها متعة . وان كانت بسبب من جهة اجنبى كالرضاع فحكمه حكم الطلاق فى الأقسام الثـلاثة ، لأنها بمنزلة الطلاق فى تنصيف المهر فكانت كالطلاق فى المتعة .

وان كانت بسبب من جهة الزوج كالاسلام والردة واللعان فحكمه حـكم الطلاق فى الأقسام الثلاثة ، لأنها فرقة حصلت من جهته فأشبهت الطـلاق ، وان كانت بسبب من جهة الزوجة كالاسلام والردة والرضاع والفسخ بالاعسار والعيب بالزوجين جميعاً لم تجب لها المتعة ، لأن المتعة وجبت لها لما يلحقها من الابتذال بالعقد وقلة الرغبة فيها بالطلاق ، وقد حصل ذلك بسبب من جهتها فلم تجب ، وان كانت بسبب منهما نظرت ـ فان كانت بخلع أو جعل الطلاق اليها فطلقت ـ كان حكمها حكم المطلقة فى الأقسام الثلاثة ، لأن المغلب فيهـا جهة الزوج ، لأنه يمكنه أن يخالعها مع غيرها ويجعل الطلاق الى غيرها فجعل كالمنفرد به . وان كانت الزوجة امة فاشتراها الزوج فقد قال فى موضـع : لا متعة لها ، وقال فى موضع لها المتعة ، فمن اصحابنا من قال : هى على قولين

(احدهما) لا متعة لها لأن المغلب جهة السيد ، لأنه يمكنه ان يبيعها من غيره فكان حكمه فى سقوط المتعة حكم الزوج فى الخلع فى وجوب المتعة ، ولأنه يملك بيعها من غير الزوج فصار اختياره للزوج اختياراً للفرقة .

(والثانى) ان لها المتعة لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر فى العقد ، فسقط حكمها كما لو وقعت الفرقة من جهة اجنبى .

وقال أبو اسحاق : ان كان مولاها طلب البيع لم تجب لأنه هو الذى اختار الفرقة . وان كان الزوج طلب وجبت لأنه هو الذى اختار الفرقة ، وحمل القولين على هذين الحالين) .

الشرح المتاع فى اللغة كل ما ينتفع به كالطعام والثياب وأثاث البيت وأصل المتاع ما يتبلغ به من الزاد ، وهو اسم من متعته بالتثقيل اذا أعطيته ، والجمع أمتعة ، ومتعة الطلاق من ذلك ، ومتعت المطلقة بكذا اذا أعطيتها اياه لأنها تنتفع به وتتمتع به .

قال الشافعى رضى الله عنه : لا متعة للمطلقات الا لواحدة ، وهى التى تزوجها وسمى لها مهراً . أو تزوجها مفوضة وفرض لها المهر ثم طلقها قبل الدخول فلا متعة لها . وجملة ذلك أن المطلقات ثلاث ، مطلقة لها المتعة قولا واحداً . ومطلقة لا متعة لها قولا واحداً . ومطلقة هل لها متعة ؟ على قولين : فأما التى لها المتعة قولا واحداً فهى التى تزوجها مفوضة ولم يفرض لها مهراً ثم طلقها قبل الفرض والمسيس لقوله تعالى : « لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن » ولأنه قد لحقها بالعقد والطلاق قبل الدخول ابتذال فكان لها المتعة بدلا عن الابتذال.

وأما التى لا متعة لها قولا واحداً فهى التى تزوجها وسمى لها مهراً فى العقد أو تزوجها مفوضة وفرض لها مهراً ثم طلقها قبل الدخول ، لأن الله تعالى علق وجوب المتعة بشرطين . وهو أن يكون الطلاق قبل الفرض والمسيس ، وههنا أحد الشرطين غير موجود ، وقد جعلنا لها المتعة لكيلا يعرى العقد من بدل . وههنا قد جعل لها نصف المهر .

و أما المطلقة التى فى المتعة فلها قولان ، فهى التى تزوجها وسمى لها مهراً فى العقد ودخل بها أو تزوجها مفوضة وفرض لها مهراً ودخل بها أو لم يفرض لها مهراً أو دخل بها ، ففى هذه الثلاث قولان :

قال فى القديم : لا متعة لها • وبه قال أبو حنيفة واحدى الروايتين عن أحمد لقوله تعالى : « لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن » فعلق المتعة بشرطين ؛ وهو أن يكون الطلاق قبل الفرض وقبل المسيس ، ولم يوجد الشرطان ههنا • وقوله تعالى : « اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها ، فمتعوهن » فجعل لهن المتعة قبل المسيس وقد وجد المسيس ههنا؛ ولأنها مطلقة لم يخل نكاحها عن بدل فلم يكن لها المتعة ، كما لو سمى لها مهراً ثم طلقها قبل الدخول •

وقال فى الجديد : لها المتعة ، وبه قال عمر وعلى والحسن بن على وابن عمر ولا مخالف لهم فى الصحابة • قال المحاملى : وهو الأصح لقوله تعالى : « وللمطلقات متاع بالمعروف » فجعل الله تعالى المتعة لكل مطلقة ؛ الا ما خصه الدليل ، ولقوله تعالى : « يا أيها النبى قل لأزواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن » وهذا فى نساء النبى صلى الله عليه وسلم اللاتى دخل بهن وقد كان سمى لهن المهر بدليل حديث عائشة رضى الله عنها : « كان صداق النبى صلى الله عليه وسلم اثنى عشر أوقية ونشاً » ولأن المتعة انما جعلت لما لحقها من الابتذال بالعقد والطلاق ، والمهر فى مقابلة الوطء ، والابتذال موجود فكان لها المتعة •

اذا ثبت هذا فان المتعة واجبة عندنا ؛ وبه قال أبو حنيفة رضى الله عنه وقال مالك رضى الله عنه : هى مستحبة غير واجبة • دليلنا قوله تعالى « ومتعوهن » وهذا أمر ، والأمر يقتضى الوجوب • وقوله تعالى : « وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين » و « حقاً » يدل على الوجوب •

(مسألة أخرى) كل موضع قلنا : تجب المتعة لا فرق بين أن يكون الزوجات حرين أو مملوكين ، أو أحدهما حراً والآخر مملوكاً ، وخالف الأوزاعى فجعلهما لحرين ــ دليلنا قوله تعالى : « وللمطلقات متاع بالمعروف » الآية • وهذا عام لا تفرقة فيه •

فـــرع اذا وقعت الفرقة بين طلاق فى الموضع الذى تجب فيه المتعة نظرت فان كان بالموت لم تجب المتعة ؛ لأن النكاح قد بلغ منتهاه ولم يلحقها بذلك ابتذال وان وقعت بغير الموت نظرت ، فان كان بسبب من جهة أجنبى فهى كالطلاق لأنها كالطلاق فى تنصيف المهر قبل الدخول فكذلك فى المتعة، وان كان من جهة الزوج كالاسلام قبل الدخول والردة واللعان فحكمه حكم الطلاق •

قال القاضى أبو الطيب : وكذلك اذا أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة وأسلمن معه واختار أربعاً منهن وجب للباقى المتعة • وان كانت الفرقة من جهتها كالاسلام والردة وارضاعه أو الفسخ للاعسار بالمهر والنفقة أو فسخ أحدهما النكاح لعيب فلا متعة لها ، لأن الفرقة جاءت من جهتها ؛ ولهذا اذا وقع ذلك قبل الدخول سقط جميع المهر • وان كان بسبب منهما ، فان كان بالخلع ، فهو كالطلاق ؛ هذا نقل البغداديين • وقال المسعودى : « لا متعة لها » وان كان رده منهما فى حالة واحدة ففيه وجهان مضى بيانهما فى الصداق •

فـــرع روى المزنى أن الشافعى رحمه الله قال : « وأما امرأة العنين فلو شاءت أقامت معه ولها المتعة عندى » قال المزنى : هذا غلط عندى ، وقياس قوله : لا متعة لأن الفرقة من قبلها ، قال أصحابنا : « اعتراض المزنى صحيح ؛ الا أنه أخطأ فى النقل » وقد ذكرها الشافعى فى الأم ، وقال : ليس لها المتعة ، لأنها لو شاءت أقامت معه ، وانما أسقط المزنى (ليس) •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل والمستحب أن تكون المتعة خادماً أو مقنعة أو ثلاثين درهما، لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه انه قال « يستحب أن يمتعها بخادم ، فان لم يفعل فبثياب • وعن ابن عمر رضى الله عنه قال « يمتعها بثلاثين درهما » وروى عنه قال « يمتعها بجارية » •

وفى الوجوب وجهان : (احدهما) ما يقع عليه اسم المال . (والثانى) وهو المذهب انه يقدرها الحاكم لقوله تعالى : ((ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره)) وهل يعتبر بالزوج أو بالزوجة ؟ فيه وجهان : (احدهما) يعتبر بحال الزوج للآية . (والثانى) يعتبر بحالها لانه بدل عن المهر فاعتبر بها) .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : « ولا وقت فيهـا وأستحسن تقدير ثلاثين درهما . وجملة ذلك أن الكلام فى القدر المستحب فى المتعـة وفى القدر الواجب . فأما المستحب فقد قال فى القديم « يمتعها بقدر ثلاثين درهما » وقال فى المختصر : أستحسن قدر ثلاثين درهمـا . وقال فى بعض كتبه : أستحسن أن يمتعها خادما ، فان لم يكن فمقنعة فان لم يكن فثلاثين درهما . قال بعض أصحابنا أراد المقنعة التى قيمتها أكثر من ثلاثين درهما وأقل المستحب فى المتعة ثلاثون درهمـا لما روى عن ابن عمـر أنه قال : « يمتعها بثلاثين درهما » وأخرج ابن جرير وابن المنذر وابن أبى حاتم عن ابن عباس قال : « متعة الطلاق أعلاها الخادم ودون ذلك الورق ودون ذلك الكسوة » .

وأما القدر الذى هو واجب ففيه وجهان : من أصحابنا من قال : ما يقع عليه الاسم كما يجرى ذلك فى الصداق (والثانى) وهو المذهب أنه لا يجرى ما يقع عليه للاسم بل ذلك الى الحاكم وتقديره باجتهاده لقوله تعالى: «ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » فلو كان الواجب ما يقع عليه الاسـم لما خالف بينهما ويخالف الصداق فان ذلك يثبت بتراضيهما ، وهل الاعتبـار بحال الزوج ، أو حال الزوجة ؟ فيه وجهـان : (أحدهما) الاعتبار بحـال الزوجة ؛ لأن المتعة بدل عن المهر بدليل أنه لو كان هناك مهر لم تجب لهـا متعة والمهر معتبر بحالها فكذلك المتعة . (والثانى) الاعتبار بحال الزوج لقوله تعالى : « ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » فاعتبر فيه حاله دون حالها . هذا مذهبنا والله أعلم بالصواب .

باب الوليمـــة والنثـــر

قال المصنف رحمه الله تعالى

(الطعام الذى يدعى اليه الناس ستة : الوليمة للعرس ، والخرس للولادة، والاعذار لختان ، والوكيرة للبناء ، والنقيعة لقدوم المسافر ، والمأدبة لغير سبب ويستحب ما سوى الوليمة لما فيها من اظهار نعم الله والشكر عليهـا ، واكتساب الأجر والمحبة ، ولا تجب ، لأن الايجـــاب بالشرع ولم يرد الشرع بايجابه . وأما وليمة العرس فقد اختلف أصحابنا فيها فمنهم من قال : هى واجبة وهو المنصوص لما روى عن أنس رضى الله عنه قال ((تزوج عبد الرحمن ابن عوف رضى الله عنه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أولم ولو بشاة)) ومنهم من قال : هى مستحبة لأنه طعام لحادث سرور ، فلم تجب كســـائر الولائم ، ويكره النثر لأن التقاطه دناءة وسخف ، ولأنه يأخذه قوم دون قـــوم ويأخذه من غيره احب) .

الشرح حديث أنس رضى الله عنه رواه أحمد والبخارى ومســـلم وأصحاب السنن الأربعة والدارقطنى ونصه « أن النبى صلى الله عليه وسلم رأى على عبد الرحمن بن عوف أثر صفرة فقال ما هذا ؟ قال : تزوجت امرة على وزن نواة من ذهب قال : بارك الله لك أولم ولو بشاة » ولم يقـــــل أبو داود « بارك الله لك » وقد روى أحمد والشيخان من حديث أنس قال « ما أولم النبى صلى الله عليـــه وســـلم على شىء من نســـائه ما أولم على زينب . أولم بشاة » .

وعن أنس « أن النبى صلى الله عليه وسلم أولم على صفية بتمر وسويق » أخرجه أصحاب السنن الا النسائى ، وأخرجه ابن حبان ، وأخرج البخارى مرسلا عن صفية بنت شـــيبة « أولم النبى صلى الله عليـــه وسلم على بعض نسائه بمدين من شعير » .

وعن أنس فى قصة صفية أن النبى صلى الله عليه وسلم « جعل وليمتها التمر والاقط والسمن » أخرجه الشيخان ، وفى رواية عنـــدهما ومســـند أحمد « أقام بين خيبر والمدينة ثلاث ليال يبنى بصفية فيدعون المسلمين الى وليمته ما كان فيها خبز ولا لحم وما كان فيها الا أن أمر بالأنطاع فبســـطت

فألقى عليها التمر والأقط والسمن ؛ فقال المسلمون : احدى أمهات المؤمنين أو ما ملكت يمينه ؟ فقالوا : ان حجبها فهى احدى أمهات المؤمنين وان لم يحجبها فهى مما ملكت يمينه ، فلما ارتحل وطأ لها خلفه ومد الحجاب » .

أما اللغات فان الوليمة مشتقة من الولم وهو الجمع ، لأن الزوجين يجتمعان هكذا قال الأزهرى ، وقال ابن الاعرابى : أصلها تمام الشىء واجتماعه وتقع على كل طعام يتخذ لسرور ؛ وتستعمل فى وليمة الأعراس بلا تقييد وفى غيرها مع التقييد فيقال مثلا : وليمة مأدبة هكذا قال بعض الفقهاء وحكاه فى الفتح عن الشافعى وأصحابه وحكى المصنف وابن عبد البر عن أهل اللغة وهو المنقول عن الخليل وثعلب ، وبه جزم الجوهرى وابن الأثير أن الوليمة هى الطعام فى العرس خاصة ، قال ابن رسلان : وقول أهل اللغة أقوى ، لأنهم أهل اللسان ؛ وهم أعرف بموضوعات اللغة وأعرف بلسان العرب والخرس وزان قفل طعام يصنع للولادة ، والعذر والاعذار لغة فيه يقال عذرت الغلام والجارية من باب ضرب أى ختنته وقد يكون الاعذار خاص بالطعام فى الختان وعذرة الجارية بكارتها ، والوكيرة مأخوذة من وكر الطائر وهو عشه ووكر الطائر يكر من باب وعد اتخذ وكراً ؛ ووكر صنع الوكيرة والنقيعة طعام يتخذ للقادم من السفر ، وقد أطلقت النقيعة على ما يصنع عند الاملاك وهو التزويج . وقال ابن بطال : النقيعة مأخوذة من النقع وهو النحر يقال نقع الجزور اذا نحرها ، ونقع جيبه شقه قال المرار :

نقعن جيوبهن على حياً وأعددن المراثى والعويلا

وفى خبر تزويج خديجة بالنبى صلى الله عليه وسلم ، قال أبو خديجة وقد ذبحوا بقرة عند ذلك : ما هذه النقيعة ؛ وقد جمع الشاعر هذه الأطعمة المذكورة حيث قال :

كل الطعام تشتهى ربيعه الخرس والاعذار والنقيعة

قال آخر :

انا لنضرب بالسيوف رءوسهم ضرب القدار نقيعة القدام

والقدار الجزار والطعام الذى يتخذ يوم سابع الولادة يسمى العقيقة ، ويسمى الطعام الذى يتخذ لسبب ومن غير سبب مأدبة بضم الدال ، وبفتحها التأديب ، وفى الأثر (الجوع مأدبة الله فى أرضه) •

اذا ثبت هذا فقد أخذ بالوجوب المالكية نقله القرطبى عن مذهبه ثم قال : ومشهور المذهب أنها مندوبة ؛ وروى ابن التين الوجوب عن مذهب أحمد لكن الذى فى المغنى أنها سنة وكذلك حكى الوجوب الرويانى فى البحر عن أحد قولى الشافعى ، وحكاه ابن حزم عن أهل الظاهر ، وقال سليم الرازى : انه نص الأم •

وحكى المصنف الوجوب عن نص الأم وحكاه فى فتح البارى عن بعض الشافعية ، وبهذا يظهر ثبوت الخلاف فى الوجوب ؛ وقد قال ابن بطال : لا أعلم أحداً أوجبها • وليس هذا صحيحاً ، وكذا قال ابن قدامة ، ومن جملة أدلة من أوجبها ما أخرجه الطبرانى من حديث وحشى بن حرب مرفوعاً « الوليمة حق وسنة فمن دعى اليها فلم يجب فقد عصى » وأخرج أحمد من حديث بريدة قال : « لما خطب على فاطمة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم انه لا بد للعروس من وليمة » قال الحافظ : وسنده لا بأس به ؛ وفى صحيح مسلم « شر الطعام طعام الوليمة — ثم قال — وهو حق » فى الفتح قال : وقد اختلف السلف فى وقتها هل هو عند العقد أو عقبه ؟ أو عند الدخول أو عقبه ؟ وسيأتى بيان ذلك •

وحكى الشيخ أبو حامد فى التعليق فى الوليمة قولين ، وأكثر أصحابنا حكاهما وجهين : (أحدهما) واجبة لحديث « أولم ولو بشاة » وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم « أولم على صفية بسويق وتمر » ولأنه لما كانت الاجابة اليه واجبة كان فعلها واجباً • (الثانى) أنها تستحب ولا تجب لقوله صلى الله عليه وسلم : « ليس فى المال حق سوى الزكاة » ولأنه طعام عند حادث سرور فلم يكن واجباً كسائر الأطعمة وأما فعل النبى صلى الله عليه وسلم فمحمول على الاستحباب ، وأما ما ذكره من الاجابة فيبطل بالسلام فانه لا يجب ، واجابته واجبة ؛ وقد حكى الصيمرى وجهاً ثالثاً أن الوليمة

فرض على الكفاية ؛ فاذا فعلها واحد أو اثنان فى الناحية والقبيلة وشاع فى الناس وظهر سقط الفرض عن الباقين ، وظاهر النص هو الأول ؛ وأقل المستحب فى الوليمة للمتمكن شاة لحديث : « أولم ولو بشاة » فان نقص عن ذلك جاز لوليمة صفية والسويق والتمر أقل من شاة فى العادة •

وأما كراهة النثر فقد عقد فى منتقى الأخبار له باباً دعاه (باب حجة من كره النثار والانتهاب منه) وساق حديث زيد بن خالد أنه « سمع النبى صلى الله عليه وسلم ينهى عن النهبة والخلسة » رواه أحمد وأحاديث فى معناه عن عبد الله بن يزيد الأنصارى وأنس بن مالك وعمران بن الحصين ، وحاصل ذلك أن النهى عن النهب يقتضى النهى عن انتهاب النثار ، وقد أورد الجوينى والغزالى والقاضى حسين حديثاً عن جابر « أن النبى صلى الله عليه وسلم حضر فى املاك فأتى بأطباق فيها جوز ولوز فنثرت فقبضنا أيدينا فقال : مالكم لا تأخذون ؟ فقالوا : انك نهيت عن النهبى فقال : انما نهيتكم عن نهبى العساكر خذوا على اسم الله فتجاذبناه » ولو صح هذا الحديث لكان مخصصاً لعموم النهى ولكنه لم يصح عند المحدثين حتى قال الحافظ ابن حجر : انه لا يوجد ضعيف فضلا عن صحيح والجوينى وان كان من أكابر العلماء فليس هو من علماء الحديث وكذلك الغزالى والقاضى حسين؛ وانما هم من الفقهاء الذين لا يميزون بين الموضوع وغيره كما يعرف ذلك من له أنس بعلم السنة واطلاع على مؤلفات هؤلاء •

قلت : قد روى هذا الحديث البيهقى عن معاذ باسناد ضعيف منقطع ، ورواه الطبرانى من حديث عائشة عن معاذ وفيه بشر بن ابراهيم المفلوح ، قال ابن عدى : هو عندى ممن يضع الحديث ، وساقه العقيلى من طريقه ثم قال : لا يثبت فى الباب شىء ؛ وأورده ابن الجوزى فى الموضوعات ، ورواه أيضاً من حديث أنس وفى اسناده خالد بن اسماعيل • قال ابن عدى : يضع الحديث ، وقال غيره : كذاب •

وقد روى ابن أبى شيبة فى مصنفه عن الحسن والشعبى أنهما لا يريان به بأساً ، وأخرج كراهيته عن ابن مسعود وابراهيم النخعى وعكرمة : قال

فى البحر : والنثار بضم النون وكسرها ما ينثر فى النكاح أو غيره وهو مباح ، اذ ما نثره الا اباحة له ؛ وانما يكره لمنافاته المروءة والوقار • وقد قال الشافعى فى نثر السكر واللوز والجوز : لو ترك كان أحب الى لأنه يؤخذ بحبسه ونهبه ، ولا يتبين لى أنه حرام •

وجملة ذلك أن نثر السكر واللوز والجوز والزبيب والدراهم والدنانير وغير ذلك يكره ؛ وروى أن أبا مسعود الأنصارى رضى الله عنه كان اذا نثر للصبيان يمنع صبيانه عن التقاطه ، وبه قال عطاء وعكرمة وابن سيرين وابن أبى ليلى •

وقال أبو حنيفة والحسن البصرى وأبو عبيد وابن المنذر : لا يكره ؛ وقال القاضى أبو القاسم الصيمرى : يكره التقاطه ، وأما النثر نفسه فمستحب ، وقد جرت العادة للسلف به ، وروى « أن النبى صلى الله عليه وسلم لما زوج عليا رضى الله عنه فاطمة عليها السلام نثر عليهما » والأول هو المشهور ؛ والدليل عليه أن النثار يؤخذ نهبة ويزاحم عليه ، وربما أخذه من يكرهه صاحبه ، وفى ذلك دناءة وسقوط مروءة ، وما ذكره الصيمرى غير صحيح لأنه لا فائدة فى نثاره اذا كان يكره التقاطه ، فان خالف ونثر فالتقط رجل فهل للذى نثره أن يسترجعه فيه وجهان حكاهما الداركى •

(أحدهما) له أن يسترجعه لأنه لم يوجد منه لفظ يملك به •

(والثانى) ليس له أن يسترجعه ــ وهو اختيار المسعودى ــ لأنه نثر للتملك بحكم العادة • قال المسعودى لو وقع فى حجر رجل كان أحق به ؛ فلو التقطه آخر من حجره أو قام فسقط من حجره فهل يملكه الملتقط الصحيح أنه لايملكه ، قال الشيخ أبو حامد ؛ وحكى أن أعرابيا تزوج فنثر على رأسه زبيباً فأنشأ يقول :

ولما رأيت السكر العام قد غلا ... وأيقنت أنى لا محالة ناكح
نثرت على رأسى الزبيب لصحبتى ... وقلت : كلوا كل الحلاوة صالح

قال أبو العباس بن سريج : ولا يكره للمسافرين أن يخلطوا زادهم

فيأكلوا ، وان أكل بعضهم أكثر من بعض بخلاف النثار يؤخذ بقتال وازدحام بخلاف الزاد ، قال القاضى أبو الطيب : الكتب التى يكتبها الناس بعضهم الى بعض ، قال أصحابنا لا يملكها المحمولة اليهم ولكن لهم الانتفاع بها بحكم العادة ، لأن العادة جرت باباحة ذلك والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ومن دعى الى وليمة وجب عليه الاجابة لما روى ابن عمر (رض) أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا دعى أحدكم الى وليمة فليأتها » ومن أصحابنا من قال : هى فرض على الكفاية ، لأن القصد اظهارها، وذلك يحصل بحضور البعض ، وان دعى مسلم الى وليمة ذمى ففيه وجهان : (أحدهما) تجب الاجابة للخبر . (والثانى) لا تجب لأن الاجابة للتواصل ، واختلاف الدين يمنع التواصل وان كانت الوليمة ثلاثة أيام اجاب فى اليوم الأول والثانى وتكره الاجابة فى اليوم الثالث ، لما روى أن سعيد بن المسيب رحمه الله دعى مرتين فأجاب ثم دعى الثالثة فحصب الرسول .**

وعن الحسن رحمه الله أنه قال « الدعوة أول يوم حسن ، والثانى حسن، والثالث رياء وسمعة » وان دعاه اثنان ولم يمكنه الجمع بينهما أجاب أسبقهما لحق السبق ، فان استويا فى السبق أجاب أقربهما رحما ، فان استويا فى الرحم أجاب أقربهما داراً لأنه من أبواب البر فكان التقديم فيه على ما ذكرناه كصدقة التطوع فان استويا فى ذلك أقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر فقدم بالقرعة) .

الشرح حديث ابن عمر أخرجه أحمد والبخارى ومسلم ولفظه « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : أجيبوا هذه الدعوة اذا دعيتم لها ، وكان ابن عمر يأتى الدعوة فى العرس وغير العرس ويأتيها وهو صائم » وفى رواية « اذا دعى أحدكم الى الوليمة فليأتها » ورواه أبو داود وزاد « فان كان مفطراً فليطعم ، وان كان صائما فليدع » وفى رواية : « من دعى فلم يجب فقد عصى الله ورسوله ، ومن دخل على غير دعوة دخل سارقاً وخرج مغيراً » رواه أبو داود . وفى رواية عند أحمد ومسلم وأبى داود « اذا دعا أحدكم أخاه فليجب » وفى لفظ « من دعى الى عرس أو نحوه

فليجب » وفى لفظ « اذا دعى أحدكم الى وليمة عرس فليجب » رواهما مسلم وأبو داود •

وعن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا دعى أحدكم فليجب ، فان كان صائماً فليصل وان كان مفطراً فليطعم » رواه أحمد ومسلم وأبو داود ، وفى لفظ « اذا دعى أحدكم الى الطعام وهو صائم فليقل : انى صائم » رواه أحمد ومسلم وأصحاب السنن الا النسائى • وقد أخرج مسلم من حديث أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « شر الطعام طعام الوليمة يمنعها من يأتيها ويدعى اليها من يأباها ، ومن لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله » •

أما الأحكام فهل تجب الاجابة على من دعى الى وليمة عرس ؟ فيه وجهان : (أحدهما) لا يجب عليه الاجابة وبه قال مالك وأحمد ؛ لأن الشافعى قال « ولو أن رجلا أتى رجلا وقال : ان فلاناً اتخذ دعوة وأمرنى أن أدعو من شئت ، وقد شئت أن أدعوك لا يلزمه أن يجيب » • (والثانى) وهو المذهب أنه يلزمه أن يجيب لما روى أن النبى صلى الله لميه وسلم قال « من دعى الى وليمة ولم يجب فقد عصى أبا القاسم » قال العمرانى : وما احتج القائل به من كلام الشافعى رحمه الله فلا حجة فيه ، لأن صاحب الطعام لم يدعه • اذا ثبت أن الاجابة واجبة فهل تجب على كل من دعىّ ؟ أو هى فرض على الكفاية ؟ فيه وجهان : (أحدهما) أنها فرض على الكفاية ؛ فاذا أجابه بعض الناس سقط الفرض عن الباقين ، لأن القصد أن يعلم ذلك ويظهر وذلك يحصل باجابة البعض • (والثانى) يجب على كل من دعى لعموم قوله صلى الله عليه وسلم « من دعى فلم يجب فقد عصى أبا القاسم » وكذلك عموم سائر الأخبار وأما اذا دعى الى وليمة غير العرس فذكر ابن الصباغ أن الاجابة لا تجب عليه قولا واحداً ، لأن وليمة العرس آكد ، ولهذا اختلف فى وجوبها فوجبت الاجابة اليها ، وغيرها لا تجب بالاجماع فلم تجب الاجابة اليها •

وذكر الشيخ أبو حامد فى التعليق والمحاملى أنها كوليمة العرس فى

الاجابة اليها وهو الأظهر لحديث « من دعى فلم يجب فقد عصى أبا القاسم» وهذا نقل أصحابنا البغداديين • وقال المسعودى : اذا دعى لقرى لم تجب الاجابة ، وان دعى الى حفل بأن فتح الباب لكل من يدخل فلا يلزمه ، وان خصه بالدعوة مع أهل حرفته فيلزمه ، ولو لم يجب فهل يعصى ؟ فيه وجهان .

فرع اذا دعى الى وليمة كتابى ــ وقلنا تجب عليه الاجابة الى وليمة المسلم ــ فهل تجب عليه الاجابة الى وليمة الكتابى • فيه وجهان (أحدهما) تجب عليه الاجابة لعموم الأخبار • (والثانى) لا تجب عليه الاجابة لأن النفس تعاف من أكل طعامهم ، ولأنهم يستحلون الربا ، ولأن الاجابة انما جعلت لتتأكد الأخوة والموالاة ، وهذا لا يوجد فى أهل الذمة •

فرع اذا جاءه الداعى فقال : أمرنى فلان أن أدعوك فأجب لزمه الاجابة وان قال : أمرنى فلان أن أدعو من شئت أو من لقيت فاحضر لم تلزمه الاجابة • قال الشافعى رحمه الله : بل أستحب له أن يحضر الا من عذر ، والأعذار التى يسقط معها فرض الاجابة أن يكون مريضاً أو فيما بمريض أو بميت ، وباطفاء حريق أو يخاف ضياع ماله أو له فى طريقه من يؤذيه ، لأن هذه الأسباب أعذار فى حضور الجماعة وفى الصلاة الجمعة ، ففى هذا أولى •

فرع وان كانت الوليمة ثلاثة أيام فدعى فى اليوم الأول وجب عليه الاجابة ، وان كان دعى فى اليوم الثانى لم تجب عليه الاجابة ولكن يستحب له أن يجيب وان دعى فى اليوم الثالث لم يستحب له أن يجيب بل يكره له لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الوليمة فى اليوم الأول حق ، وفى الثانى معروف ، وفى اليوم الثالث رياء وسمعة » رواه أحمد وأبو داود عن قتادة عن الحسن عن عبد الله بن عثمان الثقفى عن رجل من ثقيف يقال : ان له معروفا وأثنى عليه ، ورواه الترمذى من حديث ابن مسعود وابن ماجه من حديث أبى هريرة • وروى أن سعيد بن المسيب دعى مرتين فأجاب ودعى فى اليوم الثالث فحصب الرسول •

فـــرع اذا دعاه اثنان الى وليمتين ـ فان سبق أحدهما ـ قـدم اجابته وان لم يسبق أحدهما أجاب أقربهـما اليـه داراً لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اذا اجتمع داعيان فأجاب أقربهـما اليك باباً ، فان أقربهما باباً أقربهما جواراً ، فان سبق أحدهما فأجب الذى سـبق » هكذا ذكر المحاملى وابن الصباغ . وذكر الشيخ أبو اسـحاق أنهـما اذا تساويا فى السبق أجاب أقربهما رحماً ، فان استويا فى الرحم أجاب أقربهما داراً واذا ثبت الخبر فأقربهما أولى ، لأنه لم يفرق بين أن يكون أقربهما رحماً أو أبعد ، فان استويا فى ذلك أقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر.

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان دعى الى موضع فيه دف أجاب ، لأن الدف يجـوز فى الوليمة لما روى محمد بن حاطب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « فصل ما بين الحلال والحرام الدف » فان دعى الى موضع فيه منكر من زمر أو خمر ـ فان قدر على ازالتـــه ـ لزمه أن يحضر لوجوب الاجابة ولازالة المنكر ، وان لم يقدر على ازالته لم يحضر لما روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يجلس على مائدة تدار فيهـا الخمـر » وروى نافـع قال « كنت أسير مع عبد الله بن عمر رضى الله عنهما فسمع زمارة راع فوضـع أصبعيه فى أذنيه ، ثم عدل عن الطريق ، فلم يزل يقول : يا نافع أتسـمع ؟ حتى قلت : لا فأخرج أصبعيه عن أذنيه ثم رجع الى الطريق ثم قال : هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه سلم صنع » .

وان حضر فى موضع فيه تماثيل ـ فان كانت كالشجر ـ جلس ، وان كانت على صورة حيوان ـ فان كانت على بساط يداس أو مخدة يتكأ عليها ـ جلس وان كانت على حائط او ستر معلق لم يجلس ، لما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أتانى جبريل صلى الله عليه وسلم فقال أتيتك البارحة فلم يمنعنى أن أكون دخلت الا أنه كان على البـاب تماثيل ، وكان فى البيت قرام ستر فيه تماثيل ، وكان فى البيت كلب فمر برأس التماثيل التى كانت فى باب البيت يقطع فتصير كهيئة الشجرة ، ومر بالسـتر فليقطع منه وسادتان منبوذتان توطآن ، ومر بالكلب فليخرج . ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك » ولأن ما كان كالشـجرة فهو كالكتابة والنقوش ، وما كان على صورة الحيوان على حائط او ستر فهو كالصنم ، وما يوطأ فليس كالصنم لأنه غير معظم) .

الشرح حديث محمد بن حاطب رواه أصحاب السنن الا أبا داود وقد حسنه الترمذى • قال : ومحمد قد رأى النبى صلى الله عليه وسلم وهو صغير ، وأخرجه الحاكم •

وأما حديث النهى عن الجلوس على مائدة الخمر فقد أخرجه أبو داود من حديث ابن عمر بلفظ « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجلوس على مائدة يشرب عليها الخمر وأن يأكل وهو منبطح » وأخرجه النسائى والحاكم وهو من رواية جعفر بن برقان عن الزهرى ولم يسمع منه ، ومن ثم فقد أعله أبو داود والنسائى وأبو حاتم بذلك • ولكن أحمد والترمذى والحاكم رووا عن جابر مرفوعا « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقعد على مائدة يدار عليها الخمر » وأخرجه أيضاً الترمذى من طريق ليث ابن أبى سليم عن طاوس عن جابر • وقال الحافظ ابن حجر : اسناده جيد • وأخرج نحوه البزار من حديث أبى سعيد والطبرانى من حديث ابن عباس وعمران بن حصين •

وأخرج أحمد فى مسنده عن عمر قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقعد على مائدة يدار عليها الخمر ، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل الحمام الا بازار ، ومن كانت تؤمن بالله واليوم الآخر فلا تدخل الحمام » ورواه الترمذى بمعناه عن جابر وقال : حسن غريب • أما حديث أبى هريرة فقد أخرجه أحمد وأبو داود والترمذى وصححه والنسائى بلفظ « أتانى جبريل فقال : انى كنت أتيتك الليلة فلم يمنعنى أن أدخل البيت الذى أنت فيه الا أنه كان فيه تمثال رجل وكان فى البيت قرام ستر فيه تماثيل ، وكان فى البيت كلب فمر برأس التمثال الذى فى باب البيت يقطع يصير كهيئة الشجرة وأمر بالستر يقطع فيجعل وسادتين منتبذتين توطآن ، وأمر بالكلب يخرج ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم واذا الكلب جرو ، وكان للحسن والحسين تحت نضد لهم » ويوافق هذا الحديث ما أخرجه الشيخان وأبو داود والترمذى والنسائى عن أبى طلحة الأنصارى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

« لا تدخل الملائكة بيتاً فيه كلب ولا تماثيل » وزاد أبو داود والنسائى عن على مرفوعاً « ولا جنب » •

أما اللغات فالدف لعله من دف الطائر يدف ، وبابه ضرب حرك جناحيه لطيرانه ، أى ضرب دفيه وهما جنباه ؛ فالدف بضم الدال وفتحها الذى يلعب به والجمع دفوف والدف عند العرب على شكل غربال خلا أنه بغير ثقوب وقطره الى أربعة أشبار والزمارة هى آلة الزمر • وزمر زمراً من باب ضرب وزميراً أيضاً ، ويزمر بالضم لغة حكاها أبو زيد ، ورجل زمار ، قالوا ولا يقال زامر • وامرأة زامرة ولا يقال زمارة ؛ والزمارة بالكسر هو صوت النعام ، وقد زمر النعام ، والقرام كتاب ، الستر الرقيق ، وبعضهم يزيد : وفيه رقم ونقوش والتمثال تفعال من المماثلة وهى المشابهة كالصور المشبهة بالحيوان وغيرها •

أما الأحكام فانه يجوز ضرب الدف فى العرس لحديث : « فصل ما بين الحلال والحرام الدف » •

وأقل ما يفيده هذا الحديث هو الندب ، ويؤيد ذلك ما فى حديث المازنى عمرو بن يحيى عن جده أبى الحسن « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يكره نكاح السر حتى يضرب بدف ويقال أتيناكم أتيناكم فحيانا وحياكم » رواه ابن ماجه • قال فى الفتح : وفى رواية شريك ، فقال : فهل بعثتم جارية تضرب بالدف وتغنى • قلت : ماذا ؟ قال تقول :

أتيناكم أتيناكم فحيانا وحياكم
ولولا الذهب الأحمر ما حلت بواديكم
ولولا الحنطة السمراء ما سمنت عذاريكم

فاذا دعى الى وليمة فيها دف أجاب ، وان دعى الى وليمة فيها منكر من خمر أو مزامير فضلا عن الراقصات والمغنيات وما أشبه ذلك فان علم بذلك قبل الحضور فان كان قادراً على ازالته لزمه أن يحضر لوجوب الاجابة وازالة المنكر وان كان غير قادر على ازالته لم يلزمه الاجابة ولم يستحب له

الحضور • بل ترك الحضور أولى ، فان حضر ولم يشارك فى المنكر لم يأثم ، وان لم يعلم به حتى حضر فوجده فان قدر على ازالته ، وجب عليه الازالة ، لأنه أمر بمعروف ونهى عن منكر • وان لم يقدر على ازالته فالأولى له أن ينصرف ، لحديث النهى عن أن يجلس على مائدة تدار عليها الخمر •

فان لم ينصرف ــ فان قصد الى سماع المنكر أثم بذلك ــ وان لم يقصد الى استماعه بل سمعه من غير قصد لم يأثم بذلك لخبر نافع وابن عمر حتى قال : « هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا صنع » فموضع الدليل أن ابن عمر لم ينكر على نافع سماعه • ولأن رجلا لو كان له جار فى داره منكر ولا يقدر على ازالته فانه لا يلزمه التحول من داره لأجل المنكر •

فان دعى الى موضع فيه تصاوير ــ فان كان صور ما لا روح فيها كالشمس والقمر والأشجار ــ جلس سواء كانت معلقة أو مبسوطة ، لأن ذلك يجرى مجرى النقوش ، وان كان صور حيوان ــ فان كان على بساط أو مخاد توطأ أو يتكأ عليها ــ فلا بأس أن يحضر ، لما روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم رأى ستراً معلقاً فى بيت عائشة أم المؤمنين عليه صور حيوان فقال صلى الله عليه وسلم : اقطعيه مخاداً » ولأنه يبتذل ويهان ، وان كان على ستور معلقة فقد قال عامة أصحابنا : لا يجوز له الدخول اليها لما روى على قال : « أحدثت طعاماً فدعوت النبى صلى الله عليه وسلم فلما أتى الباب رجع ولم يدخل ، وقال : لا أدخل بيتاً فيه صور ، فان الملائكة لا تدخل بيتاً فيه صور » وقيل : ان أصل عبادة الأوثان كانت الصور •

قال فى البيان : وذلك أن آدم صلوات الله عليه لما مات جعل فى تابوت فكان بنوه يعظمونه ، ثم افترقوا فحصل قوم منهم فى ذروة جبل وقوم منهم فى أسفله وحصل التابوت مع أهل الذروة فلم يقدر من فى أسفله على الصعود اليهم فاشتد عليهم ذلك فصوروا مثاله من حجارة وعظموه ، فلما طال الزمان ونشأ من بعدهم رأوا آباءهم يعظمون تلك الصور فظنوا أنهم كانوا يعبدونها من دون الله فعبدوها » واذا كان هذا هو السبب وجب أن يكون محرماً •

وقال ابن الصباغ فى الشامل : هذا عندى لا يكون أكثر من المنكر مثل الخمر والملاهى ، وقد جوزوا له الدخول الى الموضع التى هى فيه ، سواء قدر على ازالتها أو لم يقدر وما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم فلا يدل على التحريم ، بل يدل على الكراهة ؛ وما روى عن الملائكة يحتمل أن يكون فى ذلك الزمان ، لأن الأصنام كانت تعظم فيه والتماثيل ، وأما الزمان الذى لا يعتقد فيه شىء من ذلك فلا يجرى مجراه . اهـ

وقال الشافعى رضى الله عنه فى الأم : فان كانت المنازل مسترة فلا بأس أن يدخلها ، ليس فيه شىء أكرهه سوى السرف ؛ لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : « لا تستر الجدر » ولأن فى ذلك سرفاً فكره لمن فعله دون من يدخل اليه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ومن حضر الطعام ـ فان كان مفطراً ـ ففيه وجهان : (أحدهما) يلزمه أن يأكل ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : اذا دعى أحدكم الى طعام فليجب ، فان كان مفطراً فلياكل ، وان كان صائماً فليصل » . (والثانى) لا يجب لما روى جابر رضى الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا دعى أحدكم الى طعام فليجب، فان شاء طعم وان شاء ترك » وان دعى وهو صائم لم تسقط عنه الاجابة للخبر، ولأن القصد التكثير والتبرك بحضوره ، وذلك يحصل مع الصوم ، فان كان الصوم فرضاً لم يفطر لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « وان كان صائماً فليصل » وان كان تطوعاً فالمستحب أن يفطر ، لأنه يدخل السرور على من دعاه وان لم يفطر جاز لأنه قربة فلم يلزمه تركها . والمستحب لمن فرغ من الطعام أن يدعو لصاحب الطعام ، لما روى عبد الله بن الزبير رضى الله عنه قال « أفطر رسول الله صلى الله عليه وسلم عند سعد بن معاذ رضى الله عنه ، فقال: أفطر عندكم الصائمون ، وصلت عليكم الملائكة وأكل طعامكم الأبرار ») .**

الشرح حديث أبى هريرة رواه أحمد ومسلم وأبو داود بلفظ « اذا دعى أحدكم فليجب ، فان كان صائماً فليصل ، وان كان مفطراً فليطعم » وقد مضى وحديث جابر أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود وابن ماجه

وقال فيه « وهو صائم » أما حديث « افطار الرسول صلى الله عليه وسلم عند سعد بن معاذ » فقد رواه ابن ماجه عن عبد الله بن الزبير رضى الله عنهم ، وروينا فى سنن أبى داود وغيره عن أنس « أن النبى صلى الله عليه وسلم جاء الى سعد بن عبادة رضى الله عنه بخبز وزيت فأكل ثم قال النبى صلى الله عليه وسلم : أفطر عندكم الصائمون وأكل طعامكم الأبرار ، وصلت عليكم الملائكة » .

قال النووى فى الأذكار : قلت : فهما قضيتان جرتا لسعد بن عبادة وسعد بن معاذ ، وروينا فى سنن أبى داود عن رجل عن جابر قال « صنع أبو الهيثم بن التيهان للنبى صلى الله عليه وسلم طعاماً ، فدعى النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه ، فلما فرغوا قال : أثيبوا أخاكم ، قالوا : يا رسول الله وما اثابته قال : ان الرجل اذا دخل بيته فأكل طعامه وشرب شرابه فدعا له فذلك اثابته » .

أما اللغات فقوله : فليصل . قال ابن بطال : أى فليدع ، والصلاة هنا الدعاء لأرباب الطعام بالمغفرة والبركة ، وقوله : وصلت عليه الملائكة أى استغفرت لكم والصلاة من الله الرحمة ومن الملائكة الاستغفار ومن الناس الدعاء .

أما الأحكام فاذا حضر المدعو الى طعام ــ فلا يخلو اما أن يكون صائماً أو مفطرا ــ فان كان صائماً نظرت ، فان كان الصوم فرضا فانه يجب عليه الاجابة ولا يجب عليه الأكل . لقوله صلى الله عليه وسلم « فليجب فان كان مفطراً فليأكل ، وان كان صائماً فليدع » أو « فليصل » والصلاة الدعاء وليقل : انى صائم لما روى « أن ابن عمر دعى الى طعام وهو صائم فلما حضر مد يده فلما مد الناس أيديهم قال : بسم الله كلوا انى صائم » وان كان صوم تطوع استحب أن يفطر لأنه مخير فيه بين الأكل والاتمام ، وفى الافطار ادخال المسرة على صاحب الوليمة فان لم يفطر جاز لقوله صلى الله عليه وسلم « وان كان صائماً فليدع » ولم يفرق ، وان كان المدعو مفطراً فهل يلزمه الأكل ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) يلزمه أن يأكل لما روى أبوهريرة مرفوعا « فاذا دعى أحدكم الى طعام فليجب ؛ فان كان مفطراً فليأكل ، وان كان صائماً فليصل » ولأن الاجابة المقصود منها الأكل فكان واجباً •

(والثانى) لا يجب عليه الأكل لما روى جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا دعى أحدكم الى طعام فليجب ، فان شاء فليأكل ، وان شاء ترك » ولأنه لو كان واجباً لوجب عليه ترك التطوع لأنه ليس بواجب ، ولأن التكثر والتبرك يحصل بحضوره وقد حضر •

فرع فى آداب الطعام روى عن أنس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « بركة الطعام الوضوء قبله والوضوء بعده » يريد بذلك غسل اليد ، وروت عائشة أم المؤمنين عليها السلام أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا حضر الأكل الى أحدكم فليذكر اسم الله ، فان نسى أن يذكر اسم الله فى أوله فليقل : بسم الله فى أوله وآخره » وروى أبو جحيفة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا أكل أحدكم فلا يأكل من أعلا القصعة ، وانما يأكل من أسفلها ، فان البركة تنزل فى أعلاها » وروى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يأكل أحدكم بشماله ، ولا يشرب بشماله ، فان الشيطان يفعل ذلك » وروى أبو هريرة « أن النبى صلى الله عليه وسلم ما عاب طعاما قط ان اشتهاه أكله وان كرهه تركه » • وروى أنس عن النبى صلى الله عليه وسلم : « ان الله ليرضى على العبد أن يأكل الأكلة أو يشرب الشربة فيحمد الله عليها » ويستحب أن يدعو لصاحب الطعام لما روى ابن الزبير أن النبى صلى الله عليه وسلم أفطر عند سعد بن معاذ فقال : « أفطر عندكم الصائمون وصلت عليكم الملائكة ، وأكل طعامكم الأبرار » والله تعالى الموفق للصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب عشرة النساء والقسم

اذا تزوج امرأة ـ فان كانت ممن يجامع مثلها ـ وجب تسليمها بالعقد اذا طلب ، ويجب عليه تسلمها اذا عرضت عليه ، فان طالب بها الزوج فسألت الانظار أنظرت ثلاثة أيام ، لأنه قريب ولا تنظر أكثر منه لأنه كثير ، وان كانت لا يجامع مثلها لصغر أو مرض يرجى زواله لم يجب التسليم اذا طلب الزوج ولا التسلم اذا عرضت عليه ، لأنها لا تصلح للاستمتاع ، وان كانت لا يجامع مثلها لمعنى لا يرجى زواله بأن كانت نضوة الخلق أو بها مرض لا يرجى زواله ، وجب التسليم اذا طلب ، والتسلم اذا عرضت عليه ، لأن المقصود من مثلها الاستمتاع بها فى غير الجماع .

فصل وان كانت الزوجة حرة وجب تسليمها ليلا ونهاراً لأنه لا حق لغيرها عليها ، وللزوج ان يسافر بها لأن النبى صلى الله عليه وسلم ((كان يسافر بنسائه)) ولا يجوز لها أن تسافر بغير اذن الزوج ، لأن الاستمتاع مستحق له ، فلا يجوز تفويته عليه ، وان كانت أمة وجب تسليمها بالليل دون النهار ، لأنها مملوكة عقد على أحدى منفعتيها فلم يجب التسليم فى غير وقتها، كما لو أجرها لخدمة النهار ، وقال أبو اسحاق : ان كان بيدها صنعة كالغزل والنسج وجب تسليمها بالليل والنهار لأنه يمكنها العمل فى بيت الزوج ، والمذهب الأول ، لأنه قد يحتاج اليها فى خدمة غير الصنعة . ويجوز للمولى بيعها لأن النبى صلى الله عليه وسلم ((اذن لعائشة رضى الله عنها فى شراء بريرة ، وكان لها زوج)) ويجوز له أن يسافر بها لأنه يملك بيعها فملك السفر بها كغير المزوجة .

فصل ويجوز للزوج أن يجبر امرأته على الغسل من الحيض والنفاس لأن الوطء يقف عليه ، وفى غسل الجنابة قولان :

(احدهما) له أن يجبرها عليه ، لأن كمال الاستمتاع يقف عليه لأن النفس تعاف من وطء الجنب .

(والثانى) ليس له أن يجبرها لأن الوطء لا يقف عليه ، وفى التنظيف والاستحداد وجهان : (احدهما) يملك اجبارها عليه لأن كمال الاستمتاع يقف عليه . (والثانى) لا يملك اجبارها عليه لأن الوطء لا يقف عليه وهل له أن يمنعها من أكل ما يتأذى برائحته ؟ فيه وجهان :

(احدهما) له منعها لانه يمنع كمال الاستمتاع •

(والثانى) ليس له منعها لانه لا يمنع الوطء ، فان كانت ذمية فله منعها من السكر ، لانه يمنع الاستمتاع لانها تصير كالزق المنفوخ ، ولانه لا يأمن أن تجنى عليه ، وهل له أن يمنعها من اكل لحم الخنزير ؟ وشرب القليل من الخمر ؟ فيه ثلاثة أوجه • (أحدها) يجوز له منعها ، لانه يمنع كمال الاستمتاع (والثانى) ليس له منعها لانه لا يمنع الوطء (والثالث) وهو قول أبى على ابن أبى هريرة : انه ليس له منعها من لحم الخنزير ، لانه لا يمنع الوطء وله منعها من قليل الخمر ، لأن السكر يمنع الاستمتاع ، ولا يمكن التمييز بين ما يسكر وما لا يسكر مع اختلاف الطباع ؛ فمنع من الجميع) •

الشرح اللغات : القسم بفتح القاف مصدر قسمته وبابه ضرب فذرته أجزاء فانقسم والموضع مقسم كمسجد والفاعل قاسم والمبالغة قسام والاسم القسم بكسر القاف والجمع أقسام مثل حمل وأحمال •

قوله « الانظار » أى التأخير • « قال : أنظرنى الى يوم يبعثون » قوله « نضوة الخلق » بكسر النون وسكون الضاد وسكون اللام أى هزيلة البدن ، والنضو الثوب الخلق • قوله « الاستحداد » وهو حلق العانة استفعال من الحديد •

اما الأحكام فاذا تزوج الرجل امرأة كبيرة أو صغيرة يمكن جماع مثلها بأن تكون ابنة ثمان سنين أو تسع ، وسلم مهرها وطلب تسليمها ؛ وجب تسليمها اليه لما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت : « تزوجنى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا بنت سبع سنين وبنى بى وأنا ابنة تسع سنين » •

وان طلبت المرأة أو ولى الصغيرة من الزوج الامهال لاصلاح حال المرأة فقد قال الشافعى رحمه الله : يؤخر يوما ونحوه ولا يجاوز بها الثلاث •

وحكى الشيخ أبو حامد أن الشافعى رحمه الله فى الاملاء قال : اذا دفع مهرها ومثلها يجامع فله أن يدخل بها ساعة دفع اليها المهر أحبوا أو كرهوا واختلف أصحابنا فيها ؛ فقال الشيخ أبو حامد الاسفراينى : يجب على الزوج الامهال يوماً واحدا ، وما قال فى الاملاء أراد به بعد الثلاث •

وقال القاضى أبو حامد المروروذى : هل يجب عليه الامهال ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يجب عليه الامهال لأنه قد تسلم العوض فوجب تسليم المعوض كالبيع (والثانى) يجب عليه الامهال لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا تطرقوا النساء ليلا » رواه أحمد والبخارى ومسلم من حديث جابر • وعنه أيضاً عندهم « كنا مع النبى صلى الله عليه وسلم فى غزوة فلما قدمنا ذهبنا لندخل فقال : أمهلوا حتى ندخل ليلا أى عشاء لكى تمتشط الشعثة وتستحد المغيبة » •

وعن جابر أيضاً « نهى النبى صلى الله عليه وسلم أن يطرق الرجل أهله ليلا يتخونهم أو يطلب عثراتهم » رواه مسلم • وعن أنس قال « ان النبى صلى الله عليه وسلم كان لا يطرق أهله ليلا ، وكان يأتيهم غدوة أو عشية » وقال فى المغنى للحنابلة : اذا تزوج امرأة مثلها يوطأ فطلب تسليمها اليه وجب ذلك ، وان عرضت نفسها عليه لزمه تسلمها ووجبت نفقتها • وان طلبها فسألت الانظار أنظرت مدة جرت العادة أن تصلح أمرها فيها كاليومين والثلاثة ، لأن ذلك يسير جرت العادة بمثله ؛ ثم ساق حديث النهى عن الطروق ليلا ؛ ثم قال : فمنع من الطروق وأمر بامهالها لتصلح أمرها مع تقدم صحبته لها فههنا أولى • ا هـ

قلت : ولا يجب عليه الامهال أكثر من ثلاثة أيام ، وان كانت المنكوحة صغيرة لا يجامع مثلها أو مريضة مرضاً يرجى زواله وطالب الزوج بها لم يجب تسليمها اليه ، لأن المعقود عليه هو المنفعة ، وذلك لا يوجد فى حقها ؛ ولأنه لا يؤمن أن يحمله فرط الشهوة على جماعها ، فيوقع ذلك جناية بها ؛ وان عرضت على الزوج لم يجب عليه تسليمها اذا طالب بها لما ذكرناه ، ولأنها تحتاج الى حضانة والزوج لا يجب عليه حضانة زوجته •

وان كانت المرأة نضوة من أصل الخلق بأن خلقت دقيقة العظام قليلة اللحم وطلب الزوج تسليمها وجب تسليمها اليه ، فان كان يمكن جماعها من غير ضرر بها كان له ذلك ، وان كان لا يمكن جماعها الا بالاضرار بها لم يجز له جماعها ، بل يستمتع بما دون فرجها ، ولا يثبت له الخيار فى فسخ

النكاح ، والفرق بينها وبين القرناء والرتقاء أن تعذر الجماع فى القرناء والرتقاء من جهتها ، ولهذا لا يتمكن أحد من جماعها ، وههنا العذر من جهته وهو كبر خلقته ولهذا لو كان مثلها أمكنه جماعها ، وهكذا ان كانت مريضة مرضاً لا يرجى زواله فحكمه حكم نضوة الخلقة فان أفضها منع من وطئها حتى يلتئم الجرح ، فان اختلفا فادعى الزوج أنه قد التأم الجرح التئاما لا يخاف عليها منه ، وادعت الزوجة أنه لم يلتئم فالقول قولها مع يمينها لأنها أعلم بذلك •

فـــرع فى مذاهب العلماء •

قلنا : ان من مذهبنا أن للزوج أن يجبر زوجته على الغسل من الحيض والنفاس مسلمة كانت أو ذمية ، لأنه يمنع الاستمتاع الذى هو حق له فملك اجبارها على ازالة ما يمنع حقه ، وان احتاجت الى شراء الماء فثمنه عليه لأنه لحقه • وله اجبار المسلمة البالغة على الغسل من الجنابة لأن الصلاة واجبة عليها ، ولا تتمكن منها الا بالغسل • فأما الذمية ففيها قولان فى الجنابة (أحدهما) له اجبارها عليه لأن كمال الاستمتاع يتوقف عليه فان النفس تعاف من لا يغتسل من جنابة ، وهو احدى الروايتين عن أحمد (والثانى) ليس له اجبارها ، وهو قول مالك والثورى وأبى حنيفة والرواية الأخرى عن أحمد ، لأن الوطء لا يتوقف عليه فانه يباح بدونه ، وفى الغسل من الحيض والنفاس قال أبو حنيفة : ليس له اجبار الذمية •

وهل له أن يجبرها على قص الأظفار وحلق العانة ؟ ينظر فيه ، فان كان ذلك قد طال وصار قبيحا فى النظر فله أن يجبرها قولا واحداً ، لأن ذلك يمنع من الاستمتاع بها •وأما اذا صار بحيث يوجب فى العادة فهل له اجبارها على ازالته ؟ وعلى ازالة الدرن والوسخ من البدن ؟

قال الشيخ أبو اسحاق الشيرازى هنا : وفى التنظيف والاستحداد وجهان • وقال الشيخ أبو حامد الاسفراييني وغيره : فيه قولان :

(أحدهما) ليس له اجبارها عليه ، لأنه لا يمنع الاستمتاع (والثانى)

له اجبارها لأنه يمنع كمال الاستمتاع ، وهل له أن يمنعها من أكل ما يتأذى برائحته كالبصل والثوم ؟ قال الشيخ أبو حامد : فيه قولان ، وحكاهما المصنف وجهين أيضا وتعليلهما ما مضى • وذهب أصحاب أحمد كمذهب الشيخ أبى اسحاق فى اعتبارهما وجهين فى التنظيف والاستحداد وأكل البصل والثوم • وقال القاضى أبو الطيب : له أن يمنعها قولا واحداً ، لأنه يتأذى برائحته ، الا أن يميته طبخاً لأن رائحته تذهب •

فرع فان كانت ذمية وأرادت أن تشرب الخمر فله أن يمنعها من السكر لأنه يمنعه من الاستمتاع ، ولا يؤمن أن تجنى عليه ، وهل له أن يمنعها من القدر الذى لا تسكر منه ؟ حكى المصنف فيه وجهين وسائر أصحابنا حكاهما قولين :

(أحدهما) ليس له أن يمنعها منه لأنها مقرة عليه ، ولا يمنعه من الاستمتاع •

(والثانى) له أن يمنعها منه لأنه لا يتميز القدر الذى تسكر منه من القدر الذى لا تسكر منه مع اختلاف الطباع فمنعت الجميع ، ولأنه يتأذى برائحته ويمنعه كمال الاستمتاع •

وان كانت الزوجة مسلمة فله منعها من شرب الخمر لأنه محرم عليها ، وان أرادت أن تشرب ما يسكر من النبيذ فله منعها منه لأنه محرم بالاجماع• وان أرادت أن تشرب منه مالا يسكر ــ فان كانا شافعيين ــ فله منعها منه لأنهما يعتقدان تحريمه ، وان كانا حنفيين أو هى حنفية فهل له منعها منه ؟ فيه قولان • وهل له أن يمنع الذمية من أكل لحم الخنزير ؟ قال الشيخ أبو حامد : فيه قولان كشرب القليل من الخمر ، وحكاهما المصنف وجهين وتعليلهما ما مضى • قال ابن الصباغ : وظاهر كلام الشافعى رحمه الله ان كان يتقذره وتعافه نفسه فله منعها منه ، وان لم تعفه نفسه لم يكن له منعها منه •

اذا ثبت هذا فان شربت الخمر أو أكلت لحم الخنزير أو شربت

الحنفية النبيذ فله أن يجبرها على غسل فيها لأنه نجس ؛ واذا قبلهـا نجس فوه • ومذهب أحمد على نحو ما ذهبنا فى هذه المسألة وما تفرع منها وما فيها من أوجه كقول الشيخ أبى اسحاق الشيرازى •

فـــرع وليس له أن يمنع زوجته من لبس الحرير والديبـــاج والحلى ؛ لأن ذلك مباح لها ، وله أن يمنعها من لبس جلد الميتـة الذى لم يدبغ ، فانه نجس وربما نجس اذا التصق به ، وله أن يمنعها من لبس المنجس لأنه يمنع القرب اليها والاستمتاع بها والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وللزوج منع الزوجة من الخروج الى المساجد وغيرها • لما روى ابن عمر رضى الله عنه قال : « رأيت امرأة أتت الى النبى صلى الله عليه وسلم وقالت : يا رسول الله ما حق الزوج على زوجته ؟ قال : حقه عليها أن لا تخرج من بيتها الا باذنه ، فان فعلت لعنها الله ، وملائكة الرحمة ، وملائكة الغضب ، حتى تتوب أو ترجع ، قالت : يا رسول الله وان كان لها ظالما ؟ قال : وان كان لها ظالماً » ولأن حق الزوج واجب ، فلا يجوز تركه بما ليس بواجب، ويكره منعها من عيادة أبيها اذا أثقل ، وحضور مواراته اذا مات ، لأن منعها من ذلك يؤدى الى النفور ويغريها بالعقوق •

فصـــل ويجب على الزوج معاشرتها بالمعروف من كف الأذى لقـوله تعالى : « وعاشروهن بالمعروف » ويجب عليه بذل ما يجب من حقها من غـير مطل لقوله عز وجل « وعاشروهن بالمعروف » ومن العشرة بالمعروف بذل الحق من غير مطل ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : « مطل الغنى ظلم » ولا يجب عليه الاستمتاع لأنه حق له فجاز له تركه كسكنى الدار المستأجرة ، ولأن الداعى الى الاستمتاع الشهوة والمحبة فلا يمكن ايجابه •

والمستحب أن لا يعطلها لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنـه قال قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم « أتصوم النهار ؟ قلت : نعـم ، قال : وتقوم الليل ؟ قلت : نعم ، قال : لكنى أصوم وأفطر ، وأصلى وأنام ، وأمس النساء ، فمن رغب عن سنتى فليس منى » ولأنه اذا عطلها لم يأمـــن الفساد ووقوع الشقاق ، ولا يجمع بين امرأتين فى مسكن الا برضاهما ، لأن ذلك ليس من العشرة بالمعروف ، ولأنه يؤدى الى الخصومة ولا يطأ احداهما

بحضرة الأخرى ، لأنه دناءة وسوء عشرة ، ولا يستمتع بها الا بالمعروف ، فان كانت نضوة الخلق ولم تحتمل الوطء لم يجز وطؤها لما فيه من الاضرار) .

الشرح حديث عبد الله بن عمر رواه أبو داود الطيالسى باللفظ الذى ساقه المصنف ، ورواه البزار عن ابن عباس ؛ وفيه حسين بن قيس المعروف بحنش وهو ضعيف . وقد وثقه حصين بن نمير وبقية رجاله ثقات « أن امرأة من خثعم أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله أخبرنى ما حق الزوج على الزوجة ؟ فانى امرأة أيم ، فان استطعت والا جلست أيماً . قال : فان حق الزوج على زوجته ان سألها نفسها وهى على ظهر قتب أن لا تمنعه ، وأن لا تصوم تطوعا الا باذنه ؛ فان فعلت جاعت وعطشت ولا يقبل منها ، ولا تخرج من بيتها الا باذنه ، فان فعلت لعنتها ملائكة السماء وملائكة الرحمة وملائكة العذاب قالت : لا جرم ، لا أتزوج أبداً » .

وقد أورده العلامة صديق خان فى كتابه حسن الأسوة معزوا للطبرانى وصوابه ما ذكرنا . والذى فى الطبرانى فأحاديث أخرى ليست عن ابن عباس وليس فيها قصة المرأة الخثعمية .

أما حديث « مطل الغنى ظلم » فقد أخرجه أصحاب السنن الا الترمذى ورواه البيهقى كلهم عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن النبى صلى الله عليه وسلم بلفظ « لى الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته » وقد مضى الكلام عليه فى القرض والحجر والتفليس وغيرها من المجموع وتكملتيه .

أما حديث عبد الله بن عمرو فقد أخرجه أحمد فى مسنده بلفظ « زوجنى أبى امرأة من قريش فلما دخلت على جعلت لا أنحاش لها مما بى من القوة على العبادة من الصوم والصلاة فجاء عمرو بن العاص الى كنته حتى دخل عليها ، فقال لها : كيف وجدت بعلك ؟ قالت : كخير الرجال ؛ أو كخير البعولة من رجل لم يفتش لنا كنفاً ولم يعرف لنا فراشاً ، فأقبل على فعزمنى وعضنى بلسانه فقال : أن تخطب امرأة من قريش ذات حسب فعضلتها وفعلت وفعلت ثم انطلق الى النبى صلى الله عليه وسلم فشكانى فأرسل الى النبى صلى الله

عليه وسلم فأتيته قال لى : أتصوم النهار ؟ قلت : نعم . قال : وتقوم الليل ؟ قلت : نعم . قال : لكنى أصوم وأفطر ، وأصلى وأنام ، وأمس النساء ، فمن رغب عن سنتى فليس منى » .

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : وله منعها من شهادة جنازة أبيها وأمها وولدها . وجملة ذلك أن للزوج أن يمنع زوجته من ذلك وقد أخذ أصحابنا من نصه هذا أن يمنعها من عيادة أبيها وأمها اذا مرضا ومن حضور مواراتهما اذا ماتا ، وقد استدلوا على ذلك بحديث أنس « أن امرأة سافر زوجها ونهى امرأته عن الخروج وكان أبوها مقيما فى أسفل البيت وهى فى أعلاه فمرض أبوها فاستأذنت النبى صلى الله عليه وسلم فى عيادته فقال لها : اتقى الله ولا تخالفى زوجك فمات أبوها فأوحى الله الى النبى صلى الله عليه وسلم أن الله غفر لأبيها بطاعتها لزوجها » ولما كان هذا الحديث لم يصح عندنا حيث رواه الطبرانى فى الأوسط وآفته محمد عقيل الخزاعى هذا من جهة الاسناد ومتنه يعارض أموراً مجمعاً عليها فان أباها له حقوق عليها لا تحصى ، أقربها وأظهرها :

ضعيف
راجع الإرواء

١ ــ حق الأبوة لقوله تعالى : « وبالوالدين احسانا » قارنا ذلك بعبادته.

٢ ــ حق الاسلام لقوله صلى الله عليه وسلم « حق المسلم على المسلم خمس » ومنها : « واذا مرض فعده » .

٣ ــ حق الرحم ، يقول الله تعالى « اشتققت لك اسماً من اسمى فمن وصلك وصلته ومن قطعك قطعته » .

٤ ــ حق الآدمية أو حق الانسانية « من لا يرحم الناس لا يرحم » .

٥ ــ حق المشاركة فى سباب الحياة « دخلت امرأة النار فى هرة ، ودخلت امرأة الجنة فى هرة » .

٦ ــ حق الجوار « ما زال جبريل يوصينى بالجار حتى ظننت أنه سيورثه » .

اذا ثبت هذا فانه يكره للزوج أن ينهى زوجته عن عيادة أبيهـا أو ابداء حنوها ومودتها لأبويها •

فـــرع يجب على كل واحد من الزوجين معاشرة الآخر بالمعروف لقوله تعالى : « قد علمنا ما فرضنا عليهم فى أزواجهم » ولقـوله تعـالى : « الرجال قوامون على النساء » يعنى بالانفاق عليهن وكسوتهن ولقوله تعالى: « ولهن مثل الذى عليهن » والمقابلة ههنا بالتأدية لا فى نفس الحق لأن حق الزوجة للنفقة والكسوة وما أشبه ذلك ، وحق الزوج للنفقـة والكسـوة وما أشبه ذلك ، وحق التمكن من الاستمتاع ؛ وقال تعالى : « وعاشروهن بالمعروف » وقال الشافعى وجماع المعروف بين الزوجين كف المكروه ، واعفاء صاحب الحق من المؤنة فى طلبه لا باظهار الكراهية فى تأديته ، فأيهما مطل بتأخيره الواجد القادر على الأداء ظلم بتأخيره •

قال أصحابنا : فكف المكروه هو أن لا يؤذى أحدهما الآخر بقـول أو فعل ؛ ولا يأكل أحدهما ولا يشرب ولا يلبس ما يؤذى الآخر • وقوله : اعفاء صاحب الحق من المؤنة فى طلبه ؛ اذا وجب لها على الزوج نفقـة أو كسوة بذله لها ولا يحوجها الى أن ترفعه الى الحاكم فيلزمها فى ذلك مؤنة لقـوله صلى الله عليه وسلم « لى الواجـد ظـلم » وكذلك اذا دعاها الى الاستمتاع لم تمتنع ولم تحوجه الى أن يرفع ذلك الى الحاكم فيلزمه فى ذلك مؤنة ؛ لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا دعا أحدكم امرأته الى فراشه فأبت عليه فبات وهو عليها ساخط لعنتها الملائكة حتى تصبح » رواه أحمد والبخارى ومسـلم • وقـوله : (لا باظهاره الكراهية فى تأديته) اذا طلبت الزوجة حقها منه أو طلب الزوج حقه منها بذل كل واحد منهما ما وجب لصاحبه وهو باش الوجه ضـاحك السن لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أكمل المؤمنين ايمانا أحسنهم خلقاً وخياركم خيـاركم لنسـائهم » رواه أحمد والترمذى وصححه •

وقال صلى الله عليه وسلم : « لو كنت آمراً أحداً أن يسجد لأحد لأمرت

المرأة أن تسجد لزوجها » رواه الترمذى ؛ وقال : حديث حسن ، وهـــو بعض حديث عند أحمد عن أنس ، وبعض حديث طويل من قدوم معاوية من الشام وسجوده للنبى صلى الله عليه وسلم رواه أحمد وابن ماجه عن عبد الله ابن أبى أوفى •

فـــرع ولا يجب على الزوج الاستمتاع بها • وحكى الصـيمرى أن مالكا رضى الله عنه قال : اذا ترك جماع زوجته المدة الطويلة أمر بالوطء، فان أبى فلها فسخ النكاح ؛ وقال آخرون : يجبر على أن يطأ فى كل أربع ليال ليلة • لأن امرأة أتت عمر بن الخطاب رضى الله عنه تقول : « ان زوجها صوام قوام يقوم الليل يجافى جنبه عن فراشه من القيام ويصوم النهـار ، فأثنى عليه عمر خيراً وأثنى عليها لصدقها فى الاخبار عن صلاحه وتقـواه فأعادت نعته مرة أخرى فأثنى عليه فأعادت مرة أخرى ثم مضت وهى تقول : أشكو بثى الى الله ، فقال أحد أصحابه لقد شكت اليك زوجها فلم تشـكها يا أمير المؤمنين فقال : على بها فأتوا بها واستعادها ما قالت فعزم على صاحبه أن يستدعى زوجها وأن يحكم بينهما ما دام هو الذى فهم شكواها ، فقضى بأن يعتبر صاحب أربع فلها ليلة فى كل أربع » •

قال العمرانى فى البيان : وهذا (يعنى اجباره على الوطء) غير صحيح لأنه حق له فجاز له تركه ؛ ولأن الداعى اليه الشـهوة وذلك ليس اليـه ، والمستحب له أن لا يخليها من الجماع لقوله صلى الله عليه وسلم : « لكنى أصوم وأفطر ، وأصلى وأنام ، وأمس النساء ، فمن رغب عن سنتى فليس منى » ولأنه اذا لم يجامعها لم يأمن منها الفساد وربما كان سبباً للعـداوة والشقاق بينهما ؛ وان كان له زوجات لم يجمع بينهن فى مسكن الا برضاها أو برضى كل واحدة منهن على حدة ، لأن ذلك يؤدى الى خصـومتهن ، ولا يطأ واحدة بحضرة الأخرى لأن ذلك قلة أدب وسوء عشرة •

فـــرع قال الشافعى رضى الله عنه فى القديم : واذا تزوج رجل امرأة فأحب له أول ما يراها أن يأخذ بناصيتها ويدعو باليمن والبركة فيقول: بارك الله لكل واحد منا فى صاحبه ، لأن هذا بدء الوصلة بينهما ؛ فأستحب

له أن يدعو بالبركة ، والأمر كما قال الشافعى رضى الله عنه اذ روى أبو داود وابن ماجه وابن السنى وغيرهم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اذا تزوج أحدكم امرأة أو اشترى خادما فليقل : اللهم انى أسألك خيرها وخير ما جبلتها عليه ، وأعوذ بك من شرها وشر ما جبلتها عليه ؛ واذا اشترى بعيراً فليأخذ بذروة سنامه وليقل مثل ذلك » وفى رواية « ثم ليأخذ بناصيتها وليدع بالبركة فى المرأة والخادم » ويستحب اذا أراد أن يجامعها أن يقول : بسم الله اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتنا ، لما روى البخارى ومسلم عن ابن عباس رضى الله عنهما من طرق كثيرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لو أن أحدكم اذا أتى أهله قال : بسم الله اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتنا ، فقضى بينهما ولد لم يضره » وفى رواية للبخارى « لم يضره الشيطان أبداً » .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ولا يجوز وطؤها فى الدبر ، لما روى خزيمة بن ثابت رضى الله عنه قال « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ملعون من آتى امرأة فى دبرها » ويجوز الاستمتاع بها فيما بين الاليتين لقوله تعالى : « والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم ، فانهم غير ملومين » ويجوز وطؤها فى الفرج مدبرة ، لما روى جابر رضى الله عنه قال « قالت اليهود : اذا جامع الرجل امرأته من ورائها جاء ولدها أحول » فانزل الله تعالى : « نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم » قال : « يقول يأتيها من حيث شاء مقبلة أو مدبرة اذا كان ذلك فى الفرج ») .**

الشرح حديث خزيمة بن ثابت أخرجه أحمد وابن ماجه وأخرجه الشافعى بنحوه وفى اسناده عمر بن أحيحة وهو مجهول واختلف فى اسناده اختلافا كثيراً ورواه النسائى من طريق أخرى وفيها هرمى بن عبد الله ولا يعرف حاله ، وأخرجه من طريق هرمى أيضاً أحمد وابن حبان ، وقد روى النهى عن اتيان المرأة فى دبرها عن أبى هريرة عند أحمد وأبى داود وبقية أصحاب السنن والبزار وفى اسناده الحارث بن مخلد ، قال البزار : ليس بمشهور .

وقال ابن القطان : لا يعرف حاله ، وقد اختلف فيه على سهيل ابن أبى صالح فرواه عنه اسماعيل بن عياش عن محمد بن المنكدر عن جابر كما أخرجه الدارقطنى ورواه عمر مولى عفرة عن سهيل عن أبيه عن جابر كما أخرجه ابن عدى باسناد ضعيف •

قال الحافظ فى بلوغ المرام : ان رجال حديث أبى هريرة هذا ثقات لكن أعل بالارسال • وفى لفظ رواه أحمد وابن ماجه « لا ينظر الله الى رجل جامع امرأته فى دبرها » •

وروى أحمد والترمذى عن أبى هريرة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من أتى حائضاً أو امرأة فى دبرها أو كاهناً فصدقه فقد كفر بما أنزل على محمد صلى الله عليه وسلم » ورواه أبو داود وقال « فقد برىء مما أنزل » وهو من رواية أبى تميمة عن أبى هريرة قال الترمذى : لا نعرفه الا من حديث أبى تميمة عن أبى هريرة • وقال البخارى : لا يعرف لأبى تميمة سماع من أبى هريرة • وقال البزار : هذا حديث منكر ، وفى الاسناد أيضاً حكيم الأثرم ، قال البزار لا يحتج به ، وما تفرد به فليس بشىء ؛ ولأبى هريرة حديث ثالث عند النسائى من رواية الزهرى عن أبى سلمة عن أبى هريرة ، وفى اسناده عبد الملك بن محمد الصنعانى وقد تكلم فيه دحيم وأبو حاتم وغيرهما ؛ ولأبى هريرة أيضاً حديث رابع أخرجه النسائى من طريق بكر بن خنيس عن ليث عن مجاهد عن أبى هريرة بلفظ « من أتى شيئاً من الرجال والنساء فى الأدبار فقد كفر » وفى اسناده بكر وليث ابن أبى سليم ، ولأبى هريرة حديث خامس وفى اسناده مسلم بن خالد الزنجى • وأخرج أحمد عن على كرم الله وجهه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا تأتوا النساء فى أعجازهن أو قال فى أدبارهن » •

قال الحافظ الهيثمى فى مجمع الزوائد : ورجاله ثقات ، وأخرج أحمد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى الذى يأتى امرأته فى دبرها : هى اللوطية الصغرى » •

وعن على بن طلق قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول :

لا تأتوا النساء فى استاهن فان الله لا يستحى من الحق » رواه أحمد والترمذى وحسنه ، ثم قال : سمعت محمداً يقول : لا أعرف لعلى بن طلق عن النبى صلى الله عليه وسلم غير هذا الحديث الواحد ، ولا أعرف هذا الحديث الواحد من حديث طلق بن على السحيمى ، وكأنه رأى أن هذا الآخر من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم ا هـ وعن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا ينظر الله الى رجل أتى رجلا أو امرأة فى الدبر » رواه الترمذى وقال : حديث غريب ، والنسائى وابن حبان والبزار ، وقال : لا نعلمه يروى عن ابن عباس باسناد حسن وكذا قال ابن عدى ورواه النسائى عن هناد عن وكيع عن الضحاك موقوفا ؛ وهو أصح من المرفوع ، ولابن عباس رواية موقوفة عند عبد الرزاق أن رجلا سأل ابن عباس عن اتيان المرأة فى دبرها فقال : سألتنى عن الكفر • وعن ابن مسعود عند ابن عدى • وعن عقبة بن عامر عند أحمد وفيه ابن لهيعة ؛ وعن ابن عمر عند النسائى والبزار وفيه زمعة بن صالح •

أما حديث جابر رضى الله عنه فقد رواه أحمد والبخارى ومسلم وأصحاب السنن الا النسائى • وعن أم سلمة عن النبى صلى الله عليه وسلم فى قوله تعالى « نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم » يعنى صماما واحدا ، رواه أحمد والترمذى وحسنه • وعنها أيضا قالت « لما قدم المهاجرون على الأنصار تزوجوا من نسائهم وكان المهاجرون يجبون وكانت الأنصار لا تجبى؛ فأراد رجل امرأته من المهاجرين على ذلك فأبت عليه حتى تسأل النبى صلى الله عليه وسلم قال : فأتته ، فاستحيت أن تسأله ، فسألته أم سلمة فنزلت « نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم » وقال : لا « الا فى صمام واحد » رواه أحمد •

ومن رواية ابن عباس عند أبى داود وفيه « انما كان هذا الحى من الأنصار وهم أهل وثن مع هذا الحى من يهود ، وهم أهل كتاب ، وكانوا يرون لهم فضلا عليهم من العلم ، وكانوا يقتدون بكثير من فعلهم ، وكان من أمر أهل الكتاب لا يأتون النساء الا على حرف ، فكان هذا الحى من الأنصار قد أخذوا بذلك من فعلهم ، وكان هذا الحى من قريش يشرخون

النساء شرخاً منكراً ويتلذذون منهن مقبلات ومدبرات ومستلقيات ، فلما قدم المهاجرون المدينة تزوج رجل امرأة من الأنصار فذهب يصنع بها ذلك فأنكرته عليه وقالت : انما كنا نؤتى على حرف فاصنع ذلك والا فاجتنبنى ، فسرى أمرهما حتى بلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنزل الله عز وجل « نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم » يعنى مقبلات ومدبرات ومستلقيات ، يعنى بذلك موضع الولد .

وروى أحمد والترمذى وقال : حسن غريب عن ابن عباس قال « جاء عمر الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله هلكت ، قال وما الذى أهلكك ؟ قال : حولت رحلى البارحة ، فلم يرد عليه بشىء ، قال : فأوحى الله الى رسوله هذه الآية « نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم » أقبل وأدبر ، واتقوا الدبر والحيضة » .

اما الأحكام فقد استدل الجمهور بهذه الأحاديث التى تقرب من درجة التواتر على تحريم اتيان المرأة فى دبرها .

وحكى ابن الحكم عن الشافعى أنه قال : لم يصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى تحريمه ولا تحليله شىء والقياس أنه حلال . وقد أخرجه عنه ابن أبى حاتم فى مناقب الشافعى ، وأخرجه الحاكم فى مناقب الشافعى عن الأصم عنه ، وكذلك الطحاوى عن ابن عبد الحكم عن الشافعى ، وروى الحاكم عن محمد بن عبد الله بن عبد الحكم عن الشافعى أنه قال : سألنى محمد بن الحسن فقلت له : ان كنت تريد المكابرة وتصحيح الروايات وان لم تصح فأنت أعلم ، وان تكلمت بالمناصفة كلمتك على المناصفة ، قال : على المناصفة ، قلت : فبأى شىء حرمته ؟ قال : بقول الله تعالى « فأتوهن من حيث أمركم الله » وقال « فأتوا حرثكم أنى شئتم » والحرث لا يكون الا فى الفرج . وقلت : أفيكون ذلك محرماً لما سواه ؟ قال : نعم . قلت : فما تكون لو وطئها بين ساقيها أو فى أعكانها أو تحت ابطيها أو أخذت ذكره بيدها أو فى ذلك حرث ؟ قال : لا . قلت : فيحرم ذلك ؟ قال : لا . قلت : فلم تحتج بما لا حجة فيه ؟ قال : فان الله قال :

« والذين هم لفروجهم حافظون » الآية . قال فقلت له : هذا مما يحتجون به للجواز أن الله أثنى على من حفظ فرجه من غير زوجته أو ما ملكت يمينه ، فقلت له : أنت تتحفظ من زوجتك وما ملكت يمينك . ا هـ

وقال الحاكم بعد أن حكى عن الشافعى ما سلف : لعل الشافعى كان يقول ذلك فى القديم ، فأما الجديد فالمشهور أنه حرمه .

وقد حمل الماوردى فى الحاوى وأبو نصر بن الصباغ فى الشامل على ابن عبد الحكم الذى روى هذا عن الشافعى . ورويا هما وغيرهما من أصحابنا عن الربيع بن سليمان أنه قال : كذب والله ــ يعنى ابن عبد الحكم ــ فقد نص الشافعى على تحريمه فى ستة كتب . وتعقب الحافظ ابن حجر فى التلخيص هذا فقال : لا معنى لهذا التكذيب ؛ فان ابن عبد الحكم لم يتفرد بذلك ، بل قد تابعه عليه عبد الرحمن بن عبد الله أخوه عن الشافعى ، ثم قال : انه لا خلاف فى ثقة ابن عبد الحكم وأمانته وقد روى الجواز أيضاً عن مالك .

قال القاضى أبو الطيب فى تعليقه : انه روى عنه ذلك أهل مصر وأهل المغرب ورواه عنه ابن رشد فى كتاب البيان والتحصيل ، وأصحاب مالك العراقيون لم يثبتوا هذه الرواية ، وقد رجع متأخرو أصحابه عن ذلك وأفتوا بتحريمه . وقد نقل ابن قدامة رواية عن مالك قوله : ما أدركت أحداً أقتدى به فى دينى يشك فى أنه حلال ، ثم أنكر ذلك أصحابه العراقيون .

قلت : اذا كان الله تبارك وتعالى قد حرم الوطء فى الفرج عند المحيض لأجل الأذى فكيف بالحش الذى هو موضع أذى دائم ونجس لازم ، مع زيادة المفسدة بانقطاع النسل الذى هو المقصد الأسمى من مشروعية الزواج فضلا عن خساسة هذا العمل ودناءته مما يفضى الى التلذذ بما كان يتلذذ به قوم لوط ، وما يعد شذوذاً فى الشهوة يتنزه عنها المؤمنون الأطهار ، وأبناء الملة الأخيار ، وكفى بهذا العمل انحطاطاً أن أحداً لا يرضى أن ينسب هذا

القول الى امامه ، كما يقول ابن القيم ، وقد ذكر لذلك مفاسد دينية ودنيوية كثيرة فى هديه • وقد روى التحريم عن على وابن مسعود وابن عباس وأبى الدرداء وعبد الله بن عمرو وأبى هريرة وابن المسيب وأبى بكر ابن عبد الرحمن ومجاهد وقتادة وعكرمة والشافعى وأصحاب الرأى وابن المنذر وأحمد بن حنبل وأصحابه كافة ؛ وأبى ثور والحسن البصرى • وقال العمرانى عن الربيع « كذب بن عبد الحكم والذى لا اله الا هو » •

قال المزنى : قال الشافعى : ذهب بعض أصحابنا الى احلاله وآخرون الى تحريمه ولا أرخص فيه بل أنهى عنه • وحكى أن مالكا سئل عن ذلك فقال : الآن اغتسلت منه » •

فرع يجوز التلذذ بما بين الاليتين من غير ايلاج فى الدبر لما فيه من الأذى ويجوز الوطء فى الفرج مقبلة ومدبرة لما روى جابر أن اليهود قالت : اذا جامع الرجل امرأته من ورائها جاء ولدها أحول ، فأنزل الله تعالى « نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم » أفاده العمرانى فى البيان وسائر الأصحاب •

فرع يحرم الاستمناء ، وهو اخراج الماء الدافق بيده ، وبه قال أكثر أهل العلم ، وقال ابن عباس : نكاح الأمة خير منه وهو خير من الزنا ، وروى أن عمرو بن دينار رخص فيه عند الاضطرار وخوف الهلكة ، وبه قال أحمد رضى الله عنه • دليلنا قوله تعالى « والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين ، فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون » وقد قرر علماء وظائف الأعضاء والطب البشرى أن الاستمناء مفض الى قتل الرغبة الجنسية ، ويجعل المرء لا ينتشر عند الوقاع الا اذا استمنى بيده مما يعطل وظيفته كزوج ؛ ويقتل صلاحية عضوه أو يقلل كفاءته الزوجية ؛ وكل هذا من المفاسد المنهى عنها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ويكره العزل ، لما روت جدامة بنت وهب قالت : « حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألوه عن العزل . فقال : ذلك الواد الخفى، « واذا الموءودة سئلت » فان كان ذلك فى وطء امته لم يحرم ، لان الاستمتاع بها حق له لا حق لها فيه ، وان كان فى وطء زوجته فان كانت مملوكة لم يحرم لانه يلحقه العار باسترقاق ولده منها . وان كانت حرة فان كان باذنهـا جاز لان الحق لهما ، وان لم تاذن ففيه وجهان :

(احدهما) لا يحرم لان حقها فى الاستمتاع دون الانزال .

(والثانى) يحرم لانه يقطع النسل من غير ضرر يلحقه .

فصـــل وتجب على المراة معاشرة الزوج بالمعروف من كف الاذى كما يجب عليه فى معاشرتها ، ويجب عليها بذل ما يجب له من غير مطـــل لما روى ابو هريرة رضى الله عنه قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا دعا احدكم امراته الى فراشه فأبت فبات وهو عليها ســاخط لعنتها الملائكة حتى تصبح ») .

الشرح حديث جدامة بنت وهب الأسدية أخرجه أحمد ومســلم بلفظ « حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى أناس وهو يقول : لقـد هممت أن أنهى عن الغيلة فنظرت فى الروم وفارس ، فاذا هم يغيلون أولادهم فلا يضر أولادهم شيئاً ، ثم سألوه عن العزل فقال رسول الله صلى الله عليـه وسلم ذلك الوأد الخفى وهى « واذا الموءودة سئلت » وجدامة بنت وهب ويقال : جندل الأسدية أخت عكاشة بن محصن لأمه ، صحابية لها ســابقة وهجرة قال الدارقطنى : من قالها بالذال المعجمة صحف .

أما الأحكام فقد اختلف السلف فى حكم العزل ؛ فقال ابن عبد البر لا خلاف بين العلماء أنه لا يعزل عن الزوجة الحرة الا باذنها ؛ لأن الجماع من حقها ؛ ولها المطالبة به ، وليس الجماع المعروف الا ما لا يلحقه عزل . قال الحافظ ابن حجر ووافقه فى نقل هذا الاجماع ابن هبـيرة وتعقب بأن المعروف عند الشافعية أنه لا حق للمرأة فى الجـماع فيجـوز على مقتضى

أصلهم العزل بغير اذنها • قلت : ولكنه وقع فى كتب أكثر أصحابنا أنه لا يجوز العزل عن الحرة الا باذنها ، ويدل على اعتبار الاذن والرضى من الحرة حديث عمر رضى الله عنه قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعزل عن الحرة الا باذنها » رواه أحمد وابن ماجه ؛ وقال الغزالى : يجوز العزل ؛ وهو المصحح عند المتأخرين •

وقد أخرج أحمد عن جابر رضى الله عنه « كنا نعزل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم والقرآن ينزل » قال سفيان حين روى هذا الحديث « ولو كان شيئاً ينهى عنه لنهانا عنه القرآن » كأنه يشرح عبارة جابر • وأوهم كلام الحافظ المقدسى فى عمدته ومن تبعه أن الزيادة التى قالها سفيان من نفس الحديث فأدرجها •

واذا قال الصحابى : كنا نفعل الشىء الفلانى كان له حكم الرفع عند أكثر المحدثين ، لأن الظاهر اطلاع النبى صلى الله عليه وسلم واقراره ، وأما اذا لم يضفه الى زمن النبى صلى الله عليه وسلم ففيه خلاف فى رفعه ، ويشبه ذلك ما أخرجه البخارى عن ابن عمر : كنا نتقى الكلام والانبساط الى نسائنا هيبة أن ينزل فينا شىء على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما مات النبى صلى الله عليه وسلم تكلمنا وانبسطنا •

وأخرج مسلم من طريق أبى الزبير عن جابر قال « كنا نعزل فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك نبى الله فلم ينهنا » ومن وجه آخر عن أبى الزبير عن جابر أن رجلا أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « ان لى جارية وأنا أطوف عليها وأنا أكره أن تحمل فقال : اعزل عنها ان شئت فانه سيأتيها ما قدر لها ؛ فلبث الرجل ثم أتاه فقال : ان الجارية قد حبلت ؛ قال : قد أخبرتك » ووقعت هذه القصة عنده من طريق سفيان ابن عيينة باسناد آخر الى جابر وفى آخره فقال « أنا عبد الله ورسوله » وأخرجه أحمد وابن ماجه وابن أبى شيبة بسند آخر على شرط الشيخين بمعناه •

وفى الصحيحين وغيرهما من حديث أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه « غزونا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم غزوة بنى المصطلق فسبينا كرائم العرب فطالت علينا العزبة ورغبنا فى الفداء ، فأردنا أن نستمتع ونعزل فقلنا: نفعل ورسول الله صلى الله عليه وسلم بين أظهرنا لانسأله ، فسألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : لا عليكم أن لا تفعلوا ؛ ما كتب الله عز وجل خلق نسمة هى كائنة الى يوم القيامة الا ستكون » ومن ثم تكون جملة ما تقدم أن العزل برضى الحرة جائز عند أبى حنيفة ومالك وأحمد وعند ابن حزم يحرم العزل ، وعند الشافعية وجهان (أحدهما) المنع واليه ذهب الرويانى فى بحر المذهب ، وكرهه العمرانى فى البيان .

قال فى الفتح : نعم جزم ابن حزم بوجوب الوطء وبتحريم العزل ، واستند الى حديث جدامة بنت وهب أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن العزل فقال : ذلك الوأد الخفى . أخرجه مسلم والترمذى وصححه من طريق معمر عن يحيى بن أبى كثير عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن جابر قال : كانت لنا جوارى وكنا نعزل فقالت اليهود : ان تلك الموءودة الصغرى فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال : كذبت اليهود، لو أراد الله خلقه لم يستطع رده » وأخرجه النسائى من طريق هشام وعلى ابن المبارك وغيرهما عن يحيى عن محمد بن عبد الرحمن عن أبى مطيع ابن رفاعة عن أبى سعيد نحوه ، ويجمع بين هذه الأحاديث وحديث جدامة بأن حديث جدامة يحمل على التنزيه وهذه طريقة البيهقى ومنهم من ضعف حديث جدامة بأنه معارض بما هو أكثر طرقا منه ، وكيف يصرح بتكذيب اليهود فى ذلك ثم يثبته ؟ .

قال الحافظ : وهذا دفع للأحاديث الصحيحة بالتوهم ، والحديث صحيح لا ريب فيه والجمع ممكن ، ومنهم من ادعى أنه منسوخ ، ورد بعدم معرفة التاريخ .

وقال الطحاوى : يحتمل أن يكون حديث جدامة على وفق ما كان عليه الأمر من موافقة أهل الكتاب ، لأنه كان يحب موافقة أهل الكتاب فيما لم

ينزل عليه ، ثم أعلمه الله بالحكم فكذب اليهود فيما كانوا يقولونه ؛ وتعقبه ابن رشد ثم ابن العربى بأنه لا يجزم بشىء تبعاً لليهود ثم يصرح بتكذيبهم ، ومنهم من رجح حديث جدامة لثبوته فى صحيح مسلم وضعف مقابله بأنه حديث واحد اختلف فى اسناده فاضطرب ؛ ورجح ابن حزم العمل بحديث جدامة بأن أحاديث غيرها موافق أصل الاباحة وحديثها يدل على المنع ؛ فمن ادعى أنه أبيح بعد أن منع فعليه البيان ، وتعقب بأن حديثها ليس صريحاً فى المنع ، اذ لا يلزم من تسميته وأداً خفيا على طريق التشبيه أن يكون حراماً ، ورخصه بعضهم بالعزل عن الحامل لزوال المعنى الذى كان يحذره الذى يعزل من حصول الحمل وجمعوا بين تكذيب اليهود فى قولهم الموءودة الصغرى ؛ وبين اثبات كونه وأداً خفياً فى حديث جدامة بأن قولهم الموءودة الصغرى يقتضى أنه وأد ظاهر ، لكنه صغير بالنسبة الى دفن المولود بعد وضعه حياً ، فلا يعارض قوله : ان العزل وأد خفى ، فانه يدل على أنه ليس فى حكم الظاهر أصلا ؛ فلا يترتب عليه حكمه ، وانما جعله وأداً من جهة اشتراكهما فى قطع الولادة ، وقال بعضهم : الوأد الخفى ورد على طريق التشبيه لأنه قطع طريق الولادة قبل مجيئة فأشبه قتل الولد بعد مجيئه •

وقال ابن القيم من الحنابلة : الذى كذبت فيه اليهود زعمهم أن العزل لا يتصور معه الحمل أصلا وجعلوه بمنزلة قطع النسل بالوأد فأكذبهم وأخبر أنه لا يمنع الحمل اذا شاء الله خلقه ، واذا لم يرد خلقه لم يكن وأداً حقيقة ، وانما سماه وأداً خفياً فى حديث جدامة لأن الرجل انما يعزل هرباً من الحمل ؛ فأجرى قصده لذلك مجرى الوأد ؛ لكن الفرق بينهما أن الوأد ظاهر بالمباشرة اجتمع فيه القصد والفعل ، والعزل يتعلق بالقصد صرفا فلذلك وصفه بكونه خفيا ، فهذه أجوبة عدة أشار اليها ابن حجر فى الفتح ورجعنا اليها فى مظانها وعنها نقلنا •

(تنبيه) جرت بعض الدول على أن تعزو فقرها وانحطاطها وتخلفها عن اللحاق بالأمم القوية الى كثرة النسل وما يسمى (انفجاراً سكانياً) وقد عقدوا مؤتمرات للنظر فى علاج هذه المشكلة واقترحت بعض الوفود اصدار قرار عالمى بوجوب تحديد النسل أو تنظيمه وفوجىء العالم بأن وفد الصين

الشعبية وهم الشيوعيون الملاحدة وقفوا يعارضون هـذا المشروع وقالوا اننا أحوج ما نكون الى تحديد النسل لو أنه علاج لكثافة عـددنا وكثـرة سكاننا ولكن السبب هو فى سوء توزيع السكان ، والحق ما قاله هؤلاء اذ أننا فى ديارنا المصرية ينادى بعضهم وأكثرهم بتحديد النسل ، والشكوى من كثرة المواليد مع أن الجزء المعمور من أرض مصر لا يساوى خمسـها وأكثر من أربعة أخماسها فارغا ، مع أنه لو أنفق على اسكان بعضه ما ينفق على الدعاية لتحديد النسل وما ينفق على ثمن العقاقير التى يتعاطاها النساء لمنع الحمل لكان ذلك أجدى وأنفع .

وما درى أولئك أن الله تبارك وتعـالى أودع سر الحياة فى الكائنـات مع توجيه العناية الالهية لنوع الأجنة حسب حاجة البشر ، فاذا كثر اقبال الناس على أكل ذكر من الدجاج الرومى كثرت فقسها من الذكران ، وكذلك اذا كثر اقبالهم على اناث الدجاج البلدية كثر فقسها من الاناث وكذلك اذا تأملنا فى مواليد الأغنام والماشية فنجد توازنا بين معدل الاسـتهلاك وبين المواليد وما ينتج من هذه الحيوانات حفظاً للنوع وابقاء على الأجنـاس فتبارك الله أحسن الخالقين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا يجب عليها خدمته فى الخبز والطحن والطبخ والغسـل وغيرها من الخدم لأن المعقود عليه من جهتها هو الاستمتاع فلا يلزمها ما سواه.

فصـــل وان كان له امراتان أواكثر فله ان يقسم لهن « لأن النبى صلى الله عليه وسلم قسم لنسائه » ولا يجب عليه ذلك لأن القسم لحقه فجاز له تركه ، واذا أراد أن يقسم لم يجز أن يبدأ بواحدة منهن من غير رضا البواقى الا بقرعة ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنـه قال « قال رسـول الله صلى الله عليه وسلم من كانت له امرأتان يميل الى احداهما على الأخرى جاء يوم القيامة وأحد شقيه ساقط » ولأن البداءة بأحداهما من غير قرعة تدعو الى النفور ، واذا قسم لواحدة بالقرعة أو غير القرعة لزمه القضاء للبواقى ، لأنه اذا لم يقض مال ، فقد دخل فى الوعيد .

فصـــل ويقسم المريض والمجبوب « النبى صلى الله عليه وسلم كان يقسم فى مرضه » ولأن القسم يراد للأنس وذلك يحصل مع المرض والجب ، وان كان مجنوناً لا يخاف منه طاف به الولى على نسائه ، لأنه يحصل لهـا به الأنس ، ويقسم للحائض والنفساء والمريضة والمحرمة والمظاهـر منها والمولى منها ، لان القصد من القسم الايواء والأنس وذلك يحصل مع هؤلاء ، وان كانت مجنونة لا يخاف منها قسم لها ، لأنه يحصل لها الأنس وان كان يخاف منها لم يقسم لها ، لانها لا تصلح للأنس ») .

الشرح قسم النبى صلى الله عليه وسلم لنسائه رواه مسلم عـن أنس ورواه أحمد وأبو داود والبيهقى والحاكم وصححه عن عائشة ، ولفظ أبى داود فى رواية « كان لا يفضل بعضنا على بعض فى القسـم من مكثه عندنا ، وكان ما من يوم الا وهو يطوف علينا جميعاً فيدنو من كل امرأة من غير مسيس حتى يبلغ التى هو يومها فيبيت عندها » .

أما حديث أبى هريرة فقد أخرجه أحمد وأصحاب السنن الأربعـــة والدارمى وابن حبان والحاكم وقال : اسناده على شرط الشيخين ، واستغربه الترمذى مع تصحيحه ، وقال عبد الحـق هو حديث ثابت لكن علتـه أن همّاماً تفرد به ، وأن هشاما رواه عن قتادة فقـال : كان يقـال . وأخـرج أبو نعيم عن أنس نحوه ، وقد ورد عن عائشة « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم فيعدل ويقول : اللهم هذا قسمى فيما أملك فلا تلمنى فيما تملك ولا أملك » رواه أصحاب السنن الأربعة والدارمى وصححه ابن حبان والحاكم ورجح الترمذى ارساله فقال : رواية حماد بن زيد عن أيوب عـن أبى قلابة مرسلا أصح ، وكذا أعله النسائى والدارقطنى .

وقال أبو زرعة : لا أعلم أحداً تابع حماد بن سلمة على وصله ، وعنهـا رضى الله عنها « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يسأل فى مرضه الذى مات فيه : أين أنا غداً ؟ يريد يوم عائشة ، فأذن له أزواجه أن يكون حيث شاء فكان فى بيت عائشة حتى مات عندها » رواه أحمد والبخارى ومسلم .

أما الأحكام فانه لا يجب على المرأة خـدمة الرجـل أو البيت لأن المعقود عليه هو الاستمتاع الا أن خدمتهـا أمر مشروع يدل عليه حـديث

رواه أحمد والبخارى ومسلم عن جابر « قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل نكحت ؟ قلت : نعم . قال أبكراً أم ثيباً ؟ قلت : ثيب ، قال فهلا بكراً تلاعبها وتلاعبك ؟ قلت : يا رسول الله قتل أبى يوم أحد ، وترك تسع بنات ، فكرهت أن أجمع اليهن خرقاء مثلهن ، ولكن امرأة تمشطهن وتقيم عليهن ، قال : أصبت » فمن كان بسبيل من ولد وأخ وعائلة فانه لا حرج على الرجل فى قصده خدمة امرأته وان كان ذلك لا يجب عليها ، لكن يؤخذ منه أن العادة جارية بذلك ، فلذلك لم ينكره النبى صلى الله عليه وسلم وقال أحمد قال أصحابنا وغيرهم : ليس على المرأة خدمة زوجها فى عجن وخبز وطحن وطبخ ونحوه .

وقال السفارينى فى شرح ثلاثيات المسند : لكن الأولى لها فعل ما جرت العادة بقيامها به وأوجب ابن تيمية المعروف من مثلها لمثله ، وأما خدمة نفسها فى ذلك فعليها الا أن يكون مثلها لا تخدم نفسها ، وقال أبو ثور : على الزوجة أن تخدم الزوج فى كل شىء ، وقال ابن حبيب فى « الواضحة » ان النبى حكم على فاطمة عليها السلام بخدمة البيت كلها ، قال السفارينى : وفى الفروع ليس عليها عجن وخبز وطبخ ونحوه نص عليه خلافا للجوزجانى من أئمة علمائنا ا هـ .

مسألة اذا كان له زوجتان أو أكثر لم يجب عليه القسم ابتداء ، بل يجوز له أن ينفرد عنهن فى بيت لأن المقصود هو الاستمتاع وهو حق له فجاز له تركه وان أراد أن يقسم بينهن جاز لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يقسم بين نسائه .

ولا يجوز أن يبدأ بواحدة منهن من غير رضا الباقيات الا بالقرعة لقوله تعالى « فلا تميلوا كل الميل » وحديث أبى هريرة الذى ساقه المصنف ومضى تخريجه فيه وعيد شديد لمن يؤثر واحدة دون الأخرى ، وفى البداءة باحداهن من غير قرعة ميل ، فان كان له زوجتان أقرع بينهما مرة واحدة ، وان كن ثلاثا أقرع مرتين وان كن أربعاً أقرع ثلاث مرات لأنهن اذا كن ثلاثا فخرجت القرعة لواحدة قسم لها ثم أقرع بين الباقيتين ، وهكذا فى الأربع ،

وان أقام عند واحدة منهن من غير قرعة لزمه القضاء للباقيتين لأنه اذا لم يقض كان مائلا •

مسألة ويقسم للمريضة والرتقاء والقرناء والحائض والنفساء والمحرمة والتى آلى منها أو ظاهر ، لأن المقصود الايواء والسكن ، وذلك موجود فى حقهن فأما المجنونة ــ فان كان خاف منها ــ سقط حقها من القسم لأن المقصود الايواء والسكن ، وذلك موجود فى حقهن ، وان لم يخف منها وجب لها القسم لأن الايواء يحصل معها ، وان دعاها الى منزل له فامتنعت سقط حقها من القسم كالعاقلة •

فرع ويقسم المريض والمجنون والعنين والمحرم ، لأن الأنس يحصل به ، وان كان يخاف منه لم يقسم له الولى لأنه لا يحصل به الأنس ، وان كان لا يخاف منه نظرت ــ فان كان قد قسم لواحدة فى حال عقله ثم جن قبل أن يقضى ــ لزم الولى أن يقضى للباقيات قسمهن منه ، كما لو كان عليه دين ، وان جن قبل أن يقسم لواحدة منهن ــ فان لم ير الولى أن له مصلحة فى القسم لم يقسم لهن ، وان رأى المصلحة له فى القسم قسم لهن لأنه قائم مقامه ، وهل يجب على الولى ذلك أم لا ؟ على قولين ؛ وحكاهما بعض الأصحاب وجهين : (أحدهما) لا يجب عليه كما لا يجب على العاقل • (والثانى) يجب عليه ذلك لأن العاقل له اختيار فى ترك حقه والمجنون لا اختيار له ، فلزم الولى أن يستوفى له حقه بذلك ، فان حمله الى واحدة حمله ليلة أخرى أو كان بالخيار بين أن يطوف على نسائه وبين أن يتركه فى منزله ويستدعيهن واحدة واحدة اليه ، وان طاف به على البعض واستدعى البعض جاز ، فان قسم الولى لبعضهن ولم يقسم للباقيات لم يلزم الولى هذا نقل أصحابنا البغداديين •

وقال المسعودى : هل يقسم الولى للمجنون ؟ فيه وجهان • قال : فان كان يجن يوماً ويفيق يوماً فأقام ليلة جنونه عند واحدة وليلة عقله عند أخرى لم تحتسب ليلة جنونه عندها حتى يقضى لها ، فلو أقر الولى أنه ظلم احداهن لم يسمع اقراره حتى تقر المظلومة لها للمظلومة ، هكذا أفاده العمرانى فى البيان •

قال الشوكاني : وحكى في البحر عن قوم مجاهيل أنه يجوز لمن له زوجتان أن يبيت مع احداهما ليلة ومع الأخرى ثلاثا لأن له أن ينكح أربعاً، وله ايثار أيهما شاء بالليلتين ، ولا شك أن هذا ومثله يعد من الميل الكلي ؛ والله يقول « فلا تميلوا كل الميل » والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان سافرت المرأة بغير اذن الزوج سقط حقها من القسم والنفقة لأن القسم للأنس والنفقة للتمكين من الاستمتاع ، وقد منعت ذلك بالسفر . وان سافرت باذنه ففيه قولان : (أحدهما) لا يسقط لأنها سافرت باذنه ، فأشبه اذا سافرت معه . (الثاني) لا يسقط ، لأن القسم للأنس والنفقة للتمكين من الاستمتاع ، وقد عدم الجميع فسقط ما تعلق به كالثمن لما وجب في مقابلة المبيع سقط بعدمه .

فصل وان اجتمع عنده حرة وأمة قسم للحرة ليلتين وللأمة ليلة ، لما روى عن علي كرم الله وجهه أنه قال : « من نكح حرة على أمة فللحرة ليلتان وللأمة ليلة » والحق في قسم الأمة لها دون المولى ، لأنه يراد لحظها فلم يكن للمولى فيه حق ، فان قسم للحرة ليلتين ثم أعتقت الأمة ، فان كان بعد ما أوفاها حقها استأنف القسم لها لأنهما تساويا بعد انقضاء القسم . وان كان قبل أن يوفيها حقها أقام عندها ليلتين ، لأنه لم يوفها حقها حتى صارت مساوية للحرة فوجب التسوية بينهما ، وان قسم للأمة ليلة ثم أعتقت ، فان كان بعدما أوفى الحرة حقها سوى بينهما . وان كان قبل أن يوفى الحرة حقها لم يزل على ليلة لأنهما تساويا فوجب التسوية بينهما .

فصل وعماد القسم الليل ، لقوله عز وجل « وجعلنا الليل لباساً » قيل في التفسير الايواء الى المساكن ، ولأن النهار للمعيشة والليل للسكون ، ولهذا قال الله تعالى : « ألم يروا أنا جعلنا الليل ليسكنوا فيه » فان كانت معيشته بالليل فعماد قسمه النهار ، لأن نهاره كليل غيره ، والأولى أن يقسم ليلة ليلة اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم ولأن ذلك أقرب الى التسوية في ايفاء الحقوق فان قسم ليلتين أو ثلاثاً جاز ، لأنه في حد القليل ؛ وان زاد على الثلاث لم يجز من غير رضاهن ، لأن فيه تغريراً بحقوقهن ، فان فعل ذلك لزمه القضاء للبواقي لأنه اذا قضى ما قسم بحق فلأن يقضي ما قسم بغير حق أولى ، واذا قسم لها ليلة كان لها الليلة وما يليها من النهار ، لما روت عائشة رضي الله عنها قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم لكل

امرأة يومها وليلتها ، غير أن سودة وهبت ليلتها لعائشـــة تبتغى بذلك رضى رسول الله صلى الله عليه وسلم . وروى عن عائشة رضى الله عنهـا قالت : ((توفى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بيتى وفى يومى وبين سحرى ونحرى، وجمع الله بين ريقه وريقه)) .

فصـــل والأولى أن يطوف الى نسائه فى منازلهن اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم ولأن ذلك أحسن فى العشرة وأصون لهن ، وله أن يقيم فى موضع ويستدعى واحدة واحدة ، لأن المرأة تابعة للزوج فى المكان ، ولهذا يجوز له أن ينقلها الى حيث شاء وان كان محبوساً فى موضع ـ فان أمـكن حضورها فيه ـ لم يسقط حقها من القسم ، لأنه يصلح للقسم فصار كالمنزل، وان لم يمكن حضورها فيه سقط القسم لأنه تعذر الاجتماع لعذر ، وان كانت له امرأتان فى بلدين فأقام فى بلد احداهما فان لم يقم معها فى منزل لم يلزمه القضاء بالمقام فى بلد الأخرى لأن المقام فى البلد معها ليس بقسم ، وان أقام معها فى منزلها لزمه القضاء للأخرى ، لأن القسم لا يسقط باختلاف البلاد كما لا يسقط باختلاف المحال .

فصـــل ويستحب لمن قسم أن يسوى بينهن فى الاستمتاع لأنه أكمل فى العدل . فان لم يفعل جاز ، لأن الداعى الى الاستمتاع الشهوة والمحبة ، ولا يمكن التسوية بينهن فى ذلك . ولهذا قال الله عز وجل ((ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم)) . قال ابن عباس رضى الله عنهما : يعنى فى الحب والجماع . وقالت عائشة رضى الله عنها ((كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم بين نسائه ويعدل ثم يقول : اللهم هذا قسمى فيما أملك فلا تلمنى فيما تملكه ولا أملكه))) .

الشرح « وجعلنا الليل لباساً » الليل من غروب الشمس الى طلوع الفجر ، وقياس جمعها ليلات مثل بيضة وبيضات ؛ وعاملته ملايلة أى ليـلة وليلة مثل مشاهرة ومياومة ؛ أى شهراً وشهراً ويوما ويوما . واللباس هو الذى يغطى ويستر كما يغطى اللباس ويستر . وقوله « بين سحرى ونحرى» السحر الرئة . قال ابن بطال : أرادت أنه مات وهو متكىء عليها صلى الله عليه وسلم والنحر موضع القلادة من الصدر وتطلق النحور على الصـدور قال القاضى أبو بكر بن العربى فى أحكام القرآن :

امتن الله على الخلق بأن جعل الليل غيباً يغطى بسواده كما يغطى الثوب لابسه ويستر كل شىء كما يستره الحجاب قاله أبو جعفر ثم قال :

فظن بعض الغافلين أن الرجل اذا صلى عرياناً ليلا فى بيت مظلم أن صلاته صحيحة ، لأن الظلام يستر عورته ، وهذا باطل قطعاً ، فان الناس بين قائلين : منهم من يقول : ان ستر العورة فرض اسلامى لا يختص وجوبه بالصلاة ومنهم من قال : انه شرط من شروط الصلاة وكلاهما اتفقا على أن ستر العورة للصلاة فى الظلمة كما هو فى النور اثباتاً باثبات ونفياً بنفى ؛ ولم يقل أحد انه يجب فى النور ويسقط فى الظلمة اجتزاء بسترها عن ستر ثوب يلبسه المصلى ، فلا وجه لهذا بحال عند أحد من المسلمين .

أما قوله تعالى « ألم يروا أنا جعلنا الليل ليسكنوا فيه » أى يستقرون فينامون .

أما حديث عائشة رضى الله عنها الأول فقد أخرجه النسائى فى عشرة النساء وابن ماجه فى النكاح والدارمى فى النكاح أيضاً أما حديثها الثانى (قبضه الله بين سحرى ونحرى) فقد أخرجه البخارى فى الجنائز والخمس والمغازى والنكاح ، وأخرجه مسلم فى فضائل الصحابة وعبارة (جمع الله بين ريقى وريقه عند موته) فهى من هذه فى المغازى أما حديث « اللهم هذا قسمى فيما أملك » الخ . فقد أخرجه أبو داود والدارمى فى كتاب النكاح عندهما وعند غيرهما وصححه الحاكم وابن حبان ورجح الترمذى ارساله على ما سيأتى :

أما أثر على كرم الله وجهه فقد أخرجه البيهقى فى السنن والآثار وكذلك أثر ابن عباس .

اما الأحكام فانه اذا كان طلب معاش الرجل بالنهار فعماد قسمته الليل لقوله تعالى « وجعل الليل سكناً » وقوله تعالى « وجعلنا الليل لباساً والنهار معاشاً » وان كان طلب معاشه بالليل فعماد قسمته النهار ، والمستحب أن يقسم مناوبة وهو أن يقيم عند واحدة ليلة ثم عند الأخرى ليلة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يفعل هكذا ، ولأنه أقرب الى ايفاء الحق ، وان أراد أن يقسم لكل واحدة ليلتين أو ثلاثاً جاز لأن ذلك قريب الى ايفاء الحق ،

وان أراد أن يقيم عند كل واحدة أكثر من الثلاث فقد قال الشافعى فى الإملاء : ان أراد أن يقسم لهن مياومة أو مشاهرة أو مساناة كرهت له وأجزأه قال أصحابنا : يجوز له ما زاد على الثلاث برضاهن وأما بغير رضاهن فلا يجوز لأنه كثير ، ويدخل النهار فى القسم لما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم لنسائه كل واحدة يوماً وليلتها ، غير أن سودة رضى الله عنها وهبت ليلتها لعائشة •

وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم دخل الى بيت حفصة فلم يصادفها ، فقعد عند مارية فقالت : يا رسول الله فى بيتى وفى يومى ، فأضافت اليوم اليها ، والأولى أن يجعل اليوم تابعا التى مضت قبله ، لأن الشهر هلالى ، وان جعل النهار تابعاً لليلة التى بعده جاز •

مسألة اذا سافرت المرأة مع زوجها فلها النفقة والقسم لأنها فى مقابلة الاستمتاع وذلك موجود • وهكذا اذا أشخصها من بلد الى بلد لتعلة أو لحاجة فلها النفقة والقسم وان لم يكن معها • وان سافرت لحاجة لها وحدها باذنه ففيه قولان : (أحدهما) لا نفقة لها ولا قسم لأنها فى مقابلة الاستمتاع وذلك متعذر منها • والثانى لها النفقة والقسم لأنها غير ناشزة ، فهو كما لو أشخصها لحاجة له والأول أصح •

مسألة وان كان عنده مسلمة وذمية سوى بينهما فى القسم لقوله تعالى « وعاشروهن بالمعروف » ولم يفرق ، ولعموم الوعيد فى حديث أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم « من كانت له امرأتان يميل لاحداهما على الأخرى جاء يوم القيامة يجر أحد شقيه ساقطا أو مائلا » رواه أحمد وأصحاب السنن •

قال الشافعى فى الأم : واذا كان له أربع زوجات فترك احداهن من القسمة أربعين ليلة قضى لها عشر ليال • واختلف أصحابنا فى تأويله فقال أكثرهم : أراد أنه أقام عند كل واحدة من الثلاث عشراً • ثم أقام عشراً وحده فى بيت فيقضى للرابعة عشراً • فأما لو أقام عند الثلاث أربعين قضى للرابعة ثلاث عشرة

ليلة وثلثا وقال ابن الصباغ : ظاهر كلامه أنه أقام عندهن أربعين ليلة • وما قال له وجه جيد عندى لأن الذى تستحقه بالقضاء عشر ، وثلاث ليال وثلث تستحقها اذن لأن زمان القضاء لها فيه قسم •

فـــرع قال فى الأم : وان كان له أربع نسوة فسافرت واحدة منهن بغير اذنه وأقام عند اثنتين ثلاثين يوما عند كل واحدة خمسة عشر يوما فلما أراد أن يقيم عند الثالثة رجعت الناشزة وصارت فى طاعته ، فلا حق لهـــا فيما مضى من القسم لأنها كانت عاصـية ، ولا يمكن أن يقســم للثالثــة خمس عشرة ليلة ، لأن القادمة تستحق الربع الليالى أربعا ويقيم عند القادمة ليلة وهو حقها ، ويجعل للثالثة ثلاث ليال ، ليلة هى حقها وليلتين من حــق الأولتين ، فاذا دار بين القادمة والثالثة خمسة أدوار كذلك ، استوفت الثالثة خمس عشرة ليلة والقادمة خمسا واستأنف القســم بين الأربع ولو كان بدل المسافرة زوجة جديدة تزوجها قبل أن يوفى الثالثة خص الجديدة ان كانت بكرا بسبع ، وان كانت ثيبا ثلاثا ثم يقسم ثلاثا للثالثة الأولى وليلة للجديدة حتى يدور خمسة أدوار واستأنف القسم للأربع دليلنـــا أخرجه الشــخان عن أبى قلابة عن أنس رضى الله عنه قال « من السنة اذا تزوج البـــكر على الثيب أقام عندها سبعاً ثم قســم ؛ واذا تزوج الثيب أقام عنـــدها ثلاثاً ثم قسم » قال أبو قلابة : ولو شئت لقلت : ان أنسا رفعه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم » قال ابن دقيق العيد : قول أبى قلابة يحتمل وجهين :

(أحدهما) أن يكون ظن أنه سمعه عن أنس مرفوعاً لفظاً فتحرز عنــه تورعا والثانى أن يكون رأى أن قول أنس « من السنة » فى حكم المرفوع ، فلو عبر عنه بأنه مرفوع على حسب اعتقاده لصح ، لأنه فى حكم المرفوع ، قال : والأول أقرب ؛ لأن قوله « من السنة » يقتضى أن يكون مرفوعا بطريق اجتهادى محتمل •

قلت : وقد روى هذا الحديث مرفوعا الدارقطنى والبيهقى وأبو عــوانة وابن خزيمة وابن حبان والدارمى بلفظ « سمعت رسول الله صلى الله عليــه وسلم يقول : للبكر سبعة أيام وللثيب ثلاثة ثم يعود الى نسائه » وســيأتى فى فصل بعده •

مسألة والمستحب أن يطوف على نسائه فى منازلهن ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك ، ولأن ذلك أصون لهن ، وان قعد فى منزل واستدعى كل واحدة اليه فى منزلها ؛ واستدعى البعض الى منزله كان له ذلك . فان لم تأته واحدة الى حيث مكان يصلن اليه ويصلح للمسكن وأراد أن يقسم بينهن ، ويستدعيهن اليه كان له ذلك ، لأنه كالمنزل ، وان كان له امرأتان فى بلدين فأقام فى بلد احداهما ــ فان أقام معها قضى للأخرى ؛ وان لم يقم معها لم يقض للأخرى ، لأن اقامته فى البلد التى هى بها من غير أن يقيم معها ليس بقسم .

(مسألة أخرى) ليس فى شرط القسم الوطء ، غير أن المستحب أن يساوى بينهن فى الوطء لأنه هو المقصود ، فان وطىء بعضهن دون بعض لم يأثم بذلك لأن الوطء طريقه الشهوة ، وقد تميل الشهوة الى بعضهن دون بعض ؛ ولهذا قال تعالى « ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم » قيل فى التفسير : فى الحب والجماع ، وقد روينا أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يقسم بين نسائه ، ويقول : « اللهم هذا قسمى فيما أملك ، فلا تلمنى فيما تملك ولا أملك » رواه أصحاب السنن عن عائشة رضى الله عنها وصححه الحاكم وابن حبان ، ورجح الترمذى ارساله .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يجوز أن يخرج فى ليلتها من عندها ، فان مرض غيرها من النساء وخاف أن تموت أو أكرهه السلطان جاز أن يخرج لأنه موضع ضرورة وعليه القضاء ، كما يترك الصلاة اذا أكره على تركها وعليه القضاء ، والأولى أن يقضيها فى الوقت الذى خرج ، لأنه أعدل ، ان خرج فى آخر الليل وقضاه فى أوله جاز ، لأن الجميع مقصود فى القسم ، فان دخل على غيرها بالليل فوطئها ثم عاد ففيه ثلاثة أوجه . (أحدها) يلزمه القضاء بليلة لأن الجماع معظم المقصود . (والثانى) يدخل عليها فى ليلة الموطوءة فيطؤها لأنه أقرب الى التسوية . (والثالث) أنه لا يقضيها بشىء ، لأن الوطء غير مستحق فى القسم ، وقدره من الزمان لا ينضبط فسقط . ويجوز أن يخرج فى نهارها للمعيشة ويدخل الى غيرها ليأخذ شيئاً أو يترك شيئاً ولا يطيل ، فان أطال لزمه القضاء لأنه ترك الايواء المقصود .

وان دخل الى غيرها لحاجة فقبلها جاز ، لما روت عائشة رضى الله عنها قالت « ما كان يوم أو أقل يوم الا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يطوف علينا جميعاً ، ويقبل ويلمس ، فاذا جاء الى التى هو يومها أقام عندها » ولا يجوز أن يطأها لأنه معظم المقصود فلا يجوز فى قسم غيرها ، فان وطئها وانصرف ففيه وجهان : (احدهما) أنه يلزمه ان يخرج فى نهار الموطوءة ويطأها ، لأنه هو العدل . (والثانى) لا يلزمه شىء لأن الوطء غير مستحق ، وقدره من الزمان لا ينضبط فسقط ، وان كان عنده امرأتان فقسم لاحداهما مدة ثم طلق الأخرى قبل أن يقضيها ثم تزوجها لزمه قضاء حقها ، لأنه تأخر القضاء لعذر وقد زال فوجب كما لو كان عليه دين فاعسر ثم أيسر) .

الشرح حديث عائشة رضى الله عنها أخرجه أحمد فى مسنده والبيهقى والحاكم وصححه بلفظ « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ما من يوم الا وهو يطوف علينا جميعاً امرأة امرأة فيدنو ويلمس من غير مسيس حتى يفضى الى التى هو يومها فيبيت عندها » وروى أبو داود بنحوه ولفظه فى رواية له : « كان لا يفضل بعضنا على بعض فى القسم من مكثه عندنا ، وكان ما من يوم الا وهو يطوف علينا جميعاً فيدنو من كل امرأة من غير مسيس حتى يبلغ التى هو يومها فيبيت عندها » وفى لفظ عند أحمد والبخارى ومسلم « كان اذا انصرف من صلاة العصر دخل على نسائه ، فيدنو من احداهن » .

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه « ولا يدخل فى الليل على التى لم يقسم لها » وجملة ذلك أنه اذا قسم بين نسائه فلا يجوز أن يخرج من المقسوم لها فى ليلتها لغير ضرورة من غير اذنها لأن عماد القسم الليل ، فان دعت ضرورة الى ذلك بأن مرض غيرها وأشرفت على الموت فاحتاج أن يخرج اليها لتوصى اليه أو تحتاج الى قيم ولا قيم لها أو ماتت واحتاج الى الخروج لتجهيزها جاز له الخروج لأن هذا موضع عذر ، فان برئت المريضة التى خرج اليها قضى للتى خرج من ليلتها من ليلة المريضة مثل الذى أقام عندها ، وان ماتت لم يقض ، بل يستأنف القسم للباقيات .

اذا ثبت هذا فقد نقل المزنى : أنه يعودها فى ليلة غيرها . قال أصحابنا هذا سهو فى النقل أيضاً ، هو فى يوم غيرها . فان خالف وخرج

عنها فى ليلتها لغير عذر الى غيرها وأقام عندها قليلا فقد أساء ، ولا يقضى ذلك ، لأن ذلك يسير لا يضبط ، وان أقام عندها مدة طويلة من الليل قضى للأخرى من ليلته التى أقام عندها مثل ذلك فى وقته من الليل ، وان قضى مثله فى غير وقته من الليل جاز ، لأن المقصود الايواء ، وجميع الليل وقت الايواء ، وان دخل الى غيرها فى ليلتها وجامعها وخرج سريعاً فما الذى يجب عليه ؟ فيه ثلاثة أوجه •

(أحدها) لا يجب القضاء عليه لأن القصد الايواء ، ولم يفوت عليها بجماع غيرها الايواء ، لأن قدر مدته يسيرة •

(والثانى) يجب عليه القضاء ، بليلة من حق الموطوءة ؛ لأن المقصود بالايواء هو الجماع فاذا وقع ذلك لغيرها فى ليلتها وجب عليه أن يقضيها فى ليلة الموطوءة •

(والثالث) أن يدخل عليها فى ليلة الموطوءة فيطؤها لأنه أعدل •

فرع فان أخرجه عندها فى ليلتها وحبسه نصف ليلتها أو خرج عنها الى بيت وقعد فيه نصف الليل ، وجب عليه أن يقضى مثل الذى فوت عليها ، فان فوت عليها النصف الأول من الليل فانه يأوى اليها النصف الأول من الليل ، ثم يخرج منها الى منزله أو لغيره ، وينفرد عنها وعن سائر نسائه النصف الأخير وقال ابن الصباغ : قال بعض أصحابنا : الا أن يخاف العسس أو يخاف اللصوص فيقيم عندها فى باقى الليل ولا يخرج للعذر ؛ ولا يقضى الباقيات ، وان فوت عليها النصف الأخير من الليل فالمستحب أن يقضيها فى النصف الأخير ، وان أوى اليها النصف الأول وانفرد فى النصف الأخير جاز •

فرع ويجوز أن يخرج فى نهار المقسوم لها لطلب المعيشة الى السوق ولقضاء الحاجات ، وان دخل الى غيرها فى يومها ، فان كان لحاجة مثل أن يحمل اليها نفقتها ، أو كانت مريضة فدخل عليها يعودها ، أو دخل لزيارتها لبعد عهده بها ، أو يكلمها بشىء أو تكلمه ، أو يدخل الى بيتها

شيئاً ، أو يأخذ منه شيئاً ولم يطل الاقامة عندها ، جاز ولا يلزمه القضاء لذلك ، لأن المقصود بالقسم الايواء ، وذلك يحصل بالليل دون النهار ولا يجامعها لما روى عن عائشة « ما من يوم الا وهو يطوف علينا جميعاً امرأة امرأة فيدنو ويلمس من غير مسيس حتى يفضى الى التى هو يومها فيبيت عندها » وهل له أن يستمتع بالتى يدخل اليها فى غير يومها بالجماع ؟ فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ :

(أحدهما) لا يجوز لأن ذلك مما يحصل به السكن فأشبه الجماع .

(والثانى) وهو المشهور : يجوز لحديث عائشة أم المؤمنين ، فان دخل اليها فى يوم غيرها وأطال المقام عندها لزمه القضاء ، كما قلنا فى الليل ، وان أراد الدخول اليها فى يوم غيرها لغير حاجة لم يجز لأن الحق لغيرها ، وان دخل اليها فى يوم غيرها ووطئها وانصرف سريعاً ففيه وجهان حكاهما المصنف (أحدهما) لا يلزمه القضاء لأنه غير مستحق ووقته لا ينضبط . (والثانى) يلزمه أن يدخل اليها فى يوم الموطوءة فيطؤها لأنه أعدل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان تزوج امرأة وعنده امرأتان أو ثلاث قطع الدور للجديدة فان كانت بكرا اقام عندها سبعاً ، لما روى أبو قلابة عن انس رضى الله عنه أنه قال « من السنة أن يقيم عند البكر مع الثيب سبعا ، قال انس : ولو شئت أن ارفعه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لرفعت » وان كانت ثيباً اقام عندها ثلاثا أو سبعاً لما روى : « ان النبى صلى الله عليه وسلم تزوج أم سلمة رضى الله عنها وقال : ان شئت سبعت عندك وسبعت عندهن ، وان شئت ثلثت عندك ودرت » فان أقام عند البكر سبعاً لم يقض للباقيات شيئاً ، وان اقام عند الثيب ثلاثاً لم يقض ، فان أقام سبعاً ففيه وجهان :**

(أحدهما) يقضى السبع لقوله صلى الله عليه وسلم : « ان شئت سبعت عندك وسبعت عندهن » .

(والثانى) يقضى ما زاد على الثلاث ، لأن الثلاث مستحقة لها فلا يلزمه قضاؤها ، وان تزوج العبد أمة وعنده امرأة قضى للجديدة حق العقد وفى قدره

وجهان ، قال أبو على بن أبى هريرة : هى على النصف كما قلنا فى القسم الدائم ، وقال أبو اسحاق : هى كالحرة ، لأن قسم العقد حق للزوج فلم يختلف برقها وحريتها بخلاف القسم الدائم فانه حق لها ، فاختلف برقها وحريتها ، وان تزوج رجل امرأتين وزفتا اليه فى وقت واحد أقرع بينهما لتقديم حق العقد كما يقرع للتقديم فى القسم الدائم) .

الشرح حديث أبى قلابة عن أنس فى الصحيحين ، الا أنه ليس فيه قال أنس وانما الذى فيه : قال أبو قلابة : ولو شئت لقلت : ان أنساً رفعه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ابن دقيق العيد : قول أبى قلابة يحتمل وجهين : (أحدهما) أن يكون ظن أنه سمعه عن أنس مرفوعاً لفظاً فتحرز عنه تورعا . (والثانى) أن يكون رأى أن قول أنس : من السنة ؛ فى حكم المرفوع ، فلو عبر عنه بأنه مرفوع على حسب اعتقاده لصح ، لأنه فى حكم المرفوع . قال والأول أقرب ، لأن قوله من السنة يقتضى أن يكون مرفوعا بطريق اجتهادى محتمل وقوله : انه رفعه نص فى رفعه ، وليس للراوى أن ينقل ما هو ظاهر محتمل الى ما هو نص فى رفعه ، وبهذا يندفع ما قاله بعضهم من عدم الفرق بين قوله من السنة كذا ، وبين رفعه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد روى هذا الحديث جماعة عن أنس وقالوا فيه : قال النبى صلى الله عليه وسلم كما فى البيهقى ومستخرج الاسماعيلى ، وصحيح أبى عوانة وصحيح ابن خزيمة وصحيح ابن حبان وسنن الدارمى والدارقطنى .

أما حديث أم سلمة فقد أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود وابن ماجه بلفظ : عن أم سلمة رضى الله عنها « أن النبى صلى الله عليه وسلم لما تزوجها أقام عندها ثلاثة أيام وقال ، انه ليس بك هوان على أهلك ، فان شئت سبعت لك ، وان سبعت لك سبعت لنسائى » ورواه الدارقطنى ولفظه « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لها حين دخل بها : ليس بك عن أهلك هوان ان شئت أقمت عندك ثلاثاً خالصة لك ، وان شئت سبعت لك وسبعت لنسائى . قالت تقيم معى ثلاثاً خالصة » وفى اسناد الدارقطنى الواقدى : وعن أنس رضى الله عنه قال « لما أخذ النبى صلى الله عليه وسلم صفية أقام عندها ثلاثاً وكانت ثيبا » رواه أحمد وأبو داود والنسائى .

أما الأحكام فان الأحاديث تدل على أن البكر تؤثر بسبع والثيب بثلاث قيل وهذا فى حق من كان له زوجة قبل الجديدة ، وقال ابن عبد البر : قول جمهور العلماء ان ذلك حق للمرأة بسبب الزفاف ، سواء كان عنده زوجة أم لا ، وحكى النووى أنه يستحب اذا لم يكن عنده غيرها والا فيجب.

قال الحافظ ابن حجر فى الفتح : وهذا يوافق كلام أكثر الأصحاب ، واختار النووى أن لا فرق ، واطلاق الشافعى يعضده . ويمكن التمسك لقول من اشترط أن يكون عنده زوجة قبل الجديدة بقوله فى حديث أنس أيضاً : للبكر سبع وللثيب ثلاث قال الحافظ : لكن القاعدة أن المطلق محمول على المقيد . قال : وفيه ــ يعنى حديث أنس ــ حجة على الكوفيين فى قولهم : ان البكر والثيب سواء فى الثلاث ، وعلى الأوزاعى فى قوله للبكر ثلاث وللثيب يومان ، وفيه حديث مرفوع عن عائشة عند الدارقطنى بسند ضعيف جداً . ا هـ

وقال العمرانى فى البيان « اذا كان تحته زوجة أو زوجات فتزوج بأخرى قطع الدور للجديدة ، فان كانت بكراً أقام عندها سبعاً ولا يقضى ، وان كانت ثيباً كان لخيار بين أن يقيم عندها : ثلاثا ولا يقضى ، وبين أن يقيم عندها سبعاً ويقضى ما زاد على الثلاث . ومن أصحابنا من قال تقضى السبعة كلها ، والأول هو المشهور قلت : هذا هو مذهبنا وبه قال أنس بن مالك رضى الله عنه والشعبى والنخعى ومالك وأحمد واسحاق رحمهم الله .

وقال ابن المسيب والحسن البصرى « يقيم عندها اذا كانت بكرا ليلتين وعند الثيب ليلة » وقال الحكم وحماد وأبو حنيفة وأصحابه : يقيم عند البكر سبعا وعند الثيب ثلاثاً ويقضى مثل ذلك الباقيات . دليلنا ما روى عن أنس مرفوعاً « للبكر سبع وللثيب ثلاث » وما روى عن أم سلمة « دعل على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: ما بك على أهلك هوان، فان شئت سبعت عندك وقضيت لهن ، وان شئت ثلثت عندك ودرت ، فقلت : ثلث » فاذا قلنا يجب عليه قضاء السبع اذا أقامها عند الثيب فوجهه قوله صلى الله عليه وسلم « ثلثت عندك ودرت » فلو كان يجب قضاء الثلاث كما كان يجب قضاء

ما زاد لما كان للتخيير معنى ، ولأن الثلاثة مستحقة لها بدليل أنها لو اختارت أن يقيم عندها الثلاث لا غير لم يجب عليه قضاؤها فكذلك لا يجب قضاؤها اذا أقامها مع الأربع •

فـــرع قال فى الأم : ولا أحب أن يتخلف عن صلاة الجماعة ، ولا يمنعه من عيادة مريض ولا شهود جنازة ولا اجابة وليمة • وجملة ذلك أنه اذا أقام عند الجديدة بحق العقد فهو كالقسم الدائم فعماده الليـــل • وأما بالنهار فله أن ينصرف الى طلب معاشه ويصلى مع الجماعة ويشهد الجنـــازة ويعود المريض ويجيب الولائم لأن الايواء بالنهار عندها مباح • وهـــذه الأشياء طاعات فلا يترك الطاعات للمباح قال ابن الصباغ : فأما بالليل فقال أصحابنا : لا يخرج فيه لشىء من ذلك ؛ لأن حق الزوجـــة فيـــه واجب وما يخرج له فليس بواجب ، بخـــلاف الســـكون عنـــدها بالنهـــار فانه ليس بواجب • اهـ

فـــرع فى مذاهب العلماء فى ذلك : قال ابن دقيق العد فى عمدة الأحكام : الذى اختاره الأصوليون أن قول الراوى (من السنة كذا) فى حكم المرفوع لأن الظاهر أنه ينصرف الى سنة النبى صلى الله عليه وسلم وان كان يحتمل أن يكون ذلك قاله بناء على اجتهاد رآه ، ولكن الأظهر خلافه • وقول أبى قلابة : لو شئت لقلت : ان أنساً رفعه » يحتمل وجهين (أحدهما) أن يكـــون ظن ذلك مرفـــوعا مـــن لفظ أنس ، فتحـــرز عن ذلك تورعاً • (والثانى) أن يكون رأى أن قول أنس (من السنة) فى حكم المرفـــوع ولو شاء لعبر عنه بأنه مرفوع على حسب ما اعتقده من أنه فى حكم المرفوع• والأول أقرب ؛ لأن قوله (من السنة) يقتضى أن يكون مرفوعا بطـــريق اجتهادى محتمل وقوله : (انه رفعه) نص فى رفعه ما هو ظاهر محتمل الى ما هو نص غير محتمل ، وتكلموا فى علة هذا فقيل : انه حق للمـــرأة على الزوج لأجل ايناسها وازالة الحشمة عنها لتجددها أو يقال : انه حق للزوج على المرأة • وأفرط بعض الفقهاء من المالكية فجعل مقامه عندها عذراً فى اسقاط الجمعة اذا جاءت فى أثناء المدة • وهذا ساقط مناف للقواعد ونوزع ابن دقيق العيد فى هذا وأجيب بأنه قياس من قال : ان المقام عندها واجب ورواه ابن القاسم عن مالك فيتعارض عنده الواجبان فقدم حق الآدمى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان أراد السفر بامرأة أو امرأتين أو ثلاث أقرع بينهن ، فمن خرجت عليها القرعة سافر بها ، لما روت عائشة رضى الله عنها قالت : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا خرج أقرع بين نسائه ، فصارت القرعة على عائشة رضى الله عنها ، وحفصة رضى الله عنها فخرجتا معه جميعا » ولا يجوز أن يسافر بواحدة من غير قرعة ؛ لأن ذلك ميل وترك للعدل .

وان سافر بامرأتين بالقرعة سوى بينهما فى القسم كما يسوى بينهما فى الحضر فان كان فى سفر طويل لم يلزمه القضاء للمقيمات ، لأن عائشة رضى الله عنها لم تذكر القضاء ، ولأن المسافرة اختصت بمشقة السفر فاختصت بالقسم وان كان فى سفر قصير ففيه وجهان : (أحدهما) لا يلزمه القضاء كما لا يلزمه فى السفر الطويل . (والثانى) يلزمه لأنه فى حكم الحضر ، وان سافر ببعضهن بغير قرعة لزمه القضاء للمقيمات لأنه قسم بغير قرعة فلزمه القضاء كما لو قسم لها فى الحضر وان سافر بامرأة بقرعة الى بلد ثم عن له سفر أبعد منه لم يلزمه القضاء ، لأنه سفر واحد وقد أقرع له .

وان سافر بامرأة بالقرعة وانقضى سفره ثم أقام معها مدة لزمه أن يقضى المدة التى أقام معها بعد انقضاء السفر ، لأن القرعة انما تسقط القضاء فى قسم السفر . وان كان عنده امرأتان ثم تزوج بامرأتين وزفتا اليه فى وقت واحد لزمه أن يقسم لهما حق العقد ، ولا يقدم احداهما من غير قرعة ، فان أراد السفر قبل أن يقسم لهما أقرع بين الجميع فان خرجت القرعة لاحدى القديمتين سافر بها فاذا قدم قضى حق العقد للجديدتين وان خرجت القرعة لاحدى الجديدتين سافر بها ويدخل حق العقد فى قسم السفر لأن القصد من قسم العقد الألفة والاستمتاع . وقد حصل ذلك وهل يلزمه أن يقضى للجديدة الأخرى حق العقد ؟ فيه وجهان : (أحدهما) لا يلزمه كما لا يلزمه فى القسم الدائم . (والثانى) يلزمه ، وهو قول أبى اسحاق ، لأنه سافر بها بعدما استحقت الأخرى حق العقد فلزمه القضاء ، كما لو كان عنده أربع نسوة فقسم للثلاث ثم سافر بغير الرابعة بالقرعة قبل قضاء حق الرابعة) .

الشرح حديث عائشة أخرجه أحمد والبخارى ومسلم وابن ماجه بلفظ « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أراد أن يخرج سفراً أقرع بين أزواجه فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه » وقد استدل بهذا الحديث على مشروعية القرعة فى القسمة بين الشركاء وغير ذلك ، والمشهور عن الحنفية

والمالكية عدم اعتبار القرعة • قال القاضى عياض • هو مشهور عن مذهب مالك وأصحابه ، لأنها من باب الحظر والقمار • وحكى عن الحنفية اجازتها•

أما جملة الفصل فانه اذا كان لرجل زوجتان أو أكثر وأراد السفر ؛ كان بالخيار بين أن يسافر وحده ويتركهن فى البلد ، لأن عليه النفقة والكسوة والسكنى دون المقام معهن كما لو كان بالحضر وانفرد عنهن ، وان أراد أن يسافر بهن جميعاً لزمهن ذلك ، كما يجوز أن ينتقل من بلد الى بلد ؛ وان أراد أن يسافر ببعض نسائه أقرع بينهن لما روت عائشة عليها السلام « من اقراع النبى صلى الله عليه وسلم » وقد مضى ، وهو بالخيار بين أن يكتب الأسماء ويخرج على السفر والاقامة وبين أن يكتب السفر والاقامة ويخرج على الأسماء •

واذا خرج السفر على واحدة لم يلزمه المسافرة بها ، بل لو أراد أن يدعها ويسافر وحده كان له ؛ وان أراد أن يسافر بغيرها لم يجز ، لأن ذلك يبطل فائدة القرعة ، وان اختار أن يسافر باثنتين وعنده أكثر أقرع بينهن ، فان خرجت قرعة السفر على اثنتين سافر بهما ويسوى بينهما فى القسم فى السفر ، كما لو كان فى الحضر • واذا سافر بها بالقرعة ــ فان كان السفر طويلا لم يلزمه القضاء للمقيمات • وان كان السفر قصيراً ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يلزمه القضاء للمقيمات كالسفر الطويل (والثانى) يلزمه لأنه فى حكم الحضر • هذا مذهبنا • وقال داود : يلزمه القضاء للمقيمات فى الطويل والقصير • دليلنا حديث عائشة أنها ذكرت السفر ولم تذكر القضاء ؛ ولأن المسافرة اختصت بمشقة السفر فاختصت بالقسم •

فرع وان سافر بواحدة منهن من غير قرعة لزمه القضاء للمقيمات ، وبه قال أحمد • وقال مالك وأبو حنيفة : لا يقضى • دليلنا أنه خص بعض نسائه بمدة على وجه تلحقه فيه التهمة فلزمه القضاء كما لو كان حاضراً • وقال المسعودى : فلو قصد الرجوع اليهن فهل تحتسب عليه المدة من وقت القصد ؟ فيه وجهان :

فـــرع وان سافر بواحدة منهن بالقرعة ثم نوى الاقامة فى بعض البلاد وأقام بها معه أو لم ينو الاقامة الا أنه أقام بها أربعة أيام غير يوم الدخول ويوم الخروج قضى ذلك للباقيات ، لأنه انما لم يجب عليه أن يقضى مدة السفر • وهذا ليس بسفر • وان سافر بها الى بلد فلما بلغه عن له أن يسافر بها الى بلد آخر فسافر بها لم يقض للمقيمات لأنه سفر واحد وقد أقرع له •

فـــرع قال الشافعى رضى الله عنه « ولو أراد النقلة لم يكن له أن ينتقل بواحدة الا أوفى البواقى مثل مقامه معها » واختلف أصحابنا فى تأويلها فمنهم من قال : تأويلها اذا كان له نساء فأراد النقلة الى بلد فينتقل بواحدة منهن ونقل الباقيات مع وكيله الى ذلك البلد ، فلما وصل الى ذلك البلد أقام مع التى نقلها بعد السفر دون مدة السفر ؛ لأن مدة السفر لا تقضى • وقال أبو اسحاق : تقضى مدة السفر ومدة الاقامة بعده ، لأنه أراد نقل جميعهن ، فقد تساوت حقوقهن ، فمتى خص واحدة بالسكون معه لزمه أن يقضى للباقيات مدة الاقامة معها ؛ كما لو أقام فى الحضر معها بخلاف السفر باحداهن ، فعلى قول الأول يحتاج الى القرعة وعلى قول أبى اسحاق لا تحتاج الى قرعة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ويجوز للمرأة أن تهب ليلتها لبعض ضرائرها ، لما روت عائشة رضى الله عنها « أن سودة وهبت يومها وليلتها لعائشة رضى الله عنها تبتغى بذلك مرضاة رسول الله صلى الله عليه وسلم » ولا يجوز ذلك الا برضا الزوج ، لأن حقه ثابت فى استمتاعها ، فلا تملك نقله الى غيرها من غير رضاه ، ويجوز من غير رضا الموهوب لها لأنه زيادة فى حقها ، ومتى تقسم لها الليلة الموهوبة ؟ فيه وجهان : (أحدهما) تضم الى ليلتها ، لأنه اجتمع لها ليلتان فلم يفرق بينهما • (والثانى) تقسم لها فى الليلة التى كانت للواهبة ، لأنها قائمة مقامها فقسم لها فى ليلتها ، ويجوز أن تهب ليلتها للزوج لأن الحق بينهما ، فاذا تركت حقها صار للزوج ثم يجعلها الزوج لمن شاء من نسائه ، ويجوز أن تهب ليلتها لجميع ضرائرها، فان كن ثلاثا صار القسم أثلاثا بين الثلاث،

وان وهبت ليلتها ثم رجعت لم يصح الرجوع فيما مضى ، لانه هبة اتصل بها القبض ، ويصح فى المستقبل لأنها هبة لم يتصل بها القبض .

فصـــل وان كان له اماء لم يكن لهن حق فى القسم ، فان بات عند بعضهن لم يلزمه ان يقضى للباقيات ، لأنه لا حق لهن فى استمتاع السـيد ، ولهذا لا يجوز لهن مطالبته بالفيئة اذا حلف أن لا يطاهن ، ولا خيار لهن بجبه وتعنينه ، والمستحب ان لا يعطلهن لانه اذا عطلهن لم يأمن أن يفجـرن ، وان كان عنده زوجات واماء فاقام عند الاماء لم يلزمه القضاء للزوجات ، لأن القضاء يجب بقسم مستحق ، وقسم الاماء غير مستحق فلم يجب قضاؤه كما لو بات عند صديق له) .

الشرح حديث سودة هذا أخرجه أحمد والبخارى ومسلم وأبو داود وابن سعد وسعيد بن منصور والترمذى وعبد الرزاق وسـودة بنت زمعة تزوجها النبى صلى الله عليه وسلم وهو بمكة بعد موت خديجة عليهـا السلام ودخل بها وهاجرت معه ، ووقع فى رواية لمسلم من طريق شريك عن هشام فى آخر حديث عائشة ، قالت عائشة « وكانت امرأة تزوجها بعدى » ومعناه عقد عليها بعد أن عقد على عائشة « وأما الدخول بعائشة فكان بعد سودة بالاتفاق » وقد نبه على ذلك ابن الجوزى ــ قوله : « وهبت يومها » فى رواية البخارى فى الهبة : « يومها وليلتها » ــ وزاد فى آخرها ــ تبتغى بذلك رضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولفظ أبى داود « ولقـد قالت سودة بنت زمعة حين أسنت وخافت أن يفارقها رسول الله صلى الله عليـه وسلم : يا رسول الله يومى لعائشة . فقبل ذلك منها ، ففيها وأشباهها نزلت « وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً » الآية .

قال الحافظ ابن حجر فى الفتح : فتواردت هذه الروايات على أنها خشيت الطلاق ، فوهبت . قال : وأخرج ابن سعد بسند رجاله ثقات من رواية القاسم ابن أبى برة مرسلا « أن النبى صلى الله عليـه وسلم طلقهـا فقعدت له على طريقه فقالت : والذى بعثك بالحق مالى فى الرجال حاجـة ، ولكن أحب أن أبعث مع نسائك يوم القيامة ، فأنشدك الذى أنزل عليك الكتاب هل طلقتنى لموجدة وجدتها على ؟ قال : لا ، قالت : فأنشدك لما راجعتنى ، فراجعها ، قالت ، فانى قد جعلت يومى وليلتى لعائشة حبة رسول الله صلى الله عليـه

وسلم « والرواية المتفق عليها « أن سودة بنت زمعة وهبت يومها لعائشة وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم لعائشة يومها ويوم سودة » .

وقوله « يومها ويوم سودة » لا نزاع أنه يجوز اذا كان يوم الواهبة واليا ليوم الموهوب لها بلا فصل أن يوالى الزوج بين اليومين للموهوب لها ، وأما اذا كان بينهما نوبة زوجة أخرى أو زوجات ، فقال العلماء : انه لا يقدمه عن رتبته فى القسم الا برضا من بقى ، وهل يجوز للموهوب لها أن تمتنع عن قبول النوبة الموهوبة ؟ ــ فان كان قد قبل الزوج لم يجز لها الامتناع ــ وان لم يكن قد قبل لم تكره على ذلك ــ حكى ذلك فى الفتح عن العلماء .

وقال فى البيان : ويجوز للمرأة أن تهب ليلتها لبعض ضرائرها لما روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم تزوج سودة بعد موت خديجة فلما كبرت وأسنت هم النبى صلى الله عليه وسلم بطلاقها فقالت : يا رسول الله لاتطلقنى ودعنى حتى أحشر فى جملة أزواجك وقد وهبت ليلتى لأختى عائشة فتركها ، فكان يقسم لكل واحدة ليلة ليلة ولعائشة ليلتين » .

اذا ثبت هذا فان القبول فيه الى الزوج لأن الحق له ولا يصح ذلك الا برضاها لأن الاستمتاع حق له عليها ، ولا يعتبر فيه رضا الموهوبة لأن ذلك زيادة فى حقها ــ فان كانت ليلة الواهبة توالى ليلة الموهوبة والا هما لها ، وان كانتا غير متواليتين فهل للزوج أن يواليهما من غير رضا الباقيات ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) له ذلك لأن لها ليلتين ، فلا فائدة فى تفرقتهما .

(والثانى) ليس له ذلك ، وهو المذهب ولم يذكر البغوى غيره لأنها قائمة مقام الواهبة ، وان وهبتها لزوجها جاز له أن يجعلها لمن شاء من نسائه ، لأن الحق له ، وان جعلها لواحدة تلى ليلتها ليلة ــ الواهبة ، اما قبلها أو بعدها والا هما لها وان جعلها لمن لا تلى ليلتها فهل له أن يواليهما لها ؟ على الوجهين ، هكذا نقل البغداديون .

وقال المسعودى : هل للزوج أن يخص بها بعض نسائه ؟ فيه وجهان : وان وهبتها لجميع ضرائرها صح ذلك وسقط قسمها وصارت كأن لم تكن ، فان رجعت الواهبة فى ليلتها لم تصح رجعتها فيما مضى ؛ لأنها هبة اتصل بها القبض ويصح رجعتها فى المستقبل لأنها هبة لم يتصل بها القبض ، فان لم يعلم الزوج برجعتها حتى قسم ليلتها لغيرها ؛ قال الشافعى رحمه الله : لم يكن لها بدلها ، فان أخذت عن ليلتها عوضاً من الزوج لم يصح لأنه ليس بعين ولا منفعة ، فترد العوض ويقبضها الزوج حقها لأنها تركت حقها بعوض ولم يسلم لها العوض •

مسألة المستحب أن يساوى بين الاماء والحرائر ؛ فان لم يفعل فلا شىء عليه ، وله أن يطوف على نسائه أو امائه بغسل واحد اذا حللنه عن ذلك فى القسم لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يطوف على نسائه بغسل واحد ، والله تعالى أعلم بالصواب •

فرع فى مذاهب العلماء فى الوطء :

قلنا : ان الوطء ليس واجباً عندنا ، لأنه حق له فلا يجب عليه كسائر الحقوق •

وقال أحمد ومالك : الوطء واجب على الرجل الا أن يكون له عذر •

وقد استنكر ابن العربى من المالكية القول بمنع العزل عمن يقول بأن المرأة لا حق لها فى الوطء ؛ ونقل عن مالك : أن لها حق المطالبة به اذا قصد بتركه اضرارها ، وعند الشافعى وأبى حنيفة : لا حق لها الا فى وطأة واحدة يستقر بها المهر • قال : فاذا كان الأمر كذلك فكيف يكون لها حق فى العزل ؟ فان خصوه بالوطأة الأولى فيمكن والا فلا يسوغ فيما بعد ذلك الا على مذهب مالك بالشرط المذكور • ا هـ

وقال ابن حجر فى الفتح : وما نقله عن الشافعى غريب والمعروف عند أصحابه أن لا حق لها أصلا • نعم جزم ابن حزم بوجوب الوطء وبتحريم

العزل واستند الى حديث جدامة بنت وهب أن « النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن العزل فقال : ذلك الوأد الخفى » أخرجه مسلم وذلك معارض بحديثين (أحدهما) أخرجه النسائى والترمذى وصححه من طريق معمر عن يحيى بن أبى كثير عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن جابر رضى الله عنه قال : « كانت لنا جوارى وكنا نعزل فقالت اليهود : ان تلك الموءودة الصغرى ، فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال : كذبت اليهود لو أراد الله خلقه لم يستطع رده » وأخرجه النسائى من طريق هشام وعلى بن المبارك وغيرهما عن يحيى عن محمد بن عبد الرحمن عن أبى مطيع ابن رفاعة عن أبى سعيد نحوه وعن أبى هريرة .

وهذه طرق يقوى بعضها ببعض ويجمع بينها وبين حديث جدامة بحمل حديث جدامة فى التنزيه وهذه طريقة البيهقى ، ومنهم من ضعف حديث جدامة لأنه معارض بما هو أكثر طرقاً منه ، وكيف يصرح بتكذيب اليهود فى ذلك ثم يثبته ؟ وهذا دفع للأحاديث الصحيحة بالتوهم . والحديث صحيح لا ريب فيه والجمع ممكن .

ومنهم من ادعى أنه منسوخ ورد بعدم معرفة التاريخ وقال الطحاوى : يحتمل أن يكون حديث جدامة على وفق ما كان عليه الأمر أولا من موافقة أهل الكتاب لأنه كان صلى الله عليه وسلم يحب موافقة أهل الكتاب فيما لم ينزل عليه ثم أعلمه الله بالحكم فكذب اليهود فيما كانوا يقولونه .

وتعقبه ابن رشد ثم ابن العربى بأنه لا يجزم بشىء تبعاً لليهود ثم يصرح بتكذيبهم فيه . ومنهم من رجح حديث جدامة لثبوته فى الصحيح وضعف مقابله بأنه حديث واحد اختلف فى اسناده فاضطرب ورد بأن الاختلاف يقدح حيث لا يقوى بعض الوجوه فمتى قوى بعضها عمل به ، وهو هنا كذلك ، والجمع ممكن .

ورجح ابن حزم العمل بحديث جدامة بأن أحاديث غيرها موافق أصل الاباحة ، وحديثها يدل على المنع .

قال : فمن ادعى أنه أبيح بعد أن منع فعليه البيان ؛ وتعقب بأن حديثها ليس صريحا فى المنع اذ لا يلزم من تسميته وأداً خفياً على طريق التشبيه أن يكون حراما وخصه بعضهم بالعزل عن الحامل لزوال المعنى الذى كان يحذره الذى يعزل من حصول الحمل ،لكن فيه تصنيع للحمل لأنه يغذوه ؛ فقد يؤدى العزل الى موته أو الى ضعفه المفضى الى موته فيكون وأداً خفياً • وجمعه أيضاً بين تكذيب اليهود فى قولهم الموءودة الصغرى وبين اثبات كونه وأداً خفياً فى حديث جدامة بأن قولهم (الموءودة الصغرى) أنه اقتضى أنه وأد ظاهر لكنه صغير بالنسبة الى دفن المولود بعد وضعه حياً فلا يعارض قوله « ان العزل وأد خفى » فانه يدل على أنه ليس فى حكم الظاهر أصلا فلا يترتب عليه حكمه وانما جعله وأداً من جهة اشتراكهما فى قطع الولادة •

وقال بعضهم « قوله الوأد الخفى » ورد على طريق التشبيه لأنه قطع طريق الولادة قبل مجيئه فأشبه قتل الولد بعد مجيئه ، وقال ابن القيم : الذى كذبت فيه اليهود زعمهم أن العزل لا يتصور مع الحمل أصلا وجعله بمنزلة قطع النسل فى الوأد ؛ فأكذبهم وأخبر أنه لا يمنع الحمل اذا شاء الله خلقه ، واذا لم يرد خلقه لم يكن وأداً حقيقة ، وانما سماه وأداً خفياً فى حديث جدامة ، لأن الرجل انما يعزل هربا من الحمل فأجرى قصده لذلك مجرى الوأد لكن الفرق بينهما أن الوأد ظاهر بالمباشرة اجتمع فيه القصد والفعل والعزل يتعلق بالقصد صرفاً ؛ فلذلك وصفه بكونه خفياً ، فهذه عدة أجوبة أشار اليها فى الفتح •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب النشـــــوز

اذا ظهرت من المراة امارات النشوز وعظها لقوله تعالى « واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن » ولا يضربها لانه يجوز ان يكون ما ظهر منها لضيق صدر من غير جهة الزوج ، وان تكرر منها النشوز فله أن يضربها ، لقوله عز وجل « واضربوهن » وان نشزت مرة ففيه قولان :

(أحدهما) انه يهجرها ولا يضربها ، لأن العقوبات تختلف باختلاف الجرائم ولهذا ما يستحق بالنشوز لا يستحق بخوف النشوز ، فكذلك ما يستحق بتكرر النشوز لا يستحق بنشوز مرة .

(والثانى) وهو الصحيح : انه يهجرها ويضربها لأنه يجوز ان يهجرها للنشوز فجاز ان يضربها كما لو تكرر منها . فأما الوعظ فهو أن يخوفها بالله عز وجل وبما يلحقها من الضرر بسقوط نفقتها . وأما الهجران فهو أن يهجرها فى الفراش لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه انه قال فى قوله عز وجل : « واهجروهن فى المضاجع قال : لا تضاجعها فى فراشك » وأما الهجران بالكلام فلا يجوز أكثر من ثلاثة أيام ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام » وأما الضرب فهو ان يضربها ضرباً غير مبرح ويتجنب المواضع المخوفة والمواضع المستحسنة ، لما روى جابر رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : اتقوا الله فى النساء فانكم أخذتموهن بكتاب الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، وان لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه ؛ فان فعلن ذلك فاضربوها ضرباً غير مبرح » ولأن القصد التاديب دون الاتلاف والتشويه) .

الشرح النشوز مصدر نشز وبابه قعد وضرب ، ونشزت المرأة من زوجها عصته وامتنعت عليه ؛ ونشز الرجل من امرأته تركها وجفاها ، قال تعالى « وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو أعراضا » الآية ؛ وأصله الارتفاع ، يقال : نشز من مكانه نشوزاً بالوجهين اذا ارتفع عنه ؛ وقال تعالى « واذا قيل انشزوا فانشزوا » بالضم والكسر والنشز بفتحتين المرتفع من الأرض ، والسكون لغة ؛ وقال ابن السكيت فى باب فعل وفعل : قعد على نشز من الأرض ونشز وجمع الساكن نشوز مثل فلس وفلوس ، ونشاز مثل سهم وسهام وجمع المفتوح أنشاز مثل سبب وأسباب . وأنشزت المكان بالألف رفعته ؛ واستعير ذلك للزيادة والنمو ، فقيل : أنشز الرضاع العظم وأنبت اللحم .

أما حديث أبى هريرة رضى الله عنه فقد قال النووى : رواه أبو داود على شرط البخارى ومسلم بلفظ « لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث ، فمن هجر فوق ثلاث فمات دخل النار » وفى رواية عند أبى داود له أيضاً

بلفظ « لا يحل لمؤمن أن يهجر مؤمناً فوق ثلاث ؛ فان مرت به ثلاث فليلقه وليسلم عليه ؛ فان رد عليه السلام فقد اشتركا فى الأجر ، وان لم يرد عليه فقد باء بالاثم وخرج المسلم من الهجرة » •

قال أبو داود : اذا كانت الهجـرة لله تعالى فليس من هـذا فى شىء ، وفى الصحيحين عن أنس بلفظ « لا تقاطعوا ولا تدابروا ولا تباغضوا ولا تحاسدوا وكونوا عباد الله اخواناً ولا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث » وفيهما عن أبى أيوب بلفظ « لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث ليـال يلتقيان فيعرض هذا ويعرض هذا ؛ وخيرهما الذى يبدأ السلام » •

أما حديث جابر رضى الله عنه فقد أخرجه مسلم وأصحاب السنن ، وهو من حديث طويل فى صفة حجة النبى صلى الله عليه وسلم وجزء من خطبة الوداع ، ورواه ابن ماجه والترمذى وصححه من حديث عمرو بن الأحوص « أنه شهد حجة الوداع مع النبى صلى الله عليه وسلم فحمد الله وأثنى عليه ؛ وذكر ووعظ ثم قال : استوصوا بالنساء خيراً فانما هن عندكم عوان ليس تملكون منهن شيئا غير ذلك الا أن يأتين بفاحشة مبينة ، فان فعلن فاهجروهن فى المضاجع واضربوهن ضرباً غير مبرح ، فان أطعنكم فلا تبغـوا عليهـن سبيلا ؛ ان لكم على نسائكم حقا ولنسائكم عليكم حقا • فأما حقـكم على نسائكم فلا يوطئن فرشكم من تكرهون ولا يأذن فى بيوتكم لمن تكرهون ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا اليهن فى كسوتهن وطعامهن » وقد أخرجـه مسلم من حديث أبى هريرة بلفظ « ولا يأذن فى بيته الا باذنه » وقد أخرجه أحمد وابن جرير والنسائى وأبو داود وابن ماجه والحاكم وصححه والبيهقى عن معاوية بن حيدة القشيرى أنه سأل النبى صلى الله عليه وسلم « ما حق المرأة على الزوج ؟ قال : أن تطعمها اذا طعمت ، وأن تكسوها اذا اكتسيت ، ولا تضرب الوجه ولا تهجر الا فى البيت » •

اما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : قال عز وجل « واللاتى تخافون نشوزهن » يحتمل اذا رأى الدلالات فى ايغال المرأة واقبالهـا على النشوز فكان للخوف موضع أن يعظها ؛ فان أبدت نشوزاً هجـرها • فان

أقامت عليه ضربها ، وذلك أن العظة مباحة قبل الفعل المكروه اذا رؤيت أسبابه ، وأن لا مؤنة فيها عليها كضربها ؛ وأن العظة غير محرمة من المرء لأخيه فكيف لامرأته والهجرة لا تكون الا بما يحل به الهجرة لأن الهجرة ، محرمة فى غير هذا الموضع فوق ثلاث ؛ والضرب لا يكون الا ببيان الفعل ؛ فالآية فى العظة والهجرة والضرب على بيان الفعل تدل على أن حالات المرأة فى اختلاف ما تعاقب فيه من العظة والهجرة والضرب مختلفة ، فاذا اختلفت فلا يشبه معناها الا ما وصفت .

وقال رحمه الله أيضاً : وقد يحتمل قوله « تخافون نشوزهن » اذا نشزن فخفتم لجاجتهن فى النشوز أن يكون لكم جمع العظة والهجرة والضرب (قال) واذا رجعت الناشز عن النشوز لم يكن لزوجها هجرتها ولا ضربها، لأنه انما أبيحا بالنشوز ؛ فاذا زايلته فقد زايلت المعنى الذى أبيحا له به .

قال الربيع : أخبرنا الشافعى قال : أخبرنا سفيان عن ابن شهاب عن عبد الله بن عبد الله بن عمر عن اياس بن عبد الله بن أبى ذباب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تضربوا اماء الله،قال : فأتاه عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال : يا رسول الله ذئر النساء على أزواجهن ، فأذن فى ضربهن ؛ فأطاف بآل محمد عليه الصلاة والسلام نساء كثير كلهن يشتكين أزواجهن ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم لقد أطاف الليلة بآل محمد نساء كثير أو قال سبعون امرأة كلهن يشتكين فلا تجدون أولئك خياركم » .

قال الشافعى : فجعل لهم الضرب وجعل لهم العفو ، وأخبر أن الخيار ترك الضرب اذا لم يكن لله عليها حد على الوالى أخذه ؛ وأجاز العفو عنها فى غير حد فى الخير الذى تركت حظها وعصت ربها . ا هـ

اذا ثبت هذا فانه اذا ظهر من المرأة النشوز بقول أو فعل وعظها . فأما النشوز بالقول فهو أن يكون من عادته اذا دعاها أجابته بالتلبية ، واذا خاطبها أجابت خطابه بكلام جميل حسن ، ثم صارت بعد ذلك اذا دعاها لا تجيب بالتلبية واذا خاطبها أو كلمها تخاشنه القول ؛ فهذه أمارات النشوز بالقول .

وأما أمارات النشوز بالفعل فهو أن يكون من عادته اذا دعاها الى الفراش أجابته ببشاشة وطلاقة وجه ؛ ثم صارت بعد ذلك متجهمة متكرهة ، أو كان من عاداتها اذا دخل اليها قامت له وخدمته ؛ ثم صارت لا تقوم له ولا تخدمه ، فاذا ظهر له ذلك منها فانه يعظها ولا يهجرها ولا يضربها ؛ هذا قول عامة أصحابنا وقال الصيمرى : اذا ظهرت منها أمارات النشوز فله أن يجمع بين العظة والهجران ، والأول هو المشهور ؛ لأنه يحتمل أن يكون هذا النشوز تفعله فيما بعد ، ويحتمل أن يكون لضيق صدر من أولادها أو من جاراتها أو أقربائها أو نحو ذلك من شغل قلب أو قلق خاطر نشزت منه ؛ بأن دعاها فامتنعت منه ، فان تكرر ذلك الامتناع منها فله أن يهجرها ، وله أن يضربها . والأصل فيه قول الله تعالى « واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن » الآية .

وان نشزت منه مرة واحدة فله أن يهجرها . وهل له أن يضربها ؟ فيه قولان :

(أحدهما) ليس له أن يضربها . وبه قال أحمد . لأنها لا تستحق الا العقوبة المساوية لفعلها . بدليل أنها لا تستحق الهجران لخوف النشوز فكذلك لا تستحق الضرب بالنشوز مرة واحدة . فعلى هذا يكون ترتيب الآية : واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع اذا نشزن . واضربوهن اذا أصررن على النشوز .

(والثانى) له أن يضربها . قال العمرانى وغيره : وهو الأصح لقوله تعالى « واللاتى تخافون » الآية .

فظاهر الآية أن له فعل الثلاثة الأشياء لخوف النشوز . فدل الدليل على أنه يضربها ويهجرها عند خوف النشوز . وهذه الآية على ظاهرها اذا نشزت لأنها معصية يحل بها هجرانها وضربها كما لو تكرر منها النشوز .

اذا ثبت هذا فالموعظة أن يقول لها : ما الذى منعك عما كنت آلفه من برك وما الذى غيرك ، اتقى الله وارجعى الى طاعتى ، فان حقى واجب

عليك ؛ ونحو ذلك من عبارات الوعظ ؛ وتذكيرها بما يعده الله للآثمين والآثمات من حساب يوم تتساوى الأقدام فى القيام لله ، ويعلم كل امرىء ما قدمت يداه .

والهجران هو أن لا يضاجعها فى فراش واحد لقوله تعالى « واهجروهن فى المضاجع » ولا يهجر بالكلام ، فان فعل لم يزد على ثلاثة أيام ؛ فان زاد عليها أثم ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم هى أن يهجر الرجل أخاه فوق ثلاثة أيام .

وأما الضرب فقال الشافعى : لا يضربها ضرباً مبرحاً لا مدميا ولا مدمنا ويتقى الوجه فالمبرح الفادح الذى يخشى تلف النفس منه أو تلف عضو أو تشويهه ؛ والمدمى الذى يجرح فيخرج الدم ؛ والمدمن أن يوالى الضرب على موضع واحد، لأن القصد منه للتأديب . ويتوقى الوجه لأنه موضع المحاسن ويتوقى المواضع المخوفة .

قال الشافعى : ولا يبلغ به حداً . ومن أصحابنا من قا ل: لا يبلغ به الأربعين لأنه حد الخمر ، ومنهم من قال لا يبلغ به العشرين لأنه حد العبد ؛ لأنه تعزير . وليس للرجل أن يضرب زوجته على غير النشوز يقذفها له أو لغيره ، لأن ذلك الى الحاكم ؛ والفرق بينهما أن النشوز لا يمكن اقامة البينة عليه ، بخلاف سائر جناياتها .

اذا ثبت هذا فان النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا تضربوا اماء الله » وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال « كنا معشر قريش لا يغلب نساؤنا رجالنا ؛ فقدمنا المدينة فوجدنا نساءهم يغلبن رجالهم ، فحاط نساؤنا نساءهم فذئرن على أزواجهن فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم وقلت ذئر النساء على أزواجهن ، فأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم بضربهن . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لقد أطاف بآل محمد سبعون امرأة كلهن تشتكين أزواجهن وما تجدون أولئك بخياركم » فاذا قلنا يجوز نسخ السنة بالكتاب فيحتمل أن يكون النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن ضربهن ثم نسخ الكتاب السنة بقوله « واضربوهن » ثم أذن رسول الله صلى الله عليه

وسلم فى ضربهن موافقة للكتاب ، غير أنه يجعل تركه أولى بقوله وما تجدون أولئك بخياركم •

وان قلنا ان نسخ السنة لا يجوز بالكتاب احتمل أن يكون النهى عن ضربهن متقدماً ثم نسخه النبى صلى الله عليه وسلم وأذن فى ضربهن ثم ورد الكتاب للسنة فى ضربهن • ومعنى قوله « ذئر النساء على أزواجهن » أى اجترأن عليهم • قال الصيمرى : وقيل فى قوله تعالى : « وللرجال عليهن درجة » سبعة تأويلات •

(أحدها) أن حل عقدة النكاح اليه •

(الثانى) أن له ضربها عند نشوزها •

(الثالث) أن عليها الاجابة اذا دعاها الى فراشة ؛ وليس عليه ذلك •

(الرابع) أن له منعها من الخروج ، وليس لها ذلك •

(الخامس) أن ميراثه على الضعف من ميراثها •

(السادس) أن لو قذفها كان له اسقاط حقها باللعان • وليس لها ذلك •

(السابع) موضع الدرجة اشتراكهما فى لذة الوطء ، واختص الزوج بتحمل مؤنة الصداق والنفقة والكسوة وغير ذلك ا هـ •

وعن عبد الله بن زمعة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أيضرب أحدكم امرأته كما يضرب العبد ثم يجامعها فى آخر اليوم » أخرجه الشيخان وقال العلامة صديق حسن خان « فى هذا دليل على أن الأولى ترك الضرب للنساء فان احتاج فلا يوالى بالضرب على موضع واحد من بدنها ؛ وليتق الوجه لأنه مجمع المحاسن ؛ ولا يبلغ بالضرب عشرة أسواط » •

وقيل ينبغى أن يكون الضرب بالمنديل واليد ، ولا يضرب بالسوط والعصا وبالجملة فالتخفيف بأبلغ شىء أولى فى هذا الباب • وبعد هذا

لا يسأل الرجل الملتزم بالشرع عن ضرب امرأته لما أخرجه أبو داود عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا يسأل الرجل فيما ضرب امرأته » .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان ظهرت من الرجل امارات النشوز لمرض بها أو كبر سن ورأت أن تصالحه بترك حقوقها من غير قسم وغيره جاز ، لقوله عز وجل « وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا » قالت عائشة رضي الله عنها : انزل الله عز وجل هذه الآية في المرأة اذا دخلت في السن فتجعل يومها لامرأة أخرى ، فان ادعى كل واحد منهما النشوز على الآخر اسكنهما الحاكم الى جنب ثقة ليعرف الظالم منهما فيمنع من الظلم ، فان بلغا الى الشتم والضرب بعث الحاكم حكمين للاصلاح أو التفريق ، لقوله عز وجل « وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ، ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما » واختلف قوله في الحكمين فقال في أحد القولين : هما وكيلان فلا يملكان التفريق الا باذنهما ، لأن الطلاق الى الزوج ، وبذل المال الى الزوجة فلا يجوز الا باذنهما ، وقال في القول الآخر : هما حاكمان فلهما ان يفعلا ما يريان من الجمع والتفريق ، بعوض وغير عوض لقوله عز وجل « فابعثوا حكماً من اهله حكما من أهلها » فسماهما حاكمين ، ولم يعتبر رضا الزوجين .

وروى عبيدة « أن عليا رضي الله عنه بعث رجلين فقال لهما : اتريان ما عليكما . عليكما ان رأيتما أن تجمعا جمعتما ، وان رأيتما ان تفرقا فرقتما ، فقال الرجل : أما هذا فلا ، فقال : كذبت لا والله ولا تبرح حتى ترضى بكتاب الله عز وجل لك وعليك » فقالت المرأة : « رضيت بكتاب الله لي وعلي » ولأنه وقع الشقاق واشتبه الظالم منهما فجاز التفريق بينهما من غير رضاهما ، كما لو قذفها وتلاعنا ، والمستحب أن يكون حكما من اهله وحكما من أهلها للآية ، ولأنه روى أنه وقع بين عقيل بن أبي طالب وبين زوجته شقاق ، وكانت من بني أمية ، فبعث عثمان رضي الله عنه حكما من اهله وهو ابن عباس رضي الله عنه ، وحكما من أهلها وهو معاوية رضي الله عنه ، ولأن الحكمين من اهلهما أعرف بالحال ، وان كانا من غير أهلهما جاز لأنهما في أحد القولين وكيلان وفي الآخر حاكمان ، وفي الجميع يجوز أن يكونا من غير اهلهما ، ويجب أن

يكونا ذكرين عدلين لأنهما فى احد القولين حاكمان وفى الآخر وكيلان ، الا انه يحتاج فيه الى الرأى والنظر فى الجمع والتفريق ، ولا يكمل لذلك الا ذكران عدلان ، فان قلنا : انهما حاكمان لم يجز ان يكونا الا فقيهين ، وان قلنا : انهما وكيلان جاز أن يكونا من العامة ، وان غاب الزوجان ـ فان قلنا : انهما وكيلان ـ نفذ تصرفهما كما ينفذ تصرف الوكيل مع غيبة الموكل ، وان قلنا : انهما حاكمان لم ينفذ حكمهما ، لأن الحكم الغالب لا يجوز ، وان جنى لم ينفذ حكم الحكمين ، لأنهما فى أحد القولين وكيلان . والوكالة تبطل بجنون الموكل. وفى القول الآخر : حاكمان الا انهما يحكمان للشقاق وبالجنون زال الشقاق) .

الشرح فى قوله تعالى « وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضاً » الآية . أخرج أحمد والبخارى ومسلم عن عائشة عليها السلام قالت : هى المرأة تكون عند الرجل لا يستكثر منها فيريد طلاقها ويتزوج غيرها تقول له : أمسكنى ولا تطلقنى ثم تزوج غيرى وأنت فى حل من النفقة على والقسم لى . فذلك قوله تعالى « فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير » وفى رواية قالت « هو الرجل يرى من امرأته ما لا يعجبه كبراً أو غيره فيريد فراقها فتقول : أمسكنى واقسم لى ما شئت . قالت : فلا بأس اذا تراضيا » .

وأما قوله تعالى « وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها » الآية . فان أصل الشقاق أن كل واحد منهما يأخذ غير شق صاحبه ، أى ناحية غير ناحيته ؛ وأضيف الشقاق الى الظرف لاجرائه مجرى المفعول به . كقوله تعالى « بل مكر الليل والنهار » وقولهم « يا سارق الليلة أهل الدار » والخطاب للأمراء والحكام . والضمير فى قوله بينهما للزوجين لأنه قد تقدم ذكر ما يدل عليهما وهو ذكر الرجال والنساء .

أما الأحكام فان ظهر من الزوج أمارات النشوز بأن يكلمها بخشونة بعد أن كان يلين لها فى القول أو لا يستدعيها الى الفراش كما كان يفعل الى غير ذلك . فلا بأس أن تترك له بعض حقها من النفقة والكسوة والقسم، لتطيب بذلك نفسه ؛ فاذا ظهر من الزوج النشوز بأن منعها ما يجب لها من

نفقة وكسوة وقسم وغير ذلك أسكنها الحاكم الى جنب ثقة عدل ليستوفى لها حقها ، وان ادعى كل واحد منهما على صاحبه النشوز بمنع ما يجب عليه أسكنها الحاكم الى جنب ثقة ليشرف عليهما ؛ فاذا عرف الظالم منهما منعه من الظلم ــ هكذا أفاده العمرانى وغيره ، فاذا تجاوز الأمر حده الى التشاتم أو الضرب أو تمزيق الثياب بعث الحاكم حكمين ليجمعا بينهما أو يفرقا لقوله تعالى « وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها » .

قال العلامة صديق حسن خان فى نيل المرام : فابعثوا الى الزوجين حكما يحكم بينهما ممن يصلح لذلك عقلا ودينا وانصافا ؛ وانما نص الله سبحانه على أن الحكمين يكونان من أهل الزوجين لأنهما أقرب لمعرفة أحوالهما ، واذا لم يوجد من أهل الزوجين من يصلح للحكم بينهما كان الحكمان من غيرهم ، وهذا اذا أشكل أمرهما ولم يتبين من هو المسىء منهما ؛ فأما اذا عرف المسىء فانه يؤخذ لصاحبه الحق منه وعلى الحكمين أن يسعيا فى اصلاح ذات البين جهدهما ، فان قدرا على ذلك عملا عليه ؛ وان أعياهما اصلاح حالهما ورأيا التفريق بينهما جاز لهما ذلك من دون أمر الحاكم ولا توكيل بالفرقة من الزوجين ، وبه قال مالك والأوزاعى واسحاق ؛ وهو مروى عن عثمان وعلى وابن عباس والشعبى والنخعى ، وحكاه ابن كثير عن الجمهور ؛ قالوا : لأن الله تعالى قال : « فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها » ؛ وهذا نص من الله على أنهما قاضيان لا وكيلان ولا شاهدان .

وقال الكوفيون وعطاء وابن زيد والحسن ــ وهو أحد قولى الشافعى ــ ان التفريق هو الى الامام أو الحاكم فى البلد ، لا اليهما ، ما لم يوكلهما الزوجان أو يأمرهما الامام والحاكم ؛ لأنهما رسولان شاهدان فليس اليهما التفريق ؛ ويرشد الى هذا قوله تعالى : « ان يريدا ــ أى الحكمان ــ اصلاحا بين الزوجين يوفق الله بينهما » ، أى يوقع الموافقة بين الزوجين حتى يعودا الى الألفة وحسن العشرة والوئام ؛ ومعنى الارادة خلوص نيتهما وصدق عزمهما لاصلاح ما بين الزوجين ، وقيل : ان الضمير فى قوله تعالى : يوفق الله بينهما ، للحكمين ؛ كما فى قوله : ان يريدا اصلاحا ؛ أى يوفق الله بين

الحكمين فى اتحاد مقصودهما ، وقيل كلا الضميرين للزوجين ؛ أى ان يريدا اصلاح ما بينهما من الشقاق أوقع الله تعالى بينهما الألفة والوفاق ؛ واذا اختلف الحكمان لم ينفذ حكمهما ، ولا يلزم قولهما بلا خلاف •

قال فى البيان : وهل هما وكيلان من قبل الزوجين أو حاكمان من قبل الحاكم ؟ فيه قولان : (أحدهما) أنهما وكيلان من قبل الزوجين ؛ وبه قال أبو حنيفة وأحمد لما روى عبيدة السلمانى قال : « جاء الى على بن أبى طالب رجل وامرأة ومع كل واحد منهما قيام من الناس بغير جماعة ، فقال على كرم الله وجهه ، ابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ؛ ثم قال للحكمين : أتدريان ما عليكما ؟ ان رأيتما أن تجمعا ، وان رأيتما أن تفرقا ، فقالت المرأة : رضيت بكتاب الله لى وعلى ، وقال الرجل : أما الجمع فنعم وأما التفريق فلا ، فقال على : كذبت لا والله لا تتزوج حتى ترضى بكتاب الله لك وعليك » فاعتبر رضاه ، ولأن الطلاق بيد الزوج ؛ وبذل العوض بيد المرأة ؛ فافتقر الى رضاهما ، فعلى هذا لابد أن يوكل كل واحد منهما الحاكم من قبله على الجمع أو التفريق • (والثانى) أنهما حكمان من قبل الحاكم ؛ وبه قال مالك والأوزاعى واسحاق ، وهو الأشبه لقوله تعالى : « فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها » وهذا خطاب لغير الزوجين وسماهما الله تعالى حكمين ، فعلى هذا لا يفتقر الى رضى الزوجين ا هـ •

اذا ثبت هذا فان الحكمين يخلو كل واحد منهما بأحد الزوجين وينظر ما عنده ، ثم يجتمعان ويشتوران ، فان رأيا الجمع بينهما لم يتم الا بالحكمين؛ وان رأيا التفريق بينهما ــ فان رأيا أن يفرقا فرقة بلا عوض أوقعها الحاكم من قبل الزوج ؛ وان رأيا أن يفرقا بينهما بعوض بذل الحاكم من قبلها العوض عليها ، وأوقع الحاكم من قبل الزوج الفرقة • والمستحب أن يكونا من أهلهما للآية ؛ ولأنهما أعلم بباطن أمرهما • وان كانا من غير أهلهما جاز ؛ لأن الحاكم والوكيل يصح أن يكون أجنبيا • ولابد أن يكونا حرين مسلمين ذكرين عدلين ؛ لأنا ــ ان قلنا انهما حاكمان ــ فلابد من هذه الشرائط•وان قلنا : انهما وكيلان الا أنه وكيل من قبل الحاكم فلابد من أن يكون كاملا • قال الشيخ أبو اسحاق الشيرازى فان قلنا : انهما حاكمان فلابد أن يكونا

فقيهين ؛ وان قلنا : انهما وكيلان ؛ جاز أن يكونا من العامة وان غاب الزوجان أو أحدهما ـ فان قلنا : انهما وكيلان صح فعلهما ؛ لأن تصرف الوكيل يصح بغيبة الموكل ، وان قلنا : انهما حاكمان لم يصح فعلهما • لأن الحكم لا يصح للغائب ؛ وان صح الحكم عليه ، لأن كل واحد منهما محكوم له وعليه ، وان جنا أو أحدهما لم يصح فعلهما ؛ لأنه ان قلنا انهما وكيلان بطلت وكالة من جن موكله ، وان قلنا : انهما حاكمان ؛ فانهما يحكمان للشقاق ، وبالجنون زال الشقاق ؛ وان لم يرضيا أو أحدهما ـ فان قلنا : انهما حاكمان لم يعتبر رضاهما • وان قلنا : انهما وكيلان ولم يجبرا على الوكالة فينظر الحاكم فيما يدعيه كل منهما ؛ فاذا ثبت عنده استوفاه من الآخر وان كان لهما أو لأحدهما حق على الآخر من مهر أو دين لم يصح للحكمين المطالبة به الا بالوكالة قولا واحداً كالحاكم ، والله تعالى أعلم بالصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل •

* * *

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــــاب الخلع

اذا كرهت المرأة زوجها لقبح منظر ، أو سوء عشرة وخافت أن لا تؤدى حقه ، جاز أن تخالعه على عوض ، لقوله عز وجل ((فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به)) .

وروى ((أن جميلة بنت سهل كانت تحت ثابت بن قيس بن الشـــماس وكان يضربها فأتت الى النبى صلى الله عليه وسلم وقالت : لا أنا ولا ثابت وما أعطانى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذ منها ، فأخذ منها فقعدت فى بيتها)) وان لم تكره منه شيئا وتراضيا على الخلع من غير سبب جاز لقوله عز وجل ((فان طبن لكم عن شىء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً)) ولأنه رفع عقد بالتراضى جعل لدفع الضرر فجاز من غير ضرر كالاقالة فى البيع ، وان ضربها أو منعها حقها طمعاً فى أن تخالعه على شىء من مالها لم يجز ، لقوله عز وجل ((ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا أن يأتين بفاحشة مبينة)) فان طلقها فى هذه الحال على عوض لم يستحق العوض لأنه عقد معاوضة اكرهت عليه بغير حق فلم يستحق فيه العوض كالبيع ، فان كان ذلك بعد الدخول فله أن يراجعها ، لأن الرجعة انما تسقط بالعوض كالبيـــع وقـــد سقط العـــوض فتثبت الرجعة فيه ، فان زنت فمنعها حقها لتخالعه على شىء من مالها ففيه قولان (أحدهما) يجوز ويستحق فيه العوض لقوله عز وجل ((الا أن يأتين بفاحشة مبينة)) فدل على أنها اذا أتت بفاحشة جاز عضلها ليأخذ شيئا من مالهـــا . (والثانى) أنه لا يجوز ولا يستحق فيه العوض ، لأنه خلع أكرهت عليه بمنع الحق فأشبه اذا منعها حقها لتخالعه من غير زنا ، فأما الآية فقد قيل أنهـــا منسوخة بآية الامساك فى البيوت وهى قوله تعالى ((فأمسكوهن فى البيـــوت حتى يتوفاهن الموت)) ثم نسخ ذلك بالجلد والرجم ، ولأنه روى عن قتـــادة أنه فسر الفاحشة بالنشوز ، فعلى هذا اذا كان ذلك بعد الدخول فله أن يراجعها لما ذكرناه) .

الشرح خبر جميلة بنت سهل يؤخذ على المصنف سوقه بقوله :

وروى أن جميلة •هكذا بصيغة التمريض مع أن الخبر مروى فى صحيح البخارى وسنن النسائى بلفظ عن ابن عباس قال « جاءت امرأة ثابت بن قيس ابن شماس الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله انى ما أعتب عليه فى خلق ولا دين ، ولكنى أكره الكفر فى الاسلام ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته ؟ قالت : نعم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقبل الحديقة وطلقها تطليقة » ورواه ابن ماجه من طريق أزهر بن مروان وهو صدوق مستقيم الحديث وبقية اسناده من رجال الصحيح ، وكذلك النسائى والبيهقى أخرجاه بأسانيد رجالها رجال الصحيح ولفظه « عن ابن عباس أن جميلة بنت سلول أتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : والله ما أعتب على ثابت فى دين ولا خلق ولكنى أكره الكفر فى الاسلام لا أطيقه بغضاً ، فقال لها النبى صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته ؟ قالت : نعم • فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأخذ حديقته ولا يزداد » وأخرجه النسائى عن الربيع بنت معوذ « أن ثابت بن قيس بن شماس ضرب امرأته فكسر يدها ، وهى جميلة بنت عبد الله بن أبى فأتى أخوها يشتكيه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأرسل النبى صلى الله عليه وسلم الى ثابت فقال له : خذ الذى لها عليك وخل سبيلها ، قال : نعم فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تتربص حيضة واحدة وتلحق بأهلها » وفى الترمذى عن ابن عباس وقال : حسن غريب ولفظه « ان امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها ، فأمرها النبى صلى الله عليه وسلم أن تعتد بحيضة » وأخرجه الترمذى عن الربيع بنت معوذ ، وكذلك النسائى وابن ماجه ، وأخرجه الدارقطنى والبيهقى عن أبى الزبير •

وروى مالك فى موطئه عن حبيبة بنت سهل « أنها كانت تحت ثابت ابن قيس بن شماس وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج الى صلاة الصبح فوجدها عند بابه ، فقال : من هذه ؟ قالت : أنا حبيبة بنت سهل ، قال : ما شأنك ؟ قالت : لا أنا ولا ثابت بن قيس » الى آخر ما ساقه المصنف من الرواية ، أخرجه أصحاب السنن وصححه ابن خزيمة وابن حبان من هذا الوجه ، وأخرجه أبو داود من حديث عائشة أن حبيبة بنت سهل كانت عند

ثابت بن قيس • وأخرج البزار من حديث ابن عمر نحوه ، قال ابن عبد البر : اختلف فى امرأة ثابت بن قيس ، فذكر البصريون أنها جميلة بنت أبى ، وذكر المدنيون أنها حبيبة بنت سهل ، قال الحافظ ابن حجر : الذى يظهر لى أنهما قصتان وقعتا لامرأتين لشهرة الخبرين وصحة الطريقين واختلاف السياقين بخلاف ما وقع من الاختلاف فى تسمية جميلة ونسبتها ، فان سياق قصتها متقارب فأمكن رد الاختلاف فيه الى الوفاق • ا هـ

ووهم ابن الجوزى فقال : انها سهلة بنت حبيب ، وانما هى حبيبة بنت سهل ولكنه انقلب عليه ذلك • وروى الشافعى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن عمرة بنت عبد الرحمن عن حبيبة بنت سهل أن النبى صلى الله عليه وسلم « خرج الى صلاة الصبح فوجدها على بابه » الى آخر الرواية التى ساقها مالك فى موطئه •

أما اللغات فان الخلع هو النزع ، وخالعت المرأة زوجها اذا افتدت منه وطلقها على الفدية فخلعها هو خلعاً والاسم الخلع بالضم وهو استعارة من خلع اللباس وقال ابن بطال : أصل الخلع من خلع القميص عن البدن وهو نزعه عنه وازالته لأنه يزيل النكاح بعد لزومه ، وكذا المرأة لباس للرجل وهو لباس لها ، قال تعالى « هن لباس لكم وأنتم لباس لهن » فاذا تخالعا فقد نزع كل واحد منهما لباسه • وقوله « فكلوه هنيئاً مريئاً » هنؤ الشىء بالضم مع الهمزة هناءة بالفتح والمد تيسر من غير مشقة ولا عناء فهو هنىء ، ويجوز الابدال والادغام • وهنأنى الولد يهنؤنى مهموز من بابى نفع وضرب ، وتقول العرب فى الدعاء : ليهنئك الولد بهمزة ساكنة وبابدالها ياء وحذفها عامى ومعناه سرنى الطعام يهنؤنى ساغ ولذ • وأكلته هنيئا مريئا ، أى بلا مشقة ويهنؤه بضم المضارع فى الكل لغة • قال بعضهم : وليس فى الكلام يفعل بالضم مهموزاً مما ماضيه بالفتح غير هذا الفعل ، ومرؤ الطعام مراءة مثال ضخم ضخامة فهو مرىء ، ومرىء بالكسر لغة ومرئته بالكسر أيضاً يتعدى ولا يتعدى ، واستمرأته وجدته مريئا ، وأمرأنى الطعام بالألف ، ويقال هنأنى الطعام ، ومرأنى بغير ألف للازدواج فاذا أفرد قيل : أمرأنى

بالألف • ومنهم من يقول مرأنى وأمرأنى لغتان فقوله هنيئا مريئا ، أى بطيب نفس ونشاط قلب ، وقيل هنيئاً لا اثم فيه ومريئاً لا داء فيه •

اما الأحكام فان الخلع ينقسم ثلاثة أقسام : مباحان ومحظور ، فأحد المباحين اذا كرهت المرأة خلق الزوج أو خلقه أو دينه وخافت أن لا تؤدى حقه فبذلت له عوضاً ليطلقها جاز ذلك وحل له أخذه بلا خلاف ، لقوله تعالى « فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » ولما رواه الشافعى وغيره من خبر حبيبة بنت سهل وكانت تحت قيس بن ثابت ابن شماس الى آخر الحديث وقال الشيخ أبو اسحاق الشيرازى هنا فى المهذب : جميلة بنت سهل • وروت الربيع بنت معوذ بن عفراء « أن جميلة بنت عبد الله بن أبى اختلعت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم » •

(القسم الثانى) من المباح أن تكون الحال مستقيمة بين الزوجين ولا يكره أحدهما الآخر فتراضيا على الخلع فيصح الخلع ، ويحل للزوج ما بذلت له ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأكثر أهل العلم •

(الضرب الثالث) هو أن يضربها أو يخوفها بالقتل أو يمنعها النفقة والكسوة لتخالعه ، فهذا محظور لقوله تعالى « ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا أن يأتين بفاحشة مبينة » والعضل المنع ، فان خالعته فى هذه الحال وقع الطلاق ولا يملك الزوج ما بذلته على ذلك ــ فان كان بعد الدخول ــ كان رجعياً ، لأن الرجعة انما سقطت لأجل ملكه المال ، فاذا لم يملك المال كان له الرجعة ، فان ضربها للتأديب للنشوز فخالعته عقب الضرب صح الخلع ، لأن ثابت بن قيس كان قد ضرب زوجته فخالعته مع علم النبى صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليها ولأن كل عقد صح قبل الضرب صح بعده ، كما لو حد الامام رجلا ثم اشترى منه شيئا عقيبه • قال الطبرى : وهكذا لو ضربها لتفتدى منه فافتدت نفسها منه عقيبه طائعة صح ذلك لما ذكرناه •

وان زنت فمنعها حقها لتخالعه فخالعته ففيه قولان (أحدهما) أنه من

الخلع المباح ، لقوله تعالى « ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا أن يأتين بفاحشة مبينة » فدل على أنها اذا أتت بفاحشة جاز عضلها •

(والثانى) أنه من الخلع المحظور لأنه خلع أكرهت عليه بمنع حقها ، فهو كما لو أكرهها بذلك من غير زنا • وأما الآية فقيل : انها منسوخة بالامساك بالبيوت وهو قوله تعالى « واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم » ثم نسخ ذلك بالجلد والرجم •

وقال العلامة صديق حسن خان فى كتابه (حسن الأسوة فيما ورد عن الله ورسوله فى النسوة) باب ما نزل فى ايراث المرأة والعضل وعدم أخذ المهر منهن وان زاد قال الله تعالى « يا أيها الذين آمنوا لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها » أى مكرهين على ذلك •

ومعنى الآية يتضح بمعرفة سبب نزولها ، وهو ما أخرجه البخارى وغيره عن ابن عباس قال : « كان اذا مات الرجل كان أولياؤه أحق بامرأته ، ان شاء بعضهم تزوجها ــ وان شاءوا لم يزوجوها ــ فهم أحق بها من أهلها » فنزلت الآية •

وفى لفظ لأبى داود عنه « كان الرجل يرث امرأة ذات قرابة فيعضلها حتى تموت أو ترد اليه صداقها » وفى لفظ لابن جرير وابن أبى حاتم عنه « فان كانت جميلة تزوجها ، وا نكانت دميمة حبسها حتى تموت فيرثها » •

وقد روى هذا السبب بألفاظ فمعناها « لا يحل لكم أن تأخذوهن بطريق الارث فتزعمون أنكم أحق بهن من غيركم وتحبسوهن لأنفسكم ؛ ولا يحل لكم أن تعضلوهن عن أن يتزوجن غيركم ضراراً ، لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن ، أى لتأخذوا ميراثهن اذا متن أو ليدفعن اليكم صداقهن اذا أذنتم لهن فى النكاح » •

وقيل : الخطاب لأزواج النساء اذا حبسوهن مع سوء العشرة طمعا فى ارثهن أو يفتدين ببعض مهورهن • واختاره ابن عطية • ا هـ

مسألة قال فى البيان : ويصح الخلع بالمهر المسمى وبأقل منه وبأكثر منه وبه قال الثورى ومالك وأبو حنيفة وأصحابه وأكثر أهل العلم ، وقال طاوس والزهرى والشعبى وأحمد واسحاق : لا يصح الخلع بأكثر من المهر المسمى ا هـ .

قلت : وقد استدل القائلون بمنع الزيادة بحديث أبى الزبير باسناد صحيح عند الدارقطنى وقال : سمعه أبو الزبير من غير واحد « أن ثابت بن قيس ابن شماس كانت عنده بنت عبد الله بن أبى بن سلول ، وكان أصدقها حديقة فقال النبى صلى الله عليه وسلم : أتردين حديقته ، قالت : نعم وزيادة ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم أما الزيادة فلا ، ولكن حديقته ، قالت نعم ، فأخذها له وخلى سبيلها فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس قال قد قبلت قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم » قالوا : ويؤيد ذلك ما عند ابن ماجه والبيهقى من حديث ابن عباس : « أن النبى صلى الله عليه وسلم أمره أن يأخذ منها ولا يزداد » وفى رواية عبد الوهاب عن سعيد قال أيوب لا أحفظ فيه : ولا يزداد .

وفى رواية الثورى وكره أن يأخذ منها أكثر مما أعطى ، ذكر ذلك كله البيهقى قال ووصله الوليد بن مسلم عن ابن جريج عن ابن عباس . وقال أبو الشيخ هو غير محفوظ يعنى الصواب ارساله .

وأخرج عبد الرزاق عن على أنه قال : لا يأخذ منها فوق ما أعطاها ، وعن طاوس وعطاء والزهرى مثله ، وهو قول أبى حنيفة وأحمد واسحاق والهادوية ، وعن ميمون بن مهران من أخذ أكثر مما أعطى لم يسرح باحسان . وأخرج عبد الرزاق بسند صحيح عن سعيد بن المسيب قال : ما أحب أن يأخذ منها بأكثر مما أعطاها . قال مالك : لم أر أحداً ممن يقتدى به يمنع ذلك لكنه ليس من مكارم الأخلاق ، دليلنا على القائلين بالمنع قوله تعالى : « فلا جناح عليهما فيما افتدت به » ولم يفرق ، وهو عوض مستفاد بعقد فلم يتقدر كالمهر والثمن ، ولأن ابن سعد أخرج عن الربيع قال : كان بينى وبين ابن عمى كلام ، وكان زوجها ، قالت : فقلت له لك كل شىء

وفارقنى ؛ قال قد فعلت ، فأخذ والله كل فراشى ، فجئت عثمان وهو محصور فقال : الشرط أملك خذ كل شىء حتى عقاص رأسها » •

وفى البخارى عن عثمان أنه أجاز الخلع دون عقاص رأسها • وروى البيهقى عن أبى سعيد الخدرى قال : « كانت أختى تحت رجل من الأنصار فارتفعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها : أتردين حديقته ؟ قالت : وأزيده ، فردت عليه حديقته وزادته » ومحصل هذا كله أن الزيادة جائزة مع عدم لياقتها بمكارم الأخلاق فتحمل أدلة المنع على التنزيه • ويصح بالدين والعين والمنفعة كما قلنا فى المهر ، والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يجوز للأب ان يطلق امرأة الابن الصغير بعوض وغير عوض لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال « انما الطلاق بيد الذى يحل له الفرج » ولأن طريقه الشهوة فلم يدخل فى الولاية ، ولا يجوز أن يخلع البنت الصغيرة من الزوج بشىء من مالها ، لأنه يسقط بذلك حقها من المهر والنفقة والاستمتاع فان خالعها بشىء من مالها لم يستحق ذلك ، وان كان بعد الدخول فله أن يراجعها لما ذكرناه ، ومن أصحابنا من قال : اذا قلنا : ان الذى بيده عقدة النكاح هو الولى فله أن يخالعها بالابراء من نصف مهرها ، وهذا خطأ ، لأنه انما يملك الابراء على هذا القول بعد الطلاق ، وهذا الابراء قبل الطلاق •

فصل ولا يجوز للسفيه أن تخالع بشىء من مالها لأنها ليست من اهل التصرف فى مالها ، فان طلقها على شىء من مالها لم يستحق ذلك ، كما لا يستحق ثمن ما باع منها ، فان كان بعد الدخول فله أن يراجعها لما ذكرناه ، ويجوز للأمة أن تخالع زوجها على عوض فى ذمتها ، ويجب دفع العوض من حيث يجب دفع المهر فى نكاح العبد ، لأن العوض فى الخلع كالمهر فى النكاح ، فوجب من حيث يجب المهر •

فصل ويصح الخلع مع غير الزوجة ، وهو أن يقول رجل : طلق امرأة بالف على • وقال أبو ثور : لا يصح لأن بذل العوض فى مقابلة ما يحصل لغيره سفه ، ولذلك لا يجوز أن يقول لغيره : بع عبدك من فلان بالف على ،

وهذا خطأ لأنه قد يكون له غرض ، وهو أن يعلم أنهما على نكاح فاسد أو تخاصم دائم ، فيبذل العوض ليخلصهما طلباً للثواب ، كما يبذل العوض لاستنقاذ أسير أو حر فى يد من يسترقه بغير حق ، ويخالف البيع فانه تمليك يفتقر الى رضا المشترى ، فلم يصح بالأجنبى ، والطلاق اسقاط حق لا يفتقر الى رضا المرأة فصح بالمالك والأجنبى . كالعتق بمال . فان قال : طلق امرأتك على مهرها وأنا ضامن فطلقها بانت ورجع الزوج على الضامن بمهر المثل فى قوله الجديد ، وببدل مهرها فى قوله القديم ، لأنه أزال الملك عن البضع بمال ولم يسلم له وتعذر الرجوع الى البضع ، فكان فيما يرجع اليه قولان كما قلنا فيمن اصدق امرأته مالا فتلف قبل القبض) .

الشرح الأحكام : لا يجوز للأب أن يطلق امرأة ابنه الصغير أو المجنون بعوض ولا بغير عوض . قال الحسن وعطاء وأحمد : له أن يطلقها بعوض وبغير عوض . وقال مالك : له أن يطلقها بعوض ، ولا يصح أن يطلقها بغير عوض دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « انما الطلاق لمن أخذ بالساق » رواه ابن ماجه والدارقطنى عن ابن عباس وفى اسناد ابن ماجه ابن لهيعة ، وأخرجه ابن عدى وفى اسناده كما فى اسناد الدارقطنى عصمة بن مالك ، وأخرجه الطبرانى وفى اسناده يحيى الحمانى . قال الشوكانى : وطرقه يؤيد بعضها بعضاً .

وقال ابن القيم : ان حديث ابن عباس وان كان فى اسناده ما فيه فالقرآن يعضده وعليه عمل الناس . قلت : ولأن فى ذلك اسقاط حقه من النكاح فلم يصح من الأب كالابراء عن دينه .

فرع وان قال رجل لآخر : طلق ابنتى وأنت برىء من مهرها أو على أنك براء من مهرها ، فطلقها الزوج وقع الطلاق ولا يبرأ من مهرها سواء كانت كبيرة أو صغيرة لأنها ان كانت كبيرة فلأنه لا يملك التصرف فى مالها وان كانت صغيرة فلا يجوز له التصرف فى مالها بما لا حظ لها فيه ولا يلزم الآن للزوج شيء لأنه لم يضمن له وقال أبو على بن أبى هريرة : واذا قلنا : ان الولى الذى بيده عقدة النكاح صح اذا كانت صغيرة أو مجنونة ، وهذا ليس بشيء ، لأن هذا الابراء قبل الطلاق ، وان قال : طلقها

وأنت برىء من مهرها وعلى ضمان الدرك ، أو اذا طالبتك فأنا ضامن فطلقها وقع الطلاق بائناً ، ولا يبرأ الزوج من المهر ويكون له الرجوع على الأب وبماذا يرجع عليه ؟ فيه قولان : (أحدهما) بمهر مثلها • (والثانى) بمثل مهرها المسمى • هذا نقل أصحابنا البغداديين •

وقال المسعودى : اذا قال : طلقها على أنك برىء من مهرها فطلقها لم يقع الطلاق • وأما اذا قال : وأنت برىء من صداقها وأنا ضامن ؛ أو اذا طالبتك فأنا ضامن ففيه وجهان بناء على القولين فى من بيده عقدة النكاح • ولو خالعه الأب بعين من الأعيان من مالها وضمن الأب دركها وقع الطلاق بائناً ولا يملك الزوج العين ، وبماذا يرجع على الأب ؟ على قولين : (أحدهما) بمهر مثلها • (والثانى) بقدر العين ، هذا نقل البغداديين •

وقال المسعودى : اذا كان الزوج جاهلا بأنها من مالها فسد العوض ، وفيما ترجع به على الأب القولان ، وان علم أنها من مالها ، فان نسب الأب ذلك الى مالها وقع الطلاق رجعيا ، وان أطلق فوجهان :

(أحدهما) يقع رجعيا لأنه قد علم أنه من مالها • (والثانى) يقع بائناً ولا يملك العين ، وبماذا يرجع على الأب ؟ على القولين ، لأنه اذا لم يضف ذلك الى مالها احتمل انتقال ملكها الى الأب •

وقال ابن قدامة من الحنابلة : اذا قال الأب : طلق ابنتى وأنت برىء من صداقها فطلقها وقع الطلاق رجعيا ولم يبرأ من شىء ولم يرجع على الأب ولم يضمن له لأنه أبرأه مما ليس له الابراء منه فأشبه الأجنبى •

قال القاضى : وقال أحمد : انه يرجع على الأب ، وقال : وهذا محمول على أن الزوج كان جاهلا بأن ابراء الأب لا يصح ، فكان له الرجوع عليه لأنه غره فرجع عليه كما لو غره فزوجه معيبة ، وان علم أن ابراء الأب لا يصح لم يرجع بشىء ويقع الطلاق رجعياً لأنه خلا عن العوض وفى الموضع الذى يرجع عليه الطلاق بائناً لأنه بعوض ، فان قال الزوج : هى طالق ان أبرأتنى من صداقها ، فقال الأب : قد أبرأتك لم يقع الطلاق لأنه لا يبرأ •

وروى عن أحمد أن الطلاق واقع • فيحتمل أنه أوقعه اذا قصد الزوج تعليق الطلاق على مجرد التلفظ بالابراء دون حقيقة البراءة ، وان قال الزوج: هى طالق ان برئت من صداقها لم يقع لأنه علقه على شرط ولم يوجد ؛ وان قال الأب : طلقها على ألف من مالها وعلى الدرك فطلقهـا طلقت بائناً لأنه بعوض وهو ما لزم الأب من ضمان الدرك ولا يملك الألف لأنه ليس له بذلها ا هـ •

قوله (ولا يجوز للسفيهة) الخ فانه كما قال ، اذ لا يجوز للسفيهة أن تخالع بشىء من مالها ولا فى ذمتها سواء أذن لها الولى أو لم يأذن ، لأنه لا حظ لها فى ذلك ، فان فعلت ذلك وقع الطلاق رجعياً ، لأن الرجعية انما تسقط لأن الزوج يملك العوض ، ويصح خلع المحجور عليها لفلس ، وبذلها للعوض صحيح ، لأن لها ذمة يصح تصرفها فيها ، ويرجع عليها بالعوض اذا أيسرت وفك الحجر عنها ، وليس له مطالبتها فى حال حجرها كما لو استدانت منه أو باعها شيئا فى ذمتها • هذا مذهبنا ومذهب أحمد وأصحابه •

قوله (ويصح الخلع مع غير الزوجة) الخ • وهو كمـا قالُ اذ لو قال الرجل لآخر : طلق امرأتك بألف على فطلقها وقع الطلاق بائناً ، واستحق الزوج الألف على السائل ، وبه قال عامة أهل العلم الا أبا ثور فانه قال : يقع الطلاق رجعياً ، ولا يستحق على السائل عوض ، فيكون سفها من السائل لو بذل عوض ، فيكون سفها من السائل لو بذل عوضا فيما لا منفعة له فان الملك لا يحصل له ، فأشبه ما لو قال : بع عبدك لزيد على • دليلنا أنه بذل مال فى مقابلة اسقاط حق عن غيره فصح كما لو قال اعتق عبدك وعلى ثمنه ، ولأنه لو قال أسقط متاعك فى البحر وعلى ثمنـه صـح ولزمه ذلك مع أنه لا يسقط حقا عن أحد ، فههنا أولى ، ولأنه حق على المرأة يجوز أن يسقط عنها بعوض فجاز لغيرها كالدين ؛ وفارق البيع فانه تمليك فلا يجوز بغـير رضاء من يثبت له الملك ، وان قالت له : طلقنى وضرتى بألف فطلقهما وقع الطلاق بهما بائناً واستحق الألف على باذلته لأن الخلع مع الأجنبى جائز ، وان طلق احداهما فانها تطلق طلاقاً بائنا ولزم الباذلة بحصتها من الألف ، وهذا مذهبنا ومذهب أحمد الا أن بعض أصحابنا قال : يلزمه مهر مثـل

المطلقة • وقياس قول بعض الأصحاب فيما اذا قالت : طلقنى ثلاثاً بألف فطلقها واحدة لم يلزمها شيء ووقعت بها التطليقة ولا يلزم الباذلة ههنا شيء لأنه لم يجبها الى ما سألت فلم يجب عليها ما بذلت ، ولأنه قد يكون غرضها فى بينونتهما جميعاً منه ، فاذا طلق احداهما لم يحصل غرضها فلا يلزمها عوضها •

وان قالت : طلقنى بألف على أن تطلق ضرتى أو على أن لا تطلق ضرتى فالخلع صحيح والشرط والعوض باطلان ويرجع الى مهر المثل فى قوله الجديد ، وببذل مهرها فى قوله القديم لأن الشرط سلف فى الطلاق ، والعوض بعضه فى مقابلة الشرط الباطل ، فيكون الباقى مجهولا • وقال أحمد وأصحابه : الخلع صحيح والشرط والبذل لازم ، لأنها بذلت عوضاً فى طلاقها وطلاق ضرتها فصح ، كما لو قالت : طلقنى وضرتى بألف ، فان لم يف لها بشرطها فعليها الأقل من المسمى أو الألف الذى شرطته ، قالوا ويحتمل أن لا يستحق شيئا من العوض لأنها انما بذلته بشرط لم يوجد فلا يستحقه كما لو طلقها بغير عوض • وقال أبو حنيفة : الشرط باطل والعوض صحيح ، لأن العقد يستقل بذلك العوض •

قلت : قد يكون فى دخول الأجنبى للتفرقة بين المرء وزوجه تطفل وفضول أو سفه كما يقول أبو ثور ، الا أن الذى بيده عقدة النكاح ــ اذا قلنا هو الزوج ــ فانه هو الموقع للطلاق • وقد يكون فى فضول الأجنبى نوع من الغوث وانقاذ مكروبة تقع فى يد من يظلمها فهو يبتغى بتخليصها من الظلم ثواب الآخرة • فاذا صح احتمال هذا صحت القضية وتوجه تدخل الأجنبى بما التزم من البذل والشرط والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ويجوز الخلع فى الحيض ؛ لأن المنع من الطلاق فى الحيض للضرر الذى يلحقها بتطويل العدة ، والخلع جعل للضرر الذى يلحقها بسوء العشرة والتقصير فى حق الزوج ، والضرر بذلك أعظم من الضرر بتطويل العدة، فجاز دفع أعظم الضررين بأخفهما •**

ويجوز الخلع من غير حاكم لأنه قطع عقد بالتراضى جعل لدفع الضرر ، فلم يفتقر الى الحاكم كالاقالة فى البيع .

فصـــل ويصح الخلع بلفظ الخلع والطـلاق ، فان خالعهـا بصريح الطلاق او بالكناية مع النية فهو طلاق ، لأنه لا يحتمل غير الطلاق ، فان خالعها بصريح الخلع نظرت ، فان لم ينو به الطلاق ففيه ثلاثة أقوال .

(أحدها) أنه لا يقع به فرقة ، وهو قوله فى الأم ، لأنه كناية فى الطـلاق من غير نية فلم يقع بها فرقة ، كما لو عريت عن العوض .

(والثانى) أنه فسخ ، وهو قوله فى القديم ، لأنه جعل للفرقة فلا يجـوز ان يكون طلاقا ، لأن الطلاق لا يقع الا بصريح أو كناية مع النية ، والخلع ليس بصريح فى الطلاق ولا معه نية الطلاق ، فوجب أن يكون فسخاً .

(والثالث) أنه طلاق ، وهو قوله فى الاملاء ، وهو اختيار المزنى ، لأنهـا انما بذلت العوض للفرقة ، والفـرقة التى يملك ايقاعهـا هى الطـلاق دون الفسخ ، فوجب أن يكون طلاقا ، فان قلنا : انه فسخ صح بصريحه ، وصريحه الخلع والمفاداة ، لأن المفاداة ورد بها القرآن ، والخلع ثبت له العـرف ، فاذا خالعها بأحد هذين اللفظين انفسخ النكاح من غير نية ، وهل يصح الفســـخ بالكناية كالمباراة والتحريم وسائر كنايات الطلاق ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يصح لأن الفسخ لا يصح تعليقه على الصفات فلم يصـح بالكناية كالنكاح (والثانى) يصح لأنه احد نوعى الفرقة فانقسم لفظهـا الى الصريح والكناية كالطلاق ، فعلى هذا اذا خالعها بشىء من الكنايات لم ينفسخ النكاح حتى ينويا . واختلف أصحابنا فى لفظ الفسخ فمنهم من قال هو كناية لأنه لم يثبت له عرف فى فرقة النكاح ، ومنهم من قال : هو صريح لأنه أبلغ فى معنى الفسخ من لفظ الخلع ، وان خالع بصريح الخلع ونوى به الطـلاق ـ فان قلنا بقوله فى الاملاء ـ فهو طلاق ، لأنه اذا كان طلاقا من غير نية الطلاق فمع النية أولى ، وان قلنا بقوله فى الأم فهو طلاق ، لأنه كناية فى الطلاق اقترنت به نية الطلاق ، وان قلنا بقوله فى القديم ففيه وجهان : (أحدهما) انه طلاق لأنه يحتمل الطلاق ، وقد اقترنت به نية الطلاق . (والثانى) أنه فسخ لأنه على هذا القول صريح فى فسخ النكاح فلا يجوز أن يكون كناية فى حكم آخـر من النكاح كالطلاق لما كان صريحا فى فرقة النكاح لم يجز أن يكون كناية فى الظهار) .

الشرح الأحكام : يصح الخلع فى الحيض لقوله تعالى « فلا جناح عليهما فيما افتدت به » ولم يفرق ، وخالعت حبيبة بنت قيس زوجها باذن النبى صلى الله عليه وسلم ، ولم يسألها هل هى حائض أو طاهر ، فدل على أن الحكم لا يختلف ، ويصح الخلع من غير حاكم ؛ وبه قال عامة أهل العلم • وقال الحسن البصرى وابن سيرين : لا يصح الا بالحاكم ، ودليلنا قوله تعالى : « فلا جناح عليهما فيما افتدت به » ولم يفرق •

وقوله « ويصح الخلع بلفظ الطلاق » الخ • فهو كما قال ، ذلك أنه اذا خالعها بصريح الطلاق أو بشىء من كنايات الطلاق ونوى به الطلاق فهو طلاق ينقص به العدد فى الطلاق • وان خالعها بلفظة الخلع ولم ينو به الطلاق ففيه قولان : (أحدهما) وهو قوله فى القديم أنه فسخ ، وبه قال ابن عباس وعكرمة وطاوس وأحمد واسحاق وأبو ثور ، واختاره ابن المنذر والمسعودى ، لأنه نوع فرقة لا تثبت فيه الرجعة بحال فكان فسخا ، كما لو أعتقت الأمة تحت عبد ففسخت النكاح ، فعلى هذا لا ينقص به عدد الطلاق ، بل لو خالعها ثلاث مرات وأكثر حلت له قبل زوج •

(والثانى) أنه طلاق ، وبه قال عثمان بن عفان وعلى بن أبى طالب وابن مسعود ومالك والأوزاعى والثورى وأبو حنيفة وأصحابه ، لأنه فرقة لا يفتقر الى تكرار اللفظ ولا تنفرد به المرأة فكان طلاقا كصريح الطلاق • فقولنا لا يفتقر الى تكرار احتراز من اللعان • وقولنا لا تنفرد به المرأة احتراز من الردة ، فاذا قلنا بهذا فهل هو صريح أو كناية ؟ فيه قولان •

قال فى الاملاء : هو صريح فى الطلاق ؛ لأن دخول العوض فيه كدخول النية فى كنايات الطلاق ، وقال فى الأم هو كناية فى الطلاق ، فلا يقع به الطلاق الا بالنية كسائر كنايات الطلاق ، فاذا قلنا : انه طلاق نقص به عدد الطلاق ، وان قلنا : ان الخلع فسخ كان صريحه الخلع والمفاداة ، لأن الخلع وردت به السنة وثبت له عرف الاستعمال ، والمفاداة ورد بها القرآن وثبت لها عرف الاستعمال ، فان قالت : افسخنى على ألف ، أو اسحبنى بألف ؛ فقال أسحبك أو فسختك ، فهل هو صريح فى الفسخ أو كناية فيه ؟ على وجهين :

(أحدهما) أنه كناية فى الفسخ فلا يقع به الفسخ حتى ينويا الفسخ ، لأنه لم يثبت أنه عرف الاستعمال ولم يرد به الشرع •

(والثانى) أنه صريح فيه ، فينفسخ النكاح من غير نية ــ قال فى البيان ــ وهو الأصح لأنه حقيقة فيه ، ومعروف فى عرف أهل اللسان ، فان قالت : خلنى على ألف أو بتنى أو غير ذلك من كنايات الطلاق ، فقال خليتك أو بتتك ولم ينويا الطلاق ــ فان قلنا : ان الخلع صريح بالطلاق وبدخول العوض ــ صارت هذه الكنايات صريحة فى الطلاق بدخول العوض فيها ، وان قلنا ان الخلع كناية فى الطلاق ــ فان نويا الطلاق فى هذه الكنايات ــ كان طلاقا بائنا واستحق العوض وان لم ينويا الطلاق لم يقع الطلاق ولم يستحق العوض ، لأن الكناية لا يقع بها الطلاق من غير نية • وان نوت الطلاق ولم ينو الزوج لم يقع الطلاق لأنه هو الموقع ، وان نوى الزوج ولم تنو هى ففيه وجهان حكاهما ابن الصباغ :

(أحدهما) يقع طلقة رجعية ولا يستحق العوض لأنه نوى الطلاق ولم يوجد منها استدعاء الطلاق •

(والثانى) وهو المذهب أنه لا يقع طلاق لأنه أوقعه بعوض ، فاذا لم يثبت العوض لم يقع الطلاق ، وان قلنا : ان الخلع فسخ ونويا بهذه الكنايات الفسخ فهل ينفسخ النكاح ؟ فيه وجهان : (أحدهما) لا ينفسخ ، لأن الفسخ لا يصح تعليقه بالصفحة فلم يصح بالكناية • (والثانى) ينفسخ ــ وهو المذهب ــ لأنه أحد نوعى الفرقة ، فانقسم الى الصريح والكناية كالطلاق ، وان خالعها بصريح الخلع ، ونويا به الطلاق ، فان قلنا : ان الخلع صريح فى الطلاق أو كناية فيه وقع الطلاق • وان قلنا : انه فسخ ففيه وجهان حكاهما المصنف :

(أحدهما) لا يقع به الطلاق ويكون فسخا لأنه صريح فى الفسخ فلم يجز أن يكون كناية فى حكم آخر من النكاح ، كما لا يجوز أن يكون الطلاق كناية فى الظهار (والثانى) ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره أنه يقع به الطلاق لأنه يحتمل الطلاق ، وقد اقترنت به نية الطلاق •

فـــرع اذا قالت خالعنى على ألف ونوت الطلاق فقال طلقتك وقع الطلاق بائناً واستحق الألف ، سواء قلنا الخلع صريح فى الطلاق أو كنـاية ــ لأنا ان قلنا انه صريح ــ فقد أجابها الى ما سألت ــ وان قلنا انه كناية ــ فقد سألت كناية وأجابها بالصريح فكان أكثر مما سألت • وان قالت : طلقنى على ألف فقال خالعتك ونوى به الطلاق • فان قلنا : انه صريح فى الطلاق استحق الألف • وقال ابن خيران : اذا قلنا : انه كناية لم يقع عليها ولم يستحق الألف لأنها بذلت الألف للصريح ولم يجبها اليه والأول أصح ؛ لأن الكناية مع النية كالصريح ، وان لم ينو به الطلاق لم يقع به طلاق ولا فسخ ؛ لأنه لم يجبها الى ما سألت • وان قالت اخلعنى على ألف فقال خلعتك على ألف ــ وقلنا الخلع فسخ ــ ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يقع عليها طلاق ، ولا يستحق عوضاً لأنه لم يجبهـا الى ما سألت • (والثانى) يقع عليها الطلاق ويستحق الألف ، لأنه أجابها الى أكثر مما سألت منه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ويصح الخلع منجزاً بلفظ المعاوضة لما فيه من المعاوضـة ويصح معلقاً على شرط لما فيه من الطلاق . فأما المنجز بلفظ المعاوضة فهـو أن يوقع الفرقة بعوض ، وذلك مثل أن يقول : طلقتك أو انت طالق بألف ، وتقول المرأة قبلت ، كما تقول فى البيع : بعتك هذا بألف ، ويقول المشترى قبلت ، أو تقول المرأة طلقنى بألف ، فيقول الزوج طلقتك ، كما يقول المشترى بعنى هذا ألف ، ويقول البائع بعتك ولا يحتاج أن يعيد فى الجواب ذكر الألف ، لأن الاطلاق يرجع اليه كما يرجع فى البيع ، ولا يصح الجواب فى هذا الا على الفور كما نقول فى البيع ، ويجوز للزوج أن يرجع فى الايجاب قبل القبول ، وللمرأة أن ترجع فى الاستدعاء قبل الطلاق كما يجوز فى البيع .

وأما غير المنجز فهو أن يعلق الطلاق على ضمان مال أو دفع مال ، فان كان بحرف (أن) بأن قال : ان ضمنت لى الفا فأنت طالق ، لم يصح الضمان الا على الفور ، لأنه لفظ شرط يحتمل الفور والتراخى ، الا أنه لما ذكر العوض صار تمليكا بعوض فاقتضى الجواب على الفور كالتمليك فى المعاوضات .

وان قال : ان أعطيتنى ألفاً فانت طالق لم تصح العطية الا على الفور ، بحيث يصلح أن تكون جواباً لكلامه لأن العطية ههنا هى القبول ، ويكفى أن تحضر المال وتأذن فى قبضه أخذ أو لم يأخذ ، لأن اسم العطية يقع عليه وأن لم يأخذ ، ولهذا يقال : أعطيت فلانا مالا فلم يأخذه .

وان قالت : طلقنى بألف ، فقال : أنت طالق بألف ان شئت لم يقع الطلاق حتى توجد المشيئة ، لأنه أضاف الى ما التزمت المشيئة فلم يقع الا بها ، ولا تصح المشيئة الا بالقول وهو أن تقول على الفور شئت لأن المشيئة وأن كانت بالقلب الا انها لا تعرف الا بالقول ، فصار تقديره أنت طالق أن قلت شئت ، ويصح الرجوع قبل الضمان وقبل العطية وقبل المشيئة كما يجوز فيما عقد بلفظ المعاوضة . وان كان بحرف متى وأى وقت . بأن يقول متى ضمنت لى أو أى وقت ضمنت لى ألفاً فانت طالق جاز أن يوجد الضمان على الفور وعلى التراخى . والفرق بينه وبين قوله ان ضمنت لى ألفا أن اللفظ هناك عام فى الزمانين . ولهذا لو قال أن ضمنت لى الساعة أو ان ضمنت لى غداً جاز ، فلما اقترن به ذكر العوض جعلناه على الفور قياساً على المعاوضات . والعموم يجوز تخصيصه بالقياس ، وليس كذلك قوله متى وأى وقت ، لأنه نص فى كل واحد من الزمانين صريح فى المنع مع التعيين فى أحد الزمانين . ولهذا لو قال أى وقت أعطيتنى كان محالا . وما يقتضيه الصريح لا يترك بالقياس .

وان رجع الزوج فى هذا قبل القول لم يصح . لأن حكمه حكم الطلاق المعلق بالصفات دون المعاوضات وان كان بحرف (اذا) بان قال : اذا ضمنت لى ألفا فانت طالق . فقد ذكر جماعة من أصحابنا أن حكمه حكم قوله ان ضمنت لى فى اقتضاء الجواب على الفور وفى جواز الرجوع فيه قبل القبول. وعندى أن حكمه حكم متى وأى وقت ، لأنه يفيد ما يفيده متى ، وأى وقت ، ولهذا اذا قال : متى ألفاك جاز أن يقول اذا شئت كما يجوز أن يقول متى شئت وأى وقت شئت بخلاف أن . فانه لو قال : متى ألفاك لم يجز أن يقول ان شئت) .

الشرح الأحكام : يصح الخلع منجزاً لما فيه من المعاوضة ، ويصح معلقاً على شرط لما فيه من الطلاق ، فالمنجز أن يوقع الفرقة بعوض مثل أن يقول الزوج طلقتك أو خالعتك أو فاديتك بألف ، فتقول الزوجة عقيب ذلك قبلت كما يقول البائع بعتك هذا بألف ويقول المشترى : قبلت ، وللزوج أن يرجع فى الايجاب قبل القبول كما قلنا فى البائع ، فان قالت الزوجة طلقنى

بألف ، فقال الزوج عقيب استدعائها طلقتك ، ولو قالت الزوجة اخلعنى أو خالعنى بألف فقال عقيب استدعائها خلعتك أو خالعتك صح كما يقول المشترى بعنى هذا بألف فيقول البائع بعتك ، فان تأخرت اجابته لها على الفور بطل الاستدعاء ولها أن ترجع قبل أن يجيبها ، كما قلنا فى المشترى ، فان قالت الزوجة خالعتك بألف ، فقال الزوج قبلت لم يصح ولم تقع بذلك فرقة لأن الايقاع اليه دونها ، وقوله قبلت ليست بايقاع ، فهو كما لو قالت له طلقتك بألف فقال قبلت ، وان قالت له ان طلقتنى ، أو اذا طلقتنى أو متى طلقتنى أو متى ما طلقتنى فلك على ألف ، فقال طلقتك وقع الطلاق بائنا واستحق الألف عليها ، لأن الطلاق لا يحتاج الى رضاها به ، ولهذا لو طلقها بنفسه صح ، وانما الذى يحتاج اليه منها هو التزامها للمال واستدعائها وقد وجد الالتزام منها ، ويعتبر أن يكون جوابه على الفور ، لأنه معاوضة محضة من جهتها فاقتضى الجواب على الفور . وان قال ان بعتنى هذا فلك ألف ، ففيه وجهان حكاهما المسعودى .

(أحدهما) يصح كما قلنا فى الخلع .

(والثانى) لا يصح — وهو المشهور — لأن البيع تمليك يحتاج فيه الى رضى المملك .

وقوله ان بعتنى ، ليس بقبول ولا جار مجراه ، ولهذا نذكر ما قال علماء اللغة فى حرف (ان) ووظيفتها فى الاستعمال ، فقال العلامة الفيومى فى المصباح : وأما ان بالسكون فتكون حرف شرط . وهو تعليق أمر على أمر نحو : ان قمت قمت ، ولا يعلق بها الا ما يحتمل وقوعه ، ولا تقتضى الفور . بل تستعمل فى الفور والتراخى مثبتاً كان الشرط أو منفيا فقوله : ان دخلت الدار أو ان لم تدخلى الدار فأنت طالق يعم الزمانين .

قال الأزهرى : وسئل ثعلب : لو قال لامرأته : ان دخلت الدار أو ان لم تدخلى الدار ان كلمت زيداً فأنت طالق متى تطلق ؟ فقال : ان فعلتهما جميعا لأنه أتى بشرطين ، فقيل له : لو قال : أنت طالق ان احمر البسر

فقال : هذه المسئلة محال ، لأن البسر لابد أن يحمر ، فالشرط فاسد فقيل له : لو قال اذا احمر البسر فقال : تطلق اذا احمر ، لأنه شرط صحيح ففرق بين ان وبين اذا فجعل « ان » للممكن ، و « اذا » للمحقق ، فيقال : اذا جاء رأس الشهر ، وان جاء رأس الشهر وان جاء زيد ، وقد تتجرد عن معنى الشرط فتكون بمعنى « لو » نحو صل وان عجزت عن القيام ، ومعنى الكلام حينئذ الحاق الملفوظ بالمسكوت عنه فى الحكم أى صل ، سواء قدرت على القيام أو عجزت عنه ، ومنه يقال : أكرم زيداً وان قعد ، فالواو للحال والتقدير ، ولو فى حال قعوده ، وفيه نص على ادخال الملفوظ بعد الواو تحت ما يقتضيه اللفظ من الاطلاق والعموم اذ لو اقتصر على قوله : أكرم زيداً لكان مطلقاً والمطلق جائز التقييد فيحتمل ما بعد الواو العموم ، ويحتمل خروجه على ارادة التخصيص ، فيتعين الدخول بالنص عليه ويزول الاحتمال ومعناه أكرمه سواء قعد أو لا ، ويبقى الفعل على عمومه وتمتنع ارادة التخصيص حينئذ •

قال المرزوقى فى شرح الحماسة : وقد يكون فى الشرط معنى الحال كما يكون فى الحال معنى الشرط •

قال الشاعر :

عاود هراة وان معمورها خربا

ففى الواو معنى الحال أى ولو فى حال خرابها ، ومثال الحال يتضمن معنى الشرط لأفعلنه كائناً ما كان • والمعنى ان كان هذا وان كان غيره وتكون للتجاهل كقولك لمن سألك : هل ولدك فى الدار ؟ وأنت عالم به ان كان فى الدار أعلنك به وتكون لتنزيل العالم منزلة الجاهل تحريضاً على الفعل أو دوامه كقولك : ان كنت ابنى فأطعنى ، وكأنك قلت : أنت تعلم أنك ابنى ويجب على الابن طاعة الأب وأنت غير مطيع فافعل ما تؤمر به •

وقال بعض أصحابنا المتأخرين : وان قالت له أجزت لك ألفاً لتطلقنى أو على أن تطلقنى فقال أنت طالق ، طلقت واستحق عليها الألف •

وقال ابن الصباغ : اذا استأجرته على أن يطلق ضرتها لم يصح • وأما المعلق فمثل أن يعلق الطلاق على ضمان مال أو عطاء مال فينظر فيه ، فان كان بحرف ان مثل أن قال ان ضمنت لى ألفا فأنت طالق ، فان قالت ضمنت بحيث يصح أن يكون جواباً لكلامه وقع الطلاق ، لأنه وجد الشرط ، وان تأخر الضمان عن قوله بزمان طويل أو بعد أن أخذت فى الكلام لم يقع الطلاق ولم يلزمها الألف لأنه معاوضة ، ومن شرط القبول فيه على الفور • وان ضمنت له فى المجلس بعد زمان ليس بطويل ففيه وجهان حكاهما الصيمرى قال : ظاهر النص أنه يلزم ذلك وان قال : ان اعطيتنى ألفاً فأنت طالق فأعطته بحيث يصلح أن يكون جوابا لكلامها وقع الطلاق ويكفى أن تحضر الألف وتأذن له فى قبضها سواء أخذها أو لم يأخذها لأنه يقع عليها اسم العطية • وان تأخرت العطية عن الفور بسبب منها بأن لم تعطه اياها وبسبب منه بأن غاب أو هرب لم يقع لطلاق لأنه لم يوجد الشرط ، واذا أخذ الألف فهل يملكها ؟ •

وقال عامة أصحابنا : يملكها لأنه معافى منه فملكها ، كما لو قال : طلقتك على هذه الألف فقالت قبلت ، وحكى أبو على السنجى فيها وجهين : (أحدهما) يملكها لما ذكرناه • (والثانى) لا يملكها وهو قول المزنى وابن القاص ، لأنه معاوضة فلم يصح تعليقها على الصفة كالبيع ، فعلى هذا يرد الألف اليها ويرجع عليها بمهر مثلها ؛ والأول هو المشهور •

فان قال : ان قبضت منك ألفاً فأنت طالق فجاءته بألف ووضعته بين يديه وأذنت له فى قبضه فلم يقبضه لم يقع الطلاق ، لأن الصفة لم توجد ، وان أكرهها على الاقباض فقبض •

قال المسعودى : وقع الطلاق رجعيا ورد المال اليها • قال المصنف : ويصح رجوع الزوج عن الضمان والعطية كما قلنا فيما عقد بلفظ المعاوضة ، فان قالت طلقنى بألف ، فقال أنت طالق ان شئت ، فان وجدت المشيئة منها فالقول جواباً لكلامه على الفور وقع الطلاق بائنا ولزمها الألف لأنه علق الطلاق بالمشيئة منها وقد وجدت • وان تأخرت مشيئتها على الفور لم يقع

الطلاق ؛ لأن الشرط لم يوجد لأنه لم يرض بطلاقها الا بعوض ولا يلزم العوض الا بالقبول على الفور ، وان قالت : طلقنى بألف فقال لها : طلقى نفسك ان شئت ، فان قالت طلقت نفسى لزمها الألف ولا يشترط أن تقول : شئت لأن طلاقها لنفسها يدل على مشيئتها كقوله : متى ضمنت لى ألفاً فأنت طالق ، أو متى ما ضمنت لى أو أى وقت ضمنت لى أو أى حين ضمنت لى أو أى زمان ؛ فمتى ضمنت له على الفور وعلى التراخى وقع عليها الطلاق ، لأن هذه الألفاظ تستغرق الزمان كله وتعمه فى الحقيقة بخلاف « أن » فانه لا يعم الزمان ولا يستغرقه ، وانما هو كلمة شرط تحتمل الفور والتراخى الا اذا قرن به العوض حمل على الفور ، لأن المعاوضة تقتضى الفور ، فان رجع الزوج قبل الضمان لم تصح رجعته لأنه تعليق طلاقه بصفته فلم يصح رجوعه كما لو قال لها : ان دخلت الدار فأنت طالق وان كان ذلك بحرف « اذا » بأن قال : اذا أعطيتنى ألفاً ، واذا ضمنت لى ألفا فأنت طالق فقد ذكر أكثر أصحابنا أن حكمه حكم قوله : ان ضمنت لى ألفاً أو أعطيتنى ألفا ، لأنها كلمة شرط لا تستغرق الزمان ، فهى كقوله : ان ضمنت لى •

وقال المصنف : حكمه حكم قوله متى ضمنت لى أو أى وقت ضمنت لى ، لأنها تفيد ما تفيده متى وأى وقت ، ولهذا لو قال : متى ألقاك جاز أن يقول : اذا شئت ، كما يجوز أن يقول متى شئت بخلاف « ان » فانها لا تفيد ما تفيده متى ، ولهذا لو قال له متى ألقاك لم يجز أن يقول ان شئت ، وهكذا ان قال : أنت طالق أن أعطيتنى ألفا بفتح الهمزة وقع الطلاق عليها ؛ وكان مقراً بأنها أعطته ألفا فترد اليها •

فرع اذا قال لها : ان ضمنت لى ألفا فطلقى نفسك ، فانه يقتضى ضمانا وتطليقا على الفور بحيث يصلح أن يكون جوابا لكلامه ، وسواء قالت ضمنت الألف وطلقت نفسى أو قالت طلقت نفسى وضمنت الألف فانه يصح لأنه تمليك بعوض فكان القبول فيه على الفور كالبيع •

فرع قال الشافعى : ولو أخذ منها ألفا على أن يطلقها الى شهر

فطلقها فالطلاق ثابت ولها الألف وعليها مهر المثل • قال أصحابنا : وهـــذا يحتمل ثلاثة تأويلات :

(أحدها) أنه أراد اذا مضى الشـــهر طلقها فلا يصـــح ، لأنه سلف فى الطلاق •

(والثانى) أنه أراد أن يطلقها الآن ثم يرفع الطلاق بعد شهر فلا يصح ، لأن الطلاق اذا وقع لم يرفع •

(والثالث) أنه أراد أن يطلقها ان شاء الساعة ، وان شاء الى شـــهر ، فلا يصح لأنه سلف فى الطلاق ، ولأن وقت ايقاع الطلاق مجهـــول ، وان قالت له اذا جاء رأس الشهر وطلقتنى فلك على ألف فطلقها عند رأس الشهر أو قال لها : اذا جاء رأس الشهر فأنت طالق على الألف ، فقالت قبلت ففيـــه وجهان :

(أحدهما) يصح لأن الطلاق يصح تعليقه على الصفات •

(الثانى) لا يصح وهو الأصح لأن المعاوضة لا يصح تعليقها على الصفات فاذا قلنا يصح ــ قال ابن الصباغ ــ وجب تسليم العوض فى الحال لأنهـــا رضيت بتأجيل المعوض وان قلنا : لا يصح ، فأعطته ألفاً وقع عليها الطلاق وردت الألف اليها ، ورجع عليها بمهر مثلها ، والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل **ويجوز الخلع بالقليل والكثير والدين والعين والمال والمنفعة، لأنه عقد على منفعة البضع فجاز بما ذكرناه كالنكاح ، فان خالعها على ان تكفل ولده عشر سنين وبين مدة الرضاع وقـــدر النفقة وصـــفتها فالمنصـــوص انه يصح ، فمن أصحابنا من قال : فيه قولان لأنها صفقة جمعت بيعا وإجارة ، ومنهم من قال يصح قولا واحداً لأن الحاجة تدعو الى الجمع بينهما لأنه اذا أفرد أحدهما لم يمكنه أن يخالع على الآخر ، وفى غير الخلع يمكنه ان يفـــرد أحدهما ثم يعقد على الآخر ، وان مات الولد بعد الرضاع ففى النفقة وجهان :**

(احدهما) انها تحل لأنها تأجلت لأجله وقد مات . (والثانى) لا تحل لان الدين انما يحل بموت من عليه دون من له .

فصل وان خالعها خلعاً منجزاً على عوض ملك العوض بالعقد وضمن بالقبض كالصداق ، فان كان عينا فهلكت قبل القبض ، أو خرج مستحقا او على عبد فخرج حراً ، أو على خل فخرج خمراً رجع الى مهر المثل فى قوله الجديد ، والى بدل المسمى فى قوله القديم ، كما قلنا فى الصداق . وان خالعها على ان ترضع ولده فماتت فهو كالعين اذا هلكت قبل القبض ، وان مات الولد ففيه قولان : (أحدهما) يسقط الرضاع ولا يقوم غير الولد مقامه لأنه عقد على ايقاع منفعة فى عين ، فاذا تلفت العين لم يقم غيرها مقامها ، كما لو أكره ظهراً للركوب فهلك الظهر . فعلى هذا يرجع الى مهر المثل فى قوله الجديد ، والى اجرة الرضاع فى قوله القديم .

(والقول الثانى) أنه لا يسقط الرضاع . بل يأتيها بولد آخر لترضعه لأن المنفعة باقية ، وان مات المستوفى قام غيره مقامه ، كما لو اكترى ظهراً ومات فان الوارث يقوم مقامه . فعلى هذا ان لم يأت بولد آخر حتى مضت المدة ففيه وجهان : (أحدهما) لا يرجع عليها لأنها مكنته من الاستيفاء فأشبه اذا أجرته داراً وسلمتها اليه فلم يسكنها . (والثانى) يرجع عليها لان المعقود عليها تحت يدها فتلف من ضمانها كما لو باعت منه شيئاً وتلف قبل أن يسلم . فعلى هذا يرجع بمهر المثل فى قوله الجديد وباجرة الرضاع فى قوله القديم . وان خالعها على خياطة ثوب فتلف الثوب فهل تسقط الخياطة أو يأتيها بثوب آخر لتخيطه ؟ فيه وجهان بناء على القولين فى الرضاع .

فصل ويجوز رد القولين فيه بالعيب لأن اطلاق العقد يقتضى السلامة من العيب فثبت فيه الرد بالعيب كالمبيع والصداق . فان كان العقد على عين بأن طلقها على ثوب أو قال ان أعطيتنى هذا الثوب فأنت طالق فأعطته ووجد به عيباً فردته رجع الى مهر المثل فى قوله الجديد والى بدل العين سليماً فى قوله القديم كما ذكرناه فى الصداق . وان كان الخلع منجزاً على عوض موصوف فى الذمة فأعطته ووجده معيبا فرده طالب بمثله سليماً كما قلنا فيمن أسلم فى ثوب وقبضه ووجده معيباً فرده . وان قال : ان دفعت الى عبداً من صفته كذا وكذا فأنت طالق فدفعت عبداً على تلك الصفة طلقت ، فان وجده معيبا فرده رجع فى قوله الجديد الى مهر المثل والى بدل العبد فى قوله القديم لانه تعين بالطلاق فصار كما لو خالعها على عين فردها بالعيب ، ويخالف اذا

كان موصوفا فى الذمة فى خلع منجز فقبضه ووجد به عيبا فرده لأنه لم يتعين بالعقد ولا بالطلاق فرجع الى ما فى الذمة . وان خالعها على عين على أنهـــا على صفة فخرجت دون تلك الصفة فثبت له الرد كما قلنا فى البيع ، فاذا رده الى مهر المثل فى أحد القولين والى بدل المشروط فى القول الآخر كما قلنـــا فيما رده بالعيب .

فصـــل ولا يجوز الخلع على محرم ولا على ما فيه غرر كالمجهـول ولا ما لم يتم ملكه عليه ولا ما لا يقدر على تسليمه لأنه عقد معاوضة فلم يجز على ما ذكرناه كالبيع والنكاح، فان طلقها على شىء من ذلك وقع الطلاق لأن الطلاق يصح مع عدم العوض فصح مع فساده كالنكاح ويرجع عليها بمهر المثل لأنه تعذر رد البضع فوجب رد بدله كما قلنا فيمن تزوج على خمر أو خنزير ، فان خالعها بشرط فاسد بان قالت طلقنى بالف بشرط ان تطلق ضرتى فطلقها وقع الطلاق ويرجع عليها بمهر المثل . لأن الشرط فاسد فاذا سقط وجب اسقاط ما زيد فى البدل لأجله وهو مجهول فصار العوض فيه مجهولا فوجب مهر المثل . فان قال اذا جاء راس الشهر فانت طالق على الف ففيه وجهان (أحدهما) يصح لأنه تعليق طلاق بشرط (والثانى) لا يصح لأنه عقد معاوضة فلم يصح تعليقه على شرط كالبيع فعلى هذا اذا وجد الشرط وقع الطلاق ورجع عليها بمهـــر المثل) .

الشرح الأحكام : اذا خالع امرأته على أن ترضع ولده وتحضنه وتكفله بعد الرضاع وبين مدة الرضاع وقدر الطعام وصفته والأدم وكم تجد منه فى كل يوم وكان الطعام والادام مما يجوز السلم فيه وبين مدة الكفالة بعد الرضاع فالمنصوص أنه يصح . ومن أصحابنا من قال : هـــل يصـــح العوض ؟ فيه قولان لأن هذا جميعه فى أصول الشافعى فى كل واحد منها قولان : (أحدهما) البيع والاجارة لأن فى هذا اجارة الرضاع وابتياعا للنفقة (والثانى) السلم على شيئين مختلفين . (والثالث) فيه السلم على شىء الى آجال ، والصحيح يصح قولا واحداً لأن السلم والبيع انما لم يصـــح على أحد القولين لأن كل واحد منهما مقصود والمقصود ههنا هو الرضاع والباقى بيع له . ويجوز فى التابع ما لا يجوز فى غيره . ألا ترى أنه يجوز أن يشترى الثمرة على الشجرة مع الشجرة قبل بدو الصـــلاح من غير شرط القطع . ولو اشترى الثمرة وحدها كذلك لم يصح . وأما السلم على شىء الى آجال

وعلى شيئين الى أجل فانما لم يصح لأنه لا حاجة به اليه ، وههنا به الى هذا حاجة لأنه كان يمكنه أن يسلم على كل واحد وحده • وها هنا لا يمكنه الخلع على ذلك مرتين •

اذا ثبت هذا فان عاش الولد حتى استكمل مدة الرضاع وحل وقت النفقة فللأب أن يأخذ كل يوم قدر ما يحل عليها من النفقة والادم فيه • فان شاء أخذه لنفسه وأنفق على ولده من ماله • وان شاء أنفقه على ولده • فان كان ذلك أكثر من كفاية الولد كانت للأب وان كان أقل من كفاية الولد كانت للأب وان كان أقل من كفاية الولد كان على الأب تمام نفقته • وان أذن لها فى انفاق ذلك على الولد ، فقد قال أكثر أصحابنا : يصح كما لو كان فى ذمته لغيره دين فأمره بدفعه الى انسان فانه برأ بدفعه اليه • وسواء كان المدفوع اليه ممن يصح قبضه أو ممن لا يصح قبضه كما لو كان له فى يده طير فأمره بارساله •

وقال ابن الصباغ : يكون فى ذلك وجهان كالملتقط اذا أذن له الحاكم فى اسقاط ماله على اللقيط • وان مات الصبى بعد استكماله الرضاع دون مدة النفقة لم يبطل العوض لأنه قد استوفى الرضاع • ويمكن الأب أخذ النفقة • فيأخذ ما قدره من النفقة • وهل يحل عليها ذلك بموت الولد ؟ ولا يستحق الأب أخذه الا على نجومه ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يحل عليها فيطالبها به الأب لأن تأجيله انما كان لحق الولد •

(والثانى) لا يستحق أخذه الا على نجومه ــ وهو الأصح لأنه وجب عليها هكذا • وان مات المستوفى • وان مات الصبى بعد أن رضع حولا وكانت مدة الرضاع حولين فهل تنفسخ الاجارة فى الحول الثانى أو لا تنفسخ بل يأتيها بصبى آخر لترضعه ؟ قال المسعودى ان لم يكن الصبى الميت منها لم تنفسخ الاجارة قولا واحداً • وان كان الولد الميت منها فهل تنفسخ الاجارة أو لا تنفسخ بل يأتيها بصبى آخر لترضعه ؟ فيه قولان • والفرق

بينهما أنها تدر على ولدها ما لا تدر على غيره وسائر أصحابنا حكوا القولين من غير تفصيل •

(أحدهما) لا ينفسخ فيأتيها بصبى آخر ؛ لأن الصبى الميت مستوفى به • فلم تبطل الاجارة بموته كما لو اكترى دابة ليركبها الى بلد فمات قبل استيفاء الركوب •

(والثانى) ليس له أن يأتيها بغيره بل تنفسخ الاجارة ، لأن الرضاع يتقدر لحاجة الصبى اليه وحاجتهم تختلف فلم يقم غيره مقامه بخلاف الركوب ، ولأنه عقد على ايقاع منفعة فى عين ، فاذا تلفت تلك العين لم يقم مقامها غيرها كما لو اكترى دابة ليركبها الى بلد فماتت ؛ فاذا قلنا بهذا أو قلنا بالأول ولم يأت بمن يقيمه مقامه انفسخ العقد فى الحول الثانى •

وهل ينفسخ فى الحول الأول وفيما بقى من العوض ؟ فيه طريقان كما قلنا فيمن استأجر عيناً حولين فتلفت فى أثنائها ، فاذا قلنا : لا يبطل العقد فى الحول الأول ولا فى النفقة فقد استوفى الرضاع فى الحول الأول وله أن يستوفى النفقة وهل يحل جميعها عليها ؟ أو ليستوفيها على نجومها ؟ على الوجهين •

وأما الحول الثانى فقد انفسخ العقد فيه ، وبماذا يرجع عليها ؟ فيه قولان : (أحدهما) بأجرة الحول الثانى • (والثانى) بقسطه من مهر المثل، فعلى هذا يقسم مهر المثل على أجرة الرضاع فى الحولين وعلى قيمة النفقة والأدم ، فما قابل أجرة الحول الثانى أخذه ، وما قابل غيره لم يستحقه عليها •

وان قلنا : انه يأتيها بولد آخر ، فان أتاها به فحكمه حكم الأول ؛ وان أمكنه أن يأتى به فلم يفعل حتى مضى الحول ففيه وجهان : (أحدهما) يسقط حقه من ارضاعها فى الحول الثانى ، لأنه أمكنه استيفاء حقه وقوته باختياره ، وهو كما لو أكترى دابة ليركبها شهراً فحبسها حتى مضى الشهر ولم يركبها (والثانى) لا يسقط حقه ، لأن المستحق بالعقد اذا تعذر تسليمه

حتى تلف لم يسقط حق مستحقه سواء كان بتفريط أو بغير تفريط ، كما لو اشترى بهيمة وقدر على قبضها فلم يقبضها حتى ماتت في يد البائع بخلاف الدابة ، فان منفعتها تلفت تحت يده ، وان ماتت المرأة نظرت ــ فان ماتت بعد الرضاع لم يبطل العقد ، بل يستوفى النفقة من مالها ، وان ماتت قبل الرضاع أو فى أثنائه أو انقطع لبنها انفسخ العقد فيما بقى من مدة الرضاع ، لأن المعقود عليه ارضاعها ، وقد تعذر ذلك فيبطل العقد كما لو استأجر دابة ليركبها فماتت قبل استيفاء الركوب ، وهل يبطل العقد ؟ أو لا يبطل العقد ويأتيها بثوب آخر لتخيطه ، فيه وجهان بناء على القولين فى الصبى اذا مات •

مسألة وان خالعها خلعاً منجزاً على عوض معلوم بينهما صح الخلع وملك العوض بالعقد ، فان هلك العوض قبل القبض رجع عليها ببدله ، وفى بدله قولان قال فى الجديد : مهر المثل ، وقال فى القديم : مثل العوض ان كان له مثل أو قيمته ان لم يكن له مثل كما قلنا فى الصداق اذا تلف فى يد الزوج قبل القبض ؛ وان خالعها على خمر أو خنزير أو شاة ميته أو ما أشبه ذلك مما لا يصح بيعه وقع الطلاق بائناً ورجع عليها بمهر مثلها قولا واحداً •

وقال أبو حنيفة ومالك وأحمد : يقع الطلاق ولا يرجع عليها بشىء • دليلنا أن هذا عقد على البضع ، واذا كان المسمى فيه فاسداً وجب مهر مثلها كما لو نكحها على ذلك ، وان خالعها على ما فى هذا البيت من المتاع ، ولا شىء فيه وقع الطلاق بائناً ورجع عليها بمهر مثلها قولا واحداً •

وقال أبو حنيفة وأحمد : يرجع عليها بمثل المتاع المسمى • دليلنا أنه عقد على البضع بعوض فاسد فوجب مهر المثل كما لو سمى ذلك فى النكاح ، وان قال خالعتك على ما فى هذه الجرة من الخل فبان خمراً وقع الطلاق بائنا •

قال الشافعى فى الأم : وله مهر مثلها • قال أصحابنا : ويحكى فيه القول القديم أنه يرجع عليها بمثل الخل • قال ابن الصباغ : وهذا فيه نظر ، لأن الخل مجهول فلا يمكن الرجوع اليه ، هذا مذهبنا ، وقال أحمد يرجع عليها بقيمة الخل ، دليلنا ما مضى فى التى قبلها •

فـــرع ان كان له امرأتان فقالتا له طلقنا على ألف درهم ، فقال : أنتما طالقتان جواباً لكلامهما ، وقع عليهما الطلاق ، وهل يصح تسميتهما للألف ؟ فيه قولان ، فاذا قلنا : تصح التسمية ، قسمت الألف عليهما على قدر مهر مثلهما ، وان قلنا التسمية لا تصح ، رجع عليهما بمثل الألف فى القول القديم ، لأن لها مثلا ، فيقسم عليهما على مهر مثلهما •

وعلى القول الجديد : يرجع على كل واحدة منهما بمهر مثلها ، وان أقر الطلاق على الفور ثم طلقها كان رجعيا الا أن يقول : أنتما طالقان على ألف ؛ فيقولان عقيب قوله : قبلنا ، فتكون كالأولة ، وان قالتا : طلقنا على ألف بيننا نصفين فطلقهما عقيب قوليهما وقع الطلاق بائناً واستحق على كل واحدة منهما خمسمائة قولا واحداً ، لأن كل واحدة منهما استدعت الطلاق بعوض معلوم ، وان قالتا له طلقنا فطلق احداهما على الفور ولم يطلق الأخرى ، وقع طلاق التى طلقها ، وهل تصل التسمية بقسطها من الألف ؟ على القولين •

فاذا قلنا : تصح قسمت الألف على مهر مثلها ومهر مثل الأخرى ، فما قابل مهر مثل المطلقة استحقه عليها عقيب استدعائهما الطلاق ثم طلقها فى مجلس الخيار ، فان كانتا غير مدخول بهما بانتا بالردة فلا يقع الطلاق ولا يلزمهما العوض وان كانتا مدخولا بهما فان طلاقهما موقوف على حكم نكاحهما ، فان انقضت عدتهما قبل أن يرجعا الى الاسلام تبينا أن الفرقة حصلت بردتهما فلا يقع عليهما الطلاق ، ولا يلزمهما العوض وان رجعا الى الاسلام قبل انقضاء عدتهما تبينا أن الطلاق وقع عليهما ولزمهما العوض فى قدر ما لزم كل واحدة منهما ما ذكرناه فى الأولة ، وان رجعت احداهما الى الاسلام قبل انقضاء عدتها وانقضت عدة الأخرى وهى باقية على الردة وقع الطلاق على التى رجعت الى الاسلام ، وفى قدر ما يلزمها من العوض ما ذكرناه اذا طلق احداهما ولم يقع الطلاق على الأخرى ولا يلزمها عوض •

فـــرع وان قالتا له : طلقنا بألف فقال لهما على الفور : أنتما طالقان ان شئتما فان قالتا له على الفور : شئنا ، طلقتا وفى قدر ما يلزم كل واحدة منهما من العوض ما ذكرناه ــ وان أخرتا المشيئة على الفور لم يطلقا

لأنه لم يوجد الشرط ، وان شاءت احداهما على الفور ولم تشأ الأخرى لم تطلق واحدة منهما ، لأنه علق طلاقهما بمشيئتهما ، ولم توجد مشيئتهما ، وان كانت المسألة بحالها واحداهما بالغة رشيدة والأخرى كبيرة محجور عليها فقالتا شئنا على الفور ، وقع عليهما الطلاق الا أن البالغة الرشيدة يقع عليها بائنا ، وفيما يستحقه من العوض عليها ما ذكرناه من القولين • وأما المحجور عليها فيقع عليها الطلاق ولا عوض عليها لأنها ليست من أهل المعاوضة ، وان كانت من أهل المشيئة ، ولهذا يرجع اليها فى النكاح وما تأكله ، وان كانت صغيرة غير مميزة فهل تصح مشيئتها ؟ فيه وجهان ، أو كبيرة مجنونة فلا مشيئة لها وجها واحداً •

فـــرع وان قالت له بعنى سيارتك هذه وطلقنى بألف ، فقال : بعتك وطلقتك ، فقد جمعت بين خلع وبيع بعوض ففيه قولان ، كما لو جمع بين البيع والنكاح بعوض ، فاذا قلنا : يصحان ، قسم الألف على قيمة السيارة وعلى مهر مثلها ، فما قابل قيمة السيارة كان ثمناً ، وما قابل مهر مثلها كان عوض خلعها ، وان وجدت بالسيارة عيباً فان قلنا : لا تفرق الصفقة ردت السيارة ورجعت عليه بحصتها من الألف ، وان قلنا : لا تفرق الصفقة ردت السيارة ورجعت بجميع الألف ورجع عليها بمهر مثلها وان قلنا : لا يصحان لم يصح البيع ولم يصح العوض فى الخلع ، ولكن الخلع صحيح ، وفى ماذا يرجع عليها ؟ قولان :

(أحدهما) تقوم السيارة المبيعة وينظر الى مهر مثلها ، ويقسم الألف عليهما •

(والثانى) يرجع عليها بمهر مثلها ، هكذا ذكر ابن الصباغ ؛ وذكر الشيخ أبو حامد فى التعليق ، والمحاملى : أنه يرجع عليها بمهر المثل ؛ ولعلهما أرادا على الصحيح من القولين •

قال الشيخ أبو حامد : وهكذا الحكم فيه اذا قالت ؛ خذ منى ألف درهم وأعطنى هذه العين المبيعة وطلقنى ، قال المحاملى : وهكذا اذا قالت : طلقنى على ألف على أن تعطينى الشىء الفلانى فطلقها • ا هـ • والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل فاذا خالع امرأته لم يلحقها ما بقى من عدد الطلاق ، لأنه لا يملك بضعها فلم يلحقها طلاقه كالأجنبية ، ولا يملك رجعتها فى العدة . وقال ابو ثور : ان كان بلفظ الطلاق فله أن يراجعها ، لأن الرجعة من مقتضى الطلاق فلم يسقط بالعوض كالولاء فى العتق ، وهـذا خطأ لأنه يبطـل به اذا وهب بعوض ، فان الرجوع من مقتضى الهبة وقد سقط بالعوض ، ويخالف الولاء ، فان باثباته لا يملك ما اعتاض عليه من الرق ، وباثبات الرجعة يملك ما اعتاض عليه من البضع .

فصـــل وان طلقها بدينار على أن له الرجعة سقط الدينار وثبتت له الرجعة ، وقال المزنى : يسقط الدينار والرجعة ويجب مهر المثل كمـا قال الشافعى فيمن خالع امرأة على عوض ، وشرطت المرأة انها متى شاءت استرجعت العوض وثبتت الرجعة أن العوض يسقط ، ولا تثبت الرجعة ، وهذا خطأ ، لأن الدينار والرجعة شرطان متعارضان فسقطا وبقى طلاق مجرد فتثبت معه الرجعة ، فاما المسألة التى ذكرها الشافعى رحمه الله فقد اختلف اصحابنا فيها ، فمنهم من نقل جواب كل واحدة منهما الى الأخرى ، وجعلهـــما على قولين ومنهم من قال : لا تثبت الرجعة هناك ، لأنه قطع الرجعة فى الحـال ، وانما شرطت أن تعود فلم تعد وههنا لم يقطع الرجعة فثبتت) .

الشرح الأحكام : اذا خالع امرأته لم يلحقها ما بقى من عدد الطلاق سواء قلنا الخلع طلاق أو فسخ ، وسواء طلقها فى العدة أو فى غيرها ، وسواء طلقها بالصريح أو بالكناية مع البينة ، وبه قال ابن عباس وعروة بن الزبير وأحمد واسحاق ، وقال سفيان الثورى وأبو حنيفة وأصحابه : يلحقهـــا الطلاق مادامت فى العدة ولا يلحقها بعد العدة ولا يلحقها الطلاق بالكناية بحال .

وقال مالك والحسن البصرى : يلحقها الطلاق عن قرب ولا يلحقها عن بعد فالقرب عند مالك أن يكون الطلاق متصلا بالخلع والحســن البصرى يقول : اذا طلقها فى مجلس الخلع لحقها ، وان طلقها بعده لم يلحقها .

دليلنا أنه لا يملك رجعتها فلم يلحقها طلاقه كالأجنبية • أو نقول : لأن من لا يصح طلاقها بالكناية مع البينة لم يصح طلاقها بالصريح • كما لو انقضت عدتها • أو من لا يلحقها الطلاق بعوض لم يلحقها بغير عوض كالأجنبية •

فرع ولا يثبت للزوج الرجعة على المختلعة سواء خالعها بلفظ الخلع أو بلفظ الطلاق ، وبه قال الحسن البصرى والنخعى ومالك والأوزاعى والثورى وأبو حنيفة ، وذهب ابن المسيب والزهرى الى أنه بالخيار ان شاء أخذ العوض ولا رجعة له ، وان شاء ترك العوض وله الرجعة •

قال الشيخ أبو حامد : وأظنهما أرادا ما لم تنقض العدة • وقال أبو ثور : ان كان بلفظ الطلاق فله الرجعة ، لأن الرجعة من موجب الطلاق ، كما أن الولاء من موجب العتق ، ثم لو أعتق عبده بعوض لم يسقط حقه من الولاء فكذلك ان صرفها بعوض ودليلنا قوله تعالى « فلا جناح عليهما فيما افتدت به » وانما يكون فداء اذا خرجت عن قبضته وسلطانه ، فلو أثبتنا له الرجعة فلم يكن للفداء فائدة ، ولأنه ملك العوض بالخلع فلم تثبت له الرجعة ، كما لو خالعها بلفظ الخلع ، ويخالف الولاء فانه باثبات الولاء عليه لا يملك ما أخذ عليه العوض من الرق وباثبات الرجعة له يملك ما أخذ عليه العوض من البضع •

فرع قال الشافعى فى المختصر : لو خالعها تطليقة بدينار على أن له الرجعة فالطلاق لازم وله الرجعة والدينار مردود • وقال المزنى : يسقط الدينار والرجعة ويجب مهر مثلها ، كما قال الشافعى فيمن خالع امرأته على عوض وشرطت المرأة أنها متى شاءت استرجعت الدينار • وتثبت الرجعة أو أن العوض يسقط ولا تثبت للرجعة ، ونقل الربيع الأولة فى الأم كما نقلها المزنى ، قال الربيع : وفيها قول آخر أن له مهر مثلها ولا رجعة • وقد نقل المزنى جواب كل واحدة منهما الى الأخرى وخرجهما على قولين •

وقال أكثر أصحابنا : لا يختلف المذهب فى الأولة أن له الرجعة ويسقط الدينار ، وما حكاه الربيع فهو من تخريجه • وما ذكره المزنى فهو مذهبه

بنفسه لأن الخلع اشتمل على العوض وشرط الرجعة ، وهذان الشرطان متضادان ، فكان اثبات الرجعة أولا لأنها ثبتت بالطلاق والعوض لا يثبت الا بالشرط . وأما الفرق بين الأولة والثانية فانه قد قطع الرجعة فى الثانية ، وانما شرط عودها فيما بعد فلم تعد ، وفى الأولة لم يقطع الرجعة فى الحال ، فكانت باقية على الأصل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان وكلت المرأة فى الخلع ولم تقدر العوض فخالع الوكيل بأكثر من مهر المثل لم يلزمها الا مهر المثل ، لأن المسمى عوض فاسد بمقتضى الوكالة فسقط ولزم مهر المثل كما لو خالعها الزوج على عوض فاسد ، فان قدرت العوض بماله فخالع عنها على أكثر منها ففيه قولان : (احدهما) يلزمها مهر المثل لما ذكرناه . (والثانى) يلزمها اكثر الأمرين من مهر المثل او المائة ، فان كان مهر المثل اكثر وجب ، لأن المسمى سقط لفساده ووجب مهر المثل ، وان كانت المائة أكثر وجبت لأنها رضيت بها ، وأما الوكيل فانه ان ضمن العوض فى ذمته رجع الزوج عليه بالزيادة لأنه ضمنها بالعقد وان لم يضمن بأن أضاف الى مال الزوجة لم يرجع عليه بشىء ، فان خالع على خمر أو خنزير وجب مهر المثل ، لأن المسمى سقط فوجب مهر المثل ، فان وكل الزوج فى الخلع ولم يقدر العوض فخالع الوكيل بأقل من مهر المثل ـ فقد نص فيه على قولين ـ قال فى الاملاء : يقع ويرجع عليه بمهر المثل . وقال فى الأم : الزوج بالخيار بين أن يرضى بهذا العوض ويكون الطلاق بائنا وبين أن يرده ويكون الطلاق رجعياً . وقال فيمن وكل وقدر العوض فخالع على أقل منه : ان الطلاق لا يقع ، فمن أصحابنا من نقل القولين فى الوكالة المطلقة الى الوكالة التى قدر فيها العوض ، والقول فى الوكالة التى قدر فيها العوض الى الوكالة المطلقة وهو الصحيح عندى ، لأن الوكالة المطلقة تقتضى المنع من النقصان عن مهر المثل كما تقتضى الوكالة التى قدر فيها العوض المنع من النقصان عن المقدر ، فيكون فى المسئلتين ثلاثة أقوال : (احدها) أنه لا يقع الطلاق لأنه طلاق أوقعه على غير الوجه المأذون فيه فلم يقع ، كما لو وكله فى الطلاق فى يوم فأوقعه فى يوم آخر . (والثانى) انه يقع الطلاق بائناً ويجب مهر المثل ، لأن الطلاق مأذون فيه فاذا وقع لم يرد والمسمى فاسد فوجب مهر المثل كما لو خالعها الزوج على عوض فاسد . (والثالث) أن الطلاق يقع لأنه مأذن فيه

وانما قصر فى البدل فثبت له الخيار بين أن يرضى بهذا العوض ويكون الطلاق بائنا وبين أن يرد ويكون الطلاق رجعياً لأنه لا يمكن اجبار الزوج على المسمى لأنه دون المأذون فيه ، ولا يمكن اجبارها على مهر المثل فيما أطلق ، ولا على الذى نص عليه من المقدر لأنها لم ترض به فخير بين الأمرين ليزول الضرر عنهما . ومن أصحابنا من قال : فيما قدر العوض فيه لا يقع الطلاق لأنه خالف نصه ، وفيما أطلق يقع الطلاق لأنه لم يخالف نصه ، وانما خالفه من جهة الاجتهاد ، وهذا يبطل بالوكيل فى البيع فانه لا فرق بين ان يقدر له الثمن فباع بأقل منه وبين أن يطلق فباع بما دون ثمن المثل وان خالعها على خمر أو خنزير لم يقع الطلاق ، لأنه طلاق غير مأذون فيه ، ويخالف وكيل المرأة فانه لا يوقع الطلاق انما يقبله ، فاذا كان العوض فاسداً سقط ورجع الى مهر المثل) .

الشرح الأحكام : يجوز التوكيل فى الخلع من جهة الزوجة والزوج لأنه عقد معاوضة فجاز التوكيل فيه كالبيع ، ويجوز أن يكون الوكيل منهما مسلماً وكافراً حراً وعبداً ، رشيداً ومحجوراً عليه ، ويجوز أن يكون الوكيل من جهة الزوجة امرأة ، وهل يجوز أن يكون وكيل الزوج امرأة ؟ فيه وجهان المنصوص أنه يصح ، لأن من صح منه عقد المعاوضة صح أن يكون وكيلا فيه كالبيع . والثانى لا يصح لأنها لا تملك ايقاع الطلاق بنفسها فلم تملك فى حق غيرها . قال الشافعى : ويجوز أن يكون وكيل واحد عنه وعنها . فمن أصحابنا من حمله على ظاهره وقال : عجوز أن يلى الواحد طرفى العقد فى الخلع كما يجوز أن يوكل الرجل امرأة فى طلاقها ، ومنهم من قال : لا يصح كما لا يصح فى النكاح أن يكون الواحد موجباً قابلا ، وحمل النص على أنه يجوز لكل واحد منهما أن يوكل وحده .

اذا ثبت هذا فان الوكالة تصح منهما مطلقاً ومقيدا كما قلنا فى البيع ، فاذا طلقت الوكيلة اقتضت مهر المثل كالوكيل فى البيع والشراء . والمستحب أن يقدر الموكل منهما العوض لوكيله لأنه أبعد من الغرور ، فان وكلت المرأة فى الخلع نظرت فان أطلقت الوكالة فان الاطلاق يقتضى مهر المثل حالا من نقد البلد ، فان خالع عنها بذلك صح ولزمها أداء ذلك ، وان خالعها بدون مهر مثلها أو مهر مثلها مؤجلا صح لأنه زادها بذلك خيرا . قال ابن الصباغ : وهكذا ان خالع عنها بدون نقد البلد صح لأنه زادها

خيراً ، وان خالع بأكثر من مهر مثلها وقع الطلاق • قال الشافعى فى الاملاء : ويكون المسمى فاسداً فيلزمها مهر مثلها ، لأنه خالع على عوض لم يأذن فيه فكان فاسداً فسقط ووجب مهر مثلها ، كما لو اختلعت بنفسها على مال مغصوب • وقال فى الأم : عليها مهر مثلها الى أن تبذل الزيادة على ذلك فيجوز • قال الشيخ أبو حامد فكأن الشافعى لم يبطل هذه الزيادة على مهر المثل بكل حال ولكن لا يلزمها • وقال المسعودى : هى على قولين : (أحدهما) يجب عليها مهر مثلها • (والثانى) لها الخيار ان شاءت فسخت المسمى وكان عليها مهر مثلها • وان شاءت أجازت ما سمى • وان قدرت له العوض بأن قالت اخلعنى بمائة فان خلعها بمائة صح لأنه فعل ما أمرته • وان خلعها بمائة مؤجلة أو بما دونها صح لأنه زادها خيراً • وان خالعها بأكثر • فيه قولان : (أحدهما) يقع الطلاق ويلزمها منه مهر مثلها لا غير لأنه خالع بأكبر مما أمرته فكان فاسداً ووجب مهر المثل ، وكما لو اختلعت هى بخمر أو خنزير • (والثانى) يلزمها أكثر الأمرين من المائة أو مهر مثلها ، لأن المائة ان كانت أكثر لزمتها لأنها قد أذنت فيها • وان كان مهر المثل أكثر لزمها لأن المسمى فاسد فسقط ولزمها مهر مثلها •

اذا ثبت هذا فهل يلزم الوكيل ما زاد على مهر المثل فى هذه والتى قبلها ؟ ينظر فيه فان قال طلقها على كذا وكذا وعلى ضمانه لزمه للزوج الجميع ولأنه ضمنه ، وان قال طلقها ولم يقل من مالها بل أطلق لزمه ذلك لأن الظاهر أنه يخالع من مال نفسه • وللوكيل أن يرجع عليها بمهر مثلها لأنه وجب عليه باذنها وما زاد عليه يدفعه من ماله و لايرجع عليها به لأنه وجب عليه بغير اذنها • وان قال طلقها على كذا وكذا من مالها لزمه مهر مثلها ولم يلزم الوكيل ما زاد على مهر مثلها لأنه أضاف ذلك الى مالها ولم يأذن له فيه فسقط عنها • وان قيدت له أو طلقها فخالع عنها بخمر أو خنزير وقع الطلاق بائنا ورجع عليها بمهر مثلها لأن المسمى فاسد فأسقط ووجب مهر مثلها كما لو خالعت هى بنفسها على ذلك •

وقال المزنى : لا يقع الطلاق لأن الوكيل لم يعقد على ما هو مال فارتفع العقد من أصله • كما لو وكله أن يبيع له عينا فباعها بخمر أو خنزير • وهذا

خطأ لأن وكيل المرأة لا يوقع الطلاق وانما يقبله فاذا قبله بعوض فاسد لم يمنع ذلك وقوع الطلاق كما لو قبلت هى الطلاق بخمر أو خنزير • وانما يصح هذا الذى قاله لوكيل الزوج ان وكله الزوج فى الخلع ولم يقدر العوض • فان خالع عنه الوكيل بمهر المثل من نقد البلد حالا صح • وان قيد له العوض بأن قال : خالع عنى بمائة فان خالعها جاز لأنه فعل ما أذن له فيه ؛ وان خالع بأكبر منها صح ، لأنه زاد خيراً ، وان خالع بما دون المائة فنص الشافعى أن الطلاق لا يقع لأنه أذن له فى ايقاع الطلاق على شىء مقدر ؛ فاذا أوقعه على صفة دونها لم يصح كما لو خالع بخمر أو خنزير • واختلف أصحابنا فيها ، فمنهم من قال : القولين اذا لم يقدر له العوض فخالع على أقل من مهر المثل الى هذه ؛ وجوابه فى هذه الى تلك ؛ وقال فيها ثلاثة أقوال ؛ وهو اختيار الشيخ أبى اسحاق •

(أحدها) يقع الطلاق فيهما بائناً ويلزمه مهر المثل •

(والثانى) يثبت للزوج فيها الخيار بين أن يرضى بالعوض المسمى فى العقد فيهما ويكون الطلاق بائنا ؛ وبين أن لا يرضى به ويكون الطلاق رجعيا •

(والثالث) لا يقع فيهما طلاق ووجهها ما ذكرناه ، لأن الوكالة المطلقة تقتضى المنع من النقصان عن مهر المثل كما أن الوكالة المقيدة تقتضى المنع من النقصان عن العوض المقيد ومنهم من حملهما على ظاهرهما فجعل الأولى على قولين ، والثانية على قول واحد ولم يذكر الشيخ أبو حامد فى التعليق غيره ؛ لأنه اذا قيد له العوض فى ألف فخالع بأقل منه فقد خالف نص قوله ، فنقض فعله كالمجتهد اذا خالف النص ، واذا أطلق الوكالة فانما علمنا أن الاطلاق يقتضى مهر المثل من طريق الاجتهاد فاذا أدى الوكيل اجتهاده الى المخالعة بأقل منه لم ينقض كما لا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد • قال ابن الصباغ وهذه الطريقة ظاهر كلام الشافعى والأولة أقيس والأقيس من الأقوال : أن لا يقع الطلاق •

فـــرع اذا وكله أن يطلق أو يخالع يوم الجمعة ، فطلق أو خالع

يوم الخميس لم يصح لأنه طلقها يوم الجمعة كانت مطلقة يوم السبت ، واذا طلقها يوم الجمعة لم تكن مطلقة يوم الخميس فكأن الموكل قد رضى بطلاقها يوم السبت ، واذا طلقها يوم الجمعة لم تكن مطلقة يوم الخميس فكأن الموكل قد رضى بطلاقها يوم السبت ولم يرض بطلاقها يوم الخميس .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فـــرع **واذا خالع امرأة فى مرضه ومات لم يعتبر البدل من الثلث سواء حابى أو لم يحاب لأنه لا حق للورثة فى بضع المرأة ولهذا لو طلق من غير عوض لم تعتبر قيمة البضع من الثلث ، فان خالعت المرأة زوجها فى مرضـــها وماتت فان لم يزد العوض على مهر المثل أعتبر من رأس المال لأن الذى بذلت بقيمة ما ملكته فأشبه اذا اشترت متاعا بثمن المثل وان زاد على مهر المثـــل اعتبرت الزيادة من الثلث ، لأنه لا يقابلها بدل فاعتبرت من الثلث كالهبـــة ، فان خالعت على عبد قيمته مائة ، ومهر مثلها خمسون ، فقد حابت بنصفه ، فان لم يخرج النصف من الثلث ، بأن كان عليها ديون تستغرق قيمة العبد ، فالزوج بالخيار بين أن يقر العقد فى العبد فيستحق نصفه وبين أن يفســـخ العقد فيه ، ويستحق مهر المثل ويضرب به مع الغرماء ، لأن الصفقة تبعضت عليه ، وان خرج النصف من الثلث أخذ جميع العبد نصفه بمهر المثل ونصفه بالمحاباة .**

ومن اصحابنا من قال : هو بالخيار بين أن يقر العقد فى العبد ، وبين أن يفسخ العقد فيه ويستحق مهر المثل ، لأنه تبعضت عليه الصفقة من طـــريق الحكم ، لأنه دخل على أن يكون جميع العبد له عوضا ، وقد صار نصفه عوضاً ونصفه وصـية والمذهب الأول ، لأن الخيار انما يثبت بتبعيض الصفقة لما يلحقه من الضرر لسوء المشاركة ؛ ولا ضرر عليه ههنا لأنه صار جميع العبد له فلم يثبت له الخيار) .

الشرح الأحكام : يصح الخلع فى مرض الموت من الزوجين كما يصح منهما النكاح والبيع ، فان خالع الزوج فى مرض موته بمهر المثـــل أو أكثر صح كما لو اتهبت فى مرض موته ؛ وان خالع بأقل من مهر المثل صح ولا اعتراض للورثة عليه لأنه لا حق لهم فى بضع امرأته ، ولهذا لو طلقهـــا

بغير عوض لم يكن لهم الاعتراض عليه ، وان خالعت الزوجة فى مرض موتها بمهر المثل أو دونه كان ذلك من رأس المال .

وقال أبو حنيفة : يكون ذلك من الثلث . دليلنا أن الذى بذلته بقيمة ما تملكه فهو كما لو اشترت به متاعا بقيمته ، وان خالعت بأكثر من مهر مثلها اعتبرت الزيادة من الثلث لأنها محاباة فاعتبرت من الثلث كما لو اشترت متاعا بأكثر من قيمته ، وان خالعت فى مرض موتها على سيارة قيمتها ألف ومهر مثلها خمسمائة فقد حابته بنصف السيارة ، فان لم يخرج النصف من الثلث ــ فان كان عليها دين يستغرق مالها ــ فالزوج بالخيار بين أن يأخذ نصف السيارة لا غير وبين أن يفسخ ويضرب مع الغرماء بمهر مثلها ونصفه وصية .

ومن أصحابنا من قال : هو بالخيار بين أن يرضى بهذا وبين أن يفسخ ويرجع بمهر مثلها ، لأن الصفقة تبعضت عليه لأنه دخل على أن يأخذ جميع السيارة عوضا ولم يصح له بالعوض الا نصفها ونصفها وصية . والصحيح أنه لا خيار له لأن السيارة قد سلمت له على كل حال ، وان لم يكن لها مال غير السيارة ولم يجز الورثة كان للزوج نصف السيارة بمهر المثل وسدسها بالمحاباة فذلك ثلثا السيارة ، فيكون الزوج بالخيار بين أن يأخذ ثلثى السيارة وبين أن يفسخ ويرجع بمهر المثل فان قال الزوج : أنا آخذ مهر المثل نقداً وسدس السيارة بالوصية لم يكن له ذلك لأن سدس السيارة انما يكون له وصية تبعاً للنصف .

اذا ثبت هذا فان المزنى نقل عن الشافعى أن له نصف السيارة ونصف مهر المثل ، ثم اعترض عليه وقال : هذا ليس بشىء ، بل له نصف السيارة وثلث ما بقى ، قال أصحابنا : أخطأ المزنى فى النقل ، وقد ذكرها الشافعى فى الأم فقال له النصف بمهر مثلها .

فرع وان خالعته فى المرض الذى ماتت فيه على مائة ومهر مثلها أربعون ــ ثم عاد الزوج فتزوجها على ملك المائة فى مرض موته وماتا ،

وخلفت الزوجة عشرة غير المائة ولم يخلف الزوج شيئاً ـ فان مات الزوج أولا بطلت محاباته لها ؛ لأنها ورثته وصحت محاباتها له ؛ لأنه لم يرثها فيكون للزوج منها أربعون مهر مثلها ؛ وله شيء بالمحاباة ، وان ماتت الزوجة أولا ولم يترك غير المائة بطلت محاباتها له ؛ لأنه ورثها .

وأما محاباة الزوج لها ـ فان أصدقها المائة التى خالعته عليها بعينها لم يصح ، لأنه لما أصدقها المائة وهو لا يملك منها غير أربعين فكأنه أصدقها ما يملك وما لا يملك ، فبطل المسمى ورجعت الى مهر المثل فيجب لكل واحد منهما على الآخر مهر مثلها فيقاصان ؛ ثم يرث الزوج نصف المائة عنها ان لم يكن لها ولد ولا ولد ولد ، فيكون ذلك لورثته وان أصدقها مائة فى ذمتها صحت لها المحاباة وحسابه : له أربعون مهر المثل ولا محاباة له ويرجع اليها صداقها ، ولها شيء محاباة فى ذمته ؛ فتكون تركتها مائة وشيئاً . ويرث الزوج نصف ذلك وهو خمسون ؛ ونصف شيء ؛ يخرج من ذلك لها شيء بالمحاباة ، فيبقى فى يد ورثته خمسون الا نصف شيء تعول شيئين فاذا خيرت عدلت الخمسون ستين ؛ ونصفا الشيء الكامل عشرون وهو ما كان بالمحاباة، ويجب للزوج عليها مهر مثلها ، وله عليها مهر مثلها فينقصان ويفضل لها عليه عشرون فيكون ذلك تركة لها مع المائة فذلك مائة وعشرون ، يرث الزوج نصف ذلك وهو ستون ؛ فتأخذ المرأة منها بالمحاباة عشرين ؛ ويبقى لورثته أربعون ، وهو مثلا محاباته لها ، فيكون لورثته ستون .

فرع ولو تزوجها فى مرض موته على مائة درهم ، ومهر مثلها خمسون ؛ ودخل بها ، ثم خالعته فى مرض موتها على مائة فى ذمتها ثم ماتا ولا يملكان غير هذه المائة ولم يجز ورثتها فحسابه للزوجة خمسون مهر مثلها من رأس المال ولها شيء محاباة ، فجميع تركتها خمسون وشيء للزوج منها خمسون مهر المثل ، وله ثلث شيء محاباة فيكون تركته مائة الا ثلثى شيء تعدل شيئين ؛ فاذا أخذت عدلت المائة بشيئين وثلثى الشيء الكامل ثلاثة أثمان وهو سبعة وثلاثون ونصف ، وهذا الذى صح لها بالمحاباة ، يأخذه من الزوج مع مهر المثل فذلك سبعة وثمانون ونصف ؛ فيرجع اليها مهر مثلها بالخلع ، ويبقى معها سبعة وثلاثون ونصف يستحق الزوج ثلث ذلك بالمحاباة فيبقى

لورثتها ثلثا ذلك ، فيجتمع لورثة الزوج خمسة وسبعون وذلك مثلا محاباته لها ، فالدور وقع فى فريضة الزوج لا فى فريضة الزوجة ؛ فان تركت الزوجة شيئاً غير الصداق فانك تضم ثلث تركتها الى المائة التى تركها الزوج ثم تأخذ ثلاثة أثمان ذلك وهو الجائز بالمحاباة ، وسواء مات الزوج أو لا أو الزوجة فالحكم واحد لأنهما لا يتوارثان •

قال ابن اللبان : ولو خالعته على المائة بعينها بطلت محاباتها لأنها خالعته على ما تملك وعلى ما لا تملك فبطل المسمى ووجب مهر المثل ولها بالمحاباة شيء فجميع تركتها خمسون وشيء للزوج منها خمسون ولا محاباة لها فتركته مائة الا شيئا يعول شيئين للزوج منها خمسون ولا محاباة لها فتركته مائة الا شيئا ؛ فاذا خيرت عولت المائة ثلاثة أشياء ، الشيء ثلاثة وثلاثون وثلث يكون لها ذلك مع مهر مثلها ، فيأخذ الزوج من ذلك مهر مثلها مع ما بقى معه من المائة فذلك ستة وستون وثلثان وذلك مثلا محاباته لها ، والله الموفق للصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب جامع فى الخلع

اذا قالت المرأة للزوج : طلقنى على ألف ، فقال : خالعتك ، أو حرمتك ، أو أبنتك على ألف ، ونوى الطلاق صح الخلع ، وقال أبو على بن خيران : لا يصح لأنها سألت الطلاق بالصريح ، فأجاب بالكناية ، والمذهب الأول ، لأنها استدعت الطلاق ، والكناية مع النية طلاق •

فان قالت : طلقنى بألف فقال : خالعتك بألف ولم ينو الطلاق ـ وقلنا : ان الخلع فسخ لم يستحق العوض ـ لأنها استدعت فرقة ينقص بها العدد ولم يجبها الى ذلك ، فان قالت : أخلعنى فقال : طلقت ـ وقلنا : ان الخلع فسخ ـ ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يصح لأنه لم يجب الى ما سألت ، فهو كالقسم قبله •
(والثانى) يصح وهو المذهب لأنها استدعت فرقة لا ينقص بها العدد ، فأجاب الى فرقة ينقص بها العدد فحصل لها ما طلبت وزيادة) •

الشرح الأحكام : اذا قالت المرأة طلقنى ثلاثاً ولك ألف ، فطلقها ثلاثا استحق الألف عليها • وبه قال أحمد وأبو يوسف ومحمد • وقال أبو حنيفة : لا يستحق شيئاً • دليلنا أنها استدعت منه الطلاق بالعوض فكان كما لو قالت : طلقنى وعندى ألف •

وان قالت : طلقنى ثلاثاً ولك ألف أو بألف أو على ألف فطلقها واحدة استحق عليها ثلث الألف ، وبه قال مالك • وقال أحمد لا يستحق عليها شيئاً • وقال أبو حنيفة : ان قالت بألف استحق عليها ثلث الألف • وان قالت على ألف لم يستحق شيئاً • دليلنا أنها استدعت منه فعلا بعوض ، فاذا فعل بعضه استحق بقسطه ؛ كما لو قالت : من رد على عبيدى الثلاثة من الاباق فله ألف فرد واحداً منهم • وان قالت : طلقنى ثلاثاً فطلقها واحدة ونصفا وقع عليها طلقتان • هكذا أفاده العمرانى فى البيان وابن الصباغ فى الشامل، وكم يستحق عليها ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يستحق ثلثى الألف ، لأنه وقع عليها طلقتان •

(والثانى) لا يستحق عليها الا نصف الألف لأنه لم يوقع عليها الا نصف الثلاث ؛ وانما سرت الطلقة بالشرع • وان قال : ان أعطيتنى ألفاً فأنت طالق ثلاثا فأعطته ثلث الألف أو نصفها لم يقع الطلاق عليها ، لأن الصفة لم توجد بخلاف ما لو استدعت منه الطلاق ، فان طريقه المعاوضة وهذا طريقه الصفة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان قالت : طلقنى ثلاثا ولك على ألف فطلقها طلقة استحق ثلث الألف لأنها جعلت الألف فى مقابلة الثلاث ، فكان فى مقابلة كل طلقة ثلث الألف • وان طلقها طلقة ونصفاً ففيه وجهان : (أحدهما) يستحق ثلثى الألف لأنها طلقت طلقتين • (والثانى) يستحق نصف الألف لأنه أوقع نصف الثلاث. وانما كملت بالشرع لا بفعله •**

فان قال : ان أعطيتنى ألفاً فأنت طالق ثلاثا ، فأعطته بعض الألف لم يقع

شيء ، لأن ما كان من جهته طريقه الصفات ، ولم توجد الصفة فلم يقع ؛ وما كان من جهتها طريقه الاعواض ، فقسم على عدد الطلاق ، وان بقيت له على امرأته طلقة فقالت له طلقني ثلاثا ولك على ألف ، فطلقها واحدة ؛ فالمنصوص أنه يستحق الألف . واختلف أصحابنا فيه فقال أبو العباس وأبو اسحاق : المسألة مفروضة فى امرأة علمت أنه لم يبق لها الا طلقة ، فيكون معنى قولها طلقني ثلاثاً اى كمل لى الثلاث ، كرجل أعطى رجلا نصف درهم ، فقال له اعطني درهماً اي كمل لي درهما ، وأما اذا ظنت أن لها الثلاث لم يجب أكثر من ثلث الألف لأنها بذلت الألف فى مقابلة الثلاث فوجب أن يكون لكل طلقة ثلث الألف . ومن أصحابنا من قال : يستحق الألف بكل حال لأن القصد من الثلاث تحريمها الى أن تنكح زوجا غيره ، وذلك يحصل بهذه الطلقة فاستحق بها الجميع ، وقال المزنى رحمه الله : لا يستحق الا ثلث الألف علمت أو لم تعلم ، لأن التحريم يتعلق بها وبطلقتين قبلها ، كما اذا شرب ثلاثة أقداح فسكر كان السكر بالثلاث ، واذا ففأ عين الأعور كان العمى بفقء الباقية وبالفقوءة قبلها ، وهذا خطأ لأن لكل قدح تأثيراً فى السكر ، ولذهاب العين الأولى تأثيرا فى العمى ، ولا تأثير للأولى والثانية فى التحريم ، لأنه لو كان لهما تأثير فى التحريم لكمل ، لأنه لا يتبعض .

وان ملك عليها ثلاث تطليقات فقالت له طلقني طلقة بألف فطلقها ثلاثا استحق الألف لأنه فعل ما طلبته وزيادة ، فصار كما لو قال من رد عبدى فلانا فله دينار فرده مع عبدين آخرين .

فان قالت : طلقني عشراً بألف فطلقها واحدة ففيه وجهان : (أحدهما) يجب له عشر الألف لأنها جعلت لكل طلقة عشر الألف . (والثانى) يجب له ثلث الألف لأن ما زاد على الثلاث لا يتعلق به حكم ، وان طلقها ثلاثا فله على الوجه الأول ثلاثة أعشار الألف ، وعلى الوجه الثانى له جميع الألف ، وان بقيت له طلقة فقالت له : طلقني ثلاثا على ألف ؛ طلقة أحرم بها عليك وطلقتين فى نكاح آخر اذا نكحتني ، فطلقها ثلاثا ، وقعت طلقة ولا يصح ما زاد لأنه سلف فى الطلاق ، ولأنه طلاق قبل النكاح ، فان قلنا : ان الصفقة لا تفرق سقط المسمى ووجب مهر المثل ، وان قلنا تفرق الصفقة ففيما يستحق قولان : (احدهما) ثلث الألف . (والثانى) جميع الألف كما قلنا فى البيع) .

الشرح الأحكام : ان قال : أنت طالق ثلاثا بألف فقالت قبلت واحدة بثلث الألف . قال ابن الحداد : لم يقع الطلاق ولم يلزمها شيء لأنه

لم يرض بانقطاع رجعته عنها الا بألف فلا ينقطع بما دونه • وان قالت : قبلت واحدة بألف قال ابن الحداد : وقعت عليها طلقة واحدة واستحق عليها الألف لانها زادته خيراً • وقال بعض أصحابنا بل يقع عليها ثلاث طلقات بالألف لأن انقطاع الطلاق اليه دونها وانما اليها قبول العوض وقد وجد منه ايقاع الثلاث فوقعن وان قال أنت طالق ثلاثا بألف فقالت قبلتها بخمسمائة لم يصح الطلاق ؛ ولم يلزمها عوض لأنه لم يرض وقوع الطلاق عليها بأقل من ألف ولم تلتزم له بالألف وان قالت طلقنى ثلاثا بألف فقال : أنت طالق ثلاثا بألف ودينار أو بألفين لم يقع عليها الا أن تقول عقب قوله قبلت لأنها لم ترض بالتزام أكثر من الألف ولم يرض بايقاع الطلاق الا بأكثر من ألف •

وان قالت : طلقنى ثلاثا بألف فقال : أنت طالق ثلاثا بخمسمائة أو قالت طلقنى بألف ولم تقل ثلاثاً ؛ فقال : أنت طالق بخمسمائة وقع عليها الثلاث فى الأولة ، وفى الثانية ما نوى ولم يلزمها الا خمسمائة فيهما ؛ لأنه زادها بذلك خيراً ، لأن رضاها بألف رضى بما دونه ؛ هكذا ذكر القاضى أبو الطيب وقال : اذا قال طلقتك على ألف فقالت قبلت بألفين وقع عليها الطلاق ولم يلزمها الا ألف • وقال المسعودى اذا قال خالعتك بألف فقالت اختلعت بألفين لم تقع الفرقة ، لأن من شرط القبول أن يكون على وفق الايجاب •

فرع اذا بقى له على امرأته طلقة فقالت طلقنى ثلاثا بألف فطلقها واحدة قال الشافعى استحق عليها الألف ؛ واختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو العباس وأبو اسحاق هذه مفروضة فى امرأة تعلم أنه ما بقى عليها الا واحدة ، فيكون معنى قولها طلقنى ثلاثا أى أكمل لى الثلاث فيلزمها ؛ فأما اذا كانت لا تعلم ذلك فلا يستحق عليها الا ثلث الألف بذلت لأنها الألف على الثلاث ، فاذا طلقها واحدة لم يستحق الا ثلث الألف ؛ كما لو كان يملك عليها ثلاثا فطلقها واحدة • ومن أصحابنا من قال : يستحق عليها الألف بكل حال وهو ظاهر النص واختيار القاضى أبى الطيب ، لأن المقصود بالثلاث قد حصل لها بهذه الطلقة • وقال المزنى : لا يستحق عليها الا ثلث الألف بكل حال ؛ لأن التحريم انما يحصل بهذه الطلقة وبالأولتين قبلها ، كما اذا شرب

ثلاثة أقداح فسكر ، فان السكر حصل بالثلاثة أقداح ؛ وأن بقى عليها طلقتان ، فقالت : طلقنى ثلاثا بألف ؛ فان قلنا بالطريقة الأولى وكانت عالمة بأنه لم يبق عليها الا طلقتان ، فان طلقها طلقتين استحق عليها الألف وان طلقها واحدة استحق عليها نصف الألف ؛ وان لم تعلم أنه بقى لها طلقتان فان طلقها طلقتين استحق عليها ثلثى الألف • وان طلقها واحدة استحق عليها ثلث الألف ؛ وعلى الطريقة الثانية ان طلقها طلقتين استحق عليها الألف • وان طلقها واحدة قال ابن الصباغ فعندى أنه لا يستحق عليها الا ثلث الألف لأن هذه الطلقة لم يتعلق بها تحريم العقد فصار كما لو كان له ثلاث طلقات فطلقها واحدة •

مسألة قوله : وان ملك عليها ثلاث تطليقات الخ • وهو كما قال • فان كان يملك ثلاث طلقات فقالت له طلقنى واحدة بألف فطلقها ثلاثا وقع عليها الثلاث واستحق عليها الألف لأنه حصل لها ما سألت وزيادة • قال أبو اسحاق الألف فى مقابلة الثلاث • وقال غيره من أصحابنا بل الألف فى مقابلة الواحدة والاثنتان بغير عوض وليس تحت هذا الاختلاف فائدة •

وقال القفال : يقع الثلاث ويستحق عليها ثلث الألف لأنها رضيت بواحدة عن العوض وهو جعل كل واحدة بازاء ثلث الألف • وحكى المسعودى أن من أصحابنا من قال يقع عليها واحدة بثلث الألف لا غير لأنه أوقع الأخريين على العوض ولم تقبلها فلم يقعا • والأول هو المشهور •

فرع وان قال لها : أنت طالق طلقتين احداهما بالألف قال ابن الحداد ان قبلت وقع عليها طلقتان ولزمها الألف • وان لم تقبل لم يقع عليها الطلاق لأنه لم يرض بايقاع طلقتين الا بأن يحصل له الألف • فاذا لم يقبل لم يقع عليها الطلاق كما لو أوصى أن يحج عنه رجل بمائة وأجرة مثله خمسون فلا يحصل له المائة الا أن يحج عنه • قال القاضى أبو الطيب : ويحتمل اذا لم يقبل أنه يقع عليها طلقة ولا شىء عليها لأنه يملك ايقاعها بغير قبول وقد أوقعها • وان قالت قبلت الطلقتين ولم أقبل العوض كان بمنزلة ما لو لم يقبل لأن الطلاق لا يفتقر الى القبول ، وانما الذى يحتاج الى القبول

هو العوض ؛ فلا يقع عليها الطلاق على قول ابن الحداد وعلى قول أبى الطيب يقع عليها الطلقة التى لا عوض فيها •

فـــرع وان قال لامرأتيه : أنتما طالقتان احداكما بألف ــ فان قبلتا جميعاً ــ وقع عليهما الطلاق • ويقال له عين المطلقة بالألف ، فاذا عين احداهما كان له عليها مهر مثلها ، لأن المسمى لا يثبت مع الجهالة بالتسمية• وان قبلت احداهما ولم تقبل الأخرى قيل له عين المطلقة بالألف ؛ فان قال : هى القابلة ، وقع عليها الطلاق بائناً ولزمها مهر مثلهـا ووقع الطـلاق على الأخرى بغير عوض ، وان قال : المطلقة بالألف هى التى لم يقبل وقع الطلاق على القابلة بغير عوض ولم يقع الطلاق للتى لم تقبل ؛ وان لم تقبل واحدة منهما سقط الطلاق بالألف ، ويقال له عين المطلقة بغير ألف ، فاذا عين أحداهما وقع الطلاق عليها بغير عوض ؛ وان ردتا جميعا ولم يقبلا ــ قال القـاضى أبو الطيب فعلى قول ابن الحـداد فى التى قبلها يجب أن لا يقع على واحدة منهما طلاق لأنه لم يسلم له الشرط من الألف ، قال وعلى ما ذكرته فى التى قبلها يسقط الطلاق الذى شرط فيه الألف ويقع الطلاق الذى أوقعه بغير شىء ويطالب بالتعيين •

مســألة قوله : فان قالت طلقنى عشراً بألف الخ • وهذا كمـــا قال ، فانه ان قالت له طلقنى عشراً بألف فطلقها واحدة ففيه وجهان حكاهما الشيخ هنا : (أحدهما) يستحق عليها عشر الألف لأنها جعلت لكل طلقـة عشر الألف • (والثانى) يستحق عليها ثلث الألف لأن ما زاد على الثلاث لا يتعلق به حكم • قال فان طلقها ثلاثاً استحق عليها على الوجه الأول ثلاثة أعشار الألف ؛ وعلى الثانى جميع الألف • وأما القاضى أبو الطيب فحكى عن ابن الحداد اذا قالت طلقنى عشراً بألف فطلقها واحدة استحق عليها عشر الألف • قال القاضى قلت أنا : وان طلقها اثنتين استحق عليها خمس الألف وان طلقها ثلاثة استحق عليها جميع الألف ؛ وهكذا ذكر ابن الصباغ • ولم يذكر الوجه الثانى •

فـــرع اذا بقيت له على امرأته طلقة فقالت : طلقنى ثلاثاً بألف ،

فقال لهـا أنت طالق طلقتين ؛ الأولى بألف ، والثانية بغـير شيء ، فقـال أبو العباس بن القاص : وقعت الطلقة التى بقيت له بألف عليها ، ولا تقـع عليها الثانية ، وان قالت : الأولى بغير شيء ؛ والثانية بألف ، وقعت عليهـا الطلقة التى بقيت له بغير شيء ولم تقع الثانية ؛ فاعترض عليه بعض أصحابنا وقال : اذا قال أنت طالق طلقتين فليس فيهما أولة ولا ثانية .

قال القاضى أبو الطيب : أخطأ هذا المعترض لأن كلامه اذا لم يقطعه قبل منه ما شرط فيه وقيده ، ولهذا يقبل استثناؤه ؛ وان بقيت له واحدة قالت : طلقنى ثلاثاً بألف ؛ فقال أنت طالق طلقتين احداهما بألف .

قال أبو العباس بن القاص : وقعت عليها واحدة ولزمها الألف . وقال فى شرح التلخيص يجب أن يرجع الى بيانه . فان قال أردت بقولى احداهما بألف للأولى دون الأخرى فله الألف ؛ وان قال أردت بقولى احداهما بألف الثانية لم يكن له شيء .

قال القاضى أبو الطيب : الصحيح ما قاله ابن القاص ، لأنه اذا لم يقل المطلق الأولى والثانية بلفظ ، لم يكن فيهما أولة ولا ثانية ؛ فترجع الألف الى الطلقة التى بقيت له .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان قال أنت طالق على الف وطالق وطالق لم تقع الثانية والثالثة لأنها بانت بالأولى ، وان قال أنت طالق وطالق وطالق على الف ، وقال أردت الأولى بالألف لم يقع ما بعدها لأنها بانت بالاولى . وان قال أردت الثانية بالالف فان قلنا يصح خلع الرجعية وقعت الأولى رجعية وبانت الثانيـة ولم تقـع الثالثة . وان قلنا لا يصح خلع الرجعية وقعت الأولى رجعية والثانية رجعية وبانت بالثالثة وان قال أردت الثالثة بالألف فقد ذكر بعض أصحابنا انه يصح ويستحق الألف قولا واحداً لأنه يحصل بالثالثة من التحريم ما لا يحصل بغيرها وعندى أنه لا يستحق الألف على القول الذى يقول : انه لا يصح خلع الرجعية ، لأن الخلع يصادف رجعية ؛ وان قال أردت الثلاث بالألف لم تقع الثانية والثالثة لأن الأولى وقعت بثلث الألف وبانت بها فلم يقع ما بعدها .

فصـــل وان قال أنت طالق وعليك الف طلقت ولا يستحق عليهـا شيئاً لانه اوقع الطلاق من غير عوض ثم استانف ايجاب العوض من غير طلاق ، فان كان ذلك بعد الدخول فله ان يراجع لانه طلق من غير عوض ، وان قال انت طالق على ان اعطيك الفاً فقبلت صح الخلع ووجب المال لان تقديره انت طالق على الف فاذا اعطت وقع الطلاق ووجب المال) .

الشرح الأحكام : اذا قالت طلقنى واحدة بألف فقال أنت طالق وعلى ألف وطالق وطالق ، وقعت عليها الأولى بألف ، ولم يقع ما بعدها ، وان قال أنت طالق وطالق وطالق على ألف قيل له أى الثلاث أردت بالألف ؟ فاذا قال أردت الأولة بانت بالأولة ولم يقع عليها ما بعدها ، وان قال أردت الثانية بالألف وقعت الأولة رجعية .

فان قلنا يصح خلع الرجعية وقعت الثانية أيضاً بالألف ولم تقع الثالثة . وان قلنا لا يصح خلع الرجعية وقعت الأولة رجعية ، والثانية رجعية وبانت بالثالثة ، ولا يستحق عليها عوضاً ، وان قال أردت الثالثة بالألف .

قال المحاملى : صح ذلك واستحق عليها الألف قولا واحداً ، لأن الثالثة تقع بها بينونة لا تحل الا بعد زوج ، فيؤخذ فيها معنى يختص بها لا يوجد فى الأولة ولا فى الثانية فصح .

وقال الشيخ أبو اسحاق : لا يستحق عليها الألف على القول الذى قاله لا يصح خلع الرجعية كما قلنا فى التى قبلها ــ ان قال أردت الثلاث بالألف ــ وقعت الأولة بثلث الألف وبانت ، ولم يقع ما بعدها .

مســألة قوله (فصل) وان قال أنت طالق وعليك ألف طلقت ، وهو كما قال ، فان الشافعى رضى الله عنه قال : وان قال لها أنت طالق وعليك ألف درهم ، فهى طالق ولا شىء عليها ، وانما كان كذلك لأن قوله أنت طالق ابتداء ايقاع ، وقوله وعليك ألف استئناف كلام فلم يتعلق بما قد تقـــدم فيكون الطلاق رجعياً ، فان ضمنت له الألف لم يلزمها بهذا الضمان حق ، لأنه ضمان ما لم يجب ، وان أعطته الألف كان ابتداء هبة ولم يقطع به رجعة ، وان قال : أنت طالق على أن عليك ألفاً .

قال الشافعى فى الأم : فان ضمنت فى الحال وقع الطلاق ، وان لم تضمن لم يقع ؛ لأن (على) كلمة شرط ، فقد علق وقوع الطلاق بشرط ، فمتى وجد الشرط وقع الطلاق ؛ وان لم تضمن لم يقع ، لأن (على) كلمة شرط فقد علق وقوع الطلاق بشرط فمتى وجد الشرط وقع الطلاق بخلاف الأولة ، فان قوله وعليك ألف ؛ استئناف كلام وليس شرطاً .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل اذا قال ان دفعت الى ألف درهم فانت طالق فان نويا صنفا من الدراهم صح الخلع وحمل الألف على ما نويا لأنه عوض معلوم وان لم ينويا صنفا نظرت ، فان كان فى موضع فيه نقد غالب حمل العقد عليه لأن اطلاق العوض يقتضى نقد البلد كما نقول فى البيع ؛ وان لم يكن فيه نقد غالب فدفعت اليه الف درهم بالعدد دون الوزن لم تطلق ، لأن الدراهم فى عرف الشرع بالوزن ، وان دفعت اليه الف درهم نقرة لم تطلق لأنه لا يطلق اسم الدراهم على النقرة ، وان دفعت اليه ألف درهم فضة طلقت لوجود الصفة ويجب ردها لأن العقد وقع على عوض مجهول ويرجع بمهر المثل لأنه تعذر الرجوع الى العوض فوجب بدله ، وان دفعت اليه دراهم مغشوشة ، فان كانت الفضة فيها تبلغ ألف درهم طلقت لوجود الصفة ؛ وان كانت الفضة فيها ألف درهم لم تطلق ، لأن الدراهم لا تطلق الا على الفضة .

فصل وان قال ان أعطيتنى عبداً فانت طالق فأعطته عبداً تملكه طلقت سليماً كان أو معيباً قناً كان أو مدبراً لأن اسم العبد يقع عليه ويجب رده والرجوع بمهر المثل لأنه عقد وقع على مجهول ، وان دفعت اليه مكاتبا أو مغصوباً لم تطلق لأنها لا تملك العقد عليه .

ان قال : ان أعطيتنى هذا العبد فانت طالق فأعطته هو مغصوب ، ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى على بن أبى هريرة : انها لا تطلق كما لو خالعها على عبد غير معين فأعطته عبداً مغصوباً . (والثانى) وهو المذهب أنها تطلق لأنها أعطته ما عينه ويخالف اذا خالعها على عبد غير معين لأن هناك أطلق العقد فحمل على ما يقتضيه العقد والعقد يقتضى دفع عبد تملكه) .

الشرح الأحكام : اذا قال ان أعطيتنى ألف درهم فأنت طالق ،

فأعطته ألف درهم فى الحال بحيث يكون جوابا لكلامه نظرت ــ فان أعطته ألف درهم مضروبة لا زائدة ولا ناقصة ؛ وقع عليها الطلاق لوجود الشرط ، وان أعطته ألف درهم مضروبة وزيادة وقع الطلاق لوجود الصفة ؛ والزيادة لا تمنعها ؛ كما قال ان أعطيتنى ثوباً فأنت طالق ، فأعطته ثوبين •

فان قيل : أليس الاعطاء عندكم بمنزلة القبــول ، والقبــول اذا خالف الايجاب ــ وان كان بالزيادة لم يصح ؛ ألا ترى أنه لو قال : بعتك هــذا بألف فقال : قبلت بألفين ؛ لم يصح ؟ •

قلنا : الفرق بينهما أن القبول يقع بحكم الايجاب فى العقد ، فمتى خالفه لم يصح وههنا المغلب فيه الصفة ، فوقع الطلاق ؛ والذى يقتضى المذهب أن لها أن تسترد الزيادة على الألف ويملك الزوج الألف ، اذا كانت الدراهم معلومة ؛ وان كانت مجهولة ردها ورجع عليها مهر المثل ؛ وان أعطته دراهم ناقصة ؛ فان كانت ناقصة العدد والوزن بأن أعطتــه دراهم عــددها دون الألف ، ووزنها دون وزن ألف درهم من دراهم الاسلام لم يقع الطــلاق ، لأن اطلاق الدراهم يقتضى وزن الاسلام ؛ وان كانت ناقصة العدد وافيــة الوزن بأن أعطته تسعمائة درهم مضروبة ــ الا أن وزنها وزن ألف درهم من دراهم الاسلام ــ وقع عليها الطلاق لوجود الصفة ، لأن الاعتبــار بالوزن دون العدد اذا لم يكن مشروطا وان أعطته قطعة فضة نقرة وزنها ألف درهم لم يقع الطلاق ؛ لأن اطلاق الدراهم انما ينصرف الى المضروبة ــ والنقــرة قطع كالسبائك ــ وان أعطته ألف درهم مضروبة رديئة ــ فان كانت رداءتها من جهة الجنس أو السكة ؛ بأن كانت فضتها خشنة أو سكتها مضطربة ، وقع الطلاق لوجود الصفة •

قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ : وله ردها والمطالبة ببدلها سليمة من غير نقد البلد لأن اطلاق المعاوضة يقتضى الســلامة من العيــوب ، وان أعطته ألف درهم مغشوشة بغير جنسها بأن كانت مغشوشــة برصــاص أو نحاس ــ فان كانت الفضة لا تبلغ ألف درهم من دراهم الاسلام ــ لم يقع الطلاق ، لأن الشرط لم يوجــد وان كانت الفضــة فيها تبلغ ألف درهم من دراهم الاسلام وقع عليها الطلاق ؛ لوجود الصفة •

فـــرع اذا قالت : طلقنى بألف فقال : أنت طالق ثلاثاً ، استحق الألف ، وان طلقها واحدة أو اثنتين ـ قال الصيمرى : ـ سألناها ؛ فان قالت : أردت ما أجابنى به أو أقل لزمها الألف ؛ وان قالت : أردت أكثر فالقول قولها مع يمينها وله العوض بحساب ما طلق ، وان سألت الطلاق مطلقاً بعوض فقال : أنت طالق ؛ فان قال : أردت ثلاثاً وقع عليها الثلاث ، واستحق الألف ؛ وان قال أردت ما دون الثلاث رجع اليها فيما سألت ، وكان الحكم كالأولة .

فـــرع اذا قالت : خالعنى على ألف درهم ، فقال : خالعتك نظرت ـ فان قيداه بدراهم من نقد البلد معلوم صح ولزم الزوجة منها ؛ وان لم يقيدا ذلك بنقد بلد معروف ـ وكانا فى بلد فيه دراهم غالبة ـ انصرف اليها ذلك . كما قلنا فى البيع ، وان كانا فى بلد لا دراهم فيها غالبة ونويا صنفاً من الدراهم ، أو قال : خالعتك على ألف ـ ولم يقل من الدراهم ولا من الدنانير ؛ فقالت : قبلت ونويا صنفا من الدراهم والدنانير ، واتفقا عليه ، انصرف اطلاقهما الى ما نوياه ، لأنهما اذا ذكرا ذلك واعترفا أنهما أرادا صنفا صار كما لو ذكراه ، وان لم ينويا صنفا صح الخلع ؛ وكان العوض فاسداً فيلزمها مهر المثل .

اذا ثبت هذا فان المصنف قال فى مطلع الفصل : اذا قال : ان دفعت الى ألف درهم فأنت طالق ـ ونويا صنفا من الدراهم ـ صح الخلع ، وحمل على ما نويا والذى يقتضى المذهب أن نيتهما انما تؤثر فى الخلع المنجز على ما مضى . وأما هذا فهو طلاق معلق على صفة هكذا أفاده الماوردى والعمرانى وابن الصباغ وغيرهم من أصحابنا ؛ وأى صنف من الدراهم أعطته وقع به الطلاق ولا تأثير للنية .

فـــرع اذا كان له زوجتان صغيرة وكبيرة ؛ فأرضعت الكبيرة الصغيرة رضاعا يحرم ، وخالع الزوج الكبيرة ـ فان علم أن الخلع سبق الرضاع ـ صح الخلع ؛ وان علم أن الرضاع سبق الخلع لم يصح الخلع لأن النكاح انفسخ قبل الخلع ، وان أشكل السابق منهما صح الخلع ، لأن الأصل بقاء الزوجية .

فـــرع اذا تخالع الزوجان الوثنيان والذميان صح الخلع لأنه معاوضة فصح منهما كالبيع ، ولأن من صح طلاقه بغير عوض صح بعـوض كالمسلمين ، فان عقد للخلع بعوض صحيح ثم ترافعا الينا أمضاه الحـاكم قبل التقابض وبعده لأنه يصح ، وان تخالعا بعوض فاسد كالخمر والخنزير ـ فان ترافعا الينا قبل القبض لم نؤمن على اقباضه بل نوجب له مهر المثل ، وان ترافعا الينا بعد التقابض للجميع حكمنا ببراءة ذمتها ، فان ترافعا بعد أن قبض البعض فان الحكم يمضى من ذلك ما تقابضاه ويحكم له بمهر المثل بقسط ما بقى كما قلنا فى الصداق ، وان تخالع المشركان على خمر أو خنزير ثم أسلما أو أحدهما قبل التقابض فان الحاكم يحكم بفساد العوض ويوجب مهر المثل اعتباراً بحال المسلم منهما •

فـــرع وان ارتد الزوجان المسلمان أو أحدهما ثم تخالعا فى حال الردة كان الخلع موقوفاً ، فان اجتمعا على الاسلام قبل العدة تبينا أن الخلع صحيح ، لأنه بان أن النكاح باق ، وان انقضت عدتها قبل أن يجتمعا على الاسلام لم يصح الخلع لأنه بان أن النكاح انفسخ بالردة ، والله أعلم بالصواب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان اختلف الزوجان فقال الزوج طلقتك على مال وانـكرت المرأة بانت باقراره ولم يلزمها المال ، لأن الأصل عدمه ، وان قال طلقتك بعوض فقالت : طلقتنى بعوض بعد مضى الخيار بانت باقراره والقول فى العوض قولها لأن الأصل براءة ذمتها ، وان اختلفا فى قدر العوض ، او فى عينه ، أو فى صفته ، أو فى تعجيله او فى تأجيله ، تحالفا لأنه عوض فى عقد معاوضة فتحالفا فيه على ما ذكرناه كالبيع ، فاذا تحالفا لم يرتفع الطلاق وسقط المسمى ووجب مهر المثل ، كما لو اختلفا فى ثمن السلعة بعد ما تلفت فى يد المشترى •

وان خالعها على الف درهم واختلفا فيما نويا ، فادعى أحدهما صـــنفاً وادعى الآخر صنفاً آخر تحالفا ، ومن أصحابنا من قال : لا يصح للاختلاف فى النية لأن ضمائر القلوب لا تعلم ، والأول هو المذهب ، لأنه لما جاز أن تكون

النية كاللفظ فى صحة العقد عند الاتفاق وجب أن تكون كاللفظ عند الاختلاف، ولأنه قد يكون بينهما أمارات يعرف بها ما فى القلوب ، ولهذا يصح الاختلاف فى كنايات القذف والطلاق .

وان قال احدهما : خالعت على ألف درهم ، وقال الآخر خالعت على ألف مطلق تحالفا ، لأن أحدهما يدعى الدراهم والآخر يدعى مهر المثل ، وان بقيت له طلقة فقالت له طلقتنى ثلاثاً على ألف فطلقها وقلنا ان علمت ما بقى استحق الألف وان لم تعلم لم يستحق الا ثلث الألف . وان اختلفا فقالت المرأة لم أعلم ، وقال الزوج بل علمت تحالفا ورجع الزوج الى مهر المثل ، لأنه اختلاف فى عوض الطلقة ، وهى تقول بذلت ثلث الألف فى مقابلتها ، وهو يقول بذلت الألف .

فصل **وان قال خالعتك على ألف وقالت بل خالعت غيرى بانت المرأة لاتفاقهما على الخلع ، والقول فى العوض قولها ، لأنه يدعى عليها حقا والأصل عدمه . وان قال خالعتك على ألف ، وقالت خالعتنى على ألف ضمنها عنى زيد ، لزمها الألف لأنها أقرت به ولا شىء على زيد الا أن يقر به ، وان قال خالعتك على ألف فى ذمتك ، فقالت بل خالعتنى على ألف فى ذمة زيد ، تحالفا، لأن الزوج يدعى عوضا فى ذمتها وهى تدعى عوضا فى ذمة غيرها ، وصار كما لو ادعى أحدهما أن العوض عنده وادعى آخر أنه عند آخر) .**

الشرح الأحكام : اذا ادعت الزوجة على زوجها أنه طلقها بألف وأنكر فان لم يكن معها بينة فالقول قوله مع يمينه ، لأن الأصل عدم الطلاق ، وان كان معها بينة شاهدان ذكران ، واتفقت شهادتهما حكم عليه بالطلاق وانقطاع الرجعة . قال الشيخ أبو حامد : ويستحق عليها الألف ، فان شاء أخذها وان شاء تركها ، وان شهد أحدهما أنه خالعها بألف وشهد الآخر أنه خالعها بألفين لم يحكم بالخلع لأنهما شهدا على عقدين . وان أقامت شاهداً واحداً وأرادت أن تحلف معه أو شاهداً وامرأتين لم يحكم بصحة الخلع ، لأن الطلاق لا يثبت الا بشاهدين .

(مسألة) وان ادعى الزوج على زوجته أنه طلقها بألف وأنكرت ، فان كان ليس له بينة حلفت لأنه يدعى عليها دينا فى ذمتها ، والأصل براءة ذمتها

ويحكم عليه بالبينونة لأنه أقر على نفسه بذلك ، وان كان معه بينة ، فان أقام شاهدين ذكرين حكم له عليها بالمال ، وان أقام شاهداً وامرأتين ثبت له المال لا دعواه بالمال • وذلك يثبت بالشاهد واليمين ، والشاهد والمرأتين • قال المسعودى : وان قالت طلقنى بألف الا أنى كنت مكرهة على التزامه فالقول قولها مع يمينها لأن الأصل براءة ذمتها •

فـــرع وان ادعى الزوج عليها أنها استدعت منـــه الطـــلاق بألف فطلقها عليه فقالت قد كنت استدعيت منك الطلاق بألف ولكنك لم تطلقنى على الفور بل بعد مضى مدة الخيار ، وقال بل طلقتك على الفور بانت منه باقراره ، والقول قولها مع يمينها ، لأن الأصل براءة ذمتها ، وان قال الزوج طلقتك بعد مضى وقت الخيار فلى الرجعة • وقالت : بل طلقتنى على الفور فلا رجعة لك فالقول قول الزوج مع يمينه ، لأن الأصل عدم الطلاق •

فـــرع وان اختلفا فى قدر العوض بأن قال خالعتك على ألفى درهم فقالت : بل على ألف ، أو اختلفا فى صـــفة العوض بأن قال خالعتك على ألف ريال ســـعودى فقـــالت : بل على ألف ريال يمـــنى ، أو اختلفـــا فى عين العوض فقال خالعتك على السيارة التاكسى فقالت : بل على هـــذه السيارة النقل ، أو فى تعجيله وتأجيله بأن قال خالعتك على ألف درهم معجلة، فقالت : بل على ألف درهم مؤجلة أو فى عدد الطـــلاق بأن قالت بذلت لك ألفاً لتطلقنى ثلاثاً فقال : بل بذلت لى ألفا لأطلقك واحـــدة ولم أطلق غيرها فانهما يتحالفان فى جميع ذلك على النفى والاثبات ، كما قلنا فى المتبايعين •

وقال أبو حنيفة : القول قول المرأة : دليلنا أن الخلع معاوضـــة ، فاذا اختلفا فى قدر عوضه أو صفته أو معوضه تحالفا كالمتبايعين •

اذا ثبت هذا فانهما اذا تحالفا فان التحالف يقتضى فسخ العقد ، الا أنه لا يمكن ههنا أن يفسخ الخلع ، لأنه لا يلحقه الفسخ فيسقط العوض المسمى فى العقد ويرجع عليها بمهر مثلهـــا كالمتبايعين اذا اختلفا بعد هلاك السلعة • وعلى قول من قال من أصحابنا ان البائع يرجع بأقل الأمرين مـــن

الثمن الذى يدعيه البائع أو قيمة السلعة يرجع الزوج ههنا بأقل الأمرين من العوض الذى يدعيه الزوج أو مهر المثل • واذا اختلفا فى قدر الطلاق فلا يقع الا ما أقر به الزوج •

فــرع وان خالعها على دراهم فى موضع لا نقد فيــه ، فقــال أحدهما نوينا من دراهم كذا ، وقال الآخر : بل نوينا من نقد بلد كذا ، أو خالعها على ألف مطلق ، وقال أحدهما : نوينا من الدراهم ، وقال الآخر : بل نوينا من الدنانير ففيه وجهان •

(أحدهما) لا يتحالفــان ، بل يجب مهر المثــل ؛ لأن ضــمائر القلوب لا تعلم •

(والثانى) وهو المذهب أنهما يتحالفان ، لأن النية لما كانت كاللفظ فى صحة العقد كانت كاللفظ فى الاختلاف ، ولأنه يجوز أن يعرف كل واحــد منهما ما نواه الآخر فى ذلك باعلامه اياه أو بأمارات بينهــما • فاذا اختلفــا فى ذلك تحالفا •

وان قال أحدهما : خالعت على ألف درهم من نقد بلد كذا • أو كانا فى بلد فيه دراهم غالبة • وقال الآخر : بل خالعت على ألف مطلقة غير مقيــدة بدراهم ولا دنانير تحالفا ، لأن أحدهما يدعى أن العوض الدراهم المسماة • والآخر يدعى أن العوض مهر المثل فتحالفا كما قلنــا لو اختلفــا فى قــدر العوض •

وان بقيت له على امرأته طلقة فقالت طلقنى ثلاثا فطلقها واحدة ــ وقلنا بقول أبى العباس بن سريج وأبى اسحاق المروزى ــ انها اذا علمت أنه لم يبق الا طلقة ، وقالت : ما كنت عالمة بذلك تحالفا ، لأنهما اختلفا فى عــدد الطلاق المبذول به الألف فهى تقول : ما بذلت الألف الا فى مقابلة الثلاث ، والزوج يقول : بذلت الألف فى مقابلة الواحدة لعلمك بها ، فتحالفا كما لو كان يملك عليها ثلاث طلقات ، واختلفا فى عدد الطلاق ، وجب عليه مهــر مثلها لما ذكرناه •

مسألة قوله : وان قال : خالعتك الخ ، وهذا كما قال ، فانه اذا قال: خالعتك على ألف درهم فقالت : ما بذلت لك العوض على طلاقى ، وانما بذل لك زيد العوض من ماله على طلاقى ، فالقول قولها مع يمينها ، لأن الأصل براءة ذمتها ، وتبين منه لاتفاقهما على طلاقها بعوض •

وان قال : خالعتك بألف فى ذمتك ، فقالت : خالعتنى بألف فى ذمتى الا أن زيداً ضمنها عنى ، لزمها الألف ، لأنها أقرت بوجوبها عليها الا أنها ادعت أن زيداً ضمنها ، وذلك لا يسقط من ذمتها • وان قالت : خالعتنى بألف يعدها عنى زيد لزمها الألف لأنها أقرت بوجوبها عليها ، لأن زيداً لا يعد عنها الا ما وجب عليها ؛ وان قال : خالعتك على ألف درهم فى ذمتك ، أو فى يديك ، وقالت : بل خالعتنى على ألف درهم فى ذمة زيد لى ، ففيه وجهان :

(أحدهما) أنهما يتحالفان لأنهما اختلفا فى عين العوض فتحالفا كما لو قال : خالعتك على هذه الدراهم فى هذا الكيس ، فقالت : بل على هذه التى فى الكيس الآخر ، (والثانى) : أنهما لا يتحالفان ، لأن الخلع على ما فى ذمة الغير لا يصح ، لأنه غير مقدور عليه ، فهو كما لو خالعها على بهيمتها الضالة ، أو عبدها الآبق ، فعلى هذا يلزمها مهر مثلها ، والمذهب الأول ، لأن بيع الدين فى الذمة من غير السلم والكتابة يصح فى أحد الوجهين ، وان قلنا : لا يصح فلم يتفقا على أنه خالعها عليه وانما هى تدعى ذلك ، والزوج ينكره فهو كما لو قالت : خالعتنى على خمر أو خنزير فقال : بل على الدراهم أو الدنانير فانهما يتحالفان فهذا مثله ، والله تعالى أعلم بالصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل •

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب الطـــــلاق

يصح الطلاق من كل زوج بالغ عاقل مختار ، فاما غير الزوج فلا يصـــح طلاقه وان قال : اذا تزوجت امراة فهى طالق لم يصـح لما روى المســـور ابن مخرمة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا طلاق قبل نكاح ، ولا عتق قبل ملك » وأما الصبى فلا يصح طلاقه لقوله صلى الله عليه وسلم : « رفـع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » فاما من لا يعقل فانه ان لم يعقل بسبب يعذر فيه كالنائم والمجنون والمريض ومن شرب دواء للتداوى فزال عقله أو اكره على شرب الخمـر حتى سكر ، لم يقع طلاقه ، لأنه نص فى الخبر على النائم والمجنون وقسنا عليهـما الباقين ، وان لم يعقل بسبب لا يعذر فيه كمن شرب الخمر بغير عذر فسـكر أو شرب دواء لغير حاجة فزال عقله ، فالمنصوص فى السكران أنه يصح طلاقه. وروى المزنى انه قال فى القديم : لا يصح طهاره ، والطلاق والظهار واحد فمن أصحابنا من قال : فيه قولان :

(أحدهما) لا يصح وهو اختيار المزنى وابى ثور ، لأنه زائل العقل فاشبه النائم ، أو مفقود الارادة فاشبه المكره .

(والثانى) أنه يصح ، وهو الصـحيح ، لما روى أبو وبرة الـكلبى قال : « أرسلنى خالد بن الوليد الى عمر رضى الله عنه فأتيته فى المسجد ومعه عثمان وعلى وعبد الرحمن وطلحة والزبير رضى الله عنهم ، فقلت ان خالدا يقـول : أن الناس قد انهمكوا فى الخمر وتحاقروا العقوبة ، فقال عمر : هم هؤلاء عندك فأسألهم ، فقال على عليه السلام : « تراه اذا سكر هذى ، واذا هذى افترى ، وعلى المفترى ثمانون جلدة ، فقال عمر : أبلغ صاحبك ما قال ، فجعـــلوه كالصاحى » ومنهم من قال : يصح طلاقه قولا واحداً ، ولعل ما رواه المزنى حكاه الشافعى رحمه الله عن غيره ، وفى علته ثلاثة أوجه .

(أحدها) وهو قول أبى العباس ــ ان سكره لا يعلم الا منه ، وهو متهـم

فى دعوى السكر لفسقه ، فعلى هذا يقع الطلاق فى الظاهر ، ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل .

(والثانى) انه يقع طلاقه تغليظاً عليه لمعصيته ، فعلى هذا يصح ما فيه تغليظ عليه كالطلاق والعتق والردة ، وما يوجب الحد ولا يصح ما فيه تخفيف كالنكاح والرجعة وقبول الهبات .

(والثالث) انه لما كان سكره بمعصية أسقط حكمه فجعل كالصاحى ، فعلى هذا يصح منه الجميع ، وهذا هو الصحيح ، لأن الشافعى رحمه الله نص على صحة رجعته) .

الشرح حديث المسور بن مخرمة فى الزوائد اسناده حسن لأن اسناده عند ابن ماجه حدثنا أحمد بن سعيد الدارمى ثنا على بن الحسين ابن واقد ثنا هشام بن سعد عن الزهرى عن عروة عن المسور بن مخرمة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك » ففيه على بن الحسين بن واقد مختلف فيه فقد قال الذهبى : صدوق .

وقال أبو حاتم : ضعيف الحديث ، وقال النسائى وغيره . وليس به بأس، وذكره العقيلى وقال : مرجىء ، قال البخارى مات سنة احدى عشرة ومائتين، وكذلك هشام بن سعد هكذا فى متن ابن ماجه طبعة المطبعة العلمية وعليه شرح أبى الحسن بن عبد الهادى الحنفى يقول : وهشام بن سعيد ضعيف وكلا الاسمين يطلقان على رجلين فى كل منهما قيل كلام ، فهشام بن سعيد الطلقانى لقى ابن لهيعة وأبا شهاب الحناط ، وعنه أحمد بن حنبل وأحمد ابن أبى خيثمة وجماعة . وثقه أحمد وكان ابن معين لا يروى عنه .

قال الذهبى : ما أدرى لأى شىء ؟ وقال النسائى : ليس به بأس . ووثقه ابن سعد وهشام بن سعد أبو عباد المدنى مولى بنى مخزوم يقال له : يتيم زيد بن أسلم صحبه وأكثر عنه . وروى عن عمرو بن شعيب والمقبرى ونافع . وعنه ابن وهب والقعنبى وجماعة كثيرة . قال أحمد : لم يكن بالحافظ . وكان يحيى القطان لا يحدث عنه . وقال أحمد أيضاً : لم يكن من محكم الحديث . وقال ابن معين ليس بذلك القوى .

وقال النسائى : ضعيف ، وقال مرة : ليس بالقوى • وقال ابن عدى : مع ضعفه يكتب حديثه الى آخر ما قيل فى أنه أثبت الناس فى زيد بن أسلم وله مناكير كثيرة • وأنا أخلص من هذا بأن كلا الرجلين قبل فيه كلام فأى الرجلين هو المعنى فى الرواية هل متن السنن أم حاشية ابن عبد الهادى ؟

اذا نظرنا فى زمن كل من الرجلين فنجد ابن سعيد وهو من شيوخ أحمد والذين تكلموا فى ضعفه قلة فهو مختلف فيه وزمنه يمكن أن يكون من طبقة تروى عن الزهرى ، فاذا عرفت أن الحفاظ قرروا أن هذا الحديث حسن عرفت أن الاسناد كان لا يكون حسناً لو أنه هشام بن سعد لكثرة ما أخذ عليه الحفاظ من مناكير فرجل مثله لا يكون حديثه حسناً من جهة اسناده ، ومن ثم تكون حاشية ابن عبد الهادى أضبط من متن السنن وأنه هشام ابن سعيد ، وقد أخرج له مسلم فى الشواهد ، والحديث أخرجه أحمد وأهل السنن والبزار والبيهقى ، وقال : هو أصح شىء فى هذا الباب وأشهر •

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ، ولا عتق له فيما لا يملك ، ولا طلاق له فيما لا يملك » وقال الترمذى : حديث حسن وهو أحسن شىء روى فى هذا الباب •

وفى أبى داود : وقال فيه : « ولا وفاء نذر الا فيما يملك » ولابن ماجه فيه « لا طلاق فيما لا يملك » واختلف فى حديث المسور على الزهرى فروى عنه عن عروة عن المسور ، وروى عنه عن عروة عن عائشة ، وروى بمعنى هذا الحديث عن أبى بكر الصديق وأبى هريرة وأبى موسى الأشعرى وأبى سعيد الخدرى وعمران بن الحصين وغيرهم • وفى مستدرك الحاكم عن جابر مرفوعا بلفظ « لا طلاق الا بعد نكاح ، ولا عتق الا بعد ملك » قال الحاكم : صحيح ، وأنا متعجب من الشيخين كيف أهملاه ، وقد صح على شرطهما من حديث ابن عمر وعائشة وابن عباس ومعاذ بن جبل وجابر •

وأما حديث « رفع القلم عن ثلاثة » الخ ، فقد رواه على وعائشة رضى

الله عنهما وأخرجه أبو داود والنسائى فى كتاب الحدود من رواية على باسناد صحيح ، ورويا هما وابن ماجه فى كتاب الطلاق من رواية عائشة ، وقد كرره المصنف فى مواضع كثيرة من المهذب وقل أن يذكر راويه ، وقد أورده فى كتاب السير من رواية على كرم الله وجهه •

أما أثر أبى وبرة الكلبى فقد أخرجه الطبرى والطحاوى والبيهقى وفيه « أن رجلا من بنى كلب يقال له : ابن وبرة خبره أن خالد بن الوليد بعثه الى عمر ، وقال له : ان الناس قد انهمكوا فى الخمر واستخفوا العقوبة ؛ فقال عمر لمن حوله : ما ترون ؟ فقال على » وذكر ما تقدم فى الفصل ، وأخرج نحوه عبد الرزاق عن عكرمة وسيأتى فى كتاب الحدود مزيد من الاستقصاء لرواته وطرقه والكلام على أحكامه هناك ان شاء الله •

أما اللغات فان طلق الرجل امرأته تطليقاً فهو مطلق ، فان كثر تطليقه للنساء قيل : مطليق ومطلاق ؛ والاسم الطلاق وطلقت هى من باب قتل وفى لغة من باب قرب فهى طالق لغيرها بغير هاء • قال الأزهرى : وكلهم يقول بغير هاء • قال : وأما قول الأعشى :

أيا جارتنا بينى فانك طالقه كذاك أمور الناس غاد وطارقه

فقال الليث : أراد طالقة غدا ، وانما اجترأ عليه لأنه يقال طلقت فحمل النعت على الفعل • وقال ابن فارس أيضاً امرأة طالق طلقها زوجها؛وطالقة غداً، فصرح بالفرق ، لأن الصفة غير واقعة ، وقال ابن الأنبارى : اذا كان النعت منفرداً به الأنثى دون الذكر لم تدخله الهاء نحو طالق وطامث وحائض ؛ لأنه لا يحتاج الى فارق لاختصاص الانثى به •

وقال الجوهرى : يقال طالق وطالقه ؛ وأنشد بيت الأعشى ؛ وأجيب عنه بجوابين : (أحدهما) ما تقدم • (والثانى) أن الهاء لضرورة التصريح على أنه معارض بما رواه ابن الأنبارى عن الأصمعى قال أنشدنى أعرابى من شق اليمامة البيت (فانك طالق) من غير تصريع ، فتسقط الحجة به •

قال البصريون انما حذفت العلامة لأنه أريد النسب • والمعنى امـرأة ذات طلاق وذات حيض ، أى هى موصوفة بذلك حقيقة ولم يجـروه على الفعل • ويحكى عن سيبويه أن هذه نعوت مذكرة وصف بهن الاناث كما يوصف المذكر بالصفة المؤنثة نحو علامة ونسابة ، وهى سـماعى • وقال الفارابى : نعجة طالق بغير هاء اذا كانت مخلاة ترعى وحدها فالتركيب يدل على الحل والانحلال • يقال : أطلقت الأسير اذا حللت اساره وخليت عنه فانطلق ، أى ذهب فى سبيله ، وأطلقت البينة اذا شهدت من غير تقييد بتاريخ، وأطلقت الناقة من عقالها ، وناقة طلق بضمتين بلا قيد ، وناقة طالق أيضـاً مرسلة ترعى حيث شاءت ؛ وقد طلقت طلوقاً من باب قعد اذا انحل وثاقهـا وأطلقتها الى الماء فطلقت ، والطلق بفتحتين جرى الفرس ، لا تحتبس الى الغاية فيقال عدا الفرس طلقا أو طلقتين ، كما يقال شوطاً أو شوطين ، وتطلق الظبى مر لا يلوى على شىء • وطلق الوجه بالضم طلاقه ، ورجل طلق الوجه أى فرح ظاهر البشر ، وهو طليق الوجه قال أبو زيد « متهلل بسام » وهو طلق اليدين بمعنى سخى ، وليلة طلقة ، اذا لم يكن فيها قر ولا حر ؛ وكله وزان فلس وشىء طلق ، وزان حمل أى حلال ، وافعل هـذا طلقاً لك أى حلالا •

ويقال الطلق المطلق الذى يتمكن صاحبه فيه من جميع التصرفات فيكون فعل بمعنى مفعول مثل الذبح بمعنى المذبوح ، وأعطيته من طلق مالى أى من حله أو من طلقه وطلقت المرأة بالبناء للمفول طلقا فهى مطلوقة اذا أخـذها المخاض وهو وجع الولادة ، وطلق لسانه بالضم وطلوقه فهو طلق السان ، وطليقه أيضاً ، أى فصيح عذب المنطق ؛ واستطلقت من صاحب الدين كذا فأطلقه ، واستطلق بطنه لازما ، وأطلق الدواء ، وفرس مطلق اليدين اذا خلا من التحجيل •

أما قوله « انهمكوا فى الخمر » فانه يقال انهمك فلان فى الأمر أى جد ولج • وكذلك تهمك فى الأمر • تحاقروا العقوبة استصغروها ، والحقـير الصغير ومحقرات الذنوب صغارها •

قوله « اذا سكر هذى » يقال : هذى فى منطقه يهذى ويهذو وهـذا هذيانا اذا كثر كلامه وقلت فائدته • واذا هذى افترى أى كذب والافتراء والفـرية الكذب وأصله الخلق من فريت المزادة اذا خلقتها وصـنعتها ، كأنه اختلق الكذب أى صنعه وابتدأه ، هكذا أفاده ابن بطـال فى شرح غريب المهذب والفيومى فى غريب الشرح الكبير للرافعى المسمى بالمصباح المنير •

أما الأحكام فان الطلاق ملك للأزواج على زوجاتهم ، والأصل فيـه الكتاب والسنة والاجماع • أما الكتاب فقـوله « يا أيها النبى اذا طلقتـم النساء فطلقوهن لعدتهن » وقوله تعالى « الطلاق مرتان » الآية • وأما السنة فروى أن النبى صلى الله عليه وسلم طلق حفصه بنت عمـر ثم راجعهـا • وروى عن ابن عمـر أنه قال : كان تحتى امرأة أحبهـا وكان أبى يكرهها فأمرنى أن أطلقها ، فأتيت النبى صلى الله عليـه وسلم فأخبرته فأمـرنى أن أطلقها • وأجمعت الأمة على جواز الطلاق • اذا ثبت هذا فان الطلاق لا يصح الا بعد النـكاح • فأما اذا قال : كل امرأة أتزوجهـا فهى طالق • أو اذا تزوجت امرأة من القبيلة الفـلانية فهى طالق ، أو اذا تزوجت فـلانة فهى طالق ، أو قال لأجنبية : اذا دخلت الدار وأنت زوجتى فأنت طالق ، فلا يتعلق بذلك حكم ، واذا تزوج لم يقع عليها الطلاق • وكذلك اذا عقد العتـق قبل الملك فلا يصح • هذا مذهبنا وبه قال من الصحابة على بن أبى طالب وابن عباس وعائشة • ومن التابعين شريح وابن المسيب وسعيد بن جبير وعطـاء وطاوس والحسن وعروة ، ومن الفقهاء أحمد واسحاق ، الا أن أحمد له فى العتق روايتان •

وقال أبو حنيفة وأصحابه : تنعقد الصفة فى عموم النساء وخصوصهن، وكذلك اذا قال لامرأة أجنبيـة اذا دخلت الدار وأنت زوجتى فأنت طالق فتزوجها ودخلت الدار طلقت • وكذلك يقول فى عقـد العتـق قبل الملك مثله ، وحكى ذلك عن ابن مسعود ، وبه قال الزهرى • وقال مالك : ان عين ذلك فى قبيلة بعينها وامرأة بعينها انعقدت الصفة ، وان عمم لم ينعقد • وبه قال النخعى وربيعة والأوزاعى وابن أبى ليلى •

دليلنا ما رواه المسور بن مخرمة مرفوعا « لا طلاق قبل نكاح ، ولا عتق قبل ملك » ولأن من لم ينعقد طلاقه بالمعاشرة لم ينعقد طلاقه بصفة كالمجنون والصغير •

مسألة ولا يصح طلاق الصبى والنائم والمجنون • وقال أحمد فى احدى الروايتين : اذا عقل الصبى الطلاق وقع دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة ، عن الصبى حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق » ولا يصح طلاق المعتوه ومن زال عقله بمرض أو بسبب مباح لما روى جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « كل الطلاق جائز الا طلاق المعتوه والصبى ولأنه يلفظ بالطلاق ومعه علم ظاهر يدل على قدر قصده بوجه هو معذور فيه فلم يقع طلاقه كالطفل •

فرع وان شرب خمراً أو نبيذاً فسكر فطلق فى حال سكره فالمنصوص أن طلاقه يقع • وحكى المزنى أنه قال فى القديم : « فى ظهار السكران قولان » فمن أصحابنا من قال : اذا ثبت هذا كان فى طلاقه أيضا قولان :

(أحدهما) لا يقع واليه ذهب ربيعة والليث وداود وأبو ثور والمزنى ، لأنه زال عقله فأشبه المجنون •

(والثانى) يقع طلاقه لقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى » فخاطبهم فى حال السكر فدل على أن السكران مكلف • وروى أن عمر رضى الله عنه استشار الصحابة رضى الله عنهم وقال : ان الناس قد تباغوا فى شرب الخمر واستحقروا حد العقوبة فيه ، فما ترون ؟ فقال على : انه اذا شرب سكر واذا سكر هذى ، واذا هذى افترى ، فحده حد المفترى ، فلولا أن لكلامه حكما لما زيد فى حده لأجل هذيانه • وقال أكثر أصحابنا : يقع طلاقه قولا واحداً لما ذكرنا من الآية والاجماع •

واختلف أصحابنا فى نيته فمنهم من قال : لأن سكره لا يعلم الا من جهته

وهو متهم فى دعوى السكر لفسقه ، فعلى هذا يقع الطلاق فى الظاهر وليس فيما بينه وبين الله تعالى • ومنهم من قال : يقع الطلاق تغليظاً عليه ، فعلى هذا يقع منه كل ما فيه تغليظ عليه كالطلاق والردة والعتق ، وما يوجب الحد ، ولا يقع ما فيه تخفيف كالنكاح والرجعة وقبول الهبة ، ومنهم من قال لما كان سكره معصية سقط حكمه ، فجعل كالصاحى ، فصح منه الجميع •

قال العمرانى من أصحابنا : وهذا هو الصحيح ، فان شرب دواء أو شرابا غير الخمر والنبيذ فسكر ــ فان شربه لحاجة ــ فحكمه حكم المجنون، وان شربه ليغيب عقله ، فهو كالسكران بشرب الخمر ، لأنه زال عقله بمعصية فهو كمن شرب الخمر والنبيذ •

وقد استدل بعدم صحة اقرار السكران بقصة ماعز حين قال للنبى صلى الله عليه وسلم : « أشرب خمراً ؟ فقام رجل فاستنكهه فلم يجد منه ريح خمر الخ الحديث ، وقد صاحب المنتقى اقرار السكران على طلاقه حين ساق حديث ماعز فى كتاب الطلاق مع أن الحديث لا صلة له بالطلاق البتة ، وهو اجتهاد سليم وقد قال الشوكانى : وقد اختلف أهل العلم فى ذلك فأخرج ابن أبى شيبة بأسانيد صحيحة عدم وقوع طلاق السكران عن أبى الشعثاء وعطاء وطاوس وعكرمة والقاسم بن محمد وعمر بن عبد العزيز •

قال فى الفتح : وبه قال ربيعة والليث واسحق والمزنى ، واختاره الطحاوى، واحتج بأنهم أجمعوا على أن طلاق المعتوه لا يقع ، قال والسكران معتوه بسكره وقال بوقوعه طائفة من التابعين كسعيد بن المسيب والحسن وابراهيم والزهرى والشعبى ؛ وبه قال الأوزاعى والثورى ومالك وأبو حنيفة •

قال : وعن الشافعى قولان المصحح منها وقوعه ، والخلاف عند الحنابلة ، وقد حكى القول بالوقوع فى البحر عن على وابن عباس وابن عمر ومجاهد والضحاك وسليمان بن يسار وزيد بن على والهادى والمؤيد بالله ، وحكى القول بعدم الوقوع عن عثمان وجابر بن زيد ، ورواية عن ابن عباس والناصر وأبى طالب والبتى وداود بن على اهـ •

وقد ذكرنا احتجاج القائلين بالوقوع بمفهوم التكليف فى قوله تعالى : « لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى » وقد أجيب بأن النهى فى الآية انما هو عن أصل السكر الذى يلزم منه قربان الصلاة كذلك ، وقيل انه نهى الثمل الذى يعقل الخطاب وأيضا قوله فى آخر الآية : « حتى تعلموا ما تقولون » دليل على أن السكران يقول ما لا يعلم ، ومن كان كذلك فكيف يكون مكلفا وهو غير فاهم ، والفهم شرط التكليف كما تقرر فى الأصول .

واحتجوا ثانيا بأنه عاص بفعله فلا يزول عنه الخطاب بالسكر ولا الاثم لأنه يؤمر بقضاء الصلوات وغيرها مما وجب عليه قبل وقوعه فى السكر ، وأجاب الطحاوى بأنها لا تختلف أحكام فاقد العقل بين أن يكون ذهاب عقله بسبب من جهته أو من جهة غيره . اذ لا فرق بين من عجز عن القيام فى الصلاة بسبب من الله أو من قبل نفسه ؛ كمن كسر رجل نفسه فانه يسقط عنه فرض القيام ، وتعقب بأن القيام انتقل الى بدل وهو القعود فافترقا وأجاب ابن المنذر عن الاحتجاج بقضاء الصلوات بأن النائم يجب عليه قضاء الصلاة ولا يقع طلاقه لأنه غير مكلف حال النوم بلا نزاع .

واحتجوا ثالثاً بأن ربط الأحكام بأسبابها أصل من الأصول المأنوسة فى الشريعة ، والتطليق سبب للطلاق فينبغى ترتيبه عليه وربطه به وعدم الاعتداد بالسكر كما فى الجنايات وأجيب بأن الاستفسار عن السبب للطلاق هل هو ايقاع لفظه مطلقا ؟ ان قلتم نعم لزمكم أن يقع من المجنون والنائم والسكران الذى لم يعص بسكره اذا وقع من أحدهم لفظ الطلاق ، وان قلتم انه ايقاع اللفظ من العاقل الذى يفهم ما يقول فالسكران غير عاقل ولا فاهم، فلا يكون ايقاع لفظ الطلاق منه سببا .

واحتجوا رابعا بأن الصحابة رضى الله عنهم جعلوه كالصاحى ، ويجاب بأن ذلك محل خلاف بين الصحابة كما بينا .

واحتجوا خامسا بأن عدم وقوع الطلاق من السكران مخالف للمقاصد الشرعية لأنه اذا فعل حراما واحداً لزمه حكمه ، فاذا تضاعف جرمه بالسكر وفعل المحرم الآخر سقط عنه الحكم ، مثلا لو أنه ارتد بغير سكر لزمه حكم

الردة فاذا جمع بين السكر والردة لم يلزمه حكم الردة لأجل السكر ويجاب بأنا لم نسقط عنه حكم المعصية الواقعة منه حال السكر لنفس فعله المحرم الآخر وهو السكر ؛ فان ذلك مما لا يقول به عاقل ، وانما أسقطنا عنه حكم الصاحى فلم يكن فعله لمعصية الشرب هو المسقط •

ومن الأدلة على عدم الوقوع ما فى صحيح البخارى وغيره أن حمزة سكر وقال للنبى صلى الله عليه وسلم لما دخل عليه هو وعلى : « وهل أنتم الا عبيد لأبى » فى قصة الشارفين المشهورة ، فتركه صلى الله عليه وسلم وخرج ولم يلزمه حكم تلك الكلمة ؛ مع أنه لو قالها غير سكران لكان كفراً •

وأجيب بأن الخمر كانت اذ ذاك مباحة ؛ والخلاف انما هو بعد تحريمها• وحكى الحافظ فى فتح البارى عن ابن بطال أنه قال : « الأصل فى السكران العقل ، والسكر شىء طرأ على عقله ، فمهما وقع منه من كلام مفهوم فهو محمول على الأصل حتى يثبت فقدان عقله » ا هـ •

وقال القائلون بعدم الوقوع : « لا يقال أن ألفاظ الطلاق ليست من الأحكام التكليفية بل من الأحكام الوضعية ؛ وأحكام الوضع لا يشترط فيها التكليف لأنا نقول الأحكام الوضعية تقيد بالشروط كما تقيد الاحكام التكليفية ، وأيضا السبب الوضعى هو طلاق العاقل لا مطلق الطلاق بالاتفاق ، والا ألزم وقوع طلاق المجنون • والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وأما المكره فانه ينظر فان كان أكراهه بحق كالمولى اذا أكرهه الحاكم على الطلاق وقع طلاقه ، لأنه قول حمل عليه بحق فصح كالحربى اذا أكره على الاسلام ، وان كان بغير حق لم يصح لقوله صلى الله عليه وسلم : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولأنه قول حمل عليه بغير حق فلم يصح كالمسلم اذا أكره على كلمة الكفر ، ولا يصير مكرها الا بثلاثة شروط :**

(احدها) ان يكون المكره قاهراً له لا يقدر على دفعه .

(والثانى) ان يغلب على ظنه ان الذى يخافه من جهته يقع به .

(والثالث) ان يكون ما يهدده به مما يلحقه ضرر به كالقتل والقطع والضرب المبرح والحبس الطويل والاستخفاف بمن يغض منه ذلك من ذوى الاقدار لانه يصير مكرها بذلك .

واما الضرب القليل فى حق من لا يبالى به والاستخفاف بمن لا يغض منه أو اخذ القليل من المال ممن لا يتبين عليه ، أو الحبس القليل فليس باكراه .

واما النفى فان كان فيه تفريق بينه وبين الأهل فهو اكراه مما وان لم يكن فيه تفريق بينه وبين الأهل ففيه وجهان : (أحدهما) انه اكراه لأنه جعل النفى عقوبة كالحد ، ولأنه تلحقه الوحشة بمفارقة الوطن . (والثانى) ليس باكراه لتساوى البلاد فى حقه . واذا أكره على الطلاق فنوى الايقاع ففيه وجهان : (أحدهما) لا يقع لأن اللفظ يسقط حكمه بالاكراه ، وبقيت النية من غير لفظة ، فلم يقع بها الطلاق .

(والثانى) أنه يقع لأنه صار بالنية مختاراً .

فصل وان قال الاعجمى لامرأته أنت طالق وهو لا يعرف معناه ولا نوى موجبه لم يقع الطلاق ، كما لو تكلم بكلمة الكفر وهو لا يعرف معناة ولم يرد موجبه ، وان أراد موجبه بالعربية ففيه وجهان : (أحدهما) وهو قول الماوردى البصرى أنه يقع لأنه قصد موجبه فلزمه حكمه . (والثانى) وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراييني رحمه الله أنه لا يصح كما لا يصير كافراً اذا تكلم بكلمة الكفر وأراد موجبه بالعربية) .

الشرح الحديث أخرجه ابن ماجه وابن حبان والدارقطنى والطبرانى والحاكم فى المستدرك من حديث ابن عباس بهذا اللفظ الذى ساقه المصنف « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » وحسنه النووى ، وقد أطال الحافظ ابن حجر فى باب شروط الصلاة من التلخيص الحبير .

أما الأحكام فان أكره على الطلاق فطلق ــ فان كان مكرها بحكم قضائى وقع الطلاق ، كما نقول فى الحربى اذا أكره على كلمة التوحيد ،

وان كان مكرها بغير حق ولم ينو ايقاع الطلاق فالمنصوص أنه لا يقع طلاقه؛ وحكى المسعودى وابن الصباغ وجها آخر أنه لا يقع اذا ورى بطير الطلاق ، مثل أن يريد به طلاقها من وثاق أو يريد امرأة اسمها كأسم امرأته والمذهب الأول وبه قال عمر وعلى وابن الزبير وابن عمر وشريح والحسن وعمر ابن عبد العزيز وعطاء ومجاهد وطاوس ومالك والأوزاعى .

وقال أبو حنيفة والثورى والنخعى والشعبى : يقع طلاقه . دليلنا ما روى ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ، وروى عن عائشة رضى الله عنها ؛ أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : «لا طلاق ولا عتاق فى اغلاق» رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه وأبو يعلى والحاكم والبيهقى وصححه الحاكم ، والاغلاق بكسر الهمزة وسكون الغين فسره علماء الغريب بالاكراه ؛ روى ذلك فى التلخيص الحبير عن ابن قتيبة والخطابى وابن السيد وغيرهم ، وقيل : الجنون ، واستبعده المطرزى . وقال أبو عبيدة : الاغلاق التضييق .

وقد استدل بهذا الحديث من قال بعدم صحة طلاق المكره ؛ وبه قال جماعة من أهل العلم ؛ وحكى ذلك عمن ذكرناهم ؛ ولأنه قول حمل عليه بغير حق ، فلم يصح كما لو أكره على الاقرار بالطلاق ؛ وقولنا : بغير حق احتراز ممن أكرهه الحاكم على الطلاق .

اذا ثبت هذا فلا يكون مكرهاً حتى يكون المكره له قاهراً له لا يقدر على الامتناع منه ؛ وان غلب على ظنه أنه اذا لم يطلق فعل به ما أوعده به ، فان أوعده بالقتل أو قطع طرف ؛ كان ذلك مكرها ؛ وان أوعده بالضرب أو الحبس أو الشتم أو أخذ المال ؛ فاختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو اسحاق : ان ذلك لا يقع به الاكراه . وقال عامة أصحابنا ــ وهو المذهب ــ ان أوعده بالضرب والحبس والشتم ــ فان كان المكره من ذوى الأقدار والمروءة ممن يؤثر ذلك تأثيراً بالغاً فى حاله كان اكراها له ؛ لأن ذلك يسيئه .

وان كان من العوام ؛ أو سخفاء الرعاع ؛ لم يكن ذلك اكراهاً فى حقه ،

لأنه لا يبالى به • وان أوعده بأخذه القليل من ماله مما لا يبين عليه ، لم يكن اكراها ؛ وان أوعده بأخذ ماله أو أكثره كان مكـرها ، وان أوعـده باتلاف الولد ، ففيه وجهان حكاهما المسعودى ؛ وان أوعده بالنفى عـن البلد ، فان كان له أهل فى البلد كان ذلك اكراها ؛ وان لم يكن له أهـل ففيه وجهان •

(أحدهما) أنه اكراه لأنه يستوحش بمفارقة الوطن (والثانى) ليس باكراه لتساوى البلاد فى حقه هذا مذهبنا ، وقال أحمد فى احدى الروايتين ما أوعده به فليس باكراه ؛ لأنه لم يصبه ما يستضر به ؛ وهذا ليس بصحيح ، لأن الاكراه لا يكون الا بالتوعد ؛ فأما ما فعله به فلا يمكن ازالته •

فـــرع اذا أكره على الطلاق ونوى بقلبه من وثاق أو نوى غيرها ممن يشاركها فى الاسم وأخبر بذلك قبل منه لموضع الاكراه من القضية ، فان نوى ايقاع الطلاق ؛ ففيه وجهان :

(أحدهما) يقع لأنه صار مختاراً لايقاعه • (والثانى) لا يقع لأن حكم اللفظ سقط بالاكراه وتبقى النية ، والنية لا يقع بها الطلاق •

فـــرع ويقع الطلاق فى حال الرضى والغضب والجد والهزل ، لما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليـه وسلم قال : « ثلاث جدهن جد ؛ وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة » رواه أصـحاب السـنن ، وقال الترمذى : حسن غريب ورواه الحاكم وصـححه • وفى اسـناد الدارقطنى عبد الرحمن بن حبيب بن أزدك وهو مختلف فيه • قال الحافظ : فهو على هذا حسن • وقد أخرج الطبرانى وعبد الرزاق أحاديث أخرى بمعناه •

اذا ثبت هذا فان الطلاق يقع من المسـلم والكافر ؛ والحر والعبد والمكاتب لاجماع الأمة على ذلك ؛ فان تزوج امرأة فنسى أنه تزوجها فقال : أنت طالق ، وقع عليها الطلاق لأنه صادف ملكه •

مســألة قوله : وان قال الأعجمى لامرأته : أنت طالق الخ ، وهو

كما قال ؛ فان العجمى اذا قال لامرأته : أنت طالق ولم يعرف معناه ولا نوى موجبه لم يقع الطلاق كما لو تكلم بالكفر ولا يعرف معناه ، وان نوى موجبه بالعربية ففيه وجهان :

(أحدهما) يقع عليها الطلاق لأنه نوى موجبه •

(والثانى) لا يقع كما لو تكلم بالكفر ولا يعلم معناه ونوى موجبه • أفاده العمرانى فى البيان ا هـ •

قلت : لأننا اذا جعلنا الحكم على النية وحدها كان الحكم باطلا واذا جعلناه على اللفظ وحده كان مثله ، واقترانهما لا يفيد التلازم بينهما لفقدان الفهم ؛ واقترانهما لا يسوغ معه اعطاء حكمهما الا اذا اقترن اللفظ بالفهم • ومن ثم يتوجه الوجه الثانى عندى ، والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ويملك الحر ثلاث تطليقات ، لما روى أبو رزين الأسدى قال « جاء رجل الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : ارايت قول الله عز وجل : « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » ، فاين الثالثة؟ قال : تسريح باحسان الثالثة » ويملك العبد طلقتين لما روى الشافعى رحمه الله : ان مكاتبا لأم سلمة طلق امرأته وهى حرة تطليقتين ، وأراد ان يراجعها فامره ازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يأتى عثمان رضى الله عنه فيسأله ؛ فذهب اليه فوجده آخذاً بيد زيد بن ثابت فسألهما عن ذلك ، فابتدراه وقالا : حرمت عليك حرمت عليك » •

فصل ويقع الطلاق على اربعة اوجه واجب ومستحب ومحرم ومكروه فاما الواجب فهو فى حالتين : (احدهما) اذا وقع الشقاق وراى الحكمان الطلاق ، وقد بيناه فى النشوز • (والثانى) اذا آلى منها ولم يفىء اليها ونذكره فى الايلاء ان شاء الله تعالى •

واما المستحب فهو فى حالتين : احداهما : اذا كان يقصر فى حقها فى

العشرة أو في غيرها ، فالمستحب أن يطلقها لقوله عز وجل : « فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف » ولأنه اذا لم يطلقها في هذه الحال لم يؤمن أن يفضي الى الشقاق أو الى الفساد . والثاني : أن لا تكون المرأة عفيفة فالمستحب أن يطلقها ، لما روى أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : « ان امرأتي لا ترد يد لامس ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم طلقها » ولأنه لا يأمن أن تفسد عليه الفراش وتلحق به نسباً ليس منه) .

الشرح حديث أبي رزين الأسدي ، قال ابن أبي حاتم : أخبرنا يونس بن عبد الأعلى قراءة أخبرنا ابن وهب ، أخبرني سفيان الثوري حدثني اسماعيل ابن سميع قال : سمعت أبا رزين يقول « جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله أرأيت قول الله عز وجل : « فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » أين الثالثة ؟ قال : التسريح باحسان ورواه عبد بن حميد في تفسيره ولفظه : أخبرنا يزيد بن أبي حكيم عن سفيان عن اسماعيل بن سميع أن أبا رزين الأسدي يقول : قال رجل يا رسول الله أرأيت قول الله تعالى « الطلاق مرتان ، فأين الثالثة ؟ قال التسريح باحسان الثالثة » ورواه الامام أحمد أيضاً ، وهكذا رواه سعيد بن منصور عن خالد بن عبد الله عن اسماعيل بن زكريا وأبي معاوية عن اسماعيل بن سميع عن أبي رزين به ، وكذا رواه ابن مردويه أيضاً من طريق قيس بن الربيع عن اسماعيل بن سميع عن أبي رزين به مرسلا ، ورواه ابن مردويه أيضاً عن طريق عبد الواحد بن زياد عن اسماعيل بن سميع عن أنس بن مالك عن النبي صلى الله عليه وسلم فذكره ، ثم حدثنا عبد الله بن أحمد بن عبد الرحيم حدثنا أحمد بن يحيى حدثنا عبد الله بن جرير بن جبلة حدثنا ابن عائشة حدثنا حماد بن سلمة عن قتادة عن أنس قال : جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ذكر الله الطلاق مرتين فأين الثالثة ؟ قال : امساك بمعروف أو تسريح باحسان ، قال في الدر المنثور : وأخرجه البيهقي وابن المنذر والنحاس وأبو داود في ناسخه ومنسوخه وابن جرير ووكيع وعبد الرزاق .

قلت : وأبو رزين هذا هو مسعود بن مالك الأسدي الكوفي ثقة فاضل

من الطبقة الثانية مات سنة خمس وثمانين وهو غير أبى رزين عبيد الذى قتله ابن زياد بالبصرة ووهم من خلط بينهما ، وهو أيضاً غير أبى رزين الذى ترجم له ابن عبد البر فى الاستيعاب بقوله والد عبد الله بن أبى رزين الذى لم يرو عنه غير ابنه حديثه فى الصيد يتوارى ، وهما مجهولان .

أما حديث مكاتب أم سلمة فقد رواه الشافعى فى الأم ؛ أخبرنا مالك قال وحدثنى ابن شهاب عن ابن المسيب أن نفيعاً مكاتباً لأم سلمة زوج النبى صلى الله عليه وسلم طلق امرأته حرة تطليقتين فاستفتى عثمان بن عفان فقال له عثمان حرمت عليك وأخرجه الشافعى أيضاً عن مالك ، حدثنى عبد ربه ابن سعيد عن محمد بن ابراهيم بن الحرث أن نفيعاً مكاتبا لأم سلمة استفتى زيد بن ثابت فقال : انى طلقت امرأة لى حرة تطليقتين ، فقال زيد حرمت عليك . وأخرجه أيضاً عن مالك ؛ حدثنى أبو الزناد عن سليمان بن يسار أن نفيعاً مكاتبا لأم سلمة أو عبداً كان تحته امرأة حرة فطلقها اثنتين ثم أراد أن يراجعها ، فأمره أزواج النبى صلى الله عليه وسلم أن يأتى عثمان بن عفان فيسأله عن ذلك فذهب اليه فلقيه عند الدرج آخذاً بيد زيد بن ثابت فسألهما فابتدراه جميعا فقالا : حرمت عليك ا هـ .

قلت : ويعارضه ما روى عن عمر بن معتب « أن أبا حسن بنى نوفل أخبره أنه استفتى ابن عباس فى مملوك تحته أمة فطلقها تطليقتين ثم عتقا ، هل يصح له أن يخطبها . قال نعم . قضى بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم » رواه النسائى وابن ماجه وأبو داود ، الا أن عمر بن معتب قال فيه على بن المدينى : انه منكر الحديث وسئل عنه أيضاً فقال انه مجهول لم يرو عنه غير يحيى بن أبى كثير وقال النسائى : ليس بالقوى . وقال الأمير أبو نصر : منكر الحديث . وقال الذهبى لا يعرف . ومعتب بضم الميم وفتح العين وتشديد المثناة ، وقد استدل بهذا الحديث من قال ان السيد يملك من الطلاق ما يملكه الحر من ثلاث تطليقات .

وقال أبو حنيفة « انه لا يملك فى الأمة الا اثنتين أما فى الحرة فكالحر »

واستدلوا بحديث ابن مسعود « الطلاق بالرجال والعدة بالنساء » عند الدارقطنى والبيهقى وأجيب بأنه موقوف •

قالوا : أخرج الدارقطنى والبيهقى أيضا عن ابن عباس نحوه ، وأجيب بأنه موقوف أيضاً • وكذلك روى نحوه أحمد من حديث على ؛ وهو أيضاً موقوف • وقد أخرج ابن ماجه والدارقطنى من حديث ابن عمر مرفوعا « طلاق الأمة اثنتان وعدتها حيضتان » وأجيب بأن فى اسناده عمرو بن شبيب وعطية العوفى وهما ضعيفان • وقال الدارقطنى والبيهقى الصحيح أنه موقوف ، ولكن فى السنن نحوه من حديث عائشة واعترض بأن فى اسناده مظاهر بن أسلم •

قال الترمذى : حديث عائشة هذا حديث غريب لا نعرفه مرفوعا الا من حديث مظاهر بن أسلم ، ومظاهر لا يعرف له فى العلم غير هذا الحديث • والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وهو قول سفيان والشافعى واسحاق ا هـ •

وقال العمرانى : عدد الطلاق معتبر بالرجال دون النساء فيملك الحر ثلاث تطليقات سواء كانت زوجته حرة أو أمة ، ولا يملك العبد الا طلقتين سواء كانت زوجته حرة أو أمة • وبه قال ابن عمر وابن عباس ؛ ومن الفقهاء مالك وأحمد • وقال أبو حنيفة والثورى : عدد الطلاق معتبر بالنساء ، فان كانت الزوجة حرة ملك زوجها عليها ثلاث تطليقات ؛ سواء كان حراً أو عبداً • وان كانت أمة لم يملك عليها الا طلقتين ؛ سواء كان حراً أو عبداً ، وبه قال على بن أبى طالب • ا هـ

دليلنا ما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت « وكان الرجل يطلق امرأته فى صدر الاسلام ما شاء أن يطلقها وهى امرأته اذا ارتجعها وهى فى العدة • وان طلقها مائة وأكثر حتى قال رجل لامرأته : والله لا أطلقك فتبينى منى ولا آويك أبداً ، قالت وكيف ذلك ؟ قال أطلقك فكلما همت عدتك أن تنقضى راجعتك ، فذهبت المرأة حتى دخلت على عائشة فأخبرتها ، فسكتت عائشة حتى جاء النبى صلى الله عليه وسلم فأخبرته ، فسكت النبى صلى الله

عليه وسلم حتى نزل القرآن : الطلاق مرتان ، فامساك بمعروف أو تسريح باحسان • قالت عائشة فاستأنف الناس الطلاق مستقبلا من كان طلق ومن لم يكن طلق » رواه الترمذى ورواه أيضاً عن عروة مرسلا ، وذكر أنه أصح ، والمرفوع من طريق قتيبة عن يعلى بن شعيب عن هشام بن عروة عن أبيه عنها ، والمرسل من طريق أبى كريب عن عبد الله بن ادريس عن هشام عن عروة ولم يذكر عائشة • وحديث الرجل الذى سأل النبى صلى الله عليه وسلم : أين الثالثة ؟ فقال تسريح باحسان • وقد مضى كلامنا عليه •

وهذه الآية انما وردت فى الحر لقوله تعالى : « ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا الا أن يخافا أن لا يقيما حدود الله ، فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » فأحل الله تعالى الأخذ له ، والذى أحل له الأخذ هو الحر دون المولى ؛ ولم يفرق بين أن تكون الزوجة حرة أو أمة •

فان قيل : الأمة تفتدى ، قلنا : الأمة لا تفتدى فان افتدت باذن سيدها كان ذلك مما فى يدها أو كسبها ، والا كان ذلك فى ذمتها •

فرع اذا طلق الذمى الحر امرأته طلقة فنقض الأمان ولحق بدار الحرب فسبى واسترق ثم تزوج زوجته التى طلقها باذن سيدها •

قال ابن الحداد : لم يملك عليها أكثر من طلقة واحدة ؛ لأن النكاح الثانى يبنى على الأول فى عدد الطلقات ، وان طلقها طلقتين ونقض الأمان ولحق بدار الحرب فسبى واسترق ثم تزوجها باذن سيده كانت عنده على واحدة ، لأن الطلقتين الأولتين لم يحرماها عليه ؛ فلم يتعين الحكم بالرق عليه الطارىء بعده ، كذلك اذا طلق العبد امرأته طلقة فأعتق ثم تزوجها ملك عليها تمام الثلاث وهو طلقتان ؛ لأن الطلقة الأولى لم تحرمها عليه • ولو طلق العبد امرأته طلقتين ثم أعتق العبد لم يجز له أن يتزوجها قبل زوج آخر لأنها حرمت عليه بالطلقتين الأولتين فلا يتعين الحكم بالعتق الطارىء •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل واما المحرم فهو طلاق البدعة وهو اثنان :

(احدهما) طلاق المدخول بها فى حال الحيض من غير حمل .

(والثانى) طلاق من يجوز أن تحبل فى الطهر الذى جامعها فيه قبل ان يستبين الحمل والدليل عليه ما روى عن ابن عمر رضى الله عنه انه طلق امرأته وهى حائض ، فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ، ثم تحيض عنده مرة أخرى ، ثم يمسكها حتى تطهر ، ثم تحيض عنه اخرى ، ثم يمسكها حتى تطهر من حيضها ، فاذا أراد أن يطلقها فليطلقها حين تطهر قبل ان يجامعها ، فتلك العدة التى أمر الله تعالى أن يطلق لهـــا النساء ، ولأنه اذا طلقها فى الحيض أضر بها فى تطويل العدة ، واذا طلقهـــا فى الطهر الذى جامعها فيه قبل ان يستبين الحمل لم يأمن أن تكون حامـــلا فيندم على مفارقتها مع الولد ولأنه لا يعلم هل علقت بالوطء فتكون عدتهـــا بالحمل ، أو لم تعلق فتكون عدتها بالأقراء.وأما طلاق غير المدخول بها فى الحيض فليس بطلاق بدعة ، لا يوجد تطويل للعدة . فأما طلاقهـــا فى الحيض وهى حامل على القول الذى يقول : ان الحامل تحيض فليس ببدعة .

وقال أبو اســحاق : هو بدعة لأنه طـلاق فى الحيض . والمذهب الأول ، لما روى سالم أن ابن عمر رضى الله عنه « طلق امرأته وهى حائض ، فذكر عمر للنبى صلى الله عليه وسلم فقال مرة ليراجعها ثم ليطلقها وهى طاهر أو حامل » ولأن الحامل تعتد بالحمل فلا يؤثر الحيض فى تطويل عدتها .

وأما طلاق من لا تحمل فى الطهر المجامع فيه وهى الصغيرة والآيسة مـن الحيض فليس ببدعة لأن تحريم الطـلاق للندم على الولد أو للريبة بما تعتد به من الحمل والأقراء . وهذا لا يوجد فى حق الصغيرة والآيسة .

وأما طلاقها بعد ما استبان حملها فليس ببدعة ، لأن المنع للندم على الولد وقد علم بالولد أو للارتياب بما تعتد به وقد زال ذلك بالحمل .

وان طلقها فى الحيض أو الطهر الذى جامع فيه وقع الطلاق ، لأن ابن عمر رضى الله عنه طلق امرأته وهى حائض ، فأمره النبى صلى الله عليه وسلم أن يراجعها فدل على ان الطلاق وقع . والمستحب ان يراجعها لحديث ابن عمـر

رضى الله عنه ولأنه بالرجعة يزول المعنى الذى لاجله حرم الطلاق ، وان لم يراجعها جاز لان الرجعة اما أن تكون كابتداء النكاح او كالبقاء على النكاح ، ولا يجب واحد منهما .

فصل واما المكروه فهو الطلاق من غير سنة ولا بدعة ، والدليل عليه ما روى محارب بن دثار رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ابغض الحلال الى الله عز وجل الطلاق » وروى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « انما المرأة خلقت من ضلع ، لن تستقيم لك على طريقة ، فان استمتعت بها استمتعت وبها عوج ، وان ذهبت تقيمها كسرتها وكسرها طلاقها ») .

الشرح حديث ابن عمر رواه أحمد فى مسنده ومسلم وأصحاب السنن الأربعة بلفظ « أنه طلق امرأته وهى حائض فذكر ذلك عمر للنبى صلى الله عليه وسلم فقال : مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهراً أو حاملا » وفى رواية « أنه طلق امرأة له وهى حائض فذكر ذلك عمر للنبى صلى الله عليه وسلم فتغيظ فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قال :ليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ، ثم تحيض فتطهر ، فان بدا له أن يطلقها فليطلقها قبل أن يمسها، فتلك العدة كما أمر الله تعالى » وفى لفظ « فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء » رواه أحمد والبخارى ومسلم وأصحاب السنن الا الترمذى ولمسلم والنسائى نحوه وفى آخره « قال ابن عمر : وقرأ النبى صلى الله عليه وسلم : يا أيها الناس اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » وفى رواية لأحمد والشيخين : « وكان عبد الله طلق تطليقة فحسبت من طلاقها » وفى رواية عند أحمد ومسلم والنسائى « كان ابن عمر اذا سئل عن ذلك قال لأحدهم : أما ان طلقت امرأتك مرة أو مرتين فان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرنى بهذا ، وان كنت طلقت ثلاثاً فقد حرمت عليك حتى تنكح زوجاً غيرك ، وعصيت الله عز وجل فيما أمرك به من طلاق امرأتك » .

وفى رواية عند الدارقطنى وفيه تنبيه على تحريم الوطء والطلاق قبل الغسل « أنه طلق امرأته وهى حائض تطليقة ، فانطلق عمر فأخبر النبى صلى الله عليه وسلم فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : مر عبد الله فليراجعها ،

فاذا اغتسلت فليتركها حتى تحيض ، فاذا اغتسلت من حيضتها الأخرى فلا يمسها حتى يطلقها ، وان شاء أن يمسكها فليمسكها ، فانها العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء » .

أما بعد ــ فان قوله (البدعة) فهى الحدث بعد الاكمال ، وابتدع الشيء أحدثه وابتدأه فهو مبتدع . وقوله « طلق امرأته » اسمها آمنة بنت غفار هكذا حكاه النووى وابن باطش ، وفى مسند أحمد أن اسمها النوار . وقوله (فذكر ذلك عمر) قال ابن العربى : سؤال عمر محتمل لأن يكون ذلك لكونهم لم يروا قبلها مثلها فسأله ليعلم .

ويحتمل أن يكون لما رأى فى القرآن (فطلقوهن لعدتهن) ويحتمل أن يكون سمع من النبى صلى الله عليه وسلم النهى فجاء ليسأل عن الحكم بعد ذلك . وقوله : (مره فليراجعها) .

قال ابن دقيق العيد : يتعلق بذلك مسألة أصولية وهى أن الأمر بالأمر بالشيء هل هو أمر بذلك الشيء أو لا ؟ فان النبى صلى الله عليه وسلم قال لعمر : مره ، والمسئلة معروفة فى كتب الأصول والخلاف فيها مشهور . وفى لفظ لأبى داود وأحمد والنسائى عن ابن عمر أيضاً « أنه طلق امرأته وهى حائض ، فردها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يرها شيئاً ، وقال اذا طهرت فليطلق أو ليمسك » .

وقد تضمن الحكم بموجب هذه الأخبار أن الطلاق على أربعة أوجه ؛ حلالان وحرامان ؛ فالحلالان أن يطلق امرأته طاهراً من غير جماع أو يطلقها حاملا مستبيناً حملها . والحرامان أن يطلقها وهى حائض أو يطلقها فى طهر جامعها فيه هذا فى طلاق المدخول بها ؛ أما من لم يدخل بها فيجوز طلاقها حائضاً وطاهراً كما قال تعالى « لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة » .

وقال ابن القيم فى زاد المعاد : تضمنت النصوص أن المطلقة نوعان ، مدخول بها وغير مدخول بها ، وكلاهما لا يجوز تطليقها ثلاثاً مجموعة ،

ويجوز تطليق غير المدخول بها طاهراً وحائضاً ، وأما المدخول بها فان كانت حائضاً أو نفساء حرم طلاقها ؛ وان كانت طاهراً ، فان كانت مستبينة الحمل جاز طلاقها بعد الوطء وقبله ، وان كانت حائلا لم يجز طلاقها بعد الوطء فى طهر الاصابة ، ويجوز قبله هـذا الذى شرعه الله على لسان رسـوله من الطلاق •

وأجمع المسلمون على وقوع الطلاق الذى أذن الله فيه وأباحه اذا كان من مكلف مختار عالم بمدلول اللفظ قاصد له ؛ واختلفوا فى وقوع المحرم من ذلك وفيه مسألتان :

(الأولى) الطلاق فى الحيض أو فى الطهر الذى واقعها فيه •

(المسألة الثانية) فى جمع الثلاث ؛ ثم ذكر المسألتين تفصيلا ورأى كل جماعة من العلماء ودليل كل فريق منهم مما أثبتناه فى مظانه ومواطنه من شرح المهذب • فاذا ثبت هذا : فان الطلاق يقع على كل زوجـة كبيرة كانت أو صغيرة عاقلة كانت أو مجنونة ، مدخولا بها كانت أو غير مدخول بها لعموم الآية والاجماع وينقسـم الطـلاق على أربعـة أضرب ، واجب ومستحب ومكروه ومحرم ، فأما الواجب فهو طلاق الحكمين عند شـقاق الزوجين ــ اذا قلنا : انهما حاكمان ــ وكذلك طلاق المؤلى اذا انقضت مدة الايلاء وامتنع من الفىء على ما سيأتى فى الايلاء •

وأما المستحب فأن تقع الخصومة بين الزوجين وخافا أن لا يقيما حدود الله ، فيستحب له أن يطلقها ؛ لما روى أن رجلا قال : « يا رسول الله ان امرأتى لا ترد يد لامس فقال : طلقها ؛ فقال : انى أحبها ؛ قال : أمسكها » •

وأما المكروه فأن تكون الحال بينهما مستقيمة ولا يكره شيئاً من خلقها ولا دينها فيكره أن يطلقها ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم « أبغض الحلال عند الله الطلاق » • وأما المحرم فهو طلاق المرأة المدخول بها فى الحيض أو فى الطهر الذى جامعها فيه قبل أن يتبين حملها ، ويسمى طلاق البدعة ، لقوله تعالى : « فطلقوهن لعدتهن » أى لوقت عدتهن ؛ ووقت العدة هو الطهر ،

كما روينا أن ابن عمر طلق امرأته وهى حائض فسأل عمـــر النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال : مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، فاذا أراد أن يطلقها فليطلقها حين تطهر قبل أن يجامعها ، فتلك العدة التى أمر الله أن تطلق لها النساء » .

وفى رواية « مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهراً أو حاملا » ولأنه اذا طلقها فى حال الحيض أضر بها فى تطويل العدة ، واذا طلقها فى حال الطهر الذى جامعها فيه قبل أن يتبين حملها ربما كانت حاملا فيندم على مفارقتها ــ فان كانت غير مدخول بها وطلقها فى الحيض ــ لم يكن طلاق بدعة لأنه لا عدة عليها ، وان طلق الصغيرة أو الآيسة فى الطهر الذى جامعها فيه لم يكن طلاق بدعة ؛ لأنها لا تحبل فيندم على مفارقتها ، وان طلقها وهى حامل فى الطهر الذى جامعها فيه لم يكن طلاق بدعة لقوله صلى الله عليه وسلم فليطلقهـــا طاهراً أو حاملا . فان رأت الدم على الحمل ــ فان قلنا : انه ليس بحيض ــ فليس بطلاق بدعة ، وان قلنا : انه حيض ، فيه وجهان . قال أبو اسحاق : هو طلاق بدعة ؛ لأنه طلقها على الحيض . والثانى ــ وهو المذهب ــ أنه ليس بطلاق بدعى لقوله صلى الله عليه وسلم فليطلقهـــا طاهـــراً أو حاملا ، ولم يفرق .

اذا ثبت هذا فان خالف وطلقها فى الحيض أو الطهر الذى جامعها فيه وقع عليها الطلاق ، وبه قال أهل العلم كافة . وذهب ابن علية وهشـــام ابن الحكم وبعض أهل الظاهر والشيعة والقاضى أحمد شاكر من المشتغلين بمراجعة وتحقيق الكتب فى عصرنا رحمه الله الى أن الطلاق لا يقع ؛ ويرد عليهم برواية متفق عليها فى الصحيحين فى حديث طلاق ابن عمر « فحسبت من طلاقها » وفى رواية عند أحمد ومسلم والشافعى « كان ابن عمر اذا سئل عن ذلك قال لأحدهم : ان طلقت امرأتك مرة أو مرتين فان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرنى بهذا ، وان كنت طلقت ثلاثاً فقـــد حرمت عليك حتى تنكح زوجاً غيرك ، وعصيت الله عز وجل فيما أمرك به من طلاق امرأتك » .

وفى رواية البخارى « فحسبت على بتطليقة » وأخرجه أبو نعيم كذلك ،

وزاد ــ يعنى حين طلق امرأته ــ فسأل عمر النبى صلى الله عليه وسلم وقد ذهب الجمهور الى وقوع الطلاق البدعى ؛ وأما القائلون بعدم الوقوع كالباقر والصادق وابن حزم وحكاه الخطابى عن الروافض والخوارج ، وحكاه ابن العربى وغيره عن ابن علية وهو من فقهاء المعتزلة .

قال ابن عبد البر : لا يخالف فى ذلك الا أهل البدع والضلال ؛ قال : وروى مثله عن بعض التابعين وهو شذوذ . وقد أجاب ابن حزم عن قول ابن عمر بأنه لم يصرح بمن حسبها عليه ، ولا حجة فى أحد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم وتعقب بأنه مثل قول الصحابة أمرنا فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بكذا فانه فى حكم المرفوع الى النبى صلى الله عليه وسلم .

قال الحافظ بن حجر : وعندى أنه لا ينبغى أن يجىء فيه الخلاف الذى فيه قول الصحابى أمرنا بكذا ، فان ذلك محله حيث يكون اطلاع النبى صلى الله عليه وسلم على ذلك ليس صريحا ؛ وليس كذلك فى قصة ابن عمر هذه فان النبى صلى الله عليه وسلم هو الآمر بالمراجعة ، وهو المرشد لابن عمر فيما يفعل اذا أراد طلاقها بعد ذلك واذا أخبر ابن عمر أن الذى وقع منه حسب عليه بتطليقة كان احتمال أن يكون الذى حسبها عليه غير النبى صلى الله عليه وسلم بعيداً جداً مع احتفاف القرائن فى هذه القصة بذلك ، وكيف يتخيل أن ابن عمر يفعل شيئاً فى القصة برأيه ــ وهو ينقل أن النبى صلى الله عليه وسلم تغيظ من صنعه ؛ حيث لم يشاور فيما يفعل فى القصة المذكورة .

واستدل الجمهور بما أخرجه الدارقطنى عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « هى واحدة » قال فى الفتح : وهذا نص فى محل النزاع يجب المصير اليه وقد أورده بعض العلماء على ابن حزم فأجابه بأن قوله « هى واحدة » لعله ليس من كلام النبى صلى الله عليه وسلم فألزمه بأنه نقض أصله ؛ لأن الأصل لا يدفع بالاحتمال . وقد أجاب ابن القيم عن هذا الحديث بأنه لا يدرى أقاله ــ يعنى قوله هى واحدة ــ ابن وهب من

عنده أم ابن أبى ذئب أم نافع ، فلا يجوز أن يضاف الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما لا يتيقن أنه من كلامه •

قال الشوكانى : ولا يخفى أن هذا التجويز لا يدفع الظاهر المتبادر من الرفع ، ولو فتحنا باب دفع الأدلة بمثل هذا ما سلم لنا حديث ، فالأولى فى الجواب المعارضة ، ومن حجج الجمهور ما أخرجه الدارقطنى أيضاً « أن عمر قال يا رسول الله أفتحسب بتلك التطليقة ؟ قال : نعم » ورجاله الى شعبة ثقات كما قال الحافظ ابن حجر وشعبة رواه عن أنس بن سيرين عن ابن عمر •

واحتج الجمهور أيضا بقوله صلى الله عليه وسلم « مره فليراجعها » فان الرجعة لا تكون الا بعد طلاق • وقد أجاب ابن القيم عن ذلك بأن الرجعة قد وقعت فى كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم على ثلاثة معان :

(أحدها) بمعنى النكاح ، قال الله تعالى « فان طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا » ولا خلاف بين أحد من أهل العلم أن المطلق ههنا هو الزوج الثانى ، وأن التراجع بينها وبين الزوج الأول ، وذلك كابتداء النكاح •

(وثانيها) الرد الحسن الى الحالة الأولى التى كانت عليها أولا ، كقوله صلى الله عليه و سلم لأبى النعمان بن بشير لما أنحل ابنه غلاما خصه به دون ولده « ارجعه » أى رده ، فهذا رد ما لم تصح فيه الهبة الجائزة •

والثالث : الرجعة التى تكون بعد الطلاق ، ولا يخفى أن الاحتمال يوجب سقوط الاستدلال ، ولكنه يؤيد حمل الرجعة هنا على الرجعة بعد الطلاق ما أخرجه الدارقطنى عن ابن عمر « أن رجلا قال : انى طلقت امرأتى البتة وهى حائض فقال عصيت ربك وفارقت امرأتك • قال : فان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر ابن عمر أن يراجع امرأته ؟ قال : انه أمر ابن عمر أن يراجعها بطلاق بقى له • وأنت لم تبق ما ترجع به امرأتك » قال ابن حجر : وفى هذا السياق رد على من حمل الرجعة فى قصة ابن عمر على المعنى اللغوى •

ومن جملة ما احتج به القائلون بعدم الوقوع أثر ابن عباس « الطلاق على أربعة أوجه وجهان حلال ووجهان حرام . فأما اللذان هما حلال فان يطلق الرجل امرأته طاهراً من غير جماع ، أو يطلقها حاملا مستبينا حملها » وأما اللذان هما حرام فأن يطلقها حائضاً أو يطلقها عند الجماع لا يدرى اشتمل الرحم على ولد أم لا ، رواه الدارقطنى .

ولا دليل فيه على عدم الوقوع ، بل ان اقتران الوقوع بالحرمة أدعى للتغليظ عليه ، ثم انه قول غير مرفوع ؛ ومع عدم الرفع فنحن لا نرى فيه حجة لهم ، ومن جملة ما احتج به القائلون بعدم وقوع الطلاق البدعى ما أخرجه أحمد وأبو داود والنسائى عن ابن عمر بلفظ « طلق عبد الله بن عمر امرأته وهى حائض قال عبد الله : فردها على رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يرها شيئا » قال الحافظ ابن حجر : واسناد هذه الزيادة على شرط الصحيح ، وهذا الحديث رواه أبو داود عن أحمد بن صالح عن عبد الرزاق عن ابن خديج قال : أخبرنى أبو الزبير « أنه سمع عبد الرحمن بن أيمن مولى عزة يسأل ابن عمر كيف ترى فى رجل طلق امرأته حائضاً ؟ فقال ابن عمر ، طلق ابن عمر امرأته حائضا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان عبد الله — الى أن قال — فردها على ولم يرها شيئاً » وقد أخرجه أحمد عن روح ابن عبادة عن ابن جريج فلم يتفرد به عبد الرزاق عن ابن جريج ولكنه قد أعل هذا الحديث بمخالفة أبى الزبير لسائر الحفاظ .

وقال ابن عبد البر : قوله « ولم يرها شيئا — منكر » ولم يقله غير أبى الزبير ، وليس بحجة فيما خالفه فيه مثله ؛ فكيف اذا خالفه من هو أوثق منه ولو صح فمعناه عندى — والله أعلم — ولم يرها شيئا مستقيما ، لكونها لم تكن من السنة ، وقال الخطابى : قال أهل الحديث لم يقل أبو الزبير حديثا أنكر من هذا ، وقد يحتمل أن يكون معناه ولم يرها شيئاً تحرم معه المراجعة ، أو لم يرها شيئا جائزاً فى السنة ماضياً فى الاختيار . وقد حكى البيهقى عن الشافعى نحو ذلك .

ويمكن أن يجاب بأن أبا الزبير غير مدفوع فى الحفظ والعدالة ، وانما يخشى من تدليسه ، فاذا قال : سمعت أو حدثنى زال ذلك ، وقد صرح هنا بالسماع ، وليس فى الأحاديث الصحيحة ما يخالف حديث أبى الزبير حتى يصار الى الترجيح ويقال قد خالفه الأكثر ، بل غاية ما هناك الأمر بالمراجعة على فرض استلزامه لوقوع الطلاق .

قالوا : ويؤيد رواية أبى الزبير ما أخرجه سعيد بن منصور من طريق عبد الله بن مالك عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهى حائض ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس ذلك بشىء . وقد روى ابن حزم فى المحلى بسنده المتصل الى ابن عمر من طريق عبد الوهاب الثقفى عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أنه قال فى الرجل يطلق امرأته وهى حائض : لا يعتد بذلك . وهذا اسناد صحيح . وروى ابن عبد البر عن الشعبى أنه قال : اذا طلق امرأته وهى حائض لم يعتد بها فى قول ابن عمر . وقد روى زيادة أبى الزبير الحميدى فى الجمع بين الصحيحين ؛ وقد التزم أن لا يذكر فيه الا ما كان صحيحاً على شرطهما .

وقال ابن عبد البر فى التمهيد : انه تابع أبا الزبير على ذلك أربعة ، عبد الله بن عمر ؛ ومحمد بن عبد العزيز بن أبى رواد ، ويحيى بن سليم ، وابراهيم بن أبى حسنة ؛ ولا شك أن الصيرورة الى الجمع ؛ وهو ممكن بما ذكره ابن عبد البر من تأويله لمعنى « ولم يرها شيئا » وكذلك الخطابى وغيره ممن ذكرنا أفضل وأحرى من الترجيح المتعذر . قال ابن حجر : وهو متعين — يعنى الجمع — وهو أولى من تغليط بعض الثقات .

وذهب القائلون بعدم الوقوع الى الاستدلال بقوله تعالى « يا أيها النبى اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » والمطلق فى حال الحيض أو الطهر الذى وطىء فيه لم يطلق بتلك العدة التى أمر الله بتطليق النساء لها . كما صرح بذلك فى الحديث المذكور . وقد تقرر فى الأصول أن الأمر بالشىء نهى عن ضده ، والمنهى عنه نهياً لذاته أو لجزئه أو لوصفه اللازم يقتضى الفساد ، والفساد لا يثبت حكمه . ومنها قوله تعالى : « فامساك بمعروف

أو تسريح باحسان » وليس أقبح من التسريح الذى حرمه الله • ومنها قوله تعالى « الطلاق مرتان » ولم يرد الا المأذون فيه ، فدل على أن ما عداه ليس بطلاق لما فى هذا التركيب من الحصر ، أعنى تعريف المسند اليه باللام الجنسية • قلت : وهذه كلها أدلة احتمالية وليست قاطعة حاسمة فى موطن النزاع ، وكما قلنا الجمع أحرى بأهل الاحتياط •

وحديث محارب بن دثار يؤخذ على المصنف روايته هكذا بالارسال ، لأن محارب بن دثار من الطبقة الرابعة من التابعين وهو من علماء الكوفة وشهد بيعة معاوية وكان معه ، ولعل المصنف عول على ترجيح أبى حاتم والدارقطنى والبيهقى الارسال ، وقد رويناه فى سنن أبى داود وابن ماجه والحاكم وصححه عن ابن عمر ، وفى الرواية المتصلة يحيى بن سليم وفيه مقال ، والرواية المرسلة فى اسنادها عبد الله بن الوليد الوصافى ، وهو ضعيف ، ولكنه قد تابعه معرف بن الواصل • ولفظ هذه الروايات كلها « أبغض الحلال الى الله عز وجل الطلاق » ورواه الدارقطنى عن معاذ بلفظ « ما خلق الله شيئاً أبغض اليه من الطلاق » قال الحافظ ابن حجر : واسناده ضعيف ومنقطع ، وأخرج ابن ماجه وابن حبان من حديث أبى موسى مرفوعا « ما بال أحدكم يلعب بحدود الله يقول : قد طلقت قد راجعت » وحديث أبى هريرة متفق عليه عند البخارى وأحمد ومسلم •

والحديث الأول فيه دليل على أن ليس كل حلال محبوباً ، بل ينقسم الى ما هو محبوب والى ما هو مبغوض ، وقد مضى كلامنا على المكروه • وقوله « من ضلع » بكسر الضاد وفتح اللام وتسكن قليلا والأكثر الفتح وهو واحد الأضلاع ، والفائدة فى تشبيه المرأة بالضلع التنبيه الى أنها معوجة فمن حاول أن يحملها على الاعتدال كسرها وان تسامح معها على ما هى عليه انتفع بها • وان أعوج شىء فى الضلع أعلاه ، المبالغة فى الاعوجاج والتأكيد لمعنى الاعوجاج هو المراد من هذا اللفظ والتأكيد لمعنى الكسر •

وقيل : يحتمل أن يكون ذلك مثلا لأعلى المرأة لأن أعلاها رأسها وفيه لسانها وهو الذى ينشأ منه الاعوجاج ، قيل وأعوج هنا من باب الصفة

لا من التفضيل ، لأن أفعل التفضيل لا يصاغ من الألوان والعيوب • وأجيب بأن الظاهر ههنا أنه للتفضيل ، وقد جاء ذلك على قلة مع عدم الالتباس بالصفة • والضمير فى قوله : فان ذهبت تقيمه كسرته يرجع الى الضلع لا الى أعلاه ، وهو يذكر ويؤنث • ولهذا جاء فى رواية « ان ذهبت تقيمها كسرتها » وفى رواية « فان ذهبت تقيمه كسرته » •

وقوله « خلقت من ضلع » أى من ضلع آدم الذى خلقت منه حواء • قال الفقهاء انها خلقت من ضلع آدم ، ويدل على ذلك قوله تعالى « خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها » وقد روى ذلك من حديث ابن عباس عند ابن اسحاق وروى من حديث مجاهد مرسلا عند ابن أبى حاتم•والحديث يرشد الى ملاطفة النساء والصبر على ما لا يستقيم من أخلاقهن ، والتنبيه على أنهن خلقن على تلك الصفة التى لا يفيد معها التأديب و لاينجع عندها النصح فلم يبق الا الصبر والمحاسنة وترك التأنيب والمخاشنة •

وقال النووى : ضبط بعضهم قوله : استمتعت بها على عوج بفتح العين ، وضبطه بعضهم بكسرها ، ولعل الفتح أكثر ، وضبطه ابن عساكر وآخرون بالكسر ، قال وهو الأرجح ، ثم ذكر كلام أهل اللغة فى تفسير معنى المكسور والمفتوح ، وهو معروف ، وقد صرح صاحب المطالع بأن أهل اللغة يقولون فى الشخص المرئى عوج ، وفيما ليس بمرئى كالرأى والكلام عوج بالكسر • قال وانفرد أبو عمرو الشيبانى فقال : كلاهما بالكسر ومصدرهما بالفتح « وكسرها طلاقها » وهذه العبارة ليست فى الروايتين المتفق عليهما • وقد حقق الزمخشرى الكلام فى تفسير قوله « لا ترى فيها عوجا ولا أمتاً » والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **واذا أراد الطلاق فالمستحب ان يطلقها طلقة واحدة لأنه يمكنه تلافيها ، وان اراد الثلاث فرقها فى كل طهر طلقة ليخرج من الخلاف ، فان عند ابى حنيفة لا يجوز جمعها ، ولأنه يسلم من الندم ، وان جمعها فى طهر**

واحد جاز لما روى « أن عويمرا العجلانى قال عند رسول الله صلى الله عليه وسلم حين لاعن امرأته : كذبت عليها ان امسكتها فهى طالق ثلاثاً ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها « ولو كان جمع الثلاث محرما لانكر عليه ، فان جمع الثلاث أو أكثر بكلمة واحدة وقع الثلاث ، لما روى الشافعى رحمه الله أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة البتة ، ثم أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله انى طلقت امرأتى سهيمة البتة ، والله ما أردت الا واحدة ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم والله ما أردت الا واحدة ؟ فقال ركانة : والله ما أردت الا واحدة فردها رسول الله صلى الله عليه وسلم فلو لم يقع الثلاث اذا ارادها بهذا اللفظ لم يكن لاستحلافه معنى .

وروى أن رجلا قال لعثمان رضى الله عنه : « انى طلقت امرأتى مائة ، فقال ثلاث يحرمنها وسبعة وتسعون عدوان » .

وسئل ابن عباس رضى الله عنه عن رجل طلق امرأته ألفا فقال « ثلاث منهن يحرمن عليه ، وما بقى فعليه وزره ») .

الشرح حديث عويمر العجلانى أخرجه أحمد والبخارى ومسلم وأصحاب السنن الا الترمذى عن سهل بن سعد « أن عويمراً العجلانى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله أرأيت رجلا رأى مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه ، أم كيف يفعل ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : قد نزل فيك وفى صاحبتك، فاذهب فأت بها . قال سهل فتلاعنا ــ وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغ قال عويمر : كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها فطلقتها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ابن شهاب : فكانت سنة المتلاعنين » وهذا الحديث سيأتى فى كتاب اللعان ، والمقصود من ايراده هنا أن الثلاث اذا وقعت فى موقف واحد وقعت كلها وبانت الزوجة .

وأجاب القائلون بأنها لا تقع الا واحدة فقط عن ذلك بأن النبى صلى الله عليه وسلم انما سكت عن ذلك لأن الملاعنة تبين بنفس اللعان ، فالطلاق الواقع من الزوج بعد ذلك لا محل له ، فكأنه طلق أجنبية ، ولا يجب انكار مثل ذلك فلا يكون السكوت عنه تقريراً .

وأما حديث ركانة بن عبد الله فقد أخرجه الشافعي وأبو داود والدارقطني ، وقال أبو داود : هذا حديث حسن صحيح • وكذلك أخرجه الترمذي وصححه أيضا ابن حبان والحاكم وقال الترمذي : لا يعرف الا من هذا الوجه ، وسألت محمداً عنه ، يعني البخاري فقال : فيه اضطراب • ا هـ

قلت : وقد جاء اسناده ضعيفاً ولذلك لم يخرجه البخاري ولا مسلم لأن في اسناده الزبير بن سعيد الهاشمي • وقد ضعفه غير واحد • قال ابن كثير : لكن قد رواه أبو داود من وجه آخر وله طرق أخر فهو حسن ان شاء الله • وقال ابن عبد البر في التمهيد : تكلموا في هذا الحديث ا هـ •

وقال الشوكاني : وهو مع ضعفه مضطرب ومعارض ؛ وأما الاضطراب (فكما تقدم) وقد أخرج أحمد أنه طلق ركانة امرأته في مجلس واحد ثلاثا • قال قد علمت أرجعها ، ثم تلا « اذا طلقتم النساء » الآية ، أخرجه أبو داود•

وأما معارضته فيما روى ابن عباس أن طلاق الثلاث كان واحدة ؛ وسيأتي ، وهو أصح اسناداً وأوضح متنا • وروى النسائي عن محمود ابن لبيد قال « أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً ، فقام غضبان ثم قال : أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم ، حتى قام رجل فقال : يا رسول الله ألا أقتله ؟ » قال ابن كثير : اسناده جيد • وقال الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام : رواته موثقون •

وقد روى حديث ركانة عن ابن عباس بلفظ « طلق أبو ركانة أم ركانة فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : راجع امرأتك فقال : اني طلقتها ثلاثاً قال : قد علمت راجعها » أخرجه أبو داود ورواه أحمد والحاكم وهو معلول بابن اسحاق فانه في سنده •

أما خبر عثمان فقد أخرجه وكيع وتابعه برواية مثلها عن علي ؛ وقد أخرج عبد الرزاق عن عمر أنه رفع اليه أن رجلا طلق امرأته ألفا فقال له عمر : أطلقت امرأتك ؟ قال : لا ؛ وانما كنت ألعب ، فعلاه بالدرة وقال : انما يكفيك من ذلك ثلاث•وأخرج عبد الرزاق والبيهقي عن ابن مسعود أنه قيل

له : ان رجلا طلق امرأته البارحة مائة ، قال : قلتها مـرة واحـدة ؟ قال : نعم ، قال : تريد أن تبين منك امرأتك ؟ قال : نعم ، قال : هو كمـا قلت ، وأتاه آخر فقال : رجل طلق امرأته عدد النجوم قال : قلتها مرة واحـدة ؟ قال: نعم ، قال : هو كما قلت ؛ والله لا تلبسـون على أنفسـكم وتتحمله عنكم •

اذا ثبت هذا فان أصحابنا قرروا أنه يستحب لمن أراد أن يطلق امرته أن يطلقها واحدة ، لأنه ان ندم على طلاقها أمكنه تلافى ذلك بالرجعة ، وان أراد أن يطلقها ثلاثاً فالمستحب أن يفرقها فى كل طهر طلقة •

وحكى أبو على السنجى عن بعض أصحابنا أنه قال : لا سنة فى عـدد الطلاق ولا بدعة ، وانما السنة والبدعة فى الوقت ، والمنصوص هو الأقل ؛ لأنه يسلم بذلك من الندم ويجوز أن يكون فعل الشىء سنة ولا يكون تركه بدعة كتحية المسجد والأضحية ؛ وما أشبه ، وان كانت صغيرة أو آيسـه وأراد أن يطلقها فالمستحب أن يطلقهـا فى كل شهر طلقـة ؛ لأن كل شـهر بدل عن قرء فى حقها ، وان كانت حاملا ــ فقد قال بعض أصحابنا : يطلقها كل شهر طلقة •

وقال أبو على السنجى : يطلقها على الحمل واحدة ؛ فاذا طهرت مـن النفاس طلقها ثانية ؛ فاذا طهرت من الحيض بعد النفاس طلقهـا الثالثـة ، وأراد أبو على اذا استرجعها قبل وضع الحمل ، فان خالف وطلقها ثلاثا فى طهر واحد أو فى كلمة واحدة وقع عليها الثلاث وكان مباحا ولم يأت محرما ، وبه قال عبد الرحمن بن عوف والحسن بن على بن أبى طالب ومن التابعين ابن سيرين ، ومن الفقهاء أحمد بن حنبل •

وقال مالك وأبو حنيفة : جمع الثلاث فى وقت واحد محرم ، الا أنه يقع كالطلاق فى الحيض ، وبه قال عمر وعلى وابن عباس وابن مسعود ، وذهب أهل الظاهر وكذا ابن القيم وشيخه ابن تيمية الى أن الثلاث اذا أوقعها فى وقت واحد لا يقع وهو مذهب العترة ، وقال بعضهم : يقع •

قال العمرانى من أصحابنا : دليل الوقوع قوله تعالى « فطلقوهن لعدتهن » وقوله صلى الله عليه وسلم : « ثم ليطلقها طاهراً أو حاملا » ولم يفرق بين أن يطلقها واحدة أو ثلاثاً ، فلو كان الحكم يختلف لبينه ، ورواية عويمر العجلانى عندما لاعن امرأته عند النبى صلى الله عليه وسلم ثم قال « ان أمسكتها فقد كذبت عليها هى طالق ثلاثا ؛ فقال النبى صلى الله عليه وسلم : لا سبيل لك عليها » فموضع الدليل أن العجلانى لم يعلم أنها قد بانت منه باللعان فطلقها ثلاثا بحضرة النبى صلى الله عليه وسلم فلو كان محرما أو كان لا يقع لأنكره ، ومعنى قوله (لا سبيل لك عليها) أى لا سبيل لك عليها بالطلاق ؛ لأنها قد بانت باللعان ، وروى أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته البتة فسأل النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال : ما أردت بقولك البتة؟ قال : واحدة فقال النبى صلى الله عليه وسلم والله ما أردت الا واحدة ؟ فقال : والله ما أردت الا واحدة ، فردها النبى صلى الله عليه وسلم فدل على أنه لو أراد الثلاث وقعن ، اذ لو لم يقعن لم يكن لاستحلافه معنى ، وروى أن ابن عمر قال للنبى صلى الله عليه وسلم : « أرأيت لو طلقها ثلاثا فقال صلى الله عليه وسلم أبنت امرأتك وعصيت ربك » قال فى البيان : وهذا يبطل قول أهل الظاهر والشيعة . ا هـ

أما بعد : فان أصحاب الفكر من المنادين بالاصلاح الاجتماعى واحكام بناء الأسرة المسلمة ، وتوطيد العلائق بين الأزواج يذهبون كل مذهب فى سن القوانين لتقييد حرية الأزواج فى تطليق نسائهم فمن قائل بحظر الطلاق الا بين يدى القاضى ، ومن قائل ببذل تعويض للزوجة غير المتأخر من الصداق ونفقة العدة تشبه مكافأة العامل عن مدة عمله فى خدمة رب العمل الى غير ذلك من صيحات يدفعهم اليها ما فشا من استهتار بميثاق الزوجية الغليظ وانتشار الأطفال المشردين نتيجة الشقاق بين آبائهم وأمهاتهم ؛ ولو أنهم فطنوا الى ما شرعه الله تبارك وتعالى من قيود الطلاق وملابسات له لألقم هؤلاء أفواههم حجارة ؛ ولسكتوا ازاء ما أحاط الله به عقد النكاح من صيانة وحصانة وحفظ ، فقد عرفنا مما مضى أن الله تعالى حرم طلاق المرأة حال حيضها ، وفى زمن طهرها اذا جامعها فلو عرف الناس ما يرتكبونه من الاثم

حين يفعلون ذلك لخفت وطأة هذه الظـاهرة ، وما على الموثق (المأذون) الا أن يعظ الزوج اذا جاءه بشرع الله ويذكره بأحكام السنة ، ويبغضه فى هذه البدعة ، وعلى خطباء الجمعة ووعاظ الأزهر أن ينشروا بين الناس حكم الله فى تحريم الطلاق فى هذه الأوقات المذكورة حتى يقلع الناس عن هـذه البدعة ، وليطلقوا ـ اذا عزموا الطلاق ـ وفقاً للسنة المطهـرة ، وهم اذا تربصوا بزوجاتهم حتى يحل الطهر ولم يمسوهن ، فان الرغبة فى التسريح قد تتحول الى رغبة فى السكن والاستقرار ، وتكون النفوس حينئذ قـد هـدأت والخواطر قـد صفت . وكفى الله المؤمنين مآثم الطـلاق . والله سبحانه وتعالى الموفق للصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ويجوز أن يفوض الطلاق الى امرأته لما روت عائشة رضى الله عنها قالت « لما امر الله تعالى رسول الله صلى الله عليه وسلم بتخيير نسـائه بدأ بى فقال : انى مخبرك خبراً وما أحب ان تصنعى شيئاً حتى تستأمرى ابويك ، ثم قال ان الله قال : « قل لأزواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا » الى قوله « منكن أجراً عظيـماً » فقلت : أو فى هذا استأمر أبوى ؟ فانى أريد الله ورسوله والدار الآخرة ، ثم فعل ازواج النبى صلى الله عليه وسلم ما فعلته » .

واذا فوض الطلاق اليها فالمنصوص ان لها ان تطلق ما لم يتفرقا عن المجلس او يحدث ما يقطع ذلك ، وهو قول أبى العباس بن القاص . وقال أبو اسحاق . لا تطلق الا على الفور ، لأنه تمليك يفتقر الى القبول فكان القبول فيه على الفور كالبيع . وحمل قول الشافعى رحمه الله على انه اراد مجلس الخيار لا مجلس القعود ، وله أن يرجع فيه قبل أن تطلق .

وقال أبو على بن خيران : ليس له أن يرجع لأنه طلاق معلق بصفة فلم يجز الرجوع فيه ، كما لو قال لها : ان دخلت الدار فأنت طالق ، وهـذا خطأ ، لأنه ليس بطلاق معلق بصفة ، وانما هو تمليك يفتقر الى القبول يصح الرجوع فيه قبل القبول كالبيع .

وان قال لها : طلقى نفسك ثلاثا فطلقت واحدة وقعت ، لأن من ملك ايقاع

ثلاث طلقات ملك ايقاع طلقة كالزوج . وان قال لها : طلقى نفسك طلقة فطلقت ثلاثا وقعت الطلقة ، لأن من ملك ايقاع طلقة اذا اوقع الثلاث وقعت الطلقة كالزوج اذا بقيت له طلقة فطلق ثلاثا . وان قال لوكيله : طلق امراتى جاز ان يطلق متى شاء ، لانه توكيل مطلق فلم يقتض التصرف على الفور كما لو وكله فى بيع .

وان قال له : طلق امراتى ثلاثا فطلقها طلقة ، او قال : طلق امراتى واحدة فطلقها ثلاثا ففيه وجهان : (احدهما) انه كان كالزوجة فى المسئلتين . (والثانى) لا يقع لانه فعل غير ما وكل فيه .

فصل وتصح اضافة الطلاق الى جزء من المراة كالثلث والربع واليد والشعر لانه لا يتبعض وكان اضافته الى الجزء كالاضافة الى الجميع كالعفو عن القصاص ، وفى كيفية وقوعه وجهان .

(احدهما) يقع على الجميع باللفظ ، لانه لما لم يتبعض كان تسمية البعض كتسمية الجميع .

(والثانى) انه يقع على الجزء المسمى ثم يسرى ، لان الذى سماه هو البعض ولا يجوز اضافته الى الريق والحمل لانه ليس بجزء منها وانما هو مجاور لها ، وان قال بياضك طالق او سوادك طالق أو لونك طالق ففيه وجهان : (احدهما) يقع لانه من جملة الذات التى لا ينفصل عنها فهو كالاعضاء (والثانى) لا يقع لانها اعراض تحل فى الذات .

فصل ويجوز اضافة الطلاق الى الزوج بان يقول لها : انا منك طالق . او يجعل الطلاق اليها فتقول : انت طالق ، لانه احد الزوجين فجاز اضافة الطلاق اليه كالزوجة ، واختلف أصحابنا فى اضافة العتق الى المولى ، فمنهم من قال يصح ، وهو قول ابى على بن ابى هريرة ، لانه ازالة ملك يجوز بالصريح والكناية ، فجاز اضافته الى المالك كالطلاق . وقال اكثر اصحابنا : لا يصح ، والفرق بينه وبين الطلاق أن الطلاق يحل النكاح وهما مشتركان فى النكاح ، والعتق يحل الرق ، والرق يختص به العبد . والله تعالى اعلم) .

الشرح حديث عائشة رضى الله عنها رواه أصحاب الكتب الستة وأحمد فى مسنده بلفظ « خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه فلم يعدها شيئاً » وفى رواية عندهم الا أبا داود بلفظ « قالت : « لما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتخيير أزواجه بدأ بى ، فقال : انى ذاكر لك

أمراً فلا عليك أن لا تعجلى حتى تستأمرى أبويك ، قالت : وقد علم أن أبوى لم يكونا ليأمرانى بفراقه • قالت : ثم قال : ان الله عز وجل قال لى : يا أيها النبى قل لأزواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا ــ الآية ــ وان كنتن تردن الله ورسوله والدار الآخرة ــ الآية ــ قالت فقلت : فى هذا أستأمر أبوى ؟ فانى أريد الله ورسوله والدار الآخرة ، قالت : ثم فعل أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل ما فعلت » •

قوله « خيرنا » فى لفظ لمسلم « خير نساءه » وقوله « فلم يعدها شيئاً » بتشديد الدال من العدد ، وفى رواية « فلم يعدد » بفك الادغام • وفى أخرى « فلم يعتد بسكون العين وفتح المثناة وتشديد الدال من الاعتداد ، وفى رواية لمسلم « فلم يعده طلاقا » وفى رواية للبخارى « أفكان طلاقا ؟ » على طريقة الاستفهام الانكارى • وفى رواية لأحمد « فهل كان طلاقا ؟ » وكذا النسائى •

وقد استدل بهذا من قال : انه لا يقع بالتخيير شىء اذا اختارت الزوج ، وبه قال جمهور الصحابة والتابعين وفقهاء الأمصار ، لكن اختلفوا فيما اذا اختارت نفسها هل يقع طلقة واحدة رجعية أو بائنة ؟ أو يقع ثلاثا ؟ فحكى الترمذى عن على عليه السلام أنها ان اختارت نفسها فواحدة بائنة وعنهما رجعية وان اختارت زوجها فلا شىء • ويؤيد قول الجمهور من حيث المعنى أن التخيير ترديد بين شيئين ، فلو كان اختيارها لزوجها طلاقا لا تحدا ، فدل على أن اختيارها لنفسها بمعنى الفراق • واختيارها لزوجها بمعنى البقاء فى العصمة •

وقد أخرج ابن أبى شيبة من طريق زادان قال « كنا جلوساً عند على عليه السلام فسئل عن الخيار فقال : سألنى عنه عمر فقلت : ان اختارت نفسها فواحدة رجعية • قال : ليس كما قلت ، ان اختارت زوجها فلا شىء• قال فلم أجد بدا من متابعته ، فلما وليت رجعت الى ما كنت أعرف • قال على : وأرسل عمر الى زيد بن ثابت قال : فذكر مثل ما حكاه عنه الترمذى •

وأخرج ابن أبى شيبة من طريق على نظير ما حكاه عنه زاذان من اختياره • وأخذ مالك بقول زيد بن ثابت • واحتج بعض أتباعه لكونها اذا اختارت نفسها يقع ثلاثا ، بأن معنى الخيار بت أحد الأمرين أما الأخذ أو الترك يكون طلقة رجعية لم يعمل بمقتضى اللفظ ؛ لأنها تكون بعد فى أمر الزوج وتكون كمن خير بين شيئين فاختار غيرهما ، وأخذ أبو حنيفة بقول عمر وابن مسعود فيما اذا اختارت نفسها فواحدة بائنة •

وقال الشافعى : التخيير كناية ، فاذا خير الزوج امرأته وأراد بذلك تخييرها بين أن تطلق منه وبين أن تستمر فى عصمته ، فاختارت نفسها وأرادت بذلك الطلاق طلقت ، فلو قالت : لم أرد باختيار نفسى الطلاق صدقت •

وقال الخطابى يؤخذ من قول عائشة فاخترناه فلم يكن ذلك طلاقا ، أنها لو اختارت نفسها لكان ذلك طلاقا ، ووافقه القرطبى فى المفهم فقال فى الحديث ان المخيرة اذا اختارت نفسها أن نفس ذلك الاختيار يكون طلاقا من غير احتياج الى نطق بلفظ يدل على الطلاق • قال وهو مقتبس من مفهوم قول عائشة المذكور قال الحافظ ابن حجر لكن الظاهر من الآية أن ذلك بمجرده لا يكون طلاقا بل لابد من انشاء الزوج الطلاق لأن فيها « فتعالين أمتعكن وأسرحكن » أى بعد الاختيار ؛ ودلالة المنطوق مقدمة على دلالة المفهوم • قال : واختلفوا فى التخيير هل هو بمعنى التمليك أو بمعنى التوكيل ؟ وللشافعى فيه قولان الأظهر عند أصحابنا أنه تمليك ، وهو قول المالكية بشرط المبادرة منها حتى لو تراخت بمقدار ما ينقطع القبول عن الايجاب ؛ ثم طلقت لم يقع ، وفى وجه لا يضر التأخير مادام المجلس ، وبه جزم ابن القاص من أصحابنا وهو الراجح من مذهب مالك ومذهب أبى حنيفة • وهو قول الثورى والليث والأوزاعى •

وقال ابن المنذر : الراجح أنه لا يشترط فيه الفور ، بل متى طلقت نفذ، وهو قول الحسن والزهرى ، وبه قال أبو عبيدة ومحمد بن نصر من أصحابنا والطحاوى من أصحاب أبى حنيفة واحتجوا بحديث عائشة وفيه « انى ذاكر لك أمراً فلا عليك أن لا تعجلى حتى تستأمرى أبويك » وذلك يقتضى عدم اشتراط الفور فى جواب التخيير ، قال الحافظ ابن حجر : ويمكن أن يقال

يشترط الفور فى جواب التخيير الا أن يقع التصريح من الزوج بالفسحة لأمر يقتضى ذلك فيتراخى ، كما وقع فى قصة عائشة ولا يلزم من ذلك أن يكون كل خيار كذلك •

وقد قال الشافعى رضى الله عنه : لا أعلم خلافا أنها ان طلقت نفسها قبل أن يفترقا من المجلس ويحدثا قطعاً أن الطلاق يقع عليها ، فاختلف أصحابنا فيه فقال ابن القاص : اذا فوض اليها طلاق نفسها فلها أن تطلق نفسها مادام فى المجلس ، ولم تخض فى حديث آخر فان خاضت فى حديث آخر وقامت من ذلك المجلس لم يكن لها أن تطلق نفسها ، وبه قال أبو حنيفة •

وقال أبو اسحاق : لايتقدر بالمجلس ، بل ان طلقت نفسها عقيب قوله بحيث يكون جواباً لكلامه وقع الطلاق ، لأنه نوع تمليك ، وان أخرته عن ذلك ثم طلقت لم يقع الطلاق لأنه نوع تمليك فكان قبوله على الفور كسائر التمليكات • وحمل النص على أنه أراد مجلس خيار القبول لا مجلس العقود ــ هذا ترتيب الشيخ أبى حامد •

وقال المسعودى : فيه قولان بناء على أن تفويض الطلاق اليها تمليك أو توكيل ، وفيه قولان ، ان قلنا : تمليك اشترط القبول فيه على الفور ، وان قلنا : توكيل يقدر بالمجلس ، هذا مذهبنا ، وقال الحسن البصرى وقتادة : لها الخيار أبدا ، واختاره ابن المنذر •

دليلنا ما روى عن عمر وعثمان أنهما قالا : اذا خير الرجل امرأته وملكها أمرها فافترقا من ذلك المجلس ولم تحدث شيئاً فأمرها الى زوجها ، وكذلك روى عن ابن مسعود وجابر ولا يعرف لهم مخالف ، وان قال : طلقى نفسك متى شئت كان لها ذلك لأنه قد صرح لها بذلك •

فــــرع اذا فوض اليها الطلاق أو خيرها ثم رجع قبل أن يطلق أو يختــار بطــل التفويض والتخيير • وقال ابن خــيران : لا يبطــل ، وبه قال مالك وأبو حنيفة كما لو قال لها : اذا اخترت فأنت طالق ، ثم رجع قبل أن تختار ، والمذهب الأول لأن النص انما هو تمليك أو توكيل ، وله الرجوع

فيهما قبل القبول ، وان قال لها : طلقى نفسك فان طلق بالكناية مع النيـة وقع الطلاق • (والثانى) وهو قول ابن خيران وابن عبيد : أن من خـير ونوى لم يقع ، والأصح الأول لأن الكناية مع النية كالصريح ، وان قال لها : طلقى نفسك ثلاثاً فطلقت واحـدة أو طلقتين وقع عليهـا ما أوقعت ، وقال أبو حنيفة : لا يقع عليها شىء •

دليلنا أن من ملك ايقاع الثلاث ملك ايقاع الواحدة والاثنتين كالزوج ، وان قال لها : طلقى نفسك واحدة فطلقت ثلاثاً وقع عليها واحـدة ، وقال مالك : لا يقع عليها شىء ، دليلنا أن الواحدة المأذون فيها داخلة فى الثلاث فوقعت دون غيرها • وقال ابن القاص : ولو قال لها : طلقى نفسك ان شئت واحدة فطلقت ثلاثا أو قال : طلقى نفسك ان شئت ثلاثا فطلقت واحدة لم يقع الطلاق عليها لأنه فوض اليها الطلاق فى الأولى بشرط ان شاء واحدة ، وفى الثانية بشرط ان شاء ثلاثا ولم توجد الصفة فلم يقع •

قال الطبرى : فان أخر المشيئة بأن قال : طلقى نفسـك ثلاثاً ان شئت فطلقت واحدة أو قال : طلقى نفسك واحدة ان شئت فطلقت ثلاثا وقع عليها واحدة فيهما ، والفرق أنه اذا قدم المشيئة كان التمليك معلقاً بشرط أن يشاء العدد المأذون فيه ، فاذا أوقعت غيره فما شاءته فلم يقع عليها طلاق ، واذا أخر المشيئة كانت المشيئة راجعة الى الطلاق لا الى العدد •

فـــرع وان وكل رجلا ليطلق له امرأته كان له أن يطلق متى شاء كما قلنا فى الوكيل فى البيع والشراء ، بخلاف اذا فوض الطلاق اليهـا فانه تمليك لمنفعتها • والتمليك يقتضى القبول فى الحال ، وان وكله أن يطلقهـا ثلاثة فطلقها واحدة ، أو وكله بطلاقها واحدة فطلقها ثلاثا ففيه وجهان •

(أحدهما) أنه كالزوجة فيما ذكرناه • (والثانى) لا يقع عليها طـلاق فيهما لأنه فعل غير ما أذن له فيه فلم يصح •

مســألة قوله : ويصح اضافة الطلاق الخ ، وهذا صحيح فانه اذا أضاف الطلاق الى جزء منها معلوم أو مجهول أو الى عضو من أعضائها

بأن قال : نصفك أو بعضك أو يدك أو رجلك أو شعرك أو ظفرك طالق ، فانها تطلق ، وقال أبو حنيفة اذا أضاف الطلاق الى جزء منها معلوم أو مجهول أو الى خمسة أعضاء وهى الرأس والوجه والرقبة والظهر والفرج وقع عليها الطلاق ؛ وان أضاف الطلاق الى سائر أعضائها وقع عليها الطلاق •

دليلنا أن الطلاق لا يتبعض « فكانت اضافته الى جزء منها أو الى عضو منها كاضافته الى جميعها كالعفو عن القصاص ، ولأنه أشار بالطلاق الى ما يتصل ببدنها اتصال خلقة ، فكان كالاشارة الى جملتها وكالاشارة الى الأعضاء الخمسة ، وان أضاف الطلاق الى ذمتها ، فقد قال أصحابنا البغداديون : لا يقع عليها الطلاق لأنه غير متصل بالبدن ، وانما هو يجرى فى البدن •

وقال المسعودى : اذا أضافه الى دمها وقع عليها الطلاق لأنه كلحمها ، وان قال : ريقك أو بولك أو عرقك طالق ، فقال أصحابنا البغداديون : لا تطلق ؛ لأنه ليس بجزء منها ، وانما هو من فضول بدنها •

وقال المسعودى : فيه وجهان : (أحدهما) هذا (والثانى) يقع عليها الطلاق ، وان قال : حملك طالق ــ فقال البغداديون من أصحابنا : لا يقع عليها الطلاق ، لأنه غير متصل بالبدن وانما يدور فى الرحم •

وقال المسعودى : فيه وجهان ، وان قطعت أذنها وانبتت منها ثم ألصقت بالدم فلصقت أو أجريت لها خياطة طبية لاعادتها الى مكانها فطلق أذنها قبل أن تبرأ من جراحتها • قال أصحابنا البغداديون : لا يقع عليها الطلاق ، وقال المسعودى : فيه وجهان وان قال : منيك ولبنك طالق ، قال المسعودى : فمن أصحابنا من قال : فيه وجهان كالدمع والعرق ؛ ومنهم من قال : يقع عليها الطلاق وجهاً واحداً كالدم ، وهذا على أصله ، وان قال : سوادك أو بياضك طالق ، فيه وجهان : (أحدهما) يقع عليها الطلاق لأنها أعراض تحل بالذات •

اذا ثبت هذا وأضاف الطلاق الى عضو منها أو الى جزء منها فكيف يقع عليها الطلاق ؟ فيه وجهان : (أحدهما) يقع على جملتها لأن الطلاق لا يتبعض • (والثانى) يقع الطلاق على الذى أوقعه منها ثم يسرى اعتباراً بما سمى •

مسألة قوله : ويجوز اضافة الطلاق الى الزوج الخ ، وهذا صحيح فانه اذا قال لامرأته : أنا منك طالق ، أو قال لها : طلقى نفسك فقالت : أنت طالق ؛ فهو كناية فى الطلاق ، فان نوى الطلاق فى الأولة ونوته فى الثانية وقع عليها الطلاق ، وقال أبو حنيفة • لا يقع عليها ؛ فلو قال : على الطلاق ، فانه لا يقع عند أبى حنيفة وأصحابه ، لأن الطلاق اذا لم يضف الى المرأة فليس بواقع لأنه من صفات المرأة ، قالوا : لأن الطلاق انما يقع من الرجل على المرأة ولا يقع على الرجل •

دليلنا : أن كل لفظ صح أن يكون طلاقا باضافته الى الزوجة صح أن يكون طلاقا باضافته الى الزوج كالبينونة ، فان أبا حنيفة وافقنا عليها ، ولأنه أحد الزوجين فصح اضافة الطلاق اليه كالزوجة ، وان قال لعبده أو أمته : أنا منك حر ففيه وجهان :

قال أبو على بن أبى هريرة : هو كناية فى العتق فيعتق به اذا نواه لأنه ازالة ملك يصح بالصريح والكناية فجاز اضافته الى المالك كاضافة الطلاق الى الزوج وقال أكثر أصحابنا : لا يقع به العتق لأن كل واحد من الزوجين يقال له زوج فهما مشتركان فى الاسم ، فاذا جاز اضافة الطلاق الى الزوجة جاز اضافته الى الزوج ، وليس كذلك الحرية • لأنها تقع بملك ، والذى ينفرد بملك هو السيد فلم يجز اضافة الحرية اليه والله تعالى الموفق للصواب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب ما يقع به الطلاق وما لا يقع

لا يقع الطلاق الا بصريح أو كناية مع النية ، فان نوى الطلاق من غير صريح ولا كناية لم يقع الطلاق ، لأن التحريم فى الشرع علق على الطلاق ونية الطلاق ليست بطلاق . ولأن ايقاع الطلاق بالنية لا يثبت الا بأصل أو بالقياس على ما ثبت بأصل وليس ههنا أصل ولا قياس على ما ثبت بأصل فلم يثبت .

فصـــل والصريح ثلاثة ألفاظ الطلاق والفراق والسراح . لأن الطلاق ثبت له عرف الشرع واللغة . والسراح والفراق ثبت لهما عرف الشرع . فانه ورد بهما القرآن . فاذا قال لامرأته : أنت طالق . أو طلقتك . أو أنت مطلقة أو سرحتك . أو أنت مسرحة ، أو فارقتك ، أو أنت مفارقة ، وقع الطـلاق من غير نية ، فان خاطبها بأحد هذه الألفاظ ، ثم قال : أردت غيرها فسبق لسانى اليها لم يقبل ، لأنه يدعى خلاف الظاهر ، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، لأنه يحتمل ما يدعيه ، وان قال : أنت طالق وقال أردت طلاقا مـــن وثاق ، أو قال سرحتك وقال أردت تسريحاً من اليد ، أو قال فارقتك ، وقال أردت فراقا بالجسم ، لم يقبل فى الحكم لأنه يدعى خلاف ما يقتضيه اللفظ فى العرف ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يحتمل ما يدعيه ، فان علمت المرأة صدقه فيما دين فيه الزوج جاز لها أن تقيم معه وان رآهما الحاكم على الاجتماع ففيه وجهان :

(أحدهما) يفرق بينهما بحكم الظاهر ، لقوله « أحكم بالظاهر والله عز وجل يتولى السرائر » .

(والثانى) لا يفرق بينهما لأنهما على اجتماع يجوز اباحته فى الشرع ، وان قال أنت طالق من وثاق ، أو سرحتك من اليد ، أو فارقتك بجسمى لم تطلق ، لأنه اتصل بالكلام ما يصرف اللفظ عن حقيقته . ولهذا اذا قال لفلان على عشرة الا خمسة لم يلزمه عشرة واذا قال لا اله الا الله لم يجعل كافـــراً بابتداء كلامه . وان قال أنت طالق ثم قال قلته هازلا وقع والطلاق ولم يدين .

لما روى ابو هريرة رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة » .

فصـــل قال فى الاملاء : لو قال له رجـل طلقت امرأتك ؟ فقـال : نعم ، طلقت عليه فى الحال ، لأن الجواب يرجع الى السؤال ، فيصير كما لو قال طلقت ولهذا لو كان هذا جوابا عن دعوى لكان صريحا فى الاقرار . وان قال اردت به فى نكاح قبله ـ فان كان لما قاله أصل ـ قبل منه . لأن اللفظ يحتمله وان لم يكن له أصل لم يقبل لأنه يسقط حكم اللفظ . وان قال له اطلقت امرأتك فقال له قد كان بعض ذلك وقال اردت انى كنت علقت طلاقها بصفة قبـل منـه لأنه يحتمـله اللفظ . وان قال لامرأته انت طالق لولا أبوك لطلقتك لم تطلق . لأن قوله انت طالق لولا أبوك . ليس بايقاع طلاق وانمـا هو يمين بالطلاق وانه لولا ابوها لطلقها فتصـير كمـا لو قال والله لولا أبوك لطلقتك) .

الشرح الحديث الأول جزء من حديث مضى فى كتاب الصـلح تخريجه وطرقه . والحديث الثانى عن أبى هريرة أخرجه أصحاب السنن الا النسائى ، وقال الترمذى : حسن غريب . وأخرجه الحاكم وصححه وأخرجه الدارقطنى وفى اسناده عبد الرحمن بن حبيب بن أزدك وقد روى الطبرانى عن فضالة بن عبيد بلفظ « ثلاث لا يجـوز فيهن اللعب الطلاق والنـكاح والعتق » وفى اسناده ابن لهيعـة وعن عبادة بن الصـامت عند الحـرث ابن أسامة فى مسـنده رفعه بلفظ « ثلاث لا يجوز اللعب فيهن : الطـلاق والنكاح والعتاق فمن قالهن فقد وجبن » واسناده منقطع . وعن أبى ذر عند عبد الرزاق رفعه « من طلق وهو لاعب فطلاقه جائز ومن أعتق وهو لاعب فعتقه جائز ، ومن نكح وهو لاعب فنكاحه جائز » وفى اسناده انقطاع أيضاً . وعن على موقوفا عند عبد الرزاق أيضاً . وعن عمر عنده أيضاً .

أما غريب الفصل فقوله « يدين فيما بينه وبين الله تعالى » قال فى شرح غريب الشرح الكبير للرافعى « ودان بالاسلام دينا » بالكسر تعبـد به ، وتدين به كذلك فهو دين مثل ساد فهو سيد ، ودينته بالتثقيل وكلته الى دينه وتركته وما يدين لم أعترض عليه فيما يراه سائغاً فى اعتقاده ، ودنته أدينه جازيته ا هـ .

وقوله « طلاقا من وثاق » يقال أوثقه بالوثاق اذا شده ، ومنه قوله تعالى « فشدوا الوثاق » والوثاق بالكسر لغة فيه ، وقوله « قلته هازلا » أى مازحا غير مجد والهزل ضد الجد ، قال الكميت :

أرانا على حب الحياة وطولها يجد بنا فى كل يوم ونهزل

هكذا أفاده ابن بطال •

أما الأحكام فان الرجل اذا نوى طلاق امرأته ولم ينطق به لم يقع عليها الطلاق ، وقال مالك فى أحدى الروايتين يقع ؛ دليلنا ما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « تجاوز الله لأمتى ما حدثت به نفسها ما لم يكلم أو يعمد به » •

وأما الكلام الذى يقع به الطلاق فينقسم قسمين ؛ صريح وكناية ، فالصريح ما يقع به الطلاق ، فينقسم قسمين من غير نية ، وهو ثلاثة ألفاظ « الطلاق والفراق والسراح » •

وقال أبو حنيفة الصريح هو لفظ الطلاق لا غير ؛ وأما الفراق والسراح فهما كناية فى الطلاق ، وقال الطبرى فى العدة والمحاملى : وهذا قول الشافعى وشأنه فى القديم لأن العرف غير جار بها بين الطلقتين ، والمشهور من المذهب هو الأول ؛ لأن الفراق ورد بهذه الألفاظ الثلاثة على وجه الأمر، فقال تعالى : « فطلقوهن لعدتهن » ، وقال : « فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف » وقال فى موضع آخر « أو سرحوهن » •

اذا ثبت هذا فالصريح من لفظة الطلاق ثلاثة وهى قوله « طلقتك ، أو أنت طالق ؛ أو أنت مطلقة » وقال أبو حنيفة ، قوله « أنت مطلقة » ليس بصريح ، وانما هو كناية ، دليلنا قوله « أنت طالق » ليس بايقاع للطلاق ؛ وانما هو وصف لها بالطلاق كقوله : أنت قائم ، فان كان صريحاً فكذلك قوله أنت مطلقة مثله ؛ وأما السراح والفراق فالصريح منهما لفظتان لا غير وهو قوله : فارقتك أو أنت مفارقة أو سرحتك أو أنت مسرحة ، هذا ترتيب الشيخ أبى حامد والبغداديين من أصحابنا •

وقال المسعودى : فى قوله : أنت مفارقة أو أنت مسرحة وجهان : (أحدهما) أنه صريح كقوله : أنت مطلقة . (والثانى) أنه كناية ، لأنه لم يرد به الصريح ولا الاستعمال ، والأول هو المشهور ؛ فان خاطبها بلفظة من الألفاظ الصريحة فى الطلاق ؛ ثم قال : لم أقصد الطلاق ، وانما سبق لسانى اليها .

قال الصميرى : لقد قيل : ان كان هناك حال يدل على ما قال بأن كان فى حال جرت العادة فيها بالدهش جاز أن يقبل منه ، وقيل : لا يلتفت اليه ، بل يقع عليها وهو المشهور ؛ لأنه يدعى خلاف الظاهر ، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، لأنه يحتمل ما يدعيه .

فـــرع وان قال : أنت طالق ، وقال أردت طلاقها من وثاق ، أو قال : فارقتك ؛ وقال أردت به الى المسجد ؛ أو قال سرحتك وأردت به الى البيت أو الى أهلك لم يقبل منه فى الحكم ، لأنه يعدل بالكلام عن الظاهر ، ويدين فيما يدعيه بينه وبين الله تعالى .

وقال مالك ان قال هذا فى حال الرضى لم يقبل منه فى الحكم ـ وقبل فيما بينه وبين الله تعالى ، وان قاله فى حال الغضب لم نقبل منه فى الحكم ، ولا فيما بينه وبين الله تعالى دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « لا تحاسبوا العبد حساب الرب واعملوا على الظاهر ودعوا الباطن » ولأن اللفظ يصلح فى الحالين لما ذكره فيقبل منه فيما بينه وبين الله تعالى ؛ وكل ما قلنا لا يقبل فيه قول الزوج من هذا وما أشبه ، ويقبل فيما بينه وبين الله تعالى ، فان الزوجة اذا صدقته على ما يقول جاز لها أن تقيم معه ؛ فان رآهما الحاكم على اجتماع ظاهر ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه يفرق بينهما لقوله صلى الله عليه وسلم « أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر » .

(والثانى) لا يفرق بينهما لأنهما على اجتماع يجوز اباحته فى الشرع ، وان لم تصدقه الزوجة على قوله واستفتت فانا نقول لها : امتنعى عنه

ما قدرت عليه ؛ واذا استفتى قلنا له : ان قدرت على وصلها فى الباطن حل لك فيما بينك وبين الله تعالى • وان قال لهـا : أنت طالق مـن وثاق ، أو فارقتك مسافراً الى المسجد أو سرحتك الى أهلك لم يحكم عليه بالطلاق لأنه وصله بكلام أخرجه عن كونه صريحا ، فهو كما لو قال : لا اله وسكت كان كافراً ؛ أو اذا قال : لا اله الا الله كان توحيداً ؛ وكمـا لو قال : له عشرة الا خمسة •

الخلاصة لما تقدم : يدل حديث أبى هريرة على أن من تلفظ هازلا بلفظ نكاح أو طلاق أو رجعة أو عتاق كما فى الأحاديث التى سقناها وقع منـه ذاك ؛ أما فى الطلاق فقد قال بذلك أصحابنا من الشافعية والحنفية وغيرهم، وخالف فى ذلك أحمد ومالك ؛ فقال : انه يفتقر اللفظ الصريح الى النية ، وبه قال جماعة من الأئمة منهم جعفر الصادق ومحمد الباقر • واسـتدلوا بقوله تعالى : « وان عزموا الطلاق » فدلت على اعتبار العـزم ؛ والهـازل لا عزم منه •

وأجاب صاحب البحر بالجمع بين الآية والحديث فقال : يعتبر العـزم فى غير الصريح لا فى الصريح فلا يعتـبر ؛ والاسـتدلال بالآية على تلك الدعوى غير صحيح من أصله فلا يحتاج الى الجمع ، فانها نزلت فى حـق المؤلى •

مسـألة قوله : لو قال رجل طلقت امرأتك ؟ فقال نعم الخ وهو كما قال فانه قال له رجل : طلقت امرأتك ؟ أو امـرأتك طالق ؟ أو فارقتها أو سرحتها فقال : نعم ؛ فيه قولان حكاهما ابن الصباغ والطبرى •

(أحدهما) أن هذا كناية فلا يقع به الطلاق الا بالنية ، ولأن قوله نعم ليس بالتسريح • (والثانى) أنه صريح فى الطلاق ؛ وهو اختيار المزنى ، ولم يذكر الشيخان غيره ــ أعنى أبا اسحاق الاسفراييني وأبا حامد المروزى ــ وهو الأصح ، لأنه صريح فى الجواب وتقديره نعم طلقت ؛ كما لو قيل : لفلان عليك كذا ؟ فقال نعم ؛ كان اقراراً •

قال الطبرى ؛ قال أصحابنا : وهذا يخرج على ما لو قال : زوجتك ابنتى بكرا ؟ فقال الولى نعم ، فهل يصح النكاح ؟ على قولين .

اذا ثبت هذا وقلنا يقع الطلاق ــ نظرت . فان كان صادقا فيما أخبر به من الطلاق وقع عليها الطلاق فى الظاهر والباطن ؛ وان لم يكن طلق قبل ذلك وانما كذب بقوله نعم وقع الطلاق فى الظاهر دون الباطن ، فان قال أردت أنى كنت علقت طلاقها بصفة ؛ قبل منه لأنه يحتمل ما يدعيه .

فــرع اذا قال لامرأته أنت طالق لولا أبوك لطلقتك ، فذكر المزنى فى فروعه أنها لا تطلق لأنه ليس بايقاع للطلاق ؛ وانما حلف بطلاقها انما يمسكها لأجل أبيها وأنه لولا أبوها لطلقها ، كما لو قال والله لولا أدبك لطلقتك . قال صاحب الفروع ويحتمل أن يقع عليها الطلاق لأن قوله لولا أبوك لطلقتك كلام مبتدأ منفصل عن الأولة ؛ ولهذا ينفرد بجواب ، والأول هو المشهور . فان كان صادقا بأن امتنع من طلاقها لأجل أبيها لم يقع الطلاق لا ظاهراً ولا باطناً ، وان كان كاذباً وقع الطلاق فى الباطن دون الظاهر ؛ الا أن يقر بكذبه فيقع فى الظاهر أيضا ؛ فان قال أنت طالق لولا أبوك أو لولا الله لم يقع عليها الطلاق . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــل **وأما الكناية فهى كثيرة ، وهى الألفاظ التى تشبه الطلاق وتدل على الفراق ، وذلك مثل قوله انت بائن ، وخلية وبرية وبتة وبتلة وحرة وواحدة وبيتى وابعدى واغربى واذهبى واستفلحى والحقى بأهلك وحبلك على غاربك ، استترى تقنعى واعتدى وتزوجى وذوقى وتجرعى وما أشبه ذلك ، فان خاطبها بشىء من ذلك ونوى به الطلاق وقع ، وان لم ينو لم يقع ، لأنه يحتمل الطلاق وغيره ، فاذا نوى به الطلاق صار طلاقا ، واذا لم ينو به الطلاق لم يصر طلاقا ، كالامساك عن الطعام والشراب لما احتمل الصوم وغيره ، اذا نوى به الصوم صار صوماً ، واذا لم ينو به الصوم لم يصر صوما .**

وان قال : انا منك طالق ، أو جعل الطلاق اليها فقالت طلقتك أو أنت

طالق فهو كناية يقع به الطلاق مع النية ، ولا يقع من غير نية ، لأن استعمال هذا اللفظ فى الزوج غير متعارف ، وانما يقع به الطلاق مع النية من جهة المعنى ، فلم يقع به من غير نية كسائر الكنايات ، وان قال له رجل : الك زوجة؟ فقال : لا ، فان لم ينو به الطلاق لم تطلق ، لأنه ليس بصريح ، وان نوى به الطلاق وقع لأنه يحتمل الطلاق .

واختلف أصحابنا فى الوقت الذى تعتبر فيه النية فى الكنايات ، فمنهم من قال اذا قارنت النية بعض اللفظ من أوله أو من آخره وقع الطلاق كما أن فى الصلاة اذا قارنت النية جزءاً منها صحت الصلاة ، منهم من قال لا تصح حتى تقارن النية جميعها ، وهو أن ينوى ويطلق عقيبها ، وهو ظاهر النص لأن بعض اللفظ لا يصلح للطلاق فلم تعمل النية معه ، فاما الصلاة فلا تصح حتى تقارن النية جميعها بأن ينوى الصلاة ويكبر عقيبها ، ومتى خلا جزء من التكبير عن النية لم تصح صلاته .

فصل وأما ما لا يشبه الطلاق ولا يدل على الفراق من الألفاظ ، كقوله اقعدى واقربى واطعمى واسقينى ، وما أحسنك وبارك الله فيك وما أشبه ذلك فانه لا يقع به الطلاق وان نوى ، لأن اللفظ لا يحتمل الطلاق ، فلو أوقعنا الطلاق لأوقعناه بمجرد النية ، وقد بينا أن الطلاق لا يقع بمجرد النية.

فصل واختلف أصحابنا فى قوله : أنت الطلاق . فمنهم من قال : هو كناية ، فان نوى به الطلاق فهو طلاق لأنه يحتمل أن يكون معناه أنت طالق ، وأقام المصدر مقام الفاعل كقوله تعالى « أرأيتم ان أصبح ماؤكم غوراً » أراد غائراً وان لم ينو لم يقع ، لأن قوله أنت الطلاق لا يقتضى وقوع الطلاق ومنهم من قال هو صريح ويقع به الطلاق من غير نية ، لأن لفظ الطلاق يستعمل فى معنى طالق ، والدليل عليه قول الشاعر :

أنوهت باسمى فى العالمين ... وافنيت عمرى عاما فعاما
فأنت الطلاق وأنت الطلاق ... وأنت الطلاق ثلاثاً تماما

وقال آخر :

فان ترفقى يا هند فالرفق أيمن ... وان تخرقى يا هند فالخرق آلم
فأنت الطلاق والطلاق عزيمة ... ثلاثاً ومن يخرق أعق وأظلم
فبينى بها ان كنت غير رفيقة ... فما لا مرىء بعد الثلاثة مقدم

فصـــل واختلفوا فيمن قال لامرأته كلى واشربى ونوى الطـلاق ، فمنهم من قال لا يقع وهو قول ابى اسحاق ، لانه يدل على الطلاق فلم يقع به الطلاق كما لو قال اطعمينى واسقينى ، ومنهم من قال يقع وهو الصحيح ، لأنه يحتمل معنى الطلاق وهو أن يريد كلى ألم الفراق واشربى كاس الفراق ، فوقع به الطلاق مع النية ، كقوله ذوقى وتجرعى) .

الشرح الكناية صورة تذكر يراد بها ما تكنى عنه وترمز اليـه ، ومع هذا يجوز أن يراد بها معناها الأصلى ؛ وأنواعها ثلاثة : كناية عن صفة وكناية عن موصوف وكناية عن نسبة .

وقوله « بائن الخ » أى مفارقة من البين وهو الفراق ، وخلية ؛ أى خالية عن الزوج فارغة منه ؛ وبرية أى بريئة عما يجب من حقوقى وطاعتى ؛ وبتة القطع وبتلة مثلها ، ومنه التبتل أى الانقطاع عن النكاح ؛ وسميت البتول لانقطاعها عن الأزواج . وقوله تعالى « وتبتل اليه تبتيلا » أى انقطع اليـه انقطاعا ؛ وأما تسمية فاطمة عليها السلام بالبتول فقد قال ثعلب لانقطاعها عن نساء زمانها ديناً وفضلا وحسباً .

وحرة أى لا سلطان لى على بضعك كما لا ملك فى رقبة الحرة ، وواحدة أى أنت فردة عن الزوج ؛ ويحتمل طلقة واحدة وبينى وهو من البعد والفراق واغربى مثله . واستفلحى من الفلاح والفوز . أى فوزى بأمرك واستبدى برأيك ويحتمل أن يكون من الفلح وهو القطع ، أى اقطعى حبل الزواج من غير نزاع وحبلك على غاربك ، أى امضى حيث شئت ؛ والتعبير هنا عـن الدابة يكون مقودها على غاربهـا ؛ وهو ما بين السـنام والعنق ولا قائد لها فتذهب حيث شاءت بغير ممسك لها ، وتقنعى . أى غطى رأسك .

وقال ابن بطال : أظن معناه استترى منى ولا يحل لى نظرك ؛ وتجرعى . يقال : جرعه غصص الغيظ اذا أذاقه الشدة مما يكره .

اما الأحكام فان الكنايات كل كلمة تدل على الطـلاق وغيره كهـذه الألفاظ التى ساقها المصنف وما أشبهها من الكلام فان نوى بذلك الطـلاق

وقع عليها الطلاق وان لم ينو به الطلاق سواء قال ذلك فى حالة الرضا أو فى حالة الغضب ، وسواء سألته الطلاق أو لم تسأله .

وقال أبو حنيفة : اذا كان ذلك فى حال مذاكرة الطلاق وقال لها : أنت بائن وبتة وبتلة وحرام وخلية وبرية والحقى بأهلك واذهبى فلا يحتاج الى النية ، وان قال لها : حبلك على غاربك ، واعتدى ، واستبرئى رحمك ، وتقنعى ، فانه يحتاج الى النية .

وقال مالك : الكنايات الظاهرة لا تحتاج الى النية كقوله بائن وبتة وبتلة وحرام وخلية وبرية والفراق والسراح فى الكنايات الظاهرة ، وأما الكنايات الباطنة ، فتفتقر الى النية وهى مثل قوله : اعتدى واستبرئى رحمك وتقنعى واذهبى وحبلك على غاربك وما أشبه ذلك .

وقال أحمد : دلالة الحال فى جميع الكنايات تقوم مقام النية ، دليلنا أن هذه الألفاظ تحتمل الطلاق وغيره ولا تتميز الا بالنية ، كالامساك عن الطعام والشراب يحتمل الصوم وغيره ، ولايتميز الا بالنية ولأن هذه كنايات فى الطلاق ، فاذا لم تقترن بها النية لم يقع بها الطلاق كالألفاظ التى سقناها .

فـــرع قال ابن القاص : اذا قال لزوجته : أغناك الله ونوى به الطلاق كان طلاقا ، فمن أصحابنا من قال : لا يقع عليها الطلاق لأن هـذا دعاء لها ، فهو كقوله بارك الله فيك ، ومنهم من وافقه لأنه يحتمل أن يريد به الغنى الذى قال الله فيه : وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته ، وان قال لها : كلى واشربى ونوى به الطلاق ففيه وجهان :

قال أبو اسحاق : لا يقع عليها الطلاق ، وبه قال أبو حنيفة ، كقوله : أطعمينى واسقينى . (والثانى) يقع به الطلاق ، وهو اختيار الشيخين أبى حامد وأبى اسحاق لأنه يحتمل كلى ألم الفراق واشربى كأسه . وان قال لامرأته : لست بامرأتى ونوى به الطلاق كان طلاقا ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد .

وقال أبو يوسف : لا يقع ؛ دليلنا أنه محتمل للطلاق لأنه اذا طلقها لا تكون امرأته ، فهو كقوله : أنت بائن . وان قال له رجل : ألك زوجة ؟ فقال : لا ، ونوى به الطلاق كان طلاقا .

قال فى الفروع : ويحتمل أن لا يكون كناية ولا صريحاً ؛ والأول هو المشهور لأنه يحتمل الطلاق .

فرع وان قال لامرأته : أنت حرة ونوى به الطلاق كان طلاقاً ، وان قال لأمته أنت طالق ونوى به العتق كان عتقاً ؛ لأنه لفظ يتضمن ازالة ملك الزوجية فكان كناية فى العتق ، كقوله لا سبيل لى عليك وان قال لامرأته أنت الطلاق أو أنت طلاق ففيه وجهان : (أحدهما) كناية فلا يقع به الطلاق الا مع النية ؛ لأن الطلاق مصدر ، والأعيان لا توصف بالمصادر ؛ فكان مجازاً . (والثانى) أنه صريح ، وبه قال مالك وأبو حنيفة ؛ لأن الطلاق قد يستعمل فى معنى طالق كما فى قول الشاعر :

فأنت الطلاق وأنت الطلاق وأنت الطلاق ثلاثاً ثلاثاً

مسألة قال صاحب الهدى : ثبت فى صحيح البخارى « أن ابنة الجون لما دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم ودنا منها قالت : أعوذ بالله منك ، فقال لها : عذت بعظيم الحقى بأهلك » وثبت فى الصحيحين أن كعب بن مالك رضى الله عنه « لما أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعتزل امرأته قال لها الحقى بأهلك » فاختلف الناس فى هذا ؛ فقالت طائفة ليس هذا بطلاق ولا يقع به الطلاق نواه أو لم ينوه ، وهذا قول أهل الظاهر؛ قالوا والنبى صلى الله عليه وسلم لم يكن عقد على ابنة الجون وانما أرسل اليها ليخطبها ، ويدل على ذلك ما فى صحيح البخارى من حديث حمزة بن أبى أسيد عن أبيه أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد أتى بالجونية فأنزلت فى بيت أميمة بنت النعمان بن شراحيل فى نخل ومعها دايتها فدخل عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها هبى لى نفسك فقالت وهل تهب الملكة نفسها للسوقة ؛ فأهوى ليضع يده عليها فقالت أعوذ بالله منك فقال : قد عذت بمعاذ ، ثم خرج فقال : يا أسيد اكسها رازقتين وألحقها

بأهلها ، وفى صحيح مسلم عن سهل بن سعد : « ذكرت لرسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة من العرب فأمر أبا أسيد أن يرسل اليها فأرسل اليها فقدمت فنزلت فى أجم بنى ساعدة ؛ فدخل رسول الله صلى الله عليه وسلم عليها فلما كلمها قالت : أعوذ بالله منك . قال قد أعذتك منى ، فقالوا لها : أتدرين من هذا ؟ قالت : لا قالوا هذا رسول الله صلى الله عليه وسلم جاء ليخطبك والظاهر أنها هى الجونية ؛ لأن سهلا قال فى حديثه : فأمر أبا أسيد أن يرسل اليها ، فالقصة واحدة دارت على عائشة رضى الله عنها وأبى أسيد وسهل ابن سعد ؛ وكل منهم رواها ، وألفاظهم فيها متقاربة ويبقى التعارض بين قوله : جاء ليخطبك وبين قوله : فلما دخل عليها ودنا منها . فاما أن يكون أحد اللفظين وهماً ؛ أو الدخول ليس دخول الرجل على امرأته ، بل الدخول العام . وهذا محتمل .

وحديث ابن عباس فى قصة اسماعيل وابراهيم صريح ، ولم يزل هذا اللفظ من الألفاظ التى يطلق بها فى الجاهلية والاسلام ؛ ولم يغيره النبى صلى الله عليه وسلم بل أقرهم عليه .وقد أوقع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الطلاق وهم القدوة بأنت حرام وأمرك بيدك واختارى ووهبتك لأهلك وأنت خلية ، وقد خلوت منى وأنت بريئة وقد أبرأتك وأنت مبرأة وحبلك على غاربك وأنت الخروج ، فقال على وابن عمر رضى الله عنهما : الخلية ثلاث . وقال عمر رضى الله عنه : واحدة وهو أحق بها .

وفرق معاوية رضى الله عنه بين رجل وامرأته قال لها : ان خرجت فأنت خلية ؛ وقال على وابن عمر وزيد فى البرية : انها ثلاث . وقال عمر : هى واحدة وهو أحق بها . وقال على فى الخروج : هى ثلاث . وقال عمر : واحدة .

قال : والله تعالى ذكر الطلاق ولم يعين له لفظاً . فعلم أنه رد الناس الى ما يتعارفونه طلاقاً . فأى لفظ جرى عرفهم به وقع به الطلاق مع النية ، والألفاظ التى لا تراد لعينها بل للدلالة على مقاصد لافظها ؛ فاذا تكلم بلفظ دال على معنى وقصد به ذلك المعنى ترتب عليه حكمه ؛ ولهذا يقع الطلاق من العجمى والتركى والهندى بألسنتهم ، بل لو طلق أحدهم بصريح الطلاق

بالعربية ولم يفهم معناه لم يقع به شيء قطعاً ، فانه تكلم بما لا يفهم معناه ولا قصده ؛ وقد دل حديث كعب بن مالك على أن الطلاق لا يقع بهذا اللفظ وأمثاله الا بالنية . والصواب أن ذلك جار فى سائر الألفاظ صريحها وكنايتها ؛ ولا فرق بين ألفاظ العتق والطلاق . فلو قال غلامى غلام حر لا يأتى بالفواحش أو أمتى حرة لا تبغى الفجور ولم يخطر بباله العتق ولا نواه لم يعتق بذلك قطعاً . وكذلك لو كان معه امرأته فى طريق فقيل له : أين امرأتك ؟ فقال : فارقتها أو سرح شعرها وقال سرحتها ولم يرد طلاقها لم تطلق . وكذا اذا ضربها الطلق وقال لغيره اخباراً عنها بذلك انها طالق لم تطلق بذلك . وكذلك اذا كانت المرأة فى وثاق فأطلقت منه فقال لها : أنت طالق وأراد من الوثاق .

هذا كله مذهب مالك وأحمد فى بعض هذه الصور وبعضها نظير ما نص عليه ولا يقع به الطلاق حتى ينويه ويأتى بلفظ دال عليه ، فلو تفرد أحد الأمرين عن الآخر لم يقع الطلاق ولا العتاق ؛ وتقسيم الألفاظ الى صريح وكناية ، وان كان تقسيما صحيحاً فى أصل الوضع ، لكن يختلف باختلاف الأشخاص والأزمنة والأمكنة فليس حكما ثابتاً للفظ لذاته ؛ فرب لفظ صريح عند قوم كناية عند آخرين . أو صريح فى زمان أو مكان كناية فى غير ذلك الزمان والمكان ، والواقع شاهد بذلك ، فهذا لفظ السراح لا يكاد أحد يستعمله فى الطلاق لا صريحاً ولا كناية فلا يسوغ أن يقال : ان من تكلم به لزمه طلاق امرأته نواه أو لم ينوه ويدعى أنه ثبت له عرف الشرع والإستعمال ؛ فان هذه دعوى باطلة شرعا واستعمالا أما الاستعمال فلا يكاد أحد يطلق به البتة ، وأما الشرع فقد استعمله فى غير الطلاق كقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا » فهذا السراح غير الطلاق قطعاً .

وكذلك الفراق استعمله الشرع فى غير الطلاق كقوله تعالى « يا أيها النبى اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن — الى قوله — فاذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف » فالامساك هنا الرجعة ، والمفارقة

ترك الرجعة لا انشاء طلقة ثانية • هذا مما لا خلاف فيه البتة • فلا يجوز أن يقال : ان من تكلم به طلقت زوجته فهم معناه أو لم يفهم ؛ وكلاهما فى البطلان سواء •

وقال فى البيان : ان قال له رجل : أخليت امرأتك أو ابنتها ؟ وما أشبه ذلك من الكنايات فقال الزوج نعم ، فان اعترف الزوج أنه نوى الطلاق بذلك كان اقراراً منه بالطلاق ، وان لم يعترف أنه نوى بذلك الطلاق لم يلزمه شيء اهـ •

فـــرع واذا خاطبها بشيء من الكنايات التى يقع بها الطلاق بأن قال : أنت خلية ؛ فان لم ينو الطلاق فى اللفظ وانما نواه قبله أو بعده لم يكن لهذه النية حكم لأنها لم تقارن اللفظ ولا بعضه ، فهو كما لو نوى الطلاق من غير لفظ • وان نوى الطلاق فى بعض اللفظ بأن نوى الطلاق فى قوله : أنت ــ وعريت نيته فى قوله خلية • أو نوى الطلاق فى قوله خلية دون قوله أنت • أو نوى فى سائر حروف ذلك ففيه وجهان :

(أحدهما) يقع الطلاق ــ قال الشيخ أبو حامد : وهو المذهب ، لأن النية اذا قارنت بعض الشيء عمته أو استصحب حكمها الى آخره وان عريت فى أثنائه صح كالعبادات من الطهارة والصلاة اذا قارنها النية فى أولها ؛ ذكراً واستصحب حكمها فى باقيها •

(والثانى) لا يطلق • قال الشيخ أبو اسحاق : وهو ظاهر النص ، لأن النية قارنت لفظا لا يصلح للطلاق • وأما الألفاظ التى لا تدل على الفراق اذا خاطبها به ، كقوله بارك الله فيك وما أحسن وجهك وأطعمينى واسقينى • قومى واقعدى وما أشبه ذلك فلا يقع به الطلاق وان نواه ؛ لأنها لا تصلح للفرقة ؛ فلو أوقعنا الطلاق بذلك لأوقعنا الطلاق بمجرد النية ، والطلاق لا يقع بالنية من غير لفظ • واختلف أصحابنا هل للفارسية صريح فى الطلاق ؟ فذهب أكثرهم الى أن له صريحاً فى لغتهم كما نقول فى لغة العرب • وقال أبو سعيد الاصطخرى : لا صريح له فى لغتهم •

ومثل هذا يقال فى اللغة الانجليزية كقوله « توبى دايفور سد » فانها تحتمل الطلاق فاذا نواه من لا يتكلم الا بالانجليزية أو يتكلم بغيرها مخاطبا زوجته التى لا تفهم الا الانجليزية وقع الطلاق .

ومثل هذا يقال فى اللغة الفرنسية اذا قال من لا يتكلم الا بها « رتفوييه » أو يتكلم بغيرها ان كان لا يحسن التخاطب الا بها فانه يقع طلاقه اذا نواه . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل اذا قال لامرأته اختارى أو امرك بيدك ، فقالت اخترت لم يقع الطلاق حتى ينويا ، لانه كناية لأنها تحتمل الطلاق وغيره فلم يقع به الطلاق حتى يتفقا على نية الطلاق ، وان قال اختارى ونوى اختيار الطلاق ، او قال امرك بيدك ونوى تمليك أمر الطلاق فقالت اخترت الزوج لم يقع الطلاق ، لما روت عائشة رضى الله عنها قالت : « خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه ، فلم تجعل ذلك طلاقا . ولأن اختيار الزوج اختيار للنكاح لا يحتمل غيره فلم يقع به الطلاق ، فان قالت اخترت نفسى لم يقع الطلاق حتى تنوى الطلاق لأنه يحتمل ان يكون معناه اخترت نفسى للنكاح ويحتمل اخترت نفسى للطلاق ، ولهذا لو صرحت به جاز فلم يقع به الطلاق من غير نية . وان قالت : اخترت الأزواج ونوت الطلاق ففيه وجهان :

(احدهما) وهو قول ابى اسحاق انه لا يقع لأن الزوج من الأزواج .

(والثانى) يقع وهو الأظهر عندى لأنها لا تحل للأزواج الا بمفارقته ، كما لو قال لها الزوج تزوجى ونوى به الطلاق .

وان قالت اخترت أبوى ونوت الطلاق ففيه وجهان : (أحدهما) لا يقع الطلاق ، لأن اختيار الأبوين لا يقتضى فراق الزوج (والثانى) انه يقع لأنه يتضمن العود اليهما بالطلاق ، فصار كقوله الحقى باهلك ، وان قال لها امرك بيدك ونوى به ايقاع الطلاق ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يقع الطلاق لانه صريح فى تمليك الطلاق وتعليقه على قبولها فلم يجز صرفه الى الايقاع .

(والثانى) أنه يقع لأن اللفظ يحتمل الايقاع فهو كقوله حبلك على غاربك) .

الشرح حديث عائشة رواه الستة وأحمد ، وقد مضى تخريجه وألفاظه .

أما الأحكام فانه يجوز للزوج أن يخير زوجته فيقول لها : اختارى أو أمرك بيدك لقوله تعالى : « يا أيها النبى قل لأزواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا » الآية . فخير النبى صلى الله عليه وسلم نساءه فاخترنه .

اذا ثبت هذا فقال لزوجته اختارى ، واختارت زوجها لم يقع عليها الطلاق . وبه قال ابن عمر وابن عباس وابن مسعود وعائشة ؛ وبه قال أكثر الفقهاء . وروى عن على بن أبى طالب وزيد بن ثابت روايتان احداهما كقولنا ؛ والثانية أنها اذا اختارت زوجها وقع عليها طلقة واحدة رجعية ، وبه قال الحسن البصرى وربيعة . دليلنا ما روى أن رجلا سأل عائشة عن رجل خير زوجته فاختارته أكان ذلك طلاقا ؟ فقالت « خير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه فاخترنه ، ولم يجعل ذلك طلاقا » وهى أعلم الناس بهذه القصة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم بدأ بها وان اختارت نفسها فهو كناية فى الطلاق وقع الطلاق وان نوى أحدهما دون الآخر لم يقع الطلاق ؛ لأن الزوج لم ينو فلم يقع الطلاق لأنه لم يجعل اليها الطلاق ، وان نوى الزوج ولم تنو الزوجة لم يقع ، لأنها لم توقع الطلاق ؛ هذا مذهبنا .

وقال مالك : هو صريح ، فاذا اختارت الطلاق وقع سواء نويا أو لم ينويا . وقال أبو حنيفة لا يفتقر الى نية الزوجة ؛ دليلنا أن قوله : اختارى يحتمل الطلاق وغيره . وكذلك قولها اخترت نفسى يحتمل الطلاق وغيره ، وما كان هذا سبيله فلا بد فيه من النية كسائر الكنايات ، وهل من شرط اختيارها لنفسها أن يكون على الفور بحيث يصلح أن يكون جواباً لكلامه؟ أو يجوز اذا وقع منها فى المجلس قبل أن تخوض المرأة فى حديث غيره ؟ على وجهين مضى ذكرهما .

وان قالت المرأة اخترت الأزواج ونوت الطلاق ففيه وجهان : (أحدهما) لا يقع الطلاق ؛ لأن زوجها من الأزواج • (والثانى) يقع عليها الطلاق قال الشيخ أبو اسحق الشيرازى هنا : وهو الأظهر عندى ، لأنها لا تحل للأزواج الا بعد مفارقتها لهذا •

وان قالت : اخترت أبوى ونوت الطلاق ففيه وجهان : (أحدهما) لا يقع الطلاق ، لأن ذلك لا يتضمن فراق الزوج • (والثانى) يقع لأنه يتضمن العود اليهما بالطلاق • وان قال لها : أمرك بيدك ونوى به ايقاع الطلاق • قال أصحابنا فيه وجهان : (أحدهما) يقع الطلاق قبل أن تختار ؛ لأنه يحتمل الطلاق فكان كقوله : حبلك على غاربك •

(والثانى) لا يقع عليها الطلاق لأنه صريح فى تملكها الطلاق ، ووقوعه لقبولها ، فلا يجوز صرفه الى الايقاع •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **اذا قال لامرأته : انت على حرام ونوى به الطلاق فهو طلاق، لانه يحتمل التحريم بالطلاق ، وان نوى به الظهار فهو ظهار ، لانه يحتمل التحريم بالظهار ولا يكون ظهارا ولا طلاقا من غير نية لانه ليس بصريح فى واحد منهما • وان نوى تحريم عينها لم تحرم ، لما روى سعيد بن جبير قال : جاء رجل الى ابن عباس رضى الله عنه فقال : انى جعلت امرأتى على حراما ، قال : كذبت ليست عليك بحرام ، ثم تلا « يا أيها النبى لم تحرم ما احل الله لك تبتغى مرضاة ازواجك والله غفور رحيم ، قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم » الى آخر الآية • ويجب عليه بذلك كفارة يمين ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم حرم مارية القبطية ام ابراهيم ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم فانزل الله عز وجل : « يا أيها النبى لم تحرم ما أحل الله لك تبتغى مرضاة ازواجك والله غفور رحيم قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم والله مولاكم » فوجبت الكفارة فى الأمة بالآية • وقسنا الحرة عليها لأنها فى معناها فى تحليل البضع وتحريمه •**

وان قال : انت على حرام ولم ينو شيئا ففيه قولان :

(أحدهما) يجب عليه الكفارة ، فعلى هذا يكون هذا اللفظ صريحا في ايجاب الكفارة ، لأن كل كفارة وجبت بالكناية مع النية كان لوجوبها صريح كفارة الظهار . (والثاني) لا يجب ، فعلى هذا لا يكون هذا اللفظ صريحا في شيء ، لأن ما كان كناية في جنس لا يكون صريحا في ذلك الجنس ، ككنايات الطلاق . وان قال لأمته : أنت على حرام ، فان نوى به العتق كان عتقا ، لأنه يحتمل أنه أراد تحريمها بالعتق ، وان نوى الظهار لم يكن ظهارا لأن الظهار لا يصح من الأمة ، وان نوى تحريم عينها لم تحرم ووجب عليه كفارة يمين لما ذكرناه ، وان لم يكن له نية ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال يجب عليه الكفارة قولا واحدا لعموم الآية . ومنهم من قال : فيه قولان كالقولين في الزوجة لما ذكرناه ، وان كان له نسوة أو اماء فقال : أنتن على حرام ففي الكفارة قولان : (أحدهما) يجب لكل واحدة كفارة . (والثاني) يجب كفارة واحدة كالقولين فيمن ظاهر من نسوة وان قال لامرأته : أنت على كالميتة والدم ، فان نوى به الطلاق فهو طلاق ، وان نوى به الظهار فهو ظهار،وان نوى به تحريمها لم تحرم ، وعليه كفارة يمين لما ذكرناه في لفظ التحريم ، وان لم ينو شيئا فان قلنا : ان لفظ التحريم صريح في ايجاب الكفارة لزمته الكفارة ، لأن ذلك كناية عنه . وان قلنا : انه كناية لم يلزمه شيء ، لأن الكناية لا يكون لها كناية) .

الشرح خبر سعيد بن جبير ثبت في صحيح البخاري أنه سمع ابن عباس يقول : اذا حرم امرأته فليس بشيء ، لكم في رسول الله أسوة حسنة . وقد روي هذا عن عمر رضي الله عنه قال عبد الرزاق عن معمر عن يحيى بن أبي كثير وأيوب السختياني كلاهما عن عكرمة عن عمر قال : هي يمين ، يعني التحريم . وروى اسماعيل ابن اسحاق حدثنا المقدمي حدثنا حماد بن زيد عن صخر بن جويرية عن نافع عن ابن عمر قال : الحرام يمين.

أما قوله تعالى : « يا أيها النبي لم تحرم » الآية ، فقد ثبت في الصحيحين « أنه صلى الله عليه وسلم شرب عسلا في بيت ميمونة ، فاحتالت عليه عائشة وحفصة حتى قال : لن أعود له ــ وفي لفظ ــ وقد حلفت » .

وفي سنن النسائي عن أنس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت له أمة يطؤها فلم تزل به عائشة رضي الله عنها وحفصة حتى حرمها ، فأنزل الله تعالى : « يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك » .

وفي جامع الترمذي عن عائشة رضي الله عنها قالت « آلى رسول الله

صلى الله عليه وسلم من نسائه وحرم فجعل الحرام حلالا وجعل فى اليمين كفارة » قال الترمذى : هكذا رواه مسلم بن علقمة عن داود عن الشعبى عن مسروق عن عائشة ، ورواه على بن مسهر وغيره عن الشعبى عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسلا وهو أصح ا هـ .

وقولها « جعل الحرام حلالا » أى جعل الذى حرمه وهو العسل ؛ أو الجارية حلالا بعد تحريمه اياه . قال الواحدى : قال المفسرون : كان النبى صلى الله عليه وسلم فى بيت حفصة فزارت أباها فلما رجعت أبصرت مارية فى بيتها مع النبى صلى الله عليه وسلم فلم تدخل حتى خرجت مارية ثم دخلت فلما رأى النبى صلى الله عليه وسلم فى وجه حفصة الغيرة والكآبة قال لها: لا تخبرى عائشة ولك على أن لا أقربها أبداً ، فأخبرت حفصة عائشة ــ وكانتا متصافيتين ــ فغضبت عائشة ، ولم تزل بالنبى صلى الله عليه وسلم حتى حلف أن لا يقرب مارية ؛ فأنزل الله هذه السورة (التحريم) .

وقال القرطبى : أكثر المفسرين على أن الآية نزلت فى حفصة (وذكر القصة) وقال العلامة صديق خان فى نيل المرام : والجمع ممكن بوقوع القصتين . قصة العسل وقصة مارية وأن القرآن نزل فيهما جميعاً .

وقال الليث بن سعد عن يزيد بن أبى حبيب عن عبد الله بن هبيرة عن قبيصة بن ذؤيب قال : سألت زيد بن ثابت وابن عمر رضى الله عنهم عمن قال لامرأته أنت على حرام فقالا جميعاً : كفارة يمين ، وقال عبد الرزاق عن ابن عيينة عن ابن أبى نجيح عن مجاهد عن ابن مسعود رضى الله عنه قال فى التحريم : هى يمين يكفرها . قال أبو محمد بن حزم : وروى ذلك عن أبى بكر الصديق وعائشة أم المؤمنين رضى الله عنهما .

اما اللغات فقوله « مرضاة » اسم مصدر وهو الرضا وقوله « تحلة » هى تحللة تفعلة من الحلال فأدغمت أى يحل بها ما كان حراما .

اما الأحكام فاذا قال لزوجته أنت حرام على ــ فان نوى به الطلاق كان طلاقاً ، وان نوى به الظهار ــ وهو أن ينوى أنها محرمة كحرمة ظهر

أمه كان مظاهراً ، وان نوى تحريم عينها أو تحريم وطئها أو فرجها بلا طلاق وجب كفارة يمين وان لم يكن يميناً •

وان لم ينو شيئا ففيه قولان (أحدهما) يجب عليه كفارة يمين فيكون هذا صريحا فى إيجاب الكفارة (والثانى) لا يجب عليه شىء فيكون هذا كناية فى ايجاب الكفارة ويأتى توجيههما •

وأما اذا قال لأمته : أنت حرام على • فان نوى عتقها عتقت ، وان نوى الظهار أو أراد به الطلاق أو كليهما فقد قال عامة أصحابنا : لا يلزمه شىء ، لأن الطلاق والظهار لا يصحان من السيد فى أمته •

وقال ابن الصباغ عندى أنه اذا نوى الظهار لا يكون ظهاراً أو يكون بمنزلة ما لو نوى تحريمها ؛ لأن معنى الظهار أن ينوى أنها عليه كظهر أمه فى التحريم ، وهذه نية التحريم المتأكد ، وان نوى تحريم عينها وجب عليه كفارة اليمين ، وان طلق ولم ينو شيئاً فاختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال فيه : قولان كالزوجة ، ومنهم من قال : تجب الكفارة قولا واحداً ؛ لأن النص ورد فيها والزوجة مقيسة عليها ؛ فهذا جملة المذهب •

وقد اختلف الصحابة فيمن قال لزوجته : أنت على حرام ، واختلف فقهاء الأمصار فى هذه المسألة حتى ذهبوا فيها عشرين مذهباً • فذهب أبو بكر الصديق رضى الله عنه وعائشة الى أن ذلك يمين تكفر ، وبه قال الأوزاعى • وقال عمر ابن الخطاب : طلقة رجعية وبه قال الزهرى ، وقال عثمان : هو ظهار ؛ وبه قال أحمد وقال هو ظهار باطلاقه نواه أو لم ينوه ان لم يصرفه بالنية الى الطلاق أو اليمين فينصرف الى ما نواه •

هذا ظاهر مذهب أحمد وعنه رواية ثانية أنه باطلاقه يمين الا أن يصرفه بالنية الى الظهار أو الطلاق فينصرف الى ما نواه • وعنه رواية ثالثة أنه ظهار بكل حال ولو نوى غيره ؛ وفيه رواية رابعة حكاها أبو الحسين فى فروعه أنه طلاق بائن ، ولو وصله بقوله أعنى به فعنه فيه روايتان : (احداهما) أنه طلاق فعلى هذا هل تلزمه الثلاث أو واحدة ؟ على روايتين (والثانية)

أنه ظهار أيضاً كما لو قال أنت على كظهر أمى . أعنى به الطلاق . هذا ملخص مذهبه كما أفاده ابن القيم فى الهدى . وقال على بن أبى طالب وزيد ابن ثابت وأبو هريرة : يقع به الطلاق الثلاث . ذكر هذا العمرانى فى البيان، ونعى ابن القيم على ابن حزم عزوه هذا القول الى على وزيد بن ثابت وابن عمر فقال : الثابت ما رواه هو من طريق الليث بن سعد عن يزيد بن أبى حبيب عن ابن هبيرة عن قبيصة أنه سأل زيد بن ثابت وابن عمر عمن قال لامرأته : أنت على حرام ، فقالا جميعاً كفارة يمين ، ولم يصح عنهما خلاف ذلك . وأما على كرم الله وجهه فقد روى أبو محمد من طريق يحيى القطان حدثنا اسماعيل بن أبى خالد عن الشعبى قال : يقول رجال فى الحرام : هى حرام حتى تنكح زوجا غيره ولا والله ما قال ذلك على كرم الله وجهه وانما قال على : ما أنا بمحلها ولا بمحرمها عليك ، ان شئت فتقدم وان شئت فتأخر . وأما الحسن رضى الله عنه فقد روى أبو محمد بن حزم من طريق على وزيد وابن عمر من مسألة الخلية والبرية والبتة . فان أحمد حكى عنهم أنها ثلاث وقال هو على وابن عمر صحيح ، فوهم أبو محمد وحكاه فى أنت على حرام وهو وهم ظاهر ، فانهم فرقوا بين التحريم فأفتوا فيه بأنه يمين ، وبين الخلية فأفتوا فيها بثلاث ، ولا أعلم أحداً قال : انه ثلاث بكل حال ا هـ .

قلت : والحرام طلاق ثلاث هو المعروف من مذهب مالك وابن أبى ليلى فى المدخول بها . أما غير المدخول بها فانه يقع ما نواه من واحدة واثنتين وثلاث فان أطلقت فواحدة . وان قال لم أرد طلاقا « فان كان تقدم كلام يجوز صرفه اليه قبل منه وان كان ابتداء لم يقبل » .

وعند ابن عباس فى احدى الروايتين هو كفارة يمين . وهو قولنا : واختلف الناس بعد الصحابة فى هذه الكلمة ، فقال أبو سلمة بن عبد الرحمن ومسروق لا يجب فيها شىء .

وقال حماد بن أبى سليمان : هو طلقة بائنة . وقال أبو حنيفة : ان نوى

الطلاق كان طلاقاً ، وان نوى الظهار كان ظهاراً • وان نوى طلقة كانت بائنة وان نوى اثنتين كانت واحدة • وان نوى الثلاث وقع الثلاث ، وان لم ينو شيئا كان مؤليا فان فاء فى المدة كفر ، وان لم يفىء حتى انقضت المدة بانت منه •

وقال سفيان الثورى : ان نوى به واحده فهى واحدة ؛ وان نوى ثلاثاً فهى ثلاث ان نوى يمينا فهى يمين ، وان لم ينو شيئاً فهى كذبة •

دليلنا ما روى ابن عباس فى صحيح مسلم : (اذا حرم الرجل امرأته فهى يمين يكفرها وتلا قوله تعالى « لقد كان لكم فى رسول الله أسوة حسنة ») ولأن اللفظ يحتمل الانشاء والاخبار ، فان أراد الاخبار فقد استعمله فيما هو صالح له فيقبل منه وان أراد الانشاء سئل عن السبب الذى حرمها به •

فان قال : أردت واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً قبل منه لصلاحية اللفظ له واقترانه بنيته ، وان نوى الظهار كان كذلك لأنه صرح بموجب الظهار لأن قوله أنت على كظهر أمى موجبة للتحريم ، فاذا نوى ذلك بلفظ التحريم كان ظهاراً واحتماله للطلاق بالنية لا يزيد على احتماله للظهار بها ، وان أراد تحريمها مطلقاً فهو يمين مكفرة لأنه امتناع منها بالتحريم فهو كامتناعه منها باليمين •

وروينا عن ابن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى منزل حفصة فلم يجدها وكانت عند أبيها ؛ فاستدعى جاريته مارية القبطية ، فأتت حفصة فقالت : يا رسول الله فى بيتى وفى نومى وعلى فراشى ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضيك وأسر اليك سراً فاكتميه ، هى على حرام ، فأنزل الله تعالى : « يا أيها النبى لم تحرم ما أحل الله لك ؟ تبتغى مرضاة أزواجك ؟ » الآية فقال : لم تحرم ؟ ولم يقل : لم تحلف ؟ أو لم تطلق ؟ أو لم تظاهر ؟ أو لم تؤلى ، فاذا ثبت هذا فى الأمة قسنا الزوجة عليها لأنها فى معناها فى تحليل البضع وتحريمه •

وروى عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم حرم على نفسه جاريته مارية ، فأنزل الله تعالى : « يا أيها النبى لم تحرم ما أحل الله لك » الآية ، فأمر النبى صلى الله عليه وسلم من حرم على نفسه حلالا له أن يعتق رقبة أو يطعم عشرة مساكين أو يكسوهم •

فاذا قلنا : ان لفظة الحرام صريح فى ايجاب الكفارة فوجهه حديث ابن عباس ولأن كل كفارة وجبت بالكناية مع النية وجب أن يكون لوجوب تلك الكفارة صريح كالظهار ، وبيان هذا أنه اذا قال لامرأته : أنت على حرام ونوى به الظهار وجب عليه كفارة الظهار وكان كناية عن الظهار ، ثم كان للظهار صريح وهو قوله : أنت على كظهر أمى ، كذلك كفارة التحريم لما وجب بالكفارة مع النية ، وهو قوله : أنت على حرام كالميتة والدم ونوى به تحريم عينها وجب أن يكون لهذه الكفارة صريح ، وهو قوله : أنت على حرام كالميتة •

واذا قلنا : ان التحريم كناية لا يجب به شىء من غير نية فوجهه أن كل ما كان كناية فى جنس لم يكن صريحاً فى ذلك الجنس ، كقوله : أنت خلية •

فرع اذا قال لامرأته : أنت كالميتة والدم ـ فان نوى به الطلاق ـ كان طلاقا ، وان نوى به الظهار كان ظهاراً لأنه يصلح لها ، وان لم ينو شيئا لم يكن عليه شىء لأنها كناية تعرت عن النية فلم تعمل فى التحريم •

وان قال نويت بها أنت على حرام ـ فان قلنا ان قوله أنت على حرام صريح فى ايجاب الكفارة وجب عليه الكفارة ، لأن الصريح له كناية ، وان قلنا ان التحريم كناية فى ايجاب الكفارة لم يجب عليه ههنا كفارة ، لأن الكناية لا تكون لها كناية • هكذا ذكر الشيخ أبو حامد •

وذكر الشيخ أبو اسحاق والمحاملى أنه اذا نوى بذلك تحريم عينها لزمته الكفارة •

فرع قال الشافعى رضى الله عنه : وان نوى اصابته قلنا له :

أصبت وكفر وجملة ذلك أنه اذا قال لامرأته : اصابتك على حرام أو فرجك على حرام ، أو قال أنت على حرام ثم قال نويت به اصابتك فيجب عليه الكفارة ؛ لأن موضع الاصابة هو الفرج الا أن ينوى به الطلاق أو الظهار فيقع ما نواه •

وقول الشافعى : أصبت وكفر ، أراد أن يبين له أن يطأها قبل أن يكفر بخلاف المظاهرة •

وان قال لها : أنت على حرام ثم قال نويت ان أصبتها فهى حرام ، لم يقبل قوله فى الحكم لأنه يدعى خلاف الظاهر ، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، لأنه يحتمل ما يدعيه •

فـــرع اذا قال الرجل : كل ما أملك على حرام ــ فان كان له مال ولا زوجات له ولا اماء لم ينعقد بهذا اللفظ يمين ولا يجب عليه شىء • وقال أبو حنيفة يكون معنـاه والله لا انتفعت بمالى ؛ فان انتفـع به حنث ووجب عليه كفارة يمين ، دليلنا أن التحريم ليس بيمين فلم يجب به كفارة فى الأمدال كغيره من الألفاظ ، ويخاف الأبضاع ، فان للتحريم تأثيراً فى الابضاع بالرضاع والظهار والعتق والطلاق فأثره التحريم •

وأما اذا كان له زوجات واماء ، فان نوى طلاق نسائه وعتق امائه أو الظهار فى النساء والعتق فى الاماء حمل ما نوى ، وان نوى تحريم أعيانهن وجب عليه الكفارة وان أطلق • فان قلنا انه صريح فى ايجاب الكفارة وجب عليه الكفارة ، وان قلنا انه كناية فى ايجاب الكفارة لم تجب عليه الكفارة •

اذا ثبت هذا فان كان له زوجة واحدة أو أمة واحدة ونوى تحريم عينيها أو قلنا انه صريح فى ايجاب الكفارة وجب عليه كفارة واحدة ، وان كان له زوجات واماء ونوى الظهار عن زوجاته ؛ فهل يجب عليه كفارة أو كفارتان ؟ فيه قولان يأتى توجيههما فى الظهار وان نوى تحريم أعيانهن من أصحابنا من قال فيه قولان كالظهار • ومنهم من قال : يجب عليه كفارة واحدة

قولا واحداً ، كما لو قال لأربع نسوة والله لا أصبتكن فأصابهن ، فانه لا يجب عليه الا كفارة واحدة . هذا نقل البغداديين .

وقال المسعودى : اذا قال الرجل : حلال الله على حرام فقد قال المتقدمون من أصحابنا : ذلك كناية . وقال المتأخرون منهم : انه صريح لأنه أكثر استعمالهم لذلك ، وكان القفال اذا استفتاه واحد عن هذا قال له : ان سمعت هذا من غيرك قاله لامرأته ماذا كنت تفهم منه ؟ فان قال : فهمت منه الصريح ، قال : هو صريح لك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل اذا كتب طلاق امرأته بلفظ صريح ولم ينو لم يقع الطلاق ، لأن الكناية تحتمل ايقاع الطلاق وتحتمل امتحان الخط ، فلم يقع الطلاق بمجردها ، وان نوى بها الطلاق ففيه قولان ، قال فى الاملاء : لا يقع به الطلاق لأنه فعل ممن يقدر على القول فلم يقع به الطلاق كالاشارة .

وقال فى الأم هو طلاق وهو الصحيح ، لأنها حروف يفهم منها الطلاق فجاز أن يقع بها الطلاق كالنطق . فاذا قلنا بهذا فهل يقع بها الطلاق من الحاضر والغائب ؟ فيه وجهان : (أحدهما) أنه لا يقع بها الا فى حق الغائب لأنه جعل فى العرف لافهام الغائب كما جعلت الاشارة لافهام الأخرس ، ثم لا يقع الطلاق بالاشارة الا فى حق الأخرس ، وكذلك لا يقع الطلاق بالكتابة الا فى حق الغائب. (والثانى) أنه يقع بها من الجميع ، لأنها كناية فاستوى فيها الحاضر والغائب كسائر الكنايات .

فصل فان أشار الى الطلاق ـ فان كان لا يقدر على الكلام كالأخرس صح طلاقه بالاشارة ، وتكون اشارته صريحا لأنه لا طريق له الى الطلاق الا بالاشارة ، وحاجته الى الطلاق كحاجة غيره فقامت الاشارة مقام العبارة وان كان قادراً على الكلام لم يصح طلاقه بالاشارة ، لأن الاشارة الى الطلاق ليست بطلاق ، وانما قامت مقام العبارة فى حق الأخرس لموضع الضرورة ، ولا ضرورة ههنا فلم تقم مقام العبارة) .

الشرح الأحكام : اذا كتب طلاق امرأته وتلفظ به وقع الطلاق ، لأنه لو تلفظ به ولم يكتبه وقع الطلاق ؛ فكذلك اذا كتبه ولفظ به ، وان كتب طلاقها ولم يلفظ به ولا نواه لم يقع الطلاق ، وبه قال مالك وأبو حنيفة • وقال أحمد : يقع به الطلاق ، وحكاه أبو على السنجى وجها لبعض أصحابنا وليس بمشهور ؛ لأن الكناية قد يقصد بها الحكاية ، وقد يقصد بها تجويد الخط فلم يقع به الطلاق وبه قال أبو حنيفة وأحمد وهو الصحيح، فوجهه أن الانسان يعبر عما فى نفسه بكتابته كما يعبر عنه بلسانه ، ولهذا قيل : القلم أحد اللسانين ، وقد ثبت أنه لو عبر عن الطلاق باللسان لوقع فكذلك اذا عبر عنه بالكتابة • واذا قلنا : لا يقع به الطلاق فوجهه أنه فعل من يقدر على القول فلم يقع به الطلاق كالاشارة ، وفيه احتراز من اشارة الاخرس •

اذا ثبت هذا فان قلنا لا يقع به الطلاق ــ فلا تفريع عليه ، وان قلنا يقع به الطلاق ــ فان كانت غائبة عنه وكتب بطلاقها ــ وقع ، وان كانت حاضرة معه فهل يقع طلاقها بكتابته ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يقع لأن الكتابة انما جعلت كالعبارة فى حق الغائب دون الحاضر ؛ كالاشارة فى حق الاخرس دون الناطق (والثانى) يقع لأنه كناية فى الطلاق فصحت من الغائب والحاضر كسائر الكنايات •

فــرع اذا كتب أن امرأته طالق ونواه وقع عليها سواء وصلها أو لم يصلها اياه ، وان كتب : اذا وصلك كتابى هذا سليما فأنت طالق ، ونواه ــ فان وصلها سليما طلقت لوجود الصفة ، وان ضاع الكتاب ولم يصلها لم يقع الطلاق ، لأن الصفة لم توجد ، وان أتاها الكتاب ــ وقد تحرقت الحواشي ــ وقع عليها الطلاق لأن الحرق لم يتناول الكتابة •

وان وصلها الكتاب وقد انمحى جميع الكتاب حتى صار القرطاس أبيض أو انطمس حتى لا يفهم منه شيء لم يقع الطلاق ، لأن الكتاب هو المكتوب، وان انمحى موضع الطلاق لم تطلق لأن المقصود لم يأتها ، وان انمحى جميعه

الا موضع الطلاق ـ اختلف أصحابنا ـ فقال أبو اسحاق المروزى : يقع الطلاق لأن المقصود من الكتاب موضع الطلاق • وقد أتاها • ومنهم من قال : لا يقع لأن قوله كتابى هذا • يقتضى جميعه ولم يوجد ذلك ، وان قال اذا أتاك كتابى فأنت طالق ، وأتاها الكتاب • وقع عليها الطلاق لوجود الصفتين •

فـــرع قال المسعودى : اذا قال : اذا قرأت كتـابى فأنت طالق فلا تطلق ما لم تقرأه بنفسها ان كانت تحسن القراءة أو يقرأ عليها ان كانت أمية • وحكى الصيمرى وجها آخر : اذا قرىء عليها لم تطلق ، لأن حقيقة الوصف لم توجد •

فـــرع قال الشافعى رضى الله عنه « واذا شهد عليه أنه خطه لم يلزمه حتى يقربه » وهذا كما قال • فانه اذا شهد رجلان على رجل بأن هذا الكتاب خطه بطلاق امرأته فلا يجوز لهما أن يشهدا الا اذا رأياه يكتبـه ولم يغب الكتاب عن أعينهما فأما اذا رأياه يكتبه ثم غاب الكتاب عن أعينهما لم يجز لهما أن يشهدا به • لأن الخط قد يزور على الخط ، واذا ثبت أنه خطه بالشهادة أو بالاقرار لم يحكم عليـه بالطـلاق الا اذا أقـر أنه نوى الطلاق ، لأن ذلك لا يعلم الا من جهته ، وهذا مراد الشافعى بقوله : حتى يقر به •

مســألة قوله : فان أشار الى الطلاق صح ، وهذا كما قال ، فان أشار الناطق الى الطلاق ونواه لم يقع الطلاق به ، لأن ذلك ليس بصريح ولا كناية • هذا هو المشهور وقال أبو على فى الافصاح : اذا قلنا ان الكتابة كناية ففى الاشارة وجهان :

(أحدهما) أنه كناية لأنه علم يعلم به المراد فهو كالكتابة • (والثانى) أنه ليس بكناية لأنه ليس من الأعلام الجارية فيما بينهم فى فهم المراد •

وان أشار الأخرس الى الطلاق وكانت اشارته مفهومة حكم عليه بالطلاق لأن اشارته كعبارة غيره ، وان كتب الأخرس بطلاق امرأته وأشار الى أنه

نواه فان قلنا لا يقع الطلاق بالكتابة فى الناطق لم يقع به من الاخرس ، وان قلنا ان الطلاق يقع من الناطق بالكتابة وقع أيضا من الاخرس • والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب عدد الطلاق والاستثناء فيه

اذا خاطب امرأته بلفظ من الفاظ الطلاق كقوله : انت طالق أو بائن أو بتة أو ما اشبهها ، ونوى طلقتين أو ثلاثا ، وقع لما روى « ان ركانة بن عبد يزيد قال يا رسول الله انى طلقت امرأتى سهيمة البتة ، والله ما أردت الا واحدة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : والله ما أردت الا واحدة ؟ فقال ركانة : والله ما أردت الا واحدة ، فردها رسول الله صلى الله عليه وسلم عليه » فدل على أنه لو أراد ما زاد على واحدة لوقع ، ولأن اللفظ يحتمل العدد بدليل أنه يجوز ان يفسره به ، وهو ان يقول انت طالق طلقتين أو ثلاثاً أو بائن بطلقتين وثلاث وما احتمله اللفظ اذا نواه وقع به الطلاق ، كالكناية •

وان قال انت واحدة ونوى طلقتين أو ثلاثاً ففيه وجهان :

(أحدهما) يقع لأنه يحتمل ان يكون معناه انت طالق واحدة مع واحدة أو مع اثنتين •

(والثانى) لا يقع ما زاد على واحدة لأنه صريح فى واحدة ، ولا يحتمل ما زاد ، فلو اوقعنا ما زاد لكان ايقاع طلاق بالنية من غير لفظ ، وذلك لا يجوز وان قال لها : اختارى وقالت المرأة اخترت ــ فان اتفقا على عدد ونواه ــ وقع ما نواه ــ وان اختلفا فنوى احدهما طلقة ونوى الآخر ما زاد لم يقع ما زاد على طلقة ، لأن الطلاق يفتقر الى تمليك الزوج وايقاع المرأة ، واذا نوى احدهما طلقة ونوى الآخر ما زاد لم يقع لأنه لم يوجد الاذن والايقاع الا فى طلقة فلم يقع ما زاد •

الشرح حديث ركانة بن عبد الله رواه الشافعى وأبو داود والدارقطنى وفيه « فردها اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم وطلقها الثانية

فى زمان عمر بن الخطاب والثالثة فى زمان عثمان » وقد أخرجه أيضا ابن حبان والحاكم والترمذى وقال : لا يعرف الا من هذا الوجه . وسألت محمداً ــ يعنى البخارى عنه ــ فقال فيه اضطراب . ا هـ .

وفى اسناده الزبير بن سعيد الهاشمى وقد ضعفه غير واحد . وقيل انه متروك وذكر الترمذى عن البخارى أنه يضطرب فيه ، تارة يقال فيه ثلاثا ، وتارة قيل واحدة وأصحها أنها طلقة البتة ، وأن الثلاث ذكرت فيه على المعنى .

قال ابن كثير : لكن قد رواه أبو داود من وجه آخر ، وله طرق أخر فهو حسن ان شاء الله . وقال ابن عبد البر : تكلموا فى هذا الحديث . وقال الشوكانى : وهو مع ضعفه مضطرب ومعارض ، أما الاضطراب فكما تقدم . وقد أخرج أحمد أنه طلق ركانة امرأته فى مجلس واحد ثلاثاً فحزن عليها . وروى ابن اسحق عن ركانة أنه قال : يا رسول الله انى طلقتها ثلاثا. قال قد علمت ارجعها . ثم تلا « اذا طلقتم النساء » الآية . أخرجه أبو داود .

وأما معارضته فيما روى ابن عباس « أن طلاق الثلاث كان واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر ، فقال عمر : ان الناس قد استعجلوا فى أمر كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم ، فأمضاه عليهم » رواه أحمد ومسلم ، ورواه أبو داود بهذا المعنى ، وهو أصح اسناده وأوضح متنا من حديث ركانة .

وروى النسائى عن محمود بن لبيد قال : أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً ، فقام غضبان ثم قال : أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم ــ حتى قام رجل فقال : يا رسول الله ألا أقتله ؟ » قال ابن كثير اسناده جيد .

وقال الحافظ فى بلوغ المرام : رواته موثقون ، وفى الباب عن ابن عباس قال « طلق أبو ركانة أم ركانة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم راجع

امرأتك ، فقال : انى طلقتها ثلاثا ، قال قد علمت ، راجعها » أخرجه أبو داود ورواه أحمد والحاكم وهو معلول بابن اسحاق فانه فى سنده .

قلت : وقد أعل قوم حديث محمود بن لبيد بأن ابن وهب قد رواه عن مخرمة بن بكير عن أبيه قال : سمعت محمود بن لبيد فذكره فقالوا ان مخرمة لم يسمع من أبيه بكير بن الأشج وانما هو كتاب . ولما كان مخرمة ثقة باتفاق المحدثين ، قال فيه أحمد بن حنبل ثقة ولم يسمع من أبيه وانما هو كتاب مخرمة فنظر فيه كل شيء يقول : بلغنى عن سليمان بن يسار فهو من كتاب مخرمة ، ولا ضير فى هذا فان كتاب أبيه كان محفوظاً عنده مضبوطاً فلا فرق فى قيام الحجة بالحديث بين ما حدثه به أو رآه فى كتابه ، بل الأخذ عن المكتوب أحوط اذا تيقن الراوى أن هذه نسخة الشيخ بعينها ، وهذه طريقة الصحابة والسلف ، وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث بكتبه الى الملوك وتقوم عليهم بها الحجة . وكتب كتبه الى عماله فى بلاد الاسلام فعملوا بها واحتجوا بها ، وهو أمر مستفيض .

أما الأحكام فانه اذا قال لامرأته أنت طالق أو طلقتك ــ فان لم ينو عدداً ــ انصرف ذلك الى طلقة ، وان نوى أكثر منها الا أن يقول : أنت طالق أو طلقى نفسك ثلاثا ، اذا نوى بذلك ثلاثا وقعن ، لأن كل لفظ اقترن به لفظ الثلاث وقعن به ، فاذا اقترن به نية الثلاث وقعن كقوله : أنت الطلاق ، وان خاطبها بشيء من الكنايات ونوى به الطلاق ــ فان لم ينو به العدد انصرف ذلك الى طلقة رجعية ، وان نوى اثنتين أو ثلاثا انصرف ذلك الى ما نواه ، سواء فى ذلك الكنايات الظاهرة أو الباطنة .

وقال مالك : الكنايات الظاهرة وهى قوله : أنت خلية وبرية وبتة وبتلة وبائن وحرام ، وفارقتك وسرحتك يقع بها الثلاث اذا خاطب بها مدخولا بها ، سواء نوى بها الطلاق أو لم ينو ، وان خاطب بها غير مدخول بها فان لم ينو الطلاق وقع بها الثلاث . وان نوى الطلاق وقع ما نواه .

وأما الكنايات الباطنة وهو قوله : اعتدى واستبرئى رحمك وتقنعى

واذهبى وحبلك على غاربك وما أشبهها • فان لم ينو بها العدد كانت طلقة رجعية وان نوى بها أكثر وقع ما نواه كقولنا •

وقال أبو حنيفة : الكنايات الظاهرة اذا نوى بها طلقة وقعت طلقة بائنة وان نوى بها طلقتين لم تقع الا واحدة • وان نوى بها ثلاثا وقعت الثلاث • وأما الكنايات الباطنة فلا يقع بها الا طلقة واحدة رجعية ، وان نوى بهـــا أكثر منها دليلنا حديث ركانة بن عبد يزيد أنه طلق امرأته البتة فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : ما أردت بالبتة ؟ قال : والله ما أردت الا واحدة فردها عليه • فدل على أنه لو أراد ما زاد على واحدة لوقع وعلى أنه لو وقع به الثلاث لما سأله عنه ولما استحلفه ولا ردها عليه •

وان قال لها : أنت طالق واحدة أو أنت واحدة ونوى طلقتين أو ثلاثا ففيه ثلاثة أوجه : (أحدها) يقع عليها ما نواه لأنه يحتمل أنت طالق واحدة مع واحدة أو مع اثنتين • (والثانى) لا يقع عليها الا واحـــدة لأنه صريح فيها ، فلو أوقعنا ما زاد عليهـــا لـــكان ايقاع طلاق بالنيـــة من غير لفظ • (والثالث) وهو اختيار القفال : ان نوى ما زاد على واحدة عند قوله أنت وقع ما نواه • وان نوى ذلك بمجموع الكلام لم تقع الا واحدة •

مســـألة قال الشافعى : اذا قال للمدخول بها : أنت طالق واحدة بائنا وقعت عليه طلقة رجعية • قال الصيمرى : وهكذا اذا قال أنت طالق واحدة لا رجعة لى بها ، كان له الرجعة ، لأن الواحدة لا تبين بها المدخول بها ، ولا الرجعة بها فلا يسقط ذلك بشرطه •

فـــرع وان قال لامرأته : أنت طالق طلاقاً ، أو أنت طالق الطلاق• فانه لا يقع عليها الا طلقة ، لأن المصدر لا يزيد به الكلام ، وانما يدخـــل للتأكيد كقوله ضربت زيداً ضرباً ، الا أن ينوى به ما زاد على واحـــدة فيقع ما نواه • كما لو لم يأت بالمصدر •

فـــرع وان قال لامرأته أنت طالق فماتت » ثم قال ثلاثا متصلا بقوله ففيه ثلاثة أوجه حكاها الطبرى فى العدة • وهو قول ابن سريج أنه

يقع عليها الثلاث لأنه قصده بقوله أنت طالق • (والثانى) لا يقع عليها الا واحدة • لأن الثلاث لا تعلم الا بقوله ؛ ولم يقل ذلك الا بعد موتها ؛ والميتة لا يلحقها الطلاق • (والثالث) أنه لا يقع عليها شيء لأن الجملة كلها انما تقع بجميع اللفظ ولا يتقدم وقوع واحدة على الاثنتين ، ألا ترى أنه لو قال لعين المدخول بها : أنت طالق ثلاثا لوقع الثلاث ؛ فلو وقع باللفظ أولا واحدة لبانت بها ولم يقع ما بعدها ولم يتم الكلام الا وهى ميتة والميتة لا يلحقها الطلاق •

وقال الطبرى : والصحيح أنه لا يقع الا واحدة ، كما لو قال أنت طالق وجن ثم قال ثلاثاً •

فـــرع اذا قال لزوجته اختارى فقالت اخترت نفسى ــ فان نويا عدداً من الطلاق واتفقا فى عدد ما نوياه وقع ما نوياه ، وان اختلفا فنوى أحدهما أكثر مما نوى الآخر وقع العدد الأقل ويقع رجعياً •

وقال أبو حنيفة لا يفتقر الى نية الزوجة ، فان نوى الزوج وقعت بائنة وان نوى ما زاد عليها لم تقع الا واحدة بائنة •

وقال مالك : اذا نوى الطلاق وقع الثلاث ان كانت مدخولا بها ؛ وان لم تكن مدخولا بها قبل منها أنها أرادت واحدة أو اثنتين •

وروى أن مروان بن الحكم أجلس زيد بن ثابت فسأله ، وأجلس كاتبا يكتب ما قال ، فكان فيما سأله « اذا خير الرجل زوجته » فقال زيد « ان اختارت نفسها فهى ثلاث وان اختارت زوجها فهى واحدة رجعية » •

دليلنا أنه لم يقرن به لفظ الثلاث ولا بينها فلم يقع به الثلاث ، ولا يقع بقطع الرجعية ، كقوله أنت طالق •

وان ذكر الزوج لفظ الاختيار ثلاثا ونوى به واحدة كانت واحدة ، وقال أبو حنيفة « اذا قبلت وقع الثلاث » •

دليلنا أنه يحتمل أنه يريد به التأكيد ، فاذا قيد فيه قبل منه ، كقوله أنت طالق الطلاق ، وان قال لها اختاري من الثلاث طلقات ما شئت فليس لها أن تختار الثلاث ولها أن تختار ما دونها ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد ؛ وقال أبو يوسف ومحمد : لها أن تختار الثلاث •

دليلنا أن (من) للتبعيض ، وقد جعل اليها بعض الثلاث فلا يكون لها ايقاع الثلاث •

فرع اذا قال لها : يا مائة طالق أو أنت مائة طالق وقع عليها ثلاث طلقات وان قال : أنت طالق كمائة أو أنت طالق كألف • قال ابن الصباغ : وقع عليها الثلاث ، وبه قال محمد بن الحسن وأحمد • وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : « ان لم يكن له نية لم يقع عليها الا واحدة ، دليلنا : أنه تشبيه بالعدد خاصة فوقع العدد كقوله : أنت طالق كعدد مائة أو ألف » • اهـ •

وفي هذا الفرع بحث من السنة يقتضينا المقام اثباته فقد أخرج الدارقطني عن مجاهد عن ابن عباس « أنه سئل عن رجل طلق امرأته مائة قال : عصيت ربك وفارقت امرأتك ، ولم تتق الله فيجعل لك مخرجا » •

وأخرج الدارقطني عن سعيد بن جبير عن ابن عباس أيضاً « أنه سئل عن رجل طلق امرأته عدد النجوم فقال : أخطأ السنة وحرمت عليه امرأته » وقد أخرج عبد الرزاق عن عمر أنه رفع اليه رجل طلق امرأته ألفاً فقال له عمر : أطلقت امرأتك ؟ قال لا ، انما كنت ألعب ، فعلاه بالدرة وقال : انما يكفيك من ثلاث • وروى وكيع عن علي كرم الله وجهه وعثمان رضي الله عنه نحو ذلك وخرج عبد الرزاق والبيهقي عن ابن مسعود « أنه قيل له : ان رجلا طلق امرأته البارحة مائة ؛ قال قلتها مرة واحدة ؟ قال : نعم ، قال : تريد أن تبين منك امرأتك ؟ قال : نعم ؛ قال : هو كما قلت ، وأتاه آخر فقال : رجل طلق امرأته عدد النجوم قال : قلتها مرة واحدة ؟ قال نعم ، قال : تريد أن تبين منك امرأتك قال : نعم ، قال هو كما قلت ، والله لا تلبسون على أنفسكم وتتحمله » •

وأخرج عبد الرزاق فى مصنفه عن يحيى بن العلاء عن عبد الله بن الوليد الوصافى عن ابراهيم بن عبد الله بن عبادة بن الصامت قال « طلق جدى امرأة له ألف تطليقة فانطلق الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال : ما اتقى الله جدك أما ثلاث فله ، وأما تسعمائة وسبع وتسعون فعدوان وظلم ان شاء الله عذبه وان شاء غفر له » .

وفى رواية « ان أباك لم يتق الله فيجعل له مخرجا ، بانت منه بثلاث على غير السنة ، وتسعمائة وسبع وتسعون اثم فى عنقه » وهذا الخبر اعترض عليه علماء الحديث بأن يحيى بن العلاء ضعيف وعبيد الله بن الوليد هالك ، وابراهيم بن عبيد الله مجهول ، فأى حجة فى رواية ضعيف عن هالك عن مجهول ثم والد عبادة بن الصامت لم يدرك الاسلام فكيف يجده ؟ والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان قال : أنت ـ وأشار بثلاث أصابع ونوى الطلاق الثلاث ـ لم يقع شىء ، لأن قوله : أنت ليس من ألفاظ الطلاق ، فلو أوقعنا الطلاق لكان بالنية من غير لفظ ، وان قال : أنت طالق هكذا ، وأشار بثلاث أصابع وقع الثلاث ، لأن الاشارة بالأصابع مع قوله هكذا بمنزلة النية فى بيان العدد ، وان قال : أردت بعدد الأصبعين المقبوضتين قبل ، لأنه يحتمل ما يدعيه ، وان قال : أنت طالق ، وأشار بالأصابع ولم يقل هكذا ، وقال أردت واحدة ولم أرد العدد قبل ، لأنه يحتمل ما يدعيه .

فصل وان قال أنت طالق واحدة فى اثنتين نظرت ـ فان نوى طلقة واحدة مع اثنتين ـ وقعت ثلاث لأن « فى » تستعمل بمعنى « مع » والدليل عليه قوله عز وجل : « فادخلى فى عبادى وادخلى جنتى » والمراد مع عبادى فان لم يكن له نية نظرت ـ فان لم يعرف الحساب ولا نوى مقتضاه فى الحساب ـ طلقت طلقة واحدة بقوله أنت طالق ، ولا يقع بقوله فى اثنتين شىء ، لأنه لا يعرف مقتضاه فلم يلزمه حكمه ، كالأعجمى اذا طلق بالعربية وهو لا يعرف معناه ، وان نوى مقتضاه فى الحساب ففيه وجهان :

(احدهما) وهو قول أبى بكر الصيرفى أنه يقع طلقتان ، لأنه أراد موجبه فى الحساب ، وموجبه فى الحساب طلقتان .

(والثانى) وهو المذهب أنه لا يقع الا طلقة واحدة لأنه اذا لم يعلم مقتضاه لم يلزمه حكمه ، كالأعجمى اذا طلق بالعربية وهو لا يعلم ، وقال : أردت مقتضاه فى العربية ، فان كان عالماً بالحساب نظرت ـ فان نوى موجبه فى الحساب ـ طلقت طلقتين لأن موجبه فى الحساب طلقتان . وأن قال أردت واحدة فى اثنتين باقيتين طلقت واحدة ، لأنه يحتمل ما يدعيه كقوله : له عندى ثوب فى منديل ، وأراد فى منديل لى ، وأن لم يكن له نية فالمنصوص أنها تطلق طلقة ، لأن هذا اللفظ غير متعارف عند الناس ، ويحتمل طلقة فى طلقتين واقعتين ، ويحتمل طلقة فى طلقتين باقيتين ، فلا يجوز أن يوقع بالشك وقال أبو اسحاق يحتمل أن تطلق طلقتين لأنه عالم بالحساب ويعلم أن الواحدة فى اثنتين طلقتان فى الحساب .

فصل وان قال أنت طالق طلقة بل طلقتان ، ففيه وجهان :

(احدهما) يقع طلقتان ، كما اذا قال له على درهم بل درهمان ، لزمه درهمان . (والثانى) يقع الثلاث ، والفرق بينه وبين الاقرار أن الاقرار أخبار يحتمل التكرار ، فجاز أن يدخل الدرهم فى الخبرين ، والطلاق ايقاع فلا يجوز أن يوقع الطلاق الواحد مرتين ، فحمل على طلاق مستأنف ، ولهذا لو أقر بدرهم فى يوم ثم أقر بدرهم فى يوم آخر لم يلزمه الا درهم ، ولو طلقها فى يوم ثم طلقها فى يوم آخر كانتا طلقتين .

فصل وان قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثا وقع الثلاث ، لأن الجميع صادف الزوجية فوقع الجميع ، كما لو قال ذلك للمدخول بها . وان قال لها أنت طالق ولم يكن له نية وقعت الأولى دون الثانية والثالثة وحكى عن الشافعى رحمه الله فى القديم أنه قال يقع الثلاث ، فمن أصحابنا من جعل ذلك قولا واحداً ، وهو قول أبى على بن أبى هريرة ، لأن الكلام اذا لم ينقطع ارتبط بعضه ببعض فصار كما لو قال أنت طالق ثلاثا .

وقال أكثر أصحابنا : لا يقع أكثر من طلقة ، ومما حكى عن القديم انما هو حكاية عن مالك رحمه الله ليس بمذهب له ، لأنه تقدمت الأولى فبانت بها فلم يقع ما بعدها) .

الشرح وان قال لامرأته أنت ، وأشار بثلاث أصابع ونوى الطلاق لم يقع الطلاق ، لأن قوله أنت ليس بايقاع . وان قال لها أنت طالق هكذا ، وأشار بأصبع وقعت عليها طلقة . وان أشار بأصبعين وقع عليها طلقتان . وان أشار بثلاث أصابع وقع عليها ثلاث طلقات . لأنه شبه الطلاق بأصابعه . وهى عدد .

وان قال أردت بعدد الأصبعين المقبوضتين فقد ذكر الشيخ أبو اسحاق هنا فى المهذب والمحاملى فى المجموع [1] وابن الصباغ فى الشامل أنه يقبل فى الحكم لأنه يحتمل الاشارة بهما •

وذكر الشيخ أبو حامد الاسفراييني فى التعليق : أنه لا يقبل قوله فى الحكم • لأن الظاهر خلاف ما يدعيه • ويدين فيما بينه وبين الله تعالى •

وان قال أنت طالق ، وأشار بأصبعه ولم يقل هكذا ، ثم قال أردت واحدة أو لم أرد بعدد الأصابع قبل منه فى الحكم ، لأنه قد يشير بالأصابع ولا يريد العدد •

مسألة قوله : وان قال أنت طالق واحدة فى اثنتين الخ • نعم اذا قال لها أنت طالق واحدة فى اثنتين ــ فان كان غير عالم بالحساب ــ أعنى لا يحفظ جدول الضرب ــ قلنا له ما أردت ؟ فان قال أردت واحدة مقرونة مع اثنتين وقع عليها الثلاث لأنه قد يعبر عن (مع) بـ (فى) قال تعالى : « فادخلى فى عبادى » أى مع عبادى ، وان قال لم أنو شيئاً وقع عليها طلقة واحدة بقوله أنت طالق واحدة ، ولا يلزمه حكم الحساب لأنه لا يعرف ولا نواه ، فهو كما لو تكلم العجمى بقوله : أنت طالق ولا يعرف معناه •

وان قال نويت موجبه فى الحساب ففيه وجهان : قال أبو بكر الصيرفى يلزمه طلقتان لأن هذا موجبه عندهم • وقال أكثر أصحابنا لا يلزمه الا طلقة واحدة ، لأنه لا يعرف معناه فلا يلزمه بنية موجبه ؛ كما لو تكلم العجمى بكلمة الكفر بالعربية وهو لا يعرف معناها ونوى موجبها فى لسان العرب •

وأما اذا كان ممن يعرف الحساب ــ فان نوى واحدة مقرونة مع اثنتين وقع عليها الثلاث • وان نوى موجبها فى الحساب لزمه طلقتان ؛ لأن هذا

---

(١) المجموع للمحاملى وهو غير مجموعنا هذا . وللمحاملى غير المجموع : الأوسط والمقنع واللباب والتجريد .

موجبه فى الحساب ، وان لم ينو شيئا فالمنصوص أنه لا يلزمه الا طلقة لأنه غير متعارف عند الناس .

وقال أبو اسحاق الاسفراييني : يلزمه طلقتان لأنه يعرف الحساب ويعلم أن هذا موجبه فيلزمه وان لم ينوه . وقال أبو حنيفة : لا يلزمه الا طلقة سواء نوى موجبه فى الحساب أو لم ينو .

دليلنا أن هذا موضوع فى الحساب لا يتبين ، فاذا نواه وهو ممن يعرفه لزمه كما لو قال أنت طالق اثنتين . وان قال أنت طالق اثنتين فى اثنتين — وليس هو من أهل الحساب — فان نوى اثنتين مع اثنتين لزمه ثلاث ، وان لم ينو ذلك ولا غيره لزمه اثنتان ؛ وان نوى موجبه عند أهل الحساب لزمه على قول الصيرفى ثلاث ، وعلى قول سائر أصحابنا يلزمه طلقتان ؛ وان كان من أهل الحساب وأراد موجبه فى الحساب ونوى مع اثنتين لزمه ثلاث ، وان لم ينو شيئا فعلى المنصوص لا يلزمه الا طلقتان ، وعلى قول أبى اسحاق يلزمه ثلاث ، وعلى قول أبى حنيفة يلزمه طلقتان بكل حال . وقد مضى دليل ذلك .

فرع اذا قال أنت طالق طلقة بل طلقتين ففيه وجهان (أحدهما) يقع عليها طلقتان ؛ كما اذا قال له على درهم بل درهمان . (والثانى) يلزمه الثلاث لأن الطلاق ايقاع فحملت كل لفظة على ايقاع ، والاقرار اخبار فجاز أن يدخل الدرهم فى الخبر مرتين .

وان قال أنت طالق ثلاثا وقع عليها الثلاث ؛ وبه قال جميع الفقهاء الا رواية عطاء فانه قال يقع عليها طلقة . دليلنا أن قوله أنت طالق اسم لجنس من الفعل يصح للواحدة ولما زاد عليها . وقوله ثلاثا مفسر له فكان وقوع الثلاث عليها دفعة واحدة ، وان قال لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق ، أو قال أنت طالق وطالق وطالق ولم ينو بالأولة الثلاث وقع عليها بقوله الأول أنت طالق وبانت بها ولا يلحقها ما بعدها . وبه قال الثورى وأبو حنيفة .

وقال مالك والليث بن سعد والأوزاعي يقع عليها الثلاث فقال أبو على ابن أبى هريرة : للشافعى فى القديم ما يدل على ذلك ، فجعلها على قولين،وقال أبو على الطبرى فيها وجهان : (أحدهما) يقع عليهـا الثـلاث ؛ لأنه ربط الكلام بعضه ببعض فحل محل الكلمة الواحدة • (والثانى) أنه يقـع عليها طلقة واحدة تبين بها ولا يقع ما بعدها ، لأنه قد فرق فوقع بالأولة طلقة فبانت بها ولم يقع ما بعدها وقال أكثر أصحابنا هى على قول واحد ولا يقع عليها الا طلقة واحدة • وما ذكره فى القـديم فانما حـكى مذهب مالك • ووجهه ما روى عن عمر وعلى وابن مسعود وزيد بن ثابت أنهم قالوا يقع عليها طلقة واحدة ولا يقع ما بعدها ، ولا مخالف لهم ؛ وقد استدل القائلون بأنه لا يقع من المتعدد الا واحدة بما وقع فى حديث ابن عبـاس عن ركانة « أنه طلق امرأته ثلاثاً فى مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديداً ، فسـأله النبى صلى الله عليه وسلم كيف طلقتها ؟ فقال ثلاثا فى مجلس واحد ، فقال له صلى الله عليه وسلم : « انما تلك واحدة فارتجعها » أخرجه أحمد وأبو يعلى وصححه • وقد أجيب عن ذلك بأجوبة منها : أن فى اسناده محمـد ابن اسحاق • ورد بأنهم قد احتجوا فى غير واحد من الأحكام بمثل هذا الاسناد • ومنها معارضته لفتوى ابن عباس ، ورد بأن المعتبر روايته لا رأيه، ومنها أن أبا داود رجح أن ركانة انما طلق امرأته البتة ويمكن أن يكون من روى ثلاثا حمل البتة على معنى الثلاث ؛ وفيه مخالفة للظاهر •

واستدلوا بحديث ابن عباس « ان الطـلاق كان على عهـد رسـول الله صلى الله عليه وسلم الى آخر الحديث الذى سبق ايراده • وقد اختلف الناس فى تأويله فذهب بعض التابعين الى ظاهره فى حق من لم يدخل بهـا كمـا دلت عليه رواية أبى داود ، وتأوله بعضهم على صورة تكرير لفظ الطلاق ، بأن يقول : أنت طالق أنت طالق أنت طالق ؛ فانه يلزمه واحدة اذا قصـد التوكيد ، وثلاث اذا قصد تكرير الايقاع فكان الناس فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم وأبى بكر على صدقهم وسـلامتهم وقصـدهم فى الغـالب الفضيلة والاختيار ولم يظهر فيهم خب ولا خداع فكانوا يصدقون فى ارادة التوكيد •

والقائلون بالفرق بين المدخولة وغيرها أعظم حجة لهم حديث ابن عباس الذى لفظه عند أبى داود « أما علمت أن الرجل كان اذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة » الحديث • ووجهوا ذلك بأن غير المدخول بها تبين اذا قال لها زوجها أنت طالق ، فاذا قال ثلاثا لغا العدد لوقوعه بعد البينونة ؛ ويجاب بأن التقييد بقبل الدخول لا ينافى صدق الرواية الأخرى الصحيحة على المطلقة بعد الدخول ، وغاية ما فى هذه الرواية أنه وقع فيها التنصيص على بعض أفراد مدلول الرواية الصحيحة المذكورة فى الباب ، وذلك لا يوجب الاختصاص بالبعض الذى وقع التنصيص عليه ؛ وأجاب القرطبى عن ذلك التوجيه بأن قوله : أنت طالق ثلاثاً كلام متصل غير منفصل فكيف يصح جعله كلمتين ، وتعطى كل كلمة حكما • هذا حاصل ما فى هذه المسئلة ؛ وهكذا أفاده الشوكانى فى شرح المنتقى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان قال للمدخول بها أنت طالق أنت طالق أنت طالق ، نظرت فان كان أراد به التأكيد لم يقع أكثر من طلقة ، لأن التكرار يحتمل التأكيد ، وان أراد الاستئناف وقع بكل لفظة طلقة لأنه يحتمل الاستئناف ، وان أراد بالثانى التأكيد وبالثالث الاستئناف وقع طلقتان ، وان لم يكن له نية ففيه قولان قال فى الاملاء : يقع طلقة لأنه يحتمل التكرار والاستئناف ، فلا يقع ما زاد على طلقة بالشك •

وقال فى الأم يقع الثلاث لأن اللفظ الثانى والثالث كاللفظ كالأول ، فاذا وقع بالأول طلاق وجب أن يقع بالثانى والثالث مثله ، وأما اذا غاير بينهما فى الحروف بأن قال أنت طالق وطالق ثم طالق ولم يكن له نية وقع بكل لفظة طلقة ، لأن المغايرة بينهما باللفظ تسقط حكم التأكيد ، فان ادعى أنه أراد التأكيد لم يقبل فى الحكم لأنه يخالف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل لأنه يحتمل ما يدعيه • وان قال أنت طالق وطالق وطالق وقع بالأول طلقة وبالثانى طلقة لتغاير اللفظين ويرجع فى الثالث اليه ، لأنه لم يغاير بينه وبين الثانى ، فهو كقوله أنت طالق أنت طالق • وان غاير بين الألفاظ ولم يغاير بالحروف بأن قال : أنت طالق أنت مسرحة أنت مفارقة ففيه وجهان :

(احدهما) ان حكمه حكم المغايرة فى الحروف ، لانه اذا تغير الحكم بالمغايرة بالحروف فلأن يتغير بالمغايرة فى لفظ الطلاق أولى .

(والثانى) أن حكمه حكم اللفظ الواحد لأن الحروف هى العاملة فى اللفظ، وبها يعرف الاستئناف ، ولم توجد المغايرة فى الحروف .

فصل وأن قال أنت طالق بعض طلقة وقعت طلقة ، لأن مالا يتبعض من الطلاق كان تسمية بعضه كتسمية جميعه ، كما لو قال بعضك طالق ، وان قال أنت طالق نصفى طلقة وقعت طلقة ، لأن نصفى طلقة هى طلقة ، وان قال انت طالق ثلاثة أنصاف طلقة ففيه وجهان :

(احدهما) انه يقع طلقتان ، لأن ثلاثة أنصاف طلقة أى طلقة ونصف فكمل النصف فصار طلقتين .

(والثانى) تطلق طلقة لأنه أضاف الأنصاف الثلاثة الى طلقة وليس للطلقة الا نصفان فالغى النصف الثالث . وان قال أنت طالق نصفى طلقتين وقعت طلقتان لأنه يقع من كل طلقة نصفها ثم يسرى فيصير طلقتين . وان قال أنت طالق نصف طلقتين ففيه وجهان :

(أحدهما) تقع طلقة واحدة ، لأن نصف الطلقتين طلقة . (والثانى) انه تقع طلقتان لأنه يقتضى النصف من كل واحدة منهما ثم يكمل النصفان فيصير الجميع طلقتين . وان قال أنت طالق نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة طلقت واحدة لأنها أجزاء الطلقة . وان قال أنت طالق نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة وسدس طلقة وقع ثلاث طلقات ، لأن بدخول حروف العطف وقع بكل جزء طلقة وسرى الى الباقى . وان قال أنت نصف طالق طلقت ، كما لو قال نصفك طالق . وان قال انت نصف طلقة ففيه وجهان : (احدهما) انه كناية فلا يقع به طلاق من غير نية .

(والثانى) انه صريح فتقع به طلقة بناء على الوجهين فيمن قال لامرأته : أنت الطلاق) .

الشرح أما الأحكام : اذا قال للمدخول بها أنت طالق أنت طالق أنت طالق فان نوى بالأولة الثلاث لم يسأل عما بعدها ، وان لم ينو الثلاث وقع عليها بها طلقة . وسئل عن الكلمتين بعدها ، فان قال أردت بهما تأكيد الأولة قبل منه ولم يلزمه الا طلقة لأن التأكيد يقع بالتكرار،

وان قال أردت بهما الاستئناف لزمه ثلاث طلقات ، وان قال أردت بالثانية الاستئناف وبالثالثة تأكيد الثانية لزمه طلقتان • وان قال أردت بالثانية الاستئناف وبالثالثة التأكيد للأولة ففيه وجهان : (أحدهما) يقبل كما لو قال : أردت بهما تأكيد الأولة • (والثانى) لا يقبل لأنه قد يخلل بين الأولى والثالثة الثانية •

وان قال لم أنو شيئاً ففيه قولان ، قال فى الاملاء : لا يلزمه الا طلقة لأنه لما لم يدخل واو العطف كان الظاهر أنه أراد التأكيد كما لو قال له : على درهم درهم درهم فلا يلزمه الا درهم ، ولأنه يحتمل أنه أراد التأكيد والاستئناف فلا يلزمه الطلاق بالشك •

وقال فى الأم : يلزمه ثلاث طلقات ــ وهو الاصح ــ لأن الثانى والثالث كالأول فى الصيغة فكان مثله فى الايقاع •

وان قال أنت طالق ثم سكت طويلا وقال أنت طالق ، ثم قال أردت بالثانى تأكيد الأول لم يقبل ، لأن الظاهر أنه أراد الايقاع وان قال أنت طالق وطالق وطالق ولم ينو بالأولة ما زاد على واحدة وقع بالأولة طلقة وبالثانية طلقة لأن الثانى عطف لا يحتمل التأكيد ورجع فى الثالثة اليه ، فان قال أردت تأكيد الثانية قبل منه ، وان قال : أردت به الاستئناف لزمه ثلاث طلقات ، وان قال : أردت به تأكيد الأولة لم يقبل منه وجهاً واحداً ، كما لا يقبل اذا قال أردت بالثانية تأكيد الأولة •

وان قال لم أنو شيئا ففيه قولان كالأولة ، والصحيح أنه يقع بها طلقة ثالثة ، وهكذا الحكم فيه اذا قال : أنت طالق ثم طالق ثم طالق ، أو قال أنت طالق فطالق فطالق ، أو طالق بل طالق بل طالق ، وان قال طالق وطالق ثم طالق ، أو طالق فطالق بل طالق لزمه بكل لفظة طلقة ، فان قال أردت التأكيد لم يقبل منه فى الحكم ، لأن المغايرة بينهما بحروف العطف يقتضى الاستئناف ، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى •

وان قال : أنت مطلقة أنت مفارقة وأنت مسرحة ففيه وجهان :

(أحدهما) حكمه حكم ما لو قال : أنت طالق طالق طالق ، لأنه لم يأت بحرف عطف ، والفراق والسراح كالطلاق • (والثانى) حكمه حكم ما لو قال : أنت طالق ثم طالق ، لأن الحكم اذا تغير لمغايرة حروف العطف فلأن يتغير لمغايرة اللفظ أولى •

فـــرع قال الشافعى فى الاملاء : اذا قال لامرأته أنت طالق وطالق لابل طالق ، ثم قال : شككت فى الثانية فقلت لا بل طالق استدراكا لايقاعها قبل منه لأن « بل » للاستدراك فاحتمل ما قاله •

وان قال أنت طالق يا مطلقة بالأولة طلقة ، وان لم ينو بها ما زاد عليها أو سأل عن قوله يا مطلقة ــ فان قال أردت به الايقاع لزمه ما نوى • وان قال : أردت به يا مطلقة بالأولة قبل منه فى الحكم • وان قال : أنت طالق البتة ، ولم ينو ما زاد على واحدة وقع عليها طلقة ، كقوله أنت طالق وسئل عن البتة فان قال : أردت به ايقاع طلاق آخر لزمه • وان قال : لم أرد به شيئاً قبل منه فى الحكم لحديث ركانة بن عبد يزيد •

مســألة قوله : وان قال أنت طالق بعض طلقة وقعت طلقة الخ • وهذا صحيح وبه قال جميع الفقهاء الا داود فانه قال لا يقع عليها شىء • دليلنا قوله تعالى « فان طلقها فلا تحل له من بعد » الآية • ولم يفرق بين أن يطلقها طلقة أو بعض طلقة • ولأن التحليل والتحريم اذا اجتمعا غلب التحريم ، كما لو تزوج نصف امرأة أو أعتق نصف أمة ، ولأنه لو طاق بعض امرأته لكان كما لو طلق جميعها كذلك اذا طلق بعض طلقة كان كما لو طلقها طلقة •

وان قال أنت طالق نصفى طلقة وقعت عليها طلقة ، ولأن نصفى الطلقة طلقة وان قال ثلاثة أنصاف طلقة ففيه وجهان : (أحدهما) لا يقع عليها الا طلقة ، لأنه لم يوقع عليها الا طلقة ، وانما وصفها بأن لها ثلاثة أنصاف وليس لها الا نصفان • (والثانى) يقع عليها طلقتان ، لأن ثلاثة أنصاف طلقة ونصف فيسرى النصف ، فعلى قول الأول يتعلق الحكم بقوله طلقة

ويلغى قوله ثلاثة أنصاف طلقة • وعلى قول الثانى يلغى قوله طلقة ويتعلق الحكم بقوله ثلاثة أنصاف طلقة قال صاحب الفروع ويحصل وقوع الثلاث ، ووجهه أنه اذا ألغى قوله طلقة وتعلق الحكم بثلاثة أنصاف سرى كل نصف فوقع عليها ثلاث •

وان قال : أنت طالق نصفى طلقتين وقع عليها طلقتان لأن نصفى طلقتين طلقتان • وان قال ثلاثة أنصاف طلقتين فعلى وجهين : (أحدهما) يقع عليها طلقتان : (والثانى) يقع عليها ثلاث •

وان قال أنت طالق نصف طلقتين ففيه وجهان : (أحدهما) يلزمه طلقة لأنها نصف طلقتين • (والثانى) يلزمه طلقتان لأنه يلزمه نصف من كل طلقة ؛ ثم يكمل النصفان •

فرع وان قال : أنت طالق نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة لم يقع عليها الا طلقة أجزاء الطلقة ، وان قال أنت طالق نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة وقعت ثلاثاً لأنه عطف جزءاً من طلقة على جزء من طلقة فظاهره يقتضى طلقات متغايرة •

قال ابن الصباغ فى الشامل : وان قال أنت طالق نصف وثلث وسدس طلقة طلقت طلقة ؛ لأن هذه أجزاء طلقة • وان قال أنت نصف وثلث وسدس طلقت طلقة ويرجع اليه فى النصف والثلث والسدس ، فان نوى نصفاً من طلقة وثلثا من طلقة وسدسا من طلقة وقع عليها الثلاث ، وان لم ينو شيئاً فلا شىء عليه وان قال : أنت نصف طلقة ففيه وجهان كما لو قال : أنت طالق (أحدهما) أنه صريح فيقع عليها طلقة • (والثانى) أنه كناية فلا يقع عليها شىء الا بالنية • والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان كان له أربع نسوة فقال : أوقعت عليكن أو بينكن طلقة طلقت كل واحدة منهن طلقة ، لأنه يخص كل واحدة منهن ربع طلقة وتكمل بالسراية • وان قال أوقعت عليكن أو بينكن طلقتين أو ثلاثا أو أربعاً**

وقع على كل واحدة طلقة ، لأنه اذا قسم بينهن لم يزد نصيب كل واحدة منهن على طلقة ، وان قال أردت أن يقع على كل واحدة من الطلقتين وقع على كل واحدة طلقتان وان قال أردت أن يقع على كل واحدة من الثلاث الطلقات ، وقع على كل واحدة ثلاث طلقات ؛ لأنه مقر على نفسه بما فيه تغليظ ، واللفظ محتمل له . وان قال أوقعت عليكن خمسا وقع على كل واحدة طلقتان ، لأنه يصيب كل واحدة طلقة وربع ، وكذلك ان قال أوقعت عليكن ستا أو سبعا أو ثمانيا ، وان قال أوقعت عليكن تسعا طلقت كل واحدة ثلاثا ، وان قال أوقعت بينكن نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة . طلقت كل واحدة ثلاثا ، لأنه لما عطف وجب أن يقسم كل جزء من ذلك بينهن ، ثم يكمل .

فصل وان قال انت طالق ملء الدنيا ، أو انت طالق أطول الطلاق، او اعرضه ، وقعت طلقة لأن شيئاً من ذلك لا يقتضى العدد ، وقد تتصف الطلقة الواحدة بذلك كله .

فصل وان قال أنت طالق أشد الطلاق وأغلظه وقعت طلقة لأنه قد تكون الطلقة اشد واغلظ عليه لتعجلها أو لحبه لها أو لحبها له ، فلم يقع ما زاد بالشك ، وان قال انت طالق كل الطلاق او اكثره وقع الثلاث لأنه كل الطلاق وأكثره .

فصل وان قال للمدخول بها انت طالق طلقة بعدها طلقة طلقت طلقتين لأن الجميع يصادف الزوجية ، وان قال أردت بعدها طلقة اوقعها لم يقبل فى الحكم لأن الظاهر انه طلاق ناجز ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل لأنه يحتمل ما يدعيه وان قال انت طالق طلقة قبلها طلقة وقعت طلقتان ، وفى كيفية وقوع ما قبلها وجهان : قال أبو على بن أبى هريرة : يقع مع التى اوقعها لأن ايقاعها فيما قبلها ايقاع طلاق فى زمان ماض فلم يعتبر كما لو قال أنت طالق أمس .

وقال ابو اسحاق : يقع قبلها اعتباراً بموجب لفظه ، كما لو قال انت طالق قبل موتى بشهر ثم مات بعد شهر ، ويخالف قوله أنت طالق امس لأنا لو اوقعناه فى أمس تقدم الوقوع على الايقاع وههنا يقع الطلاقان بعد الايقاع. وان قال أردت بقولى قبلها طلقة فى نكاح قبله ، فان كان لما قاله أصل قبل منه لأنه يحتمل ما يدعيه وان لم يقبل منه لأنه لا يحتمل ما يدعيه .

فصل وان قال لها : انت طالق طلقة قبلها طلقة وبعدها طلقة

طلقت ثلاثا على ما ذكرناه . وان قال لها : أنت طالق طلقة وبعدها طلقة طلقت ثلاثا لأنه يقع بقوله أنت طالق طلقة ويقع قبلها نصف طلقة وبعدها نصف طلقة ثم يكمل النصفان فيصير الجميع ثلاثا) .

الشرح الأحكام : ان قال لأربع نسوة له : أوقعت بينكن طلقة ؛ طلقت كل واحدة منهن طلقة ، لأنه يخص كل واحدة ربع طلقة ويكمل بالسراية وان قال لهن أوقعت بينكن طلقتين وقع على كل واحدة طلقة . لأن ما يخص كل واحدة لا يزيد عن طلقة الا أن يقول : أردت أن تقسم كل طلقة منهما عليهن فيقع على كل واحدة طلقتان وان قال أوقعت بينكن ثلاث طلقات أو أربع طلقات وقع على كل واحدة طلقة الا أن يريد قسمة كل طلقة منهن فيقع على كل واحدة منهن ثلاث هذا هو المشهور الذى أفاده العمرانى فى البيان وابن الصباغ فى الشامل والماوردى فى الحاوى وابن القاص فى التلخيص ؛ وقال صاحب الفروع : ويحتمل أن يقع على كل واحدة ثلاث ، لأن بعض كل طلقة يكمل فى حق كل واحدة منهن .

وان قال أوقعت بينكن خمس طلقات ولم يرد قسمة كل واحدة منهن وقع على كل واحدة طلقة وربع ، فيكمل الربع . وكذلك اذا قال أوقعت بينكن ستاً أو سبعاً أو ثمانيا . وان قال : أوقعت بينكن بتسع طلقات طلقت كل واحدة منهن ثلاثا ، لأنه يخص كل واحدة طلقتان وربع ويكمل الربع . وان قال : أوقعت بينكن نصف طلقة وسدس طلقة وقع على كل واحدة ثلاث طلقات لأنه لما عطف قسم كل جزء بينهن وكمل .

مسألة قوله : وان قال أنت طالق ملء الدنيا الخ فهو كما قال ، فانه اذا قال أنت طالق ملء الدنيا أو ملء مكة والمدينة وقعت عليها طلقة ، لأن الطلاق حكم والأحكام لا تشغل الأمكنة ، فعلم أنه أراد الدنيا أو مكة ذكراً وانتشاراً وشيوعا وتكون رجعية . وقال أبو حنيفة : تقع بائنة .

دليلنا أنه طلاق صادف مدخولا بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فكان رجعياً كقوله أنت طالق وان قال : أنت طالق أشد الطلاق أو أكثر الطلاق بالثاء المعجمة بثلاث نقط وقعت عليها ثلاث طلقات ، لأن ذلك كل

الطلاق وأكثره • وان قال : أنت طالق أكمل الطلاق أو أتم الطلاق أو أكبر الطلاق بالباء المعجمة الموحدة التحتية وقعت عليها طلقة سنية ، لأن أكمل الطلاق وأتمه طلاق السنة •

وقال صاحب الفروع : ويحتمل أن يقع عليها ثلاث طلقات فى قوله : أكمل الطلاق وأتمه ، لأنه هو الأكمل والأتم ؛ والمشهور هو الأول وتكون رجعية وقال أبو حنيفة : تقع فى قوله أكثر الطلاق واحدة بائنة ؛ دليلنا عليه ما ذكرناه فى قوله : ملء مكة •

مسألة قوله : وان قال للمدخول بها أنت طالق طلقة بعدها طلقة الخ • كما وهذا قال : وكذلك اذا قال للمدخول بها أنت طالق طلقة معها طلقة وقع عليها طلقتان فى الحال • وان قال أنت طالق طلقة بعدها طلقة وقع عليها طلقتان لأن الجميع صادف الزوجية • وان قال أردت بقولى بعدها طلقة أوقعها فيما بعد لم يقبل فى الحكم لأنه يريد تأخير طلاق واقع فى الظاهر • ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لاحتمال ما يدعيه •

وان قال أنت طالق طلقة قبلها طلقة • قال الشافعى وقع عليها طلقتان • واختلف أصحابنا فى كيفية وقوعها ؛ فحكى الشيخ أبو اسحاق هنا فى المهذب والمحاملى أن أبا اسحاق المروزى قال : يقع عليها طلقتان : (احداهما) بقوله أنت طالق والأخرى قبلها بالمباشرة ، لأن الانسان يملك أن يعلق بالصفة طلاقا فيقع قبل الصفة • كقوله : أنت طالق قبل موتى بشهر ثم يموت بعد شهر •

وحكى الشيخ أبو حامد فى التعليق أن أبا اسحاق قال يقع عليها طلقة بالمباشرة بقوله أنت طالق ، وطلقة بالاخبار أنه طلقها • وقال أبو على ابن أبى هريرة : يقع عليها طلقتان معاً ، لأنه لا يتقدم الوقوع على الايقاع • هكذا حكى الشيخ أبو اسحاق الشيرازى عنه وسائر أصحابنا حكوا عنه أنه قال : يقع عليها طلقة بقوله أنت طالق طلقة بعدها • وقوله قبلها طلقة

فعلى ما حكاه الشيخ أبو حامد عن أبى اسحاق المروزى يحكم عليه بوقوع الطلقة التى باشرها ظاهرا وباطنا .

وان قال : أردت بقولى قبلها طلقة فى نكاح كنت نكحتها قبل هذا النكاح وطلقتها فيه ، فان كان لما قاله أصل قبل منه ، وان لم يكن له أصل لم يقبل منه ويدين فيما بينه وبين الله تعالى . وان قال : أنت طالق طلقة قبلها وبعدها طلقة وقع عليها ثلاث طلقات لأن كل واحدة من النصفين يسرى ، وحكى المحاملى من أصحابنا من قال : لا يقع عليها الا طلقتان . وليس بشىء .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان قال لغير المدخول بها أنت طالق طلقة بعدها طلقة لم تقع الثانية لأنها بائن بالأولى فلم تقع الثانية . وان قال أنت طالق طلقة قبلها طلقة ففيه وجهان : (احدهما) لا تطلق لأن وقوع طلقة قبلها ووقوع طلقة عليها يوجب وقوع ما قبلها بمنع وقوعها فتمانعا بالدور وسقطا . (والثانى) وهو قول ابى على بن أبى هريرة أنها تطلق طلقة ليس قبلها شىء ، لأن وقوع ما قبلها يوجب اسقاطها واسقاط ما قبلها فوجب اثباتها واسقاط ما قبلها . وان قال أنت طالق معها طلقة ، ففيه وجهان : (احدهما) أنها تطلق واحدة ، وهو قول المزنى لأنه أفردها فجاز ، كما لو قال أنت طالق واحدة بعدها واحدة. (والوجه الثانى) : أنها تطلق طلقتين لأنهما يجتمعان فى الوقوع فلا تتقدم أحداهما على الأخرى ، فهو كما لو قال : أنت طالق طلقتين . وان قال أنت طالق طلقتين ونصفا طلقت طلقتين ، لأنه جمع بين الطلقتين فى الايقاع فبانت بهما ثم أوقع النصف بعدما بانت فلم يقع .**

فصل **اذا قال لامرأته أنت طالق طلقة لا تقع عليك طلقت لأنه أوقع الطلاق ثم أراد رفعه ، والطلاق اذا وقع لم يرتفع . وان قال أنت طالق أو لا لم تطلق لأنه ليس بايقاع) .**

الشرح الاحكام : اذا قال لغير المدخول بها أنت طالق طلقة بعدها طلقة وقعت الأولة وبانت بها ولم تقع الثانية . وان قال : أنت طالق طلقة قبلها طلقة ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو اسحاق (أحدهما) لا يقع عليها

الطلاق لأن وقوع طلقة قبلها يمنع وقوعها • وما أدى ثبوته لسقوطه سقط (والثانى) وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنه يقع عليها طلقة ليس قبلها شىء ، لأن وقوع ما قبلها يوجب اسقاطها • ووقوعها يوجب اسقاط ما قبلها فوجب اثباتها واسقاط ما قبلها وسببه أن يكون الأول انما هو على ما حكاه المصنف عن أبى اسحاق المروزى فى المدخول بها •

فأما على ما حكاه فى التعليق عنه أنه اخبار ، فانه يقع عليها الطلقة التى أخبر بوقوعها أولا لا غير • وان قال لغير المدخول بها أنت طالق طلقة معها طلقة ففيه وجهان :

(أحدهما) يقع عليها طلقة لا غير ؛ لأنه أفردها فبانت بها ولم يقع ما بعدها كما لو قال طلقة بعدها طلقة • (والثانى) يقع عليها طلقتان لأنهما يجتمعان فى الوقوع ، وان قال لها أنت طالق طلقتين ونصفا وقع عليها طلقتان لا غير ، لأنه جمع بينهما فوقعتا بانت بهما فلم يقع ما بعدهما •

مسألة قوله : واذا قال لامرأته أنت طالق لا تقع عليك طلقت الخ فهذا صحيح اذا قال لامرأته أنت طالق طلقة لا تقع عليك وقع عليها طلقة لأنه وقع لجميع ما أوقعه وذلك لا يصح • وان قال لها أنت طالق طلقة لا طلقتين عليك احداهما ، وقعت عليها واحدة لأن ذلك استثناء • وان قال لها أنت طالق طلقة لا قال أبو العباس بن سريج وقعت عليها طلقة ، لأن ذلك وقع لها فلم ترتفع • وان قال لها أنت طالق طلقتين لا طلقة ، فعلى قياس الأولة لا يقع عليها الا طلقة ؛ وان قال لها أنت طالق أو لا لم يقع عليها طلاق ، لأن ذلك استفهام لا طلاق • وان قال لها أنت طالق واحدة أو لا شىء — قال ابن الصباغ فالذى يقتضيه قياس قوله أن لا يقع شىء وبذلك قال أبو حنيفة وأبو يوسف وأحمد • وقال محمد : تقع واحدة ، والأول أصح ، لأن الواحدة صفة للفظة الموقعة فما اتصل بها يرجع اليها ، فصار كقوله أنت طالق أو لا شىء •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ويصح الاستثناء فى الطلاق لأنه لغة العرب ، ونزل به القرآن وحروفه : الا . وغير . وسوى . وخلا . وعدا . وحاشا . فاذا قال أنت طالق ثلاثا الا طلقة ، وقعت طلقتان . وان قال أنت طالق ثلاثا الا طلقتين وقعت طلقة ، وان قال أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا طلقت ثلاثا ، لأن الاستثناء يرفع المستثنى منه فيسقط وبقى الثلاث .

وان قال أنت طالق ثلاثا الا طلقتين وطلقة ففيه وجهان : (أحدهما) يقع الثلاث لأنه استثنى ثلاثا من ثلاث . (والثانى) تقع طلقة لأن الاستثناء الثانى هو الباطن فسقط وبقى الاستثناء الأول .

وان قال أنت طالق ثلاثا الا نصف طلقة ، طلقت ثلاثا لأنه يبقى طلقتان ونصف ثم يسرى النصف الى الباقى فيصير ثلاثا ، وان قال أنت طالق ثلاثا الا طلقة وطلقة وقعت طلقة . لأن المعطوف على الاستثناء مضموم الى الاستثناء ولهذا اذا قال : له على مائة الا خمسة وعشرين ضمت الخمسة الى العشرين فى الاستثناء ولزمه ما بقى .

وان قال أنت طالق طلقة وطلقة الا طلقة ففيه وجهان : (أحدهما) تطلق طلقة لأن الواو فى الاسمين المنفردين كالتثنية فيصير كما لو قال أنت طالق طلقتين الا طلقة . (والثانى) وهو المنصوص أنها تطلق طلقتين لأن الاستثناء يرجع الى ما يليه وهو طلقة ، واستثناء طلقة من طلقة باطل فسقط وبقى طلقتان ، وان قدم الاستثناء على المستثنى منه بأن قال أنت الا واحدة طالق ثلاثا ، فقد قال بعض أصحابنا انه لا يصح الاستثناء فيقع الثلاث ، لأن الاستثناء جعل لاستدراك ما تقدم من كلامه ، ويحتمل عندى أنه يصح الاستثناء فيقع طلقتان ، لأن التقديم والتأخير فى ذلك لغة العرب قال الفرزدق يمدح هشام بن ابراهيم بن المغيرة خال هشام بن عبد الملك :

وما مثله فى الناس الا مملكا ... أبو أمه حى أبوه يقاربه

تقديره وما مثله فى الناس حى يقاربه الا مملكا أبو أمه أبو الممدوح) .

الشرح بيت الفرزدق الذى ساقه المصنف من قصيدة من الطويل يمدح بها ابراهيم بن هشام بن اسماعيل المخزومى خال هشام بن عبد الملك

بن مروان ، ويستعمل هذا البيت عند البلاغيين شاهداً فى أساليب التعقيد ؛ وهو أن لا يكون الكلام ظاهر الدلالة على المراد ، اما لخلل فى نظم الكلام فلا يتوصل منه الى معناه أو لانتقال الذهن من المعنى الأول الى المعنى الثانى الذى هو لازمه ؛ والمراد به ظاهراً ؛ والأول هو الشاهد فى البيت والمعنى فيه : وما مثله يعنى الممدوح فى الناس حى يقاربه أى أحد يشبهه فى الفضائل الا مملكا ، أى ملكا • يعنى هشاما ، أبو أمه أى أبو أم هشام أبوه ؛ أى أبو الممدوح ، فالضمير في أمه للملك وفى أبوه للممدوح ؛ ففصل بين أبو أمه وهو مبتدأ وأبوه وهو خبره بأجنبى وهو حى ، وكذا فصل بين حى ويقاربه وهو نعته ، بأجنبى وهو أبوه • وقدم المستثنى على المستثنى منه • فهو كما تراه فى غاية التعقيد ، وكان من حق الناظم أن يقول وما مثله فى الناس أحد يقاربه الا مملك أبو أمه أبوه •

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : ولو قال أنت طالق ثلاثا الا اثنتين فهى واحدة • وجملة ذلك أن الاستثناء جائز فى الجملة لأن القرآن ورد به قال الله تعالى : « فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما » والاستثناء ضد المستثنى منه ، فان استثنى من اثبات كان المستثنى نفيا • وان استثنى من نفى كان المستثنى اثباتا ، وسواء استثنى أقل العدد أو أكثر فانه يصح •

وقال بعض أهل اللغة : لا يصح استثناء أكثر العدد ، وبه قال أحمد ؛ دليلنا قوله تعالى حاكيا عن ابليس « لأغوينهم أجمعين ، الا عبادك منهم المخلصين » ثم قال « ان عبادى ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين » ، فاستثنى العباد من الغاوين ؛ واستثنى الغاوين من العباد ، وأيهما كان أكثر فقد استثنى من الآخر ، ولا يصح أن يستثنى جميع العدد ، لأنه غير مستعمل فى الشرع ، ولا فى اللغة •

اذا ثبت هذا فقال لامرأته أنت طالق ثلاثا الا اثنتين طلقت واحدة ، لأنه أثبت ثلاثا ثم نفى منها اثنتين فبقيت واحدة • وان قال : أنت طالق ثلاثا الا واحدة طلقت اثنتين وان قال أنت طالق ثلاثا الا اثنتين وواحدة ، أو أنت طالق ثلاثا الا واحدة وواحدة وواحدة ففيه وجهان : (أحدهما) يقع عليها

الثلاث ، وبه قال أبو حنيفة لأنه استثناء من ثلاث (والثانى) يقع عليهـــا واحدة وبه قال أبو يوسف ومحمد ، لأنه لو لم يعطف بالواحدة لصح فكان العطف بها هو الباطل فسقط •

وان قال : أنت طالق ثلاثا الا نصف طلقة طلقت ثلاثا ، ومن أصحابنا من قال : يقع عليها طلقتان لأنه لا يؤدى الى استثناء صحيح ؛ وليس بشىء ، لأنه لا يبطل الاستثناء وانما بقى طلقتان ونصف فسرى النصـــف وان قال لها : أنت طالق طلقتين ونصفا الا واحدة وقع عليها ثلاث طلقات • واختلف أصحابنا فيه ، قال ابن الحداد : لأن النصف يسرى واحدة ، واستثناء واحدة من واحدة لا يصلح • وقال القاضى أبو الطيب : لأنه استثناء واحدة مـــن نصف ؛ لأن الاعتبار بالمنطوق به فى العدد لا ينافى الشرع ، وان قال أنت طالق طلقة وطلقة الا طلقة ففيه وجهان ، حكاهما المصنف •

(أحدهما) تطلق طلقة لأن الواو فى الاسمين المنفردين كالتثنية ، فصار كما لو قال : أنت طالق طلقتين الا طلقة •

(والثانى) وهو المنصوص فى الأم : أنها تطلق طلقتين لأن الاســـتثناء يرجع الى ما يليه وهو طلقة ، واستثناء طلقة من طلقة لا يصح ؛ قال الشيخ أبو حامد وان قال : أنت طالق ثم طالق بل طالق الا طلقة ، أو أنت طالق فطالق ثم طالق الا طلقة ، أو أنت طالق وطالق وطالق الا طلقة وقع عليها فى هـــذه المسائل ثلاث طلقات ، لأنه اذا غاير بين الألفاظ وقع بكل لفظ طلقة واستثناء طلقة من طلقة لا يصح ؛ وان قال : أنت طالق خمسا الا ثلاثا ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى على بن أبى هريرة وأبى على الطبرى : أنه يقع عليها ثلاث ، لأن الاستثناء يرجع الى ما يملك مـــن الطلقـــات ؛ والذى يملك هو الثلاث فلم يقع من الخمس الا ثلاث ، واســـتثناء ثلاث من ثلاث لا يصح •

وقال أكثر أصحابنا : انه يقع عليها طلقتان ؛ لأن الاستثناء يرجع فى العدد المنطوق به ، ويكون بالمستثنى منه مع الاستثناء مما بقى ، فاذا استثنى ثلاثا

من خمس بقى طلقتان . وقد نص الشافعى فى البويطى على أنه اذا قال : أنت طالق ستا الا أربعا وقع عليها طلقتان ؛ وهذا يرد قول أبى على . وان قال لها : أنت طالق خمسا الا اثنتين وقع عليها طلقة على قول أبى على وعلى قول سائر أصحابنا يقع عليها الثلاث ، لأن الاستثناء جعل لاستدراك ما تقدم ، فلا يتقدم على المستثنى منه ؛ وقال الشيخ أبو اسحاق : تقع عليها طلقتان ، لأن الاستثناء يجوز أن يتقدم على المستثنى منه . قال الشاعر :

وما لى الا آل أحمد شيعة وما لى الا مشعب الحق مشعب

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **ويصح الاستثناء لقوله عز وجل « انا أرسلنا الى قوم مجرمين الا آل لوط انا لمنجوهم أجمعين الا امرأته » فاستثنى آل لوط من المجرمين واستثنى من آل لوط امرأته . واذا قال أنت طالق ثلاثا الا طلقتين الا طلقة طلقت طلقتين لأن تقديره أنت طالق ثلاثا الا طلقتين فلا يقعان الا طلقة فتقع . وان قال أنت طالق خمساً الا ثلاثا ففيه وجهان : (أحدهما) أنها تطلق ثلاثا لأنه لا يقع من الخمس الا ثلاث ؛ فصار كما لو قال أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا (والثانى) أنها تطلق طلقتين ، لأنه لما وصل بالاستثناء علم أنه قصد الحساب . وان قال أنت طالق خمساً الا اثنتين ، طلقت على الوجه الأول طلقة ، وعلى الوجه الثانى تطلق ثلاثا .**

وان قال أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا الا اثنتين ، ففيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) يقع الثلاث لأن الاستثناء الأول يرفع المستثنى منه فيبطل ، والاستثناء الثانى فرع عليه فسقط وبقى الثلاث . (والثانى) تطلق طلقتين لأنه لما وصله بالاستثناء صار كأنه أثبت ثلاثا ونفى ثلاثا ثم أثبت اثنتين (والثالث) تقع طلقة لأن الاستثناء الأول لا يصح فسقط وبقى الاستثناء الثانى فيصير كما لو قال أنت طالق ثلاثاً الا طلقتين) .

الشرح هذا الفصل يمكن أن تشد يدك فى مسائله بما ذكرناه فى شرح الفصل قبله ، ونزيدك من مسائله أحكاماً فنقول وبالله التوفيق : يصح الاستثناء من الاستثناء لقوله تعالى « انا أرسلنا الى قوم مجرمين ، الا آل

لوط انا لمنجوهم أجمعين الا امرأته » فاذا قال أنت طالق ثلاثا الا اثنتين الا واحدة طلقت طلقتين لأنه أثبت ثلاثاً ثم نفى منها اثنتين فبقيت واحدة ثم أثبت من الطلقات الثلاث نفى واحدة فصار مثبتا لاثنتين فوقعتا .

وان قال أنت طالق ثلاثا الا اثنتين ففيه ثلاثة أوجه : (أحدها) يقع عليه ثلاث طلقات لأن الاستثناء الأول باطل فسقط والثانى عائد اليه وتابع له فسقطا . (والثانى) من الأوجه الثلاثة يقع عليها طلقة ، لأن الاستثناء الأول باطل فسقط وبقى الثانى ، فكان عائداً الى الاثبات ، فكأنه قال : ثلاثا الا طلقتين . (والثالث) يقع عليها طلقتان ، لأن استثناء الثلاث من الثلاث انما لا يصح اذا اقتصر عليه ، فأما اذا أثبته استثناء آخر بنى عليه فكأنه أثبت ثلاثا ونفى ثلاثاً ، ثم أثبت اثنتين فوقعتا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان قال أنت طالق ثلاثا الا أن يشاء أبوك واحدة . وقال أبوها شئت واحدة ، لم تطلق ، لأن الاستثناء من الاثبات نفى ، فيصير تقديره أنت طالق ثلاثا الا أن يشاء أبوك واحدة ، فلا يقع طلاق .

فصل وان قال امرأتى طالق أو عبدى حر ، أو لله على كذا . أو والله لأفعلن كذا ان شاء الله ، أو بمشيئة الله ، أو ما لم يشأ الله ، لم يصح شيء من ذلك لما روى ابن عمر رضى الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من حلف على يمين ثم قال ان شاء الله كان له ثنيا ، وروى أبو هريرة رضى الله عنه قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف فقال ان شاء الله لم يحنث » ولأنه علق هذه الأشياء على مشيئة الله تعالى ، ومشيئته لا تعلم ، فلم يلزم بالشك شيء وان قال أنت طالق الا أن يشاء الله ففيه وجهان (أحدهما) لا تطلق لأنه مقيد بمشيئة الله تعالى ، فأشبه اذا قال انت طالق ان شاء الله .(والثانى) وهو المذهب أنها تطلق لأنه أوقع الطلاق وعلق رفعه بمشيئة الله تعالى ، ومشيئة الله تعالى لا تعلم فسقط حكم رفعه وبقى حكم ثبوته ، ويخالف اذا قال : أنت طالق ان شاء الله ، فانه علق الوقوع على مشيئة الله .

فصل ولا يصح الاستثناء فى جميع ما ذكرناه الا أن يكون متصلا

بالكلام ، فان انفصل عن الكلام من غير عذر لم يصح لأن العرف فى الاستثناء أن يتصل بالكلام ، فان انفصل لضيق النفس صح الاستثناء لأنه كالمتصل فى العرف ولا يصح الا أن يقصد اليه ، فأما اذا كانت عادته فى كلامه أن يقول : ان شـــاء الله ، فقـــال ان شـاء الله على عادته لم يـكن اســـتثناء ، لأنه لم يقصده . واختلف أصحابنا فى وقت نية الاستثناء فمنهـم من قال : لا يصح الا أن يكون ينوى ذلك من ابتداء الكلام . ومنهم من قال اذا نوى قبل الفراغ من الكلام جاز .

فصـــل اذا قال : يا زانيه أنت طالق ان شـاء الله ، أو أنت طالق يا زانية ان شاء الله رجع الاستثناء الى الطلاق ، ولا يرجع الى قوله يازانيـة لأن الطلاق ايقاع فجاز تعليقه بالمشيئة ، وقوله يا زانية صفة فلا يصح تعليقها بالمشيئة ، ولهذا يصح أن يقول أنت طالق ان شاء الله ولا يصح أن يقول أنت زانية ان شاء الله وان كان امرأتان حفصة وعمرة ، فقال حفصة وعمرة طالقتان ان شاء الله لم تطلق واحدة منهما ، وان قال حفصة طالق وعمرة طالق ان شاء الله فقد قال بعض أصحابنا تطلق حفصة ولا تطلق عمرة ، لأن الاستثناء يرجع الى ما يليه وهو طلاق عمرة ، ويحتمل عندى أن لا تطلق واحدة منهما ، لأن المجموع بالواو كالجملة الواحدة .

فصـــل وان طلق بلسانه واستثنى بقلبه نظرت فان قال أنت طالق ونوى بقلبه ان شاء الله لم يصح الاستثناء ولم يقبل فى الحكم ولا يدين فيه ، لأن اللفظ أقوى من النية لأن اللفظ يقع به الطلاق من غير نية ، والنية لا يقـع بها الطلاق من غير لفظ فلو أعملنا النية لرفعنا القوى بالضعيف وذلك لا يجوز، كنسخ الكتاب بالسنة وترك النص بالقياس .

وان قال : نسائى طوالق واستثنى بعضهن دين لأنه لايسقط اللفظ بل يستعمله فى بعض ما يقتضيه بعمومه ،وذلك يحتمل فدين فيه ، ولا يقبل فى الحكم وقال أو حفص البا بشامى : يقبل فى الحكم لأن اللفظ يحتمل العمـوم والخصوص وهذا غير صحيح لأنه وان احتمل الخصوص الا أن الظاهر العموم فلا يقبل فى الحكم دعوى الخصوص ، فان قال امرأتى طالق ثلاثا واستثنى بقلبه الا طلقة أو طلقتين لم يقبل فى الحكم لأنه يدعى خـــلاف ما يقتضـــيه اللفظ . وهل يدين ؟ فيه وجهان : (أحدهما) يدين لأنه لا يسقط حكم اللفظ. وانما يخرج بعض ما يقتضيه فدين فيه ، كما لو قال نسائى طوالق واستثنى بالنية بعضهن . (والثانى) لا يدين وهو قول الشيخ أبى حامد الاســفراينى

رحمه الله ، لأنه يسقط ما يقتضيه اللفظ بصريحه بما دونه من النية ، وان قال لأربع نسوة : أربعكن طالق واستثنى بعضهن بالنية لم يقبل فى الحكم ، وهل يدين ؟ فيه وجهان : (أحدهما) يدين (والثانى) لا يدين ووجههما ما ذكرناه فى المسئلة قبلها) .

الشرح حديث ابن عمر أخرجه من أصحاب السنن أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه والدارقطنى . ورجاله عندهم رجال الصحيح ؛ ولفظه عند أكثرهم « ما حلف على يمين فقال ان شاء الله فلا حنث عليه » ولفظ « كان له ثنيٌ » سيأتى فى رواية أبى هريرة .

أما حديث أبى هريرة فقط أخرجه أحمد والترمذى وابن ماجه وقال : « فله ثنياه » والنسائى وقال « فقد استثنى » وأخرجه أيضا ابن حبان وهو من حديث عبد الرزاق عن معمر عن ابن طاوس عن أبيه عن أبى هريرة . قال البخارى : أخطأ فيه عبد الرزاق وأختصره عن معمر من حديث « أن سليمان ابن داود عليه السلام قال لأطوفن الليلة على سبعين امرأة الخ الحديث وفيه : فقال النبى صلى الله عليه وسلم لو قال ان شاء الله لم يحنث » رواه الترمذى عن البخارى . وللحديث طرق رواها الشافعى وأحمد وأصحاب السنن وابن حبان والحاكم من حديث ابن عمر . قال الترمذى لا نعلم أحداً رفعه غير أيوب السختيانى . وقال ابن علية كان أيوب تارة يرفعه وتارة لا يرفعه . قال ورواه مالك وعبيد الله بن عمر وغير واحد موقوفا قال الحافظ ابن حجر: هو فى الموطأ كما قال البيهقى . وقال لا يصح رفعه الا عن أيوب مع أنه شك فيه وتابعه على لفظه العمرى عبد الله وموسى بن عقبة وكثير بن فرقد وأيوب ابن موسى ، وقد صححه ابن حبان . وقد ورد معنى هذين الحديثين عن عكرمة عن ابن عباس عند أبى داود من فعله صلى الله عليه وسلم قال : والله لأغزون قريشا ، ثم قال ان شاء الله ؛ ثم قال والله لأغزون قريشاً ، ثم قال : ان شاء الله ؛ ثم قال : والله لأغزون قريشا ثم سكت ثم قال ان شاء الله ، ثم لم يغزهم » قال أبو داود : وقد أسنده غير واحد عن عكرمة عن ابن عباس ، وقد رواه البيهقى موصولا ومرسلا . قال ابن أبى حاتم فى العلل : الأشبه الارسال ، وقال ابن حبان فى الضعفاء : رواه مسعر ؛ وشريك أرسله مرة ووصله أخرى .

أما الأحكام فانه اذا قال : أنت طالق ثلاثا الا أن يشاء أبوك واحدة فقال أبوها : شئت واحدة لم يقع عليها طلاق ؛ لأنه أوقع الطلاق بشرط أن يشاء أبوها واحدة ، فاذا شاء أبوها واحدة لم يوجد الشرط فلم يقع الطلاق، كما لو قال : أنت طالق الا أن تدخلى الدار أو ان لم تدخلى الدار ؛ فدخلت الدار فانها لا تطلق ، قال العمرانى : ولا أعلم نصاً فى اعتبار وقت المشيئة ، والذى يقتضى القياس أن المشيئة تعتبر أن تكون عقيب ايقاع الزوج ؛ كما لو علق ايقاع الطلاق على مشيئة الأب •

مسألة قوله : وان قال امرأتى طالق الخ ، فهذا كما قال ، اذا لو قال لامرأته أنت طالق ان شاء الله • أو قال لعبده : أنت حر ان شاء الله أو على كذا وكذا أو والله لأفعلن كذا أو على لفلان كذا ان شاء الله ؛ لم يلزمه شىء من ذلك ، وبه قال طاوس والحكم وأبو حنيفة وأصحابه •

وقال مالك والليث : يدخل الاستثناء فى الأيمان دون الطلاق والعتق والنذر والاقرار ، وقال الأوزاعى وابن أبى ليلى • يدخل الاستثناء فى اليمين والطلاق دون غيره ؛ وقال أحمد : يدخل الاستثناء فى الطلاق دون العتق • دليلنا حديث ابن عمر حيث لم يفرق بين أن يحلف بالله أو يحلف بالطلاق ، ولأنه علق الطلاق بمشيئة من له مشيئة فلم تقع قبل العلم بمشيئته كما لو علق بمشيئة زيد ، وفى كتاب الأيمان مزيد ان شاء الله •

اذا ثبت هذا فقال لامرأته : أنت طالق ان شاء الله أو اذا شاء الله أو متى شاء الله أو بمشيئة الله لم يقع الطلاق لأنه علق وقوع الطلاق بمشيئة الله ومشيئته بذلك لا تعلم ، فان قال : أنت طالق ان لم يشأ الله أو ما لم يشأ الله لم يقع الطلاق ، لأنه لا تعلم أنه لم يشأ ، كما لا نعلم أنه شاء •

وحكى صاحب الفروع وجها آخر أنه يقع عليها الطلاق ؛ وانما علق دفعه بمشيئة الله ونحن لا نعلمها ، والمشهور هو الأول ، وان قال : أنت طالق الا أن يشاء الله ففيه وجهان : (أحدهما) لا يقع عليها الطلاق ؛ لأنه علق الطلاق بمشيئة الله فلم يقع ، كما لو قال : ان شاء الله • (والثانى) وهو المذهب أنه

يقع الطلاق ، وانما علق رفعه بمشيئة ؛ ومشيئة الله لا تعلم فثبت الايقاع وبطل الرفع .

فـــرع ولا يصح لاستثناء الا ان كان متصلا بالكلام لأن هذا هو العرف فى الاستثناء ، فان الفصل لضيق نفس كان كالمتصل لأن انفصـــاله لعذر ، ولا يصح الا أن قصد بالنية ، والتقييد بمشيئة الله مانع من الوقوع ؛ وقد ذهب الى ذلك الجمهور وادعى عليه ابن العربى الاجماع قال : أجمـع المسلمون على أن قوله : ان شاء الله يمنع انعقاد اليمين بشرط كونه متصلا ؛ قال : ولو جاز منفصلا كما روى بعض السلف لم يحنث أحد قط فى يمين ولم يحتج الى كفارة ، قال : واختلفوا فى الاتصال ، فقال مالك والأوزاعى والشافعى والجمهور : هو أن يكون قـوله : ان شاء الله متصـلا باليمين من غير سكوت بينهما ولا يضر سكتة النفس .

وعن طاوس والحسن وجماعة من التابعين أن له الاستثناء ما لم يقم من مجلسه وقال قتادة : ما لم يقم أو يتكلم ؛ وقال عطاء : قدر حلبة ناقة ، وقال سعيد بن جبير ، يصح بعد أربعة أشهر ؛ وعن ابن عباس : له الاستثناء أبدا ، ولا فرق بين الحلف بالطلاق والحلف بالله أو الحلف بالعتاق ؛ واستثنى أحمد رضى لله عنه العتاق قال : لحديث « اذا قال : أنت طالق ان شاء الله لم تطلق ؛ وان قال لعبده : أنت حر ان شاء الله فانه حر » وقد تفرد به حميد بن مالك وهو مجهول كما قال البيهقى وذهب الهادوية الى أن التقييد بالمشيئة يعتبر فيه مشيئة الله فى تلك الحال باعتبار ما يظهر من الشريعة ، فان كان ذلك الأمر الذى حلف على تركه وقيد الحلف بالمشيئة محبوباً لله فعله لم يحنث بالفعل ، وان كان محبوبا لله بركه لم يحنث بالترك ؛ فاذا قال : والله ليتصدقن ان شاء الله حنث بترك الصدقة ، لأن الله يشاء التصدق فى الحال ؛ وان حلف ليقطعن رحمه ان شاء الله لم يحنث بترك القطع لأن الله تعالى يشاء ذلك الترك .

قوله : وان طلق بلسانه واستثنى بقلبه الخ ، وهذا يدل بمفهـومه على أنه اذا استثنى بلسانه صح ولم يقع ما استثناه بقلبه ؛ وهو قول جماعة أهل العلم .

وقال الخرقى من الحنابلة « اذا طلقها بلسانه واستثنى شيئا بقلبه وقع الطلاق ولم ينفعه الاستثناء • وجملة ذلك أن ما يتصل باللفظ من قرينة أو استثناء منه مالا يصح نطقا ولا نية ، مثل أن يرفع حكم اللفظ كله ، وهذا قد مضى بيانه • ومنها ما يقبل لفظا ولا يقبل نية فى الحكم ، وهل يقبل فيما بينه وبين الله تعالى ؟ وجهان : (أحدهما) لا يقبل فيما بينه وبين الله تعالى ؛ وبه قال أحمد وأكثر أصحاب الشافعى ، وهذا استثناء الأقل ، فانه لا يصح الا لفظا لأنه من لسان العرب ، ولا يصح بالنية لأن العدد نص فيما تناوله لا يحتمل غيره ، فلا يرتفع بالنية ما ثبت بنص اللفظ ، فان اللفظ أقوى من النية ، فلو نوى بالثلاث اثنتين كان مستعملا للفظ فى غير ما يصلح له فوقع مقتضى اللفظ ولغت نيته •

وقال بعض أصحابنا : انه يقبل فيما بينه وبين الله تعالى ، كما لو قال : نسائى طوالق واستثنى بقلبه الا فلانة ؛ والفرق بينهما أن نسائى اسم عام يجوز التعبير به عن بعض ما وضع له ، وقد استعمل العموم بازاء الخصوص كثيرا • فاذا أراد به البعض صح •

وقوله « ثلاثا » اسم عدد للثلاث لا يجوز التعبير به عن عدد غيرها ، ولا يحتمل سواها بوجه من الوجوه ؛ فاذا أراد بذلك اثنين فقد أراد باللفظ ما لا يحتمله • وانما تعمل النية فى صرف اللفظ المحتمل الى أحد محتملاته• فأما ما لا يحتمل فلا فانا لو عملنا به فيما لا يحتمل كان عملا بمجرد النية ؛ ومجرد النية لا يعمل فى نكاح ولا طلاق ولا بيع •

ولو قال : نسائى الأربع طوالق ، أو قال لهن أربعتكن طوالق ، واستثنى بعضهن بالنية لم يقبل على قياس ما ذكرناه ، ولا يدين فيه ، لأنه عنى باللفظ ما لا يحتمل •

ومنها ما يصح نطقاً اذا نواه دين فيما بينه وبين الله تعالى ، مثل تخصيص اللفظ العام أو استعمال اللفظ فى مجازه مثل قوله : نسائى طوالق ، يريد بعضهن أو ينوى بقوله طالق ؛ أى من وثاق ، فهذا يقبل كما قررنا من قبل

اذا كان لفظا وجها واحداً لأنه وصل كلامه بما بين مراده وان كان بنيته قبل فيما بينه وبين الله تعالى لأنه أراد تخصيص اللفظ العام واستعماله فى الخصوص • وهذا سائغ فى الكلام فلا يمنع من استعماله والتكلم به ، ويكون اللفظ بنيته منصرفا الى ما أراده دون ما لم يرده ، وهل يقبل ذلك فى الحكم ؟ مذهبنا أنه لا يقبل فى الحكم لأنه خلاف الظاهر • ومن شرط هذا أن تكون النية مقارنة للفظ وهو أن يقول : نسائى طوالق ، يقصد بهذا اللفظ بعضهن ، فأما ان كانت النية متأخرة عن اللفظ فقال : نسائى طوالق ثم بعد فراغه نوى بقلبه بعضهن لم تنفعه النية ووقع الطلاق بجميعهن ، وكذلك لو طلق نساءه ونوى بعد طلاقهن أى من وثاق لزمه الطلاق لأنه مقتضى اللفظ •

والقاعدة فى ذلك كله (أولا) ارادة الخاص بالعام شائع فى اللغة ومستساغ (ثانيا) ارادة الشرط من غير ذكره غير سائغ فهو كالاستثناء • واللفظ العام الذى لم يرد به غير مقتضاه وجب العمل بعمومه ، والعمل بعموم اللفظ أولى من خصوص السبب ، لأن دليل الحكم هو اللفظ ، فيجب اتباعه والعمل بمقتضاه فى خصوصه وعمومه ، ولذلك لو كان أخص من السبب لوجب قصره على خصوصه واتباع صفة اللفظ دون صفة السبب • والله تعالى أعلم بالصواب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الشرط فى الطلاق

اذا علق الطلاق بشرط لا يستحيل كدخول الدار ومجىء الشهر تعلق به ، فاذا وجد الشرط وقع ، واذا لم يوجد لم يقع • لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « المؤمنون عند شروطهم » ولأن الطلاق كالعتق لأن لكل واحد منهما قوة وسراية ، ثم العتق اذا علق على شرط وقع بوجوده ولم يقع قبل وجوده فكذلك الطلاق ، فان علق الطلاق على شرط ثم قال : عجلت ما كنت علقت على الشرط لم تطلق فى الحال لأنه تعلق بالشرط ولا يتغير ، واذا وجد الشرط طلقت •

وان قال انت طـالق ثم قال : اردت اذا دخلت الدار ، او اذا جاء رأس الشهر لم يقبل فى الحكم ، لأنه يدعى خلاف ما يقتضيه اللفظ بظاهره ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، لأنه يدعى صرف الكلام عن ظاهره الى وجه يحتمله فدين فيه كما لو قال أنت طالق وادعى أنه أراد طلاقا من وثاق . فان قال : أنت طالق ان دخلت الدار ، وقال : أردت الطـلاق فى الحـال ، ولكـن سبق لسانى ان الشرطية ، لزمه الطلاق فى الحال لأنه أقر على نفسه بما يوجب التغليظ من غير تهمة .

فصـــل والألفاظ التى تستعمل فى الشرط فى الطلاق : (من ، وان ، واذا ، ومتى ، واى وقت ، وكلما) وليس فى هذه الألفاظ ما يقتضى التكرار الا قوله : كلما فانه يقتضى التكرار . فاذا قال من دخلت الدار فهى طالق ، أو قال لامرأته ان دخلت الدار أو اذا دخلت الدار ، أو متى دخلت الدار أو أى وقت دخلت الدار فأنت طالق ، فوجد الدخول وقع الطلاق . وان تكرر الدخول لم يتكرر الطلاق لأن اللفظ لا يقتضى التكرار .

وان قال : كلما دخلت الدار فانت طالق ، فدخلت طلقت . وان تكرر الدخول تكرر الطلاق لأن اللفظ يقتضى التكرار) .

الشرح حديث « المؤمنون عند شروطهم » أخرجه البخارى بلفظ « المسلمون عند شروطهم » فى كتاب الاجارة وأخرجه الترمذى فى الأحكام بلفظ « المسلمون على شروطهم الا شرطا حرم حلالا » وأخرجه أبو داود فى الأقضية .

اما الأحكام فانه اذا علق طلاق امرأته بشرط غير مستحيل لم يقع الطلاق قبل وجود الشرط . سواء كان الشرط يوجد لا محالة ، كقوله : اذا طلعت الشمس فأنت طالق ، أو كان الشرط قد يوجد وقد لا يوجد كقوله : اذا قدم القطار من الاسكندرية فأنت طالق ، هذا مذهبنا ، وبه قال أبو حنيفة والثورى وأحمد واسحاق وقال الزهرى وابن المسيب والحسـن البصرى ومالك : اذا علق الطلاق بشرط يوجد لا محالة كمجىء الليل والنهـار والشمس والقمر وما أشبههما وقع عليها الطلاق فى الحال قبل وجود الشرط .

دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « المسلمون عند شروطهم » ولأنه علق

على شرط غير مستحيل فلم يقع الطلاق قبل وقوع الشرط ، كما لو علقه على قدوم القطار • وقولنا « على شرط غير مستحيل » احتراز مما اذا علقه على صعود السماء بدون طائرة أو أجهزة للصعود كالصواريخ والأقمار الصناعية وما اليها من وسائل معروفة فى عصرنا هذا ، وكذلك احتراز مما اذا علقه على شرب جميع البحر •

وان علق طلاقها على شرط ثم قال قبل وجود الشرط : عجلت ما كنت علقت على الشرط ، لم تطلق فى الحال • لأنه تعلق بالشرط فلا يتعجل بلفظ التعجيل كالدين المؤجل •

وان قال أنت طالق ثم قال : أردت اذا دخلت الدار لم يقبل فى الحكم لأنه يدعى خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يحتمل ما يدعيه• وان قال : أنت طالق ان دخلت الدار ، ثم قال : أردت به الطلاق فى الحال وانما سبق لسانى الى الشرط قبل قوله لأن فى ذلك تغليظا عليه •

قوله « من ، وان ، واذا ، ومتى ، وأى وقت ، وكلما » ومن هذه تستعمل للشرط وللصلة ، وان للشرط وللنفى ، وتأتى زائدة ومخففة من ان « وان نظنك لمن الكاذبين » و « واذا » تأتى للشرط وللمفاجأة ، ولربط الجواب بالشرط نحو « وان تصبهم سيئة بما قدمت أيديهم اذا هم يقنطون » والأشهر أنها ظرف و « متى » للزمان ، ومثلها نون أيان نحواً لا فقهاً ، « وكلما » تقتضى التكرار لجواب شرطها ولا ينبغى تكرارها فى جواب الشرط كما يفعل أكثر أهل هذا الزمان من المتعالمين فانه يكثر فى استعمالهم تكرار كلما فى الجملة ، فيقولون مثلا : « كلما استقمت » كلما رضى الله عنك » وهو خطأ فادح : أو « كلما أسأت الى كلما ازددت حلماً » فكلما الثانية فى الجملة مقحمة بغير مسوغ •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان كانت له امراة لا سنة فى طلاقها ولا بدعة ، وهى الصغيرة التى لم تحض او الكبيرة التى يئست من الحيض او الحامل او التى**

لم يدخل بها فقال لها : أنت طالق لا للسنة ولا للبدعة ، طلقت لوجود الصفة. وان قال : انت طالق للسنة أو للبدعة ، أو أنت طالق للسنة والبدعة ، طلقت لأنه وصفها بصفة لا تتصف بها ، فلغت الصفة وبقى الطلاق فوقع . فان قال للصغيرة او الحامل أو التى لم يدخل بها : انت طالق للسنة أو أنت طالق للبدعة ، وقال : أردت به اذا صارت من أهل سنة الطلاق أو بدعته طلقت فى الحال ، ولم يقبل ما يدعيه فى الحكم ، لأن اللفظ يقتضى طلاقا ناجزاً ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل ، لأنه يحتمل ما يدعيه .

وان كانت له امرأة لها سنة وبدعة فى الطلاق وهى المدخول بها اذا كانت من ذوات الأقراء ، فقال لها : أنت طالق للسنة ـ فاذا كانت فى طهر لم يجامعها فيه ـ طلقت فى الحال لوجود الصفة . وان كانت فى حيض أو فى طهر جامعها فيه لم تطلق فى الحال لعدم الصفة ، واذا طهرت من غير جماع طلقت لوجود الصفة .

وان قال : انت طالق للبدعة ـ فان كانت حائضا أو فى طهر جامعها فيه ـ طلقت فى الحال لوجود الصفة ، وان كانت فى طهر لم يجامعها فيه لم تطلق فى الحال لفقد الصفة فاذا جامعها أو حاضت طلقت لوجود الصفة .

وان قال : انت طالق للسنة ان كنت فى هذه الحالة ممن يقع عليها طلاق السنة ـ فان كانت فى طهر لم يجامعها فيه ـ طلقت لوجود الصفة ، وان كانت حائضا أو فى طهر جامعها فيه لم تطلق فى الحال لعدم الصفة وان صارت فى طهر لم تجامع فيه لم تطلق أيضاً لأنه شرط أن تكون للسنة وأن تكون فى تلك الحال . وذلك لا يوجد بعد انقضاء الحال .

وان قال لها : انت طالق للسنة وللبدعة ، أو انت طالق طلقة حسنة قبيحة، طلقت فى الحال طلقة ، لأنه لا يمكن ايقاع طلقة على هاتين الصفتين ، فسقطت الصفتان وبقى الطلاق فوقع . وان قال : أنت طالق طلقتين طلقة للسنة وطلقة للبدعة طلقت فى الحال طلقة فاذا صارت فى الحالة الثانية طلقت طلقة . وان قال : انت طالق طلقتين للسنة وللبدعة ففيه وجهان :

(أحدهما) يقع طلقة فى حال السنة وطلقة فى حال البدعة ، لأنه يمكن ايقاعها على الصفتين فلم يجز اسقاطهما .

(والثانى) يقع فى الحال طلقتان ، لأن الظاهر عود الصفتين الى كل واحدة من الطلقتين وايقاع كل واحدة منهما على الصفتين لا يمكن فلغت الصفتان

ووقعت الطلقتان . وان قال : أنت طالق ثلاثا للسنة وقع الثلاث فى طهر لم يجامعها فيه ، لأن ذلك طلاق للسنة .

وان قال : أنت طالق ثلاثا بعضهن للسنة وبعضهن للبدعة وقع فى الحال طلقتان لأن اضافة الطلاق اليهما يقتضى التسوية ، فيقع فى الحال طلقة ونصف ثم يكمل فيصير طلقتين ، ويقع الباقى فى الحالة الأخرى ، وان قال : أردت بالبعض طلقة فى هذه الحال وطلقتين فى الحالة الأخرى ففيه وجهان : (أحدهما) وهو قول أبى على بن أبى هريرة : انه لا يقبل قوله فى الحكم ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل ، لأنه يدعى ما يتأخر به الطلاق فصار كما لو قال : أنت طالق وادعى أنه أراد اذا دخلت الدار .

(والثانى) وهو المذهب : انه يقبل فى الحكم ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل لأن البعض يقع على القليل والكثير حقيقة ، ويخالف دعوى دخول الدار ، فان الظاهر انجاز الطلاق فلم تقبل فى الحكم دعوى التأخير) .

الشرح النساء على ضربين : ضرب لا سنة فى طلاقهن ولا بدعة وهن أربع (الأولى) التى لم يدخل بها . (الثانية) الصغيرة . (الثالثة) الآيسة من الحيض . (الرابعة) التى استبان حملها . وضرب فى طلاقهن سنة وبدعة وهى المدخول بها اذا كانت من ذوات الأقراء .

اذا ثبت هذا فقال لمن لا سنة فى طلاقها ولا بدعة : أنت طالق للسنة أو للبدعة طلقت فى الحال لأنه علق الطلاق بصفة لا تتصف بها المرأة ، فألغيت الصفة وصار كما لو قال : أنت طالق . وان قال : أنت طالق لا للسنة ولا للبدعة طلقت فى الحال لوجود الصفة .

وان قال للصغيرة المدخول بها أو الحامل : أنت طالق للسنة أو للبدعة ثم قال : أردت بها اذا صارت من أهل سنة الطلاق وبدعته لم يقبل فى الحكم، لأنه يريد تأخير الطلاق من أول وقت يقتضيه فلم يقبل ، كما لو قال : أنت طالق ثم قال : أردت اذا دخلت الدار . ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ؛ فيقال : أمسك امرأتك فيما بينك وبين الله تعالى الى أن تحيض الصغيرة وتلد الحامل ان علقه على البدعة ؛ والى أن تطهر ان علقه على السنة ، ولا يجىء هذا فى الآيسة ؛ وهل يجىء هذا فى التى لم يدخل بها ؟ اختلف

الشيخان فيهما ، فذكر الشيخ أبو حامد أنه لا يجيء فيها • وذكر الشيخ أبو اسحاق الشيرازى أنه يجيء فيها هذا •

فرع وان قال لمن لا سنة فى طلاقها ولا بدعة : أنت طالق للسنة ان كنت فى هذا الحال ممن يقع عليها طلاق السنة ، أو أنت طالق للبدعة ان كنت الآن ممن يقع عليها طلاق البدعة • قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم : وقع عليها الطلاق فى الحال : فحكى ابن الصباغ أن القاضى أبا الطيب قال : فيه نظر ، وأن الشيخ أبا حامد قال لا يقع الطلاق لأن الشرط لم يوجد ، كقوله : ان كنت علوية فأنت طالق وليست بعلوية ، ويخالف الصفة لأنها تلغى اذا لم تتصف بها •

قال ابن الصباغ : وكما قال الشافعى : عندى وجه آخر ، وهو أن قوله : أنت طالق للسنة وان كان عليك طلاق السنة ، يقتضى طلاقا مضافاً الى السنة وهو يقع عليها • وقوله : وصفها بصفة محال يريد اذا قال : أنت طالق للسنة فانه تلغو الصفة • هكذا أفاده العمرانى فى البيان •

مسألة قوله : وان كانت له امرأة لها سنة وبدعة فى الطلاق الخ فهو كما قال ، اذ لو قال لها أنت طالق للسنة ــ فان كانت فى طهر لم يجامعها فيه طلقت لوجود السنة وان كانت فى طهر جامعها فيه أو فى حيض لم تطلق لعدم الصفة ــ فاذا طهرت من الحيض ــ طلقت لوجود الصفة ، وان كانت فى طهر جامعها فيه أو فى حيض لم تطلق لعدم الصفة ــ فاذا طهرت من الحيض طلقت بأول جزء من الطهر • وقال أبو حنيفة : ان طهرت لأكثر الحيض طلقت بأول جزء من الطهر ، وان طهرت لدون أكثر الحيض لم تطلق حتى تغتسل •

دليلنا : أن كل طهر لو صادف غسلا وقع فيه الطلاق وجب أن يقع فيه الطلاق وان لم يصادف الغسل ، كما لو طهرت لأكثر الحيض •

وان جامعها فى آخر الحيض وانقطع الدم فى حال الجماع لم يقع عليها طلاق ، لأنه طهر صادفه الجماع ، وان وطئها فى أثناء الحيض وطهرت بعده

فان القفال قال : لا يطلق بالطهر اذا علقه بالسنة لاحتمال أن تكون قد علقت منه ، ووجود بقية الحيض لا يدل على براءة رحمها ، كما لا يكون بعض الحيض استبراء فى الأمة وان قال أنت طالق للبدعة ، فان كانت حائضا أو فى طهر جامعها فيه وقع عليها الطلاق لوجود الصفة • وهكذا ان كانت فى طهر لم يجامعها فيه ، ولكنها استدخلت ماء الزوج ، وقع عليها الطلاق لاحتمال أن تكون علقت منه ، وان وطئها فى الدبر أو فيما دون الفرج ولم يتحقق وصول الماء الى رحمها فليس بطلاق توقعه • وان كانت العدة واجبة عليها لأن العدة تجب مرة لبراءة الرحم ومرة للتعبد • وان كانت فى طهر لم يجامعها فيه لم يقع عليها الطلاق ، فاذا طعنت فى الحيض أو غيب الحشفة فى الفرج بعد ذلك وقع عليها الطلاق لوجود الصفة •

فـــرع اذا تزوج امرأة حامل من الزنا فهل يجوز له وطؤها قبل وضعها ؟ فيه وجهان المشهور أنه يجوز •

اذا ثبت هذا ودخل بها ثم قال لها : أنت طالق للسنة لم تطلق حتى تلد وتطهر من النفاس ، لأن هذا الحمل لا حكم له فكان وجوده كعدمه •

ونخلص الى فرع آخر ذكره الشافعى فى الأم : اذا قال لمن لها سنة وبدعة فى طلاق : أنت طالق للسنة ان كنت ممن يقع عليها طلاق السنة ، فان كانت فى طهر لم يجامعها فيه وقع عليها الطلاق لوجود الصفة ، وان كانت فى طهر جامعها فيه أو حائضاً لم يقع عليها الطلاق لعدم الصفة ــ فان طلقت بعد ذلك فى الطهر ــ لم يقع عليها الطلاق لأنه شرط أن يكون حال عقد الطلاق ممن يقع عليها طلاق السنة ولم توجد الصفة •

وان قال لها : أنت طالق للبدعة ان كنت الآن ممن يقع عليها طلاق البدعة ــ فان كانت حائضاً أو فى طهر جامعها فيه ــ وقع عليها الطلاق لوجود الصفة ، وان كانت فى طهر لم يجامعها فيه لم يقع عليها الطلاق ، فان جامعها أو حاضت لم يقع عليها الطلاق ، لأنه شرط أن يكون حال عقد الطلاق ولم يوجد الشرط ، وان كانت فى طهر لم يجامعها فيه فقال : أنت طالق للبدعة فقد

قلنا : لا يقع عليها الطلاق فى الحال ، فان قال : أنا أردت طلاق السنة ، وانما سبق لسانى فى البدعة ؛ وقع عليها الطلاق ؛ لأن فيه تغليظا عليه •

ونستطرد الى فرع آخر فى المسألة هذه : اذا قال لامرأته فى: أنت طالق ثلاثا للسنة وكانت فى طهر لم يجامعها فيه وقع عليها الثلاث ، لأن السنة والبدعة للوصف عندنا دون العدد ، فان قال أردت السنة على مذهب مالك وأبى حنيفة أنه يقع فى كل هذه طلقة لم يقبل فى الحكم ، لأنه يريد تأخير الطلاق عن أول وقت يقتضيه ، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، لأنه يحتمل ما يدعيه، بدليل أنه لو صرح به فى الطلاق حمل عليه ، فيقع عليها فى الحال طلقة ، فان لم يراجعها فانها اذا حاضت ثم طهرت طلقت أخرى • ثم اذا حاضت وطهرت طلقت الثالثة وبانت • وان راجعها بعد الأولة ووطئها فانها اذا حاضت وطهرت طلقت الثانية وبأول الطهر فاذا راجعها ثانيا ووطئها ثم حاضت وطهرت طلقت الثالثة وبانت واستأنفت العدة • وان راجعها ولم يطأها حتى حاضت ثم طهرت طلقت الثانية بأول الطهر الثانى ؛ فان راجعها ثانيا ولم يطأها حتى حاضت وطهرت وقعت الثالثة وبانت • وهل تبنى على عدتها أو تستأنف ؟ على القولين الذين يأتى ذكرهما • قال الشافعى رضى الله عنه : ويسعه أن يطأها وعليها الهرب وله الطلب ، لأنه يعتقدها زوجته وهى تعتقد أنها غير زوجته •

وثم فرع آخر وهو : ان قال لمن لها سنة وبدعة فى الطلاق : أنت طالق للسنة وأنت طالق للبدعة ، وقع عليها فى الحال طلقة وفى الحالة الثانية طلقة أخرى • وان قال : أنت طالق طلقتين للسنة وللبدعة ففيه وجهان :

(أحدهما) يقع عليها فى الحال طلقتان لأن الظاهر عود الصفتين الى كل واحدة من الطلقتين ؛ وايقاع كل واحدة من الطلقتين على الصفتين لا يمكن فسقطت الصفتان وبقيت الطلقتان فوقعتا •

(والثانى) يقع عليها فى الحال طلقة ، فاذا صارت فى الحالة الثانية وقعت عليها الثانية ، لأن الظاهر أنها تعود الى غير الانقاص • وان قال لها :

أنت طالق ثلاثاً للسنة وثلاثا للبدعة وقع عليها فى الحال ثلاث لأنها فى احدى الحالتين وبانت بها •

وان قال لها : أنت طالق ثلاثا بعضهن للسنة وبعضهن للبدعة وأطلق ذلك ولم يقيده بلفظ ولا نية وقع عليها فى الحال طلقتان • واذا صارت الى الحالة الأخرى وقع عليها الطلقة الثالثة • وقال المزنى : يقع عليها فى الحال الطلقة وفى الحال الثانية طلقتان ؛ لأن البعض يقع على الأقل والأكثر فأوقعنا الواحدة لأنها بيقين ، وما زاد مشكوك فيه ، فالمذهب الأول لأنه أضاف الثلاث الى الحالتين وساوى بينهما فى الاضافة فالظاهر أنه أراد التسوية بينهما فى الثلاث ؛ كما لو قال : بعض هذه الدار لزيد وبعضها لعمرو فانها تكون بينهما نصفين ، واذا كان كذلك كان للحالة الأولة طلقة ونصف فسرى هذا النصف فوقع طلقتان • فان قيل : هلا قلتم : يقع فى الحال ثلاث طلقات لأنه يقتضى أن تكون بعض كل طلقة من الثلاث للسنة وبعضها للبدعة ؛ فيخص كل طلقة ثلاثة أبعاض من الثلاث طلقات فتكمل الأبعاض ؟ •

(فالجواب) أنا لا نقول هذا ، لأن كل عدد أمكن قسمته قسمة صحيحة من غير كسر لم يجز قسمته على الكسر • وفى مسألتنا يمكن قسم طلقتين من الثلاث جبراً على الحالين فلم يتبعضا •

وان قيد ذلك باللفظ بأن قال أنت طالق ثلاثا نصفها للسنة ونصفها للبدعة وقع طلقتان وفى الحال الثانية طلقة لما ذكرناه • وان قال واحدة للسنة واثنتين للبدعة ؛ أو قال اثنتين للسنة وواحدة للبدعة حمل على ما قيده بقوله وان لم يقيده باللفظ بل قال : أنت طالق ثلاثا بعضهن للسنة وبعضهن للبدعة ؛ ثم قال :أنا أردت نصفهن للسنة ونصفهن للبدعة ، أو أردت فى الحالة الأولى طلقتين وفى الثانية طلقة حمل على ذلك ؛ لأنه لو لم ينو ذلك لحمل اطلاقه عليه فكذلك اذا نواه • وان قال أردت فى الحالة الأولى طلقة وفى الحالة الثانية طلقتين ، فاختلف أصحابنا فيه : فقال أبو على بن أبى هريرة : لا يقبل فى الحكم ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأن الظاهر أنه أراد التسوية فلا يقبل قوله فيما يخالف الظاهر ومنهم من قال يقبل فى الحكم وهو الصحيح ؛ لأن البعض يقع على الأقل والأكثر • فاذا أخبر أنه نوى ذلك قبل منه كما لو قيده باللفظ ، والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان قال ان قدم فلان فانت طالق ، فقدم وهى فى طهر لم يجامع فيه وقع طلاق سنة ، وان قدم وهى حائض أو فى طهر جامعها فيه وقع طلاق بدعة الا انه لا يأثم لأنه لم يقصد ، كما اذا رمى صيداً فأصاب آدمياً فقتله ، فان القتل صادف محرماً لكنه لم يأثم لعدم القصد . وان قال : ان قدم فلان فانت طالق للسنة فقدم وهى فى حال السنة طلقت . وان قدم وهى فى حال البدعة لم تطلق حتى تصير الى حال السنة ، لأنه علقه بعد القدوم بالسنة .

فصـــل وان قال انت طالق أحسن الطلاق وأكمله وأعدله ، وما أشبهها من الصفات الحميدة ، طلقت للسنة لأنه أحسن الطلاق وأكمله وأعدله ، وان قال أردت به طلاق البدعة ، واعتقدت أن الاعدل والاكمل فى حقها لسوء عشرتها أن تطلق للبدعة نظرت ، فان كان ما يدعيه من ذلك اغلظ عليه ، بأن تكون فى الحال حائضا أو فى طهر جامعها فيه ، وقع طلاق بدعة ، لأن ما ادعاه عليه واللفظ يحتمله فقبل منه . وان كان اخف عليه بأن كانت فى طهر لم يجامع فيه دين فيما بينه وبين الله عز وجل ، لأنه يحتمل ما يدعيه ولا يقبل فى الحكم ، لأنه مخالف للظاهر .

فان قال انت طالق أقبح الطلاق وأسمجه وما أشبههما من صفات الذم طلقت فى حال البدعة لأنه أقبح الطلاق وأسمجه . وان قال أردت طلاق السنة واعتقدت أن طلاقها أقبح الطلاق وأسمجه لحسن دينها وعشرتها ، فان كان ذلك أغلظ عليه لما فيه من تعجيل الطلاق ، قبل منه لأنه أغلظ عليه واللفظ يحتمله ، وان كان أخف عليه لما فيه من تأخير الطلاق دين فيما بينه وبين الله عز وجل ، لأنه يحتمل ولا يقبل فى الحكم لأنه مخالف للظاهر . وان قال أنت طالق طلاق الحرج طلقت للبدعة ، لأن الحرج فيما خالف السنة وأثم به) .

الشرح اذا قال : اذا قدم فلان فأنت طالق ؛ فقدم وهى فى حال السنة ، طلقت طلاق السنة ، وان قدم وهى فى حال البدعة طلقت طلاق البدعة الا أنه لا يأثم لأنه لم يقصد اليه .

وان قال : أنت طالق اذا قدم فلان للسنة ــ فان قدم وهى فى حال السنة ــ طلقت لوجود الصفة وان كانت فى حال البدعة لم تطلق لعدم

الصفة ، فاذا صارت بعد ذلك الى حال السنة وقع عليهـا الطـلاق ، لأن الشرطين قد وجدا • قال صاحب الفروع : ويحتمل أن لا يقع عليها الطلاق حينئذ أيضا ، لأن ظاهر الشرطين أن يكونا معتبرين حالة القدوم ؛ والمنصوص هو الأول •

وان قال : أنت طالق رأس الشهر للسنة • قال فى الأم : فان كانت رأس الشهر فى طهر لم يجامعها فيه طلقت • وان كانت حائضا أو فى طهر جامعها فيه رأس الشهر لم تطلق ، فاذا طهرت بعد ذلك من غير جماع وقع عليهـا الطلاق • وعلى الوجه الذى خرجه صاحب الفروع فى التى قبلها يحتمـل أن لا يقع عليها الطلاق ههنا بالطهر بعد رأس الشـهر ، الا أن المنصـوص الأول •

فـرع قال فى الأم : اذا قال لامـرأته وهى ممن تحيض قبـل الدخول : أنت طالق اذا قدم فلان للسنة ، فدخل بها قبل أن يقدم فلان ثم قدم وهى طاهر غير مجامعة وقع عليها الطلاق ، وان قدم وهى حائض أو فى طهر جامعها فيه ــ قال أصحابنا : فالذى يجىء على قول الشافعى أنها لا تطلق حتى تصير الى زمان السنة ، لأنه يعتبر صفتها حين قدومه لا حين عقد الصفة ، فلو لم يدخل بها وقدم فلان طلقت لأنه ليس فى طلاقها سنة ولا بدعة ــ فان دخل بها الزوج وقال ما أردت بقولى طلاق سنة الزمان ، وانما أردت سـنة طلاقها قبل الدخول ، وقع عليها الطلاق بقدوم فلان ، سواء كانت فى زمان السنة أو فى زمان البدعة •

مسـألة قوله « وان قال : أنت طالق أحسن الطلاق الخ » وهـذا صحيح ؛ فانه اذا قال أنت طالق أعدل الطلاق أو أحسنه أو أكمله أو أفضله أو أتمه ــ ولم يكن له نية ــ طلقت للسنة لأنه أعدل الطلاق وأحسنه ، فان كانت فى طهر لم يجامعها فيه وقع عليها الطلاق • وان كانت له نية ــ فان كانت نيته موافقة لظاهر قوله ــ كانت تأكيداً ، وان خالفت ظاهر قوله بأن قال : أردت به طلاق البدعة واعتقدت أنه الأعدل والأحسن فى طلاقها لسوء عشرتها • وهذا مثل تأويله لقوله تعالى « ادفـع بالتى هى أحسـن » حين

يقول : رأيت أن التى هى أحسن أن أضرب أو أصفع من يرتكب المخالفة أو ما الى ذلك ، لأننى لو عاملته باللين لسدر فى غوايته وأمعن فى ضلالته ، ففى الشدة الحسنى وفى اللين السوأى فى بعض الأحوال ، فان كانت حال العقد فى حال البدعة وقع عليها الطلاق ، لأن فى ذلك تغليظا عليه فقبل ، وان كانت فى حال عقد الطلاق فى حال السنة لم يقبل قوله فى الحكم لأنه يريد تأخير الطلاق عن أول وقت يقتضيه فلم يقبل ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، لأنه يحتمل ما يدعيه ، ولهذا لو صرح به حال عقد الطلاق قبل • وان قال : أنت طالق أقبح الطلاق وأسمجه ، والسماجة ضد الملاحة ، ولبن سمج لا طعم له • أو قال أفحشه أو ما أشبه ذلك كان من صفات الذم • فان لم يكن له نية طلقت للبدعة ؛ فان كانت حائضاً أو فى طهر جامعها فيه طلقت لأن ذلك أقبح الطلاق وأفحشه • وان كانت فى طهر لم يجامعها فيه لم تطلق• فاذا طلقت فى الحيض أو جامعها طلقت •

وان كانت له نية • فان وافقت نيته ظاهر قوله • وهو أن ينوى طلاق البدعة قبل منه وكانت نيته تأكيداً ، وان خالفت ظاهر قوله بأن قال : نويت طلاق السنة واعتقدت أن الأقبح فى حقها السنة لحسن عشرتها • فان كانت حال عقد الطلاق فى طهر لم يجامعها فيه وقع عليها الطلاق لأن فيه تغليظا عليه • وان كانت حائضا أو فى طهر جامعها فيه لم يقبل فى الحكم لأنه يدعى خلاف الظهر • ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لاحتمال ما يدعيه •

وان قال أنت طالق أكمل الطلاق اجتناباً • قال الصيمرى : طلقت ثلاثاً لأنه أكمل الطلاق اجتنابا • وان قال : أنت طالق طلقة حسنة قبيحة وقع عليها فى الحال طلقة ، واختلف أصحابنا فى علته ، فمنهم من قال : لأنه وصفها بصفتين لا يمكن وجودهما معاً وقد وجدت احداهما فوقع بها الطلاق ؛ ومنهم من قال : لأنه وصفها بصفتين متضادتين فسقطتا وبقى مجرد الطلاق فوقع •

قال ابن الصباغ : وهذا أقيس • لأن وقوع الطلقة باحدى الصفتين ليس بأولى من الأخرى •

فـــرع وان قال لامرأته : أنت طالق طلاق الحرج وقع عليها طلقة رجعية وقال على بن أبى طالب : يقع عليها الثلاث فى الحال ، دليلنا أن الحرج الضيق والاثم ، ولا يأثم الا بطلاق البدعة .

وان قال : أنت طالق طلاق الحرج والسنة وقع عليها فى الحال طلقة ؛ لأنه وصفها بصفتين متضادتين فسقطتا وبقى الطلاق مجرداً فوقع والله تعـالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان قال لهـا وهى حائض : اذا طهـرت فانت طالق ، طلقت بانقطاع الدم لوجـود الصـفة ، وان قال لها ذلك وهى طاهـر لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر ، لأن « اذا » اسم للزمان المستقبل فاقتضى فعلا مستانفاً ، ولهذا لو قال لرجل حاضر : اذا جئتنى فلك دينار لم يستحق بهذا الحضور حتى يغيب ثم يجيئـه وان قال لهـا وهى طاهـر : ان حضـت فانت طالق ، طلقت برؤية الدم ، وان قال لهـا ذلك وهى حائض لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض لما ذكرناه فى الطهر ، فان قال لها وهى حائض : ان طهرت طهراً فانت طالق لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض ، لأنه لا يوجد طهر كامل الا أن تطعن فى الحيض الثانى .

وان قال لها ذلك وهى طاهر لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر ثم تحيض ، لأن الطهر الكامل لا يوجد الا بما ذكرناه . وان قال : ان حضت حيضة فانت طالق ، فان كانت طاهرا لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر ، وان كانت حائضا لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، لماذكرناه فى الطهر .

فصـــل وان قال : أنت طالق ثلاثا فى كل قرء طلقة نظرت ، فان كانت لها سنة وبدعة فى طلاقها نظرت ، فان كانت طاهـرا طلقت طلقـة لأن ما بقى من الطهر قرء ، وان كانت حائضا لم تطلق حتى تطهر ثم يقع فى كل طهر طلقة ، وان لم يكن لها سنة ولا بدعة ـ نظرت فان كانت حاملا ـ طلقت فى الحال طلقة ، لأن الحمل قرء يعتد به وان كانت تحيض على الحمل لم تطلق فى أطهارها لأنها ليست بأقراء ، ولهذا لا يعتد بها ، فان راجعها قبل الوضع وطهرت فى النفاس وقعت طلقة أخرى ، فاذا حاضت وطهرت وقعت الثالثة ،

وان كانت غير مدخول بها وقعت عليها طلقة وبانت ، فان كانت صغيرة مدخولا بها طلقت فى الحال طلقة ، فان لم يراجعها حتى مضت ثلاثة أشهر بانت ، وان راجعها لم تطلق فى الطهر بعد الرجعة لأنه هو الطهر الذى وقع فيه الطلاق) •

الشرح اذا قال لامرأته وهى طاهر : اذا حضت فأنت طالق فرأت الدم فى زمان امكانه وقع الطلاق عليها ويكون بدعيا ، فان استمر بها الدم يوما وليلة استقر الطلاق • وان انقطع لدون اليوم والليلة واتصل بعد طهر صحيح حكمنا بأن الطلاق لم يقع •

وان قال لها وهى حائض : اذا حضت فأنت طالق ــ فاختلف أصحابنا فيه ــ فقال الشيخ أبو اسحاق الاسفراييني والقاضى أبو القاسم الصيمرى : لا يقع الطلاق حتى تطهر من هذا الحيض ثم تطعن فى الحيضة الثانية ، وبه قال أبو يوسف ، لأن قوله : اذا حضت أو ان حضت ، يقتضى الاستقبال • وقال ابن الصباغ : يقع عليها الطلاق بما يتجدد من حيضها ، لأنه قد وجد منها الحيض فوقع الطلاق لوجود صفته كما لو قال للصحيحة : اذا صححت فأنت طالق ، فأنه يقع عليها الطلاق فى الحال ، وان قال لامرأته : كلما حضت فأنت طالق ، فاذا رأت الدم طلقت برؤيته فاذا انقطع الدم وطهرت طهراً كاملا ثم رأت الدم طلقت طلقة ثانية ، فاذا طهرت ثم رأت الدم طلقت ثالثة ، لأن (كلما) تقتضى التكرار وتكون الطلقات كلها بدعية •

فــرع وان قال لها : اذا حضت حيضة فأنت طالق ــ فان كانت طاهراً ــ لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر لأنه قال حيضة • وذلك لا يوجد الا بطهرها من الحيض ؛ وان كانت حائضاً لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، ويكون الطلاق سبباً لأنه يقع بأول الطهر •

وان قال : كلما حضت حيضة فأنت طالق ، فاذا حاضت حيضة كاملة بعد عقد الصفة ، وقع عليها طلقة بأول جزء من الطهر بعد الحيض ، ثم اذا حاضت الثانية وطهرت منه طلقت ثانية بأول جزء من الطهر ؛ ثم اذا حاضت الثالثة وطهرت منه طلقت الثالثة بأول جزء من الطهر ، لأن (كلما) تقتضى التكرار ، وتكون الطلقات للسنة •

وان قال لها : اذا حضت حيضة فأنت طالق ، واذا حضت حيضتين فأنت طالق ، فانها اذا حاضت حيضة وقع عليها طلقة بانقطاع الدم لوجود الحيضة، فاذا حاضت حيضة ثانية بانقطاع دمها من الحيضة الثانيـة لأنهـا مع الأولة حيضتان ؛ وان قال لها: وقع عليها حيضة ثانية اذا حضت حيضة فأنت طالق ؛ ثم اذا حضت حيضتين فأنت طالق ؛ فاذا انقطع دمها من الحيضة الأولة وقع عليها طلقة لوجود الصفة ، وان حاضت بعدها حيضة ثانية لم تطلق حتى تطهر من الحيضة الثالثة لأن ثم للترتيب والواو للجمع .

فـــرع وان قال لامرأته وهى حائض : اذا طهرت فأنت طالق ؛ طلقت بانقطاع الدم لوجود الشرط ويكون الطلاق سبباً ، لأنه يقع فى الطهر. وان قال لها كذلك وهى طاهر ، قال الشيخ أبو اسحاق هنا : لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر لأن « اذا » اسم لزمان مستقبل ، وعلى قياس قول ابن الصباغ فى الحيض تطلق عقيب قوله ، وان قال لها : اذا طهرت طهراً فأنت طالق ــ فان كانت حال عقد الصفة حائضاً لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض ، وان كانت طاهراً لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر ثم تحيض ؛ لأنه لا يوجد الطهر الكامل الا بذلك ، ويكون الطلاق بدعيا ، لأنه يقع بأول جزء من الحيض ويأثم به .

وان قال لها : أنت طالق فى كل طهر طلقة فان كانت طاهرا ــ طلقت طلقة وان رأت الدم وانقطع طلقت الثانية ؛ واذا رأت الدم ثانيا وانقطـع طلقت الثالثة وان كانت حال العقد حائضـا لم تطلق حتى ينقطع الدم فتطلق ، ثم بانقطاع الحيض الثانى تطلق ثانية ، ثم بانقطاع الحيض الثالث تطلق الثالثة؛ وان رأت الدم على الحمل ــ فان قلنـا : انه حيض ــ طلقت بانقطـاعه ، ويتكرر عليها الطلاق فى الحمل بانقطاع كل دم على هذا القول .

قوله « فى كل قرء » قال ابن بطال : القرء الحيض والقرء أيضاً الطهر وهو من الاضداد ، وفيه لغتان قرء بالفتح وقرء بالضم وجمعه قروء وأقراء .

قال الشاعر :

مـورثة مالا وفى الحى رفعـة لما ضاع فيها مـن قروء نسـائكا

وهو الوقت فقيل للحيض والطهر قرء ، لأنهما يرجعان لوقت معلوم • وأصله الجمع ، وكل شيء قرأته قد جمعته ا هـ •

وقال فى المصباح فى غريب الشرح الكبير للرافعى : والقرء فيه لغتان الفتح وجمعه قروء وأقرؤ مثل فلس وفلوس وأفلس والضم ويجمع على أقراء مثل قفل وأقفال • قال أئمة اللغة : ويطلق على الطهر والحيض ؛ وحكاه ابن فارس أيضاً ثم قال : ويقال : انه للطهر ، وذلك أن المرأة الطاهر كأن الدم اجتمع فى بدنها وامتسك • ويقال : انه للحيض ، ويقال : أقرأت اذا حاضت ؛ وأقرأت اذا طهرت فهى مقرىء ؛ وأما ثلاثة قروءه ؛ فقال الأصمعى : هذه الاضافة على غير قياس ؛ والقياس ثلاثة أقراء ؛ لأنه جمع قلة مثل ثلاثة أفلس ، وثلاثة رجلة ؛ ولا يقال : ثلاثة فلوس ولا ثلاثة فلوس ولا ثلاثة رجال •

وقال النحويون : هو على التأويل والتقدير ثلاثة من قروء ؛ لأن العدد يضاف الى مميزه وهو من ثلاثة الى عشرة قليل ، والمميز بالفتح هو المميز بالكسر ؛ فلا يميز القليل بالكثير قال : ويحتمل عندى أنه قد وضع أحد الجمعين فى موضع الآخر اتساعا لفهم المعنى ، هذا ما نقل عنه ، وذهب بعضهم الى أن مميز الثلاثة الى العشرة يجوز أن يكون جمع كثرة من غير تأويل ، فيقال : خمسة كلاب وستة عبيد ، ولا يجب عند هذا القائل أن يقال : خمسة أكلب ولا ستة أعبد ، قرأت أم الكتاب فى كل قومة وبأم الكتاب يتعدى بنفسه وبالباء قراءة وقرءانا ثم استعمل القرآن اسماً مثل الشكران والكفران • واذا طلق انصرف شرعا الى المعنى القائم بالنفس ولغة الى الحروف المقطعة لأنها هى التى تقرأ نحو كتبت القرآن ومسسته ، والفاعل قارىء ، وقرأة وقراء • وقارئون مثل كافر وكفرة وكفار وكافرون • وقرأت على زيد السلام أقرؤه عليه قراءة •

أما الأحكام فانه ان قال لها : أنت طالق ثلاثا فى كل قرء طلقة • فان كانت حاملا طاهرا وقع عليها فى الحال طلقة • وان كانت حاملا حائضا ــ فان قلنا : ان الدم على الحمل ليس بحيض ــ وقع عليها طلقة • وان قلنا :

انه حيض فاختلف أصحابنا فيه • فقال الشيخان أبو اسحاق المروزى وأبو حامد الاسفراييني يقع عليها الطلاق ، لأن زمان الحمل كله قرء واحد بدليل أن العدة لا تنقضى الا بالوضع • وقال المسعودى والقاضى أبو الطيب : لا يقع عليها الطلاق حتى تطهر لأن الأقراء عندنا الأطهار ، وهذا حيض فلم يقع عليها الطلاق ، وبه قال المسعودى • وهل يتكرر الطلاق فى كل طهر على الحمل ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يتكرر ، لأن العدة لا تنقضى بثلاثة منها •

(والثانى) يتكرر وهو الأقيس ، لأنه طهر من حيض ، واذا وقع على الحامل طلقة نظرت ــ فان لم يراجعها حتى وضعت ــ انقضت عدتها وبانت منه ولا يلحقها بعد ذلك طلاق ، وان استرجعها قبل أن تضع لم تطلق حتى تطهر من النفاس ، ثم اذا طهرت من الحيض بعد النفاس وقعت عليها الثالثة ؛ وان كانت حاملا مدخولا بها نظرت ــ فان كانت حائضاً ــ لم يقع عليها الطلاق فى الحال ؛ لأن الحيض ليس بقرء ، فاذا انقطع دمها وقعت عليها طلقة ، فاذا حاضت وانقطع دمها وقعت عليها الثانية بأول جزء من الطهر ، فاذا حاضت الثالثة وانقطع دمها بأول جزء من الطهر ــ ولا فرق فى هذا بين أن يراجعها أو لا يراجعها ــ فان كانت طاهراً حين عقد الطلاق وقع عليها طلقة ؛ لأن بقية الطهر قرء ان كان قد جامعها فى هذا الطهر ــ وقعت الطلقة بدعية ، وان لم يجامعها فيه وقعت سنية فاذا حاضت ثم طهرت طلقت الثانية بأول جزء من الطهر ثم اذا حاضت وطهرت طلقت الثانية بأول جزء من الطهر ؛ و لافرق فى هــذا أيضاً بين أن يراجعها أو لا يراجعها ؛ وان كانت غير مدخول بها ، فان كانت طاهراً وقعت عليها طلقة ولا تقع عليها الثالثة والثانية بالطهر الثانى والثالث ؛ لأنها تبين بالأولة ؛ فلم يلحقها ما بعدها ، وان كانت حال العقد حائضا ففيه وجهان حكاهما ابن الصباغ •

(أحدهما) تقع عليها طلقة وتبين بها لأنها ليست من أهل سنة الطلاق وبدعته • (والثانى) وهو قول القاضى أبى الطيب : أنه لا يقع عليها طلاق حتى تطهر من حيضها ، لأن الاقراء هى الأطهار ، فاذا طهرت وقعت عليها طلقة

بانت بها ؛ وان كانت صغيرة مدخولا بها وقع عليها فى الحال طلقة ؛ فاذا مضت ثلاثة أشهر ولم يراجعها بانت ولم تلحقها الثانية ولا الثالثة ؛ وان راجعها قبل انقضاء عدتها لم تطلق حتى ترى الحيض ثم تطهر فتقع عليها فى الحال طلقة وبانت بها ولا تلحقها الثانية والثالثة ، هذا نقل أصحابنا البغداديين •

وقال المسعودى : هل يقع على الصغيرة طلقة فى الحال ؟ على وجهين بناء على أنها اذا حاضت فهل تحتسب على ما فيها ؟ على قولين ، وان كانت آيسة غير مدخول بها وقعت عليها طلقة وبانت بها ولا تلحقها الثانية والثالثة ، وان كانت مدخولا بها وقعت عليها طلقة ؛ فان لم يراجعها حتى انقضت ثلاثة أشهر بانت ولم يلحقها الثانية والثالثة وان راجعها قبل انقضاء الثلاثة لم تلحقها الثانية والثالثة الا ان عاودها الدم ، هذا نقل أصحابنا البغداديين •

وقال المسعودى : هل يلحقها فى الحال طلقة ؟ على وجهين ، فان عاودها الدم علمنا أنه وقع عليها طلقة حال عقد الطلاق وجها واحدا ، والله تعالى أعلم بالصواب وهو حسبى ونعم الوكيل •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان قال : ان حضت فانت طالق فقالت : حضت فصدقها طلقت وان كذبها فالقول قولها مع يمينها لأنه لا يعرف الحيض الا من جهتها ، وان قال لها قد حضت فأنكرت طلقت باقراره ، وان قال : ان حضت فضرتك طالق فقالت : حضت ، فان صدقها طلقت ضرتها ، وان كذبها لم تطلق ، لأن قولها يقبل على الزوج فى حقها ولا يقبل على غيرها الا بتصديق الزوج كالمودع يقبل قوله فى رد الوديعة على المودع ، ولا يقبل فى الرد على غيره •

وان قال : اذا حضت فانت وضرتك طالقان ، فقالت : حضت ، فان صدقها طلقتا ، وان كذبها وحلفت طلقت هى ولم تطلق ضرتها . وان صدقتها الضرة على حيضها لم يؤثر تصديقها ، ولكن لها أن تحلف الزوج على تكذيبها ، وان قال اذا حضتما فانتما طالقان ، فان قالتا : حضنا فصدقهما طلقتا ، وان كذبهما لم تطلق واحدة منهما ، لأن طلاق كل واحدة منهما معلق على

شرطين ، حيضها وحيض صاحبتها ، ولا يقبل قول كل واحـدة منهما الا فى حيضها فى حقها نفسها دون صاحبتها ، ولم يوجد الشرطان : وان صـــدق احداهما وكذب الأخرى طلقت المكذبة لأنها غير مقبولة القول على صـــاحبتها ومقبولة القول فى حق نفسها ، وقد صدق الزوج صاحبتها فوجـد الشرطان فى طلاقها ، فطلقت ، والمصدقة مقبولة القول فى حيضها فى حق نفسها ، وقد صدقها الزوج ، وقول صاحبتها غير مقبـول فى حيضها فى طلاقها ولم يوجد الشرطان فى حقها فلم تطلق) .

الشرح الأحكام : اذا قال لامرأته : اذا حضت فأنت طالق ، فقالت حضت فان صدقها الزوج وقع عليها الطلاق لأنه اعترف بوجود شرط الطلاق، وان كذبها فالقول قولها مع يمينها ، لأن الحيض تستر به المرأة ولا يمكنها اقامة البينة عليه فكان القول قولهـا . وان قال لهـا : ان حضت فضرتك طالق ، فقالت حضت ، فان صدقها وقع على ضرتها الطلاق ، وان كذبها لم يقع الطلاق على ضرتها ، والفرق بينهما أن فى الأولة الحق لها فحلفت على اثبات حق نفسها . وههنا الحق لضرتها ، والانسان لا يحلف لاثبات الحق لغيره فتبقى الخصومة بين الزوج والضرة ، فان قالت الضرة : قد حاضت : وقال الزوج : لم تحض فالقول قول الزوج مع يمينه ، لأنه يساوى الضرة فى الجهل بحيض الأخرى وللزوج ميزته عليها ، لأن الأصل بقاء الزوجية فكان القول قوله ، والذى يقتضى المذهب أنه يحلف : ما يعلم أنهـا حاضت ، لأنه يحلف على نفى فعل غيره .

وان قال لها : ان حضت فأنت وضرتك طالقان ، فقالت : حضت ، فان صدقها طلقنا ، وان كذبها حلفت ولم تطلق ضرتها لأنها تحلف على اثبات حق نفسها ولا تحلف لاثبات حق ضرتها . وان ادعت عليه الضرة حلف لها على ما مضى ، وان قال لهما : ان حضتما فأنتما طالقـان ، فان قالتـا : حضـنا فصدقهما طلقتا ، وان كذبهما لم تطلق واحدة منهما ، لأن طلاق كل واحدة معلق بحيضها وحيض صاحبتها ، وقول كل واحدة منهن لا يقبل فى حق غيرها فحلف لهما .

وان صدق احداهما وكذب الأخـرى طلقت المـكذبة اذا حلفت دون

المصدقة لأنه قد اعترف بحيض المصدقة ، والقول قول المكذبة مع يمينها في حيضها في حق نفسها ، فوجد الشرط في طلاقها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان قال لامرأتين ان حضتما حيضة فأنتما طالقان ، ففيه وجهان (احدهما) أن هذه الصفة لا تنعقد لأنه يستحيل اجتماعهما في حيضة فبطل . (والثاني) أنهما اذا حاضتا وقع الطلاق ، لأن الذي يستحيل هو قوله حيضة فيلغى لاستحالتها ، ويبقى قوله ان حضتما ، فيصير كما لو قال : ان حضتما ، فيصير كما لو قال : ان حضتما فأنتما طالقتان ، وقد بينا حكمه .

فصل وان قال لأربع نسوة : ان حضتن فأنتن طوالق ، فقد علق طلاق كل واحدة منهن بأربع شرائط ، وهي حيض الأربع . فان قلن حضنا وصدقهن طلقن ، لأنه قد وجد حيض الأربع ، وان كذبهن لم تطلق واحدة منهن ، لأنه لم يثبت حيض الأربع ، لأن قول كل واحدة منهن لا يقبل الا في حقها ، وان صدق واحدة أو اثنتين لم تطلق واحدة منهن لأنه لم يوجد الشرط ، وان صدق ثلاثاً وكذب واحدة طلقت المكذبة ، لأن قولها مقبول في حيضها في حق نفسها وقد صدق الزوج صواحبها فوجد حيض الأربع في حقها فطلقت ، ولا تطلق المصدقات لأن قول كل واحدة منهن مقبول في حيضها في حقها ، غير مقبول في حق صواحبها وقد بقيت واحدة منهن مكذبة فلم تطلق لأجلها .

فصل وان قال لهن : كلما حاضت واحدة منكن فصواحبها طوالق فقد جعل حيض كل واحدة منهن صفة لطلاق البواقي ، فان قال : حضنا فصدقهن طلقت كل واحدة منهن ثلاثا ، لأن لكل واحدة منهن ثلاث صواحب تطلق بحيض كل صاحبة طلقة ، فطلقت كل واحدة منهن ثلاثا ، وان كذبهن الا انه لا يقبل في حق غيرها . وان صدق واحدة منهن وقع على كل واحدة منهن طلقة ، لأن لكل واحدة منهن صاحبة ثبت حيضها ، ولا يقع على المصدقة طلاق لأنه ليس لها صاحبة ثبت حيضها .

وان صدق اثنتين وقع على كل واحدة منها طلقة ، لأن لكل واحدة منهما صاحبة ثبت حيضها ، ويقع على كل واحدة من المكذبتين طلقتان ، لأن لكل واحدة منهما صاحبتين ثبت حيضهما فان صدق ثلاثاً وقع على كل واحدة منهن طلقتان ، لأن لكل واحدة منهن صاحبتين ثبت حيضهما ووقع على المكذبة ثلاث تطليقات لأن لها ثلاث صواحب ثبت حيضهن) .

الشرح ان قال لامرأتين : ان حضتما حيضة فأنتما طالقتان ففيه وجهان :

(أحدهما) لا تنعقد هذه الصفة ، لأنه يستحيل اشتراكهما فى حيضة •

(والثانى) ينعقد وهو الأصح ، واذا حاضتا طلقتا ، لأن الذى يستحيل هو قوله حيضة فسقط وصار كما لو قال : ان حضتما فأنتما طالقتان ، هكذا ذكر أصحابنا وذكر الشيخ أبو حامد الاسفراييني فى التعليق أنه يقع عليهما الطلاق فى الحال لأنه علق الطلاق بشرط يستحيل وجوده ، فألغى وقوع الطلاق فى الحال كما لو قال لمن لا سنة فى طلاقها ولا بدعة : أنت طالق للسنة أو للبدعة ، فانها تطلق فى الحال •

فرع وان كان له أربع زوجات فقال لهن : ان حضتن فأنتن طوالق ، فقلن حضنا وصدقهن طلقن لوجود الصفة فى حقهن • وان كذبهن لم تطلق واحدة منهن لأنه علق طلاق كل واحدة بحيضهن ، ولم توجد الصفة • وان صدق واحدة أو اثنتين لم تطلق واحدة منهن ، وان صدق ثلاثا وكذب واحدة طلقت المكذبة اذا حلفت دون المصدقات لأنه قد وجد حيض الأربعة فى حقها ، لأنه قد صدق الثلاث ، وقولها مقبول مع يمينها فى حيضها فى حق نفسها ، ولا يطلقن لأن حيض المكذبة لم يوجد فى حقهن بل يحلف الزوج لهن •

فرع وان كان له أربع زوجات فقال لهن : أيتكن حاضت فصواحبها طوالق ، فقد علق طلاق كل واحدة بحيض صاحبتها ، فان قلن حضنا ، فان كذبهن حلف لهن ولم تطلق واحدة منهن ؛ لأن كل واحدة منهن لا تحلف لاثبات حق صاحبتها ، وان صدقهن وقع على كل واحدة من المصدقات طلقة لأنه ثبت لكل واحدة منهما الا صاحبة حاضت ، ووقع على كل واحدة من المكذبات طلقتان ، لأن لها صاحبتين ثبت حيضهما وان صدق ثلاثا وكذب واحدة طلقت المكذبة لأن لها ثلاث صواحب ثبت حيضهن وطلق كل واحدة من المصدقات كل واحدة طلقتين ، لأن لكل واحدة منهن صاحبتين

ثبت حيضهما ، وان كان له ثلاث نسوة فقال : أيتكن حاضت فصاحبتاها طالقتان ، فان قلن حضنا فصدقهن طلقت كل واحدة طلقتين ، وان كذبهن لم تطلق واحدة منهن . وان صدق واحدة وكذب اثنتين لم تطلق المصدقة وطلقت المكذبتان طلقة طلقة ، وان صدق اثنتين وكذب واحدة طلقت المكذبة طلقتين وطلقت المصدقتان طلقة طلقة لما ذكرناه فى الأولة .

فـــرع قال أبو القاسم الصيمرى : اذا قال لها : اذا حضت يوم الجمعة فأنت طالق فابتدأها الحيض قبل الفجر ، ثم أصبحت يوم الجمعة حائضاً لم يقع عليها الطلاق . ولو بدأها الحيض بعد الفجر أو عند طلوع الشمس طلقت . ولو قالت لا أعلم أبدأ قبل الفجر أم بعده وقع الطلاق فى الظاهر لأنا على يقين من حصوله فان قال لها : اذا حضت فى نهار يوم الجمعة فأنت طالق ، فحاضت بعد طلوع الشمس يوم الجمعة وقع عليها الطلاق ؛ وان حاضت بعد الفجر وقبل طلوع الشمس ففيه وجهان حكاهما الصيمرى .

وان قال : اذا رأيت دماً فأنت طالق فحاضت أو استحيضت أو نفست وقع الطلاق . فان قال : أنا أردت دماً غير هذا الذى رأيته لم يقبل منه فى الحكم لأنه يدعى خلاف الظاهر ودين فيما بينه وبين الله تعالى . لأنه يحتمل ما يدعيه ؛ فلو رعفت أو حكت جرحاً فخرج منه دم ؛ قال الصيمرى : الظاهر أن لا يقع عليها الطلاق . لأن اطلاق الدم لا ينصرف الا الى الحيض أو الاستحاضة والنفاس ؛ قال وفيه احتمال .

وان قال لصغيرة : اذا حضت فأنت طالق لم تطلق حتى تحيض . وان قال لها ان طهرت فأنت طالق لم تطلق حتى ترى النقاء بعد الحيض ؛ لأن حقيقة الطهر فى الاطلاق ؛ هذا وان قال للآيسة اذا حضت فأنت طالق لم تطلق لأن الصفة لا توجد . وان قال لها : ان طهرت فأنت طالق ؛ قال الصيمرى لم تطلق ، لأن حقيقة ذلك أن تدخل فى طهر بعد حيض ؛ وهذا لا يوجد فى حقها .

مســألة كل ما قررنا فى الفروع من هذه متفق عليها بين الفقهاء الا

ما كان من تعليق طلاقه على حيضها ، اذ لو بان أن الدم ليس بحيض لانقطاعه لدون أقل الحيض بان أن الطلاق لم يقع ، وبهذا قال الثورى وأحمد وأصحاب الرأى .

قال ابن المنذر : لا نعلم أحداً قال غير ذلك الا مالكا فان ابن القاسم روى عنه أنه يحنث حين تكلم به ، وكذلك ما كان من قوله للحائض : اذا طهرت فأنت طالق طلقت بأول الطهر ، أعنى بانقطاع دم الحيض قبل الغسل ؛ ونص على ذلك أحمد فى رواية ابراهيم الحربى ؛ الا أن أبا بكر من أصحاب أحمد فى كتابه التنبيه قال : انها لا تطلق حتى تغتسل بناء على أن العدة لا تنقضى بانقطاع الدم حتى تغتسل . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان قال لامرأته : ان لم تكونى حاملا فانت طالق ، لم يجز وطؤها قبل الاستبراء ، لأن الأصل عدم الحمل ووقوع الطلاق ، فان لم يكن بها حمل طلقت وان وضعت حملا لأقل من ستة أشهر من وقت عقد الطلاق لم تطلق لأنا تيقنا أنها كانت حاملا عند العقد . وان وضعته لأكثر من اربع سنين طلقت طلقة لأنا تيقنا أنها لم تكن حاملا عند العقد .**

وان وضعته لما بين ستة أشهر وأربع سنين نظرت فان لم يطأها الزوج فى هذه المدة لم يقع الطلاق لأنا حكمنا بأنها كانت حاملا عند العقد وان كان وطئها نظرت . فان وضعته لأقل من ستة أشهر من وقت الوطء ولأكثر من ستة أشهر من وقت العقد لم يقع الطلاق لأنا حكمنا أنها كانت حاملا وقت العقد وان وضعته لأكثر من ستة أشهر من وقت العقد والوطء جميعاً . ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى اسحاق أنها تطلق لأنه يجوز أن يكون قبل الوطء . ويجوز أن يكون حدث من الوطء . والظاهر انه حدث من الوطء . لأن الأصل فيما قبل الوطء العدم .

(والثانى) وهو قول أبى على بن أبى هريرة انها لم تطلق لأنه يحتمل أن يكون موجوداً عند العقد ، ويحتمل أن يكون حادثاً من الوطء بعده والأصل بقاء النكاح . وان قال لها ان كنت حاملا فأنت طالق فهل يحرم وطؤها قبل الاستبراء ؟ فيه وجهان .

(احدهما) لا يحرم لأن الأصل عدم الحمل وثبوت الاباحة .

(والثانى) يحرم لأنه يجوز أن تكون حاملا فيحرم وطؤها ، ويجوز ان لا تكون حاملا فيحل وطؤها فغلب التحريم ، فان استبرأها ولم يظهر الحمل فهى على الزوجية ، وان ظهر الحمل نظر ، فان وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت عقد الطلاق حكم بوقوع الطلاق ، لأنا تيقنا أنها كانت حاملا وقت العقد . وان وضعته لأكثر من أربع سنين من وقت العقد لم تطلق ، لأنا علمنا أنها لم تكن حاملا ، وان وضعته لأكثر من ستة أشهر ودون أربع سنين نظرت فان كان الزوج لم يطأها طلقت لأنا حكمنا أنها كانت حاملا وقت العقد . وان وطئها نظرت فان وضعته لدون ستة أشهر من وقت الوطء وقع الطلاق . لأنا حكمنا أنها كانت حاملا وقت العقد . وان وضعته بعد ستة أشهر من بعد وطئه لم يقع الطلاق وجها واحداً لأنه يجوز أن يكون موجوداً وقت العقد ويجوز أن يكون حدث بعده فلا يجوز أن يوقع الطلاق بالشك .

واختلف أصحابنا فى صفة الاستبراء ووقته وقدره ، فذكر الشيخ أبو حامد الاسفراييني رحمه الله فى الاستبراء فى المسئلتين ثلاثة أوجه : أحدها ثلاثة اقراء وهى أطهار ، لأنه استبراء حرة فكان بثلاثة أطهار . والثانى بطهر لأن القصد براءة الرحم فلا يزاد على قرء . واستبراء الحرة لا يجوز الا بالطهر، فوجب أن يكون طهراً . والثالث أنه بحيضة لأن القصد من هذا الاستبراء معرفة براءة الرحم ، والذى يعرف به براءة الرحم الحيض . وهل يعتد بالاستبراء قبل عقد الطلاق ؟ فيه وجهان :

(احدهما) لا يعتد به لأن الاستبراء لا يجوز أن يتقدم على سببه .

(والثانى) يعتد به لأن القصد معرفة براءة الرحم . وذلك يحصل وان تقدم ومن أصحابنا من قال فى المسئلة الثانية الاستبراء على ما ذكرناه . لأن الاستبراء لاستباحة الوطء . فأما فى المسألة الأولى فلا يجوز الاستبراء بدون ثلاثة أطهار ولا يعتد بما وجد منه قبل الطلاق لانه استبراء حرة للطلاق فلا يجوز بما دون ثلاثة أطهار . ولا بما تقدم على الطلاق كالاستبراء فى سائر المطلقات) .

الشرح اذا قال لامرأته : ان لم تكونى حاملا فأنت طالق . وان كنت حاملا فأنت طالق حرم عليه وطؤها قبل أن يستبرئها . لأن الأصل عدم الحمل وبهذا قال أحمد وأصحابه . وبماذا يجب استبراؤها ؟ فيه وجهان :

أحدهما بثلاثة أقراء ، لأن الحرة تعتد بثلاثة أقراء كذا هذه • والثانى بقرء واحد لأن براءة الرحم تعلم بذلك ؛ فاذا قلنا يستبرىء بثلاثة أقراء كانت أطهاراً • واذا قلنا تستبرىء بقرء ففيه وجهان : (أحدهما) أنه الطهر لأن القرء عندنا الطهر • (والثانى) : أنه الحيض لأن معرفة براءة الرحم لا تحصل الا بالحيض،فاذا قلنا انه الطهر•فان كانت حائضا وطهرت وطعنت فى الحيض الثانى حصل براءة الرحم • وان كانت طاهرا لم يكن بقية الطهر قرءاً حتى يكمل الحيض بعده ، لأن بعض الطهر لا تحصل به معرفة البراءة فكمل بالحيضة بعده •

واذا قلنا انه الحيض ، فان كانت حائضاً لم يعتد ببقية الحيض ، فاذا طهرت وأكملت الحيضة بعده حصل براءة رحمها • وان كانت طاهرا فمتى تكمل الحيضة بعده ؟ وهل يكفى استبراؤها قبل أن يطلقها ؟ فيه وجهان : (أحدهما) لا يكفى لأن الاستبراء لا يعتد به قبل وجود سببه كالمشتراة • (والثانى) يعتد به لأن الغرض معرفة براءة رحمها • ولهذا لو كانت صغيرة وقع عليها الطلاق من غير استبراء • وذلك يحصل باستبرائها قبل الطلاق •

واذا استبرأت بثلاثة أقراء أو بقرء ــ فان لم تظهر بها أمارات الحمل ــ حكم بوقوع الطلاق حين حلف : فان كانت استبرأت بثلاثة أقراء بعد اليمين فقد انقضت عدتها ، وان استبرأت بقرء فقد بقى عليها من العدة قرءان ، وان ظهر بها الحمل نظرت ؛ فان وضعت لدون ستة أشهر من حين حلف لم يقع الطلاق ، فان وضعته لأكثر من أربع سنين من حين حلف حكمنا بأنها كانت حاملا وأن الطلاق وقع عليها ، وان وضعته لستة أشهر فما زاد الى تمام أربع سنين بأن لم يطأها الزوج بعد الطلاق حكمنا بأن الحمل كان موجودا حين اليمين وان الطلاق لم يقع ؛ وان كان الزوج قد راجعها بعد الطلاق ووطئها نظرت ، فان وضعته لدون ستة أشهر من حين الوطء علمنا أن الحمل كان موجودا حين حلف وأن الطلاق لم يقع ، وان وضعته لستة أشهر فما زاد من وقت الوطء ، ففيه وجهان : قال أبو اسحق : يقع عليها الطلاق ؛ لأن الأصل عدم الحمل وقت اليمين • وقال أبو على بن أبى هريرة : لا يقع عليها الطلاق لأنه يحتمل أنه كان موجودا وقت اليمين • ويحتمل أنه حدث

من الوطء ؛ والأصل بقاء النكاح وعدم الطلاق فلا تبطل دلالة اليقين بالشك؛ وقد رد العمرانى قول ابن أبى هريرة بأن هذا ليس بصحيح لأنه ظهر لنا عدمه قبل الوطء بدلالته .

وقد نص الامام أحمد أنه ان قال : ان لم تكونى حاملا فأنت طالق ولم تكن حاملا طلقت ؛ وان أتت بولد لأقل من ستة أشهر من حين اليمين أو لأقل من أربع سنين ولم يكن يطؤها لم تطلق ، لأنا تبينا أنها كانت حاملا بذلك الولد . وان قال : ان كنت حاملا فأنت طالق ؛ فهى عكس المسألة قبلها ففى الموضع الذى يقع الطلاق هناك لا يقع ههنا ، وفى الموضع الذى لا يقع هناك يقع ههنا ، الا أنها اذا أتت بولد لأكثر من ستة أشهر من حين وطء الزوج بعد اليمين ولأقل من أربع سنين من حين عقد الصفة لم تطلق وأن النكاح باق ؛ والظاهر حدوث الولد بعد الوطء لأن الأصل عدمه قبله ، ولا يحل له الوطء حتى يستبرئها . هكذا نص أحمد كما أفاده ابن قدامة فى مغنيه .

فرع فأما اذا قال لها : ان كنت حاملا فأنت طالق ، فعليه أن يستبرئها لأنا لا نعلم الحمل وعدمه الا بالاستبراء ، وفى كيفية الاستبراء ووقته ما ذكرناه فى الأولة . وهل يحرم عليه وطؤها قبل أن يعلم براءة رحمها بالاستبراء ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يحرم لأن الأصل عدم الحمل وثبوت الاباحة . (والثانى) يحرم لأنه يجوز أن تكون حاملا فيحرم وطؤها . ويجوز أن تكون حاملا فيحل وطؤها فغلب التحريم — فان استبرأت ولم يظهر بها الحمل — علمنا أنها كانت حاملا وقت الحلف ولم يقع عليها الطلاق . وان ظهر بها الحمل نظرت . فان وضعته لأقل من ستة أشهر من حين حلف الطلاق — علمنا أنها كانت حاملا وقت اليمين وأن الطلاق وقع عليها .

وان وضعته لأكثر من أربع سنين من وقت اليمين علمنا أنها كانت حاملا حين اليمين وأن الطلاق لم يقع عليها ؛ وان وضعته لستة أشهر فما زاد الى أربع سنين أو ما دونها من حين اليمين ؛ فان لم يطأها الزوج بعد اليمين ، فان وضعته لدون ستة أشهر من وقت الوطء حكمنا بوقوع الطلاق لأنا نعلم أنه

كان موجوداً حين اليمين ، وان وضعته لستة أشهر فما زاد من وقت الوطء لم يقع الطلاق وجها واحداً ؛ لأنه يجوز أن يكون موجوداً حال اليمين ، ويجوز أن يكون حدث من الوطء فلا يقع الطلاق بالشك . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل اذا قال لامرأته : ان ولدت ولداً فانت طالق فولدت ولدا طلقت حياً كان أو ميتا ، لأن اسم الولد يقع على الجميع ، فان ولدت آخر لم تطلق لأن اللفظ لا يقتضى التكرار .

وان قال : كلما ولدت ولداً فانت طالق فولدت ولدين من حمل ، واحداً بعد واحد ، طلقت بالأول ولم تطلق بالثانى . وان ولدت ثلاثة أولاد واحدا بعد واحد طلقت بالأول طلقة وبالثانى طلقة ولا يقع بالثالث شىء .

حكى أبو على بن خيران عن الاملاء قولا آخر أنه يقع بالثالث طلقة أخرى ، والصحيح هو الأول ، لأن العدة انقضت بالولد الأخير فوجدت الصفة وهى بائن فلم يقع بها طلاق ، كما لو قال : اذا مت فانت طالق ، وان ولدت ثلاثة دفعة واحدة طلقت ثلاثاً ، لأن صفة الثلاث قد جدت وهى زوجة فوقع ، كما لو قال ان كلمت زيدا فانت طالق ، وان كلمت عمراً فانت طالق ، وان كلمت بكرا فانت طالق ؛ فكلمتهم دفعة واحدة طلقت ثلاثا .

وان قال : ان ولدت ذكراً فانت طالق طلقة واحدة ، وان ولدت أنثى فانت طالق طلقتين ، فوضعت ذكراً وأنثى دفعة واحدة طلقت ثلاثاً ، وان وضعت أحدهما بعد الآخر وقع بالأول ما علق عليه ولم يقع بالثانى شىء لبينونتهـــا بانقضاء العدة وهذا ظاهر . وان لم تعلم كيف وضعتهما طلقت طلقة لأنهـــا يقين ، والورع أن يلتزم الثلاث .

وان قال : يا حفصة ان كان أول ما تلدين ذكرا فعمـرة طالق ، وان كان أنثى فانت طالق ، فولدت ذكرا وأنثى دفعة واحدة لم تطلق واحدة منهـــما لأنه ليس فيها أول ؛ وان قال : ان كان فى بطنك ذكر فانت طالق طلقة ، وان كان فى بطنك انثى فانت طالق طلقتين فوضعت ذكرا وأنثى طلقت ثلاثاً لاجتماع الصفتين

وان قال : ان كان حملك أو ما فى بطنك ذكراً فانت طالق ، فوضعت ذكراً وأنثى لم تطلق ، لأن الصفة أن يكون جميع ما فى البطن ذكرا ولم يوجـــد ذلك) .

الشرح الأحكام • قوله : اذا قال لامرأته : ان ولدت ولدا فأنت طالق الخ •• فجملة ذلك أنه اذا قال لها ذلك فولدت ولدا حيا كان أو ميتاً وقع عليها الطلاق لوقوع اسم الولد عليه ، فان قالت ولدت فصدقها الزوج أو كذبها فأقامت عليه بينة حكم عليه بوقوع الطلاق • والذى يقتضى المذهب أنها اذا أقامت أربع نسوة على الولادة وقع عليها الطلاق ويثبت النسب بذلك • وان ولدت آخر لم تطلق به لأن قوله لا يقتضى التكرار •

وان قال : كلما ولدت ولدا فأنت طالق ، فولدت ثلاثة أولاد واحداً بعد واحد ؛ بين كل ولدين دون ستة أشهر ، طلقت بالأول طلقة ؛ وطلقت بالثانى طلقة لأنها رجعية عند وضع الثانى ، والرجعية يلحقها الطلاق ؛ وكل ما يقتضى التكرار ، فاذا ولدت الثالث لم يقع به طلاق •

وحكى أبو على بن خيران أن الشافعى قال فى بعض أماليه القديمة : انها تطلق به طلقة ثالثة ؛ وأنكر أصحابنا هذا وقالوا : لا نعرف هذا عن الشافعى فى قديم ولا جديد ، لأن عدتها تنقضى بوضع الثالث ؛ فتوجد الصفة وهى ليست بزوجته • فلم يقع عليها طلاق ؛ كما لو قال لها : اذا مت فأنت طالق فمات فانها لا تطلق ، وتأولوا هذه الحكاية على أنه راجعها بعد ولادة الثانى فولدت الثالث وهى زوجة وان ولدت أربعة واحداً بعد واحد من حمل طلقت بالأول طلقة ؛ وبالثانى طلقة وبالثالث طلقة ؛ وبانت وانقضت عدتها بوضع الرابع •

وان وضعت الثلاثة دفعة واحدة طلقت الثلاث ، لأن الصفات وجدت وهى زوجة ؛ وان وضعت الثانى لستة أشهر فما زاد من وضع الأول طلقت بالأول طلقة ولم تطلق بالثانى ولا بالثالث ، لأنها من حمل آخر ، وان ولدت ولدين واحداً بعد الآخر من حمل واحد طلقت بالأول طلقة وانقضت عدتها بوضع الثانى ؛ ولم تطلق به الا على الحكاية التى حكاها ابن خيران ؛ وان وضعتها دفعة واحدة طلقت بوصفها طلقتين •

فرع وان قال لها : ان ولدت ذكرا فأت طالق طلقة ، وان ولدت

أنثى فأنت طالق طلقتين ، فان ولدت ذكرا طلقت واحدة واعتدت بالاقراء ؛ وان ولدت أنثى طلقت طلقتين واعتدت بالاقراء ، وان ولدت ذكرا وأنثى دفعة واحدة طلقت ثلاثا لوجدد الصفتين واعتدت بالاقراء ؛ وان ولدت الذكر أولا ثم ولدت الأنثى بعده وبينهما أقل من ستة أشهر طلقت لولادة الذكر طلقة وانقضت عدتها بوضع الأنثى ولم تطلق بولادتها الا على الحكاية التى حكاها ابن خيران ، وان ولدت الأنثى أولا ثم ولدت الذكر بعده من حمل واحد طلقت بولادة الأنثى طلقتين وانقضت عدتها بولادة الذكر ، لا تطلق به الا على ما حكاه ابن خيران • وان ولدتهما واحدا بعد واحد ولم يعلم السابق منهما طلقت واحدة لأنه هو اليقين وما زاد مشكوك فيه • والورع يقتضيه أن يلتزم اثنتين ؛ وان لم يعلم هل وضعتهما معاً أو واحدا بعد واحد ؟ لم تطلق الا واحدة لأنه يقين ، والورع أن يلتزم الثلاث لجواز أن تكون ولدتهما معاً •

وان ولدت ذكرا وأنثيين من حمل واحد نظرت فان ولدت الذكر أولا ثم أنثى فأنثى طلقت بولادة الذكر طلقة وبالأنثى الأولة طلقتين وبانت وانقضت عدتها بوضع الثانية وان ولدت أولا أنثى ثم الذكر ثم الأنثى ؛ طلقت بالأنثى الأولة طلقتين وبالذكر طلقة وبانت وانقضت عدتها بوضع الثالثة • وان ولدت الأنثيين أولا واحدة بعد واحدة ثم الذكر بعدهما طلقت بالأولة طلقتين ولم تطلق بالأنثى الثانية لئلا يقتضى التكرار ؛ وانقضت عدتها بوضع الذكر ، ولا تطلق به على المذهب الا على ما حكاه ابن خيران •

وان ولدت الذكر أولا ثم ولدت الانثيين بعده دفعة واحدة طلقت بالذكر طلقة وانقضت عدتها بوضع الانثيين ولا تطلق بهما على المذهب ؛ وان ولدت الذكر وأنثى بعده دفعة واحدة ثم ولدت الأنثى بعدهما طلقت بوضع الأنثى والذكر ثلاثا وانقضت عدتها بوضع الثانية ، بهذا كله قال أحمد وأصحابه وأبو ثور وأصحاب الرأى •

فرع وان قال لامرأته • ان كان أول ولد تلدينه ذكرا فأنت طالق ، وان كان أنثى فأنت طالق طلقتين ؛ فان ولدت ذكرا وأنثى نظرت فان

ولدت الذكر أولا طلقت طلقة ، فاذا ولدت الأنثى بعده انقضت عدتها بولادتها ولا تطلق بولادتها ؛ وان ولدت الأنثى أولا طلقت بها طلقتين وانقضت عدتها بولادة الذكر ولا تطلق به ، وان أشكل الأول منهما طلقت واحدة لأنها يقين وما زاد مشكوك فيه • وان ولدتهما معاً لم تطلق لأنه ليس فيهما أول •

وان قال : ان كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت طالق طلقة ، وان كان آخر ولد تلدينه جارية فأنت طالق ثلاثاً فولدت غلاماً وجارية من حمل واحد • واحدا بعد الآخر ــ فان ولدت الغلام أولا ــ طلقت طلقة ؛ لأن الاسم الأول يقع عليه وانقضت عدتها بولادة الجارية ، ولا يقع عليها طلاق بولادتها وان ولدت الجارية أولا ثم الغلام بعدها لم تطلق ؛ لأنه لا يقال لها آخر الا اذا كان قبلها أول • واذا ولدت الغلام بعدها لم تطلق لأنه ليس بأول •

وان ولدت ولداً واحداً لا اثنين • قال ابن الحداد : فان كان غلاماً وقع عليها طلقة ؛ لأن اسم الأول واقع عليه ، وان كان جارية لم يقع عليها شيء لأن اسم الآخر لا يقع عليها ، لأن الآخر يقتضى أن يكون قبله أول • ولا يقتضى الأول أن يكون بعده آخر •

قال القاضى أبو الطيب : ينبغى أن يقال فى الغلام مثله ؛ لأنه لما لم يقع اسم الآخر الا لما قبله أولا ، فكذلك لا يقع اسم الأول الا لما بعده آخر •

فرع وان قال لها : ان ولدت ولداً فأنت طالق ؛ وان ولدت غلاماً فأنت طالق ؛ فان ولدت أنثى طلقت طلقة لأنه يقع عليها اسم الولد • وان ولدت غلاما طلقت طلقتين لأنه توجد فيه الصفتان وهما ولد والغلام ، كما لو قال لها : ان كلمت رجلا فأنت طالق ، وان كلمت شيوعيا فأنت طالق؛ فكلمت رجلا شيوعيا طلقت طلقتين •

فرع وان قال لها : ان كان فى جوفك ذكر فأنت طالق طلقة ، وان كان فى جوفك أنثى فأنت طالق طلقتين ؛ فان ولدت ذكرا طلقت طلقة من حين حلف وانقضت عدتها بوضع الغلام ، وان ولدت أنثى طلقت طلقتين حين حلف وانقضت عدتها بالولادة ؛ وان ولدت ذكرا وأنثى من حمل واحد طلقت

ثلاثا لوجود الصفتين ، سواء ولدتهما واحدا بعد واحد أو ولدتهما معا لأن الصفة أنه ما فى جوفها • وينبغى أن يقال أنها تطلق اذا ولدت لدون ستة أشهر من حين عقد الصفة ، سواء وطئها أو لم يطأها • وان ولدت لستة أشهر فما زاد الى أربع سنين من حين اليمين نظرت ــ فان لم يطأها بعد اليمين ــ طلقت ، وان وطئها بعد اليمين ــ فان ولدت لستة أشهر فما زاد من وقت الوطء ــ لم تطلق لجواز أن يكون الولد حدث من الوطء بعد اليمين ، فلم يكن فى جوفها وقت اليمين ، وان ولدت لدون ستة أشهر من وقت الوطء طلقت لأنا تيقنا أنه لم يحدث من الوطء بعد اليمين •

وان قال لها : ان كان ما فى جوفك أو حملك ذكرا فأنت طالق طلقة ، وان كان أنثى فأنت طالق طلقتين فولدت لأقل من ستة أشهر من وقت اليمين أو لستة أشهر فما زاد ولم يطأها أو وطئها بعد اليمين وولدته لأقل من ستة أشهر من حين الوطء نظرت فان ولدت ذكرا طلقت طلقة حين العقد وانقضت عدتها بولادته وان ولدت أنثى من حمل واحد لم تطلق سواء ولدت أحدهما بعد الآخر أو ولدتهما معاً ، لأنه شرط أن يكون ما فى جوفها أو جميع حملها ذكراً أو جميع حملها أنثى ولم يوجد ذلك فلم تطلق •

فــرع وان قال لها : ان كنت حاملا بغلام فأنت طالق طلقة ، وان ولدت جارية فأنت طالق طلقتين ، فان ولدت غلاماً طلقت طلقة حين عقدالصفة وانقضت عدتها بوضع الغلام • وان ولدت جارية لا غير طلقت طلقتين بولادتهما واعتدت بثلاثة أقراء ، وان ولدت غلاماً وجارية من حمل واحد نظرت ، فان ولدت الغلام أولا ثم الجارية بعده ، تبينا أنه وقع عليها طلقة حين عقد الصفة • وانقضت عدتها بولادة الجارية ولا يقع عليها طلاق بولادة الجارية لأن الصفة وجدت وهى غير زوجة ، الا على حكاية ابن خيران •

وان ولدت الجارية ثم الغلام بعدها تبينا أنه وقع عليها طلقة حين عقد الصفة لكونها حاملا بغلام ووقع عليها طلقتان بولادة الجارية وانقضت عدتها بولادة الغلام • وهكذا الحكم اذا ولدتهما معاً • وان ولدت أحدهما بعد

الآخر ونسى الأول منهما طلقت طلقة لأنه يقين • وما زاد مشكوك فيه فلم يقع •

فـــرع قال ابن الحداد : اذا قال لها : كلمـا ولدت فأنت طالق للسنة فولدت ولداً وبقى فى بطنها آخر طلقت بالأول طلقة لأنها حامل بعد ولادة الأول ولا سنة فى طلاقها ولا بدعة ، لأن عدتها تنقضى بوضع الولد الثانى ؛ فان لم يراجعها قبل وضع الولد الثانى لم تطلق بولادة الثانى ، لأن عدتها تنقضى بولادته ، فان راجعها قبل ولادة الثانى لم تطلق حتى تطهر من نفاسها •

وان قال لها : ان ولدت فأنت طالق فخرج بعض الولد ومات أحد الزوجين قبل استكمال خروج الولد لم تطلق ، لأنه بخروج بعض الولد لا يقال ولدت؛ بخلاف ما لو علق الطلاق على الحيض ، فانها تطلق برؤية الدم ؛ لأنه يقال لها : حاضت •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **وأذا قال للمدخول بها : اذا طلقتك فانت طالق ثم قال لها أنت طالق وقعت طلقتان ، احداهما بقوله أنت طالق والأخرى بوجود الصفة ، وان قال لم أرد بقولى اذا طلقتك فانت طالق عقد الطلاق بالصفة ، وانما أردت انى اذا طلقتك تطليقتين بما أوقع عليك من الطلاق لم يقبل قوله فى الحكم لأن الظاهر أنه عقد طلاقا على صفة ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل لأنه يحتمل ما يدعيه وان قال : ان طلقتك فأنت طالق : ثم قال لها : ان دخلت الدار فأنت طالق ، فدخلت الدار وقعت طلقتان احداهما بدخول الدار والأخرى بوجـود الصفة ، لأن الصفة أن يطلقها ، وان علق طلاقها بدخول الدار فدخلت فقـد طلقها • وان قال لها مبتدئا : ان دخلت الدار فأنت طالق ، ثم قال اذا طلقتك فأنت طالق فدخلت الدار وقعت طلقة بدخول الدار ولا تطلق بقوله اذا طلقتك فأنت طالق لأن هذا يقتضى ابتداء ايقاع بعد عقد الصفة ، وما وقع بدخـول الدار ليس بابتداء ايقاع بعد عقد الصفة ، وانما هو وقوع بالصفة السـابقة لعقد الطلاق ، فان قال ان طلقتك فانت طالق ، ثم وكل من يطلقها فطلقها وقعت الطلقة التى أوقعها الوكيل ولا يقع ما عقده على الصفة لأن الصفة أن يطلقهـا**

بنفسه . وان قال اذا اوقعت عليك الطلاق فانت طالق ثم قال لها ان دخلت الدار فانت طالق فدخلت فقد قال بعض اصحابنا انها تطلق طلقة بدخول الدار ولا تطلق بقوله اذا اوقعت عليك ، لأن قوله اذا أوقعت عليك يقتضى طلاقا يباشر ايقاعه ، وما يقع بدخول الدار يقع حكما .

قال الشيخ الامام : وعندى أنه يقع طلقتان ، احداهما بدخـــول الدار والأخرى بالصفة ، كما قلنا فيمن قال : اذا طلقتك فانت طالق ، ثم قال اذا دخلت الدار فانت طالق فدخلت الدار .

وان قال كلما طلقتك فانت طالق ، ثم قال لها : أنت طالق طلقت طلقتين: احداهما بقوله انت طالق والأخرى بوجود الصفة ولا تقع الثالثة بوقوع الثانية لأن الصفة ايقاع الطلاق والصفة لم تتكرر فلم يتكرر الطلاق .

فصـــل وان قال : اذا وقع عليك طلاقى فانت طالق ، ثم قال لها أنت طالق وقعت طلقتان ، طلقة بقوله أنت طالق وطلقة بوجود الصفة . وان قال لها بعد هذا العقد أو قبله : ان دخلت الدار فانت طالق فدخلت الدار طلقت طلقتين طلقة بدخول الدار وطلقة بوجود الصفة ، وأن وكل وكيلا بعد هذا العقد فى طلاقها فطلقها ففيه وجهان :

(احدهما) يقع ما أوقعه الوكيل ولا يقع ما علقه بالصفة كما قلنا فيمن قال اذا طلقتك فانت طالق ثم وكل من يطلق .

(والثانى) انه يقع طلقتان ، طلقة بايقاع الوكيل وطلقة بالصفة ، لأن الصفة وقوع طلاق الزوج ، وما وقع بايقاع الوكيل هو طلاق الزوج ، وان قال اذا طلقتك فانت طالق واذا وقع عليك طلاقى فانت طالق ، ثم قال لها أنت طالق وقع الثلاث طلقة بقوله أنت طالق وطلقتان بالصفتين ، وان قال كلما وقع عليك طلاقى فانت طالق ثم أوقع عليها طلقة بالمباشرة أو بصفة عقدها قبل هذا العقد أو بعده طلقت ثلاثاً واحدة بعد واحدة ، لأنبالطلقة الأولى توجد صفة الطلقة الثانية وبالثانية توجد صفة الطلقة الثالثة) .

الشرح الأحكام : اذا قال لها : اذا وقع عليك الطلاق فأنت طالق ثم قال : أنت طالق وقع عليها طلقتان ، طلقة بالمباشرة وطلقة بالصفة ، وهكذا لو قال لها بعد عقد الصفة أو قبلها : اذا دخلت الدار فأنت طالق ، فدخلت وقع عليها طلقتان بخلاف ما لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق ثم قال لهـــا

بعد ذلك اذا طلقتك فأنت طالق ، ثم دخلت الدار ، فانها لا تطلق الا طلقة ، لأن الصفة ههنا وقوع طلاقه ، وقد وجد ، وفى تلك الصفة احداثه الطلاق ولم يوجد •

وان قال لها : ان دخلت الدار فأنت طالق ، ثم قال لها : اذا طلقتك فأنت طالق ثم دخلت الدار وقع عليها طلقة بدخول الدار ولا تطلق بقوله : اذا طلقتك فأنت طالق ؛ لأن معنى قوله : طلقتك أى اذا أحدثت طلاقك ، وعقد الطلاق بدخول الدار كان سابقاً لهذا • وان قال لها : اذا طلقتك فأنت طالق ثم وكل من يطلقها وقع عليها ما أوقعه الوكيل لا غير ، ولا تطلق بالصفة لأنه لم يطلقها « وان قال لها : اذا طلقتك فأنت طالق ثم أعاد هذا القول لم تطلق ؛ لأن تعليق الطلاق ليس بشرط •

وان قال لها : اذا وقع عليك طلاقى فأنت طالق ، ثم وكل من يطلقها ؛ ففيه وجهان : (أحدهما) يقع عليها ما أوقعه الوكيل لا غير ، كما قلنا فى قوله : اذا طلقتك فأنت طالق (والثانى) يقع عليها طلقتان ؛ طلقة بايقاع الوكيل ، وطلقة بالصفة ؛ لأن الصفة وقوع طلاق الزوج ، وما أوقعه الوكيل هو طلاق الزوج ، وان قال لها : اذا وقع عليك طلاقى فأنت طالق ، واذا طلقتك فأنت طالق ، فانه لا يقع بهذا طلاق لأنهما تعليقان للطلاق ؛ فان أوقع عليها بعد ذلك طلقة بالمباشرة أو بالصفة وقع عليها ثلاث طلقات ؛ طلقة بايقاعه وطلقتان بالصفتين •

وان قال لها : كلما وقع عليك طلاقى فأنت طالق ثم أوقع عليها طلقة بالمباشرة أو بصفة عقدها بعد هذا القول أو قبله وقع عليها ثلاث طلقات لأن « كلما » تقتضى التكرار فاذا أوقع عليها طلقة اقتضى وقوعها وقوع طلقة ثانية واقتضى وقوع الثانية وقوع الثالثة • وان قال لها كلما طلقتك فأنت طالق ثم قال لها أنت طالق وقع عليها طلقة بالمباشرة وطلقة بالصفة ولا تقع عليها الثالثة بوقوع الثانية ؛ لأن الصفة ايقاع الطلاق ؛ والصفة لم تكرر فلم يتكرر الطلاق •

قال ابن الصباغ : وهكذا اذا قال : كلما أوقعت عليك طلاقى فأنت طالق

ثم قال لها أنت طالق وقع عليها طلقتان ولا تقع الثالثة لما ذكرناه وان قال كلما أوقعت عليك الطلاق فأنت طالق ثم قال لها : أنت طالق وقع عليها طلقتان طلقة بالمباشرة وطلقة بالصفة ولا تقع الثالثة بوقوع الثانية لأنه لم يوقع الثانية ، وانما وقعت حكماً •

وان قال : اذا أوقعت عليك أو كلما أوقعت عليك الطلاق فأنت طالق ، ثى قال لها بعد ذلك : ان دخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار وقع عليها طلقة بدخول الدار ، وهل تقع عليها طلقة بالصفة الأولة ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فقال الشيخ أبو حامد والمحاملى : لا يقع عليها لأن الصفة ان وقع عليها الطلاق ولم يوقع هذه الطلقة وانما وقعت بالصفة فلم يوجد شرط الثانية •

وقال الشيخ أبو اسحاق وابن الصباغ : تقع الثانية لأن الصفة توقع الطلاق عليها ، واذا علق الطلاق بصفة فوجدت الصفة فهو الموقع للطلاق كما قلنا فيه : اذا قال لها اذا طلقتك فأنت طالق ثم قال لها : ان دخلت الدار فأنت طالق •

فرع ان كان له زوجتان حفصة وزينب ، وقال لزينب كلما طلقت حفصة فأنت طالق وقال لحفصة كلما طلقت زينب فأنت طالق فقد جعل طلاق كل واحدة منهما صفة للأخرى وعقد صفة طلاق زينب أولا فينظر فيه ، فان بدأ وقال لزينب أنت طالق وقع عليها طلقة بالمباشرة ويقع على حفصة بهذه الطلقة طلقة بالصفة وبوقوع هذه الطلقة على حفصة تقع طلقة ثانية على زينب بالصفة لأن حفصة بهذه الطلقة طلقت بصفة تأخرت عن عقد صفة طلاق زينب فهو محدث لطلاقها فصار كما قلنا فيه : اذا قال لها كلما طلقتك فأنت طالق ، ثم قال لها بعد ذلك : ان دخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار وقع عليها طلقة بدخول الدار وأخرى بوجود الصفة ، لأنه قد أحدث طلاقها بعد أن عقدت لها الصفة • وان كان أحدثه بصفة لا بمباشرة •

وان بدأ فقال لحفصة : أنت طالق وقع عليها طلقة بالمباشرة ، وبوقوع هذه الطلقة على حفصة تقع طلقة على زينب بالصفة ولا يعود الطلاق الى

حفصة لأنه ما أحدث طلاق زينب بعد عقد صفة طلاق حفصة ؛ وانما هـذه الصفة سابقة لصفة طلاق حفصة فهو كما قلنا فيه : اذا قال لهـا ان دخلت الدار فأنت طالق ، ثم قال بعد ذلك : كلمـا طلقتك فأنت طالق ، ثم دخلت الدار لم تطلق الا واحدة بدخول الدار .

وان قال لزينب : اذا طلقتك فحفصة طالق ، ثم قال لحفصة : اذا طلقتك فزينب طالق ، فان بدأ وقال لزينب أنت طالق وقع عليهـا طلقـة بالمبـاشرة وبوقوع هذه الطلقة على زينب تطلق حفصة طلقة بالصفة ، وبوقوع هذه الطلقة على حفصة لا يعود الطلاق على زينب ؛ لأنه ما وجد شرط وقوعها ، لأن قوله لحفصة : اذا طلقتك فزينب طالق ، معناه اذا أحدثت طلاقك ولم يحدث طلاقها بعد هذا العقد ، وانما طلقتك بالصفة السابقة ؛ فهو كما قلنا فيه : اذا قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق ، ثم قال لها : اذا طلقت فأنت طالق ثم دخلت الدار فانها تطلق طلقة بدخول الدار لا غير .

وان بدأ فقال لحفصة : اذا طلقت زينب أنت طالق طلقت حفصة بالمباشرة وبوقوع هذه الطلقة يقع على زينب طلقة بالصفة ، وبوقوع هذه الطلقة على زينب تقع على حفصة طلقة بائنة بالصفة ؛ لأنه قال لزينب : اذا طلقتك فحفصة طالق ، قيل ان قال لحفصة : اذا طلقتك فزينب طالق فهو كما قلنا فيه : اذا قال لها اذا طلقتك فأنت طالق ثم قال لها : ان دخلت الدار فأنت طالق ثم دخلت الدار وقع عليها طلقتان طلقة بدخول الدار وطلقة بوجود الصفة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **وان قال لغير المدخول بها اذا طلقتك فأنت طالق أو اذا وقع عليك طلاقى فأنت طالق ، او كلما وقع عليك طلاقى فأنت طالق فوقعت عليها طلقة بالمباشرة أو بالصفة لم يقع غيرها لأنها تبين بها فلم يلحقها ما بعدها .**

فصـــل **وان قال متى لم اطلقك أو اى وقت لم اطلقك فأنت طالق فهو على الفور ، فاذا مضى زمان يمكنه أن يطلق فيه فلم يطلق وقع الطلاق . وان قال : ان لم اطلقك فأنت طالق فالمنصوص أنه على التراخى ولا يقـع به الطلاق الا عند فوات الطلاق وهو عند موت أحدهما .**

وان قال : اذا لم أطلقك فأنت طالق فالمنصوص أنه على الفور ، فاذا مضى زمان يمكنه أن يطلق فلم يطلق وقع الطلاق ، فمن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة منهما الى الأخرى فجعلهما على قولين ، ومنهم من حملهما على ظاهرهما فجعل قوله ان لم أطلقك على التراخى ، وجعل قوله اذا لم أطلقك عى الفور ، وهو الصحيح ، لأن قوله : (اذا) اسم لزمان مستقبل ، ومعناه أى وقت ولهذا يجاب به عن السؤال عن الوقت فيقال متى القاك ؟ فتقول اذا شئت كما تقول أى وقت شئت فكان على الفور ، كما لو قال أى وقت لم أطلقك فأنت طالق وليس كذلك (ان) فانه لا يستعمل فى الزمان ، ولهذا لا يجوز أن يقال متى القاك ؟ فتقول ان شئت وانما يستعمل فى الفعل ويجاب بها عن السؤال عن الفعل فيقال هل القاك ؟ فتقول ان شئت فيصير معناه ان فاتنى أن أطلقك فأنت طالق ، والفوات يكون فى آخر العمر .

وان قال لها : كلما لم أطلقك فأنت طالق فمضى ثلاثة أوقات لم تطلق فيها وقع عليها ثلاث طلقات واحدة بعد واحدة ، لأن معناه كلما سكت عن طلاقك فأنت طالق ، قد سكت ثلاثة أوقات لم تطلق فيها وقع عليها طلقات واحدة فأنت طالق ، وقد سكت ثلاث سكتات) .

الشرح الأحكام : اذا كان له امرأة غير مدخول بها فقال لها : اذا طلقتك فأنت طالق ، أو كلما وقع عليك طلاقى فأنت طالق ، أو كلما أوقعت عليك الطلاق أو كلما طلقتك فأنت طالق ، ثم قال لها بعد ذلك أنت طالق لم يقع عليها الا الطلقة التى أوقعها لأنها بائنة بها ، والبائن لا يلحقها طلاق .

وان قال لها : ان دخلت الدار فأنت طالق وطالق ، فدخلت الدار ففيه وجهان حكاهما العمرانى عن القاضى أبى الطيب . (أحدهما) يقع طلقتان لأنهما يقعان بالدخول من غير ترتيب . (والثانى) لا يقع الا واحدة ، كما اذا قال لها أنت طالق وطالق . قال القاضى أبو الطيب : ويحتمل أن يكون هذا الوجه على قول من قال من أصحابنا ان الواو للترتيب ، والأول أصح .

مسألة قوله : وان قال متى لم أطلقك الخ ، فقد قال الشافعى رضى الله عنه ولو قال أنت طالق اذا لم أطلقك أو متى لم أطلقك فسكت مدة يمكنه فيها الطلاق طلقت . قال فى البيان : وجملة ذلك أن الحروف التى

تستعمل فى الطلاق المعلق بالصفات سبعة : ان ، واذا ، ومتى ، ومتى ما ، وأى وقت ، وأى حين ، وأى زمان • واذا استعملت فى الطلاق فله ثلاثة أحوال : (أحدها) أن يستعمل فى الطلاق متجردا عن العوض وعن كلمة لم • (والثانى) أن تستعمل فيه مع العوض • (والثالث) أن يستعمل فيه كلمة لم ، فان استعملت فى الطلاق متجردا عن العوض وعن كلمة لم مثل ان قال : ان دخلت الدار فأنت طالق ؛ أو اذا دخلت الدار أو متى أو متى ما دخلت أو أى وقت دخلت أو أى حين دخلت أو أى زمان دخلت فجميع هذا لا يقتضى الفور ، بل أى وقت دخلت الدار طلقت ، لأن ذلك يقتضى دخولها الدار ؛ فأى وقت دخلت الدار فقد وجد الشرط ا هـ •

وان استعملت فى الطلاق مع العوض بأن قال : ان أعطيتنى أو ان ضمنت لى ألفاً فأنت طالق ، فان خمسة أحرف منها لا تقتضى الفور ، بل هى على التراخى بلا خلاف على المذهب ؛ وهى متى ومتى ما وأى حين وأى وقت وأى زمان ويمكن أن يدخل فيها أيما وحرف منها يقتضى الفور على المذهب بلا خلاف وهو ان ؛ وحرف منها اختلف أصحابنا فيه وهو اذا ، فعند أكثر أصحابنا هو على الفور • وعند الشيخ أبى اسحاق لا يقتضى الفور ، وقد أوفينا ذلك فى الخلع •

وان استعملت فى الطلاق مع كلمة لم فلا خلاف على المذهب أن خمسة أحرف منها على الفور ، وهى متى ومتى ما وأى حين وأى وقت وأى زمان• فاذا قال متى لم تعطنى ألفا فأنت طالق • أو متى لم أطلقك أو متى لم تدخلى الدار فأنت طالق • وما أشبهه من الصفات •

فان أعطته ألفاً على الفور بحيث يصلح أن يكون جوابا لكلامه أو دخلت الدار فقد بر فى يمينه ولا تطلق • وهكذا اذا قال : متى لم أطلقك فطلقها على الفور فقد بر فى يمينه ولا يقع عليها الا ما أوقعه •

وان تأخرت العطية أو دخول الدار أو الطلاق عن ذلك وقع عليها الطلاق لأن تقديره أى زمان عقدت فيه العطية أو الدخول أو الطلاق فأنت

طالق ، فاذا مضى زمان يمكن ايجاد هذه الصفة ولم توجد فقد وجد شرط وقوع الطلاق المعلق بذلك فوقع •

وأما حروف ان واذا فقد نص الشافعي أن اذا على الفور كالحروف الخمسة وأن حرف أن لا يقتضي الفور ، بل هو على التراخي ؛ فمن أصحابنا من عسر عليه الفرق بينهما ، فقال : لا فرق بينهما ؛ ولهذا اذا كان معهما العوض كانا على الفور فنقل جوابه في كل واحدة منهما الى الأخرى وجعلهما على قولين ، ومنهم من حملهما على ظاهرهما ، وجعل اذا على الفور ، وان على التراخي ؛ وفرق بينهما بأن حرف اذا يستعمل فيما يتحقق وجوده ، وحرف ان يستعمل فيما يشك بوجوده ، بدليل أنه يقال : اذا طلعت الشمس، ولهذا قال تعالى « اذا السماء انشقت » ولا يقال : ان طلعت الشمس ، ويقال : ان قدم زيد ، فجاز أن يكون اذا على الفور ، وان على التراخي ، فاذا قلنا بهذا وقال لها : اذا لم أطلقك فأنت طالق ، أو اذا لم تدخلي الدار فأنت طالق ؛ فاذا مضى بعد قوله زمان يمكنه أن يقول فيه : أنت طالق ؛ ولم يطلق أو مضى زمان يمكنها فيه دخول الدار ولم تدخل الدار ، وقع عليها الطلاق •

وان قال لها : ان لم أطلقك أو لم تدخلي الدار فأنت طالق ، فانها لا تطلق الا اذا فات الطلاق أو الدخول ؛ وذلك آخر جزء من أجزاء حياة الميت الأول منهما ، وان قال لها : كلما لا أطلقك فأنت طالق فمضى بعد هذا ثلاثة أوقات يمكنه أن يطلق فيها فلم يطلق طلقت ثلاثاً ، لأن كلما تقتضي التكرار ؛ لأن تقديره كلما سكت عن طلاقك فأنت طالق ، وقد سكت ثلاثة أوقات فطلقت ثلاثاً •

فرع وان كان له أربع زوجات فقال لهن : أيتكن لم أطأها اليوم فصواحبها طوالق ؛ فان ذهب اليوم ولم يطأ واحدة منهن طلقن ثلاثاً ثلاثا ، لأن لكل واحدة منهن ثلاث صواحب لم يطأهن وتطلق كل واحدة من الثلاث اللاتي لم يطأهن طلقة ، لأن لها صاحبتين لم يطأهما ؛ وان وطىء اثنتين في اليوم طلقت كل واحدة من الموطوءتين طلقتين لأن لهما صاحبتين

لم يطأهما ، وتطلق كل واحدة من التى لم يطأها طلقة لأنه ليس لها الا صاحبة لم يطأها ؛ وان وطىء ثلاثا منهن فى اليوم طلقت كل واحدة من الثلاث اللاتى وطئهن طلقة • لأنه ليس لهن الا صاحبة لم يطأها ولا تطلق الرابعة لأنه ليس لها صاحبة غير موطوءة وان وطئهن كلهن فى اليوم انحلت الصفة ولم تطلق واحدة منهن • وان قال لهن أيتكن لم أطأها فصواحبها طوالق ، ولم يقل اليوم كان ذلك للتراخى ، فان مات قبل أن يطأ واحدة منهن طلقن ثلاثاً ثلاثا ؛ وان ماتت واحدة منهن قبل أن يطأها طلقن الباقيات طلقة طلقة ؛ ولم تطلق هى ، والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان قال : ان حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال لها ان خرجت أو ان لم تخرجى أو ان لم يكن هذا كما قلت فأنت طالق طلقت لأنه حلف بطلاقها ، وان قال ان طلعت الشمس أو ان جاء الحاج فأنت طالق لم يقع الطلاق حتى تطلع الشمس أو يجىء الحاج لأن اليمين ما قصد بها المنع من فعل أو الحث على فعل أو التصديق على فعل وليس فى طلوع الشمس ومجىء الحاج منع ولا حث ولا تصديق ، وانما هو صفة للطلاق ، فاذا جدت وقع الطلاق بوجود الصفة •**

وان قال لها : اذا حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم أعاد هذا القول وقعت طلقة لأنه حلف بطلاقها ، فان أعاد ثالثا وقعت طلقة ثانية ، وان اعاد رابعاً وقعت طلقة ثالثة ، لأن كل مرة توجد صفة طلاق وتنعقد صفة اخرى ، وأن أعادها خامساً لم يقع طلاق ، لأنه لم يبق له طلاق ، ولا ينعقد به يمين فى طلاق غيرها ، لأن اليمين بطلاق من لا يملكها لا ينعقد ، وان كانت له امرأتان احداهما مدخول بها والأخرى غير مدخول بها فقال : ان حلفت بطلاقكما فأنتما طالقان ، ثم أعاد هذا القول طلقت المدخول بها طلقة رجعية ، وتطلق غير المدخول بها طلقة بائنة ، فان لم تطلق واحدة منهما لأن غير المدخول بها بائن ، والمدخول بها لا يوجد شرط طلاقها ، لأن شرط طلاقها أن يحلف بطلاقهما ولم يحلف بطلاقهما، لأن غير المدخول بها لا يصح الحلف بطلاقها) •

الشرح قوله : وان قال : ان حلفت بطلاقك فأنت طالق الخ ؛ فجملة ذلك أنه اذا قال لامرأته : اذا حلفت بطلاقك فأنت طالق • ثم قال

لها : ان دخلت الدار أو ان لم تدخلى الدار أو أخبرها بشىء أو أخبرته بشىء فقال لها : ان لم يكن الأمر كما أخبرتك أو كما أخبرتنى فأنت طالق ؛ طلقت لأنه قد حلف بطلاقها • وان قال لها : اذا طلعت الشمس أو اذا قدم الحاج فأنت طالق ؛ فان لم يحلف بطلاقها فلا تطلق قبل طلوع الشمس وقبل قدوم الحاج ؛ وقال أبو حنيفة وأحمد : كل ذلك حلف ؛ فتطلق به ؛ الا قوله : أنت طالق ان طهرت أو حضت أو شئت •

دليلنا أن اليمين هو ما يقصد به المنع من شىء ، كقوله ان دخلت الدار أو التزام فعل شىء كقوله ان لم أدخل أو ان لم تدخلى ، أو التصديق كقوله: ان لم يكن هذا الأمر كما أخبرتك أو كما أخبرتنى • وقوله : اذا طلعت الشمس أو اذا قدم الحاج ليس فيه يمين ؛ وانما هو تعليق طلاق على صفة فهو كقوله ان طهرت أو حضت أو شئت • وان قال لها : اذا حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم أعاد هذا الكلام ثانيا طلقت طلقة • لأنه حلف بطلاقها ، لأنه باليمين الأولة منع نفسه من الحلف وقد حلف • فان أعاد ذلك ثلاثا طلقت الثانية • فان عاد ذلك رابعا طلقت الثالثة وبانت •

فـــرع قال ابن الصباغ فى الشامل [1] : اذا قال لامرأته اذا لم أحلف بطلاقك فأنت طالق وكرر ذلك ثلاث مرات • فان فرق وسكت بعد كل يمين سكتة يمكنه أن يحلف فلم يحلف وقع عليها ثلاث طلقات لأن اذا فى النفى يقتضى الفور ، وان لم يفرق بينهن لم يحنث فى الأولة والثانية • لأنه حلف عقيبهما ويحنث فى الثالثة فتطلق • لأنه لم يحلف عقيبهما •

فأما اذا قال : كلما لم أحلف بطلاقك فأنت طالق فمضى ثلاثة أوقات يمكنه أن يحلف فيها طلقت ثلاثا لأن كلما تقتضى التكرار • وان قال لها : كلما حلفت بطلاقك فأنت طالق • ثم قال : اذا جاء المطر ولم أكن بنيت هذا الحائط ؛ أو يخاط الثوب قبل مجىء المطر ا هـ •

---

(١) نسخة خطية مكتبة المعهد الدينى بثغر دمياط موقوفة من بعض الصالحين نقل الينا بعض الثقات من اصحابنا ما انتفعنا به فى شروحنا اثابهم الله وايانا •

فـــرع وان كان له امرأتان فقال : أيما امرأة لم أحلف بطلاقها فغيرها طالق قال ابن الصباغ : فمتى سكت عقب هذا القول قدراً يمكنه أن يحلف بطلاقها فلم يحلف طلقتا لأنه جعل ترك اليمين بطلاق كل واحدة منهما شرطا لطلاق صاحبتها فلو كرر هذا القول مرارا متصلا بعضها ببعض لم تطلق واحدة منهما ما دام مكررا ، الا أن هذا القول منه يمين بطلاقها ؛ فتبين الأولة بالثانية ؛ وتبين الثانية بالثالثة ؛ فاذا سكت طلقتا باليمين الأخرى ، فلو كرر هذا القول ثلاثا وسكت عقب كل يمين طلقت كل واحدة ثلاثاً •

وقال أبو على السنجى : وعندى أن هذا خطأ ، لأن لقوله : أيما امرأة لم أحلف بطلاقها فغيرها طالق ليس فى لفظه متى يحلف بطلاقها ؛ فيكون على التراخى • ومعناه : ان فاتنى الحلف بطلاقها فغيرها طالق ، ولا يعلم الفوات الا بموت أحدهما ، الا أن يقول : أيما امرأة لم أحلف بطلاقها الساعة فغيرها طالق فالجواب صحيح حينئذ • ولو قال : متى لم أحلف أو أى وقت لم أحلف أو أى زمان ؛ أو كلما لم أحلف بطلاقها فغيرها طالق كان الجواب كما ذكرناه •

فـــرع وان كان له امرأتان زينب وعمرة فقال لهما : ان حلفت بطلاقكما فعمرة طالق ؛ فهذا تعليق طلاق عمرة بالحلف بطلاقهما جميعاً ، فان أعاد هذه الكلمة مراراً لم تطلق واحدة منهما لأنه لم يحلف بطلاقهما ؛ وانما كرر تعليق طلاق عمرة • ولو قال بعد ذلك : ان دخلتما الدار فأنتما طالقان ، طلقت عمرة لأنه حلف بطلاقها • وان قال : ان حلفت بطلاقكما فاحداكما طالق ، وكرر هذا القول لم تطلق واحدة منهما لأنه لم يحلف بطلاقهما وانما حلف بطلاق واحدة منهما • ولو قال بعد ذلك : اذا حلفت بطلاقكما فأنتما طالقان ، طلقت احداهما لا بعينها لأنه حلف بطلاقهما • ولو قال : اذا حلفت بطلاق احداكما فأنتما طالقان ، ثم أعاد هذا مرة طلقت كل واحدة منهما طلقة ؛ لأنه علق طلاقهما بالحلف بطلاق احداهما لا محالة ولو قال : اذا حلفت بطلاق احداكما فأنتما طالقان ، ثم قال : اذا حلفت بطلاقكما فاحداكما طالق طلقتا جميعا ، لأنه قد حلف بطلاق احداهما فيحنث فى اليمين الأولة • وان

قال : ان حلفت بطلاقكما فعمرة طالق ؛ وان حلفت بطلاقكما فزينب طالق • قال ابن القاض : فان أعاد ما قاله فى زينب مرة لم تطلق ، وان أعاد ما قال فى عمرة أخرى طلقت لأنه علق طلاق عمرة بصفتين ، احداهما اليمين بطلاقهما والأخرى اليمين بطلاق زينب ؛ فما لم يحلف بعد القول الأول بطلاقهما معا أو مجتمعا أو متفرقاً لم يحنث فى طلاق عمرة • وكذا اذا قال فى المرة الثانية فى طلاق زينب فاذا كرر ما قال فى زينب ــ وهو قوله الثانى ان حلفت بطلاقكما فزينب طالق ــ فلا تطلق واحدة منهما لا زينب ولا عمرة ، لأنه وجد احدى الصفتين دون الأخرى ، فاذا أعاد فى عمرة طلقت عمرة لأنه علق ابتداء الطلاق بالحلف بطلاقهما ؛ وقد حلف ذلك بطلاق زينب وحدها ، فان حلف بطلاق عمرة بعد ذلك فقد اجتمع الصفتان فى طلاق عمرة بعد تعليقه بهما فوقع بها ، فاذا أعاد فى زينب مرة أخرى ما قال فيها بعد ما أعاد فى عمرة طلقت زينب أيضا لأنه قد حلف بعد ذلك بطلاقهما جميعا ، فاذا حلف بعد ذلك بطلاقهما اما مجتمعاً أو متفرقا فانه يقع •

فرع وان كانت له امرأتان مدخول بها وغير مدخول بها ؛ فقال لهما : اذا حلفت بطلاقكما فأنتما طالقان ثم أعاد هذا القول طلقت المدخول بها طلقة رجعية وطلقت غير المدخول بها طلقة بائنة ، فان أعاد هذا القول ثالثاً لم تطلق واحدة منهما ، لأن الصفة لم توجد ؛ اذ البائن لا يصح الحلف بطلاقها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **واذا كان له أربع نسوة وعبيد فقال : كلما طلقت امرأة من نسائى فعبد من عبيدى حر ، وكلما طلقت امرأتين فعبدان حران ، وكلما طلقت ثلاثا فثلاثة أعبد أحرار ، وكلما طلقت أربعا فأربعة أعبد أحرار ، ثم طلقهن فالمذهب انه يعتق خمسة عشر عبدا لأن بطلاق الأولى يعتق عبد بوجود صفة الواحدة وبطلاق الثانية يعتق ثلاثة أعبد ، لأنه اجتمع صفتان طلاق الواحدة وطلاق اثنتين ، وبطلاق الثالثة يعتق أربعة أعبد ، لأنه اجتمع صفتان طلاق الواحدة وطلاق الثلاث ، وبطلاق الرابعة يعتق سبعة أعبد ، لأنه اجتمع ثلاث صفات طلاق الواحدة وطلاق اثنتين وطلاق أربع •**

ومن أصحابنا من قال : يعتق سبعة عشر عبداً ، لأن فى طلاق الثالثة ثلاث صفات ، طلاق واحدة وطلاق اثنتين بعد الواحدة وطلاق الثلاث . ومنهم من قال : يعتق عشرون عبداً ، فجعل فى الثلاث ثلاث صفات ، وجعل فى الأربع أربع صفات ، طلاق واحدة وطلاق اثنتين وطلاق ثلاث بعد الواحدة وطلاق أربع ، والجميع خطأ لأنهم عدوا الثانية مع ما قبلها من الاثنتين ، وعدوا الثالثة مع ما قبلها من الثلاث ، ثم عدوهما مع ما بعدهما من الاثنتين والثلاث . وهذا لا يجوز ، لأن ما عد مرة فى عدد لا يعد فى ذلك العدد مرة أخرى . والدليل عليه أنه لو قال : كلما أكلت نصف رمانة فعبد من عبيدى حر . ثم أكل رمانة عتق عبدان ؛ لأن الرمانة نصفان ، ثم لا يقال أنه يعتق ثلاثة لانه اذا أكل نصف رمانة عتق عبد ، فاذا أكل الربع الثالث عتق عبد ، لأنه مع الربع الثانى نصف واذا أكل الربع الرابع عتق عبد لأنه مع الربع الثالث نصف فكذلك ههنا . وقال أبو الحسن بن القطان : يعتق عشرة لأن الواحدة والاثنين والثلاث والأربع عشر، وهذا خطأ أيضا لأن قوله : كلما طلقت يقتضى التكرار ، وقد وجد طلاق الواحدة أربع مرات ، وطلاق المرأتين مرتين ، وطلاق الثلاث مرة ، وطلاق الأربع مرة ، فأسقط ابن القطان اعتبار ما يقتضيه اللفظ من التكرار فى المرأة والمرأتين وهذا لا يجوز .

فصل اذا كان له أربع نسوة فقال : أيتكن وقع عليها طلاقى فصواحبها طوالق ، ثم طلق واحدة منهن طلقن ثلاثا ثلاثا ، لأن طلاق الواحدة يوقع على كل واحدة منهن طلقة واحدة ، ووقوع هذه الطلقة على كل واحدة منهن يوقع الطلاق على صواحبها وهن ثلاث فطلقت كل واحدة منهن ثلاثا) .

الشرح وان قال لامرأته : اذا أكلت نصف رمانة فأنت طالق ، واذا أكلت رمانة فأنت طالق ؛ فأكلت رمانة طلقت طلقتين لأنه وجدت الصفتان فانها أكلت نصفها وأكلت جميعها .

وان قال : كلما أكلت نصف رمانة فأنت طالق ، وكلما أكلت رمانة فأنت طالق ؛ فأكلت رمانة طلقت ثلاثاً لأن كلما تقتضى التكرار وقد أكلت نصفين فوقع بها طلقتان وأكلت رمانة فوقع بها طلقة . وهذا كما لو قال : ان كلمت رجلا فأنت طالق ، وان كلمت طويلا فأنت طالق ؛ وان كلمت شيوعياً فأنت طالق ؛ فكلمت رجلا طويلا شيوعياً طلقت ثلاثا لوجود الصفات الثلاث .

فرع اذا قال لامرأته : أنت طالق مريضة (بالنصب أو بالرفع) لم يقع الطلاق الا اذا مرضت ؛ لأن معنى قوله مريضة بالنصب أى فى حال

مرضك • ومعنى قوله مريضة بالرفع (وأنت مريضة) هذا هو المشهور كما حكاه العمرانى وحكى ابن الصباغ فى أهل البيد قال : اذا قال مريضة بالرفع وهو من أهل الاعراب وقع عليها الطلاق فى الحال لأنه صفة لها وليس بحال • وهذا خطأ لأنه نكرة فلا توصف به المعرفة ، وقد عرفها بالاشارة اليها فلا تكون صفة لها ، وانما تكون حالا وانما لحن فى اعرابه ؛ أو على اضمار مبتدأ فيكون شرطا •

قوله « اذا كان له أربع نسوة الخ •• » فجملة ذلك أنه اذا كان له أربع زوجات فقال لهن : كلما طلقت واحدة منكن فأنتن طوالق فطلق واحدة منهن وقع عليها طلقتان ، طلقة بالمباشرة وطلقة بالصفة ، ويقع على الثلاث الباقيات طلقة طلقة وان قال : كلما وقع على واحدة منكن طلاقى فأنتن طوالق أو أيتكن وقع عليها طلاقى فصواحبها طوالق ؛ فطلق واحدة منهن طلقن ثلاثا ثلاثا ، لأنه اذا طلق واحدة منهن طلقة وقع على كل واحدة من الباقيات طلقة ، ووقوع هذه الطلقة على كل واحدة من الباقيات يوقع الثانية على صواحبها؛ ووقوع الثانية يوقع الثالثة •

فرع وان قال لامرأته أنت طالق وطالق ان دخلت الدار طالقا ؛ فقد علق وقوع طلقتين بدخول الدار وهى طالق ؛ فان دخلت الدار وهى مطلقة طلاقا رجعيا وقع عليها طلقتان بالصفة • وان دخلت الدار وهى زوجة غير مطلقة أو بائن لم تطلق لأن الصفة لم توجد •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان كان له امرأتان فقال لاحداهما أنت طالق طلقة ، بل هذه ثلاثا وقع على الأولى طلقة وعلى الثانية ثلاث ، لأنه اذا أوقع على الأولى طلقة ثم أراد رفعها فلم يرتفع ، وأوقع على الثانية ثلاثا فوقعت. وان قال للمدخول بها أنت طالق واحدة لا بل ثلاثا ان دخلت الدار فقد اختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو بكر بن الحداد المصرى : تطلق واحدة فى الحال ويقع بدخول الدار تمام الثلاث ، لانه نجز واحدة فوقعت ، وعلق ثلاثا على الشرط فوقع ما بقى منها عند وجود الشرط • ومن أصحابنا من قال : يرجع الشرط الى الجميع ولا تطلق حتى تدخل الدار ، لأن الشرط يعقب الايقاعين فرجع اليهما) •**

الشرح قوله « نجز واحدة » التضعيف زيادة تجعل اللازم متعدياً كالمزيد بالهمز ، فيكون قوله نجز كقوله أنجز • وهو بمعنى عجل •

اما الأحكام فانه ان كان له امرأتان فقال لاحداهما : أنت طالق واحدة لا بل هذه ثلاثاً ، وقع على الأولة طلقة ؛ وعلى الثانية ثلاثا ، لأنه أوقع على الأولة طلقة فوقعت ثم رجع عنها ، وأوقع على الثانية ثلاثا فلم يصح رجوعه عما أوقعه على الأولة وصح ما أوقعه على الثانية •

وان قال لامرأته المدخول بها أنت طالق واحدة لا بل ثلاثا ان دخلت الدار فاختلف أصحابنا فيه ؛ فقال ابن الحداد : يقع عليها طلقة فى الحال ، ويقع باقى الثلاث بدخول الدار • لأنه أوقع واحدة فوقعت ثم رجع وأوقع الثلاث بدخول الدار فلم يصح رجوعه عن الأولة ، ويعلق بدخول الدار باقى الثلاث• ومنهم من قال يرجع الشرط الى الجميع فلا يطلق حتى تدخل الدار ، لأن الشرط يعقب الايقاعين فرجع اليهما • وان كانت غير مدخول بها فالذى يقتضى القياس أن على قول ابن الحداد فى مولداته يقع عليها الطلقة المنجزة وتبين بها ؛ ولا يقع ما بعدها بدخول الدار ، وعلى القول الآخر لبعض أصحابنا لا يقع عليها طلاق حتى تدخل الدار ، فاذا دخلت وقع عليها الثلاث •

فرع وان قال لاحدى امرأتيه أنت طالق ان دخلت الدار لا بل هذه • قال ابن الحداد فان دخلت الأولة طلقتا جميعاً وان دخلت الثانية لم تطلق واحدة منهما لأنه علق طلاق الأولة بدخولها الدار ، ثم رجع عن ذلك وعلق بدخولها طلاق الثانية فعلق به ؛ ولم يصح رجوعه عن طلاق الأولة •

ومن أصحابنا من قال : اذا دخلت الأولة الدار طلقت وحدها ، واذا دخلت الثانية طلقت وحدها ، لأنه علق على طلاق الأولة بدخولها الدار ثم رجع عن هذه الصفة جملة ؛ وعلق طلاق الثانية بدخولها الدار ، فلم يصح رجوعه ؛ وتعلق الثانية بدخولها •

فرع قال فى البويطى : اذا قال أنت طالق فى مكة أو بمكة أو فى الدار أو بالدار فهى طالق ساعة تكلم به ، الا أن ينوى : اذا كنت

بمكة . فاذا قال : نويت ذلك قبل منه لأن لفظه يحتمله . قال المسعودى : ولو قال ان قذفت فلانا فى المسجد فأنت طالق ؛ فيشترط أن يكون القاذف فى المسجد ؛ وان قال : ان قتلت فلانا فى الحظيرة فأنت طالق يشترط أن يكون المقتول فى الحظيرة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان قال لها أنت طالق الى شهر ولم يكن له نية وقع الطلاق بعد الشهر ، لأن الى تستعمل فى انتهاء الفعل ، كقوله تعالى « ثم أتموا الصيام الى الليل » وتستعمل أيضا فى ابتداء الفعل ؛ كقولهم فلان خارج الى شهر فلا يقع الطلاق فى الحال مع الاحتمال ، كما لا يقع بالكنايات من غير نية .

فصل وان قال أنت طالق فى شهر رمضان ، طلقت برؤية الهلال فى أول الشهر . وقال أبو ثور : لا تطلق الا فى آخر الشهر لتستوعب الصفة التى علق الطلاق عليها ، وهذا خطأ لأن الطلاق اذا علق على شىء وقع بأول جزء منه ، كما لو قال اذا دخلت الدار فأنت طالق فانها تطلق بالدخول الى أول جزء من الدار . فان قال : أردت فى آخر الشهر دين فيه ، لأنه يحتمل ما يدعيه ولا يقبل فى الحكم لأنه يؤخر الطلاق عن الوقت الذى يقتضيه .

وان قال : أنت طالق فى الشهر وقع الطلاق فى أول ليلة يرى فيها الهلال وان قال أنت طالق فى غرة الشهر طلقت فى أوله . فان قال أردت اليوم الثانى أو الثالث دين ، لأن الثلاث من أول الشهر تسمى غرراً ، ولا يقبل فى الحكم لأنه يؤخر الطلاق عن أول وقت يقتضيه .

وان قال أنت طالق فى آخر الشهر طلقت فى آخر يوم منه تاما كان الشهر أو ناقصاً . وان قال أنت طالق فى أول آخر رمضان ، ففيه وجهان : (أحدهما) وهو قول أبى العباس أنها تطلق فى أول ليلة السادس عشر لأن آخر الشهر هو النصف الثانى وأوله أول ليلة السادس عشر ، والثانى أنها تطلق فى أول اليوم الأخير من آخر الشهر لأن آخر الشهر هو اليوم الأخير فوجب أن تطلق فى أوله .

وان قال أنت طالق فى آخر أول الشهر طلقت على الوجه الأول فى آخر اليوم الخامس عشر ، وعلى الوجه الثانى تطلق فى آخر اليوم الأول . وان قال أنت طالق فى آخر فى أول آخر رمضان ، طلقت على الوجه الأول عند طلوع

الفجر من اليوم السادس عشر ، لأن أول آخر الشهر ليلة السادس عشر ، وآخرها عند طلوع الفجر من يومها . وعلى الوجه الثانى تطلق بغروب الشمس من آخر يوم منه ، لأن أول آخره اذا طلع الفجر من آخر يوم منه ، فكان آخره عند غروب الشمس . وان قال : انت طالق فى أول آخر أول الشهر ، طلقت على الوجه الأول بطلوع الفجر من اليوم الخامس عشر ، لأن آخر أوله عند غروب الشمس من اليوم الخامس عشر ، فكان أوله طلوع فجره . وعلى الوجه الآخر تطلق بطلوع الفجر من اول يوم من الشهر ؛ لأن آخر أول الشهر غروب الشمس من اول يوم منه ، فكان أوله طلوع الفجر) .

الشرح اذا قال أنت طالق الى شهر كذا أو سنة كذا ؛ فهو كما قال فى شهر كذا أو سنة كذا ، فلا يقع الطلاق الا فى أول ذلك الوقت ، وبه قال أحمد . وقال أبو حنيفة يقع فى الحال ؛ لأن قوله أنت طالق ايقاع فى الحال . وقوله الى شهر كذا تأقيت له وغاية ، وهو لا يقبل التأقيت فبطل التأقيت ووقع الطلاق .

دليلنا أن ابن عباس وعطاء وجابر بن زيد والنخعى وأبا هاشم والثورى وأحمد بن حنبل واسحاق بن راهويه وأبا عبيد وبعض أصحاب الرأى قالوا : اذا أوقع الطلاق فى زمن أو علقه بصفة تعلق بها ولو لم يقع حتى تأتى الصفة والزمن . وقال ابن عباس فى الرجل يقول لامرأته أنت طالق الى رأس السنة، قال يطأ فيما بينه وبين رأس السنة ، وقد احتج أحمد بقول أبى ذر « ان لى ابلا يرعاها عبد لى وهو عتيق الى الحول » ولأن هذا يحتمل أن يكون توقيتا لايقاعه ، كقول الرجل أنا خارج الى سنة أى بعد سنة . ومن ثم نخلص الى قول المصنف « ان قال لها أنت طالق الى شهر ولم يكن له نية الخ ، فجملة ذلك أنه اذا لم يكن له نية لم يقع عليها الطلاق الا بعد مضى الشهر من حين عقد الصفة ؛ خلافاً لأبى حنيفة ومالك ، ولأن الى تستعمل فى انتهاء الفعل ، كقوله تعالى « ثم أتموا الصيام الى الليل » ويستعمل فى ابتداء الفعل ، فاذا احتمل الأمرين فلا يقع به الطلاق فى الحال بالشك . وان قال أردت أن الطلاق يقع محاكاة ويرتفع بعد شهر وقع عليها فى الحال ، لأنه قيس قوله بما يحتمله، وفيه تغليظ عليه فقبل ، ولا يرتفع الطلاق بعد شهر ؛ لأن الطلاق اذا وقع لم يرتفع .

مسألة قوله : وان قال أنت طالق فى شهر رمضان طلقت برؤية الهلال فى أول الشهر ، وهذا صحيح ؛ اذ أنه يقع الطلاق فى أول جزء من الليلة الأولة من شهر رمضان •

وقال أبو ثور : لا تطلق الا فى آخر جزء من شهر رمضان ، وهذا خطأ لأن الطلاق اذا علق على شىء وقع بأول جزء منه ؛ كما اذا قال لها : اذا دخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار فى أول جزء منهـا طلقت • فان قال أردت به الطلاق فى النصف أو فى آخره لم يقبل فى الحكم ، لأن ذلك يخالف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأن قوله يحتمل ذلك •

وان قال أنت طالق فى غرة شهر رمضان أو فى غرة هلال رمضان أو فى غرة رمضان أو فى رأس رمضان أو فى أول رمضان طلقت فى أول جزء من الليلة الأولة من رمضان ، فان قال أردت به نصف الشهر أو آخره لم يقبل فى الحكم ولا فيما بينه وبين الله تعالى لأن لفظه لا يحتمل ذلك •

وان قال : أردت بالغرة بعض الأولة من الشهر لم يقبل فى الحكم لأنه يؤخر الطلاق عن أول وقت يقضيه ، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، لأنه يسمى غررا وان قال أنت طالق فى نهار رمضان لم تطلق الا بأول جزء من اليوم الأول من الشهر لأنه علقه بالنهار •

فرع وان قال : أنت طالق فى آخر رمضان أو سلخ رمضان أو فى انفصامه أو فى خروجه طلقت لغيبوبة الشمس فى آخر يوم منه ؛ وان قال أنت طالق فى أول آخر رمضان ففيه وجهان قال أبو العباس بن سريج : تطلق فى أول جزء من ليلة السادس عشر ، لأن أول الشهر هو النصف الأول وآخره النصف الثانى ؛ فكان أول آخره أول ليلة السادس عشر ؛ والثانى — وهو قول أكثر أصحابنا — وهو الأصح أنها تطلق بطلوع الفجر من اليوم الأخير من الشهر لأن آخر الشهر هو آخر يوم فيه ، فأوله طلوع فجره •

وان قال أنت طالق فى آخر أول رمضان ؛ فعلى قول أبى العباس — تطلق بغروب الشمس من اليوم الخامس عشر ، لأن أول الشهر عنده النصف الأول

وآخر أوله غروب الشمس من اليوم الخامس عشر • وعلى قول أكثر أصحابنا يقع الطلاق فى آخر الليلة الأولة من الشهر لأنها أول الشهر • هكذا ذكر ابن الصباغ • وأما الشيخان أبو حامد الاسفراييني وأبو اسحاق المروزى فقالا : تطلق على هذا آخر اليوم من الشهر ، وقول ابن الصباغ أقيس •

وان قال أنت طالق فى آخر أول آخر رمضان • قال الشيخ أبو اسحاق الشيرازى فعلى قول أبى العباس تطلق عند طلوع الفجر من اليوم السادس عشر ؛ لأن أول آخر الشهر ليلة السادس عشر وآخرها عند طلوع الفجر من آخر يوم منه فكان آخره عند غروب الشمس • وان قال أتى العباس بطلوع الفجر من اليوم الخامس عشر ، لأن آخر أوله غروب الشمس من هذا اليوم فكان أوله طلوع الفجر منه •

وعلى الوجه الثانى : تطلق بطلوع الفجر من أول يوم من الشهر ، لأن آخر أول الشهر غروب من أول يومه ؛ فكان أوله أول يوم من طلوع الفجر قال العمرانى رحمه الله : وعندى أنها تطلق على هذا فى أول جزء من الليلة الأولة من الشهر ، لأن أول الشهر هو أول جزء من الليلة الأولة منه ، وآخر أوله آخر جزء من هذه الليلة ؛ فكان أول آخر أوله هو أول جزء من تلك الليلة •

فرع وان قال أنت طالق فى شهر قبل ما بعد قبله رمضان فاختلف أصحابنا متى تطلق ؟ فمنهم من قال تطلق فى أول رجب ؛ ومنهم من قال تطلق فى أول شعبان ــ ولم يذكر فى الفروع غيره ــ لأن الشهر الذى بعد قبل رمضان هو رمضان نفسه ، فالشهر الذى قبله شعبان • ومنهم من قال : تطلق فى أول شوال وهو اختيار القاضى أبى الطيب وابن الصباغ ؛ لأنه أول وقت الطلاق فى شهر وصفه ، لأن قبل ما بعد قبله رمضان ؛ ذلك لأنه يقتضى أن قبله رمضان ؛ لأن ما بعد قبل الشهر هو الشهر نفسه ، وقبله رمضان •

وقال ابن قدامة من الحنابلة فى المغنى على متن الخرقى : واذا قال أنت طالق فى آخر أول الشهر طلقت فى آخر أول يوم منه لأنه أوله • وان قال فى أول آخره طلقت فى آخر يوم منه لأنه آخره • وقال أبو بكر فى الأولى : تطلق

بغروب الشمس من اليوم الخامس عشر منه • وفى الثانية تطلق بدخول أول الليلة السادسة عشرة منه ، لأن الشهر نصفان أول وآخر ؛ فآخر أوله يلى أول آخره ؛ وهذا قول أبى العباس بن سريج ــ يعنى من الشافعية ــ وقول أكثرهم كقولنا وهو أصح • فان ما عدا اليوم الأول لا يسمى أول الشهر ، ويصح نفيه عنه ، وكذلك لا يسمى أوسط الشهر آخره ؛ ولا يفهم ذلك من اطلاق لفظه فوجب أن لا يصرف كلام الحالف اليه ولا يحمل كلامه عليه ا هـ

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان قال أنت طالق اليوم طلقت فى الحال لأنه من اليوم ، وان قال أنت طالق فى غد طلقت بطلوع فجره • وان قال أنت طالق اليوم اذا جاء غد لم تطلق ، لأنه لا يجوز أن تطلق اليوم لأنه لم يوجد شرطه ، وهو مجىء الغد ، ولا يجوز ان تطلق اذا جاء غد لأنه ايقاع طلاق فى يوم قبله • وان قال أنت طالق اليوم غداً طلقت اليوم طلقة ولا تطلق غدا طلقة أخرى ، لأن طلاق اليوم تعين • وقوله غدا يحتمل أن تكون طالقة بطلاقها اليوم • فلا نوقع طلاقا بالشك • وان قال اردت طلقة فى اليوم وطلقة فى غد طلقت طلقتين ، لأن اللفظ يحتمل ما يدعيه وهو غير متهم فيه ، لما فيه عليه من التغليظ ، وان قال أردت نصف طلقة اليوم ونصف طلقة غدا طلقت طلقتين ، طلقة بالايقاع وطلقة بالسراية ، وان قال أردت نصف طلقة اليوم والنصف الباقى فى غد ففيه وجهان : (أحدهما) تطلق اليوم طلقة ولا تطلق غدا ، لأن النصف الباقى قد وقع فى اليوم فلم يبق ما يقع غدا • (والثانى) أنه يقع فى اليوم الثانى طلقة أخرى ، لأن الذى وقع فى اليوم بالسراية وبقى النصف الثانى فوقع فى الغد فسرى •**

وان قال انت طالق اليوم أو غدا ففيه وجهان : (أحدهما) تطلق غدا لأنه يقين • (والثانى) انها تطلق اليوم لأنه جعل كل واحد منهما محلا للطلاق فتعلق بأولهما) •

الشرح الأحكام : اذا قال لامرأته أنت طالق اليوم طلقت فى الحال لأنه من اليوم • وان قال لها اذا مضى يوم فأنت طالق ، فان قال ذلك بالليل لم تطلق حتى تغيب الشمس من يوم تلك الليلة • وان قال ذلك بالنهار لم تطلق حتى يمضى باقى يومه ثم تنقضى الليلة التى يستقبلها ويبلغ من اليوم الثانى الى الوقت الذى عقد فيه الطلاق • وان قال أنت طالق اذا مضى

اليــوم ؛ فالذى يقتضى المذهب أنه اذا قال ذلك فى النهــار طلقت بغروب الشمس من ذلك اليوم ؛ لأن اليوم للتقريب •

فــــرع وان قال لها أنت طالق فى غد طلقت بطلوع الفجر مــن الغد ؛ سواء قال ذلك ليلا أو نهاراً ؛ أو ان قال أنت طالق اليوم اذا جاء غد ، قال أبو العباس بن سريج لم تطلق ، لأنه لا يجوز أن تطلق غدا ؛ لأنه ايقاع طلاق فى يوم قبله ؛ وان قال : أنت طالق اليوم غدا ، رجع اليه ما أراد بذلك ؛ فان قال أردت أنها تطلق اليوم طلقة وتكون طالقا غدا بتلك الطلقة لم يقع عليها الا طلقة ، لأن قوله يحصل ذلك •

وان قال أردت أنها تطلق اليوم طلقة وغدا طلقة طلقت طلقتين ؛ لأن قوله يحتمل ذلك ، وقد أقر على نفسه بما فيه تغليظ عليه ، وان قال أردت اليوم نصف طلقة وغــدا نصف طلقة أخــرى طلقت طلقتين ؛ لأن كل نصف يسرى طلقة • وان قال : أردت نصف طلقة اليوم ونصفها الباقى فى غد ، وقع عليها فى اليوم طلقة لأنه لا يمكن ايقاع نصف طلقة فسرى الى طلقة ، وهل يقــع عليها طلقة أخرى اذا جاء غد ؟ فيه وجهان : (أحدهما) لا يقــع عليهــا لأن النصف الذى أوقعــه قد سرى فى اليــوم الأول فلم يبق ما يقع فى غــد • و (الثانى) تطلق فى غد طلقة بائنة لأنه لم يقع عليها فى اليوم الأول بايقاعه الا نصف طلقة ؛ وانما الشرع أوجب سرايتها ، وقد أوقع عليها فى الغد نصف طلقة فيجب أن تقع وتسرى ، وان قال لا نية لى وقع عليها فى اليوم طلقــة لأنها يقين ولا يقع عليها فى الغد طلقة أخرى لأنه مشكوك فيها •

وان قال : أنت طالق اليوم أو غدا ففيه وجهان حــكاهما المصنف هنا • أحدهما لا تطلق الا غداً لأنه يقين ، والثانى أنها تطلق اليوم لأنه جعــل كل واحد منهما محلا للطلاق فتعلق بأولهما •

فــــرع وان قال لها : اذا جاء غد فأنت طالق ؛ أو عبدى حر بعــد غد لم تطلق امرأته اذا جاء غد لأنه أوقع الطلاق غدا أو العتق بعد غد ، فاذا جاء بعد غد كان بالخيار بين أن يعين الطلاق فى امرأته أو العتق فى عبده ، كما لو قال لامرأتيه هذه طالق أو هذه •

فـــرع اذا قال لامرأته فى يوم أنت طالق ثلاثاً فى كل يوم طلقة ؛ وقع عليها فى الحال طلقة ، ووقعت عليها الثانية بطلوع الفجر من اليـــوم الثانى ، ووقعت الثالثة بطلوع الفجر من اليوم الثالث ؛ لأن ذلك أول وقت يقتضى وقوع الطلاق وان قال لها أنت طالق فى مجىء ثلاثة أيام فانها تطلق اذا مضت ثلاثة أيام ووقع عليها الطلاق اذا طلع الفجر من اليوم الثالث لأن ذلك أول وقت يقتضى وقوع الطلاق • وان قال أنت طالق فى مضى ثلاثة أيام فانها تطلق اذا مضت ثلاثة أيام قال ابن الصباغ فان قال ذلك بالليـــل طلقت اذا غربت الشمس من اليوم الثالث فان قال ذلك بالنهار طلقت اذا جاء الى مثل ذلك الوقت من اليوم الرابع • والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل **اذا قال : اذا رايت هلال رمضان فانت طالق فرآه غـيره طلقت لان رؤية الهلال فى عرف الشرع رؤية الناس ، والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم : صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته • ويجب الصوم والفطـــر برؤية غيره ، وان قال اردت رؤيتى لم يقبل فى الحكم لانه يدعى خلاف الظاهر ويدين فيه ، لانه يحتمل ما يدعيه ، فان رآه بالنهار لم تطلق ، لان رؤية هلال الشهر ما يراه فى الشهر ، وهو بعد الغروب ، ولهذا لا يتعلق الصوم والفطر الا بما نراه بعد الغرب ، وان غم عليهم الهلال فعدوا شعبان ثلاثين يوما طلقت ، لانه قد ثبتت الرؤية بالشرع فصار كما لو ثبتت بالشهادة • وان أراد رؤيته بعينه فلم يره حتى صـــار قمراً لم تطوق : لانه ليس بهلال حقيقة ، واختلف الناس فيما يصير به قمراً فقـــال بعضهم : يصير قمراً اذا اســـتدار • وقال بعضهم : اذا بهر ضوؤه) •**

الشرح الحديث أخرجه النسائى باسناد صحيح عن ابن عبـــاس • ورواه مسلم عنه بلفظ « ان الله قـــد أمده لرؤيته ، فان غم عليـــكم فأكملوا العدة » ورواه الترمذى ولفظه « لا تصوموا قبل رمضان ، صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته ، فان حالت دونه غيابة فأكملوا ثلاثين يوما » قال الترمذى : حديث حسن صحيح وللحديث طرق عند الشيخين بألفاظ أخـــرى مكانهـــا كتاب الصوم وقد مضى •

أما اللغات فقوله « واختلف الناس فيما يصير به قمراً » ففى القاموس : والقمر يكون فى الليلة الثالثة ، والقمراء ضوؤه .

وقال فى غريب الشرح الكبير الموسوم بالمصباح المنير : قمر السماء سمى بذلك لبياضه . وقال الأزهرى : ويسمى القمر لليلتين من أول الشهر هلالا ؛ وفى ليلة ست وعشرين وسبع وعشرين هلالا ؛ وما بين ذلك يسمى قمراً . وقال الفارابى وتبعه فى الصحاح : الهلال لثلاث ليال من أول الشهر ثم هو قمر بعد ذلك ؛ وقيل الهلال هو الشهر بعينه ، وسيأتى مزيد .

أما الأحكام فان قال لامرأته : اذا رأيت هلال رمضان فأنت طالق ، فاذا رآه آخر يوم من شعبان قبل الزوال أو بعده لم تطلق حتى تغيب الشمس من ذلك اليوم ؛ لأن هلال الشهر ما كان فى أوله لا قبله ، وان لم يره بنفسه، وانما رآه غيره طلقت امرأته . وحكى ابن الصباغ أن أبا حنيفة قال : لا تطلق الا أن يراه بنفسه . وكذا حكى ابن قدامة ذلك عن أبى حنيفة أنه قال : لا تطلق الا أن يراه بنفسه لأنه علق الطلاق برؤية نفسه فأشبه ما لو علقه على رؤية زيد .

دليلنا أن الرؤية للهلال فى عرف الشرع العلم به برؤية نفسه أو برؤية غيره بدليل قوله صلى الله عليه وسلم : « اذا رأيتم الهلال فصوموا واذا رأيتموه فأفطروا » والمراد به رؤية البعض وحصول العلم فانصرف لفظ الحالف الى عرف الشرع . فحمل المطلق على ذلك العرف الشرعى ؛ كما لو قال: اذا صليت فأنت طالق ، فانه ينصرف الى الصلاة الشرعية لا الى الدعاء ، وفارق رؤية زيد ؛ فانه لم يثبت له عرف شرعى يخالف الحقيقة . وكذلك لو لم يره أحد لكن ثبت الشهر بتمام العدد طلقت ؛ لأنه قد علم طلوعه بتمام العدد .

وان قال : أردت اذا رأيته بعينى لم يقبل الحكم عندنا لأن دعواه تخالف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأنه يحتمل ما يدعيه . هذا نقل أصحابنا البغداديين . وقال المسعودى : هل يقبل فى الحكم ؟ فيه وجهان . وقال أصحاب أحمد يقبل فى الحكم لأنها رؤية حقيقية ، فاذا غم عليهم الهلال

فقد قال أبو اسحاق المروزى : اذا عـدوا شعبان ثلاثين يوما طلقت بمغيب الشمس من آخر يوم منه لأنه بالضرورة يعلم أن بعد ذلك هلال رمضان ، لأن الشهر لا يكون واحداً وثلاثين يوما •

قال الشيخ أبو حامد : وان صح عند الحاكم رؤية الهلال ولم يعلم المطلق؛ فان كان شهر شعبان ناقصا لم يلزمه حكم الطلاق حتى يعـلم بالرؤية ، وان كان شعبان تاما لزمه الطلاق بغروب الشمس من آخر يوم من شـعبان ، لأن الشهر لا يكون واحداً وثلاثين ؛ ولعل الشيخ أبا حامد كما يقول العمرانى أراد به لا يلزمه حكم اذا كان شعبان ناقصا قبل علمه ، أى اذا وطئها قبـل علمه لأنه لم يأثم • وأما الطلاق فيحكم به عليه بأول جزء من الليلة التى رأى فيها الهلال ، ويلزمه المهر ان وطىء بعد ذلك ، سواء علم أو لم يعلم ، كما لو علقه بقدوم زيد ولم يعلم بقدومه •

فـــرع وان قال اذا رأيت الهلال بنفسى فأنت طالق ، أو أطلق ذلك وقال أردت رؤيته بنفسى فلم يره حتى صار قمراً لم تطلق عليه اذا قيد ذلك ظاهرا وباطنا ولا يدين فيما بينه وبين الله تعالى اذا رآه لأنه ليس بهلال •

واختلف الناس فيما يصير به قمرا اذا استدار • وقال بعضهم اذا بهـر ضوؤه ، وقال بعضهم بعد ثالثة • وقال ابن السكيت فى متن كتاب الألفاظ : أول ما يرى القمر فهو الهلال ليلة يهل لليلة وليلتين ولثلاث ليال • ويقـال كأنه هلال ليلتين أو قمر بين سحابتين ؛ وقد أهللنا الهلال أى رأيناه ؛ وأهللنا الشهر واستهللناه أى رأينا هلاله ، الى أن قال : ويقال هلال ليلة وهـلال ليلتين وهلال ثلاث ليال • ثم يقال قمر بعد ثلاث ليال وذلك حين يقمر ؛ وليلة مقمرة ثم هو قمر حتى يهل مرة أخرى ؛ وهو الشهر ليلة ينظر الناس اليـه فيشهرونه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل اذا قال : اذا مضت سنة فانت طالق اعتبر مضى السنة بالأهلة لأنها هى السنة المتعهودة فى الشرع ، فان كان العقد فى أول الشـهر

فمضى أثنا عشر شهرا بالأهلة طلقت ، فان كان فى أثناء الشهر حسب ما بقى من الشهر الهلالى ، فان بقى خمسة ايام عد بعدها أحد عشر شهرا بالأهلة ثم عد خمسة وعشرين يوماً من الشهر الثانى عشر ، لأنه تعذر اعتبار الهلال فى شهد فعد شهرا بالعدد ، كما نقول فى الشهر الذى غم عليهم الهلال فى الصوم .

فان قال : أردت سنة بالعدد ، وهى ثلاثمائة وستون يوماً ، أو سنة شمسية وهى ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً لم يقبل فى الحكم ، لأنه يدعى ما يتأخر به الطلاق عن الوقت الذى يقتضيه ، لأن السنة الهلالية ثلاثمائة وأربعة وخمسون يوماً وخمس يوم ، وسدس يوم ، ويدين فيما بينه وبين الله عز جل ، لأنه يحتمل ما يدعيه . ان قال : اذا مضت السنة فأنت طالق ، طلقت اذا مضت بقية سنة التاريخ وهو انسلاخ ذى الحجة . قلت البقية أو كثرت ، لأن التعريف بالألف واللام يقتضى ذلك .

فان قال أردت سنة كاملة دين لأنه يحتمل ما يدعيه ولا يقبل فى الحكم لأنه يدعى ما يتأخر به الطلاق عن الوقت الذى يقتضيه ، فان قال : أنت طالق فى كل سنة طلقة حسبت السنة من حين العقد ، كما اذا حلف لا يكلم فلانا سنة جعل ابتداء السنة من حين اليمين ، وكما اذا باع بثمن مؤجل اعتبر ابتداء الأجل من حين العقد فاذا مضى من السنة بعد العقد أدنى جزء طلقت طلقة ، لأنه جعل السنة محلا للطلاق وقد دخل فيها فوقع ، كما لو قال أنت طالق فى شهر رمضان فدخل الشهر) .

الشرح قوله التاريخ هو لفظ معرب وقيل عربى ، وهو بيان انتهاء وقته ، وسبب وضع التاريخ أول الاسلام أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أتى بصك مكتوب الى شعبان فقال : أهو شعبان الماضى أو شعبان القابل ؛ ثم أمر بوضع التاريخ ، واتفقت الصحابة على ابتداء التاريخ من هجرة النبى صلى الله عليه وسلم الى المدينة ؛ وجعلوا أول السنة المحرم ، ويعتبر التاريخ بالليالى ؛ لأن الليل عند العرب سابق على النهار لأنهم كانوا أميين لا يحسنون الكتابة ؛ ولم يعرفوا حساب غيرهم من الأمم فتمسكوا بظهور الهلال ، وانما يظهر بالليل فجعلوه ابتداء التاريخ ، ثم صدق الله العظيم « يسئلونك عن الأهلة قل هى مواقيت للناس والحج » .

أما الأحكام فاذا قال لامرأته : اذا مضت سنة فأنت طالق ؛ اعتبر ذلك من حين حلف ، فان كان فى أول الشهر اعتبر جميع السنة بالأهلة ، فاذا مضى

اثنا عشر شهرا تامة أو ناقصة طلقت ؛ لأن الاعتبار بالسنة الهلالية لقوله تعالى « يسئلونك عن الأهلة » الآية وان كانت اليمين ــ وقد مضى بعض الشهر بأن مضى منه خمسة أيام ــ اعتد بما بقى من أيام هذا الشهر ، وعد بعده أحد عشر شهرا بالأهلة ؛ فان كان الشهر الذى حلف فيه تاماً لم تطلق حتى يمضى بعد الأحد عشر شهراً خمسة أيام لأن الطلاق اذا كان فى الشهر لم يمكن اعتباره بالهلال ، فاعتبر جميعه بالعدد بخلاف غيره من الشهور .

وان قال : أنا أردت سنة بالعدد وهى ثلاثمائة وستون يوماً وسنة شمسية وهى ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً لم يقبل فى الحكم لأنه يدعى تأخير الطلاق عن أول وقت يقتضيه ، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يحتمل ما يدعيه ، وان قال : اذا مضت السنة فأنت طالق ؛ طلقت اذا انقضت سنة التاريخ ؛ وهو أن ينسلخ شهر ذى الحجة لأن التعريف يقتضى ذلك ، وان قال أنا أردت سنة كاملة لم يقبل فى الحكم لأنه يدعى تأخير الطلاق عن أول وقت يقتضيه ؛ ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأنه يحتمل ما يدعيه .

فرع وان قال لها أنت طالق ثلاثا فى كل سنة طلقة ؛ وقع عليها طلقة عقب ايقاعه ، لأنه جعل السنة ظرفاً لوقوع الطلاق ؛ فاذا وجد أول جزء منها وقع الطلاق ، كما لو جعل الشهر أو اليوم ظرفاً للطلاق ؛ فان الطلاق يقع فى أوله ؛ وهل تطلق فى أول السنة الثانية والثالثة ؟ ينظر فيه فان كانت فى عدة من هذا الطلاق بأن طالت عدتها طلقت فى أول كل سنة منهما طلقة ، لأن الرجعية تلحقها الطلاق ؛ وان كانت زوجة له فى هذا النكاح بأن راجعها بعد الأولة قبل انقضاء عدتها فمضى عليه سنة من حين اليمين الأولة طلقت طلقة ثانية وكذلك اذا راجعها بعد الطلقة الثانية ؛ فجاء أول الثانية وهى زوجة له من هذا النكاح وقعت عليها طلقة ثالثة ؛ وان جاء أول الثانية أو الثالثة وقد بانت منه ولم يتزوجها لم يقع عليها الطلاق ، لأن البائن لا يلحقها الطلاق ؛ وان تزوجها بعد أن بانت منه فجاء أول الثانية أو الثالثة وهى زوجة له من نكاح جديد فهل يعود عليها حكم الصفة الأولة ؟ فيه قولان يأتى بيانهما ان شاء الله

فان قال أردت بقولى : فى أول كل سنة ؛ أى أول سنة التاريخ وهو

دخول المحرم لم يقبل فى الحكم ، لأنه يدعى تأخير الطلاق عن أول وقت يقتضيه ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يحتمل ما يدعيه •

وجملة ما مضى أنه اذا قال : أنت طالق فى كل سنة طلقة فهذه صفة صحيحة لأنه يملك ايقاعه فى كل سنة • فاذا جعل ذلك صفة جاز ويكون ابتداء المدة عقيب يمينه لأن كل أجل ثبت بمطلق العقد ثبت عقيبه كقوله : والله لا كلمتك سنة فيقع فى الحال طلقة ، لأنه جعل السنة ظرفا للطلاق فتقع فى أول جزء منها وتقع الثانية فى أول الثانية والثالثة فى أول الثالثة ان دخلتا عليها وهى فى نكاحه لكونها لم تنقض عدتها أو ارتجاعها فى عدة الطلقة الأولى وعدة الثانية أو جدد نكاحها بعد أن بانت ؛ فان انقضت عدتها فبانت منه ودخلت السنة الثانية وهى بائن لم تطلق لكونها غير زوجة ، فان تزوجها فى أثنائها اقتضى قول أكثر أصحابنا وقوع الطلاق عقيب تزويجه لها لأنها جزء من السنة الثانية التى جعلها ظرفا للطلاق ومحلا له ، وكان سبيله أن تقع فى أولها • هذا مذهبنا ومذهب الفقهاء كافة الا ما رواه ابن قدامة عن بعض الحنابلة حيث قال : وقال القاضى : تطلق بدخول السنة الثالثة • وعلى قول التميمى ومن وافقه تنحل الصفة بوجودها فى حال البينونة فلا تعود بحال •

وان لم يتزوجها حتى دخلت السنة الثالثة ثم نكحها طلقت عقيب تزويجها ثم طلقت الثالثة بدخول السنة الرابعة • وعلى قول القاضى لا تطلق الا بدخول الرابعة ثم تطلق الثالثة بدخول الخامسه ؛ وعلى قول التميمى قد انحلت الصفة • وقال : واختلف فى مبدأ السنة الثانية ، فظاهر ما ذكره القاضى أن أولها بعد انقضاء اثنى عشر شهراً من حين يمينه لأنه جعل ابتداء المدة حين يمينه • وكذلك قال أصحاب الشافعى • وقال أبو الخطاب ــ من أصحاب أحمد ــ ابتداء السنة الثانية من أول المحرم لأنها السنة المعروفة فاذا علق ما يتضرر على تكرر السنين انصرف الى السنين المعروفة ، كقول الله تعالى « أو لا يرون أنهم يفتنون فى كل عام » الآية ؛ وان قال : أردت بالسنة اثنى عشر شهراً قبل لأنها سنة حقيقية وان قال نويت أن ابتداء السنين أول السنة الجديدة من المحرم دين قال القاضى : ولا يقبل فى الحكم لأنه خلاف الظاهر • والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان قال انت طالق فى الشهر الماضى فالمنصوص أنها تطلق فى الحال ، وقال الربيع : فيه قول آخر أنها لا تطلق . وقال فيمن قال لامرأته : ان طرت او صعدت السماء فأنت طالق أنها لا تطلق ، واختلف أصحابنا فيه فنقل ابو على بن خيران جوابه فى كل واحدة من المسألتين الى الأخرى وجعلهما على قولين : (احدهما) تطلق ، لأنه علق الطلاق على صفة مستحيلة فألغيت الصفة ووقع الطلاق ، كما لو قال لمن لا سنة ولا بدعة فى طلاقها : أنت طالق السنة أو للبدعة . (والثانى) لا تطلق لأنه علق الطلاق على شرط ولم يوجد فلم يقع . وقال أكثر أصحابنا : اذا قال أنت طالق فى الشهر الماضى طلقت . وان قال : ان طرت أو صعدت السماء فانت طالق لم تطلق قولا واحداً . وما قاله الربيع من تخريجه . والفرق بينهما ان الطيران وصعود السماء لا يستحيل فى قدرة الله عز وجل . وقد جعل لجعفر بن أبى طالب رضى الله عنه جناحان يطير بهما . وقد أسرى برسول الله صلى الله عليه وسلم . وايقاع الطلاق فى زمان ماض مستحيل) .

الشرح ان قال أنت طالق فى الشهر الماضى فانه يسأل عن ذلك فان قال أردت انى أوقع الطلاق الآن فى الشهر الماضى . فالمنصوص أنها تطلق فى الحال قال الربيع وفيها قول آخر أنها لا تطلق . واختلف أصحابنا فيه فقال أبو على بن خيران : قد نص الشافعى على أنه اذا قال لها : ان طرت أو صعدت السماء فأنت طالق فانها لا تطلق . وهذا تعليق طلاق بصفة محال ، كايقاع الطلاق الآن فى زمان ماض ، فجعل الأولة على قولين ؛ وهذه على وجهين : (أحدهما) لا تطلق لأنه علق الطلاق على شرط فلا يقع قبل وجوده، كما لو علقه على دخولها الدار . (والثانى) تطلق فى الحال لأنه علقه على شرط مستحيل فألغى الشرط ووقع الطلاق ، كما لو قال لمن لا سنة لها ولا بدعة أنت طالق للسنة أو للبدعة .

وقال أكثر أصحابنا : اذا قال أنت طالق للشهر الماضى ؛ وقال أردت به ايقاع الطلاق الآن فى الشهر الماضى ، تطلق قولا واحداً لما ذكرناه ؛ وما حكاه الربيع فانه من تخريجه . وأما أحمد بن حنبل فظاهر كلامه فيمن قال : أنت طالق أمس ولا نية له أن الطلاق لا يقع اذا كان قد تزوجها اليوم . وقال بعض أصحابه يقع الطلاق .

أما اذا قال لها أنت طالق ان طرت أو صعدت الى السماء فعلى وجهين : (أحدهما) تطلق لأن الصعود الى السماء أو الطيران ليس من الأمـــور المستحيلة عقلا ولا شرعا فى الماضى • أما الحـاضر فقد انتفت الاسـتحالة العرفية والعادية بالطائرات والأقمار الصناعية والمحطات الفضائية ؛ والوجه الثانى وهو المنصوص فى الأم أنها لا تطلق حتى توجد الصفة ، والفرق بينهما أن ايقاع الطلاق الآن فى زمان ماض مستحيل وجوده فى العقل ؛ لأن الله تعالى ما أجرى العادة بمثل ذلك ؛ وان كان غير مستحيل فى قدرة الله تعالى •

قال العمرانى فى البيان : والطيران والصعود الى السماء غير مستحيل وجوده فى العقل ؛ لأن الله تعالى قد أجرى العادة بذلك اذ جعل ذلك للملائكة، وقد أسرى بالنبى صلى الله عليـه وسلم ، وقـد يجعـل الله لهـا الى ذلك سبيلا ا هـ •

قلت : وقد جعل الله الى ذلك لكل الناس سبلا لا سـبيلا ؛ والناس فى عصرنا هذا يؤدون فريضة الحج ، فتقفز بهم الطائرات من القاهرة لتهبط فى جدة فى ساعات قليلة . فقد يصلى الظهر فى القاهرة ثم يدرك العصر فى جدة ؛ ومن عجب أن المسلمين الذين يبحث فقههم فى الممكنات والمستحيلات تنحط هممهم وتخور عزائمهم عن أن يكونوا هم أصحاب القدح المعلى فى ارتياد الفضاء وجوب الآفاق وقد استفزهم كتاب الله ليبحثوا وينظروا ، واستنفرهم للغوص فى مظاهر الكون واستنكاه خفاياه ، فتقاعسوا عن أمره ، وتخلفوا عن توجيهه وهديه ؛ فكان ما كان ؛ وما كان الله ليظلمهم ولكن كانوا أنفسـهم يظلمون •

هذا ولأن ايقاع الطلاق فى الزمن الماضى يتضمن وقوعه الآن فحكم عليه بالطلاق الآن وان قال : أردت بقولى أنت طالق فى الشهر الماضى ، أى كنت طلقتها فى الشهر الماضى فى نكاح آخر ؛ أو طلقها زوج غيرى فى الشـهر الماضى ، وأردت الاخبار عنه ؛ فان صدقته الزوجة على أنه طلقها فى الشـهر الماضى أو طلقها زوج غيره فى الشهر الماضى ، وأنه أراد بقوله هذا الاخبار عن ذلك ، فلا يمين على الزوج ولا طلاق •

وان صدقته على طلاقه وطلاق زوجها الأول فى الشهر الماضى وكذبته أنه أراد ذلك فالقول قوله مع يمينه أنه أراد ذلك ، لأن دعواه لا تخالف الظاهر ، وان كذبته أن يكون طلقها هو أو غيره فى الشهر الماضى لم يقبل حتى يقيم البينة على ذلك لأنه يمكنه اقامة البينة على ذلك ؛ فاذا أقام البينة عليه حلف أنه أراده وان لم يقم البينة لم يقبل فى الحكم لأن دعواه تخالف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يحتمل ما يدعيه ؛ وان قال : كنت طلقتها فى هذا النكاح فى الشهر الماضى ؛ فان صدقته الزوجة على ذلك حكمنا بوقوع الطلاق من ذلك الوقت ، وكانت عدتها من ذلك الوقت ؛ وان كذبته فالقول قوله مع يمينه والفرق بينهما أن فى التى قبلها يريد أن يوقع الطلاق من هذا النكاح فلم يقبل ؛ وههنا لا يريد أن يرفعه وانما يريد نقله الى ما قبل هذا فقبل ويجب عليها العدة من الآن لأنها تقر أن هذا ابتداء عدتها وليس للزوج أن يسترجعها بعد انقضاء عدتها من الشهر الماضى لأنه يقر أن ابتداء عدتها من الشهر الماضى •

وان قال : لم يكن لى نية حكم عليه بوقوع الطلاق فى الحال ، لأن الظاهر أنه أراد تعليق ايقاعه الآن فى الشهر الماضى • وان مات أو جن أو أخرس فلم يعقل اشارته قبل البيان ، قال الشافعى فى الأم : حكم عليه بوقوع الطلاق فى الحال ؛ وهذا يدل على أن الطلاق ينصرف الى ذلك •

فرع وان قال لها أنت طالق ان شربت ماء دجلة أو النيل أو حملت جبل المقطم على رأسك ففيه قولان : (أحدهما) لا يقع عليها الطلاق لأنه علق الطلاق على صفة فلم يقع قبلها • (والثانى) يقع فى الحال لأنه علقه على صفة مستحيلة فى العادة فألغيت الصفة وبقى الطلاق مجرداً • وهذا اختيار الشيخ أبى حامد الاسفراييني والأول اختيار ابن الصباغ •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان قال ان قدم زيد فأنت طالق قبله بشهر ، فقدم زيد بعد شهر طلقت قبل قدومه بشهر ، لأنه ايقاع طلاق بعد عقده وان قدم قبل

شهر ففيه وجهان : (أحدهما) أنه كالمسئلة قبلها ، وهو اذا قال أنت طالق فى الشهر الماضى لأنه ايقاع طلاق قبل عقده . (والثانى) وهو قول أكثر اصحابنا انه لا يقع الطلاق ههنا قولا واحدا ، لأنه علق الطلاق على صفة ، وقد كان وجودها ممكنا فوجب اعتباره ، وايقاع الطلاق فى زمان ماض غير ممكن فسقط اعتباره .

فصل **وان قال أنت طالق قبل موتى بشهر فمات قبل مضى شهر لم تطلق لتقدم الشرط على العقد . وان مضى شهر ثم مات عقيبه لم تطلق ، لأن وقوع الطلاق مع اللفظ ، وان مضى شهر وجزء ثم مات طلقت فى ذلك الجزء ، وان قال أنت طالق ثلاثا قبل قدوم زيد بشهر ، ثم خالعها بعد يومين أو ثلاثة وقدم زيد بعد هذا القول بأكثر من شهر لم يصح الخلع لأنها بانت بالطلاق فلم يصح الخلع بعده ، وان قدم بعد الخلع بأكثر من شهر صح الخلع لأنه صادف الملك فلم يقع الطلاق بالصفة) .**

الشرح الأحكام : اذا قال أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر ، فقدم زيد بعد هذا بشهر وزيادة يبينا أن الطلاق وقع فى لحظة قبل شهر من قدومه ، وبه قال زفر وأحمد بن حنبل وأصحابه .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : يقع الطلاق بقدوم زيد ؛ دليلنا أنه أوقع الطلاق فى زمان على صفة فاذا حصلت الصفة وقع فيه ، كما لو قال : أنت طالق قبل رمضان بشهر ؛ فان أبا حنيفة وافقنا على ذلك ؛ وان قدم زيد قبل شهر من وقت اليمين ففيه وجهان حكاهما المصنف .

(أحدهما) أنها كما لو قال أنت طالق فى الشهر الماضى ، فيكون على قولين عند ابن خيران أنها لا تطلق وعند سائر أصحابنا تطلق فى الحال قولا واحد لأنه ايقاع طلاق قبل عقده .

(والثانى) وهو قول أكثر أصحابنا وهو المشهور أنها لا تطلق ههنا قولا واحداً لأنه علق الطلاق بصفة قد كان وجودها ممكنا ؛ فوجب اعتبارها وايقاع الطلاق فى زمن ماض غير ممكن فسقط اعتباره ، فعلى هذا اذا قال : أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر ثم خالعها الزوج ثم قدم زيد نظرت ــ فان

قدم زيد لأكثر من شهر من حين عقد الطلاق ـ فان كان بين ابتداء الخلع لم يصح لأنه اذا كان بينهما أقل من شهر بان أن الطلاق بالصفة كان سابقاً للخلع • واذا كان بينهما شهر لا غير بان أنها طلقت ثلاثاً قبل تمام الخلع فلم يصح ؛ وان كان بين ابتداء الخلع والقدوم أكثر من شهر تبينا أن الخلع صحيح لأنه بان أن الخلع وقع قبل الطلاق بالصفة •

مسألة قوله : وان قال أنت طالق قبل موتى بشهر الخ ؛ فجملة ذلك أنه اذا قال لامرأته أنت طالق قبل موتى طلقت فى الحال ، لأن ذلك قبل موته وهو أول وقت يقتضيه الطلاق ، فوقع فيه الطلاق •

وان قال أنت طالق قبيل موتى ؛ قال ابن الحداد لا يقع فى الحال ، وانما يقع قبل موته بجزء يسير ؛ لأن ذلك تصغير يقتضى الجزء اليسير ، وكذلك اذا قال أنت طالق قبيل رمضان طلقت اذا بقى من شعبان جزء يسير ، وان قال لها : أنت طالق مع موتى لم تطلق ، لأن تلك حال البينونة فلا يقع فيها طلاق ، كما لو قال لها أنت طالق مع انقضاء عدتك ؛ وكانت رجعية ؛ وكما لو قال لها أنت طالق بعد موتى • وان قال لعبده : أنت حر مع موتى عتق من الثلث كما يصح أن يقول : أنت حر بعد موتى • وان قال لامرأته : أنت طالق قبل موتى بشهر ، فان مات لأقل من شهر لم تطلق لتقدم الشرط على العقد• وان مضى شهر بعد هذا ومات مع رأس الشهر لم تطلق ، لأن الطلاق انما يقع بعد ايقاع لا مع الإيقاع ، فلو حكمنا بالطلاق ههنا لوقع معه •

وجملة ما فى الفصلين أن المسألة اذا كانت بحالها فمات أحدهما بعد عقد الصفة بيوم ثم قدم زيد بعد شهر وساعة من حين عقد الصفة لم يرث أحدهما الآخر ؛ لأنا تبينا أن الطلاق كان قد وقع قبل موت الميت منهما فلم يرثه صاحبه ؛ الا أن يكون الطلاق رجعيا فانه لا يقطع التوارث مادامت فى العدة ؛ فان قدم بعد الموت بشهر وساعة تبينا أن الفرقة وقعت بالموت ولم تقع الطلاق ، فان قال أنت طالق قبل موتى بشهر فمات أحدهما قبل مضى شهر لم يقع طلاق ؛ لأن الطلاق لا يقع فى الماضى • وان مات بعد عقد اليمين

بشهر وساعة تبينا وقوع الطلاق فى تلك الساعة ، ولم يتوارثا الا أن يكون الطلاق رجعيا ويموت فى عدتها •

وان قال أنت طالق قبل موتى ولم يرد شيئاً طلقت فى الحال ؛ لأن ما قبل موته من حين انعقدت الصفة محل للطلاق وقع فى أوله • وان قال : قبل موتك أو موت زيد فكذلك • وان قال أنت طالق قبل قدوم زيد أو قبل دخولك الدار ؛ فقال بعض الفقهاء تطلق فى الحال ، سواء قدم زيد أو لم يقدم ؛ بدليل قوله تعالى : « يا أيها الذين أوتوا الكتاب آمنوا بما نزلنا مصدقاً لما معكم من قبل أن نطمس وجوهاً فنردها على أدبارها » ولم يوجد الطمس فى المأمورين •

ولو قال لغلامه : اسقنى قبل أن أضربك فسقاه فى الحال عد ممتثلا وان لم يضربه ، ولو قال أنت طالق قبيل موتى أو قبيل قدوم زيد لم يقع فى الحال ؛ وانما يقع ذلك فى الجزء الذى يلى الموت ؛ لأن ذلك تصغير يقتضى الجزء اليسير الذى يبقى • وان قال أنت طالق قبل موت زيد وعمرو بشهر • قالوا تتعلق الصفة بأولهما موتاً لأن اعتباره بالثانى يفضى الى وقوعه بعد موت الأول ، واعتباره بالأول لا يفضى الى ذلك فكان أولى • والله تعالى أعلم بالصواب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان قال انت طالق فى اليوم الذى يقدم فيه زيد ، فقدم ليلا لم تطلق لانه لم يوجد الشرط • وان قال أردت باليوم الوقت قبل منه لأنه قد يستعمل اليوم فى الوقت كما قال الله عز وجل : « ومن يولهم يومئذ دبره » وهو غير متهم فيه فقبل منه وان ماتت المرأة فى أول اليوم الذى قدم زيد فى آخره فقد اختلف اصحابنا فيه ، فقال أبو بكر بن الحداد المصرى : يقع الطلاق لأنه اذا قال انت طالق فى يوم السبت طلقت بطلوع الفجر ، فاذا قال انت طالق فى اليوم الذى يقدم فيه زيد ، فقدم وجب أن يقع بعد طلوع الفجر فى اليوم الذى يقدم فيه زيد ، وقد قدم وكانت باقية بعد طلوع الفجر فوجب أن يقع الطلاق •

ومن اصحابنا من قال : لا يقع لأنه جعل الشرط فى وقوع الطلاق قدوم زيد وقدوم زيد وجد بعد موت المرأة فلا يجوز أن يقع الطلاق ، ويخالف قوله أنت طالق يوم السبت فانه علق الطلاق على شرط واحد وهو اليوم ، وههنا علق على شرطين اليوم وقدوم زيد ، وقدوم زيد وجد وقد ماتت المرأة فلم يلحقها الطلاق » .

الشرح اذا قال لامرأته أنت طالق فى اليوم الذى يقدم فيه زيد ــ قال المصنف ههنا ــ فان قدم زيد ليلا لم تطلق لأنه لم يوجد الشرط وان قال أردت باليوم الوقت طلقت ، لأن اليوم قد يستعمل فى الوقت . قال الله تعالى : « ومن يولهم يومئذ دبره » وان ماتت المرأة فى يوم ثم قدم زيد بعد موتها فى ذلك اليوم ففيه وجهان . قال ابن الحداد : ماتت مطلقة فلا يرثها ان كان الطلاق بائناً ــ وقد مضى ايضاحنا لذلك فى الفصل قبله ــ وكذلك اذا علق عتق عبده بذلك ثم باعه بعد ذلك بيوم وقدم زيد بعد البيع فى ذلك اليوم تبينا أن العتق وقع قبل البيع وأن البيع باطل ؛ وهو اختيار القاضى أبى الطيب ؛ لأن أول اليوم طلوع الفجر وانما عرفه بقدوم زيد فاذا قدم تبينا أن الصفة وجدت بطلوع الفجر ، كما اذا قال أنت طالق يوم الخميس . ومن أصحابنا من قال لا يقع عليها الطلاق ولا يصح العتق ؛ وبه قال ابن سريج ، لأن معنى قوله يوم قدوم زيد ؛ أى فى وقت قوم زيد فلا تطلق قبله ، كما لو علقه على القدوم من غير ذكر اليوم .

مسألة اذا قال لامرأته « ان لم أتزوج عليك فأنت طالق » فان قيد ذلك بمدة ــ فان لم يتزوج حتى بقى من المدة قدر لا يتسع لعقد النكاح طلقت ؛ وان أطلق اقتضى التأبيد ، فان مات أحدهما قبل أن يتزوج طلقت اذا بقى من حياة الميت ما لا يتسع لعقد النكاح ــ فان كان الطلاق رجعيا ورث الباقى منهما ، وان كان بائنا ــ فان ماتت الزوجة ــ لم يرثها الزوج ، وان مات الزوج فهل ترثه ؟ فيه قولان . وان قال : اذا لم أتزوج عليك فأنت طالق ، فمضى بعد يمينه زمان يمكنه أن يعقد فيه النكاح فلم يعقد طلقت عند من قال من أصحابنا أن « اذا » على الفور وان تزوج عليها بر فى يمينه .

وقال مالك وأحمد : لا يبر حتى يتزوج عليها من يشبهها فى الجمال

ويدخل بها دليلنا أن اليمين معقودة على التزويج بها وقد وجد ذلك بالعقد ، وان كانت مما لا يشبهها هذا نقل البغداديين . وقال المسعودى : اذا قال لامرأته ان لم أتزوج فأنت طالق لم تطلق ما لو لم يوأس من تزويجه ، فلو مات قبل أن يتزوج ــ فان قال : ان لم أتزوج عليك ــ طلقت قبل موته ؛ وان أطلق لم تطلق ؛ فان ماتت فى الأولة وكان الطلاق بائنا لم يرثها ، وان مات فهل ترثه ؟ فيه قولان :

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان قال : ان لم اطلقك اليوم فانت طالق اليوم ، فمضى اليوم ولم يطلقها ، ففيه وجهان : (احدهما) لا تطلق ، لأن مضي اليوم شرط فى وقوع الطلاق فى اليوم ، ولا يوجد شرط الطلاق الا بعد مضى محل الطلاق فلم يقع . والثانى يقع وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراييني رحمه الله ، لأن قوله : ان لم اطلقك اليوم معناه ان فاتنى طلاقك اليوم فاذا بقى من اليوم ما لا يمكنه ان يقول فيه انت طالق فقد فاته فوقع الطلاق فى بقيته . وان قال لعبده : ان لم ابعك اليوم فامرأتى طالق ، فاعتقه طلقت المرأة ، لأن معناه : ان فاتنى بيعك ، وقد فاته بيعه بالعتق .

فصل اذا تزوج بجارية ابيه ثم قال : اذا مات أبى فأنت طالق فمات أبوه ففيه وجهان : (احدهما) وهو قول أبى العباس بن سريج انها لا تطلق لأنه اذا مات الأب ملكها فانفسخ النكاح ، ويكون الفسخ فى زمان الطلاق فوقع الفسخ وانفسخ الطلاق ، كما لو قال رجل لزوجته : ان مت فانت طالق ثم مات ، والثانى وهو قول الشيخ ابى حامد الاسفراينى رحمه الله انها تطلق ولا يقع الفسخ ، لأن صفة الطلاق توجد عقيب الموت وهو زمان الملك ، والفسخ يقع بعد الملك فيكون زمان الطلاق سابقا لزمان الفسخ فوقع الطلاق ولم يقع الفسخ . وان قال الأب لجاريته انت حرة بعد موتى ، وقال الابن انت طالق بعد موت ابى ، فمات الأب وقع العتق والطلاق ، لأن العتق يمنع من الدخول فى ملك الابن ، فوقع العتق والطلاق معاً) .

الشرح ان قال لامرأته ان لم أطلقك اليوم فأنت طالق اليوم فخرج اليوم ولم يطلقها ففيه وجهان : (أحدهما) وهو قول أبى العباس أنها لا تطلق ؛ لأن الصفة توجد بخروج اليوم ، فاذا خرج اليوم لم يقع

الطلاق لأنه قد فات . (والثانى) وهو قول الشيخ أبى حامد أنها تطلق فى آخر جزء من اليوم لأن معناه ان فاتنى طلاقك اليوم فأنت طالق ، فاذا بقى من اليوم ما لا يمكنه من الطلاق فيه فقد فاته الطـلاق فوقع الطـلاق فى ذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **اذا كتب : اذا أتاك كتابى هذا فانت طالق ونوى الطـلاق فضاع الكتاب لم يقع الطلاق لأنه لم يأتها الكتاب . وان وصل وقـــد ذهبت الحواشى وبقى موضع الكتابة وقع الطلاق ، لأن الكتاب هو المكتوب . وان أتاها وقد انمحى الكتاب لم تطلق أيضا ، لأنه لم يأتها الكتاب وان انطمس حتى لا يفهم منه شىء لم تطلق لأنه ليس بكتاب ، فهو كما لو جاءها كتاب فيه صورة . وان جاء وقد انمحى بعضه . فان كان الذى انمحى موضع الطلاق ـ لم يقع ، لأن المقصود لم يأتها ، وان بقى موضع الطلاق وذهب الباقى فقد اختلف أصحابنا فيه ، فقال ابو اسحاق يقع لأن المقصود من الكتاب قد أتاها ، ومن أصحابنا من قال : لا يقع لأنه قال : اذا جاءك كتابى هذا ، وذلك يقتضى جميعه .**

واذا قال : اذا أتاك كتابى فانت طالق ، فأتاها الكتاب وقد انمحى الجميع الا موضع الطلاق وقع الطلاق ، لأنه أتاها كتابه . وان قال : ان أتاك طـلاقى فأنت طالق . وكتب اذا أتاك كتابى فانت طالق ونوى الطلاق وأتاها الكتـــاب طلقت طلقتين ، طلقة بمجىء الكتاب ، وطلقة بمجىء الطلاق) .

الشرح اذا كتب لزوجته « أنت طالق » ثم استمر فكتب اذا أتاك كتابى أو علقه بشرط أو استثناء ، وكان فى حال كتابته للطلاق مريداً للشرط لم يقع طلاقه فى الحـال لأنه لم ينو الطـلاق فى الحال بل نواه فى وقت آخر ، وان كان نوى الطلاق فى الحال غير معلق بشرط طلقت للحال . وان لم ينو شيئاً وقلنا ان المطلق يقع به الطلاق نظرنا ـ فان كان استمداداً لحاجة أو عادة لم يقع طلاق قبل وجود الشرط ، لأنه لو قال : أنت طالق ثم أدركه النفس أو شىء يسكته فسكت لذلك ثم أتى بشرط تعلق به فالكتابة أولى . وان استمد لغير حاجة ولا عادة ووقع الطلاق كما لو سكت بعد قوله : أنت طالق لغير حاجة ثم ذكر شرطا .

وان قال : انى كتبته مريداً للشرط بقياس قولنا وقول أصحاب أحمد أنها لا تطلق قبل الشرط الا أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى ، وقبوله فى الحكم على وجهين • وان كتب الى امرأته : أما بعد فأنت طالق ، طلقت فى الحال ، سواء وصل اليها الكتاب أو لم يصل وعدتها من حين كتبه •

وان قال : كنت أمتحن القلم أو أجود الخط قبل فى الحكم ، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى • وان كتب اليها اذا وصلك كتابى هذا فأنت طالق فأتاها الكتاب طلقت عند وصوله اليها ؛ وان ضاع ولم يصلها لم تطلق ، لأن الشرط وصوله ؛ وان ذهبت كتابته بمحو أو غيره ووصلت الصحيفة لم تطلق لأن الشرط وصوله ، وان انطمس ما فيه لعرق أو غيره فكما قلنا فى ذهاب كتابته ، وان ذهبت حواشيه أو تعرق منه شىء لا يخرجه عن كونه كتاباً ووصل باقيه طلقت ، لأن الاسم باق ؛ فينصرف الاسم اليه ؛ وان تخرق ما فيه ذكر الطلاق فذهب ووصل باقيه لم تطلق لأن المقصود ذاهب •

فان قال لها : اذا أتاك طلاقى فأنت طالق ، ثم كتب اليها : اذا أتاك كتابى فأنت طالق ، فأتاها الكتاب طلقت طلقتين لوجود الصفتين فى مجىء الكتاب ؛ فان قال أردت اذا أتاك كتابى فأنت طالق بذلك الطلاق الذى علقته دين • وهل يقبل فى الحكم ؟ وجهان ويخرج على روايتين عند أصحاب أحمد ولا يثبت الكتاب بالطلاق الا بشاهدين عدلين أن هذا كتابه • ولا تصح شهادة الشاهدين حتى يشاهداه يكتبه ؛ ثم لا يغيب عنهما حتى يؤديا الشهادة ، وبهذا قال بعض أصحاب أحمد ؛ والأظهر عندهم أن هذا ليس بشرط ، فان كتاب القاضى لا يشترط فيه ذلك ؛ ولا يكفى أن يشهد شاهدان بالخبرة أن هذا خطه ، لأن الخط يشبه ويزور •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان قال ان قدم فلان فانت طالق فقدم به ميتاً أو حمل مكرها لم تطلق لانه ما قدم وانما قدم به ، وان اكره حتى قدم بنفسه ففيه قولان كالقولين فيمن اكره حتى أكل فى الصوم ، وان قدم مختاراً وهو غير عالم**

باليمين ، فان كان ممن لا يقصد الزوج منعه من القدوم بيمينه كالسلطان طلقت لانه طلاق معلق على صفة وقد وجدت الصفة ، وان كان ممن يقصد الزوج منعه من القدوم بيمينه فعلى القولين فيمن حلف لا يفعل شيئاً ففعله ناسياً .

فصـــل وان قال : ان خرجت الا باذنى فانت طالق ، فخرجت بالاذن انحلت اليمين ، فان خرجت بعد ذلك بغير الاذن لم تطلق ، لأن قوله ان خرجت لا يقتضى التكرار ، والدليل عليه انه لو قال لها : ان خرجت فانت طالق فخرجت مرة طلقت ، ولو خرجت مرة أخرى لم تطلق فصار كما لو قال : ان خرجت مرة الا باذنى فانت طالق وان قال : كلما خرجت الا باذنى فانت طالق ثم خرجت بغير الاذن طلقت طلقة ، وان خرجت مرة ثانية بغير الاذن وقعت طلقة أخرى . وان خرجت مرة ثالثة وقعت أخرى لأن اللفظ يقتضى التكرار ، وان قال ان خرجت الى غير الحمام بغير اذنى فانت طالق ، فخرجت الى الحمام ثم عدلت الى غير الحمام لم يحنث لأن الخروج كان الى الحمام . وان خرجت الى غير الحمام ثم عدلت الى الحمام حنث بخروجها الى غير الحمام بغير الاذن . وان خرجت الى الحمام والى غيره وجمعت بينهما فى القصد عند الخروج ففيه جهان :

(أحدهما) لا يحنث لأن الحنث علقه على الخروج الى غير الحمام ، وهذا الخروج مشترك بين الحمام وغيره .

(والثانى) يحنث لأنه وجد الخروج الى غير الحمام بغير الاذن وانضم اليه غيره فوجب أن يحنث ، كما لو قال : ان كلمت زيداً فانت طالق ثم كلمت زيداً وعمراً ، وان قال ان خرجت الا باذنى فانت طالق ، فأذن لها ولم تعلم بالاذن ثم خرجت لم تطلق لأنه علق الخلاص من الحنث بمعنى من جهته يختص به وهو الاذن وقد وجد الاذن ، والدليل عليه انه يجوز لمن عرفه أن يخبر به المـــرأة ثم يعتبر علمها فيه كما لو قال : ان خرجت قبل أن أقوم فانت طالق ثم قام ولم تعلم به .

فصـــل وان قال لهـــا : ان خالفت أمرى فانت طالق ثم قال لهـــا لا تكلمى أباك فكلمته لم تطلق لأنها لم تخالف أمره ، وانما خالفت نهيه . وان قال ان بدأتك بالكلام فانت طالق ، وقالت المرأة : وان بدأتك بالكلام فعبدى حر ، فكلمها لم تطلق المرأة ولم يعتق العبد ، لأن يمينه انحلت بيمينها بالعتق ويمينها انحلت بكلامه وان قال أنت طالق ان كلمتك وأنت طالق ان دخلت الدار طلقت لأنه كلمها باليمين الثانية . وان قال أنت طالق ان كلمتك ثم أعاد ذلك طلقت لأنه

كلمها بالاعادة . وان قال ان كلمتك فانت طالق فاعلمى ذلك طلقت لانه كلمها بقوله : فاعلمى ذلك . ومن أصحابنا من قال : ان وصل الكلام باليمين لم تطلق ، لانه من صلة الأول .

فصل **اذا قال لامرأته : ان كلمت رجلا فانت طالق ، وان كلمت فقيها ، فانت طالق ، وان كلمت طويلا فانت طالق ، فكلمت رجلا طويلا فقيها طلقت ثلاثا ، لانه اجتمع صفات الثلاثة فوقع بكل صفة طلقة .**

فصل **وان قال لها : ان خالفت أمرى فانت طالق ثم قال لها طلقت لانه رآه ، وان رآه فى مرآة او رأى ظله فى الماء لم تطلق لانه ما رآه وانما رأى مثاله وان رآه من وراء زجاج شفاف طلقت لانه رآه حقيقة) .**

الشرح ان قال لها : اذا قدم فلان فأنت طالق ، فمات قبل أن يقدم ثم قدم به لم تطلق لأنه لم يقدم وانما قدم به . وهكذا اذا أكره فقدم به محمولا لم تطلق لأنه لا يقال له قدم ؛ وان أكره حتى قدم بنفسه فهل تطلق ؟ فيه قولان كما لو أكل فى الصوم مكرها على الأكل . وان قدم غير مكره والمحلوف عليه غير عالم باليمين حنث الحالف ، وان كان غير عالم باليمين أو كان عالما ثم نسيها عند القدوم نظرت ؛ فان كان القادم ممن لا يقصد الحالف منعه من القدوم كالسلطان والحجيج ، أو أجنبى لا يمتنع من القدوم لأجل يمين الحالف طلقت ؛ لأن ذلك ليس بيمين ، وانما هو تعليق طلاق بصفة وقد وجدت فوقع الطلاق ، كقوله : ان دخل الحمار الدار وطلعت الشمس فأنت طالق ؛ وان كان القادم ممن يقصد الحالف منعه من القدوم كقرابة الرجل أو قرابة المرأة أو بعض من يسوؤه طلاقها ففيه قولان كالقولين فيمن حلف لا يفعل شيئا ففعله ناسيا .

وحكى ابن الصباغ أن الشيخ أبا حامد قال : ينبغى أن يقال اذا كان المحلوف على قدومه ممن يمنعه الحالف من القدوم باليمين أن يرجع الى قصد الحالف ، فان قصد منعه من القدوم فهو كما مضى ، وان أراد أن يجعل ذلك صفة كان ذلك صفة قال الطبرى فلو قدم المحلوف عليه وهو مجنون ؛ فان كان يوم عقد اليمين عاقلا ثم جن بعد ذلك لم يقع الطلاق لأنه لا حكم

تفعله فى ذلك ، وان كان فى ذلك اليوم مجنونا وقع الطلاق لأنه يجـــرى مجرى الصفات •

فـــرع وان قال لها : اذا ضربت فلانا فأنت طالق ، فضربه بعـد موته فقال أكثر أصحابنا : لم تطلق لأن القصد بالضرب أن يتألم به المضروب وهذا لا يوجد فى ضرب الميت • هذا هو المشهور •

وقال ابن الصباغ : وهذا يخالف أصلنا لأنا لا نراعى الا ظاهراً مـن اللفظ فى اليمين دون ما يقصد به فى العادة • ألا ترى أنه لو حلف : لا ابتعت هذا فابتاعه له وكيله لم يحنث • وان كان القصد من الابتياع هو التملك له • وحقيقة الضرب موجودة فى ضرب الميت وان لم يألم به • ألا ترى أنه لو ضربه وهو نائم أو سكران لم يألم به • وان ضربه ضرباً لا يؤلمه بر فى يمينه اهـ •

مســألة قوله : وان قال : ان خرجت الخ ؛ فجملة ذلك أنه اذا قال لها : ان خرجت بغير اذنى فأنت طالق ، فان خرجت بغـير اذنه طلقت ، فان أذن لها فخرجت انحلت اليمين ؛ فان خرجت بعد ذلك لم تطلق • وكذلك اذا قال : ان خرجت الا باذنى ، أو قال ان خـرجت الا أن آذن لك ، أو حتى آذن لك أو الى أن آذن لك فالحكم واحد •

وقال أبو حنيفة : اذا قال الا باذنى ؛ أو قال ان خرجت بغير اذنى فاذا خرجت باذنه لم تنحل اليمين • ومتى خرجت بعد ذلك بغـير اذنه حنث ، ووافقنا فى اللفظ الثلاثة ؛ وخالف أحمد فى كلها ؛ دليلنا أن اليمين تقدمت بخروج واحد لأن هذه الحروف لا تقتضى التكرار فلم يحنث بما بعد الأول •

وان قال كلما خرجت الا باذنى فأنت طالق فخرجت بغير اذنه طلقت • وان خرجت بغير اذنه ثانيا طلقت الثانية ، وان خرجت بغير اذنه ثالثا طلقت ثلاثا ؛ لأن كلما يقتضى التكرار •

وان قال : ان خرجت الى غير الحمـام بغير اذنى فأنت طالق ، فخرجت

الى غير الحمام بغير اذنه طلقت • وان خرجت قاصدة الى الحمام ثم عدلت الى غير الحمام بغير الاذن انضم اليه غيره فطلقت • كما لو قال : ان كلمت زيداً فأنت طالق فكلمت زيداً وعمراً معاً • وان أذن لها بالخروج فخرجت ولم تعلم بالاذن لم تطلق لأن الصفة لم توجد لأنه شرط اذا خرجت بغير اذنه وقد وجد الاذن منه • وان لم تعلم به • هذا هو المشهور • وحكى الطبرى اذا خرجت على ظن أنها تطلق فهل تطلق ؟ فيه وجهان الظاهر أنهـا لا تطلق بناء على القولين فى الوكيل اذا تصرف بعد العزل وقبل العزل بالعزل •

مسـألة اذا قال لها : ان خالفت أمرى فأنت طالق ، ثم قال لا تكلمى أباك فكلمته لم تطلق لأنها لم تخالف أمره وانما خالفت نهيه ، وان قال لها ، متى نهيتنى عن منفعة أمى فأنت طالق ، فقالت له : لا تعط أمك مالى ، لم تطلق لأنه لا يجـوز له أن يعطى أمه مال زوجتـه ؛ ولا يجـوز للأم أن تنتفع به •

فـرع وان قال لها : ان كلمت زيداً فأنت طالق ، فكلمته بحيث يسمع كلامها طلقت ، سواء سمعها أو لم يسمعها لوجود الصـفة ؛ ولهـذا يقال : كلمته فلم يسمع وان كلمته وهو منها على مسافة بعيـدة لا يسـمع كلامها فى العادة لم تطلق ؛ لأنه لا يقال كلمته ؛ وان كان أصم فكلمته بحيث يسمع لو كان سميعاً ففيه وجهان : (أحدهما) تطلق لأنها قد كلمته ؛ وانما لم يسمع لعارض ، فهو كما لم يسمع لشغل (والثانى) لا تطلق لأن الاعتبار بما يكون كلاما له • وذلك ليس بكلام له كما يختلف الكلام فى القـرب والبعد • وان كلمته وهو ميت لم تطلق ، لأن الميت لا يكلم فان قيل : فقد كلم النبى صلى الله عليه وسلم قتلى بدر وهم فى القليب حيث قال صلى الله عليه وسلم « يا عتبة ، يا شيبة ، يا فلان هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً ؟ فقيل يا رسول الله أتكلم الموتى وقد أرموا ؟ فقال ما أنتم بأسمع لما أقول منهم ، ولكن لم يؤذن لهم فى الجواب » •

قلنا تلك معجزة للنبى صلى الله عليه وسلم ، لأن الله رد اليهم أرواحهم حتى يسمعوا كلام النبى صلى الله عليه وسلم لأن الأصل أن الميت لا يسمع •

قال الله تعالى « وما أنت بمسمع من فى القبور » أنزل الكفار منزلة من فى القبور ، وان كلمته وهو نائم أو مغمى عليه لم تطلق كالميت ، وان كلمته وهى مجنونة ، قال ابن الصباغ لم يحنث وان كانت سكرانة حنث ؛ لأن السكران بمنزلة الصاحى فى الحكم ، وان كلمته وهو سكران ؛ فان كان بحيث يسمع حنث ، وان كان بحيث لا يسمع لم يحنث ، وان قال لها • ان بدأتك بالكلام فأنت طالق ، ثم قالت له : ان بدأته بالكلام فعبدى حر فكلمها لم تطلق ولم يعتق العبد ؛ لأن يمينه انحلت بيمينها ويمينها انحلت بكلامه •

وان قال لها : ان كلمتك فأنت طالق ، وان دخلت الدار فأنت طالق ، طلقت لأنه كلمها باليمين الثانية ؛ وان أعاد اليمين الأولة طلقت لأنه كلمها • وان قال : ان كلمتك فأنت طالق فاعلمى ذلك طلقت لأنه كلمها بقوله : فاعلمى ذلك • ومن أصحابنا من قال : ان وصله باليمين لم تطلق ؛ لأنه من صلة الأول والأول أصح •

فرع وان قال لها : أنت طالق ان كلمت زيداً وعمراً وبكر مع خالد ــ برفع بكر ــ فكلمت زيداً وعمراً طلقت ، لأن اليمين على كلامهما وقد وجد وقوله : وبكر مع خالد لا يتعلق باليمين ؛ لأنه ليس بمعطوف على الأولين ؛ قال ابن الصباغ : وهذا فيه نظر ، لأن ذلك يقتضى أن يكون لزيد وعمرو فى حال كون بكر مع خالد مثل قوله تعالى « ثم أنزل عليكم من بعد الغم أمنة نعاساً يغشى طائفة منكم ، وطائفة قد أهمتهم أنفسهم » فكانت هذه الجملة حالا من الأولة • كذلك ههنا • فان كلمت زيداً أو عمراً لم تطلق لأن صفة الطلاق كلامهما ، وان قال لها : أنت طالق ان كلمت زيداً وعمراً وخالداً فكلمت بعضهم لم تطلق • وان قال أنت طالق ان كلمت زيداً ولا عمراً ولا خالداً ؛ فكلمت واحدا منهم طلقت وان قال لها : ان كلمت زيداً الى أن يقدم عمرو أو حتى يقدم عمرو فأنت طالق فان كلمت زيداً قبل قدوم عمرو طلقت ، وان كلمته بعد قدوم عمرو لم تطلق لأن حتى والى للغاية ؛ والغاية ترجع الى الكلام لا الى الطلاق فتصير كقوله أنت طالق ان كلمت زيدا الى أن يشاء عمرو وحتى يشاء عمرو •

فـــرع وان قال : ان رأيت فلانا فأنت طالق فرأته حيا أو ميتـاً طلقت ؛ لأن رؤيته حاصلة وان كان ميتاً .

قال ابن الصباغ : وان رأته مكرهة فهل تطاق ؟ فيه قولان على ما ذكرناه في القدوم ، وان رأته في مرآة أو رأت ظله في الماء لم تطلق لأنهـا ما رأته ، وانما رأت خياله ، وان رأته من وراء زجاج شفاف طلقت لأنها رأته حقيقة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان كانت في ماء جار فقال لها ان خرجت منه فأنت طالق ، وان وقفت فيه فأنت طالق لم تطلق خرجت أو وقفت لأن الذى كانت فيـه من الماء مضى بجريانه فلم تخرج منه ولم تقف فيه ، وأن كان في فيها تمرة فقال : ان أكلتها فأنت طالق ، وان رميتها فأنت طالق ، وان أمسكتها فأنت طالق ، فأكلت نصفها لم تطلق ، لأنها ما أكلتها ولا رمتها ولا أمسكتها .

وان كانت معه تمرة فقال : ان أكلتها فأنت طالق ، فرماها الى تمر كثير فأكل جميعه وبقى تمرة لا يعلم أنها المحلوف عليها أو غيرها ، لم تطلق لجـواز أن تكو نهى المحلوف عليها فلم تطلق بالشك . وان آكل تمرا كثيرا فقال لها : ان لم تخبريني بعدد ما أكلت فأنت طالق ، فعدت من واحد الى عدد يعـلم أن الماكول دخل فيه لم تطلق لأنها أخبرته بعدد ما أكل ، وان أكلا تمراً واختلط النوى فقال : ان لم تميزى نوى ما أكلت من نوى ما أكلت فأنت طالق ، فأفردت كل نواة لم تطلق لأنها ميزت .

وان اتهمها بسرقة شيء فقال أنت طالق ان لم تصدقيني أنك سرقت أم لا ؟ فقالت سرقت وما سرقت لم تطلق ، لأنها صدقته في أحد الخبرين ، وان قال : ان سرقت مني شيئاً فأنت طالق وسلم اليها كيسا فأخذت منه شيئاً لم تطلق لأن ذلك ليس بسرقة وانما هو خيانة .

فصـــل وان قال : مـن بشرتني بقـدوم زيد فهى طالق ؛ فأخبرته امرأته بقدوم زيد وهى صادقة ، طلقت لأنها بشرته . وان كانت كاذبة لم تطلق، لأن البشارة ما بشر به الانسان ولا سرور في الكذب . وان أخبرتاه بقـدومه واحدة بعد واحدة وهما صادقتان طلقت الأولى دون الثانية ، لأن المبشرة هى الأولى وان اخبرتاه معاً طلقتا لاشتراكهما في البشارة .

وان قال : من أخبرتنى بقدوم زيد فهى طالق ، فأخبرته امرأة بقدوم زيد طلقت صادقة كانت أو كاذبة ، لأن الخبر يوجد مع الصدق والكذب ، فان أخبرته احداهما بعد الأخرى أو أخبرتاه معاً طلقتا لأن الخبر وجد منهما) .

الشرح اذا كانت فى ماء جار فقال لها : ان أقمت فى هذا الماء فأنت طالق وان خرجت منه فأنت طالق ، فأكثر أصحابنا قالوا لا تطلق ، سواء أقامت فيه أو خرجت منه ؛ لأن الاشارة وقعت الى الماء الذى هى فيه ، فاذا ذهب وجاء غيره فلم تقم فى الماء الذى تناولته اليمين ولم تخرج منه .

وقال القفال : عندى أنها على قولين كما لو قال لها : ان لم تشربى من هذا الكوب اليوم فأنت طالق ، فانصب ذلك أو كسر الكوب فهل تطلق ؟ على قولين فقال أبو على السنجى : وهذا يشبه هذا ، الا أن الشرب قد فات من كل جهة . والمقام فى ذلك الماء لم يفت بالجريان ؛ لأنها لو جرت فى ذلك الماء بجريان الماء لكان يحنث بمكثها حتى جاوزها ذلك الماء . ألا ترى أنه لو حول ذلك الماء فى الكوب الى دار بحيث يمكنها الذهاب اليه للشرب فى هذا اليوم فلم يفعل تعلقت به اليمين ، لأن الماء قائم يمكنها شربه .

ولو قال لها : ان لم تخرجى من هذا النهر الآن فأنت طالق فلم تخرج طلقت . لأن النهر اسم للمكان الذى فيه الماء والخروج منه ممكن ، وان كانت فى راكد فقال لها ان قمت فى هذا الماء فأنت طالق وان خرجت منه فأنت طالق ، فالخلاص من الحنث أن تحمل منه مكرهة عقيب يمينه ، وان كانت على سلم فقال لها ان صعدته فأنت طالق ، وان نزلت منه فأنت طالق ، وان أقمت عليه فأنت طالق . فالخلاص منه أن تتحول الى سلم آخر أو تنزل منه مكرهة .

فرع وان كان فى فيها تمرة وقال لها ان أكلتها فأنت طالق ، وان رميتها فأنت طالق ، وان أمسكتها فأنت طالق ، فالخلاص من الحنث أن تأكل بعضها . لأنها اذا فعلت ذلك فما أكلتها ولا رمتها ولا أمسكتها .

وان قال لها : ان أكلتها فأنت طالق ، وان تأكليها فأنت طالق ــ فحكى

ابن الصباغ أن الشيخ أبا حامد قال : اذا أكلت بعضها لم تطلق : قال ابن الصباغ وهذا ليس بصحيح ؛ لأنها اذا أكلت بعضها فما أكلتها فيجب أن يحنث • والذى قاله ابن الصباغ انما يتصور الحنث فى عدم أكلها •

وان ماتت المرأة أو تلف باقى التمرة قبل موتها ، فأما قبل ذلك فلا يتصور الحنث فى عدم أكلها •

قال العمرانى : والذى رأيته فى التعليق عن الشيخ أبى حامد : اذا قال اذا أكلتها فأنت طالق وان أخرجتها فأنت طالق ، اذا أكلت بعضها لم يحنث ؛ لأنها لم تأكلها ولم تخرجها •

وان قال : ان أكلت هذه التمرة فأنت طالق فرماها فى تمر كثير واختلطت ولم تتميز وأكل الجميع الا تمرة واحدة ، ولم يعلم أنها المحلوف عليها أو غيرها لم تطلق لجواز أن يكون هى المحلوف عليها ، والأصل بقاء النكاح وعدم وقوع الطلاق •

فـــرع وان أكلت تمرا كثيراً وقال : ان لم تخبرينى بعدد ما أكلت فأنت طالق ، أو قال ان لم تخبرينى بعدد هـذه الرمانة قبـل كسرها فأنت طالق ، فالخلاص من الحنث أن تقول فى الأولة أكلت واحدة أكلت اثنتين أكلت ثلاثا ، فلا تزال تعدد واحدة تعد واحدة حتى يتيقن أن عدد الذى أكلته قد دخل فيما أخبرت به • وكذلك تقول عدد حب هذه الرمانة واحدة اثنتين فتعد واحدة واحدة حتى يعلم أن عدد حبها قد دخل فيما أخبرت به •

وان أكلا تمرا واختلط النوى فقال : ان لم تميزى نوى ما أكلت أو ما أكل كل واحد منا فأنت طالق ، فميزت كل نواة لم تطلق لأنها ميزت — وان اتهمها بسرقة شىء فقال لها أنت طالق ان لم تصدقينى أنك سرقت ؛ فقالت سرقت وما سرقت لم تطلق لأنها صدقته فى أحد الخبرين • وان قال لها : ان سرقت منى شيئاً فأنت طالق ، فسلم اليها دراهم أو غيرها فأخذت من ذلك شيئاً لم تطلق ، لأن ذلك ليس بسرقة بدليل أن ليس فى مثل ذلك قطع على ما سنوضحه فى الحدود ان شاء الله •

مسألة قوله : وان قال من بشرتنى بقدوم زيد الخ ؛ فجملة ذلك أنه اذا كان له زوجات فقال لهن : من بشرتنى بقدوم زيد فهى طالق ، فقالت له واحدة قد قدم وكانت صادقة • طلقت لوجود الصفة ، فان أخبرته الثانية بقدومه لم تطلق لأن البشارة ما دخل بها السرور ــ وقد حصل ذلك بقول الأولة ــ وان كانت الأولة كاذبة لم تطلق لأنه لا بشارة فى الكذب •

وان قال لهن : من أخبرتنى بقدوم زيد فهى طالق ؛ فقالت له واحدة منهن قد قدم ، طلقت ، صادقة كانت أم كاذبة ؛ لأن الخبر دخله الصدق أو الكذب • فان أخبرته بقدومه تعدها ثانية وثالثة ورابعة طلقن ؛ لأنه علق الطلاق باخبارهن اياه بقدوم زيد ، والخبر قد يتكرر منهن فوقع الطلاق به • هذا نقل البغداديين والشيخ أبى حامد •

وقال المسعودى : اذا قال أيتكن أخبرتنى بأن زيداً قد قدم فهى طالق ، فأخبرته واحدة منهن ولم يكن قادما لم تطلق • وان قال أيتكن أخبرتنى بقدوم زيد فهى طالق ، فأخبرته واحدة منهن بقدومه طلقت وان لم يك قادما ، لأنه علق الطلاق بالاخبار وقد وجد • وان قال أيتكن بشرتنى بقدوم زيد فهى طالق • ففيه وجهان : (أحدهما) أنه كالاخبار على ما ذكره المسعودى (والثانى) أنه كما ذكره البغداديون •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان قال أنت طالق ان شئت ، فقالت فى الحال شئت طلقت. وان قالت شئت ان شئت ، فقال شئت لم تطلق ، لأنه علق الطلاق على مشيئتها ولم توجد منها مشيئة الطلاق ، وانما وجد منها تعليق مشيئتها بمشيئته فلم يقع الطلاق ، كما لو قالت شئت اذا طلعت الشمس .**

وان قال انت طالق ان شاء زيد فقال زيد شئت طلقت ، وان لم يشأ زيد لم تطلق ، وان شاء وهو مجنون لم تطلق لأنه لا مشيئة له ، وان شاء وهو سكران فعلى ما ذكرناه من طلاقه ، وان شاء وهو صبى ، ففيه وجهان :

(احدهما) تطلق لأن له مشيئة ، ولهذا يرجع الى مشيئته فى اختيار أحد الأبوين فى الحضانة . (والثانى) لا تطلق معه لأنه لا حكم لمشيئته فى التصرفات، وان كان اخرس فاشار الى المشيئة وقع الطلاق كما يقع طلاقه اذا أشار الى الطلاق ، وان كان ناطقا فخرس فاشار ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يقع ، وهو اختيار الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمه الله ، لأن مشيئته عند الطلاق كانت بالنطق .

(والثانى) انه يقع وهو الصحيح لأنه فى حال بيان المشيئة من أهل الاشارة والاعتبار بحال البيان لا بما تقدم . ولهذا لو كان عند الطلاق أخرس ثم صار ناطقاً كانت مشيئته بالنطق . وان قال انت طالق أن شاء الحمار فهو كما لو قال انت طالق ان طرت أو صعدت الى السماء وقد بيناه .

وان قال انت طالق لفلان أو ارضى فلان طلقت فى الحال ، لأن معناه أنت طالق ليرضى فلان ، كما يقول لعبده : أنت حر لوجه الله أو لمرضاة الله . وان قال انت طالق لرضى فلان ، ثم قال أردت أن رضى فلان على سبيل الشرط دين فيما بينه وبين الله عز وجل لأنه يحتمل ما يدعيه ، وهل يقبل فى الحكم ؟ فيه وجهان : (أحدهما) لا يقبل ، لأن ظاهر اللفظ يقتضى انجاز الطلاق فلم يقبل قوله فى تأخيره كما لو قال أنت طالق وادعى أنه أراد ان دخلت الدار . (والثانى) انه يقبل لأن اللفظ يصلح للتعليل والشرط ، فقبل قوله فى الجميع) .

الشرح وان قال لها أنت طالق ان شئت ــ فان قالت فى الحال شئت وكانت صادقة وقع الطلاق ظاهرا وباطنا لوجود الصفة ، وان كانت كاذبة وقع الطلاق فى الظاهر ، وهل يقع فى الباطن ؟ فيه وجهان : (أحدهما) لا يقع لأن قولها شئت اخبار عن مشيئتها بقلبها واختيارها للطلاق ؛ فاذا لم تشأ ذلك بقلبها لم يقع فى الباطن .

(والثانى) يقع فى الباطن لأن الصفة قولها شئت وقد وجدت فوقع الطلاق ظاهراً وباطنا كما لو عاق على دخولها الدار فدخلت .

وان قالت شئت ان شئت لم يقع الطلاق سواء شاء الزوج أو لم يشأ لأنه عاق الطلاق على مشيئتها ولم توجد منها المشيئة ، وانما وجد منها تعليق المشيئة بمشيئته ؛ فهو كما لو قالت شئت اذا طلعت الشمس .

فـــرع وان قال أنت طالق ان شاء زيد ؛ فان قال زيد على الفور شئت وقع الطلاق ، وان لم يشأ على الفور لم يقع الطلاق وان قال : أنت طالق ان شئت وزيد ، فان قالا فى الحال شئنا وقع الطلاق • وان شـــاء أحدهما دون الآخر لم تطلق لأنه علق الطلاق بمشيئتها • وذلك لا يوجـد بمشيئة أحدهما . وان قالت شئت ان شاء زيد ، فقال زيد شئت لم تطلق لأنها لم يوجد منها المشيئة ، وانما وجد منها تعليق المشيئة •

فـــرع وان علق الطلاق على مشيئتها فشاءت وهى مجنونة لم تطلق لأن المجنونة لا مشيئة لها ، وان شاءت وهى سـكرى فهى كمـا لو طلق السكران ، وان شاءت وهى صغيرة ففيه وجهان • قال ابن الحداد لا تطلق ، لأن ذلك خبر عن مشيئتها واختيارها للطلاق والصغيرة لا يقبـل خبرها • (والثانى) تطلق ، لأن الصفة قولها شئت وقد وجد ذلك منها ، فهو كمـا لو علق الطلاق على دخولها الدار فدخلت ولأن لها شيئة ؛ ولهذا يرجع الى اختيارها لأحد الأبوين •

وان كانت خرساء فأشارت الى المشيئة وقع الطلاق ، كما اذا أشـــار الاخرس الى الطلاق • وان كانت ناطقة فخرست فأشارت ففيه وجهـان : (أحدهما) لا يقع الطلاق ، لأن مشيئتها كانت بالنطق • (والثانى) يقـع اعتبارا بحالها وقت المشيئة ، وان قال أنت طالق ان شاء الحمار فهو كما لو قال أنت طالق ان طرت أو صعدت وقد مضى تخريجنا لقولى الامام الشافعى والربيع •

فـــرع وان قال أنت طـالق ان كنت تحبيـــننى ، أو ان كنت تبغضيننى ، أو ان كنت معتقدة لكذا أو محبة لكذا ؛ رجع فى ذلك اليهـا لأنه لا يعلم الا ما جهتها قال الصميرى : وان قال لغريمه امرأتى طالق ان لم أجرك على الشوك ، ولا نية له فقد قيل : اذا ماطله مطالا بعد مطال بر فى يمينه •

وان قال أنت طالق لفلان أو لرضى فلان ولا نيـة له طلقت فى الحـال ،

لأن معناه لأجل فلان ، ولكى يرضى فلان ، فصار كقوله لعبده : أنت حر لله ؛ أو لرضى الله ؛ هكذا أفاده العمرانى .

وان قال أردت أن رضى فلان شرط فى وقوع الطلاق ؛ فهل يقبل فى الحكم ؟ فيه وجهان : (أحدهما) لا يقبل لأنه يعدل بالكلام عن ظاهره فلم يقبل ؛ كما لو قال أنت طالق ثم قال أردت اذا دخلت الدار . فعلى هذا يدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يحتمل ما يدعيه .

(والثانى) يقبل فى الحكم ؛ لأن قوله أو لرضى فلان يحتمل التعليل والشرط فاذا أخبر أنه أراد أحدهما قبل منه ذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان قال : ان كلمتك أو دخلت دارك فانت طالق ، طلقت بكل واحدة من الصفتين ، وان قال ان كلمتك ودخلت دارك فانت طالق لم تطلق الا بوجودهما ، سواء قدم الكلام أو الدخول ؛ لأن الواو تقتضى الجمع دون الترتيب . وان قال : ان كلمتك فدخلت دارك فانت طالق ، لم تطلق الا بوجود الكلام والدخول والتقديم للكلام على الدخول ، لأن الفاء فى العطف للترتيب فيصير كما لو قال : ان كلمتك ثم دخلت دارك فانت طالق ؛ وان قال : ان كلمتك وان دخلت دارك فانت طالق طلقت بوجود كل واحدة منهما طلقة ، لأنه كرر حرف الشرط فوجب لكل واحدة منهما جزاء .**

وان قال لزوجتين ان دخلتما هاتين الدارين فانتما طالقان ، فدخلت احداهما احدى الدارين ودخلت الثانية الدار الأخرى ففيه وجهان : (احدهما) تطلقان لأن دخول الدارين وجد منهما . (والثانى) لا تطلقان وهو الصحيح : لأنه علق طلاقه بدخول الدارين فلا تطلق واحدة منهما بدخول احدى الدارين ، كما لو علق طلاق كل واحدة منهما بدخول الدارين بلفظ مفرد . وان قال : ان أكلتما هذين الرغيفين فانتما طالقان ، فأكلت كل واحدة منهما رغيفاً فعلى الوجهين .

فصل **وان قال انت طالق ان ركبت ان لبست لم تطلق الا باللبس والركوب ، ويسميه اهل النحو اعتراض الشرط على الشرط ، فان لبست ثم**

ركبت طلقت ، وان ركبت ثم لبست لم تطلق لأنه جعل اللبس شرطاً فى الركوب فوجب تقديمه .

وان قال أنت طالق اذا قمت اذا قعدت لم تطلق حتى يوجد القيام والقعود، ويتقدم القعود على القيام لأنه جعل القعود شرطاً فى القيام . وان قال ان اعطيتك ان وعدتك ان سألتنى فأنت طالق لم تطلق حتى يوجد السؤال ثم الوعد ثم العطية لأنه شرط فى العطية الوعد ، وشرط فى الوعد السؤال ، وكان معناه ان سألتنى شيئاً فوعدتك فاعطيتك فأنت طالق . وان قال ان سألتنى ان اعطيتك ان وعدتك فأنت طالق لم تطلق حتى تسأل ثم يعدها ثم يعطيها ، لأن معناه ان سألتنى فأعطيتك ان وعدتك فأنت طالق .

فصل **وان قال أنت طالق أن دخلت الدار ، بفتح الألف أو أنت طالق أن شاء الله بفتح الألف ، وهو ممن يعرف النحو طلقت فى الحال ، لأن معناه أنت طالق لدخولك الدار أو لمشيئة الله عز وجل طلاقك . وان قال أنت طالق اذ دخلت الدار ، وهو ممن يعرف النحو طلقت فى الحال لأن اذ لما مضى) .**

الشرح ان قال لها : ان كلمتك أو دخلت دارك فأنت طالق ؛ فان كلمها أو دخل دارها طلقت ؛ وان قال ان كلمتك ودخلت دارك فأنت طالق لم تطلق الا بالدخول والكلام ؛ سواء تقدم الدخول أو الكلام ؛ لأن الواو تقتضى الجمع دون الترتيب .

وان قال : ان كلمتك فدخلت دارك فأنت طالق لم تطلق حتى يكلمها ويدخل دارها ؛ ويكون دخوله الدار عقيب كلامها . لأن حكم الفاء فى العطف الترتيب والتعقيب . وان قال لها أنت طالق ان كلمتك ثم دخلت دارك لم تطلق حتى يكلمها ويدخل دارها بعد كلامها بمدة ، سواء طالت المدة أو لم تطل ؛ لأن ثم تقتضى الترتيب والمهلة . وان قال : ان كلمتك وان دخلت دارك فأنت طالق طلقت بكل واحد منهما طلقة ، لأنه كرر حرف الشرط فكان لكل واحد منهما جزاؤه .

فرع وان قال لامرأتين له ان دخلتما هاتين الدارين فأنتما طالقان ، فان دخلت كل واحدة منهما الدار طلقتا ؛ فان دخلت احداهما احدى

الدارين والأخرى الدار الأخرى ففيه وجهان : (أحدهما) يطلقان لأنهما دخلتا الدارين •

(والثانى) لا تطلق واحدة منهما لأنه يقتضى دخول كل واحدة منهما الدارين • وان قال لهما : أنتما طالقتان ان ركبتما هاتين السيارتين فركبت كل واحدة منهما سيارة ، فعلى الوجهين فى الأولة •

وان قال : ان أكلتما هذين الرغيفين فأنتما طالقان ؛ فأكلت كل واحدة منهما رغيفاً • قال الشيخ أبو اسحاق : فيه وجهان كالدارين قال ابن الصباغ: وينبغى أن يقع الطلاق ههنا وجها واحدا ؛ لأن اليمين لا تنعقد على أن تأكل كل واحدة منهما الرغيفين بخلاف دخول الدارين • وان قال لها أنت طالق ان أكلت هذا الرغيف وأنت طالق ان أكلت نصفه ، وأنت طالق ان أكلت ربعه ؛ فان أكلت جميع الرغيف طلقت ثلاثاً •

قال الصيمرى : وان أكلت نصفه طلقت ثلاثا ، ولم يذكر وجهه ، فيحتمل أنه أراد لأنه وجد يأكل نصفه ثلاث صفات : أكل يصفه وأكل ربعه وأكل ثلثه ، الا أن حرف « ان » لا يقتضى التكرار ، ألا ترى أنه لو قال : أنت طالق ان أكلت ربعه فأكلت نصفه لم تطلق الا واحدة ؛ فينبغى أن لا تطلق الا طلقتين لأنه وجد صفتان ، وهو أكل ربعه وأكل نصفه •

فرع قال ابن الصباغ : اذا قال ان دخلت الدار وان دخلت هذه الأخرى فأنت طالق لم تطلق الا بدخولهما ؛ لأنه علق الطلاق بدخولهما • وان قال أنت طالق ان دخلت هذه الدار وان دخلت الأخرى طلقت بدخول كل واحدة منهما ويفارق الأولى • لأنه جعل جواباً لدخولهما •

مسألة قوله : وان قال أنت طالق ان ركبت ان لبست لم تطلق الا باللبس والركوب الخ ؛ فمثاله اذا قال : أنت طالق ان كلمت زيداً ان كلمت عمراً ان ضربت بكرا ، لم تطلق حتى تضرب بكرا أولا • ثم تكلم عمرا ثم تكلم زيداً ؛ لأ نالشرط دخل على الشرط فتعلق الأول بالثانى ، كقوله تعالى « ولا ينفعكم نصحى ان أردت أن أنصح لكم ان كان الله يريد

أن يغويكم » وتقديره ان كان الله يريد أن يغويكم فلا ينفعكم نصحى ان أردت أن أنصح لكم •

وان قال : ان أكلت ان دخلت الدار فأنت طالق ؛ أو أنت طالق ان أكلت متى دخلت الدار أو متى أكلت متى دخلت الدار لم تطلق حتى تدخل الدار أولا ثم تأكل لما ذكرناه ، فكذلك اذا قال لها أنت طالق ان ركبت ان لبست لم تطلق حتى تلبس ثم تركب وان قال أنت طالق اذا قمت اذا قعدت لم تطلق حتى تقعد أولا ثم تقوم . وان قال : أنت طالق ان أعطيتك ان وعدتك ان سألتنى لم تطلق حتى تسأله ثم بعدها ثم يعطيها ، ويسميه النحويون اعتراض الشرط على الشرط فيقتضى تقديم المتأخر وتأخير المتقدم لأنه جعل الثانى فى اللفظ شرطا للذى قبله •

مسألة قوله : وان قال أنت طالق ان دخلت الدار الخ • فجملة ذلك أن الذى ذكره الشيخ أبو حامد أنه ان لم يكن الحالف من أهل الأعراب كان ذلك بمنزلة قوله : ان بكسر الهمزة ؛ وان كان من أهل الاعراب وقع الطلاق فى الحال لأن أن المفتوحة ليست للشرط ، وانما هى للتعليل ؛ كأنه قال : أنت طالق لأنك دخلت الدار أو لأنك كلمتنى • اذا قال أنت طالق أن كلمتنى . وقد جاءت أن للتعليل فى القرآن فى مواضع كثيرة منها على سبيل المثال قوله تعالى « يمنون عليك أن أسلموا » « وتخر الجبال هداً ان دعوا للرحمن ولدا » « وتخرجون الرسول واياكم أن تؤمنوا بالله ربكم » .

وقال القاضى أبو الطيب : يقع الطلاق فى الحال الا ان كان الحالف من غير أهل الاعراب وقال : أردت به الشرط فيقبل ؛ لأن الظاهر أنه اذا لم يكن من أهل الاعراب أنه لا يفرق بين المفتوحة والمكسورة ، قال ابن الصباغ : وهذا أولى ، لأنه قبل أن يتبين لنا مراده يجب حمل اللفظة على مقتضاه فى اللغة ؛ فلا يكون عدم معرفته بالكلام بصارف عما يقتضيه بغير قصده • والله تعالى أعلم •

فصـــل وان قال إن دخلت الدار أنت طالق بحذف الفاء لم تطلق حتى تدخل الدار لأن الشرط ثبت بقوله : ان دخلت الدار ، ولهذا لو قال أنت طالق ان دخلت الدار ثبت الشرط ، وان لم يأت بالفاء .

وان قال : ان دخلت الدار فانت طالق . وقال اردت ايقاع الطلاق في الحال قبل من غير يمين لانه اقرار على نفسه . وان قال اردته ان جعل دخولها الدار وطلاقها شرطين لعتق او طلاق آخر ثم شكلت من الجزاء قبل قوله مع اليمين ، لانه يحتمل ما يدعيه .

وان قال اردت الشرط والجزاء واقمت الواو مقام الفاء قبل قوله مع اليمين لانه يحتمل ما يدعيه وان قال : وان دخلت الدار فانت طالق . وقال اردت به الطلاق في الحال قبل قوله من غير يمين لانه اقرار بالطلاق . وان قال أردت تعليق الطلاق بدخول الدار قبل قوله مع يمينه لانه يحتمل ما يدعيه .

فصـــل اذا قال لزوجته واجنبية احداكما طالق ، ثم قال أردت به الاجنبية قبل قوله مع اليمين ، وان كانت له زوجة اسمها زينب وجارية اسمها زينب ، فقال زينب طالق ، وقال اردت بها الجارية لم يقبل ، والفرق بينهما ان قوله احداكما طالق صريح فيهما ، وانما يحمل على زوجته بدليل ، وهو أنه لا يطلق غير زوجته فاذا صرفه الى الأجنبية فقد صرفه الى ما لا يقتضيه تصريحه فقبل منه ، وليس كذلك قوله زينب طالق ، لانه ليس بصريح في واحدة منهما ، وانما يتناولهما من جهة الدليل وهو الاشتراك في الاسم ، ثم يقابل هذا الدليل دليل آخر وهو انه لا يطلق غير زوجته ، فصار اللفظ في زوجته اظهر فلم يقبل خلافه .

فصـــل وان كانت له زوجتان اسم احداهما حفصة واسم الأخرى عمرة فقال يا حفصة فاجابته عمرة ، فقال لها أنت طالق ، ثم قال اردت طلاق حفصة وقع الطلاق على عمرة بالمخاطبة وعلى حفصة باعترافه بانه اراد طلاقها . وان قال ظننتها حفصة فقلت انت طالق طلقت عمرة ولم تطلق حفصة لانه لم يخاطبها ولم يعترف بطلاقها ، وان رأى امرأة اسمها حفصة فقال : حفصة طالق ولم يشر الى التي رآها وقع الطلاق على زوجته حفصة ولم يقبل قوله لم اردها ، لأن الظاهر انه اراد طلاق زوجته ، ولم يعارض هذا الظاهر غيره .

الشرح قال أبو العباس بن سريج : وان قال ان دخلت الدار أنت طالق (بحذف الفاء) لم تطلق حتى تدخل الدار • وقال محمد بن الحسن يقع الطلاق فى الحال • دليلنا أن الشرط يثبت بقوله ان دخلت الدار • ولهذا لو قال : أنت طالق ان دخلت الدار ثبت الشرط وان لم يأت بالفاء •

وان قال : ان دخلت الدار وأنت طالق ، سئل فان قال : أردت الطلاق فى الحال قبل قوله من غير يمين لأنه أقر بما هو أغلظ عليه • وان قال : أردت دخولها الدار وطلاقها شرطين لعتق أو طلاق غيرها • وهو أنى أردت أن أقول ان دخلت الدار وأنت طالق فامرأتى الأخرى طالق أو عبدى حر ، ثم سكت عن طلاق الأخرى وعن عتق العبد قبل قوله مع يمينه ؛ لأنه يحتمل ما يدعيه •

وان قال : أردت أن أقول : ان دخلت الدار فأنت طالق وأقمت الواو مقام القاف قبل قوله مع يمينه ، لأنه يحتمل ما يدعيه •

مسألة ان قال لامرأته وأجنبية احداكما طالق سئل عن ذلك ، فان قال أردت به الزوجة قبل • وان قال : أردت به الأجنبية وقالت الزوجة بل أردتنى فالقول قوله مع يمينه أنه ما أرادها وانما أراد الأجنبية لأن الطلاق انما يقع على امرأته بأن يشير اليها أو يصفها •

وقوله : احداكما ، ليس باشارة اليها ولا بصفة لها فلم يقع عليها الطلاق ، وان كانت له زوجة اسمها زينب وجارة اسمها زينب فقال زينب طالق ، وقال أردت الجارة وقالت زوجته بل أردتنى ؛ فهل يقبل قوله فى الحكم مع يمينه ؟ اختلف أصحابنا فيه ؛ فقال القاضى أبو الطيب : يقبل مع يمينه ، كما لو قال لزوجته وأجنبية احداكما طالق •

وقال أكثر أصحابنا : لا يقبل لأن هذا الاسم يتناول زوجته وجارته تناولا واحداً ، فاذا أوقع الطلاق على من هذا اسمها كان منصرفا فى الظاهر الى زوجته ويخالف قوله احداكما لأنه لا يتناول زوجته والأجنبية تناولا

واحداً ؛ وانما يتناول احداهما دون الأخرى ؛ فاذا أخبر أنه أراد به الأجنبية دون زوجته قبل منه لأن دعواه لا تخالف الظاهر .

مسألة وان كان له زوجتان زينب وعمرة ، فقال يا زينب فأجابته عمرة فقال أنت طالق سئل عن ذلك فان قال : علمت أن التى أجابتنى عمرة ، ولكنى لم أرد طلاقها وانما أردت طلاق زينب ، طلقت زينب ظاهراً وباطناً ؛ لأنه اعترف أنه طلقها ؛ وطلقت عمرة فى الظاهر لأنه خاطبها بالطلاق ؛ فالظاهر أنه أراد طلاقها ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأن ما قاله يحتمل ذلك . وان قال : ان التى أجابتنى عمرة بل ظننتها زينب وأنا طلقت ، قال الشيخ أبو حامد فالحكم فيها كالأولة وهو أن زينب تطلق ظاهراً وباطناً لاعترافه بذلك ، وتطلق عمرة فى الظاهر دون الباطن لأنه واجهها بالخطاب بالطلاق .

وان قال : طلقت التى أجابتنى ولكن ظننتها زينب طلقت عمرة ولم تطلق زينب لأنه أشار الى عمرة ؛ وان ظنها زينب فهو كما لو قال لأجنبية أنت طالق وقال ظننتها زوجتى لم تطلق زوجته لأن الطلاق انصرف بالاشارة الى التى أشار اليها دون التى ظنها . وان قال أردت عمرة وانما ناديت زينب لآمرها بحاجة طلقت عمرة لأنه خاطبها ولا تطلق زينب لأن النداء لا يدل على الطلاق وان قال يا زينب أنت طالق وأشار الى عمرة سئل عن ذلك ، فان قال قد علمت أن التى أشرت اليها عمرة ، ولكنى لم أردها بالطلاق وانما أردت طلاق زينب طلقت زينب ظاهراً وباطنا لاعترافه بذلك . وطلقت عمرة فى الظاهر لاشارته بالطلاق اليها ؛ ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأن الحال يحتمل ما يدعيه وإن قال لم أعلم أن هذه التى أشرت اليها عمرة بل ظننتها زينب ، ولم أرد بالطلاق الا هذه التى أشرت اليها طلقت عمرة ولا تطلق زينب لأنه قد أشار بالطلاق اليها ولم يرد به غيرها ؛ واعتقاده أن هذه المشار اليها زينب لا يضر ، كما لو قال لأجنبية أنت طالق وقال ظننتها زوجتى ؛ فان زوجته لا تطلق .

فرع وان كان له زوجتان زينب وعمرة ، فقال كلما ولدت

احدهما ولدة فأنتما طالقان ، فولدت زينب يوم الخميس ولدا ثم ولدت عمرة يوم الجمعة وقع على كل واحدة منهما طلقة ثانية ، فلما ولدت زينب يوم السبت وقع على عمرة طلقة ثالثة ؛ ولم يقع على زينب بذلك طلاق لأن عدتها انقضت بوضعه الا على الحكاية التي حكاها ابن خيران ، فلما ولدت عمرة يوم الأحد انقضت عدتها به

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل اذا قال لامرأته : اذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثا ، ثم قال لها أنت طالق ، فقد اختلف اصحابنا فيه ، فمنهم من قال يقع عليها طلقة بقوله أنت طالق ولا يقع من الثلاث قبلها شيء ، كما اذا قال لها اذا انفسخ نكاحك فأنت طالق قبله ثلاثا ثم ارتدت انفسخ نكاحها ولم يقع من الثلاث شيء ومنهم من قال يقع بقوله : أنت طالق طلقة وطلقتان من الثلاث وهو قول أبي عبد الله الختن لأنه يقع بقوله أنت طالق طلقة ويقع ما بقي بالشرط وهو طلقتان ومنهم من قال لا يقع عليها بعد هذا القول طلاق ، وهو قول أبي العباس ابن سريج وأبي بكر بن الحداد المصري والشيخ أبي حامد الاسفرايني والقاضي أبي الطيب الطبري . وهو الصحيح عندي

والدليل عليه أن ايقاع الطلاق يؤدي الى اسقاطه لأنا اذا أوقعنا عليها طلقة لزمنا أن نوقع عليها قبلها ثلاثا بحكم الشرط ، واذا وقع قبلها الثلاث لم تقع الطلقة ، وما أدى ثبوته الى نفيه يسقط ، ولهذا قال الشافعي رحمه الله فيمن زوج عبده بحرة بألف درهم وضمن صداقها ، ثم باع العبد منها بتلك الألف قبل الدخول أن البيع لا يصح لأن صحته تؤدي الى ابطاله ، فانه اذا صح البيع انفسخ النكاح بملك الزوج ، واذا انفسخ النكاح سقط المهر ، لأن الفسخ من جهتها ، واذا سقط المهر سقط الثمن ، لأن الثمن هو المهر ، واذا سقط الثمن بطل البيع ، فابطال البيع حين أدى تصحيحه الى ابطاله فكذلك ههنا ، ويخالف الفسخ بالردة فان الفسخ لا يقع بايقاعه وانما تقع الردة والفسخ من موجباتها ، والطلاق الثلاث لا ينافي الردة ، فصحت الردة وثبت موجبها وهو الفسخ ، والطلاق يقع بايقاعه ، والثلاث قبله تنافيه فمنع صحته فعلى هذا ان حلف على امرأته بالطلاق الثلاث انه لا يفعل شيئا وأراد أن يفعله ولا يحنث فقال : اذا وقع على امرأتي طلاقي فهي طالق قبله ثلاثا ففيه وجهان (أحدهما) يحنث اذا فعل المحلوف عليه لأن عقد اليمين صح فلا يملك رفعه

(والثانى) لا يحنث ، لأنه يجوز أن يعلق الطلاق على صفة ثم يسقط حكمه بصفة اخرى ، والدليل عليه انه اذا قال : اذا دخل راس الشـــهر فانت طالق ثلاثا صحت هذه الصفة ثم يملك اسقاطها بأن يقول أنت طالق قبل انقضاء الشهر بيوم) .

الشرح اذا قال لامرأته : متى وقع عليك طلاقى أو اذا وقع عليك طلاقى فأنت طالق قبله ثلاثاً ، ثم قال لها : أنت طالق ؛ فقد اختلف أصحابنـــا فيه ؛ فمنهم من قال : يقع عليها الطلاق الذى باشر ايقاعه ؛ وحكاه القـــاضى أبو الطيب عن أبى العباس ابن سريج ، وحكاه العمرانى عن ابن القاص [1] وقال : هو اختيار ابن الصباغ ؛ لأنه زوج مكلف أوقع الطلاق مختاراً فوجب أن يقع ؛ ولا يقع الثلاث قبله ، لأن وقوعها يوجب ارتفاع الطلاق المباشر ، ولا يصـــح رفع طلاق واقع ؛ ولأنه لو قال لها : اذا انفســـخ نكاحك فأنت طالق قبله ثلاثاً ثم ارتد أو أحدهما أو اشتراها لوقع الفسخ ولم تطلق الثلاث قبله كذلك هذا مثله . وقال أبو عبد الله الختن الاسماعيلى : يقع الطلقـــة التى باشر ايقاعها ، ويقع تمام الثلاث من الثلاث المعلقة بالصفة ، وبه قال أصحاب أبى حنيفة .

وقال أكثر أصحابنا : لا يقع عليها الطلاق المباشر ولا الطلاق بالصفة ؛ بل هذا حيلة لمن أراد أن لا يقع على امرأته بعد ذلك الطلاق ؛ وبه قال المزنى والشيخان أبو حامد وأبو اسحاق والقفال وابن الحداد ؛ والقاضى أبو الطيب والمحاملى والصيدلانى وهو ما صححه وأخذ به المصنف وتابعه العمـــرانى فى البيان قالوا لأنه لو وقع الطلاق الذى باشر ايقاعه لوقع قبله الثلاث بالصفة؛ ولو وقع الثلاث قبله لم يقع الطلاق المباشر وما أدى اثباته الى اسقاطه سقط قياساً على ما قال الشافعى رضى الله عنه فيمن زوج عبده بحرة بألف فى الذمة وضمنها السيد عنه ، ثم باع السيد منها زوجها بالألف قبل الدخول أن البيع

---

(١) غلط ابن قدامة فى المغنى من امهات كتب الحنابلة فى ذكره خلافا بين ابن القاص وابن سريج من أصحابنا حيث قال الأول بوقوع الطلقة المباشرة وعدم وقوع الطلاق المعلق من زمن قبله . وقال الثانى لا يقع الطلاق مطلقاً ، لان وقوع الواحدة تقتضى وقوع الثلاث قبلها وذلك يمنع وقوعها باثباتها يؤدى الى نفيها فلا تثبت . ا هـ الجزء السابع ص ٢٦١ مطبعة الامام ، والصواب ما ذكرناه ممحصاً عن أصحابنا هنا والله تعالى أعلم .

لا يصح ؛ لأن اثبات البيع يؤدى الى اسقاطه فسقط اثباته ، لأنها اذا ملكت بفسخ النكاح واذا انفسخ النكاح سقط المهر ؛ لأن الفسخ من جهتها • واذا سقط المهر سقط الثمن ؛ واذا سقط الثمن بطل البيع •

وأما الجواب عما ذكره الأول فمنتقض بالثلاث المعلقة بالصفة ، فانه قد أوقعها وهو زوج مكلف مختار •

وأما الفسخ فانما وقع لأن اثباته لا يؤدى الى اسقاطه بخلاف الطلاق •

اذا ثبت هذا فقد ذكر أصحابنا فى طلاق التنافى مسائل احداهن المسألة التى مضت والثانية ذكرها المزنى فى المنثور ؛ اذا قال لها : إذا طلقتك طلاقا أملك به عليك الرجعة فأنت طالق قبله ثلاثاً ، فان طلق المدخول بها طلقة أو طلقتين بغير عوض لم يقع عليها طلاق ؛ لأنه لو وقع عليها ذلك لملك عليها الرجعة ؛ ولو ملك عليها الرجعة لوقع الثلاث قبله ، ولو وقع الثلاث قبله لم يقع ما بعده وان أوقع عليها الثلاث أو ما دون الثلاث بعوض ؛ أو كانت غير مدخول بها وقع عليها الطلاق المباشر لأنه لا يملك به الرجعة عليها فلا توجد صفة الثلاث قبله • الثالثة : اذا قال لها : اذا طلقتك ثلاثاً فأنت طالق قبله ثلاثا ، فان طلقها ثلاثا ان طلقتك غداً ؛ فان طلقها غدا لم يقع عليها طلاق ؛ وان طلقها بعد غد وقع عليها ما أوقعه • الرابعة : اذا قال لغير المدخول بها أنت طالق طلقة قبلها طلقة فهل يقع عليها طلقة ؟ فيه وجهان لما ذكرناه • الخامسة : رجل قال لامرأته : ان لم أحج فى هذه السنة فأنت طالق ثلاثا ، ثم قال لها قبل أن يحنث : ان حنثت فى هذه اليمين فأنت طالق ثلاثاً قبل حنثى •

قال القاضى أبو الطيب : وهذه تعرف بالعمانية ثم أثيرت فى بغداد ؛ واختلف فيها القائلون بأن طلاق التنافى لا يقع ، فمنهم من قال : لا تنحل اليمين الأولة • فاذلم يحج فى سنته طلقت ؛ لأن عقد اليمين قد صح فلم يرتفع مؤمنهم من قال تنحل اليمين الأولة •

قال القاضى أبو الطيب : وأجبت بذلك وبه عمل ؛ لأنه بعد هذا القول

كقوله قبله ، فلو وقع الطلاق بالحنث لوقع الثلاث قبلها ؛ ولو وقع الثلاث قبلها لم يقع الطلاق بالحنث ، والقول الأول أن عقد اليمين لم يرتفع فلا يصح لأنه يجوز أن يعلق الطلاق بصفة ثم يسقط حكمه بصفة أخرى بأن يقول : اذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ثلاثا ، ثم يقول أنت طالق طلقة •

السادسة : اذا قال لزوجته متى دخلت جاريتى الدار وأنت زوجتى فهى حرة ومتى عتقت فأنت طالق ثلاثاً قبل عتقها بثلاثة أيام • ثم دخلت الأمة الدار لم تعتق الأمة ولم تطلق المرأة ؛ لأنا لو أعتقناها لوجدت الصفة بالطلاق الثلاث لأنها عتقت ؛ وقد قال لها : اذا عتقت فأنت طالق قبله بثلاثة أيام ، واذا وقع الطلاق الثلاث قبله لم تكن له زوجة فى حال دخولها الدار؛ واذا لم توجد صفة الحرية لم تعتق ؛ وان لم تعتق لم يقع الطلاق •

السابعة : قال ابن الحداد : اذا كان عبد بين شريكين فقال أحدهما للآخر : متى أعتقت نصيبك منه فنصيبى منه حر قبل عتقك اياه بثلاثة أيام وهما موسران فأمهل المقول له ثلاثا فأكثر ثم أعتق نصيبه لم يعمل عتقه ؛ لأنه لو عمل لدل على وقوع عتق صاحبه قبله • ولو وقع عتق صاحبه قبل عتقه لما وقع عتقه واذا لم يقع عتقه لم توجد الصفة فى وقوع عتق الذى خاطبه •

قال القاضى أبو الطيب : لا يحتاج الى قوله بثلاث ؛ بل يكفى قوله قبل عتقك ولا يحتاج الى يسار المقول له ؛ وانما يحتاج الى يسار القائل وحده• فاذا أعتق المقول له نصيبه لم يعتق لأنه لو عتق نصيبه لعتق نصيب القائل قبله • ولو عتق نصيب القائل لسرى الى نصيب المقول له ؛ لأنه موسر ، واذا سرى الى نصيبه لم يصح اعتاقه لنصيبه فكأن اثبات عتق نصيبه يؤدى الى اسقاطه فسقط حكم اثباته والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **اذا علق طلاق امرأته على صفة من يمين أو غيرها ثم بانت منه ثم تزوجها قبل وجود الصفة ففيه ثلاثة أقوال :**

(أحدها) لا يعود حكم الصفة فى النكاح الثانى ، وهو اختيار المزنى لأنها صفة علق عليها الطلاق قبل النكاح فلم يقع بها الطلاق ، كما لو قال لأجنبية : ان دخلت الدار فأنت طالق ، ثم تزوجها ودخلت الدار .

(والثانى) انها تعود ويقع بها الطلاق وهو الصحيح ، لأن العقد والصفة وجدا فى عقد النكاح فاشبه اذا لم يتخللهما بينونة .

(والثالث) انها ان بانت بما دون الثلاث عاد حكم الصفة ، وان بانت بالثلاث لم تعد ، لأن بالثلاث انقطعت علائق الملك ، وبما دون الثلاث لم تنقطع علائق الملك ولهذا بنى أحد العقدين على الآخر فى عدد الطلاق فيما دون الثلاث ولا يبنى بعد الثلاث وان علق عتق عبده على صفة ثم باعه ثم اشتراه قبل وجود الصفة ففيه وجهان : (أحدهما) أن حكمه حكم الزوجة اذا بانت بما دون الثلاث ، لأنه يمكنه أن يشتريه بعد البيع كما يمكنه أن يتزوج البائن بما دون الثلاث . (والثانى) أنه كالبائن بالثلاث ، لأن علائق الملك قد زالت بالبيع كما زالت فى البائن بالثلاث .

فصل وان علق الطلاق على صفة ثم أبانها ووجدت الصفة فى حال البينونة انحلت الصفة ، فان تزوجها لم يعد حكم الصفة . وكذلك اذا علق عتق عبده على صفة ثم باعه ووجدت الصفة قبل أن يشتريه انحلت الصفة ، فان اشتراه لم يعد حكم الصفة .

وقال أبو سعيد الاصطخرى رحمه الله : لا تنحل الصفة لأن قوله ان دخلت الدار فانت طالق مقدر بالزوجة . وقوله ان دخلت الدار فأنت حر مقدر بالملك لأن الطلاق لا يصح فى غير الزوجية والعتق لا يصح فى غير ملك فيصير كما لو قال : ان دخلت الدار وأنت زوجتى فأنت طالق ، وان دخلت الدار وأنت مملوكى فأنت حر ، والمذهب الأول ، لأن اليمين اذا علقت على عين تعلقت بها ، ولا تقدر فيها الملك ، والدليل عليه أنه لو قال : ان دخلت هذه الدار فأنت طالق ، والدار فى ملكه فباعها ثم دخلها وقع الطلاق ، ولا يجعل كما لو قال : ان دخلت هذه وهى فى ملكى فانت طالق ، فكذلك ههنا .. والله أعلم) .

الشرح قوله : اذا علق طلاق امرأته على صفة الخ ؛ فجملة ذلك أنه اذا علق طلاقها على صفة فبانت منه قبل وجود الصفة ثم تزوجها ثم وجدت الصفة فى النكاح الثانى فهل يعود حكم الصفة وتطلق ؟ فيه قولان : قال فى القديم : ان أبانها بدون الثلاث عاد حكم الصفة قولا واحداً . وان أبانها بالثلاث فهل يعود حكم الصفة ؟ فيه قولان .

وقال فى الجديد : ان أبانها بالثلاث ثم تزوجها فان حكم الصفة لا يعود قولا واحداً ، وان أبانها بدون الثلاث فهل يعود حكم الصفة ؟ فيه قولان ، فالقديم أقرب الى عود الصفة ؛ فحصل فى المسألتين ثلاثة أقوال : (أحدها) لا يعود حكم الصفة سواء بانت بالثلاث أو بما دونها ؛ وهو اختيار المزنى وأبى اسحاق المروزى لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا طلاق قبل نكاح » فلو قلنا يعود حكم الصفة لكان هذا طلاقا قبل نكاح ؛ لأنه عقد قبل هذا النكاح فلم يحكم بوقوعه ، كما لو قال لأجنبية : ان دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوجها ثم دخلت الدار .

(والثانى) يعود حكم الصفة سواء بانت بالثلاث أو بما دونها ، وبه قال أحمد قال الشيخ أبو اسحاق هنا والمحاملى : وهو الصحيح ؛ لأن عقد الطلاق والصفة وجدا فى ملك فهو كما لو لم يتحللها بثبوته .

(والثالث) ان بانت بما دون الثلاث ثم تزوجها عاد حكم الصفة . وان بانت بالثلاث لم يعد حكم الصفة ، وبه قال مالك وأبو حنيفة ، لأنها اذا بانت بما دون الثلاث ؛ فان أحد النكاحين بائن على الآخر فى عدد الطلاق ؛ فكذلك فى حكم الصفة ، واذا بانت بالثلاث فان أحدهما لا يبين على الآخر فى عدد الطلاق فكذلك فى حكم الصفة ، واذا بانت بالثلاث فان أحدهما لا يبين على الآخر فى عدد الطلاق فكذلك فى حكم الصفة .

فرع وان قال لعبده : ان دخلت الدار فأنت حر فباعه ثم اشتراه ثم دخل الدار ففيه وجهان ؛ من أصحابنا من قال : حكمه حكم الزوجة اذا بانت بما دون الثلاث ، لأنه يمكنه أن يسترده بعد أن باعه كما يمكنه أن يتزوج البائن بما دون الثلاث قبل زوج ، فعلى حكم الصفة على قولين . ومنهم من قال حكمه حكم الزوجة اذا بانت بالثلاث ؛ لأن علائق الملك قد زالت بالبيع كما زالت بالبينونة بالثلاث فعلى هذا لا يعود حكم الصفة على القول الجديد قولا واحداً ؛ وعلى القول القديم على قولين .

فرع وان علق طلاق امرأته على صفة بحرف لا يقتضى التكرار، مثل ان قال : ان كلمت زيدا فأنت طالق ثلاثا فأبانها قبل كلامها لزيد فكلمت

زيداً فى حال البينونة ثم تزوجها ؛ فان حكم الصفة لا يعود ، فان كلمته بعد النكاح لم تطلق ؛ وهذه حيلة فى ابطال تعليق الطلاق الثلاث بصفة بأن يخالعها بما دون الثلاث ــ أو بلفظ الخلع ــ اذا قلنا انه فسخ ــ ثم تؤخذ الصفة فى حال البينونة فان خالف ووطئها تعلق به حكم الوطء المحرم وانحلت الصفة ، وكذلك اذا قال لعبده : ان دخلت الدار فأنت حر ثم دخل الدار ثم اشتراه فان حكم الصفة لا يعود • وقالُ أبو سعيد الاصطخرى يعود حكم الصفة ، وبه قال أحمد ومالك لأن عقد الصفة مقدر بالملك فصار كما لو قال : ان دخلت الدار وأنت زوجتى فأنت طالق أو قال لعبده : ان دخلت الدار وأنت عبدى فأنت حر • قال فى البيان : وهذا غلط ، لأن اليمين اذا علقت بصفة فانها تتعلق بالصفة التى علق بها اللفظ ، لا تعتبر صفة أخرى لم يتلفظ بها ؛ كما لو قال لها : ان دخلت هذه ودخلت الدار فأنت طالق فباع الدار ودخلتها ، وان كان بحرف يقتضى التكرار بأن قال لها : كلما دخلت الدار فأنت طالق فأبانها ودخلت الدار فى حال البينونة ثم تزوجها ودخلت الدار فى النكاح الثانى لم تطلق بدخولها الدار فى حال البينونة ، وهل تطلق بدخولها الدار بعد النكاح الثانى ؟ على الأقوال الثلاثة فى التى قبلها ؛ والله تبارك وتعالى الموفق للصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل •

* * *

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الشك فى الطلاق واختلاف الزوجين فيه

اذا شك الرجل هل طلق امرأته أم لا لم تطلق لأن النكاح يقين واليقين لا يزال بالشك . والدليل عليه ما روى عبد الله بن زيد رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم ((سئل عن الرجل يخيل اليه أنه يجد الشيء فى الصلاة فقال لا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحاً)) والورع أن يلتزم الطلاق لقوله صلى الله عليه وسلم ((دع ما يريبك الى ما لا يريبك)) فان كان بعد الدخول راجعها وان كان قبل الدخول جدد نكاحها وان لم يكن له فيها رغبة طلقها لتحل لغيره بيقين ، وان شك فى عدده بنى الأمر على الأقل ، لما روى عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ((اذا شك أحدكم فى صلاته فلم يدر أواحدة صلى أو اثنتين فليبن على واحدة ، وان لم يدر أثنتين صلى أم ثلاثاً فليبن على اثنتين ، وان لم يدر أثلاثاً صلى أم أربعاً فليبن على ثلاث ، ويسجد سجدتين قبل ان يسلم)) فرد الى الأقل . ولأن الأقل يقين والزيادة مشكوك فيها فلا يزال اليقين بالشك ، والورع أن يلتزم الأكثر ، فان كان الشك الثلاث وما دونها طلقها ثلاثاً حتى تحل لغيره بيقين .

فصل وان كانت له امرأتان فطلق احداهما بعينها ثم نسيها أو خفيت عليه عينها ، بأن طلقها فى ظلمة أو من وراء حجاب ، رجع اليه فى تعيينها لأنه هو المطلق ، ولا تحل له واحدة منهما قبل أن يعين ويؤخذ بنفقتهما الى أن يعين لأنهما محبوستان عليه ، فان عين الطلاق فى احداهما فكذبتاه حلف للأخرى ، لأن المعينة لو رجع فى طلاقها لم يقبل . وان قال : طلقت هذه لا بل هذه طلقتا فى الحكم ، لأنه أقر بطلاق الأولى ثم رجع الى الثانية ، فقبلنا اقراره بالثانية ولم يقبل رجوعه فى الأولى ، وان كن ثلاثا فقال : طلقت هذه لا بل هذه طلقن جميعاً .

وان قال : طلقت هذه أو هذه ، لا بل هذه طلقت الثالثة وواحدة من الأوليين وأخذ بتعيينها لأنه أقر أنه طلق احدى الأوليين ، ثم رجع الى أن المطلقة هى الثالثة فلزمه ما رجع اليه ولم يقبل رجوعه عما أقر به ، وان قال : طلقت هذه لا بل هذه أو هذه ، طلقت الأولى وواحدة من الأخريين . وان

قال : طلقت هذه او هذه وهذه اخذ ببيان الطلاق فى الأولى والأخريين ، فان عين فى الأولى بقيت الأخريان على النكاح .

وان قال لم اطلق الأولى طلقت الأخريان ، لأن الشك فى الاولى والاخريين فهو كما لو قال : طلقت هذه أو هاتين ، ولا يجوز أن يعين بالوطء ، فان وطىء احداهما لم يكن ذلك تعيينا للطلاق فى الأخرى ، فيطالب بالتعيين بالقول ، فان عين الطلاق فى الموطوءة لزمه مهر المثل ، واذا عين وجبت العدة من حين الطلاق .

فصل وان طلق احدى المرأتين بغير عينها أخذ بتعيينها ويؤخذ بنفقتهما الى ان يعين ، وله أن يعين الطلاق فيمن شاء منهما . فان قال : هذه لا بل هذه ، طلقت الأولى ولم تطلق الأخرى لأن تعيين الطلاق الى اختياره وليس له أن يختار الا واحدة ، فاذا اختار احداهما لم يبق له اختيار ، وهل له أن يعين الطلاق بالوطء ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يعين بالوطء ، وهو قول أبى على بن أبى هريرة ، لأن احداهما محرمة بالطلاق فلم يتعين بالوطء كما لو طلق احداهما بعينها ثم اشكلت فعلى هذا يؤخذ بعد الوطء بالتعيين بالقول ، فان عين الطلاق فى الموطوءة لزمه المهر (والثانى) يتعين ، وهو قول أبى اسحاق واختيار المزنى وهو الصحيح لأنه اختيار شهوة ، والوطء قد دل على الشهوة ، وفى وقت العدة وجهان :

(أحدهما) من حين يلفظ بالطلاق ، لأنه وقت وقوع الطلاق (والثانى) من حين التعيين ، وهو قول أبى على بن أبى هريرة لأنه وقت تعيين الطلاق .

فصل وان ماتت الزوجتان قبل التعيين وبقى للزوج وقف من مال كل واحدة منهما نصف الزوج ، فان كان قد طلق احداهما بعينها فعين الطلاق فى احداهما أخذ من تركة الأخرى ما يخصه ، وان كذبه ورثتها فالقول قوله مع يمينه وان كان قد طلق احداهما بغير عينها فعين الطلاق فى احداهما دفع اليه من مال الأخرى ما يخصه ، وأن كذبه ورثتها فالقول قوله من غير يمين ، لأن هذا اختيار شهوة . وقد اختار ما اشتهى .

وان مات الزوج وبقيت الزوجتان وقف لهما من ماله نصيب زوجة الى ان يصطلحا لأنه قد ثبت ارث احداهما بيقين ، وليست احداهما بأولى من الأخرى فوجب ان يوقف الى ان يصطلحا ، لأنه قد ثبت ارث احداهما بيقين ، فان قال وارث الزوج : انا اعرف الزوجة منهما ففيه قولان :

(أحدهما) يرجع اليه لأنه لما قام مقامه فى استلحاق النسب قام مقامه فى تعيين الزوجة (والثانى) لا يرجع اليه . لأن كل واحدة منهما زوجة فى الظاهر،

وفى الرجوع الى بيانه اسقاط وارث مشارك ، والوارث لا يملك اسقاط من يشاركه فى الميراث . واختلف اصحابنا فى موضع القولين فقال أبو اسحاق : القولان فيمن عين طلاقها ثم أشكلت ، وفيمن طلق احداهما من غير تعيين . ومنهم قال : القولان فيمن عين طلاقها ثم اشكلت لأنه اخبار فجاز أن يخبر الوارث عن الموروث . واما اذا طلق احداهما من غير تعيين فانه لا يرجع الى الوارث قولا واحداً لأنه اختيار شهوة ، فلم يقم الوارث فيه مقام الموروث كما اسلم وتحته أكثر من اربع نسوة ومات قبل أن يختار أربعاً منهن) .

الشرح حديث عبد الله بن زيد ، وهو عبد الله بن زيد بن عاصم أبو محمد الأنصارى النجارى المازنى عم عباد بن تميم وحديثه هذا أخرجه البخارى فى الطهارة عن على بن عبد الله وعن أبى الوليد وفى البيوع عن أبى نعيم وأخرجه مسلم فى الطهارة عن زهير بن حرب وعمرو الناقد ، وأبو داود فيه عن قتيبة ومحمد بن أحمد بن أبى خلف ؛ وعند النسائى فيه عن قتيبة وعند ابن ماجه فيه عن محمد بن الصباح . وأما حديث « دع ما يريبك الى ما لا يريبك » فقد أخرجه أحمد فى مسنده عن أنس ؛ والنسائى عن الحسن ابن على والطبرانى عن وابصة بن معبد والخطيب البغدادى عن ابن عمر وأخرج ابن قانع فى معجمه عن الحسن بن على مرفوعا « دع ما يريبك الى ما لا يريبك فان الصدق ينجى » .

وأخرج أحمد فى مسنده والترمذى وابن حبان عن الحسن بن على مرفوعا « دع ما يريبك الى ما لا يريبك فان الصدق طمأنينة وان الكذب ريبة » وقال فى النهاية « يريبك » يروى بالفتح وضمها قال المناوى : وفتحها أكثر .

وأما حديث عبد الرحمن بن عوف فقد رواه الترمذى وقال : حديث حسن صحيح ، وقد أخرجه مسلم عن أبى سعيد الخدرى ؛ ورواه البخارى عن ابراهيم النخعى عن علقمة عن ابن مسعود بنحوه ، أما الشك فانه تردد الخاطر بين الوهم والظن ، والظن هو التجويز الراجح ؛ والوهم هو التجويز المرجوح ، وأما اليقين فهو الاعتقاد الجازم المطابق للواقع فهذه هى مراتب العلم وما يعتورها من حديث النفس .

أما الأحكام فاذا شك الرجل هل طلق امرأته أم لا لم يلزمه الطلاق وهو اجماع ، لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الطلاق ، قال الشافعي رضى الله عنه : والورع والاحتياط أن يحدث نفسه ، فان كان يعرف من عادته أنه اذا طلق امرأته طلق واحدة أو اثنتين رجعها ، وان كان يعرف من عادته أنه يطلق الثلاث طلقها ثلاثاً لتحل لغيره بيقين وان تيقن أنه طلق امرأته وشك هل طلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً ؟ لم يلزمه الا الأقل ، والورع أن يلتزم الأكثر وبه قال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن وأحمد بن حنبل وقال مالك وأبو يوسف : يلزمه الأكثر • دليلنا : أن ما زاد على القدر الذى يتيقنه طلاق مشكوك فيه فلم يلزمه ، كما لو شك فى أصل الطلاق •

مسألة اذا كان تحته زوجتان فطلق احداهما وجهلها نظرت ؛ فان طلق احداهما بعينها ثم نسيها ، أو رأى شخصها فى كلة [1] أو سمع كلامها فقال لها : أنت طالق ولم يدر أيتهما هى فانه يتوقف عن وطئهما حتى يتبين عين المطلقة منهما لأنه قد تحقق التحريم فى احداهما فلم يحل له وطء واحدة منهما قبل البيان كما لو اختلطت امرأته بأجنبية فلم يعرفها ، ويرجع فى البيان اليه لأنه هو المطلق ؛ فكان أعرف بعين من طلقها ، وليس البيان الى شهوته وهو أن يعين الطلاق فيمن يشتهى منهما ، وانما يرجع الى نفسه ويتذكر من التى طلقها منهما ، ويستدل على ذلك من نفسه ؛ فيخبر عنها ، ويؤخذ بنفقتهما لأنهما محبوستان عليه • فان قال : طلقت هذه حكم عليها بالطلاق من حين طلق ؛ ويكون ابتداء عدتها من ذلك الوقت ، لا من حين عين ؛ لأنه أخبر عن عين المطلقة منهما وقت طلاقه فان كذبته المعينة لم يفد تكذيبها له ؛ وان كذبته الأخرى وادعت أنها هى المطلقة حلف لها ؛ لأن الأصل عدم طلاقها ، وان أقر أن التى طلقها هى الثانية بعد الأولة حكم بطلاقهما باقراره ؛ فان قال : طلقت هذه ؛ لا ؛ بل هذه طلقتا جميعاً فى الحكم لأنه أقر بطلاق الأولة فقبل ثم رجع عن ذلك وأخبر بطلاق الثانية فلزمه حكم اقراره الثانى ؛ ولم يقبل رجوعه عن طلاق الأولة •

---

(١) الكلة هى ما يسمى بالناموسية ، وهى غلالة رقيقة تضرب فوق السرير كالقبة ولا تحجب ما وراءها لشفافيتها .

وان قال : لم أطلق هذه ـ قال الشيخ أبو حامد : حكم عليه بطلاق الأخرى لأنا قد تيقنا أنه طلق احداهما ؛ فاذا قال : لم أطلق هذه ؛ كان اعترافا منه بأن التى طلقها هى الأخرى •

فرع وان كن ثلاث زوجات فطلق واحدة بعينها وأشكلت فقال : طلقت هذه ؛ لا ، بل هذه ، أو طلقت هذه ؛ بل هذه ؛ بل هذه طلقن جميعاً ، لأنه أقر بطلاق الأولة ثم رجع عن طلاقها وأقر بطلاق الثانية ثم رجع عن طلاقها وأقر بطلاق الثالثة فلزمه حكم اقراره ، ولم يقبل رجوعه كما لو قال : على درهم بل دينار بل ثوب • وان قال : طلقت هذه بل هذه أو هذه ؛ طلقت الأوله وواحدة من الأخريين ولزمه أن يعين الطلاق فى احدى الأخريين ، وان قال : طلقت هذه أو هذه لا بل هذه طلقت الثالثة واحدى الأولتين ، ويلزمه التعيين فى احدى الأولتين • وان قال : طلقت هذه وهذه أو هذه طلقت الأولتان أو الثالثة ؛ ولزمه البيان • وان قال : هذه أو هذه وهذه ، طلقت الأولة أو الأخريان ويلزمه البيان •

وقال أبو العباس بن سريج : تطلق الثالثة واحدى الأولتين لأنه عدل عن لفظ الشك الى واو العطف ، فينبغى أن لا تشاركها فى الشك فتكون معطوفة على الجملة ، وان كن أربعاً فقال : طلقت هذه أو هذه بل هذه أو هذه طلقت احدى الأولتين واحدى الأخريين وأخذ ببيانهما •

وان قال : هذه ثم قال بعد ذلك : لا أدرى أن التى عينتها هى المطلقة أو غيرها لزمه الطلاق فى التى عينها ووقف عن وطء الباقيات الى أن يبين أن التى طلقها هى التى عين أو غيرها • وان قال : التى عينتها ليست المطلقة لم يقبل رجوعه عن طلاقه ولزمه أن يعين واحدة من الباقيات للطلاق ؛ لأن هذا يضمن الاقرار بأن واحدة من الباقيات مطلقة فلزمه بيانها ، وان وطىء احداهن لم يكن ذلك تعييناً للطلاق فى عين الموطوءة ، لأن الطلاق لا يقع بالفعل فكذلك لا يقع بالفعل ويؤخذ بالبيان ؛ فان عين الطلاق فى عين الموطوءة علمنا أنه انما وطىء زوجته ، وان عين الطلاق فى الموطوءة ، وجب عليه لها مهر المثل للوطء بعد الطلاق ؛ لأنه وطء شبهة وأما اذا طلق واحدة من نسائه لا بعينها

بأن قال : احداكن طالق ولم يعين بقلبه واحدة بعينها منهن وقع الطلاق على واحدة منهن لا بعينها ، لأن الطلاق يقع مع الجهالة • وقال مالك : يقع على جميعهن •

دليلنا أنه أضاف الطلاق الى واحدة فلم يقع على الجماعة كما لو عينها •

اذا ثبت هذا فانه يوقف عن وطئهن حتى يعين المطلقة منهن لأنا تتحقق التحريم فى واحدة منهن لا بعينها ؛ فوقف عن وطئهن كما لو طلق واحدة بعينها وأنسيها ويؤخذ بتعيين المطلقة منهن لتتميز المطلقة من غير المطلقة وله أن يعين الطلاق فيمن اشتهى منهن لأنه أوقع الطلاق على واحدة لا بعينها فكان له التعيين فيمن اختار بخلاف الأولة ؛ فانه أوقع الطلاق على واحدة بعينها ، وانما أشكلت فكذلك قلنا : لا بعينها فيمن اشتهى منهن •

فـــرع فان قال : طلقت هذه تعين فيها الطلاق ، وان قال : هذه التى لم أطلقها وكانتا اثنتين طلقت الأولة ، فان ذلك اخبار منه عمن طلقها بعينها ؛ فاذا أخبر بطلاق واحدة ثم رجع عنها الى الثانية لزمه حكم اقراره فى الثانية ، ولم يقبل رجوعه عن الأولة ، وان وطىء احداهما ؛ فهل يكون وطؤه لها بياناً لامساكها واختيار الطلاق فى الأخرى اذا كانتا اثنتين ؟ فيه وجهان •

(أحدهما) لا يكون تعيينا لأنه وطء فلم تتعين به المطلقة ؛ كما لو طلق واحدة بعينها وجهلها أو أنسيها •

(والثانى) يكون تعييناً وهو الأصح ؛ لأن هذا اختيار شهوة فوقع بالوطء كما لو وطىء البائع الجارية المبيعة فى حال الخيار • وقال أحمد ابن حنبل : لا تتعين المطلقة بالقول ولا بالوطء ، وانما تتعين بالقرعة • دليلنا أن القرعة لا مدخل لها فى الزوجات فى أصل الشرع •

فـــرع اذا عين الطلاق فى واحدة فمتى وقع عليها الطلاق ؟ فيه وجهان (أحدهما) أنه يقع عليها من حين ايقاعه لأن الطلاق لا يجوز أن يكون

فى الذمة وانما لم يتعين ، فاذا عينها تبينا أن الطلاق وقع من حين الايقاع ؛ فعلى هذا يكون ابتداء عدتها من ذلك الوقت (والثانى) وهو قول أبى على ابن أبى هريرة : أنه وقع عليها من حين التعيين ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه؛ لأن الطلاق لم يوقعه على واحدة منهن ، بدليل أن له ان يختار التعيين ؛ فعلى هذا يكون ابتداء عدتها من وقت التعيين • وحكى عن أبى على بن أبى هريرة أنه قال : وقع الطلاق من حين الايقاع ؛ الا أن العدة من وقت التعيين ؛ كما نقول فيمن نكح امرأة نكاحاً فاسداً ووطئها •

فـــرع اذا كان له زوجات فقال : زوجتى طالق ولم يعين واحدة بقلبه وقع الطلاق على واحدة منهن لا بعينها ، وبه قال عامة العلماء ؛ وقال أحمد : يقع الطلاق على جميعهن ، وحكى ذلك عن ابن عباس • دليلنا أنه أوقع الطلاق على واحدة فلا يقع على جميعهن ؛ كما لو قال : احدى نسائى طالق •

اذا ثبت هذا فانه يرجع فى البيان اليه على ما سبق أن قررنا أما معرفة وارث الزوج لاحدى الزوجتين ، واخبار الوارث عن الموروث فسنتناول ذلك فى الفصل بعده ان شاء الله خشية التكرار •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان طلق احدى زوجتيه ثم ماتت احداهما ثم مات الزوج قبل البيان عزل من تركة الميتة قبله ميراث زوج لجواز أن تكون هى الزوجة ، ويعزل من تركة الزوج ميراث زوجة لجواز ان تكون الباقية زوجة ، فان قال وارث الزوج : الميتة قبله مطلقة فلا ميراث لى منها والباقية زوجته فلها الميراث معى ، قبل لانه اقرار على نفسه بما يضره . فان قال الميتة هى الزوجة فلى الميراث من تركتها ، والباقية هى المطلقة فلا ميراث لها معى ـ فان صدق على ذلك حمل الأمر على ما قال ، فان كذب بان قال وارث الميتة انها هى المطلقة فلا ميراث لك منها ، وقالت الباقية : أنا الزوجة فلى معك الميراث ، ففيه قولان :

(أحدهما) يرجع الى بيان الوارث فيحلف لورثة الميتة انه لا يعلم انه طلقها ويستحق من تركتها ميراث الزوج ، ويحلف للباقية انه طلقها ويسقط ميراثها من الزوج (والثانى) لا يرجع الى بيان الوارث ، فيجعل

ما عزل من ميراث الميتة موقوفا حتى يصطلح عليه وارث الزوج ووارث الزوجة، وما عزل من ميراث الزوج موقوفا حتى تصطلح عليه الباقية ووارث الزوج .

فصـــل **وان كانت له زوجتان حفصة وعمرة فقال : يا حفصة ان كان اول ولد تلدينه ذكراً فعمرة طالق ، وان كان أنثى فانت طالق ، فولدت ذكراً وأنثى واحداً بعد واحد واشكل المتقدم منهما ، طالقت احداهما بعينها ، وحكمها حكم من طلق احدى المرأتين بعينها ثم أشكلت عليه ، وقد بيناه) .**

الشرح الأحكام : اذا طلق احدى امرأتيه ثلاثاً وجهلها أو نسيها أو طلق احداهما لا بعينها وماتت احداهما قبل التعيين لم يتعين الطلاق فى الأخرى ، بل له أن يعين الطلاق فى احداهما بعد الموت . وقال أبو حنيفة : يتعين الطلاق فى الباقية . دليلنا أنه يملك تعيين الطلاق قبل موتها فملك بعده كما لو كانتا باقيتين .

اذا ثبت هذا فانه يوقف له من مال الميتة منهما ميراث ؛ وهو النصف مع عدم الولد وولد الولد أو الربع مع وجود الولد أو ولد الولد ، لأنا نعلم أن احداهما زوجته يرث منها ، والأخرى أجنبية لا يرث منها فلم يجـز أن يدفع الى ورثة كل واحدة منهما الا ما يتيقن أنهم يستحقونه ؛ ونحن لا نعلم أنهم يستحقون قدر ميراث الزوج منها فوقف ، فيقال له : بين المطلقة منهما ، فان كان قد طلق واحدة منهما بعينها ثم جهلها أو نسيها ثم قال : التى كنت طلقتها فلانة وهى الميتة دفع ما عزل من تركة الميتة الى باقى ورثتها .

وان قال : التى طلقتها هى الثانية دفع اليه ما عزل له من تركة الميتة ؛ وان ماتتا قبل التعيين عزل من تركة كل واحدة منهما ميراث زوج . ثم يقال له : عين المطلقة منهما ، فان قال : التى طلقتها فلانة دفع ما عزل له من تركتها الى باقى ورثتها لأنه أقر أنه لا يرثها ودفع اليه ما عزل اليه من تركة الأخرى، لأنه أخبر أنها زوجته فان كذبه ورثتها وقالوا بل هى التى كنت طلقت فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل بقاء نكاحها وعدم طلاقه لها الى الموت ، فان حلف فلا كلام ؛ وان نكل عن اليمين فحلف ورثتها أنها هى التى طلقها سقط ميراثه عن الأولة باقراره ، وعن الثانية بنكوله وأيمان ورثتها .

وان كان قد طلق احداهما لا بعينها فعين الطلاق فى احداهما دفع ما عزل له من تركة المعينة للطلاق الى باقى ورثتها ودفع ما عزل له من تركة الأخرى الى الزوج ، فان كذبه ورثتها فلا يمين على الزوج ؛ لأن هذا اختيار شهوة هذا نقل أصحابنا البغداديين • وقال المسعودى : اذا طلق احداهما لا بعينها فهل له أن يعينها بعد الموت ؟ فيه وجهان ؛ بناء على أن الطلاق يقع من وقت التعيين أو من وقت الايقاع • فان قلنا : وقت الايقاع كان له ، وان قلنا يقع وقت التعيين لم يكن له • فان مات الزوج وهما باقيتان قبل أن يعين الطلاق فى احداهما ــ فان قال وارث الزوج : لا أعلم المطلقة منهما ــ وقف من مال الزوج ميراث زوجة وهو الربع مع عدم الولد وولد الولد ، والثمن مع وجود أحدهما لا يتيقن أن احداهما وارثته بيقين ، فلا يدفع الى باقى ورثته الا ما يتيقن استحقاقهم له ؛ ويوقف ذلك بين الزوجين الى أن يصطلحا عليه •

وان قال وارث الزوج : أنا أعرف المطلقة منهما ، فهل يرجع الى بيانه ؟ فيه قولان • قال ابن الصباغ : ومن أصحابنا من قال : هما وجهان : (أحدهما) يرجع الى بيان الوارث لأنه يقوم مقام الزوج فى الملك والرد بالعيب ، وفى استحقاق النسب بالاقرار ؛ فقام مقامه فى تعيين المطلقة ، فعلى هذا اذا قال : المطلقة فلانة دفع ما عزل من تركة الزوج الى الآخر ، وان كذبته المطلقة حلف لها •

(والثانى) لا يقوم مقامه ؛ لأن فى ذلك اسقاط حق وارث معه فى الظاهر بقوله . واختلف أصحابنا فى موضع القولين ، فقال أبو اسحاق : القولان فيمن طلق احداهما بعينها وفيمن طلق احداهما لا بعينها • ومنهم من قال : القولان فيمن طلق احداهما بعينها ثم جهلها أو نسيها •

فأما اذا طلق احداهما لا بعينها لا يقوم مقام المورث قولا واحداً ، لأنه يمكنه التوصل الى العلم بالمطلقة منهما اذا وقع الطلاق بواحدة بعينها بسماع من الزوج ؛ فاذا طلق واحدة منهما لا بعينها ، فتعيين المطلقة الى شهوة الزوج فلا يقوم وارثه مقامه كما لو أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة وأسلمن معه ؛ فمات قبل أن يختار ــ فان كانت بحالها وماتت واحدة منهما ثم مات

الزوج قبل البيان وبقيت الأخرى ، عزل من تركة الزوج ميراث زوجة لجواز أن تكون الباقية زوجته ؛ وعزل من تركة الميتة قبله ميراث زوج لجواز أن تكون الميتة هى زوجته فان قال وارث الزوج الميتة قبل الزوج هى المطلقة ، قبل قوله ، لأن فى ذلك اضراراً عليه من جهة أنه لا يرث من الميتة وترث معه الباقية •

وان قال بل الميتة قبل الزوج هى الزوجة والباقية هى المطلقة ؛ فان صدقته الباقية وورثت الأولة ورث ميراث الزوج من الأولة ولم ترث معه الباقية ، وان كذبته فهل يقبل قول الوارث ؟ فيه قولان وقد مضى توجيههما ، والذى يقتضى المذهب أن يكون فى موضع وجهان •

فاذا قلنا : لا يقبل قول وارث الزوج كان ما عزل من تركه الميت قبل الزوج موقوفا حتى يصطلح عليه وارث الزوج والزوجة الباقية ؛ فاذا قلنا : يقوم مقام الزوج ، فان كان الزوج قد أوقع الطلاق فى احداهما بعينها ثم نسيها أو جهلها ؛ فان وارث الزوج يحلف لورثة الميتة ما يعلم أنه طلقها لأنه يحلف على نفى فعل غيره على القطع • وان كان الزوج طلق احداهما لا بعينها، وقلنا : يقبل قول وارث الزوج فيها فلا يمين على وارث الزوج ؛ كما لا يمين على الزوج فى ذلك •

وجملة ما تقدم أنه قد نص أحمد بن حنبل أنه اذا طلق واحدة من نسائه وأنسيها أخرجت بالقرعة فان مات قبل ذلك أقرع الورثة وكان الميراث للبواقى وقال أبو حنيفة : يقسم الميراث بينهن كلهن لأنهن تساوين فى احتمال استحقاقه ولا يخرج الحق عنهن •

وقال الشافعى : يوقف الميراث المختص بهن حتى يصطلحن عليه لأنه لا يعلم المستحق منهن ، وكذلك نص أحمد على أنه اذا كان له أربع نسوة فطلق احداهن ثم نكح أخرى بعد قضاء عدتها ثم مات ولم يعلم أيتهن طلق فللتى تزوجها ربع ميراث النسوة • وقال ابن قدامة : ثم يقرع بين الأربع فأيتهن خرجت قرعتها خرجت وورث الباقيات • نص عليه أحمد • وذهب الشعبى والنخعى وعطاء الخراسانى وأبو حنيفة الى أن الباقى بين الأربع •

وزعم أبو عبيد أنه قول أهل الحجاز وأهل العراق جميعاً ، وقال الشافعى : يوقف الباقى بينهن حتى يصطلحن ووجه الأقوال ما تقدم •

وقال أحمد فى رواية ابن منصور فى رجل له أربع نسوة طلق واحدة منهن ثلاثاً وواحدة اثنتين وواحدة واحدة ومات على أثر ذلك ولا يدرى أيتهن طلق ثلاثاً وأيتهن طلق اثنتين وأيتهن واحدة يقرع بينهن ؛ فالتى أبانها تخرج ولا ميراث لها • هذا فيما اذا مات فى عدتهن وكان طلاقه فى صحته فانه لا يحرم الميراث الا المطلقة ثلاثاً فالباقيتان رجعيتان يرثانه فى العدة ويرثهما ومن انقضت عدتها منهن لم ترثه ولم يرثها ، ولو كان طلاقه فى مرضه الذى مات فيه لورثه الجميع فى العدة •

مسألة ان كانت له زوجتان فقال : يا حفصة ان كان أول ولد تلدينه ذكراً فعمرة طالق ، وان كان أنثى فأنت طالق ؛ فان ولدت ذكراً وأنثى أحدهما بعد الآخر وأشكل المتقدم منهما علمنا أن احداهما قد طلقت بعينها وهى مجهولة ، فيرجع الى بيانه ؛ كما لو أشرفت احداهما من موضع فقال : هذه طالق ولم يعرفها فانه يرجع الى بيانه ؛ والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان رأى طائراً فقال : ان كان هذا الطائر غراباً فنسائى طوالق وان كان حماماً فامائى حرائر ولم يعرف ، لم تطلق النساء ولم تعتق الاماء ، لجواز أن يكون الطائر غيرهما ، والأصل بقاء الملك والزوجية فلا يزال بالشك • وان قال : ان كان هذا غراباً فنسائى طوالق ، وان كان غير غراب فامائى حرائر ، ولم يعرف منع من التصرف فى الاماء والنساء لأنه تحقق زوال الملك فى احدهما ، فصار كما لو طلق احدى المرأتين ثم اشكلت ويؤخذ بنفقة الجميع الى أن يعين ، لأن الجميع فى حبسه ويرجع فى البيان اليه لأنه يرجع اليه فى أصل الطلاق والعتق فكذلك فى تعيينه ، فان امتنع من التعيين مع العلم به حبس حتى يعين وان لم يعلم لم يحبس ووقف الأمر الى أن يتبين • وان مات قبل البيان فهل يرجع الى الورثة فيه وجهان (أحدهما) يرجع اليهم لأنهم قائمون مقامه • (والثانى) لا يرجع لأنهم لا يملكون الطلاق فلم يرجع اليهم فى البيان ، ومتى تعذر البيان أقرع بين النساء والاماء ، فان خرجت**

القرعة على الاماء عتقن وبقى النساء على الزوجية ، وان خرجت القرعة على النساء رق الاماء ولم تطلق النساء .

وقال ابو ثور : تطلق النساء بالقرعة كما تعتق الاماء . وهذا خطأ لأن القرعة لها مدخل فى العتق دون الطلاق ، ولهذا لو طلق احدى نسائه لم تطلق بالقرعة . ولو اعتق احد عبيده عتق بالقرعة . فدخلت القرعة فى العتق دون الطلاق كما يدخل الشاهد والمرأتان فى السرقة لاثبات المال دون القطع ، ويثبت للنساء الميراث لأنه لم يثبت بالقرعة ما يسقط الارث .

فصل **وان طار طائر فقال رجل : ان كان هذا الطائر غراباً فعبدى حر وقال الآخر : ان لم يكن غراباً فعبدى حر ولم يعرف الطائر لم يعتق واحد من العبدين ، لأنا نشك فى عتق كل واحد منهما ، ولا يزال يقين الملك بالشك ، وان اشترى أحد الرجلين عبد الآخر عتق عليه ، لأن امساكه للعبد اقرار بحرية عبد الآخر ، فاذا ملكه عتق عليه ، كما لو شهد بعتق عبده ثم اشتراه) .**

اما الأحكام فان رأى رجل طائراً فقال : ان كان هذا الطائر غراباً فنسائى طوالق ؛ وان كان غير غراب فامائى حرائر ، فطار الطائر ولم يعرف هل هو غراب أو غير غراب ، فقد علم أنه حنث فى الطلاق أو العتق ، لأنه لا يخلو اما أن يكون غراباً أو غير غراب ؛ فيوقف عن وطء الجميع وعن التصرف فى الاماء لأنا تتحقق التحريم اما فى الزوجات واما فى الاماء .

وان جهلنا عين المحرم منهما فوقف عن الجميع تغليباً للتحريم ؛ ويؤخذ بالبيان لأنه هو الحالف ، ويجوز أن يكون عنده علم ؛ فان أقر أن عنده علما وامتنع عن البيان حبس وعزر الى أن يتبين ، وعليه نفقة الجميع الى أن يتبين لأنهن فى حبسه فان قال : كان الطائر غراباً طلقت النساء ؛ سواء صدقنه أو كذبنه ، فان صدقنه الاماء على أنه كان غراباً فلا يمين عليه ، وان قلن : ما كان غراباً فالقول قوله مع يمينه ؛ لأن الأصل بقاء الملك عليهن ؛ فان طلبن يمينه فحلف لهن لم يعتقن ، وان كذبنه ولم يطلبن احلافه ففيه وجهان :

(أحدهما) يحلفه الحاكم كما فى العتق لأنه حق الله تعالى .

(والثانى) لا يحلفه لأن العتق سقط بتصديقهن أن الطائر كان غراباً فسقطت يمينه بتركه مطالبتهن . وان نكل فحلفن عتقن بأيمانهن ونكوله

وطلقت النساء باقراره السابق • وان قال ابتداء : كان الطائر غير غراب • عتقت الاماء صدقنه أو كذبنه ؛ فان صدقته النساء أنه لم يكن غراباً فلا كلام• وان قالت النساء كان غرابا فالقول قوله مع يمينه ، لأن الأصل بقاء النكاح ، فان حلف بقين على الزوجية • وان نكل فحلفن طلقن بنكوله وأيمانهن • وعتقت الاماء باقراره • وان قال لا أعلم هل كان غرابا أو غير غراب ؛ فان صدقته النساء والاماء أنه لا يعلم بقين على الوقف ؛ وان كذبنه وقلن : بل هو يعلم حلف لهن أنه لا يعلم وبقين على الوقف • وان نكل عن اليمين حلف من ادعى منهن أنه يعلم أنه حنث فى يمينه فيه ، وكان كما لو أقر •

فان مات قبل البيان فهل يرجع الى الورثة ؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ المصنف وابن الصباغ فى الشامل ؛ ونبه أن يكونا مأخوذين من القولين فى التى قبلها •

(أحدهما) يرجع اليهم فى البيان ؛ لأن الورثة يقومون مقامه فى الملك والرد بالعيب ، فكذلك فى بيان المطلقات والمعتقات •

(والثانى) لا يرجع اليهم فى البيان لأن ذلك يؤدى الى اسقاط بعض الورثة لقول البعض • وعندى أن الوجهين انما هما اذا قال الورثة : كان الطائر غرابا ليطلق النساء ولا يعتق الاماء • فأما اذا كان الطائر غير غراب فانه يقبل قوله وجها واحداً ، لأنه أقر بما فيه تغليظ عليه من جهتين (احداهما) أن الاماء تعتق عليه (والثانية) أن الزوجات يرثن معه •

اذا ثبت هذا فان قال الوارث : لا أعلم هل كان غرابا أو غير غراب ، أو قال الوارث : كان الطائر غرابا ولم تصدقه النساء والاماء ؛ وقلنا لا يقبل قوله فانه يقرع بين النساء والاماء لتمييز العتق لا لتمييز الطلاق « فيجعل الزوجات جزءاً والاماء جزءاً ويضرب عليهن بسهم حنث وسهم بر ، فان خرج سهم الحنث على الاماء عتقن ولم تطلق النساء ، وان خرج سهم الحنث على النساء لم يطلقن ولا تعتق الاماء » •

وقال أبو ثور : تطلق النساء كما تعتق الاماء • وهذا خطأ عندنا ؛ كما

هو منصوص فى الأم • وعلى ذلك الأصحاب كافة ، لأن الأصل عندنا أن القرعة لا مدخل لها فى الطلاق ، ولهذا لو طلق احدى امرأتيه ولم يقبل أن يعين المطلقة منهما لم يقرع بينهما • ولو أعتق عبديه فى مرض موته ولم يحتملهما الثلث أقرع بينهما ؛ فان خرجت قرعة الحنث على الاماء حكم بعتقهن من رأس المال ان كان قال ذلك فى الصحة • ومن الثلث ان قاله فى المرض الذى مات فيه ، ولا يحكم بطلاق النساء ، بل تكون عدتهن بعدة الوفاة • وتكون للزوجات الميراث الا أن يكن قد أدعين الطلاق ؛ وكان الطلاق مما لا يرثن معه ؛ ولو ثبت لا يرثن ؛ لأنهن أقررن أنهن لسن بوارثات•

وان خرجت القرعة حنثاً على الزوجات فقد ذكرن أنهن لا يطلقن • قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم فى باب الشك واليقين فى الطلاق : وان مات قبل أن يحلف أقرع بينهم ؛ فان وقعت القرعة على الرقيق عتقوا من رأس المال وان وقعت على النساء لم نطلقهن بالقرعة ولم نعتق الرقيق وورثه النساء ، لأن الأصل أنهن أزواج حتى يستيقن بأنه طلقهن ؛ ولم يستيقن ، والورع أن يدعن ميراثه ؛ وان كان ذلك وهو مريض •

وقال فى موضع آخر : والورع لهن أن يدعن الميراث ؛ لأن الظاهر بخروج الحنث عليهن أنه طلقهن الا أن القرعة ليس لها مدخل فى الطلاق على ما مضى ا هـ • وهل تزول الشبهة فى ملك الاماء ؟ ويكون الملك ثابتاً عليهن ظاهراً وباطناً ؟ فخروج قرعة الحنث على النساء فيه وجهان :

(أحدهما) لا تزول الشبهة لأن القرعة انما لم تؤثر فى حنث النساء لأنه لا مدخل لها فيهن فى أصل الشرع • (والثانى) لها مدخل فى أصل الشرع فى العتق ، فعلى هذا يكون ملك الورثة ثابتاً على الاماء شبهة • وعلى الوجهين بصدد تصرف الورثة فيهن بالبيع والاستمتاع وغيره ، الا أن فى الأول يصح تصرفه مع الشك وعلى الثانى من غير شك •

فرع ان قال ان كان هذا الطائر غراباً فنساؤه طوالق ؛ وان كان حماماً فاماؤه حرائر فطار ولم يعلم لم يحكم عليه بطلاق ولا عتق لجواز أن لا يكون غرابا ولا حماماً • وان ادعى النساء أنه كان غرابا وادعى الاماء

أنه كان حماما ولا بينة حلف أنه ليس بغراب يمينا وأنه ليس بحمام يميناً ، لأن الأصل بقاء النكاح والملك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل اذا اختلف الزوجان فادعت المرأة على الزوج أنه طلقها وأنكر الزوج فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الطلاق ، وان اختلفا فى عدده فادعت المرأة أنه طلقها ثلاثاً وقال للزوج : طلقتها طلقة ، فالقول قـول الزوج مع يمينه ، لأن الأصل عدم ما زاد على طلقة .

فصـــل وان خيرها ثم اختلفـا فقالت المرأة اخترت ، وقال الزوج ما اخترت ، فالقول قول الزوج مع يمينه ، لأن الأصل عدم الاختيار وبقـاء النكاح ، وان اختلفا فى النية ، فقال الزوج : ما نويت وقالت المرأة : نويت ففيه وجهان : (أحدهما) وهو قول ابى سعيد الاصطخرى رحمه الله : أن القول قول الزوج ، لأن الأصل عدم النية وبقاء النكاح ، فصار كما اختلفا فى الاختيار . (والثانى) وهو الصحيح أن القول قول المرأة ، والفرق بينه وبين الاختلاف فى الاختيار أن الاختيار يمكن اقامة البينة عليه ، فكان القول فيه قوله ، كما لو علق طلاقها بدخول الدار فادعت انها دخلت وانكر الزوج ، والنية لا يمكـن اقامة البينة عليها ، فكان القول قولها ، كما لو علق الطلاق على حيضها فادعت انها حاضت وانكر .

فصـــل وان قال لها : أنت طالق أنت طالق أنت طالق وادعى أنه أراد التأكيد وادعت المرأة انه أراد الاستئناف ، فالقول قوله مع يمينه ، لأنه أعرف بنيته . وان قال الزوج : أردت الاسـتئناف ، وقالت المـرأة : أردت التأكيد فالقول قول الزوج لما ذكرناه ولا يمين عليه ، لأن اليمين تعرض ليخاف فيرجع ، ولو رجع لم يقبل رجوعه ، فلم يكن لعرض اليمين معنى .

فصـــل وان قال : أنت طالق فى الشهر الماضى . وادعى أنه اراد من زوج غيره فى نكاح قبله ، وانكرت المرأة أن يكون قبله نكاح أو طلاق ، لم يقبل قول الزوج فى الحكم حتى يقيم البينة على النكاح والطلاق ، فان صدقته المرأة على ذلك لكنها انكرت انه اراد ذلك فالقول قوله مع يمينه ، فان قال : أردت انها طالق فى الشهر الماضى بطلاق كنت طلقتها فى هذا النكاح وكذبته المرأة فالقول قوله مع يمينه ، والفرق بينه وبين المسـئلة قبلهـا أن هنـاك يريد أن يرفع الطلاق ، وههنا لا يرفع الطلاق ، وانما ينقله من حال الى حال .

فصـــل وان قال : ان كان هذا الطائر غراباً فنسائى طوالق ، وان لم يكن غراباً فامائى حرائر ، ثم قال : كان هذا الطائر غراباً طلقت النساء ، فان كذبه الاماء حلف لهن ، فان حلف ثبت رقهن ، وان نكل ردت اليمين عليهن ، فان حلفن ثبت طلاق النساء باقراره وعتق الاماء بنكوله ويمينهن ، فان صدقنه ولم يطلبن احلافه ففيه وجهان :

(احدهما) يحلف لما فى العتق من حق الله عز وجل (والثانى) لا يحلف لأنه لما اسقط العتق بتصديقهن سقط اليمين بترك مطالبتهن . وان قال كان هذا الطائر غير غراب عتق الاماء ، فان كذبته النساء حلف لهن وان نكل عن اليمين ردت عليهن ، فان حلفن ثبت عتق الاماء باقراره وطلاق النساء بيمينهن ونكوله) .

الشرح الأحكام : ان ادعت المرأة على زوجها أنه طلقها فأنكر ؛ أو ادعت أنه طلقها ثلاثاً فقال بل طلقتها واحدة أو اثنتين ولا بينة ؛ فالقول قول الزوج مع يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم : « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » ولأن الأصل عدم الطلاق وعدم ما زاد على ما أقر به الزوج ، وبه قال أحمد وأصحابه قال فى المغنى : وان اختلفا فى عدد الطلاق فالقول قوله لما ذكرناه ، فاذا طلق ثلاثا وسمعت ذلك وأنكر أو ثبت ذلك عندها بقول عدلين لم يحل لها تمكينه من نفسها ؛ وعليها أن تفر منه ما استطاعت ، وتمتنع منه اذا أرادها ، وتفتدى منه ان قدرت .

قال أحمد : لا يسعها أن تقيم معه وتفتدى منه بكل ما يمكن . وقال جابر بن زيد وحماد بن أبى سليمان وابن سيرين بهذا ، وقال الثورى وأبو حنيفة وأبو يوسف وأبو عبيد : تفر منه . وقال مالك : لا تتزين له ولا تبدى له شيئاً من شعرها ولا زينتها ولا يصيبها وهى مكرهة . وقال الحسن والزهرى والنخعى : يستحلف ثم يكون الإثم عليه .

فـــرع وان خيرها الزوج فقالت قد اخترت . وقال : ما اخترت . فالقول قول الزوج ، لأن الأصل عدم الاختيار . والذى يقتضى المذهب أنه يحلف ما يعلم أنها اختارت ؛ لأنه يحلف على نفى فعل غيره ، وان ادعت أنها نوت الطلاق ، وقال الزوج : ما نويت ففيه وجهان .

(أحدهما) القول قول الزوج مع يمينه ، لأن الأصل عدم النية (والثانى) القول قولها مع يمينها لأنهما اختلفا فى نيتها ولا يعلم ذلك الا من جهتها ؛ فقبل قولها مع يمينها ، كما لو علق الطلاق على حيضها .

وان قال : أنت طالق ، أنت طالق ؛ وادعى أنه أراد التأكيد ، وادعت أنه أراد الاستئناف : فالقول قوله مع يمينه ؛ لأنه أعلم بارادته . وان قال : أردت الاستئناف ، وقالت : بل أردت التأكيد لزمه حكم الاستئناف ؛ لأنه أقر بالطلاق فلزمه ولا يمين عليه ؛ لأنه لو رجع لم يقبل رجوعه فلا يعرض اليمين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الرجعة

اذا طلق الحر امرأته بعد الدخول طلقة أو طلقتين ، أو طلق العبد امرأته بعد الدخول طلقة ، فله أن يراجعها قبل انتهاء العدة لقوله عز وجل « واذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف » والمراد به قاربن أجلهن . وروى ابن عباس رضى الله عنه عن عمر رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم طلق حفصة وراجعها » وروى « أن ابن عمر رضى الله عنه طلق امرأته وهى حائض ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم لعمر : مر ابنك فليراجعها » فان انقضت العدة لم يملك رجعتها لقوله عز وجل « واذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » فلو ملك رجعتها لما نهى الأولياء عن عضلهن عن النكاح ، فان طلقها قبل الدخول لم يملك الرجعة لقوله عز وجل : (اذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف) فعلت الرجعة على الأجل ، فدل على أنها لا تجوز من غير أجل ، والمطلقة قبل الدخول لا عدة عليها لقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » .

فصل **ويجوز أن يطلق الرجعية ويلاعنها ويولى منها ويظاهر منها . لأن الزوجية باقية ، وهل له أن يخالعها ؟ فيه قولان :**

قال فى الأم : يجوز لبقاء النكاح . وقال فى الاملاء : لا يجوز لأن الخلع

للتحريم وهى محرمة ، فان مات احدهما ورثه الآخر لبقاء الزوجية الى الموت ، ولا يجوز ان يستمتع بها لانها معتدة فلا يجوز وطؤها كالمختلعة ، فان وطئها ولم يراجعها حتى انقضت عدتها لزمه المهر ، لانه وطء فى ملك قد تشعث فصار كوطء الشبهة . وان راجعها بعد الوطء فقد قال فى الرجعة : عليه المهر . وقال فى المرتد اذا وطىء امراته فى العدة ثم اسلم انه لا مهر عليه . واختلف اصحابنا فيه فنقل ابو سعيد الاصطخرى الجواب فى كل واحدة منهما الى الاخرى وجعلهما على قولين (احدهما) يجب المهر لانه وطء فى نكاح قد تشعث (والثانى) لا يجب لأن بالرجعة والاسلام قد زال التشعث ، فصار كما لو لم تطلق ولم يرتد . وحمل ابو العباس وابو اسحاق المسالتين على ظاهرهما فقالا فى الرجعة : يجب المهر ، وفى المرتد لا يجب ، لان بالاسلام صار كأن لم يرتد ، وبالرجعة لا يصير كأن لم تطلق لأن ما وقع من الطلاق لم يرتفع ، ولأن امر المرتد مراعى ، فاذا رجع الى الاسلام تبينا أن النكاح بحاله ، ولهذا لو طلق وقف طلاقه ، فان اسلم حكم بوقوعه ، وان لم يسلم لم يحكم بوقوعه ، فاختلف امرها فى المهر بين أن يرجع الى الاسلام وبين أن لا يرجع ، وامر الرجعية غير مراعى ، ولهذا لو طلق لم يقف طلاقه على الرجعية ، فلم يختلف امرها فى المهر بين أن يراجع وبين ان لا يراجع فاذا وطئها وجب عليها العدة لانه كوطء الشبهة . ويدخل فيه بقية العدة الأولى لأنهما من واحد) .

الشرح أخرج أبو داود والنسائى عن ابن عباس فى قوله تعالى « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن » الآية . وذلك أن الرجل كان اذا طلق امرأته فهو أحق برجعتها ، وان طلقها ثلاثاً فنسخ ذلك : (الطلاق مرتان) وفى اسناده على ابن الحسين بن واقد وفيه مقال . وقال الشافعى رضى الله عنه فى قوله تعالى « ان أرادوا اصلاحا » اصلاح الطلاق الرجعة والله أعلم ، فمن أراد الرجعة فهى له لأن الله تبارك وتعالى جعلها له ، قال الشافعى : فأيما زوج حر طلق امرأته بعد ما يصيبها واحدة أو اثنتين فهو أحق برجعتها ما لم تنقض عدتها بدلالة كتاب الله عز وجل ثم سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فان ركانة طلق امرأته البتة ولم يرد الا واحدة ، فردها اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم » وذلك عندنا فى العدة ا هـ .

وقوله « قد تشعث » مأخوذ من شعث الشعر وبابه تعب أى تغير وتلبد لقلة تعهده بالدهن . والشعث أيضاً الوسخ . وهو أشعث أغبر ، أى من غير

استحداد ولا تنظف • والشعث أيضا الانتشار والتفرق ، وفى الدعاء « لم الله شعثكم » أى جمع أمركم •

اما الأحكام فانه اذا طلق الرجل المدخول بها ولم يستوف ما يملكه عليها من عدد الطلاق ، وكان الطلاق بغير عوض ؛ فله أن يراجعها قبل انقضاء عدتها • والأصل فيه قوله تعالى « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء — الى قوله — بعولتهن أحق بردهن فى ذلك ان أرادوا اصلاحا » فقوله : بردهن ، يعنى برجعتهن • وقوله « ان أرادوا اصلاحا » أى اصلاح ما تشعث من النكاح بالرجعة وقوله تعالى « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » فأخبر أن من طلق طلقتين فله الامساك وهو الرجعة وله التسريح وهى الثالثة •

وقوله تعالى « فاذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف — الى — لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً » والامساك هو الرجعة •

وقوله « لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً » يعنى الرجعة ؛ وقد طلق النبى صلى الله عليه وسلم حفصة ثم راجعها ، وطلق ابن عمر امرأته وهى حائض فأمره النبى صلى الله عليه وسلم يراجعها • وروينا أن ركانة بن يزيد قال : يا رسول الله انى طلقت امرأتى سهيمة البتة • والله ما أردت الا واحدة ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : والله ما أردت الا واحدة ؟ فقال ركانة : ما أردت الا واحدة ، فردها النبى صلى الله عليه وسلم عليه • والرد هو الرجعة •وقد أجمعت الأمة على جواز الرجعة فى العدة •

اذا ثبت هذا فقد قال الله تعالى فى آية « فاذا بلغن أجلهن فأمسكوهن » وقال فى آية أخرى « فاذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » وحقيقة البلوغ هو الوصول الى الشىء ، الا أن سياق الكلام يدل على اختلاف البلوغين فى الآيتين ، فالمراد بالبلوغ بقوله تعالى « فاذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف » أى اذا قاربن البلوغ ؛ فسمى المقاربة بلوغا مجازاً ، لأنه يقال : اذا قارب الرجل بلوغ بلد بلغ فلان بلد كذا مجازاً أو بلغها اذا

وصلها حقيقة والمراد بالآية الأخرى « اذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » اذا انقضى أجلهن •

وان انقضت عدتها لم تصح الرجعة لقوله تعالى : « وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك ان أرادوا اصلاحا » أى فى وقت عدتهن ، وهذا ليس بوقت عدتهن • وقوله تعالى « فاذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » فنهى الأولياء عن عضلهن عن النكاح ، فلو صحت رجعتهن لما نهى الأولياء عن عضلهن عن النكاح وان طلق امرأته قبل الدخول لم يملك الرجعة عليها لقوله تعالى : « وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك » فخص الرجعة بوقت العدة • ومن لم يدخل بها فلا عدة عليها فلم يملك عليها الرجعة •

مسألة وللزوج أن يطلق الرجعية فى عدتها ويولى منها ويظاهر• هذا نقل البغداديين • وقال المسعودى : هل يصح ايلاؤه من الرجعية ؟ فيه وجهان وهل له أن يخالعها ؟ فيه قولان : (أحدهما) يصح لبقاء أحكام الزوجية بينهما (والثانى) لا يصح لأن الخلع للتحريم وهى محرمة عليه • وان مات أحدهما قبل انقضاء العدة ورثه الآخر لبقاء أحكام الزوجية بينهما • وهذا من أحكامها ؛ ويحرم عليه وطؤها والاستمتاع بها والنظر اليها بشهوة وغير شهوة • وبه قال عطاء ومالك وأكثر الفقهاء • وقال أبو حنيفة وأصحابه يجوز له وطؤها • وعن أحمد روايتان احداهما كقولنا والأخرى كقول أبى حنيفة •

دليلنا ما رواه مسلم وغيره : أن ابن عمر طلق امرأته وكان طريقه الى المسجد على مسكنها ، فكان يسلك طريقاً آخر حتى راجعها » ولأنه سبب وقعت به الفرقة فوقع به التحريم كالفسخ والخلع والطلاق قبل الدخول • فان خالف ووطئها لم يجب عليهما الحد ، سواء علما تحريمه أو لم يعلما ؛ لأنه وطء مختلف فى اباحته فلم يجب به الحد ؛ كما لو تزوج امرأة بغير ولى ولا شهود ووطئها • وأما التعزير ــ فان كانا عالمين بتحريمه بأن كانا شافعيين يعتقدان تحريمه عزرا لأنهما أتيا محرماً مع العلم بتحريمه وان كانا غير عالمين بتحريمه بأن كانا حنفيين أو كانا جاهلين لا يعتقدان تحريمه أو لا يريان تحريمه

لم يعزرا . وان كان أحدهما عالماً بتحريمه والآخر جاهلا بتحريمه عزر العالم بتحريمه دون الجاهل به . وان أتت منه بولد لحقه نسبه بكل حال للشبهة .

وأما مهر المثل فهل يلزمه ؟ ينظر فيه فان لم يراجعها حتى انقضت عدتها فلها عليه مهر المثل بكل حال . وكذلك اذا أسلم أحد الحربيين بعد الدخول فوطئها الزوج فى عدتها فانقضت عدتها قبل اجتماعهما على الاسلام فلها عليه مهر مثلها لهذا الوطء ؛ لأن العدة لما انقضت قبل اجتماعهما على النكاح تبينا أنه وطىء أجنبية منه ، فهو كما لو وطىء أجنبية بشبهة ، وان راجعها قبل انقضاء العدة أو اجتمعا على الاسلام قبل انقضاء العدة فقد قال الشافعى: ان للرجعية مهر مثلها وقال فى الزوجية : اذا أسلم أحدهما ووطئها قبل انقضاء عدتها وقبل الاسلام ثم أسلم الآخر قبل انقضاء العدة أنه لا مهر لها ، وكذا قال فى المرتد : اذا وطىء امرأته فى العدة ثم أسلم قبل انقضاء العدة لا مهر عليه ؛ واختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : فى الجميع قولان :

(أحدهما) يجب عليه مهر مثلها لأنه وطء فى نكاح قد تشعث ، فهو كما لو لم يراجعها ولم يجتمعا على الاسلام .

(والثانى) لا يجب عليه ؛ لأن الشعث زال بالرجعة والإسلام . ومنهم من حملها على ظاهرها ، فان راجعها فى الردة من أحدهما فالصحيح من مذهبنا أنه لا يصح ؛ وبه قال أحمد وأصحابه ؛ لأنه استباحة بضع مقصود فلم يصح مع الردة كالنكاح ، ولأن الرجعة تقرير للنكاح والردة تنافى ذلك فلم يصح اجتماعهما ؛ وقال المزنى ما حاصله : ان قلنا تتعجل الفرقة بالردة لم تصح الرجعة لأنها قد بانت بها ؛ وان قلنا لا تتعجل الفرقة فالرجعة موقوفة ان أسلم المرتد منهما فى العدة صحت الرجعة ، لأننا تبينا أن الفرقة وقعت قبل الرجعة . وهذا قول أصحاب أحمد واختيار أبى حامد الاسفراينى من أصحابنا ، وهكذا ينبغى أن يكون فيما اذا راجعها بعد اسلام أحدهما .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وتصح الرجعة من غير رضاها لقوله عز وجل « وبعولتهن احق بردهن فى ذلك » ولا تصح الرجعة الا بالقول ، فان وطئها لم يكن ذلك

رجعة لاستباحة بضع مقصود يصح بالقول ، فلم يصح بالفعل مع القدرة على القول كالنكاح . وان قال : راجعتك أو ارتجعتك صح ، لأنه وردت به السنة ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم « مر ابنك فليراجعها » فان قال : رددتك صح ، لأنه ورد به القرآن وهو قوله عز وجل « وبعولتهن أحق بردهن في ذلك » .

وان قال : امسكتك ففيه وجهان (احدهما) وهو قول ابى سعيد الاصطخرى انه يصح لأنه ورد به القرآن ، وهو قوله عز وجل « فامسكوهن بمعروف » (والثانى) انه لا يصح ، لان الرجعة رد ، والامساك يستعمل فى البقاء والاستدامة دون الرد .

وان قال : تزوجتك او نكحتك ففيه وجهان (أحدهما) يصح لانه اذا صح به النكاح وهو ابتداء الاباحة فلأن تصح به الرجعة وهو اصلاح ما تشعث منه اولى (والثانى) لا يصح لانه صريح فى النكاح ، ولا يجوز ان يكون صريحا فى حكم آخر من النكاح ، كالطلاق لما كان صريحا فى الطلاق لم يجز ان يكون صريحا فى الظهار . وان قال : راجعتك للمحبة وقال : اردت به مراجعتك لمحبتى لك صح . وان قال : راجعتك لهوانك وقال اردت به انى راجعتك لأهينك بالرجعة صح ، لانه اتى بلفظ الرجعة وبين سبب الرجعة وان قال : لم ارد الرجعة وانما اردت انى كنت احبك قبل النكاح ، أو كنت اهينك قبل النكاح فرددتك بالرجعة الى المحبة التى كانت قبل النكاح او الاهانة التى كانت قبل النكاح ، قبل قوله لانه يحتمل ما يدعيه) .

الشرح تصح الرجعة من غير ولى وبغير رضاها وبغير عوض لقوله تعالى « وبعولتهن حق بردهن فى ذلك » فجعل الزوج أحق بردها ، فلو افتقر الى رضاها لكان الحق لها ، ولا تصح الرجعة الا بالقول من القادر عليه أو بالاشارة من الأخرس . فأما اذا وطئها أو قبلها أو لمسها فلا يكون ذلك رجعة ، سواء نوى به الرجعة أو لم ينو . وبه قال أبو قلابة وأبو ثور .

وقال سعيد بن المسيب والحسن البصرى وابن سيرين والأوزاعى وابن أبى ليلى وأبو حنيفة وأصحابه وبعض أصحاب أحمد : تصح الرجعة بالوطء، سواء نوى به الرجعة أو لم ينو .

وقال أبو حنيفة : اذا قبلها بشهوة أو لمسها أو نظر الى فرجها بشهوة وقعت به الرجعة ، وقال مالك واسحاق : اذا وطئها ونوى به الرجعة كان

رجعة ؛ وان لم ينو به الرجعة لم يكن رجعة ، دليلنا أنها جارية الى بينونة فلم يصح امساكها بالوطء كما لو أسلم أحد الحربيين وجرت الى بينونة لم يصح امساكها بالوطء ؛ ولأنه استباحة بضع مقصود يصح بالقول فلم يصل بالفعل مع القدرة على القول كالنكاح فقولنا (بضع مقصود) احتراز ممن باع جارية ووطئها فى مدة الخيار • وقولنا (يصح بالقول) احتراز من السبى ، فانه لا يصح بالقول وانما يصح بالفعل وقولنا (ممن يقدر عليه) احتراز ممن يكون أخرس •

اذا ثبت هذا وقال : رددتك صح ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم لعمر « مر ابنك فليراجعها » وهل من شرطه أن يقول : الى النكاح ؟ فيه وجهان حكاهما المسعودى المشهور أن ذلك ليس بشرط ، وانما هو تأكيد •

وان قال : أمسكتك ــ قال الشيخ أبو حامد : ــ فهل ذلك صريح فى الرجعة أو كناية ؟ فيه وجهان ، وحكاهما القاضى أبو الطيب قولين (أحدهما) أنه صريح فى الرجعة ؛ لأن القرآن ورد به ، وهو قوله تعالى : « فاذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف » وأراد به الرجعة (والثانى) أنه ليس بصريح انما هو كناية لأنه استباحة بضع مقصود فى عينه فلم يصح الا بلفظتين كالنكاح •

وأما المصنف فقد جعل صحة الرجعة به على وجهين ولم يذكر الصريح ولا الكناية • وان قال : تزوجتك أو نكحتك أو عقد عليها النكاح فهل يصح ؟ فيه وجهان : (أحدهما) لا يصح لأن عقد الرجعة لا يصح بالكناية والنكاح كناية • ولأن النكاح لا يعرى عن عوض والرجعة لا تتضمن عوضاً فلم ينعقد أحدهما بلفظ الآخر كالهبة لا تنعقد بلفظ البيع •

(والثانى) يصح ، لأن لفظ النكاح والتزويج آكد من الرجعة لأنه تستباح به الأجنبية ، فاذا استباح بضعها بلفظ الرجعة ففى لفظ النكاح والتزويج أولى • بيد أننى رأيت أن الرجعة اسم اشتهر بين أهل العرف كاشتهار اسم الطلاق فيه ؛ فانهم يسمونها رجعة والمرأة رجعية ؛ ويتخرج أن يكون لفظها هو الصريح وحده والله علم •

فـــرع فان قال : راجعتك أمس كان اقراراً برجعتهـا وهو يملك الرجعة قبل اقراره فيها . وان قال راجعتك للمحبة أو للاهانة سئل عن ذلك، فان قال : أردت بقولى للمحبة لأنى كنت أحبها فى النكاح فراجعتهـا الى النكاح لأردها الى تلك المحبة ، أو كنت أهينها فى النكاح فراجعتهـا الى النكاح والى تلك الاهانة أو ألحقتها بالطلاق اهانة فراجعتها الى النـكاح لأرفع عنها تلك الاهانة . صحت الرجعة لأنه قد راجعها وبين العلة التى راجعها لأجلها .

وان قال : لم أرد الرجعة الى النكاح وانما أردت أنى كنت أحبها قبل النكاح فلما نكحتها بغضتها فرددتها بالطلاق الى تلك المحبة قبل النكاح ؛ أو كنت أهينها قبل النكاح فلما نكحتها زالت تلك الاهانة ، فرددتها بالطلاق الى تلك الاهانة لم تصح الرجعة ، لأنه أخبر أنه لم يردها الى النكاح وانما بين المعنى الذى لأجله طلقها ؛ وان ماتت قبل أن تبين حكم بصحة الرجعـة لأنه يحتمل الأمرين ، والظاهر أنه أراد الرجعة الى النـكاح لأجل المحبة أو لأجل الاهانة ، وهذا هو مذهب أحمد بن حنبل رضى الله عنه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وهل يجب الاشهاد عليها ؟ فيه قولان (أحدهما) يجب لقوله عز وجل « فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ، وأشهدوا ذوى عـدل منكم » ولأنه استباحة بضع مقصود فلم يصح من غير اشهاد كالنكاح (والثانى) أنه مستحب لأنه لا يفتقر الى الولى فلم يفتقر الى الاشهاد كالبيع .

فصـــل ولا يجوز تعليقها على شرط ، فان قال راجعتك أن شـئت فقالت : شئت لم يصح ، لأنه استباحة بضع فلم يصـــح تعليقه على شرط كالنكاح ولا يصـــح فى حالة الردة . وقال المزنى : انه موقوف فان أسلمت صح ، كما يقف الطلاق والنكاح على الاسلام . وهذا خطأ لأنه استباحة بضع فلم يصح مع الردة كالنكاح ، ويخالف الطلاق ، فانه يجوز تعليقه على الشرط، والرجعة لا يصح تعليقها على الشرط وأما النكاح فانه يقف فسخه على الاسلام وأما عقده فلا يقف . والرجعة كالعقد فيجب أن لا تقف على الاسلام .

فصـــل وان اختلف الزوجان فقال الزوج : راجعتك وأنكرت المرأة فان كان ذلك قبل انقضاء العدة فالقول قول الزوج . لأنه يملك الرجعة فقبل اقراره فيها كما يقبل قوله فى طلاقها حين ملك الطلاق ، وان كان بعد انقضاء العدة فالقول قولها لأن الأصل عدم الرجعة ووقوع البينونة ، وان اختلفا فى الاصابة فقال الزوج : أصبتك فلى الرجعة وانكرت المرأة فالقول قولهـا لأن الأصل عدم الاصابة ووقوع الفرقة) .

الشرح قوله : وهل تصح الرجعة من غير شهادة ؟ الخ ؛ فجملة ذلك أنه فيه قولان (أحدهما) لا تصح الرجعة الا بحضور شاهدين لقوله تعالى « فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوى عدل منكم » فأمر بالاشهاد على الرجعة والأمر يقتضى الوجوب ؛ ولأنه استباحة بضع مقصود فكانت الشهادة شرطا فيه كالنكاح ؛ وهذا احدى الروايتين عن أحمد .

(والقول الثانى) تصح من غير شهادة ، وهو اختيار أبى بكر من الحنابلة واحدى الروايتين عن أحمد ، وهو قول مالك وأبى حنيفة ؛ لأنها لا تفتقر الى قبول فلم تفتقر الى شهادة كسائر حقوق الزوج ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر عمر أن يأمر ابنه بمراجعتها ولم يأمره بالاشهاد ؛ فلو كان شرطاً لأمر به ، ولأنه لا يفتقر الى الولى فلم يفتقر الى الاشهاد كالبيع والهبة وعكسه النكاح والآية محمولة على الاستحباب .

قال ابن قدامة من الحنابلة : ولا خلاف بين أهل العلم فى أن السنة الإشهاد فان قلنا : هى شرط فانه يعتبر وجودها حال الرجعة ، فان ارتجع بغير شهادة لم يصح لأن المعتبر وجودها فى الرجعة دون الاقرار بها ؛ الا أن يقصد بذلك الاقرار الارتجاع فيصح .

مسـألة قوله : ولا يجوز تعليقا على شرط الخ ، فقد قال الشافعى رضي الله عنه فى الأم : وان قال : راجعتك ان شئت فقالت فى الحال : شئت ، لم تصح الرجعة ؛ لأنه عقد يستبيح به البضع فلم يصح تعليقه على صفة كالنكاح . وقال أيضاً : وان قال لها : كلما طلقتك فقد راجعتك لم

تصح الرجعة ، لأنه علق الرجعة على صفة فلم تصح ؛ كما لو قال راجعتك اذا قدم زيد ؛ ولأنه راجعها قبل أن يملك الرجعة عليها فلم يصح ؛ كما لو قال لأجنبية : طلقتك اذا نكحتك •

وان طلق الرجل امرأته طلاقاً رجعياً فارتدت المرأة ثم راجعها الزوج فى حال ردتها لم تصح الرجعة ؛ فان انقضت عدتها قبل أن ترجع الى الاسلام بانت باختلاف الدين • وان رجعت الى الاسلام قبل انقضاء عدتها افتقر الى استئناف الرجعة وقال المزنى : تكون الرجعة موقوفة كما لو طلقها فى الردة • وهذا خطأ لأنه عقد استباحة بضع مقصود فلم يصح فى حال الردة كالنكاح• ويخالف الطلاق فانه يصح تعليقه على الحظر والغرر ؛ وكما أنه لا تصح الرجعة فى ردتها فكذلك لا تصح فى ردته كالنكاح ، لأن الرجعة تقرير للنكاح ؛ والردة تنافى ذلك ، فلم يصح اجتماعهما •

مسألة اذا قال الزوج : راجعتك وأنكرت المرأة ، فان كان قبل انقضاء عدتها فالقول قول الزوج ، لأنه يملك الرجعة فملك الاقرار بها كالزوج اذا أقر بطلاق زوجته • وان انقضت عدتها فقال الزوج : كنت راجعتك قبل انقضاء عدتك • وقالت الزوجة : بل انقضت عدتى قبل أن تراجعنى ــ ولا بينة للزوج ــ فقد نص الشافعى على أن القول قول الزوجة مع يمينها • وكذا قال فى الزوج اذا ارتد بعد الدخول ثم رجع الى الاسلام وقال : رجعت الى الاسلام قبل انقضاء عدتك ؛ وقالت : بل انقضت عدتى قبل أن يرجع الى الاسلام ، فالقول قول الزوجة ؛ وقال فى نكاح المشركات : اذا أسلمت الزوجة بعد الدخول وتخلف الزوج ثم أسلم ؛ فقال الزوج : أسلمت قبل انقضاء عدتك ، وقالت الزوجة : بل أسلمت بعد انقضاء عدتى فالقول قول الزوج •

واختلف أصحابنا فى هذه المسائل على ثلاث طرق ؛ فمنهم من قال : فى الجميع قولان • وهو اختيار القاضيين أبى حامد وأبى الطيب (أحدهما) القول قول الزوج لأن الزوجة تدعى أمراً يرفع النكاح ؛ والزوج ينكره فكان القول قوله لأن الأصل بقاء النكاح •

(والثانى) أن القول قول الزوجة ، لأن الظاهر حصول البينونة وعدم الرجعة والاسلام • والطريق الثانى : ان أظهر الزوج أولا الرجعة أو الاسلام ثم قالت الزوجة بعد ذلك : قد كانت عدتى انقضت قبل ذلك ، فالقول قول الزوج • لأنها ما دامت لم تظهر انقضاء العدة فالظاهر أن عدتها لم تنقض •

وان أظهرت الزوجة انقضاء العدة أولا ثم قال الزوج : كنت راجعتك وأسلمت قبل انقضاء العدة فالقول قولها • لأنها اذا أظهرت انقضاء عدتها فى وقت يمكن انقضاؤها فيه فالظاهر أنها بانت ؛ فان ادعى الزوج الرجعة والاسلام قبله كان القول قولها لأن الأصل عدم ذلك • وان أظهر الزوج الرجعة أو الاسلام فى الوقت الذى أظهرت فيه انقضاء العدة ولم يستو أحدهما مع الآخر ففيه وجهان من أصحابنا من قال : يقرع بينهما استوائهما فى الدعوى • ومنهم من قال لا يقرع بينهما بل لا تصح الرجعة ولا يجمع بينهما فى النكاح ، لأنه يمكن تصديق كل واحد منهما بأن يكون قد راجعها أو أسلم فى الوقت الذى انقضت فيه عدتها ، فلم يصح اجتماعهما على النكاح ؛ كما لو قال لامرأته : ان مت فأنت طالق فانها لا تطلق بموته •

والطريق الثالث وهو اختيار أبى على الطبرى أن قول كل واحد منهما مقبول فيما اتفقا عليه • فان اتفقا أنه راجع أو أسلم فى رمضان فقالت الزوجة الا أن عدتى انقضت فى شعبان وأنكرها الزوج فالقول قول الزوج ، لأن الأصل بقاء العدة وان اتفقا أن عدتها انقضت فى رمضان الا أن الزوج ادعى أنه كان راجعها أو أسلم فى شعبان وأنكرت الزوجة ذلك فالقول قولها ، لأن الأصل عدم الرجعة والاسلام ؛ واذا ادعت انقضاء عدتها فى أقل من شهر لم يقبل قولها فى أقل من اثنين وثلاثين يوماً ولحظتين • ولا يقبل فى أقل من ذلك بحال ، لأنه لا يتصور عندنا أقل من ذلك •

وعند أحمد وأصحابه لا يقبل قولها فى أقل من شهر الا ببينة ؛ لأن شريحاً قال : اذا ادعت أنها حاضت ثلاث حيض فى شهر واحد وجاءت ببينة من النساء العدول من بطانة أهلها ممن يرضى صدقه وعدله أنها رأت ما يحرم عليها الصلاة من الطمث وتغتسل عندكل قرء وتصلى فقد انقضت عدتها والا

فهى كاذبة • وقال له على بن أبى طالب ، « قالون » ومعناه بالرومية أصبت أو أحسنت ، فأخذ أحمد بشهر على فى الشهر •

فان ادعت ذلك فى أكثر من شهر صدقها على حديث « أن المرأة اؤتمنت على فرجها » ولأن حيضها فى الشهر ثلاث حيض يندر جداً فرجع ببينة ولا يندر فيما زاد على الشهر كندرته فيه فقبل قولهـا من غير بينـة ، وقال أبو حنيفة : لا تصدق فى أقل من ستين يوماً • وقال صاحباه : لا تصدق فى أقل من تسعة وثلاثين يوما ، لأن أقل الحيض عنـدهم ثلاثة أيام ؛ فثلاث حيض تسعة أيام وطهران ثلاثون يوما ؛ والخلاف فى هذا ينبنى على الخلاف فى أقل الحيض وأقل الطهر •

وان ادعت انقضاء عدتها بوضع الحمل فلا يخلو اما أن تدعى وضع الحمل التام أو أنها أسقطته لم يقبل قولها فى أقل من ثمانين يوما من حين امكان الوطء بعد عقد النكاح ؛ لأن أقل سقط تنقضى به العدة ما أتى عليه ثمانون يوما • لأنه يكون نطفة أربعين يوما ثم يصير مضغة بعد الثمانين ولا تنقضى به العدة قبل أن يصير مضغة بحال ، وهذا قول أحمد بن حنبل وأصحابه •

فـــرع اذا طلق امـرأته طلقة أو طلقتين فقـال : طلقتك بعد أن أصبتك فعليك العدة ولى عليك الرجعة ولك السكنى والنفقة وجميع المهر• وقالت الزوجة : بل طلقنى قبل الاصابة ، فالقول قول الزوجة مع يمينها ؛ لأن الظاهر وقوع الفرقة بالطلاق والأصل عدم الاصابة •

اذا ثبت هذا فانها اذا حلفت فلا عدة عليها ولا رجعة ، ولا يجب لها نفقة ولا سكنى ؛ لأنها لا تدعى ذلك وان كان مقراً لها به • وأما المهر فان كان فى يد الزوج لم تأخذ الزوجة منه الا النصف لأنها لا تدعى أكثر منه ، وان كان الزوج مقراً بالجميع • وان كان الصداق فى يد الزوجة لم يرجـع الزوج عليها بشىء لأنه لا يدعيه وان نكلت عن اليمين فحلف ثبت له الرجعة عليها •

فأما النفقة والسكنى فالذى يقتضى المذهب أنهـا لا تسـتحقه لأنهـا

لا تدعيه • وان قال الزوج طلقتك قبل الاصابة فلا رجعة لى عليك ولا نفقة ولا سكنى لك ولك نصف المهر • وقالت المرأة بل طلقتنى بعد الاصابة فلك الرجعة ولى عليك النفقة والسكنى وجميع المهر ، فالقول قول الزوج مع يمينه ، لأن الأصل عدم الاصابة •

اذا ثبت هذا فانه لا رجعة له عليها ، سواء حلف أو لم يحلف لأنه أقر بأنه لا يستحق ذلك • ويجب عليها العدة لأنها مقرة بوجوبها عليها ، وأما النفقة والسكنى ــ فان حلف أنه طلقها قبل الاصابة ــ لم تستحق عليه النفقة والسكنى ، وان نكل عن اليمين فحلفت استحقت ذلك عليه ، وأما المهر فان حلف لم يستحق عليه الا نصفه سواء كان بيده أو بيدها ، وان نكل عن اليمين وحلفت استحقت جميع المهر ، وهذا اذا لم يثبت بالبينة أو باقرار الزوج أنه قد خلا بها • وأما اذا ثبتت بالبينة أو باقرار أنه قد خلا بها فعلى القول الجديد لا تأثير للخلوة • وقال فى القديم : للخلوة تأثير ، فمن أصحابنا من قال : أراد أنه يرجع بها قول من ادعى الاصابة منهما • ومنهم من قال : بل الخلوة كالاصابة • وقد مضى بيان ذلك •

فرع قال فى الأم : اذا قال أحد قد أخبرتنى بانقضاء عدتها ثم قالت بعد هذا ما كانت عدتى منقضية فالرجعة صحيحة لأنه لم يقر بانقضاء العدة ، وانما أخبر عنها ، فاذا أنكرت ذلك فقد كذبت نفسها وكانت الرجعة صحيحة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **فان طلقها طلقة رجعية وغاب الزوج وانقضت العدة وتزوجت ثم قدم الزوج وادعى أنه راجعها قبل انقضاء العدة ، فله أن يخاصم الزوج الثانى وله أن يخاصم الزوجة ، فان بدأ بالزوج نظرت فان صدقه سقط حقه من النكاح ولا تسلم المرأة اليه ، لأن اقراره يقبل على نفسه دونها ، وان كذبه فالقول قوله مع يمينه ، لأن الأصل عدم الرجعة ، فان حلف سقط دعوى الأول ، وان نكل ردت اليمين عليه ، فان حلف وقلنا ان يمينه مع نكول المدعى**

عليه كالبينة حكمنا بانه لم يكن بينهما نكاح ، فان كان قبل الدخول لم يلزمه شيء ، وان كان بعد الدخول لزمه مهر المثل ، وان قلنا : انه كالاقرار لم يقبل اقراره فى اسقاط حقها ، فان دخل بها لزمه المسمى ، وأن لم يدخل بها لزمه نصف المسمى . ولا تسلم المراة الى الزوج الأول على القولين ، لأنا جعلناه كالبينة أو كالاقرار فى حقه دون حقها . وان بدأ بخصومة الزوجة فصدقته لم تسلم اليه ، لأنه لا يقبل اقرارها على الثانى كما لا يقبل اقراره عليها ، ويلزمها المهر لأنها أقرت أنها حالت بينه وبين بضعها ، فان زال حق الثانى بطلاق أو فسخ أو وفاة ردت الى الأول لأن المنع لحق الثانى وقد زال . وان كذبته فالقول قولها . وهل تحلف على ذلك ؟ فيه قولان :

(احدهما) لا تحلف لأن اليمين تعرض عليها لتخاف فتقر . ولو أقرت لم يقبل اقرارها فلم يكن فى تحليفها فائدة .

(والثانى) تحلف لأن فى تحليفها فائدة ، وهو أنها ربما أقرت فيلزمها المهر وان حلفت سقطت دعواه ، وان نكلت ردت اليمين عليه ، فاذا حلف حكم له بالمهر .

فصل **اذا تزوجت الرجعية فى عدتها وحبلت من الزوج ووضعت وشرعت فى اتمام العدة من الأول وراجعها صحت الرجعة لأنه راجعها فى عدته فان راجعها قبل الوضع ففيه وجهان : (أحدهما) لا يصح لأنها فى عدة من غيره فلم يملك رجعتها ، (والثانى) يصح بما بقى عليها من عدته لأن حكم الزوجية باق وانما حرمت لعارض فصار كما لو احرمت) .**

الشرح تصح الرجعة من غير علم الزوجة ؛ لأن ما لا يفتقر الى رضاها لم تفتقر صحته الى علمها كالطلاق .

اذا ثبت هذا فان انقضت عدتها فتزوجت بآخر وادعى الزوج الأول أنه كان راجعها قبل انقضاء العدة منه ، وقال الزوج الثانى : بل انقضت عدتها قبل أن يراجعها نظرت فان أقام الزوج الأول بينة أنه راجعها قبل انقضاء عدتها منه حكم بتزويجها للأول وبطل نكاح الثانى ، سواء دخل بها أو لم يدخل وبه قال على بن أبى طالب وأكثر الفقهاء .

وقال مالك : ان دخل بها الثانى فهو أحق بها ، وان لم يدخل بها الثانى ففيه روايتان ؛ احداهما أنه أحق بها ، والثانى أن الأول أحق بها . وروى

ذلك عن عمر رضى الله عنه • دليلنا قوله تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم — الى قوله تعالى — والمحصنات من النساء » والمحصنة من لها زوج ، وهذه لها زوج وهو الأول ؛ فلم يصح نكاح الثانى •

اذا ثبت هذا فان كان الثانى لم يدخل بها — فرق بينهما ولا شىء عليه ، وان دخل بها فرق بينهما وعليه مهر مثلها وعليها العدة ، لأنه وطء شبهة ولا تحل للأول حتى تنقضى عدتها من الثانى ، وان لم يكن مع الأول بينة فله أن يخاصم الزوج الثانى ، وله أن يخاصم الزوجة الأولى أو يبتدىء بخصومة الثانى لأنه أقرب ، فان بدأ بخصومة الثانى نظرت فى الثانى فان أنكر وقال لم يراجعها الا بعد انقضاء عدتها فالقول الثانى مع يمينه ؛ لأن الأصل عدم رجعة الأول ، وكيف يحلف ؟

قال الشيخ أبو حامد فى التعليق : يحلف أنه لم يراجعها فى عدتها • وقال ابن الصباغ فى الشامل : يحلف أنه لم يعلم أنه راجعها فى عدتها ؛ لأنه يحلف على نفى فعل غيره ؛ وهذا أقيس • فان حلف الثانى سقطت دعوى الأول عنه ، وان نكل الثانى عن اليمين ردت اليمين على الأول ، فان حلف أنه راجعها قبل انقضاء عدتها منه سقط حق الثانى من نكاحها ؛ لأن يمين الأول كبينة أقامها فى أحد القولين • أو كاقرار الثانى بصحة رجعة الأول ، وذلك يتضمن اسقاط حق الثانى منهما فان صدقت الزوجة الأول على صحة رجعته سلمت اليه ، فان كان الثانى لم يدخل بها فلا شىء عليه وتسلم الزوجة فى الحال • وان كان الثانى دخل بها استحقت عليه مهر مثلها ولا تسلم الى الأول الا بعد انقضاء عدتها من الثانى •

وان أنكرت الزوجة صحة الرجعة من الأول — فان قلنا ان يمين الأول كبينة أقامها الأول — كان كأن لم يكن بين الثانى وبينها نكاح ؛ فان كان قبل الدخول فلا شىء لها عليه ، وان كان بعد الدخول فلها عليه مهر مثلها •

وان قلنا : ان يمين الأول يكذبه اقرار الثانى فلا يقبل اقراره فى اسقاط حقها بل ان كان قبل الدخول لزمه نصف مهرها المسمى ، وان كان بعد

الدخول لزمه جميع المسمى ؛ ولا تسلم المرأة الى الأول على القولين ، لأن يمين الأول كبينة أقامها أو كاقرار الثانى فى حق الثانى لا فى حقها .

وان صدق الثانى الأول أنه راجعها قبل انقضاء عدته ــ فان صدقته المرأة أيضاً كان كما لو أقام الأول البينة ، فان كان قبل الدخول فلا شيء لها على الثانى ، وتسلم الزوجة الى الأول فى الحال ؛ وان كان بعد الدخول فلها على الثانى مهر مثلها وله عليها العدة ولا تسلم الى الأول الا بعد انقضاء عدتها من الثانى ؛ وان أنكرت الزوجة صحة رجعة الأول بعد أن صدقه الثانى فالقول قولها مع يمينها ؛ لأن الأصل عدم الرجعة ، ويحكم بانفساخ نكاح الثانى ، لأنه أقر بتحريمها ؛ فان كان قبل الدخول لزمه نصف المسمى ؛ وان كان بعد الدخول لزمه جميع المسمى ، وان بدأ الزوج الأول بالخصومة مع الزوجة نظرت فان صدقته لم يقبل اقرارها لتعلق حق الثانى بها ــ وهل يلزمها المهر للأول ؟ فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ (أحدهما) لا يلزمها له شيء ؛ لأن اقرارها لم يقبل بحق الثانى فلم يلزمها غرم كما لو ارتدت أو قتلت نفسها .

(والثانى) ولم يذكر المحاملى والشيخ أبو اسحاق هنا غيره أنه يلزمها للأول المهر لأنها فوتت بضعها عليه بالنكاح الثانى ؛ فهو كما لو شهد عليه شاهدان أنه طلقها ثم رجع عن شهادتهما فانه يجب عليهما ، فكذلك هذا مثله؛ وان أنكرت فالقول قولها لأن الأصل عدم الرجعة ، وهل يلزمها أن تحلف ؟ قال الشيخان أبو حامد وأبو اسحاق : فيه قولان :

(أحدهما) لا يلزمها أن تحلف ؛ لأن اليمين انما تعرض لتخاف فتقر ، ولو أقرت لم يقبل اقرارها للأول بحق الثانى فلا فائدة فى ذلك .

(والثانى) يلزمها أن تحلف ، لأنه ربما خافت من اليمين فأقرت بصحة رجعة الأول فلزمها له المهر . قال ابن الصباغ : يبنى على الوجهين ، اذا أقرت للأول . فان قلنا هناك : يلزمها له المهر لزمها أن تحلف له لجواز أن تخاف فتقر فيلزمها المهر ؛ وان قلنا : لا يلزمها المهر لم يلزمها أن تحلف لأنه

لا فائدة فى ذلك ؛ فان قلنا : لا يمين عليها فلا كلام وان قلنا : عليها اليمين • فان حلفت سقطت دعوى الزوج عنها ، وان نكلت ردت اليمين على الأول ؛ فاذا حلف احتمل أن يبنى على القولين فى يمين المدعى مع نكول المدعى عليه •

فان قلنا : انها كالبينة لزمها المهر للأول ، وان قلنا : انها كالاقرار فهل يلزمها المهر للأول ؟ على الوجهين اللذين حكاهما ابن الصباغ ؛ ولا تسلم الزوجة الى الأول مع انكار الثانى على القولين ، لأنها كالبينة أو كالاقرار فى حق المدعيين وهما الزوج الأول والزوجة لا فى حق الثانى • وكل موضع قلنا : لا تسلم المرأة الأول اذا أقرت له بحق الثانى فزالت زوجية الثانى بموته أو طلاقه ، وسلمت الى الأول بعد انقضاء عدة الثانى منها ؛ لأن المنع من تسليمها الى الأول لحق الثانى وقد زال •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **اذا طلق الحر امرأته ثلاثاً أو طلق العبد امرأته طلقتين حرمت عليه ولا يحل له نكاحها حتى تنكح زوجا غيره ويطأها • والدليل عليه قوله عز وجل ((فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره)) وروت عائشة رضى الله عنها أن رفاعة القرظى طلق امرأته بت طلاقها فتزوجها عبد الرحمن بن الزبير فجاءت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله انى كنت عند رفاعة وطلقنى ثلاث تطليقات فتزوجنى عبد الرحمن بن الزبير وانه والله ما معه يا رسول الله الا مثل هذه الهدبة ، فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : لعلك تريدين أن ترجعى الى رفاعة ، لا والله حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك : ولا تحل الا بالوطء فى الفرج فان وطئها فيما دون الفرج ، أو وطئها فى الموضع المكروه لم تحل ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم علق على ذوق العسيلة ، وذلك لا يحصل الا بالوطء فى الفرج وأدنى الوطء ان يغيب الحشفة فى الفرج لأن احكام الوطء تتعلق به ولا تتعلق بما دونه ، فان أولج الحشفة من غير انتشار لم تحل لأن النبى صلى الله عليه وسلم علق الحكم بذوق العسيلة ، وذلك لا يحصل من غير انتشار •**

وان كان بعض الذكر مقطوعا فعلى ما ذكرناه فى الرد بالعيب فى النكاح • وان كان مسلولا احل بوطئه ، لأنه فى الوطء كالفحل واقوى منه ولم يفقد الا الانزال ، وذلك غير معتبر فى الاحلال • وان كان مراهقاً أحل لأنه كالبالغ

فى الوطء ، وان وطئت وهى نائمة أو مجنونة ، او استدخلت هى ذكر الزوج وهو نائم أو مجنون ، أو وجدها على فراشه فظنها غيرها فوطئها حلت لأنه وطء صادف النكاح .

فصـــل فان رآها رجل أجنبى فظنها زوجته فوطئها أو كانت امة فوطئها مولاها لم تحل لقوله عز وجل حتى تنكح زوجاً غيره ، وان وطئهـا الزوج فى نكاح فاسد كالنكاح بلا ولى ولا شهود أو فى نكاح شرط فيه انه اذا أحلها للزوج الأول فلا نكاح بينهما ففيه قولان :

(احدهما) انه لا يحلها لأنه وطء فى نكاح غير صحيح فلم تحـل كوطء الشبهة .

(والثانى) انه يحلها لما روى عبد الله أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لعن الله المحلل والمحلل له » . فسماه محللا ، ولأنه وطء فى نكاح فاشـبه الوطء فى النكاح الصحيح .

فـــرع وان كانت المطلقة امة فملكها الزوج قبل ان ينكحهـا زوجا غيره فالمذهب انها لا تحل لقوله عز وجل : « فلا تحل له من بعد حتى تنـكح زوجاً غيره » ولأن الفرج لا يجوز أن يكون محرماً عليه من وجه مباحا من وجه . ومن أصحابنا من قال : يحل وطؤها لأن الطلاق يختص بالزوجية فأثر التحريم فى الزوجية .

فصـــل وان طلق امرأته ثلاثاً وتفرقا ثم ادعت المرأة انها تزوجت بزوج احلها جاز له ان يتزوجها لأنها مؤتمنة فيما تدعيه من الاباحة ، فان وقع فى نفسه أنها كاذبة فالأولى أن لا يتزوجها احتياطا) .

الشرح حديث عائشة أخرجه الشيخان وأصحاب السنن وأحمد فى مسنده بلفظ « جاءت امرأة رفاعة القرظى الى النبى صلى الله عليـه وسـلم فقالت : كنت عند رفاعة فطلقنى فبت طلاقى فتزوجت بعده عبد الرحمـن ابن الزبير ، وانما معه مثل هـدبة الثوب ، فقـال أتريدين أن ترجعى الى رفاعة ؟ لا ، حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك » وعند أبى داود من غـير تسمية الزوجين واللفظ بمعناه .

وقد خرج نحوه أيضـاً أبو نعيم فى الحليـة . قال الهيثمى فى مجمـع

الزوائد : فيه أبو عبد الملك لم أعرفه وبقية رجاله رجال الصحيح ؛ ولهذا الحديث متابعات ، منها ما رواه أحمد والنسائى عن ابن عمر قال : « سئل نبى الله صلى الله عليه وسلم عن الرجل يطلق امرأته ثلاثاً ويتزوجها آخر ، فيغلق الباب ويرخى الستر ثم يطلقها قبل أن يدخل بها ؛ هل تحل للأول ؟ قال لا حتى يذوق العسيلة ، وهذا الحديث من رواية سفيان الثورى عن علقمة بن مرثد عن رزين بن سليمان الأحمرى عن ابن عمر .

وروى أيضاً من طريق شعبة عن علقمة بن مرثد عن سالم بن رزين عن سالم بن عبد الله عن سعيد بن المسيب عن ابن عمر . قال النسائى : والطريق الأول أولى بالصواب . قال الحافظ ابن حجر : وانما قال ذلك لأن الثورى أتقن وأحفظ من شعبة ، وروايته أولى بالصواب من وجهين :

(أحدهما) أن شيخ علقمة هو رزين بن سليمان كما قال الثورى لا سالم ابن رزين كما قال شعبة ؛ فقد رواه جماعة عن شعبة كذلك منهم غيلان ابن جامع أحد الثقات (ثانيهما) أن الحديث لو كان عند سعيد بن المسيب عن ابن عمر مرفوعا لم يخالفه سعيد ويقول بغيره اهـ .

وعن عائشة عند أبى داود بنحو حديث ابن عمر ، وعند النسائى عن ابن عباس بنحوه أيضاً ، وعن أبى هريرة عند الطبرانى وابن أبى شيبة بنحوه. وكذلك أخرجه الطبرانى عن أنس والبيهقى عنه . وأخرج الطبرانى حديثاً آخر عن عائشة باسناد رجاله ثقات « أن عمرو بن حزم طلق الغميصاء فنكحها رجل فطلقها قبل أن يمسها ؛ فسألت النبى صلى الله عليه وسلم فقال : لا ، حتى يذوق الآخر عسيلتها وتذوق عسيلته » .

أما امرأة رفاعة فقد قيل فى اسمها : تميمة . وقيل سهيمة . وقيل أميمة. والقرظى بضم القاف وفتح الراء نسبة الى بنى قريظة . وعبد الرحمن بن الزبير بفتح الزاى وليس بالتصغير كما فى الزبير بن العوام . بل هو كأمير وهو ابن باطا وقوله « هدبة الثوب » بتح الهاء وسكون المهملة بعدها باء موحدة مفتوحة هى طرف الثوب الذى لم ينسج ، مأخوذ من هدب العين وهو شعر الجفن ؛ وهكذا أفاده ابن حجر .

وفى المصباح هدب العين ما نبت من الشعر على أشفارها والجمع أهداب مثل قفل وأقفال : ورجل أهدب طويل الأهداب • وهدبة الثوب طرفه مثال غرفة وضم الدال للاتباع لغة الجمع وهدب مثل غرفة وغرف • وفى القاموس الهدب بالضم وبضمتين شعر أشفار العين وخمل الثوب واحدتهما بهاء • وكذا فى مجمع البحار نقلا عن النووى أنها بضم هاء وسكون دال ومرادها أن ذكره يشبه الهدبة فى الاسترخاء وعدم الانتشار •

وقوله « حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك » العسيلة مصغرة فى الموضعين واختلف فى توجيهه فقيل هو تصغير العسل ؛ لأن العسل مؤنث • جزم بذلك القزاز • قال : وأحسب التذكير لغة • وقال الأزهرى يذكر ويؤنث • وقيل لأن العرب اذا حقرت الشيء أدخلت فيه هاء التأنيث • وقيل المراد قطعة من العسل والتصغير للتقليل اشارة الى أن القدر القليل كاف فى تحصيل ذلك بأن يقع تغييب الحشفة فى الفرج •

وقيل : معنى العسيلة النطفة ، وهذا يوافق قول الحسن البصرى • وقال جمهور العلماء : ذوق العسيلة كناية عن الجماع • وهو تغييب حشفة الرجل فى فرج المرأة •

وأما حديث « لعن الله المحلل والمحلل له » ففى الترمذى ومسند أحمد من حديث عبد الله بن مسعود • قال الترمذى : هذا حديث حسن صحيح • وفى المسند من حديث أبى هريرة رضى الله عنه مرفوعا واسناده حسن ، وفيه عن على عليه السلام عن النبى صلى الله عليه وسلم مثله • وفى سنن ابن ماجه من حديث عقبة بن عامر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ألا أخبركم بالتيس المستعار ؟ قالوا : بلى يا رسول الله • قال : هو المحلل • لعن الله المحلل والمحلل له » فهؤلاء الأربعة من سادات الصحابة رضى الله عنهم وقد شهدوا على رسول الله صلى الله عليه وسلم بلعنة أصحاب التحليل وهم المحلل والمحلل له • قال ابن القيم : وهذا اما خبر عن الله فهو خبر صدق واما دعاء فهو مستجاب قطعاً • وهذا يفيد أنه من الكبائر الملعون فاعلها •

اما احـــكام هذين الفصـــلين فانه اذا طلق الحر امرأته ثلاثا ، أو طلق العبد امرأته طلقتين بانت منه وحرم عليه استمتاعها والعقد عليها حتى تنقضي عدتها منه بتزوج غيره ويصيبها ويطلقها ، أو يموت عنها وتنقضي عدتها منه ، وبه قال الفقهاء كافة الا سعيد بن المسيب فانه قال : اذا تزوجها وفارقها حلت للأول وان لم يصبها الثانى • فقد قال ابن المنذر : أجمع العلماء على اشتراط الجماع لتحل للأول الا سعيد بن المسيب • ثم ساق بسنده الصحيح عنـه مايدل على ذلك • قال ولا نعلم أحداً وافقه عليه الا طائفة من الخوارج • ولعله لم يبلغه الحديث فأخذ بظاهر القرآن • وقد نقل أبو جعفر النحاس فى معانى القرآن وعبد الوهاب المالكى فى شرح الرسالة عن سعيد بن جبير مثل قول سعيد بن المسيب •

وحكى ابن الجوزى عن داود أنه وافق فى ذلك سعيداً • قال القرطبى : ويستفاد من الحديث على قول الجمهور أن الحكم يتعلق بأقل ما ينطلق عليه الاسم خلافا لمن قال لابد من حصول جميعه • واستدل باطلاق الذوق لهما على اشتراط علم الزوجين به حتى لو وطئها نائمة أو مغمى عليها لم يكف ذلك ولو أنزل هو ونقل ذلك ابن المنذر عن جميع الفقهاء •

ويستدل من حديث عائشة وابن عمر وغيرهما على جواز رجوعهـا الى زوجها الأول اذا حصل الجماع من الثانى ويعقبه الطلاق منـه ، لكن شرط المالكية ونقل عن عثمان وزيد بن ثابت أن لا يكون فى ذلك مخادعة مـن الزوج الثانى ، ولا ارادة تحليلها للأول • وقال الأكثر من الفقهاء : ان شرط ذلك فى العقد فسد والا فلا •

قال فى البيان فى حديث عائشة : وانما أراد صلى الله عليه وسلم بذلك ــ يعنى بالعسيلة ــ لذة الجماع ، وسماه العسيلة • فثبت نـكاح الثـانى بالآية « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » وثبتت الاصابة بالسنة ، وهو اجماع الصـحابة ، لأنه روى عن عمر وعلى وابن عمـر وابن عباس وجابر وعائشة ، ولا يعرف لهم مخالف ا هـ •

اذا ثبت هذا فان أقل الوطء الذى يتعلق به الاحلال للأول أن تغيب الحشفة فى الفرج ، لأن أحكام الوطء من الغسل والحدود وغيرهما تتعلق بذلك ، ولا يتعلق بما دونه ، فان أولج الحشفة فى الفرج وواقعها وتجاوبت معه باللذة وأنزل فقد حصل الاحلال وزيادة ، وان غيب الحشفة فى الفرج من غير انتشار أو غيبه فى الموضع المكروه أو وطئها فيما دون الفرج لم يتعلق به الاحلال ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم علقه على ذوق العسيلة ، وذلك لا يحصل بما ذكرناه .

فـــرع وان تزوجها صبى فجامعها ــ فان كان صبياً غير مراهق كابن سبع سنين فما دون ، لا يحكم بمجامعته ولم يحللها للأول ، لأن هـذا الجماع لا يلتذ به فهو كما لو أدخل أصبعه فى فرجها ، وان كان مراهقا ينتشر عليها أحلها للأول ، وقال مالك لا يحللها .

دليلنا أنه جماع ممن يجامع مثله فأحلها للأول كالبالغ ، وان كان مشكول الأنثيين فغيب الحشفة فى الفرج أحلها للأول ، لأنه جماع يتلذ به فهو كغيره وان كان مقطوع الذكر من أصله لم تحل للأول بجماع لأنه لا يوجد منـه الجماع ، وان قطع بعضه ــ فان بقى من ذكره قدر الحشفة وأولجه ــ أحلها للأول ، وان كان الذى بقى منه أو الذى أولج فيها دون الحشفة لم يحلها للأول لأنه لا يلتذ به . وينسحب هذا الحكم على العبد والأمة لأن الحديث لم يفرق بين الحر والعبد ولا بين الحرة والأمة .

فـــرع وان أصابها الزوج الثانى وهى محرمة لحج أو عمرة أو صائمة أو حائض أحلها للأول . وقال مالك : لا يحلها . دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « لا حتى تذوق للعسيلة » ولم يفرق ، ولأنها اصابة يستقر بهـا المهر المسمى ، فوقعت بها الاباحة للأول كما اذا وطئها محلة مفطرة طاهرة .

واشترط أصحاب أحمد أن يكون الوطء حلالا ، فان وطئها فى حيض أو نفاس أو احرام من أحدهما أو منهما ، أو وأحدهما صائم فرضاً لم تحل، لأنه وطء حرام لحق الله تعالى فلم يحصل به الاحلال كوطء المرتدة ، وقـد

خالفهم ابن قدامة منهم فقال : وظاهر النص حلها ، وقوله تعالى « حتى تنكح زوجا غيره » وهذه قد نكحت زوجا غيره .

وأيضاً قوله صلى الله عليه وسلم « حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك » وهذا قد وجد ولأنه وطء في نكاح صحيح في محل الوطء على سبيل التمام فأحلها كالوطء الحلال وكما لو وطئها وقد ضاق وقت الصلاة أو وطئها وهي مريضة يضرها بالوطء . وهذا أصح ان شاء الله . وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي .

وأما وطء المرتدة فلا يحلها ، سواء وطئها في حال ردتهما أو ردتها ؛ أو وطيء المرتدة المسلمة ، لأنه ان لم يعد المرتد منهما الى الاسلام تبين أن الوطء في غير نكاح . وان عاد الى الاسلام في العدة فقد كان الوطء في نكاح غير تام . لأن سبب البينونة حاصل فيه . وهكذا لو أسلم أحد الزوجين فوطئها الزوج قبل اسلام الآخر لم يحلها لذلك .

فرع وان طلق مسلم ذمية ثلاثاً فتزوجت بذمي وأصابها ثم فارقها حلت للمسلم . وقال مالك : لا تحل . دليلنا أنه اصابة من زوج في نكاح صحيح فحلت للأول كما لو تزوجها مسلم .

وان تزوجها الثاني فجن فأصابها في حال جنونه ؛ أو جنت فأصابها في حال جنونها أو وجدها الزوج على فراشه فظنها أجنبية فوطئها فبان أنها زوجته حلت للأول بعد مفارقة الثاني ، لأنه ايلاج تام صادف زوجية ولم يفقد الا القصد ، وذلك غير معتبر في الاصابة كما قلنا في استقرار المسمى .

فرع قال الشافعي رضي الله عنه : وان كانت الاصابة بعد ردة أحدهما ثم رجع المرتد منهما لم تحلها الاصابة لأنها محرمة في تلك الحال ؛ وجملة ذلك أن المطلقة ثلاثا اذا تزوجت بآخر ثم ارتد أحدهما أو ارتدا ووطئها في حال الردة لم يحلها للأول لأن الوطء انما ينتج اذا حصل في نكاح صحيح تام ، والزوجية هنا متشعثة بالردة . وقال المزني : هذه المسألة محال لأنهما ان ارتدا أو ارتد أحدهما قبل الدخول انفسخ النكاح بنفس الردة .

وان ارتد أو ارتد أحدهما بعد الدخول فقد حصل الاحلال بالوطء قبل الردة فلا تؤثر الردة •

قال أصحابنا : ليست بمحال ، بل تتصور على قوله القديم الذي يقول: ان الخلوة كالاصابة ؛ فاذا خلا بها ثم ارتدا أو أحدهما فعليها العدة • فما دامت فى العدة فالزوجية قائمة وتتصور على قوله الجديد بأن يطأها فيما دون الفرج فسبق الماء الى الفرج او تستدخل ماءه ثم يرتد أحدهما فيجب عليها العدة أو يطأها فى الموضع المكروه فيرتدان أو أحدهما فيجب عليها العدة ، فيتصور هذا فى هذه المواضع الثلاثة •

مسألة اذا طلقها ثلاثاً فانقضت عدتها منه فوجدها رجل على فراشه فظنها زوجته أو أمته فوطئها ؛ أو كانت أمة الآخر فوطئها سيدها لم تحل للأول لقوله تعالى « حتى تنكح زوجا غيره » وهذا ليس بزوج • وان اشتراها زوجها قبل أن تنكح زوجا غيره فهل يحل له وطؤها بالملك ؟ فيه وجهان : (أحدهما) يحل له وطؤها لأن الطلاق من خصائص الزوجية فأثر فى تحريم الوطء بالزوجية دون ملك اليمين • (والثانى) لا تحل له وهو المذهب لقوله تعالى « حتى تنكح زوجا غيره » ولم يفرق ؛ ولأن كل امرأة يحرم عليه نكاحها لم يجز له وطؤها بملك اليمين كالملاعنة وان نكحها رجل نكاحا فاسداً ووطئها فهل تحل للأول ؟ فيه قولان •

(أحدهما) لا يحلها لأنه وطء فى نكاح فاسد فهو كوطء الشبهة •

(والثانى) يحلها لقوله صلى الله عليه وسلم « لعن الله المحلل والمحلل له » فسماه محللا ، ولأنه وطء فى نكاح فأشبه النكاح الصحيح •

قال فى الاملاء : واذا طلق الرجل امرأته طلاقا رجعياً فانقضت عدتها فجاءها رجل فقال : توقفى فلعل زوجك قد راجعك لم يلزمها التوقف لأن انقضاء العدة قد وجد فى الظاهر ، والرجعة أمر محتمل فلا يترك الظاهر للمحتمل • والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان تزوجت المطلقة ثلاثا بزوج وادعت عليه أنه أصابها وانكر الزوج لم يقبل قولها على الزوج الثانى فى الاصابة ويقبـل قولها فى الاباحـة للزوج الأول لأنها تدعى على الزوج الثانى حقا وهو استقرار المهر ولا تدعى على الأول شيئا وانما تخبره عن أمر هى فيه مؤتمنة فقبل ، وان كذبها الزوج الاول فيما تدعيه على الثانى من الاصابة ثم رجع فصدقها جاز له أن يتزوجها لانه قد لا يعلم أنه أصابها ثم يعلم بعد ذلك .

وان ادعت على الثانى أنه طلقها وأنكر الثانى لم يجز للأول نكاحها لانه اذا لم يثبت الطلاق فهى باقية على نكاح الثانى فلا يحل للأول نكاحها ، ويخالف اذا اختلفا فى الاصابة بعد الطلاق لانه ليس لأحد حق فى بضعها فقبل قولها .

فصـــل اذا عادت المطلقة ثلاثا الى الأول بشروط الاباحة ملك عليها ثلاث تطليقات ، لانه قد استوفى ما كان يملك من الطـلاق الثلاث ، فوجب أن يستأنف الثلاث ، فان طلقها طلقة أو طلقتين فتزوجت بزوج آخـر فوطئها ثم أبانها رجعت الى الأول بما بقى من عدد الطلاق . لأنها عادت قبل اسـتيفاء العدد فرجعت بما بقى ، كما لو رجعت قبل أن تنكح زوجا غيره) .

الشرح اذا طلق الرجل امرأته ثلاثا فجاءت الى الذى طلقها وادعت أن عدتها منه قد انقضت وأنها قد تزوجت بآخر وأصابها وطلقهـا الثـانى وانقضت عدتها ، وكان قد مضى من يوم الطلاق زمان يمكن صدقها فيـه ، جاز للأول أن يتزوجها لأنها مؤتمنة فيما تدعيه من ذلك ، فان وقع فى نفس الزوج كذبهـا فالورع له أن لا يتزوجهـا ، فان نكحهـا جاز لأن ذلك مما لا يتوصل الى معرفته الا من جهتها ، وان كانت عنده صـادقة لم يكره له تزويجها ، ويستحب له أن يبحث عن ذلك ليعرف به صدقها ، فان لم يبحث عن ذلك جاز ، فان رجعت المرأة عما أخبرت به نظرت ــ فان كان قبل أن يعقد عليها الأول ــ لم يجز له العقد عليها وان كان بعدما عقد عليها لم يقبل رجوعها ، لأن فى ذلك ابطالا للعقد الذى لزمها فى الظاهر .

فـــرع وان طلق امرأته ثلاثا فتزوجت بآخر بعد انقضاء عدتهـا وطلقها الثانى فادعت الزوجة على الثانى أنه طلقها بعد أن أصـابها وأنكر

الثانى الاصابة فالقول قوله مع يمينه أنه ما أصابها ؛ لأن الأصل عدم الاصابة ولا يلزمه الا نصف المسمى ويلزمها العقد للثانى لأنها مقرة بوجوبها ؛ فان صدقها الأول أن الثانى قد أصابها فى النكاح ، هل له أن يتزوجها ؟ لأن قولها مقبول فى اباحتها للأول ، وان لم يقبل على الثانى ؟ فان قال الأول : أنا أعلم أن الثانى لم يصبها لم يجز له أن يتزوجها ؛ فان عاد وقال : علمت أن الثانى أصابها ، حل له أن يتزوجها لأنه قد يظن أنه لم يصبها ثم يعلم أنه أصابها فحلت له .

مسألة الفرقة التى يقع بها التحريم بين الزوجين على أربعة أضرب : (الأولى) فرقة يقع بها التحريم ، ويرتفع ذلك التحريم بالرجعة وهو الطلاق الرجعى على ما مضى وهذا أخفها (والضرب الثانى) فرقة يرتفع بها التحريم بعقد نكاح مستأنف قبل زوج ؛ وهو أن تطلق غير المدخول بها طلقة أو طلقتين أو تطلق المدخول بها طلقة أو طلقتين بغير عوض ولا يسترجعها حتى تنقضى عدتها أو يطلقها طلقة أو طلقتين بعوض أو يجد أحدهما بالآخر عيبا فيفسخ النكاح أو يعسر الزوج بالمهر والنفقة فتفسخ الزوجة النكاح فلا رجعة للزوج فى هذا كله وانما يرتفع التحريم بعقد نكاح مستأنف ولا يشترط أن يكون ذلك بعد زوج واصابة ، وهذا الضرب أغلظ من الأول .

(الضرب الثالث) فرقة يقع بها التحريم ولا يرتفع ذلك التحريم الا بعقد مستأنف بعد زوج واصابة . وهو أن يطلق الرجل امرأته ثلاثا ، سواء كانت مدخولا بها أو غير مدخول بها ؛ فيحرم عليه العقد عليها الا بعد زوج واصابة على ما سبق . وهذا أغلظ من الأولين .

(والضرب الرابع) فرقة يقع بها التحريم على التأبيد لا يرتفع بحال ؛ فهى الفرقة باللعان على ما يأتى فى اللعان . وهذا أغلظ الفرق .

اذا ثبت هذا فان الرجل اذا طلق زوجته طلاقا رجعيا فى عدتها ، فانها تكون عنده على ما بقى له من عدد الطلاق ؛ وان طلق امرأته ثلاثا ثم

تزوجها بعد زوج فانه يملك عليها ثلاث طلقات • وهذا اجماع لا خلاف فيه، وان أبان امرأته بدون الثلاث حتى انقضت عدتها ثم تزوجها قبل أن تتزوج زوجا غيره فانها تكون عنده ما بقى من عدد الثلاث • وهذا أيضاً لا خلاف فيه وان تزوجها بعد أن تزوجت غيره فانها تعود اليه عندنا على ما بقى من عدد الثلاث لا غير • وبه قال فى الصحابة عمر وعلى وأبو هريرة ومن الفقهاء مالك والأوزاعى والثورى وابن أبى ليلى ومحمد بن الحسن وزفر • وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : تعود اليه بالثلاث ؛ وقال ابن عباس بمثل ذلك • دليلنا أن اصابة الزوج ليست شرطاً فى الاباحة للأول فلم تؤثر فى الطلاق كاصابة الشبهة • والله تعالى أعلم وهو حسبنا ونعم الوكيل •

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب الايـــلاء

يصح الايلاء من كل زوج بالغ عاقل قادر على الوطء لقوله عز وجـــل « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر » وأما الصبى والمجنون فلا يصح الايلاء منهما لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة : الصبى حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » ولأنه قول يختص بالزوجية فلم يصح من الصبى والمجنون كالطلاق . وأما من لا يقدر على الوطء ، فان كان سبب يزول كالمريض والمحبوس صح ايلاؤه . وان كان بسبب لا يزول كالمجبوب والأشل ففيه قولان :

(احدهما) يصح ايلاؤه لأن من صح ايلاؤه اذا كان قادراً على الوطء صح ايلاؤه اذا لم يقدر كالمريض والمحبوس .

(والثانى) قاله فى الأم لا يصح ايلاؤه لأنه يمين على ترك مالا يقدر عليـه بحال فلم يصح ، كما لو حلف لا يصعد السماء . ولأن القصد بالايلاء أن يمنع نفسه من الجماع باليمين ، وذلك لا يصح ممن لا يقدر عليه ، لأنه ممنوع مـن غير يمين ، ويخالف المريض والمحبوس لأنهما يقـدران عليـه اذا زال المرض والحبس . فصح منهما المنع باليمين ، والمجبوب والأشل لا يقدران بحال) .

الشرح قوله تعالى « للذين يؤلون من نسائهم » ؛ الآية . معنـاه يحلفون ، والمصـدر ايلاء وألية وألوة والوة . وقرأ أبى وابن عباس : (للذين يقسمون) ومعلوم أن يقسـمون تفسير يؤلون ، وقرىء « للذين آلوا » يقال : آيلى يؤلى ايلاء وتألى تألياً وائتلى ائتلاء أى حلف . ومنـه « ولا يأتل أولو الفضل منكم » كذا أفاده القرطبى وقال طرفة بن العبد :

فآليت لا ينفك كشـحى بطانة ... لعضب رقيق الشـفرتين مهند

وقال فى الجمع :

قليـل الألا يا حافظ ليمينـه ... وان سـبقت منه الأليـة برت

وقال آخر :

فآليت لا أنفك أحدو قصيدة تكون واياها بها مثلا بعدى

وفى الحديث « ومن يتأل على الله يكذبه » وقال ابن عباس : كان ايلاء الجاهلية السنة والسنتين وأكثر من ذلك ؛ يقصدون بذلك ايذاء المرأة عند المساءة ، فوقت لهم أربعة أشهر . وقد آلى النبى صلى الله عليه وسلم عندما سأله نساؤه النفقة مما ليس عنده . كذا فى الصحيحين وفى سنن الترمذى وابن ماجه « أن زينب ردت عليه هديته فغضب صلى الله عليه وسلم فآلى منهن » .

ويلزم الايلاء كل من يلزمه الطلاق ، فالحر والعبد والسكران يلزمه الايلاء وكذلك السفيه والمولى عليه اذا كان بالغاً عاقلا . وكذلك الخصى اذا لم يكن مجبوبا والشيخ اذا كان فيه بقية رمق ونشاط .

وجملة ذلك أنه يصح الايلاء من كل زوج مكلف قادر على الوطء وأما الصبى والمجنون فلا يصح ايلاؤهما ؛ لأن القلم مرفوع عنهما ؛ ولأنه قول تجب بمخالفته كفارة أو حق فلم ينعقد منهما كالنذر .

وأما العاجز عن الوطء فان كان لعارض مرجو زواله كالمرض والحبس صح ايلاؤه لأنه يقدر على الوطء فصح منه الامتناع منه ؛ وان كان غير مرجو الزوال كالجب والشلل لم يصح ايلاؤه لأنها يمين على ترك مستحيل فلم تنعقد ؛ كما لو حلف أن لا يقلب الحجارة ذهباً ؛ ولأن الايلاء اليمين المانعة من الوطء وهذا لا يمنعه يمينه فانه متعذر منه ولا تضر المرأة يمينه .

واختلف قول الشافعى فى المجبوب فقال : ولا يلزم الايلاء الا زوجا صحيح النكاح . فأما فاسد النكاح فلا يلزمه ايلاء . وقال : واذا آلى الخصى غير المجبوب من امرأته فهو كغير الخصى . وهكذا لو كان مجبوباً قد بقى له ما يبلغ به من المرأة ما يبلغ الرجل حتى تغيب حشفته كان كغير الخصى فى جميع أحكامه . وأما اذا آلى الخصى المجبوب من امرأته قيل له : فىء بلسانك لا شىء عليه غيره لأنه ممن لا يجامع مثله ، وانما الفىء

الجماع ، وهو ممن لا جماع عليه • قال : ولو تزوج رجل امرأة ثم آلى منها ثم خصى ولم يجب كان كالفحل ، ولوجب كان له الخيار مكانها فى المقام معه أو فراقه ؛ فان اختارت المقام معه قيل له : اذا طلبت الوقف ففىء بلسانك لأنه ممن لا يجامع ا هـ •

قال الربيع : ان اختارت فراقه فالذى أعرف للشافعى أنه يفرق بينهما ، وان اختارت المقام معه فالذى أعرف للشافعى أن امرأة العنين اذا اختارت المقام معه بعد الأجل أنه لا يكون لها خيار ثانية • المجبوب عندى مثله ا هـ

قال القرطبى من المالكية وهو صاحب الجامع لأحكام القرآن : والأصح والأقرب الى الكتاب والسنة القول بأنه لا يصح ايلاؤه ، فان الفىء هو الذى يسقط اليمين ، والفىء بالقول لا يسقطها •

والى عدم ايلائه ذهب المالكية والحنابلة الا أبا الخطاب فانه قال : يحتمل أن يصح الايلاء منه قياساً على العاجز بمرض أو حبس • وقال ابن قدامة : فأما الخصى الذى سلت بيضتاه أو رضت فيمكن منه الوطء وينزل ماء رقيقاً فيصح ايلاؤه • وكذلك المجبوب الذى بقى من ذكره ما يمكن الجماع به •

وقالت الحنفية : ان عجز عن وطئها لجبة صح ايلاؤه ؛ وفيؤه أن يقول : فئت اليها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ولا يصح الايلاء الا بالله عز وجل ، وهل يصح بالطلاق والعتاق والصوم والصلاة وصدقة المال ؟ فيه قولان : قال فى القديم : لا يصح لأنه يمين بغير الله عز وجل ، فلم يصح به الايلاء كاليمين بالنبى صلى الله عليه وسلم والكعبة وقال فى الجديد : يصح وهو الصحيح لأنه يمين يلزمه بالحنث فيها حق ، فصح به الايلاء كاليمين بالله عز وجل ، فاذا قلنا بهذا فقال : ان وطئتك فعبدى حر فهو مول • وان قال : ان وطئتك فلله على ان أعتق رقبة فهو مول ، وان قال : ان وطئتك فانت طالق ، أو امرأتى الأخرى طالق فهو**

مـول . وأن قال ان وطئتك فعلى أن أطلقك أو أطلق امرأتى الأخرى لم يـكن موليا ، لأنه لا يلزمه بالوطء شيء . وان قال : ان وطئتك فانت زانية لم يكن موليا لأنه لا يلزمه بالوطء حق لأنه لا يصير بوطئها قاذفا ، لأن القذف لا يتعلق بالشرط ، لأنه لا يجوز أن تصير زانية بوطء الزوج كما لا تصير زانية بطلوع الشمس ، واذا لم يصر قاذفا لم يلزمه بالوطء حق فلم يجز أن يكون موليا .

وان قال : ان وطئتك فلله على صوم هذا الشهر لم يكن موليا ، لأن المولى هو الذى يلزمه بالوطء بعد أربعة اشهر حق أو يلحقه ضرر ، وهذا يقدر على وطئها بعد أربعة اشهر من غير ضرر يلحقه ولا حق يلزمه ، لأن صوم شـــهر مضى لا يلزمه ، كما لو قال : ان وطئتك فعلى صوم امس .

وان قال : ان وطئتك فسالم حر عن ظهارى وهو مظاهر فهو مول . وقال المزنى : لا يصير موليا لأن ما وجب عليه لا يتعين بالنذر ، كما لو قال : ان وطئتك فعلى أن اصوم اليوم الذى على من قضاء رمضان فى يوم الاثنين ، وهذا خطـا لأنه يلزمه بالوطء حق وهو اعتاق هذا العبد .

واما الصوم فقد حكى ابو على بن ابى هريرة فيه وجها آخر انه يتعـــين بالنذر كالعتق ، والذى عليه أكثر أصحابنا وهو المنصوص فى الأم انه لا يتعين . والفرق بينهما أن الصوم الواجب لا تتفاضل فيه الأيام ، والرقاب تتفاضـــل اثمانها . وان قال ان وطئتك فعبدى حر عن ظهارى ان ظاهرت ، لم يكن موليا فى الحال لأنه يمكنه ان يطأها فى الحال ولا يلزمه شيء ، لأنه يقف العتق بعد الوطء على شرط آخر ، فهو كمـا لو قال : ان وطئتك ودخلت الدار فعبـدى حر ، وان ظاهر منها قبل الوطء صار موليا ، لأنه لا يمكنه ان يطأها فى مدة الايلاء الا بحق يلزمه فصار كما لو قال : ان وطئتك فعبدى حر) .

الشرح من شروط الايلاء التى لا يصح الا بها أن يحلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته ، ولا خلاف بين أهل العلم فى أن الحلف بذلك ايلاء ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم « من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت » .

فأما ان حلف على ترك الوطء بغير هذا ، مثل ان حلف بطلاق أو عتاق أو صدقة المال أو الحج أو الظهار ، فعلى قوله فى القديم [1] لا يكون موليا للحديث ، وفى احدى الروايتين عن أحمد كذلك .

---

(١) أخطأ القرطبى فى تفسيره الجامع لأحكام القرآن اذا اختلط عليه قولا الشافعى فجعل قوله فى الجديد مكان قوله فى القديم والعكس فليحرر ، وذلك فى الجزء الثالث بالصفحة ١٠٣ مطبوعة دار الكتب (المطيعى)

وقال ابن عباس : كل يمين منعت جماعا فهى ايلاء • وهو قول الشافعى فى الجديد والرواية الأخرى عن أحمد ، وبذلك قال الشعبي والنخعي ومالك وأهل الحجاز والثورى وأبو حنيفة وأهل العراق وأبو ثور وأبو عبيد وابن المنذر والقاضى أبو بكر بن العربى ، لأنها يمين منعت جماعها فكانت ايلاء كالحلف بالله ولأن تعليق الطلاق والعتاق على وطئها حلف بدليل أنه لو قال: متى حلفت بطلاقك فأنت طالق ، ثم قال : ان وطئتك فأنت طالق ، طلقت فى الحال • وقال أبو بكر : كل يمين من حرام أو غيرها يجب بها كفارة يكون الحالف بها موليا وأما الطلاق والعتاق فليس الحلف به ايلاء لأنه يتعلق به حق آدمى وما أوجب كفارة تعلق بها حق الله تعالى ، والرواية الأولى هى المشهورة ؛ لأن ايلاء المطلق انما هو القسم ؛ ولهذا قرأ أبى وابن عباس « يقسمون » مكان يولون • وروى عن ابن عباس فى تفسير يولون قال « يحلفون بالله » •

قال ابن قدامة : والتعليق بشرط ليس بقسم ، ولهذا لا يؤتى فيه بحرف القسم ولا يجاب بجوابه ولا يذكره أهل العربية فى باب القسم فلا يكون ايلاء ؛ وانما يسمى حلفا تجوزاً لمشاركته القسم فى المعنى المشهور وهو الحث على الفعل أو المنع منه أو توكيد الخبر ، والكلام عند اطلاقه لحقيقته، ويدل على هذا قول الله تعالى « فان فاءوا فان الله غفور رحيم » وانما يدخل الغفران فى اليمين بالله •

قلت : فاذا قلنا بقوله فى الجديد أو بالرواية الأخرى لأحمد بن حنبل أو بما ثبت عن مالك قولا واحداً فانه لا يكون موليا الا أن يحلف بما يلزمه بالحنث فيه حق ؛ كقوله : ان وطئتك فأنت طالق أو فأنت على كظهر أمى أو فأنت على حراء أو فالله على صوم سنة أو الحج أو صدقة فهذا يكون ايلاء ، لأنه يلزمه بوطئها حق يمنعه من وطئها خوفه من وجوبه •

وان قال : ان وطئتك فأنت زانية لم يكن موليا لأنه لا يلزمه بالوطء حق ؛ ولا يصير قاذفا بالوطء ، لأن القذف لا يتعلق بالشرط ، ولا يجوز بالشرط أن تصير زانية بوطئه لها كما لا تصير زانية بطلوع الشمس • وان

قال : ان وطئتك فلله على صوم هذا الشهر لم يكن موليا لأنه وطئها بعد مضيه لم يلزمه حق ، فان صوم هذا الشهر لا يتصور بعد مضيه فلا يلزم بالنذر كما لو قال : وطئتك فلله على صوم أمس • وان قال : ان وطئتك فلله علي أن أصلى عشرين ركعة كان موليا •

وقال أبو حنيفة : لا يكون موليا لأن الصلاة لا يتعلق بها مال ولا تتعلق بمال فلا يكون الحالف بها موليا ؛ كما لو قال : ان وطئتك فلله علي أن أمشى فى السوق • قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم : واذا قال لامرأته مالى فى سبيل الله تعالى أو على مشى الى بيت الله أو على صوم كذا أو نحر كذا من الابل ان قربتك فهو مول لأن هذا اما لزمه واما لزمته به كفارة يمين •

ثم قال : وان قال والكعبة أو عرفة أو والمشاعر أو وزمزم أو والحرم أو والمواقف أو الخنس أو والفجر أو والليل أو والنهار أو وشىء مما يشبه هذا لا أقربك ، لم يكن موليا ؛ لأن كل هذا خارج من اليمين ، ولا يتبرر ولا حق لآدمى يلزم حتى يلزمه القائل له نفسه •

فرع قال الشافعى رضى الله عنه : وان قال : ان قربتك فأنت زانية فليس بمول اذا قربها ؛ واذا قربها فليس بقاذف يحد حتى يحدث لها قذفا صريحا يحد به أو يلاعن ؛ وهكذا ان قال : ان قربتك ففلانة ــ لا مرأة له أخرى ــ زانية •

وقال رضى الله عنه : وان قال لامرأته : ان قربتك فعبدى فلان حر عن ظهارى ــ فان كان متظراً ــ فهو مول ما لم يمت العبد أو يبيعه أو يخرجه من ملكه وان كان غير متظهر فهو مول فى الحكم ، لأن ذلك اقرار منه بأنه متظهر وان وصل الكلام فقال : ان قربتك فعبدى فلان حر عن ظهارى ان تظهرت لم يكن مولياً حتى يتظهر ، فاذا تظهر والعبد فى ملكه كان مولياً لأنه حلف حينئذ يعتقه • ا هـ •

قلت : وكذلك لا يكون موليا ان حلف بالنبى أو الملائكة أو الكعبة ألا يطأها أو قال : هو يهودى أو زان ان وطئها •

فـــرع قال الشافعى رضى الله عنه : ولو كان عليه صـــوم يوم فقال : لله على أن أصوم يوم الخميس عن اليوم الذى على لم يكن عليـه صومه ؛ لأنه لم ينذر فيه بشىء يلزمه ، وأن صـــوم يوم لازم له فأى يـــوم صامه أجزأ عنه ، ولو صامه بعينه أجزأ عنه من الصـــوم الواجب لا مـــن النذر •

هذا هو قول الشافعى الذى أشار اليه المصنف وعليه أكثر أصحابنا خلافاً لما حكاه أبو على بن أبى هريرة وجها آخر أنه يتعين بالنذر كالعتق • وان قال : ان وطئتك فأنت على كظهر أمى فانه لا يقربها حتى يكفر • وهـــكذا نص أحمد بن حنبل فى تحريمها قبل التكفير • وعليه أن يتربص مدة الايلاء ، لأنه لا يمكنه أن يطأها قبل مضى المدة ولو أدى كفارة الظهار •

وقال أحمد : اذا واطأ فى الايلاء زال حكم الايلاء وثبت الظهار وقـــد توزع فى هذا اذ كيف يكون مظاهراً من واطأ قبل الكفارة ، وأجيب بأنه اذا وطىء ههنا صار مظاهراً من زوجته وزال حكم الايلاء ، ويحتمل أنه أراد وطئها مرة فقد ثبت الظهار فلا يطؤها مرة أخـــرى حتى يكفر لكونه صـــار بالوطء مظاهراً ، اذ لا يصح تقديم الكفارة على الظهار لأنه سببها • ولا يجوز تقديم الحكم على سببه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا يصح الايلاء الا على ترك الوطء فى الفرج ، فان قال والله لا وطئتك فى الدبر لم يكن موليا ، لأن الايلاء هو اليمين التى يمنع بها نفسه مـــن الجماع ، والوطء فى الدبر ممنوع منه من غير يمين ، ولأن الايلاء هو اليمين التى يقصد بها الاضرار بترك الوطء ، والوطء الذى يلحق الضرر بتركه هو الوطء فى الفرج

وان قال : والله لا وطئتك فيما دون الفرج لم يكن موليا ، لانه لا ضرر فى ترك الوطء فيما دون الفرج .

فصل وان قال والله لا أنيكك فى الفرج ، أو والله لا أغيب ذكرى فى فرجك ، أو والله لا افتضك بذكرى ، وهى بكر ، فهو مول فى الظاهر والباطن لانه صريح فى الوطء فى الفرج ، وان قال : والله لا جامعتك أو لا وطئتك فهو مول فى الحكم لأن اطلاقه فى العرف يقتضى الوطء فى الفرج . وان قال : أردت بالوطء وطء القدم وبالجماع الاجتماع بالجسم دين فيه لانه يحتمل ما يدعيه . وان قال : والله لا افتضك ولم يقل بذكرى ففيه وجهان :

(أحدهما) انه صريح كالقسم الأول (والثانى) انه صريح فى الحكم كالقسم الثانى ، لانه يحتمل الافتضاض بغير ذكره .

وان قال : والله لا دخلت عليك ، أو لا تجتمع رأسى ورأسك ، أو لا جمعنى واياك بيت فهو كناية ، فان نوى به الوطء فى الفرج فهو مول ، وان لم تكن له نية فليس بمول ، لانه يحتمل الجماع وغيره ، فلم يحمل على الجماع من غير نية كالكنايات فى الطلاق .

وان قال : والله لا باشرتك ولا مسستك أو لا أفضو اليك ففيه قولان . قال فى القديم هو مول لانه ورد به القرآن بهذه الألفاظ والمراد بها الوطء فان نوى به غير الوطء دين لانه يحتمل ما يدعيه ، وقال فى الجديد : لا يكون موليا الا بالنية لانه مشترك بين الوطء وغيره فلم يحمل على الوطء من غير نية ، كقوله لا اجتمع رأسى ورأسك .

واختلف اصحابنا فى قوله لا أصيبك أو لا لمستك أو لاغشيتك أو لاباضعتك فمنهم من قال هو كقوله لا باشرتك أو لامسستك فيكون على قولين . ومنهم من قال : هو كقوله : لا أجتمع رأسى ورأسك ، فان نوى به الوطء فى الفرج فهو مول ، وان لم يكن له نية فليس بمول .

وان قال : والله لا غيبت الحشفة فى الفرج فهو مول ، لأن تغييب ما دون الحشفة ليس بجماع ولا يتعلق به احكام الجماع ، فصار كما لو قال والله لا وطئتك وان قال : والله لا جامعتك الا جماع سوء ، فان أراد به لا جامعتك الا فى الدبر او فيما دون الفرج فهو مول ، لأنه منع نفسه من الجماع فى الفرج فى مدة الايلاء وان أراد به لا جامعتك الا جماعا ضعيفاً لم يكن موليا ، لأن الجماع الضعيف كالقوى فى الحكم فكذلك فى الايلاء) .

الشرح قوله : لا أقتضك بالقاف هو جماع البكر والقضة بالكسر جماع الجارية ، أفاده ابن بطال .

وقال فى المصباح شرح غريب الجامع الكبير للرافعى : قضضت الخشبة قضاً من باب قتل ثقبتها • ومنه القضة بالكسر وهي البكارة • يقال اقتضضتها اذا أزلت قضتها ، ويكون الاقتضاض قبل البلوغ وبعده • وأما ابتكرها واختصرها وابتسرها بمعنى الاقتضاض ، فالثلاثة مختصة بما قبل البلوغ ؛ وكما هو معروف من اللغة من حيث تقارب المعنى حين تتقارب مخارج الحروف وتتجاوز فى نطقها رأينا أن الافتضاض بالفاء كالاقتضاض بالقاف من فضضت الختم فضاً من باب قتل كسرته ، وفضضت البكارة أزلتها على التشبيه بالختم • قال الفرزدق •

فبتن بجانبى مصرعات وبت أفض أغلاق الختام

مأخوذ من فضضت اللؤلؤة اذا خرقتها ، وفض الله فاه نثر أسنانه ، وفضضت الشيء فضاً فرقته فانفض ، وفى التنزيل « لانفضوا من حولك » •

وقوله « لا باضعتك » قال ابن الصباغ : قال أبو حنيفة : هو مشتق من البضع وهو الفرج فيكون صريحاً ، ويحتمل أن يكون من التقاء البضعة من البدن بالبضعة منه ؛ والبضعة القطعة من اللحم • ومنه الحديث : « فاطمة بضعة منى » وقيل البضع هو الاسم من باضع اذا جامع •

اما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : ولا يلزمه الايلاء حتى يصرح بأحد أسماء الجماع التى هى صريحة • وذلك : والله لا أطؤك ، أو والله لا أغيب ذكرى فى فرجك ، أو لا أدخله فى فرجك ؛ أو لا أجامعك • أو يقول ان كانت عذراء : والله لا أقتضك (بالقاف) أو لا أفتضك (بالفاء) أو ما فى هذا المعنى • فان قال هذا فهو مول فى الحكم ، وان قال لم أرد به الجماع نفسه كان مدينا بينه وبين الله تعالى ولم يدين فى الحكم •

قال الشافعى رضى الله عنه : وان قال والله لا أباشرك أو والله لا أباضعك أو والله لا ألامسك أو لا أرشفك أو ماأشبه هذا فان أراد الجماع نفسه فهو مول ؛ وان لم يرده فهو مدين فى الحكم والقول فيه قوله ، ومتى قلت: القول قوله فطلبت يمينه أحلفته لها فيه ا هـ •

قلت مقتضى هذا أنه اذا قال : والله لا وطئتك فى الدبر لم يكن موليا لأنه لم يترك الوطء الواجب عليه ، ولا تتضرر المرأة بتركه ، وانما هو وطء محرم ، وقد أكد منع نفسه منه بيمينه • وان قال : والله لا وطئتك دون الفرج لم يكن موليا لأنه لم يحلف على الوطء الذى يطالب به فى الفيئة ولا ضرر على المرأة فى تركه • وان قال والله لا جامعتك الا جماع سوء ، فقد قال الشافعى رضى الله عنه ولو قال والله لا أجامعك الا جماع سوء ، فان قال عنيت لا أجامعك الا فى دبرك فهو مول والجماع نفسه فى الفرج لا فى الدبر • ولو قال : عنيت لا أجامعك الا بأن لا أغيب فيك الحشفة فهو مول ؛ لأن الجماع الذى له الحكم انما يكون بتغييب الحشفة • وان قال عنيت لا أجامعك الا جماعا قليلا أو ضعيفا أو متقطعا أو ما أشبه هذا فليس بمول ا هـ •

اذا ثبت هذا فانه اذا قال : والله لا جامعتك الا جماع سوء سئل عما أراد ، فان قال أردت الجماع فى الدبر فهو مول ، لأنه حلف على ترك الوطء فى الفرج ، وكذلك اذا قال أردت أن لا أطأها الا دون الفرج • وان قال أردت جماعا ضعيفاً لا يزيد على التقاء الختانين لم يكن موليا ، لأنه يمكنه الوطء الواجب عليه فى الفيئة بغير حنث •

وان قال : أردت وطئا لا يبلغ التقاء الختانين فهو مول ، لأنه يمكنه الوطء الواجب عليه فى الفيئة بغير حنث ؛ وان لم تكن له نية فليس بمول : لأنه محتمل فلا يتعين ما يكون به موليا • وان قال : والله لا جامعتك جماع سوء فقد قال الشافعى رضى الله عنه : وان قال والله لا أجامعك فى دبرك فهو محسن غير مول لأن الجماع فى الدبر لا يجوز ، وكذلك ان قال : والله لا أجامعك فى كذا من جسدك غير الفرج لا يكون موليا الا بالحلف على الفرج : أو الحلف منهما فيكون ظاهره الجماع على الفرج ا هـ •

وجملة ذلك أنه اذا قال : والله لا جامعتك جماع سوء لم يكن موليا بحال لأنه لم يحلف على ترك الوطء وانما حلف على ترك صفته المكروهة •

اذا ثبت هذا فان الألفاظ التى يكون بها مولياً تنقسم الى ثلاثة أقسام : الأول ما هو صريح فى الحكم والباطن جميعاً ، وهو ألفاظ ثلاث وهى : والله لا أنيكك ، ولا أدخل أو لا أغيب أو لا أولج ذكرى فى فرجك ، ولا افتضضتك للبكر خاصة ؛ فهذه صريحة : ولا يدين فيها لأنها لا تحتمل غير الايلاء •

أما اذا قال للثيب : والله لا أقتضك بالقاف ولم يقل بذكرى ففيه وجهان: (أحدهما) أنه صريح كالقسم الأول هذا (والثانى) أنه صريح فى الحكم كالقسم الثانى ، وسيأتى •

القسم الثانى : صريح فى الحكم ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، وهو عشرة ألفاظ : لا وطئتك ؛ ولا جامعتك : ولا أصبتك ، ولا باشرتك ، ولا مسستك ولا قربتك ؛ ولا أتيتك ، ولا باضعتك ، ولا باعلتك ؛ ولا اغتسلت منك ، فهذه صريحة فى الحكم لأنها تستعمل فى العرف فى الوطء ، وقد ورد القرآن ببعضها فقال تعالى « ولا تقربوهن حتى يطهرهن ، فاذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله » وقال : « ولا تباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد » وقال : « من قبل أن تمسوهن » •

وأما الجماع والوطء فهما أشهر الألفاظ فى الاستعمال ، فلو قال أردت بالوطء الوطء بالقدم ، وبالجماع اجتماع الأجسام ، وبالاصابة الاصابة باليد ، دين فيما بينه وبين الله تعالى ولم يقبل فى الحكم ؛ لأنه خلاف الظاهر والعرف ، وقد اختلف قول الشافعى فيما عدا الوطء والجماع من هذه الألفاظ ، فقال فى الجديد ليس بصريح فى الحكم لأنه حقيقة فى غير الجماع• وقال فى قوله : لا باضعتك ليس بصريح لأنه يحتمل أن يكون من التقاء البضعتين ، البضعة من البدن بالبضعة منه ، فان النبى صلى الله عليه وسلم قال « فاطمة بضعة منى » •

وقال فى القديم : هو مول لأنها ألفاظ وردت فى القرآن مراداً بها الجماع• قال أصحاب أحمد : انه مستعمل فى الوطء عرفا ، وقد ورد به القرآن والسنة فكان صريحا كلفظ الوطء والجماع • وكونه حقيقة فى غير الجماع

يبطل بلفظ الوطء والجماع ، وكذلك قوله باضعتك فانه مشتق من البضع فى غير الوطء فهو أولى أن يكون صريحا من سائر الألفاظ لأنها تستعمل فى غيره ؛ وبهذا قال أبو حنيفة .

القسم الثالث : ما لا يكون ايلاء الا بالنية وهو ما عدا هذه الألفاظ مما يحتمل الجماع كقوله : والله لا يجمع رأسى ورأسك شيء ، لا ساقف رأسى رأسك ، لاسوأتك لأغيظنك ، لتطولن غيبتى عنك ، لا مس جلدى جلدك ، لا قربت فراشك ، لا أويت معك ، لا نمت عندك ؛ فهذه ان أراد بها الجماع واعترف بذلك كان مؤليا والا فلا ، لأن هذه الألفاظ ليست ظاهرة فى الجماع كظهور التى قبلها ولم يرد النص باستعمالها فيه ، الا أن هذه الألفاظ منقسمة الى ما يفتقر فيه الى نية الجماع والمدة معاً . وهى قوله لأسوأنك أو لأغيظنك أو لتطولن غيبتى عنك فلا يكون مولياً حتى ينوى ترك الجماع فى مدة تزيد على أربعة أشهر ، لأن غيظهـا يكون بترك الجماع فيـما دون ذلك ، وفى سائر هذه الألفاظ يكون موليا بنية الجماع فقط .

وان قال : والله ليطولن تركى لجماعك أو لوطئك أو لاصابتك . فهذا صريح فى ترك الجماع وتعتبر نية المدة دون نية الوطء على ما سيأتى .

وان قال : والله لا أدخلت جميع ذكرى فى فرجك لم يكن موليـاً ؛ لأن الوطء الذى يحصل به الفيء يحصل بدون ايلاج جميع الذكر ، وان قال والله لا أولجت حشفتى فى فرجك كان مولياً ، لأن الفيئة لا تحصل بدون ذلك .

قال الشافعى رضى الله عنه : أخبرنا سعيد بن سالم عن ابن جريج عـن عطـاء قال : الايلاء أن يحلف بالله على الجماع نفسـه ؛ وذلك أن يحلف لا يمسها فأما أن يقول : لا أمسك ولا يحلف ، أو يقول قولا غليظا ثم يهجرها فليس ذلك بايلاء .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **ولا يصح الايلاء الا فى مدة تزيد على اربعة أشهر حراً كان الزوج أو عبداً ، حرة كانت الزوجة أو امة ، فان آلى على ما دون اربعـة**

أشهر لم يكن موليا لقوله عز وجل « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر » فدل على أنه لا يصير بما دونه موليا ، ولأن الضرر لا يتحقق بترك الوطء فيما دون أربعة أشهر ، والدليل عليه ما روى أن عمر رضى الله عنه كان يطوف ليلة فى المدينة فسمع امرأة تقول :

ألا طال هذا الليل وازور جانبه ... وليس الى جنبى حليل الاعبه

فوالله لولا الله لا شىء غيره ... لزعزع من هذا السرير جوانبه

مخافة ربى والحياء يكفنى ... وأكرم بعلى أن تنال مراكبه

فسأل عمر رضى الله عنه النساء كم تصبر المرأة عن الزوج ؟ فقلن شهرين وفى الثالث يقل الصبر وفى الرابع يفقد الصبر ، فكتب عمر الى أمراء الأجناد أن لا تحبسوا الرجل عن امرأته أكثر من أربعة أشهر . وان آلى على أربعة أشهر لم يكن موليا ، لأن المطالبة بالفيئة أو الطلاق بعد أربعة أشهر ، فاذا آلى على أربعة أشهر لم يبق بعدها ايلاء فلا تصح المطالبة من غير ايلاء .

فصل وان قال : والله لا وطئتك فهو مول ، لأنه يقتضى التأبيد . وان قال : والله لا وطئتك مدة ، أو والله ليطولن عهدك بجماعى ، فان أراد مدة تزيد على أربعة اشهر فهو مول ، وان لم يكن له نية لم يكن موليا ، لأنه يقع على القليل والكثير فلا يجعل موليا من غير نية .

وان قال : والله لا وطئتك خمسة أشهر فاذا مضت فوالله لا وطئتك سنة ، فهما ايلاءان فى زمانين لا يدخل احدهما فى الآخر فيكون موليا فى كل واحد منهما لا يتعلق أحدهما بالآخر فى حكم من أحكام الايلاء ، واذا تقضى حكم أحدهما بقى حكم الآخر لأنه افرد كل واحد منهما فى زمان فانفرد كل واحد منهما على الآخر فى الحكم . وان قال : والله لا وطئتك خمسة أشهر ، ثم قال والله لا وطئتك سنة دخلت المدة الأولى فى الثانية ، كما اذا قال : له على مائة ثم قال : له على ألف دخلت المائة فى الألف فيكون ايلاء واحداً الى سنة بيمين ، فيضرب لهما مدة واحدة ، ويوقف لهما وقفا واحداً ، فان وطىء بعد الخمسة الأشهر حنث فى يمين واحدة فيجب عليه كفارة واحدة ، وان وطىء فى الخمسة الأشهر حنث فى يمينين فيجب عليه فى أحد القولين كفارة . وفى الثانى كفارتان .

وان قال : والله لا وطئتك اربعة أشهر ، فاذا مضت فوالله لا وطئتك أربعة أشهر . ففيه وجهان (أحدهما) وهو الصحيح أنه ليس بمول ، لأن كل واحد من الزمانين أقل من مدة الايلاء (والثانى) أنه مول لأنه منع نفسه من وطئها ثمانية أشهر فصار كما لو جمعها فى يمين واحدة) .

الشرح قوله تعالى « تربص أربعة أشهر » التربص التأنى والتأخر مقلوبه التصبر ، قال الشاعر :

تربص بها ريب المنون لعلهـا تطلق يوما أو يموت حليلهـا

قال القرطبى : وأما فائدة توقيت الأربعة الأشهر فيماذكر ابن عباس عن أهل الجاهلية (وقد تقدم قوله فى أول هذه الفصول) فمنع الله من ذلك وجعل للزوج مدة أربعة أشهر فى تأديب المرأة بالهجر ؛ لقوله تعالى « واهجروهن فى المضاجع » وقد آلى النبى صلى الله عليه وسلم من أزواجه شهراً تأديبا لهن ، وقد قيل الأربعة أشهر هى التى لا تستطيع ذات الزوج أن تصبر عنه أكثر منها ، وقد روى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كان يطوف ليلة بالمدينة فسمع امرأة تنشد ـ ثم ساق القصة التى أوردها المصنف .

ولا أرى لهذه القصة سنداً قويا الا ما حكاه ابن حجر فى التلخيص الحبير من رواية البيهقى فى أوائل كتاب السير بمعناه وفيه فقال عمر لحفصة وفى رواية الخرائطى أن المرأة أم الحجاج ؛ ولأن هذا من الأمور التى تعم بها البلوى وتوقيت مدة الغزو بأربعة أشهر قد يقتضى عودة جيش برمته من جبهة العدو ، وقد يكون الجيش متقدما أو فى حالة التحام واشتباك ، الأمر الذى لا يمكن معه نفاذ هذا العمل واجراؤه ، ثم انه لو أجرى عمر هذا لصار من سنن الجهاد وآدابه لأن اقرار الصحابة له اجماع متبع ، ولم يثبت عن أحد من الصحابة أو التابعين من العمال والولاة والخلفاء من صنع هذا، الا أن هذا الأثر قد اشتهر عند الفقهاء فقد أورده ابن قدامة من الحنابلة ؛ وأورده القرطبى من المالكية فى تفسيره ؛ كما أورده المصنف هنا ، الا أنه لم يورده أصحاب الصحاح ولا السنن الا البيهقى وسعيد بن منصور ؛ ويبدو أن مصدره أصحاب المغازى وليسوا بثقات .

اما الأحكام فان هذا شرط من شروط الايلاء وهو أن يحلف على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر ؛ وهذا قول ابن عباس وطاوس وسعيد بن جبير ومالك والأوزاعى وأحمد بن حنبل وأبى ثور وأبى عبيد .

وقال عطاء والثورى وأصحاب الرأى : اذا حلف على أربعة أشهر فما زاد كان مولياً ؛ وحكى ذلك القاضى أبو الحسين رواية عن أحمد ؛ لأنه ممتنع من الوطء باليمين أربعة أشهر كان مولياً ، كما لو حلف على ما زاد ، وقال النخعى وقتادة وحماد وابن أبى ليلى واسحاق : من حلف على ترك الوطء فى قليل من الأوقات أو كثير وتركها أربعة أشهر فهو مول ، لقوله تعالى « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر » وهذا مؤل ، فان الايلاء الحلف وهذا حالف .

دليلنا أنه لم يمنع نفسه الوطء باليمين أكثر من أربعة أشهر فلم يكن موليا كما لو حلف على ترك قبلتها والآية حجة عليهم لأنه جعل له تربص أربعة أشهر فاذا حلف على أربعة أشهر أو ما دونها فلا معنى للتربص لأن مدة الايلاء تنقضى قبل ذلك ومع انقضائه وتقدير التربص بأربعة أشهر يقتضى كونه فى مدة تناولها الايلاء ؛ ولأن المطالبة انما تكون بعد أربعة أشهر ، فاذا انقضت المدة بأربعة فما دون لم تصح الطالبة من غير ايلاء ، وأبو حنيفة ومن وافقه بنوا ذلك على قولهم فى الفيئة انها تكون فى مدة الأربعة أشهر ؛ وظاهر الآية خلافه ؛ لقوله تعالى « تربص أربعة أشهر فان فاءوا » فعقب الفىء عقيب التربص بفاء التعقيب فيدل على تأخرها عنه .

اذا ثبت هذا فقد حكى عن ابن عباس أن المؤلى من يحلف على ترك الوطء أبداً أو مطلقا ، لأنه اذا حلف على ما دون ذلك أمكنه التخلص بغير حنث فلم يكن مؤليا ، كما لو حلف لا وطئها فى مدينة بعينها .

ولنا أنه لا يمكن التخلص بعد التربص من يمينه بغير حنث فأشبه المطلقة؛ بخلاف اليمين على مدينة معينة فانه يمكن التخلص بغير حنث .

قال الشافعى رضى الله عنه : وكذلك لو قال لها : والله لا أقربك خمسة أشهر ثم قال فى يمين أخرى : لا أقربك ستة أشهر وقف وقفاً واحداً وحنث اذا بجميع الأيمان ، وان قال والله لا أقربك أربعة أشهر أو أقل ثم قال : والله لا أقربك خمسة أشهر كان موليا بيمينه لا يقربها خمسة أشهر ، وغير مول باليمين التى دون أربعة أشهر ، وأربعة أشهر .

وقال الشافعي : ولو كانت يمينه على أكثر من أربعة أشهر وأربعة أشهر وتركت وقفه عند الأولى والثانية ، كان لها وقفه ما بقى عليه من الايلاء شيء. لأنه ممنوع من الجماع بعد أربعة أشهر بيمين . قال : ولو قال لها : والله لا أقربك خمسة أشهر ثم قال : غلامى حر ان قربتك اذا مضت الخمسة الأشهر ، فتركته حتى مضت خمسة أشهر أو أصابها فيها ، خرج من حكم الايلاء فيها ، فان طلبت الوقف لم يوقف لها حتى تمضى الخمسة الأشهر من الايلاء الذى أوقع آخراً ثم أربعة أشهر بعده ثم يوقف . اهـ

فرع فان قال : والله لا وطئتك فهو ايلاء ، لأنه قول يقتضى التأبيد . وان قال : والله لا وطئتك مدة أو ليطولن تركى لجماعك ـ ونوى مدة تزيد على أكثر من أربعة أشهر فهو ايلاء ، لأن اللفظ يحتمله فانصرف اليه بنيته ، وان نوى مدة قصيرة لم يكن ايلاء لذلك ، وان لم ينو شيئاً لم يكن ايلاء لأنه يقع على القليل والكثير فلا يتعين للكثير .

فان قال : والله لا وطئتك أربعة أشهر فاذا مضت فوالله لا وطئتك أربعة أشهر ، أو فاذا مضت فوالله لا وطئتك شهرين أو لا وطئتك شهرين فاذا مضت فوالله لا وطئتك أربعة أشهر ففيه وجهان (أحدهما) ليس بمول لأنه حالف بكل يمين على مدة ناقصة عن مدة الايلاء فلم يكن موليا ، كما لو لم ينو الا مدتهما ولأنه يمكنه الوطء بالنسبة الى كل يمين عقيب مدتها من غير حنث فيها فأشبه ما لو اقتصر عليها . قال المصنف : وهذا الوجه هو الصحيح .

(والثانى) يصير موليا لأنه منع نفسه من الوطء بيمينه أكثر من أربعة أشهر متوالية فكان موليا ، كما لو منعها بيمين واحدة ، ولأنه لا يمكنه الوطء بعد المدة الا بحنث فى يمينه فأشبه ما لو حلف على ذلك بيمين واحدة، ولو لم يكن هذا ايلاء أفضى الى أن يمنع من الوطء طول دهره باليمين ، فلا يكون موليا ، وهذا الحكم فى كل مدتين متواليتين يزيد فى مجموعها على أربعة كثلاثة أشهر وثلاثة أو ثلاثة وشهرين لما ذكرنا من التعليلين ، وبكل ما قلنا قال أحمد وأصحابه .

فـــرع فان قال : والله لا وطئتك عاماً ثم قال : والله لا وطئتـك عاما . فهو ايلاء واحد حلف عليه يمينين ، الا أن ينوى عاماً آخر سواه . وان قال : والله لا وطئتك عاماً ثم قال : والله لا وطئتك نصف عام ؛ أو قال: والله لا وطئتك نصف عام ثم قال : والله لا وطئتك عاماً دخلت المدة القصيرة فى الطويلة لأنها بعضها ، ولم يجعل احداهما بعد الأخرى ، فأشبه ما لو أقر بدينار ثم أقر بنصف دينار ؛ أو أقر بنصف دينار ثم أقر بدينار فيكون ايلاء واحداً لهما وقت واحد وكفارة واحدة .

وان نوى باحدى المدتين غير الأخرى فى هذه أو فى التى قبلها ، أو قال والله لا وطئتك عاما ثم قال : والله لا وطئتك عاما آخر أو نصف عام آخر ، فهما ايلاءان فى زمانين لا يدخل حكم أحدهما فى الآخر (أحدهما) منجـز (والآخر) متأخر ، فاذا مضى حكم أحدهما بقى حكم الآخر لأنه أفرد كل واحد منهما بزمن غير زمن صاحبه ، فيكون له حكم ينفرد به .

فـــرع فان قال فى المحرم : لا وطئتك هذا العام ، ثم قال : والله لا وطئتك عاما من رجب الى تمام اثنى عشر شهراً أو قال فى المحرم : والله لا وطئتك عاما ؛ ثم قال فى رجب : والله لا وطئتك عاما فهـما ايلاءان فى مدتين بعض احداهما داخل فى الأخرى ، فان فاء فى رجب أو فيما بعـده من بقية العام الأول حنث فى اليمينين وتجزئه كفارة واحدة وينقطع حـكم الايلاءين ، وان فاء قبل رجب أو بعد العام الأول حنث فى احدى اليمينين دون الأخرى ؛ وان فاء فى الموضعين حنث فى اليمينين وعليه كفارتان .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **وان قال ان وطئتك فوالله لا وطئتـك ، ففيه قولان ، قال فى القديم : يكون موليا فى الحال ، لأن المولى هو الذى يمتنع من الوطء خـوف الضرر ، وهذا يمتنع من الوطء خوفاً من أن يطأها فيصير موليا ، فعلى هـذا اذا وطئها صار موليا وذلك ضرر .**

وقال فى الجديد : لا يكون موليا فى الحال ، لأنه يمكنه ان يطأها من غير ضرر

يلحقه فى الحال فلم يكن موليا ، فعلى هذا اذا وطئها صار موليا لأنه يبقى يمين يمنع الوطء على التأبيد . وان قال : والله لا وطئتك فى السنة الا مرة صار موليا فى قوله القديم ، ولا يكون موليا فى الحال فى قوله الجديد ، فان وطئها نظرت ـ فان لم يبق من السنة أكثر من أربعة أشهر ـ لم يكن موليا ، وان بقى أكثر من اربعة اشهر صار موليا) .

الشرح فان قال : والله لا وطئتك ، لم يكن موليا فى الحال على قوله فى الجديد لأنه لا يلزمه بالوطء حق ، لكن ان وطئها صار موليا لأنها تبقى يمينا تمنع الوطء على التأبيد ؛ وبهذا قال أحمد وأصحابه ، لأن يمينه معلقة بشرط ، ففيما قبله ليس بحلف فلا يكون موليا ؛ ولأنه يمكنه الوطء من غير حنث فلم يكن موليا كما لو لم يقل شيئاً وكونه يصير موليا لا يلزمه به شيء ، انما يلزمه بالحنث .

ولو قال : والله لا وطئتك فى السنة الا مرة لم يصر موليا فى الحال ؛ لأنه يمكنه الوطء متى شاء بغير حنث فلم يكن ممنوعا من الوطء بحكم يمينه ، فاذا وطئها وقد بقى من السنة أكثر من أربعة أشهر صار موليا ، وهذا قول أبى ثور وأصحاب الرأى ؛ وظاهر مذهبه فى القديم موليا فى الابتداء ، وكذلك فى التى قبلها يكون موليا من الأول ، لأنه لا يمكنه الوطء الا بأن يصير موليا فيلحقه بالوطء ضرر . وكذلك على هذا القول ان قال : ان وطئتك فوالله لا دخلت الدار كان موليا من الأول ، فان وطئها انحل الايلاء ؛ لأنه لم يبق ممتنعا من وطئها بيمين ولا غيرها ، وانما بقى ممتنعا باليمين من دخول الدار ؛ وقد سبق أن أجبنا على ذلك بقوله فى الجديد .

وان قال : والله لا وطئتك سنة الا يوما فهو مثله ، وبهذا قال أبو حنيفة ؛ لأن اليوم منكر فلم يختص يوما دون يوم . ولذلك لو قال : صمت رمضان الا يوما ؛ لم يختص اليوم الآخر .

ولو قال : لا أكلمك فى السنة الا يوماً لم يختص يوماً منها ، وعلى القول الآخر عندنا ـ وهو وجه عند الحنابلة ـ أنه يصير موليا فى الحال ، وهو قول زفر لأن اليوم المستثنى يكون من آخر المدة كالتأجيل ومدة الخيار ؛ بخلاف قوله : لا وطئتك فى السنة الا مرة ، فان المرأة لا تختص وقتاً بعينه ،

ومن نصر القول الأول فرق بين هذا وبين التأجيل ومدة الخيار من حيث ان التأجيل ومدة الخيار تجب الموالاة فيهما ، ولا يجوز أن يتخللهما يوم لا أجل فيه ولا خيار ، لأنه لو جازت له المطالبة فى أثناء الأجل لزم قضاء الدين فيسقط التأجيل بالكلية ، ولو لزم العقد فى أثناء مدة الخيار لم يعد الى الجواز فتعين جعل اليوم المستثنى من آخر المدة بخلاف ما نحن فيه ؛ فان جواز الوطء فى يوم من أول السنة وأوسطها لا يمنع ثبوت حكم اليمين فيما بقى من المدة ، فصار ذلك كقوله : لا وطئتك فى السنة الا مرة ، وقد حدد الشافعى فى قوله الجديد المدة الباقية اذا وطئها ولم يبق من السنة أكثر من أربعة أشهر لم يكن موليا والا صار موليا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان علق الايلاء على شرط يستحيل وجوده ـ بأن يقول : والله لا وطئتك حتى تصعدى الى السماء أو تصافحنى الثريا ـ فهو مول ، لأن معناه لا وطئتك ابداً ، وان علق على ما يتيقن أنه لا يوجد الا بعد أربعة أشهر ، مثل ان يقول : والله لا وطئتك الى يوم القيامة ، أو الى ان أخرج من بغداد الى الصين وأعود ، فهو مول ، لأن القيامة لا تقوم الى فى مدة تزيد على أربعة اشهر ، لأن لها شرائط تتقدمها ، ونتيقن انه لا يقدر أن يخرج من بغداد الى الصين ويعود الا فى مدة تزيد على أربعة اشهر .

وان علق على شرط الغالب على الظن انه لا يوجد الا فى الزيادة على أربعة اشهر ، مثل ان يقول : والله لا وطئتك حتى يخرج الدجال ، أو حتى يجىء زيد من خراسان ، ومن عادة زيد أن لا يجىء الا مع الحاج ، وقد بقى على وقت عادته زيادة عن أربعة اشهر ، فهو مول لأن الظاهر أنه لا يوجد شىء من ذلك الا فى مدة تزيد على أربعة أشهر .

وان علق على أمر يتيقن وجوده قبل أربعة أشهر ، مثل أن يقول : والله لا وطئتك حتى يذبل هذا البقل أو يجف هذا الثوب ، فليس بمول ، لأنا نتيقن أن ذلك يوجد قبل أربعة أشهر ، وان علقه على الأمر الغالب على الظن أنه يوجد قبل مدة الايلاء وان جاز أن يتأخر لعارض . وان قال والله لا وطئتك حتى أموت أو تموتى فهو مول ، لأن الظاهر بقاؤهما ، وان قال والله لا وطئتك حتى يموت فلان فهو مول ، ومن أصحابنا من قال : ليس بمول والصحيح هو الأول لأن الظاهر بقاؤه ، ولأنه لو قال : ان وطئتك فعبدى حر كان موليا على قوله الجديد ، وان جاز أن يموت العبد قبل أربعة اشهر .

فصـــل **وان قال والله لا وطئتك فى هذا البيت لم يكن موليا لانه يمكنه أن يطاها من غير حنث ، ولانه لا ضرر عليها فى ترك الوطء فى بيت بعينه ، وان قال : والله لا وطئتك الا برضاك لم يكن موليا لما ذكـرناه من التعليلين ، وان قال : والله لا وطئتك ان شئت ففالت فى الحال شئت ، كان موليا ، وأن اخرت الجواب لم يكن موليا على ما ذكرناه فى الطلاق) .**

الشرح اذا علق الايلاء بشرط يستحيل وقوعه ــ وضرب المصنف أمثلة لما يستحيل من ذلك ــ كقوله حتى تصعدى السماء ؛ والصـعود الى السماء اليوم ليس مستحيلا بوسائل الطيران الذى بلغت سرعة ارتفاعه الى أعلى مئات الألوف من الأقدام ، وسرعة مسيرته أسبق من الصوت ، فانك ترى الطائرة كالبرق الخاطف ثم تسمع صوتها بعد أن تختفى عن نظرك ؛ ومن ثم لا يكون الايلاء بالصعود الى السماء داخلا فى ضروب المستحيلات .

وأما مجموعة كواكب الثريا فمصافحتها اذا كان على حقيقة اللفظ وظاهره فهو من المستحيل ، لأنها كواكب سماوية وأجرام فى الأفـلاك لا تصـافح بالتقاء الأكف ولا بتعانق التحية والتسليم .

وقوله « أو الى أن أخرج من بغداد الى الصين وأعود » فانذلك يخرج أيضا من نطاق المستحيل لما قدمنا فى شأن الصعود الى السماء قبله ، وقـد جاء فى القرآن الكريم صور من المستحيلات ، كقوله تعالى فى الكفار « لا تفتح لهم أبواب السماء ولا يدخلون الجنة حتى يلج الجمل فى سـم الخياط » ومعناه لن يدخلوها أبداً ومثل المستحيل قوله : والله لا وطئتك حتى يشيب الغراب ؛ لأن معنى ذلك ترك وطئها ، فان ما يراد احالة وجوده يعلق على المستحيلات . قال الشاعر :

اذا شاب الغراب أتيت أهلى وصـار القار كاللبن الحليب

وان قال والله لا وطئتك حتى تحبلى ، فهـو غير مـول ؛ الا أن تكون صغيرة يغلب على الظن أنها لا تحمل فى أربعة أشهر أو آيسة . فأما ان كانت من ذوات الأقراء فلا يكون موليا لأنه يمكن حملها .

وقال القاضي من الحنابلة : واذا كانت الصغيرة بنت تسع سنين لم يكن مولياً لأن حملها ممكن ؛ وقال أصحاب أحمد كافة خلا القاضي وأبا الخطاب كما أفاده ابن قدامة : ان قال والله لا وطئتك حتى تحبلي فهو مول لأن حبلها بغير وطء مستحيل عادة ، وهذا ما اختاره ابن قدامة واستدل عليه بقوله تعالى عن مريم « أنّى يكون لي غلام ولم يمسسني بشر ولم أك بغيا » وقولهم « يا أخت هارون ما كان أبوك امرأ سوء وما كانت أمك بغيا » ولولا استحالة ذلك لما نسبوها الى البغاء لوجود الولد • وقول عمر رضي الله عنه « الرجم حق على من زنى وقد أحصن ؛ اذا قامت به البينة أو كان الحبل أو الاعتراف » الا أنه يرد على كلامهم هذا امكان حدوث الحمل باستدخال المني ، ومن ثم لا يكون موليا •

وان علقه على غير مستحيل فذلك على خمسة أضرب •

(أحدها) ما يعلم أنه لا يوجد قبل أربعة أشهر كقيام الساعة فان لها علامات تسبقها فلا يوجد ذلك في أربعة أشهر •

(الثاني) ما الغالب أنه لا يوجد في أربعة أشهر ؛ كخروج الدجال والدابة وغيرهما من أشراط الساعة • أو يقول حتى أموت أو تموتي أو يموت ولدك ، أو حتى يقدم زيد من مكة ، ويكون زيد من عادته أن يقضي العمرة في شهر رجب ثم ينتظر حتى يشهد وقفة عرفات ثم يتمم الحج نافلة أو فريضة بالنيابة عن غيره فلا يقدم في أربعة أشهر فيكون موليا ؛ وكذلك لو علق الطلاق على مرضها أو مرض انسان بعينه •

(الثالث) أن يعلقه على أمر يحتمل وجوده في أربعة أشهر • ويحتمل أن لا يوجد احتمالا متساويا ، كقدوم زيد من سفر قريب أو من سفر لا يعلم قدره فهذا ليس بايلاء ؛ لأنه لا يعلم حلفه على أكثر من أربعة أشهر ولا يظن ذلك •

(الرابع) أن يعلقه على ما يعلم أنه يوجد في أقل من أربعة أشهر أو يظن ذلك كذبول بقل (الفجل) وجفاف ثوب ومجيء المطر في أوانه وقدوم الحاج

فى زمان قدومه ، وابتداء الدراسة فى المدارس ؛ وابتـداء دورة المجلس ؛ وموعد الميزانية ؛ اذا كان قد بقى على حدوث ذلك أقل من أربعة أشـهر فلا يكون موليا ولأنه لم يقصد الاضرار بترك وطئها أكثر من أربعة أشهر ؛ فأشبه ما لو قال : والله لا وطئتك شهراً •

(الخامس) أن يعلقه على فعل منها هى قادرة عليه أوفعل من غيرها وذلك ينقسم الى : (ا) أن يعلقه على فعل مباح لا مشـقة فيه • كقوله : والله لا أطؤك حتى تدخلى الدار ، أو تلبسى هذا الثوب ؛ أو حتى أتنفل بصـوم يوم ؛ أو حتى أكسوك ؛ فهذا ليس بايلاء لأنه ممكن الوجود بغير ضرر عليها فيه ؛ فأشبه الذى قبله • (ب) أن يعلقه على فعل محرم ، كقوله : والله لا أطؤك حتى تشربى الخمر أو تزنى أو تسقطى ولدك أو تتركى صلاة الفرض ، أو حتى أقتل فلانا أو أزنى بفلانة أو نحو ذلك ، فهذا كله ايلاء لأنه علقه بممتنع شرعا فأشبه الممتنع حسا • (جـ) أن يعلقه على ما على فاعله فيه مضرة • مثل أن يقول : والله لا أطؤك حتى تسقطى صداقك عنى أو دينك • أو حتى تكفل ولدى أو تهبينى دارك • أو حتى يبيعنى أبوك داره أو نحو ذلك فهـذا ايلاء ، لأن أخذه لما لها أو مال غيرها عن غير رضى صاحبه محرم فجرى مجرى شرب الخمر ؛ فلو حلف عليها أن لا يطأها حتى تخرج من بيتها (بالمينى جيب أو المكروجيب) وهى ثياب قصيرة ، الأول فوق الركبة بخمسة عشر سنتيمتراً ، والثانى فوق آخر الفخذ ، قريبا من اليتها أو قال لها : والله لا أطؤك حتى تخرجى على الشاطىء (بالبكينى) وهو قطعتان صغيرتان فى قدر منـديل اليد ، احداهما تكون كالشريط على الفرج ، والأخرى على مقدمة الثديين ، كل ذلك يعد موليا ؛ لأنه يحرم عليها الظهور بكل ما ذكر لأنها ثياب أقبح فى الرجعية من ثياب الجاهلية ؛ وانتكاسة بالمجتمع الانسانى الى مسـتوى بهيمى ، ليس له فى العفة أو الشرف حظ أو نصيب •

فان قال : والله لا أطؤك حتى أعطيك مالا أو أصنع معك صنيعا حسـنا أو أقدم لك جميلا ، لم يكن ايلاء ؛ لأن فعله لذلك ليس بمحرم ولا ممتنع فجرى مجرى قوله : حتى أصوم يوما •

مسألة وان قال : والله لا وطئتك فى هذا البيت أو فى هذه البلدة أو نحو ذلك من الأمكنة المعينة لم يكن مولياً • وهذا قول الشافعى وأحمد والثورى والأوزاعى والنعمان وصاحبيه ؛ وقال ابن أبى ليلى واسحاق : هو مول ، لأنه حلف على ترك وطئها •

وان قال : والله لا وطئتك الا برضاك لم يكن موليا لأنه يمكنه وطؤها بغير حنث ؛ ولأنه محسن فى كونه ألزم نفسه اجتناب سخطها • وعلى قياس ذلك كل حال يمكنه الوطء فيها بغير حنث ، كقوله : والله لا وطئتك مكروهة أو محزونة ونحو ذلك ؛ فانه لا يكون موليا •

وان قال : والله لا وطئتك مريضة لم يكن موليا لذلك الا أن يكون بها مرض لا يرجى برؤه أو لا يزول فى أربعة أشهر ، فينبغى أن يكون موليا لأنه حالف على ترك وطئها أربعة أشهر ؛ فان قال ذلك لها وهى صحيحة فمرضت مرضا يمكن برؤه قبل أربعة أشهر لم يصر موليا ، وان لم يرج برؤه فيهـا صار موليا ؛ وكذلك ان كان الغالب أنه لا يزول فى أربعة أشهر صار موليا ، لأن ذلك بمنزلة ما لا يرجى زواله •

وان قال : والله لا وطئتك حائضا ولا نفساء ولا محرمة ولا صائمة ونحو هذا لم يكن موليا ، لأن ذلك ممنوع شرعا ؛ فقد أكد منع نفسه منه بيمينه ، وان قال والله لا وطئتك طاهراً أو لا وطئتك وطئا مباحا صار موليا ، لأنه حالف على ترك الوطء الذى يطالب به فى الفيئة فكان موليا ، كما لو قال : والله لا وطئتك فى قبلك ، وان قال والله لا وطئتك ليـلا ، أو والله وطئتك نهاراً لم يكن موليا لأن الوطء يمكن بدون الحنث •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **وان قال لأربع نسوة والله لا وطئتكن لم يصر موليا حتى يطأ ثلاثا منهن ، لانه يمكنه ان يطأ ثلاثا منهن من غير حنث فلم يكن موليـا ، وان وطىء ثلاثا منهن صار موليا من الرابعة ، لانه لا يمكنه وطؤها الا بحنث ، ويكون ابتداء المدة من الوقت الذى تعين فيه الايلاء ، وان طلق ثلاثا منهن كان الايلاء**

موقوفا فى الرابعة لا يتعين فيها ، لأنه يقدر على وطئها من غير حنث ولا يسقط منها لأنه قد يطأ الثلاث المطلقات بنكاح أو سفاح ، فيتعين الايلاء فى الرابعة ، لأنه يحنث بوطئها والوطء المحظور كالمباح فى الحنث ، ولهذا قال فى الأم : ولو قال والله لا وطئتك وفلانة الأجنبية لم يكن موليا من امرته حتى يطأ الأجنبية ، وان ماتت من الأربع واحدة سقط الايلاء فى الباقيات لأنه قد فات الحنث فى الباقيات لأن الوطء فى الميتة قد فات ، ولان الايلاء على الوطء اطلاق الوطء لا يدخل فيه وطء الميتة ، ويدخل فيه الوطء المحرم .

وان قال لأربع نسوة : والله لا وطئت واحدة منكن وهو يريد كلهن صار موليا فى الحال ، لأنه يحنث بوطء كل واحدة منهن ، ويكون ابتداء المدة من حين اليمين ، فأيتهن طالبت وقف لها ، فان طلقها وجاءت الثانية وقف لها ، فان طلقها وجاءت الثالثة وقف لها . فان طلقها وجاءت الرابعة وقف لها ، فان طالبت الأولى فوطئها حنث وسقط الايلاء فيمن بقى ، لأنه لا يحنث بوطئهن بعد حنثه بوطء الأولى .

وان طلق الأولى ووطىء الثانية سقط الايلاء فى الثالثة والرابعة ، وان طلق الأولى والثانية ووطىء الثالثة سقط الايلاء فى الرابعة وحدها .

وان قال : والله لا وطئت واحدة منكن واراد واحدة بعينها تعين الايلاء فيها دون من سواها ، ويرجع فى التعيين الى بيانه لأنه لا يعرف الا من جهته ، فان عين واحدة وصدقته الباقيات تعين فيها ، وان كذبه الباقيات حلف لهن ، فان نكل حلفن وثبت فيهن حكم الايلاء بنكوله وايمانهن .

وان قال : والله لا وطئت واحدة منكن ، وهو يريد واحدة لا بعينها ، فله ان يعين فيمن شاء ويؤخذ بالتعيين اذا طلبن ذلك فاذا عين فى واحدة منهن لم يكن للباقيات مطالبة ، وفى ابتداء المدة وجهان .

(احدهما) من وقت اليمين والآخر من وقت التعيين كما قلنا فى العدة فى الطلاق اذا أوقعه فى احداهن لا بعينها ثم عينه فى واحدة منهن . وان قال والله لا أصبت كل واحدة منكن فهو مول من كل واحدة منهن وابتداء المدة من حين اليمين ، فان وطىء واحدة منهن حنث ولم يسقط الايلاء فى الباقيات لأنه يحنث بوطء كل واحدة منهن .

فصل وان كانت له امراتان فقال لاحداهما : والله لا اصبتك ثم قال للاخرى اشركتك معها ، لم يكن موليا من الثانية لأن اليمين بالله عز وجل لا يصح الا بلفظ صريح من اسم أو صفة ، والتشريك بينهما كناية فلم يصح بها اليمين بالله عز وجل . وان قال لاحداهما : ان اصبتك فانت طالق ، ثم قال للاخرى اشركتك معها ونوى صار موليا لأن الطلاق يصح بالكناية) .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : واذا قال الرجل لأربع نسوة له : والله لا أقر بكن فهو مول منهن كلهن ؛ يوقف لكل واحدة منهن ، فاذا أصاب واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً عرج من حكم الايلاء فيهن ، وعليه للباقية أن يوقف حتى يفىء أو يطلق ولا يحنث عليه حتى يصيب الأربع اللاتى حلف عليهن كلهن فاذا فعل فعليه كفارة يمين أو يطأ منهن ثلاثاً ولا يحنث ولا ايلاء عليه فيهن • ويكون حينئذ فى الرابعة مولياً لأنه يحنث بوطئها ، ولو ماتت احداهن سقط عنه الايلاء لأنه يجامع البواقى ولا يحنث •

ولو طلق واحدة منهن أو اثنيتين أو ثلاثاً كان موليا بحاله فى البواقى لأنه لو جامعهن والتى طلق حنث •

ثم قال : ولو قال لأربع نسوة له : والله لا أقرب واحدة منكن وهو يريدهن كلهن فأصاب واحدة حنث ؛ وسقط عنه حكم الايلاء فى البواقى ، ولو لم يقرب واحدة منهن كان موليا منهن يوقف لهن ، فأى واحدة أصاب منهن خرج منهن حكم الايلاء فى البواقى لأنه قد حنث باصابة واحدة ؛ فاذا حنث مرة لم يعد الحنث عليه ولو قال والله لاأقرب واحدة منكن ــ يعنى واحدة دون غيرها فهو مول من التى حلف لا يقربها وغير مول من غيرها اهـ •

وجملة ذلك أنه اذا قال لأربع نسوة : والله لا أقربكن انبنى ذلك على أصل وهو الحنث بفعل بعض المحلوف عليه أو لا ؟ فقد اختلف أصحابنا فى ذلك ؛ فان قلنا بقول من قال : يحنث فهو مول منهن كلهن فى الحال لأنه لا يمكنه وطء واحدة بغير حنث فصار مانعا لفسه من وطء كل واحدة منهن من غير حنث فصار مانعا لنفسه من وطء كل واحدة منهن فى الحال ، فان وطىء واحدة منهن حنث وانحلت يمينه وزال الايلاء من البواقى • وان طلق بعضهن أو مات لم ينحل الايلاء فى البواقى •

وان قلنا بقول من قال لا يحنث بفعل البعض لم يكن موليا منهن فى الحال لأنه يمكنه وطء كل واحدة منهن من غير حنث ، فلم يمنع نفسه بيمينه من وطئها فلم يكن موليا منها ؛ فان وطىء ثلاثا صار موليا من الرابعة لأنه

لا يمكنه وطؤها من غير حنث فى يمينه • وان مات بعضهن أو طلقها انحلت يمينه وزال الايلاء لأنه لا يحنث بوطئهن ، وانما يحنث بوطء الأربع ، فان راجع المطلقة أو تزوجها بعد بينوتها عاد حكم يمينه • وهذان القولان وجهان عند أصحاب أحمد ابن حنبل رضى الله عنهم • واختار ابن قدامة منهم أنها يمين حنث فيها فوجب أن تنحل كسائر الأيمان ؛ ولأنه اذا وطىء واحدة حنث ولزمته الكفارة فلا يلزمه بوطء الباقيات شىء فلم يبق ممتنعا من وطئهن بحكم يمينه فانحل الايلاء كما لو كفرها • أما اصحابنا فقد ذهب أكثرهم الى أنه لا يكون موليا منهن حتى يطأ ثلاثا فيصير موليا من الرابعة •

وحكى المزنى عن الشافعى أنه يكون موليا منهن كلهن يوقف لكل واحدة منهن ، فاذا أصاب بعضهن خرجت من حكم الايلاء ، ويوقف لمن بقى حتى يفىء أو يطلق ؛ ولا يحنث حتى يطأ الأربع •

وقال أصحاب الرأى : يكون موليا منهن كلهن ، فان تركهن أربعة أشهر بن منه جميعا بالايلاء ، وان وطىء بعضهن سقط الايلاء فى حقها ولا يحنث الا بوطئهن جميعا •

فرع فان قال : والله لا وطئت واحدة منكن ونوى واحدة بعينها تعلقت يمينه بها وحدها وصار موليا منها دون غيرها ؛ وان نوى واحدة مبهمة منهن لم يصر موليا منهن فى الحال ، فاذا وطىء ثلاثا كان موليا من الرابعة ويحتمل أن تخرج المولى منها بالقرعة كالطلاق اذا أوقعه فى مبهمة من نسائه ؛ وان أطلق صار موليا منهن كلهن فى الحال ، لأنه لا يمكنه وطء واحدة منهن الا بالحنث ؛ فان طلق واحدة منهن أو ماتت كان موليا من البواقى ، وان وطىء واحدة منهن حنث وانحلت يمينه وسقط حكم الايلاء فى الباقيات لأنها يمين واحدة ، فاذا حنث فيها مرة لم يحنث مرة ثانية ولا يبقى حكم اليمين بعد حنثه فيها ؛ بخلاف ما اذا طلق واحدة أو ماتت فانه لم يحنث ثم يبقى حكم يمينه فيمن بقى منهن ؛ وهذا مذهب أحمد •

وذكر بعض أصحاب أحمد أنه اذا أطلق كان الايلاء فى واحدة غير معينة؛ وهو اختيار بعض أصحابنا ؛ لأن لفظه تناول واحدة منكرة فلا يقتضى العموم

ولنا أن النكرة فى سياق النفى تفيد العموم ؛ كقوله تعالى « ولم يتخذ صاحبة » وقوله « ولم يكن له كفواً أحد » وقوله « ومن لم يجعل الله له نورا فما له من نور » ولو قال انسان : والله لا شربت ماء من اداوة حنث بالشرب من أى اداوة كانت فيجب حمل اللفظ عند الاطلاق على مقتضاه فى العموم •

وان قال : نويت واحدة معينة أو واحدة مبهمة قبل منه ، لأن اللفظ يحتمله احتمالا غير بعيد فى رأى الحنابلة ، وعندنا أنه اذا أبهم المحلوف عليها فله أن يعينها بقوله ؛ كما ورد ذلك فى الطلاق •

فرع فان قال والله لا وطئت كل واحدة منكن صار موليا منهن كلهن فى حال ولا يقبل قوله نويت واحدة منهن معينة ولا مبهمة لأن لفظ « كل » أزالت احتمال الخصوص ، ومتى حنث فى البعض انحل الايلاء فى الجميع كالتى قبلها وقال بعض أصحابنا • لا تنحل فى الباقيات ، وقال أصحاب أحمد انها يمين واحدة حنث فيها فسقط حكمها كما لو حلف على واحدة ؛ ولأن اليمين الواحدة اذا حنث فيها مرة لم يمكن الحنث فيها مرة أخرى فلم يبق ممتنعاً من وطء الباقيات بحكم اليمين فلم يبق الايلاء كسائر الأيمان التى حنث فيها • قلت : وفى هذه المواضع التى قلنا بكونه موليا منهن كلهن يوقف لكل واحدة منهن عند مطالبتها • فاذا وقف للأولى وطلقها وقف للثانية ، فان طلقها وقف للثالثة ؛ فان طلقها وقف للرابعة ؛ وكذلك من مات منهن لم يمنع من وقفه للأخرى ؛ لأن يمينه لم تنحل ، وايلاؤه باق لعدم حنثه فيهن • وان وطىء احداهن حين وقف لها أو قبله انحلت يمينه وسقط حكم الايلاء فى الباقيات على ما قلناه •

فرع قال الشافعى رضى الله عنه : ولو آلى رجل من امرأته ثم طلقها ثم جامعها بعد الطلاق حنث وكذلك لو آلى من أجنبية ثم جامعها حنث باليمين مع المأثم بالزنا ؛ وان نكحها بعد خرج من حكم الايلاء ا هـ •

فرع قال الشافعى رضى الله عنه : ولو آلى من امرأته ثم طلق احدى نسائه فى الأربعة الأشهر ، ولم يدر أيتهن طلق ، فمضت أربعة أشهر فطلبت أن يوقف فقال : هى التى طلقت حلف للبواقى ؛ وكانت للتى طلق ،

ومتى راجعها فمضت أربعة أشهر وقفته أبداً حتى يمضى طلاق الملك كما وصفت • ولو مضت الأربعة الأشهر ثم طلبت أن يوقف فقال : لا أدرى أهى التى طلقت أم غيرها قيل له : ان قلت هى التى طلقت فهى طالق ، وان قلت ليست هى حلفت لها ان ادعت الطلاق ثم فئت أو طلقت •

وان قلت لا أدرى فأنت أدخلت منع الجماع على نفسك ؛ فان طلقتها فهى طالق ، وان لم تطلقها وحلفت أنها ليست التى طلقت أو صدقتك هى ؛ ففىء أو طلق ؛ وان أبيت ذلك كله طلق عليك بالايلاء لأنها زوجة مولى منها ؛ عليك أن تفىء اليها أو تطلقها • فان قلت لا أدرى لعلها حرمت عليك ، فلم تحرم بذلك تحريما يبينها عليك وأنت مانع الفيئة والطلاق فتطلق عليك • فان قامت بينة أنها التى طلقت عليك قبل طلاق الايلاء سقط الايلاء ، وان لم تقم بينة لزمك طلاق الايلاء وطلاق الاقرار معاً ثم هكذا البواقى •

فرع فان قال كلما وطئت واحدة منكن فضرائرها طوالق ، فان قلنا ليس هذا بايلاء فلا كلام ؛ وان قلنا : هو ايلاء فهو مول منهن جميعاً ؛ لأنه لا يمكنه وطء واحدة منهن الا بطلاق ضرائرها فيوقف لهن ، فان فاء الى واحدة طلق ضرائرها ، فان كان الطلاق بائنا انحل الايلاء لأنه لم يبق ممنوعا من وطئها بحكم يمينه ؛ وان كان رجعياً فراجعهن بقى حكم الايلاء فى حقهن لأنه لا يمكنه وطء واحدة الا بطلاق ضرائرها ، وكذلك ان راجع بعضهن لذلك الا أن المدة تستأنف من حين الرجعة •

ولو كان الطلاق بائنا فعاد فتزوجهن أو تزوج بعضهن عاد حكم الايلاء واستؤنفت المدة من حين النكاح ؛ وسواء تزوجهن فى العدة أو بعدها أو بعد زوج آخر واصابة •

وان قال : نويت واحدة بعينها قبل منه وتعلقت يمينه بها ، فاذا وطئها طلق ضرائرها ؛ وان وطىء غيرها لم يطلق منهن أحداً ويكون موليا من المعينة دون غيرها لأنها التى يلزمه بوطئها الطلاق دون غيرها •

فرع وان قال لاحدى زوجتيه : والله لا وطئتك ، ثم قال

للأخرى : أشركتك معها لم يصر موليا من الثانية ؛ لأن اليمين بالله لا يصح الا بلفظ صريح من اسم أو صفة ، والتشريك بينهما كناية فلم تصح به اليمين .

وان قال : ان وطئتك فأنت طالق ثم قال للأخرى : أشركتك معها ونوى فقد صار طلاق الثانية معلقاً على وطئها أيضاً ؛ لأن الطلاق يصح بالكناية . فان قلنا : ان ذلك ايلاء فى الأولى صار ايلاء فى الثانية لأنها صارت فى معناها والا فليس بايلاء فى واحدة منهما ، وكذلك لو آلى رجل من زوجته فقال آخر لامرأته : أنت مثل فلانة لم يكن موليا . وقال أصحاب الرأى : هو مول . وقال أحمد : انه ليس بصريح فى القسم فلا يكون موليا به كما لو لم يشبهها بها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **واذا صح الايلاء لم يطالب بشىء قبل أربعة أشهر لقوله عز وجل « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر » وابتداء المدة من حين اليمين لأنها ثبتت بالنص والاجماع فلم تفتقر الى الحاكم كمدة العدة ، فان آلى منها وهناك عذر يمنع من الوطء نظرت ، فان كان لمعنى فى الزوجة بأن كانت صغيرة أو مريضة أو ناشزة أو مجنونة أو محرمة أو صائمة عن فرض أو معتكفة عن فرض لم تحسب المدة . وان طرأ شىء من هذه الأعذار فى أثناء المدة انقطعت المدة لأن المدة انما نظرت لامتناع الزوج من الوطء ، وليس فى هذه الأحوال من جهته امتناع ، فان زالت هذه الأعذار استؤنفت المدة لأن من شأن هذه المدة أن تكون متوالية ، فاذا انقطعت استؤنفت كصوم الشهرين المتتابعين ، فان كانت حائضاً حسبت المدة ، فان طرأ الحيض فى أثنائها لم تنقطع لأن الحيض أمر معتاد لا ينفك منه .**

فلو قلنا : انه يمنع الاحتساب اتصل الضرر وسقط حكم الايلاء ، ولهذا لا يقطع التتابع فى صوم الشهرين المتتابعين .

وان كانت نفساء ففيه وجهان (أحدهما) انه يحتسب المدة لأنه كالحيض فى الأحكام فكذلك فى الايلاء (والثانى) لا يحتسب . واذا طرأ قطع لأنه عذر نادر فهو كسائر الأعذار ، وان كان العذر لمعنى فى الزوج بأن كان مريضا أو مجنونا أو غائبا أو مجبوبا أو محرما أو صائما عن فرض ، أو معتكفا عن فرض ،

حسبت المدة ، فان طرأ شيء من هذه الأعذار فى أثنـاء المدة لم تنقطـع ، لأن الامتناع من جهته ، والزوجية باقية فحسبت المدة عليه ، وان آلى فى حـال الردة او فى عدة الرجعية لم تحتسب المدة . وان طرأت الردة او الطلاق الرجعى فى أثناء المدة انقطعت ، لأن النكاح قد تشعث بالطلاق والردة ، فلم يكن للامتناع حكم ، وان اسلم بعد الردة أو راجع بعد الطلاق وبقيت مدة التربص استؤنفت المدة لما ذكرناه) ◙

الشرح قوله : لم يطالب بشيء قبل أربعة أشهر الخ • هذا هـو قول جمهور الفقهاء ان الزوج لا يطالب بالفيء قبل أربعة أشهر • وقال ابن مسعود وزيدبن ثابت وابن أبى ليلى والثورى وأبو حنيفة : انه يطالب بالفيء فيها لقراءة ابن مسـعود (فان فاءوا فيهـن) قالوا : واذا جاز الفيء جاز الطلب ؛ اذ هو تابع ، ويجاب بمنع الملازمة وبقوله تعالى « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر » فان الله تعالى شرع التربص هذه المدة فلا يجوز مطالبة الزوج قبلها ، واختياره للفيء قبلها ابطال لحقه من جهة نفسه ؛ فلا يبطل بابطال غيره •

قال القاضى ابن العربى : وتحقيق الأمر أن تقـدير الآية عنـدنا للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ؛ فان فاءوا بعد انقضائها فان الله غفور رحيم ؛ وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم ، وتقديرها عندهم : فان فاءوا فيها فان الله غفور رحيم ؛ وان عزموا الطلاق بترك الفيئة فيها ، وهذا احتمال متساو ولأجل تساويه توقفت فيه •

قال الشافعى رضى الله عنه : وهكذا لو ارتدت عن الاسلام لم يـكن عليه طلاق حتى ترجع الى الاسلام فى العدة ، فاذا رجعت قيل له : فىء أو طلق ، وان لم ترجع حتى تنقضى العدة بانت منه بالردة ومضىّ العدة • قال : واذا كان منع الجماع من قبلها بعد مضى الأربعة الأشهر قبل الوقف أو معـه لم يكن لها على الزوج سبيل حتى يذهب منع الجماع من قبلها ؛ ثم يوقف مكانه ، لأن الأربعة الأشهر قد مضت ، واذا كان منع الجماع من قبلها فى الأربعة الأشهر بشيء يحدثه غير الحيض الذى خلقه الله عز وجل فيها ثم أبيح الجماع من قبلها أجل من يوم أبيح أربعة أشهر كما جعل الله تبارك وتعـالى

له أربعة أشهر متتابعة فاذا لم تكمل له حتى يمضى حكمها استؤنفت له متتابعة كما جعلت له أولا •

ولو كان آلى منها ثم ارتد عن الاسلام فى الأربعة الأشهر أو ارتدت أو طلقها أو خالعها ثم راجعها أو رجع المرتد منهما الى الاسلام فى العدة استأنف فى هذه الحالات كلها أربعة أشهر من يوم حل له الفرج بالمراجعة أو النكاح أو رجوع المرتد منهما الى الاسلام ؛ ولا يشبه هذا الباب الأول ، لأنها فى هذا الباب صارت محرمة الشعر والنظر والحبس والجماع ، وفى تلك الأحوال لم تكن محرمة بشىء غير الجماع وحده ، فأما الشعر والنظر والحبس فلم يحرم منها ، وهكذا لو ارتدا • اهـ

قلت : وجملة ذلك أنه اذا آلى منها وثم عذر يمنع الوطء من جهة الزوج كمرضه أو حبسه أو احرامه أو صيامه حسبت عليه المدة من حين ايلائه ، لأن المانع من جهته ، وقد وجد التمكين الذى عليها ؛ ولذلك لو أمكنته من نفسها ــ وكان ممتنعاً لعذر ــ وجبت لها النفقة ، وان طرأ شىء من هذه الأعذار بعد الايلاء أو جن لم تنقطع المدة للمعنى الذى ذكرناه ؛ وان كان المانع من جهتها نظرنا ــ فان كان حيضا ــ لم يمنع ضرب المدة لأنه لو منع لما أمكن تحقيق ضرب المدة ، لأن الحيض لا يخلو منه شهر غالبا فيؤدى ذلك الى اسقاط حكم الايلاء ، وان طرأ الحيض لم يقطع المدة لما ذكرنا • والنفاس كالحيض لأنه مثله فى أحكامه وقال أصحاب أحمد : فيه وجهان (أحدهما) كالحيض • (والثانى) كسائر الأعذار التى من جهتها لأنه نادر معتاد فأشبه سائر الأعذار •

وأما سائر الأعذار التى من جهتها : كصغرها ومرضها وحبسها واحرامها وصيامها المفروضين واعتكافها المنذور ؛ ونشوزها وغيبتها ، فمتى وجد منها شىء حال الايلاء لم تضرب له المدة حتى يزول ، لأن المدة تضرب لامتناعه من وطئها والمنع ههنا من قبلها • وان وجد شىء من هذه الأسباب استؤنفت المدة ولم يبن على ما مضى ، لأن قوله تعالى « تربص أربعة أشهر » يقتضى متوالية ؛ فاذا قطعتها وجب استئنافها كمدة شهرين فى صوم الكفارة • وان

حنث وهربت من يده انقطعت المدة ، وان بقيت فى يده وأمكنه وطؤها احتسب عليه بها •

فان قيل فهذه الأسباب مما لا صنع لها فيه ، فلا ينبغى أن تقطع المدة كالحيض قلنا اذا كان المنع فيها فلا فرق بين كونه بفعلها أو بغير فعلها ، كما أن البائع اذا تعذر عليه تسليم المعقود عليه لم يتوجه له المطالبة بعوضه ، سواء كان لعذر أو غير عذر • وان آلى فى الردة لم تضرب له المدة الا من حين رجوع المرتد منهما الى الاسلام • وان طرأت الردة فى أثناء المدة انقطعت لأن النكاح قد تشعث وحرم الوطء ، فاذا عاد الى الاسلام استؤنفت المدة سواء كانت الردة منهما أو من أحدهما • وكذلك ان أسلم أحد الزوجين الكافرين أو خالعها ثم تزوجها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل اذا طلقها فى مدة التربص انقطعت المدة ولم يسقط الايلاء ؛ فان راجعها وقد بقيت مدة التربص استؤنفت المدة ، فان وطئها حنث فى اليمين وسقط الايلاء ، لانه ازال الضرر ، وان وطئها وهى نائمة أو مجنونة حنث فى يمينه وسقط الايلاء ، وان استدخلت ذكره وهو نائم لم يحنث فى يمينه لارتفاع القلم عنه ، وهل يسقط حقها ؟ فيه وجهان • (احدهما) يسقط لانها وصلت الى حقها (والثانى) لا يسقط لأن حقها فى فعله لا فى فعلها ، وان وطئها وهى مجنونة لم يحنث لارتفاع القلم عنه ، وهل يسقط حقها ؟ فيه وجهان :

(احدهما) يسقط وهو الظاهر من المذهب لأنها قد وصلت منه الى حقها ، وان لم يقصد فسقط حقها ، كما لو وطئها وهو يظن أنها امرأة أخرى • (والثانى) وهو قول المزنى انه لا يسقط حقها ، لأنه لا يحنث به فلم يسقط به الايلاء •

فصل وان وطئها وهناك مانع من احرام أو صوم أو حيض سقط به حقها من الايلاء لأنها وصلت منه الى حقها ، وان كان بمحرم) •

الشرح جملة هذا الفصل أنه اذا وطئها بعد المدة ، قبل المطالبة أو بعدها ، خرج من الايلاء ، وسواء وطئها وهى عاقلة أو مجنونة أو يقظانة

أو نائمة ؛ لأنه فعل ما حلف عليه ؛ فان وطئها وهو مجنون لم يحنث وهـذا هو قول أحمد والشعبى • وقال أبو بكر من الحنابلة : يحنث وعليه الكفارة؛ لأنه فعل ما حلف عليه • وهذا غير صحيح ، لأنه غير مكلف ، والقلم عنـه مرفوع ؛ ويخرج بوطئه عن الايلاء لأنه قد وفاها حقها ، وحصل منه فى حقها ما يحصل من العاقل ، وانما تسقط الكفارة عنه لرفع القلم ، وهو أحـد الوجهين عند أصحابنا ، وهو الظاهر من المذهب ، والآخر أنه يبقى موليا ، فانه اذا وطىء بعد افاقته تجب عليه الكفارة ، لأن وطأه الأول ما حنث به ، واذا بقيت يمينه بقى الايلاء ؛ كما لو لم يطأ • وهذا هو قول المزنى •

وينبغى أن يستأنف له مدة الايلاء من حين وطىء لأنه لا ينبغى أن يطالب بالفيئة مع وجودها منه ، ولا تطلق عليه لانتفائها وهى موجودة ، ولـكن تضرب له مدة لبقاء حكم يمينه • وقيل تضرب له المدة اذا عقل لأنه حينئـذ يمنع من الوطء بحكم يمينه ؛ ومن قال بالأول قال قد وفاها حقها فلم يبق الايلاء ، كما لو حنث ، ولا يمتنع انتفاء الايلاء مع اليمين كما لو حلف لا يطأ أجنبية ثم تزوجها •

فـــرع اذا وطىء العاقل ناسياً ليمينه فهل يحنث ؟ على روايتين ، فان قلنا يحنث انحل ايلاؤه وذهبت يمينه • وان قلنا لا يحنث فهل ينحل ايلاؤه ؟ على وجهين قياساً على المجنون • وكذلك يخرج فيما اذا آلى مـن احدى زوجتيه ثم وجدها على فراشه فظنها الأخرى فوطئها ، لأنه جاهـل بها والجاهل كالناسى فى الحنث وكذلك ان ظنها أجنبية فبانت زوجته •

فـــرع ان استدخلت ذكره وهو نائم لم يحنث لأنه لم يفعل ما حلف عليه ولأن القلم مرفوع عنه ؛ وهل يخرج من حكم الايلاء ؟ فيه وجهـان (أحدهما) يخرج لأن المرأة وصلت الى حقها فأشبه ما لو وطىء • (والثانى) لا يخرج من حكم الايلاء لأنه ما وفاها حقها ، وهو باق على الامتناع من وطء بحكم اليمين فكان موليا كما لو لم يفعل به ذلك ، والحكم فيما اذا وطىء وهو نائم كذلك لأنه لا يحنث به •

مسألة قوله : وان وطئها وهناك مانع من احرام الخ ، فجملة ذلك أنه اذا وطئها وطئا محرما مثل أن وطئها حائضا أو نفساء أو محرمة أو صائمة صوم فرض أو كان محرما أو صائما أو مظاهراً حنث وخرج من الايلاء ؛ وعند أحمد وأصحابه قولان (أحدهما) هذا (والثانى) وهو قول القاضى أبى بكر أن قياس المذهب أن لا يخرج من الايلاء لأنه وطء لا يؤمر به فى الفيئة فلم يخرج به من الايلاء كالوطء فى الدبر ، ولا يصح هذا لأن يمينه انحلت ولم يبق ممتنعا من الوطء بحكم اليمين فلم يبق الايلاء ، كما لو كفر يمينه أو كما او وطئها مريضة ؛ وقد نص أحمد فيمن حلف ثم كفر يمينه أنه لا يبقى موليا لعدم حكم اليمين مع أنه ما وفاها حقها فلأن يزول بزوال اليمين بحنثه أولى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان لم يطلقها ولم يطأها حتى انقضت المدة نظرت ـ فان لم يكن عذر يمنع الوطء ـ ثبت لها المطالبة بالفيئة او الطلاق ، لقوله عز وجل « للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة أشهر ، فان فاءوا فان الله غفور رحيم ، وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » .

وان كانت الزوجة أمة لم يجز للمولى المطالبة ، وان كانت مجنونة لم يكن لوليها المطالبة ، لأن المطالبة بالطلاق أو الفيئة طريقها الشهوة ، فلا يقوم الولى فيه مقامها ، والمستحب أن يقول له فى المجنونة : اتق الله فى حقها فاما أن تفى اليها أو تطلقها . وان ثبتت لها المطالبة فعفت عنها الزوجة جاز لها ان ترجع وتطالب ، لأنها انما ثبت لها المطالبة لدفع الضرر بترك الوطء ، وذلك يتجدد مع الأحوال فجاز لها الرجوع ، كما لو أعسر بالنفقة فعفت عن المطالبة بالفسخ . وان طولب بالفيئة فقال : امهلونى ففيه قولان : (أحدهما) يمهل ثلاثة أيام لأنه قريب والدليل عليه قوله عز وجل « ولا تمسوها بسوء فيأخذكم عذاب قريب ، فعقروها فقال تمتعوا فى داركم ثلاثة أيام ذلك وعد غير مكذوب » ولهذا قدر به الخيار فى البيع .

(والثانى) يمهل قدر ما يحتاج اليه للتأهب للوطء ، فان كان ناعساً أمهل الى ان ينام . وان كان جائعا أمهل أبى أن يأكل وان كان شبعاناً أمهل الى أن يخف . وان كان صائما أمهل الى أن يفطر ، لأنه حق حمل عليه وهو قادر على ادائه فلم يمهل أكثر من قدر الحاجة كالدين الحال) .

الشرح اذا انقضت المدة فلها المطالبة بالفيئة ان لم يكن عذر ، فان طالبته فطلب الامهال فان لم يكن له عذر لم يمهل ، لأنه حق توجه عليه لا عذر له فيه فلم يمهل به كالدين الحال ؛ ولأن الله تعالى جعل المدة أربعة أشهر فلا تجوز الزيادة عليها بغير عذر ، وانما يؤخر قدر ما يتمكن من الجماع فى حكم العادة ، فانه لا يلزمه الوطء فى مجلسه وليس ذلك بامهال •

فان قال : أمهلونى حتى آكل فانى جائع ؛ أو ينهضم الطعام فانى كظيظ ، أو أصلى الفرض ، أو أفطر من صوم ففيه وجهان : (أحدهما) أمهل ثلاثة أيام لقوله تعالى « تمتعوا فى داركم ثلاثة أيام » ولهذا قدر به الخيار فى البيع (والثانى) أمهل بقدر ذلك ، فانه يعتبر أن يصير الى حال يجامع فى مثلها فى العادة ، وكذلك يمهل حتى يرجع الى بيته ؛ لأن العادة فعل ذلك فى بيئة • وان كان لها عذر يمنع من وطئها لم يكن لها المطالبة بالفيئة لأن الوطء ممتنع من جهتها ، فلم يكن لها مطالبته بما يمنعه منه ؛ ولأن المطالبة مع الاستحقاق وهى لا تستحق الوطء فى هذه الأحوال وليس لها المطالبة بالطلاق لأنه انما يستحق عند امتناعه من الفيئة الواجبة ، ولم يجب عليه شىء ، ولكن تتأخر المطالبة الى حال زوال العذر ، ان لم يكن العذر قاطعاً للمدة كالحيض ، أو كان العذر حدث بعد انقضاء المدة •

فان عفت عن المطالبة بعد وجوبها فانه لا يسقط حقها فى المطالبة متى شاءت وعند أحمد وأصحابه وجهان (أحدهما) يسقط حقها وليس لها المطالبة بعده • وقال القاضى : هذا قياس المذهب لأنها رضيت باسقاط حقها من الفسخ لعدم الوطء فسقط حقها كامرأة العنين اذا رضيت بعنته (والثانى) لا يسقط حقها ولها المطالبة متى شاءت •

دليلنا أن المطالبة انما ثبتت لرفع الضرر بترك ما يتجدد من الأحوال فكان لها الرجوع ؛ كما لو أعسر فى النفقة فعفت عن المطالبة بالفسخ ثم طالبت ، وفارق الفسخ للعنة ، فانه فسخ لعيبه ، فمتى رضيت بالعيب سقط حقها ؛ كما لو عفا المشترى عن عيب المبيع • وان سكتت عن المطالبة ثم طالبت

بعد فلها ذلك ، لأن حقهـا يثبت على التراخى فلم يسقط بتأخير المطالبـة كاستحقاق النفقة •

فـــرع الأمة كالحرة فى استحقاق المطالبة ، سواء عفا السيد عن ذلك أو لم يعف ؛ لأن هذا حقها من الاستمتاع ، فان تركت المطالبة لم يكن لمولاها الطلب لأنه لا حق له •

فان كانت المرأة صغيرة أو مجنونة فليس لهما المطالبة لأن قولهما غـير معتبر وليس لوليهما المطالبة لهما ، لأن هذا طريقه الشهوة فلا يقوم غيرهما مقامهما فيه فان كانتا ممن لا يمكن وطؤهما لم يحتسب عليـه بالمدة • لأن المنع من جهتهما ؛ وان كان وطؤهما ممكناً ـ فان أفاقت المجنونة أو بلغت الصغيرة قبل انقضاء المدة تممت المدة ثم لها المطالبة ؛ وان كان ذلك بعـد انقضاء المدة فلها المطالبة يومئذ ، لأن الحق لها ثابت ، وانما تأخر لعـدم امكان المطالبة • وقال الشافعى : لا تضرب المـدة فى الصـغيرة حتى تبلغ وقال أبو حنيفة : تضرب المدة سواء أمكن الوطء أو لم يمكن فانلم يكن فاء بلسانه ؛ والا بانت بانقضاء المدة وكذلك الحكم عنده فى الناشز والرتقاء والقرناء والتى غابت فى المدة ، لأن هذا ايلاء صحيح فوجب أن تتعقبه المدة كالتى يمكنه جماعها •

دليلنا أن حقها من الوطء يسقط بتعذر جماعها وجب أن تسقط المـدة المضروبة له كما يسقط أجل الدين بسقوطه • وأما التى أمكنه جماعها فتضرب له المدة فى حقهـا لأنه ايلاء صحيح ممن يمـكنه جماعها فتضرب له المـدة كالبالغة ، ومتى قصد الاضرار بها بترك الوطء أثم ؛ ويستحب أن يقال له : اتق الله • فاما أن تفىء واما أن تطلق ، فان الله تعـالى قال « وعاشروهـن بالمعروف » وقال تعالى « فامساك بمعروف أو تسريح باحسـان » وليس الاضرار من المعاشرة بالمعروف •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان وطئها فى الفرج فقد اوفاها حقها ويسقط الايلاء ، وادناه ان تغيب الحشفة فى الفرج لأن احكام الوطء تتعلق به ، وأن وطئها فى الموضع المكروه او وطئها فيما دون الفرج لم يعتد به ، لأن الضرر لا يزول الا بالوطء فى الفرج ، فان وطئها فى الفرج ، فان كانت اليمين بالله تعالى فهل تلزمه الكفارة ؟ فيه قولان :

قال فى القديم : لا تلزمه لقوله عز وجل « فان فاءوا فان الله غفور رحيم » فعلى المغفرة بالفيئة ، فدل على انه قد استغنى عن الكفارة .

وقال فى الجديد تلزمه الكفارة ، وهو الصحيح لقوله صلى الله عليه وسلم : « من حلف عن يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذى هو خير ، وليكفر عن يمينه » ، ولأنه حلف بالله تعالى وحنث فلزمته الكفارة ، كما لو حلف على ترك صلاة فصلاها .

واختلف اصحابنا فى موضع القولين ، فمنهم من قال : القولان فيمن جامع وقت المطالبة ، فاما اذا وطىء فى مدة التربص فانه يجب عليه الكفارة قولا واحداً لأن بعد المطالبة الفيئة واجبة ، فلا يجب بها كفارة كالحلق عند التحلل ، ومنهم من قال القولان فى الحمالين ، ويخالف كفارة الحج فانها تجب بالمحظور، والحلق المحظور وهو الحلق فى حال الاحرام . واما الحلق عند التحلل فهو نسك ، وليس كذلك كفارة اليمين فانها تجب بالحنث ، والحنث الواجب كالحنث بالمحظور فى ايجاب الكفارة . وان كان الايلاء على عتق وقع بنفس الوطء لأنه عتق معلق على شرط فوقع بوجوده . وان كان على نذر عتق او نذر صوم او صلاة او التصدق بمال فهو بالخيار بين ان يفى بما نذر وبين أن يكفر كفارة يمين ، لأنه نذر نذراً على وجه اللجاج والغضب ، فيخير فيه بين الكفارة وبين الوفاء بما نذر ، وان كان الايلاء على الطلاق الثلاث طلقت ثلاثاً لأنه طلاق معلق على شرط فوقع بوجوده . وهل يمنع من الوطء ام لا ؟ فيه وجهان .

(احدهما) وهو قول ابى على بن خيران : انه يمنع من وطئها لأنها تطلق قبل أن ينزع فمنع منه ، كما يمنع فى شهر رمضان ان يجامع وهو يخشى ان يطلع الفجر قبل ان ينزع .

(والثانى) وهو المذهب انه لا يمنع لأن الايلاج صادف النكاح ، والذى يصادف غير النكاح هو النزع ، وذلك ترك الوطء ، وما تعلق التحريم بفعله لا يتعلق بتركه ولهذا لو قال لرجل : أدخل دارى ولا تقم فيها جاز ان يدخل ثم يخرج ، وان كان الخروج فى حال الحظر .

واما مسئلة الصوم فقد ذكر بعض اصحابنا انها على وجهين :

(احدهما) انه لا يمنع فلا فرق بينها وبين مسالتنا ، فعلى هذا لا يزيد على تغييب الحشفة فى الفرج ثم ينزع ، فان زاد على ذلك او استدام لم يجب عليه الحد لانه وطء اجتمع فيه التحليل والتحريم فلم يجب به الحد ، وهل يجب به المهر ؟ فيه وجهان (احدهما) يجب كما تجب الكفارة على الصائم اذا أولج قبل الفجر واستدام بعد طلوعه .

(والثانى) لا يجب لأن ابتداء الوطء يتعلق به المهر الواجب بالنكاح ، لأن المهر فى مقابلة كل وطء يوجد فى النكاح ، وقد تكون مفوضة فيجب عليه المهر بتغييب الحشفة ، فلو اوجبنا بالاستدامة مهراً أدى الى ايجاب مهرين بايلاج واحد ، وليس كذلك الكفارة ، فانها لا تتعلق بابتداء الجماع فلا يؤدى ايجابها فى الاستدامة الى ايجاب كفارتين بايلاج واحد ، وأن نزع ثم اولج نظرت ، فان كانا جاهلين بالتحريم ، بان اعتقدا ان الطلاق لا يقع الا باستكمال الوطء ، لم يجب عليهما الحد للشبهة ، فعلى هذا يجب المهر ، وان كانا عالمين بالتحريم ففى الحد وجهان : (احدهما) انه يجب لأنه ايلاج مستأنف محرم من غير شبهة فوجب به الحد كالايلاج فى الأجنبية ، فعلى هذا لا يجب المهر ، لانها زانية . (والثانى) لا يجب الحد ، لأن الايلاجات وطء واحد ، فاذا لم يجب فى اوله لم يجب فى اتمامه ، فعلى هذا يجب لها المهر . وان علم الزوج بالتحريم وجهلت الزوجة ، او علمت ولم تقدر على دفعه ، لم يجب عليها الحد ، ويجب لها المهر . وفى وجوب الحد على الزوج وجهان ، وان كان الزوج جاهلا بالتحريم وهى عالمة ففى وجوب الحد عليها وجهان (احدهما) يجب ، فعلى هذا لا يجب لها المهر (والثانى) لا يجب فعلى هذا يجب لها المهر) .

الشرح قال ابن المنذر : أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على أن الفىء الجماع لمن لا عذر له ؛ فان كان له عذر مرض أو سجن أو شبه ذلك فان ارتجاعه صحيح وهى امرأته .

أما الحديث فقد رواه أحمد ومسلم والنسائى وابن ماجه عن عدى بن حاتم قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه » وسيأتى فى الأيمان جميع طرقه وألفاظه ومذاهب العلماء فيه . أما المطلوب هنا فهو أن الفيئة الجماع ليس فى هذا اختلاف كذلك قال ابن عباس وعلى وابن مسعود . وبه قال مسروق وعطاء والشعبى والنخعى وسعيد بن جبير

والثورى والأوزاعى والشافعى وأحمد وأبو عبيدة وأصحاب الرأى ومالك فى المدونة والمبسوط وعبد الملك بن الماجشون كل ذلك اذا لم يكن عذر ، وأصل الفىء الرجوع ، ولذلك يسمى الظل بعد الزوال فيئاً لأنه رجع من المغرب الى المشرق ؛ فسمى الجماع من المولى فيئة ، لأنه رجع الى فعل ما تركه ، وأدنى الوطء الذى تحصل به الفيئة أن تغيب الحشفة فى الفرج فان أحكام الوطء تتعلق به ، ولو وطىء دون الفرج أو فى الدبر لم يكن فيئة لأنه ليس بمحلوف على تركه ولا يزول الضرر بفعله •

فرع اذا فاء لزمته الكفارة فى قول أكثر أهل العلم أبو حنيفة ومالك والشافعى فى الجديد وأحمد وأصحابهم حيث أوجبوا الكفارة على المولى اذا فاء بجماع امرأته • وقال الشافعى فى القديم والحسن البصرى : لا كفارة عليه لقوله تعالى « فان فاءوا فان الله غفور رحيم » •

قال النخعى : كانوا يقولون اذا فاء لا كفارة عليه • وقال اسحاق : قال بعض أهل التأويل فى قوله تعالى « فان فاءوا » يعنى لليمين التى حنثوا فيها، وهو مذهب فى الأيمان لبعض التابعين فيمن حلف على بر أو تقوى أو باب من الخير ألا يفعله ، فانه يفعله ولا كفارة عليه ، والحجة له « فان فاءوا فان الله غفور رحيم » ولم يذكر كفارة • وأيضاً فان هذا يتركب على أن لغو اليمين ما حلف على معصية وترك وطء الزوجة معصية •

وقال قتادة : هذا خالف الناس ــ يعنى الحسن البصرى •

وقد يستدل لهذا القول بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا « لا نذر ولا يمين فيما لا تملك ولا فى معصية ولا فى قطيعة رحم ، ومن حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليتركها فان تركها كفارتها » رواه النسائى وأبو داود ؛ وقد ذكر البيهقى فى شعب الايمان أنه لم يثبت ، وقال أبو داود : الأحاديث كلها عن النبى صلى الله عليه وسلم « وليكفر عن يمينه الا ما لا يعبأ به » وقد اختلف أصحابنا فى موضع القولين : فمنهم من قال وجه الخلاف فيمن جامع وقت المطالبة • أما فى وقت التربص فان الكفارة واجبة عليه قولا واحداً ؛ لأن الفيئة واجبة بعد المطالبة فلا يجب بها كفارة

كالحلق عند التحلل من الاحرام ، ومنهم من جعل القولين فى الحالين بخلاف كفارة الحج . فانها تجب بالمحظور ـ يعنى الحلق فى حال الاحرام ـ لأن الحلق عند التحلل نسك ، وليس كذلك كفارة اليمين فانها تجب بالحنث ، والحنث الواجب كالحنث المحظور فى ايجاب الكفارة .

دليلنا فى ظاهر المذهب قوله تعالى « ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته اطعام عشرة مساكين ـ الآية الى قوله ـ ذلك كفارة أيمانكم اذا حلفتم » وقال تعالى « قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم » والحديث المتفق عليه عن عبد الرحمن بن سمرة « اذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فائت الذى هو خير وكفر عن يمينك » ولأنه حالف حانث فى يمينه فلزمنه الكفارة كما لو حلف على ترك فريضة ثم فعلها ،والمغفرة لا تنافى الكفارة : فان الله تعالى قد غفر لرسوله صلى الله عليه وسلم ما تقدم من ذنبه وما تأخر، وقد كان يقول « انى والله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها الا أتيت الذى هو خير وتحللتها » متفق عليه من حديث أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه .

فـــرع اذا كان الايلاء بتعليق عتق أو طلاق وقع بنفس الوطء لأنه معلق بصفة وقد وجدت ، وان كان على نذر أو عتق أو صوم أو صلاة أو صدقة أو حج أو غير ذلك من الطاعات أو المباحات فهو مخير بين الوفاء وبين كفارة يمين لأنه نذر لجاج وغضب فهذا حكمة .

اذا ثبت هذا فقد اختلف العلماء فى الايلاء فى حال الغضب ، فقال ابن عباس لا ايلاء الا بغضب . وروى ذلك عن على فى المشهور عنه . وقاله الليث والشعبى والحسن وعطاء ، كلهم يقولون : الايلاء لا يكون الا على وجه مغاضبة ومشارة وحرجة ومناكدة ألا يجامعها فى فرجها اضراراً بها . وسواء كان فى ضمن ذلك اصلاح ولد أم لا ، فان لم يكن عن غضب فليس ايلاء .

وقال ابن سيرين : سواء كانت اليمين فى غضب أو غير غضب هو ايلاء ،

وقاله ابن مسعود والثـوري ومالك وأهل العـراق والشـافعي وأحمـد وأصحابهما ؛ الا أن مالكا قال : ما لم يرد اصلاح ولد •

قال ابن المنذر : وهذا أصح ، لأنهم لما أجمعوا أن الظهار والطلاق وسائر الأيمان سواء فى حال الغضب والرضـا كان الايلاء كذلك ويدل على كلام ابن المنذر عموم القرآن ، وتخصيص حالة الغضب يحتاج الى دليل ولا يؤخذ من وجه يلزم • أفاده القرطبى •

وان علق الطلاق للثلاث بوطئها لم يؤمر بالفيئة وأمر بالطلاق فى قـول بعض أصحابنا لأن الوطء غير ممكن لكونها تبين منه بايلاج الحشفة ، فيصير مستمتعاً بأجنبية • وأكثر أصحابنا قالوا تجوز الفيئة ، لأن النـزع ترك للوطء ، وترك الوطء ليس بوطء •

وقال بعض أصحاب أحمد : ان كلام أحمد يقتضى روايتين (كهـذين الوجهين) وقال ابن قدامة ، واللائق بمذهب أحمد تحريمه لوجوه (أحدها) أن آخر الوطء حصل فى أجنبية ، فان النزع يلتذ به كما يلتذ بالايلاج » وقد شبه أصحابنا ذلك بمن طلع عليه الفجر وهو مجامع فنزع أنه يفطر ، والتحريم ههنا أولى لأن الفطر بالوطء ويمكن منع كون النزع وطئاً ؛ والمحرم ههنا الاستمتاع ، والنزع استمتاع فكان محرما ولأن لمسها على وجه التلذذ بها محرم ، فلمس الفرج بالفرج أولى بالتحريم فان قيل فهذا انما يحصل ضرورة ترك الحرام كما لو اختلط لحم خنزير بلحم مباح لا يمكنه أكله الا بأكل لحم الخنزير حرم ؛ ولو اشتبهت ميتة بمذكاة أو امرأته بأجنبية حرم الكل ، وهذا وجه اختاره أبو على بن خيران • وهو الصحيح من مذهب أحمد ، والصحيح عندنا قال المصنف وهو المذهب : تجوز الفيئة لأن النزع ترك للوطء ، وترك الوطء ليس بوطء ؛ فان وطىء فعليه أن ينزع حين يولج الحشفة ولا يفيد على ذلك ، ولا يلبث ولا يتحرك عند النزع لأنها أجنبية فاذا فعل ذلك فلا حد ولا مهر لأنه تارك للوطء • وان لبث أو تمم الايلاج فلا حد عليه لتمكن الشبهة منه لكونه وطئاً بعضه فى زوجته ، وفى المهر وجهان :

(أحدهما) يلزمه ؛ لأنه حصل منه وطء محرم فى محل غير مملوك فأوجب

المهر كما لو أولج بعد النزع (والثانى) لا يجب ، لأنه تابع الايلاج فى محل مملوك فكان تابعاً له فى المهر الأول ؛ وفى ايجابه بالاستدامة يؤدى الى ايجاب مهرين بايلاج واحد .

وان نزع ثم أولج ــ وكانا جاهلين بالتحريم ــ فلا حد عليهما وعليه المهر لها ويلحقه النسب . وان كانا عالمين بالتحريم ففيه وجهان (أحدهما) عليهما الحد لأنه ايلاج فى أجنبية بغير شبهة فأشبه ما لو طلقها ثلاثاً ثم وطئها ولا مهر لها ؛ لأنها مطاوعة على الزنا . (والثانى) لا يجب الحد عليهما ، لأن هذا مما يخفى على كثير من الناس لأن الوطء الواحد يشتمل على ايلاجات مما لم يجب فى اتمامه ، ومن ثم وجب لها المهر ؛ والصحيح الأول لأن الكلام فى العالمين وليس هو فى مظنة الخفاء ؛ فان أكثر المسلمين يعلمون أن الطلاق الثلاث محرم للمرأة ، ويحتمل أن لا يقام الحد عليهما اذا تأولا ذلك باعتبار أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد كان طلقة واحدة فى عهده صلى الله عليه وسلم وخلافه الصديق وصدراً من خلافة عمر ، لقوله صلى الله عليه وسلم « ادرأوا الحدود بالشبهات » .

وان كان أحدهما عالما والآخر جاهلا نظرت ــ فان كان هو العالم ــ فعليه الحد ولها المهر ولا يلحقه النسب لأنه زان محدود ؛ وان كانت هى العالمة دونه فعليها الحد وحدها ولا مهر لها والنسب لاحق بالزوج لأن وطأه وطؤ شبهة ، هذا هو أظهر الوجهين اللذين ساقهما المصنف ، وبه قال أحمد وأصحابه قولا واحداً .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان طلق فقد سقط حكم الايلاء وبقيت اليمين ، فان امتنع ولم يف ولم يطلق ففيه قولان . قال فى القديم لا يطلق عليه الحاكم . لقوله صلى الله عليه وسلم « الطلاق لمن أخذ بالساق » ولأنه ما خير فيه الزوج بين أمرين لم يقم الحاكم فيه مقامه فى الاختيار ، كما لو أسم وتحته اختان فعلى هذا يحبس حتى يطلق أو يفىء ، كما يحبس اذا امتنع من اختيار احدى الأختين .**

وقال فى الجديد يطلق الحاكم عليه ، لان ما دخلت النيابة فيه وتعين مستحقة وامتنع من هو عليه قام الحاكم فيه مقامه كقضاء الدين ، فعلى هذا يطلق عليه طلقة وتكون رجعية .

وقال ابو ثور : تقع طلقة بائنة ، لانها فرقة لدفع الضرر لفقد الوطء فكانت بائنة كفرقة العنين ، وهذا خطأ طلاق صادف مدخولا بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فكان رجعيا كالطلاق من غير ايلاء ، ويخالف فرقة العنين فان تلك الفرقة فسخ وهذا طلاق ، فاذا وقع الطلاق ولم يراجع حتى بانت ثم تزوجها والمدة باقية فهل يعود الايلاء ؟ على ما ذكرناه فى عود اليمين فى النكاح الثانى ، فان قلنا : يعود كانت المدة باقية استؤنفت مدة الايلاء ثم طولب بعد انقضائها بالفيئة او الطلاق ، فان راجعها والمدة باقية استؤنفت المدة وطولب بالفيئة او الطلاق ، فهل يعود الايلاء ؟ على قولين .

فصل وان انقضت المدة وهناك عذر يمنع الوطء نظرت فان كان لمعنى فيها كالمرض والجنون الذى لا يخاف منه أو الاغماء الذى لا تمييز معه أو الحبس فى موضع لا يصل اليه ، أو الاحرام أو الصوم الواجب أو الحيض أو النفاس لم يطالب لان المطالبة تكون مع الاستحقاق ، وهى لا تستحق الوطء فى هذه الأحوال فلم تجز المطالبة به .

وان كان العذر من جهته نظرت ـ فان كان مغلوبا على عقله ـ لم يطالب لانه لا يصلح للخطاب ولا يصلح منه جواب ، فان كان مريضا مرضا يمنع الوطء أو حبس بغير حق حبسا يمنع الوصول اليه طولب أن يفىء فيئة المعذور بلسانه . وهو أن يقول لست أقدر على الوطء ولو قدرت لفعلت ، فاذا قدرت فعلت .

وقال ابو ثور : لا يلزمه الفيئة باللسان ، لان الضرر بترك الوطء لا يزول بالفيئة باللسان ، وهذا خطأ ، لأن القصد بالفيئة ترك ما قصد اليه من الاضرار ، وقد ترك القصد الى الاضرار بما أتى به من الاعتذار ، ولأن القول مع العذر يقوم مقام الفعل عند القدرة ، ولهذا نقول : ان اشهاد الشفيع على طلب الشفعة فى حال الغيبة يقوم مقام الطلب فى حال الحضور فى اثبات الشفعة ، واذا فاء باللسان ثم قدر طولب بالوطء ، لانه تاخر بعذر ، فاذا زال العذر الشفعة فى حال الغيبة يقوم مقام الطلب فى حال الحضور فى اثبات الشفعة ، طولب به) .

الشرح الحديث أخرجه ابن ماجه والدارقطنى والطبرانى وابن عدى ، وفى اسناد ابن ماجه ابن لهيعة ، وكلام المحدثين فيه معروف ، وفى

اسناد الطبرانى يحيى الحمانى ضعيف ، وفى اسناد ابن عدى والدارقطنى عصمة بن مالك ، وفى التقريب أنه صحابى ، وطرقه يقوى بعضها بعضا ؛ قال ابن القيم : ان حديث ابن عباس وان كان فى اسناده ما فيه فالقرآن يعضده وعمل الصحابة ، وأراد بالقرآن قوله تعالى « اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن » وقوله تعالى « اذا طلقتم النساء » الآية .

أما الأحكام فانه اذا امتنع من الفيئة بعد التربص أو امتنع المعذور من الفيئة بلسانه ، أو امتنع من امتنع من الوطء بعد زوال عذره أمر بالطلاق فان طلق وقع طلاقه الذى أوقعه واحدة كانت أو أكثر ، وليس للحاكم اجباره على أكثر من طلقة لأنه يحصل الوفاء بحقها بها فانه يفضى الى البينونة والتخلص من ضرره وان امتنع من الطلاق طلق الحاكم عليه فى أحد القولين . وبهذا قال مالك .

وعن أحمد رواية : ليس للحاكم الطلاق عليه لأن ما خير الزوج فيه بين أمرين لم يقم الحاكم مقامه فيه كالاختيار لبعض الزوجات فى حق من أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة أو أختان ، فعلى هذا يحبسه ويضيق عليه حتى يفىء أو يطلق ، وهذا قول آخر عندنا .

دليل القول الأول أن ما دخلته النيابة ويعين مستحقة وامتنع من هو عليه قام الحاكم مقامه فيه كقضاء الدين . وفارق الاختيار فانه ما تعين مستحقه. وهذا أصح فى المذهب عند أحمد . وليس للحاكم أن يأمر بالطلاق ويطلق الا أن تطلب المرأة ذلك ، لأنه حق لها ، وانما الحاكم يستوفى لها الحق فلا يكون الا عند طلبها .

فرع اذا انقضت المدة فادعى أنه عاجز عن الوطء ــ فاذا كان قد وطئها مرة لم تسمع دعواه العنة ، كما لا تسمع دعواها عليه . ويؤخذ بالفيئة أو بالطلاق كغيره ؛ وان لم يكن وطئها ــ ولم تكن حاله معروفة ــ فقال القاضى : تسمع دعواه ويقبل قوله ؛ لأن التعنين من العيوب التى لا يقف عليها غيره ، هذا هو ظاهر المذهب وبه قال أحمد وأصحابه ، ولها أن تسأل الحاكم فيضرب لها مدة العنة بعد أن يفىء فيئة أهل الأعذار .

وفيه وجه آخر : أنه لا يقبل قوله لأنه متهم فى دعوى ما يسقط عنه حقاً توجه عليه الطلب به والأصل سلامته .

وان ادعت أنه قد أصابها مرة وأنكر ذلك لم يكن لها المطالبة بضرب مدة العنة لاعترافها بعدم عنته ، والقول قوله فى عدم الاصابة .

فرع الطلاق الواجب على المولى رجعى . سواء أوقعه بنفسه أو طلق الحاكم عليه وعند أحمد روايتان ، قال الأثرم : قلت لأبى عبد الله — يعنى أحمد بن حنبل — فى المولى فان طلقها ؟ قال تكون واحدة وهو أحق بها ، وذكر أبو بكر رواية أخرى : أن فرقة الحاكم تكون بائنا .

وقال ابن قدامة : قال القاضى : المنصوص عن أحمد فى فرقة الحاكم أنها تكون بائنا ، فان فى رواية الأثرم وقد سئل : اذا طلق عليه السلطان أتكون واحدة ؟ فقال : اذا طلق فهى واحدة وهو أحق بها ، فأما تفريق السلطان فليس فيه رجعة .

وقال أبو ثور : طلاق المولى بائن سواء طلق هو أو طلق عليه الحاكم لأنها فرقة لرفع الضرر فكان بائنا كفرقة العنة ، ولأنها لو كانت رجعية لم يندفع الضرر لأنه يرتجعها فيبقى الضرر . وقال أبو حنيفة : يقع الطلاق بانقضاء العدة بائنا ، ووجه الأول أنه طلاق صادف مدخولا بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فكان رجعيا كالطلاق فى غير الايلاء ، ويفارق فرقة العنة لأنها فسخ لعيب . وهذه طلقة . ولأنه لو أبيح له ارتجاعها لم يندفع عنها الضرر وهذه يندفع عنها الضرر ، فانه اذا ارتجعها ضربت له مدة أخرى ، ولأن العنين قد يئس من وطئه فلا فائدة فى رجعته ، وهذا غير عاجز ورجعته دليل على رغبته فيها واقلاعه عن الاضرار بها فافترقا .

ثم ان المولى اذا امتنع من الفيئة والطلاق معاً وقام الحاكم مقامه فانه لا يملك من الطلاق الا واحدة ، لأن ايفاء الحق يحصل بها فلم يملك زيادة عليها كما لم يملك الزيادة على وفاء الدين فى حق الممتنع .

وقال أحمد وأصحابه : ان الحاكم قائم مقامه فملك من الطلاق ما يملكه فاذا رأى طلقها واحدة واذا رأى طلقها ثلاثا .

فـــرع وان انقضت المدة وهو محبوس بحق يمكن أداؤه طولب بالفيئة لأنه قادر على أداء ما عليه نحوها ، فان لم يفعـل أخذ بالطلاق وان كان الطريق مخوفا أو له عذر يمنعه فاء فيئة المعذور .

فان كان مغلوبا على عقله بجنون أو اغمـاء لم يطالب لأنه لا يصـلح للخطاب ولا يصح منه الجواب ، وتتأخر المطالبة الى حال القدوة وزوال العذر ثم يطالب حينئذ ، وان كان مجبوبا وقلنا : يصح ايلاؤه فاء فيئة المعذور ، فيقول : لو قدرت جامعتها ، فمتى قدر فلم يفعل أمر بالطلاق ، لأنه اذا وقف وطولب بالفيئة وهو قادر عليها فلم يفعل أمر بالطلاق ؛ وهذا قول من يقول : يوقف المولى ، لأن الله تعالى قال « فامساك بمعروف أو تسريح باحسـان » فاذا امتنع من أداء الواجب لها عليه فقد امتنع من الامساك بالمعروف ، فيؤمر بالتسريح بالاحسان ، وان كان معذوراً ففاء بلسانه ثم قدرعلى الوطء أمـر به ، فان فعل والا أمر بالطلاق وبهذا قال أحمد بن حنبل رضى الله عنه .

وقال القاضى أبو بكر من أصحابه : اذا فاء بلسانه لم يطالب بالفيئـة مرة أخرى وخرج من الايلاء ، وهو قول الحسن وعكرمة والأوزاعى ؛ لأنه فاء مرة فخرج من الايلاء ولم تلزمه فيئة ثانية ، كما لو فاء بالوطء .

وقال أبو حنيفة : تستأنف له مدة الايلاء ؛ لأنه وفاها حقها بما أمكنه من الفيئة فلا يطالب الا بعد استئناف مدة الايلاء كما لو طلقها . دليلنا أنه أخر حقها لعجزه عنه فاذا قدر عليه لزمه أن يوفيها اياه كالدين على المعسر اذا قدر عليه . وما ذكروه فليس بحقها ولا يزول الضرر عنها به ، وانما وعدها بالوفاء ولزمها الصبر عليه ، وانكاره كالغريم المعسر .

فـــرع وليس على من فاء بلسانه كفارة ولا حنث لأنه لم يفعل المحلوف عليه ؛ وانما وعد بفعله فهو كمن عليه دين حلف أن لا يوفيه ثم أعسر به فقال : متى قدرت وفيته .

اذا ثبت هذا فانه اذا مضت المدة وبالمولى عذر يمنع الوطء من مرض أو حبس بغير حق أو غيره لزمه أن يفيء بلسانه فيقول : متى قدرت جامعتها ونحو هذا • وممن قال يفيء بلسانه اذا كان ذا عذر ابن مسعود وجابر بن زيد والنخعي والحسن والزهري والثوري والأوزاعي وعكرمة وأبو عبيد وأصحاب الرأي وقال سعيد بن جبير : لا يكون الفيء الا بالجماع في حال العذر وغيره • وقال أبو ثور : اذا لم يقدر لم يوقف حتى يصح أو يصل ان كان غائباً ولا تلزمه الفيئة بلسانه لأن الضرر بترك الوطء لا يزول بالقول • وقال بعض أصحابنا يحتاج أن يقول : قد ندمت على ما فعلت وان قدرت وطئت •

ولنا أن القصد بالفيئة ترك ما قصده من الاضرار وقد ترك قصد الاضرار بما أتى به من الاعتذار ، والاعتذار بالقول يقوم مقام فعل القادر ، بدليل أن اشهاد الشفيع على الطلب بالشفعة عند العجز عن طلبها يقوم مقام طلبها في الحضور في اثباتها ؛ ولا يحتاج أن يقول : ندمت ، لأن الغرض أن يظهر رجوعه عن المقام على اليمين وقد حصل بظهور عزمه عليه •

وقال ابن قدامة وأبو الخطاب والقاضي أبو بكر من الحنابلة : ان فيئة المعذور أن يقول : فئت اليك ، وهو قول الثوري وأبي عبيد وأصحاب الرأي • وقال أبو ثور لا يلزمه الفيئة باللسان لأن ذلك لا يغير من الأمر شيئاً ولا يفيدها في شيء أن يعدها بالفعل عند القدرة ، وهذا خطأ لأن الابانة عن القصد بترك الاضرار مع ما فيه من نوع اعتذار والاخبار بازالته للضرر عند امكانه ؛ كل ذلك يقوم مقام الفعل عند القادر عليه ، كما قلنا في اشهاد الشفيع على الطلب بالشفعة عند العجز عن طلبها •

ونخلص من هذا أن كل عذر من فعله يمنعه الوطء لا يمهل ويؤمر بالطلاق ، لأن الامتناع بسبب منه ، فلا يسقط حكما واجباً عليه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان انقضت المدة وهو غائب ، فان كان الطريق آمنا فلها ان توكل من يطالبه بالمسير اليها أو بحملها اليه أو بالطلاق ، وان كان الطريق غير آمن فاء فيئة معذور الى أن يقدر ، فان لم يفعل أخذ بالطلاق .

فصـــل وان انقضت المدة وهو محرم قيل له : ان وطئت فسد احرامك وان لم تطأ أخذت بالطلاق ، فان طلقها سقط حكم الايلاء ، وان وطئها فقد أوفاها حقها وفسد نسكه ، وان لم يطأ ولم يطلق ففيه وجهان (أحدهما) يمتنع منه بفيئة معذور الى أن يتحلل ، لأنه غير قادر على الوطء فاشبه المريض والمحبوس (والثانى) لا يمتنع منه ، وهو ظاهر النص لأنه امتنع من الوطء بسبب من جهته .

فصـــل وان انقضت المدة وهو مظاهر قيل له : ان وطئت قبل التكفير اثمت للظهار ، وان لم تطأ أخذت بالطلاق . فان قال أمهلونى حتى أشترى رقبة أكفر بها أمهل ثلاثة أيام . وان قال أمهلونى حتى أكفر بالصيام لم يمهل ، لأن مدة الصيام تطول ، وان أراد أن يطأها قبل أن يكفر وقالت المرأة : لا امكنك من الوطء لأنى محرمة عليك فقد ذكر الشيخ أبو حامد الاسفراييني رحمه الله : انه ليس لها أن تمتنع ، فان امتنعت سقط حقها من المطالبة ، كما تقول فيمن له دين على رجل فأحضر مالا فامتنع صاحب الحق من أخذه وقال : لا آخذه لأنه مغصوب أنه يلزمه أن يأخذه أو يبرئه من الدين ، وعندى أن لها أن تمتنع لأنه وطء محرم فجاز لها أن تمتنع منه كوطء الرجعية ، ويخالف صاحب الدين فانه يدعى أنه مغصوب والذى عليه الدين يدعى أنه ماله ، والظاهر معه ، فان اليد تدل على الملك ، وليس كذلك وطء المظاهر منها ، فانهما متفقان على تحريمه ، فنظيره من المال أن يتفقا على أنه مغصوب فلا يجبر صاحب الدين على أخذه .

فصـــل وان انقضت المدة فادعى أنه عاجز ولم يكن قد عرف حاله انه عنين او قادر ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو ظاهر النص انه يقبل قوله لأن التعنين من العيوب التى لا يقف عليها غيره فقبل قوله فيه مع اليمين ، فان حلف طولب بفيئة معذور أو يطلق (والوجه الثانى) أنه لا يقبل قوله لأنه متهم فعلى هذا يؤخذ بالطلاق .

فصـــل وان آلى المجبوب وقلنا : انه يصح ايلاؤه أو آلى وهو صحيح

الذكر وانقضت المدة وهو محبوب فاء فيئة معذور ، وهو أن يقول : لو قدرت فعلت فان لم يفىء اخذ بالطلاق .

فصـــل وان اختلف الزوجان فى انقضاء المدة فادعت المرأة انقضاءها وانكر الزوج فالقول قول الزوج ، لأن الأصل أنها لم تنقض ، ولأن هذا اختلاف فى وقت الايلاء فكان القول فيه قوله ، وان اختلفا فى الاصابة فادعى الزوج أنه اصابها وانكرت المراة فعلى ما ذكرناه فى العنين) .

الشرح اذا انقضت المدة وهو محرم أو محبوس فى حق عليه نظرت فان كان الطريق آمنا والحق الذى عليـه يمكنه أداؤه ؛ فان انقضت المدة وهو غائب فلها أن توكل من يطالبه بالمسير اليها أو يحملها هى اليه أو يأمره بأداء ماعليه ، فان لم يفعل أمر بالطلاق ، فان كان عاجزاً عن أدائه أو حبس ظلمـاً أمر بفيئة المعذور ؛ وان كان الطريق مخـوفا أو له عذر يمنعـه فاء فيئـة المعذور . وقد مضى مزيد ايضاح فى الفصول قبله .

فـــرع سبق أن قلنا ان الامتناع بسبب منه لا يسقط حكما واجبا عليه ، وجملة ذلك أن الاحرام والاعتكاف المنذور وكفارة الظهار كل أولئك لا يؤمر بالوطء فيه لأنه محرم عليه ، ولكن يؤمر بالطلاق . ووجه هذاأنه عاجز عن الوطء بأمر لا يمكنه الخروج منه فأشبه المريض ؛ فان لم يطأها حين انقضاء المدة ــ لخوفه من فساد نسكه ــ لأنه اذا وطئها أوفاها حقها وارتكب اثم افساد نسكه ، أخذ بطلاقها ، فان لم يطلقها ولم يطأها ففيـه وجهان :

(أحدهما) يكتفى منه بفيئة المعذور الى أن يتحلل فيكون كالمريض .

(والثانى) لا يكتفى منه ، وهو ظاهر قوله فى الأم حيث يقـول : واذا آلى الرجل من امرأته ثم أحرم قيل له اذا مضت أربعة أشهر فان فئت فسد احرامك وخرجت من حكم الايلاء ، وان لم تفىء طلق عليك لأنك أحدثت منع الجماع على نفسك ، فان فئت فأنت عاص بالاصابة وأنت مظاهر ؛ وليس لك أن تطأ قبل الكفارة ، وان لم تفىء فطلق أو يطلق عليك ؛ وهـكذا لو تظاهر ثم آلى لأن ذلك كله جاء منه لا منها ولم تحرم عليه بالظهار حـرمة الأجنبية .

فـــرع المظاهر اذا انقضت مدته يقال له : اما أن تكفر وتفىء واما أن تطلق • فان قال أمهلونى حتى أطلب رقبة أو أطعـم ، فان علم أنه قادر على التكفير فى الحال وانما يقصد المماطلة والمدافعة والتأخير لم يمهـل ؛ لأن الحق حال عليه ، وانما يمهل للحاجة ولا حاجة ، وان لم يعلم ذلك أمهل ثلاثة أيام لأنها قريبة ؛ ولا يزاد على ذلك ؛ وان كان فرضه الصيام فطلب الامهال ليصوم شهرين متتابعين لم يمهل لأنه كثير ، فان أراد أن يجامعها كان لها أن لا تمكنه من نفسها لأن هذا الوطء محرم عليهما ، وهذا هو اختيار الشيخ أبى اسحاق الشيرازى هنا واختيار ابن قدامة من الحنابلة •

وذكر الشيخ أبو حامد الاسفراييني وبعض أصـحاب الامام أحمـد أنه يلزمها التمكين ؛ وان امتنعت سقط حقها ، لأن حقها فى الوطء وقد بذله ، ومتى وطئها فقد وفاها حقهـا والتحريم عليه دونها كمن له على آخـر دين فأحضره له فأبى أخذه لأنه مغصوب ؛ فهو بين أمرين اما أن يأخـذه وفاء لدينه واما أن يقبله من الدين ولنا أنه وطء حرام فلا يلزم التمكين منه كالوطء فى الحيض والنفاس • وهذا بخلاف الدين ، فان المال ملك من فى حوزته ومن يده عليه ، فكان الحكم الظاهر أن المال ماله ؛ وفارق الظهـار فانهـما مشتركان فى الاثم ،ولا نسلم كون التحريم عليه دونهـا ؛ فان الوطء متى حرم على أحدهما حرم على الآخر لكونه فعلا واحـداً ولو جاز اختصاص أحدهما بالتحريم لاختصت المرأة بتحـريم الوطء فى الحيض والنفـاس ؛ واحرامها وصيامها لاختصاصها بسببه •

ويتخرج على ذلك أنه يمكنه أن يفىء بلسانه فيئة المعذور ويمهل حتى يصوم ، كقولنا فى المحرم على أحد الوجهين • وهذا ما اخترته على أصـل المذهب ، وهذا أولى من ايقاع الطلاق عليه فقد تكون الثالثة فتبين منه ؛ وان كان المنصوص أنها تطلق عليه ان لم يطلقها •

فـــرع مضى فى الفصل قبله قولنا اذا انقضت المدة فادعى عجزه عن الوطء وقلنا لا تسمع دعواه كما لا تسمع دعواها ، ونقول هنا انه اذا لم تكن حاله معروفة لنا من عنة أو قدرة ففيه وجهان : (أحدهما) تسـمع

دعواه ويقبل قوله ؛ لأن التعنين من العيوب التى لا يقف عليها غيره ؛ وهذا هو ظاهر قوله فى الأم ، وقد نص الشافعى أن لها أن تسأل الحاكم فيضرب له مدة العنة وقدرها سنة ، الاأن يطلقها بعد الأشهر الأربعة •

(والوجه الثانى) لا يقبل قوله لأنه متهم فى دعوى ما يسقط عنه حقاً توجه عليه الطلب به والأصل سلامته منه فيؤخذ بالطلاق •

فـــرع ان ادعت أنه قد أصـابها مرة وأنكر ذلك لم يكن لهـا المطالبة بضرب مدة العنة لاعترافها بعدم عنته والقول قوله فى عدم الاصابة •

مســـألة قال الشافعى رضى الله عنه : اذا آلى الخصى غير المجبوب من امرأته فهو كغير الخصى ؛ وهكذا لو كان مجبوباً قد بقى له ما يبلغ به من المرأة ما يبلغ الرجل حتى تغيب حشـفته كان كغير الخصى فى جميـع أحكامه • واذا آلى الخصى المجبوب من امرأته قيل له : فىء بلسانه لا شىء عليه غيره لأنه ممن لا يجامع مثله ، وانما الفىء الجماع وهو ممن لا جماع عليه •

قال : ولو تزوج رجـل امـرأة ثم آلى منهـا ثم خصى ولم يجب كان كالفحل ، ولوجب كان لها الخيـار فى مكانها فى المقام معه أو فراقه ؛ فان اختارت المقـام معـه قيل له : اذا طلبت الوقف ففىء بلسـانك لأنه ممـن لا يجامع •

قال الربيع : ان اختارت فراقه فالذى أعرف للشافعى أنه يفرق بينهما ، وان اختارت المقام معه فالذى أعرف للشافعى أن امرأة العبين اذا اختارت المقام معه بعد الأجل انه لا يكون لها خيار ثانية والمجبوب عندى مثله •

مســألة اذا اختلف الزوجان فى انقضاء المدة فالقول قوله مع يمينه؛ وانما كان كذلك لأن الاختلاف فى مضى المدة ينبنى على الخلاف فى وقت يمينه ، فانهما لو اتفقا على وقت اليمين حسب من ذلك الوقت ، فعلم هـل انقضت المدة أم لا ؟ وزال الخلاف ، أما اذا اختلفا فى وقت اليمين فقال حلفت

فى غرة رمضان ، وقالت بل حلفت فى غرة شعبان فالقول قوله لأنه صدر من جهته ، وهو أعلم به فكان القول قوله فيه ؛ كما لو اختلفا فى أصل الايلاء ؛ ولأن الأصل عدم الحلف فى غرة شعبان فكان قوله فى نفيه موافقاً للأصل مع يمينه ، وبهذا قال الخرقى من الحنابلة ؛ وقال القاضى : أبو بكر منهم : لا يمين عليه . دليلنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « اليمين على المدعى » ولأنه حق الآدمى يجوز بذله فيستحلف فيه كالديون .

ولو وقفناه بعد الأربعة الأشهر فقال قد أصبتها ، فان كانت ثيبا كان القول قوله مع يمينه ؛ لأن الآصل بقاء النكاح والمرأة تدعى ما يلزمه بعد رفعه ؛ وهو يدعى ما يوافق الأصل ويبقيه ، فكان القول قوله ؛ كما لو ادعى الوطء فى العنة ولأن هذا أمر خفى ولا يعلم الا من جهته فقبل قوله فيه كقول المرأة فى حيضها وتلزمه اليمين ؛ لأن ما تدعيه المرأة محتمل فوجب نفيه باليمين ونص أحمد فى رواية الأثرم أنه لا يلزمه يمين لأنه لا يقضى فيه بالنكول ، وهذا اختيار أبى بكر من أصحاب أحمد .

أما ان كانت بكراً واختلفا فى الاصابة أريت النساء الثقات ، فان شهدن بثبوتها فالقول قوله ، وان شهدن ببكارتها فالقول قولها ؛ لأنه لو وطئها زالت بكارتها ، فان قلنا ان النساء الثقات بمثابة البينة فلا يميز ؛ لأن من شهدت له البينة فلا يمين عليه .

فلو كانت هذه المرأة غير مدخول بها فادعى أنه أصابها وكذبته ثم طلقها وأراد رجعتها كان القول قولها ، فنقل إقوله فى الاصابة فى الايلاء ولا نقبله فى اثبات الرجعة له ، كما مضى فى الرجعة ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب الظهـــار

الظهار محرم لقوله عز وجل « والذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هـن أمهاتهم ان أمهاتهم الا اللائى ولدنهم ، وانهم ليقولون منكرا من القول وزوراً » ويصح ذلك من كل زوج مكلف لقوله عز وجل « والذين يظاهرون من نسـائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة » ولأنه قول يختص به النكاح فصـح من كل زوج مكلف كالطلاق ، ولا يصح من السيد فى أمته لقوله عز وجـل « والذين يظاهرون من نسائهم » فخص به الأزواج ، لأن الظهار كان طلاقا فى النساء فى الجاهلية فنسخ حكمه وبقى محله) .

الشرح الظهار مشتق من الظهر وكل مركوب يقال له ظهر قال ابن قتيبة : وانما خصوا الظهر بالتحريم دون سائر الأعضاء لأنه موضـع الركوب والمرأة مركوبة اذا غشيت ؛ فكأنه أراد بقوله : أنت على كظهر أمى، ركوبك للنكاح على حرام كركوب أمى للنكاح ؛ وهو استعارة وكناية عن الجماع . وقرأ ابن عامر وحمزة والكسائى وخلف « يظاهرون » بفتـح الياء وتشديد الظـاء وألف وقرأ نافع وابن كثير وأبو عمـرو ويعقـوب وعاصم وزيد بن حبيش « يظاهرون » بضم الياء وتخفيف الظاء وألف وهاء « يظهرون » بحذف الألف وتشديد الهاء والظاء وفتح الياء ، وقرأ أبو العالية وعاصم وزيد بن حبيش (يظاهرون) بضم الياء وتخفيف الظاء وألف وهاء مكسورة . وفى قـراءة أبى « يتظـاهرون » وهى معنى قـراءة ابن عامر وحمزة .

قال القرطبى وذكر الظهر كناية عن معنى الركوب ؛ والآدمية انما يركب بطنها ، ولكن كنى عنه بالظهر عن الركوب ا هـ .

قلت : وقد علم الله من أمر الناس وأجناسهم وألوانهم وعاداتهم وتقاليدهم ماهو أعم فى مفهومه ، وأشمل فى مضمونه ؛ فلا يخلو أن تكون عادة بعض

القبائل العربية أو كانت العرب كلها فى زمن سابق يأتون النساء بهذه الطريقة • يدل على ذلك قوله تعالى « نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم » فهذا الحوار حول هذه الطريقة يدل على شيوعها وانتشارها ، وفى عصرنا هذا عرفنا أن أمم الأرض فى أوربا وأمريكا وأكثر شعوب آسيا وأفريقيا يركبون ظهور النساء عند اتيانهن • ومعنى أنت محرمة لا يحل لى ركوبك ، وحقيقة الظهار تشبيه ظهر بظهر ، والموجب للحكم منه هو تشبيه ظهر محلل بظهر محرم •

قال الشافعى رضى الله عنه : سمعت من أرضى من أهل العلم بالقرآن يذكر أن أهل الجاهلية كانوا يطلقون بثلاثة : الظهار والايلاء والطلاق ، فأقر الله تعالى الطلاق وحكم فى الايلاء بأن أمهل المولى أربعة أشهر ثم جعل عليه أن يفىء أو يطلق ، وحكم فى الظهار بالكفارة ، فان تظاهر الرجل من امرأته قبل أن يدخل بها أو بعد ما دخل بها فهو متظاهر ، واذا طلقها فكان لا يملك رجعتها فى العدة ثم تظاهر منها لم يلزمه الظهار •

ثم قال : واذا تظاهر من أمته أم ولد كانت أو غير أم ولد لم يلزمه الظهار ، لأن الله عز وجل يقول « والذين يظاهرون من نسائهم » وليست من نسائه ، فلو آلى من أمته لم يلزمه الايلاء ، وكذلك قال « والذين يرمون أزواجهم » وليست من الأزواج فلو رماها لم يلتعن ، لأنا عقلنا عن الله عز وجل أنها ليست من نسائنا ، وانما نساؤنا أزواجنا ، ولو جاز أن يلزم واحداً من هذه الأحكام لزمها كلها لأن ذكر الله عز وجل لها واحد • ا هـ

فكل زوج يجوز طلاقه يجوز ظهاره • ومنه الذمى خلافا لأبى حنيفة ومالك وهذا مبنى على أصل عندهم أن أنكحة الكفار فاسدة الأصل فلا يتعلق بها حكم طلاق ولا ظهار ، وقد استدلوا بقوله تعالى « منكم » يعنى من المسلمين ، وهذا يقتضى خروج الذمى من الخطاب ، وقد اعترضنا عليهم بأن هذا استدلال بدليل الخطاب ، وليس حجة فى اخراج الذمى •

قال أبو حنيفة ومالك : لا تصح منه الكفارة التى هى رافعة للحرمة فلا يصح منه التحريم • ودليل أن الكفارة لا تصح منه انها عبادة تفتقر الى

النية فلا تصح منه كسائر العبادات • وهذا غير صحيح ؛ لأن من صح طلاقه صح ظهاره كالمسلم وبهذا قال أحمد وأصحابه كافة • فأما ما ذكره المالكية والحنفية فيبطل بكفارة الصيد اذا قتله فى الحرم ، وكذلك الحد يقام عليه ، لا يصح منه الصوم ، فلا تمتنع صحة الظهار بامتناع بعض أنواع الكفارة ولا نسلم أن التكفير لا يصح منه ؛ فانه يصح منه العتق والاطعام ، وانما كما فى حق العبد ، والنية معتبرة فى تعيين الفعل للكفارة فلا يمتنع ذلك فى حق الذمى ؛ كالنية فى كنايات الطلاق ، والظهار يلزم فى كل زوجة مدخول بها أو غير مدخول بها من زوج يجوز طلاقه ، وعند مالك : ومن يجوز له وطؤها من امائه اذا ظاهر منهن لزمه الظهار فيهن • وقال أبو حنيفة والشافعى وأحمد : لا يلزمه •

قال القاضى أبو بكر بن العربى : وهى مسألة عسيرة جداً علينا ، لأن مالكا يقول اذا قال لأمته : أنت على حرام لا يلزم ، فكيف يبطل فيها صريح التحريم وتصح كنايته • ثم قال : ولكن تدخل الأمة فى عموم قوله : من نسائهم • وقال عطاء : عليه نصف كفارة حرة ، لأن الأمة على النصف من الحرة ، وليس عليه دليل ؛ والصحيح أنه ليس بظهار •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان قال : انت على كظهر امى فهو ظهار ، وان قال انت على كظهر جدتى فهو ظهار ، لأن الجدة من الأمهات ، ولأنها كالأم فى التحريم ، وان قال انت على كظهر ابى لم يكن ظهاراً ، لأنه ليس بمحل الاستمتاع فلم يصر بالتشبيه به مظاهراً كالبهيمة • وان قال : انت على كظهر اختى او عمتى ففيه قولان :**

قال فى القديم ليس بظهار ؛ لأن الله تعالى نص على الأمهات وهن الأصل فى التحريم وغيرهن فرع لهن دونهن ، فلم يلحق بهن فى الظهار •

وقال فى الجديد : هو ظهار ؛ وهو الصحيح ، لأنها محرمة بالقرابة على التأبيد فأشبهت الأم ، وان شبهها بمحرمة من غير ذوات المحارم نظرت ، فان كانت امراة حلت له حرمت عليه كاللاعنة والأم من الرضاع وحليلة الأب بعد ولادته او محرمة تحل له فى الثانى ، كأخت زوجته وخالتها وعمتها • لم يكن

ظهاراً لأنهن دون الأم فى التحريم ، وان لم تحل له قط ، ولا تحل له فى الثانى كحيلة الاب قبل ولادته ، فعلى القولين فى ذوات المحارم) .

الشرح فى هذا الفصل أمور (أحدها) أنه اذا قال لزوجته : أنت على كظهر أمى فهو ظهار ؛ لأنه شبه امرأته بمن تحرم عليه على التأبيد ، وهذا التشبيه بظهر أمه يعد ظهاراً بالاجماع .

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن صريح الظهار أن يقول : أنت على كظهر أمى (ثانيها) أن يشبهها بظهر من تحرم عليه من ذوى رحمه ، فان شبهها بجدته فهو ظهار صريح عند الشافعى قولا واحداً ، وبه قال أحمد ومالك وأصحاب الرأى وغيرهم ؛ وان شبهها بظهر أخته أو عمته أو خالته كان ظهاراً فى قوله الجديد ، وفى قول أكثر أهل العلم منهم الحسن وعطاء وجابر بن زيد والشعبى والنخعى والزهرى والثورى والأوزاعى ومالك واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأحمد ، وقال الشافعى فى القديم : لا يكون الظهار الا بأم أو جدة لأنها أم أيضا لأن اللفظ الذى ورد به القرآن مختص بالأم ؛ فاذا عدل عنه لم يتعلق به ما أوجبه الله تعالى فيه .

ولنا أنهن محرمات بالقرابة فأشبهن الأم ، وحصول الزور والمنكر واقع وموجود فى مسألتنا فجرى مجراه ، وتعليق الحكم بالأم لا يمنع ثبوت الحكم فى غيرها اذا كانت مثلها .

(ثالثها) أن يشبهها بظهر من تحرم عليه على التأبيد سوى الأقارب والأمهات المرضعات والأخوات من الرضاعة وحلائل الآباء والأبناء وأمهات النساء ، فقد قال الربيع بن سليمان فى الأم : فان قال أنت على كظهر أجنبية لم يكن مظاهراً من قبل أن الأجنبية ــ وان كانت فى هذا الوقت محرمة ــ فهى تحل له لو تزوجها والأم لم تكن حلالا له قط ولا تكون حلالا أبداً .

فان قال أنت على كظهر أختى من الرضاعة ــ فان كانت قد ولدت قبل أن ترضعه أمها فقد كانت قبل أن يكون الرضاع حلالا له ولا يكون مظاهراً بها ؛ وليست مثل الأخت من النسب التى لم تكن حلالا قط له ، وهذه قد

كانت حلالا له قبل أن ترضعه أمها ، فان كانت أمها قد أرضعته قبل أن تلدها فهذه لم تكن قط حلالا له فى حين ؛ لأنها ولدتها بعد أن صار ابنهـا مـن الرضاعة ، وكذلك امرأة أبيه ، فاذا قال الرجل لامرأته : أنت على كظهر امرأة أبى ـ فان كان أبوه قد تزوجها قبل أن يولد فهو مظاهر من قبل أنهـا لم تكن حلالا قط ، ولم يولد الا وهى حرام عليه ؛ وان كان قد ولد قبل أن يتزوجها أبوه فقد كانت فى حين حلالا له فلا يكون بهذا متظاهراً • قال الشافعى رحمه الله : وان قال أنت على كظهر امرأة ابنى أو امـرأة أبى أو امرأة رجل سماه أو امرأة لاعنها أو امرأة طلقها ثلاثاً لم يكن ظهاراً من قبل أن هؤلاء قد كن وهن يحللن له ا هـ •

وقال أحمد وأصحابه فى الأمهات المرضعات والأخوات من الرضـاعة وحلائل الآباء والأبناء وأمهات النساء أنه ظهار فى كل أولئك ولم يفـرق ، أما اذا شبهها بظهر من تحرم عليه تحريماً مؤقتا كأخت امرأته وعمتهـا أو الأجنبية فانه ليس بظهار قولا واحداً ؛ وعند أحمد روايتان ـ احداهما أنه ظهار ـ وهو اختيار الخرقى وقول أصحاب مالك ، ووجه كونه ليس ظهاراً أنها غير محرمة على التأبيد فلايكون التشبيه بها ظهاراً كالحائض والمحـرمة من نسائه ، ووجه كونه ظهاراً عند القائلين به أنه شبهها بمحرمة فأشبه ما لو شبهها بالأم ؛ ولأن مجرد قوله أنت على حرام ظهار اذا نوى به الظهـار ، والتشبيه بالمحرمة تحريم فصار ظهاراً •

فـــرع وان شبهها بظهر أبيه أو بظهر غيره من الرجال أو قال : أنت على كظهر البهيمة ، أو أنت على كالميتة ، فليس بظهار قولا واحداً • وفى ذلك كله عند أحمد بن حنبل روايتان ؛ احداهما ظهار • قال الميمونى قلت لاحمد : ان ظاهر من ظهر الرجل ؟ قال فظهر الرجل حرام يكون ظهاراً ، وبهذا قال ابن القاسم صاحب مالك فيما اذا قال : أنت على كظهر أبى وروى ذلك عن جابر بن زيد والثانية ليس بظهار ، وهو قول أكثر العلماء لأنه تشبيه بما ليس بمحل للاستمتاع ؛ أشبه ما لو قال : أنت على كمال زيد وهل فيه كفارة ؟ ليس فيه كفارة عندنا وجهاً واحداً ، لأن الكفارة لا تكون الا مـن

ظهار وهو لم يظاهر ، وعلى روايتين عند أحمد ؛ احداهما فيه كفارة لأنه نوع تحريم ، فأشبه ما لو حرم ماله ؛ والثانية ليس فيه شيء .

نقل ابن القاسم عن أحمد فيمن شبه امرأته بظهر الرجل لا يكون ظهاراً قال : ولم أره يلزمه فيه شيء وذلك لأنه تشبيه لامرأته بما ليس بمحل للاستمتاع أشبه التشبيه بمال غيره ؛ وقد مر فى كتاب الطلاق حكم من قال لامرأته أنت على كالميتة والدم ان نوى به الطلاق أو نوى به الظهار ، وفيه وجهان (أحدهما) ظهار وهو احدى الروايتين عن أحمد . (والثانى) هو يمين ، وهو الرواية الأخرى لأحمد قال ابن قدامة : ولم يتحقق عندى معنى الظهار واليمين .

قال القرطبى من المالكية : ان شبه امرأته بأجنبية فان ذكر الظهر كان ظهاراً حملا على الأول ؛ وان لم يذكر الظهر ــ فاختلف فيه علماؤنا ــ فمنهم من قال يكون ظهاراً ، ومنهم من قال يكون طلاقاً . وقال أبو حنيفة والشافعى لا يكون شيئاً . انتهى .

ثم نقل قول ابن العربى فى أنه تشبيه محلل بمحرم فكان مقيداً بحكمه بالظهر ، لأن الأسماء بمعانيها عندهم ؛ وعند الشافعية بألفاظها ، على أن الخلاف فى الظهار بالأجنبية قوى عند المالكية ، فمنهم من لا يرى الظهار الا بذوات المحارم خاصة ولا يرى الظهار بغيرهن ؛ ومنهم من لا يجعله شيئاً، ومنهم من يجعله فى الأجنبية طلاقا ؛ وهو عند مالك اذا قال كظهر ابنى أو غلامى أو كظهر زيد أو كظهر أجنبية ظهار ؛ ولا يحل له وطؤها فى حين يمينه؛ وقد روى عنه أيضاً أن الظهار بغير ذوات المحارم ليس بشيء كما قال أبو حنيفة والشافعى ، وقال الأوزاعى : لو قال أنت على كظهر فلان فهو يمين يكفرها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان قال أنت عندى او انت منى او أنت معى كظهر أمى فهو ظهار لأنه يفيد ما يفيد قوله انت على كظهر أمى ، وان شبهها بعضو من أعضاء**

الأم غير الظهر بأن قال أنت على كفرج أمي أو كيدها أو كرأسها فالمنصوص انه ظهار ومن أصحابنا من جعلها على قولين قياسا على من شبهها بذات رحم محرم منه غير الأم ، والصحيح أنه ظهار قولا واحداً لأن غير الظهر كالظهر فى التحريم غير الأم دون الأم فى التحريم .

وان قال انت على كبدن أمي فهو ظهار لانه يدخل الظهر فيه ، وان قال أنت على كروح أمي ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه ظهار لأنه يعبر به عن الجسد (والثانى) أنه كناية لأنه يحتمل انها كالروح فى الكرامة فلم يكن ظهاراً من غير نية (والثالث) وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنه ليس بصريح ولا كناية ، لأن الروح ليس من الأعيان التى يقع بها التشبيه .

وان شبه عضواً من زوجته بظهر أمه بأن قال رأسك أو يدك على كظهر أمي فهو ظهار ، لانه قول يوجب تحريم الزوجة ، فجاز تعليقه على يدها ورأسها كالطلاق ، وعلى قول ذلك القائل يجب أن يكون ههنا قول آخر أنه ليس بظهار .

فصل **وان قال : أنت على كأمي أو مثل أمي لم يكن ظهاراً الا بالنية ، لانه يحتمل انها كالأم فى التحريم أو فى الكرامة فلم يجعل ظهاراً من غير نية كالكنايات فى الطلاق) .**

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : والظهار أن يقول الرجل لامرأته : أنت على كظهر أمي ؛ فاذا قال لها : أنت منى كظهر أمي أو أنت معى أو ما أشبه هذا كظهر أمي فهو ظهار ، وكذلك لو قال لها : فرجك أو رأسك أو بدنك أو ظهرك أو جلدك أو يدك أو رجلك على كظهر أمي كان ظهاراً ، وكذلك لو قال : أنت أو بدنك على كظهر أمي أو كبدن أمي أو كرأس أمي أو كيدها أو كرجلها كان هذا ظهاراً لأن التلذذ بكل أمه محرم عليه كتحريم التلذذ بظهرها ا هـ .

وجملة ذلك أنه اذا قال أنت عندى أو معى كظهر أمي كان ظهاراً بمنزلة على لأن هذه الألفاظ فى معناه . وان قال : جملتك أو بدنك أو جسمك أو ذاتك أو كلك على كظهر أمي لأنه أشار اليها فهو كقوله : أنت . وان قال : أنت كظهر أمي كان ظهاراً لأنه أتى بما يقتضى تحريمها عليه فانصرف الحكم اليه ؛ كما لو قال : أنت طالق .

وذهب بعض أصحابنا الى جعلها على قولين (أحدهما) هذا (والثانى) ليس بظهار لأنه ليس فيه ما يدل على أن ذلك فى حقه قياساً على من شبهها بذات رحم محرم منه غير الأم ، وليس بصحيح •

وان قال : أنت على كروح أمى ففيه ثلاثة أوجه ذكرها المصنف ، ويمكن أن نلحق بالروح قوله أنت على كأمى أو مثل أمى ؛ فانه اذا نوى به الظهار فهو ظهار فى قول عامة العلماء منهم أبو حنيفة وصاحباه والشافعى واسحاق وأحمد بن حنبل وان نوى به الكرامة والمعزة والتوقير ، أو أنها مثلهـا فى الصفة فليس بظهار والقول قوله فى نيته •

وقال أبو بكر من الحنابلة ان أطلق فهو صريح فى الظهار ؛ وهذا أحـد الوجوه الثلاثة فى الروح عندنا ، وهو قول مالك ومحمد بن الحسن • وقال ابن أبى موسى فيه روايتان عن أحمد أظهرهما أنه ليس بظهار حتى ينويه ، وهذا قول أبى حنيفة والشافعى ، لأن هذا اللفظ يسـتعمل فى الكراهة فلم ينصرف اليه بغير نية ككنايات الطلاق •

ووجه الأول أنه شبه امرأته بجملة أمه فكان مشبهاً لها بظهرها فيثبت الظهار كما لو شبهها به منفرداً • والذى يصح عندى أنه ان وجدت قرينة تدل على الظهار مثل أن يخرجه مخرج الحلف ، كقوله ان فعلت كذا فأنت على كزوج أمى ، أو قال ذلك حال الخصومة والغضب فهو ظهار ، لأنه اذا خرج مخرج الحلف فالحلف يراد للامتناع من شىء أو الحث عليه ، وانمـا يحصل ذلك بتحريمها عليه ، ولأن كونها مثل أمه فى صلتها أو كرامتها لا يتعلق على شرط فيدل على أنه انما أراد الظهار ، ووقوع ذلك فى حال الخصـومة والغضب دليـل على أنه أراد به ما يتعلق بأذاها ويوجب اجتنـابها وهو الظهار • وان عدم هذا فليس بظهار لأنه محتمل لغير الظهار احتمالا كثيراً • فلا يتعين الظهار فيه بغير دليل •

وأما قوله : أنت على كأمى فالمرجع الى نيته ، فان قال نويت ظهاراً كان ظهاراً وان قال نويت شيئاً آخر فالقول قوله ، وقال أبو ثور : لو قال أنت

على كأمي أو قال : أنت أمي أو امرأتي أمي مع الدليل الصارف له الى الظهار كان ظهاراً ، اما بنية أو ما يقوم مقامها .

وان قال أمي امرأتي أو مثل امرأتي لم يكن ظهاراً لأنه تشبيه لأمه ووصف لها وليس بوصف لامرأته ، قال الشافعي واذا قال الرجل لامرأته أنت علي أو عندي كأمي أو أنت مثل أمي أو أنت عدل أمي وأراد في الكرامة فلا ظهار ، وان أراد ظهاراً فهو ظهار .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان قال انت طالق ونوى به الظهار لم يكن ظهاراً ، وان قالت انت على كظهر امي ونوى به الطلاق لم يكن طلاقا ، لأن كل واحد منهما صريح في موجبه في الزوجية فلا ينصرف عن موجبه بالنية ، وان قال انت طالق كظهر امي ولم ينو شيئاً وقع الطلاق بقوله انت طالق ويلغى قوله كظهر امي ، لانه ليس معه ما يصير به ظهاراً وهو قوله انت علي او مني أو معي أو عندي ، فيصير كما لو قال ابتداء كظهر أمي . وان قال اردت أنت طالق طلاقا يحرم كما يحرم الظهار وقع الطلاق وكان قوله كظهر أمي تأكيداً . وان قال أردت أنت طالق وانت على كظهر امي ، فان كان الطلاق رجعياً صار مطلقاً ومظاهراً ، وان كانت بائنا وقع الطلاق ولم يصح الظهار ، لأن الظهار يلحق الرجعيه لأن يلحق البائن . وان قال انت على حرام كظهر امي ولم ينو شيئاً فهو ظهار لانه اتى بصريحه واكده بلفظ التحريم ، وان نوى به الطلاق فقد روى الربيع انه طلاق ، وروه في بعض نسخ المزني انه ظهار ، وبه قال بعض اصحابنا ، لأن ذكر الظهار قرينة ظاهرة ونية الطلاق قرينة خفية ، فقدمت القرينة الظاهره على القرينة الخفية والصحيح انه طلاق .**

واما الظهار فهو غلط وقع في بعض النسخ ، لأن التحريم كناية في الطلاق والكناية مع النية كالصريح ، فصار كما لو قال انت طالق كظهر أمي ، وان قال اردت الطلاق والظهار ـ فان كان الطلاق رجعياً ـ صار مطلقاً ومظاهراً ، وان كان الطلاق بائناً صح الطلاق ولم يصح الظهار لما ذكرناه فيما تقدم ، وعلى مذهب ذلك القائل هو مظاهر ، لأن القرينة مقدمة ، وان قال اردت تحريم عينها وجبت كفارة يمين وعلى قول ذلك القائل هو مظاهر) .

الشرح الأحكام : اذا طلق يريد ظهاراً كان طلاقاً ، وان ظاهر يريد طلاقاً كان ظهاراً لأن كل لفظ منهما صريح في موجبه ، أما اذا خلط في عبارته

بينهما فقال أنت طالق كظهر أمى ، ولم ينو شيئاً منهما وقع الطلاق وسقط الظهار لأنه أتى بصريح الطلاق أولا وجعل قوله كظهر أمى صفة له ؛ ولأنه لم يضف الظهار الى نفسه بحرف من حروف الظهار ، كقوله على أو منى أو معى أو عندى لأنه لو قال ابتداء كظهر أمى فانه ليس ظهاراً لافتقاره الى ضميره المجرور المتعلق به صريح الظهار لكونه أطلق اللفظ بغير متعلقه ، فان نوى بقوله كظهر أمى تأكيد الطلاق لم يكن ظهاراً كما لو أطلق ، وان نوى به الظهار وكان الطلاق بائناً فهو كالظهار من الأجنبية لأنه أتى به بينونتها بالطلاق ، وان كان رجعياً كان ظهاراً صحيحاً ، لأن الظهار يلحق الرجعية ولا يلحق البينونة ؛ هذا مذهبنا وبه قال أحمد وأصحابه • قال ابن قدامة : لأنه أتى بلفظ الظهار فيمن هى زوجة ا هـ •

وان قال أنت على كظهر أمى طالق وقع الظهار والطلاق معاً ، سواء كان الطلاق بائنا أو رجعيا لأن الظهار سبق الطلاق •

قال الشافعى فى الأم : واذا قال أنت على كظهر أمى يريد طلاقا واحداً أو ثلاثاً أو طلاقا بلا نية عدد لم يكن طلاقا لما وصفت من حكم الله عز وجل فى الظهار ، وان بينا فى حكم الله تعالى أن ليس الظهار اسم الطلاق ولا ما يشبه الطلاق مما ليس لله تبارك وتعالى فيه نص ولا لرسوله صلى الله عليه وسلم ، وما كان خارجا من هذا ما يشبه الطلاق فانما يكون قياسا على الطلاق •

واذا قال الرجل لامرأته أنت طالق كظهر أمى يريد الظهار فهى طالق ولا ظهار عليه لأنه صرح بالطلاق ولم يكن لكظهر أمى معنى الا أنك حرام بالطلاق وكظهر أمى محال لا معنى له فلزمه الطلاق وسقط الظهار ا هـ •

فرع وان قال : أنت على حرام ونوى الطلاق والظهار معا ، فان كان الطلاق رجعيا كان طلاقا وظهاراً ، وان كان بائنا وقع الطلاق وسقط الظهار ، وقال أصحاب أحمد : ان قال أنت على حرام ونوى الطلاق والظهار معا كان ظهاراً ولم يكن طلاقا ، لأن اللفظ الواحد لا يكون ظهاراً وطلاقا ، والظهار أولى بهذا اللفظ فينصرف اليه •

ولأصحابنا وجهان أولهما يقال له : اختر أيهما شئت ، والثانى ان قال أردت الظهار والطلاق كان ظهاراً لأنه بدأ به فيكون ذلك اختياراً له ويلزمه ما بدأ به •

ولنا أن الحرام كناية فى الطلاق ، فاذا لم ينو الطلاق وأراد تحريم عينها كان عليه كفارة يمين ، وقد مضى حكم ذلك فى كنايات الطلاق •

وقال الحنابلة : اذا أتى بلفظ الحرام بنوى الظهار كان ظهـــاراً وليس بطلاق لأنه زاحمت نيته نية الظهار وتعذر الجمع والظهار أولى بهذه اللفظة لأن معناهما واحد وهو التحريم فيجب أن يغلب ما هو الأولى ، أما الطلاق فهو من الاطلاق وهو حل قيد النكاح ، وانما التحـــريم حـــكم له فى بعض أحواله وقد ينفك عنه ، فان الرجعية مطلقة مباحة ، وأما التخيير فلا يصـــح لأن هذه اللفظة قد ثبت حكمها حين لفظ بها لكونه أهلا والمحل قابلا ، وهذا القول يوافق ما رواه المزنى فى بعض نسخه من المختصر •

وقال الشافعى رضى الله عنه : وان قال لامرأته أنت على حرام كظهر أمى يريد الطلاق فهو طلاق ، وان لم يرد الطلاق فهو متظاهر ، وهذه هى رواية الربيع وقد روى المزنى فى بعض النسخ « فهو ظهار » •

والقول الفصل فى هذا أنه اذا قال أنت على حرام كظهر أمى ولم ينـــو شيئاً فهو ظهار ؛ لأنه أتى بصريحه ، وكان لفظ التحريم تأكيـــداً له ، وان نوى به الطلاق كان طلاقا فى أصح القولين ، ووجه القائلين بأنه ظهار أن النية هنا قرينة خفية وأن لفظ الظهـــار قرينة جلية ، ومن ثم تقدم القرينـــة الجلية على الخفيـــة ، وقد غلط أصحابنا بعض نسخ المزنى المذكور فيهـــا الظهار ؛ لأن الأصل عندنا أن التحريم كناية فى الطلاق خلافا للحنابلة فانهم يجعلونه كناية فى الظهار كما قدمنا ، والكناية مع النية تجرى مجرى الصريح بلا مراء ، فصار كما لو قال : أنت طالق كظهر أمى سواء بسواء •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ويصح الظهار مؤقتا ، وهو أن يقول أنت على كظهر أمى يوماً أو شهراً ، نص عليه فى الأم . وقال فى اختلاف العراقيين لا يصير مظاهراً لأنه لو شبهها بمن تحرم الى وقت لم يصر مظاهراً ، فكذلك اذا شـــبهها بامه الى وقت ، والصحيح هو الأول لما روى سلمة بن صخر قال « كنت امرأ أصيب من النساء مالا يصيب غيرى . فلما دخل شهر رمضان خفت أن أصيب من امرأتى شيئاً يتتابع بى حتى أصبح فظاهرت منها حتى ينسلخ رمضان ، فبينما هى تحدثنى ذات ليلة وتكشف لى منها شىء فلم ألبث أن نزوت عليها فانطلقت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته ، فقال « حرر رقبة » ولأن الحكم انما تعلق بالظهار لقوله والمنكر الزور وذلك موجود فى المؤقت .

فصـــل ويجوز تعليقه بشرط كدخول الدار ومشيئة زيد لأنه قـول يوجب تحريم الزوجة فجاز تعليقه بالشرط كالطلاق ، وان قال ان تظاهـرت من فلانة فأنت على كظهر أمى ، فتزوج فلانة وتظاهر منها صار مظاهراً مـن الزوجة لأنه قد وجد شرط ظهارها .

وان قال : ان تظاهرت من فلانة الأجنبية فأنت على كظهر أمى ، ثم تزوج فلانة وظاهر منها ففيه وجهان (أحدهما) لا يصير مظاهراً من الزوجة لأنه شرط أن يظاهر من الأجنبية . والشرط لم يوجد فصار كما لو قال ان تظاهرت مـن فلانة وهى أجنبية فأنت على كظهر أمى ثم تزوجها وظاهر منها (والثانى) يصير مظاهراً منهـا لأنه علق ظهارها بعينها ووصفها بصفة ، والحكم اذا تعلق بعـين على صفة كانت الصفة تعريفاً لا شرطا . كما لو قال والله لا دخلت دار زيد هذه فباعها زيد ثم دخلها فانه يحنث وان لم تكن ملك زيد .

فصـــل وان قالت الزوجة لزوجها أنت على كظهر أبى وأنا عليك كظهر أمك لم يلزمها شىء لأنه قول يوجب تحريما فى الزوجية بملك الزوج رفعـــه فاختص به الرجل كالطلاق) .

الشرح حديث سلمة بن صخر أورده المصنف مختصراً ، وقـد أخرجه أحمد وأبو داود والترمذى وقال حديث حســن أخـرجه الحـاكم وصححه ابن خزيمة وابن الجارود ، وقد أعله عبد الحق بالانقطاع . وأن سليمان بن يسار لم يدرك سلمة وقد حكى ذلك الترمذى عن البخارى .

ثم ان فى اسناده أيضاً محمد بن اسحاق وفيه مقـال معـروف . ولفظ

الحديث عن سلمة بن صخر رضى الله عنه قال : كنت امرأ وقد أوتيت من جماع النساء ما لم يؤت غيرى ، فلما دخل رمضان ظاهرت من امرأتى حتى ينسلخ رمضان فرقا من أن أصيب فى ليلتى شيئا فأتتابع فى ذلك الى أن يدركنى النهار وأنا لا أقدر أن أنزع ، فبينما هى تخدمنى من الليل اذ تكشف لى منها شىء فوثبت عليها فلما أصبحت غدوت على قومى فأخبرتهم خبرى وقلت لهم انطلقوا معى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بأمرى ، فقالوا : والله لا نفعل نتخوف أن ينزل فينا قرآن • أو يقول فينا رسول الله صلى الله عليه وسلم مقالة يبقى عارها علينا • ولكن اذهب أنت واصنع ما بدالك فخرجت حتى أتيت النبى صلى الله عليه وسلم فأخبرته خبرى فقال لى أنت بذاك ، فقلت أنا بذاك ؟ فقال أنت بذاك ؟ قلت أنا بذاك • فقال أنت بذاك ، قلت نعم ها أنذا فأمض فى حكم الله عز وجل فأنا صابر له قال : اعتق رقبة فضربت صفحة رقبتى بيدى وقلت : لا والذى بعثك بالحق ماأصبحت أملك غيرها ، فقال صم شهرين متتابعين قال : قلت يا رسول الله وهل أصابنى ما أصابنى الا فى الصوم • قال فتصدق • قلت : والذى بعثك بالحق لقد بتنا ليلتنا وحشا ما لنا عشاء • وقال اذهب الى صاحب صدقة بنى زريق فقل له فليدعها اليك فأطعم عنك منها وسقاً من تمر ستين مسكيناً ثم استعن بسائره عليك وعلى عيالك • قال فرجعت الى قومى فقلت وجدت عندكم الضيق وسوء الرأى ووجدت عند رسول الله صلى الله عليه وسلم السعة والبركة وقد أمر لى بصدقتكم فادفعوها لى فدفعوها الى » •

على أن الحديث اذا كان قد رجح النسائى ارساله فانه لا يضر ارسال مع ورود الحديث من طرق بعضها متصل وبعضها مرسل فلا يكون هذا ضعفا ، وانما يزيد الحديث قوة •

وقد رواه البزار من وجه آخر عن ابن عباس وزاد فيه « كفر ولا تعد » أورده الحافظ فى بلوغ المرام وسلمة بن صخر هو البياضى بفتح الموحدة وتخفيف المثناة التحتية وضاد معجمة • أنصارى خزرجى • كان أحد البكائيين • روى عنه سليمان بن يسار وابن المسيب • وقد أوردنا كلام المحدثين فيه • وللحديث متابعات من طرق غير سلمة • ففى رواية ابن عباس

أن الرجل قال للنبى صلى الله عليه وسلم « رأيت خلخالها فى ضوء القمر » وقوله شيئاً يتتابع بى يدفعنى الى اللجاج والتهافت فى الشر وقوله « نزوت عليها » أى قفزت وطفرت •

أما الأحكام فانه يصح الظهار مؤقتاً مثل أن يقول أنت على كظهر أمى شهراً أو حتى ينسلخ رمضان • فاذا مضى الوقت زال الظهار وحلت المرأة بلا كفارة • ولا يكون عائداً بالوطء فى المدة فى أحد القولين للشافعى رضى الله عنه • وهو قول ابن عباس وعطاء وقتادة والثورى واسحاق وأبى ثور وأحمد بن حنبل • وقال الشافعى فى اختلاف العراقيين وهما أبو حنيفة وابن أبى ليلى لا يكون ظهارا وبه قال ابن أبى ليلى والليث • لأن الشرع ورد بلفظ الظهار مطلقا • وهذا لم يطلق فأشبه ما لو شبهها بمن تحرم عليه فى وقت دون آخر •

وقال طاووس اذا ظاهر فى وقت فعليه الكفارة وان بر • وقال مالك فى المدونة : يسقط التأقيت ويكون ظهاراً مطلقا لأن هذا لفظ يوجب تحريم الزوجة فاذا وقته لم يتوقف كالطلاق •

دليلنا حديث سلمة بن صخر وقوله « تظاهرت من امرأتى حتى ينسلخ شهر رمضان » وأخبر النبى صلى الله عليه وسلم أنه أصابها فى الشهر فأمره بالكفارة • ولم يعتبر عليه تقييده • لأنه منع نفسه بيمين لها كفارة فصح مؤقتاً كالايلاء وفارق الطلاق فانه يزيل الملك وهو يوقع تحريما يرفعه التكفير فجاز تأقيته • ولا يصح قول من أوجب الكفارة وان بر • لأن الله تعالى انما أوجب الكفارة على الذين يعودون لما قالوا • ومن بر وترك العود فى الوقت الذى ظاهر فلم يعد لما قال فلا تجب عليه كفارة • وفارق التشبيه بمن لا تحرم عليه على التأبيد لأن تحريمها غير كامل • وهذه حرمها فى هذه المدة تحريما مشبها بتحريم ظهر أمه • على أننا نمنع الحكم فيها •

اذا ثبت هذا فانه لا يكون عائداً الا بالوطء فى المدة ، وهذا هو المنصوص عن الشافعى ، وقال بعض أصحابه ان لم يطلقها عقيب الظهار فهو عائد عليه الكفارة وقال أبو عبيد « اذا أجمع على غشيانها فى الوقت لزمته

الكفارة والا فلا • لأن العود العزم على الوطء ولكن حديث سلمة بن صخر دليل على أنه لم يوجب عليه الكفارة الا بالوطء ، ولأنها يمين لم يحنث فيها فلا يلزمه كفارتها كاليمين بالله تعالى ولأن المظاهر فى وقت عازم على امساك زوجته فى ذلك الوقت فمن أوجب الكفارة عليه بذلك كان قوله كقول طاوس فلا معنى لقوله يصح الظهار مؤقتاً لعدم تأثير الوقت •

مسألة قوله ويجوز تعليقه بشرط كدخول الدار ومشيئة زيد • وهذا صحيح فقد قال الشافعى فى الأم ؛ فاذا قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت على كظهر أمى فدخلت الدار كان متظاهراً حين دخلت • وكذلك ان قال ان قدم فلان أو نكحت فلانة • ا هـ

وجملة ذلك أنه يصح تعليق الظهار بالشروط • نحو أن يقول ان دخلت الدار فأنت على كظهر أمى • وان شاء زيد فأنت على كظهر أمى • فمتى شاء زيد أو دخلت الدار صار مظاهراً والا فلا • وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى وأحمد ابن حنبل لأنه يمين فجاز تعليقه على شرط كالايلاء • ولأن الظهار أصله كان طلاقا والطلاق يصح تعليقه بالشرط فكذلك الظهار •

فرع قال فى الأم « ولو قال لامرأة لم ينكحها اذا نكحتك فأنت على كظهر أمى فنكحها لم يكن متظاهراً لأنه لو قال فى تلك الحال أنت على كظهر أمى لم يكن متظاهراً لأنه انما يقع التحريم من النساء على من حل ثم حرم • فأما من لم يحل فلا يقع عليه تحريم ولا حكم تحريم لأنه محرم فلا معنى للتحريم فى التحريم • لأنه فى الحالين قبل التحريم وبعد محرم بتحريم » • ا هـ

وجملة ذلك أنه اذا قال لأجنبية أنت على كظهر أمى جاز له أن يطأها ولا كفارة عليه • وبهذا قال الثورى وأبو حنيفة • ويروى ذلك عن ابن عباس لقول الله تعالى « والذين يظاهرون من نسائهم » والأجنبية ليست من نسائه• ولأن الظهار يمين ورد الشرع بحكمها مقيداً بنسائه فلم يثبت حكمها فى الأجنبية كالايلاء • فان الله تعالى يقول « والذين يظاهرون من نسائهم » كما يقول « للذين يؤلون من نسائهم » ولأنها ليست بزوجة فلم يصح الظهار

منها كأمته • ولأنه حرم محرمة فلم يلزمه شيء كما لو قال أنت حرام ، ولأنه نوع تحريم فلم يتقدم النكاح كالطلاق •

وقال أحمد وأصحابه اذا قال لامرأة أجنبية أنت على كظهر أمي لم يطأها ان تزوجها حتى يأتي بالكفارة •

قال ابن قدامة يصح الظهار من الأجنبية • سواء قال ذلك لامرأة بعينها أو قال كل النساء على كظهر أمي • وسواء أوقعه مطلقا أو علقه على التزويج فقال كل امرأة أتزوجها فهي على كظهر أمي • ومتى تزوج التي ظاهر منها لم يطأها حتى يكفر • ويروى نحو هذا عن عمر • وبه قال سعيد بن المسيب وعروة وعطاء والحسن ومالك واسحاق وأبو حنيفة ا هـ •

وحجة هذا الفريق ما رواه أحمد في مسنده عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال في رجل قال ان تزوجت فلانة فهي على كظهر أمي فتزوجها قال عليه كفارة الظهار • ولأنها يمين مقفرة فصح انعقادها قبل النكاح كاليمين بالله تعالى •

فرع اذا قال لامرأته ان تظاهرت من امرأتي الأخرى فأنت على كظهر أمي ثم تظاهر من الأخرى صار مظاهراً منهما جميعاً • وان قال ان تظاهرت من فلانة الأجنبية فأنت على كظهر أمي • ثم قال للأجنبية أنت على كظهر أمي فقد قال الشافعي اذا قال لامرأته اذا تظاهرت من فلانة ــ امرأة له أخرى ــ فأنت على كظهر أمي • فتظاهر منها كان من امرأته التي قال لها ذلك متظاهرا • ولو قال لا مرأته اذا تظاهرت من فلانة ــ امرأة أجنبية ــ فأنت على كظهر أمي فتظاهر من الأجنبية لم يكن عليه ظهار ، لأن ذلك ليس بظهار • وكذلك لو قال لها اذا طلقتها فأنت طالق فطلقها لم تكن امرأته طالقاً لأنه طلق غير زوجته ا هـ •

مسألة ليس على النساء تظاهر • وانما قال تعالى « والذين يظاهرون منكم من نسائهم » ولم يقل اللائي يظاهرن منكن من أزواجهن• انما الظهار على الرجال •

قال ابن العربى : هكذا روى عن ابن القاسم وسالم ويحيى بن سعيد وربيعة وأبى الزناد وقد أفاده مالك فى المدونة وهو صحيح المعنى لأن الحل والعقد والتحليل والتحريم فى النكاح بيد الرجال ، ليس بيد المرأة منه شىء • وهذا اجماع •

قال أبو عمر بن عبد البر : ليس على النساء ظهار فى قول جمهور العلماء وقال الحسن بن زياد هى تظاهر ، وقال الثورى وأبو حنيفة ومحمد : ليس ظهار المرأة من الرجل بشىء قبل النكاح كان أو بعده •

وقال الشافعى لا ظهار للمرأة من الرجل • وقال الأوزاعى اذا قالت المرأة لزوجها أنت على كظهر أمى فلانة فهى يمين تكفرها ، وكذلك قال اسحاق قال : لا تكون امرأة متظاهرة من رجل ولكن عليها يمين تكفرها • وقال الزهرى أرى أن تكفر كفارة الظهار ، ولا يحول قولها هذا بينها وبين زوجها أن يصيبها رواه معمر عنه وابن جريج عن عطاء قال حرمت ما أحل الله • عليها كفارة يمين وهو قول أبى يوسف • وقال محمد بن الحسن لا شىء عليها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **واذا صح الظهار ووجد العود وجبت الكفارة لقوله عز وجل « والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة » والعود هو أن يمسكها بعد الظهار زماناً يمكنه أن يطلقها فلم يفعل • وان ماتت المرأة عقيب الظهار او طلقها عقيب الظهار لم تجب الكفارة والدليل على أن العود ما ذكرناه هو أن تشبيهها بالأم يقتضى أن لا يمسكها فاذا امسكها فقد عاد فيما قال ، فاذا ماتت او طلقها عقيب الظهار لم يوجد العود فيما قال •**

فصل **وان تظاهر من رجعية لم يصر عائداً قبل الرجعة ، لأنه لا يوجد الامساك وهى تجرى الى البينونة ، فان راجعها فهل تكون الرجعة عوداً أم لا ؟ فيه قولان : قال فى الاملاء : لا تكون عوداً حتى يمسكها بعد الرجعة لأن العود استدامة الامساك ، والرجعة ابتداء استباحة فلم تكن عوداً •**

وقال فى الأم : هو عود لأن العود هو الامساك ، وقد سمى الله عز وجل

الرجعة امساكا فقال « فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » ولأنه اذا حصل العود باستدامة الامساك فلأن يحصل بابتداء الاستباحة أولى ، وان بانت منه ثم تزوجها فهل يعود الظهار ام لا ؟ على الأقوال التى مضت فى الطلاق . فاذا قلنا أنه يعود فهل يكون النكاح عوداً ؟ فيه وجهان . الصحيح لا ، بناء على القولين فى الرجعة . وان ظاهر الكافر من امرأته وأسلمت المرأة عقيب الظهار ـ فان كان قبل الدخول ـ لم تجب الكفارة لأنه لم يوجد العود ، وأن كان بعد الدخول لم يصر عائداً مادامت فى العدة لأنها تجرى الى البينونة ، وان أسلم الزوج قبل انقضاء العدة ففيه وجهان :

(احدهما) لا يصير عائداً لأن العود هو الامساك على النكاح ، وذلك لا يوجد الا بعد الاسلام .

(والثانى) يصير عائداً لأن قطع البينونة بالاسلام أبلغ من الامساك فكان العود به أولى .

فصل وان كانت الزوجة أمة فاشتراها الزوج عقيب الظهار ففيه وجهان (احدهما) ان الملك عود لأن العود أن يمسكها على الاستباحة وذلك قد وجد (والثانى) وهو قول ابى اسحاق ان ذلك ليس بعود لأن العود هو الامساك على الزوجية والشروع فى الشراء تسبب لفسخ النكاح فلم يجز أن يكون عوداً ، وان قذفها وأتى من اللعان بلفظ الشهادة وبقى لفظ اللعن فظاهر منها ثم اتى بلفظ اللعن عقيب الظهار لم يكن ذلك عوداً لأنه يقع به الفرقة فلم يكن عوداً كما لو طلقها . وان قذفها ثم ظاهر منها ثم اتى بلفظ اللعان ففيه وجهان .

(احدهما) انه صار عائداً لأنه امسكها زماناً امكنه ان يطلقها فيه فلم يطلق .

(والثانى) وهو قول ابى اسحاق انه لا يكون عائداً لأنه اشتغل بما يوجب الفرقة فصار كما لو ظاهر منها ثم طلق واطال لفظ الطلاق .

فصل وان كان الظهار مؤقتاً ففى عوده وجهان (احدهما) وهو قول المزنى ان العود فيه أن يمسكها بعد الظهار زماناً يمكنه أن يطلقها فيه كما قلنا فى الظهار المطلق (والثانى) وهو المنصوص انه لا يحصل العود فيه الا بالوطء لأن امساكه يجوز ان يكون لوقت الظهار . ويجوز ان يكون لما بعد مدة الظهار ، فلا يتحقق العود الا بالوطء ، فان لم يطأها حتى مضت المدة سقط الظهار ولم تجب الكفارة لأنه لم يوجد العود) .

الشرح قوله تعالى « والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا » فى هذه الآية « والذين يظاهرون » ان هذا ابتداء والخبر « فتحرير

رقبة » فحذف (عليهم) لدلالة الكلام عليه ، أى فعليهم تحرير رقبة ، والمجمع عليه عند العلماء أن قوله أنت على كظهر أمى منكر من القول وزور ، فمن قال هذا القول حرم عليه وطء امرأته فمن عاد لما قال لزمته كفارة الظهار لقوله تعالى « ثم يعودون لما قالوا » فمن عاد لزمته الكفارة • قال القرطبى وهذا يدل على أن الكفارة لا تلزم بالقول خاصة حتى ينضم اليه العود ، وهذا حرف مشكل اختلف فيه الناس على سبعة أقوال (الأول) أنه العزم على الوطء • وهو مشهور قول أبى حنيفة وأصحابه • وروى عن مالك فان عزم على وطئها كان عودا ، وان لم يعزم لم يكن عودا •

(الثانى) العزم على الامساك بعد التظاهر منها • قاله مالك •

(الثالث) العزم عليهما ــ وهو قول مالك فى موطئه ، كما قال بعد ذكر الآية سمعت أن تفسير ذلك أن يظاهر الرجل من امرأته ثم يجمع على اصابتها وامساكها فان أجمع على ذلك فقد وجبت عليه الكفارة ، وان طلقها ولم يجمع بعد تظاهره منها على امساكها واصابتها فلا كفارة عليه • قال مالك وان تزوجها بعد ذلك لم يمسها حتى يكفر كفارة التظاهر •

(الرابع) أنه الوطء نفسه ، فان لم يطأ لم يكن عوداً ، قاله الحسن ومالك أيضاً •

(الخامس) وهو قول الامام الشافعى رضى الله عنه هو أن يمسكها زوجة بعد الظهار مع القدرة على الطلاق ، لأنه أا ظاهر إقصد التحريم ، فان وصل به الطلاق فقد جرى على خلاف ما ابتدأه من ايقاع التحريم ولا كفارة عليه • وان أمسك عن الطلاق فقد عاد الى ما كان عليه فتجب عليه الكفارة •

(السادس) أن الظهار يوجب تحريما لا يرفعه الا الكفارة ، ومعنى العود عند القائلين بهذا أنه لا يستبيح وطأها الا بكفارة يقدمها • قاله أبو حنيفة وأصحابه والليث بن سعد •

(السابع) هو تكرير الظهار بلفظه ، وهذا قول أهل الظاهر النافين

للقياس قالوا اذا كرر اللفظ بالظهار فهو العود ، وان لم يكرر فليس بعود ، ويسند ذلك الى بكير الاشج وأبى العالية وأبى حنيفة أيضا • وهو قـــول الفراء •

وقال أبو العالية وظاهر الآية يشهد له لأنه قال ثم يعودون لما قالوا ، أى الى قول ما قالوا • وروى على بن أبى طلحة عن ابن عباس فى قوله تعـالى « والذين يظاهرون • الخ » هو أن يقول لها أنت على كظهر أمى • فاذا قال لها ذلك فليست تحل له حتى يكفر كفارة الظهار •

قال ابن العربى فأما القول بأنه العود الى لفظ الظهار فهو باطل قطعاً لا يصح عن بكير • وانما يشبه أن يكون من جهالة داود وأشياعه • وقـد رويت قصص المتظاهرين وليس فى ذكر الكفارة عليهم ذكر لعود القـول منهم • وأيضاً فان المعنى ينقضه ، لأن الله تعالى وصفه بأنه منكر من القـول وزور فكيف يقال له اذا أعدت القول المحرم والسبب المحظور وجبت عليك الكفارة • وهذا لا يعقل ألا ترى أن كل سبب يوجب الكفارة لا تشترط فيه الاعادة من قتل ووطء فى صوم أو غيره • وقد رد القرطبى على ابن العربى فقال : قوله يشبه أن يكون من جهالة داود وأشياعه • حمل منه عليه • وقد قال بقول داود من ذكرناه عنهم •

وقال بعض أهل التأويل الآية فيها تقديم وتأخير ؛ ثم يعودون لما كانوا عليه من الجماع فتحرير رقبة لما قالوا ، أى فعليهم تحـرير رقبة من أجـل ما قالوا ، فالجار والمجرور متعلق بالمحذوف الذى هو خبر الابتداء وهـو عليهم • قاله الأخفش : وقال الزجاج المعنى ثم يعودون الى ارادة الجماع من أجل ما قالوا • وقيل المعنى الذين كانوا يظاهرون من نسائهم فى الجاهليـة ثم يعودون لما كانوا قالوه فى الجاهلية فى الاسلام فكفارة من عاد أن يحرر رقبة •

وقال الفراء اللام بمعنى عن • والمعنى ثم يعودون عما قالوا ويريدون الوطء ، وقال الأخفش لما قالوا والى ما قالوا واحد ، واللام والى يتعاقبان

قال « الحمد لله الذى هدانا لهذا » وقال « فاهدوهم الى صراط الجحيم » وقال « بأن ربك أوحى لها » وقال « وأوحى الى نوح » .

قال ابن قدامة فى المغنى : أوجب الله تعالى الكفارة بأمرين ظهار وعود فلا تثبت بأحدهما ، ولأن الكفارة فى الظهار كفارة يمين فلا يحنث بغير الحنث كسائر الأيمان والحنث فيها هو العود . وذلك فعل ما حلف على تركه وهو الجماع ، وترك طلاقها ليس بحنث فيها . ولا فعل لما حلف على تركه فلا تجب به الكفارة ولأنه لو كان الامساك عوداً لوجبت الكفارة على المظاهر المؤقت وان بر . وقد نص الشافعى على أنها لا تجب عليه .

قلت : وليس فى كلام القرطبى ولا ابن قدامة فى الرد على الشافعى ما يدفع قوة حكمه اذ يقول متى أمسكها بعد ظهاره زمناً يمكنه طلاقها فيه فلم يطلقها فعليه الكفارة ؛ لأن ذلك هو العود .

وقال الشافعى رضى الله عنه الذى عقلت مما سمعت فى : يعودون لما قالوا : أن المتظاهر حرم مس امرأته بالظهار ، فاذا أتت عليه مدة بعد القول بالظهار لم يحرمها بالطلاق الذى يحرم به ولا شىء يكون له مخرج من أن تحرم عليه به ، فقد وجب عليه كفارة الظهار ، كأنهم يذهبون الى أنه اذا أمسك ما حرم على نفسه أنه حلال فقد عاد لما قال فخالفه فأحل ما حرم . ولا أعلم له معنى أولى به من هذا ولم أعلم مخالفاً فى أن عليه كفارة الظهار ؛ وان لم يعد بتظاهر آخر فلم يجز أن يقال لما لم أعلم مخالفاً فى أنه ليس بمعنى الآية . واذا حبس المتظاهر امرأته بعد الظهار قدر ما يمكنه أن يطلقها ولم يطلقها فكفارة الظهار له لازمة . ولو طلقها بعد ذلك أو لاعنها حرمت عليه على الأبد ولزمته كفارة الظهار . وكذلك لو ماتت أو ارتدت فقتلت على الردة . ومعنى قول الله تعالى ومن قبل أن يتماسا » وقت لأن يؤدى ما أوجب عليه من الكفارة فيها قبل المماسة ، فاذا كانت المماسة قبل الكفارة فذهب الوقت لم تبطل الكفارة ولم يزد عليه فيها ، كما يقال له أد الصلاة فى وقت كذا وقبل وقت كذا فيذهب الوقت فيؤديها لأنها فرد عليه ؛ فاذا لم يؤدها فى الوقت قضاها بعده ، ولا يقال له زد فيها لذهاب الوقت قبل أن تؤديها .

فـــرع قال الشافعى رضى الله عنه « ولو تظاهر منها فاتبع التظاهر طلاقا تحل له بعده قبل زوج له عليها فيه الرجعة أو لا رجعة له لم يكن عليه بعد الطلاق كفارة ، لأنه اتبعها الطلاق مكانه ، فان راجعها فى العدة فعليه الكفارة فى التى يملك رجعتها • ولو طلقها ساعة نكحها لأن مراجعتها بعد الطلاق أكثر من حبسها بعد الظهار وهو يمكنه أن يطلقها •

ولو تظاهر منها ثم اتبعها طلاقا لا يملك فيه الرجعة ثم نكحها لم تكن عليه كفارة ، لأن هذا ملك غير الملك الأول الذى كان فيه الظهار • ألا ترى أنه لو تظاهر منها بعد الطلاق لا يملك فيه الرجعة لم يكن فيه متظاهراً • ولو طلقها ثلاثاً أو طلاقا لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره سقط عنه الظهار اهـ •

قلت : اذا طلق من ظاهر منها ثم تزوجها لم يكن عليه كفارة الا اذا راجعها فى العدة • وقال أحمد وأصحابه لم يحل له وطؤها حتى يكفر سواء كان الطلاق ثلاثا أو أقل منه ، وسواء رجعت اليه بعد زوج آخر أو قبله • نص عليه أحمد وهو قول عطاء والحسن والزهرى والنخعى ومالك وأبى عبيد •

وقال قتادة اذا بانت سقط الظهار ، فاذا عاد فنكحها فلا كفارة عليه • وللشافعى قولان كالمذهبين ، وهو قول ثالث ان كانت البينونة بالثلاث لم يعد الظهار ، والا عاد وبناه على الأقاويل فى عود صفة الطلاق فى النكاح الثانى وقد مضى •

فـــرع اذا تظاهر المسلم من امرأته ثم ارتد أو ارتدت مع الظهار ــ فان عاد المرتد منهما الى الاسلام فى العدة فحبسها قدر ما يمكنه الطلاق ــ لزمه الظهار وان طلقها مع عودة المرتد منهما الى الاسلام أو لم يعد المرتد منهما الى الاسلام فلا ظهار عليه الا أن يتناكحا قبل أن تبين منه بثلاث فيعود عليه الظهار •

مســألة قال الشافعى رضى الله عنه « واذا تظاهر الرجل من امرأته

وهى أمة ثم عتقت فاختارت فراقه فالظهار لازم له لأنه حبسها بعد الظهار مدة يمكنه فيها الطلاق • ولو تظاهر منها وهى أمة فلم يكفر حتى اشتراها لم يكن له أن يقربها حتى يكفر ، لأن كفارة الظهار لزمته وهى أمة زوجة ــ الى أن قال ــ اذا قال الرجل لامرأته أنت على كظهر أمى والله لا أقربك ، أو قال والله لا أقربك وأنت على كظهر أمى فهو مول متظاهر يؤمر بأن يكفر للظهار من ساعته ، ويقال له ان قدمت الفيئة قبل الأربعة أشهر فهو خير لك • وان فئت كنت خارجا بها من حكم الايلاء ، وعاصيا ان قدمتها قبل كفارة الظهار ، فان أخرتها الى أربعة أشهر فسألت امرأتك أن توقف للايلاء وقفت؛ وان فئت عرجت من الايلاء ، وان لم تفىء قيل طلق والا طلق عليك ا هـ •

هذا وما فى الفصول من اللعان سيأتى فى بابه خشية الاطالة •

مسألة للعود فى الظهار المؤقت وجهان (أحدهما) أن العود هو الامساك بعد الظهار بقدر ما يمكنه من طلاقها كالمنصوص فى الظهار المطلق؛ وهذا هو اختيار المزنى (والثانى) وهو المنصوص فى المؤقت أن العود لا يتحقق الا بالوطء فاذا مضت المدة بغير وطء سقط الظهار وسقط وجوب الكفارة لأن العود لم يوجد وهو الذى يتعلق به الكفارة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان تظاهر من اربع نسوة باربع كلمات وامسكهن ، لزمه لكل واحدة كفارة ، وان تظاهر منهن بكلمة واحدة بان قال : انتن على كظهر امى وامسكهن ففيه قولان ، قال فى القديم : تلزمه كفارة واحدة لما روى ابن عباس وسعيد بن المسيب رضى الله عنهما ان عمر رضى الله عنه سئل عن رجل تظاهر من اربع نسوة فقال يجزيه كفارة واحدة • وقال فى الجديد : يلزمه اربع كفارات لانه وجد الظهار والعود فى حق كل واحدة منهن ، فلزمه اربع كفارات ، كما لو افردهن بكلمات •

وان تظاهر من امراة ثم ظاهر منها قبل ان يكفر عن الاول نظرت ــ فان قصد التاكيد ــ لزمه كفارة واحدة ، وان قصد الاستئناف ففيه قولان ، قال فى القديم تلزمه كفارة واحدة ، لأن الثانى لم يؤثر فى التحريم ، وقال فى الجديد

يلزمه كفارتان لانه قول يؤثر فى تحريم الزوجة كرره على وجه الاستئناف ، تعلق بكل مرة حكم الطلاق ، وان اطلق ولم ينو شيئاً فقد قال بعض اصحابنا حكمه حكم ما لو قصد التاكيد . ومنهم من قال : حكمه حكم ما لو قصد الاستئناف ، كما قلنا فيمن كرر الطلاق .

وان كانت له امراتان وقال لاحداهما ، ان تظاهرت منك فالأخرى على كظهر أمى ، ثم تظاهر من الأولى وامسكها لزمه كفارتان قولا واحداً لانه افرد كل واحدة منهما بظهار .

الشرح أثر عمر رضى الله عنه قال الحافظ فى التلخيص : حديث عمر « اذا ظاهر من أربع نسوة بكلمة واحدة ثم أمسكهن فعليه كفارة واحدة » أخرجه البيهقى من رواية سعيد بن المسيب ومن روية مجاهد عن ابن عباس جميعاً عن عمر جميعاً فى رجل ظاهر من أربع نسوة وفى رواية ابن المسيب من ثلاث نسوة قال : عليه كفارة واحدة قال البيهقى : وبه قال عروة والحسن وربيعة وقال مالك هو الأمر عندنا ا هـ .

اما الأحكام فانه اذا ظاهر من أربع نسوة بأربع كلمات فقال : لكل واحدة أنت على كظهر أمى ، فان لكل يمين كفارة . وهذا قول عروة وعطاء وأحمد بن حنبل فى رواية أبى عبد الله بن حامد . وقال فى رواية أبى بكر : يجزئه كفارة واحدة . ولأنها أيمان متكررة على أعيان متفرقة فكان لكل واحدة كفارة ، كما لو كفر ثم ظاهر ، ولأنها أيمان لا يحنث فى احداها بالحنث فى الأخرى فلا تكفرها كفارة واحدة كالأصل ، ولأن الظهار معنى يوجب الكفارة ، فتعدد الكفارة بتعدده فى المحال المختلفة كالقتل ، ويفارق الحد فانه عقوبة تدرأ بالشبهات فأما ان ظاهر من امرأته مراراً ولم يكفر فان قصد توكيده فعليه كفارة واحدة وان قصد الاستئناف ففيه قولان . القديم تلزمه كفارة واحدة لعدم تأثير الثانى فى التحريم . والجديد يلزمه لكل يمين كفارة ، لتعلق الطلاق بكل مرة ينطق به على سبيل الاستئناف ، فاذا لم ينو شيئاً فقد ذهب بعض أصحابنا الى الحاقه بالتوكيد وذهب الآخر الى الحاقه بالاستئناف . وقال أحمد وأصحابه ليس عليه الا كفارة واحدة ولم يفرق لأن الحنث واحد فوجبت كفارة واحدة كما لو كانت اليمين واحدة .

أما اذا تظاهر من نسائه الأربع بكلمة واحدة فقد قال فى القديم تلزمه كفارة واحدة ، وهو قول على وعمر وعروة وطاوس وعطاء وربيعة ومالك والأوزاعى واسحاق أبى ثور وأحمد بن حنبل • وقال الشافعى فى الجديد واذا تظاهر الرجل من أربع نسوة له بكلمة واحدة أو بكلام متفرق فسواء• عليه فى كل واحدة منهن كفارة ، لأن التظاهر تحريم لكل واحدة منهن لا تحل له بعد حتى يكفر كما يطلقهن معاً فى كلمة واحدة أو فى كلام متفرق، فتكون كل واحدة منهن طالقاً قا لواذا تظاهر الرجل من امرأته مرتين أو ثلاثاً أو أكثر يريد بكل واحدة منهن ظهاراً غير صاحبه فهل يكفر ؟ فعليه فى كل تظاهر كفارة كما يكون عليه فى كل تطليقة تطليقة لأن التظاهر طلاق جعل المخرج منه كفارة ، ولو قالها متتابعة فقال أردت ظهاراً واحداً ، كما يكون لو أراد طلاقا واحداً وأبانه بكلمة واحدة انتهى من الأم •

وجملة ذلك أنه اذا تظاهر من أربع من نسائه بكلمة واحدة كان عليه لكل واحدة كفارة • وهو قول الحسن والنخعى والزهرى ويحيى الأنصارى والحكم والثورى وأصحاب الرأى ، ومفهوم كلام الخرقى من الحنابلة أنه اذا ظاهر منهن بكلمات فقال لكل واحدة : أنت على كظهر أمى فان لكل يمين كفارة ، وهذا قول عروة وعطاء • قال أبو عبد الله بن حامد من أصحاب أحمد المذهب رواية واحدة فى هذا ، وتابعه القاضى وخالفه أبو بكر فقال فيه رواية أخرى أنه يجزئه كفارة واحدة • قال ابن قدامة : واختار هذا الذى قلناه اتباعا لعمر بن الخطاب والحسن وعطاء وابراهيم وربيعة وقبيصة واسحاق ، لأن كفارة الظهار حق لله تعالى فلم تتكرر بتكرر سببها كالحدو عليه يخرج الطلاق •

مسألة اذا ظاهر من امرأة ثم قال لأخرى أشركتك معها أو أنت شريكتها أو كهى ونوى المظاهرة من الثانية صار مظاهراً منها بغير خلاف علمناه ، وبه قال مالك وأحمد •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل واذا وجبت الكفارة حرم وطؤها الى ان يكفر لقوله عز وجل « والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبـل ان يتماسا فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا ، فمـن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا » فشرط فى العتق والصوم ان يكونا قبـل المسيس ، وقسنا عليهما الاطعام وروى عكرمة ان رجلا ظاهر من امرأته ثم واقعها قبل ان يكفر فاتى النبى صلى الله عليه وسلم فأخبره فقـال « ما حملك على ما صنعت ، قال رايت بياض ساقها فى القمر ، قال فاعتزلهـا حتى تكفـر عن يمينك » ●

واختلف قوله فى المباشرة فيما دون الفرج ، فقال فى القديم تحرم لأنه قول يؤثر فى تحريم الوطء فحرم به ما دونه من المباشرة كالطلاق . وقال فى الجديد لا تحرم لأنه وطء لا يتعلق بتحريمه مال فلم يجاوزه التحريم كوطء الحائض . والله تعالى اعلم ● ●

الشرح حديث عكرمة هكذا ساقه المصنف مرسلا ، وهى رواية النسائى ولفظه « فلا تقربها حتى تقضى ما عليك » وقد أخرجه موصـولا عن ابن عباس أبو داود والترمذى وابن ماجه والدارقطنى والحاكم وصححه ، قال الحافظ ابن حجر ورجاله ثقات لكن أعله أبو حاتم والنسائى بالارسال .

وقال ابن حزم رجاله ثقات ولا يضره ارسال من أرسله . وأخرج البزار شاهدا له من طريق خصيف عن عطاء عن ابن عباس « أن رجلا قال يا رسول الله انى ظاهرت من امرأتى فرأيت سـاقها فى القمر فواقعتها قبل أن أكفر ، فقال كفر ولا تعد » وقد بالغ أبو بكر بن العربى فقال ليس فى الظهـار حديث صحيح .

أما الأحكام فانه يحرم على المظاهر وطء امرأته قبل أن يكفر وليس فى ذلك اختلاف اذا كانت الكفارة عتقا أو صوما لقوله تعالى « فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا » وقوله تعالى « فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا » وأكثر أهل العلم على أن التكفير بالاطعام مثلهما قياسـا عليهما ، وأنه يحرم وطؤها قبل التكفير منهم عطاء والزهرى وأصحاب الرأى

ومالك • وذهب أبو ثور الى اباحة الجماع قبل التكفير بالاطعام ، وعن أحمد ما يقتضى ذلك ؛ لأن الله تعالى لم يمنع المسيس قبله كما فى العتق والصوم •

دليلنا حديث عكرمة ، ولأنه مظاهر لم يكفر فحرم عليه جماعها ، كما لو كانت كفارته العتق أو الصيام •

فرع التلذذ بما دون الفرج من القبلة واللمس والمباشرة ، فقد ذهب فى القديم الى تحريمه ، لأن الظهار قول يحرم به الوطء فحرم به ما دونه من المباشرة كالطلاق وهو احدى الروايتين عن أحمد واختيار أبى بكر من أصحابه • وهو قول الزهرى ومالك والأوزاعى وأبى عبيد وأصحاب الرأى• وروى ذلك عن النخعى لأن ما يحرم به الوطء يحرم به واعيه كالطلاق والاحرام •

وقال فى الجديد : لا يحرم عليه سوى الجماع ، والرواية الثانية عن أحمد حيث يقول : أرجو أن لا يكون به بأس وهو قول الثورى واسحاق وأبى حنيفة • وحكى عن مالك ؛ وذلك لأنه وطء يتعلق بتحريمه مال فلم يتجاوزه التحريم كوطء الحائض • والله تعالى أعلم بالصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب كفارة الظهار

وكفارة عتق رقبة لمن وجد وصيام شهرين متتابعين لمن لم يجد الرقبة واطعام ستين مسكينا لمن لا يجد الرقبة ولا يطيق الصوم ، والدليل عليه قوله عز وجل « والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا ، فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا » •

وروت خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت : ظاهر منى زوجى أوس بن الصامت فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو اليه ورسول الله صلى الله عليه

وسلم يجادلني فيه ويقول : اتقى الله فانه ابن عمك ، فما برحت حتى نزل القرآن ((قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها وتشتكى الى الله . الآية)) فقال يعتق رقبة ، فقلت لا يجد ، قال فليصم شهرين متتابعين قلت يا رسول الله شيخ كبير ما به صيام ، قال فليطعم ستين مسكينا ، قلت يا رسول الله ما عنده شيء يتصدق به . قال فاتى بعرق من تمر، قلت يا رسول الله وأنا اعينه بعرق آخر ، قال قد أحسنت فاذهبى فاطعمى بهما عنه ستين مسكينا وارجعى الى ابن عمك)) فان كان له مال يشترى به رقبة فاضلا عما يحتاج اليه لقوته ولكسوته ومسكنه وبضاعة لابد له منها وجب عليه العتق .

وان كان له رقبة لا يستغنى عن خدمتها ، بأن كان كبيراً و مريضاً أو ممن لا يخدم نفسه لم يلزمه صرفها فى الكفارة ، لأن ما يستغرقه حاجته كالمعدوم فى جواز الانتقال الى البدل ، كما نقول فيمن معه ماء يحتاج اليه العطش ، وان كان ممن يخدم نفسه ففيه وجهان :

(احدهما) يلزمه العتق لأنه مستغن عنه .

(والثانى) لا يلزمه لأنه ما من احد الا ويحتاج الى الترفه والخدمة ، وان وجبت عليه كفارة وله مال غائب فان كان لا ضرر عليه فى تأخير الكفارة ، ككفارة القتل وكفارة الوطء فى رمضان ـ لم يجز أن ينتقل الى الصوم لأنه قادر على العتق من غير ضرر ، فلا يكفر بالصوم كما لو حضر المال ، وان كان عليه ضرر فى تأخير الكفارة ككفارة الظهار ففيه وجهان (احدهما) لا يكفر بالصوم لأن له مالا فاضلا عن كفايته يمكنه أن يشترى به رقبة فلا يكفر بالصوم ، كما نقول فى كفارة القتل (والثانى) له أن يكفر بالصوم لأن عليه ضررا فى تحريم الوطء الى ان يحضر المال فجاز له أن يكفر بالصوم .

فصل وان اختلف حاله من حين وجبت الكفارة الى حين الأداء ففيه ثلاثة أقوال (احدها) ان يعتبر حال الأداء لأنها عبادة لها بدل من غير جنسها فاعتبر فيها حال الأداء كالوضوء (والثانى) يعتبر حال الوجوب لانه حق يجب على وجه التطهير فاعتبر فيه حال الوجوب كالحد (والثالث) يعتبر اغلظ الأحوال من حين الوجوب الى حين الأداء ، فأى وقت قدر على العتق لزمه لانه حق يجب فى الذمة بوجود المال فاعتبر فيه أغلظ الأحوال كالحج .

فصل ولا يجزىء فى شيء من الكفارات الا رقبة مؤمنة لقوله عز وجل ((ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة)) فنص فى كفارة القتل على رقبة وقسنا عليها سائر الكفارات .

فصـــل ولا يجزىء الا رقبة سليمة من العيوب التى تضر بالعمـــل ضرراً بيناً لان المقصود تمليك العبـد منفعته وتمـكينه من التصرف ، وذلك لا يحصل مع العيب الذى يضر بالعمل ضرراً بيناً • فان اعتق أعمى لم يجـــز لان العمى يضر بالعمل الضرر البين ، وان أعتق أعور أجزأه لأن العور لا يضر بالعمل ضرراً بيناً لأنه يدرك ما يدرك البصير بالعينين ولا يجزىء مقطوع اليد او الرجل لأن ذلك يضر بالعمل ضرراً ، ولا يجزىء مقطوع الابهام أو السبابة او الوسطى ، لأن منفعة اليد تبطل بقطع كل واحد منهما • ويجزىء مقطـــوع الخنصر أو البنصر لأنه لا تبطل منفعة اليد بقطع احداهما ، فان قطعتا جميعـا ـ فان كانتا من كف واحدة ـ لم تجزه لأنه تبطل منفعة اليد بقطعهـما ، وان كانتا من كفين أجزأه لأنه لا تبطل منفعة كل واحدة من الكفين ، وان قطع منه انملتان ـ فان كانتا من الخنصر أو البنصر ـ أجزأه ، لأن ذهاب كل واحـدة منهما لا يمنع الاجزاء فلأن لا يمنع ذهاب أنملتين أولى ، وان كانتا من الوسطى او السبابة لم يجزه لأنه تبطل به منفعة الأصبع ، وان قطعت منه أنملة ـ فان كانت من غير الابهام ـ أجزأه لأنه لا تبطل به منفعة الأصبع ، وان كانت مـن الابهام لم يجزه لأنه تبطل به منفعة الابهام •

فصـــل وان كان أعرج نظرت ـ فان كان عرجا قليلا ـ أجـزأه لأنه لا يضر بالعمل ضرراً بيناً ، وان كان كثيراً لم يجزه لأنه يضر بالعمل ضرراً بينا ويجزىء الأصم لأن الصمم لا يضر بالعمل بل يزيد فى العمل لأنه لا يسمع ما يشغله واما الأخرس فقد قال فى موضع يجزئه ، وقال فى موضع لا يجزئه ، فمن أصحابنا من قال : ان كان مع الخرس صمم لم يجزه ، لأنه يضر بالعمل ضرراً بيناً ، وان لم يكن معه صمم أجزأه لأنه لا يضر بالعمل ضرراً بينا ، وحمل القولين على هذين الحالين ، ومنهم من قال : ان كان يعقل الاشارة اجزأه لأنه يبلغ بالاشـــارة ما يبلغ بالنطق ، وان كان لا يعقل لم يجزه لأنه يضر بالعمل ضرراً بينا ، وحمـل القولين على هذين الحالين •

وان كان مجنوناً جنوناً مطبقاً يمنع العمل لم يجزه ، لأنه لا يصلح للعمل ، وان كان يجن ويفيق نظرت ـ فان كان زمان الجنون اكثر ـ لم يجزه لأنه يضر به ضرراً بيناً ، وان كان زمان الافاقة أكثر أجزأه لأنه لا يضر به ضرراً بينـا ، يجزىء الأحمق ، وهو الذى يفعل الشىء فى غير موضعه مع العلم بقبحه •

فصـــل ويجزىء الأجدع لأنه كطيره فى العمل ، ويجزىء مقطـوع الاذن لأن قطع الاذن لا يؤثر فى العمل • وغيره أولى منه ليخرج من الخـلاف ، فان عند مالك لا يجزئه ، ويجزىء ولد الزنا لأنه كغيره فى العمل ، وغيره أولى منه لأن الزهرى والأوزاعى لا يجيزان ذلك ، أويجزىء المجبـوب والخصى لأن الجب والخصى لا يضران بالعمل ضرراً بيناً ، ويجزىء الصغير لأنه يرجى مـن

منافعه وتصرفه اكثر مما يرجى من الكبير ، ولا يجزىء عتق الحمل لانه لم يثبت له حكم الاحياء ولهذا لا يجب عنه زكاة الفطر ، ويجزىء المريض الذى يرجى برؤه ، ولا يجزىء من لا يرجى برؤه ، لأنه لا عمل فيه ، ويجزىء نضو الخلق اذا لم يعجز عن العمل ، ولا يجزىء اذا عجز عن العمل ، وان أعتق مرهونا أو جانبا وجوزنا عتقه اجزاه لأنه كغيره فى العمل .

فصـــل ولا يجزىء عبد مغصوب لأنه ممنوع من التصرف فى نفسه فهو كالزمن ، وان اعتق غائبا لا يعرف خبره فظاهر ما قاله ههنا أنه لا يجزئه وقال فىزكاة الفطر ان عليه فطرته . فمن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة منهما الى الأخرى وجعلها على قولين ، أحدهما يجزئه عن الكفارة وتجب زكاة الفطر عنه لأنه على يقين من حياته وعلى شك من موته ، واليقين لا يزال بالشك، والثانى لا يجزئه فى الكفارة ولا تجب زكاة فطرته ، لأن الأصل فى الكفارة وجوبها فلا تسقط بالشك ، والأصل فى زكاة الفطر براءة ذمته منها ، فلا تجب بالشك، ومنهم من قال لا يجزئه فى الكفارة وتجب زكاة الفطر ، لأن الأصل ارتهان ذمته بالكفارة بالظهار المتحقق ، وارتهانها بالزكاة بالملك المتحقق فلم تسقط الكفارة بالحياة المشكوك فيها ، ولا الزكاة بالموت المشكوك فيه .

فصـــل ولا يجزىء عتق أم الولد ولا المكاتب ، لأنهما يستحقان العتق بغير الكفارة ، بدليل أنه لا يجوز ابطاله بالبيع فلا يسقط بعتقهما فرض الكفارة كما لو باع من فقير طعاما ثم دفعه اليه عن الكفارة ، ويجزىء المدبر والمعتق بصفة لأن عتقهما غير مستحق بدليل أنه يجوز ابطاله بالبيع .

فصـــل وان اشترى من يعتق عليه من الأقارب ونوى عتقه عن الكفارة لم يجزه لأن عتقه مستحق بالقرابة فلا يجوز أن يصرفه الى الكفارة . كما لو استحق عليه الطعام فى النفقة فى القرابة فدفعه اليه عن الكفارة . وان اشترى عبداً بشرط أن يعتقه فأعتقه عن الكفارة لم يجزه لأنه مستحق العتق بغير الكفارة فلا يجوز صرفه الى الكفارة .

وان كان مظاهراً وله عبد فقال لامرأته : ان وطئتك فعلى أن أعتق عبدى من كفارة الظهار فوطئها ثم أعتق العبد عن الظهار ففيه وجهان ، أحدهما وهو قول أبى على الطبرى أنه لا يجزئه لأن عتقه مستحق بالحنث فى الايلاء .

والثانى وهو قول أبى اسحاق أنه يجزئه ، وهو المذهب لأنه لا يتعين عليه عتقه لأنه مخير بين أن يعتقه وبين أن يكفر كفارة يمين .

فصـــل وان كان بينه وبين عبد آخر وهو موسر فأعتق نصيبه ونوى

عتق العبد بالمباشرة والسراية ، وحكم السراية حكم المباشرة ، ولهذا اذا جرحه وسرى الى نفسه جعل كما لو باشر قتله ، وان كان معسراً عتق نصيبه ، وان ملك نصيب الآخر واعتقه عن الكفارة أجزاه ، لأنه أعتق جميعه عن الكفارة وان كان فى وقتين فاجزاه كما لو اطعم المساكين فى وقتين ، وان اعتق نصف عبدين عن كفارة ففيه ثلاثة اوجه .

(احدها) لا يجزئه لان المامور به عتق رقبة ولم يعتق رقبة .

(والثانى) يجزئه ابعاض الجملة فى زكاة الفطر ، وزكاة المال ، فكذلك فى الكفارة .

(والثالث) انه ان كان باقيهما حراً اجزاه ، لأنه يحصل تكميل الأحكام والتمكين من التصرف فى منافعه على التمام وان كان مملوكا لم يجزه لأنه لا يحصل له تكميل الأحكام والتمكين التام .

فصل اذا قال لغيره اعتق عبدك عنى فاعتقه عنه دخل العبد فى ملكه وعتق عليه ، سواء كان بعوض او بغير عوض ، واختلف أصحابنا فى الوقت الذى يعتق عليه ، فقال أبو اسحاق يقع الملك والعتق فى حالة واحدة ، ومن أصحابنا من قال : يدخل فى ملكه ثم يعتق عليه ، وهو الصحيح ، لأن العتق لا يقع عنه فى ملك غيره فوجب ان يتقدم الملك ثم يقع العتق . وان قال اعتق عبدك عن كفارتى ، فاعتقه عن كفارته اجزاه لأنه وقع العتق عنه فصار كما لو اشتراه ثم اعتقه) .

الشرح حديث خولة بنت مالك بن ثعلبة رواه أبو داود وابن اسحاق وأحمد بمعناه وفى اسناده محمد بن اسحاق ، وأخرج ابن ماجه والحاكم نحوه من حديث عائشة قالت : تبارك الذى وسع سمعه كل شىء ، انى لأسمع كلام خولة بنت ثعلبة ولا يخفى على بعضه وهى تشتكى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت الحديث وأصله فى البخارى من هذا الوجه الا أنه لم يسمها .

وأخرج أبو داود والحاكم أيضاً من حديث عائشة من وجه آخر قالت : كانت جميلة امرأة أوس بن الصامت أخى عبادة بن الصامت وكان امرءاً به لمم فاذا اشتد لممه ظاهر من امرأته وقد أعله أبو داود بالارسال . أما خولة بنت مالك فقد وقع فى تفسير أبى حاتم خولة بنت الصامت . قال الحافظ

ابن حجر وهو وهم ، والصواب زوج ابن الصامت • ورجح غير واحد أنها خولة بنت الصامت ابن ثعلبة ، وروى الطبرانى فى الكبير والبيهقى من حديث ابن عباس أن المرأة خولة بنت خويلد ، وفى اسناده أبو حمزة اليمانى ؛ وهو ضعيف • وقال يوسف ابن عبد الله بن سلام : انها خويلة ، وروى أنها بنت دليح ، كذا فى الكاشف وفى رواية لعائشة « والعرق ستون صاعا » تفرد بها معمر عن عبد الله بن حنظلة قال الذهبى : لا يعرف ، ووثقه ابن حبان ، وفيها أيضا محمد بن اسحاق وقد عنعن والمشهور عرفا أن العرق خمسة عشر صاعا ؛ كما روى ذلك الترمذى باسناد صحيح من حديث سلمة ، وأحكام هذه الفصول على وجهها على أن تراجع مقدمتنا على كتاب العتق فى الجزء الخامس عشر •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان لم يجد رقبة وقدر على الصوم لزمه أن يصوم شهرين متتابعين لقوله عز وجل « فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين » فان دخل فيه فى أول الشهر صام شهرين بالأهلة ، لأن الأشهر فى الشرع بالأهلة والدليل عليه قوله عز وجل « يسألونك عن الأهلة قل هى مواقيت للناس والحج » •**

فان دخل فيه وقد مضى من الشهر خمسة أيام صام ما بقى وصام الشهر الذى بعده ، ثم يصوم من الشهر الثالث تمام ثلاثين يوما ، لأنه تعذر اعتبار الهلال فى شهر فاعتبر بالعدد كما يعتبر العدد فى الشهر الذى عم عليهم الهلال فى صوم رمضان وان أفطر فى يوم منه من غير عذر لزمه أن يستأنف ، وان جامع بالليل قبل ان يكفر اثم لأنه جامع قبل التكفير ، ولا يبطل التتابع لأن جماعه لم يؤثر فى الصوم فلم يقطع التتابع كالأكل بالليل •

وان كان الفطر لعذر نظرت فان كانت امرأة فحاضت فى صوم كفارة القتل أو الوطء فى كفارة رمضان لم ينقطع التتابع لأنه لا صنع لها فى الفطر ، ولأنه لا يمكن حفظ الشهرين من الحيض الا بالتأخير الى أن تيأس من الحيض ، وفى ذلك تغرير بالكفارة لأنها ربما ماتت قبل الاياس فتفوت وان كان الفطر بمرض ففيه قولان •

(أحدهما) يبطل التتابع لأنه أفطر باختياره فبطل التتابع ، كما لو اجهده الصوم فافطر • (والثانى) لا يبطل لأن الفطر بسبب من غير جهته فلم يقطع

التتابع كالفطر بالحيض . وان كان بالسفر ففيه طريقان . من أصحابنا من قال فيه قولان كالفطر بالمرض ، لأن السفر كالمرض فى اباحة الفطر ، فكان كالمرض فى قطع التتابع . والثانى : انه يقطع التتابع قولا واحداً لأن سببه من جهته . وان انقطع الصوم بالاغماء فهو كما لو افطر بالمرض .

وان افطرت الحامل أو المرضع فى كفارة القتل أو الجماع فى رمضان خوفاً على ولديهما ففيه طريقان (احدهما) انه على قولين ، لأنه فطر لعذر فهو كالفطر بالمرض (والثانى) انه ينقطع التتابع قولا واحداً لأن فطرهما لعذر فى غيرهما فلم يلحقا بالمريض ، ولهذا يجب عليهما الفدية مع القضاء فى صوم رمضان ولا يجب على المريض . وان دخل فى الصوم فقطعه بصوم رمضان أو يوم النحر لزمه ان يستأنف ، لأنه ترك التتابع بسبب لا عذر فيه) .

الشرح ان لم يجد المظاهر رقبة تفضل عن كفايته ، أو كان العرف القائم يمنع الاسترقاق كهو فى عصرنا ، وكان قادرا على الصيام لزمه أن يصوم شهرين متتابعين لقوله تعالى : والذين يظاهرون من نسائهم . الآية » ولما ذكرناه من حديثى أوس بن الصامت وسلمة بن صخر .

اذا ثبت هذا فان اجماع أهل العلم على أن المظاهر فرضه صيام شهرين متتابعين وذلك لقوله تعالى « فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا » فان صام من الكفارة أول ليلة من الشهر كان عليه أن يتابع الصوم شهرين هلاليين متتابعين سواء كانا تامين أو ناقصين ؛ لأن الله أوجب عليه صوم شهرين ، واطلاق الشهر ينصرف الى الشهر الهلالى لقوله تعالى « يسئلونك عن الأهلة قل هى مواقيت للناس والحج » .

وروت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الشهر هكذا وهكذا ، وأومأ بأصابع يديه وحبس ابهام يده فى الثالثة كأنه يعد خمسين » وروى أنه قال « قد يكون الشهر هكذا وهكذا وحبس ابهامه فى الثالثة » وان ابتدأ بالصوم وقد مضى من الشهر يوم أو أكثر صام ما بقى من الشهر بالعدد وصام الشهر الذى بعده بالهلال تاما أو ناقصا وتم عدد الأول من الثالث ثلاثين يوما تاما كان الأول أو ناقصا ؛ لأنه لما فاته شىء من الشهر الأول لم يصمه لم يمكنه اعتباره بالهلال فاعتبر بالعدد ، واعتبر الثانى بالهلال لأنه أمكنه ذلك .

فـــرع وان أفطر فى يوم أثناء الشهرين ـ فان كان أفطر لغير عذر ـ انقطع تتابعه ولزمه أن يستأنف صوم شهرين متتابعين لقوله تعالى « فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين » ومعنى التتابع أن يوالى بالصوم أيامهما ولا يفطر فيهما لغير عذر ولم يفعل ذلك فصار كما لو لم يصم •

وان جامع فى ليلة فى أثناء الشهرين عامداً عالما بالتحريم اثم بذلك ولا ينقطع تتابعه ، وان وطئها بالنهار ناسياً لم يفسد صومه ولم ينقطع تتابعه ، وبه قال أبو يوسف ، وهو احدى الروايتين عن أحمد •

وقال مالك وأبو حنيفة : ينقطع تتابعه بذلك ، الا أن مالكا يقول : اذا وطئها بالنهار ناسيا فسد صومه ؛ وأبو حنيفة يقول : لا يفسد الا أن ينقطع التتابع • دليلنا على أنه لا ينقطع التتابع أنه وطء لم يفسد به الصوم ؛ فلم ينقطع التتابع كما لو وطىء امرأة أخرى ، وان كان الفطر بعذر نظرت ، فان كان العذر حيضاً ، ولا يتصور ذلك فى كفارة الظهار ، وانما يتصور ذلك فى كفارة القتل والجماع فى رمضان ، اذا قلنا تجب عليه الكفارة • فان التتابع لا ينقطع ، لأن زمن الحيض مستحق للفطر فهو كليالى الصوم ؛ ولأن الحيض حصل بغير اختيارها ولا يمكنها الاحتراز منه •

فلو قلنا انه ينقطع التتابع لأدى الى أن المرأة لا يمكنها أن تكفر بالصوم الا بعد الاياس من الحيض ، وفى ذلك تأخيرها عن وقت وجوبها ، وربما بانت قبل الاياس ، فلذلك قلنا لا يقع التتابع وان أفطرت للنفاس احتمل أن يكون فيه وجهان كما قلنا فى الايلاء •

وان كان الفطر للمرض ففيه قولان • قال فى القديم لا ينقطع التتابع وبه قال مالك وأحمد ؛ لأن سبب الفطر حدث بغير اختياره فهو كالحيض ؛ ولأنا لو قلنا انه ينقطع بالفطر فى المرض لأدى ذلك الى أن يتسلسل ، لأنه لا يأمن وقوع المرض اذا استأنف بعد البرء •

وقال فى الجديد ينقطع تتابعه ، وبه قال أبو حنيفة ؛ لأنه أفطر باختياره ، فهو كما لو أفطر بغير المرض •

وان أفطر بالسفر ــ فان قلنا ان المريض اذا أفطر قطع التتابع فالسفر أولى ، وان قلنا ان أفطر بالمرض لا ينقطع ففى السفر قولان • أحدهما : لا ينقطع التتابع لأن السفر عذر يبيح الفطر فهو كالمرض ، والثانى أنه ينقطع التتابع لأنه حدث بسبب الفطر وهو السفر •

وان نوى الصوم من الليل ثم أغمى عليه فى أثناء النهار فهل يبطل صومه؟ فيه طريقان مضى ذكرهما فى الصوم وأبانهما الامام النووى رضى الله عنه ، فان قلنا لا يبطل لم ينقطع التتابع بذلك ، وان قلنا يبطل صومه قال الشيخ أبو اسحاق والمحاملى : هو كالفطر بالمرض على قولين ، قال العمرانى وفيه نظر ، لأنه لم يفطر باختياره بخلاف المرض فانه أفطر باختياره ا هـ •

وان أفطرت المرضع والحامل فى أثناء الشهرين ، فان كان خوفا على أنفسهما فهو كالفطر للمرض ؛ وان كان خوفا على ولديهما فهل ينقطع التتابع ؟ فيه طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان كالفطر للمرض • ومنهم من قال يقطع التتابع قولا واحداً لأنهما أفطرتا لحق غيرهما بخلاف المرض •

فرع وان صام فى أثناء الشهرين تطوعا أو عن نذر أو قضاء انقطع تتابعه بذلك ، لأن ذلك لا يقع عن الشهرين فانقطع تتابعه به كما لو أفطر ، فان صام بعض الشهرين ثم تخللها زمان لا يجزى صومه عن كفارته مثل رمضان أو عيد الأضحى انقطع تتابعه ؛ لأن رمضان مستحق لصومه ، وعيد الأضحى مستحق للفطر ، وقد يمكنه أن يبتدىء صوما لا يقطعه ذلك، فان لم يفعل ذلك فقد فرط كما لو أفطر فى أثناء الشهرين بغير عذر ؛ ولا يجىء أن يقال تخللهما عيد الفطر ولا أيام التشريق ؛ لأن عيد الفطر يتقدمه رمضان، وأيام التشريق يتقدمها عيد الأضحى • فأما اذا ابتدأ الصوم عن الشهرين فى رمضان لم يصح صومه عن رمضان لأنه لم ينو الصيام عنه ولا عن الشهرين ؛ لأن الزمان مستحق لصوم رمضان فلا يقع عن غيره •

وان ابتدأ صوم الشهرين يوم عيد الفطر لم يصح لأنه مستحق للفطر ويصح صومه باقى الشهرين ، وان ابتدأ الصوم أيام التشريق ؛ فان قلنا بقوله الجديد وأن صومها لا يصح عن صوم التمتع ، أو قلنا بقوله القديم

انه يصح صومها عن صوم التمتع ، وقلنا بأحد الوجهين على القديم لا يصح صومها عن التمتع لم يصح صومه عن الشهرين ، وان قلنا يصح صومها عن التطوع صح صومها عن الشهرين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان دخل فى الصوم ثم وجد الرقبة لم يبطل صومه وقال المزنى يبطل كما قال فى المتيمم اذا راى الماء فى الصلاة ، وقد دلنا عليه فى الطهارة، والمستحب ان يخرج من الصوم ويعتق ، لان العتق افضل من الصوم لما فيه من نفع الآدمى ، ولانه يخرج من الخلاف .**

فصل **وان لم يقدر على الصوم لكبر لا يطيق معه الصوم او لمرض لا يرجى برؤه منه لزمه ان يطعم ستين مسكينا للآية ، والواجب ان يدفع الى كل مسكين مدا من الطعام ، لما روى أبو هريرة رضى الله تعالى عنه فى حديث الجماع فى شهر رمضان ((أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له : أطعم ستين مسكينا . قال لا اجد ، قال فاتى النبى صلى الله عليه وسلم بعرق من تمر فيه خمسة عشر صاعا فقال خذه وتصدق به)) واذا ثبت هذا بالجماع بالخبر ثبت فى الظاهر بالقياس عليه) .**

الشرح حديث أبى هريرة رضى الله عنه أصله فى الصحيحين بلفظين عن أبى هريرة ، ورواه أبو داود وفى اسناده رجل فيه مقال ، ورواه البيهقى وغيره مختصراً مرسلا ومتصلا ، وقد مضى الكلام عليه فى الصوم .

أما الأحكام فانه مما يتسق مع ما قلناه فى مقدمة كتاب العتق أن الشرع الحكيم جعل العتق هو الكفارة الأصلية ، وأن الصوم بدل من الكفارة اذا لم يجد الرقبة حتى لقد جعل الصوم يبطل فى قول المزنى وأبى حنيفة اذا وجد الرقبة التى يعتقها كفارة ، وجملة ما فى الفصل أنه اذا دخل فى الشهرين بالصوم ثم أيسر وقدر على الرقبة لم يجب عليه الانتقال الى الرقبة ، وبه قال مالك وأحمد .

وقال أبو حنيفة والمزنى يلزمه الانتقال ، ودليل المذهب أنه وجد المبدل بعد شروعه فى البدل فلم يلزمه الانتقال اليه ، كما لو وجد الهدى بعد شروعه

فى صوم السبع ، وقال الامام الشافعى رضى الله عنه : ولو أعتق كان أفضل لأنه الأصل وليخرج بذلك من الخلاف .

(قلت) ولأن فى ذلك نفعاً للادمى بفك اساره من الرق كما أفاده المصنف .

فرع ولا يجزيه الصوم عن الكفارة حتى ينوى الصوم كل ليلة لقوله صلى الله عليه وسلم « لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل » فهذا عام فى كل صوم . وقد وافقنا أبو حنيفة على ذلك . وهل يلزمه نية التتابع ؟ فيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) يلزمه نية التتابع كل ليلة ؛ لأن التتابع واجب كالصوم ، فلما وجب عليه نية الصوم كل ليلة فكذلك نية التتابع .

(والثانى) يلزمه التتابع أول ليلة من الشهر لأن الفرض تبيين هذا الصوم عن غيره بالتتابع ، وذلك يحصل بالنية أول ليلة منه .

(والثالث) لا يجب عليه نية التتابع وهو الأصح ، لأن التتابع شرط فى العبادة وعلى الانسان أن ينوى فعل العبادة دون نية شروطها ؛ كما قال العمرانى فى الصلاة أن ينوى فعل الصلاة دون نية شرطها .

مسألة قوله : وان لم يقدر على الصوم لكبر الخ ، فجملة ذلك أنه اذا عجز لعلة تلحقه من الجوع والظمأ وكان قادراً على الاطعام لزمه الانتقال الى الاطعام لقوله تعالى « فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكيناً » ولما ذكرناه من حديث أوس ابن الصامت وسلمة بن صخر .

اذا ثبت هذا فعليه أن يطعم ستين مسكينا ، كل مسكين مداً من طعام ، ولا يجوز أن ينقص من عدد المساكين ولا من ستين مداً ، وبه قال أحمد وقال أبو حنيفة : ان أعطى الطعام كله مسكينا واحداً فى ستين يوما جاز دليلنا قوله تعالى « فاطعام ستين مسكيناً » وقوله « اطعام » مصدر يتعدى بأن والفعل ، وهذا لا يجيز الاقتصار على دون الستين ، ولأنه مسكين استوفى

فوت يوم من كفارة ، فاذا دفع اليه غيره منها لم يجزه ، كما لو دفع اليه فى يوم واحد .

فـــرع ويجب أن يدفع الى كل مسكين مداً فى جميع الكفارات الا كفارة الأذى فانه يدفع اليه مدين سواء كفر بالتمر أو الزبيب أو البر أو الشعير أو الذرة وبه قال ابن عمر وابن عباس وزيد بن ثابت وأبو هريرة والأوزاعى ، وقال أبو حنيفة : ان كفر بالتمر أو الشعير لزمه لكل مسكين صاع ، والصاع أربعة أمداد والمد عنده رطلان وان كفر بالبر لزمه لكل مسكين نصف صاع ؛ وفى الزبيب عنه روايتان (أحدهما) أنه كالتمر والشعير (والثانى) أنه كالبر .

وقال مالك فى كفارة اليمين والجماع فى رمضان كقولنا فى كفارة الظهار يطعم كل مسكين مداً بمد هشام ، وهو مد وثلث بمد النبى صلى الله عليه وسلم . وقيل بل هو مدان وقال أحمد من البر ومن التمر والشعير مدان .

دليلنا ما روى أبو هريرة أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم يضرب فخذه وينتف شعره ، فقال يا رسول الله هلكت ، قال وما أهلكك ؟ قال وقعت على امرأتى فى نهار رمضان ، قال أعتق رقبة ، قال لا أجد ، قال صم شهرين متتابعين قال لا أستطيع قال أطعم ستين مسكيناً ، قال لا أستطيع ؛ ثم جلس فأتى النبى صلى الله عليه وسلم بعرق فيه تمر قدر خمسة عشر صاعا يقال : تصدق بهذا ، فقال أعلى أفقر منا ! فما بين لا بتيها أهل بيت أحوج اليه منا ، فضحك صلى الله عليه وسلم ثم قال : اذهب أطعمه أهلك » .

اذا ثبت هذا فى المجامع فى رمضان قسنا سائر الكفارات عليها فأما خبر سلمة بن صخر حيث أمره النبى صلى الله عليه وسلم وسق من تمر من صدقة بنى زريق فمحمول على الجواز ، وأن ما زاد على خمسة عشر صاعا تطوع بدليل هذا الخبر .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ويجب ذلك من الحبوب والثمار التى تجب فيها الزكاة لأن الأبدان بها تقوم ، ويجب من غالب قوت بلده قال القاضى أبو عبيد بن حربوية . يجب من غالب قوته ، لأن فى الزكاة الاعتبار بما له فكذلك ههنا ، والمذهب الأول لقوله تعالى « فاطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم » والأوسط والأعدل لقوله تعالى « فاطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم » والأوسط والأعدل ، وأعدل ما يطعم أهله قوت البلد ، ويخالف الزكاة فانها تجب من المال والكفارة تجب فى الذمة ، فان عدل الى قوت بلد آخر ، فان كان أجود من غالب قوت بلده الذى هو فيه جاز لأنه زاد خيرا ، فان لم يكن أجود ، فان كان مما يجب فيه زكاة ففيه وجهان .

(أحدهما) يجزئه لأنه قوت تجب فيه الزكاة فأشبه قوت البلد .

(والثانى) لا يجزئه وهو الصحيح لأنه دون قوت البلد ، فان كان فى موضع قوتهم الا قط ففيه قولان (أحدهما) يجزئه لأنه مكيل مقتات فأشبه قوت البلد (والثانى) لا يجزئه لأنه يجب فيه الزكاة فلم يجزئه كاللحم ، وان كان لحما أو سمكا أو جرادا ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال فيه قولان كالأقط ومنهم من قال لا يجزئه قولا واحدا ، ويخالف الاقط لأنه يدخله الصاع ، وان كان فى موضع لا قوت فيه وجب من غالب قوت أقرب البلاد اليه .

فصل ولا يجوز الدقيق والسويق والخبز ، ومن أصحابنا من قال يجزئه لأنه مهيأ للاقتيات مستغنى عن مؤنته ، وهذا فاسد لأنه ان كان قد هيأه لمنفعة فقد فوت فيه وجوها من المنافع ، ولا يجوز اخراج القيمة لأنه أخذ ما يكفر به فلم يجز فيه القيمة كالعتق .

فصل ولا يجوز أن يدفع الواجب الى أقل من ستين مسكينا للآية والخبر فان جمع ستين مسكينا وغداهم وعشاهم لما عليه من الطعام لم يجزه ، لأن ما وجب للفقراء بالشرع وجب فيه التمليك كالزكاة ، ولأنهم يختلفون فى الاكل ولا يتحقق أن كل واحد منهم يتناول قدر حقه .

وان قال لهم : ملكتكم هذا بينكم بالسوية ففيه وجهان (أحدهما) لا يجزئه . وهو قول أبى سعيد الاصطخرى لأنه يلزمهم مؤنة فى قسمته فلم يجزه ، كما لو سلم اليهم الطعام فى السنابل (والثانى) أنه يجزئه وهو الأظهر لأنه سلم الى كل واحد منهم قدر حقه والمؤنة فى قسمته قليلة ، فلا يمنع الاجزاء .

الشرح الأحكام : اختلف أصحابنا فى هل يلزمه أن يخرج من غالب قوته أو من غالب قوت البلد ؟ على وجهين قال أبو عبيد بن حربويه يلزمه من غالب قوته وهو اختيار الشيخ أبى حامد ، لأن الزكاة زكاتان ، زكاة المال وزكاة النفس ، فلما كانت زكاة النفس يجب اخراجها من غالب قوت البلد لقوله تعالى « من أوسط ما تطعمون أهليكم » والأوسط الأعدل ، وأعدل ما يطعم أهله قوت البلد ؛ فان عدل عن قوته وقوت بلده الى قوت بلد آخر، فان كان أعلى منها وجب عليه اخراجه ، بأن عدل عن الذرة والشعير الى الى البر ، أو كان فى مصر وأخرج زبيباً أجزأه لأنه أعلى مما وجب عليه ، وان كان دون ذلك بأن عن البر الى الذرة والشعير فهل يجزئه ؟ فيه قولان حكاهما الشيخ أبو حامد ، وحكاهما المصنف فى المهذب هنا وجهين .

(أحدهما) يجزئه لأنه قوت تجب فيه الزكاة .

(والثانى) لا تجزئه وهو الأصح لأنه دون ما وجب عليه ، وان أخرج من قوت لا تجب فيه الزكاة ــ فان كان غير الأقط ــ لم يجزه ؛ وان كان من الأقط ففيه وجهان كما قلنا فى زكاة الفطر ، وان كان فى بلد لا قوت لهم تجب فيه الزكاة وجب من قوت أقرب بلد اليه ، وهل يجزئه اخراج الخبز والدقيق والسويق ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجزئه لأنه مهيأ للاقتيات (والثانى) لا يجزئه وهو الأصح لأنه قد فوت فيه وجوها من المنفعة . وان أخرج القيمة لم يجزه كما قلنا فى الزكاة وأكثر أهل المدن يقلدون من يجيز اخراج القيمة بيد أن الأولى عندنا والأقرب الى المذهب أن يشترى دقيقاً يخرجه منه ، وهو وجه صحيح عندنا ، وان كان الأصح غيره كما تقدم .

مسألة قوله « ولا يجوز أن يدفع الواجب الى أقل من ستين مسكيناً الخ » فجملة ذلك أنه اذا دفع الى مائة وعشرين مسكيناً ستين مداً لكل مسكين نصف مد لم يجزه ذلك . وقيل له : اختر منهم ستين مسكيناً وادفع الى كل واحد منهم نصف مد . لأنه لا يجوز أن يدفع الى كل واحد منهم أقل من مد . فان دفع الى ستين مسكيناً ستين مداً الى كل واحد منهم مداً دفعة واحدة أو فى أوقات متفرقة أجزأه لقوله تعالى « فاطعام ستين مسكينا » فعم ولم يخصص .

وان دفع الى ثلاثين مسكينا ستين مداً الى كل واحد مدين لم يجزه الا ثلاثون لأنه لم يطعم ستين مسكيناً ، وعليه أن يطعم ثلاثين مسكينا ثلاثين مداً أخرى لكل واحد مد ، وهل له أن يرجع على كل واحد من الثلاثين بما زاد على المد ؟ ينظر فيه ؛ فان بين أن ذلك عن كفارة واحدة كان له أن يرجع به ، لأن ما زاد على المدعى الكفارة لا يجزىء دفعه الى واحد ، وان طلق لم يرجع لأن الظاهر أن ذلك تطوع وقد لزم بالقبض •

وان وجب عليه كفارتان من جنس أو جنسين ؛ فدفع الى كل مسكين مدين أجزأه لأنه لم يدفع اليه عن كل كفارة أكثر من مد ، ويجوز الدفع الى الكبار من المساكين والى الصغار منهم لقوله تعالى « فاطعام ستين مسكيناً » ولم يفرق ولكن يدفع مال الصغير الى وليه ؛ فان دفع الى الصغير لم يجزه لأنه ليس من أهل القبض ، ولهذا لو كان له عليه دين فأقبضه اياه لم يبرأ بذلك •

فرع والدفع المبرىء له هو أن يدفع الى كل مسكين مداً ويقول خذه أو كله أو ألحقه لك • وان قدم ستين مداً الى ستين مسكينا وقال : خذوا أو كلوا أو أبحته لكم لم يجزه ذلك ؛ لأن عليه أن يوصل الى كل واحد منهم مداً ، وهذا لم يفعل ذلك • وان قال : ملكتكم هذا بينكم بالسوية أو قبضتكم أياه فقبضوه ففيه وجهان ؛ قال أبو سعيد الاصطخرى لا يجزئه لأن عليهم مشقة فى القسمة فلم يجزه ؛ كما لو دفع اليهم الطعام فى سنابله •

وقول أبو اسحاق يجزيه ، وهو الأصح لأنه قد ملكهم اياه ، ولا يلحقهم فى قسمته كبير مشقة ، ويمكن كل واحد منهم بيع نصيبه مشاعا ، فان جمع ستين مسكينا وغداهم وعشاهم لم يجزه لاختلاف كل منهم عن الآخر فى القدر الذى تناوله من الطعام وتعاطاه • وقال أبو حنيفة : يجزيه • دليلنا أن الواجب عليه دفع الحب وهذا لم يدفع الحب ، ولأنه لا يتحقق أن كل واحد منهم أكل قدر حقه وهو يشك فى اسقاط الفرض عن ذمته والأصل بقاؤه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا يجوز أن يدفع الى مكاتب لأنها تجب لأهل الحاجة والمكاتب مستغن بكسبه ان كان له كسب ، أو بأن يفسخ الكتابة ويرجع الى هؤلاء ان لم يكن له كسب ، ولا يجوز أن يدفع الى كافر لأنها كفارة فلا يجوز صرفهـــا الى كافر كالعتق ، ولا يجوز دفعها الى من يلزمه نفقته من زوجة أو والد أو ولد ، لأنه مستغن بالنفقة ، فان دفع بعض ما عليه من الطعام ثم قـــدر على الصيام لم يلزمه الانتقال الى الصوم ، كما لا يلزمه الانتقال الى العتق اذا وجد الرقبة فى أثناء الصوم والأفضل أن ينتقل اليه لأنه أصل .

فصـــل ولا يجوز أن يكفر عن الظهار قبل أن يظاهر ، لأنه حق يتعلق بسببين فلا يجوز تقديمه عليهما كالزكاة قبل أن يملك النصاب . ويجوز أن يكفر بالمال فعد الظهار وقبل العود لأنه حق مال يتعلق بسببين ، فاذا وجد أحدهما جاز تقديمه على الآخر كالزكاة قبل الحول ، وكفارة اليمين قبل الحنث .

فصـــل ولا يجوز شىء من الكفارات الا بالنية لقوله صلى الله عليـه وسلم « انما الأعمال بالنيات ولكل امرىء ما نوى » ولأنه حق يجب على سبيل الطهرة فافتقر الى النية كالزكاة ، ولا يلزمه فى النية تعيين سبب الكفـارة ، كما لا يلزمه فى الزكاة تعيين المال الذى يزكيه . فان كفر بالصوم لزمه أن ينوى كل ليلة أنه صائم غداً عن الكفارة . وهل يلزمه نية التتابع ؟ فيه ثلاثة أوجـــه (أحدها) يلزمه أن ينوى كل ليلة ، لأن التتابع واجب يلزمه نيته كالصوم . (والثانى) أن ينوى ذلك فى أوله لأنه يتميز بذلك عن غيره (والثالث) وهـو الصحيح أنه لا تلزمه نية التتابع ، لأن العبادة هى الصوم ، والتتابع شرط فى العبادة فلم تجب نيته فى اداء العبادة ، كالطهارة وستر العورة لا يلزمه نيتهما فى الصلاة .

فصـــل وان كان المظاهر كافراً كفر بالعتق أو الطعام لأنه يصح منـه العتق والاطعام فى غير الكفارة فصح منه فى الكفارة ، ولا يكفر بالصـــوم لأنه لا يصح منه الصوم فى غير الكفارة فلا يصح منه فى الكفارة . فان كان المظاهر عبداً فقد ذكرناه فى باب المأذون فأغنى عن الاعادة ، وبالله التوفيق .

الشرح حديث « انما الأعمال بالنيات » قال فيه الحافظ ابن حجر حديث عزيز وقال فيه الشافعى : انه نصف الدين . قلت : ولهذا زعم بعض المشتغلين بالفتيا والدعوة والارشاد من الأزهريين أنه متواتر وصححنا لهم

هذا الفهم بما كتبناه فى مجلة الأزهر فى حينه • لأن الحديث آحادى من طرفه الأول ، اذ لم يروه من الصحابة الا عمر ؛ ومع أن عمر خطب به على المنبر فانه لم يروه عنه سوى علقمة ابن وقاص الليثى ، ولم يروه عن علقمة سوى محمد بن ابراهيم التيمى ، ولم يروه عن التيمى سوى يحيى بن سعيد الأنصارى وفى هذا الاسناد نكتة قلما تتوفر لغيره من الأحاديث ، وهى أن كلا من علقمة الليثى والتيمى والأنصارى تابعيون متعاصرون أقران ، ولم يشترك اثنان منهما فى سماع الحديث من الثالث أو من عمر •

أما الأحكام فانه لا يجوز دفع الكفارة الى عبد ولا كافر ولا الى من يلزمه نفقته لما ذكره النووى فى كتاب الزكاة ، ولا يجوز دفعها الى مكاتب • وان جاز دفع الزكاة اليه ، لأن القصد بالكفارة المواساة المحضة ، والمكاتب مستغن عن ذلك ؛ لأن ان كان له كسب فنفقته فى كسبه • وان لم يكن له كسب فيمكنه أن يعجز نفسه وتكون نفقته على السيد •

فرع وان أطعم بعض المساكين ثم قدر على الصيام لم يلزمه الصيام كما قلنا فيمن قدر على العتق بعد الشروع فى الصيام • وان وطئها فى خلال الاطعام أثم بذلك ولا يلزمه الاستئناف وقال مالك : يلزمه • دليلنا أن الوطء لا يبطل ما فعله من الاطعام فلم يلزمه الاستئناف كما لو وطىء غيرها •

فرع ولا يجزيه الاطعام الا بالنية لقوله صلى الله عليه وسلم « انما الأعمال بالنياب وانما لكل امرىء ما نوى » متفق عليه • وهل يجب أن تكون النية مقارنة للدفع ؟ أم يجوز تقديمها على الدفع ؟ فيه وجهان مضى ذكرهما فى الزكاة وأما التتابع فقد مضى كلامنا فى نيته فى هذا الباب قبل هذه الفصول بقليل •

فوائد لو أن المظاهر أدى الكفارة باطعام المساكين فأحضرهم وأطعم كل واحد مداً لم يجزئه ذلك الا أن يملكه أياه • وهذا هو مذهبنا وبه قال أحمد فى احدى روايتيه • والأخرى انه يجزئه اذا أطعم القدر الواجب لهم • وهو قول النخعى وأبى حنيفة • وأطعم أنس فى فدية الصيام•

قال أحمد : أطعم شيئا كثيراً وصنع الجفان • وذكر حديث حماد بن سلمة عن سلمة عن ثابت عن أنس • وذلك لقول الله تعالى « فاطعام ستين مسكيناً » وهذا قد أطعمهم فينبغى أن يجزئه ، ولأنه أطعم المساكين فأجزأه كما لو ملكهم ولنا أن المنقول عن الصحابة اعطاؤهم ، ولأنه مال وجب للفقراء شرعا فوجب تمليكهم اياه كالزكاة •

قلنا : انه لا يجب التتابع فى الاطعام وبه قال أحمد ، فلو أطعم واحداً اليوم والثانى بعد يومين والثالث بعد كذا حتى يستكمل الستين صح • وذلك لأن الله تعالى لم يشترط التتابع فيه كما قاله فى الصوم • ولو وطىء فى أثناء الاطعام لم تلزمه اعادة ما مضى منه ، وبه قال أبو حنيفة والشافعى وأحمد • وقال مالك : يستأنف لأنه وطىء فى أثناء كفارة الظهار فوجب الاستئناف كالصيام • دليلنا أنه وطء فى أثناء ما يشترط التتابع فيه فلم يوجب الاستئناف كوطء غير المظاهر منها أو كالوطء فى كفارة اليمين ، وبهذا فارق الظهار •

فائدة أخرى اذا أعطى مسكينا مدين من كفارتين فى يوم واحد أجزأه وهو احدى الروايتين عن أحمد والأخرى لا يجزئه ، وهو قول أبى حنيفة لأنه استوفى قوت يوم من كفارة فلم يجزئه الدفع اليه ثانياً فى يومه كما لو دفعهما اليه من كفارة واحدة والقيمة فى الكفارة لا تجزىء عندنا ولا عند أحمد ونظراً لأن الشارع الحكيم شرع الدين للسواد من الناس وأكثر الناس أهل قرى وبادية واقلهم يسكنون المدائن لذلك كان الحب هو المشروع، ويجوز اخراج الدقيق على قول صحيح والأصح الحب ، واذا كان أهل المدائن أنفع لهم أن يعطوا الدقيق كان الدقيق أولى لأنه بالنسبة لهم هو حال الكمال وتيسير المنفعة • أما أهل القرى فحال الكمال وتيسير المنفعة لهم هو الحب فلا يعطوا الدقيق • والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب اللعـــان

اذا علم الزوج أن امرأته زنت ـ فان رآها بعينه وهى تزنى ولم يكن نسب يلحقه ـ فله ان يقذفها ، وله أن يسكت لما روى علقمة عن عبد الله « أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله ان رجل وجد مع امرأته رجلا أن تكلم جلدتموه أو قتل قتلتموه أو سكت سكت على غيظ ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم اللهم افتح ، وجعل يدعو فنزلت آية اللعان « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم . الآية » فذكر أنه يتكلم أو يسكت ولم ينكر النبى صلى الله عليه وسلم كلامه ولا سكوته .

وان اقرت عنده بالزنا فوقع فى نفسه صدقها أو أخبره بذلك ثقة أو استفاض ان رجلا يزنى بها ثم رأى الرجل يخرج من عندها فى أوقات الريب فله ان يقذفها وله أن يسكت ، لأن الظاهر أنها زنت فجاز له القذف والسكوت .

واما اذا رأى رجلا يخرج من عندها ولم يستفض انه يزنى بها لم يجز ان يقذفها ، لانه يجوز أن يكون قد دخل اليها هارباً أو سارقاً ، أو دخل ليراودها عن نفسها ولم تمكنه ، فلا يجوز قذفها بالشك . وان استفاض أن رجلا يزنى بها ولم يجده عندها ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز قذفها لانه يحتمل ان يكون عدو قد اشاع ذلك عليهما (والثانى) يجوز . لأن الاستفاضة أقوى من خبر الثقة . ولأن الاستفاضة تثبت القسامة فى القتل فثبت بها جواز القذف .

الشرح قصة الملاعن التى ساقها المصنف هنا رويت من طرق وبأسانيد مختلفة . منها ما رواه الشيخان وأحمد فى مسنده عن سعيد ابن جبير أنه قال لعبد الله بن عمر « يا أبا عبد الرحمن المتلاعنان أيفرق بينهما ؟ قال سبحان الله !! نعم . ان أول من سأل عن ذلك فلان بن فلان قال يا رسول الله أرأيت لو وجد أحدنا امرأته على فاحشة كيف يصنع ؟ ان تكلم تكلم بأمر عظيم وان سكت سكت على مثل ذلك . قال : فسكت النبى صلى الله عليه وسلم فلم يجبه ، فلما كان بعد ذلك أتاه فقال : ان الذى

سألتك عنه ابتليت به ، فأنزل الله عز وجل هؤلاء الآيات فى سورة النور « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء » فتلاهن عليه ووعظه وذكره واخبره أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة فقال : لا والذى بعثك بالحق ما كذبت عليها ، ثم دعاها فوعظها وأخبرها أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة فقالت : لا والذى بعثك بالحق انه لكاذب فبدأ الرجل فشهد أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين • ثم ثنى بالمرأة فشهدت أربع شهادا تبالله انه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين ثم فرق بينهما •

وعند الشيخين وأحمد وأصحاب السنن الا الترمذى عن سهل بن سعد « أن عويمر العجلانى أتى رسول صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فيقتلونه ، أم كيف يفعل ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم • قد نزل فيك وفى صاحبتك فاذهب فأت بها ، قال سهل : فتلاعنا ، وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم، فلما فرغ قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها ، فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله قال ابن شهاب فكانت سنة المتلاعنين » وفى رواية عند الشيخين وأحمد « ذاكم التفريق بين كل متلاعنين » وفى لفظ لأحمد ومسلم « وكان فراقه اياها سنة فى المتلاعنين » •

اللعان : صورة من صور التفريق بين الزوجين تكاد تكون اندثرت لعوامل أهمها كما يقول الشيخ محمد الغزالى الداعية الاسلامى المعروف صعوبة وندرة التأكد منها فضبط الزنا بصوره متيقنة أمر نادر ولعله أيضا للجوء الناس الى الطلاق تسترا وأخيراً لسيطرة القوانين الوضعية التى توفر الفساد دون حاجة الى عناء كبير ولا صغير وتتلخص صورة اللعان فى أنه اذا اتهم الزوج زوجته بالزنا صراحة أو أنكر نسب الأولاد له ففى كلا الحالين يجب اللعان فقد عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم قضية مثل هذه فقال للزوجين ثلاث مرات « الله أعلم أن أحدكما كاذب فهل منكما من تائب » ؟ فلما لم يتب منهما أحد استحلف الزوج حسب حكم كتاب الله أربع مرات أن اتهامه لزوجته صحيح والخامسة أن لعنة الله عليه أن كان

من الكاذبين ثم استحلف الزوجة أيضا أربع مرات أن اتهام زوجها لها باطل، والخامسة أن غضب الله عليها أن كان زوجها صادقا فى اتهامه •

وتتخلص أحكام اللعان فى النقاط الآتية :

أولا : يجب أن يكون اللعان أمام القاضى فلا لعان بين المرء وزوجه أو فى حضور أقربائهما •

ثانيا : عقب تلاعن الطرفين يعلن القاضى وقوع التفريق ويرى الجمهور أن التفريق يقع بذاته باللعان لكن أبا حنيفة يرى التفريق لابد له من حق القاضى ورأيه أقرب للصواب •

ثالثاً : تفريق اللعان لا زواج بعده بين الطرفين ان أراد ذلك ولا ينفع فيه التحليل الوارد فى الآية فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره •

رابعا : لا يسقط أداء المهر عن الرجل بالتلاعن سواء كان اتهامه لزوجته صادقا أم لا • فلا مناص من دفع المهر لها فى أية حال وأن كان أعطاها مهرها فلا يحق له استرجاعه • فان اتهم الزوج زوجته ورفض اللعان أقيم عليه حد القذف حسب ما عليه الجمهور الا أبا حنيفة فيرى أنه لا يستحق الحد بل يعاقب على ذلك بالسجن •

وهذا اللعان هو اغلظ صور الطلاق لأنه طلاق لا لقاء بعده أبدا وهو فراق الى الأبد ومع أنه نص فى شريعة الله وقد جاء فى القرآن بيانه مفصلا فى سورة النور وأكدته السنة بالتطبيقات العملية الا أن الستر أفضل منه لمن قدر عليه على أساس الطلاق الذى يعتبر حلا كافيا ومع ذلك فهذا اللعان درء لمفسده كبيرة هى (القتل) الذى يمكن أن يندفع اليه الرجل اذا عرف أنه لا سبيل لديه لكشف ما لحق به وبيان أسباب فراقه لزوجته وشفاء صدره مما نكب به وقانا الله شره •

وأخيرا فان الحياة الزوجية وجدت لتبقى ويرى علماء الأمة أن نية فسخها عند عقد الزواج من عوامل فساد العقد فالاسلام حريص على

استمرارية هذه العلاقة لكن اذا ظهر خلل ما يحول دون استمرار الحيـــاة الزوجية فلا مناص من الخضوع لسنة الله فالقلوب بيـــده وحينئـــذ يكون العلاج أما عن طريق الطلاق أو الخلع أو الفسخ للايلاء أو الظهار أو التفريق المؤبد للعان لكن هذا التفريق يخضع للشريعة المحكمة وليس للاهواء المتحكمة وهو يخضع قبل ذلك وبعده للعدل الذى هو السمه الأساسية لكل التشريعات الاسلامية •

فاللعان مصدر لا عن يلاعن لعانا وملاعنة ، كقاتل يقاتل قتالا ومقاتلة ، أى لعن كل واحد الآخر ، ولا عن الرجل زوجته قذفها بالفجور • وقال ابن دريد كلمة اسلامية فى لغة فصيحة • وقال فى الفتح : اللعان مأخوذ من اللعن؛ لأن الملاعن يقول فى الخامسة : لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين • واختير لفظ اللعن دون الغضب فى التسمية لأنه قول الرجل ، وهو الذى بدىء به فى الآية ، وهو أيضاً يبدأ به وقيل : سمى لعاناً لأن اللعن الطرد والابعـــاد وهو مشترك بينهما ؛ وانما خصت المرأة بلفظ الغضب لعظم الذنب بالنسبة اليها •

قوله « واستفاض » أى شاع • قوله « فى أوقات الريب » أى الشك فى سبب دخوله لماذا دخل اليها •

اما الأحكام فقد اختلف العلماء فيمن وجـــد مع امرأته رجلا وتحقق وجود الفاحشة منهما فقتله ، هل يقتل به أم لا ؟ فمنع الجمهور الاقـــدام ؛ وقالوا : يقتص منه الا أن يأتى ببينة الزنا ، أو يعترف المقتول بذلك بشرط أن يكون محصناً وقيل بل : يقتل به لأنه ليس له أن يقيم الحـــد بغير اذن الامام •

وقال بعض السلف : لا يقتل أصلا ، ويعذر فيما فعله اذا ظهرت أمارات صدقه • وشرط أحمد واسحاق ومن تبعهما أن يأتى بشاهدين أنه قتله بسبب ذلك ووافقهم ابن القاســـم وابن حبيب من المالـــكية ، لكن زاد أن يكون المقتول قد أحصن • وعند الامام الهادى من العترة أنه يجوز للرجل أن يقتل من وجده مع زوجته وأمته وولده حال الفعل ، وأما بعده فيقاد به ان كان

بكراً • ولنعد الى ما فى الفصل • قال فى البيان : اللعان مشتق من اللعن وهو الطرد والابعاد فسمى المتلاعنان بذلك لأن الخامسة اللعنة ، ولما يتعقب من المأثم والطرد ، لأنه لابد أن يكون أحدهما كاذباً فيكون ملعوناً ا هـ •

اذا ثبت هذا فان رأى الرجل امرأته تزنى أو أقرت عنده بالزنا أو أخبره بذلك ثقة واستفاض فى الناس أن رجلا زنا بها ثم وجده عندها ولم يكن هناك نسب يلحقه من هذا الزنا فله أن يقذفها بالزنا ؛ لأنه اذا رآها فقد تحقق زناها • واذا أقرت عنده أو أخبره ثقة أو استفاض فى الناس ووجد الرجل عندها غلب على ظنه زناها فجاز له قذفها ولا يجب عليه قذفها لما روى أن رجلا قال « يا رسول الله ان امرأتى لا ترد يد لامس » تعريضاً منه بزناها • فقال النبى صلى الله عليه وسلم : طلقها • فقال : انى أحبها • فقال النبى صلى الله عليه وسلم : أمسكها » •

وللأحاديث التى سقناها فى صدر هذا البحث اذ أذن النبى صلى الله عليه وسلم للملاعن أن يتكلم أو يسكت حيث لم ينكر عليه أيهما • فأما اذا لم يظهر على المرأة الزنا ببينة ولا سبب حرم عليه قذفها لقوله تعالى « ان الذين جاءوا بالافك عصبة منكم ــ الى قوله تعالى ــ سبحانك هذا بهتان عظيم » وقوله صلى الله عليه وسلم « من قذف محصنة :حبط الله عمله ثمانين عاماً » وان أخبره بزناها من لا يثق بقوله له حرم عليه قذفها ، لأنه لا يغلب على الظن الا قول الثقة ، وان وجد عندها رجلا ولم يستفض فى الناس أنه زنى بها حرم عليه قذفها لجواز أن يكون دخل اليها هارباً أو لحاجة أو لطلب الزنا ولم تجبه ، فلا يجوز قذفها بأمر محتمل •

وان استفاض فى الناس أن فلانا زنى بها ولم يجده عندها فهل يجوز له أن يقذفها ؟ فيه وجهان حكاهما المصنف (أحدهما) يجوز له قذفها لأن الاستفاضة أقوى من خبر الثقة ، والقسامة تثبت بالاستفاضة فيثبت بها جواز القذف • (والثانى) لا يجوز له قذفها ، ولم يذكر فى التعليق والشامل غيره لجواز أن يكون أشاع ذلك عدو لها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ومن قذف امرأته بزنا يوجب الحد أو تعزير القـذف ، فطولب بالحد أو بالتعزير فله أن يسقط ذلك بالبينة ، لقوله عز وجل « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة » فدل على على انه اذا أتى باربعة شهداء لم يجلد . ويجوز أن يسقط باللعـان ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه « أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سـحماء فقال النبى صلى الله عليه وسلم : البينة أو الحد فى ظهرك ، فقال يا رسول الله اذا رأى احدنا رجلا على امرأته يلتمس البينة ؟ فجعل النبى صلى الله عليـه يقول : البينة والا حد فى ظهرك . فقال هلال : والذى بعثك بالحق انى لصادق، ولينزلن الله عز وجل فى امرى ما يبرىء ظهرى من الحد ، فنزلت : « والذين يرمون ازواجهم » ولأن الزوج يبتلى بقذف امرأته لنفى العار والنسب الفاسد ، ويتعذر عليه اقامة البينة فجعل اللعان بينة له ، ولهذا لما نزلت آية اللعان قال النبى صلى الله عليه وسلم « ابشر يا هلال ، فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا . قال هلال : قد كنت ارجو ذلك من ربى عز وجل » .

فان قدر على البينة ولاعن جاز لأنهما بينتان فى اثبات حق ، فجاز اقامة كل واحدة منهما مع القدرة على الأخرى ، كالرجلين ، والرجـل والمرأتين فى المال . وان كان هناك نسب يحتاج الى نفيـــه لم ينتف بالبينة ولا ينتفى الا باللعان ، لأن الشهود لا سبيل لهم الى العلم بنفى النسب . وان اراد أن يثبت الزنا بالبينة ثم يلاعن لنفى النسب جاز ، وان أراد ان يلاعن ويثبت الزنا وينفى النسب باللعان جاز .

الشرح حديث ابن عباس أخـرجه أحمد والبخـارى وأبو داود والترمذى وابن ماجه والدارقطنى ولفظه « أن هلال بن أمية قذف امـرأته عند النبى صلى الله عليه وسلم بشريك بن سحماء ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم البينة أو حد فى ظهرك . فقال يا رسول الله اذا رأى أحدنا على امرأته رجلا ينطلق يلتمس البينة ؟ فجعل النبى صلى الله عليه وسلم يقول البينـة والا حد فى ظهرك ، فقال هلال : والذى بعثك بالحق انى لصادق ، ولينزلن الله ما يبرىء ظهرى من الحد ، فنزل جبريل وأنزل الله عليه « والذين يرمون أزواجهم » فقرأ حتى بلغ « ان كان من الصادقين » فانصرف النبى صلى الله عليه وسلم فأرسل اليهما فجاء هلال فشهدوا النبى صلى الله عليه وسلم يقول ان الله يعلم أن أحدكما كاذب ، فهل منكما تائب ؟ ثم قامت فشهدت ، فلمـا

كان عند الخامسة وقفوها فقالوا : انها موجبة فتلكأت ونكصت حتى ظننا أنها ترجع ثم قالت لا أفضح قومي سائر اليوم فمضت ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم أنظروها فان جاءت به أكحل العينين سابغ الأليتين خدلج الساقين فهو لشريك ابن سحماء فجاءت به كذلك ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن » .

قوله « البينة أو حد في ظهرك » فيه دليل على أن الزوج اذا قذف امرأته بالزنا وعجز عن اقامة البينة وجب عليه حد القاذف . واذا وقع اللعان سقط وهو قول الجمهور . وذهب أبو حنيفة وأصحابه الى أن اللازم بقذف الزوج انما هو اللعان فقط ، ولا يلزمه الحد ، والحديث وما في معناه حجة عليه قوله فنزلت « والذين يرمون أزواجهم » فيه التصريح بأن الآية نزلت في شأن هلال . وقد تقدم الخلاف في ذلك . وفي الحديث مشروعية تقديم الوعظ للزوجين قبل اللعان .

وقد أخرج هذا الحديث أحمد ومسلم والنسائي عن أنس بلفظ أن هلال ابن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء وكان أخاً لبراء بن مالك لأمه ، وكان أول رجل لاعن في الاسلام . قال فتلاعنا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أبصروها فان جاءت به أبيض سبطاً قضيء العينين فهو لهلال بن أمية، وان جاءت به أكحل جعداً حمش الساقين فهو لشريك بن سحماء . قال فأنبئت أنها جاءت به أكحل جعداً حمش الساقين » .

وفي رواية « ان أول لعان كان في الاسلام أن هلال بن أمية قذف شريك ابن السحماء بامرأته ، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم أربعة شهداء والا حد في ظهرك ، يردد ذلك عليه مراراً ، فقال له هلال : والله يا رسول الله ان الله ليعلم أني لصادق ولينزلن الله عليك ما يبرىء ظهري من الحد فبينما هم كذلك اذ نزلت عليه آية اللعان (والذين يرمون أزواجهم) الى آخر الآية وذكر الحديث » . رواه النسائي ورجاله رجال الصحيح وقوله « قضيء العينين » بفتح فكسر بعدها همزة على

وزن حذر ، وهو فاسد العينين ؛ والجعد خلاف السبط يسميه عوام المصريين (أكرت) .

قوله « حمش الساقين » أى دقيق الساقين . ورواه أحمد وأبو داود مطولا وفى اسناده عباد بن منصور وقد تكلم فيه غير واحد . وقيل فيه : انه كان قدرياً داعية .

اما الأحكام فانه اذا قذف الرجل رجلا محصناً أو امرأة أجنبية منه محصنة وجب عليه حد القذف وحكم بفسقه وردت شهادته فان أقام القاذف على المقذف حد الزنا لقوله تعالى « والذين يرون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة » الآية .

وان قذف الرجل امرأته وجب عليه حد القذف ان كانت محصنة ، والتعزير ان كانت غير محصنة وحكم بفسقه ، فان طولب بالحد أو التعزير فله أن يسقط ذلك عن نفسه باقامة البينة على الزنا ، وله أن يسقط ذلك باللسان ، فان لاعن والا أقيم عليه الحد أو التعزير . وهذا مذهبنا وبه قال مالك وأحمد . وقال أبو حنيفة : اذا قذف الرجل امرأته لم يجب عليه الحد بقذفها وانما يجب عليه اللعان فان لاعن والا حبس حتى يلاعن .

دليلنا قوله تعالى « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء » الآية : وهذا عام فى الأزواج وغير الأزواج ؛ فأخبر الأزواج بأن لعانهم يقوم مقام شهادة أربعة غيرهم بقوله تعالى « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم » الآية .

وحديث ابن عباس الذى ساقه المصنف فى الفصل فى قصة هلال بن أمية حين قذف امرأته بشريك بن السحماء ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم « البينة أو حد فى ظهرك » فقال : والذى بعثك بالحق انى لصادق ولينزلن الله فى أمرى ما يبرىء ظهرى من الحد ؛ فأنزل الله تعالى « والذين يرمون أزواجهم » الآية ، فدعاه النبى صلى الله عليه وسلم وقال « أبشر يا هلال قد جعل الله لك فرجا ومخرجا » فقال : قد كنت أرجو ذلك من ربى .

وحديث عويمر العجلانى الذى مضى فى أول هذا البحث وفيه : قد أنزل الله فيك وفى صاحبتك اذهب فأت بها ، فأتى بها فتلاعنا ، فيكون المعنى قد أنزل الله فيك وفى صاحبتك ؛ أم ما أنزل فى هلال بن أمية وامرأته لأنها عامة ؛ ويجوز أن تكون الآية نزلت فى الجميع ، والمشهور هو الأول • وانما خص الأزواج باللعان بقذف الزوجات ، لأن الأجنبى لا حاجة به الى القذف فسلط عليه ولم يقبل منه فى اسقاط الحد عنه الا بالبينة • واذا زنت الزوجة فقد أفسدت على الزوج فراشه وخانته فيما ائتمنها عليه ؛ وألحقته من الغيظ مالا ذلك النسب عنه ؛ فخفف عنه أن جعل لعانه يقوم مقام شهادة أربعة • وأن يلحق الأجنبى ، وربما ألحقت به نسباً ليس منه ؛ فاحتاج الى قذفها لنفى ذلك النسب عنه فخفف عنه أجعل لعانه يقوم مقام شهادة أربعة وان قدر الزوج على البينة واللعان فله أن يسقط الحد عن نفسه بأيهما شاء • وقال بعض الناس ليس له أن يلاعن ، دليلنا أنها بينتان فى اثبات حق فجاز له اقامة كل واحدة منهما مع القدرة على الأخرى ، كالرجلين فى الشهادة فى المال والرجل والمرأتين •

فـــرع وسواء قال الزوج : رأيتها تزنى أو قذفتها بزنا ولم يضف ذلك الى رؤيته فله أن يلاعن لاسقاط الحد عنه • وبه قال أبو حنيفة • وقال مالك ليس له أن يلاعن الا اذا قال رأيتها تزنى ؛ لأن آية اللعان نزلت فى هلال ابن أمية وكان قال : رأيت بعينى وسمعت بأذنى • دليلنا قوله تعالى « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم » الآية • ولم يفرق بين أن يقول رأيت بعينى أو أطلق ؛ ولأنه معنى يخرج به من القذف المضاف الى المشاهدة • فصح الخروج به من القذف المطلق كالبينة •

فـــرع ان كان هناك ولد يريد نفيه لم ينتف بالبينة وانما ينتفى باللعان ، لأن الشهود لا سبيل لهم الى ذلك • وان أراد أن يثبت الزنا بالبينة ويلاعن لنفى النسب أو يلاعن لهما جاز له ذلك •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **وان عفت الزوجة عن الحد أو التعزير ـ ولم يكن نسب ـ لم يلاعن ، ومن اصحابنا من قال : له ان يلاعن لقطع الفراش ، والمذهب الاول ،**

لان المقصود باللعان درء العقوبة الواجبة بالقذف ونفى النسب لما يلحقه من الضرر بكل واحد منهما ، وليس ههنا واحد منهما . وأما قطع الفراش فانه غير مقصود ويحصل له ذلك بالطلاق فلا يلاعن لأجله . وان لم تعف الزوجة عن الحد أو التعزير ولم تطالب به فقد روى المزنى انه ليس عليه أن يلاعن حتى تطلب المقذوفة حدها .

وروى فيمن قذف امراته ثم حنث انه اذا التعن سقط الحد ، فمن أصحابنا من قال : لا يلاعن لانه لا حاجة به الى اللعان قبل الطلب ، وقال أبو اسحاق : له أن يلاعن لأن الحد قد وجب عليه فجاز ان يسقطه من غير طلب ، كما يجوز أن يقضى الدين المؤجل قبل الطلب ، وقوله : ليس عليه أن يلتعن ، لا يمنع الجواز وانما يمنع الوجوب .

فصل وان كانت الزوجة امة او ذمية او صغيرة يوطأ مثلها فقذفها عزر وله ان يلاعن لدرء التعزير لانه تعزير قذف ، وان كانت صغيرة لا يوطأ مثلها فقذفها عزر ولا يلاعن لدرء التعزير . لانه ليس بتعزير قذف ، وانما هو تعزير على الكذب لحق الله تعالى ، وان قذف زوجته ولم يلاعن فحد في قذفها ثم قذفها بالزنا الذى رماها به عزر ولا يلاعن لدرء التعزير لانه تعزير لدفع الأذى ، لانا قد حددناه للقذف ، فان ثبت بالبينة أو بالاقرار انها زانية ثم قذفها فقد روى المزنى انه لا يلاعن لدرء التعزير ، وروى الربيع انه يلاعن لدرء التعزير .

واختلف اصحابنا فيه على طريقين ، فقال ابو اسحاق : المذهب ما رواه المزنى . وما رواه الربيع من تخريجه لأن اللعان جعل لتحقيق الزنا وقد تحقق زناها بالاقرار او البينة ، ولأن القصد باللعان اسقاط ما يجب بالقذف ، والتعزير ههنا على الشتم لحق الله تعالى لا على القذف ، لانه بالقذف لم يلحقها معرة وقال أبو الحسن بن القطان وأبو القاسم الداركى : هى على قولين احدهما) لا يلاعن لما ذكرناه (والثانى) يلاعن لانه اذا جاز ان يلاعن لدرء التعزير فيمن لم يثبت زناها ، فلأن يلاعن فيمن ثبت زناها اولى :

الشرح درء العقوبة دفعها وازالتها ، وبابه نفع ، ودارأته دافعته ، وفى الحديث « ادرءوا الحدود بالشبهات » وفى الكتاب « ويدرءون بالحسنة السيئة » وقال تعالى (فادارأتم فيها) أى تماريتم وتدافعتم ، والمدارأة بالهمز المدافعة . قال الشاعر بلسان ناقته :

تقول وقد درأت لها وضينى ... أهذا دينه أبداً ودينى ؟
أكل الدهر حل وارتحال ؟ ... فما تبقى على ولا تقينى

والمداراة بغير همز الأخذ بالرفق أو المخاتلة • يقال : داريته اذا لا ينته ، دريته اذا خنلته ؛ ومنه :

فان كنت لا أدرى الظبـاء فاننى أدس لها تحت التراب الدواهيا

اما الأحكام فان حد القذف حق للمقذوف ، فان عفا عنه سقط وان مات قبل أن يستوفيه ورث عنه ، وقال أبو حنيفة : هو حق لله لا حق للمقـذوف فيه ؛ فان عفا عنه لم يسقط ، وان مات لم يورث عنه • ووافقنا أنه لا يستوفى الا بمطالبته ، دليلنا قـوله صلى الله عليـه وسلم « ان دماءكم وأمـوالكم وأعراضكم عليكم حرام » فأضاف العرض الينا كاضافة الدم والمال ، فوجب أن يكون ما فى مقابلته للمقذوف كالدم والمال ؛ ولأنه حق على البـدن اذا ثبت بالاعتراف لم يسقط بالرجوع فكان للآدمى كالقصاص ، ففى قولنـا اذا ثبت بالاعتراف لم يسقط بالرجوع ، احتراز من حد الزنا والخمر والقطع فى السرقة •

اذا ثبت هذا فقذف زوجته ثم عفت عما وجب لها من الحد أو التعزير ولم يكن هناك ولد لم يكن له أن يلاعن ؛ لأنه يلاعن لاسقاط الحـد عنه ، وقد سقط بالعفو ، ومن أصحابنا من قال : له أن يلاعن لأنه يستفيد به قطع الفراش والفرقة المؤبدة ـ والمذهب الأول لأن الفرقة يمكنه احداثها بالطلاق الثلاث ، وان كان هناك ولد فله أن يلاعن لنفيه عنه ، وان لم يكن هناك نسب فليس له أن يلاعن • ومن أصـحابنا من قال : له أن يلاعن لقطع الفراش ، والمذهب الأول • لأنه انما يلاعن لنفى النسب أو لاسقاط الحد عنه ، وليس هناك أحدهما وقطع الفراش يمكنه بالطلاق الثلاث •

وجملة ما تقدم أنه لا يتعرض له باقامة الحد عليه ولا طلب اللعان منـه حتى تطالبه زوجته بذلك ، فان ذلك حق لها فلا يقام من غير طلبها كسـائر حقوقها ، وليس لوليها المطالبة عنها ان كانت مجنونة أو محجوراً عليها • ولا لولى الصغيرة وسيد الأمة المطالبة بالتعزير من أجلهما ؛ لأن هـذا حق ثبت للتشفى فلا يقوم غير المستحق فيه مقام المستحق كالقصاص فاذا أراد الزوج اللعان من غير مطالبة نظرنا فان لم يكن هناك نسب يريد نفيه لم يكن له أن

يلاعن ، وكذلك كل موضع سقط فيه الحد ، مثل أن أقام البينة بزناها أو أبرأته من قذفها أو حد لها ثم أراد لعانها ولا نسب هناك ينفى فانه لا يشرع اللعان : وهذا قول أكثر أهل العلم ، ولا نعلم فيه مخالفا الا بعض أصحابنا الذين قالوا : له الملاعنة لازالة الفراش ، ولكن الصحيح عندنا مثل قول سائر الفقهاء لأن ازالة الفراش تمكنه بالطلاق ، والتحريم المؤبد ليس بمقصود يشرع اللعان لأجله ، وانما حصل ذلك ضمناً ، أفاده • ابن قدامة فى المغنى •

فاذا قذف امرأته ثم جنت ، أو قذفها فى حال جنونها بزنا أضافه الى حال الصحة ، فانه لا يجب عليه الحد بذلك ، وانما يجب عليه التعزير ، وان أراد الولى أن يطالب بما وجب لها من الحد أو التعزير لم يكن له ذلك ، لأن طريقة التشفى من القاذف باقامة الحد عليه فلم يكن له ذلك كالقصاص ، فان التعن الزوج منها فقد قال الشافعى رضى الله عنه : وقعت الفرقة •

واختلف أصحابنا فيه على وجهين ؛ فمنهم من قال : ان كانت حاملا فللزوج أن يلاعن لأن اللعان يحتاج اليه لنفى الولد عنه • وان كانت حائلا لم يكن له أن يلاعن لأن اللعان يراد لاسقاط الحد أو لنفى الولد ولا ولد ههنا فتحتاج الى نفيه ، ولا يجب عليه الحد الا بمطالبتها ولا مطالبة لها قبل الافاقة ، فلم يكن له أن يلاعن • وقال أبو اسحاق المروزى : له أن يلاعن سواء كانت حاملا أو حائلا ؛ لأنها ان كانت حاملا احتاج الى اللعان لنفى الولد ، وان كانت حائلا احتاج الى اللعان لاسقاط الحد الواجب عليه فى الظاهر كمن وجب عليه دين الى أجل فله أن يدفعه قبل حلول الأجل ، والأول أصح لأن الشافعى قال « ليس على الزوج أن يلتعن حتى تطالب المقذوفة بحدها » •

مسألة وان قذف زوجته الصغيرة ــ فان كانت لا يوطأ مثلهما ــ كابنة سبع سنين يعلم يقيناً أنها لا توطأ وأنه كاذب ويجب عليه التعزير للكذب؛ وليس له أن يلاعن لاسقاط هذا التعزير لأنا نتحقق كذبه فلا معنى للعان • قال الشيخ أبو حامد ولا يقام عليه التعزير الا بعد بلوغها ، لأنه لا يصح مطالبتها ولا ينوب عنها الولى فى المطالبة •

وان كانت صغيرة يوطأ مثلها كابنة تسع سنين فما زاد صح قذفه ، لأن ما قاله يحتمل الصدق والكذب ؛ ولا يجب عليه الحد بقذفها لأنها ليست بمحصنة ، وانما يجب عليها التعزير ، وهل للزوج أن يلاعن ؛ لأن اللعان يراد لنفى النسب أو لاسقاط ما وجب عليه من الحد أو التعزير بقذفها ، وذلك لا يجب قبل مطالبتها • وقال أبو اسحاق : له أن يلاعن لاسقاط ما وجب عليه من التعزير فى الظاهر وان لم يطالب به كما يجوز أن يقدم ما وجب عليه من الدين المؤجل قبل حلوله •

وان كانت له زوجة كتابية فقذفها لم يجب عليه الحد لأنها ليست بمحصنة، ويجب عليه التعزيز ، وحكمه حكم الحد الذى يجب عليه بقذف المحصنة يسقط عنه باقامة البينة على زناها أو باللعان ؛ لأنه اذا سقط عنه الحد الكامل بذلك فلأن يسقط ما هو دونه بذلك أولى • وان كانت الزوجة أمة فقذفها لم يجب عليه الحد لأنها ليست بمحصنة ، ويجب عليه التعزيز ، وليس للسيد أن يطالب به لأنه ليس بمال ولا له بدل هو مال ، وحق السيد انما يتعلق بالمال أو بما بدله المال ، فان طالبته الأمة به كان له أن يسقط ذلك بالبينة أو باللعان كما قلنا فى الحد الذى يجب عليه بقذف المحصنة • وان عفت الأمة عما وجب لها من التعزير سقط لأنه لاحق للسيد فيه •

مسألة اذا قامت البينة على امرأة بالزنا أو أقرت بذلك ثم قذفها الزوج أو أجنبى بذلك الزنا أو بغيره لم يجب عليه حد القذف لقوله تعالى « والذين يرمون المحصنات » الآية • وهذه ليست بمحصنة ، ولأن القذف هو ما احتمل الصدق والكذب • فأما ما احتمل أحدهما فانه لا يكون قذفاً ؛ ألا ترى أنه لو قذف الصغيرة التى لا يوطأ مثلها فى العادة • أو قال : الناس كلهم زناة لم يكن قذفاً ولأن الحد انما جعل دفعاً للعار عن نسب المقذوفة ، وهذه لا عار عليها بذلك القذف ، لأن زناها قد ثبت ويجب عليه التعزير لأنه أذاها وسبها وذلك محرم فعزر لأجله ، فان كان المؤذى لها بذلك أجنبياً لم يسقط عنه ببينة ولا بغيرها ، لأن هذا تعزير أذى وليس بتعزير قذف • وان كان المؤذى لها بذلك زوجها فهل له اسقاطه باللعان • نقل المزنى أنه ليس له اسقاطه باللعان •

ونقل الربيع أن له اسقاطه باللعان ، فاختلف أصحابنا فى ذلك ؛ فقال أبو اسحاق : الصحيح ما نقله المزنى ، وما نقله الربيع غلط ؛ لأن اللعان انما يراد لتحقيق الزنا والزنا هنا متحقق فلا فائدة فى اللعان ، ولأن اللعان انما أسقط حق المقذوفة ، وأما حق الله فلا يسقط ، وهذا التعزير لحق الله تعالى فلم يجز اسقاطه باللعان ، كما قلنا فيمن قذف صغيرة لا يوطأ مثلها فان قيل : لو كان هذا التعزير لحق الله تعالى لما كان يفتقر الى مطالبتها ، كما لو قال : الناس كلهم زناة ، فان الامام يعزره من غير مطالبة • قلنا : انما افتقر الى مطالبتها لأنه يتعلق بحق امرأة بعينها •

وقال أبو الحسين بن القطان وأبو القاسم الداركى : هى على قولين :

(أحدهما) لا يلاعن لما ذكرناه (والثانى) يلاعن ، لأنه اذا جاز أن يلاعن لدرء التعزير فيمن لم يثبت زناها فلأن يلاعن فيمن ثبت زناها أولى • ومنهم من قال : ليست على قولين • وانما هى على اختلاف حالين ، فالموضع الذى قال لا يلاعن اذا كان قد رماها بالزنا مضافاً الى ما قبل الزوجية ؛ مثل أن رماها بالزنا وهما أجنبيان فأقام عليها البينة بذلك ثم تزوجها ورماها بذلك الزنا لأنه كان فى الأصل لا يجوز له اللعان لأجله فكذلك فى الثانى ،والموضع الذى قال : له أن يلاعن اذا رماها بالزنا فى حال الزوجية ، فحققه عليها بالبينة ثم رماها به ثانياً فله أن يلاعن لأنه كان فى الأصل له اسقاط حده باللعان قبل البينة فكذلك بعد البينة •

فرع وان قذف امرأته بالزنا ولم يقم عليها البينة ولم يلاعن فحد ثم رماها بذلك الزنا فانه لا يجب عليه الحد ؛ لأن القذف هو ما احتمل الصدق والكذب وهذا لا يحتمل الا الكذب ، ولأن الحد انما يراد لدفع العار عن نسب المقذوفة وقد دفع عنه العار بالحد الأول فلا معنى لاقامة الحد ثانياً ، ويجب عليه التعزير لأنه آذاها بذلك والأذى بذلك محرم ولا يلاعن لاسقاط هذا التعزير ؛ لأنه تعزير أذى فهو كالتعزير لأذى الصغيرة التى لا يوطأ مثلها •

وان قذف أجنبي أجنبية بالزنا ولم يقم البينة على الزنا فحد القاذف ثم رماها القاذف بذلك ثانياً فانه لا يجب عليه الحد وانما يجب عليه التعزير للأذى . وقال بعض الناس : يجب عليه حد القذف .

دليلنا ما روى أن أبا بكرة شهد هو ورجلان معه على المغيرة بن شعبة بالزنا فحدهم عمر رضى الله عنه ، ثم قال أبو بكرة للمغيرة : قد كنت زنيت ، فهم عمر بجلده فقال له على رضى الله عنه : ان كنت تريد أن تحده فارجم صاحبك ، فأدرك عمر معنى قول على عليه السلام : ان كنت تجعل هذا قذفاً ثانياً فقد تمت الشهادة على المغيرة . وان كان القذف الأول فقد حددته .

فرع قال ابن الصباغ فى الشامل : اذا قذف الرجل امرأته وثبت عليها الحد بلعانه نظرت — فان لاعنته — فقد عارض لعانه لعانها فلا يثبت عليها الزنا ولا يجب عليها الحد ولا نزول حصانتها . ومتى قذفها هو أو غيره وجب عليه حد القذف . وان قذفها ولاعنها ولم تلاعن هى فقد وجب عليها الحد ويسقط احصانها فى حق الزوج ، وهل تسقط حصانتها فى حق الأجنبى ؟ فيه وجهان (أحدهما) تسقط حصانتها لأنه قد ثبت زناها بلعان الزوج فلا يسقط احصانها لأن للعان حجة تختص بالزوج ، ولهذا لا يسقط عن الأجنبى حد القذف به فلا يسقط احصانها به فى حقه . وذكر الشيخ أبو اسحاق أن الزوج اذا قذفها وتلاعنا ، ثم قذفها بذلك الزنا الذى تلاعنا عليه لم يجب عليه الحد . وان قذفها بزنا آخر ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يجب عليه الحد ، لأن اللعان لا يسقط الا ما يجب القذف فى الزوجية لحاجته الى القذف . وقد زالت الزوجية فزالت الحاجة الى القذف . وان تلاعنا ثم قذفها أجنبى حد ، فكل موضع قلنا لا يجب على الزوج الحد بقذفها بعد الزوجية فانه يجب عليه التعزير لأنه أذاها والاذى محرم ، ولا خلاف أنه لا يسقط هذا التعزير ولا الحد الذى يجب عليه اذا قذفها بزنا آخر باللعان ، لأن اللعان انما يكون بين الزوجين وهما أجنبيان . هذا مذهبنا . وقال أبو حنيفة اذا قذفها أجنبى فان كان الزوج لاعنها ونفى حملها وكان الولد حياً فعلى الأجنبى الحد ، وان كان لم ينف حملها ، أو نفاه وكان الولد ميتاً فانه لا حد على الأجنبى .

دليلنا ما روى ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم لا عن بين هلال ابن أمية وامرأته ففرق بينهما وقضى بأن لا يدعى الولد لأب ، وأنها لا ترمى ولا ولدها فمن رماها أو ولدها فعليه الحد ولم يفرق وهذا حجة لما قال ابن الصباغ فانها أجابته باللعان وقال صلى الله عليه وسلم « فمن رماها أو ولدها فعليه الحد » ولم يفرق بين الزوج وغيره • والله تعالى أعلم بالصواب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب ما يلحق من النسب وما لا يلحق
ما يجوز نفيه باللعان وما لا يجوز

اذا تزوج امرأة وهو ممن يولد لمثله ، وأمكن اجتماعهما على الوطء ، وأتت بولد لمدة يمكن أن يكون الحمل فيها لحقه فى الظاهر لقوله صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش » ولأن مع وجود هذه الشروط يمكن أن يكون الولد منه ، وليس ههنا ما يعارضه ولا ما يسقطه ، فوجب أن يلحق به •

فصـــل **وان كان الزوج صغيراً لا يولد لمثله لم يلحقه ؛ لأنه لا يمكن أن يكون منه وينتفى عنه من غير لعان ، لأن اللعان يمين واليمين جعلت لتحقيق ما يجوز أن يكون ، ويجوز أن لا يكون فيتحقق باليمين أحد الجائزين ، وههنا لا يجوز أن يكون الولد له فلا يحتاج فى نفيه الى اللعان •**

واختلف اصحابنا فى السن التى يجوز أن يولد له ، فمنهم من قال : يجوز أن يولد له بعد عشر سنين ، ولا يجوز أن يولد له قبل ذلك ، وهو ظاهر النص• والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم « مروهم بالصلاة وهم أبناء سبع ، واضربوهم عليها وهم أبناء عشر ، وفرقوا بينهم فى المضاجع » ومنهم من قال : يجوز أن يولد له بعد تسع سنين ولا يجوز أن يولد له قبله ، لأن المرأة تحيض لتسع سنين فجاز أن يحتلم الغلام لتسع ، وما قاله الشافعى رحمه الله أراد على سبيل التقريب لأنه لابد أن يمضى بعد التسع امكان الوطء وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر ، وذلك قريب من العشرة •

وان كان الزوج مجبوباً فقد روى المزنى أن له أن يلاعن ، وروى الربيع أنه ينتفى من غير لعان • واختلف اصحابنا فيه فقال أبو اسحاق : ان كان مقطوع الذكر والأنثيين انتفى من غير لعان لأنه يستحيل أن ينزل مع قطعهما ،

وان قطع احدهما لحقه ، ولا ينتفى الا بلعان ، لأنه اذا بقى الذكر أولج وأنزل ، وان بقى الأنثيان ساحق وانزل ، وحمل الروايتين على هذين الحالين .

قال القاضى أبو حامد : فى اصل الذكر ثقبتان احداهما للبول والأخرى للمنى فاذا انسدت ثقبة المنى انتفى الولد من غير لعان لأنه يستحيل الانزال ، وان لم تنسد لم ينتف الا باللعان ، لأنه يمكن الانزال . وحمل الروايتين على هذين الحالين) (*)

الشرح حديث « الولد للفراش » رواه أحمد والشيخان وأصحاب السنن الا أبا داود ، وقد عده السيوطى فى الأحاديث المتواترة . وقال الحافظ ابن حجر : هذا الحديث رواه بضعة وعشرون نفساً (قلت) ورد هذا الحديث عن أبى هريرة وعائشة وعثمان وعبد الله بن عمرو وعبد الله بن عمر وأبى أمامة وعمرو بن خارجة وابن الزبير وابن مسعود وعمر بن الخطاب وعلى ابن أبى طالب وسعد بن أبى وقاص والبراء بن عازب وزيد بن أرقم وعبد الله ابن عباس والحسن بن على عليهما السلام وعبادة بن الصامت وواثلة بن الأسقع ومعاوية بن عمرو وأنس وعبد الله بن حذافة السهمى وسودة بنت زمعة وأبى مسعود البدرى وزينب بنت جحش . وعن التابعين مرسلا سعيد بن المسيب وعبيد بن عمير والحسن البصرى . وفى لفظ للبخارى « الولد لصاحب الفراش » . أما حديث « مروهم بالصلاة » فقد أخرجه أبو داود والترمذى وغيرهما من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ومن حديث سبرة ابن معبد الجهنى . قال الترمذى : هو حديث حسن ولفظ رواية عمرو ابن شعيب « مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين وأضربوهم عليها وهم أبناء عشر ، وفرقوا بينهم فى المضاجع » .

اما اللغات فقوله « ما يلحق من النسب » فهو من باب تعب ومصدره لحاق بالفتح أى أدرك وألحق مثله ، وألحقت زيداً بعمرو أتبعته اياه فلحق به وألحق أيضا . وفى الدعاء « ان عذابك بالكفار ملحق » يجوز اسم فاعل بالكسر أى لاحق وبالفتح اسم مفعول لأن الله ألحقه وألحق القائف الولد بأبيه واستلحقت الشىء ادعيته . ولحقه الثمن لحوقاً لزمه ، فاللحوق اللزوم واختلف فى معنى الفراش فذهب الأكثر الى أنه اسم للمرأة ، وقد يعبر به

عن حالة الافتراش . وقيل انه اسم للزوج . روى ذلك عن أبى حنيفة . وأنشد ابن الأعرابى مستدلا على هذا المعنى قول جرير :

باتت تعانقه وبات فراشها

وفى القاموس : ان الفراش زوجة الرجل . قيل : ومنه « وفرش مرفوعة » ولجارية يفترشها الرجل . ا هـ والعاهر الزانى ، يقال « عهر » أى زنى . قيل ويختص ذلك بالليل . قال فى القاموس : عهر المرأة كمنع عهراً ويكسر ويحرك ، وعهارة بالفتح وعهورة ، وعاهرها عهاراً أتاها ليلا للفجور أو نهاراً . ا هـ ومعنى له الحجر أى الخيبة أو لا شىء له فى الولد ، والعرب تقول : له الحجر وبقية التراب ، يريدون ليس له الا الخيبة ، وقيل المراد بالحجر أنه يرجم بالحجارة اذا زنى ، ولكنه يرد على هذا أنه لا يرجم كل من زنى بل المحصن فقط .

أما الأحكام فيما يلحق وما لا يلحق وما يجوز نفيه باللعان وما لا يجوز؟ اذا تزوج الرجل امرأة وهو ممن يولد لمثله وأمكن اجتماعهما على الوطء فأتت بولد لمدة الحمل لحقه الولد فان زوج الأب ابنه الصغير وأمكن اجتماعهما وأتت بولد نظرت فان أتت به قبل أن يستكمل الصبى تسع سنين وستة أشهر من مولده لم يلحقه الولد بلا خلاف لأن الله أجرى العادة أنه لا يولد لمثله وينتفى عنه من غير لعان لأن اللعان انما يحتاج اليه لنفى نسب لاحق به وهذا غير لاحق به وان مات هذا الصبى لم تنقض عدتها منه بوضعه لأنه لا يمكن أن يكون منه فلم تنقض عدتها منه بوضعه بخلاف ما لو نفى حمل امرأته باللعان فان عدتها منه تنقضى بوضعه لأنه يمكن أن يكون منه وان أتت به بعد أن يكمل الصبى عشر سنين ومضت مدة الحمل بعد ذلك لحقه الولد بلا خلاف لأن ابن العشر قد ينزل الماء الدافق الذى يخلق منه الولد وان كان نادراً الا أن الولد يلحق بالامكان وان خالف الظاهر . وان أتت منه بعد أن كمل الصبى تسع سنين وستة أشهر وسبعة أيام ففيه وجهان (أحدهما) لا يلحق لأن الشافعى قال لو جاءت بحمل وزوجها صبى دون عشر سنين لم يلزمه لأن العلم يحيط أنه لا يولد لمثله فاذا قلنا بهذا انتفى عنه بغير لعان (والثانى)

أنه يلحقه وهو اختيار الشيخ أبي حامد لأنه لما جاز أن تبلغ المرأة بالحيض لتسع سنين فكذلك يجوز أن يبلغ الغلام بالاحتلام لتسع سنين والنسب يحتاط في اثباته فاذا قلنا بهذا أو أتت به بعد أن كمل الصبي عشر سنين ومضت مدة الحمل فأراد أن ينفيه باللعان لم يكن له ذلك لأنه لا حكم لكلامه لأنه غير بالغ فان قيل : فكيف جعلتموه بالغا في حكم لحق الولد به ولم تجعلوه بالغا في حق حوار اللعان فالجواب أن اثبات النسب لا يجوز بالامكان ولا يجوز نفيه بالامكان فان أقر بالبلوغ وأراد أن ينفيه باللعان كان له ذلك لأنه أقر بالبلوغ في وقت يجوز أن يكون فيه صادقا فقبل • هذا نقل الشيخ أبي حامد وقال المسعودي : اذا أتت به وقد لا يستكمل تسع سنين لحق به وهل يشترط ستة أشهر وساعة الوطء بعد التسع ليلحقه ؟ فيه وجهان وان كان الزوج في سن من يولد له الا أنه مجبوب فأتت امرأته بولد فروى المزني أنه لا ينتفي عنه الا باللعان وروى الربيع أنه ينتفي عنه بغير اللعان قال أصحابنا : ليست على قولين وانما هي على حالين في الحالين فقال أبو اسحاق : الموضع الذي لا ينتفي عنه الا باللعان أراد اذا كان مقطوع الذكر أو الانثيين اذا قطع ذكره وبقي أنثياه ساحق وأنزل واذا قطع انثياه وبقي ذكره أولج وأنزل غير أن أهل الطب قالوا اذا قطع ذكره أو انثياه فلا ينزل الا ماء رقيقاً فلا يلحق منه الولد ولا اعتبار بقولهم ها هنا لأن الولد يلحق بالامكان والموضع الذي قال ينتفي عنه بغير لعان أراد اذا قطع ذكره وأنثياه لأنه يتعذر منه الانزال جملة وقال القاضي أبو حامد على اختلاف حالين آخرين فالموضع الذي قال لا ينتفي عنه باللعان أراد اذا لم ينسد ثقبة المني التي في أصل الذكر ، والموضع الذي قال ينتفي عنه بغير لعان أراد اذا انسدت لأن في أصل الذكر ثقبتين ثقبة للبول وثقبة للمني فاذا انسدت ثقبة المني تعذر الانزال واذا لم ينسد لم يتعذر • ومنهم من قال : هي على اختلاف حالين آخرين فالموضع الذي قال : لا ينتفي عنه الا باللعان أراد به المجنون اذا وطىء امرأته في حال جنونه لأنه كالعاقل الواطىء والموضع الذي قال ينتفي عنه بغير لعان هو المجبوب وهو الخصي وحكى الشيخ أبو حامد أن من أصحابنا من قال : يلحق به الولد ولا ينتفي عنه الا بلعان وان كان مقطوع الذكر والأنثيين والصحيح قول أبي اسحاق • هذا نقل البغداديين وقال

المسعودى : ان كان مجبوبا لحقه الولد وان كان خصيا فان قال أهل المعرفة انه يولد لمثله لحقه والا فلا •

فـــرع فى مذاهب العلماء فيما تقدم لا فرق أولا بين كون الزوجة مدخولا بها أو غير مدخول بها فى أنه يلاعنها • قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من تحفظ عنه من علماء الأمصار ، منهم عطاء والحسن والشعبى والنخعى وعمرو بن دينار وقتادة ومالك وأهـل المدينـة والثورى وأهل العـــراق والشافعى ، فان كانت غير مدخول بها فقد قال أحمد وسعيد بن جبير وقتادة ومالك : لها نصف الصداق ، فان كان أحد الزوجين غير مكلف فلا لعان بينهما على ما سيأتى بيانه ، فان كان غير المكلف الزوج فله حالان •

(أحدهما) أن يكون طفلا (والثانى) أن يكون بالغا زائل العقل ، فان كان طفلا ــ فان أتت امرأته بولد نظرنا ــ فان كان دون عشر سنين ؛ وهى السن التى يؤيدها ظاهر النص والحديث « اضربوهم عليها لعشر وفرقوا بينهم فى المضاجع » وان ذهب بعض الأصحاب الى ما دون ذلك ؛ قلنا : فان كان لدون عشر سنين لم يلحقه الولد ويكون منفياً عنه ، لأن العلم يحيط به بأنه ليس منه ، فان الله عز وجل لم يجر العادة بأن يولد له لدون ذلك فينتفى عنـه ؛ كما لو أتت به المرأة لدون ستة أشهر منذ تزوجها كما سـيأتى ؛ ولأن الولد لا يخلق الا من ماء الرجل والمرأة ولو أنزل لبلغ • والصحيح أنه اذا تحقق امكان الايزال فقد ثبت البلوغ وألحق به الولد • وهذا ظاهر مذهب أحمد• لأن الولد يلحق بالامكان ، وان خالف الظاهر • فاذا ولدت ولداً يمكـن وكونه منه فهو ولده فى الحكم ، لقول النبى صلى الله عليه وسـلم « الولد للفراش » ولا ينتفى عنه الا بنفيه باللعان من الزوج وحده • وقال أحمـد أن يوجد اللعان منهما جميعاً • ولنا أن نفى الولد انما كان بيمينه والتعانه هو لا بيمين المرأة على تكذيبة ، ولا معنى ليمين المرأة فى نفى النسب وهى تثبته وتكذب قول من ينفيه ، وانما لعانها لدرء الحد عنها ، كما قال تعـالى « ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين » •

وقال أحمد وأصحابه : لا يكون اللعان تاماً الا اذا التعنا جميعاً ؛ وأن

تكمل ألفاظ اللعان منهما جميعا ، وأن يبدأ بلعان الزوج قبل المرأة ؛ فان بدأ بلعان المرأة لم يعتد به ، وبه قال أبو ثور وابن المنذر وقال مالك وأصحاب الرأى ان فعل أخطأ السنة والفرقة جائزة وينتفى الولد عنه ؛ لأن الله تعالى عطف لعانها على لعانه بالواو وهى لا تقتضى ترتيبها ؛ ولأن اللعان قد وجد منهما جميعاً فأشبه ما لو رتبت ، وعندنا لا يتم اللعان الا بالترتيب الا أنه يكفى عندنا لعان الرجل وحده لنفى الولد ؛ وذلك حاصل مع اخلاله بالترتيب وعدم كمال ألفاظ اللعان من المرأة ومن شروطه أن يذكر نفى الولد فى اللعان. وهذا هو ظاهر مذهب الحنابلة . وقد خالف القاضى أبو بكر منهم فقال : انه لا يحتاج الى ذكر الولد ونفيه . وينتفى بزوال الفراش ، ولأن حديث سهل الذى وصف فيه اللعان لم يذكر فيه الولد وقال ففرق الرسول صلى الله عليه وسلم بينهما وقضى أن لا يدعى ولدها لأب ولا يرمى ولدها . رواه أبو داود وغيره . وفى حديث مسلم عن عبد الله أن رجلا لاعن امرأته على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرق النبى صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بأمه . دليلنا أن من سقط حقه بالعان كان ذكره شرطاً ، ولأن غاية ما فى اللعان أن يثبت زناها وذلك لا يوجب نفى الولد ، كما لو أقرت به أو قامت به بينة .

فأما حديث سهل بن سعد فقد روى فيه ــ وكانت حاملا فأنكر حملها ــ من رواية البخارى وروى ابن عمر أن رجلا لاعن امرأته فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم وانتفى من ولدها ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بالمرأة والزيادة من الثقة مقبولة .

فعلى هذا لابد ما ذكر الولد فى كل لفظة ومع اللعن فى الخامسة لأنها من لفظات اللعان .

مسألة قال بعض أصحابنا : يجوز أن يولد لهما لتسع سنين ، ونصف السنة وهى مدة الحمل ، لأن الجارية قد تحيض لتسع فكذلك الغلام. وقد عرفنا أن عمرو بن العاص كان بينه وبين ابنه عبد الله اثنا عشر عاماً . ولنا أن الزمن الذى يمكن البلوغ فيه والاحتلام منه يلحقه الولد فيه . وأما

قياس الغلام على الجارية فغير صحيح ؛ لأننا نعلم أنه لا يمكنه الأستمتاع لتسع •

فـــرع قال أصحابنا : ان ولدت امرأة مقطوع الذكر والانثيين لم يلحق نسبه به فى قول عامة أهل العلم ، لأنه يستحيل منه الايلاج والانزال • وان قطعت أنثياه دون ذكره فكذلك لأنه لا ينزل ما يخلق منه الولد • وقال بعضهم يلحقه النسب لأنه يتصور منه الايلاج وينزل ماء رقيقا أو منياً من ثقبة المنى • وبهذا قال القاضى أبو حامد المروروذى من أصحابنا وقال أبو اسحاق : ان هذا لا يخلق منه ولد عادة ولا وجد ذلك • وبه قال أكثر أصحاب أحمد رضى الله عنه •

فأما ان قطع ذكره وحده فانه يلحقه الولد لأنه يمكن أن يساحق فينزل ماء يخلق منه الولد • وقال ابن اللبان : لا يلحقه الولد فى هاتين الصورتين فى قول الجمهور ولأصحاب أحمد اختلاف فى ذلك على نحو ما ذكرنا من الخلاف عندنا ، وهو الخلاف الناشىء من روايتى الربيع والمزنى ، وقد حمل أصحابنا الروايتين على الحالين اللذين أتينا عليهما •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان لم يكن اجتماعهما على الوطء بان تزوجها وطلقها عقيب العقد او كانت بينهما مسافة لا يمكن معها الاجتماع انتفى الولد من غير لعان ، لأنه لا يمكن ان يكون منه •

فصـــل وان أتت بولد لدون ستة أشهر من وقت العقد انتفى عنه من غير لعان ، لأنا نعلم أنها علقت به قبل حدوث الفراش ، وان دخل بها ثم طلقها وهى حامل فوضعت الحمل ثم أتت بولد آخر لستة أشهر لم يلحقه ، وانتفى عنه من غير لعان ، لأنا قطعنا ببراءة رحمها بوضع الحمل ، وأن هذا الولد الآخر علقت به بعد زوال الفراش • وان طلقها وهى غير حامل واعتدت بالأقراء ثم وضعت ولداً قبل أن تتزوج بغيره لدون ستة أشهر لحقه ، لأنا تيقنا ان عدتها لم تنقض ، وان اتت به لستة أشهر أو أربع سنين أو ما بينهما لحقه •

وقال ابو العباس بن سريج : لا يلحقه لانا حكمنا بانقضاء العدة واباحتها

للازواج وما حكم به يجوز نقضه لأمر محتمل ، وهذا خطأ لأنه يمكن ان يكون منه ، والنسب اذا امكن اثباته لم يجز نفيه ، ولهذا اذا أتت بولد بعد العقد لستة اشهر لحقه . وان كان الأصل عدم الوطء وبراءة الرحم فان وضعته لاكثر من اربع سنين نظرت ــ فان كان الطلاق بائناً ــ انتفى عنه بغير لعان ، لأن العلوق حادث بعد زوال الفراش ، وان كان رجعياً ففيه قولان .

(احدهما) ينتفى عنه بغير لعان لأنها حرمت عليه بالطلاق تحريم المبتوتة ، فصار كما لو طلقها طلاقاً بائناً (والقول الثانى) يلحقه لأنها فى حكم الزوجات فى السكنى والنفقة والطلاق والظهار والايلاء ، فاذا قلنا بهذا فالى متى يلحقه ولدها ؟ فيه وجهان ، قال ابو اسحاق يلحقه ابداً ، لأن العدة يجوز ان تمتد لأن اكثر الطهر لا حد له ، ومن اصحابنا من قال : يلحقه الى أربع سنين من وقت انقضاء العدة ، وهو الصحيح لأن العدة اذا انقضت بانت وصارت كالمبتوتة) .

الشرح اذا لم يمكن اجتماعهما على الوطء بأن تزوجها فى مجلس القاضى وطلقها ثلاثا عقيب العقد فى المجلس فأتت بولد لمدة الحمل من يوم النكاح أو تزوج رجل بالمشرق امرأة بالمغرب فأتت بولد لستة أشهر من حين العقد فان الولد لا يلحقه وينتفى عنه بغير لعان وبه قال مالك وأحمد وقال أبو حنيفة : اذا كان الزوج ممن يتأتى منه الوطء لحقه وهكذا قال فى رجل غاب عن المرأة زمانا فأخبرت أنه مات فاعتدت عنه بالوفاة وتزوجت بغيره فرزق منها أولاداً ثم جاء الزوج الأول فان الأولاد كلهم للأول ولا يلحق أحد منهم الزوج الثانى . دليلنا أنها أتت بولد لا يمكن أن يكون منه فلم يلحقه كامرأة الطفل .

فرع وان تزوج امرأة وأتت بولد لأقل من ستة أشهر من حين العقد انتفى عنه من غير لعان لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر بالاجماع فتعلم أنها علقت به قبل حدوث الفراش وان تزوج امرأة ودخل بها ثم طلقها وهى حامل فوضعت الحمل ثم أتت بولد آخر لدون ستة أشهر من حين وضع الحمل لحقه الثانى لأن الله تعالى أجرى العادة أنه لا يكون بين الحملين أقل من ستة أشهر فعلمنا أنهما حمل واحد ، وان أتت بالتالى لستة أشهر فما زاد ما وقت وضع الأول انتفى عنه الثانى بغير لعان لأن الله تعالى أجرى العادة ان الولدين من حمل واحد لا يكون بينهما ستة أشهر فعلمنا أن الولد الثانى

علقت به بعد وضع الأول وان طلقها واعتدت بالاقـرار ثم ولدت قبـل أن يتزوج نظرت فان وضعته لستة أشهر فما زاد أو لأربع سنين من وقت الطلاق لدون ستة أشهر من وقت الطلاق لحقه الولد وان وضعته لستة أشهر فما زاد أو لأربع سنين من وقت الطلاق ولحق الولد به ولا ينتفى عنه الا باللعان سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا وسواء أمرت قبل انقضاء العدة بذلك أو لم تقر وقال أبو حنيفة : اذا أتت به لسنتين من وقت الطلاق لحق به وان أتت به لما زاد على سنتين من وقت الطلاق لم يلحق به وان أتت به لما زاد على سنتين من وقت الطلاق لم يلحق به لأن أكثر الحمل عنده سنتان والكلام عليه يأتى فى موضعه • وقال أبو حنيفة أيضاً : اذا أقرت بانقضاء عدتها قبل ذلك لم يلحق الولد به وانتفى عنه بغير لعان وبه قال أبو العبـاس بن سريج لأنا حـكمنا بانقضاء عدتها باقرارها واباحتها للأزواج فلا ينقضى بأمر محتمل ودليلنـا أن أكثر مدة الحمل عندنا أربع سنين وقد يرى الحامل الدم على الحمـل واذا أمكن اثبات الحمل لم يجز نفيه ولهذا لو تزوج امرأة وأتت بولد لستة أشهر من وقت العقد لحق به وان لم يعلم الوطء احتياطاً لاثبات النسب فكذلك هذا مثله وان تت به لأكثر من أربع سنين ومن وقت الطلاق نظرت فان كان الطلاق ثانيا مثل أن طلقها طلقة أو طلقتين بعوض أو طلقها ثلاثا أو طلقهـا قبل الدخول أو فسخ النكاح بعيب فان الولد لا يلحق وينتفى عنه بلا لعان •

ونقل المزنى : فهو ينتفى باللعان قال أصحابنا وهذا خطأ فى النقل لأن الحمل لا يكون أكثر من أربع سنين ومن أصحابنا من اعتـذر للمزنى وقال يحتمل أن الألف من اقترنت مع لام قوله لعان فصار قوله بلا لعان باللعـان وان كان الطلاق رجعياً ففيه قولان (أحدهما) لا يلحقه الولد وينتفى عنه بغير لعان لأن الرجعة محرمة على الزوج تحريم المبتوتة عندنا ؛ وثبت أن المبتوتة اذا أتت بولد لأكبر من أربع سنين من وقت انقضاء العدة لم يلحقه فكذلك الرجعة (والثانى) أنه يلحقه الولد ولا ينتفى عنه باللعان لأن الرجعيـة فى المعانى من الزوجات بدليل أنه يلحقها الطـلاق والايلاء والظهـار ويتوارثان فكانت فى حكم الزوجات فى لحقوق ولدها به لأن النسب يحتاط لاثباته فاذا قلنا بهذا فالى متى يلحقه ؟ وجهان قال أبو اسحاق يلحقه أبداً لأنه قد فطن

أن العدة قد انقضت ولم يكن انقضت فى الباطن وقد يكون وطئها فى العدة والثانى وهو المذهب أنه يلحقه اذا أتت لأربع سنين من وقت اقرارها بانقضاء العدة ولا يلحقه اذا أتت به لأكثر من ذلك لأنا انما ألحقناه به لجواز أن يكون قد وطئها فى عدتها وذلك وطء شبهة فلحقه الولد الحادث من هذا الوطء وأكبر الحمل أربع سنين فاذا أتت به لأكبر من أربع سنين بعد انقضاء العدة تيقنا أنه حدث من وطىء بعد انقضاء العدة وهى أجنبية منه بعد انقضاء عدتها فصار كالمبتوتة وان لم تقر بانقضاء العدة ففيه وجهان (أحدهما) يلحقه الولد أبداً لأنه يحتمل امتداد العدة (والثانى) أنه يحتسب ثلاثة أشهر من بعد الطلاق ثم اذا ولدت لأكثر من أربع سنين بعد الثلاثة الأشهر لم يلحق لأن الغالب أن الاقرار ينقضى بثلاثة أشهر •

فـــرع فى توضيح مذهب العلماء اذا تزوج رجل امرأة فى مجلس ثم طلقها فيه قبل غيبته عنهم ، ثم أتت امرأته بولد لستة أشهر من حين العقد ، أو تذوج مشرقى بمغربية ثم مضت ستة أشهر وأتت بولد لم يلحقه ؛ وبذلك قال مالك وأحمد ، وقال أبو حنيفة : يلحقه نسبه لأن الولد انما يلحقه بالعقد ومدة الحمل ، ألا ترى أنكم قلتم اذا مضى زمان الامكان لحق الولد ، وان علم أنه لم يحصل منه الوطء •

دليلنا أنه لم يحصل امكان الوطء بهذا العقد فلم يلحق به الولد ، كزوجة ابن سنة أو كما ولدته لدون ستة أشهر ، وفارق ما قاسوا عليه ، لأن الامكان اذا وجد لم يعلم أنه ليس منه قطعاً لجواز أن يكون وطئها من حيث لا يعلم ، ولا سبيل لنا الى معرفة حقيقة الوطء ، فعلقنا الحكم على امكانه فى النكاح؛ ولم يجر حذف الامكان عن الاعتبار ، لأنه اذا انتفى حصل اليقين بانتفائه عنه ، فلم يجر الحاقه به مع يقين كونه ليس منه •

ومن ولدت امرأته ولداً لا يمكن كونه منه فى النكاح لم يلحقه نسبه ولم يحتج الى نفيه لأنه يعلم أنه ليس منه فلم يلحقه ، كما لو أتت به عقيب نكاحه لها ، وذلك مثل أن تأتى به لدون ستة أشهر من حين تزوجها فلا يلحق به فى قول كل من أهل العلم لأننا نعلم أنها علقت به قبل أن يتزوجها •

فـــرع اذا طلق امرأته وهى حامل فوضعت ولداً ثم ولد آخر مضى ستة أشهر نهما من الزوج لأننا نعلم أنهما حمل واحد، فاذا كان أحدهما منه فالآخر منه ، وان كان بينهما أكثر من ستة أشهر لم يلحق الزوج وانتفى عنه من غير لعان لأنه لا يمكن أن يكون الولدان حملا واحداً وبينهما مدة الحمل، فعلم أنها علقت به بعد زوال الزوجية وانقضاء العدة ، وكونها أجنبيـــة فهى كسائر الأجنبيات ، وان طلقها فاعتدت بالأقراء ثم ولدت ولداً قبل مضى ستة أشهر من آخر أقرائها لحقه لأننا تيقنا أنها لم تحمله بعد انقضاء عدتها ونعلم أنها كانت حاملا به فى زمن رؤية الدم فيلزم أن لا يكون الدم حيضا فلم تنقض عدتها به ، وان أتت به لأكثر من ذلك الى أربع سنين لحقه .

وقال أبو العباس بن سريج لا يلحقه لأنها أتت به بعد الحكم بانقضاءعدتها فى وقت يمكن أن لا يكون منه فلم يلحقه ، كما لو انقضت عدتها بوضع الحمل، وانما يعتبر الامكان مع بقاء الزوجية أو العـــدة ، وأما ببعدهما فلا يكتفى بالامكان للحاقة ، وانما يكتفى بالامكان لنفيـــه ، لأن الفراش سبب ؛ ومع وجود السبب يكتفى بامكان الحكمة واحتمالها ؛ فاذا انتفى السبب وآثاره فينتفى الحكم لانتفائه ولا يلفت الى مجرد الامكان ، وبهذا قال أحمـــد وأصحابه . وهذا خطأ لأنه يمكن أن يكون منه لأن الأصل أن الولد يلحق بالامكان فلحق به .

فـــرع اذا وضعته قبل انقضاء العدة لأقل من أربع سنين لحـــق بالزوج ولم ينتف عنه الا باللعان ، وان وضعته لأكثر من أربع سنين من حين الطلاق وكانا بائنا انتفى عنه بغير لعان لأننا علمنا أنها علقت به بعـــد زوال الفراش ، وان كان رجعيا فوضعته لأكثر من أربع سنين منذ انقضت العـــدة فكذلك لأنها علقت به بعد البينونة ، وان وضعته لأكثر من أربع سنين منـــذ الطلاق ولأقل منها منذ انقضت العدة ففيه قولان :

(أحدهما) لا يلحقه لأنها لم تعلق به قبل طلاقها فأشبهت البائن .

(والثانى) يلحقه لأنها فى حكم الزوجات فى السكنى والنفقة والطـــلاق

والظهار والايلاء ، وبهذا الذى قلناه عندنا فمثله عند أحمد رضى الله عنه .
فالقولان عندنا روايتان له أفادهما ابن قدامة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **وان كانت له زوجة يلحقه ولدها ووطئها رجل بالشـــبهة وادعى الزوج ان الولد من الواطىء عرض معهما على القافة ولا يلاعن لنيفه لأنه يمكن نفيه بغير لعان وهو القافة فلا يجوز نفيه باللعـــان ، فان لم تكن قافة أو كانت واشكل عليها ترك حتى يبلغ السن الذى ينتسب فيه الى أحدهما . فان بلغ وانتسب الى الواطىء بشبهه انتفى عن الزوج بغير لعان ، وان انتسب الى الزوج لم ينتف عنه الا باللعان لانه لا يمكن نفيه بغير اللعان فجاز نفيه باللعان .**

وان قال زنى بك فلان وانت مكرهة والولد منه ففيه قولان :

(احدهما) لا يلاعن لنفيه لأن احدهما ليس بزان فلم يلاعن لنفى الولد كما لو وطئها رجل بشبهة وهى زانية .

(والثانى) ان له ان يلاعن وهو الصحيح ، لانه نسب يلحقه من غير رضاه لا يمكن نفيه بغير اللعان فجاز نفيه باللعان كما لو كانا زانيين) .

الشرح وان كان لرجل زوجة فوطئها رجل بشـــبه لزمها أن تعتـــد منه فان أتت بولد يمكن أن يكون من كل واحد منهـــما عرض الولد على القافة لأن لها مدخلا فى الحاق النسب ولا يلاعن الزوج لنفيه لأنه يمكن نفيه بغير لعان ومتى امكن نفى الولد عنه بغير لعان لم يكن له ان يلاعن كما أن السيد اذا أتت أمته بولد لم يكن له نفيه باللعان لأن له طريقا الى نفيه بغـــير لعان بأن يدعى استبراءها ويحلف عليه . وان ألحقته القـــافة بالواطىء انتفى عن الزوج بغير لعان ولحق الولد بالوطىء ، وليس له نفيه باللعان لأن اللعان يختص به الزوج ، وان ألحقتـــــه بالزوج انتفى عـــن الواطىء ولحـــق بالزوج وله نفيه باللعان ، فاذا نفاه انتفى عنهما ، وان ألحقته القافة بهـــما أو نفته عنهما أو لم يكن قافة أو كانت وأشكل ترك الى أن يبلغ سن الانتساب يومىء بالانتساب الى أحدهما ، فان انتسب الى الزوج لحق به ، ولا ينفى

رعنه الا باللعان ، وان انتسب الى الواطىء لحق به ، ولا ينتفى عنه باللعان ، لأن اللعان يختص بالزوج ، والواطىء أجنبى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان أتت امرأته بولد فادعى الزوج أنه من زوج قبله وكان لها زوج قبله نظرت فان وضعته لأربع سنين فما دونها من طلاق الأول ولدون ستة أشهر من عقد الزوج الثانى فهو للأول لأنه يمكن ان يكون منه وينتفى عن الزوج بغير لعان لأنه لا يمكن ان يكون منه •

وان وضعته لأكثر من أربع سنين من طلاق الأول ولأقل من ستة أشـــهر من عقد الزوج الثانى انتفى عنهما • لأنه لا يمكن أن يكون من واحد منهـما ، وان وضعته لأربع سنين فما دونها من طلاق الأول ، ولستة أشهر فصاعداً من عقد الزوج الثانى عرض على القافة ، لأنه يمكن أن يكون من كل واحد منهمـا ، فان الحقته بالأول لحق به وانتفى عن الزوج بغير لعان • وان الحقته بالزوج لحق به ولا ينتفى عنه الا باللعان ، وان لم تكن قافة أو كانت وأشكل عليها ترك الى ان يبلغ وقت الانتساب ، فان انتسب الى الأول انتفى عن الزوج بغير لعان، وان انتسب الى الزوج لم ينتف عنه الا باللعان ، وان لم يعرف وقت طلاق الأول وقت نكاح الزوج فالقول قول الزوج مع يمينه أنه لا يعـــلم أنها ولدته على فراشه ، لأن الأصل عدم الولادة وانتفاء النسب ، فان حلف سقطت دعواها وانتفى النسب بغير لعان ، لأنه لم يثبت ولادته على فراشه ، وان نكل رددنا اليمين عليها ، وان حلفت لحق النسب بالزوج ولا ينتفى الا باللعان ، لانه ثبتت ولادته على فراشه وان نكلت فهل توقف اليمين الى أن يبلغ الصـــبى فيحلف ويثبت نسبه ؟ فيه وجهان بناء على القولين فى رد اليمين على الجارية المرهونة اذا أحبلها الراهن وادعى أن المرتهن اذن له فى وطئها وانكر المرتهن ونكلا جميعاً عن اليمين (احدهما) لا ترد اليمين ، لأن اليمين حق للزوجة ، وقد أسقطته بالنكول ، فلم يثبت لغيرها (والثانى) ترد لأنه يتعلق بيمينها حقها وحق الولد ، فاذا اسقطت حقها لم يسقط حق الولد) •

الشرح ان أتت بولد فادعى أنه من زوج قبله نظرت ــ فان كانت تزوجت بعد انقضاء العدة ــ لم يلحق بالأول بحال ، وان كان بعد أربع سنين منذ بانت من الأول لم يلحق به أيضاً • وان وضعته لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثانى لم يلحق به وينتفى عنهما • وان كان لأكثر من ستة أشهر فهو ولده ، وان كان لأكثر من ستة أشهر منذ تزوجها الثانى ولأقل من ربع سنين

من طلاق الأول ولم يعلم انقضاء العدة عرض على القافة وألحق بمن ألحقته به منهما ؛ فان ألحقته بالأول انتفى عن الزوج بغير لعان ، وان ألحقته بالزوج انتفى عن الأول ولحق بالزوج ، ولا ينتفى عنه الا باللعان ، وهـذا احـدى الروايتين عن أحمد رضى الله عنه •

مسـألة اذا تزوج رجلان أختين فغلط بهما عند الدخول فزفت كل واحدة منهما الى زوج الأخرى فوطئها وحملت منه لحق الولد بالواطىء لأنه وطء يعتقد حله فلحق به النسب كالوطء فى نكاح فاسد •

وقال أبو حنيفة وبعض أصحاب أحمد : لا يكون الولد للواطىء وانما يكون للزوج • وهذا الذى يقتضيه أصل أبى حنيفة لأن الولد للفـراش • دليلنا أن الواطىء انفرد بوطئها فيما يلحق به النسب فلحق به ، كما لو لم تكن ذات زوج ، وكما لو تزوجت امرأة المفقود عند الحكم بوفاته ، ثم بان حياً ، والخبر مخصص بهذا فنقيس عليه ما كان فى معناه •

وان وطئت امرأة بشبهة فى طهر لم يصبها فيه فاعتزلها حتى أتت بولد لستة أشهر من حين الوطء لحق الواطىء وانتفى عن الزوج من غير لعان • وعلى قول أبى حنيفة وبعض أصحاب أحمد : يلحق الولد الزوج ؛ لأن الولد للفراش • وان انكر الواطىء الوطء فالقول قوله بغير يمين ويلحـق نسب الولد بالزواج ، لأنه لا يمكن الحاقه بالمنكر ، ولا يقبل دعـوى الزوج فى قطع نسب الولد • وان اتت بولد لدون ستة أشهر من حين الوطء لحق الزوج بكل حال لأننا نعلم أنه ليس من الواطىء • وان اشتركا فى وطئها فى طهر فأتت بولد يمكن أن يكون منهما لحق الزوج لأن الولد للفراش قد أمكن كونه منه وان ادعى الزوج أنه من الواطىء فقال بعض أهـل العلم : يعرض على القافه معهما فيلحق بمن ألحقته منهما ، فان ألحقته بالزوج لحـق ولم يملك نفيه باللعان وهو أصح الروايتين عن أحمد رضى الله عنه •

ولنا أنه يمكن الاستعانة بالطب الشرعى فى تحليل فصـائل دم كل مـن الرجلين والأم فان تشابهت فصائل الدم عندهما أخذ بالقافة وان اختلفت فان

كان أحدهما (ا) والآخر (ب) والأم (و) فان جاء الولد (و) رجعنا الى القافة . وان جاء (ا) كان لما فصيلته (ا) وان جاء (ب) كان كذلك ، وان جاء (ا ، ب) رجعنا الى القافة ، ويحتمل أن يلحق الزوج لأن الفراش دلالته أقوى فهو مرجح لأحد الاحتمالين فيلحق بالزوج) ويمكن أن يلحق بهما ولم يملك الواطىء نفيه عن نفسه ، وللزوج أن ينفيه باللعان ، وهذا احدى الروايتين عن أحمد رضى الله تعالى عنه .

وان لم توجد القافة أو أنكر الواطىء أو اشتبه على الطب الشرعى أو القافة ترك الى أن يكبر الى وقت الانتساب فان انتسب الى الزوج والا نفاه باللعان .

مسألة اذا قال : ما ولدته وانما التقطته أو استعرته ، فقالت : بل هو ولدى منك لم يقبل قول المرأة الا ببينة ، وهذا هو قول أحمد وأبى ثور وأصحاب الرأى لأن الولادة يمكن اقامة البينة عليها ، والأصل عدمها فلم تقبل دعواها من غير بينة كالدين . فان قلنا بأحد الوجهين أن الولد يعرض مع الأم على القافة أو على الطب الشرعى ، فان ألحقاه بالأم لحق بها وثبت نسبه من الزوج لأنه لم يأت الا على فراشه ، وليس له أن ينفيه باللعان ، لأنه لم يقذفها بالزنا ، وانما ادعى نفى الولادة . ولو قلنا بالوجه الآخر بعدم العرض على القافة كان القول قوله مع يمينه أنه لا يعلم أنها ولدته على فراشه ، وكذلك اذا اشكلت القافة حين عرض عليها أو تشابهت فصائل الدم ، واحتمل أن يكون من غيرها ، أو كانت فصيلته مشابهة للزوج ويحتمل أن يكون من غيره فان القول قول الزوج مع يمينه ، فان حلف فطلاق لعان وانتفى نسبه منه ، وان نكل رددناه عليها وبحلفها يلحقه الولد ، وليس له أن يلاعنها فان نكلت هى أيضاً فعلى ما ذكره المصنف فى الفصل قبله من الوجهين من وقوف اليمين حتى يبلغ الولد .

فرع وان طلقها وأتت بولد لأكثر من أربع سنين من وقت الطلاق وكان الطلاق بائناً أو كان رجعيا وقلنا لا يلحقه فلادعت الزوجة أنه قد كان نكحها بعد الطلاق البائن أو راجعها فى الرجعى وهذا الولد منه فان

أنكر النكاح أو الرجعة فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم النكاح والرجعة ويحلف على القطع أنه ما نكحها أو أنه ما راجعها لأنه يحلف على فعل نفسه فاذا حلف لم يلزمه لها مهر ولا نفقة وانتفى عنه الولد بغير لعان وان نكل عن اليمين ردت عليها اليمين فان حلفت ثبت أنها زوجته فيجب لها النفقة ويجب لها المهر ان ادعت النكاح وأما الولد فان اعترف الزوج أنها ولدت على فراشه لحقه نسبه ولا ينتفى عنه الا باللعان وان قال لم يلده وانما التقطه أو استعارته لم تصدق المرأة أنها ولدته حتى تقيم البينة على ذلك لأنه يمكنها اقامة البينة على ذلك ويقبل فى ذلك رجلان أو رجل وامرأتان أو أربع نسوة فاذا أقامت البينة قلنا ان الولد يعرض مع الأم على القافة عرض معها فان ألحقته بها لحق بالزوج ولم ينتف عنه الا باللعان وان قلنا لا يعرض مع الأم أو لم يكن قافة أو كانت واستشكل عليها فالقول قول الزوج مع يمينه أنه لا يعلم أنها ولدته على فراشه فاذا حلف انتفى عنه من غير لعان وان نكل الزوج عن اليمين فردت على الزوجة فلم يحلف فهل يوقف الى أن يبلغ الصبى ويحلف ؟ فيه وجهان بناء على القولين فى الجارية المرهونة اذا أحبلها الراهن فادعى المرتهن أن الراهن أذن له فى وطئها وأنكر الراهن ونكلا جميعا عن اليمين أحدهما لا يرد اليمين على الولد لأن اليمين للزوجة وقد أسقطت حقها نفى حق الولد وان أقر الزوج أنه راجعها أو تزوجها ثبتت الزوجية ويثبت أحكامها فان أقر أنها أتت بولد على فراشه لحقه ولا ينتفى عنه الا باللعان وان أنكر أنها ولدته وانما التقطته أو استعارته فعليه اقامة البينة على ما مضى هذا اذا كان الاختلاف مع الزوج فأما اذا كان الاختلاف مع ورثة الزوج بأن مات وخلف ابنا فادعت الزوجة أن أباه قد كان تزوجها أو راجعها وهذا الولد منه فان أقر الابن النكاح أو الرجعة ثبتت الزوجية وأحكامها وأما الولد فان اعترف الابن أنها ولدته على فراش أبيه لحق نسبه بالابن وليس للابن أن ينفيه باللعان لأن اللعان يختص به الزوج •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان جاءت امرأة ومعها ولد وادعت انه ولدها منه وقال الزوج : ليس هذا منى ولا هو منك بل هو لقيط أو مستعار لم يقبل قولها انه منها من غير بينة لأن الولادة يمكن اقامة البينة عليها والأصل عدمها فلم يقبل قولها من غير بينة . فان قلنا : ان الولد يعرض مع الأم على القافة فى أحد الوجهين عرض على القافة ، فان ألحقته بالأم لحق بها وثبت نسبه من الزوج لأنها اتت به على فراشه ولا ينتفى عنه الا باللعان .

وان قلنا ان الولد لا يعرض مع الأم على القافة ، أو لم تكن قافة ، أو كانت واشكل عليها فالقول قول الزوج مع يمينه انه لا يعلم انها ولدته على فراشه . فاذا حلف انتفى النسب من غير لعان ، لأنه لم تثبت ولادته على فراشه . وان نكل رددنا اليمين عليها فان حلفت لحقه نسبه ولا ينتفى عنه الا باللعان . وان نكلت فهل توقف اليمين على بلوغ الولد ليحلف ؟ على ما ذكرناه من الوجهين فى الفصل قبله) .

الشرح ان قال لم يلده وانما التقطه أو استعارته فعليها أن تقيم البينة أنها ولدته لأنه يمكنها اقامة البينة فاذا أقامت البينة لحق بالأب وورث مع الابن وليس له نفيه باللعان وان لم تقم البينة فان قلنا : ان الولد يعرض مع الأم على القافة عرض فان ألحقته بالأم ثبت نسبه من الزوج الميت وورث الابن وليس له نفيه باللعان وان قلنا لا يعرض معها أو لم يكن قافة أو كانت وأشكل عليها فالقول قول الابن مع يمينه أنه لا يعلم أنها ولدته على فراش أبيه فاذا حلف لم يثبت نسب الولد من الزوج ولم يرث مع الابن وان نكل عن اليمين حلفت الأم أنها ولدته على فراش الزوج وثبت نسبه منه وورث عنه . وان لم تحلف الزوجة فهل توقف اليمين الى أن يبلغ الصبى ويحلف ؟ على الوجهين اللذين مضى ذكرهما وان أنكر الابن النكاح أو الرجعة فان كان معها بينة وأقامتها كان الحكم فيه كما لو أقر الابن . وان لم يكن معها بينه فالقول قول الابن مع يمينه ويحلف الابن أنه لا يعلم أن أباه نكحها أو راجعها لأنه يحلف على نفى فعل غيره فحلف على العلم فان حلف فلا كلام وان نكل ردت اليمين عليها فان حلفت كان الحكم فيه كما لو أقر الابن أو أقامت البينة وان لم يحلف فهل يوقف اليمين الى أن يبلغ الصبى فيحلف ؟

على وجهين فان خلف الزوج ابنين أو أكثر فان أقر المدعيان المولد أو أنكر أو حلفا أو نكلا وردا عليها اليمين فحلفت كان الحكم فيها كالحكم مع الواحد وان أقر أحدهما وأنكر الآخر ونكل عن اليمين فحلف كان حكمها حكم ما لو أقر وان أقر أحدهما وأنكر الآخر فحلف المنكر لم يثبت له الزوجية فى حق الحالف ولا يثبت نسب الولد لأن النسب لا يثبت الا بالاقرار من جميع الورثة ويلزم المقر بحصته من المهر والنفقة وهل ترث معه الزوجة ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا ترث لأنه لما لم يثبت النسب باعترافه فلم يثبت ميراثها باعترافه (والثانى) أنه يرث معه من حقه نصف الثمن كما قلنا فى الدين هذا وان كان الوارث للزوج أخا أو ابن أخ أو عما فان أنكر عليها النكاح أو الرجعة وقامت البينة ثبت النكاح وثبت أحكامه فان أنكر أن تكون أتت بولد على فراش الزوج وأقامت البينة على ذلك لحق بالزوج وورث جميع مال الزوج ان كان ذكراً وان لم يكن معها بينة فحلف لها لم يثبت النكاح ولا يثبت النسب للولد وان نكل عن اليمين فحلف يثبت زوجيتها وأحكامها فى المهر والنفقة وأما نسب الولد فهل يلحق بالزوج ؟ ان قلنا ان يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالبينة ثبت نسبه وان قلنا : انها كالاقرار فهو كما لو أقر وان أقر لها بالنكاح أو الرجعة ثبتت الزوجية وأحكامها فى المهر والنفقة وأما نسب الولد فان أنكر الأخ أنها ولدته على فراش الزوج فعليها أن تقيم البينة أنها ولدته على فراشه فان لم تقم البينة وقلنا : لا يعرض معها الولد على القافة أو قلنا يعرض ولم تكن قافة أو كانت وأشكل عليها فالقول قول الأخ مع يمينه أنه لا يعلم أنها ولدته على فراش الزوج فان حلف ثم يثبت نسبه وان أقر أنها ولدته على فراش الزوج ثبت نسبه منه ولا يرث من الزوج لأنا لو ورثناه يحجب الأخ وخرج عن أن يكون وارثا فلم يصح اقراره وقال أبو العباس : يورث واختاره ابن الصباغ والمذهب الأول وأما قدر ميراث الزوجة فالذى يقتضى المذهب ان كان مال الزوج فى يدها لم يأخذ الأخ والعم منه ثلثه الا أرباعه لأنه لا يدعى سواه ويقر لها بالربع وهى لا تدعى الا الثمن ويدفع من الربع الذى يبقى فى يدها الى انتهاء نصفه لأنها تقر له به وان كان المال فى يد الأخ والعم لم تأخذ الزوجة منه الا الثمن لأنه يقر لها بالربع وهى لا تدعى الا الثمن فلم يكن لها أكثر منه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل اذا تزوج امراة وهى وهو ممن يولد له ووطئها ، ولم يشاركه احد فى وطئها بشبهة ولا غيرها ، واتت بولد لستة اشهر فصاعداً لحقه نسبه . ولا يحل له نفيه لما روى ابو هريرة رضى الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال حين نزلت آية الملاعنة : ايما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله عنه وفضحه الله على رءوس الأولين والآخرين » .

وان اتت امرأته بولد يلحقه فى الظاهر بحكم الامكان وهو يعلم أنه لم يصبها، وجب عليه نفيه باللعان ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أيما امرأة ادخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله فى شىء ، ولن يدخلها الله تعالى جنته » فلما حرم النبى صلى الله عليه وسلم على المراة ان تدخل على قوم من ليس منهم ، دل عى أن الرجل مثلها ، ولأنه اذا لم ينفه جعل الأجنبى مناسباً له ومحرماً له ولأولاده ومزاحماً لهـــم فى حقوقهم ، وهذا لا يجوز ، ولا يجوز أن يقذفها لجواز أن يكون من وطء شـــبهة أو مـــن زوج قبله .

فصـــل وان وطىء زوجته ثم استبراها لحيضة وطهرت ولم يطأها وزنت واتت بولد لستة أشهر فصاعداً من وقت الزنا لزمه قذفها ونفى النسب لما ذكرناه وان وطئها فى الطهر الذى زنت فيه فاتت بولد وغلب على ظنـــه أنه ليس منه ، بأن علم انه كان يعزل منها او رأى فيه شبهاً بالزانى لزمه نفيـــه باللعان ، وان لم يغلب على ظنه أنه ليس منه لم ينفه لقوله صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش وللعاهر الحجر » .

الشرح عمد المصنف الى حديث أبى هريرة فجزأه جزأين مما أوهم أنهما حديثان ، وكان يمكنه سوق الحديث برمته والاستدلال به فى الموضعين بغير تجزئة ولا تكرار ، فالحديث أخرجه ابن داود والنسائى وابن ماجه وابن حبان والحاكم فى المستدرك وابن أبى شيبة عن أبى هريرة رضى الله عنه مرفوعا « أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله فى شىء ، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله تعالى منه ، وفضحه على رءوس الأولين والآخرين يوم القيامة ، وفى رواية ابن ماجه « ألحقت بقوم » .

اما الأحكام فانه يحرم على الرجل قذف زوجته ، وقد جعله القرآن الكريم من الكبائر قال تعالى « ان الذين يرمون المحصنات الغافلات لعنوا فى الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم » ولقوله صلى الله عليه وسلم « أيما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله عنه وفضحه على رءوس الأولين والآخرين » •

قوله « ينظر اليه » يعنى يراه منه ، فكما حرم على المرأة أن تدخل على قوم من ليس منهم حرم على الرجل جحد ولده ، ولا يجوز قذفها بخبر من لا يوثق بخبره لأنه غير مأمون على الكذب عليها ، ولا برؤيته رجلا خارجا من عندها من غير أن يستفيض زناها لأنه يجوز أن يكون دخل سارقاً أو هارباً ولحاجة • كما قررنا ذلك فى صدر هذا البحث •

فـــرع اللعان واجب اذا رأى امرأته تزنى فى طهر لم يطأها فيه فانه يلزمه اعتزالها حتى تنتهى عدتها ، فاذا أتت بولد لستة أشهر من حين الزنا فأكثر لزمه قذفها ونفى ولدها لأن ذلك يجرى مجرى اليقين فى أن الولد من الزانى ، فاذا لم ينفه لحقه الولد • وورثه وورث أقاربه وورثوا منه • ونظر الى بناته وأخواته • وليس ذلك بجائز وسيحمل هو وزره فيجب نفيه لازالة ذلك •

واذا أقرت له بالزنا ووقع فى قلبه صدقها فهو كما لو رآها • وكذلك اذا غلب على ظنه زناها فى طهر وطئها فيه ثم أتت بولد فرأى ملامح الزانى ومخايله واضحة فى الوليد • أو كان يطؤها ويعزل عنها ثم ولدت لستة أشهر من حين العزل فصاعدا لزمه نفيه أيضا باللعان •

فان لم يوقن أو يظن ظناً قوياً أنه ليس منه لم ينفه لحديث أبى هريرة رضى الله عنه الذى أخرجه الشيخان وأصحاب السنن الا أبا داود عن النبى صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش وللعاهر الحجر » وما رواه الشافعى بسنده عن ابن عمر « أن عمر قال : ما بال رجال يطأون ولائدهم ثم يعتزلونهن لا تأتينى وليدة يعترف سيدها أن قد ألم بها الا ألحقت به ولدها • فاعزلوا

بعد ذلك أو اتركوا » ومقتضى هذا أن الولد يلحق الأب بعد ثبوت الفراش ، وهو لا يثبت الا بعد امكان الوطء فى النكاح الصحيح أو الفاسد ، والى ذلك ذهب جمهور الفقهاء ، وقال أبو حنيفة : بمجرد العقد ، بل لابد من امكان الوطء ، ولا شك أن اعتبار مجرد العقد فى ثبوت الفراش جمود .

وحكى ابن القيم عن أبى حنيفة أنه يقول بأنه نفس العقد وان علم أنه لم يجتمع بها بل لو طلقها عقبه فى المجلس تصير الزوجة به فراشاً ، وكذلك قوله بأن العقد يثبت به الفراش ولحوق النسب ، ولو كانت بينهما مسافة طويلة لا يمكن وصوله اليها فى مقدار مدة الحمل ، وهذا كله لا دليل عليه .

فرع نقل المزنى ثلاث مسائل (احداهن) اذا قال لامرأته : هذا الحمل ليس منى وليست بزانية ولم أصبها قيل له قد يخطىء فلا يكون حملا فيكون صادقا وهى غير زانية فلاحد ولا لعان فمتى استيقنا أنه حمل قلنا : وقد يحتمل أن تأخذ بنطفتك قذفت لاعنت (الثانية) لو نفى ولدها وقال لا ألاعنها ولا أقذفها لم يلاعنها ولزمه الولد فان قذفها لاعنها لأنه اذا لاعنها بغير قذف فانما يدعى أنها لم تلد قد حكمنا أنها ولدته وانما أوجب الله اللعان بالقذف فلا يجب بغيره (الثالثة) فتستدخلها لتحمل منك فتكون صادقا بأنك لم تصبها وهى صادقة بأنه ولدك وان انه يثبت بمجرد العقد ، واستدل له بأن مجرد المظنة كافية ، ورد بمنع حصولها لو قال لم تزن ولكنها عصت لم ينتف عنه الا باللعان قال أصحابنا وفى هذه ست مسائل (احداهن) اذا ظهر بها حمل أو ولدت فقذفها بالزنا برجل بعينه فله أن يلاعن لنفيه لحديث هلال بن أمية فانه قذف امرأته بشريك بن سحماء فلاعن النبى صلى الله عليه وسلم بينهما (الثانية) اذا قذفها بالزنا مطلقا ولم يعين الزانى بها فله أن يلاعن لنفيه لأن عويمراً العجلانى قذف امرأته ولم يعين الزانى بها ولا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما (الثالثة) أن يقول هذا الولد ليس منى وانما وطئك فلان بشبهة وهذا الولد منه والشبهة منكما فليس له أن ينفيه باللعان لأنه يمكنه نفيه بغير اللعان فيعرض الولد على القافة فان ألحقته بالزوج لحقه وانتفى عنه باللعان وان ألحقته بالواطىء بشبهة لحقه ولا ينتفى عنه باللعان ويكون الحكم فيه كما لو وطئها رجل بشبهة وقد مضى (الرابعة) أن يقول هذا الولد ليس منى

وما وطئتها وهى ما زنت فانه لم يقذفها أحداً وقوله ما وطئتهـا لا ينتفى أن يكون منه بجواز أن يكون وطئها فيما دون الفرج فسبق الماء الى فرجها أو احتملت منيه بصوفة ولا يلتفت الى قول أهل الطب أن المنى اذا برد لا تحبل المرأة منه ويحتمل أيضاً أن يكون قوله ما وطئتها أى بل وطئها غيرى بشبهة وهذا الولد منه واذا احتمل هذين الأمرين لم يكن له نفيه باللعـان الا أنه يقذفها فيلاعن (الخامسة) أن يقول وطئك فلان بشبهة وأنت عالمة بانه زنا وهذا الولد منه وليس له ان ينفيه باللعان فى هذه الحالة لأنه يمكنه نفيـه بغير لعان بأن يعرض على القافة لأن النسب يعتبر فيه الشبهة فى حق الأب فان ألحقه القافة بالواطىء بالشبهة لحق به ولا ينتفى عنه باللعان وان ألحقتـه بالزوج فله أن يلاعن (السادسة) اذا قال غصبت على الزنا أو وطئتك فلان وأنت مكرهة وهذا الولد منه فقد قذف الزانى بها ان كان معينا فيجب له عليه حد القذف وأما المرأة فلا يحد لها لأنه لم يقذفها بزنا وهل يعزر ؟ فيه وجهان أحدهما لا يعزر لها لأنه لم يفسقها لأنه لا عار عليها ولا جاءت بمحرم والثانى يعزر لها لأنه أذاها بحصول ماء حرام فى رحمها وذلك يلحق العار بنسبها وهل له أن يلاعن لنفى الولد الحادث من هذا الواطىء ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يلاعن لأنه قذف أحد الواطئين فلم يكن له اللعان لنفى الولد كما لو قذفها دونه (والثانى) له نفيه باللعان وهو الأصح لأنه نسب يلحقه من غير رضـاه لا يمكن نفيه بغير لعان فجاز نفيه باللعان كما لو قذفهما معا فعلى هذا يذكـر فى اللعان زنا الرجل وأن الولد ليس منى ولا يذكرها بالزنا .

فـــرع وان طلقها الزوج وانقضت عدتها منه وتزوجت بآخـر وأتت بولد فان وضعته لأربع سنين فما دونها من طلاق الأول ولدون ستـة أشهر من عقد الثانى لم يلحق بالثانى ولحق بالأول على المذهب ولا ينتفى عنه الا باللعان وعلى قول أبى العباس بن سريج لا يلحق بأحـدهما وان أتت به لأقل من ستة أشهر من عقد الثانى ولأكثر من أربع سنين من طلاق الأول فان الولد لا يلحق بالثانى وينتفى عنه بغير لعان وهل يلحق بالأول ؟ ينظر فيـه فان كان طلاقه بائنا لم يلحق به وانتفى عنه بغير لعان وان كان طلاقه رجعيـا فهل يلحق به ؟ على قولين مضى ذكرهما وان أتت به لأربع سنين فما دونهـا

من طلاق الأول ولستة أشهر فما زاد من نكاح الثانى فذكر الشيخ أبو حامد أن الولد يلحق بالثانى لأن الفراش له وذكر الشيخ أبو اسحق أن الثانى اذا ادعى أنه من الأول فان الولد يعرض معهما على القافة فان ألحقته بالأول ألحقه وانتفى عن الثانى بغير لعان وأن ألحقته بالثانى لحقه ولم ينتف الا باللعان وان لم يكن قافة أو كانت وأشكل عيها ترك الى أن يبلغ وقت الانتساب فان انتسب الى الأول انتفى الثانى بغير لعان وان انتسب الى الثانى لم ينتف عنه الا باللعان وان لم يعرف وقت طلاق الأول ووقت نكاح الثانى حلف الثانى أنه لا يعلم أنها ولدته على فراشه لأن الأصل عدم ولادته على فراشه فاذا حلف نفينا عنه نسبه بغير لعان وان نكل عن اليمين حلفت أنها ولدته على فراشه ولحقه نسبه ولا ينتفى عنه الا باللعان وان لم يحلف الزوج فهل يوقف اليمين الى أن يبلغ الصبى ويحلف ؟ فيه وجهان بناء على القولين فى الجارية المرهونة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان اتت امراته بولد اسود وهما ابيضان ، او بولد ابيض وهما اسودان ففيه وجهان :**

(احدهما) ان له أن ينفيه لما روى ابن عباس رضى الله عنه فى حديث هلال ابن امية ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ان جاءت به اورق جعداً جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو للذى رميت به ، فجاءت به اورق جعداً جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين » فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لولا الايمان لكان لى ولها شان » فجعل الشبه دليلا على انه ليس منه .

(والثانى) انه لا يجوز نفيه لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال : جاء رجل الى النبى صلى الله عليه وسلم من بنى فزارة فقال « ان امراتى جاءت بولد اسود ونحن ابيضان ، فقال هل لك من ابل ؟ قال نعم ، قال ما الوانها ؟ قال حمر . قال : هل فيها من اورق ؟ قال : ان فيها لورقا . قال فانى ترى ذلك ؟ قال عسى ان يكون نزعه عرق ، قال وهذا عسى ان يكون نزعه عرق ») .

الشرح حديث ابن عباس رواه أحمد وأبو داود وهو مطول عنده ، وفى اسناده عباد بن منصور فيه مقال معروف . وحديث أبى هريرة

أخرجه أحمد والشيخان ، وأصحاب السنن الأربعة والدارقطنى ولفظه « جاء رجل من بنى فزارة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ولدت امرأتى غلاماً أسود ، وهو حينئذ يعرض بأن ينفيه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل لك من ابل ؟ قال نعم ، قال فما ألوانها ؟ قال حمر ، قال : هل فيها من أورق ؟ قال : ان فيها لورقاً قال : فأنى أتاها ذلك ؟ قال عسى أن يكون نزعه عرق ، قال فهذا عسى أن يكون نزعه عرق ولم يرخص له فى الانتفاء منه » ولأبى داود فى رواية « ان امرأتى ولدت غلاما أسود وانى أنكره » .

قوله « هلال بن أمية » هو أحد الثلاثة الذين خلفوا . قوله : « جاء رجل » اسمه ضمضم بن قتادة .

أما اللغات فالأورق الأسمر ، وفى المصباح ما كان لونه كلون الرماد ؛ والاسم الورقة كالحمرة والخضرة والصفرة . والجعد ضد السبط وقد مضى . وقال الهروى يكون مدحاً وذماً ، فالمدح بمعنيين . أحدهما أن يكون معضوب الخلق شديد الأسر ، والثانى أن يكون شعراً جعداً ، والذم بمعنيين . (أحدهما) أن يكون قصيراً مترددا . (والثانى) أن يكون نحيلا ؛ يقال رجل جعد اليدين وجعد الأصابع أى منقبضها ؛ والجمالى بضم الجيم الضخم الأعضاء التام الأوصال ، هكذا قال ابن بطال ؛ وقال فى المصباح : عظيم الخلق ؛ وقيل طويل الجسم ا هـ . قالوا : ناقة جمالية من بدانتها قال الشاعر :

جمالية لم يبق سيرى ورحلتى على ظهرها من نيها غير محفدى

وخدلج الساقين أى عريض صدر القدمين خفاق القدم ، وسابغ الاليتين أى كامل واف ، ومنه الدرع السابغة .

اذا ثبت هذا فمعنى قوله صلى الله عليه وسلم أصيهب تصغير أصهب وأريسح تصغير أرسح وهو خفيف لحم الأليتين والفخذين وقوله حمش الساقين يعنى دقيقهما وقوله (أورق) الأورق الذى لونه بين السواد والغبرة ومنه قيل للرمادى أورق وللحمامة ورقاء لأن لونهما كذلك وقوله خدلج

الساقين يعنى عظيم الساقين وقد روى بدل الساقين وأما قوله : جماليا قال أبو عبيد منهم من يرونها جماليا بفتح الجيم يذهبون به الى الجمال وليس هو من الجمال فى شيء لأنه لو أراد ذلك لقال جميلا ولكنه جماليا بضم الجيم يعنى عظيم الخلق شبه خلقه بخلق الجمل يقال للناقة العظيمة جمالية لأن خلقها يشبه خلق الجمل قال الأعشى •

جمالية تغتلى بالرادف اذا كذب الآثمات الهجيرا

وقوله سابغ الأليتين أى عظيم الأليتين .

أما الأحكام فان حديث ابن عباس دليل على أنه يجوز للأب أن ينفى ولده بمجرد كونه مخالفاً لهما فى اللون ، وبهذا قال القاضى وأبو الخطاب من الحنابلة ، وهو أحد الوجهين عند أصحابنا • وحديث أبى هريرة دليل على أنه لا يجوز له أن ينفى ولده بمجرد كونه مخالفاً لهما فى اللون ، وقد حكى القرطبى وابن رشد الاجماع على ذلك وتعقبهما الحافظ ابن حجر بأن الخلاف فى ذلك ثابت عند الشافعية فقالوا : ان لم ينضم الى المخالفة فى اللون قرينة زنا لم يجز النفى ، فان اتهمها فأتت بولد على لون الرجل الذى اتهمها به جاز النفى على الصحيح عندهم • وعند الحنابلة يجوز النفى مع القرينة مطلقاً • وقال ابن قدامة : لا يجوز النفى بمخالفة الولد لون والديه أو شبههما ، ولا لشبهة بغير والديه لما روى أبو هريرة (وساق حديث الفزارى)

(قلت) ولأن الناس كلهم لآدم وحواء ، وألوانهم وخلقهم مختلفة ، فلولا مخالفتهم شبه والديهم لكانوا على خلقة واحدة ، ولأن دلالة الشبه ضعيفة ، ودلالة ولادته على الفراش قوية فلا يجوز ترك القوى لعارضة الضعيف ، ولذلك لما تنازع سعد بن أبى وقاص وعبد بن زمعة فى ابن وليدة زمعة ورأى النبى صلى الله عليه وسلم فيه شبهاً بيناً بعتبة ألحق الولد بالفراش وترك الشبه ، وهذا اختيار أبى عبد الله ابن حامد من أصحاب أحمد • وهو الوجه الآخر لأصحاب الشافعى •

فـــرع اذا تزوج امرأة ووطئها وأتت بولد لستة أشهر فما زاد من وقت الوطىء ولم يشاركه أحد بوطئها بشبهة ولم يرها تزنى ولا استفاض فى الناس زناها وكان الولد لا يشبهه لم يحل له قذفها ولا نفى ولدها بقـــوله تعالى « والذين يرمون المحصنات » الآية وهذه محصـــنة ولما روى عن أبى هريرة أنه قال لما نزلت آية اللعان قال النبى صلى الله عليه وسلم : « أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله فى شىء ولن يدخلها الله جنته وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله عنه وفضـــحه على رءوس الأولين والآخرين » ومعنى قوله ينظر اليه يعلم أنه منه لأن النبى صلى الله عليه وسلم خاف أن يبادر الناس الى نفى الأنساب بالشك فغلظ الحال فيه فأما اذا طهرت امرأته من الحيض ولم يطأها ورأى رجلا يزنى بها وأتت بولد لستة أشهر فصاعدا من وقت الزنا لزمه قذفها بالزنا ونفى النسب عنه لقوله صلى الله عليه وسلم « أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله فى شىء ولن يدخلها الله جنته » فاذا حرم على المرأة أن تدخل على القـــوم من ليس منهم حرم ذلك على الرجل أيضاً ولأنه لما حرم عليه نفى حسب تيقنه منه حرم عليه استلحاق نسب يتيقن أنه ليس منه . وان لم يطأها ولم يعـــلم بزناها وجب عليه نفيه باللعان لما ذكرناه ولا يجوز له أن يقذفها لجـــواز أن يكون من وطء شبهة أو من زوج قبله وان لم يرها زنت ولا سمع بذلك ولكنها أتت بولد أسود وهما أبيضان أو أتت بولد أبيض وهما أسودان أو أتت بولد يشبه رجلا ترمى به ولم يعلم الرجل الذى ترمى به وطئها فهل يجوز له نفيـــه باللعان فيـــه وجهان (أحدهما) يجوز له نفيه باللعان لما روى ابن عبـــاس أن النبى صلى الله عليه وسلم لاعن بين هلال بن أمية وبين امرأته ثم قال النبى صلى الله عليه وسلم ان جاءت به أصيهب أريسح حمش الساقين فهو لزوجها وان جاءت به أورق جعداً جمالياً خدلج الساقين ســـابغ الأليتين فهو للذى رميت به فجاء به أورق جعداً جماليا خدلج الساقين سابغ الأليتين فقال النبى صلى الله عليه وسلم لولا الأيمان لكان لى ولها شأن ، فدل على أن للشبه حكما (والثانى) لا يجوز له نفيه لأن هذا الشبه يجوز أن يكون عرق نزعه فى آبائه وأجداده ولهذا روى أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله ان امرأتى أتت بولد أسود فقال النبى صلى الله عليه وسلم ألك ابل ؟ فقال

نعم قال : ما ألوانها ؟ قال : حمر قال : هل منها أورق ؟ قال : نعم ان فيها لورقا قال : فأنى تراه ذلك قال عسى أن يكون نزعه عرق قال : وهذا عسى أن يكون نزعه عرق » ويخالف قصة هلال لأنه كان أخبره أنه شاهده يزنى بها والوجهان اذا لم يشاهد ذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان اتت امراته بولد وكان يعزل عنها اذا وطئها لم يجز له نفيه ، لما روى ابو سعيد الخدرى رضى الله عنه انه قال : يا رسول الله انا نصيب السبايا ونحب الاثمان افنعزل عنهن ؟ فقال صلى الله عليه وسلم « ان الله عز وجل اذا قضى خلق نسمة خلقها » ولأنه قد يسبق من الماء ما لا يحس به فتعلق به ، وان أتت بولد وكان يجامعها فيما دون الفرج ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يجوز له النفى لانه قد يسبق الماء الى الفرج فتعلق به .

(والثانى) ان له نفيه لان الولد من أحكام الوطء ، فلا يتعلق بما دونه كسائر الاحكام . وان اتت بولد وكان يطؤها فى الدبر ففيه وجهان :

(احدهما) لا يجوز له نفيه ، لأنه قد يسبق من الماء الى الفرج ما تعلق به .

(والثانى) له نفيه لانه موضع لا ينتفى منه الولد .

فصل اذا قذف زوجته وانتفى عن الولد ـ فان كان حملا ـ فله أن يلاعن وينفى الولد ، لان هلال بن امية لاعن على نفى الحمل ، وله أن يؤخره الى ان تضع ، لانه يجوز ان يكون ريحا او غلطا فيؤخر ليلا عن على يقين ، وان كان الولد منفصلا ففى وقت نفيه قولان (أحدهما) له الخيار فى نفيه ثلاثة ايام ، لانه قد يحتاج الى الفكر والنظر فيما يقدم عليه من النفى ، فجعل الثلاث حدا لانه قريب ، ولهذا قال الله عز وجل « يا قوم هذه ناقة الله لكم آية فذروها تاكل فى ارض الله ولاتمسوها بسوء فياخذكم عذاب قريب » ثم فسر القريب بالثلاث . فقال تمتعوا فى داركم ثلاثة ايام ذلك وعد غير مكذوب » .

(والثانى) وهو المنصوص فى عامة الكتب انه على الفور ، لانه خيار غير مؤد دفع الضرر ، فكان على الفور كخيار الرد بالغيب ، فان حضرت الصلاة فبدا بها أو كان جائعا فبدا بالاكل ، أوله مال غير محرز واشتغل باحرازه او كان

عادته الركوب واشتغل باسراج المركوب ، فهو على حقه من النفى لأنه تأخير لعذر . وان كان محبوسا أو مريضا أو قيما على مريض أو غائبا لا يقدر على السير واشهد على النفى فهو على حقه ، وان لم يشهد مع القدرة على الاشهاد سقط حقه ، لأنه لما تعذر عليه الحضور للنفى اقيم الاشهاد مقامه الى ان يقدر كما اقيمت الفيئة باللسان مقام الوطء فى حق المولى عن الوطء الى أن يقدر) .

الشرح حديث أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه أخرجه أحمد والبخارى ومسلم وأبو داود والترمذى والنسائى بألفاظ مختلفة كلها تؤدى معنى ما ساقه المصنف هنا ، وقد مضى الكلام على طرقه وأقوال العلماء فيه فى أحكام العزل من كتاب النكاح فليراجع . وروى معناه عن جابر بن عبد الله وعبد الله بن عباس وأنس بن مالك وأسامة بن زيد وغيرهم رضى الله عنهم أجمعين .

أما الأحكام فاذا طهرت امرأته من الحيض وجامعها فى ذلك الطهر ثم قذفها بزنا فى ذلك الطهر فله أن يلاعن لاسقاط الحد بلا خلاف وله أن يلاعن لنفى النسب الحادث فى ذلك الطهر وبه قال عطاء وأبو حنيفة وقال مالك ليس له أن يلاعن لنفى النسب منه دليلنا قوله تعالى « والذين يرمون أزواجهم » الآية ولم يفرق بين أن يكون وطئها أو لم يطأها ولأنه رماها بزنا وأتت بولد يمكن أن يكون منه فكان له نفيه باللعان كما لو كان يطؤها فيه .

فرع اذا كان يجامع امرأته ويعزل عنها وهو أنه اذا أراد الانزال نزع وأنزل الماء بعد النزع فأتت بولد لمدة الحمل لحقه ولا يجوز له نفيه لما ورد أنه قيل للنبى صلى الله عليه وسلم « انا نصيب السبايا ونحب الأثمان فنعزل عنهن فقال : ان الله اذا قضى خلق نسمة خلقها » ولأن كل حكم يتعلق بالوطء فانه يتعلق بالايلاج دون الانزال كالغسل والمهر والعدة وغير ذلك فكذلك ثبوت النسب ولأنه ربما يسبق من الماء ما لا يحس به فلم يجز نفيه وان كان يطؤها فيما دون الفرج وأتت بولد فهل يجوز له نفيه ؟ وجهان (أحدهما) لا يجوز لأنه قد يسبق منه الماء الى فرجها فتحمل منه كما لو وطىء البكر وحملت (والثانى) وهو المذهب أنه يجوز له نفيه لأن كل حكم تعلق بالوطء فانه

لا يتعلق بالوطء فيما دون الفرج كالغسل والمهر والعدة فكذلك ثبوت النسب • وان كان يطؤها فى الدبر وأتت بولد فهل يجوز له نفيه ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يجوز له نفيه لأنه قد يسبق الماء الى فرجها فتعلق به •

(والثانى) يجوز له نفيه لأنه وطئها فى موضع لا تحبل فيه بحال فهو كما لو أولج فى سرتها وأنزل •

مسألة اذا قذف زوجته وهى حامل وادعى أنها حملت من زنا فله أن يلاعن لنفى الحمل قبل وضعه • وقال أبو حنيفة : « ليس له أن يلاعن قبل الوضع لأجل نفى الحمل فان لاعن ووقعت الفرقة فاذا وضعت لم ينتف النسب ولحقه ولم يكن له أن يلاعن بعد ذلك لنفى النسب » دليلنا حديث هلال بن أمية أن « النبى صلى الله عليه وسلم لاعن بينهم على الحمل قبل وضعه » ولأن كل نسب جاز اللعان لأجله بعد انفصال الولد جاز اللعان لأجله قبل انفصال الولد كزوال الفراش •

اذا ثبت هذا فله أن يؤخر اللعان الى أن تضع اذا لم يتيقن الحمل لجواز أن يكون ريحا فتنفش أو غلطا فكان له التأخير ليلاعن على يقين • وان رآها حاملا ولم ينف الحمل فلما ولدت أراد النفى قيل له قد علمتها حاملا فلم لم تنفه أكنت أقررت بالولد ؟ • فان قال : لم أقر به وانما لم أنفه لأنى لم أتحققها حاملا بل حزرت أنه ريح وغلظ حلف على ذلك لأنه يحتمل ما يدعيه ، وكان له نفيه باللعان وان قال : قد علمتها حاملا لا محالة ولكنى أخرت لعلها تسقطه أو تموت بعد الولادة أو تموت هى ، لحقه الولد ولم يكن له نفيه باللعان لأنه ترك النفى من غير عذر • وان كان الولد منفصلا فله نفيه وخيار النفى عندنا على الفور وقال أبو حنيفة : القياس أن يكون على الفور غير أنه ان أخر ذلك اليوم كان له ذلك استحسانا وقال أبو يوسف ومحمد : له أن يؤخر ذلك لعدة النفاس وهى أربعون يوما عندهم وقال عطاء ومجاهد : له النفى أبدا الا أنه يقربه • دليلنا أنه خيار لدفع ضرر متحقق فاذا لم يتأيد كان

على الفور كخيار الرد بالعيب فقولنا لدفع ضرر محقق احتراز من الحمل فان الخيار فيه الى أن تضع لأنه غير متحقق • وقولنا اذا لم يتأيد احتراز من الخيار فى الاختصاص •

اذا ثبت هذا فهل تتقدر مدة الخيار فيه بثلاثة أيام ؟ فيه قولان :

(أحدهما) تقدر بثلاثة أيام وبه قال أبو حنيفة لان الحاقه بنفسه نسبا ليس منه محرم عليه ونفيه نسبا ثابتا منه محرم عليه واذا كان كذلك وولدت امرأته ولدا فلابد أن يتأمله هل يشبه الزانى وهل هو منه أو من غيره ويفكر فى ذلك وذلك لا يمكنه فى الحال فقدر بثلاثة أيام لأنها قريبة ولهذا قال الله تعالى (فيأخذكم عذاب يوم قريب) ثم فسر القريب بالثلاث فقال تعالى (تمتعوا فى داركم ثلاثة أيام) •

(والثانى) لا يتقدر بثلاث بل هو على الفور وهو الأصح لأنه خيار لدفع ضرر متحقق غير مؤبد فكان على الفور كخيار الرد بالعيب فاذا قلنا بهذا فمعنى قولنا على الفور على ما جرت العادة به فان كان حاضرا فلسنا نريد أنه يعدو الى الحاكم حين يسمع بالولادة بكل حال بل له التأخير لعذر وذلك أن له أن يؤخر الى أن يلبس ثوبه وان كان ممن يركب فحتى يسرج له دابته وان كان جائعا فحتى يأكل وان كان ظمآن فحتى يشرب الماء وان حضرت الصلاة فحتى يصلى وان كان ماله غير محروز فله أن يؤخر حتى يحرز ماله وما أشبه ذلك ثم يذهب الى الحاكم ويعرفه أنه نفى الولد ويريد أن يلاعن ثم يستدعى الحاكم المرأة •

وقال أبو حنيفة لا يلاعن وبناه على أصله فى أن اللواط لا يوجب الحد • وهذا فاسد لأن الرمى به معرة ، وقد دخل تحت عموم قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم) وقد حقق القرطبى فى تفسير سورتى الأعراف والمؤمنون أنه يجب الحد • وقالت المالكية : يلاعن اذا انتفى من الحمل بشرطه •

مســـألة اذا ظهر بامرأته حمل فله أن ينفيه وله أن يؤجل نفيه الى أن تضع واختلف أصحاب أحمد فيما اذا لاعن امرأته حاملا ونفى لعانه فقال الخرقى وجماعة : لا ينتفى الحمل بنفيه قبل الوضع ، ولا ينتفى حتى يلاعنها بعد الوضع وينفى الولد منه . وهذا قول أبى حنيفة وجماعة من أهـــل الكوفة ، لأن الحمل غير مستيقن يجوز أن يكون ريحا أو غيرها فيصل نفيه مشروطا بوجوده ولا يجوز تعليق اللعان بشرط .

ولنا أنه يصح نفى الحمل وينفى عنه . دليلنا حديث هلال بن أمية وأنه نفى حملها عنه فنفاه عنه النبى صلى الله عليه وسلم وألحقه بالأول ولا خفاء بأنه كان حملا ولهذا قال النبى صلى الله عليه وسلم « انظروها فان جاءت » كذا وكذا .

قال ابن عبد البر : الآثار الدالة على صحة هذا القول كثيرة ــ الى أن قال ــ ولأن الحمل مظنون بأمارات تدل عليه ، ولهذا ثبتت للحامل أحكام تخالف بها الحائل عن النفقة والفطر فى الصيام وترك اقامة الحد عليها وتأخير القصاص عنها مما يطول ذكره ا هـ .

وقالت المالكية : اذا ظهر بامرأته حمل فترك أن ينفيه لم يكن له نفيه بعد سكوته ، لأن سكوته بعد العلم به رضى به ، كما لو أقر به ثم ينفيه فانه لا يقبل منه فان قال رجوت أن يكون ريحا ينفش أو تسقطه فأستريح مـــن السقط أو يكون من أمراض النساء كالأورام الليفية التى تبدو معها المرأة كأنها حامل فى الشهر التاسع ، وهى فى حاجة الى استئصال هذا الورم ، فهل لنفيه بعد وضعه مدة ما ؟ فاذا جاوزها لم يكن له ذلك ؟ فقد اختلف فى ذلك على قولين :

(أحدهما) اذا لم يكن له عذر فى سكوته حتى مضت ثلاثة أيام فهو راض به ليس له نفيه وبهذا قال المالكية .

وقالت الحنابلة : اذا ولدت ولدا فسكت عن نفيه مع امكانه لزمه نســبا

ولم يكن له نفيه بعد ذلك ؛ ومدة الثلاث فرصة كافية لانعام النظر واعمال الفكر والتدبر فى الأمر ؛ فقد يكون فى التريث أمن من الندم ، ومدة الثلاث حكمها شائع فى خيار البيع فى اختبار المصراة ، وقد جاء فى تأويل قوله تعالى « قال تمتعوا فى داركم ثلاثة أيام » أنها توضيح لمبهم « قريب » فى آية الناقة من وعيدهم بالعذاب (والثانى) وهو المنصوص ، وهو قول القاضى أبى بكر من أصحاب أحمد رضى الله عنه لا يتقدر ذلك بثلاث بل هو على ما جرت العادة ان كان ليلا ، فحتى يصبح وينتشر فى الناس ، وان كان جائعا أو ظمآن فحتى يأكل أو يشرب ، أو ينام ان كان ناعسا ، أو يلبس ثيابه ويسرج دابته ويركب ويصلى ان حضرت الصلاة ويحرز ماله ان كان غير محرز ، وأشباه ذلك من أشغاله • فان آخره بعد هذا لم يكن له نفيه •

وقال أبو حنيفة : له تأخير نفيه يوما ويومين استحسانا ، لأن النفى عقيب الولادة يشق فقدر باليومين لقلته • وقال أبو يوسف ومحمد يتقدر بمدة النفاس لأنها جارية مجرى الولادة فى الحكم وحكى عن عطاء ومجاهد أن له نفيه ما لم يعترف به فكان له نفيه كحالة الولادة •

ووجه القول الأول أنه خيار لدفع الضرر المتحقق فكان على الفور كخيار الشفعة وقول النبى صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش » عام خرج منه ما اتفقنا عليه مع السنة الثابتة فما عداه يبقى على عموم الحديث • وما ذكره أبو حنيفة يبطل بخيار الرد بالعيب والأخذ بالشفعة وتقديره بمدة النفاس تحكم لا دليل عليه وكذلك يرد هذا على ما قال عطاء ، ولا يلزم القصاص لأنه استيفاء حق لا لدفع ضرر ولا الحمل لأنه لم يتحقق ضرره • وقالت المالكية : ان الأيام الثلاثة آخر حد القلة وأول حد الكثرة •

فرع ان كان له عذر يمنعه من الحضور لنفيه كالمرض والحبس أو الاشتغال بحفظ مال يخاف ضيعته أو بملازمة غريم يخاف قوته أو غيبته نظرت ــ فان كانت مدة ذلك قصيرة فأخره الى الحضور ليزول عذره ــ لم يبطل نفيه لأنه بمنزلة من علم ذلك ليلا فأخره الى الصبح •

وان كانت تتطاول فأمكنه التنفيذ الى الحاكم ليبعث اليه من يستوفى

عليه اللعان والنفى فلم يفعل سقط نفيه ، فان لم يمكنه أشهد على نفسه أنه ناف لولد امرأته ، فان لم يفعل بطل خياره لأنه اذا لم يقدر على نفيه كان الاشهاد قائما مقامه كما يقيم المريض الفيئة بقوله فى الايلاء بدلا عن الفيئة بالجماع .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان ادعى أنه لم يعلم بالولادة فان كان فى موضع لا يجوز أن يخفى عليه ذلك من طريق العادة بأن كان معها فى دار أو محلة صغيرة لم يقبل، لأنه يدعى خلاف الظاهر ، وان كان فى موضع يجوز أن يخفى عليه كالبلد الكبير فالقول قوله مع يمينه ، لأن ما يدعيه ظاهر .

وان قال علمت بالولادة الا انى لم أعلم ان لى النفى — فان كان ممن يخالط أهل العلم — لم يقبل قوله ، لأنه يدعى خلاف الظاهر ، وان كان قريب عهد بالاسلام أو نشأ فى موضع بعيد من أهل العلم قبل قوله لأن الظاهر أنه صادق فيما يدعيه وان كان البلد فيه أهل العلم الا أنه من العامة ففيه وجهان (أحدهما) لا يقبل كما لا يقبل قوله اذا ادعى الجهل برد المبيع بالعيب .

(والثانى) يقبل لأن هذا لا يعرفه الا الخواص من الناس بخلاف رد المبيع بالعيب ، فان ذلك يعرفه الخاص والعام .

فصل وان هنأه رجل بالولد فقال : بارك الله لك فى مولودك وجعله الله لك خلفا مباركا وأمن على دعائه . أو قال استجاب الله دعاءك سقط حقه من النفى لأن ذلك يتضمن فالقول الاقرار به ، وان قال أحسن الله جزاءك ، أو بارك الله عليك أو رزقك الله مثله ، لم يسقط حقه من النفى ، لأنه يحتمل انه قال له ذلك ليقابل التحية بالتحية .

فصل وان كان الولد حملا فقال اخرت النفى حتى ينفصل ثم الاعن على يقين قوله مع يمينه لأنه تأخير لعذر يحتمله الحال . وان قال اخرت لأنى قلت لعله يموت فلا أحتاج الى اللعان ، سقط حقه من النفى ، لأنه ترك النفى من غير عذر) .

الشرح اذا ثبت ما قدمنا من شرح الفصول فهل يتقدر الخيار فى

النفى بمجلس العلم ؟ أو بامكان النفى ؟ على وجهين بناء على المطالبة بالشفعة، فان أخر نفيه عن ذلك ثم ادعى أنه لا يعلم بالولادة وأمكن صدقه بأن يكون فى موضع يخفى عليه ذلك ، مثل أن يكون فى محلة أخرى فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم العلم وان لم يمكن مثل أن يكون معها فى الدار لم يقبل لأن ذلك لا يكاد يخفى عليه •

وان لم يعلم أنها ولدت فان لم يمكن أن يكون صادقا فى ذلك مثل أن يكونا فى دار واحدة أو محلة واحدة لم يقبل قوله لأن الظاهر أنه لا يخفى عليه ذلك • وان كان كل واحد منهما فى جانب من البلد أو كل واحد منهما فى محلة فالقول قوله مع يمينه لأنه يحتمل ما يدعيه وان قال علمت بولادتها ولم أعلم أن لى النفى أو علمت أن لى النفى ولكنى لم أعلم أنه على الفور نظرت فان كان ممن يعرف شيئا من الفقه أو ممن يخالطون الفقهاء لم يصدق لأن مثل هذا لا يخفى عليه • وان كان قريب العهد بالاسلام أو ممن تقدم اسلامه الا أنه ممن نشأ فى بادية بعيدة لا يعرف عن الحكم مثل هذا قبل قوله لأن الظاهر أنه يخفى عليه مثل ذلك وان كان من العامة الذين يسمعون العلماء وقد لا يسمعونهم فهل يقبل قوله ؟ فيه وجهان بناء على القولين فى الأمة اذا أعتقت تحت عبد فادعت أنها لم تعلم أن لها الخيار •

(أحدهما) لا يقبل قوله كما لا يقبل قوله اذا ادعى أنه لا يعلم أن له رد المبيع بالعيب •

(والثانى) يقبل قوله لأن هذا لا يعرفه الا العلماء أو من يخالطهم •

وان قال علمت ولادته ولم أعلم أن لى نفيه ، أو علمت ذلك ولم أعلم أنه على الفور وكان ممن يخفى عليه ذلك كعامة الناس قبل منه • لأن هذا ممن يخفى عليهم فأشبه ما لو كان حديث عهد بالاسلام وان كان فقيها لم يقبل منه •

وقال بعض الحنابلة يحتمل منه لأن الفقيه يخفى عليه كثير من الأحكام • أفاده ابن قدامة وقال أكثرهم كقولنا لا يقبل ذلك عن الفقيه ويقبل من

الناشىء وحديث العهد بالاسلام • وهل يقبل من سائر العامة ؟ على وجهين ذكرهما المصنف •

فـــرع اذا قال لم أصدق المخبر عنه نظرت ــ فان كان مستفيضا وكان المخبر عنه مشهور العدالة لم يقبل والا قبل •

وان قال : لم أعلم أن ذلك قبل قوله لأنه مما يخفى وان علم وهو غائب فأمكنه السير فاشتغل به لم يبطل خياره • وان كانت له حاجة تمنعه من السير فهو على ما ذكرنا من قبل ، وان كان أخر نفيه لغير عذر وقال : أخرت نفيه رجاء أن يموت فأستر عليه وعلى بطل خياره ، لأنه أخر نفيه مع الامكان لغير عذر •

مســألة قوله « وان هنأه رجل بالولد الخ » فجملة ذلك أنه اذا هنىء به فأمن على الدعاء لزمه فى قولهم جميعا • وان قال أحسن الله جزاءك أو بارك الله عليك أو رزقك الله مثله فانه لا يلزمه لأنه جازاه على قصده وليس ذلك اقرارا ولا متضمنا له • وقال أحمد وأصحابه وأبو حنيفة : يلزمه الولد ، لأن ذلك جواب الراضى فى العادة فكان اقراراً كالتأمين على الدعاء وان سكت كان اقرارا ، هكذا أفاده ابن قدامة • قال : لأن السكوت صلح دال على الرضى فى حق البكر وفى مواضع أخرى فهاهنا أولى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل اذا أتت امرأته بولدين توأمين وانتفى عن أحدهما واقـــر بالآخر او ترك نفيه من غير عذر لحقه الولدان لانهما حمل واحد ، فلا يجوز ان يلحقه دون الآخر ، وجعلنا ما انتفى منه تابعا لما أقر به ، ولم نجعل ما أقر به تابعا لما انتفى منه ، لأن النسب يحتاط لاثباته ولا يحتاط لنفيه ، ولهذا اذا أتت بولد يمكن ان يكون منه ويمكن ان لا يكون منه الحقناه به احتياطا لاثباته ولم ننفه احتياطا لنفيه وان اتت بولد فنفاه باللعان ثم أتت بولد آخر لأقل من ستة اشهر من ولادة الأول لم ينتف الثانى من غير اللعان لأن اللعان يتناول الاول ، فان نفاه باللعان انتفى وان أقر به أو ترك نفيه من غير عذر لحقه الولدان لانهما حمل واحد ، وجعلنا ما نفاه تابعا لما لحقه ولم نجعل ما لحقه تابعا لما نفاه لما

ذكرناه فى التوامين . وان أتت بالولد الثانى لستة اشهر من ولادة الأول انتفى بغير لعان لأنها علقت به بعد زواله للفراش .

فصـــل وان لاعنها على حمل فولدت ولدين بينهما دون ستة أشـهر لم يلحقه واحد منهما لأنهما كانا موجودين عند اللعان فانتفيـا به ، وان كان بينهما اكثر من ستة أشهر انتفى الأول باللعان وانتفى الثانى بغير لعان لانا تيقنا بوضع الأول براءة رحمها منه وانها علقت بالثانى بعد زوال الفراش .

فصـــل وان قذف امراته بزنا اضافه الى ما قبل النكاح ـ فان لم يكن نسب ـ لم يلاعن لاسقاط الحد لانه قذف غير محتاج اليه فلم يجز تحقيقـه باللعان كقذف الاجنبية ، وان كان هناك نسب يلحقه ففيه وجهان .

(احدهما) وهو قول ابى اسحاق انه لا يلاعن ، لانه قذف غير محتـاج اليه ، لانه كان يمكنه ان يطلق ولا يضيفه الى ما قبل العقد .

(والثانى) وهو قول ابى على بن ابى هريرة ان له أن يلاعن لأنه نسب يلحقه من غير رضاه لا ينتفى بغير لعان فجاز له نفيه باللعان) .

الشرح اذا ولدت امرأته توأمين وهو أن يكون بينهما دون ستة أشهر فاستلحق أحدهما ونفى الآخر لحقا به ؛ ولا عبرة بنفيه ؛ لأن الحمـل الواحد لا يجوز أن يكون بعضه منه وبعضه من غيره ؛ فاذا ثبت نسب أحدهما منه ثبت نسب الآخر ضرورة ؛ فجعلنا ما نفاه تابعا لما استلحقه ، ولم نجعل ما أقر به واستلحقه تابعا لما نفاه ، لأن النسب يحتاط أثباته لا لنفيه ، ولهذا لو أتت امرأته بولد يمكن كونه منه ويمكن أن يكون من غيره ألحقناه به احتياطا ، ولم نقطعه عنه احتياطا لنفيه ، ولأن الشارع الحكيم يتشوف الى ثبوت النسب ما أمكن ولا يحكم بانقطاع النسب الا حيث يتعذر اثباته ، ولهذا ثبت بالفراش وبالدعوى وبالأنساب التى بمثلها لا يثبت نتاج الحيوان؛ ولأن اثبات النسب فيه حق لله تعالى ، وحق للولد وحق للأب ، ويترتب عليه من الأحكام فى الوصل بين العباد ما به قوام مصالحهم فأثبته الشرع بأنواع الطرق التى لا يثبت بمثلها نتاج الحيوان .

ولهذا لو أتت المرأة بولد يمكن كونه منه ويمكن كونه من غيره ألحقناه به احتياطا ولم نقطعه عنه احتياطا لنفيه . فلو قذف أمهما فطالبته بالحد فليس

له اسقاطه باللعان ، لأنه باستلحاقه اعترف بكذبه فى قذفه فلم يسمع منه انكاره بعد ذلك .

فرع وان تزوج امرأة وقال لها : زنيت قبل أن أتزوجك ، وجب عليه حد القذف وهل يسقط باللعان ؟ ينظر فيه ، فان لم يكن هناك نسب يلحقه من هذا الزنا لم يكن له أن يلاعن . دليلنا أنه قذف غير محتاج اليه فلم يجز له اللعان لأجله كقذف الأجنبية . وان كان هناك ولد وادعى أنه من هذا الزنا ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى على بن أبى هريرة واختيار القاضى أبى الطيب أن له أن يلاعن لأجله ، لأن به حاجة الى هذا القذف لنفى هذا الولد كما لو أضاف الزنا الى حال الزوجية .

(والثانى) وهو قول أبى اسحاق واختيار الشيخ أبى حامد ليس له أن يلاعن لأجله لأنه لا حاجة به الى قذفها بزنا يضيفه ا لى ما قبل النكاح بل يمكنه أن يقذفها بزنا مطلق وأن الحمل ليس منه بل هو من زنا .

فرع وان طلق امرأته طلاقا رجعيا فقذفها بزنا أضافه الى ما قبل الطلاق فى الزوجية أو ما بعد الطلاق فى العدة كان له أن يلاعن لأنها فى معنى الزوجات فى الظهار والايلاء والميراث فكانت فى معنى الزوجات فى القذف واللعان .

فرع فى مذاهب العلماء : قالت الحنابلة : له اسقاطه باللعان ، وحكى ابن قدامة قولا آخر للقاضى أبى بكر من أصحابهم أنه يحد ولا يملك اسقاطه باللعان .

ووجه المذهب عندنا ظاهر ، أما وجه المسألة عندهم فانه لا يلزم من كون الولد منه انتفاء الزنا عنها كما لا يلزم من الولد وجود الزنا منها ونفى الولد عنه . ولذلك لو أقرت بالزنا أو قامت به بينة لم ينتف الولد عنه ، فلا تنافى بين لعانه وبين استلحاقه للولد .

فـــرع اذا استلحق الولدين وسكت عن الآخر لحقه لأنه لو نفاه للحقة فاذا سكت عنه كان أولى ، ولأن امرأته متى أتت بولد لحقه ما لم ينفه عنه باللعان • وان نفى أحدهما وسكت عن الآخر نفيناه • وقال أصـــحاب أحمد : لحقاه جميعا ، لأن لحوق النسب مبنى على التغليب وهو يثبت بمجرد الامكان • وان كان لم يثبت الوطء ولا ينتفى الامكان للنفى فافترقا •

ولنا أنهما كانا موجودين عند اللعان فانتفيا به ، وان أتت بولد فنفـاه ولاعن لنفيه ثم ولدت آخر لأقل من ستة أشهر انتفى الثانى باللعان الأول •

وقالت الحنابلة : لم ينتف لأن اللعان تناول الأول وحده ويحتاج فى نفى الثانى الى لعان ثان • ولنا أنهما حمل واحد وقد لاعن لنفيه مرة فلا يحتـاج الى لعان ثان •

فأما ان نفى الولد باللعان ثم أتت بولد آخر بعد ستة أشهر فهذا مـن حمل آخر ، فانه لا يجوز أن يكون بين ولدين من حمل واحد مدة الحمـل وينتفى الثانى بغير لعان ، لأنها بولادتها للأول وتبينا براءة رحمها فيـكون حمل آخر •

وقالت الحنابلة : لا ينتفى بغير اللعـان لأنه حمل منفرد ، فان استلحقه أو ترك نفيه لحقه ، وان كانت قد باتت باللعان لأنه يمكن أن يكون قد وطئها بعد الوضع الأول •

دليلنا أنها قد بانت باللعان فحرم عليه وطؤها فلا يكون ولده وانما يكون من سفاح ، لا سيما وأنه جاء بعد براءة الرحم وانقضاء العدة بوضع الأول ، فكان حملها الثانى فى غير نكاح ، فلم يحتج الى نفيه لكونها أجنبية كسـائر الأجنبيات •

وقال فى الأم : اذا لاعن امرأته بولد فنفيناه عنه ثم جاءت بولد آخـر فنفيناه عنه ، ثم جاءت بولد لستة أشهر أو أكثر وما يلزم به نسب ولد المبتوتة فهو ولده الا أن ينفيه بلعان فان نفاه فذلك له •

فـــرع اذا مات أحد التوأمين أو ماتا معا فله أن يلاعن لنفى نسبهما وبهذا قال أحمد وقال أبو حنيفة : يلزمه نفى الحى ، ولا يلاعن الا لنفى الحى، لأن الميت لا يصح نفيه الا باللعان ؛ فان نسبه قد انقطع بموته فلا حاجة الى نفيه باللعان كما لو ماتت امرأته فانه لا يلاعنها بعد موتها لقطع النكاح لكونه قد انقطع ، واذا لم ينتف الميت لم ينتف الحى لأنهما حمل واحد •

دليلنا : أن الميت ينسب اليه فيقال : ابن فلان ، ويلزمه تجهيزه وتكفينه فكان له نفى نسبه واسقاط مؤنته كالحى ، وكما لو كان للميت ولد •

فـــرع اذا قذف امرأته بالزنا قبل زواجه منها لم يكن له أن يلاعن لأنه يأتى باللعان على غير ما ورد به القرآن والسنة ، لأنه كمن يلاعن أجنبية عنه فلم يصح ويقام عليه الحـــد • وهل له أن يلاعن اذا جاءت بولد ينتسب اليه ؟ وجهان :

(أحدهما) قال أبو اسحاق المروزى : لا يلاعن لامكان أن يطلقها مـــن غير حاجة الى اضافة ولدها لما قبل العقد اذ هو المفرط بنكاح حامل بالزنا فلا يشرع له نفيه ؛ وبهذا قال أحمد وأصحابه •

(والثانى) قول أبى على بن أبى هريرة ، لنفى ما عساه يلحقه من نسب لا يرضاه ، وليس من فراشه ولا ينتفى الا باللعان فجاز له •

وقال مالك وأبو ثور وأحمد : ان قذفها بزنا أضافة الى ما قبل النـــكاح حد ، ولم يلاعن ســـواء كان ثم ولد أو لم يكن • وروى ذلك عن ســـعيد ابن المسيب والشعبى وقال الحسن وزرارة بن أبى أوفى وأصحاب الرأى : له أن يلاعن لأنه قذف امرأته فيـــدخل فى عمـــوم قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم) ولأنه قذف امرأته فأشبه ما لو قذفهـــا ولم يضـــفه الى ما قبـــل النكاح •

وحكى الشريف أبو جعفر عن أحمد رواية أخرى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان ابانها ثم قذفها بزنا اضافه الى حال النكاح ـ فان لم يكن نسب ـ لم يلاعن لدرء الحد لانه قذف غير محتاج اليه . وان كان هنـــاك نسب ـ فان كان ولدا منفصلا ـ فله ان يلاعن لنفيه ، لانه يحتاج الى نفيـــه باللعان ، وان كان حملا فقد روى المزنى فى المختصر أن له أن ينفيه ، وروى فى الجامع انه لا يلاعن حتى ينفصل الحمل .

واختلف اصحابنا فيه فقال ابو اسحاق : لا يلاعن قولا واحدا ، وما رواه المزنى فى المختصر اراد اذا انفصل ، وقد بين فى الأم ، فانه قال : لا يلاعن حتى ينفصل ، ووجهه ان الحمل غير متحقق لجواز ان يكون ريحا فينفش ، ويخالف اذا قذفها فى حال الزوجية ، لان هناك يلاعن لدرء الحد ، فتبعه نفى الحمـــل ، وها هنا ينفرد الحمل باللعان فلم يجز قبل أن يتحقق . ومن اصحابنا من قال : فيه قولان : ـ

(احدهما) لا يلاعن حتى ينفصل لما ذكرناه .

(والثانى) يلاعن وهو الصحيح ، لان الحمل موجود فى الظاهر ومحـــكوم بوجوده ولهذا امر باخذ الحامل فى الديات ، ومنع مع اخذها فى الزكاة ، ومنعت الحمل اذا طلقت ان تتزوج حتى تضع . وهـــذه الطريقة هى الصـــحيحة ، لان الشافعى رحمه الله نص فى مثلهـــا على قولين ، وهى فى نفقة المطلقـــة الحامل قال : فيها قولان :

(احدهما) تجب لها النفقة يوما بيوم .

(والثانى) لا تجب حتى ينفصل .

فصـــل وان قذف امراته وانتفى عن حملهـــا واقام على الزنا بينـــة سقط عنه الحد بالبينة ، وهل له ان يلاعن لنفى الحمل قبل ان ينفصل ؟ على ما ذكرناه من الطريقين فى الفصل قبله .

الشرح ان تزوج امرأة فأبانها بالثلاث أو خالعها أو فسخ نكاحها بعيب ثم قذفها بزنا أضافه الى حال الزوجية فان لم يكن هناك نسب يلحقـــه منها لم يكن له أن يلاعن . وان كان هناك نسب يلحقه منها كان له أن يلاعن. وقال عثمان البتى : له أن يلاعن بكل حال . وقال أبو حنيفة : ليس له أن يلاعن بكل حال . كما أفاده العمرانى فى البيان عن عثمان وأبى حنيفة .

دليلنا أنه اذا لم يكن هناك نسب يلحقه منها فلا حاجة به الى قذفها ؛ فلم يكن له اللعان لأجله كقذف الأجنبى • واذا كان هناك نسب يلحقه منها فهناك به حاجة الى قذفها لنفى النسب عنه فهو كقذف الزوجة •

اذا ثبت هذا فان كان الولد منفصلا لاعن لأجله ، وان كان حملا فله أن يؤخر اللعان الى أن تضع • وهل له أن يلاعن قبل أن تضعه ؟ روى المزنى فى المختصر أن له أن يلاعن ، وروى فى الجامع الكبير أنه لا يلاعن •

واختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحاق : لا يلاعن قولا واحدا ؛ وحيث قال : يلاعن أراد اذا انفصل • وقد قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم : لا يلاعن حتى ينفصل • فمن أصحابنا من قال : فيه قولان ، وهو اختيار الشيخ أبى اسحاق :

(أحدهما) له أن يلاعن لأن كل امرأة كان له لعانها بعد انفصال ولدها كان له لعانها قبل انفصاله كالزوجة •

(والثانى) ليس له أن يلاعن حتى تضع الولد لأن اللعان هاهنا انما يثبت لأجل نفى النسب والنسب لا يتحقق قبل وضع الولد لجواز أن يكون ريحا فينفش فلم يكن له اللعان قبل الوضع وان تزوج امرأة وماتت ثم قذفها بزنا أضافه الى حال الزوجية وجب عليه حد القذف ، فان طالبته ورثتها بالحد هناك نسب ولد يريد نفيه ؛ كان له أن يلاعن لأنه يحتاج اليه لنفى الولد وان قذف زوجته ثم طلقها ثلاثا أو خالعها ثم طالبته بحدها كان له أن يلاعن سواء كان هناك ولد أو لم يكن ، لأنه لعان عن قذف كان محتاجا اليه فهو كما لو لم يطلقها • وهل تحرم عليه على التأبيد ؟ فيه وجهان يأتى ذكرهما •

فـــرع فى مذاهب العلمـــاء

اذا قال لامرأته : أنت طالق ثلاثا يا زانية فى فراشى ـ نظرت • فان كان هناك نسب يريد أن ينفيه ، ولا يتحقق هذا الا اذا انفصل الولد عنها ـ لاعن لأنه محتاج الى نفيه ؛ وبه قال مالك وأحمد حيث نقل مهنا قال : سألت

احمد عن رجل قال لامرأته : أنت طالق يا زانية ثلاثا ، فقال : يلاعن لأنه قذفها قبل الحكم ببينونتها فأشبه القذف • فان كان بينهما ولد فانه يلاعن لنفيه والا حد ولم يلاعن ؛ لأنه يتعين اضافة القذف الى حال الزوجية لاستحالة الزنا منها بعد طلاقه لها فصار كأنه قال لها بعد ابانتها : زنيت ان كنت زوجتي على ما قررناه ، وبه قال مالك •

وقال عثمان البتي : لا يلاعن بأي حال لأنها ليست بزوجة • وقد مضى عن العمراني عكسه والصواب ما قدرناه هنا وقال أبو حنيفة في الوجهين : لا يلاعن — يعني في حال نفي النسب والحمل — لأنها ليست بزوجة ؛ وينتقض عليها هذا بالقذف قبل الزوجية كما ذكرناه آنفا ، بل هذا أولى ، لأن النكاح قد تقدم وهو يريد الانتفاء من النسب وتبرئته من ولد يلحق به فسد من اللعان ، فان كان هناك حمل يرجى فقد روى المزني في المختصر أن له أن ينفيه • وروى رواية أخرى أنه لا يلاعن حتى ينفصل الحمل • فاختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحاق المروزي لا يلاعن قولا واحدا ، وأول ما رواه المزني في المختصر أن الامام الشافعي أراد اذا انفصل •

قال الشافعي رضي الله عنه في الأم : ولو قال رجل لامرأته أنت طالق ثلاثا أو طالق واحدة لم يبق له عليها من الطرق الا هي ، أو طالق ولم يدخل ؛ أو أي طرق ما • كان لا رجعة عليها بعده ، وأتبع الطرق مكانه يا زانية ؛ حد ولا لعان الا أن يكون ينفي به ولدا أو حملا فيلاعن للولد ويوقف للحمل ، فاذا ولدت التعن فان لم تلد حد • ولو بدأ فقال : يا زانية أنت طالق ثلاثا يا زانية التعن لأن القذف وقع وهي امرأته ولو قال : أنت طالق ثلاثا يا زانية حد ولا لعان ؛ الا أن ينفي ولدا فيلاعن به ويسقط الحد •

ثم قال رضي الله عنه : (ولو قذف رجل امرأته فصدقته ثم رجعت فلا حد ولا لعان الا أن ينفي ولدا فيلاعن به ويسقط الحد ؛ ولو قذف رجل امرأته ثم زنت بعد القذف أو وطئت وطئا حراما فلا حد ولا لعان الا أن ينفي ولدا أو يريد أن يلتعن فيثبت عليها الحد ان لم يلتعن ، واذا قذف رجل امرأته فارتدت عن الاسلام وطلبت حدها لاعن أو حد لأن القذف كان وهي زوجة

مسلمة) ا هـ فهذا القول من الشافعي قاطع في أنه يلاعن لنفي الحمل بعد أن يوقف الى أن تلد . قال المصنف : الصحيح أن يلاعن وهي حامل ؛ لأن الحمل موجود في الظاهر ومحكوم بوجوده ، ويترتب على هذا الحمل أحكام في مواطن كثيرة فمثلا لا تعطى الحامل من الأرقاء في الدية ولا تؤخذ البهيمة الحامل حتى تضع ، فكيف ينتظر من وجد امرأته حاملا من غيره حتى تضع فيلاعنها وقد غافلته بهذا الزنا في فراشه ؛ ويمكن حمل قول الشافعي على ما اذا اشتبه عليه الحمل ولم يتحقق وتردد فيه أو كان محتمل أن يكون انتفاخا أو مرضا من أمراض النساء فلا يلاعن حتى تلد ، ويمكن حمل قوليه في النفقة على ما اذا كان حملها غير مقطوع به فتجب نفقتها حتى تلد .

أما اذا كان حملها مقطوعا به فقد وجب لها يوما بيوم ؛ وسنأتي على هذا في كتاب النفقات ان شاء الله على أن قول الشافعي : يوقف حتى تلد . اذا قصد به الحمل المقطوع به كان مخالفا لحديث « ان جاءت به كذا فهو لأبيه وان جاءت به كذا فهو لفلان » فجاءت به على النعت المكروه ؛ فاذا اعتمدنا أصله (اذا صح الحديث فهو مذهبي) حملنا قوله على ما اذا كان الحمل غير متيقن بدليل قوله : فان لم تلد حد ؛ ومن ثم يكون الحمل احتماليا أو قد يكون انتفاخا فينفش .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان قذف امرأته في نكاح فاسد ـ فان لم يكن نسب ـ لم يلاعن لدرء الحد ، لأنه قذف غير محتاج اليه ، وان كان هناك نسب ـ فان كان ولدا منفصلا ـ فله ان يلاعن لنفيه ، لأنه ولد يلحقه بغير رضاه لا ينتفي عنه بغير اللعان ، فجاز نفيه باللعان كالولد في النكاح الصحيح ، وان كان حملا فعلى ما ذكرناه من الطريقين .**

فصل **وان ملك امة لم تصر فراشا بنفس الملك ، لأنه قد يقصد بملكها الوطء ، وقد يقصد به التمول والخدمة والتجمل ، فلم تصر فراشا ، فان وطئها صارت فراشا له ، فان أتت بولد لمدة الحمل من يوم الوطء لحقه ،**

لأن سعدا نازع عبد بن زمعة فى ابن وليدة زمعة فقال عبد : هو أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم ((هو لك ، الولد للفراش وللعاهر الحجر)) وروى ابن عمر رضى الله عنـــه قال ((ما بال رجال يطأون ولائدهم ثم يعزلونهن ، لا تأتينى وليدة يعترف سيدها انه الم بها الا الحقت به ولدها ، فاعزلوا بعد ذلك أو اتركوا)) .

وان قذفها وانتفى عن ولدها فقد قال أحمد : أما تعجبون من أبى عبد الله يقول بنفى ولد الأمة باللعان ؟ فجعل أبو العباس هذا قولا ، ووجهه أنه كالنكاح فى لحوق النسب ، فكان كالنكاح فى النفى باللعـــان ومن اصـــحابنا مـــن قال لا يلاعن لنفيه قولا واحدا لأنه يمكنه نفيه بغير اللعان وهو بأن يدعى الاستبراء ويحلف عليه ، فلم يجز نفيه باللعان بخلاف النكاح ، فانه لا يمكنه نفى الولد فيه بغير لعان ، ولعل أحمد أراد بأبى عبد الله غير الشافعى رحمة الله عليهما .

فصـــــل اذا قذف امرأته بزناءين واراد اللعان كفاه لهما لعان واحد ، لأنه فى أحد القولين يجب حد واحد ، فكفاه فى اسقاطه لعان واحد ، وفى القول الثانى يجب حدان ، الا انهما حقان لواحد فاكتفى فيهما بلعان واحد . كما يكتفى فى حقين لواحد بيمين واحد .

وان قذف أربع نسوة أفرد كل واحدة منهن بلعان ، لأنها أيمان فلم تتداخل فيها حقوق الجماعة ، كالأيمان فى المال . وان قذفهن بكلمات بدأ بلعان من بدأ بقذفها لأن حقها أسبق . وان قذفهن بكلمة وتشاححن فى البداية اقرع بينهن ، فمن خرجت لها القرعة بدأ بلعانها . وان بدأ بلعان احداهن من غير قرعة جاز ، لأن الباقيات يصلن الى حقوقهن من اللعان من غير نقصان) .

الشرح خبر تنازع سعد وعبد بن زمعة أخرجه أصحاب الصحاح والمسانيد والسنن خلا الترمذى . عن عائشة قالت « اختصم سعد بن أبى وقاص وعبد بن زمعة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقـــال ســـعد : يا رسول الله ابن أخى عتبة بن أبى وقاص عهد الى أنه ابنه أنظر الى شـــبهه . وقال عبد بن زمعة : هذا أخى يا رســـول الله ولد على فراش أبى ، فنظـــر رسول الله الى شبهه فرأى شبها بينا بعتبة فقال : هو لك يا عبد بن زمعة . الولد للفراش وللعاهر الحجر ، واحتجبى منه يا سودة بنت زمعة ، قال فلم ير ســـودة قط » وفى رواية أبى داود وأخـــرى للبخـــــــارى « هو أخوك يا عبد » عبد بن زمعة أخو سودة أم المؤمنين . وقوله « الولد للفراش وللعاهر الحجر » سبق القول بتواتره أما خبر ابن عمر فقـــد رواه

الشافعى فى الأم ولم أره فى مسنده فى اللعان ؛ ولم يعزه فى المنتقى الى غيره •

ومن هذا الحديث يتضح أن النبى صلى الله عليه وسلم قد ألحق الولد بزمعة لأنه صاحب الفراش ؛ ودليله أقوى من دليل الشبه ؛ وقد ذهب بعضهم الى أن قوله هو لك يا عبد بن زمعة ؛ أن « لك » للتمليك ؛ فكأنه لم يلحقه به أخا وانما ملكه له ؛ بدليل أنه أمر سودة بالاحتجاب منه ، فلو كان أخا لها لم تؤمر بالاحتجاب منه • وفى رواية : احتجبى منه فانه ليس بأخ لك • ويجاب على ذلك بأن اللام للاختصاص لا للتمليك •

ويؤيد ذلك ما فى رواية « هو أخوك يا عبد » أما أمره لسودة بالاحتجاب فذلك على سبيل الاحتياط والورع والصيانة لأمهات المؤمنين لما رآه من الشبه بعتبة بن أبى وقاص كما فى حديث « كيف وقد قيل ؟ » أو يكون ذلك مراعاة للشيئين واعمالا للدليلين ؛ فان الفراش دليل لحوق النسب ، والشبه بغير صاحبه دليل نفيه فأعمل أمر الفراش بالنسبة الى المدعى ؛ وأعمل الشبه بعتبة بالنسبة الى ثبوت المحرمية بينه وبين سودة •

قال ابن القيم : وهذا من أحسن الأحكام وأبينها وأوضحها ، ولا يمنع ثبوت النسب من وجه دون وجه • وأما الرواية التى فيها « احتجبى منه فانه ليس بأخ لك » فقد طعن البيهقى فى اسنادها • وقال فيها جرير ــ بالتصغير ــ وقد نسب فى آخر عمره الى سوء الحفظ ، وفيها يوسف مولى آل الزبير وهو غير معروف •

وان قذف زوجته وأقام عليها أربعة شهود سقط عنه حد القذف لقوله تعالى « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة » فدل على أنه اذا أتى بأربعة شهداء ألا يجلد فان لم يكن هناك ولد يلحقه منها لم يكن له أن يلاعن لأن اللعان لدرء أو لنفى النسب وليس هناك واحد منهما ؛ وان كان هناك ولد يلحقه منها فله أن يلاعن لنفيه لأنه لا ينتفى عنه بالبينة ، فان كان ولدا منفصلا فله أن يلاعن وان كان حملا فله أن يصبر باللعان الى أن تضع وهل له أن يلاعن لنفيه قبل الوضع ؟ على الطريقين فى

التى قبلها • وان قذف زوجته بالزنا فأقرت به لم يجب عليه حد القذف فان كان هناك ولد يلحقه منها لا ينتفى عنه باقرارها بالزنا ، وله أن يلاعن لنفيه ، فان كان منفصلا فله أن يلاعن لأجله ، وان كان حملا فهل له أن يلاعن لنفيه قبل انفصاله ؟ على الطريقين •

وان تزوج امرأة تزويجا فاسدا وقذفها وجب عليه حد القذف وليس له أن يلاعن لدرجة القذف لأن اللعان حكم يختص بالزوجين • وان كان هناك ولد يلحقه منها فله أن يلاعن لنفيه وقال أبو حنيفة : ليس له نفيه باللعان • دليلنا أن الولد فى النكاح الفاسد كالولد فى النكاح الصحيح فى ثبوته وكذلك فى نفيه فان كان منفصلا فله أن يلاعن لنفيه وان كان حملا فهل أن يلاعن لنفيه قبل انفصاله ؟ على الطريقين فى التى قبلها •

فرع (فى مذاهب العلماء) اذا نكح امرأة نكاحا فاسدا ثم قذفها ، وبينهما ولد يريد نفيه فله أن يلاعن لنفيه ولا حد عليه ، وان لم يكن بينهما ولد حد ولا لعان بينهما وبهذا قال أحمد • وقال أبو حنيفة : يلحقه الولد وليس له نفيه ولا اللعان لأنها أجنبية فأشبهت سائر الأجنبيات أو اذا لم يكن بينهما ولد • وهذا فاسد لأن الولد يلحقه بحكم عقد النكاح فكان له نفيه كما لو كان النكاح صحيحا ، ويفارق اذا لم يكن ولد فانه لا حاجة الى القذف لكونها أجنبية • ويفارق سائر الأجنبيات لأنه لا يلحقه ولدهن فلا حاجة به الى قذفهن • ويفارق الزوجة فانه يحتاج الى قذفها مع عدم الولد لكونها خانته وغاظته وأفسدت فراشه ، فاذا كان له منها ولد فالحاجة موجودة فيهما ، واذا لاعن سقط الحد ، لأنه لعان مشروع لنفى الحد ، فاسقط الحد كاللعان فى النكاح الصحيح ، وهل يثبت التحريم المؤبد ؟ وجهان سيأتى بيانهما وقالت المالكية يلاعن فى النكاح الفاسد زوجته لأنها صارت فراشا له • أما اذا كانت حاملا فعلى ما مضى من النكاح الصحيح •

أما حكم قوله « يعترف سيدها أن قد ألم بها » فيه تقوية لمذهب الجمهور من أنه لا يشترط فى فراش الأمة الدعوة ، بل يكفى مجرد ثبوت الفراش •

وقال الامام أحمد رضى الله عنه : أما تعجبون من قول أبى عبد الله ـ

فان كان يقصد بنسبة مقول القول الى الامام الشافعى كانت تلك رواية أخرى لم تعرف عن الشافعى الا عن أحمد منفردا بها ، والقاعدة أن فى رواية الشيخ عن شيخه مخالفا للأقران غرابة ، وقد أخذ بعض أصحابنا بصحة نسبة القول الى الشافعى كأبى العباس بن سريج فاعتبره قولا ووجهه أنه كالنكاح وقال المصنف : ولعل أحمد أراد بأبى عبد الله غير الشافعى ــ وهذا أحسن ما أجيب به .

مسألة اذا ملك الرجل أمة فانها لا تصير فراشا له بنفس الملك لأنه قد يملك الأمة للاستمتاع والخدمة وللتمول فلم تصر فراشا بنفس الملك قال الشيخ أبو حامد وهو اجماع فان أقر بوطئها أو قامت عليه بينة أو وطئها صارت فراشاً له ومتى أتت بولد لمدة الحمل من وقت الوطء لحقه نسبه وبه قال مالك والأوزاعى وأحمد وقال الثورى وأبو حنيفة وأصحابه لا تصير فراشا ولو وطئها عشرين سنة وأكثر فان كل ولد تلده فهو مملوك الا أن يقر بواحد أنه ابنه فيثبت نسبه منه وتصير فراشا له ويلحقه كل ولد تلده بعد ذلك وقال فى الطلاق اذا قال الرجل : كل امرأة أتزوجها فهى طالق ثلاثا ثم تزوج امرأة فانها تطلق عقيب العقد . فلو أتت بولد لستة أشهر فصاعدا من حين العقد لحقه بالفراش وهذا تخليط . دليلنا ما روت عائشة رضى الله عنها أن سعد بن أبى وقاص وعبد بن زمعة اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ابن أخى عبد قال : أوصانى اذا قدمت أن أطلب ابن أمة زمعة وأقبضه فانه ابنه ألم بها فى الجاهلية فقال عبد بن زمعة أخى وابن أمة أبى ولد على فراشه فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « هو لك يا عبد الولد للفراش وللعاهر الحجر » فموضع الدليل أن عبد بن زمعة قال : ولد على فراشه فلم ينكر النبى صلى الله عليه وسلم كون الأمة فراشا بل لحق بأبيه الولد والظاهر أنه ألحقه به بالنسب الذى ادعى به ولم يسأل النبى صلى الله عليه وسلم هل ولدت له قبل ذلك أم لا فلو كان الحكم يختلف بذلك لسأل عنه وروى أن عمر رضى الله عنه قال : « ما بال رجال يطأون ولائدهم ثم يعزلون » وروى « ثم ترسلونهن ما تأتينى وليدة يعترف سيدها أنه ألم بها الا ألحقت به ولدها فاعزلوا بعد ذلك أو اتركوا » وروى « أمسكوهن بعد

أو أرسلوهن » ولا مخالف له فى الصحابة فدل على أنه اجماع ولأنه معنى يثبت به تحريم المصاهرة فجاز أن يثبت به الفراش لعقد النكاح •

فـــرع وان أتت منه بولد وأقر أنه كان يطؤها الا أنه كان يعزل عنها لحقه الولد لما روى أبو سعيد الخدرى أن قوما قالوا : يا رسـول الله انا نصيب السبايا ونحب الاثمان فنعزل عنهن فقال صلى الله عليه وسـلم : « اذا قضى الله نسـمة خلقهـا » ولأن أحـكام الوطء تعلق بالايلاج دون الانزال لأنه قد يسبق منه من الماء ما لا يحس به فتعلق به وان أقر أنه كان يطؤها فيما دون الفرج أو أنه كان يطؤها فى الدبر فهل يلحقه ولدها ؟ فيه وجهان كما قلنا فيمن وطىء امرأته كذلك وأتت بولد هل له نفيه باللعان ؟

فـــرع اذا صارت الأمة فراشا له باقراره بوطئها أو بالبينـة على وطء ثم أتت بولد لمـدة الحمـل مـن وقت الوطء فنفـــاه وادعى أنه اسـتبرأها بعد الوطء وأن هـذا الولد حـدث مـن غـيره بعـد الاستبراء وحلف عليه فقد قال الشافعى ها هنا : لا يلحقه وقال فى المطلقـة ثلاثا : اذا أقرت بانقضاء عدتها بالأقراء ثم أتت بولد يمكن أن يكون منـه لحق به فجعل أبو العباس المسئلتين على قولين وقال أكثر أصحابنا : يلحقـه ولد الزوجة قولا واحدا وقد مضى الدليل عليه ولا يلحقه ولد الأمة قولا واحدا والفرق بينهما أن ولد الزوجة يلحقه بالامكان وولد الأمة لا يلحقه بالامكان وانما يلحقه بالوطء واذا استبرأها بطل حكم الوطء وبقى الامكان وولدها لا يلحقه بالامكان • واذا أراد نفى ولد أمته عنه فالمنصوص أن له أن ينفيه بغير لعان • وحكى عن أحمد بن حنبل أنه قال : أما ترون الى أبى عبد الله يقول ان ولد الأمة ينفى باللعان واختلف أصحابنا فى هذا فمنهم من قال أراد أحمد بقوله أبا عبد الله الشافعى وأن ينفى ولده من أمته باللعان وجعل المسألة على قولين (أحدهما) ينفى عنه باللعان لأنه ولد لم يرتض به فكان له نفيـه باللعان كولد زوجته (الثانى) ليس له نفيه باللعان لأنه يمكنه نفيه بدعـوى الاستبراء فلا حاجة الى اللعان ؛ وكل موضع ليس به حاجة الى اللعان لم يكن له أن يلاعن كقذف الأجنبية • ويخالف الزوجة لأنه لا يمكنه نفى ولدها الا باللعان • ومن أصحابنا من قال : ليس له نفيه باللعان قولا واحـدا لمـا

ذكرناه وقول أحمد : أبا عبد الله لم يرد به الشافعى بل يحتمل أنه أراد به مالك بن أنس أو أبا عبد الله سفيان الثورى فلا يضاف ذلك الى الشافعى بالشك ومنهم من قال : بل أراد أحمد بذلك الشافعى وانما لم يرد به أن الشافعى يقول : ان الرجل ينفى ولدا منه باللعان وانما أراد أن الشافعى يقول اذا تزوج الرجل أمة وأتت بولد فان له أن ينفيه باللعان وأحمد يقول ليس له نفيه باللعان فيكون ذلك بيانا لمذهبه •

فرع اذا قذف زوجته فلم تطالب بحدها ولم يقم عليها البينة ولا لاعنها ثم قذفها بزنا آخر وأراد اللعان كفاه لعان واحد ويجب عليه حدان فى القول الثانى الا أن اللعان يمين واليمين الواحدة تنفى الحقين لواحد وأكثر قذف أربع زوجات له بكلمة واحدة أو بكلمات وأراد اللعان لاعن لكل واحدة منهن لعانا لأن اللعان يمين والأيمان لجماعة لا يتداخل فى الأموال ففى اللعان أولى فعلى هذا ان قذفهن بكلمة واحدة وتشاححن فى البداية أقرع بينهن لأنه لا مزية لبعضهن على بعض وان بدأ بلعان واحدة منهن برضا الباقى أو بغير رضاهن صح لعانه لأن كل واحدة منهن تصل الى حقها منه • وان قذفهن بكلمات وطلب الكل منها الحد فى وقت واحد وأراد اللعان بدأ باللعان من قذفها أولا لأن حقها أسبق ثم بالتى قذفها بعدها ثم بالتى بعدها ثم بالتى بعدها الى أن يلاعن جميعهن فان لاعن أولا من قذفها آخراً صح لأن المقذوفة قبلها تصل الى حقها منه • هذا نقل أصحابنا البغداديين وقال المسعودى : اذا قذف أربع نسوة فهل يلاعن عنهن مرة واحدة أو أربع مرات ؟ فيه وجهان وبالله التوفيق •

حقوق الطفل فى الاسلام

العناية بالطفل ركن أساسى من شريعة الاسلام وهى عناية فسيحة المدى رحبة الآفاق تمتد الى ما قبل ولادة الطفل بكثير الى مرحلة اختيار الزوجين لبعضهما ، ثم الى مرحلة العناية بالطفل وأمه وهو جنين فى بطنها ثم الى بقية مراحل تنشئته حتى يستوى راشداً بالغاً عاقلا مكلفا وهى رعاية تمتد صوب

مجالات متعددة لتضمن للطفولة النقية البريئة حقوقا شتى تكفل لها النشأة النقية الصحيحة فمن حق الانتماء الى أبوين شرعيين كريمين ، الى حق اختيار اسم كريم طيب ، الى حقه فى الرضاعة والغذاء والحضانة والعلاج والمسكن والمشرب والتربية والتعليم الى حقه فى توفير الشروط الصحية الملائمة من تنظيف وازالة لأنواع الأذى ومن بينها (الختان) وحلق رأسه . بل الى أكثر من ذلك الى حقوق معنوية وأدبية تعكس الاحتفال الودود بهذا الضيف الجديد على الحياة الذى يستأهل منا لو كنا ندرك قيمة الانسان ان نهلل لقدومه ونستبشر به لا ان نقف بكل الوسائل ــ دون قدومه ، افتراضا مسبقا منا أنه سكون صفرا يضاف الى ملايين الأصفار وكأننا نصادر حق الله فى الغيب ونصادر حق أمتنا فى الأصل فى جيل آخر ايجابى وصحيح وشريف لكن الاسلام جعل من حقوق الطفل المعنوية ان نستقبله أحسن استقبال فنسميه اسماً حسناً ونكافىء من يبشر بمولده ونولم لميلاده عقيقة .

أجل لأن انسان ــ لا انسان النظم الوضعية ــ يستحق هذا التكريم والآن لندخل الى موضوعنا حول حقوق الطفل المولود بالفطرة :

عبر المراحل المختلفة التى يهتم بها الاسلام لضمان صلاح الأطفال هناك مرحلة أساسية جداً قد لا يهتم بها الكثيرون ــ للأسف الشديد ــ انها مرحلة صلاح الزوجين النفسية والأخلاقية وصلاحيتهما الجسمية حتى لا يكون للزوجين تأثير سلبى على الذرية الناشئة عن هذا الزواج ومعالجة هذه القضية فى ضوء تعاليم الاسلام نقول : يعتبر الاسلام الأولاد هم الثمرات المرجوة للزوجين وللمجتمع فهم نعمة من الله وزينة الحياة الدنيا قال سبحانه وتعالى « المال والبنون زينة الحياة الدنيا » وقال جل شأنه فى معرض ذكر نعمه على أنبيائه « وجعلنا لهم أزواجاً وذرية » فلا عجب أن ينبه الاسلام الى ضرورة مراعاة أن تكون الزوجية منتجة للأولاد كما ذكر سعد بن منصور قال حدثنا هشيم أنبأنا عبد الله بن عوض عن ابن سيرين أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه بعث رجلا على بعض السعاية فتزوج امرأة وكان عقيماً فقال له عمر رضى الله عنه : أأعلمتها أنك عقيم ؟ قال : لا . قال : فانطلق فأعلمها ثم خيرها » . وصلاح الأولاد ونجابتهم أشد رجاء وأسمى غاية وذلك لا يتحقق الا بصلاح

الأبوين فلا غرو أن نجد الاسلام ينبه الى ضرورة اعتبار هذه الغاية وذلك الرجاء عند الاختيار وقبل الاقدام على الزواج بعد تنبيهه الى أهمية مراعاة التمسك بالدين وأخلاقه بوجه عام زيادة فى تأكيد هذا الأمر وشدة حرص منه على أهمية نجابة الأولاد وصلاح أمورهم يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم منبها الى الأثر المباشر الذى تتركه الزوجية على الوليد جسما وعقلا حسا وروحا « تخيروا لنطفكم فانكحوا الاكفاء وانكحوا اليهم » ؛ وفى رواية « تخيروا لنطفكم فان النساء يلدن أشباه اخوانهن وأخواتهن » ويقول صلى الله عليه وسلم « الناس معادن والعرق دساس وأدب السوء كعرق السوء » وعن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم خطب أم هانىء بنت أبى طالب فقالت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم انى قد كبرت ولى عيال فقال : خير نساء ركبن الابل نساء قريش أحناهن على ولد فى صغره وأرعاهن لزوج فى ذات يده . فالاسلام بهذه التعاليم ينهى عن خطبة المتفرنجات وعن قبول هؤلاء المتفرنجين وذوى المبادىء الاباحية وحتى المنحدرين والمتربين فى هذه البيئات لما يترتب على ذلك من آثار على الأولاد . فالزوجان هما الأداة الحيوية التى تنتقل من خلالها أخلاق الأسرة وتعاليم البيئة من جيل الى جيل كما أنهما الوسيلة الطبيعية التى تضمن للمولود العناية والرعاية الطبيعية حتى يبلغ مبلغ الاستقلال فى الفكر والسلوك معتمداً على تحصيله السابق من الأبوين وبيئتهما وليس من شك فى أنه حينما تكون الاستعدادات الأخلاقية وتعاليم البيئة لدى كل من الأبوين سليمة فان مهمة تربية الطفل تجد أمامها مواد صالحة يمكن العمل على تنحيتها واستثمارها فى حين أنه حينما تكون هذه الاستعدادات سيئة أو ضعيفة فان كل تربية يلقنها الوالدان للأبناء لن تؤدى الا الى افسادهم وانحلال أخلاقهم . وهذا ما يضع الاسلام يدى الناس عليه حين يعين خير الأمهات بالصالحات اللواتى يساهمن فى صلاح الأولاد وخير الأباء بالصالحين الذين يساهمون فى صلاح الأولاد فيقول صلى الله عليه وسلم لمن جاء قائلا : انى أصبت امرأة ذات حسن ومنصب ومال الا أنها لا تلد أفأتزوجها ؟ فنهاه ثم أتاه الثانية فقال له مثل ذلك ، ثم أتاه الثالثة فقال له : « تزوجوا الودود الولود فانى مكاثر بكم الأمم » والودود التى من طبعها الحب والمودة تضفيهما على الزوج والولد وتشيعهما فى البيت والأسرة

فيكون من آثارهما المباشرة نجابة الوليد أوخلوصه من التعقد والقلق النفسى وبهذا يشير الى أهمية شيوع الخلق الفاضل فى البيت كما يشير الى أهمية كون المرأة مظنة كثرة الولد اذا كانت بكراً أو كثيرة الأولاد بالتجربة اذا كانت ثيبا مع ضرورة صلاحها وراثة وبيئة خلقا وسلوكا فكل عيب ينفر الزوج الآخر منه لا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة فيوجب الخيار تطهيرا للبيئة وتوطئة لصلاحها حتى يسلم الولد ويصح جسمه وعقله وسلوكه فلا تصح خطبة البلهاء والمصابين بأمراض معدية كالجذام والبرص وغيرهما فاذا تزوج أحد امرأة فبانت بعد الزواج كذلك ، ردها كما فى سند الامام أحمد من حديث يزيد بن كعب بن عجرة رضى الله عنه « ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بنى غفار فلما دخل عليها ووضع ثوبه وقعد على الفراش أبصر بكشحها بياضاً فنزل عن الفراش ثم قال خذى عليك ثيابك ولم يأخذ مما أتاها شيئا » وفى هذا ما فيه عناية بصحة الأولاد شباب المستقبل ونظرة موضوعية وعقلية لأهمية دور الأمومة ولعل هذا هو ما أصبح كثير من الأطباء ينادى به من ضرورة عرض الزوجين نفسيهما على الطبيب قبل الزواج لمعرفة مدى صلاحية كل منهما للآخر ومدى تأثير ارتباطهما على الذرية وراثيا من نواحى الخلق والأخلاق وهذا ما سبق اليه الاسلام منذ أربعة عشر قرنا من الزمان وطبقه الرسول صلى الله عليه وسلم وطبقه صحابته وتابعوه رضى الله عنهم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب من يصح لعانه
وكيف اللعان وما يوجبه من الأحكام

يصح اللعان من كل زوج بالغ عاقل مختار ، مسلما كان أو كافرا ، حرا كان أو عبدا ، لقوله عز وجل « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين » ولأن اللعان لدرء العقوبة الواجبة بالقذف ونفى النسب ، والكافر كالمسلم ، والعبد كالحر فى ذلك ، فأما الصبى والمجنون فلا يصح لعانهما لانه قول يوجب الفرقة فلم يصح من الصبى والمجنون كالطلاق .

وأما الأخرس فانه ان لم يكن له اشارة معقولة ولا كتابة مفهومة لم يصح لعانه لأنه فى معنى المجنون ، وان كانت له اشارة معقولة أو كتابة مفهومة صح لعانه لأنه كالناطق فى نكاحه وطلاقه ، فكان كالناطق فى لعانه . وأما من اعتقل لسانه فانه ان كان مأيوسا منه صح لعانه بالاشارة كالأخرس ، وان لم يكن مأيوسا منه ففيه وجهان :

(احدهما) لا يصح لعانه لأنه غير مأيوس من نطقه فلم يصح لعانه بالاشارة كالساكت (والثانى) يصح « لأن أمامة بنت أبى العاص رضى الله عنها أصمتت فقيل لها الفلان كذا ولفلان كذا ؟ فأشارت أى نعم ، فرفع ذلك فرؤيت أنها وصية » ولأنه عاجز عن النطق يصح لعانه بالاشارة كالأخرس .

فصل وان كان اعجميا ، فان كان يحسن بالعربية ففيه وجهان :

(أحدهما) يصح لعانه بلسانه لأنه يمين فصح بالعجمية مع القدرة على العربية كسائر الأيمان (والثانى) لا يصح لأن الشرع ورد فيه بالعربية فلم يصح بغيرها مع القدرة كأذكار الصلاة ، فان لم يحسن بالعربية لاعن بلسانه لأنه ليس بأكثر من اذكار الصلاة وأذكار الصلاة تجوز بلسانه اذا لم يحسن بالعربية فكذلك اللعان . وان كان الحاكم لا يعرف لسانه احضر من يترجم عنه . وفى عدده وجهان بناء على القولين فى الشهادة على الاقرار بالزنا (احدهما) يحتاج الى اربعة (والثانى) يكفيه اثنان) .

الشرح يصح اللعان من كل زوجين مطلقين سواء كانا مسلمين أو كافرين أو أحدهما كافر والآخر مسلم وسواء كانا حرين أو مملوكين أو أحدهما حر والآخر مملوك وسواء كانا محدودين أو غير محدودين وبه قال ابن المسيب وسليمان بن يسار والحسن البصرى وربيعة ومالك وأحمد والليث وقال الزهرى والثورى وحماد بن أبى سليمان وأبو حنيفة لا يصح اللعان الا بين زوجين حرين مسلمين غير محدودين فى قذف ، ويصح اللعان بين الفاسقين دليلنا قوله تعالى « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم » الآية وهذا عام يتناول جميع ما ذكرناه ولأنه يمين بالله تعالى يصح من جميع من ذكرناه كسائر الأيمان ويؤيده قوله صلى الله عليه وسلم « لولا الأيمان لكان لى ولها شأن » ولا يصح اللعان من الصبى والمجنون لأنه قول يوجب الفرقة فلم يصح منهما كالطلاق .

فـــرع وأى الزوجين كان أعجميا فان كان يحسن بالعربية فهل يصح لعانه بالعجمية ؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو اسحاق (أحـدهما) يصح لأنه يمين فصحت بالعجمية مع القدرة على العربية كسائر الأيمـان (والثانى) ولم يذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ غيره أنه لا يصح لأنه ليس بأكبر من أذكار الصلاة وأذكار الصلاة تصح بالعجمية اذا لم يحسن العربية فان كان الحاكم يعرف لسانهما لم يحتـج الى مترجم والمستحب أن يحضر أربعة يحسنون لسانهما وان كان الحاكم لا يعرف لسانهما فلابد أن يحضر من يعرف لسانهما • واختلف أصحابنا فى عددهم فمنهم من قال يكفى اثنان كالأيمان فى غير اللعان والمستحب أن يكونوا أربعة ومنهم من قال نبنى على القولين فى الاقرار بالزنا فان قلنا : يقبل منه شاهدان أجزأ فى الترجمة اثنان وان قلنا : لا يثبت الا بأربعة لم يقبل فى الترجمة الا أربع لأنه قـول يثبت به حد الزنا فأشبه الاقرار • قال ابن الصباغ : والأول أصـح ، لأن اللعان لا يتضمن الاقرار بالزنا فان أقرت فعلى القولين هذا مذهبنا • وقال أبو حنيفة : يكفى مترجم واحد دليلنا أنهما يثبتان قولا يحكم به الحـاكم وكان العدد شرطا فيه كسائر الشهادات •

مسـألة وأما الأخرس فان لم يكن له اشارة مفهومة ولا يحسـن يكتب فلا يصح نكاحه ولا بيعه ولا شراؤه ولا قذفه ولا لعانه لأنه فى معنى المجنون وان كانت له اشارة مفهومة أو يحسن أن يكتب فحكمه حكم الناطق ويصح نكاحه وطلاقه ولا يصح قذفه ولعانه (دليلنا) أنه يصح نكاحه وطلاقه فصح قذفه ولعانه كالناطق • ولأنه يصح يمينه من غير لعان فصحت فى اللعان كالناطق • وأما الزوجة اذا كانت خرساء فان كانت لها اشارة مفهومة أو كانت تحسن تكتب فقذفها الزوج فهى كالناطقة فى لعانها وان لم يكن لها اشـارة مفهومة ولا تحسن تكتب فقذفها الزوج فان كانت حاملا لم يكن للزوج أن يلاعنها لأنه لا يلاعنها حتى تطالب بحدها ولا يصح منها المطالبة وان كانت حاملا فله أن يلاعنها لينفى عنه النسب •

فـــرع وان لاعن الأخرس بالاشارة المفهومة ثم زال خرسه وتكلم

وقال : ما قصدت اللعان بما أشرت لم يقبل قوله فيما له وهو قذف الزوجة ويقبل فيما عليه فيطالب بالحد ويلحقه الولد فان قال : أنا ألاعن لنفى الحد والنسب كان له ذلك لأن ذلك انما لزمه لاقراره أنه لم يلاعن فكان له أن يلاعن ، فأما اذا أنكر القذف واللعان معا لم يقبل قوله فى القذف لأنه قد تعلق به حق الغير بحكم الظاهر ولا يقبل انكاره له •

فرع وان قذف امرأته ثم مرض واعتقل لسانه فان قال طبيبان عدلان من أطباء المسلمين ان هذا لا يزول كان كالأخرس وان قالا انه يزول ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح لعانه الا بالنطق لأن هذا يزول فهو كالساكت (والثانى) أنه كالأخرس لما روى أن أمامة بنت أبى العاص أصمتت أى اعتقل لسانها فقيل لها لفلان عليك كذا ولفلان كذا فأشارت أى نعم فرفع ذلك الى الصحابة رضى الله عنهم فرأوا أن ذلك وصية ولأنه عاجز عن النطق فهو كالأخرس •

فرع فى مذاهب العلماء

قال أحمد فى احدى الروايتين رواها سعيد بن منصور : جميع الأزواج يلتعنون ، الحر من الحرة والأمة اذا كانت زوجة • وكذلك المسلم من اليهودية والنصرانية • وقال سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والحسن وربيعة ومالك واسحاق : يصح من كل زوجين مكلفين • مسلمين أو كافرين • عدلين أو فاسقين أو محدودين فى قذف أو كان أحدهما كذلك •

وقال أحمد فى روايته الأخرى : لا يصح اللعان الا من زوجين مسلمين عدلين حرين غير محدودين فى قذف •

وروى هذا عن الزهرى والثورى والأوزاعى وحماد وأصحاب الرأى ، ومأخذ القولين أن اللعان يجمع وصفين اليمين والشهادة ، وقد سماه القرآن شهادة وسماه الرسول صلى الله عليه وسلم يمينا فى حديث « لولا الأيمان لكان لى ولها شأن » فمن غلب حكم الأيمان قال : يصح يمينه • وهذا مذهبنا

ومذهب فقهاء الأمصار كافة الا أبا حنيفة ؛ وأحد روايتى أحمد والزهـرى والثورى والأوزاعى وحماد فانهم اعتبروه شهادة •

دليلنا قوله تعالى « والذين يرمون أزواجهـم » وأنه قد سـماه النبى صلى الله عليه وسلم يمينا • ولأنه يفتقر الى اسم الله والى ذكر القسم المؤكد وجوابه ، ولأنه يستوى فيه الذكر والأنثى ــ بخلاف الشهادة ــ ولو كان شهادة لما تكرر لفظه بخلاف اليمين فانه قد يشرع فيها التكرار كأيمـان القسامة ، ولأن حاجة الزوج التى لا تصح منه الشهادة الى اللعان ونفى الولد كحاجة من تصح شهادته سواء بسواء ؛ والأمر الذى نزل به مما يدعو الى اللعان ، كالذى ينزل بالعدل الحر ، والشريعة الغراء لا ترفع ضرر أحـد النوعين وتجعل له مخرجا مما نزل به ، وتدع النوع الآخر فى الآصـار والاغلال ، فلعله يكون صادقا فنقضى عليه بأن يكون تيسا أو ديوثا ،ولا فرج له مما نزل به ولا مخرج ولا مهرب •

وأما احتجاج أبى حنيفة وأصحابه ومن قال بقوله من الفقهاء ممن ذكرنا آنفا فاستدلوا بقوله تعالى « ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم » ــ « فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله » فاستثنى أنفسهم من الشهداء ، فلا يقبل الا من ليس من أهل الشهادة ، فردنا عليهم أن الله تعالى سماه شهادة لقوله فى يمينه « أشهد بالله » فسمى ذلك شهادة وان كان يمينا • كما قال تعالى « اذا جاءك المنافقون قالوا نشهد انك لرسول الله » اعتبارا بلفظها ، وكيف وهو مصرح فيه بالقسم وجوابه •

وكذلك لو قال أشهد بالله انعقدت يمينه بذلك ؛ سواء نوى اليمين أو أطلق ، والعرب تعد ذلك يمينا فى لغتها واستعمالها • قال قيس بن الملوح الشهير بالمجنون :

فأشهد عند الله أنى أحبهـا فهذا لهـا عندى فما عندها ليا ؟

قال ابن القيم فى الهدى : وفى هذا البيت حجة لمن قال : ان قوله أشهد تنعقد به اليمين ، ولو لم يقل بالله ؛ كما هو احدى الروايتين عن أحمـد •

والثانية لا يكون يمينا الا بالنية ، وهو قول الأكثرين • كما أن قوله أشهد بالله يمين عند الأكثرين بمطلقه • وأما استثناؤه سبحانه أنفسهم من الشهداء فيقال أولا الا ههنا صفة بمعنى غير ، والمعنى ولم يكن لهم شهداء غير أنفسهم، فان غير والا يتعاوضان الوصفية والاستثناء فيستثنى بغير حملا على الا ، ويوصف بالا ، حملا على غير ، ويقال ان أنفسهم مستثنين من الشهداء ولكن يجوز أن يكون منقطعا على لغة تميم فانهم يبدلون فى المنقطع كما يبدل الحجازيون فى المتصل • وكذلك استثنى أنفسهم من الشهداء لأنه نزلهم منزلتهم فى قبول قولهم • وهذا قوى جدا على قول من يرجم المرأة بالتعان الزوج اذا نكلت وهو الصحيح كما سيأتى وكما مضى بعضه • والصحيح أن لعانهم يجمع الوصفين اليمين والشهادة ، فهو شهادة مؤكدة بالقسم والتكرار ، ويمين مغلظة بلفظ الشهادة والتكرار لاقتضاء الحال تأكيد الأمر •

فـــرع اذا كان زائل العقل لجنون فلا حكم لقذفه لأن القلم عنه مرفوع ، فاذا أتت امرأته بولد فنسبه لاحق لامكانه ، ولا سبيل الى نفيه مع زوال عقله ، فاذا عقل فله نفيه حينئذ واستلحاقه ، وان ادعى أنه كان ذاهب العقل حين قذفه ــ وأنكرت ذلك ــ فالحكم لصاحب البينة منهما ، والا فالقول قوله •

وحكى ابن المنذر عن أحمد وأبى عبيد وأصحاب الرأى : اذا كانت المرأة خرساء لم تلاعن لأنها لا تعلم مطالبتها •

قال ابن قدامة : وينبغى أن يكون ذلك فى الأخرس ، وذلك لأن اللعان يفتقر الى الشهادة فلم يصح من الأخرس كالشهادة الحقيقية ، ولأن الحد يدرأ بالشبهات ، والشهادة صريحة كالنطق ، فلا يخلو من احتمال وتردد فلا يجب الحد بها كما لا يجب على أجنبى بشهادته •

وقال القاضى وأبو الخطاب كقولنا : هو كالناطق فى قذفه ولعانه ، ويفارق الشهادة لأنه يمكن حصولها من غيره فلم تدع الحاجة الى الأخرس • وفى اللعان لا يحصل الا منه فدعت الحاجة الى قبوله منه كالطلاق •

مسألة اذا كان أحد الزوجين غير مكلف فلا لعان بينهما لأنه قول تحصل به الفرقة ولا يصح من غير المكلف كسائر الأيمان ،ولا يخلو غير المكلف من أن يكون الزوج أو الزوجة أو هما ، وقد مضى لنا فى الفصول قبله بحث السن والبلوغ والامكان • فليراجع •

والخلاصة أن كل موضع لا لعان فيه فالنسب لا حق فيه ؛ ويجب بالقذف موجبه من الحد والتعزير الا أن يكون القاذف صبيا أو مجنونا فلا ضرب فيه ولا تعزير ، كذلك قال الثورى ومالك وأحمد وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأى وابن المنذر وقال : ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم •

مسألة اذا كان الزوجان يعرفان العربية لم يجز أن يلتعنا بغيرها ، لأن اللعان ورد فى القرآن بلفظ العربية ، وان كانا لا يحسنان ذلك جاز لهما الالتعان بلسانهما لموضع الحاجة ، فان كان الحاكم يحسن لسانهما أجزأ ذلك، وان لم يكن يعرف لسانهما فلابد من ترجمان ، وفى العدد المجزى للترجمة قولان •

(أحدهما) يجزىء اثنان عدلان ، وهو ظاهر قول الخرقى من الحنابلة لأنه قال ولا يقبل فى الترجمة عن أعجمى حاكم ألبتة اذا لم يعرف لسانه من عدلين يعرفان لسانه • وذكر أبو الخطاب رواية أخرى عند الحنابلة أنه يجزىء ترجمان واحد ، وهو قول أبى حنيفة •

(الثانى) لا يجزىء أقل من أربعة ؛ بناء على الشهادة فى الاقرار بالزنا ففيها هذان القولان •

فرع لو شهد شاهد أنه أقر بالعربية أنه قذفها ، وشهد آخر أنه أقر ذلك بالعجمية ؛ فاذا قلنا ان الشاهدين يجزئان تمت الشهادة ؛ وان شهد شاهدان أحدهما أنه قذفها يوم الخميس وشهد الآخر أنه قذفها يوم الجمعة لم تتم الشهادة ، وان شهد أحدهما أنه قذفها بالعربية والعجمية وشهد الآخر أنه قذفها بالعربية فقط فقد اكتملت الشهادة اذا قلنا باجزاء الشاهدين لاتفاقهما فى لغة واحدة • وعند أصحاب أحمد فيمن شهد أحدهما بالقذف

يوم الخميس والآخر بالقذف يوم الجمعة أو شهد أحدهما بالقذف بالعربية والآخر أنه بالعجمة وجهان .

(أحدهما) تكمل الشهادة ، وهو قول أبى بكر ومذهب أبى حنيفة ، لأن الوقت ليس ذكره شرطا فى الشهادة بالقذف وكذلك اللسان ، فلم يؤثر الاختلاف كما لو شهد أحدهما أنه قذفها يوم الخميس بالعربية ، وشهد الآخر أنه قذفها يوم الجمعة بالعجمية (الثانى) لا تكمل الشهادة .

ولنا أنهما قذفان لم تتم الشهادة على واحد منهما فلم تثبت ، كما لو شهد أحدهما أنه تزوجها يوم الخميس وشهد الآخر أنه تزوجها يوم الجمعة ، وفارق الاقرار بالقذف فانه يجوز أن يكون المقر به واحدا أقر به فى وقتين بلسانين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يصح اللعان الا بامر الحاكم لانه يمين فى دعوى فلم يصح الا بامر الحاكم كاليمين فى سائر الدعاوى ، فان كان الزوجان مملوكين جاز للسيد أن يلاعن بينهما ، لانه يجوز أن يقيم عليهما الحد فجاز ان يلاعن بينهما كالحاكم .

فصل واللعان هو أن يقول الزوج أربع مرات « اشهد بالله انى لمن الصادقين » ثم يقول « وعلى لعنة الله ان كنت من الكاذبين » وتقول المرأة اربع مرات « أشهد بالله انه لمن الكاذبين » ثم تقول « وعلى غضب الله ان كان من الصادقين » والدليل عليه قوله عز وجل « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين ، والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ، ويدرأ عنها العذاب أن تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين ، والخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين » فان اخل احدهما بأحد هذه الألفاظ الخمسة لم يعتد به ، لأن الله عز وجل علق الحكم على هذه الألفاظ ، فدل على أنه لا يتعلق بما دونها ، ولانه بينة يتحقق بها الزنا فلم يجز النقصان عن عددها كالشهادة .

وان ابدل لفظ الشهادة بلفظ من الفاظ اليمين بان قال : احلف أو اقسم او اولى ففيه وجهان .

(أحدهما) يجوز لأن اللعان يمين فجاز بألفاظ اليمين (والثانى) أنه لا يجوز لأنه أخل باللفظ المنصوص عليه . وان أبدل لفظ اللعنة بالابعاد أو لفظ الغضب بالسخط ، ففيه وجهان . (أحدهما) يجوز لأن معنى الجميع واحد (والثانى) لا يجوز لأنه ترك المنصوص عليه ، وان أبدلت المرأة لفظ الغضب بلفظ اللعنة لم يجز ، لأن الغضب أغلظ ، ولهذا خصت المرأة به ، لأن المعرة بزناها أقبح ، وأثمها بفعل الزنا أعظم من اثمه بالقذف .

وان أبدل الرجل لفظ اللعنة بلفظ الغضب ففيه وجهان (أحدهما) يجوز، لأن الغضب أغلظ (والثانى) لا يجوز لأنه ترك المنصوص عليه . وان قدم الرجل لفظ اللعنة على لفظ الشهادة أو قدمت المرأة لفظ الغضب على لفظ الشهادة ففيه وجهان (أحدهما) يجوز ، لأن القصد منه التغليظ وذلك يحصل مع التقديم . (والثانى) لا يجوز لأنه ترك المنصوص عليه) .

الشرح لا يصح اللعان الا بحضرة الامام أو الحاكم لأنهما يمين فلم تصح الا بحضرة الحاكم كاليمين فى سائر الدعاوى ولأن من الناس من لا يجيز لعان الذمى والعبد والمحدود وكان موضع اجتهاد فافتقر الى الحاكم كفسخ النكاح بالعيب ولا يصح حتى يستدعى الحاكم اللعان فيقول للزوج : قل أشهد بالله لما روى أن ركانة بن عبد يزيد قال يا رسول الله انى طلقت امرأتى سهيمة البتة فقال النبى صلى الله عليه وسلم ما أردت بالبتة فقال ركانة والله ما أردت به الا واحدة فقال النبى صلى الله عليه وسلم والله ما أردت الا واحدة ؟ فقال النبى صلى الله عليه وسلم والله ما أردت الا واحدة ؟ فقال ركانة والله ما أردت الا واحدة فلما حلف ركانة من قبل أن يستدعيه الى اليمين لم يكتف النبى صلى الله عليه وسلم بذلك منه بل استدعى منه اليمين ثانيا فدل على أنها لا تصح من غير استدعاء فان حكم الزوجان رجلا يصح للحكم يلاعن بينهما فلاعن بينهما فهل يصح ذلك ؟ فيه وجهان يأتى بيانهما فى موضعه وأن زوج الرجل عبده أمته فقذف العبد زوجته فللسيد أن يلاعن بينهما لأنه يملك اقامة الحد عليهما فملك اللعان بينهما كالحاكم .

مسألة واللعان أن يقول الحاكم للزوج أربع مرات قل أشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميت به زوجتى فلانة ابنة فلان من الزنا ويرفع فى نسبها حتى لا يشاركها امرأة له أخرى ان كانت غائبة وان كانت حاضرة قال

فيما رميت من زوجتى فلانة ابنة فلان هذه ويشير اليها • وهل يشترط أن يجمع بين ذكر اسمها وبين الاشارة اليها ؟ فيه وجهان (أحدهما) يشترط أن يجمع بينهما لأن اللعان مبنى على التأكيد والتغليظ فوجب الجمع بينهما (والثانى) لا يشترط أن يجمع بينهما بل يكفى لمن يقول زوجتى هذه لأن اليمين يحصل بذلك كما يكفى فى النكاح أن يقول الولى زوجتك هذه • ويقول الزوج : هذه طالق وان كان هناك ولد أو حمل يريد الزوج نفيه عنه باللعان قال فى كل مرة أشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميت به زوجتى فلانة ابنة فلان من الزنا وأن هذا الحمل أو هذا الولد من الزنا وليس منى وان قال وأن هذا الولد ليس منى ولم يقل وأنه من الزنا لم ينتف عنه لأنه يحتمل أن يريد ليس منى خلقا أو خلقا وان قال وأن هذا الولد من الزنا ولم يقل وليس منى فيه وجهان (أحدهما) وهو قول القاضى أبى حامد أنه ينتفى عنه لأن ولد الزنا لا يكون منه (والثانى) لا ينتفى عنه لجواز أن يعتقد أن الوطء فى النكاح بلا ولى زنا على قول الصيرفى وقد ينكح بلا ولى ويطؤها فيه وذلك ليس بزنا فوجب أن يقول وليس منى لينفى الاحتمال وان قذفها بزناءين ذكرهما فى كل مرة • وان قذفها برجل بعينه ذكره فى كل شهادة • فاذا شهد الزوج بذلك أربع شهادات فالمستحب أن يوقفه الحاكم ويعظه ويقول له انى أخاف ان لم تكن صادقا أن تبوء بلعنة الله ، اتق الله فان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة والخامسة موجبة عليك العذاب ويأمر رجلا يضع يده على فيه فان أبى قال له الحاكم قل : وعلىّ لعنة الله ان كنت من الكاذبين فيما رميت به فلانة ابنة فلان من الزنا وأن هذا الولد من زنا وليس منى • ثم تقول الزوجة ويقول لها الحاكم أربع مرات قولى أشهد بالله أن زوجى فلان ابن فلان من الكاذبين فيما رمانى به من الزنا ان كان زوجها غائبا قال ابن الصباغ وان كان حاضرا أشارت اليه وهل يحتاج الى نسبه والاشارة اليه ؟ على الوجهين ولا تحتاج المرأة الى ذكر الولد فى لعانها لأنه لا حق لها فيه فاذا شهدت بذلك أربع مرات وقفها الحاكم ووعظها كما قلنا فى الزوج وقال لها اتق الله فان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وأن الخامسة موجبة عليك الغضب ويأمر امرأة تضع يدها على فيها فان أبت قال لها الخامسة قولى وعلى غضب الله ان كان زوجى فلان ابن فلان من الصادقين فيما رمانى به من

الزنا والدليل عليه قوله تعالى « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات » الآية وروى ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم لما لاعن بين هلال بن أمية وامرأته قال له يا هلال قم فاشهد ربعا قال له النبى صلى الله عليه وسلم اتق الله يا هلال فان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وأنها موجبة عليك العذاب وفى بعض الاخبار أنه وضع يده على فيه فقال هلال : لا يعذبنى الله عليها كما لم يجن عليها فشهد الخامسة ولما شهدت المرأة أربعا قال لها النبى صلى الله عليه وسلم اتق الله فان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وأن هذه الموجبة التى توجب عليك العذاب قال فتلكأت ساعة ونكصت حتى ظننا أنها سترجع ثم قالت والله لا فضحت قومى فشهدت الخامسة • فان أخل أحدهما ببعض هذه الألفاظ الخمسة لم يتعلق بلعانه حكم ما علق عليه سواء حاكم به حكم أو لم يحكم به • وقال أبو حنيفة : اذا شهد أحدهما مرتين وأتى باللعنة فى الثالثة وحكم الحاكم بالفرقة بذلك ونفى النسب فقد أخطأ ونفذ حكمه دليلنا أن الله علق الحكم بهذه الألفاظ الخمسة وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم لاعن بين العجلانى وامرأته فقال له : قم فاشهد أربعا وذكر اللعن فى الخامسة ثم قال لها قومى فاشهدى أربعا وذكر الغضب فى الخامسة ثم فرق بينهما واذا علق الحكم على عدد لا يتعلق بما دونه كما لو شهد فى الزنا •

فرع اذا قال أحدهما مكان قوله : شهد بالله أحلف بالله أو أقسم بالله أو أولى بالله ففيه وجهان (أحدهما) لا يجزيه لأن الله نص فيه على لفظ الشهاده فاذا عدل عنه الى غيره لم يجزه كما لو نقص العدد المنصوص عليه (والثانى) يجزيه لأن اللعان يمين والحلف والقسم والايلاء صريح فى اليمين والشهادة كناية فيه فلما جاز بالكناية فلأن يجوز بالصريح أولى وان أبدل الرجل مكان لعنه الابعاد بأن قال فى الخامسة وعلى ابعاد الله ان كنت من الكاذبين فيما رميت به فلانة ابنة فلان من الزنا ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لأنه ترك المنصوص عليه (والثانى) يجوز لأن معنى الجميع واحد وان أبدل اللعنة بالغضب ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لأنه ترك النص (والثانى) يجوز لأن فى الغضب معنى اللعن وزيادة لأن اللعنة هى الأبعاد

والاقصاء وفى الغضب هذا وأكبر منه ولأنه قد يكون مبعـــدا ولا يكون مغضوبا عليه ولا يكون مغضوبا عليه الا ويكون مبعداً وان أبدلت المرأة لفظ الغضب بالسخط ففيه وجهان (أحـدهما) لا يجـوز لأنهـا تركت النص (والثانى) يجوز لأن معنى الجميع واحد وان أبدلت لفظ الغضب باللعنـة فقال الشيخ أبو حامد لا يعتد به بلا خلاف بين أصحابنا لأنها عن المنصـوص عليه الى ما هو أخف منه على ما مضى وحكى المسعودى وجها آخر أنه يجوز وليس بمشهور وان قدم الرجل اللعنة على الأربع الشهادات أو أتى به فى أثنائها وقدمت المرأة الغضب على الأربع الشهادات أو أتى به فى أثنائهـا ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لأن المقصود التغليظ والتأكيد بهذه الألفاظ وقد أتى به وان قدم بعضه على بعض (والثانى) لا يجوز لأنه خالف نص القرآن ولأنه يقول فى الخامسة وعلى لعنة الله ان كنت من الكاذبين أى فيما شهدت به فيجب أن يكون ذلك متأخرا عن الشهادة •

فـــرع فى مذاهب العلماء • لا يصح اللعان الا بأمر الحاكم أو من يقوم مقامه • وهذا مذهب أحمد رضى الله عنه • لأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر هلال بن أمية أن يستدعى زوجته اليه ولاعن بينهما • ولأنه اما يمين واما شهادة • فأيهما كان فمن شرطه الحاكم • وان تراضى الزوجان بغير الحـاكم يلاعن بينهما لم يصح ذلك لأن اللعان مبنى على التغليظ والتأكيد فلم يجـز بغير الحاكم كالحد • هذا اذا كانا حرين • وساوى أحمد بين الحرين والعبدين فى وجوب اللعان بمحضر من الحاكم أو من ينوب عنه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل والمستحب أن يكون اللعان بحضرة جماعة « لأن ابن عبـاس وابن عمر وسهل بن سعد رضى الله عنهم حضروا اللعان بحضرة النبى صلى الله عليه وسلم على حداثة سنهم ، والصبيان لا يحضرون المجالس الا تابعين للرجال • فدل على انه قد حضر جماعة من الرجال فتبعهم الصبيان • ولأن اللعان بنى على التغليظ للردع والزجر وفعله أبلغ فى الردع • والمستحب ان يكونوا اربعة لأن اللعان سبب للحد ولا يثبت الحد الا باربعـــة • فيستحب ان يحضر ذلك

العدد . ويستحب أن يكون بعد العصر لأن اليمين فيه أغلظ . والدليل عليه قوله عز وجل « تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله » قيل هو بعد العصر .

وروى ابو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة ولا ينظر اليهم ولهم عذاب أليم : رجل حلف يمينا على مال مسلم فاقتطعه . ورجل حلف يمينا بعد صلاة العصر لقد أعطى بسلعته اكثر مما أعطى وهو كاذب . ورجل منع فضل الماء ، فان الله عز وجل يقول : اليوم أمنعك فضلى كما منعت فضل ماء لم تعمله يداك » .

ويستحب أن يتلاعنا من قيام ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه فى حديث هلال بن أمية « فأرسل اليهما فجاءا فقام هلال فشهد ، ثم قامت فشهدت » ولأن فعله من قيام أبلغ فى الردع . واختلف قوله فى التغليظ بتكرار اللفظ ، وقال فى الآخر : يستحب كالتغليظ فى الجماعة والزمان ، والتغليظ بالمكان أن يلاعن بينهما فى أشرف موضع من البلد الذى فيه اللعان ، فان كان بمكة لاعن بين الركن والمقام ، لأن اليمين فيه أغلظ .

والدليل عليه ما روى « أن عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه رأى قوما يحلفون بين الركن والمقام ، فقال : أعلى دم ؟ قالوا : لا ، قال : أفعلى عظيم من المال ؟ فقالوا لا ، فقال لقد خشيت أن يبهأ الناس بهذا المقام » وان كان فى المدينة لاعن فى المسجد لأنه أشرف البقاع بها ، وهل يكون على المنبر أو عند المنبر ؟ اختلفت الرواة فيه عن النبى صلى الله عليه وسلم فروى أبو هريرة رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « من حلف عند منبرى على يمين آثمة ولو على سواك من رطب وجبت له النار » .

وروى جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من حلف على منبرى هذا بيمين آثمة تبوأ مقعده من النار » فقال أبو أسحاق ان كان الخلق كثيرا لاعن على المنبر ليسمع الناس ، وان كان الخلق قليلا لاعن عند المنبر مما يلى قبر النبى صلى الله عليه وسلم .

وقال أبو على بن أبى هريرة : لا يلاعن على المنبر ، لأن ذلك علو وشرف والملاعن ليس فى موضع العلو والشرف . وحمل قوله على منبرى أى عند منبرى لأن حروف الصفات يقوم بعضها مقام بعض ، وان كان ببيت المقدس لاعن عند الصخرة لأنها اشرف البقاع به وان كان فى غيرها من البلاد لاعن فى الجامع ، وان كانت المرأة حائضا لاعنت على باب المسجد ، لأنه أقرب الى الموضع الشريف . وان كان يهوديا لاعن فى البيعة ، وان كان نصرانيا لاعن فى الكنيسة ، وان كان مجوسيا لاعن فى بيت النار ، لأن هذه المواضع عندهم كالمساجد عندنا » .

الشرح حديث أبى هريرة الأول أخرجه الشيخان فى صحيحيهما • قال العزيزى فى السراج المنير « والذين لا يكلمهم الله يوم القيامة لا ينحصرون فى الثلاثة ، والعدد لا ينفى الزائد » ا هـ •

وقوله « بعد العصر » خصه لشرفه لأنه آخر النهار وقرب أفول الشمس • فينبغى أن لا يكون آخر أعمال المرء سوءا وأشرا • لا سيما وهو وقت اجتماع ملائكة الليل والنهار ورفع الأعمال فيه فغلظت العقوبة •

وقوله « منع فضل مائة » الحاصل أنه اذا حفرها فى موات بقصد الاحياء لنفسه ، أى لينتفع بمائها لم يلزمه الا بذل ما زاد على حاجته • وان حفرها بقصد نفع المسلمين فليس له المنع الا اذا كان يملكه •

أما أثر عبد الرحمن بن عوف فقد أخرجه البيهقى جـ ١٠ ص ١٧٦ قال الشافعى ومن حجتهم فيه مع اجماعهم أن مسلما والقداح أخبرانى عن ابن جريج عن عكرمة بن خالد أن عبد الرحمن بن عوف وساق الأثر • قال الشافعى رحمه الله فذهبوا الى العظيم من الأموال ما وصفت من عشرين دينارا فصاعدا قال وقال مالك يحلف على المنبر على ربع دينار •

أما حديث أبى هريرة الثانى فقد أخرجه أبو داود والامام أحمد وابن ماجه بلفظ « لا يحلف عند هذا المنبر عبد ولا أمة على يمين آثمة ولو على سواك رطب الا وجبت له النار » ورجاله ثقات واسناده صحيح • هكذا فى زوائد ابن ماجه لابن حجر • وحديث جابر أخرجه مالك فى موطئه فى باب ما جاء فى الحنث على منبر النبى صلى الله عليه وسلم من كتاب الأقضية • وفيه أن زيد بن ثابت وابن مطيع اختصما فى دار كانت بينهما الى مروان ابن الحكم — وهو أمير على المدينة — فقضى مروان على زيد باليمين على المنبر • فقال زيد احلف له مكانى • فقال مروان « لا والله الا عند مقاطع الحقوق » قال فجعل زيد يحلف ان حقه لحق ويأبى أن يحلف على المنبر • فجعل مروان يعجب من ذلك •

قال مالك لا أرى أحدا يحلف على المنبر على أقل من ربع دينار وذلك ثلاثة

دراهم . اهـ ـ وروى حديث جابر أبو داود فى الأيمان والنذور « باب ما جاء فى تعظيم اليمين عند النبى صلى الله عليه وسلم » وأحمد بن حنبل فى مسنده. وأخرجه النسائى وصححه ابن خزيمة وابن حبان والحاكم وله شاهد عن أبى أمامة بن ثعلبة مرفوعا عند النسائى أيضاً .

أما الأحكام فاذا أراد الحاكم أن يلاعن بينهما فالمستحب أن يغلظ اللعان باحضار جماعة من الرجال وأقلهم أربعة لأن الزنا ثبت بشهادتهم وقال أبو حنيفة لا يستحب التغليظ بذلك دليلنا أن من روى اللعان عن النبى صلى الله عليه وسلم ثلاثة سهل بن سعد وابن عمر وابن عباس وكل هؤلاء احداث لا يحضرون المجالس الا تبعا لغيرهم وقد روى عن سهل أنه قال حضرته وكان لى خمسة عشر عاما وحضرته مع الناس ولأن الله قال « وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين » واللعان سبب للحد فلما كان حضور الناس مشروعا فى المسبب وهو الحد فكذلك فى السبب وهو اللعان لأنه اذا لم يلاعن حد واذا لاعن حدت ان لم تلاعن والمستحب أن يغلظ الحاكم اللعان بالوقت وأن يجعله بعد العصر قال المسعودى ويكون ذلك يوم الجمعة لأنه أفضل الأزمنة وقال أبو حنيفة لا يستحب ذلك . دليلنا قوله تعالى « تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله » قال أهل التفسير هو بعد صلاة العصر فدل على أن للزمان تأثيرا فى اليمين وروى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة ولا ينظر اليهم ولهم عذاب أليم رجل حلف بعد صلاة العصر لقد أعطى بسلعته أكثر مما أعطى وهو كاذب ، ورجل منع فضل ماء قال الله : اليوم أمنعك فضلى كما منعت فضل ما لم تعمله يداك ويستحب أن يشهد الرجل وهو قائم لقوله صلى الله عليه وسلم : قم يا هلال فاشهد ولأنه أبلغ فى الردع فان لم يقدر على القيام لاعن وهو جالس أو مضطجع لأنه ليس بأوكد من الصلاة والصلاة يجوز فيها ترك القيام للعجز عنه فاللعان بذلك أولى وتكون المرأة قاعدة حال لعان الزوج لأنه لا حاجة الى قيامها حال لعان الزوج فاذا أرادت أن تشهد قامت لقوله صلى الله عليه وسلم للمرأة « قومى فاشهدى » .

اذا ثبت هذا فان المكان الذى قلنا يستحب اللعان فيه أو يجب هو أن

يلاعنها بأشرف موضع فى البلد الذى فيه اللعان فان كان بمكة لاعن بينهما بين الركن والمقام لما روى « أن عبد الرحمن بن عوف مر بقوم يحلفون رجلا بين البيت والمقام فقال أفعلى دم ؟ قالو لا قال أفعلى عظيم من المال ؟ قالوا لا قال:لقد خشيت أن يبهأ الناس بهذا المقام » وروى « بهذا البيت » يقال بهؤا بالشيء اذا استخف بحرمته وان كان بالمدينة لاعن بينهما فى مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم فروى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من حلف عند منبرى على يمين اشهد ولو بسواك من رطب وجبت له النار » وروى جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال:«من حلف على منبرى هذا بيمين آثمة تبوأ مقعده من النار » واختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحق هى على اختلاف حالين فان كان الخلق فى المسجد كثيراً بحيث لو كان تحت المنبر لم يبلغهم لعانه فانه يلاعن على المنبر والموضع الذى قال عند المنبر أراد اذا كان الخلق فى المسجد قليلا يبلغهم لعانه اذا كان تحت المنبر وقال أبو على ابن أبى هريرة لا يلاعن على المنبر بحال لأن صعود المنبر علو وشرف واللعان للردع والنكال وليس فى موضع العلو والشرف وحمل الخبر والنص فى قوله على المنبر على أنه أراد به عند المنبر لأن حروف الصفات يقوم بعضها مقام بعض • قال الشيخ أبو حامد : وهذا ليس بصحيح لأنه علو وشرف لأنه لو جاز أن يقال لا يكون على المنبر لأنه علو وشرف لوجب أن يقال انه لا يلاعن أيضا عند المنبر لهذا المعنى وان كان اللعان فى بيت المقدس لاعن بينهما عند الصخرة لأنه أشرف البقاع بها ، وان كان فى غير ذلك من البلاغ لاعن بينهما فى جوامعها قال ابن الصباغ ولا يختص بذلك المنبر لأنه لا مزية لبعض المنابر على بعض ويخالف المدينة فان النبى صلى الله عليه وسلم قال « بين قبرى ومنبرى روضة من رياض الجنة » وان كانت المرأة حائضا لم يحل لها دخول المسجد لقوله صلى الله عليه وسلم « لا أحل المسجد لجنب ولا حائض » وتكون قائمة على باب المسجد فاذا شهد الزوج بعث اليها الحاكم جماعة ليشهد على باب المسجد وان قام اليها فلا بأس بذلك •

فرع وان كان اللعان بين زوجين كافرين لهما دين لاعن بينهما فى المواضع التى يعظمونها فان كانا يهوديين لاعن بينهما فى البيعة وان كانا

نصرانيين لاعن بينها فى الكنيسة وان كانا مجوسيين لاعن بينهما فى بيت النار لأنهم يعظمون هذه المواضع كما يعظم المسلمون المساجد • واللعان يراد للردع وقد يرتدع الانسان فى الموضع الشريف عنده عن المعصية لهيبة الموضع وخوف تعجيل العقوبة ؛ وهذه المواضع شريفة عندهم وكان موضع لعانهم كالمساجد للمسلمين فان قيل : فاذا حضر الحاكم معهما فى هذه المواضع فقد يشاركهما بالمعصية فى تعظيمها فالجواب أن المعصية انما تحصل بتعظيم هذه المواضع والحاكم لا يعظمها وانما يدخلها ليلاعن بينهما ولا معصية فى دخولها فان كانا مشركين لا دين لهما كعبدة الأوثان والزنادقة وتحاكما الينا فان الحاكم يلاعن بينهما حيث كان جالسا للحكم اما فى داره أو مجلسه • وان كان فى المسجد لاعن بينهما لأنهما لا يعتقدان شريف موضع بل البقاع عندهم سواء هذا نقل البغداديين وقال المسعودى : يدخل المسجد ويلاعن بينهما فيه رجاء أن يلحقه شؤمه ، فان اليمين الغموس تدع الديار بلاقع • وان كانت الذمية تحت مسلم ولاعن بينهما فان المسلم يلاعن فى المسجد ويوجه الحاكم المرأة الى الموضع التى تعظمه فيلاعن فيه قال الشافعى : فان سألت المشركة أن تحضر فى المسجد حضرت الا أنها لا تدخل المسجد الحرام فقال الشيخ أبو حامد : أراد بذلك الذمية اذا كانت تحت مسلم وطلبت أن تلاعن زوجها فى المسجد جاز لها ذلك فى جميع المساجد الا المسجد الحرام وانما يكون ذلك اذا رضى الزوج به ، فأما اذا طلب الزوج أن يلاعنها فى الموضع الذى تعظمه كان له ذلك • وقال القاضى أبو حامد : بل أراد الشافعى اذا كانا كافرين وأرادت المرأة أن تلاعنه فى المسجد كان لها لأن التغليظ عليه بالمكان الذى تعظمه حق لها فاذا رضيت باسقاطه كان لها ذلك ولابد أن يشترط رضاه فى لعانها بالمسجد أيضا لأن التغليظ عليها بالمكان حق له أيضا هذا مذهبنا وقال أبو حنيفة : يجوز للمشرك أن يدخل كل المساجد وقال مالك : لا يجوز للمشرك دخول مسجد من المساجد بحال دليلنا قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا » ومنطوق الآية دليلنا على أبى حنيفة ودليل خطابها دليل على مالك •

فرع فى مذاهب العلماء فانه يستحب أن يكون اللعان بمحضر

جماعة المسلمين صغارا كانوا أو كبارا • فقد رويت أخبار المتلاعنين بحضرة النبى صلى الله عليه وسلم عن ابن عباس وابن عمر وسهل بن سعد رواية من حضروها وسمعوا تفصيلاتها وكانوا حدثاء السن • فان عبد الله بن عباس ولد قبل الهجرة بثلاث سنين ، وكان ابن ثلاث عشرة سنة اذ توفى رسول الله صلى الله عليه وسلم • هذا قول الواقدى والزبير بن بكار •

قال أهل السير : ولد عبد الله بن عباس فى الشعب قبل خروج بنى هاشم منه وذلك قبل الهجرة بثلاث سنين •

وروينا من وجوه عن سعيد بن جبير عن ابن عباس قال توفى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا ابن عشر سنين • وقد قرأت المحكم ــ يعنى المفصل ــ هذه رواية أبى بشر عن سعيد بن جبير • وقد روى عن ابن اسحاق عن سعيد بن جبير عن ابن عباس قال : قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا ختين • أو قال : مختون • قال ابن عبد البر : ولا يصح •

وقال عبد الله بن أحمد حدثنا أحمد بن حنبل • حدثنا سليمان بن داود ، حدثنا شعبة عن ابن اسحاق قال : سمعت سعيد بن جبير يحدث عن ابن عباس قال : توفى رسول الله صلى الله علنه وسلم وأنا ابن خمس عشرة سنة • قال عبد الله بن أحمد قال أبى : وهذا هو الصواب •

قال أبو عمر بن عبد البر وما قاله أهل السير والعلم بأيام الناس عندى أصح والله أعلم ــ وهو قولهم : ان ابن عباس كان ابن ثلاث عشرة سنة يوم توفى رسول الله صلى الله عليه وسلم • ومات ابن عباس سنة ثمان وستين فى أيام ابن الزبير وكان قد أخرجه من مكة الى الطائف فمات بها وهو ابن سبعين سنة وصلى عليه محمدا بن الحنفية وكبر عليه أربعا وقال اليوم مات ربانى هذه الأمة وضرب على قبره فسطاطا • وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم من وجوه كثيرة قوله له : « اللهم علمه الحكمة • اللهم علمه التأويل • اللهم فقهه فى الدين » •

أما عبد الله بن عمر فقد أسلم مع أبيه وهو صغير لم يبلغ الحلم • وقيل

انه أسلم قبل أبيه ولا يصح • وأصح من ذلك أن هجرته كانت قبل هجرة أبيه • وأجمعوا أنه لم يشهد بدرا ، واختلف فى شهوده أحدا • والصحيح أن أول مشاهده الخندق •

وقال الواقدى : كان ابن عمر يوم بدر ممن لم يحتلم فاستصغره رسول الله صلى الله عليه وسلم ورده وأجازه يوم أحد • وعن نافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رده يوم أحد لأنه كان ابن أربع عشرة سنة • وأجازه يوم الخندق وهو ابن خمس عشرة وقد عرف عنه رضى الله عنه الاتباع وشدة التحرى والاحتياط والتوقى فى فتواه ويقولون أنه من أعلم الصحابة بمناسك الحج وقد كان مولعا به حتى فى أيام الفتنة حيث كان يحج كل عام •

أما سهل فهو ابن سعد بن مالك بن خالد بن ثعلبة الساعدى الخزرجى الأنصارى يكنى أبا العباس • روى ابن عبد البر باسناده الى محمد ابن اسحاق عن الزهرى قال : قلت لسهل بن سعد « ابن كم كنت يومئذ — يعنى يوم المتلاعنين ؟ — قال ابن خمس عشرة » وروى باسناده عن الزهرى عن سهل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم توفى وهو ابن خمس عشرة سنة• وعمر سهل حتى أدرك الحجاج وامتحن به • وتوفى سنة ثمان وثمانين وهو ابن ست وتسعين • وقد بلغ المائة • ويقال : انه آخر من بقى بالمدينة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم حكى ابن عيينة عن أبى حازم : سمعت سهل بن سعد يقول « لو مت لم تسمعوا أحدا يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم » •

اذا تقرر هذا فان هؤلاء الصبيان انما كانوا يحضرون تبعا للرجال • ولأن اللعان مبنى على التغليظ والمبالغة فى الردع به والزجر ، فان فعله فى الجماعة أبلغ فى ذلك • ويستحب أن يكون ذلك بعد العصر لتعرض من يحلف كاذبا منهما لغضب الله لحديث « ثلاثة لا يكلمهم الله » الذى ساقه المصنف • كما يستحب أن ينقصوا عن أربعة ؛ لأن بينة الزنا الذى شرع اللعان من أجل الرمى به أربعة • وليس شىء من هذا واجبا • كما يستحب أن يتلاعنا قياما • فيبدأ بالزوج حيث يلتعن وهو قائم • فاذا فرغ قامت المرأة

فالتعنت وهى قائمة • لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لهلال ابن أمية « قم فاشهد أربع شهادات » ولأنه اذا قام شاهده الناس فكان أبلغ فى شهرته فاستحب كثرة الجمع وليس ذلك واجبا • وبهذا كله قال أحمد وأبو حنيفة • قال ابن قدامة : ولا أعلم فيه مخالفا • قلت : الا فيما يتعلق بالزمان فقد خالفنا فيه أصحاب أحمد وأبو حنيفة • قالوا : لأن الله تعالى أطلق الأمر بذلك ولم يقيده بزمن ولا مكان فلا يجوز تقييده الا بدليل • ولأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر الرجل باحضار امرأته ولم يخصه بزمن • ولو خصه بذلك لنقل ولم يهمل • وخالفهم فى ذلك أبو الخطاب من الحنابلة فقال بقولنا •

ولنا أنه يستحب أن يتلاعنا فى الأزمان والأماكن التى تعظم • ولأن حديث « ثلاثة لا يكلمهم الله » وقت فى الوعيد على من حلف بعد العصر • فناسب أن يراعى هذا استكمالا لكل معانى الردع والزجر •

أما المكان ففيه قولان (أحدهما) أن التغليظ به مستحب كالزمان (والثانى) أنه واجب • لأن النبى صلى الله عليه وسلم لاعن عند المنبر فكان فعله بيانا لما أوضحه الله فى كتابه هذا نقل أصحابنا البغداديين وقال القفال : هل يجب التغليظ بالمكان والزمان ؟ فيه قولان كالمكان ومن أصحابنا الخرسانيين من قال هل يجب التغليظ بحضور الجماعة ؟ فيه قولان كالمكان• والمشهور هو الأول هذا مذهبنا وقال أبو حنيفة : لا يستحب المكان دليلنا أن النبى صلى الله عليه وسلم لاعن بينهما على المنبر فثبت للمكان تأثير فى المتلاعنين ومعنى التغليظ بالمكان أنهما اذا كانا بمكة لاعن بينهما بين الركن والمقام فانه أشرف البقاع • وان كانا فى المدينة فعند منبر النبى صلى الله عليه وسلم • وان كانا ببيت المقدس فعند الصخرة • وان كانا فى سائر البلدان ففى مساجدها • وان كانا كافرين بعث بهما الى الموضع الذى يعتقدان قال القرطبى أو كانا مجوسيين ففى بيت النار • وان كانا وثنيين أو لا دين تعظيمه • وان كانا يهوديين أو نصرانيين فالكنيسة • وان كانا غير ذلك ـ قال القرطبى : أو كانا مجوسيين ففى بيت النار • وان كانا وثنيين أو لا دين لهما ففى مجلس حكمه • وان كانت المسلمة حائضا وقلنا : ان اللعان بينهما

يكون فى المسجد وقفت على بابه ولم تدخله ، لأن ذلك أقرب المواضع اليه .

وقال أبو على بن أبى هريرة لا يصعد الملاعن على المنبر اذ لا يليق بالمنبر أن يصعد عليه ملاعن لشرف المنبر وعلو مكانته . وبكل ما قررنا قال الأئمة كافة ولم أعلم لهم مخالفا . قال الشافعى فى الأم فى باب « أين يكون اللعان » فاذا لاعن الحاكم بين الزوجين بمكة لاعن بينهما بين المقام والبيت — الى أن قال : وكذلك يلاعن بين كل زوجين فى مسجد كل بلد . ويبدأ فيقيم الرجل قائما والمرأة جالسة . فيلتعن ثم يقيم المرأة قائمة فتلتعن . الا أن يكون بأحدهما علة لا يقدر على القيام معها فيلتعن جالسا أو مضطجعا اذا لم يقدر على الجلوس . وان كانت المرأة حائضا التعن الزوج فى المسجد والزوجة فى الكنيسة وحيث تعظم . وان شاءت الزوجة المشركة أن يحضر الزوج المسلم فى المساجد كلها حضرته الا أنها لا تدخل المسجد الحرام لقوله تعالى « انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا » .

ثم قال رضى الله عنه « وان أخطأ الامام بمكة أو المدينة أو غيرهما فلاعن بين الزوجين فى غير المسجد لم يعد اللعان عليهما لأنه قد مضى اللعان عليهما ولأنه حكم قد مضى بينهما وكذلك ان لاعن ولم يحضر أحدهما الآخر . قال : واذا كان الزوجان مشركين لاعن بينهما معا فى الكنيسة وحيث يعظمان . واذا كانا مشركين لا دين لهما تحاكما الينا لاعن بينهما فى مجلس الحكم . اهـ

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **واذا أرادا اللعان فالمستحب للحاكم ان يعظهما لما روى ابن عباس رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم ذكرهما واخبرهما ان عذاب الآخرة اشد من عذاب الدنيا . فقال هلال : والله لقد صدقت عليها . فقالت : كذب . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعنوا بينهما » وان كانت المرأة غير برزة بعث اليها الحاكم من يستوفى عليها اللعان . ويستحب أن يبعث معه اربعة .**

فصل ويبدأ بالزوج ويأمره أن يشهد ، لأن الله تعالى بدأ به وبدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم فى لعان هلال بن أمية . ولأن لعانه بينة لاثبات الحق . ولعان المرأة بينة الانكار . فقدمت بينة الاثبات .

فان بدأ بلعان المرأة لم يعتد به لأن لعانها اسقاط الحد . والحد لا يجب الا بلعان الزوج فلم يصح لعانها قبله . والمستحب اذا بلغ الزوج الى كلمة اللعنة والمرأة الى كلمة الغضب ان يعظهما . لما روى ابن عباس رضى الله عنه قال « لما كان فى الخامسة قيل يا هلال اتق الله فان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، وان هذه الموجبة التى توجب عليك العذاب . فقال : والله لا يعذبنى الله عليها كما لم يجلدنى عليها فشهد الخامسة . فلما كانت الخامسة قيل لها : اتق الله فان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة . وان هذه الموجبة التى توجب عليك العذاب . فلتكأت ساعة ثم قالت والله لا افضح قومى فشهدت الخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين » ويستحب أن يأمر من يضع يده على فيه فى الخامسة . لما روى ابن عباس رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر رجلا ان يضع يده على فيه عند الخامسة يقول انها موجبة » .

فصل وان لاعن وهى غائبة لحيض أو موت قال : أشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميت به زوجتى فلانة . ويرفع فى نسبها حتى تتميز . وان كانت حاضرة ففيه وجهان .

(أحدهما) يجمع بين الاشارة والاسم . لأن مبنى اللعان على التأكيد . لهذا تكرر فيه لفظ الشهادة . وان حصل المقصود بمرة .

(والثانى) انه تكفيه الاشارة لأنها تتميز بالاشارة كما تتميز فى النكاح والطلاق .

فصل وان كان القذف بالزنا كرره فى الالفاظ الخمسة . فان قذفها بزناءين ذكرهما فى الألفاظ الخمسة ، لأنه قد يكون صادقا فى أحدهما دون الآخر فان سمى الزانى بها ذكره فى اللعان فى كل مرة ، لأنه الحق به المعرة فى افساد الفراش فكرره فى اللعان كالمرأة .

فاذا قذفها بالزنا وانتفى من الولد قال فى كل مرة : وان هذا الولد من زنا وليس منى . فان قال : هذا الولد ليس منى ولم يقل من زنا لم ينتف لأنه يحتمل أن يريد انه ليس منى فى الخلق أو الخلق . وان قال هذا الولد من زنا ولم يقل وليس منى ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول القاضى أبى حامد المروروذى انه ينتفى منه لأن ولد الزنا لا يلحق به (والثانى) وهو قول الشيخ أبى حامد

الاسفرايني انه لا ينتفى لانه قد يعتقد ان الوطء فى النكاح بلا ولى زنا على قول أبى بكر الصيرفى فوجب أن يذكر انه ليس منى لينتفى الاحتمال) .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : ويبدأ الرجل باللعان حتى يكمله ، فاذا أكمله خمسا التعنت المرأة . وان أخطأ الحاكم فبدأ بالمرأة فالتعنت ولو لم يبق من لعان الرجل الا حرف واحد من قبل أن الله عز وجل بدأ بالرجل فى اللعان فلا يجب على المرأة لعان حتى يكمل الرجل اللعان. لأنه لا معنى لها فى اللعان الا اذا رفعت الحد عن نفسها . والحد لا يجب حتى يلتعن الرجل ثم يجب لعانها لتدفع الحد عن نفسها والا حدت .

واذا بدأ الرجل فالتعن قبل أن يأتى الحاكم أو بعد ما أتاه قبل أن يأمره بالالتعان أو المرأة أو هما أعاد أيهما بدأ قبل أمر الحاكم اياه بالالتعان . لأن ركانة أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بطلاق امرأته البتة وحلف له فأعاد النبى صلى الله عليه وسلم اليمين على ركانة ثم رد اليه امرأته بعد حلفه بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يرد امرأته اليه قبل حلفه بأمره . اهـ .

اذا تقرر هذا فان ألفاظه خمسة فى حق كل واحد منهما . وصفته أن الامام يبدأ بالزوج فيقيمه ويقول له : قل أربع مرات ويلقنه الصيغة التى مضى ذكرها ثم يشير اليها ويشير الى نسبها وتسميتها . وان كانت غائبة أسماها ونسبها فقال : امرأتى فلانة بنت فلان ويرفع فى نسبها حتى ينفى المشاركة بينها وبين غيرها . فاذا شهد أربع مرات وقفه الحاكم وقال له : اتق الله فانها الموجبة . وعذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وكل شىء أهون من لعنة الله ، ويأمر رجلا فيضع يده على فيه حتى لا يبادر بالخامسة قبل الموعظة ، ثم يأمر الرجل فيرسل يده عن فيه فان رآه يمضى فى ذلك قال له : قل ان لعنة الله على ان كنت من الكاذبين فيما رميت به زوجتى هذه من الزنا . ثم يأمر المرأة بالقيام ويقول لها : قولى أشهد بالله أن زوجى هذا لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا وتشير اليه . وان كان غائبا أسمته ونسبته . فاذا كررت ذلك أربع مرات وقفها ووعظها كما ذكرنا فى حق الزوج . ويأمر امرأة فتضع

ندها على فيها • فان رآها تمضى على ذلك قال لها قولى وأن غضب الله عليها ان كان زوجى هذا من الصادقين فيما رمانى به من الزنا •

وسئل أحمد بن حنبل رضى الله عنه : كيف يلاعن ؟ قال : على ما فى كتاب الله ثم ذكر ما قررناه من اللعان • فان أبدل لفظا منها فظاهر كلام الأصحاب أن فيه وجهين (أحدهما) أنه يعتد به • وهو ما ذهب اليه الخرقى من الحنابلة أنه يجوز أن يبدل قوله : انى لمن الصادقين بقوله لقد زنت لأن معناهما واحد • ويجوز لها ابدال انه لمن الكاذبين بقولها لقد كذب • لأنه ذكر صفة اللعان كذلك واتباع لفظ النص أولى وأحسن •

وان أبدل لفظة أشهد بلفظ من ألفاظ اليمين فقال : أحلف أو أقسم أو أولى فكذلك مثله • وان كان الصحيح فى هذا الأخير لا يصح • لأن ما اعتبر فيه لفظ الشهادة لم يقم غيره مقامه كالشهادات فى الحقوق • ولأن اللعان يقصد فيه التغليظ واعتبار لفظ الشهادات أبلغ فى التغليظ فلم يجز تركه • ولهذا لم يجز أن يقسم بالله من غير كلمة تقوم مقام أشهد •

وأما موعظة الامام لهما بعد الرابعة وقبل الخامسة فهى مستحبة فى قول أكثر أهل العلم • وكذلك وضع يد على فى الملاعن لما رواه أبو اسحاق الجوزجانى باسناده فى حديث المتلاعنين قال « فشهد أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين • ثم أمر به فأمسك على فيه فوعظه وقال : ويحك كل شىء أهون عليك من لعنة الله ثم أرسل فقال : لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين • ثم دعاها فقرأ عليها فشهدت أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين • ثم أمر بها فأمسك على فيها وقال : ويحك كل شىء أهون عليك من عذاب الله • وذكر الحديث » •

قال الشافعى فى الأم : ثم تقام المرأة فتقول أشهد بالله أن زوجى فلانا وتشير اليه ان كان حاضرا لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا • ثم تعود حتى تقول ذلك أربع مرات • فاذا فرغت من الرابعة وقفها الامام وذكرها الله تبارك وتعالى • وقال لها : احذرى أن تبوئى بغضب من الله عز وجل ان لم تكونى

صادقة فى أيمانك • فان رآها تمضى وحضرتها امرأة أمرها أن تضع يدها على فيها • وان لم تحضرها فرآها تمضى قال لها : قولى وعلى غضب الله ان كان من الصادقين فيما رمانى به من الزنا • فاذا قالت ذلك فقد فرغت من اللعان • وانما أمرت بوقفهما وتذكيرهما أن سفيان أخبرنا عن عاصم بن كليب عن أبيه عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر رجلا حين لاعن بين المتلاعنين أن يضع يده على فيه الخامسة وقال : انها موجبة •

مسألة اذا كان بينهما ولد فانه يشترط أن يقول : هذا الولد من زنا وليس هو منى • لأنه اذا اقتصر على قوله : ليس هو منى ــ يعنى فى الخلق أو فى الخلق • ولم تقتصر على قوله من زنا لأنه قد يعتقد أن الوطء فى نكاح فاسد زنا فأكدنا بذكرهما جميعا •

وقال ابن قدامة من الحنابلة : ان نفى الولد فى اللعان فاكتفى به كان كمن ذكر اللفظتين • وما ذكروه من التأكيد تحكم بغير دليل • ولا ينتفى الاحتمال بضم احدى اللفظتين الى الأخرى فانه اذا اعتقد أنه من وطء فاسد واعتقد أن ذلك زنا صح منه أن يقول اللفظين جميعا • وقد يريد أنه لا يشبهنى خلقا وخلقا أو أنه من وطء فاسد • فان لم يذكر الولد فى اللعان لم ينتف عنه • وان أراد نفيه أعاد اللعان ويذكر نفى الولد • اهـ

وهذه المسألة لأصحابنا فيها وجهان (أحدهما) قول القاضى أبى حامد المروروذى أنه اذا نسبه الى الزنا ولم ينفه عن نفسه فقد انتفى منه • لأن ولد الزنا لا يلحق به فكان نفيه بالزنا كافيا فى أن لا يلحق به •

(والثانى) قول الشيخ أبى حامد الاسفراييني أن نسبته الى الزنا لا يكفى فى نفيه لأنه قد يعتقد أن الوطء فى النكاح بلا ولى زنا • لأن أبا بكر الصيرفى من أصحابنا يقول « ان النكاح بلا ولى زنا » وبقوله هذا قال كثير من الفقهاء والمحدثين لحديث « أيما امرأة نكحت بغير وليها فهى زانية ، فهى زانية ، فهى زانية » وقد مضى تخريجه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل واذا لاعن الزوج سقط عنه ما وجب بقذفه من الحـــد أو التعزير والدليل عليه ما روى عبد الله بن عباس رضى الله عنه « أن هلال بن أمية قذف امرأته فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : البينة أو حد فى ظهرك . فقال هلال والذى بعثك بالحق انى لصادق . ولينزلن الله فى أمرى ما يبـرىء ظهرى من الحد فنزلت « والذين يرمون أزواجهم » فسرى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ابشر يا هلال جعل الله لك فرجا . فقال هلال قد كنت أرجو ذلك من ربى عز وجل » وان قذفها برجل فسماه فى اللعان سقط عنـه حده ، لانه سماه فى اللعان فسقط حده كالمرأة . فان لم يسمه فى اللعان ففيه قولان .

(احدهما) يسقط حده لأنه احد الزانيين فسقط حده باللعان كالزوجة .

(والثانى) لا يسقط حده لأنه لم يسمه فى اللعان فلم يسقط حده كالزوجة اذا لم يسمها . فعلى هذا اذا أراد اسقاط حده استأنف اللعان وذكره وأعـاد ذكر الزوجة .

فصـــل وان نفى باللعان نسب ولد انتفى عنه لما روى ابن عمر رضى الله عنه « أن رجلا لاعن امرأة فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وانتفى عن ولدها . ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما والحق الولد بالمرأة » فان لم يذكر النسب فى اللعان أعاد اللعان لأنه لم ينتف باللعان الأول .

الشرح حديث عبد الله بن عباس سبق تخريجه حيث قلنـا رواه البخارى وأحمد وأبو داود والترمذى وابن ماجـه والدارقطنى . وحديث ابن عمر أخرجه أحمد والشيخان وأصـحاب السـنن وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه والدارقطنى أما غريبه فقوله « فسرى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم » أى كشف . كأنه هم كشفه الله عن صدره .

قال ابن بطال : ومثله الحديث الآخر « فاذا مطرت السحابة سرى عنه » . أى كشف عنه الخوف .

قال ابن الصباغ فى الشامل : قصة هلال بن أمية نزلت فيها الآية . وأما

قوله صلى الله عليه وسلم فى قصة عويمر العجلانى « ان الله قد أنزل فيك وفى صاحبتك » فمعناه ما نزل فى قصة هلال بن أمية •

أما الأحكام فاذا لاعن الرجل امرأته تعلق بلعانها ستة أحكام (أحدها) سقوط حد القذف عنه وبه قال عمر وعثمان وابن مسعود وعثمان البتى وقال أبو حنيفة لا يجب على الزوج حد القذف لزوجته فلا يكون لعانه مسقطا لذلك ودليلنا ما روى ابن عباس أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء فقال له النبى صلى الله عليه وسلم « البينة والا حد فى ظهرك فقال هلال : والذى بعثك بالحق انى لصادق ولينزلن الله فى أمرى ما يبرىء ظهرى من الحد فنزلت آية اللعان « والذين يرمون أزواجهم » فسرى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أبشر يا هلال قد جعل الله لك فرجا ومخرجا فقال هلال : قد كنت أرجو ذلك من ربى تعالى » •

فـــرع وان قذفها بزنا برجل بعينه فقد وجب عليه حدان حد لها وحد للمقذوف فاذا التعن وذكر الزانى فى اللعان سقط عنه الحدان فان لم يسمعه ففيه وجهان (أحدهما) يسقط حده وبهذا قال أبو حنيفة وأصحاب أحمد ومالك (والثانى) لا يسقط حده لأنه لم يسمه فى اللعان فلم يسقط وقال أبو حنيفة اذا قذفها برجل بعينه وجب عليه له حد القذف ولم يجب لها عليه حد وانما يجب عليه اللعان فان طلبت الزوجة اللعان فلاعنها حد بعد ذلك للأجنبى وان طلبت الأجنبى أن يحد له أو لا حد له ولا يلاعن زوجته لأن المحدود لا يلاعن عنده فخالف فى ثلاثة مواضع (أحدها) لا يجب على الزوج حد القذف بقذف امرأته (والثانى) ان المحدود بالقذف لا يلاعن وقد مضى الدليل عليه فى ذلك (الثالث) أنه اذا قذف زوجته برجل معين فسماه فى اللعان يسقط عنه ما وجب عليه له من حد القذف عندنا ، وعنده لا يسقط دليلنا قوله تعالى « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم » الآية فجعل الله موجب القذف للزوجة اللعان ولم يفرق بين أن يقذفها برجل معين أو غير معين ولأن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك ابن سحماء ولاعن النبى صلى الله عليه وسلم بينهما ولم يوجب النبى صلى الله عليه وسلم على هلال بقذفه لشريك بن سحماء شيئا فدل على أنه سقط باللعان

فان قالوا : كان شريك بن سحماء يهوديا فلا يجب الحد بقذفه قلنا ثبت فى جهته ان كان يهوديا فانه يجب التعزير بقذفه وحكم التعزير فى الوجوب والسقوط واحد وان لاعنها ولم يذكر الزانى فى اللعان ففيه قولان (أحدهما) سقط عنه حد القذف لأن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك ابن سحماء ولم ينقل أنه ذكره فى اللعان ولم يوجه النبى صلى الله عليه وسلم الى شريك أن له التعزير عند هلال فدل على أن ذلك سقط باللعان ولأنه رماهما بزنا واحد فاذا ثبت صدقه فى جهته فلا يعزر له لأنه لا يتبعض (والثانى) لا يسقط عنه وهو الأصح لأنه حد يسقط باللعان فكان من شرط سقوطه ذكره فى اللعان كحد المرأة • وأما الخبر فانما لم يعرفه النبى صلى الله عليه وسلم لأن الظاهر أنه بلغ شريك بن سحماء فعلى هذا ان أراد أن يسقط حده أعاد اللعان وذكر الزوجة والزانى بها • وان رماها بالزنا برجل بعينه ولم يقم عليهما البينة ولم يلاعن فجاءآ أو طالبا أن يحد لهما فكم يحد لهما ؟ من أصحابنا من قال : فيه قولان (أحدهما) يحد لهما حدين (والثانى) يحد لهما حدا واحداً كما قلنا فيمن قال لرجلين : زنيتما ، ومنهم من قال : يحد لهما حدا واحدا قولا واحدا لأنه رماهما بزنا واحد بخلاف ما لو قال لاثنين زنيتما فانه قذف كل واحد منهما بزنا فاما اذا جاءت الزوجة وحدها فطالبته بحدها فحد لها ثم جاء الرجل المرمى فطالب بحده فان قلنا فى التى قبلها : يجب لكل واحد منهما حد فانه يحد له ثانيا وان قلنا يجب لها حد واحد لم يحد لأنه قد استوفى منه وان عفت المرأة عن حدها فطالب المقذوف بحده حد له لأنهما حقان لآدميين فلم يسقط أحدهما بسقوط حق الآخر كالديون وان اعترفت المرأة أن الرجل المرمى بها زنى بها سقط عن حد قذفها ووجب على الزوجة حد قذف الرجل لأنها قذفته وكذلك يجب على الزوج حد القذف له أيضا لأنه قذفه •

(الحكم الثانى) المتعلق بلعان الزوج أنه يجب على الزوجة حد الزنا بلعان الزوج وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وعثمان البتى : لا يجب عليها حد • دليلنا قوله تعالى « والذين يرمون أزواجهم » الآية فموضع الدليل منها قوله « ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات » والعذاب هاهنا

هو الحد ولأن لعان الزوج كالبينة فى سقوط حد قذفها عنه فكان كالبينة فى ايجاب حد الزنا عليها ولها ان تسقط ما وجب عليها من حد الزنا بلعان الزوج بلعانها لقوله تعالى « ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات » الآية وان كان الزوج قد قذفها برجل بعينه وذكره فى اللعان لم يجب على المقذوف حد الزنا بذلك لأنه لا يصح منه اسقاط ذلك باللعان فلم تجب عليه حد القذف باللعان •

(الحكم الثالث) ان كان هناك حمل أو ولد منفصل ونفاه الزوج باللعان انتفى عنه ولحق بالمرأة وقال عثمان البتى : لا ينتفى عنه •

دليلنا ما روى ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم لاعن بين هلال ابن أمية وامرأته ففرق بينهما وقضى أن لا يدعى الولد لأب وأنها لا ترمى ولا ولدها فمن رماها أو ولدها فعليه الحد فان لم يذكر الزوج الولد فى اللعان وأراد نفيه أعاد اللعان وذكره لأنه لم ينفه باللعان الأول واذا عارضته المرأة باللعان فانها لا تذكر الولد فى لعانها لأنه لا سبيل لها الى اثبات النسب ولا الى نفيه قال الطبرى : وكل موضع كان المقصود من اللعان نفى الولد لا غير هل تعارضه المرأة باللعان ؟ فيه وجهان •

(الحكم الرابع) اذا لاعنها وهى زوجته وقعت الفرقة بينهما بفراغه من اللعان وقال عثمان البتى لا يقع باللعان فرقة وقال أبو حنيفة لا يقع باللعان وانما يفرق الحاكم بينهما اذا فرغ الزوج من اللعان فلو طلقها الزوج بعد اللعان وقبل أن يفرق الحاكم بينهما وقع الطلاق لما روى ابن عمر أن رجلا لاعن امرأته فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرق النبى صلى الله عليه وسلم بينهما وفى رواية ابن عباس أن هلال بن أمية لاعن امرأته ففرق النبى صلى الله عليه وسلم بينهما فلو وقعت الفرقة بينهما باللعان لما افتقر الى الفرق بينهما وروى أن العجلانى لما لاعن امرأته عند رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ان أمسكتها فهى طالق ثلاثا فقال له النبى صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها ولم ينكر النبى صلى الله عليه وسلم قوله : ان أمسكتها ولا طلاقه • ودليلنا ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ان المتلاعنين

لا يجتمعان » فأخبر أن المتلاعنين لا يجتمعان وأن الفرقة وقعت بينهما باللعان ولأنها فرقة متجردة عن عوض لا تنفرد به المرأة فوجب أن يقع بقول الزوج وحده كالطلاق فقولنا متجردة عن عوض احتراز من الخلع وقولنا لا ينفرد به المرأة احتراز من الفسخ بالعنة والاعسار بالنفقة ، وأما الجواب عن روايتى ابن عمر وابن عباس فهذه قضية فى عين لا يمكن ادعاء العموم فيها فيحتمل أنه أراد فرق بينهما فى الزوجية ويحتمل فرق بين أبدانهما وخبرنا هو قول النبى صلى الله عليه وسلم ظاهر لا احتمال فيه • وأما الجواب عن خبر العجلانى فان معنى قول النبى صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها أى الى الامساك والطلاق لأنها قد بانت باللعان لأن العجلانى ظن أن الفرقة لم تقع باللعان فلذلك طلقها ولهذا لما قال له النبى صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها قال أين مالى ؟ أى اذا لم يكن لى امساكها ولا طلاقها فأين الذى أعطيتها فقال النبى صلى الله عليه وسلم ان كنت صادقا فبما استحللت من فرجها يعنى أنك دخلت بها وان كنت كاذبا فأبعد ، يعنى أنك دخلت بها وكذبت عليها •

(الحكم الخامس) ان الفرقة باللعان فسخ ويقع به التحريم مؤبدا وقال مالك وربيعة وداود : لا يقع زوال الفراش والتحريم الا بلعانهما جميعا وقال أبو حنيفة ومحمد : الفرقة الواقعة باللعان طلقة ثانية ولا يتأبد التحريم دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « المتلاعنان لا يجتمعان أبدا » فموضع الدليل منه على مالك وداود أن هذا يقتضى فى حال تلاعنهما كما يقال متضاربان فى حال تضاربهما فأما بعد فراغهما من اللعان فانما يقال كانا متلاعنين وهذا لا يكون الا على ما قلناه وموضع الدليل منه على أبى حنيفة قوله لا يجتمعان أبدا وهذا نص وفى رواية ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم لاعن بين هلال بن أمية وامرأته وفرق بينهما وقضى أن لا يثبت لها ولد منه لأجل أنهما يفترقان لا عن طلاقها ولا عن وفاة واذا ثبت أنه ليس بطلاق ولا عن وفاة كان فسخا •

فرع وان تزوج امرأة وأبانها ثم قذفها بزنا أضافه الى حال الزوجية وكان هناك نسب فلاعن لنفيه أو تزوج امرأة تزويجا فاسدا وأتت

بولد يمكن أن يكون منه فلاعن لنفيه فهل تحرم عليه المرأة على التأبيد ؟ فيه وجهان •

(أحدهما) لا تحرم لأن التحريم يتعلق بفرقة اللعان ولم يقع به تحريم مؤبد •

(والثانى) يحرم على الفاسد وهو الأصح لأن كل سبب أوجب تحريما مؤبدا اذا صادف الزوجية أوجبه وان لم يصادف زوجية كالرضاع فقولنا تحريما مؤبدا احتراز من الطلاق ولأن اللعان قد صح فتعلقت به أحكامه وهذا من أحكامه وان تزوجها وقذفها ولم يكن هناك نسب نفاه باللعان فلاعنها لاسقاط الحد ثم بان أن النكاح كان فاسدا قال القاضى أبو الطيب لم تحرم وجها واحدا لأنا بينا أن اللعان كان فاسدا لأن اللعان لا يثبت فى النكاح الفاسد الا لينفى الولد واذا لم يكن هناك تبينا أن اللعان كان فاسدا فلم يتعلق به التحريم •

فرع وان تزوج الرجل أمة ثم اشتراها وأقر بوطئها بعد الشراء ثم أتت بولد فان أتت به لأقل من ستة أشهر من وقت الشراء ولستة أشهر فصاعدا من وقت النكاح لحقه الولد من جهة النكاح فان أراد نفيه باللعان كان له نفيه باللعان كان له نفيه واذا نفاه باللعان انتفى عنه وهل يحرم عليه وطء الأمة على التأبيد أو يحل له وطؤها بملك اليمين ؟ فيه وجهان قال ابن الحداد : لا يحرم عليه وقال أكثر أصحابنا : تحرم عليه على التأبيد وهو الأصح ووجههما ما ذكرناه فى التى قبلها وان أتت به لستة أشهر فما زاد من وقت الوطء بعد البرء ألحقه الولد فان ادعى أنه استبرأها بعد الوطء بحيضة ولم يطأها بعده فالمنصوص أنه يحلف وينتفى عنه من غير لعان قال أبو العباس وفيه قول آخر أنه يلاعن لنفيه وليس بصحيح وان لم يدع الاستبراء ولكنه قال هذا الولد ليس منى ففيه قولان حكاهما القاضى أبو الطيب •

(أحدهما) أنه يلاعن لنفيه كما يلاعن لنفى الولد من النكاح •

(والثانى) وهو المشهور أنه لا يلاعن لنفيه لأنه يمكنه نفيه بدعوى

الاستبراء ويحلف عليه • فاذا قلنا يلاعن لنفيه فهل يحرم عليه وطء الأمة على التأبيد ؟ فيه وجهان مضى ذكرهما • (الحكم السادس) المتعلق بلعان الزوجة أنه سقط احصانها فى حق الزوج فان قذفها الزوج لم يجب عليه الحد لأن اللعان فى حقه كالبينة وان قذفها أجنبى فهل يسقط احصانها فى حقه ؟ فيه وجهان وان عارضته باللعان قال ابن الصباغ عاد احصانها فى حق الجميع وقد مضى ذلك •

فـــرع استدل بحديث ابن عمر على أن الولد ينتفى باللعان ، وأن يذكر فى صيغة اللعان ، وعن أحمد أنه ينتفى بمجرد اللعان وان لم يتعرض الرجل لذكره فى اللعان • قال الحافظ ابن حجر : وفيه نظر ، لأنه لو استلحقه لحقه ؛ وانما يؤثر اللعان فى دفع حد القاذف عنه وثبوت زنا المرأة •

قال الشافعى رضى الله عنه ان نفى الولد فى الملاعنة انتفى ، وان لم يتعرض له فله أن يعيد اللعان لانتفائه ولا اعادة على المرأة • وان أمكنه الرفع الى الحاكم فأخر بغير عذر حتى ولدت لم يكن له أن ينفيه كما فى الشفعة ، واستدل بالحديث أيضا على أنه لا يشترط فى نفى الولد التصريح بأنها ولدته من زنا ولا بأنه استبرأها بحيضة • وقد مضى ايضاحه • وعن المالكية أنه يشترط ذلك •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ويجب على المرأة حد الزنا ، لأنه بينة حقق بها الزنا عليها فلزمها الحد كالشهادة ، ولا يجب على الرجل الذى رماها به حد الزنا ، لأنه لا يصح منه درء الحد باللعان فلم يجب عليه الحد باللعان •

فصـــل وان كان اللعان فى نكاح صحيح وقعت الفرقة لحديث ابن عمر رضى الله عنه وحرمت عليه على التأبيد لما روى سهل بن سعد الساعدى رضى الله عنه قال « مضت السنة فى المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبدا » فان كان اللعان فى نكاح فاسد ، أو كان اللعان بعد البينونة فى زنا أضافه الى حال الزوجية فهل تحرم المرأة على التأبيد ؟ فيه وجهان • (أحدهما)

تحرم ، وهو الصحيح ، لان ما اوجب تحريما مؤبدا اذا كان فى نكاح أوجبه وان لم يكن فى نكاح كالرضاع .

(والثانى) لا يحرم ، لان التحريم تابع للفرقة ولم يقع بهذا اللعان فرقة فلم يثبت به تحريم .

فصل **وللمراة ان تدرا حد الزنا عنها باللعان لقوله عز وجل « ويدرا عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين » ولا تذكر المراة النسب فى اللعان لانه لا مدخل لها فى اثبات النسب ولا فى نفيه .**

فصل **اذا لاعن الزوج ثم اكذب نفسه وجب عليه حد القذف ان كانت المراة محصنة او التعزير ان لم تكن محصنة ولحقه النسب لأن ذلك حق عليه فعاد بتكذيبه ولا يعود الفراش ولا يرتفع التحريم لانه حق له فلا يعود بتكذيبه نفسه وان لاعنت المراة ثم اكذبت نفسها وجب عليها حد الزنا لانه لا يتعلق بلعانها اكثر من سقوط حق الزنا وهو حق عليها فعاد باكذابها) .**

الشرح حديث ابن عمر هو الذى ذكرناه آنفا . وحديث سهل ابن سعد الذى أخرجه أحمد والشيخان وأبو داود والنسائى وابن ماجه والدارقطنى . وقد مضى بلفظه وفيه قصة عويمر العجلانى وسياق المصنف يفيد أن عبارة « مضت السنة فى المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان » من قول سهل بن سعد . بيد أن الروايات التى فى الكتب المذكورة قال ابن عمر « فكانت سنة المتلاعنين » وفى رواية متفق عليها . أى فى مسند أحمد والصحيحين « ذاكم التفريق بين كل متلاعنين » وفى لفظ لأحمد ومسلم « وكان فراقه اياها سنة فى المتلاعنين » وزاد أبو داود عن القعنبى عن مالك فكانت تلك ــ وهى اشارة الى الفرقة . وقال مسلم ان قوله وكان فراقه اياها سنة بين المتلاعنين مدرج [1] وكذا ذكر الدارقطنى فى غريب مالك اختلاف الرواة على ابن شهاب . وذكر ذلك الشافعى فى الأم الى أن نسبته الى ابن شهاب لا تمنع نسبته الى سهل . ويؤيد ذلك ما وقع فى رواية لأبى

---

(١) المدرج هو أن تزاد لفظة فى متن الحديث من كلام الراوى فيحسبها من يسمعها مرفوعة فى الحديث فيرويها . وقد صنف الحافظ أبو بكر الخطيب فى ذلك كتابا حافلا سماه : فصل الوصل لما ادرج فى النقل . وقد يكون الادراج فى الاسناد على تفصيل نذكره فى مناسبته .

داود عن سهل قال « فطلقها ثلاث تطليقات عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان ما صنع عند رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة . وفى نسخة الصغانى قال أبو عبد الله ــ يعنى البخارى ــ وقوله « ذلك تفريق بين المتلاعنين » من قول الزهرى وليس من الحديث .

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : ومتى التعن الزوج فعليها أن تلتعن فان أبت حدت ــ الى ان قال ــ وان امتنعت من اليمين وهى مريضة فكانت ثيبا رجمت . ا هـ .

(قلت) ولا يجب اقامة الحد على الرجل الذى زنى بها ، لأننا اذا قلنا يجب أن يقام عليها الحد ببينة الزنا بلعان الزوج فانه يدرأ عنهما الحد أن تلاعنه . واذا كان على الزوج حد القذف فانه يدرأ عنه ذلك بلعانه . أما الذى رميت به فليس له أن يشترك فى الملاعنة ليدرأ عن نفسه فعلا يجب عليه الحد لأجله فلم يكن عليه حد . وبصورة أخرى نقول : لما كان اللعان لدرء الحد ، ولما كان لا لعان عليه كان لا حد عليه .

فــرع قال الشافعى رضى الله عنه فاذا أكمل الزوج الشهادة والالتعان فقد زال فراش امرأته ولا تحل له أبدا بحال . وان أكذب نفسه لم تعد اليه التعنت أو لم تلتعن ، حدت أو لم تحد ، قال : وانما قلت هذا لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « الولد للفراش » وكانت فراشا فلم يجز أن ينفى الولد عن الفراش الا بأن يزول الفراش فلا يكون فراشا أبدا .

ثم ساق حديث ابن عمر ثم قال « وكان معقولا فى حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا ألحق الولد بأمة أنه نفاه عن أبيه وأن نفيه عن أبيه بيمينه والتعانه لا بيمين أمه على كذبه بنفيه ، ومعقول فى اجماع الناس أن الزوج اذا أكذب نفسه ألحق به الولد وجلد الحد ، لأنه لا معنى للمرأة فى نفيه ؛ وأن المعنى للزوج بما وصفت من نفيه ؛ وكيف يكون لها معنى فى يمين الزوج

ونفى الولد والحاقه ، والولد بكل حال ولدها لا ينفى عنها انما عنه ينفى واليها ينسب اذا نسب .

فـــرع سبق أن قلنا ان مذهبنا حصول الفرقة بلعان الزوج وحده وان لم تلتعن المرأة لأنها فرقة حاصلة بالقول فتحصل بقول الزوج وحـده كالطلاق . وقال سائر الأئمة : ان الشرع أمر بالتفريق بين المتلاعنين ، وانما فرق النبى صلى الله عليه وسلم بينهما بعد تمام اللعان منهما . فاذا قلنا بأن اللعان منه يوجب الفرقة بينهما وتحرم عليه على التأبيـد اذا كان نكاحهـما صحيحا . أما اذا كان النكاح فاسدا أو بعد بينونة فى زنا أضافه الى حـال الزوجية ، فهل تكون محرمة على التأبيد ؟ وجهان ذكرهما المصنف .

فـــرع الفرقة باللعان فسخ عندنا . وقال أبو حنيفة : هى طـلاق لأنها فرقة من جهة الزوج تختص النـكاح فكانت طلاقا كالفرقة بقـوله أنت طالق . ولنا أنها فرقة توجب تحريما مؤبدا فكانت فسخا كفرقة الرضاع ، ولأن اللعان ليس بصريح فى الطلاق ولا نوى به الطلاق فلم يكن طلاقا كسـائر ما ينفسخ به النكاح وبهذا قال أحمد وأصحابه ، واستدلوا كذلك بكونه لو كان طلاقا لوقع بلعان الزوج دون لعان المرأة .

فـــرع (قوله اذا لاعن الزوج ثم أكذب نفسه) الخ .

قال فى المصباح شرح غريب الشرح الكبير للرافعى : وأكذب نفسه وكذبها بمعنى اعترف بأنه كذب فى قوله السابق .

قال الكسائى : وتقول العرب أكذبته بالألف اذا أخبرت بأن الذى حدث كذب . انتهى .

مســـألة وان لاعن الزوج ثم أكذب نفسه عاد كل حق عليه وهـو وجوب الحد عليه ولحوق النسب الذى نفاه به وعادت حصانتها فى حقه ولا يعود كل حق له وهو عودة الزوجية وارتفاع التحريم على التأبيد وبه قال عمر وعثمان وابن مسعود والأوزاعى ومالك والثورى وأبو يوسف وأحمد واسحق

وقال أبو حنيفة ومحمد : يقع التحريم على التأبيد اذا كذب نفسه أو اذا حد في قذف ووافقنا أن الزوجيـة لا تعود وانما يجـوز له أن يبتـدىء عقد النكاح عليها وقال سعيد بن المسيب : اذا كذب نفسه عادت الزوجية دليلنا ما روى ابن عباس وابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « المتلاعنان لا يجتمعان أبداً » وهذا نص ولم يفرق وروى عن سهل بن سعد الساعدى أنه قال : « فرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المتلاعنين ثم جرت السنة أن لا يجتمعان أبدا » وذلك يقتضى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وان نفى باللعان نسب ولد فمات الولد ثم أكذب الزوج نفسه لحقه نسب الولد سـواء خلف الميت ولدا أو لم يخلف وسـواء كان موسرا أو معسرا وقال أبو حنيفة : ان خلف الميت ولدا ذاكرا أو أنثى صح رجوعه وثبت نسب الولد منه وان لم يخلف الميت ولدا لم يصح رجوعه لأنه منهم في الرجوع ليرث • دليلنا أنه اعترف بنسب كان نفاه باللعان فلحقه كما لو كان المنفى حيا وكما لو خلف ولدا •

فـــرع وان قذف الرجل امرأته بالزنا فاعترفت بزناها نظرت فان أقرت بعد لعان الزوج فان اقرارها بالزنا لا ينفع لأن جميع أحكام اللعان قد تعلقت بلعان الزوج ولا يكون لها اسقاط ما وجب عليها من حد الزنا بلعانها ، لأنها قد أقرت بالزنا قبل أن يلاعن الزوج ووجب عليها حد الزنا ولا يجب على الزوج حد القذف • وان لم يكن هناك نسب فليس للزوج أن يلاعـن لأن اللعان لدرء حد القذف أو لنفى النسب وليس هناك واحد منهـما وان كان هناك نسب فللزوج أن يلاعن لنفيه فاذا لاعن لنفيه فهل يقـع الفـرقة المؤبدة بينه وبين الزوجة ؟ على الوجهين فيمن لاعنها بعد البينونة وقد مضى ذكرهما • هذا مذهبنا وقال أبو حنيفة : ان كان هناك نسب لحقه وليس له نفيه باللعان ، ولا يجب عليه حد الزنا وهذا بناء على أصلين •

(أحدهما) أن حد الزنا لا يثبت عنده بالاقرار به مرة وانما يثبت عنـده اذا أقر به أربع مرات في أربعة مجالس •

(والثانى) أن النسب لا ينتفى عنده الا بلعانها وحكم الحاكم واللعان

لا يصح منهما لأنها اعترفت بالزنا فلا يلاعن على ما اعترفت به ولا يصح أن يحكم الحاكم بنفيه عنه وحكى عن أبى حنيفة أنه قال ان كانت المرأة عفيفة وكذبته كان له أن ينفى ولدها وان كانت فاجرة وصدقته لم يكن له أن ينفى ولدها • ودليلنا قوله تعالى « والذين يرمون أزواجهم » الآية ولم يفرق بين أن تقر الزوجة أو لا تقر ولأنه يحتاج الى القذف وتحقيقه باللعان لنفى النسب فكان له ذلك كما لو لم تقر الزوجة •

فـــرع فى مذاهب العلماء فى اكذاب نفسه

وهذا أصرح ما فى النعوت من حكاية غير الواقع ، وترى الفقهاء ينزهون ألسنتهم فيما بينهم عن استعمال هذه الكلمة فيقولون عند احتمال الكذب : ليس الأمر كذلك • وعند احتمال الغلط أو التلبيس يقولون : لا نسلم ويشيرون الى المطالبة بالدليل تارة والى الخطأ فى النقل تارة والى التوقف تارة ، فاذا أغلظوا فى الرد قالوا : ليس كذلك وليس بصحيح ؛ وقد رأيت بعض من يتسمون بسماع العلم فى عصرنا يتراشقون بالتكذيب وما هو أشد منه فى أمور خلافيـــة ، فيخرجون عن آداب البحث وعن حياء أهل المجادلة من حملة العلم العاملين •

ونعود فنقول وجب على الزوج حد القذف بعد الاكذاب ، وبهذا قال أحمد وأبو ثور وأصحاب الرأى ومالك ولا نعلم لهم مخالفـــا ، وذلك لأن اللعان أقيم مقام البينة فى حق الزوج فاذا أكذب نفسه بان أن لعانها كذب وزيادة فى هتكها وتكرار لقذفها فلا أقل من أن يجب الحد الذى كان واجبا بالقذف المجرد للحرة البالغة ، فالصبية ليست محصنة وكذلك غير الحـرة ؛ فان عدل عن اكذاب نفسه وقال : لى بينة أقيمها بزناها أو أراد أسقاط الحد عنه باللعان لم يسمع منه خلافه ، وهذا فيما اذا كانت المقذوفة محصنة ؛ فان كانت غير محصنة فعليه التعزير ؛ وفى ذلك كله يلحقه نسب الولد ، سـواء كان الولد حيا أو ميتا ، غنيا أو فقيرا ، وبهذا قال أحمـد وأبو ثور • وقال الثورى : اذا استلحق الولد الميت نظرنا ــ فان كان ذا مال ــ لم يلحقه لأنه انما يدعى مالا، وان لم يكن ذا مال لحقه •

وقال أصحاب الرأى : ان كان الولد الميت ترك ولدا ثبت نسبه من المستلحق وتبعه ابنه ، وان لم يكن ترك ولدا لم يصح استلحاقه ولم يثبت نسبه ولا يرث منه المدعى شيئا لأن نسبه منقطع بالموت فلم يصح استلحاقه ، فاذا كان له ولد كان مستلحقا لولده وتبعه نسب الميت .

دليلنا أن هذا ولد نفاه باللعان فكان له استلحاقه كما لو كان حيا أو كان له ولد ولأن ولد الولد يتبع نسب الولد ، وقد جعل أبو حنيفة نسب الولد تابعا لنسب ابنه فجعل الأصل تابعا للفرع وذلك باطل .

فأما قول الثورى : انه انما يدعى مالا ، قلنا انما يدعى النسب والميراث والمال تبع له ، فان قيل : هو منهم فى أن غرضه حصول الميراث ، قلنا : ان النسب لا تمنع التهمة لحوقه ، بدليل أنه لو كان له أخ يعاديه فأقر بابن لزمه وسقط ميراث أخيه ولو كان الابن حيا وهو غنى والأب فقير فاستلحقه فهو متهم فى ايجاب نفقته على ابنه ويقبل قوله ، فكذلك ههنا ، ثم كان ينبغى أن يثبت النسب ههنا لأنه حق للولد ولا تهمة فيه ، ولا يثبت الميراث المختص بالتهمة، ولا يلزم من انقطاع التبع انقطاع الأصل .

ونخلص من كل ما سبق أن أربعة أحكام تعلقت باللعان ، حقان عليه وحقان له ، فما عليه وجوب الحد ولحوق النسب ، وما له الفرقة والتحريم المؤبد ، فاذا أكذب نفسه قبل قوله فيما عليه ، فلزمه الحد والنسب فلم يقبل فيما له ، فلم تزل الفرقة أو التحريم المؤبد .

وعن أحمد رواية : ان أكذب نفسه حلت له وعاد فراشه بحاله . قال ابن قدامة : هى رواية شاذة شذ بها حنبل عن أصحابه .

فرع للمرأة فى ملاعنته حق نفى الزنا ودرء الحد عن نفسها فان هى أكذبت نفسها بعد أن لاعنته وجب أن يقام الحد عليها لأن حق الزنا عليها قد أضاعته بلعانها فعاد باكذابها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان مات الزوج قبل اللعان وقعت الفرقة بالموت وورثته الزوجة لأن الزوجية بقيت الى الموت ، فان كان هناك ولد ورثه ، لأنه مات قبل نفيه ، وما وجب عليه من الحد أو التعزير بقذفها سقط بموته ، لأنه اختص ببدنه وقد فات . وان ماتت الزوجة قبل لعـان الزوج وقعت الفـرقة بالموت وورثها الزوج ، لأن الزوجية بقيت الى الموت ، وان كان هناك ولد فله ان يلاعن لنفيه ، لأن الحاجة داعية الى نفيه ، فان طالبه ورثتها بحد القذف لاعـــن لاسقاطه ، ولا يسقط من الحد لو لم يلاعن شيء لحقه من الارث كما يسقط ما لها عليه من القصاص ، لأن القصاص ثبت مشتركا بين الورثة ، فاذا سقط ما يخصه بالارث سقط الباقي وحد القذف يثبت جميعه لكل واحد من الورثة ، ولهـذا لو عفا بعضهم عن حقه كان للباقين ان يستوفوا الجميع ، فان مات الولد قبـل ان ينفيه باللعان جاز له نفيه باللعان ، لأنه يلحقه نسبه بعد الموت فجاز لهنفية ، واذا نفاه لم يرثه لأنا تبينا باللعان انه لم يكن ابنه .

فصـــل اذا قذف امرأته وامتنع من اللعان فضرب بعض الحد ثم قال : أنا الاعن سمع اللعان وسقط ما بقى من الحد ، وكذلك اذا نكلت المـرأة عن اللعان فضربت بعض الحد ، ثم قالت : أنا الاعن سمع اللعان وسقط بقيـة الحد ، لأن ما أسقط جميع الحد أسقط بعضه كالبينة .

فصـــل اذا قذفها ثم تلاعنا ثم قذفها نظرت ـ فان كان بالزنا الذى تلاعنا عليه ـ لم يجب عليه حد لأن اللعان فى حقه كالبينة ، ولو أقام البينـة على القذف ثم أعاد القذف لم يجب الحد ، فكذلك اذا لاعن .

وان قذفها بزنا آخر ففيه وجهان (أحدهما) انه لا يجب الحد ، لأن اللعان فى حقه كالبينة ، ثم بالبينة يبطل احصانها فكذلك باللعان (والثانى) يجب عليه الحد ، لأن اللعان لا يسقط الا ما يجب بالقذف فى الزوجية لحاجته الى قذف الزوجة وقـد زالت الزوجية باللعـان فزالت الحاجة الى القذف فلزمه الحد ، وان تلاعنا ثم قذفها أجنبى حد ، لأن اللعان حجة يختص بها الزوج فلا يسقط به الحد عن الاجنبى فان قذفها ولاعنها ونكلت عن اللعان فحدت فقـد اختلف أصحابنا فيها ، فقال أبو العباس : لا يرتفع احصانها الا فى حق الزوج، فان قذفها اجنبى وجب عليه الحد لأن اللعان حجة اختص بها الزوج فلا يبطـل به الاحصان الا فى حقه . وقال أبو اسحاق : يرتفع احصانها فى حق الزوج والأجنبى ، فلا يجب على واحد منهما الحد بقذفها ، لأنها محـدودة فى الزنا فلم يحد قاذفها ، كما لو حدت بالاقرار أو البينة .

مسألة اذا قذف الرجل زوجته فمات الزوج قبل أن يلاعن أو قبل أن يكمل اللعان فقد سقط عنه الحد بموته لأنه اختص ببدنه وقد مات وورثته الزوجة لأن الفرقة لا تقع الا بلعانه ولم يوجد • وان كان هناك ولد أراد نفيه لم ينتف عنه وورثه ، لأنه مات قبل أن ينفيه فان أراد باقى الورثة أن يلاعن لنفيه لم يكن لهم ذلك ، لأنه مشارك لهم فى الظاهر بالميراث فلو قبلنا لهم أن ينفوه لكان له أن ينفيهم وهذا متناقض وليس للمرأة أن تلاعن لأنها انما تلاعن لدرء الحد عنها والحد انما يجب عليها بلعان الزوج ولم يوجد • وان مات الزوج بعد لعانه وقبل لعانها كان لها أن تلاعن لاسقاط الحد عنها لأن ذلك قد وجب عليها بلعانه فكان لها اسقاطه كما لو كان حيا • وان قذف زوجته فماتت الزوجة قبل أن يلاعن الزوج أو قبل أن يكمل لعانه ورثها الزوج لأنها ماتت وهى زوجته فورثها • فان كان هناك ولد منها يريد نفيه كان له أن يلاعن لنفيه لأن الحاجة داعية الى اللعان لنفيه عنه وان لم يكن هناك ولد منها يريد نفيه فان كان لها وارث وطالبه بحد القذف كان له أن يلاعن لدرء الحد عنه لأن الحاجة كانت داعية لدرء الحد عنه بذلك فان كان لم يأت بشىء من لفظ اللعان فى حياتها استأنف اللعان • وان كان قد أتى بشىء من لفظ اللعان فى حياتها قال الشيخ أبو حامد : فان تطاول الزمان استأنف اللعان وان لم يتطاول الزمان بنى على اللعان الأول وان لم يكن لها وارث غير الزوج بأن كان ابن عم لها أو مولى لم يكن له أن يلاعن لأنه لا حاجة به الى اللعان ومن أصحابنا من قال : له أن يلاعن ليسقط الحد عن نفسه والأول أصح وان لم يكن لها وارث غير المسلمين كان له أن يلاعن لاسقاط الحد عن نفسه ، فان قيل : هو من المسلمين وهو وارثها فالجواب أن حد القذف يجب لبعض الورثة ولا يسقط سقوط بعضه ولهذا لو عفى بعض الورثة عن حقه منه ثبت الجميع لمن لم يعف واذا لاعن بعد موته فان ميراثه لا يسقط عنها بذلك لأن الفرقة لم تقع به •

فرع وان قذف امرأته وانتفى من ولدها فمات الولد قبل أن يلاعن الأب لنفيه أو قبل أن يكمل اللعان فله أن يلاعن بعد موته وقال أبو حنيفة : ليس له أن يلاعن لنفى الولد بعد موته لأنه لا حاجة به الى نفيه

بعد الموت . دليلنا أن الحاجة تدعو الى نفيه بعد الموت كما تدعو الى نفيه في حياته لأنه يلحقه نسبه بعد موته كما يلحقه في حياته لأنه يقال هذا قبر ابن فلان كما يقال في حياته هذا ابن فلان فكان له نفي النسب الفاسد عنه لئلا لا يعير به ولأنه يكون غائبا فتأتي امرأته بولد ويبلغ ذلك الولد ويولد له ولد ثم يموت ويقدم الغائب فيحتاج الى نفي أولاد ذلك الولد كما يحتاج الى نفي الولد في حياته ، ولا ينتفي عنه أولاد الولد الا بنفي الولد فان اتت امرأته بولدين توأمين فقال : ما هما مني فأراد نفيهما باللعان فمات أحدهما قبل اللعان أو قبل كماله فله أن ينفيهما معا باللعان فان نفى أحدهما واقر بالآخر أو ترك نفيه لحقه لأنهما من حمل واحد فاذا أتى بأحدهما لحقه نسبه ونسب الآخر وقال أبو حنيفة : ليس له أن يلاعن بعد موت أحدهما لأن الميت عنده لا ينفى باللعان ولا يجوز له أن ينفي الحي لأنهما حمل واحد وبنى هذا على أصله أن الميت لا ينفى باللعان وقد مضى الدليل عليه واذا نفى نسب الولد الميت باللعان لم يرثه لأنا تيقنا أنه ليس بولد له فلم يرثه .

فرع وان قذف زوجته فابتدأ باللعان ثم امتنع من اتمامه حد لها حد القذف لأن الحد وجب عليه لها بالقذف وانما يسقط عنه باللعان فاذا لم يكمله وجب عليه الحد كما لو أقام عليها بالزنا بينة غير كاملة . وان قذفها ولم يلاعن فجلد بعض الحد ثم قال : أنا ألاعن كان له أن يلاعن فاذا لاعن سقط عنه بقية الحد لأن اللعان حجة في حق الزوج لاسقاط الحد عنه كما أن البينة حجة في اسقاط الحد عن الأجنبي فحد بعض الحد ثم قال : أنا أقيم البينة وأقامها سقط عنه باقي الحد فكذا هذا مثله وان قذفها الزوج ولاعن فامتنعت من اللعان فحدت بعض الحد ثم قالت : أنا ألاعن كان لها ذلك واذا لاعنت سقط عنها باقي الحد لأن ما أسقط جميعه أسقط بعضه كالبينة .

فرع وان قذف رجل امرأة أجنبية بالزنا فحد لها ثم تزوجها ثم قذفها نظرت فان قذفها بذلك الزنا الأول لم يجب عليه الحد بقذفها لأنه قد حل فيه وان قذفها بزنا آخر أضافه اليها قبل الزوجية وجب عليه الحد فان لم يكن هناك ولد لم يلاعن لدرء الحد لأنه قذف غير محتاج اليه وان كان هناك ولد كان له أن يلاعن لنفيه وان قذفها بزنا آخر أضافه الى حال الزوجية

وجب عليه الحد وله أن يلاعن سواء كان هناك ولد أو لم يكن • وأما اذا لم يقم عليه الحد بقذفه لها قبل الزوجية ولم يقم عليها البينة ثم قذفها بعد أن تزوجها قال القاضي أبو الطيب : فان قذفها بذلك الزنا الأول وجب عليه حد واحد ويتداخل كما اذا زنا ثم زنى قبل أن يقام عليه الحد للزنا الأول فانه يجب عليه حد واحد • وان قذفها بزنا آخر منسوب الى حال الزوجية وجب عليه حدان لأنهما يختلفان لأن أحدهما يسقط باللعان والآخر لا يسقط باللعان فلم يتداخلا فيقام عليه الحد للقذف الأول • وأما الثانى فان لاعنها لأجله والا حد له أيضا وان قذفها وهى زوجة ولم يحد لها ولم تعف حتى فارقها ثم قذفها بعد الفراق بذلك الزنا أو بزنا آخر أضافة الى حال الزوجية قال ابن الحداد : وجب عليه حد آخر للقذف الثانى ولا يتداخلان لأن الأول يسقط باللعان والثانى لا يسقط باللعان فلم يتداخلا فان التعن للأول حد للثانى وان لم يلتعن للأول حد للأول وحد للثانى بعد أن يبرأ ظهره من ألم الأول •

فرع وان قذف العبد امرأته ثم أعتق فطالبته بحد قذفها فله أن يلاعن فان لم يلاعن حد حد العبد اعتبارا بحال الوجوب عليه وهكذا لو قذف زوجته الأمة ثم أعتقت فطالبته بالتعزير فلاعن ولم تلاعن هى حدت حد أمته اعتبارا بحال الوجوب وهكذا ان قذف زوجته وهى بكر ولم تلاعن حتى طلقها ونكحت زوجا غيره وأصابها الثانى وطالبت للأول بحد القذف فلاعنها ولم تلاعن هى وجب عليها حد البكر لا حد المحصنة اعتبارا بحال الوجوب عليها وان تزوج رجل امرأة بكرا فقذفها بزنا ثم فارقها قبل أن تطالبه بحد القذف وتزوجت بآخر ثم قذفها الثانى بالزنا كان لها مطالبتهما بحد القذف ، فاذا طالبتهما كان لكل واحد منهما درء الحد عن نفسه باللعان لأن كل واحد منهما قذفها وهى زوجته فان عارضها باللعان لم يجب على أحدهما حد وان لاعناها ونكلت عن جوابهما باللعان نظرت فان قذفها الأول وهى بكر وقذفها الثانى وهى محصنة وجب عليها بالأول حد بكر وهو جلد مائة وتغريب عام ووجب عليها بالثانى حد محصنة وهو الرجم وعلى هذا يحمل ما روى عن على ابن أبى طالب رضى الله عنه أنه جلد امرأة يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة

وقال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وان كانت بكرا في حال قذفهما لها ، ففيه وجهان قال ابن الحداد : يجب عليهما حدان فتجلد للأول ثم يترك حتى يبرأ ظهرها ثم تجلد للثاني لأن اللعان بينة يختص بها الزوج فلا يتعدى الى غيره فيجب للأول بلعان الأول والثاني بلعان الثاني • ومن أصحابنا من قال : يجب عليها حد واحد كما اذا ثبت عليها ذلك بالبينة •

فرع اذا تزوج امرأة ودخل بها ثم ارتد وقذفها في حال الردة والعدة ولاعنها لدرء الحد قالت : الحد أو ينظر فيه فان رجع الى الاسلام قبل انقضاء عدتها تبينا أن القذف واللعان صادفا الزوجية وصح اللعان وان لم يرجع الى الاسلام حتى انقضت عدتها تبينا أن القذف واللعان صادفا البينونة ولم يصح اللعان كما قلنا فيمن طلق امرأته ثلاثا في حال الردة ومن أصحابنا من قال : لا يصح اللعان لأنه يمين فلم يصح أن تكون موقوفة لأنه لا يصح تعليقها بالشرط فلم يصح وقوعها بخلاف الطلاق قال القاضي أبو الطيب : والأول أصح •

فرع اذا ادعت المرأة على زوجها أنه قذفها بالزنا فأنكر فأقامت البينة أنه قذفها فان قال : أنا ألاعن جاز له ذلك واختلف أصحابنا لم جاز له أن يلاعن ؟ فمنهم من قال انما جاز له أن يلاعن لأنه لم يكذب البينة لأنها شهدت عليه أنه قذف ، وهو يقول : ما قذفت لأني قلت لها : يا زانية وليس ذلك بقذف بل هو صدق والقذف ما يتردد بين الصدق والكذب فأما اذا قال ما قلت لها يا زانية وشهدت البينة أنه قال ذلك لم يكن له أن يلاعن لأنه مكذب لها ومنهم من قال : له أن يلاعن لأنه لا يكذب نفسه • وأما البينة فهو مكذب لها لأن البينة يشهد أنه قذف وهو يقول : ما قذفت وما رماها به فهو حرام الى أن يحقق باللعان ؛ وانما لا يجوز له أن يلاعن اذ لو قال : ما زنت ثم قال : ألاعن لم يكن له ذلك لأنه قد كذب نفسه وهذا التعليل هو المنصوص للشافعي رضي الله عنه •

فرع وان اختلف الزوجان فقالت الزوجة : قذفني قبل أن

يتزوج بى فلى عليك حد لا يسقط باللعان • وقال الزوج : بل قذفتك بعد أن تزوجتك ولى اسقاط الحد باللعان فالقول قول الزوج مع يمينه لأنهما لو اختلفا فى أصل القذف كان القول قوله مع يمينه فهكذا اذا اختلفا فى وقته وهكذا ان قال قذفتك قبل وقوع الفرقة وقالت : بل قذفتنى بعد وقوع الفرقة فالقول قول الزوج مع يمينه لما ذكرناه وان قالت قذفتنى وأنا أجنبية منك ولا نكاح بيننا وقال : بل قذفتك وأنت زوجتى فالقول قولها مع يمينها لأن الأصل عدم النكاح بينهما الا ان قام بينة على النكاح فيكون القول قوله مع يمينه على وقت القذف وهكذا لو قذف رجل أجنبية فقال : قذفتك وأنت مرتدة وقالت ما كنت مرتدة فالقول قولها مع يمينها لأن الأصل عدم الردة فان أقام بينة على ردتها فالقول قوله مع يمينه أنه قذفها فى حال ردتها لانهما لو اختلفا فى أصل القذف لكان القول قوله فكذلك اذا اختلفا فى وقته والله أعلم •

فـــرع فى مذاهب العلماء

وقال أحمد : ان مات بعد أن أكمل لعانه وقبل لعانها فكمن مات قبل أن يتم لعانه أو قبل أن يلاعن يسقط اللعان ويلحقه الولد وترثه • لأن أحـكام اللعان مترتبة على اللعان عنده • وتمامه أن تلاعن هى •

دليلنا قول ابن عباس رضى الله عنهما : ان التعن لم يرث • ونحو ذلك عن الشعبى وعكرمة ، لأن اللعـان يوجب فرقة تبين بها فيمنع التوارث • كما لو التعن فى حياتها وقال أحمد : ان ماتت على الزوجية فورثها كمـا لو لم يلتعن • ولأن اللعان سبب الفرقة فلم يثبت حكم بعد موتها كالطـلاق وفارق اللعان فى الحياة فانه يقطع الزوجية • على أنهم قالوا : لو لاعنهـا ولم تلتعن هى لم تنقطع الزوجية أيضا فهاهنا أولى • وقال الشافعى رضى الله عنه « ان كان ثم ولد يريد نفيه فله أن يلتعن » وهذا ينبنى على أصـل ــ وهو أن اللعان انما يكون بين الزوجين ــ فان لعان الرجل وحده يثبت به الحكم • وعند أحمد بخلاف ذلك • فان كانت طالبت بالحد فى حياتهـا ــ فان كان للمرأة وارث غير الزوج ــ فله اللعان ليسقط الحد عن نفسه ، والا

فلا لعدم الحاجة اليه • وقال أصحاب أحمد : ان أولياءها يقومون فى الطلب به مقامها ـ فان طولب به فله اسقاطه باللعان والا فلا ، لأنه لا حاجة اليه مع عدم الطلب فانه لا حد عليه •

فـــرع فان لم يكذب نفسه ولكن لم يكن له بينة ولم يلاعن أقيم عليه بعضه وقال : أنا ألاعن قبل منه لأن اللعان يسقط جميع الحد فيسقط بعضه كالبينة ، فان ادعت زوجته أنه قذفها بالزنا فأنكر فأقامت عليه بينة أنه قذفها بالزنا ، فقال : صدقت البينة وليس ذلك قذفا ، لأن القذف الرمى بالزنا كذبا وأنا صادق فيما رميتها به لم يكن ذلك اكذابا لنفسه لأنه مصر على رميها بالزنا ، وله اسقاط الحد باللعان ، ومذهب أحمد رضى الله عنه فى هذا كمذهبنا •

وكذلك نقول فيمن نكلت عن اللعان فضربت بعض الحد ثم قالت : أنا ألاعن فانه يسقط ما بقى من الحد ، لأن اللعان يسقط الحد كله ، فلأن يسقط بعضه أولى ولأن اللعان قام مقام البينة فأوقف الحد وأسقط باقيه •

مســألة ان قذفها فى الزوجية ولاعنها ثم قذفها بالزنا الأول فلا حد عليه لأنه قد حققه بلعانه ، وعند أصحاب أحمد يحتمل أن يحد كما لو قذفها به أجنبى • أما اذا قذفها بزنا آخر ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يجب عليه الحد ، لأن الله تعالى قال « والذين يرمون المحصنات » فاشترط لاقامة الحد بالقذف أن تكون المقذوفة منعوتة بالاحصان ، فاذا لاعنها فقد زال احصانها، لأن اللعان كالبينة • (والثانى) يجب عليه الحد ، لأن اللعان لا يسقط الا ما يجب بالقذف فى الزوجية لحاجته اليه ، وقد صارت باللعان أجنبية عنه فزالت الحاجة الى القذف ، وفى القذف بغير حاجة اشاعة للفاحشة بين الذين آمنوا فوجب الحد • وبهذا قال ابن عباس والزهرى والشعبى والنخعى وقتادة ومالك وأبو عبيد وأحمد بن حنبل • والله أعلم وهو حسبنا ونعم الوكيل •

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب الايمـــان

((باب من تصح يمينه وما تصح به اليمين))

تصح اليمين من كل مكلف مختار قاصد الى اليمين لقوله تعالى ((لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ، ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان)) وأما غير المكلف كالصبى والمجنون والنائم فلا تصح يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم ((رفع القلم عـــن ثلاثة ، عن الصبى حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق)) ولأنه قول يتعلق به وجوب حق فلا يصح من غير مكلف كالبيع ، وفيمن زال عقله بالكسر طريقان على ما ذكرناه فى الطلاق .

وأما المكره فلا تصح يمينه لما روى واثلة بن الأسـقع وأبو أمامة رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ((ليس على مقهور يمين)) ولأنه قول حمل عليه بغير حق فلم يصح ، كما لو أكره على كلمة الكفر . وأما مـن لا يقصد اليمين وهو الذى يسبق لسانه الى اليمين ، أو أراد اليمين على شىء فسبق لسانه الى غيره فلا تصح يمينه لقوله عز وجل ((لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم)) روى عن ابن عمر وابن عباس وعائشة رضى الله عنهم أنهم قالوا ((هو قول الرجل لا والله ،وبلى والله)) ولأن ما سبق اليه اللسان من غير قصـد لا يؤاخذ به ، كما لو سبق لسانه الى كلمة الكفر) .

الشرح قوله تعالى « باللغو » مصدر لغا يلغو ويلغى وبابه نصر وعلم اذا أتى بما لا يحتاجه اليه فى الكلام أو بما لا خير فيه . قال ابن بطـال الركبى بما لا قصد له فيه وفى الحديث « اذا قلت لصاحبك والامام يخطب أنصت فقد لغوت » ولفظ أبى هريرة « فقد لغيت » قال العجاج .

ورب أسراب حجيـج كظـم عـن اللغـا ورفث التـكلم

وقال الفرزدق :

ولست بمأخوذ بلغـو تقوله اذا لم تعمد عاقـدات العزائم

واختلف فى سبب نزول الآية ، فقال ابن عباس سبب نزولها الرهط الذين حرموا طيبات المطاعم والملابس والمناكح على أنفسهم ، حلفوا على ذلك ، فلما نزلت « لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم » قالوا كيف نصنع بأيماننا ؟ فنزلت هذه الآية . قال القرطبى والمعنى على هذا القول ، اذا أتيتم باليمين ثم ألغيتموها ؛ أى أسقطتم حكمها بالتكفيرة وكفرتم فلا يؤاخذكم الله بذلك ، وانما يؤاخذكم بما أقمتم عليه فلم تلغوه ــ أى فلم تكفروا ــ فبان بهذا أن الحلف لا يحرم شيئا . وهو دليل الشافعى رضى الله عنه على أن اليمين لا يتعلق بها تحريم الحلال وأن تحريم الحلال لغو كما أن تحليل الحرام لغو . اهـ .

وروى أن عبد الله بن رواحة كان له أيتام وضيف ، فانقلب من شغله بعد ساعة من الليل فقال : أعشيتم ضيفى ؟ فقالوا انتظرناك ، فقال : لا والله لا آكله الليلة فقال ضيفه : وما أنا بالذى يأكل . وقال أيتامه : ونحن لا نأكل؛ فلما رأى ذلك أكل وأكلوا ، ثم أتى النبى صلى الله عليه وسلم فأخبره فقال له « أطعت الرحمن وعصيت » فنزلت الآية .

وفى البخارى فى آية البقرة « لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم » عن عائشة رضى الله عنها أنها نزلت فى قول الرجل لا والله وبلى والله . وقيل : اللغو ما يحلف به على الظن فيكون بخلافه . قاله مالك حكاه ابن القاسم عنه . قال القرطبى : وقال به جماعة من السلف .

قرأ حمزة والكسائى وشعبة عن عاصم (عقدتم) بالتخفيف بلا ألف ، وقرأه ابن ذكوان عن ابن عامر « عاقدتم » بألف بوزن فاعل [1] وقرأه الباقون بالتشديد من غير ألف .

قال مجاهد معناه تعمدتم أى قصدتم . وروى عن ابن عمر أن التشديد يقتضى التكرار ، فلا تجب عليه الكفارة الا اذا كرر ، وهذا يرده ما روى أن

---

(١) وذلك لا يكون الا من اثنين فى الأكثر من حلف لأجله فى كلام وقع منه ، أو يكون المعنى بما عاقدتم عليه الأيمان .

النبى صلى الله عليه وسلم قال « انى والله ، ان شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيرا منها الا أتيت الذى هو خير وكفرت عن يمينى » فذكر وجوب الكفارة فى اليمين التى لم تتكرر •

قال أبو عبيد : التشديد يقتضى التكرير مرة بعد مرة ، ولست آمن أن يلزم من قرأ بتلك القراءة ألا توجب عليه كفارة فى اليمين الواحدة حتى يرددها مرارا وهذا قول خلاف الاجماع كما يقول القرطبى • وروى عن نافع أن ابن عمر كان اذا حنث من غير أن يؤكد اليمين أطعم عشرة مساكين ، فاذا وكد اليمين أعتق رقبة • قيل لنافع ما معنى وكد اليمين ؟ قال : أن يحلف على الشىء مراراً •

وقال الجكنى فى أضواء البيان : والتضعيف والمفاعلة معناهما مجرد الفعل بدليل قراءة (عقدتم) بلا ألف ولا تضعيف ، والقراءات يبين بعضها بعضها ، وما فى قوله (بما عقدتم) مصدرية على التحقيق لا موصولة ، كما قاله بعضهم زاعما أن ضمير الربط محذوف ا هـ •

وقال القرطبى فى الآية (عقدتم) مخفف القاف من العقد ، والعقد على ضربين حسى كعقد الحبل وحكمى كعقد البيع • قال الشاعر (٢) •

قوما اذا عقدوا عقدا لجارهم شدوا العناج وشدوا فوقه الكربا

فاليمين المنعقدة منفعلة من العقد ، وهى عقد القلب فى المستقبل ألا يفعل ففعل أو ليفعلن فلا يفعل كما تقدم ، فهذه التى يحلها الاستثناء والكفارة على ما يأتى •

وحديث رفع القلم وقع فى رواية لأحمد فى مسنده وأبى داود والنسائى

---

(٢) هذا البيت للحطيئة والعناج ككتاب حبل يشد فى أسفل الدار العظيمة ، ويطلق على الأمر وملاكه . وقوله « لا عناج له » أرسل بلا روية ، والكرب بالتحريك أصول السعف الغلاظ العراض ، والحبل يشد فى وسط العراقى ليلى الماء فلا يعفن الحبل الكبير ؟ .

والحاكم فى الصحيح عن عائشة بلفظ « رفع القلم عن ثلاثة ، عن النائم حتى يستيقظ ، وعن المبتلى حتى يبرأ ، وعن الصبى حتى يكبر » .

وفى رواية لهم عن على وعمر رضى الله عنهما « رفع القلم عن ثلاثة ، عن المجنون المغلوب على عقله حتى يبرأ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبى حتى يحتلم » والرفع لا يقتضى تقدم وضع كما فى قول يوسف عليه السلام « انى تركت ملة قوم لا يؤمنون بالله » وهو لم يكن على ملتهم أصلا . وكذا فى قول شعيب « قد افترينا على الله كذبا ان عدنا فى ملتكم بعد اذ نجانا الله منها » ومعلوم أن شعيبا لم يكن على ملتهم قط . وأخرجه الدارقطنى : نا أبو بكر النيسابورى نا محمد بن عبد الله بن عبد الحكم نا عبد الله ابن وهب أخبرنى جرير بن حازم عن سليمان بن مهران عن أبى ظبيان عن ابن عباس قال « مر على بن أبى طالب بمجنونة بنى فلان قد زنت فأمر عمر برجمها فردها على وقال لعمر : أما تذكر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : رفع القلم عن ثلاثة ، عن المجنون المغلوب على عقله ، وعن النائم حتى يستيقظ . ومن الصبى حتى يحتلم ؟ قال : صدقت فخلى عنها » .

وأخرج البخارى قول على تعليقا فى باب الطلاق والرجم . ووصله البغوى فى الجعديات عن على بن الجعد عن شعبة عن الأعمش عن أبى ظبيان عن ابن عباس أن عمر أتى بمجنونة قد زنت وهى حبلى فأراد أن يرجمها فقال له على: أما بلغك أن القلم قد وضع عن ثلاثة فذكره وتابعه ابن نمير ووكيع وغير واحد عن الأعمش ورواه جرير بن حازم عن الأعمش فصرح فيه بالرفع . أخرجه أبو داود وابن حبان من طريقه . وأخرجه النسائى من وجهين آخرين عن أبى ظبيان مرفوعا وموقوفا لكن لم يذكر فيهما ابن عباس بل جعله عن أبى ظبيان عن على . ورجح الموقوف على المرفوع . ولفظ الحديث المرفوع « مر بمجنونة بنى فلان قد زنت فأمر عمر برجمها فردها على وقال لعمر : أما تذكر » الحديث .

ورواية جرير بن حازم متصلة لكن أعلها النسائى بأن جرير بن حازم حدث بمصر بأحاديث غلط فيها . وفى رواية أبى داود والنسائى أتى عمر

بامرأة فذكر الحديث وفيه فخلى على سبيلها • فقال عمر : ادعوا لى عليا فقال : يا أمير المؤمنين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الخ •

أما حديث واثلة وأبى أمامة فقد أخرجه الدارقطنى : نا أبو بكر محمد ابن الحسن المقرى نا الحسين بن ادريس عن خالد بن الهياج نا أبى عن عنبسة ابن عبد الرحمن عن العلاء عن مكحول عن واثلة بن الأسقع وعن أبى أمامة قالا « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ليس على مقهور يمين » هكذا أخرجه الدارقطنى وفى اسناده عنبسة • قال البخارى : تركوه ، وروى الترمذى عن البخارى : ذاهب الحديث • وقال أبو حاتم : كان يضع الحديث أما جده عنبسة بن سعد بن العاص فثقة تابعى كان أحد الأشراف يروى عن أبى هريرة وأنس وثقه ابن معين وأبو داود ، وأما حفيده هذا فقد قال فى التنقيح فى حديث : « ليس على مقهور يمين » حديث منكر بل موضوع ، وفيه جماعة ممن لا يجوز الاحتجاج بهم ا هـ •

والحسين بن ادريس عن ابن الهياج • قال ابن أبى حاتم كتب الى بجزء من حديثه فأول حديث فيه باطل والثانى باطل والثالث ذكرته لعلى بن الجنيد فقال أحلف بالطلاق أنه حديث ليس له أصل • وكذا هو عندى فلا أدرى البلاء منه أو من خالد بن هياج ا هـ من الميزان •

أما الأحكام فان الأصل فى انعقاد اليمين الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى « لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان » الآية وقوله تعالى « ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا أولئك لا خلاق لهم فى الآخرة » الآية •

وأما السنة فروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : والله لأغزون قريشا والله لأغزون قريشا والله لأغزون قريشا ان شاء الله وروى ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم كان كثيراً ما يحلف لا ومقلب القلوب وأجمعت الأمة على انعقاد اليمين •

اذا ثبت هذا فان اليمين ينعقد من كل بالغ عاقل مختار قاصد الى اليمين فأما الصبى والمجنون والنائم فلا ينعقد يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق » • وهل ينعقد يمين السكران ؟ فيه طريقان مضى ذكرهما فى الطلاق ولا تنعقد يمين المكره لما روى أبو أمامة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ليس على مكره يمين » وأما لغو اليمين فلا ينعقد وهو الذى سبق لسانه الى الحلف بالله من غير أن يقصد اليمين أو قصد أن يحلف بالله لا أفعل فسبق لسانه وحلف بالله ليفعلنه وسواء فى ذلك الماضى والمستقبل وقال أبو حنيفة : لغو اليمين هو الحلف على الماضى من غير أن يقصد الكذب كأن ظن شيئا على صفة فحلف عليه أنه كذلك فبان بخلافه وقال مالك لغو اليمين هى اليمين الغموس دليلنا قوله تعالى « لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم » وروى عن ابن عمر وابن عباس وعائشة رضى الله عنهم أنهم قالوا لغو اليمين هو قول الرجل : لا والله وبلى الله ولأن اللغو فى اللغة هو الكلام الذى لا يقصد اليه وهذا لا يكون الا فيما قلناه فان حلف على فعل شىء ثم قال : لم أقصد اليه نظرت فان كانت اليمين بالله قبل قوله لأنه أعلم بنيته قال ابن الصباغ الا أن يكون الحلف على ترك وطء زوجته فلا يقبل قوله لأنه يتعلق به حق آدمى وكذلك اذا حلف بالطلاق أو العتاق وادعى أنه لم يقصد الى ذلك لم يقبل قوله لأنه يتعلق به حق آدمى والظاهر أنه قصد الى ذلك بخلاف اليمين بالله فان الحق فيها مقدر فيما بينه وبين الله وهو أعلم بما قصده وتنعقد يمين الكافر لأنه مكلف قاصد الى اليمين فانعقدت يمينه كالمسلم •

فرع فى مذاهب العلماء فان اللغو ما يجرى على لسان الانسان من غير قصد كقوله : لا والله وبلى والله ، وبهذا قالت عائشة فى احدى الروايتين عنها • وروى عن ابن عمر وابن عباس فى أحد قوليه والشعبى وعكرمة فى أحد قوليه وعروة وأبى صالح والضحاك فى أحد قوليه وأبى قلابة والزهرى كما جاء فى ابن كثير والقرطبى وأضواء البيان وغيرها •

وذهب مالك الى أن اللغو هو أن يحلف على ما يعتقده فيظهر نفيه ، وقال:

انه أحسن ما سمعه فى معنى اللغو ، وهو مروى أيضا عن عائشة وأبى هريرة وابن عباس فى أحد قوليه ، وسليمان بن يسار وسعيد بن جبير ومجاهد فى أحد قوليه وابراهيم النخعى فى أحد قوليه ، والحسن وزرارة بن أبى أوفى وأبى مالك وعطاء الخراسانى وبكير بن عبد الله وأحد قولى عكرمة وحبيب ابن أبى ثابت والسدى ومكحول ومقاتل وطاوس وقتادة والربيع بن أنس ويحيى بن سعيد وربيعة • وقال فى أضواء البيان : والقولان متقاربان واللغو يشملهما ، لأنه فى الأول لم يقصد عقد اليمين أصلا ، وفى الثانى لم يقصد الا الحق والصواب •

قال أبو هريرة : اذا حلف الرجل على الشىء لا يظن الا أنه اياه ، فاذا ليس هو فهو لغو ، وليس فيه كفارة • وقال الحنابلة ان نوى بيمينه ما يحتمله انصرفت يمينه اليه سواء كان موافقا لظاهر اللفظ أو مخالفا له •

وقال الشافعى وأبو حنيفة : لا عبرة بالنية ، والسبب فيما يخالف لفظه لأن الحنث مخالفة ماعقد عليه اليمين لفظ ، فلو أحنثناه على ما سواه لأحنثناه على ما نوى لا على ما حلف ، لأن كان النية بمجردها لا تنعقد بها اليمين فكذلك لا يحنث بمخالفتها •

فرع من ذهب عقله بالسكر فحلف هل ينعقد يمينه ؟ وجهان ، أصحهما : ينعقد للتغليظ عليه ، وقد مضى بحث ضاف له فى الطلاق فارجع اليه •

فرع قال الصنعانى فى سبل السلام فى حديث عائشة الذى أخرجه البخارى موقوفا وأخرجه أبو داود مرفوعا فى قوله تعالى « لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم » هوقول الرجل لا والله وبلى والله ، قال : فيه دليل على أن اللغو من الأيمان ما لا يكون عن قصد الحلف ، وانما جرى على اللسان من غير ارادة الحلف والى تفسير اللغو بهذا ذهب الشافعى ونقله ابن المنذر عن ابن عمر وابن عباس وغيرهما من الصحابة وجماعة من التابعين ، وذهب الهادوية والحنفية الى أن لغو اليمين أن يحلف على الشىء يظن صدقه

فينكشف خلافه ، وذهب طاوس الى أنها الحلف وهو غضبان ، ثم قال : وتفسير عائشة أقرب لأنها شاهدت التنزيل وهى عارفة بلغة العرب •

مسألة قوله : وأما المكره فلا تصح يمينه ، وقد استدل المصنف بحديث واثلة وأبى أمامة ، وقد أوضحنا أنه يدور بين النكارة والوضع ، فلا يستحق الاستدلال به ، وما الدليل الصحيح السليم الصالح للتمسك به فقوله : ولأنه قول حمل عليه بغير حق فلم يصح كما لو أكره على كلمة الكفر ، وهذا صحيح اذ أجمع أهل العلم على أن من أكره على الكفر حتى خشى على نفسه الهلاك أنه لا اثم عليه ان كفر وقلبه مطمئن بالايمان ، ولا تبين منه زوجته ولا يحكم عليه بحكم الكفر هذا قول مالك والشافعى والكوفيين غير محمد بن الحسن فانه قال : اذا أظهر الشرك كان مرتدا فى الظاهر ، وفيما بينه وبين الله تعالى على الاسلام ، وتبين منه امرأته ولا يصلى عليه ان مات ولا يرث أباه ان مات مسلما •

قال القرطبى : وهذا قول يرده الكتاب والسنة قال تعالى « الا من أكره » الآية وقال « الا أن تتقوا منهم تقاة » وقال « الا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلا فأولئك عسى الله أن يعفو عنهم » فعذر الله المستضعفين الذين يمتنعون من ترك ما أمر به ، قاله البخارى ، فلما سمح الله عز وجل بالكفر به لمن أكره وهو أصل الشريعة ولم يؤاخذ به حمل عليه أهل العلم فروع الشريعة كلها ، فاذا وقع الاكراه عليها لم يترتب عليه حكم ، وبه جاء الأثر المشهور عن النبى صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا عليه » ويقول القاضى ابن العربى ، والخبر وان لم يصح سنده فان معناه صحيح باتفاق من العلماء، وذكر أبو محمد عبد الحق أن اسناده صحيح قال : وقد ذكره أبو بكر الأصيلى فى الفوائد وابن المنذر فى الاقناع •

فرع فى مذاهب العلماء فى يمين المكره فان يمين المكره غير لازمة عند مالك والشافعى وأبى ثور وأكثر العلماء •

قال ابن الماجشون : وسواء حلف فيما هو طاعة لله أو فيما هو معصية

اذا أكره على اليمين ، وقال أصبغ بقوله ، وقال مطرف : ان أكره على اليمين فيما هو لله معصية أو ليس فى فعله طاعة ولا معصية فاليمين فيه ساقطة ، وان أكره على اليمين فيما هو طاعة مثل أن يأخذ الوالى رجلا فاسقا فكرهه أن يحلف بالطلاق لا يشرب الخمر أو لا يفسق أو لا يغش فى عمله أو الوالد يحلف ولده تأديبا له فان اليمين تلزم ، وان كان المكره قد أخطأ فيما يكلف من ذلك ، وقال بهذا ابن حبيب وقال أبو حنيفة ومن اتبعه من الكوفيين : انه ان حلف ألا يفعل ففعل حنث ، قالوا : لأن المكره له أن يورى فى يمينه كلها فلما لم يور ولا ذهب نيته الى خلاف ما أكره عليه فقد قصد الى اليمين •

قال القاضى أبو بكر بن العربى • ومن غريب الأمر أن علماءنا ــ يعنى علماء المالكية ــ اختلفوا فى الاكراه على الحنث هل يقع به أم لا ؟ وهذه مسألة عراقية سرت لنا منهم ، لا كانت هذه المسألة ولا كانوا ، وأى فرق يا معاشر أصحابنا بين الاكراه على اليمين فى أنها لا تلزم وبين الحنث فى أنه لا يقع ، فاتقوا الله وراجعوا بصائركم ولا تغتروا بهذه الرواية فانها وصمة فى الدراية اهـ •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ويصح اليمين على الماضى والمستقبل ، فان حلف على ماض وهو صادق فلا شىء عليه لأن النبى صلى الله عليه وسلم جعل اليمين على المدعى عليه ، ولا يجوز ان يجعل اليمين عليه الا وهو صادق ، فدل على أنه يجوز أن يحلف على ما هو صادق فيه •

وروى محمد بن كعب القرظى ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال وهو على المنبر وفى يده عصا ((يا ايها الناس لا يمنعكم اليمين عن اخذ حقوقكم فوالذى نفسى بيده ان فى يدى عصا)) وان كان كاذبا وهو أن يحلف على امر انه كان ولم يكن او على امر انه لم يكن وكان اثم بذلك وهى اليمين الغموس ، والدليل عليه ما روى عن الشعبى عن عبد الله بن عمرو رضى الله عنه قال ((جاء اعرابى الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ما الكبائر ؟ قال الشرك بالله • قال ثم ماذا ؟ قال عقوق الوالدين ، قال ثم ماذا ؟ قال اليمين الغموس)) قيل للشعبى ما اليمين الغموس قال الذى يقتطع بها مال امرىء مسلم وهو فيها كاذب ■

وروى عبد الله بن مسعود رضى الله عنه قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين وهو فاجر ليقتطع بها مال امرىء مسلم لقى الله عز وجل وهو عليه غضبان » وان كان على مستقبل نظرت ـ فان كان على امر مباح ـ ففيه وجهان .

(احدهما) الاولى ان لا يحنث لقوله عز وجل « ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها » (والثانى) ان الاولى ان يحنث لقوله عز وجل « لا تحرموا طيبات ما احل الله لكم » فان حلف على فعل مكروه او ترك مستحب ، فالاولى ان يحنث لما روت ام سلمة رضى الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من حلف على يمين فراى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه ثم ليفعل الذى هو خير » .

الشرح قوله : لأن النبى صلى الله عليه وسلم جعل اليمين على المدعى عليه ، وذلك لحديث البينة على من ادعى واليمين على المدعى عليه . وقد مضى تخريجه فى البيوع فى اختلاف المتبايعين .

وحديث الشعبى عن ابن عمر وأخرجه البخارى باللفظ الذى ساقه المصنف وقوله « قلت » ظاهره أن السائل عبد الله بن عمرو راوى الحديث والمجيب هو النبى صلى الله عليه وسلم ، ويحتمل أن يكون السائل غير عبد الله وعبد الله المجيب ، والأول أظهر .

وقال الشيخ الخولى فى تعليقه على سبل السلام : الذى حققه الحافظ فى الفتح وحمد الله عليه أن السائل فراس والمسئول عامر الشعبى .

وحديث ابن مسعود أخرجه أحمد فى مسنده وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه عن عبد الله بن مسعود والأشعث بن قيس بلفظ « من حلف على يمين صبر يقتطع بها مال امرىء مسلم هو فيها فاجر لقى الله وهو عليه غضبان » .

وحديث أم سلمة رضى الله عنها أخرجه الطبرانى باللفظ الذى ساقه المصنف ويؤخذ على المصنف استشهاده برواية الطبرانى ، مع أنه ورد فى الصحيحين عن عبد الرحمن بن سمرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فأت الذى هو خير وكفر

عن يمينك » وفى لفظ عندهما « فكفر عن يمينك وأت الذى هو خير » وفى لفظ « اذا حلفت على يمين فكفر عن يمينك وأت الذى هو خير » رواه النسائى وأبو داود وهو صريح فى تقديم الكفارة • وأخرجه مسلم عن عدى ابن حاتم قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا حلف أحدكم على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفرها وليأت الذى هو خير » وفى لفظ رواه أحمد ومسلم والنسائى وابن ماجه عن عدى بن حاتم أيضا « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذى هوخير وليكفر عن يمينه » وأخرجه أحمد ومسلم والترمذى وصححه عن أبى هريرة « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه وليفعل الذى هو خير » وفى لفظ لمسلم « فليأت الذى هوخير وليكفر عن يمينه » وأخرجه الشيخان عن أبى موسى الأشعرى عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيرا منها الا أتيت الذى هو خير وتحللتها » وفى لفظ عن الشيخين « الا كفرت عن يمينى وفعلت الذى هو خير » وعندهما « الا أتيت الذى هو خير وكفرت عن يمينى » •

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عند أبى داود والنسائى مرفوعا « لا نذر ولا يمين فيما لا تملك ولا فى معصية ولا فى قطيعة رحم • ومن حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليدعها وليأت الذى هو خير فان تركها كفارتها » وذكره البيهقى وقال : لم يثبت •

وقال أبو داود : الأحاديث كلها عن النبى صلى الله عليه وسلم « وليكفر عن يمينه » الا ما لا يعبأ به ، قال الحافظ فى الفتح : ورواته لا بأس بهم ، وقد استدل بحديث أم سلمة على أن الكفارة يجب تقديمها على الحنث ، ولا يعارض ذلك الروايات التى سقناها وفيها « فأت الذى هو خير وكفر » لأن الواو لا تدل على ترتيب ، انما هى لمطلق الجمع ، على أن الواو لو كانت تفيد ذلك لكانت الرواية التى فيها « فكفر عن يمينك وأت الذى هو خير » تخالفها • وكذلك بقية الروايات المذكورة آنفا • قال ابن المنذر : رأى ربيعة والأوزاعى ومالك والليث وسائر فقهاء الأمصار غير أهل الرأى أن الكفارة تجزى قبل الحنث ، الا أن الشافعى استثنى الصيام فقال لا يجزى الا بعد

الحنث • وقال أصحاب الرأى : لا تجزىء قبل الحنث • وعن مالك روايتان• ووافق الحنفية أشهب من المالكية وداود الظاهرى وخالفه ابن حزم ، واحتج له الطحاوى بقوله تعالى « ذلك كفارة أيمانكم اذا حلفتم » فان المراد اذا حلفتم فحنثتم ورده مخالفوه فقالوا : اذا أردتم الحنث •

قال الحافظ ابن حجر : وأولى من ذلك أن يقال التقدير أعم من ذلك ، فليس أحد التقديرين بأولى من الآخر ، وسيأتى لهذا البحث مزيد فى الكلام على الكفارة •

اما الأحكام فانه تنعقد اليمين على الماضى والمستقبل فأما الماضى فعلى ضربين (أحدهما) أن يحلف أنه فعل أمرا أو لم يفعله وهو صادق فلا كفارة عليه لأن اليمين على المدعى عليه ولا يجوز أن يجعل عليه اليمين الا وهو صادق وروى أن عمر رضى الله عنه قال وهو على المنبر : « يا أيها الناس لا تمنعكم اليمين من حقوقكم فوالذى نفسى بيده ان فى يدى عصا » وان كانت هذه اليمين عند الحاكم فالأولى أن لا يحلفها لما روى « أن المقداد استقرض من عثمان مالا فتحاكما الى عمر رضى الله عنه فقال المقداد : هو أربعة آلاف وقال عثمان : انه سبعة آلاف فقال المقداد لعثمان احلف أنه سبعة آلاف فقال عمر : انه أنصفك فلم يحلف عثمان فلما ولى المقداد قال عثمان : والله لقد أقرضته سبعة آلاف فقال له عمر لم لم تحلف ؟ فقال خشيت أن يوافق قدر بلاء فيقال بيمينه » والضرب الثانى أن يحلف على ماض وهو كاذب مثل أن يحلف أنه قد فعل كذا ولم يفعله أو أنه لم يفعل كذا وقد فعله فان نسى عند اليمين أنه كان قد فعل أو لم يفعل فهل يجب عليه الكفارة ؟ فيه قولان يأتى بيانهما فى موضعهما وان كان ذاكراً عند اليمين أنه قد كان فعل أو لم يفعل وقصد الى اليمين فحق اليمين الغموس ويأثم بذلك لما روى الشعبى عن ابن عمر أن أعرابيا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ما الكبائر ؟ قال الا تشرك بالله قال ثم ماذا ؟ قال عقوق الوالدين قال ثم ماذا قال اليمين الغموس قيل للشعبى وما اليمين الغموس ؟ قال : الذى يقتطع بها مال امرىء وهو فيها كاذب وروى ابن مسعود أن النبى صلى الله عليه وسلم قال:من حلف على يمين وهو فيها فاجر ليقتطع بها مال امرىء مسلم لقى الله وهو عليه غضبان وانما

سميت اليمين الغموس لأنها تغمس من حلف بها في النار ويجب عليه الكفارة في اليمين الغموس ، وبه قال عطاء والزهري وعثمان البتي وقال مالك والثوري والليث وأبو حنيفة وأحمد واسحاق لا يجب بها كفارة وقال سعيد بن المسيب هي من الكبائر وأعظم من أن تكفر • دليلنا قوله تعالى « ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته اطعام » الآية وهذا عام في الماضي والمستقبل ولأنه حلف بالله وهو مختار قاصد كاذب فوجب عليه الكفارة كما لو حلف على مستقبل وأما اليمين على المستقبل فتصح أيضا لقوله صلى الله عليه وسلم والله لأغزون قريشا •

اذا ثبت هذا فان اليمين على المستقبل تنقسم على خمسة أضرب (أحدها) يمين عقدها طاعة والمقام عليها طاعة وحلها معصية مثل أن يحلف ليصلين الصلوات الواجبة أو لا يشرب الخمر ولا يزني وانما كان عقدها طاعة والمقام عليها طاعة لأنه قد تدعوه الى المواظبة على فعل الواجب ويخاف من الحنث بها الكفارة وحلها معصية لأن حلها انما يكون بأن يمتنع من فعل الواجب أو يفعل ما حرم عليه (والضرب الثاني) يمين عقدها معصية والاقامة عليها معصية وحلها طاعة مثل أن يحلف ألا يفعل ما يجب عليه انما ليفعلن ما حرم عليه (والضرب الثالث) يمين عقدها طاعة والاقامة عليها طاعة وحلها مكروه مثل أن يحلف ليصلين النوافل وليصومن التطوع وليتصدقن بصدقة التطوع (والضرب الرابع) يمين عقدها مكروه والاقامة عليها مكروهة وحلها طاعة مثل أن يحلف لا يفعل النافلة ولا يصوم التطوع وصدقة التطوع وانما قلنا عقدها والمقام عليها مكروه لأنه قد يمتنع من فعل البر خوف الحنث وانما كان حلها طاعة لقوله صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه » فان قيل فكيف يكون عقدها والمقام عليها مكروها وقد سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم الأعرابي الذي سأله عن الصلاة فقال هل على غيرها ؟ فقال لا الا أن تطوع فقال والله لا أزيد على ذلك ولا أنقص منه » ولم ينكر عليه • قلنا : يحتمل أنه لما حلف ألا أزيد ولا انقص تضمنت يمينه ما هو طاعة وهو ترك النقصان عنها فلذلك لم ينكره ويحتمل أن يكون لسان سبق الى اليمين وعلمه النبي صلى الله

عليه وسلم فلم ينكر عليه لأنها لغو ويحتمل أن النبى صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليه ليدل على أن ترك التطوع جائز وان كانت اليمين عليها مكروهة وقد كان صلى الله عليه وسلم يفعل المكروه كالألتفاف فى الصلاة ليدل على الجواز (الضرب الخامس) يمين عقدها مباح والمقام عليها مباح واختلف أصحابنا فى حلها وذلك مثل أن يحلف لا دخلت ؛ هذه الدار ولا سلكت هذه الطريق وانما كان عقدها والمقام عليها مباحا لأنه مباح له ترك دخول الدار وترك سلوك الطريق ، وهل حلها أفضل أو المقام عليها ؟ فيه وجهان من أصحابنا من قال المقام عليها أفضل لقوله تعالى « ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها » ومنهم من قال حلها أفضل لأنه اذا أقام على اليمين منع نفسه من فعل ما أبيح له واليمين لا تغير المحلوف عليه عن حكمه وان حلف لا يأكل الطعام اللين ولا يلبس الثوب الناعم ففيه وجهان (أحدهما) وهو اختيار الشيخ أبى حامد أن هذه يمين عقدها مكروه والمقام عليها مكروه لقوله تعالى « قل من حرم زينة الله التى أخرج لعباده والطيبات من الرزق » (والثانى) وهو اختيار القاضى أبى الطيب أن هذه يمين عقدها طاعة والمقام عليها طاعة ؛ لأن السلف رضى الله عنهم كانوا يقصدون ترك اللين من الطعام. ولهذا قال عمر رضى الله عنه لو شئت أن يدهمق لى لفعلت ولكن الله عاب قوما فقال « أذهبتم طيباتكم فى حياتكم الدنيا واستمتعتم بها » والدهمقة لين الطعام وطيبه ودهمقه أى لم يجوده والمقصود الأول لأنه قال : لو شئت لدعوت بصلى وضابا وصلايق وكراكر وأستمة وأفلاذا والصلى اللحم المشوى والصناب الخردل بالزبيب والصلايق ما سلق من البقول وغيرها ويسمى السلايق بالسين والكراكر كراكر الأبل والأفلاذ قطع الكبد هذا مذهبنا ومن الناس من قال عقد اليمين مكروه بكل حال لقوله تعالى « ولا تجعلوا الله عرضة لأيمانكم » ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم والله لأغزون قريشا وكان يحلف كثيراً ولو كان مكروها ما كرر فعله وأما الآية فتأويلها أن يحلف على ترك البر والتقوى كقوله تعالى « ولا يأتل أولو الفضل منكم والسعة أن يؤتوا أولى القربى » الآية .

اذا ثبت هذا وحلف على شىء مما ذكرناه وحنث وجب عليه الكفارة

ومن الناس من قال : ان كان الحنث طاعة لم يجب عليه كفارة دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه » .

فـــرع فى مذاهب العلماء

قوله « ويصح اليمين عى الماضى والمستقبل » وجملة ذلك أن اليمين على الماضى تنقسم ثلاثة أقسام ، ما هو صادق فيه فلا كفارة فيه اجماعا . وما تعمد الكذب فيه فهو يمين الغموس ، وقد اختلف فى كفارتها وسيأتى بيانها ؛ واليمين على المستقبل ، وهو ما عقد عليه قلبه وقصد اليمين عليه ثم خالف فعليه الكفارة . وما لم يعقد عليه قلبه ولم يقصد اليمين عليه ؛ وانما جرت على لسانه فهو من لغو اليمين ، وكلام عائشة يدل على هذا فانها قالت : أيمان اللغو ما كان فى المراء والمزاحة والهزل .

وقال الثورى فى جامعه : الأيمان أربعة ، يمينان يكفران ، وهو أن يقول الرجل : والله لا أفعل فيفعل ، أو يقول : والله لأفعلن ثم لا يفعل ؛ ويمينان لا يكفران أن يقول والله ما فعلت وقد فعل أو يقول . والله لقد فعلت وما فعل . (قلت) ونحن ننازع الثورى فى هذا وان خالفنا فى هذا النزاع من وافق الثورى على ما ذهب كالامام أحمد والامام مالك وأصحاب الرأى وغيرهم . ذلك أن الشعبى يقول بما رواه الدارقطنى فى سننه حدثنا عبد الله ابن محمد بن عبد العزيز ثنا خلف بن هشام ثنا عبثر عن ليث عن حماد عن ابراهيم عن علقمة عن عبد الله قال : « الأيمان أربعة يمينان يكفران ويمينان لا يكفران » وذكرهن .

قال المروزى « أما اليمينان الأوليان فلا اختلاف فيهما بين العلماء على ما قال سفيان ، وأما اليمينان الأخريان فقد اختلف فيهما أهل العلم ؛ فان كان الحالف حلف على أنه لم يفعل كذا كذا لو أنه قد فعل كذا وكذا عند نفسه صادقا يرى أنه على ما حلف عليه ولا كفارة عليه فى قول مالك وسفيان الثورى وأصحاب الرأى . وكذلك قال أحمد وأبو عبيد . وقال الشافعى

لا اثم عليه وعلى الكفارة • ثم قال : وقد قال بعض التابعين بقول الشافعى ولكنى أميل الى قول مالك وأحمد هكذا نقله القرطبى فى جامع أحكام القرآن •

واختلف فى اليمين الغموس هل هى يمين منعقدة أم لا ؟ فمذهبنا أنها يمين منعقدة لأنها مكتسبة بالقلب معقودة بخبر مقرونة باسم الله تعالى وفيها الكفارة • قال ابن المنذر : ذهب مالك بن أنس ومن تبعه من أهل المدينة الى أنها يمين مكر وخديعة وكذب فلا تنعقد ولا كفارة فيها • وبه قال الأوزاعى ومن وافقه من أهل الشام ، وهو قول الثورى وأهل العراق ؛ وبه قال أحمد واسحاق وأبو ثور عبيد وأصحاب الرأى من أهل الكوفة •

ولنا أنها يمين مكتسبة بالقلب ، معقودة بخبر ، مقرونة باسم الله تعالى فوجب فيها الكفارة •

مسألة قال القرطبى : الأخبار دالة على أن اليمين التى يحلف بها الرجل يقتطع بها مالا حراما هى أعظم من أن يكفرها ما يكفر اليمين • قال ابن العربى « الآية وردت بقسمين ، لغو ومنعقدة ؛ وخرجت على الغالب فى أيمان الناس ؛ فدع ما بعدها يكون مائة قسم ؛ فانه لم تعلق عليه كفارة • قال القرطبى ؛ قلت : خرج البخارى عن عبد الله بن عمرو قال : جاء أعرابى الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ما الكبائر ؟ قال الاشراك بالله ، قال ثم ماذا ؟ قال عقوق الوالدين قال ثم ماذا ؟ قال اليمين الغموس ؟ قلت : وما اليمين قال التى يقتطع بها مال امرىء مسلم هو فيها كاذب » •

وأخرج مسلم عن أبى أمامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من اقتطع حق امرىء مسلم بيمينه فقد أوجب الله له النار وحرم عليه الجنة ، فقال رجل وان كان شيئا يسيرا يا رسول الله ؟ قال : وان كان قضيبا من أراك » ا هـ •

قلت وظاهر مذهب أحمد أنه لا كفارة فى اليمين الغموس ، والغموس

اسم فاعل لأنها تغمس صاحبها فى الاثم لأنه حلف كاذبا على علم منه ، وطعنة غموس أى نافذة ؛ وأمر غموس أى شديد • وقال ابن قدامة : وروى عن أحمد أن فيها الكفارة • وروى ذلك عن عطاء والزهرى والحكم والبتى ، وهو قول الشافعى ، لأنه وجدت منه اليمين بالله تعالى والمخالفة مع القصد فلزمته الكفارة كالمستقبلة • ثم قال : ولنا أنها يمين غير منعقدة فلا توجب الكفارة كاللغو أو يمين على ماض فأشبهت اللغو •

(قلت) ان وجوب الكفارة عندنا لا يقلل من شأن الغموس ؛ بل ان تعاظم الغموس يقتضى التغليظ على الحالف اذا أراد التوبة • وفى أداء الكفارة اشعار كامل بدخوله ساحة التوبة وبدون ذلك لا يكون •

فرع قوله « فان كان على أمر مباح الخ » وجملة ذلك أن المباح مثل الحلف على فعل مباح أو تركه ، والحلف على الخبر بشىء هو صادق فيه أو يغلب على ظنه الصدق فيه ، فان الله تعالى يقول « لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم » فان كان على فعل شىء مباح أو تركه فان فيه الكفارة اذا حنث فى الابرار بالقسم •

قوله ــ فان حلف على مكروه ــ ومثله اذا حلف على ترك مندوب • قال الله تعالى « ولا تجعلوا الله عرضة لأيمانكم أن تبروا وتتقوا وتصلحوا بين الناس » •

وروينا أن أبا بكر الصديق رضى الله تعالى عنه حلف لا ينفق على مسطح بعد الذى قال لعائشة ما قال ؛ وكان من جملة أهل الافك الذين تكلموا فى عائشة رضى الله عنها فأنزل الله تعالى « ولا يأتل أولوا الفضل منكم والسعة أن يؤتوا أولى القربى والمساكين والمهاجرين فى سبيل الله وليعفوا وليصفحوا » واليمين على ذلك مانعة من فعل الطاعة أو حاملة على فعل المكروه فتكون مكروهة •

ويمكن أن يرد على هذا أنها لو كانت مكروهة لأنكر النبى صلى الله عليه وسلم على الأعرابى الذى سأله عن الصلوات فقال : هل على غيرها ؟

فقال : لا الا أن تطوع فقال : والذى بعثك بالحق لا أزيد عليهـا ولا أنقص منها » ولم ينكر عليه بل قال « أفلح الرجل ان صدق » ونجيب بأنه لا يلزم من هذا جواز الحلف على ترك المندوبات ، اذ أن اليمين على ترك التطـوع لا تزيد على تركها ، ولو تركها لم ينكر عليـه ، ويكفى فى ذلك بيـان أن ما تركه تطوع ، ولأن هذه اليمين ان تضمنت ترك المندوب فقد تناولت فعل الواجب والمحافظة عليه كله بحيث لا ينقص منه شيئا ، وهذا فى الفضـل يزيد على ما قابله من ترك التطوع ، فيترجح جانب الاتيان بها على تركهـا فيكون من قبيل المندوب فكيف ينكر ؟ ولأن فى الاقرار على هذه اليمين بيان حكم محتاج اليه ألا وهو بيان أن ترك التطوع غير مؤاخذ به ، فلو أنكر على الحالف لحصل ضد هذا وتوهم كثير من الناس لحوق الاثم بتركه فيفوت الغرض .

ومن قبيل المكروه الحلف فى البيع والشراء ففى سنن ابن ماجه عـن محمد بن اسحاق عن سعيد بن كعب بن مالك عن أبى قتادة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اياكم والحلف فانه ينفق ثم يمحق » أى منفقـة للسلعة ممحقة للبركة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وتكره اليمين بغير الله عز وجل ، فان حلف بغـيره كالنبى والكعبة والآباء والأجداد لم تنعقد يمينه ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من كان حالفا فلا يحلف الا بالله تعالى » وروى عن عمر رضى الله عنه قال « سمعنى رسول الله صلى الله عليـه وسـلم احلف بأبى فقال : ان الله عز وجل ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم فقال عمر رضى الله عنه : والله ما حلفت بهـا ذاكرا ولا آثرا » وان قال : ان فعلت كذا وكذا فانا يهودى أو نصرانى او انا برىء من الله أو من الاسلام لم ينعقد يمينه ، لما روى بريدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (من حلف انه برىء من الاسلام، فان كان كاذبا فقد قال ، وان كان صادقا فلم يرجع الى الاسلام سالما) ولأنه يمين بمحدث فلم ينعقد كاليمين بالمخلوقات) .

الشرح حديث ابن عمر رضى الله عنه أخرجه أحمد ومسلم والنسائى

ولفظه (من كان حالفا فلا يحلف الا بالله ، فكانت قريش تحلف بآبائها فقال : لا تحلفوا بآبائكم) وفى رواية عن ابن عمر عند أحمد والبخارى ومسلم (أن النبى صلى الله عليه وسلم سمع عمر وهو يحلف بأبيه فقال ان الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت) •

وفى رواية عند الترمذى (أنه سمع رجلا يقول لا والكعبة ، فقال لا تحلف بغير الله فانى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من حلف بغير الله فقد كفر وأشرك) قال الترمذى حسن وصححه الحاكم والتعبير بقوله : كفر أو أشرك سيأتى بيانه قريبا •

وحديث عمر أخرجه البخارى فى الايمان والنذور عن سعيد بن نمير ومسلم فيه عن أبى الطاهر وأبو داود فيه عن أحمد بن حنبل ، وعن أحمد ابن يونس والنسائى فيه عن عمرو بن عثمان ؛ وعن محمد بن عبد الله بن يزيد وسعيد بن عبد الرحمن ؛ وابن ماجه فى الكفارات عن محمد ابن يحيى بن أبى عمر وهو جزء من حديث ابن عمر الذى سقناه آنفا وليس فيه زيادة (ما حلف بها ذاكرا ولا آثرا) قال ابن الأثير فى النهاية : وفى حديث عمر (ما حلفت بها ذاكرا ولا آثرا) أى ما تكلمت به حالفا من قولك ذكرت لفلان كذا وكذا أى قلته له ، وليس من الذكر بعد النسيان ا هـ •

وقال ابن منظور فى لسان العرب : وفى حديث عمر رضى الله عنه قال : قال أبو عبيد أما قوله ذاكرا فليس من الذكر بعد النسيان انما أراد متكلما به كقولك ذكرت لفلان حديث كذا وكذا • وقوله ولا آثرا يريد مخبرا عن غيرى أنه حلف به يقول : لا أقول ان فلانا قال وأبى لا أفعل كذا وكذا أى ما حلفت به مبتدئا من نفسى ولا رويت عن أحد أنه حلف بها ؛ ومن هذا قيل حديث مأثور أى يخبر الناس به بعضهم بعضا ، أى ينقله خلف عن سلف ، يقال منه أثرت الحديث فهو مأثور وأنا آثر ؛ قال الأعشى •

ان الذى فيه تماريتما بين للسامع والآثر

(قلت) ومنه قوله تعالى (ان هذا الا سحر يؤثر) أى يأخذه واحد عن واحد ، ومثله قوله تعالى (أو أثارة من علم) •

أما حديث بريدة فقد أخرجه أحمد والنسائى وابن ماجه وهو عندهم من طريق الحسين بن واقد عن عبد الله بن بريدة عن أبيه ، وقد صححه النسائى وقد أخرج الشيخان وأحمد وأصحاب السنن الا أبا داود عن ثابت ابن الضحاك (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من حلف على يمين بملة غير الاسلام كاذبا فهو كما قال) وأخرج النسائى عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال (لا تحلفوا الا بالله ولا تحلفوا الا وأنتم صادقون) .

أما الأحكام فان الحلف بغير الله تعالى وردت فيه أحاديث غير ماذكرنا ما أخرجه أبو داود والترمذى وحسنه والحاكم وصححه عن ابن عمر رفعه (من حلف بغير الله فقد كفر) وهو عند أحمد من هذا الوجه أيضا بلفظ (فقد كفر وأشرك) قال البيهقى : لم يسمعه سعد بن عبيدة من ابن عمر .

قال الحافظ ابن حجر قد رواه شعبة عن منصور عنه قال كنت عند ابن عمر ورواه الأعمش عن سعيد عن عبد الرحمن السلمى عن ابن عمر . وفى التعبير بقوله : كفر أو أشرك للمبالغة فى الزجر والتغليظ فى ذلك ، وقد تمسك به من قال بالتحريم .

مسألة قال الشافعى رضى الله عنه ومن حلف بغير الله فهى يمين مكروهة وحمله ذلك أنه اذا حلف بغير الله بأن حلف بأبيه أو بالنبى صلى الله عليه وسلم أو بالكعبة أو بأحد من الصحابة فلا يخلو من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يقصد بذلك قصد اليمين ولا يعتقد فى المحلوف به من التعظيم ما يعتقده بالله تعالى فهذا يكره له ذلك لا يكفر لما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا تحلفوا بابائكم ولا أمهاتكم ولا بالأنداد ولا تحلفوا الا بالله ولا تحلفوا بالله الا وأنتم صادقون » وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم أدرك عمر رضى الله عنه وهو فى ركب وهو يحلف بأبيه فقال له النبى صلى الله عليه وسلم « ان الله نهاكم أن تحفوا بابائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله أو ليسكت قال عمر فما حلفت بها بعد ذلك ذاكرا ولا آثرا » فمعنى قوله ذاكرا أذكره عن غيرى ومعنى قوله آثرا أى حاكيا عن غيرى

يقال آثر الحديث اذا رواه ولأنه يوهم فى الظاهر التسوية بين المحلوف به وبين الله فكره (القسم الثانى) أن يحلف بذلك ويقصد قصد اليمين ويعتقد فى المحلوف به من التعظيم ما يعتقده فى الله فهذا يحكم بكفره لما روى ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم « قال من حلف بغير الله فقد كفر » وروى فقد أشرك (القسم الثالث) أن يجرى ذلك على لسانه من غير قصد الى الحلف به فلا يكره بل يكون بمعنى لغو اليمين وعلى هذا يحتمل قول النبى صلى الله عليه وسلم للاعرابى الذى قال والله لا أزيد ولا أنقص فقال النبى صلى الله عليه وسلم « أفلح وأبيه ان صدق » وكذا قوله صلى الله عليه وسلم فى جزء أبى معشر الدارمى « وأبيك لو طعنت فى فخذها لا جزأك » فان قيل فقد ورد فى القرآن أقسام كثيرة بغير الله فالجواب أن الله أقسم بمصنوعاته الدالة على قدرته تعظيما له لا لها •

اذا ثبت هذا فان حلف بالنبى أو بالكعبة وحنث لم يلزمه الكفارة وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال أحمد : اذا حلف بالنبى صلى الله عليه وسلم وحنث وجب عليه الكفارة دليلنا أنه حلف بمخلوق فلم يلزمه بالحنث به الكفارة كما لو حلف بالكعبة وأن قال ان فعلت كذا وكذا فأنا يهودى أو نصرانى أو برىء من الله أو من رسوله أو من الاسلام أو متحل للدم أو للميتة لم يكن يمينا ولم يجب عليه الكفارة بالحنث به وبه قال مالك والأوزاعى والليث وقال أبو حنيفة والثورى وأحمد واسحق هى يمين ويجب عليه الكفارة بالحنث بها • دليلنا ما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من حلف على أنه برىء من الاسلام فان كان كاذبا فهو كما قال » وروى « فقد قال وان كان صادقا فلن يرجع الى الاسلام سالما » ولم يذكر الكفارة ولأنه لو قال والاسلام لم يكن حالفا لأنه يمين بمحدث فهو كاليمين بالكعبة فلأن لا يكون يمينا اذا حلف أنه برىء من الاسلام أولى •

فـــرع فى مذاهب العلماء قال الامام الشوكانى ، قال العلماء السر فى الحلف بغير الله أن الحلف بالشىء يقتضى تعظيمه والعظمة فى الحقيقة انما هى لله وحده ، فلا يحلف الا بالله وذاته وصفاته ، وعلى ذلك اتفق الفقهاء،

واختلف هل الحلف بغير الله حرام أو مكروه ؟ للمالكية والحنابلة قولان ، ويحمل ما حكاه ابن عبد البر من الاجماع على عدم جواز الحلف بغير الله على أن مراده بنفى الجواز الكراهة أعم من التحريم والتنزيه • وقد صرح بذلك فى موضع آخر ا هـ •

وقال القرطبى : لا تنعقد اليمين بغير الله تعالى وأسمائه وصفاته • وقال أحمد بن حنبل : اذا حلف بالنبى صلى الله عليه وسلم انعقدت يمينه لأنه حلف بما لا يتم الايمان الا به فتلزمه الكفارة كما لو حلف بالله ، وهذا يرده ما ثبت فى الصحيحين وغيرهما ، وقد عده السيوطى من المتواتر فى كتابه الأزهار المتناثرة فى الأحاديث المتواترة ، وله شروط فى التواتر انطبقت على أحاديث كثيرة منها الحديث (أنه صلى الله عليه وسلم أدرك عمر بن الخطاب فى ركب وعمر يحلف بأبيه ، فناداهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : ألا ان الله ينهاكم أن تحلفوا بابائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت) وهذا حصر فى عدم الحلف بكل شىء سوى الله تعالى وأسمائه وصفاته كما ذكرنا ، ومما يحقق ذلك ما رواه أبو داود والنسائى وغيرهما عن أبى هريرة رضى الله عنه قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا تحلفوا بابائكم ولا بأمهاتكم ولا بالأنداد ولا تحلفوا الا بالله ، ولا تحلفوا بالله الا وأنتم صادقون) ثم ينتقض عليه بمن قال ، وآدم وابراهيم فانه لا كفارة عليه وقد حلف بما لا يتم الايمان الا به ، وجمهور أصحابنا من الشافعية على أنه مكروه تنزيها وجزم ابن حزم بالتحريم •

وقال امام الحرمين المذهب القطع بالكراهة ، وجزم غيره بالتفصيل ، فان اعتقد فى المحلوف به ما يعتقد فى الله تعالى كان بذلك الاعتقاد كافرا ، ومذهب الهادوية أنه لا اثم فى الحلف بغير الله ما لم يسو بينه وبين الله فى التعظيم أو كان الحلف متضمنا كفرا أو فسقا •

قال فى الفتح : وأما ما ورد فى القرآن من القسم بغير الله ، ففيه جوابان أحدهما أن فيه حذفا والتقدير ورب الشمس ونحوه ، والثانى أن ذلك يختص بالله فاذا أراد تعظيم شىء من مخلوقاته أقسم به ، وليس لغيره ذلك ، وأما

ما وقع مما يخالف ذلك كقوله صلى الله عليه وسلم للأعرابى (أفلح وأبيه ان صدق) فقد أجيب عنه بأجوبة (الأول) الطعن فى صحة هذه اللفظة كما قال ابن عبد البر انها غير محفوظة وقال : ان أصل الرواية أفلح والله ان صدق فصحفها بعضهم (والثانى) أن ذلك كان يقع من العرب ويجرى على ألسنتهم من دون قصد للقسم ، والنهى انما ورد فى حق من قصد حقيقة الحلف ، قاله البيهقى •

وقال النووى : انه الجواب المرضى (والثالث) أنه كان يقع فى كلامهم على وجهين للتعظيم والتأكيد • والنهى انما وقع عن الأول ، (والرابع) أن ذلك كان جائزا ثم نسخ ، قاله الماوردى فى الحاوى •

وقال السهيلى أكثر الشراح عليه ؛ قال ابن العربى : وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يحلف بأبيه حتى نهى عن ذلك ؛ قال السهيلى : ولا يصح ، لأنه لا يظن بالنبى صلى الله عليه وسلم أنه كان يحلف بغير الله ؛ ويجاب بأنه قبل النهى عنه غير ممتنع عليه ، ولا سيما الأقسام القرآنية على ذلك النمط •

وقال المنذرى : دعوى النسخ ضعيفة لامكان الجمع ولعدم تحقق التاريخ • (والخامس) أنه كان فى ذلك حذف ؛ والتقدير أفلح ورب أبيه ، قاله البيهقى (والسادس) أنه للتعجيب • قاله السهيلى •

(والسابع) أنه خاص به صلى الله عليه وسلم وتعقب بأن الخصائص لا تثبت بالاحتمال ، والأحاديث كلها متظاهرة على أن الحلف بغير الله لا ينعقد لأن النهى يدل على فساد المنهى عنه ، واليه ذهب الجمهور •

وقال ابن قدامة : ولا يجوز الحلف بغير الله وصفاته نحو أن يحلف بأبيه أو الكعبة أو صحابى أو امام • وقال الشافعى أخشى أن يكون معصية؛ الى أن قال : وأما قسم الله بمصنوعاته فانما أقسم به دلالة على قدرته وعظمته ولله تعالى أن يقسم بما شاء من خلقه ، ولا وجه للقياس على أقسامه ، وقد

قيل ان فى أقسامه اضمار القسم برب هذه المخلوقات ؛ فقوله (والضحى) أى ورب الضحى أ هـ •

مسـألة فى الرجل يقول هو يهودى أو نصرانى ، قال أبو حنيفة فى الرجل يقول هو يهودى أو نصرانى أو برىء من الاسلام أو من النبى أو من القرآن أو أشرك بالله أو أكفر بالله :انها يمين تلزم فيها الكفارة ولا تلزم فيما اذا قال واليهودية والنصرانية والنبى والكعبة ، وان كانت على صيغة الأيمان، ومتمسكه ما رواه الدارقطنى عن أبى رافع أن مولاته أرادت أن تفرق بينه وبين امرأته فقالت : هى يوما يهودية ويوما نصرانية ، وكل مملوك لها حر ، وكل مال لها فى سبيل الله ، وعليها مشى الى بيت الله ان لم تفرق بينهما ، فسألت عائشة وحفصة وابن عمر وابن عباس وأم سلمة فكلهم قال لها : أتريدين أن تكونى مثل هاروت وماروت ؟ وأمروها أن تكفر عن يمينها وتخلى بينهما •

وخرج أيضا عنه قال : قالت مولاتى : لأفرقن بينك وبين امرأتك ، وكل مال لها فى رتاج الكعبة وهى يوما يهودية ويوما مجوسية ان لم أفرق بينك وبين امرأتك ، قال فانطلقت الى أم سلمة فقلت ان مولاتى تريد أن تفرق بينى وبين امرأتى ، فقالت انطلق الى مولاتك ، فقل لها ان هذا لا يحل لك ، قال فرجعت اليها ثم أتيت ابن عمر فأخبرته فجاء حتى انتهى الى الباب ، فقال : ههنا هاروت وماروت ؟ فقالت : انى جعلت كل مال لى فى رتاج الكعبة ؛ قال فمم تأكلين ؟ قالت ، وقلت أنا يوما يهودية ويوما نصرانية ويوما مجوسية ، فقال ان تهودت قتلت ؛ وان تنصرت قتلت ، وان تمجست قتلت ، قالت فما تأمرنى ؟ قال تكفرى عن يمينك ، وتجمعين فتاك وفتاتك •

اذا ثبت هذا فقد قال ابن المنذر اختلف فيمن قال أكفر بالله ونحوه ان فعلت كذا ثم فعل ؛ فقال ابن عباس وأبو هريرة وعطاء وقتادة وجمهور فقهاء الأمصار لا كفارة عليه ولا يكون كافرا الا اذا أضمر ذلك بقلبه •

وقال الأوزاعى والثورى والحنفية وأحمد واسحاق هو يمين وعليه

الكفارة قال ابن المنذر والأول أصح لقوله صلى الله عليه وسلم « من حلف باللات والعزى فليقل : لا اله الا الله » ، ولم يذكر كفارة ، زاد غيره ؛ وكذا من قال بملة سوى الاسلام فهو كما قال . فأراد التغليظ فى ذلك حتى لا يجترىء أحد عليه .

ونقل ابن القصار من المالكية عن الحنفية أنهم احتجوا لايجاب الكفارة بأن فى اليمين الامتناع من الفعل ؛ وتضمن كلامه بما ذكر تعظيما للاسلام ، اذا حنث لا يجب عليه كفارة فأسقطوا الكفارة اذا صرح بتعظيم الاسلام ؛ وأثبتوها اذا لم يصرح .

قال ابن دقيق العيد : الحلف بالشىء حقيقة هو القسم به وادخال بعض حروف القسم عليه كقوله والله ، وقد يطلق على التعليق بالشىء يمين كقولهم من حلف بالطلاق ؛ فالمراد تعليق الطلاق ، وأطلق عليه الحلف لمشابهته لليمين فى اقتضاء الحنث أو المنع ، واذا تقرر ذلك فيحتمل أن يكون المراد المعنى الأول ويحتمل أن يكون المراد المعنى الثانى لقوله كاذبا والكذب يدخل القضية الاخبارية التى يقع مقتضاها تارة ، ولا يقع أخرى ؛ وهذا بخلاف قولنا والله ما أشبهه ، فيس الاخبار بها عن أمر خارجى ؛ بل هى لانشاء القسم ؛ فتكون صورة الحلف هنا على وجهين .

(أحدهما) أن تتعلق بالمستقبل ، كقوله : ان فعل كذا فهو يهودى .

(والثانى) أن يتعلق بالماضى كقوله ان كان كاذبا فهو يهودى ، وقد يتعلق بهذا من لم ير فيه الكفارة بل جعل المرتب على كذبه ؛ فأما الأول وهو يتعلق بالمستقبل فلا تتعلق به الكفارة عند المالكية والشافعية وجعل المرتب على ذلك فى الحديث قوله « هو كما قال » قال ولا يكفر فى صورة الماضى الا ان قصد التعظيم ، وفيه خلاف عند الحنفية لكونه تنجيز معنى ، فصار كما لو قال هو يهودى ، ومنهم من قال : اذا كان لا يعلم أنه يمين لم يكفر ، وان كان يعلم أنه يكفر بالحنث به كفر لكونه رضى بالكفر حيث أقدم على الفعل . انتهى بتصرف من شرح عمدة الأحكام .

وقال بعض أصحابنا : ظاهر الحديث أنه يحكم عليه بالكفر اذا كان كاذبا، والتحقيق التفصيل ، فان اعتقد تعظيم ما ذكر كفر ، وان قصد حقيقة التعليق فينظر ـ فان كان أراد أن يكون متصفا بذلك كفر ـ لأن ارادة الكفر كفر وان أراد البعد عن ذلك لم يكفر ، لكن هل يحرم عليه ذلك أو يكره تنزيها ؟ الثانى هو المشهور ، وقوله فى حديث بريدة ، فان كان كاذبا زاد فى البخارى ومسلم « متعمدا » قال القاضى عياض : تفرد بهذه الزيادة سفيان الثورى ، وهى زيادة حسنة يستفاد منها أن الحالف متعمدا ان كان مطمئن القلب بالايمان وهو كاذب فى تعظيم ما لا يعتقد تعظيمه لم يكفر ؛ وان قاله معتقدا لليمين بتلك الملة لكونه حقا كفر ، وان قالها لمجرد التعظيم لها احتمل .

قال الحافظ : وينقدح بأن يقال ان أراد تعظيمها باعتبار ما كانت قبل النسخ لم يكفر أيضا ، قال ودعواه أن سفيان تفرد بها ، ان أراد بالنسبة الى رواية مسلم فعسى أنه أخرجها من طريق شعبه عن أيوب وسفيان عن خالد الحذاء جميعا عن أبى قلابة ، وقوله فى الحديث « فهو كما قال » .

قال الحافظ فى الفتح : يحتمل أن يكون المراد بهذا الكلام التهديد والمبالغة فى الوعيد لا الحكم كأنه قال : فهو مستحق مثل عذاب من اعتقد ما قال ونظيره « من ترك الصلاة فقد كفر » أى استوجب عقوبة من كفر . وقال ابن المنذر : ليس على اطلاقه فى نسبته الى الكفر ؛ بل المراد أنه كاذب كذب المعظم لتلك الجهة ا هـ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وتجوز اليمين باسماء الله وصفاته ، فان حلف من اسمائه بالله انعقدت يمينه ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه « ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : والله لاغزون قريشا ، والله لاغزون قريشا ، والله لأغزون قريشا ، ثم قال ان شاء الله » وان حلف بالرحمن ، او بالاله او بخالق الخلق او بباريء النسمة او بالحى القيوم ، او بالحى الذى لا يموت ، او برب السموات والأرضين : او بمالك يوم الدين : او برب العالمين ، وما اشبه ذلك من الأسماء

التى لا يشاركه فيها أحد ، انعقدت يمينه ، لأنه لا يسمى بها غيره ولا يوصف بها سواه ، فصار كما لو قال والله ، فان حلف بالرحيم والرب القادر والقاهر والملك والجبار والخالق والمتكبر ، ولم ينو به غير الله عز وجل انعقدت به يمينه، لأنه لا تطلق هذه الأسماء الا عليه وان نوى به غيره لم ينعقد ، لأنه قد تستعمل فى غيره مع التقييد لأنه يقال ، فلان رحيم القلب ، ورب الدار ، وقادر على الشى ، وقاهر للعدو ، وخالق للكذب ، ومالك للبلد ، وجبار متكبر ، فجاز ان تصرف اليه بالنية .

فان قال : والحى والموجود والعالم والمؤمن والكريم لم تنعقد يمينه الا ان ينوى به الله تعالى ، لأن هذه الأسماء مشتركة بين الله تعالى وبين الخلق مستعملة فى الجميع استعمالا واحدا ، فلم تنصرف الى الله تعالى من غير نية كالكنايات فى الطلاق ، وأن حلف بصفة من صفاته نظرت ـ فان حلف بعظمة الله أو بعزته او بكبريائه او بجلاله أو ببقائه أو بكلامه ـ انعقدت يمينه ، لأن هذه الصفات للذات لم يزل موصوفا بها ، ولا يجوز وصفه بضدها ، فصار كاليمين باسمائه .

وان قال : وعلم الله ولم ينو به المعلوم أو بقدرة الله ولم ينو به المقدور انعقدت يمينه ، لأن العلم والقدرة من صفات الذات لم يزل موصوفا بهما ، ولا يجوز وصفه بضدهما ، فصارا كالصفات الستة ، فان نوى بالعلم المعلوم او بالقدرة المقدور لم تنعقد يمينه ، لأنه قد يستعمل العلم فى المعلوم ، والقدرة فى المقدور ، الا ترى انك تقول اغفر لنا علمك فينا ، وتريد المعلوم ؟ وتقول انظروا الى قدرة الله ، وتريد به المقدور ، فانصرف اليه بالنية .

فان قال وحق الله وأراد به العبادات لم ينعقد يمينه ، لأنه يمين بمحدث ، وان لم ينو العبادات انعقدت يمينه ، لأن الحق يستعمل فيما يستحق من العبادات ويستعمل فيما يستحقه البارىء من الصفات وذلك من صفات الذات . وقد انضم اليه العرف فى الحلف به فانعقدت به اليمين من غير نية .

فصل وان قال على عهد الله وميثاقه وكفالته وأمانته ، فان أراد به ما أخذ علينا من العهد فى العبادات فليس بيمين لأنه يمين بمحدث ، وان أراد بالعهد استحقاقه ما تعبدنا به فهو يمين ، لأن العادة الحلف بها والتغليظ بالفاظها كالعادة بالحلف بالله والتغليظ بصفاته كالطالب الغالب والمدرك المهلك والثانى) ليس بيمين لأنه يحتمل العبادات ويحتمل ما ذكرناه من استحقاقه ولم يقترن بذلك عرف عام وانما يحلف به بعض الناس واكثرهم لا يعرفونه فلم يجعل يمينا) .

الشرح حديث ابن عباس ، أخرجه أبو داود عن عكرمة عنه ، قال أبو داود انه قد أسنده غير واحد عن عكرمة عن ابن عباس ؛ وقد رواه البيهقى موصولا ومرسلا • قال ابن أبى حاتم : الأشبه ارساله • وقال ابن حبان فى الضعفاء : رواه مسعر وشريك أرسله مرة ووصله أخرى •

اما اللغات فقوله « أو بارىء النسمة » أى خالق الانسان، والبارىء هو الذى خلق الخلق لا عن مثال • قال فى النهاية : ولهذه اللفظة من الاختصاص بخلق الحيوان ما ليس لها بغيره من المخلوقات ، وقلما تستعمل فى غير الحيوان ؛ فيقال : برأ الله النسمة ، وخلق السموات والأرض ا هـ •

والنسمة : النفس والروح ، وكل دابة فيها روح فهى نسمة وانما يريد الناس ومنه حديث على « والذى فلق الحب وبرأ النسمة » أى خلق ذات الروح ، وكثيرا ما كان يقولها اذا اجتهد فى يمينه • وقوله « خالق للكذب » يقال : خلق الافك واختلقه وتخلقه أى افتراه ؛ ومنه قوله تعالى « وتخلقون افكا » و « ان هذا الا اختلاق » وأما الخالق بالألف واللام فانها صفة لا تجوز لغير الله تعالى وأصل الخلق التقدير يقال : خلقت الأديم للسقاء اذا قدرته له ، وخلق الرجل القول خلقا افتراه واختلقه مثله ؛ والجبار الذى يقتل على الغضب •

وقال الخطابى : الجبار الذى جبر خلقه على ما أراد من أمره ونهيه ؛ يقال : جبره السلطان وأجبره بمعنى ورأيت فى بعض التفاسير عند قوله تعالى « وما أنت عليهم بجبار » أن الثلاثى لغة حكاها الفراء وغيره واستشهد لصحتها بما معناه أنه لا يبنى فعال الا من فعل ثلاثى نحو الفتاح والعلام ، ولم يجىء من أفعل بالألف الا دراك ، فان حمل جبار على هذا المعنى فهو وجه والمقصود هنا عند المصنف ومن يقتل من غضب والمتكبر المتعظم ؛والكبر العظمة ، وكذلك الكبرياء ، والمؤمن سمى مؤمنا لأنه آمن عباده من أن يظلمهم ؛ ذكره الجوهرى فى الصحاح وقوله « بعظمة الله أو بعزته أو بكبريائه أو بجلاله » العزة القوة والغلبة من عز اذا غلب ، ومنه « فعززناهما بثالث » أى قويناهما ، وعز الشىء يعز من باب ضرب لم يقدر عليه •

وقوله « من صفات الذات » الذات حقيقة الشيء والذات الالهية الحقيقة الثابتة بالربوبية والألوهية اعتقاد بلا كيف ولا تشبيه ولا تجسيم •

اما الأحكام ففي الصحيحين عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان لله تسعة وتسعين اسما من أحصاها ــ وفي لفظ من حفظها ــ دخل الجنة » وقد ساق الترمذي وابن حبان الأسماء •

قال الحافظ في بلوغ المرام : والتحقيق أن سردها من بعض الرواة • وقال الصنعاني : اتفق الحفاظ من أئمة الحديث أن سردها ادراج من بعض الرواة • وظاهر الحديث أن أسماء الله الحسنى منحصرة في هذا العدد بناء على القول بمفهوم العدد • ويحتمل أنه حصر لها باعتبار ما ذكر بعده من قوله « من أحصاها دخل الجنة » وهو خبر المبتدأ • فالمراد أن هذه التسعة والتسعين تختص بفضيلة من بين سائر أسمائه تعالى ، وهو أن احصاءها سبب لدخول الجنة ، والى هذا ذهب الأكثرون •

وقال النووي : ليس في الحديث حصر أسمائه تعالى • وليس معناه أنه ليس له اسم غير التسعة والتسعين • ويدل عليه ما أخرجه أحمد وصححه ابن حبان من حديث ابن مسعود مرفوعا « أسألك بكل اسم هو لك سميت به نفسك أو أنزلته في كتابك أو علمته أحدا من خلقك أو استأثرت به في علم الغيب عندك » فانه دل على أن له تعالى أسماء لم يعرفها أحد من خلقه بل استأثرت بها ودل على أنه قد يعلم بعض عباده بعض أسمائه • ولكنه يحتمل أنه من التسعة والتسعين • وقد جزم بالحصر فيما ذكر أبو محمد ابن حزم فقال : قد صح أن أسماءه تعالى لا تزيد على تسعة وتسعين شيئاً لقوله صلى الله عليه وسلم « مائة الا واحدا » فنفى الزيادة وأبطلها • ثم قال : وجاءت أحاديث في احصاء التسعة والتسعين اسما مضطربة لا يصح منها شيء أصلا •وانما تؤخذ من نص القرآن ، وما صح عن النبي صلى الله عليه وسلم ثم سرد أربعة وثمانين اسما استخرجها من القرآن والسنة •

وقال الشارح تبعا لكلام المصنف في التلخيص : انه ذكر ابن حزم

أحدا وثمانين اسما • والذى رأيناه فى كلام ابن حزم أربعة وثمانون • وقد استخرج الحافظ ابن حجر من القرآن فقط تسعة وتسعين اسما وسردها فى التلخيص وغيره وذكر السيد محمد بن ابراهيم الوزير فى ايثار الحق أنه تتبعها من القرآن فبلغت مائة وثلاثة وسبعين اسما •

وان قال صاحب الايثار مائة وسبعة وخمسين فانا عددناها فوجدناها كما قلنا أولا • وقد عرفت من كلام الحافظ ابن حجر أن سرد الأسماء الحسنى المعروفة مدرج عند المحققين وأنه ليس من كلامه صلى الله عليه وسلم وذهب كثيرون الى أن عددها مرفوع •

وقال ابن حجر بعد نقله كلام العلماء فى ذكر عدد الأسماء والاختلاف فيها ما لفظه : ورواية الوليد بن مسلم عن شعيب هى أقرب الطرق الواضحة؛ وعليها عول غالب من شرح الأسماء الحسنى ثم سردها على رواية الترمذى ، وذكر اختلافا فى بعض ألفاظها وتبديلا فى احدى الروايات للفظ بلفظ ثم قال: واعلم أن الأسماء الحسنى على أربعة أقسام •

(الأول) العَلم وهو الله •

(والثانى) ما يدل على الصفات الثابتة للذات كالعليم والقدير والسميع والبصير •

(الثالث) ما يدل على اضافة أمر اليه كالخالق والرازق •

(والرابع) ما يدل على سلب شىء عنه كالعلى والقدوس • واختلف العلماء هل هى توقيفية ؟ يعنى أنه لا يجوز لأحد أن يشتق من الأفعال الثابتة لله تعالى اسما بل لا يطلق عليه الا ما ورد به نص الكتاب والسنة •

قال الفخر الرازى : المشهور عن أصحابنا أنها توفيقية • وقالت المعتزلة والكرامية اذا دل العقل على أن معنى اللفظ ثابت فى حق الله جاز اطلاقه عليه• وقال القاضى ابن العربى والغزالى الأسماء توقيفية دون الصفات •

قال الغزالى : وكما أنه ليس لنا أن نسمى النبى صلى الله عليه وسلم باسم لم يسمه به أبوه ولا أمه ، ولا سمى به نفسه كذلك فى حق الله تعالى ، واتفقوا على أنه لا يجوز أن يطلق عليه تعالى اسم أو صفة توهم نقصا ، فلا يقال : ماهد ولا زارع ولا فالق ، وان جاء فى القرآن « فنعم الماهدون » « أم نحن الزارعون » ، « فالق الحب والنوى » ولا يقال ماكر ولا بناء ، وان ورد « ومكروا ومكر الله » ، « والسماء بنيناها » .

وقال القشيرى : الأسماء تؤخذ توقيفاً من الكتاب والسنة فكل اسم ورد فيها وجب اطلاقه وما لم يرد لم يجز ولو صح معناه (قلت) من أمثلة الأسماء التى يخترعها العامة وأنصاف المتعلمين ما سمعت بعضهم وقد وقع فى محنة مما يمتحن بها أهل العزائم وهو حبسنا فى معتقل عبد الناصر فى طرة ينادى وقائلا « يا مهون » وكنت أعترض على هذه التسمية لله تعالى وان كان الله تعالى قادرا على أن يهون علينا مصائب الدنيا والآخرة ، اذا تقرر هذا فان اليمين تنعقد لحلف بالله تعالى أو باسم من أسمائه ، وأجمع أهل العلم على أن من حلف بالله عز وجل فقال : والله أو بالله أو تالله فحنث أن عليه الكفارة .

وقال ابن المنذر : وكان مالك والشافعى وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأى يقولون : من حلف باسم من أسماء الله تعالى فحنث أن عليه الكفارة ولا نعلم فى هذا خلافا اذا كان من أسماء الله عز وجل التى لا يسمى بها سواه .

قال الشافعى رضى الله عنه : ومن حلف بالله أو باسم من أسماء الله فحنث فعليه الكفارة وأسماء الله تعالى أربعة أقسام وهى من حيث انعقاد الحلف فى الاستعمال تنقسم الى ثلاثة أقسام وجملة ذلك أن الحلف لا يخلو اما أن يحلف باسم من أسماء الله أو بصفة من صفاته فان حلف باسم من أسماء الله فأسماء الله على ثلاثة أضرب (أحدها) اسم الله لا يشاركه فيه غيره لقوله والله والرحمن ومقلب القلوب والاله وخالق الخلق وبارىء النسمة والحى الذى لا يموت والذى نفسى بيده والأول الذى ليس قبله شىء والآخر الذى

ليس بعده شيء والواحد الذى ليس مثله شيء وما أشبه ذلك فاذا حلف بشيء من ذلك وحنث وجب عليه الكفارة لأن هذه الأسماء لا يسمى بها غير الله فانصرفت الى الله سواء نوى اليمين أو أطلق هذا نقل أصحابنا البغداديين وقال المسعودى : هى يمين اذا نوى بها اليمين أو أطلق وان نوى غير اليمين لم يصدق فى الحكم وهل يصدق فيما بينه وبين الله ؟ فيه وجهان .

(الضرب الثانى) أسماء الله يشاركه فى التسمية بها غيره الا أن الاطلاق ينصرف الى الله كقوله والخالق والرازق والبارى والرب والرحيم والرؤوف والقادر والقاهر والملك والجبار والمتكبر فاذا حلف بشيء من ذلك فان لم ينو بها غير الله كان يمينا لأن اطلاق هذه الأسماء لا تنصرف الا الى الله وان نوى بها الله كان تأكيدا وان نوى بها غير الله لم ينعقد يمينه لأنها قد تستعمل فى غير الله فينصرف بالنية الى ما نواه وهذا مذهب أحمد وقال بعض الحنابلة هو يمين كالأول على كل حال . يقال فلان خلاق للكذب قال الله تعالى « وتخلقون أفكا » وفلان يرزق فلانا اذا كان ينفق عليه قال الله تعالى « واذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه » وفلان بارىء العصا وفلان رب فلان أى مالكه قال الله تعالى « ارجع الى ربك فاسأله ما بال النسوة » وفلان رحيم القلب ورؤف القلب قال صلى الله عليه وسلم « ان الله رحيم يحب الرحمة » ويقال فلان قادر وقاهر للعدو ومالك للمال وجبار ومتكبر .

(الضرب الثالث) أسماء سمى بها الله تعالى ويسمى بها غيره ولا ينصرف باطلاقه الى الله كقوله الحى والموجود والعالم والموقر والكريم فان حلف بشيء من ذلك فاختلف أصحابنا فيه فقال الشيخ أبو اسحاق : لا ينعقد يمينه الا أن ينوى به الله تعالى لأن هذه الأسماء مشتركة بين الله وبين الخلق ويستعمل فى الجميع استعمالا واحدا فلم ينصرف الى الله من غير نية كالكنايات فى الطلاق وقال أحمد وأصحابه الا القاضى أبا بكر : ان قصد به اليمين باسم الله تعالى كان يمينا وان أطلق أو قصد غير الله تعالى لم يكن يمينا فيختلف هذا القسم والذى قبله فى حالة الاطلاق ففى الأول يكون يمينا وفى الثانى لا يكون يمينا .

فان قصد به اليمين باسم الله تعالى فعندنا لا يكون يمينا لأن اليمين انما تنعقد لحرمة الاسم ومع الاشتراك لا تكون له حرمة والنية المجردة لا تنعقد بها اليمين •

وقال الشيخ ابو حامد والمحاملى وابن الصباغ وأكثر أصحابنا : لا يكون يمينا سواء نوى بها الله أو أطلق لأن اليمين انما ينعقد اذا حلف باسم معظم له حرمة وهذه الأسماء ليست معظمة ولا حرمة لها لاشتراك الخالق والمخلوق • ومع الاشتراه لا تكون له حرمة والنية المجردة لا تنعقد بها اليمين • وهكذا اذا حلف بالنبى والكليم وان حلف بصفة من صفات الله نظرت فان حلف بعظمة الله أو بجلاله أو بعزته أو بكبريائه أو ببقائه أوبمشيئته أو بارادته أو بكلامه أو بالقرآن أو بعلمه ولم ينو المعلوم أو بقدرته ولم ينو المقدور انعقدت يمينه ، لأن هذه صفات الذات لم يزل موصوفا بها فصار كما لو حلف بالله •هذا نقل البغداديين وقال المسعودى هى يمين اذا نوى بها اليمين أو أطلق وان نوى بها غير اليمين صدق فيما بينه وبين الله وهل يصدق فى الحكم ؟ على وجهين وان نوى بالعلم المعلوم وبالقدرة المقدور لم يكن يمينا لأنه محدث وبهذا يقال : انظروا الى قدرة الله أى الى مقدوره ويقال اللهم اغفر لنا علمك فينا أى معلومك فينا هذا مذهبنا وقال أبو حنيفة وأصحابه اذا حلف بالعلم لم يكن يمينا واذا حلف بكلام الله أو بالقرآن لم يكن يميناً فمنهم من قال لأن أبا حنيفة كان يقول القرآن مخلوق ومنهم من قال لم يكن يقول القرآن مخلوق وانما لم تجر العادة بالحلف به دليلنا ما روى ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال القرآن كلام الله غير مخلوق واذا كان غير مخلوق كان صفة من صفات الذات لعظمة الله وجلاله قال الشافعى رضى الله عنه من قال ان القرآن مخلوق فقد كفر •

وأما العالم فلأنه صفة من صفات الذات فهو كما لو حلف تعظيما لله وقدرته وان قال وحق الله فان نوى به العبادات لم يكن يمينا لأه حلف بمحدث وان نوى به ما يستحقه الله من الصفات أو أطلق ذلك كان يمينا وبه قال مالك وأحمد واختلف أصحابنا فى علته فمنهم من قال لأنه قد ثبت لها عرف الاستعمال وان نوى لم يثبت لها عرف الشرع وما ثبت له عرف أحد العرفين

كان يمينا ، وقال أبو جعفر الاستراباذى حق الله هو قرآن الله قال الله تعالى « وانه لحق اليقين » يعنى القرآن ولو حلف بالقرآن كان يمينا سواء نوى اليمين أو لم ينو أو أطلق فكذلك هذا مثله والأول أصح هذا مذهبنا وقال أبو حنيفة لا يكون يمينا لأن حقوق الله طاعته وذلك محدث ودليلنا أن لله حقوقا يستحقها لنفسه وحقوقا على غيره واذا اقترن عرف الاستعمال فى اليمين انصرف الى ما يستحقه لنفسه من البقاء والعظمة وغير ذلك من الصفات فصار كقوله وعظمة الله قال الطبرى فى العدة وان حلف بصفة من صفات الله التى من صفات الفعل كقوله : وخلق الله ورزق الله لم يكن يمينا •

فـــرع والقسم بصفاته تعالى كالقسم بأسمائه وصفاته وتنقسم الى ثلاثة أقسام (أولها) ما هو من صفات الذات الالهية ولا يحتمل صرفا الى غيرها كعزة الله وجلاله وعظمته وكبريائه وكلامه فهذه تنعقد بها اليمين وبه قال أحمد وأصحاب الرأى ومالك لأن هـذه من صـفات ذاته لم يزل موصوفا بها وقد ورد الأثر بالقسم ببعضها فروى « أن النار تقـول : قط وعزتك » رواه البخارى والذى يخرج من النار يقول وعزتك لا أسألك غيرها وفى كتاب الله تعالى « فبعزتك لأغوينهن أجمعين » •

(الثانى) ما هو صفة للذات ويعبر به عن غيرها مجازا كعلم الله وقدرته فهذه صفة للذات لم يزل موصوفا بها وقد تستعمل فى المعلوم والمقدور اتساعا كقولهم اللهم اغفر لنا علمك فينا • ويقال اللهم لقد أريتنا قدرتك فأرنا عفوك ويقال انظر الى قدرة الله أى الى مقدوره فمتى أقسم بهذه الصفات مضافة الى الله تعالى ولم ينو المعلوم أو المقدور انعقد يمينه وبهذا قال أحمد رضى الله عنه وقال أبو حنيفة : اذا قال وعلم الله لا يكون يمينا لأنه يحتمل المعلوم •

دليلنا أن العلم من صفات الله تعالى فكانت اليمين به يميناً موجبة للكفارة كالعظمة والعزة والقدرة وينتقض ما ذكروه بالقدرة فانهم قد سلموها وهى قرينتها • فأما ان نوى القسم بالمقدور أو المعلوم فانه لا يكون يمينا ؛ وهو قول أصحاب أحمد لأنه نوى بالاسم غير صفة الله مع احتمال اللفظ ما نواه ؛ فأشبه ما لو نوى القسم بمحلوف فى الأسماء التى يسمى بها غير الله تعالى •

وقد روى عن أحمد أن ذلك يكون يمينا بكل حال ولا تقبل منه نية غير صفة الله تعالى ، وهو قول أبى حنيفة فى القدرة ، لأن ذلك موضوع للصفة فلا يقبل منه غير الصفة كالعظمة •

قال ابن قدامة « وقد ذكر طلحة العاقولى فى أسماء الله تعالى المعرفة بلام التعريف كالخالق والرازق أنها تكون يمينا بكل حال ؛ لأنها لا تنصرف الا الى اسم الله تعالى • كذا هذا » •

والثالث ما لا ينصرف باطلاقه الى صفة لله تعالى ، لكن ينصرف باضافته الى الله سبحانه لفظا أو نية كالعهد والميثاق والأمانة ونحوه ، فهذا لا يكون يمينا مكفرة الا باضافته أو نيته وسنذكر ذلك •

فرع اذا قال : وحق الله نظرت ــ فان أراد بحقه ما يستحقه بارك وتعالى من العظمة والجلال والعزة والبقاء ــ فهى يمين مكفرة ؛ وان أراد بحقه ما يستحقه من الطاعات والمفروضات لم تنعقد يمينه لأنها حادثة • وبهذا قال أحمد ومالك • وقال أبو حنيفة لا كفارة لها ، لأن حق الله طاعته ومفروضاته وليست صفة له دليلنا أن لله حقوقا يستحقها لذاته هى من صفات الذات من العزة والجلال ، واقترن عرف الاستعمال بالحلف بهذه الصفة فانصرف الى صفة الله تعالى ؛ كقوله وقدرة الله ، وان نوى بذلك القسم بمخلوق ، فالقول فيه كالقول فى الحلف بالعلم والقدرة ؛ الا أن احتمال المخلوق بهذا اللفظ أظهر من احتماله فى العلم والقدرة •

مسألة اذا قال : علىّ عهد الله وميثاقه وكفالته وأمانته فانها لا تنعقد الا أن ينوى الحلف بصفات الله تعالى •

وقال أصحاب أحمد « لا يختلف المذهب فى أن الحلف بأمانة الله يمين مكفرة » وبقولهم هذا قال أبو حنيفة • لأن أمانة الله صفة له بدليل وجوب الكفارة على من حلف بها ونوى ويجب حملها على ذلك عند الاطلاق لوجوه•

(أحدها) أن حملها على غير ذلك صرف ليمين المسلم الى المعصية أو المكروه لكونه قسما بمخلوق والظاهر من حال المسلم خلافه •

(ثانيها) أن القسم فى العادة يكون بالمعظم المحترم دون غيره وصفة الله تعالى أعظم حرمة وقدرا •

ولنا أن الامانة لا تنعقد اليمين بها • ومثلها العهد والميثاق والكفالة • الا أن ينوى الحلف بصفة الله تعالى • لأن الأمانة تطلق على الفرائض والودائع والحقوق وكذلك العهد والميثاق • قال تعالى « انا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الانسان » وقال تعالى « ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها » يعنى الودائع والحقوق • وقال صلى الله عليه وسلم « أد الأمانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك » واذا كان اللفظ محتملا لم يصرف الى أحد محتملاته الا بنية أو دليل صارف اليه ، على أنه اذا لم ينو شيئا وأطلق هل تنعقد يمينه ؟ وجهان •

(أحدهما) تنعقد لأن العادة والعرف جريا على الحلف بها ؛ والتماس التغليظ فى اليمين بالنطق بها كمن يحلف بالله تعالى والتغليظ بصفاته ، وضرب له المصنف مثلا بالطالب الغالب والمدرك المهلك •

(والثانى) لما ذكرناه من احتماله العبادات واحتماله لصفات الله تعالى الا أن الناس لا يجرى العرف بينهم على اعتباره من صفات الله تعالى فلم يكن يمينا • هذا فيما يتعلق بأمانة الله ، أما اذا حلف بالأمانة قال فى المغنى ــ فان نوى الحلف بأمانة الله فهو يمين مكفرة موجبة للكفارة • وان أطلق فعلى روايتين • (احداهما) يكون يمينا لما ذكرناه من الوجوه • (والثانية) لا يكون يمينا لأنه لم يضفها الى الله تعالى فيحتمل غير ذلك •

قال أبو الخطاب : وكذلك العهد والميثاق والحبروت والعظمة والأمانات؛ فان نوى يمينا كان يمينا والا فلا ؛ وقد ذكرنا فى الأمانة روايتين فيخرج فى سائر ما ذكروه وجهان قياسا عليها •

ويكره الحلف بالأمانة لما روى أبو داود عن بريدة عن النبى صلى الله عليه وسلم « من حلف بالأمانة فليس منا » وروى عن زياد بن خدير أن رجلا

حلف عنده بالأمانة فجعل يبكى بكاء شديدا فقال له الرجل : هل كان هـذا يكره ؟ قال نعم كان عمر ينهى عن الحلف بالأمانة أشد النهى » •

فـــرع قال الطبرى : لو قال على يمين خطأ ، المذهب أنه لا يكون يمينا وقال الامام سهل يحتمل وجهين • وقال أبو حنيفة يكون يمينـــا استحسانا والقياس لا يلزمه • ودليلنا أن قول : على يمين يحتمل الاخبارية ويحتمل الانشاء والابتداء فلا يحمل على أحدهما وان قال أيمان البيعـــة لازمة لى لا فعلت كذا فان البيعة كانت فى زمان النبى صلى الله عليه وسـلم بالمصافحة فلما ولى الحجاج رتبها أيمانا تشتمل على اسم الله وعلى الطلاق والعتاق والحج والصدقة قال ابن الصباغ فاذا قال رجل أيمان البيعة لازمة لى فان لم ينو الأيمان التى رتبها الحجاج لم يتعلق بقوله حكم وان أراد ذلك فان قال : أيمان البيعة لازمة لى بطلاقها وعتاقها فقد صرح بذاكرها ولا يحتاج الى نية وتنعقد يمينه بالطلاق والعتاق وان لم يصرح بذلك ونوى أيمـــان البيعة التى فيها الطلاق والعتاق انعقد يمينه بالطلاق والعتاق خاصة لأن اليمين بها تنعقد بالكناية مع النية وظاهر قول ابن الصباغ أن يمينه لا تنعقد بالله تعالى لأن اليمين بالله لا تنعقد بالكناية مع النية •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان قال : بالله لافعلن كذا بالباء المعجمة من تحت ، فان اراد بالله انى استعين بالله أو أثق بالله فى الفعل الذى أشار اليه لم يكن يمينـــا ، لأن ما نواه ليس بيمين واللفظ يحتمله فلم يجعل يمينا ، وان لم يكن له نية كان يمينا لان الباء من حروف القسم فحمل اطلاق اللفظ عليه •

وان قال تالله لافعلن كذا بالتاء المعجمة من فوق ، فالمنصوص فى الأيمـــان والايلاء انه يمين • وروى المزنى فى القسامة انه ليس بيمين ، واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال : المذهب ما نص عليه فى الأيمان والايلاء لان الباء من حروف القسم ، والدليل عليه قوله عز وجل « تالله لأكيدن أصـــنامكم بعـد أن تولوا مدبرين » وقوله تعالى « تالله لقد آثرك الله علينا وان كنا لخاطئين » فصار كما لو قال : والله وبالله • وما رواه المزنى صـحف فيـه ، والذى قال المـزنى فى القسامة بالباء المعجمة من تحت وتعليله يدل عليه ، فانه قال لانه دعاء وتالله ليس

بدعاء . ومن اصحابنا من قال ان كان فى الأيمان والايلاء فهو يمين لأنه يلزمه حق وان كان فى القسامة لم يكن يمينا لأنه يستحق به المال فلم يجعل يمينا .

وان قال الله لافعلن كذا فان أراد به اليمين فهو يمين ، لأنه قد تحذف حروف القسم ، ولهذا روى « أن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أخبر النبى صلى الله عليه وسلم انه قتل ابا جهل ، فقال : آلله أنك قتلته ؟ قال : آلله انى قتلته » وان لم نكن له نية لم يكن يمينا لأنه لم يأت بلفظ القسم .

وان قال : لا ها الله ونوى به اليمين فهو يمين ، لما روى ان أبا بكر الصديق رضى الله عنه قال فى سلب قتيل قتله أبو قتادة « لا ها الله اذا لا يعمد الى أسد من أسد الله تعالى يقاتل عن دين الله ورسوله فيعطيك سلبه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : صدق » وان لم ينو اليمين لم يكن يمينا لأنه غير متعارف فى اليمين فلم يجعل يمينا من غير نية .

وان قال : وايم الله ونوى اليمين فهو يمين ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى أسامة بن زيد « وايم الله انه لخليق بالامارة » . فان لم يكن له نية لم يكن يمينا لأنه لم يقترن به عرف ولا نية) .

الشرح حديث عبد الله بن مسعود أخرجه أبو داود وأحمد بمعناه . وقال فى منتقى الاخبار : وانما أدرك ابن مسعود أبا جهل وبه رمق فأجهز عليه . وروى معنى ذلك أبو داود وغيره .

وقال فى النيل شرح المنتقى : حديث ابن مسعود هو من رواية ابنه أبى عبيدة عنه ولم يسمع منه ، كما تقدم غير مرة .

ولفظ مسند أحمد عن أبى عبيدة عن أبيه عبد الله بن مسعود « أنه وجد أبا جهل يوم بدر وقد ضربت رجله وهو صريع يذب السيف عنه بسيف له ؛ فأخذه عبد الله بن مسعود فقتله به ، فنفله رسول الله صلى الله عليه وسلم بسلبه . « هذا وقد أخرج أحمد والبخارى ومسلم من حديث عبد الرحمن ابن عوف أنه قال « بينا أنا واقف فى الصف يوم بدر نظرت عن يمينى فاذا أنا بين غلامين من الأنصار حديثة أسنانهما تمنيت لو كنت بين أضلع منهما ، فغمزنى أحدهما فقال : يا عم هل تعرف أبا جهل ؟ قلت نعم ؛ وما حاجتك اليه يا ابن أخى ؟ قال أخبرت أنه يسب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والذى

نفسى بيده لئن رأيته لا يفارق سوادى سواده حتى يموت الأعجل منا . قال فعجبت لذلك ، فغمزنى الآخر فقال مثلها فلم أنشب أن نظرت الى أبى جهل يزول فى الناس فقلت : ألا تريان ؟ هذا صاحبكما الذى تسألان عنه ؛ قال : فابتدراه بسيفيهما حتى قتلاه ثم انصرفا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبراه ، فقال أيكما قتله ؟ فقال كل منهما أنا ، فقال هل مسحتما سيفيكما ؟ قالا : لا ، فنظر فى السيفين فقال : كلاكما قتله ، وقضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح . والرجلان معاذ بن عمرو ومعاذ بن عفراء » .

قال فى الفتح بعد أن ذكر رواية ابن اسحاق : فهذا الذى رواه ابن اسحاق يجمع بين الأحاديث لكنه يخالف ما فى الصحيح من حديث عبد الرحمن ابن عوف فانه رأى معاذا ومعوذا شدا عليه جميعا حتى طرحاه . وابن اسحاق يقول : ان ابن عفراء هو معوذ والذى فى الصحيح معاذ . فيحتمل أن يكون معاذ بن عفراء شد عليه مع معاذ بن عمرو كما فى الصحيح وضربه بعد ذلك معوذ حتى أثبته ثم حز رأسه ابن مسعود فتجمع الأقوال كلها . واطلاق كونهما قتلاه يخالف فى الظاهر حديث ابن مسعود أنه وجده وبه رمق . وهو محمول على أنهما بلغا به بضربهما اياه بسيفيهما منزلة المقتول حتى لم يبق له الا مثل حركة المذبوح . وفى تلك الحالة لقيه ابن مسعود فضرب عنقه . على أن الرسول صلى الله عليه وسلم نفل ابن مسعود السيف فقط جمعا بين الأحاديث .

أما حديث أبى بكر رضى الله عنه فقد أخرجه أحمد والبخارى ومسلم عن أبى قتادة بلفظ « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين فلما التقينا كانت للمسلمين جولة . قال : فرأيت رجلا من المشركين قد علا رجلا من المسلمين فاستدرت اليه حتى أتيته من ورائه فضربته على حبل عاتقه وأقبل على فضمنى ضمة وجدت منها ريح الموت ثم أدركه الموت فأرسلنى فلحقت عمر بن الخطاب فقال : ما للناس ؟ فقلت أمر الله ثم ان الناس رجعوا وجلس رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه قال : فقمت فقلت من يشهد لى ؟ ثم جلست ثم قال مثل ذلك قال : فقمت فقلت : من يشهد لى ثم جلست ثم قال ذلك الثالثة فقمت فقال رسول الله

صلى الله عليه وسلم مالك يا أبا قتادة ؟ فقصصت عليه القصة فقال رجل من القوم صدق يا رسول الله سلب ذلك القتيل عندي فأرضه من حقي فقال أبو بكر الصديق : لاها الله اذا لا يعمد الى أسد من أسد الله يقاتل عن الله وعن رسوله فيعطيك سلبه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم صدق فأعطه اياه فأعطاني قال : فبعت الدرع فابتعت به مخرفا في بني سلمة فانه لأول مال تأثلته في الاسلام .

ويؤخذ على المصنف قوله لما روى أن أبا بكر الخ هكذا بصيغة التمريض مما لا يتناسب مع حديث متفق عليه في الصحيحين وفي غيرهما وأما حديث: وايم الله فقد ذكره الحافظ الذهبي في سير أعلام النبلاء هكذا .

« اسماعيل بن جعفر بن عيينة عن عبد الله بن دينار سمع ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر أسامة على قوم فطعن الناس في امارته فقال ان تطعنوا في امارته فقد طعنتم في امارة أبيه وايم الله ان كان لخليقا للامارة وان كان لمن أحب الناس الي وان ابنه هذا لأحب الى بعده » لفظ اسماعيل «وأن ابنه لمن أحب » ابراهيم بن طهمان عن موسى بن عقبة عن سالم عن أبيه فذكر نحوه وفيه « وان كان لأحب الناس كلهم الى » قال سالم « ما سمعت أبي يحدث بهذا الحديث قط الا قال والله ما حاشا فاطمة » ا هـ

وقد كان أسامة أسود أفطس لأن أمه بركة الحبشية مولاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر محمد بن اسحاق حدثنا يزيد بن هارون قال حدثنا حماد بن سلمة عن هشام بن عروة عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم أخر الافاضة من عرفة من أجل أسامة بن زيد ينتظره فجاء غلام أسود أفطس فقال أهل اليمن : انما حبسنا من أجل هذا قال فلذلك كفر أهل اليمن من أجل هذا .

قال يزيد بن هارون « يعني ردتهم أيام أبي بكر الصديق » ولما فرض عمر بن الخطاب للناس فرض لأسامة خمسة آلاف ولعبد الله بن عمر ألفين فقال ابن عمر : فضلت عليّ أسامة وقد شهدت ما لم يشهد ، فقال : ان أسامة

كان أحب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم منك وأبوه كان أحب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من أبيك •

أما الأحكام فحروف القسم ثلاثة الباء وهى الأصل وتدخل على المظهر والمضمر جميعا والواو وهى بدل من الباء تدخل على المظهر دون المضمر لذلك هى أكثر استعمالا وبها جاءت أكثر الأقسام فى الكتاب والسنة وانما كانت الباء الأصل لأنها الحرف الذى تصل به الأفعال القاصرة عن التعدى الى مفعولاتها والتقدير فى القسم أقسم بالله كما قال تعالى (وأقسموا بالله جهد أيمانهم) والتاء بدل من الواو وتختص باسم واحد من أسماء الله تعالى وهو الله ولا تدل على غيره فيقال (تالله ولو قال : تا الرحمن أو تالرحيم لم يكن قسما) فاذا أقسم بأحد هذه الحروف الثلاثة فى موضعه كان قسما صحيحا لأنه موضوع له • وقد جاء فى كتاب الله تعالى وكلام العرب وقال الله تعالى (تالله لتسألن عما كنتم تفترون) (تالله لقد آثرك الله علينا) (تالله تفتؤ تذكر يوسف) (تالله لقد علمتم) و (وتالله لأكيدن أصنامكم) •

وقد اختلف أصحابنا فيه لما روى المزنى فى القسامة وما رواه الربيع فى الأم فرواية المزنى أنه ليس بيمين والصواب كما رواه الربيع فى الأم •

فان قال : ما أردت به القسم لم يقبل منه لأنه أتى باللفظ الصريح فى القسم واقترنت به قرينة دالة وهو الجواب بجواب القسم •

وان قال : بالله ونوى الاستعانة بالله والتحصن بالله أو الثقة بالله لم يكن يمينا فان أطلق كان يمينا وان لم ينو اليمين لأنه يؤخذ بلفظه •

فرع وان أقسم بغير حرف القسم فقال : الله لأقومن بالجر أو النصب •

قال الشافعى : لا يكون يميناً الا أن ينوى لأن ذكر اسم الله تعالى بغير حرف القسم ليس بصريح فى القسم فلا ينصرف اليه الا بالنية •

وقال الحنابلة : يكون يمينا لأنه سائغ فى العربية ، وقد ورد به عرف الاستعمال فى الشرع نوى أو لم ينو ، ويجاب عن هذا بانكم سوغتم اليمين للعامى اذا قال والله بالرفع مع عدم جوازه فى العربية قسما ، وهذا تناقض فكيف بلفظ لم يرد فيه حرف القسم ولم ينو به القسم ؟ ومذهبنا أنه اذا أراد به اليمين انعقدت يمينه لأن العرف لم يجر بذلك • وقال امرؤ القيس :

يمين الله أبرح قاعدا

وقال : فقالت : يمين الله ما لك حيلة

فهذا مصرح فيه بأنه يمين ، فلا يقال عنه انه لم ينوه • ويجاب عن القسم بأربعة أحرف • حرفان للنفى هما (ما و لا) ، وحرفان للاثبات وهما (ان واللام المفتوحة) وتقوم ان المكسورة مقام ما النافية ، مثل قوله « وليحلفن ان أردنا الا الحسنى » •

فـــرع وان قال : لا ها الله ونوى اليمين فهو يمين لما جاء فى حديث أبى بكر رضى الله عنه حين قال فى سلب قتيل أبى قتادة لا ها الله اذا تعمد الى أسد من أسد الله يقاتل عن الله ورسوله فيعطيك سلبه ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم صدق » وان لم ينو اليمين فالظاهر أنه لا يكون يمينا لأنه لم يقترن به عرف ولا نية ، ولا فى جوابه حرف يدل على القسم ؛ وهذا مذهب أحمد رضى الله عنه •

فـــرع وان قال : وايم الله ونوى اليمين فهو يمين موجبة للكفارة، وكذلك وايمن وقال أصحاب أحمد : هى موجبة للكفارة مطلقا وقد كان النبى صلى الله عليه وسلم يقسم به ، وقد اختلف فى اشتقاقه ، فقيل هو جمع يمين وحذفت فيه فى البعض تخفيفا لكثرة الاستعمال • وقيل : هو من اليمين، فكأنه قال ويمين الله لأفعلن وألفه ألف وصل • وذكر القلعى أنها تخفض بالقسم ، والواو واو قسم عنده • قال ابن بطال فى شرح غريب المهذب « وذاكرت جماعة من أئمة النحو والمعرفة فمنعوا من الخفض ؛ وقالوا أيمن

بنفسها آلة للقسم فلا يدخل على الآلة آلة • هكذا ذكر لى من يسمع التاج النحوى رئيس أهل العربية بدمشق •

وقوله « انه لخليق بالامارة » أى حقيق بها وجدير وقد خلق لذلك •

فـــرع اذا قال والله لا فعلت كذا كان ذلك يمينا اذا نوى بها اليمين أو أطلق لأنه قد ثبت لها عرف الشرع وهو قوله صلى الله عليه وسلم « والله لأغزون قريشا » ويثبت لها عرف الاستعمال لأن الناس هكذا يحلفون فان نوى بها غير اليمين لم يقبل وقد مضى خلاف المسعودى فيها وهذا هو المشهور وان قال : بالله لا فعلت كذا بالباء المعجمة من تحت فان نوى بها اليمين أو أطلق كان يمينا لأنه قد ثبت لها عرف الشرع قال الله تعالى « ويحلفون بالله ما قالوا » وثبت لها عرف اللغة لأن أهل اللغة يقولون انما هى أصل حروف القسم وغيرها بدل عنها فان صرفها بنيته عن اليمين بأن نوى بالله أستيقن أو أثق بالفعل الذى أشرت اليه أو بالله أو من (بضم الألف) لم يكن يمينا لأنه يحتمل ما نواه وان قال تالله لا فعلت كذا بالتاء المعجمة من فوق باثنين فقد نص الشافعى فى الايلاء لو قال تالله لا أصبتك كان موليا قال المزنى وقال الشافعى فى القسامة انها ليست بيمين واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال هى يمين فى القسامة وغيرها اذا نوى بها اليمين أو أطلقها لأنه قد ثبت لها عرف الشرع وهو قوله تعالى « تالله تفتأ تذكر يوسف » وقوله تعالى « تالله لقد آثرك الله علينا » وقوله تعالى « تالله لأكيدن أصنامكم » وما حكاه المزنى عن القسامة فهو تصحيف منه وانما قال الشافعى فى القسامة اذا قال بالله لا يكون يمينا وتعليله يدل عليه لأنه قال لأنه دعا وأراد به دعاء الاستعانة بفتح اللام من اسم الله ومنهم من حملها على ظاهرها فقال ان كان فى الايلاء كان يمينا وان كان فى القسامة لم يكن يمينا لأن فى القسامة يثبت لنفسه حقا فلم يقنع منه الا بصريح اليمين التى لا يحتمل وفى الايلاء يتعلق به حق غيره فحمل اللفظ على ظاهره •

فـــرع وان قال : والله لا فعلت كذا أو والله لا فعلت بضم اسم الله أو نصبه فقد قال أكثر أصحابنا ان يمينه ينعقد سواء تعمده أو لم يتعمده

لأنه لحن لا يحيل المعنى وإقال القفال اذا قال والله لا فعلت كذا بضم اسم الله لم يكن يمينا الا أن ينوى به اليمين لأنه ابتداء كلام وان نوى اليمين به كان يمينا لأنه قد يخطىء فى الاعراب فيرفع مكان الخفض والمنصوص للشافعى فى القسامة هو الأول وان قال : والله لا فعلت كذا برفع اسم الله أو نصبه أو كسره فان أراد به اليمين فهو يمين لما روى فى حديث ركانة أنه قال آلله بالرفع ما أرادت الا واحدة وفى حديث ابن مسعود لما أخبر النبى صلى الله عليه وسلم أنه قتل أبا جهل فقال النبى صلى الله عليه وسلم آلله انك قتلته قال : آلله انى قتلته بنصب اسم الله وان لم ينو اليمين ففيه وجهان (احدهما) أنه يمين لأن حرف القسم قد يحذف كما يحذف حرف النداء ولا يتغير المعنى ولا الأعراب (والثانى) أنها ليست بيمين وهو المشهور لأن العادة لم تجر بالحلف به ولا يحلف به الا خواص الناس فلم يجعل يمينا من غير نية .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان قال : لعمر الله ونوى به اليمين فهو يمين لانه قد قيل معناه بقاء الله وقيل حق الله وقيل علم الله ، والجميع من الصفات التى تنعقد بها اليمين ، فان لم يكن له نية ففيه وجهان .

(احدهما) انه يمين لأن الشرع ورد به فى اليمين ، وهو قول الله عز وجل (لعمرك انهم لفى سكرتهم يعمهون) .

(والثانى) انه ليس بيمين ، وهو ظاهر النص لانه غير متعارف فى اليمين .

فصل وان قال اقسمت بالله أو اقسم بالله لأفعلن كذا ولم ينو شيئا فهو يمين لأنه ثبت لهعرفالشرع وعرف العادة فالشرع قوله عز وجل «فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما » وقوله عز وجل « واقسموا بالله جهد أيمانهم » وعرف العادة أن الناس يحلفون بها كثيرا .

وان قال : اردت بقولى اقسمت بالله الخبر عن ضمين متقدمة ، وبقولى اقسم بالله الخبر عن يمين مستأنفة ، قبل قوله فيما بينه وبين الله تعالى ، لأن ما يدعيه يحتمله اللفظ ، فاما فى الحكم فالمنصوص فى الايمان انه يقبل .

وقال في الايلاء : اذا قال لزوجته : أقسمت بالله لا وطئتك ، وقال : أردت به في زمان متقدم انه لا يقبل ، فمن اصحابنا من قال لا يقبل قولا واحدا ، وما يدعيه خلاف ما يقتضيه اللفظ في عرف الشرع وعرف العادة ـ وقـــوله في الايمان انه يقبل أراد به فيما بينه وبين الله عز وجل . ومنهم من قال : لا يقبل في الايلاء ويقبل في غيره من الأيمان ، لأن الايلاء يتعلق به حق المرأة فلم يقبـل منه خلاف الظاهر ، والحق في سائر الأيمان لله عز وجل فقبل قوله . ومنهـم من نقل جوابه في كل واحدة من المسئلتين الى الأخرى وجعلهما على قولين .

(احدهما) يقبل لأن ما يدعيه يحتمله اللفظ .

(والثاني) لا يقبل لأن ما يدعيه خلاف ما يقتضيه اللفظ في عرف الشرع وعرف العادة ، فان قال : شهدت بالله أو أشهد بالله لأفعلن كذا فان نوى به اليمين فهو يمين ، لانه قد يراد بالشهادة اليمين ، وان نوى بالشهادة بالله الايمان به فليس بيمين لأنه قد يراد به ذلك . وان لم يكن له نية ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه يمين لأنه ورد به القرآن ،والمراد به اليمين ، وهو قـــوله عز وجل (فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين) .

(والثاني) انه ليس بيمين ، لانه ليس في اليمين بها عرف من جهة العادة . وأما في الشرع فقد ورد ، والمراد به اليمين وورد والمراد به الشهادة ، فـــلم يجعل يميناً من غير نية .

وان قال : أعزم بالله لأفعلن كذا ـ فان أراد به اليمين ـ فهو يمـين ، لأنه يحتمل أن يقول أعزم ثم يبتدىء اليمين بقوله بالله لأفعلن كذا . وان اراد أني أعزم بالله ، أي بمعونته وقدرته لم يكن يمينا ، وان لم ينو شيئا لم يكن يميناً لانه يحتمل اليمين ويحتمل العزم على الفعل بمعونة الله فلم يجعل يميناً مـن غير نية ولا عرف . وان قال أقسم أو أشهد أو أعزم ولم يذكر اسم الله تعـالى لم يكن يمينا ، نوى به اليمين أو لم ينو ، لأن اليمين لا ينعقد الا باسم معظم أو صفة معظمة ليتحقق له المحلوف عليه ، وذلك لم يوجد .

فصـــل وان قال أسألك بالله أو أقسم عليك بالله لتفعلن كذا ـ فان أراد به الشفاعة بالله عز وجل في الفعل ـ لم يكن يمينا ، وان أراد ان يحلف عليه ليفعلن ذلك صار حالفا ، لانه يحتمل اليمين . وهو أن يبتدىء بقـــوله

بالله لتفعلن كذا ، وان أراد ان يعقد للمسئول بذلك يمينا لم ينعقد لواحد منهما لأن السائل صرف اليمين عن نفسه والمسئول لم يحلف .

فصـــل **اذا قال والله لأفعلن كذا ان شاء زيد ان افعله ، فقال زيد : قد شئت ان يفعله انعقدت يمينه لأنه علق عقد اليمين على مشيئته وقد وجدت ، ثم يقف البر والحنث على فعل الشيء وتركه ، وان قال زيد : لست أشاء ان يفعله لم تنعقد اليمين لانه لم يوجد شرط عقدها ، وان فقدت مشيئته بالجنون او الغيبة او الموت لم ينعقد اليمين ، لأنه لم يتحقق شرط الانعقاد ، ولا ينعقد اليمين به . والله تعالى أعلم) .**

الشرح اذا قال لعمـــر الله ــ فان قصـــد اليمين **فهى يمين ، والا** فلا . ولعمر الله : اللام لام القسم على المصدر المفتوح الذى فعله عمر يعمر كقتل يقتل ؛ فتقول لعمرك ، والمعنى وحياتك وبقائك ؛ ومنه اشتقاق العمرى . وقال أحمد رضى الله عنه هى يمين موجبة للكفارة مطلقا حيث أقسم بصفة من صفات الذات فكان يمينا موجبة للكفارة ؛ كالحلف ببقاء الله ؛ فان معنى ذلك الحلف ببقاء الله وحياته . وقال أبو حنيفة بقول أحمد رضى الله عنه .

مســـألة وان نوى به غير اليمين بأن نوى به حقوق الله لم يـــكن يمينا لأن حقوق الله محدثة وان أطلق ففيه وجهان (أحدهما) أنه يمين وهو اختيار أبى على الطبرى وهو مذهب أبى حنيفة وأحمد لأنه قد ثبت له عرف الاستعمال فى الشرع قال الله تعالى « لعمرك انهم لفى سكرتهم يعمهـــون » وثبت به عرف الاستعمال فى اللغة قال الشاعر .

وكل أخ مفـــارقه أخوه لعمر أبيك الا الفرقدان

(والثانى) أنه ليس يمينا لأنه ليس فيها حرف القسم وانما يكون يمينا بتقدير خبر محذوف فكأنه قال : نعم والله ما أقسم به فكان مجازا والمجـــاز لا ينصرف اليه الاطلاق وأما الآية فلم يرد أنهـــا يمين فى حقنا وانما أقســـم الله بها وقد أقسم الله بأشياء كثيرة وليست بقسم فى حقنا .

ولنا أنها تكون يمينا اذا نوى اليمين لأنها انما تكون يمينا بتقدير خـــبر محذوف فكأنه قال لعمر : الله ما لمقسم ، فيكون مجازا ، والمجاز لا ينصرف اليه الاطلاق . وهذا القول هو وجه عندنا وظاهر النص يخالفه . وقد ثبت فى

القرآن الكريم القسم به ، كقوله (لعمرك انهم لفى سكرتهم يعمهون) وقال النابغة .

فلا لعمرو الذى زرته حججا
وما أريق على الأنصاب من جبد

وقال غيره :

اذا رضيت كرام بنى قشير
لعمرو الله أعجبنى رضاها

وقال آخر :

ولكن لعمر الله ما ظل مسلما
كغمر الثنايا واضحات الملاغم

وان قال : عمرك الله بحذف لام القسم نصب اسم الله تعالى فيه ؛ لأنه يأتى بمعنى نشدتك الله كما فى قوله :

أيها المنكح الثريا سهيلا عمرك الله كيف يلتقيان ؟

وان قال : لعمرى أو لعمرك أو عمرك فليس بيمين خلافا لما ذهب اليه الحسن البصرى حيث جعل فى قوله : لعمرى ـ الكفارة .

ولنا أنه أقسم بمخلوق فلم تلزمه الكفارة ، كما لو قال وحياتى ، وذلك لأن هذا اللفظ يكون بحياة الذى أضيف اليه العمر ؛ فان التقدير : لعمرك قسمى أو ما أقسم به .

فرع وان قال وايم الله وايمن الله لا فعلت كذا لأفعلن كذا فان نوى به اليمين فهو يمين لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى أسامة بن زيد قال وايم الله انه لخليق بالامارة فان لم يكن له نية ففيه وجهان (أحدهما) أنه يمين لأنه يثبت له عرف الاستعمال فى اللغة (والثانى) أنه ليس بيمين لأنه لا يعرفه الا خواص الناس وقد اختلف فى اشتقاقه فقيل هو مشتق من اليمين فكأنه قال ويمين الله وقيل هو مشتق من اليمن وان قال : لاها الله لا فعلت

كذا ونوى به اليمين كان يمينا لما روى « أن أبا بكر الصديق قال فى سلب قتيل قتله أبو قتادة لأها الله اذا لا يعمد الى أسد من أسد الله يقاتل عن الله فنعطيك سلبه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « صدق » وان لم ينو به اليمين لم يكن يمينا لأنه لم يجر له عرف عام فى الاستعمال وانما يستعمله بعض الناس دون بعض •

فـــرع وان قال أقسمت بالله لا فعلت كذا أو أقسم بالله لا فعلت كذا فان نوى به اليمين أو أطلق كان يمينا لأن هذا اللفظ قد ثبت له عرف الاستعمال فى الشرع قال الله تعالى « وأقسموا بالله جهد أيمانهم » وقال : « فيقسمان بالله » وان قال لم أراد به اليمين وانما أردت بقولى أقسمت الخبر عن ماضية وبقولى أقسم بالله الخبر عن يمين مستأنفة فان كان صادقا لم يلزمه الكفارة بالمحالفة فيما بينه وبين الله وأما فى الحكم فان كان قد علم أنه تقدمت منه يمين فى ذلك قبل قوله فى قوله أقسمت بالله قولاً واحدا ؛ لأنه يحتمل ما يدعيه وهو أعلم بما أراد ولا يجىء مثله فى قوله أقسم • قال الشافعى هاهنا : يقبل منه وقال فى الاملاء : لا يقبل منه وكذا فى الايلاء اذا قال أقسمت بالله لا وطئتك وقال أردت به فى زمان متقدم أنه لا يقبل واختلف أصحابنا فيها على ثلاث طرق فمنهم من قال : لا يقبل منه قولا واحدا على ما نص عليه فى الاملاء لأن ما يدعيه خلاف الظاهر وحيث قال الشافعى : يقبل أراد فيما بينه وبين الله ومنهم من نقل جوابه فى كل واحدة منهما الى الأخرى وخرجهما على قولين (أحدهما) لا يقبل لما ذكرناه (والثانى) يقبل لأن قوله أقسمت يصلح للماضى حقيقة وكذلك قوله أقسم يصلح للمستقبل حقيقة ، فاذا أراد قبل منه • ومنهم من حملهما على ظاهرهما فحيث قال فى الاملاء لا يقبل قوله أراد بذلك على ما نص عليه فى الايلاء لأنه يتعلق بحق الزوجية فلم يقبل قوله فيما يخالف الظاهر • وحيث قال : يقبل أراد به فى غير الايلاء لأن الحق فيه مقدر فيما بينه وبين الله فقبل قوله فيه • هذا نقل أصحابنا البغداديين • وقال المسعودى : اذا قال أقسم أو أحلف بالله اذا أقسمت أو حلفت بالله فان نوى به اليمين فهو يمين وان لم ينو به اليمين فليس بيمين وان أطلق ففيه وجهان •

فـــرع فى مذهب العلماء قال عبد الله بن رواحة :

وان أراد بقوله أقسمت بالله الخبر عن قسم ماض أو بقوله أقسم بالله عن قسم يأتى به قبل قوله فيما بينه وبين الله تعالى ولا كفارة عليه ؛ لأن ما يدعيه يحتمله ، و هل يقبل قوله فى الحكم ؟ فالذى قال الشافعى فى الأيمان انه يقبل ، وبه قال أحمد وأصحابه خلا القاضى •

وقال فى الايلاء فى صورة مماثلة ، اذا قال لزوجته : أقسمت بالله لا وطئتك • وقال أردت به فى زمان متقدم أنه لا يقبل ، فقد قال بعض أصحابنا لا يقبل قولا واحدا ، وبه قال القاضى من الحنابلة ؛ لأن ما يدعيه خلاف ما يقتيضيه اللفظ فى عرف الشرع وعرف العادة أو الاستعمال ، وقالوا: ان قوله فى الأيمان انما أراد به أنه يقبل فيما بينه وبين الله تعالى •

ومن أصحابنا من قال : هو على حالين يقبل فى الأيمان ولا يقبل فى الايلاء وصرف كل قول على وجهه ؛ لأن حق المرأة لا يتعلق الا بالظاهر فلم يقبل منه خلافة ، والحق فى سائر الأيمان متعلق بالله تعالى فقبل قوله • ومن أصحابنا من جعلهما قولين • ونقل جواب كل مسئلة منهما الى الأخرى فتساويا ، وأحد القولين يقبل لاحتمال اللفظ مايدعيه (والثانى) لا يقبل لمخالفة ما يدعيه لمقتضى اللفظ والشرع والعرف والعادة والاستعمال •

فـــرع وان قال : أشهد بالله أو شهدت بالله لأفعلن كذا فان قصد به اليمين انعقدت ولزمته الكفارة ؛ وان لم يقصد اليمين بأن قال أردت به الشهادة على أنى مؤمن يشهد بالوحدانية قبل منه لأنه يحتمل ذلك ، وقد ورد اللفظ فى الكتاب الكريم بمعنى اليمين فى قوله تعالى (فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله) كما ورد فى القرآن مرادا به الشهادة ، ولذا جعلنا قصده مرجحا لأحد المعنيين • وان أطلق ولم يعن شيئا فى نيته فوجهان •

(أحدهما) ينعقد يمينا لوروده فى الشرع كذلك •

(والثانى) لا ينعقد يمينا لوروده فى الشرع بمعنى الشهادة ووروده بمعنى اليمين ، فلا يكون يمينا بغير نية .

وقال أصحاب أحمد : أشهد بالله تجرى مجرى أقسم بالله . وزعم ابن قدامة فى المغنى أنه قول عامة الفقهاء ، وقال لا نعلم فيه خلافا ، وقال : وسواء نوى اليمين أو أطلق ؛ لأنه لو قال أشهد ولم يذكر الفعل كان يمينا . وانما كان يمينا بتقدير الفعل قبله ، وما قرره ابن قدامة من كونه قول عامة الفقهاء غير صحيح كما عرفت من مذهبنا من الفرق بين قوله أقسم بالله وقوله : أشهد بالله .

فرع قال الشافعى : وان قال : أعزم بالله ولا نية له لم يكن يمينا ، وجملة ذلك أنه اذا قال : أعزم بالله لا فعلت كذا فان نوى به اليمين كان يمينا لأنه يحتمل بقوله بالله لا فعلت كذا اليمين وان نوى أنه يعزم بمعونة الله لم يكن يمينا وان لم ينو شيئاً لم يكن يمينا لأنه لم يثبت لها عرف فى الشرع ولا فى الاستعمال ، وان قال : أقسم لا فعلت كذا أو أقسمت أو أحلف أو أشهد لا فعلت كذا ولم يقل بالله لم يكن يمينا سواء نوى به اليمين أو لم ينو وقال أبو حنيفة : هو يمين سواء نوى به اليمين أو لم ينو وهى احدى الروايتين عن أحمد . وقال مالك : اذا نوى به اليمين كان يمينا وان لم ينو به اليمين لم يكن يمينا وهى الرواية الأخرى عن أحمد . دليلنا أنها يمين عريت عن اسم الله وصفته فلم يكن يمينا ؛ كما لو قال : أقسمت بالنبى أو بالكعبة.

وأما الخبر الذى روى أن رجلا ذكر رؤيا بحضرة النبى صلى الله عليه وسلم ففسرها أبو بكر الصديق رضى الله عنه فقال أبو بكر : أصبت يا رسول الله أو أخطأت ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أصبت فى بعض وأخطأت فى بعض فقال أبو بكر : أقسمت عليك لتخبرنى بالخطأ فقال النبى صلى الله عليه وسلم « لا تقسم » فهو قسم فى اللغة لا أنه قسم فى الشرع بدليل قوله صلى الله عليه وسلم لا تقسم أى لا تقسم قسما شرعيا تجب فيه الكفارة وان قال رجل : أعتصم بالله أو أستعين بالله أو توكلت على الله لا فعلت كذا لم يكن يمينا سواء نوى به اليمين أو لم ينو لأن ذلك لا يصلح لليمين .

فرع في مذاهب العلماء : قال ابن قدامة : وان قال أقسمت أو آليت أو حلفت أو شهدت لأفعلن ولم يذكر بالله • فعن أحمد روايتان •

(احداهما) انها يمين • وسواء نوى اليمين أو أطلق • وروى نحو ذلك عن عمر وابن عباس والنخعي والثوري وأبي حنيفة وأصحابه • وعن أحمد ان نوى اليمين بالله كان يمينا والا فلا • وهو قول مالك واسحاق وابن المنذر لأنه يحتمل القسم بالله وبغيره فلم تكن يمينا والا فلا • وهو قول مالك واسحاق وابن المنذر لأنه يحتمل القسم بالله وبغيره فلم تكن يمينا حتى يصرفه بنيته الى ما تجب به الكفارة •

ولنا أنها ليست بيمين وان نوى ، لأنها عريت عن اسم الله تعالى وصفته فلم تكن يمينا • كما لو قال أقسمت بالبيت أو أقسمت بالكعبة • وروى هذا عن عطاء والحسن والزهري وقتادة وأبي عبيد • وما بقي من الفصول فعلى وجهها وقد مضى توضيحها في الفروع آنفا • على أن الذي تفتقر اليه هذه الفصول هو بيان أحكام الحلف بالقرآن الكريم فنقول :ان الحلف بالقرآن أو بآية منه أو بكلام الله يمين منعقدة تجب الكفارة بالحنث فيها • وبهذا قال ابن مسعود والحسن وقتادة ومالك وأحمد وأبو عبيد وعامة أهل العلم •

قال أبو حنيفة وأصحابه : ليس بيمين ولا تجب به كفارة ، فمنهم من زعم أنه مخلوق • ومنهم من قال لا ينعقد اليمين به • والحق أن القرآن كلام الله وصفة من صفات ذاته فتنعقد اليمين به ، كما لو قال وجلال الله وعظمته •

وقوله « هو مخلوق » فهذا كلام المعتزلة ، وانما الخلاف مع الفقهاء ، ولاشك أن مذاهب المتكلمين لها تأثيرها على تقرير أحكام الفروع عند الفقهاء ، وقد روى عن ابن عمر مرفوعا أن القرآن كلام الله غير مخلوق •

وقال ابن عباس في قوله تعالى « قرآنا عربيا غير ذي عوج » أي غير مخلوق •

اذا ثبت هذا فان الحلف بآية منه كالحلف بجميعه لأنها من كلام الله تعالى • وان حلف بالمصحف انعقدت يمينه ، وكان قتادة يحلف بالمصحف • وقال ابن قدامة : ولم يكره ذلك امامنا واسحاق ، لأن الحالف بالمصحف انما قصد الحلف بالمكتوب فيه وهو القرآن ، فانه بين دفتى المصحف باجماع المسلمين •

مسألة نص أحمد رضى الله عنه على أن من حلف بحق القرآن لزمته بكل آية كفارة يمين • وهو قول ابن مسعود والحسن (قلت) مذهبنا أن الواجب كفارة واحدة وهو قياس المذهب عند الحنابلة وأبى عبيد ؛ لأن الحلف بصفات الله كلها وتكرر اليمين بالله سبحانه لا يوجب أكثر من كفارة واحدة ، فالحلف بصفة واحدة من صفاته أولى أن تجزئه كفارة واحدة •

ووجه الأول ما رواه مجاهد قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حلف بسورة من القرآن فعليه بكل آية كفارة يمين صبر ، فمن شاء بر ومن شاء فجر » رواه الأثرم ؛ ولأن ابن مسعود قال : عليه بكل آية كفارة يمين • قال أحمد : وما أعلم شيئا يدفعه •

قال فى المغنى : ويحتمل أن كلام أحمد فى كل آية كفارة على الاستحباب لمن قدر عليه فانه قال : عليه بكل آية كفارة يمين فان لم يمكنه فكفارة واحدة • ورده الى واحدة عند العجز دليل على أن ما زاد عليها غير واجب ، وكلام ابن مسعود يحمل على الاختيار والاحتياط لكلام الله والمبالغة فى تعظيمه ، كما أن عائشة رضى الله عنها أعتقت أربعين رقبة حين حلفت بالعهد — وليس ذلك بواجب — ولا يجب أكثر من كفارة واحدة لقول الله تعالى « لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته اطعام عشرة مساكين » وهذه يمين فتدخل فى عموم الأيمان المنعقدة، لأنها يمين واحدة فلم توجب كفارات كسائر الأيمان ولأن ايجاب كفارات بعدد الآيات يفضى الى المنع من البر والتقوى والاصلاح بين الناس ، لأنه من علم أنه يحنثه تلزمه هذه الكفارات كلها ترك المحلوف عليه كائنا ما كان ، وقد

يكون برا وتقوى واصلاحا فتمنعه منه ؛ وقد نهى الله تعالى عنه بقوله (ولا تجعلوا الله عرضة لأيمانكم أن تبروا وتتقوا وتصلحوا بين الناس) •

مسألة اذا قال رجل لآخر أسألك بالله أو عليك بالله لتفعلن كذا فان أراد بذلك الشفاعة اليه بالله لم يكن يمينا وان أراد أن يعقد للمسئول يمينا لم ينعقد لأحدهما يمين لأن كل واحد منهما لم يعقدها يمينا لنفسه ، وان أطلق ولم ينو اليمين ولا غيرها لم ينعقد يمينا لأنه لم يثبت لها عرف فى الشرع ولا فى الاستعمال وان أراد السائل أن يعقد اليمين نفسه بذلك انعقدت اليمين فى حقه لأنها تصلح لليمين بقوله بالله وان لم يفعل المسئول حلف عليه السائل حنث السائل ووجبت الكفارة عليه وقال أحمد : يجب الكفارة على المسئول لأن الكفارة وجبت بفعله • دليلنا أن المسئول لم يعقد اليمين فلا يلزمه الكفارة كما لو لم يحلف عليه •

فرع الاستثناء فى اليمين جائزة لقوله تعالى « اذ أقسموا ليصرمنها مصبحين ولا يستثنون » وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : والله لأغزون قريشا الى أن قال فى الثالثة ان شاء الله • والاستثناء فى اليمين ليس بواجب وحكى عن بعض الناس أنه قال : هو واجب لأن الله ذم قوما أقسموا ولم يستثنوا • ودليلنا ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم حلف من نسائه ولم يستثن •

اذا ثبت هذا فقال : والله لا فعلت كذا ان شاء الله ففعله لم يحنث لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال من حلف على يمين فقال ان شاء الله لم يحنث ولأنه علق الفعل على مشيئة الله ومشيئة الله لا تعلم ، وانما يعلم الاستثناء اذا وصله بيمينه فان فصله عن يمينه بغير عذر لم يرتفع اليمين ؛ وان فصله لسبق نفس أوعى أو ليذكر يمينه التى يريد بحلفها أو كان بلسانه فأفأة فلم يمكنه وصله باليمين لذلك كان فى حكم الموصول • هذا مذهبنا وقال الحسن البصرى وعطاء اذا استثنى وهو فى مجلسه صح وحكى عن ابن عباس أنه قال : اذا استثنى بعد سنة صح وحكى عنه أنه يصح الاستثناء أبدا وقيل : انه رجع عن ذلك • ودليلنا أن النبى صلى الله عليه

وسلم قال : « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه » ولو كان الاستثناء يعمل بعد تمام اليمين والانفصال عنها لكفاه ذلك عن الكفارة ولا يصح الاستثناء حتى ينويه وهو أن ينوى تعليق الفعل بمشيئة الله لأن اليمين بالله لا تصح الا بالبينة فكذلك الاستثناء وهل من شرطه أن ينوى الاستثناء من أول اليمين أو يصح أن ينوى الاستثناء فى بعض اللفظ اليمين ؟ فيه وجهان مضى ذكرهما فى الطلاق وان حلف واستثنى ولم ينو الاستثناء صح الاستثناء فى الظاهر دون الباطن •

فرع قال القاضى أبو الطيب : اذا قال : ان شاء الله والله لا أفعل كذا لم يحنث وكذلك اذا قال لامرأته : ان شاء الله أنت طالق وعبدى حر لم تطلق امرأته ولم يعتق عبده لأنه لا فرق بين أن يقدم الاستثناء أو يؤخره وكذلك اذا قال : أنت طالق ان شاء الله عبدى حر من غير واو العطف لم تطلق المرأة ولم يعتق العبد لأنه علقهما بمشيئة الله وواو العطف يجوز حذفها كما روى عن ابن عباس : التحيات المباركات الصلوات من غير واو عطف ويقول العرب : أكلت خبزا سمنا قال ابن الصباغ هذا وان كان مجازاً أو أنه قصده صح الاستثناء لأن الاستثناء لا يكون الا بالقصد •

فرع وان قال والله لأفعلن كذا ان شاء زيد فان هذا ليس باستثناء وانما هو تعليق عقد اليمين بمشيئة زيد فان فعل ذلك الشىء قبل أن يعلم مشيئة زيد لم يتعلق بذلك حكم وان قال زيد : شئت أن تفعله انعقدت يمينه فان فعل بر فى يمينه وان لم يفعله وتعذر فعله حنث فى يمينه وان قال زيد : لست أشاء أن تفعله لم تنعقد يمينه لأنه لم يوجد شرط انعقاد اليمين فان فعله أو لم يفعله لم يحنث • وان فقدت مشيئة زيد بالجنون والغيبة أو الموت لم تنعقد اليمين لأنه لم يوجد شرط انعقادها وان قال : والله لأدخلن الدار اليوم ان شاء زيد فان قال زيد : شئت أن يدخلها بر فى يمينه ، وان انقضى اليوم ولم يدخلها حنث فى يمينه وان قال زيد : شئت أن لا تدخل أو لست أشاء أن تدخل لم ينعقد اليمين وان فقدت المشيئة بالموت أو الغيبة أو الجنون فانقضى اليوم ولم يدخلها لم يحنث لأن يمينه لم تنعقد •

فـــرع وان قال والله لأدخلن هذه الدار اليوم الا أن يشاء زيد فقد انعقدت يمينه على دخول الدار فى اليوم الا أن يشاء زيد أن لا تدخلها فتنحل اليمين لأن الاستثناء ضد المستثنى منه ، فان دخل الدار فى يومه بر فى يمينه وان قال زيد قد شئت أن لا يدخلها انحلت اليمين فتخلص من الحنث بأحد هاتين وان قال زيد قد شئت أن يدخلها أو يقال لست أشاء أن لا يدخلها فقدر الحاكم الاستثناء ولم يتخلص من الحنث الا بأن يدخلها فى يومه فان انقضى اليوم قبل أن يدخلها حنث فى يمينه وان فقدت المشيئة من زيد بغيبة أو جنون أو خرس أو موت ومضى اليوم ولم يدخلها فقد قال الشافعى فى المختصر : يحنث فى يمينه لأن الأصل أن لا مشيئة • وان قال والله لادخلت هذه الدار اليوم الا أن يشاء زيد فاليمين ها هنا على النفى فيكون الاستثناء على الاثبات فان مضى اليوم ولم يدخل الدار بر فى يمينه سواء شاء زيد أو لم يشأ • وان قال زيد : شئت أن يدخلها فقد تخلص من الحنث سواء دخلها أو لم يدخلها وان قال زيد شئت أن لا يدخلها أو لست أشاء أن يدخل فقد تعذر التخلص من الحنث بالاستثناء فان لم يدخل الدار حتى انقضاء اليوم فقد بر فى يمينه وان دخل الدار فى يومه حنث وان تعذرت مشيئته بغيبة أو جنون أو خرس فقد قال الشافعى فى الأم : لم يحنث وهذا مخالف للنص فى الأدلة واختلف أصحابنا فيهما على ثلاث طرق فقال أبو اسحق وغيره يحنث فيهما قولا واحدا كما نقله المزنى لأن الأصل عدم المشيئة فأما ما ذكره الشافعى فى الأم فالظاهر أنه رجع عنه لأن المزنى لو وجده لاعترض به عليه ويحتمل أن الربيع نقلها قبل أن يتحقق رجوعه عنها ؛ ومنهم من نقل جواب كل واحدة منهما الى الأخرى وخرجهما على قولين (أحدهما) لا يحنث فيهما لأنه يجوز أن يكون قد شاء ويجوز أنه لم يشأ فيحصل شك فى حصول الحنث والأصل أن لا يحنث (والثانى) أنه يحنث فيهما لأنه قد وجد عقد اليمين والمخالفة ويمكن حصول المشيئة وارتفاع اليمين ويمكن عدم المشيئة وبقى حكم اليمين والأصل عدم المشيئة • وأما المزنى فقد قال عقيب نقله وهذا خلاف قوله فى باب جامع الأيمان ويريد بذلك اذا حلف ليضربنها مائة فضربها بضغث فيه مائة شمراخ وخفى عليه هل وصل جميعها الى بدنها أم لا ؟ أنه لا يحنث مع الشك فى فعل ما حلف عليه ، ومنهم من قال : هما على اختلاف

حالين فحيث قال : يحنث أراد اذا أيس من معرفة مشيئته بموته لأنه أيس من معرفة مشيئته والأصل عدمها وحيث قال : لا يحنث أراد اذا لم يأيس من مشيئته بأن غاب أو خرس فرجى أن يرجع من غيبته أو ينطلق لسانه فيعلم ذلك منه .

فـــرع اذا قال رجل لآخر : يميني فى يمينك نظرت فان كان المقول له قد حلف بالله تعالى لم ينعقد يمين القائل سواء نوى اليمين أو لم ينـــو لأن اليمين بالله لا ينعقد بالكناية مع النية ؛ و ان كان المقول له قد حلف بالطلاق أو بالظهار أو العتاق نظرت فى القائل فان نوى ذلك انعقدت يمينه بذلك لأن اليمين ينعقد بالكناية مع النية وان كان المقول له لم يحلف قبل هذا لم ينعقد الحالف بشيء سواء نوى اليمين بالطلاق أو الظهار أو العتق أو لم ينـــو لأن يمينه انما ينعقد بذلك بالصريح أو بالكناية مع النية وليس هاهنا لفظ صريح ولا كناية مع نية لأن المقول له لم يحلف .

والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب جامع الايمان

اذا حلف لا يسكن دارا وهو فيها ، فخرج فى الحال بنية التحويل وترك رحله فيها لم يحنث لان اليمين على سكناه وقد ترك السكنى فلم يحنث بترك الرحل، كما لو حلف لا يسكن فى بلد فخرج وترك رحله فيه ، وان تردد الى الدار لنقل الرحل لم يحنث ، لأن ذلك ليس بسكنى .

وان حلف لا يسكنها وهو فيها ، أو لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه ، أو لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فاستدام حنث ، لأن الاســم يطلق على حال الاستدامة ، ولهذا تقول : سكنت الدار شهرا ولبست الثوب شهرا وركبت الدابة شهرا . وان حلف لا يتزوج وهو متزوج أو لا يتطهر وهو متطهر او لا يتطيب وهو متطيب فاستدام لم يحنث ، لانه لا يطلق الاسم عليه فى حـــال الاستدامة ، ولهذا تقول تزوجت من شهر وتطهرت من شهر وتطيبت مـــن شهر ، ولا تقول تزوجت شهرا وتطهرت شهرا وتطيبت شهرا .

وان حلف لا يدخل الدار وهو فيها فاستدام ففيه قولان ، قال فى الام يحنث لأن استدامة الدخول كالابتداء فى التحريم فى ملك الغير فكذلك فى الحنث فى اليمين كاللبس والركوب .

وقال فى حرملة لا يحنث ـ وهو الصحيح ـ لأن الدخول لا يستعمل فى الاستدامة ولهذا تقول دخلت الدار من شهر ، ولا تقول دخلتها شهرا فلم يحنث باستدامة ، كما لو حلف لا يتطهر أولا يتزوج فاستدام ، فان حلف لا يسافر وهو فى السفر فاخذ فى العود لم يحنث ، لأنه اخذ فى ترك السفر ، وان استدام السفر حنث لأنه مسافر) .

الشرح قوله « بنية التحويل » التحويل مصدر حول تحويلا وهو يلزم ويتعدى فيقال حولته تحويلا اذا غيرت موضعه ، وحول هو تحويلا اذا انتقل من موضع الى موضع ، وقد مضى فى الحوالة بحث مادته واشتقاقاتها .

والرحل كل شىء يعد للرحيل من وعاء للمتاع ومركب للمطية وجلس ورسن وجمعه أرحل ورحال ، ورحل الشخص مأواه فى الحضر ، ثم أطلق على أمتعة المسافر لأنها هناك مأواه ، وفى الحديث « صلوا فى رحالكم » أى فى مأواكم .

اما الأحكام فان مبنى اليمين على لفظ الحالف ، فاذا حلف صريحة عبارته انصرفت يمينه اليها ، سواء كان ما نواه موافقا لظاهر اللفظ أو مخالفا ، فالموافق للظاهر أن ينوى باللفظ موضوعه الأصلى مثل أن ينوى باللفظ العام العموم ، وبالمطلق الاطلاق ، وبسائر الألفاظ ما يتبادر الى الأفهام منها أو المخالف فانه يتنوع أنواعا :

(أحدها) أن ينوى بالعام الخاص ، مثل أن يحلف لا يأكل لحما ولا فاكهة ويريد لحما بعينه وفاكهة بعينها . ومنها أن يحلف على فعل شىء أو تركه مطلقا وينوى فعله أو تركه فى وقت بعينه . مثل أن يحلف أن لا يركب السيارة ، وهو يعنى الآن أو اليوم ، أو يحلف لألبسن ، يعنى الساعة .

ومنها أن يعنى بقسمه غير ما يفهمه السامع منه كالمعاريض ونحوها . ومنها أن يريد بالخاص العام ، مثل أن يحلف لاشربت لفلان الماء من العطش ، يعنى

قطع كل ماله فيه منـــة ، أو لا يأوى مع امرأته فى دار يريد جفـــاءها بترك اجتماعها معه فى جميع الدور •

فى كل ما ذكرناه لا عبرة عندنا بما عنـــاه أو نواه أو خالف لفظه ، لأن الحنث مخالفة ماعقد عليه اليمين واليمين هو اللفظ ، فلو أحنثناه على ما سواه لأحنثناه على ما نوى لا على ما حلف ؛ ولأن النية بمجردها لا تنعقد بها اليمين فكذلك لا يحنث بمخالفتها ، وبهذا قال أبو حنيفة رضى الله عنه •

وقال مالك وأحمد رضى الله عنهما : اذا نوى بيمينه ما يحتمـــله انصرفت يمينه اليه ، سواء خالف اللفظ أو وافقه ؛ لأن مبنى اليمين على النية •

فـــرع قال الشـــافعى رضى الله عنـــه : اذا كان فى دار فحلف لا يسكنها أخذ فى الخروج من مكانه وان تخلف ســـاعة يمكنه الخـــروج منها حنث • وجملة ذلك أنه اذا كان ساكنا فى دار فحلف لا يسكنها فان أمكنه الخروج منها وأقام أى زمان كانت حنث وقال مالك : ان أقام دون اليـــوم والليلة لم يحنث لأن ذلك قليل يحتاج اليه فى الانتقال ولم يحنث به دليلنـــا أن استدامة الســـكون بمنزلة ابتدائه فاذا أمكنه الخروج ولم يخرج حنث كما لو أقام يوما وليلة وان خرج من الدار فى الحال لم يحنث : وقال زفر : يحنث وان انتقل فى الحال لأنه لابد أن يكون ساكنا زمانا ما ، وهذا لا يصح لأنه ما لا يمكنه الاحتراز منه لا يدخل فى اليمـــين ولأنه تارك للســـكنى بالخروج والتارك لا يسمى ساكنا كما لو أولج فى ليلة الصيام ونزع مع طلوع الفجر •

أما اذا أقام زمنا يمكنه الانتقال فيه فانه يحنث لأنه فعل ما يقع عليه اسم السكنى فحنث به كموضع الاتفـــاق ألا ترى أنه لو حلف لا يركب ســـيارة فوقف على سلمها أو تعلق بمؤخرتها حنث وان كان قليلا ؟ •

قال المسعودى : وان كانت اليمين فى جوف الليل فخاف من العسس اذا خرج ذلك الوقت فانه لم يحنث بالمكث الى وقت الامكان وان وقف بالدار

بعد اليمين لينقل قماشه [1] ورحله من الدار ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول القفال وبه قال أبو حنيفة انه لا يحنث لأنه من أسباب الخروج (والثانى) وهو قول البغداديين من أصحابنا وهو المشهور أنه يحنث لأنه أقام فى الدار بعد اليمين مع تمكنه من الخروج فحنث كما لو أقام لا لنقل القماش وان خرج من الدار عقيب اليمين وترك رحله فيها لم يحنث وقال أبو حنيفة يحنث الا ان نقل أهله وماله وبه قال أحمد ؛ وحكى عن مالك أنه اعتبر نقل عياله دون ماله دليلنا أنه حلف على أن لا يسكن واذا تحول بنفسه منها عقيب يمينه فلم ينكر يمينه فلم ينكر يمينه فوجب أن لا يحنث كما لو حلف أن لا يسكن بلدا فخرج منها وترك رحله فيها فان رجع الى الدار بعد الخروج لنقل القماش أو لعيادة مرض فيها وما أشبه ذلك لم يحنث لأنه قد وجد منه المفارقة للدار ومزايلة السكنى وبعوده اليها لا يسمى به ساكنا فلم يحنث •

فرع اذا أقام على متاعه وأهله حنث ، وقال أبو حنيفة وأحمد لم يحنث لأن الانتقال لا يكون الا بالأهل والمال ولا يمكنه التحرز من هذه الاستدامة فلا يقع اليمين عليها • وعلى هذا ان خرج بنفسه وترك أهله وماله فى المسكن مع امكان نقلهم عنه حنث •

ولنا أنه لا يحنث اذا خرج بنية الانتقال ؛ لأنه اذا خرج بنية الانتقال ، فليس بساكن — ولأنه يجوز أن يريد السكنى وحده دون أهله وماله — وعند أحمد وأبى حنيفة أن السكنى لا يكون الا بالأهل والمال ، ولهذا يقال فلان ساكن بالبلد الفلانى وهو غائب عنه بنفسه • واذا نزل بلدا بأهله وماله يقال سكنه ولو نزله بنفسه لا يقال سكنه •

هذا كلامهم وهو ظاهر الخطأ ؛ لأن المرء قد يموت أبواه أو ينفصل عنهما ولما يتزوج بعد ثم يسكن أنى شاء وحده • وحكى عن مالك أنه اعتبر نقل عياله دون ماله ، والأولى ان شاء الله أنه اذا انتقل الى مسكن آخر لا يحنث وان بقى متاعه فى الدار ، لأن مسكنه حيث هو ؛ وضع فى المسكن

---

(١) مضى فى غير موضع أن القماش بقايا المتاع بعد النزح عن البيت (ط)

الذى نزل فيه ما يتأثث به أو لم يضع ، مادام قد تحقق حلوله فيه من اجارة أو تملك أو اتهاب •

فـــرع وان أكره على المقام لم يحنث ، وكذلك ان كان فى جوف الليل فى وقت لا يجد فيه منزلا يتحول اليه ، أو يحول بينه وبين المنزل أبواب مغلقة لا يمكن فتحها أو خوف على نفسه أو أهله أو ماله فأقام فى طلب النقلة أو انتظار الزوال المانع منها لم يحنث ، وان خرج طالبا للنقلة فتعذرت عليه اما لكونه لم يجد مسكنا يتحول اليه لتعذر الكراء واكتظاظ المساكن بأهلها وندرة الخالى منها أو يوجد فى مقابل مبلغ كبير لا يطيقه ولا يتيسر له أداؤه، أو لم يجد من يحمل أمتعته كسيارة أو دابة أو حمال ولا يمكنه النقلة بدونها فأقام حنث وعليه الكفارة • وقال الحنابلة لم يحنث لأن اقامته عن غير اختيار منه لعدم تمكنه من النقلة •

فـــرع فان حلف لا يتزوج ولا يتطيب ولا يتطهر فاستدام ذلك لم يحث فى قولهم جميعا ، لأنه لا يطلق على من استدامها اسم الفعل ، فلا يقال تزوجت شهرا ؛ ولا تطيبت شهرا ؛ وانما يقال منذ شهر ؛ ولم ينزل الشـارع استدامة التزويج والطيب منزلة ابتدائها فى تحريمه فى الاحـــرام وايجاب الكفارة فيه •

فـــرع وان حلف لا يدخل دارا هو فيها فأقام فيها ففيـــه قولان أصحهما ما رواه حرملة أنه لا يحنث •

وعن أحمد روايتان : (احداهما) يحنث • قال أحمد فى رجل حلف على امرأته لا دخلت أنا وأنت هذه الدار وهما جميعا فيها ، قال : أخاف أن يكون حنث •

(والثانية) لا يحنث ، ذكـرها ابن قـدامة عن القـاضى واختـارها أبو الخطاب • وهو قول أصحاب الرأى ؛ لأن الدخول لا يســتعمل فى الاستدامة ، ولهذا يقال دخلتها منذ شهر ولا يقال دخلتها شهرا فجرى مجرى

التزويج ؛ ولأن الدخول الانفصال من خارج الى داخل فلا يوجد هذا المعنى فى الاقامة والمكث .

قال ابن قدامة : ويحتمل أن من أحنثه انما كان لأن ظاهر حال الحالف أنه يقصد هجر الدار ومباينتها ؛ والاقامة فيها تخالف ذلك فجرى مجرى الحالف على ترك السكنى به أهـ .

فرع فان حلف لا يلبس ثوبا وهو لابسه فان نزعه فى الحال والا حنث وكذلك ان حلف لا يركب دابة هو راكبها . فان نزل فى أول حالة الامكان والا حنث ، وبهذا قال أحمد وأصحاب الرأى . وقال أبو ثور لا يحنث باستدامته اللبس والركوب حتى يبتدئه ، لأنه لو حلف لا يتزوج ولا يتطهر فاستدام ذلك لم يحنث . كذا ههنا .

دليلنا أن استدامة اللبس والركوب تسمى لبسا وركوبا ، ويسمى به لابسا وراكبا . ولذلك يقال لبست هذا الثوب شهرا ، وركبت دابتى يوما فحنث باستدامته ، كما لو حلف لا يسكن فاستدام السكنى ، وقد اعتبر الشرع هذا فى الاحرام حيث حرم لبس المخيط فأوجب الكفارة فى استدامته كما أوجبها فى ابتدائه وفارق التزويج فانه لا يطلق على الاستدامة فلا يقال تزوجت شهرا . وانما يقال منذ شهر . ولهذا لم تحرم استدامته فى الاحرام كابتدائه .

فرع ان حلف لا يسافر وكان فى السفر فان سدر فى سفره حنث وان أخذ فى العود لم يحنث ولو كانت مسافة العود أكبر من قدر مسافة القصر . وذلك لأنه يعتبر آخذا فى ترك السفر .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان حلف لا يساكن فلانا ـ وهما فى مسكن واحد ـ ففارق احدهما الآخر فى الحال وبقى الآخر لم يحنث لانه زالت المساكنة . وان سكن كل واحد منهما فى بيت من خان او دار كبيرة ، وانفرد كل واحد منهما بباب

وغلق لم يحنث لانه ما ساكنه فان حلف لا يدخل دارا فادخل احدى الرجلين او ادخل راسه اليها لم يحنث، وان حلف لا يخرج من دار فاخرج احدى الرجلين او اخرج راسه منها لم يحنث . لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان معتكفا وكان يدخل راسه الى عائشة لترجله ، ولأن كمال الدخول والخروج لا يحصل بذلك .

فصل وان حلف لا يدخل دارا فحصل فى سطحها وهو غير محجر لم يحنث . وقال ابو ثور : يحنث لان السطح من الدار . وهذا خطا لانه حاجز بين داخلها وخارجها فلم يصر بحصوله فيه داخلا فيها ، كما لو حصل على حائط الدار . وان كان محجرا ففيه وجهان .

(احدهما) يحنث لانه يحيط به سور الدار .

(والثانى) لا يحنث ، وهو ظاهر النص لانه لم يحصل فى داخل الدار ، وان كان فى الدار نهر فطرح نفسه فى الماء حتى حمله الى داخل الدار حنث لانه دخل الدار . وان كان فى الدار شجرة منتشرة الأغصان فتعلق بغصن منها ونزل فيها حتى احاط به حائط الدار حنث . وان نزل فيه حتى حاذى السطح وان كان غير محجر لم يحنث وان كان محجرا فعلى الوجهين) .

الشرح حديث اعتكاف الرسول فى الصحيحين عن عائشه رضى الله عنها قالت :

« ان كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ليدخل على (بتشديد الياء) راسه وهو فى المسجد فأرجله ، وكان لا يدخل البيت الا لحاجة اذا كان معتكفا » .

أما غريب الفصل فقوله « بيت من خان » قال فى المصباح : والخان ما ينزله المسافرون والجمع خانات .

(قلت) لعله مكان كان يقوم مقام الفندق فى عصرنا هذا ، الا أن الخان فيما مضى كان فيه مكان فسيح تأوى اليه الدواب ، ومستودع لبضائع المسافرين وأمتعتهم . وقوله « غير محجر » المحجر الذى عليه بناء يحيط به ومنه سميت الحجرة وسور الدار ما يحيط به .

مسـألة وان قال والله لا ساكنت فلانا وهو ساكن مقر فى مسكن فان خرج أحدهما فى أول حال امكان الخروج لم يحنث لأنه لم يساكنه وان أقام بعد امكان الخروج حنث لأن المساكنة تقع على الاستدامة كما تقع على الابتداء • قال الشافعى رضى الله عنه : والمساكنة أن يكونا فى بيت أو بيتين حجرتهما واحدة ومدخلهما واحد فان كانا فى حجرتين فى درب نافذ أو غير نافذ متفرقين أو متلاصقين فليسا متساكنين وانما هما متجاوران • وان سكن كل واحد منهما فى بيت فى خان وكان البيتان متفرقين أو متلاصقين فهما غير متساكنين لأن بيوت الخان كل بيت منها مسكن على الانفراد ؛ وان سكن كل واحد منهما فى بيت فى دار صغيرة وكل واحد منهما ينفرد بغلق فهما متساكنان لأن الدار الواحدة مسكن واحد ويخالف الخان وان كان صغيرا لأنه بنى للمساكين وان كانا فى بيتين فى دار كبيرة ذات بيوت كل بيت ينفرد بباب وغلق فقد ذكر أكثر أصحابنا أن ذلك ليس بمساكنة لأنها كبيوت الخان وقال الشيخ الحسن الطبرى فى عدته فى هذا نظر لأن جميع الدار تعد فى العادة مسكنا واحدا ويخالف بيوت الخان • وان كانت الدار كبيرة الا أن أحدهما فى البيت والآخر فى الصفة أو كانا فى صفتين أو كانا فى بيتين ليس لأحدهما غلق دون الآخر فهما متساكنان وكذلك اذا كانا فى بيتين فى دار كبيرة ذات بيوت لا أبواب عليها كان ذلك مساكنة لأن اشتراكهما فى مرافق الصحن الجامع للبيتين فى الباب المدخول به اليهما كاشتراكهما فى موضع السكون قال الشافعى : الا أن يكون له نية فهو على ما نواه ، وأراد اذا نوى بأن لا يساكنه فى درب أو بلد أو بيت واحد كان على ما نواه لأنه يحتمل ما نواه من ذلك ، وفيه وجه آخر حكاه الطبرى اذا نوى ما يساكنه فى هذا البلد ، لم يصح كما نوى لا يساكنه بخراسان •

اذا ثبت هذا فحلف لا يساكنه وهما فى بيتين فى حجرة • قال الشافعى: فجعل بينهما جدار ولكل واحد من الحجرتين باب فليس هذه بمساكنة • قال أصحابنا البغداديون : ظاهر هذا الكلام أنهما اذا أقاما فى بيتهما وجعل بينهما جدار ولكل واحد من الحجرتين باب لم يحنث ، ليس ذلك على ظاهره،

وانما أراد بذلك اذا انتقل أحدهما فى الحال وعاد لبناء الجدار والباب فأما اذا أقاما مع امكان الانتقال لبناء الجدر والباب حنث الحالف •

وقال المسعودى : اذا استعملا بناء الجدار فيما بينهما عقب اليمين فهل يحنث الحالف ؟ فيه وجهان (أحدهما) يحنث لأن البناء يحتاج الى مدة طويلة ولم تجر العادة به • و (الثانى) لا يحنث لأنه استعمل سبب الفرقة •

وقالت الحنابلة : انهما فى دار واحدة متساكنين كالصغيرة ، وفارق المتجاورين فى الدارين فانهما ليسا متساكنين ، ويمينه على نفى المساكنة لا على المجاورة • ولو كانا فى دار واحدة حالة اليمين فخرج أحدهما منها وقسماها حجرتين وفتحا لكل واحدة منهما بابا وبينهما حاجز ، ثم سكن كل واحد منهما فى حجرة لم يحنث لأنهما غير متساكنين •

فرع وان حلف لا يلبس ثوبا وهو لابسه ولا يركب دابة وهو راكبها فان نزع الثوب ونزل عن الدابة أول حال امكانه لم يحنث وان استدام ذلك مع امكان تركه حنث ؛ لأن استدامة اللبس والركوب يسمى لبسا وركوبا ولهذا يقال : لبست الثوب شهرا وركبت الدابة شهرا ، وان قال : والله لا تزوجت وهو متزوج فاستدام ، أو لا تطهرت وهو متطهر فاستدام لم يحنث لأن استدامة ذلك لا يجرى مجرى ابتدائه ولهذا لا يقال تزوجته شهرا وتطهرت شهرا وانما يقال تزوجت من شهر وتطهرت فان عقد النكاح أو ابتدأ الطهارة حنث • وان قال والله لا تطيبت وهو متطيب فاستدامة ففيه وجهان (أحدهما) يحنث لأن اسم التطيب يقع على الاستدامة ألا ترى أنه يقال تطيبت شهرا كما يقال لبست شهرا (والثانى) وهو الأصح ولم يذكر فى المهذب غيره أن لا يحنث لأن استدامة الطيب لم يجعل فى الشرع بمنزلة ابتدائه ألا ترى أن المحرم ممنوع من ابتداء الطيب غير ممنوع من استدامته ولأنه كالطهارة لأنه يقال تطيبت من شهر كما يقال تطهرت من شهر ولا يقال تطيبت من شهر كما يقال تطهرت من شهر ولا يقال تطيبت شهرا وان حلف لا يدخل داراً وهو فيها فاستدام الكون فيها•قال القاضى أبو الطيب فيه وجهان وحكاهما الشيخان قولين • قال فى الأم : يحنث لأن استدامة

الكون فى الدار بمنزلة ابتداء الدخول فى التحريم فى ملك الغير فكان كالدخول فى الحنث باليمين وقال فى حرملة لا يحنث وبه قال أبوحنيفة وهو الأصح ، لأن الدخول هو الانفصال من خارج الدار الى داخلها وهذا لا يوجد فى استدامة الكون فيها ، ولهذا لا يقال دخلت الدار شهرا وانما يقال دخلتها منذ شهر فان قلنا بالأول فان أقام بعد اليمين بعد أن أمكنه الخروج حنث وان خرج عقيب اليمين فان عاد لنقل المتاع حنث لأنه قد دخلها بخلاف مالو حلف على السكنى لأن السكنى لا توجد بمجرد الدخول وان قلنا بالثانى فاستدام الكون فيها لم يحنث وان خرج ثم دخلها حنث •

فرع وان حلف لا يدخل الدار فدخل الدهليز بجميع بدنه حنث لأنه قد دخل الدار وان دخل ببعض بدنه اما برأسه دون باقى بدنه أو باحدى رجليه لم يحنث لأنه لم يدخل وان كان على باب الدهليز كن وهو الطاق فدخله فهل يحنث ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يحنث لأنه خارج الدار (الثانى) يحنث لأنه من جملة الدار لأنه يكن الباب فهو كالدهليز وانحلف لا يخرج من الدار فأخرج بعض بدنه لم يحنث لأيه لم يخرج بدليل أنه لو كان معتكفا فأخرج بعض بدنه من المسجد لم يخرج من الاعتكاف لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يخرج رأسه فى حجر عائشة لترجله •

مسألة قال الشافعى رضى الله عنه : ولو حلف لا يدخلها فرقى فوقها لم يحنث وجملة ذلك أنه اذا حلف لا يدخل دارا فرقى فوقها حتى حصل على سطحها ولم ينزل اليها فان كان السطح غير محجر لم يحنث وقال أبو حنيفة وأحمد وأبو ثور يحنث لأن حكم السطح حكم الداخل بدليل أن الاعتكاف يصح فى سطح المسجد كما يصح فى داخله ولأنه لو قال والله لاخرجت من دارى فصعد السطح لم يحنث ودليلنا أن السطح حاجز يقى الدار من الحر والبرد فلم يصر بحصوله فيه داخلا فى الدار كما لو وقف على الحائط وما ذكروه من سطح المسجد فلا يلزم لأن الشرع جعل سطحه بمنزلة داخله فى الحكم دون التسمية ألا ترى أن الرحبة حكمها حكم المسجد فى الاعتكاف ومنع الحنث منها وجواز الصلاة فيها بصلاة الامام وان لم تكن فى حكم المسجد بالتسمية ولو حلف لا يدخل المسجد فدخل الرحبة

لم يحنث وما ذكروه فيمن حلف لا يخرج من داره فصعد سطحها لا يسلم بل يحنث لأن صعوده خروج من الدار وان كان السطح محجرا فحصل فيه ففيه وجهان من أصحابنا من قال : لا يحنث وهو ظاهر النص لما ذكرناه فيه اذا كانت غير محجرة ومنهم من قال يحنث لأنه يحيط به سور الدار فهو كما لو حصل داخل الدار ، ومن قال بهذا فانما قال الشافعي رضى الله عنه لا يحنث على عادة أهل الحجاز فان سطوحهم غير محجر •

فـــرع فى مذاهب العلماء ان حلف لا يدخل دارا فحصل فى سطحها قلت : قال الشافعى : لا يحنث ولأصحابنا فيما اذا كان محجرا وجهان وظاهر النص أنه لا يحنث وقال أحمد يحنث سواء كان السطح محجرا أم لا وبهذا قال مالك وأبو ثور وأصحاب الرأى وهذا خطأ لأن السطح حاجز بين داخل الدار وخارجها كسطح المسجد فانه لا يعد من المسجد ولا يجوز الاعتكاف فيه كما لا يجوز الاعتكاف فى مارته على ما مضى فى الاعتكاف وعند الحنابلة يصح الاعتكاف فى سطح المسجد •

فـــرع وان حلف لا يدخل الدار وفيها شجرة ولها أغصان منتشرة الى خارج الدار فتعلق بغصن منها وصعد عليه نظرت فان أحاط به سور الدار حنث كما لو دخل من الباب وان لم يحاط به السطح لا غير فان كان غير محجر فعلى الوجهين وان كان فى الدار نهر فطرح نفسه فيه من خارج وسبح حتى دخل الدار أو دخل فى سفينة ثم سير السفينة حتى دخل الدار حنث لأنه قد دخل الدار فهو كما لو دخلها من بابها •

فـــرع اذا تشاغلا ببناء الحاجز بينهما وهما متساكنان حنث لأنهما تساكنا قبل انفراد احدى الدارين من الأخرى ، وبهذا قال أحمد وأصحاب الرأى وأهل المدينة ولا نعلم فيه خلافا •

فـــرع ان حلف لا ساكنت فلانا فى هذه الدار فقسماها حجرتين وبنيا بينهما حائطا وفتح كل واحد منهما لنفسه بابا ثم سكنا فيهما لم يحنث

لما ذكرنا فى التى قبلها • وهذا قول أحمد وابن المنذر وأبى ثور وأصحاب الرأى • وقال مالك : لا يعجبنى ذلك لكونه عين الدار ولا ينحل بتغيرها •

وان حلف أن لا يضع قدمه فى الدار فدخلها راكبا أو ماشيا منتعلا أو حافيا حنث ، كما لو حلف أن لا يدخلها وبهذا قال أصحاب الرأى وأحمد • قال أبو ثور : ان دخلها راكبا لم يحنث لأنه لم يضع قدمه فيها •

دليلنا أنه قد دخل الدار فحنث ، كما لو دخلها ماشيا ، ولا نسلم أنه لم يضع قدمه فيها ، فان قدمه موضوعة ، فان كان فى الدار نهر فدخلها فى سفينة أو زورق فقدمه فى الزورق أو على الدابة فأشبه ما لو دخلها منتعلا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ان حلف لا يدخل دار زيد هذه فباعها ثم دخلها حنث ، لأن اليمين على عين مضافة الى مالك فلم يسقط الحنث فيه بزوال الملك • كما ان حلف لا يكلم زوجة فلان هذه فطلقها ثم كلمها ، وان حلف لا يدخل دار زيد فدخل دارا لزيد وعمرو لم يحنث لأن اليمين معقودة على دار جميعها لزيد • وان حلف لا يدخل دار زيد فدخل دارا يسكنها زيد باعارة أو اجارة أو غصب فان اراد مسكنه حنث لأنه يحتمل ما نوى ، وان لم يكن له نية لم يحنث •

وقال ابو ثور : يحنث ، لأن الدار تضاف الى الساكن ، والدليل عليه قوله تعالى « لا تخرجوهن من بيوتهن » فأضاف بيوت ازواجهن اليهن بالسكنى، وهذا خطأ ، لأن حقيقة الاضافة تقتضى ملك العين ، ولهذا لو قال : هذه الدار لزيد جعل ذلك اقرارا له بملكها •

فصل وان حلف لا يدخل هذه الدار فانهدمت وصارت ساحة أو جعلت حانوتا أو بستانا فدخلها لم يحنث لأنه زال عنها اسم الدار • وان اعيدت تلك الآلة لم يحنث بدخولها لأنها غير تلك الدار ، وان اعيدت بنت ثانية ففيه وجهان (أحدهما) لا يحنث ، وهو قول أبى على بن أبى هريرة لأنها غير تلك الدار (والثانى) انه يحنث لأنها عادت كما كانت •

الشرح ان حلف لا يسكن دار زيد هذه أو لا يدخلها فباعها زيد ودخلها حنث الا ان ينوى لا يدخلها وهى ملك له فلا يحنث بدخولها بعد

زوال ملكه عنها وهكذا لو حلف لا يكلم عبد زيد هذا فباعه زيد ثم كلمه أو لا يكلم زوجة فلان هذه فطلقها زيد ثم كلمها الحالف حنث وبه قال مالك وأحمد ومحمد وزفر وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يحنث فى الدار والعبد ويحنث فى الزوجة لأن الدار لا توالى ولا تعادى وانما يكون الامتناع لأجل مالكها فتلعقت اليمين بذلك • دليلنا أنه اجتمع فى اليمين التعيين والاضافة فكان الحكم للتعيين كما قلنا فى الزوجة لأن العبد يوالى ويعادى فهو كالزوجة وان حلف لا يدخل دار زيد ولم يقل هذه فباع زيد داره ودخلها لم يحنث وكذلك اذا حلف لا يكلم عبد زيد ولا زوجته فباع زيد عبده وطلق زوجته فكلمها لم يحنث لأن اليمين تعلقت بالاضافة خاصة وقد زال ملكه عنه • وان قال : والله لا كلمت زيدا هذا فغير زيد اسمه وصار يعرف بما غيره اليه فكلمه بعد ذلك حنث لأن الاعتبار بالنفس دون الاسم •

فـــرع وان حلف لا يدخل دار زيد فدخل داراً يملكها زيد وعمرو لم يحنث لأن اليمين معقودة على دار يملكها زيد وزيد لا يملكها وانما يملك بعضها وان قال والله لا دخلت بيت زيد فدخل بيتا يسكنه زيد باجارة أو اعارة لا يملكه فان نويت البيت الذى يسكنه حنث وان قال : الذى يملكه لم يحنث • وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور : يحنث لأن الدار تضاف الى ساكنها كما تضاف الى مالكها ولهذا قال الله تعالى « لا تخرجوهن من بيوتهن » وأراد بيوت أزواجهن لسكناهن بهن • ودليلنا أن الاضافة الى من يملك يقتضى اضافة الملك ولهذا لو قال : هـذه الدار لزيد اقتضى ذلك ملكها فلو قال : أردت به ملك سكناها لم يقبل فاذا اقتضت الاضافة الملك انصرف الاطلاق اليه وأما الآية فانما أضاف بيوت أزواجهن اليهن مجازا لا حقيقة بدليل أنه يصح نفى الدار عنه بأن يقال ما هذه الدار لزيد وانما بسكنها والأيمان انما تتعلق بالحقائق دون المجاز • وان قال : والله لا دخلت مسكن زيد فدخل دارا يسكنها زيد بملك أو اجارة أو اعارة حنث لأن اسم مسكن زيد يقع على ذلك الا أن ينوى مسكنه الذى يملكه فلا يحنث الا بدخول دار يملكها قال فى الأم ولو حلف لا يسكن دارا لزيد فسكن دارا لزيد فيه شركة لم يحنث سواء كان له أقلها أو أكثرها لأنها لا تضاف اليه خاصة •

مسألة وان حلف لا يدخل هذه الدار فانهدمت وزال بناؤها فدخلها لم يحنث وكذلك اذا حلف لا يدخل هذا البيت فانهدم وصار عرصة فدخل عرصة لم يحنث وقال أبو حنيفة اذا حلف لا يدخل هذه الدار حنث بدخولها بعد هدمها ووافقنا فى الدار المطلقة وفى البيت أنه لا يحنث بدخول عرصتهما بعد هدمهما وقال أحمد فى الدار والبيت اذا عينهما حنث بدخولهما بعد هدمهما دليلنا أن كل ما يتناوله الاسم فى اطلاق اليمين وجب أن يخرج منهما مع التعيين كما لو حلف لا يأكل هذه الحنطة فطحنت أو لا يدخل هذا البيت فخرب •

اذا ثبت هذا فان أعيدت تلك الدار بغير آلتها فدخلها لم يحنث لأنها غير تلك الدار وان أعيدت بتلك الحالة ففيه وجهان (أحدهما) لا يحنث لأنها غير تلك الدار (والثانى) يحنث لأنها عادت كما كانت •

فرع ان حلف لا يدخل دار فلان فدخل دارا له يسكنها بأجرة أو عارية أو غصب لم يحنث •

وقال أحمد وأبو ثور وأصحاب الرأى : يحنث ، لأن الدار تضاف الى ساكنها كاضافتها الى مالكها • قال تعالى « لا تخرجوهن من بيوتهن » أراد بيوت أزواجهن التى يسكنها • وقال تعالى « وقرن فى بيوتكن » ولأن الاضافة للاختصاص ، وكذلك ساكن الدار مختص بها فكانت اضافتها اليه صحيحة ، وهى مستعملة فى العرف فوجب أن يحنث بدخولها كالمملوكة له •

ولنا أن الاضافة فى الحقيقة الى المالك بدليل أنه لو قال : هذه الدار لفلان كان مقرا بملكها ، ولو قال أردت أنه يسكنها لم يقبل لأن حقيقة الاضافة تقتضى ملك العين ، وأن اضافة البيت الى ساكنه اضافة مجازية ، ولو سلمنا باحلال المجاز مكان الحقيقة لا نسلخ الناس من أيمانهم •

وان حلف لا يدخل دار زيد هذه ، واسم الاشارة هنا يتصرف الى عين مضافة الى زيد حنث ولا يسقط الحنث هنا بزوال الملك • ومثاله لو حلف لا يكلم زوجة فلان فطلقها ثم كلمها حنث •

فـــرع ولو حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة استأجرها فلان هذا ، فقياس المذهب أنه لا يحنث لما قررنا من أن الاضـافة تقتضى حقيقـة الملك ، وكذلك ان ركب دابة استعارها فلان لم يحنث وعند الحنابلة أنه يحنث فى الأولى ولم يحنث فى الثانية ، وكذلك القول فيما اذا اغتصبها فانه لا يحنث فى قول الجميع • وما بقى من الفصلين فعلى وجهه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان حلف لا يدخل هذه الدار من هذا الباب فقلع البـاب ونصبه فى مكان آخر وبقى الممر الذى كان عليه الباب فدخلها من الممر حنث . وان دخلها من الموضع الذى نصب فيه الباب لم يحنث . ومن أصحابنا مـن قال : ان دخل من الممر الذى كان فيه الباب لم يحنث لأنه لم يدخل من ذلك الباب ، لان الباب نقل وهـذا خطأ لان الباب هو الممر الذى يدخل ويخـرج منه دون المصراع المنصوب والممر الاول باق فتعلق به الحنث .

وان حلف لا يدخل هذه الدار من بابها أو لا يدخل من باب هذه الدار فسد الباب وجعل الباب فى مكان آخر فدخلها منه ففيه وجهان .

(احدهما) انه لا يحنث . وهو قول أبى على بن أبى هريرة ، وهو المنصوص فى الام ، لان اليمين انعقدت على باب موجود مضاف الى الدار ، وذلك هـو الباب الاول فلا يحنث بالثانى ، كما لو حلف لا يدخل دار زيد فباع زيد داره ثم دخلها والثانى وهو قول أبى اسحاق انه يحنث وهو الأظهر لان اليمين معقودة على بابها وبابها الآن هو الثانى فتعلق الحنث به ، كما لو حلف لا يدخل دار زيد فباع زيد داره واشترى أخرى ، فان الحنث يتعلق بالدار الثانية دون الاولى .

فصـــل وان حلف لا يدخل بيتا فدخل مسجدا أو بيتا فى الحمام لم يحنث لان المسجد وبيت الحمام لا يدخلان فى اطلاق اسـم البيت ، ولان البيت اسم لما جعل للايواء والسكنى ، والمسجد وبيت الحمام لم يجعلا لذلك ، فان دخل بيتا من شعر او ادم نظرت ، فان كان الحالف ممن يسكن بيوت الشعر والأدم حنث ، وان كان ممن لا يسكنها ففيه وجهان .

(احدهما) وهو قول أبى العباس بن سريج انه لا يحنث لان اليمين تحمـل على العرف ، ولهذا لو حلف لا ياكل الرءوس حمل على ما يتعارف اكله منفردا وبيت الشعر والأدم غير متعارف للقرى فلم يحنث به .

والثاني وهو قول اسحاق وغيره انه يحنث لانه بيت جعل للايواء والسكنى فاشبه بيوت المدر . وقولهم : انه غير متعارف فى حق أهل القرى يبطل بالبيت من المدر فانه غير متعارف فى حق اهل البادية ثم يحنث به ، وخبز الأرز غير متعارف فى حق غير الطبرى ثم يحنث باكله اذا حلف لا ياكل الخبز .

قال الشافعى ولو حلف لا يدخل من باب هذه الدار وهو فى موضع فتحول لم يحنث الا ان ينوى ان لا يدخلها فيحنث . وجملة ذلك انه اذا حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها من بابها او تسور من سطحها أو من كوة أو من ثقب فدخلها حنث لانه قد دخلها وان قال والله لا دخلت هذه الدار من هذا الباب فدخلها من كوة او من السطح لم يحنث لانه لم يدخلها من الباب قال الشافعى : الا ان ينوى انه لا يدخلها فيحنث باى دخول كان وان فتح لها ممر من موضع آخر ولم ينصب عليه ذلك المصراع على الباب الاول فدخل منه لم يحنث لانه لم يدخلها من الباب الذى حلف عليه وان نقل الباب وهو المصراع الذى كان على الأول الى ممر الثانى ثم دخلها منه ففيه وجهان من اصحابنا من قال ان دخلها من الممر الأول الذى نقل عنه الباب لم يحنث وان دخلها من الممر الثانى الذى ينصب عليه المصراع الأول الذى كان على الممر الأول وقت اليمين حنث لان الباب هو المصراع ومنهم من قال اذا دخلها من الممر الأول حنث سواء نقل عنه المصراع او لم ينقل ، وان دخلها من ممر آخر بالدار لم يحنث وهو الأصح لان الباب هو الموضع الذى يوخل منه ويخرج وهو الفتحة فيها دون المصراع المنصوب لان المنصوب يراد للمنع من الدخول ولا يراد للدخول والخروج وانما يراد لهما الفتحة الا ان ينوى بقوله الباب هو المصراع المنصوب فيحنث اذا دخلها من حيث كان منصوبا فيه لان قوله يحتمل ذلك وان قال والله لا دخلت هذه الدار من بابها او لا دخلت من باب هذه الدار ولها باب فسد وفتح لها باب آخر فدخل منه فاختلف اصحابنا فيه فمنهم من تعلق بظاهر كلام الشافعى وانه لا يحنث الا ان ينوى بانه لا يدخلها جملة فيحنث لان الاضافة اقتضت تعريف الباب الموجود وقت اليمين فصار كما لو قال : لا دخلت هذه الدار من هذا الباب ، ومنهم من قال : يحنث وهو الاظهر لان الثانى يقع عليه اسم الباب فتعلقت به اليمين وان لم يكن موجودا حال عقد اليمين كما لو قال : لا دخلت دار زيد وليس لزيد دار فملك زيد بعد اليمين دارا فدخلها فانه يحنث . ومن قال بهذا تاول كلام الشافعى على انه عين الباب .

فـــرع وان حلف لا يدخل هذه الدار اقتضى اطلاقه التأبيد فان قال : نويت يوما أو شهرا فان كان يمينه بالطلاق أو العتاق أو بالله فى الايلاء لم يقبل قوله فى الحكم لأنه تعلق به حق آدمى وما يدعيه مخالف للظاهر ويدين

فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأنه يحتمل ما يدعيه •وان كان يمينا بالله فى غير الايلاء قبل قوله فى الظاهر والباطن لأنه أمين فيما يجب عليه من حقوق الله عز وجل •

فـــرع فى مذاهب العلماء

اذا حلف لا يدخل من باب هذه الدار فعمل لها باب آخر فى مكان آخر فدخلها منه ففيه وجهان :

(أحدهما) المنصوص فى الأم ، واليه ذهب أبو على بن أبى هريرة أنه لا يحنث لتعلق اليمين بباب قائم مضاف الى الدار ، وهو الباب الأول ، فلا تنعقد اليمين على الباب الثانى •

(والثانى) وهو قول أبى اسحق الاسفراينى : وهو مذهب أحمد رضى الله عنه أنه يحنث ، لأنه دخلها وقد حلف أن لا يدخلها من بابها ، وقد صار هذا الباب الأخير بابها فينعقد اليمين به ، كما لو حلف لا يدخل دار زيد فباع زيد داره واشترى أخرى ، فان الحنث يرتبط بالأخرى ارتباطه بالأولى قبل بيعها ، ولا يتعلق اليمين بالأولى بعد بيعها • وان قلع الباب ونصب فى دار أخرى وبقى الممر حنث بدخوله من الموضع الذى نصب فيه الباب لأنها دار أخرى ، لأن الدخول من الممر لا من المصراع •

فـــرع اذا حلف لا يدخل بيتا فدخل مسجدا أو حماما عاما قال الشافعى رضى الله عنه ولو حلف لا يسكن بيتا وهو بدوى أو قروى ولا نية له فى أى بيت من شعر أو أدم أو خيمة أو بيت حجارة أو من مدر أو ما وقع عليه اسم البيت سكناً حنث • وجملة ذلك أنه اذا حلف لا يدخل بيتا فدخل بيتا مبنيا من حجارة أو لبن أو آخر أو خشب أو قصب حنث بذلك قرويا كان أو بدويا لأنه يقع عليه اسم البيت شرعا ولغة وان دخل دهليزها ، أو صفتها أو صحنها فقد قال بعض أصحابنا لا يحنث لأنه لا يسمى بيتا ولهذا يقال لم يدخل البيت وانما وقف فى الدهليز والصفة والصحن وقال صاحب الفروع : لا يحنث الا أن تعد جميع الدار مبينة ولا تفرد للبيتوتة موضعا

فيحنث اذا حصل فى دهليزها وصفتها وقال القاضى أبو الطيب فيه نظر وأراد أنه يحنث وهو قول أبى حنيفة لأن جميع الدار بيت للايواء .

وان دخل مسجدا أو البيت الحرام أو دخل بيتا فى الحمام أو بيعة أو كنيسة لم يحنث وقال أحمد اذا دخل مسجدا أو البيت الحرام أو دخل بيتا فى الحمام حنث لأن المسجد يسمى بيتا قال الله تعالى « فى بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه » وأراد به المساجد أما الحمام فقد روى « بئس البيت الحمام » وقوله صلى الله عليه وسلم « ستفتح لكم بلاد الروم وستجدون فيها بيوتا تسمى الحمامات فاذا دخلتموها فائتزروا بالمآزر » .

ودليلنا أن البيت اسم لما بنى للسكنى فى العرف ولهذا يقال بيت فلان ويراد مسكنه والمسجد بيت الحمام لم يسميا بيتا لذلك فلم ينصرف الاطلاق اليه وأما الآية فالجواب أن المساجد تسمى بيوتا مجازا لا حقيقة . واليمين انما تنصرف الى الحقيقة دون المجاز وان دخل بيتا من شعر أو صوف أو آدم فان كان الحالف بدويا حنث وان كان الحالف قرويا لا يسكن هذه البيوت فاختلف أصحابنا فيه فقال أبو العباس : لا يحنث وهو قول أبى حنيفة لأن الأيمان محمولة على العرف ولهذا لو حلف لا يأكل الرؤوس لم يدخل فيه الا ما يعتاد أكله من الرءوس منفردا وهذه البيوت غير معتادة فى حق أهل الأمصار والقرى فلم يدخل تحت أيمانهم وقال أكثر أصحابنا : يحنث وهو المنصوص واختلفوا فى تعليله فقال أبو اسحاق انما يحنث لأنه يسمى فى البادية بيوتا واذا ثبت لشىء عرف فى موضع ثبت له فى جميع المواضع ألا ترى أنه لو حلف العراقى لا يأكل الخبز فأكل خبز الأرز حنث ، وان كان ذلك غير متعارف فى حقهم وانما هو متعارف فى حق الطبرى ومن أصحابنا قال : انما حنث لأن هذه البيوت المتخذة من هذه الأشياء تسمى بيوتا فى الشرع قال الله تعالى « وجعل لكم من جلود الأنعام بيوتا » قال أبو الطيب التعليل الصحيح أن هذه تسمى بيوتا حقيقة وتسميتها خيما ومضربا انما هو اسم للنوع واسم البيت حقيقة يشمل الكل واليمين تحمل على الحقائق والتعليل الأول لا يصح لأنه يلزمه أن يقول : اذا حلف لا يركب دابة أن يحنث بركوب الحمار لأنه يسمى دابة بمصر والتعليل الثانى لا يستقيم لأن

المساجد سماها الله تعالى بيوتا بقوله « فى بيوت أذن الله أن ترفع » ومع هذا فلا يحنث بدخولها •

قوله « فى حق غير الطبرى » قلت نسبة الى طبرستان بفتح الباء وكسر الراء لالتقاء الساكنين وسكون السين اسم بلاد بالعجم ، وهى مركبة من كلمتين واليها ينسب أبو على الطبرى وابن جرير المفسر وجماعة من أصحابنا• وأما طبرية وهى مدينة من أعمال فلسطين ــ أعادها الله الى الاسلام من يد اليهود ــ فان النسبة اليها طبرانى على غير قياس ــ واليها ينسب صاحب المعاجم الثلاثة رحمه الله ــ وأهل طبرستان كانوا يصنعون الخبز من الأرز ؛ ومراد المصنف أن غير الطبرى اذا حلف أن لا يأكل الخبز فانه يحنث اذا أكل خبز الأرز •

وقوله « المصراع » هو الشطر وهما مصراعان أى لوحان • وقوله « القروى » نسبة الى القرية وهى الضيعة •

وقال فى كفاية المتحفظ : القرية كل مكان اتصلت به الأبنية واتخذ قرارا ، وتقع على المدن وغيرها والجمع قرى على غير قياس • قال بعضهم : لأن ما كان على فعلة من المعتل فبابه أن يجمع على فعال بالكسر مثل ظبية وظباء ، وركوة وركاء والنسبة اليها قروى بفتح الراء على غير قياس •

وقال ابن بطال : القرية سميت بذلك لأنها تجمع الناس من قرى اذا جمع • ويقال قرية قرية لغة يمانية ولعلها جمعت على قرى مثل لحية ولحى •

وقوله « بيوت المدر » والمدر جمع مدرة مثل قصب وقصبة ، وهو التراب المتلبد • قال الأزهرى : المدر قطع الطين وبعضهم يقول : الطين العلك الذى لا يخالطه رمل • والعرب تسمى القرية مدرة : لأن بنيانها غالبا من المدر ؛ وفلان سيد مدرته ، أى قريته ، ومدرت الحوض مدرا من باب قتل ، أصلحته بالمدر وهو الطين •

فرع قال الشافعى رحمه الله فى الأم : اذا قال ان دخلت دار زيد

الا باذنه فامرأتى طالق فان آذن له زيد بالدخول ارتفعت اليمين دخلها أو لم يدخلها فان دخلها بعد ذلك بغير اذنه لم يحنث وان منعه زيد من الدخول بعد الاذن وقبل الدخول لم يقدح قال ابن الصباغ : وفيه نظر لأن رجوعه عن الاذن يبطله ويكون داخلا بغير اذنه وبهذا يأثم فيه ومجرد الاذن لا يحل اليمين لأن المحلوف عليه الدخول بالاذن .

فرع وان حلف لا يركب دابة هذا العبد فركب دابة جعلها سيده لركوب العبد لم يحنث.وقال أبو حنيفة : يحنث وهكذا لو حلف لا يركب دابة لزيد جعلها لركوب عبده حنث وقال أبو حنيفة : لا يحنث . دليلنا أن العبد لا يملكها لأن الاضافة تقتضى الملك فى حق من ملك كما لو ركب دابة استعارها المحلوف عليه فان ملكه سيده دابة فركبها الحالف فان قلنا : يملك العبد بالتمليك حنث الحالف وان قلنا لا يملك لم يحنث وان حلف لا يركب دابة زيد فركب دابة مكاتبه لم يحنث لأن السيد لا يملكها ولا ينفذ تصرفه فيها وان حلف لا يركب دابة للمكاتب قال ابن الصباغ : فأكثر أصحابنا قالوا اذا ركب دابة المكاتب حنث لأن المكاتب يملك التصرف فيها دون سيده وذكر الشيخ أبو حامد أنه اذا قلنا : ان العبد لا يملك يحتمل أن يقال لا يحنث لأن المكاتب لا يملكها قال ابن الصباغ : والأول أظهر لأن الدابة اذا لم تضف الى سيد المكاتب لابد أن تكون مضافة الى المكاتب .

فرع اذا حلف أن لا يدخل البيت فوقف فى الدهليز أو الفناء أو الصفة هل يحنث ؟ وجهان . (الأول) لا يحنث ، واليه ذهب أحمد ، لأنه لا يسمى بيتا ، حيث يقال ما دخلت البيت انما وقفت فى الدهليز أو الصحن أو الفناء .

(الثانى) : يحنث لأنه يمكن أن يقال : أمان أهل مكة أن من دخل بيت أبى سفيان فهو آمن ، ويشمل ذلك من كان فى الفناء أو الصحن أو الصفة ــ وبهذا قال أبو حنيفة لأن جميع الدار بيت .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان حلف لا يأكل هذه الحنطة فجعلها دقيقا ، او لا يأكل هذا الدقيق او لا يأكل هذا العجين فجعله خبزا لم يحنث بأكله .

وقال أبو العباس : يحنث لأن اليمين تعلقت بعينه فتعلق الحنث بها ، وان زال الاسم ، كما لو حلف لا يأكل هذا الحمل فذبحه وأكله ، والمذهب الأول ، لأنه علق اليمين على العين والاسم ثم لا يحنث بغير العين ، فكذلك لا يحنث بغير الاسم ويخالف الحمل لأنه لا يمكن أكله حيا ، والحنطة يمكن أكلها حبا ، ولأن الحمل ممنوع من أكله في حال الحياة من غير يمين فلم يدخل في اليمين ، والحنطة غير ممنوع من أكلها فتعلق بها اليمين .

وان حلف لا يأكل هذا الرطب فأكله وهو تمر ، او لا يأكل هذا الحمل فأكله وهو كبش ، او لا يكلم هذا الصبي فكلمه وهو شيخ ، ففيه وجهان :

(احدهما) وهو قول أبي علي بن ابي هريرة انه لا يحنث كما لا يحنث في الحنطة اذا صارت دقيقا فأكله .

(والثاني) انه يحنث لأن الانتقال حدث فيه من غير صنعة ، وفي الحنطة الانتقال حدث فيها بصنعة ، وهذا لا يصح لأنه يبطل به اذا حلف لا يأكل هذا البيض فصار فرخا ، أو لا يأكل هذا الحب فصار زرعاً فانه لا يحنث . وان كان الانتقال حدث فيه من غير صنعة .

وان حلف لا يشرب هذا العصير فصار خمرا ، او لا يشرب هذا الخمر فصار خلا فشربه لم يحنث كما قلنا في الحنطة اذا صارت دقيقا . وان حلف لا يلبس هذا الغزل فنسج منه ثوبا حنث بلبسه ، لأن الغزل لا يلبس الا منسوجاً فصار كما لو حلف لا يأكل هذا الحيوان فذبحه وأكله .

فصـــل وان حلف لا يشرب هذا السويق فاستفه ، او لا يأكل هذا الخبز فدقه وشربه او ابتلعه من غير مضغ لم يحنث ، لأن الأفعال اجناس مختلفة كالأعيان ، ثم لو حلف على جنس من الأعيان لم يحنث بجنس آخر فكذلك اذا حلف على جنس من الأفعال لم يحنث بجنس آخر .

وان حلف لا يذوق هذا الطعام فذاقه ولفظه ففيه وجهان . (احدهما) لا يحنث لأنه لا يوجد حقيقة الذوق ما لم يزدرده ، ولهذا لا يبطل به الصوم .

(والثانى) انه يحنث لأن الذوق معرفة الطعم وذلك يحصل من غير ازدراد، وان حلف لا يذوقه فاكله أو شربه حنث لانه قد ذاق وزاد عليه . وان حلف لا يأكل ولا يشرب ولايذوق فاوجر فى حلقه حتى وصل الى جوفه لم يحنث ، لانه لم يأكل ولم يشرب ولم يذق .

وان قال : والله لا طعمت هذا الطعام فاوجر فى حلقه حنث ، لأن معناه لا جعلته لى طعاماً وقد جعله طعاما له) .

الشرح وان حلف لا يأكل خضرة الحنطة أو لا يأكل منها فطحنها أو أكلها لم يحنث وبه قال أبو حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : يحنث . وحكاه الشيخ أبو اسحاق عن أبى العباس ؛ لأن الحنطة تؤكل هكذا فهو كما لو حلف لا يأكل هذا الكبش فذبحه فأكله ، أو كما حلف لا يأكل هذا اللحم فشواه وأكله ودليلنا أن اسم الحنطة زال بالطحن فزال تعليق اليمين بها كما لو حلف لا آكل من الحنطة فزرعها وأكل من حشيشها وكذلك اذا حلف لا آكل هذه البيضة فصارت فرخا وأكله ويخالف الكبش فانه لا يمكن أكله حيا ولا يشبه اللحم أيضا فان اسم اللحم وصورته لم تزل وان حلف لا أكلت هذا الدقيق فعجنه وخبزه وأكله ، أو لا أكلت هذا العجين فخبزه وأكله لم يحنث . وقال أبو حنيفة وأحمد وأبو العباس : يحنث والأول أصح لما ذكرناه فى التى قبلها .

فرع فى مذاهب العلماء ــ ان حلف على شىء بعينه وصفته فتغيرت صفته تبعا لتغير هيئته كمن حلف لا يأكل هذه الحنطة فطحنها دقيقا ، فانها سميت دقيقا ، أو حلف لا يأكل هذا الدقيق فعجنه عجينا ، أو لا يأكل هذا العجين فجعله فى التنور خبزا . كل هذه الصور لم يحنث بأكلها ؛ لأن اليمين تعلقت على العين والصفة . فكما أنه لا يحنث بغير العين فكذلك لا يحنث بغير الصفة .

وقال أبو العباس بن سريج : يحنث لأن اليمين تنعقد على العين والعين باقية وزوال الصفة لا يؤثر فى جوهرها ، كما لو حلف لا يأكل هذا الحمل فذبحه وأكله فانه يحنث ، والى هذا ذهب أحمد وأبو يوسف ومحمد بن

الحسن ؛ والمذهب الأول لما قررنا من اجتماع العين والاسم ، ويفارق الحمل لأن أكله حيا ممنوع بالشرع وممنوع بالعرف بغير يمين .

الشرح وان قال : والله لا أكلم هذا الصبى فصار شابا فكلمه أو لا أكلم هذا الشاب فصار شيخاً وكلمه أو لا آكل من لحم هذا الجدى فصار تيسا أو آكل لحمه أو لا أكلت هذه البسرة فصارت رطبة وأكلها أو لا أكلت هذه الرطبة فصارت تمرة فأكلها فهل يحنث فى جميع ذلك ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) لا يحنث لأن الاسم قد زال فأشبه اذا قال لا أكلت هذه الحنطة فطحنها وأكلها .

(والثانى) يحنث لأن صورتها لم تزل وانما تغيرت الصفة فأشبه اذا حلف لا يأكل اللحم فشواه وأكله هذا مذهبنا وقال أبو حنيفة فى الحيوان يحنث وفى الباقى لا يحنث لأن قصده أن لا يكلم الصبى والشاب للاستحسان به وذلك لا يزول بالكبر وكذلك معناه لا يأكل لحم هذا الجدى وذلك المعنى لم يزل وهذا ليس بصحيح لأن الاعتبار بالاسم دون القصد ولهذا لو حلف لا أكلت هذا اللحم فأكله نيئا حنث وان كان قصده بالامتناع من أكله مطبوخا وان قال : والله لا كلمت صبيا فكلم شابا أو لا كلمت شابا فكلم شيخا أو لا أكلت لحم جدى فأكل لحم تيس أو لا أكلت بسرا فأكل رطبا أو لا أكلت رطباً فأكل تمرا لم يحنث وجها واحدا لأن اليمين ها هنا تعلقت بالصفة دون العين ولم توجد الصفة فجرى مجرى ما لو حلف لا يأكل تمرة بعينها فأكل غيرها .

فرع وان حلف لا يشرب هذا العصير فصار خلا فشربه أو لا يشرب هذا الخمر فصار خلا فشربه لم يحنث كما قلنا فى الحنطة اذا صارت دقيقا وان حلف لا يلبس هذا الغزل فنسج منه ثوباً ولبسه حنث لأن الغزل لا يلبس الا منسوجا فصار كما لو قال : والله لا أكلت هذا الكبش فذبحه فانه يحنث .

فرع « وان حلف لا يأكل هذا الرطب الخ » اذا تغيرت حقيقة

الشيء بصنعة فلا يتعلق الحنث به • أما اذا تغير بغير صفة كمن حلف لا يأكل الرطب فأكله تمرا ، أو لا يأكل هذا الحمل فأكله كبشا أو لا يكلم هـذا الصبي فكلمه شيخا ففيه وجهـان • ذهب أبو على بن أبى هـريرة الى أنه لا يحنث كما قلنا فى الحنطة صارت دقيقا (والثانى) أنه يحنث لما ذكـره المصنف • وذهب أصحاب الرأى وأحمد بن حنبل الى أنه لا يحنث ؛ لأنه اذا لم يعين المحلوف عليه ولم ينو بيمينه ما يخالف ظاهر اللفظ ولا صرفه السبب عنه تعلقت يمينه بما تناوله الاسم الذى علق عليه يمينه ولم يتجاوزه ؛ فاذا حلف لا يأكل رطبا لم يحنث اذا أكل تمرا ولا بسرا ولا بلحا ولا سـائر ما لا يسمى رطبا ، وهذا فى قول اكثر الفقهاء • وقال ابن قدامة : ولا نعلم فيـه خلافا •

ولو حلف لا يأكل عنبا فأكل زبيبا أو دبسا أو خلا أو ناطفا أو لا يكـلم شابا فكلم شيخا ، أو لا يشترى جديا فاشترى تيسا ؛ أو لا يضرب عبـدا فضرب عتيقا لم يحنث بغير خلاف لأن اليمين تعلقت بالصفة دون العين ولم توجد الصفة فجرى مجرى قوله : لا اكلت هذه التمرة فأكل غيرها •

فـــرع فان حلف لا يأكل رطبا فأكل منصفاً ــ وهو الذى بعضه بسر وبعضه تمر ــ أو مذنبا ــ وهو الذى بدأ الارطاب فيه من ذنبه وباقيـة بسر ــ أو حلف لا يأكل بسرا فأكل مذنبا ففيه وجهان •

(أحدهما) وهو الأظهر أنه يحنث ، لأنه أكل رطبا وبسرا فحنث ؛ كمـا لو أكل نصف رطبة ونصف بسرة منفردتين • وبهذا قال أبو حنيفة وأحمـد ومحمد بن الحسن •

(والثانى) لا يحنث ، لأنه لا يسمى رطبا ولا تمرا ؛ وهو قول أبى يوسف وبعض أصحابنا •

مســألة قوله « فاستفه » من سففت الدواء وغيره من كل يابس اذا أخذته غير ملتوت ، وكل دواء غير مذاب أو معجـون فهـو سـفوف ، والازدراد الالتقام والبلع من غير مضغ ولا لوك •

أما جملة الفصل فان من حلف لا يأكل شيئا فشربه أو لا يشربه فأكله أو سفه فانه لا يحنث ، وبه قال أبو ثور وأصحاب الرأى ؛ لأن الأفعال أنواع كالأعيان • وكما لو حلف على نوع من الأعيان لم يحنث بغيره فكذلك الأفعال ، وهى احدى الروايتين عن أحمد رواها عنه مهنا فيمن حلف لا يشرب النبيذ فأكله لا يحنث لأنه لا يسمى شربا •

وفى رواية الخرقى أنه يحنث لأن اليمين على أكل شىء أو شربه يقصد بها فى العرف اجتناب ذلك الشىء فحملت اليمين عليه الا أن ينوى • ولو قال طبيب لمريض لا تأكل العسل لكان نهيا عن شربه •

وان حلف لا يشرب شيئا فمصه ورمى به لا يحنث ، وقد روى عن أحمد فيمن حلف لا يشرب فمص قصب السكر لا يحنث • وهذا قول أصحاب الرأى ، فانهم قالوا : اذا حلف لا يشرب فمص حب الرمان ورمى بالتفل لا يحنث ، لأن ذلك ليس بأكل ولا شرب ، ويجىء على قول الخرقى أنه يحنث لأنه قد تناوله ووصل الى بطنه وحلقه فانه يحنث على ما قالوا فيمن حلف لا يأكل شيئا فشربه أو لا يشربه فأكله • فان حلف لا يأكل سكرا فى فيه حتى ذاب فابتلعه فانه لا يحنث • ويتخرج عند أحمد وأصحابه على الروايتين ، فان حلف لا يأكله أو لا يشربه فذاقه لم يحنث فى قولهم جميعا ؛ وان حلف لا يذوقه فذاقه ولفظة فعلى وجهين •

(أحدهما) لا يحنث ، لأن التذوق لا يتحقق الا بالازدراد ، ولهذا لم يبطل الصوم به الا اذا ازدرده • (والثانى) يحنث وبه قال أحمد •

فرع اذا حلف لا يذوقه ، فأكله أو شربه أو سفه حنث فى قولهم جميعا لأنه ذوق وزيادة • وان مضغه ورمى به فعلى ما أسلفنا من الوجهين • وان حلف لا يأكل ولا يشرب ولا يذوق فأوجر ــ والوجور بفتح الواو وزان رسول الدواء يصب فى الحلق ، وأوجرت المريض ايجارا فعلت به ذلك ، ووجرته أجره من باب وعد لغة ؛ فان وجره بنحو منقطة أو قطارة فانه لم يحنث لأنه لم يفعل شيئا مما حلف عليه •

فان قال : لا طعمت هذا الطعام فأوجره أو سفه أو شربه أو ازدرده أو التقمه حنث لأن ذلك كله يسمى طعاما ، وقد سمى النبى صلى الله عليه وسلم اللبن طعاما فى حديث : « انما يخزن لهم ضروع مواشيهم أطعمتهم » .

وفى الماء وجهان (أحدهما) هو طعام لقوله تعالى : « ان الله مبتليكم بنهر فمن شرب منه فليس منى ومن لم يطعمه فانه منى » .

(والثانى) ليس بطعام لأنه لا يسمى طعاما ولا يفهم منه اطلاق اسم الطعام ولهذا يعطف عليه فيقال طعام وشراب . وحديث ابن ماجة يقول صلى الله عليه وسلم « لا أعلم ما يجزى من الطعام والشراب الا اللبن » ويقال باب الأطعمة والأشربة .

فرع اذا أكل دواء فالمذهب أنه يحنث لأنه يطعم حال الاختيار ، وهو أحد الوجهين عند الحنابلة (والثانى) لا يحنث لأنه لا يدخل فى اطلاق اسم الطعام ولا يؤكل الا عند الضرورة ، فان أكل من نبات الأرض ما جرت العادة بأكله حنث بأكله .

فصل وان حلف لا يشرب سويقا فطرح فيه ماء وخلطه فيه حتى رق وشربه حنث لأنه شربه وان استفه قبل أن يطرح فيه الماء أو طرح فيه الماء وخلطه فيه وأكله بالملعقة أو بأصبعه لم يحنث لأنه حلف لا يأكل السويق فطرح فيه الماء وخلط فيه حتى رق وشربه لم يحنث لأنه لا يأكل ولم يأكل وان حلف لا يأكل الخبز فمضغه وازدرده حنث لأنه أكله وان دقه وخاضه فى الماء وشربه أو ابتلعه من غير مضغ لم يحنث لأن الأفعال أجناس كالأعيان ثم لو حلف على جنس من الأعيان لم يحنث بجنس آخر فكذلك اذا حلف على جنس من الأفعال لم يحنث بجنس آخر وان حلف لا يأكل هذا الطعام أو لا يشربه فذاقه ولم ينزل الى حلقه لم يحنث لأن ذلك ليس بأكل ولا شرب وان حلف لا يذوقه فتطعم منه بفيه ورمى به ولم يبتلعه حنث ومن أصحابنا من قال لا يحنث لأنه لا يحصل بذلك الذوق ولهذا لا يفطر به والأول أصح لأن الذوق معرفة طعمه وقد حصل ذلك وان حلف لا يذوقه فأكله أو شربه حنث لأنه قد ذاق وزاد

وان حلف لا يأكل أو لا يشرب أو لا يذوق فأوجر نفسه أو أوجره غيره باختياره في حلقه حتى وصل الى جوفه لم يحنث لأنه لم يأكل ولم يشرب ولم يذق وان قال والله لاطعمت هذا الطعام فأوجره نفسه أو غيره أوجره باختياره حنث لأن معناه لا جعلته لي طعاما وقد جعله طعاما له .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان حلف لا يأكل اللحم حنث بأكل لحم كل ما يؤكل لحمه من النعم والوحش والطير ، لأن اسم اللحم يطلق على الجميع ، ولا يحنث بأكل السمك لأنه لا يطلق عليه اسم اللحم ، وهل يحنث بأكل لحم ما لا يؤكل لحمه ؟ فيه وجهان :

(احدهما) يحنث لأنه يطلق عليه اسم اللحم وان لم يحل ، كما أطلق على اللحم المغصوب وان لم يحل .

(والثاني) لا يحنث لأن القصد باليمين أن يمنع نفسه مما يستبيحه ، ولحم ما لا يؤكل لحمه ممنوع من أكله من غير يمين ، فلم يدخل في اليمين ، وان حلف لا يأكل اللحم فأكل الشحم لم يحنث ، وان حلف لا يأكل الشحم فأكل اللحم لم يحنث لأنهما جنسان مختلفان في الاسم والصفة ، وان حلف على اللحم فأكل سمين الظهر والجنب وما يعلو اللحم ويتخلله من البياض حنث لأنه لحم سمين ، وان حلف على الشحم فأكل ذلك لم يحنث لأنه ليس بشحم ، وان حلف على اللحم او الشحم فأكل الكبد أو الطحال او الرئة او الكرش او المخ لم يحنث لأنه مخالف للحم والشحم في الاسم والصفة .

وان حلف على اللحم فأكل لحم الخد او لحم الرأس أو اللسان ففيه وجهان (أحدهما) يحنث لأنه لحم (والثاني) لا يحنث لأن اللحم لا يطلق الا على لحم البدن واختلف أصحابنا في الالية ، فمنهم من قال هو شحم يحنث به في اليمين على الشحم ولا يحنث به في اليمين على اللحم لأنه يشبه الشحم في بياضه ويذوب كما يذوب الشحم ، ومنهم من قال هو لحم فيحنث به في اليمين على اللحم ولا يحنث به في اليمين على الشحم لأنه نابت في اللحم ويشبه في الصلابة . ومنهم من قال ليس بلحم ولا شحم ولا يحنث به في اليمين على واحد منهما ، لأنه مخالف للجميع في الاسم والصفة فصار كالكبد والطحال .

وان حلف على اللحم فأكل شحم العين لم يحنث لأنه مخالف للحم في الاسم والصفة ، وان حلف على الشحم فأكله ففيه وجهان :

(أحدهما) يحنث به بدخوله فى اسم الشحم (والثانى) لا يحنث به لانه لا يدخل فى اطلاق اسمه ، كما لا يدخل لحم السمك فى اطلاق اليمين على اللحم ، ولا التمر الهندى فى اليمين على التمر) .

الشرح وان حلف لا يأكل اللحم حنث بأكل ما يؤكل لحمه من الدواب والصيد لأنه يقع عليه اسم اللحم وان أكل لحم السمك لم يحنث وقال مالك وأبو يوسف يحنث وبه قال بعض أصحابنا الخراسانيين لأن الله تعالى سماه لحما فقال « تأكلون لحما طريا » ودليلنا أنه لا ينصرف اليه اطلاق اسم اللحم ولهذا يصح أن ينفى عنه اسم اللحم فيقول ما أكلت اللحم وانما أكلت السمك وانما سماه الله تعالى لحماً مجازا لا حقيقة والأيمان انما تقع على الحقائق ولهذا لو حلف لا أقعد تحت سقفى وقعد تحت السماء لم يحنث وان كان الله تعالى سماها سقفا فقال (وجعلنا السماء سقفا) وجملة ذلك أن الحالف على ترك أكل اللحم لا يحنث بأكل ما ليس بلحم من الشحم والمخ ، وهو الذى فى العظام ، والدماغ وهو الذى فى الرأس فى قحفه ولا الكبد والطحال والرئة والقلب والكرش والمصران والقانصة ونحوها ، وبهذا قال أحمد .

وقال أبوحنيفة ومالك : يحنث بأكل هذا كله لأنه لحم حقيقة ، ويتخذ منه ما يتخذ من اللحم فأشبه لحم الفخذ .

دليلنا أنه لا يسمى لحما وينفرد عنه باسمه وصفته ، ولو أمر وكيله بشراء لحم فاشترى هذا لم يكن ممتثلا لأمره ولا ينفذ الشراء للموكل ، وقد سألت القصاب يوما : هل عندك لحم ؟ فقال : لا ، عندى حوائج ــ يعنى الكبد والقلب والكلية ــ وقد دل على أن الكبد والطحال ليستا بلحم قول ابن عمر رضى الله عنه (أحل لنا ميتتان ودمان أما الدمان فالكبد والطحال) ولا نسلم أنه لحم حقيقة ، بل هو من الحيوان مع اللحم كالعظم والدم .

اذا ثبت هذا فانه اذا حلف ألا يأكل لحما فأكل من لحم الانعام أو الصيد أو الطائر من مأكولة اللحم فانه يحنث فى قول علماء الامصار . وأما

السمك فانه لا يحنث بأكله ؛ وبه قال أبو حنيفة وأبو ثور ، والظاهر من مذهب أحمد ومالك وأبى يوسف وأبى ثور وقتادة أنه يحنث .

وقال ابن أبى موسى فى الارشاد لا يحنث به الا أن ينويه .

ودليلهم قوله تعالى « الله الذى سخر لكم البحر لتأكلوا منه لحما طريا » وقال « ومن كل تأكلون لحما طريا » ولأنه من جسم حيوان ويسمى لحما .

ودليلنا أنه لا ينصرف اليه اطلاق اسم اللحم ، ولو وكل وكيلا فى شراء اللحم فاشترى سمكا لم يلزمه ، ثم انه يصح أن ينفى عنه اسم اللحم عرفا واستعمالا فتقول ما أكلت لحما وانما أكلت سمكا ، فلم يتعلق به الحنث عند الاطلاق ؛ كما لو حلف لا قعدت تحت سقف فانه لا يحنث بقعوده تحت السماء ، مع أن الله تعالى سماها سقفا فقال « وجعلنا السماء سقفا محفوظا » فاطلاق اسم اللحم على لحم السمك مجاز فى القرآن واليمين انما ينصرف الى الحقيقة .

فرع أما فى غير مأكول اللحم كالميتة والخنزير والمغصوب فهل يحنث بأكل لحمه ؟ وجهان عندنا .

(الأول) لا يحنث بأكل المحرم بأصله لأن يمينه تنصرف الى ما يحل لا الى ما يحرم فلم يحنث بما لا يحل ، كما لو حلف لا يبيع فباع بيعا فاسدا لم يحنث .

(والثانى) وبه قال أحمد وأبو حنيفة يحنث ، لأن الله تعالى سماه لحما فقال : « ولحم الخنزير » ولأنه لو حلف أن يلبس ثوبا فلبس ثوب حرير حنث ، وأما البيع الفاسد فلا يحنث به لأنه ليس بيعا فى الحقيقة .

فرع ان حلف أن لا يأكل اللحم فأكل الشحم لم يحنث ، وبه قال أحمد . وقال أبو حنيفة ومالك يحنث . دليلنا أنه لا يسمى لحماً وينفرد

عنه باسمه وصفته ، ولو أمر وكيله بشراء لحم ، فاشترى شحماً لم يكن ممتثلا لأمره ولا ينفذ الشراء للموكل فلم يحنث بأكله كالبقل •

فاذا حلف لا يأكل شحما فأكل لحما لم يحنث قولا واحدا لأنهما جنسان مختلفان اسما وصفة • وبهذا قال أبو حنيفة • وقال أحمد وأبو يوسف ومحمد ابن الحسن : اذا حلف لا يأكل شحما فأكل لحما حنث لأن اللحم من شحم ؛ ولا يكاد اللحم يخلو من شيء منه وان قل فيحنث به • وذهب بعض أصحاب أحمد الى مخالفة الخرقى الى أنه لا يحنث • قال ابن قدامة وهو الصحيح ، لأنه لا يسمى شحما ولا يظهر فيه طعمه ولا لونه ، والذى يظهر فى المرق قد فارق اللحم فلا يحنث بأكل اللحم الذى كان فيه •

فـــرع وان حلف لا يأكل اللحم فأكل شحم الجوف أو لا يأكل الشحم فأكل اللحم لم يحنث لأنهما مختلفان فى الاسم والصفة وان حلف لا يأكل اللحم فأكل الكبد والطحال لم يحنث وقال أبو حنيفة يحنث وبه قال بعض أصحابنا لأنه لحم حقيقة ويتخذ منه ما يتخذ من اللحم والمذهب الأول لأن اسم اللحم لا يتناولهما وقد سماهما فى الأثر دمين ولو قال لوكيله اشتر لى لحما فاشترى له كبدا أو طحالا لم يقع للموكل وان حلف لا يأكل اللحم فأكل المخ أو الكرش لم يحنث لما ذكرناه فى الكبد والطحال وان حلف لا يأكل اللحم فأكل القلب أو الأكارع فقد قال المسعودى والصيدلانى يحنث وقال الشيخ أبو حامد : لا يحنث لما ذكرناه فى الكبد والطحال وان حلف لا يأكل اللحم الأبيض الذى على ظهر الحيوان وجنبيه فقد قال الشيخ أبو حامد يحنث لأنه لحم يكون عند هزال الحيوان أحمر وانما يبيض عندما يسمن الحيوان وان حلف لا يأكل الشحم فأكل ذلك لم يحنث لأنه ليس بشحم واختلف قول القفال فيه فقال مرة هو لحم وقال مرة : هو شحم وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو زيد ان كان الحالف عربيا فهو شحم فى حقه لأنهم يعرفونه شحما وان كان عجميا فهو لحم لأنهم يعرفونه لحما والمشهور قول أبى حامد وان حلف أن لا يأكل اللحم فأكل شحم العين لم يحنث لأنه ليس بلحم وان حلف لا يأكل الشحم فأكل ذلك الشحم ففيه وجهان (أحدهما) يحنث لدخوله فى اسم الشحم (والثانى) لا يحنث لأنه لا يدخل فى اطلاق اسم

الشحم وان حلف لا يأكل اللحم فأكل لحم الخد أو الرأس أو اللسان ففيه وجهان (أحدهما) يحنث لأنه لحم (والثانى) لا يحنث لأنه لا يدخل فى اطلاق اسم اللحم وان حلف لا يأكل الشحم فأكل لحم الرأس أو اللسان أو أكل الكبد أو الطحال أو القلب أو الكرش أو المخ لم يحنث لأن ذلك ليس بشحم واختلف أصحابنا فى الالية فمنهم من قال هى لحم فيحنث بأكلها فى اليمين على اللحم ولا يحنث بأكلها فى اليمين على الشحم لأنها نابتة فى اللحم ويشبه اللحم فى الصلابة ومنهم من قال : هى شحم فيحنث بأكلها فى اليمين على الشحم ولا يحنث بأكلها فى اليمين على اللحم لأنها تذوب بذوب الشحم ومنهم من قال ليست بلحم ولا بشحم فلا يحنث بأكلها فى اليمين على اللحم كما لا يحنث فى اليمين على الشحم ؛ لأنها مخالفة لهما فى الاسم والصفة فهى كالكبد والطحال •

فـــرع فى مذاهب العلماء

اذا حلف على اللحم فأكل لحم الخد أو لحم الرأس أو اللسان فوجهان (أحدهما) يحنث لأنه لحم حقيقة ــ وبه قال أحمد فى لحم الخد ــ وحكى عن أبى موسى من أصحاب أحمد أنه لا يحنث الا أن ينويه باليمين • وقال أصحاب أحمد فى اللسان وجهان كالوجهين عندنا •

وفى لحم الرأس والأكارع روى عن أحمد ما يدل على أنه لا يحنث ، لأن من حلف لا يشترى لحما فاشترى رأسا أو كارعا لا يحنث الا أن ينوى أن لا يشترى من الشاة شيئا ، لأن اطلاق اسم اللحم لا يتناول الرءوس والأكارع، ولو وكله فى شراء لحم فاشترى رأسا أو كارعا لم يلزمه •

(والوجه الثانى) لا يحنث لما ذكره المصنف ، واختلف أصحابنا فى الالية، فمنهم من جعلها من الشحم ، فلو حلف على الشحم فأكلها حنث ، لأنها تشبه الشحم فى ذوبها وشكلها فلو حلف لا يأكل لحما فأكلها لم يحنث • وممن قال : هى شحم أبو يوسف ومحمد • ومن أصحابنا من قال هو لحم لأنها نابتة فى اللحم وتشبهه فى الصلابة • قال ابن قدامة : وليس بصحيح لأنها

تسمى لحما ولا يقصد بها ما يقصد به ، وتخالفه فى اللون والذوب والطعم فلم يحنث بأكلها كشحم البطن .

فـــرع كل ما كان مقيدا بالنعت أو بالاضافة لا ينصرف اليه اليمين اذا أطلق كمن حلف لا يأكل تمرا فانه لا يتناول التمر الهندى أو الشحم فلا يتناول الشحم المعدنى الذى تشحم به محركات السيارات والطيارات ، وانما يتناول الشحم الحيوانى ويحتمل أن لا يحنث الا بأكله لأن الحقيقة العرفية فى عصرنا حصرت اسم الشحم على ما كان معدنيا ،ولا يقال للأدهان المأكولة شحم لا بين العوام ولا غيرهم من الخواص .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان حلف لا يأكل الرءوس ولم يكن له نية حنث برءوس الابل والبقر والغنم ، لأنها تباع مفردة وتؤكل مفردة عن الأبدان ، ولا يحنث برءوس الطير فانها لا تباع مفردة ولا تؤكل مفردة ، فان كان فى بلد يباع فيه رءوس الصيد ورءوس السمك مفردة حنث بأكلها ، لأنها تباع مفردة فهى كرءوس الابل والبقر والغنم . وهل يحنث بأكلها فى سائر البلاد ؟ فيه وجهان :

(احدهما) لا يحنث لأنه لا يطلق عليها اسم الرءوس الا فى البلد الذى يباع فيه ويعتاد أكله .

(والثانى) يحنث بها ، لأن ما ثبت له العرف فى مكان وقع الحنث به فى كل مكان كخبز الأرز .

فصـــل وان حلف لا يأكل البيض حنث بأكل كل بيض يزايل بائضه فى الحياة ، كبيض الدجاجة والحمامة والنعامة ، وانه يؤكل منفرداً ويباع منفرداً فيدخل فى مطلق اليمين ، ولا يحنث بما لا يزايل بائضه كبيض السمك والجراد، لأنه لا يباع منفردا ولا يؤكل منفردا ، فلم يدخل فى مطلق اليمين) .

الشرح اذا حلف لا يأكل الرءوس ، والمحلوف عليه هنا عام يتناول أنواعاً منها ما جرى العرف ببيعه منفصلا عن البدن ، كرءوس الضأن والمعز والبقر ، ومنها ما لا ينفصل عن البدن ولا يباع واحده كرءوس الدجاج

والحمام والأرانب لم يحنث الا فيما تنفصل عن أبدانها وتعرض للبيع وهى بهيمة الأنعام دون غيرها •

وان حلف لا يأكل الرءوس حنث بأكل رؤوس الأنعام وهى الابل والبقر والغنم وقال أبو حنيفة : لا يدخل رؤوس الابل فى اليمين فى احدى الروايتين عنه وقال أبو يوسف ومحمد لا يتعلق يمينه الا برؤوس الغنم خاصة دليلنا أن رؤوس الابل والبقر والغنم تفرد عن أجسادها وتؤكل منفردة عنها فاستوت فى تعليق اليمين بها وان كان فى بلد يكثر فيه الصيد والسمك وتباع رؤوسه فيه مفردة عنه وتؤكل حنث بأكلها من كان من أهل ذلك البلد لأنها كرءوس الأنعام فى حقهم وهل يحنث بأكل غير أهل ذلك البلد ؟ فيه وجهان : (أحدهما) لا يحنث بأكلها لأنهم لا يعتادون ذلك ولا يعرفون فلم ينصرف أيمانهم اليها (والثانى) يحنث بأكلها فى جميع البلاد لأنه اذا ثبت لها عرف فى بلد ثبت لها ذلك العرف فى جميع البلاد ألا ترى أنه لو حلف لا يأكل حنث بأكل لحم الفرس وان كان لا يؤكل فى جميع البلاد ولو حلف لا يأكل الخبز حنث بأكل خبز الأرز وان كان لا يعتاد أكله الا بطبرستان •

فـــرع فى مذاهب العلماء

قال أبو حنيفة « لا يحنث بأكل رؤوس الابل لأن العادة لم تجر ببيعها منفردة » وقال محمد وأبو يوسف لا يحنث الا بأكل رؤوس الغنم لأنها التى تباع فى الأسواق ــ أى على عهدهما ــ دون غيرها فيمينه تنصرف اليها •

وقال أحمد بن حنبل : يحنث بأكل رأس كل حيوان من النعم والصيود والطيور والحيتان والجراد • ووجهه أن هذه الرؤوس حقيقة عرفية مأكولة فحنث بأكلها كما لو حلف لا يأكل لحماً فأكل من لحم النعام والزرافة وما يندر وجوده وبيعه • وعندنا أنها لو صارت حقيقة عرفية وكان الحالف فى بلد تباع فيه رؤوس الصيود أو الأسماك منفردة حنث بأكلها •

وفى سريان الحنث على أكلها فى بلد آخر وجهان (أحدهما) لا يحنث لأن

الحقيقة العرفية فى اطلاق اسم الرؤوس وبيعها لا توجد الا فى البلد الذى تباع فيه الرؤوس ويعتاد أكلها (والثانى) يحنث لأن ما ثبت به فى بلد يقع به الحنث فى كل مكان آخر كخبز الأرز الذى لا يصنع الا فى طبرستان ، وقد مضى توضيحه .

فرع اذا حلف لا يأكل البيض وقلنا ان البيض نوعان . نوع يزايل بائضه فى الحياة كبيض الدجاج والحمام والنعام ، والآخر لا يزايل بائضه كبيض السمك والجراد ، فان الحنث لا يتعلق الا بالنوع الأول ، لأنه يؤكل منفردا ويباع منفردا ، سواء كثر وجوده كبيض الدجاج أو قل وجوده كبيض النعام ، وبهذا قال أحمد ، وقال أصحاب الرأى لا يحنث بأكل بيض النعام . وقال أبو ثور لا يحنث الا بأكل بيض الدجاج وما يباع فى السوق .

ولنا أن هذا كله بيض حقيقة وعرفا وهو مأكول فيحنث بأكله كبيض الدجاج ، ولأنه لو حلف لا يشرب ماء فشرب ماء البحر حنث أو ماء نجساً ، أو لا يأكل خبزا فأكل خبز الأرز أو الذرة أو البتاو ، وهو خبز أهل الصعيد ، ويصنع من الذرة الصفراء أو القيظى مع قليل من الحلبة ، وهو يختلف عن خبز المدن ، فاذا حلف أن لا يأكل خبزا فأكل البتاو فى مكان لم يعتد فيه أكله حنث لأنه خبز ولا فرق بينه وبين الفينو .

وأما أكل بيض السمك أو الجراد فكما تقرر لا يحنث الا بأكل بيض يزايل بائضة في الحياة ، وبهذا قال أبو ثور وأصحاب الرأى وأبو الخطاب من الحنابلة وأكثر العلماء ، لأن هذا لا يفهم من اطلاق اسم البيض ، ولا يذكر الا مضافاً الى بائضه ، ولا يحنث بأكل شىء يسمى بيضاً غير بيض الحيوان ولا بأكل شىء يسمى رأسا غير رؤوس الأنعام الا فيما فيه الأوجه المذكورة آنفاً .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان حلف لا يأكل اللبن حنث بأكل لبن الأنعام ولبن الصيد، لأن اسم اللبن يطلق على الجميع ، وان كان فيه ما يقل أكله لتقذره ، كما يحنث

فى اليمين على اللحم بأكل لحم الجميع ، وان كان فيه ما يقل اكله لتفـذره ، ويحنث بالحليب والرائب وما جمد منه ، لأن الجميـع لبن ، ولا يحنث بأكل الجبن واللوز واللبا والزبد والسمن والمصل والأقط .

وقال ابو على بن ابى هريرة : اذا حلف على اللبن حنث بكل ما يتخذ منه . لأنه من اللبن والمذهب الأول ، لانه لا يطلق عليه اسم اللبن فلم يحنث به ، وان كان منه . كما لو حلف لا ياكل الرطب فاكل التمر . او لا ياكل السمسم فاكل الشيرج فانه لا يحنث . وان كان التمر من الرطب والشيرج من السمسم .

فصـــل وان حلف لا ياكل السمن فاكله مع الخبز او اكله فى العصيدة وهو ظاهر فيها حنث . وان حلف لا ياكل اللبن فاكله فى طبيخ وهو ظاهر فيه او حلف لا ياكل الخل فاكله فى طبيخ وهو ظاهر فيه حنث .

وقال ابو سعيد الاصطخرى « اذا اكله مع غيره لم يحنث لانه لم يفرده بالاكل فلم يحنث . كما لو حلف لا ياكل طعاماً اشتراه زيد فاكل طعاماً اشـتراه زيد وعمرو » والمذهب الأول لانه فعل المحلوف عليه واضاف اليه غيره فحنث . كما لو حلف لا يدخل على زيد فدخل على جماعة وهو فيهم) .

الشرح الحليب فعيل بمعنى مفعـول ، والحلب بفتحتين يطلق على المصدر كالفتح فالسكون وعلى اللبن المحلوب . فيقال لبن حلب ولبن حليب. وهو أول ما يخرج عند الحلب . والرائب اسم فاعل من راب يروب روبا اذا خثر والروبة بالضم خمير تلقى فى اللبن ليروب ويثخن . والجبن معروف يعقد من اللبن بالانفحة واللور بضم اللام هو الجبن يؤكل قبل أن يشتد وهـــو مرحلة بعد وضع الانفحة فى اللبن وقبل أن يصير جبنا . وكانت العرب تأتدم به وتأكله مع التمر . ويعمل من الحليب الذى يكون بعد اللبا . واللبا مقصور ومهموز هو لبن البهيمة عند أول ما تنتج يترك على النار فينعقد ؛ ويسـمونه فى ديارنا المصرية (السرسوب) وأما المصـل فهو الذى يسـمونه فى ديارنا (أما الشرش) وهـو ماء الجبن فاذا تعتق قيـل له (المش) والأقط اللـبن المجفف ، وقد يغلى ماء الجبن مع الأقط ثم يصـفى ثم يعصر فيوضـع على الخريطة شيء ثقيل حتى يذهب ما فيه من الماء ثم يملح بالملح ثم يجعل أقراصاً أو حلقا .

وان حلف لا يأكل لبنا حنث بأكل لبن الأنعام ولبن الصيد لأن اسم اللبن

يقع على الجميع ويدخل فيه الحليب والرايب وأما الشيراز فيدخل فى اسم اللبن فى قول أكثر أصحابنا قال ابن الصباغ ومن أصحابنا من توقف فيه لأن له اسما يختص به وان أكل الجبن أو اللبا أو المصل أو الأقط أو السمن لم يحنث وقال أبو على ابن أبى هريرة وأبو على الطبرى يحنث والأول أصح لأنه لا يسمى اللبا ولأن ذلك ينتقص بمن حلف لا يأكل السمسم فأكل الشيرج وان أكل الزبد فان كان اللبن فيه ظاهرا حنث وان كان غير ظاهر لم يحنث على قول أكثر أصحابنا ويحنث على قول أبى على •

قال ابن بطال « والشيراز هو أن يؤخذ اللبن الخاثر ، وهو الرائب فيجعل فى كيس حتى ينزل ماؤه ويضرب » هذا الذى قصده صاحب الكتاب • ثم قال وقد يعمل الشيراز أيضا بأن يترك الرائب فى وعاء ويوضع فوقه الأبازير وشىء من المحرفات ثم يؤكل ويترك فوقه كل يوم لبن حليب • أ هـ •

اما الأحكام فانه لو حلف لا يأكل لبنا ، فأكل من لبن الأنعام أو الصيود أو لبن آمية حنث ، لأن اسم اللبن يتناوله حقيقة وعرفا ، وسواء كان أو رائبا أو مائعا أو مجمدا ، لأن الجميع لبن • وان كان فيه ما يقل أكله لعدم استساغته أو تقذره ، كما لو حلف على اللحم حنث بأكل أى لحم مما مضى تفصيله وان كان فيه ما يستقذر ، ولا يحنث بأكل الجبن والسمن والمصل والأقط والكشك ، وبهذا قال العلماء كافة •

وقال أبو على بن أبى هريرة « اذا حلف على اللبن حنث بكل ما يتخذ منه لأنه من اللبن ــ وليس بمذهب ــ والمذهب أنه لا يحنث لأنه لا يطلق عليه اسم اللبن ، وان كان منه كالرطب والتمر والسمسم والشيرج وأما الشيراز فيدخل فى اسم اللبن فى قول أكثر أصحابنا قال ابن الصباغ : ومن أصحابنا من توقف فيه لأن له اسماً يختص به وان أكل الجبن أو اللبا أو المصل أو الاقط أو السمن لم يحنث •

فــرع وان حلف لا يأكل السمن فأكله مع الخبز أو أكله فى العصيدة وكان السمن ظاهراً فيها حنث ، والعصيدة من قولك عصدت الشىء عصدا اذا لويته • قال الجوهرى والعصيدة التى تعصدها بالمسواط فتمرها

به فتنقلب ولا يبقى فى الاناء منها شىء الا انقلب ، وفى حديث خولة فقربت له عصيدة ــ هو دقيق يلت بالسمن ويطبخ ــ يقال عصدت العصيدة وأعصدتها ، أى اتخذتها ، وعصد البعير عنقه لواه نحو حاركه للموت يعصده عصودا فهو عاصد ، وكذلك الرجل ، يقال عصد فلان يعصد عصودا مات وأنشد شمر :

« على الرحل مما منه السير عاصد »

وقال الليث « العاصد ههنا الذى يعصد العصيدة » أى يديرها ويقلبها بالمعصدة شبه الناعس به لحفقان رأسه •

وقال أحمد « ان حلف لا يأكل زبدا فأكل سمنا أو لبنا لم يظهر فيه الزبد لم يحنث ، وان كان الزبد ظاهرا فيه حنث » • ا هـ •

مسألة وان حلف لا يأكل سمنا نظرت فى السمن فان كان جامدا فأكله منفردا حيث لأنه أكل المحلوف عليه وان أكله بالخبز أو العصيدة أو السويق حنث وقال أبو سعيد الاصطخرى لا يحنث لأنه لم يأكل السمن مفردا وانما أكله مع غيره والمذهب الأول لأنه أكل المحلوف عليه وان كان مع غيره فحنث كما لو حلف لا يكلم زيدا فكلم زيدا وعمرا وان كان السمن ذائبا فشربه أو حساه بيده لم يحنث لأنه لم يأكله وانما شربه وان أكله مع الخبز أو غيره حنث على المذهب لأنه هكذا يؤكل وعلى قول الاصطخرى لا يحنث وان أكل عصيدة متخذة بسمن فقال الشافعى حنث وقال اذا حلف لا يأكل خلا فأكل سكبجاً لم يحنث قال أصحابنا ليست على قولين وانما أراد بالخل اذا لم يكن ظاهراً وأراد بالسمن اذا كان ظاهرا قال ابن الصباغ : ويتصور ذلك اذا أكل من لحم السكباج دون مرقته وهذا على المذهب أيضا فأما على قول الاصطخرى فانه لا يحنث بحال وقال المسعودى : اذا حلف لا يأكل الخل واتخذ منه طبيخاً فان كان طعمه أو لونه ظاهراً حنث والا فلا وان حلف لا يأكل زبدا أو سمنا فأكل لبنا لم يحنث لأن كل واحد مهما غير الآخر فى الاسم والصورة ، فهو كما لو حلف لا يأكل دبساً فأكل اللبن حنث وليس بشىء •

وان حلف لا يأكل سمنا فأكل زبدا أو لبنا أو شيئا مما يصنع من اللبن

سوى السمن لم يحنث ، وان أكل السمن منفردا أو فى عصيدة أو حلواء أو طبيخ فظهر فيه طعمه حنث ، ولذلك اذا حلف لا يأكل لبنا فأكل طبيخا فيه لبن ، أو لا يأكل خلا فأكل (سلطة) فيها خل يظهر طعمه فيه حنث • وبهذا قال احمد وأصحابه وقال بعض أصحابنا لا يحنث لأنه لم يفرده بالأكل ، وهذا لا يصح لأنه أكل المحلوف عليه وأضاف اليه غيره فحنث ، كما لو أكله ثم أكل غيره •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان حلف لا يأكل أدماً فأكل اللحم حنث لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم قال « سيد الادام اللحم » ولأنه يؤتدم به فى العادة فحنث به كالخل والمرى ، فان أكل التمر ففيه وجهان (احدهما) لا يحنث لانه لا يؤتدم به فى العادة ، وانما يؤكل قوتا أو حلاوة (والثانى) انه يحنث به لأن النبى صلى الله عليه وسلم « اعطى سائلا خبزاً وتمراً وقال هذا ادم هذا » .**

فصل **وان حلف لا يأكل الفاكهة فأكل الرطب او العنب او الرمان او الاترنج او التوت او النبق حنث لانها ثمار أشجار فحنث بها ، كالتفاح والسفرجل ، وان أكل البطيخ او الموز حنث ، لانه يتفكه بثمار الأشجار • وان أكل الخيار او القثاء لم يحنث لأنهما من الخضروات .**

فصل **وان حلف لا يأكل بسراً ولا رطباً فأكل منصفا حنث فى اليمين لانه أكل البسر والرطب ، وان حلف لا يأكل بسرة ولا رطباً فأكل منصفا لم يحنث لأنه لم يأكل بسرا ولا رطباً .**

فصل **وان حلف لا يأكل قوتا فأكل التمر أو الزبيب أو اللحم وهو ممن يقتات ذلك حنث ، وهل يحنث به غيره ؟ على ما ذكرناه من الوجهين فى بيوت الشعر ورءوس الصيد .**

الشرح حديث « سيد الادام اللحم » هو من حديث أخرجه الطبرانى فى الأوسط وأبو نعيم فى الطب والبيهقى فى الشعب عن بريدة ولفظه « سيد الادام فى الدنيا والآخرة اللحم ، وسيد الشراب فى الدنيا والآخرة الماء ، وسيد الرياحين فى الدنيا والآخرة الفاغية » ضعفه السيوطى

وقال حسن لغيره . قلت : ولعله يريد بغيره حديث « سيد طعام أهل الجنة اللحم » رواه ابن حبان عن أبى الدرداء مرفوعا . قال الشوكانى [1] فى اسناده سليمان بن عطاء يروى الموضوعات عن شيخه مسلمة بن عبد الله الجهنى .

وقال ابن حجر : لم يتبين لى الحكم على هذا المتن بالوضع ، وأن مسلمة غير مجروح وسليمان بن عطاء ضعيف . قال فى التعليق : رواه سليمان عن مسلمة عن ابى مشجعة عن أبى الدرداء ، وأبو مشجعة ومسلمة لم يجرحا ولم يوثقا فهما مجهولا الحال ، وسليمان قال البخارى فى حديثه مناكير . وقال أبو زرعة منكر الحديث .

وقال ابن حبان « يروى عن مسلمة بن عبد الله الجهنى عن عمه أبى مشجعة ابن ربعى اشياء موضوعة لا تشبه حديث الثقات » ا هـ . ورواه العقيلى من حديث ربيعة بن كعب مرفوعا « أفضل طعام الدنيا والآخرة اللحم » وقال هذا حديث غير محفوظ . وقال ابن حبان : عمرو بن بكر المذكور فى اسناده يروى عن الثقات الطامات .

ورواية البيهقى فى الشعب عن عبد الله بن بريدة عن أبيه من طريق أحمد ابن منيع ، ثنا العباس بن بكار ثنا أبو هلال الراسبى عن عبد الله بن بريدة عن أبيه رفعه . قال السيوطى فى اللآلىء : قال البيهقى ورواه جماعة عن أبى هلال الراسبى تفرد به أبو هلال ثم قال السيوطى : وهو من رجال الأربعة ووثقه أبو داود . قال العلامة المعلمى : أقول اذا كان رواه جماعة عن أبى هلال فالظاهر أنه يسوق البيهقى الطرق . وهذه الطريق التى ساقها ساقطة البتة ، فان العباس بن بكار كذاب يضع . واذا كانت هذه أقوى الطرق فما ظنك بالباقى ؟ وقد أخرجه الطبرانى فى الأوسط ثنا محمد بن شعيب ثنا سعيد ابن عتبة القطان ثنا أبو عبيدة الحداد ثنا أبو هلال ــ فذكره ثم قال ــ ولم يروه عن ابن بريدة الا أبو هلال ولاعنه الا أبو عبيدة تفرد به سعيد .

وقال فى مجمع الزوائد (٥ ــ ٣٥) فيه سعيد بن عبية (كذا) القطان ولم

---

(١) الفوائد المجموعة بتعليق العلامة المحدث عبد الرحمن المعلمى .

أعرفه • أقول أحسبه سعيد بن عنبسة الرازى الخزاز فانه يروى عن أبى عبيدة الحداد ، ولعله كان يبيع القطن مع الخز فقال الراوى عنه القطان • ومحمد ابن شعيب ليس هو ابن سابور ، فان الطبرانى لم يدركه ، فينظر من هو ؟ وسعيد بن عنبسة كذاب • أما رواية أنس عند البيهقى أيضا فهى من طريق هشام بن سلمان عن يزيد الرقاشى ، وهشام • قال ابن عدى أحاديثه عن يزيد غير محفوظة ، ويزيد ليس بشىء • ورواية أبى نعيم انما هى من حديث على رضى الله عنه ؛ وهى من نسخة عبد الله بن أحمد بن عامر الموضوعة • وقال الشوكانى وليس فى شىء من هذه الطرق ما يوجب الحكم بالوضع •

أما حديث « هذا أدم هذا » فقد أخرجه أبو داود عن يوسف عن عبد الله ابن سلام قال « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع تمرة على كسرة وقال هذه ادام هذه ، وذكره الامام أحمد فى مسنده •

والمرى بتشديد الراء والياء وكأنه منسوب الى المرارة ، قال ابن بطال والعامة تخففه وصفته أن يؤخذ الشعير فيقلى ثم يطحن ويعجن ويخمر ثم يخلط بالماء فيستخرج منه خل يضرب لونه الى الحمرة ويؤتدم به ويطبخ به ، والأترنج والأترج والاترجة والترنجة والترنج •

قال فى القاموس « حامضه مسكن غلمة النساء ويجلو اللون والكلف • وقشره فى الثياب يمنع السوس » ا هـ •

وقد ثبت فى الصحيح عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « مثل المؤمن الذى يقرأ القرآن كمثل الاترجة طعمها طيب وريحها طيب » والتوت شجر معروف يعلف به دود القز له ثمر أحمر ، والنبق ثمار السدر ، وفى الحديث فى سدرة المنتهى « نبقها مثل قلال هجر » والريحان الفارسى ويسميه عوام اليمن الشقر والبنفسج والياسمين معروفان •

اما الاحكام فانه ان حلف لا يأكل أدماً حنث بأكل كل ما جرت العادة بأكل الخبز به لأن هذا معنى التأدم ، وسواء فى هذا ما يصطبغ كالطبيخ والمرق والخل والزيت والسمن والشيرج واللبن قال تعالى فى الزيت : « تنبت بالدهن وصبغ

للآكلين » وقال صلى الله عليه وسلم : « نعم الادام الخل » وقال : « ائتدموا بالزيت وادهنوا به فانه من شجرة مباركة » أخرجه ابن ماجه ، أو من الجامدات كالشواء والجبن والباقلاء والزيتون والبيض • وبهذا قال أحمد وأبو ثور •

وقال أبو حنيفة : ما لا يصطبغ به فليس بأدم • لأن كل واحد منهما يرفع الى الفم منفردا • دليلنا ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم « سيد الادام اللحم » وقال : « سيد الادام الملح » رواه ابن ماجه ، لأنه يؤكل به الخبز عادة ، فكان أدما كالذى يصطبغ به ، ولأن كثيرا مما ذكرنا لا يؤكل فى العادة وحده ، انما يعد لتأدم به وأكل الخبز به فكان أدماً كالخل واللبن • وقول أبى حنيفة : انه يرفع الى الفم وحده مفردا ، يجاب عنه بجوابين •

(أحدهما) أن منه ما يرفع مع الخبز كالملح ونحوه •

(والثانى) أنهما يجتمعان فى الفم والمضغ والبلع الذى هو حقيقة الأكل فلا يضر افتراقهما قبله •

ويحنث بأكل الملح لأنه قد روى بعض الأخبار (سيد أدامكم الملح) وهل يحنث بأكل التمر ؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو اسحاق •

(أحدهما) لا يحنث لأنه لا يؤتدم به فى العادة وانما يؤكل قوتاً أو حلاوة •

(والثانى) يحنث به لأن النبى صلى الله عليه وسلم أعطى سائلا خبزا وتمرا وقال هذا أدم هذا • فأما التمر ففيه وجهان :

(أحدهما) هو أدم لما روى أبو داود عن عبد الله بن سلام قال : « رأيت رسول صلى الله عليه وسلم وضع تمرة على كسرة وقال : هذه ادام هذه » •

(والثانى) ليس بأدم لأنه لا يؤتدم به عادة انما يؤكل قوتاً أو حلوى •

فـــرع فان حلف لا يأكل فاكهة حنث بأكل كل ما يسمى فاكهة وهى كل ثمرة تخرج من الشجرة يتفكه بها من العنب والرطب والرمان والسفرجل والتفاح والكمثرى والخوخ والمشمش والاترج والتوت والنبق والموز والجميز ؛ وبهذا قال أحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن ، وقال أبو حنيفة وأبو ثور : لا يحنث بأكل ثمرة النخل والرمان لقوله تعالى : فيهما فاكهة ونخل ورمان) والمعطوف يغاير المعطوف عليه • دليلنا أنهما ثمرتا شجرتين يتفكه بهما فكانا من الفاكهة كسائر ما ذكرنا ؛ ولأنهما فى عرف الناس فاكهة ويسمى بائعهما فاكياً ، وموضع بيعهما سوق الفاكهة ، والأصل فى العرف الحقيقة والعطف لشرفهما وتخصيصهما كقوله تعالى : « من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال » وهما من الملائكة •

فـــرع القثاء والخيار والقرع والباذنجان من الخضر وليس من الفاكهة وبهذا قال أحمد • أما البطيخ فانه من الفاكهة على ما ذكره المصنف ، وهو أحد الوجهين عند أصحاب أحمد ذكره القاضى وبه قال أبو ثور ، لأنه يتضح ويحلو ، أشبه ثمر الشجر •

والثانى عندهم : ليس من الفاكهة ، لأنه ثمر بقلة أشبه الخيار والقثاء ؛ وأما ما يكون فى الأرض كالجزر واللفت والفجل والقلقاس والسوطل ونحوه، فليس شيء من ذلك فاكهة ، لأنه لا يسمى بها ولا فى معناها •

ودليلنا أن البطيخ وان كان يشبه فى شجره النباتات الزاحفة كالباذنجان والقرع والقثاء والخيار ، الا أنه ثمر حلو يفارق ما ذكرنا فى الطعم وفى طريقة الأكل اذ تلك الأنواع تصطبغ وتطبخ وتملح وليس كذلك البطيخ والشمام ولأنها فاكهة فى حقيقتها العرفية عند الناس على اختلاف أقاليمهم وأجناسهم •

فـــرع وان حلف لا يأكل بسرا فأكل منصفا نظرت فان أكل موضع الرطب لا غير لم يحنث لأنه لم يأكل بسرا وان أكل موضع البسر منه لا غير حنث وكذا ان أكل الجميع وبه قال أبو حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف وأبو

سعيد الاصطخرى وأبو على الطبرى لا يحنث دليلنا أنه أكل المحلوف عليه وغيره فهو كما لو كانا منفردين وهكذا لو حلف لا يأكل الرطب فأكل موضع البسر من المصنف لم يحنث وان أكل موضع الرطب منه حنث وان أكل الجميع حنث على المذهب ولا يحنث على قول الاصطخرى وأبى على : وان حلف لا يأكل رطبة أو بسرة فأكل منصفة لم يحنث لأنها ليست برطبة ولا بسرة وان حلف لا يأكل هذه التمرة فوقعت فى تمر فان أكل الجميع حنث لأنه أكل المحلوف عليها • وان أكل جميع التمر الا تمرة فان تيقن أنها غير التى حلف على أكلها حنث لأنه تيقن أنه فعل المحلوف عليه وان تيقن أن التى حلت عليها هى التى بقيت أو شك هل هى المحلوف عليها أم لا لم يحنث لأنه اذا تيقن أنها بقيت فقد تيقن أنه لم يحنث واذا شك لم يحنث لأنه يشك فى وجوب الكفارة عليه والأصل عدم وجوبها وهكذا ان هلك من التمر تمرة وأكل الباقى فان تيقن أن التى حلف عليها فى جملة ما اكله حنث وان لم يتيقن أنها التالفة أو شك هل هى التالفة أو غيرها لم يحنث لما ذكرناه •

فرع اذا حلف لا يأكل قوتاً فأكل خبزا أو تمرا أو زبيباً أو لحما أو لبنا حنث لأن كل واحد من هذه يقتات فى بعض البلدان ، ويحتمل أن لا يحنث الا بأكل ما يقتاته أهل بلده ؛ لأن يمينه تنصرف الى القوت المتعارف عندهم فى بلدهم ولأصحاب أحمد وجهان كالوجهين عندنا ، وان أكل حباً يقتات خبزه حنث لأنه يسمى قوتا ؛ لأن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يدخر قوت عياله لسنة » وانما يدخر الحب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان حلف لا يأكل طعاما حنث بأكل كل ما يطعم من قوت وادم وفاكهة وحلاوة لأن اسم الطعام يقع على الجميع ، والدليل عليه قوله تعالى : (كل الطعام كان حلا لبنى اسرائيل الا ما حرم اسرائيل على نفسه) وهل يحنث بأكل الدواء فيه وجهان ؟ •

(احدهما) لا يحنث لأنه لا يدخل فى اطلاق اسم الطعام •

(والثانى) يحنث لأنه يطعم فى حال الاختيار ، ولهذا يحرم فيه الربا .

فصـــل وان حلف لا يشرب الماء فشرب ماء البحر احتمل عنـدى وجهين .

(احدهما) يحنث لانه يدخل فى اسم الماء المطلق ، ولهذا تجوز به الطهارة .

(والثانى) لا يحنث لانه لا يشرب ، وان حلف لا يشرب ماء فراتا فشرب ماء دجلة او غيره من المياه العذبة حنث ، لأن الفرات هو الماء العذب ، والدليـل عليه قوله تعالى : « وأسقيناكم ماء فراتا » وأراد به العذب ، وان حلف لا يشرب من الفرات فشرب من ماء دجلة لم يحنث لأن الفرات اذا عرف بالالف واللام فهو النهر الذى بين العراق والشام ..

فصـــل وان حلف لا يشم الريحان فشم الضميران ـ وهو الريحان الفارسى ـ حنث ، وان شم ما سواه كالورد والبنفسج والياسمين والزعفران لم يحنث لانه لا يطلق اسم الريحان الا على الضميران وما سواه لا يسمى الا باسمائها . وان حلف لا يشم المشموم حنث بالجميع ، لأن الجميع مشموم ، وان شم الكافور أو المسك او العود أو الصندل لم يحنث لانه لا يطلق عليـه اسم المشموم . وان حلف لا يشم الورد والبنفسج فشم دهنهما لم يحنث لانه لم يشم الورد والبنفسج ، وان جف الورد والبنفسج فشمهما ففيه وجهان .

(احدهما) لا يحنث ، كما لا يحنث اذا حلف لا ياكل الرطب فاكل التمر .

(والثانى) يحنث لبقاء اسم الورد والبنفسج) .

الشرح فى قوله تعالى : « كل الطعام كان حلا لبنى اسرائيـل » الآية » هو يعقوب عليه السلام : روى الترمذى عن ابن عباس : « أن اليهود قالوا للنبى صلى الله عليه وسلم : أخبرنا ما حرم اسرائيل على نفسه ؟ قال : كان يسكن البدو فاشتكى عرق النسا فلم يجد شيئاً يلائمه الا لحوم الابل وألبانها فلذلك حرمها ، قالوا : صدقت » وذكر الحديث .

وقال ابن عباس ومجاهد وقتادة والسدى : أقبل يعقوب عليه السـلام من حران يريد بيت المقدس حين هرب من أخيه عيصو ، وكان رجلا بطشـاً قويا ، فلقيه ملك فظن يعقوب أنه لص فعالجه أن يصرعه ، فغمز الملك فخذ

يعقوب عليه السلام ثم صعد الملك الى السماء ويعقوب ينظر اليه ، فهاج عليه عرق النسا ولقى من ذلك بلاء شديدا ، فكان لا ينام الليل من الوجع ويبيت وله زقاء ـ أى صياح ـ فحلف يعقوب عليه السلام ان شفاه الله عز وجل ألا يأكل عرقاً ، ولا يأكل طعاما فيه عرق فحرمها على نفسه ، فجعل بنوه يتتبعون بعد ذلك العروق فيخرجونها من اللحم » .

واختلف هل كان التحريم من يعقوب باجتهاده أم باذن الله تعالى ؟ والصحيح الأول لأن الله تعالى أضاف التحريم اليه بقوله « الا ما حرم » وأن التى اذا أداه اجتهاده الى شىء كان دينا يلزمنا اتباعه لتقرير الله اياه على ذلك، وكما يوحى اليه ويلزم أتباعه . كذلك يؤذن له ويجتهد ، ويتعين موجب اجتهاده اذا قدر عليه . وقد حرم نبينا صلى الله عليه وسلم العسل على الرواية الصحيحة ، أو خادمه مارية فلم يقر الله تحريمه ونزل « لم تحرم ما أحل الله لك » قال الكيا الطبرى : فيمكن أن يقال مطلق قوله تعالى : « لم تحرم ما أحل الله » يقتضى ألا يختص بمارية ، وقد رأى الشافعى أن وجوب الكفارة فى ذلك غير معقول المعنى ، فجعلها مخصوصاً بموضع النص ، وأبو حنيفة رأى ذلك أصلا فى تحريم كل مباح جرى مجرى اليمين . هكذا أفاده القرطبى .

أما قوله تعالى « وأسقيناكم ماء فراتا » فالفرات أشد الماء عذوبة . وقال تعالى « هذا عذب فرات وهذا ملح أجاج » وقد فرت الماء يفرت فرتة اذا عذب فهو فرات . وقال ابن الأعرابى : فرت الرجل اذا ضعف عقله بعد مسكة ،والفراتان الفرات ودجيل .

اما الأحكام فاذا حلف لا يأكل طعاماً فأكل ما يسمى طعاماً من قوت وأدم وحلواء وتمر جامد ومائع حنث لقوله تعالى « كل الطعام كان حلا لبنى اسرائيل » وقوله تعالى « ويطعمون الطعام على حبه » يعنى على محبتهم للطعام لحاجتهم اليه ، وقيل على حب الله تعالى ، وقال تعالى : « قل لا أجد فيما أوحى الى محرماً على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم

خنزير » وسمى النبى صلى الله عليه وسلم اللبن طعاما وقال « انما تخزن لهم ضروع مواشيهم أطعمتهم » .

وفى الماء عند الحنابلة وجهان (أحدهما) هو طعام لقوله تعالى « ان الله مبتليكم بنهر فمن شرب منه فليس منى ، ومن لم يطعمه فانه منى » والطعام ما يطعم ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم سمى اللبن طعاماً وهو مشروب فكذلك الماء .

(والثانى) ليس بطعام لأنه لا يسمى طعاماً ولا يفهم من اطلاق اسم الطعام ولهذا يعطف عليه ، فيقال طعام وشراب ، والمعطوف يغاير المعطوف عليه ، وقال صلى الله عليه وسلم : « انى لا أعلم ما يجزىء من الطعام والشراب الا اللبن » رواه ابن ماجه ، ويقال باب الأطعمة والأشربة ، ولأنه ان كان طعاماً فى الحقيقة فليس بطعام فى العرف فلا يحنث بشربه ؛ لأن مبنى الأيمان على العرف ؛ لكون الحالف فى الغالب لا يريد بلفظه الا ما يعرفه ، وهذا هو الأصح من الوجهين .

فرع هل يحنث بأكل الدواء كالأقراص المسكنة والفيتامينات والمركبات الاقرباذينية والفارماكوبيا ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) يحنث لأنه يطعم حال الاختيار .

(والثانى) لا يحنث لأنه لا يدخل فى اطلاق اسم الطعام ولا يؤكل الا عند الضرورة ، وبهذين الوجهين قال الحنابلة ؛ ومن يراجع كتاب الربا هنا يجد أن الدواء ربوى لأنه طعام وجهاً واحدا أما هنا فوجهان .

مسألة اذا حلف لا يشرب ماء وأطلق احتمل عند المصنف وجهين فى حنثه بشرب ماء البحر ــ وهو الأبيض المتوسط أو الأحمر أو المحيط الهندى أو الاطلسى أو الاقيانوس ــ أو ما تفرع عنها من خلجان كالخليج العربى وخليج العقبة وما يربط بينها من مضايق وممرات ، وأحد الوجهين أنه يحنث لأن ماء البحر يدخل فى مطلق الماء ولذا تصح الطهارة به لأنه ماء طهور . فاذا عرفت أن المياه جميعها مصدرها البحر . اما عن طريق التبخر ثم نزولها

مطرا تكون منه الآبار والأنهار • واما عن طريق المياه الجوفية التى تكون منها العيون وبعض الآبار وعرفت أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال لمن سأله « انا نركب البحر ونحمل القليل من الماء » قال « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » عرفت أن الماء عند الاطلاق يتناول ماء البحر حقيقة وعرفا وشرعا •

(والوجه الثانى) أنه لا يحنث • لأن ماء البحر لا يشرب ولا يساغ عادة • ولو كان يسمى ماء لما سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم بقولهم « انا نركب البحر ونحمل معنا القليل من الماء فان توضأنا به لم نجد ماء نشربه أفنتوضأ بماء البحر ؟ » وهذا سؤال يدل بمجرده على أن ماء البحر لا يسمى ماء بلا قيد • لأنه قال أفنتوضأ بماء البحر • هكذا بالاضافة •

مسألة اذا حلف على الجنس المضاف كماء دجلة أو ماء الفرات أو ماء البئر فهل يحنث بشرب بعضه ؟ فيه وجهان •

(أحدهما) يحنث بشرب بعضه لأنه حلف على ما لا يمكنه فعل جميعه فتناولت يمينه بعضه منفردا • وبهذا قال أحمد وأبو حنيفة •

(والثانى) لا يحنث • لأنه اذا حلف على الجنس كالناس والماء والخبز والتمر حنث بفعل البعض ؛ لأن يمينه تناولت الجميع فلم يحنث بفعل البعض، فألحق به اسم الجنس المضاف • وأما غير المضاف فليس فيه الوجهان ؛ لأنه اذا حلف ليفعلن شيئا لم يبر الا بفعل جميعه •

وان حلف لاشربت من الفرات فشرب من مائه حنث ، سواء كرع فيه أو اغترف منه ثم شرب ، وبهذا قال أحمد وأبو يوسف ومحمد • وقال أبو حنيفة : لا يحنث حتى يكرع فيه ، لأن حقيقة ذلك الكرع فلم يحنث بغيره ، كما لو حلف لا شربت من هذا الاناء فصب منه فى غيره وشرب •

ولنا أن معنى يمينه أن لا يشرب من ماء الفرات ؛ لأن الشرب يكون من مائها • ومنها الغرف فحملت اليمين عليه ؛ كما لو حلف لا شربت من هذه البئر ولا أكلت من هذه الشجرة ولا شربت من لبن هذه الشاة ، ويفارق

الكوز فان الشرب فى العرف منه ؛ لأنه آلة للشرب بخلاف النهر • وما ذكروه يبطل بالبئر والشاة والشجرة ، وقد سلموا أنه لو استقى من البئر أو احتلب لبن الشاة أو التقط من الشجرة وشرب وأكل حنث فكذا فى مسألتنا هنا •

فـــرع وان حلف لا يشرب من ماء الفرات فشرب من نهر يأخـذ منه حنث لأنه من ماء الفرات ، ولو حلف لا يشرب من نهر الفرات فشرب من نهر يأخذ منه ففيه وجهان •

(أحدهما) يحنث لأن معنى الشرب منه الشرب من مائه فحنث ؛ كمـا لو حلف لا شربت من مائه • وهذا أحد الاحتمالين لأصحاب أحمد •

(والثانى) لا يحنث • وهو قول أبى حنيفة وأصحابه الا أبا يوسف فان عنه رواية أنه يحنث ، وانما قلنا : لا يحنث ، لأن ما أخذه النهر يضاف الى ذلك النهر لا الى الفرات ، ويزول باضافته اليه عن اضافته الى الفرات فلا يحنث به كغير الفرات ، ومن حلف لا يشرب من نهر النيل فشرب من تـرعة النوبارية أو ترعة المحمودية فان اضافتها الى الترعة لا يمنع العلم بكونها احدى روافد النيل فيحنث ، كما لو شرب من فرع رشيد أو فرع دمياط •

أما اذا حلف لا يشرب من نهر الأردن فشرب من بحيرة الحولة لم يحنث لأنهما وان اتصل ماؤهما فلكل منهما اسمه وموقعه • وكذلك يقال فى بانياس والحصبانى والليطانى والمزهرانى واليرموك وبحيرة طبرية من أنهار الشـام أنقذها الله وأقالها من عثرتها وأهلك الطامعين فيها •

مســـألة وان قال والله لا شربت الماء أو لا شربت ماء فأى ماء شربه من ماء مطر أو ثلج أو برد أذيب أو ماء بئر أو نهر فانه يحنث سواء كان عذباً أو مالحاً لأنه يقع عليه اسم الماء وان شرب من ماء البحر قال الشـيخ أبو اسحاق مالحاً احتمل عندى وجهين •

(أحدهما) يحنث لأنه يدخل فى اطلاق اسم الماء ولهذا يجـوز الطهارة بـه •

(والثانى) لا يحنث لأنه لا يشرب وان قال : والله لا شربت ماء فراتا فان شرب ماء عذبا من أى نهر كان أو بئر كان حنث لأنه وصفه بكونه فراتاً وذلك يقتضى الماء العذب قال الله تعالى « وأسقيناكم ماء فراتا » أى عذباً وان شرب ماء سالما لم يحنث لأنه ليس بفرات وان قال والله لا شربت من الفرات فان الفرات اذا عرف بالألف واللام اقتضى ذلك النهر الذى بين الشام والعراق فان شرب من غيره من الأنهار لم يحنث وان شرب من ذلك النهر حنث سواء كرع فيه أو أخذه بيده أو فى اناء وشربه وبه قال أحمد وأبو يوسف وقال أبو حنيفة انما يحنث اذا كرع فيه كرعاً فأما اذا أخذه بيده أو باناء وشرب منه لم يحنث كما لو حلف لا يشرب من هذا الكوز فصب الماء الذى فيه فى غيره وشرب منه لم يحنث . دليلنا أن معنى ذلك لا أشرب من هذا النهر لأن الشرب من ماء النهر فى العرف لا من النهر لأن ذلك اسم الأرض المحفورة ولا يمكن الشرب منها فحمل اليمين عليه كما لو قال لا شربت من هذا البئر ويخالف الكوز لأن الشرب يكون منه فى العرف وان شرب من نهر يؤخذ من الفرات قال ابن الصباغ ولم يذكره أصحابنا فيحتمل أن يحنث كما قلنا فيما أخذه من الفرات باناء وشربه ويحتمل أن لا يحنث والفرق بينهما أن ما يؤخذ من الفرات باناء ويشرب يقال شرب من الفرات وما يأخذه من النهر الآخر يكون مضافاً اليه وتزول اضافته عن الفرات وأما اذا قال والله لا شربت من ماء الفرات فلا يزول عنه ذلك الاسم وان حصل فى غيره والذى يقتضى المذهب أنه اذا حلف لا يشرب من ماء هذا الكوز ثم صبه فى غيره من الآنية وشربه أنه يحنث لأن خروجه منه لا يبطل كونه من ماء الكوز كما قلنا فى ماء الفرات .

فرع وان حلف لا يشم الريحان لم يحنث الا بشم الريحان الفارسى وهو الضميران ولا يحنث بشم النرجس والمورنجوش والورد والياسمين والبنفسج لأن اطلاق اسم الريحان لا يقع على ذلك وان حلف لا يشم المشموم حنث بشم الريحان الفارسى والنرجس والمرنجوش والورد والياسمين والبنفسج لأن الجميع شموم قال الشيخ أبو اسحاق والزعفران من المشموم قال : وان شم الكافور والمسك والعود والصندل لم يحنث لأنه لا يطلق عليه اسم المشموم وان حلف لا يشم الورد والبنفسج فتشمم وردها

وهو أخضر حنث وان شم دهنها لم يحنث وقال أبو حنيفة وأحمد يحنث دليلنا أن ذلك اسم لوردهما فلا يحنث بشم غيره ودهنهما انما يسمى وردا بنفسجا مجازاً وان جف وردهما وشمه ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو اسحاق (أحدهما) لا يحنث كما اذا حلف لا يأكل الرطب فأكل التمر (والثانى) يحنث لبقاء اسم الورد والبنفسج •

فـــرع فى مذاهب العلماء

قال أبو الخطاب من الحنابلة : يحنث بشم ما يسمى فى الحقيقة ريحانا ، لأن الاسم يتناوله حقيقة ، ولا يحنث بشم الفاكهة وجها واحدا لأنها لا تسمى ريحانا حقيقة ولا عرفا • ومن هذا لو حلف لا يشم وردا ولا بنفسجا فشم دهن البنفسج وماء الورد فانه لا يحنث لأنه لم يشم وردا ولا بنفسجا •

وقال أبو حنيفة : يحنث بشم دهن البنفسج لأنه يسمى بنفسجا ولا يحنث بشم ماء الورد لأنه لا يسمى وردا •

وهل يحنث بشم الورد والبنفسج واليابس ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يحنث كما لو حلف لا يأكل رطباً فأكل تمرا (والثانى) يحنث لأن حقيقته باقية فحنث به كما لو حلف لا يأكل لحماً فأكل لحما قديدا أو محفوظا ، وفارق ما ذكر فى الوجه الأول فان التمر ليس رطبا ، وبهذا قال أحمد وأصحابه وأصحاب الرأى •

وان حلف لا يشم المشموم حنث بكل ما ذكرنا ما عدا الكافور والمسك والعود والصندل والجاوى ؛ لأنه لا يطلق عليه اسم المشموم • وانما يقال التجمير والتبخير أو التعطير للمسك •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان حلف لا يلبس شيئاً فلبس درعاً او جوشناً او خفاً او نعلا ففيه وجهان (احدهما) يحنث لانه لبس شيئاً . (والثانى) لا يحنث لان اطلاق اللبس لا ينصرف الى غير الثياب .

فصـــل وان كان معه رداء فقال : والله لا لبست هذا الثوب وهو رداء فارتدى به او تعمم به او اتزر حنث لانه لبسه وهو رداء . فان جعله قميصاً او سراويل ولبسه لم يحنث لانه لم يلبسه وهو رداء . فان قال : والله لا لبست هذا الثوب ولم يقل وهو رداء فارتدى به او تعمم به او اتزر به او جعله قميصاً او سراويل ولبسه حنث . ومن اصحابنا من قال لا يحنث لانه حلف على لبسه وهو على صفة فلم يحنث بلبسه على غير تلك الصفة ، والصحيح هو الاول لانه حلف على لبسه ثوباً فحمل على العموم ، كمـــا لو قال : والله لا لبست ثوباً .

فصـــل وان حلف لا يلبس حلياً فلبس خاتماً من ذهب او فضة او مخنقة من لؤلؤ او غيره من الجواهر حنث لان الجميع حلى ، والدليل عليه قوله عز وجل (يحلون فيها من اساور من ذهب ولؤلؤا ولباسهم فيهـا حرير) وان لبس شيئاً من الخرز او السبج ، فان كان ممن عادته التحلى به كاهل السواد حنث لانهم يسمونه حلياً . وهل يحنث به غيرهم ؟ على ما ذكرناه من الوجهين فى بيوت الشعر ورؤوس الصيد . وان تقلد سيفاً محلى لم يحنث، لان السيف ليس بحلى . وان لبس منطقة محلاة ففيه وجهان :

(احدهما) يحنث لانه من حلى الرجال .

(والثانى) لا يحنث ، لانه ليس من الآلات المحلاة فلم يحنث به كالسيف . وان حلف لا يلبس خاتماً فلبسها فى غير الخنصر ، او حلف لا يلبس قميصاً فارتدى به او لا يلبس قلنسوة فلبسها فى رجله لم يحنث ، لان اليمين يقتضى لبساً متعارفاً وهذا غير متعارف .

فصـــل وان من عليه رجل فحلف لا يشرب له ماء من عطش فاكل له خبزاً او لبس له ثوباً او شرب له ماء من غير عطش لم يحنث ، لان الحنث لا يقع الا على ما عقد عليه لليمين والذى عقد عليه اليمين شرب الماء من عطش ، فلو حنثناه على ما سواه لحنثناه على ما نوى لا على ما حلف عليه . وان حلف لا يلبس له ثوباً فوهب له ثوباً فلبسه لم يحنث لانه لم يلبس ثوبه .

الشرح الدرع الحديد مؤنثة فى الأكثر وتصغر على دريع بغير هاء على غير قياس • وجاز أن يكون التصغير على لغة من ذكر ، وربما قيل دريعة بالهاء وجمعها أدرع ودروع وأدراع •

قال ابن الأثير : وهى الزردية ، ودرع المرأة قميصها مذكر • وقال فى اللسان : الدرع لبوس الحديد تذكر وتؤنث • قال أبو الأخزر :

مقلصاً بالدرع ذى التغضن يمشى العرضنى فى الحديد المتقن

والجمع فى القليل أدرع وأدرع وفى الكثير دروع • وفى حديث خالد « أدراعه وأعتده حبسا فى سبيل الله » والجوشن الصدر ، وقيل ما عرض من وسط الصدر وجوشن الجرادة صدرها وجوشن الليل وسطه وصدره ، والجوشن الذى يلبس من السلاح ، قال ذو الرمة يصف ثورا طعن كلابا بروقيه فى صدرها :

فكر يمشق طعناً فى جواشنها كأنه الأجر فى الاقبال يحتسب

والمخنقة القلادة الواقعة على المخنق ؛ والسبج خرز والواحدة سبجة مثل قصب وقصبة ، وسواد العراق سمى كذلك لخضرة أشجاره وزروعه ، والعرب تسمى الأخضر أسود لأنه يرى كذلك على بعد ؛ وكل شخص من انسان وغيره يسمى سوادا ، وجمعه أسودة ، مثل جناح وأجنحة ، ومتاع وأمتعة ، وسواد المسلمين جماعتهم •

أما الأحكام فان حلف لا يلبس شيئا حنث بكل ما يلبس من الثياب وغيرها كالدرع والجوشن والنعل والخف فى أحد الوجهين ؛ وبه قال أحمد لأنه ملبوس حقيقة وعرفاً فحنث به كالثياب ، وقد استدل على هذا الوجه بحديث « أن النجاشى أهدى الى النبى صلى الله عليه وسلم خفين فلبسهما » وقيل لابن عمر : انك تلبس النعال ، فقال : انى رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يلبسهما • فاذا أدخل يده فى الخف أو النعل أو الدرع والجوشن فى رجليه لم يحنث ، لأن ذلك ليس بلبس لهما (والوجه الثانى) لا يحنث • لأن اللبس عند الاطلاق لا ينصرف الا الى الثياب •

فـــرع قال الشـافعي رحمـه الله تعـالى وان حلف لا يلبس ثوباً وهو رداء فقطعه قميصـاً أو يتزر به أو حلف لا يلبس سراويل أو أزرة أو قميصا فارتداه فهذا كله ليس يحنث به الا أن يكون له نية فلا يحنث الا على نيته • واختلف أصحابنا فى صورتها فذهب أبو اسحاق وأكثر أصحابنا الى أنه اذا قال : والله لا لبست هذا الثوب وكان ذلك الثوب رداء ولم يقـل الحالف وهو رداء وانما ذلك من كلام الشافعى فقطعه قميصاً فلبسه أو أتزر به أو ارتدى به أو جعله قلانس فلبسه حنث بذلك كله وهكذا لو قال لا لبست هذا الثوب وكان سراويلا فلبسه أو اتزر به أو ارتدى به حنث لأنه علق اليمين على لبس هذا الثوب فعلى أى صفة لبسه فقد وجد منه المحلوف عليه فحنث الا أن يكون قد نوى أن لا يلبسه على الصفة التى هى عليها فلا يحنث فأما اذا حلف لا لبست هذا الثوب وهو رداء فقطعه ثم لبسه فانه لا يحنث وكذلك فى السراويل لأنه علق اليمين على صفة فى الثوب واذا لبسه على غير تلك الصفة لم يحنث ومن أصحابنا من وافق أبا اسحاق فى الحكم فيما ذكره فيها وخالفه فى صورتها فقال وهو رداء وسراويل من كلام الحـالف وانما قال الشافعى هذا كله ليس يحنث به فنفى الحنث ومنهم من وافق ابا اسحاق فى الصورة فقال وقوله : وهو رداء من كلام الشافعى وخالفه فى الحكم وقوله هذا كله ليس يحنث به أى لا يحنث به لأن قوله لا لبست هذا الثوب الذى يقتضى لبسه على صفته فاذا غـيره لم يكن ما انصرفت اليـه اليمين والصحيح قول أبى اسحاق ومن تابعه لأن الشافعى قال فى الأم وهذا كله لبس وهو يحنث به وانما اسقط المزنى قوله وهو متصحف عليهم •

فـــرع اذا حلف ليلبسن هو أو ليلبسن امرأته حليا فلبس هو أو ألبس امرأته خاتما من فضة أو مخنقة من لؤلؤ أو جوهر وحده بر فى يمينه ، وبه قال أحمد وقال أبو حنيفة لا يبر لأنه ليس بحلى •

واذا حلف لا يلبس ــ بالنفى ــ حليا فلبس خاتما من فضة أو وضـع دبوسا فى صدره أو زراراً معدنيا فى كم قميصه حنث لأن ذلك من وسـائل الزينة فى عصرنا هذا كالخرز والسبج عند أهل السواد فى عصر المصنف ، فان كان ممن يلبس الجبة والقفطان فوضع دبوساً فى صدره مما يوضع حلية

عند من يلبس الملابس الأفرنجية ، ففيه وجهان كالوجهين فى بيوت الشعر ورءوس الصيد .

وقال الحنابلة : ان لبس عقيقا أو سبجا ، ولو كان من أهل السواد لا يحنث لأنه ليس بحلى كالودع وخرز الزجاج ، وان كان لا يلبس حليا فلبس دراهم و دنانير فى مرسلة ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يحنث لأنه ليس بحلى اذا لم يلبسه فكذلك اذا لبسه .

(والثانى) يحنث لأنه ذهب وفضة لبسه فكان حليا كالسوار والخاتم .

فرع اذا حلف لا يلبس حليا فتقلد سيفا محلى بالذهب لا يحنث، لأن الشرع لم يعتبره حليا ؛ وان لبس حزاما محلى ففيه وجهان (أحدهما) يحنث لأنه مما يتحلى به الرجال ، وبه قال أحمد رضى الله عنه .

(والثانى) لا يحنث لأنه آلة محلاة فأشبه السيف . وان حلف لا يلبس خاتما فلبسها فى غير مكانها من الخنصر بل جعلها فى الوسطى أو السبابة لم يحنث كما لو حلف لا يلبس قميصا فارتدى به ، أو لا يلبس قلنسوة فلبسها فى رجله لم يحنث لمخالفة ذلك للعرف .

فرع فى مذاهب العلماء

اذا حلف الرجل لا يلبس حليا فلبس خاتماً من فضة أو ذهب حنث وبه قال أحمد وقال أبو حنيفة لا يحنث دليلنا أن حلى الرجل الخاتم فحنث بلبسه كالمرأة قال الشيخ أبو اسحاق : وان لبس مخنقة من لؤلؤ وغيره من الجواهر حنث لقوله تعالى « يحلون فيها من أساور من ذهب ولؤلؤا » وان حلفت المرأة لا تلبس الحلى فلبست اللؤلؤ والجوهر وحده حنثت وبه قال أبو يوسف ومحمد وأحمد وقال أبو حنيفة لا يحنث دليلنا قوله تعالى « يحلون فيها من أساور من ذهب ولؤلؤا » ولم يفرق بين أن يكون اللؤلؤ وحده أو مع غيره لأن الله قال فى البحر « وتستخرجون منه حلية تلبسونها » وان لبس شيئا

من الخرز والسبج فان كان ممن عادته التحلى به حنث وهل يحنث به غيرهم؟ فيه وجهان كالوجهين فى بيوت الشعر ورءوس الصيد وان تقلد بسيف محلى لم يحنث لأن السيف ليس يحنث بحليه وان لبس منطقة محلاة ففيه وجهان (أحدهما) يحنث لأنه من حلى الرجل (والثانى) لا يحنث لأنه من الآلات المحلاة فهو كالسيف وان حلف لا يلبس خاتما فلبسه فى غير الخنصر أو لا يلبس قميصا فارتدى به أو لا يلبس قلنسوة فلبسهما فى رجله قال الشيخ أبو اسحاق لا يحنث لأن اليمين تقتضى لبسا متعارفا وهذا غير متعارف وأما ابن الصباغ فقال اذا حلف لا يلبس ثوبا فليس ثوبا كما يلبس فى العادة أو بخلاف العادة حنث لأنه لبسه •

مسألة اذا أراد أن يقطع منة عليه لرجل فان يمينه لا تتعدى ما انعقد عليه لفظه • وقال أحمد : ان الأسباب معتبرة فى الأيمان فيتعدى الحكم بتعديها ؛ فاذا امتن عليه بثوب فحلف أن لا يلبسه لتنقطع المنة به حنث بالانتفاع به فى غير اللبس من أخذ ثمنه ، لأنه نوع انتفاع به يلحقه المنه به ، وان لم يقصد قطع المنة ولا كان سبب يمينه يقتضى ذلك لم يحنث الا بما تناولته يمينه ، وهو لبسه خاصة ، فلو أبدله بثوب غيره ثم لبسه أو انتفع به فى غير اللبس أو باعه وأخذ ثمه لم يحنث لعدم تناول اليمين له لفظا ونيه وسببا •

ولنا أننا لو أحنثناه هنا لأحنثناه على ما نوى لا على ما حلف عليه •

فرع وان حلف لا يلبس ثوب رجل من به عليه فوهبه له أو باعه ولبسه أو من عليه بما يطعمه ويسقيه فقال : والله لا شربت له ماء من عطش فأكل له خبزا أو شرب له ماء من غير عطش أو لبس له ثوبا أو منت عليه زوجته بالغزل فقال والله لا لبست ثوبا من غزلك فباع غزلها واشترى بثمنها ثوبا ولبسه فانه لا يحنث بجميع ذلك وان كان قد قصد بيمينه قطع منته وبه قال أبو حنيفة ومالك وقال أحمد : اذا قصد قطع منته فى يمينه بذلك كله لا يجوز له أن يأكل له خبزا ولا يلبس له ثوبا ولا ينتفع بشىء من ذلك فان فعل شيئاً من ذلك حنث فى يمينه دليلنا أن يمين الحالف لا تنعقد الا على لفظه

ولا يراعى فيها المعنى وانما يراعى لفظه وما فعله لم يلفظ به فلم يحنث به وان كان معناه موجودا فى معنى لفظه فلم يحنث كما لو حلف لا يتزوج فتسرى وكما لو حلف لا كلمت فلانا عدوى فان يمينه لا تنعقد على غيره من أعدائه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

وان حلف لا يضرب امرأته فضربها ضربا غير مؤلم حنث لأنه يقع عليه اسم الضرب ، وان عضها أو خنقها أو نتف شعرها لم يحنث ، لأن ذلك ليس بضرب ، وان لكمها او لطمها او رفسها ففيه وجهان . (أحدهما) يحنث لانه ضربها (والثانى) لا يحنث لأن الضرب المتعارف ما كان يؤلم .

وان حلف ليضرب عبده مائة سوط فشد مائة سوط فضربه بها ضربة واحدة فان تيقن انه أصابه المائة بر فى يمينه لأنه ضربه مائة سوط . وان تيقن انه لم يصبه بالمائة لم يبر لأنه ضربه دون المائة . وان شك هل اصابه بالجميع او لم يصبه بالجميع ؟ فالمنصوص أنه يبر .

وقال المزنى : لا يبر ، كما قال الشافعى رحمه الله فيمن حلف ليفعلن كذا فى وقت الا أن يشاء فلان ، فمات فلان حنث ، واذا لم نجعله بارا للشك فى المشيئة وجب أنلا نجعله بارا للشك فى الاصابة ، والمذهب الأول ، لأن ايوب عليه السلام حلف ليضربن امرأته عددا فقال عز وجل « وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث » ويخالف ما قاله الشافعى رحمه الله فى المشيئة لأنه ليس الظاهر وجود المشيئة ، فاذا لم تكن مشيئة حنث بالمخالفة ، والظاهر اصابته بالجميع فبر . وان حلف ليضربنه مائة مرة فضربه بالمائة المشدودة لم يبر لأنه لم يضربه الا مرة ، فان حلف ليضربنه مائة ضربة ، فضربه بالمائة المشدودة دفعة واحدة فاصابه الجميع ففيه وجهان :

(احدهما) لا يبر لأنه ما ضربه الا ضربة ، ولهذا لو رمى بسبع حصيات دفعة واحدة الى الجمرة لم يحتسب له سبعا .

(والثانى) انه يبر لأنه حصل بكل سوط ضربة ، ولهذا لو ضرب به فى حد الزنا حسب بكل سوط جلدة .

الشرح قوله : فقال الله عز وجل « وخذ بيدك ضغثا فاضرب به

ولا تحنث » ذهب المفسرون فى تفسير هذه الآية مذهب الاسرائيليات التى تغفل السياق ومواقع الكلم • وحكوا فى ذلك أحاديث بعضها موقوف وبعضها مرفوع لم يصح منها سوى حديث « بينا أيوب يغتسل اذ خر عليه رجل من جراد من ذهب » الحديث • واذا لم يصح عنه فيه الا ما ذكر القرآن فانا ذاكرو ما قاله ابن العربى لموافقته مذهبنا فى تأويليا • قال ماذكره المفسرون من أن ابليس كان له مكان فى السماء السابعة يوماً من العام فقول باطل ، لأنه أهبط منها بلعنة وسخط الى الأرض فكيف يرقى الى محل الرضى ويجول فى مقامات الأنبياء ويخترق السموات العلى ، ان هذا لخطب من الجهالة عظيم ، الى أن قال :

وأما قولهم : انه لزوجته : أنا اله الأرض ، ولو تركت ذكر الله وسجدت أنت لى لعافيتك ، فاعلموا وانكم لتعلمون أنه لو عرض لأحدكم وبه ألم وقال هذا الكلام ما جاز عنده أن يكون الهاً فى الأرض وأنه يسجد له وأنه يعافى من البلاء فكيف أن تستريب زوجة نبى ؟ ولو كانت زوجة سوادى أو فدم بربرى ما ساغ ذلك عندها •

وأما تصويره الأموال والأهل واد فذلك ما لا يقدر عليه ابليس بحال ، ولا هو فى طريق السحر ، فيقال انه من جنسه • الى أن قال : والذى جرأهم على ذلك وتذرعوا به الى ذكر هذا قوله تعالى « اذ نادى ربه أنى مسنى الشيطان بنصب وعذاب » انتهى •

قلت : الذى يتسق مع نظام الذكر الحكيم والتذكير المتين أن الله تعالى أراد أن يسلى نبيه محمداً صلى الله عليه وسلم بجهاد الأنبياء قبله وصبرهم على الضر والبلاء فليس من المناسب أن يقول له : اذكر عبدنا أيوب كيف حلف أن يضرب امرأته مائة سوط ، فقلنا له خذ عرجونا به مائة شمراخ فاضربها به ولا تحنث انا وجدناه صابرا نعم العبد انه أواب •

ان هذا كلام عجيب وفهم للآيات غريب ؛ وان الذى يناسب مقام النبوة أن يكون أيوب عليه السلام بعث فى قوم كان الشيطان يعبث بعقولهم ،

فكان كلما آمن به فريق منهم ارتد وانحاز الى الضلالة فشكا لربه هذا العناء « انى مسنى الشيطان بنصب وعذاب » فقال له ربه « ثبت قدمك على دعوتنا وتقدم بخطى سريعة ثابتة الى الامام » وهذا هو الذى يفيده معنى الركض بالرجل • ففى هذا ازالة لما يمسك من لغوب ونصب وتنقية لما تعانيه من عناد قومك من وساوس الشيطان ؛ وشراب هنىء لك يشرح صدرك ، ويجلو عنك الضيق والحرج وخذ بيدك غصنا فلوح به على وجوه الناس ولا تأثم ولا تغلظ ، لأن الحنث هـو الاثم • قال تعـالى « وكانوا يصرون على الحنث العظيم » ومما استقر فى الفطر وارتكز فى الطباع أن الغصن الرطب كغصن الزيتون مثلا يضرب به المثل فى الأمم بالسلام • والله أعلم •

اما الاحكام فان حلف لا يضرب امرأته فضربها ضربا غير مؤلم حنث لأنه يقع عليه اسم الضرب وان عضها أو نتف شعرها أو خنقها لم يحنث وقال أبو حنيفة وأحمد يحنث دليلنا أن ذلك لا يسمى ضربا فلا يحنث به فى اليمين على الضرب وان لكمها أو لطمها أو رفسها ففيه وجهـان حكاهما الشـيخ أبو اسحق (أحدهما) يحنث لأنه ضربها (والثـانى) لا يحنث لأن الضرب المعتاد ما كان بآلة •

فان لا يجوز أن يضرب الرجل امرأته فوق حد الأدب ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم « واضربوهن ضرباً غير مبرح » وقد اختلف الفقهاء فى هذا الحكم الذى فهموه من الآية ، هل هو عام أو خاص بأيوب وحده ؟ فروى عن مجاهد أنه عام •

وحكى عن القشيرى أن ذلك خاص بأيوب • وحكى المهدوى عن عطاء ابن أبى رباح أن ذلك حكم باق ، وأنه اذا ضرب بمائة قضيب ونحوه ضربة واحدة بر • وروى نحوه عن النبى صلى الله عليـه وسلم فى المقعـد الذى حملت منه الوليدة • وأمر أن يضرب بعثكول فيه مائة شمراخ ضربة واحدة• وقال القشيرى : وقيل لعطاء هل يعمل بهذا اليوم ؟ فقال : ما أنزل القـرآن الا ليعمل به ويتبع •

وروى عن عطاء أنها لأيوب خاصة • وكذلك روى أبو زيد عن ابن القاسم

عن مالك « من حلف ليضربن عبده مائة فجمعها فضربه بها ضربة واحدة لم يبر » وقال القرطبي : وقال بعض علمائنا ـ يريد مالكاً ـ قوله تعالى « لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا » أي أن ذلك منسوخ بشريعتنا .

قال ابن المنذر : وقد روينا عن علي أنه جلد الوليد بن عقبة بسوط له طرفان أربعين جلدة ، وأنكر مالك هذا وتلا قوله تعالى : (فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) وهذا مذهب أصحاب الرأي . ا هـ

وقد احتج الشافعي رضي الله عنه بحديث أخرجه أبو داود في سننه : حدثنا أحمد بن سعيد الهمداني ، حدثنا ابن وهب أخبرني يونس عن ابن شهاب أخبرني أبو أسامة بن سهيل بن حنيف أنه أخبره بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم من الأنصار : « أنه اشتكى رجل منهم حتى أضنى ، فعاد جلدة على عظم ، فدخلت عليه جارية لبعضهم ، فهش لها فوقع عليها ، فلما دخل عليه رجال قومه يعودونه أخبرهم بذلك وقال : استفتوا لي رسول الله صلى الله عليه وسلم . فاني قد وقعت على جارية دخلت علي فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم وقالوا : ما رأينا بأحد من الناس من الضر مثل الذي هو به ، لو حملناه اليك لتفسخت عظامه ، ما هو الا جلد على عظم ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأخذوا مائة شمراخ فيضربوه بها ضربة واحدة .

قال الشافعي : اذا حلف ليضربن فلاناً مائة جلدة أو ضربا ولم يقل : ضرباً شديدا ولم ينو ذلك بقلبه يكفيه مثل هذا الضرب المذكور في الآية ولا يحنث .

وقال ابن المنذر : اذا حلف الرجل ليضربن عبده مائة فضربه ضرباً خفيفا فهو بار عند الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ، وقال مالك : ليس الضرب الا الضرب الذي يؤلم .

(تنبيه) قال القرطبي في جامع أحكام القرآن ج ١٥ ص ٢١٥ : استدل بعض جهال المتزهدة ، وطغام المتصوفة بقوله تعالى لأيوب « اركض

برجلك » على جواز الرقص ، قال أبو الفرج بن الجوزى : وهذا احتجاج بارد ؛ لأنه لو كان أمر بضرب الرحل فرحا لكان لهم فيه شبهة ، وانما أمر بضرب الرجل لينبع الماء اعجازا من الركض • ولئن جاز أن يكون تحريك رجل اقد أنحلها تحكم الهوام دلالة على جواز الركض فى الاسلام جاز أن يجعل قوله سبحانه : « اضرب بعصاك الحجر » جـوازا على ضرب الجماد بالقضبان نعـوذ بالله من التلاعب بالشرع ، وقـد احتج بعض قاصريهـم بأن رسول الله صلى الله عليـه وسـلم قال لعلى : « أنت منى وأنا منك » فخجل وقال لجعفـر « أشبهت خلقى وخلقى » فخجـل وقال لزيد: « أنت أخونا ومولانا » فخجل ، ثم ذكر قصة رقص الحبشة والنبى صلى الله عليه وسلم ينظر اليهم وأجاب على كل ذلك •

فـــرع اذا حلف أن يضربها عشرة أسواط فجمعها وضربها بهـا ضربة واحد بر فى يمينه اذا علم أنها مستها كلها ؛ وان علم أنها لم تمسها لم يبر ، وقال أحمد : ان حلف أن يضربه عشرة فجمعها فضربه بها لم يبر فى يمينه ، وبهذا قال مالك وأصحاب الرأى • وقال ابن حامد من الحنابلة يبر ؛ لأن أحمد قال : فى المريض عليه الحد ، يضرب بعثكال النخل فيسقط عنه الحد •

فـــرع وان حلف أن يضرب امرأته فى غد فمات الحالف من يومه فلا حنث عليه ؛ لأن الحنث انما يحصل بفوات المحلوف عليه فى وقته وهـو الغد ، والحالف قد خرج عن أن يكون من أهل التكليف قبل الغد فلا يمكن حنثه ، وكذلك ان جن الحالف فى يومه فلم يفق الا بعد خروج الغـد ؛ لأنه خرج عن كونه من أهل التكليف •

فـــرع وان حلف ليضربن عبده مائة سوط فان ضرب مائة سوط متفرقة بر فى يمينه وان أخذ مائة سوط فضرب ضربة احدة نظرت فان تيقن أنه أصابه كل واحد منها فى بدنه بر فى يمينه ، وقال مالك وأحمد : لا يبر ويحتاج الى أن يضربه مائة ضربة متفرقة • ودليلنا أنه قد أوصل الضرب بكل واحد منها الى بدنه فبر فى يمينه كما لو ضربه مائة متفرقة وان تيقن أنه لم

يصب بدنه بعضها لم يبر حتى يصل الجميع الى بدنه ؛ وقال ابن الصباغ : ولذلك اذا أصابه البعض ولم يغلب على ظنه اصابة الجميع لم يبر فى يمينه وان لم يتيقن أنه أصابه الجميع ولكن غلب على ظنه أنه أصابه الكل فانه يبر في يمينه ، هكذا قال ابن الصباغ وأما الشيخان أبو حامد وأبو اسحاق فقالا : اذا شك هل أصابه الجميع أم لا فانه يبر فى يمينه قال الشافعى : والورع أن يحنث نفسه لجواز أن لا يكون قد أصابه الجميع وقال أبو حنيفة والمزنى : يحنث دليلنا أن الظاهر من السياط الدقاق أن جميعها أصابت البدن ولأن غلبة الظن أجريت فى الأحكام مجرى اليقين كما يحكم بخبر الواحد والقياس بغلبة الظن فوجب أن يحكم به هاهنا فى البر . وان حلف ليضربن عبده مائة مرة لم يبرأ الا بمائة ضربة متفرقة وان حلف ليضربنه مائة ضربة فضربه مائة عصا أو مائة سوط وتيقن أنه أصاب بدنه بجميع ذلك ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يبر لأنه ما ضربه الا ضربة .

(والثانى) يبر لأنه أصابه بكل واحد من ذلك فهو كما لو قال : مائة سوط وبهذا لو ضرب به فى الزنا حسبت له مائة فعلى هذا اذا شك هل أصابه بالجميع أو بالبعض فانه يبر فى يمينه كما قلنا فى قوله مائة سوط

فرع وان حلف لأضربن عبد زيد فباع زيد عبده أو أعتقه ثم ضربه الحالف لم يحنث لأنه ليس بعبده وان رهن زيد عبده أو جنى وتعلق الأرش برقبته ثم ضربه الحالف حنث لأن ملكه لا يزول عنه بذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان حلف لا يهب له فاعمره او ارقبه او تصدق عليه حنث لان الهبة تمليك العين بغير عوض ، وان كان لكل نوع منها اسم . وان وقف عليه وقلنا ان الملك ينتقل اليه حنث ، لانه ملكه العين من غير عوض . وان باعه وحاباه لم يحنث ، لانه ملكه بعوض ، وان وصى له لم يحنث ، لان التمليك بعد الموت ، والميت لا يحنث .

فصل وان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن لم يحنث ، لأن الكلام لا يطلق في العرف الا على كلام الآدميين . وان حلف لا يكلم فلانا فسلم عليه حنث ، لأن السلام من كلام الآدميين ، ولهذا تبطل به الصلاة ، فان كلمه وهو نائم أو ميت او في موضع لا يسمع كلامه لم يحنث ، لانه لا يقال في العرف كلمه . وان كلمه في موضع يسمع الا انه لم يسمع لاشتغاله بغيره حنث ، لانه كلمه . ولهذا يقال كلمه فلم يسمع .

وان كلمه وهو اصم فلم يسمع للصمم ففيه وجهان :

(احدهما) يحنث لانه كلمه وان لم يسمع فحنث ، كما لو كلمه فلم يسمع لاشتغاله بغيره .

(والثاني) لا يحنث وهو الصحيح لانه كلمه وهو لا يسمع ، فاشبه اذا كلمه وهو غائب ، وان كاتبه او راسله ففيه قولان :

قال في القديم يحنث . وقال في الجديد لا يحنث . واضاف اليه اصحابنا: اذا اشار اليه ، فجعلوا الجميع على قولين (احدهما) يحنث . والدليل عليه قوله عز وجل : « وما كان لبشر ان يكلمه الله الا وحيا » فاستثنى الوحي وهو الرسالة من الكلام فدل على انها منه . وقوله عز وجل : « قال آيتك أن لا تكلم الناس ثلاثة ايام الا رمزا » فاستثنى الرمز وهو الاشارة من الكلام ، فدل على انها منه ، ولانه وضع فهام الآدميين فاشبه الكلام .

(والقول الثاني) : انه لا يحنث لقوله عز وجل : « فاما ترين من البشر احدا فقولي اني نذرت للرحمن صوما فلن اكلم اليوم انسيا » ثم قال : « يا اخت هارون ما كان ابوك امرأ سوء وما كانت امك بغيا ، فاشارت اليه قالوا كيف نكلم من كان في المهد صبيا » فلو كانت الاشارة كلاما لم تفعله ، وقد نذرت ان لا تتكلم . ولان حقيقة الكلام ما كان باللسان ، ولهذا يصح نفيه عما سواه بان تقول : ما كلمته وانما كاتبته او راسلته او اشرت اليه « ويحرم على المسلم ان يهجر اخاه فوق ثلاثة ايام لقوله عليه السلام « لا يحل لمسلم ا يهجر أخاه فوق ثلاثة ايام ، والسابق اسبقهما الى الجنة » .

وان كاتبه او راسله ففيه وجهان :

(احدهما) لا يخرج من مأثم الهجران ، لان الهجران ترك الكلام فلا يزول الا بالكلام .

(والثانى) وهو قول ابى على بن ابى هريرة انه يخرج من مأثم الهجران ، ان القصد بالكلام ازالة ما بينهما من الوحشة ، وذلك يزول بالمكاتبة والمراسلة) .

الشرح قوله تعالى : « وما كان لبشر أن يكلمه الله الا وحياً » سبب ذلك أن اليهود قالوا للنبى صلى الله عليه وسلم : ألا تكلم الله وتنظر اليه ان كنت نبياً كما كلمه موسى ونظر اليه ، فانا لن نؤمن لك حتى تفعل ذلك ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : ان موسى لم ينظر اليه ، فنزل قوله تعالى : « وما كان لبشر أن يكلمه الله الا وحياً » ذكره النقاش والواحدى والثعلبى . وقد احتج بهذه الآية الشافعى فى القديم فيمن حلف ألا يكلم رجلا فأرسل اليه رسولا أنه حانث ، لأن المرسل قد سمى فيها مكلماً للمرسل اليه ، الا أن ينوى الحالف المواجهة بالخطاب .

قال ابن المنذر : واختلفوا فى الرجل يحلف أن لا يكلم فلانا فكتب اليه كتابا أو أرسل اليه رسولا ، فقال الثورى الرسول ليس بكلام . وقال الشافعى فى الجديد : لا يبين أن يحنث . وقال النخعى والحكم فى الكتاب : يحنث . وقال مالك يحنث فى الكتاب والرسول . وقال مرة : الرسول أسهل من الكتاب . وقال أبو عبيد : الكلام سوى الخط والاشارة .

وقال أبو ثور : « لا يحنث فى الكتاب » ، وقال ابن المنذر : لا يحنث فى الكتاب والرسول . وقال القرطبى وهو قول مالك .

أما قوله تعالى « قال آيتك أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام الا رمزا » قال أبو الشعثاء جابر بن زيد رضى الله عنه : ان زكريا عليه السلام لما حملت زوجه منه بيحيى أصبح لا يستطيع أن يكلم أحدا ، وهو مع ذلك يقرأ التوراة ويذكر الله تعالى ، فاذا أراد مقاولة أحد لم يطقه .

(قلت) والرمز فى اللغة الايماء بالشفتين ، وقد يستعمل فى الايماء بالحاجبين والعينين واليدين ، وأصله الحركة . وقيل طلب تلك الآية زيادة طمأنينة ، المعز ثم النعمة بأن تجعل لى آية ، وتكون تلك الآية زيادة نعمة

وكرامة ، فقيل له : « آيتك أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام » أى تمتنع من الكلام ثلاث ليال . وقال النحاس : قول قتادة ان زكريا عوقب بترك الكلام قول مرغوب عنه ، لأن الله لم يخبرنا أنه أذنب ولا أنه نهاه عن هذا . ا هـ . هذا . ا هـ .

ثم ان فى هذه الآية دليلا على أن الاشارة تنزل منزلة الكلام ؛ وذلك موجود فى كثير من السنة . وآكد الاشارات ما حكم به النبى صلى الله عليه وسلم من أمر الجارية حين قال لها : أين الله ؟ فأشارت برأسها الى السماء ، فقال : اعتقها فانها مؤمنة فأجاز الاسلام بالاشارة الذى هو أصل الديانة لذى يمنع الدم والمال وتستحق به الجنة وينجى به من النار ؛ وحكم بايمانها كما يحكم بنطق من يقول ذلك ؛ فوجب أن تكون الاشارة عاملة فى سائر الديانة وهو قول عامة الفقهاء .

وروى ابن القاسم عن مالك أن الأخرس اذا أشار بالطلاق أنه يلزمه . وقال الشافعى فى الرجل يمرض فيختل لسانه فهو كالأخرس فى الرجعة والطلاق وقال أبو حنيفة : ذلك جائز اذا كانت اشارته تعرف ، وان شك فيها فهى باطل ، وليس ذلك بقياس وانما هو استحسان .

وقال القرطبى : والقياس فى هذا كله أنه باطل لأنه لا يتكلم ولا يعقل اشارته قال أبو الحسن بن بطال ؛ وانما حمل أبا حنيفة على قوله هذا أنه لم يعلم السنن التى جاءت بجواز الاشارات فى أحكام مختلفة فى الديانة ، ولعل البخارى حاول بترجمته « باب الاشارة فى الطلاق والأمور » الرد عليه .

وقال عطاء أراد بقوله : ألا تكلم الناس ، صوم ثلاثة أيام ، وكانوا اذا صاموا لا يتكلمون الا رمزا ، وهذا فيه بعد . أفاده القرطبى .

(قلت) وعندى أن زكريا سأل الله أن يجعل له آية ؛ فقال : « آيتك أنى أجعلك لا تستطيع الكلام ثلاثة أيام الا اشارة » وهذه أعظم آية يظهرها الله تعالى لزكريا فى ذات نفسه .

أما قوله تعالى : « فاما ترين من البشر أحدا » الأصل فى ترين ترأيين بوزن تمنعين قبل التوكيد ودخول الجازم ، فحذفت الهمزة كما حذفت من ترى ، ونقلت فتحتها الى الراء فصارت ترين ثم قلبت الياء الأولى ألفاً لتحركها وانفتاح ما قبلها ، فاجتمع ساكنان الألف المنقلبة عن الياء وياء التأنيث لالتقاء الساكنين ؛ لأن النون المثقلة بمنزلة نونين ، الأولى ساكنة فصار ترين • وعلى هذا النحو قول دريد بن الصمة :

اما ترى رأسى حاكى لونه طرة صبح تحت أذيال الدجى

وقول الأفوه العبدى :

اما تـرى أزرى بـه مأس زمان ذى انتكاس منوس

قال ابن عباس وأنس : اذا سألك أحد عن ولدك فقولى : انى نذرت للرحمن صوماً • أى صمتا • وفى قراءة أبى بن كعب : (انى نذرت للرحمن صوما صمتاً) والذى تتابعت به الأخبار عن أهل الحديث أن الصوم هو الصمت ؛ لأن الصوم امساك عن الأكل ، والصمت امساك عن الكلام •

وقوله تعالى (فأشارت اليه) دليل على أن مريم التزمت ما أمرت به من ترك الكلام ولم يرد فى هذه الآية أنها نطقت بـ : « انى نذرت للرحمن صوما » وانما ورد بأنها أشارت فيقوى بهذا قول من قال : ان أمرها بـ (قولى) انما أريد به الاشارة •

أما حديث (لا يحل لمسلم) الخ فقد أخرجه البخارى فى الأدب عن أبى أيوب الأنصارى من طريق عبد الله بن يوسف ، وفى الاستئذان عن على عند مسلم ، وفى الأدب عن أبى أيوب من طريق يحيى بن يحيى فى سنن أبى داود ؛ وعن أبى أيوب عند الترمذى فى البر من طريق محمد بن يحيى • وفى الموطأ عن أبى أيوب من طريق ابن شهاب •

أما الأحكام فان حلف لا يهب له فوهب له أو رقبه أو عمره وقبل الموهوب له حنث الحالف وان لم يقبل الموهوب له لم يحنث الحالف وقال

أبو حنيفة : يحنث بمجرد الاتهاب والى ذلك ذهب أبو العباس بن سريج دليلنا أنه حلف على ترك عقد يفتقر الى الايجاب والقبول فلم يحنث بمجرد الايجاب كالبيع وان تصدق عليه صدقة التطوع حنث وبه قال أحمد وقال أبو حنيفة لا يحنث • دليلنا أن ذلك تمليك عين فى حال الحياة تبرعا فيحنث به كما لو وهب له • وان أعطاه صدقة مفروضة قال القفال : ففيه وجهان (أحدهما) يحنث لأن الهبة تمليك عين بغير عوض وهذا موجود فى ذلك فصار كصدقة التطوع (والثانى) لا يحنث لأنه أسقط به واجبا عن نفسه وان أوصى له لم يحنث لأنه لا يملك بها الا بعد الموت فلا يحنث بعد موته وان وقف عليه فان قلنا ان الوقف ينتقل الى الله لم يحنث وان قلنا ينتقل الى الموقوف عليه حنث وان أعاره عينا لم يحنث لأن الهبة تمليك الأعيان والعارية تمليك المنافع ولأن المستعير لا يملك المنافع بالاعارة وانما يستبيحها ولهذا لا يجوز له ان يؤاجرها وان كان المحلوف من هبته عبدا فأعتقه الحالف لم يحنث لأن ذلك لا يسمى هبة •

مسألة اذا حلف لا يتكلم فقرأ القرآن لم يحنث سواء قرأ فى الصلاة أو فى غيرها وبه قال أحمد وقال أبو حنيفة : ان قرأ فى غير الصلاة حنث • دليلنا أن مطلق الكلام لا ينصرف الا الى كلام الآدمى ولأن كل ما يحنث به فى الصلاة لا يحنث به فى غير الصلاة كالاشارة وان سبح أو كبر ففيه وجهان ذكرهما ابن الصباغ :

(أحدهما) لا يحنث لقوله صلى الله عليه وسلم ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شىء من كلام الآدميين انما هى التسبيح والتكبير وقراءة القرآن •

(والثانى) يحنث لأنه يجوز للجنب أن يتكلم به فأشبه سائر كلامه وقال أبو حنيفة : ان كان فى الصلاة لم يحنث وان كان خارج الصلاة حنث دليلنا أن ما حنث به خارج الصلاة حنث به فى الصلاة كسائر الكلام أو ما لم يحنث به فى الصلاة لم يحنث به خارج الصلاة كالاشارة •

فرع وان حلف لا يكلم رجلا فسلم عليه حنث لأن السلام من

كلام الآدميين ولهذا تبطل به الصلاة وان صلى الحالف خلفه فسها الامام فسبح له الحالف أو فتح عليه فى القراءة قال ابن الصباغ : لم يحنث الحالف لأن هذا ليس بكلام له ، وان كان الحالف هو الامام المحلوف عليه مؤتماً به فسلم الامام قال ابن الصباغ : فالذى يقتضى المذهب أنه يكون كما لم سلم الحالف على جماعة فيهم المحلوف عليه على ما يأتى وقال أبو حنيفة لا يحنث • دليلنا أنه شرع للامام أن ينوى السلام على الحاضرين فصار كما لو سلم عليهم فى غير الصلاة موصولا بيمينه وان قال لرجل والله لا كلمتك فاذهب أو فقم أو ما أشبه ذلك قال ابن الصباغ : ولم يذكره أصحابنا والذى يقتضيه المذهب أنه يحنث وقال أصحاب أبى حنيفة لا يحنث الا أن ينوى بقوله فاذهبى الطلاق ، ووجه الأول أن قوله أو فاذهب كلام منه له حقيقة فحنث به كما لو فصله وعندى أنها على وجهين كما لو قال لامرأته ان كلمتك فأنت طالق فاعلمى ذلك وقد مضى ذكرها فى الطلاق •

فـــرع اذا قال رجل لآخر : كلم زيدا اليوم فقال والله لا كلمته فان يمينه على التأبيد الا أن ينوى اليوم فان كانت يمينه بالطلاق وقال نويت كلامه اليوم لا غير لم يقبل قوله فى الحكم ويدين فيما بينه وبين الله تعالى وقال أصحاب أبو حنيفة يمينه على اليوم ودليلنا أن يمينه مطلقة فوجب أن يحتمل على التأبيد كما لو ابتدأ بها •

فـــرع وان حلف أن لا يكلمه فكلمه وهو نائم أو ميت أو فى موضع بعيد لا يسمع كلامه فى العادة لم يحنث وان كان فى موضع يسمعه فى العادة الا أنه لم يسمع لاشتغاله حنث وان لم يسمعه للصمم ففيه وجهان، وقد مضى ذلك فى الطلاق • وان كتب اليه أو أرسل اليه فهل يحنث ؟ فيه قولان قال أصحابنا والرمز والاشارة كالكتابة قال فى القديم يحنث وبه قال مالك لقوله تعالى « آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام الا رمزا » فاستثنى الرمز من الكلام والاستثناء انما يكون من جنس المستثنى منه ولقوله تعالى « وما كان لبشر أن يكلمه الله الا وحياً » والوحى هو الارسال فدل أن الوحى كلام ، ولأن الجميع وضع لتفهيم الآدمى فأشبه الكلام وقال فى الجديد : لا يحنث وبه قال أبو حنيفة رضى الله عنه واختاره المزنى لقوله تعالى « انى

نذرت للرحمن صوماً فلن أكلم اليوم انسيا » فأشارت اليه فلو كانت الاشارة كلاما لم يفعله وما ذكره الأول فيجوز الاستثناء من غير جنس المستثنى منه ويحرم عليه أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام ، والسابق أسبقهما الى الجنة » فان كتب اليه أو أرسل اليه فهل يخرج من مأثمة الهجران ؟ فيه وجهان مأخوذان من القولين اذا حلف لا يكلمه فان قلنا يحنث اذا كاتبه أو راسله خرج بهما من مأثمة الهجران وان قلنا لا يحنث به لم يخرج بهما من مأثمة الهجران وينبغي أن يكون الرمز والاشارة فى ذلك كالكتابة والمراسلة لما ذكرناه فى اليمين .

فـــرع وان حلف لا يكلم الناس قال ابن الصباغ : فان كلم واحدا حنث لأن الألف واللام للجنس فاذا كلم واحـدا من الجنس حنث كما لو قال لا أكلت الخبز فأكل خبز أرز حنث وان حلف لا يكلم ناساً قال الطبرى : انصرف الى ثلاثة أنفس ويتناول الرجال والنساء والأطفال .

فـــرع فى مذاهب العلماء

قد اختلف علماء الشرع فيمن حلف ألا يكلم انساناً فكتب اليه كتـابا أو أرسل اليه رسولا ، فقـال مالك : انه يحث الا أن ينوى مشافهته ؛ ثم رجع فقال لا ينوى فى الكتاب ويحنث الا أن يرتجع الكتاب قبل وصوله . قال ابن القاسم : اذا قرأ كتابه حنث . وكذلك لو قرأ الحالف كتاب المحلوف عليه . وقال أشهب : لا يحنث اذا قرأه الحالف ، وهذا بين ، لأنه لم يكلمـه ولا ابتدأه بكلام . الا أن يريد الا يعلم معنى كلامه فانه يحنث ؛ وعليـه يخرج قول ابن القاسم ، هكذا قال المالكية . فان حلف ليكلمنه لم يبر الا بمشافهته .

وقال ابن الماجشون : وان حلف لئن علم كذا ليعلمنه أو ليخبرنه فكتب اليه أو أرسل اليه رسولا بر ، ولو علماه جميعا لم يبر حتى يعلمه ؛ لأن علمهما مختلف .

واتفق مالك والشافعي وأهل الكوفة أن الأخرس اذا كتب الطلاق بيده لزمه . وقال الكوفيون : الا أن يكون رجل أصمت أياما فكتب لم يجز من ذلك شيء .

قال الطحاوى : الأخرس مخالف للصمت العارض ، كما أن العجز عن الجماع العارض لمرض ونحوه يوما أو يحوه مخالف للعجز المأيوس منه الجماع نحو الجنون فى باب خيار المرأة فى الفرقة .

واتفق أكثر أصحابنا على أنه اذا حلف ألا يكلمه فارسل اليه رسولا أو كتب اليه حنث ، الا اذا أراد ألا يشافهه .

وقد روى الاثرم وغيره عن أحمد فى رجل حلف ألا يكلم رجلا فكتب اليه كتابا . قال : وأى شيء كان سبب ذلك انما ينظر الى سبب يمينه ولم حلف ؟ ان الكتاب قد يجرى مجرى الكلام ، والكتاب قد يكون بمنزلة الكلام فى بعض الحالات الا أن يكون قاصدا هجرانه وترك صلته والا لم يحنث بكتاب ولا رسول لأن ذلك ليس بتكلم فى الحقيقة ، وهذا يصح نفيه ؛ فيقال : ما كلمته وانما كاتبته أو راسلته ، ولذلك قال تعالى « تلك الرسل فضلنا بعضهم على بعض منهم من كلم الله » وقال « يا موسى انى اصطفيتك على الناس برسالاتى وبكلامى » وقال « وكلم الله موسى تكليما » ولو كانت الرسالة تكليما لشارك موسى غيره من الرسل ولم يختص بكونه كليم الله ونجيه .

وقد قال أحمد حين مات بشر الحافى :لقد كان فيه أنس وما كلمته قط ، وكانت بينهما مراسلة .

وممن قال لا يحنث بهذا الثورى وأبو حنيفة وابن المنذر والشافعى فى الجديد واحتجوا جميعا بقوله تعالى « وما كان لبشر أن يكلمه الله الا وحيا أو من وراء حجاب أو يرسل رسولا فيوحى » فاستثنى الرسول من التكلم ، والأصل أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه ، ولأنه وضع لافهام الآدميين أشبه الخطاب ، والصحيح أن هذا ليس بتكلم ، وهذا الاستثناء من

غير الجنس كما قال فى الآية الأخرى « آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام الا رمزا » والرمز ليس بتكلم ، لكن ان نوى ترك مواصلته أو كان سبب يمينه يقتضى هجرانه حنث لذلك • ولذلك قال أحمد وغيره : ان الكتاب ينزل منزلة الكلام فلم يجعلوه كلاما ، انما قالوا هو بمنزلته فى بعض الحالات •

فـــرع اذا كلم غير المحلوف عليه بقصد اسماع المحلوف عليه فانه يحنث • وبهذا قال أحمد • لأنه قد أراد تكليمه ، ويرد عليه ما روينا عن أبى بكرة رضى الله عنه « أنه كان قد حلف ألا يكلم أخاه زيادا [1] فلما أراد زياد الحج جاء أبو بكرة الى قصر زياد فدخل فأخذ بنيا لزياد صغيرا فى حجره ثم قال : يا ابن أخى ان أباك يريد الحج ولعله يمر بالمدينة فيدخل على أم حبيبة زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم بهذا النسب الذى ادعاه ــ وهو يعلم أنه ليس بصحيح ــ وأن هذا لا يحل له ، ثم قام فخرج » •

وهذا يدل على أنه لم يعتقد ذلك تكليما • ووجه الأول أنه أسمعه كلامه قاصدا لاسماعه فأشبه ما لو خاطبه كما قال الشاعر :

اياك أعنى فاسمعى يا جارة

فان ناداه بحيث يسمع فلم يسمع لتشاغله أو غفلته حنث ، وقد سئل أحمد عن رجل حلف ألا يكلم فلانا ، فناداه والمحلوف عليه لا يسمع قال « يحنث » لأنه قد أراد تكليمه ، وهذا لكون ذلك يسمى تكليما ، يقال كلمته فلم يسمع ، وان كان ميتا أو غائبا أو مغمى عليه أو أصم لا يعلم بتكليمه اياه لم يحنث •

---

(١) زياد بن أبيه استلحقه معاوية بابى سفيان بن حرب فدعى زياد بن أبى سفيان ، وقد كانت أمهما ــ هو وأخوه أبو بكرة ــ سمية ، جارية مهداة من النعمان بن المنذر ملك الحيرة الى الطبيب الحارث بن كلدة ، وكان أبو سفيان يستريح عندها لدى مروره بالطائف . ويقال انه سفح بها فأعقبت زيادا •

وأبو سفيان هو أبو أم المؤمنين أم حبيبة ، وادعاء زياد النسب يجعله أخا لأم حبيبة ، الأمر الذى تستنكره حتى لا يقوى على مواجهتها فيدخل بيتها بهذا النسب الزائف •

وقال بعض أصحاب أحمد كالقاضي أبي بكر : انه يحنث بنداء الميت ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم كلمهم وناداهم وقال « ما أنتم بأسمع لما أقول منهم » .

ويرد على هذا قوله تعالى « وما أنت بمسمع من في القبور » ولأنه قد بطلت حواسه وذهبت نفسه ، فكان أبعد من السماع من الغائب البعيد لبقاء الحواس في حقه ؛ وانما كان ذلك من النبي صلى الله عليه وسلم أمرا اختص به فلا يقاس عليه غيره .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان حلف لا يسلم على فلان فسلم على قوم هو فيهم ونوى السلام على جميعهم حنث ، لانه سلم عليه ، وان استثناه بقلبه لم يحنث لأن اللفظ ـ وان كان عاما الا انه يحتمل التخصيص ـ فجاز تخصيصه بالنية ، وان اطلق السلام من غير نية ففيه قولان .

(احدهما) انه يحنث لانه سلم عليهم ، فدخل كل واحد منهم فيه .

(والثاني) انه لا يحنث لأن اليمين يحمل على المتعارف ، ولا يقال في العرف من سلم على الجماعة وفيهم فلان : انه سلم فلانا وسلم على فلان ، وان حلف لا يدخل على فلان في بيت فدخل على جماعة في بيت هو فيهم ـ ولم يستثنه بقلبه ـ حنث بدخوله عليهم ، وان استثنى بقلبه عليهم فسلم عليهم ففيه وجهان:

(احدهما) انه لا يحنث كما لو حلف لا يسلم عليه فسلم عليهم واستثناه بقلبه .

(والثاني) انه يحنث لأن الدخـول فعـل لا يتميز فلا يصـح تخصيصه بالاستثناء ، والسلام قول فجاز تخصيصه بالاستثناء ،ولهذا لو قال : سـلام عليكم الا على فلان صح ، وان قال : دخلت عليكم الا على فلان لم يصح .

فصـــل وان حلف لا يصوم أو لا يصلي فدخل فيهـما حنث ، لانه

بالدخول فيهما يسمى صائما ومصليا ، وان حلف لا يبيع او لا يتزوج أو لا يهب لم يحنث الا بالايجاب والقبول .

ومن اصحابنا من قال : يحنث فى الهبة بالايجاب من غير قبول ، لانه يقال وهب له ولم يقبل ، والصحيح هو الاول ، لان الهبة عقد تمليك فلم يحنث فيه من غير ايجاب وقبول كالبيع والنكاح ولا يحنث الا بالصحيح ، فاما اذا باع بيعا فاسدا او نكح نكاحا فاسدا او وهب هبة فاسدة لم يحنث . لأن هذه العقود لا تطلق فى العرف والشرع الا على الصحيح .

الشرح ان حلف لا يكلم زيدا ولا يسلم عليه فسلم على جماعة فيهم زيد فان علم أن زيدا فيهم ونوى السلام عليهم وعليه حنث لأنه كلمه قلت ويأتى على قول أبى سعيد الاصطخرى وأبى على الطبرى لا يحنث كما قالا اذا حلف لا يأكل السمن أو الخل فأكلهما مع غيرهما وان لم يعلم بزيد معهم أو علمه ونسى اليمين ونوى السلام عليهم جميعهم فهل يحنث ؟ فيه قولان كما يقول فيمن فعل المحلوف عليه ناسياً ويأتى بيانهما ، وان استثنى زيداً بقلبه فهل يحنث ؟ قال أكثر أصحابنا : لا يحنث لأن اللفظ وان كان عاما فانه يحتمل التخصيص فجاز التخصيص بالنية وذكر صاحب الفروع وابن الصباغ فى موضع فى الشامل هل يحنث ؟ على قولين وذكر فى موضع آخر لا يحنث واما اذا سلم وأطلق ولم ينو السلام عليه ولا استثناه بقلبه ففيه قولان ، ومن أصحابنا من حكاهما وجهين :

(أحدهما) يحنث لأن السلام عام فتناول جميعهم وانما يخرج بعضهم بالاستثناء .

(والثانى) لا يحنث لأن اللفظ يصلح للجميع وللبعض فلم تجب الكفارة بالشك وان قال : والله لا دخلت على زيد بيتاً فدخل بيتا وزيد فيه مع غيره نظرت فان علم أن زيدا فى البيت فدخل عليه ولم يستثنه بقلبه حنث لأنه فعل المحلوف عليه وان لم يعلم به فى البيت أو علمه ونسيه أو نسى ليمين فهل يحنث ؟ فيه قولان كمن فعل المحلوف عليه ناسيا وان علم أنه فى البيت الا أنه استثناه بقلبه ونوى الدخول على غيره دويه قال المحاملى وسليم وابن الصباغ:

فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال:فيه قولان كما قلنا فيمن حلف لا يكلم زيدا فسلم على جماعة فيهم زيد واستثناه بقلبه فهل يحنث؟فيه قولان منهم من أصحابنا فيه فمنهم من قال : فيه قولان كما قلنا فيمن حلف لا يكلم زيدا فسلم على جماعة فيهم زيدا واستثناه بقلبه فهل يحنث ؟ فيه قولان منهم من قال يحنث قولا واحداً لأن الدخول فعل فلا يصح فيه الاستثناء والسلام وقول يصح فيه الاستثناء ولهذا لو قال : سلام عليكم الا على زيد كان كلاما صحيحا ولو قال : دخلت عليكم الا على زيد لم يكن كلاماً صحيحا لأنه قد دخل عليه فلا معنى لاستثنائه هذا ترتيب أصحابنا البغداديين وأما المسعودى فرتب السلام على الدخول وقال:اذا دخل على جماعة فيهم زيد واستثناه بقلبه فهل يحنث ؟ فيه قولان وان سلم على جماعة فيهم زيد وقد حلف لا يسلم عليه واستثناه بقلبه عند السلام عليهم فان قلنا فى الدخول لا يحنث ففى السلام الأولى أن لا يحنث فى الدخول ففى السلام قولان وفرق بين الدخول والسلام بما مضى وان حلف لا يدخل على زيد بيتا فدخل الحالف بيتا ليس فيه زيد ثم دخل عليه زيد البيت فان خرج الحالف فى الحال لم يحنث وان أقام معه فهل يحنث ؟ يبنى على من حلف لا يدخل داراً وهو فيه فأقام فيه ، وفيه قولان فان قلنا هناك : يحنث بالاقامة حنث هاهنا بالاقامة وان قلنا هناك لا يحنث لم يحنث هاها وذكر القاضى أبو الطيب فى المجرد أن الشافعى نص فى الأم أنه لا يحنث قال ابن الصباغ : وهذا أولى لأنا ان قلنا : ان الاستدامة بمنزلة الابتداء فكأنهما داخلان معا ولا يكون أحدهما داخلا على الآخر فلذلك لم يحنث .

فرع اذا صلى بالمحلوف عليه اماما ثم سلم من الصلاة حنث ، لأنه شرع له أن ينوى السلام على الحاضرين ؛ وقال أحمد وأبو حنيفة لا يحنث ، لأنه قول مشروع فى الصلاة فلم يحنث به كتكبيرها وليست نية الحاضرين بسلامه واجبة فى السلام . وان أرتج عليه فى الصلاة ففتح عليه الحالف لم يحنث لأن ذلك كلام الله وليس بكلام الآدميين .

مسألة اذا حلف لا يتكلم فقرأ لم يحنث ، وبه قال أحمد ؛وقال أبو حنيفة ان قرأ فى الصلاة لم يحنث ، وان قرأ خارجا منها حنث لأنه يتكلم

بكلام الله ،وان ذكر الله تعالى لم يحنث ، ومقتضى مذهب أبى حنيفة أنه يحنث لأنه كلام ، قال تعالى « وألزمهم كلمة التقوى » .

وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « أفضل الكلام أربع : سبحان الله ، والحمد لله ، ولا اله الا الله ، والله أكبر » وقال : « كلمتان خفيفتان على اللسان ثقيلتان فى الميزان حبيبتان الى الرحمن سبحان الله وبحمده سبحان الله العظيم » .

دليلنا أن الكلام فى العرف لا يطلق الا على كلام الآدميين ، ولهذا لما قال النبى صلى الله عليه وسلم : « ان الله يحدث من أمره ما يشاء ، وأنه قد أحدث أن لا تكلموا فى الصلاة » لم يتناول المختلف فيه .

وقال زيد بن أرقم : كنا نتكلم فى الصلاة حتى نزلت : « وقوموا لله قانتين » فأمرنا بالسكوت ونهينا عن الكلام ، وقال تعالى : « آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام الا رمزا ، واذكر ربك كثيرا وسبح بالعشى والابكار » فأمره بالتسبيح مع قطع الكلام عنه ، ولأن ما لا يحنث به فى الصلاة لا يحنث به خارجاً منها كالاشارة ، وما ذكروه يبطل بالقراءة والتسبيح فى الصلاة ، وذكر الله المشروع فيها ، وان استأذن عليه انسان فقال : « ادخلوها بسلام آمنين » يقصد القرآن لم يحنث وان قصد التعبير بالآية عن الاذن حنث .

فرع اذا حلف لا يدخل على فلان فدخل على جماعة هو فيهم يقصد الدخول عليه معهم حنث ، وان استثناه بقلبه ففيه وجهان :

(أحدهما) يحنث لأن الدخول فعل لا يتميز فلا يصح تخصيصه بالقصد ، وقد وجد فى حق الكل على السواء وهو فيهم فحنث به كما لو لم يقصد استثناءه ، وفارق السلام فانه قول يصح تخصيصه بالقصد ، ولهذا يصح أن يقال : السلام عليكم الا فلانا ، ولا يصح أن يقال : دخلت عليكم الا فلانا، ولأن السلام قول يتناول ما يتناوله الضمير فى عليكم ، والضمير عام يصح أن يراد به الخاص ، فصح أن يراد به من سواها ، والفعل لا يتأتى هذا فيه ، وان دخل بيتاً لا يعلم أنه فيه فوجده فيه فهو كالدخول عليه ناسيا .

(والثانى) لا يحنث كما لو حلف أن يسلم عليه فسلم على جماعة هو فيهم يقصد بقلبه السلام على غيره ، فان قلنا : لا يحنث بذلك فخرج حين علم بها لم يحنث ، وكذلك ان حلف لا يدخل عليها فدخلت هى عليه فخرج فى الحال لم يحنث ، وان أقام فهل يحنث ؟ على وجهين بناء على من حلف لا يدخل دارا هو فيها فاستدام المقام بها فهل يحنث ؟ وجهين .

مسألة كل عمل يتوقف حدوثه على شخص الحالف حنث بفعله له كالصلاة والصوم أما اذا كان العمل لا يتحقق تنفيذه الا بشخصين كطرفى التعاقد فى البيع والشراء والزواج والهبة والعمرى والرقبى ، فانه لا يحنث الا بالايجاب والقبول ، فان حلف لا يبيع فباع بيعاً فيه الخيار ففيه وجهان :

(أحدهما) يحنث لأنه بيع شرعى صحيح فيحنث به كالبيع اللازم ، لأن بيع الخيار يثبت الملك به بعد الخيار بالاتفاق وهو سبب له . هذا هو قول أحمد وأصحابه .

(والثانى) لا يحنث لأن الملك لا يثبت فى مدة الخيار فأشبه البيع البيع الفاسد وهذا هو قول أبى حنيفة .

فان حلف لا يبيع أو لا يتزوج ، فأوجب البيع والنكاح ولم يقبل المتزوج والمشترى لم يحنث ، وبهذا قال أبو حنيفة وأحمد ولا نعلم فيه خلافاً ، لأن البيع والنكاح عقدان لا يتمان الا بالقبول ، فلم يقع الاسم على الايجاب بدونه ، فلم يحنث به . وان حلف لا يهب ولا يعير فأوجب ذلك ولم يقبل الآخر ، فقال القاضى من الحنابلة وأبو حنيفة وأبو العباس بن سريج من أصحابنا « يحنث » لأن الهبة والعارية لا عوض فيها فكان مسماهما الايجاب ، والقبول شرط لنقل الملك وليس هو من السبب فيحنث بمجرد الايجاب فيهما كالوصية ،والمذهب عندنا وهو ما صححه المصنف أنه لا يحنث بمجرد الايجاب لأنه عقد لا يتم الا بالقبول فلم يحنث فيه بمجرد الايجاب كالنكاح والبيع .

فرع اذا حلف لا يتزوج حنث بمجرد الايجاب والقبول

الصحيح ، لا نعلم فيه خلافاً لأن ذلك يحصل به المسمى الشرعى فتناولته يمينه ، وان حلف ليتزوجن بر بذلك ، سواء كانت له امرأة أو لم يكن ، وسواء تزوج نظيرتها أو دونها أو أعلى منها .

اذا ثبت هذا فانه لا يحنث بالنكاح الفاسد ولا يحنث بالبيع الفاسد ، وقد روى عن أحمد فى البيع الفاسد روايتان ، والماضى والمستقبل فى ذلك سواء الا عند محمد بن الحسن فانه قال : اذا حلف ما صليت ولا تزوجت ولا بعت وكان قد فعله فاسدا حنث لأن الماضى لا يقصد منه الا الاسم ، والاسم يتناوله والمستقبل بخلافه فانه يراد بالنكاح والبيع الملك وبالصلاه القربة . ودليلنا أن ما لا يتناوله الاسم فى المستقبل لا يتناوله فى الماضى كالايجاب وغير المسمى ، وما ذكروه لا يصح لأن الاسم لا يتناول الا الشرعى .

شرح الوصية قد يتبادر الى الخاطر أنها تنزل منزلة الهبة والبيع وما فيه ايجاب وقبول فاننا قد علمنا قول المذهب فى الهبة ولكن الوصية يقع عليها الاسم بدون القبول . ولهذا لما قال الله تعالى : « كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت انترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين » انما أراد الايجاب دون القبول . ولأن الوصية صحيحة قبل موت الموصى ولا قبول لها حينئذ . واذا كان الشافعى رضى الله عنه يقول : اذا صح الحديث فهو مذهبى » فانه ــ لا شك ــ أن مذهبه فى الوصية هو ما ذهبنا اليه للمفهوم من الآية بناء على أصله .

واذا حلف لا يهب له فأهدى اليه أو أعمره حنث . وان أعطاه من الصدقة الواجبة أو نذر كفارة حنث .

ولأصحاب أحمد قولان :

(أحدهما) لا يحنث . وهو قول أصحاب الرأى لأنهما يختلفان اسماً فاختلفا حكما . بدليل أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « هو عليها صدقة ولنا هدية » وكانت الصدقة محرمة عليه والهدية حلال له وكان يقبل الهدية ولا يقبل الصدقة . فمع هذا الاختلاف لا يحنث فى أحدهما بفعل الآخر .

دليلنا أنه تبرع بعين فى الحياة فحنث به كالهدية ؛ ولأن الصدقة تسمى هبة فلو تصدق بدينار قيل وهب دينارا وتبرع بدينار • واختلاف التسمية لكون الصدقة نوعا من الهبة فيختص باسم دونها ، كاختصاص الهدية والعمرى باسمين ولم يخرجهما ذلك عن كونهما هبة • وكذلك اختلاف الأحكام فانه قد يثبت للنوع ما لا يثبت للجنس ، كما يثبت للآدمى من الأحكام ما لا يثبت لمطلق الحيوان ؛ فان وصى له لم يحنث ، لأن الهبة تمليك فى الحياة ، والوصية انما تملك بالقبول بعد الموت ؛ فان أعاره لم يحنث لأن الأعيان وليس فى العارية تمليك عين ؛ ولأن المستعير لا يملك المنفعة وانما يستبيحها ، ولهذا يملك المعير الرجوع فيها ، ولا يملك المستعير اجارتها ولا اعارتها •

مسألة اذا حلف لا صليت صلاة حنث بتكبيرة الاحرام وفى الصيام حنث بطلوع الفجر اذا نوى الصيام ، ووافقنا أبو حنيفة فى الصيام• وقال فى الصلاة : لا يحنث حتى يسجد سجدة •

وقال أحمد : لا يحنث حتى يكمل الصلاة • وقال ابن قدامة : يسمى مصلياً بدخوله فى الصلاة ، ولأنه شرع فيما حلف عليه ، فوافقنا فى الصلاة والصوم ، وقال أبو الخطاب يحنث اذا صلى ركعة ، وفى الصوم يوما كاملا •

فرع واذا حلف أن لا يصوم فاذا نوى الصوم من الليل وطلع الفجر حنث لأن ذلك أول دخوله فى الصوم وان نوى صوم التطوع بالنهار فانه يحنث عقيب نيته لأنه قد دخل فى الصرم وان حلف أن لا يصلى فمتى يحنث ؟ فيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) ولم يذكر فى المذهب غيره أنه يحنث اذا أحرم بالصلاة لأنه يسمى حينئذ مصلياً •

(والثانى) وهو قول أبى العباس أنه يحنث بالركوع لأنه اذا ركع فقد أتى بمعظم الركعة فقام مقام جميعها فان لم يركع لم يأت بمعظمها •

(والثالث) حكاه فى الفروع أنه لا يحنث الا بالفراغ منها ووجهه أنه لا يحكم بصحتها الا بالفراغ منها والأول أصح لأن الأيمان يراعى فيها الأسماء وبالاحرام سمى مصليا فوجب أن يحنث كما قلنا فى الصوم فانا لم يعتبر فيه أن يأتى بمعظم اليوم ولا الفراغ منه قال أبو حنيفة : لا يحنث حتى يسجد وقد مضى الدليل عليه •

فـــرع وان حلف لا يبيع ولا يشترى أو لا يهب أو لا يتزوج لم يحنث الا بالايجاب والقبول فى ذلك كله ومن أصحابنا من قال يحنث فى الهبة بالايجاب وحده والأصح هو الأول لأنه عقد تمليك فلم يحنث فيه الا بالايجاب والقبول كالبيع ولا يحنث الا بالصحيح وقال محمد بن الحسن : اذا حلف أن لا يتزوج فتزوج تزويجاً فاسدا أو لا يصلى فصلى صلاة فاسدة حنث وهذا غلط لأن الاسم لا يتناول الفاسد فلم يحنث •

فـــرع وان حلف لا يبيع أو لا يشترى أو لا يضرب عبده أو لا يتزوج أو لا يطلق فأمر غيره فباع عنه أو اشترى أو ضرب عبده أو أنكح له أو طلق لم يحنث وحكى الربيع قولا آخر عن الشافعى اذا كان الحالف سلطانا لا يتولى بيعاً ولا شراء ولا الضرب بنفسه فأمر غيره ففعل عنه ذلك حنث وأن أمر غيره فنكح له أو طلق عنه لم يحنث لأن العادة أنه لا يتولى بيعا ولا شراء ولا ضربا بنفسه وانما يتولاه غيره عنه وجرت العادة فى النكاح والطلاق أنه يتولاه بنفسه فانعقدت يمينه على ذلك والمشهور هو الأول لأن اليمين تحمل على الحقيقة دون المجاز ولهذا لو حلف لا أقعد فى ضوء السراج فقعد فى ضوء الشمس لم يحنث وان كان قد سماها الله تعالى سراجاً حيث قال : « وجعلنا سراجا وهاجا » ولو حلف لا يقعد تحت سقف فقعد تحت السماء لم يحنث وان كان الله تعالى قد سماها سقفا فقال : « وجعلنا السماء سقفاً » وقال أبو حنيفة : اذا حلف لا يشترى فوكل من اشترى لم يحنث كقولنا • وأن حلف لا يتزوج فوكل من تزوج له حنث لأن حقوق العقد فى الشراء يتعلق بالعاقد وفى النكاح يتعلق بالمعقود له وهذا ليس بصحيح لما بيناه من أن الاعتبار بالاسم دون الحكم •

وان حلف لا يبيع لى زيد متاعاً فوكل وكيلا ببيع متاعه وأذن له فى التوكيل فدفع الوكيل المتاع الى زيد فباعه • قال الطبرى : حنث الحالف سواء علم زيد أنه متاع الحالف أو لم يعلم لأنه باعه باختياره لأن العلم والنسيان انما يعتبر فى فعل الحالف وان قال : والله « لا بعت لزيد شيئاً فدفع زيد متاعه الى وكيل له ليبيعه وأذن له فى التوكيل فى بيعه فدفعه الوكيل الى الحالف ليبيعه فباعه فان علم الحالف أنه متاع زيد فباعه وهو ذاكر ليمينه حنث فى يمينه وان لم يعلم أنه لزيد أو علم أنه لزيد فنسى يمينه وقت البيع فهل يحنث ؟ فيه قولان : قال فى الأم : ولو قال والله لا بعت له ثوباً فدفعه الى وكيله فقال بعه أنت فدفعه الى الحالف فباعه الى الحالف فباعه لم يحنث لأنه لم يبعه للذى حلف الا أن يكون نوى ألا يبيع سلعة يملكها فلانا وهذا يقتضى أنه أذن لوكيله فى التوكيل بالبيع •

فرع ان حلف لا أطلق امرأتى فجعل أمرها اليها فطلقت نفسها لم يحنث وان قال : ان شئت فأنت طالق فقالت قد شئت طلقت وحنث لأنه هو الموقع للطلاق •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان قال : والله لا تسريت ففيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) انه يحنث بوطء الجارية ، لأنه قد قيل ان التسرى مشتق من السراة ، وهو الظهر ، فيصير كأنه حلف لا يتخذها ظهراً ، والجارية لا يتخذها ظهرا الا بالوطء ـ وقد قيل انه مشتق من السر وهو الوطء ، فصار كما لو حلف لا يطؤها •

(والثانى) انه لا يحنث بالتحصين عن العيون والوطء ، لأنه مشتق من السر ، فكأنه حلف لا يتخذها أسرى الجوارى • وهذا لا يحصل الا بالتحصين والوطء •

(والثالث) انه لا يحنث الا بالتحصين والوطء والانزال ، لأن التسرى فى العرف اتخاذ الجارية لابتغاء الولد ، ولا يحصل الا بما ذكرناه •

فصـــل وان حلف انه لا مـال له وله دين حال حنث ، لان الدين مال ، بدليل انه تجب فيه الزكاة ويملك اخذه اذا شاء فهو كالعين فى المودع ، وان كان له دين مؤجل ففيه وجهان :

(احدهما) لا يحنث لانه لا يستحق قبضه الحال .

(والثانى) انه يحنث لانه يملك الحوالة به والابراء عنه ، وان كان له مال مغصوب حنث لانه على ملكه وتصرفه ، وان كان له مال ضال ففيه وجهان :

(احدهما) يحنث ، لان الاصل بقاؤه .

(والثانى) لا يحنث ، لانه لا يعلم بقاءه فلا يحنث بالشك .

فصـــل وان حلف انه لا يملك عبـــدا وله مكاتب فالمنصـوص انه لا يحنث ، وقال فى الام : ولو ذهب ذاهب الى انه عبد ما بقى عليه درهم ، فانما يعنى انه عبد فى حال دون حال ، لانه لو كان عبدا له لكان مسلطا على بيعه واخذ كسبه ، فمن اصحابنا من جعل ذلك قولا آخر .

وقال ابو على الطبرى رحمـه الله : انه لا يحنث قولا واحدا ، وانما الزم الشافعى رحمه الله نفسه شيئا وانفصل عنه فلا يجعل ذلك قولا له .

فصـــل وان حلف لا يرفع منكرا الى فلان القاضى او الى هـــذا القاضى ولم ينو انه لا يرفعه اليه وهو قاض اليه بعد العزل ففيه وجهان .

(احدهما) انه لا يحنث لانه شرط ان يكون قاضيا فلم يحنث بعد العزل ، كما لو حلف لا ياكل هذه الحنطة فاكلها بعد ما صارت دقيقا .

(والثانى) انه يحنث لانه علق اليمين على عينه فكان ذكر القضاء تعريفا لا شرطا ، كما لو حلف لا يدخل دار زيد هذه فدخلها بعد ما باعها زيد . وان حلف لا يرفع منكرا الى قاض حنث بالرفع الى كل قاض لعموم اللفظ ، وان حلف لا يرفع منكرا الى القاضى لم يحنث الا بالرفع الى قاضى البلد ، لان التعريف بالالف واللام يرجع اليه ، فان كان فى البلد قاض عند اليمين فعـزل وولى غيره فرفع اليه حنث .

الشرح قال فى اللسان : السُّرِّية الجارية المتخذة للملك والجماع فعلية منه على تغيير النسب • وقيل هى فعولة من السرو وقلبت الواو الأخيرة ياء طلب الخفة ، ثم أدغمت الواو فيها فصارت ياء مثلها ، ثم حولت الضمة كسرة لمجاورة الياء ، وقد تسررت وتسريت على تحويل التضعيف • وقال أبو الهيثم : السر الزنا والسر الجماع •

واختلف أهل اللغة فى الجارية التى يتسراها مالكها لم سميت سرية ، فقال بعضهم : نسبت الى السر وهو الجماع ، وضمت السين للفرق بين الحرة والأمة توطأ فيقال للحرة اذا نكحت سرا أو كانت فاجرة سرية بالفتح ، وللمملوكة يتسراها صاحبها سرية بالضم مخافة اللبس •

وقال أبو الهيثم : السر السرور فسميت الجارية سرية لأنها موضع سرور الرجل • قال وهذا أحسن ما قيل فيها • وقال الليث : السرية فعلية من قولك تسررت • ومن قال تسريت فانه غلط •

قال الأزهرى : هو الصواب ، والأصل تسررت ، ولكن لما توالت ثلاث راءات أبدلوا أحداهن ياء ، كما قالوا تظنيت من الظن ، وتقصيت أظفارى والأصل قصصت ، وانما ضمت سينه لأن الأبنية قد تغير فى النسبة خاصة ، كما قالوا فى النسبة الى الدهر دهرى والى الأرض السهلة سُهلى ، والجمع السرارى وفى حديث عائشة وذكر لها المتعة فقالت « والله ما نجد فى كتاب الله الا النكاح والاستسرار » تريد اتخاذ السرارى ، وكان القياس الاستسراء من تسريت اذا اتخذت سرية ، لكنها ردت الحرف الى الأصل ، وهو تسررت من السر النكاح وهو السرور ، فأبدلت احدى الراءات ياء •

وفى حديث سلامة : فاستسرنى أى اتخذنى سرية ، والقياس أن تقول تسررنى أو تسرانى • فأما استسرنى فمعناه ألقى الىّ سره • وأما قول المصنف من الظهر فعلى وجهه ولم أره فى اللسان •

اما الأحكام فانه اذا حلف لا تسريت ففيه أربعة أوجه :

(أحدها) حنث بوطء الجارية ، وبه قال أبو الخطاب من أصحاب أحمد .

(والثانى) لا يحنث الا بتحصينها وحجبها عن الناس ، لأن التسرى مأخوذ من السر . وبه قال أبو حنيفة .

(والوجه الثالث) لا يحنث الا بالتحصين والوطء والانزال .

(والوجه الرابع) أنه لا يحنث الا بأن يمنعها من الخروج ويطؤها وينزل فيها لأنه قيل انه مشتق من السرور والسرور لا يحصل الا بذلك وهو المنصوص للشافعى وقد قيل ان المنصوص هو الذى قبله .

وقال القاضى من أصحاب أحمد : لا يحنث حتى يطأ فينزل فحلا كان أو خصيا ووجه الأول أنه مأخوذ من السر ـ ويؤخذ على المصنف التعبير عن هذا الوجه بقيل ، مع أنه أحرى من الظهر . قال تعالى « ولكن لا تواعدوهن سرا » وقال الشاعر :

فلن تطلبوا سرها للغنى ولن تسلموها لازدهادها

وقال آخر :

ألا زعمت بسباسة اليوم أننى كبرت وألا يحسن السر أمثالى

مسألة اذا حلف ألا مال له وله دين حال حنث لوجوب الزكاة فيه، وهو قول الحنابلة ومالك . وقال أبو ثور وأصحاب الرأى : لا يحنث ، كما لو قضاه دينه فجاءت النقود زيوفا .

وجملة ذلك أنه اذا حلف لا يملك مالا حنث بملك كل ما يسمى مالا ، سواء كان من الاثمان أو غيرها من العقار والأثاث والحيوان . وعن أحمد أنه اذا نذر الصدقة بجميع ماله انما يتناول نذره الصامت من ماله ، ذكرها ابن أبى موسى ، لأن اطلاق المال ينصرف اليه . وقال أبو حنيفة : لا يحنث

الا ان ملك مالا زكويا استحسانا ، لأن الله تعالى قال « وفى أموالهم حق للسائل والمحروم » فلم يتناول الا الزكوية .

ولنا أن غير الزكوية أموال ، قال الله تعالى « أن تبتغوا بأموالكم » وهى مما يجوز ابتغاء النكاح بها . وقال أبو طلحة للنبى صلى الله عليه وسلم : ان أحب أموالى الى بيرحاء . يعنى حديقة . وقال عمر ، أصبت مالا بأرض خيبر لم أصب مالا قط أنفس عندى منه . وقال أبو قتادة : اشتريت مخرفا فكان أول مال تأثلته وفى الحديث « خير المال سكة مأبورة أو مهرة مأمورة » ويقال « خير المال عين فرارة فى أرض خوارة » ولأنه يسمى مالا فحنث به كالزكوى .

وأما قوله « وفى أموالهم حق » فالحق ههنا غير الزكاة ، لأن هذه الآية مكية نزلت قبل فرض الزكاة فانما الزكاة انما فرضت بالمدينة ثم لو كان الحق الزكاة فلا حجة فيها ، فان الحق اذا كان فى بعض المال فهو فى المال ، كما أن من هو فى بيت من دار أو فى بلدة فهو فى الدار والبلدة . قال تعالى « وفى السماء رزقكم وما توعدون » ولا يلزم أن يكون فى كل أقطارها . ثم لو اقتضى هذا العموم لوجب تخصيصه ، فان ما دون النصاب مال ولا زكاة فيه . فان حلف لا مال له وله دين حنث . وقال أبو حنيفة : لا يحنث لأنه لا ينتفع به .

دليلنا أنه ينعقد عليه حول الزكاة ويصح اخراجها عنه ويصح التصرف فيه بالابراء والحوالة والمعارضة عنه لمن هو فى ذمته والتوكيل فى استيفائه فيحنث به كالمودع .

فـــرع وان حلف أنه لا مال له وله شىء من النقود أو العروض أو العقار وما أشبهه حنث وقال أبو حنيفة لا يحنث الا ان كان له شىء من الأموال الزكاتية استحسانا . دليلنا أن ذلك كله يقع عليه اسم المال حقيقة فحنث به كالزكاتى والدليل عليه أنه يقع عليه اسم المال لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم « سئل عن خير المال فقال خير المال سكة مأبورة وفرس

مأمورة » فالسكة المأبورة هى النخلة المصطفة المؤبرة والفرس المأمورة هى المهرة كثيرة النتاج وهكذا الخلاف بيننا وبين أبى حنيفة فيمن قال ان شفى الله مريضى فعلى الله أن أتصدق بمالى فعندنا عليه أن يتصدق بجميع ماله اذا شفى مريضه وعنده ليس عليه أن يتصدق الا بماله الزكاتى وان كان له دين فان كان حالا حنث فى يمينه لأنه كالعين فى يده بدليل أنه يجب عليه فيه الزكاة وان كان مؤجلا ففيه وجهان (أحدهما) لا يحنث لأنه لا يملك المطالبة به (والثانى) يحنث لأنه يملك المعاوضة عليه والابراء عنه وقال أبو حنيفة لا يحنث بالدين حالا كان أو مؤجلا وقد مضى الدليل عليه وان كان له مال مغصوب أو مودع أو معار حنث لأنه على ملكه وان كان له مال ضال ففيه وجهان (أحدهما) يحنث لأن الأصل بقاءه (والثانى) لا يحنث لأنه لا يعلم بقاؤه فلا يحنث بالشك • قال ابن الصباغ وان كان يملك بضع زوجته أو غير ذلك من المنافع لم يحنث لأنه لا يسمى مالا وان كان فى معنى المال وان كان قد جنى عليه خطأ أو عمدا أو عفى على مال حنث وان جنى عليه عمدا ولم يقتص ولم يعف فيشتمل أن يبنى على القولين فى موجب جناية العمد فان قلنا : موجبها القود لا غير لم يحنث وان قلنا موجبها القود والمال حنث •

فرع وان حلف أنه لا يملك عبدا وله مكاتب فمن أصحابنا من قال : فيه قولان (أحدهما) يحنث لقول النبى صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقى عليه من الكتابة درهم ولأنه يملك عتقه فهو كالقن (والثانى) لا يحنث لأنه كالخارج عن ملكه بدليل أنه لا يملك منافعه ولا أرش الجناية عليه فصار كالحر ومنهم من قال لا يحنث قولا واحدا وهو المنصوص لما ذكرناه وان كان له أم ولد أو مدبر أو عبد معلق عتقه بصفة حنث لأنه فى ملكه وملك منافعه وأرش ما يجنى عليه فهو كالقن •

فرع وان قال والله لا رأيت منكرا الا رفعته الى فلان القاضى فان رأى منكرا ورفعه اليه بر فى يمينه فان رأى منكرا رفعه اليه بر فى يمينه ، وان رأى منكرا وتمكن من رفعه فلم يرفعه حتى مات أحدهما حنث فى يمينه لأنه أمكنه رفعه ففوته بتفريط منه وان رأى منكرا فمضى ليرفعه

اليه فحجب عنه ومنع حتى مات أحدهما فهل يحنث ؟ فيه قولان كما اذا فعل المحلوف عليه مكرها وان لم يتمكن من رفعه مثل أن رآه فمضى ليرفعه فمات القاضي قبل أن يصل قال الشيخ أبو حامد فيه قولان كالمكره وقال أبو اسحاق المروزى والقاضى أبو الطيب لا يحنث قولا واحدا لأن قوله لا رأيت منكرا الا رفعته يعنى ان تمكنت منه واتسع الزمان لى وهاهنا لم يتسع الزمان فلم يحنث وتفارق التى قبلها فان هناك اتسع الزمان ولكن منع من الفعل فأما اذا عزل هذا القاضى فان كان قال الى فلان القاضى ونوى أنه يرفعه اليه وهو قاض أو نطق بذلك فقال الى فلان وهو قاض فقد فاته الرفع اليه بعزله قال أكثر أصحابنا فيكون كما لو مات القاضى فان كان بعد أن تمكن من رفعه حنث فى يمينه وان كان قبل أن يتمكن من رفعه وحجب الى أن عزل فعلى قولين وان لم يحجب عنه ولكن عزل قبل أن يصل اليه فعلى الطريقين كما قلنا فى الموت وقال ابن الصباغ لا يبر بالرفع اليه بعد العزل كما قال أصحابنا ولكن لا يحنث لأن اليمين على التراخى ويجوز أن يلى بعد عزله فيرفعه اليه وان قال الى فلان القاضى ولم ينو وهو قاض ونطق به فهل يبر برفعه اليه بعد العزل ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يبر بالرفع اليه لأنه علق اليمين بصفة موصوفة وقد زالت الصفة فلم يبر كما لو قال والله لا أكلت هذه الحنطة فطحنها وأكلها فعلى هذا يكون الحكم فيه كما لو نوى وهو قاض أو نطق به (والثانى) يبر بالرفع اليه وهو الأصح لأنه علق اليمين على عين وذكر القاضى تعريف له لا بشرط فهو كما لو حلف لادخلت دار زيد هذه فباعها زيد ودخلها فانه يحنث وان قال : والله لا رأيت منكرا الا رفعته الى قاض فلا يحنث هاهنا بترك الرفع الى القاضى بموته ولا بعزله ولا يحنث الا بترك الرفع بعد امكانه وموت الحالف لأنه علق اليمين على الرفع الى قاض منكر وأى قاض رفع اليه بر فى يمينه سواء كان قاضيا وقت اليمين أو بعده وان قال والله لا رأيت منكرا الا رفعته الى القاضى فان رأى منكرا ورفعه الى قاضى البلد حين رؤيته بر فى يمينه وان مات ذلك القاضى أو عزل بعد الرؤية وبعد التمكين من الرفع اليه فحكى ابن الصباغ عن أبى اسحاق المروزى والقاضى أبى الطيب أنه يحنث فى يمينه لأن لام التعريف تقتضى اختصاص من اليه القضاء عند رؤية المنكر

وقال الشيخ أبو حامد : لا يحنث بل اذا رفعه الى القاضى المولى بعده بر فى يمينه لأن الألف واللام يدخلان للجنس أو للعهد ولم يرد بهما هاهنا الجنس فثبت أن المراد بهما العهد وذلك يتعلق بقاضى البلد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان حلف لا يكلم فلانا حينا او دهرا او حقبا او زمانا بر بادنى زمان ، لانه اسم للوقت ، ويقع على القليل والكثير ، وان حلف لا يكلمه مدة بنفسه ـ لم يحنث لما ذكرناه ، وان كان ممن لا يتولى ذلك بنفسه كالسلطان قريبة او مدة بعيدة بر بادنى مدة ، لانه ما من مدة الا وهى قريبة بالاضافة الى ما هو ابعد منها ، بعيدة بالاضافة الى ما هو اقرب منها .

فصـــل وان حلف لا يستخدم فلانا فخدمه وهو ساكت لم يحنث ، لانه حلف على فعله وهو طلب الخدمة ولم يوجد ذلك منه ، وان حلف لا يتزوج او لا يطلق فامر غيره حتى زوج له او طلق عنه لم يحنث ، لانه حلف على فعل نفسه ولم يفعل .

وان حلف لا يبيع او لا يضرب فامر غيره ففعل ـ فان كان ممن يتولى ذلك بنفسه ـ لم يحنث لما ذكرناه ، وان كان ممن لا يتولى ذلك بنفسه كالسلطان فالمنصوص انه لا يحنث .

وقال الربيع : فيه قول آخر انه يحنث ، ووجهه أن العرف فى حقه أن يفعل ذلك عنه بامره ، واليمين يحمل على العرف ، ولهـــذا لو حلف لا ياكل الرءوس حملت على رءوس الانعام ، والصحيح هو الأول ، لان اليمين على فعله والحقيقة لا تنتقل بعادة الحالف ، ولهذا لو حلف السلطان انه لا ياكل الخبز أو لا يلبس الثوب فاكل خبز الذرة ولبس عباءة حنث . وان لم يكن ذلك مـن عادته .

وان حلف لا يحلق رأسه فامر من حلقه ففيه طريقان (احدهما) انه على القولين كالبيع والضرب فى حق من يتولاه بنفسه (والثانى) انه يحنث قولا واحدا ، لان العرف فى الحلق فى حق كل احد ان يفعله غيره بامره ثم يضاف الفعل الى المحلوق .

فصـــل وان حلف لا يدخل دارين فدخل احـداهما ، او لا ياكل رغيفين فاكل احدهما ، او لا ياكل رغيفاً فاكله الا لقمة ، او لا ياكل رمانة فاكلها الا حبة ، او لا يشرب ماء حب فشربه الا جرعة ، لم يحنث لانه لم يفعل المحلوف عليه . وان حلف لا يشرب ماء هذا النهر او ماء هذه البئر ففيه وجهان .

(احدهما) وهو قول ابى العباس انه يحنث بشرب بعضه ، لانه يستحيل شرب جميعه فانعقدت اليمين على ما لا يستحيل وهو شرب البعض .

(والثانى) وهو قول ابى اسحاق انه لا يحنث بشرب بعضه لانه حلف على شرب جميعه فلم يحنث بشرب بعضه ، كما لو حلف على شرب ماء فى الحب .

فصـــل وان حلف لا ياكل طعاماً اشتراه زيد فاكل طعاماً اشتراه زيد وعمرو لم يحنث لانه ليس فيه شىء يمكن ان يشار اليه أن اشتراه زيد دون عمرو فلم يحنث ، وان اشترى كل واحد منهما طعاما ثم خلطاه فاكل منـــه ففيه ثلاثة اوجه .

(احدها) انه لا يحنث لانه ليس فيه شىء يمكن ان يقال هذا الطعـــام اشتراه زيد دون عمرو ، فلم يحنث ، كما لو اشترياه فى صفقة واحدة .

(والثانى) انه ان اكل النصف فما دونه لم يحنث ، وان اكل اكثر مـــن النصف حنث ، لان النصف فما دونه يمكن أن يكون مما اشتراه عمرو فلم يحنث بالشك ، وفيما زاد يتحقق انه اكل مما اشتراه زيد .

(والثالث) وهو قول ابى اسحاق انه ان اكل الحبـة والعشرين حبة لم يحنث لجواز ان يكون مما اشتراه عمرو ، وان اكل الكف والكفين حنث ، لانه يستحيل فيما يختلط أن يتميز فى الكف والكفين ما اشتراه زيد عما اشتراه عمرو .

فصـــل وان حلف لا يدخل دار زيد فحمله غيره باختياره فدخـــل به حنث لان الدخول ينسب اليه كما ينسب اذا دخلها راكبا على البهيمة او دخلها برجله فان دخلها ناسيا لليمين او جاهلا بالدار ، او اكره حتى دخلهـا ففيه قولان :

(احدهما) يحنث لانه فعل ما حلف عليه فحنث .

(والثانى) لا يحنث وهو الصحيح لما روى ابن عباس رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما أستكرهوا عليه » ولان حال النسيان والجهل والاكراه ، لا يدخل فى اليمين كما لا يدخل فى الأمر والنهى فى خطاب الله عز وجل وخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم . واذا لم يدخل فى اليمين لم يحنث به ، وان حمله غيره مكرها حتى دخل به ففيه طريقان ،من أصحابنا من قال فيه قولان ، كما او أكره حتى دخلها بنفسه ، لأنه لما كان فى حال الاختيار دخوله بنفسه ودخوله محمولا واحدا ، وجب ان يكون فى حال الاكراه دخوله بنفسه ودخوله محمولا واحدا .

ومنهم من قال لا يحنث قولا واحدا ، لأن الفعل انما ينسب اليه ، اما بفعله حقيقة او بفعل غيره فأمره مجازاً ، وههنا لم يوجد واحد منهما فلم يحنث) .

الشرح الحين الوقت ، والدهر الأمد الممدود ، وقيل الدهر ألف سنة ، قال ابن سيدة : وقد حكى فيه الدهر بفتح الهاء ، فاما ان يكون الدهر والدهر لغتين كما ذهب اليه البصريون فى هذا النحو فيقتصر على ما سمع منه ؛ واما أن يكون ذلك لمكان حروف الحلق فيطرد فى كل شىء ؛ كما ذهب اليه الكوفيون . قال أبو النجم :

وجبلا طال معدا فاشمخر أشم لا يستطيعه الناس الدهر

قال ابن سيده : وجمع الدهر دهر ودهور . وكذلك جمع الدهر ، لأنا لم نسمع أدهارا ، ولا سمعنا فيه جمعا الا ما قدمنا من جمع دهر دهر . فأما قوله صلى الله عليه وسلم « لا تسبوا الدهر فان الله هو الدهر » فمعناه أن ما أصابك من الدهر فالله فاعله ليس الدهر ، فاذا شتمت به الدهر فكأنك أردت به الله . قال الجوهرى : لأنهم كانوا يضيفون النوازل الى الدهر ، فقيل لهم لا تسبوا فاعل ذلك بكم فان فاعل ذلك هو الله تعالى ، وفى رواية « فان الدهر هو الله تعالى » .

قال الأزهرى ، قال أبو عبيد . قوله « فان الله هو الدهر » مما لا ينبغى لأحد من أهل الاسلام أن يجهل وجهه ، وذلك أن المعطلة يحتجون به على المسلمين ، قال ورأيت بعض من يتهم بالزندقة والدهرية يحتج بهذا الحديث

ويقول : ألا تراه يقول فان الله هو الدهر ؟ قال فقلت : وهل كان أحد يسب الله فى آباد الدهر وقد قال الأعشى فى الجاهلية :

استأثر الله بالوفاء وبالـ ... ـعدل وولى الملامة الرجلا

وقال الأزهرى : قال الشافعى الحين يقع على مدة الدنيا ، ويوم قال ونحن لا نعلم للحين غاية ، وكذلك زمان ودهر وأحقاب • ذكر هذا فى كتاب الايمان حكاه المزنى فى مختصره عنه • وقال شمر : الزمان والدهر واحد وأنشد :

ان دهرا يلف حبلى بجمل ... لزمان يهم بالاحسان

فعارض شمرا خالد بن يزيد وخطأه فى قوله « الزمان والدهر واحد » وقال الزمان زمان الرطب والفاكهة وزمان الحر وزمان البرد ، ويكون الزمان شهرين الى ستة أشهر والدهر لا ينقطع •

قال الأزهرى : الدهر يقع عند العرب على بعض الدهر الأطول ، ويقع على مدة الدنيا كلها • قال وقد سمعت غير واحد من العرب يقول أقمنا على ماء كذا وكذا الدهر ، دارنا التى حللنا بها تحملنا دهرا ، واذا كان هذا هكذا جاز أن يقال الزمان والدهر واحد فى معنى دون معنى ، قال والسنة عند العرب أزمنة ، ربيع وقيظ وخريف وشتاء ، ولا يجوز أن يقال الدهر أربعة أزمنة ، فهما يفترقان •

وروى الأزهرى بسنده عن أبى بكر رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « ألا ان الزمان قد استدار كهيئته يوم خلق الله السموات والأرض السنة اثنا عشر شهرا أربعة منها حرم ، ثلاثة منها متواليات ذو القعدة وذو الحجة والمحرم ورجب مفرد » قال الأزهرى أراد بالزمان الدهر •

وقوله « ماء حب » الحب الخابية فارسى معرب وهو السرداب •

اما الأحكام فان قال والله لا كلمت فلانا زمانا أو دهرا أو وقتا أو حينا أو حقبا أو مدة قريبة أو بعيدة بر بأدنى زمان وقال أبو حنيفة : الحين شهر والحقبة ثمانون عاما والمدة القريبة دون شهر والبعيدة شهر وقال مالك : الحين سنة والحقبة أربعون عاما دليلنا أن هذه أسماء للزمان ولم ينقل عن أهل اللغة فيه تقدير وانما يقع على القليل والكثير منه وما من مدة الا وهى قريبة بالاضافة الى ما هو أبعد منها وبعيدة بالاضافة الى ما هو أقرب منها •

فـــرع فى مذاهب العلماء

اذا حلف ألا يكلمه حينا فانه يبر بأدنى زمن ، لأنه لا قدر له ، ولأنه اسم مبهم يقع على القليل والكثير • قال تعالى « ولتعلمن نبأه بعد حين » قيل أراد يوم القيامة • وقال « هل أتى على الانسان حين من الدهر ؟ » وقال تعالى « فذرهم فى غمرتهم حتى حين » وقال « حين تمسون وحين تصبحون » ويقال منذ حين وان كان أتاه من ساعة • وبهذا قال أبو ثور •

وقال أحمد : اذا حلف لا يكلمه حينا ــ فان قيد ذلك بلفظه أو بنيته بزمن ــ تقيد به • وان أطلقه انصرف الى ستة أشهر • روى ذلك عن ابن عباس ، وهو قول أصحاب الرأى •

وقال مجاهد والحكم وحماد ومالك « هو سنة » لقوله تعالى « تؤتى أكلها كل حين باذن ربها » أى كل عام •

وقال عكرمة وسعيد بن جبير وأبو عبيد فى قوله تعالى « تؤتى أكلها كل حين » انه ستة أشهر ، فيحمل مطلق كلام الآدمى على مطلق كلام الله تعالى • فان حلف لا يكلمه حقبا ، فانه ينصرف الى أدنى زمان كالحين ، وبه قال القاضى من أصحاب أحمد • وقال أكثر أصحابنا وفيهم ابن قدامة : ان حلف لا يكلمه حقبا فذلك ثمانون عاما ، لما روى عن ابن عباس أنه قال فى تفسير قوله تعالى « لابثين فيها أحقابا » الحقب ثمانون سنة •

وفى قوله تعالى عن موسى « أو أمضى حقبا » ما يجعل كونه ثمانين

سنة بعيدا لأن موسى لم يعش بعد هذا مثل هذا القدر ، فضلا عن مضاعفته أضعافا كثيرة « حقبا » .

اذا ثبت هذا فانه اذا حلف لا يكلمه زمنا أو وقتا أو دهرا أو عمرا أو مليا أو طويلا أو بعيدا أو قريبا بر بالقليل والكثير . وبه قال أبو الخطاب من الحنابلة لأن هذه الأسماء لا حد لها فى اللغة ، وتقع على القليل والكثير فوجب حمله على أقل ما يتناوله اسمه ؛ وقد يكون القريب بعيدا بالنسبة لما هو أقرب منه . وقريبا بالنسبة لما هو أبعد منه ، ولا يجوز التحديد بالتحكم وانما يصار اليه بالتوقيف ولا توقيف ههنا ، فيجب حمله على اليقين وهو أقل ما يتناوله الاسم . وقال ابن أبى موسى : الزمان ثلاثة أشهر . وقال طلحة العاقولى : الحين والزمان والعمر واحد ؛ لأنهم لا يفرقون فى العادة بينها ، والناس يقصدون بذلك التبعيد فلو حمل على القليل حمل على خلاف قصد الحالف .

وقال فى بعيد وملى وطويل : هو أكثر من شهر ، وهذا قول أبى حنيفة ؛ لأن ذلك ضد القليل قال : ولا يجوز حمله على ضده ، ولوحمل العمر على أربعين سنة كان حسنا لقوله تعالى مخبرا عن نبيه « فقد لبثت فيكم عمرا من قبله » وكان أربعين سنة ولأن العمر فى الغالب لا يكون الا مدة طويلة فلا يحمل على خلاف ذلك .

فرع اذا حلف لا يكلمه الدهر أو الأبد أو الزمان حمل كذلك على الأبد ؛ لأن ذلك ، بالألف واللام وهى للاستغراق فيقتضى الدهر كله .

مسألة اذا حلف لا يستخدم فلانا فخدمه وهو ساكت لم يأمره ولم ينهه لم يحنث ؛ لأنه خلف على فعل نفسه ، ولا يحنث على فعل غيره كسائر الأفعال ، وقال أبو حنيفة : اذا كان خادمه حنث ، وان كان خادم غيره لم يحنث ، وبه قال القاضى من أصحاب أحمد ، لأن خادمه يخدمه بحكم استحقاقه ذلك عليه ، فيكون معنى يمينه : لأمنعك خدمتى ، فاذا لم ينهه لم

يمنعه فيحنث وخادم غيره بخلافه ؛ وقال أبو الخطاب : يحنث فى الحالين لأن اقراره على الخدمة استخدام ، ولهذا يقال فلان يستخدم عبده اذا خدمه وان لم يأمره ، ولأن ما حنث به فى خادمه حنث به فى غيره كسائر الأشياء .

مسألة مضى كلامنا فيمن حلف على شيئين أو أكثر ففعل بعض ذلك هل يحنث ؟ وشرحنا الخلاف فى ذلك كمن حلف لا يأكل طعاما اشتراه زيد وعمرو لا يحنث ؛ وقال أحمد وأبو حنيفة ومالك يحنث ، فان حلف لا يلبس من غزل فلانة فلبس ثوبا من غزلها وغزل غيرها حنث ؛ وبه قال أحمد ، وان حلف لا يلبس ثوبا من غزلها فلبس من غزلها وغزل غيرها فانه لا يحنث ؛ وهوقول أبى حنيفة واحدى الروايتين عن أحمد ، لأنه لم يلبس ثوبا كاملا من غزلها ، أما فى الطعام فعلى وجهين مضيا فى الفصول آنفا .

مسألة اذا حلف لا يدخل دارا فحمل فأدخلها باختياره حنث ، فان لم يكن باختياره ولم يمكنه الامتناع لم يحنث ، نص عليه أحمد فى رواية أبى طالب ، وهو قول أبى ثور وأصحاب الرأى ولا نعلم فيه خلافا ، وذلك لأن الفعل غير حاصل منه ولا منسوب اليه ، وان حمل بأمره فادخلها حنث ، لأنه دخلها مختاراً فأشبه ما لو دخلها راكبا وان حمل بغير أمره ولكنه أمكنه الامتناع فلم يمتنع حنث أيضا لأنه دخلها غير مكره فأشبه ما لو حمل بأمره ، فان أكره بالضرب ونحوه على دخولها فدخلها لم يحنث فى أحد القولين عندنا ، وهو أحد الوجهين عند أصحاب أحمد .

(والقول الثانى) يحنث وهو الوجه الثانى عند الحنابلة وهو قول أصحاب الرأى ونحوه قول النخعى لأنه فعل ما حلف على تركه ودخلها . ووجه الأول قول النبى صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولأنه دخلها مكرها فأشبه ما لو حمل مكرها .

اذا ثبت هذا فانه اذا حلف أن لا يشترى شيئا أو لا يضرب فلانا فوكل

فى الشراء والضرب ، ففى قول أنه يحنث • والصحيح أنه لا يحنث الا اذا نوى بيمينه أن لا يستنيب أو يكون ممن لم تجر عادته بمباشرته ، لأن اطلاق اضافة الفعل يقتضى مباشرته بدليل أنه لو وكله فى البيع لم يجز للوكيل توكيل غيره ، وان حلف لا يبيع ولا يضرب فأمر من فعله ــ فان كان ممن يتولى ذلك بنفسه لم يحنث • وان كان ممن لا يتولاه كالسلطان • ففيه قولان .

وقال أحمد ومالك وأبو ثور ان حلف لا يفعل شيئا فوكل من فعله حنث الا أن ينوى مباشرته بنفسه •

فرع ان حلف لا يحلق رأسه فأمر من حلقه فقيل لنا فيه قولان ، وقيل : يحنث قولا واحدا • وقال أصحاب الرأى ان حلف لا يبيع فوكل غيره لم يحنث • وان حلف لا يضرب ولا يتزوج فوكل غيره حنث •

وقال أحمد : ان الفعل يطلق على من وكل فيه وأمر به فيحنث به كما لو كان ممن لا يتولاه بنفسه وكما لو حلف لا يحلق رأسه فأمر من حلقه ، أو لا يضرب فأمر من ضرب عند أبى حنيفة ، وقد قال تعالى « ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدى محله » وقال « محلقين رءوسكم ومقصرين » وكان هذا متناولا للاستنابة فيه ولأن المحلوف عليه وجد من نائبه فحنث به كما لو حلف لا يدخل دارا فأمر من حمله اليها فاذا نوى بيمينه المباشرة للمحلوف عليه أو كان سبب يمينه يقتضيها أو قرينة حاله تخصص بها لأن اطلاقه يقيد بنيته •

فرع اذا حلف على فعلين تعلقت باليمين بهما اثباتا كان أو نفيا مثل أن يقول والله لأكلمن هذين الرجلين أو لآكلن هذين الرغيفين فلا يبر الا بكلام الرجلين جميعا وبأكل الرغيفين جميعا وكذلك اذا قال والله لا كلمت هذين الرجلين أولا أكلت هذين الرغيفين لم يحنث الا بكلام الرجلين جميعا أو بأكل الرغيفين جميعا وكذلك اذا قال والله لا أكلت هذا الرغيف فأكل بعضه لم يحنث وبه قال أبو حنيفة وقال مالك وأحمد اذا كانت اليمين على

النفى تعلقت بالبعض فمتى أكل بعض الرغيفين أو بعض الرغيف حنث فى يمينه • دليلنا أن اليمين تعلقت بالجميع فلم يحنث بالبعض كاليمين على الاثبات •

فرع وان قال والله لأشربن ماء هذه الاداوة أو ماء هذا الكوز وما أشبه ذلك قال ابن الصباغ فما يمكنه شربه فى سنة أو سنتين لم يبر الا بشرب جميعه وان حلف أن لا يشربه لم يحنث الا بشرب جميعه خلافا لمالك وأحمد فى النفى وقد مضى الدليل عليهما وان قال والله لأشربن من هذه الاداوة أو الكوز فشرب بعضه بر فى يمينه وان قال لا شربت منه فشرب منه ولو أدنى قليل حنث فى يمينه لأن من للتبعيض وان قال والله لا شربت ماء هذا النهر أو ماء دجلة أو الفرات أو البحر مما لا يمكنه شرب جميعه بحال ففيه وجهان :

(أحدهما) يحنث بشرب بعضه وبه قال أبو حنيفة وأحمد لأن شرب جميعه لا يمكنه فانعقدت اليمين على بعضه كما لو حلف لا يكلم الناس فانه يحنث بكلام بعضهم •

(والثانى) لا يحنث لأن لفظه يقتضى جميعه فلم يتعلق ببعضه كالماء فى الاداوة قال القاضى أبو الطيب ينبغى على هذا أن لا تنعقد يمينه كما لو حلف لأصعدن السماء •

فرع وان قال والله لا أكلت طعاما ما اشتراه زيد فاشترى زيد وعمرو طعاما صفقة واحدة أو اشترى أحدهما بصفة مشاعا فى عقد ثم اشترى الآخر بصفة مشاعا فى عقد وأكل منه الحالف لم يحنث وقال أبو حنيفة يحنث ودليلنا أن كل جزء من الطعام لم ينفرد زيد بشرائه ولا يصح أن يضاف اليه فلم يحنث بأكله كما لو حلف لا يلبس ثوبا اشتراه زيد فلبس ثوبا اشتراه زيد وعمرو كما لو حلف لا يأكل من قدر طبخها زيد فأكل من قدر طبخها زيد وعمرو أو لا يدخل داراً اشتراها زيد فدخل داراً اشتراها زيد وعمرو وقد وافقنا أبو حنيفة على ذلك • هذا نقل البغداديين

من أصحابنا ، وقال المسعودى : هل يحنث الحالف ؟ فيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) لا يحنث لما ذكرناه .

(والثانى) يحنث سواء أكل منه حبة أو لقمة لأنه ما من جزء الا وقد اشتركا فى شرائه .

(والثالث) ان أكل النصف أو أقل لم يحنث وان أكل أكثر من النصف حنث لأنه اذا أكل دون النصف لم يتحقق أنه أكل ما اشتراه زيد واذا أكل أكثر من النصف حنث لأنه تحقق أنه أكل ما اشتراه زيد وان حلف لا يأكل طعاما ما اشتراه زيد فاشترى زيد قفيزا طعاماً منفردا واشترى عمرو قفيزا طعاما منفردا وخلطا الطعامين أو اختلطا وأكل منه الحالف ففيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) وهو قول أبى سعيد الأصطخرى ان أكل الحالف النصف فما دون لم يحنث وان أكل أكثر من النصف حنث لأنه اذا أكل النصف فما دونه لا يتحقق أنه أكل ما اشتراه زيد فلم يحنث كما لو حلف لا يأكل تمرة فاختلطت بتمر كثير فأكل الجميع الا تمرة واذا أكل أكثر من النصف تحققنا أنه كل مما اشتراه زيد فحنث .

(والثالث) وهو قول أبى اسحاق ان أكل حبات يسيرة كالحبة والحبتين والعشرين حبة لم يحنث لأنه يجوز أن يكون مما اشتراه عمرو وان أكل كفا حنث لأنا تتحقق أن فيه مما اشتراه زيد لأن العادة أن الطعامين اذا خلطا أن لا يتميز الكف منه من أحدهما .

(والثالث) وهو قول أبى على بن أبى هريرة : أنه لا يحنث وان أكل جميعه لأنه لا يمكن أن يشار الى شىء منه أنه مما اشتراه زيد فصار كما لو اشتراه مشاعا والأول اختيار القاضى أبى الطيب ولم يذكر المسعودى غيره والثانى اختيار ابن الصباغ .

فـــرع وان حلف لا يأكل من طعام اشتراه زيد فاشترى زيد طعاماً ثم باع نصفه فأكل منه الحالف قال ابن الصباغ : حنث لأن زيدا اشترى جميعه وان باع زيد طعاما فاستقال فيه أو صالح على طعام من دعوى فأكل منه الحالف قال الطبرى : لم يحنث وكذلك اذا ورث زيد طعاماً هو وغيره وقاسم شركاءه وأكل مما حصل لزيد لم يحنث الحالف سواء قلنا ان الاقالة والقسمة بيع أو لم نقل لأنا وان قلنا : انهما بيع فانما ذلك من طريق الحكم وأما من طريق الاسم والحقيقة فليس ببيع وكذلك الصلح بهذا المعنى وان اشترى زيد طعاماً سليما فأكل الحالف قال الطبرى : حنث الحالف لأنه يسمى شراء فى الحقيقة وان اشترى زيد لغيره طعاما فأكل منه الحالف حنث لأن الاسم قد وجد ، ولو اشترى عمرو لزيد طعاما فأكل منه الحالف لم يحنث لأن اليمين على ما اشتراه زيد وذلك يقتضى شراءه بنفسه وان حلف لا يدخل داراً اشتراها زيد فاشترى زيد بعض دار ثم أخذ باقيها بالشفعة ودخلها الحالف لم يحنث لأنه لم يشتر جميعها حقيقة •

فـــرع اذا حلف لا يدخل دارا فدخلها ماشيا أو راكبا أو محمولا باختياره حنث لأنه قد دخلها فان قيل هلا قلتم اذا دخلها محمولا لا يحنث كما اذا حلف لا ضربت زيدا فأمر غيره فضربه قلنا الفصل بينهما أن الدخول هو الانفعال من خارج الدار الى داخلها وقد وجد ذلك فان كان باختياره أضيف الفعل اليه بخلاف الضرب وان كرهه حتى دخلها أو نسى اليمين أو جهل الدار المحلوف عليها فدخلها فهل يحنث ؟ فيه قولان :

(أحدهما) يحنث وبه قال مالك وأبو حنيفة ، لأنه فعل المحلوف عليه فحنث •

(والثانى) لا يحنث وبه قال الزهرى وهو الأصح لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولأن حال النسيان والاكراه والجهل لا يدخل فى اليمين كما لا يدخل فى أوامر الشرع ونواهيه وان أكرهه غيره وحمله حتى دخل به الدار ففيه طريقان من أصحابنا من قال : فيه قولان كما لو دخلها بنفسه مكرهاً لأنه لما كان دخوله

بنفسه ودخوله محمولا واحدا وجب أن يكون دخوله مكرها بنفسه ومحمولا واحدا ومنهم من قال لا يحنث قولا واحداً لأنه لم يوجد منه فعل ولا اختيار فلم يجز أن يضاف اليه الدخول .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان حلف ليأكلن هذا الرغيف غدا فأكله من الغد بر فى يمينه ، لأنه فعل ما حلف على فعله ، وان ترك أكله فى الغد حتى انقضى حنث لأنه فوت المحلوف عليه باختياره وان أكل نصفه فى الغد حنث لأنه قدر على أكل الجميع ولم يفعل ، وان أكله فى يومه حنث لأنه فوت المحلوف عليه باختياره فحنث كمـا لو ترك أكله حتى انقضى الغد ، وان تلف الرغيف فى يومه أو فى الغد قبل أن يتمكن من أكله ففيه قولان كالمكره ، وان تلف من الغد بعد ما تمكن من أكله ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال يحنث قولا واحدا ، لأنه فوته باختياره .

ومنهم من قال : فيه قولان لأن جميع الغد وقت للأكل فلم يكن تفويته بفعله فان حلف ليقضينه حقه عند رأس الشهر مع رأس الشهر فقضاه قبل رؤية الهلال حنث لأنه فوت القضاء باختياره ، وان رأى الهلال ومضى زمان أمكنه فيه القضاء فلم يقضه حنث ، لأنه فوت القضاء باختياره ، وان أخذ عند رؤية الهلال فى كيله وتأخر الفراغ منه لكثرته لم يحنث ، لأنه لم يترك القضاء ، وان أخـر عن أول ليـلة الشـك ثم بان أنه كان من الشـهر ففيه قولان كالناسى والجاهل .

وان قال : والله لأقضين حقه الى شهر رمضان فلم يقضه حتى دخل الشهر حنث ، لأنه ترك ما حلف على فعله من غير ضرر .

وان قال : والله لأقضين حقه الى أول الشهر ، فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال حكمها حكم ما لو قال : والله لأقضين حقه الى رمضان ، لأن لفظ « الى » للحد والغاية ، وان أخر القضاء حتى دخل الشهر حنث .

وقال ابو اسحاق : حكمها حكم ما لو قال والله لأقضين حقه عنـد رأس الشهر وهو ظاهر النص ، وان قضاه قبل رؤية الهلال حنث ، وان رأى الهلال

ومضى وقت يمكن فيه القضاء ثم قضاه حنث ، لأن « الى » قد تكون للغاية كقوله عز وجل : « ثم اتموا الصيام الى الليل » وقد تكون بمعنى « مع » كقوله تعالى « من انصارى الى الله » والمراد به مع الله ، وكقوله عز وجل : « وأيديكم الى المرافق » والمراد به مع المرافق ، فلما احتمل أن تكون للغاية ، واحتمل ان تكون للمقارنة لم يجز أن نحنثه بالشك ، ويخالف قوله : « والله لأقضين حقه الى رمضان ، لأنه لا يحتمل أن تكون للمقارنة ، لأنه لا يمكن ان يقارن القضاء فى جميع شهر رمضان فجعلناه للغاية) .

الشرح ان قال والله لآكلن هذا الرغيف غدا ففيه ستة مسائل :

(احداهن) اذا أكله من الغد أى وقت كان منه بر فى يمينه لأنه فعل ما حلف ليفعله .

(والثانية) اذا أمكنه أكله فلم يأكله حتى انقضى الغد حنث فى يمينه لأنه فوت المحلوف عليه باختياره .

(الثالثة) اذا أمكنه أكل جميعه من الغد فلم يأكل الا نصفه وانقضى الغد حنث فى يمينه لأن اليمين على أكل جميعه فلا يبر بأكل بعضه .

(الرابعة) اذا تلف الرغيف فى يومه أو من الغد قبل أن يتمكن من أكله فيه أو منع من أكله أو نسى حتى انقضى الغد فهل يحنث ؟ فيه قولان كما لو حلف على فعل المحلوف عليه مكرها أو ناسيا .

(الخامسة) اذا أكل الرغيف فى يومه أو أكل بعضه حنث فى يمينه وقال مالك وأبو حنيفة : لا يحنث دليلنا أنه فوت أكله من الغد بأكله اياه فى اليوم فحنث كما لو ترك أكله فى الغد حتى انقضى ، ومتى يحنث ؟ فيه وجهان حكاهما الطبرى :

(أحدهما) يحنث عند أكل شىء منه لأن الاياس من أكله حصل بذلك .

(والثانى) يحنث بانقضاء الغد لأنه وقت الأكل قال ومثل هذين الوجهين اذا حلف لأصعدن غدا •

(السادسة) اذا جاء الغد وتمكن من أكله ثم تلف الرغيف أو منع منه قبل مضى الغد ففيه طريقان من أصحابنا من قال يحنث قولا واحدا لأنه أمكنه أكله وفوته باختياره فحنث كما لو قال : والله لآكلن هذا الرغيف ولم يوقته بمدة فأمكنه أكله ولم يأكله فانه يحنث وان كان جميع عمره وقتا للأكل ومنهم من قال : فيه قولان لأن جميع الغد وقت للأكل ويخالف اذا كانت اليمين مطلقة لأنه لم يعين وقته وهذا كما قلنا فيمن أمكنه فعل الحج ولم يحج حتى مات فانه يأثم لأنه غير موقت ولو دخل عليه وقت الصلاة وتمكن من فعلها فمات فى الوقت قبل أن يفعلها فانه لا يأثم لأن لها وقتا مقدرا •

فرع وان قال : والله لآكلن هذا الرغيف اليوم ففيه ست مسائل أيضا :

(أحداهن) أن يأكل فى يومه فيبر فى يمينه •

(الثانية) اذا أمكنه أكله فى يومه حتى انقضى اليوم فيحنث فى يمينه •

(الثالثة) اذا أمكنه أكل جميعه فلم يأكل الا نصفه وانقضى اليوم يحنث فى يمينه •

(الرابعة) اذا تلف الرغيف بغير الأكل يحنث فى يمينه •

(الخامسة) اذا تلف الرغيف قبل أن يتمكن من أكله فهل يحنث ؟ فيه قولان •

(السادسة) اذا تمكن من أكله وتلف فى اليوم ففيه طريقان من أصحابنا من قال يحنث قولا واحدا ؛ ومنهم من قال : فيه قولان والتعليل ما مضى فى الأدلة •

فـــرع اذا حلف ليطلقن امرأته غدا فطلقها فى يومه فان طلقها ثلاثاً حنث فى يمينه لأنه فات طلاقه غداً وان طلقها واحدة أو اثنتين ولم يستوف بذلك الثلاع لم يحنث لأنه يمكنه طلاقها غدا فان طلقها غداً بر فى يمينـــه وان لم يطلقها حتى انقضى الغد حنث فى يمينه وان كان عليه رجعتها كالذى عليه ركعتا نذر فحلف ليصلينهما غدا فصلاهما اليوم حنث فى يمينه لأنه فوت المحلوف عليه وان حلف ليصلين غدا أو أطلق غداً فصلى اليوم لم يحنث لأنه يمكنه أن يصلى غدا .

فـــرع وان كان له عليه حق فقال والله لأقضينك حقك غدا ففيـه المسائل الست التى مضت فى الرغيف الا أن ينوى لا يخرج غدا حتى أقضيك فاذا قضاه اليوم لم يحنث وان قال : والله لأقضينك حقك غدا الا أن تشاء أن تؤخره ففيه المسائل الست فى الرغيف وفيه سابعة اذا قال : من له الحق شئت أن أؤخره ولم يقضـــه حتى خرج الغـــد بر فى يمينـــه وان قال : والله لأقضينك حقك غدا الا أن يشاء فلان ففيه المسائل السبعة اذا قال : الا أن يشاء أن يؤخره وفيه ثامنة وهو أن فلاناً لو مات فى الغد قبل أن يعـــــلم بمشيئته فقد تعذرت مشيئته فيسقط حكمها فيصير كما لو لم يستثن .

فـــرع فى مذاهب العلماء

قوله : وان أكله فى يومه حنث ، وهذا صحيح كمن حلف أن يقضيه حقه فى وقت فقضاه قبله فانه يحنث ، لأنه ترك ما حلف عليه مختارا فحنث كمـــا لو قضاه بعده وقال أحمد وأبو حنيفة ومحمد وأبو ثور فيمن قضاه قبـــله لا يحنث ؛ لأن مقتضى هذا اليمين تعجيل القضاء قبل خـــروج الغـــد ، فاذا قضاه قبله فقد قضى قبل خروج الغد وزاد خيراً .

ولنا أنه لا يبر الا اذا قضاه فلا يبر بقضائه قبله كما لو حلف ليصومن شعبان فصام رجباً ، وفرق ابن قدامة بين قضاء الحق وغيره كأكل شىء أو شربه أو بيع شىء أو شرائه أو ضرب خادم ونحوه فمتى عين وقته ولم ينو ما يقتضى تعجيله ولا كان سبب يمينه يقتضيه لم يبر الا بفعله فى وقته .

فرع اذا فعل بعض المحلوف عليه قبل وقته وبعضه فى وقته لم يبر ، لأن اليمين فى الاثبات لا يبر فيها الا بفعل جميع المحلوف عليه ؛ فترك بعضه فى وقته كترك جميعه ، الا أن يصرح ألا يجاوز ذلك الوقت أو يقتضى ذلك سببها .

فصل اذا حلف ليقضيه دينه عند رأس الهلال أو مع رأسه أو عند رأس الشهر أو مع رأسه فقضاه عند غروب الشمس من ليلة الشهر بر فى يمينه ، وان أخر ذلك مع امكانه حنث ، وان شرع فى عده أو كيله أو وزنه فتأخر القضاء لكثرته لم يحنث ، لأنه لم يترك القضاء وكذلك اذا حلف ليأكلن هذا الطعام فى هذا الوقت فشرع فى أكله فيه ، فتأخر الفراغ لكثرته لم يحنث لأن أكله كله غير ممكن فى هذا الوقت اليسير ، فكانت يمينه على الشروع فيه فى ذلك الوقت أو على مقارنة فعله لذلك الوقت للعلم بالعجز عن غير ذلك ، ومذهب أحمد بن حنبل فى هذا كله كمذهبنا .

وقوله « الى الليل » الى غاية فاذا كان ما بعدها من جنس ما قبلها فهو داخل فى حكمه ، كقولك اشتريت المجموع من الأول الى العشرين ، والمبيع أجزاء المجموع ، فان العشرين داخل فيها ، بخلاف قولك اشتريت الفدان الى الدار ، فالدار لا تدخل فى المبيع المحدود ، اذ ليست من جنسه ؛ فشرط الله تعالى تمام الصوم حتى يتبين الليل كما جوز الأكل حتى يتبين النهار .

وقوله « الى المرفق » فقد اختلف الناس فى دخول المرافق فى التحديد فقال قوم : تدخل لأنها من نوع ما قبلها ، قاله سيبويه وغيره . وقيل : لا يدخل المرفقان فى الغسل . وهذا خطأ .

وقال بعضهم : ان (الى) بمعنى (مع) ؛ كقولهم : « الذود الى الذود ابل » أى مع الذود وقال تعالى : « ولا تأكلوا أموالهم الى أموالكم » فقالت طائفة من المتأخرين ان (الى) هنا بمعنى (مع) كقوله تعالى : « من أنصارى الى الله » وأنشد العتبى :

يسدون أبواب القباب بضمر الى عنن مستوثقات الأواصر

وقال الحذاق : الى على بابها وهى تتضمن الاضافة ، أى لا تضيفوا أموالهم وتضموها الى أموالكم •

فرع وان قال والله لأقضينك حقك فالى رمضان فان قضاه قبل رمضان بر فى يمينه وان لم يقضه حقه حتى دخل شهر رمضان حنث فى يمينه لأن وقت القضاء قبل رمضان ، فاذا أخره الى رمضان فقد فوت القضاء عن وقته باختياره فحنث فى يمينه • وان قال والله لأقضينك حقك الى رأس الشهر أو الى أول الشهر أو الى رأس الهلال أو الى أول الهلال فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال حكمه حكم ما لو قال الى رمضان وهو قول المزنى لأن الى للغاية ومنهم من قال حكمه حكم ما لو قال عند رأس الشهر أو مع رأس الشهر وهو ظاهر النص لأن الى تقتضى للغاية كقوله تعالى « ثم أتموا الصيام الى الليل » وقد يكون بمعنى قوله تعالى « من أنصارى الى الله » أى مع الله وكقوله تعالى « وأيديكم الى المرافق » أى مع المرافق فاذا احتملت الى ها هنا أن تكون للغاية وأحتملت أن تكون للمقارنة لم نحنثه بتركه القضاء قبل مجىء أول الشهر بالشك ، ويخالف قوله الى رمضان لأنه يحتمل هاهنا أن لا يكون للمقارنة لأنه يحتمل أن يكون للقضاء مقارنا لجميع شهر رمضان فلذلك جعلناها للغاية •

فرع قال فى الأم : وان قال والله لأقضينك حقك فى الليلة التى ترى فيها الهلال فأى وقت قضاه من جميع تلك الليلة بر بيمينه لأنه جعلها كلها وقتا للقضاء وان لم يقضه حتى فاتت الليلة حنث فى يمينه • وان قال لأقضينك حقك الى حين فليس بمقدر فاذا قضاه فى عمره بر فى يمينه وقال مالك : الحين سنة فاذا قضاه فى السنة بر فى يمينه وان تأخر القضاء حنث وقال أبو حنيفة وأحمد : الحين شهر فان قضاه فيه بر فى يمينه وان تأخر عنه حنث • دليلنا أن الحين يقع عليه القليل والكثير قال الله تعالى « ولتعلمن نبأه بعد حين » وأراد يوم القيامة وقال تعالى « هل أتى على الانسان حين من الدهر » وقال تعالى « فذرهم فى غمرتهم حتى حين » فدل على أن الحين يقع على القليل والكثير وان قال والله لأقضينك حقك الى دهر أو الى زمان أو الى حقب أو الى مدة قريبة أو بعيدة فليس ذلك بمقدر ولا يحنث حتى

يفوته بالموت • وقال أبو حنيفة : القريب دون الشهر والبعيد شهر والحقب ثمانون عاماً وقال مالك الحقب أربعون عاما لأنه روى عن ابن عباس فى قوله تعالى « لابثين فيها أحقابا » قال : الحقب ثمانون عاما وروى عنه أربعون عاما ودليلنا أن ذلك اسم لزمان ولم ينقل عن أهل اللغة فيه حد مقدر وما من مدة الا وهى قريبة بالاضافة الى ما هو أبعد منها وبعيدة بالاضافة الى ما هو أقرب منها • وما روى عن ابن عباس فلا يمتنع أن اسم الحقب على أكثر مما ذكر وأقل منه وانما أراد تفسير أحقاب بما لا يعارض بمقتضاها فى اللغة •

فرع وان قال والله لأقضينك حقك الى أيام قال القاضى أبو الطيب فى المجرد ان لم يكن له نية فعندى يكون ثلاثة أيام لأنها أقل الجمع قال القاضى حسين الطبرى فى عدته حكمه حكم ما لو قال الى حين وزمان لأنه يعبر بالأيام عن القليل والكثير ولهذا قال الله تعالى « فعدة من أيام أخر » ويقال أيام الفتنة وأيام العدل فلم يكن لها شىء معلوم والى هذا أشار ابن الصباغ فانه قال : قول القاضى لا يوافق ما ذكرنا من الحين والزمان ولأنا قلنا فى القريب والبعيد لا حد له لأنه يقع على القليل والكثير ولم يعلقه بأقل ما يقع عليه الاسم فكذلك الأيام أيضا ولم يذكر المحاملى غير هذا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان كان له على رجل حق فقال له : والله لا فارقتك حتى أستوفى حقى ، ففر منه الغريم لم يحنث الحالف ، وقال أبو على بن أبى هريرة ففيه قولان كالقولين فى المكره ، وهذا خطأ ، لأنه حلف على فعل نفسه ولم يوجد ذلك منه ولو قال والله لا فارقتنى حتى استوفى حقى منك ففارقه الغريم مختارا ذاكرا لليمين حنث الحالف ، وان فارقه مكرها أو ناسيا ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال : هى على القولين فى المكره والناسى • ومنهم من قال يحنث الحالف قولا وحدا لأن الاختيار والقصد يعتبر فى فعل الحالف لا فى فعل غيره ، والصحيح هو الأول ، وانه يعتبر فى فعل من حلف على فعله ، وان كانت

اليمين على فعل الحالف اعتبر الاختيار والقصد فى فعله ، وان كانت على فعل غيره اعتبر الاختيار والقصد فى فعله . وان فارقه الحالف لم يحنث ، لأن اليمين على فعل الغريم ولم يوجد منه فعل .

وان حلف لا يفارقه غريمه حتى يستوفى حقه منه ثم افلس وفارقه لما يعلم من وجوب انظار المعسر حنث ، لانه فعل المحلوف عليه مختارا ذاكرا لليمين فحنث ، وان وجب الفعل بالشرع . كما لو حلف لا رددت عليك المغصوب فرده حنث ، وان وجب الرد بالشرع ، فان الزمه الحاكم مفارقته فعلى قولين .

فصل وان حلف لا يفارقه حتى يستوفى حقه منه فاحاله على غيره أو أبراه من الدين أو دفع اليه عوضا عن حقه ، حنث فى اليمين ، لانه لم يستوف حقه . وان كان حقه دنانير فدفع اليه شيئا على انه دنانير فخرج نحاسا فعلى القولين فى الجاهل . وان قال من عليه الحق : والله لا فارقتك حتى أدفع اليك مالك وكان الحق عينا فوهبها منه فقبله حنث ، لانه فوت الدفع بقبوله ، وان كان دينا فابراه منه وقلنا انه لا يحتاج الابراء الى القبول على الصحيح من المذهب ، فعلى الطريقين فيمن حلف لا يدخل الدار فحمل اليها مكرها) .

الشرح ان كان له على رجل حق فقال من له الحق : والله لا فارقتك حتى أستوفى حقى منك فقد علق الحالف اليمين على فعل نفسه فان استوفى منه حقه قبل المفارقة بر فى يمينه . وان فارقه باختياره قبل استيفاء حقه حنث فى يمينه وان أخره حتى فارقه أو نسى ففارقه قبل الاستيفاء فهل يحنث ؟ فيه قولان وان فر من عليه الحق عن الحالف قبل الوفاء فقد قال أكثر أصحابنا لا يحنث الحالف قولا واحدا . وحكى الشيخ أبو اسحاق أن أبا على بن أبى هريرة قال هل يحنث الحالف ؟ فيه قولان كالقولين فى الحالف اذا أكره حتى فارق الغريم وهو قول المسعودى والأول أصح لأنه حلف على فعل نفسه ولم يوجد منه فعل ، فاذا فر من عليه الحق لم يحنث الحالف سواء كان بأمر الحالف واختياره أو بغير أمره واختياره وان قال من له الحق لمن عليه الحق : والله ما فارقتنى حتى أستوفى حقى منك فقد علق الحالف اليمين على فعل من له عليه الحق فان وفاه الحق قبل أن يفارقه بر فى يمينه وان فارقه من عليه الحق باختياره قبل أن يوفيه حنث الحالف سواء فارقه بأمر الحالف واختياره أو بغير أمره واختياره أو بغير أمره واختياره وان قال من له الحق لمن

وقال صاحب التقريب اذا فر من عليه الحق هل يحنث الحالف ؟ فيه قولان والأول هو المشهور وان أكره من عليه الحق حتى فارقه من له الحق قبل الوفاء أو نسي اليمين ففارقه قبل الوفاء فهل يحنث الحالف ؟ فيه قولان وان فر من له الحق قبل الوفاء لم يحنث قولا واحدا لأنه لم يعلق اليمين بفعل نفسه وانما علقها بفعل من عليه الحق ولم يوجد من جهة من عليه الحق فعل • وان قال من له الحق والله لافترقت أنا وأنت حتى توفيني حقي أو لا نفترق أنا ولا أنت حتى أستوفي حقي منك فقد علق اليمين بفعل كل واحد منهما على الانفراد فانهما ان فارق الآخر مختاراً ذاكراً لليمين قبل الاستيفاء حنث الحالف لأنه علق اليمين على فعل كل واحد منهما • قال في الأم : لو قال : والله لا افترقت أنا وهو ففر منه حنث في قول من لا يطرح الخطأ والغلبة عن الناسي ولم يحنث في قوله : من طرح الخطأ والغلبة على الناسي قال الشيخ أبو حامد : وهذا خطأ ولا فرق بين أن يقول أنا وأنت وبين أنا وهو وينبغي أن يحنث قولا واحدا لأن معنى ذلك لا فارقتني ولا فارقتك • وان حلف على فعله ففر منه فقد حنث لأنه غيره فكره على فعله • وان قال والله لا افترقنا حتى أستوفي حقي منك ففيه وجهان من أصحابنا من قال لا يحنث الحالف الا أن يفارق كل واحد منهما صاحبه فأما اذا فارق أحدهما صاحبه فلا يحنث الحالف لأنه علق اليمين بوجود الافتراق منهما فلم يحنث بوجوده من أحدهما وقال ابن الصباغ : اذا فارق أحدهما الآخر مختارا ذاكرا لليمين حنث الحالف لقوله لا افترقت أنا وأنت لأنه علق اليمين على الافتراق وذلك يوجد بمفارقة أحدهما •

فرع وان قال من له الحق والله لا فارقتك حتى أستوفي منك حقي فأفلس من عليه الحق فان فارقه من له الحق من غير أن يجبره الحاكم على مفارقته حنث قولا واحدا لأنه فارقه باختياره وان كان ذلك واجباً عليه كما لو حلف لا يصلي فصلى الفريضة وان أجبره الحاكم على مفارقته فهل يحنث؟ فيه قولان كما لو أكره حتى فارقه وان كان حقه دراهم فأعطاه دراهم وبان أنها رصاص أو نحاس فان علم بذلك الحالف قبل المفارقة ففارقه حنث لأنه

فارقه باختياره قبل استيفاء حقه وان ظنها دراهم جيدة ففارقه ثم بان أنها رصاص أو نحاس فهو فى حكم المكره على المفارقة وهل يحنث ؟ على قولين وان أحاله من عليه الحق على آخر ففارق الغريم حنث لأنه لم يستوف حقه لأن اسم الاستيفاء حقيقة لا يقع على الحوالة •

فـــرع وان قال والله لا فارقتك حتى أستوفى حقى فدفع اليه من عليه الحق مما عليه من الحق عوضاً بأن كان عليه دراهم أو دنانير فأعطاه عوضا وفارقه من له الحق حنث سواء كان العوض يساوى حقه أو لا يساوى لأن الذى أخذه ليس هو حقه وانما هو عوض عن حقه •

اذا ثبت هذا فان المزنى نقل لو أخذ بحقه عوضاً فان كان قيمته حقه لم يحنث وان كان أقل حنث قال المزنى : ليس للقيمة معنى قال أصحابنا : وهذا الذى نقله المزنى ليس هو مذهب الشافعى وانما هو مذهب مالك لأن الشافعى بدأ فى كتاب الأيمان بمن أخذ عن حقه عوضا بر فى يمينه سواء كان قيمته حقه أو أقل من حقه دليلنا ما مضى وأما اذا قال : والله لا فارقتك حتى أستوفى ولم يقل حقى ثم أخذ منه العوض وفارقه قال المحاملى : فان كانت قيمته مثل حقه أو أكثر من حقه لم يحنث لأنه استوفى حقه فان كان أنقص منه حنث لأنه لم يستوف مثل حقه بل ترك بعضه وان قال : لا فارقتك وقد بقى لى عليك حق ثم أخذ منه عوضا أو أبرأه ثم فارقه لم يحنث لأنه لم يبق له عليه حق •

فـــرع وان قال من عليه الحق : والله لا فارقتك حتى أدفع اليك مالك على أو لا قضيتك حقك فان كان الحق عينا فمضى القضاء فيه الرد وان وهبها صاحب الحق للحالف فقبل الهبة وأذن له فى قبضها وأتت عليه مدة القبض وكان ذلك قبل أن يردها الى مالكها حنث الحالف لأنه فوت ردها اليه باختياره بقبول الهبة وان كان الحق عليه ديناً فأبرأه صاحب الحق فان قلنا : ان الابراء يفتقر الى القبول فقبل من عليه الحق حنث لأنه فوت الدفع والقضاء بقبوله البراءة وان قلنا : ان الابراء لا يفتقر الى القبول فقد برىء وقد فاته الدفع والقضاء بغير اختياره قال المحاملى : فيحتمل أن يكون فى حقه

قولان كالمكره ويحتمل أن لا يحنث قولا واحدا لأنه يوجد من جهته فعل بحال لا مختارا ولا مكرها .

اذا ثبت هذا فان المفارقة الذى يحصل بها الحنث فى جميع ذلك كالمفارقة التى ذكرناها فى انقطاع خيار المجلس فى البيع والله أعلم .

فـــرع فى مذاهب العلماء

اذا قال : والله لا فارقتك حتى أستوفى حقى منك فهرب منه لم يحنث وبه قال أحمد .

وقد ذهب الفقهاء فى هذه الصورة الى عشر مسائل :

١ ــ أن يفارقه الحالف مختارا فيحنث بلا خلاف ، سواء أبرأه من الحق أو فارقه والحق عليه لأنه فارقه قبل استيفاء حقه منه .

٢ ــ فارقه مكرها فينظر ــ فان حمل مكرها حتى فرق بينهما لم يحنث، وان أكره بالضرب والتهديد ففيه طريقان ، فمن أصحابنا من قال : هى على القولين فيمن حلف لا يدخل الدار ، فلم يحمل وانما ضرب حتى دخل على قدميه ، وفصل بعض الحنابلة كأبى بكر فقال : يحنث بالضرب والتهديد ، وفى الناسى تفصيل .

٣ ــ هرب منه الغريم بغير اختياره فانه لا يحنث ، وبهذا قال أحمد فى احدى الروايتين عنه ومالك وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأى . وقال أحمد فى الرواية الثانية يحنث لأن معنى يمينه ألا تحصل بينهما فرقة وقد حصلت .

دليلنا أنه حلف على فعل نفسه فى الفرقة ، وما فعل فعل باختياره فلم يحنث كما لو حلف لا قمت فقام غيره .

٤ ــ أذن له الحالف فى الفرقة ففارقه لا يحنث • وقال الخرقى : يحنث وذلك كمفهوم ابن قدامة ، وفهم القاضى من كلامه أنه لا يحنث لأنه لم يفعل الفرقة التى حلف أنه لا يفعلها •

٥ ــ فارقه من غير اذن ولا هرب على وجه يمكنه ملازمته والمشى معه فلم يفعل فالحكم كالذى قبله •

٦ ــ قضاه قدر حقه ففارقه ظنا منه أنه وفاه فخرج رديئا أو بعضه فيخرج فى الحنث قولان بناء على الناسى ، ولأحمد روايتان كالقولين •

(أحدهما) يحنث وهو قول مالك ؛ لأنه فارقه قبل استيفاء حقه مختارا •

(والثانى) لا يحنث ، وهو قول أبى ثور وأصحاب الرأى اذا وجدها زيوفا • وان وجد أكثرها نحاسا فانه يحنث وان وجدها مستحقة فأخذها صاحبها خرج أيضا على القولين فى الناسى لأنه ظان أنه مستوف حقه فأشبه ما لو وجدها رديئة •

وقال أبو ثور وأصحاب الرأى : لا يحنث • وان علم بالحال ففارقه حنث ، لأنه لم يوفه حقه •

٧ ــ أفلسه الحاكم ففارقه نظرت ــ فان ألزمه الحاكم فهو كالمكره ، وان لم يلزمه مفارقته لكنه فارقه لعلمه بوجوب مفارقته حنث ، لأنه فارقه من غير اكراه فحنث ، كما لو حلف لا يصلى فوجبت عليه صلاة فصلاها •

٨ ــ أحاله الغريم بحقه ففارقه فانه يحنث ؛ وبهذا قال أحمد وأبو ثور • وقال أبو حنيفة ومحمد : لا يحنث لأنه قد برىء اليه منه ، ووجه المذهب عندنا أنه ما استوفى حقه منه بدليل أنه لم يصل اليه شىء ، ولذلك يملك المطالبة به فحنث ، كما لو لم يحله ، فان ظن أنه قد بر بذلك ففارقه خرج على القولين ، والصحيح أنه يحنث لأن الجهل بحكم الشرع لا يسقط عنه الحنث ، كما لو جهل كون هذه اليمين موجبة للكفارة •

فأما ان كانت يمينه : لا فارقتك ولى قبلك حق فأحاله به ففارقه لم يحنث لأنه لم يبق له قبله حق . وان أخذ به ضمينا أو كفيلا أو رهنا ففارقه حنث بلا اشكال لأنه يملك مطالبة الغريم .

٩ ـ قضاه عن حقه عوضا عنه ثم فارقه فانه يحنث لأن يمينه على نفس الحق وهذا بدله . وقال أبو حنيفة وابن حامد : لا يحنث . وان كانت يمينه: لا فارقتك حتى تبرأ من حقى ، أو لى قبلك حق لم يحنث وجها واحدا ، لأنه لم يبق له قبله حق . وهذا أحد القولين عند أصحاب أحمد .

١٠ ـ وكل وكيلا يستوفى له حقه ، فان فارقه قبل استيفاء الوكيل حنث لأنه فارقه قبل استيفاء حقه ، وان استوفى الوكيل ثم فارقه لم يحنث ، لأن استيفاء وكيله استيفاء له يبرأ غريمه ويصير فى ضمان الموكل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب كفارة اليمين

اذا حلف بالله تعالى وحنث وجبت عليه الكفارة ، لما روى عبد الرحمن ابن سمرة قال : « قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم يا عبد الرحمن ابن سمرة لا تسأل الامارة فانك ان أعطيتها عن مسألة وكلت اليها ، وان أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها ، وان حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فأت الذى هو خير ، وكفر عن يمينك » .

وان حلف على فعل مرتين بان قال : والله لا دخلت الدار ، والله لا دخلت الدار نظرت فان نوى بالثانى التأكيد لم يلزمه الا كفارة واحدة ، وان نوى الاستئناف ففيه قولان .

(احدهما) يلزمه كفارتان لانهما يمينان بالله عز وجل ، فتعلق بالحنث فيهما كفارتان كما لو كانت على فعلين .

(والثانى) تجب كفارة واحدة وهو الصحيح . لأن الثانية لا تفيد الا ما افادت الأولى فلم يجب اكثر من كفارة ، كما لو قصد بها التأكيد . وان لم يكن

له نية فان قلنا انه اذا نوى الاستئناف لزمته كفارة واحدة فههنا اولى . وان قلنا هناك تجب كفارتان ففى هذا قولان بناء على القولين فيمن كرر لفظ الطلاق ولم ينو .

فصـــل والكفارة اطعام عشرة مساكين او كسوتهم او تحرير رقبة . وهو مخير بين الثلاثة . والدليل عليه قوله تعالى « لا يؤاخذكم الله باللغو فى ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته اطعام عشرة مساكين مـــن اوسط ما تطعمون اهليكم او كسوتهم او تحرير رقبة » فان لم يقدر على الثلاثة لزمه صيام ثلاثة أيام لقوله عز وجل « فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام » فان كان يكفر بالمال فالمستحب ان يكفر قبل الحنث ليخرج من الخـــلاف . فان ابا حنيفة لا يجيز تقديم الكفارة على الحنث .

وان اراد أن يكفر بالمال قبل الحنث نظرت ـ فان كان الحنث بغير معصية ـ جاز تقديم الكفارة لانه حق مال يتعلق بسببين يختصانه . فاذا وجد احدهما جاز تقـديمه على الآخـر كالزكاة قبـل الحول . وان كان الحنث بالمعصـية ففيه وجهان : (احدهما) يجوز لما ذكرناه . (والثانى) لا يجوز لأنه يتوصل به الى معصية .

واختلف اصحابنا فى كفارة الظهار قبل العود . وكفارة القتل بعد الجرح وقبل الموت . فمنهم من قال فيه وجهان كما قلنا فى اليمين على معصية . ومنهم من قال يجوز لانه ليس فيه توصل الى معصية . وان كان يكفر بالصوم لم يجز قبل الحنث لانها عبادة تتعلق بالبدن لا حاجة به الى تقديمهـــا على الوجوب كصوم رمضان .

فصـــل ان اراد ان يكفر بالعتق لم يجز الا بمايجوز فى الظهار وقد بيناه . وان اراد ان يكفر بالاطعام اطعم كل مسكين مدا كما يطعم فى الظهـــار وقد بيناه .

الشرح حديث عبد الرحمن بن سمرة أخرجه البخارى فى النذور عن أبى النعمان وفيه « ولا تحلفوا بالطواغى ولا بآبائكم » وفى الأحـــكام عن حجاج بن منهال وعن أبى معمر . وفى الكفارات عن محمد بن عبد الله وأخرجه مســلم فى الأيمان والنذور عن شـيبان بن فـروخ وعن أبى بكر ابن أبى شيبة وفى المغازى عن شـيبان . وأخرجـه أبو داود فى الأيمـــان

والنذور عن محمد بن عبد الأعلى • وأخرجه النسائى فى الأيمان والنذور عن عمرو بن على وعن محمد بن عبد الأعلى وعن محمد بن يحيى وعن زياد ابن أيوب • وعن أحمد بن سليمان وعن محمد بن قـدامه • وأخرجه ابن ماجه فى الكفارات عن أبى بكر بن أبى شيبة •

وللحديث طرق عن غير عبد الرحمن بن سمرة بمعناه عن عدى بن حاتم عند مسلم بلفظ « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفرها وليأت الذى هو خير » وفى لفظ « من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه » رواه مسلم وأحمد والنسائى وابن ماجه •

وعن أبى هريرة عند أحمد ومسلم والترمذى وصححه بلفظ « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه وليفعل الذى هو خير » وفى لفظ لمسلم « فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه » •

وعن أبى موسى مرفوعا عند أحمد والبخارى ومسلم بلفظ « لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيرا منها الا أتيت الذى هو خـير وتحللتهـا » وفى لفظ « الا كفرت عن يمينى وفعلت الذى هو خير » وفى لفظ « الا أتيت الذى هو خير وكفرت عن يمينى » •

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عند النسائى وأبى داود مرفوعا « لا نذر ولا يمين فيما لا تملك ولا فى معصية ولا فى قطيعة رحم » •

وقال أبو داود : الأحاديث كلها عن النبى صلى الله عليه وسلم « وليكفر عن يمينه الا ما لا يعبأ به » •

وقال الحافظ ابن حجر فى الفتح : ورواته ــ يعنى حديث عمرو بن شعيب ــ لا بأس بهم ، لكن اختلف فى سنده على عمرو ، وفى بعض طرقه عنـد أبى داود « ولا فى معصية » •

اما الأحكام فان الأصل فى كفارة اليمين الكتاب والسنة والاجماع • أما الكتاب فقول الله تعالى : « لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكـن

يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم » وأما السنة فما مضى آنفاً من أحاديث عبد الرحمن ابن سمرة وغيره من الصحابة • وقد أجمع المسلمون على مشروعية الكفارة فى اليمين بالله تعالى ، والأحاديث دالة على أن الحنث فى اليمين أفضل من التمادى اذا كان فى الحنث مصلحة ، ويختلف باختلاف حكم المحلوف عليه • فان حلف على فعل واجب أو ترك حرام فيمينه طاعة والتمادى مستحب والحنث معصية ، والعكس بالعكس •

وان حلف على فعل نفل فيمينه طاعة والتمادى مستحب والحنث مكروه • وان حلف على ترك مندوب فبعكس الذى قبله • وان حلف على فعل مباح فان كان يتجاذبه رجحان الفعل أو الترك ، كما لو حلف لا يأكل طيباً ولا يلبس ناعما ففيه عندنا خلاف •

قال ابن الصباغ فى الشامل ــ وصوبه المتأخرون ــ ان ذلك يختلف باختلاف الأحوال وان كان مستوى الطرفين فالأصح أن التمادى أولى لأنه قال : « فليأت الذى هو خير » واختلف الأئمة هل تتقدم الكفارة الحنث أم تأتى بعده ؟ فاستدل القائلون بوجوب الكفارة قبل الحنث بقوله صلى الله عليه وسلم : « فكفر عن يمينك ثم ائت الذى هو خير » وهذه الرواية صححها الحافظ فى بلوغ المرام ، وأخرج الحاكم عن عائشة نحوها •

وأخرج الطبرانى من حديث أم سلمة بلفظ : « فأت الذى هو خير وكفر » لأن الواو لا تدل على الترتيب انما هى لمطلق الجمع ، على أن الواو لو كانت تفيد ذلك لكانت الرواية التى بعدها « فكفر عن يمينك وائت الذى هو خير » تخالفها وكذلك بقية الروايات التى حرصنا على اثباتها هنا •

قال ابن المنذر : رأى ربيعة والأوزاعى ومالك والليث وسائر فقهاء الأمصار غير أهل الرأى أن الكفارة تجزى قبل الحنث ، الا أن الشافعى استثنى الصيام فقال : لا يجزى الا بعد الحنث •

وقال أصحاب الرأى : « لا تجزى الكفارة قبل الحنث » وعن مالك

روايتان • ووافق الحنفية أشهب المالكى وداود الظاهرى ؛ وخالفه ابن حزم، واحتج الطحاوى لأبى حنيفة بقوله تعالى : (ذلك كفارة أيمانكم اذا حلفتم) فان المراد اذا حلفتم فحنثتم •

وقال القرطبى : اختلف العلماء فى تقديم الكفارة على الحنث هل تجزى أم لا ؟ ــ بعد اجماعهم على أن الحنث قبل الكفارة مباح حسن ، وهو عندهم أولى ــ على ثلاثة أقوال (أحدها) يجزى مطلقا ، وهو مذهب أربعة عشر من الصحابة وجمهور الفقهاء وهو مشهور مذهب مالك •

وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا يجزى بوجه ، وهى رواية أشهب عن مالك • ثم ذكر وجه الجواز فأتى بحديث أبى موسى ، ثم ذكر وجه المنع فساق حديث عدى بن حاتم •

والقول الثالث وهو قول الشافعى : « وتجزىء بالاطعام والكسوة ولا تجزىء بالصوم لأن عمل البدن لا يقدم قبل وقته ، ويجزىء فى غير ذلك ككفارة الظهار قبل العود ، وكفارة القتل بعد الجرح وقبل الموت على أحد الوجهين عند أصحابنا » • وقال الحافظ ابن حجر فى الفتح : وأولى من ذلك أن يقال : التقدير أعم من ذلك فليس أحد التقديرين بأولى من الآخر •

واحتجوا أيضاً بأن ظاهر الآية أن الكفارة وجبت بنفس اليمين ورده من أجازها بأنها لو كانت بنفس اليمين لم تسقط عمن لم يحنث اتفاقا ، واحتجوا أيضا بأن الكفارة بعد الحنث فرض واخراجها قبله تطوع ، فلا يقوم التطوع مقام المفروض ، هكذا أفاده الشوكانى فى النيل •

وقال القاضى عياض : اتفقوا على الكفارة لا تجب الا بالحنث ، وأنه يجوز تأخيرها بعد الحنث • ا هـ

واستحب مالك والأوزاعى والثورى تأخيرها بعد الحنث ، وهو مذهبنا كما أثبته المصنف ، وقال القاضى عياض : ومنع بعض المالكية تقديم كفارة الحنث فى المعصية لأن فيه اعانة على المعصية ، ورده الجمهور •

قال ابن المنذر : واحتج الجمهور بأن اختلاف ألفاظ الأحاديث لا يدل على تعين أحد الأمرين ، والذى يدل عليه أنه أمر الحالف بأمرين ، فاذا أتى بهما جميعاً فقد فعل ما أمر به ؛ واذا دل الخبر على المنع فلم يبق الا طريق النظر ، فاحتج للجمهور بأن عقد اليمين لما كان يحله الاستثناء وهو كلام ، فلأن تحله الكفارة وهى فعل مالى أو بدنى أولى ؛ ويرجح قولهم أيضاً بالكثرة • وذكر القاضى عياض : أن عدة من قال بجواز تقديم الكفارة أربعة عشر صحابياً وتبعهم فقهاء الأمصار الا أبا حنيفة •

قال الشوكانى : ان المتوجه العمل برواية الترتيب المدلول عليه بلفظ ثم ، ولولا الاجماع المحكى على جواز تأخير الكفارة عن الحنث لكان ظاهر الدليل أن تقديم الكفارة واجب • وال الماوردى : للكفارة ثلاث حالات :

(أحدها) قبل الحلف فلا تجزىء اتفاقاً •

(ثانيها) بعد الحلف والحنث فتجزىء اتفاقا •

(ثالثها) بعد الحلف وقبل الحنث ففيها الخلاف •

وقد وقع فى حديث عدى بن حاتم عند مسلم ما يوهم أن فعل الذى هو خير كفارته فانه أخرجه بلفظ : « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذى هو خير وليترك يمينه » وهكذا أخرجه من وجهين ولم يذكر الكفارة ، ولكن أخرجه من وجه آخر بلفظ : « فرأى غيرها خيراً منها فليكفرها وليأت الذى هو خير » ومداره فى الطرق كلها على عبد العزيز ابن رفيع عن تميم بن طرفة عن عدى والذى أتى بالزيادة حافظ ، وزيادة الحافظ معتمدة •

وقوله « من أوسط ما تطعمون » هو المتوسط ما بين قوت الشدة والسعة وقد أخرج ابن ماجه عن سفيان بن عيينة عن سليمان بن أبى المغيرة عن سعيد ابن جبير عن ابن عباس قال (كان الرجل يقوت أهله قوتا فيه سعة ، وكان الرجل يقوت أهله قوتا فيه شدة فنزلت (من أوسط ما تطعمون أهليكم) •

وقد ذكر الله تعالى فى الكفارة الخلال الثلاث فخير فيها وعقب عند عدمها بالصيام ؛ وبدأ بالطعام لأنه كان الأفضل فى بلاد الحجاز لغلبة الحاجة اليه وعدم شبعهم ؛ ولا خلاف فى أن كفارة اليمين على التخيير .

قال ابن عباس ما كان فى كتاب الله (أو) فهو مخير فيه ، وما كان (فمن لم يجد) فالأول الأول . هكذا ذكره الامام أحمد فى التفسير . قال القاضى ابن العربى : والذى عندى أنها تكون بحسب الحال ، فان علمت محتاجا فالطعام أفضل ، لأنك اذا أعتقت لم تدفع حاجتهم وزدت محتاجا حادى عشر اليهم . وكذلك الكسوة تليه ولما علم الله الحاجة بدأ بالمقدم . ا هـ

وقوله تعالى « اطعام عشرة مساكين » الذى عندنا أنه يجب تمليك المساكين ما يخرج لهم ودفعه اليهم حتى يتملكوه ويتصرفوا فيه ، لقوله تعالى « وهو يطعم ولا يطعم » وفى الحديث « أطعم رسول الله صلى الله عليه وسلم الجد السدس » وقال أبو حنيفة : لو غداهم وعشاهم جاز وهو اختيار ابن الماجشون من المالكية الذى قال : ان التمكين من الاطعام اطعام . قال تعالى « ويطعمون الطعام على حبه مسكينا ويتيما وأسيرا » فبأى وجه أطعمه دخل فى الآية .

وفى قدر الاطعام خلاف ، فعندنا وعند مالك وأهل المدينة مد لكل واحد من المساكين العشرة ان كان بمدينة رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال سليمان بن يسار : أدركت الناس وهم اذا أعطوا فى كفارة اليمين أعطوا مدا من حنطة بالمد الأصغر ، ورأوا ذلك مجزئا عنهم ، وهو قول ابن عمر وابن عباس وزيد بن ثابت ، وبه قال عطاء بن أبى رباح ، واختلف اذا كان بغيرها . وقد سبق لنا فى كفارة الظهار بيان مقدار ما يعطى كل مسكين وجنسه فارجع اليه .

أما قوله تعالى « من أوسط ما تطعمون أهليكم » روى أحمد فى كتاب التفسير باسناده عن ابن عمر قال « الخبز واللبن » وفى رواية عنه قال « الخبز والتمر والخبز والزيت والسمن » وقال أبو رزين « خبز وزيت

وخل » وقال الأسود بن يزيد « الخبز والتمر » وعن على « الخبز والتمر ، الخبز والسمن ، الخبز واللحم » .

عن ابن سيرين قال : كانوا يقولون أفضله الخبز واللحم . وأوسطه الخبز والسمن وأخسه الخبز والتمر .

(قلت) لا يجزىء عندنا شيء من هذا كما مضى فى كفارة الظهار وكفارة الصوم ، حيث لا يجزىء دقيق ولا سويق ، لأنه خرج عن حالة الكمال والادخار ولا يجزىء فى الزكاة فلم يجزىء فى الكفارة كالقيمة . وقال ابن القاسم : يجزئه المد بكل مكان .

وقال ابن المواز « أفتى ابن وهب بمصر بمد ونصف ، وأشهب بمد وثلث » قال : وان مدا وثلثا لوسط من عيش الأمصار فى الغذاء والعشاء .

وقال أبو حنيفة « يخرج من البر نصف صاع ،ومن التمر والشعير صاعا على حديث عبد الله بن ثعلبة بن صعير بالتصغير وبالمهملتين عن أبيه قال : « قام رسول الله صلى الله عليه وسلم خطيباً فأمر بصدقة الفطر صاع من تمر أو صاع من شعير عن كل رأس أو صاع بر بين اثنين » وبه أخذ سفيان وابن المبارك .

وروى عن على وعمر وابن عمر وعائشة رضى الله عنهم ، وبه قال سعيد ابن المسيب وهو قول فقهاء العراق كافة ، لما رواه ابن عباس قال « كفر رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاع من تمر وأمر الناس بذلك ؛ فمن لم يجد فنصف صاع من بر من أوسط ما تطعمون أهليكم » أخرجه ابن ماجه . وقال القرطبى : ويخرج الرجل مما يأكل قال ابن العربى : وقد زلت هنا جماعة من العلماء ، فقالوا : انه اذا كان يأكل الشعير ويأكل الناس البر فليخرج مما يأكل الناس ، وهذا سهو بين ، فان المكفر اذا لم يستطع فى خاصة نفسه الا الشعير لم يكلف أن يعطى لغيره سواه ، وقد قال صلى الله عليه وسلم « صاعاًمن طعام ، صاعا من شعير » ففصل ذكرهما ليخرج كل أحد فرضه مما يأكل ، وهذا مما لا خفاء فيه .

وقال مالك : ان غدى عشرة مساكين وعشاهم أجزأه ، وقال الشافعى : لا يجوز أن يطعمهم جملة واحدة لأنهم يختلفون فى الأكل ؛ ولكن يعطى كل واحد مدا وروى عن على عليه السلام « لا يجزىء اطعام العشرة وجبة واحدة » يعنى غداء دون عشاء أو عشاء دون غداء ، فاذا لم يجد الا مسكيناً واحدا ردد عليه فى كل يوم تتمة عشرة أيام ، وبهذا قال أحمد وأبو ثور ، وأجاز الأوزاعى دفعها الى واحد ، ويجوز دفعها لأهل بيت شديدى الحاجة عند أبى عبيد •

فـــرع اذا حلف بالله وحنث لزمته الكفارة قال البطرى فى العدة والظاهر من المذهب أن الكفارة يجب تتبين اليمين والحنث ومن أصحابنا من قال يجب الكفارة باليمين فحسب والحنث وقته للكفارة وقال سعيد ابن جبير يجب الكفارة وقال أبو حنيفة تجب بالحنث دليلنا ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم حلف بأيمان كثيرة ولم يرو عنه أنه كفر عنها حيث لم يحنث فيها فلو وجبت باليمين لكفر عنها •

مســألة فكفارة اليمين اطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة وهو مخير فى هذه الثلاثة لقوله تعالى « ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة » فان لم يقدر على أحد هذه الثلاثة الأشياء وجب عليه أن يصوم ثلاثة أيام لقوله تعالى « فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام » وليس فى شىء من الكفارة تخيير وترتيب الا هذه الأولة وان قال والله لا دخلت الدار ثم دخلها فان نوى باليمين الثانية تأكيد الأولة لزمه كفارة واحدة وان نوى بها الاستئناف ففيه قولان :

(أحدهما) يلزمه كفارتان لأنهما يمينان بالله حنث بهما فهو كما لو كانتا على فعلين •

(والثانى) لا يلزمه الا كفارة واحدة وهو الأصح لأن الثانية لم تفد الا ما أفادته الأولة وان أطلق ولم ينو شيئاً فان قلنا لو نوى الاستئناف لم

تلزمه الا كفارة واحدة فهاهنا أولى وان قلنا هناك : يلزمه كفارتان فهاهنا فولان بناء على من كرر لفظ الطلاق ولم ينو التأكيد والاستئناف فان قلنا هناك : لا يلزمه الا طلقة لم يلزمه هاهنا الا كفارة وان قلنا هناك يلزمه طلقتان لزمه هاهنا كفارتان وان حلف على أمر مستقبل فالمستحب له أن لا يكفر حتى يحنث ليخرج من الخلاف • وان أراد أن يكفر قبل الحنث فان كانت اليمين على غير معصية بأن حلف ليصلى أو لا يدخل الدار جاز له أن يكفر بالاطعام أو الكسوة أو العتق وبه قال عمر وابن عمر وابن عباس وعائشة والحسن البصرى وابن سيرين وربيعة ومالك والأوزاعى وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا يجوز •

دليلنا ما روى أبو داود فى سننه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لعبد الرحمن بن سمرة : « اذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فكفر عن يمينك ثم ائت الذى هو خير » ولأنه حق مال يتعلق بسببين يختصانه فجاز تقديمه على أحدهما كالزكاة وان أراد أن يكفر بالصوم قبل الحنث لم يجز وقال مالك : يجوز •

دليلنا أنه عبادة بدنية لا حاجة به الى تقديمها فلم يجز تقديمها قبل الوجوب لصوم رمضان فقولنا بدنية احتراز من المالية وقولنا لا حاجة به الى تقديمها احتراز من تقديم الصلاة فى الجمع للسفر والمطر وان كانت اليمين على معصية بأن حلف لا يشرب الخمر فأراد أن يكفر قبل أن يشرب ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يجوز لأن تقديم الكفارة رخصة فلا يجوز بسبب المعصية كالقصر والجمع فى سفر المعصية •

(والثانى) يجوز لأن الكفارة لا يتعلق بها استباحة ولا تحريم بل المحلوف عليه على حالته ويفارق السفر فانه سبب فى جواز القصر والجمع وان ظاهر من الرجعية وأراد أن يكفر قبل العود أو جرح رجلا وأراد أن يكفر عن القتل قبل موت المجروح أو جرح المحرم صيدا وأراد أن يخرج الجزاء قبل موت الصيد أو احتاج المشى على الجراد المنتشر وهو محرم أو

احتاج الى استعمال الطيب وهو محرم فأراد اخراج الكفارة قبل ذلك فمن أصحابنا من قال : فيه وجهان كما قلنا فى التى قبلها •

(أحدهما) يجوز لأنه وجد سببى الكفارة •

(والثانى) لا يجوز لأن فى ذلك استباحة محظور ومنهم من قال يجوز وجهاً واحدا لأنه ليس فيه ما يوصل الى معصية والحامل والمرضع اذا خافتا على ولديهما فى الصوم جاز لهما الفطر واخراج الفدية لليوم الذى تريد فطره وهل يجوز اخراج الفدية ليوم بعده ؟ فيه وجهان كالوجهين فى تقديم الزكاة لعامين •

مسألة لا يجب عليه أن يكفر بالمال وهو الاطعام أو الكسوة أو العتق الا اذا قدر على ذلك فاضلا عن كفايته على الدوام بحيث لا يجوز له لمخذ الزكاة بالفقر أو المسكنة فان لم يجد فصيام ثلاثة أيام وهل يجب فيها التتابع ؟ فيه قولان •

(أحدهما) يجب فيها التتابع وبه قال أبو حنيفة وأحمد واختاره المزنى لما روى أن ابن مسعود كان يقرؤها « فصيام ثلاثة أيام متتابعات » والقراءة الشاذة كخبر الواحد ولأنه صوم فى كفارة جعل بدلا عن العتق فوجب فيه التتابع كصوم الظهار فقولنا صوم فى كفارة احتراز من صوم النذر المطلق ومن صوم قضاء رمضان وقولنا جعل بدلا عن العتق احتراز من صوم فدية الأذى •

(والثانى) لا يجب فيها التتابع بل يجزى فيه التفريق وبه قال مالك وعطاء قال المحاملى وهو الأصح ووجهه القراءة المشهورة فصيام ثلاثة أيام ولم يفرق بين أن تكون متتابعة أو متفرقة • ولأنه صوم ورد به القرآن تخلل المرض والسفر فى الثلاث فالحكم فيه كما ذكرنا فى كفارة الظهار •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان أراد أن يكفر بالكسوة كسا كل مسكين ما يقع عليه اسم الكسوة من قميص أو سراويل أو ازار أو رداء أو مقنعة أو خمار ، لأن الشرع ورد به مطلقاً ولم يقدر فحمل على ما يسمى كسوة فى العرف . وهل يجزىء فيه القلنسوة ؟ فيها وجهان :

(أحدهما) لا يجزئه لأنه لا يطلق عليه اسم الكسوة .

(والثانى) انه يجزئه وهو قول أبى اسحاق المروزى ، لما روى أن رجلا سأل عمران بن الحصين عن قوله تعالى (أو كسوتهم) قال : « لو أن وفدا قدموا على اميركم هذا فكساهم قلنسوة قلنسوة ، قلتم قد كسوا » ولا يجزىء الخف والنعل والمنطقة والتكة ، لأنه لا يقع عليه اسم الكسوة ويجزىء الكساء والطيلسان لأنه من الكسوات ، ويجوز ما اتخذ من القطن والكتان والشعر والصوف والخز ، واما الحرير فانه ان أعطاه للمراة أجزاه ، وهل يجوز ان يعطى رجلا ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يجزىء لأنه يحرم عليه لبسه .

(والثانى) يجزئه وهو الصحيح ، لأنه يجوز أن يعطى الرجال كسوة النساء ، والنساء كسوة الرجال ، ويجوز فيه الخام والمقصور والبياض والمصبوغ . فأما الملبوس فانه ان ذهبت قوته لم يجزه ، وان لم تذهب قوته جزاه كما تجزئه الرقبة اذا لم تبطل منفعتها ولا تجزئه اذا بطلت منفعتها .

فصـــل وان أراد ن يكفر بالصيام ففيه قولان :

(أحدهما) لا يجوز الا متتابعاً لأنه كفارة جعل الصوم فيها بدلا عن العتق فشرط فى صومها التتابع ككفارة الظهار والقتل .

(والثانى) انه يجوز متتابعاً ومتفرقا ، لأنه صوم نزل به القرآن مطلقا فجاز متفرقاً ومتتابعاً كالصوم فى فدية الأذى .

فصـــل وان كان الحالف عبدا فكفارته الصوم ، وان كان الصوم يضر به لشدة الحر وطول النهار نظرت ، فان حلف باذن المولى وحنث باذنه - جاز له ان يصوم من غير اذنه لأنه لزمه باذنه ، وان حلف بغير اذنه وحنث بغير اذنه لم يجز أن يصوم الا باذنه لأنه لزمه بغير اذنه وان حلف بغير اذنه وحنث

جاز أن يصوم بغير اذنه لأنه لزمه اذنه ، وان حلف باذنه وحنث بغير اذنه ففيه وجهان :

(أحدهما) انه يجوز أن يصوم بغير اذنه لأنه وجد أحد السببين باذنه فصار كما لو حلف بغير اذنه وحنث باذنه .

(والثانى) لا يجوز أن يصوم بغير اذنه وهو الصحيح ، لأنه اذا لم يجز أن يصوم ولم يمنعه من الحنث باليمين فلأن لا يجوز وقد منعه من الحنث باليمين أولى فان كان الصوم لا يضر به كالصوم فى الشتاء ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه يجوز أن يصوم بغير اذنه لأنه لا ضرر عليه .

(والثانى) انه كالصوم الذى يضر به على ما ذكرناه لأنه ينقص من نشاطه فى خدمته فان صام فى المواضع التى منعناه من الصوم فيها أجزاه لأنه من أهل الصيام ، وانما منع منه لحق المولى ، فاذا فعل بغير اذنه صح كصلاة الجمعة ، فان كان نصفه حرا ونصه عبدا وله مال لم يكفر بالعتق ، لأنه ليس من أهل الولاء ويلزمه أن يكفر بالطعام أو الكسوة . ومن أصحابنا من قال فرضه الصوم ، وهو قول المزنى لأنه ناقص بالرق وهو كالعبد ، والمذهب الأول لأنه يملك المال بنصفه الحر ملكاً تاماً فأشبه الحر .

الشرح فى قوله تعالى (أو كسوتهم) قرىء بكسر الكاف وضمها هما لغتان مثل اسوة وأسوة ، وقرأ سعيد بن جبير ومحمد بن السميقع اليمانى (أو كاسوتهم) يعنى كاسوة هلك . والكسوة فى حق الرجال الثوب الواحد أو كل ما يسمى كسوة عرفا أو أقل ما يقع عليه اسم الكسوة من قميص أو سراويل أو ازار أو رداء أو مقنعة أو عمامة ، وفى القلنسوة وجهان . وذلك ثوب واحد . وبه قال أبو حنيفة والثورى .

وقال أحمد : تتقدر الكسوة بما تجزىء الصلاة فيه ، فان كان رجلا فثوب تجزئه الصلاة فيه ، وان كانت امرأة فدرع وخمار ، وبهذا قال مالك . وممن قال : لا تجزئه السراويل الأوزاعى وأبو يوسف . وقال ابراهيم النخعى : ثوب جامع . وقال الحسن كل مسكين حله : ازار ورداء .

قال ابن عمر وعطاء وطاوس ومجاهد وعكرمة وأصحاب الرأى : يجزئه

ثوب ثوب • ولم يفرقوا بين الرجل والمرأة • وحكى عن الحسن قال تجزىء العمامة • وقال سعيد بن المسيب عباءة وعمامة ، والطيلسان فارسى معرب ثوب يغطى به الرأس والبدن يلبس فوق الثياب •

اذا ثبت هذا فانه يجوز أن يكسوهم من جميع أصناف الكسوة من القطن والكتان والصوم والشعر والوبر والخز ؛ لأن الله تعالى أمر بكسوتهم ولم يعين فأى جنس كساهم منه خرج به عن العهدة لوجود الكسوة المأمور بها • ويجوز أن يكسو المرأة حريرا ، ويجوز أن يكسوهم ثياباً مستعملة الا أن تكون قد بليت وذهبت منفعتها لأنها معيبة فلا تجزىء كالحب المعيب، وسواء ما أعطاهم مصبوغا أو غير مصبوغ أو خاما أو مقصورا ؛ لأنه تحصل الكسوة المأمور بها والحكمة المقصودة منها • وبهذا قال أحمد ، الا فى ثوب الحرير فانه يجوز أن يعطى الرجل ثوباً من الحرير ، وهو أحد الوجهين عندنا ، وسواء كان ما أعطاهم مصبوغا أو غير مصبوغ ، أو خاماً غير مخيط ، لأنه تحصل الكسوة المأمور بها والحكمة المقصودة • والذين تجزىء كسوتهم هم المساكين الذين يجزىء اطعامهم لأن الله تعالى قال « فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم » فينصرف الضمير الى المساكين لا الى أهليكم ، وقد تقدم الكلام فى المساكين وأصنافهم فى كفارة الصوم •

مسألة قوله « وان أراد أن يكفر بالصيام الخ » فيؤخذ على المصنف قوله « وان أراد » بصيغة التخيير مع أن الآية صريحة بالتخيير بين الاطعام أو الكسوة أو التحرير فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ، وهذا لا خلاف فيه الا فى اشتراط التتابع فى الصوم ففيه قولان :

(أحدهما) اشتراطه وهو ظاهر المذهب عند أحمد ، وبه قال النخعى والثورى واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأى • وروى نحو ذلك عن على وبه قال عطاء ومجاهد وعكرمة •

(والقول الثانى) أنه يجوز متتابعاً ومتفرقا ، وهو رواية عن أحمد

حكاها ابن أبى موسى وبه قال مالك لأن الأمر بالصوم مطلق ولا يجوز تقييده الا بدليل ولأنه صام الأيام الثلاثة فلم يجب التتابع فيه كصيام المتمتع ثلاثة أيام فى الحج ووجه القول الأول ما ورد فى قراءة أبى وعبد الله ابن مسعود « فصيام ثلاثة أيام متتابعات » كذلك ذكره الامام أحمد فى التفسير عن جماعة • وهذا ان كان قرآناً فهو حجة لأنه كلام الله الذى لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه • وان لم يكن قرآنا فهو رواية عن النبى صلى الله عليه وسلم اذ يحتمل أن يكونا سمعاه من النبى صلى الله عليه وسلم تفسيرا فظناه قرآنا فثبتت له رتبة الخبر ، ولا ينقص عن درجة تفسير النبى صلى الله عليه وسلم للآية •

فعلى هذا ان أفطرت المرأة لحيض أو مرض ، أو الرجل لمرض لم ينقطع التتابع • وفى أحد القولين عندنا ينقطع فى المرض ولا ينقطع فى الحيض ، وقال أبو حنيفة : ينقطع فيهما لأن التتابع لم يوجد وفوات الشرط يبطل به المشروط • وقال أحمد وأبو ثور واسحاق كل عذر يبيح الفطر أشبه الحيض فى كفارة القتل فلا يقطع التتابع •

مسألة من كانت له دابة يحتاج الى ركوبها أو دار لا غنى له عن سكناها ، أو خادم يحتاج الى خدمته أجزأه الصيام فى الكفارة • ومن ثم فان الكفارة انما تجب فيما يفضل عن حاجته الأصلية والسكنى من الحوائج الأصلية وكل ما ذكرنا وبهذا قال أحمد •

وقال أبو حنيفة ومالك : من ملك رقبة تجزى فى الكفارة لا يجزئه الصيام وان كان محتاجاً اليها لخدمته • ومثل ذلك من له عقار يحتاج الى أجرته لمؤنته وحوائجه الأصلية أو بضاعة يختل ربحها المحتاج اليه بالتكفير منها أو سائمة يحتاج الى نمائها حاجة أصلية أو أثاث يحتاج اليه أو كتب لا يتيسر له تحصيلها مرة أخرى وأشباه هذا فله التكفير بالصيام ، لأن ذلك مستغرق لحاجته الأصلية ، فأشبه المعدم •

فرع لا يجزئه أن يطعم خمسة مساكين ويكسو خمسة لقوله

تعالى : « فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم » فوجه الدلالة من وجهين :

(أحدهما) أنه جعل الكفارة احدى هذه الخصال الثلاث ولم يأت بواحدة منها •

(الثانى) أن اقتصاره على هذه الخصال الثلاث دليل على انحصار التكفير فيها • وما ذكره القائلون بجواز المزج بينهما من أصحاب أحمد والثورى وأصحاب الرأى من اطعام خمسة وكسوة خمسة انما يشكل خصلة رابعة ، وما ذكروه انما هو تلفيق للكفارة من نوعين فأشبه ما لو أعتق نصف عبد وأطعم خمسة أو كساهم ، ولأنه نوع من التكفير فلم يجزئه تبعيضة •

مسألة اذا دخل فى الصوم ثم أيسر ، أى قدر على العتق أو الاطعام أو الكسوة بعد الشروع فى الصوم لم يلزمه الرجوع اليها ، وروى ذلك عن الحسن وقتادة ، وبه قال مالك وأحمد واسحاق وأبو ثور وابن المنذر •

وروى عن النخعى والحكم أنه يلزمه الرجوع الى أحدها ، وبه قال الثورى وأصحاب الرأى لأنه قدر على المبدل قبل اتمام البدل فلزمه الرجوع كالمتيمم اذا قدر على الماء قبل صلاته • دليلنا أنه بدل لا يبطل بالقدرة على المبدل فلم يلزمه الرجوع الى المبدل بعد الشروع فيه ، كما لو شرع المتمتع العاجز عن الهدى فى صوم السبعة الأيام فانه لا يخرج بلا خلاف والدليل على أن البدل لا يبطل أن البدل الصوم وهو صحيح مع قدرته اتفاقا ، وفارق التيمم فانه يبطل بالقدرة على الماء بعد فراغه منه ولأن الرجوع الى طهارة الماء لا مشقة فيه ليسره ، والكفارة يشق الجمع فيها بين خصلتين ، وايجاب الرجوع يفضى الى ذلك •

فرع فان أراد أن يكفر بالعتق أعتق رقبة مؤمنة على ما ذكرناه فى الظهار وان أراد أن يكفر بالاطعام أطعم عشرة مساكين كل مسكين مدا من

الطعام على ما ذكرناه فى الظهار وان أراد أن يكفر بالكسوة كسا عشرة مساكين كل مسكين ما يقع عليه اسم الكسوة من قميص أو عمامة أو سراويل أو رداء أو ازار أو مقنعة أو خمار ، وقال مالك وأحمد : لا يجزيه الا ما يجزى فيه الصلاة ، وقال أبو يوسف ومحمد : لا يجزى السراويل والعمامة دليلنا أن الشرع ورد بالكسوة مطلقة وليس له عرف يحمل عليه فوجب حمله على ما يقع عليه اسم الكسوة واسم الكسوة تقع على العمامة والمقنعة والخمار والسراويل فأجزأه كالقميص وهل يجزىء فيه القلنسوة ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يجزيه لأنه لايقع عليه اسم الكسوة .

(والثانى) يجزيه لما روى عن عمران بن الحصين أنه سئل عن قوله تعالى : « أو كسوتهم » ، فقال اذا أعطاهم قلنسوة أرأيت لو قدم وفد على الأمير فأعطاهم قلنسوة فانه يقال قد كساهم وان أعطاه خفا أو شمشكا أو نعلا أو جوربا أو تكا لم يجزه لأن ذلك لا يقع عليه اسم الكسوة . قال ابن الصباغ : وقد حكى الشيخ أبو حامد فى الخف وجهين :

(الأول) هو المشهور ويجوز دفع الكسوة مما اتخذ من الصوف والشعر والوبر والقطن والكتان والخز وأما ما اتخذ منه الحرير فان أعطاه امرأة أجزأه وان أعطاه رجلا فهل يجزيه ؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو اسحاق :

(أحدهما) لا يجزيه لأنه محرم عليه لبسه .

(والثانى) يجوز لأنه يجوز أن يدفع الى الرجل كسوة المرأة والى المرأة كسوة الرجل ؛ والمستحب أن يكون ما يدفعه جديدا خاما كان أو مقصورا فان دفع لبيساً فان كان قد خلق لم يجزه لأن قوته قد ذهبت فلم يجزه كالطعام المسوس وان كان لم يخلق أجزأه كالطعام العتيق .

فـــرع اذا مات وفى ذمته كفارات أو هدى أو نذر مال فان ذلك لا يسقط بموته وقال أبو حنيفة : يسقط بموته وقد مضى الدليل عليه فى الزكاة اذا ثبت أنها لا تسقط فانها تخرج من تركته فان اتسعت تركته لجميعها

أخرجت وان كان ماله لا يتسع لجميعها فان كانت كلها متعلقة بالعين بأن كان عليه زكاة مال والمال باق وهو أنواع كالذهب والفضة والمواشي والزرع سوى بين الجميع وهكذا وان كانت متعلقة بالذمة بأن كان المال الذى وجبت فيه الزكاة تالفاً واستفاد غيره أو كانت نذوراً أو كفارات سوى بين الجميع وأخرج من كل عين بقسطها وان كان بعضها متعلقاً بالعين وبعضها بالذمة قدم ما تعلق بالعين وان كان عليه حق لله وحق الآدمي وبعضها معلق بالعين وبعضها بالذمة قدم ما تعلق بالعين على ما تعلق بالذمة سواء كان لله أو للآدمى وان كان الحقان متعلقين بالعين أو متعلقين بالذمة فأيهما تقدم ؟ فيه ثلاثة أقوال مضت فى الزكاة •

فرع وان كان كفارة يمين ومات ولم يوص بها فالواجب عليه أقل الأنواع وهو الاطعام ويجوز للورثة أن يكسوا المساكين وهل يجوز لهم أن يعتقوا عنه ؟ فيه وجهان مضى ذكرهما • وان وصى بأن يعتق عنه عن كفارة اليمين كان ذلك من ثلثه سواء أطلق أو قال : من رأس المال أو من الثلث لأنه ليس بواجب فان وفى ثلثه وبرقبة يجزىء فلا كلام وان لم يف الثلث برقبة تجزىء ففيه وجهان ، وقال أبو اسحاق : يعزل قدر الطعام من رأس المال ويضاف اليه الثلث من الباقى فان وفا برقبة يجزىء أعتقه والا أطعم عنه كما يقول فيه اذا أوصى أن يحج عنه من دويرة أهله ولم يف الثلث بذلك ومن أصحابنا من قال : يبطل الوصية بالعتق ويطعم عنه وهو ظاهر النص لأن الذى وصى به لم يحتمله الثلث فسقط ويفارق الحج لأن الذى وصى به هو الواجب وانما أراد تكميله والعتق هاهنا غير واجب وانما الواجب الاطعام •

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب العـــــدد

اذا طلق الرجل امرأته قبل الدخول والخلوة لم تجب العدة لقوله تعـالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمســوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » ولأن العدة تجب لبراءة الرحم ، وقد تيقنا براءة رحمها ، وان طلقها بعد الدخول وجبت العدة لأنه لما أسقط العدة فى الآية قبل الدخول ، دل على وجوبها بعد الدخول ولأن بعد الدخول يشتغل الرحم بالماء فوجبت العدة لبراءة الرحم . وان طلقها بعد الخلوة وقبل الدخول ففيه قولان :

(احدهما) لا تجب العدة لما ذكرناه من الآية والمعنى .

(والثانى) تجب لأن التمكين من استيفاء المنفعة جعل كالاستيفاء ، ولهذا تستقر به الأجر فى الاجارة كما تستقر بالاستيفاء ، فجعل كالاستيفاء فى ايجاب العدة .

فصـــل وان وجبت العدة على المطلقة لم تخل ـ اما أن تكون حرة أو امة ـ فان كانت حرة نظرت ، فان كانت حاملا من الزوج اعتدت بالحمـل لقوله تعالى : « واولات الأحمال أجلهن الا بوضع الحمل فان كان الحمـل لا تحصل فى الحامل لا تحصل فى الحامل الا بوضع الحمل فان كان الحمـل ولدا لم تنقض العدة حتى ينفصل جميعه ، وان كان ولدين أو أكثر لم تنقض حتى ينفصل الجميع ، لأن الحمل هو الجميع ، ولأن براءة الرحم لا تحصـل الا بوضع الجميع . وان وضعت ما بان فيه خلق آدمى انقضت به العـدة ، وان وضعت مضغة لم يظهر فيه خلق آدمى وشهد أربع نسوة من أهل المعرفة انه خلق آدمى ففيه طريقان .

من أصحابنا من قال : تنقضى به العدة قولا واحدا . ومنهم من قال فيـه قولان وقد بيناه فى عتق ام الولد ، وأقل مدة الحمل ستة أشهر لما روى انه

اتى عثمان رضى الله عنه بامراة ولدت لستة اشهر فشاور القوم فى رجمها ، فقال ابن عباس رضى الله عنه : انزل الله عز وجل : ((وحمله وفصاله ثلاثون شهرا)) ، وانزل : ((وفصاله فى عامين)) فالفصال فى عامين والحمل فى ستة اشهر .

وذكر القتيبى فى المعارف أن عبد الملك بن مروان ولد لستة أشهر ، واكثره أربع سنين لما روى الوليد بن مسلم ، قال : قلت لمالك بن أنس : حدثت جميلة بنت سعد عن عائشة رضى الله عنها : لا تزيد على السنتين فى الحمل . قال مالك : سبحان الله من يقول هذا ؟ هذه جارتنا امراة محمد بن عجلان تحمل أربع سنين قبل أن تلد . وأقل ما تنقضى به عدة الحامل أن تضع بعد ثمانين يوماً من بعد امكان الوطء،لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ان أحدكم ليخلق فى بطن امه نطفة أربعين يوماً ، ثم يكون علقة أربعين يوماً ، ثم يكون مضغة أربعين يوماً ، ولا تنقضى العدة بما دون المضغة فوجب أن يكون بعد الثمانين) .

الشرح قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم الخ » خاطب الله المؤمنين بحكم الزوجة تطلق قبل البناء ، وبين ذلك الحكم للأمة ، فالمطلقة اذا لم تكن ممسوسة لا عدة عليها بنص الكتاب واجماع الأمة ، وعلى هذا فان النكاح فى الآية هنا يطلق على العقد وان كان فى الحقيقة يطلق على الوطء ، وسمى العقد نكاحاً لملابسته له من حيث هو طريق اليه ، ولم يرد النكاح فى كتاب الله الا فى معنى العقد لأنه فى معنى الوطء ، وهو من آداب القرآن ، وقد كنى عن الوطء بلفظ الملامسة والقربان والاتيان .

وفى قوله : (ثم طلقتموهن) أحكام مضى ذكرها فى الطلاق .

قال الشافعى رحمه الله : قال الله تبارك وتعالى « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » محل ذلك أن الزوجة يجب عليها العدة بطلاق الزوج أو بوفاته فأما عدة الطلاق فينظر فيه فان طلقها قبل الخلوة بها والدخول لم يجب عليها العدة لقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » وان طلقها بعد أن دخل بها وجبت عليها العدة لأن الله تعالى لما لم يوجب عليها اذا طلقت قبل الدخول دل على أنها يجب عليها العدة بعد الدخول ولأن رحمها قد

صار مشغولا بماء الزوج فوجبت عليها العدة لبراءته وأن طلقها بعد الخلوة وقبل الدخول فقد نص الشافعى فى الجديد على أن الخلوة لا تأثير لهـا فى استقرار المهر ولا فى ايجاب العدة ولا فى قوة قول من يدعى الاصابة وقال أبو حنيفة الخلوة كالاصابة فى استقرار المهر لها وايجاب العدة وقال مالك للخلوة تأثير فى أنه يقوى بها قول من ادعى الاصابة منها دون استقرار المهر لها وايجاب العدة قال الشافعى فى القديم للخلوة تأثير فمن أصحابنا مـن قال تأثيرها فى القديم كقول أبى حنيفة فى استقرار المهر وايجاب العـدة ومنهم من قال تأثيرها فى القديم كقول مالك والأول أصح فاذا قلنا بقـوله القديم فوجهه ما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال اذا أرخى السـتر أو أغلق الباب فقد وجب المهر ما ذنبهن ان جاء العجز من قبلكم ولأن التمكن من استيفاء المنفعة جعل كاستيفائها فى الاجارة فكذلك فى النكاح واذا قلنا بقوله الجديد وبه قال ابن مسعود وابن عباس وهو الأصح فوجهه قـوله تعالى : « وأن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » وقوله تعالى « اذا نكحتـم المؤمنات ثم طلقتمـوهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » ولم يفرق بين أن يكون خلا بها أو لم يخل بها ولأنها خلوة عرت عن الاصابة فلم يتعلق بها حكم كالخلوة فى غير النكاح وما روى عن عمر يعارضه ما رويناه عن ابن مسعود وابن عباس وعلى أنه يحتمل أنه أراد بقوله فقد وجب المهر أى فقد وجب تسليم المهـر لأنها قد مكنته من نفسها ولم يرد به الاستقرار •

فـرع فى مذاهب العلماء قد استدل داود الظـاهرى ومـن قال بقوله أن المطلقة الرجعية اذا راجعها زوجها قبل أن تنقضى عدتها ثم فارقها قبل أن يمسها أنه ليس له عليها أن تتم عدتها ولا عدة مستقبلة ، لأنها مطلقها قبل الدخول بها •

وقال عطاء بن أبى رباح وفرقة : تمضى فى عدتها من طلاقهـا الأول ، وهو أحد قولى الشافعى رضى الله عنه ؛ لأن طلاقه لها اذا لم يمسها فى حـكم من طلقها فى عدتها قبل أن يراجعها ، ومن طلق امرأته فى كل طهر مرة بنت ولم تستأنف ، وقال مالك اذا فارقها قبل أن يمسها أنها لا تبنى على ما مضى

من عدتها ؛ وأنها تنشىء من يوم طلقها عدة مستقبلة ، وقد ظلم زوجها نفسها وأخطأ ان كان ارتجعها ولا حاجة له بها ؛ وعلى هذا أكثر أهل العلم ، لأنها فى حكم الزوجات المدخول بهن فى النفقة والسكنى وغير ذلك ؛ ولذلك تستأنف العدة من يوم طلقت ، وهو قول جمهور فقهاء البصرة والكوفة ومكة والمدينة والشام •

وقال الثورى : أجمع الفقهاء عندنا على ذلك • قال ابن قدامة : وأجمعوا على أن المطلقة قبل المسيس لا عدة عليها ، لقول الله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم النساء ثم طلقتموهن » الآية •

فرع هل تجب العدة على المطلقة اذا خلا بها ولم يمسها ؟ فيه قولان :

(أحدهما) وهو قوله فى القديم : ان العدة تجب على كل من خلا بها زوجها ولم يصبها ثم طلقها • وبهذا قال أحمد وروى عن الخلفاء الراشدين وزيد بن ثابت وابن عمر ، وبه قال عروة وعلى بن الحسين وعطاء والزهرى والثورى والأوزاعى واسحاق وأصحاب الرأى •

(الثانى) وهو قوله فى الجديد : لا عدة عليها لقوله تعالى « ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » وهذا نص ، ولأنها مطلقة لم تمس فأشبهت من لم يخل بها •

ووجه القول الأول ما روى أحمد فى مسنده عن زرارة بن أوفى قال : قضى الخلفاء الراشدون أن من أرخى سترا أو أغلق بابا فقد وجب المهر ووجبت العدة ، ولأنه عقد على المنافع فالتمكين فيه يجرى مجرى الاستيفاء فى الأحكام المتعلقة به كعقد الاجارة •

فرع واذا وجبت العدة على المطلقة لم يخل اما أن يكون حاملا أو حائلا فان كانت حاملا لم تنقض عدتها الا بوضع الحمل حرة كانت أو أمة لقوله تعالى « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » ولأن العدة

تراد لبراءة الرحم وبراءة الرحم تحصل بوضع الحمل دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم فى السبايا « لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض » فان كان الحمل ولدا واحدا لم تنقض العدة الا بوضع جميعه فان خرج بعضه دون بعض فاسترجعها الزوج قبل انفصال جميعه صحت رجعة لقوله تعالى « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » وهذه لم تضع حملها وان كان الحمل ولدين أو أكثر فوضعت واحدا لم تنقض عدتها الا بوضع ما بقى معها منهم فان راجعها الزوج قبل وضع ما بعد الأول صحت الرجعة وبه قال أكثر الفقهاء عن عكرمة فانه قال : تنقضى عدتها بوضع الأول ؛ دليلنا قوله تعالى « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » والحمل يقع على جميع ما فى بطنها من الأولاد بدليل أن رجلا لو قال لامرأته : اذا وضعت حملك فأنت طالق لم تطلق الا بوضع جميع ما فى بطنها من الأولاد .

فرع فاذا ولدت المرأة ولدا ميتا أو جنينا وقد بان فيه شىء من خلقه الآدمى من عين أو ظفر انقضت به العدة ووجبت فيه الغرة على ضاربها ووجبت به الكفارة وصارت الجارية به أم ولد ان أسقطت مضغة ليس فيها شىء ظاهر من خلقه الآدمى الا أنه شهد أربع نسوة ثقات من أهل المعرفة أن فيه تخطيطا باطنا من خلقة ابن آدم تعلقت به الأحكام الأربعة فى الولد . وحكى أن أبا سعيد الاصطخرى أتى بسقط لم يبن فيه شىء من خلق الآدميين فتوقف فيه فشهد القوابل أنه مخطط مصور فطرح فى ماء جار فاستجسد وبان تخطيطه وتصويره فحكم بانقضاء العدة به وان أسقطت شيئا مستجسدا ليس فيه تخطيط ظاهر ولا باطن ولكن شهد أربع من القوابل أن هذا مبتدأ خلق آدمى ولو بقى لتخطط وتصور فقد قال الشافعى تنقضى به العدة وقال فى أمهات الأولاد ما يدل على أنها تعتبر به أم ولد واختلف أصحابنا فيها على طريقين فمنهم من نقل جوابه فى كل واحدة الى الأخرى وجعلها على قولين ومنهم من حملهما على ظاهرهما فقال تنقضى به العدة ولا تصير به أم ولد وقد مضى ذلك فى عتق أمهات الأولاد وان ألقت شيئا مستجسدا ولم يعلم هل هو مبتدأ خلق آدمى أو لا لم تنقض به العدة لأنه لم يثبت كونه آدميا بالمشاهدة ولا بالبينة .

فـــرع أقل مدة الحمل الذى بها الولد حيا ويعيش ستة أشـهر قال أصحابنا : وهو اجماع لا خلاف فيه لما روى أن عثمان رضى الله عنه أتى بامرأة ولدت لستة أشهر فهم برجمها فقال ابن عباس لو خاصمتكم الى كتاب الله لخصمتكم قال الله « وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » وقال « وفصاله فى عامين » فالفصال فى عامين والحمل فى ستة أشهر ، فاستحسن الناس انتزاعه هذا من الآية وذكر القتيبى أن عبد الملك بن مروان وضعته أمة لستة أشهر وأما أكثر مدة الحمل فاختلف الناس فيـه على أربعة مذاهب فمذهبنـا أن أكثر مدة الحمل أربع سنين وذهب الزهرى وربيعة والليث الى أن أكثر مدة الحمل سبع سنين وذهب الأوزاعى والثورى وأبو حنيفة وعثمان البتى الى أن أكثر مدة الحمل سنتان وروى عن عائشـة ، وعـن مالك ثلاث روايات (احداهن) كقولنا (والثانية) كقول الزهرى وهو الأصح عنه والثالثة كقول أبى حنيفة وذهب أبو عبيد أنه لا حد لأكثره دليلنا أن كل ما ورد به الشرع مطلقا وليس له حد فى الشرع ولا فى اللغة ولا فى العرف كان المرجع فى حده الى الوجود وقد ثبت الوجود فيما قلنا قال الشافعى ولد ابن عجـلان لأربع سنين ومثل الشافعى لا يقول هذا الا بعد أن علمه وروى أنه قيـل لمالك حديث جميلة بنت سعد عن عائشة أنها قالت لا تزيد المرأة على السنتين فى الحمل فقال مالك : سبحان الله من يروى هذا ؟ هذه جارتنا امرأة عجلان حملت ثلاثة بطون كل بطن يبقى الحمل فى جوفها أربع سنين هكذا ذكـر الشيخ أبو حامد وأما الشيخ أبو اسحاق فقال : امرأة محمد بن عجـلان وروى حماد بن سلمة عن على بن زيد أن سعيد بن المسيب أراه رجلا وقال : ان أبا هذا غاب عن أمه أربع سنين ثم عاد وقد ولد هـذا وذكر القتيبى أن هرم بن حيان حملتـه أمه أربع سنين وكذلك منصـور بن ريان محمـد ابن عبد الله ابن جبير وابراهيم بن أبى نجح ولدوا لأربع سنين واذا وجـد ذلك عاما وجب المصير اليه فان قيل فقد روى سليمان بن عماد بن العـوام قال كان عندنا بواسط امرأة بقى الحمل فى جوفها خمس سـنين ثم ولدت غلاما له شهر الى منكبه فقال له اش وقال الزهرى وجد حمل السبع سنين قلنا : لم يثبت هذا متكررا ، فدل على بطلانه وما رويناه ثبت متكررا واذا تزوج الرجل امرأة وطلقها وادعت أنها وضعت ولدا تنقضى به العدة فأقل مدة

يقبل قولها فيها أن تدعى ذلك لثمانين يوما من يوم النكاح مع امكان الوطء فان مضى لها من يوم النكاح وامكان الوطء أقل من ذلك لم يقبل قولها لأن الولد لا يتصور فى أقل من ذلك لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ان أحدكم ليمكث فى بطن أمه نطفة أربعين يوما ثم يكون علقة أربعين يوما ثم يكون مضغة أربعين يوما وانما يتصور اذا صار مضغة •

فـــرع فى مذاهب العلماء ــ اذا كانت المطلقة حرة أو أمة وكانت حاملا من الزوج فقد أجمع أهل العلم فى جميع الأمصار والأعصار أنها تنقضى عدتها بوضع حملها ، وكذلك كل مفارقة فى الحياة ؛ وأجمعوا أيضا على أن المتوفى عنها زوجها اذا كانت حاملا أجلها وضع حملها الا ابن عباس ، وسيأتى مزيد •

وقد شرعت العدة لمعرفة براءتها من الحمل ووضعه أدل الأشياء على البراءة منه فوجب أن تنقضى به • فاذا كان الحمل واحدا انقضت العدة بوضعه وانفصال جميعه ، وان ظهر بعضه فهى فى عدتها حتى ينفصل باقيه ، لأنها لا تكون واضعة لحملها ما لم يخرج كله ، وان كان الحمل اثنين أو أكثر لم تنقض عدتها الا بوضع الآخر لأن الحمل هو الجميع • هذا قول عامة أهل العلم الا أبا قلابة وعكرمة فانهما قالا : تنقضى عدتها بوضع الأول ولا تتزوج حتى تضع الآخر •

وذكر ابن أبى شيبة عن قتادة عن عكرمة أنه قال : اذا وضعت أحدهما فقد انقضت عدتها ، قيل له : فتتزوج ؟ قال لا • قال قتادة خصم العبد •

وهذا قول شاذ باتفاق جمهور العلماء ؛ ويخالف ظاهر الكتاب ، فان العدة شرعت لمعرفة البراءة من الحمل ، فاذا علم وجود الحمل فقد تيقن وجود الموجب للعدة وانتفت البراءة الموجبة لانقضائها ، ولأنها لو انقضت عدتها بوضع الأول لأبيح لها النكاح كما لو وضعت الآخر ، فان وضعت ولدا وشكت فى وجود ثان لم تنقض عدتها حتى تزول الريبة ، وتتيقن أنها لم يبق معها حمل ، لأن الأصل بقاؤها فلا يزول بالشك •

فـــرع الحمل الذى تنقضى به العدة ما يتبين فيه شىء من خلق الانسان حرة كانت أو أمة ، فاذا ألقت المرأة بعد فرقة زوجها شيئاً لم يخل :

(١) أن يكون ما بان فيه هو الشكل الآدمى من الرأس واليد والرجل؛ فهذا تنقضى به العدة بلا خلاف قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن عدة المرأة تنقضى بالسقط اذا علم أنه ولد ، وممن نحفظ عنه ذلك الحسن وابن سيرين وشريح والشعبى والنخعى والزهرى والثورى ومالك والشافعى واسحاق • وقال أحمد بن حنبل : اذا بان فيه شىء من خلق الآدمى علم بأنه حمل ؛ فيدخل فى عموم قوله تعالى : « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » •

(٢) أن تلقى نطفة أو دماً لا تدرى هل هو ما يخلق منه الآدمى أو لا ؟ فهذا لا يتعلق به شىء من الأحكام ، لأنه لم يثبت أنه ولد لا بالمشاهدة ولا بالبينة •

(٣) أن تلقى مضغة لم تبن فيها الخلقة ، فشهد أربع ثقات من القوابل أن فيه صورة خفية بان بها أنه خلقة آدمى ؛ فهذا فيه طريقان ، من أصحابنا من قال : تنقضى به العدة كالحال الأول قولا واحدا ، لأنه قد تبين بشهادة أهل المعرفة أنه ولد • (والثانى) من أصحابنا من قال : فيه قولان بينهما المصنف فى عتق أم الولد (أحدهما) أن عدتها لا تنقضى به ولا تصير أم ولد لأنه لم يبن فيه خلق آدمى فأشبه الدم • (والثانى) عدتها لا تنقضى به ولكن تصير أم ولد لأنه مشكوك فى كونه ولدا ، فلم يحكم بانقضاء العدة المتيقنة بأمر مشكوك فيه •

وعن احمد روايتان ، احداهما نقلها الأثرم والأخرى نقلها حنبل كالقولين عندنا •

(٤) اذا ألقت مضغة لا صورة فيها فشهد أربع من ثقات القوابل أنه مبتدأ خلق آدمى فهو كالذى قبله •

(٥) أن تضع مضغة لا صورة فيها ولم تشهد القوابل بأنها مبتدأ آدمى فهذا لا تنقضى به العدة ولا تصير به أم ولد لأنه لم يثبت كونه ولدا ببينة ولا مشاهدة ، فأشبه العلقة ، فلا تنقضى العدة بوضع ما قبل المضغة بحال ، سواء كان نطفة أو علقة ، وسواء قيل انه مبتدأ خلق آدمى أو لم يقل ، فاذا كان علقة فلا تنقضى به العدة باجماع الفقهاء ما عدا الحسن البصرى فانه قال : اذا علم أنها حمل انقضت به العدة وفيه الغرة والأصح ما عليه الجمهور .

وأقل ما تنقضى به مدة الحمل ستة أشهر ، لأن الله تعالى يقول « وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » .

قال ابن عباس : اذا حملت تسعة أشهر أرضعت احدى وعشرين شهرا . وان حملت ستة أشهر أرضعت أربعة وعشرين شهرا ، وروى أن عثمان قد أتى بامرأة قد ولدت سفاحا لستة أشهر فأراد أن يقضى عليها بالحد فقال له على أو ابن عباس : ليس ذلك عليها ، قال تعالى « وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » وقال تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين » فالرضاع أربعة وعشرون شهرا والحمل ستة أشهر . فرجع عثمان ولم يحدها .

وقد روى الأثرم باسناده عن أبى الأسود أنه رفع الى عمر أن امرأة ولدت لستة أشهر فهم عمر برجمها فقال له على « ليس لك ذلك وتلا الآيتين، فخلى عمر سبيلها ، وولدت مرة أخرى كذلك الحمل » ورواه الأثرم أيضاً عن عكرمة أن ابن عباس قال ذلك . قال عاصم الأحول فقلت لعكرمة : انا بلغنا أن علياً قال هذا فقال عكرمة « لا » ما قال هذا الا ابن عباس .

وذكر ابن قتيبة فى المعارف أن عبد الملك بن مروان ولد لستة أشهر . وهذا قول أحمد ومالك وأصحاب الرأى وغيرهم . وسيأتى فى الرضاع مزيد ان شاء الله قال القرطبى لم يعد ثلاثة أشهر فى ابتداء الحمل ، لأن الولد فيها نطفة وعلقة ومضغة ، فلا يكون له ثقل يحس به ، وهو معنى قوله تعالى « فلما تغشاها حملت حملا خفيفا فمرت به » والفصال الفطام .

وروى أن الآية نزلت فى أبى بكر الصديق ؛ وكان حمله وفصاله ثلاثين شهرا حملته أمه تسعة أشهر وأرضعته احدى وعشرين شهرا ، وفى الكلام اضمار • أى ومدة حمله ومدة فصاله ثلاثون شهرا ، ولولا هذا الاضمار لنصب ثلاثون على الظرف وتغير المعنى •

وقال أحمد : أقل ما تنقضى به العدة من الحمل أن تضعه بعد ثمانين يوماً منذ أمكنه وطؤها ؛ لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ان خلق أحدكم ليجمع فى بطن أمه فيكون نطفة أربعين يوما ، ثم يكون علقة مثل ذلك ثم يكون مضغة مثل ذلك » ولا تنقضى العدة بما دون المضغة فوجب أن تكون بعد الثمانين ، فأما بعد الأربعة أشهر فليس فيه اشكال ؛ لأنه منكس فى الخلق الرابع •

مسألة خبر مالك ساقه الذهبى فى الميزان عن ابراهيم بن موسى الفراء • حدثنا الوليد بن مسلم قال : قلت لمالك انى حدثت عن عائشة أنها قالت « لا تحل المرأة فوق سنتين قدر ظل مغزل » فقال مالك سبحان الله من يقول هذا ؟ هذه امرأة ابن عجلان جارتنا امرأة صدق ولدت ثلاثة أولاد فى ثنتى عشرة سنة تحمل أربع سنين قبل أن تلد • ا هـ •

(قلت) من الغريب أن محمد بن عجلان نفسه حملت به أمة بأكثر من ثلاث سنين ، روى هذا الواقدى ، سمعت عبد الله بن محمد بن عجلان يقول حمل بأبى بأكثر من ثلاث سنين • وروى العباس بن نصر البغدادى عن صفوان بن عيسى قال « مكث ابن عجلان فى بطن أمه ثلاث سنين ، فشق بطنها لما ماتت فأخرج وقد نبتت أسنانه » روى هذا المحدث أبو بكر بن شاذان عن عبد العزيز بن أحمد الغافقى المصرى عن العباس •

وكان محمد بن عجلان هذا رجلا صالحا تقيا ، اختلف نقاد الرجال فيه ، فقال الحاكم أخرج له مسلم فى كتابه ثلاثة عشر حديثاً كلها شواهد • وقد تكلم المتأخرون من أئمتنا فى سوء حفظه • وقال الذهبى : امام صدوق مشهور • روى عن أبيه والمقبرى وطائفة • وعنه مالك وشعبة ويحيى

القطان • وثقه أحمد وابن معين وابن عيينة وأبو حاتم • وروى عباس الدورى عن ابن معين قال : ابن عجلان أوثق من محمد بن عمر • وما يشك أحد فى هذا •

وقال البخارى فى ترجمة ابن عجلان فى الضعفاء : قال لى على بن أبى الوزير عن عائشة انه ذكر ابن عجلان فذكر خبراً ، وقال يحيى القطان كان مضطرباً فى حديث نافع • وقال البخارى : قال يحيى القطان لا أعلم الا أنى سمعت ابن عجلان يقول كان سعيد المقبرى يحدث عن أبيه عن أبى هريرة وعن رجل عن أبى هريرة ، فاختلط فجعلهما عن أبى هريرة • كذا فى نسختى بالضعفاء للبخارى • وعندى فى مكان آخر أن ابن عجلان كان يحدث عن سعيد عن أبيه عن أبى هريرة • وعن رجل عن أبى هريرة ؛ فاختلط عليه فجعلهما عن أبى هريرة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **فان كانت المعتدة غير حامل فان كانت ممن تحيض اعتدت بثلاثة أقراء لقوله عز وجل ((والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء)) والأقراء هى الأطهار ، والدليل عليه قوله تعالى ((فطلقوهن لعدتهن)) والمراد به فى وقت عدتهن كما قال ((ونضع الموازين القسط ليوم القيامة)) والمراد به فى يوم القيامة والطلاق المأمور به فى الطهر ، فدل على انه وقت العدة ، وان كان الطلاق فى وقت الحيض كان اول الاقراء الطهر الذى بعده ، فان كان فى حال الطهر نظرت فان بقيت فى الطهر بعد الطلاق لحظة ثم حاضت احتسبت تلك اللحظة قرءاً ، لان الطلاق انما جعل فى الطهر ولم يجعل فى الحيض حتى لا يؤدى الى الاضرار بها فى تطويل العدة ، فلو لم تحسب بقية الطهر قرءاً كان الطلاق فى الطهر اضر بها من الطلاق فى الحيض ، لانه اطول للعدة ، فان لم يبق بعد الطلاق جزء من الطهر ــ بان وافق آخر لفظ الطلاق آخر الطهر ، أو قال لها : انت طالق فى آخر جزء من طهرك ــ كان اول الاقراء الطهر الذى بعد الحيض •**

وخرج ابو العباس وجها آخر انه يجعل الزمان الذى صادفه الطلاق من الطهر قرءا ، وهذا لا يصح ، لان العدد لا يكون الا بعد وقوع الطلاق فلم يجز الاعتداد بما قبله ۞

واما آخر العدة فقد روى المزنى والربيع انهـا اذا رات الدم بعد الطهـر الثالث انقضت العدة برؤية الدم . وروى البويطى وحرملة أنها لا تنقضى حتى يمضى من الحيض يوم وليلة ، فمن أصحابنا من قال هما قولان ، (أحدهما) تنقضى العدة برؤية الدم لان الظاهر أن ذلك حيض ، (والثانى) لا تنقضى حتى يمضى يوم وليلة لجواز أن يكون دم فساد فلا يحكم بانقضاء العدة . ومنهـم من قال هى على اختلاف حالين ، فالذى رواه المزنى والربيع فيمن رات الدم لعادتها فيعلم بالعادة أن ذلك حيض ، والذى رواه البويطى وحرملة فيمن رات الدم لغير عادة ، فانه لا يعلم انه حيض قبل يوم وليلة ، وهل يكون ما رأته من الحيض من العدة ؟ فيه وجهان :

(احدهما) انه من العدة لأنه لابد من اعتباره ، فعلى هذا اذا راجعها فيـه صحت الرجعة ، وان تزوجت فيه لم يصح النكاح (والثانى) ليس من العدة لانا لو جعلناه من العدة لزادت العدة على ثلاثة اقراء ، فعلى هذا اذا راجعهـا لم تصح الرجعة ، فان تزوجت فيه صح النكاح) .

الشرح قوله تعالى « يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » يتربصـــن ينتظرن . والتربص الانتظار . قال تعالى « فتربصـوا فستعلمون » قال ابن بطال : واختلف أهل العـلم فى الأقراء فذهب قوم الى أنها الأطهار ، وهو مذهب الشافعى رحمـه الله ، وذهب قوم الى أنهـا الحيض ، وأهل اللغـة يقولون : ان القرء يقع على الحيض وعلى الطهر جميعـا وهو عندهم مـن الأضداد ، وأصل القرء الجمع ، يقال قريت الماء فى الحوض جمعته ، فكأن الدم يجتمع فى الرحم ثم يخرج . أ هـ

وقال فى اللسان : قال أبو عبيد : القرء يصلح للحيض والطهر ، قال : وأظنه من أقرأت النجوم اذا غابت والجمع أقراء ، وفى الحديث « دعى الصلاة أيام أقرائك » وقروء على فعول وأقرؤ الأخيرة عن اللحيانى فى أدنى العدد ، ولم يعرف سيبويه أقراء ولا أقرؤا . قال استغنوا عنه بفعول ، وفى التنزيل « ثلاثة قروء » كما قالوا خمسة كلاب يراد خمسة من كلاب . قال الأعشى :

مورثة مالا وفى الحى رفعـة لما ضاع فيها من قروء نسائكا

وقد اختلفت الرواية عن أحمد بن حنبل فروى أنها الحيض ، وهو مروى عن أبى بكر وعمر وعثمان وعلى وابن عباس وسعيد بن المسيب والثـورى

والأوزاعى والعنبرى واسحاق وأبى عبيد وأصحاب الرأى ، وروى عن أبى موسى وعبادة بن الصامت وأبى الدرداء •

والرواية الثانية عن أحمد أن القروء الأطهار ، وهو قول زيد وابن عمر وعائشة وسليمان بن يسار والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وأبان ابن عثمان وعمر بن عبد العزيز والزهرى ومالك وأبى بكر بن عبد الرحمن الذى قال : ما أدركت أحدا من فقهائنا الا وهو يقول ذلك •

قال ابن عبد البر : رجع أحمد الى أن القروء الأطهار •

قال فى رواية الأثرم : رأيت الأحاديث عمن قال القروء الحيض تختلف ، والأحاديث عمن قال انه أحق بها حتى تدخل فى الحيضة الثالثة أحاديثها صحاح وقوية • واحج من قال بقول الله « فطلقوهن لعدتهن » أي فى عدتهن؛ كقوله تعالى « ونضع الموازين القسط ليوم القيامة » أى فى يوم القيامة ، وانما أمر بالطلاق فى الطهر لا فى الحيض •

فرع لما كانت القروء هى الأطهار عندنا احتسبنا لها بالطهر الذى طلقها فيه قرءا ، فلو طلقها ــ وقد بقى من طهرها لحظة ــ حسبها قرءا ، وهذا قول كل من قال : القروء الأطهار الا الزهرى وحده قال : تعتد بثلاثة قروء سوى الطهر الذى طلقها فيه •

وحكى عن أبى عبيد أنه ان كان جامعها فى الطهر لم يحتسب ببقيته لأنه زمن حرم فيه الطلاق فلم يحتسب به من العدة كزمن الحيض •

وقال الحنابلة : القروء الحيض ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة » ولأن الاستبراء تعرف به براءة الرحم ، وانما يحصل بالحيضة لا بالطهر الذى قبلها ؛ ولأن العدة تتعلق بخروج خارج من الرحم فوجب أن تتعلق بالطهر كوضع الحمل يحققه أن العدة مقصودها معرفة براءة المرأة من الحمل ، فتارة تحصل بوضعه وتارة تحصل بما ينافيه وهو الحيض الذى لا يتصور وجوده معه •

ووجه القول بأن المرأة تعتد بالطهر الذى طلقت فيه أن الطلاق حرم فى زمن الحيض دفعاً لضرر تطويل العدة عليها ، فلو لم يحتسب ببقيته قرءا كان الطلاق فى الطهر أضر بها وأطول عليها ، وما ذكر عن أبى عبيدة لا يصح، لأن تحريم الطلاق فى الحيض لكونها لا تحتسب ببقيته فلا يجوز أن نجعله العلة فى عدم الاحتساب تحريم الطلاق فتصير العلة معلولا ، وانما تحريم الطلاق فى الطهر الذى أصابها فيه لكونها مرتابة ، ولكونه لا يأمن الندم بظهور حملها .

فرع وان كانت المطلقة حائلا نظرت فان كانت ممن تحيض لم يخل اما أن تكون حرة أو أمة فان كانت حرة اعتدت بثلاثة أقراء لقوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » ، وهذا أمر بلفظ الخبر ولا خلاف فى ذلك .

اذا ثبت هذا فان القرء فى اللغة يقع على الطهر وعلى الحيض وهو من الأضداد كقولهم الجوز يقع على الأبيض والأسود وكقولهم أخفيت الشىء أسررته أو أخفيته وأظهرته وقد سمى النبى صلى الله عليه وسلم كل واحد منهما قرءا ، فروى أنه قال لفاطمة ابنة أبى حبيش « دعى الصلاة والصيام أيام أقرائك وأراد أيام حيضك وروى أنه قال لابن عمر حين طلق امرأته وهى حائض « انما السنة أن يطلقها فى كل قرء طلقة » وأراد به الطهر وأصل القرء فى اللغة الجمع يقال قرأت الماء فى الحوض أى جمعته والحوض يسمى المقراء وقرأت الطعام فى الشدق أى جمعته فمن أصحابنا من قال اسم القرء يقع على الطهر والحيض حقيقة فيهما لأن حالة الطهر حالة اجتماع الدم فسمى قرءا لذلك وسمى الحيض قرءا أيضاً لأن الدم يجتمع فى الرحم ، ومن أصحابنا من قال :انه حقيقة فى الطهر لأنه حالة جمع الحيض ومجاز فى الحيض لمجاورته حال اجتماع الدم وأما القرء المذكور فى كتاب الله فى قوله : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » فلا خلاف أنه لم يرد بذلك الطهر والحيض وانما أراد أحدهما واختلف أهل العلم فى المراد فيهما فمذهبنا أن المراد بالقروء المذكور فى الآية الأطهار وبه قال ابن عمر وزيد بن ثابت وعائشة

فى الصحابة ومن التابعين فقهاء المدينة السبعة والزهرى وربيعة ومالك وذهبت طائفة الى أن المراد بالقرء فى الآية الحيض وبه قال عمر وعلى ابن أبى طالب وابن مسعود ومن التابعين الحسن البصرى ومن الفقهاء الأوزاعى ومن أهل الكوفة سفيان الثورى وأبو حنيفة وأصحابه وهى احدى الروايتين عن أحمد والرواية الأخرى كقولنا • دليلنا قوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » فأدخل الهاء فى الثلاثة والهاء تدخل فيهما للمذكر دون المؤنث فدل ذلك على أن المراد به ما لو صرح به ثبت الهاء به وهو ثلاثة أطهار دون ما لو صرح به سقطت الهاء وهو ثلاث حيضات ولأن القرء مأخوذ من الجمع وحالة اجتماع الدم فى الرحم هو حال الطهر فكان أولى لأن الله تعالى قال : « فطلقوهن لعدتهن » وأراد فى وقت عدتهن والطلاق المأمور به هو حالة الطهر دون حالة الحيض هذا نقل أصحابنا البغداديين وحكى المسعودى فى الأقراء قولين :

(أحدهما) أن الأقراء الأطهار وهو الأصح •

(والثانى) ذكر فى الرسالة أن الأقراء الانتقال من الطهر الى الحيض والمشهور هو الأول وعليه التفريع فينظر فيه فان طلقها وهى حائض وقع الطلاق محرما وتكون معتدة ولكن لا يحسب لها بالحيض من الاقراء فاذا طهرت دخلت فى القرء وان طلقها وهى طاهر وبقيت بعد الطلاق طاهرا احتسب بما بقى من الطهر قرءاً لأن الطلاق انما حرم لئلا يضر بها بتطويل عدتها فلو لم يحتسب بما بقى من الطهر قرءاً لكان الطلاق فى الطهر أضر بها فى العدة من الطلاق فى الحيض فان قيل فقد أمرها الله تعالى أن تعتد بثلاثة قروء فكيف يجيزون هاهنا أن تعتد بقرءين وبعض الثالث ؟ قلنا العرب تسمى اليومين وبعض الثالث ثلاثة أيام فيقولون لثلاث خلون وهم فى بعض الثالثة ؛ وكقوله تعالى « الحج أشهر معلومات » وزمان الحج شهرين وبعض الثالث وان وافق انقضاء الطلاق انقضاء طهرها أو قال لها أنت طالق فى آخر جزء من أجزاء طهرك فالمذهب أن الطلاق وقع محظوراً أو لا يحسب لها بما وافق لفظ الطلاق من الطهر قرءا لأن الطلاق يتعقب الايقاع وتكون العدة بعد الطلاق وذلك يصادف أول الحيض • وخرج أبو العباس وجها آخر أن

الطلاق يكون مباحا ويحتسب بالطهر الذى وافق لفظ الطلاق قرءا وليس بشيء وان قال لها أنت طالق فى آخر جزء من أجزاء حيضتك فهل هو طلاق مباح أو محظور ؟ على الوجهين المذهب أنه مباح •

فرع اذا طلقها وهى طاهر اعتدت بما بقى من طهر قرءا فاذا حاضت وطهر دخلت فى القرء الثانى فاذا حاضت ثانيا ثم طهرت بعده دخلت فى القرء الثالث فاذا رأت الدم فى الحيضة الثالثة فقد قال الشافعى فى القديم والجديد ان عدتها تنقضى برؤية الدم وقل فى البويطى لا تنقضى حتى ترى الدم يوما وليلة واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال : فيه قولان (أحدهما) تنقضى برؤية الدم لقوله تعالى « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » وهذه قد تربصت ثلاثة قروء لأن الظاهر أنه حيضة بدليل أنا نأمرها بترك الصلاة فيه (والثانى) لا تنقضى عدتها حتى ترى الدم يوما وليلة لأنه لا يتحقق أنه دم حيض حتى يمضى لها يوم وليلة ومنهم من قال : ليست على قولين ، وانما هى على اختلاف حالين فحيث قال : تنقضى عدتها برؤية الدم أراد اذا رأت الدم أيام عادتها لأنها لما رأته أيام عادتها قوى أمره فانقضت عدتها به وحيث قال : لا تنقضى عدتها حتى ترى الدم يوما وليلة أراد اذا رأت الدم قبل عادتها لجواز أن يكون دم فساد وهل يكون اليوم والليلة من الدم أو اللحظة من العدة ؟ فيه وجهان (أحدهما) أنه من العدة لأنه لابد من اعتباره فعلى هذا اذا كان راجعها فيه الزوج صحت رجعته وان تزوجت فيه لم يصح (والثانى) ليس من العدة وانما يعلم به انقضاء العدة لقوله تعالى « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » وهذا ليس من القروء فعلى هذا اذا راجعها فيه الزوج لم يصح • وان تزوجت فيه صح قال الشافعى : وليس لاعتبار الغسل بعد الحيضة الثالثة وجه وأراد بذلك الرد على أبى حنيفة فانه يقول : اذا انقطع دمها من الحيضة الثالثة ــ فان انقطع لأكثر الحيض ــ خرجت من العدة وان انقطع لأقله لم تخرج من العدة حتى تغتسل أو يمر عليها وقت الصلاة وقال أحمد : لا تنقضى على الرواية التى تقول ان الاقراء الحيضة لا تنقضى عدتها حتى تغتسل بكل حال دليلنا قوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » فمن اعتبر الغسل فقد وجب عليها أكثر مما أوجب الله عليها فلم يجز •

فـــرع اذا انقضت حروف الطلاق مع انقضـاء الطهر ، أو قال لها : أنت طالق فى آخر جزء من طهرك ، كان أول الأقراء الطهر الذى بعـد الحيض ويكون محرما ولا تحتسب تلك الحيضة من عدتها ، وتحتاج أن تعتد بثلاث حيضات فى قول الربيع بن سليمان والمزنى عن الشـافعى : اذا رأت الدم بعد الطهر الثالث انقضت العـدة برؤية الدم ، وفى قـوله من رواية البويطى وحرملة أنها لا تنقضى حتى يمضى من الحيض يوم وليلة •

ووجه القول الأول ما رواه الشافعى : أخبرنا مالك عن نافع وزيـد ابن أسلم عن سليمان بن يسار أن الأحوص بن حكيم هلك بالشام حين دخلت امرأته فى الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرىء منها ، ولا ترثه ولا يرثها •

ووجه الثانى ما أخرجه عن مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة رضى الله عنها أنها انتقلت حفصة بنت عبد الرحمن حين دخلت فى الدم من الحيضة الثالثة • قال ابن شهاب فذكر ذلك لعمـرة بنت عبد الرحمـن فقالت صدق عروة ، وقد جادلها فى ذلك ناس فقالوا : ان الله تبارك اسمه يقول : « ثلاثة قروء » ، فقالت عائشة رضى الله عنها : صدقتم ، وهل تدرون ما الأقراء ؟ الأقراء الأطهار •

وقال الشافعى : فاذا طلق الرجل امرأته طاهرا قبل جماع أو بعده اعتدت بالطهر الذى وقع عليها فيه الطلاق ولو كان ساعة من نهار وتعتد بطهـرين تامين بين حيضتين ، فاذا دخلت فى الدم من الحيضة الثالثة حلت ، ولا يؤخذ أبدا فى القرء الأول الا أن يكون فيما بين أن يوقع الطلاق وبين أول حيض؛ ولو طلقها حائضاً لم تعتد بتلك الحيضة ، فاذا طهرت استقبلت القرء ، ولو طلقها فلما أوقع الطلاق حاضت ــ فان كانت على يقين من أنها كانت طاهرا حين تم الطلاق ثم حاضت بعد تمامه بطرفة عين فذلك قرء ، وان علمت أن الحيض وتمام الطلاق كانا معاً استأنفت العدة فى طهرها من الحيض ثلاثة قروء • اهـ

ومحصل هذا أنه اذا طلقها وهى طاهر انقضت عدتها برؤية الدم من الحيضة الثالثة ، وان طلقها حائضاً انقضت عدتها برؤية الدم من الحيضة الرابعة ، وهذا قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وأبان بن عثمان ومالك وأبى ثور وأحمد وهو ظاهر أحد القولين للشافعى ، والقول الآخر لا تنقضى العدة حتى يمضى زمن الدم يوم وليلة لجواز أن يكون الدم دم فساد فلا نحكم بانقضاء العدة حتى يزول الاحتمال .

وقال أصحاب أحمد : ان الله تعالى جعل العدة ثلاثة قروء فالزيادة عليها مخالفة للنص فلا يعول عليه ولفظ حديث زيد بن ثابت : « اذا دخلت الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرىء منها ولا ترثه ولا يرثها » والقول : ان الدم يكون دم فساد يقتضى الرد بكونه حيضاً فى ترك الصلاة وتحريمها على الزوج وسائر أحكام الحيض فكذلك فى انقضاء العدة ، ثم أن كان التوقف عن الحكم بانقضاء العدة للاحتمال ، فاذا تبين أنه حيض علمنا أن العدة قد انقضت حين رأت الدم ، كما لو قال لها : ان حضت فأنت طالق .

وقد اختلف أصحابنا فى هذا فمنهم من قال : اليوم والليلة من العدة ، لأنه دم تكمل به العدة فكان منها كالذى فى أثناء الاطهار ، ومنهم من قال : ليس منها انما يتبين به انقضاؤها ، ولأننا لو جعلناه منها أوجبنا الزيادة على ثلاثة قروء ، ولكننا نمنعها من النكاح حتى يمضى يوم وليلة ولو راجعها زوجها لم تصح الرجعة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **واقل ما يمكن ان تعتد فيه الحرة بالاقراء اثنان وثلاثون يوماً وساعة وذلك بان يطلقها فى الطهر ويبقى من الطهر بعد الطلاق ساعة فتكون تلك الساعة قرءا ثم تحيض يوماً ، ثم تطهر خمسة عشر يوماً وهو القرء الثانى ثم تحيض يوماً ثم تطهر خمسة عشر يوما وهو القرء الثالث ، فاذا طعنت فى الحيضة الثالثة انقضت عدتها .**

فصـــل وان كانت من ذوات الاقراء فارتفع حيضـــها ، فان كان لعارض معروف كالمرض والرضاع تربصت الى ان يعود الدم ، فتعتد بالاقراء ، لان ارتفاع الدم بسبب يزول فانتظر زواله ، فان ارتفع بغـير سبب معروف ففيه قولان :

قال فى القديم : تمكث الى ان تعلم براءة رحمها ثم تعتد عدة الآيسة ، لأن العدة تراد لبراءة الرحم .

وقال فى الجديد : تمكث الى ان تياس من الحيض ثم تعتد عدة الآيســـة لان الاعتداد بالشهور جعل بعد الاياس فلم يجز قبله ، فان قلنا بالقول القديم ففى القدر الذى تمكث فيه قولان :

(احدهما) تسعة اشهر، لانه غالب عادة الحمل ويعلم به براءة الرحم فى الظاهر ◙

(والثانى) تمكث اربع سنين ، لانه لو جاز الاقتصار على براءة الرحـــم فى الظاهر لجاز الاقتصار على حيضة واحدة ، لانه يعلم بها براءة الرحـــم فى الظاهر ، فوجب ان يعتبر اكثر مدة الحمل ليعلم براءة الرحم بيقين ، فاذا علمت براءة الرحم بتسعة اشهر او باربع سنين اعتدت بعد ذلك بثلاثة أشهر ، لمـــا روى عن سعيد بن المسيب رضى الله عنه : « ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه قضى فى المراة اذا طلقت فارتفعت حيضتها ان عدتها تسعة اشهر لحملها وثلاثة اشهر لعدتها » ولان تربصها فيما تقدم ليس بعدة وانما اعتبر ليعلم انها ليست من ذوات الاقراء فاذا علمت اعتدت بعدة الآيسات فان حاضت قبل العلم ببراءة رحمها او قبل انقضاء العدة بالشهور لزمها الاعتداد بالاقراء لانا تبينا انهـــا من ذوات الاقراء ، فان اعتدت وتزوجت ثم حاضت لم يؤثر ذلك فى العدة لانها انقضت العدة وتعلق بها حق الزوج فلم يبطل ، فان حاضت بعد العدة وقبـــل النكاح ففيه وجهان :

(احدهما) لا يلزمها الاعتداد بالاقراء لانا حكمنا بانقضاء العدة فلم يبطل حدث بعدها ◙

(والثانى) يلزمها لانها صارت من ذوات الاقراء قبل تعلق حق الزوج بها فلزمها الاعتداد بالاقراء ، فان قلنا بقوله الجديد : انها تقعد الى الاياس ففى الاياس قولان :

(احدهما) يعتبر اياس اقاربها لانها اقرب اليهن .

(والثاني) يعتبر اياس نساء العالم ، وهو أن تبلغ اثنتين وستين سنة ، لانه لا يتحقق الاياس فيما دونها فاذا تربصت قدر الاياس اعتدت بعد ذلك بالاشهر لان ما قبلها لم يكن عدة ، وانما اعتد لعله انها ليست من ذوات الاقراء) .

الشرح قال النووى ، قال أصحابنا : لا تؤمر فى العدة بالأحوط والقعود الى أن تبين اليأس ، بل اذا طلقت أو فسخ نكاحها اعتدت بثلاثة أشهر أولها من حين الفرقة فاذا مضت ثلاثة أشهر ولم يكن حمل انقضت عدتها وحلت للأزواج لأن الغالب أن المرأة تحيض وتطهر فى كل شهر فحمل أمرها على ذلك .

قال أصحابنا : ولأنا لو أمرناها بالقعود الى اليأس عظمت المشقة وطال الضرر لاحتمال نادر مخالف للظن وغالب عادة النساء بخلاف الزامها وظائف العبادات ، فان الأمر فيه سهل بالنسبة الى هذا ، ولأن غيرها يشاركها فيه .

وحكى امام الحرمين هنا والغزالى فى العدد وغيرهما عن صاحب التقريب أنه حكى وجها أنه يلزمها القعود الى اليأس ثم تعتد بثلاثة أشهر . قال الامام : وهذا الوجه بعيد فى المذهب ، والذى عليه جماهير الأصحاب الاكتفاء بثلاثة أشهر ، وهذا هو الصحيح ، وبه قطع الأصحاب فى معظم الطرق .

وحكى الدارمى عن كثير من الأصحاب أنها تعتد بثلاثة أشهر كما حكيناه عن الجمهور . قال : حتى رأيت للمحمودى من أصحابنا فى كتاب الحيض أنها اذا طلقها زوجها لم يراجعها بعد مضى اثنين وثلاثين يوماً وساعتين ، ولا تتزوج الا بعد ثلاثة أشهر احتياطا لأمرين ، ثم أنكر الدارمى على الأصحاب قولهم تعتد بثلاثة أشهر وغلطهم فى ذلك وبالغ فى ابطال قولهم .

قال الدارمى : ينبغى أن نبين عدة غيرها لنبنى عليها عدتها ، فعدة المطلقة الحائل ثلاثة أقراء كل قرء طهر الا الأول فقد يكون بعد طهر وطلاقها فى الحيض بدعة وفى الطهر سنة الا أن يكون جامعها فيه فبدعة أخف من الحيض

وهل يحسب قرءا ؟ فيه وجهان ، فان طلقها فى طهر لم يجامعها فيه حسبت بقيته طهرا وأتت بطهرين بعده ، فاذا رأت الدم بعد ذلك خرجت من العدة. وقيل يشترط مضى يوم وليلة . وقيل ان لم يكن لها عادة مستقيمة اشترط والا فلا . وان طلقها فى طهر جامعها فيه فان حسبناه قرءا فكما لو لم يجامع فيه والا وجب ثلاثة أطهار بعده ، وان طلقها فى حيض وجب ثلاثة أطهار . وهل يقع الطلاق مع آخر اللفظ أم عقبه ؟ فيه وجهان . وهل تشرع فى العدة مع وقت الحكم بالطلاق أم عقيبه ؟ فيه وجهان . وللناس خلاف فى تجزىء القرء . هل هو الى غاية أم الى غير غاية ؟ .

وقد قال كثير من أصحابنا أقل زمان يمكن انقضاء العدة فيه اثنان وثلاثون يوماً ولحظتان ، بأن يطلقها وقد بقى شىء من الطهر فتعتد به قرءا ثم تحيض يوما وليلة ثم تطهر خمسة عشر ، ثم تحيض يوما وليلة ثم تطهر خمسة عشر وهو القرء الثالث ثم ترى الدم لحظة ، وينبغى أن تبنى العدة على ما سبق ، فان طلقها وكان جزء من آخر لفظه أو شىء منه على قول من لا يقول بالجزء فى أول الحيض وقع الطلاق فى الحيض بلا خلاف وتعتد بالأطهار بعده وان طابق الطلاق آخر الطهر اعتدت به قرءا على قول من أوقع الطلاق على آخر لفظه وحسب من العدة ولا يحسب على المذهب الآخر . ولو بقى بعد طلاقه شىء من آخر الطهر فعلى مذهب من لا يقول بالجزء تعتد به قرءا ، لأنه ينقسم قسمين فيقع الطلاق فى الأول منهما وتعتد بالثانى وهو أغلظ — اذا قلنا بالطلاق عقيب لفظه وبالعدة عقيب الطلاق — وان قلنا غير ذلك فأولى ؛ وعلى مذهب من يقول بالجزء — ان كان الثانى جزءا واحدا — فان قلنا الطلاق عقيب لفظه والعدة مطابقة للطلاق ، أو قلنا الطلاق بآخر لفظة والعدة بعده حسب قرءا ؛ لأن ذلك الجزء وقع فيه الطلاق وطابقته العدة أو صادفته العدة وتقدمه الطلاق فى آخر لفظه . وان قلنا الطلاق بآخر لفظه والعدة تطابقه فأولى بذلك . وان قلنا الطلاق عقيب لفظه والعدة عقيبه لم يحسب قرءا ؛ لأن الطلاق يقع فى هذا الجزء ولا يبقى بعده شىء من الطهر للعدة . وان كان بقى جزء اعتدت به قرءا على جميع المذاهب ، فقد تكون العدة على بعض هذه المذاهب اثنين وثلاثين يوما وجزءا ، وهو أقل

ما يمكن ، وذلك أن يطلقها فيطابق آخر طلاقه الطهر وقلنا وقع الطلاق بآخر اللفظ وطابقه أول العدة فأقل العدة اذن نوبتان وزيادة ، وأكثرها ثلاع نوب يوم وليلة وجزء ؛ وذلك أن يطلقها وقد بقى جزء من الطهر على قول من قال به ولا يحسب قرءا عند من أوقع الطلاق عقيب لفظه • وجعل أول العدة عقيب الطلاق ثم تمضى نوبة حيض وطهر ، فيكون قراء ثم ثانية يكون ثانيا ، ثم ثالثة قرءا ثالثا ، ثم يمضى يوم وليلة على قول من شرط ذلك •

وان طلقها فى طهر جامعها فيه فأطول العدة على أغلظ المذاهب ثلاث نوب ويوم وليلة وطهر الا جزءا • وذلك بأن يكون جامعها عاصيا فى آخر الحيض وطلقها ، فاتفق آخر لفظه فى أول جزء من الطهر وطابقه فنقول : الطلاق بآخر لفظه وهو أول جزء من الطهر وفيه جماع • وقلنا لا تعتد به وذلك طهر الا جزءا ثم تمضى نوبة بالطهر قرءا ثم نوبة ثانية ثم ثالثة ثم يوم وليلة ؛ فهذا أكثر ما يمكن أن يكون عدة على أشد مذاهبنا ؛ ولا يخفى بما ذكرناه تفريع ما فى المذاهب وانما قصدنا بيان أقصى الغايتين فى الأقل والأكثر على أقصى المذاهب •

اذا ثبت هذا فان الرجل اذا طلق امرأته وهى من ذوات الأقراء فلم تر الحيض فى عادتها ولم تدر ما رفعه ، فانها تعتد سنة تسعة أشهر منها تتربص فيها لتعلم براءة رحمها ، لأن هذه المدة هى غالب مدة الحمل ، فاذا لم يبن الحمل فيها علم براءة الرحم ظاهرا فتعتد بعد ذلك عدة الآيسات ثلاثة أشهر ؛ وهذا قول عمر رضى الله عنه قال الشافعى وهذا قضاء عمر بين المهاجرين والأنصار لا ينكره منهم منكر علمناه ، وبه قال مالك والشافعى فى أحد قوليه ؛ وروى ذلك عن الحسن ، وقال الشافعى فى قول آخر : تتربص أربع سنين أكثر مدة الحمل ثم تعتد بثلاثة أشهر لأن هذه المدة هى التى يتيقن بها براءة رحمها فوجب اعتبارها احتياطا •

وقال فى الجديد تكون فى عدة أبدا حتى تحيض أو تبلغ سن الاياس تعتد حينئذ بثلاثة أشهر • وهذا قول جابر بن زيد وعطاء وطاووس والشعبى والزهرى والنخعى وأبى الزناد والثورى وأبى عبيد وأهل العراق ، لأن

الاعتداد بالأشهر جعل بعد الاياس فلم يجز قبله ، وهذه ليست آيسة ، ولأنها ترجو عود الدم فلم تعتد بالشهور • كما لو تباعد حيضها لعارض •

أما اذا عرفت أن ارتفاع الحيض بعارض من مرض أو نفاس أو رضاع فانها تنتظر زوال العارض وعود الدم • وان طال الا أن تصير فى سن اليأس ، فعد ذلك تعتد عدة الآيسات على ما سنذكره •

وان حاضت حيضة أو حيضتين ثم ارتفع حيضها لا تدرى ما رفعه ، لم تنقض عدتها الا بعد سنة بعد انقطاع الحيض • وذلك لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال فى رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين فارتفع حيضها لا تدرى ما رفعه : تجلس تسعة أشهر ، فاذا لم يستبن بها حمل تعتد بثلاثة أشهر فذلك سنة ولا تعرف له مخالفاً • قال ابن المنذر « قضى به عمر بين المهاجرين والأنصار ولم ينكره منكر » •

فرع اذا طلق امرأته واعتدت بالأقراء وادعت انقضاء الاقراء الثلاثة فى زمان يمكنه انقضاؤها قبل قولها لقوله تعالى « ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن » قيل فى التفسير من حمل وحيض فتوعدهن على كتمان ما فى أرحامهن كما توعد الشهود على كتمان الشهادة لقوله تعالى: « ولا تكتموا الشهادة » وكما توعد النبى صلى الله عليه وسلم العلماء على على كتمان العلم بقوله صلى الله عليه وسلم « من سئل عن علم فكتمه ألجمه الله يوم القيامة بلجام من نار » فلما ثبت أن قول الشهود مقبول فيما شهدوا به وقول العلماء مقبول فيما أخبروا به وجب أن يكون قولها مقبولا فيما أخبرت به •

اذا ثبت هذا فان أقل ما تنقضى به العدة بالأقراء اثنان وثلاثون يوما ولحظتان لأنه يحتمل أن يطلقها وهى طاهر فتبقى بعد الطلاق لحظة طاهرا ثم تطعن فى الحيض فتحتسب بتلك اللحظة قرءا ثم تحيض يوماً وليلة ثم تطهر خمسة عشر يوما فتحتسب بتلك قرءان ثم تحيض يوما وليلة ثم تطهر خمسة عشر يوما فاذا طعنت فى الحيضة الثالثة ومضت لحظة احتسب بالطهر فلها قرء

ثالث وهذا اذا قلنا انه لا يفتقر الى مضى يوم وليلة من الحيضة الثالثة وهو الصحيح فأما اذا قلنا بقوله فى البويطى فلا يقبل قولها فى أقل من ثلاثةوثلاثين يوما ولحظة هذا اذا طلقها وهى طاهر أو لم يسلم ما كان حالها فأما اذا اعترفت أنه طلقها وهى حائض فلا يقبل قولها فى أقل من سبعة وأربعين يوماً ولحظتين لأنه يحتمل أنه طلقها وبقيت لحظة بعد الطلاق حائضاً ثم طهرت خمسة عشر يوما فاحتسب بذلك قرءا ثم تحيض يوما وليلة ثم تطهر خمسة عشر يوما فيحتسب بذلك قرءا ثم تحيض يوما وليلة ثم تطهر خمسة عشر يوما فاذا طعنت فى الحيض لحظة انقضت عدتها وهذا على الصحيح من المذهب وان قلنا بما قاله فى البويطى لم يقبل قولها حتى تمضى لها ثمانية وأربعون يوماً ولحظة واذا ادعت انقضاء العدة فى مدة يمن انقضاؤها فيها فان صدقها الزوج فلا يمين عليها وان كذبها حلفت على ذلك لجواز أن تكون كاذبة ، فان ادعت انقضاء عدتها فى مدة لا يمكن انقضاؤها فيها مثل أن ادعت أن عدتها انقضت فى أقل من اثنين وثلاثين يوماً ولحظتين لم يقبل لأنا نعلم كذبها يقينا • قال الشافعى : فان أقامت على الدعوى حتى مضى اثنان وثلاثون يوما ولحظتان قبل قولها • قال الشيخ أبو حامد قال أصحابنا أراد الشافعى بذلك اذا كانت تقول : قد انقضت عدتى وهى مقيمة على ذلك حتى تجاوز الزمان الذى يمكن انقضاء العدة فيه فيقبل ولها فأما اذا قالت انقضت عدتى فى الوقت الذى قلت لم يقبل قولها لأنها تدعى ما نقطع بكذبها فيه وقال القاضى أبو الطيب ان كانت مقيمة على ما أخبرت به لم نحكم بانقضاء عدتها وان قالت وهمت فى الأخبار والآن انقضت عدتى قبل قولها وحكى عن أبى سعيد الاصطخرى أنه قال اذا كان لها عادة معلومة فى الحيض لم يقبل قولها الا بعد مضى مدة يمكن انقضاء العدة فيه على عادتها لأنها اذا ادعت انقضاء العدة فى أقل من ذلك كان قولها مخالفا للظاهر فلم يقبل وهذا ليس بشىء لأن العادة قد تختلف فاذا أمكن صدقها قبل قولها وقال أبو يوسف ومحمد لا يقبل قولها فى أقل من تسعة وثلاثين يوما لأن أقل الحيض عندهما ثلاثة أيام وقال أبو حنيفة لا يقبل قولها فى أقل من ستين يوما فاعتبر أكثر الحيض عنده وأقل الطهر وهذا ليس بصحيح لأن أكثر الحيض نادر •

فـــرع اذا قال لهـــا : اذا ولدت فأنت طـالق فـــولدت طلقت فان ادعت انقضـــاء العدة لم يقبـل قولها فى أقـــل من تســعة وأربعين يوما ولحظتين لأن أقل النفاس لحظـة فاذا ولدت بقيت فى النفاس لحظة وطهرت خمسة عشر يوما فاحتسب به قرءا ثم حاضت يوما وليـــلة وطهرت خمسة عشر يوما فاحتسب به قرءا ثم حاضت يوما وليلة ثم طهـرت خمسة عشر يوما فاحتسب به قرءا ثالثاً فاذا طعنت فى الحيض لحظة انقضت عدتها هكذا ذكر الشيخ أبو حامد فى التعليق وقال ابن الصباغ يقبل قولها فى سبعة وأربعين يوما لأنها قد تلد ولا ترى دماً وهذا أقيس •

فـــرع وان كانت ممن تحيض فتباعد حيضـها فان تباعد تباعداً قد اعتادت عودته انتظرت عوده حتى لو كانت عادتها تحيض فى كل سنة مرة لم تنقض عدتها الا بثلاث سنين وان كانت عادتها تحيض فى كل سنتين مرة لم تنقض عدتها الا بست سنين وان تباعد خلاف عادتها فان كان ذلك لعارض كالمرض والرضاع انتظرت عادتها عوده لما روى الشافعى باسناده أن حبـان ابن منقذ طلق امرأته طلقة واحدة وكان لها منه ابنة ترضعها فتباعد حيضها فمرض حبان بن منقذ فقيل له : ان مت ورثتك فمضى عثمان وعنـده على وزيد بن ثابت فسأله عن ذلك فقال عثمان لعلى وزيد ما تريان ؟ فقالا نـرى أنها ان ماتت ورثها وان مات ورثته لأنها ليست من القواعد اللاتى يئسـن من المحيض ولا من الأبكار اللاتى لم يبلغن المحيض فرجع حبان الى أهـله فانتزع ابنته فعاد اليها الحيض فحاضت حيضة ومات حبان قبل انقضـــاء الثالثة فورثها عثمان رضى الله عنه ولا مخالف لهم فدل على أنه اجماع وان تباعد حيضها لغير عارض يعرف ففيه قولان قال فى القديم تمكث الى أن تعلم براءة رحمها ثم تعتد بالشهور وبه قال عمر ومالك وأحمد لأن العـدة تراد لبراءة الرحم ، فاذا علم براءته فلا معنى للتربص ولأنا لو قلنا تقعد الى الاياس لأضر ذلك بها فى منعها من النكاح وأضر بالزوج فى وجوب النفقة والسكنى عليه فوجب ازالته وقال فى الجديد تقعد الى الاياس ثم تعتـد بالشهور وبه قال على بن أبى طالب وأبو حنيفة لقوله تعالى « واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن »

فدل على أنه لا يجوز لغير الآيسة والصغيرة أن تعتد بالشهور وهذه غير آيسة قبل أن يمضى عليها مدة الاياس فاذا قلنا بقوله القديم وانه يعتبر براءة رحمها فهل يعتبر براءة رحمها فى الظاهر أو براءته قطعا ؟ فيه قولان :

(أحدهما) يعتبر براءته فى الظاهر وهو أن تمكث تسعة أشهر وبه قال عمر ومالك وأحمد لأن التسعة غالب مدة الحمل فاذا لم يبن لها حمل فالظاهر براءة رحمها وان جاز أن تكون حاملا فى الباطن كما أنها اذا كانت من ذوات الأقراء فاعتدت بثلاثة أقراء فانه يحكم بانقضاء عدتها وان جاز أن تكون حاملا فى الباطن وأن هذا دم رأته على الحمل .

(والقول الثانى) أنه يعتبر براءة رحمها وهو أن تمكث أربع سنين لأنه لا يتيقن براءة الرحم من الولد الا بهذا القدر اذ لو كان الاعتبار ببراءة رحمها فى الظاهر لوجب اذا مضى عليها ثلاثة أشهر ولم يظهر بها حمل أن يحكم ببراءة رحمها لأن الظاهر أن الحمل من ثلاثة أشهر فاذا مضت تسعة أشهر على القول الأول أو أربع سنين على الثانى ولم يظهر بها حمل ولا عاودها الدم فانها تعتد بثلاثة أشهر لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال تقعد تسعة أشهر لحملها وثلاثة أشهر لعدتها ولأنا انما اعتبرنا التسعة الأشهر والأربع السنين ليعلم بها براءة رحمها لتصير فى حكم الآيسات فاذا صارت فى حكم الآيسة اعتدت عدة الآيسات . فان قيل : فالعدة تراد لبراءة رحمها وقد علم براءة رحمها بالمدة التى مكثت فلم أوجبتم عليها العدة بعد ذلك؟ قلنا : قد تجب العدة ببراءة رحمها ألا ترى أن الصغيرة تجب عليها العدة . واذا علق طلاق امرأته بوضع حملها فوضعته فانها تطلق ويجب عليها العدة مع تحققنا لبراءة رحمها فان عاودها الدم نظرت فان عاودها قبل انقضاء مدة التربص أو قبل انقضاء الثلاثة الأشهر بعد مدة التربص وجب عليها أن تعتد بالأقراء لأنه بان أنها من ذوات الأقراء وتعتد بما مضى قرءاً وان عاودها الدم بعد انقضاء مدة العدة وبعد أن تزوجت بزوج فانه لا يجب عليها أن تعتد وجها واحدا لأنا قد حكمنا بانقضاء العدة وحصلت صحة الزوجية فلم يؤثر فعاودها الدم وان عاودها الدم بعد انقضاء مدة العدة وقبل أن تتزوج ففيه وجهان :

(أحدهما) يجب عليها العدة بالاقراء ويحتسب بما مضى لأنه بان أنها من ذوات الاقراء فهو كما لو عاودها قبل انقضاء مدة العدة •

(والثانى) لا يلزمها أن تعتد بالاقراء لأنا قد حكمنا بانقضاء عدتها واباحتها للأزواج فلم يجز نقضه بمعاودة الدم هذا نقل أصحابنا البغداديين وقال الخراسانيون اذا عاودها الدم بعد العدة وقبل أن تتزوج فالمنصوص أنه لا يلزمها الاعتداد بالاقراء وفيه قول آخر مخرج أنه يلزمها أن تعتد بالأقراء وان عاودها الدم بعد انقضاء عدتها وبعد أن تزوجت بآخر فمنهم من قال : فيه قولان كما لو عاودها بعد العدة وقبل أن تتزوج وهو اختيار القفال ومنهم من قال : لا يلزمها الاعتداد بالاقراء ولا يبطل النكاح الثانى قولا واحدا وأما اذا قلنا بقوله الجديد وأنها تمكث الى الاياس ففيه قولان :

(أحدهما) تمكث الى أن تبلغ السن الذى تيأس فيه نساء عصبتها لأن النساء من الأسرة يتقاربن فى الاياس •

(والثانى) أنها تمكث الى أن تبلغ السن التى تيأس فيه نساء العالم لقوله تعالى « واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتهم فعدتهن ثلاثة أشهر » وانما تصير آيسة اذا بلغت ما لم تبلغه امرأة من العالم الا وأيست ولأن حيضها لو انقطع لعارض اعتبر اياسها أن تبلغ سنا لم تبلغه امرأة من نساء العالم الا وأيست من الحيض فكذلك هذا مثله • هذا نقل أصحابنا البغداديين وقال المسعودى اذا قلنا بقوله الجديد ففيه أربعة أوجه :

(أحدها) وهو الأشهر أنها تعتبر بانقضاء أقراء من نساء زمانها اياساً •

(والثانى) من نساء بلدها •

(والثالث) من نساء عصبتها •

(والرابع) نساء قرابتها فاذا قلنا انها تقعد الى السن الذى يئس فيه نساء العالم فليس للشافعى فيه نص واختلف أصحابنا فيه فقال الشيخ

أبو اسحاق هو اثنان وستون سنة وقال ابن القاص والشيخ أبو حامد هو ستون سنة وان ادعت دون ذلك لم يقبل وقال أحمد بن حنبل أقله خمسون سنة وقيل : ان غير العربية لا يحضن بعد خمسين سنة والعربية تحيض بعد خمسين سنة ولا تحيض بعد ستين سنة الا قريشاً فاذا بلغت سن اليأس ولم تر الدم فانها تعتد بثلاثة أشهر لأن ما قبلها لم يكن عدة وانما اعتبر ليعلم أنها ليست من ذوات الأقراء وقال المسعودى فان عاودها الدم بعد أن بلغت سن اليأس فهو كما لو عاودها بعد تسعة أشهر أو أربع سنين على القول القديم على ما مضى قال : فان رأت الدم ثم تباعد مرة أخرى فحكى القفال عن الشافعى أنه قال تقعد تسعة أشهر واختلف أصحابنا فيها فمنهم من قال هذا على القول القديم فأما على القول الجديد لا تحتاج أن تقعد شيئا ومنهم من قال على القولين جميعا يلزمها أن تقعد تسعة أشهر استظهاراً فلا تبنى العدة على تلك الحيضة لأنها صارت كلا شيء وهل تبنى على ما مضى من الشهر قبل الحيضة ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا تبنى بل تستأنف الآن عدة الأشهر .

(والثانى) تبنى على ما مضى من الأشهر قبل الحيضة .

قول الشافعى فى الأم

وتختم هذا البحث بما قال الشافعى رضى الله عنه : واذا كانت تحيض فى كل شهر أو شهرين فطلقت فرفعتها حيضتها سنة . أو حاضت حيضة ثم رفعتها حيضتها سنة أنها لا تحل للأزواج الا بدخولها فى الدم من الحيضة الثالثة . وان تباعد ذلك وطال ، وهى من أهل الحيض حتى تبلغ أن تيأس من المحيض وهى لا تيأس من المحيض حتى تبلغ السن التى من بلغتها من نسائها لم تحض بعدها . فاذا بلغت ذلك خرجت من أهل الحيض وكانت من المؤيسات من المحيض اللاتى جعل الله عز وجل عددهن ثلاثة أشهر واستقبلت ثلاثة أشهر من يوم بلغت سن المؤيسات من المحيض لا تخلو الا بكمال

الثلاثة الأشهر ، وهذا يشبه ــ والله أعلم ــ ظاهر القرآن ، لأن الله تعالى جعل على الحيض الأقراء وعلى المؤيسات وغير البوالغ الشهور فقال : « واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر » قال والحيض يتباعد فعدة المرأة تنقضى بأقل من شهرين اذا حاضت ثلاث حيض ولا تنقضى الا بثلاث سنين وأكثر ان كان حيضها يتباعد ؛ لأنه انما جعل عليهن الحيض فيعتدون به وان تباعد •

وان كانت البراءة من الحمل تعرف بأقل من هذا فان الله عز وجل حكم بالحيض فلا أحيله الى غيره • فبهذا قلنا عدتها الحيض حتى تؤيس من المحيض بما وضعت من أن تصير الى السن التى من بلغها من أكثر نسائها لم تحض • وقد يروى عن ابن مسعود وغيره مثل هذا القول أخبرنا مالك عن محمد بن يحيى بن حبان أنه كان عند جده هاشمية وأنصارية ، فطلق الأنصارية وهى ترضع ابنته فمكثت سبعة عشر شهرا لا تحيض يمنعها الرضاع أن تحيض ، ثم مرض حبان بعد أن طلقها بسبعة أشهر أو ثمانية ، فقلت له : ان امرأتك تريد أن ترث ، فقال لأهله احملونى الى عثمان ، فحملوه اليه فذكر له شأن امرأته وعنده على بن أبى طالب وزيد بن ثابت ، فقال لهما عثمان ما تريان ؟ فقالا نرى أنها ترثه ان مات ويرثها ان ماتت فانها ليست من القواعد اللاتى قد يئسن من المحيض ، وليست من الأبكار اللاتى لم يبلغن المحيض ، ثم هى على عدة حيضها ما كان من قليل أو كثير ، فرجع حبان الى أهله فأخذا ابنته ، فلما فقد الرضاع حاضت حيضة ، ثم حاضت حيضة أخرى ثم توفى حبان من قبل أن تحيض الثالثة فاعتدت عدة المتوفى عنها زوجها وورثته •

ثم روى طرق هذا الخبر الى أن قال : أخبرنا مالك عن يحيى بن سعيد ويزيد بن عبد الله بن قسيط عن ابن المسيب أنه قال : قال عمر بن الخطاب : « أيما امرأة طلقت فحاضت حيضة أو حيضتين ثم رفعتها حيضتها فانها تنتظر تسعة أشهر ، فان بان بها حمل فذلك والا اعتدت بعد التسعة أشهر ثم حلت » • ا هـ

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان كانت ممن لا تحيض ولا يحيض مثلها كالصغيرة والكبيرة الآيسة اعتدت بثلاثة أشهر، لقوله تعالى : ((واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن)) فان كان الطلاق فى أول الهلال اعتدت بثلاثة أشهر بالأهلة ، لأن الأشهر فى الشرع بالأهلة . والدليل عليه قوله عز وجل : ((يسألونك عن الأهلة قل هى مواقيت للناس والحج)) .

وان كان الطلاق فى أثناء الشهر اعتدت بقية الشهر ثم اعتدت بشهرين بالأهلة ثم تنظر عدد ما اعتدت من الشهر الأول ، وتضيف اليه من الشهر الرابع ما يتم به ثلاثون يوماً .

وقال ابو محمد عبد الرحمن ابن بنت الشافعى رحمه الله : ((اذا طلقت المرأة فى أثناء الشهر اعتدت بثلاثة أشهر بالعدة كاملة ، لأنها اذا فاتها الهلال فى الشهر الأول فاتها فى كل شهر ، فاعتبر العدد فى الجميع ، وهذا خطأ لأنه لم يتعذر اعتبار الهلال الا فى الشهر الأول فلم يسقط اعتباره فيما سواه .

فصـــل وان كانت ممن لا تحيض ولكنها فى سن تحيض فيه النساء اعتدت بالشهر لقوله تعالى : ((واللائى يئسن من المحيض من نساءكم أن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر ، واللائى لم يحضن)) ولأن الاعتبار بحال المعتدة لا بعادة النساء ، والدليل عليه أنها لو بلغت سناً لا تحيض فيه النساء وهى تحيض كانت عدتها بالأقراء اعتبارا بحالها . فكذلك اذا لم تحض فى سن تحيض فيه النساء وجب ان تعتد بالأشهر اعتبارا بحالها . وان ولدت ولم تر حيضاً قبله ولا نفاساً بعده ففى عدتها وجهان :

(احدهما) وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراييني رحمه الله أنها تعتد بالشهور للآية .

(والثانى) انها لا تعتد بالشهور ، بل تكون كمن تباعد حيضها من ذوات الأقراء لأنه لا يجوز أن تكون من ذوات الأحمال ، ولا تكون من ذوات الاقراء .

فصـــل واذا شرعت الصغيرة فى العدة بالشهور ثم حاضت لزمها الانتقال الى الأقراء لأن الشهور بدل عن الأقراء فلا يجوز الاعتداد بها مع وجود أصلها وهل يحسب ما مضى من الأشهر قرءا ؟ فيه وجهان :

(احدهما) يحتسب به ـ وهو قول ابى العباس ـ لانه طهر بعده حيض فاعتدت به قرءا ، كما لو تقدمه حيض .

(والثانى) وهو قول ابى اسحاق انه لا يحتسب به ، كما اذا اعتدت بقراين ثم ايست لزمها الاستئناف ثلاثة اشهر ولم يحتسب ما مضى من زمان الأقراء شهرا وان انقضت عدتها بالشهور ثم حاضت لم يلزمها الاستئناف للعدة بالأقراء شهرا وان انقضت عدتها بالشهور ثم حاضت لم يلزمها الاستئناف للعـــــدة بالأقراء ، لان هذا معنى حدث بعد انقضاء العدة .

وان شرعت فى العدة بالأقراء ثم ظهر بها حمل من الزوج سقط حكم الاقراء اذا قلنا ان الحامل تحيض ، لأن الاقراء دليل على براءة الرحم من جهة الظاهر والحمل دليل على شغل الرحم من جهة القطع ، والظاهر اذا عارضه قطع سقطت دلالته كالقياس اذا عارضه نص .

وان اعتدت بالأقراء ثم ظهر حمل من الزوج لزمها الاعتداد بالحمل ويخالف اذا اعتدت بالشهور ثم حاضت ، لأن ما رأت من الحيض لم يكن موجوداً فى حال العدة وانما حدث بعدها والحمل من الزوج كان موجودا فى حال العدة بالأقراء فسقط معه حكم الاقراء) .

الشرح قال أبو عثمان عمر بن سالم : لما نزلت عدة النســـاء فى سورة البقرة فى المطلقة والمتوفى عنها زوجها ، قال أبى بن كعب : يا رسول الله ان ناساً يقولون قد بقى من النساء من لم يذكر فيهن : الصغار وذوات الحمل ، فنزلت : « واللائى يئسن من المحيض » . الآية . هكذا أخـرجه ابن جرير واسحاق بن راهويه والحاكم وغيرهم وقال السيوطى فى اللباب : صحيح الاسناد . وأخرجه مقاتل بن سليمان فى تفسيره أن خلاد بن عمرو ابن الجموح سأل النبى صلى الله عليه وسلم عن عدة التى لا تحيض فنزلت. وساق القرطبى روايات أخرى ، منها أن معاذ بن جبل سأل عن عدة الكبيرة التى يئست فنزلت الآية .

وقال مجاهد : الآية واردة فى المســتحاضة لا تدرى دم حيض هو أو دم علة وقوله : « ان ارتبتم » أى شككتم ، وقيل تيقنتم ؛ وهو من الاضداد

يكون شكا ويقينا كالظن واختيار الطبرى أن يكون المعنى ان شككتم فلم تدروا ما الحكم فيهن •

وقال الزجاج ان ارتبتم فى حيضها وقد انقطع عنها الحيض وكانت ممن يحيض مثلها • وقال القشيرى وفى هذا نظر ، لأنا اذا شككنا هل بلغت سن اليأس ، لم نقل عدتها ثلاثة أشهر ، والمعتبر فى سن اليأس فى قول : أقصى عادة امرأة فى العالم ، وفى قول غالب نساء عشيرة المرأة •

فـــرع وان كانت المطلقة ممن لا تحيض لصـغر أو كبر اعتدت بثلاثة أشهر لقوله تعالى : « واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن » ومعنى الآية أن الله بين عدة ذوات الأقراء بالأقراء وعدة وعدة الحوامل بالوضع وعدة المتوفى عنها زوجهـــا بالشهور ولم يذكر عدة المطلقة اليائسة من الحيض والصغيرة فشك النـــاس فى عدتها فأنزل الله تعالى : « واللائى يئســـن من المحيض من نســـائكم ان ارتبتم » يعنى أن تعلموا عدتهن فعدتهن ثلاثة أشهر ثم قال : « واللائى لم يحضن » يعنى واللاتى لم يحضن فعدتهن ثلاثة أشهر أيضاً •

اذا ثبت هذا فان كان الطلاق مع أول الشهر بأن قال لهـــا : اذا جاء رأس الشهر فأنت طالق اعتدت بثلاثة أشهر بالأهلة تامة كانت أو ناقصة لقوله تعالى : « يسئلونك عن الأهلة قل هى مواقيت للنـــاس والحج » وأما اذا طلقها فى أثناء الشهر كأن طلقها وقد مضت خمسة أيام فانها تعتد ما بقى من الشهر ثم تعتد بالشهرين بعده بالأهلة فان كان الشهر الأول تاماً اعتدت من الشهر الرابع خمسة أيام وان كان الأول ناقصا اعتد من الرابع ستة أيام وتلفق الساعات عندنا ، وقال مالك : لا تلفق الساعات وانما تلفق الأيام وبه قال الأوزاعى وقال أبو حنيفة تقضى عدد ما فاتها من الشهر الأول من الرابع ويحصل الخلاف بيننا وبينه اذا كان ناقصاً وكان قد طلقها وقد مضى منـــه خمس فانها تعتد عنده من الرابع خمسا وعندنا ســـتا ، وقال أبو محمـــد ابن عبد الرحمن ابن بنت الشافعى اذا طلقها فى أثناء الشهر اعتدت بثلاثة أشهر بالعدد ودليلنا على مالك أنها معتدة بالشهور فوجب أن تعتـــد عقيب

الطلاق كما طلقها أول النهار وعلى أبى حنيفة أن الشهر هلالى وعددى فالهلالى أن تستوعب ما بين الهلالين والعددى أن تعتد ثلاثين يوماً فاذا طلقها فى أثناء الشهر فقد فات أن تستوعب ما بين الهلالين فلم يبق الا العدد وعلى ابن بنت الشافعى قوله تعالى : « يسألونك عن الأهلة قل هى مواقيت للناس » ولم يفرق •

على أن المرتابة فى عدتها لا تنكح حتى تستبرىء من الريبة ، وبارتفاع الريبة تنقضى عدتها • وقد أجمع أهل العلم على أنها ان كانت من الآيسات أو ممن لم يحضن فعدتها ثلاثة أشهر لقوله تعالى : « واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن » فان كان الطلاق فى أول الهلال اعتبر ثلاثة أشهر بالأهلةلقول اللهتعالى:« يسألونك عن الأهلة قل هى مواقيت للناس والحج » وقال سبحانه : « ان عدة الشهور عند الله اثنا عشرا شهرا فى كتاب الله يوم خلق السموات والأرض منها أربعة حرم » ولم يختلف الناس فى أن الأشهر الحرم معتبرة بالأهلة •

وان وقع الطلاق فى أثناء الشهر اعتدت ببقيته ثم اعتدت شهرين بالأهلة ثم اعتدت من الشهر الثالث تمام ثلاثين يوماً • وهذا مذهب مالك وأحمد •

وقال أبو حنيفة : تحتسب بقية الأول وتعتد من الرابع بقدر ما فاتها من الأول تاما كان أو ناقصا ؛ لأنه لو كان من أول الهلال كانت العدة بالأهلة ، فاذا كان من بعض الشهر وجب قضاء ما فات منه •

وخرج أصحاب أحمد وجهاً ثانيا أن جميع الشهور محسوبة بالعدد • وهو قول ابن بنت الشافعى ، لأنه اذا حسب الأول بالعدد كان ابتداء الثانى من بعض الشهر فيجب أن يحسب بالعدة وكذلك الثالث ، وهذا خطأ لأن الشهر يقع على ما بين الهلالين وعلى الثلاثين ، ولذلك اذا غم الشهر كمل ثلاثين والأصل الهلال ، فاذا أمكن اعتبار الهلال اعتبروا • واذا تعذر رجعوا الى العدد • وفى هذا انفصال عما ذكر لأبى حنيفة • وأما التخريج الذى ذكرناه فانه لا يلزم اتمام الشهر الأول من الثانى ، ويجوز أن يكون تمامه من الرابع ، ولهذا لم يسقط اعتبار الشهر الأول فيما سواه •

فـــرع فى مذاهب العلماء

اذا بلغت سناً تحيض فيه النساء فى الغالب فلم تحض كخمس عشرة سنة فعدتها ثلاثة أشهر ، وهو مذهب أبى حنيفة ومالك وأحمد فى احدى الروايتين عنه ، وضعف أبو بكر من أصحابه الرواية المخالفة لهذا ، وقال رواها أبو طالب فخالف فيها أصحابه ، وذلك ما روى أبو طالب عن أحمد أنها تعتد سنة ، ووجه القول الأول قوله تعالى : « واللائى لم يحضن » وهذه من اللائى لم يحضن ، ولأن الاعتبار بحال المعتدة لا بحال غيرها ، ولهذا لو حاضت قبل بلوغ سن يحيض لمثله النساء فى الغالب ، مثل أن تحيض ولها عشر سنين اعتدت بالحيض ، وفارق من ارتفع حيضها ولا تدرى ما رفعه ، فانها من ذوات القروء وهذه لم تكن منهن • وأقل سن تحيض فيه المرأة تسع سنين ، لأن المرجع فيه الى الوجود وقد وجد من تحيض لتسع •

وقد روى عن الشافعى رضى الله عنه أنه قال : رأيت جدة لها احدى وعشرون سنة ، واختلف فى السن التى تصير بها المرأة من الآيسات ، فعن الشافعى قولان :

(أحدهما) يعتبر السن الذى يتيقن أنه اذا بلغته لم تحض • قال بعض أصحابنا : هو اثنان وستون سنة •

(والثانى) يعتبر السن الذى ييأس فيه نساء عشيرتها ، لأن الظاهر أن نشأها كنشئهن وطبعها كطبعهن •

واختلف عن أحمد فى السن الذى تصير به المرأة من الآيسات ، فعنه أوله خمسون سنة ، لأن عائشة قالت : لن ترى المرأة فى بطنها ولدا بعد خمسين سنة ، وعنه ان كانت من نساء العجم فخمسون ، وان كانت من نساء العرب فستون ، لأنهن أقوى طبيعة • وقد ذكر الزبير بن بكار فى كتاب النسب أن هندا بنت أبى عبيدة بن عبد الله بن زمعة ولدت موسى بن عبد الله بن الحسن ابن على بن أبى طالب ولها ستون سنة ، وقال يقال انه لن تلد بعد خمسين سنة الا عربية ولا تلد لستين الا قرشية •

قال ابن قدامة : والصحيح أنه متى بلغت المرأة خمسين سنة فانقطع حيضها عن عادتها مرات لغير سبب فقد صارت آيسة ، لأن وجود الحيض فى حق هذه نادر . بدليل قول عائشة وقلة وجوده ، فاذا انضم الى هذا انقطاعها عن العادات مرات حصل اليأس من وجوده فلها حينئذ أن تعتد بالأشهر ، وان انقطع قبل ذلك فحكمها حكم من ارتفع حيضها لا تدرى ما رفعه ، وان رأت الدم بعد الخمسين على العادة التى كانت تراه فيها فهذا حيض فى الصحيح ، لأن دليل الحيض الوجود فى زمن الامكان . وهذا يمكن وجود الحيض فيه وان كان نادرا ؛ وان رأته بعد الستين فقد تيقن أنه ليس بحيض فعند ذلك لا تعتد به وتعتد بالأشهر كالتى لا ترى دماً .

فرع وان بلغت الصبية سناً تحيض فيه النساء بأن بلغت خمس عشرة سنة أو عشرين سنة ولم تحض فعدتها بالشهور وبه قال أبو حنيفة وقال أحمد تقعد مدة الحمل فى الغالب ثم تعتد بعده بثلاثة أشهر دليلنا قوله تعالى : « واللائى يئسن من المحيض » الآية الى قوله : « واللائى لم يحضن » وهذه لم تحض ولأنها لو بلغت سناً لا تبلغها امرأة قط الا يائسة من الحيض قال الشيخ أبو حامد وهى ستون سنة وكانت هى تحيض فان عدتها بالاقراء اعتبارا بحالها فكذلك اذا لم تحض فى السن الذى تحيض النساء فى مثلها فيه .

فرع وان ولدت المرأة ولم تر دما قبله ولا نفاساً بعده ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو اسحاق :

(أحدهما) وهو قول الشيخ أبى حامد أنها تعتد بالشهور للآية .

(والثانى) لا تعتد بالشهور بل تكون كمن تباعد حيضها من ذوات الأقراء لأنه لا يجوز أن تكون من ذوات الأحمال ولا تكون من ذوات الأقراء .

مسألة اذا طلقها وهى من اللائى لم يحضن بأن كانت صغيرة أو كانت بالغاً لم تحض اذا اعتدت بالشهور فحاضت قبل انقضاء عدتها ولو بساعة

لزمها استئناف العدة فى قول عامة الفقهاء ، منهم سعيد بن المسيب والحسن ومجاهد وقتادة والشعبى والنخعى والزهرى والثورى ومالك وأحمد واسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأى وأهل المدينة وأهل البصرة • وذلك لأن الشهور بدل عن الحيض • فاذا وجد المبدل بطل حكم البدل كالتيمم مع الماء • ويلزمها أن تعتد بثلاثة قروء • وهل تعتد بما مضى من الطهر قبل الحيض قرءاً ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) تعتد به لأنه طهر انتقلت منه الى حيض فأشبه الطهر بين الحيضتين • وهو قول أبى العباس لأن القرء هو الطهر بين حيضتين • وهذا لم يتقدمه حيض فلم يكن قرءاً •

(والثانى) لا تعتد به كما اذا اعتدت بقرأين ثم أيست استأنفت ثلاثة أشهر وهو قول أبى اسحاق •

فأما اذا انقضت عدتها بالشهور ثم حاضت بعدها ولو بلحظة لم يلزمها استئناف العدة لأنه معنى حدث بعد انقضاء العدة كالتى حاضت بعد انقضاء العدة بزمن طويل •

ولو حاضت حيضة أو حيضتين ثم صارت من الآيسات استأنفت العدة بثلاثة أشهر • لأن العدة لا تلفق من جنسين • وقد تعذر اتمامها بالحيض فوجب تكميلها بالأشهر • وان ظهر بها حمل من الزوج سقط حكم ما مضى وتبين أن ما رأته من الدم لم يكن حيضاً ، لأن الحامل لا تحيض ولو حاضت ثلاث حيض ثم ظهر بها حمل يمكن أن يكون حادثا بعد قضاء العدة بأن تأتى به لستة أشهر منذ فرغت من عدتها لم تلحق بالزوج وحكمنا بصحة الاعتداد، وكان هذا الولد حدثاً • وان أتت به لدون ذلك تبينا أن الدم ليس بحيض• لأنه لا يجوز وجوده فى مدة الحمل ولهذه الصورة أحكام فى العبادات مضت فى الحيض • فاذا رأت المعتدة أمارات الحمل من حركة أو نفخة أو نحوهما وشكت هل هو حمل أم لا ، فاذا حدثت الريبة قبل انقضاء عدتها فانما تبقى فى حكم الاعداد حتى تزول الريبة فان بان حمل انقضت عدتها بوضعه ، فان زالت وبان أنه ليس بحمل تبينا أن عدتها انقضت بالقروء أو

الشهور ، فان زوجت قبل زوال الريبة فالنكاح باطل لأنها تزوجت وهى فى حكم المعتدات فى الظاهر .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان كانت المطلقة امة نظرت فان كانت حاملا اعتدت بالحمل لما ذكرناه فى الحرة ، وان كانت من ذوات الأقراء اعتدت بقرأين لما روى عن جابر عن عمر رضى الله عنه انه جعل عدة الأمة حيضتين ، ولأن القياس اقتضى ان تكون قرءا ونصفاً كما كان حدها على النصف ، الا أن القرء لا يتبعض فكمل فصارت قرأين ، ولهذا روى عن عمر رضى الله عنه انه قال : لو استطعت أن أجعل عدة الأمة حيضة ونصفاً لفعلت ، وان كانتا من ذوات الشهور ففيه ثلاثة اقوال :

(احدهما) انها تعتد بشهرين لأن الشهور بدل من الأقراء فكانت بعددها كالشهور فى عدة الحرة .

(والثانى) انها تعتد بثلاثة أشهر لأن براءة الرحم لا تحصل الا بثلاثة اشهر لأن الحمل يمكث اربعين يوماً نطفة ، ثم اربعين يوماً علقة ، ثم أربعين يوماً مضغة ثم يتحرك ويعلو جوف المرأة فيظهر الحمل .

(والثالث) انها تعتد بشهر ونصف لأن القياس يقتضى ان تكون على النصف من الحرة كما قلنا فى الحد ، ولأن القرء لا يتبعض فكمل والشهور تتبعض فتبعضت كما نقول فى المحرم اذا وجب عليه نصف مد فى جزاء الصيد وأراد أن يكفر بالصوم صام يوماً لأنه لا يتبعض ، وان أراد ان يكفر بالاطعام اخرج نصف مد .

فصـــل وان اعتقت الأمة قبل الطلاق اعتدت بثلاثة اقراء لأنه وجبت عليها العدة وهى حرة ، وان انقضت عدتها بقرأين ثم اعتقت لم يلزمها زيادة لأنها اعتدت على حسب حالها فلم يلزمها زيادة ، كما لو اعتدت من لم تحض الشهور ثم حاضت أو اعتدت ذات الاقراء بالأقراء ثم صارت آيسة ، فان اعتقت فى أثناء العدة ففيه ثلاثة اقوال (أحدها) تتم عدة أمة لأنه عدد محصور يختلف بالرق والحرية فاعتبر فيه حال الوجوب كالحد (والثانى) انها ان كانت رجعية أتمت عدة حرة ، وان كانت بائناً أتمت عدة أمة ، كما نقول فيمن مات عنها

زوجها انها ان كانت رجعية انتقلت الى عدة الوفاة ، وان كانت بائناً لم تنتقل والثالث) وهو الصحيح انه يلزمها أن تتمم عدة حرة ، لأن الاعتبار فى العدة بالانتهاء ، ولهذا لو شرعت فى الاعتداد بالشهور ثم حاضت انتقلت الى الاقراء).

الشرح الاخبار فى عدة الأمة عند ابن ماجه من حديث عائشة قالت « أمرت بريرة أن تعتد بثلاث حيض » وعن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم خير بريرة فاختارت نفسها وأمرها أن تعتد عدة الحرة • رواه أحمد والدارقطنى • وروى الترمذى وأبو داود عن عائشة مرفوعا « طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان » وفى لفظ رواه الدارقطنى « طلاق العبد اثنتان وقرء الأمة حيضتان » ومثل ذلك روى عن ابن عمر عند ابن ماجه والدارقطنى باسنادين ضعيفين • أما الأحكام فى الفصلين فعلى وجهها •

فرع وان كانت المطلقة أمة فان كانت حاملا كانت عدتها بوضع الحمل لقوله تعالى « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » ولم يفرق ولأنه لا يمكنه استبراء رحمها مع كونها حاملا الا بوضعه فنهى عنه كالحرة وان كانت حائلا نظرت فان كانت من ذوات الاقراء اعتدت بقرءين وهو قول العلماء كافة وقال داود وشعبة تعتد بثلاثة أقراء دليلنا ما روى ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « يطلق العبد تطليقتين وتعتد الأمة بحيضتين » وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال طلاق الأمة طلقتان وعدتها حيضتان ومعنى قوله حيضتان عندنا يتقدمهما طهران لأن القرء الذى هو الطهر لابد فيه من الحيض ولأنه أمر ذو عدد بنى على التفاضل فوجب أن يكون الأمة على النصف من الحرة كالحد الا أنه لما لم يتبعض القرء كمل ولهذا روى عن عمر أنه قال : لو أستطيع أن أجعل عدة الأمة حيضة ونصفا لفعلت وقولنا: ذو عدد احتراز من الحمل ومعنى قولنا على التفاضل لأن الأمة تستبرىء بالحيضة والحرة تستبرأ بثلاث حيض فكلما بنى على التفاضل اذا لم يتبعض سقط فى حكم الرقيق كالشهادة والميراث والرجم وما تبعض كان الرقيق فيه على النصف من الحر كالحد فكذلك العدة وفى قولنا بنى على التفاضل احتراز من مدة الحيض والنفاس فى حق الأمة فانه أمر ذو عدد ولكنه لم يبين على التفاضل فلذلك استوت فيه الحرة والأمة وان كانت الأمة من ذوات

الشهور ففيه أقوال (أحدها) أنها تعتد بشهر ونصف وبه قال أبو حنيفة لما روى عن على وابن عمر أنهما قالا : تعتد الأمة بحيضتين اذا كانت من ذوات الاقراء واذا كانت من ذوات الشهور فشهر ونصف ولأنا قد دللنا أن العدة للأمة على النصف من الحرة الا أن القرء لا يتبعض فكمل ، والشهر يتبعض فكانت على النصف .

(والثانى) أنها تعتد بشهرين لأن كل شهر بدل عن قرء فى حق الحرة فكان كل شهر بدل عن قرء فى حق الأمة (والثالث) أنها تعتد بثلاثة أشهر لأن براءة الرحم فى الشهور لا تحصل بأقل من ثلاثة أشهر لان الولد يكون فى الرحم أربعين يوما نطفة وأربعين يوما علقة وأربعين يوما مضغة ثم يتصور فلا تنقضى العدة الا بوضع ذلك .

فرع وان تزوج رجل أمة فأعتقت ففيها ثلاث مسائل (احداها) أن تعتق أولا ثم يطلقها الزوج فانها تعتد عدة حرة لأنها حرة وقت وجوب العدة (الثانية) أن يطلقها الزوج وتعتد بقرءين ثم بعد أن يعتقها سيدها فلا يجب عليها استئناف العدة لأن الحرية طرأت بعد انقضاء العدة فلم تؤثر فى العدة كما لو اعتدت الصغيرة بالشهور ثم حاضت (الثالثة) اذا طلقت ثم أعتقت فى أثناء العدة فلا خلاف أنه لا يلزمها استئناف العدة ولكنها تبنى على ما مضى وهل يلزمها أن تتم ؟ فيه ثلاثة أقوال (أحدها) يلزمها أن تتم عدة أمة سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا وبه قال مالك لأنه أمر ذو عدد يختلف بالرق والحرية فلم يغيره العتق كالحد (والثانى) أنها تتم عدة حرة سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا وهو اختيار المزنى قال الشيخ أبو اسحاق وهو الأصح لأنها معتدة عن نكاح فى حال الحرية فلزمها كمال العدة كما لو اعتقت قبل الطلاق ولأن الاعتبار فى العدة بحال الانتهاء ولهذا لو اعتدت بالاقراء ثم أيست من الحيض فى أثناء العدة فانها تعتد بالشهور اعتباراً بحال الانتهاء وكذلك لو اعتدت بالشهور ثم حاضت فى أثناء العدة اعتدت بالاقراء فكذلك هذا مثله (الثالث) ان كان الطلاق رجعيا أتمت عدة حرة وان كان بائنا أتمت عدة أمة وبه قال أبو حنيفة وأحمد قال الشيخ أبو حامد وهو الأصح لأن الرجعية لو مات

عنها زوجها لوجب عليها عدة الوفاة فاذا طرأت عليها الحرية فى أثناء العدة أتمت عدة حرة والبائن لو مات عنها زوجها لم يجب عليها عدة المتوفاة فلم يلزمها اتمام عدة الحرة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان وطئت امرأة بشبهة وجبت عليها العدة لأن وطء الشبهة كالوطء فى النكاح فى النسب فكان كالوطء فى النكاح فى ايجاب العدة ، فان زنى بامرأة لم تجب عليها العدة لأن العدة لحفظ النسب والزانى لا يلحقه نسب .

فصل ومن مات عنها زوجها وجبت عليها العدة دخل بها أو لم يدخل ، لقوله عز وجل ((والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا)) فان كانت حائلا وهى حرة اعتدت بأربعة أشهر وعشر للآية ، وان كانت أمة اعتدت بشهرين وخمس ليال ، لأنا دللنا على أن عدتها بالاقراء على النصف ، الا أنه لما لم يتبعض جعلناه قرءين ، والشهور تتبعض فوجب عليها نصف ما يجب على الحرة .

وان كانت حاملا بولد يلحق بالزوج اعتدت بوضعه لما روت أم سلمة رضى الله عنها قالت ((ولدت سبيعة الأسلمية بعد وفاة زوجها بليال ، فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : قد حللت فانكحى)) .

وان كانت حاملا بولد لا يلحق الزوج كامرأة الطفل لم تعتد بالحمل منه لأنه لا يمكن ان يكون منه فلم تعتد به منه كامرأة الكبير اذا طلقها واتت بولد لدون ستة أشهر من حين العقد ، فان كان الحمل لاحقاً برجل وطئها بشبهة اعتدت به منه . واذا وضعت اعتدت عن الطفل بالشهور ، لأنه لا يجوز أن تعتد عن شخصين فى وقت واحد .

وان كان عن زنا احتسبت بما مضى من الشهور فى حال الحمل عن عدة وفاة الطفل ، لأن الحمل عن الزنا لا حكم له فلا يمنع من الاعتداد بالشهور ، وان طلق امرأته طلاقاً رجعياً ثم مات عنها وهى فى العدة اعتدت بعدة الوفاة لأنه توفى عنها وهى زوجته .

الشرح حديث أم سلمة أخرجه أحمد والشيخان وأصحاب السنن الا أبا داود وابن ماجه بلفظ « ان امرأة من أسلم يقال لها سبيعة كانت تحت زوجها فتوفى عنها وهى حبلى فخطبها أبو السنابل بن بعكك فأبت أن تنكحه، فقال والله ما يصلح أن تنكحى حتى تعتدى آخر الأجلين ، فمكثت قريباً من عشر ليال ثم نفست ثم جاءت الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : انكحى » .

وأخرجوه بمعناه من رواية سبيعة قالت « فأفتانى بأنى قد حللت حين وضعت حملى وأمرنى بالتزويج ان بدا لى » .

وعن الزبير بن العوام « أن أم كلثوم بنت عقبة كانت عنده فقالت له وهى حامل : طيب نفسى بتطليقة ، فطلقها تطليقة ، ثم خرج الى الصلاة ، فرجع وقد وضعت ، فقال ما لها خدعتنى خدعها الله . ثم أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال « سبق الكتاب أجله ، اخطبها الى نفسها » قال القاضى عياض : والحديث ــ يعنى حديث سبيعة ــ مبتور منه قولها « فنفست بعد ليال فخطبت » قال الحافظ ابن حجر فى الفتح : وقد ثبت المحذوف فى رواية ابن ملحان عن يحيى بن بكير شيخ البخارى ولفظه « فمكثت قريباً من عشرين ليلة ثم نفست » وقد وقع للبخارى اختصار المتن من طريق أخصر من هذه الطريق . ووقع له فى تفسير سورة الطلاق مطولا بلفظ « أن سبيعة بنت الحارث أخبرته أنها كانت تحت سعد بن خولة فتوفى عنها فى حجة الوداع وهى حامل فلم تنشب أن وضعت حملها ، فلما تعلت من نفاسها تجملت للخطاب فدخل عليها أبو السنابل بن بعكك رجل من بنى عبد الدار ، فقال مالى أراك تجملت للخطاب ، فانك والله ما أنت بناكح حتى تمر عليك أربعة أشهر وعشر ، قالت سبيعة فلما قال لى ذلك جمعت على ثيابى حين أمسيت ، فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك فأفتانى بأنى بأنى قد حللت حين وضعت حملى وأمرنى بالتزويج » .

وقد ذهب جمهور الفقهاء من السلف والخلف الى أن الحامل اذا مات عنها زوجها تنقضى عدتها بوضع الحمل ، وأخرج سعيد بن منصور وعبد ابن حميد عن على بسند صحيح أنها تعتد بآخر الأجلين ، ومعناه أنها ان

وضعت قبل مضى أربعة أشهر وعشر تربصت الى انقضائها ؛ وان انقضت المدة قبل الوضع تربصت الى الوضع ، وبه قال ابن عباس • وروى عنه أنه رجع • وروى عن ابن أبى ليلى أنه أنكر على ابن سيرين القول بانقضاء عدتها بالوضع ، وأنكر أن يكون ابن مسعود قال بذلك ، قال الشوكانى : وقد ثبت عن ابن مسعود من عدة طرق أنه كان يوافق الجمهور حتى كان يقول من شاء لاعنته على ذلك •

اما الأحكام فان الموطوءة بشبهة تعتد عدة المطلقة ، وكذلك الموطوءة فى نكاح فاسد ؛ لأن كلا من وطء الشبهة والنكاح الفاسد فى لحوق النسب وشغل الرحم كالوطء الصحيح ، فكانا مثله فيما تحصل البراءة به ، وان وطئت المزوجة بشبهة لم يحل لزوجها وطؤها قبل انقضاء عدتها كيلا يفضى الى اختلاط المياه واشتباه الأنساب وله الاستمتاع منها بما دون الفرج فى أحد الوجهين لأنها زوجة حرم وطؤها لعارض مختص بالفرج فأبيح الاستمتاع منها بما دونه كالحائض •

مسألة المزنى بها لا عدة لها ، وهذا قول أبى بكر الصديق وعمر ابن الخطاب رضى الله عنهما ، وبه قال الثورى وأصحاب الرأى ، لأن العدة لحفظ النسب ولا يلحقه نسب ، وقد روى عن على نحوه • وقال أحمد : تستبرأ كالمزوجة بشبهة لأنه وطء يقتضى شغل الرحم فوجبت العدة منه كوطء الشبهة • وأما وجوبها كعدة المطلقة فلأنها حرة فوجب استبراؤها بعدة كاملة كالموطوءة بشبهة وبهذا قال الحسن والنخعى ، وهو قول مالك • وروى ابن أبى موسى عن أحمد رواية أخرى أنها تستبرأ بحيضة واحدة •

مسألة وان خالع الرجل زوجة أو فسخ أحدهما النكاح بعيب فحكمه حكم الطلاق فى العدة لأنها فرقة فى الزوجية فى حال الحياة فهى كالفرقة بالطلاق وان وطئت امرأة بشبهة وجبت عليها العدة لأن الوطء فى الشبهة كالوطء فى النكاح فى النسب فكان كوطء النكاح فى ايجاب العدة فان كانت حرة اعتدت بعدة الطلاق على ما ذكرنا وان بانت له زوجة حرة فوجد أمة غيره فظنها زوجته الحرة فوطئها ففيه وجهان (أحدهما) أنها تعتد بثلاثة

أقراء كالحرة لأنه اعتقد أنها حـرة فأثر اعتقـاده فى عدتها مـا أثر فى ولدها (والثانى) أن تعتد عدة أمة لأنها أمة معتدة فهو كما لو اعتدت عن الطلاق •

مسـألة أجمع أهل العلم على أن عدة المسـلمة الحـائل من وفاة زوجها أربعة أشهر وعشر مدخولا بها أو غير مدخول بها ، سواء كانت كبيرة بالغة أو صغيرة لم تبلغ • وذلك لقوله تعالى « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً » وما رواه الشيخان مرفوعا « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوج أربعة أشهر وعشراً » ولا تحمل الآية على المدخول بها كما فى قوله تعالى « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » لأن هذه مخصصة بقـوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » ولم يرد تخصيص عدة الوفاة ، ولا أمكن قياسها على المطلقة فى التخصيص ، لأن النـكاح عقد عمـر . فاذا انتهى تقـررت أحكامه •

وكذلك فان المطلقة اذا أتت بولد يمكن للزوج تكذيبها ونفيه باللعـان الأمر الذى يمتنع فى حق المتوفى • فلا يؤمـن أن تأتى بولد فيلحـق الميت نسبه وماله من ينفيه ، فاحتطنا بايجاب العدة عليها لحفظهـا عن التصرف والمبيت فى غير منزلها حفظاً لها • فاذا تقرر هذا فانه لا يعتبر وجود الحيض فى عدة الوفاة فى قول عامة أهل العلم • وحكى عن مالك أنهـا اذا كانت مدخولا بها وجب أربعة أشهر وعشر فيها • واتباع الكتاب والسنة أولى ، ولأنه لو اعتبر الحيض فى حقها لاعتبر ثلاثة قروء كالمطلقة • وهذا الخـلاف يختص بذات القرء • فأما الآيسة والصغيرة فلا خلاف فيها • وأما الأمـة المتوفى عنها زوجها فعدتها شهران وخمسة أيام فى قول عامة أهل العلم منهم سعيد بن المسيب وعطاء وسليمان بن يسار والزهرى وقتادة ومالك والثورى وأحمد واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى وغيرهم الا ابن سيرين • فانه قال : ما أرى عدة الأمة الا كعدة الحرة • الا أن تكون قد مضت فى ذلك سنة • فان السنة أحق أن تتبع وأخذ بظاهر النص وعمومه • ولكن هـذا

لا ينهض أمام اتفاق الصحابة على أن عدة الأمة المطلقة على النصف من عدة الحرة فكذلك عدة الوفاة .

فرع وأما عدة المتوفى عنها زوجها فلا يخلو اما أن تكون حائلا أو تكون حاملا فان كانت حائلا نظرت فان كانت حرة اعتدت عنه بأربعة أشهر وعشرة أيام بلياليها سواء كانت صغيرة أو كبيرة مدخولا بها أو غير مدخول بها لقوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة اشهر وعشرا » وهذا أمر بلفظ الخبر اذ لو كان خبرا لم يقطع بخلاف ما أخبر الله به ولم يفرق بين الصغيرة والكبيرة والمدخول بها وغير المدخول بها وروت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث الا امرأة على زوجها فانها تحد عليه أربعة أشهر وعشرا » فان قيل فقد ذكر الله الآية بعد هذه الآية وهو قوله « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لأزواجهم متاعا الى الحول غير اخراج » فلم أخذتم بالتى قبلها ؟ قلنا لأن هذه الآية منسوخة بالتى قبلها والدليل عليه ما روت أم سلمة أن امرأة أتت النبى صلى الله عليه وسلم وقالت ان ابنتى توفى عنها زوجها وقد اشتكت عينها أفتكحلهما ؟ فقال النبى صلى الله عليه وسلم لا لا لا قالها ثلاثاً انما هى أربعة أشهر وعشر وقد كانت احداكن ترمى بالبعرة فى رأس الحول فأخبره النبى صلى الله عليه وسلم أن العدة كانت حولا وأنها الآن أربعة أشهر وعشر وأما البعرة فان الجاهلية كانت المرأة منهم تعتد سنة ثم اذا انقضت السنة أخذت بعرة فرمتها وقالت خرجت من الأذى كما خرجت هذه البعرة من يدى ولأن الله تعالى ذكر فى الآية الأخرى لها النفقة والوصية وأن لها أن تخرج ولا خلاف أن هذه الأحكام منسوخة فكذلك مدة الحول وقد روى عن ابن عباس أنه قال «المتاع منسوخ بالمواريث والحول منسوخ بأربعة أشهر وعشر» فان قيل فكيف نسختها وهى قبلها ؟ قلنا : انما هى قبلها فى التأليف والنظم وهى بعدها فى التنزيل . والاعتبار بالناسخ أن يكون بعد المنسوخ فى التنزيل لا فى التأليف وليس تقدمها فى التأليف يدل على تقدمها فى التنزيل ألا ترى الى قوله تعالى « سيقول السفهاء من الناس ما ولاهم عن قبلتهم التى كانوا

عليها » وانما أنزلت بعد قـوله « قد نرى تقلب وجهك فى السـماء » لأن السفهاء انما قالوا ذلك حين تحول النبى صلى الله عليه وسلم من بيت المقدس الى الكعبة هذا قول عامة العلماء وقال الأوزاعى : تعتد بأربعة أشهر وعشر ليال وتسعة أيام لأن الله قال وعشرا والعشر يستعمل فى الليالى دون الأيام • دليلنا أن العرب تغلب اسم التأنيث فى العدد خاصة فى التذكير فيقولون سرنا عشرا ويريدون به الليالى والأيام وان كانت أمة قال الشيخ أبو حامد ففيه قولان (أحدهما) تعتد بشهرين وخمسة أيام ثلاثة لأنها على النصف مـن عدة الحرة فيما يتبعض والشهور تتبعض (والثانى) تعتد بأربعة أشهر وعشر لأن الولد يكون أربعين يوما نطفة وأربعين يوما علقة وأربعين يوما مضـغة ثم ينفخ فيه الروح ويتحرك فاعتبر أن يكون عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا ليتبين الحمل بذلك وهذا لا يختلف فيه الحرة والأمة • والأول هو المشهور واذا انقضت أربعة أشهر وعشر فقد انقضت عدتها سواء حاضت فيها أو لم تحض وبه قال أبو حنيفة وقال مالك اذا كانت من عادتها أن تحيض حيضة فى الأشهر ــ فان تأخـر حيضـها ــ لم تنقض عـدتها حتى تحيض حيضة • دليلنا قوله تعالى « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » ولم يفرق بين أن تحيض فيهـا أو لا تحيض فقوله صلى الله عليه وسلم « الا امرأة على زوجها فانها تعتد أربعة أشـهر وعشرا » ولم يفرق • وان كانت المتوفى عنها زوجها حاملا بولد يلحق بالزوج اعتدت بوضع الحمل حرة كانت أو أمة • وبه قال عمر وابن عمر وأبو هريرة واليه ذهب أبو سلمة بن عبد الرحمن وأكثر أهـل العلم وحـكى عن على ابن أبى طالب وابن عباس أنهما قالا : تنقضى عدتها بأقصى الأجلين من وضع الحمل وأربعة أشهر وعشر • دليلنا قوله تعالى « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » ولم يفرق بين أن تضع لأربعة أشهر وعشر أو لأقل • فان قيل فالآية فى المطلقات قلنا : هى عامة فى الجميع بدليل ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن قوله تعالى « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » فقال : المتوفى عنها زوجها والمطلقـة • وروى أن سبيعة الأسلمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شـهر فتصنعت للأزواج فمرت بأبى السنابل بن بعكك فقال لها قد تصنعت للأزواج انمـا

هى أربعة أشهر وعشر فأتت النبى صلى الله عليه وسلم فأخبرته قد حللت بذلك فقال كذب أبو السنابل يعنى غلط قد حللت فانكحى من شئت وقيل ان أبا السنابل كان قد خطبها وكان شيخا وخطبها شاب فرغبت فى الشـــاب دونه فأراد أبو السنابل أن تصبر حتى يقدم وليها وكان غائبا رجاء أن يتزوجها منه واذا وضعت الحمل انقضت عدتها سواء اغتسلت من النفاس أو لم تغتسل وقال الأوزاعى : لا تنقضى عدتها حتى تغتسل من النفاس دليلنا عموم الآية وعموم الخبر •

فـــرع اذا مات الصـــغير الذى لا يولد لمثـــله ولد عن زوجته ، فأتت بولد لم يلحقه نسبه ولم تنقض العـــدة بوضـــعه • وبهـــذا قال مالك والصحيح من مذهب أحمد وقال أبو حنيفة : ان مات وبها حمل ظاهر اعتدت عنه بالوضع • فان ظهر الحمل بها بعد موته لم تعتد به • وقد روى عن أحمد فى الصبى مثل قول أبى حنيفة • وهكذا الخلاف فيما اذا تزوج بامرأة ودخل بها • وان أتت بولد لدون ستة أشهر من حين عقد النكاح ، فانها لا تعتـــد بوضعه عندنا وعند أحمد ، وتعتد به عند أبى حنيفة ، واحتج بقوله تعالى : « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » ولا يخفى أن الآية واردة فى المطلقات ثم هى مخصوصة بالقياس الذى ذكرناه ، فاذا تقرر هذا فان عدتها تنقضى بوضع الحمل من الوطء الذى علقت به منه ، سواء كان هذا الولد ملحقاً بغير الصغير ، مثل أن يكون من عقد فاسد أو وطء شبهة ؛ لأن العدة تجب فى هذه الأحوال ، فاذا وضعته اعتدت من الصبى بأربعة أشهر وعشر ؛ لأن العدتين من رجلين لا يتداخلان •

ولو طلقها أو مات عنها فلم تنقض عدتها حتى تزوجت من أصابها فـــرق بينهما وبنت على ما مضى من عدة الأول ، ثم استقبلت العدة من الثـــانى ، والاجماع منعقد على هذا • ولأن العدة انما اعتبرت لمعرفة براءة الرحم لئلا يفضى الى اختلاط المياه وامتزاج الأنساب ، وان تزوجت فالنكاح باطل لأنها ممنوعة من النكاح لحق الزوج الأول ، نكاحا باطلا ، كما لو تزوجت وهى فى نكاحه ويجب أن يفرق بينه وبينها ــ فان لم يدخل بها فالعدة بحالها ولا تنقطع بالعقد الثانى ، لأنه باطل لا تصير به المرأة فراشاً ولا يستحق عليـــه

بالعقد شيء وتسقط سكناها ونفقتها عن الزوج الأول لأنهـا ناشز ، وان وطئها انقطعت العدة سواء علم التحريم أو جهله •

وقال أبو حنيفة لا تنقطع لأن كونها فراشاً لغير من له العدة لا يمنعهـا ؛ كما لو وطئت بشبهة وهى زوجة فانها تعتد وان كانت فراشا للزوج •

اذا ثبت هذا فعليه فراقها ، فان لم يفعل فعليه التفريق بينهـما ، فان فارقها أو فرق بينهما وجب عليها أن تكمل عدة الأولى لأن حقه أسبق وعدته وجبت عن وطء فى نكاح صحيح ، فاذا أكملت عدة الأول وجب عليها أن تعتد من الثانى ولا تتداخل العدتان لأنهما من رجلين ، وهذا مذهب أحمد •

وقال أبو حنيفة : يتداخلان فتأتى بثلاثة قروء بعد مفارقة الثانى تكون عن بقية عدة الأول وعدة الثانى لأن القصد معرفة براءة الرحم وهذا تحصل به براءة الرحم منهما جميعاً • وهذا خطأ لما روى مالك عن ابن شهاب عـن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار « أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفى فطلقها ونكحها غيره فى عدتها ، فضربها عمر بن الخطاب وضرب زوجهـا ضربات بمخفقة وفرق بينهما ثم قال : أيما امرأة نكحت فى عدتهـا فان كان زوجها الذى تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول ، وكان خاطبا من الخطاب ، وان كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر ولا ينكحها أبداً •

وروى عن على عليه السلام أنه قضى فى التى تزوج فى عدتها أنه يفرق بينهما ولها الصداق بما استحل من فرجها ، وتكمل ما أفسدت من عدة الأول وتعتد من الآخر • هذا ما قاله خليفتان من الراشدين لا نعلم لهما مخالفاً من الصحابة •

فـــرع وان مات الصبى الذى لا يولد لمثله وله زوجة فانها تعتـد عنه بالشهر سواء كانت حاملا أو حائلا وبه قال مالك وقال أبو حنيفة اذا مات وبها حمل ظاهر اعتدت عنه بوضعه وان ظهر بها الحمل بعد موته لم تعتـد به عنه وهكذا قال فى البالغ اذا تزوج امرأة ووطئها ثم طلقهـا وأتت بولد

لدون ستة أشهر من حين عقد النكاح فان كان الحمل بها ظاهرا وقت الطلاق اعتدت بوضعه عنه وان ظهر بها بعد الطلاق لم تعتد بوضعه عنه دليلنا أن هذا الحمل منتف عنه قطعا فلم تعتد به كما لو ظهر بها بعد الوفاة والطلاق •

اذا ثبت هذا فان كان هذا الولد لاحقا بغير الزوج بأن كان عن وطء شبهة أو نكاح فاسد اعتدت به عمن يلحق به واعتدت عن الزوج بالشهور بعد الوضع وان كان الحمل من زنا اعتدت عن الزوج بالشهور من حين موته لأن الحمل عن الزنا لا حكم له فكان وجوده كعدمه •

فـــرع وان طلق امرأته طلاقا رجعيا ثم مات عنها وهى فى العدة انتقلت الى عدة الوفاة لأنها فى حكم الزوجات وان نكح امرأة نكاحا فاسدا ومات عنها لم يجب عليهـا عدة الوفاة من أحكام الزوجية ولا زوجية بينهما فلم يجب عليها العدة كما لا يثبت لها الميراث وسائر أحكام الزوجية فان لم يدخل بها فلا عدة عليها وان دخل بها فان كانت حائلا اعتدت عنه بثلاثة أقراء ان كانت ممن تحيض • وان كانت ممن لا تحيض اعتدت بثلاثة أشهر وابتدأ ذلك من حين فرق بينهما وان كانت حاملا اعتدت عنه بوضـع الحمل فاذا وضعت الحمل انقضت عدتها قال حماد بن أبى سلمة والأوزاعى لا تنقضى عدتها حتى تطهر من النفاس دليلنا قوله تعالى « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » ولم يعتبر أن تطهر من النفاس •

فـــرع فى مذاهب العلماء

اذا مات الزوج الرجعية استأنفت عدة الوفاة أربعـة أشـهر وعشرا بلا خلاف • قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ذلك ، وذلك لأن الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وينالها ميراثه فاعتدت بنت على عـدة الطلاق لأنه مات وليست زوجة له لأنها بائن من النكاح فتكون غير منكوحة• وبهذا قال مالك وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر • وقال أحمد تلزمها عدة الطلاق ، الا أن يطلقها فى مرض موته فانها تعتد أطول الأجلين من عدة الوفاة أو ثلاثة قروء • وبه قال الثورى وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن ، لأنها وارثة

له فيجب عليها عدة الوفاة كالرجعية وتلزمها عدة الطلاق لما ذكروه فى دليلهم، وان مات المريض المطلق بعد انقضاء عدتها بالحيض أو بالشهور أو بوضع الحمل أو كان طلاقه قبل الدخول فليس عليها عدة لموته .

فرع اذا طلق الرجل امرأته أو مات عنها وهو غريب عنها فان عدتها من حين الطلاق أو من حين الموت فان لم تعلم بالطلاق ولا بالموت حتى انقضت مدة عدتها فقد انقضت عدتها وان علمت قبل انقضاء مدة العدة أتمت عدتها من حين الطلاق أو الموت وبه قال ابن عمر وابن عباس وابن مسعود وابن الزبير وهو قول أكثر الفقهاء وقال على بن أبى طالب : يكون ابتداء عدتها من حين علمت بالطلاق أو الموت وبه قال الحسن البصرى وداود وقال عمر بن عبد العزيز والشعبى ان ثبت الموت أو الطلاق بالبينة كان ابتداء العدة من حين الطلاق أو الموت وان ثبت ذلك بالسماع والخبر كان ابتداؤها من حين بلغها دليلنا قوله تعالى « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » فجعل عدة الحمل وضع الحمل ولم يفرق بين أن يكون علمت بالطلاق أو لم تعلم ، ولأنها اذا سمعت بالطلاق أو الموت بعد انقضاء مدة العدة لم تعد الاعتداد فكذلك اذا بقى بعض المدة فلم تفقد غير قصدها وقصدها الى الاعتداد غير معتبر بدليل أن العدة تصح من الصغيرة والمجنونة وان كان لا قصد لهما .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان طلق احدى امراتيه بعينها ثلاثا ومات قبل أن يبين نظرت فان لم يدخل بهما اعتدت كل واحدة منهما اربعة أشهر وعشرا ، لأن كل واحدة منهما يجوز ان تكون هى الزوجة فوجبت العدة عليهما ليسقط الفرض بيقين ، كمن نسى صلاة من صلاتين لا يعرف عينها .**

وان دخل بهما ـ فان كانتا حاملتين ـ اعتدتا بوضع الحمل . لأن عدة الطلاق والوفاة فى الحمل واحدة ، وان كانتا من ذات الاقراء اعتدتا باقصى الأجلين من اربعة اشهر وعشر او ثلاثة اقراء ، وابتداء الأشهر من موت الزوج، وابتداء الاقراء من وقت وليسقط الفرض بيقين .

وان اختلفت صفتهما فى العدة كان حكم كل واحدة منهما على الانفراد كحكمها اذا اتفقت صفتهما ، وقد بيناه .

وان طلق احداهما لا بعينها ومات قبل ان يعين فالحكم فيه على ما ذكرناه اذا كانت المطلقة معينة ومات قبل أن يبين الا فى شىء واحد.وهو أنا متى أمرناها بالاعتداد بالشهور أو الاقراء ، فان ابتداء الأشهر من حين الموت ، فأما الاقراء، فان قلنا على أحد الوجهين ان ابتداء العدة من حين يلفظ بالطلاق كان ابتداء الأقراء من حين الطلاق ، وان قلنا بالوجه الآخر ان ابتداء العدة من حين التعيين كان ابتداء الأقراء من حين الموت ، لأن بالموت وقع الاياس من بيانه وقبل الموت لم ييأس من بيانه) .

الشرح اذا كان له امرأتان فطلق احداهما بعينها ثم نسيها ومات قبل أن يبين المطلقة منهما فان كانتا غير مدخول بهما فعلى كل واحدة منهما أن تعتد عنه بأربعة أشهر وعشر لأنا لم تتيقن زوال ملكه عنها بل يجوز أن تكون هى الزوجة فلزمها الاعتداد وان كان قد دخل بهما فان كانتا حائلين فان كان الطلاق رجعيا فعلى كل واحدة منهما أن تعتد عنه بأربعة أشهر وعشر لا غير لأنها فى حكم الزوجات وان كان الطلاق بائنا فان كانتا من ذوات الشهور فعلى كل واحدة منهما أن تعتد عنه بأربعة أشهر وعشر لأنه يجوز أن يكون كل واحدة هى المطلقة فعدتها ثلاثة أشهر ويجوز أن تكون هى الزوجة فعدتها أربعة أشهر وعشر فلزمها أن تعتد بأربعة أشهر وعشر ليسقط الفرض بيقين كما قلنا فيمن نسى صلاة من خمس صلوات ولا يعرف عينها فان عليه أن يصلى الخمس صلوات وان كانتا من ذوات الاقراء فعلى كل واحدة منهما أن تعتد بأربعة أشهر وعشر فيها ثلاثة أقراء فان انقضت أربعة أشهر وعشر قبل أن تأتى بثلاثة أقراء فعليها اكمال ثلاثة أقراء وان أتت بثلاثة أقراء قبل اكمال أربعة أشهر وعشر فعليها اكمال أربعة أشهر وعشر ليسقط الفرض بيقين وابتداء الاقراء من حين الطلاق وابتداء أربعة أشهر وعشر من حين موت الزوج وان خالف حال احداهما حال الأخرى مثل أن كانت احداهما غير مدخول بها والأخرى مدخولا بها أو كانت احداهما حاملا والأخرى حائلا أو طلاق احداهما رجعيا وطلاق الأخرى بائنا أو كانت احداهما من ذوات الشهور والأخرى من ذوات الاقراء فحكم كل واحدة منهما على

الانفراد حكمهما اذا اتفقت صفتهما وقد بيناه وان طلق احداهما لا بعينها ثم مات قبل أن يبين فقد كان يلزمه أن يبين المطلقة واذا بين المطلقة منهما فمن أى وقت يقع عليها الطلاق ؟ فيه وجهان (أحدهما) من حين الطلاق (والثانى) من حين البيان وقد مضى بيانهما فأما اذا مات ولم يبين فقد اختلف أصحابنا فى العدة هاهنا فقال الشيخ أبو حامد اذا قلنا ان الطلاق يقع حين البيان فعلى كل واحدة منهما أن تعتد عدة الوفاة بكل حال لأن الطلاق لم يقع لأنه لا يقع الا ببيان الزوج ولم يوجد منه بيان وان قلنا انه يقع من حين الطلاق فهو كما لو طلق احداهما بعينها ونسيها وقال الشيخ أبو اسحاق وابن الصباغ اذا قلنا ان الطلاق يقع من حين التعيين كان ابتداء عدة الطلاق من حين الموت لأنه وقع الاياس من تعينه بالموت •

قال الشافعى رضى الله عنه : واذا علمت المرأة يقين وفاة الزوج أو طلاقه ببينة تقوم لها على موته أو طلاقه أو أى علم صادق ثبت عندها اعتدت من يوم يكون الطلاق وتكون الوفاة ؛ وان لم تعتد حتى تمضى عدة الطلاق والوفاة لم يكن عليها عدة ، لأن العدة انما هى مدة تمر عليها ، فان مرت عليها فليس عليها مقام مثلها • قال : واذا خفى ذلك عليها وقد استيقنت بالطلاق أو الوفاة اعتدت من يوم استيقنت أنها اعتدت منه • وقد روى عن غير واحد من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : تعتد من يوم يكون الطلاق أو الوفاة • ا هـ •

فرع والعشر المعتبرة فى العدة هى عشر ليال بأيامها ، فتجب عشرة أيام مع الليالى ، وبهذا قال مالك وأحمد وأبو عبيد وابن المنذر وأصحاب الرأى • وقال الأوزاعى : يجب عشر ليال وتسعة أيام ؛ لأن العشر تستعمل فى الليالى دون الأيام ، وانما دخلت الأيام اللاتى فى أثناء الليل تبعا •

قلنا : العرب تغلب اسم التأنيث فى العدد خاصة على المذكر فتطلق لفظ الليالى وتريد الليالى بأيامها ، كما قال تعالى لزكريا « آيتك ألا تكلم الناس ثلاث ليال سويا » يريد أيامها بدليل أنه قال فى موضع آخر « آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام الا رمزا » يريد بلياليها • ولو نذر اعتكاف العشر الأخير

من رمضان لزمه الليالى والأيام ، ويقول القائل (سرنا عشرا) يريد الليالى بأيامها ؛ فلم يجز نقلها عن العدة الى الاباحة بالشك . وما فى الفصل من أختلاف صفاتهن أو اتفاقها فعلى وجهه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل اذا فقدت المرأة زوجها وانقطع عنها خبره ففيه قولان :

(أحدهما) وهو قوله فى القديم ان لها أن تفسخ النكاح ثم تتزوج ، لما روى عمرو بن دينار عن يحيى بن جعدة « أن رجلا استهوته الجن فغاب عن امرأته ، فأتت عمر بن الخطاب رضى الله عنه فأمرها أن تمكث أربع سنين ، ثم أمرها أن تعتد ثم تتزوج » ولأنه اذا جاز الفسخ لتعذر الوطء بالتعنين وتعذر النفقة بالاعسار ، فلأن يجوز ههنا ـ وقد تعذر الجميع ـ أولى .

(والثانى) وهو قوله فى الجديد وهو الصحيح انه ليس لها الفسخ ، لأنه اذا لم يجز الحكم بموته فى قسمة ماله لم يجز الحكم بموته فى نكاح زوجته ، وقول عمر رضى الله عنه يعارضه قول على عليه السلام « تصبر حتى يعلم موته » ويخالف فرقة التعنين والاعسار بالنفقة ، لأن هناك ثبت سبب الفرقة بالتعنين ، وههنا لم يثبت سبب الفرقة وهو الموت .

فان قلنا بقوله القديم فعدت أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة ثم تتزوج ، لما رويناه عن عمر رضى الله عنه ، ولأن بمضى أربع سنين يتحقق براءة رحمها ثم تعتد ، لأن الظاهر انه مات فوجب عليها عدة الوفاة .

قال ابو اسحاق يعتبر ابتداء المدة من حين أمرها الحاكم بالتربص . ومن أصحابنا من قال يعتبر من حين انقطع خبره ، والأول أظهر ، لأن هذه المدة ثبتت بالاجتهاد فافتقرت الى حكم الحاكم كمدة التعنين . وهل يفتقر بعد انقضاء العدة الى الحكم بالفرقة ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) انه لا يفتقر ، لأن الحكم بتقدير المدة حكم بالموت بعد انقضائها .

(والثانى) أنه يفتقر الى الحكم لأنه فرقة مجتهد فيها فافترقت الى الحاكم كفرقة التعنين ، وهل تقع الفرقة ظاهرا وباطنا ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) تقع ظاهرا وباطنا ، فان قدم الزوج وقد تزوجت لم يجز ان ينتزعها من الزوج ، لأنه فسخ مختلف فيه ، فنفذ فيه الحكم ظاهراً وباطنا كفرقة التمنين .

(والثانى) ينفذ فى الظاهر دون الباطن ، لأن عمر رضى الله عنه جعل للمفقود لما رجع أن يأخذ زوجته . وان قلنا بالقول الجديد انها باقية على نكاح الزوج ، فان تزوجت بعد مدة التربص وانقضاء العدة فالنكاح باطل ، فان قضى لها حاكم بالفرقة فهل يجوز نقضه على قوله الجديد ؟ فيه وجهان :

(احداهما) لا يجوز لأنه حكم فيما يسوغ فيه الاجتهاد .

(والثانى) انه حكم مخالف لقياس جلى ، وهو أنه لا يجوز أن يكون حيا فى ماله ميتاً فى نكاح زوجته .

فصل وان رجع المفقود ، فان قلنا بقوله الجديد سلمت الزوجة اليه ، وان قلنا بقوله القديم وقلنا ان حكم الحاكم لا ينفذ فى الباطن سلمت اليه ، وان قلنا : انه ينفذ ظاهرا وباطنا لم تسلم اليه ، وان فرق الحاكم بينهما وتزوجت ثم بان ان المفقود كان قد مات وقت الحكم بالفرقة ـ فان قلنا بقوله القديم ـ صح النكاح ، سواء قلنا ان الحكم ينفذ فى الظاهر دون الباطن ، أو قلنا انه ينفذ فى الباطن دون الظاهر ، لأن الحكم اباح لها النكاح وقد بان ان الباطن كالظاهر وان قلنا بقوله الجديد ففى صحة النكاح الثانى وجهان بناء على القولين فيمن وصى بمكاتبه ثم تبين أن الكتابة كانت فاسدة) .

الشرح يحيى بن جعدة اختلف فى صحبة أبيه جعدة بن هبيرة ابن أبى وهب المخزومى القرشى ، فقد تزوج هبيرة بن أبى وهب بأم هانىء بنت أبى طالب فولدت أم هانىء ثلاثة بنين : جعدة وهانىء ويوسف . وقال الزبير بن بكار : أربعة بنين أحدهم جعدة ، وقد تولى جعدة على خراسان لعلى بن أبى طالب ، وهو ابن أخته وهو القائل :

أبى من مخزوم ان كنت سائلا ... ومن هاشم أمى لخير قبيل

فمن الذى يبأى علىّ بخاله ... كخالى على ذىّ الندىّ وعقيل

---

(١) يبأىّ ان يفخر .

أما ولده يحيى فليس من رواته ولكنه ثقة ، وقد أرسل عن ابن مسعود ونحوه وهو من الطبقة الثالثة .

أما رواية يحيى هنا فقد أخرجها ابن أبى الدنيا قال « وحدثنا أبو مسلم عبد الرحمن بن يوسف حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار عن يحيى ابن جعدة قال : انتسفت الجن رجلا على عهد عمر رضى الله عنه فلم يدروا أحياً هو أم ميتا ؟ فأتت امرأته عمر رضى الله عنه فأمرها أن تتربص أربع سنين ثم أمر وليه أن يطلق ثم أمرها أن تعتد وتتزوج فان جاء زوجها خير بينهـا وبين الصداق » ويحيى لم يعاصر عمر بن الخطاب ولم يره فيكون فى الخبر انقطاع .

وقد أخرج ابن أبى الدنيا هذا الخبر باسناد آخر : حدثنى اسـماعيل ابن اسحاق حدثنا خالد بن الحارث حدثنا سعيد بن أبى عروبة عن قتـادة عن أبى نضرة عن عبد الرحمن بن أبى ليلى أن رجلا من قومه خرج ليصلى مع قومه صلاة العشاء ففقد ، فانطلقت امرأته الى عمر بن الخطاب فحدثته بذلك ، فسأل عن ذلك قومها فصـدقوها ، فأمرها أن تتربص أربع سـنين فتربصت ثم أتت عمر فأخبرته بذلك فسأل عن ذلك قومهـا فصـدقوها ، فأمرها أن تتزوج ، ثم ان زوجها الأول قدم فارتفعوا الى عمر فقال عمر : يغيب أحدكم الزمان الطويل لا يعلم أهله حياته ، قال كان لى عذر ؟ قال وما عذرك ؟ قال خرجت أصلى مع قومى صلاة العشاء فسبتنى أو قال أصابتنى الجن فكنت فيهم زمنا طويلا ، فغزاهم جن مؤمنون فقاتلوهم فظهروا عليهم فأصابوا لهم سبايا فكنت فيمن أصابوا ، فقالوا ما دينك ؟ قلت مسلم . قالوا أنت على ديننا لا يحل لنا سبيك ، فخيرونى بين المقام وبين القفول فاخترت القفول . فأقبلوا معى بالليل بشرا يحدونى ، وبالنهار اعصار وريح أتبعها . قال فمـا كان طعامك ؟ قال كل ما لم يذكر اسـم الله عليـه .قال فما كان شرابك ؟ قال الجدف .

قال قتادة : الجدف ما لم يخمر من الشراب .

قال فخيره عمر رضى الله عنه بين المرأة وبين الصداق » وفى اسناده أبو نضرة وليس كل أحد يحتج به •

وأورده العقيلى فى الضعفاء ، وذكره صاحب الكامل ولم يذكر شيئاً أكثر من أنه كان عريفا لقومه ، قال الذهبى : ولكن احتج به البخارى • وأخرجه الأثرم والجوزجانى باسنادهما عن عبيد بن عمير وعبد الرزاق بسنده فى الفقيد ، ومالك والشافعى مختصرا •

أما الأحكام اذا غاب الزوج عن زوجته نظرت فان كانت غيبة غير منقطعة بأن يأتيها خبره أو تعلم مكانه فليس لها أن تفسخ النكاح بل ان كان له مال حاضر أنفق عليها الحاكم منه وان لم يكن له مال حاضر كتب الحاكم الى حاكم البلد الذى فيه الزوج ليطالبه بحقوقها وان كانت غيبته منقطعه بأن لا تسمع بخبره ولا تعلم مكانه الذى هو فيه فان ملكه لا يزول عن ماله بل هو موقوف أبدا الى أن يتيقن موته وأما زوجته ففيه قولان قال فى القديم : لها أن تتربص أربع سنين ثم تعتد ثم تتزوج ان شاءت وبه قال عمر وابن عمر وابن عباس فى الصحابة وفى الفقهاء مالك وأحمد واسحاق لما روى أن امرأة أتت عمر رضى الله عنه وقالت ان زوجى خرج الى مسجد أهله ففقد فقال لها : تربصى أربع سنين فتربصت ثم أتت فأخبرته فقال لها : اعتدى بأربعة أشهر وعشر فلما انقضت أتت اليه فأخبرته فقال لها حللت فتزوجى ولم ينكر عليه أحد من الصحابة فتزوجت رجلا ثم رجع زوجها الأول فأتى عمر رضى الله عنه فقال ؟ زوجت امرأتى ؟ فقال له عمر وما ذاك فقال غبت أربع سنين فأمرتها بالتزويج فقال عمر : يغيب أحدكم أربع سنين لا فى غزوة ولا فى تجارة ثم يرجع فيقول زوجت امرأتى فقال الرجل : انى خرجت الى مسجد أهلى فاستلبتنى الجن فأقمت عندهم الى أن غزاهم من الجن مسلمون فوجدونى أسيرا فى أيديهم فقالوا ما دينك فقلت الاسلام فخيرونى بين أن أقيم عندهم أو أن أرجع الى أهلى فاخترت الرجوع الى أهلى فسلمونى الى قوم منهم فكنت بالليل أسمع أصوات الرجال وبالنهار أرى مثل الغبار فأسير فى أثره حتى أهبطت الى عندكم فخيره عمر بين أن يأخذ زوجته أو مهرها ولأن الضرر يلحقها بذلك فثبت لها الفسخ كما لو كان عنينا أو أعسر

بالنفقة وقال فى الجديد ليس لها أن تتربص ولا تفسخ بل تصبر الى أن تتيقن موت زوجها وبه قال ابن أبى ليلى وابن شبرمة والثورى وأبو حنيفة وأصحابه وهو الصحيح لما روى المغيرة بن شعبة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها زوجها وروى حتى يأتى يقين موته ولأنه زوج جهل موته فلم يحكم بوقوع الفرقة كما لو لم يمض أربع سنين وما روى عن عمر فروى عن على بن أبى طالب رضى الله عنهما أنه قال هذه امرأة ابتليت فتصبر أبدا ويخالف الفسخ بالعنة والاعسار لأن هناك سبب الفرقة متحقق وهاهنا سبب الفرقة غير متحقق .

اذا ثبت هذا فاذا قلنا بقوله القديم فانها تتربص أربع سنين من حين انقطع خبره ثم تعتد عدة الوفاة لما رويناه عن عمر رضى الله عنه ، وهل تفتقر ابتداء مدة التربص الى الحاكم ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى اسحاق المروزى واختيار الشيخ أبى اسحاق الشيرازى صاحب المهذب هنا أنها تفتقر الى ذلك ، لأنها مدة مجتهد فيها ، فافتقرت الى حكم الحاكم كمدة العنين .

(والثانى) لا تفتقر الى حكم الحاكم . قال الشيخ أبو حامد : وهو المنصوص فى القديم لأنها مدة يعلم بها براءة رحمها فلم تفتقر الى الحاكم كما قلنا فى المعتدة اذا انقطع دمها لغير عارض ، وهل يفتقر الى حكم الحاكم بالفرقة بعد أربع سنين ؟ فيه وجهان حكاهما فى المهذب .

(أحدهما) لا تفتقر الى حكم الحاكم بالفرقة ؛ لأن الحكم بتقدير المدة حكم بالموت بعد انقضائها .

(والثانى) ولم يذكر الشيخ أبو حامد فى التعليق وابن الصباغ فى الشامل غيره أنه يفتقر الى حكم الحاكم بالفرقة ؛ لأنها فرقة مجتهد فيها فافتقرت الى الحاكم كفرقة العنين . واذا انفسخ النكاح بمضى مدة التربص أو بفسخ الحاكم فهل ينفسخ ظاهراً وباطناً ؟ أو ينفسخ فى الظاهر دون الباطن؟ قال الشيخ أبو اسحاق : فيه وجهان . وأكثر أصحابنا حكاهما قولين .

(أحدهما) ينفسخ ظاهراً وباطنا ، لأن هذا فسخ مختلف فيه فوقع ظاهراً وباطنا ، كفسخ النكاح بالعنة ، والاعسار بالنفقة .

(والثانى) ينفسخ فى الظاهر دون الباطن ، لأن عمر رضى الله عنه جعل للزوج الأول لما رجع أن يأخذ زوجته .

فرع اذا طلق المفقود امرأته أو ظاهر منها أو آلى منها ــ فان كان فى مدة التربص ، أو بعدها ، وقبل حكم الحاكم بالفرقة ، وقلنا : لا تقع الفرقة الا بحكم الحاكم مع طلاقه وظهاره وايلائه ، وان كان بعد مدة التربص ، وبعد فسخ النكاح اما بانقضاء مدة التربص أو بفسخ الحاكم ــ فان قلنا بقوله الجديد ــ وقع طلاقه وظهاره وايلاؤه . وان قلنا بقوله القديم ــ فان قلنا : ينفسخ النكاح ظاهرا وباطناً ــ لم يقع طلاقه ولا ظهاره ولا ايلاؤه ــ وان قلنا : ينفسخ فى الظاهر دون الباطن وقع طلاقه وظهاره وايلاؤه .

فرع اذا تربصت امرأة المفقود أربع سنين فان قلنا بقوله الجديد فهى باقية على النكاح الأول فان قضى لها حاكم بالفرقة فهل يجوز نقض حكمه على هذا القول ؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو اسحاق .

(أحدهما) لا يجوز نقضه لأنه حكم فيما يسوغ فيه الاجتهاد .

(والثانى) يجوز نقضه وهو المشهور ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره لأنه حكم مخالف للقياس الجلى لأنه لا يجوز أن يكون حيا فى حكم ماله ميتا فى حكم زوجته فعلى هذا ان كانت لم تتزوج ورجع الأول أخذها واستمتع بها وان كانت قد تزوجت بآخر فان لم يدخل بها الثانى فرق بينها وبينه ولا عدة عليها عنه ولا شىء عليه لها وعادت الى استمتاع الأول وان كان قد دخل بها الثانى فرق بينها وبين الثانى ولزمها ان تعتد عنه لأنه وطء فى نكاح فاسد فلزمها الاعتداد عنه فاذا انقضت عدتها عنه ردت الى الأول وان قلنا بقوله القديم ورجع الأول بعد الفسخ فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال ان قلنا بفسخ النكاح فى الظاهر دون الباطن ردت الى الأول سواء

تزوجت أو لم تتزوج وان قلنا ينفسخ ظاهرا وباطنا لم يرد الأول سواء تزوجت أو لم تتزوج ومن أصحابنا من قال اذا رجع الأول بعد أن تزوج بآخر فهى على للقولين لأنها اذا تزوجت بآخر فقد شرعت فى المقصود بالفرقة فهى كالمتيمم اذا وجد الماء بعد الدخول فى الصلاة والأول هو المشهور •

فرع اذا تربصت امرأة المفقود وحكم الحاكم بالفرقة واعتدت ثم تزوجت بآخر وبان أن الزوج الأول كان قد مات قبل حكم الحاكم بالفرقة فان قلنا بقوله القديم فقد وقعت الفرقة ظاهرا وباطنا وصح نكاح الثانى ظاهرا وباطنا وان قلنا بقوله الجديد ففيه وجهان :

(أحدهما) ان نكاح الثانى صحيح لأنه بان أنها خالية من الأزواج وأنه وقع موقعه فهو كما لو علمت موته بالبينة قبل أن تنكح •

(والثانى) لا يصح النكاح الثانى لأن النكاح الثانى عقد فى حال لم يؤذن بالعقد فيه وكان محكوما بفساده فلا يتعقبه الصحة وأصل هذين الوجهين القولان فيمن كانت عنده كتابة فاسدة ثم أوصى برقبة ولم يعلم بفساد الكتابة وكذلك اذا باع مال مورثه قبل أن يعلم بموته ثم بان أنه كان ميتا وقت البيع • فعلى هذا اذا تزوجت امرأة المفقود فى وقت ليس لها أن تتزوج فيه مثل أن تتزوج قبل مضى المدة أكثر يباح لها التزويج بعدها أو كانت غيبة زوجها ظاهرها السلامة فان كان زوجها قد مات وانقضت عدتها منه أو فارقها وانقضت عدتها ففى صحة نكاحها وجهان :

(أحدهما) هو صحيح لأنها ليست فى نكاح ولا عدة فصح تزويجها كما لو علمت ذلك •

(والثانى) لا يصح لأنها معتقدة تحريم نكاحها وبطلانه ، وأصل هذا من باع عينا فى يده يعتقدها لمورثه فبان موروثه ميتا والعين مملوكة له بالارث هل يصح البيع ؟ فيه وجهان كذا ههنا •

فرع قال الصيمرى لو ركب رجل فى البحر فبلغ امرأته أن

المركب الذى كان فيه زوجها قد غرق لم تجب عليها العدة حتى تعلم موته يقينا قال : وان كان هناك امرأتان لكل واحدة منهما زوج وكانتا على يقين أن زوج احداهما مات ولا يعلم عينه فلا يحكم على واحدة منهما بعدة •

فـــرع اذا طلق الرجل امرأته ثم سألها عن عدتهـا هـل انقضت أم لا ؟ وجب عليها اخباره لقوله تعالى « ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن » قال الصيمرى : وكذلك لو سألها رسول الزوج أو من يعلم أنها تخبره وان سألها غير الزوج وغير رسوله أو من يعلم أنه لا يخبره فهل يلزمها اخباره ؟ فيه قولان حكاهما الصيمرى • والله تعالى أعلم بالصـواب وهو حسبى ونعم الوكيل •

بسم الله الرحمن الرحيم

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب مقام المعتدة والمكان الذى تعتد فيه

اذا طلقت المرأة فان كان الطلاق رجعياً كان سكناها حيث يختار الزوج من المواضع التى تصلح لسكنى مثلها ، لأنها تجب لحق الزوجية ، وان كان الطلاق بائناً نظرت فان كان فى بيت يملك الزوج سكناه بملك أو اعارة ، فان كان الموضع يصلح لسكنى مثلها لزمها أن تعتد فيه لقوله عز وجل « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » فأوجب أن تسكن فى الموضع الذى كان يسكن الزوج فيه فان كان الموضع يضيق عليهما انتقل الزوج وترك السكنى لها ، لأن سكناها تختص بالموضع الذى طلقها فيه . وان اتسع الموضع لهما وأراد أن يسكن معها نظرت فان كان فى الدار موضع منفرد يصلح لسكنى مثلها ، كالحجرة أو علو الدار ، أو سفلها وبينهما باب مغلق فسكنت فيه وسكن الزوج فى الثانى جاز ، لأنهما كالدارين المتجاورتين ، فان لم يكن بينهما باب مغلق فان كان لها موضع تستتر فيه ومعها محرم لها تتحفظ به كره ، لأنه لا يؤمن النظر ولا يحرم ، لأن مع المحرم يؤمن الفساد ، فان لم يكن محرم لم يجز لقوله عليه السلام « لا يخلون رجل بامرأة ليست له بمحرم ، فان ثالثهما الشيطان » .

فصل وان أراد الزوج بيع الدار التى تعتد فيها نظرت ـ فان كانت مدة العدة غير معلومة ، كالعدة بالحمل أو بالأقراء ـ فالبيع باطل لأن النافع فى مدة العدة مستثناه ، فيصير كما لو باع الدار واستثنى منفعة مجهولة ، فان كانت مدة العدة معلومة كالعدة بالشهور ففيه طريقان :

(أحدهما) أنها على قولين كبيع الدار المستأجرة .

(والثانى) انه يبطل قولا واحداً ، والفرق بينهما أن منفعة الدار تنتقل

الى المستاجر ، ولهذا اذا مات انتقل الى وارثه فلا يكون فى معنى من باع الدار واستثنى بعض المنفعة ، والمرأة لا تنتقل المنفعة اليها فى مدة العدة ؛ ولهذا اذا ماتت رجعت منافع الدار الى الزوج فيكون فى معنى من باع الدار واستثنى منفعتها لنفسه .

فصـــل وان حجر على الزوج بعد الطلاق لديون عليه لم يبع المسكن حتى تنقضى العدة ، لأن حقها يختص بالعين فقدمت كما يقدم المرتهن على سائر الغرماء وان حجر عليه ثم طلق ضاربت المرأة الغرماء بحقهـــا فان بيعت الدار استؤجر لها بحقها مسكن تسكن فيه لأن حقها وان ثبت بعد حقوق الغـرماء الا انه يستند الى سبب متقدم وهو الوطء فى النكاح ، فان كانت لها عادة فيما تنقضى به عدتها ضاربت بالسكنى فى تلك المدة فان انقضت العدة فيما دون ذلك ردت الفاضل على الغرماء ، فان زادت مدة العدة على العادة ففيه ثلاثة أوجه :

(احدها) انها ترجع على الغرماء بما بقى لها كما ردت الفاضل اذا انقضت عدتها فيما دون العادة .

(والثانى) لا ترجع عليهم لأن الذى استحقت الضرب به قدر عادتها .

(والثالث) ان كانت عدتها بالأقراء لم ترجع لأن ذلك لا يعلم الا من جهتها وهى متهمة ، وان كانت بوضع الحمل أقامت البينة على وضع الحمل ورجعت عليهم لأنه لا يلحقها فيه تهمة ، فان لم يكن لها عادة فيما تنقضى به عدتها ضربت معهم بأجرة أقل مدة تنقضى به العدة لأنه يقين فلا يجب ما زاد بالشك ، فان زادت العدة على أقل ما تنقضى به العدة كان الحـكم فى الرجـوع بالزيادة على ما ذكرناه اذا زادت على العادة .

فصـــل وان طلقت وهى فى مسكن لها لزمها ان تعتد به لأنه مسكن وجبت فيه العدة ، ولها أن تطالب الزوج بأجرة المسكن لأن سكناها عليـــه فى العدة .

الشرح الحديث أخرجه أحمد فى مسنده من حديث عامر بن ربيعة بلفظ « لا يخلون رجل بامرأة لا تحل له فان ثالثهما الشيطان الا محـرم » وأخرجه من حديث جابر بلفظ « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يخلون بامرأة ليس معها ذو محرم منها فان ثالثهما الشيطان » . وقد أخرج معنـاه

الشيخان عن ابن عباس وأحمد ومسلم وأبو داود والترمذى من حديث أبى سعيد الخدرى وجرير بن عبد الله وبريدة وعقبة بن عامر •

اما الأحكام فقوله تعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » قال ابن العربى : وبسط ذلك وتحقيقه أن الله سبحانه لما ذكر السكنى أطلقها لكل مطلقة ، فلما ذكر النفقة قيدها بالحمل ، فدل على أن المطلقة البائن لا نفقة لها •

فاذا طلق الرجل امرأته نظرت ، فان كان الطلاق رجعياً وجب عليه نفقتها واسكانها حيث يختار لأنها فى معانى الزوجات بدليل أنه يلحقها طلاقه وظهاره وايلاؤه ويتوارثان ، فكانت فى معانى الزوجات فى النفقة والسكنى يجبان فى مقابلة الاستمتاع والزوج متمكن من الاستمتاع بها متى شاء بعد الرجعة ، وانما حرمت عليه بعارض فهو كما لو أحرمت • وبه قال أصحابنا وابن عمر وابن مسعود وعائشة ، وهو قول فقهاء المدينة وعلماء الأمصار ، وذهب ابن عباس وجابر بن عبد الله الى أنه لا يجب عليه لها السكنى ، وبه قال أحمد واسحاق لما روى أن فاطمة بنت قيس طلقها زوجها وكان غائباً بالشام ، فأمرها النبى صلى الله عليه وسلم أن تعتد فى بيت أم كلثوم ودليلنا قوله تعالى : « يا أيها النبى اذا طلقتم النساء » الى قوله : « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة » فأمر بأن لا يخرجن من بيوتهن وأراد به بيوت أزواجهن والأمر على الوجوب • والدليل على أنه أراد بيوت أزواجهن قوله : « ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة » والفاحشة هاهنا : هو أن تبذو على أحمائها ، فلو أراد بيوتهن اللاتى يملكن لما أجاز اخراجهن للفاحشة ، وقوله تعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن » والمراد به المطلقة البائن ؛ لأنه شرط فى وجوب النفقة لها الحمل : وذلك انما يعتبر فى البائن ، فأما الرجعية فتجب لها النفقة بكل حال ، فأما حديث فاطمة فانما نقلها عن بيت زوجها ؛ لأنها بذت على أهل زوجها ، والدليل عليه ما روى عن ميمون بن مهران أنه قال : دخلت المدينة فسألت عن أفقه من بها ، فقيل لى : سعيد بن المسيب ، فأتيته فسألته عن المبتوتة يعد لها السكنى ؟ فقال :

لها السكنى ، فقلت له : فحديث فاطمة بنت قيس ؟ فقال : تيك امرأة فتنت الناس • انها كانت فى لسانها ذرابة فاستطالت على أحمائها فنقلها رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيت زوجها • وروى أن عائشة كانت تقول لفاطمة : اتقى الله ولا تكتمى السبب ، أى لا تكتمى سبب النقل •

اذا ثبت هذا فان المسلمين والذميين فيما ذكرناه سواء ، لقوله تعالى : « اذا طلقتم النساء » وهذا يعم المسلمة والذمية ، وأما الأمة اذا طلقها زوجها ، فالحكم فى سكناها فى حال عدتها كالحكم فى سكناها فى حال الزوجية ، وذلك أن السيد اذا زوج أمته ، فهو بالخيار بين أن يمكن الزوج بالاستمتاع بها ليلا ونهاراً ، وبين أن يمكنه من الاستمتاع بها ليلا ويستخدمها نهاراً ، فان مكنته من الاستمتاع ليلا ونهاراً ، فعلى الزوج نفقتها وسكناها • وان مكنته من الاستمتاع بها بالليل دون النهار ، لم يجب على الزوج نفقتها وسكناها على المذهب ، فعلى هذا اذا طلقها الزوج وأرسلها السيد ليلا ونهاراً وجب على الزوج اسكانها ، وان أرسلها بالليل دون النهار لم يجب على الزوج اسكانها ان اختار الزوج اسكانها بالليل ليخص ماءه فيه ، وجب على السيد ارسالها فيه كما قلنا يجب على السيد ارسالها ليلا فى حال الزوجية اذا تقرر هذا ، فنقل المزنى فى بعض النسخ : ولأهل الذمية أن ينقلوها من بيتها • قال أصحابنا : هذا غير صحيح • انما قال الشافعى : ولأهل الأمة أن ينقلوها ، وانما صحفه المزنى وان وطىء الرجل امرأته بشبهة فاعتدت عنه أو نكحها نكاحاً فاسداً ووطئها ففرق بينهما لم يجب عليه لها السكنى ، لأنه لا حرمة بينهما ، وان مات عن الصغيرة التى فى المهد ، فهل يجب لها السكنى ؟ فيه وجهان حكاهما المسعودى ، الأصح : أنه يجب لها كالبالغة ، والثانى : لا يجب لها وبه قال أبو حنيفة •

واذا طلقت وهى فى مسكن للزوج بملك أو اجارة أو اعارة وهو مما يصح لسكنى مثلها وجب سكناها فيه لقوله تعالى : « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة » فان أراد الزوج نقلها عنه الى غيره أو طلبت أن تنتقل عنه اذا اتفقا على ذلك من غير عذر لم يجز لأن الله نهى

الأزواج عن اخراجهن ونهاهن عن الخروج عن بيوتهن وأراد به بيوت سكناهن .

اذا ثبت هذا فان سكناها معتبر بحالها فان كانت ذات جهاز وجوار فلا يسعها الدار الصغيرة فعلى الزوج اسكانها فى دار تسعها وان كانت فقيرة لا جهاز لها ولا جوار فتكفيها الدار الصغيرة فعلى لأن الله أمر بالسكنى ولم يبين قدره فينبغى أن يكون الرجوع فيه الى العرف والعادة والعرف والعادة يختلف فى ذلك باختلاف حالها ؛ يرجع فى ذلك اليه ولا يعتبر سكناها فى حال الزوجية لأنه قد يسكنها فى حال الزوجية بدون سكنى مثلها وترضى هى بذلك فلا يلزمها ذلك فى العدة وقد يسكنها فى حال الزوجية بدار أكثر من سكنى مثلها وتتطوع بذلك فلا يلزمه ذلك فى العدة . فاذا تقرر هذا فان كانت الدار التى كانت ساكنة فيها وقت الطلاق سكنى مثلها وجب سكناها فيه ، وان كانت دون سكنى مثلها فان رضيت به فلا كلام وان لم ترض به فعليه أن يسكنها فى سكنى مثلها،فان أمكنه أن يضم الى الموضع الذى هى ساكنة فيه حجرة جيدة وكان ذلك سكنى مثلها فعل ذلك ، وان لم يمكنه ذلك نقلها الى سكنى مثلها بأقرب المواضع الى الدار التى كانت ساكنة فيها فيه ، وان كانت الدار فوق سكنى مثلها وأراد الزوج أن يسكن هو فما زاد على سكنى مثلها نظرت فان كان فى الدار حجرة وبين الحجرة والدار باب مغلق ويفتح الدار والحجرة سكنى مثلها فللزوج أن يسكنها فى الدار ويسكن هو فى الحجرة أو يسكنها فى الحجرة ويسكن هو فى الدار لأنهما كالدارين المتلاصقين ، وان لم يكن فى الدار حجرة ولكنى للدار علو وسفل يصلح كل واحد منهما لسكنى مثلها وبينهما باب فللزوج أن يسكنها فى أحدهما ويسكن هو فى الآخر كالدارين الملاصقين ، والأولى أن يسكنها فى العلو ؛ لأن لا يستطلع عليها ؛وان لم يكن للدار علو وسفل ؛ ولكنها داركبيرة ذات بيوت كالخانات التى ينفرد كل بيت منها بطريق وغلق والمرأة ممن يسكن مثلها فى مثل هذه البيوت ، فانها تسكن فى بيت منها وللزوج أن يسكن فى بيت منها ؛ لأن هذه الدار كالدور والمحلة التى تجمع الدور ، وان لم تكن الدار كذلك ولكنها سكن واحد ، فان لم يكن فيها الا بيت واحد ، فليس للزوج أن يسكن معها ، بل ينتقل عنها سواء كان معها محرم أو لم

يكن ؛ لأنه يحرم عليه الاجتماع معها ، وان كانت فى الدار بيتان أو ثلاثة أو أكثر ليس بينهما حاجز غلق ويكفيها أن تسكن فى بيت منها فأراد الزوج أن يسكن فى بيت من هذه الدار وتسكن هى فى الآخر ، فان لم يكن معهـــا محرم لم يجز للزوج أن يسكن معها لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يخلون رجل بامرأة ليست له بمحرم فان ثالثهما الشيطان » ، ولا يؤمن أن يخلو بها فى مثل ذلك ، وان كان معها محرم لها كالأب والابن أو امرأة ثقة معهـــا ولها موضع تستتر به عن الزوج جاز أن يسكن معها ؛ لأنه يؤمن أن يخلو بها وهل يعتبر أن يكون المحرم لها بالغاً ؟ فيه وجهان :

قال القاضى أبو الطيب : تعتبر أن يكون بالغاً ؛ لأن من دون البالغ ليس بمكلف ، فلا يلزمه انكار الفاحشة .

وقال الشيخ أبو حامد : لا يعتبر أن يكون بالغاً ، بل اذا كان مراهقـاً عاقلا جاز لأن الغرض أن لا يخلو الرجل بامرأة ، وذلك لا يوجد مع كون المراهق العاقل معها ، فان حجز بين البيتين بحاجز من طين أو خشب أو قصب جاز أن يسكن معها ؛ لأنهما تصيران كالدارين المتجاورين .

فـــرع واذا طلقها الزوج وهى فى مسكن للزوج يملكه فان أراد بيعه قبل انقضاء عدتها نظرت فان كانت عدتها بوضع الحمل أو بالأقراء لم يصح بيعه قولا واحداً لأنها تستحق السكنى فى الدار مدة الوضع والاقراء مجهولة فتصير كما لو باع داراً أو استثنى منفعتها مدة مجهولة ، وان كانت عدتهـا بالشهور فاختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال هل يصح البيع ؟ فيه قـولان كبيع الدار المستأجرة قبل انقضاء مدة الاجارة ولم يذكر المسعودى غير هذا ومنهم من قال : لا يصح البيع قولا واحداً لأنا لو جوزنا هذا البيع لـكان فى معنى من باع عيناً واستثنى منفعتها مدة لأن المنفعة هاهنا للزوج بدليل أن المرأة لو ماتت قبل انقضاء عدتها لكانت سكنى الدار ترجع الى الزوج وليس كذلك الدار المستأجرة فان المنفعة فيها للمستأجر فلا يكون فى معنى مـن باع داراً واستثنى منفعتها [illegible]

فـــرع وان طلق الرجل امرأته ثم أفلس وحجر عليه كانت المـرأة أحق بسكنى الدار من سائر الغرماء لأن حق الزوجة تعلق بعين الدار بالطلاق وحقوق الغرماء متعلقة بذمة المفلس ، وكان حقها أقوى فقدمت كما لو رهن عيناً من ماله ثم أفلس فان باع الحاكم الدار لحق الغرماء قبل انقضاء مـدة العدة فهو كما لو باعها المالك على ما مضى فى التى قبلها • وان أفلس الزوج وحجر عليه ثم طلق زوجته فانها لا عقدم على الغرماء بالمسكن لأن حقهـــا مساوى لحقوقهم لأن سبب حقها الزوجية وذلك موجود قبل الحجر فتضارب الغرماء فى أجرة سكناها مدة العدة فان كانت عدتها بالشهور فانها تضرب معهم بأجرة دار تصلح لسكنى مثلها ثلاثة أشهر فان كانت أجرته مثلا فى ثلاثة أشهر ثلاثمائة درهم ضربت معهم ثلاثمائة فان كان ماله مثل ثلث ديونه فان الذى يخصها مائة درهم فتأخذها وتستأجر بها الدار التى كانت ساكنة فيه وقت الطلاق ان أمكنها استئجارها ، وان لم يمكنها استئجارها استأجرت داراً تصلح لسكنى مثلها بأقرب المواضع اليها فاذا استأجرت بالمائة سـكنى مثلها شهراً وانقضت مدة الاجارة فلها أن تسكن باقى مدة العـدة فى أى موضع شاءت لأن الاسكان من جهة الزوج قد تعذر ويكون باقى أجـــرة سكناها وهو المائتان دينا لها فى ذمـة الزوج الى أن يؤسر كسـائر ديون الغرماء ، وان كانت عدتها بالأقراء أو بوضع الحمل فان كان لها عادة فـيما تنقضى لها عدتها من الاقراء أو الحمل فانها تضارب الغرماء بأجرة مسـكن مثلها فى مثل المدة التى جرت عادتها بانقضاء عدتها فيها فان كانت أجـرة مسكن مثلها فى زمان عادتها ثلاثمائة وكان ماله مثـل ثلث ديونه فان الذى يخصها مائة فتأخذها من ماله وتستأجر بها الدار التى كانت ساكنة بها ان أمكن • وان تعذر استئجارها استأجرت داراً تصلح لمثلها بأقرب المواضع اليها ، وان لم تنقض عدتها الا فى وقت عادتها فانها لا ترجع على الغـرماء بشىء ولا يرجعون بشىء مما خصها بل اذا انقضت المدة الذى استأجرت بها الدار مما خصها من مال الزوج انتقلت الى حيث شاءت ، وكان باقى أجـرة مسكنها ديناً لها فى ذمة الزوج الى أن يؤسر ، وان انقضت عدتها بأقل من عادتها مثل أن كانت عادتها أن عدتها تنقضى بثلاثة أشهر وأجرة مسكن مثلها

فيها ثلثمائة وماله ثلث ديونه فخصها مائة فأخذتها ، ثم انقضت عدتها بشهرين •

فاذا تبين أن الذى كانت تضرب مائتان فترد ثلث المائة وهو ثلاثة وثلاثون درهما وثلث درهم ويقسم ذلك بينها وبين الغرماء على قدر ديونه لأنه كمال ظهر للمفلس وان زادت مدة عدتها على قدر عادتها بأن لم تنقض عدتها الا بستة أشهر ففيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) أنها ترجع على الغرماء فتأخذ مما فى أيديهم على قدر ما لو ضربت معهم بستمائة درهم لأنه بان أن الذى يستحق الضرب به هو ذلك فرجعت عليهم كما يرجعون عليها اذا انقضت عادتها كما لو ظهر للمفلس غريم •

(والثانى) وهو قول أبى اسحاق أنها لا ترجع على الغرماء بشىء لأن الذى استحقت الضرب به هو ذلك القدر مع تجويز أن يكون لها أكثر منه فلم يجز نقض القسمة بأمر كان موجوداً حال القسمة •

(والثالث) ان كانت عدتها بالاقراء لم تضرب معهم بالزيادة لأن الزيادة لا تعلم الا بقولها ولا يجوز أن تستحق بقولها حقاً على غيرها وان كانت عدتها بالحمل ضربت بالزيادة لأن الزيادة تعلم بالبينة فجاز لها الرجوع بالبينة ؛ وان لم يكن لها عادة فيما تنقضى به عدتها فانها تضرب مع الغرماء بأجرة مثل مسكنها فى أقل مدة تنقضى بها العدة فان كانت عدتها بالأقراء ضربت باجرة مثل مسكنها اثنين وثلاثين يوماً ولحظتين ، وان كانت عدتها بالحمل ضربت بأجرة مثل مسكنها بستة أشهر لأن ذلك يقين فان انقضت عدتها لذلك فلا كلام فان أسقطت ما تنقضى به العدة لأقل من ستة أشهر ردت الفضل على الغرماء كما قلنا اذا انقضت عدتها بأقل من عدتها التى ضربت بها مع الغرماء ولا يأتى فى الاقراء أن تنقضى عدتها بأقل من اثنين وثلاثين يوماً ولحظتين ، وان زادت عدتها فى الاقراء أو فى الحمل على أقل المدة فيهما فهل تستحق الرجوع على الغرماء بالزيادة ؟ على الأوجه الثلاثة اذا زادت عدتها على قدر عادتها • فان قيل اذا جوزتم لها أن تضرب مع الغرماء بأجرة مسكنها مدة

عادتها وأقل مدة تنقضى بها العدة فهلا قلتم انها تستحق السكنى فى المنزل الذى يملكه الزوج اذا طلقها فيه بعد أن أفلس وجوزتم بيعه لحق الغرماء فى أحد القولين كالدار المستأجرة ؟ قلنا لا نقول ذلك لأن عادتها قد تزيد على ذلك فتكون فى معنى من باع داراً واستثنى منفعة مجهولة فلم يصح ؛ هذا نقل أصحابنا البغداديين وقال المسعودى اذا كانت عدتها بالحمل ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو الأصح أنها تضرب بغالب مدة الحمل •

(والثانى) بأجرة أقل مدة الحمل ، وان كانت بالاقراء ولا عادة لها ضربت بأجرة أقل مدة تنقضى به العدة ، وان كان لها عادة فوجهان الصحيح يضرب بأجرة عادتها والثانى بأقل مدة تنقضى بها الاقراء •

فرع وان طلقها وهى فى مسكن لها فاختلف أصحابنا فيه فقال الشيخ أبو اسحاق يلزمها أن تعتد فيه لأنه مسكن وجبت فيه العدة ولها أن تطالبه بأجرة المسكن لأن سكناها عليه ؛ وقال ابن الصباغ : ان أقامت فيه باجارة أو اعارة جاز ، وان طلبت أن يسكنها فى غيره لزمه لأنه ليس عليها أن تؤجره ملكها ولا تعيره •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان مات الزوج وهى فى العدة قدمت على الورثة فى السكنى لأنها استحقتها فى حال الحياة فلم تسقط بالموت كما لو أجر داره ثم مات فان أراد الورثة قسمة الدار لم يكن لهم ذلك ، لأن فيها اضراراً بها فى التضييق عليها ، وان أرادوا التمييز بأن يعلموا عليها بخطوط من غير نقض ولا بناء ، فان قلنا ان القسمة تمييز الحقين جاز لأنه لا ضرر عليها ، وان قلنا انها بيع فعلى ما بيناه •

فصل وان توفى عنها زوجها وقلنا : انها تستحق السكنى فان كانت فى مسكن الزوج لزمها أن تعتد فيه ، لما روت فريعة بنت مالك « أن زوجها

قتل فقال لها النبى صلى الله عليه وسلم امكثى حتى يبلغ الكتاب اجله » وان لم تكن فى مسكن الزوج وجب من تركته اجرة مسكنها مقدمة على الميراث والوصية ، لانه دين مستحق فقدم ، وان زاحمها الغرماء ضاربتهم بقدر حقها ، فان لم يكن له مسكن فعلى السلطان سكناها لما فى عدتها من حق الله تعالى ، وان قلنا : لا تجب لها السكنى اعتدت حيث شاءت ، فان تطوع الورثة بالسكنى من مالهم وجب عليها الاعتداد فيه .

فصل وان امر الزوج امراته بالانتقال الى دار اخرى فخرجت بنية الانتقال ثم مات او طلقها وهى بين الدارين ففيه وجهان :

(احدهما) انها تخير بين الدارين فى الاعتداد ، لان الأولى خرجت عن ان تكون مسكناً لها بالخروج منها والثانية لم تصر مسكناً لها .

(والثانى) وهو الصحيح انه يلزمها الاعتداد فى الثانية ، لانها مامورة بالمقام فيها ممنوعة من الأولى .

فصل وان اذن لها فى السفر فخرجت من البيت بنية السفر ثم وجبت العدة قبل ان تفارق البنيان ، ففيه وجهان :

(احدهما) وهو قول ابى سعيد الاصطخرى ان لها ان تعود ولها ان تمضى فى سفرها ، لأن العدة وجبت بعد الانتقال من موضع العدة فصار كما لو فارقت البنيان .

(والثانى) وهو قول ابى اسحاق انه يلزمها ان تعود وتعتد لانه لم يثبت لها حكم السفر ، فان وجبت العدة وقد فارقت البنيان ، فان كان فى سفر نقلة ففيه وجهان كما قلنا فيمن طلقت وهى بين الدار التى كانت فيها وبين الدار التى امرت بالانتقال اليها ، فان كانت فى سفر حاجة فلها ان تمضى فى سفرها ولها ان تعود ، لأن فى قطعها عن السفر مشقة ، وان وجبت العدة وقد وصلت الى المقصد ، فان كان للبقاء لزمها ان تقيم وتعتد لانه صار كالوطن الذى وجبت فيه العدة ، فان كان لقضاء حاجة فلها ان تقيم الى ان تنقضى الحاجة ، فان كان لزيارة او نزهة فلها ان تقيم مقام مسافر وهو ثلاثة أيام لأن ذلك ليس باقامة ، فان قدر لها اقامة مدة من شهر او شهرين ففيه قولان :

(أحدهما) أن لها أن تقيم المدة ، وهو اختيار المزنى ، لأنه مأذون فيه .

(والثانى) أنها لا تقيم أكثر من اقامة المسافر وهو ثلاثة أيام ، لأنه لم يأذن فى المقام على الدوام فلم تزد على ثلاثة أيام ، فان انقضى ما جعل لها من المقام نظرت فان علمت أنها اذا عادت الى البلد امكن أن تنقضى شيئا من عدتها ولم يمنعها خوف الطريق لزمها العود لتقضى العدة فى مكانها ، وان علمت أنها اذا عادت لم يبق منها شىء ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يلزمها لأنها لا تقدر على العدة فى مكانها .

(والثانى) يلزمها لتكون أقرب الى الموضع الذى وجبت فيه العدة .

فصل اذا أحرمت بالحج ثم وجبت عليها العدة ، فان لم تخش فوات الحج اذا قعدت للعدة لزمها أن تقعد للعدة ثم تحج ؛ لأنه يمكن الجمع بين الحقين فلم يجز اسقاط أحدهما بالآخر ، فان خشيت فوات الحج وجب عليها المضى فى الحج ، لأنهما استويا فى الوجوب وتضييق الوقت والحج أسبق فقدم . وان وجبت العدة ثم احرمت بالحج لزمها القعود للعدة ؛ لأنه لا يمكن الجمع بينهما والعدة أسبق فقدمت .

الشرح حديث فريعة بنت مالك أخرجه أبو داود فى الطلاق عن القعنبى والترمذى فى الطلاق عن اسحاق بن موسى والنسائى فى الطلاق عن محمد بن العلاء وعن قتيبة وعن اسحاق بن منصور وابن ماجه فى الطلاق عن أبى بكر والطبرانى فى الطلاق عن سعد بن اسحاق وقد صححه الترمذى ولفظه : « خرج زوجى فى طلب أعلاج له فأدركهم فى طرف القدوم فقتلوه ؛ فأتانى نعيه وأنا فى دار شاسعة من دور أهلى ولم يدع نفقة ولا مالا ورثته وليس المسكن له ، فلو تحولت الى أهلى واخوتى لكان أرفق لى فى بعض شأنى . قال تحولى ، فلما خرجت الى المسجد أو الى الحجرة دعانى أو أمر بى فدعيت ، فقال : امكثى فى بيتك الذى أتاك فيه نعى زوجك حتى يبلغ الكتاب أجله ، قالت : فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشراً ، قالت : وأرسل الى عثمان فأخبرته فأخذ به » ولم يذكر النسائى وابن ماجه ارسال عثمان . وأخرجه أيضاً مالك فى الموطأ والشافعى وابن حبان والحاكم وصححاه ،

وأعله ابن حزم بجهالة حال زينب بنت كعب بن عجرة الراوية له عن فريعة ، ولكن زينب المذكورة وثقها الترمذى وغيره فى الصحابة •

وأما ما روى عن على بن المدينى بأنه لم يرو عنها غير سعد بن اسحاق فمردود بما فى مسند أحمد من رواية سليمان بن محمد بن كعب بن عجرة عن عمته زينب فى فضل الامام على عليه السلام ، وقد أعل الحديث أيضاً بأن فى اسناده سعد بن اسحاق وتعقبه ابن القطان ثم انه قد وثقه النسائى وابن حبان ، ووثقه أيضاً ابن معين والدارقطنى • وقال أبو حاتم صالح الحديث • وروى عنه جماعة من أكابر الأئمة ولم يتكلم فيه يجرح ، وغاية ما قاله فيه ابن حزم وعبد الحق أنه غير مشهور وهذه دعوى باطلة ؛ فان من يروى عنه مثل سفيان الثورى وحماد بن زيد ومالك بن أنس ويحيى ابن سعيد والدراوردى وابن جريج والزهرى مع كونه أكبر منه ، وغير هؤلاء الأئمة كيف يكون غير مشهور •

أما اللغات فان فريعة ــ بضم الفاء وفتح الراء بعدها ياء ساكنة ــ ويقال لها الفارعة ، وهى بنت مالك بن سنان ــ أخت أبى سعيد الخدرى ــ وشهدت بيعة الرضوان •

وقد استدل بهذا الحديث على أن المتوفى عنها زوجها تعتد فى المنزل الذى بلغها نعى زوجها وهى فيه ولا تخرج منه الى غيره ؛ وقد ذهب الى ذلك جماعة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم ، واليه ذهب مالك وأبو حنيفة والأوزاعى واسحاق وأبو عبيد •

وأما المتوفى عنها زوجها فهل يجب لها السكنى فى مدة عدتها ؟ فيه قولان :

(أحدهما) لا يجب لها السكنى وبه قال على وابن عباس وعائشة وهو اختيار المزنى لقوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً » فذكر العدة ولم يذكر السكنى ولو

كانت واجبة لذكرها ولأنها لا تجب لها النفقة بالاجماع فلم تجب لها السكنى كما لو وطئها بشبهة •

(والثانى) يجب لها السكنى وبه قال عمر وابن مسعود وأم سلمة ومن الفقهاء مالك والثورى وأبو حنيفة وأصحابه وهو الصحيح لقوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً وصية لأزواجهم متاعاً الى الحول غير اخراج » فذكر الله فى هذه الآية أحكامها منها أن المتوفى عنها لا تخرج من منزلها وأن العدة حول وان لها النفقة والوصية فنسخت العدة فيما زاد على أربعة أشهر وعشر بالآية الأولة ونسخت النفقة بآية الميراث وبقى السكنى على ظاهر الآية بدليل ما روى عن فريعة بنت مالك أنها قالت: أتيت النبى صلى الله عليه وسلم وقلت : يا رسول الله ان زوجى خرج فى طلب عبيد له هربوا فلما وجدهم قتلوه ولم يترك لى منزلا أفأنتقل الى أهلى فقال لها نعم ؛ ثم دعاها قبل أن تخرج من الحجرة ؛ فقال : اعتدى فى البيت الذى أتاك فيه وفاة زوجك حتى يبلغ الكتاب أجله أربعة أشهر وعشراً » ولأنها معتدة عن نكاح صحيح فوجب لها السكنى كالمطلقة •

وأما الآية الأولة فلا حجة فيها لأنها قد ذكر السكنى فى الآية المنزلة بعدها فان قيل ما معنى قولها : ولم يترك لى منزلا قلنا : يملك عينه أو يملك منفعته باجارة وانما كانت فى منزل مستعار ، واذا رضى المعير بسكناها فيه وجب عليها السكنى فيه فان قيل فلم ينقل أنهم رضوا بسكناها فيه قيل أمر النبى صلى الله عليه وسلم لها أن تسكن فيه على أنهم قد رضوا لأنه لا يجوز أن يأمر بما لا يجوز ، وأما اذن النبى صلى الله عليه وسلم لها بالانتقال عن البيت الذى كانت ساكنة فيه ، ثم أمره لها بالاعتداد فيه تأويلان :

(أحدهما) يحتمل أن يكون النبى صلى الله عليه وسلم أذن لها فى الخروج عنه ساهياً فذكر فرجع والسهو يجوز على النبى صلى الله عليه وسلم وانما لا يقر عليه •

(والثانى) يحتمل أن يكون أفتاها بالفتوى الأولة على ظاهر ذهب اليه ، ثم بان له فى الباطن خلافه فرجع اليه كما روى أنه أقطع الأبيض بن حمال

ملح مأرب فقيل له يا رسول الله انه كالماء العد فقال فلا اذاً . فان قلنا : كانت فى مسكن مستعار ورضى المعير بسكناها فيه وجب عليه السكنى فيه وان لم يجب لها السكنى فان مات وهى فى مسكن للزوج بملك أو اجارة وجب عليها السكنى فيه وان لم يكن فى مسكن للزوج ؛ وكان للزوج تركة استؤجر لها من تركة الزوج مسكن يصلح لسكنى مثلها فى أقرب المواضع الى حيث أسكنها الزوج ويقدم ذلك على الوصى والميراث ؛ وان كان على الميت دين يستغرق من تركته زاحمتهم بأجرة مسكنها على ما ذكرناه فى المطلقه . قال الشيخ أبو اسحاق : فان لم يكن للزوج مسكن فعلى السلطان سكناها لما فى عدتها من حق الله ، وان قلنا لا يجب لها السكنى فان تطوع الورثة باسكانها لتحصين ماء الزوج وجب عليها ان تسكن حيث أسكنوها اذا كان يصلح لسكنى مثلها وان لم يتطوعوا ورأى السلطان من المصلحة ان يكرى لها مسكناً من بيت المال لتحصين ماء الميت كان له ذلك لأن ذلك مصلحة واذا بذل لها ذلك وجب عليها السكنى فيه لأن ذلك يتعلق به حفظ نسب الميت ، وان لم يتطوع الورثة ولا السلطان باسكانها فلها أن تسكن حيث شاءت .

فرع وان طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً ثم مات عنها فى أثناء العدة وجب اسكانها قولا واحداً لأنها قد استحقت السكنى على الزوج بالطلاق قبل الموت فلم يسقط ذلك بموته كالدين فان مات الزوج وهى فى دار يملكها الزوج كانت أحق بسكناها الى أن تنقضى عدتها فان أراد الورثة أن يبيعوا هذه الدار قبل انقضاء عدتها فهو كما لو أراد الزوج بيعها قبل انقضاء عدتها ، وقد مضى ذكر . وان أرادوا قسمتها بينهم قسمة يكون فيها نقض بناء واحداث ما يضيق عليها لم يكن لهم ذلك لقوله تعالى : « ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن » ، وان كانت قسمة لا يحصل بها عليها تضييق ، وانما ميزوا بالقول لكل واحد منهم موضعاً من الدار واقترعوا عليه أو تراضوا به من غير قرعة فهل يصح ما فعلوه ؟ ان قلنا ان القسمة تمييز الحقين صح ذلك ولزم . وان قلنا ان القسمة بيع فهو كما لو باعوها ، وقد مضى ذكره وهكذا الحكم فى المتوفى عنها زوجها اذا قلنا : انها تستحق

السكنى فمات وهى فى دار يملكها الزوج وأراد ورثته قسمتها بينهم قبل انقضاء عدتها .

فـــرع اذا أسكن الزوج امرأته فى دار ثم أمرها بالانتقال عنها الى دار أخرى فانتقلت اليها وطلقها أو مات عنها وجب عليها أن تعتد فى الثانية ، لأنها قد صارت مسكناً لها وان أمرها بالانتقال الى الثانية فطلقها أو مات عنها قبل ان تنتقل عن الأولة كان عليها أن تعتد فى الأولة لأنها مسكنها وقت وجوب العدة وليس للزوج أن ينقلها الى الثانية ولا لها أن تنتقل عنها بأمره الأول وان خرجت من الأولة فطلقها أو مات عنها وهى بين الأولة والثانية ففيه وجهان :

(أحدهما) أنها بالخيار أن ترجع الى الأولة فتعتد فيها لأنها لم تحصل فى الثانية وبين أن تمضى الى الثانية وتعتد فيها لأنها قد أمرها بالانتقال اليها .

(والثانى) لا يجوز لها أن ترجع الى الأولة ، بل يلزمها أن تصير الى الثانية وتعتد بها ــ وهو الأصح ــ لأنها منهية عن المقام فى الأولة ، وقد فارقتها مأمورة بالاقامة فى الثانية .

اذا ثبت هذا فان الاعتبار بانتقالها هو انتقالها ببدنها دون قماشها وخدمها فمتى انتقلت ببدنها الى الثانية فقد صارت مسكناً لها وان نقلت متاعها وقماشها فى الأولة الى الثانية وبقيت فى الأولة فطلقها أو مات عنها فان مسكنها الأول .

وقال أبو حنيفة : الاعتبار ببدنها وقماشها ومتاعها دليلنا أن الاعتبار بالسكنى بالبدن بدليل قوله تعالى : « ليس عليكم جناح أن تدخلوا بيوتاً غير مسكونة فيها متاع لكم » فسماها غير مسكونة وان كان فيها متاعهم .

اذا ثبت هذا فان انتقلت ببدنها الى الثانية ثم رجعت الى الأولة فمسكنها الثانية لأنها قد صارت مسكناً لها لانتقالها اليها ببدنها وانما رجعت الى الأولة لحاجة .

وان أذن لها بالسفر الى بلد ثم طلقها أو مات عنها وهى فى مسكنها لم تخرج ببدنها منه فعليها أن تعتد فيه سواء أخرجت قماشها أو لم تخرجه لأن الاعتبار ببدنها وان خرجت من مسكنها ولم تفارق بنيان البلد الا أنهـا فى موضع يجتمع فيه القافلة ثم يخرجون ثم طلقها أو مات عنها ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى اسحاق أن عليها أن تعود الى منزلها وتعتـد فيه لأنها اذا لم تفارق البنيان فهى فى حكم ما لو لم تفارق منزلها بدليـل أنه لا يجوز لها الترخص بشىء من رخص المسافر .

(والثانى) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أن لها أن تعود الى منزلها وتعتد فيه ولها أن تمضى فى سفرها لأن مزايلتها لمنزلها باذن الزوج يسقط عنها حكم المنزل فى الاقامة فيه فان فارقت بنيان البلدة ثم طلقها أو مات عنها قبل أن تصير الى البلدة الثانية فان كان قد أمرها بالانتقال الى البلد الثانية ففيه وجهان كما لو أمرها بالانتقال من أحد الدارين الى أخرى فطلقها أو مات عنها وهى بينهما :

(أحدهما) أنها بالخيار بين أن ترجـع الى مسـكنها فى البـلد الذى انتقلت عنه وبين أن تنتقل الى البلدة الثانية .

(والثانى) يلزمها الانتقال الى البلدة الثانية وان كان السفر الى البلدة الثانية لا للنقلة ولكن لحاجة أو زيادة أو نزهة فهى بالخيار بين أن ترجع الى مسكنها فى البلد الذى انتقلت عنه وبين أن تمضى فى سفرها لأنها ربما بلغت موضعاً يشق عليها العود منه والانقطاع عن الرفقة فجاز لها العود فى السفر فان رجعت الى مسكنها فاعتدت فيه فلا كلام وان مضت فى سفرها أو طلقها أو مات عنها بعد أن بلغت مقصدها فان كان سفرها للنقلة فى البلدة الثانيـة فعليها أن تعتد فى البلدة الثانية وان كان سفرها للنزهة أو للزيارة ولم يقدر لها مدة فلها أن تقيم ثلاثة أيام ولا تقيم أكثر من ذلك لأنه انما أذن لها فى السفر دون الاقامة والاقامة فى الثلاث ليست باقامة وما زاد فاقامة بدليل أن المسافر اذا نوى الاقامة ثلاثاً لم تنقطع رخص السفر وان أقام أربعاً انقطعت رخص السفر وان كان سفرها لحاجة أو تجارة فقال الشيخ أبو اسحاق وابن

الصباغ : لها أن تقيم الى أن تقضى حاجتها ؛ وقال الشيخ أبو حامد : لا تقيم أكثر من ثلاثة أيام وان أذن لها فى السفر للنزهة أو للزيارة وأذن لها أن تقيم فى البلدة الثانية أكثر من ثلاثة أيام ففيه قولان :

(أحدهما) لا يجوز لها أن تقيم أكثر من ثلاثة أيام لأنه لم يجعل الثانية مسكناً لها وانما أذن لها فى المقام فيها وذلك لا يقتضى أكثر من اقامة السفر .

(والثانى) يجوز لها أن تقيم فيها المدة التى أذن لها فى الاقامة بها وهو الأصح لأنه أذن لها فيها فهو كما لو أمرها بالانتقال اليها .

اذا ثبت هذا وانقضت حاجتها أو أقامت المدة التى جوزناها لها فان كان الطريق مخوفاً لا يمكنها أن تعود الى البلدة الأولة أو لم تجد رفقة تسافر معها لم يلزمها العودة الى الأولة بل تتم عدتها فى البلدة الثانية . وان كان الطريق آمناً وأمكنها الرجوع الى الأولة نظرت فان علمت أنها متى عادت الى الأولة أمكنها أن تقتضى بعض عدتها فى البلد الأول لزمها أن تعود الى الأول وتتم عدتها فيها وان كانت تعلم أن عدتها تنقضى قبل أن تبلغ البلد الأول ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يلزمها العود اليه لأنه لا فائدة فيه .

(والثانية) يلزمها العود اليه وهو الأصح لأنه غير مأذون لها فى الاقامة فى البلد الثانى ولأن ذلك أقرب الى البلد المأذون لها فى الاقامة به . هذا الحكم فيما اذا أذن لها فى السفر قال الشيخ أبو حامد : فأما اذا سافر بها ثم طلقها فانه يجب عليها أن تعود الى بلدها وتعتد فيه و لايجوز لها النفوذ فى السفر لأنه انما أذن لها فى أن تكون معه ولا تفارقه فاذا طلقها فقد وقعت الفرقة وانفرادها بالسفر غير مأذون لها فيه فلزمها الرجوع والاعتداد فى بلدها .

اذا ثبت هذا فان الشافعى قال : ولو أذن لها فى زيارة أهلها أو النزهة فعليها أن ترجع ؛ لأن الزيارة ليست مقاماً ولا يختلف أصحابنا أنه اذا أذن

لها فى السفر لنزهة أو زيارة فطلقها بعد أن فارقت البنيان ؛ فهى بالخيار بين أن تمضى فى سفرها وبين أن تعود على ما مضى •

واختلف أصحابنا فى تأويل كلام الشافعى ، فقال أبو اسحاق : تأويله اذا أذن لها فى السفر لنزهة أو زيارة الى البلد أو الى مسافة لا تقصر اليها الصلاة من البلد ، ثم طلقها ، فعليها أن ترجع الى البلد ، لأنها فى حكم المقيمة ؛ بدليل أنها لا تترخص بشىء من رخص السفر ؛ فهو كما لو طلقها قبل أن تفارق البنيان بخلاف ما لو أذن لها فى السفر لذلك الى بلد تقصر اليها الصلاة ؛ لأن عليها مشقة فى العودة بعد الخروج عن البلد •

وقال الشيخ أبو حامد : هذا التأويل غير صحيح ، والتأويل عندى : أنها لا تقيم بعد الثلاث • وأما الثلاث ؛ فلها أن تقيم فيها ، وانما قصد الشافعى بهذا أن يفرق بين السفر للنزهة والزيارة ، وبين السفر للاقامة والاقامة مدة •

فـــرع وان أذن الرجل لزوجته أن تحرم بالحج أو العمرة فأحرمت ثم طلقها وهى محرمة • قال الشيخ أبو حامد : فان كان الوقت ضيقاً بحيث اذا أقامت حتى تنقضى العدة فاتها الحج ، لزمها أن تمضى على حجها ؛ وان كان الوقت واسعاً فهى بالخيار ان شاءت مضت فى الحج وان شاءت أقامت حتى تقضى العدة •

وذكر الشيخ أبو اسحاق : اذا لم تخش فوات الحج اذا قعدت للعدة لزمها أن تقعد للعدة ثم تحج •

وقال أبو حنيفة : يجب عليها أن تقيم حتى تقضى عدتها وان خافت فوات الحج • دليلنا : أنهما عبادتان استويا فى الوجوب ويضيق وقت احداهما ، فوجب تقديم السابقة منهما ؛ وان طلقها ثم أحرمت بالحج أو العمرة ؛ فعليها أن تقيم لقضاء العدة لأن وجوبها أسبق ، فاذا انقضت عدتها ، فان كانت أحرمت بالعمرة ، فانها لا تفوت فتتمها بعد انقضاء العدة ؛ وان كانت قد أحرمت بالحج ، فان كان الوقت واسعاً بحيث يمكنها أن تمضى وتدركه

مضت عليه ، وان ضاق الوقت وفات الحج تحللت بعمل عمرة وقضت الحج من قابل .

قال فى الأم : ولو كان أذن لها فى الخروج الى الحج ثم طلقها قبل أن تحرم لم يجز لها أن تحرم ، فان أحرمت كان عليها أن تقعد للعدة ، لأنهـــا وجبت قبل حصول الاحرام ، فأشبه اذا لم يأذن .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل ولا يجوز للمبتوتة ولا المتوفى عنها زوجها الخروج من موضع العدة من غير عذر لقوله تعالى : « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخـرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة » .

وردت زينب بنت كعب بن عجرة عن فريعة بنت مالك قالت « قلت لرسول الله صلى الله عليه وسلم : انى فى دار وحشة افانتقل الى دار أهلى فأعتـــد عندهم ؟ فقال اعتدى فى البيت الذى اتاك فيه وفاة زوجك حتى يبلغ الكتـــاب أجله ، أربعة أشهر وعشراً » .

فصـــــل وان بذت على أهل زوجها نقلت عنهم لقوله تعالى « ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة » قال ابن عباس رضى الله عنه : الفاحشة المبينة ان تبذو على أهل زوجها ، فاذا بذت على الأهل حل اخراجها . واما اذا بذا عليها أهل زوجها نقلوا عنها ، ولم تنتقل ، لأن الاضرار منهم دونها ، وان خافت فى الموضع ضرراً من هدم او غيره انتقلت ، لأنها اذا انتقلت للبذاء على أهل زوجها فلأن تنتقل من خوف الهدم أولى ، ولأن القعود للعدة لدفع الضرر عن الزوج فى حفظ نسب ولده والضرر لا يزال بالضرر .

فان كانت العدة فى موضع بالاعارة فرجع المعير أو بالاجارة فانقضت المدة وامتنع المؤجر من الاجارة أو طلب أكثر من أجرة المثل انتقلت الى موضع آخر ، لانه حال عذر ، ولا تنتقل فى هذه المواضع الا الى أقرب موضع من الموضع الذى وجبت فيه العدة ، لأنه أقرب الى موضع الوجوب ، كما قلنـا فيمن وجبت عليه الزكاة فى موضع لا يجـد فيـه أهـل السـهمان انه ينقـل الزكاة الى أقرب موضع منه . وان وجب عليها حق لا يمكن الاستيفاء الا به كاليمين فى دعوى

أو حد ـ فان كانت ذات خدر ـ بعث اليها السلطان من يستوفى الحق منها ، وان كانت برزة جاز احضارها لأنه موضع حاجة فاذا قضت ما عليها رجعت الى مكانها ، وان احتاجت الى الخروج لحاجة كشراء القطن وبيع الغزل لم يجز أن تخرج لذلك بالليل ، لما روى مجاهد قال « استعسد رجال يوم أحد فتأيم نساؤهم فجئن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقلن : يا رسول الله انا نستوحش بالليل ونبيت عند احدانا حتى اذا أصبحنا بادرنا الى بيوتنا ؛ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تحدثن عند احداكن ما بدا لكن ، حتى اذا أردتن النوم فلتؤب كل امرأة الى بيتها ، ولأن الليل مظنة للفساد فلا يجوز لها الخروج من غير ضرورة . وان ارادت الخروج لذلك بالنهار نظرت ـ فان كانت فى عدة المبتوتة ففيه قولان :

قال فى القديم لا يجوز لقوله تعالى « ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة » .

وقال فى الجديد يجوز ، وهو الصحيح لما روى جابر رضى الله عنه قال « طلقت خالتى ثلاثاً ، فخرجت تجد نخلا لها فلقيها رجل فنهاها ، فأتت النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال لها : اخرجى فجدى نخلك لعلك ان تصدقى منه أو تفعلى خيراً » ولأنها معتدة بائن فجاز لها أن تخرج بالنهار لقضاء الحاجة كالمتوفى عنها وزجها) .

الشرح فى قوله تعالى : « لا تخرجوهن من بيوتهن » دليل على أنه ليس للزوج أن يخرجها من مسكن النكاح ما دامت فى العدة ، و لايجوز لها الخروج الا لضرورة ظاهرة ؛ فان خرجت أثمت ولا تنقطع العدة ؛ والمبتوتة فى هذا كالرجعية وهذا لصيانة ماء الرجل ـ وهذا معنى اضافة البيوت اليهن ، كقوله تعالى : « واذكرن ما يتلى فى بيوتكن من آيات الله والحكمة » وقوله تعالى : « وقرن فى بيوتكن » فهو اضافة اسكان لا اضافة تمليك .

أما حديث فريعة فقد مضى تخريجه آنفاً .

وقوله « دار وحشة » دار مضاف ووحشة مضاف اليه ، وأصله المكان القفر من الأنيس . وأثر ابن عباس قال ابن كثير فى قوله تعالى « الا أن يأتين بفاحشة مبينة » والفاحشة المبينة تشمل الزنا ؛ كما قاله ابن مسعود وابن

عباس وسعيد بن المسيب والشعبى والحسن وابن سيرين ومجاهد وعكرمة وسعيد بن جبير والضحاك وأبو قلابة وأبو صالح وزيد بن أسلم وعطاء الخراسانى والسدى وسعيد بن أبى هلال وغيرهم ا • هـ •

وقال القرطبى : وعن ابن عباس والشافعى : أنه البذاء على أحمائها فيحل لهم اخراجها ، وروى عن سعيد بن المسيب أنه قال فى فاطمة : تلك امرأة استطالت على أحمائها بلسانها فأمرها عليه السلام أن تنتقل •

وفى كتاب أبى داود قال سعيد : تلك امرأة فتنت الناس ، انها كانت لسنة فوضعت على يدى ابن أم مكتوم الأعمى ؛ قال عكرمة فى مصحف أبى : « الا أن يفحش عليكم » ويقوى هذا ان محمد بن ابراهيم بن الحارث روى أن عائشة قالت لفاطمة بنت قيس : اتق الله فانك تعلمين لم أخرجت ؟

وعن ابن عباس : الفاحشة كل معصية ، كالزنا والسرقة والبذاء على الأهل •

وعن ابن عمر أيضاً والسدى : الفاحشة خروجها من بيتها فى العدة ؛ وقال قتادة : الفاحشة النشوز ، وذلك أن يطلقها فتتحول عن بيته •

قال ابن العربى : أما من قال انه الخروج للزنا فلا وجه له ؛ لأن ذلك الخروج هو خروج القتل والاعدام ؛ وليس ذلك بمستثنى فى حلال ولا حرام ؛ وأما من قال : انه البذاء ، فهو مفسر فى حديث فاطمة بنت قيس ؛ وأما من قال انه كل معصية فوهم ؛ لأن الغيبة ونحوها من المعاصى لا تبيح الاخراج ولا الخروج • وأما من قال : انه الخروج بغير حق فهو صحيح ، وتقدير الكلام : لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن شرعاً الا أن يخرجن تعدياً • ا هـ •

(قلت) قال الشافعى فى الأم : أخبرنا عبد العزيز عن محمد بن عمرو عن محمد بن ابراهيم عن ابن عباس أنه كان يقول : الفاحشة المبينة أن تبذو على أهل زوجها ، فاذا بذت فقد حل اخراجها ؛ ثم ساق هذا الاسناد الى عائشة

رضى الله عنهـا كانت تقـول اتقى الله يا فاطمة فقد علمت فى أى شىء كان ذلك • قال الشافعى أخبرنا ابراهيم بن أبى يحيى عـن عمـرو بن ميمـون ابن مهران عن أبيه قال : قدمت المدينة فسألت عن أعلم أهلهـا فدفعت الى سعيد بن المسيب ، فسألته عن المبتوتة فقال : تعتد فى بيت زوجها • فقلت : فأين حديث فاطمة بنت قيس ؟ فقال : هاه وصف أنه تغيظ • وقال : فتنت فاطمة الناس ؛ كانت للسانها ذرابة فاستطالت على أحمائها فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تعتد فى بيت ابن أم مكتوم •

وقال الشوكانى فى نيل الأوطار : وأما دعوى أن سبب خروجهـا كان الفحش فى لسانها ، كمـا قال مروان لما حدث بحديثهـا : ان كان بكم شر فحسبكم ما بين هذين من الشر ، يعنى أن خروج فاطمة كان لشر فى لسانها • فمع كون مروان ليس من أهل الانتقاد على أجلاء الصحابة والطعن فيهم ، فقد أعاذ الله فاطمة عن ذلك الفحش الذى رماها به ؛ فانها من خيرة نسـاء الصحابة فضلا وعلما ؛ ومن المهاجرات الأوليات • ولهذا ارتضاها رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبه وابن حبه أسامة ، وممن لا يحملها رقة الدين على فحش اللسان الموجب لاخراجها من دارها ؛ ولو صح شىء من ذلك لـكان أحق الناس بانكار ذلك عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى هذا الكلام من الشوكانى نظر سنأتى عليه •

أما خبر مجاهد المرسل ، فقد أخرجه الشافعى وعبد الرزاق هكذا مرسلا بلفظ المصنف ، وله شواهد متصلة موقوفة على ابن مسعود عند عبد الرزاق فى نساء نعى اليهن أزواجهن وتشكين الوحشة • فقال ابن مسعود : يجتمعن بالنهار ثم ترجع كل امرأة منهن الى بيتها بالليل •

وأخرج ابن أبى شيبة عن عمـر رضى الله عنه أنه رخص للمتوفى عنهـا زوجها أن تأتى أهلها بياض يومها ؛ وأخرج سعيد بن منصور عن على رضى الله عنه : انه جوز للمسافرة الانتقال • وروى الحجاج بن منهال : أن امرأة سألت أم سلمة بأن أباها مريض وأنها فى عدة وفاة ، فأذنت لها وسط النهار •

أما حديث جابر فقد أخـرجه أحمـد ومسـلم وأبو داود وابن ماجـه والنسائى •

اما الأحكام فللمعتدة الخروج فى حوائجها نهاراً سواء كانت مطلقة أو متوفى عنها لحديث جابر « طلقت خالتى ثلاثاً فخرجت تجد نخلها فلقيها رجل فنهاها فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فقال : اخرجى فجدى نخلك لعلك أن تتصدقى منه أو تفعلى خيراً » •

وحديث مجاهد المرسل وفيه « تحدثن عند احداكن حتى اذا أردتن النوم فلتؤب كل واحدة الى بيتها » وليس لها المبيت فى غير بيتها ، ولا الخروج ليلا الا لضرورة ؛ لأن الليل مظنة الفساد بخلاف النهار فانه مظنة قضاء الحوائج والمعاش وشراء ما يحتاج اليه ، وان وجب عليها حق لا يمكن استيفاؤه الا بها كاليمين وكانت ذات خدر بعث اليها الحاكم ما يستوفى الحق منها فى منزلها ، وان كانت برزة جاز احضارها لاستيفائه ، فاذا فرغت رجعت الى منزلها •

مسألة قال الشافعى وتثوى البدوية حيث يثوى أهلها • وجملة ذلك ان البدوية اذا طلقها وهى مقيمة فى خبائها فانها تعتد فى بيتها الذى تسكنه لأنه منزل اقامتها فهو كمنزل الحضرية فان انتقل أهل الحى ففيه أربع مسائل :

(أحدها) أن ينتقل جميع أهل الحى الى موضع آخر فانها تنتقل معهم الى حيث انتقلوا وتتم عدتها فيه كما لو كانت مقيمة فى قرية فانتقل أهل القرية الى قرية أخرى فانها تنتقل معهم •

(الثانية) أن ينتقل بعض أهل الحى وكان أهلها مع المقيمين وكان فيمن بقى منعة فانه لا يجوز لها أن تنتقل عن موضعها لأنه لا ضرر عليها فى الاقامة فهو كما لو انتقل بعض أهل الحى وفيهم منعة فانه لا يجوز لها أن تنتقل •

(الثالثة) أن ينتقل أهلها وبقى بعض أهل الحى وفيهم منعة فهى بالخيار ان شاءت أقامت مع من بقى لأن فيهم منعة ، وان شاء انتقلت مع أهلها لأن عليها وحشة وضرر لمفارقة أهلها فجاز لها الانتقال معهم •

(الرابعة) ان هرب أهلها عن الموضع خوفاً من سلطان أو عدو وغيرهم من أهل الحى مقيمون فان كانت تخاف ما يخاف أهلها فلها أن ترتحل مع اهلها ؛ وان كانت لا تخاف لم يجز لها الانتقال لأن أهلها لم ينتقلوا ها هنا وانما هربوا ومساكنهم باقية ولا تخاف هى ما يخافون فلم يكن لها عذر فى الانتقال ويفارق اذا انتقل أهلها لغير الخوف لأنهم قد انتقلوا عن الحى ، ولم يبق لهم مسكن يرجى عودتهم اليه فكان لها الانتقال معهم لأنها تستوحش بمفارقتهم •

فـــرع اذا طلق الملاح زوجته وهى معه فى السفينة فان كان لها مسكن تأوى اليه فى البر وقت الاقامة ، وانما تكون السفينة وقت السفر قال الشيخ أبو حامد : فهى مسافرة مع الزوج فتكون بالخيار ان شاءت رجعت الى مسكنها فى البر واعتدت فيه ؛ وان شاءت سافرت ، فاذا بلغت الى الموضع الذى قصدته أقامت مقام المسافر ؛ ثم رجعت الى مسكنها فى البر وأكملت عدتها فيه ، وان لم يكن لها مسكن الا فى السفينة فان كان فى السفينة بيوت وحواجز يمكنها أن تسكن فى بيت منها بحيث لا يخلو بها أحد ولا يقع عليها بصر الزوج فعليها أن تسكن فيها الى أن تنقضى عدتها لأنها كالبيوت فى الخان ، وان لم يكن فيها بيوت نظرت فان كان معها محرم لها ويمكنه القيام بأمر السفينة فعلى الزوج أن يخرج من السفينة حتى تقضى عدتها فى السفينة كما لو طلقها فى دار ليس فيها الا بيت واحد ، وان لم يكن معها محرم لها أو كان معها محرم لها ولكن لا يمكنه القيام بأمر السفينة فعلى الزوج أن يكترى لها موضعاً بالقرب من ذلك الموضع تعتد فيه لأن هذا موضع ضرورة •

قال الشافعى : ويكترى عليه اذا غاب • وجملة ذلك أن الزوج اذا طلق امرأته وهى فى غير مسكن له بملك أو اجارة أو اعارة فعليه ان يكترى لها مسكناً تسكنه ان كان حاضراً وتعتد فيه • وان كان غائباً فعلى الحاكم أن يكترى لها مسكناً ، وان لم يجد لها مالاً اقترض عليه الحاكم واكترى لها مسكناً لأن الحاكم يقضى على الغائب ما لزمه ، من الحق وهذا حق لازم عليه وان أذن لها الحاكم أن تقترض عليه وتكترى به أو أذن لها أن تكترى بشىء

من مالها قرضاً عليه صح ذلك وكان ذلك ديناً على الزوج ترجع به عليه الا أن الحاكم اذ اكترى لها بنفسه اكترى لها حيث شاء ، وان اكترت لنفسها باذن الحاكم اكترت بحيث شاءت ، وان اكترت لنفسها مسكناً من غير اذن الحاكم فان كانت تقدر على اذن الحاكم لم ترجع بذلك على الزوج لأنها تطوعت بذلك ؛ وان لم تقدر على اذن الحاكم فهل يرجع فيه ؟ فيه وجهان كالوجهين فى الجمال اذا هرب •

فـــرع قال الشافعى ولا يعلم أحد بالمدينة فيما مضى اكترى منزلا وانما كانوا يتطوعون بانزال منازلهم واختلف أصحابنا فى تأويل هذا الكلام فمنهم من قال عطف الشافعى بهذا على التى قبلها وهو اذا طلقها وهى فى غير مسكن له وكان غائباً فقد ذكرنا أن الحاكم يكترى لها منزلا تعتد فيه وهذا اذا لم يجد الحاكم من يتطوع بعارية منزل يعتد فيه • فأما اذا وجد من يتطوع بعارية منزل لم يكن لها كما قلنا فى الامام لا يبذل على الأذان عرضاً اذا وجد من يتطوع به فعلى هذا ان بذل لها باذل منزلا تسكنه لم يلزمها القبول لأن عليها منة فى ذلك • ولكنه يقبل ذلك الزوج أو يقبله الحاكم له ان كان غائباً الا ان كانت فى منزل مستعار للزوج فأقرها المعير فيه فعليها أن تعتد فيه لأن المنة فيه على الزوج لا عليها ، ومنهم من قال انما قال ذلك جواباً عن سؤال يتوجه على كلامه قال ويكترى الحاكم عليه فان قيل فان النبى صلى الله عليه وسلم لم يكتر لفاطمة بنت قيس منزلا ، وانما أنزلها عند ابن أم مكتوم فأجاب عن ذلك بأن أهل المدينة لا يكرون منازلهم ، ومنهم من قال هذا رد على مالك وأبى حنيفة قالا لا نكترى دور مكة واحتج بأن أهل مكة ما كانوا يكرون منازلهم وانما يعيرونها ولو كان الكراء جائزاً لأكروها فأراد الشافعى كسر كلامهم بأن أهل المدينة لا يكرون منازلهم وانما يعيرونها ومع هذا فقد أجمعنا على جواز اكراء دور المدينة فكذلك دور مكة والأول أصح •

فـــرع فان طلق الرجل امرأته وهى فى غير مسكن له فان طالبته بأن تكترى لها عقيب الطلاق فلها ذلك وان اكترت لنفسها وسكنت بعض مدة العدة طالبته بالكرى لما مضى فقد نص الشافعى على أن السكنى تسقط بمضى

الزمان وقال فى المرأة اذا سلمت نفسها الى الزوج ولم تطالب بالنفقة حتى مضت مدة ثم طالبته فلها المطالبة فيما مضى وللمستقبل واختلف أصحابنا فيهما على طريقين فمنهم من نقل جواب كل واحدة منهما الى الأخرى وجعلهما على قولين وقال أكثر أصحابنا بل هما على ظاهرهما فتكون لهما المطالبة بنفقة ما مضى وليس لها المطالبة بسكنى ما مضى والفرق بينهما أن النفقة فى مقابلة الاستمتاع ، فاذا سلمت نفسها فقد حصل للزوج التمكين من الاستمتاع فوجب عليه فى مقابلته والسكنى فى العدة تستحقه لحفظ ماء الزوج فى بيت الزوج ، فاذا سكنت بنفسها فلم يحصل له حفظ مائة فى بيته فلم يستحق ما فى مقابلته ولأن النفقة تجب على سبيل المعاوضة فلم تسقط بمضى الزمان والسكنى فى العدة لحق الله لا على سبيل المعاوضة فسقطت بمضى الزمان • وأما نفقة المطلقة المبتوتة الحامل فقد نص الشافعى أنها لا تسقط بمضى الزمان واختلف أصحابنا فيها فقال أكثرهم لا تسقط قولا واحداً لأنها اما أن تجب لحملها أو لها لحرمة الحمل وليس فى مقابلة حق عليها فجرت مجرى الدين فلم يسقط بمضى الزمان ومنهم من قال اذا قلنا انها تجب للحامل كانت كنفقة الزوجة ، وان قلنا : انها تجب للحمل ففيه وجهان :

(أحدهما) يسقط بمضى الزمان كنفقة القرابة •

(والثانى) لا يسقط لأن حق الحامل متعلق بها لأنها مصرفها ، فلم تجر مجرى نفقة الأقارب •

فرع ولا يجوز للمعتدة أن تخرج من مسكنها الذى وجبت العدة عليها فيه من غير عذر لقوله تعالى : « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة » • ولحديث فريعة بنت مالك أنها قالت فأرجع الى أهلى وأعتد عندهم فقال صلى الله عليه وسلم اعتدى فى البيت الذى أتاك فيه وفاة زوجك حتى يبلغ الكتاب أجله أربعة أشهر وعشراً » وان وجب عليها حق فان أمكن استيفاء ذلك منها من غير أن تخرج مثل ان كان عليها دين أو فى يدها غصب أو عارية أو وديعة تعترف بذلك لأنه لا حاجة بها الى الخروج ، وان كان حقا لا يمكن استيفاؤه الا باخراجها كحد القذف

أو القصاص أو القطع فى السرقة أو اليمين فى الدعوى فان كانت المرأة برزة وهى التى تخرج فى حوائجها وعلقى الرجال فان الحاكم يستدعيها ويستوفى منها الحق ، وان كانت غير برزة وهى التى لا تخرج فى حوائجها فان الحاكم يبعث اليها من يستوفى منها الحق فى بيتها لما روى أن العامرية لما أتت النبى صلى الله عليه وسلم واعترفت عنده بالزنا مراراً قال لها امضى حتى تضعى ثم عودى فعادت اليه فأمر برجمها • وروى أن رجلا قال « يا رسول الله ان ابنى كان عسيفاً عند هذا وانه زنى بامرأته فقال صلى الله عليه وسلم على ابنك جلد مائة وتغريب عام واغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فغدا عليها فاعترفت فرجمها وانما استدعى النبى صلى الله عليه وسلم العامرية لأنها كانت برزة ولم يستدع الأخرى لأنها كانت غير برزة وان بذت المرأة على أهل زوجها أخرجت عنهم لقوله تعالى : « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة » • قال ابن عباس الفاحشة المبينة أن تبذو على أهل بيت زوجها وقال ابن مسعود الفاحشة ها هنا الزنا دليلنا ما روى عن عائشة وابن المسيب أن النبى صلى الله عليه وسلم نقل فاطمة بنت قيس لأنها استطالت على أحمائها وان بذا عليها أهل زوجها نقلوا عنها لأن الضرر جاء من قبلهم وان كان المسكن لها وسكن معها أهل زوجها واستطالت عليهم بلسانها فليس عليها أن تنتقل عنهم لأن الملك والسكنى لها لا حق للزوج فيه ، وان سكنت فى مسكن للزوج باجارة فانقضت مدة الاجارة قبل انقضاء عدتها وامتنع أهله أن يؤاجروه أو طلبوا أكثر من أجرة المثل فلا يجب على الزوج أن يستأجره بأكثر من أجرة المثل أو امتنع المعير من اعارته ومن اجارته بأجرة المثل جاز نقلها منه لأن هذا موضع ضرورة وكذلك اذا انهدم المسكن الذى طلقت فيه أو خيف انهدام أو خافت فيه من اللصوص أو الحريق أو غير ذلك جاز نقلها منه لأنه اذا جاز نقلها لأجل البذاء على أحمائها فلأن يجوز نقلها لهذه الأعذار اولى ، ولا يجوز نقلها فى هذه المواضع اليها اذا قدر عليها الزوج كما قلنا فى الزكاة اذا لم يوجد الأصناف فى البلد فانها تنتقل الى تلك الأصناف بأقرب البلاد الى الموضع الذى وجبت تفرقتها فيه ولا فرق فى ذلك بين المطلقة والمتوفى عنها زوجها • ويجوز اخراجها للضرورة ليلا ونهاراً وان أرادت الخروج كشراء القطن وبيع الغزل وغير ذلك مما يقوم غيرها مقامها فيه فان

أرادت الخروج ليلا لم يجز سواء كانت متوفى عنها زوجها أو مطلقة مبتوتة لما روى عن مجاهد أنه قال : استشهد رجال يوم أحد فقام أزواجهم وكن متجاورات فأتين النبى صلى الله عليه وسلم وقلن يا رسول الله نستوحش فى بيوتنا بالليل أفنبيت عند احدانا فاذا أصبحنا تفرقنا الى بيوتنا فقال النبى صلى الله عليه وسلم اجتمعن وتحدثن عند احداكن ما بدا لكن فاذا أردتن النوم فلتأوى كل امرأة منكن الى بيتها •

اذا ثبت هذا فى المتوفى عنها زوجها فالمبتوتة مثلها ، وان أرادت الخروج لذلك نهاراً ، فان كانت متوفى عنها زوجها جاز لحديث مجاهد ؛ وان كانت فى عدة الطلاق فان كان الطلاق رجعياً فانها فى حكم الزوجات فان أذن لها الزوج بالخروج جاز لها الخروج ؛ وان لم يأذن لها لم يجز لها الخروج ، وان كان الطلاق بائناً ففيه قولان :

وقال فى الجديد يستحب لها أن لا تخرج لذلك فان خرجت له جاز وهو بفاحشة مبينة » •

وقال فى الجديد يستحب لها أن لا تخرج لذلك فان خرجت له جاز وهو الأصح لما روى عن جابر قال طلقت خالتى ثلاثاً فخرجت تجد نخلا لها فزجرها بعض الناس فأتت النبى صلى الله عليه وسلم فأخبرته بذلك فقال لها النبى صلى الله عليه وسلم : اخرجى فجدى نخلك فلعلك أن تصدقى أو تفعلى خيراً » وجداد النخل انما يكون بالنهار ونخيل المدينة حولها ولأن عدة المتوفى عنها أغلظ ، فاذا جاز لها الخروج لذلك نهاراً فالبائن بذلك أولى وبالله التوفيق •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الاحـــــداد

الاحداد ترك الزينة وما يدعو الى المباشرة ، ويجب ذلك فى عدة الوفاة ، لما روت أم سلمة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « المتوفى عنها زوجها لا تلبس المعصفر من الثياب ولا المشـق ولا الحلى ، ولا تختضب ولا تكتحل ، ولا يجب ذلك على المعتدة الرجعية ، لأنها باقية على الزوجية ، ولا يجب على أم الولد اذا توفى عنها مولاها ، ولا على الموطوءة بشبهة ،لما روت أم حبيبة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليـوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ، الا على زوج أربعة أشهر وعشراً » .

واختلف قوله فى المعتدة المبتوتة فقال فى القديم : يجب عليها الاحـداد ، لأنها معتدة بائن فلزمها الاحداد كالمتوفى عنها زوجها .

وقال فى الجديد : لا يجب عليها الاحداد لأنها معتدة من طلاق فلم يلزمهـا الاحداد كالرجعية .

فصـــل ومن لزمها الاحداد حرم عليها أن تكتحل بالاثمد والصبر .

وقال أبو الحسـن الماسرجسى : ان كانت سـوداء لم يحـرم عليهـا ، والمذهب أنه يحـرم لما ذكرناه من حديث أم سلمة ولأنه يحسن الوجه . ويجوز أن تكتحل بالأبيض كالتوتيا لأنه لا يحسن بل يزيد العين مرها ، فان احتاجت الى الاكتحال بالصبر والاثمد اكتحلت بالليل وغسلته بالنهار ، لما روت أم سلمة قالت « دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفى أبو سـلمة وقـد جعلت على عينى صبرا فقال ما هذا يا أم سلمة ؟ قلت انما هو صبر ليس فيـه طيب ، فقال انه يشب الوجه لا تجعليه الا بالليل وتنزعيه بالنهار » .

فصـــل ويحرم عليها أن تختضب لحديث أم سلمة ، ولأنه يدعـو الى المباشرة ويحرم عليها أن تحمر وجهها بالدمام وهو الكلكون ، وأن تبيضـه بأسفيذاج العرائس ، لأن ذلك أبلغ فى الزينة من الخضاب ، فهو بالتحـريم أولى ، ويحرم عليها ترجيل الشعر لأنه يحسنها ويدعو الى مباشرتها .

الشرح حديث أم سلمة رضى الله عنهـا الأول أخـرجه أحمـد وأبو داود والنسائى . قال البيهقى روى موقوفاً ، والمرفوع من رواية ابراهيم ابن طهمان وهو ثقة من رجال الصحيحين ؛ وقـد ضـعفه ابن حـزم . قال الشوكانى : ولا يلتفت الى ذلك فان الدارقطنى قد جزم بأن تضعيف من ضعفه انما هو من قبل الارجاء ؛ وقد قيل انه رجع عن ذلك .

أما حديث أم حبيبة فقد أخرجه الشيخان عن حميد بن نافع عن زينب بنت

أم سلمة أنها أخبرته بهذه الأحاديث الثلاثة قالت : دخلت على أم حبيبة حين توفى أبوها ابو سفيان فدعت أم حبيبة بطيب فيه صفرة خلوق أو غيره ؛ فدهنت منه جارية ثم مست بعارضيها ثم قالت والله مالى بالطيب من حاجة غير أنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول على المنبر « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوج أربعة أشهر وعشراً ، قالت زينب ثم دخلت على زينب بنت جحش حين توفى اخوها فدعت بطيب فمست منه ثم قالت والله مالي بالطيب من حاجة ، غير أنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول على المنبر « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوج أربعة أشهر وعشراً » قالت زينب وسمعت أمى أم سلمة تقول جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ، يا رسول الله ان ابنتى توفى عنها زوجها وقد اشتكت عينها أفنكحلها ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا • مرتين او ثلاثاً ، كل ذلك يقول لا • ثم قال انما هى أربعة أشهر وعشر وقد كانت احداكن فى الجاهلية ترمى بالبعرة على رأس الحول • قال حميد فقلت لزينب وما ترمى بالبعرة على رأس الحول فقالت زينب كانت المراة اذا توفى عنها زوجها دخلت حفشاً ولبست شر ثيابها ولم تمس طيباً ولا شيئاً حتى تمر بها سنة ثم تؤتى بدابة حمار أو شاة أو طير فتفتض به ؛ فقلما تفتض بشىء الا مات ، ثم تخرج فتعطى بعرة فترمى بها ثم تراجع ما شاءت من طيب أو غيره » •

أما حديث ام سلمة الثانى فقد أخرجه أبو داود والنسائى بلفظ « دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفى أبو سلمة وقد جعلت على صبراً فقال ما هذا يا أم سلمة ؟ فقلت انما هو صبر يا رسول الله ليس فيه طيب • قال : انه يشب الوجه فلا تجعليه الا بالليل وتنزعيه بالنهار ولا تمتشطى بالطيب ولا بالحناء فانه خضاب • قالت قلت بأى شىء أمتشط يا رسول الله ؟ قال بالسدر تغلفين به رأسك » وقد أخرجه الشافعى أيضا وفى اسناده المغيرة بن الضحاك عن أم حكيم بنت أسيد عن أمها عن مولى لها عن أم سلمة، وقد اعله عبد الحق والمنذرى بجهالة حال المغيرة ومن فوقه •

قال الحافظ ابن حجر : وأعل بما فى الصحيحين عن زينب بنت أم سلمة الذى سقناه فى تخريج حديث أم حبيبة قبل هذا ، ولكن الحافظ ابن حجر حسن اسناده فى بلوغ المرام •

اما اللغات فان أصل الحد المنع ومنه قيل للسجان حداد ، والحد والحدود هي محارم الله وعقوباته التي قرنها بالذنوب ، وأصل الحد المنع والفصل بين الشيئين ، فكأن حدود الشرع فصلت بين الحلال والحرام ، فمنها ما لا يقترب منه كالفواحش المحرمة « تلك حدود الله فلا تقربوها » ومنها ما لا يتعدى كالمواريث المعينة وتزويج الأربع « تلك حدود الله فلا تعتدوها » ومنه الحديث « انى أصبت حداً فأقمه على » أى أصبت ذنباً أوجب على حداً أى عقوبة ، ومنه حديث أبى العالية « ان اللحم ما بين الحدين ، حد الدنيا وحد الآخرة » •

قال فى النهاية وفيه « لا يحل لامرأة أن تحد على ميت أكثر من ثلاث » أحدت المرأة على زوجها تحد فهى محد • وحدت تحد وتحد فهى حاد اذا حزنت عليه ولبست ثياب الحزن وتركت الزينة •

وقال ابن بطال : وأحدت المرأة وحدت اذا امتنعت من الزينة والخضاب يقال حدت تحد حداداً فهى حاد •

قوله « ولا المشق » هو المصبوغ بالمشق وهو المغرة الطين الأحمر ، والتوتيا دواء يجعل فى العين •

وقوله « يزيد مرها » يقال مرهت العين مرهاً اذا فسدت لترك الكحل وهى عين وامرأة مرهاء ، والرجل أمره • قال رؤبة بن العجاج •

لله در الغانيات المره سبحن واسترجعن من تألهى

قوله « يشب الوجه » أى يحسنه ويظهر لونه ، من شب النار اذا ألهبها وأوقدها ويقال شعرها يشب لونها ؛ أى يظهره ويحسنه ؛ ويقال انه لمشبوب • قال ذو الرمة :

اذا الأروع المشبوب أضحى كأنه على الرحل مما مسه السير أحمق

قوله بالدمام وهو « الكلكون » وروى بضم الكاف وسكون اللام • قال الجوهرى الدمام بالكسر دواء يطلى به جهة الصبى وظاهر عينيه ، وكل شىء

طلى به فهو دمام ؛ وقد دممت الشيء أدمه بالضم ، أى طليته بأى صبغ كان ، والمدموم الأحمر • قال الشاعر :

تجلو بقادمتى حمامة أيكه برداً تعـل لثـانه بدمام

والكلكون فارسى ، والاسفيذاج صبغ أبيض ، وهو المسمى بلغة العامة اسبيذاج ومثله المساحيق البيضاء والحمراء التى يستعملها النساء فى عصرنا هذا •

أما حكم المسألة فان الاحداد هو ترك الزينة والطيب ، يقال أحدت المـرأة تحد احداداً وحدت تحد حداداً والاحداد صفة للمعتدة وهو أمر قديم وأقر عليه الاسلام والمعتدات ثلاث ، معتدة يجب عليها الاحداد قولا واحداً ومعتدة لا يجب عليها الاحداد قولا واحداً ومعتدة اختلف فيهـا قول الشـافعى فأما المعتدة التى يجب عليها الاحداد قولا واحداً فهى المتوفى عنها زوجها وهو قول العلماء كافة الا الحسن البصرى فانه قال : لا يجب عليها الاحداد ، دليلنا ما روى عـن زينب بنت أبى سـلمة أنهـا قالت دخلت على أم حبيبـة بنت أبى سفيان بن حرب حين توفى أبوها أبو سفيان فاستدعت بطيب فيه خلوق فأخذت منه ودلكته بعارضيها ؛ وقالت : ما بى الى الطيب من حاجة غير انى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوج أربعة أشهر وعشراً» ؛ قالت زينب بنت جحش : حين توفى أخوها عبد الله بن جحش فدعت بطيب فمست منه وقالت : ما لى الى الطيب غير أنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول على المنبر : لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوج أربعة أشـهر وعشراً ، قالت زينب بنت أبى سـلمة وسمعت أم سلمة تقول : جاءت امرأة الى النبى صلى الله عليه وسلم وقالت : يا رسول الله ان ابنتى توفى زوجها وقد اشتكت عينها أفتكحلها ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم لا ، مرتين أو ثلاثاً كل ذلك يقول انما هى أربعة أشـهر وعشراً ، وقد كانت احداكن ترمى بالبعرة فى رأس الحـول فقلت لزينب ما ترمى بالبعرة ؟ فقالت : كانت المرأة اذا توفى زوجها دخلت حبسها ولبست

شر ثيابها ومكثت حولا ثم تخرج فى رأس الحول فتؤتى بروثة حمار أو شاة فتقتض به فقل ما قبضت به الا مات ثم ترمى بالبعرة والقبض بأطراف الأصابع والقبض باللف ، وأما رمى البعرة فلها تأويلات •

(أحدها) أنها تقول قد مكثت فى دمام الزوج حولها والآن قد خرجت من دمامه وحرمته كما خرجت هذه البعرة من يدى •

(والثانى) أن ما كنت فيه من الغم والشقاء وترك الزينة أهون على فى حقه من رمى هذه البعرة •

(والثالث) أنى خرجت من الأذى كما خرجت هذه البعرة من يدى وقد روى أنهن كن يقلن ذلك ، وأما المعتدة التى لا حداد عليها قولا واحداً فهى المطلقة الرجعية لأنها فى معانى الزوجات ، والزوجة لا احداد عليها وكذلك اذا نكح الرجل امرأة نكاحاً فاسداً ووطئها ثم فرق بينهما أو مات أو وطىء امرأة بشبهة فانه يجب عليها عدة الطلاق ولا يجب عليها الاحداد وكذلك أم الولد اذا مات عنها سيدها فانه لا يجب عليها الاحداد لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوج أربعة أشهر وعشرا وهذا ليس بزوج ولأن الاحداد انما يجب على المعتدة التى فارقها زوجها بغير اختياره فيجب عليها أن تظهر الحزن عليه والتمسك بذمامه وهذا المعنى لا يوجد فى المنكوحة نكاحاً فاسداً ولا فى الموطوءة بشبهة ، وأما المعتدة التى اختلف فيها قول الشافعى فهى المطلقة البائن وفيها قولان ، قال فى القديم : يجب عليها الاحداد وبه قال ابن المسيب وأبو حنيفة واحدى الروايتين عن أحمد لأنها معتدة بائن عن نكاح صحيح فلزمها الاحداد كالمتوفى عنها زوجها ؛ وقال فى الجديد : لا يجب عليها الاحداد وبه قال عطاء وربيعة ومالك والرواية الأخرى عن أحمد لأنها معتدة عن طلاق فلم يجب عليها الاحداد كالرجعية أو يقول انها معتدة تتنوع عدتها ثلاثة أنواع فلم يلزمها الاحداد كالرجعية وفيه احتراز من المتوفى عنها زوجها فان عدتها تتنوع نوعين لا غير وأما التى تفسخ نكاحها باللعان أو العنة أو العيوب و الخلع فهل يجب عليها الاحداد ؟ فيه طريقان فأكثر أصحابنا قالوا : فيها قولان كالمطلقة

البائن ومنهم من قال : لا يجب الاحداد قولا واحداً كالموطوءة بشبهة قال الشيخ أبو حامد : فاذا قلنا بقوله الجديد لا يجب على البائن فانه يستحب بها الاحداد ، قال الصيمرى : هل يستحب الاحداد للرجعة ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يستحب لأنها لا تفحش نفسها فربما لا يرغب زوجها فى رجعتها .

(والثانى) يستحب لها الاحداد كالبائن .

مسألة ويجب الاحداد على الأمة وهو اجماع لا خلاف فيه الا بشىء يحكى عن أبى حنيفة ولا يصح عنه والدليل على أن الاحداد يجب عليها لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث الا امرأة على زوجها أربعة أشهر وعشراً » وهذا عام للحرة والأمة ولأنها معتدة عن وفاة الزوج فلزمها الاحداد كالحرة ويجب الاحداد عن موت كل زوج حراً كان أو عبداً صغيراً كان أو كبيراً لعموم الأخبار .

فرع واذا مات زوج الصغيرة لزمها العدة والاحداد وعلى الولى أن يجنبها ما تجتنبه المعتدة الحرة ، وقال أبو حنيفة عليها العدة ولا يجب عليها الاحداد دليلنا ما روت أم سلمة أن امرأة أتت النبى صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله ان ابنتى توفى وزجها . وقد اشتكت عينها أفتكحلها فقال : لا مرتين أو ثلاثاً انما هى أربعة أشهر وعشر » ولم يسأل النبى صلى الله عليه وسلم هل هى صغيرة أو كبيرة ولو كان الحكم يختلف بذلك اسأل عنها بل الظاهر أنها كانت صغيرة لأنها قالت أفتكحلها والبالغة لا تكحل وانما تكحل نفسها ولأنها معتدة عن وفاة فوجب منها الاحداد كالبالغة فان قيل الاحداد عبادة بدنية فكيف يجب على الصغيرة قلنا الخطاب يتوجه على الولى كما اذا أحرم الولى بالصغيرة فان الطيب يحرم على الصغيرة .

فرع وأما الذمية فان كان زوجها مسلماً فمات عنها وجب عليها العدة والاحداد وبه قال مالك وقال أبو حنيفة : يجب عليها العدة ولا يجب عليها الاحداد لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم

الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوج » فشرط فى الاحداد ايمان المرأة فدل على أنه لا يجب على من تؤمن بالله واليوم الآخر ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « لا تلبس المتوفى عنها زوجها المعصفر من الثياب ولا الممشق ولا الحلى ولا تخضب ولا تكتحل وهذا عام فى المسلمة والكافرة ولأنها معتدة عن وفاة فلزمها الاحداد كالمسلمة » •

وأما الخبر فدليل خطابه يدل على أنه لا احداد على الكافرة وهم لا يقولون بدليل الخطاب ولأن فى الخبر تنبيها على أن الاحداد يجب على الذمية لأن الاحداد انما وجب على المعتدة تغليظاً عليها فاذا وجب التغليظ على المؤمنة فلأن يجب على الكافرة أولى ومتى اجتمع دليل وبينة قدمت البينة لأنها أقوى وقال أبو حنيفة : لا يجب عليها العدة ولا الاحداد ودليلنا أنها بائن عن وفاة وازجها فلزمها العدة والاحداد كالمسلمة •

فـــرع قال الشافعى رحمه الله : وانما الاحداد فى البدن وجملة ذلك أن الاحداد وهو الامتناع من كل ما اذا فعلته المرأة امتدت الأعين اليها واشتهتها الأنفس فمن ذلك الكحل فان كان الكحل أسود وهو الأثمد فلا يجوز أن تستعمله فى عينها لما روت أم سلمة فى المرأة التى أتت الى النبى صلى الله عليه وسلم وقالت « ان ابنتى توفى زوجها وقد اشتكت عينها أفتكحلها فقال : لا • وروت أم سلمة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى المتوفى زوجها « لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشق ولا الحلى ولا تختضب » وقال الماسرجسى : اذا كانت المرأة سوداء لم يحرم عليها الاكتحال بالأثمد ، قال المسعودى : لا يحرم على نساء العرب الاكتحال بالأثمد لأن أعينهن سود فلا يظهر لونه وانما يحرم ذلك على نساء العجم لأنه يحصل به التزين ، والأول أصح لأنه يحصل به التزين فى الجميع ويجوز أن تستعمل الأثمد فى سائر بدنها الا فى الحاجب فانه لا يحصل به الزينة فى غير الحاجب ويحصل به الزينة فى الحاجب ويجوز لها أن تكتحل بالكحل الأبيض كالتوتيا ويسمى الكحل الفارسى لأنه يزيد العين مرها وفتحا ولا يحصل به زينة ويحرم عليها أن تطلى على عينها الصتر لما روت أم سلمة : « قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم على أبى سلمة حين توفى وقد جعلت على عينى صبراً

فقال : ما هذا يا أم سلمة ؟ فقالت : يا رسول الله انما هو صبر ليس فيه طيب فقال انه يشب الوجه لا تجعليه الا بالليل وانزعيه بالنهار » ولأنه يصفر فيحصل به زينة وجمال فان احتاجت الى الاكتحال بالصبر أو الأثمد اكتحلت به بالليل وكذلك الدمام وهو شيء تصفر به المرأة عينها كالصفر والزعفران يقال دمت المرأة اذ اصفرت عينها فلا يجوز لها ذلك لأنه يحصل به زينة وجمال •

فـــرع ويحرم على المرأة أن تختضب بالحنا والورس والزعفران فى شيء من بدنها لقوله صلى الله عليه وسلم « ولا تختضب » ولأن فى ذلك زينة وجمالا • ويحرم عليها أن تبيض وجهها بالخضاب الذى يبيض به وجـــوه العرائس لأن الزينة تحصل به ان تنقش وجهها وبدنها لأن فى ذلك زينـــة قال ابن الصباغ : ويحرم عليها أن تحف حاجبها لأنه زينة ويحرم عليها ترجيل الشعر لأنه يحسنها ويدعو الى مباشرتها •

فـــرع ويحرم عليها أن تستعمل الطيب فى بدنها أو ثيابها لما روت أم عطية أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا تحد المرأة فوق ثلاثة أيام الا على زوج فانها تحد أربعة أشهر وعشراً لا تكتحل ولا تلبس ثوباً مصـــبوغاً الا ثوب عصب ولا تمس طيباً الا عند طهرها من محيضها « نبذة من قسط أو أظفار » ولأن الطيب يحرك الشهوة ويدعو الى مباشرتها وأما الغاليـــة فقال الشيخ أبو حامد : ان كان لها ريح لم يجز استعمالها فى شيء من بدنهـــا لأنه طيب وان لم يبق لها ريح جاز لها استعمالها فى جميع بدنها لأنه لا يحصل به زينة • وقال ابن الصباغ : لا يجوز لها استعمالها وان لم يبق لها ريح لأنها تسود فهى كالخطاب ولا يجوز لها أن تأكل شيئاً فيه طيب طاهر لأنه يحرم عليها استعمال الطيب فحرم عليها أكله كالمحرم وأما الأدهان فان كانت مطيبة كدهن الورد والبنفسج والياسمين وما أشبهها حرم عليها استعمالها فى جميع بدنها لما فيه من الطيب وان كانت غير مطيبة كالشيرج والزيت والزبد والسمن فيجوز لها استعماله فى غير الرأس لأنه لا يحصل به تزين ولا يجوز لها استعماله فى الرأس لأنه يرجل الشعر ويزينه وان كان للمرأة لحية حـــرم عليها اســـتعمال الدهن فيها لأن اللحية وان كانت تقبح المرأة الا أن أقبحها اذا لم تدهن ويجوز

لها أن تغسل شعرها وبدنها بالسدر والحطمي لما روت أم سلمة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لها امتشطى قلت : بأى شىء أمتشط ؟ قال بالسدر » ولأن ذلك ينظف من غير زينة ويجوز لها أن تقلم الأظفار وتحلق العانة لأن ذلك يراد للتنظيف لا للزينة ؛ ولا يحرم عليها كنس البيت وتزيينه بالفرش لأن ذلك لا يدعو الى مباشرتها ، قال الصيمرى : ولها أن تشم النينوفر والبنفسج لا يختلف فيه وفى الريحان الفارسى قولان كالمحرمة ، ولها أن تجلس والطيب يقلب بقربها •

فرع ولا يجوز لها لبس الحلى من الذهب والفضة واللؤلؤ وحكى ابن المنذر عن عطاء أنه قال يحرم عليها حلى الذهب دون الفضة وهذا ليس بصحيح لقوله صلى الله عليه وسلم « ولا الحلى » ولم يفرق ولأن الزينة تحصل بالفضة فحرم عليها لبسه كالذهب قال الصيمرى : ويحرم عليها لبس الدمالج والخواتم من العاج والدبل وتمنع من حلق الصفر فى أصابعها وأما الخيوط والسيور وما قبح من الخرز فلا بأس به ما لم يكن مستعملا للتحلى به •

فرع وفى الثياب زينتان (احداهما) أن يحصل بلبسهما من الزينة ما يستر العورة من غير زينة أدخلت على الثوب فيجوز للمرأة المحدة لبس جميع الثياب التى لم تدخل عليها زينة وان كانت الزينة فيها من أصل الخلقة كالدبيقى والمروى وغير ذلك مما يتخذ من الحرير والخز والقز لأن زينتها من أصل خلقتها فلا يلزمها تغييرها كما اذا كانت المرأة حسنة الوجه فلا يلزمها تغيير وجهها بالسواد وغيره ، وأما الثياب المصبوغة فينظر فيها فان صبغت للزينة كالأحمر والأصفر والأزرق الصافى والأخضر الصافى فيحرم عليها لبسه •

وقال أبو اسحاق : ما صبغ غزله ثم نسج يجوز لها لبسه لقوله صلى الله عليه وسلم « الا ثوب عصب » والعصب ما صبغ غزله ثم نسج والمذهب الأول لأن الشافعى نص على أنه يحرم عليها لبس الموشى وعصب اليمن والخز وهذه صبغ غزلها ثم نسجت ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « لا يلبس المتوفى

عنها زوجها المعصفر ولا الممشق » ولم يفرق ولأن الثياب المرتفعة هى التى صبغ غزلها ثم نسجت والتى دونها هى التى نسجت ثم صبغت والخبر يحمل على المصبوغ بالسواد والممشق ما صبغ بالمغرة وأما ما صبغ بالوسخ كالأسود والأزرق والمشبع والأخضر المشبع فلا يحرم عليها لبسه لأنه لا يصبغ للزينة وانما صبغ لنفى الوسخ أو ليدل على الحزن وأما الثياب التى عليها طرز ، قال الشيخ أبو اسحق فان كانت الطرز كباراً حرم عليها لبسها لأنها زينة ظاهرة أدخلت عليها ، وان كانت صغاراً ففيه وجهان :

(أحدهما) يحرم عليها كقليل الحلى وكثيره .

(والثانى) لا يحرم عليها لبسها لخفائها ، قال الصيمرى : ولا تلبس البرود المنقوشة ولا القرقوى من المقانع والوقايات لما فيه من النقش .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ويحرم عليها أن تطيب لما روت ام عطية أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا تحد المرأة فوق ثلاثة أيام الا على زوج فانها تحد اربعة اشهر وعشراً لا تكتحل ولا تلبس ثوباً مصبوجاً الا ثوب عصب ولا تمس طيباً الا عند طهرها من محيضها نبذة من قسط أو أرظفا » ولأن الطيب يحرك الشهوة ويدعو الى المباشرة ، ولا تأكل شيئاً فيه طيب ظاهر ولا تستعمل الادهان المطيبة كالبان ودهن الورد ودهن البنفسج لأنه طيب ولا تستعمل الزيت والشيرج فى الرأس لأنه يرجل الشعر ، ويجوز لها أن تغسل رأسها بالسدرة لما روت أم سلمة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لها : « امتشطى ، فقلت بأى شىء امتشط يا رسول الله ؟ قال بالسدر تغلفين به رأسك » ولأن ذلك تنظيف لا تزيين فلم يمنع منه ، ويجوز ان تقلم الأظفار وتحلق العانة لانه يراد للتنظيف لا للزينة .

فصل ويحرم عليها لبس الحلى ، لحديث أم سلمة ، ولأنه يزيد فى حسنها ولهذا قال الشاعر :

وما الحلى الا زينة لنقيصة ... يتمم من حسن اذا الحسن قصرا

فأما اذا كان الجمال موفراً ... كحسنك لم يحتج الى ان يزورا

فصـــل ويحرم عليها لبس ما صبغ من الثياب للزينة كالأحمـــر والأصفر والأزرق الصافى ،والاخضر الصافى لحديث أم عطية ، ولا تلبس ثوباً مصبوغاً الا ثوب عصب ، وأما ما صبغ غزله ثم نسج فقد قال أبو اسحـاق : انه لا يحرم لحديث أم عطية ، ولا تلبس ثوباً مصبوغاً الا ثوب عصب ، والعصب ما صبغ غزله ثم نسج ، والمذهب أنه يحرم لأن الشافعى رحمـه الله نص على تحريم الوشى والديباج ، وهذا كله صبغ غزله ثم نسج ، ولأن ما صبغ غزله ثم نسج أرفع وأحسن مما صبغ بعد النسج .

وأما ما صبغ لغير الزينة كالثوب المصبوغ بالسواد للمصيبة وما صـبغ للوسخ كالأزرق المشبع والأخضر المشبع فانه لا يحرم ، لانه لا زينة فيه ، ولا يحرم ما عمل من غزله من غير صبغ ، كالمعمول من القطن والكتان والابريسـم والصوف والوبر ، لأنها وان كانت حسنة الا ان حسنها من أصل الخلقة لا لزينة أدخلت عليها ، وان عمل البياض طرز ، فان كانت كباراً حرم عليها لبسه لأنه زينة ظاهرة ادخلت عليه ، وان كانت صغاراً ففيه وجهان :

(أحدهما) يحرم كما يحرم قليل الحلى وكثيره .

(والثانى) لا يحرم لقلتها وخفائها .

الشرح حديث أم عطية الأسدية رضى الله عنها أخرجه الشـيخان قالت « كنا ننهى أن نحد على ميت فـوق ثلاث الا على زوج أربعة أشـهر وعشراً ، ولا نكتحل ولا تتطيب ولا نلبس ثوباً مصبوغاً الا ثوب عصب ، وقد رخص لنا عند الطهر اذا اغتسلت احدانا من محيضها فى نبـذة مـن كست أو أظفار » وفى رواية عند أحمد والشيخين أيضاً قال النبى صلى الله عليـه وسلم : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تحد فوق ثلاث الا على زوج فانها لا تكتحل ولا تلبس ثوباً مصـبوغاً الا ثوب عصب ، ولا تمس طيبـا الا اذا طهرت نبذة من قسط أو أظفار » وقال فيه أحمد ومسلم « لا تحـد على ميت فوق ثلاث الا المرأة فانها تحد أربعة أشهر وعشراً » .

أما اللغات فقوله « الا ثوب عصب » هو بالاضافة برود اليمن يعصب غزلها أى يربط ثم يصبغ ثم ينسج معصوباً فيخرج موشى لبقاء ما عصب منه أبيض لم ينصبغ وانما ينصبغ السدى دون اللحمة ، وقال السـهيلى : ان العصب نبات لا ينبت الا باليمن ، وهو غريب وأغرب منه قول الداودى ان

المراد بالثوب العصب المعصفرة لا المصبغة الا ما صبغ بسواد فرخص فيه مالك والشافعى لكونه لا يتخذ للزينة ، بل هو لباس الحزن .

وقال ابن الصباغ فى الشامل : العصب هو الغزل والعصاب هو الغزال الذى يبيع الغزل ، قوله (نبذ ةمن قسط أو أظفار) النبذة فعلة من نبذ أى طرح ورمى كل شيء رميت به وطرحته نبذته والقسط طيب معروف يؤتى به من أرض الحبشة ويقال كسط بالكاف أيضاً مثل قوله كشت ويقال كست بالتاء أيضاً . والأظفار تؤخذ من البحر تشبه بظفر الانسان . قوله « تغفلين به رأسك » أى تطلين وتمشطين يقال تغلف بالغالية وعلف بها محيته غلفاً قوله « الحلى » بفتح واسكان اللام اسم لكل ما يتزين به من الذهب والفضة والجواهر وجمعه حلى بضم الحاء وكسرها وقوله « النقيصة » فعيلة من النقص وهو ضد التمام والنقيضة أيضاً العيب وقصر فى الأمر اذا عوانى التقصير والتوانى وترك المبالغة قوله « موقراً » من الوفر وهو الزيادة والكثرة أى يأتى تماماً غير ناقص قوله « لم يحتج الى أن يزور » زورت الشيء اذا حسنته وقوله « الوشى والديباج » نوع من ثياب الحرير غليظ معروف قوله « الابريسيم » ثلاثة لغات قال ابن السكيت هو الابريسم بكسر الهمزة والراء وفتح السين (الثانية) بكسر الهمزة وفتح الراء والسين جميعاً . (الثالثة) بكسر الجميع وكذا الأهليلج مثله والصوف وشعر الضأن والوبر شعر الابل أفاده ابن بطال .

أما الأحكام فان العصب الصحيح أنه بنت تصبغ به الثياب ، قال صاحب الروض الأنف : الورس والعصب نبتان باليمن لا ينبتان الا به ، فأرخص النبى صلى الله عليه وسلم للحادة فى لبس ما صبغ بالعصب ، لأنه فى منى ما صبغ لغير التحسين ، وأما صبغ غزله للتحسين كالأحمر والأصفر فلا معنى لتجويز لبسه مع الزينة بصبغه كحصولها بما صبغ بعد نسجه ، ولا تمنع من حسان الثياب غير المصبوغة ، وان كان رقيقاً ، سواء كان من قطن أو كتان أو ابريسم ، لأن حسنه من أهل خلقته فلا يلزم تغييره كما أن المرأة اذا كانت حسنة الخلقة لا يلزمها أن تغير لونها وتشوه نفسها .

فـــرع ويحرم عليها الحلى كله حتى الخاتم لحديث أم سلمة وفيه « ولا الحلى » وقال عطاء : يباح حلى الفضة دون الذهب وليس بصحيح ، لأن النهى عام ، وهذا يشمل أنواع الحلى التى تصنع فى عصرنا هذا من الزجاج والكورو والكريستال وغير ذلك من المعادن الخسيسة ، ولأن الحلى يزيد حسنها ويدعو الى مباشرتها •

فـــرع مما يحرم على المعتدة لبسه الملابس المطرزة بخيوط القطن اذا كان ملوناً ، كذلك الملابس المحرقة للزينة ، والشفافة التى تصف ما تحتها من حمالات وقمص مما تلبسه الحادة من سواد والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب اجتماع العدتين

اذا طلق الرجل امرأته بعد الدخول وتزوجت فى عدتها بآخر ووطئها جاهلا بتحريمها وجب عليها اتمام عدة الأول واستئناف عدة الثانى ، ولا تدخل عدة احدهما فى عدة الآخر ، لما روى سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار « ان طليحة كانت تحت رشيد الثقفى فطلقها فنكحت فى عدتها فضربها عمر رضى الله عنه ، وضرب زوجها بمخفقة ضربات ، ثم قال أيما امرأة نكحت فى عدتها فان كان زوجها الذى تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ، ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول ، وكان خاطباً من الخطاب » وان كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول ، ثم اعتدت من الآخر ولم ينكحها أبداً ولأنهما حقان مقصودان لآدميين فلم يتداخلا كالدينين فان كانت حائلا انقطعت عدة الأول بوطء الثانى الى أن يفرق بينهما ، لأنها صارت فراشاً للثانى فاذا فرق بينهما اتمت ما بقى من عدة الأول ثم استأنفت العدة من الثانى ، لأنهما عدتان من جنس واحد فقدمت السابقة منهما •

وان كانت حاملا نظرت فان كان الحمل من الأول انقطعت عدتها منه بوضعه ، ثم استأنفت العدة من الثانى بالأقراء بعد الطهر من النفاس ، وان كان الحمل من الثانى انقضت عدتها منه بوضعه ثم اتمت عدة الأول ، وتقدم عدة الثانى ههنا على عدة الأول لأنه لا يجوز ان يكون الحمل من الثانى وتمتد به من الأول ، وان أمكن أن يكون من كل واحد منهما عرض على القافة ، فان ألحقته بالأول انقضت به عدته ، وان ألحقته بالثانى انقضت به عدته ، وان ألحقته

بهما أو نفته عنهما او لم تعلم أو لم تكن قافة لزمها أن تعتد بعد الوضع بثلاثة أقراء ، لأنه ان كان من الاول لزمها للثانى ثلاثة أقراء ، وان كان من الثانى لزمها أكمال العدة من الأول فوجب أن تعتد ثلاثة أقراء ليسقط الفرض بيقين وان لم يمكن أن يكون من واحد منهما ففيه وجهان :

(أحدهما) لا تعتد به عن أحدهما ، لأنه غير لاحق بواحد منهما ، فعلى هذا اذا وضعت أكملت عدة الأول ثم تعتد من الثانى بثلاثة أقراء .

(والثانى) تعتد به عن أحدهما لا بعينه ، لأنه يمكن ان يكون من احدهما ، ولهذا لو أقر به لحقه فانقضت به العدة كالمنفى باللعان فعلى هذا يلزمها أن تعتد بثلاثة أقراء بعد الطهر من النفاس .

فصل اذا تزوج رجل امرأة فى عدة غيره ووطئها ففيه قولان :

قال فى القديم تحرم عليه على التابيد لما رويناه عن عمر رضى الله عنه انه قال : ثم لا ينكحها أبداً .

وقال فى الجديد لا تحرم عليه على التابيد ، واذا انقضت عدتها من الأول جاز له أن يتزوجها لأنه وطء شبهة فلا يوجب تحريم الموطوءة على الواطىء على التابيد كالوطء فى النكاح بلا ولى ، وما روى عن عمر رضى الله عنه فقد روى عن على كرم الله وجهه انه قال : اذا انقضت عدتها فهو خاطب من الخطاب، فخطب عمر رضى الله عنه وقال : ردوا الجهالات الى السنة . فرجع الى قول على كرم الله وجهه .

فصل اذا طلق زوجته طلاقاً رجعياً ثم وطئها فى العدة وجبت عليها عدة بالوطء لأنه وطء فى نكاح قد تشعث فهو كوطء الشبهة ، فان كانت من ذوات الأقراء أو من ذوات الشهور لزمها أن تستانف العدة وتدخل فيها البقية من عدة الطلاق لأنهما من واحد وله أن يراجعها فى البقية لأنها من عدة الطلاق فاذا مضت البقية لم يجز أن يراجعها لأنها فى عدة وطء شبهة ، وان حملت من الوطء صارت فى عدة الوطء حتى تضع ، وهل تدخل فيها بقية عدة الطلاق ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) تدخل لأنهما لواحد فدخلت احداهما فى الأخرى ، كما لو كانتا بالأقراء .

(والثانى) لا تدخل لأنهما جنسان فلم تدخل احداهما فى الأخرى ، فان قلنا يتداخلان كانت فى العدتين الى أن تضع لأن الحمل لا يتبعض ، وله أن

يراجعها الى أن تضع ، لأنها فى عدة الطلاق . وان قلنا لا يتداخلان فان لم تر دماً على الحمل أو رأت وقلنا انه ليس بحيض فهى معتدة بالحمل عن وطء الشبهة الى أن تضع ، فاذا وضعت أتمت عدة الطلاق وله أن يراجعها فى هذه البقية لأنها فى عدة الطلاق . وهل له أن يراجعها قبل الوضع ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) ليس له أن يراجعها لأنها فى عدة وطء الشبهة .

(والثانى) له أن يراجعها لأنها لم تكمل عدة الطلاق ، فاذا رأت الدم على الحمل وقلنا انه حيض كانت عدتها من الوطء بالحمل وعدتها من الطلاق بالاقراء التى على الحمل ، لأن غايها عدتين ، احداهما بالأقراء والأخرى بالحمل فجاز أن يجتمعا ، فاذا مضت ثلاثة أقراء قبل وضع الحمل فقد انقضت عدة الطلاق، وان وضعت قبل انقضاء الأقراء فقد انقضت عدة الوطء وعليها أتمام عدة الطلاق ، فاذا راجعها فى بقية عدة الطلاق صحت الرجعة ، وان راجعها قبل الوضع ففى صحة الرجعة وجهان على ما ذكرناه .

فأما اذا كانت قد حبلت من الوطء قبل الطلاق كانت عدة الطلاق بالحمل وعدة الوطء بالأقراء . فان قلنا ان عدة الأقراء تدخل فى عدة الحمل كانت عدتها من الطلاق والوطء بالحمل . فاذا وضعت انقضت العدتان جميعاً ، وان قلنا لا تدخل عدة الأقراء فى الحمل ، فان كانت لا ترى الدم لى الحمل أو تراه وقلنا انه ليس بحيض فان عدتها من الطلاق تنقضى بوضع الحمل وعليها استئناف عدة الوطء بالاقراء . وان كانت ترى الدم وقلنا : انه حيض ، فان سبق الوضع انقضت العدة الأولى وعليها اتمام العدة الثانية ، فان سبق الثانية ، فان سبق انقضاء الأقراء انقضت عدة الوطء ولا تنقضى العدة الأولى الا بالوضع .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : أخبرنا مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفى فطلقها البتة فنكحت فى عدتها . فضربها عمر بن الخطاب رضى الله عنه وضرب زوجها بالمخفقة ضربات وفرق بينهما ، ثم قال عمر : أيما امرأة نكحت فى عدتها فان كان الزوج الذى تزوج بها لم يدخل فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول وكان خاطباً من الخطاب . وان كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول، ثم اعتدت من زوجها الآخر ثم لم ينكحها أبداً .

قال الشافعى : قال سعيد لها مهرها بما استحل منها ، ثم قال : أخبرنا

يحيى بن حسان عن جرير عن عطاء بن السائب عن زاذان أبى عمر عن على رضى الله عنه أنه قضى فى التى تزوج فى عدتها أنه يفرق بينهما ولها الصداق بما استحل من فرجها وتكمل ما أفسدت من عدة الأول وتعتد من الآخر •

قال أخبرنا عبد المجيد عن ابن جريج قال : اخبرنا عطاء ان رجلا طلق امرأته فاعتدت منه حتى اذا بقى شىء من عدتها نكحها رجل فى آخر عدتها جهلا ذلك وبنى بها ، فأتى على بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه فى ذلك ففرق بينهما وأمرها أن تعتد ما بقى من عدتها الأولى ثم تعتد من هذا عدة مستقبلة ، فاذا انقضت عدتها فهى بالخيار ان شاءت نكحت وان شاءت فلا •

قال وبقول عمر وعلى نقول فى المرأة تنكح فى عدتها تأتى بعدعين معاً ، وبقول على تقول انه يكون خاطبا من الخطاب ولم تحرم عليه ، وذلك أنا جعلنا النكاح الفاسد يقوم مقام النكاح الصحيح فى أن على المنكوحة نكاحاً فاسداً اذا أصيبت عدة كعدتها فى النكاح الصحيح فنكحت امرأة فى عدتها فأصيبت فقد لزمتها عدة الزواج الصحيح ثم لزمها عدة من النكاح الفاسد فكان عليها حقان بسبب زوجين ولا يؤديهما عنها الا بأن تأتى بهما معاً • وكذلك كل حقين لزماها من وجهين لا يؤديهما عن أحد لزماه أحدهما دون الآخر •

فرع اذا طلق الرجل امرأته أو مات عنها فتزوجت برجل آخر فى عدتها فالنكاح باطل لقوله تعالى « ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله » فنهى عن عقد النكاح قبل انقضاء العدة والنهى يقتضى فساد المنهى عنه فان لم يدخل بها الثانى فان كانا عالمين بتحريم العقد عزرا لأنهما أقدما على أمر محرم وان كانا جاهلين بالتحريم لم يعزرا وان كان أحدهما عالماً بالتحريم والآخر جاهلا عزر العالم منهما بالتحريم دون الجاهل ويسقط بهذا العقد سكناها عن الأول ونفقتها ان كانت تستحق عليه النفقة لأنها صارت ناشزة بذلك والناشزة تسقط نفقتها وسكناها ولا تقطع عدة الأول بعقد الثانى •

وقال القفال الشاشى: ينقطع بالعقد لأن عقد الثانى يراد للاستفراش والعقد

الفاسد يسلك به مسلك الصحيح كالوطء فى النكاح الفاسد يسلك به مسلك الوطء فى الصحيح وهذا خطأ لأن هذا العقد لا حكم له فلم ينقطع به عدة الأولة بخلاف الوطء فان له حكما • وان وطئها الثانى فان كانا عالمين بالتحريم فهما زانيان ويجب عليهما الحد ولا يجب لها مهر ولا يجب عليها عدة للثانى ولا تنقطع عدة الأول وان كان الزوج عالماً بالتحريم وهى جاهلة وجب لها عليه المهر ولا حد عليها ووجب عليه الحد ولا عدة عليها له ولا تقطع به عدة الأول ؛ ان كانا جاهلين بالتحريم فلا حد عليهما ولها المهر وعليها العدة للثانى وان كان الزوج جاهلا بالتحريم وهى عالمة فعليها الحد ولا مهر لها ولاحد على الرجل وعليها العدة له ؛ فكل موضع كان الثانى جاهلا بتحريم الوطء فانها تصير فراشا للثانى وتسقط عدة الأول ان لم تكن حاملا من الأول لأن العدة تراد لاستبراء الرحم ولا يمكن استبراؤها من الأول فى حال كونها فراشا للثانى ويفرق بينها وبين الثانى ويجب عليها اتمام عدة الأول واستئناف العدة عن الثانى ، ولا يتداخلان •

وقال مالك وأبو حنيفة : يتداخلان ودليلنا ما روى سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفى فطلقها البتة فنكحت فى عدتها فضربها عمر رضى الله عنه وضرب زوجها بالمخفقة يعنى الدرة ضربات وفرق بينهما ، وقال : أيما امرأة نكحت فى عدتها فان لم يدخل بها زوجها الذى تزوجها فانها تعتد عن الأول ولا عدة عليها للثانى وكان خاطباً من الخطاب وان كان قد دخل بها الثانى فرق بينهما وتأتى عن بقية عدة الأول يعتد ثم عن الثانى ولم ينكحها أبداً •

وروى عطاء أن امرأة نكحت فى العدة ففرق على رضى الله عنه بينهما وقال : « أيما امرأة نكحت فى عدتها فرق بينهما وتأتى ببقية عدة الأول ثم تأتى بثلاثة أقراء عن الثانى ثم هى بالخيار ان شاءت نكحته وان شاءت لم تنكحه » ولا يعرف لهما مخالف فدل على أنه اجماع من الصحابة ولأنهما حقان مقصودان لآدميين فاذا اجتمعا لم يتداخلا كالدين فقولنا مقصودان احتراز من الأجل فانه لو كان عليه لرجل دين مؤجل الى شهر ولآخر دين مؤجل الى شهر فمضى الشهر تداخلا فيه لأن الأجل ليس بمقصود وانما المقصود الدين

وقولنا الآدمى احتراز ممن زنى ثم زنى فانه يقام عليه حد واحد لأن الحد لله والعدة حق للزوج لقوله تعالى « وان طلقتم النساء من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » واحترزنا بتثنية الآدمى ممن قطع يد رجل ثم مات فان دية اليد تدخل فى دية النفس ومن الرجل اذا وطىء امرأته شبهة فى عدتها منه اذا ثبت أنهما لا يتداخلان فلا يخلو اما أن تكون حائلا أو حاملا فان كانت حائلا أو حاملا فان كانت حائلا فانها تتم عدة الأول ثم تستأنف عدة الثانى فان كان قد مضى لها قبل وطء الثانى قرء وشهر فانها تأتى بقرءين أو شهرين عن الأول ثم تأتى بثلاثة أقراء أو ثلاثة أشهر عن الثانى ومن أى وقت تعود الى عدة الأول ؟ فيه وجهان حكاهما المسعودى :

(أحدهما) وهو الأصح أنها تعود اليها عقيب التفريق بينها وبين الثانى •

(والثانى) تعود اليها عقيب آخر وطء من وطئات الثانى فان راجعها الزوج الأول فى بقية عدته ففيه وجهان :

(أحدهما) يصح وهو المذهب لأنها فى عدة منه •

(والثانى) لا يصح لأن عليها عدة لغيره فان خالعها الزوج وتزوجت بآخر فى عدتها ووطئها وأراد الزوج الأول أن يتزوجها فى بقية عدته ففيه وجهان حكاهما المسعودى :

(أحدهما) قال وهو المشهور أنه يصح كما قلنا فى الرجعة •

(والثانى) لا يصح وهو قول الشيخ أبى حامد ؛ لأنها تكون محرمة عليه عقيب النكاح من جميع الوجوه لأنها تشرع فى عدة الثانى بعد انقضاء عدة الأول فصار كنكاح المحرمة •

فرع وان تزوجت المرأة فى عدتها برجل آخر ووطئها وأتت بولد ففيه أربع مسائل :

(احداهن) أنه يمكن أن تكون من الأول دون الثانى بأن تأتى به لأربع

سنين فيما دون من طلاق الأول ولدون ستة أشهر من وطء الثانى فان الولد يلحق بالأول وتقضى عدتها منه بوضعه وله أن يراجعها الى أن تضع فاذا وضعته اعتدت عن الثانى بثلاثة أقراء •

(الثانية) اذا أمكن أن يكون الولد من الثانى دون الأول بأن تأتى به لستة أشهر فما زاد الى أربع سنين من وطء الثانى ولأكثر من أربع سنين من طلاق الأول فان كان الطلاق بائنا فان الولد ينتفى عن الأول بغير لعان ويكون الولد لاحقاً بالثانى فتعتد بوضعه عن الثانى فاذا وضعته أتمت عدتها من الأول وان كان الطلاق رجعياً فهل ينتفى الولد عن الأول ؟ فيه قولان مضى ذكرهما فى اللعان فان قلنا نلحقه فانه يلحق بالثانى وتعتد بوضعه عن الثانى ثم تتم بقية عدتها من الأول بعد الوضع فان راجعها الأول بعد وضعها الحمل فى حال اتمامها لعدته صحت الرجعة وان راجعها قبل وضع الحمل ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يصح لأنها فى عدة من غيره ولأنها محرمة عليه فى هذه الحالة والرجعة لا تنفى ذلك التحريم وكل تحريم لم تنفه الرجعية لم تصح الرجعة معه كما لو ارتدت فى العدة وراجع فان الرجعة لا تصح •

(والثانى) : تصح الرجعة لأنا لم نحكم بانقضاء عدتها منه فصحت رجعته ولأن هذا التحريم لا يفضى الى زوال النكاح فلم ينف الرجعة كما لو طلقها طلاقاً رجعياً ، وأحرمت فراجعها فى حال الاحرام ويفارق رجعتها فى حال الردة فان الردة تفضى الى زوال النكاح ، وان قلنا : أن الولد لا ينتفى عن الأول الا باللعان فحكمه كحكم ما لو أمكن أن يكون الحمل من كل واحد منهما على ما يأتى :

(الثالثة) اذا لم يمكن أن يكون الولد من واحد منهما بأن تأتى به لأكثر من أربع سنين من طلاق الأول ولدون ستة أشهر من وطء الثانى فان كان الطلاق بائناً فانه لا يمكن أن يكون من أحدهما وفيه وجهان حكاهما الشيخ أبو اسحاق :

(أحدهما) لا تعتد به عن أحدهما لأنه غير لاحق بأحدهما فعلى هذا ان رأت الدم على الحمل وقلنا انه حيض فانها تعتد بالأطهار أقراء فتتم عدتها من الأول ثم تستأنف العدة عن الثانى وان لم تر الدم على الحمل أو رأته وقلنا انه ليس بحيض فانها تتم عدتها عن الأول بعد الوضع ثم تستأنف العدة عن الثانى •

(والوجه الثانى) : أنها تعتد بالحمل عن أحدهما لا بعينه لأنه يمكن أن تكون من أحدهما ولهذا لو أقر به لحقه فانقضت به العدة كالمنفى باللعان فعلى هذا يلزمها أن تعتد بعد وضعه بثلاثة أقراء لجواز أن يكون من الأول ، والأول هو المشهور ، وان كان الطلاق رجعياً فهل ينتفى الولد عن الأول بغير لعان ؟ فيه قولان ؛ فان قلنا ينتفى عنه بغير لعان فحكمه حكم ما لو كان الطلاق بائناً ، فان قلنا بالوجه المشهور ، وأنها لا تعتد به عن أحدهما ولم تر الدم على الحمل أو رأته ، وقلنا انه ليس بحيض ، فانها تتم عدتها من الأول بعد الوضع • ثم تستأنف ثلاثة أقراء للثانى ، فان راجعها الأول قبل الوضع ففيه وجهان :

(أحدهما) لايصح لأنها ليست فى عدة منه •

(والثانى) يصح لأنه لم يحكم بانقضاء عدتها منه ، وان راجعها الأول بعد الوضع فى اتمامها لعدته • قال الشيخ أبو حامد : فهل تصح رجعته ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) : وهو المذهب أنها تصح لأنها فى عدة منه •

(والثانى) لا تصح لأن عليها عدة لغيره ، وان قلنا انه لا ينتفى عن الأول الا باللعان فان لم ينفه لحق به واعتدت به عنه • وان نفاه فهو كما لو لم يلحق بواحد منهما •

(الرابعة) : اذا أمكن أن يكون من كل واحد منهما بأن تضعه لستة أشهر فما زاد الى أربع سنين من وطء الثانى ولستة أشهر ، فما زاد الى أربع

سنين من طلاق الأول فيعرض الولد بعد الوضع على القافة فان ألحقته بالأول لحق به وانقضت عدتها منه بوضعه فان راجعها قبل الوضع فهل تصح الرجعة ؟ فيه وجهان ، واذا وضعت الحمل اعتدت عن الثانى بثلاثة أقراء فان راجعها الأول بعد الوضع لم يصح لأنها فى عدة من غيره ، وان ألحقته القافة بالثانى لحق به وانقضت عدتها من الثانى بوضعه ، وأتمت عدة الأول بعد الوضع فان راجعها فى حال اكمالها لعدته صح ، وان راجعها قبل الوضع فهل يصح ؟ فيه وجهان ، وان ألحقته القافة بها أو نفته عنهما ، أو لم يكن قافة أو كانت وأشكل عليها ترك حتى يبلغ وينتسب الى أحدهما ، وأما العدة فان عدتها تنقضى بوضعه عن أحدهما لا بعينه ثم تعتد بعد وضعه بثلاثة أقراء لجواز أن يكون الحمل من الأول فيلزمها أن تعتد عن الثانى ، وأما حكم الرجعة فان قلنا : ان الحمل اذا كان عن الثانى تصح رجعة الأول قبل وضعه فراجعها قبل الوضع صحت رجعته . وان قلنا هناك لا يصح رجعة له حال كونها حاملا لأنه يجوز أن يكون الحمل من الزوج فتصح رجعته على المذهب؛ ويجوز أن يكون الحمل من الثانى فلا تصح الرجعة ها هنا فلم يجعل له الرجعة مع الشك فان خالف وراجعها حال كونها حاملا فان بان الحمل من الثانى لم تصح الرجعة لأنه بان أنها معتدة عن غيره وان بان الحمل من الأول وقلنا بالمذهب ان رجعته تصح فى عدتها منه ؛ فان كان عليها عدة لغيره فهل تصح رجعته ها هنا ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يصح لأنه راجعها فى وقت يملك رجعتها فيه .

(والثانى) : لا يصح لأنه حال ما راجعها كان يشك هل له الرجعة أم لا ؟ فلم تصح الرجعة ، وأصل هذين الوجهين القولان فيمن باع مال مورثه قبل أن يعلم بموته ثم بان أنه كان ميتاً وقت البيع ولا يأمره بالرجعة بعدتها بعد الوضع لأنه يجوز أن يكون الحمل من الأول والعدة بالاقراء عن الثانى فلم يملك الرجعة فيها فان خالف وراجع فيها نظرت فان كانت قد رأت قبل الحمل قرءاً لا غير فراجعها فى القرء من الثلاثة بعد الوضع لم تصح رجعته لأنه ليس هو من عدتها عنه به بيقين ، وان راجعها فى القرءين الأولين نظر فيه فان بان أن الحمل بان من الأول لم تصح رجعته فى القرءين لأنه بان أن

ذلك وقت عدتها من الثانى وان بان أن الحمل من الثانى فهل تصح رجعته فى القرءين الأولين ؟ فيه وجهان بناء على القولين فيمن باع مال مورثه قبل أن يعلم بموته وبأنه كان ميتاً وقت البيع ؛ هذا نقل البغداديين من أصحابنا وقال الخراسانيون اذا احتمل أن يكون الحمل من كل واحد منهما وأراد الزوج أن يرجعها فانه يراجعها مرتين مرة قبل وضع الحمل ومرة بعده وان كانت بائناً فنكحها مرتين فهل يصح ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يصح لانا تيقنا أن أحدهما فى عدته .

(والثانى) لا يصح قالوا وهذان الوجهان يشبهان القولين فى توقف العقد على البينتين وأما الثانى اذا تزوجها وقلنا يصح ؛ قال ابن الصباغ فان تزوجها وهى حامل لم يصح لأن الحمل ان كان من الأول فقد تزوجها فى عدة غيره وان كان منه فقد تزوجها وقد بقى عليها عدة غيره وان تزوجها فى عدتها بعد الوضع فان تزوجها فى القرء الثالث صح لأنها اماأن تكون معتدة منه فيه أو لا تكون معتدة أصلا وان تزوجها فى القرءين الأولين لم يصح لاحتمال أن تكون معتدة فيهما من الأول والنكاح مع الشك لا يصح ولهذا لا يصح نكاح المرتابة بالحمل .

فـــرع واذا أتت بولد يمكن أن يكون من كل واحد منهما فخرج الولد ميتا أو مات قبل أن يلحقه القافة بأحدهما ؛ قال الشافعى : لا يكون ابن واحد منهما ولم يرد أنه ليس فيها أب له لأنا نعلم أن أحدهما أبوه وان جهلنا عينه وانما أراد ليس بابن واحد منهما بعينه وهل يعرض على القافة بعد موته ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يعرض عليها لأن مجززاً المدلجى نظر الى أسامة وزيد وقد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما ؛ وقال : ان هذه الأقدام بعضها من بعض فسر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأنه يجوز عرضه على القافة وهو نائم فكذلك بعد موته وحمل هذا القائل كلام الشافعى عليه اذا دفن .

(والثانى) لا يجوز عرضه وهو ظاهر النص لأن الأشياء الخفية من الحركة

والنفس تذهب بالموت فان كان قد أوصى لهذا الولد بوصية فان ولد ميتاً بطلت الوصية وان ولد حياً فان قبل له الواطئان صح الوصية لأن أحدهما أبوه بيقين وان لم يقبلا له حتى بلغ وقبل لنفسه صح فان مات قبل أن يلحق بأحدهما وان لم يكن له وارث غيرهما وقف المال بينهما الى أن يصطلحا عليه لأن أحدهما أبوه بيقين وان كان لهذا الولد ابن وأم دفع الى الأم سدس تركته ووقف السدس بين الزوجين الواطئين وأعطى الابن الباقى وان كان له أم ولد له فان لم يكن للأم ولد ولا لأحد الرجلين دفع الى الأم الثلث ووقف الباقى بين الرجلين وان كان للأم ولدان أو لكل واحد من الرجلين والدان أولها ولد ولكل واحد من الرجلين ولد دفع الى الأم السدس ووقف الباقى بين الرجلين وان كان لأحد الرجلين ولدان وكان للأم ولد ولأحد الرجلين ولد فكم تستحق ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) : تستحق الثلث لأننا نشك هل له أخوان أم لا فلا يحجب بالشك .

(والثانى) تستحق السدس لا غير ويوقف السدس لأنا نشك انها تستحق الثلث أو السدس فلم يجز أن يدفع اليها ما زاد على السدس بالشك، واذا مات قبل أن يقبل أو يقبلا له فان القبول الى جميع الورثة فيقتل الرجلان وتقبل الأم معهما لأنها وارثة معهما .

فرع وان تزوج رجل امرأة ودخل بها وطلقها فتزوجت فى عدتها بآخر وأتت بولد يمكن أن يكون من كل واحد منهما وطلبت نفقتها فان كان الطلاق رجعياً ، فان قلنا ان الحامل البائن تستحق النفقة بسبب الحمل فليس لها أن تطالب أحدهما بنفقتها حال كونها حاملا لأنه يمكن أن يكون الحمل من الأول فتستحق عليه النفقة ويمكن أن يكون الحمل من الثانى فلا تستحق لأنها حامل عنه من نكاح فاسد فاذا شككنا فى استحقاقها لم يكن لها مطالبة أحدهما فاذا وضعت الولد فان كان له مال فنفقته فى ماله ، وان لم يكن له مال وجبت نفقته عليهما لأنه ابن أحدهما بيقين وليس أحدهما بأولى من الآخر فأنفقا عليه بينهما .

وأما الأم فانها ترجع على الأول بنفقتها أقل المدتين من مدة الحمل أو القرءين اللذين يكمل بهما عدته لأن الحمل ان كان منه فنفقتها عليه مدة الحمل ، وان كان من الثانى فعلى الثانى نفقتها فى القرءين اللذين يكمل بهما عدته فان ألحق الولد بأحدهما نظرت فان أخذت من الأول قدر حقها فلا كلام، وان أخذت منه دون حقها رجعت عليه بباقى حقها ، وان قلنا أن نفقة الحامل البائن للحمل فانها تستحق نفقتها عليهما حال كونها حاملا لأن الحمل ان كان للأول فنفقتها عليه وان كان للثانى فنفقتها عليه لأن الحمل عن نكاح فاسد كالحمل عن نكاح صحيح الا أنا لا نعلم من الذى تستحق النفقة عليه منهما وليس أحدهما بأولى من الآخر فوجبت نفقتها منهما • وهل يجب عليهما أن يدفعا اليها نفقة كل يوم أولا يجب عليهما الدفع حتى تضع ؟ فيه قولان • وأما نفقة الولد بعد وضعه فان كان له مال كانت نفقته فى ماله وان لم يكن له مال أنفقا عليه بينهما الى أن يبين حاله ، وان كان الطلاق بائناً فان قلنا : ان الحامل البائن تستحق أن يدفع اليها النفقة يوماً بيوم كان الحكم فيه كالحكم فى الطلاق الرجعى فى أنه يبنى على القولين فى النفقة للحامل هل يجب للحامل أو للحمل ؟ على ما مضى الا فى شىء واحد وهو أن فى ذلك الموضع اذا وضعت المرأة وقلنا يجب للحامل ولم تستحق النفقة فى حال حملها فانها ترجع على الأول بنفقة أقل المدتين •

وهاهنا لا ترجع عليه بشىء والفرق بينهما أن الرجعية تستحق على الزوج فى حال عدتها بكل حال وهاهنا البائن لا تستحق النفقة على الزوج الا اذا كانت حاملا • وان قلنا نفقة الحامل لا تدفع اليها الا بعد الوضع فما دامت حاملا لا نفقة لها على أحدهما فاذا وضعت الولد فان لحق بالأول فعليه نفقته وترجع المرأة عليه بنفقتها حال حملها لأنه بان أنها كانت معتدة بالحمل منه ؛ وان ألحق بالثانى كان نفقة الولد عليه وهل ترجع عليه المرأة بنفقتها حال حملها ؟ ان قلنا ان الحامل تستحق النفقة لها لم ترجع عليه •

وان قلنا ان النفقة للحمل رجعت عليه بنفقتها حال حملها وان لم يلحق الولد بأحدهما كانت نفقة الولد عليهما نصفين الى أن يبين ؛ وهل ترجع المرأة عليها بنفقتها حال حملها بينهما نصفين ؟ ان قلنا النفقة للحامل لم ترجع

عليهما بشيء لأنه يمكن أن يكون الحمل للأول فتستحق عليه النفقة ، ويمكن أن يكون من الثانى فلا تستحق على أحدهما نفقة فاذا شككنا فى استحقاقها النفقة لم نرجع على أحدهما بشيء •

وان قلنا ان النفقة للحمل رجعت عليهما بنفقتها حال حملها بينهما نصفين لأنا نعلم أنها تستحق جميع نفقتها على أحدهما لا بعينه وليس أحدهما بأولى من الآخر فرجعت لها عليهما نصفين • وكل موضع أنفقا على المرأة بينهما على الولد بعد الوضع بينهما ثم لحق الولد بأحدهما وبان أن النفقة عليه فهل يرجع الآخر عليه بما أنفق ؟ ينظر فيه فان أنفق بغير حكم الحاكم لم يرجع عليه بشيء لأنه متطوع بالانفاق وان أنفق بحكم الحاكم فان كان يدعى نسب الولد لم يرجع لأنه يقول هو ولدى ويستحق على جميع النفقة وانما ظلمت بنفيه عنى • وان كان يجحد نسب الولد فانه يرجع على الآخر بما أنفق لأنه يقول قد كنت أقول ان هذا ليس منى ولا يستحق على النفقة وانما أكرهت على الانفاق عليه بغير حق فأنا أستحق الرجوع على أبيه ، ومن أصحابنا من قال اذا أشكل حال الولد لم تجب النفقة على واحد منهما لأن الشافعى قال : وان أشكل الأمر لم آمره بنفقة ولأنا نشك فى وجوب النفقة على كل واحد منهما فلم تجب بالشك والأول أصح لأن الشافعى انما أراد أن الزوج لا يؤخذ بالنفقة وحده ولكن النفقة بينه وبين الآخر على ما بيناه •

فـــرع وان طلق امرأته طلاقاً رجعياً ونكحت بآخر فى عدتها ووطئها وفرق بينهما وأتت بولد لأكثر من أربع سنين من طلاق الأول ولستة أشهر فما زاد الى أربع سنين من وطء الزوج فان قلنا : ان الولد يلحق بالأول ولا ينتفى عنه الا باللعان فالحكم فى النفقة على ما مضى فى التى قبلها وان قلنا ان الولد ينتفى عن الأول بغير لعان فانه يلحق بالثانى ولا تستحق المرأة النفقة على الأول حال كونها حاملا ان قلنا ان النفقة للحامل لم تستحق عليه وان قلنا : انها للحمل استحقت عليه فاذا وضعت الحمل فانها تتم عدة الأول وتستحق عليه النفقة فى القرءين بعد دم النفاس وهل تستحق عليه النفقة مادام معها دم النفاس ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا تستحق عليه نفقة ذلك لأنه ليس من عدته وانما هو تابع للحمل فلما لم تستحق عليه نفقة مدة الحمل فكذلك مدة النفاس •

(والثانى) تستحق عليه نفقة تلك المدة لأن عدتها تنقضى من الثانى بوضع الولد وزمان النفاس هو من عدة الأول وان كان غير محتسب به من عدته كما لو طلبها وهى حائض •

فرع وان طلق الحربى امرأته وتزوجت بمشرك فى عدتها ووطئها وجب عليها للثانى عدة والمنصوص أن عدتهما تتداخلان فمن أصحابنا الخراسانيين من جعل فيها وير المسلمة قولين ، قال أكثر أصحابنا : تتداخل عدة المشركين ولا واحداً بخلاف المسلمة لأن عرض الحربى وماله معرض للابطال والنهب ، فجاز ابطال عدته بخلاف المسلمة ، وان وطئت امرأة من رجل بشبهة ثم طلقها زوجها وهى فى العدة ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد :

(أحدهما) أن العدتين لا تتداخلان ، وهو المنصوص كما لو طلقها ثم وطئت بشبهة •

(والثانى) يتداخلان فيجب عليها عدة واحدة لأن عدة وطء الشبهة ضعيفة فدخلت فى عدة الطلاق بعدها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **اذا خالع امرأته بعد الدخول فله أن يتزوجها فى العدة . وقال المزنى لا يجوز كما لا يجوز لغيره ، وهذا خطأ لأن نكاح غيره يؤدى الى اختلاط الأنساب ولا يوجد ذلك فى نكاحه . وان تزوجها انقطعت العدة . وقال أبو العباس : لا تنقطع قبل أن يطأها ، كما لا تنقطع اذا تزوجها أجنبى قبل ان يطأها ــ وهذا خطأ ــ لأن المرأة تصير فراشاً بالعقد ، ولا يجوز ان تبقى مع الفراش عدة ، ولأنه لا يجوز أن تكون زوجته وتعتد منه ، ويخالف الأجنبى فان نكاحه فى العدة فاسد فلم تصر فراشاً الا بالوطء ، فان وطئها ثم طلقها لزمها عدة مستأنفة وتدخل فيها بقية الأولى •**

وان طلقها قبل ان يطأها لم يلزمها استئناف عدة لأنها مطلقة فى نكاح قبل المسيس فلم تلزمها عدة كما لو تزوج امرأة وطلقها قبل الدخول ، وعليها أن تتمم ما بقى عليها من العدة الأولى ، لأنا لو أسقطنا البقية أدى ذلك الى اختلاط المياه وفساد الأنساب لأنه يتزوج امرأة ويطؤها ثم يخلعها ثم يتزوجها آخر فيطؤها ثم يخلعها ثم يتزوجها آخر ، ويفعل مثل ذلك الى أن يجتمع على وطئها فى يوم واحد عشرون ، وتختلط المياه وتفسد الأنساب .

فصل اذا طلق امرأته بعد الدخول طلقة ثم راجعها نظرت ، فان وطئها بعد الرجعة ثم طلقها لزمها أن تستانف العدة وتدخل فيها بقية العدة الأولى ، فان راجعها ثم طلقها قبل أن يطأها ففيه قولان :

(أحدهما) ترجع الى العدة الأولى وتبنى عليها ، كما لو خالعها ثم تزوجها فى العدة ثم طلقها قبل أن يطأها .

(والثانى) انها تستانف العدة ، وهو اختيار المزنى ، وهو الصحيح ، لأنه طلاق فى نكاح وطىء فيه فأوجب عدة كاملة ، كما لو لم يتقدمه طلاق ولا رجعة ، وتخالف المختلعة لأن هناك عادت اليه بنكاح جديد ثم طلقها من غير وطء ، وها هنا عادت الى النكاح الذى طلقها فيه ، فاذا طلقها استانفت العدة ، كما لو ارتدت بعد الدخول ثم أسلمت ثم طلقها .

وان طلقها ثم مضى عليها قرء أو قرءان ثم طلقها من غير رجعة ففيه طريقان قال أبو سعيد الاصطخرى وأبو على بن خيزان رحمهما الله : وهى كالمسألة قبلها فتكون على قولين ، وللشافعى رحمه الله ما يدل عليه ، فانه قال فى تلك المسألة : ويلزم أن نقول ارتجع أو لم يرتجع سواء . والدليل عليه أن الطلاق مضى لو طرأ على الزوجية أوجب عدة ، فاذا طرأ على الرجعية أوجب عدة كالوفاء فى ايجاب عدة الوفاة ، وقال أبو اسحاق : تبنى على عدتها قولا واحداً لأنهما طلاقان لم يتخللهما وطء ولا رجعة فصار كما لو طلقها طلقتين فى وقت واحد .

فصل وان تزوج عبد أمة ودخل بها ثم طلقها طلاقاً رجعياً ثم أعتقت الأمة وفسخت النكاح ففيه طريقان :

(أحدهما) انها على قولين (أحدهما) تستانف العدة من حين الفسخ .

(والثانى) لا تستانف .

(والطريق الثانى) انها تستانف العدة من الفسخ قولا واحداً لأن احدى العدتين من طلاق والأخرى من فسخ فلا تبنى احداهما على الأخرى .

الشرح اذا خالع الرجل أو فسخ نكاحه فله أن يتزوجها فى عدتها فى قول جمهور الفقهاء ، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس والزهرى والحسن وقتادة ومالك والشافعى وأصحاب الرأى ، وشذ المزنى وبعض أصحابنا فقال لا يجوز ولا يحل له نكاحها ولا خطبتها لأنها معتدة .

ووجه كون هذا القول خطأ أن العدة لحفظ نسبه وصيانة مائه ؛ ولا يصان ماؤه عن مائه اذا كانا من نكاح صحيح ؛ فاذا تزوجها انقطعت العدة ، لأن المرأة تصير فراشاً له بعقده ولا يجوز أن تكون زوجة معتدة ؛ فان وطئها ثم طلقها لزمها عدة مستأنفة ولا شىء عليها من الأول لأنها انقطعت وارتفعت . وان طلقها قبل أن يمسها فهل تستأنف العدة أو تبنى على مامضى ؟مذهبناأنه لا يلزمها استئناف عدة ، وبه قال محمد بن الحسن ؛ وهو احدى الروايتين عن أحمد . وقال أبو حنيفة : « تستأنف » لأنه طلاق لا يخلو من عدة ، فأوجب عدة مستأنفة كالأول . دليلنا أنه طلاق فى نكاح قبل المسيس فلم يوجب عدة لعموم قوله تعالى : « ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » .

فرع اذا طلقها طلاقاً رجعياً ثم ارتجعها فى عدتها ووطئها ثم طلقها انقطعت العدة الأولى برجعته ؛ لأنه زال حكم الطلاق وتستأنف عدة من الطلاق الثانى ، لأنه طلاق من نكاح اتصل به المسيس ، وان طلقها قبل أن يمسها فهل تستأنف عدة أو تبنى على العدة الأولى ؟ فيه قولان ولأحمد روايتان كالقولين عندنا :

١ ــ أن تستأنف لأن الرجعة أزالت شعث الطلاق الأول وردتها الى النكاح الأول ؛ فصار الطلاق الثانى طلاقاً من نكاح اتصل به المسيس .

٢ ــ تبنى لأن الرجعة لا تزيد على النكاح الجديد ، ولو نكحها ثم طلقها قبل المسيس لم يلزمها لذلك الطلاق عدة فكذلك الرجعة ، فان فسخ نكاحها قبل الرجعة بخلع أو غيره احتمل أن يكون حكمه حكم الطلاق ؛ لأن موجبه فى العدة موجب الطلاق ؛ وقد مضى فى شرح الفصول قبله ما فيه من طرق وأوجه تداخل العدتين فلا داعى للتكرار .

فـــرع واذا تزوج الرجل امرأة فى عدة غـيره ووطئهـا جاهـلا بالتحريم فقد قلنا يفرق بينهما وتتم عدتها من الأول وتعتد عن الثانى وهـل يحل للثانى نكاحها ؟ فيه قولان قال فى القديم : لا يحل له أبداً وبه قال عمر ومالك لأنه تعجل حقه قبل وقته فمنعه فى وقتـه كالوارث اذا قتل مورثه قال الشيخ أبو حامد فعلى هذا كل وطء بشبهة أفسد الفراش فان الموطوء تحرم على الواطىء على التأبيد مثل أن يطأ الرجل زوجة غيره أو أمة يسـتفرشها فأما وطء الشبهة الذى لا يفسد الفراش مثل أن يطأ امرأة معتدة عنه بشبهة أو وطىء امرأة بشبهة لا زوج لها ولا سيد يستفرشها أو وطىء امرأة بنـكاح فاسد وليست فى عدة من غيره فانها لا تحرم على الواطىء على التأبيد وقال فى الجديد لاتحرم عليه وبه قال على بن أبى طالب وأبو حنيفة وأصـحابه وعامة أهل العلم لقوله تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم » الى قوله « وأحـل لكم ما وراء ذلكم » وهذه ليست من الأعيان المحرمة ولأنه وطء بشبهة فلم يحرم على التأبيد كما لو نكح امرأة بلا ولى و لاشهود ووطئها وهذا القول أصح لأن ابن عبد الحكم روى أن الشافعى قال اختلف عمر وعلى فى ثلاث مسائل القياس فيها مع على وبقوله : احداهن هذه الثانية امرأة المفقود اذا غاب عنها زوجها وانقطع عنها خبره فان عمر رضى الله عنه قال يرفع الأمـر الى الحاكم وتصرف لها أربع سنين ثم تعتد تسعة أشهر ثم تتزوج وهو قـول القديم للشافعى وقال على رضى الله عنه : هذه امرأة ابتليت فلتصبر أبدا وهو قول الشافعى فى الجديد وهو الأصح (والثالثة) اذا طلق زوجتـه طلقـة رجعية وغاب عنها ثم راجعها وأشهد على رجعته ولم تعلم بذلك وانقضت عدتها فتزوجت بآخر ودخل بها وجاء الأول وادعى أنه راجعها وأقام على ذلك بينته فروى عن عمر أنه قال : هى زوجة الثانى وهو قول مالك • وروى عن على رضى الله عنه أنه قال هى زوجة الأول وهو قول الشافعى وقد روى عن عمر أنه رجع الى قول على فى الأولة •

فـــرع وان طلق الرجل امرأته طلاقا رجعيا فوطئها الزوج فى العدة فلا حد عليهما لأنه وطء بشبهة سواء كانا عالمين بتحريم الوطء أو جاهلين لأنها فى معانى الزوجات الا أنهما اذا كانا عالمين بالتحريم عزرا وان كانا جاهلين بالتحريم لم يعزرا وان كان أحدهما عالماً والآخر جاهلا عزر العالم منهما فان

كانت وقت الطلاق حائلا نظرت فان لم تحمل من الوطء فى العدة وجب عليها استئناف العدة عن الوطء فى العدة لأنه وطء شبهة فأوجب العدة وتدخل فيها بقية العدة الأولة لأنهما من واحد فتداخلتا فان كان قد مضى لها قرء من العدة قبل الوطء فانها تستأنف ثلاثة أقراء من حين الوطء بعد الطلاق فالقرءان الأولان يقعان عن الطلاق وعن الوطء بعد الطلاق والثالث يقع عن الوطء بعد الطلاق فان راجعها الزوج فى القرءين الأولين صحت رجعته لأنه راجعها فى عدتها منه عن الطلاق الرجعى وان وطئها فيها ثانيا لم يجب عليهما الحد سواء كانا عالمين أو جاهلين كما قلنا فى الأول فى القرء الأول وان راجعها فى القرء الثالث لم تصح رجعته لأنه راجعها بعد انقضاء عدتها عنه بالطلاق ؛ وان وطئها فى القرء الثالث فان كانا عالمين بالتحريم فهما زانيان ويجب عليهما الحد ولا مهر لها ولا يجب عليها استئناف العدة لهذا الوطء ، وان كانا جاهلين بالتحريم لم يجب عليهما الحد ووجب لها المهر ووجب عليها استئناف العدة لهذا الوطء ويدخل فيها بقية عدة الوطء الأول ، وان كان الزوج جاهلا والزوجة عالمة وجب عليها الحد ولا مهر لها ولم يجب عليه الحد ووجب عليها استئناف العدة ودخل فيها بقية العدة من الوطء بعد الطلاق وان كان الزوج عالماً بالتحريم والزوجة جاهلة وجب على الزوج المهر والحد ولا حد عليها ولا يجب عليها استئناف العدة • وان كان قد مضى عليها من العدة قبل الوطء قرء ان وجب عليها استئناف ثلاثة أقراء وصحت رجعته فى القرء الأول ، وان وطئها فيه فلا حد عليهما بحال ووجب عليها استئناف العدة وان راجعها فى القرءين الآخرين لم تصح رجعته • وان وطئها فيهما فهو كما لو وطئها فى القرء الثالث اذا مضى لها قبل الطلاق قرء على ما مضى ؛ وان كان عدتها بالشهور فالحكم فيها كالأقراء على ما مضى ، وان حبلت من الوطء بعد الطلاق فى العدة فانها تعتد بوضعه عن وطئه فى عدة الطلاق وهل تدخل فيه بقية عدتها عنه للطلاق ؟ فيه وجهان •

(أحدهما) يدخل لأنهما عدتان لواحد فتداخلا كما لو كانتا من جنس واحد •

(والثانى) لا يتداخلان لأن الحقين انما يتداخلان اذا كانا من جنس

فأما إذا كانا من جنسين فانهما لا يتداخلان كما لو زنى وهو بكر ثم زنى وهو محصن قبل أن يحد للأول فان قلنا انهما يتداخلان كانت فى عدة الطلاق الى أن تضع وله أن يراجعها قبل الوضع وان وطئها قبل الوضع ثانياً أو ثالثاً فلا حد عليهما وعليها العدة للجميع وتنقضى عدتها عن الجميع بوضع الحمل وان قلنا : انهما لا يتداخلان نظرت فان لم تر دماً على الحمل أو رأته وقلنا انه ليس بحيض فانها تعتد بالحمل عن وطء الشبهة فاذا وضعت الحمل أتت بما بقى عليها من الأقراء من عدة الطلاق فان راجعها بعد الوضع فى حال اتمامها لعدة الطلاق صحت الرجعة لأنه راجعها فى عدتها منه بالطلاق الرجعى وان راجعها قبل وضع الحمل ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يصح لأنها فى عدة من وطء الشبهة .

(والثانى) يصح لأن عدتها عنه للطلاق الرجعى لم تنقض . وان رأت الدم على الحمل وقلنا انه حيض فانها تتم عدة الطلاق بالاقراء وهى الاطهار بين الدمين على الحمل وله الرجعة عليها ما لم تنقض عدتها بالاقراء فاذا انقضت الاقراء لم تصح رجعته وتنقضى عدتها عن وطء الشبهة بوضع الحمل ؛ وأما حكم نفقتها عليه فالذى يقتضى المذهب أنا اذا قلنا : انهما يتداخلان فعليه أن ينفق عليها ويكسوها ويسكنها الى أن تضع وان قلنا لا يتداخلان ولم تر الدم على الحمل أو رأته ؛ وقلنا : انه ليس بحيض فانه يجب عليه أن ينفق عليها فى الاقراء بعد وضع الحمل لأنها فى عدة منه عن طلاق رجعى ؛ وهل يجب عليه أن ينفق عليها مدة دم النفاس ؟ فيه وجهان ذكرناهما فى التى قبلها وهل يجب عليه أن ينفق عليها حال كونها حاملا ؟ ان قلنا ان البائن الحامل يجب لها النفقة لنفسها لم يجب عليه نفقتها ؛ وان قلنا : انها يجب لها بسبب الحمل وجب لها عليه النفقة . وأما اذا طلقها وهى حامل ثم وطئها قبل الوضع فانها تعتد بوضع الحمل عن الطلاق ويجب عليها ثلاثة أقراء لوطئه اياها فى العدة وهل تدخل الاقراء فى الحمل على الوجهين ؛ فاذا قلنا : انهما يتداخلان فانها تكون فى العدة عن الطلاق والوطء الى أن يضع ولها عليه النفقة والكسوة والسكنى الى أن تضع وتصح رجعته ما لم تضع ، وان قلنا : انهما لا يتداخلان فان لم تر الدم على الحمل أو رأته وقلنا : انه ليس بحيض فانها فى عدة

الطلاق الى أن تضع وتستحق عليه ما تستحقه الرجعية الى أن تضع وتصح رجعته ما لم تضع فاذا وضعت الحمل اعتدت بثلاثة أقراء عن وطء الشبهة ، ولا تستحق عليه فيها نفقة ولا غيرها وان رأت الدم على الحمل وقلنا : انه حيض فانها تعتد بالاقراء على الحمل عن وطء الشبهة وتعتد بالحمل عن الطلاق وتستحق عليه ما تستحق الرجعية الى أن تضع وتصح رجعته عليها ما لم تضع .

مسألة اذا تزوج امرأة ودخل بها وخالعها وطلقها طلقة أو طلقتين بعوض فتزوجها وهى فى العدة صح . وقال المزنى : لا يصح نكاحه لها كما لا يصح نكاح غيره لها وهذا خطأ لأن نكاح غيره لا يؤدى الى اختلاط المياه وفساد الكسب ونكاحه لها لا يؤدى الى ذلك فاذا تزوجها انقطعت عدتها ، وحكى عن أبى العباس بن سريج انه قال : لا تنقطع عدتها حتى يدخل بها كما اذا تزوجها غيره فى عدتها . وهذا ليس بصحيح وقيل لا يصح هذا عن أبى العباس لأنها تصير بعد العقد فراشاً له ، ولا يجوز أن تكون فراشا له وتكون معتدة عنه ويخالف اذا نكحها غيره فى عدتها فانها لا تصير فراشاً له بالعقد فان طلقها نظرت فان وطئها بعد النكاح الثانى ثم طلقها لزمها استئناف العدة ويدخل فيها بقية العدة الأولة لأنهما من واحد . وان طلقها قبل أن يطأها لم يلزمها استئناف العدة بل يجب عليها أن تتم العدة الأولة .

وقال داود : لا يلزمها دليلنا أنا لو قلنا لا يجب عليها العدة لأحد الى أن يتزوجها فى يوم واحد جماعة رجال ويطأها كل واحد منهم بأن يتزوجها الأول ويطأها ثم يخالعها ثم يتزوجها ويطلقها قبل الدخول فتتزوج بالثانى ويطأها ثم يخالعها ثم يتزوجها ثم يطلقها قبل الدخول ثم يتزوجها الثالث ويطأها وعلى هذا أن يجتمع على تزويجها ووطئها فى اليوم الواحد مائة رجل فتفسد أنسابهم وهذا ظاهر الفساد .

فرع قال ابن الحداد : وان خالع امرأته وهى حامل ثم تزوجها حاملا ثم مات فليس عليها الا وضع الحمل سواء أصابها بعد الخلع أو لم يصبها لأن عدة الوفاة تنقضى بوضع الحمل سواء دخل بها أو لم يدخل .

مسألة وان تزوج الرجل امرأة ودخل بها ثم طلقها ومضى عليها قرء وقرءان ثم راجعها انقطعت عدتها لأنها صارت فراشا له فلا يصح أن تكون معتدة عنه فان وطئها بعد الرجعة ثم طلقها فعليها أن تستأنف العدة وتدخل فيها بقية العدة الأولة لأنه قد حصل فى رحمها ماء جديد له حرمة فوجبت له بالعدة وان طلقها قبل أن يطأها ففيه قولان :

(أحدهما) يبنى على الأولة •

(والثانى) يلزمها استئناف العدة ، وقال داود : لا يجب عليها عدة • وهذا خطأ لأنا لو قلنا لا يجب عليها العدة لأحد الى أن يجتمع على وطئها فى يوم واحد جماعة رجال الى أن يتزوجها رجل ويدخل بها ثم يطلقها طلاقاً رجعياً ثم يراجعها ثم يطلقها قبل الدخول ثم تتزوج بآخر ويفعل مثل ذلك وتتزوج بثالث فتفعل مثل ذلك فيؤدى الى فساد النسب فاذا قلنا يبنى على العدة وهو قوله فى القديم وبه قال مالك فوجهه قوله تعالى « ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا » ولو احتاجت الى استئناف العدة فقد أمسكها ضراراً لأنه يراجعها فى آخر عدتها ثم يطلقها واذا قلنا تستأنف العدة وهو قوله فى الجديد وبه قال أبو حنيفة وهو الأصح فوجهه قوله تعالى « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » هذه مطلقة ولأنه اذا راجعها فقد عاد النكاح كما كان ، فاذا طلقها استأنف العدة كالطلاق الأول وان طلق امرأته طلقة رجعية فراجعها ثم خالعها فى العدة قبل أن يطأها كان بعد الرجعة • فان قلنا : ان الخلع طلاق كما لو طلقها قتل الرجعة وهل يبنى على عدتها أو يستأنف ؟ على القولين وان قلنا : ان الخلع فسخ فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال فيه قولان كالطلاق ، ومنهم من قال : تستأنف العدة قولا واحداً ، لأن الخلع نوع فرقة أخرى فلا يبنى عدته على عدة الطلاق • وان طلق امرأته طلقة رجعية ثم طلقها فى العدة قبل أن يراجعها فهل تبنى على العدة أو تستأنف العدة ؟ فيه طريقان من أصحابنا من قال : فيه قولان كما لو راجعها ثم طلقها لأن الشافعى قال : اذا راجعها ثم طلقها فى أحد القولين أنها تستأنف ثم قال ومن قال بهذا لزمه أن يقول ارتجع أو لم يرتجع سواء •

ومنهم من قال يبنى قولا واحداً ، وقال ابن الصباغ : وهو الأصح لأنهما طلاقان لم يتخللهما وطء ولا رجعة فصار كما لو طلقها طلقتين فى وقت واحد .

فـــرع واذا تزوج العبد أمة فطلقها طلاقاً رجعيا ثم أعتقت فى أثناء العدة فلها أن تختار فسخ النكاح ولها أن لا تفسخ ، فان اختـارت فسـخ النكاح فهل يبنى على عدتها أو يلزمها استئناف العدة ؟ فيه ثلاثة طرق ، ومن أصحابنا من قال فيه قولان ومنهم من قال يبنى على العدة قولا واحداً وهو اختيار أبى اسحاق المروزى ومنهم من قال يستأنف العدة استئناف عدة حرة لأنها وجبت فى حال الحرية واذا قلنا : انها تبنى على الأولة فعلى ماذا تبنى ؟ فيه طريقان من أصحابنا من قا فيه قولان :

(أحدهما) يبنى على عدة أمة ..

(والثانى) تتم عدة حرة كما لو كانت تحت حر وطلقها ثم أعتقت فان فيه قولين ، ومن أصحابنا من قال : تتم عدة حرة قولا واحداً لأن الفسخ هاهنا طرأ على العدة فغيرها بخلاف ما اذا أعتقت تحت حر أو تحت عبد ولم تختر الفسخ فان العتق لا يوجب العدة فلم يغيرها ، وان لم تختر الفسخ نظـرت فان لم يراجعها حتى بانت فلا يلزمها استئناف العدة ولكن هل تتم عدة حرة أو أمة ؟ فيه قولان مضى ذكرهما . وان راجعها قبل انقضاء عدتها فلها أن تختار فسخ النكاح فان اختارت الفسخ فهل يلزمها استئناف العدة أو يجوز لها أن يبنى على الأولة ؟ فيه طريقان ، من أصحابنا من قال فيه قولان كالطلاق ومنهم من قال : يلزمها أن تستأنف العدة قولا واحداً لأنها فسخت النـكاح وهى زوجة فاذا قلنا تستأنف العدة استأنفت عدة حرة ، واذا قلنا يبنى ، فهل يلزمها أن تتم عدة حرة أو أمة ؟ فيه طريقان مضى ذكرهما .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **واذا خلا الرجل بامرأته ثم اختلفا فى الاصابة ، فادعـــاه أحدهما وانكر الآخر ففيه قولان : قال فى الجديد القول قول المنكر ، لأن الأصل عدم الاصابة . وقال فى القديم القول قول المدعى لأن الخلوة تدل على الاصابة .**

فصـــل وان اختلفا فى انقضاء العدة بالاقراء فادعت المرأة انقضاءها لزمان يمكن فيه انقضاء العـدة وأنكر الزوج ، فالقول قولها ، وان أختلفا فى وضع ما تنقضى به العدة ، فادعت المرأة أنها وضعت ما تنقضى به العدة وأنكر الزوج فالقول قولها لقوله عز وجل « ولا يحل لهن أن يكتمـن ما خلق الله فى ارحامهن » فخرج النساء على كتمان ما فى الأرحام كما خرج الشهود على كتمان الشادة فقال « ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه » ثم يجب قبول شهادة الشهود فوجب قول النساء ، ولأن ذلك لا يعلم الا من جهتها فوجب قبول قولها فيه كما يجب على التابعى قبول ما يخبره به الصحابة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين لم يكن له سبيل الى معرفته الا من جهته .

وان ادعت المرأة انقضاء العدة بالشهور وأنكر الزوج فالقول قـوله ، لأن ذلك اختلاف فى وقت الطلاق فكان القول فيه قوله .

فصـــل وان طلقها فقالت المرأة طلقنى وقد بقى من الطهر ما يعتـد به قرءاً وقال الزوج : طلقتك ولم يبق شىء من الطهر فالقول قول المرأة لأن ذلك اختلاف فى وقت الحيض ، وقد بينا أن القول فى الحيض قولها .

فصـــل وان طلقها وولدت واتفقا على وقت الولادة واختلفا فى وقت الطلاق ، فقال الزوج : طلقتك بعد الولادة فلى الرجعة ، وقالت المرأة طلقتنى قبل الولادة فلا رجعة لك فالقول قول الزوج ، لأنهما لو اختلفا فى أصل الطلاق كان القول قوله فكذلك اذا اختلفا فى وقته ، ولأن هذا اختلاف فى قوله وهو أعلم به فرجع اليه . وا ناتفقا فى وقت الطلاق واختلفا فى وقت الولادة ، فقال الزوج : ولدت قبل الطلاق فلى الرجعة . وقالت المرأة : بل ولدت بعد الطلاق فلا رجعة لك فالقول قولها فكذلك اذا اختلفا فى وقتها . وان جهلا وقت الطلاق ووقت الولادة وتداعيا السبق فقال الرجل : تأخر الطلاق وقالت المـــرأة : تأخرت الولادة ، فالقول قول الزوج لأن الأصل وجوب العدة وبقاء الرجعة ، فان جهلا وقتهما ، او جهل السابق منهما لم يحكم بينهما لأنهما تدعيان حقاً .

وان ادعت المرأة السبق وقال الزوج لا أعرف السابق قال له الحاكم : ليس هذا بجواب ، فاما ان تجيب جواباً صحيحاً او نجعلك ناكلا ، فان اســتفتى افتيناه بما ذكرناه فى المسئلة قبلها ، وان كان للزوج الرجعة لأن الأصل وجوب العدة وبقاء الرجعة ، والورع ان لا يراجعها .

فصـــل فان اذن لها فى الخروج الى بلد آخر ثم طلقها واختلفـا ، فقالت المرأة نقلتنى الى البلد الآخر ففيه أعتد ، وقال الزوج بل أذنت لك فى الخروج لحاجة فعليك أن ترجعى ، فالقـول قول الزوج لأنه أعلم بقصـده ،

وان مات واختلفت الزوجة والوارث فالقول قولها لأنهما استويا فى الجهل بقصد الزوج ومع الزوجة ظاهر ، فان الأمر بالخروج يقتضى خروجا من غير عود) .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه فى القديم : اذا اختلفا فى الاصابة بعد الخلوة فالقول قول المدعى لأن الخلوة تدل على الاصابة . وقال فى الجديد : قال الله تبارك وتعالى « اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » فكان بيناً فى حكم الله عز وجل أن لا عدة على المطلقة قبل ان تمس ، وأن المسيس هو الاصابة ، ولم أعلم فى هذا خلافاً .

ثم اختلف بعض المفتين فى المرأة يخلو بها زوجها فيغلق باباً ويرخى ستراً وهى غير محرمة ولا صائمة ، فقال ابن عباس وشريح وغيرهما لا عدة عليها بالاصابة نفسها ، لأن الله عز وجل هكذا قال .

أخبرنا مسلم عن ابن جريج عن ليث عن طاوس عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أنه قال فى الرجل يتزوج المرأة فيخلو بها ولا يمسها ولا يطلقها : ليس لها الا نصف الصداق ، لأن الله عز وجل يقول : « وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » قال الشافعى : وبهذا أقول وهو ظاهر كتاب الله عز ذكره ، اهـ .

قلت : قال تعالى : « ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن » قال عكرمة والزهرى والنخعى من الحيض . وقال عمر وابن عباس الحمل ، وقال مجاهد الحيض والحمل معاً ، وهذا على أن الحامل تحيض ، والمعنى المقصود من الآية أنه لما دار أمر العدة على الحيض والأطهار ولا اطلاع عليهما الا من جهة النساء جعل القول قولها اذا ادعت انقضاء العدة أو عدمها ، وجعلهن مؤمنات على ذلك وهو مقتضى قوله تعالى « ولا يحل لهن أن يكتمن » الآية .

وقال سليمان بن يسار : ولم تؤمر أن تفتح النساء فننظر الى فروجهن ، ولكن وكل ذلك اليهن ان كن مؤتمنات . ومعنى النهى عن الكتمان النهى

عن الاضرار بالزوج واذهاب حقه ، فاذا قالت المطلقة حضت وهى لم تحض ذهبت بحقه من الارتجاع واذا قالت : لم أحض وهى قد حاضت ألزمته من النفقة ما لم يلزمه فأضرت به ، أو تقصد بكذبها فى نفى الحيض ألا ترتجع حتى تنقضى العدة ويقطع الشرع حقه ، وكذلك الحامل تكتم الحمل لتقطع حقه من الارتجاع • قال قتادة : كانت عادتهن فى الجاهلية أن يكتمن الحمل ليلحقن الولد بالزوج الجديد ، ففى ذلك نزلت الآية •

قال ابن المنذر : وقال كل من حفظت عنه من أهل العلم ، اذا قالت المرأة فى عشرة أيام قد حضت ثلاث حيض وانقضت عدتى انها لا تصدق ولا يقبل ذلك منها الا أن تقول قد أسقطت سقطا قد استبان خلقه ، واختلفوا فى المدة التى تصدق فيها المرأة ، فقال مالك : اذا قالت انقضت عدتى فى أمد تنقضى فى مثله العدة قبل قولها ، فان أخبرت بانقضاء العـدة فى مدة تقـع نادراً فقولان • قال فى المدونة اذا قالت : حضت ثلاث حيض فى شهر صدقت اذا صدقها النســاء • وبه قال شريح • وقال له على بن أبى طالب « قالون » أى أصبت وأحسنت ، وقال فى كتاب محمد : لا تصدق الا فى شهر ونصف • ونحوه قول أبى ثور • قال أبو ثور : أقل ما يكون فى ذلك سبعة وأربعين يوماً ، وذلك أن أقل الطهر خمسة عشر يوماً • وأقل الحيض يوم •

فـــرع اذا طلق الرجل امرأته واختلفا فى الاصابة فادعى الزوج أنه قد أصابها لثبوت الرجعة وانكرت الاصابة ، أو ادعت المرأة أنه أصابها لثبوت جميع المهر ، أو أنكر الزوج الاصابة نظرت فان اتفقا على أنه قد خلا بها ففيه قولان :

قال فى القديم : القول قول من يدعى الاصابة لأن الظاهر معه •

وقال فى الجديد : القول قول من ينكر الاصابة ، وهو الأصح لأن الأصل عدم الاصابة وان لم يتفقا على الخلوة فالقول قول من ينكر الاصابة منهما قولا واحداً لأن الأصل عدم الاصابة ، وان ادعت الزوجة الاصابة وأتت بشاهد واحد على مشاهدته الاصابة أو على اقرار الزوج بها حلفت معه لأن المقصود بدعواها فى ذلك المال ، وان أتى الزوج بشاهد فى الاصابة وأراد أن يحلف

معه لم يكن له ذلك لأن المقصود بدعواه فى ذلك غير المال فان أتت بولد لمدة الحمل من حين النكاح ولم ينفه باللعان لحقه فيه فان ادعت المرأة الاصابة لاستقرار المهر •

فنقل المزنى أن القول قول الزوجة فاذا حلفت استحقت جميع المهر ونقل الربيع : أن القول قول الزوج معه يمينه ، واختلف أصحابنا فيها على طريقين فمنهم من قال فيه قولان ولم يذكر الشيخ أبو اسحاق غير هذا :

(أحدهما) القول قول الزوجة مع يمينها لأن الظاهر معها لأنا قد ألحقنا به النسب والظاهر أن النسب لا يلحق الا عن اصابة •

(والثانى) القول قول الزوج مع يمينه لأن الأصل عدم الاصابة وقد يلحقه الولد من غير اصابة بأن يطأها فيها دون الفرج فيسبق الماء الى فرجها ؛ أو يبعث اليها بمائة فتستدخله وتحمل منه ، ومن قال هى على اختلاف حالين فحيث قال : القول قول الزوج أراد به اذا كانا قد اختلفا فى الاصابة ، وجعلنا القول قول الزوج فحلف وحكمنا بيمينه أنه لم يصبها ثم أتت بعد ذلك بولد يلحقه بالامكان ولم ينفه ثم قالت بعد ذلك قد أصبتنى وقال لم أصبك فالقول قوله لأنا قد حكمنا بيمينه أنه لم يصبها فلا ينقض حكمنا فى الظاهر لأمر محتمل •

ويجوز أن يكون الولد منه من غير وطء منه ، وحيث قال : القول قولها أنه اذا لم يكونا قد اختلفا فى الاصابة ثم أتت بولد ولحقه نسبه ثم حبس الزوج أو مات ، وادعت الاصابة بعد ذلك فالقول قولها لأن الظاهر معها •

فـــرع اذا ادعت انقضاء عدتها بالأقراء أو بوضع الحمل وأنكرها الزوج ، فقد مضى ذكره وان ادعت انقضاء عدتها بالشهور وأنكر الزوج فان اتفقا على وقت الطلاق لم يفتقر الى اليمين بل يحسب ذلك ، وان اختلفا فى وقت الطلاق فالقول قول الزوج مع يمينه لأن هذا اختلاف فى قوله وهو أعلم به • وان ولدت فطلقها فقالت ولدت بعد الطلاق وانقضت عدتى بالولادة، وقال الزوج : بل ولدت قبل الطلاق فعليك العدة بالأقراء ففيه خمس مسائل :

(احداهن) اذا اتفقا على وقت الولادة واختلفا فى وقت الطـلاق بأن اتفقا أنها ولدت يوم الجمعة فقالت : طلقتنى يوم الخميس ، وقال الزوج : بل طلقتك يوم السبت فالقول قول الزوج مع يمينه ، لأن هذا اختلاف فى قوله وهو أعلم به •

(الثانية) اذا اتفقا على وقت الطلاق واختلفا فى وقت الولادة مثل أن اتفقا أنه طلقها يوم الجمعة ، فقالت الزوجة : ولدت يوم السبت وقال الزوج : بل ولدت يوم الخميس فالقول قولها مع يمينها لأن الولادة من فعلها وهى أعلم بها •

(الثالثة) اذا قال الزوج طلقتك بعد الولادة وقالت هى بل طلقتنى قبل الولادة ولم يتفقا على وقت الولادة ولا على وقت الطلاق فالقول قول الزوج مع يمينه لأن الأصل بقاء العدة عليها •

(الرابعة) اذا جهلا جميعاً أن الطلاق وقع قبل الولادة أو بعدها ولم يدعيا سبق أحدهما فعليها العدة بالاقراء لأن الأصل بقاؤها وله أن يراجعها والورع أن لا يراجعها لاحتمال أن تكون الولادة بعد الطلاق •

(الخامسة) اذا علم أحدهما وجهل الآخر مثل أن قال الزوج طلقتك بعدة الولادة ، وقالت لا أعلم هل طلقتنى قبل الولادة أو بعدها قلنا لها ليس هذا بجواب اما أن تجيبينى بتصديقه أو تكذيبه والا جعلناك ناكلة وحلف وكانت عليك العدة ولو كانت هى العالمة وهو الجاهل مثل ان قالت طلقتنى ثم ولدت بعده ، وقال الزوج لا أدرى هل طلقت قبل الولادة أو بعدها ، قلنا له : اما أن تجيب بتصديقها أو تكذيبها ، والا جعلناك ناكلا وحلفناك وحكمنا بانقضاء عدتها كما يقول فيمن ادعى على رجل دينا ، فقال المدعى عليه : لا أدرى فانه يقال اما أن تصدقه أو تكذبه أو يجعلك ناكلا ويحلف المدعى ويستحق •

فـــرع روى المزنى عن الشـافعى لو صارت الى بلد أو منـزل باذنه ولم يقل لها أقيمى أو لا تقيمى ثم طلقها ، فقال لم أنقلك وقالت : نقلتنى

فالقول قولها وجملة ذلك أنه اذا أذن لها فى الخروج الى المنزل ، أو بلد ثم طلقها واختلفا فقالت نقلتنى الى هذا الموضع ، وقال ما نقلتك .

فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال الظاهر ما نقله المزنى ، وأن القول قولها لأنه أذن لها فى المضى الى الموضع ظاهر الانتقال فكانت دعواها موافقة للظاهر . وقال أبو اسحق ان قال لها انتقلى الى المنزل الفلانى ، أو اذهبى أو صيرى اليه أو أقيمى فيه ثم اختلفا فقالت نقلتنى للسكنى فيه وقال بل نقلتك اليه للاقامة فيه مدة فالقول قولها لأن الظاهر من قوله أقيمى أنه أراد على التأبيد ، وان قال لها اذهبى اليه ، أو صيرى اليه ولم يقل فالقول قول الزوج لأنه يحتمل النقلة للسكنى وللاقامة مدة فكان القول قول الزوج وحمل النص على الأولة دون الثانية ومن أصحابنا من قال الحكم كما ذكر أبو اسحق لأن المزنى نقل القول قولها فى المسألتين معاً لأنه قال ولم يقل لها أقيمى أو لا تقيمى الا أن ما نقله أخطأ فيه ، وانما القول قولها اذا اختلفت هى وورثة الزوج لأنها استوفت هى والورثة فى قصد الزوج الا أن الظاهر معها لأن الأمر بالخروج يقتضى خروجاً من غير عودة فكان القول قولها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب استبراء الأمة وأم الولد

من ملك أمة ببيع او هبة او ارث أو سبى او غيرها من الأسباب لزمه ان يستبرئها لما روى ابو سعيد الخدرى رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عام أوطاس ان لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تحيض حيضة » . فان كانت حاملا استبراها بوضع الحمل لحديث ابى سعيد الخدرى ، وأن كانت حائلا نظرت فان كانت مما تحيض استبرأها بقرء ، وفى القرء قولان :

(أحدهما) انه طهر لأنه استبراء فكان القرء فيه الطهر كالعدة .

(والثانى) أن القرء حيض ، وهو الصحيح ، لحديث أبى سعيد ، ولأن براءة الرحم لا تحصل الا بالحيض ـ فان قلنا أن القرء هو الطهر ـ فان كانت عند

وجوب الاستبراء طاهراً كانت بقية الطهر قرءاً ، فان طعنت فى الحيض لم تحل حتى تحيض حيضة كاملة ليعلم براءة رحمها ، فاذا طعنت فى الطهر الثانى حلت . وان كانت حائضاً لم تشرع فى القرء حتى تطهر ، فاذا طعنت فى الحيض الثانى حلت وان قلنا ان القرء هو الحيض ، فان كانت حال وجوب الاستبراء طاهراً لم تشرع فى القرء حتى تحيض ، فاذا طعنت فى الطهر الثانى حلت ، وان كانت حائضاً لم تشرع فى القرء الا فى الحيضة الثانية لأن بقية الحيض لا تعد قرءاً فاذا طعنت فى الطهر الثانى حلت .

وان وجب الاستبراء وهى ممن تحيض فارتفعت حيضتها كان حكمها فى الانتظار حكم المطلقة اذا ارتفع حيضها . وان وجب الاستبراء وهى ممن لا تحيض لصغر أو كبر ففيه قولان :

(احدهما) تستبرأ بشهر لأن كل شهر فى مقابلة قرء .

(والثانى) تستبرأ بثلاثة أشهر ـ هو الصحيح ـ لأن ما دونها لم يجعل دليلا على براءة الرحم .

فصل وان ملكها وهى مجوسية أو مرتدة أو معتدة او ذات أزواج لم يصح استبراؤها فى هذه الأحوال ، لأن الاستبراء يراد للاستباحة ولا توجد الاستباحة فى هذه الأحوال ، وان اشتراها فوضعت فى مدة الخيار أو حاضت فى مدة الخيار ، فان قلنا انها لا تملك قبل انقضاء الخيار لم يعتد بذلك عن الاستبراء لأنه استبراء قبل الملك ، وان قلنا : انها تملك ففيه وجهان :

(احدهما) لا يعتد به لأن الملك غير أم لأنه معرض للفسخ .

(والثانى) يعتد به لأنه استبراء بعد الملك وجواز الفسخ لا يمنع الاستبراء، كما لو استبراها وبها عيب لم يعلم به ، وان ملكها بالبيع ، أو الوصية أو حاضت قبل القبض ففيه وجهان :

(احدهما) لا يعتد به لأن الملك غير تام .

(والثانى) يعتد به لأنه استبراء بعد الملك ، وللشافعى رحمه الله ما يدل على كل واحد من الوجهين ، وان ملكها بالارث صح الاستبراء ، وان لم تقبض لأن الموروث قبل القبض كالمقبوض فى تمام الملك وجواز التصرف .

فصل وان ملك امة وهى زوجته لم يجب الاستبراء لأن الاستبراء

لبراءة الرحم من ماء غيره ، والمستحب أن يستبرئها لأن الولد من النكاح مملوك ومن ملك اليمين حر فاستحب ان يميز بينهما .

فصـــل وان كانت أمته ثم رجعت اليه بالفسخ ، أو باعها ثم رجعت اليه بالاقالة لزمه أن يستبرئها لأنه زال ملكه عن استمتاعها بالعقد وعاد بالفسخ فصار كما لو باعها ثم استبرأها ، فان رهنها ثم فكها لم يجب الاستبراء لأن بالرهن لم يزل ملكه عن استمتاعها لأن له أن يقبلها وينظر اليها بالشهوة . وانما منع وطئها لحق المرتهن وقد زال حقه بالفكاك فحلت له .

وان ارتد المولى ثم أسلم أو ارتدت الأمة ثم أسلمت وجب استبراؤها لأنه زال ملكه عن استمتاعها بالردة وعاد بالاسلام . وان زوجها ثم طلقت فان كان قبل الدخول لم تحل له حتى يستبرئها ، لأنه زال ملكه عن استمتاعها وعاد بالطلاق ، وان كان بعد الدخول وانقضاء العدة ففيه وجهان :

(أحدهما) لا تحل له حتى يستبرئها لأنه تجدد له الملك على استماعها فوجب استبراؤها ، كما لو باعها ثم اشتراها .

(والثانى) تحل له وهو قول أبى على بن أبى هريرة لأن الاستبراء يـــراد لبراءة الرحم وقد حصل ذلك بالعدة .

فصـــل ومن وجب استبرؤها حرم وطؤها ، وهل يحرم التلذذ بها بالنظر والقبلة ؟ ينظر فيه فان ملكها ممن له حرمة لم يحل له ، لأنه لا يؤمـــن أن تكون أم ولد لمن ملكها من جهته ، وأن ملكها ممن لا حرمة له كالمسبية ففيـــه وجهان :

(أحدهما) لا تحل له لأن من حرم وطؤها بحكم الاستبراء حرم التلذذ بها ، كما لو ملكها ممن له حرمة .

(والثانى) أنها تحل لما روى عن ابن عمر رضى الله عنه أنه قال : ((خرجت فى سهمى يوم جلولاء جارية كان عنقها ابريق فضة ، فما ملكت نفسى أن قمت اليها فقبلتها والناس ينظرون)) ولأن المسبية يملكها حاملا كانت أو حائلا فلا فيكون التلذذ بها الا فى ملكه ، وانما منع من وطئهـــا حتى لا يختلط ماؤه بماء مشرك ، ولا يوجد هذا فى التلذذ بالنظر والقبلة ، وان وطئت زوجته بشبهة لم يحل له وطؤها قبل انقضاء العدة لأنه يؤدى الى اختلاط المياه وافساد النسب .

وهل له التلذذ بها فى غير الوطء على ما ذكرناه من الوجهين فى المسبية لأنها زوجته حاملا كانت ، أو حائلا .

فصل ومن ملك أمة جاز له بيعها قبل الاستبراء لأنا قد دللنا على أنه يجب على المشترى الاستبراء فلم يجب على البائع لأن براءة الرحم تحصل باستبراء المشترى ، وان أراد تزويجها نظرت فان لم يكن وطئها جاز تزويجها من غير استبراء لأنها لم تصر فراشاً له ، وان وطئها لم يجز تزويجها قبل الاستبراء لأنها صارت بالوطء فراشاً له .

فصل وان أعتق أم ولده فى حياته ، أو عتقت بموته لزمها الاستبراء لأنها صارت بالوطء فراشاً له وتستبرأ كما تستبرأ المسبية لأنه استبراء بحكم اليمين فصار كاستبراء المسبية ، وان أعتقها ، أو مات عنها وهى مزوجة أو معتدة لم يلزمها الاستبراء لأنه زال فراشه قبل وجوب الاستبراء فلم يلزمها الاستبراء ، كما لو طلق امرأته قبل الدخول ثم مات ، ولأنها صارت فراشاً لغيره فلا يلزمها لأجله استبراء . وان زوجها ثم مات ومات الزوج ولم يعلم السابق منهما لم يخل اما أن يكون بين موتهما شهران وخمسة أيام فما دون أكثر ولا يعلم مقدار ما بينهما فان كان بينهما شهران وخمسة أيام فما دون لم يلزمها الاستبراء عن المولى لأنه ان كان المولى مات أولا فقد مات وهى زوجة فلا يجب عليها الاستبراء ، وان مات الزوج أولا فقد مات المولى بعده وهى معتدة من الزوج فلا يلزمها الاستبراء ، وعليها أن تعتد بأربعة أشهر وعشر من بعد موت أحدهما لأنه يجوز أن يكون قد مات المولى أولا فعتقت ثم مات الزوج فيلزمها عدة حرة ، وان كان بين موتهما أكثر من شهرين وخمس ليال لزمها أن تعتد من بعد آخرهما موتاً بأكثر الأمرين من أربعة أشهر وعشر أو حيضة ، لأنه ان مات الزوج أولا فقد اعتدت منه بشهرين وخمسة أيام وعادت فراشاً للمولى ، فاذا مات لزمها أن تستبرىء بحيضة ، وان مات المولى أولا لم يلزمها استبراء فاذا مات الزوج لزمتها عدة حرة فوجب الجمع بينهما ليسقط الفرض بيقين ، وان لم يعلم قدر ما بين المدتين من الزمان وجب أن تأخذ بأغلظ الحالين ، وهو أن يكون بينهما أكثر من شهرين وخمسة أيام فتعتد بأربعة أشهر وعشر أو حيضة ليسقط الفرض بيقين ، كما يلزم من نسى صلاة من صلاتين قضاء الصلاتين ليسقط الفرض بيقين ولا يوقف لها شىء من تركة الزوج لأن الأصل فيها الرق فلم تورث مع الشك .

فصل وان كانت بين رجلين جارية فوطئاها ففيها وجهان :

(احدهما) يجب استبراءان لأنه يجب لحقهما فلم يدخل احدهما فى الآخر كالعدتين .

(والثانى) يجب استبراء واحد ، لأن القصد من الاستبراء معرفة براءة الرحم ، ولهذا لا يجب الاستبراء باكثر من حيضة وبراءة الرحم منهما تحصل باستبراء واحد .

فصـــل اذا استبرأ أمته ثم ظهر بها حمل فقال البائع هو منى وصدقه المشترى لحقه الولد والجارية ام ولد له والبيع باطل ، وان كذبه المشترى نظرت ، فان لم يكن أقر بالوطء حال البيع لم يقبل قوله لأن الملك انتقل الى المشترى فى الظاهر فلم يقبل اقراره بما يبطل حقه ، كما لو باعه عبداً ثم أقر أنه كان غصبه أو أعتقه . وهل يلحقه نسب الولد ؟ فيه قولان :

قال فى القديم والاملاء يلحقه لأنه يجوز أن يكون ابناً لواحد ومملوكاً لغيره وقال فى البويطى لا يلحقه لأن فيه أضراراً بالمشترى لأنه قد يعتقه فيثبت له علية الولاء ، واذا كان ابناً لغيره لم يرثه ، فان كان قد اقر بوطئها عند البيع ، فان كان قد كان قد استبرأها ثم باعها نظرت فان أتت بولد لدون ستة اشهر لحقه نسبه وكانت الجارية أم ولد له ، وكان البيع باطلا ، وان ولدته لستة أشهر فصاعداً لم يلحقه الولد ، لأنه لو استبرأها ثم أتت بولد وهى فى ملكه لم يلحقه ، فلأن لا يلحقه وهى فى ملك غيره أولى ، فان لم يكن المشترى قد وطئها كانت الجارية والولد مملوكين له . وان كان قد وطئها ، فان أتت بولد لدون ستة أشهر من حين الوطء فهو كما لو لم يطأها ،لأنه لا يجوز أن يكون منه وتكون الجارية والولد مملوكين له ، وان أتت بولد لستة أشهر فصاعداً لحقه الولد ، وصارت الجارية أم ولد له لأن الظاهر أنه منه . وان لم يكن استبرأها البائع نظرت فان ولدت لدون ستة أشهر مع وقت البيع لحق البائع ، وكانت الجارية أم ولد له ، وكان البيع باطلا ، وان ولدته لستة أشهر نظرت فان لم يكن قد وطئها المشترى فهو كالقسم قبله لأنها لم تصر فراشاً له ، وان وطئها فولدت لستة أشهر من وطئها عرض الولد على القافة ، فان ألحقته بالبائع لحق به ، وان ألحقته بالمشترى لحقه ، وقد بينا حكم الجميع) .

الشرح حديث أبى سعيد الخدرى أخرجه أحمد وأبو داود والحاكم وصححه واسناده حسن ، وهو عند الدارقطنى من حديث ابن عباس ، وأعل بالارسال ، وعند الطبرانى من حديث أبى هريرة باسناد ضعيف .

وأخرج أحمد ومسلم وأبو داود عن أبى الدرداء عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه « أتى على امرأة مجح على باب فسطاط فقال : لعله يريد أن يلم بها ؟ فقالوا نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لقد هممت أن ألعنه لعنة تدخل معه قبره ، وكيف يورثه وهو لا يحل له ؟ كيف يستخدمه وهو لا يحل له » وفى مسند أبى داود الطيالسى وقال : « كيف يورثه وهو لا يحل له ، وكيف يسترقه وهو لا يحل له » والمجح هى الحامل المقرب •

وأخرج ابن أبى شيبة من حديث على مرفوعاً « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة » وفى اسناده ضعف وانقطاع •

قوله « عام أوطاس » هو واد فى ديار هوازن • قال القاضى عياض : وهو موضع الحرب بحنين ؛ وهو ظاهر كلام أصحاب السير • قال الحافظ ابن حجر : والظاهر أن وادى أوطاس غير وادى حنين (أما بعد) :

هذا الباب من مفاخر الاسلام ، الدالة على أعظم الحكم ، وأسمى ضروب التربية على أكرم الفضائل وأطهر المثل ، ذلك أن جيش الاسلام حين يظفرون بعدوهم فيقع فى أسرهم النساء على اختلاف ألوانهن ، من عذارى كواعب ، الى نصف بضة تثير شبق الرجال ، والرجل المسلم المقاتل قد بعد موضعه عن مواطن أهله ، وهو فى فتوته وشدة بأسه بالمحل الذى يضاعف من شبقه وشهوته ، تأتى الشريعة الغراء فتقول له : قف مكانك لا تقرب هذه السبية ولا تنز عليها وتربص بها حيضة ان كانت حائلا ، أو وضعاً ان كانت حاملا ، ان لذلك من الأثر البعيد فى تهذيب النفوس وتنمية الارادة وتزكية السلوك المسلم ما يضفى على هذا الركب النورانى الذى يسمى بالجيش الفاتح من الجلال والروعة ما جعل الاسلام يسبقهم بنوه ، ففتح بهم قلوباً غلفاً ، وأعيناً عمياً ، وآذانا صماً ، حتى لقد كسدت فى أسواقهم تلك الأجسام النسائية المسبية • وفى هذه الصورة يقول المتنبى فى نساء الروم :

يبكى عليهن البطاريق فى الضحى وهن لدينا ملقيات كواسد
بذا قضت الأيام ما بين أهلها مصائب قوم عند قوم فوائد

ثم أن هذه المسبية على ضعفها وعزلائيتها وتجردها قد أحاطها الاسلام بدرعه المنيع وحمايتها من أن تسلب حرية العقيدة فلم يبح اكراهها على الاسلام ان أرادت البقاء على دينها .

قال الامام الشوكانى : ولا يشترط فى جواز وطء المسبية الاسلام ، ولو كان شرطاً لبينه صلى الله عليه وسلم ـ ولم يبينه ـ ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ، وذلك وقتها ، ولا سيما وفى المسلمين يوم حنين وغيره من هو حديث عهد بالاسلام يخفى عليهم مثل هذا الحكم . وتجويز حصول الاسلام من جميع السبايا وهى فى غاية الكثرة بعيد جداً ، فان اسلام مثل عدد المسبيات فى أوطاس دفعة واحدة من غير اكراه لا يقول بأنه يصح تجويزه عاقل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب الرضاع

اذا ثار للمراة لبن على ولد فارتضع منها طفل له دون الحولين خمس رضعات متفرقات صار الطفل ولداً لها فى حكمين : فى تحريم النكاح ، وفى جـــواز الخلوة وأولاده أولادها . وصارت المـراة أما له وأمهاتهـا جـداته ، وآباؤها أجداده ، وأولادها اخوته وأخواته ، وأخوتها وأخواتها أخواله وخالاته . وان كان الولد ثابت النسب من رجل صار الطفل ولداً له وأوده أولاده ، وصـــار الرجل أباً له ، وآباؤه أجداده وأمهاته جداته وأولاده اخوته ، وأخوته أعمامة وعماتة والدليل غلبة قوله تعالى : « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم ، وأخواتكم من الرضاعة ، فنص على الأمهات والأعوات ، فدل على ما سواه .

وروى ابن عباس رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أريد على ابنة حمزة بن عبد المطلب فقال انها ابنة أخى من الرضاعة ، وأنه يحرم مـــن الرضاع مثل ما يحرم من النسب .

وروت عائشة رضى الله عنها « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : يحـرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة » .

وروت عائشة رضى الله عنها « أن أفلح أخا أبى القعيس استأذن عليها فأبت أن تأذن له ، فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أفلا !ذنت لعمك ؟ فقالت يا رسول الله انما أرضعتنى المراة ولم يرضعنى الرجل ، قال : فأذنى له فانه عمك . وكان أبو القعيس زوج المرأة التى أرضعت عائشة رضى الله عنها » ولأن اللبن حدث للولد ، والولد ولدهما ، فكان المرضـع باللـــبن ولدهما .

فصـــل وتنتشر حرمة الرضاع من الولد الى أولاده وأولاد أولاده . ذكوراً كانوا او اناثاً . ولا تنتشر الى امهاته وآبائه واخوته وأخواته . ولا يحرم على المرضعة أن تتزوج بأبى الطفل ولا بأخيه . ولا يحرم على زوج المرضـــعة الذى ثار اللبن على ولده أن يتزوج بأم الطفل ولا بأخته ، لقوله صلى الله عليـه

وسلم « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » وحرمة النسب فى الولد تنتشر الى أمهاته وآبائه ، ولا الى اخوته وأخواته فكذلك الرضاع .

الشرح قوله تعالى فى سورة النساء « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة » قرأ عبد الله « اللائى » بغير تاء ، كقوله تعالى « واللائى يئسن من المحيض » أما حديث ابن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم أريد على ابنة حمزة فقال انها لا تحل لى ، انها ابنة أخى من الرضاعة ويحرم من الرضاعة ما يحرم من الرحم » وفى لفظ « من النسب » أخرجه أحمد والبخارى ومسلم . وحديث عائشة أخرجه أحمد والشيخان وأصحاب السنن الأربعة والدارقطنى ، أما حديث عائشة فأخرجه البخارى فى الشهادات عن محمد بن أبى كثير وعن آدم . وفى النكاح عن أبى الوليد ومسلم فى النكاح عن هناد . وعن عبد الله بن معاذ وعن قتيبة والحلوانى ومحمد بن رافع وأبو داود فيه عن حفص بن عمرو عن محمد بن كثير والنسائى فيه عن هناد وعن قتيبة والربيع بن سليمان واسحاق بن ابراهيم ، وأخرجه ابن ماجه عن أبى بكر بن أبى شيبة .

أما اللغات فالرضاع بكسر الراء وفتحها . والرضاعة بالفتح لا غير . وحكى الهروى الكسر فيها أيضاً ــ أفاده ابن بطال ــ أما الفعل رضع فهو من تعب فى لغة نجد ورضع رضعا من باب ضرب لغة لأهل تهامة . وأهل مكة يتكلمون بها وبعضهم يقول أصل المصدر من هذه اللغة كسر الضاد ، وانما السكون تخفيف مثل الحلف والحلف بسكون اللام وكسرها . ورضع يرضع بفتحتين لغة ثالثة رضاعا . ورضاعة بفتح الراء . وأرضعته أمه فارتضع فهى مرضع ومرضعة أيضاً .

وقال الفراء وجماعة ان قصد حقيقة الوصف بالارضاع فمرضع بغير هاء. وان قصد مجاز الوصف بمعنى أنها محل الارضاع فيما كان أو سيكون فبالهاء وعليه قوله تعالى « تذهل كل مرضعة عما أرضعت » ونساء مراضع ومراضيع . وراضعته مراضعة ورضاعا . ورضاعة بالكسر وهو رضيعى . والرضعتان

الثنيتان اللتان يشرب عليهما اللبن • ويقال الراضعة الثنية اذا سقطت والجمع الرواضع •

قال أبو زيد : الراضعة كل سن سقطت من مقادمه • ويقال لؤم ورضع على الأزدواج • وذلك اذا مص من الخلف مخافة أن يعلم به أحد اذا حلب فيطلب منه شيئاً فهو راضع • ولو أفرد قيل رضع مثل تعب أو ضرب والجمع رضع •

قوله « أريد على ابنة حمزة » أى طلب وأصله مـن راد يرود اذا طلب المرعى وفى الحيز « ان الرائد لا يكذب أهله » وفى حديث « فليرتد لبوله » ومنه قوله « أنا راودته عن نفسه » والذى أراد من النبى صلى الله عليه وسلم أن يتوزجها هو على رضى الله عنه كما فى صحيح مسلم ؛ وقد اختلف فى اسم ابنة حمزة • أمامة وسلمى وفاطمة وعائشة وأمة الله وعمارة ويعلى ، وانمـا كانت ابنة أخى النبى صلى الله عليه وسلم لأنه صلى الله عليه وسلم رضع من ثويبة وقد كانت أرضعت حمزة •

وأفلح قال الشوكانى هو مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم • وليس بصحيح اذ أن أفلح مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم • قال ابن منده : أراه هو الذى قال له النبى صلى الله عليـه وسلم « ترب وجهـك » ، قال ابن الأثير فى أسد الغابة : روى له أبو نعيـم حديث أم سـلمة قالت « رأى النبى صلى الله عليه وسلم غلاماً لنا يقال له أفلح ينفخ اذا سجد ، فقال له « ترب وجهك » وروى حبيب المكى عن أفلح مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « أخاف على أمتى من بعدى ضلالة الأهواء واتباع الشـهوات والطفلة بعد المعرفة » أخرجه ثلاثتهم ــ يعنى ابن منده وأبو نعيم وأبو عمر ابن عبد البر ــ قلت واسم أفلح هذا رباح •

أما أفلح بن أبى القعيس أو أبو القعيس وقيل أخو أبى القعيس فقـال

ابن الأثير (١) صاحب الاصابة أخبرنا أبو المكارم فتيان الجوهرى بإسناد عن القعنبى عن مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة وساق الحديث وقال : ورواه سفيان بن عيينة ومعمر عن الزهرى نحوه • ورواه ابن نمير وحماد ابن زيد عن هشام بن عروة عن أبيه فقال : « ان أخا أبى القعيس » وكذلك رواه عطاء عن عروة ، ورواه عباد بن منصور عن القاسم بن محمد قال : حدثنا أبو القعيس أنه جاء الى عائشة رضى الله عنها فذكر نحوه والصحيح أنه أخو أبى القعيس •

اما الأحكام فان للرضاع تأثيراً فى تحريم النكاح وفى ثبوت الحرمة فى جواز النظر والخلوة والأصل فيه قوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم » الى قوله : « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة » •

فذكر الله فى جملة الأعيان المحرمات الأم من الرضاعة والأخت من الرضاعة فدل على أن له تأثيراً فى التحريم ، وروت عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة » ، وروى سعيد بن المسيب عن على رضى الله عنه قال : يا رسول الله هل لك فى ابنة عمك حمزة فانها أجمل فتاة فى قريش فقال : « أما علمت أن حمزة أخى من الرضاعة وان الله حرم من الرضاعة ما حرم من النسب » •

ويدل على ثبوت الحرمه ما روى أن وفد هوازن قدموا على النبى صلى الله عليه وسلم فكلموه فى سبى أوطاس فقال رجل من بنى سعد : يا محمد انا لو كنا ملجنا للحرث بين أبى شمر أو للنعمان بن المنذر ثم نزل منزلك هذا منا لحفظ ذلك لنا وأنت خير المكفولين فاحفظ ذلك ، وانما قالوا له ذلك لأن حليمة التى أرضعت النبى صلى الله عليه وسلم كانت من بنى سعد بن بكر ابن وائل ، ولم ينكر النبى صلى الله عليه وسلم قولهم ومعنى قولهم ملجنا

---

(١) أبناء الأثير ثلاثة أخوة ، الأكبر هو مجد الدين أبو السعادات المبارك ابن محمد صاحب النهاية فى غريب الحديث وأوسطهم عز الدين أبو الحسن صاحب أسد الغابة والكامل فى التاريخ ، وأصغرهم هو ضياء الدين أبو الفتح نصر الله صاحب « المثل السائر فى أدب الكاتب والشاعر » وكان أحد وزراء الملك الأفضل بن صلاح الدين الأيوبى •

أى أرضعنا والملج الرضاع وروى الباجى فى كتابه عن أبى الطفيل أنه قال : رأيت النبى صلى الله عليه وسلم بالجعرانة وهو يقسم لحما فجاءته امرأة فدنت منه ففرش لها النبى صلى الله عليه وسلم ازاره فجلست عليه فقلت من هذه ؟ قالوا : هذه أمه التى أرضعته وانما أكرمها لأجل الحرمة التى حصل بينهما بالرضاع فدل على أن الحرمة تثبت به •

اذا ثبت هذا فبلغت المرأة سن الحيض وثار لها لبن فانه يكون طاهراً ناشراً للحرمة يجوز بيعه ويضمن بالاتلاف ، ويجوز الاستئجار عليه قال المسعودى : وتحكم ببلوغها بذلك سواء ولدت قبله أو لم تلد وحكى ابن القاص وجهاً آخر اذا نزل بها لبن على غير ولد فهو كلبن الرجل لا حرمة له والأول أصح لأن حبسه معتاد ، واما اذا نزل للمرأة لبن قبل أن تستكمل تسع سنين فلا يثبت له حرمة ولا تنتشر الحرمة بارضاعه ويكون بخساً ولا يجوز بيعه ولا يضمن بالاتلاف ولا يجوز عقد الاجارة عليه قال الشاشى وان باع أمة فيها لبن بلبن آدمية صح البيع ، وان باع شاة فى ضرعها لبن بلبن شاة لم يصح البيع والفرق بينهما أن لبن الشاة فى الضرع حكمه حكم العين ولهذا لا يجوز عقد الاجارة عليه ولبن الآدمية فى ضرعها ليس له حكم العين بل هو كالمنفعة ولهذا يجوز عقد الاجارة عليه • وان باع لبن آدمية متفاضلا لم يصح •

فـــرع اذا ثار للمرأة لبن على ولد ثابت النسب من رجل وأرضعت به طفلا رضاعاً تاما انتشر حكم الرضاع فى التحريم والحرمة بين الرضيع وبين المرضعة وبين الرضيع وبين الفحل وهو أبو ولد المرأة الذى ثار اللبن له ، وبه قال على بن أبى طالب وابن عباس وعطاء وطاوس ومجاهد ومالك والليث والثورى وأبو حنيفة وأصحابه ، وقال ابن عمر وابن الزبير لا يثبت التحريم بين الرضيع وبين الفحل فيجوز للفحل أن ينكح بالرضع ان كان بينا ويجوز للرضيع أن ينكح بأخت الفحل ان كان الرضيع رجلا وبأخيه ان كان الرضيع بينا وبه قال ابن المسيب وسليمان بن يسار وربيعة وحماد والأصم وابن عليه لقوله تعالى « وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » فدليل خطابه أنه يجوز له أن ينكح حليلة ابنه من الرضاع دليلنا ما روى عن على أنه قال :

قلت للنبى صلى الله عليه وسلم : هل لك فى ابنة عمك حمزة فانها أجمل فتاة فى قريش ؟ فقال : أما علمت أن حمزة أخى من الرضاعة وأنه يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب ، وروت عائشة قالت : استأذن على أفلح أخو أبى القعيس بعد ما ضرب الحجاب فلم آذن له فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فأخبرته بذلك ، قال أذنى له فانه عمك من الرضاعة ، فقلت يا رسول الله انما أرضعتنى امرأة ألخيه ، فقال : « أذنى له فانه عمك » وفى رواية قال انه عمك فليلج عليك » ولأن اللبن ثار للولد وهو مخلوق من مائهما فكان اللبن لهما وأما الآية فانه قيده بابنه من الصلب لأن حليلة الابن من التبنى لا تحرم لأن التبنى كان مباحاً فى صدر الاسلام وكان النبى صلى الله عليه وسلم تبنى زيد بن حارثة وكان يقال له زيد بن محمد ثم طلق زيد زوجته وتزوجها النبى صلى الله عليه وسلم .

اذا ثبت هذا فان الحرمة تنشر منهما اليه فيصير كأنه ابنهما من النسب وتنشر الحرمة منه اليهما فأما انتشار الحرمة منهما اليه فلا يجوز للرضيع أن يتزوج بالمرضعة لأنها أمه من الرضاع ويكون أمهاتها جدات الرضيع وآباؤها أجداده وأخوتها وأخواتها أخواله وخالاته ويكون أولادها من الفحل وغيره اخوته وأخواته وأولاده أولادها أولاد أخوته وأولاد أخواته ويكون الفحل أبا الرضيع وأولاده من المرضعة وغيرها أخوته وأخواته و يكون آباء الفحل أجداده وأمهاته جداته واخوته وأخواته أعمامه وعماته لأن الله تعالى نص على تحريم الأم والأخت من الرضاع لينبه بهما على من سواهما من المحرمات بالسنة وقال صلى الله عليه وسلم : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » وهؤلاء يحرمن من النسب فكذلك من الرضاع وأما انتشار الحرمة من الرضيع الى المرضعة والفحل فانه يحرم عليهما نكاحه ويحرم عليهما نسله ولا يحرم عليهما من هو فى طبقته ولا من هو أعلى منه فيجوز للمرضعة أن تتزوج بأخ الرضيع ونسله وبأبى الرضيع وأجداده وأعمامه وأخواله ويجوز للفحل أن يتزوج بأخت الرضيع وبناتها وبأم الرضيع وجداته وعماته وخالاته ويجوز لأب الرضيع أن يتزوج بالمرضعة وأختها لقوله صلى الله عليه وسلم « يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب » وحرمة النسب فى الولد ينتشر الى أولاده

ولا تنتشر الى أمهاته وآبائه واخوته وأخـواته وكذلك فى الرضـاع قال أبو عبيد : والرضاعة اذا كان فيها بفتح الراء الاختلاف فيه وأما الرضـاع بغيرها فيقال بفتح الراء وكسرها •

فـــرع اذا كان هناك أخوان لكل واحد منهما زوجة ولأحـدهما ابنة من زوجته فأرضعتها امرأة عمها بلبن عمها فان الرضيعة تصـير ابنـة للمرضعة ولزوجها فان ولدت هذه المرضعة أولاداً من زوجها فهم اخوة الرضيعة من الرضاع لأبيها وأمها وبنو عمها من النسب فلا يحل لهم نكاحها وان ولدت المرضعة أولاداً من غير زوجها فهم اخوة الرضيعة من أمها وان رزق عمهـا أولاداً من غير زوجته المرضعة فهم اخوة الرضيعة لأب من الرضاع وبنـو عمها من النسب فلا يحل لهم نكاحهـا وما تلده أم الرضـيعة مـن النسب لا يحرمون على أولاد أمها من الرضاع لأنهم اخوة أخيهم وليسوا باخوة لهم ومثل هذا يسرع فى النسب ولهذا لو أن رجلا له ابن تزوج بامرأة لها ابنة جاز لابن الرجل أن يتزوج بابنة زوجة أبيه •

اذا ثبت هذا فانه لا يقتضى التحريم من الرضاع الا خمس رضـعات معلومات والرضاع المقتضى للتحريم هو الواصل الى الجوف مع الاشباع ، فاذا أرضعت المرأة طفلا حرمت عليه لأنها أمه وبنتها لأنها أخته ، وأختهـا لأنها خالته وأمها لأنها جدته وبنت زوجها صاب اللبن لأنها أخته ، وأخته لأنها عمته وأمه لأنها جدته ، وبنات بنيها وبناتها لأنهن بنات اخـوته وأخواته ، ويشترط فى الارضاع شرطان :

(أحدهما) خمس رضعات لحديث عائشة الذى سيأتى • وفى حـديث سهلة « أرضعيه خمس رضعات يحرم بهن » •

(الشرط الثانى) أن يكون فى الحولين ، فان كان خارجا عنهما لم يحرم كما سيأتى وقد استدل بقوله تعالى « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم » من نفى لبن الفحل ، وهو سعيد ابن المسيب وابراهيم النخعى وأبو سلمة بن عبـد الرحمن • وقالوا لبن الفحل لا يحرم شيئاً من قبل الرجل ، وقال الجمهور :

قوله تعالى « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم » يدل على أن الفحل أب ، لأن اللبن المنسوب اليه ، فانه در بسبب ولده ـ وهذا ضعيف ـ فان الولد خلق من ماء الرجل والمرأة جميعاً • واللبن من المرأة ولم يخرج من الرجل • وما كان من الرجل الا وطء هو سبب لنزول الماء منه ، واذا فصل الولد خلق الله اللبن من غير أن يكون مضافاً الى الرجل بوجه ما • ولذلك لم يكن للرجل حق فى اللبن وانما اللبن لها فلا يمكن أخذ ذلك من القياس على الماء ، وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » يقتضى التحريم من الرضاع ولا يظهر وجه نسبة الرضاع الى الرجل • مثل ظهور نسبة الماء اليه والرضاع منها •

نعم • الأصل فيه حديث « أن أفلح أخا القعيس جاء يستأذن عليها وهو عمها من الرضاعة بعد أن نزل الحجاب قالت : فأبيت أن آذن له ، فلما جاء النبى صلى الله عليه وسلم أخبرته فقال : ليلج عليك فانه عمك تربت يمينك » وكان أبو القعيس زوج المرأة التى أرضعت عائشة رضى الله عنها ، قال القرطبى وهذا خبر واحد • ويحتمل أن يكون أفلح مع أبى بكر رضيعى لبان فلذلك قال ليلج عليك عمك • وبالجملة فالقول فيه مشكل والعلم عند الله ولكن العمل عليه • والاحتياط فى التحريم أولى مع أن قول الله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم » يقوى قول المخالف اهـ •

وقوله تعالى « وأخواتكم من الرضاعة » وهى الأخت لأب وأم • وهى التى أرضعتها أمك بلبان أبيك • سواء أرضعتها معك أو ولدت قبلك أو بعدك • والأخت من الأب دون الأم • وهى التى أرضعتها زوجة أبيك • والأخت من الأم دون الأب وهى التى أرضعتها أمك بلبان رجل آخر ، ثم ذكر التحريم بالمصاهرة فقال « وأمهات نسائكم » والصهر أربع : أم المرأة وابنتها وزوجة الأب وزوجة الابن : فأم المرأة تحرم بمجرد العقد الصحيح على ابنتها •

اذا تقرر هذا فان تحريم الأم والأخت ثبت بنص الكتاب • وتحريم البنت ثبت بالتنبيه • فانه اذا حرمت الأخت فالبنت أولى وسائر المحرمات ثبت

تحريمهن بالسنة وتثبت المحرمية لأنها فـرع على التحـريم اذا كان بسبب مباح .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **ولا يثبت تحريم الرضاع فيما يرتضع بعد الحولين لقـوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة فجعل تمام الرضاع فى الحولين فدل على أنه لا حكم للرضاع بعد الحولين .**

وروى يحيى بن سعيد أن رجلا قال لأبى موسى الأشعرى « انى مصصت من ثدى امرأتى فذهب فى بطنى . قال أبو موسى لا أراه الا قـد حرمت عليك . فقال عبد الله ابن مسعود : انظر ما تفتى به الرجل . فقال أبو موسى فما تقول أنت ؟ فقال عبد الله : لا رضاع الا ما كان فى الحولين . قال أبو موسى لا تسألونى عن شىء ما دام هذا الحبر بين اظهركم » .

وعن ابن عباس رضى الله عنه قال : (لا رضاع الا ما كان فى الحولين) .

الشرح الرضاع مؤقت فلا يثبت التحريم بما يرضعه الطفل بعـد استكماله حولين وبه قال عمر وابن عمر وابن عباس وابن مسعود وهو قـول محمد وأبى يوسف وقال أبو حنيفة : يثبت التحريم فيما يرضعه الطفل فى ثلاثين شهراً ، وقال زفر يثبت التحريم فيما يرضعه الطفل فى ثلاث سنين وعن مالك ثلاث روايات :

(احداهن) كقولنا (والثانية) فيما يرضعه بحولين وشهر (والثالثـة) بحولين وشهرين ، وقالت عائشة : الرضاع غير مؤقت فلو أن امرأة أرضعت شيخاً صار ابناً لها وكانت اذا أرادت أن يدخل اليها رجل أنفذت الى بنـات أخيها ليرضعنه ، وبه قال داود ، لما روت سهلة بنت سهيم زوجة حذيفة قالت: لأن ذلك يجوز وانما أراد أن تمام الرضاع الشرعى فى الحولين وأنه لا حكم يا رسول الله كنا نرى سالما ولدا وكان يدخل على وأنا فضل وليس لنا الا بيت واحد فما تأمرنى ؟ فقال صلى الله عليه وسلم أرضعيه خمس رضـعات فيحرم عليها بلبنها أى بلبنك ففعلت فكانت تراه ابنا من الرضاعة ودليلنا قوله

تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » فذكر أن تمام الرضاع فى الحولين ومعلوم أنه لم يرد أنه لا يجوز أكثر منه لما زاد بدليل ما روى ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا رضاع بعد الحولين ، وقال صلى الله عليه وسلم : لا رضاع بعد فصال والفصال انما هو فى العامين لقوله فى عامين وأما حديث سهلة فكان خاصا لها بدليل ما روى عن أم سلمة أنها قالت : رضاع سالم كان خاصا ، قال الصيمرى وابتداء الحولين عند خروج بعض الولد لا عند خروج جميعه •

اذا ثبت هذا فان الرضاع فى الحولين يتعلق به التحريم والحرمة سواء كان الرضيع يستغنى بالطعام والشراب عن اللبن أو لا يستغنى وقال : مالك ان كان الرضيع • مستغنيا عن اللبن بالطعام والشراب لم يتعلق بارضاعه التحريم دليلنا قوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين » فجعل مدة الرضاع حولين ولم يفرق بين أن يكون الولد مستغنياً عنه أو غير مستغن عنه •

فرع انتزع الفقهاء من قوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) أن الرضاعة المحرمة ــ بكسر الراء المشددة ــ الجارية مجرى النسب انما هى ما كان فى الحولين ، لأنه بانقضاء الحولين تمت الرضاعة ، ولا رضاعة بعد الحولين معتبرة • وهو قول عمر وابن عباس • وروى عن ابن مسعود كما حكاه المصنف • وبه قال الزهرى وقتادة والشعبى وسفيان الثورى ومالك وأحمد واسحاق وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وابن شبرمة •

وروى ابن عبد الحكم عن مالك : ان زاد شهراً جاز وروى شهران • وقال أبو حنيفة : يحرم الرضاع فى ثلاثين شهراً ؛ لقوله تعالى : « وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » ؛ ولم يرد بالحمل حمل الأحشاء ؛ لأنه يكون سنتين؛ فعلم أنه أراد الحمل فى الفصال • وقال زفر مدة الرضاع ثلاث سنين ، وكانت عائشة ترى رضاعة الكبيرة تحرم • ويروى هذا عن عطاء والليث وداود لما روى أن سهلة بنت سهيل قالت : يا رسول الله انا كنا نرى سالماً ولداً فكان

يأوى معى ومع أبى حذيفة فى بيت واحد ويرانى فضلا • وقد أنزل الله فيهم ما قد علمت فكيف ترى فيه ؟ ؟فقال لها النبى صلى الله عليه وسلم أرضعيه ، فأرضعته خمس رضعات فكان بمنزلة ولدها فبذلك كانت عائشة تأخذ بنات أخواتها وبنات اخوتها يرضعن من أحبت عائشة أن يراها ويدخل عليها — وان كان كبيراً خمس رضعات — وأبت ذلك أم سلمة وسائر أزواج النبى صلى الله عليه وسلم أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة حتى يكون قد رضع فى المهد • وقلن لعائشة والله ما ندرى لعلها رخصة من النبى صلى الله عليه وسلم لسالم دون الناس • رواه أبو داود والنسائى •

دليلنا قوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » • فجعل تمام الرضاعة حولين فيدل على أنه لا حكم لها بعدهما •

وعن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل عليها وعندها رجل، فتغير وجه النبى صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله انه أخى من الرضاعة ، فقال صلى الله عليه وسلم : انظرن من اخوانكن ، فانما الرضاعة من المجاعة » متفق عليه •

وعن أم سلمة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا يحرم من الرضاع الا ما فتق الأمعاء ، وكان قبل الفطام » أخرجه الترمذى وقال حديث صحيح وعند هذا يتعين حمل خبر أبى حذيفة على أنه خاص له دون غيره من الناس كما قال سائر أزواجه صلى الله عليه وسلم •

قال ابن قدامة : وقول أبى حنيفة تحكم يخالف ظاهر الكتاب ؛ وقول الصحابة ، فقد روينا عن على وابن عباس أن المراد بالحمل حمل البطن ، وبه استدل على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر ؛ وقد دل على هذا قول الله تعالى : « وفصاله فى عامين » فلو حمل على ما قاله أبو حنيفة لكان مخالفا لهذه الآية •

قال عبد الرازق عن الثورى : حدثنا أبو بكر بن عياش عن أبى حصين

عن أبى عطية الوادعى قال : جاء رجل الى أبى موسى فقال : « ان امرأتى ورم ثديها فمصصته فدخل حلقى شيء وسبقنى ؟ فشـــدد عليـــه أبو موسى فأتى عبد الله بن مسعود فقال سألت أحداً غيرى ؟ قال نعم أبا موسى فشدد على ، فأتى أبا موسى فشدد على ، فقال : أرضيع هذا ؟ فقال أبو موسى « لا تسألونى ما دام هذا الحبر فيكم » •

اذا ثبت هذا فالاعتبار بالعامين لا بالفطام ؛ فلو فطم قبل الحولين ثم ارتضع فيهما لحصل التحريم ؛ ولو لم يفطم حتى تجاوز الحولين ثم ارتضع بعدهما قبل الفطام لم يثبت التحريم •

وقال ابن القاسم صاحب مالك : « ولو ارتضع بعد الفطام فى الحولين لم تحرم عليه لقوله صلى الله عليه وسلم : « وكان قبل الفطام » ويرد عليـــه قوله تعالى : والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين » وقوله صلى الله عليه وسلم « لا رضاع الا ما كان فى الحولين » والفطام معتـــبر بمـــدته لا بنفسه •

وعن جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا رضاع بعد فصـــال ولا يتم بعد احتلام » رواه الطيالسى فى مسنده •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل ولا يثبت تحريم الرضاع بما دون خمس رضـعات ، وقال أبو ثور يثبت بثلاث رضعات لما روت ام الفضل رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان » فدل صلى الله عليه وسلم على أن الثلاث يحرمن • والدليل على أنه لا يحـــرم ما دون خمس الرضعات ما روت عائشة رضى الله عنها قالت « كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ، ثم نسخ بخمس معلومات يحرمن ، ثم نسخ بخمس معلوما فتوفى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن مما يقـــرأ فى القـــرآن » وحديث أم الفضل يدل على أن الثلاث يحرمن من جهة دليه الخطاب ، والنص يقدم على دليـــل الخطـــاب ، وهو ما رويـــناه ، ولا يثبت الا بخمس رضـــعات متفرقات ، لأن الشرع ورد بها مطلقـــاً ، فحمل على العـــرف ، والعـــرف فى

الرضعات ان يرتضع ثم يقطعه باختياره من غير عارض ثم يعود اليه بعد زمان ثم يقطعه ، وعلى هذا الى أن يستوفى العدد ، كما أن العادة فى الأكلات أن تكون متفرقة فى أوقات . فأما اذا قطع الرضاع لضيق نفس او لشىء يلهيه ثم رجع اليه أو انتقل من ثدى الى ثدى كان الجميع رضعة ، كما ان الأكل اذا قطعه لضيق نفس أو شرب ماء أو لانتقال من لون الى لون كان الجميع اكلة ، فان قطعت المرضعة عليه ففيه وجهان :

(أحدهما) أن ذلك ليس برضعة لأنه قطع عليه بغير اختياره .

(والثانى) أنه رضعة ، لأن الرضاع يصح بكل واحد منهما . ولهذا لو أوجرته وهو نائم ثبت التحريم كما يثبت اذا ارتضع منها وهى نائمة ، فاذا تمت الرضعة بقطعة وجب أن تتم بقطعها .

فان أرضعته امرأة أربع رضعات ، ثم أرضعته امرأة أخرى أربع رضعات ثم عاد الى الأولى فارتضع منها وقطع ، وعاد الى الأخرى فى الحال فارتضع منها ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يتم عدد الخمس من واحدة منهما ، لأنه انتقل من احداهما الى الأخرى قبل تمام الرضعة فلم تكن كل واحدة منهما رضعة ، كما لو انتقل من ثدى الى ثدى .

(والثانى) يتم العدد من كل واحدة منهما ، لأن الرضعة أن يرتضع القليل والكثير ثم يقطع ولا يعود الا بعد زمان طويل ، وقد وجد ذلك .

الشرح حديث أم الفضل : « أن رجلا سأل النبى صلى الله عليه وسلم : أتحرم المصة ؟ فقال : لا تحرم الرضعة والرضعتان والمصة والمصتان ، وفى رواية : « دخل أعرابى على نبى الله صلى الله عليه وسلم وهو فى بيتى فقال : يا نبى الله انى كانت لى امرأة فتزوجت عليها أخرى فزعمت امرأتى الأولى أنها أرضعت الحدثى رضعة أو رضعتين ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم « لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان » أخرجه مسلم فى النكاح عن يحيى بن يحيى وعمرو الناقد واسحاق بن ابراهيم . وعن أبى بكر وعن أبى غسان المسمعى وعن أحمد بن سعيد الدارمى والنسائى فى النكاح عن عبد الله بن الصباح وابن ماجه فى النكاح عن أبى بكر ابن أبى شيبة .

أما حديث عائشة : « قالت كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات يحرمن ثم نسخن بخمس » وفى رواية « الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة » أخرجه البخارى فى الشهادة وفى الخمس عن عبد الله بن يوسف وفى النكاح عن اسماعيل ، وأخرجه مسلم فى النكاح عن يحيى بن يحيى • وعنه عن القعنبى وعن أبى كريب وعن أبى معمر وأخرجه أبو داود فى النكاح عن القعنبى وأخرجه الترمذى فى الرضاع عن اسحاق بن موسى وعن محمد ابن بشار وأخرجه النسائى فى النكاح عن هارون بن عبد الله ، وعن محمد بن عبيد الله ، وعن عبيد الله بن سعيد ، وعن عبد الوارث بن عبد الصمد •

أما اللغات فقوله « الاملاجة ولا الإملاجتان » وهو الزائد المهموز للفعل المجرد الثلاثى ملج ، يقال ملج الصبى أمه ملجاً من باب نصر وقتل وملج يملج من باب تعب لغة فيه أى رضعها ، ويتعدى بالهمزة فيقال أملجته أمه ، والمرة من الثلاثى ملجة ومن الرباعى املاجة ، مثل الاكرامة والاخراجة ونحو ذلك وامتلج الفصيل ما فى الضرع •

وقوله « بالوجور » وهو بفتح الواو وزان رسول الدواء يصب فى الحلق وأوجرت المريض ايجاراً فعلت به ذلك ، ووجرته أجره من باب وعد ، وقال ابن بطال فى شرح غريب المهذب « الوجور بضم الواو وبفتح الدواء نفسه » واللدود ادخال الدواء فى شق الفم وجانبيه ، والسعوط ادخاله فى الأنف والحقنة فى الدبر •

وقوله « معلومات » فيه اشارة الى أنه لا يثبت حكم الرضاع الا بعد العلم بعدد الرضعات ، وأنه لا يكفى الظن بل يرجع معه ومع الشك الى الأصل وهو العدم •

قوله : « وهن فيما يقرأ » فيه اشارة الى أنه تأخر انزال الخمس الرضعات ، فتوفى صلى الله عليه وسلم وهن قرآناً • يقرأ •

أما الأحكام فان الرضاع الذى يتعلق به التحريم بالحرمة هو خمس رضعات ولا يتعلق بما دون ذلك ، وروى ذلك عن عائشة وابن الزبير وسعيد

بن جبير وعطاء وطاوس وأحمد واسحق ، وروى عن على وابن عمر وابن عباس أن التحريم يتعلق بقليل الرضاع وكثيره ، وبه قال مالك والأوزاعى والثورى والليث وأبو حنيفة وأصحابه ، وقال زيد بن ثابت يتعلق التحريم بثلاث رضعات وبه قال داود وأبو ثور وابن المنذر ، دليلنا ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا يحرم الاملاجة ولا الاملاجتان والاملاجة الرضعة ، وقد روى لا يحرم الرضعة ولا الرضعتان وهذا يبطل قول من قال يتعلق التحريم بقليل الرضاع فان قيل فدليل الخطاب هاهنا يدل على أن الثلاث يحرمن قلنا قد ثبت النص أنه لا يحرم الا الخمس وهو أقوى من دليل الخطاب والنص ما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت « كان فيما أنزل الله تعالى من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخن بخمس رضعات معلومات فمات رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن فيما يقرأ فى القرآن » .

وهذا أمر لا تتصول اليه عائشة الا بتوقيف من النبى صلى الله عليه وسلم لأن القرآن أنزل عليه فان قيل : فليس يتلى فى القرآن عشر لأن ما نسخ حكمه فان رسمه يتلى فى القرآ نكالآتى فى عدة الحول . فالجواب أن النسخ فى القرآن على ثلاثة أقسام :

(قسم) نسخ رسمه وحكمه ، وذلك ما روى أن قوماً قالوا : يا رسول الله انا كنا نقرأ سورة من القرآن فنسيناها . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنسيتموها ؟ فأخبر أنه نسخت تلاوتها وحكمها .

(القسم الثانى) ما نسخ حكمه وبقيت تلاوته مثل قوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً وصية لأزواجهم متاعاً الى الحول » ومثل « الوصية للأزواج » .

(والثالث) ما نسخ رسمه وهو تلاوته ، وبقى حكمه وذلك مثل ما روى عن عمر أنه قال : كان فيما أنزل الله من القرآن « الشيخ والشيخة فارجموهما ألبتة نكالا من الله » ، ولولا أخشى أن يقول الناس زاد عمر فى كتاب الله

لأثبت آية الرجم فى حاشية الصحف وقد قرأناها فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم وأراد أنه يثبت حكم الآية وهذه الآية مما نسخ رسمها وبقى حكم خمس رضعا • فان قيل فما معنى قولها فمات رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن مما يقرأ فى القرآن والنسخ بعد النبى صلى الله عليه وسلم لا يجوز قلنا فيه تأويلان :

(أحدهما) أنها أرادت أن حكم الخمس مما يتلى فى القرآن لا رسمها •

(والثانى) وهو تأويل أبى العباس أن هذه الآية نسخت تلاوتها فى حياة النبى صلى الله عليه وسلم فمات النبى صلى الله عليه وسلم وكان الصحابة قريبى العهد بتلاوتها فكانت ألسنتهم جارية على تلاوتها كما كانوا قبل النسخ حتى عودوا ألسنتهم تركها فاعتادنه • ومما يدل على ما ذكرناه من حديث سهلة بنت سهيل فان النبى صلى الله عليه وسلم أمرها أن ترضع سالماً خمساً ليجوز دخوله عليها لأن زوجها حذيفة كان متبناه ثم حرم التبنى وشق عليهم ترك دخوله • ففسخ النبى صلى الله عليه وسلم محل الرضاع فى الكبير بقوله : « لا رضاع الا ما كان فى الحولين » وبقى عدد الرضاع اذا ثبت أن الرضاع يتعلق بخمس رضعات • فمن شرط الخمس أن تكون متفرقات فمتى التقم الصبى الثدى وارتضع منه فأقل ، أو أكثر ، ثم قطع الرضاع باختياره من غير عارض حسب ذلك رضعة • فان عاد اليها بعد فصل طويل وارتضع منها ما شاء الى أن قطع باختياره حسب ذلك رضعة الى أن يستوفى خمس رضعات لأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر سهلة أن ترضع سالماً خمس رضعات تحرم بلبنها ، ولم يحد الرضعة وكل حكم ورد به الشرع مطلقاً ، وليس له حد فى الشرع ولا فى اللغة رجع فى حده الى العرف والعادة ، والعرف والعادة فى الرضعة هو ما ذكرناه •

وان التقم الصبى الثدى وارتضع منه ثم أرسله ليتنفس ، أو ليستريح ثم عاد اليه من غير فصل طويل أو أرسله وانتقل الى الثدى الآخر من غير فصل طويل أو انتقل ليشرب الماء ثم عاد اليه من غير طول فصل فالجميع رضعة واحدة كما لو حلف لا يأكل فى النهار الا أكلة فقعد يأكل فأكل وقطع

ليتنفس أو ليستريح أو ليشرب الماء ، أو انتقل من لون الى لون وأكل بعده من غير أن يطول القصد فالجميع أكلة واحدة ، وان أكل من أول النهار الى آخره ولو أكل ثم قطع بفصل طويل ثم رجع وأكل كان ذلك أكلين ، وان قطع الرضاع لشيء يلهيه ثم رجع فقال الشيخ أبو اسحاق : فهو كما لو قطعه لضيق النفس •

وقال الشيخ أبو حامد : اذا قطعه بشيء يلهيه حتى طال الفصل ثم عاد اليه فالأول رضعة والثانى رضعة ، كما لو حلف لا يأكل الا أكلة فأكل ثم قطع الأكل بشيء يلهيه حتى طال الفصل ثم عاد اليه وأكل فان ذلك أكلتان ، وان التقم ثديها فارتضع منها وانتزعت منه ثديها وقطعت عليه ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه لايحتسب بذلك رضعة لأن الاعتبار فى الرضاع بفعله بدليل أنه لو ارتضع منها وهى نائمة رضعة حسب ذلك فاذا قطعت عليه لم يحتسب عليه كما لو حلف لا آكل اليوم الا أكلة فأخذ فى الأكل فجاء انسان فقطع عليه الأكل •

(والثانى) يحتسب بذلك رضعة لأن الرضاع تحصل بفعلها ولهذا لو حلبت منها لبنا وأوجرته اياه وهو نائم حسب ذلك رضعة • فاذا حصل الرضاع بفعلها وجب أن يحتسب بقطعها •

فـــرع فان ارتضع الصبى من امرأة انتقل منها الى امرأة أخرى وارتضع منها من غير أن يطول الفصل ففيه وجهان •

(أحدهما) أنه لا يحتسب بما ارتضع من كل واحدة منهما لأن الطفل اذا ابتدأ وارتضع فكل ما والى به الارتضاع فهو رضعة واحدة بدليل أنه لو انتقل من أحد الثديين الى الآخرى من غير فصل طويل فانه لم يكمل الرضعة من كل واحدة فلم يحتسب به •

(والثانى) يحتسب ما ارتضع من كل واحدة منهما رضعة لأنه ارتضع من كل واحدة منهما وقطع باختياره فحسب عليه رضعة كما لو قطع من

احدهما وانتقل الى خبز أو لبن ويخالف اذا قطع من ثدى الى ثدى لأن ذلك شخص واحد فبنى حكم أحد ثديها على الآخر بخلاف الشخصين وان ارتضع منهما بعض الخمس فى الحولين ثم ارتضع باقى الخمس بعد الحولين فان التحريم لا يصل به لأن التحريم تعلق بخمس رضعات ى الحولين ولم يوجد ذلك •

فـــرع فى مذاهب العلماء استدل بحديث عائشة على أن التحريم لا يتحقق الا بخمس رضعات فما فوقها معلومات ، والرضعة هى المرة ، فمتى التقم الصبى الثدى فامتص منه ثم تركه باختياره لغير عارض كان ذلك رضعة، فالرضعة الواحدة والرضعتان والثلاث والأربع ، وقد استدل بحديث « لاتحرم المصة ولا المصتان » على أن الثلاث محرمة • وهذا الاستدلال مأخوذ من دلالة مفهوم الخطاب ، وهو مذهب زيد بن ثابت وأبى ثور وابن المنذر وأبى عبيدة وداود بن على وأحمد فى رواية عنه ، ولكن يعارض هذا المفهوم القاضى بأن ما فوق الاثنتين يقتضى التحريم ما ثبت من أن الرضاع المقتضى للتحريم خمس رضعات ، وهو قول ابن مسعود وعائشة وعبد الله بن الزبير وعطاء وطاووس وسعيد بن جبير وعروة بن الزبير والليث بن سعد وأحمد فى ظاهر مذهبه واسحاق وابن حزم وجماعة من أهل العلم قال الشوكانى : وقد روى هذا المذهب عن على بن أبى طالب رضى الله عنه •

وحكى ابن القيم عن الليث بن سعد أنه لا يحرم الا خمس رضعات • وقد اعترض القائلون بقول أبى ثور الذى حكاه المصنف هنا باعتراضات منها أن الحديث متضمن كون الخمس الرضعات قرآنا والقرآن شرطه التواتر ، ولم يتواتر محل النزاع •

ثانياً : لو كان هذا قرآناً لحفظ لقوله تعالى « انا نحن نزلنا الذكر وانا له لحافظون » •

ثالثاً : قوله تعالى « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم » واطلاق الرضاع يشعر بأنه يقع بالقليل والكثير ، ومثل ذلك حديث « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » •

رابعاً : عن عقبة بن الحرث أنه تزوج أم يحيى بنت أبى اهاب فجاءت أمة سوداء فقالت : قد أرضعتكما ، قال فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فأعرض عنى فتنحيت فذكرت ذلك له فقال : وكيف وقد زعمت أنها أرضعتكما؟ فنهاه عنها ، رواه أحمد والبخارى وأبو داود والترمذى والنسائى والدارقطنى ، فان النبى صلى الله عليه وسلم لم يستفصل عن الكيفية ولا سأل عن العدد .

خامساً : جديث « لا يحرم من الرضاع الا ما فتق الامعاء » يدل على عدم الاعتبار بالخمس ، لأن الفتق يحصل بدونها .

ونجيب عن الاعتراض الأول بأن كون التواتر شرطاً ممنوع ، والسند ما أسلفنا عن أئمة القراءات كحفص ونافع ، وقد تكلم الجزرى وغيره فى باب الحجة فى الصلاة بقراءة ابن مسعود وأبى من أبواب صفة الصلاة ، فانه نقل هو وجماعة عن أئمة القراءات الاجماع على ما يخالف هذه الدعوى ، ولم يعارض نقله ما يصلح لمعارضته . وأيضاً اشتراط التواتر فيما نسخ لفظه على رأى المشترطين ممنوع . وكذلك انتفاء قرآنيته لا يستلزم انتفاء حجيته على فرض شرطية التواتر لأن الحجة ثبتت بظنية الثبوت التى يجب عندها العمل ، وقد قرأ الأئمة بقراءة الآحاد فى مسائل كثيرة منها قراءة ابن مسعود « فصيام ثلاثة أيام متتابعات » وقراءة أبى « وله أخ أو أخت من أم » .

والجواب عن الثانى أن كونه غير محفوظ ممنوع ، بل قد حفظه الله برواية عائشة له والمعتبر حفظ الحكم ، ولو سلم انتفاء قرآنيته على جميع التقادير لكان سنة لكون الصحابى روايا له عنه صلى الله عليه وسلم لوصفه له بالقرآنية ، وهو يستلزم صدوره عن لسانه وذلك كاف فى الحجية لما تقرر فى الأصول من أن المروى آحاداً اذا انتفى عنه وصف القرآنية لم ينتف وجوب العمل به كما أسلفنا .

والجواب عن الثالث بأن مطلق الرضاع مقيد بأحاديث عدد الرضعات فى حديث عائشة . ويجاب عن الرابع بأن زيادة البيان على ذلك الذى قيل عنه من ترك الاستفصال يتعين الأخذ به ، وزيادة الثقة حجة والمثبت حجة على

النافى • وقد يكون برك الاستئصال مرده الى سبق البيان منه صلى الله عليه وسلم للقدر المحرم ويجاب عن الخامس بما أجبنا به عن الثالث والرابع•

اذا ثبت هذا فانه اذا كانت الرضعات المحرمة خمساً وكانت فى خلال الحولين فلو رضع الخامسة على رأس الحولين فقد ثبت التحريم ، وكذلك ينبغى أن تكون الرضعات متفرقات ، وبهذا قال أحمد •

وحد الرضعة كما قلنا أن لا يقطعها الا باختياره ، فأما ان قطع لضيق نفس أو للانتقال من ثدى الى ثدى ، أو لشىء يلهيه ، أو قطعت عنه المرضعة نظرت فان لم يعد قريباً فهى رضعة وان عاد فى الحال ففيه وجهان •

(أحدهما) أن الأولى رضعة فاذا عاد فهى رضعة أخرى • وهذا ظاهر كلام أحمد رضى الله عنه فى رواية حنبل فانه قال : ألا ترى الصبى يرتضع من الثدى ، فاذا أدركه النفس أمسك عن الثدى ليتنفس أو يستريح فاذا فعل ذلك فهى رضعة ، وذلك لأن الأولى رضعة لو لم يعد فكانت رضعة وان عاد كان كما لو قطع باختياره •

(والثانى) أن جميع ذلك رضعة واحدة الا فى حالة قطع المرضعة ففيه الوجهان لأنه لو حلف لا أكلت اليوم الا أكلة فاستدام الأكل زمنا أو قطع لشرب الماء أو انتقال من لون الى لون أو انتظار لما يحمل اليه من الطعام ، لم يعد الا أكلة واحدة فكذا ههنا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **اذا شكت المرضعة هل أرضعته أم لا ؟ أو هل أرضعته خمس رضعات أو أربع رضعات لم يثبت التحريم كما لو شك الزوج هل طلق امرأته أم لا ؟ وهل طلق ثلاثاً أو طلقتين ؟**

فصل **ويثبت التحريم بالوجور لأنه يصل اللبن الى حيث يصل بالارتضاع ، ويثبت بالسعوط لأنه سبيل لفطر الصائم ، فكان سبيلا لتحريم الرضاع كالفم ، وهل يثبت بالحقنة ؟ فيه قولان : (أحدهما) يثبت لما ذكرناه**

بالسعوط (والثانى) لا يثبت لأن الرضاع جعل لانبات اللحم وانتشار العظم ، والحقنة جعلت للاسهال ، فان ارتضع مرتين وأوجر مرة وأسعط مرة وحقن مرة . وقلنا ان الحقنة تحرم يثبت التحريم ، لأنا جعلنا الجميع كالرضاع فى التحريم وكذلك فى اتمام العدد .

فصـــل وان حلبت لبنا كثيراً فى دفعة واحدة وسقته فى خمسة أوقات فالمنصوص أنه رضعة .

وقال الربيع : فيه قول آخر أنه خمس رضعات ، فمن أصحابنا من قال هو من تخريج الربيع . ومنهم من قال فيه قولان (أحدهما) خمس رضعات ، لأنه يحصل به ما يحصل بخمس رضعات (والثانى) انه رضعة ـ وهو الصحيح ـ لأن الوجور فرع للرضاع ، ثم العدد فى الرضاع لا يحصل الا بما ينفصل خمس مرات فكذلك فى الوجور .

وان حلبت خمس مرات وسقته دفعة واحدة ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال هو على قولين كالمسألة قبلها ، ومنهم من قال هو رضعة قولا واحـداً لانه لم يشرب الا مرة . وفى المسألة قبلها شرب خمس مرات ، وان حلبت خمس مرات وجعلته فى اناء ثم فرقته وسقته خمس مرات ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال يثبت التحريم قولا واحداً لأنه تفرق فى الحلب والسقى . ومنهم من قال هو على قولين لأن التفريق الذى حصل من جهة المرضعة قد بطل حكمه بالجمع فى اناء) .

الشرح اذا وقع الشك فى وجور الرضاع أو فى عدد الرضـعات المحرمة هل كملت أم لا ؟ لم يثبت التحريم لأن الأصل عدمه فلا نزول عـن اليقين بالشك ، كما لو شك فى وجود الطلاق وعدده .

فـــرع ويثبت التحريم بالوجور واللدود وهو أن يحلب لبن المرأة ويصب فى فم الصبى بغير اختيـاره فالوجـور الصب فى وسط فيه واللدود الصب فى أحد شفتى فيه وهو قول العلماء كافة الا عطاء وداود فانهما قالا يثبت به التحريم دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « الرضاعة من المجاعة » وقوله صلى الله عليه وسلم : « الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم » وقوله صلى الله عليه وسلم «الرضاع ما فتق الأمعاء » هذه المعانى موجودة فى الوجور واللدود ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر سهلة أن ترضع سالماً ومعلوم

أنه لم يرد بذلك أن يرضع من ثديها لأنه كان كبيراً وهى أجنبية منه فكيف يجوز له النظر الى ثديها وهى أجنبية منه فعلم انه أراد الوجور أو اللدود وثبت التحريم بالسعوط وهو أن تصب لبن المرأة فى أنف طفل فيبلغ الى دماغه أو جوفه ، ومن أصحابنا الخراسانيين من قال فيه قولان كالحقنة والمشهور هو الأول وقال عطاء وداود لا يثبت به التحريم دليلنا أن الدماغ محل للغذاء بدليل أن من خف دماغه فان الدهن يصب فى أنفه الى دماغه فيرطبة فوقع التحريم باللبن الحاصل فيه من المرآة كالجوف ، وان صب اللبن فى أذنه فوصل الى دماغه كان رضاعاً ، وان لم يصل الى دماغه لم يكن رضاعاً ؟ وهل يثبت التحريم فى الحقنة وهو أن يصب اللبن فى دبر الصبى ؟ فيه قولان :

(أحدهما) يثبت به التحريم وهو اختيار المزنى لأنه سبيل يحصل بالواصل منه الفطر فتعلق التحريم بلبن المرأة اذا دخل فيه كالفم •

(والثانى) لا يثبت به التحريم وهو قول مالك وأبى حنيفة وأحمد وهو الأصح لقوله صلى الله عليه وسلم « الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم » وهذا لا يحصل بالحقنة وانما تراد الحقنة للاسهال ، فاذا قلنا : يثبت به التحريم فأرضعته مرة وأوجرته مرة وألددته مرة وأسعطته مرة وأحقنته مرة ثبت التحريم ، وان كان بالطفل جراحة نافذة الى محل الفطر فداواه انسان بلبن آدمية ، فقد قال القفال : لا يحصل به الرضاع ، وقال الصيدلانى: ينبغى أن يكون على قولين كالحقنة •

فرع واذا حلب من المرأة لبن وأوجره الطفل ففيه خمس مسائل : (احداهن) أن يحلب لبن دفعة واحدة فتوجره الطفل مرة واحدة فهذا رضعة واحدة • (الثانية) أن يحلب منها لبن خمس مرات فى خمسة أوان ، ثم يوجر الصبى ذلك اللبن فى خمسة أوقات متفرقة لبن كل اناء فى وقت فذلك خمس رضعات لتفرق الحلب والوجور •

(الثالثة) أن يحلب منها لبن كثير دفعة واحدة ، ثم يوجره الصبى فى خمسة أوقات متفرقة فنقل المزنى والربيع أن ذلك رضعة واحدة • قال الربيع

وفيه قول آخر انه خمس رضعات واختلف أصحابنا فى ذلك فمنهم من قال هى رضعة واحدة قولا واحداً على مانقلاه وما حكاه الربيع من تخريجه لأن ذلك لم يوجد فى شىء من كتب الشافعى، ومنهم من قال فيه قولان لأن الربيع يحمل على أنه سمع منه ذلك (أحدهما) أنه خمس رضعات لقوله صلى الله عليه وسلم : « الرضاعة من المجاعة » وهذا اللبن قد حصل به سد الجوع خمس مرات ؛ ولأن الرضعات كالأكلات ومعلوم أنه لو حلف لا يأكل خمس أكلات فأكل من طعام واحد خمس أكلات فى خمسة أوقات متفرقة حنث فوجب أن يكون هاهنا خمس رضعات • (والثانى) أن ذلك رضعة واحدة قال الشيخان : وهو الأصح لأن الوجور فرع للرضاعة ومعلوم أن التحريم لا يحصل فى الرضاع الا بأن ينفصل اللبن عن ثدى المرأة خمس مرات متفرقات ويتصل الى جوف الصبى فى خمسة أوقات متفرقة وكذلك فى الوجور لابد أن ينفصل خمس انفصالات ويتصل خمسة اتصالات متفرقات •

(الرابعة) اذا حلب منها اللبن فى خمسة أوقات متفرقة فى خمسة أوان وأوجره الصبى دفعة واحدة فاختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال : فيه قولان كالتى قبلها لأن الرضاع يفتقر الى ارضاع وارتضاع فلما ثبت أن اللبن اذا انفصل من المرضعة دفعة واحدة وأوجره الصبى دفعات كان فيه قولان كذلك اذا انفصل منها خمس دفعات دفعة دفعة يجب أن تكون على قولين ومنهم من قال هو رضعة واحدة قولا واحداً لأن فى التى قبلها حصل اللبن فى جوف الصبى خمس مرات وهاهنا لم يحصل فى جوفه الا مرة واحدة •

(الخامسة) أن يحلب اللبن فى خمسة أوقات متفرقة كل وقت فى اناء ثم خلط ذلك اللبن فى اناء وأوجره الصبى فى خمسة أوقات متفرقة فاختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحاق هى خمس رضعات قولا واحداً لأن اللبن انفصل من المرأة فى خمسة أوقات واتصل بالصبى فى خمسة أوقات ولا اعتبار بالخلط ، ومن أصحابنا من قال فيه طريقان لأن التفريق فى الحلب قد بطل حكمه بالخلط ، وفى كل سقية حصل للطفل جزء من كل حلبة فصار كما لو حلبته دفعة واحدة وسقته اياه فى خمسة أوقات فتكون احدى الطريقين له على قولين (والثانى) انه رضعة قولا واحداً •

فـــرع اذا حلب امرأتان لبناً منهما فى اناء وأوجرتاه صبياً ثم حلبتا منهما لبنا فى اناء فى وقت واحد وأوجرتاه الصبى الى أن فعل ذلك خمس مرات حصل لكل واحدة منهما خمس رضعات ويصير ابنهما معاً لأنه قد حصل فى جوفه اللبن من كل واحدة منهما خمس مرات •

فـــرع والسعوط والوجور كالرضاع ، فاذا صب اللبن فى أنفه من اناء أو غيره أو صب فى حلقه صبا من غير الثدى فكلا الأمرين الحكم فيهما حكم الرضاع • وقد اختلفت الرواية فى التحريم بهما عن أحمد ، فأصح الروايتين ان التحريم يثبت بهما كما أفاده ابن قدامة • وهو قول الشعبى والثورى وأصحاب الرأى وبه قال مالك فى الوجور ، ولم يقل به فى السعوط •

والرواية الثانية عن أحمد لا يثبت بهما التحريم ، وهو اختيار أبى بكر من أصحاب أحمد وداود بن على وقول عطاء الخراسانى فى السعوط لأن هذا ليس برضاع ، وانما حرم الله تعالى ورسوله بالرضاع ، ولأنه حصل من غير ارتضاع فأشبه ما لو دخل من جرح فى بدنه •

دليلنا ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم « لا رضاع الا ما أنشز العظم وأنبت اللحم » رواه أبو داود ، ولأن هذا يصل به اللبن الى حيث يصل بالارتضاع ويحصل به من انبات اللحم وانشاز العظم ما يحصل من الارتضاع فيجب أن يساويه فى التحريم ، والأنف سبيل الفطر للصائم فكان سبيلا للتحريم •

اذا تقرر هذا فانه يحرم من ذلك مثل الذى يحرم بالرضاع ؛ وهو خمس فى الرواية المشهورة فانه فرع على الرضاع فيأخذ حكمه ، فان ارتضع وكمل الخمس بسعوط أو وجور كان كمن كمل الخمس برضاع وثبت التحريم لأنا جعلناه كالرضاع فى أصل التحريم • فكذلك فى اكمال العدد ، ولو حلبت فى اناء دفعة واحدة ثم سقته غلاما فى خمسة أوقات فالمنصوص أنه رضعة •

وقال الربيع : فيه قول آخر أنه خمس فاختلف أصحابنا فمنهم من قال ليس

هذا قولا للامام وانما هو من تخـريج الربيع • ومنهـم من عـدهما قولين (أحدهما) أنه خمس لأنه يحصل به ما يحصل بالخمس ، وبهذا قال أحمد : لأن الاعتبار بشرب الصبى له لأنه المحرم • ولأنه لو أكل خمس أكلات من طعام واحد متفرقات لكان قد أكل خمس أكلات •

دليلنا أن القدر المعتبر للرضعة الواحدة لو قسم الى خمسة أجزاء لما زاد على كونه رضعة • ولأن الاعتبار بالرضاع والوجور فرعه • وقد عكس الحنابلة فى الصورتين •

فأما ان سقته اللبن المجموع من خمس رضعات اعتبارية جرعة بعد جرعة متتابعة ففيه طريقان • فمن أصحابنا من جعلها كالتى قبلها فى الوجور خمس مرات لرضعة واحدة • وظاهر كلام الخرقى من أئمة الحنابلة أنه رضعة واحدة لأن المعتبر خمس رضعات متفرقات وهذه غير متفرقات • والتفريق الذى حصل من جهة المرضعة بطل حكمه بالجمع فى اناء •

فأما الحقنة فان قلنا تحرم كالسعوط والوجور كانت فى حكم الرضاع ؛ بمعنى أنه اذا رضع من الثدى رضعتين وبالسعوط واحدة وبالوجور واحدة كانت خمسا كاملة محرمة وبهذا قال ابن حامد من الحنابلة وابن أبى موسى والمنصوص عن أحمد أنها لا تحرم • وهو مذهب أبى حنيفة ومالك لأن هذا ليس برضاع يحصل به التغذى فلم ينشر الحرمة ، كما لو قطر فى احليـله ، ولأنه ليس برضاع ولا فى معناه فلم يجز اثبات حكمه فيه • ويفارق فطـر الصائم فانه لا يعتبر فيه انبات اللحم ولا انشاز العظم ، ولأنه وصل اللبن الى الباطن من غير الحلق أشبه ما لو وصل من جرح •

وقد سألنا ولدنا التقى الدكتور أسامة أمين فراج فأجاب بأننا لو أعطينا الطفل حقنة اللبن من الشرج فانه لا يتغذى منه الجسم الا بنسبة ضئيلة فى حالة بقائه فى جوفه مدة طويلة ولا تقاس بجانب ما يتعاطاه بفمه كيفاً وكماً • أما اذا نزل منه فى الحال فانه لا يعود عليه منه ما يغذيه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان جبن اللبن وأطعم الصبى حرم لأنه يحصل به ما يحصل باللبن من انبات اللحم وانشاز العظم .

فصـــل فان خلط اللبن بمائع أو جامد وأطعم الصبى حرم . وحكى عن المزنى أنه قال ان كان اللبن غالبا حرم ، وان كان مغلوبا لم يحرم لأن مع غلبة المخالطة يزول الاسم ، والمعنى الذى يراد به ، وهذا خطأ لأن ما تعلق به التحريم اذا كان غالباً تعلق به اذا كان مغلوباً كالنجاسة فى الماء القليل .

فصـــل فان شرب لبن امرأة ميتة لم يحرم لأنه معنى يوجب تحريماً مؤبداً فبطل بالموت كالوطء .

فصـــل ولا يثبت التحريم بلبن البهيمة ، فان شرب طفلان من لبن شاة لم يثبت بينهما حرمة الرضاع لأن التحريم بالشرع ولم يرد الشرع الا فى لبن الآدمية والبهيمة دون الآدمية فى الحرمة ولبنها دون لبن الآدمية فى اصلاح البدن فلم يلحق به فى التحريم ، ولأن الأخوة فرع على الأمومة ، فاذا لم يثبت بهذا الرضاع أمومة فلأن لا يثبت به الأخوة أولى ولا يثبت التحريم بلبن الرجل .

وقال الكرابيسى : يثبت كما ثبت بلبن المرأة ، وهذا خطأ لأن لبنه لم يجعل غذاء للمولود فلم يثبت به التحريم كلبن البهيمة .

وان ثار للخنثى لبن فارتضع منه صبى ، فان علم أنه رجل لم يحرم ، وان علم أنه امرأة حرم ، فان أشكل فقد قال أبو اسحاق : ان قال النساء ان هذا اللبن لا يكون على غزارته الا لامرأة حكم بأنه امرأة وان لبنه يحرم . ومن أصحابنا من قال : لا يجعل اللبن دليلا لأنه قد يثور اللبن للرجل ، فعلى هذا وقف أمر من يرضع بلبنه كما وقف أمره .

فصـــلَ فان ثار للبكر لبن أو لثيب لا زوج لها فأرضعت به طفلا ثبت بينهما حرمة الرضاع لأن لبن النساء غذاء للأطفال ، فان ثار لبن للمرأة على ولد من الزنا فأرضعت به طفلا ثبت بينهما حرمة الرضاع ، لأن الرضاع تابع للنسب ثم النسب يثبت بينه وبينها ، ولا يثبت بينه وبين الزانى ، فكذلك حرمة الرضاع) .

الشرح ان حلب من المرأة لبن فجبن أو طبخ أو جعل أقطا أو

سيزاراً أو أطعم منه طفل له دون الحولين خمس مرات متفرقات نشر الحرمة والتحريم وقال أبو حنيفة : لا تنتشر الحرمة ولا التحريم دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « الرضاعة من المجاعة » والرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم » وهذا المعنى موجود فى لبن المرأة ، وان غير عن صفته بما ذكرناه •

فرع اذا خلط لبن المرأة بالماء أو بالعسل أو بغيرهما وسقى منه الطفل خمس دفعات فى خمسة أوقات متفرقة ، فان كان الغلبة للبن بأن يكون أكثر مما خلطه نشر الحرمة ، وان كانت الغلبة للماء أو للعسل بأن تكون أكثر من اللبن فان كان اللبن مستهلكا فيما خالطه بحيث اذا وصل شيء مما خلط منه ذلك اللبن الى جوف الطفل لم يتحقق أن جزءاً من اللبن حصل فى جوفه لم ينشر الحرمة ، وان كان اللبن غير مستهلك بحيث اذا وصل شيء مما خلط منه ذلك اللبن الى جوف الطفل تحقق أن جزءاً من اللبن حصل معه فانه ينشر الحرمة هذا نقل الشيخ أبى حامد والبغداديين من أصحابنا وقال المسعودى والطبرى : لو خلط بلبن المرأة مائع وينتفى منه الطفل خمس دفعات متفرقة ففيه قولان :

(أحدهما) أنه ينشر الحرمة بكل حال •

(والثانى) ان كان اللبن غالباً نشر الحرمة وان كان مغلوباً لم ينشر الحرمة وان وقع فى قلتين من الماء قليل من لبن المرأة فسقى الطفل جميعه ففيه وجهان :

(أحدهما) يتعلق به التحريم لأنا تيقنا أن اللبن فيه •

(والثانى) لا يتعلق به التحريم لأنه صار مستهلكا فيه ، وان وقع قليل من لبن المرأة فى أقل من قلتين من الماء فان سقى الطفل جميعه تعلق به التحريم ، وان سقى البعض وأراد فى خمسة أوقات ففيه وجهان :

(أحدهما) يتعلق به التحريم لأنه حكم بوصوله الى جميع الماء بدليل أنه لو وقعت نجاسة نجس الجميع •

(والثانى) لا يتعلق به التحريم لأنه يحتمل أنه فيما بقى وقال أبو حنيفة: اذا مزج بطعام أو شراب أو عسل فانه لا ينشر الحرمة سواء كان اللبن ظاهراً على ما مزج به أو مستهلكاً فيه • وان مزج بدواء فان كان اللبن ظاهراً فيه وسقى منه الطفل خمس دفعات متفرقة نشر الحرمة ، وان لم يكن اللبن ظاهراً بل مستهلكا لم ينشر الحرمة دليلنا أنه وصل الى جوفه لبن آدمية فى خمسة أوقات متفرقة فتعلق به التحريم كما لو كان غالباً •

فـــرع اذا شيب اللبن بغيره فحكمه حكم المحض الذى لا يخالطه سواه ، وبهذا قال الخرقى من الحنابلة ، وقال أبو بكر : قياس قول أحمد أنه لا يحرم لأنه وجور ، وحكى المصنف عن المزنى : ان كان الغالب اللبن حرم والا فلا ، وهو قول أبى ثور وابن حامد ؛ لأن الحكم للأغلب ، ولأنه يزول بذلك الاسم والمعنى المراد به ، ونحو هذا قول أصحاب الرأى ، وزادوا فقالوا : ان كانت النار قد مست اللبن حتى أنضجت الطعام أو حتى تغير فليس برضاع ، وهذا خطأ لأن اللبن متى كان ظاهراً فقد حصل شربه ، ويحصل منه انبات اللحم وانشاز العظم فحرم كما لو كان غالباً •

وقال ابن قدامة : ان صب فى ماء كثير لم يتغير به ــ يعنى الماء ــ لم يثبت به التحريم ؛ لأن هذا ليس بلبن مشوب ، ولا يحصل به التغذى ولا انبات اللحم ولا انشاز العظم ، وهذا خطأ لأن ما تعلق به التحريم ان كان غالباً تعلق به ان كان مغلوباً ؛ ولأنه لو وضع قليل من الخمر فى الماء ولو لم يغيره حرم شربه ، الا اذا استبحر وتلاشى أثر الخمر ، ولأن أجزاء اللبن حصلت فى بطنه فأشبه ما لو كان لونه ظاهراً •

فـــرع وان ماتت امرأة فارتضع منها طفل بعد موتها ، أو حلب منها لبناً بعد موتها وأوجره صبياً لم يتعلق به التحريم ، وقال مالك والأوزاعى وأبو حنيفة يتعلق به التحريم دليلنا أن الرضاع معنى يوجب تحريما مؤبداً فلم يتعلق به التحريم بعد موتها كوطء الشبهة ، وذلك أنه لو وطىء ميتة بشبهة لم يثبت به تحريم المصاهرة •

وان ارتضع طفل من امرأة أربع رضعات فى حياتها ثم حلب منهـا لبن فى اناء فى حياتها ثم أوجره الصبى بعد موتها ثبت به التحريم لأن انبـات اللحم وانشاز العظم يحصل بشرب ذلك اللبن فهو كما لو التقم الصبى ثديها وامتص منه لبناً وحصل فيه ، وماتت المرأة ثم ابتلعه الصبى فانه يحصـل به التحريم فكذلك هذا مثله ، وان حلب من المرأة لبن ووقعت فيـه نجاسـة وأوجره الصبى قال الشيخ أبو حامد : تعلق به التحريم والفرق بين هـذا وبين الذى يؤخذ من الميتة أن هذا اللبن كان ظاهراً وانما اختلطت فيه نجاسة فلم تمنع ثبوت الحرمة فيه ، ولبن الميتة نجس العين فلم يكن له حرمة •

فـــرع اذا شرب لبن امرأة ميتة فانه لا تنشر الحرمة ؛ وبهـذا قال الخلال : لأنه لبن ليس بمحـل الولادة ، فلم يتعلق به التحـريم كلبن الرجل ؛ والمنصوص عن أحمد فى رواية ابراهيم الحربى أنه ينشر الحرمة ؛ وهو قول أبى ثور والأوزاعى وابن القاسم وأصحاب الرأى وابن المنذر ، وتوقف عنه أحمد فى رواية منها • ولو حلبت المرأة لبنهـا فى وعاء ثم ماتت فشربه صبى نشر الحرمة فى قول كل من جعل الوجور محرماً ، وبه قال أحمد فى احدى الروايتين وأبو ثور وأصحاب الرأى وغيرهم وذلك لأنه لبن امرأة فى حياتها فأشبه ما لو شربه فى الحياة •

فـــرع اذا شرب لبن امرأة ميتة فانه لا تنشر الحرمة ، وبهـــذا اثنان من لبن بهيمة لم يصيرا أخوين فى قول عامة أهل العلم ، منهم أحمـد وابن القاسم وأبو ثور وأصحاب الرأى ، ولو ارتضعا من رجل لم يصـيرا أخوين ، ولم تنشر الحرمة بينه وبينهما فى قول عامتهم •

وقال الكرابيسى يتعلق به التحريم لأنه لبن آدمى أشبه لبن الآدميـة • وحكى عن بعض السلف أنهما لو ارتضعا من لبن بهيمة صارا أخوين ؛ وليس بصحيح ، لأن هذا لا يتعلق به تحريم الأمومة ، فلا يثبت به تحريم الأخوة ؛ لأن الأخوة فرع على الأمومة ؛ وكذلك لا يتعلق به تحـريم الأبوة لذلك ، ولأن هذا اللبن لم يخلق لغذاء المولود فلم يتعلق به التحريم كسائر الطعام ، فان ثار لخنثى مشكل لبن لم يثبت به التحريم ؛ لأنه لم يثبت كونه امرأة فلا

يثبت التحريم مع الشك • وقال ابن حامد : يقف الأمر حتى يثبت التحريم بانكشاف أمر الخنثى كونه رجلا ، وقال أبو اسحاق المروزى : ان قال : النساء ان هذا اللبن لا يكون على غزارته الا لامرأة حكم بأنه امرأة ، وأن لبنه يحرم •

وقال بعض أصحابنا : ليس اللبن دليلا على الرجولة ولا الأنوثة ، لأنه قد يثور لرجل لبن تتوفر فيه غزارة لبن المرأة وعناصره التى يتكون منها ، وعلى ذلك نقول بقول ابن حامد وهو ما ذهب اليه المصنف هنا •

فـــرع اذا ثار لامرأة ثيباً كانت أو بكراً لبن من غير وطء فأرضعت به طفلا نشر الحرمة ، وهو قول ابن حامد ومالك وأظهر الروايتين عن أحمد ، وهو مذهب الثورى وأبى ثور وأصحاب الرأى وكل من يحفظ عنه ابن المنذر ؛ لقول الله تعالى « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم » ولأنه لبن امرأة فتعلق به التحريم ، كما لو ثار بوطء ؛ ولأن ألبان النساء خلقت لغذاء الأطفال ، فان كان هذا نادراً فجنسه معتاد •

مســألة يشترط فى نشر الحرمة بين المرتضع وبين الرجل الذى ثار اللبن بوطئه أن يكون لبن حمل ينتسب الى الواطىء ، اما لكون الوطء فى نكاح أو ملك يمين أو نكاح شبهة • فأما لبن الزانى أو النافى للولد باللعان فلا ينشر الحرمة بينهما • هذا هو مذهبنا وبه قال أبو عبد الله ابن حامد والخرقى من أصحاب أحمد ، وقال أبو بكر بن عبد العزيز منهم : تنتشر الحرمة بين المرتضع وبين الزانى أو النافى باللعان لأنه معنى ينشر الحرمة ، فاستوى فى ذلك مباحه ومحظوره كالوطء• يحققه أن الواطىء حصل منه لبن وولد ثم ان الولد ينشر الحرمة بينه وبين الواطىء كذلك اللبن ، ولأنه رضاع ينشر الحرمة الى المرضعة بالاتفاق فنشرها الى الواطىء كصورة الاجماع •

دليلنا أن التحريم بينهما فرع لحرمة الأبوة ؛ فلما لم تثبت حرمة الأبوة لم يثبت ما هو فرع لها •

فأما المرضعة فان الطفل المرتضع محرم عليها ومنسوب اليها عند الجميع؛ وكذلك يحرم جميع أولادها وأقاربها الذين يحرمون على أولادها على هـذا المرتضع كما فى الرضاع باللبن المباح •

فـــرع اذا ثار للرجل لبن وأرضع به طفلا له دون الحولين خمس رضعات متفرقات فلا يثبت به التحريم ، وقال الكرابيسى : يثبت به التحريم كلبن المرأة ، دليلنا قوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن » فجعل الله الرضاع الذى يتعلق به الحكم من الوالدات وهذا ليس بوالده ولا من جنس الوالدات فلم يتعلق بارضاعه حكم ولأن لبنه لم يجعل غذاء للولد فلم يتعلق به التحريم كلبن البهيمة قال ابن الصباغ : ولأنه نجس وقاس عليه لبن الميتة وان ثار للخنثى المشكل لبن وأرضع به طفلا ، وقلنا : ان لبن الرجل لا يتعلق به التحريم فقد اختلف أصحابنا فيه ؛ فقال أبو اسحق المروزى يرى النسـاء فان قلن ان هذا اللبن على غزارته لا ينزل للرجل وانما ينزل للمرأة زال حكم اشكاله وحكم بأنه امرأة وجرى لبنه مجرى لبن امرأة ، وان قلن قد ينزل هذا اللبن للرجل وقف أمر من ارتضـع بلبنه ، وقال أكثر أصحابنا لا يزول اشكاله باللبن بل يوقف أمر من ارتضـع بلبنه فان بان أنه امـرأة تعلق به التحريم وان بان أنه رجل لم يتعلق به التحريم لأن اللبن قد ينزل للرجـل كما ينزل للمرأة وحكى عن الشافعى أنه قال : رأيت رجلا يرضع فى مجلس هارون الرشيد • وان مات هذا الخنثى قبل زوال اشـكاله فالذى يقتضى المذهب أنه لا يثبت التحريم بارضاعه لأن الأصل عدم ثبوت التحريم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **اذا ثار لها لبن على ولد من زوج فطلقها وتزوجت بآخـر ، فاللبن للأول الى ان تحبل من الثانى ، وينتهى الى حال ينزل اللبن على الحبل ، فان أرضعت طفلا كان ابناً للأول زاد اللبـن ، أو لم يزد انقطـع ثم عاد أو لم ينقطع ، لأنه لم يوجد سبب يوجب حدوث اللبن غير الأول ، فان بلغ الحمـل من الثانى الى حال ينزل فيه اللبن نظرت ــ فان لم يزد اللبن ــ فهو للأول ، فان أرضعت به طفلا كان ولداً للأول لأنه لم يتغير اللبن ، فان زاد فارتضع به طفلا ففيه قولان •**

قال فى القديم : هو ابنهما لأن الظاهر ان الزيادة لأجل الحبل ، والمرضع به لبنهما فكان ابنهما .

وقال فى الجديد : هو ابن الأول ، لأن اللبن للأول يقين ، ويجوز ان تكون الزيادة لفضل الغذاء ، ويجوز أن تكون للحمل ، فلا يزال اليقين بالشك ، فان انقطع اللبن ثم عاد فى الوقت الذى ينزل اللبن على الحبل فارضعت به طفلا ففيه ثلاثة أقوال :

(احدهما) : انه ابن الأول لأن اللبن خلق غذاء للولد دون الحمل ، والولد للأول فكان المرضع به ابنه .

(والثانى) : أنه من الثانى ، لأن لبن الأول انقطع فالظاهر انه حدث للحمل والحمل للثانى فكان المرضع باللبن ابنه .

(والثالث) انه ابنهما ، لأن لكل واحد منهما أمارة تدل على أن اللبن له ، فجعل المرضع باللبن ابنهما ، فان وضعت الحمل وأرضعت طفلا كان ابناً للثانى فى الأحوال كلها ، زاد اللبن أو لم يزد ، اتصل أو انقطع ثم عاد ، لأن حاجة المولود الى اللبن تمنع أن يكون اللبن لغيره .

الشرح اذا ثار لبن منها على ولد من زوج طلقها فتزوجت آخر لم يخل من خمسة أحوال :

١ ــ أن يبقى لبن الأول بحاله لم يزد ولم ينقص ولم تلد من الثانى فهو للأول سواء حملت من الثانى أو لم تحمل ؛ لا نعلم فيه خلافاً ، لأن اللبن كان للأول ؛ ولم يتجدد ما يجعله من الثانى فبقى للأول .

٢ ــ أن لا تحمل من الثانى فهو للاول ، سواء ازاد أو لم يزد ، أو انقطع ثم عاد أو لم ينقطع .

٣ ــ أن تلد من الثانى فاللبن له خاصة . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه ، وهو قول أبى حنيفة وأحمد ، سواء زاد أو لم يزد ، انقطع أو اتصل ؛ لأن لبن الأول ينقطع بالولادة من الثانى ؛ فان حاجة المولود الى اللبن تمنع كونه لغيره .

٤ ــ اذا انتهى الحمل الى حال ينزل به اللبن فزاد به ففيه قولان :

(أحدهما) قوله فى القديم هو لهما وتنتشر الحرمة بينه وبينهما ، لأن زيادته عند حدوث الحمل ظاهر فى أنها منه • وبقاء لبن الأول يقتضى كونه أصله منه فيجب أن يضاف اليهما • وبهذا قال الحنابلة •

(الثانى) هو للأول لأن اللبن له بيقين ، ويجوز أن تكون الزيادة بسبب التغذية ، أو استدرار الطفل للثدى فينشط الثدى نتيجة الاحساس بالأمومة لدى المرضعة فيثور لبنها لأسباب نفسية من الرحمة يقذفها الله فى قلب المرأة؛ وقد حدث لى وأنا رضيع فقد ماتت الأم بعد ولادتى بستة أشهر وكانت جدتى لأبى تبلغ من العمر زهاء الثمانين عاماً فثار اللبن فى ثديها رحمة بى واشفاقاً على من الهلاك ؛ وهذا من الأسباب التى هيأها الله لى أن أعيش ، وقد حرمت على بنات أعمامى ، وبنات عماتى ، وظل اللبن فى ثديها الى أن أدركتها المنية على رأس المائة ، وانما يخلق الله اللبن للولد عند وجوده سداً لحاجته وحفظاً لحياته • وقال أبو حنيفة : هو للأول ما لم تلد من الثانى •

٥ ــ انقطع اللبن من الأول ثم تاب بالحمل من الثانى ففيه ثلاثة أقوال :

(أحدها) أنه ابن الأول وهو قول أبى حنيفة ، لأن الحمل لا يقتضى اللبن ، وانما يخلقه الله تعالى للولد عند وجوده لحاجته اليه ، وقد سبق عند الكلام على قوله فى الجديد •

(الثانى) أنه ابن الثانى ، وهو اختيار أبى الخطاب من الحنابلة ، لأن لبن الأول انقطع فزال حكمه بانقطاعه ، وحدث بالحمل من الثانى فكان له كما لو لم يكن لها لبن من الأول •

(والثالث) أنه ابنهما ، وذلك لأن اللبن كان للأول فلما عاد بحدوث الحمل ، فالظاهر أن لبن الأول ثاب بسبب الحمل الثانى ، فكان مضافاً اليهما كما لو لم ينقطع •

فـــرع اذا كان لرجل زوجة فان ولدت منه ولداً فان اللبن النازل للولد لهما فان طلقها الزوج وبقى ذلك اللبن فهو لهما ما لم يتزوج بغيره • فان انقضت عدتها من الأول وتزوجت بآخر ، واللبن للأول ما لم تحمـل للثانى ، أو لم يطأها سواء انقطع ذلك اللبن ثم عاد أو لم ينقطع ، وسواء زاد أو نقص لأن اللبن انما ينزل للولد و لاولد هاهنا للأول فان حملت من الثانى نظرت فان لم تبلغ الى حال ينزل فيها اللبن للحمل وقدره ابن الصباغ بأربعين يوماً •

وأما الشيخ أبو حامد فقال : يرجع فيه الى معرفة القـوابل فمتى بلغت ذلك الوقت فان كان ذلك اللبن على حاله لم يزد فانه يكون للأول ، ومتى أرضعت به طفلا رضاعاً تاماً كان ابنا للأول دون الثانى ؛ وان زاد ذلك اللبن وأرضعت به طفلا ففيه قولان :

قال فى القديم : هو ابنها ، وبه قال محمد وزفر وأحمد لأن اللبن الذى الذى كان من الأول قد استدام والظاهر أنه له فاذا زاد بعد أن حملت للثانى فى وقت ينزل اللبن له فى العادة فالظاهر أن الزيادة لحمل الثانى فكان المرضع بهذا اللبن ابنهما كما لو حلب امرأتان لبناً فى قدح ،أو فى فم صبى فانه يحكم بحصول رضعة من كل واحدة منهما •

وقال فى الجديد : هو ابن الأول وحده ، وبه قال أبو حنيفة لأن اللبن للأول بيقين والزيادة تجوز أن تكون لحمل الثانى ،وتجوز أن يكون لفضل الغذاء فلم يجعل للثانى بالشك ؛ وان انقطع لبن الأول ونزل اللبن لها بعـد أن حملت ففيه قولان :

(أحدهما) أنه ابن الأول وحده ، وبه قال أبو حنيفة : لأن اللبن انمـا يكون للولد اذا كان يتغذى به ولد الأول فكان اللبن له •

(والثانى) أنه ابن الثانى وحد وبه قال أبو يوسف لأن اللبن لما انقطع ثم عاد فالظاهر أن المنقطع لبن الأول وأن الثانى للثانى (والثالث) أنه ابنهما لأن لكل واحدة منهما امارة تدل على أن اللبن له فجعل بينهما ، وان وضعت

ولد الثانى فان اللبن للثانى بكل حال لأن اللبن تابع للولد والولد ها هنا للثانى فكان اللبن له .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان وطىء رجلان امراة وطئاً يلحق به النسب فاتت بولد وارضعت بلبنه طفلا ، كان الطفل ابناً لمن يلحقه نسب الولد ، لأن اللبن تابع للولد ، فان مات الولد ولم يثبت نسبه بالقافة ولا بالانتساب الى احدهما ـ فان كان له ولد ـ قام مقامه فى الانتساب ، فاذا انتسب الى أحدهما صار المرضع ولد من انتسب اليه ، وان لم يكن له ولد ففى المرضع بلبنه قولان :

(أحدهما) انه ابنهما ، لأن اللبن قد يكون من الوطء ، وقد يكون من الولد .

(والقول الثانى) انه لا يكون ابنهما ، لأن المرضع ، تابع للمناسب ولا يجوز أن يكون المناسب ابناً لاثنين ، فعلى هذا هل يخير المرضع فى الانتساب الى احدهما فيه قولان :

(أحدهما) لا يخير لأنه لا يعرض على القافة فلا يخير بالانتساب .

(والثانى) يخير لأن الولد قد ياخذ الشبه بالرضاع فى الأخلاق ويميل طبعه الى من ارتضع بلبنه . ولهذا روى ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أنا افصح العرب ولا فخر ، بيد أنى من قريش ونشأت فى بنى سعد وارتضعت فى بنى زهرة » ولهذا يقال يحسن خلق الولد اذا حسن خلق المرضعة ، ويسوء خلقه اذا ساء خلقها فاذا قلنا انه يخير فانتسب الى أحدهما كان ابنه من الرضاعة ، فاذا قلنا لا يخير فهل له أن يتزوج بنتيهما ؟ فيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) وهو الأصح ، انه لا يحل له نكاح بنت واحد منهما ، لأنا وان جهلنا عين الأب منهما الا انا نتحقق ان بنت احدهما أخته وبنت الآخر اجنبية فلم يجز له نكاح واحد منهما ، كما لو اختلطت أخته بأجنبية .

(والثانى) انه يجوز أن يتزوج بنت من شاء منهما ، فاذا تزوجها حرمت عليه الأخرى ، لأن الأصل فى بنت كل واحد منهما الاباحة وهو يشك فى تحريمها،

واليقين لا يزال بالشك ، فاذا تزوج احداهما تعينت الأخوة فى الأخرى فحرم نكاحها على التأبيد ، كما لو اشتبه ماء طاهر وماء نجس فتوضأ بأحـــدهما بالاجتهاد ، فان النجاسة تتعين فى الآخر ، ولا يجوز أن يتوضأ به .

(والثالث) أنه يجوز أن يتزوج بنت كل واحد منهما ثم يطلقها ثم يتزوج الأخرى ، لأن الحظر لا يتعين فى واحدة منهما ، كما يجوز ان يصلى بالاجتهاد الى جهة ثم يصلى بالاجتهاد الى جهة أخرى ، ويحرم أن يجمع بينهما ، ولأن الحظر يتعين فى الجمع فصار كرجلين رأيا طائراً فقال أحدهما : ان كان هذا الطائر غراباً فعبدى حر ، وقال الآخر : ان لم يكن غراباً فعبدى حر ، فطـار ولم يعلم أنه غراب ولا غيره ، فانه لا يعتق على واحد منهما لانفـــراده بملك مشكوك فيه ، وان اجتمع العبدان لواحد عتق أحدهما لاجتماعهما فى ملكه .

فصـــل وان أتت امرأته بولد ونفاه باللعان فأرضعت بلبنه طفلا كان الطفل ابناً للمرأة ولا يكون ابناً للزوج ، لأن الطفـل تابع للولد ، والولد ثابت النسب من المرأة دون الزوج فكذلك الطفل ، فان أقر بالولد صار الطفل ابنـاً له ، لأنه تابع للولد .

فصـــل وان كان لرجل خمس أمهات أولاد فثار لهن منه لبن فارتضع صبى من كل واحدة منهن رضعة ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى العباس بن سريج وأبى القاسم الأنماطى وأبى بكر ابن الحداد المصرى : انه لا يصير المولى أباً للصبى لأنه رضاع لم يثبت به الأمومة فلم تثبت به الأبوة .

(والثانى) وهو قول أبى اسحاق وأبى العباس بن القاص : انه يصـــير المولى أباً للصبى ، وهو الصحيح « لأنه ارتضع من لبنه خمس رضعات فصار ابناً له ، وان كان لرجل خمس أخوات فارتضع طفل من كل واحدة منهن رضعة فهل يصير خالا له ؟ على الوجهين » .

الشرح ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم رضع من ثويبة مولاة أبى لهب أرضعته أياماً ، وأرضعت معه أبا سلمة عبد الله بن عبد الأشـــد المخزومى بلبن ابنها مسروح وأرضعت معهما حمزة بن عبد المطلب ــ واختلف فى اسلامهما ــ ثم أرضعته حليمة السعدية بلبن ابنها عبد الله أخى أنيســة وجذامة ، وهى الشيماء أولاد الحرث بن عبد العزى بن رفاعة الســعدى ،

واختلف فى اسلام أبويه من الرضاعة ، وأرضعت معه ابن عمه أبا سفيان ابن الحارث بن عبد المطلب ، وكان شديد العداوة لرسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أسلم عام الفتح وحسن اسلامه ، وكان عمه مسترضعاً فى بنى سعد ابن بكر ، فأرضعت أمه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو عند أمه حليمة، فكان حمزة رضيع رسول الله صلى الله عليه وسلم من وجهين ، من جهة ثويبة ومن جهة السعدية •

أما حواضنه صلى الله عليه وسلم فان أمه هى آمنة بنت وهب ابن عبد مناف بن زهرة ابن كلاب • ومنهن ثويبة وحليمة والشيماء ابنتها وهى أخته من الرضاعة كانت تحضنه مع أمها » وهى التى قدمت عليه فى وفد هوزان فبسط لها رداءه ، وأجلسها عليه رعاية لحقها •

فرع وان تزوج امرأة ودخل وفارقها فتزوجت فى عدتها بآخر ووطئها جاهلا بالتحريم ، وأتت بولد ، وأرضعت بلبنه طفلا فان الرضيع يكون ابنها ، وأما أبو الرضيع من الرضاع فان أمكن أن يكون الولد من الأول دون الثانى كان الرضيع ابن الأول دون الثانى ، وان مكن أن يكون ابنا لواحد منهما لم يكن ابناً لواحد منهما ، وان أمكن أن يكون الولد من كل واحد منهما عرض على القافة ، فانها ان ألحقته لحقه الرضيع أيضاً •

وان ألحقته القافة بهما ، أو نفته عنهما أو لم تكن قافة ، أو كانت أو أشكل الأمر عليها فان الولد يترك الى أن يبلغ وينسب الى من يميل اليه طبعه فاذا انتسب الى أحدهما لحقه نسبه ، وتبعه الرضيع ، وان كان الولد معتوهاً أو مجنوناً لم يصح انتسابه • فان كان للولد ولد لم يصح أن ينتسب الى أحدهما مادام أبوه حياً فان مات الولد قبل أن يلحق بأحدهما بالقافة ، أو بالانتساب ، وأقام ولده مقامه فى الانتساب الى أحدهما فاذا انتسب الى أحدهما تبعه الرضيع •

وان لم يكن له ولد قال الشافعى : ضاع نسبه ، يريد أنه لا ينسب الى أحدهما وما حكم الرضيع ؟ فيه قولان :

(أحدهما) أنه يكون ابنهما لأن اللبن قد يثور للوطء ، وقد يثور للولد فعلى هذا لا يجوز له أن يتزوج ببنت أحدهما .

(القول الثانى) لا يكون ابنهما لأن الرضيع تابع للولد فاذا لم يجز أن يكون الولد ابنهما فكذلك الرضيع .

فعلى هذا هل له أن ينسب الى من يميل طبعه أنه ارتضع بلبنه منهما ؟ فيه قولان :

(أحدهما) لا يجوز أن ينسب الى أحدهما لأن الولد انما جوز له أن ينسب الى أحدهما لأنه مخلوق من ماء أحدهما وطبع الانسان يميل الى من خلق من مائه ، وهذا المعنى لا يوجد فى الرضيع ، ولهذا يجوز عرض الولد على القافة ، ولا يجوز أن يعرض الرضيع على القافة .

(والثانى) يجوز له أن ينسب الى من يميل طبعه اليه لأن طبعه يميل الى من ارتضع بلبنه لأن اللبن يؤثر فى الطباع .

فاذا كانت المرضعة على صفة من حسن خلق أو غيره انتقل ذلك الى من أرضعته ولهذا قال صلى الله عليه وسلم : « أنا أفصح العرب ولا فخر مبدئى من قريش ، ونشأت فى بنى سعد ، وارتضعت فى بنى زهرة » مبدئى أى من أجل أنى من قريش .

وروى أن عمر رأى رجلا فقال : أنت من بنى فلان ؟ فقال : لست منهم نسباً انما انا منهم رضاعاً ، وقيل ان المولود اذا سقى لبن البهيمة تطبع بطبع البهيمة فاذا قلنا له أن ينسب الى أحدهما فانتسب الى أحدهما صار ابنا له وجاز أن يتزوج بنت الآخر ، وان قلنا : ليس له أن ينتسب الى أحدهما فهل له أن يتزوج بنت أحدهما ؟ فيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) ليس له أن يتزوج بنت أحدهما ، وهو اختيار الشيخ أبى اسحاق لأنا تحققنا أن احداهما محرمة عليه وان جهلنا عينها فحرمتا عليه كما لو اختلطت أجنة بأجنة واشتبهتا عليه .

(والثانى) وهو اختيار أبى على بن أبى هريرة أن له أن يتزوج بنت أحدهما فاذا تزوج بنت أحدهما حرمت عليه الأخرى على التأبيد لأن قبل التزويج يجوز تحريم كل واحدة منهما فاذا تزوج احداهما فقد قطع أن الأخرى هى المحرمة عليه فحرمت عليه أبداً كما لو اشتبه عليه اناءان فى أحدهما نجاسة فأداه اجتهاده الى طهارة أحدهما وتوضأ به فان النجاسة تتعين فى الآخر •

(والثالث) وهو قول أبى اسحق واختيار أبى حامد أنه يجوز له أن يتزوج بنت كل واحد منهما على الانفراد لأن قبل الرضاع كانتا حلالا له وبعده شككنا فى المحرمة منهما • ولا يزال اليقين بالشك ، ولا يجوز له الجمع بينهما لأن الخطأ يتيقن بالجمع كما لو رأى رجلان طائراً فقال أحدهما ان كان هذا الطائر غراباً فعبدى حر ، وقال الآخر ان لم يكن غراباً فعبدى حر فطار ولم يعرف فانه لا يعتق أحدهما عبده فاذا اجتمعا فى ملك أحدهما قال الشيخ أبو اسحق عتق عليه أحدهما ، وقال الشيخ أبو حامد يعتق عليه عبد الآخر لأن امساكه لعبده اقرار منه بحرية عبد الآخر •

فرع وان أتت امرأته بولد وأرضعت بلبنه طفلا فنفى الزوج الولد باللعان كان الرضيع ابن المرضعة دون الزوج لأن الرضيع تابع للولد فاذا لم يثبت نسب الولد لم يكن الرضيع ابناً له ، وان زنى رجل بامرأة فأتت بولد فأرضعت بلبنها صغيره ثبت التحريم بينهما وبين أولاد المرضعة ، ولا يثبت التحريم بين المرضعة وبين الزانى لأنها تابعة للولد والولد غير ثابت النسب منه ، وكذلك الرضيع والورع للزانى أن لا يتزوجها ، وقال أبو حنيفة : « لا يجوز له أن يتزوجها » وقال أبو حنيفة ، « لا يجوز له أن يتزوجها » ، وقد مضى الدليل عليه فى النكاح » •

فرع وان كان لرجل خمس أمهات أولاد له منهن لبن طفل فارتضع طفل من كل واحدة منهن رضعة لم تصر واحدة منهن أما له لأنه لم يرتضع منها رضاعاً تاماً ، وهل يصير سيدهن أبا له ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول ابن سريج ، والأنماطى ، وابن الحداد أنه لا يصير أبا له لأن الأبوة تابعة للأمومة فاذا لم يثبت بهذا الرضاع أمومة لم يثبت به أبوة .

(والثانى) وهو قول أبى اسحق المروزى ، وابن الفاص قال القاضى أبو الطيب والشيخ أبو اسحق ، وهو الأصح أنه يصير أباً له لأنه ارتضع من لبنه خمس رضعات متفرقات فهو كما لو ارتضع ذلك من واحدة منهن فان كان لرجل خمس أخوات لهن لبن فارتضع صبى من كل واحدة منهن رضعة لم تصر واحدة منهن أماً له وهل يصير أخوهن خالا له ؟ قال أكثر أصحابنا فيه وجهان كالتى قبلها ، قال الشيخ أبو حامد : فاذا قلنا يصير خالا لم يجز للرضيع أن يتزوج بواحدة من المرضعات له لأنها خالته ، وقال ابن الصباغ : هذا بعيد لأن الخؤولة فرع على الأمومة فاذا لم تثبت الأمومة لم تثبت الخؤولة بخلاف الأبوة ، وان كان لأمرأة خمس بنات لهن لبن فارتضع صبى من كل واحدة منهن رضعة لم تصر واحدة منهن أماً له هل تصير أمهن جدة له ؟ قال القاضى أبو الطيب : من قال فى خمس أمهات الأولاد أن سيدهن لا يصير أباً له قال ها هنا لا تصير أم المرضعات جدة له ، ومن قال هناك يصير سيدهن أباً له خارج فى الجدة ها هنا وجهين :

(أحدهما) لا تصير جدة له لأن كونها جدة فرع على كون بنتها أماً ، فاذا لم تثبت أمومة بينها لم تصر جدة .

(والثانى) تصير جدة له وهو اختيار القاضى أبى الطيب لأنه ارتضع من لبن ولد منها خمس رضعات متفرقات فهو كما لو ارتضعه من واحدةمنهن، فاذا قلنا بهذا فالذى يقتضى المذهب أنه لا يحل له نكاح واحدة من المرضعات لأنها بنت جدته ولا يحل له نكاح بنت جدته من النسب فكذلك من الرضاع وان كان لرجل أم لها لبن وأخت لها لبن وبنت لها لبن وزوجة لها لبن وامرأة أخ لها لبن فارتضع صبى من كل واحدة منهن رضعة لم تصر واحدة منهن أماً له وهل تثبت الحرمة بينه وبين هذا الرجل ؟ يبنى على ثبوت الحرمة للجدة فى التى قبلها ، وان قلنا : لا يثبت للجدة حرمة فهاهنا أولى أن لا يثبت ، وان قلنا : يثبت للجدة حرمة فهاهنا وجهان :

(أحدهما) يثبت لأنه قد وجد العدد فى حقه .

(والثانى) لا يثبت لأن الرضعات من جهات مختلفة فلا يمكن أن يسمى له أباً ولا أخاً ولا جداً ولا عما ولا خالا بخلاف الجدة .

فـــرع وان كان لرجل زوجة له منها لبن فأرضعت به طفلا ثلاث رضعات ثم طلقها الزوج وانقضت عدتها منه وتزوجت آخـر وولدت منـه وأرضعت ذلك الطفل رضعتين صارت أماً له ولم يصر واحد من الزوجين أباً له لأنه لم يرضع من لبن أحدهما خمس رضعات .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان كان للرجل زوجة صغيرة فشربت من لبن امـه خمس رضعات انفسخ بينهما النكاح لانها صارت اخته ، وان كانت له زوجـة كبيرة وزوجة صغيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة خمس رضعات انفسخ نكاحهما ، لانه لا يجوز أن يكون عنده امراة وابنتها ، فان كان له زوجتان صـغيرتان فجاءت امراة فارضعت احداهما خمس رضعات ، ثم ارضعت الأخرى خمس رضـعات ففيه قولان :

(احدهما) ينفسخ نكاحهما ، وهو اختيار المزنى لانهما صارتا اختين فانفسخ نكاحهما ، كما لو ارضعتهما فى وقت واحد .

(والثانى) انه ينفسخ نكاح الثانية ، لان سبب الفسخ حصل بالثانيـة فاختص نكاحها بالبطلان ، كما لو تزوج احدى الأختين بعد الأخرى .

فصـــل ومن افسد نكاح امراة بالرضاع فالمنصوص انه يلزمه نصف مهر المثل ونص فى الشاهدين بالطلاق اذا رجعا على قولين :

(احدهما) يلزمهما مهر المثل .

(والثانى) يلزمهما نصف مهر المثل . واختلف أصحابنا فيه ، فنقـل ابو سعيد الاصطخرى جوابه من احـدى المسـالتين الى الأخـرى وجعلهـما على قولين :

(احدهما) يجب مهر المثل لأنه اتلف البضع فوجب ضمان جميعه .

(والثانى) يجب نصف مهر المثل لانه لم يغرم الصغيرة الا نصف بدل البضع فلم يجب له أكثر من نصف بدله .

وقال أبو اسحاق : يجب فى الرضاع نصف المهر وفى الشهادة يجب الجميع ، والفرق بينهما أن فى الرضاع وقعت الفرقة ظاهراً وباطناً وتلف البضع عليه . وقد رجع اليه بدل النصف فوجب له بدل النصف . وفى الشهادة لم يتلف البضع فى الحقيقة ، وانما حيل بينه وبين ملكه فوجب ضمان جميعه ، والصحيح طريقة أبى اسحاق وعليها التفريع . وان كان لرجل زوجة صغيرة فجاء خمسة انفس وأرضع كل واحد منهم الصغيرة من لبن أم الزوج أو أخته رضعة وجب على كل واحد منهم خمس نصف المهر لتساويهم فى الاتلاف ، وان كانوا ثلاثة فأرضعها أحدهم رضعة وأرضعها كل واحد من الآخرين رضعتين ففيه وجهان :

(احدهما) أنه يجب على كل واحد منهم ثلث النصف ، لأن كل واحد منهم وجد منه سبب الاتلاف فتساووا فى الضمان ، كما لو طرح رجل فى خل قدر دانق من نجاسة ، وآخر قدر درهم .

(والثانى) يقسط على عدد الرضعات فيجب من أرضع رضعة الخمس من نصف المهر ، وعلى كل واحد من الآخرين الخمسان ، لأن الفسخ حصل بعدد الرضعات فتقسط الضمان عليه .

فصل اذا ارتضعت الصغيرة من ام زوجها خمس رضعات والأم نائمة سقط مهرها لأن الفرقة قد حصلت بفعلها فسقط مهرها ولا يرجع الزوج عليها بمهر مثلها ولا بنصفه ، لأن الاتلاف من جهة العاقد قبل التسليم لا يوجب غير المسمى ، فان ارتضعت من أم الزوج رضعتين والأم نائمة وأرضعتها الأم تمام الخمس والزوجة نائمة وارضعتها الأم تمام الخمس والزوجة نائمة ففيه وجهان .

(احدهما) انه يقسط من نصف المسمى نصفه وهو الربع ، ويجب الربع .

(والثانى) يسقط على عدد الرضعات فيسقط من نصف المسمى خمسان ويجب ثلاثة اخماسه ووجههما ما ذكرناه فى المسالة قبلها وبالله التوفيق) .

الشرح اذا تزوج الرجل صغيرة فأرضعته أمه وأخته أو امرأة ينفسخ النكاح برضاعها خمس رضعات متفرقات ، فان كان قد سمى لها صداقاً فاسداً وجب لها نصف مهر المثل ، وان سمى لها صداقاً صحيحا وجب

لها نصف المسمى ويرجع الزوج على المرضعة بضمان ما أتلفته من البضع ، سواء تعمدت فسخ النكاح أو لم تتعمد • وقال مالك : لا يرجع بشيء •

وقال أبو حنيفة : ان تعمدت فسخ النكاح رجع عليها ؛ وان لم تتعمد فسخ النكاح لم يرجع عليها •

دليلنا قوله تعالى : « وا نفاتكم شيء من أزواجكم الى الكفار فعاقبتم فآتوا الذين ذهبت أزواجهم مثل ما أنفقوا » وذلك أن النبى صلى الله عليه وسلم صالح قريشاً عام الحديبية على أن المرأة المسلمة اذا هاجرت ردها زوجها اليهم فنهاه الله عن ذلك وأمره برد مهورهن الى أزواجهن لأنه حال بينهن وبين أزواجهن ، فدل على أن كل من حال بين الرجل وبين زوجته كان عليه ضمان البضع ، وهذه المرضعة قد حالت بينها وبين زوجها فكان عليها الضمان • وعند أبى حنيفة أن كل ما ضمن بالعهد ضمن بالخطأ كالأموال •

فرع اذا تزوج رجل صغيرة لها دون الحولين فأرضعتها أمه من النسب أو الرضاع خمس رضعات متفرقات انفسخ نكاحه منها لأنها ان أرضعتها بلبن أبيه صارت أخته لأبيه وأمه وان أرضعتها بغير لبن أبيه صارت أخته لأمه ، وان أرضعتها أم أمه من النسب أو الرضاع انفسخ نكاحه منها لأنها صارت خالته وان أرضعتها امرأة أبيه نظرت فان كان بلبن أبيه انفسخ نكاحه منها لأنها صارت أخته لأبيه وان أرضعتها بغير لبن أبيه لم ينفسخ النكاح لأنها تصير بنت امرأة أبيه وهى لا تحرم عليه ، وان أرضعتها أم أبيه من النسب أو الرضاع انفسخ النكاح لأنها تصير عمته وان أرضعتها ابنته من النسب أو الرضاع انفسخ النكاح لأنها تصير بنت أبيه وان أرضعتها بغير لبن ولده لم ينفسخ النكاح ، وان أرضعتها امرأة أخيه بلبن أخته انفسخ النكاح لأنها تصير بنت أخيه ؛ وان أرضعتها بغير لبن أخته لم ينفسخ النكاح وان أرضعتها امرأة عمه أو امرأة خاله لم ينفسخ النكاح لأن بنت عمه وبنت خاله لا تحرم عليه وان أرضعت امرأة أجنبية صبياً أو صبية لهما دون الحولين

ثم كبر الغلام فله أن يتزوج أم أخته للرضاع من النسب وأختها لأنه ليس بينهما ما يوجب التحريم وكذلك لو كان لأخته من النسب أمه من الرضاع جاز له أن يتزوجها •

فـــرع وان كان لرجل زوجة كبيرة وزوجة صغيرة لها دون الحولين فأرضعت الكبيرة خمس رضعات متفرقات انفسخ نكاحها بكل حال لأنها تصير بنتاً لها ولا يجوز الجمع بين المرأة وبنتها فان أرضعتها بلبن الزوج حرمتا على التأبيد لأن الكبيرة صارت من أمهات نسائه والصغيرة صارت بنتاً له ؛ وان أرضعتها بلبن الزوج حرمت عليه الكبيرة على التأبيد سواء دخل بها أو لم يدخل لأنها صارت من أمهات النساء • أما الصغيرة فان كان قبد دخل بالكبيرة حرمت أيضاً على التأبيد لأنها ربيبته دخل بأمها وان لم يدخل بالكبيرة لم تحرم عليه الصغيرة على التأبيد بل يجوز له العقد عليها لأنها ربيبة لم يدخل بأمها •

اذا ثبت هذا فحكم القدر الذى يرجع به على المرضعة ، نص الشافعى ههنا أنه يرجع عليها بنصف مهر المثل ، ونص فى الشاهدين اذا شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول وحكم بشهادتهما ثم رجعا عن الشهادة فانها لا ترد اليه ، وبماذا يرجع الزوج عليهما ؟ فيه قولان : (أحدهما) يرجع عليهما بنصف مهر المثل • (والثانى) يرجع عليهما بجميع مهر المثل ، لأنها أتلفت عليه البضع فرجع عليهما بقمته • (والثانى) يرجع عليهما بنصف مهر المثل ، لأنه لم يغرم الا نصف بدل البضع فلم يجب له أكثر من نصف بدله ، وحملها أبو اسحاق وأكثر أصحابنا على ظاهرهما فجعلوا فى الشاهدين قولين ، وفى المرضعة للزوج يرجع عليها بنصف مهر المثل قولا واحداً ، لأن الفرقة فى الرضاع وقعت ظاهراً وباطناً ، والذى غرم الزوج نصف المهر فلم يرجع عليها بأكثر من بدله • وفى الشاهدين لم تقع الفرقة ظاهراً وباطناً ، وانما وقعت فى الظاهر وهما يقران أنها زوجته الآن ؛ وانما حالا بينه وبينها فرجع عليهما بقيمة جميع البضع : وقال أبو حنيفة : يرجع على المرضعة بنصف المسمى •

دليلنا أن هذا تعلق بالاتلاف فلم يضمن بالمسمى ، وانما يضمن بقيمته كضمان الأموال ، فاذا قلنا يرجع عليها بنصف مهر المثل ــ وهو الأصح وعليه التفريع ــ فجاء خمسة أنفس وأرضعوا الصغيرة من أم الزوج كل واحد منهم رضعة • فان الزوج يرجع على كل واحد منهم بخمس نصف مهر ليساويهم فى الاتلاف • وان كانوا ثلاثة فأرضعهما اثنان كل واحد منهما رضعة من لبن أم الزوج وأرضعها للثالث منها ثلاث رضعات ففيه وجهان •

(أحدهما) يجب على كل واحد منهم ثلث نصف مهر المثل ، لأن كل واحد منهم وجد منه سبب الاتلاف فتساووا فى الضمان ، كما لو كان عبد بين ثلاثة لأحدهم النصف وللآخر السدس وللثالث الثلث ، فأعتق صاحب النصف وصاحب السدس نصيبهما فى وقت واحد •

(والثانى) يقسط النصف على عدد الرضعات فيجب على من أرضع رضعة خمس نصف مهر المثل وعلى من أرضع ثلاث رضعات ثلاثة أخماس نصف مهر المثل ، لأن الفسخ حصل بعدد الرضعات فقسط الضمان عليهن •

فرع وان كان للرجل ثلاث زوجات صغيرات ورابعة كبيرة وللكبيرة ثلاث بنات من النسب أو الرضاع لهن لبن ، فأرضعت كل واحدة من بنات الزوجة الكبيرة واحدة من الثلاث الزوجات الصغار نظرت ــ فان وقع رضاعهن دفعة واحدة بأن اتفقن فى الخامسة ــ انفسخ نكاح الكبيرة والصغائر ، لأنه لا يجوز الجمع بينهن وبين جدتهن وان كان الزوج لم يدخل بالكبيرة فانهن يرجعن عليه بنصف المسمى ، ويرجع الزوج على كل واحدة من بنات الكبيرة بنصف مهر الصغيرة التى أرضعت ، ويرجع على الثلاث المرضعات بنصف مهر الكبيرة بينهن أثلاثا • ومن أصحابنا من قال : يرجع بنصف مهر كل واحدة من الصغار على الثلاث المرضعات بينهن بالسوية كنصف مهر الكبيرة ؛ لأنهن اشتركن فى افساد نكاح كل واحدة منهن ، والأول أصح • وتحرم عليه الكبيرة على التأبيد • وأما الصغار فلا يحرمن عليه بل يجوز له ابتداء عقد النكاح على كل واحدة منهن ، ويجوز له الجمع

بينهن لأنهن بنات خالات ، وان كان قد دخل بالكبيرة حرمن جميعاً على التأبيد ، والكلام فى مهور الصغائر ما مضى ، وأما مهر الكبيرة فانه يرجع على الثلاث المرضعات بينهن أثلاثا •

وقال ابن الحداد : لا يرجع عليهن بمهر المثل لأنه قد وطئها ، فلو ثبت له الرجوع لكانت فى المعنى المرهونة ، وهذا ليس بصحيح ، لأن المهر يرجع به على غيرها فلا تكون فى معنى المرهونة •

وان تقدم ارضاع بعضهن على بعض فان الأولة من بنات الكبيرة لما أرضعت واحدة من الصغار انفسخ نكاح الصغيرة والكبيرة ورجع الزوج على المرضعة بنصف مهر مثل الصغيرة وبنصف مهر الكبيرة ان لم يدخل بها وبجميع مهرها ان دخل بها على الأصح وحرمت الكبيرة على التأبيد ، فلما أرضعت الثانية الصغيرة وأرضعت الثالثة الصغيرة الثالثة ، فان كان الزوج قد دخل بالكبيرة انفسخ نكاحهما لأنهما بنتا ابنةٍ امرأته المدخول بها والكلام فى مهرهما على ما مضى ، وان كان لم يدخل بالكبيرة لم ينفسخ نكاحهما لأنهما بنتا ابنة امرأته التى لم يدخل بها •

فرع وان كان له أربع زوجات كبيرة وثلاث صغار لهن دون الحولين فأرضعت الكبيرة كل واحدة منهن خمس رضعات متفرقات نظرت فان أرضعتهن بلبن الزوج انفسخ نكاح الزوج وحرمن على التأبيد سواء دخل بالكبيرة أو لم يدخل بها وسواء أرضعتهن فى حالة واحدة أو فى أوقات متفرقات لأن الصغار صرن بناته وصارت الكبيرة أماً لهن ولا يجوز الجمع بين المرأة وابنتها ، وان أرضعتهن بغير لبن الزوج ففيه أربع مسائل :

(احداهن) أن ترضع اثنتين منهن فى حالة واحدة والثالثة بعدهما وذلك بأن ترضع كل واحدة من الأولتين أربع رضعات ثم ألقمت كل واحدة منهما ثدياً فى الخامسة وارتضعتا معاً وقطعتا أو حلبت اللبن فى موضعين وسقتهما ذلك اللبن فى حالة واحدة ، ثم أرضعت الثالثة بعد ذلك فان نكاح الكبيرة

والأولتين ينفسخ • أما الكبيرة فلأنه لا يجوز الجمع بينها وبين ابنتهـا فى النكاح • وأما الصغيرتان فانه لا يجوز الجمع بينهما وبين أمهـا ولأن كل واحدة منهما صارت أخت الأخرى ولا يجوز الجمع بين الأختين وتحرم الكبيرة على التأبيد سواء دخل بها أو لم يدخل بها لأنها صارت من أمهات النسـاء وأما الصغيرتان فان كان دخل بالكبيرة حرمتا أيضاً على التأبيد لأنهما ربيبتان دخل بأمهما فان لم يدبل بالكبيرة جاز له أن يعقد على كل واحدة منهما لأيهما ربيبتان لم يدخل بأمهما ولا يجوز أن يجمع بينهما لأنهما أختان فاذا أرضعت الثالثة بعد ذلك فان كان قد دخل بالكبيرة انفسخ نكاح الثالثة لأنها ربيبـة قد دخل بأمها وحرمت على التأبيد وان لم يدخل بالكبيرة لم ينفسخ نـكاح الثالثة لأنها ربيبة لم يدخل بأمها •

(الثانية) اذا أرضعت الأولة خمس رضعات ثم أرضعت الأخرتين معـاً فانها لما أرضعت الأولة انفسخ نكاح الكبيرة ونكاح الأولة وحرمت الكبيرة على التأبيد فان كان قد دخل بالكبيرة حرمت الأولة على التأبيد وان لم يدخل بها لم تحرم على التأبيد • وأما الأخريان فان نكاحهما ينفسخ لأنهما صارتا أختين فى حالة واحدة ولا يجوز الجمع بين الأختين فان كان قد دخل بالكبيرة حرمتا على التأبيد وان لم يدخل بها لم يحرما على التأبيد •

(الثالثة) اذا أرضعت الثلاث واحدة بعد واحدة فانها لما أرضعت الأولة انفسخ نكاح الكبيرة والصغيرة لأنه لا يجوز الجمع بين المرأة وبنتها وتحرم الكبيرة على التأبيد بكل حال•وأما الصغيرة فان كان قد دخل بالكبيرةحرمت أيضاً على التأبيد وان لم يدخل بالكبيرة لم تحرم على التأبيد فاذا أرضعت الثانية فهل ينفسخ نكاحها نظرت فان كان قد دخل بالكبيرة انفسخ نكاحها لأنها ربيبة قد دخل بأمها وحرمت على التأبيد وان لم يدخل بالكبيرة لم ينفسخ نكاحها لأنها ربيبة لم يدخل بأمها فاذا أرضعت الثالثة فان كان قد دخـل بالكبيرة انفسخ نكاحها وحرمت على التأبيد ، وان لم يدخل بالكبيرة فقـد صارت هى والثانية أختين وما الحكم فيهما ؟ فيه قولان :

قال فى القديم ينفسخ نكاحهما وبه قال أبو حنيفة واختاره المزنى لأنهما أخوة اجتمعت فى النكاح فانفسخ النكاح كما لو أرضعتهما معاً والثانى ينفسخ الثالثة وحدها لأن الجمع تم بها فاختصت بفساد النكاح كما لو تزوج بأختين احداهما بعد الأخرى فان فساد النكاح يختص بالثانية .

(الرابعة) اذا أرضعته فى حالة واحدة بأن ترضع كل واحدة أربع رضعات ؛ ثم تحلب ثلاثة أوقات متفرقة ثم تسقين الخامسة دفعة واحدة فينفسخ نكاح الكبيرة وجميع الصغاءر وتحرم الكبيرة على التأبيد . وأما الصغار فان دخل بالكبيرة حرمن على التأبيد وان لم يدخل بها لم يحرمن على التأبيد الا أنهن صرن أخوات فلا يجوز له الجمع بين اثنتين منهن وانما له أن يتزوج كل واحدة منهن على الانفراد .

فرع اذا كان له ثلاث زوجات كبيرتان وصغيرة فأرضعتها كل واحدة من الكبيرتين أربع رضعات ثم حلبت كل واحدة منهما لبناً منها وخلطتاه ؛ وسقتاه الصغيرة معاً انفسخ نكاح الكبيرتين والصغيرة وعلى الزوج للصغيرة نصف المسمى وللزوج على الكبيرتين نصف مهر مثل الصغيرة بينهما نصفين .

وأما مهر الكبيرتين فان كان قد دخل بهما فلهما عليه المهر المسمى ؛ ويرجع الزوج على كل واحدة منهما بنصف مهر مثل صاحبتها ، لأن كل واحدة منهما أتلفت بضع صاحبتها ، ونكاح كل واحدة منهما انفسخ بفعل نفسها ، وفعل صاحبتها فلا تضمن كل واحدة منهما من مهر صاحبتها الا ما قابل فعلها ، وان كان لم يدخل بهما فلكل واحدة منهما ربع مهرها المسمى على الزوج ، لأنه لو لم يكن من جهتها سبب فسخ النكاح لاستحقت نصف مهرها المسمى . ولو انفسخ نكاحها بفعلها سقط جميع مهرها ، فاذا انفسخ نكاحها قبل الدخول لا مهر لها ، وما قابل فعل صاحبتها لا يسقط ، ويرجع الزوج على كل واحدة منهما بربع مهر مثل صاحبتها لأنه قيمة ما أتلفته من بضع صاحبتها .

قال الشيخ أبو حامد : فان كانت بحالها الا أن أحدهما انفرد بايجارها اللبن المخلوط منهما انفسخ نكاح الجميع ، وللصغيرة على الزوج نصف المسمى ، ويرجع الزوج على المؤجرة بنصف مهر الصغيرة لأنها هى انفردت بالاتلاف .

وأما مهر الكبيرتين ــ فان كان الزوج لم يدخل بالتى لم تؤجر ــ كان لها على الزوج نصف المسمى ، ويرجع الزوج على المؤجرة بنصف مهر مثل التى لم تؤجر ، وان كان قد دخل بالتى لم تؤجر فلها على الزوج جميع ما سمى لها ، ويرجع الزوج على المؤجرة بجميع مهر مثل التى لم تؤجر .

وأما مهر المؤجرة ــ فان كان ذلك قبل الدخول بها ــ فلا شىء لها ، وان كان بعد الدخول عليها فلها جميع المسمى ولا يسقط عنه شىء منه وتحرم الكبيرتان عليه على التأبيد بكل حال .

وأما الصغيرة ــ فان دخل بالكبيرتين أو باحداهما حرمت عليه على التأبيد ، وان لم يدخل بواحدة منهما جاز له ابتداء العقد على الصغيرة .

فرع وان تزوج صغيرة فارتضعت من أم الزوج خمس رضعات متفرقات ، والأم قائمة انفسخ نكاحها وسقط مهرها ، لأن الفسخ جاء من قبلها قبل الدخول فان ارتضعت من الأم رضعتين وهى نائمة ، ثم أرضعتها الأم ثلاث رضعات متفرقات انفسخ نكاحها .

قال الشيخ أبو اسحاق : وفى قدر ما يسقط عنه من نصف المسمى وجهان .

(أحدهما) يسقط نصفه وهو الربع ويجب عليه الربع .

(والثانى) يقسط على عدد الرضعات فيسقط من نصف المسمى الخمسان ، ويجب ثلاثة أخماسه ، فاذا قلنا بالأول وجب على الأم للزوج ربع مهر المثل ، واذا قلنا بالثانى وجب على الأم ثلاثة أخماس نصف مهر المثل .

وان تقاطر من لبن أمه فى حلق زوجته الصغيرة فوصل الى جوفها خمس رضعات انفسخ نكاحها فوجب عليه للصغيرة نصف المسمى ؛ ولا يرجع الزوج على الأم بشىء لأنه ليس من جهة أحدهما فعل •

فـــرع وان ارتضعت زوجته الصغيرة من زوجته الكبيرة خمس رضعات متفرقات والكبيرة قائمة انفسخ نكاحهما وسقط مهر الصغيرة ، وان كان لم يدخل بالكبيرة رجعت على الزوج بنصف مهرها المسمى ، ورجع الزوج فى مال الصغيرة بجميع مهر مثل الكبيرة على قول أكثر أصحابنا ، ولا يرجع عليها بشىء على قول ابن الحداد •

فـــرع وان كان له زوجة صغيرة وزوجة كبيرة وللكبيرة ابن من غير هذا الزوج له زوجة لها لبن من ابن الكبيرة فارضعت به الصغيرة انفسخ نكاح الكبيرة والصغيرة ؛ لأن الكبيرة صارت جدة الصغيرة ، ولا يجوز الجمع بين المرأة وجدتها ؛ وتحرم الكبيرة على التأبيد ، وأما الصغيرة ــ فان كان قد دخل بالكبيرة ــ حرمت عليه على التأبيد ، وان لم يدخل بالكبيرة لم تحرم عليه على التأبيد ؛ ويجب على الزوج لصغيرة نصف المسمى ، ويرجع الزوج على زوجته الكبيرة بنصف مهر مثل الصغيرة • وأما الكبيرة فان لم يدخل بها وجب لها نصف مهرها المسمى ، ويرجع على زوجة الابن بنصف مهر مثل الكبيرة ؛ وان دخل بالكبيرة رجعت الكبيرة بجميع مهرها المسمى ؛ ويرجع الزوج على زوجة ابنها بجميع مثل الكبيرة على قول أكثر أصحابنا ولا يرجع عليها بشىء ها هنا على قول ابن الحداد •

فـــرع وان كان له زوجة كبيرة وصغيرة فطلق الصغيرة ثم أرضعتها الكبيرة انفسخ نكاح الكبيرة لأنها صارت أم من كانت له زوجة ، وان طلق الكبيرة ، وأرضعت الصغيرة ، فان أرضعتها بلبن الزوج انفسخ نكاح الصغيرة لأنها صارت ابنته ، وان أرضعتها بغير لبن الزوج فان كانت الكبيرة مدخولا بها انفسخ نكاح الصغيرة أيضاً لأنها صارت بنت امرأة له مدخول بها ؛ وان لم يدخل بالكبيرة لم ينفسخ نكاح الصغيرة لأنها بنت امرأة لم يدخل بها •

فـــرع اذا كان له أربع زوجات ثلاث منهن كبار وواحدة صغيرة فأرضعتها كل واحدة من الثلاث الكبار خمس رضعات متفرقة انفسخ نكاح الجميع لأن كل واحدة من الكبار صارت أما لمن كانت له زوجـة ، ويحرمن الكبار على التأبيد وأما الصغيرة فان أرضعتها واحدة منهـن بلبن الزوج ؛ أو بغير لبن الزوج الا أن واحدة منهن مدخول بها حرمت على التأبيد ؛ وان لم ترضع بلبن الزوج ، ولا فى الكبار مدخول بها لم تحـرم الصـغيرة على التأبيد بل له أن يعقد عليها •

قال ابن الحداد : وان كان له ثلاث زوجات كبيرتان وصغيرة فأرضعتها كل واحدة أربع رضعات ثم حلبتا فى مسقط لبنهـما وأوجرتاها تمت بهـا الخامسة من كل واحدة منهما فينفسخ نكاح الجميع ، وتحـرم الكبيرتان على التأبيـد بكل حال • وأما الصـغيرة فان كان دخـل بالكبيرتين ، أو باحداهما حرمت الصغيرة أيضاً على التأبيد ، وان لم يدخل بواحدة منهما لم تحرم على التأبيد •

قلت وهذا اذا كان اللبن لغـير الزوج ، وأما اذا كان لبنهـما أو لبن احداهما للزوج فان الصغيرة تحرم عليه على التأبيد على كل حال •

فـــرع وان كان له زوجتان كبيرة وصغيرة فأرضعت أم الكبيرة الصغيرة خمس رضعات انفسخ نكاح الكبيرة والصغيرة لأنه صار جامعـاً بين نكاح أختين وذلك لا يجوز وان أرضعتها جدة الكبيرة انفسخ نكاحهما لأن الصغيرة صارت خالة الكبيرة ، وان أرضعتها أخت الـكبيرة انفسـخ نكاحهما لأن الكبيرة تصير خالة الصغيرة فان أرضعتها أم أبى الكبيرة انفسخ نكاحهما لأن الصغيرة صارت عمة الكبيرة ، ويجوز له أن يعقـد على كل واحدة منهما على الانفراد لأنه لا يمنع أن يتزوج بخالة من كانت زوجتـه ولا عمتها سواء دخل بالكبيرة أو لم يدخل بها •

فـــرع وان كان لرجل زوجتان كبيرة وصغيرة فطلقهما وتزوجهما

آخر فأرضعت الكبيرة الصغيرة انفسخ نكاحهما من الثانى فان أراد الأول أن يتزوج بهما لم يجز له أن يتزوج بالكبيرة لأنها أم من كانت زوجته وما الصغيرة ، فان دخل بالكبيرة لم يجز له أن يتزوج بالصغيرة أيضاً لأنها بنت امرأة دخل بها ، وان لم يكن دخل بالكبيرة فله أن يتزوج بها لأنها بنت امرأة لم يدخل بها •

فرع وان كان لرجل زوجة كبيرة ولآخر زوجة صغيرة فطلق كل واحد منهما زوجته فتزوج من كانت تحته الصغيرة الكبيرة وتزوج من كان تحته الكبيرة الصغيرة ثم أرضعت الكبيرة الصغيرة فان نكاح الكبيرة ينفسخ وتحرم على التأبيد لأنها صارت أم من كانت زوجته •

وأما الصغيرة فان كان زوجها قد دخل بالكبيرة قبل أن يطلقها انفسخ نكاح الصغيرة وحرمت عليه على التأبيد لأنها بنت امرأة دخل بها ؛ وان لم يكن دخل بها لم ينفسخ نكاحها لأنها بنت امرأة لم يدخل بها •

فرع قال المزنى فى المنثور : اذا زوج الرجل أمته الكبيرة بعبده الصغير ثم أعتقها سيدها فاختارت فسخ النكاح لكونها حرة تحت عبد ثم تزوجت بآخر وولدت له وأرضعت بلبنه زوجها الأول انفسخ نكاحها من زوجها لأنها حليلة ابنه • قال أصحابنا : وهكذا اذا زوج الرجل ابنه الطفل الكبيرة فوجدت به عيباً ؛ وفسخت النكاح ثم تزوجت بكبير وولدت منه وأرضعت بلبنه زوجها الأول انفسخ نكاحها من زوجها لأنها حليلة ابنه وحرمت عليهما على التأبيد •

وان تزوجت امرأة برجل وحصل لها منه لبن فطلقها ، و تزوجت بعده بطفل فأرضعته بلبن الزوج الأول خمس رضعات انفسخ نكاحها من الصغير وحرمت عليه على التأبيد لأنها أمه وحليلة ابنة ، وحرمت على زوجها الأول على التأبيد لأنها حليلة ابنه •

فرع اذا كان هناك أخوان لأحدهما ابن وللآخر ابنة فزوج الصغيران أحدهما من الآخر فأرضعت أم الأخوين أحد الصغيرين انفسخ

نكاحهما لأنها ان أرضعت الابن صار عم زوجته ؛ وان أرضعت الأبنة صارت عمة زوجها ؛ وان زوج الصغير بابنة عمه الصغيرة فأرضعت جدتهما أحدهما انفسخ نكاحها لأنها ان أرضعت الابن صار خال زوجتـــه ؛ وان أرضعت الابنة صارت عمة زوجها ؛ وان زوج الصغير بابنة خاله الصغيرة فأرضعت جدتهما أحدهما انفسخ نكاحهما لأنها ان أرضعت الابن صار عم زوجته ؛ وان أرضعت الأبنة صارت خالة زوجها ؛ وان زوج الصـغير بابنـة خالته الصغيرة فأرضعت جدتهما انفسخ نكاحهـا لأنها أرضعت الابن صـار خال زوجته ؛ و ان أرضعت الأبنة صارت خالة زوجها .

فـــرع قال ابن الحداد : روى المزنى أن الشافعى قال فى المنثور اذا زوج أم ولده من عبده الصغير فأرضـعته بلبن مولاه خمس رضـعات انفسخ نكاحها وحرمت عليه على التأبيـد ولا تحـرم أم الولد على المولاة لأنها لم تصر أماً للصغير الا بعد زوال النكاح بينهما ؛ وكانت حليلة الصغير، ولم تكن أماً له ، ولما صار ابناً له لم تكن حليلة له وتقرير هذا أن اسـم حليلة الابن لم يوجد لأنه حين تسمى ابناً لا تسمى هى حليلة وانمـا كانت حليلة له واذا لم يثبت الاسم لم يثبت التحريم وأنكر المزنى وابن الحـداد وسائر أصحابنا ذلك وقالوا : يحرم على السيد ولا يصح هذا على مذهب الشافعى لأن زوال النكاح لا يمنع وقوع اسم حليـلة ابنـه ؛ وقد نص الشافعى على أنه اذا تزوج صغيرة وكبيرة فأرضعت الـكبيرة الصـغيرة أن نكاحهما ينفسخ لأن الكبيرة أم زوجته وليست بزوجة له حين صارت أماً لها هكذا ذكرها القاضى أبو الطيب وذكـرها الشيخ أبو حامد فى التعليق أن المزنى ذكر فى المنثور اذا كان له أم ولد لهـا منه لبن فزوجهـا من طفـل فأرضعته بلبن مولاها انفسخ النكاح بينهما ؛ قال المزنى وابن الحداد ويحرم على سيدها على التأبيد لأن الصغير صار ابنا لسـيدها من الرضاع فتكون حليلة ابنه ؛ قال الشيخ أبو حامد وأخطأ : بل لا يحرم على السد ، لأنه لم يصح النكاح بينها وبين الصغير لأن نكاح الأمة لا يصح الا بشرطين خوف العنت وعدم صداق حرة والصغير لا يوصف بخوف العنت فاذا لم يوجـد الشرط لم يصح النكاح ؛ واذا لم يصح النكاح لم تكن حليـلة ابنه والذى

حكاه القاضى صحيح اذا كان الطفل عبداً لأنه لا يعتبر خوف العنت وعدم صداق الحرة فى نكاحه للأمة والذى ذكره الشيخ أبو حامد صحيح أيضاً وهذان غير موجودين فيه .

فرع اذا كان لرجل زوجتان صغيرتان فجاءت امرأة أجنبية فأرضعت احداهما خمس رضعات ثم أرضعت الأخرى خمس رضعات فان نكاح الأخيرة ينفسخ بتمام رضعتهما الخامسة وهل ينفسخ به نكاح الأولة ؟ فيه قولان قد مضى توجيههما وهكذا لو جاءت أم احدى الزوجتين الصغيرتين فأرضعت ضرة ابنتها خمس رضعات انفسخ نكاح المرضعة وهل ينفسخ نكاح ابنة المرضعة ؟ على القولين وان كان لرجل أربع زوجات صغار وله ثلاث خالات لأب وأم أو لأم فأرضعت كل واحدة من خالاته واحدة من زوجاته وبقيت الرابعة لم ينفسخ نكاحه من احداهن لأن الثلاث المرضعات صرن بنات خالاته وابنة الخالة يجوز نكاحها فان أرضعت أم أم الزوج الرابعة انفسخ نكاحه منها وحرمت عليه على التأبيد لأنها صارت خالة له وصارت هذه الرابعة أيضاً خالة لزوجاته الثلاث وهل ينفسخ نكاحهن ؟ على القولين فى التى قبلها وان كان له ثلاث خالات متفرقات فأرضعت كل واحدة من خالاته واحدة من زوجاته فان نكاحهن لا ينفسخ فان أرضعت أم الزوج وزوجته الرابعة انفسخ نكاحها وأما زوجاته الثلاث فان فى انفساخ نكاح زوجته التى أرضعتها خالته لأبيه وأمه قولين أما نكاح التى أرضعتها خالته لأبيه فانه لا ينفسخ قولا واحداً لأن خؤولة الرابعة حصلت من جهة أم الزوج وخالة الزوج للأب من قوم آخرين وهى من جهة أب أم الزوج فلم يجتمع مرضعتها مع خالتها فى النكاح هكذا ذكر المسعودى والطبرى فى العدة وعندى أن أم أم الزوج اذا أرضعت الرابعة بلبن أبى أم الزوج كان فى نكاح مرضعة الخالة للأب أيضاً قولان وانما يفترق اذا أرضعت بغير لبن أبى أم الزوج وعلى هذا يقاس اذا كان للزوج ثلاث عمات فأرضعت كل واحدة منهن واحدة من زوجاته ثم أرضعت أم أبى الزوج الرابعة على ما مضى .

والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب النفقات

باب نفقة الزوجات

اذا سلمت المرأة نفسها الى زوجها وتمكن من الاستمتاع بها ونقلها الى حيث يريد ، وهما من أهل وهما فى نكاح صحيح ، وجبت نفقتها ، لما روى جابر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال ((اتقوا الله فى النساء ، فانكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف)) .

وان امتنعت من تسليم نفسها أو مكنت من استمتاع دون استمتاع أو فى منزل دون منزل أو فى بلد دون بلد لم تجب النفقة لأنه لم يوجد التمكين التام فلم تجب النفقة كما لا يجب ثمن المبيع اذا امتنع البائع من تسليم المبيع ، أو سلم فى موضع دون موضع ، فان عرضت عليه وبذلت له التمكين التام والنقل الى حيث يريد وهو حاضر ، وجبت عليه النفقة لأنه وجد التمكين التام .

وان عرضت عليه وهو غائب لم يجب حتى يقدم هو أو وكيله ، أو يمضى زمان لو أراد المسير لكان يقدر على أخذها ، لأنه لا يوجد التمكين التام الا بذلك وان لم تسلم اليه ولم تعرض عليه حتى مضى على ذلك زمان لم تجب النفقة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضى الله عنها ودخلت عليه بعد سنتين ، لم ينفق الا من حين دخلت عليه ولم يلتزم نفقتها لما مضى ، ولأنه لم يوجد التمكين التام فيما مضى فلم يجب بدله كما لا يجب بدل ما كلف من المبيع فى يد البائع قبل التسليم .

فصـــل وان سلمت الى الزوج أو عرضت عليه وهى صغيرة لا يجامع مثلها ففيه قولان : أحدهما تجب النفقة لأنها سلمت من غير منع . والثانى : لا يجب وهو الصحيح لأنه لم يوجد التمكين التام من الاستمتاع .

وان كانت كبيرة والزوج صغير ففيه قولان : (أحدهما) لا تجب لأنه لم يوجد التمكين من الاستمتاع . (والثانى) تجب وهو الصحيح ، لأن التمكين

وجد من جهتها وانما تعذر الاستيفاء من جهته فوجبت النفقة ، كما لو سلمت الى الزوج وهو كبير فهرب منها ، وان سلمت وهى مريضة أو رتقاء أو نحيفة لا يمكن وطؤها أو الزوج مريض أو مجبوب أو جسيم لا يقدر على الوطء وجبت النفقة لأنه وجد التمكين من الاستمتاع ، وما تعذر فهو بسبب لا تنسب فيه الى التفريط) .

الشرح حديث جابر جزء من حديث جابر الطويل فى الحج ؛ وقد ورد بمعناه عن عمرو بن الأحوص عند أصحاب السنن كلهم « أنه شهد حجة الوداع مع النبى صلى الله عليه وسلم فحمد الله وأثنى عليه وذكر ووعظ ثم قال : استوصوا بالنساء خيرا فانما هن عوان عندكم ليس تملكون منهن شيئا غير ذلك ؛ الا أن يأتين بفاحشة مبينة ؛ فان فعلن فاهجروهن فى المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح ؛ فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ؛ ان لكم من نسائكم حقا ولنسائكم عليكم حقا ، فأما حقكم على نسائكم فلا يوطئن فرشكم من تكرهون ولا يأذن فى بيوتكم لمن تكرهون ، ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا اليهن فى كسوتهن وطعامهن » .

أما خبر عائشة فقد أخرجه أحمد والبخارى ومسلم بلفظ عن عائشة رضى الله عنها « أن النبى صلى الله عليه وسلم تزوجها وهى بنت ست سنين وأدخلت عليه وهى بنت تسع سنين ومكثت عنده تسعا » وفى رواية لأحمد « تزوجها وهى بنت سبع سنين وزفت اليه وهى بنت تسع سنين » .

أما الأحكام فان الأصل فى وجوب نفقة الزوجات من الكتاب قوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ؛ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » والمولود له هو الزوج ؛ وانما نص على وجوب نفقة الزوجات حال الولادة ليدل على أن النفقة تجب لها حال اشتغالها عن الاستمتاع بالنفاس لئلا يتوهم متوهم أنه لا يجب لها .

وقوله تعالى « فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى أن لا تعولوا » .

قال الشافعي : معناه أن لا يكثر عيالكم ومن تمونونه • وقيل ان أكثر السلف قالوا معنى أن لا تعولوا أن لا تجوروا ؛ يقال عال يعول عولا اذا جار • وعال يعيل اذا كثر عياله الا زيد بن أسلم فانه قال : معناه أن لا يكثر عيالكم وقول النبي صلى الله عليه وسلم يشهد لذلك حيث قال : « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول ويدل على نفقة الزوجات قوله تعالى : « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض ؛ وبما أنفقوا من أموالهم » وقوله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته • ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ، لا تكلف نفس الا ما آتاها » ومعنى قوله تعالى « قدر عليه » أي ضيق عليه •

ومن السنة ما رواه حكيم بن معاوية القشيري عن أبيه قال « قلت يا رسول الله ما حق الزوجة ؟ فقال أن تطعمها اذا طعمت وأن تكسوها اذا اكتسيت » أخرجه النسائي وابن ماجه وأبو داود وابن حبان والحاكم وصححاه ؛ وعلق البخاري طرفا منه وصححه الدارقطني في العلل • وما قيده المصنف هنا عن جابر ، وقد وردت أحاديث منها حديث أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدقوا قال رجل عندي دينار ؛ قال تصدق به على نفسك • قال عندي دينار آخر • قال تصدق به على زوجتك • قال عندي دينار آخر ؛ قال : تصدق به على ولدك ؛ قال عندي دينار آخر • قال : تصدق به على خادمك ؛ قال عندي دينار آخر ؛ قال أنت أبصر به » رواه أحمد والنسائي ؛ ورواه أبو داود بتقديم الولد على الزوجة • واحتج به أبو عبيد بتحديد الغنى بخمسة دنانير ذهباً ؛ تقوية بحديث ابن مسعود في الخمسين درهما •

اذا ثبت هذا فلا يخلو حال الزوجين من أربعة أقسام :

(١) أن يكونا بالغين •

(٢) أن يكون الزوج بالغاً والزوجة صغيرة •

(٣) أن يكون الزوج صغيراً والزوجة كبيرة •

(٤) أن يكونا صغيرين •

فان كانا بالغين وسلمت الزوجة نفسها الى الزوج تسليما تاماً بأن تقول سلمت نفسى اليك ؛ وان اخترت أن تصير الى وتستمتع فذلك اليك • وان اخترت جئت اليك حيث شئت فعلت ــ وجبت نفقتها لأن النفقة تجب فى مقابلة الاستمتاع فاذا وجد ذلك منها فقد وجد منها التمكين منه ؛ فوجب فى مقابلته كالبائع اذ سلم المبيع وجب على المشترى تسليم الثمن • فان سلمت المرأة نفسها الى الزوج وكان حاضراً فلم يتسلمها حتى مضت على ذلك مدة وجبت عليه نفقتها كالبائع اذا سلم المبيع وجب على المشترى تسليم الثمن ؛ فان سلمت المرأة نفسها الى الزوج وكان حاضراً فلم يتسلمها حتى مضت على ذلك مدة وجبت عليه نفقتها فى تلك المدة •

وقال أبو حنيفة : لا تجب نفقة المدة الماضية الا أن يحكم لها الحاكم ، ولأنه مال يجب للزوجة بالزوجية فلم يفتقر استقراره الى حكم الحاكم كالمهر•

وان سلمت نفسها الى الزوج تسليما غير تام بأن قالت سلمت نفسى فى هذا البيت دون غيره ، أو فى هذه القرية دون غيرها لم تجب لها النفقة ، لأنه لم يوجد التسليم التام ؛ فهو كما لو قال البائع : أسلم هذه السيارة فى هذا الموضع دون غيره • فان عقد النكاح ولم تسلم المرأة نفسها ؛ ولا طالب الزوج بها ؛ وسكتا عن ذلك حتى مضى على ذلك سنة أو أكثر لم يجب لها النفقة ؛ لأن النبى صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة وهى بنت سبع ، ودخل بها وهى بنت تسع ، ولم ينقل أنه أنفق عليها الا من حين دخل بها •

وان عرض الولى الزوجة على الزوج بغير اذنها وهى بالغة فلم يتسلمها الزوج؛ومضى على ذلك مدة لم تجب على الزوج النفقة لأنه لا ولاية له عليها فى المال • وان غاب الزوج عن بلد الزوجة نظرت ــ فان غاب عنها بعد أن سلمت نفسها اليه تسليما تاماً وامتنع عن تسليمها فقد وجبت نفقتها بتسليمها نفسها فلم يسقط ذلك بغيبته • وان غاب عنها قبل أن تسلم نفسها اليه وأرادت تسليم نفسها اليه فانها اذا أتت حاكم بلدها وقالت : أنا أسلم نفسى

اليه وأخلى بيتى وبينه ؛ فان حاكم بلدها يكتب الى حاكم البلد الذى فيه الزوج ويعرفه ذلك ؛ فاذا وصل الكتاب الى المكتوب اليه استدعى الزوج وعرض عليه الأمر ، فان سار اليها وتسلمها أو وكل من يتسلمها ؛ فتسلمها الوكيل وجت عليه نفقتها من حين تسلمها هو أو وكيله • وان أمكنه السير فلم يسر ولا وكيله ؛ فانه اذا مضت عليه مدة لو أراد المسير اليها أمكنه ذلك فان الحاكم يفرض لها النفقة من حين مضى مدة السفر اليها لأنه قد كان يمكنه التسليم ، فاذا لم يفعل صار ممتنعاً من تسلمها فوجب عليه النفقة وان لم يمكنه المسير اليها أمكنه ذلك ، فان الحاكم يفرض لها النفقة من حين مضى مدة السفر اليها لأنه قد كان يمكنه التسليم • فاذا لم يفعل صار ممتنعاً من تسلمها فوجبت عليه النفقة •

وان لم يمكنه المسير لعدم الرفقة أو لخوف الطريق لم تجب عليه النفقة حتى يمكنه المسير لأنه غير ممتنع من تسلمها • وان كان الزوج بالغاً والزوجة صغيرة نظرت ــ فان كانت مراهقة تصلح للاستمتاع ــ فان الذى يجب عليه تسليمها وليها • فان سلمها الولى تسليما تاماً وجب على الزوج نفقتها • وان لم يكن لها ولى أو كان غائباً أو امتنع من تسليمها أو سكت عن تسليمها فسلمت نفسها الى الزوج وجبت النفقة على الزوج لأن التسليم قد حصل •

وان كان ممن لا يصح تسليمه • كما لو اشترى سلعة بثمن وسلم الثمن وقبضها المشترى بغير اذن البائع أو أقبضه اياها غلام البائع فان القبض يصح•

قال ابن الصباغ فى الشامل : وينبغى أن لا تجب النفقة الا بعد أن يسلمها • ولا يجب بذلها لأن بذلها لا حكم له •

وان كانت صغيرة لا يتأتى جماعها ففيه قولان : (أحدهما) يجب لها النفقة • لأن تعذر وطئها عليه ليس بفعلها فلم تسقط بذلك نفقتها • كما لو مرضت • (الثانى) لا تجب لها النفقة • وبه قال مالك وأبو حنيفة واختاره المزنى • وهو الصحيح ؛ لأن الاستمتاع متعذر عليه فلم تجب عليه النفقة ، كما لو نشزت • وان كان الزوج طفلا صغيراً والزوجة كبيرة ففيه قولان •

(أحدهما) لا تجب لها النفقة لأن النفقة انما تجب بالتمكين والتسليم . وانما يصح ذلك اذا كان هناك متمكن ومتسلم ، والصبى لا يتمكن ولا يتسلم فلم تجب لها النفقة كما لو كان غائباً .

(والثانى) يجب لها النفقة اذا سلمت نفسها — وهو الأصح — لأن التمكين والتسليم التام قد وجد منها وانما تعذر من جهته فوجبت نفقتها ؛ كما لو سلمت نفسها الى البالغ ثم هرب . وأما اذا كانا صغيرين فسلمها الولى هل يجب لها النفقة ؟ فيه قولان ؛ وجههما ما ذكرناه فى التى قبلها الا أن الأصح ههنا أنه لا يجب لها النفقة ؛ لأن الاستمتاع متعذر من جهتها .

فرع اذا تسلم الزوج زوجته وهى مريضة أو تسلمها صحيحة فمرضت عنده أو تسلمها وهى رتقاء [1] أو قرناء [2] أو أصابها ذلك بعد أن تسلمها ، أو أصاب الزوج مرض أو جنون أو جسم [3] وجبت عليه النفقة ؛ لأن الاستمتاع بها ممكن مع ذلك .

قال الشافعى رضى الله عنه : وان كان فى جماعها شدة ضرر منع من جماعها وأجبر بنفقتها . وجملة ذلك أن الرجل اذا كان عظيم الخلق والزوجة نضوة الخلق وعليها فى جماعه ضرر يخاف منه الانضاء أو المشقة الشديدة أو كان بفرجها جرح يضر بها وطؤه ، فان وافقها الزوج على الضرر الذى يلحقها بوطئه لم يجز له وطؤها لقوله تعالى « وعاشروهن بالمعروف » ومن المعروف أن يمنع من وطئها فان اختار طلاقها فطلقها فلا كلام ؛ وان لم يختر طلاقها وجبت عليه نفقتها لأنها محبوسة عليه ؛ ويمكنه الاستمتاع بها بغير الوطء . وان لم يصدقها الزوج بل ادعى أنه يمكنه جماعها ؛ فان ادعت تعذر الوطء لعظم خلقته قال العمرانى فى البيان : أمر الحاكم نساء ثقات يشاهدن ذلك بينهما حال الجماع من غير حائل .

---

(١) الرتقاء التى انسد فرجها حتى لا يستطاع جماعها .

(٢) القرناء التى نبت لها لحم فى فرجها كالفدة الغليظة فى مدخل الذكر . وقد يكون عظما كالقرن .

(٣) والجسم أن يستأصل ذكره أو لا يكون له ذكر وهو ضد الجسم وهو كبير الذكر جداً .

فان قلن انه يلحقها مشقة شديدة أو يخاف عليها من ذلك منع من وطئها • وان قلنا انه لا يلحقها مشقة شديدة ولا يخاف عليها منه أمرت بتمكينه من الوطء • وان ادعت تعذر الوطء بجراح فى فرجها يأمر الحاكم نساء ثقات ينظرن الى فرجها لأن هذا موضع ضرورة فجوز النظر الى العورة •

واختلف أصحابنا فى عدد النساء اللاتى ينظرن اليها حال الجماع ؛ أو ينظرن الجرح فى فرجها ، فقال أبو اسحاق يكفى واحدة لأن طريق ذلك الاخبار والمشقة تلحق بنظر الجماع منهما فجاز الاقتصار على واحدة • ومن أصحابنا من قال : لا يكفى أقل من أربع نسوة فى ذلك ، لأن هذه شهادة ينفرد بها النساء فلم يقبل فيه أقل من أربع كسائر الشهادات •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان سلمت اليه ومكن من الاستمتاع بها فى نكاح فاسد لم تجب النفقة لأن التمكين لا يصح مع فساد النكاح ، ولا يستحق ما فى مقابلته •

فصل وان انتقلت المرأة من منزل الزوج الى منزل آخر بغير اذنه أو سافرت بغير اذنه سقطت نفقتها ، حاضراً كان الزوج أو غائباً لأنها خرجت عن قبضته وطاعته فسقطت نفقتها كالناشزة • وان سافرت باذنه ـ فان كان معها ـ وجبت النفقة لأنها ما خرجت عن قبضته ولا طاعته • وان لم يكن معها ففيه قولان ذكرناهما فى القسم •

فصل وان أحرمت بالحج بغير اذنه سقطت نفقتها لأنه ان كان تطوعاً فقد منعت حق الزوج وهو واجب بما ليس بواجب ، وان كان واجباً فقد منعت حق الزوج وهو على الفور بما هو على التراخى ، وان أحرمت باذنه فان خرجت معه لم تسقط نفقتها لأنها لم تخرج عن طاعته وقبضته ، وان خرجت وحدها فعلم القولين فى سفرها باذنه •

فصل وان منعت نفسها باعتكاف تطوع او نذر فى الذمة سقطت نفقتها لما ذكرناه فى الحج وان كان عن نذر معين أذن فيه الزوج لم تسقط نفقتها لأن الزوج أذن فيه وأسقط حقه فلا يسقط حقها ، وان كان عن نذر لم يأذن فيه ، فان كان بعد عقد النكاح سقطت نفقتها لأنها منعت حق الزوج بعد

وجوبه ، وان كان بنذر قبل النكاح لم تسقط نفقتها ، لأن ما استحق قبل النكاح لا حق للزوج فى زمانه ، كما لو أجرت نفسها ثم تزوجت ، وان اعتكفت باذنه وهو معها لم تسقط نفقتها لأنها فى قبضته وطاعته وان لم يكن معها فعلى القولين فى الحج .

فصل وان منعت نفسها بالصوم فان كان بتطوع ففيه وجهان :

(أحدهما) لا تسقط نفقتها لأنها فى قبضته . (والثانى) وهو الصحيح انها تسقط لأنها منعت التمكين التام بما ليس بواجب فسقطت نفقتها كالناشزة، وان منعت نفسها بصوم رمضان أو بقضائه وقد ضاق وقته لم تسقط نفقتها ، لأن ما استحق بالشرع لا حق للزوج فى زمانه . وان منعت نفسها بصوم القضاء قبل أن يضيق وقته ، وبصوم كفارا أو نذر فى الذمة ، سقطت معين ـ فان كان النذر باذن الزوج ـ لم تسقط نفقتها لانه لزمها برضاه ، وان نفقتها ، لأنها منعت حقه وهو على الفور بما هو ليس على الفور ، وان كان بنذر كان بغير اذنه كان بنذر بعد النكاح ـ سقطت نفقتها ، وان كان بنذر قبل النكاح لم تسقط لما ذكرناه فى الاعتكاف .

فصل وان منعت نفسها بالصلاة ـ فان كانت بالصلوات الخمس أو السنن الراتبة ـ لم تسقط نفقتها لأن ما ترتب بالشرع لا يحق للزوج فى زمانه ، وان كان بقضاء فوائت ـ فان قلنا : انها على الفور ـ لم تسقط نفقتها ، وان قلنا : انها على التراخى سقطت نفقتها لما قلنا فى قضاء رمضان ، وان كانت بالصلوات المنذورة فعلى ما ذكرناه فى الاعتكاف والصوم) .

الشرح ان سلمت المرأة نفسها الى الزوج ومكنته من الاستمتاع بها فى نكاح فاسد لم تجب لها النفقة ، لأن التمكين لا يصح مع فساد النكاح فلم تستحق ما فى مقابلته كما لا يستحق البائع الثمن فى بيع فاسد .

فرع اذا انتقلت الزوجة من منزل الزوج الذى أسكنها فيه الى منزل غيره بغير اذنه وخرجت من البلد بغير اذنه فهى ناشزة وسقطت بذلك نفقتها ، وبه قال أهل العلم كافة الا الحكم بن عيينة فانه قال : لم تسقط نفقتها ، كما لو لم تسلم نفسها ، وان سافرت المرأة بغير اذن زوجها سقطت نفقتها لأنها منعت استمتاعه بالسفر . وان سافرت باذنه نظرت ، فان سافر الزوج معها لم تسقط نفقتها لأنها فى قبضته وطاعته . وان سافرت وحدها ، فان كانت فى حاجة للزوج وجبت عليه نفقتها لأنها سافرت فى شغله ومراده.

وان سافرت بحاجة نفسها فقد قال الشافعى فى النفقات لها النفقة ؛ وقال فى النكاح لا نفقة لها ، واختلف أصحابنا فيها ؛ فقال أبو اسحاق : ليست على قولين وانما هى على اختلاف حالين ، فحيث قال : لها النفقة أراد اذا كان الزوج معها ؛ وحيث قال لا نفقة لها ، أراد اذا لم يكن الزوج معها • ومنهم من قال : فيه قولان •

(أحدهما) لا نفقة لها • وبه قال أبو حنيفة وأحمد لأنها غير ممكنة من نفسها فلم تجب لها النفقة ، كما لو سافرت بغير اذنه •

(والثانى) تجب لها النفقة لأنها سافرت باذنه فلم تسقط نفقتها كما لو سافرت فى حاجته •

فـــرع وان أحرمت بالحج أو العمرة بغير اذنه سقطت نفقتها لأنه ان كان تطوعا فقد منعت حق الزوج الواجب بالتطوع ، وان كان واجباً عليها فقد منعت حق الزوج وهو على الفور وحقها هى التراخى • أفاده صاحب البيان • وان أحرمت باذنه وخرجت مع الزوج لم تسقط نفقتها لأنها فى قبضته ، وان أحرمت باذنه وخرجت وحدها ففيه طريقان مضى ذكرهما فى السفر • وان اعتكفت فلا يصح عندنا الا فى المسجد ، فان كان بغير اذن الزوج سقطت نفقتها لأنها ناشزة بالخروج الى المسجد بغير اذنه ؛ وان كان باذن الزوج ــ فان كان الزوج معها فى المسجد ــ لم تسقط نفقتها لأنها فى المسجد فعلى الطريقين فى السفر • قال أبو اسحاق : لا نفقة لها قولا واحداً • ومن أصحابنا من قال فيه قولان •

فـــرع فان صامت المرأة بغير اذن زوجها نظرت ــ فان كان تطوعاً ــ فللزوج منعها منه وله اجبارها على الفطر بالأكل والجماع ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تصومن المرأة التطوع وزوجها حاضر الا باذنه » فان امتنعت من الوطء ولكنها لم تفارق المنزل ففيه وجهان • قال أبو على بن أبى هريرة هى ناشزة فتسقط نفقتها لأنها ممتنعة عليه ، فلا فرق بين ان تمتنع

بالفراش أو بمفارقة المنزل وقال المصنف : لا تسقط نفقتها لأنها ما لم تفارق المنزل فهى غير ناشزة • وهذا قول الشيخ أبى حامد •

ومن أصحابنا من قال : اذا منعته الوطء سقطت نفقتها وجهاً واحداً ؛ وانما الوجهان اذا صامت ولم تمنعه الوطء • وان كان الصوم واجباً نظرت — فان كان صوم رمضان — فليس له منعها منه ولا تسقط نفقتها به لأنه مستحق بالشرع • وان كان قضاء رمضان قال صاحب البيان : فان لم يضق وقت قضائه فله منعها منه • وان دخلت فيه بغير اذنه كان كما لو دخلت فى صوم التطوع بغير اذنه ؛ وان ضاق وقت قضائه — بأن لم يبق من شعبان الا قدر أيام القضاء — لم يكن له منعها منه • وان دخلت فيه بغير اذنه لم تسقط نفقتها بذلك ؛ لأنها لا يجوز لها تأخيره الى دخول رمضان فصار مستحقاً للصوم كأيام رمضان •

وان كان الصوم عن كفارة كان للزوج منعها منه ؛ لأنه على التراخى وحق الزوج على الفور • وان كان الصوم نذراً — فان كان فى الذمة — كان له منعها منه لأنه على التراخى وحق الزوج على الفور • وان كان متعلقاً بزمان بعينه ؛ فان كانت نذرته باذن الزوج لم يكن له منعها منه لأن زمانه قد استحق عليها صومه باذن الزوج فان دخلت فيه بغير اذنه لم تسقط بذلك نفقتها • وان نذرته بغير اذن الزوج بعد النكاح كان للزوج منعها من الدخول فيه لأنها فرطت بايجابه على نفسها بغير اذنه ؛ وان نذرت الصوم فى زمان بعينه قبل عقد النكاح لم يكن للزوج منعها من الدخول فيه • وان دخلت فيه بغير اذنه لم تسقط بذلك نفقتها ؛ لأن زمانه قد استحق صومه قبل عقد النكاح • وكل موضع قلنا للزوج منعها من الدخول فيه اذا دخلت فيه بغير اذن الزوج فهل تسقط نفقتها بذلك ؟ فيه وجهان كما مضى فى الصوم التطوع •

فرع وان منعت نفسها بالصلوات الخمس فى أوقاتها لم تسقط نفقتها بذلك ، لأن وقتها مستحق للصلاة وليس للزوج منعها من الدخول فيها فى أول الوقت • لأنها قد وجبت فى أول وقتها ؛ ولأنه يفوت عليها فضيلة أول

الوقت • وأما فضائله الفائتة ــ فان قلنا انها تجب على الفور ــ لم يكن للزوج منعها منها •

وان قلنا : لا تجب على الفور كان للزوج منعها من الدخول فيها • وأما الصلوات المنذورة فهى كالصوم المنذور على ما مضى • وأما صلاة التطوع ، فان كانت غير راتبة ، كان للزوج منعها منهـا ؛ لأن حق الزوج واجب فلا يسقط بما لا يجب عليها ــ فان دخلت فيها بغير اذن الزوج احتمل أن يكون فى سقوط نفقتها فى ذلك وجهان كما قلنا ذلك فى الصـوم التطوع ؛ وان كانت سنة راتبة فقال الشيخ أبو اسحاق : لا تسقط نفقتها بها كما قلنـا فى الصلوات الخمس •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان كان الزوجان كافرين وأسلمت المرأة بعد الدخول ولم يسلم الزوج لم تسقط نفقتها لأنه تعذر الاستمتاع بمعنى من جهته هو قادر على ازالته فلم تسقط نفقتهـا كالمسـلم اذا غاب عن زوجته • وقال أبو على ابن خيران : « فيه قول آخر انها تسقط لأنه امتنع الاستمتاع لمعنى من جهتها فسقطت نفقتها ، كما لو أحرمت المسلمة من غير اذن الزوج ، والصحيح هو الأول ، لأن الحج فرض موسع الوقت ، والاسلام فرض مضيق الوقت فلا تسقط النفقة كصوم رمضان » •

وان أسلم الزوج بعد الدخول ، وهى مجوسية أو وثنية وتخلفت فى الشرك سقطت نفقتها لأنها منعت الاستمتاع بمعصية فسقطت نفقتها كالناشزة ، وان أسلمت قبل انقضاء العدة فهل تستحق النفقة للمدة التى تخلفت فى الشرك ؟ فيه قولان :

(أحدهما) تستحق لأن بالاسلام زال ما تشعث من النكاح ، فصار كأن لم يكن •

(والقول الثانى) انها لا تستحق لأنه تعذر التمكين من الاستمتاع فـيما مضى فلم تستحق النفقة كالناشزة اذا رجعت الى الطاعة •

وان ارتد الزوج بعد الدخول لم تسقط نفقتها لأن امتناع الوطء بسبب من

جهته ، وهو قادر على ازالته فلم تسقط النفقة ، وان ارتدت المرأة سقطت نفقتها لأنها منعت الاستمتاع بمعصية فسقطت نفقتها كالناشزة ، فان عادت الى الاسلام قبل انقضاء العدة فهل تجب نفقة ما مضى فى الردة ؟ فيه طريقان من أصحابنا من قال فيه قولان كالكافرة اذا تخلفت فى الشرك ثم أسلمت . ومنهم من قال : لا تجب قولا واحداً ، والفرق بينها وبين الكافرة أن الكافرة لم يحدث من جهتها منع بل أقامت على دينها ، والمرتدة أحدثت منعاً بالردة فغلظ عليها . وان ارتدت الزوجة وعادت الى الاسلام والزوج غائب استحقت النفقة من حين عادت الى الاسلام ، وان نشزت الزوجة وعادت الى الطاعة والزوج غائب لم تستحق النفقة حتى يمضى زمان لو سافر لقدر على استمتاعها، والفرق بينهما أن المرتدة اسقطت نفقتها بالردة وقد زالت بالاسلام ، والناشزة سقطت نفقتها ، بالمنع من التمكين ، وذلك لا يزول بالعود الى الطاعة .

فصل وان كانت الزوجة أمة فسلمها المولى بالليل والنهار وجبت لها النفقة لوجود التمكين التام . وان سلمها بالليل دون النهار ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبى على ابن أبى هريرة : ((أنه يجب لها نصف النفقة اعتباراً بما سلمت)) .

(والثانى) وهو قول أبى اسحاق : وظاهر المذهب أنه لا تجب لأنه لم يوجد التمكين التام . فلم يجب لها شىء من النفقة كالحرة اذا سلمت نفسها بالليل دون النهار . والله أعلم) .

الشرح اذا أسلمت الزوجة والزوج كافر ــ فان كان قبل الدخول ــ فلا نفقة لها لأن الفرقة وقعت بينهما ، وان كان بعد الدخول فان النكاح موقوف على اسلام الزوج فى عدتها ، ولها النفقة عليه مدة عدتها ؛ لأن تعذر الاستمتاع بمعنى من جهة الزوج ؛ وهو امتناعه من الاسلام . ويمكنه تلافى ذلك فلم تسقط نفقتها كما لو غاب عن زوجته .

وحكى ابن خيران قولا آخر أن نفقتها تسقط لأن الاستمتاع سقط بمعنى من جهتها ، فسقطت به نفقتها ، كما لو أحرمت بالحج بغير اذن الزوج والمشهور هو الأول ؛ لأن الحج فرض موسع الوقت ، والاسلام فرض مضيق الوقت فلم تسقط به نفقتها لصوم رمضان فان انقضت عدتها قبل أن يسلم الزوج بانت وسقطت نفقتها .

فـــرع وان أسلم الزوج والزوجة وثنية أو مجوسية ـ فان كان قبل الدخول ـ وقعت الفرقة بينهما ولا نفقة لها ، وان كان بعـد الدخول وقف النكاح على اسلامها قبل انقضاء عدتها فلا نفقة لها مدة عدتها ما لم تسلم ، لأنها منعت الاستمتاع بمعصـية ؛ وهو اقامتهـا على الكفر ؛ فهى كالناشزة ؛ فان انقضت عدتها قبـل أن تسلم فقد بانت باختـلاف الدين ولا نفقة لها .

وان أسلمت قبل انقضاء عدتها وجبت لها النفقة من حين أسلمت لأنهما قد اجتمعا على الزوجية وهل تجب لها النفقة لما مضى من عدتها فى الكفر ؟ فيه قولان :

قال فى القديم : تجب لها النفقة لأن اسلام الزوج شعث النكاح ، فاذا أسلمت قبل انقضاء عدتها زال ذلك التشعث فصار كما لو لم يتشعث .

وقال فى الجديد : لا تجب لها النفقة لما مضى من عدتها وهو الأصح ؛ لأن اقامتها على الكفر كنشوزها ، ومعلوم أنها لو نشزت وأقامت مدة فى النشوز ثم عادت الى طاعته لم تجب نفقتها مدة اقامتها فى النشوز فكذلك هذا مثله.

فـــرع وان كان الزوجان مسلمين فارتد الزوج بعد الدخول وجبت عليه نفقتها مدة عدتها ، لأن امتناع الاستمتاع بمعنى من جهة الزوج فلم تسقط نفقتها بذلك كما لو غاب . وان ارتدت الزوجة بعد الدخول فأمر النكاح موقوف على اسلامها قبل انقضاء عدتها وجبت نفقتها من حين أسلمت لأنهما قد اجتمعا على الزوجية . وهل تجب لها النفقة لما مضى من عدتها قبل الاسلام ؟ من أصحابنا من قال فيه قولان ، كما قلنا فى المشركة اذا تخلفت عن الاسلام ثم أسلمت قبل انقضاء عدتها .

ومنهم من قال لا تجب لها النفقة قولا واحداً ، لأن فى التى قبلها دخلا على الكفر ؛ وانما الزوج شعث النكاح باسلامه ، وههنا دخلا على الاسلام ، وانما شعثت هى النكاح بردتها فغلظ عليها .

وان ارتدت الزوجة والزوج سائب ، أو غاب بعد ردتهـا فرجعت الى الاسلام والزوج غائب وجبت لها النفقة من حين رجعت الى الاسلام ، وكذلك لو أسلم الزوج والزوجة وثنية أو مجوسية وتخلفت فى الشرك وكان الزوج غائبا فأسلمت قبل انقضاء عدتها وجبت لها النفقة من حين أسلمت •

ولو نشزت الزوجة من منزلها والزوج غائب أو غاب بعد نشوزها فعادت الى منزلها لم تجب نفقتها حتى يكون الزوج حاضراً فيتسلمها أو تجىء الى الحاكم وتقول : أنا أعود الى طاعته • ثم يكتب الحاكم الى حاكم البلد الذى فيه الزوج فيستدعيه المكتوب اليه ويقول له : اما أن تسير اليها لتتسلمها أو توكل من يتسلمها فان لم يسر ولم يوكل مع قدرته على ذلك ومضى زمان يمكنه الوصول اليها وجبت النفقة لها من حينئذ ، والفرق بينهما أن نفقتها سقطت عنه بالنشوز لخروجها عن قبضته فلا يرجع الى نفقتها الا برجوعهـا الى قبضته ، وكذلك لا يحصل الا بتسليمه لها أو بتمكينه من ذلك ، وليس كذلك المرتدة والمشركة ، فان نفقتهـا انمـا سقطت بالردة أو بالاقامة على الشرك ، فاذا أسلمت زال المعنى الذى أوجب سقوطها فزال سقوطها •

فـــرع وان دفع الوثنى الى امرأته الوثنية أو المجوسى الى امرأته المجوسية نفقة شهر بعد الدخول ثم أسلم الزوج ولم تسلم هى حتى انقضت عدتها وأراد الرجوع فيما دفع اليها من النفقة نظرت ، فان دفعه اليها مطلقا ، قال الشافعى : لم يرجع عليها بشىء لأن الظاهر أنه تطوع بدفعها اليها •

وان قال : هذه نفقة مدة مستقبلة كان له الرجوع فيها لأنه بان أنهـا لا تستحق عليه نفقة •

قال ابن الصباغ فى الشامل : وهذا يقتضى أن الهبة لا تفتقر الى لفظ الايجاب والقبول ، لأنه جعله تطوعا مع الاطلاق • قال : فان قيل : يحتمل أن يريد أنه اباحة فليس بصحيح ، لأنه لوكان اباحة فانه يشترط أن يكون قد أتلفته حتى يسقط حقه منها ، والله تعالى أعلم بالصواب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب قدر [1] نفقة الزوجات

اذا كان الزوج موسراً ، وهو الذى يقدر على النفقة بماله أو كسبه ، لزمه فى كل يوم مدان ، وان كان معسرا وهو الذى لا يقدر على النفقة بمال ولا كسب لزمه فى كل يوم مد لقوله عز وجل « لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله » ففرق بين الموسر والمعسر ، وأوجب على كل واد منهما على قدر حاله ولم يبين المقدار ، فوجب تقديره بالاجتهاد ، وأشبه ما تقاس عليه النفقة الطعام فى الكفارة لأنه طعام يجب بالشرع لسد الجوعة ، وأكثر ما يجب فى الكفارة للمسكين مدان فى فدية الأذى ، وأقل ما يجب مد . وهو فى كفارة الجماع فى رمضان . فان كان متوسطاً لزمه مد ونصف لأنه لا يمكن الحاقه بالموسر وهو دونه ، ولا بالمعسر وهو فوقه ، فجعل عليه مد ونصف .

وان كان الزوج عبداً او مكاتباً وجب عليه مد ، لأنه ليس بأحسن حالا من الحر المعسر ، فلا يجب عليه أكثر من مد . وان كان نصفه حراً ونصفه عبداً وجب عليه نفقة المعسر .

وقال المزنى : ان كان موسراً بما فيه من الحرية وجب عليه مد ونصف ، لأنه اجتمع فيه الرق والحرية فوجب عليه نصف الموسر وهو مد ، ونصف نفقة المعسر وهو نصف مد . وهذا خطأ لأنه ناقص بالرق فلزمه نفقة المعسر كالعبد .

فصل وتجب النفقة عليه من قوت البلد لقوله عز وجل « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » لقوله صلى الله عليه وسلم « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » والمعروف ما يقتاته الناس فى البلد ، ويجب لها الحب ، فان دفع اليها سويقاً أو دقيقاً أو خبزاً لم يلزمها قبوله ، لأنه طعام وجب بالشرع فكان الواجب فيه هو الحب كالطعام فى الكفارة ، وان اتفقا على دفع العوض ففيه وجهان :

---

(١) فى النسخة المطبوعة من المهذب ترجم الباب هكذا « باب قدر النفقة » وقد تحققنا أن الصحيح ما اثبتناه مما ذكره قدامى الأصحاب ممن تناولوا المهذب بالشرح والتعليق . (المطيعى)

(احدهما) لا يجوز لانه طعام وجب فى الذمة بالشرع فلم يجز اخـــذ العوض فيه كالطعام فى الكفارة .

(والثانى) يجوز وهو الصحيح لأنه طعام يستقر فى الذمة للآدمى ، فجاز اخذ العوض فيه كالطعام فى القرض ، ويخالف الطعـام فى الـكفارة فان ذلك يجب لحق الله تعالى ، ولم يأذن فى اخـذ العوض عنه ، والنفقة تجب لحقهـا وقد راضيت باخذ العوض) .

الشرح الأحكام : نفقـة الزوجة معتبرة بحال الزوج لا بحـال الزوجة ؛ فيجب لابنة الوزير أو رئيس الدولة ما يجب لابنة الحارس ؛ وهى مقدرة غير معتبرة بكفايتها . وقال مالك : نفقتها تجب على قدر كفايتهـا وسعتها . فان كانت ضعيفة الأكل فلها قدر ما تأكل ؛ وان كانت مأكولة فلها ما يكفيها .

وقال أبو حنيفة : ان كانت معسرة فلها فى الشهر من أربعـة دراهم الى خمسة ؛ وان كانت موسرة فمن سبعة دراهم الى ثمانية ؛ فاذا حولنا هـذه المقادير الى نقدنا المعاصر فى مصر حرسها الله كان الدرهم يساوى خمسين قرشاً .

وقال أصحاب أبى حنيفة : انما قال هذا حيث كان الرخص فى وقته . فأما فى وقتنا فيزاد على ذلك . ويعتبرون كفايتها كقول مالك ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لهند « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » .

ودليلنا قوله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته ؛ ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله » وأراد أن الغنى ينفق على حسب حاله ؛ والفقير على حسب حاله، ولقوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وأراد بالمعروف عند الناس ؛ والعرف والعادة عند الناس أن نفقة الغنى والفقير تختلف ، ولأنا لو قلنا : ان نفقتها معتبرة بكفايتها لأدى ذلك الى أن لا تنقطع الخصومة بينهما ولا يصل الحاكم الى قدر كفايتها فكانت مقدرة .

وأما خبر هند فهو حجة لنا لأنه قال « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف»

والمعروف عند النـــاس بيسار الزوج واعســـاره ، ولم يقل خذى ما يكفيك ويطلق ، وعلى أنا تحمله على أنه علم من حالها أن كفايتها لا تزيد على نفقـــة الموسر وكان أبو سفيان موسراً •

اذا ثبت هذا فان نفقتها معتبرة بحال الزوج ؛ فان كان الزوج موسراً — وهو الذى يقدر على النفقة بماله أو كسبه — وجب لها كل يوم مدان ؛ وان كان معسراً ؛ وهو الذى لا يقدر على النفقة بماله ولا كسبه وجب كل يوم مد وهو رطل وثلث وهو نحو ستمائة جرام من الحنطـــة تقريباً ؛ لأن أكثر ما أوجب الله تعالى فى الكفارات للواحد مدان ؛ وهو فى كفارة الأذى • وأقل ما أوجب للواحد فى الكفارة مد • فقسنا نفقة الزوجات على الكفارة ؛ لأن الله تعالى شبه الكفارة بنفقـــة الأهل فى الجنس بقوله تعـــالى « من أوسط ما تطعمون أهليكم » فاعتبرنا الأكثر والأقل فى الواجب للواحد فى الكفارة • وأما المتوسط فانه يجب عليـــه كل يوم مد ونصف مد ؛ لأنه أعلى حالا من المعسر وأدنى حالا من الموسر فوجب عليه من نفقة كل واحد منهما نصفها •

فـــرع وان كان الزوج عبداً أو مكاتباً أو مدبراً أو معتقاً نصف وجب عليه نفقة زوجته لقوله « وعلى المولود له رزقهن » الخ الآية • وهـــذا مولود له ولا تجب عليه الا نفقة المعسر لأنه أسوأ حالا من الحر المعسر •

قوله « وتجب النفقة عليه من قوت البلد » وهذا صحيح فانه يجب عليه أن يدفع اليها من غالب قوت البلد • فاذا كان غالب قوت البلد من البر أنفق منه ؛ وان كان من الأرز أنفق منه ؛ وان كان من التمر أنفق منه ، ولأنه طعام يجب على وجه الاتســـاع والكفاية فوجب من غالب قوت البلد كالكفارة • ويجب أن يدفع اليها الحب • فان دفع اليها الدقيق أو السويق أو الخبز • قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ : لم يجز •

وذكر صاحب المهذب أنه لا يجوز وجهاً واحداً لقوله تعالى « فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليـــكم » فجعـــل الكفارة فرعاً للنفقة ومحمولا عليها •

فلما كانت الكفارة الواجبة هى الحب نفسه ؛ فانه لا يجزىء الدقيق والسويق والخبز فكذلك النفقة ؛ وان أعطاها قيمة الحب لم تجبر على قبولها ، لأن الواجب لها هو الحب فلا تجبر على أخذ قيمته ؛ كما لو كان لها طعام قرض ؛ وان سألته أن يعطيها قيمته لم يجبر الزوج على دفع القيمة ؛ لأن الواجب عليه هو الحب فلا يجبر على دفع قيمته ؛ فان تراضيا على القيمة فهل يصح ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يصح لأنه طعام وجب فى الذمة بالشرع فلم يصح أخذ العوض عنه كالكفارة •

(والثانى) يصح وهو الصحيح لأنه طعام وجب على وجه الرفق فصح تأديته باظهار الكراهية لتأديته ؛ وأيهما ترك فظلم ؛ لأن مطل الغنى ظلم وخبزه حتى يكون مهيأ لأنه هو العرف •

ولا نرى أن الحب أمر يطرد فى جميع البلاد والمجتمعات ، بل ان فى بعض المدن كالقاهرة والاسكندرية وغيرهما ما يكون الحب كالحصى والتراب لا منفعة فيه ولا فائدة ويتعين أن يعطى الزوج النفقة بما يمكنها من الطعام وييسر لها أسباب العيش أسوة بغيرها من النساء ولا يتحقق هذا بالحب ؛ وانما يتحقق بالقيمة ؛ ويكون اعطاء القيمة منه أمراً لازما لا اختيار فيه لزوم النفقة نفسها • قال الشافعى رضى الله عنه : وجماع المعروف اعفاء صاحب الحق من المؤنة فى طلبه وأداؤه اليه بطيب النفس لا بضرورته الى طلبه ولا تأديته باظهار الكراهية لتأديته ، وأيهما ترك فظلم ؛ لأن مطل الغنى ظلم ومطله تأخيره الحق ا هـ •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ويجب لها الأدم بقدر ما يحتاج اليه من أدم البلد من الزيت والشيرج والسمن واللبن ، لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال : من أوسط ما تطعمون أهليكم • الخبز والزيت •

وعن ابن عمر رضى الله عنه أنه قال « الخبز والزيت والخبز والسمن والخبز

والتمر ، ومن افضل ما تطعمون أهليكم الخبز واللحم » ولأن ذلك من النفقة بالمعروف .

فصـــل ويجب لها ما تحتاج اليه من المشط والسدر والدهن للرأس وأجرة الحمام ، ان كان عادتها دخول الحمام ، لأن ذلك يراد للتنظيف فوجب عليه كما يجب على المستأجر كنس الدار وتنظيفها ، وأما الخضاب فانه ان لم يطلبه الزوج لم يلزمه ، وان طلبه منها لزمه ثمنه لانه للزينـة . وأما الأدوية وأجرة الطبيب والحجام فلا تجب عليه ، لأنه ليس من النفقة الثابتة ، وانما يحتاج اليه لعارض وانه يراد لاصلاح الجسم فلا يلزمه كما لا يلزم المستأجر اصلاح ما انهدم من الدار واما الطيب فانه ان كان يراد لقطع السهوكة لزمه لانه يراد للتنظيف ، وان كان يراد للتلذذ والاستمتاع لم يلزمه ، لأن الاستمتاع حق له فلا يجبر عليه) .

الشرح ال الشافعي رضي الله عنه « وأقل ما يعولها به وخادمهـا ما لا يقوم بدن أحد على أقل منه ؛ وذلك مد بمد النبي صلى الله عليه وسلم لها في كل يوم من طعام البلد الذي يقتاتون ، حنطة كان أو شعيراً ؛ أو ذرة أو أرزاً أو سلتاً ؛ ولخادمها مثله ومكيلة من أدم بلادها زيتاً كان أو سمناً بقدر ما يكفي ما وصفت من ثلاثين مداً في الشهر ؛ ولخادمها شبيه به ؛ ويفرض لهـا في دهن ومشط أقل ما يكفيهـا ؛ ولا يكون ذلك لخادمهـا لأنه ليس بالمعروف .

قال : وان كانت ببلد يقتاتون فيه أصنافا من الحبوب كان لها الأغلب من قوت مثلها في ذلك البلد . وقد قيل لها في الشهر أربعة أرطال في كل جمعة رطل وذلك المعروف لها . ا هـ .

قلت : وجملة ذلك أنه يجب للزوجة الادام لقوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ومن المعـروف أن المرأة لا تأكل خبزها الا بأدم وروى عكرمة « أن امرأة سألت ابن عباس وقالت له « ما الذي لي من مال زوجي ؟ فقال الخبز والأدم . قالت : أفآخذ من دراهمه شيئاً فقال أتحبين أن يأخذ من مالك فيتصدق به ؟ قالت : لا ؛ فقال كذلك لا تأخذي من دراهمه شيئاً بغير أمره » ويرجع في جنسـه وقدره الى العرف فيجب في كل بلد من غالب أدمها وقال أصحابنا ان كان بالشام فالأدم الزيت ؛ وان كان بالعراق

فالشيرج ، وان كان بخراسان فالسمن ؛ وانما أوجب الشافعى الأدهان من بين سائر الادام لأنها أصلح للأبدان وهى مع البر تعطى طاقة حرارية للبدن عالية بمـا فى الأدهان من البروتين ؛ قال فى البيـان وهى أخف مئونة لأنه لا يحتاج فى التأدم بها الى طبخ ويرجـع فى قدره الى العـرف ؛ فان كان العرف ان يؤتدم على المد أوقية دهن وجب لأمرأة الموسر كل يوم أوقيتا دهن ولامرأة المعسر أوقية ولامرأة المتوسط أوقية ونصف ؛ لأنه ليس للأدم أصل يرجع اليه تقديره فرجع فى تقديره الى العرف بخلاف النفقة • قال : وعندى انها اذا كانت فى بلد غالب أدم أهله اللبن كأهل اليمن فانه يجب أدمهـا من اللبن • اهـ •

فـــرع اذا كانت فى بلد يتأدم أهله اللحم فانه يجب عليه أن يدفع اليها فى كل جمعة لحماً لأن العرف والعادة أن النـاس يطبخون اللحم كل جمعـة •

قال أصحابنا : وانما فرض الشـافعى فى كل جمعة رطل لحم لأنه كان بمصر واللحم فيها يقل ، فأما اذا كانت فى موضع يكثر فيه اللحم ؛ فان الحاكم يفرض لها على ما يراه من رطلين أو أكثر • وهذا لامرأة المعسر ؛ فأما امرأة الموسر فيجب لها من ذلك ضعف ما يجب لامرأة المعسر •

قوله « الخضاب » وهو ما يخضب به من حناء وكتم ومساحيق الشـفاه الحمراء قال الأعشى :

أرى رجلا منكم أسـيفاً كأنما يضـم الى كشحيه كفاً مخضـبا

وخضب الرجل شيبه يخضـبه والخضـاب الاسـم ؛ قال السـهيلى : عبد المطلب أول من خضب بالسواد من العرب • وفى الحديث بكى حتى خضب دمعه الحصى أى بلها من طريق الاستعارة •

قال ابن الأثير : والأشبه أن يكون أراد المبالغة فى البكاء حتى احمـر دمعه فخضب الحصا •

وأما السهوكة فهى من السهك . قال فى اللسان « ريح كريهة تجدها من الانسان اذا عرق تقول انه لسهك الريح ؛ وقد سهك سهكا وهـو سهك . قال النابغة :

سهكين من صدا الحديد كأنهم تحت النـور جنـة البقـار

ولولا لبسهم الدروع التى قد صـدأت ما وصفهم بالسهك ؛ والسهك والسهكة قبح رائحة اللحم اذا خاز .

وقال ابن بطال : وأصله ريح السمك وصدأ الحديد .

أما ما فى هذا الفصل من الأحكام فهو أنه يجب لها ما تحتـاج اليه من الدهن والمشط ؛ لأن ذلك تحتاج اليه لزينة شعرها فوجب عليه كنفقة بدنها ؛ ولأن فيه تنظيفاً فوجب عليه ؛ كما يجب على المكترى كنس الدار المستأجرة ؛ هكذا أفاده العمرانى فى البيان .

ويجب عليه ما تحتاج اليه من الصابون وأجرة الحمام ؛ أو توفير أسباب الاستحمام فى مسكنها لما ذكرناه فى الدهن والمشط . قال الشيخ أبو اسحاق هنا فأما الخضاب فان لم يطلبه الزوج منها لم يلزمه ؛ وان طلبه منهـا لزمه ثمنه ، وأما الطيب؛ فان كان يراد لقطع السهوكة لزمه لأنه يراد للتنظيف ؛ وان كان يراد للتلذذ والاسـتمتاع لم يلزمه ، لأن الاسـتمتاع حق له فلا يلزمه ؛ ولا يلزمه أجرة الحجامة والفصـادة ، ولا ثمن الأدوية ولا أجـرة الطبيب ان احتاجت اليه لأن ذلك يراد لحفظ بدنها لعارض .

ولنا وقفة عند هذا الأمر الذى ينبغى النظر اليه من خلال ما طرأ على حياة النـاس من تغير ؛ وليس هـذا الفرع بالشىء الثابت الذى لا يتأثر بالعوامل الانسانية السائدة ؛ فانه اذا كان الزوجان فى مجتمع أو بيئـة أو دولة تكفل للعامل والشغال قدراً من الرعاية الصحية تحت اسم اصابة العمل أو المرض أثناء الخدمة فيتكفل صاحب العمل ببعض نفقات العلاج أو كلها ؛ فانه ليس من المعروف أن نضرب المثل هنا باجارة الدار مع الفارق بين الزوجة

والدار ؛ والأقرب الى التشبيه أن يكون المثل انسانياً فيضرب المثل بالعامل فانه أولى .

على أن الفضل فى ذلك أن المرء فيهـا أمير نفسـه ؛ فان كان يحس فى وجدانه بقوله تعالى « والله خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا اليهـا وجعل بينكم مودة ورحمة » فانه لن يشح عليها بما يزيل وصبها فى كنفه ؛ وهو أمر مستحب يدخل فى فضائل المروءة وحسن المباشرة والايثار .

واذا كانت أجرة الحمام لتنظيف البـدن وكذلك فرض مقـادير اللحم والأدم لحفظ بدنها ، وأصحابنا يقولون بأن هـذه كلها لحفظ البـدن على الدوام فنحن قد استحببنا قياس ثمن الدواء لحفظ البدن مما يطرأ عليه على نفقة البدن الأخرى ؛ وفيما يأتى من مسائل ما يؤيد قياسنا هذا . وقد ذهبنا الى استحبابه للاجماع على عدم وجوبه بلا خلاف . وفى هذا رد على من قال بعدم طلب تطييب الزوجة من زوجها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ويجب لها الكسوة لقوله تعالى « وعلى المولود له رزقهـن وكسوتهن بالمعروف » ولحديث جابر « ولهـن عليـكم رزقهـن وكسـوتهن بالمعروف » ولأنه يحتاج اليه لحفظ البدن على الدوام فلزمه كالنفقة ، ويجب لامرأة الموسر من مرتفع ما يلبس فى البلد من القطن والكتان والخز والابريسم ، ولامرأة المعسر من غليظ القطن والكتان ، ولامرأة المتوسط ما بينهما ، وأقـل ما يجب قميص وسراويل ومقنعة ومداس للرجل ، وان كان فى الشتاء أضاف اليه جبة ، لأن ذلك من الكسوة بالمعروف .

فصـــل ويجب لها ملحفة أو كسا ووسادة ومضربة محشوة للنوم ، وزلية أو لبد أو حصير للنهار ، ويكون ذلك لامرأة الموسر من المرتفع ، ولامرأة المعسر من غير المرتفع ، ولامرأة المتوسط ما بينهما لأن ذلك من المعروف .

فصـــل ويجب لها مسكن لقوله تعالى « وعاشروهن بالمعروف » ومن المعروف أن يسكنها فى مسكن ، ولأنها لا تستغنى عن المسكن للاستتار عن العيون والتصرف والاستمتاع ، ويكون المسكن على قدر يساره واعساره وتوسـطه كما قلنا فى النفقة .

فصـــل وان كانت المراة ممن لا تخدم نفســها بان تكون من ذوات الأقدار أو مريضة وجب لها خادم لقــوله عز وجل « وعاشروهن بالمعروف » ومن العشرة بالمعروف أن يقيم لها من يخدمها ، ولا يجب لها أكثر مــن خادم واحد لأن المستحق خدمتها فى نفسها وذلك يحصل بخادم واحد ، ولا يجــوز أن كون الخادم الا امراة أو ذا رحم محرم . وهل يجوز أن يكون من اليهــود والنصــارى ؟ فيه وجهــان (حاهدهما) أنه يجــوز لانهم يصــلحون للخــدمة (والثانى) لا يجوز لأن النفس تعاف من استخدامهم .

وان قالت المراة : انا اخدم نفسى وآخذ اجرة الخادم لم يجبر الزوج عليه لأن القصد بالخدمة ترفيهها وتوفيرها على حقه ، وذلك لا يحصل بخدمتها . وان قال الزوج : انا أخدمهــا بنفسى ففيــه وجهان . (احــدهما) وهو قــول أبى أسحاق انه يلزمها الرضى به ، لأنه تقع الكفاية بخدمته (والثانى) لا يلزمها الرضى به لأنها تحتشمه ولا تستوفى حقها من الخدمة .

فصـــل وان كان الخادم مملوكاً لها واتفقا على خدمتة لزمه نفقتة ، فان كان موسراً لزمه للخادم مد وثلث من قوت البــلد ، وان كان متوســطاً أو معسراً لزمه مد لأنه لا تقع الكفاية بما دونه ، فى ادمه وجهان :

(أحدهما) أنه يجب من نوع ادمها كما يجب الطعام من جنس طعامها .

(والثانى) أنه يجب من دون ادمها وهو المنصوص ، لأن العرف فى الأدم أن يكون من دون ادمها ، وفى الطعام العرف أن يكون من جنس طعامها ، ويجب لخادم كل وزجة من الكسوة والفراش والدثار دون ما يجب للزوجة ، ولا يجب له السراويه ولا يجب له المشط والسدر والدهن للراس ، لأن ذلك يراد للزينة والخادم لا يراد للزينة ، وان كانت خادمة تخرج للحــاجات وجب لهــا خف لحاجتها الى الخروج) .

الشرح قوله « الزلية » بكسر الزاى واللام المشــددتين بســاط عراقى نحو الطنفسة ؛ والدثار الثوب الذى يتدفأ به . قال الشافعى رضى الله عنه : وفرض لها من الكسوة ما يكسى مثلها ببلدها عند المقتر ؛ وذلك من القطن الكوفى والبصرى وما أشبههما ؛ ولخادمها كرباس وتبان وما أشبهه، وفرض لها فى البلاد الباردة أقل ما يكفى من البرد جبة محشوة وقطيفة أو لحاف وسراويل وقميص وخمار أو مقنعة ؛ ولخادمها جبة صــوف وكســاء

تلتحفه يدفىء مثلها ؛ وقميص ومقنعة وخف وما لا غنى بها عنه ؛ وفرض لها للصيف قميصاً وملحفة ومقنعة • قال وتكفيها القطيفة سنين ونحو ذلك الجبة المحشوة • ا هـ •

وجملة ذلك أن كسوة الزوجة تجب على الزوج لقوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ولقوله صلى الله عليه وسلم « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ولأن الكسوة تحتاج اليها لحفظ البدن على الدوام ؛ فوجبت على الزوج كالنفقة •

اذا ثبت هذا فان المرجع فى عدد الكسوة وقدرها وجنسها الى العرف والعادة لأن الشرع ورد بايجاب الكسوة غير مقدرة ؛ وليس لها أصل يرد اليه ؛ فرجع فى عددها وقدرها الى العرف بخلاف النفقة ؛ فان فى الشرع لها أصلا ؛ وهو الاطعام فى الكفارة فردت النفقة اليها •

فان قيل : فقد ورد الشرع بايجاب الكسوة فى الكفارة فهلا ردت كسوة الزوجة الى ذلك ؟ فالجواب أن فى الكسوة الواجبة فى كفارة اليمين ما يقع عليه اسم الكسوة وأجمعت الأمة على أنه لا يجب للزوجة من الكسوة ما يقع عليه اسم الكسوة ؛ فاذا منع الإجماع من قياس كسوتها على الكسوة فى الكفارة لم يبق هناك أصل يرد اليه ؛ فرجع فى ذلك الى العرف •

فأما عدد الكسوة قال الشافعى : فيجب للمرأة قميص وسراويل وخمار أو مقنعة قال أصحابنا : ويجب لها شىء تلبسه فى رجلها من نعل ونحوه • وأما قدرها فانه يقطع لها ما يكفيها على قدر طولها وقصرها ؛ لأن عليه كفايتها فى الكسوة ولا تحصل كفايتها الا بقدرها • وأما جنسها فان الشافعى قال : أجعل لامرأة الموسر من لين البصرى والكوفى والبغدادى ، ولامرأة المعسر من غليظ البصرى والكوفى ــ قال الشيخ أبو حامد • انما فرض الشافعى هذه الكسوة على عادة أهل زمانه • لأن العرف فى وقته على ما ذكر • فأما فى وقتنا فان العرف قد اتسع فان العرف أن امرأة الموسر تلبس الحرير والخز والكتان ؛ فيدفع اليها مما جرت عادة نساء بلدها بلبسه• وان كان فى الشتاء أضاف الى ذلك جبة محشوة تتدفأ بها • انتهى •

وعندى أنها اذا كانت فى بلد لا يكتفى نساؤهم الا بثياب داخلية وثياب خارجية وثياب النوم وجب كسوتها من ذلك ، ويجب لها نطاق وخمار ؛ فيجب لامرأة الموسر من مرتفع ذلك • وتسمى فى زماننا بالطرحة أو الإيشارب • ولامرأة المعسر من خشن ذلك ؛ ولامرأة المتوسط مما بينهما • وان كانت فى بلد لا تختلف كسوة أهله فى زمان الحر والبرد لم تجب لها الملابس المحشوة كالبالطو للشتاء ، لأن ذلك هو العرف والعادة فى حق أهل بلدها فلم يجت لها أكثر منه قال الشافعى « وان بدوية فمما يأكل أهل البادية ومن الكسوة بقدر ما يكتسون ــ قال الشافعى : « ولامرأته فراش ووسادة من غليظ متاع البصرة » وجملة ذلك أنه يجب لها عليه فراش ؛ لأنها تحتاج الى ذلك كما تحتاج الى الكسوة فيجب لامرأة الموسر مضربة محشوة بالقطن ووسادة • وان كان فى الشتاء وجب لها لحاف أو قطيفة للدفء • وان كان فى الصيف وجب لها ملحفة ؛ وهل يجب لها فراش تقعد عليه بالنهار غير الفراش الذى تنام عليه ؟ فيه وجهان •

(أحدهما) لا يجب لها غير الفراش الذى تنام عليه لأنها تكتفى بذلك •

(والثانى) ــ وهو الأذهب ــ أنه يجب لها فراش تقعد عليه بالنهار غير الفراش الذى تنام عليه كالحشية (الشلتة) أو كرسى أو سجادة أو ما أشبه ذلك لأن العرف فى امرأة الموسر أنها تجلس فى النهار على غير الفراش الذى تنام عليه ؛ وقد يحدد العرف مكانا لجلوسها كمكان الاستقبال (الأتريه أو الصالون) فعلى الموسر أن يوفر لها مثل أحد هذين المكانين لاستراحتها •

فـــرع ويجب لها مسكن لقوله تعالى « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » وقوله تعالى « وعاشروهن بالمعروف » ومن المعروف أن يسكنها بمسكن ولأنها تحتاج اليه للاستتار عن العيون عند الاستمتاع ؛ ويقيها من الحر والبرد ؛ فوجب عليه كالكسوة ويعتبر ذلك بيساره واعساره وتوسطه•

مســألة وان كان المرأة ممن لا تخدم نفسها لمرض بها أو كانت من ذوات الاقدار ــ قال ابن الصباغ : فان كانت لا تخدم نفسها فى بيت أبيها

وجب على الزوج أن يقيم لهـا من يخدمها وقال داود « لا يجب عليه لهـا خادم » .

دليلنا قوله تعالى « وعاشروهن بالمعروف » ومن المعـاشرة بالمعروف أن يقيم لها من يخدمها ؛ ولأن الزوج لمـا وجبت عليه نفقة الزوجة وجب عليه اخدامها كالأب لما وجبت عليه نفقة الابن وجبت عليه أجرة من يخدمه وهو من يحضنه .

اذا ثبت هذا فانه لا يلزمه لها خادم واحد ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد . وقال مالك : اذا كانت تخـدم فى بيت أبيهـا بخـادمين أو أكثر ؛ أو كانت تحتاج الى أكثر من خادم وجب عليه ذلك .

وقال أبو ثور : اذا احتمل الزوج ذلك فرض لخادمين ، ودليلنا أن الزوج انما يلزمه أن يقيم لهـا من يخدمها بنفسـها دون مالها ، وما من امرأة الا ويكفيها خادم واحد فلم يجب لها أكثر منه .

فـــرع ولا يكون الخادم الا امرأة أو رجلا من ذوى محارمها لأنها تحتاج الى نظر الخادم ؛ وقد تخلو به فلم يجز أن يكون رجلا أجنبياً . وهل تجبر المرأة على أن يكون من اليهود والنصارى ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) تجبر على خدمتهم لأنهم يصلحون للخدمة .

(والثانى) لا تجبر على أحد منهم لأن النفس تعاف من استخدامهم ، فان أخدمها خادماً يملكه ؛ أو اكترى لها خادما يخدمها ، أو كان لها خادم واتفقا أن يخدمها وينفق عليه أو خدمها الزوج بنفسه ورضيت الزوجة بذلك جاز ؛ لأن المقصود خدمتها وذلك يحصل بجميع ذلك .

وعند أصحاب أحمد فى اخدام اليهود والنصارى وجهان كالوجهين عندنا الصـحيح منهما جوازه لأن استخدامهم مباح ؛ وقد ذكرنا فى المغنى لابن قدامة أن الصحيح اباحة النظر لهم . وان أراد الزوج أن يقيم لهـا خادما

واختارت المرأة أن تقيم لها خادما غيره ففيه وجهان حكاهما القاضى أبو الطيب (أحدهما) يقدم اختيار الزوجة لأن الخدمة حق لها ؛ وربما كان من تختاره أقوم بخدمتها • (والثانى) يقدم اختيار الزوج ؛ لأن الخدمة حق عليه لها فقدمت جهة اختياره كالنفقة ؛ ولأنه قد يتهم من تختاره الزوجة فقدم اختيار الزوج •

قال المسعودى : وان كان لها خادم فأراد الزوج ابداله بغيره فان كان بالخادم عيب ؛ أو كان سارقاً ، فله ذلك والا فلا ؛ وان أراد الزوج أن يخدمها بنفسه وامتنعت من ذلك فهل تجبر ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) تجبر عليه ؛ وهو اختيار أبى اسحاق المروزى والشيخ أبى حامد لأن المقصود اخدامها فكان له اخدامها بغيره وبنفسه ؛ كما يجوز أن يوصل اليها النفقة بوكيله أو بنفسه •

(والثانى) لا تجبر على قبول خدمته لأنها تحتشم أن تستخدمه فى جميع حوائجها ؛ ولأن عليها عاراً فى ذلك وغضاضة فلم تجبر عليه • هذا نقل أصحابنا البغداديين ؛ لأنها لا ترضى أن يكون زوجها خادماً ولو كان خادماً لها ، وبهذين الوجهين قال الحنابلة •

وقا المسعودى : ان كانت خدمته مما لا تحتشم منه فى مثلها ؛ مثل كنس البيت والطبخ ونحوه أجبرت على قبول ذلك منه ، وان كانت خدمته تحتشم منه فى مثلها كحمل الماء معها الى المستحم ونحوه لم تجبر على قبول ذلك منه ، بل يجب عليه أن يأتيها بخادم يتولى ذلك لها •

فرع وأما نفقة من يخدمها ؛ فان أخدمها بمملوك له فعليه نفقته وكسوته على الكفاية لحق الملك لا لخدمتها ؛ وان استأجر من يخدمها فله أن يستأجره بالقليل والكثير ؛ وان وجد من يتطوع بخدمتها من غير عوض جاز ؛ لأن حقها فى الخدمة وقد حصل ذلك ، وان كان لها خادم مملوك لها واتفقا على أن يخدمها وجب على الزوج نفقة خادمها وكسوته وزكاة فطره ؛

وتكون نفقته مقدرة ؛ وقد وهم المزنى أن فى وجوب نفقة خادمها قولين • قال أصحابنا وليس بشىء •

اذا ثبت هذا فانه يجب لخادم امرأة الموسر والمتوسط ثلثا ما يجب لها من النفقة ؛ فيجب لخادم امرأة الموسر كل يوم مد وثلث ولخادم امرأة المتوسط كل يوم مد ؛ لأن العرف أن نفقة خادم المرأة الموسر أكثر من نفقة خادم امرأة المعسر ، وأما نفقة خادم امرأة المعسر فيجب له كل يوم مد ؛ لأن البدن لا يقوم بدون ذلك ، ويجب ذلك من غالب قوت البلد ؛ لأن البدن لا يقوم بغير قوت البلد ؛ ويجب له الأدم لأن العرف أن الطعام لا يؤكل الا بأدم ؛ وهل يكون من مثل أدمها ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) أنه يكون من مثل أدمها كما يجب الطعام من مثل طعامها •

(والثانى) لا يجب له من مثل أدمها لأن العرف أن أدم الخادم دون أدم المخدوم فلم يسو بينهما ، كما لا يسوى بينهما فى قدر النفقة ؛ فعلى هذا يكون أدمها كما يقول العمرانى وغيره من أصحابنا من الزيت الجيد ، ويكون أدم خادمها من الذى دونه ؛ ولا يعدل بأدم الخادم عن جنس غالب أدم البلد ؛ لأن البدن لا يقوم الا به •

وهل يجب لخادمها اللحم ؟ ان قلنا : يجب له الأدم من مثل أدمها وجب له اللحم • ولا يجب له الدهن والمشط لأن ذلك يراد للزينة والخادم لا يراد للزينة • قال الشافعى : ويجب لخادمها قميص ومقنعة وخف ؛ وأوجب لها الخف لأنها تحتاج اليه عند الخروج لقضاء الحاجات ؛ وان كان فى الشتاء وجب له جبة صوف أو كساء ليدفأ به من البرد ؛ قال أ ولخادمها فروة ووسادة وما أشبههما من عباءة أو كساء •

قال أصحابنا : أما الفراش فلا يجب لخادمها ؛ وانما يجب له وسادة ، ويجب لخادم امرأة الموسر كساء ، ولخادم امرأة المعسر عباءة لأن ذلك هو العرف فى حقهم فان مات خادمها فهل يجب عليه كفنه ومؤنة تجهيزه ؟ فيه وجهان كما قلنا فى كفن الزوجة ومؤنة تجهيزها • وان خدمت المرأة نفسها

لم يجب لها أجرة ؛ لأن المقصود باخدامها ترفيهها ؛ فاذا حملت المشقة على نفسها لم تستحق الأجرة كالعامل فى القراض اذا تولى من العمل ما له أن يستأجر عليه فليس له أجرة من مال القراض .

فرع فاذا كانت ممن لا تخدم بأن كانت تخدم نفسها فى بيت أبيها وهى صحيحة تقدر على خدمة نفسها لم يجب على الزوج أن يقيم لها من يخدمها ؛ لأن العرف فى حقها أن تخدم نفسها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ويجب أن يدفع اليها نفقة كل يوم اذا طلعت الشمس ، لانه أول وقت الحاجة ، ويجب أن يدفع اليها الكسوة فى كل ستة أشهر لأن العرف فى الكسوة أن تبدل فى هذه المدة ، فان دفع اليها الكسوة فبليت فى اقل من هذا القدر لم يجب عليه بدلها كما لا يجب عليه بدل طعام اليوم اذا نفد قبل انقضاء اليوم ، وان انقضت المدة والكسوة باقية ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يلزمه تجديدها لأن الكسوة مقدرة بالكفاية ، وهى مكفية .

(والثانى) يلزمه تجديدها وهو الصحيح ، كما يلزمه الطعام فى كل يوم وان بقى عندها طعام اليوم الذى قبله ، ولأن الاعتبار بالمدة لا بالكفاية ، بدليل انها لو تلفت قبل انقضاء المدة لم يلزمه تجديدها والمدة قد انقضت فوجب التجديد . وأما ما يبقى سنة فأكثر كالبسط والفراش وجبة الخز والأبريسم فلا يجب تجديدها فى كل فصل لأن العادة ان لا تجدد فى كل فصل .

فصل وان دفع اليها نفقة يوم فبانت قبل انقضائه لم يرجع بما بقى لأنه دفع ما يستحق دفعه ، وان سلفها نفقة أيام فبانت قبل انقضائها فله أن يرجع فى نفقة ما بعد اليوم الذى بانت فيه ، لأنه غير مستحق . وان دفع اليها كسوة الشتاء أو الصيف فبانت قبل انقضائه ففيه وجهان :

(أحدهما) له ان يرجع لأنه دفع لزمان مستقبل فاذا طرا ما يمنع الاستحقاق ثبت له الرجوع كما لو أسلفها نفقة أيام فبانت قبل انقضائها .

(والثانى) لا يرجع لأنه دفع ما يستحق دفعه فلم يرجع به ، كما لو دفع اليها نفقة يوم فبانت قبل انقضائه .

فصـــل وان قبضت كسوة فصل وأرادت بيعها لم تمنع منه . وقال أبو بكر بن الحداد المصرى : لا يجوز . وقال أبو الحسن الماوردى البصرى : ان أرادت بيعها بما دونها فى الجمال لم يجز ، لأن للزوج حظاً فى جمالها وعليه ضرراً فى نقصان جمالها ، والأول أظهر ، لأنه عوض مستحق فلم تمنع من التصرف فيه كالمهر . وان قبضت النفقة وأرادت أن تبيعها أو تبدلها بغيرها لم تمنع منه ، ومن أصحابنا من قال : ان أبدلتها بما يستضر بأكله كان للزوج منعها لما عليه من الضرر فى الاستمتاع بمرضها ، والمذهب الأول لما ذكرناه فى الكسوة والضرر فى الأكل لا يتحقق فلا يجوز المنع منه) .

الشرح فى متى تجب نفقة الزوجة قولان . قال فى القديم : يجب جميعها بالعقد ؛ ولكن لا يجب عليه تسليم الجميع ؛ وبه قال أبو حنيفة ؛ لأنه مال يجب للزوجة بالزوجية فوجت بالعقد كالمهر ؛ ولأن النفقة تجب فى مقابلة الاستمتاع فلما ملك الاستمتاع بها بالعقد وجب بأن تملك عليه ما فى مقابلته وهو النفقة كالثمن والمثمن .

وقال فى الجديد : لا تجب بالعقد وانما تجب يوماً بيوم وهو الأصح . لأنها لو وجبت بالعقد لوجب عليه تسليم جميعها اذا سلمت نفسها ؛ كما يجب على المستأجر تسليم جميع الأجرة اذا قبض العين المستأجرة ؛ فلما لم يجب عليه تسليم جميعها ثبت أن الجميع لم يجب ؛ وقول الأول أنها وجبت فى مقابلة ملك الاستمتاع غير صحيح وانما وجبت فى مقابلة التمكين من الاستمتاع . فاذا قلنا بقوله القديم صح أن يضمن عن الزوج بعقد زمان مستقبل ؛ ولكن لا يضمن عنه الا نفقة المعسر وان كان موسراً ؛ لأن ذلك هو الواجب عليه بيقين . وان قلنا بقوله الجديد لم يصح أن يضمن عليه الا نفقة اليوم بعد طلوع الفجر . وأما وجوب التسليم فلا خلاف أنه لا يجب عليه الا تسليم نفقة يوم بيوم ، لأنها انما تجب فى مقابلة التمكين من الاستمتاع وذلك لا يوجد الا بوجود التمكين فى اليوم ؛ فاذا جاء أول اليوم وهى ممكنة له من نفسها وجب عليه تسليم نفقة اليوم فى أوله لأن الذى يجب لها هو الحب ؛ والحب يحتاج الى طحن وعجن وخبز . وتحتاج الى الغداء والعشاء . فلو قلنا لا يجب عليه تسليم ذلك الا فى وقت الغداء والعشاء أضر بها الجوع الى وقت فراغه .

قال الشيخ أبو حامد : فان سلم لها خبزاً فارغا فأخذته وأكلته كان ذلك قبضاً فاسداً ؛ لأن الذى تستحقه عليه الحب ، فيكون لها مطالبته بالحب وله مطالبتها بقيمة الخبز •

فـــرع فان دفع اليها نفقــة شهر مستقبل فمات أحدهما أو بانت منه بالطلاق قبل انقضاء الشهر لم يسترجع منها لأنه دفع اليها ما وجب عليه لها ، فلم يتغير بما طرأ بعده كما لو دفع الزكاة الى فقير فمات أو استغنى • وان دفع اليها نفقة شهر مستقبل فمات أحدهما أو بانت منه فى أثناء الشهر استرجع منها نفقة مابعد اليوم الذى مات أحدهما فيه أو بانت فيه • وبه قال أحمد ومحمد بن الحسن • وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يسترجع منهــا لأنه ملكته بالقبض •

ودليلنا أنه دفع ذلك اليها عما سيجب لها بالزوجية فى المستقبل ، فاذا بان أنه لم يجب لها شىء استرجع منها ، كما لو قدم زكاة ماله قبل الحول الى فقير فاستغنى الفقير من غير ما دفع اليه أو مات •

فـــرع وان دفع اليها الكسوة أو النعل فبليت نظرت ؛ فان بليت فى الوقت الذى يبلى فيه مثلها ، مثل أن يقال : هذا يبقى ستة أشهر ، فأبلته بأربعة أشهر أو دونهــا لم يلزمه أن يدفع اليهــا بدله ؛ لأنه قد دفع اليهــا ما تستحقه عليه ، فاذا بلى قبل ذلك لم يلزمه ابداله ، كما لو سرقت كسوتها أو احترقت ، وكما لو دفع اليها نفقة يوم فأكلتها قبل اليوم •

وان مضى الزمان الذى تبلى فيه مثل تلك الكسوة بالاستعمال المعتاد ولم تبل تلك الكسوة بل يمكن لباسها ، فهل يلزمه أن يكسوها ؟ فيه وجهان:

(أحدهما) لا يلزمه لأنها غير محتاجة الى الكسوة (والثانى) يلزمه أن يكسوها قال الشيخان أبو اسحاق وأبو حامد : وهو الأصح لأن الاعتبــار بالكسوة بالمدة لا بالبلاء • ألا ترى أن كسوتهن لو بليت قبل وقت بلائهــا لم يلزمه ابدالها ، فاذا بقيت بعد مدة بلائها يلزمه ابدالها ؛ ولأنه لو دفع

اليها نفقة يوم فلم تأكلها حتى جاء اليوم الثانى لزمه نفقة لليوم الثانى ، وان كانت مستغنية فيه بنفقة اليوم الأول فكذلك فى الكسوة مثله .

وان دفع اليها كسوة مدة فمات أحدهما أو بانت منه قبل انقضائها والكسوة لم تبل ؛ فهل يسترجع من وارثها أو منها ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يسترجع منها ، كما لو دفع اليها نفقة ما بعد يوم الموت والبينونة (والثانى) لا يسترجع لأنه دفع الكسوة اليها بعد وجوبها عليه فلم يسترجع منها كما لو دفع اليها نفقة يوم فمات أحدهما أو بانت قبل انقضائه ، ويخالف اذا دفع اليها نفقة الشهر ؛ فانها لا تستحق عليه نفقة ما بعد يوم الموت والبينونة . فلذلك استرجعت منها .

فرع قال ابن الحداد : اذا دفع الى امرأته كسوة فأرادت بيعها لم يكن لها ذلك لأنها لا تملكها ، ألا ترى أن له أن يأخذها منها ويبدلها بغيرها . ولو دفع اليها طعاماً فباعته كان لها ذلك .

واختلف أصحابنا فى ذلك فمنهم من وافق ابن الحداد وقال : لا يصح لها بيع ما يدفع اليها من الكسوة لأنها تستحق عليه الانتفاع بالكسوة وهو استئثارها بها فلا تملكها بالقبض كالمسكن . وان أتلفت كسوتها لزمها قيمتها له ولزمه أن يكسوها ، ومنهم من خطأ ابن الحداد وقال : تملك الكسوة اذا قبضتها ويصح بيعها ، لأنه يجب عليه دفع الكسوة اليها ، فاذا قبضتها ملكتها وصح بيعها لها كالنفقة ويخالف المسكن فانه لا يلزمه أن يسلم اليها المسكن وانما له أن يسكن معها وقال أبو الحسن الماوردى صاحب الحاوى : ان أرادت بيعها بما دونها فى الجمال لم يجز ؛ لأن للزوج حظاً فى جمالها ، وعليه ضرر فى نقصان جمالها . وان أرادت بيعها بمثلها أو أعلى منها كان لها ذلك لأنها ملكتها ولا ضرر على الزوج فى ذلك قال ابن الصباغ : وعندى أنه لو أراد أن يكترى لها ثياباً تلبسها لم يلزمها أن تستجيب الى ذلك ؛ ولو أراد أن يكترى لها مسكناً لزمها الاستجابة الى ذلك . هذا نقل أصحابنا البغداديين أن الذى يستحق عليه دفع النفقة والكسوة ، ولم يذكر أحد منهم أنه يجب عليه أن يملكها .

وأما المسعودى فقال : يجب عليه أن يملكها الحب ، فلو رضيت أن يملكها الخبز فالظاهر أنه يصح ، وفيه وجه آخر أنه لا يصح • لأنه ابدال قبل القبض وأيضاً فانه بيع الحت بالخبز ، وذلك ربا •

وأما الكسوة فتجب عليه على طريق الكفاية ولا يجب عليه التمليك ؛ فلو سرقت أو تحرقت فى الحال وجب عليه الإبدال ، وفيه وجه آخر أنه يجب عليه التمليك تخريجاً من النفقة •

فـــرع وان دفع اليها نفقتها وأرادت بيعها أو ابدالهـا بغيرها لم تمنع منها ومن أصحابنا من قال : انه اذا أرادت ابدالها بما تستضر بأكلها كان للزوج منعها لأن عليه ضرراً فى الاستمتاع بها مريضة ؛ والمذهب الأول ، لأن الضرر بأكلها لغيرها لا يتحقق ؛ فان تحقق الضرر بذلك منعت منه ، لئلا تقتل نفسها ، كما لو أرادت قتل نفسها •

قال الشافعى : وليس على الزوج أن يضحى عن امرأته لأنه لا يجب عليه أن يضحى عن نفسه ، فلأن لا يجب عليه أن يضحى عنها أولى • والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الاعسار بالنفقة واختلاف الزوجين فيها

اذا اعسر الزوج بنفقة المعسر فلها أن تفسخ النكاح ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا يجد ما ينفق على امرأته قال : يفرق بينهما » ولأنه اذا ثبت لها الفسخ بالعجز عن الوطء ــ والضرر فيه أقل ــ فلأن يثبت بالعجز عن النفقة والضرر فيه أكثر أولى ، وان اعسر ببعض نفقة المعسر ثبت لها الخيار ، لأن البدن لا يقوم بما دون المد ، وان أعسر بما زاد على نفقة المعسر لم يثبت لها الفسخ ، لأن ما زاد غير مستحق مع اعسار • وان اعسر بالأدم لم يثبت لها الفسخ ، لأن البدن يقوم بالطعام من غير أدم • وان اعسر بالكسوة ثبت لها الفسخ ، لأن البدن لا يقوم بغير الكسوة ، كمـــا لا يقوم بغير القوت •

وان أعسر بنفقة الخادم لم يثبت لها الفسخ لأن النفس تقوم بغير خادم . وان أعسر بالمسكن ففيه وجهان (أحدهما) يثبت لها الفسخ لأنه يلحقها الضرر لعدم المسكن (والثانى) لا يثبت لأنها لا تعدم موضعاً تسكن فيه .

فصـــل وان لم يجد الا نفقة يوم بيوم لم يثبت لها الفسـخ ، لأنه لا يلزمه فى كل يوم أكثر من نفقة يوم ، وان وجد فى أول النهار ما يغديهـا وفى آخره ما يعيشها ففيه وجهان (أحدهما) لها الفسخ لأن نفقة اليوم لا تتبعض . (والثانى) ليس لها الفسخ لأنها تصل الى كفايتها .

وان كان يوماً يجد قدر الكفاية ولا يجد يوماً ثبت لها الفسخ لأنه لا يحصل لها فى كل يوم الا بعض النفقة .

وان كان نساجاً فى كل أسبوع ثوباً تكفيه أجرته الاسبوع ، أو صـانعاً يعمل فى كل ثلاثة أيام تكة يكفيه ثمنها ثلاثة أيام لم يثبت لها الفسخ لأنه يقـور أن يستقرض لهذه المدة ما ينفقه فلا تنقطع به النفقة . وان كانت نفقته فى عمل فعجز عن العمل بمرض نظرت ـ فان كان مرضاً يرجى زواله فى اليومين والثلاثة لم يثبت الفسخ ، لانه يمكنها أن تستقرض ما تنفقه ثم تقضـيه . وان كان مريضاً مما يطول زمانه ثبت لها الفسخ لأنه يلحقها الضرر لعدم النفقة ، وان كان له مال غائب ـ فان كان فى مسـافة لا تقصر فيهـا الصـلاة لم يجز لهـا الفسـخ . وان كان فى مسـافة تقصر فيها الصـلاة ثبت لها الفسخ لما ذكرناه فى المرض ، وان كان له دين على موسر لم يثبت لها الفسخ وان كان على معسر ثبت لها الفسخ ، لأن يسار الغريم كيساره ، واعساره كاعساره فى تيسـير النفقة وتعسيرها) .

الشرح حديث أبى هريرة أخـرجه الدارقطنى والبيهقى فى السنن الكبرى من طـريق عاصم القـارى عن أبى صـالح عن أبى هريرة وأعله أبو حاتم ، ولكن للحديث شواهد عن سعيد بن المسيب عند سعيد بن منصور والشافعى وعبد الرزاق فى الرجل لا يجد ما ينفق على أهله قال « يفـرق بينهما » قال أبو الزناد : قلت لسعيد سنة ؟ قال سنة . وهذا مرسل قوى .

وعن عمر عند عبد الرزاق والمنـذرى والشافعى « أنه كتب الى امرأة الأجناد فى رجال غابوا عن نسائهم اما أن ينفقوا واما أن يطلقوا ويبعثوا نفقة ما حبسوا » وعن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى واليد العليـا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول .

فقيل من أعول يا رسول الله ؟ قال امرأتك ممن تعول ، تقول : أطعمنى والا فارقنى ، جاريتك تقول : أطعمنى واستعملنى ، ولدك يقول : الى من تتركنى ؟ » رواه أحمد والدارقطنى باسناد صحيح وأخرجه الشيخان فى الصحيحين وأحمد من طريق آخر ، وجعلوا الزيادة المفسرة فيه من قول أبى هريرة • وقد حسن اسناده الحافظ ابن حجر مع كونه من رواية عاصم عن أبى صالح ، وفى حفظ عاصم مقال •

والحديث الذى أخرجه البخارى عن أبى هريرة لفظه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أفضل الصدقة ما كان عن ظهر غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول • تقول المرأة : اما أن تطعمنى واما أن تطلقنى ؛ ويقول العبد : أطعمنى واستعملنى • ويقول الابن : أطعمنى والى من تدعنى ؟ قالوا : يا أبا هريرة سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال لا ؛ هذا من كيس أبى هريرة » •

أما الأحكام فانه اذا كان الزوج موسراً فصار معسراً فانه ينفق على زوجته نفقة المعسر ، ولا يثبت لها الخيار فى فسخ النكاح ، لأن بدنها يقوم بنفقة المعسر وان أعسر بنفقة المعسر كانت بالخيار بين أن تصبر وبين أن تفسخ النكاح ، وبه قال عمر وعلى وأبو هريرة وابن المسيب والحسن البصرى وحماد بن أبى سلمة وربيعة ومالك وأحمد •

وقال عطاء والزهرى والثورى وأبو حنيفة وأصحابه : لا يثبت لها الفسخ ، بل يرفع يده عنها لتكتسب • وحكاه المسعودى قولا آخر لنا • وليس بمشهور • دليلنا قوله تعالى « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » فخير الله الزوج بين الامساك بالمعروف ، وهو أن يمسكها وينفق عليها ؛ وبين التسريح باحسان • فاذا تعذر عليه الامساك بمعروف تعين عليه التسريح •

وروى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اذا أعسر الرجل بنفقة امرأته يفرق بينهما » ولأنه روى ذلك عن عمر وعلى وأبى هريرة ولا

مخالف لهم فى الصحابة الا ما رواه صاحب الفتح عن الكوفيين من أنه يلزم المرأة الصبر وتتعلق النفقة بذمة الزوج • وحكاه فى البحر من كتب العترة عن عطاء والزهرى والثورى والقاسمية • وقالوا عن الأحاديث : انها معتلة•

وأما ما ورد فى الصحيحين من حديث أبى هريرة فقالوا : هو من قول أبى هريرة كما وقع التصريح به منه حيث قال « انه من كيسه » أى من استنباطه من المرفوع وقد وقع فى رواية الأصيلى بفتح الكاف أى من فطنته•

ونجيب عن ذلك بأن الأحاديث المذكورة يقوى بعضها بعضاً مع أنه لم يكن فيها قدح يوجب الضعف فضلا عن السقوط • والآية « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً الا ما آتاها » وكذا قولهم : « واذا أعسر ولم يجد سبباً يمكنه به تحصيل النفقة فلا تكليف عليه بدلالة الآية » فيجاب عنه بأنا لم نكلفه النفقة حال اعساره ؛ بل دفعنا الضرر عن امرأته وخلصناها من حباله لتكتسب لنفسها أو يتزوجها رجل آخر •

واحتجوا فيما فى صحيح مسلم من حديث جابر « أنه دخل أبو بكر وعمر على النبى صلى الله عليه وسلم فوجداه حوله نساؤه واجماً ساكتاً وهن يسألنه النفقة ، فقام كل منهما الى ابنته أبو بكر الى عائشة وعمر الى حفصة فوجآ أعناقهما فاعتزلهن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ذلك شهراً » فضربهما لابنتيهما فى حضرته صلى الله عليه وسلم لأجل مطالبتهما بالنفقة التى لا يجدها يدل على عدم التفرقة لمجرد الاعسار عنها • قالوا : ولم يزل الصحابة فيهم الموسر والمعسر ومعسروهم أكثر •

ويجاب عن هذا بأن زجرهما عن المطالبة بما ليس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يدل على عدم جواز الفسخ لأجل الاعسار ؛ ولم يرو أنهن طلبته ولم يجبن اليه ، كيف ؟ وقد خيرهن صلى الله عليه وسلم بعد ذلك فاخترنه •

ومحل النزاع هل يجوز الفسخ عند الاعسار أم لا ؟ وقد أجيب عن هذا

الحديث بأن أزواجه صلى الله عليه وسلم لم يعدمن النفقة بالكلية ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم قد استعاذ من الفقر المدقع ؛ ولعل ذلك انما كان فيما زاد على قوام البدن • قال الشوكانى فى نيل الأوطار : وظاهر الأدلة أنه يثبت الفسخ للمرأة بمجرد عدم وجدان الزوج لنفقتها بحيث يحصل عليها ضرر من ذلك • ا هـ •

اذا ثبت هذا فان كان لا يجد الا نفقة يوم بيوم لم يثبت لها الخيار فى الفسخ لأنه قادر على الواجب عليه ، وان كان لا يجد فى أول النهار الا ما يغديها ووجد فى آخره ما يعشيها فهل يثبت لها الفسخ ؟ فيه وجهان حكاهما المصنف •

(أحدهما) يثبت لها الفسخ لأن نفقة اليوم لا تتبعض •

(والثانى) لا يثبت لها الفسخ لأنها تصل الى كفايتها • وان كان يجد نفقة يوم ولا يجد نفقة يوم ثبت لها الفسخ لأنها لا يمكنها الصبر على ذلك • فهو كما لو لم يجد كل يوم الا نصف مد •

فـــرع وان كان نساجا ينسج فى كل أسبوع ثوباً تكفيه أجرته الأسبوع لم يثبت لهـا الفسخ ؛ لأنه يستطيع أن يستقرض لهـذه الأيام ما تقتضيه لنفقتها فلا تقطع به النفقة عليها ؛ لأن الأجر اذا كان يكفيه وحده بدونها فانه يستطيع أن يقترض كما قررنا فلا يثبت لها الفسخ •

وان كانت نفقته بالعمل فعجز عنه بمرض ــ فان كان مرضا يرجى زواله باليومين والثلاثة لم يثبت لها الفسخ لأنه لم يلحقها الضرر • وان كان له مال غائب ــ فان كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة ــ لم يجز لها الفسخ والا ثبت لها الفسخ لما ذكرناه فى المرض وان كان له دين على ملىء لم يثبت لها الفسخ كما قلنا فى الزكاة اذا كان بعض النصاب ديناً على ملىء وجب على الدائن الزكاة فيه ؛ لأن يسار الغريم كيساره ، واعساره كاعساره فى تيسير النفقة واعسارها •

فـــرع وان علمت المرأة باعسار الرجل بالنفقة فتزوجته ثبت لها الفسخ . لأنه قد يكتسب بعد العقد أو يقترض أو يتهب ، فلما جاز أن يعتبر حاله لم يلزمها حكم علمها به . وان تزوجته مع علمها به باعساره بالمهر فهل يثبت لها الفسخ ؟ فيه وجهان (أحدهما) يثبت لها الفسخ كالنفقة (والثانى) لا يثبت لها الفسخ لأنها رضيت بتأخيره لأنه معسر به بخلاف النفقة فانهـا تجب بعد العقد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان كان الزوج موسراً وامتنع من الانفاق لم يثبت لهـا الفسـخ لأنه يمكن الاستيفاء بالحاكم . وان غاب وانقطع خبره لم يثبت لهـا الفسخ ، لأن الفسخ يثبت بالعيب بالاعسار ، ولم يثبت الاعسار . ومن أصحابنا من ذكر فيه وجهاً آخر أنه يثبت لها الفسخ لأن تعذر النفقـة بانقطاع خـبره كتعذرها بالاعسار .

فصـــل اذا ثبت لها الفسخ بالاعسار واختارت المقام معه ثبت لهـا فى ذمته ما يجب على المعسر من الطعام والادم والكسوة ونفقة العادم ، فاذا أيسر طولب بها لأنها حقوق واجبة عجز عن أدائها ، فاذا قدر طولب بها كسـائر الديون ،ولا يثبت لها فى الذمة ما لا يجب على المعسر من الزيادة على نفقة المعسر لأنه غير مستحق .

فصـــل وان اختارت المقام بعد الاعســـار لم يلزمها التمكين من الاستمتاع ولها أن تخرج من منزله ، لأن التمكين فى مقابلة النفقة ، فلا يجب مع عدمها . وان اختارت المقام معه على الاعسار ثم عن لها أن تفسخ فلهـا أن تفسخ ، لأن النفقة يتجدد وجوبها فى كل يوم فتجدد حق الفسخ . وان تزوجت بفقير مع العلم بحاله ثم أعسر بالنفقة فلها أن تفسخ ، لأن حق الفسخ يتجدد بالاعسار بتجدد النفقة .

فصـــل وان اختارت الفسخ لم يجز الفسخ الا بالحاكم لأنه فسـخ مختلف فيه فلم يصح بغير الحاكم كالفسخ بالتعنين ، وفى وقت الفسخ قولان (أحدهما) أن لها الفسخ فى الحال ، لأنه فسخ لتعذر العوض فثبت فى الحـال كفسخ البيع بافلاس المشترى بالثمن . (الثـانى) أنه يمهـل ثلاثة أيام لأنه قد لا يقدر فى اليوم ويقدر فى غد ولا يمكن امهاله أبداً لأنه يؤدى الى الأضرار بالمرأة والثلاث فى حد القلة فوجب امهاله . وعلى هذا لها أن تخرج فى هذه الأيام من منزل الزوج ، لانها لا يلزمها التمكين من غير نفقة) .

الشرح الأحكام : اذا كان الزوج موسراً حاضراً ، فطالبته بنفقتها فمنعها اياها لم يثبت لها الفسخ ؛ لأنه يمكنها التوصل الى استيفاء حقها بالحكم • وفيه وجه آخر حكاه المسعودي أنه يثبت لها الفسخ ؛ لأن الضرر يلحقها بمنعه النفقة فهو كالمعسر ، وليس بشيء لأن العسرة عيب •

وان غاب عنها الزوج وانقطع خبره ولا مال له ينفق عليها منه فهل يثبت لها الفسخ ؟ فيه وجهان (أحدهما) يثبت كتعذرها بالاعسار (والثانى) وهو قول الشيخ أبى حامد أنه لا يثبت لها الفسخ ، لأن الفسخ انما يثبت بالاعسار بالنفقة ولم يثبت اعساره •

فرع اذا ثبت اعسار الزوج وخيرت بين ثلاثة أشياء : بين أن تفسخ النكاح وبين أن تقيم معه وتمكنه من الاستمتاع بها ويثبت لها فى ذمته ما يجب على المعسر من النفقة والأدم والكسوة ونفقة الخادم الى أن يوسر ، وبين أن يقيم على النكاح ولكن لا يلزمها أن تمكنه من نفسها ، بل تخرج من منزله ؛ لأن التمكين انما يجب عليها ببذل النفقة ، ولا نفقة هناك ، ولا تستحق فى ذمته نفقة فى وقت انفرادها عنه ؛ لأن النفقة انما تجب فى مقابلة التمكين من الاستمتاع ولا تمكين منها له • فان اختارت المقام معه ثم عن لها أن تفسخ النكاح كان لها ذلك ؛ لأن وجوب النفقة لها يتجدد ساعة بساعة ويوما بيوم ، فاذا عفت عن الفسخ لوجوب نفقة وقتها ورضيت به تجدد لها الوجوب فيما بعد فثبت لها الفسخ بخلاف الصداق اذا أعسر به فرضيت بالمقام معه ، فان خيارها يسقط لأنه يجب دفعة واحدة ولا يتجدد وجوبه •

وان اختارت الفسخ قال الطبرى فى العدة : قولان • (أحدهما) قال ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره : انها لا تفسخ بنفسها ، بل ترفع الأمر الى الحاكم حتى يأمره بالطلاق أو يطلق عليه ــ لأنه موضع اجتهاد واختلاف ــ فكان الى الحاكم كالفسخ بالعنة ؛ (والثانى) أنها تفسخ بنفسها كالمعتقة تحت عبد • وهل يؤجل ؟ فيه قولان •

(أحدهما) لا يؤجل لأن الفسخ للإعسار وقد وجد الإعسار فثبت الفسخ فى الحال كالعيب فى الزوجين •

(والثانى) يؤجل ثلاثة أيام لأن المكتسب قد ينقطع كسبه ثم يعود والثلاث هى حد القلة فوجب انظاره ثلاثا ولا يلزمها المقام معه فى هذه الثلاث فى منزله ؛ لأنه لا يلزمها التمكين من غير نفقة ؛ فاذا قلنا بهذا فوجد فى اليوم الثالث نفقتها وتعسرت عليه النفقة فى اليوم الرابع فهل يجب أن يستأنف له امهال ثلاثة أيام ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجب لأن العجز الأول ارتفع (والثانى) لا يجب لأنها تستضر بذلك •

فرع وان كانت الزوجة صغيرة أو مجنونة فأعسر زوجها بالنفقة لم يكن لوليها أن يفسخ النكاح ؛ لأن ذلك يتعلق بشهوتها واختيارها ، والولى لا ينوب عنها فى ذلك ، وان زوج الرجل أمته من رجل فأعسر الزوج بنفقتها ، فان كانت الزوجة معتوهة أو مجنونة قال ابن الحداد فلا يثبت الفسخ للسيد ، لأن الخيار اليها وليست من أهل الخيار فلا ينوب عنها السيد فى الفسخ كما لو عن الزوج عنها ويلزم السيد أن ينفق عليها ان كان موسراً بحكم الملك ، وتكون نفقتها فى ذمة زوجها الى أن يوسر ، فاذا أيسر قال القاضى أبو الطيب : فانها تطالب زوجها بها فاذا قبضتها أخذها السيد منها لأنها لا تملك المال ، وحاجتها قد زالت بانفاق السيد عليها • قال ابن الصباغ : وهذا فيه نظر ، لأن الأمة اذا كانت لا تملك العين فكذلك الدين ، فيجب أن يكون ما ثبت من الدين للسيد وله المطالبة به دونها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل اذا وجد التمكين الموجب للنفقة ولم ينفق حتى مضت مدة صارت النفقة دينا فى ذمته ولا تسقط بمضى الزمان ، لانه مال يجب على سبيل البدل فى عقد معاوضة فلا يسقط بمضى الزمان كالثمن والاجرة والمهر ، ويصح ضمان ما استقر منها بمضى الزمان ، كما يصح ضمان سائر الديون •

وهل يصح ضمانها قبل استقرارها بمضى الزمان ؟ فيه قولان بناء على

القولين فى النفقة هل تجب بالعقد او بالتمكين ؟ فيه قولان : قال فى الجديد تجب بالتمكين وهو الصحيح ، لانها لو وجبت بالعقد لملكت المطالبة بالجميع كالمهر والأجرة وعلى هذا لا يصح ضمانها لأنه ضمان مالم يجب .

وقال فى القديم : تجب بالعقد لأنها فى مقابلة الاستمتاع والاستمتاع يجب بالعقد فكذلك النفقة ، وعلى هذا يصح أن يضمن منها نفقة موصوفة لمدة معلومة .

فصل اذا اختلف الزوجان فى قبض النفقة فادعى الزوج انها قبضت وأنكرت الزوجة فالقول قولها مع يمينها لقوله عليه السلام « اليمين على المدعى عليه » ولأن الأصل عدم القبض .

وان مضت مدة لم ينفق فيها وادعت الزوجة انه كان موسراً فيلزمه نفقة الموسر ، وادعى الزوج انه كان معسراً فلا يلزمه الا نفقة المعسر نظرت ـ فان عرف له مال ـ فالقول قولها ـ لأن الاصل بقاؤها ، وان لم يعرف له مال قبل ذلك فالقول قوله لأن الاصل عدم المال .

وان اختلفا فى التمكين فادعت المرأة انها مكنت وأنكر الزوج فالقول قوله لان الاصل عدم التمكين وبراءة الذمة من النفقة ، وان طلق زوجته طلقة رجعية وهى حامل فوضعت واتفقا على وقت الطلاق واختلفا فى وقت الولادة فقال الزوج : طلقتك قبل الوضع فانقضت العدة فلا رجعة لى عليك ولا نفقة لك على . وقالت المرأة : بل طلقتنى بعد الوضع فلك على الرجعة ولى عليك النفقة ، فالقول قول الزوج انه لا رجعة لى عليك ، لانه حق له فقبل اقراره فيه . والقول قول المرأة فى وجوب العدة لأنه حق عليها فكان القول قولها ، والقول قولها مع يمينها فى وجوب النفقة ، لأن الأصل بقاؤها ، والله أعلم) .

الشرح الأحكام : نفقة الزوجة لا تسقط بمضى الزمان ، فاذا مكنت المرأة الزوج من نفسها زماناً ولم ينفق عليها وجبت لها نفقة ذلك الزمان ، سواء فرضها الحاكم أو لم يفرضها ، وبه قال مالك وأحمد .

وقال أبو حنيفة : يسقط عنه الا أن يفرضها الحاكم . دليلنا أنه حق يجب مع اليسار والإعسار فلا يسقط بمضى الزمان كالدين . وفيه احتراز من نفقة الأقارب ـ فان أعسر الزوج بنفقة ما مضى ـ لم يثبت لها الفسخ ؛ لأن الفسخ جعل ليرجع اليها ما فى مقابلة النفقة ، والنفقة للزمان الماضى فى

مقابلة تمكين قد مضى • فلو فسخت النكاح لأجلها لم يرجع اليها ما فى مقابلتها ، فهو كما لو أفلس المشترى والمبيع بألف ، فانه لا يثبت للبائع الرجوع الى المبيع • وان أبرأت الزوج عنها صحت براءتها ، لأنه دين معلوم فصحت البراءة منه كسائر الديون •

فرع اذا تزوج الرجل امرأة ومكنته من نفسها زماناً ثم اختلفا فى النفقة فادعى الزوج أنه قد أنفق عليها وقالت لم ينفق على ولا بينة للزوج فالقول قول الزوجة مع يمينها ، سواء كان الزوج معها أو غائباً عنها ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد وقال مالك : ان كان الزوج غائبا عنها فالقول قولها ، وان كان حاضراً معها فالقول قول الزوج مع يمينه ، لأن الظاهر أنها لا تسلم اليه الا بعد أن تتسلم النفقة وهكذا قال فى الصداق •

ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » والزوجة تنكر القبض فكان القول قولها ؛ ولأنهما زوجان اختلفا فى قبض النفقة فكان القول قولها ، كما لو سلمت نفسها والزوج غائب •

وان سلمت نفسها اليه زماناً ولم ينفق عليها أو أنفق عليها فيه نفقة معسر وادعت أنه كان موسراً فيه ، وادعى أنه كان معسراً ولا بينة لها على يساره ذلك الوقت ؛ فان عرف له مال قبل ذلك فالقول قولها مع يمينها ؛ لأن الأصل بقاء المال ، وان لم يعرف له مال فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم اليسار •

فرع ان ادعت الزوجة أنها مكنت الزوج من نفسها وأنكر فالقول قوله مع يمينه ؛ لأن الأصل عدم التمكين •

وان طلق امرأته طلقة رجعية وولدت واتفقا على وقت الطلاق واختلفا فى الولادة فقال الزوج : ولدت بعد الطلاق فلا رجعة لى ولا نفقة لك ، وقالت المرأة ولدت قبل الطلاق فلى العدة ولك الرجعة ولى عليك النفقة فلا رجعة للزوج لأنه أقر بسقوط حقه منها وله أن يتزوج بأختها وبأربع سواها ، وعلى الزوجة العدة لأنها مقرة بوجوبها عليها ، وتحلف المرأة أنها

ولدت قبل أن يطلقها وتستحق النفقة لأنهما اختلفا فى وقت ولادتها وهى أعلم بها ، ولأنهما اختلفا فى سقوط النفقة والأصل بقاؤها حتى يعلم سقوطها ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب نفقة المعتدة

اذا طلق امرأته بعد الدخول طلاقا رجعيا وجب لها السكنى والنفقة فى العدة لأن الزوجية باقية والتمكين من الاستمتاع موجود ، فان طلقها طلاقا بائنا وجب لها السكنى فى العدة ، حائلا كانت أو حاملا ، لقوله عز وجل « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ، ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن » .

وأما النفقة فانها ان كانت حائلا لم تجب ، وان كانت حاملا وجبت لقوله عز وجل « وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن » فأوجب النفقة مع الحمل ، فدل على أنها لا تجب مع عدم الحمل ، وهل تجب النفقة للحمل ؟ أو للحامل بسبب الحمل ؟ فيه قولان .

قال فى القديم : تجب للحمل لأنها تجب بوجوده وتسقط بعدمه .

وقال فى الأم : تجب للحامل بسبب الحمل وهو الصحيح ـ لأنها لو وجبت للحمل لتقدرت بكفايته ، وذلك فحصل بما دون المد .

فان قلنا تجب للحمل لم تجب الا على من تجب عليه نفقة الولد ، فان كانت الزوجة أمة والزوج حراً وجبت نفقتها على مولاها ، لأن الولد مملوك له . وان قلنا : تجب النفقة للحامل وجبت على الزوج ، لأن نفقتها تجب عليه وان كان الزوج عبداً وقلنا : ان النفقة للحامل وجبت عليه . وان قلنا تجب الحمل لم تجب لان العبد لا يلزمه نفقة ولده .

فصل اذا وجبت النفقة للحمل أو للحامل بسبب الحمل ففى وجوب الدفع قولان (أحدهما) لا يجب الدفع حتى تضع الحمل لجواز أن يكون ريحا فانفش ، فلا يجب الدفع مع الشك (والثانى) يجب الدفع يوما بيوم ، لأن الظاهر وجود الحمل ، ولأنه جعل كالمتحقق فى منع النكاح وفسخ البيع فى الجارية المبيعة والمنع من الأخذ فى الزكاة ووجوب الدفع فى الدية فجعل

كالمتحقق فى دفع النفقة فان دفع اليها ثم بان أنه لم يكن بها حمل ـ فان قلنا تجب يوما بيوم ـ فله أن يرجع عليها لأنه دفعها على أنها واجبة ، وقد بان أنها لم يجب فثبت له الرجوع . وان قلنا : انها لا تجب الا بالوضع ، فان دفعها بأمر الحاكم فله أن يرجع لأنه اذا أمره الحاكم لزمه الدفع فثبت له الرجوع وان دفع من غير أمره فان شرط ذلك عن يفقتها ان كانت حاملا فلم أن يرجع لأنه دفع عما يجب وقد بان أنه لم يجب . وان لم يشرط لم يرجع لأن الظاهر أنه متبرع) .

الشرح الأحكام : اذا طلق امرأته بعد الدخول طلاقا رجعيا فانها تستحق على الزوج جميع ما تستحق الزوجة الا بالقسم الى أن تنقضى عدتها؛ وهو اجماع وان كان الطلاق بائنا وجت لها السكنى حائلا كانت أو حاملا ، وأما النفقة فان كانت حائلا لم يجب لها وان كانت حاملا وجبت ، وقال ابن عباس وجابر : لا سكنى للبائن وبه قال أحمد واسحاق ، وقال أبو حنيفة تجب النفقة للبائن سواء كانت حاملا أو حائلا .

دليلنا قوله تعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن ، وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن » فأوجب السكنى للمطلقات بكل حال ، وأوجب لهن النفقة بشرط ان كن أولات حمل ، فدل على أنهن اذا لم يكن أولات حمل لا نفقة لهن .

وروى أن فاطمة بنت قيس طلقها زوجها ثلاثا وهو غائب بالشام فجعل اليها وكيله كفا من شعير فسخطته ، فقال لها لا نفقة لك الا أن تكونى حاملا ، انما هو متطوع عليك ، فأتت النبى صلى الله عليه وسلم فأخبرته بذلك فقال لها : لا نفقة لك الا أن تكونى حاملا ، واعتدى عند أم شريك .

اذا ثبت هذا فهل تجب النفقة للحمل أو للحامل لأجل الحمل ؟ فيه (والثانى) أنها تجب للحامل لأجل الحمل وهو الأصح ؛ لأنه تجب عليه قولان : (أحدهما) أنها تجب للحمل لأنها تجب عليه بوجوده ولا تجب عليه مع عدمه فدل على أنها تجب له .

نفقة الزوجة مقدرة ، ولو وجبت للحمل لتقدرت بقدر كفايته كنفقة الأقارب ، والجنين يكتفى بدون المد .

وان تزوج الحر أمة فطلقها طلاقا بائنا وهى حامل ؛ فان قلنا : ان النفقة تجب للحمل لم تجب عليه النفقة لأن ولده منهـا مملوك لسيدها ، ونفقـة المملوك على سيده • وان قلنا : ان النفقة للحامل وجب على الزوج نفقتها ، وان تزوج العبد بحرة أو أمة فأبانها وهى حامل ــ فان قلنا : ان النفقـة للحمل ــ لم تجب عليه النفقـة ؛ لأن ولده من الأمة مملوك لسـيد الأمة ، وولده من الحرة لا تجب عليه نفقته لأن العبد لا تجب عليه نفقة ولده ولا والده ، وان قلنا : ان النفقة للحامل وجبت عليه النفقة • وان كان الحمـل غنيا وقلنا : ان النفقة للحمل فهل تجب على أبيه ؟ فيه وجهان حكاهما القاضى فى كتاب الخنائى •

قال الشاشى من أصحابنا : ويصح ابراء الزوجة عنها على القولين •

وان طلق امرأة طلاقا بائنـا وهى حامل فارتدت الزوجة فقـد قال ابن الحداد : تسقط نفقتها ، فمن أصحابنا من وافقه وقال تسقط نفقتهـا قولا واحداً لأنها تتعلق بمصلحتها وهى المستحقة لها فسقطت بردتها •

ومنهم من خالفه وقال : اذا قلنا : ان النفقة للحامل سقطت ردتها ؛ وان قلنا : ان النفقة للحمل فلا تسقط بردتها لأن الحمل محكوم باسـلامه فلا يسقط حقه بردتها وان أسلمت الزوجة وتخلف الزوج فى الشرك فعليه نفقتها الى أن تنقضى عدتها حائلا كانت أو حاملا ، فمن أصحابنا من وافقه ومنهم من خالفه وقال : هذا اذا قلنا : ان النفقة للحامل • فأما اذا قلنا : ان النفقة للحمل وجبت له النفقة ؛ لأنه محكوم باسلامه •

وان مات الزوج قبل وضـع الحمل وخلف أباً فقـد قال أبو اسحاق المروزى : تسقط النفقة لأنه محكوم باسلامه ، وان مات الزوج قبل وضع الحمل وخلف أباً فقد قال أبو حامد : اذا قلنـا : ان النفقـة تجب للحمل أوجبت على جده ؛ لأنه تجب عليه نفقة ولده •

مسـألة اذا طلق امرأته وهى حامل فهل يجب عليه أن يدفع اليها النفقة يوما بيوم أو لا يجب عليه الدفع حتى تضع ؟ فيه قولان (أحدهما)

لا يجب عليه دفع النفقة حتى تضع ، فاذا وضعت الولد وجب عليه دفع نفقتها لما مضى لأنه لا يجب عليه الدفع بالشك والحمل غير متحقق الوجود قبل الوضع ، بل يجوز أن يكون ريحا فينفش •

(والقول الثانى) : انه يجب عليه أن يدفع اليها نفقة يوم بيوم وهو الأصح ، لقوله تعالى « وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن » فأمرنا بالانفاق عليهن حتى يضعن حملهن ، وهذا يقتضى وجوب الدفع ، ولأن الحمل أمارات وعلامات ، فاذا وجدت تعلق الحكم بها فى وجوب دفع النفقة ، كما تعلق الحكم بها فى منع أخذ الحمل فى الزكاة ، وفى جواز رد الجارية المبيعة ، وفى منع وطء الجارية المسبية والمشتراة وفى جواز أخذ الخلفة فى الدية •

فاذا قلنا : لا يجب الدفع حتى تضع لم تحتج الى علامة وأمارة بل تعتد ، فاذا وضعت ولداً يجوز أن يكون منه لزمه أن يدفع اليها النفقة من حين الطلاق الى حين الوضع ، فان ادعت أنها وضعت وصدقها فلا كلام • وان كذبها فعليها أن تقيم البينة على الوضع شاهدين أو شاهداً وامرأتين أو أربع نسوة ، لأنه يمكنها اقامة البينة على ذلك •

وان قلنا : يجب عليه أن يدفع اليها نفقة كل يوم بيوم فادعت أنها حامل فان صدقها الزوج وجب عليه أن يدفع اليها نفقة كل يوم من وقت الطلاق الى حين الحكم بقولهن انها حامل دفعة واحدة ، ووجب عليه أن يدفع اليها نفقة كل يوم بيوم من حين الحكم بقولهن الى حين الوضع •

ولو سألته أن يحلف لها ما يعلم أنها حامل ، فالذى يقتضى المذهب أنه يلزمه أن يحلف لجواز أن يخاف من اليمين فيقر أنها حامل أو ينكل عن اليمين فيرد عليها فاذا حلفت وجب عليه الدفع ، لأن يمينها مع نكوله كاقراره فى أحد القولين ، وكبينة يقيمها فى القول الآخر ، والجميع يجب به الدفع •

فرع فان طلقها طلاقا بائنا فقال القوابل : ان بها حملا فأنفق عليها فبان أنه لا حمل بها ، أو ولدت ولداً لا يجوز أن يكون منه ـ فان قلنا :

انه يجب عليه أن يدفع اليها نفقة كل يوم بيوم كان له أن يرجع عليها بما دفع اليها من النفقة سواء دفعه بأمر الحاكم أو بغير أمره ، وسواء شرط أنه نفقة أو أطلق ؛ لأنه دفع اليها النفقة على أنها واجبة عليه ؛ وقد بان أنه لا نفقة عليه لها •

وان قلنا : انه لا يجب عليه الدفع الا بعد الوضع نظرت ــ فان كان قد دفع اليها بحكم الحاكم ــ كان له الرجوع ، لأن الحاكم أوجب عليه الدفع وقد بان أنها لم تكن واجبة عليه ، وان دفعها بغير حكم الحاكم ؛ فان كان قد شرط أن ذلك عن نفقتها ان كانت حاملا ، فله أن يرجع عليها لأنه بان أنها ليست بحامل ولا نفقة عليه ، وان دفعها من غير شرط لم يرجع عليها بشيء ، لأن الظاهر أنه تطوع بالإنفاق عليها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **فان تزوج امرأة ودخل بها ثم انفسخ النكاح برضاع أو عيب ، وجب لها السكنى فى العدة ، وأما النفقة فانها ان كانت حائلا ــ لم تجب وان كانت حاملا وجبت ، لأنها معتدة عن فرقة فى حال الحياة ، فكان حكمها فى النفقة والسكنى ما ذكرناه كالمطلقة •**

وان لاعنها بعد الدخول ــ فان لم ينف الحمل ــ وجبت النفقة ، وان نفى الحمل لم تجب النفقة ، لأن النفقة تجب فى احد القولين للحمل • والثانى تجب لها بسبب الحمل والحمل منتف عنه فلم تجب بسببه نفقة • وأما السكنى ففيها وجهان (أحدهما) تجب لأنها معتدة عن فرقة فى حال الحياة ، فوجب لها السكنى كالمطلقة (والثانى) لا تجب لما روى ابن عباس رضى الله عنه ((أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى أن لا تثبت لها)) من أجل أنهما يفترقان من غير طلاق ولا متوفى عنها زوجها ، ولأنها لم تحصن ماءه فلم يلزمه سكناها) •

الشرح حديث ابن عباس رواه البزار « أن رجلا طلق امرأته فجاءت الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : « لا نفقة لك ولا سكنى » •

قال الهيثمى فى مجمع الزوائد : وفيه ابراهيم بن اسماعيل بن أبى حبيبة وهو متروك •

أما الأحكام فقد قال الشافعى : وان كان يملك رجعتها فلم تعتد بثلاث حيض أو كان حيضها مختلفا فيطول ويقصر لم أجعل لها الا الأقصر • ا هـ •

واختلف أصحابنا فى تأويلها ، فقال أبو اسحاق تأويلهـا هو أن يطلق امرأته طلاقا رجعيا فأنفق عليها وظهر بها حمل فى العدة ، ووضعت لأكثر من أربع سنين من وقت الطلاق ـ فان قلنا : انه يلحقه ـ فعليه نفقتها الى أن وضعت فلا كلام • وان قلنا : انه لا يلحقه وينتفى عنه بغير لعان فانها لا تكون معتدة به ولا نفقة عليه لهـا مدة حملها ، وانما عدتها بالأقراء وتسأل من أين الحمل ؟ فان قالت هو من غيره بشبهة أو زنا قلنا لها أى وقت حملت به ؟ فان قالت بعد انقضاء عدتى بالأقراء على الأول فعلى الأول نفقتها مدة عدتها بالأقراء لا غير ، وان قالت حملت به بعد أن مضى من عدته قرءان كان على الزوج نفقتها مدة عدتها فى القرءين قبل الحمل ، ومدة عدتها بالقرء الثـالث بعد الحمل •

وان قالت هذا الولد من هذا الزوج وطئنى فى عدتى ، أو راجعنى ثم وطئنى فان أنكرها حلف ، لأن الأصل عدم ذلك ، فاذا حلف بطل أن تعتـد بالحمل منه وقلنا له : فسر أنت كيف اعتدت منك ، فان قال حملت به قبل أن يمضى لها شىء من الأقراء فانها تعتد بثلاثة أقراء عنه بعد الوضع ولها عليه نفقة ذلك الوقت • وان قال انقضت عدتها منى بالأقراء ثم حملت به بعـد ذلك فقد اعترف أنها اعتدت عنه بالأقراء ، فان كان حيضها لا يختلف فلا نفقة مدة ثلاثة أقراء ، وان كان حيضها يختلف فتارة تمضى أقراء فى سـنة وتارة فى ستة أشهر وتارة فى ثلاثة أشهر واختلفا فى عدتها كان لها نفقة ثلاثة أشهر لأنه اليقين •

ومن أصحابنا من قال : تأويلها أن يطلقها طلاقا رجعيا ، وأتت بولد لأكثر من أربع سنين من وقت الطلاق وقلنا : لا يلحقه ـ فان عدتها بالأقراء عنه ، فيرجع اليها كيف الاعتداد منها بالأقراء ، فاذا ذكرت ـ فان كان حيضـها لا يختلف كانت لها نفقة ثلاثة أقراء ، وان كان يختلف فيطول ويقصر لم يكن لها الا نفقة الأقصر لأنه اليقين • وبهذا قال أحمد •

ومن أصحابنا من قال : تأويلها اذا طلقها طلاقا رجعيا وحكمنا لها بالنفقة وأتت بولد لأكثر من أربع سنين من وقت الطلاق ــ وقلنا : لا يلحقه وكانت تحيض على الحمل • وقلنا : انه حيض ــ فانها تعتد عنه بالأقراء الموجودة على الحمل ، فان كان حيضها لا يختلف فلها نفقة ثلاثة أقراء • وان كان يختلف لم يكن لها الا نفقة الأقصر لأنه اليقين •

قال العمرانى فى البيان : وهذا ضعيف جداً وعلل ذلك بأنها على هذا القول يكون لها نفقة الأقراء على الحمل طالت أو قصرت •

ومن أصحابنا من قال : تأويلها اذا طلقها طلاقا رجعيا فذكرت أن حيضها ارتفع بغير عارض ، فانها تتربص على ما مضى ، فاذا زعمت أن حيضها ارتفع بغير عارض فقد اعترفت تحقيق حق لها وهو العدة والرجعة فيقبل قولها فيه ، وحق لها وهو النفقة فلا يقبل قولها فيه بل يجعل لها نفقة الأقصر لأنه اليقين والتأويل الأول أصح •

فأما اذا طلقها طلاقاً فظهر بها أمارات الحمل فأنفق عليها ثم بان أنه لم يكن حملا وانما كان ريحا فانفش فانه يسترجع نفقة ما زاد على ثلاثة أقراء ، فيقال لها : كم كانت مدة أقرائك ــ فان أخبرت بذلك ــ كان القول قولها مع يمينها •

وان قالت : لا أعلم فى كم انقضت عدتى الا أن عادتى فى الحيض كذا وعادتى فى الطهر كذا حسبنا ذلك ورجع الزوج بنفقة ما بعد ذلك •

وان قالت : حيضى يختلف ولا أعلم قدر الثلاثة الاقراء نظرنا الى أقل ما تذكره من الحيض والطهر فحسبنا لها ثلاثة أقراء ورجع عليها بما زاد على ذلك وان قالت لا أعلم قدر حيضى وطهرى ، فحكى ابن الصباغ أن الشافعى قال : جعلنا الأقراء ثلاثة أشهر لأن ذلك هو الغالب فى النساء ورجع بالباقى•

فــــرع قال أبو اسحاق المروزى : ولا يجب للبائن الكسوة ، وان وجبت لها النفقة ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان نكح امرأة نكاحاً فاسداً ودخل بها وفرق بينهما لم تجب لها السكنى ، لأنها اذا لم تجب مع قيام الفراش واجتماعهما على النكاح ، فلأن لا تجب مع زوال الفراش والافتراق أولى ، وأما النفقة فانها ان كانت حائلا لم تجب لأنها اذا لم تجب فى العدة عن نكاح صحيح فلأن لا تجب فى العدة عن النكاح الفاسد أولى وان كانت حاملا فعلى القولين ، ان قلنا : ان النفقة للحامل لم تجب ، لأن حرمتها فى النكاح الفاسد غير كاملة ، وان قلنا : انها تجب الحمل وجبت ، لأن الحمل فى النكاح الفاسد كالحمل الفاسد فى النكاح الصحيح .

فصل وان كانت الزوجة معتدة عن الوفاء لم تجب لها النفقة ، لأن النفقة انما تجب للمتمكن من الاستمتاع ، وقد زال التمكين بالموت أو بسبب الحمل ، والميت لا يستحق عليه حق لاجل الولد ، وهل تجب لها السكنى ؟ فيه قولان : (أحدهما) لا تجب ، وهو اختيار المزنى ، لأنه حق يجب يوماً بيوم فلم تجب فى عدة الوفاة كالنفقة .

(والثانى) تجب لما روت فريعة بنت مالك أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اعتدى فى البيت الذى أتاك فيه وفاة زوجك ، حتى يبلغ الكتاب أجله أربعة أشهر وعشراً » ولأنها معتدة عن نكاح صحيح فوجب لها السكنى كالمطلقة) .

الشرح حديث فريعة بنت مالك مضى فى العدد تخريجه . قال ابن عبد البر فى الاستيعاب : فريعة بنت مالك بن سنان أخت أبى سعيد الخدرى « كان يقال لها الفارعة شهدت بيعة الرضوان ، وأمها أم حبيبة بنت عبد الله ابن أبى بن سلول . روت عن الفريعة هذه زينب بنت كعب بن عجرة حديثها فى سكنى المتوفى عنها زوجها فى بيتها حتى يبلغ الكتاب أجله . استعمله أكثر فقهاء الامصار . اهـ .

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : وكل ما وصفنا من متعة أو نفقة أو سكنى فليست الا فى نكاح صحيح .

وجملة ذلك أنه اذا تزوج امرأة تزويجاً فاسداً ، كالنكاح بلا ولى ولا

شهود أو فى عدتها فانه يفرق بينهما ، فان كان قبل الدخول فانه لا يتعلق بالنكاح حكم وان كان بعد الدخول فلها مهر المثل ، وعليها العدة ولا سكنى لها ؛ لأن السكنى تجب عن نكاح صحيح ولا نكاح ههنا •

وأما النفقة فان كانت حائلا فلا نفقة لها ، لأنه اذا لم تجب النفقة للبائن الحائل فى النكاح الصحيح فلأن لا تجب لها فى النكاح الفاسد أولى وان كانت حاملا ــ فان قلنا ان النفقة تجب للحامل ــ لم تجب لها ههنا نفقة لأن النفقة انما تجب عن نكاح صحيح له حرمة ، وهذا النكاح لا حرمة له • وان قلنا : ان النفقة للحمل وجب لها النفقة ، لأن هذا الولد لاحق به ، فهو كما لو حملت منه فى نكاح صحيح •

وأما اذا وقع النكاح صحيحاً ثم انفسخ برضاع أو عيب بعد الدخول فانه يجب عليها العدة • قال الشيخ أبو اسحاق هنا : ويجب لهـا السكنى فى العـدة •

وأما النفقة ــ فان كانت حائلا ــ لم تجب وان كانت حاملا وجبت لأنها معتدة عن فرقة فى حال الحياة ؛ فكان حكمها ما ذكرناه كالطـلاق ؛ وقال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ : حكمها فى السكنى والنفقة حكم النكاح الفاسد ؛ لأن حكم النكاح الذى ينفسخ بعـد الدخول حكم النكاح الذى يقع فاسداً •

فـــرع وان قذف امرأته وهى حامل ونفى حملها فلاعنها انفسخ النكاح بينهما فاعتدت بوضع الحمل ولا نفقة لها فى حال العدة ؛ لأن النفقة للحمل فى أحد القولين ولها لأجل الزوجية فى الثانى والحمل غير لاحق به فلم تجب لها النفقة ، وهل تجب لها السكنى ؟ •

حكى القاضى أبو الطيب والشيخ أبو اسحاق هنا فيه وجهين (أحدهما) لا يجب لها السكنى لما روى ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى المتلاعنين أن يفرق بينهما ولا يجتمعان أبداً ولا نفقة لها ولا بيت لأنهمـا يفترقان بغير طلاق (والثانى) أن لها السكنى • قال ابن الصباغ ولم يذكر

الشيخ أبو حامد غيره ، لأنها معتدة عن فرقة فى حال الحياة فهى كالمطلقة • قال ابن الصباغ : وقد ذكرنا فيما مضى أن الفسخ الطارىء بمنزلة النكاح الفاسد ، وهذا فسخ ، وايجاب السكنى يناقضه ، غير أنه يتعلق بقول الزوج ، فجرى مجرى قطع النكاح بغير الطلاق •

وكما قلنا فى الخلع اذا قلنا انه فسخ • وان لاعنها ولم ينف الحمل قال الشيخ أبو اسحاق هنا وجبت لها النفقة • وان أبان زوجته بالثلاث وبالخلع وظهر بها حمل فنفاه ــ وقلنا يصح لعانه قبل الوضع فلاعن ــ سقطت عنه النفقة ، وهل يسقط عنه السكنى ــ ان قلنا للملاعنة السكنى فى التى قبلها ــ فههنا أولى • وان قلنا فى التى قبلها : لا سكنى لها قال القاضى أبو الطيب : احتمل هنا وجهين : (أحدهما) لها سكنى لأنها اعتدت عن الطلاق (والثانى) لا سكنى لها لأن نفقتها سقطت لأجل اللعان فكذلك السكنى ، فان أكذب الزوج بعد اللعان لحقه نسب الولد وكان عليه النفقة لها لما مضى والى أن تضع •

فان قيل فهلا قلتم انه لا نفقة لها لما مضى على القول الذى يقول ان النفقة للحمل ، لأن نفقة الأقارب تسقط بمضى الزمان ؟

قلنا انما نقول ذلك اذا كان القريب هو المستوفى لنفقته ، وههنا المستوفى لها هى الزوجة فصارت كنفقة الزوجة ، فلا تسقط بمضى الزمان •

وأما المعتدة المتوفى عنها زوجها فلا يجب لها النفقة حائلا كانت أو حاملا ، وبه قال ابن عباس وجابر • وروى أنهما قالا : لا نفقة لها ، حسبها الميراث • وذهب بعض الصحابة الى أنها اذا كانت حاملا فلها النفقة • وعند أحمد أن المعتدة من الوفاة ان كانت حائلا فلا نفقة لها ولا سكنى • وان كانت حاملا ففيها روايتان (احداهما) لها السكنى والنفقة لأنها حامل من زوجها فكانت لها السكنى والنفقة كالمفارقة فى الحياة •

(والثانية) لا سكنى لها ولا نفقة لأن المال قد صار للورثة ونفقة الحامل وسكناها انما هو للحمل أو من أجله ولا يلزم ذلك الورثة ، لأنه ان كان

للميت ميراث فنفقة الحمل من نصيبه ؛ وان لم يكن له ميراث لم يلزم وارث الميت الانفاق على حمل امرأته كما بعد الولادة .

قال القاضي وهذه الرواية أصح عند ابن قدامة وغيره .

ودليلنا أنه لا يخلو اما أن يقال هذه النفقة للحامل أو للحمل فبطل أن يقال انها للحامل لأنها لا تستحق النفقة اذا كانت حائلا ، وبطل أن يقال انها للحمل لأن الميت لا يستحق عليه نفقة الأقارب فلم تجب ، وهل تجب لها السكنى ؟ فيه قولان مضى بيانهما فى العدد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **اذا حبست زوجة المفقود أربع سنين فلها النفقة لأنها محبوسة عليه فى بيته ، فان طلبت الفرقة بعد أربع سنين ففرق الحاكم بينهما ، فان قلنا بقوله القديم ان التفريق صحيح فهى كالمتوفى عنها زوجها لأنها معتدة عن وفاة فلا تجب لها النفقة ، وفى السكنى قولان ، فان رجع الزوج فان قلنا : تسلم اليه عادت الى نفقته فى المستقبل ، وان قلنا : لا تسلم اليه لم يكن لها عليه نفقة ، فان قلنا بقوله الجديد وان التفريق باطل . فلها النفقة من مدة التربص ومدة العدة لأنها محبوسة عليه فى بيته ، وان تزوجت سقطت نفقتها لأنها صارت كالناشزة ، وان لم يرجع الزوج ورجعت الى بيتها وقعدت فيه ـ فان قلنا بقوله القديم ـ لم تعد النفقة ، وان قلنا بقوله الجديد ، فهل تعود نفقتها بعودها الى البيت ؟ فيه وجهان .**

(أحدهما) تعود لأنها سقطت بنشوزها ، فعادت بعودها .

(والثانى) لا تعود لأن التسليم الأول قد بطل فلا تعود الا بتسليم مستأنف كما أن الوديعة اذا تعدى فيها ثم ردها الى المكان لم تعد الأمانة . ومن أصحابنا من قال : ان كان الحاكم فرق بينهما وأمرها بالاعتداد ، واعتدت وفارقت البيت . ثم عادت اليه لم تعد نفقتها لأن التسليم الأول قد بطل لحكم الحاكم . وان كانت تربصت فاعتدت ثم فارقت البيت ثم عادت اليه عادت النفقة لأن التسليم الأول لم يبطل من غير حكم الحاكم . والله أعلم .

الشرح الأحكام : اذا غاب الرجل عن امرأته وهى فى مسكنه الذى

أسكنها فيه وانقطع خبره عيها ؛ فان اختارت المقام على حالتها فالنفقة واجبة على الزوج لأنها مسلمة لنفسها ، وان رفعت الأمر الى الحاكم وأمرها بالتربص أربع سنين فلها النفقة على زوجها ؛ لأن النفقة انما تسقط بالنشوز أو بالبينونة ولم يوجد واحد منهما ؛ فان حكم الحاكم بالفرقة بينهما بعد أربع سنين واعتدت أربعة أشهر وعشراً ، فان قلنا بقوله القديم وأن الفرقة قد وقعت ظاهراً وباطناً ؛ أو ظاهرة فانها كالمعتدة عن الوفاة فلا يجب لها النفقة فيها ؛ وهل يجب السكنى ؟ فيه قولان ؛ فان رجع زوجها ؛ فان قلنا : أن الفرقة وقعت ظاهراً وباطناً فهى أجنبية منه ولا تجب لها عليه نفقة ولا سكنى • وان قلنا : ان الفرقة وقعت فى الظاهر دون الباطن ردت اليه ووجبت لها النفقة من حين ردت اليه • وان قلنا بقوله وأن حكم الحاكم لا ينفذ ، فانها ما لم تتزوج فنفقتها على الأول لأنها محبوسة عليه ؛ وانما تعتقد هى أن الفرقة قد وقعت وهذا الاعتقاد لا يؤثر فى سقوط نفقتها ، فان تزوجت بعد أربعة أشهر وعشر سقطت نفقتها عن الأول لأنها كالناشزة عن الأول فسقطت نفقتها عنه ، فان دخل الثانى بها وفرق بينهما فعليها أن تعتد عنه ولا نفقة لها على الأول لأنها معتدة عن الثانى ، فان رجعت الى منزل الأول بعد انقضاء عدة الثانى أو قبل أن يدخل بها الثانى ، فهل تستحق النفقة على الأول ؟

قال الشافعى فى المختصر : لا نفقة لها فى حال الزوجية ولا فى حال العدة وهذا يقتضى أن لها النفقة بعد انقضاء العدة •

وقال فى الأم : لا نفقة لها فى حال الزوجية ولا فى حال العدة ولا بعدها • واختلف أصحابنا فيها على طريقين • قال العمرانى من أصحابنا من قال : فيها قولان وحكاهما الشيخ أبو اسحاق (يعنى الشيرازى) وجهين :

(أحدهما) تجب لها النفقة من حين عادت الى منزله ، لأن النفقة سقطت بنشوزها وقد زال النشوز فعادت نفقتها •

(والثانى) لا يجب لها النفقة لأن التسليم الأول قد سقط بنشوزها فلم

تعد الا بتسليم ثان ، وليس ههنا من يتسلمها ، فعلى هذا الطريق اذا خرجت امرأة الحاضر من منزلها ناشزة ثم عادت اليه ، فهل تعود نفقتها من غير أن يتسلمها الزوج ؟ فيه وجهان بناء على هذين الوجهين •

ومن أصحابنا من قال : ليست على قولين ؛ وانما هى على أختلاف حالين فالموضع الذى دل عليه مفهوم كلامه أن النفقة لها ؛ أراد اذا تزوجت بالثانى من غير أن يحكم لها الحاكم بالفرقة فاذا عادت الى منزل الزوج عادت نفقتها ، لأن نفقتها سقطت بأمر ضعيف وهو نشوزها فعادت برجوعها ، وحيث قال فى الأم : لا نفقة لها ، أراد اذا حكم لها الحاكم بالفرقة وتزوجت بآخر ؛ لأن نفقتها سقطت بأمر قوى وهو حكم الحاكم فلا تعود الا بأمر قوى ؛ وهو أن يتسلمها الزوج ، فعلى هذا الطريق اذا نشزت امرأة الحاضر من منزلها وعادت اليه وجبت لها النفقة ، وان لم يتسلمها الزوج •

وأما وجوب نفقتها على الثانى ، فان قلنا بقوله القديم ، فان التفريق صحيح فانها تستحق عليه النفقة بنفس العقد فى قوله القديم ، ونفقة كل يوم بيومه فى قوله الجديد لأن نكاحه صحيح •

وان قلنا بقوله الجديد وان التفريق غير صحيح فانها لا تستحق عليه النفقة ولا السكنى فى حال الزوجية ؛ لأنه لا زوجية بينهما فاذا فرق بينهما بعد الدخول فلا سكنى لها فى حال العدة • وأما النفقة فان كانت حائلا لم تجب لها ؛ وان كانت حاملا ــ فان قلنا النفقة للحمل ــ وجبت ؛ وان قلنا : للحامل لم تجب •

فــــرع اذا تربصت امرأة المفقود وتزوجت بآخر بعد انقضاء عدتها فرجع الأول ــ فان قلنا بقوله الجديد ــ لا تقع الفرقة • أو قلنا تقع الفرقة فى الظاهر دون الباطن فأتت بولد يمكن أن يكون من الثانى ولا يمكن أن يكون من الأول فان عدتها تنقضى من الثانى بوضعه ، وترد الى الأول بعد وضع الولد •

وان أتت بولد يمكن أن يكون من كل واحد منهما ــ فان قلنا بقوله

القديم وأن الفرقة تقع ظاهراً وباطنا فالولد للثانى • وان قلنا بقوله الجديد وقلنا الفرقة تقع فى الظاهر دون الباطن ، فان لم يدعه الأول فهو للثانى ، لأنها قد استبرأت رحمها يقينا عن الأول • وان ادعاه الأول سئل عن وجه دعواه ، فان قال هذا الولد منى لأنها زوجتى وغبت عنها والزوجية لم تنقطع فهو ولدى ، لأنها أتت به على فراشى ؛ لم يلتفت الى هـذه الدعوى ولحق بالثانى ؛ لأنا قد تيقنا براءة رحمها من ماء الأول فلا يمكن أن يكون منه •

وان قال : كنت عدت اليها فى الخفية ووطئتها وهذا الولد منى وأمكن أن يكون صادقاً عرض الولد على القافة ، فاذا ألحقوه بأحدهما لحقه ، وكل موضع ألحق الولد بالثانى ؛ فليس للزوج الأول أن يمنعها من أن تسـقيه اللبأ لأنه لا يعيش الا بذلك ، فاذا سقته اللبا ــ فان لم توجد امرأة ترضعه وتكفله ــ لم يكن له منعها من ذلك لأن ذلك يؤدى الى اتلافه ؛ وان وجد له امرأة ترضعه وتكفله كان له منعها لأنها متطوعة بارضاعه ؛ وللزوج منع زوجته من فعل التطوع كالصلاة والصوم فلأن يمنعها من الرضاع أولى •

فان أرضعته فى موضع منعناها من ارضاعه فيه ، فان أرضعته فى بيت زوجها فلها النفقة عليه ، لأنها فى قبضته • وان أخرجت من منزله الى غيره بغير اذنه وأرضعته سقطت نفقتها لأنها ناشزة ، وان خرجت الى غيره باذن زوجها وأرضعته ــ فان كان زوجها معها لم تسقط نفقتها ــ وان لم يكن معها ففيه وجهان بناء على القولين فى السفر باذنه •

فـــرع وان تربصت امرأة المفقود وفرق الحاكم بينهما وتزوجت بآخر بعد انقضاء عدتها ، ودخل بها ثم مات الثانى ، وبان أن زوجها الأول كان حياً عند نكاحها للثـانى وأن الأول مات بعد ذلك ــ فان قلنـا بقوله القديم ، وان الحكم بالفرقة صحيح ظاهراً وباطناً ــ فقد بانت من الأول ؛ ونكاح الثانى صحيح ، وقد بانت عنه بموته واعتدت عنه ، ولا تأثير لحياة الأول ؛ وان قلنا بقوله الجديد ان الحكم بالفرقة لا يصح أو قلنا تقع الفرقة فى الظاهر دون الباطن ، فعلى هذا نكاح الثانى باطل وعليها العـدة بموت الأول أربعة أشهر وعشراً ، وعليها عدة وطء الشـبهة للثانى ثلاثة أقراء ،

ولا يصح أن تعتد من أحدهما الا بعد أن يفرق بينها وبين الثانى ؛ وفيه ثلاث مسائل •

(احداهن) أن يعلم موت كل واحد من الزوجين فى وقت بعينه ، ويعلم غير ذلك الزوج •

(الثانية) أن يعلم أن أحدهما مات فى وقت بعينه ولم يعلم وقت موت الآخر •

(الثالثة) أن لا يعلم موت كل واحد منهما بعينه •

(فأما الأولة) وهو اذا علم موت كل واحد منهما فى وقت بعينه ففيه مسألتان احداهما أن يعلم أن الأول مات فى أول شهر رمضان ، والثانى مات فى أول شوال فيجب عليها أن تعتد ههنا عن الأول أربعة أشهر وعشراً ، وابتداؤها من أول شوال بعد زوال فراش الثانى ؛ لأنه لا يمكن أن تكون فراشاً للثانى معتدة عن الأول ، فاذا انقضت عدتها عن الأول اعتدت عن الثانى بثلاثة أقراء لأن عدة الأول أسبق فقدمت ؛ ولأنها أقوى لأنها وجبت بسبب مباح والثانية وجبت بسبب محظور •

وان مات الثانى فى أول رمضان والأول فى أول شوال ؛ فان الثانى لما مات شرعت فى عدته ، وان كانت زوجة الأول ؛ لأن النكاح يتأبد فراشه فلا يمكن قطعه لأجل العدة ، بخلاف الفراش فى النكاح الثانى فانه لا يتأبد، فلذلك وجب قطعه للعدة ولم تصح العدة مع وجوده ؛ فان مات الأول فى أثناء عدة الثانى انتقلت الى عدة الأول لأنها آكد ، فاذا أكملت عدة الأول أربعة أشهر وعشراً أكملت عدة الثانى بالأقراء •

(المسألة الثانية) أن يعلم أن أحدهما مات فى وقت بعينه ولم يعلم وقت موت الآخر : مثل أن يعلم أن الثانى مات فى أول شوال ، ثم جاء الخبر أن الأول حى فى بلد كذا ومات فلم يعلم وقت موته ، فانه يقال أقل وقت يمكن أن يصل فيه الخبر من الموضع الذى كان فيه كم هو ؟

فان قيل مثلا عشرة أيام ، جعل فى التقدير كأنه مات قبل مجىء خبره بعشرة أيام فان وافق ذلك وقت موت الثانى بأن كان الخبر ورد لعشر خلون من شوال فقد اتفق موتهما فى وقت واحد ، فتعتد عن الأول بأربعة أشهر وعشر ، وتعتد بعد ذلك عن الثانى بثلاثة أقراء • وان تقدم موت الثانى أو تأخر عنه فالحكم فيه على ما ذكرناه فى المسألة الأولى •

(المسألة الثالثة) أن لا يعلم وقت موت كل واحد منهما بعينه ، مثل أن يعلم أن أحدهما مات فى أول شهر رمضان ، والآخر مات فى أول شوال ولا يعلم أيهما مات أولا ، فيجب عليها بيقين ، هذا اذا لم تحبل من الثانى ، فاذا حبلت من الثانى ثم ظهر موت الأول فان الولد لاحق بالثانى ؛ لأنها قد اعتدت عن الأول واستبرأت رحمها منه • وقد مات الأول قبل أن يدعيه فلم يلحق به ، فتعتد بوضع الحمل عن الثانى ؛ فاذا وضعته اعتدت عن الأول بأربعة أشهر وعشر ، ومتى تبتدىء بها ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) من حين انقطاع دم النفاس ؛ لأن دم النفاس تابع للحمل من الأول فهو كمدة الحمل •

(والثانى) وهو المذهب أن ابتداءها من بعد وضع الحمل ، لأن هذا عدة من وفاة ، وعدة الوفاة لا يراعى فيها الدم وزواله ؛ ولأن وقت دم النفاس ليس من عدة الثانى فاحتسب به من عدة الأول والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(باب نفقة الأقارب والرقيق والبهائم)

والقرابة التى تستحق بها النفقة قرابة الوالدين وان علوا ، وقرابة الأولاد وان سفلوا ، فتجب على الولد نفقة الأب والأم ، والدليل عليه قوله تعالى ((وقضى ربك أن لا تعبدوا الا اياه وبالوالدين احسانا)) ومن الاحسان أن ينفق عليهما • وروت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((ان أطيب ما أكل الرجل من كسبه ، وان ولده من كسبه)) ويجب عليه نفقة الأجداد والجدات ، لأن اسم الوالدين يقع على الجميع • والدليل عليه قوله

تعالى : « ملة أبيكم ابراهيم » فسمى الله تعالى ابراهيم أبا وهو جد ، ولأن الجد كالأب ، والجدة كالأم فى أحكام الولادة ، من رد الشهادة وغيرها . وكذلك فى ايجاب النفقة . ويجب على الأب نفقة الولد لما روى أبو هريرة رضى الله عنه « أن رجلا جاء الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله عندى دينار فقال : أنفقه على نفسك . قال عندى آخر فقال : أنفقه على ولدك ، قال: عندى آخر . قال أنفقه على أهلك . قال : عندى آخر ، قال : أنفقه على خادمك . قال : عندى آخر . قال : أنت أعلم به » ويجب عليه نفقة ولد الولد وان سفل ، لأن اسم الولد يقع عليه ، والدليل عليه قوله عز وجل « يا بنى آدم » وتجب على الأم نفقة الولد لقوله تعالى « لا تضار والدة بولدها » ولأنه اذا وجبت على الأب وولادته من جهة الظاهر فلأن تجب على الأم وولادتها من جهة القطع أولى ، وتجب عليها نفقة ولد الولد لما ذكرناه فى الأب ، ولا تجب نفقة من عدا الوالدين والمولودين من الأقارب كالاخوة والأعمام وغيرهما ، لأن الشرع ورد بايجاب نفقة الوالدين والمولودين ومن سواهم لا يلحق بهم فى الولادة واحكام الولادة ، فلم يلحق بهم فى وجوب النفقة) .

الشرح نبدأ بأشرف ما فى الفصل من كلام ربنا تبارك وتعالى ، فقوله تعالى « وقضى ربك أن لا تعبدوا الا اياه وبالوالدين احسانا » أى أمر وألزم وأوجب . قال ابن عباس والحسن وقتادة : ليس هذا قضاء حكم بل هو قضاء أمر . وقال ابن تيمية : القضاء قضاءان : قضاء كونى وقضاء شرعى ، والقضاء الشرعى كقوله تعالى « وقضى ربك » وفى مصحف ابن مسعود « ووصى » وهى قراءة وقرأه ابن عباس وأبى .

قال ابن عباس انما هو « ووصى » فالتصقت احدى الواوين فقرئت « وقضى » اذ لو كان على القضاء ما عصى الله أحد . وأنكر أبو حاتم أن يكون ابن عباس قال ذلك وقال : لو قلنا ذلك لطعن الزنادقة فى مصحفنا .

قلت : بخ بخ لأبى حاتم ، اذ كيف تلتصق الواو فى جميع المصاحف بالصاد فتتحول من ووصى الى وقضى .

قال علماء الكلام : القضاء يستعمل فى اللغة على وجوه ، فالقضاء بمعنى الأمر كقوله تعالى « وقضى ربك ألا تعبدوا الا اياه » والقضاء بمعنى الخلق كقوله تعالى « فقضاهن سبع سموات فى يومين » والقضاء بمعنى الحكم

كقوله تعالى « فاقض ما أنت قاض » والقضاء بمعنى الفراغ كقوله تعالى « قضى الأمر الذى فيه تستفتيان » وقوله تعالى « فاذا قضيتم مناسككم » وقوله « فاذا قضيت الصلاة » والقضاء بمعنى الارادة : كقوله تعالى « اذا قضى أمراً فانما يقول له كن فيكون » والقضاء بمعنى القول كقوله تعالى « وما كنت بجانب الغربى اذ قضينا الى موسى الأمر » .

وأما قوله تعالى « ملة أبيكم ابراهيم » قال القرطبى : وابراهيم هو أبو العرب قاطبة . وقيل الخطاب لجميع المسلمين وان لم يكن الكل من ولده ؛ لأن حرمة ابراهيم على المسلمين كحرمة الوالد على الولد . يدل على ذلك قوله « هو سماكم المسلمين من قبل » .

قال ابن زيد : وهو معنى قوله « ربنا واجعلنا مسلمين لك ومن ذريتنا أمة مسلمة لك » قال ابن زيد والحسن « هو » راجع الى ابراهيم . والمعنى هو سماكم المسلمين من قبل محمد صلى الله عليه وسلم . قال النحاس وهذا القول مخالف لقول عظماء الأمة . وروى على بن أبى طلحة عن ابن عباس قال : سماكم الله تعالى المسلمين من قبل ، أى فى الكتب المتقدمة وفى هذا القرآن .

وأما قوله تعالى « يا بنى آدم » قال القرطبى هو خطاب لجميع العالم . وأما قوله تعالى « لا تضار والدة بولدها » قال ابن بطال يجوز أن يكون معناه لا تضار على تفاعل ، وهو أن ينزع ولدها منها ويدفع الى مرضعة أخرى ؛ ويجوز أن يكون معناه لا تضار الأم الأب فلا ترضعه . أى لا تأبى الأم أن ترضعه اضراراً بأبيه أو تطلب أكثر من أجر مثلها .

وقرأ نافع وعاصم وحمزة والكسائى « تضار » بفتح الراء المشددة ، وموضعه الجزم على النهى .

وقرأ أبو عمرو وابن كثير وأبان عن عاصم وجماعة « تضار » بالرفع عطفاً على قوله « تكلف نفس » وهو خبر والمراد به الأمر .

وروى عن عمر بن الخطاب أنه قرأ « لا تضارر » براءين الأولى مفتوحة. وروى عن ابن عباس « لا تضارر » بكسر ما قبل آخره وهى الراء الأولى .

وأما حديث عائشة فقد مضى فى الفرائض ، وقد ساقه الذهبى فى سير أعلام النبلاء وفيه « ان أطيب ما أكل الرجل من كسب يمينه » وقد أخرجه أبو داود والحاكم بلفظ « ولد الرجل من أطيب كسبه فكلوا من أموالهم » واسناده صحيح .

وأما حديث أبى هريرة فقد أخرجه الشافعى وأبو داود واللفظ له وأخرجه النسائى والحاكم بتقديم الزوجة على الولد . وفى صحيح مسلم من رواية جابر تقديم الزوجة على الولد من غير تردد .

وقال الحافظ ابن حجر : اختلف على يحيى القطان والثورى ، فقدم يحيى الزوجة على الولد . وقدم سفيان الولد على الزوجة ، فينبغى أن لا يقدم أحدهما على الآخر بل يكونان سواء . لأنه قد صح عنه صلى الله عليه وسلم أنه كان اذا تكلم تكلم ثلاثا ، فيحتمل أن يكون فى اعادته قدم الولد مرة ، ومرة قدم الزوجة ، فصارا سواء .

قال الصنعانى فى سبل السلام : هذا حمل بعيد ، فليس تكريره لما يقوله ثلاثا بمطرد ، بل عدم التكرير غالب ، وانما يكرر اذا لم يفهم عنه . ومثل هذا الحديث جواب سؤال لا يجرى فيه التكرير لعدم الحاجة اليه لفهم السائل للجواب ، ثم رواية جابر التى لا تردد فيها تقوى رواية تقديم الأهل ا هـ .

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : فى كتاب الله وسنة رسوله عليه السلام بيان أن على الأب أن يقوم بالمئونة فى اصلاح صغار ولده من رضاع ونفقة وكسوة وخدمة . ا هـ .

وجملة ذلك أنه يجب على الأب أن ينفق على ولده ، والأصل فيه قوله تعالى : « ولا تقتلوا أولادكم خشية املاق » فمنع الله قتل الأولاد خشية

الإملاق وهو الفقر ، فلولا أن نفقة الأولاد عليهم لما خافوا الفقر • وقوله تعالى : « فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » فأوجب أجرة رضاع الولد على الأب ؛ فدل على أن نفقته تجب عليه •

وحديث أبي هريرة عن الرجل الذي أتى النبي صلى الله عليه وسلم يقول عندي دينار والرسول يجيبه فيقول عندي آخر وأخذ يردد الأسئلة ، وقد خرجناه آنفا وكذلك حديث هند بنت عتبة أن أبا سفيان رجل شحيح • وقول النبي صلى الله عليه وسلم لها : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » ولأن الولد بعض من الأب فكما يلزمه أن ينفق على نفسه فكذلك يلزمه أن ينفق على ولده ، فان لم يكن هناك أب أو كان ولكنه معسر وهناك جد موسر وجبت عليه نفقة ولد الولد وان سفل • وبه قال أبو حنيفة •

وقال مالك : لا تجب نفقة ولد الولد على الجد • دليلنا قوله تعالى : « يا بني آدم » فسمى الناس بني آدم ؛ وانما هو جدهم ؛ وكذلك قوله تعالى : « واتبعت ملة آبائي ابراهيم واسماعيل واسحاق » فسماهم آباء ؛ وانما هم أجداد ، أو لأن بينهما قرابة توجب العتق ورد الشهادة وجبت النفقة على الأم ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد • وقال مالك : « لا تجب النفقة على الأم » وقال أبو يوسف ومحمد : « تجب على الأم ولكن ترجع بها على الأب اذا أيسر » •

دليلنا على مالك أن بينهما قرابة توجب العتق ورد الشهادة فأوجبت النفقة كالأبوة ، ولأن النفقة اذا وجبت على الجد وولادته من طريق الظاهر ، فلأن تجب على الأم وولادتها من طريق القطع أولى فلم ترجع •

ودليلنا على أبي يوسف ومحمد أنها نفقة واجبة على من تيقن نسبه فلم يرجع بها كالجد لا يرجع بما أنفق على الأب ، وقولنا على من تيقن نسبه احتراز من ولد على فراشين وأشكل الأب منهما • فان لم يكن هناك أم وهناك أبو أم أو أم أم وجبت عليه نفقة ولد الولد وان سفل ؛ فتجب نفقة الولد على من يقع عليه اسم الأب أو الأم حقيقة أو مجازاً ، سواء كان من

قبل الأب أو الأم ، ويشترك فى وجوبها العصبات وذوو الأرحام ، لأنها تتعلق بالقرابة من جهة الولادة ، فاستوى العصبات وذوو الأرحام ، لانها تتعلق بالقرابة من جهة الولادة ، فاستوى العصبات وذوو الأرحام من جهة الوالدين ، كما قلنا فى منع الشهادة والقصاص والعتق •

قوله : فتجب على الولد الخ ، فجملة ذلك أنه يجب على الولد نفقة الأب لقوله تعالى « وقضى ربك ألا تعبدو الا اياه وبالوالدين احسانا » وقوله تعالى : « وصاحبهما فى الدنيا معروفاً » ومن الإحسان والمعروف أن ينفق عليه •

وروى ابن المكندر « أن رجلا قال : يا رسول الله ان لى مالا وعيالا ولأبى مال وعيال ويريد أن يأخذ من مالى » • فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « أنت ومالك لأبيك » • وروت عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ان أطيب ما يأكل الرجل من كسبه ، وولده من كسبه » •

وروت عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ان أولادكم هبة من الله لكم يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور ، وأموالهم لكم اذا احتجتم اليها » وساق العمرانى رواية نسوقها لطرافتها ، ولنا عليها نظر[1] ، قال روى عن جابر أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم وقال : يا رسول الله ان أبى يأخذ مالى فينفقه فقال الأب : انما أنفقه يا رسول الله على احدى عماته أو احدى خالاته ، فهبط جبريل وقال : يا رسول الله سل الأب عن شعر قاله ، فسأله النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك ، فقال الأب ان الله وله الحمد يزيدنا بك بيانا يا رسول الله كل يوم لقد قلت هذا الشعر فى نفسى فلم تسمعه أذناى ثم أنشأ يقول :

---

(١) ذلك أن أبا القاسم الطبرانى قد رواها باسناد فيه نظر . وقد روى هذه الأبيات أبو تمام فى ديوان الحماسة عزاها لأمية بن أبى الصلت فى ابنه ، وقال بعضهم هى لغيره ، وقال أبو رياش هى لأبى العباس الاعمى ، وقال التبريزى ، وتروى لابن عبد الأعلى — قال أبو هلال « أوردها أبو عبيدة فى أخبار النفقة والبررة » .

غـدوتك مولوداً وعلتك يافعـاً ... تعـل بمـا أدنى اليك وتنهـل
اذا ليلة نابتك بالشـكوى لم أبت ... لشـكواك الا سـاهراً أتململ
كأنى أنا المطـروق دونك بالذى ... طـرقت به دونى وعينى تهمـل
فلمـا بلغت السن والغـاية التى ... اليهـا مدى ما كنت فيـك أؤمل
جعلت جزائى منك جبهاً وغلظـة ... كأنك أنت المنعـم المتفضـل
فليتـك اذ لم ترع حق أبـوتى ... فعلت كما الجار المجـاور يفعـل
تراه معـداً للخـلاف كأنه ... برد على أهل الصواب موكل. اهـ

فـرع ويجب على الولد نفقة الأم . وقال مالك لا يجب ، دليلنا ما ذكرناه من القرآن والسنة آنفاً . وما رويناه أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم وقال يا رسول الله من أبر ؟ قال أمك . قال ثم من ؟ قال أمك . قال ثم من ؟ قال أمك ، الى أن قال فى الرابعة ثم أباك . ومن البر أن تنفق عليها . ولأنها تعتق عليه اذا ملكها ، ولا يجب عليهـا القصاص بجنايتهـا عليه ، ولا تقبل شهادته لها فوجبت لها النفقة عليه كالأب ، وتجب على الولد نفقة الأجداد والجدات وان علوا من قبل الأب والأم . وبهذا قال أحمـد والثورى وأصحاب الرأى .

وقال مالك : لا تجب النفقة عليهم ولا لهم ، لأن الجد ليس باب حقيقى دليلنا أن بينهما قرابة توجب العتق ورد الشهادة فأوجبت النفقة كالأبوة .

فـرع نفقة القرابة تجب مع اتفاق الدين ومع اختلافه ، فان كان أحدهما مسلماً والآخر كافراً لم يمنع ذلك من وجوب النفقة ، لأنه حق يتعلق بالولادة فوجب مع اتفاق الدين واختلافه كالعتق بالملك ، ولا تجب النفقـة لغير الوالدين والمولودين من القرابة كالأخ وابن الأخ والعم وابن العم .

وقال أبو حنفة تجب لكل ذى رحم محرم ، فتجب عليه نفقة الأخ وأولاده والعم والعمة والخال والخالة ، ولا تجب عليه نفقـة أولاد العم ولا أولاد الخال ولا أولاد الخالة .

وتفصيل قول أحمد أنه تجب عليه نفقـة كل من كان وارثاً كالأخ وابن

الأخ والعم وابن العم ولا تجب عليه نفقة ابنة الأخ والعمة وابنة العمة وابنة العم • وقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه تجب عليه نفقة كل قريب معروف النسب منه ودليلنا حديث أبى هريرة فى الرجل الذى معه دينار وآخر حتى قال أنت أعلم ؛ ولم يأمره أن ينفقه على أقاربه ، تدل على أنها لا تجب عليه نفقة أقاربه • فان قيل فلم يذكر الوالد ومع ذلك فنفقته واجبة • قلنا : قد نص على نفقة الولد فنبه بذلك على نفقة الوالد ، لأنه آكد حرمة من الولد ، ولأن من سوى الوالدين والمولودين من القرابة لا يلحق بهم فى الحرمة فلم يلحق بهم بوجوب نفقتهم ، ولأنها قرابة لا تستحق بها نفقة مع اختلاف الدين فلم يستحق بها نفقة مع اتفاق الدين كابن العم مع أبى حنيفة وكغير الوارث مع أحمـــد •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل ولا تجب نفقة القريب الا على موسر أو مكتسب يفضل عن حاجته ما ينفق على قريبه ، وأما من لا يفضل عن نفقته شىء فلا تجب عليـه لما روى جابر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « اذا كان أحدكم فقيراً فليبدأ بنفسه ، فان كان فضل فعلى عياله ، فان كان فضل فعلى قرابته » فان لم يكن فضل غير ما ينفق على زوجتـه لم يلزمه نفقـة القريب ، لحديث جابر رضى الله عنه ، و لأن يفقه القريب مواســاة ونفقة الزوجة عوض ، فقدمت على المواساة ، ولأن نفقة الزوجة تجب لحاجته فقدمت على نفقة القريب كنفقة نفسه •

فصـــــل ولا يستحق القريب النفقة على قريبه من غير حاجة ، فان كان موسراً لم يستحق لأنها تجب على سبيل المواساة ، والموسر مستغن عـن المواساة • وان كان معسراً عاجزاً عن الكسب لعدم البلوغ أو الكبر أو الجنون أو الزمانة استحق النفقة على قريبه ، لأنه محتاج لعدم المال وعدم الكسب •

وان كان قادراً على الكسب بالصحة والقـوة ـ فان كان من الوالدين ـ ففيه قولان (أحدهما) يسـتحق لأنه محتاج فاسـتحق النفقـة عن القـريب كالزمن • (والثانى) لا يستحق لأن القوة كاليسار ، ولهذا سوى رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما فى تحريم الزكاة فقال « لا تحل الصدقة لغنى ولا لذى مرة قوى » وان كان من المولودين ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال فيه

قولان كالوالدين ومنهم من قال : لا يستحق قولا واحدا لأن حرمة الوالد آكد فاستحق بها مع القوة وحرمة الولد اضعف فله يستحق بها مع القوة) .

الشرح حديث جابر أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود والنسائى بلفظ « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لرجل : ابدأ بنفسك فتصدق عليها فان فضل شيء فلأهلك ، فان فضل عن أهلك شيء فلذى قرابتك ، فان فضل عن ذى قرابتك شيء فهكذا وهكذا » .

أما حديث (لا تحل الصدقة لغنى ولا لذى مرة قوى) فقد أخرجه النسائى عن أبى هريرة فى الزكاة عن هناد بن السرى وابن ماجه فيه أيضا عن محمد بن الصباح ، وأخرجه أبو داود عن عباد بن موسى الختلى فى الزكاة من حديث عبد الله بن عمرو والترمذى فى الزكاة عن محمد بن بشار من حديث عبد الله بن عمرو أيضاً وحسنه ، وذكر أن شعبة لم يرفعه ، وفى اسناده ريحان بن يزيد وثقه يحيى بن معين . وقال أبو حاتم الرازى شيخ مجهول ، وقال بعضهم : لم يصح اسناد هذا الحديث ، وانما هو موقوف على عبد الله بن عمرو . وأخرجه أحمد من طريق أبى هريرة ومن طريق ابن عمر .

وقال أبو داود : الأحاديث الأخر عن النبى صلى الله عليه وسلم بعضها « لذى مرة سوى » وبعضها « لذى مرة قوى » .

اما اللغات فالمرة القوة والشدة . قال تعالى : « ذو مرة فاستوى » والسوى الصحيح الأعضاء .

اما الأحكام فانه لا يستحق القريب على قريبه حتى يكون المنفق منهما موسراً بنفقة قريبه . وهو أن يفضل عن قوت نفسه وقوت زوجته فى يومه وليلته ، لحديث جابر الذى ساقه المصنف . وانما قدمت نفقة الزوجة على نفقة القريب ، لأنها تجب لحاجته اليها ، ونفقة القريب مواساة ، فقدمت نفقتها عليه كما تقدم نفسه ، ولأن نفقة الزوجة تجب بحكم المعاوضة فقدمت على نفقة القريب كما يقدم الدين ، فان كان مكتسباً ما ينفق على نفسه

وزوجته ويفضل عن قوت يومه وليلته لزمه أن ينفق على قرابته ، لأن الكسب فى الانفاق يجرى مجرى الغنى • ولهذا روى أن رجلين سألا النبى صلى الله عليه وسلم أن يعطيهما من الصدقة ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم « أعطيكما بعد أن أعلمكما أنه لا حظ فيها لغنى ولا لقوى مكتسب » فجعل الاكتساب بمنزلة الغنى والمال • وان كان للمنفق عقار وجب بيعه للانفاق على قريبه •

دليلنا أن نفقة القريب تجب فيما فضل عن قوت المنفق فى يومه وليلته ، والعقار يفضل عن قوت يومه وليلته فوجب بيعه للانفاق على القريب كالأب ولا يستحق القريب النفقة على قريبه حتى يكون المنفق عليه معسراً غير قادر على الكسب لصغر أو جنون أو زمانة أو كبر ـ فان كان له مال يكفيه ـ لم تجب نفقته على قريبه ، لأن ايجاب نفقة القريب على قريبه مواساة والغنى بماله لا يستحق المواساة •

وان كان له كسب أو هو قادر على أن يكتسب ما يكفيه لم تجب له نفقة قريبه ؛ لأن الكسب فى باب الانفاق يجرى مجرى الغنى بالمال •

وان كان صحيحا الا أنه غير مكتسب ـ فان كان من الوالدين ففيه قولان : أحدهما : تجب نفقته على الولد الموسر ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد ؛ لأنه محتاج الى الانفاق فأشبه الزمن • والثانى : لا تجب نفقته على الولد لأنه قادر على الاكتساب فأشبه المكتسب •

وان كان الولد بالغاً صحيحاً محتاجا غير مكتسب ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال فيه قولان كالوالدين • ومنهم من قال لا تجب نفقته قولا واحداً ، لأن حرمة الوالد آكد فاستحق مع الصحة ، والولد أضعف حرمة فلا يستحق مع الصحة • هذا مذهبنا •

وقال أبو حنيفة : اذا بلغت الابنة لم تسقط نفقتها حتى تزوج لأنه لا يمكنها الاكتساب فهى كالصغيرة • ودليلنا ان كان معنى أسقط نفقة الابن أسقط نفقة الابنة كاليسار ، وما ذكره فلا يصح لأنه يمكنها أن تعمل كاتبة

أو حائكة أو عاملة فى مصانع الدواء أو مدرسة أطفال أو ما الى ذلك من أعمال مع التصون والتحشم وطلب الرزق الحلال ، وقد كانت المرأة على عهد أبى حنيفة تشتغل بالغزل وتبيعه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل فان كان الذى يستحق النفقة أب وجد أو جد وأبو جد وهما موسران ، كانت النفقة على الأقرب منها . لأنه أحق بالمواساة من الأبعد ، وان كان له أب وابن موسران ففيه وجهان :

(أحدهما) أن النفقة على الأب لأن وجوب النفقة عليه منصوص عليه ، وهو قوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ووجوبها على الولد ثبت بالاجتهاد .

(والثانى) أنهما سواء لتساويهما فى القرب والذكورية ، وأن كان له أب وأم موسران كانت النفقة على الأب لقوله تعالى : « فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » فجعل أجرة الرضاع على الأب . وروت عائشة رضى الله عنها : « أن هنداً أم معاوية جاءت الى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح وانه لا يعطينى ما يكفينى وولدى الا ما أخذت منه سراً وهو لا يعلم فهل على فى ذلك من شىء ؟ فقال النبى صلى الله عليه وسلم : خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف ، ولأن الأب ساوى الام فى الولادة وانفرد بالتعصيب فقدم .

وان كان له أم وجد أبو الأب وهما موسران فالنفقة على الجد لأن له ولادة وتعصيبا فقدم على الأم كالأب ، وان كانت له بنت وابن بنت ففيه قولان (أحدهما) أن النفقة على البنت لأنها أقرب . (والثانى) أنها على ابن البنت لأنه أقوى وأقدر على النفقة بالذكورية ، وان كانت له بنت وابن ابن فالنفقة على ابن الابن ، لأن له ولادة وتعصيباً ، فقدم كما قدم الجد على الأم . وان كان له أم وبنت كانت النفقة على البنت ، لأن للبنت تعصيبا وليس للأم تعصيب ، وان كان له أم أم وأبو أم فهما سواء ، لأنهما يتساويان فى القرب وعدم التعصيب ، وان كان له أم أم وأم أب ففيه وجهان . (أحدهما) أنهما سواء لتساويهما فى الدرجة (والثانى) أن النفقة على أم الأب لأنها تدلى بالعصبة) .

الشرح حديث عائشة أن هنداً بنت عتبة الخ . أخرجه البخارى

فى النفقات عن محمد بن مقاتل وعن محمد بن يوسف ، وفى الأيمان والنذور عن يحيى بن بكير وفى الأحكام عن محمد بن كثير ، وفى المظالم عن أبى اليمان ، وفى البيوع عن أبى نعيم وفى صحيح مسلم فى الأحكام عن على بن حجر وعن عبد بن حميد ، وفى الأقضية عن زهير بن حرب ، وأخرجه أبو داود فى البيوع عن خشيش بن أصرم وعن أحمد بن يونس ؛ وأخرجه النسائى فى القضاء عن اسحاق بن ابراهيم وابن ماجه فى التجاوزات عن أبى بكر وعلى بن محمد وأبى عمر الضرير •

اما الأحكام فان كان هناك قريب يستحق النفقة واجتمع قريبان موسران كانت نفقته عليهما أو على الأقرب منهما على ما سنوضحه ، فان كان هناك ولد صغير فقير وله أبوان موسران كانت نفقته على الأب لقوله تعالى « فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » فجعل أجرة الرضاع على الأب ؛ ولقوله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبى سفيان « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » ولأنهما تساويا فى الولادة وانفرد الأب بالتعصيب فقدم على الأم ؛ فان اجتمع الأب والجد وهما موسران واجتمعت الأم وأمها أو الأم وأم الأب وهما موسرتان قدم الأب على الجد • وقدمت الأم على أمها وأم الأب لأنها أقرب • وان اجتمعت الأم والجد أبو الأب وهما موسران كانت النفقة على الجد دون الأم ، وبه قال أبو يسف ومحمد •

وقال أبو حنيفة : ينفقان عليه على قدر ميراثهما • فيكون على الأم ثلث النفقة وعلى الجد الثلثان • دليلنا أنه اجتمع عصبة مع ذات رحم ينفق كل واحد منهما على الانفراد ، فقدم العصبة كالأب اذا اجتمع مع الأم • فان اجتمع الجد أبو الأب وان علا مع الجد أبى الأم وهما موسران وجبت النفقة على الجد أبى الأب • لأن الجد يقدم على الأم • فلأن يقدم على أبى الأم أولى • وان اجتمعت أم الأم وأبو الأم وهما موسران كانت النفقة عليهما نصفين لأنهما متساويان فى الدرجة ولا مزية لأحدهما على الآخر فى التعصيب فاستويا فى الانفاق • وان اجتمعت أم الأم وأم الأب وهما موسرتان ففيه وجهان :

(أحدهما) تجب النفقة عليهما نصفين وهو الأصح لأنهما مستويتان فى الدرجة ولا مزية لإحداهما على الأخرى بالتعصيب •

(والثانى) تجب النفقة على أم الأب لأنها تدلى بعصبة • ولأن الأب لو اجتمع هو والأم لقدم الأب فى ايجاب النفقة فقدم من يدلى به على من يدلى بها ، وهكذا الوجهان اذا اجتمعت أم الأب وأم أبو الأم • فان اجتمعت الأم وأم الأب وهما موسرتان ، قال الشيخ أبو حامد ــ فان قلنا ــ ان أم الأم وأم الأب اذااجتمعتا ــ تقدم أم الأب لأنها تدلى بعصبة قدمت ههنا أم الأب على الأم لأنها كالعصبة ، وان قلنا هناك : انهما سواء ، قدمت الأم على أم الأب لأنها أقرب منها •

فــــرع وان كان الرجل فقيراً زمناً وله أب وابن موسران ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) تجب نفقته على الأب لأن وجوب النفقــة على الأب منصوص عليها فى القرآن ، ووجوب النفقة على الابن مجتهد فيها •

(والثانى) أن نفقته على الابن لأنه أقوى تعصيباً من الأب •

(والثالث) تجب نفقته عليهما لأنهما متساويان بالدرجة منه والتعصيب• فاذا قلنا بهذا فهل تجب عليهما نصفين ؟ أو تعتبر بميراثهما منه ؟ فيه وجهان ، قال العمرانى « الأصح أنها عليهما نصفان » •

وان اجتمع ابن وجد فمن أصحابنا من قال : هو كما لو اجتمــع الابن والأب • ومنهم من قال : تجب على الابن وجهاً واحداً لأنه أقرب ، وان كان فقيرا زمنا وله ابنان موسران وبنتان موسرتان وجبت نفقته بينهما نصفين ، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر • وان كان له ابن وابنــة موسرة فقــال الماوردى ، قال أصحابنا البغداديون تجب جميع النفقة على الابن ، لأنهمــا متساويان فى الدرجة ، وللابن مزية بالتعصيب فقدم فى وجوب النفقة عليه كالأب اذا اجتمــع مع الأم • وقال الخراسانيون من أصحابنا تجب النفقــة عليهما ، وكيف تجب عليهما ؟ فيه وجهان : (أحدهما) قال المسعودى وهو

الأصح تجب عليهما نصفين ، وبه قال أبو حنيفة (والثانى) تجب عليهما على قدر ميراثهما فيجب على الابن ثلثا النفقة وعلى الابنة ثلثها ، وبه قال أحمد •

اذا ثبت هذا فذكر ابن الصباغ اذا كان له ابن ذكر وخنثى مشكل موسران فان النفقة على الابن لأن الخنثى يجوز أن تكون أنثى فلا تجب عليه النفقة • فان بان الخنثى رجلا رجع عليه بنصف ما أنفق ، لأنه بان أنه كان مستحقاً عليه وهذا على طريقة أصحابنا البغداديين • فأما على طريقة الخراسانيين فكم يجب على الخنثى ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) النصف وهو الأصح ، فعلى هذا لا فرق بين أن يبين أنه رجل أو امرأة (والثانى) يجب عليه بمقدار ميراثه ، فعلى هذا يجب عليه الثلث وعلى الذكر النصف ويبقى سدس النفقة •

فان قال أحدهما أدفع السدس لأرجع به على من بان أنه عليه ، جاز • وان دفعه أحدهما برضاه دفعاه بينهما نصفين ، فاذا بان حال الخنثى رجع من بان أنه غير مستحق عليه بما دفع منه ، قال ابن الصباغ : وان كان له بنت وخنثى مشكل ففيه وجهان : (أحدهما) تجب النفقة على الخنثى لجواز أن يكون رجلا ، فاذا أنفق ثم بان أنه رجل لم يرجع على أخته بشىء ، وان بان أنه أنثى رجعت على أختها بنصف ما أنفقت •

(والثانى) أن النفقة بينهما نصفان ؛ قال وهو الأقيس ؛ لأنا لا نعلم كونه رجلا فان بان أنه ذكر رجعت عليه البنت بما أنفقت ؛ وان بان أنه أنثى لم ترجع عليها أختها بشىء • وهذا على طريقة أصحابنا البغداديين • وأما على طريقة الخراسانيين فعلى أصح الوجهين تجب النفقة عليهما نصفين ؛ ولا يرجع الخنثى بما أنفق على أخته بشىء ؛ سواء بان رجلا أو امرأة ؛ وعلى الوجه الذى يقول يجب النفقة عليهما على قدر ميراثهما يجب على كل منهما ثلث النفقة ويبقى الثلث ، فان اختار أحدهما أن ينفقه ليرجع به على من يجب عليه جاز ، وان لم يختر أحدهما دفعه دفعاه بينهما ؛ فيدفع كل منهما نصف النفقة ، فان بان الخنثى امرأة لم ترجع احداهما على الأخرى بشىء • وان بان رجلا رجعت عليه المرأة بثلث ما دفعت •

فـــرع وان كان له ثلاثة أولاد : ذكر وخنثيان ، فعلى طريقـــة أصحابنا البغداديين تجب النفقة على الذكر ، فان بان الخنثيـــان امرأتين لم يرجع عليهما بشيء وان بانا رجلين رجع على كل واحد منهما بثلث ما أنفق ؛ وان بان أحدهما رجلا والآخر امرأة رجع على الرجل بنصف ما أنفق ، وعلى طريقة الخراسانيين تجب النفقة على الجميع وكيف تجب عليه ؟ فيه وجهان

(أحدهما) ــ وهو الأصح عندهم ــ تجب بينهم بالسوية ، فعلى هذا لا تراجع بينهم بحال .(والثانى) تجب بينهم على قدر مواريثهم ، فعلى هذا يجب على الرجل ثلث النفقة ؛ وعلى كل واحد من الخنثيين خمس النفقة لأن ذلك هو اليقين .

قال القاضى أبو الفتوح من أصحابنا ونقله صاحب البيـــان : ويبقى من النفقة ربعها تفرض عليهم ، قال : وهذا غلط بل تبقى من النفقة أربعة أسهم من خمسة عشر سهما . فان قال أحدهم : أدفعها على أن أرجع بها على من بانت عليه عنده ودفعها ؛ كان له الرجوع على من بانت عنده ، وان لم يرض أحدهما بدفعها قسمت عليهم ثلاثا فتنقسى النفقة على خمســـة وأربعين سهما فيدفع الذكر منها سبعة عشر سهما ويدفع كل خنثى ثلاثة عشر سهما ، فان بانا امرأتين رجعا على الذكر بتمام النصف ، فترجع عليه كل واحدة منهمـــا بسهم وثلاثة أرباع ســـهم مما دفعت ، وان بانا رجلين رجع الذكر على كل واحد منهما بسهمين وهو تمام الثلث . وان بان أحدهما ذكراً والآخر امرأة رجعت المرأة على الذى بان رجلا بأربعة أسهم ورجع الذكر عليه بسهم .

فـــرع فان كان لرجل بنت وولدان خنثيان مشكلان فعلى طريقة أصحابنا البغداديين فى النفقة وجهان .

(أحدهما) أن جميع النفقـــة على الخنثيين ، فان بانا رجلين فلا رجوع لهما وان بانا امرأتين رجعتا كل واحدة منهما على أختها التى لم تنفق معهـــا ثلث ما أنفقت . وان بان أحدهما رجلا والآخر امرأة رجعت التى بانت امرأة على الذى بان رجلا بجميع ما أنفقت .

(والوجه الثانى) : أن النفقة تجب عليهم أثلاثا ــ فان بانا امرأتين فلا تراجع وان بانا رجلين رجعت البنت بما أنفقت عليهما نصفين ، وان بان أحدهما رجلا والآخر امرأة رجع المرأتان على الذى بان رجلا بجميع ما أنفقتاه • وعلى طريقة الخراسانيين يقول العمرانى فى البيان والماوردى فى الحاوى وابن الصباغ فى الشامل يكون فى النفقة أيضاً وجهان • (أحدهما) ــ وهو الأصح عندهم ــ أن النفقة تجب على الجميع بالسوية ؛ فعلى هذا لا تراجع بينهم بحال (والثانى) تجب بينهم على قدر مواريثهم ؛ فعلى هذا يجب على البنت خمس النفقة وهى أربعة من عشرين ؛ وعلى كل واحد من الخنثيين ربع النفقة وهو خمسة من عشرين ، لأن هذا هو اليقين وتبقى ستة أسهم ان دفعها لأحدهم ليرجع بها على من بانت عنده جاز والا قسمت عليهم أثلاثا ؛ فان بانا امرأتين رجع كل واحد من الخنثيين على البنت بثلث سهم • وان بانا رجلين رجعت البنت على كل واحد منهما بسهم وان بان أحدهما رجلا والآخر امرأة رجعت البنت الأصلية عليه بسهم ورجعت عليه البنت الخنثى بسهمين ؛ والمشهور طريقة البغداديين •

فــرع وان كان له بنت وابن بنت موسران فحكى الشيخ المصنف هنا أن فيه قولين ؛ وحكاهما ابن الصباغ عن القاضى أبى حامد وجهين

(أحدهما) تجب النفقة على البنت لأنهما يستويان فى عدم التعصيب والبنت أقرب فكانت أولى بالايجاب عليها •

(والثانى) تجب على ابن البنت لأنه أقدر على النفقة بالذكورية ، وان كان له بنت ابن وابن بنت ففيه ثلاثة أوجه حكاها ابن الصباغ (أحدها) تجب النفقة على بنت الابن لأنها تدلى بعصبة وقد تكون عصبة مع أختها •

(والثانى) تجب النفقة على ابن البنت لأنه أقوى على النفقة بالذكورية•

(والثالث) تجب النفقة عليهما بالسوية لأنهما متساويان فى الدرجة وعدم التعصيب • وان كان له أم وبنت موسرتان كانت النفقة عليهما بالسوية لأنهما متساويتان فى الدرجة وعدم التعصيب ، وان كان له أم وبنت موسرتان

كانت النفقة على البنت • وقال أبو حنيفة وأحمد : يكون على الأم ربع النفقة والباقى على البنت •

فرع وان كان له قريبان موسران أحدهما أبعد من الآخر فحضر الأبعد وغاب الأقرب ــ قال المسعودى ــ وجب على الحاضر أن ينفق ، فاذا حضر الأقرب فهل يرجع عليه بما أنفق ؟ فيه وجهان الأصح له أن يرجع عليه ، وهذا اذا لم يوجد للغائب مال ينفق عليه منه • وان كان له مال حاضر أنفق عليه منه ، وان لم يكن له مال ــ وأمكن أن يقترض الحاكم عليه من بيت المال أو من انسان ــ اقترض عليه ووجب عليه القضاء اذا حضر ، وان لم يمكن كان على الحاضر أن ينفق ، فان بان أن الغائب كان معسراً أو ميتاً وقت النفقة لم يرجع عليه بشىء بل تكون نفقته على الحاضر • وهكذا ان كان له ابنان موسران فحضر أحدهما وغاب الآخر كان على الحاضر نصف النفقة فان كان الغائب مال أنفق منه نصف النفقة ، وان لم يكن له مال وأمكن أن يقترض عليه من بيت المال أو من انسان اقترض عليه الحاكم • وان لم يمكن ذلك قال ابن الصباغ : لزم الحاضر أن يقترض لأن نفقته عليه اذا انفرد •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان كان الذى تجب عليه النفقة يقدر على نفقة قريب واحد وله أب وأم يستحقان النفقة ففيه ثلاثة أوجه :**

(أحدها) أن الأم أحق لما روى « أن رجلا قال يا رسول الله من أبر ؟ قال : أمك ، قال ثم من؟ قال أمك ، قال ثم من ؟ قال أمك ، قال ثم من ؟ قال أباك » ولأنها تساوى الأب فى الولادة وتنفرد بالحمل والوضع والرضاع والتربية •

(والثانى) أن الأب أحق لانه يساويها فى الولادة وينفرد بالتعصيب ولأنهما لو كانا موسرين والابن معسراً قدم الأب فى وجوب النفقة عليها فقدم فى النفقة له •

(والثالث) أنهما سواء ، لأن النفقة بالقرابة لا بالتعصيب ، وهما فى القرابة سواء ، وان كان له أب وابن ففيه وجهان (أحدهما) أن الابن أحق

لأن نفقته ثبتت بنص الكتاب . (والثانى) ان الأب احق لأن حرمتـه آكد ، ولهذا لا يقاد بالابن ويقاد به الابن ، وان كان له ابن ابن او أب وجد ، ففيـه وجهان (احدهما) ان الابن أحق من ابن الابن والأب احق من الجد لانهما أقرب، ولأنهما لو كانا موسرين وهو معسر كانت نفقته على اقربهما ، فكذلك فى نفقته عليهما (والثانى) أنهما سواء لأن النفقة بالقرابة ، ولهذا لا يسقط أحدهما بالآخر اذا قدر على نفقتهما .

فصـــل ومن وجبت عليه نفقته بالقرابة وجبت نفقته على قدر الكفاية لانها تجب للحاجة فقدرت بالكفاية ، وان احتاج الى من يخدمه وجبت نفقـة خادمه ، وان كانت له وزجة وجبت نفقة زوجته ، لأن ذلك من تمام الكفـاية وان مضت مدة ولم ينفق على من تلزمه نفقته من الاقارب لم يصر دينا عليه ، لانها وجبت عليه لتزجية الوقت ودفع الحاجة ، وقد زالت الحـاجة لما مضى فسقطت .

الشرح الحديث أخرجه أحمـد والبخـارى ومسلم من حديث أبى هريرة رضى الله عنه بلفظ « قال رجل : يا رسول الله أى الناس أحق منى بحسن الصحبة ؟ قال : أمك ، قال ثم من ؟ قال : أمك ، قال ثم من ؟ قال : أمك ، قال ثم مـن ؟ قال أبوك » ولمسـلم فى رواية « من أبر ؟ قال أمك » وأخرجه أحمد وأبو داود والترمذى عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده قال « قلت : يا رسـول الله من أبر ؟ قال أمك قال قلت ثم من ؟ قال أمك ، قال قلت يا رسول الله ثم من ؟ قال أمك ، قال قلت ثم من ؟ قال أباك ثم الأقرب فالأقرب » وأخرجه أيضا الحاكم وحسنه أبو داود عن بهز أيضـا ، ويؤخذ على المصنف قوله « لما روى » لما لم يسم فاعله وهى صيغة التمريض التى أخذها عليه النووى وأخذناها عليـه اتباعا للنووى فى غير ما موضـع من المجموع ، لأن الحديث متفق عليه ولا يسوغ التعبير عنه بروى .

أما الأحكام فان كان من تجب عليه النفقة له قريبـان معسران فان فضل عن قوت يومه وليلته وما يكفيهما لزمه أن ينفق عليهما ، وان لم يفضل عن قوته الا ما يكفى أحدهما بأن كان له أبوان معسران ولا يجد الا نفقـة أحدهما ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) تقـدم الأم لحديث أبى هريرة وبهز بن حكيم الذى ساقه المصنف فى الفصل وقد كرر الأم ثلاثا وقال فى الرابعة أباك، ولأن الأم عورة ليس لها بطش والأب ليس بعورة فكان تقديم الأم أولى .

(والثانى) ان الأب يقدم لأنهما متساويان فى الولادة وانفرد الأب بالتعصيب فكان أولى ، كما لو تقدم بدرجة ، ولأنهما لو كانا موسرين وهو معسر لكانت نفقته على الأب فوجب أن يقدم الأب فى وجوب تقديم نفقته ، كما يقدم فى وجوب نفقة الابن عليه •

(والثالث) أنهما سواء فيسقط ذلك بينهما لاستوائهما فى الولادة والادلاء •

فرع وان كان له أب وابن معسران ولا يقدر على نفقة أحدهما ، فاختلف أصحابنا ، فقال الشيخ أبو حامد : ان كان الابن طفلا فهو أولى بالتقديم لأنه ناقص الخلقة والأحكام ، والأب اما أن يكون زمناً أو مجنونا فيكون ناقص الخلقة أو ناقص الأحكام دون الخلقة ، فان تساويا بأن يكون الابن بالغا زمنا فيكون ناقص الخلقة دون الأحكام أو مراهقا صحيحا فيكون ناقص الخلقة والأب زمن أو مجنون ففيه وجهان •

(أحدها) أن الابن أحق بالتقديم ؛ لأن وجوب نفقة الابن ثبت بنص القرآن ووجوب نفقة الأب على الابن مجتهد فيه •

(والثاني) أن الأب مقدم لأن حرمته آكد من حرمة الابن ، بدليل أن الأب لا يقاد بابنه ولابن يقاد بالأب ، قال الشيخ أبو اسحاق : فيه وجهان من غير تفصيل • (أحدهما) الابن أولا (والثانى) الأب أولا • وذكر العمرانى وجها ثالثا أنهما سواء فقسم بينهما لاستوائهما فى الدرجة •

فرع وان كان له أب وجد معسران ولا يقدر على نفقة أحدهما ففيه وجهان •

(أحدهما) يقدم الأب لأنه أقرب ، ولأنه يقدم فى وجوب النفقة عليه فقدم فى وجوب النفقة له •

(والثانى) أنهما سواء فيقسم بينهما لأن الأب لا يمنع وجوب نفقة الجد

وضاق ما فى يد الجد على نفقتها • فيقسم ما بينهما كالدينين ، وهكذا اذا اجتمع ابن وابن ابن أو أم وأم أم ولم يقدر الا على نفقة أحدهما فعلى وجهين

مسألة قوله : ومن وجبت عليه نفقته بالقرابة الخ ــ فجملة ذلك أنه اذا وجبت عليه نفقة القريب فانها تجب غير مقدرة ، بل يجب له ما يكفيه لأنها تجب للحاجة فتقدرت بالكفاية ؛ وان احتاج القريب الى من يخدمه وجبت عليه نفقة خادمه ؛ وان كانت له زوجة وجبت عليه نفقتها ؛ لأن ذلك من تمام الكفاية ، ويجب عليه الكسوة لأن كل من وجبت عليه نفقة شخص وجبت عليه كسوته كالزوجة ؛ وان احتاج الى مسكن وجب عليه سكناه لأن عليه كفايته ؛ وذلك من كفايته ؛ وان مضت مدة ولم ينفق فيها على قريبه سقطت بمضى الزمان لأنها تجب للحاجة وقد زالت الحاجة •

فرع وان وجبت عليه نفقة زوجته أو قريبه فامتنع من اخراجها أو هرب فان الحاكم ينظر فى ماله ــ فان كان فيه من جنس النفقة ــ دفع النفقة منه • وان كان من غير جنس النفقة ــ فان كانت كالدراهم والدنانير اشترى منها الحاكم الطعام والأدام وصرفه الى من وجبت نفقته ، وان وجد له متاعا باعه عليه • وقال أبو حنيفة : لا يباع عليه المتاع والعقار الا فى موضع واحد ، وهو اذا جاء الرجل الى الحاكم وقال : ان لفلان الغائب عندى سلعة أو عقاراً وهذه زوجته لم ينفق عليها ــ فان لحاكم يبيع عليه السلعة والعقار وينفق على زوجته من ثمن ذلك •

دليلنا أن ما جاز بيع الناض فيه بغير اذن من عليه الحق جاز بيع المتاع والعقار فيه بغير اذنه كنفقة الزوجة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان كان له أب فقيراً مجنوناً أو فقيراً زمناً ، واحتاج الى الاعفاف وجب على الولد اعفافه على المنصوص ، وخرج أبو على بن خيران قولا آخر انه لا يجب لأنه قريب يستحق النفقة ، فلا يستحق الاعفاف كالابن والمذهب**

الأول ، لأنه معنى يحتاج الاب اليه ويلحقه الضرر بفقده ، فوجب كالنفقة ، وان كان صحيحاً قوياً . وقلنا انه تجب نفقته وجب اعفافه . وان قلنا لا تجب نفقته ففى اعفافه وجهان :

(أحدهما) لا يجب ، لانم لا تجب نفقته فلا يجب أعفافه .

(والثانى) وهو قول أبى اسحاق أنه يجب اعفافه ، لأن نفقته أن لم تجب على القريب أنفق عليه من بيت المال ، والاعفاف لا يجب فى بيت المال فوجب على القريب . ومن وجب عليه الاعفاف فهو بالخيار بين أن يزوجه بحرة وبين أن يسريه بجارية ، ولا يجوز أن يزوجه بامة لأنه بالاعفاف يستغنى عن نكاح الأمة ، ولا يعفه بعجوز ولا بقبيحة ، لان الاصل من العفة هو الاستمتاع ، ولا يحصل ذلك بالعجوز ولا القبيحة ، فان زوجه بحرة أو سراه بجارية ثم استغنى لم يلزمه مفارقة الحرة ، ولا رد الجارية ، لان ما استحق للحاجة لم يجب رده بزوال الحاجة ، كما لو قبض نفقة يوم ثم أيسر .

وان أعفه بحرة فطلقها أو سراه بجارية فأنفها لم يجب عليه بدلها ، لأن ذلك مواساة لدفع الضرر ، فلو أوجبها البدل خرج من حد المواساة وأدى الى الضرر والضرر لا يزال بالضرر . وان ماتت عنده ففيه وجهان (أحدهما) لا يجب البدل لأنه يخرج عن حد المواساة (والثانى) يجب لأنه زال ملكه عنها بغير تفريط فوجب بدله ، كما لو دفع اليه نفقة يوم فسرقت منم .

فصل وان احتاجت الولد الى الرضاع وجب على القريب أرضاعه ، لأن الرضاع فى حق الصغير كالنفقة فى حق الكبير ، ولا يجب الا فى حولين كاملين ، لقوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » فان كان الولد من زوجته وامتنعت من الارضاع لم تجبر .

وقال أبو ثور : تجبر لقوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن اراد أن يتم الرضاعة » وهذا خطأ لأنها اذا لم تجبر على نفقة الولد مع وجود الأب لم تجبر على الرضاع ، وان أرادت ارضاعه كره للزوج منعها ، لأن لبنها أوفق له ، وان أراد منعها منه كان له ذلك ، لأنه يستحق الاستمتاع بها فى كل وقت الا فى وقت العبادة ، فلا يجوز لها تفويته عليه بالرضاع وان رضيا بارضاعه فهل تلزمه زيادة على نفقتها ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) تلزمه ، وهو قول أبى سعيد وأبى اسحاق ، لأنها تحتاج فى حال الرضاع الى أكثر مما تحتاج فى غيره .

(والثانى) لا تلزمه الزيادة على نفقتها ، لأن بنفقتها مقدرة فلا تجب الزيادة لحاجتها ، كما لا تجب الزيادة فى نفقة الاكولة لحاجتها ، وان ارادت

ارضاعه بأجرة ففيه وجهان (احدهما) لا يجوز ، وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراييني رحمة الله عليه ، لأن أوقات الرضاع مستحقة لاستمتاع الزوج ببدل وهو النفقة ، فلا يجوز أن تأخذ بدلا آخر (والثاني) أنه يجوز ، لأنه عمل يجوز اخذ الأجرة عليه بعد البينونة ، فجاز اخذ الأجرة عليه قبل البينونة كالنسج وان بانت لم يملك اجبارها على ارضاعه كما لا يملك قبل البينونة ، فان طلبت أجرة المثل على الرضاع ولم يكن للأب من يرضع بدون الأجرة كانت الأم أحق به ، لقوله تعالى ((فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن)) وان طلبت أكثر من أجرة المثل جاز انتزاعه منها وتسليمه الى غيرها لقوله تعالى ((وان تعاسرتم فسترضع له اخرى)) ولأن ما يوجد باكثر من عوض المثل كالمعدوم ، ولهذا لو وجد الماء تأكثر من ثمن المثل جعل كالمعدوم في الانتقال الى التيمم فكذلك ههنا . وان طلبت أجرة المثل وللأب من يرضعه بغير عوض أو بدون أجرة المثل، ففيه قولان :

أحدهما : أن الأم أحق بأجرة المثل ، لأن الرضاع لحق الولد ، ولان لبن الأم أصلح له وأنفع ، وقد رضيت بعوض المثل فكان أحق .

والثاني : أن الأب أحق ، لأن الرضاع في حق الصغير كالنفقة في حق الكبير ولو وجد الكبير من يتبرع بنفقته لم يستحق على الأب النفقة ، فكذلك اذا وجد من يتبرع بارضاعه لم تستحق على الأب أجرة الرضاع ، وان ادعت المرأة أن الأب لا يجد غيرها فالقول قول الأب ؛ لانها تدعى استحقاق أجرة المثل والأصل منعه) .

الشرح الأحكام اذا وجبت على الولد نفقة الأب والجد قبل الأب أو من قبل الأم واحتاج الأب أو الجد الى الاعفاف بزوجة وجب على الولد أن يعفه بذلك اذا قدر على ذلك .

قال ابن خيران : وفيها قول آخر أنه لا يجب عليه ذلك ، وبه قال أبو حنيفة لأنه قريب فلم يستحق الاعفاف كالابن ، والأول أصح لأنه معنى يحتاج اليه ، ويستضر بفقده فلزمه كالنفقة والكسوة ، ويخالف الابن فان الأب آكد حرمة منه فوجب له ما لا يجب له ، وان كان الوالد معسراً صحيحاً غير مكتسب ــ فان قلنا تجب نفقته على الولد ــ وجب عليه اعفافه ؛ وان قلنا لا تجب نفقته عليه ففى اعفافه وجهان :

(أحدهما) لا يجب عليه اعفافه لأنه لا يجب عليه نفقته فلم يجب عليه اعفافه كالموسر .

(والثانى) يجب عليه اعفافه لأن نفقتــه يمكن ايجابها فى بيت المــال بخلاف الاعفاف ، واذا وجب على الولد الاعفاف فهو بالخيار بين أن يملكه جارية يحل له وطؤها أو يدفع اليه مالا يشــترى به جارية أو يشــتريها له باذنه ، وفى عصرنا هذا لم يبق الا وجه واحد وهو أن يدفع اليه مالا ليتزوج به أو يتزوج له باذنه ، ولا يجوز أن يزوجه أمة لأنه صار مستغنياً به ، ولا يعفه بقبيحة ولا بعجوز لا استمتاع بها ، لأنه لا يحصل المقصود بذلك ، فان ملكه جارية أو دفع اليه مالا فتزوج به امرأة ثم أيسر الأب لم يلزمه رد ذلك ؛ لأنه قبض ذلك وهو يستحقه ، فان طلق الزوجة أو أعتق الأمة لم يلزم الولد أن يعفه ثانياً ؛ لأنه فوت ذلك على نفســه ؛ وان ماتت الزوجة أو الأمة ففيــه وجهــان :

(أحدهما) لا يلزمه اعفافه ثانيا ، لأنه انما يجب عليه اعفافه مرة وقــد فعل (والثانى) يلزمه وهو الأصح لأنه لا صنع له فى تفويت ذلك .

مســألة قوله : وان احتاج الولد الى الرضاع الخ ، فجملة ذلك أنها اذا ولدت ولداً وجب عليها أن تسقيه اللبن حتى يروى ، لأنه لا يعيش الا بذلك ، فان كان للطفل مال وجبت أجرة رضاعه فى ماله كما تجب نفقته اذا كان كبيراً فى ماله ، وان لم يكن مال وجبت أجرة ارضاعه على من تجب عليه نفقته لو كان كبيراً لقوله تعالى « فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » ولا يجب ارضاعه الا فى حولين . لقوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » وان كان الولد من زوجته والأب ممن يجب عليه نفقته لم تجبر الأم على ارضاعه وبه قال أبو حنيفة وأحمد .

وقال أبو ثور : تجبر على ارضاعه ، وعن مالك روايتان احداهما كقول أبى ثور ، والثانية وهى المشهورة عنه ان كانت شريفة لم تجبر على ارضاعه وان كانت دنية أجبرت على ارضاعه .

دليلنا قوله تعالى « فان تعاسرتم فسترضع له أخرى » واذا امتنعت فقد تعاسرت ولأنها لا تجبر على نفقة الولد مع وجود الأب فكذلك الرضاع .

اذا ثبت هذا فان تطوعت بارضاعه ـ فالأولى للأب ألا يمنعها من ذلك ؛ لأن الرضاع حق للولد ؛ والأم أشفق عليه ، ولبنها أصلح له ، وهل يلزمه أن يزيدها على نفقتها ؟ فيه وجهان •

(أحدهما) لا يلزمه لأن نفقة الزوجة مقدرة بحال الزوج ، فلو قلنا يجب عليه الزيادة لأجل الرضاع لكانت نفقتها مقدرة بحالها فلم يلزمه ذلك ، كما لو كانت رغيبة الأكل فانه لا تلزمه الزيادة فى نفقتها •

(والثانى) تلزمه الزيادة على نفقتها ـ وهو قول أبى سعيد الاصطخرى وأبى اسحاق المروزى لقوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » فخص حال الولادة بذكر ايجاب النفقة ولا فائدة بذكر وجوبها فى الولادة الا وجوب الزيادة ، ولأن العادة جرت أن المرضعة تحتاج من الطعام أكثر من غيرها فعلى هذا يبحث الحاكم فى قدر الزيادة على ما يراه •

وان استأجر امرأته على الرضاع فهل يصح عقد الاجارة ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يصح ، وبه قال أحمد ؛ لأن كل عقد صح أن يعقده الزوج مع غير الزوجة صح أن يعقده مع الزوجة كالبيع •

(والثانى) لا يصح وهو المشهور ، ولم يذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ غيره ، وكذلك لو استأجرها لخدمة نفسه ، لأن الزوج يملك الاستمتاع بها فى جميع الأوقات الا فى الأوقات المستحقة للعبادات ، واذا أجرت نفسها لم تتمكن من ايفاء حقه الا بتعطيل حقه من الاستمتاع فلم يصح ، كما لو أجر العبد نفسه من سيده ، فاذا قلنا بهذا واستأجرها على ارضاعه بعوض فأرضعته ، فهل تستحق أجرة المثل ؟ فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ •

(أحدهما) لا تستحق ذلك لأنها لو استحقت أجرة فى ذلك لجاز لها عقد الإجارة لذلك •

(والثانى) تستحق أجرة المثل ؛ لأن هذه منفعة لا يجب عليها بذلها ؛ فاذا بذلتها بعوض ولم يحصل لها العوض وجب لها عوض المثل كسائر منافعها •

فرع وان أبان الرجل امرأته وله منها ولد يرضع لم يملك اجبارها على ارضاعه لأنه اذا لم يملك اجبارها على ارضاعه حال الزوجية لم يملك اجبارها بعد الزوجية ، فان تطوعت بارضاعه لم يجز للأب انتزاعه منها ؛ لأنه لا حق له فى استمتاعها ، وان استأجرها على ارضاعه صح ذلك لقوله تعالى « فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » ولأنه لا يملك الاستمتاع بها بخلاف ما لو استأجرها فى حال الزوجية ، فان طلبت منه أجرة المثل ولا يجد الأب من يرضعه بغير أجرة أو بدون أجرة المثل وجب عليه أن تستهلك لها ، ولم يجز له انتزاعه منها لأن الإرضاع حق للولد ، ولبن الأم أنفع له من لبن غيرها ؛ وان طلبت منه أكثر من أجرة المثل كان له انتزاعه منها لقوله تعالى « وان تعاسرتم فسترضع له أخرى » واذا طلبت منه أكثر من أجرة المثل فقد تعاسرت وان طلبت أجرة المثل ووجد الأب من يرضعه بدون أجرة المثل أو من ترضعه بغير أجرة فاختلف أصحابنا ، فمنهم من قال فيه قولان •

(أحدهما) أنه أحق برضاعته بأجرة المثل لقوله تعالى « فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » ولم يفرق ؛ ولأنه روى فى الحديث « الأم أحق بكفالة ولدها ما لم تتزوج » ولأن الرضاع حق للولد ولبن الأم أنفع له وأصلح فكانت أولى (والثانى) أن للأب أن ينتزعه لقوله تعالى « فان تعاسرتم فسترضع له أخرى » والتعاسر هو الشدة والتضايق •

قال القرطبى « وان تعاسرتم » أى فى أجرة الرضاع فأبى الزوج أن يعطى الأم رضاعها وأبت الأم أن ترضعه فليس له اكراهها ؛ وليستأجر مرضعة غير أمه ؛ وقيل معناه وان تضايقتم وتشاكستم فليسترضع لولده غيرها ؛ وهو خبر فى معنى الأمر •

وقال الضحاك • ان أبت الأم أن ترضع استأجر لولده أخرى ، فان لم يقبل أجبرت أمه على الرضاع بالأجر •

وذكر اختلاف الفقهاء على ثلاثة أقوال • فأورد قول علمائهم من المالكية أن رضاع الولد على الزوجة مادامت الزوجية ــ الا لشرفها وموضعها ــ فعلى الأب أى رضاعه يومئذ فى ماله • (والثانى) قال أبو حنيفة : لا يجب على الأم بحال • (والثالث) يجب عليها فى كل حال • ا هـ •

قال القاضى العمرانى من أصحابنا : واذا وجد الرجل من يرضعه بدون أجرة المثل أو بغير أجرة وطلبت الأم أجرة المثل فقد تعاسرت فكان له نزعه منها ، ولأن نفقة ارضاع الطفل كنفقة المراهق ، ولو وجد من يتطوع بالإنفاق على المراهق لم يجب على الأب نفقته ، فكذلك اذا وجد من يتطوع بارضاع الطفل لا يجب عليه أجرة المثل •

وقال أبو اسحاق المروزى : للأب انتزاعه قولا واحداً ، والقول الآخر لا يعرف فى شىء من كتب الشافعى • وقال أبو حنيفة : للأب انتزاعه ولكن لا يسقط حق الأم من الحضانة ، فتأتى المرضعة وترضعه عند الأم • دليلنا أن الحضانة تابعة للرضاع ، فاذا سقط حقها من الرضاع سقط حقها من الحضانة •

فرع فان ادعى الأب أنه يجد من يرضعه بغير أجرة أو بدون أجرة ــ وقلنا : له انتزاعه ــ فان صدقته الأم أنه يجد ذلك كان له انتزاعه منها ، وان كذبته فالقول قوله مع يمينه ، فاذا حلف انتزعه من يد الأم ويسلم الى المرضعة ولا يمنع الأم من زيارته لقوله صلى الله عليه وسلم « لا توله والدة بولدها » •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ويجب على المولى نفقة عبده وأمته وكسوتهما لما روى أبو هريرة رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « للمملوك طعامه وكسوته ولا يكلف من العمل الا ما يطيق » ويجب عليه نفقته من قوت البلد لأنه هو المتعارف فان تولى طعامه استحب أن يطعمه منه لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال : قال أبو القاسم صلى الله عليه سلم : « اذا جاء أحدكم**

خادمه بطعام فليجلسه معه فان لم يجلسه معه فليناوله اكلة أو أكلتين ، فانه تولى علاجه وحره » فان كانت له جارية للتسرى استحب أن ينوى كسوتها أعلى من كسوة جارية الخدمة ، لأن العرف أن تكون كسوتها أعلى فوق كسوة جارية الخدمة .

فصل ولا يكلف عبده وأمته ما الخومة ما لا يطيقان لقوله صلى الله عليه وسلم : « ولا يكلفه من العمل ما لا يطيق ولا يسترضع الجارية الا ما فضل عن ولدها » ، لأن فى ذلك اضراراً بولدها ، وان كان لعبده زوجة اذن له فى الاستمتاع بالليل . لأن اذنه بالنكاح يتضمن الاذن فى الاستمتاع بالليل ، وان مرض العبد أو الأمة أو عميا أو زمنا لزمه نفقتهما ، لأن نفقتهما بالملك ، ولهذا تجب مع الصغر فوجبت مع العمى والزمانة ، ولا يجوز أن يجبر على المخارجة لأن معاوضة فلم يملك اجباره عليها كالكتابة . وان طلب العبد ذلك لم يجبر المولى كما لا يجبر اذا طلب الكتابة ، فان اتفقا عليها وله كسب جاز لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم حجمه ابو طيبة فأعطاه أجره ، وسأل مواليه أن يخففوا من خراجه ، وان لم يكن له كسب لم يجز لأنه لا يقدر على أن يدفع اليه من جهة تحل فلم يجز .

أما الأحكام حديث أبى هريرة الأول أخرجه أحمد فى المسند ومسلم فى العتق عن حجاج ، وفى الأطعمة عن حفص بن عمر ، وقال « ولا يكلف من العمل ما لا يطيق » .

وحديث أبى هريرة الثانى أخرجه البخارى ومسلم فى النذور والأطعمة وأبو داود فى الأطعمة عن عبد الله بن مسلمة القعنبى ، وكذا أخرجه أحمد فى مسنده وبقية أصحاب السنن بلفظ « اذا أتى أحدكم خادمه بطعامه ــ فان لم يجلسه معه ــ فليناوله لقمة أو لقمتين أو أكلة أو أكلتين ، فانه ولى حره وعلاجه » .

وحديث أبى طيبة الحجام واسمه دينار وهو مولى بنى حارثة ، وحديثه هذا أخرجه البخارى فى البيوع عن عبد الله بن يوسف ، وفى الإجارة عن محمد بن يوسف وعن آدم ، وفى الطب عن محمد بن مقاتل ، وأخرجه مسلم فى البيوع عن أحمد بن الحسن وعن يحيى بن أيوب وقتيبة وعلى بن حجر ،

وعن محمد بن يحيى بن أبى عمر وأخرجه أبو داود فى البيوع عن القعنبى ، وأخرجه الترمذى عن عدى بن حجر والطبرانى فى الجامع عن حميد الطويل •

أما اللغات فقوله : « اذا أتى أحدكم خادمه » بنصب أحدكم على المفعولية ونصب خادمه على الفاعلية ، والخـادم يطلق على الذكر والأنثى والحـر والمملوك • وقوله « علاجه » أى مزاولته لما استعصى من أموره ؛ ويقال لجبال الرمل علاج ، والحر جمع الحرة وهو الأرض ذات الحجـارة النخرة السوداء ، وهى أثر من آثار البراكين ، وهو كناية عن تحمله أموره الشاقة فى أبلغ تعبير لأنه يعالج له اعداد الطعـام ويعالجه له ويتحمل حرارة النار فى انضاجه •

أما الأحكام فانه يجب على المرء نفقة خادمه وكسوته لحـديث أبى هريرة فى الرجل الذى قال معى دينار ؛ قال أنفقه على نفسك• قال معى آخر ، قال أنفقه على ولدك ؛ قال معى آخر ؛ قال أنفقه على أهلك ؛ قال معى آخر ، قال أنفقه على خادمك • ولحديث أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف ولا يكلف من العمل ما لا يطيق » وهو اجماع لا خلاف فيه فان كان الخادم غير مكتسب ؛ بأن كان صغيراً أو مريضا أو كبيراً أو زمناً فنفقته على سيده •

ويجب أن يكون طعامه من قوت أهل البلد لقوله صلى الله عليه وسلم : « أطعموهم مما تأكلون وألبسوهم مما تلبسون » •

وان كان الخادم يقدم الطعام لسيده أو يلى اعداده واصلاحه • فيستحب للسيد أن يجلسه معه ويطعمه معه منه لما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « فليجلسه معه أو يطعمه منه لقمة أو لقمتين » ولأن الإنسان اذا تولى طعاماً اشتهى أن يأكل منه فاستحب أن يطعم منه كما يستحب لمن قسم الميراث أن يرزق من حضر القسمة منها ؛ وأيهما أفضل ؟

(أحدهما) أن الأفضل أن يجلسه معه ليأكل ، لأن النبى صلى الله عليـه وسلم بدأ به ، ولأنه اذا أكل معه أكل قدر كفـايته • ومنهم من قال : ليس

أحدهما أفضل من الآخر ؛ بل ان شاء أجلسه معه وان شاء أطعمه ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم خيره بين أن يجلسه معه وبين أن يغمس له لقمة أو لقمتين فى الأدم ، والأول أصح ، هكذا أفاده أصحابنا فى كتبهم ؛ وما بقى من الفصل فعلى وجهه ؛ وينبغى ألا يكلفه الا ما يطيق الدوام عليه لا ما يطيق يوماً أو يومين أو ثلاثة ثم يعجز هكذا قال الشافعى فى الأم والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ومن ملك بهيمة لزمه القيام بعلفها لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « عذبت امرأة فى هرة ، حبستها حتى ماتت جوعا فدخلت فيها النار ـ فقيل لها والله اعلم ـ لا أنت أطعمتها وسقيتها حين حبستها ، ولا أنت أرسلتها حتى تأكل من خشاش الأرض حتى ماتت جوعا » ولا يجوز له أن يحمل عليها ما لا تطيق ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم منع أن يكلف العبد ما لا يطيق فوجب أن تكون البهيمة مثله ، ولا يحلب من لبنها الا ما يفضل على ولدها لأنه غذاء الولد فلا يجوز منعه .**

فصل **وان امتنع من الانفاق على رقيقة أو على بهيمة أجبر عليه كما يجبر على نفقة زوجته ، وان لم يكن له مال أكرى عليه ان أمكن اكراؤه ، فان لم يمكن بيع عليه كما يزال الملك عنه فى أمراته اذا أعسر بنفقتهما ، والله أعلم) .**

الشرح الحديث الأول أخرجه مسلم فى صحيحه عن أبى كريب فى الحيوان من حديث أبى هريرة ، وأخرجه أيضاً فى التوبة عن محمد بن رافع وعبد بن حميد من حديث أبى هريرة بلفظ المصنف مضى فى الفصل قبله .

أما اللغات فقوله « من خشاش الأرض » أى من حشراتها ووزغها ومادته خش ، وخش فى الشىء دخل فيه .

قال زهير : فخششت بها خلال الفدفد

وفى حديث عبد الله بن أنيس ، فخرج يمشى حتى خش فيهم ، ومنه يقال لما يدخل فى أنف البعير خشاش ، وقال ابن شميل الخشاش حية صغيرة سمراء

أصغر من الأرقم • وقال أبو خيرة : الخشاش حية بيضاء قلما تؤذى ، وقال أبو عبيد فى حديث « أن امرأة ربطت هرة فلم تطعمها ولم تدعها تأكل من خشاش الأرض » قال يعنى من هوام الأرض وحشراتها ودوابها وما أشبهها • قال فى النهاية فى الحديث : أى هوامها وحشراتها الواحدة خشاشة ، وفى رواية من خشيشها ، وهى بمعناه ، ويروى بالحاء المهملة وهو يابس النبات ؛ وهو وهم • وقيل انما هو خشيش بضم الخاء المعجمة تصغير خشاش على الحذف وخشيش من غير حذف ومنه حديث العصفور « لم ينتفع بى ولم يدعنى أختش من الأرض » أى آكل من خشاشها •

أما الأحكام فان من ملك بهيمة لزمه القيام بعلفها سواء كانت مما تؤكل أو مما لا تؤكل ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اطلعت فى النار ليلة أسرى بى فرأيت امرأة فيها ، فسألت عنها فقيل انها ربطت هرة لم تطعمها ولم تسقها ؛ ولم تدعها تأكل من خشاش الأرض حتى ماتت فعذبها الله بذلك ، واطلعت فى الجنة فرأيت امرأة مومسة (يعنى زانية) فسألت عنها فقيل : انها مرت بكلب يلهث من العطش فأرسلت ازارها فى بئر ثم عصرته فى حلقة فغفر الله لها بذلك » وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تعذيب الحيوان ؛ وقال « فى كل كبد حرى أجر » •

فلو قلنا لا يجب الإنفاق عليها أسقطنا حرمتها ، فان كانت فى المصر لزمه الإنفاق عليها ؛ وان كان فى الصحراء ــ فان كان بها من الكلأ ما يقوم بكفايتها فخلاها للرعى ــ لم يجب عليه العلف لأنها تجتزىء على عادة أهل مصر ؛ لأن صحاريها يقل فيها العلف •

وقال الخراسانيون : ان كانت البهيمة مشقوقة الشفة العليا فانها تجتزىء بالكلأ عن العلف ، وان كانت غير مشقوقة الشفة العليا فلا تجتزىء بالرعى ولابد من علفها ، وان لم يكن بها من الكلأ ما يقوم بها لزمه من العلف ما يقوم بها فان لم يعلفها ــ فان كانت مما يؤكل ــ كان له أن يذبحها وله أن يبيعها ، وان كانت مما لا يؤكل كان له بيعها ــ فان امتنع من ذلك أجبره السلطان على علفها أو بيعها أو ذبحها ان كانت مما يؤكل ، ولولى الأمر أن يخصص

مراحا يعلفها فيه ويداوى مرضاها على نفقة صاحبهـا ؛ وله أن يخصص من البياطرة من ينزعون الدواب من أيدى المقصرين فى حقها وردها اليهم بعـد شفائها عليهم أو اجباره على بيعها . وقال أبو حنيفة لا يجبره على ذلك بل يأمره به كما يأمره بالمعروف وينهاه عن النكر ودليلنا أنها نفقـة واجبة فاذا امتنع منها أجبره ولى الأمر على أدائها كنفقة العبد وان كان للبهيمة ولد لم يحلب من لبنها الا ما فضل من ولدها ، لأن لبنها غذاء للولد فلا يجوز منعه منه كما قلنا فى الجارية . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الحضـــانة

اذا افترق الزوجان ولهمـا ولد بالغ رشـيد فله أن ينفرد عن أبويه لأنه مستغن عن الحضانة والكفالة ، والمستحب ان لا ينفرد عنهما ولا يقطـع بره عنهما . وان كانت جارية كره لها أن تنفرد ، لأنها اذا انفردت لم يؤمن أن يدخل عليها من يفسدها ، وان كان لهما ولد مجنون أو صغير لا يميز ، وهو الذى له دون سبع سنين ، وجبت حضانته ، لأنه أن ترك حضانته ضاع وهلك .

فصـــل **ولا تثبت الحضانة لرقيق لأنه لا يقدر على القيام بالحضانة مع خدمة المولى ، ولا تثبت لمعتوه لأنه لا يكمل للحضانة ولا تثبت لفاسق ، لأنه لا يوفى الحضانة حقهـا ، ولأن الحضانة انمـا جعلت لحظ الولد فى حضـانة الفاسق ، لأنه ينشأ على طريقته ، ولا تثبت لكافر على مسلم .**

وقال ابو سعيد الاصطخرى : تثبت الكافر على المسلم ؛ لمـا روى عبـد الحميد بن سلمة (١) عن أبيـه أنه قال : « أسلم أبى وأبت أمى أن تسلم وأنا غلام ، فاختصما الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : يا غلام اذهب الى أيهما شئت ، ان شئت الى أبيك ، وان شئت الى أمك ، فتوجهت الى أمى ، فلما رآنى النبى صلى الله عليه وسلم سمعته يقول اللهم اهده فملت الى أبى فقعدت

---

(١) هكذا بالمتن المطبوع ، والصواب عبد الحميد بن جعفر ، وهو ما اعتمدناه فى الشرح ، وقد وجدنا كثيراً من الفقهاء يتابعون أبا اسحاق فى كونه ابن سلمة كالعمرانى فى البيان ، وهذا خطأ ، والصواب ما اعتمدناه هنا . أما عبد الحميد ابن سلمة الأنصارى فيقال هو ابن يزيد بن سلمة وهو مجهول ، المطيعى

فى حجره » والمذهب الأول ، لأن الحضـانة جعلت لحظ الولد ولا حظ للولد المسلم فى حضانة الكافر ، لأنه يفتنه عن دينه وذلك من أعظم الضرر ، والحديث منسوخ ، لأن الأمة أجمعت على أنه لا يسلم الصبى المسـلم الى الكافر ، ولا حضانة للمرأة اذا تزوجت ، لما روى عبد الله بن عمرو بن العـاص « أن امرأة قالت يا رسول الله ان ابنى هذا كان بطنى له وعاء ، وثديى له سقاء ، وحجرى له حواء ، وان أباه طلقنى وأراد أن ينزعه منى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به ما لم تنكحى » ولأنها اذا تزوجت اشتغلت باستمتاع الزوج عن الحضانة . فان أعتق الرقيق وعقل المعتوه وعدل الفاسق ، وأسلم الكافر عاد حقهم من الحضانة ، لأنها زالت العلة فعادت بزوال العلة ، واذا طلقت المرأة عاد حقها من الحضانة .

وقال المزنى ان كان الطلاق رجعياً لم يعد لأن النكاح باق ، وهذا خطأ لأنه انما سقط حقها بالنكاح لاشتغالها باستمتاع الزوج ، وبالطلاق الرجعى يحرم الاستمتاع كما يحرم بالطلاق البائن ، فعادت الحضانة .

فصـــل ولا حضانة لمن لا يرث من الرجال من ذوى الأرحام وهم ابن البنت وابن الأخت وابن الأخ من أم وأبو الام والخـال والعم من الام لان الحضانة انما تثبت للنساء لمعرفتهن بالحضانة أو لمن له قوة قرابة بالميراث من الرجال وهذا لا يوجد فى ذوى الأرحام من الرجال ولا يثبت لمن أدلى بهم من الذكور والاناث ، لأنه اذا لم يثبت لهم لضعف قرابتهم فلأن لا يثبت لمن يدلى بهم أولى) .

الشرح حديث عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان وهو أبو الحكم الأنصارى الأوسى . أخرجه أبو داود فى الطلاق عن ابراهيم بن موسى الرازى والنسائى فى الطلاق أيضا عن محمود بن غيلان . ورواه أحمد بلفظ « قال أخبرنى أبى عن جدى رافع بن سنان أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأتت النبى صلى الله عليه وسلم فقال ابنتى وهى فطيم أو شبهه ، وقال رافع ابنتى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقعد ناحية ، وقال لها اقعدى ناحية ، فأقعد الصبية بينهما ثم قال ادعوها فمالت الى أمها ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « اللهم اهدها فمالت الى أبيها فأخذها » .

ووقعت هذه الصيغة فى رواية عند أبى داود ، كما وردت بلفظ « فجاء بابن له صغير » وأخرجه بلفظ الأنثى النسائى وابن ماجه والدارقطنى وفى

اسناده اختلاف كثير وألفاظه مختلفة مضطربة ، وقد رجح ابن القطان رواية الابن • وقال ابن المنذر : لا يثبته أهل النقل وفى اسناده مقال •

قلت : قد صححه الحاكم وذكر الدارقطنى أن البنت المخيرة اسمها عميرة•

وقال ابن الجوزى : رواية من روى أنه كان غلاماً أصح • وقال ابن القطان : لو صحت رواية من روى أنها بنت لاحتمل أنهما قصتان لاختلاف المخرجين •

وقد اختلف النقاد فى عبد الحميد بن جعفر ، فقال ابن حجر فى التقريب صدوق رمى بالقدر وربما وهم • وقال الذهبى فى الميزان : عبد الحميد بن جعفر عن أبيه ونافع ومحمد بن عمرو بن عطاء وعنه يحيى القطان وأبو عاصم وعدة • قال النسائى ليس به بأس ، وكذا قال أحمد • وقال ابن معين ثقة ، وقد نقم عليه الثورى خروجه مع محمد بن عبد الله • وقال أبو حاتم لا يحتج به ، وقيل كان يرى القدر والله أعلم ، نعم قال على بن المدينى : كان يقول بالقدر ، وهو عندنا ثقة ، وكان سفيان يضعفه • ا هـ •

أما حديث عبد الله بن عمرو فقد رواه أحمد بلفظ « أن امرأة قالت يا رسول الله ان ابنى هذا كان بطنى له وعاء وحجرى له حواء وثديى له سقاء وزعم أبوه أنه ينزعه منى ، فقال أنت أحق به ما لم تنكحى » وأخرجه أبو داود فى الطلاق عن محمد بن خالد ولكن فى لفظه « وان أباه طلقنى وزعم أنه ينتزعه منى » وأخرجه البيهقى والحاكم وصححه ، وهو من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده •

أما اللغات فان الحضانة مشتقة من الحضن وهو ما دون الإبط الى الكشح • وقيل هو الصدر والعضدان وما بينهما ، والجمع أحضان ومنه الاحتضان ، وهو احتمالك الشىء وجعله فى حضنك ، كما تحتضن المرأة ولدها فتحتمله فى أحد شقيها وفى الحديث أنه خرج محتضناً أحد ابنى ابنته ، أى حاملا له فى حضنه ، والحضن الجنب وهما حضنان • وفى حديث أسيد بن

الحضير أنه قال لعامر بن الطفيل اخرج بذمتك لئلا أنفذ حضنيك ، والمحتضن الحضن • قال الكميت :

كما خامرت فى حضنها أم عامر لدى الحبل حتى غال أوس عيالها

وحضنا الليل جانباه ، وحضن الجبل ما يطيف به ، وفى حديث على كرم الله وجهه « عليكم بالحضنين » يريد بجنبتى العسكر ، وحضن الطائر بيضه وعلى بيضه يحضن حضناً وحضانة وحضاناً وحضوناً وجن عليه للتفريخ • قال الجوهرى حضن الطائر بيضه اذا ضمه الى نفسه تحت جناحيه ، وكذلك المرأة اذا حضنت ولدها ، وحمامة حاضن بغير هاء ، واسم المكان المحضن ، والمحضنة المعمولة للحمامة كالقصعة الروحاء من الطين • وحضن الصبى يحضنه حضناً رباه ، والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبى يحفظانه ويربيانه• وفى حديث عروة بن الزبير « عجبت لقوم طلبوا العلم حتى اذا نالوا منه صاروا حضاناً لأبناء الملوك » أى مربين وكافلين ، وحضان جمع حاضن ؛ لأن المربى والكافل يضم الطفل الى حضنه وبه سميت الحاضنة ؛ وهى التى تربى الطفل ؛ والحضانة بالفتح فعلها، والحجر بمعنى وحواء أى يحويه ويحيط به•

أما الأحكام فاذا بانت الزوجة وبينهما ولد ــ فان كان بالغاً رشيداً لم يجبر على الكون مع أحدهما ؛ بل يجوز له أن ينفرد عنهما ، الا أن المستحب له أن لا ينفرد عنهما لئلا ينقطع بره وخدمته عنهما • وهل يكره له الانفراد عنهما ؟ ينظر فيه ــ فان كان رجلا ــ لم يكره له الانفراد عنهما وان كانت امرأة ؛ فان كانت بكراً ؛ كره لها الانفصال عنهما لأنها لم تجرب الرجال ولا يؤمن أن تخدع وان كانت ثيباً فارقها زوجها لم يكره لها الانفراد عنهما لأنها قد جربت الرجال ولا يخشى عليها أن تخدع •

وقال مالك : يجب على الابنة أن لا تفارق أمها حتى تتزوج ويدخل بها الزوج دليلنا أنها ذا بلغت رشيدة فقد ارتفع الحجر عنها ، فكان لها أن تنفرد بنفسها ولا اعتراض عليها ، كما لو تزوجت ثم بانت عنه ، وان كان الولد صغيراً لا يميز وهو الذى له دون سبع سنين أو كبيراً الا أنه مجنون أو ضعيف العقل وجبت حضانته ؛ لأنه اذا ترك منفرداً ضاع •

ولا تثبت الحضانة لمعتوه ـ وهو ناقص العقل ـ ولا لمجنون لأنه لا يصلح للحضانة ، ولا تثبت الحضانة لفاسق لأنه لا يؤمن أن ينشأ الطفل على منزعه ، وان كان أحد الأبوين مسلما فالولد مسلم ولا تثبت عليه الحضانة للكافر • وقال أبو سعيد الاصطخرى تثبت الحضانة للكافر على المسلم لحديث عبد الحميد بن جعفر عن أبيه ، وقد أوردنا طرقه آنفا ، وقد قال المصنف : انه منسوخ ، ونقول : ان هذا الحديث استدل به القائلون بثبوت الحضانة للأم الكافرة كأبى حنيفة وأصحابه وابن القاسم المالكى وأبو ثور ، وذهب الجمهور الى أنه لا حضانة للكافرة على ولدها المسلم •

وأجابوا عن الحديث بما تقدم من المقال فيه وبما فيه من الاضطراب ، ولكن الحديث بأسانيده وطرقه يصلح للاحتجاج به ، والاضطراب ممنوع باعتبار محل الحجة وهو كفر الأم وثبوت التخيير • وهذان العنصران هما ما يدور حولهما الحكم • ولعل المصنف يحتج فى النسخ بأدلة عامة ، كقوله تعالى « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » وبنحو « الإسلام يعلو » وقد استدل ابن القيم بقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا قوا أنفسكم وأهليكم ناراً » على أن المراعى أولا فى التخيير أو الاستهام بالقرعة ما هو أصلح للصغير • وان أيا ما كان الأمر من التخيير أو التعيين أو الاقتراع ؛ فان أولئك مقيد بقوله تعالى « قوا أنفسكم وأهليكم ناراً » •

وحكى عن شيخه ابن تيمية أنه قال : تنازع أبوان صبيا عند الحاكم فخير الولد بينهما فاختار أباه ، فقالت أمه : سله لأى شىء يختاره ؟ فسأله فقال : أمى تبعثنى كل يوم للكاتب والفقيه يضربانى وأبى يتركنى ألعب مع الصبيان فقضى به للأم • ورجح هذا ابن تيمية •

فاذا كانت روح الشرع تقضى بمراعاة صالح الصغير ، فان مما لا شك فيه أن القاءه فى أحضان الكفر قضاء على صلاحه دنيا وأخرى • ومن ثم يتعين خطأ أبى سعيد الاصطخرى وأبى حنيفة وأصحابه وابن القاسم وأبى ثور •

وقال العمرانى : ان الحضانة لحظ الولد ولا حظ له فى حضانة الكافر ،

لأنه لا يؤمن أن يفتن عن دينه • ثم قال : أما الحديث فغير معروف عند أهل النقل وان صح فيحتمل أن يكون النبى صلى الله عليه وسلم علم أنه سيختار أباه ، فلهذا خيره ، فيكون ذلك خاصا لذلك الولد دون غيره اهـ •

فـــرع واذا تزوجت المرأة سقط حقها من الحضانة • وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الحسن البصرى : لا يسقط حقها لقوله تعالى « وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم » ولأن النبى صلى الله عليه وسلم تزوج أم سلمة ومعها بنتها زينب فكانت عندها •

وروى ابن عباس أن عليا وجعفر ابنى أبى طالب وزيد بن حارثة تنازعوا فى حضانة ابنة حمزة بن عبد المطلب ، واختصموا الى النبى صلى الله عليه وسلم ، فقال جعفر : أنا أحق بها أنا ابن عمها وخالتها تحتى ، وقال على أنا أحق بها أنا ابن عمها وابنة رسول الله صلى الله عليه وسلم تحتى ــ يعنى ابنة ابن عمها ، وقال زيد أنا أحق بها لأنها ابنة أخى ــ وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم آخى بين زيد بن حارثة وحمزة ــ فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال الخالة أم • فقضى بها للخالة وهى مزوجة •

ودليلنا ما روى عبد الله بن عمرو « أن امرأة أتت النبى صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله ان ابنى هذا كان بطنى له وعاء ، وحجرى له حواء ، وثديى له سقاء ، وان أباه طلقنى ويريد أن ينزعه منى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به ما لم تنكحى » •

وروى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الأم أحق بولدها ما لم تتزوج » ولأنها اذا تزوجت استحق الزوج الاستمتاع بها الا فى وقت العبادة ، فلا تقوم بحضانة الولد • وأما الآية فالمراد بها اذا لم يكن هناك أب أو كان ورضى وأما زينب وابنة حمزة فلأنه لم يكن هناك من النساء من تستحق الحضانة خالية من الأزواج •

اذا ثبت هذا فان طلقت الزوجة طلاقا بائنا أو رجعيا عاد حقها من الحضانة وقال مالك : لا يعود حقها من الحضانة بحال •

وقال أبو حنيفة والمزنى : ان كان الطلاق بائنا عاد حقها ، وان كان رجعيا لم يعد حقها ، لأن الزوجية باقية بينهما ، ودليلنا أن حقها انما سقط لاشتغالها عن الحضانة باستمتاع الزوج • ولا يملك الزوج الاستمتاع بها بعد الطلاق البائن والرجعى ؛ فعاد حقها من الحضانة •

وان أعتق الرقيق ، أو عقل المجنون والمعتوه ، أو عدل الفاسق ، أو أسلم الكافر عاد حقهم من الحضانة ؛ لأن الحضانة زالت بمعنى ؛ وقد زال المعنى فعادت الحضانة •

مسألة قوله « ولا حضانة لمن لا يرث من الرجال من ذوى الأرحام » وهذا صحيح مثل ابن الأخت وابن الأخ للأم وأبى الأم والخال وابن العم لأنه ذكر لا يرث فأشبه الأجنبى • وقال المصنف هنا : ولا تثبت الحضانة لابن البنت • وهذا الذى قاله لا يتصور فى حضانة الصغير ؛ وانما يتصور فى الكبير والمجنون لأنا قد قلنا يجب حضانته كما يجب حضانة الصغير ؛ ولا تثبت الحضانة لمن أدلى من النساء والرجال بهؤلاء الرجال ؛ لأن الحضانة اذا لم تثبت لهم بأنفسهم لم تثبت لمن أدلى بهم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان اجتمع النساء دون الرجال وهن من أهل الحضانة فالأم أحق من غيرها ، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أنت أحق به ما لم تنكحى » ولأنها أقرب اليه وأشفق عليه . ثم تنتقل الى من يرث من أمهاتها . لمشاركتهن الأم فى الولادة والارث . ويقدم الأقرب فالأقرب . ويقدمن على أمهات الاب وأن قربن لتحقق والادتهن ، ولأنهن أقوى فى الميراث من أمهات الأب . لأنهن لا يسقطن بالاب . وتسقط أمهات الاب بالأم ، فاذا عدم من يصلح للحضانة من أمهات الأم ففيه قولان . قال فى القديم تنتقل الى الاخت والخالة . ويقدمان على أم الأب . لما روى البراء بن عازب رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى بنت حمزة لخالتها وقال الخالة بمنزلة الأم » ولأن الخالة تدلى بالام . وأم الاب تدلى بالاب . والام تقدم على الاب فقدم من يدلى بها على ما يدلى به . ولأن الأخت ركضت مع الولد فى الرحم . ولم تركض أم الأب معه فى الرحم . فقدمت عليها . فعلى

هذا تكون الحضانة للأخت من الاب والأم . ثم الاخت من الام ثم الخالة ثم لام الاب ثم للأخت من الاب ثم للعمة .

وقال فى الجديد : اذا عدمت أمهات الأم انتقلت الحضانة الى أم الأب وهو الصحيح . لانها جدة وارثة فقدمت على الأخت والخالة كأم الأم . فعلى هـذا تكون الحضانة لأم الاب ثم لامهاتها وان علون . الاقرب فاقرب . ويقدمن على أم الجد كما يقدم الأب على الجد . فان عدمت أمهات الأب انتقلت الى أمهات الجد ثم الى امهاتها وأن علون . ثم تنتقل الى أمهات أب الجـد . فاذا عدم أمهات الأبوين انتقلت الى الأخوات ويقدمن على الخـالات والعمـات . لانهن راتضن الولد فى الرحم وشاركنه فى النسب . وتقدم الأخت من الاب والأم ثم الاخت للاب ثم الاخت للام .

قال أبو العبـاس بن سريج . تقـدم الأخت للأم على الأخت للأب . لان احداهما تدلى بالأم والأخرى تدلى بالاب . فقدم المدلى بالام على المدلى بالاب كما قدمت الام على الاب ، وهذا خطأ ، لان الاخت من الاب أقوى من الاخت من الأم فى الميراث والتعصيب مع البنـات ، ولأن الاخت من الاب تقوم مقـام الأخت من الأب والام فى الميراث ، فقامت مقامهـا فى الحضـانة ، فان عدمت الاخوات انتقلت الى الخالات ، ويقدمن على العمات ، لأن الخالة تساوى العمة فى الدرجة وعدم الارث وتدلى بالأم ، والعمة تدلى بالاب ، والام تقـدم على الاب فقدم من يدلى بها ، وتقدم الخالة من الأب والأم على الخالة من الاب ، ثم الخالة من الاب ثم الخالة من الام ، ثم تنتقـل الى العمات لأنهن يدلين بالأب ، وتقدم العمة من الاب والام ثم العمة من الاب ثم العمة من الأم ، وعلى قيـاس قول المزنى وأبى العباس تقدم الخالة والعمة من الأم على الخـالة والعمة من الأب) .

الشرح حديث عبد الله بن عمرو مضى تخريجه آنفاً . أما حديث البراء بن عازب فقد أخرجه البخارى فى الحج وفيه « اعتمر النبى صلى الله عليه وسلم فى ذى القعدة قبل أن يحج » وفيه قوله لجعفر « أشبهت خلقى وخلقى » وفيه صلح المشركين يوم الحديبية ؛ وأخرجه فى الجزية عن أحمد ابن عثمان بن حكيم » وفى الصلح عن عبيد الله بن موسى وعن محمـد بن بشار . وأخرجه مسلم فى المغازى عن محمد بن المثنى ومحمد بن بشار وعن عبيد الله بن معاذ وعن اسحاق بن ابراهيم وأحمد بن خبـاب وأبو داود فى الحج عن أحمـد بن حنبل والترمذى فى الحج عن عباس بن محمد الدورى وفى البر عن سفيان بن وكيع وعن محمد بن أحمد بن بدوية وفى المناقب عن

محمد بن اسماعيل البخارى • ورواه أحمد من حديث على وفيه « والجفرية عند خالتها فان الخالة والدة » وأخرجه عن على أبو داود والحاكم والبيهقى بمعناه واللفظ المتفق عليه فى رواية أحمد والبخارى ومسلم « أن ابنة حمزة اختصم فيها على وجعفر وزيد ، فقال على : أنا أحق بها هى ابنة عمى وقال جعفر بنت عمى وخالتها تحتى • وقال زيد : ابنة أخى ، فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال « الخالة بمنزلة الأم » •

قوله « وخالتها تحتى » يعنى أسماء بنت عميس وقد طعن ابن حزم فى حديث البراء فى كتابه المحلى وقال فى اسناده اسرائيل وقد ضعفه على بن المدينى ؛ وقد رد عليه أنه قد وثقه سائر أهل الحديث ؛ ولا يضره أن ينفرد ابن المدينى بتضعيفه وقد تعجب أحمد بن حنبل من حفظه وقال ثقة •

وقال أبو حاتم هو أتقن أصحاب أبى اسحاق ، وكفى باتفاق الشيخين على اخراج هذا الحديث دليلا •

اما الأحكام فاذا اجتمع النساء من القرابة وهن يصلحن للحضانة ، أو لا رجل معهن وتنازعن فى حضانة المولود قدمت الأم على غيرها لقوله صلى الله عليه وسلم « الأم أحق بولدها ما لم تتزوج » ولأنها أقرب اليه وأشفق عليه ، فان عدمت الأم انتقلت الحضانة الى أمها ثم الى أم أمها وان علت • فأما أمهات أبيها فلا مدخل لهن فى الحضانة ؛ فان عدمت الجدات من قبل الأم ففيه قولان •

قال فى القديم تنتقل الحضانة الى الأخوات والخالات وتقدمن على أمهات الأب لأنهن يدلين بالأم ؛ وأمهات الأب يدلين بالأب ، والأم تتقدم على الأب فقدم من يدلى بها على من يدلى بالأب ؛ فعلى هذا تكون الحضانة للأخت للأب والأم ويقدمان على الخالة لأنهما أقرب لكونهما ركضا مع الولد فى رحم واحد ثم ينتقل الى الخالة لقوله صلى الله عليه وسلم « الخالة أم » فتكون الحضانة للخالة للأب والأم ثم للخالة للأب ، فاذا عدمت الأخوات للأب والأم أو للأم والخالات انتقلت الحضانة الى أم الأب ثم الى أمهاتها

ثم تنتقل الى الأخت للأب ثم الى العمة ، ويقدمان على أمهات الجد ، لأن الأب أقرب من الجد فيقدم من يدلى به على من يدلى بالجد • ثم تنتقل الى أمهات الجد الوارثات الأقرب فالأقرب وكذا الشيخ أبو اسحاق هنا •

قال الشوكانى فى النيل : واستشكل كثير من الفقهاء وقوع القضاء منه صلى الله عليه وسلم لجعفر وقالوا : ان كان القضـــاء له فليس بمحرم لها ، وهو وعلى سواء فى قرابتها ، وان كان القضاء للخالة فهى مزوجة والزواج مسقط لحقها من الحضانة فسقوط حق الخالة بالزواج أولى •

وأجيب عن ذلك أن القضاء للخالة والزواج لا يسقط حقها من الحضانة مع رضا الزوج كما ذهب اليه أحمد والحسن البصرى والامام يحيى وابن حزم • وقيل ان النكاح انما يسقط حضانة الأم وحدها حيث كان المنازع لها الأب ، ولا يسقط حق غيرها ولا حق الأم حيث كان المنازع لها غير الأب ، وبهذا يجمع بين حديث البراء وحديث عبد الله بن عمرو • ا هـ •

قال ابن الصباغ والطبرى : تقدم الأخت للأب على الأخت للأم على هذا أيضا وقال فى الجديد : اذا عدم من يصلح للحضانة من أمهات الأم انتقلت الحضانة الى أمهات الأب الوارثات • فان عدم من يصلح لها من أمهات الأب انتقلت الى أمهات الجد ثم الى أمهات أبى الجد ، فان عدم من يصلح لها من الجدات من قبل الأب انتقلت الى الأخوات • وبه قال أبو حنيفة ــ وهــو الأصح ــ لأنهن جدات وارثات فقدمن على الأخوات كالجــدات من قبل الأم • ويقدم الأخوات على الخالات والعمات لأنهن أقرب فتكون الحضانة للأخت للأب والأم ثم الأخت للاب ثم للاخت للام لأنهن أقرب •

وقال أبو حنيفة والمزنى وأبو العباس بن سريج تقدم الأخت للأم على الأخت للأب لأنها تدلى بالأم • والأخت للأب تدلى بالأب • فقدم من تدلى بالأم على من تدلى بالأب • كما تقدم الأم على الأب والمذهب الأول • لأن الأخت للأب تقوم مقــام الأخت للأب والأم فى التعصيب فقامت مقامهــا فى الحضانة • ثم تنتقل الى الخالات ويقدمن على العمــات لأنهن يدلين بالأم

فتكون الحضانة للخالة للأب والأم ثم للخالة للأب ثم للخالة للام ثم للعمة للأب والأم ثم للعمة للأب ثم للعمة للأم • وعلى قول من قدم الأخت للام على الأخت للأب تقدم الخالة والعمة للأم على الخالة والعمة للأب • والذى يقتضى المذهب أن الحضانة لا تنتقل الى الخالات الا بعد عدم بنات الأخ وبنات الأخت لأنهن أقرب • ولا تنتقل الحضانة الى العمات الا بعد عدم بنات الخالات •

باب قدر [1] نفقة الزوجات

فصل **وان اجتمع الرجال وهم من أهل الحضانة وليس معهم نساء قدم الأب • لأن له ولادة وفضل شفقة • ثم تنتقل الى آبائه الأقرب فالأقرب لمشاركتهم الأب فى الولادة والتعصيب • فان عدم الاجداد انتقلت الى من بعدهم من العصبات • ومن أصحابنا من قال لا يثبت لغير الآباء والأجداد من العصبات لانه لا معرفة لهم فى الحضانة ولا لهم ولاية بأنفسهم فلم تكن لهم حضانة كالأجانب والمنصوص هو الأول • والدليل عليه ما روى البراء بن عازب رضى الله عنه ((أنه اختصم فى بنت حمزة على وجعفر وزيد بن حارثة رضى الله عنهم • فقال على عليه السلام انا أحق بها وهى بنت عمى • وقال جعفر : ابنة عمى وخالتها عندى وقال زيد بنت أخى • فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم لخالتها ، وقال : الخالة بمنزلة الأم)) ولو لم يكن ابن العم من أهل الحضانة لأنكر النبى صلى الله عليه وسلم على جعفر ، وعلى على رضى الله عنهما ادعاءهما الحضانة بالعمومة ، ولأن له تعصيبا بالقرابة فثبتت له الحضانة كالأب والجد ، فعلى هذا تنتقل الى الأخ من الاب والأم ، ثم الى الاب من الاب ، ثم الى ابن الأخ من الأب والام ، ثم الى ابن الاخ من الاب ، ثم الى العم من الأب ثم الى ابن العم من الأب والأم ، ثم الى ابن العم من الاب ، لان الحضانة تثبت لهم بقوة قرابتهم بالارث فقدم من تقدم فى الارث) •**

الشرح الأحكام : اذا اجتمع الرجال ولا نساء معهم وهم من أهل الحضانة قدم الأب على غيره من الرجال لأن له ولاية عليه ثم تنتقل الى آبائه الوارثين الأقرب فالأقرب ؛ لأنهم يلون عليه بأنفسهم فقاموا مقام الأب ؛ وهل تثبت الحضانة لغيرهم من العمات؟ فيه وجهان • من أصحابنا من قال لا تثبت لهم الحضانة لأنه لا معرفة لهم فى الحضانة ولا يلون عن ماله بأنفسهم فلم يكن لهم حق الحضانة كالأجانب الا أن لهم تأديب الولد وتعليمه •

ومنهم من قال تثبت لهم الحضانة وهو المنصوص ؛ لأن علياً وجعفر ادعيا حضانة ابنة حمزة بكونهما ابنى عم بحضرة النبى صلى الله عليه وسلم ولم ينكر النبى عليه السلام عليهما دعواهما بذلك •

وروى عمارة الجرمى قال « خيرنى على رضى الله عنه بين عمى وأمى » ولأن له تعصيبا بالقرابة فثبتت له الحضانة كالأب والجد ، فعلى هذا اذا عدم الأجداد ــ قال المصنف ــ انتقلت الحضانة الى الأخ للأب والأم ثم الى الأخ للأب ثم الى ابن الأخ للأب والأم ثم الى ابن الأخ للاب ثم الى العم للاب والأم ثم الى العم للأب ثم الى ابنى العم •

وقال ابن الصباغ : تنتقل الى الأخ للأب والأم ثم الى الأخ للأب ثم الى الأخ للأم • قال : وعلى قول أبى العباس حيث قدم الأخت للأم على الأخت للأب يكون ههنا وجهان •

(أحدهما) لا يقدم الأخ للأم على الأخ للأب لأنه ليس من أهل الحضانة بنفسه وانما يستحق بقرابته بالأم والأخ للأب أقوى فقدم عليه •

(والثانى) يقدم لإدلائه بالأم وهى أقرب من الأب فقدم من يدلى بها على من يدلى بالأب ثم بنوه الإخوة وان سفلوا ثم العم ، ثم بنو العم ثم عم الأب ثم بنوه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان اجتمع الرجال والنساء والجميع من أهل الحضـانة نظرت ، فان اجتمع الأب مع الأم كانت الحضانة للأم ، لان ولادتهـا متحققة وولادة الاب مظنونة ، ولان لها فضلا بالحمل والوضع ولهـا معرفة بالحضانة فقدمت على الأب ، فان اجتمع مع أم الأم وان علت كانت الحضانة لام الام لانها كالام فى تحقق الولادة والميراث ومعرفة الحضانة ، وان اجتمع مع أم نفسه أو مع الأخت من الأب أو مع العمة قدم عليهن لانهن يدلين به فقدم عليهن ، وان اجتمع الاب مع الاخت من الام أو الخالة ففيه وجهان :

(أحدهما) ان الأب أحق ، وهو ظاهر النص ، لأن الأب له ولادة وارث فقدم على الاخت والخالة كالام •

(والثانى) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أنه يقدم الأخت والخالة على الأب لانهما من أهل الحضانة والتربية ويدليان بالأم فقدمتا على الاب كأمهات الام . وان اجتمع الاب وأم الاب والاخت من الام أو الخالة بنينا على القولين فى الأخت من الأم والخالة اذا اجتمعا مع أم الأب ، فان قلنا تقوله القديم ان الاخت والخالة إقدمان على أم الاب ، قدمت الأخت والخالة على الأب وأم الأب ، وان قلنا بقوله الجديد ان أم الأب تقدم على الأخت والخالة ، بنينا على الوجهين فى الاب اذا اجتمع مع الاخت من الام أو الخالة ، فأن قلنا بظاهر النص ان الأب يقدم عليهما كانت الحضانة للأب لانه يسقط الاخت والخالة وأم نفسه فانفرد بالحضانة ، وان قلنا بالوجه الآخر ان الحضانة للأخت والخالة ففى هذه المسئلة وجهان :

(احدهما) أن الحضانة للأخت والخالة ، لأن أم الأب تسقط بالاب ، والأب يسقط بالأخت والخالة .

(والثانى) أن الحضانة للأب ، وهو قول أبى سعيد الاصطخرى رحمة الله عليه لأن الأخت والخالة يسقطان بأم الاب ثم تسقط أم الاب بالاب فتصير الحضانة للأب ، ويجوز أن يمنع الشخص غيره من حق ثم لا يحصل له ما منع منه غيره كالأخوين مع الأبوين فانهما يحجبان الام من الثلث الى السدس ثم لا يحصل لهما ما منعاه بل يصير الجميع للأب .

وان اجتمع الجد أب الأب مع الأم أو مع أم الام وان علت قدمت عليه كما تقدم على الأب ، وان اجتمع مع أم الأب قدمت عليه لانها تساويه فى الدرجة وتنفرد بمعرفة الحضانة فقدمت عليه كما قدمت الأم على الاب .

وان اجتمع مع الخالة أو مع الأخت من الأم ففيه وجهان ، كما لو اجتمعتا مع الاب ، وان اجتمع مع الاخت من الاب ففيه وجهان .

(احدهما) أن الجد أحق لأنه كالأب فى الولادة والتعصيب ، فكذلك فى التقدم على الاخت .

(والثانى) أن الاخت أحق لانها تساويه فى الدرجة وتنفرد بمعرفة الحضانة) .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : ولا حق لأحد مع الأب غير الأم وأمهاتها . وجملة ذلك أنه اذا اجتمع الرجال والنساء وهم من أهل الحضانة نظرت ــ فان اجتمع الأب والأم ــ قدمنا الأم على الأب لما روى

عبد الله بن عمرو « أن امرأة قالت يا رسول الله ان ابنى هذا كان بطنى له وعاء وحجرى له حواء وثديى له سقاء ، وان أباه طلقنى وأراد أن ينزعه منى ، فقال صلى الله عليه وسلم : أنت أحق به ما لم تنكحى » ولأن الأم أشفق عليه ، وولادتها له من طريق القطع فقدمت عليه ، وان اجتمع الأب مع أم الأم وان علت قدمن على الأب لأنهن يقمن مقام الأم فى تحقق الولادة ومعرفة الحضانة فقدمن على الأب كالأم ، فان امتنعت الأم من الحضانة ولها أم ففيه وجهان •

أحدهما ــ وهو قول ابن الحداد ــ ان الحضانة تنتقل الى الأب ولا تنتقل الى أم الأم • لأنه لا حق لأم الأم مع بقاء الأم ، فلم تنتقل اليها ، كالولى اذا عضل عن النكاح فان الولاية لا تنتقل الى من دونه من الأولياء •

(والثانى) أن الحضانة تكون لأم الأم ؛ وهو اختيار القاضى أبى الطيب وابن الصباغ ؛ لأنه لا حق للأب فى الحضانة مع وجود أم الأم ؛ فاذا امتنعت الأم عن الحضانة انتقلت الى أمها كما لو ماتت أو فسقت أو جنت ، ويخالف ولاية النكاح فان الحاكم يقوم مقام العاضل ، وههنا لا مدخل للحاكم فى الحضانة بنفسه فلم يقم مقام غيره •

وان اجتمع الأب وأم نفسه قدم الأب • ومن أصحابنا من قال : تقدم أم الأب وأمهاتها عليه (أفاده فى البيان) لأن حضانة النساء أصلح للصغير وأوفق له وقال القاضى أبو الطيب : وهذا يقتضى أن تكون حضانة الأخوات والخالات والعمات أولى من الأب وهو خلاف النص لأن الشافعى قال : ولا حق لأحد مع الأب غير الأم وأمها ؛ ولأنها تدلى به فلم تقدم عليه • وان اجتمع الأب مع الأخت للأم أو مع الخالة ففيه وجهان •

(أحدهما) يقدمان على الأب ؛ وهو قول أبى العباس بن سريج وأبى سعيد الاصطخرى وأبى حنيفة ؛ لأن لها معرفة بالحضانة ويدليان بالأم فقدمتا على الأب كأمهات الأم •

(والثانى) وهو المنصوص أن الأب يقدم عليهما ؛ لأن له ولادة وإذنا فقدم عليهما كالأم •

فـــرع وان اجتمع الأب وأم الأب والأخت للأم أو الخالة ــ فان قلنا بقوله القديم : ان أمر الأب يسقط بالاخوات أو الخالات بنينا ههنا على الوجهين فى الأب هل يسقط الأخت للأم والخالة ؟ فان قلنا انه يسقطها كانت الحضانة للأب • وان قلنا انهما يتقدمان عليه كانت الحضـانة للأخت للأم ثم للخالة ثم للأب ثم لأمه ، وان قلنا بقوله الجديد وأن أم الأب تسقط الاخوات والخالات بنينا على الوجهين أيضا فى الأب اذا اجتمع مع الأخت للأم أو الخالة • فان قلنا بالمنصوص ان الأب يسقطها كانت الحضانة للأب لأنه يسقطهما ويسقط أم نفسه فكانت الحضـانة له • وان قلنـا بقول أبى العباس وأبى سعيد انهما يسقطان الأب فهنا وجهان •

قال أبو سعيد الاصطخرى : تكون الحضانة للأب ، لأن الأخت والخالة تسقطان بأم الأب ، وأم الأب تسقط بالأب ، فصارت الحضـانة له ، وقد يحجب الشخص غيره من شىء ثم يحصل ذلك الشىء لغير الشخص الحاجب • كما يحجب الأخوان الأم من الثلث الى السدس ويكون للأب •

وقال أبو العباس تكون الحضانة للأخت أو للخالة • لأن الأب يسقط أم نفسه والأب يسقط بالأخت أو بالخالة فبقيت الحضانة لها • وان اجتمع الأب والأخت للأب والأم ــ فان قلنا ان الأب يقدم على الخالة ــ قدم الأب على الأخت للأب والأم • وان قلنا ان الخالة تقدم على الأب فههنا وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد عن أبى سعيد الاصطخرى •

(أحدهما) أن الأخت أحق لأن الأخت تسقط الخالة • والخالة تسقط الأب فاذا سقط الأب مع من تسقطه الأخت فلأن لا يسقط معها أولى •

(والثانى) وهو الأصح أن الأب أحق • لأن الأخت تدلى به فلا يجوز أن يكون المدلى أولى من المدلى به [1] • وان اجتمع أب وأخت لأب وخالة• فان قلنا ان الأب يسقط الخالة كانت الحضانة للأب • وان قلنا : ان الخالة تسقط الأب ففيه ثلاثة أوجه •

---

(١) المدلى الأولى بصيغة الفاعل والثانية بصيغة المفعول . (ط)

(أحدهما) أن الحضانة للأخت ؛ لأن الأخت تسقط الخالة • والأب يسقط بالخالة فاذا أسقطت الخالة • فلان يسقطه من يسقط الخالة أولى •

(والثانى) أن الحضانة للأب لأن الأخت تسقط الخالة والأخت تسقط بالأب لأنها تدلى به فتصير الحضانة للأب • ولا يمتنع أن يسقط الشخص غيره من شيء ثم يحصل ذلك الشيء بغيره ، كما قلنا فى حجب الأخوين للأم عن الثلث الى السدس •

(والثالث) أن الحضانة للخالة • لأن الخالة تسقط الأب والأب يسقط الأخت واذا سقطا بقيت الحضانة للخالة ؛ فان لم يكن أب واجتمع الجد والأم وأم الأم وان علت قدمن على الجد كما يقدمن على الأب ؛ وان اجتمع الجد وأم الأب قدمت عليه لأنها تساويه فى الدرجة ، ولها ولادة ، فقدمت كما قدمت الأم على الأب ، وان اجتمع الجد والأخت للأم أو الخالة ففيه وجهان كما لو اجتمع مع الأب ، وان اجتمع الجد والأخت للأم أو الخالة ففيه وجهان (أحدهما) يقدم عليها ؛ لأن له ولادة وتعصيباً فقدم عليها كالأب (والثانى) تقدم عليه لأنها تساويه فى الولادة وتنفرد بمعرفة الحضانة فقدمت عليه كما تقدم الأم على الأب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان عدم الأمهات والآباء ففيه ثلاثة أوجه (احدها) أن النساء أحق بالحضانة من العصبات ، فتكون الأخوات والخالات ومن أدلى بهن من البنات أحق من الاخوة وبنيهم ، والأعمام وبنيهم لاختصاصهن بمعرفة الحضانة والتربية •**

(والثانى) أن العصبات أحق من الأخوات والخالات والعمات ومن يدلى بهن لاختصاصهم بالنسب ، والقيام بتأديب الولد •

(والثالث) أنه ان كان العصبات أقرب قدموا ، وان كان النساء أقرب قدمن وان استويا فى القرب قدمت النساء لاختصاصهن بالتربية • وان استوى اثنان فى القرابة والادلاء كالاخوين أو الأختين أو الخالتين أو العمتين أقرع بينهما ، لانه لا يمكن اجتماعهما على الحضانة ، ولا مزية لاحداهما على الأخرى

فوجب التقديم بالقرعة . وان عدم اهل الحضانة من العصبات والنساء وله اقارب من رجال ذوى الأرحام ومن يدلى بهم ففيه وجهان .

(أحدهما) أنهم أحق من السلطان لأن لهم رحما فكانوا أحق من السلطان كالعصبات (والثانى) أن السلطان أحق بالحضانة لأنه لا حق لهم مع وجود غيرهم فكان السلطان أحق منهم كما قلنا فى الميراث . وان كان للطفل أبوان فثبتت الحضانة للأم فامتنعت منها فقد ذكر أبو سعيد الاصطخرى فيه وجهين (أحدهما) أن الحضانة تنتقل الى أم الأم كما تنتقل اليها بموت الأم أو جنونها أو فسقها أو كفرها (والثانى) أنها تكون للأب ، لأن الام لم يبطل حقها من الحضانة ، لأنها لو طالبت بها كانت أحق فلم تنتقل الى من يدلى بها) .

الشرح الأحكام : ان اجتمع رجل من العصبات غير الأب والجد مع من يساويه فى الدرجة من النساء ، كالأخ والأخت والعم والعمة وابن العم وابنة العمة ، وقلنا ان لهم حقاً فى الحضانة فأيهما أحق بالتقديم ؟ فيه وجهان.

(أحدهما) أن الرجل أحق بالحضانة لأنه أحق بتأديبه وتعليمه ، فكان أحق بحضانته (والثانى) أن المرأة أحق بالحضانة ، لأنها تساويه فى الدرجة وتنفرد بمعرفة الحضانة فقدمت عليه كما قدمت الأم على الأب ، وان اجتمع شخصان فى درجة واحدة كالأختين أقرع بينهما لأنه لا مزية لإحداهما على الأخرى .

والرجال من ذوى الأرحام كالخال والأخ من الأم وأبى الأم وابن الأخت لا حضانة لهم مع وجود أحد من أهل الحضانة سواهم ، لأنه ليس بامرأة يتولى الحضانة وليس له قوة قرابة كالعصبات ، ولا حضانة الا بمن يدلى بهم كأم أبى الأم وابنة الخال وابنة الأخ من الأم لأنهن يدلين بمن لا حضانة له ، فاذا لم تثبت للمدلى فللمدلين به أولى ، فان لم يكن هناك غيرهم فعلى وجهين

(أحدهما) هى أولى لأن لهم رحما وقرابة يرثون بها عند عدم من هو أدنى منهم كذلك الحضانة تكون لهم عند عدم من هو أولى بها منهم .

(والثانى) لا حق لهم فى الحضانة وينتقل الأمر الى الحاكم . وقد رجح أصحاب أحمد بن حنبل الوجه الأول وان كان الوجهان محتملين عندهم ،

وان كان فيمن عليه النفقة خنثى مشكل فالنفقة عليه بقدر ميراثه ؛ فان انكشف وان اختار الأب كان عنده بالليل والنهار ولا يمنعه من زيارة أمه لأن المنع من بعد ذلك حاله فبان أنه أنفق أكثر من الواجب عليه رجع بالزيادة على شريكه فى الإنفاق • وان بان أنه أنفق أقل رجع عليه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان افترق الزوجان ولهما ولد له سبع سنين أو ثمان سنين وهو مميز وتنازعا كفالته خير بينهما لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال « جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ان زوجى يريد أن يذهب بابنى ، وقد سقانى من بئر أبى عنبة وقد نفعنى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت ، فأخذ بيد أمه فانطلقت به ، فان اختارهما أقرع بينهما • لأنه لا يمكن اجتماعهما على كفالته ، ولا مزية لأحدهما على الآخر فوجب التقديم بالقرعة وان لم يختر واحداً منهما أقرع بينهما لأنه لا يمكن تركه وحده ما لم يبلغ لأنه يضيع ، ولا مزية لاحدهما على الآخر فوجبت القرعة ، وان اختار أحدهما نظرت ــ فان كان ابنا فاختار الأم كان عندها بالليل ، ويأخذه الاب بالنهار ويسلمه فى مكتب أو صنعة لأن القصد حظ الولد ، وحظ الولد فيما ذكرناه ،

ذلك اغراء بالعقوق وقطع الرحم ، فان مرض كانت الأم أحق بتمريضه ، لان بالمرض صار كالصغير فى الحاجة الى من يقوم بأمره ، فكانت الأم أحق به ، وان كانت جارية فاختارت أحدهما كانت عنده بالليل والنهار ولا يمنع الآخر من زيارتها من غير اطالة وتبسط لأن الفرقة بين الزوجين تمنع من تبسط أحدهما فى دار الآخر ، وان مرضت كانت الأم أحق بتمريضها فى بيتها • وان مرض أحد الأبوين والولد عند الآخر لم يمنع من عيادته وحضوره عند موته لما ذكرناه ، وان اختار أحدهما فسلم اليه ثم اختار الآخر حول اليه ، وان عاد فاختار الأول أعيد اليه لان الاختيار الى شهوته وقد يشتهى المقام عند أحدهما فى وقت وعند الآخر فى وقت فاتبع ما يشتهيه كما يتبع ما يشتهيه من مأكول ومشروب ، وان لم يكن له أب وله أم وجد خير بينهما ، لأن الجد كالاب فى الحضانة فى حق الصغير فكان كالأب فى التخيير فى الكفالة ، فان لم يكن له أب ولا جد ــ فان قلنا انه لا حق لغير الاب والجد فى الحضانة ــ ترك مع الأم الى أن يبلغ ، وان قلنا بالمنصوص : ان الحضانة تثبت للعصبة ، فان كانت العصبة محرما كالعم والأخ وابن الأخ خير بينهم وبين الام ، لما روى عامر بن عبد الله قال « خاصم عمى أمى وأراد أن يأخذنى فاختصما الى على بن أبى طالب كرم الله وجهه ، فخيرنى على ثلاث مرات فاخترت أمى ، فدفعنى اليها ، فان كان

العصبة ابن عم . فان كان الولد ابنا خير بينه وبين الام ، وان كانت بنتا كانت عند الام الى أن تبلغ ولا تخير بينهما ، لان ابن العم ليس بمحرم لها ولا يجوز ان تسلم اليه) .

الشرح حديث أبى هريرة باللفظ الذى ساقه المصنف رواه النسائى وأخرجه أبو داود بلفظ فيه زيادة « فقال استهما عليه » ولأحمد معناه ولكنه قال فيه « جاءت امرأة قد طلقها زوجها » ولم يذكر فيه قولها « قد سقانى من بئر أبى عنبة وقد نفعنى » ورواه أحمد وابن ماجه والترمذى وصححه مختصراً بلفظ النبى صلى الله عليه وسلم « خير غلاما بين أبيه وأمه » ورواه بلفظ المصنف أيضاً بقية أهل السنن وابن أبى شيبة وصححه الترمذى وابن حبان .

وأما خبر عامر بن عبد الله فقد أخرجه الشافعى فى الأم فى باب أى الوالدين أحق بالولد « أخبرنا الربيع أخبرنا الشافعى عن ابن عيينة عن يونس ابن عبد الله الجرمى عن عمارة قال : خيرنى على بين أمى وعمى ، ثم قال لأخ لى أصغر منى : وهذا أيضاً لو قد بلغ مبلغ هذا خيرته » وأخرجه من طريق ابراهيم بن محمد عن يونس بن عبد الله عن عمارة « خيرنى على بين أمى وعمى وقال لأخ لى أصغر منى : وهذا لو بلغ مبلغ هذا خيرته » قال ابراهيم : وفى الحديث « وكنت ابن سبع أو ثمان سنين » ومن ثم تدرك أن الرواية ليست عن عامر بن عبد الله وانما هى عن عمارة ؛ وقد أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى وقال : عمارة الجذامى ، والصواب ما فى الأم .

أما اللغات فبئر أبى عنبة على ميل من المدينة . قال ابن الجوزى : أبو عنبة عبد الله بن عنبة من الصحابة ليس فيهم أبو عنبة غيره .

قال فى المؤتلف والمختلف : أبو عنبة الخولانى له صحبة . وفى الاستيعاب: قيل انه ممن صلى القبلتين ، قديم الإسلام ، وقيل انه ممن أسلم قبل موت النبى صلى الله عليه وسلم ولم يصحبه وأنه صحب معاذ بن جبل وسكن الشام ، روى عنه محمد بن زياد الالهانى وبكر بن زرعة وشريح بن مسروق .

وقوله « فى مكتب أو صنعة » قال الجوهرى : الكتاب والمكتب واحد ، والجمع الكتاتيب والمكاتب وهو موضع تعليم الكتابة . وقوله « اغراء بالعقوق » من غرى يغرى من باب تعب أولع به من حيث لا يحمله عليه فاذا تعدى بالهمزة فقيل أغريته به اغراء فأغرى به بالبناء للمفعول والاسم الغراء بالفتح والمد والغراء مثل كتاب ما يلصق به فكأنه يقول أغراه بالعقوق كأنه لصقه بالغراء فجعله سبباً لوقوع العقوق ولصوقاً به .

وقوله « وتبسط » التبسط والانبساط ترك الاحتشام ، وتبسط فى البلاد سافر فيها طولا وعرضا ، وأصله السعة وذلك محرم على من طلق .

أما الأحكام فان الشافعى رضى الله عنه يقول : فاذا افترق الأبوان وهما فى قرية واحدة فالأم أحق بولدها ما لم تتزوج وما كانوا صغاراً ، فاذا بلغ أحدهم سبعاً أو ثمانى سنين وهو يعقل خير بين أبيه وأمه وكان عند أيهما اختار ، فان اختار أمه فعلى أبيه نفقته ولا يمنع من تأديبه ، قال وسواء فى ذلك الذكر والأنثى ويخرج الغلام الى الكتاب والصناعة ان كان من أهلها ويأوى عند أمه وعلى أبيه نفقته ، وان اختار أباه لم يكن لأبيه منعه من أن يأتى أمه وتأتيه فى الأيام وان كانت جارية لم تمنع أمها من أن تأتيها ، ولا أعلم على أبيها اخراجها اليها الا من مرض فيؤمر باخراجها عائدة .

قال : وان ماتت البنت لم تمنع الأم من أن تليها حتى تدفن ، ولا تمنع فى مرضها من أن تلى تمريضها فى منزل أبيها . قال وان كان الولد مخبولا فهو كالصغير ، وكذلك ان كان غير مخبول ثم خبل فهو كالصغير الأم أحق به ولا يخير أبداً . قال ونما أخير الولد بين أبيه وأمه اذا كان معاً ثقة للولد ، فان كان أحدهما ثقة والآخر غير ثقة فالثقة أولاهما به بغير تخيير . قال : واذا خير الولد فاختار أن يكون عند أحد الأبوين ثم عاد فاختار الآخر حول الى الذى اختار بعد اختياره الأول ، قال واذا نكحت المرأة فلا حق لها فى كينونة ولدها عندها صغيراً أو كبيراً ، ولو اختارها ما كانت ناكحاً . فاذا

اذا ثبت هذا فان الغلام اذا بلغ سبعاً وليس بمعتوه خير بين أبويه اذا

طلقت طلاقا يملك فيه الزوج الرجعة أو لا يملكها وجعت على حقها فيهم ا هـ • تنازعا فيه • فمن اختاره منهما فهو أولى به ، قضى بذلك عمر وعلى وشريح ، وهو مذهب أحمد • وقال مالك وأبو حنيفة : اذا استقل بنفسه ، فأكل بنفسه ولبس بنفسه فالأب أحق به • ومالك يقول الأم أحق به • قالا وأما التخيير فلا يصح لأن الغلام لا قول له ولا يعرف حظه ؛ وربما اختار من يلعب عنده ويترك تأديبه ويمكنه من شهواته فيؤدى الى فساده ؛ ولأنه دون البلوغ فلم يخير كمن دون السبع •

وليلنا حديث أبى هريرة رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم خير غلاماً بين أبيه وأمه » وفى لفظ « جاءت امرأة الى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان زوجى يريد أن يذهب بابنى وقد سقانى من بئر أبى عنبة وقد نفعنى ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : هذا أبوك وهـذه أمك فخذ بيد أيهما شئت ، فأخذ بيد أمه فانطلقت به » ولأنه اجماع الصحابة كما أوضحنا ذلك عن على وعمر ولا معارض •

فاذا بلغ الغلام حداً يعرب عن نفسه ويميز بين الإكرام وضده فمال الى أحد الأبوين ، دل على أنه أرفق به وأشفق عليه ؛ فقـدم بذلك ، وقيـدناه بالسبع لأنها أول حال أمن الشرع فيها بمخاطبته بالأمر بالصلاة •و متى اختار أحدهما فسلم اليه ثم اختار الآخر رد اليه ، فان عاد فاختار الأول أعيد اليه هكذا أبداً كلما اختار أحدهما صار اليه ، لأنه اختيار شهوة لحظ نفسـه فاتبع ما يشتهيه ؛ وان خيرناه فلم يختر واحداً منهما أو اختـارهما معاً قدم أحدهما بالقرعة ؛ لأنه لا مزية لأحدهما على صاحبه ، ولا يمكن اجتماعهما على حضانته فقدم أحدهما بالقرعة •

فـــرع فان كان الأب معدوماً أو من غير أهل الحضانة وحضر غيره من العصبات كالأخ والعم وابنه قام مقام الأب ؛ فيخير الغلام بين أمه وعصبته فأضبه الأب ؛ وكذلك ان كانت أمه معدومة أو من غير أهل الحضانة فسلم الى الجدة ؛ خير الغلام بينها وبين أبيه أو من يقوم مقامه من العصبات ؛ فان كان الأبوان معدومين أو من غير أهل الحضانة فسلم الى امرأة كأخته

وعمته أو خالته قامت مقام أمه فى التخيير بينها وبين عصباته للمعنى الذى ذكرناه فى الأبوين •

فـــرع وان كان عند الأب كان عنده ليلا ونهاراً ولا يمنع من زيارة أمه لأن منعه من ذلك اغراء له بالعقوق وقطيعة الرحم ؛ وان مرض كانت الأم أحق بتمريضه فى بيتها ، لأنه صار بالمرض كالصغير فى الحاجة الى من يقوم بأمره فكانت الأم أحق به كالصغير ، وان مرض أحد الأبوين والولد عند الآخر لم يمنع من عيادته وحضوره عند موته ؛ سواء كان ذكراً أو أنثى لأن المرض يمنع المريض من المشى الى ولده ، فمشى ولده اليه أولى ، فأما فى حال الصحة فان الغلام يزور أمه لأنها عورة فسترها أولى ؛ والأم تزور ابنتها ، لأن كل واحدة منهما عورة تحتاج الى صيانة ؛ وستر الجارية أولى ـ لأن الأم قد تخرجت وعقلت بخلاف الجارية •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **وان افترق الزوجان ولهما ولد فاراد احدهما أن يسافر بالولد ـ فان كان السفر مخوفاً أو البلد الذى يسافر اليه مخوفاً ـ فالمقيم أحق به ، فان كان مميزاً لم يخير بينهما ، لأن فى السفر تضريراً بالولد ، وان كان السفر مسافة لا تقصر فيها الصلاة كانا كالمقيمين فى حضانة الصغير ويخير المميز بينهما ، لأنهما يستويان فى انتفاء أحكام السفر من القصر والفطر والمسح ، فصارا كالمقيمين فى محلتين فى بلد واحد ، وان كان السفر لحاجة لا لنقلة كان المقيم أحق بالولد ، لأنه لا حظ للولد فى حمله ورده ، وان كان السفر للنقلة الى موضع يقصر فيه الصلاة من غير خوف فالأب أحق به ، سواء كان هو المقيم أو المسافر ، لأن فى الكون مع الام حضانة ، وفى الكون مع الاب حفظ النسب والتأديب ، وفى الحضانة يقوم غير الأم مقامها ، وفى حفظ النسب لا يقوم غير الاب مقامه فكان الاب أحق • وان كان المسافر هو الاب فقالت الأم يسافر لحاجة فانا أحق ، وقال الاب : أسافر للنقلة فانا أحق ، فالقول قول الأب لانه أعرف بنيته • وبالله التوفيق) •**

الشرح اذا أراد أحد الأبوين السفر مسافة تقصر فيها الصلاة لحاجة ثم يعود ؛ والآخر مقيم ؛ فالمقيم أولى بالحضانة ؛ لأن فى المسافرة بالولد اضراراً به ، وان كان متنقلا الى بلد ليقيم به وكان الطريق مخوفا ،

أو البلد الذى ينتقل اليه مخوفا فالمقيم أولى بالحضانة ؛ لأن فى السفر به خطرا عليه ؛ ولو اختار الولد السفر فى هذه الحالة لم يجب اليه لأن فيه تغريرا به • وان كان البلد الذى ينتقل اليه آمنا وطريقه أمنا فالأب أحق به ؛ سواء كان هو المقيم أو المنتقل ، لأن فى كون الولد مع الأب حفظ النسب والتأديب • وان كان السفر دون مسافة قصر الصلاة كانا كالمقيمين • وبهذا قال بعض أصحاب أحمد ، والمنصوص عن أحمد سريان ما قررنا من الحكم على اطلاق السفر ؛ سواء كان دون القصر أم لا • لأن البعد الذى يمنعه من رؤيته يمنعه من أدبه وتعليمه ومراعاة حاله ؛ فأشبه مسافة القصر ؛ وبما ذكرناه من تقديم الأب عند افتراق الدار بهما • قال شريح ومالك وأحمد • وقال أصحاب الرأى : ان انتقل الأب فالأم أحق به ، وان انتقلت الأم الى البلد الذى كان فيه أصل النكاح فهى أحق ؛ وان انتقلت الى غيره فالأب أحق •

وحكى عن أبى حنيفة ان انتقلت من بلد الى قرية فالأب أحق ، وان انتقلت الى بلد آخر فهى أحق ؛ لأن فى المدينة يمكن تعليمه وتخريجه •

فرع اذا اختلف الأب والأم فى أمر السفر فقالت الأم : يسافر مشغولا بمصالحه وحاجياته فلن يلتفت الى رعاية الولد فأنا أحق به ، وقال الأب : أسافر للنقلة والاستيطان فأنا أحق كان القول قول الأب لأنه أعلم بقصده والله تعالى أعلم بالصواب وهو حسبى ونعم الوكيل •

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب الجنـــايات

الشرح الجنايات جمع جناية • وفى القاموس : جنى الذنب عليه يجنيه جناية جره اليه ، والثمرة اجتناها كتجناها وهو جان والجمع جنـاة وجنناء وأجناء « نادر » اهـ • وفى اللسان قال أبو حية النميرى :

وان دماً لـو تعلمين جنيتـــه على الحى جانى مثله غير سالم

فأما قولهم فى المثل « أبناؤها أجناؤها » فزعم أبو عبيد أن أبناء جمع بان وأجناء جمع جان كشاهد وأشهاد وصاحب وأصحاب • قال ابن سيده فى المخصص : وأراهم لم يكسروا بانيا على أبناء ولا جانيا على أجنـاء الا فى هذا المثل ؛ المعنى أن الذى جنى وهدم الدار هذه هو الذى بناها • قال الجوهرى : وأنا أظن أن المثل جناتها بناتها ؛ لأن فاعل لا تجمع على أفعال ؛ ثم استطرد خطأ فقال : ان أشهاداً وأصحاباً جمع شهد وصحب وهو خطأ فان فعل لا تجمع على أفعال الا اذا كانت عينها واواً أو ياء كقول وشيخ تجمع على أقوال وأشياخ الا جمعاً قليلا كنعم وأنعام ، شاذا وقد رأيتهم فى كتب الفقه والحديث والتفسير واللغة يجمعون بحث على أبحـاث فاذا جاز فهو قليل وصوابه بحوث •

وهذا المثل يضرب لمن عمل شيئا بغير روية فأخطأ فيه ثم استدركه فنقض من عمله • وأصله أن بعض ملوك اليمن غزا واستخلف ابنته فبنت بمشـورة قوم بنياناً كرهه أبوها ، فلما قدم أمر المشيرين ببنائه أن يهدموه ؛ والمعنى أن الذين جنوا على هذه الدار بالهدم هم الذين بنوها ، والمدينة التى هدمت اسمها براقش ، ومن ثم قيـل « على نفسها جنت براقش » وفى الحـديث « لا يجنى جان الا على نفسه » والجناية الذنب والجرم ، وما يفعله الإنسان

مما يوجب عليه العقاب أو القصاص فى الدنيا والآخرة ، والمعنى أنه لا يطالب بجناية غيره من أقاربه وأباعده ، فاذا جنى أحدهم جناية لا يطالب بها الآخر لقوله تعالى (ولا تزر وازرة وزر أخرى) وجنى فلان على نفسه اذا جر جريرة يجنى جناية على قومه ، وتجنى فلان على فلان ذنباً ، اذا تقوله عليه وهو برىء ، وتجنى عليه جانى ادعى جناية . قال شمر : جنيت لك وعليك ومنه قوله :

جانيك من يجنى عليك وقد تعدى الصحاح فتجرب الجرب

وجنيت الثمرة أجنيها جنى ؛ واجتنيتها بمعنى . قال ابن سيده : جنى الثمرة ونحوها وتجناها كل ذلك تناولها من شجرتها . قال الشاعر :

اذا دعيت بما فى البيت قالت تجن من الجذال وما جنيت

قال أبو حنيفة : هذا شاعر نزل بقوم فقروه صمغاً ولم يأتوه به ولكن دلوه على موضعه وقالوا : اذهب فاجنه ، فقال هذا البيت يذم به أم مثواه واستعاره أبو ذؤيب للشرف فقال :

وكلاهما قد عاش عيشة ماجد وجنى العلاء لو أن شيئاً ينفع

وفى الحديث أن أمير المؤمنين على بن أبى طالب عليه السلام دخل بيت المال فقال يا حمراء ويا بيضاء احمرى وابيضى وغرى غيرى

هذا جناى وخياره فيه اذ كل جان يده الى فيه

وأراد على أن يتمثل بهذا البيت الذى قاله فى الجاهلية عمرو بن معدى اللخمى ابن أخت جذيمة ، أى أنه لم يتطلخ بشىء من فىء المسلمين بل وضعه مواضعه . والجنى الثمر المجتنى مادام طرياً ، وفى التنزيل العزيز (تساقط عليك رطباً جنيا) . وقال القائل : « انك لا تجنى من الشوك العنب » وفى حديث أبى بكر رضى الله عنه أنه رأى أبا ذر رضى الله عنه فدعاه فجنى عليه فساره . جنى عليه أكب عليه والأصل فيه من جنأ يجنأ اذا مال عليه وعطف ، ثم خفف . هذا بعض ما ألمت به من مادة « جناية » لغة واستعمالا ، وشواهد وأمثالا ، وآثارا وقرآنا تضفى على البحث كمالا ، والله الموفق حالا ومالا .

الانتقام فى نظرية العقاب (١) :

تهجم بعض الكتاب على شريعة القصاص التى هى لب العقاب فى الفقه الاسلامى بالنسبة للجرائم التى يكون فيها حق الأشخاص غالباً على حق المجتمع فقالوا : ان هذا اتجاه الى اختيار الانتقام أساساً للعقاب ، وهذا من الهمجيه الأولى ولا يتفق مع التحضر ورقى الفكر والنفس واعتبار العقاب تهذيبا واصلاحاً لنفس الجانى ، ونحن نقول : ان الفرق بين الانتقام والقصاص من وجهين :

(أحدهما) ان الانتقام لا يتقبل فيه المنتقم بالمساواة بين ما فعله المجرم ، وبين العقاب النازل به ، والانتقام لا يتقبل فيه المنتقم بالمساواة بين ما فعله المجرم ، وبين العقاب النازل به ، والانتقام قد يتجه الى عقاب غير المجرم كما كان يجرى فى الجاهلية • وكما يجرى الآن فى قرى الصعيد لشيوخ الأخذ بالثأر ، أما القصاص فانه يتجه الى المساواة بين الجريمة والعقوبة مساواة دقيقة • واذا لم يمكن التساوى كما فى بعض الجروح فانه يعدل عن القصاص الى عقوبة أخرى وبذلك يفترقان ولا يتلاقيان •

(والوجه الثانى) أن الانتقام كان يقع من الملوك على رعاياهم اذا شقوا عصا الطاعة أو قتل أحد الأمراء فانه كان الانتقام يصوب الى الجناة أو من يشتبه فى أمرهم فيؤخذ البرىء بظلم السقيم ، ويوضع السيف موضع البرء والسقم • وكان يقع الانتقام بين الناس بعضهم مع بعض حيث يضطرب الأمر ويكون الضعيف خاضعاً لبطش ، ولا حول له أمامه •

أما القصاص فانه يكون بحكم من القاضى ، وهو يسرى على الراعى والرعية ، فانه يقتص من الحاكم الأعظم اذا وقع منه ما يوجب القصاص وعلى الشعب أن يعين المظلوم حتى يقتص ، وقد جاء ذلك فى حديث نبوى بصريح اللفظ فقد قال صلى الله عليه وسلم (لتأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر ولتأخذن على يدى الظالم ولتأطرنه على الحق أطراً أو ليضربن الله قلوب بعضكم ببعض ثم تدعون فلا يستجاب لكم) وبهذا يتبين أن اعانة المظلوم على أخذ حقه ، ولو كان الأخذ هو الحاكم الأعظم أمر مطلوب طلباً حتمياً •

---

(١) من كتاب الجريمة والعقاب للشيخ محمد أبو زهرة ص ٤٧ فقرة ٣٤ .

العقوبة لشفاء غيظ المجنى عليه :

٣٥ ــ وانه من الواجب ونحن نتكلم فى رد التهجم على الشريعة بفكرة أن عقوباتها انتقامية ونقرر حد التفرقة بين الانتقام والقصاص ــ أن نبين أن الشريعة تتجه فى الجريمة التى يكون حق العبد فيها غالباً كجرائم الدماء الى شفاء غيظ المجنى عليه أولا بالذات ، وليس ذلك من الانتقام فى شىء الا أن تكون اقامة العدل انتقاما ، وما علينا اذا لم تسم الأشياء بأسمائها واذا كانت الشرائع الحديثة قد اتجهت الى اعتبار الجريمة خرقا لناموس الاجتماع وغلبت حق المجتمع على حق الفرد فى كل الجرائم ، فان الشريعة الاسلامية مع هذا الاعتبار جعلت العقاب متجها الى شفاء غيظ المجنى عليه أولا مع ملاحظة الاعتبار العام ثانيا ، وبذلك لوحظ الجانب الشخصى مع ملاحظة حق المجتمع فقد اعتبر الاسلام أن من قتل شخصاً فكأنما قتل الناس ، فقد قال تعالى بعد قصة اعتداء قابيل على هابيل (من أجل ذلك كتبنا على بنى اسرائيل من قتل نفساً بغير نفس أو فساد فى الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا) .

وللمعنى الشخصى جعل لولى الدم الحق فى رفع الدعوى واسقاطها والعفو ، فقد قال تعالى (ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف فى القتل انه كان منصوراً) وقال تعالى فى القصاص (فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء اليه باحسان) .

وان القصاص كان العقوبة الأساسية فى الاسلام بالنسبة للجرائم الواقعة على الأشخاص ؛ لأنه يشفى غيظ المجنى عليه ، وذلك لأن مفقود العين ، ومن لطم فى مجتمع عام لا يشفى قلبه غرامة مهما زاد مقدارها ، ولا سجن مهما يكن أمده ، ولكن يشفى غيظه أن يلطم وجه المعتدى على ملأ من الناس .

وهكذا فان قانون المساواة يوجب أن تتساوى العقوبة مع الجريمة ، وأن يتساوى الأذى الذى نزل بالمجنى عليه مع الأذى الذى ينزل بالجانى عقوبة له على ما اقترف والبادى بالشر أظلم ، بل لا ظلم فى القصاص والظلم كل الظلم فى أن يترك الجانى من غير قصاص .

٣٦ ــ ولا شك أن العناية بشفاء غيظ المجنى عليه وعلاجه له أثره فانه لا يفكر فى الانتقام ولا يسرف فى الاعتداء أى لا يسرف فى القتل كما جاء بذلك النص القرآنى •

وان لنا فى احصاءات الجرائم التى تكون أخذاً بالثأر أو انتقاماً من اهانة لحقت شخصاً كبيرة ، فان القوانين الحاضرة بسبب قصورها عن شفاء نفس المجنى عليه تتسلسل بسببها الجرائم ، فجريمة القتل يتبعها أخرى أخذاً بالثار ، ثم يتبع الثانية ثالثة ، وقد يقتل غير الجانى لمقام المقتول ، كما كان الأمر فى الجاهلية الأولى ؛ وان الثأر لتتوارثه الأعقاب والذرية ، وكل ذلك لأن القوانين لم تعمل على شفاء غيظ المجنى عليه •

وانه فى سبيل شفاء غيظ المجنى عليه وذويه كان الفقه الاسلامى فى العقوبات يقوم على أساس تعويض المجنى عليه أو ذويه ان لم يمكن تنفيذ حكم القصاص لعدم امكان المساواة بين الجريمة والعقوبة أو غيرها •

وانه فى حال عفو المجنى عليه يجب اعطاؤه أيضا المال الذى يطلبه • ولا يتقيد بالدية اذا كانت الجريمة عمداً ، وليست خطأ وكان ذلك برضاء نفس وانه فى حال سقوط القصاص اما بالعفو أو بتعذره لا يذهب العقاب البدنى نهائيا عن الجانى بل انه فى هذه الحال ينبعث الحق العام ، ويكون لولى الأمر أن يفرض عقوبات تعزيرية على الجانى منعاً للفساد فى الأرض وقطعاً لدابر المفسدين وزجرهم •

٣٧ ــ ومن المقررات الشرعية التى من شأنها أن تطلب لجروح المكلومين أنه لا يبطل دم فى الاسلام ، فلا تذهب جريمة قتل من غير عقوبة أو بالأحرى من غير ان يقتص من الجانى أو تعوض أسرة المجنى عليه ، فان الدية وهى التعويض المادى أمر ثابت يجب على كل من يقتل ويدفع لورثة القتيل ؛ وهى تجب عنه تعذر القصاص كما نوهنا ، أو يكون القتل خطأ أو لم يعرف الجانى •

واذا كان القاتل لا مال له وجب على عاقلته وهى أقاربه من العصبات

أن تؤدى عنه ، فاذا كانوا هم الآخرين لا يستطيعون وجب على بيت المال أن يؤدى ذلك لكيلا يذهب دم هدراً ، ولكى يطب الاسلام القلوب المجروحة •

وان فى ذلك تعاوناً اجتماعيا فى التبعات والتكليفات ، فمن قتل مسلماً خطأ كان على عاقلته تعويض أهله ، لأن الجانى أخطأ فتعوض أسرته الصغرى بذلك المال الواجب الأداء لأسرة المقتول ، فان عجزت الأسرة الصغرى وجبت الدية على الأسرة الكبرى ، وهى الأمة ، فيدفع بيت مالها الدية ، ومع هذا التعاون هناك معنى آخر ، وهو اثبات أن الدولة مسئولة عن اعتداء آحادها فى حال العمد ، وتعصيرهم فى الاحتياط فى حال الخطأ •

وان جماعة المسلمين فى حال الخطأ فقدت واحداً منها فكان حقاً أن تعوض ، ولذلك وجب اعتاق رقبة مؤمنة لأن الحرية حياة للانسان ، فاعتاق العبد احياء للنفس ، وفى ذلك تعويض للمسلمين عما نقص منهم •

٣٨ ــ وأنه لا توجد فى الفقه الاسلامى أن جناية قتل تقيد ضد مجهول ويذهب الدم هدراً ، ويسكت على ذلك القوامون على الحسبة ، والقائمون بالشرطة كأن لم يكن انسان له حق الحياة قد ذهب ، وكان له على المجتمع حق الرعاية ، وعلى الدولة حق الحماية ، يجب على القاضى والعاملين على الحسبة الاسلامية العامة كالنيابة فى هذا الزمان أن يتحروا ويبحثوا حتى يصلوا وانهم لابد واصلون ان قامت الشرطة بواجبها •

فان عجزوا عن الوصول الى الجانى بعد البحث اللازم كانت القسامة ، وهى أن يحلف خمسون رجلا من أهل القرية التى وقع فيها أو حولها القتل ، ويقولون فى الحلف : انهم لم يقتلوه ولم يعرفوا له قاتلا ، ويكون أولئك الحالفون من أهل العدالة الذين عرفوا بالصدق فى القول •

وانه مع هذه الأيمان المغلظة قد يعرف القاتل وان ذلك لكثير ، فانه لا يحدث فى قرية أو حى قتل الا اذا كان فى أهلها من يعرف القاتل ، ولكنهم يمتنعون عن الشهادة اما تهاوناً واما خوفاً من الجانى أو عصابته ، وفى هذه الأيمان الاجبارية عمل على من يعرف النطق ان كان لا يريد أن ينطق •

واذا حلف الخمسون ولم يعرف القاتل فان الدية تكون واجبة على بيت المال .

العقوبات المحدودة قسمان :

يقول ابن رشد : [1]

الجنايات التى لها حدود مشروعة جنايات على الأبدان والنفوس والأعضاء وهى المسماة قتلا وجرحاً ، وجنايات على الفروج وهى المسماة زنى وسفاحاً ، وجنايات على الأصول وهذه ما كان مأخوذاً منها بحرب سمى حرابة اذا كان بغير تأويل ، وان كان بتأويل سمى بغياً ، وان كان مأخوذا على أوجه المغافصة من حرز يسمى سرقة وما كان منها بعلو مرتبة وقوة سلطان سمى غصباً وجنايات على الأعراض وهى المسمى قذفاً وجنايات بالتعدى على استباحة ما حرمه الشرع من المأكول والمشروب وهذه انما يوجد فيها حد فى هذه الشريعة فى الخمر فقط وهو حد متفق عليه بعد صاحب الشرع صلوات الله عليه . ا هـ .

الحدود نرى أن كلمة حد تطلق عند ابن رشد على العقوبات المقدرة سواء أكانت فى جريمة الاعتداء فيها على حقوق العباد الخالصة ، أو التى يغلب حقهم فيها أم كان الاعتداء فيها على حقوق الله تعالى أو ما يكون حق الله تعالى فيها غالباً .

وهذا نظر كثيرين من الفقهاء يطلقون كلمة حد على الجرائم ذات العقوبات المقدرة بتقدير الشارع ، ولم يترك تقديرها لولى الأمر وقد اختار ذلك الرأى من فقهاء الحنفية ، وكثيرون سواهم لا يطلقون كلمة حد الا على العقوبات التى يكون حق الله فيها غالباً ، أو تكون خالصاً حق الله سبحانه فيقولون : ان الحق فى الاصطلاح هو العقوبة المقدرة حقاً لله تعالى ، فلا يسمى القصاص حداً ، لأن حق العبد فيه غالب ، ولا يقال عن التعزير انه حد لأن العقوبة غير مقدرة بنص شرعى ، وعلى ذلك يجب أن يتوافر فى جرائم الحدود معنيان ان تخلف أحدهما لا تكون الجريمة جريمة حد .

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد جـ ٢ ص ٣٣٠ ، ٣٣١ مطبعة الجمالية .

اقامة الحدود عبادة وجهاد

قال شيخ الاسلام أبو العباس بن تيمية فى رسالة السياسة الشرعية :

« ان اقامة الحدود من العبادات كالجهاد فى سبيل الله ، وينبغى أن يعرف أن اقامة الحد رحمة من الله بعباده ، فيكون الوالى شديداً فى اقامة الحد لا تأخذه رهبة فى دين الله فيعطله ، ويكون قصده رحمة الخلق بكشف الناس عن المنكرات ، لا لشفاء غيظه وارادة العلو عن الخلق ، بل بمنزلة الوالد اذا أدب ولده ، فانه لو كف عن تأديب ولده كما تتستر الأم رقة ورأفة لفسد الولد ، وانما يؤدبه رحمة واصلاحا لحاله ، مع أنه يوده ويؤثر الا يحوجه الى تأديب ، وبمنزلة الطبيب الذى يسقى المريض الدواء الكريه ، وبمنزلة قطع العضو المتآكل والحجم ، وقطر العروق بالفصد ونحو ذلك ، بل بمنزلة شرب الانسان الدواء الكريه وما يدخله على نفسه من المشقة لينال به الراحة ، فكذلك شرعت الحدود ، هكذا ينبغى أن يكون الوالى فى اقامتها ؛ فان من كان قصده صلاح الرعية وازالة المنكرات بجلب النفع لهم ورفع المضرة عنهم ، ويبتغى فى ذلك وجه الله تعالى وطاعة أمره ألان الله له القلوب وتيسرت له أسباب الخير وكفاه العقوبة اليسيرة وقد يرضى المحدود اذا أقام عليه الحد ؛ أما اذا كان غرضه العلو عليهم ، واقامة بأسه ليعطوه أو ليبذلوا له ما يريد من الأموال انعكس عليه مقصوده يروى أن عمر بن عبد العزيز رحمه الله قبل أن يلى الخلافة كان واليا للوليد بن عبد الملك على مدينة رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد ساسهم سياسة صالحة فقدم الحجاج من العراق وقد سامهم سوء العذاب ، فسأل أهل المدينة عن عمر : كيف هيبته فيكم ؟ قالوا : ما نستطيع أن ننظر الى هيبة له ؛ قال : كيف محبتكم له ؟ قالوا : هو أحب الينا من أهلنا ، قال : فكيف أدبه ؟ قالوا : ما بين ثلاثة الأسواط الى العشرة . قال : هذه هيبته ، وهذه محبته وهذا أدبه . هذا أمر من السماء » .

حقوق الانسان فى شريعة الاسلام (١)

حقوق الانسان فى الاسلام كثيرة ، لا تكفيها دراسة واحدة وجدير بنا

---

(١) من ملف الشرق الأوسط الفقهى بقلم : د. عبد الحليم عويس .

أن نصحح خطأ شائعاً ، فان هناك نوعين من حقوق الانسان يجب أن يكون الفيصل بينهما واضحا :

النوع الأول : حقوق ترجع الى أصل انسانيته ، لا يختلف فيها انسان عن انسان ، ولا أبيض عن أحمر ، ولا ذكى عن خامل ؛ وهى حقوق تكفل للانسان منذ ولادته ، ويضاف الى هذا النوع من الحقوق حقوق تتصل بضرورة توفير العدل والمساواة فى معاملة الانسان ــ كل انسان ــ أمام الشريعة الواحدة العادلة •

والنوع الثانى من الحقوق ؛ حقوق يتميز فيها انسان عن انسان ، وهذه الحقوق تكون حقوقاً فى مقابل (واجبات) وكما ان (المساواة) فى النوع الأول من الحقوق واجبة ولا تصلح الحياة الا بها ؛ فانه لابد من (التمايز والتباين) فى النوع الثانى ؛ ولا تصلح الحياة الا بذلك ، وهما وهم الواهمون • وأمتنا قد استمرأت كلمة (الحقوق) ونسيت كلمة الواجبات ، ولو أنها بدأت (بالواجبات) لوصلت الى كثير من (الحقوق) دون عناء أو مشاق ــ ولقد ثبت أن (الحقوق) لا تمنح ؛ انما تؤخذ ــ لا عن طريق الثورات أو الأناشيد أو الانقلابات أو الشعارات ــ وانما عن طريق (مؤهلات حضارية) خاصة •

ــ ومع ذلك ، فنحن سنقصر هذا الملف على النوع الأول من الحقوق •• (النوع الانسانى العام) لكننا نؤكد صلته الوثيقة بالنوع الثانى •• الحقوق المرتبطة بالواجبات وسيكون لنا حديث ان شاء الله عن الحقوق فى مقابل الواجبات وواجبات المسلم فى معرفة الوجود والحضارة على ضوء شريعة الاسلام فالى الحقوق •

حقوق الانسان بين الاسلام والمنظمات الدولية :

ليس هناك ضير فى المقارنة بين الاسلام وغيره ، كما يقارن بين النهار والليل ، وعلى أساس هذا التصور اتجهنا الى فضيلة الشيخ محمد الغزالى الداعية الاسلامى المعروف بالسؤال حول حقوق الانسان بين الاسلام

والمنظمات الدولية ، فأملى علينا السطور التالية : هنـاك قاسم مشترك بين الاسلام والانسانية العامة على معنى الفطرة ، فان الفطرة السليمه البريئة من العلل والعقد المتخففة من الخرافات والجهالات هى الاسلام .

وهذا التلاقى بين حقيقة الاسلام وبين المعنى الأصيل للانسانية هو الذى جعلنى أقول دائما : ان الاسـلام عقل لا يعرف الخـرافة ، وقلب لا يعرف الهوى . فعندما قرأت نشاط الانسانية المجردة وهى تقرر الحقوق التى تطلبها او الواجبات التى تفرضها فاننى ــ فى الحـال ــ أقارن بين ما اسـتطاعت البشرية أن تصل اليه ، وبين ما تقرر لدينا نحن المسلمين فى كتاب الله وسـنة الرسـول صلى الله عليه وسلم وحصيلة المقـارنة ــ غالبا ــ تكون لمصلحة الاسـلام ، وما يكون فى الحصيلة من شطط تجنح اليه الانسـانية عندما لا تستهدى بوحى الله ــ بأنه من الممكن فورا أن أضرب حوله نطاقا ، وأن أقرر الموقف الاسلامى الصحيح الذى حبانا القدر الكريم به .

وعندما نظرت ــ مثلا ــ الى المادة الأولى فى اعلان حقوق الانسـان ، وهو أن الناس يولدون أحراراً ــ فاننى لم أتكلف جهـدا عندما قلت ان الكلمة بنصها قد سبقت فى حضارتنا الاسلامية على لسان أمير المؤمنين عمر ابن الخطاب فى قضية عابرة ، تكلم فيها الفـاروق عمر بن الخطـاب بروح الاسلام الصافية ودن تكلف .

وهذا الذى قدمته مجرد نموذج لعناصر الالتقاء بين ما تقرر فى ديننا وبين ما وصلت اليه الجهود البشرية .

وفى المقابل فاننى قد أجد فى حقوق الانسان شيئا من التفاوت بين ماقرره الوحى الإلهى ، وبين ما وصلت اليه الانسانية فى مواثيقها ، ومن أبرز صور هذا التفاوت (المسـاواة المطلقة) التى أقرتها هـذه المواثيق بين ما قرره الوحى الالهى ، وبين ما وصلت اليه الانسانية فى مواثيقها ، ومن أبرز صور هذا التفاوت (المساواة المطلقة) التى أقرتها هذه الموثيق بين الرجل والمرأة فى كل شىء ــ فهى مساواة مجحفة لرجل (بأعباء وظيفته) وللأنثى (بطبيعة طاقاتها) ، ومن صور التفاوت كذلك قضية الارتداد عن الاسلام ، فالارتداد

عن الاسلام خيانة ، والعقوبة تقع فيه على عنصر العلانية الذى يهز النظام العام ، وهو خروج لا تقبله أى دولة ، لكن بعض الأديان يقبله أبناؤها لأن دينهم لا يضع (الدولة) فى حسابه ، ويعطى ما لقيصر لقيصر •

وهنا ، وعندما أجد هذا التفاوت ــ فاننى أستطيع معرفة من أين يبدأ النزاع ؟ وكيف وقع اللبس ؟

فالذين يعطون المرأة حقا كاملا فى مساواة الذكور يضعون أمام أعينهم (المعاملة الرديئة) التى تقع فى بعض المجتمعات الاسلامية بالنسبة للمرأة ، وهى معاملة لا يمكن أن يكون الاسلام مسؤولا عنها ، وهى معاملة جعلت الرجل اذا زنى فى بعض البلاد يتغاضى عن (هفوته) على حين تقتل المرأة لأقل من الزنا ، وكم ظلمت أبكار عندما تعرضت لهذا الاتهام ؟

وأقول : عندما نشرح الموقف الاسلامى الصحيح ، ونضع النقاط على الحروف فى قضايا كثيرة اتهم فيها ديننا ــ وهو برىء ــ فان الذين وضعوا مواثيق (حقوق الانسان) على ما هى عليه ــ سيقدرون وجهة نظرنا ، وسيعودون الى ما قرره الاسلام ، ذلك لأن الفارق بعيد بين حرية الرأى وحرية نقض المجتمع وأساسه وتسليمه لأعدائه •• وهذا هو (الفيصل الجوهرى) بين (حقوق الانسان) فى الاسلام وحقوق الانسان التى أقرتها المنظمات الدولية •

الحرية : حق أساسى للانسان فى الاسلام •

حضارتنا ــ فى قواعدها التشريعية والتاريخية ــ هى حضارة الحرية •• وحتى فى ظلال القبيلة كان الانسان حرا ولما انتقل الى الدولة فى ظل الاسلام •• كان المسلم يقول للخليفة على المنبر (لا سمع ولا طاعة) • ولا يساق الى أبشع وسائل التعذيب • وكانت المرأة تعترض على عمر بن الخطاب ويعترف عمر بخطئه لكن مصطلح الحرية ــ قد غاب فترة من تاريخنا ، ثم شوهته الحضارة الأوربية بمفاهيمها ، بحيث أصبح من الحتم عند تتبع مصطلح الحرية التعرف على الدلالات المختلفة التى استعمل فيها ، وأدوار

الاستعمال التاريخية التى مر بها ـ ومصطلح كمصطلح الحرية لابد فيه من تحقيق كل هذه الأبعاد لكى يوضع فى مكانه السليم •• ولكى تزحزح الغيوم التى من الممكن أن تكون قد تراكمت على جانبيها عبر مسيرته فى التاريخ • ويرى البعض أن الحرية هى (غياب المعارضة) بالنسبة للشخص ، أى اننا نشعر بحريتنا حين نحس بأن أحدا لا يراقب سلوكنا ؛ ولا يحد من قدراتنا التصرفية •• ومن هنا أطلقوا على النظم الارهابية بأنها النظم المطلقة •• أى الحرة التصرف من الجماهير وفوق هواها •• ولا تعارض بين الدلالتين •• لأنهما فى الحقيقة يكمل بعضها البعض •• فحرية هذا فى أن يقول •• هى نفسها حرية ذاك فى أن يعترض •• أى أن يقول رأيا آخر ••

المهم ألا يستعمل أحدهما وسائل خارجية بعيدة عن القول لكى يمنع الآخر من القول كما يشاء !! وفى هذا الحال تبدو قضية الشعور لا قيمة لها •• فشعورك باللاحرية لأن أحدا من حقه أن يعترض على قولك هو أنانية ذاتية تريد الاعتداء على حق الغير فى أن يقول •• مثلما أخذت أنت حق القول ابتداء • ومن حق الجهاز الحاكم أن يقول •• أن يدافع عن آرائه ومشاريعه ، لكن أن يمنعنى من حق القول ؛ فهذه هى الاستغلالية والعبودية ، واساءة التصرف فى حريتى !!

ان الحرية لا تعنى (فقدان الضوابط) بل تعنى انسجام الضوابط وتوازنها ، بحيث لا تكون الضوابط ملزمة للمحكوم فقط ، بل ملزمة للحاكم والمحكوم معا !! والقيود التى تمنع الانسان من الاساءة الى نفسه والى الغير هى قيود مرغوب فيها عموما ، وقيود القانون العادل هى من هذا النوع ؛ وحيث يسود « لا قانون » تسود بالتالى « لا حرية » !!

••• وبالتأكيد تعتبر الحرية الاجتماعية المقننة ؛ والحرية الاقتصادية المقننة ؛ والحرية الفكرية المقننة •• عوامل هامة لاستكمال الحرية السياسية؛ لأن الحرية السياسية لا تقوم فى فراغ •

ويبقى بعد ذلك أن الحرية السياسية هى أن يتاح للمواطن الاشتراك فى

مجموعة ظروفه فى المجتمع ، والدولة الحرة (سياسيا) هى تلك التى تصبح دولة الشعب تحت مظلة الشريعة الاسلامية •

ومرة أخرى ، فان الحرية أصيلة فى تصورنا الاسلامى وحضارتنا الاسلامية • ليس بمعنى (تحرير الرقيق) ــ فقط ــ كما زعم بعض المغرضين ــ وانما بالمعنى الانسانى العام الذى ترجمه الخليفة عمر بن الخطاب فى عبارته الشهيرة : « متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحرارا » •

الانسان وحق التنقل والهجرة : ــ

من أهم الحقوق الأساسية الفطرية التى حفظها الاسلام للانسان ــ حقه فى الانتقال ، والرحلة ، والهجرة ، دون ابداء الأسباب ؛ فسواء كان الباعث طلبة لتحسين معاشه ، أو بحثه عن (الأمن) أو حتى زيارة اخوانه أو « النزهة » فهذا شأنه الشخصى وهو لا يسأل عنه ــ مادام غير مقيد بحق للعباد أو حد لله ، وحول حق الانتقال والهجرة يحدثنا الدكتور عبد الوهاب الشيشانى الأستاذ بجامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية بالرياض ــ فيقول : لئن كانت حرية التنقل قد أقرتها النظم الوضعية كهدف من الأهداف الانسانية التى توصلت اليها بعد لأى !! فان تلك المرحلة من مفهوم حرية التنقل تعتبر متخلفة للغاية اذا ما قيست بطبيعة فهم الاسلام لهذا الحق، بل بطبيعة فهمه للحياة ذاتها •

فمفهوم الاسلام لحرية التنقل ، وممارستها بالغدو والرواح ، متعلق بالهدف الذى يترتب على ممارسة هذه الحرية ــ كغيرها من الحريات والحقوق ــ لأن ما من حق يمارسه الفرد ا لاويترتب على ممارسته مصلحة ظاهرة أو دفع مفسده ظاهره عرفا ، والا لما كان حقا ؛ لأن ممارسة فعل ما دون هدف ، يعتبر نوعا من العبث الذى يرده العقلاء • وتبعاً لهذا المنطق تقرر حكم كل نوع من أنواع التنقل للمسلم • فمنه ما يتعلق بمطلق الاباحة، ومنه ما يتعلق بالوجوب ، ومنه ما يتعلق بالحظر • فما يتعلق بالاباحة حرية التنقل التى هى موضوع حديثنا • فقد أقر الاسلام حرية التنقل مطلقة فى

المباحات ، فمنه السفر للتجارة والكسب الزائد من الحاجة والقوت ، قال الله تعالى : « ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم » (البقرة ١٦٨) لأن من دأب التجارة كثرة التنقل هنا وهناك ، قال الله تعالى : « فاذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الأرض وابتغوا من فضل الله » (سورة الجمعة ١٠) وقال سبحانه : « هو الذى جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا فى مناكبها وكلوا من رزقه واليه النشور » (سورة الملك ١٥) .

ـ ولذا كان من وصايا الخليفة عمر بن عبد العزيز (رحمه الله ورضى عنه) قوله : « افتحوا للمسلمين باب الهجرة » وقوله (رحمه الله) : « دعوا الناس تتجر بأموالها فى البر والبحر ، ولا تحولوا بين عباد الله ومعايشهم » .

ـ ويشمل الاباحة فى التنقل كذلك حرية المسلم فى التنقل والسفر فى طلب أى مباح مما أحله الله له ، وندب اليه : كالسفر فى طلب الدواء ، والترويح عن النفس . وقصد البقاع الشريفة ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تشد الرحال الا الى ثلاثة مساجد : المسجد الحرام ، ومسجدى هذا ، والمسجد الأقصى » .

ـ ومما ندب الله اليه المسلمين السفر بقصد زيارة الاخوان فى الله .. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « زار رجل أخا فى قرية ، فأرسل الله ملكا على مدرجته ، فقال : أين تريد ؟ قال : أريد أخا لى فى هذه القرية ، فقال : هل لك عليه من نعمة تؤديها ؟ قال : لا انى أحبه فى الله تعالى ، قال : فانى رسول الله اليك بأن الله أحبك كما أحببته » رواه مسلم وغيره .

ومما يتعلق بالوجوب : أى السفر الواجب على المسلم حين تتوافر دواعيه ، ومنه (الهجرة) فقد قسم العلماء أنواع السفر الواجب والهجرة الواجبة الى ستة أقسام :

الأول : الخروج من دار الحرب الى دار الاسلام ، وهى باقية الى يوم

القيامة ، والتى انقطعت بالفتح ــ الى المدينة فى قوله صلى الله عليه وسلم لا هجرة بعد الفتح » •

وهى القصد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث كان •

الثانى : الخروج من أرض البدعة ، قال ابن القاسم سمعت مالكا يقول : لا يحل لأحد أن يقيم بأرض يسب فيها السلف •

الثالث : الخروج من أرض يغلب عليها الحرام فان طلب الحلال فريضة على كل مسلم •

الرابع : الفرار من الأذية فى البلدان ؛ وذلك فضل من الله تعالى رخص فيه ؛ فاذا خشى على نفسه فى مكان فقد أذن الله تعالى له بالخروج منه والفرار بنفسه ، ويخلصها من ذلك المحظور ، وأول من فعل ذلك ابراهيم عليه السلام حين خاف من قومه فقال : « انى مهاجر الى ربى » وقال تعالى مخبرا عن موسى عليه السلام « فخرج منها خائفاً يترقب » (سورة القصص ٢١) •

الخامس : الخروج خوف المرض فى البلاد الوخمة الى الأرض النزهة ؛ وقد أذن صلى الله عليه وسلم للعرنيين ــ فى ذلك حين استوخموا المدينة أن يخرجوا الى المرج » ــ والوخم الكسل ــ !!

السادس : الخروج خوفاً من الأذية فى المال • فان حرمة مال المسلم كحرمة دمه •

وهكذا ــ يتأرجح حق الانسان فى الانتقال ــ بحرية ــ بين المباح والواجب أما (المنع من السفر) دون حق من حقوق الله أو العباد ــ فهو انتهاك لحقوق الانسان لا يرضاه الاسلام ؛ وهو جريمة فى حق الانسان المسلم من حقه أن يقاضى عليها •

العدل حق من حقوق الانسان :

ثمة اساسيات تقوم عليها قواعد الحياة الانسانية ، ولا تصبح لائقة بالانسان الا بها — ومن اهم هذه القواعد (حق العدل) فى كل جوانبه الانسانية والتشريعية ، ولكى نعرف قيمة العدل فاننا يجب أن نعرف مصير الحضارات عندما يعم الظلم .. انه مصير مظلم دائماً ؛ فالعدل أساس الملك .

حق ... وحول العدل — كحق من حقوق الانسان فى الاسلام يحدثنا الدكتور محفوظ عزام — استاذ الثقافة الاسلامية بكلية الملك خالد العسكرية بالرياض — فيقول :

لقد حرص الاسلام على كرامة الانسان ؛ ووصول حقه اليه ؛ لهذا كانت العدالة من المثل الأساسية التى جاء الاسلام ليقررها بين بنى الانسان .

فالعدل ضرورى لاقامة الحق وضمان العدل يشيع الطمأنينة وينشر الأمن ، ويشد علاقات الأفراد بعضهم ببعض ، ويجعل الروابط بينهم قائمة على الاخاء والتوازن والانسجام .

لهذا جاءت آيات القرآن الكريم وأحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم مليئة بالدعوة الى العدالة واحقاق الحق ؛ محذرة من الظلم والبغى ، ومحرمة له تحريما قاطعا ، ومتوعدة عليه بالعقاب الغليظ ، حيث يعلن القرآن الكريم : « ان الله يأمر بالعدل والاحسان وايتاء ذى القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى » (سورة النمل ٩٠) .

ان الله — وقد جعل العدل من أوصافه — ما أرسل رسله ولا أنزل كتبه ولا كلف الناس بالشرائع الا لاقامة العدل والحق « لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط » (الحديد ٢٥)

« وأقيموا الوزن بالقسط ولا تخسروا الميزان » (الرحمن ٧ — ٩) .

واقامة العدل احدى وظائف الرسول « وقل آمنت بما أنزل الله من كتاب وأمرت لأعدل بينكم » (سورة الشورى ١٥) .

ـ أما الظلم فانه أمر حرمه الله على نفسه وحرمه على العباد « وما الله يريد ظلما للعباد » (سورة غافر ٣١) وفى الحديث القدسى : « يا عبادى انى حرمت الظلم على نفسى وجعلته بينكم محرما فلا تظالموا » وقد نهى الرسول عن الظلم وجعله ظلمات يوم القيامة : « اتقوا الظلم فان الظلم ظلمات يوم القيـامة » .

والعدل الذى ينادى به الاسلام عدل مطلق يسـاوى بين الناس « واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » (سورة النساء ٥٨) .

ولا تعتبر العداوة التى تقوم بين الناس مبرراً لقيام الظلم أو ترك العدل « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا ، اعدلوا هو أقرب للتقوى ، واتقـوا الله ان الله خبير بما تعملون » (المائدة ٨) .

حتى القول ينزه الله سبحانه وتعالى عباده ألا يعدلوا فيه « واذا قلتم فاعدلوا ولو كان ذا قربى وبعهد الله أوفوا ذلكم وصاكم به لعلكم تذكرون » (سورة الأنعام ١٥٢) .

والعدل يوصف به الفرد كما يوصف به المجتمع ، فالعدل فى الأفراد هو اعطاء كل ذى حق حقه ، ومن آفاته التحيز ، والمجتمع العادل هو المجتمع الذى له من نظمه وقوانينه ما يسهل لكل فرد أن يصل الى حقه وأن يرقى على قدر استعداده ، والتحديد الدقيق لعلاقة الفرد بالمجتمع عدل أيضـا ، وأساس العدل التجرد عن الهوى وعدم التأثر بأى شىء الا الحق .

فالعدل من أسس الحكم ودعامته القوية ، لهذا قال أبو بكر رضى الله عنه بعد أن ولى الخلافة : « الضعيف فيكم قوى عندى حتى آخذ الحق له ، والقوى فيكم ضعيف عندى حتى آخذ الحق منه » وكان عمر رضى الله عنه ـ لحرصـه على أن يحكم عماله وولاته بالعـدل ـ يخرج مع من يستعملهم يشيعهم ويذكر لهم أنه لم يستعملهم على الناس لينالوا من ابشارهم وأموالهم

وأعراضهم ، وانما ليعلموهم كتاب الله وسنة رسوله ، وليقضوا بينهم بالحق ، ويقسموا بينهم بالعدل .

وكان يقول للناس : « من ظلمه عامله بظلامة فليرفعها حتى أقصه منه وحين سأله عمرو بن العاص قائلا : « يا أمير المؤمنين أرأيت ان أدب الأمير رجلا من رعيته أتقتص منه ؟ » فقال عمر : ما لى لا أقتص منه وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقص من نفسه ؟ » .

ـ والعدل الذى يتطلبه الاسلام عدل فى الحكم ، والامام العادل أحد سبعة يظلهم الله فى ظله يوم لا ظل الا ظله .

وهو عدل فى الضعفاء وتسوية بين المتخاصمين مهما اختلفت منزلتهم أو تبايين طبقاتهم ، كما انه عدل فى توزيع الحقوق والواجبات وعدل بين الزوجات ان كن أكثر من واحدة ، وعدل بين طوائف المسلمين اذا تخاصمت « وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا ان الله يحب المقسطين » (الحجرات ٩) .

ان العدل فى الاسلام كامل مطلق حتى مع الخصوم والأعداء ، وبالتالى فهو أحرى أن يكون عدلا مع الذميين والمعاهدين ، وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم : « من آذى ذميا فأنا خصمه ، ومن كنت خصمه خصمته يوم القيامة » وقال : « ألا من ظلم معاهداً أو تنقصه حقه أو كلفه فوق طاقته أو أخذ منه شيئا بغير طيب نفس فأنا خصمه يوم القيامة » ـ ذلك لأن غير المسلمين متى أقاموا بديار الاسلام صار لهم ذمة الله وذمة رسوله ، ومن حقوقهم رعاية العدل معهم فى كل حال .

وهكذا تتعدد آفاق العدل فى الاسلام ـ كما صورها الدكتور محفوظ عزام ـ بحيث تنتظم كل الجوانب ، مع الأقرباء ومع الخصوم ، ومع المسلمين ، ومع غير المسلمين ، فالعدل ـ فى شريعة الاسلام ـ عدل مطلق ، لأن العدل يجب أن يكون كذلك ، والا فانه ليس عدلا .

ميثاق حقوق الانسان فى الاسلام [1] :

يقسم فقهاء القانون الحقوق الى حقوق سياسية وأخرى مدنية • وتقسم الحقوق المدنية الى حقوق عامة وخاصة ، ويطلق على الحقوق العامة تعبير (الحريات العامة) •

وتتميز هذه الحريات العامة والحقوق بأنها مقررة لكل الناس دون تفرقة بينهم •

ويمكن رد الحقوق العامة الى أصلين هما المساواة المدنية والحريات الفردية • ويراد بالمساوة المدنية المساواة القانونية فى الحقوق والواجبات دون تمييز بين الناس بسبب اللغة أو الدين أو العرق أو المولد • وتشمل الحريات الفردية حريات تتعلق بالمصالح المادية والمعنوية للانسان • فالحريات التى تتعلق بالمصالح المادية تقرر الحرية الشخصية وحرية التملك وحرية المسكن وحرية العمل • أما الحريات التى تتعلق بالمصالح المعنوية للانسان فتشتمل على حرية العقيدة وحرية الاجتماع وحرية التعليم وحرية الرأى وحرية تأليف الجمعيات وهذا التقسيم للحقوق والحريات قام به أنصار المذهب الفردى وهو أساس النظام السياسى فى أوروبا الغربية والولايات المتحدة • وعلى هدى هذا التقسيم للحقوق والحريات صدر الاعلان العالمى لحقوق الانسان (١٩٤٨) • غير أن الفقه الحديث قد قسم الحقوق والحريات الى حقوق فردية وحقوق اجتماعية واقتصادية • فالحقوق الفردية يكتسبها الانسان بوصفه كائناً مجردا أما الحقوق الاجتماعية والاقتصادية فانها وليدة الفكر الحديث ونتيجة للتطور الاجتماعى والاقتصادى وهذه الحقوق تتقرر للانسان باعتباره يعيش فى جماعة منظمة ومتقدمة اقتصاديا واجتماعيا ويؤخذ على هذا التقسيم الحديث بأن الحقوق الفردية هى فى ذاتها حقوق اجتماعية لأن الحق لا يوجد الا فى نطاق الجماعة •

---

(١) من ملف الشرق الاوسط بقلم د. حسن عطية الله .

ويبدو أنه بموجب هذا التقسيم الحديث للحقوق والحريات صدرت الاتفاقية الدولية لحقوق الانسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وكذلك الاتفاقية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الاختبارى الملحق بها فى ١٦ ديسمبر ١٩٦٦ م ولو استعرضنا نصوص الاعلان العالمى لحقوق الانسان لوجدناه نص على حق الانسان فى الحرية والكرامة وعلى حقه فى الحياة والمساواة والسلامة والملكية والزواج والعمل والتعليم والرعاية الصحية والحياة الشخصية • ونص كذلك على حرية الانسان فى التفكير والرأى والتعبير والاجتماع والدين •

وعلى ذات الحقوق والحريات نصت الاتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية • وتأتى أهمية نصوص الاتفاقيتين الدوليتين التى أعلن عنها الاعلان العالمى لحقوق الانسان فى نصوص ذات أثر سياسى انها تحولت بموجب الاتفاقيتين الدوليتين الى التزام قانونى واجب التنفيذ •

قاعدة فى القانون الدولى الحديث :

ويجدر بالذكر أن الاعلان العالمى لحقوق الانسان لم ينص على حق الشعوب فى تقرير مصيرها ولم ينص على حقها فى التصرف بحرية فى ثرواتها ومواردها الطبيعية كما أن ميثاق الأمم المتحدة عالج حق تقرير المصير بنصوص مهمة وعامة وغير واضحة وتفادى ذكر هذا الحق فى مواضع كان يجب ذكره فيها ولكن واضعى الميثاق كانوا يخفون مصالحهم وراء هذه النصوص ويصرون على القول أن تقرير المصير مبدأ من المبادىء وليس حقا من الحقوق • ولقد اعتبر النص فى الاتفاقيتين الدوليتين على حق الشعوب فى تقرير المصير نصرا للدول التى حرمت من هذا الحق • وذهب كثير من الشراح الى القول أن حق تقرير المصير أصبح قاعدة من قواعد القانون الدولى الحديث وان نكران ذلك الحق يعد انتهاكا لقواعد القانون الدولى يضر بالأمن والسلم الدولى • ولعله يدعو للفخر والاعزاز أن نقرر هنا أن هذا الحق الذى لم يقرره المجتمع الدولى الا فى الاتفاقيتين الدوليتين

الصادرتين فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٦٦ م واللتين دخلتا طور التنفيذ فى يناير ومارس سنة ١٩٧٦ م • هذا الحق للانسان والشعوب قد اعترفت به الشريعة الاسلامية منذ أمد بعيد • فقد قرر فقهاء الشريعة الاسلامية أن لكل أمة أن تقرر مصيرها من غير اعتداء أمة على أخرى ولا يجوز للمسلمين أن يعتدوا على أحد ولا يجوز لدولة الاسلام أن تستعمر أرض دولة أخرى أو تأخذ وسائل الاستغلال على يدى أهلها وعلى هذا المبدأ والعدل أبقى عمر بن الخاب وأصحابه الأرض الزراعية فى أيدى أهلها المغلوبين وجعلوا عليهم ضرائب مفروضة سموها الخراج • وهذا المبدأ الذى قضى به عمر بن الخطاب فى فجر الاسلام هو عين ما قررته اتفاقيتا حقوق الانسان المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية من انه لا يجوز حرمان شعب ما من وسائل المعيشة الخاصة •

القرآن والسنة يؤكدان حرية العقيدة :

ويروى فى حق الشعوب فى تقرير مصيرها أن قتيبة بن مسلم الباهلى فتح بعض أقاليم سمرقند دون أن يخير أهلها بين الاسلام أو العهد أو القتال ، فشكوا الى الخليفة عمر بن عبد العزيز فأرسل قاضيا ليحقق فى الشكوى ولما اتضح له صحتها أمر بخروج جند المسلمين من البلد الذى فتحوه حتى يخير أهلها ليقرروا مصيرهم • وفى مجال حرية العقيدة للانسان فقد قررت النصوص القرآنية والسنة النبوية واجتهادات الخلفاء الراشدين مترسمين خطى النبى الأمى اذ قررت هذه المصادر الأصلية للاسلام حرية العقيدة والفكر والرأى • فقد جاء النص القرآنى (أفأنت تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين) وقال تعالى : (ومن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر) ومن هذه النصوص القرآنية وعلى هديها جاء عهد الرسول الى نصارى نجران مقرراً :

ولنجران وحاشيتها جوار الله وذمة محمد النبى رسول الله على ما تحت أيديهم من قليل أو كثير لا يغير أسقفا من أسقفيته ولا راهبا من رهبانه ولا كاهنا من كهانته ــ وسلك عمر بن الخطاب سنة الرسول فى عهده مع أهل ايلياء (بيت القدس) ويروى عنه رضى الله عنه انه أزال التراب عن هيكل

يهودى ليقيم اليهود شعائرهم عنده ولما حضرت الصلاة وهو بجوار كنيسة بيت المقدس صلى خارجها قائلا : (خشيت أن أصلى فيها فيزيلها المسلمون من بعدى ويتخذونها مسجدا) وجاء فى عهد عمر بن الخطاب لأهل ايليـاء ما نصه : (أعطاهم أمانا لأنفسهم ولأموالهم ولكنائسهم وصلبانهم وسقيمها وبريئها وسائر ملتها انه لا تمس كنائسهم ولا تهدم ولا ينقص منها ولا من حيزها ولا من شيء من أموالهم ولا يكرهون على دينهم ولا يضار أحد منهم) ولقد قرر فقهاء المسلمين واستنبطوا من النصوص القرآنية والسنة النبوية وأعمال صحابة رسول الله قاعدة تقرر أن المسلمين قد أمروا بترك غير المسلمين وما يدينون فلا يضار غير المسلم فيما يعتقد وله الحق فى اقامة شعائره الدينية حراً غير مضطرب •

وهذه الحرية الشخصية التى قررتها النصوص القرآنية والسنة النبوية منذ أربعة عشر قرنا من الزمان لم يعترف بها المجتمع الدولى للانسان ١٩٤٨ التى قررت حق كل انسان فى حرية التفكير والضمير والدين ويشمل هذا الحق حرية الاعراب وممارسة واقامة الشعائر الدينية •

واذا كانت الشريعة الاسلامية قد كفلت النصوص القرآنية والسنة النبوية وأعمال الصحابة وحرية العقيدة فان الشريعة الغراء أكدت حق الانسان فى الكرامة والحرية والمساواة دون تمييز بين الناس بسبب الدين أو العرق أو للون بل ان هذه الكرامة الانسانية واجبة فى الحرب والسلم على السواء بل واجبة للانسان حيا أو ميتاً وقد اعتبرت الشريعة الاسلامية المساواة بين الناس فى الحقوق والواجبات حقا طبيعياً مستحقا بمقتضى الفطرة • وجاءت كرامة الانسان من خالق الانسان فى قول الحق عز وجل : (ولقد كرمنا بنى آدم وحملناهم فى البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا) •

عهد الأمان ومشكلات السياحة فى ضوء الشريعة الاسلامية [1]

---

(١) من ملف الشرق الأوسط بقلم : د. عبد الحليم عويس •

السائحون الذين يدخلون فى عهد الأمان هم السائحون من غير المسلمين ، ومثلهم التجار وغيرهم • أما المسلمون فى بلاد الاسلام فهم اخوة ، وليسوا داخلين فى عهد الأمان • لكن الدكتور محمد كمال امام شاء أن يعرض هذا الاستفهام فى نهاية كلمته تلك ، ونحن نبادر بالاجابة عليه ، ونترك ـ بعد ذلك للدكتور محمد امام ؛ الأستاذ المساعد بجامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية بالرياض معالجة الحقوق الأساسية للسياح ولأمثالهم من الداخلين فى عهد الأمان ، يقول : ان غير المسلمين فى الدولة الاسلامية صنفان ، الصنف الأول : ويضم رعايا الدولة من الأقليات غير المسلمة ، والتى لها حقوقها وعليها واجباتها بعقد الذمة ، وهم الذميون وخلاصة الموقف الاسلامى منهم أن « لهم ما لنا وعليهم ما علينا » •

الصنف الثانى : وهم غير المسلمين من غير رعايا الدولة الاسلامية والذين يدخلونها للزيارة ويسمون بالمستأمنين •

واذا كنا نركز الحديث على الصنف الثانى لأن منه السياح ؛ الا أن الفقهاء الاسلاميين قد استقر رأيهم على أن المستأمن بمنزلة الذمى ، مادام فى أرض الاسلام • وعقد الأمان بالنسبة للسائح يفيد العصمة فى نفسه وماله فحمايته كانسان أول موجبات عقد الأمان ، طوال مدة اقامته • أما ماله فانه يصبح مضمونا بحكم الأمان • وأول ما نريد ايضاحه أن السائح اذا ما طلب تأشيرة دخول الى الدولة الاسلامية ، فانها لا تلزم باعطائها ، فقد يكون فى دخوله مفسدة فيمنع • وان كانت الدولة لا تمنع غالبا رعايا الدول الأخرى من السياحة فى أراضيها ، الا معاملة بالمثل أو درءاً للمفاسد •

الأمر الثانى أن السائح اذا ما دخل الدولة الاسلامية فله حرية العقيدة ، وله حق السكن ، وله حرمة المال ، وله حرية التنقل •

١ ـ فله حرية العقيدة يمارسها بشعائرها المختلفة ، مكفولة غير ممنوعة ومع ذلك ليس له أن يجهر بما يعد منكراً فى نظر المسلمين ، كأن يعلن

التثليث ، وحرية العقيدة لا تمنحه مطلقا حق الدعوة لدينه ، فذلك منكر يجب دفعه بل ان بعض الفقهاء ــ ولهم الحق ــ يرى فيه نقضاً لعقد الأمان •

٢ ــ وله حرية السكن ، فمن حقه أن ينزل فى فندق ، أو يقيم فى منزل صديق ، أو يستأجر مكاناً مستقلا ، ومع ذلك فان الدولة الاسلامية وفقا لمصالحها يمكنها منعه من الاقامة فى أماكن معينة ، لأسباب تتعلق بمصلحة الدعوة الاسلامية ، أو أمن الدولة الاسلامية •

٣ ــ وله حرمة ، فلا يسلب ماله ؛ ولا يمنع من بيع أو شراء ؛ الا اذا كان فى ذلك اضرار بالدولة ، كان يشترى السلاح والكراع ؛ ليخرج به الى أرض الأعداء • كما أن ماله ، اذا ما توفى فى القطر الاسلامى ، يحمل الى بلده ليوزع على ورثته وفقا لشريعته •

٤ ــ وله حرية التنقل فهو ما جاء الا للزيارة ، فينبغى أن توفر له سبلها ، وأن تمنح له تصريحها ؛ الا اذا كانت المصلحة تقتضى منعه من زيارة بعض الأماكن ؛ أو كانت الشريعة تمنع من دخوله بعض المدن ؛ فغير المسلم لا يسمح له بزيارة بعض الأماكن أو كانت الشريعة تمنع من دخوله بعض المدن ؛ فغير المسلم لا يسمح له بزيارة مكة حيث لا يجوز دخول حرمها لغير المسلم ، ذميا كان أو مستأمنا •

واذا كانت هذه بعض الحقوق التى يمنحها حق الأمان للسائح فان عليه واجبات ، أهمها : ألا يجهر بما هو منكر ، محظور الوقوع ، فى الشرع الاسلامى • وليس له أن يجلب معه الى داخل الدولة الإسلامية ماهو ممنوع دخوله فى أراضيها ، مثل تهريب المخدرات أو تزييف النقود • كما أن عليه أن يحترم النظام الاسلامى العام ، فى ملبسه وأسلوب حياته الظاهرة ؛ فليس له أن يسير فى الشارع العام بزى غير لائق ، وليس للمرأة أن تخرج سافرة فى الطريق العام ، وليس له أن يمارس معها جهرا ما قد يكون أمراً طبيعيا فى بلده الأصلى • ونحن نرى أنه ليس للسائح أن يصطحب معه غير محارمه من النساء ، عندما يجىء زائراً للدولة الاسلامية ينبغى أن توضع فى ذلك

الضوابط التى تحول بين السائح وبين الاخلال بالنظام الاسلامى العـام • ومع ذلك فاننا نطرح على الفكر الاسلامى المعاصر ــ فى ختام كلمتنا سؤالا نرجو الاجابة عليه ، وهو : هل يعتبر المسلم الذى يأتى أية دولة اسـلامية للزيارة أو التجارة ؛ هل يعتبر ــ من وجهة نظر الاسلام ــ أجنبيـا يدخل بعقد أمان ؟

وجهة نظرنا أن المسلم يعتبر مواطنا فى أية دولة اسـلامية دخلها نعم ، ذلك سـوف يغير كثيرا من مفاهيمنا فى القـانون الدولى الخـاص ، وفى الجنسـية ، ومركز الأجانب • ولكن لا بأس فالاسـلام مستقل فى مفاهيمه التشريعية ، وليس لنا أن نخضعه لمـا يراه العقل القانونى المعاصر فى هـذا الصدد ، ان الجنسية فى الاسلام أساسها العقيدة ، لا مكان الولادة أو موطن الوالد أو الوالدين •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(باب تحريم القتل)

ومن يجب عليه القصاص ومن لا يجب عليه

(القتل بغير حق حرام وهو من الكبائر العظـام ، والدليل عليه قـــوله عز وجل : « ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيهـا وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عـذاباً عظيماً » روى أبو هريرة رضى الله عنـه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : (لقتل مؤمن أعظم عند الله من زوال الدنيا) وروى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه قال : « لو أن أهل السـموات والأرض اشتركوا فى قتل مؤمن لعذبهم الله عز وجل الا أن لا يشاء ذلك ») •

الشرح قوله تعالى : (ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها) الآية • فى صحيح البخارى عن ابن جبير قال : اختلف فيها أهل الكوفة فرحلت الى ابن عباس فسألته عنها فقال نزلت هذه الآية (ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم) هى آخر ما نزل وما نسخها شىء ، وكذا رواه

مسلم والنسائى من طرق عن شعبة به ورواه أبو داود عن أحمد بن حنبل بسنده عن سعيد بن جبير عن ابن عباس فى الآية فقال ما نسخها شىء .

وقال ابن جرير باسناده عن يحيى الجابرى عن سالم بن أبى الجعد قال : « كنا عند ابن عباس بعد ما كف بصره فأتاه رجل فناداه : يا عبد الله ما ترى فى رجل قتل مؤمناً متعمداً ؟ فقال جزاؤه جهنم خالداً فيها الى آخر الآية ، قال : أفرأيت ان تاب وعمل صالحاً ثم اهتدى ؟ قال ابن عباس « ثكلته أمه ، وأنى له التوبة والهدى ؟ والذى نفسى بيده لقد سمعت نبيكم صلى الله عليه وسلم يقول : ثكلته أمه قاتل مؤمن متعمداً جاء يوم القيامة آخذه بيمينه أو بشماله . تشخب أوداجه من قبل عرش الرحمن يلزم قاتله بشماله ، وبيده الأخرى رأسه يقول : يا رب سل هذا فيم قتلنى ؟ » وايم الذى نفس عبد الله بيده لقد أنزلت هذه الآية فما نسخها من آية حتى قبض نبيكم صلى الله عليه وسلم وما نزل بعدها من برهان » . وقد رواه أحمد فى مسنده . أما حديث « لزوال الدنيا أهون على الله من قتل رجل مسلم » فانى لم أعثر عليه من حديث أبى هريرة ، ولا أتهم المصنف بالخطأ فى عزوه اليه فلست أهلا لذاك ، وانما وجدت الحديث فى سنن النسائى من حديث بريدة رضى الله عنه . وعنده أيضاً من حديث ابن عمر ولفظه « لقتل مؤمن أعظم عند الله من زوال الدنيا » وكذلك الترمذى . وعند ابن ماجه من حديث البراء . أما حديث ابن عباس فقد أخرجه الترمذى من حديث أبى سعيد وأبى هريرة بلفظ « لو أن أهل السماء وأهل الأرض اشتركوا فى دم مؤمن لكبهم الله فى النار » فى الديات .

اما الأحكام فان القتل بغير حق حرام ، والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقوله تعالى : « ولا تقتلوا النفس التى حرم الله الا بالحق » وقوله تعالى : « وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً الا خطأ » فأخبر أنه ليس للمؤمن أن يقتل مؤمناً الا خطأ ، ولم يرد بقوله « الا خطأ » أن قتله خطأ يجوز . وانما أراد لكن اذا قتله خطأ فعليه الدية والكفارة .

وقوله « ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم » الآية ، أما السنة فعلى

ما مضى من الأحاديث ؛ وما سيأتى مما يجاوز الحصر • وأما الإجماع فانه لا خلاف بين الأمة فى تحريم القتل بغير حق •

اذا ثبت هذا فمن قتل مؤمناً متعمداً بغير حق فسق واستوجب النار ، الا أن يتوب •

وحكى عن ابن عباس قوله « لا تقبل توبة القاتل » • ودليلنا قوله تعالى :(والذين لا يدعون مع الله الهاً آخر ولا يقتلون النفس التى حرم الله الا بالحق ــ الى قوله تعالى ــ الا من تاب) الآية • ولقوله صلى الله عليه وسلم : « التوبة تجب ما قبلها » ولأن التوبة اذا صحت من الكفر فلأن تصح من القتل أولى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ويجب القصاص بجناية العبد ، وهو أن يقصد الاصابة بما يقتل غالباً فيقتله ، والدليل عليه قوله تعالى : (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالانف والاذن بالاذن والسن بالسن والجروح قصاص) وقوله تعالى : « كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد » الآية • وقوله تعالى : « ولكم فى القصاص حياة يا أولى الألباب » •**

وروى عثمان رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث : الزانى المحصن والمرتد عن دينه وقاتل النفس » ولأنه لو لم يجب القصاص أدى ذلك الى سفك الدماء وهلاك الناس ولا يجب بجناية الخطأ ، وهو أن يقصد غيره فيصيبه فيقتله ، لقوله عليه السلام : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولأن القصاص عقوبة مغلظة فلا يستحق مع الخطأ ولا يجب فى عمد الخطأ ، وهو أن يقصد الاصابة بما لا يقتل غالباً فيموت منه ، لأنه لم يقصد القتل فلا يجب عليه عقوبة القتل ، كما لا يجب حد الزنا فى وطء الشبهة حيث لم يقصد الزنا) •

الشرح قوله تعالى : (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) الخ الآيات • أخرج أحمد فى مسنده عن عبد الرحمن بن أبى الزناد عن أبيه عن عبد الله بن عبد الله بن عباس عن أبيه قال : ان الله أنزل ومن لم يحكم بما

أنزل الله فأولئك هم الكافرون وأولئك هم الظالمون وأولئك هم الفاسقون • أنزلها الله فى الطائفتين من اليهود ، وكانت احداهما قد قهرت الأخرى فى الجاهلية حتى ارتضوا واصطلحوا على أن كل قتيل قتلته العزيزة من الذليلة فديته خمسون وسقا ، وكل قتيل قتلته الذليلة من العزيزة فديته مائة وسق ، فكانوا على ذلك حتى قدم النبى صلى الله عليه وسلم ، فقتلت الذليلة من العزيزة قتيلا ، فأرسلت العزيزة الى الذليلة تطلب مائة وسق ، فقالت الذليلة : وهل كان فى حيين دينهما واحد ونسبهما واحد وبلدهما واحد دية بعضهم نصف دية بعض ؟ انما أعطيناكم هذا ضيما منكم لنا وفرقا منكم ، فأما اذ قدم محمد فلا نعطيكم ، فكادت الحرب تهيج بينهما (وهما قريظة والنضير) ثم ارتضوا على أن يجعلوا رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم ثم ذكرت العزيزة فقالت : والله ما محمد بمعطيكم منهم ضعف ما يعطيهم منكم ، ولقد صدقوا ما أعطونا هذا الا ضيما منا وقهراً لهم ، فأرسلوا الى محمد من يخبر لكم رأيه ان أعطاكم ما تريدون حكمتموه وان لم يعطكم حذرتم فلم تحكموه • فدسوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ناساً من المنافقين ليخبروا لهم رأى النبى صلى الله عليه وسلم فلما جاءوا رسول الله صلى الله عليه وسلم أخبر الله رسوله بأمرهم كله وما أرادوا ، فأنزل الله تعالى (يا أيها الرسول لا يحزنك الذين يسارعون ــ الى قوله تعالى ــ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ــ الى قوله تعالى ــ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون) •

وروى الامام أحمد باسناده عن الزهرى عن أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قرأها (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين) نصب النفس ورفع العين • وكذا رواه أبو داود والترمذى والحاكم فى مستدركه من حديث عبد الله بن المبارك • وقال الترمذى : حسن غريب • وقال البخارى : تفرد ابن المبارك بهذا الحديث • وقد استدل كثير ممن ذهب من الأصوليين والفقهاء الى أن شرع من قبلنا شرع لنا اذا حكى مقرراً ولم ينسخ كما هو المشهور عند الجمهور ، وكما حكاه الشيخ أبو اسحاق الاسفراينى عن نص الشافعى وأكثر الأصحاب بهذه الآية حيث كان الحكم عندنا على وفقها فى الجنايات •

وقال الحسن البصرى : هى عليهم وعلى الناس عامة • رواه ابن أبى حاتم ، وقد حكى الامام النووى فى كتاب الصوم من المجموع فى هذه المسئلة ثلاثة أوجه ثالثها : أن شرع ابراهيم حجة دون غيره وصحح منها عدم الحجية ، ونقلها الشيخ أبو اسحاق الاسفراييني أقوالا عن الشافعى وأكثر الأصحاب • ورجح أنه حجة عند الجمهور من أصحابنا • وقد حكى الامام أبو نصر بن الصباغ فى الشامل اجماع العلماء على الاحتجاج بهذه الآية على ما دلت عليه •

أما حديث عثمان رضى الله عنه فقد أخرجه أبو داود فى الديات عن سليمان بن حرب والترمذى فى الفتن عن أحمد بن الضبى والنسائى فى المحاربة عن ابراهيم بن يعقوب وعن مؤمل بن اهاب وعن أبى الأزهر أحمد ابن الأزهر وابن ماجه فى الحدود وعن أحمد بن عبدة ، ولفظه « أن عثمان أشرف يوم الدار فقال أنشدكم الله أتعلمون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث ، زنا بعد احصان ، أو ارتداد بعد اسلام ، أو قتل نفس بغير حق فقتل به ، فو الله ما زنيت فى جاهلية ولا فى اسلام ، ولا ارتددت منذ بايعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا قتلت النفس التى حرم الله ، فبم تقتلوننى ؟ » قال الترمذى : ورواه حماد ابن سلمة عن يحيى بن سعيد فرفعه •

وروى يحيى بن سعيد القطان وغير واحد عن يحيى بن سعيد هذا الحديث فأوقفوه ولم يرفعوه ، وقد روى هذا الحديث من غير وجه عن عثمان عن النبى صلى الله عليه وسلم مرفوعاً •

ورواه الشيخان وأصحاب السنن وأحمد عن ابن مسعود بلفظ « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يحل دم امرىء مسلم يشهد أن لا اله الا الله وأنى رسول الله الا باحدى ثلاث ، الثيب الزانى ، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة » وروى أحمد والنسائى عن عائشة مرفوعاً « لا يحل دم امرىء مسلم الا من ثلاثة الا من زنى بعد ما أحصن ، أو كفر بعد ما أسلم ، أو قتل نفساً فقتل بها » ورواه مسلم عنها بمعناه •

وفى لفظ رواه النسائى عنهـا « لا يحل قتل مسلم الا فى احدى ثلاث خصال زان محصن فيرجم ، ورجل يقتل مسلماً متعمـداً ، ورجل يخرج من الاسلام فيحارب الله عز وجل فيقتل أو يصلب أو ينفى من الأرض » وأخرجه بهذا اللفظ أبو داود والحاكم وصححه .

اما الأحكام فانه اذا قتل من يكافئه عامداً ــ وهو أن يقصد قتله بما يقتل غالباً فيموت منه ــ وجب عليه القصاص لقوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) الآية وهذه الآية حجة لنـا بلا خلاف ، لأن من أصحابنا من يقول : شرع من قبلنا شرع لنا اذا لم يتصـل به نكير . ومن قال منهم ليس بشرع لنا ، فان الشرع قد ورد به ثبوت حكم هذه الآية فى حقنا ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال للربيع بنت معوذ حين كسرت سن جارية من الأنصار « كتاب الله القصاص » وليس للسن ذكر فى القصاص الا فى هـذه الآية ، وقوله تعالى (كتب عليكم القصاص فى القتلى ، الحر بالحر والعبـد بالعبد) الآية . وقوله تعالى (ولكم فى القصاص حياة) .

ومعنى ذلك أن الانسـان اذا علم أنه يقتل اذا قتل لم يقتل ، فكان فى ذلك حياة لهما ، وكانت العرب تقول فى الجـاهلية القتل أتقى [1] للقتل ، وكان ما ورد به القرآن أحسن لفظاً وأشمل معنى . وقوله تعالى (ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطانا) والسلطان ههنا القصاص .

وروى عثمان رضى الله عنه وأرضاه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا يحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث الخ » وقد خرجناه آنفاً ، ولا يجب القصاص للقتل الخطأ ، وهو أن يقصد غيره فيصيبه فيقتله ، لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولا يجب القصاص فى عمد الخطأ وهو أن يقصد اصابته بما لا يقتل غالباً فيموت منه ، لأنه لم يقصد القتل فلم تجب عليه عقوبة القتل .

---

(١) ورد هذا المثل بعد دخول الترقيم فى الحروف بصيغ مختلفة ، مثـل القتل أتقى للقتل ، والقتل ابقى للقتل ، والقتل انقى للقتل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا يجب القصاص على صبى ولا مجنون لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة ، عن الصبى حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » ولأنه عقوبة مغلظة فلم يجب على الصبى والمجنون كالحدود والقتل بالكفر . وفى السكران طريقان ، من أصحابنا من قال يجب عليه القصاص قولا واحداً ، ومنهم من قال : فيه قولان ، وقد بيناه فى كتاب الطلاق .

فصـــل ويقتل المسلم بالمسلم ، والذمى بالذمى ، والحر بالحر ، والعبد بالعبد ، والذكر بالذكر ، والأنثى بالانثى ، لقوله تعالى (كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى) ويقتل الذمى بالمسلم ، والعبد بالحر ، ولأنثى بالذكر ، لانه اذا قتل كل واحد منهم بمن هو مثله فلأن يقتل بمن هو أفضل منه أولى ، ويقتل الذكر بالأنثى لما روى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسنن أن الرجل يقتل بالمرأة » ولأن المرأة كالرجل فى حد القذف فكانت كالرجل فى القصاص) .

الشرح قوله تعالى (كتب عليكم القصاص فى القتلى) الآية . ذكر سبب نزولها العلامة ابن كثير فى تفسيره فنقل ما رواه ابن أبى حاتم بالاسناد عن سعيد بن جبير قال : يعنى اذا كان عمداً الحر بالحر . وذلك أن حيين من العرب اقتتلوا فى الجاهلية قبل الاسلام بقليل ، فكان بينهم قتل وجراحات حتى قتلوا العبيد والنساء ، فلم يأخذ بعضهم من بعض حتى أسلموا ، فكان أحد الحيين يتطاول على الآخر فى العدة والأموال فحلفوا ألا يرضوا حتى يقتل بالعبد منا الحر منهم ، والمرأة منا الرجل منهم ، فنزل فيهم (الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى) منها منسوخة نسختها « النفس بالنفس » . اهـ .

أما حديث « رفع القلم عن ثلاثة » فقد أخرجه أحمد وأبو داود والحاكم فى المستدرك عن على وعمر رضى الله عنهما ، وقد مضى فى غير ما موضع . وأما حديث أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده فقد أخرجه مالك فى الموطأ والشافعى أن النبى صلى الله عليه وسلم كتب فى كتابه الى

أهل اليمن أن الذكر يقتل بالأنثى • وهو عندهما عن عبد الله بن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه أن فى الكتاب الذى كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم أن الذكر يقتل بالأنثى • ووصله نعيم بن حماد عن ابن المبارك عن معمر عن عبد الله بن أبى بكر عن أبيه عن جده ، وجده محمد بن عمرو بن حزم ولد فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم ولكن لم يسمع منه • وكذا أخرجه عبد الرزاق عن معمر ومن طريقه الدارقطنى • ورواه أبو داود والنسائى من طريق ابن وهب عن يونس عن الزهرى مرسلا • ورواه أبو داود فى المراسيل عن ابن شهاب قال قرأت فى كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم حين بعثه الى نجران وكان الكتاب عند أبى بكر بن حزم •

ورواه النسائى وابن حبان والحاكم والبيهقى موصولا مطولا من حديث الحكم بن موسى عن يحيى بن حمزة عن سليمان بن داود حدثنى الزهرى عن أبى بكر عن أبيه عن جده ، وفرق الدارمى فى مسنده الحكم مقطعا •

قال الحافظ ابن حجر ، وقد اختلف أهل الحديث فى صحة هذا الحديث فقال أبو داود فى المراسيل : قد أسند هذا الحديث ولا يصح ، والذى فى اسناده سليمان بن داود وهم انما هو سليمان بن أرقم • وقال فى موضع آخر : لا أحدث به • وقد وهم الحكم بن موسى فى قوله : سليمان بن داود ، وقد حدثنى محمد بن الوليد الدمشقى أنه قرأ فى أصل يحيى بن حمزة بن سليمان بن أرقم ، وهكذا قال أبو زرعة الدمشقى : انه الصواب وتبعه صالح جزرة وأبو الحسن الهروى وغيرهما •

وقال صالح جزرة حدثنا دحيم ، قال : قرأت فى كتاب يحيى بن حمزة حديث عمرو بن حزم فاذا هو عن سليمان بن أرقم ، قال صالح : كتب عنى هذه الحكاية مسلم بن الحجاج •

قال الحافظ : ويؤيد هذه الحكاية ما رواه النسائى عن الهيثم بن مروان عن محمد بن بكار عن يحيى بن حمزة عن سليمان بن أرقم عن الزهرى

وقال : هذا أشبه بالصواب • وقال ابن حزم فى المحلى : صحيفة عمرو بن حزم منقطعة لا تقوم بها حجة وسليمان بن داود متفق على تركه •

وقال عبد الحق : سليمان بن داود الذى يروى هذه النسخة عن الزهرى ضعيف ، ويقال : أنه سليمان بن أرقم وتعقبه ابن عدى فقال : هذا خطأ انما هو سليمان بن داود وقد جوده الحكم بن موسى • وقال أبو زرعة : عرضت على أحمد فقال : سليمان بن داود اليمانى ضعيف ، وسليمان بن داود الخولانى ثقة ؛ وكلاهما يروى عن الزهرى ؛ والذى روى حديث الصدقات هو الخولانى ؛ فمن ضعفه فانما ظن أنه اليمانى ؛ وقد أثنى على سليمان بن داود الخولانى هذا أبو زرعة وأبو حاتم وعثمان بن سعيد وجماعة من الحفاظ ؛ وصححه من حيث الشهرة لا من حيث الاسناد الامام الشافعى فى رسالته حيث قال : لم يقبلوا هذا الحديث حتى ثبت عندهم أنه كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم •

وقال ابن عبد البر هذا كتاب مشهور عند أهل السير معروف ما فيه عند أهل العلم يستغنى بشهرته عن الاسناد لأنه أشبه التواتر فى مجيئه ، لتلقى الناس له بالقبول والمعرفة •

وقال يعقوب بن أبى سفيان : لا أعلم فى جميع الكتب المنقولة كتابا أصح من كتاب عمرو بن حزم فان الصحابة والتابعين يرجعون اليه ويدعون رأيهم •

قال الحاكم : قد شهد عمر بن عبد العزيز وامام عصره الزهرى بالصحة لهذا الكتاب •

اما الأحكام فانه لا يجب على الصبى والمجنون قصاص لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة ، عن الصبى حتى يحتلم ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » ولأن القصاص من حقوق الأبدان ؛ وحقوق الأبدان لا تجب على الصبى والمجنون كما قلنا فى الصلاة والصوم ؛ وان قتل السكران من يكافئه عمداً فهل يجب عليه القصاص ؟

فيه طريقان ، ومن أصحابنا من قال فيه قولان ، ومنهم من قال : يجب فيه القصاص قولا واحداً ، وقد مضى ذكر ذلك فى الطلاق .

وان قتل رجلا وهو عاقل ثم جن أو سكر لم يسقط عنه القصاص ؛ لأن القصاص قد وجب عليه فلا يسقط بالجنون والسكر كما لا يسقط عنه ذلك بالنوم وقال الحنابلة فى القصاص على السكران : اذا قتل حال سكره بناء على وقوع طلاقه وفيه روايتان فيكون فى وجوب القصاص عليه وجهان :

(أحدهما) أنه أشبه بالجنون لزوال عقله ؛ ولأنه غير مكلف أشبه الصبى والمجنون ورجح ابن قدامة منهم القصاص ؛ لأن الصحابة رضى الله عنهم أقاموا سكره مقام قذفه فأوجبوا عليه حد القاذف ؛ فلولا أن قذفه موجب للحد عليه لما وجبت الحد بخطيئته ، واذا وجب الحد فالقصاص المتمحض حق آدمى أولى ؛ ولأنه حكم لو لم يجب القصاص والحد لأفضى الى أن من أراد أن يعصى الله تعالى شرب ما يسكره ثم يقتل ويزنى ويسرق ؛ ولا يلزمه عقوبة ولا مأثم ، ويصير عصيانه سبباً لسقوط عقوبة الدنيا والآخرة عنه ؛ ولا وجه لهذا ، وفارق هذا الطلاق ؛ ولأنه قول يمكن الغاؤه بخلاف القتل .

فأما ان شرب أو أكل ما يزيل عقله غير الخمر على وجه محرم ـ فان زال عقله بالكلية بحيث صار مجنوناً فلا قصاص عليه ، وان كان يزول قريبا ويعود من غير تداو فهو كالسكر على ما فصل فيه .

مسألة وان كان الجانى والمجنى عليه ممن يحد أحدهما بقذف الآخر فقد ذكرنا أنه يجب القصاص على الجانى فان قتل المسلم مسلما والكافر كافراً ؛ سواء كانا على دين واحد أو على دينين ؛ أو قتل الرجل رجلا أو المرأة امرأة ؛ وقتل الحر حراً أو العبد عبداً وجب القصاص على القاتل لقوله تعالى (كتب عليكم القصاص فى القتلى) الخ الآية . ولأن كل واحد منهما مساو لصاحبه فقتل به ؛ ويقتل الكافر بالمسلم والعبد بالحر والأنثى بالذكر لقوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) ولأنه اذا قتل بمن يساويه فلان يقتل بمن هو أعلا منه أولى ، ويقتل الذكر بالأنثى وهو قول أكثر العلماء .

وقال ابن عباس رضى الله عنهما : لا يقتل بها ، وقال عطاء : يكون ولى المرأة بالخيار بين أن يأخذ ديتها وبين أن يقتل الرجل بها ويدفع الى وليه نصف الدية • وروى ذلك عن على رضى الله عنه ؛ ودليلنا قوله تعالى (ولكم فى القصاص حياة) وقوله تعالى (وكتبنا عليهم فيهـا أن النفس بالنفس) وهذا عام الا فيما خصه الدليل ؛ ولحديث أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده « أن النبى صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن بقتل الرجل بالمرأة » ولأنهما شخصان يحد كل واحد منهما بقـذف صاحبه فجرى القصاص بينهما كالرجلين والمرأتين ، ويقتل الخنثى بالرجل والمرأة ، ويقتل الرجل والمرأة بالخنثى لقوله تعـالى (وكتبنا عليهم فيهـا أن النفس بالنفس) •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا يجب القصاص على المسلم بقتل الكافر ، ولا على الحر بقتل العبد ، لما روى على كرم الله وجهه انه قال : من السنة أن لا يقتل مسلم بكافر ومن السنة أن لا يقتل حر بعبد ، فان جرح ذمى ذمياً ثم أسلم الجـانى أو جرح عبد عبداً ثم أعتق الجانى اقتص منه لأنهما متكافئان منه حال الوجوب والاعتبار بحال الوجوب لأن القصاص كالحد ، والحد يعتبر بحال الوجوب ، بدليل أنه اذا زنى وهو بكر ثم أحصن أقيم عليه حد البكر •

ولو زنى وهو عبد ثم أعتق أقيم عليه حد العبد ، فوجب أن يعتبر القصاص أيضا بحال الوجوب •

وان قطع مسلم يد ذمى ثم أسلم ثم مات ، أو قطع حر يد عبد ثم أعتق ثم مات ، لم يجب القصاص ، لأن التكافؤ معدوم عند وجود الجناية ، فان جرح مسلم مسلما ثم ارتد المجروح ثم أسلم ثم مات ، فان أقام فى الردة زماناً يسرى الجرح فى مثله لم يجب القصاص ، لأن الجناية فى الاسلام توجب القصاص ، والسراية فى الردة تسقط القصاص ، فغلب الاسقاط ، كما لو جـرح جرحاً عمداً وجرحاً خطأ ، فان لم يقم فى الردة زماناً يسرى فيه الجرح ففيه قولان :

(أحدهما) لا يجب فيه القصـاص ، لأنه أتى عليـه زمان لو مات فيه لم يجب القصاص فسقط • (والثانى) يجب القصاص وهـو الصـحيح ، لأن

الجناية والموت وجدا فى حال الاسلام ، ومان الردة لم يسر فيه الجرح ، فكان وجوده كعدمه وان قطع يده ثم ارتد ثم مات ففيه قولان :

(احدهما) يسقط القصاص فى الطرف ، لأنه تابع للنفس ، فاذا لم يجب القصاص فى النفس لم يجب فى الطرف .

(والثانى) وهو الصحيح انه يجب ، لأن القصاص فى الطرف يجب مستقراً فلا يسقط بسقوطه فى النفس ، والدليل عليه انه لو قطع طرف انسان ثم قتله من لا قصاص عليه لم يسقط القصاص فى الطرف وان سقط فى النفس .

فصل وان قتل مرتد ذميا ففيه قولان (احدهما) انه يجب القصاص وهو اختيار المزنى لأنهما كافران ، فجرى القصاص بينهما كالذميين .

(والثانى) أنه لا يجب لأن حرمة الاسلام باقية فى المرتد بدليل أنه يجب عليه قضاء العبادات ، ويحرم استرقاقه ، وان كانت امراة لم يجز للذمى نكاحها ، فلا يجوز قتله بالذمى ، وأن جرح مسلم ذمياً ثم ارتد الجانى ثم مات المجنى عليه لم يجب القصاص قولا واحداً لأنه عدم التكافؤ فى حال الجناية فلم يجب القصاص وان وجد التكافؤ بعد ذلك ، كما لو جرح حر عبداً ثم اعتق العبد .

وان قتل ذمى مرتداً فقد اختلف اصحابنا فيه ، فمنهم من قال : يجب عليه القصاص ان كان القتل عمداً ، والدية ان كان خطأ ، لأن الذمى لا يقتل المرتد تدينا ، وانما يقتله عناداً ، فاشبه اذا قتل مسلما .

وقال أبو اسحاق لا يلزمه قصاص ولا دية ، وهو الصحيح ، لأنه مباح الدية فلم يضمن بالقتل ، كما لو قتله مسلم . وقال أبو سعيد الاصطخرى : ان قتله عمداً وجب القصاص لأنه قتله عياداً ، وان قتله خطأ لم تلزمه الدية لأنه لا حرمة له .

فصل وان حبس السلطان مرتداً فاسلم وخلاه فقتله مسلم لم يعلم باسلامه ففيه قولان (أحدهما) لا قصاص عليه لأنه لم يقصد قتل من يكافئه . (والثانى) يجب عليه القصاص ، لأن المرتد لا يخلى الا بعد الاسلام ، فالظاهر انه مسلم فوجب القصاص بقتله . وأن قتل المسلم الزانى المحصن ففيه وجهان (أحدهما) يجب عليه القصاص ، لأن قتله لغيره فوجب عليه القصاص بقتله ، كما لو قتل رجل رجلا فقتله غير ولى الدم (والثانى) لا يجب وهو المنصوص ، لأنه مباح الدم فلا يجب القصاص بقتله كالمرتد) .

الشرح حديث على كرم الله وجهه رواه أحمد والبخارى والنسائى وأبو داود والترمذى عن أبى جحيفة قال « قلت لعلى : هل عندكم شىء من الوحى ما ليس فى القرآن ؟ فقال : لا والذى فلق الحبة وبرأ النسمة الا فهماً يعطيه الله رجلا فى القرآن وما فى هذه الصحيفة • قلت : وما فى هذه الصحيفة ؟ قال : العقل وفكاك الأسير وأن لا يقتل مسلم بكافر » •

وأخرج أحمد والنسائى وأبو داود والحاكم وصححه عن على أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « المؤمنون تتكافأ دماؤهم وهم يد على من سواهم ويسعى بذمتهم أدناهم • ألا لا يقتل مؤمن بكافر ة ولا ذو عهد فى عهده » •

أما الأحكام فقد قال الشافعى فى الأم : وخطبته صلى الله عليه وسلم يوم الفتح كانت بسبب القتيل الذى قتلته خزاعة وكان له عهد ، فخطب النبى صلى الله عليه وسلم فقال : « لو قتلت مسلماً بكافر لقتلته به • وقال : لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد فى عهده » •

اذا ثبت هذا فانه لا يقتل المسلم بالكافر ، سواء كان الكافر ذمياً أو مستأمناً أو معاهداً ، وروى ذلك عن عمر وعثمان وعلى وزيد بن ثابت ومعاوية ، وبه قال الحسن وعمر بن عبد العزيز والزهرى والثورى وابن شبرمة وأحمد واسحاق وعطاء وعكرمة والأوزاعى ومالك ، وقال الشعبى والنخعى وأبو حنيفة : يقتل المسلم بالذمى ولا يقتل بالمستأمن ، وهو المشهور عن أبى يوسف ، وروى عن أبى يوسف أنه قال يقتل بالمستأمن •

وقال أحمد : الشعبى والنخعى قالا : دية المجوسى واليهودى كدية المسلم وان قتله يقتل به ، هذا عجب !! يصير اليهودى مثل المسلم ؟ سبحان الله !! ما هذا القول ؟ واستبشعه •

ودليلنا على أصحاب الرأى ما روى أبو جحيفة قال : قلت لعلى رضى الله عنه يا أمير المؤمنين هل عندكم سوداء فى بيضاء ليس فى كتاب الله ؟ قال لا والذى فلق الحبة وبرأ النسمة ما علمته ، الا فهماً يعطيه الله رجالا للقرآن وما

فى هذه الصحيفة ، قلت : وما فى هـذه الصحيفة ؟ قال فيهـا العقل وفكاك الأسير وألا يقتل مسلم بكافر •

وعن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد فى عهده •

ومعنى قوله لا يقتل ذو عهد فى عهـده ، أى لا يجوز قتل أهل الذمة ؛ ولأنه مسلم قتل كافراً فلم يقتل به كالمستأمن •

فـــرع وان قتل الكافر كافراً ثم أسلم القاتل ، أو جرح الكافر كافراً فمات المجروح وأسلم الجارح قتل به • وقال الأوزاعى : لا يقتل به ، ودليلنا ما روى البيهقى من حديث عبد الرحمن بن اليمانى أن رسـول الله صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بمعـاهد وقال : أنا أكرم من وفى بذمته • وتأويله أنه قتله كافراً ثم أسلم ، ولأن القصاص حد والاعتبـار بالحد حال الوجوب دون حال الاستيفاء ؛ بدليل أنه لو زنى وهو بكر فلم يحد حتى أحصن ، أو زنى وهو عبد فلم يحد حتى أعتق اعتبر حال الوجوب ؛ وهـذا كان مكافئا له حال الوجوب فلم يتغير بما طرأ بعده وان جرح الكافر كافرا فأسلم الجارح ثم مات المجروح ففيه وجهان :

(أحدهما) لا قصاص عليه لأنه قد أتت عليه حالة لو قتله فيها لم يجب عليه القصاص (والثانى) يجب عليه القصاص وهو المشهور اعتباراً بحالة الاصابة ؛ كما لو مات المجروح ثم أسلم الجارح •

مســـألة ان قتل حر عبداً لم يقتل به ، سـواء كان عبده أو عبد غيره ؛ وروى ذلك عن أبى بكر وعمـر وعلى وزيد بن ثابت وابن الزبير ، وبه قال مالك وأحمد • وقال النخعى : يقتل به ، سواء كان عبده أم عبـد غيره •

وقال أبو حنيفة : يقتل بعبد غيره ولا يقتل بعبد نفسه ، فان قتل حر كافر عبداً مسلماً لم يقتل به ، لأن الحر لا يقتل بالعبد • وان قتل عبد مسلم حراً

كافراً لم يقتل به ، لأن المسلم لا يقتل بالكافر ، وان قتل عبد عبداً ثم أعتق القاتل وجرح عبد عبداً فمات المجروح ثم أعتق الجارح قتل به لأنه كان مساوياً له حال الجناية ؛ وان أعتق الجارح ثم مات المجروح فهل يجب عليه القصاص ؟ فيه وجهان كما قلنا فى الكافر اذا جرح كافراً فأسلم الجارح ثم مات المجروح . وان قتل ذمى عبدا ثم لحق الذمى بدار الحرب وأخذه المسلمون واسترقوه لم يقتل به ؛ لأنه كان حين وجوب القصاص حراً فلم يتغير حكمه .

فـــرع وان قطع مسلم يد ذمى ثم أسلم الذمى ثم مات فلا قصاص على المسلم وكذلك اذا قطع حر يد عبد ثم أعتق العبد ثم مات فلا قصاص على الحر ، لأن القصاص لما سقط فى القطع سقط فى سرايته ، ولأن القصاص ــ معتبراً بحال الجناية ــ هو غير كاف له ، فلم يجب عليه القصاص كما قلنا فى الكافر اذا قطع يد الكافر ثم مات المقطوع وأسلم القاطع ؛ وان قطع مسلم يد مرتد أو يد حربى ثم أسلم المقطوع ثم مات لم يجب على القاطع قود ولا دية ؛ لأنه لم يكن مضموناً حال الجنـاية ، ومن أصحابنا من قال : يجب فيه دية مسلم حال استقرار الجناية ، والأول أصح . .

وان رمى مسلم الى ذمى سهماً فأسلم ثم وقع به السهم فمات لم يجب به القود ووجب فيه دية مسلم ؛ وفارق جزاء الصيد لأنه مال فاعتبر فيه حال الاصابة لأنه حال الاستقرار والقود ليس بمال فاعتبر فيه حال الارسال ؛ فاذا أوجبنا الدية فى المرتد والحربى اذا أسلما قبل الاصابة وبعد الارسال ؛ فان أبا اسحاق المروزى قال : لا تجب الدية فى الحربى وتجب فى المرتد ؛ لأن الحـربى كان له رميـه والمرتد ليس له قتله وانمـا قتله الى الامام ، ومن أصحابنا من قال : لا دية فيهما ، والأول هو المنصوص .

وان قطع مسلم يد مسلم ثم ارتد المجروح ثم أسلم ثم مات من الجراحة فهل يجب على الجارح القود ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : ينظر فيه فان أقام فى الردة زماناً تسرى فيه الجراحة لم تجب وعليه القود فى النفس قولا واحدا لأن الجناية فى الإسلام توجب القصاص والسراية فى حال الردة

لا توجب القصاص وقد خرجت الروح منهما فلم يجب القصاص كما لو جرحه جراحة عمدا وجراحة خطأ ومات منهما .

وان أقام فى الردة زمانا لا تسرى فيه الجراحة فهل يجب عليه القصاص فى النفس ؟ فيه قولان :

أحدهما : يجب القصاص لأن الجناية والسراية فى حال الإسلام ؛ وزمان الردة لا تأثير له .

والثانى : لا يجب القصاص لأنه كما لو طلق امرأته ثلاثا فى مرض موته ثم ارتدت ثم مات فانها لا ترثه . ومن أصحابنا من قال : القولان فى الحالين ، لأن الشافعى رحمه الله قال فى الأم : لو قطع ذمى يد مستأمن فنقض العهد فى عهد المستأمن ولحق بدار الحرب ثم عاد بأمان ثم سرت الى نفسه ، فهل على القاطع القود ؟ فيه قولان . ونقض المستأمن العهد كالردة للمسلم .

فرع وان قتل المرتد ذمياً فهل يجب عليه القود ؟ فيه قولان :
(أحدهما) : يجب عليه القود . وهو اختيار الشافعى والمزنى لأنهما كافران فجرى القصاص بينهما كالذميين ؛ ولأن الذمى أحسن حالا من المرتد ، لأنه مقر على دينه والمرتد غير مقر على دينه ، فعلى هذا يجب عليه القصاص سواء رجع الى الإسلام أو لم يرجع ؛ لأن القصاص قد وجب عليه حال الجناية فلم يسقط بالإسلام كالذمى اذا جرح الذمى ثم أسلم الجارح ثم مات .

(والثانى) لا يجب عليه القصاص ، لأنه شخص يجب فى ماله الزكاة فلم يقتل بالذمى كالمسلم ؛ فعلى هذا تجب عليه الدية ، فان رجع الى الإسلام تعلقت الدية بذمته ؛ وان مات أو قتل على الردة تعلقت بماله ؛ وان جرح المسلم ذميا ثم ارتد الجارح ثم مات المجروح لم يجب القصاص قولا واحدا ، وأن قتل الذمى مرتداً فهل يجب عليه القود ؟

قال الخراسانيون من أصحابنا : يبنى على القولين فى المرتد اذا قتل الذمى •

وقال البغداديون من أصحابنا : فيه ثلاثة أوجه (أحدهما) وهو قول أبى على بن أبى هريرة ــ أنه يجب عليه القود ؛ فان عفا عنه أو كانت الجناية خطأ أوجبت فيه الدية ، لأن قتله بالردة للمسلمين • فاذا قتله غيرهم وجب عليه الضمان كما لو قتل رجل رجلا فقتله غير ولى الدم (والثانى) وهو قول أبى الطيب وأبى سعيد الاصطخرى انه يجب عليه القود ، فان عفا عنه أو كانت الجناية خطأ لم يجب عليه الدية ، لأن القود انما يجب عليه لاعتقاد الذمى أنه مثله وأنه مكافىء له ولا يجب عليه الدية ، لأنه لا قيمة لديته (والثالث) وهو قول أبى اسحاق ــ وهو الأصح ــ أنه لا يجب عليه القود ولا الدية • لأن كل من لا يضمنه المسلم بقود ولا دية لم يضمنه الذمى كالحربى • وان قتل المرتد مرتداً فهل يجب عليه القصاص ؟ فيه وجهان حكاهما الصيمرى ؛ أحدهما يجب عليه القصاص لأنه ربما يسلم القاتل •

مسألة اذا حبس السلطان مرتداً فأسلم وخلاه فقتله رجل قبل أن يعلم باسلامه فهل يجب عليه القود ؟ فيه قولان :

(أحدهما) لا يجب عليه القود لأنه لم يقصد قتل من يكافئه ؛ فعلى هذا يجب عليه دية مسلم •

(والثانى) يجب عليه القود ، لأنه الظاهر من المرتد أنه لا يخلى من حبس السلطان وفى دار الإسلام الا بعد اسلامه ، وقال الطبرى : وان أسلم الذمى وقتله المسلم قبل أن يعلم باسلامه أو أعتق العبد فقتله حر قبل أن يعلم بعتقه فهل يجب عليه القود ؟ فيه قولان كالتى قبلها • وأما الزانى المحصن اذا قتله رجل بغير اذن الإمام ففيه وجهان :

(أحدهما) أن عليه القود لأن قتل المحصن الى الامام • فاذا قتله غيره بغير اذنه وجب عليه القود كما لو قتل رجل رجلا فقتله غير ولى الدم •

(والثانى) لا يجب عليه القود ـ وهو المنصوص ـ لما روى أن رجلا قال : « يا رسول الله وجدت مع امرأتى رجلا أفأمهله حتى أقيم البينة ؟ قال نعم » فدل على أنه اذا أقام البينة لا يمهله بل له أن يقتله .

وروى ابن المسيب أن رجلا وجد مع امرأته رجلا فقتله فأشكل فيه الأمر على معاوية رضى الله عنه فكتب فى ذلك الى أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه فسأله أن يسأل علياً رضى الله عنه عن ذلك فقال على رضى الله عنه : ما هذا شىء وقع بأرضنا عزمت عليك الا أخبرتنى فقال له : كتب الى بذلك معاوية ، فقال على : أنا أبو الحسن لها ، ان أقام البينة والا أعطى بزمته (والزمة الحبل الذى يربط به الرجل اذا قدم للقتل) .

ويروى العمرانى فى البيان أن رجلا على عهد عمر رضى الله عنه خرج فى غزوة وترك يهودياً فى بيته يخدم امرأته فلما كان فى بعض الليالى خرج رجل من المسلمين فى سحر فسمع اليهودى يقول :

وأشعث غره الإسلام منى ... خلوت بعرسه ليل التمام

أبيت على ترائبها ويمسى ... على جرد ... الخ ما قال

فدخل عليه الرجل وقتله ، فأخبر بذلك عمر رضى الله عنه فأهدر دم اليهودى ولم تثبت عندى هذه الواقعة لأمور كثيرة ، لأنه فى حاجة الى اثبات احصان اليهودى والى أربعة شهود على الإقرار بالشعر اذا قلنا بصحة الشهادة على الإقرار وقلنا بصحة كونه شعرا ، وقلنا بعدم الرجوع الى الإمام هل يصح ، وسيأتى فى الحدود ، وأخيراً صحة اسناد الرواية .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يجب القصاص على الأب بقتل ولده ، ولا على الأم بقتل ولدها ، لما روى عمر بن الخطاب رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا يقاد الأب من ابنه » فاذا ثبت هذا فى الأب ثبت فى الام . لانها كالاب فى الولادة . ولا يجب على الجد وان علا ، ولا على الجدة وان علت بقتل ولد الولد وان شفل لمشاركتهم الأب والأم فى الولادة واحكامها .

وان ادعى رجلان نسب لقيط ثم قتلاه قبل ان يلحق نسبه باحدهما لم يجب القصاص لأن كل واحد منهما يجوز أن يكون هو الأب ، وان رجعا فى الدعوى لم يقبل رجوعهما ، لأن النسب حق وجب عليهما ، فلا يقبل رجوعهما فيه بعد الاقرار . وان رجعا أحدهما وجب عليه القصاص ، لأنه ثبتت الأبوة للآخر وانقطع نسبه من الراجع .

وان اشترك رجلان فى وطء امرأة وأتت بولد يمكن أن يكون من كل واحد منهما وقتلاه قبل أن يلحق بأحدهما لم يجب القصاص ، وان أنكر أحدهما النسب لم يقبل انكاره ولم يجب عليه القصاص ، لأن بانكاره لا ينقطع النسب عنه ولا يلحق بالآخر بخلاف المسئلة قبلها ، فان هناك لحق النسب بالآخر وانقطع عن الراجع ، وان قتل زوجته وله منها ابن لم يجب عليه القصاص ، لأنه اذا لم يجب له عليه بجنايته عليه فلا يجب عليه بجنايته على أمه ، وان كان لها ابنان أحدهما منه والآخر من غيره لم يجب عليه القصاص لأن القصاص لا يتبعض ، فاذا سقط نصيب ابنه سقط نصيب الآخر ، كما لو وجب لرجلين على رجل قصاص فعفا أحدهما عن حقه ، وان اشترى المكاتب أباه وعنده عبد فقتل أبوه العبد لم يجز للمكاتب أن يقتص منه ، لأنه اذا لم يجب له القصاص عليه بجنايته عليه فلا يجب بجنايته على عبده .

فصل ويقتل الابن بالأب لأنه اذا قتل بمن يساويه فلأن يقتل بمن هو أفضل منه أولى ، وان جنى المكاتب على أبيه وهو فى ملكه ففيه وجهان :

(احدهما) لا يقتص منه ، لأن المولى لا يقتص منه لعبده .

(والثانى) يقتص منه ، واليه أوما الشافعى رحمه الله فى بعض كتبه ، لأن المكاتب ثبت له حق الحرية بالكتابة ، وأبوه ثبت له حق الحرية بالابن ، ولهذا لا يملك بيعه فصار كالابن الحر اذا جنى على أبيه الحر .

فصل وان قتل مسلم ذمياً أو قتل حر عبدا أو قتل الأب ابنه فى المحاربة ففيه قولان (أحدهما) لا يجب عليه القصاص لما ذكرناه من الاخبار ، ولأن من لا يقتل بغيره اذا قتله فى غير المحاربة لم يقتل به اذا قتله فى المحاربة كالمخطىء (والثانى) انه يجب لأن القتل فى المحاربة تأكد لحق الله تعالى ، حتى لا يجوز فيه عفو الوالى ، فلم يعتبر فيه التكافؤ كحد الزنا) .

الشرح حديث عمر بن الخطاب نازع فى صحته ابن نافع وابن

عبد الحكيم وابن المنذر وقالوا ــ واللفظ لابن المنذر ــ قد رووا فى هــذا أخبــاراً •

قلت : والحديث أخرجه الترمذى فى الديات عن أبى سعيد الاشج وابن ماجه فى الديات عن أبى بكر بن أبى شيبة ، كما أخرجه الترمذى فيه عن ابن بشار من حديث ابن عباس ولفظه « لا تقــام الحدود فى المساجد ولا يقتل الوالد بالولد » وأخرجه ابن ماجه عن ابن عباس أيضاً فى الحدود عن هرون ابن محمد بن بكار • وزعم ابن قدامة فى المغنى [1] رواية النســائى له عن عمر ولم أجده هناك • وقد ذكر الحــديثين (أعنى حديث عمر وحديث ابن عباس) ابن عبد البر وقال : هو حديث مشهور عنــد أهل العلم بالحجــاز والعراق ، مستفيض عندهم يستغنى بشهرته عن الاســناد فيه ، حتى يكون الاسناد فى مثله مع شهرته تكلفاً ؛ ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أنت ومالك لأبيك » وقضية هذه الإضافة تمليكه اياه ، فاذا لم تثبت حقيقة الملكية بقيت الإضافة شبهة فى رده القصــاص لأنه يدرأ بالشــبهات ؛ ولأنه سبب ايجاده فلا ينبغى أن يتسلط بسببه على اعدامه • وما ذكرناه يخص العمومات ويفارق الأب سائر الناس •

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : ولا يقتل والد بولد لأنه اجماع ولا حد من قبل أم ولا أب •

وجملة ذلك أن الأب اذا قتل ولده لم يجب عليه القصــاص ؛ وبه قال عمر وابن عباس من الصحابة ، ومن الفقهاء ربيعة والأوزاعى وأبو حنيفــة وأحمد واسحاق • وقال ابن نافع وابن عبــد الحكم وابن المنذر : يقتل به لظاهر الكتاب والاخبار الموجبة للقصاص ؛ ولأنهما حران مسلمان من أهل القصاص فوجب أن يقتل كل واحد منهما بصاحبه كالأجنبيين •

---

(١) من أمهات الكتب فى الشريعة على مذهب أحمد ولم يعن أحد بتحقيق أحاديثه وتحرير اقواله فى هوامش دقيقة مدروسة ، وقد حاولنا ذلك فى هامش نسختنا .

وقال مالك : ان رماه بالسيف فقتله لم يقتل لأنه قد يريد بذلك التأديب، وان أضجعه وذبحه قتل به • دليلنا ما روى عمر وابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا يقاد والد بولده » ولأن كل من لا يقتل به اذا رماه بالسيف لم يقتل به ان أضجعه وذبحه كالمسلم اذا ذبح الكافر •

فان قيل : ما معنى قول الشافعى لأنه اجماع ، ومالك يخالف ؟ فله تأويلان أحدهما أنه أراد به اجماع الصحابة ؛ لأنه روى عن عمر وابن عباس ولا مخالف لهما فى الصحابة ، والثانى أنه أراد اذا رماه بالسيف فانه اجماع، ولا تقتل الأم ولا أحد من الجدات من قبل الأم أو الأب ، ولا أحد من الأجداد من قبل الأب والأم بالولد وان سفل •

قال الطبرى : وذكر صاحب التلخيص قولا آخر أن غير الأب من الأمهات والأجداد يقتلون بالولد • قال أصحابنا : ولا يفرق هذا للشافعى ، ولعله قاس على رجوعهم فى هبتهم له فان فيه قولين عند الخراسانيين • والدليل عليه الحديث « لا يقاد والد بولده » والوالد يقع على الجميع ، ولأن ذلك حكم يتعلق بالولادة فشاركوا فيه الأب كالعتق بالملك ووجوب النفقة •

فرع وان أدعى رجلان نسب لقيط ولا بينة لأحدهما عرض على القافة — فان قتلاه قبل أن يلحق بأحدهما — لم يجب على أحدهما قود لأن كل واحد منهما يجوز أن يكون أباه ، فان رجعا عن الاقرار بنسبه لم يسقط نسبه عن أحدهما ، لأن معنى من أقر بنسب احتمل صدقه لم يجز اسقاطه برجوعه ، فان رجع أحدهما وأقام الآخر بينة على دعواه انتفى نسبه عن الراجع ولحق بالآخر لأن رجوع الراجع لا يسقط نسبه ؛ ويسقط القصاص عن الذى لحق نسبه به ، ويجب القصاص على الراجع ، لأنه شارك الأب ؛ ولا يكون القصاص للأب لأنه قاتل ، بل يكون لورثة القتيل ، ويجب على الأب لهم نصف الدية •

وان تزوج رجل امرأة فى عدتها من غيره ووطئها جاهلا بالتحريم وأتت بولد يمكن أن يكون من كل واحد منهما فتلاه قبل أن يلحق بأحدهما لم

يجب على أحدهما قود لجواز أن يكون كل واحد منهما أباه ، فان رجعا لم يقبل رجوعهما فان رجع أحدهما وأقدم الآخر على الدعوى لم يسقط نسبه عن الراجع ولم يجب عليه القود ، ويفارق التى قبلها لأن الأبوة هناه ثبتت بالاعتراف فقبل رجوعه مع اقامة الآخـر على الدعوى ، وههنا الأبوة ثبتت بالفراش فلم تسقط بالرجوع •

فـــرع وان قتل رجل زوجة وله منها ابنى لم يجب له على الأب القود ، لأنه اذا لم يقد به اذا قتله لم يجب عليه القود بالإرث من أمه ، وان كان لها ابنان أحدهما من زوجها القاتل لها والثانى من آخر لم يجب على الزوج القود ؛ لأن القود يكون مشتركا بين الاثنين ؛ والابن لا يثبت له القود على أبيه ، فاذا سقط حقه من القـود سقط حق شريكه ، كما لو ثبت القود على رجلين فعفى أحدهما •

مســـألة قوله « ويقتل الابن بالأب الخ » فجملة ذلك أن الولد يقتل بالوالد لأن الوالد أكمل منه فقتل به ؛ كما قتل الكافر بالمسلم والعبد بالحر والمرأة بالرجل وذلك كله اجماع ، فان كان هناك رجل له زوجة وهما متوارثان وبينهما ابنان فقتل أحد الابنين أباهما عمداً ثم قتـل الابن الآخر أمهما عمداً فان القصاص يجب على قاتل الأم ويسقط عن قاتل الأب ؛ لأنه لما قتل الابن الأب لم يرثه ، وانما ترث الزوجة الثمن وقاتل الأم الباقى وملكا عليه القـود ، فلما قتل الابن الآخر الأم لم يرثها وانما يرثها قاتل الأب وقد كانت تملك عليه ثمن القود وانتقل ذلك اليه ، فاذا ملك بعض ما عليـه من القود سقط عنه القود لأنه لا يتبعض فسقط الجميع ؛ وكان لقـاتل الأب القود على قاتل الأم ، لأنه لا وارث لها سواه ، ولقاتل الأم على قاتل الأب سبعة أثمان دية الأب ؛ فان عفـا قاتل الأب عن قاتل الأم وجب له عليه دية الأم ؛ وهل يسقط عن كل واحد منهما ما يسـاوى ماله على الآخـر ؟ على الأقوال الأربعة فى المقاصصة •

فاذا قلنا : يسقط بقى على قاتل الأب ثلاثة أثمان دية الأب ، فاذا قلنا : لا يسقط أدى كل واحد منهما ما عليـه للآخر ، وان اقتضى قاتل الأب من

قاتل الأم . فان كان لقاتل الأم ورثة غير قاتل الأب طالبوه بسبعة أثمان دية الأب ، وان لم يكن له وارث غيره فهل يرثه ؟ فيه وجهان فى القاتل بالقصاص هل يرث ؟ الصحيح أنه لا يرثه ، فأما اذا لم ترث الزوجة من الزوج — فان كانت بائنا منه أو كانت غير بائن منه الا أن أحدهما جرح أباه وجرح الآخر أمه ثم خرجت روحاهما فى حالة واحدة فان كل واحد من الاثنين لا يرث ممن قتله ، ولكنه يرث الابن الآخر . واختلف أصحابنا هل يثبت القود فى ذلك ؟ فقال أكثرهم : يجب لكل واحد منهما القود على أخيه ؛ لأن كل واحد منهما ورث من قتله أخوه فوجب له على أخيه القود ، فعلى هذا ان كان قاتل الأب قتله أولا اقتص منه قاتل الأم ، فان كان لقاتل الأب وارث غير قاتل الأم اقتص من قاتل الأم ، وان لم يكن له وارث غير قاتل الأم — فان قلنا : ان القتل بالقصاص لا يمنع الميراث — ورث القود على نفسه وسقط . وان قلنا : ان القتل بالقصاص يمنع الميراث انتقل القصاص الى من بعده من العصبات ؛ فان لم تكن عصبة كان القصاص الى الإمام ، وان قتلاهما فى حالة واحدة أو جرحاهما وخرجت روحاهما فى حالة واحدة ثبت لكل واحد منهما القصاص على صاحبه ولا يقدم أحدهما على الآخر بل ان تشاحا فى البادىء منهما أقرع بينهما ، فاذا خرجت القرعة لأحدهما فاقتص ، أو بادر أحدهما بقتل الآخر من غير قرعة فقد استوفى حقه ولوارث المتوفى أن يقتل الابن المقتص ؛ وان كان المقتص من ورثته فهل يرثه ؟ على الوجهين ؛ الصحيح لا يرثه .

وقال ابن اللبان : القصاص لا يثبت ههنا لأنه لا سبيل الى أن يستوفى كل واحد منهما القصاص من صاحبه ، فلو بدأ أحدهما فاقتص من أخيه بطل حق المقتص منه من القصاص ، لأن حقه ينتقل الى وارثه ان شاء قتل وان شاء ترك . وأما القرعة فلا تستعمل فى اثبات القصاص ، فعلى هذا يكون على قاتل الأب دية الأم لقاتل الأب .

قال ابن اللبان : فان مات أحد القاتلين قبل أن يتحاكما كان لورثة الميت أن يقتلوا الآخر ، ويرجع الآخر أو وارثه فى تركة الميت بدية الذى قتله الميت من الأبوين ، ولا يقال ان القصاص سقط ثم وجب لأنه لم يثبت لا لأنه لم

يجب ولكن لم يثبت لتعذر الاستيفاء ، واذا أمكن الاستيفاء ثبت ، والأول هو المشهور •

بقى أن تعرف أن الشريعة السمحة جعلت لولى الدم الحق فى استيفاء حقه أو العفو عن القصاص اكتفاء بالدية أو العفو عنهما ، وما جر الى انتشار جرائم الثأر فى ديارنا المصرية لاسيما فى الصعيد الا اغفال القوانين الوضعية هذا الجانب الأصلى فى استقرار الأمن فى البلاد ، فان ركون المرء الى من يتولى الحكم فى قضيته بما أنزل الله يجعله قابلا كل حكم يصدر ، وقد ينشر التسامح والعفو بينهم (فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء اليه باحسان) ومن تم تتلاشى أسباب الغمر والسخائم والأحقاد التى تنمو بنمو الثأر • وقد نبه على هذا المستشار أحمد موافى النائب العام الأسبق فى كتابه بحث مقارن بين الشريعة والقوانين الوضعية ولا شك أن مراعاة شعور ولى الدم له أثره فى امتصاص غضبه وتهدئة ثائرته • وحرص الشرع على ألا يهدر دم فى الاسلام يطفىء الاحن بين الناس ويحسم ما بينهم من نزاع واضغان (ومن أصدق من الله حكماً لقوم يوقنون) •

فـــرع اذا كان هناك أربعة اخوة يرث بعضهم بعضاً فقتل الكبير الذى يليه وقتل الثالث الصغير ، وجب القصاص على الثالث وعلى الكبير نصف الدية لأن الكبير لما قتل الثانى وجب عليه القصاص للثالث والرابع ، فلما قتل الثالث الرابع وجب القصاص على الثالث الكبير وسقط القصاص عن الكبير لأنه وارث بعض دم نفسه عن الرابع فسقط عنه القصاص ووجب عليه للثالث نصف دية الثانى • وان قتل رجل ابن أخيه وورث المقتول أبوه ثم مات أبو المقتول ولم يخلف وارثاً غير القاتل فانه يرثه ويسقط عنه القصاص لأنه ملك جميع ما ملكه أبو المقتول فكأنه ملك دم نفسه فسقط عنه القصاص •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وتقتل الجماعة بالواحد اذا اشتركوا فى قتله ، وهو أن يجنى كل واحد منهم جناية لو انفرد بها ومات أضيف القتل اليه ووجب القصاص عليه ، والدليل عليه ما روى سعيد بن المسيب « أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قتل سبعة أنفس من أهل صنعاء قتلوا رجلا ، وقال : لو تمالأ فيه أهل صنعاء لقتلهم » ولأنا لو لم نوجب القصاص عليهم جعل الاشتراك طريقا الى اسقاط القصاص وسفك الدماء .

فان أشترك جماعة فى القتل وجناية بعضهم عمداً وجناية البعض خطأ لم يجب القصاص على واحد منهم لأنه لم يتمكن قتل العمد فلم يجب القصاص .

وان اشترك الأب والأجنبى فى قتل الابن وجب القصاص على الاجنبى ، لأن مشاركة الأب لم تغير صفة العمد فى القتل فلم يسقط القود عن شريكه . كمشاركة غير الأب .

وان أشترك صبى وبالغ فى القتل ـ فان قلنا ان عمد الصبى خطأ ـ لم يجب القصاص على البالغ لأن شريكه مخطىء . وان قلنا : أن عمده عمد وجب ، لأن شريكه عامد فهو كشريك الأب .

وان جرح رجل نفسه وجرحه آخر أو جرحه سبع وجرحه آخر ومات ، ففيه قولان :

(أحدهما) يجب القصاص على الجارح لأنه شاركه فى القتل عامداً فوجب عليه القصاص كشريك الأب (والثانى) لا يجب لأنه اذا لم يجب على شريك المخطىء وجنايته مضمونة فلأن لا يجب على شريك الجارح نفسه السبع وجنايتهما غير مضمونة أولى . وان جرحه رجل جراحة وجرحه آخر مائة جراحة وجب القصاص عليهما ، لأن الجرح له سراية فى البدن وقد يموت من جرح واحد ولا يموت من جراحات فلم تمكن اضافة القتل الى واحد بعينه ولا يمكن اسقاط القصاص فوجب على الجميع . وان قطع أحدهما يده وحز الآخر رقبته أو قطع حلقومه ومريئه أو شق بطنه فأخرج حشوته ، فالأول قاطع يجب عليه ما يجب على القاطع والثانى قاتل لأن الثانى قطع سراية القطع فصار كما لو اندمل الجرح ثم قتله الآخر ، وان قطع أحدهما حلقومه ومريئه او شق بطنه وأخرج حشوته ثم حز الآخر رقبته فالقاتل هو الأول لأنه لا تبقى بعد جنايته حياة مستقرة وانما يتحرك حركة مذبوح ولهذا يسقط حكم كلامه فى الاقرار والوصية والاسلام والتوبة . أن أجافه جائفة يتحقق الموت منها

الا أن الحيـاة فيه مستقرة ثم قتله الآخر كان القاتل هو الثـانى ، لأن حـكم الحياة باق . ولهذا اوصى عمر رضى الله عنه بعد ما سقى اللبن وخرج مـن الجرح ووقع الاياس منه فعمل وصيته فجرى مجرى المريض المأيوس منـه اذا قتل . وان جرحة رجل فداوى جرحه بسم غير موح الا انه يقتـل فى الغالب ، او خاط جرحه فى لحم حى او خاف التاكل فقطعه فمات ففى وجوب القتل على الجانى طريقان من أصحابنا من قال : فيه قـولان (أحدهما) يجب عليه القتل . (والثانى) لا يجب لأنه شاركه فى القتل من لا ضمان عليه فكان فى قتله قولان ، كالجارح اذا شاركه المجروح أو السبع فى الجرح ومنهم مـن قال : لا يجب عليه القتل قولا واحدا لان المجروح ههنا لم يقصد الجناية و انما قصد المداواة فكان فعله عمد خطأ فلم يجب القتل على شريكه والمروح هنـاك والسبع قصدا الجناية فوجب القتل على شريكهما ، وان كان على رأس مولى عليه سلعة فقطعها وليه أو جرحه رجل فداواه الولى بسم غير موح او خاط جرحه فى لحم حى ومات ففيه قولان : (أحدهما) يجب على الولى القصاص لانه جرح جرحا مخوفا فوجب عليه القصاص كما لو فعله غير الولى (والثانى) لا قصاص عليه لأنه لم يقصد الجناية وانما قصد المداواة وله نظر فى مداواته فلم يجب عليه القصاص ، فان قلنا : يجب عليه القصاص وجب على الجارح لانهما شريكان فى القتل ، وان قلنا لا قصاص عليه لم يجب على الجارح لانه شارك من فعـله عمد خطأ) .

الشرح فى هذا الفصل لغات ؛ فقوله حشوته يقال حشـوة هى بالكسر والضم . وحلقومه مجرى النفس ؛ وهو القصـبة والمرىء مدخل الطعـام والشراب وقوله « غير موح » أى غير مسرع ؛ والوحا السرعة ؛ وقوله عليه سلعة ، بالسـلعة بالكسر زيادة فى البـدن كالجوزة وتكون فى مقدار حمصة الى بطيخة ، والسلعة بالفتح الجراحة ، والجائفة الطعنة التى تبلغ الجوف ، وجافه الدواء فهو مجوف اذا دخل جوفه ، وفى الحديث « فى الجائفة ثلث الدية » .

أما الأحكام فان الجمـاعة تقتل بالواحد ، وهو أن يجنى عليه كل واحد منهم جناية لو انفرد بها مات منها وجب عليه القصـاص ، وبه قال من الصحابة عمر وعلى وابن عباس والمغيرة بن شعبة . ومن التابعين ابن المسيب وعطاء والحسن وأبو سلمة . ومن الفقهاء الأوزاعى والثورى ومالك وأحمد وأبو حنيفة واسحاق وأبو ثور . وقال محمد بن الحسن ليس هذا بقيـاس وانما صرنا اليه من طريق الأثر والسنة .

وقال ابن الزبير ومعاذ بن جبل والزهرى وابن سيرين : لا يقتل الجماعة بالواحد بل للولى أن يختار واحدا منهم فيقتله ويأخذ من الباقين حصتهم من الدية وقال ربيعة وداود : يسقط القصاص ، وبه قال حبيب بن أبى ثابت وعبد الملك وابن المنذر ، وحكاه ابن أبى موسى عن ابن عباس •

ووجه قول ابن الزبير ومن قال مثله أن كل واحد منهم مكافىء له فلا تستوفى أبدال بمبدل واحد كما لا تجب ديات لمقتول واحد ؛ ولأن الله تعالى قال (الحر بالحر) وقال (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) فمقتضاه أنه لا يؤخذ بالنفس أكثر من نفس واحدة ؛ ولأن التفاوت فى الأوصاف يمنع ، بدليل أن الحر لا يؤخذ بالعبد ، والتفاوت فى العدد أولى • قال ابن المنذر : لا حجة مع من أوجب قتل جماعة بواحد •

دليلنا قوله تعالى (ولكم فى القصاص حياة) فأوجب القصاص لاستيفاء الحياة ، وذلك أنه متى علم الانسان أنه اذا قتل غيره قتل به لم يقدم على القتل ، فلو قلنا : لا تقتل بالواحد لكان الاشتراك يسقط القصاص ، وسقط هذا المعنى • وقوله تعالى (ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطانا) والسلطان القصاص ، ولم يفرق بين أن يقتله واحد أو جماعة • وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ثم أنتم يا خزاعة قد قتلتم هذا القتيل من هذيل ؛ وأنا والله عاقله فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية » وقد أخرج مالك فى الموطأ أن عمر رضى الله عنه « قتل سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا ، وقال : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً » وموضع الدليل « فمن » وهو يستغرق الجماعة والواحد •

فرع وان اشترك اثنان فى قتل رجل وأحدهما يجب عليه القود ؛ ولو انفرد دون الآخر نظرت ــ فان كان سقوط القود عن أحدهما لمعنى فى فعله ، مثل أن كان أحدهما مخطئاً والآخر عامداً ــ لم يجب القصاص على واحد منهما ؛ وبه قال أبو حنيفة وأحمد • وقال مالك : يجب القصاص على العامد منهما • دليلنا أن الروح لم تخرج عن عمد الاثنين فلم يجب عليه القصاص ، كما لو جرحه خطأ فمات منه •

وان شارك الصبى والمجنون ــ وهما عامدان ــ فى الجناية بنى ذلك على عمدهما ؛ وفيه قولان (أحدهما) أن عمدهما فى حكم الخطأ ؛ وبه قال مالك وأبو حنيفة لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبى حتى يحتلم وعن النائم حتى يستيقظ ؛ وعن المجنون حتى يفيق » فأخبر أن القلم مرفوع عنهما فدل على أن عمدهما فى حكم الخطأ ؛ ولأن عمدهما لو كان فى حكم العمد لوجب عليهما القصاص ، فعلى هذا لا يجب على من شاركهما فى الجناية ؛ وانما سقط القصاص عنهما لمعنى فى أنفسهما كشريك الأب ، ولأن الصبى لو أكل فى الصوم عامداً لبطل صومه ؛ فلولا أن لعمده حكما لما بطل صومه . هكذا ذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ . وقال المسعودى : المجنون الذى لا يميز ، والطفل الذى لا يعقل مثله عمدهما خطأ قولا وحداً ، فلا يجب على شريكهما القصاص ، وان شارك من لا ضمان عليه مثل أن جرح نفسه وجرحه آخر ، أو جرحه سبع وجرحه آخر أو قطعت يده بقصاص أو سرقه وجرحه آخر ومات فهل يجب القصاص على الشريك الذى عليه الضمان ؟ فيه قولان (أحدهما) يجب عليه القصاص ، لأنه شارك فى القتل عامداً فوجب عليه القصاص كشريك الأب (والثانى) لا يجب عليه القصاص اذا شارك من لا ضمان عليه أولا .

فرع وان جرحه رجل جراحة يقتل منها عامداً فداوى نفسه بسم فمات نظرت ــ فان كان سماً موحياً يقتل فى الحال لم يجب على الجارح قصاص فى النفس لأنه قطع سراية جرحه بالسم ؛ فصار كما لو جرحه رجل ثم ذبح نفسه وان كان السم قد يقتل وقد لا يقتل ؛ والغالب أنه لا يقتل لم يجب على الجارح قصاص فى النفس لأنه مات من فعلين ، وأحدهما عمد خطأ ، فهو كما لو شارك العامد مخطئاً ، وان كان السم قد يقتل وقد لا يقتل والغالب أنه يقتل بأن وضع سيانيد البوتاسيوم على الجرح فهل يجب القصاص لى الجارح فى النفس ؟ اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال فيه قولان لأنه شارك قاصداً الى الجناية ولا يجب عليه الضمان ، فهو كما لو جرح نفسه وجرحه آخر ، أو جرحه سبع وجرحه آخر ، ومنهم من قال لا يجب عليه القصاص قولا واحداً ؛ لأنه لم يقصد الجناية على نفسه وانما

قصد المداواة فصار فعله عمد خطأ بخلاف شريك السبع وشريك من جرح نفسه وأنهما قصدا الجناية •

فـــرع وان جرحه رجل فخيط جرحه فمات نظرت ــ فان خيط فى لحم ميت كاللحم اذا قطعــه السيف فان القود يجب على الجــارح لأنه لا سراية للخياطة فى اللحم الميت ؛ وان حيط فى اللحم الحى نظرت ــ فان خاطه المجروح بنفسه أو خاطه غيره بأمره ــ فهل يجب القود على الجــارح فى النفس ؟ فيه طريقان كما قلنا فيه اذا داوى جرحه بسم قد يقتــل وقــد لا يقتل ، الا أنه يقتل فى الغالب ، وان خاطه أجنبى بغير اذنه أو أكرهه على ذلك وجب القود على الجــارح والذى خاط الجراحة لأنهما قاتلان ، وان خاطه السلطان وأكرهه على ذلك ، فان كان لا ولاية له عليه كان كغيره من الرعية فيجب عليه القود فى النفس مع الجارح وان كان له على المجروح ولاية بأن كان صــغيراً أو مجنوناً أو خاطها الولى عليه غير السلطان أو كان على المولى عليه سلعة فقطعها وليه فمات ، فهل يجب عليه القود ؟ فيه قولان :

(أحدهما) يجب عليه القود لأنه جرح جرحاً مخوفا فوجب عليه القود ، فعلى هذا يجب على شريكه وهو الجارح القود (والثانى) لا يجب عليــه القود لأنه لم يقصد الجناية وانما قصد المداواة فصار فعله عمد خطأ ، فعلى هذا لا يجب عليه أو على شريكه القــود فى النفس • ويجب على كل واحد منهما نصف ديته مغلظة ، وهل يكون ما وجب على الامام من ذلك فى ماله أو فى بيت المال ؟ فيه قولان يأتى بيانهما ان شاء الله تعالى •

فـــرع وان جرح رجل رجلا جرحا وجرحه آخر مائة جرح ثم مات فهما شريكان فى القتل ؛ فيجب عليهما القود ، لأنه يجوز أن يموت من الجرح الواحد كما يجوز أن يموت من المائة ؛ واذا تساوى الجميع فى الجواز فاظاهر أنه مات من الجميع فصارا قاتلين فيجب عليهما القــود ، وان عفــا عنهما وجبت الدية عليهما نصفين ولا تقسط الدية على عدد الجراحات كمــا قلنا فى الجلاد اذا زاد جلده على ما أمر به فى أحد القولين ، لأن الأســواط متماثلة والجراحات لها مور فى البــدن أى قطع • وقد يجــوز أن تكون

الواحدة منها هى القاتلة وحدها دون غيرها ؛ وان أجافه رجل جائفة وجرحه آخر جراحة غير جائفة ثم مات منهما فهما سواء ، وكون احداهما أعمق من الأخرى لا يمنع من تساويهما كما لا يمنع زيادة جراحات أحدهما فى العدد والتساوى بينهما •

فـــرع اذا قطع رجل حلقوم رجل أو ضربه ثم جاء آخر فقطعه نصفين أو خرق بطنه وقطع أمعاءه وأبانها منه ثم جاء آخر فذبحه فالأول قاتل يجب عليه القود ولا يجب على الثانى الا التعزير ؛ لأن بعد جنـاية الأول لا يبقى فيه حياة مستقرة ؛ وانما يتحرك كما يتحرك المذبوح ؛ ولأنه قد صار فى حكم الموتى بدليل أنه لا يصح اسلامه ولا توبته ، ولا يصح بيعـه ولا شراؤه ولا وصيته ولا يرث وان جنى لم يجب عليه شىء فصار كما لو جنى على ميت •

وان قطع الأول يده أو رجله ثم حز الآخر رقبته أو أجافه الأول ثم قطع الثانى رقبته فالأول جارح يجب عليه ما يجب على الجارح والثانى قاتل ؛ لأن بعد جنـاية الأول فيه حيـاة مستقرة ؛ لأنه قد يعيش اليوم واليومين وقد لا يموت من هذه الجناية ، بدليل أنه يصح اسلامه وتوبته وبيعـه وشراؤه ووصيته ، ولهذا لما طعن أبو لؤلؤة المجوسى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى بطنه فجاءة الطبيب وسقاه لبنا فخرج اللبن من بطنه ، فقال له : اعهد الى الناس ، فعهـد عمر رضى الله عنـه ثم مات فعملت الصـحابة رضوان الله عليهم بعهده فصار كالصحيح ، والله تعالى أعلم بالصواب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(باب ما يجب به القصاص من الجنايات)

اذا جرحه بما يقطع الجلد واللحم كالسيف والسكين والسنان ، أو بما حدد من الخشب والحجر والزجاج و غيرها أو بما له مور وبعد غور كالمسلة والنشاب وما حدد من الخشب والقصب مات منه وجب عليه القود ، لأنه قتله بما يقتـل غالباً ، وان غرز فيه ابرة ـ فان كان فى مقتل كالصدر والخاصرة والعين وأصول الأذن فمات منه ـ وجب عليه القود ، لأن الاصابة بها فى المقتل ، كالاصـــابة

بالسكين والمسلة فى الخوف عليه ، وان كان فى غير مقتل كالآلية والفخذ نظرت ـ فان بقى منه ضمناً الى أن مات ـ وجب عليه القود ، لأن الظاهر أنه مات منة وان مات فى الحال ففية وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى اسحاق انه يجب عليه القود لأن له غوراً وسراية فى البدن . وفى البدن مقاتل خفية .

(والثانى) وهو قول أبى العباس وأبى سعيد الاصطخرى أنه لا يجب لأنه لا يقتل فى الغالب فلا يجب به القود ، كما لو ضربه بمثقل صغير ، ولأن فى المثقل فرقاً بين الصغير والكبير ، فكذلك فى المحدد .

الشرح اللغات : المور الموج والاضطراب والجريان ، ومار الدم يمور موراً جرى ، وأماره أساله ، ومار السنان فى المطعون اذا قطعه ودخل فيه .

قال الشاعر :

وأنتم أناس تفمضون من القنا اذا مار فى أكتافكم وتأطرا

ويقولون : فلان لا يدرى ما سائر من مائر ؛ فالمائر السيف القاطع الذى يمور فى الضريبة موراً ، والسائر بيت الشعر المروى المشهور . أما الغور فهو قعر كل شىء . وقوله « ضمناً » هو الذى به الزمانة فى جسده من بلاء أو كسر أو غيره .

أما الأحكام فانه اذا جرح رجل رجلا بما يجرح بحده السيف والسكين أو بما حده من الرصاص والقصب والذهب والخشب أو بالليطة وهى القصبة المشقوقة أو بما له مور فى البدن كالسنان والسهم والمغراز الذى يثقب به الاسكاف النعل والمسلة ـ وهى المخيط ـ فمات منها ـ وجب على الجارح القود ؛ سواء كان الجراح صغيراً أو كبيراً أو سواء مات فى الحال أو بقى متألما الى أن مات ، وسواء كان فى مقتل أو فى غير مقتل ، لأن جميع ذلك يشق اللحم ويبضعه ويقتل غالباً وأما اذا غرز فيه ابرة فمات نظرت ـ فان غرزها فى مقتل مثل أصول الأذنين والعين والقلب والأنثيين

وجب عليه القود لأنها تقتل غالباً اذا غرزت فى هـذه المواضع ، وان غرزت فى غير مقتل كالأليه والفخذ ، قال ابن الصباغ : فان بالغ فى ادخالها فيهـا وجب عليه القود ، وان لم يبالغ فى ادخالها بل غرزها فاختلف أصحابنا فيـه فقال الشيخان أبو حامد الاسفراييني وأبو اسحاق المروزى : ان بقى من ذلك متألما الى أن مات فعليه القود ، لأن الظاهر أنه مات منه •

وان مات فى الحال ففيه وجهان : قال أبو اسحاق : يجب عليه القود لأن الشافعى رحمه الله قال سواء صغر الجرح أو كبر فمات المجروح فان القود يجب فيه • ولأنه جرحه بحديدة لها مورة فى البدن فوجب فيها القود كالمسلة•

وقال أبو العباس بن سريج وأبو سعيد الاصطخرى : لا يجب به القود لأن الجالب أن الانسان لا يموت من غرز الابرة ، فاذا مات علمنا أن موته وافق غرزها فهو كما لو رماه ببعرة أو ثوب فمات ، كالذى يموت بالسكتة القلبيه فى اللحظة التى يضربه آخر بعصا لا يموت من مثلها ، وقد دخل علم الطب الشرعى والتشريح الدارس لأسباب الجناية فى مثل هذه الحالات فحـدد أسباب الوفاة بطرق قطعية أو شبيهة بالقطعية هى أقرب الوسائل للوصول الى ما هو الحق ، اذا تولى ذلك أثنان من الأطباء الشرعيين الثقات العدول ، لأننا نقول فيهما ما سبق أن قلناه فى القافة فى اتفاقهما واختلافهما وتطابقهما وتناقضهما •

واعترض ابن الصباغ على هذا فقال : لا وجه لهـذا التفصيل عندى ، لأنه اذا كانت العلة لا تقتل غالباً فلا وصل بين أن يبقى ضمناً منه أو يموت فى الحال ، فان قيل : لأنه اذا لم يزل ضمنا منه فقد مات منه ، واذا مات فى الحال فلا يعلم أنه مات منه ، قال فكان ينبغى أن يكون الوجهان فى وجوب الضمان دون القود ، فيراعى فى الفعل أن يكون بحيث يقتل فى الغالب ، ألا ترى أن الناس يحتجمون ويفتصدون ؟ أفترى ذلك يقتل فى الغـالب وهم يقدمون عليه ، وقال المسعودى : هل يجب عليه القود ؟ فيه وجهـان من غير تفصيل •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان ضربه بمثقل نظرت فان كان كبيرا من حديد أو خشب أو حجر فمات منه وجب عليه القود لما روى أنس رضى الله عنه أن يهودياً قتـل جارية على أوضاح لها بحجر ، فقتله رسـول الله صلى الله عليـه وسـلم بين حجرين » ولأنه يقتل غالباً فلو لم يجب فيه القود جعـل طريقـاً الى اسـقاط القصاص وسفك الدماء . وان قتله بمثقل صغير لا يقتل مثله كالحصاة والقلم فمات لم يجب القود ولا الدية ، فعلم أنه لم يمت مـن ذلك ، وان كان بمثقـل قد يموت منه وقد لا يموت كالعصا . فان كان فى مقتل وفى مريض او فى صغير أو فى حر شديد أو فى برد شديد أو والى عليه الضرب فمات وجب عليـــه القود ، لأن ذلك يقتل غالباً فوجب القود فيه .

وان رماه من شاهق أو رمى عليه حائطاً فمات وجب القود فيه ، لأن ذلك يقتل فى الغالب ، وان خنقه خنقاً شديداً او عصر خصيتيه عصراً شديداً او غمه بمخدة أو وضع يده على فيه ومنعه التنفس الى أن مات وجب القود لأن ذلك يقتل فى الغالب ، وان خنقه ثم خلاه وبقى منه متألما الى أن مات وجب القود ، لأنه مات من سراية جنايته ، فهو كما لو جرحه وتألم منـــه الى أن مات ، وان تنفس وصح ثم مات لم يجب القود ، لأن الظاهر انه لم يمت منـــه فلم يجب القود ، كما لو جرحه واندمل الجرح ثم مات .

فصـــل وان طرحه فى نار أو ماء ولا يمكنه التخلص منه لكثرة المـاء والنار أو لعجزه عن التخلص بالضعف ، أو بأن كتفه والقاه فيـه ومات وجب القود لأنه يقتل غالباً ، وان القاه فى ماء يمكنه التخلص منه فالتقمه حوت لم يجب القود ، لأن الذى فعله لا يقتل غالبا ، وان كان فى لجة لا يتخلص منهـا فالتقمه حوت قبل أن يصل الى الماء ففيه قولان (أحدهما) يجب القود لأنه ألقاه فى مهلكة فهلك (والثانى لا يجب لأن هلاكه لم يكن بفعله) .

الشرح حديث أنس أخرجه البخـارى فى الديات عن محمـد وعن حجاج بن منهال وعن اسحاق وعن مسدد وعن محمد بن بشار ، وفى الطلاق وفى الوصايا عن حسان بن أبى عباد وفى الاشخاص عن موسى بن اسماعيل وأخرجه مسلم فى الديات عن محمد بن المثنى ومحمد بن بشار وعن هداب وعن عبد بن حميد وأخرجه أبو داود فى الديات عن عثمـان بن أبى شيبة وأحمد بن صالح ومحمد بن كثير وأخرجه الترمذى فى الديات عن على ابن حجر والنسائى فى القود عن على بن حجر وعن اسحاق بن ابراهيم وعن

محمد بن عبد الله وعن اسماعيل بن مسعود ، وفى المحاربة عن أحمد بن عمرو بن السرح والحارث بن مسكين وابن ماجه فى الديات عن على بن محمد ابن بشار وأخرجه أيضاً أحمد والدارقطنى « أن يهوديا رض رأس جارية بين حجرين ؛ فقيل لها من فعل بك هذا ؟ فلان أو فلان حتى سمى اليهودى ، فأومأت برأسها ، فجىء به فاعترف فأمر النبى صلى الله عليه وسلم فرض رأسه بحجرين » .

وفى رواية لمسلم « فقتلها بحجر فجىء بها الى النبى صلى الله عليه وسلم وبها رمق » وفى رواية أخرى « قتل جارية من الأنصار على حلى لها ثم ألقاها فى قليب ورضخ رأسها بالحجارة فأمر به أن يرجم حتى يموت ، فوجم حتى مات » .

أما اللغات فالمثقل بضم الميم وفتح الثاء المثلثة وتشديد القاف المفتوحة بصيغة المفعول والمثقلة بالتأنيث كلاهما رخامة ونحوها يثقل بها البساط .

أما الأوضاح فهى جمع وضح ؛ يقال درهم وضح ؛ نقى أبيض على النسب ؛ والوضح الدرهم الصحيح والأوضاح حلى من الدراهم الصحاح . وحكى ابن الأعرابى أعطيته دراهم أوضاحا كأنها ألبان شوك رعت بدكداك مالك ؛ مالك رمل بعينه وقلما ترعى الابل هنالك الا الحلى وهو أبيض ؛ فشبه الدراهم فى بياضها بألبان الابل التى لا ترعى الا الخلى ، وضح القدم بياض أخمصه .

وقوله : « غمه بمخدة » غممته غطيته فانغم .

أما الأحكام فانه ان ضربه بمثقل فمات منه ــ فان كان يقتل مثل الحجر الكبير أو الخشبة أو الدبوس أو رمى عليه حائطا أو سقفاً وما أشبهه ــ وجب عليه القود . وبه قال مالك وابن أبى ليلى وأبو يوسف ومحمد . وقال النخعى والشعبى والحسن البصرى وأبو حنيفة : لا يجب القصاص بالمثقل .

دليلنا ما روى طاوس عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله

عليه وسلم قال : « العمد قود الا أن يعفو ولى المقتول » والخطأ دية لا قود. فيه ولم يفرق وروى أنس الحديث الذى ساقه المصنف فى الفصل وخرجناه آنفا • قال العمرانى : وفى هذا الخبر فوائد •

احداها : أن القود يجب بالقتل بالمثقل • الثانية : أنه يستقاد به • الثالثة : أن اليهودى يقتل بالمسلم • الرابعة : أن الرجل يقتل بالمرأة • الخامسة : أن الإشارة حكم لأنه لو لم يكن لها حكم لأنكر عليهم النبى صلى الله عليه وسلم •

قلت مذهبنا ومذهب الجمهور ــ وحكى ابن المنذر الاجماع عليه الا رواية عن على ــ وعن الحسن وعطاء أن الرجل يقتل بالمرأة ؛ ورواه البخارى عن أهل العلم •

قال الشوكانى فى النيل : وروى فى البحر عن عمر بن عبد العزيز والحسن البصرى وعكرمة وعطاء ومالك وأحد قولى الشافعى أنه لا يقتل الرجل بالمرأة ، وانما تجب الدية • وقد رواه عن الحسن البصرى أبو الوليد الباجى والخطابى • وحكى هذا القول صاحب الكشاف عن الجماعة الذين حكاه صاحب البحر عنهم ، ولكنه قال : وهو مذهب مالك والشافعى • ولم يقل وهو أحد قولى الشافعى ، كقول صاحب البحر ، وقد أشار السعد فى حاشيته الى الكشاف الى أن الرواية التى ذكرها الزمخشرى وهم محض • قال ولا يوجد فى كتب المذهبين ــ يعنى مذهب مالك والشافعى ــ تردد فى قتل الذكر بالأنثى •

وأخرج البيهقى عن أبى الزناد أنه قال : كان من أدركته من فقهائنا الذين ينتهى الى قولهم ، منهم سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد وأبو بكر بن عبد الرحمن وخارجة بن زيد بن ثابت وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة وسليمان بن يسار فى جلة ما سواهم من نظرائهم أهل فقه وفضل أن المرأة تقاد من الرجل عيناً بعين وأذناً بأذن وكل شىء من الجراح على ذلك ؛ وان قتلها قتل بها ، وروينا ه عن الزهرى وغيره وعن النخعى

والشعبى وعمر بن عبد العزيز • قال البيهقى وروينا عن الشعبى وابراهيم خلافه فيما دون النفس •

وعن حمل بن مالك (وهو ابن النابغة الهذلى وهو يعد فى بصريى الصحابة وحديثه الآتى مخرج عند المدنيين والبصريين) قال رضى الله عنه « كنت بين امرأتين فضربت احداهما الأخرى بمسطح فقتلها وجنينها ، فقضى النبى صلى الله عليه وسلم فى جنينها بغرة وأن تقتل بها » رواه أبو داود فى الديات والنسائى فى القود وابن ماجه فى الديات والدارقطنى ، وليس لحمل حديث سواه عن النبى صلى الله عليه وسلم ، والمسطح الخشبة الكبيرة تركز فى وسط الخيمة •

وان ضرب بمثقل لا يقتل مثله غالباً كالقلم والحصى فمات لم يجب عليه القود ولا الدية ولا الكفارة ، لأنا نعلم أنه لا يموت منه ، وانما وافق موته ضربته ، وان ضربه بمثقل قد يقتل وقد لا يقتل كالسوط والعصا الخفيف فمات ، فان والى عليه الضرب الى أن بلغ عدداً يقتل مثله فى الغالب على حسب حال المضروب ، أو رمى به بأن يضربه خمسمائة أو ألفاً ، فان ذلك يقتل فى الغالب ، وكذلك اذا كان المضروب نضو الخلق أو فى حر شديد أو فى برد شديد فضربه دون ذلك فمات لم يجب عليه القود لأنه عمد خطأ ويجب عليه الدية •

فرع وان خنقه بيده أو بحبل أو طرح على وجهه مخدة أو منديلا واتكأ عليه حتى مات ــ فان فعل ذلك مدة يموت المخنوق من مثلها غالباً وجب على قاتله القود ، لأنه تعمد قتله بما يقتل مثله غالبا ، وان كان فى مدة يجوز أن يموت مثله من مثلها ، ويجوز أن لا يموت لم يجب عليه القود وعليه دية مغلظة ، لأن فعله عمد خطأ •

وان خنقه خنقا يموت مثله من مثله ثم أرسله حياً ثم مات ــ فان كان قد أورثه الخنق شيئا حتى لا يخرج نفسه ، أو بقى متألما الى أن مات ، وجب على الخانق القود لأنه مات بسراية فعله • وان جعل فى رقبته خراطة حبل

وتحت رجليه كرسياً وشد الحبل الى سقف بيت وما أشبهه ونزع الكرسى من تحته فانخنق ومات وجب عليه القود لأنه أوحى الخنق .

مسألة وان طرحه فى نار فى حفير فلم يمكنه الخروج منها حتى مات وجب عليه القود لأنه قتله بما يقتل غالبا . وان كانت النار فى بسيط من الأرض ، فان كان لا يمكنه الخروج منها لكثرتها أو لسدة التهابها ، أو بأن كتفه وألقاه فيها . أو بأن كان ضعيفاً لا يقدر على الخروج وجب عليه القود لأنه قتله بما يقتل غالبا ، وان أمكنه الخروج منهـا فلم يخرج حتى مات ، ويعلم امكان الخروج بأن يقول أنا أقدر على الخروج ولا أخرج لم يجب القود ، وهل يجب عليه الدية ؟ فيه قولان :

(أحدهما) يجب عليه الدية ، لأنه ضمنه بطرحه فى النار ، فلم يسقط عنه الضمان بتركه الخروج مع قدرته عليـه ، كما لو جرحه جراحة وأمكنه مداواتها فلم يداوها حتى مات .

(والثانى) لا يجب عليه الدية ، لأن النفس لم يخرج بالطرح بالنـار ، وانما خرجت ببقائه فيها باختياره . فهو كما لو خرج منها ثم عاد اليهـا ، ويفارق ترك المداواة لأنه لم يحدث أمراً كان به التلف بخلاف بقائه فى النار فانه أحدث أمراً حصل به التلف ، ولأن البرء فى الدواء أمر مظنون فلم تسقط به الدية . والسلامة بالخروج أمر متحقق فسقط بتركه الضمان ، فاذا قلنـا بهذا وجب على الطارح أرش ما عملت فيه النار من حين طرحه فيها الى أن أمكنه الخروج فلم يخرج .

فـرع قال الشـافعى رحمه الله : لو طرحه فى لجـة بحر وهو يحسن العوم أو لا يحسن العوم فغرق فيها فعليه القود ، وجملة ذلك أنه اذا طرحه فى لجة البحر فهلك فعليه القود ، سـواء كان يحسن السباحة أو لا يحسن ، لأن لجة البحر مهلكة وان طرحه بقرب السـاحل فغرق فمات ـ فان كان مكتوفاً أو غير مكتوف وهو لا يحسن السباحة ـ فعليه القود ، وان كان يحسن السباحة وأمكنه أن يخرج فلم يخرج حتى غرق ومات أو طرحه

فيما يمكنه الخروج منه فلم يخرج منه حتى مات فلا يجب عليه القود ، وهل تجب عليه الدية ؟ فيه طريقان • من أصحابنا من قال : فيه قولان كما لو طرحه فى نار يمكنه الخروج منها فلم يخرج منها حتى مات • ومنهم من قال : لا يجب عليه الدية قولا واحداً ؛ لأن العادة لم تجر بأن يخوض النار فى النار ؛ والعادة بأن الناس يخوضون فى الماء •

وان طرحه فى البحر بقرب الساحل وهو ممن يمكنه الخروج منه فابتلعه حوت فلا قود عليه لأنه كان يمكنه الخروج لو لم يبلعه الحوت ؛ وقيل عليه القود لأنه لو لم يبتلعه الحوت لما كان يتخلص • والثانى لا يجب عليه القود بل عليه الدية ؛ لأن الهلاك لم يكن بفعله ، والأول أصح •

وان طرحه فى ساحل بحر قد يزيد اليه الماء وقد لا يزيد فزاد الماء وغرقه لم يجب عليه القود لأنه لا يقصد قتله ؛ ويجب عليه دية مغلظة لأنه عمد خطأ وان كان الموضع لا يزيد الماء اليه فزاد وغرق لم يجب عليه القود ، وتجب عليه دية مخففة لأنه خطأ عمد •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان حبسه ومنعه الطعام والشراب مدة لا يبقى فيها من غير طعام ولا شراب فمات وجب عليه القود ، لأنه يقتل غالباً ، وان أمسكه على عز وجل من قتل غير قاتله أو طلب بدم الجاهلية فى الاسلام أو بصر عينيه فى النوم الخزاعى « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ان من أعتى الناس على الله عز وجل من قتل غير قاتله أو طلب بدم الجاهلية فى الاسلام او بصر عينيه فى النوم ما لم تبصره » وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ليقتل القاتل ويصبر الصابر » ولأنه سبب غير ملجىء ضامنه مباشرة فتعلق الضمان بالمباشرة دون السبب كما لو حفر بئراً فدفع فيها آخر رجلا فمات •

فصل وان كتف رجلا وطرحه فى أرض مسبعة او بين يدى سبع فقتله لم يجب القود لأنه سبب غير ملجىء فصار كمن أمسكه على من يقتله فقتله • وان جمع بينه وبين السبع فى زبية أو بيت صغير ضيق فقتله وجب عليه القود لأن السبع يقتل اذا اجتمع مع الآدمى فى موضع ضيق •

وان كنفه وتركه فى موضع فيه حيات فنهسته فمات لم يجب القود ، ضيقاً كان المكان أو واسعاً ، لأن الحية تهرب من الآدمى فلم يكن تركه معها ملجئاً الى قتله وان أنهشه سبعاً أو حية يقتل مثلها غالباً فمات منه وجب عليه القود لأنه ألجأه الى قتله ، وان كانت حية لا يقتل مثلها غالباً ففيه قولان (أحدهما) يجب القود لأن جنس الحيات يقتل غالباً (والثانى) لا يجب لأن الذى أنهشه لا يقتل غالباً) .

الشرح حديث أبى شريح الخزاعى رواه أحمد وأخرجه الدارقطنى والطبرانى والحاكم ، ورواه الطبرانى والحاكم من حديث عائشة بمعناه ؛ وروى البخارى فى صحيحه عن ابن عباس مرفوعاً « أبغض الناس الى الله ثلاثة : ملحد فى الحرم ؛ ومتبع فى الاسلام سنة الجاهلية ؛ ومطلب دم امرىء بغير حق ليهريق دمه » وأخرجه أحمد أيضا عن عبد الله بن عمر . وكذلك ابن حبان فى صحيحه بلفظ « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ان أعدى الناس على الله عز وجل من قتل فى الحرم ، أو قتل غير قاتله ، أو قتل بدخول الجاهلية » .

وأخرج عمر بن أبى شبة عطاء بن يزيد قال : « قتل رجل بالمزدلفة — يعنى فى غزوة الفتح — فذكر القصة وفيها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « وما أعلم أحداً أعتى على الله من ثلاثة : رجل قتل فى الحرم ؛ أو قتل غير قاتله ؛ أو قتل بذحل الجاهلية » .

وأبو شريح الخزاعى اسمه خويلد بن عمرو ؛ وقيل عمرو بن خويلد ؛ وقيل كعب بن عمرو ، وقيل هانىء بن عمرو وأصحها خويلد بن عمرو ؛ أسلم قبل فتح مكة وكان يحمل أحد ألوية بنى كعب بن خزاعة يوم الفتح ؛ وكانت وفاته بالمدينة سنة ثمان وستين يعد فى أهل الحجاز . وروى عنه عطاء بن يزيد الليثى وأبو سعيد المقبرى وسفيان بن أبى العوجاء .

وقال مصعب : سمعت الواقدى يقول : كان أبو شريح الخزاعى من عقلاء أهل المدينة فكان يقول : اذا رأيتمونى أبلغ من أنكحته أو نكحت اليه الى السلطان فاعلموا أنى مجنون فاكوونى ، واذا رأيتمونى أمنع جارى أن يضع خشبته فى حائطى فاعلموا أنى مجنون فاكوونى ، ومن وجد لأبى شريح سناً

أو لبنا أو جداية فهو له حل فليأكله ويشربه • اتفق له الشيخان على حديثين• وروى له الترمذى ثلاثة أحاديث وأبو داود ثلاثة أحاديث وابن ماجه حديثين وقوله : « ان أعتى » وفى رواية : « ان أعدى الناس وهما تفضيل ، أى الزائد فى التعدى أو العتو على غيره ؛ والعتو التكبر والتجبر •

وقد أخرج البيهقى عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جده أنه قال : وجد فى قائم سيف رسول الله صلى الله عليه وسلم كتاب : ان أعدى الناس على الله • الحديث قال تعالى : « وعتوا عتواً كبيراً » أى تجبروا وعصوا •

أما حديث « ليقتل القاتل ويصبر الصابر » فقد رواه ابن المبارك عن معمر عن اسماعيل يرفعه قال « اقتلوا القاتل واصبروا الصابر » ورواه الدارقطنى عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اذا أمسك الرجل الرجل وقتله الآخر ؛ يقتل الذى قتل ويحبس الذى أمسك » ورواه الشافعى من فعل على رضى الله عنه « أنه قضى فى رجل قتل رجلا متعمداً وأمسكه آخر ، قال : يقتل القاتل ويحبس الآخر فى السجن حتى يموت » وأخرجه الدارقطنى من طريق الثورى عن اسماعيل بن أمية عن نافع عن ابن عمر ؛ ورواه معمر وغيره عن اسماعيل • قال الدارقطنى والإرسال أكثر • وأخرجه أيضا البيهقى ورجح المرسل وقال انه موصول غير محفوظ •

وقال فى بلوغ المرام : ورجاله ثقات وصححه ابن القطان •

وقد روى أيضا عن اسماعيل عن سعيد بن المسيب مرفوعا ؛ والصواب عن اسماعيل قال : « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم » الحديث •

وقوله « ويصبر الصابر » معناه يحبس الحابس • وفى أسماء الله تعالى الصبور وهو الذى لا يعاجل العصاة بالانتقام وهو من أبنية المبالغة ، ومعناه قريب من معنى الحليم ؛ والفرق بينهما أن المذنب لا يأمن العقوبة فى صفة الصبور كما يأمنها فى صفة الحليم وصبره عن الشىء حبسه ؛ قال الحطيئة :

قلت لها أصبرها جاهدا ويحك أمثال طريف قليل

والصبر نصب نفس الانسان للقتل ؛ وقد مضى فى كتاب الأيمان معنى اليمين الصبر ومعان فى كلمة الصبر ، ومنه صبر النفس أى حبسها عند الجزع • قال تعالى : « واصبر نفسك مع الذين يدعون ربهم » وقوله « أرض مسبعة » بالاضافة وفتح الميم أى ذات سباع ، والزبية حفرة تحفر لينشب فيها السبع وجمعها زبا • قال ابن بطال : فيها لغتان الضم والكسر ، ونهسته بالسين المهملة ، أى أخذته بمقدم أسنانها ، ونهس الحية عضها • قال الراجز :

وذات قرنين طحون الضرس تنهس لو تمكنت من نهس

ويقال نهشته بالشين • قال الزمخشرى فى الأساس : الفرق أن النهس بأطراف الأسنان والنهش بالأضراس •

أما الأحكام فانه اذا حبس حرا وأطعمه وسقاه فمات وهو فى الحبس فلا قود عليه ولا دية ، سواء مات حتف أنفه أو بسبب كلدغ الحية وسقوط الحائط وما أشبهه • وقال أبو حنيفة ان كان صغيراً فمات حتف أنفه فلا شىء عليه ، وان مات بسبب كلدغ الحية وسقوط الحائط فعليه الدية • دليلنا أنه حر فلا يضمنه باليد كما لو مات حتف أنفه ، وأما اذا حبسه ومنعه الطعام والشراب أو أحدهما حتى مات نظرت ــ فان حبسه عن ذلك مدة يموت مثله فى مثلها غالباً ــ وجب عليه القود لأنه قتله بما يقتل غالبا ، فهو كما لو قتله بالسيف ؛ وان كان مدة لا يموت مثله فى مثلها بمنع الطعام والشراب فلا قود عليه ولا دية لأنا نعلم أنه مات بسبب آخر ، ويعتبر حال المحبوس ، فان حبسه وهو جائع فانه لا يصبر عن الطعام الا المدة القليلة ، وان كان شبعان فانه يصبر أكثر من مدة صبر الجائع ويعتبر الطعام على انفراده والشراب على انفراده لأن الانسان يصبر عن الطعام أكثر مما يصبر عن الشراب •

وان أمكنه الخروج الى الطعام والشراب فلم يخرج حتى مات • قال الطبرى فلا قود • أما اذا أمسك رجل رجلا فجاء آخر فقتله وجب القود على القاتل دون الممسك الا أن الممسك ان كان أمسكه مداعبة أو ليضربه فلا اثم عليه ولا تعزير وان أمسكه ليقتله الآخر أثم بذلك وعزر ، هذا مذهبنا

وبه قال أبو حنيفة وأصحابه • وقال ربيعة : يقتل القاتل ويحبس الممسك حتى يموت وقال مالك : ان حبسه ليضربه الآخر أو أمسكه ليضربه أو أمسكه مداعبة فجاء الآخر فقتله فلا قود عليه ولا دية ، وان أمسكه ليقتله الآخر فعليه القود ، ومذهب أحمد أنه لا خلاف فى أن القاتل يقتل ، لأنه قتل من يكافئه عمداً بغير حق • وأما الممسك فان لم يعلم أن القاتل يقتله فلا شىء عليه لأنه متسبب والقاتل مباشر فسقط حكم المتسبب به ، وان أمسكه له ليقتله مثل ان ضبطه له حتى ذبحه له ، كاختلفت الرواية عن أحمد ، فروى عنه أنه يحبس حتى يموت ؛ وهو قول عطاء وربيعة ؛ وروى ذلك عن على ؛ وروى عن أحمد أنه يقتل أيضا ، وهو قول مالك •

قال سليمان بن موسى الاجماع فينا أنه يقتل لأنه لو لم يمسكه ما قدر على قتله وبامساكه تمكن من قتله فالقتل حاصل بفعلهما فكانا شريكين فوجب عليهما القصاص كما لو جرحاه •

دليلنا حديث ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا أمسك الرجل وقتله الآخر يقتل الذى قتل ويحبس الذى أمسك » ولأنه حبسه حتى الموت فيحبس حتى الموت ؛ كما لو حبسه عن الطعام والشراب حتى مات فاننا نفعل به ذلك حتى يموت •

وقوله تعالى : (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) فلو أوجبنا على الممسك القود كنا قد اعتدينا عليه بأكثر مما اعتدى • وهذا يدخل تحت طائلة وعيده صلى الله عليه وسلم حيث يقول : « ان من أعتى الناس على الله من قتل غير قاتله ، أو طالب بدم الجاهلية فى الاسلام ، أو بصر عينه فى النوم ما لم تبصره » فلو قتل الولى الممسك لكان قتل غير قاتله ؛ وقد أراد النبى صلى الله عليه وسلم بصبر الصابر التعزير بالحبس ؛ لأنه سبب غير ملجىء اجتمع مع المباشرة فتعلق الضمان بالمباشرة دون السبب ، كما لو حفر بئراً أو نصب سكينا فدفع آخر عليها رجلا فمات • ولأنه لو كان بالامساك شريكا لكان اذا أمسك الرجل امرأة وزنى بها آخر أنه يجب عليهما الحد ، فلما لم يجب الحد على الممسك لم يجب القود على الممسك •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان سقاه سماً مكرها فمات وجب عليه القود لأنه سبب يقتل غالباً فهو كما لو جرحه جرحا يقتل غالبا ، وان خلطه بطعام وتركه فى بيته فدخل رجل فأكله ومات لم يجب عليه القود كما لو حفر بئراً فى داره فدخل رجل تغير انم فوقع فيها ومات ، وان قدمه اليه أو خلطه بطعام الرجل فأكله فمات ففيه قولان (أحدهما) لا يجب عليه القود لأنه أكله باختياره فصار كما لو قتل نفسه بسكين (والثانى) يجب لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية ولا يقبل الصدقة ، فأهدت اليه يهودية بخيبر شاه مصلية فأكل منها رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه، ثم قال : ارفعوا أيديكم فانها قد أخبرتنى أنها مسمومة ، فأرسل الى اليهودية فقال ما حملك على ما صنعت قالت : قلت : ان تكن نبيا لم يضرك الذى صنعت، وان كنت ملكا أرحت الناس منك ، فأكل منها بشر بن البراء بن معرور فمات ، فارسل اليها فقتلها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : مازلت أجد من الأكلة التى أكلت بخيبر ، فذا أوان القطاع أبهرى » ولأنه سبب يفضى الى القتل غالبا فصار كالقتل بالسلاح وان سقاه سما وادعى أنه لم يعلم أنه قاتل ففيه قولان (أحدهما) انه يجب عليه القود لأنه السم يقتل غالبا (والثانى) لا يجب لأنه يجوز أن يخفى عليه أنه قاتل وذلك شبهة فسقط بها القود .

فصل وان قتله بسحر يقتل غالبا وجب عليه القود لأنه قتله بما يقتل غالباً فأشبه اذا قتله بسكين ، وان كان مما يقتل ولا يقتل لم يجب القود لأنه عمد خطأ فهو كما لو ضربه بعصا فمات) .

الشرح حديث أبى هريرة أخرجه أبو داود حدثنا وهب بن بقية حدثنا خالد عن محمد بن عمرو عن أبى سلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أهدت له يهودية بخيبر . الحديث هكذا جاء مرسلا . ورواه حماد ابن سلمة عن محمد بن عمرو عن أبى سلمة عن أبى هريرة متصلا .

وذكر عبد الرزاق عن معمر عن الزهرى أن زينب بنت الحرث اليهودية امرأة سلام بن مشكم أهدت للنبى صلى الله عليه وسلم شاة مشوية قد سمتها وسألت أى اللحم أحب اليه ؟ فقالوا الذراع ، فأكثرت من السم فى الذراع ، فلما انتهش من ذراعها أخبره الذراع بأنه مسموم فلفظ الأكلة ، ثم قال : اجمعوا لى من ههنا من اليهود فجمعوا له فقال الرسول لهم : انى

سائلكم عن شيء فهل أنتم صادقي فيه ؟ قالوا نعم يا أبا القاسم فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أبوكم ؟ قالوا أبونا فلان ؛ قال كذبتم أبوكم فلان ، قالوا : صدقت وبررت . قال هل أنتم صادقي عن شيء ان سألتكم عنه ؟ قالوا : نعم يا أبا القاسم وان كذبناك عرف كذبنا كما عرفته في أبينا ؛ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أهل النار ؟ فقالوا نكون فيها يسيراً ثم تخلفوننا فيها فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : اخسأوا فيها فوالله لا نخلفكم فيها أبداً ثم قال : هل أنتم صادقي عن شيء ان سألتكم عنه ؟ قالوا نعم ، قال أجعلتم في هذه الشاة سما ؟ قالوا : نعم : قال فما حملكم على ذلك ؟ قالوا أردنا ان كنت كاذباً نستريح منك ، وان كنت نبيا لم يضرك ، وجيء بالمرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : أردت قتلك ، فقال ما كان الله ليسلطك على . قالوا ألا نقتلها ؟ قال لا ؛ ولم يتعرض لها ولم يعاقبها ، واحتجم على الكاهل ؛ وأمر من أكل منها فاحتجم ، فمات بعضهم » .

واختلف في قتل المرأة ؛ فقال الزهري : أسلمت فتركها ، ثم قال معمر : والناس تقول قتلها النبي صلى الله عليه وسلم ، الا رواية حماد بن سلمة عن محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة أنه قتلها لما مات بشر بن البراء ، ويمكن التوفيق بين الروايتين بأنه صلى الله عليه وسلم لى يقتلها أولا فلما مات بشر بن البراء قتلها .

وقد اختلفت الروايات في هل أكل النبي صلى الله عليه وسلم منها أم لا ؟ فأكثر الروايات أنه صلى الله عليه وسلم أكل منها وبقي بعد ذلك ثلاث سنين؛ حتى قال في وجعه الذي مات فيه : ما زلت أجد من الأكلة التي أكلت من الشاة يوم خيبر ، فهذا أوان انقطاع الأبهر مني . قال الزهري : فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم شهيداً .

أما اللغات فالمصلية هي المشوية ، والصلا والصلاء ، بفتح الصاد مقصوراً وكسرها ممدوداً ، ومنه قوله تعالى « سيصلى ناراً ذات لهب » وقوله « جهنم يصلونها فبئس القرار » .

وقوله « ما زلت أجد من الأكلة » أى أشتكى ، والأكلة بضم الهمزة هى اللقمة والأبهر عرق اذا انقطع مات صاحبه ، وهو أبهران يخرجان من القلب ثم تتشعب منهما سائر الشرايين • هكذا يقول ابن بطال ، وبالرجوع الى علم التشريح نجد أن القلب يمتد من أحد جانبيه من أعلاه شريان رئوى يدفع الدم الى الرئتين لاحداث عملية تبادل الغازات وهو يمتد من البطين الأيمن الى الرئتين ، والعرق الآخر وهو يسمى الأورطى ، ويمتد من البطين الأيسر الى أجزاء الجسم ويمتد منهما الشرايين والأوردة التى هى مجار للدم •

اما الأحكام فان كتف رجلا أو قيده فأكله السبع ففيه ثلاث مسائل ذكرها الشيخ أبو حامد • احداهن اذا قيده وكتفه وطرحه فى أرض مسبعة فجاء السبع فأكله فانه لا قود على الطارح له ولا دية ؛ لأن السبع أكله باختياره ؛ ولأن له اختياراً ، كما لو أمسكه فقتله آخر •

(الثانية) اذا قيده فى صحراء ثم رمى بالسبع عليه أو رمى به على السبع فأكله فلا قود عليه ولا دية ؛ لأن من طبع السبع اذا رمى به على انسان أو رمى انسان عليه أن ينفر عنه ، فاذا لم ينفر عنه كان أكله له باختياره •

(الثالثة) اذا كان السبع فى مضيق أو بيت أو بئر أو زبية فرمى بالانسان عليه ؛ أو كان الانسان فى المضيق أو فى البيت أو فى البئر أو فى الزبية فرمى بالسبع عليه فضربه السبع فمات ــ فان ضربه السبع ضرباً يقتل مثله فى الغالب ــ وجب على الرامى القود لأنه قد اضطر السبع الى قتله ؛ وان ضربه ضرباً لا يقتل مثله فى الغالب فمات لم يجب على الرامى القود لأن الغالب منه السلامة ؛ ويجب عليه الدية فى ماله • وكذلك حكم النمر وما فى معناه • وان أمسك السبع أو النمر وأفرسه اياه فأكله فعليه القود ، لأنه قد اضطره الى ذلك •

مسألة اذا قيد رجلا وطرحه فى أرض ذات حيات فنهسته حية منها فمات فلا قود عليه ولا دية ؛ سواء كان فى موضع واسع أو ضيق ، وكذلك اذا رمى به على الحية أو رمى بالحية عليه ، لأن الحيات والعقارب من طبعها النفور من الانسان ، وان أخذ الحية أو العقرب بيده وأنهشها

انشاناً . قال الشافعى رحمه الله ضغطها أو لم يضغطها فنهشته ومات ــ فان كان من الحيات التى تقتل فى الغالب كحيات الكوبرا أو الحيات السامة ذات الرأس المدببة وجب عليه القود ؛ لأنه توصل الى قتله بما يقتل غالباً ؛ فهو كما لو قتله بالسيف . وان كان مما لا يقتل غالباً كثعابين مكة والحجاز وأفاعى مصر التى تبتلع الدواجن أو التى تعيش تحت قضبان السكك الحديدية وتعيش على ابتلاع العظاء [1] والضفدع ففيه قولان :

(أحدهما) لا يجب عليه القود لأنه لا يقتل غالبا ؛ ويجب عليه دية مغلظة لأنه شبه عمد .

(والثانى) يجب عليه القود لأن حبسها يقتل غالبا فهو بمنزلة الجراح .

فائدة الحيات منها السام وتعرف بدقة رأسها وغلظ عنقها وغير السام وتعرف بدقة عنقها وفرطحة رأسها أشبه بالابهام ؛ ولصف السام وهى ما يكون شكلها وسطا بين السام وغير السام ؛ وبعض من يدعى التصوف يأكلون الثعابين وهى من النوع غير السام لادعاء الكرامة ؛ وهى لعمر الله مخرقة والحاد لأنهم يجعلون من أكل الخبائث المحرمة مظهراً من مظاهر الرضوان والاكرام .

مسألة اذا سقى رجلا سماً فمات المسقى فلا يخلو اما أن يكرهه أو لا يكرهه فان أكرهه على شربه بأن صبه فى حلقه مكرها له على ذلك نظرت ــ فان أقر الساقى أنه سم يقتل مثله غالبا ــ وجب عليه القود ، لأنه قتله بما يقتل غالبا ، فهو كما لو قتله بالسيف ، وان ادعى ولى المقتول أنه يقتل غالبا وأنكر الساقى أنه يقتل غالبا ــ فان أقام ولى المقتول بينة أنه يقتل غالبا ــ وجب القود على الساقى لأنه ثبت أنه يقتل غالبا .

وان أقام ولى المقتول بينة أنه نحيف الخلق ولا يقتل قوى الخلق لم يجب عليه القود وانما يجب عليه دية مغلظة ؛ وان لم تكن هناك بينة فالقول قول

---

(١) وهى ما يسمى بالسحالى عند العامة .

الساقى مع يمينه أنه لم يكن يقتل غالبا ، لأن الأصل عدم القود ؛ فاذا حلف لم يجب عليه القود وعليه دية مغلظة .

وان قامت البينة أنه كان يقتل غالبا أو اعترف الساقى بذلك الا أنه ادعى أنه لم يعلم أنه يقتل غالبا وقت السقى ؛ فهل يجب عليه القود ؟ فيه قولان :

(أحدهما) لا يجب عليه القود لأن ما ادعاه محتمل ؛ وذلك شبهة توجب سقوط القود عنه .

(والثانى) يجب عليه لأنه قتله بما يقتل غالبا فلا يصدق فى دعواه كما لو جرحه وان خلط السم بطعام أو شراب وأكله فأوجزه فى حلقه فمات ، فان كان الطعام أو الشراب قد كسر حدة السم تلقائيا ، فان لم يكرهه على ذلك وانما ناوله اياه فشربه ؛ نظرت فان كان الشارب صبيا لا يميز أو كبيراً مجنوناً أو أعجميا يعتقد وجوب طاعة الآمر ؛ فعلى الرافع اليه الضمان ؛ لأنه كالآلة حيث اعتقد طاعته فيه ، وان كان عاقلا مميزاً فلا ضمان على الرافع لأنه قتل نفسه باختياره وتفريطه وان خلطه به ولم يكسر الطعام حدة السم فأكله انسان ومات نظرت ــ فان كان الطعام الذى خلط فيه السم وقدمه الى انسان وقال كله أكله ، فهل يجب عليه القود ؟ فيه قولان :

(أحدهما) يجب عليه القود لما روى أبو هريرة « أن يهودية بخيبر أهدت للنبى صلى الله عليه وسلم شاة مصلية فأكل منها رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضى الله عنهم ؛ ثم قال النبى صلى الله عليه وسلم ، ارفعوا أيديكم فان هذه الذراع تخبرنى أن بها سما » فأرسل الى اليهودية وقال : ما حملك على ما صنعت ؟ فقالت : قلت ان كنت نبياً لم يضرك الذى صنعت ، وان كنت ملكا أرحت الناس منك ، فأكل منها بشر بن البراء بن معرور فمات ، فأرسل النبى صلى الله عليه وسلم الى اليهودية فقتلها ، فقال صلى الله عليه وسلم ما زالت أكلة خيبر تعاودنى ، فهذا أوان انقطاع أبهرى » ولأن العادة جرت أن من قدم اليه طعام فانه يأكل منه ؛ فصار كأنه ألجأه الى أكله فوجب عليه القود ، كما لو أكرهه عليه .

(والثانى) لا يجب عليه القود لأنه أكله باختياره ، فصار كما لو قتل نفسه بسكين فاذا قلنا بهذا فهل تجب عليه الدية ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فقال القاضى أبو الطيب فيه قولان (أحدهما) لا يجب عليه الدية لأنه هو الجانى على نفسه • (والثانى) تجب عليه الدية لأن التلف حصل بسبب منه فصار كما لو حفر بئراً فى طريق الناس فهلك به انسان • وقال الشيخ أبو حامد : تجب عليه الدية قولا واحداً لما ذكرناه ولا يعرف ههنا قولان ؛ وان خلط السم بطعامه وقدمه الى رجل وقال فيه سم يقتل غالبا فأكله فمات فلا قود عليه ولا دية لأنه قتل نفسه • وان خلط السم بطعام وقدمه الى صبى لا يميز أو الى بالغ مجنون أو الى أعجمى لا يعقل ولا يميز وقال : كله فان فيه سما قاتلا فأكله فمات وجب عليه القود لأنه بمنزلة ما لو قتله بيده •

وان خلط سما بطعام له فى بيته فدخل بيته رجل وأكل الطعام ومات لم يجب عليه قود ولا دية • لأن الآكل فرط وتعدى بأكل طعام غيره بغير اذنه• وان خلط السم بطعام لغيره فجاء صاحب الطعام فأكل طعامه ولم يعلم بالسم ومات ، وجب على الذى خلط السم قيمة الطعام لأنه أفسده ، وهل يجب عليه القود فى الذى أكله ؟ اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال فيه قولان ؛ كما لو خلطه بطعام نفسه وقدمه الى من أكله ، لأن الانسان يأكل الطعام بحكم العادة والحاجة ؛ فصار كما لو خلطه بطعام ودعاه الى أكله ؛ ومنهم من قال لا يجب عليه قولا واحداً لأنه لم يوجد منه أكثر من افساد الطعام •

فـــرع اذا سحر رجل رجلا فمات المسحور سئل الساحر عن سحره ؛ فان قال سحر يقتل غالبا وقد قتلت به وجب عليه القود • وقال أبو حنيفة : لا يجب عليه القود • دليلنا أنه قتل بما يقتل به غالباً • قال العمرانى : هو كما لو قتله بالسيف وان قال سحر لا يقتل وجب عليه دية مخففة لأنه أخطأ • وان قال قد يقتل وقد لا يقتل والغالب منه السلامة ؛ وجبت عليه دية مغلظة فى ماله •

وان قال الساحر قتلت بسحرى جماعة ولم يعين من قتل لم يقتل • وقال أبو حنيفة : يقتل حداً ؛ لأنه سعى فى الأرض بالفساد وهو اظهار السلاح

واخافة الطريق • وأما القتل فليس منه وللحرابة حكمها على ما سيأتى ان شاء الله وأعان •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان اكره رجل على قتل رجل بغير حق فقتله ، وجب القود على المكره ، لأنه تسبب الى قتله بمعنى يفضى الى القتل غالبا ، فاشبه اذا رماه بسهم فقتله • وأما المكره فيه قولان (أحدهما) لا يجب عليه القود ، لأنه قتله للدفع عن نفسه فلم يجب عليه القود كما لو قصده رجل ليقتله للدفع عن نفسه (والثانى) أنه يجب عليه القود وهو الصحيح ، لأنه قتله ظلما لاستبقاء نفسه ، فاشبه اذا افطر الى الأكل فقتله ليأكله •

وان أمر الامام بقتل رجل بغير حق ـ فان كان المأمور لا يعلم أن قتله بغير حق ـ وجب ضمان القتل من الكفارة والقصاص والدية على الامام ، لأن المأمور معذور فى قتله ، لأن الظاهر أن الامام لا يأمر الا بالحق ، وان كان يعلم انه يقتله بغير حق وجب ضمان القتل من الكفارة والقصاص او الدية على المأمور لأنه لا يجوز طاعته فيما لا يحل ، والدليل عليه ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق » •

وقد روى الشافعى رحمه الله أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من أمركم من الولاة بغير طاعة الله فلا تطيعوه » فصار كما لو قتله من غير أمره ، وأن أمره بعض الرعية بالقتل فقتل وجب على المأمور القود ، علم انه يقتله بغير حق أو لم يعلم ، لأنه لا تلزمه طاعته ، فليس الظاهر انه يأمره بحق فلم يكن له عذر فى قتله، فوجب علية القود •

وان أمر بالقتل صبيا لا يميز أو أعجميا لا يعلم أن طاعتة لا تجوز فى القتل بغير حق فقتل وجب القصاص على الآمر ، لأن المأمور ههنا كالآلة للآمر ، ولو أمره بسرقة مال فسرق لم يجب الحد على الآمرة ، لأن الحد لا يجب الا بالمباشرة، والقصاص يجب بالتسبب والمباشرة •

فصل وان شهد شاهدان على رجل بما يوجب القتل فقتل بشهادتهما ، وجب القود على الشهود ، لما روى القاسم بن عبد الرحمن « أن رجلين شهدا عند على كرم الله وجهه على رجل انه سرق فقطعه ثم رجعا عن شهادتهما ، فقال : لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما » وأغرمهما دية يده ، ولأنهما توصلا الى قتله بسبب يقتل غالبا فوجب عليهما القود ، كما لو جرحاه فمات •

الشرح الحديث الأول أخرجه أحمد عن عبد الله بن الصامت قال : أراد زياد أن يبعث عمران بن حصين على خراسان فأبى عليه فقال له أصحابه : أتركت خراسان أن تكون عليها ؟ قال فقال : انى والله ما يسرنى أن أصلى بحرها ويصلون ببردها ، انى أخاف اذا كنت فى نحر العدو أن يأتينى بكتاب من زياد فان أنا مضيت هلكت ، وان رجعت ضربت عنقى ، قال : فأراد الحكم بن عمرو الغفارى عليها ، قال فانقاد لأمره ، فقال عمران : ألا أحد يدعو لى الحكم ؟ قال فانطلق الرسول ، قال فأقبل الحكم اليه فدخل عليه فقال عمران للحكم « أسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا طاعة لأحد فى معصية الله تبارك وتعالى ؟ قال نعم ، فقال عمران : الحمد لله أو الله أكبر » .

وفى رواية عن الحسن أن زياداً استعمل الحكم الغفارى على جيش ، فأتاه عمران بن حصين فلقيه بين الناس ، فقال أتدرى لم جئتك ؟ فقال له لم ؟ فقال : أتذكر قول رسول الله صلى الله عليه وسلم للرجل الذى قال له أميره ارم نفسك فى النار فأدرك فاحتبس ، فأخبر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لو وقع فيها لدخلا النار جميعا ، لا طاعة فى معصية لله تبارك قال نعم ، قال انما أردت أن أذكرك هذا الحديث . رواه أحمد بألفاظ ، والطبرانى باختصار وفى بعض طرقه « لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق » قال الهيثمى ، ورجال أحمد رجال الصحيح ، وأخرجه الحاكم فى المستدرك عن عمران والحكم الغفارى أيضا . قال السيوطى واسناده حسن .

وأخرجه أحمد وأبو يعلى عن أنس « أن معاذ بن جبل قال : يا رسول الله أرأيت ان كان عليها أمراء لا يستنون بسنتك ولا يأخذون بأمرك ، فما تأمرنا فى أمرهم ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا طاعة لمن لم يطع الله عز وجل » وفيه عمرو بن زينب ولا يعرف وبقية رجاله رجال الصحيح .

وأخرج أحمد والبخارى ومسلم من حديث على رضى الله عنه قال « بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم سرية واستعمل عليهم رجلا من الأنصار وأمرهم أن يسمعوا له ويطيعوا فعصوه فى شىء فقال اجمعوا لى حطبا ، فجمعوا ، ثم

قال أوقدوا ناراً فأوقدوا ؛ ثم قال ألم يأمركم رسول الله أن تسمعوا وتطيعوا ؟ قالوا بلى قال فادخلوها ، فنظر بعضهم الى بعض وقالوا : انما فررنا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من النار ؛ فكانوا كذلك حتى سكن غضبه وأطفئت النار ، فلما رجعوا ذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « لو دخلوها لم يخرجوا منها أبداً » وقال « لا طاعة فى معصية الله ؛ انما الطاعة فى المعروف » •

وفى حديث معاذ بن جبل عند أحمد « لا طاعة لمن لم يطع الله » وفى حديث عبادة بن الصامت عند أحمد والطبرانى « لا طاعة لمن عصى الله » ولفظ البخارى « فاذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة » وخبر القاسم بن عبد الرحمن مضى فى الأيمان •

فرع فاذا أمر الامام رجلا أن يقتل رجلا بغير حق فقتله فلا يخلو اما أن يكرهه على قتله أو لا يكرهه ؛ فان لم يكرهه بل قال له اقتله ؛ فان كان المأمور يعلم أنه أمر بقتله بغير حق لم يحل له قتله ، لقوله صلى الله عليه وسلم « لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق » وقال صلى الله عليه وسلم « من أمركم من الولاة بغير طاعة الله فلا تطيعوه » ، فان خالف وقتله المأمور بذلك وجب عليه القود والكفارة لأنه قتله بغير حق ؛ ولا يلحق الامام الاثم لقوله صلى الله عليه وسلم « من أعان على قتل امرىء مسلم ولو بشطر كلمة جاء يوم القيامة مكتوبا بين عينيه آيس من رحمة الله تعالى » •

هذا نقل البغداديين ؛ وقال الخراسانيون هل يكون مجرد الأمر من الامام أو السلطان اكراها ؟ فيه وجهان •

وأما اذا كان المأمور لا يعلم أنه أمر بقتله بغير حق وجب على الامام القود والكفارة ، لأن الامام لا يباشر القتل بنفسه ؛ وانما يأمر به غيره ؛ فاذا أمر غيره وقتله بغير حق تعلق الحكم بالامام كما لو قتله بيده • وأما المأمور فلا يجب عليه اثم ولا قود ولا كفارة لأن اتباع أمر الامام واجب عليه ، لأن الظاهر أنه لا يأمر الا بحق •

قال الشافعي رضى الله عنه وأرضاه وأحب له لو كفر ؛ وأما اذا أمره أو أكرهه الامام على القتل وعلم المأمور أنه يقتل بغير حق فلا يجوز للمأمور القتل لما ذكرناه اذا لم يكره ، فان قتل فانه يأثم بذلك ويفسق ؛ ويجب على الامام القود والكفارة فى ماله ، وأما المكره المأمور فهل يجب عليه القود ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يجب عليه القود ، وهو قول أبى حنيفة لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولأنه قتله لاستبقاء نفسه فلم يجب عليه القود كما لو قصد رجل نفسه فلم يمكنه دفعه الا بقتله (والثانى) يجب عليه القود ؛ وبه قال مالك وأحمد رضى الله عنهما وهو الأصح لقوله صلى الله عليه وسلم « فمن قتل بعمده قتيلا فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية » وهذا قاتل ، ولأنه قصد قتل من يكافئه لاستبقاء نفسه فوجب عليه القود كما لو جاع وقتله ليأكله ، ولأنه لو كان رجلان فى مضيق أو بيت فدخل عليهما أسد أو سبع فدفع أحدهما صاحبه اليه خوفا على نفسه فأكله السبع أو الأسد لوجب القصاص على الدافع ، وكذلك لو كان جماعة فى البحر فخافوا فدفعوا واحداً منهم فى البحر لتخف السفينة وغرق ومات وجب عليهم القود ، وان كان ذلك لاستبقاء أنفسهم . وكذلك هذا مثله .

فاذا قلنا يجب على المأمور القود كان الولى بالخيار بين أن يقتل المكره والمكره وبين أن يعفو عنهما ويأخذ منهما الدية ، وان قلنا : لا يجب على المأمور المكره القود فعليه نصف الدية لأنه قد باشر القتل ، ويجب على كل واحد منهما كفارة على القولين معاً .

هذا نقل أصحابنا البغداديين . وقال الخراسانيون : اذا قلنا لا يجب على المأمور القود فهل يجب عليه نصف الدية ؟ فيه وجهان . فان قلنا عليه نصف الدية كان عليه الكفارة وان قلنا : لا تجب عليه ؛ وعليه نصف الدية فهل تجب عليه الكفارة ؟ فيه وجهان .

اذا ثبت هذا فانه لا فرق بين الامام وبين النائب عنه فى ذلك ؛ لأن طاعته تجب كما يجب طاعة الامام ، وكذلك اذا تغلب رجل على بلد أو اقليم

بتأويل ، وادعى أنه الامام كالامام الذى نصبه الخوارج ، فحكمه حكم الامام فى ذلك ، لأن الشافعى رضى الله عنه لا يرد من أفعاله الا ما يرد من أفعال امام العدل وكذلك قاضيهم ؛ فاذا تغلب رجل على بلد بغير تأويل بل باللصوص وأمر رجلا بقتل رجل بغير حق ، أو أمره رجل من الرعية بقتل رجل بغير حق فان لم يكرهه الآمر على القتل فقتله وجب على المأمور القاتل القود والكفارة سواء علم أنه أمره بقتله بحق أو بغير حق ، لأنه لا يجب عليه طاعته بخلاف الإمام ؛ ولا يلحق الآخر الا الإثم للمشاركة بالقول ؛ وأما القود والكفارة والدية فلا تجب عليه ؛ لأنه لم يلجئه الى قتله وأما اذا أكرهه على قتله وجب على الآمر القود والكفارة لأنه توصل الى قتله بالاكراه ، فهو كما لو قتله بيده ؛ وأما المأمور فان كان يمكنه أن يدفع الآمر بنفسه أو بعشيرته أو بمن يستعين به فلا يجوز له أن يقتل ؛ وان قتله فعليه القود والكفارة ؛ وان لم يمكنه أن يدفع الآمر بنفسه أو بعشيرته أو بمن يستعين به فلا يجوز له أن يقتل ، وان قتل فعليه القود والكفارة ؛ وان لم يمكنه أن يدفع الآمر فقتل فهل يجب عليه القود ؟ فاختلف أصحابنا فيه ؛ فقال أكثرهم : فيه قولان كما قلنا فى الذى أكرهه الإمام • ومنهم من قال : يجب عليه القود قولا واحداً ، لأن الذى أكرهه الإمام له شبهة فى أمر الإمام لجواز أن يكون الإمام قد علم بأمر يوجب القتل على المقتول وان لم يعلم به المأمور •

وطاعة الإمام تجب بخلاف المتغلب باللصوصية وآحاد الرعية ــ فانه لا يجوز له ذلك ؛ ولا يجب على المأمور طاعته •

ومن أصحابنا الخراسانيين من قال : لا يجب القود على من أكرهه الإمام قولا واحدا ؛ ويجب القود على من أكرهه غير الإمام قولا واحدا لما ذكرناه من الفرق بينهما • والطريق الأول أصح •

اذا ثبت هذا فان الشافعى رحمه الله قال فى الأم : ولو أمر الإمام رجلا بقتل رجل ظلما ففعل المأمور ذلك كان عليهما القود •

واختلف أصحابنا فى تأويله فقال أبو اسحاق : أراد اذا أكرهه وأجاب على

أحد القولين • ومنهم من قال لم يرد بذلك اذا أكرهه لأنه ذكر الإكراه بعد ذلك ، وانما تأويله أن يقتل مسلما بكافر والإمام والمأمور يعتقدان أنه لا يقتل به الا أن المأمور اعتقد أن الإمام قد أداه اجتهاده الى ذلك فيجب عليهما القود أما الإمام فلأنه ألجأه الى قتله بأمر لأن طاعته أمر واجب ؛ وأما المأمور فلأن القتل اذا كان محرما لم يجز له أن يفعله ، وان كان الامام يرى اباحته فيلزمهما القود •

فرع واختلف أصحابنا فى كيفية الإكراه على القتل ؛ فقال ابن الصباغ لا يكون الإكراه عليه الا بالقتل أو بجرح يخاف منه التلف ، فأما اذا أكرهه بضرب لا يموت منه أو بأخذ مال فلا يكون اكراها ؛ لأن ذلك لا يكون عذراً فى اتلاف النفس بحرمتها ؛ ولهذا يجب عليه الدفع عن نفسه فى أحد الوجهين ؛ ولا يجب عليه الدفع عن ماله ؛ بل يجب عليه بذله لإحياء نفس غيره•

وقال الشيخ أبو حامد فى التعليق : اذا أكرهه بأخذ المال على القتل كان اكراها كما قلنا فى الاكراه على الطلاق •

وقال الطبرى : اذا أكرهه على القتل بما لا تحتمله نفسه كان اكراها ، كما قلنا فى الطلاق •

فرع وان أمر خادمه الصغير الذى لا يميز ، أو كان أعجميا لا يميز ويعتقد طاعته فى كل ما يأمره به بقتل رجل بغير حق فقتله وجب القود والكفارة على الآمر ولا يجب على المأمور شىء ، لأن المأمور كالآلة فصار كما لو قتله ، وكذلك اذا كان المأمور يعتقد طاعة كل من أمره فالحكم فيه وفيما سبقه واحد • ولو أمر بسرقة نصاب لغيره من حرز مثله فسرقه لم يجب على الآمر القطع ؛ لأن وجوب القصاص آكد من وجوب القطع فى السرقة ؛ ولهذا يجب القصاص فى السبب ولا يجب القطع فى السبب •

وان قال للصغير الذى لا يميز أو الأعجمى الذى يعتقد طاعته فى كل ما يأمره به : اقتلنى فقتله ؛ كان دمه هدراً لأنه آلة له فهو كما لو قتل نفسه ؛ وتجب عليه الكفارة وان أمر الصغير الذى لا يميز أو البالغ المجنون أن يذبح

نفسه فذبحها أو يخرج مقتلا من نفسه فأخرجه فمات ــ فان كان عبده ــ لم يجب عليه ضمانه لأنه ملكه ، ولكنه يأثم وتجب عليه الكفارة ، وان كان عبداً لغيره وجبت عليه قيمته والكفارة ويجب عليه القود •

وان قال للأعجمى الذى يعتقد طاعة كل من يأمره اذبح نفسك فذبحها لم يجب على الآمر الضمان ، لأنه لا يجوز أن يخفى عليه بأن قتل نفسه لا يجوز ؛ وان جاز أن يخفى عليه أن قتل غيره يجوز • وان أمره أن يكرج مقتلا من نفسه فجرحه ومات فان الشيخ أبا حامد ذكر أن حكمه حكم ما لو أمر بقتل نفسه • وذكر ابن الصباغ فى الشامل أنه يجب على الآمر الضمان لأنه يجوز أن يخفى عليه أنه يقتله بخلاف أمره له بقتله لنفسه •

وان أكره رجلا على اتلاف مال لغيره فان الضمان ينفرد على الآمر ، وهل على المالك أن يطالب المأمور ؟ فيه وجهان حكاهما الطبرى (أحدهما) له أن يطالبه لأنه باشر الاتلاف ، فعلى هذا يرجع المأمور على الآمر (والثانى) ليس للمالك مطالبة المأمور لأنه آلة للآمر •

مسألة قوله « وان شهد شاهدان الخ » فجملة ذلك أنه اذا شهد شاهدان على رجل بما يوجب القتل بغير حق فقتل بشهادتهما وعمدا للشهادة عليه وعلما أنه يقتل بشهادتهما وجب عليهما القود ، لما روى أن رجلين شهدا عند على رضى الله عنه على رجل أنه سرق فقطعه ثم رجعا عن شهادتهما ، فقال لو أعلم أنكما تعمدتما الشهادة عليه لقطعت أيديكما ، وغرمهما الدية فى اليد ، ولأنهما توصلا الى قتله بسبب يقتل غالباً فهو كما لو جرحاه فمات •

فرع لو قال لرجل : اقطع يدى فقطع يده فلا قود على القاطع ولا دية ، لأنه أذن له فى اتلافها ، فهو كما لو أذن له فى اتلاف ماله فأتلفه ، وان قال له اقتلنى فقتله أو أذن له فى قطع يده فقطعها فسرى القطع الى نفسه فمات لم يجب عليه القود • وأما الدية فقال أكثر أصحابنا يبنى على القولين متى يجب دية المقتول ؟ فان قلنا : تجب فى آخر جزء من أجزاء حياته لم تجب ههنا ، وان قلنا :انها تجب بعد موته وجبت ديته لورثته •

قال ابن الصباغ : وعندى فى هذا نظر لأن هذا الاذن ليس باسقاط لما يجب بالجناية ، ولو كان اسقاط لها لما سقط ، كما لا يصح أن يقول له : أسقطت عنك ما يجب لى بالجناية أو اتلاف المال ، وانما سقط لوجود الاذن فيه ؛ ولا فرق بين النفس فيه والأطراف ؛ وهذا يدل على أن الدية تسقط عنده قولا واحداً ، وان قصده فمات ــ فان كان بغير أمره ــ وجب عليه القود ، وان كان بأمره لم يجب عليه قود ولا دية قولا واحداً لأن القصد مباح بخلاف القتل . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(باب القصاص فى الجروح والأعضاء)

(يجب القصاص فيما دون النفس من الجروح والأعضاء . والدليل عليه قوله تعالى « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص » .

وروى أنس رضى الله عنه « أن الربيع بنت النضر بن أنس كسرت ثنية جارية فعرضوا عليهم الأرش فأبوا ، وطلبوا العفو فأبوا ، فأتوا النبى صلى الله عليه وسلم فأمر بالقصاص . فجاء أخوها أنس بن النضر فقال : يا رسول الله أتكسر ثنية الربيع . والذى بعثك بالحق لا تكسر ثنيتها ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم « كتاب الله القصاص » قال فعفا القوم ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان من عباد الله من لو اقسم على الله لأبرا قسمه » ولأن ما دون النفس كالنفس فى الحاجة الى حفظه بالقصاص فكان كالنفس فى وجوب القصاص .

فصل ومن لا يقاد بغيره فى النفس لا يقاد به فيما دون النفس ، ومن اقتيد بغيره فى النفس اقتيد به فيما دون النفس لأنه لما كان ما دون النفس كالنفس فى وجوب القصاص كان كالنفس فيما ذكرناه .

فصل وان اشترك جماعة فى ابانة عضو دفعة واحدة وجب عليهم القصاص ، لأنه أحد نوعى القصاص ، فجاز أن يجب على الجماعة بالجناية ما يجب على واحد كالقصاص فى النفس .

وأن تفرقت جناياتهم بأن قطع واحد بعض العضو وابانه الآخر لم يجب القصاص على واحد منهما ، لأن جناية كل واحد منهما فى بعض العضو ، فلا يجوز أن يقتص منه فى جميع العضو) .

الشرح حديث أنس رضى الله عنه أخرجه البخارى فى التفسير عن عبد الله بن منير وفى الصلح وفى الديات عن الانصارى وعن محمد بن سلام وأخرجه مسلم فى الحدود عن أبى بكر وأخرجه أبو داود فى الديات عن مسدد وأخرجه النسائى فى القود عن محمد بن المثنى عن أحمد بن سليمان وعن حميد بن مسعدة واسماعيل بن مسعود ؛ وأخرجه ابن ماجه فى الديات عن محمد بن المثنى وعن ابن أبى عدى والربيع مضى ضبطها فى الربيع بنت معوذ وهو بالتصغير وهى أم حارثة بنت سراقة المستشهد بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهى صاحبة حديث : أخبرنى عن حارثة ان كان فى الجنة صبرت الخ الحديث •

اما الأحكام فقد قال الشافعى رحمه الله : والقصاص فيما دون النفس سار • جرح يستوفى ، وطرف يقطع •

وقال العمرانى ان القصاص يجب فيما دون النفس من الجروح والأعضاء، لقوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس — الى قوله تعالى — والجروح قصاص) ا هـ • ولما روت الربيع أنها كسرت ثنية جارية من الأنصار فعرضوا عليهم الأرش فلم يقبلوا ؛ فطلبوا العفو فأبوا ؛ فأتوا النبى صلى الله عليه وسلم فأمر بالقصاص ؛ فقال أنس بن النضر : والذى بعثك بالحق لا يكسر ثنيتها ؛ فقال النبى صلى الله عليه وسلم كتاب الله القصاص فعفا القوم فقال صلى الله عليه وسلم : ان من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره » ولأن القصاص فى النفس انما جعل لحفظ النفس ؛ وهذا موجود فيما دون النفس •

اذا ثبت هذا فكل شخصين جرى القصاص بينهما فى النفس جرى القصاص بينهما فيما دون النفس ؛ فتقطع يد الحر المسلم بيد الحر المسلم ويد الكافر بيد الكافر ويد المرأة بيد المرأة ؛ وهذا اجماع •

وتقطع يد المرأة بيد الرجل ؛ ويد الرجل بيد المرأة ؛ ويد العبد بيد الحر والعبد عندنا • وبه قال مالك وأحمد •

وقال أبو حنيفة « اذا اختلف الشخصان فى الدية لم يجر القصاص بينهما فيما دونهما كالحرين المسلمين •

وان اشترك جماعة فى ابانة عضو أو جراحة يثبت بها القصاص ولم يتميز فعل بعضهم عن بعض ، مثل أن أجرى جماعة سيفا فى أيديهم على يد رجل أو رجله فقطعوها أو على رأسه فأوضحوه [1] قطعت يد كل واحد منهم وأوضح كل واحد منهم وبه قال ربيعة ومالك وأحمد • وقال الثورى وابو حنيفة : لا يقتص منهم بل ينتقل حق المجنى عليه الى الدية • دليلنا ما روى أن رجلين شهدا عند على رضى الله عنه على رجل بالسرقة فقطع يده ثم أتيا برجل آخر وقالا : هذا الذى سرق وأخطأنا فى ذلك ، فلم يقبل شهادتهما على الثانى وغرمهما دية يد وقال : لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما ، وروى لقطعتكما ، ولا مخالف له فى الصحابة ، ولأن كل جناية وجب بها القصاص على الواحد وجب بها على الجماعة كالنفس ، وان قطع أحدهما بعض العضو وأبانه الثانى ، أو وضع أحدهما السكين على المفصل ووضع الآخر عليه السكين من الجانب الآخر ثم قطعاه وأباناه لم يجب على أحدهما قصاص فى ابانة العضو ، لأن جناية كل واحد منهما قطعة مميزة فى بعض العضو فلا يقتص منه فى جميعه •

فرع ويعتبر فى المجنى به على ما دون النفس ما يعتبر فى النفس ، فان رماه بحجر كبير يوضحه فى الغالب فأضحه وجب عليه القود ، وان لطمه وورم وانتفخ فصار موضحة فلا قود فيها وفيها الدية • وان رماه بحجر صغير لا يوضح مثله فى الغالب فأوضحه لم يجب عليه القود ووجب عليه الدية كما قلنا فى النفس •

وحكى ابن الصباغ فى الشامل أن الشيخ أبا حامد قال اذا كان الحجر مما يوضح غالباً فانه يجب القصاص فى الموضحة ، فاذا مات لم يجب القصاص • وقال ابن الصباغ : وهذا فيه نظر لأن من أوضح غيره بحديدة فمات منها وجب عليه القود ، فاذا كانت هذه الآلة توضح فى الغالب كانت كالحديد •

---

(١) أوضحوه أى أوضحوا بياض العظم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل والقصاص فيما دون النفس فى شيئين فى الجـروح وفى الأطراف . فأما الجروح فينظر فيها فان كانت لا تنتهى الى عظم كالجائفـــة وما دون الموضحة من الشجاج ، أو كانت الجناية على عظم ككسر الســـاعد والعضد والهاشمة والمنقلة ، لم يجب فيها القصاص ، لأنه لا تمكن المماثلة فيه ولا يؤمن أن يستوفى أكثر من الحـق فسقط ، فان كانت الجنـاية تنتهى الى عظم ـ فان كانت موضحة فى الرأس أو الوجه ـ وجب فيها القصاص ، لأنه تمكن المماثلة فيه ، ويؤمن أن يستوفى أكثر من حقه ، وان كانت فيما ســـوى الرأس والوجه كالساعد والعضد والساق والفخذ وجب فيها القصاص .

ومن أصحابنا من قال : لا يجب لأنه لما خالف موضحة الراس والوجـه فى تقدير الأرش خالفهما فى وجوب القصاص والمنصوص هو الاول ، لأنه يمكـن استيفاء القصاص فيها من غير حيف لانتهائها الى العُظم ، فوجب فيها القصاص كالموضحة فى الرأس والوجه .

فصـــل وان كانت الجناية موضحة وجب القصاص بقـدرها طولا وعرضا لقوله عز وجل « والجروح قصاص » والقصاص هو المماثلة ، ولا تمكن المماثلة فى الموضحة الا بالمساحة فى الطول والعرض ، فان كانت فى الراس حلق موضعها من رأس الجانى وعلم على القدر المستحق بسواد أو غـيره ، ويقتص منها ، فان كانت الموضحة فى مقدم الرأس أو مؤخره او فى قزعته وأمكن أن يستوفى قدرها فى موضعها من رأس الجانى لم يستوف فى غـيرها ، وان كان قدرها يزيد على مثل موضـعها من رأس الجانى اسـتوفى بقدرها ، وان جاوز الموضع الذى شجه فى مثله لأن الجميع رأس . وان كان قدرها يزيد على رأس الجانى لم يجز أن ينزل الى الوجه والقفا لأنه قصاص فى غير العضو الذى جنى عليه ويجب فيما بقى الأرش لانه تعذر فيه القصاص فوجب البدل ، فان أوضح جميع راسه ورأس الجانى أكبر فللمجنى عليه أن يبتدىء بالقصاص من أى جانب شاء من رأس الجانى ، لأن الجميع محل للجناية .

وان أراد أن يستوفى بعض حقه من مقدم الرأس وبعضه من مؤخره فقـد قال بعض أصحابنا : انه لا يجوز ، لأنه ياخذ موضحتين بموضحة . قال الشيخ الامام : ويحتمل عندى أنه يجوز لأنه لا يجاوز موضع الجناية ولا قدرها الا أن يقول أهل الخبرة أن فى ذلك زيادة ضرر أو زيادة شين فيمنع لذلك .

وان كانت الموضحة فى غير الوجه والراس وقلنا بالمنصوص انه يجب فيها القصاص اقتص فيها على ما ذكرناه فى الراس ، فان كانت فى الساعد فزاد قدرها

على ساعد الجانى لم ينزل الى الكف ولم يصعد الى العضد ، وان كانت فى الساق فزادت على قدر ساق الجانى لم ينزل الى القدم ولم يصعد الى الفخذ كما لا ينزل فى موضحة الرأس الى الوجه والقفا .

فصـــل **وان كانت الجناية هاشمة أو منقلة أو مأمومة فله أن يقتص فى الموضحة لأنها داخلة فى الجناية يمكن القصـاص فيهـا ، ويأخـذ الأرش فى الباقى ، لأنه تعذر فيه القصاص فانتقل الى البدل .**

الشرح الأحكام : يجب القصـاص فيما دون النفس فى شـيئين الجروح والأعضاء ، والجروح ضربان ، جرح فى الرأس والوجه وجرح فيما سواهما من البدن ، فأما الجروح فى الرأس والوجه ويسمى الشجاج . قال الشافعى رضى الله عنه : وهى عشرة .

(أولها) الحارصة وهى التى تقشط الجلد قشطا لا يدمى ؛ ومنه يقـال حرص القصار الثوب اذا قشط درنه ووسخه [1] وبعدها الدامية وهى التى قشطت الجلد وخرج منها الدم ، وبعدها الباضعة وهى التى تبضع اللحم ، أى تشقه بعد الجلد وبعدها المتلاحمة وهى التى تنزل فى اللحم ولا تصدع العظم ؛ وبعدها السمحاق وهى التى وصلت الى جلدة رقيقة بين اللحم والعظم وتسمى تلك الجلدة السمحاق وبعدها الموضحة وهى التى أوضحت عن العظم وكشفت عنه ، وبعدها الهاشمة وهى التى هشمت العظم ، وبعد المنقلة ـ قال الشيخ أبو حامد : لها تأويلان .

(أحدهما) أن ينقل العظم من موضع الى موضع (والثانى) أنه فى تداويه لابد من اخراج شىء من العظم منه ؛ وبعدها المأمومة وتسمى الآمة بالمد اسم فاعل والمأمومة اسم مفعول ؛ وجمع الآمة آوام ؛ مثل دابة ودواب ؛ وجمـع المأمومة على لفظها مأمومات وهى التى تصل الى أم الدماغ .

وقال فى البيان : وهى التى قطعت العظم وبلغت الى قشرة رقيقـة فوق الدماغ وبعدها الدامغة وهى التى بلغت الدماغ .

---

(١) فى المصباح ، حرص القصار الثوب شقه ، ومنه قيل للشجة تشـق الجلد حارصة .

وحكى عن أبى العباس بن سريج أنه زاد الدامغة بعد الدامية وقال : الدامية التى يخرج منها الدم ولا يجرى ؛ والدامغة ما يخرج منها الدم ويجرى • قال الأزهرى : الدامغة قبل الدامية ، وهى التى يخرج منها الدم بقطعه والدامية هى التى يخرج منها أكثر •

اذا ثبت هذا فان الشافعى رضى الله عنه قال فى الأم لا قصاص فيما دون الموضحة من الشجاج •

ونقل المزنى : لو جرحه فلم يوضحه اقتص منه بقدر ما شق من الموضحة•

واختلف أصحابنا فيه فقال الخراسانيون : هل يجب القصاص فيما دون الموضحة من الشجاج ؟ فيه قولان ، قال أكثر أصحابيا البغداديين : لا يجب القصاص فيما دون الموضحة ، وما نقله المزنى فيه سهو ؛ لأن القصاص هو المماثلة ولا يمكن المماثلة فيما دون الموضحة ، فلو أوجبنا فيها القصاص لم يأمن أن تؤخذ موضحة بمتلاحمة ، لأنه قد يكون رأس المجنى عليه غليظ الجلد كثير اللحم ، ويكون رأس الجانى رقيق الجلد قليل اللحم ، فاذا قدرنا العمق فى المتلاحمتين ورأس المجنى عليه وأوجبنا قدره فى رأس الجانى فربما بلغت الى الظم وذلك لا يجوز •

وقال الشيخ أبو حامد يمكن عندى القصاص فيما دون الموضحة من الشجاج على ما نقله المزنى بأن يكون فى رأس المجنى عليه موضحة وفى رأس الجانى موضحة فينظر الى المتلاحمة التى فى رأس المجنى عليه ، وينظر كم قدرها من الموضحة ؛ فان كان قدر نصفها نظر كم قدر الموضحة التى فى رأس الجانى فنقص منه نصف موضحته التى فى رأسه ؛ والمشهور أنه لا قصاص فى ذلك ؛ وأما الموضحة فيجب فيها القصاص لأن المماثلة فيها ممكنة من غير حيف ؛ فيقدر الموضحة بالطول والعرض ويعلم عليه بخيط أو سواد ولا يعتبر العمق ، لأنه يأخذ الى العظم • وان كانت الشجة فى الرأس وعلى موضعها فى رأس الجانى شعر فالمستحب أن يحلق ذلك الشعر لأنه أسهل فى الاستيفاء ، وان اقتص ولم يحلق الشعر جاز ؛ لأنه لا يأخذ الا قدر حقه •

فـــرع اذا شج رجل رجلا فى رأســه شجة فلا يخلو اما أن يستوى رأساهما فى الصغر والكبر أو يختلفــا ــ فان اســتوى رأساهما فى الصغر أو الكبر ــ فانه يستوفى مثل موضحته بالطول والعرض فى موضعها اما فى مقدم الرأس أو مؤخره أو بين قرنيه ، وان اختلفا نظرت ــ فان كان رأس الجانى أكبر ورأس المجنى عليه أصغر فجنى عليه موضــحة الى منبت الشعر فوق الأذن وكان قدر طولها وعرضها فى رأس الجانى ينتهى الى أعلا من ذلك الموضع لسعته ، فليس للمجنى عليه أن يأخذ الا قدر موضحته طولا وعرضا لا يزيد عليه ، ولكن له أن يبتدىء بالقصاص من أى الجانبين شاء •

وان أوضح جميع رأســه فللمجنى عليه أن يقتص قــدر موضحته طولا وعرضا فى أى وقت شاء من رأس الجانى لأنه قد جنى عليه فى ذلك الموضع فى رأسه • فان أراد أن يقتص بعضها فى مقدم رأس الجــانى وبعضــها فى مؤخر رأس الجانى ويكون بينهما فاصل ففيه وجهان •

(أحدهما) لا يجوز له ذلك لأنه يأخذ موضحتين بموضحة •

(والثانى) وهو قول المصنف انه يجوز لأنه لا يأخذ الا قدر حقه الا ان قال أهل الخبرة : ان فى ذلك زيادة ضرر أو زيادة شين فيمنع من ذلك ، وان كان رأس المجنى عليه أكبر من رأس الجــانى فأوضحه موضحة فى مقــدم رأســه وكان قدر طولها وعرضها فى رأس الجانى يزيد على ذلك الموضــع ففيه وجهان •

(أحدهما) أن للمجنى عليه أن يقتص فى مقدم رأس الجانى ويستكمل قدر طول موضحته وعرضها مما يلى ذلك من مؤخر رأس الجانى لأنه عوض واحد فان زادت موضحته على قدر الرأس لم يكن له أن يستوفى باقيها فى الوجه ولا فى القفــا وهو ما نزل عن منبت شــعر الرأس من العين لأنهما موضعان آخران والوجه الثانى أنه لا يجوز له أن يتجاوز عن سمت موضع الشجة لأنه غير موضع الشجة فلم يتجاوزه ، كما لا يجــوز أن يتجاوز عن موضع الرأس الى الوجه والقفا فعلى هذا ان كانت الموضحة فى مقدم الرأس

وزاد قدرها على مقدم رأس الجـانى لم ينزل الى مؤخره ، وان كانت بين قرنى الرأس وهما جانباه وزاد قدرها على ما بين قرنى رأس الجانى فللمجنى عليه أن يقتص الى ما فوق الأذنين لأنه فى سمتها وليس له أن يستوفى فى مقدم الرأس ولا فى مؤخره لأنه فى غير سمته .

فـــرع وأما الهاشمة والمنقلة والمأمومة فله أن يقتص فى الموضحة وليس له أن يقتص فيما زاد عليها لأن كسر العظم لا يمكن المماثلة فيـه لأنه يخـاف فيه الحيف واتلاف النفس . وأما الجـراحة فى غير الرأس والوجه فينظر فيها ـ فان وصلت الى عظم وجب فيها القصاص . ومن أصحابنا من قال : لا يجب فيها القصاص لأنها لما خالفت موضحة الرأس والوجه فى تقدير الأرش خالفتهـا فى وجوب القصاص والمنصـوص هو الأول ؛ لأنه يمكن القصاص فيها من غير حيف فهى كالموضحة فى الرأس والوجه .

فعلى هـذا ان كانت فى موضـع عليه شعر كثير ؛ فالمستحب أن يحلق موضعها ويعلم على موضعها سواد أو غيره ؛ ويقـدر الطول والعرض على ما ذكرناه فى موضحة الرأس .

وان كانت الجراحة فى العضد فزاد قدرها على عضد الجانى لم ينزل فى الزيادة على عالى الساعد . وان كانت فى الفخذ وزاد قدرها على فخذ الجانى لم ينزل فى الزيادة الى الساق ؛ وان كانت فى الساق وزاد قدرها على ساق الجانى لم ينزل فى الزيادة الى القـدم كما لا ينزل فى موضحة الرأس الى الوجه والقفـا ؛ وان كانت فيما دون الموضحة لم يجب فيها القصـاص على المشـهور من المذهب ؛ لأنه لا يمكن المماثلة فيه وعلى ما اعتبره الشـيخ أبو حامد وحكاه الخراسانيون فيما دون الموضحة من الجراحات على الرأس فى الوجه يكون ههنا مثله .

وان كانت الجراحة جائفـة أو كسر عظم لم يجب القصـاص فيها ؛ لأنه لا يمكن المماثلة فيها ويخاف فيها الحيف ؛ بل ان كانت فى موضع وصلت الى عظم ثم كسرت أو أجافت وجب القصاص فيهـا الى العظم ووجب الأرش فيما زاد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وأما الأطراف فيجب فيها القصاص فى كل ما ينتهى منها الى مفصل فتؤخذ العين بالعين لقوله تعالى« وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والاذن بالاذن والسن بالسن والجروح قصاص » ولانه يمكن المماثلة فيها لانتهائها الى مفصل فوجب فيها القصاص ، ولا يجوز أن يأخذ صحيحة بقائمة لأنه يأخذ أكثر من حقه ، ويجوز أن يأخذ دون حقه . وان أوضح رأسه فذهب ضوء عينه ، فالمنصوص أنه يجب فيه القصاص ، وقال فيمن قطع أصبع رجل فتآكل كفه انه لا قصاص فى الكف ، فنقل أبو اسحاق قوله فى الكف الى العين ولم ينقل قوله فى العين الى الكف ، فقال فى ضوء العين قولان (أحدهما) لا يجب فيه القصاص لانه سراية فيما دون النفس فلم يجب فيه القصاص كما لو قطع أصبعه فتآكل الكف . (والثانى) يجب لأنه لا يمكن اتلافه بالمباشرة فوجب القصاص فيه بالسراية كالنفس .

ومن أصحابنا من حمل المسئلتين على ظاهرهما فقال : يجب القصاص فى الضوء قولا واحداً ولا يجب فى الكف ، لأن الكف يمكن اتلافه بالمباشرة فلم يجب القصاص فيه بالسراية بخوف الضوء .

فصـــل ويؤخذ الجفن بالجفن لقوله تعالى : « والجروح قصاص » ولأنه يمكن القصاص فيه لانتهائه الى مفصل فوجب فيه القصاص ويؤخذ جفن البصير بجفن الضرير وجفن الضرير بجفن البصير لأنهما متساويان فى السلامة من النقص وعدم البصر نقص فى غيره .

فصـــل ويؤخذ الأنف بالأنف لقوله تعالى « والانف بالانف » ولا يجب القصاص فيه الا فى المارن لأنه ينتهى الى مفصل ، ويؤخذ الشام بالأخشم ، والأخشم بالشام لانهما متساويان فى السلامة من النقص ، وعدم الشم نقص فى غيره ، ويؤخذ البعض بالبعض ، وهو أن يقدر ما قطعه بالجزء كالنصف والثلث ثم يقتص بالنصف والثلث من مارن الجانى ، ولا يؤخذ قدرة بالمساحة لأنه قد يكون أنف الجانى صغيراً وأنف المجنى عليه كبيراً ، فاذا اعتبرت المماثلة بالمساحة قطعنا جميع المارن بالبعض ، وهذا لا يجوز . ويؤخذ المنخر بالمنخر والحاجز بين المنخرين بالحاجز ، لأنه يمكن القصاص فيه لانتهائه الى مفصل ، ولا يؤخذ مارن صحيح بمارن سقط بعضه بجذام أو انخرام لأنه يأخذ أكثر من حقه ، فان قطع من سقط بعض مارنه مارناً صحيحا فللمجنى عليه أن يأخذ الموجود وينتقل فى الباقى الى البدل لأنه وجد بعض حقه وعدم البعض ، فأخذ الموجود وانتقل فى الباقى الى البدل وان قطع الأنف من أصله اقتص من المارن لأنه داخل فى الجناية يمكن القصاص فيه . وينتقل فى الباقى الى الحكومة لأنه يمكن القصاص فيه فانتقل فيه الى البدل .

الشرح قوله « بقائمة » وهى التى بياضها وسوادها صحيحان غير أن صاحبها لا يبصر ولعلها الواقفة ؛ من قولهم : قام زيد اذا وقف •

وقوله « المارن » أى مالان من الأنف وموصل الى القضيب ، والأخشم من الخشم أى أصيب بداء فى أنفه منعه الشم •

اما الأحكام فان الأطراف يجب فيها القصاص فى كل ما ينتهى منها الى مفصل فتؤخذ العين بالعين لقوله تعالى : (والعين بالعين) الآية ، ولأنها تنتهى الى مفصل •

اذا ثبت هذا فانه توجد العين الصحيحة بالعين الصحيحة والقائمة بالقائمة ؛ وهى التى ذهب ضوؤها وبقيت حدقتها — وهى التى انفصلت شبكيتها — وهو الطبقة المبطنة لكرة العين من أسفل أو التى انفصل أو ضمر العصب البصرى لها وهو الذى يتلقى المرئيات من الشبكية لنقلها الى المخ ، أو المياه الزرقاء التى تتكون فى العدسة الداخلية للعين ، أو ما شابه ذلك مما لا يظهر على شكل العين فتبدو كأنها مبصرة وليس فيها ابصار ، فانه لا تؤخذ صحيحة بقائمة ، وهى التى وصفناها طبقا لعلم التشريح البصرى ان شاء الله • وذلك لأنه يأخذ أكثر من حقه ويجوز أن يأخذ القائمة بالصحيحة لأنه يأخذ أقل من حقه باختياره •

فـــرع اذا أوضح رأسه فذهب ضوء العين ، أى انفصلت الشبكية أو تهتك عصب الإبصار ؛ فالمنصوص أنه يجب القصاص فى الضوء•

وقال الشافعى رضى الله عنه فيمن قطع أصبع رجل فتآكل الكف وسقط : انه لا يجب عليه القصاص فى الكف • واختلف أصحابنا فى ضوء العين ؛ فنقل أبو اسحاق جوابه فى الكف الى العين ؛ وجعل فى ضوء العين قولين :

(أحدهما) أنه يجب فيه القصاص لأنه سراية فيما دون النفس فلم يجب فيه القصاص كالكف •

(والثانى) يجب فيه القصاص بالسراية كالنفس وقال أكثر أصحابنا : لا يجب القصاص فى الكف بالسراية قولا واحداً ؛ والفرق بينهما أن الكف يمكن اتلافه بالمباشرة فلم يجب فيه القصاص بالسراية ، والضوء لا يمكن اتلافه بالمباشرة بالجناية ، وانما يتلف بالجناية على غيره فوجب القصاص فيه بالسراية كالنفس .

فرع قال المصنف : ويؤخذ الجفن بالجفن لقوله تعالى « والجروح قصاص » وهذا صحيح لأنه ينتهى الى مفصل فيؤخذ جفن البصير بجفن الضرير وجفن الضرير بجفن البصير لأنهما متساويان فى السلامة ، وعدم البصر نقص فى غيره .

مسألة قوله تعالى : « والعين بالعين والأنف بالأنف » قرأ نافع وعاصم والأعمش وحمزة بالنصب فى جميعها على العطف ؛ ويجوز تخفيف (أن) ورفع الكل بالابتداء والعطف ؛ وقرأ ابن كثير وابن عامر وأبو عمرو وأبو جعفر بنصب الكل الا الجروح ؛ وكان الكسائى وأبو عبيد يقرآن « والعين بالعين » وهكذا بالرفع فيها كلها .

قال أبو عبيد حدثنا حجاج عن هرون عن عبد بن كثير عن عقيل عن الزهرى عن أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم قرأ « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص » والرفع من ثلاث جهات بالابتداء والخبر وعلى معنى على موضع « أن النفس » لأن المعنى قلنا لهم « النفس بالنفس » .

والوجه الثالث قاله الزجاج يكون عطفاً على المضمر فى النفس ؛ لأن الضمير فى النفس فى موضع رفع لأن التقدير أن النفس هى مأخوذة بالنفس ؛ فالأسماء معطوفة على هى .

قال ابن المنذر : ومن قرأ بالرفع جعل ذلك ابتداء كلام حكم فى المسلمين، وهذا أصح القولين عند القرطبى فى جامعه ، وذلك أنها قراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم والخطاب للمسلمين أمروا بهذا . ومن خص الجروح بالرفع

فعلى القطع مما قبلها والاستئناف بهـا ، كأن المسلمين أمروا بهذا خاصـة ، وما قبله لم يواجهوا به •

اذا ثبت هذا فان الأنف الكبير يؤخذ بالصغير والغليظ بالرقيق والافنى بالافطس لأن الأطراف يجب القصاص فيها وان اختلفت بالصـغر والكبر • ولا يجب القصاص فى المارن وهو اللين •

وأما القصبة فلا يجب فيها القصاص لأنها عظم ؛ ويؤخذ أنف الشـام بأنف الأخشم ، وأنف الأخشم بأنف الشـام ، لأن الخشم ليس بنقص فى الأنف ، وانما هو لعلة فى الدماغ والأنفان يتساويان فى السـلامة ، ويؤخذ الأنف الصحيح بالأنف المجذوم ما لم يسقط بالجذام شىء منه ؛ لأن الطرف الصحيح يؤخذ بالطـرف العليل ، فان سقط من الأنف شىء لم يؤخـذ به الصحيح لأنه يأخذ أكثر من حقـه ؛ فان قطع من سقط بعض مارنه مارناً صحيحاً قطع جميع ما بقى من مارن الجانى وأخذ منه من الدية بقدر ما كان ذهب من مارنه ، فان قطع بعض مارن غيره نظر كم القدر الذى قطع ــ فان كان نصف المارن أو ثلثه أو ربعه اقتص من مارنه نصفه أو ثلثه أو ربعـه ، ولا يقدر بالمساحة بالطول والعرض كما قلنا فى الموضحة ؛ لأنه قـد يكون أنف الجانى صغيراً وأنف المجنى عليه كبيراً ، فلو قلنا يقطع من أنف الجانى قدر ما قطع من أنف المجنى عليه بالمساحة طولا وعرضا لم يأمن أن يقطـع جميع أنفه ببعض أنف المجنى عليه ؛ ويؤخذ المتحد بالمتحد ، والحاجز بينهما بالحاجز ؛ فان قطع المـارن والقصبة اقتص من المـارن وأخذ الحكومة فى القصبة لأنه لا يمكن القصاص فيها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **وتؤخذ الأذن بالأذن لقوله عز وجل « والأذن بالأذن » ولانه يمكن استيفاء القصاص فيه لانتهائه الى حد فاصل ، وتؤخذ أذن السميع بأذن الأصم ، وأذن الأصم بأذن السميع ، لانهما متساويان فى السلامة من النقص ، وعدم السمع نقص فى غيره • ويؤخذ الصحيح بالمثقوب ، والمثقوب بالصحيح ، لأن الثقب ليس بنقص ، وانما تثقب للزينـة • ويؤخـذ البعض بالبعض على ما ذكرناه فى الأنف ، ولا يؤخذ صحيح بمخزوم ، لانه أكثر من حقه ، ويؤخذ**

المخزوم بالصحيح ، ويؤخذ معه من الدية بقدر ما سقط منه لما ذكرناه فى الانف .

وهل يؤخذ غير المستحشف بالمستحشف ؟ فيه قولان (أحدهما) أنه لا يؤخذ كما لا تؤخذ اليد الصحيحة بالشلاء .

(والثانى) يؤخذ لأنهما متساويان فى المنفعة ، بخلاف اليد الشلاء فانها لا تساوى الصحيحة فى المنفعة ، فان قطع بعض أذنه والصقه المقطوع فالتصق لم يجب القصاص ، لأنه لا يمكن المماثلة فيما قطع منه ، وان قطع أذنه حتى جعلها معلقة على خده وجب القصاص ، لأن المماثلة فيه ممكنة بأن يقطع أذنه حتى تصير معلقة على خده ، وان ابان أذنه فأخذه المقطوع والصقه فالتصق لم يسقط القصاص لأن القصاص يجب بالابانة ، وما حصل من الالصاق لا حكم له لأنه يجب ازالته ولا تجوز الصلاة معه . وان قطع أذنه فاقتص منه وأخذ الجانى أذنه فالصقه فالتصق لم يكن للمجنى عليه ان يطالبه بقطعة ، لأنه اقتص منه بالابانة ، وما فعله من الالصاق لا حكم له لأنه يستحق ازالته للصلاة ، وذلك الى السلطان وان قطع أذنه فقطع المجنى عليه بعض أذن الجانى فالصقه الجانى فالتصق فللمجنى عليه أن يعود فيقطعه لأنه يستحق الابانة ولم يوجد ذلك . وان جنى على رأسه فذهب عقله أو على أنفه فذهب شمه أو على أذنه فذهب سمعه لم يجب القصاص فى العقل والشم والسمع ، لأن هذه المعانى فى غير محل الجناية فلم يمكن القصاص فيها .

فصل وتؤخذ الشفة بالشفة وهو ما بين الذقن والخدين علوا وسفلا ومن أصحابنا من قال : لا يجب فيه القصاص لأنه قطع لحم لا ينتهى الى عظم فلم يجب فيه القصاص كالبالغة والمتلاحمة والصحيح هو الأول لقوله تعالى ((والجروح قصاص)) ولأنه ينتهى الى حد معلوم يمكن القصاص فيه فوجب فيه القصاص) .

الشرح الصمم فقدان السمع بسبب من الأسباب الآتية :

١ ــ انسداد القناة السمعية وهى المدخل الظاهرى فى فتحة الأذن .

٢ ــ تهتك الغشاء الرقيق المسمى (الطبلة) وهو الذى يستقبل الذبذبات الصوتية الداخلة من القناة السمعية فينقلها بدوره الى ثلاث عظيمات فى الصماخ وهذه العظيمات (بالتصغير لصغرها ودقتها) تكبر

الصوت بالذبذبات التى تحدث عن طريق تحرك هذه العظيمات عند اصطدام الذبذبات الصوتية بها •

٣ ــ توقف العظيمات عن الحركة •

٤ ــ انفصال العصب السمعى أو تيبسه أو تهتكه ، وهو الذى يأخذ الصوت من مكبر الصوت (العظيمات) لينقله الى المخ • والاخرم المثقوب الأذن ، وقد انخرم ثقبه أي انشق ، والمستحشف المنقبض اليابس ، مأخوذ من حشف التمر وأول الشجاج الحارصة ، سميت حارصة لأنها تشق الجلد ، يقال حرص القصار الثوب اذا شقه ، وحرص المطر الأرض اذا قشرها • والباضعة التى تقطع الجلد وتشق اللحم وتدمى ، من بضعت اللحم اذا قطعته قطعاً صغارا ، والبضعة القطعة وقد سقناها آنفا فى عشرة أنواع وفيها المتلاحمة والسمحاق والهاشمة • أما الاندمال فهو برء الجرح • يقال اندمل الجرح اذا تماثل ، وأصله الإصلاح ، ودملت بين القوم أصلحت ، ودملت الأرض بالسرجين أصلحتها •

أما الأحكام فانه يجب القصاص فى الأذن لقوله تعالى « والأذن بالأذن » ويؤخذ منها الكبير بالصغير والعكس لما ذكرناه فى الأنف ، ويؤخذ المثقوب بالصحيح وبالعكس ، والأصم بالسميع وبالعكس ، وان قطع من كان أذنه مخرومة أذنا صحيحة اقتص منه المجنى عليه فى المخرومة وأخذ من دية أذنه بقدر ما انخرم من أذن الجانى ، وتؤخذ الأذن المستحشفة وهى الأذن اليابسة بالأذن الصحيحة لأنه يأخذ أنقص من حقه باختياره ، وهل تؤخذ الأذن الصحيحة بالأذن المستحشفة ؟ فيه قولان •

(أحدهما) لا يؤخذ بها كما لا يجوز أخذ اليد الصحيحة باليد الشلاء•

(والثانى) تؤخذ بها لأن الأذن المستحشفة تساوى الأذن الصحيحة فى المنفعة فأخذت الصحيحة بها بخلاف اليد الشلاء فانها لا تساوى الصحيحة فى المنفعة •

فـــرع وان قطع بعض أذنه اقتص منه ؛ ويقـدر ذلك بالجزء كالنصف والثلث والربع ، ولا يقدر بالمساحة بالطول والعرض لما ذكرناه فى الأنف • وحكى ابن الصباغ عن القاضى أبى الطيب أنه لا يثبت القصاص فى بعض الأذن والأول أصح لأنه يمكنه القصاص فيها •

وقول المصنف هنـا : اذا قطع بعض أذنه وألصـقه فالتصـق لم يجب القصاص لأنه لا يمكن المماثلة فيما قطع منه • ولعله أراد اذا اندمل القطع بنحو خياطة طبية فاختفى القطع •

وان قطع أذنه حتى جعلها معلقة فله أن يقطع كذلك لأن المماثلة ممكنة • وان قطع أذنه وأبانها فأخذها المجنى عليه فألصقها فالتصقت لم يكن للمجنى عليه أن يطالبه بازالتها ؛ لأنه قد استوفى حقه ؛ والإزالة الى السلطان ؛ وان قطع أذنه وأبانها وقطع المجنى عليه بعض أذن الجانى فألصقه الجانى فالتصق فللمجنى عليه أن يعود ويقطعه ؛ لأن حقه الإبانة ولم يوجد • وان جنى على رأسه فذهب عقله أو شـمه أو سـمعه أو ذوقه أو نكاحه أو انزاله لم يجب القصاص ، لأن هذه الأشياء ليست فى موضع الجناية فيمكن القصاص فيها •

مســـألة يجب فى الشفتين القصاص ؛ ومن أصحابنا من قال : لا قصاص فيهما لأنه قطع لحما من لحم غير منفصل ، والأول هو المنصوص لقوله تعالى « والجروح قصاص » ولأن الشفتين هما اللحم الجافى من لحم الذقن والشدق ، مستدير على الفم طولا وعرضا ، وطولهما ما تجافى عن لحم الذقن الى أصل الأنف وذلك من لحم له حد معلوم فوجب القصاص فيه •

واختلف أصحابنا فى القصاص فى اللسان ، فمنهم من قال : يجب القصاص فى جميعها وفى بعضها ، لأنه له حداً ينتهى اليه فهو كالأنف والأذن • وقال أبو اسحاق : لا قصاص فيه ، واليه ذهب بعض أصحاب أبى حنيفة ، واختاره ابن الصباغ ، وأما المصنف فذكر أن القصاص يثبت فى جميعها على وجهين•

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ويؤخذ السن بالسن لقوله تعالى (والسـن بالسـن) ولما رويناه فى أول الباب فى حديث الربيـع بنت النضر بن أنس ، ولأنه محدود فى نفسه يمكن القصاص فيه فوجب فيه القصاص ، ولا يؤخذ سن صحيح بسن مكسور لأنه يأخذ أكثر من حقه ، ويؤخذ المكسور بالصـحيح ، ويؤخذ معـه من الدية بقدر ما انكسر منه لما ذكرناه فى الأنف والاذن ويؤخذ الأزئد اذا اتفق محلهما لانهما متساويان ، وان قلع سنا زائدة وليس للجانى مثلها وجبت عليه الحكومى لأنه تعذر المثل فوجب البدل ، وان كان له مثلها فى غير موضع المقلوع لم يؤخذ كما لا يؤخذ سن أصلى بسـن أخرى . وان كسر نصف سنه وأمكن أن يقتص منه نصف سنه اقتص منه ، فان لم يمكن وجب بقـــدره من دية السن ، وان وجب له القصاص فى السن فاقتص ثم نبت له مكانه سن آخر ففيه قولان :

(أحدهما) أن النابت هو المقلوع من جهة الحكى لأنه مثله فى محله فصـار كما لو قلع سن صغير ثم نبت فعلى هذا يجب على المجنى عليه دية سن الجانى لأنه قلع سنه بغير سن .

(والقول الثانى) : أن النابت هبة مجددة لأن الغالب أنه لا يستخلف فعلى هذا وقع القصاص موقعه ولا يجب عليه شىء للجانى ، وان قلع سن رجـــل فاقتص منه ثم نبت للجانى سن فى مكان السن الذى اقتص منه . فان قلنـــا ان النابت هبة مجددة لم يكن للمجنى عليه قلعه لانه استوفى ما كان له . وان قلنا : ان النابت هو المقلوع من جهة الحكم فهل يجوز للمجنى عليه قلعه ، فيـه وجهان .

(أحدهما) أن له أن يقلعه ولو نبت ألف مرة ، لأنه أعدمه السن فاستحق أن يعدم سنه .

(والثانى) ليس له قلعه لانه يجوز أن يكون هبة مجددة ويجوز أن يكون هو المقلوع فلم يجز قلعه مع الشك .

فصـــل ويؤخذ اللسان باللسان لقوله تعالى (والجروح قصـاص) ولأن له حداً ينتهى اليه فاقتص فيه فلا يؤخذ لسان الناطق بلسـان الأخرس لأنه يأخذ أكثر من حقه ، ويأخذ لسان الأخرس بلسان الناطق لانه يأخذ بعض حقه وان قطع نصف لسانه او ثلثه اقتص من لسان الجانى فى نصفه او ثلثه

وقال ابو اسحاق لا يقتص منه لانه لا يامن أن يجاوز القدر المستحق ، والمذهب انه يقتص منه للآية ولأنه اذا أمكن القصاص فى جميعه أمكن فى بعضه) .

الشرح حديث الربيع بنت النضر مضى تخريجه فى فصل قبله .

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : وان قلع سن من أثغر قلع سنه ، وان كان المقلوع سنه لم يثغر أوقف حتى يثغر .

وجملة ذلك أن القصاص يجب فى السن لقوله تعالى « والسن بالسن » ولما روى أن الربيع كسرت سن جارية فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بكسر سنها « فقال أنس بن النضر أتكسر سن الربيع ؟ لا والله لا تكسر ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم القصاص فعفا الانصارى فقال رسول الله : ان من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره » .

اذا نبت هذا فانه يقال للصبى اذا سقطت رواضفه ؛ وهى الأسنان التى تنبت له وقت رضاعه ثغر فهو مثغور ، فاذا نبت له مكانها قيل له أثغر وأثغر لغتان . هكذا أفاده العمرانى .

وقال الفيومى : والثغر المبسم ثم أطلق على الثنايا ، واذا كسر ثغر الصبى قيل : ثغر ثغورا بالتناء للمفعول ، وثغرته أثغره من باب نفع كسرته ، واذا نبتت بعد السقوط قيل أثغر اثغارا مثل أكرم اكراما ، واذا ألقى أسنانه قيل أثغر على افتعل .

وقال فى كفاية المتحفظ : اذا سقطت أسنان الصبى قيل ثغر ، فاذا نبتت قيل أثغر واثغر بالتاء والثاء مع التشديد .

فاذا قلع سن غيره فلا يخلو المقلوع اما أن يكون لم يثغر أو كان قد ثغر ؛ فان كان لم يثغر فان القصاص لا يجب على الجانى فى الحال ، لأن العادة جرت أن سن من لم يثغر تعود اذا قلعت ؛ وما كان يعود اذا قلع لا يجب فيه القصاص كالشعر ويسأل الأطباء كم المدة التى تعود هذه السن فى مثلها ، وينتظر الى تلك المدة ، فاذا جاءت تلك المدة ولم يعد السن وجب

على الجانى القصاص ، لأنه قد أيس من عودها ، فان نبتت للمجنى عليه سن مكانها فى تلك المدة أو أقل منها ــ فان كانت الثانية مثل الأولة من غير زيادة ولا نقصان لم يجب على الجانى قصاص ولا دية • وهل يجب عليه حكومة الجراح الذى حصل بقلعه ؟ ينظر فيه ، فان جرح موضعا آخر غير الموضع الذى فيه السن بالقلع وجبت عليه فيه الحكومة ؛ وان لم يجرح الا الموضع الذى قلع منه السن ففيه وجهان •

(أحدهما) يجب عليه الحكومة ؛ لأنه لما قلع السن أدمى ، فاذا أدمى وجبت فيه الحكومة •

(والثانى) لا تجب عليه الحكومة ؛ لأن الحكومة انما تجب اذا جرح وأدمى فأما اذا أدمى من غير جرح فلا حكومة عليه ؛ كما لو لطمه فرعف ، فانه لا تجب عليه لخروج الدم بالرعاف حكومة • وان كانت السن التى نبتت مكان المقلوعة أنقص من التى تليها وجب على الجانى من ديتها بقدر ما نقص منها لأن الظاهر أنها نقصت لجنايته •

وان كانت السن التى نبتت أزيد من التى قبلها ففيه وجهان : من أصحابنا من قال : لا يجب على الجانى شين ، لأن الزيادة لا تكون من الجناية • وقال المصنف يلزمه حكومة الشين الحاصل بالزيادة كما يلزمه الشين الحاصل بالنقصان ، لأن الظاهر أن ذلك من جنايته •

وان كانت النابتة خارجة من صف الأسنان ؛ فان كانت بحيث لا ينتفع بها وجبت عليه حكومة بالشين الحاصل بها ؛ وان نبت له سن صغير أو خضراء أو سوداء ــ وكانت المقلوعة بيضاء ــ وجب على الجانى للشين الحاصل باللون ؛ وان مات المجنى عليه بعد مضى المدة التى يرجى فيها عود السن قبل أن يعود ؛ فلوليه أن يقتص من الجانى ؛ لأنه مات بعد استقرار القصاص •

وهل تجب له دية سن ؟ حكى الشيخ أبو اسحاق فيها قولين ، وحكاهما الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وجهين •

(أحدهما) تجب دية السن ؛ لأنه قلع سناً لم تعد • والأصل عدم العود• (والثانى) لا يجب لأن الغالب أنها قد كانت تعود ، وانما قطعها الموت ؛ وأما اذا قلع سن من ثغر ــ فان قال الأطباء : انها لا تعود ــ وجب له القصاص فى الحال ؛ وان قالوا انها تعود الى مدة فهل له القصاص قبل مضى تلك المدة ؟ فيه وجهان بناء على أنه هل يسقط القصاص أو الدية اذا عاد سنه فيه قولان • فان قلنا : يسقط ينتظر والا فلا •

وقال الشيخ أبو حامد : ليس له أن يقتص قبل مضى تلك المدة كما قلنا فيمن قلع سن صبى لم يثغر • وقال ابن الصباغ : له أن يقتص بكل حال ؛ أو اقتص منه بعد الإياس من عودها ثم نبتت للمجنى عليه سن فى موضع السن المقلوع ففيه قولان (أحدهما) أن هذا السن من نبات السن المقلوع من هذا الموضع ؛ لأن مثله فى موضعه فصار كما تنف شعره ثم نبت كما لو قلع سن صبى لم يثغر ثم نبت مكانه سن ، وكما لو لطم عينه فذهب ضوؤها ثم عاد ، فعلى هذا لا يجب على المجنى عليه القصاص للجانى فى السن التى اقتص منه بها لأنه قلعها ، وكان يجوز له قلعها ، وانما يجب عليه دية سن الجانى وان كان المجنى عليه عفا عن القصاص وأخذ دية سنه وجب عليه رد الدية الى الجانى •

والقول الثانى أن السن النابت هبة مجددة من الله تعالى للمجنى عليه ، لأن العادة أن سن من ثغر اذا قلعت لا تعود ، فاذا عادت علمنا أن ذلك هبة من الله له ، فعلى هذا ان كان المجنى عليه قد اقتضى من الجانى أو أخذ منه الأرش فقد وقع ما فعله موقعه ولا شىء عليه للجانى • وان قلع سن رجل فقلع المجنى عليه سن الجانى ثم نبت للجانى سن مكان سنه الذى اقتص منه ولم تعد للمجنى عليه مثلها ــ فان قلنا ان النابت هبة من الله مجددة ــ فلا شىء للمجنى عليه ؛ وان قلنا ان النابت هو من الأول ففيه وجهان •

(أحدهما) أن للمجنى عليه أن يقلعه ؛ ولو نبت مراراً ؛ لأنه أعدم سنه فاستحق أن يعدم سنه •

(والثانى) ليس له أن يقلع سنه لأنه يجوز أن يكون من المقلوع ،

ويجوز أن يكون هبة مجددة ، وذلك شبهة فسقط بها القصاص ، فعلى هذا للمجنى عليه دية سن على الجانى ، فان خالف المجنى عليه وقلع هذا السن للجانى وجب عليه ديتها ويتقاصان ، وان قلع سنه فاقتص منه فعاد للمجنى عليه سن مكان سنه ولم يعد للجانى ثم عاد الجانى فقلعها وجب عليه ديتها لأنه ليس له مثلها ؛ فان قلنا انه من الأول فقد قلنا ان على المجنى عليه دية سن الجانى فيتقاصان . وان قلنا ان النابت هبة مجددة فلا شى على المجنى عليه للجانى .

هذا ويؤخذ السن الكبير بالصغير والصغير بالكبير كما قلنا فى الأنف والأذن ولا يأخذ سن صحيح بمكسور لأنه يأخذ أكثر من حقه ؛ ويؤخذ المكسور بالصحيح ؛ لأنه أنقص منه ؛ ويأخذ من دية سنه بقدر ما ذهب من سن الجانى وان كسر بعض سنه من نصفها أو ربعها فهل يجب بها القصاص؟ اختلف الشيخان ، فقال الشيخ أبو اسحاق ان أمكن أن يقتص اقتص ،وان لم يمكن لم يقتص وقال الشيخ أبو حامد لا يقتص منه لأن القصاص بالكسر لا يجب باتفاق الأمة وما روى فى خبر الربيع أنها كسرت ثنية جارية فقال النبى صلى الله عليه وسلم : تكسر ثنيتها ، أراد بالكسر القلع لا الكسر من بعضها .

فرع وان قلع لرجل سناً زائداً وللجانى سن زائد فى ذلك الموضع يساوى السن الذى قلع وجب فيها القصاص لأنهما متساويان ؛ وان لم يكن للجانى سن زائد لم يجب عليه القصاص ، لأنه ليس له مثلها ؛ وان كان له سن زائد فى غير ذلك الموضع لم يجب فيه القصاص لأنه ليس مثلها . وان كان له سن زائد فى ذلك الموضع الا أنه أكبر من سن المجنى عليه ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أكثر أصحابنا لا يجب فيها القصاص ؛ لأن القصاص فى العضو الزائد انما يجب بالاجتهاد ؛ فاذا كانت سن الجانى أزيد كانت حكومتها أكثر فلم يجب قلعها بالتى هى أنقص منها ؛ بخلاف السن الأصلية فان القصاص يثبت بالنص فلا يعتبر فيها التساوى ، والثانى حكاه

ابن الصباغ عن الشيخ أبى حامد واختاره أنه يجب فيهـا القصاص ؛ لأن ما ثبت بالاجتهاد يجب اعتباره بما ثبت بالنص ؛ والأول هو المنصوص .

مسـألة ويؤخذ اللسـان باللسـان لقوله تعالى « والجروح قصـاص » ولأن له حداً ينتهى اليه فاقتص منه كالعين ؛ ولا نعلم فى هـذا خلافاً ؛ ولا يؤخذ لسان ناطق بلسان أخرس لأنه أفضل منه ، ويؤخذ الأخرس بالناطق لأنه بعض حقه ويؤخذ بعض اللسان ببعض لأنه أمكن القصاص فى جميعه فأمكن فى بعضه كالسن ويقدر ذلك بالأجزاء ويؤخذ منه بالحساب . هذا وتؤخذ الشفة بالشفة ؛ وهى ما جاوز الذقن والخـدين علواً وسفلا ؛ لقول الله تعالى « والجروح قصاص » ولأن له حداً ينتهى اليه يمكن القصاص منه فوجب كاليدين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـل وتؤخذ اليد باليد والرجل بالرجل والأصابع بالأصـابع والانامل بالانامل لقوله تعالى (والجروح قصاص) ولأن لها مفاصل يمـكن القصاص فيها من غير حيف فوجب فيها القصاص ، وان قطع يده من الكوع اقتص منه لانه مفصل ، وان قطع من نصف الساعد فله ان يقتص من الكوع لأنه داخل فى جناية يمكن القصاص فيها ويأخذ الحكومة فى الباقى لأنه كسر عظم لا تمكن المماثلة فيه فانتقل فيه الى البدل . وان قطع من المرفق فله أن يقتص منه لأنه مفصل ، وان أراد أن يقتص من الكوع ويأخذ الحكومة فى الباقى لم يكن له ذلك لأنه يمكنه أن يستوفى جميع حقه بالقصاص فى محل الجناية فلا يجوز أن يأخذ القصاص فى غيره ، وان قطع يده من نصف العضد فله أن يقتص من المرفق ويأخذ الحكومة فى الباقى وله أن يقتص فى الكوع ويأخـذ الحكومة فى الباقى لأن الجميع مفصل داخل فى الجناية ويخالف اذا قطعها من المرفق وأراد أن يقتص من الكوع لأن هناك يمكنه أن يقتص فى الجميع فى محل الجناية وههنا لا يمكنه أن يقتص فى موضع الجناية .

وان قطع يده من الكتف وقال أهل الخبرة : انه يمكنه أن يقتص منه من غير جائفة اقتص منه لأنه مفصل يمكن القصاص فيه من غير حيف ، وان أراد أن يقتص من المرفق أو الكوع لم يجز لأنه يمكنه أن يقتص من محل الجنـاية فلا يجوز أن يقتص فى غيره .

وان قال أهل الخبرة انه يخاف أن يحصل به جائفة لم يجز أن يقتص فيه ، لأنه لا يأمن أن يأخذ زيادة على حقه ، وله أن يقتص فى المرفق ويأخذ الحكومة فى الباقى ، وله أن يقتص فى الكوع ويأخذ الحكومة فى الباقى لما ذكرناه ، وحكم الرجل فى القصاص من مفاصلها من القدم والركبة والورك ، وما يجب فيما بينهما من الحكومات حكم اليد وقد بيناه .

فصـــل ولا تؤخذ يد صحيحة بيد شلاء ، ولا رجل صحيحة برجل شلاء لأنه يأخذ فوق حقه ، وان أراد المجنى عليه أن يأخذ الشلاء بالصحيحة نظرت فان قال أهل الخبرة أنه ان قطع لم تنسد العروق ودخل الهواء الى البدن وخيف عليه لم يجز ان يقتص منه ، لأنه يأخذ نفساً بطرف .

وان قالوا : لا يخاف عليه فله ان يقتص لأنه لا يأخذ دون حقه ، فان طلب مع القصاص الأرش لنقص الشلل لم يكن له ، لأن الشلاء كالصحيحة فى الخلقة، وانما تنقص عنها فى الصفة فلم يؤخذ الأرش للنقص مع القصاص ، كما لا يأخذ ولى المسلم من الذمى مع القصاص ارشا لنقص الكفر .

وفى اخذ الاشل بالاشل وجهان :

احدهما : انه يجوز لأنهما متساويان .

والثانى : لا يجوز ، وهو قول أبى اسحاق ، لأن الشلل علة والعلل يختلف تاثيرها فى البدن فلا تتحقق المماثلة بينهما) .

الشرح تقطع اليد باليد والرجل بالرجل والأصابع بالأصابع والأنامل بالأنامل لقوله تعالى (والجروح قصاص) ولأن لها مفاصل يمكن القصاص فيها من غير حيف .

اذا ثبت هذا فان قطع أصابعه من مفاصلها فله أن يقتص . وان قطع يده من وسط الكف فليس له أن يقتص من وسط الكف لأن كسر العظم لا يثبت فيه القصاص لإجماع الأمة ، فان أراد أن يقتص من الأصابع من أصولها كان له ذلك لأن الأصابع يمكن القصاص فيها .

فان قيل فكيف يضع السكين فى غير الموضع الذى وضعه الجانى عليه ؟ قلنا لأنه لا يمكن وضعها فى الموضع الذى وضعها الجانى فيه ، فاذا اقتص من الأصابع فهل له أن يأخذ حكومة فيما زاد على الأصابع من الكف ؟ فيه

وجهـــان يأتى بيـانهما وان قطـع يده من الـكوع كان له أن يقتص من ذلك الموضع لأنه مفصل ، وان قطع يده من بعض الذراع فليس له أن يقتص من بعض الذراع لأنه كسر عظم وان أراد أن يقتص من الكوع ويأخذ الحكومة فيما زاد عليه كان له ذلك لأنه داخل فى الجناية يمكن القصاص فيه ؛ وان قطـع يده من المرفق فله أن يقتص من المرفق فان أراد أن يقتص من المرفق ويأخذ الحكومة فيما زاد كان له ذلك .

وان أراد أن يقتص من الكوع ويأخذ الحكومة فيما زاد فقد اختلف أصحابنا فيه ، فقال الشيخ أبو اسحاق : له ذلك ، لأن الجميع مفصل داخل فى الجناية .

وقال ابن الصباغ فى الشامل والطبرى فى العدة : ليس له لأنه يمكنه أن يقطع من المرفق ؛ ومتى أمكنه اسـتيفاء حقه قصـاصا لم يكن له أن يستوفى بعضه قصاصا وبعضه أرشا ؛ كما لو قطع يده من الكوع وأراد أن يقتص من الأصـابع ويأخذ الحكومة فيمـا زاد فليس له ذلك لأنه يمكنه استيفاء حقه قصاصا .

وان قالا انه يخاف من الاقتصاص الجائفة [1] لم يكن له أن يقتص من الكتف لأنه لا يؤمن أن يأخذ زيادة على حقه ؛ فان أراد أن يقتص من المرفق ويأخذ الحكومة فيمـا زاد كان له ذلك ؛ وان أراد أن يقتص من الكوع ويأخذ الحكومة فيما زاد على ذلك فقال الشيخ أبو اسحاق له ذلك . وعلى ما قال ابن الصباغ اذا قطع يده من بعض العضو وأراد أن يقتص من المرفق ليس له أن يقتص ههنا من الكوع لأنه يمكن اسـتيفاء حقه قصـاصاً من المرفق ، ومتى أمكنه أن يأخذ حقه قصاصاً فليس له أن يستوفى بعضه قصاصا

---

(١) قال فى اللسان . وفى الحديث « فى الجائفة ثلث الدية » هى الطعنة التى تنفذ الى الجوف ، يقال جفته اذا أصبت جـوفه وأجفته الطعنة وجفته بها . وقال ابن الأثير . والمراد بالجوف ههنا كل ما له قوة محيلة كالبطـن والدماغ .

وبعضه أرشا ؛ وحكم الرجل اذا قطعت أصابعها أو من مفصل القدم أو الركبة أو الورك أو ما بين ذلك حكم اليد فى القصاص على ما مضى •

فرع قال الشافعى رضى الله عنه : اذا قطع يده من المفصل فتعلقت بالجلد وجب القصاص فتقطع الى أن تبقى معلقة بمثل ذلك ؛ ويسئل أهل الطب ، فان قالوا المصلحة فى قطعها قطعناها ؛ وان قالوا المصلحة فى تركها تركناها •

مسألة اذا قطع من له يد صحيحة يداً شلاء لم يكن للمجنى عليه أن يقتص بل له الحكومة •

وقال داود بن على : له أن يقتص • دليلنا أن اليد الشلاء لا منفعة فيها ، وانما فيها مجرد جمال فلا يأخذ بها يداً فيها منفعة ، وان قطع من له يد شلاء يداً صحيحة فاختار المجنى عليه أن يقطع الشلاء بالصحيحة • قال الشافعى رضى الله عنه : القصاص وقال أصحابنا : يرجع الى عدلين من المسلمين من أهل الخبرة ؛ فان قالا : اذا قطعت هذه الشلاء لم يخف أكثر مما يخاف عليه اذا قطعت لو كانت صحيحة فللمجنى عليه أن يقتص ، وان قالا : يخاف عليه أكثر من ذلك بأن تبقى أفواه العروق منتفخة فتتخللها الجراثيم فيحدث من جراء ذلك تسمم كامل فتتلف النفس لم يكن له أن يقتص لأنه أخذ نفس بيد ؛ وهذا لا يجوز • وهل يجوز أخذ اليد الشلاء باليد الشلاء ؟ والرجل الشلاء بالرجل الشلاء ؟ فيه وجهان •

(أحدهما) يجوز لأنهما متماثلان (والثانى) لا يجوز لأن الشلل علة ؛ والعلل يختلف تأثيرها فى البدن فلا تتحقق المماثلة بينهما ولا يتصور الوجهان اذا قال أهل الخبرة انه لا يخاف على الجانى ؛ واتخذ الأطباء أسباب الوقاية من تلوث الدم أو حدوث نزيف فيه يفضى الى وقف القلب عن النبض ؛ فاذا لم يمكن الاحتياط وخيف على الجانى فلا يجوز القصاص وجهاً واحداً على ما مضى فى أخذ الشلاء بالصحيحة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا تؤخذ يد كاملة الأصابع بيد ناقصة الأصابع ، فان قطع من له خمس أصابع كف من له أربع أصابع ، أو قطع من له ست أصابع كف من له خمس أصابع ، لم يكن للمجنى عليه أن يقتص منه لأنه يأخذ أكثر من حقه وله أن يقطع من أصابع الجانى مثل أصابعه لأنها داخلة فى الجناية ويمكن استيفاء القصاص فيها . وهل يدخل أرش ما تحت الأصابع من الكف فى القصاص ؟ فيه وجهان (أحدهما) يدخل كما يدخل فى ديتها (والثـانى) وهو قول أبى اسحاق أنه لا يدخل بل يأخذ مع القصاص الحكومة لما تحتها ، والفـــرق بين القصاص والدية أن الكف يتبع الأصابع فى الدية ولا يتبعها فى القصاص ، ولهذا لو قطع أصابعه وتآكل منها الكف واختار الدية لم يلزمه أكثر مـن دية الأصابع ، ولو طلب القصاص قطع الأصابع وأخذ الحكومة فى الكف ، وتؤخذ يد ناقصة الأصابع بيد كاملة الأصابع ، فان قطع من له أربع أصابع كف من له خمس أصـابع ، أو قطع من له خمس أصـابع كف من له ست أصـــابع فللمجنى عليه أن يقتص من الكف ويأخذ دية الأصبع الخامسة او الحكومة فى الأصـبع السادسة لأنه وجد بعض حقه وعدم البعض ، فأخذ الموجود وانتقل فى المعدوم الى البدل ، كما لو قطع عضوين ووجد أحدهما .

فصـــل ولا يؤخـذ أصـلى بزائد ، فان قطـع من له خمس أصـابع أصلية كف من له أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة لم يكن للمجنى عليه أن يقتص من الكف لأنه يأخذ أكثر من حقه ، ويجوز أن يقتص من الأصابع الأصلية لانها داخلة فى الجناية ، ويأخذ الحكومة فى الأصبع الزائدة وما تحت الزائدة مـن الكف يدخل فى حكومتها . وهل يدخل ما تحت الأصابع التى اقتص منها فى قصاصها ؟ على الوجهين ،، ويجوز أن يأخذ الزائد بالأصلى ، فان قطع من له أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة كف من له خمس أصابع أصلية ، فللمجنى عليه أن يقتص من الكف لأنه دون حقه ولا شىء له لنقصان الاصبع الزائدة ، لان الزائدة كالأصلية فى الخلقة . وان كان لكل واحد منهما أصبع زائدة نظرت فان لم يختلف محلهما أخذ احداهما بالاخرى لانهما متساويان . وان اختلف محلهما لم تؤخذ احداهما بالأخرى لانهما مختلفان فى أصل الخلقة) .

الشرح اذا كان لرجل يد لها ست أصابع فقطع كف رجل لها خمس أصابع نظرت فى الأصبع الزائدة للجانى ؛ فان كانت خارجة عن عظم الكف كان للمجنى أن يقتص من كف الجانى ، لأنه يمكنه أن يأخذ مثـل كفه من غير أن يتناول الزعدة وان كانت ثابتة على الكف أو ملتزقة باحدى

الأصابع أو على احدى أصابع اليد لم يكن له أن يقتص من الكف لأنه يأخذ أكثر من حقه فيكون المجنى بالخيار بين أن يأخذ دية يده وبين أن يقتص من الأصابع الخمس اذا كانت الزائدة على ست الأصابع غير ملتزقة بواحدة منهن ولا ثابتة على احداهن ؛ فاذا اقتص منها فهل يتبعها ما تحتها من الكف فى القصاص ؟ فيه وجهان •

(أحدهما) يتبعها كما يتبعها فى ديتها •

(والثانى) لا يتبعها ، بل يأخذ مع القصاص الحكومة ، لأن الكف تتبع الأصابع فى الدية ، ولا تتبعها فى القصاص ، ولهذا لو قطع أصابعه فتآكل منها الكف واختار الدية لم يلزمه أكثر من دية الأصابع • ولو طلب القصاص قطعت الأصابع وأخذ الحكومة فى الكف • وان كانت الأصبع الزائدة ثابتة على أنملة من الأصابع الخمس ، فليس للمجنى عليه أن يقتص من الكف ، وله أن يقتص من الأصابع التى ليس عليها الزائدة •

وأما الأصبع التى عليها الزائدة ــ فان كانت على الأنملة العليا لم يكن له أن يقتص منها ؛ وان كانت على الوسطى فله أن يقتص من الأنملة العليا ؛ ويجب له ثلثا دية أصبع ، وان كانت على الأنملة السفلى فله أن يقتص من الأنملتين العلويتين وله ثلث دية أصبع ويتبعها ما تحتها من الكف ، وهل يتبع ما تحت الأصابع الأربع ما تحتها من الكف فى القصاص ؟ على الوجهين

وان قطع من له خمس أصابع كف يد لها أربع أصابع لم يكن له أن يقتص من الكف لأنه يأخذ أكثر من حقه ، وله أن يقتص من أصابع الجانى الأربع المماثلة لأصابعه المقطوعة ؛ وهل يتبعها ما تحتها من الكف فى القصاص ؟ أو يجب له مع ذلك حكومة ؟ على الوجهين •

فرع اذا كان لرجل كف فيه خمس أصابع أصلية فقطع كف يد فيه أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة ، وانما يحكم بأنها زائدة اذا كانت مائلة عن بقية الأصابع ضعيفة ، فليس للمجنى عليه أن يقتص من كف الجانى لأنه ليس له أن يأخذ أكمل من يده ؛ فان اختار الأرش كان له دية الأربع

الأصابع الأصلية وحكومة فى الزائدة وان أراد أن يقتص من الأربع الأصابع الأصلية كان له ذلك ويأخذ مع ذلك حكومة فى الزائدة ويتبعها ما تحته من الكف فى الحكومة وهل يتبع ما تحت الأصابع الأصلية ما تحتها من الكف فى القصاص ؟ أو يجب له فيه حكومة ؟ على الوجهين • وان قطع كفاً له خمس أصابع أصلية ويد القاطع لها أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة فان اختار المجنى عليه أن يقطع كف الجانى كان له ذلك ؛ لأنه أنقص من كفه •

قال المزنى فى جامعه : انما يجوز له ذلك اذا كانت الزائدة فى محل الأصلية • فأما اذا كانت فى غير محلها فليس له أخذها وهذا صحيح وكذلك اذا كانت الزائدة أكثر أنامل لم يؤخذ بالأصلية • وان قطع يداً وعليها أصبع زائدة وللقاطع يد عليها أصبع زائدة فان اتفق محل الزائدتين وقدرهما كان للمجنى عليه أن يقتص من الكف لتساويهما ، وان اختلفا فى المحل لم يكن له أن يقتص من الكف لأنه يأخذ أكثر من حقه • وان كانت أقل أنامل كان له أن يقتص ويأخذ فى الزيادة الحكومة •

وبكل ما قلنا قال العلماء كافة الا ما ذكرناه من خلاف داود بن على •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان قطع من له يد صحيحة كف رجل له أصبعان شلاوان لم يقتص منه فى الكف لانه يأخذ كاملا بناقص ويجوز أن يقتص فى الأصابع الثلاث الصحيحة لانها مساوية لاصابعه ويأخذ الحكومة فى الشلاوين لانه لا يجد ما يأخذ به ويدخل فى حكومة الشلاوين ارش ما تحتهما من الكف وهل يدخل ارش ما تحت الثلاثة فى قصاصها ؟ على الوجهين •

فصل ولا تؤخذ يد ذات أظفار بيد لا أظفار لها لأن اليد بلا أظفار ناقصة فلا يؤخذ بها يد كاملة وتؤخذ يد لا أظفار لها بيد لها أظفار لانه يأخذ بعض حقه •

فصل فان قطع أصبع رجل فتآكل منه الكف وجب القصاص فى الأصبع ، لأنه أتلفه بجناية عمد ، ولا يجب فى الكف ، لانه لم يتلفه بجناية عمد لان العمد فيه أن يباشره بالاتلاف ولم يوجد ذلك ويجب عليه دية كل

أصبع من الأصابع لأنها تلفت بسبب جنايته ويدخل فى دية كل أصبع أرش ما تحته من الكف لأن الكف تابع للأصابع فى الدية وهل يدخل ما تحت الأصابع التى اقتص منها فى قصاصها ؟ على الوجهين) .

الشرح اذا قطع كفا له ثلاث أصابع صحيحة وأصبعان شلاوان وكان كف القاطع صحيحة الأصابع فليس للمجنى عليه أن يقتص من الكف لأنه يأخذ أكمل من يده ؛ وان رضى الجانى بذلك لم يجز لأن القصاص لم يجب فيها فلم يجز بالبدل كما لو قتل حر عبداً ورضى أن يقتل به . وللمجنى عليه أن يقتص من الأصابع الثلاث الصحيحة ؛ فاذا اقتص منهـا فهل يتبعها ما تحتها من الكف فى القصاص ؟ أو تجب فيها الحكومة ؟ فيه وجهان .

وأما الأصبعان الشلاوان فله فيهما حكومة ، وان كانت كف المقطوع صحيحة الأصابع وكف القاطع فيها أصبعان شلاوان فالمجنى عليه بالخيار بين أن يأخذ دية يده وبين أن يقتص من كف الجانى ؛ لأنها أنقص من كفه ؛ ولا شىء للمجنى عليه لنقصان كف الجانى بالشلل ؛ أما اذا اختار الدية فله دية يده لا نعلم فيه خلافا لأنه عجز عن استيفاء حقه على الكمال بالقصاص فكانت له الدية كما لو لم يكن للقاطع يد ، وهـذا قول أبى حنيفة ومالك وأحمد .

وان قطع كفـا له خمس أصابع وكف القـاطع فيها ثلاث أصابع لا غير وأصبعان مفقودان فللمجنى عليه أن يقتص من كف الجانى ويأخذ منه دية الأصبعين .

وقال أبو حنيفة : هو بالخيار بين أن يأخذ دية يده وبين أن يقتص من يد الجانى ولا شىء له . دليلنا قوله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتـدى عليكم) ويد الجـانى ليست مثل يد المجنى عليه ، ولأنه استوفى بعض حقه فكان له أرش ما لم يستوفه كما لو قطع له أصبعين ولم يجد له الا واحدة .

فـــرع وان قطع ذو يد لها أظفار يد من لا أظفار له لم يجز القصاص لأن الكاملة لا تؤخذ بالناقصة ؛ فان سقطت أظافره قطعت ولو لم

يكن لواحد منهما أظافر حالة القطع يقتص منه ، فلو نبت للقاطع أظافر قبل أن يقتص منه لا يقتص لطروء الزيادة ويجوز أن يأخذ اليد التى لا أظفار لها باليد التى لها أظفار ؛ لأنها أنقص من يده •

فرع وان قطع أنملة لها طرفان ــ فان كانت أنملة القاطع لها عرفان من تلك الأصبع بتلك اليد فللمجنى عليه قطعها لأنها مثل حقه ، وان كانت أنملة القاطع لها طرف واحد فللمجنى عليه أرش الأنملة ؛ فان قال المجنى عليه أنا أصبر على القصاص الى أن تسقط الأنملة الزائدة وأقتص فى الأصلية ــ كان له ذلك ؛ لأن له تأخير القصاص • هذا ترتيب البغداديين كما أفاده صاحب البيان •

وقال المسعودى : ان علمت الأصلية منهما قطعت احداهما ويغرم الجانى التفاوت ما بين سدس دية أصبع وثلثها •

فرع وان قطع أنملة من سبابة رجل وقطع الأنملة الوسطى من تلك الأصبع من رجل آخر ــ فان جاء المجنى عليهما ــ قطعت العليا لصاحب العليا وقطعت الوسطى لصاحب الوسطى ، وان جاء صاحب الوسطى أولا وطلب القصاص لم يكن له ذلك ، لأنه لا يمكن قطعها من غير قطع العليا ، ويكون بالخيار بين أن يأخذ دية الأنملة وبين أن يصبر الى أن يقتص صاحب العليا لو سقط بأكلة ــ وهى ما تسمى بالغنغرينة ــ وهكذا ان عفا صاحب العليا عن القود ولم يقطع الأنملة العليا من انسان لكن قطع الأنملة الوسطى من رجل وجاء صاحب الوسطى يطلب النقصان وللجانى الأنملة العليا والوسطى ، فللمجنى عليه أن يصبر الى أن تقطع العليا أو تسقط ثم يقتص من الوسطى •

وقال أبو حنيفة : لا قصاص له لأنه حين قطعها لم يجب القصاص عليه فيها لتعذر استيفائها ؛ فاذا لم تجب حال الجناية لم تجب بعد ذلك • دليلنا أن القصاص انما تعذر لمتصل به ، فاذا زال ذلك المتصل كان له استيفاء القصاص كما لو قتلت حامل غيرها ثم ولدت ــ فان لم يصبر صاحب الوسطى وقطع الوسطى والعليا فقد فعل ما لا يجوز له على المقتص منه

فيجب عليه ديتها ، وقد استوفى القصاص فى الوسطى ، فان قطع العليا من اصبع زيد ؛ وقطع العليا والوسطى من تلك الأصبع من عمرو ، فان حضرا معا وطلبا القصاص اقتص زيد من العليا لأنه أسبق واقتص عمرو من الوسطى وأخذ دية العليا • وكذلك ان حضر زيد وحده فله أن يقتص من العليا ، وان حضر عمرو فليس له أن يقتص لأن حق زيد تعلق فى العليا قبله ، وان خالف واقتص من العليا والوسطى فقد أساء بذلك ؛ ولكنه يصير مستوفيا لحقه ؛ ويكون لزيد دية الأنملة العليا على الجانى •

فرع ذكر الطبرى فى العدة : لو كان للمجنى عليه أربع أنامل فى أصبع فله أربعة أحوال :

أحدها : أن يقطع من له ثلاث أنامل أنملة من الأربع فلا قصاص عليه • وان قطع أنملتين من الأربع قطع من الجانى أنملة ويغرم الجانى التفاوت فيما بين النصف والثلث من دية الأصبع ؛ وان قطع له ثلاث أنامل قطع منه أنملتين ويغرم ما بين ثلثى دية أصبع وبين ثلاثة ارباع ديتها ، وان قطع له أربع أنامل قطعت أنامل القاطع الثلاث ووجب عليه مع ذلك زيادة حكومة ، فأما اذا كان للقاطع أربع أنامل وللمقطوع ثلاث أنامل فله ثلاث أحوال ؛ ان قطعت أنملة منه قطعت أنملة منه ويغرم الجانى ما بين ثلث دية أصبع وبين ربعها ؛ وهو خمسة أسداس بعير ؛ وان قطع أنملتين قطع منه أنملتين ويغرم التفاوت بين نصف دية الأصبع وثلثيها • وان قطع جميع أنامله قطع منه ثلاث أنامل ويغرم التفاوت بين ثلاثة أرباع دية الأصبع وجميع ديتها ــ وهو بعيران ونصف ــ فعلى هذا لو بادر فقطع أصبعه عزر ولا شىء عليه من الدية • وفيه وجه أن له قطع أصبعه بخلاف اليد التى لها ست أصابع ، لأن تلك الزيادة ظاهرة فى منفصلات كاليدين •

مسألة اذا قطع أصبع رجل فتآكل منها الكف وسقط فللمجنى عليه القصاص للأصبع المقطوعة وله دية الأصابع الأربع وما تحت الأصابع الأربع من الكف يتبعها فى الدية وما تحت الأصابع التى اقتص فيها ؛ هل

يتبعها فى القصاص أو يجب له حكومة ؟ فيه وجهان • هـذا مذهبنا وقال أبو حنيفة : لا يجب له القصاص فى الأصبع المقطوعة •

دليلنا قوله تعالى (والجروح قصاص) وقوله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) وقد اعتدى بقطع الأصبع فوجب أن يقطع منه • ولأنها جناية لو لم يستوجب فيها القصاص فوجب اذا سرت الى الاقتصاص فيه أن لا يسقط القصاص كالمرأة اذا قطعت يد المرأة فأسقطت جنينا فلا يسقط القصاص فى اليد •

فـرع قال القفال : لو كان له قدمان على ساق واحدة يمشى عليها أو يمشى على احداهما والأخرى زائلة عن سنن منبت القـدم فقطعها رجل له قدم قطعت رجله وطولب بحكومة للزيادة ، وان قطع احداهما ــ فان قطع الزائدة ــ فعليه حكومة ؛ وان استويا فى المنبت وكان يمشى عليها ففى المقطوعة ربع الدية وزيادة حكومة ؛ وان كان الجـانى هـو صاحب القدمين ــ فان عرفنـا الزائدة من الأصلية وأمكن قطعهـا من غير أن تتلف الزائدة ــ قطعت وان لم تعـرف أو عرفت ؛ ولا يمكن قطعهـا الا باتلاف الأخرى لم تقطع وعليه دية الرجل المقطوعة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وتؤخذ الاليتان بالاليتين وهما الناتئتان بين الظهر والفخذ. وقال بعض أصحابنا : لا تؤخذ ، وهو قول المزنى رحمه الله عليه لأنه لحم متصل بلحم فأشبه لحم الفخذ ، والمذهب الأول لقوله تعالى (والجروح قصاص) ولأنهما ينتهيان الى حد فاصل فوجب فيهما القصاص كاليدين •

فصـــل ويقطع الذكر بالذكر لقوله تعالى (والجروح قصـــاص) ولأنه ينتهى الى حد فاصل يمكن القصاص فيه مـــن غير حيف فوجب فيـــه القصاص ويؤخذ بعضه ببعضه •

وقال أبو اسحاق : لا يؤخذ بعضه ببعض كما قال فى اللسان والمذهب الأول لأنه اذا أمكن القصاص فى جميعه أمكن فى بعضه ، ويؤخذ ذكر الفحل بذكـر الخصى لأنه كذكر الفحل فى الجماع وعدم الانزال لمعنى فى غيره ، ويقطع الأغلف

بالمختون لأنه يزيد على المختون بجلدة يستحق ازالتها بالختان ، ولا يؤخذ صحيح باشل لأن الأشل ناقص بالشلل فلا يؤخذ به كامل .

فصل ويقطع الانثيان بالانثيين لقوله تعالى (والجروح قصاص) ولأنه ينتهى الى حد فاصل يمكن القصاص فيه فوجب فيه القصاص . فان قطع احدى الانثيين وقال أهل الخبرة : انه يمكن أخذها من غير اتلاف الاخرى اقتص منه ، وان قالوا : انه يؤدى قطعها الى اتلاف الاخرى لم يقتص منه ، لأنه يقتص من اثنين بواحدة) .

الشرح قول المصنف رضى الله عنه « وتؤخذ الاليتان بالاليتين » وهما اللحمان النائتان بين الظهر والفخذين وقد صغهما الله تعالى كالمخدتين لحماية ما تحتهما من مفاصل الفخذ والحقو وفتحة الدبر وعجب الذنب ومنبت فقرات الظهرية ؛ وهما كالمقعد يعتمد عليهما الإنسان فى قعوده فتبارك الله أحسن الخالقين ؛ فكان على من حرم أخاه هذه النعمة أن يحرم منها قصاصا . هذا ومن أصحابنا من قال : لا تؤخذ ، وهو قول المزنى لأنه لحم متصل بلحم فأشبه الفخذين ، والمذهب الأول لأنهما ينتهيان الى حد فاصل فهما كاليدين.

مسألة يقطع الذكر بالذكر لقوله تعالى « والجروح قصاص » ولأنه عضو ينتهى الى مفصل فوجب فيه قصاص كاليد .

اذا ثبت هذا فيقطع ذكر الرجل بذكر الصبى ، ويقطع ذكر الشاب بذكر الشيخ لأن كل عضو جرى القصاص فيه بين الرجل والرجل جرى فيه القصاص بين الصبى والرجل كاليد والرجل ؛ ويقطع ذكر الفحل بذكر الخصى والعنين ؛ وقال مالك وأحمد رضى الله عنهما : لا يقطع به .

ولنا أنهما متساويان فى السلامة ؛ وانما عدم الإنزال والجماع لمعنى فى غيره فلم يمنع القصاص ، كأذن السميع بأذن الأصم ، ولا يقطع الذكر الصحيح بالذكر الأشل لأنه لا يساويه ؛ مثل أن كان لا ينمو صاحبه فبقى كما هو ؛ فلو شل وصاحبه فى العاشرة من عمره لوقف نموه ولا ينتصب ولا يجامع وقد تنسد فتحته فلا يبول ويعمل له الأطباء فتحة أخرى يبول منها فمثل هذا لا يقطع به ذكر سليم ؛ وان قطع بعض ذكره اقتص منه .

وقال أبو اسحاق : لا يقتص منه كما قال فى اللسان ، والأول أصح ؛ لأنه اذا أمكن فى جميعه أمكن فى بعضه ؛ فعلى هذا يعتبر المقطوع بالحد كالنصف والثلث والربع كما قلنا فى الأذن والأنف .

قال الشافعى : ويقاد ذكر الأغلف بذكر المختون ، كما تقطع اليد السمينة بالمهزولة ولأن تلك الجلدة مستحقة بالقطع فلا يمنع من القصاص .

فرع وان قطع أنثييه اقتص منه لقوله تعالى « والجروح قصاص » ولأنه طرف يمكن اعتبار المماثلة فى أخذ القصاص به فشابه سائر الأطراف ، فان قطع احدى أنثييه قال الشافعى رضى الله عنه : سألت أهل الخبرة ــ فان قالوا : يمكن أن يقتص من احدى البيضتين من القاطع ولا تتلف الأخرى ــ اقتص منه ، وان قيل تتلف الأخرى لم يقتص منه ــ لأنه لا يجوز أخذ اثنين بواحدة ــ ويجب له نصف الدية ؛ وهل يتبعها جلدتها أو تفرد بحكم ؟ فيه وجهان حكاهما فى الفروع .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل واختلف أصحابنا فى الشفرين ، فمنهم من قال : لا قصاص فيهما ، وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفرايني رحمه الله لأنه لحم وليس له مفصل ينتهى اليه فلم يجب فيه القصاص كلحم الفخذ . ومنهم من قال يجب فيه القصاص ، وهو المنصوص فى الأم ، لأنهما لحمان محيطان بالفرج من الجانبين يعرف انتهاؤهما فوجب فيهما القصاص .

فصل وان قطع رجل ذكر خنثى مشكل وأنثييه وشفريه وطلب حقه قبل أن يتبين حاله أنه ذكر او أنثى نظرت فان طلب القصاص لم يكن له لجواز أن يكون امرأة فلا يجب لها عليه فى شىء من ذلك قصاص ، وان طلب المال نظرت فان عفا عن القصاص أعطى أقل حقيه وهو حق امرأة ، فيعطى دية عن الشفرين وحكومة فى الذكر والأنثيين ، فان بان أنه امرأة فقد استوفت حقها وان بان أنه رجل تمم له الباقى من دية الذكر والانثيين وحكومة عن الشفرين ، فان لم يعف عن القصاص وقف القصاص الى أن يتبين لأنه يجوز أن يكون امرأة فلا يجب عليه القصاص .

وأما المال ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول ابى على بن أبى هريرة انه لا يعطى لأن دفع المال لا يجب مع القود وهو مطالب بالقود فسقطت المطالبة بالمال . (والوجه الثانى) وهو قول أكثر أصحابنا بانه يعطى أقل ما يستحق مع القود لأنه يستحق القود فى عضو والمال فى غيره فلم يكن دفع المال عفواً عن القود فيعطى حكومة فى الشفرين ويوقف القود فى الذكر والانثيين .

وقال القاضى أبو حامد المروروذى فى جامعه : يعطى دية الشفرين . هذا خطأ ، لأنه ربما بان أنه رجل فيجب القود فى الذكر والأنثيين ، والحكومة فى الشفرين) .

الشرح هذا البحث قائم على سؤال : هل يجب القصاص فى الشفرين ؟ وهما اللحم المحيط بالفرج ، فيه وجهان (أحدهما) يجب . لقوله تعالى « والجروح قصاص » ولأنهما لحمان محيطان بالفرج من الجنبين يعرف انتهاؤهما فوجب فيهما القصاص (والثانى) لا يجب ، وهو قول الشيخ أبى حامد لأنه لحم وليس له مفصل ينتهى اليه فلم يجب فيه القصاص كلحم الفخذ ، والأول هو المنصوص فى الأم .

فرع اذا قطع قاطع ذكر خنثى مشكل وأنثييه وشفريه فلا يخلو القاطع اما أن يكون رجلا أو امرأة خنثى مشكلا — فان كان القاطع رجلا — لم يجب عليه القصاص فى الحال لجواز أن يكون الخنثى امرأة والذكر والانثيان فيه زائدات ، فلا تؤخذ الأصليان بالزائدين . وقيل له : أنت بالخيار بين أن تصبر الى أن يبين حالك فيجب لك القصاص ان بان أنك رجل ، وبين أن تعفو وتأخذ المال . فان قال : أعطونى ما وجب لى من المال نظرت — فان عفا عن القصاص فى الذكر والأنثيين ، أو لم يكن للجانى ذكر ولا أنثيان ان كانا قد قطعا . قال أصحابنا البغداديون : فانه يعطى دية الشفرين ، وحكم الذكر والأنثيين لا يبلغ ديتها لأنه يستحق ذلك بيقين ويشك فى الزيادة .

وان قال : لا أقف ولا أعفو عن القصاص وطلب المال فهل يعطى شيئاً ، فيه وجهان : قال أبو على بن أبى هريرة . لايعطى لأنه مطالب بالقود ، ولا يجوز أن يأخذ المال وهو مطالب بالقود . وقال أكثر أصحابنا : يعطى ،

وهو الأصح لأنه يستحقه بيقين ، فاذا قلنا بهذا فكم القدر الذى يعطى ؟ اختلف أصحابنا فيه فقال القفال : يعطى حكومة فى الشفرين لأنه يستحق ذلك بيقين وقال القاضى أبو حامد : يعطى دية الشفرين ؛ لأنا لا نتوهم وجوب القصاص فيهما • ومن أصحابنا الخراسانيين من قال : يعطى اقل الحكومتين فى آلة الرجال وآلة النساء • لأن ذلك هو اليقين • ومن أصحابنا من قال : يعطى الحكومة فى الذى قطعه آخر • والأول أصح •

وان كان القاطع امرأة ــ فان قلنا بقول الشيخ أبى حامد وأنه لا قصاص فى الشفرين ــ فانا لا نتوهم وجوب القصاص ، فيعطى حكومة فى آلة الرجل وحكومة فى آلة النساء ؛ فان بان رجلا تمم له دية الذكر والأنثيين وحكومة الشفرين ، وان بان امرأة تمم له دية الشفرين وحكومة للذكر والأنثيين • وان قلنا بالمنصوص وأنه يجب القصاص فيهما فانه لا يجب للخنثى القصاص فى الحال لجواز ان يكون رجلا فلا يجب القصاص على المرأة فى الفرج الزائد ، فان طلب المال نظرت ــ فان عفا عن القصاص أو لم يعف ولكن ليس للقاطعة شفراوان فعلى قول البغداديين من أصحابنا يعطى دية الشفرين وحكومة عن الذكر والأنثيين فان بان امرأة فقد استوفت حقها وان بان رجلا تمم له دية الذكر ودية الأنثيين وحكومة الشفرين ، وعلى قول الخراسانيين يعطى حكومة للشفرين وحكومة للذكر والأنثيين •

وان لم يعف عن القصاص وكان للقاطعة شفرتان فعلى قول أبى على بن أبى هريرة لا يعطى وعلى قول أكثر أصحابنا يعطى ، فاذا قلنا بهذا فكم يعطى ؟ وعلى قول القفال يعطى حكومة فى الذكر والأنثيين وعلى قول القاضى أبى حامد يعطى دية الذكر والأنثيين ، وعلى قول بعض أصحابنا الخراسانيين يعطى أقل الحكومتين فى آلة الرجال وآلة النساء ، وان كان القاطع خنثى مشكلا فانه لا يجب القصاص فى الحال لأنا لا نتيقن عين الزائدة من الإليتين فيهما ولا عين الأصلى ، فلو أوجبنا القصاص فى الحال لم نأمن أن يأخذ أصليا بزائد وذلك لا يجوز ، فان طلب حقه من المال نظرت ــ فان عفا عن القصاص ــ قال أصحابنا البغداديون : أعطى دية الشفرين وحكومة للذكر والاليتين لأنه يستحق ذلك بيقين •

وقال الخراسانيون : يعطى الحكومة فى الذكر والأنثيين والشفرين ؛ وان لم يعف عن القصاص فهل يعطى شيئاً ؟ ان قلنا بقول على بن أبى هريرة لا يعطى شيئاً اذا كان القاطع رجلا أو امرأة فههنا أولى أن لا يعطى • وان قلنا هناك يعطى فها هنا وجهان :

(احدهما) لا يعطى وهو قول القفال لأن القصاص متوهم فى جميع الآلات •

(والثانى) يعطى أقل الحكومتين فى آلة الرجال والنساء ؛ والصحيح أنه لا يعطى شيئاً •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وما وجب فيه القصاص من الأعضاء وجب فيه القصاص ، وان اختلف العضوان فى الصغر والكبر الطول والقصر الصحة والمرض لأنا لو اعتبرنا المساواة فى هذه المعانى وسقط القصاص فى الأعضاء ، لأنه لا يكاد أن يتفق العضوان فى هذه الصفات فسقط اعتبارها •

فصل وما انقسم من الأعضاء الى يمين ويسار كالعين واليد وغيرهما لم تؤخذ اليمين فيه باليسار ولا اليسار باليمين ، وما انقسم الى أعلى وأسفل كالشفة والجفن لم يؤخذ الأعلى بالاسفل ولا الاسفل بالاعلى ، ولا تؤخذ سن بسن غيرها ولا أصبع بأصبع غيرها ولا أنملة بأنملة غيرها لأنها جوارح مختلفة المنافع والأماكن فلم يؤخذ بعضها ببعض ، كالعين بالأنف واليد بالرجل وما لا يؤخذ بعضه ببعض مما ذكرناه لا يؤخذ ، وان رضى الجانى والمجنى عليه ، وكذلك ما لا يؤخذ من الأعضاء الكاملة بالأعضاء الناقصة ، كالعين الصحيحة بالقائمة ، واليد الصحيحة بالشلاء ، لا يؤخذ وان رضى الجانى والمجنى عليه بأخذها ، لأن الدماء لا تستباح بالاباحة •

فصل وان جنى على رجل جناية يجب فيها القصاص ثم قتله وجب القصاص فيهما لأنهما جنايتان يجب القصاص فى كل واحدة منهما ، فوجب القصاص فيهما عند الاجتماع كقطع اليد والرجل) •

الشرح كل عضو وجب فيه القصاص فانه يجب فيه ؛ وان

اختلف العضوان فى الصغر والكبر ، والصحة والمرض ، والسمن والهزال ، لقوله تعالى (والعين بالعين والأذن بالأذن والسن بالسن) ولم يفرق ؛ ولأنا لو اعتبرنا هذه الأشياء لشق وضاق فسقط اعتباره كما سقط اعتبار ذلك فى النفس ؛ وما كان من الأعضاء منقسما الى يمين ويسار كالعينين والأذنين واليدين والرجلين لا يجوز أخذ اليمنى منه باليسرى ولا اليسرى منه باليمنى • وقال ابن شبرمة : يجوز •

ولنا أن كل واحد منهما يختص باسم ينفرد به فلا يؤخذ بغيره ، كما لا يؤخذ اليد بالرجل ، وكذا لا يؤخذ الجفن الأعلى بالجفن الأسفل ، ولا العكس ، وكذلك الشفتان مثله ؛ ولا يؤخذ سن بسن غيرها ؛ ولا أصبع بأصبع غيرها ، ولا أنملة بأنملة غيرها ، كما لا تؤخذ نفس بجناية نفس غيرها ، ولا يؤخذ أى شيء من ذلك وان رضى كل من الجانى والمجنى عليه ، وكذلك اذا رضى الجانى بأن يؤخذ العضو الكامل بالناقص ، والصحيح بالأشل ، لم يجز لأن الدماء لا تستباح بالإباحة •

مسألة اذا قطع يد رجل ثم عاد فقتله كان له أن يقطع يده ثم يقتله ؛ وبه قال أبو حنيفة • وقال أبو يوسف ومحمد : ليس له الا القتل • دليلنا قوله تعالى : (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) وهذا قد اعتدى بقطع اليد فلم يمنع من قطع يده ، ولأنهما جنايتان يجب القصاص فى كل واحدة منهما اذا انفردت فوجب القصاص فيهما عند الاجتماع كقطع اليد والرجل •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان قتل واحد جماعة أو قطع عضواً من جماعة لم تتداخل حقوقهم لأنها حقوق مقصودة لآدميين فلم تتداخل كالديون ، فان قتل أو قطع واحداً بعد واحد اقتص منه للأول ، لأن له مزية بالسبق ، وان سقط حق الأول بالعفو اقتص للثانى ، وان سقط حق الثانى اقتص للثالث ، وعلى هذا واذا اقتص منه لواحد بعينه تعين حق الباقين فى الدية ، لأنه فاتهم القود بغير رضاهم ، فانتقل حقهم الى الدية ، كما لو مات القاتل أو زال طرفه ، وان**

قتلهم او قطعهم دفعة واحدة أو أشكل الحال أقرع بينهم فمن خرجت له القرعة اقتص له لأنه لا مزية لبعضهم على بعض فقدم بالقرعة كما قلنا فيمن أراد السفر ببعض نسائه ، فان خرجت القرعة لواحد فعفا عن حقه أعيدت القرعة للباقين لتساويهم وان ثبت القصاص لواحد منهم بالسبق او بالقرعة فبدر غيره واقتص صار مستوفيا لحقه . وان أساء فى التقدم على من هو أحق منه ، كما قلنا فيمن قتل مرتداً بغير اذن الامام أنه يصير مستوفياً لقتل الردة ، وان أساء فى الافتيات على الامام . وان قتل رجل جماعة فى المحاربة ففيه وجهان (احدهما) أن حكمه حكم ما لو قتلهم فى غير المحاربة (والثانى) أنه يقتل بالجميع لأن قتل المحاربة لحق الله تعالى ، ولهذا لا يسقط بالعفو فتداخل كحدود الله تعالى .

فصل وان قطع يد رجل وقتل آخر قطع للمقطوع ثم قتل للمقتول تقدم القطع او تأخر ، لأنا اذا قدمنا القتل سقط حق المقطوع ، واذا قدمنا القطع لم يسقط حق المقتول ، واذا أمكن الجمع بين الحقين من غير نقص لم يجز اسقاط أحدهما ، ويخالف اذا قتل اثنين لأنه لا يمكن ايفاء الحقين فقدم السابق ، وان قطع أصبعاً من يمين رجل ثم قطع يمين آخر قطع الأصبع للأول ثم قطعت اليد للثانى ويدفع اليه أرش الأصبع ، ويخالف اذا قطع ثم قتل حيث قلنا : انه يقطع للأول ويقتل للثانى ولا يلزمه لنقصان اليد شىء لأن النفس لا تنقص بنقصان اليد ، ولهذا يقتل صحيح اليد بمقطوع اليد ، واليد تنقص بنقصان الأصبع ، ولهذا لا تقطع اليد الصحيحة بيد ناقصة الأصابع .

وان قطع يمين رجل ثم قطع أصبعاً من يد رجل آخر قطعت يمينه للأول لأن حقه سابق ، ويخالف اذا قتل رجل ثم قطع يد آخر حيث أخرنا القتل ، وان كان سابقاً ، لأن هناك يمكن ايفاء الحقين من غير نقص يدخل على ولى المقتول بقطع اليد ، وههنا يدخل النقص على صاحب اليد بنقصان الاصبع .

فصل وان قتل رجلا وارتد ، أو قطع يمين رجل وسرق ، قدم حق الآدمى من القتل والقطع ؛ وسقط حق الله تعالى ، لأن حق الآدمى مبنى على التشديد ، فدم على حق الله تعالى) .

الشرح اذا قتل واحد جماعة قتل بواحد وأخذ الباقون الدية ؛ وقال أبو حنيفة ومالك : يقتل بالجماعة ــ فان بادر واحد وقتله ــ سقط حق الباقين وبه قال أصحابنا الخراسانيون .

وقال أحمد رحمه الله : ان طلبوا القصاص قتل لجماعتهم ؛ وان طلب

بعضهم القصاص وبعضهم الدية قتل لمن طلب القصاص وأعطى الدية من طلبها • وقال عثمان البتى : يقتل بجماعتهم ثم يعطون الدية فى باقيهم فيقسمونها بينهم ، مثل أن يقتل عشرة ؛ فانه يقتل ويعطون تسع ديات ويقسمونها بين العشرة • دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا ، وان أحبوا أخذوا الدية » ولأنها حقوق مقصودة لآدميين يمكن استيفاؤها فوجب أن لا يتداخل كالديون •

وقولنا مقصودة احتراز من آجال الدين • وقولنا الآدميين احتراز من حقوق الله تعالى وهى الحدود فى الزنا وشرب الخمر •

اذا ثبت هذا فان قتل واحداً بعد واحد اقتص للأول ؛ فان عفا الأول اقتص للثانى ؛ وان عفا الثانى اقتص للثالث • وان كان ولى الأول غائبا أو صغيراً انتظر قدوم الغائب وبلوغ الصغير • وان قتلهم دفعة واحدة بأن هدم عليهم بيتاً أو جرحهم فماتوا معاً أقرع بينهم ؛ فمن خرجت له القرعة قتل به وكان للباقين الدية • وقال بعض أصحابنا الخراسانيين : يقتل بالجميع ويرجع كل واحد من الأولياء بحصته من الدية • وان قتلهم واحداً بعد واحد الا أنه أشكل الأول منهم فان أقر القاتل لأحدهم أنه الأول قبل اقراره وقتل به ؛ وان لم يقر أقرعنا بينهم لاستواء حقوقهم ؛ فان بادر أحدهم وقتله فقد استوفى حقه وانتقل حق الباقين الى الدية •

وحكى الخراسانيون من أصحابنا أنه اذا قتل واحدا بعد واحد ؛ وكان ولى الأول غائباً أو مجنوناً أو صغيراً قولين : (أحدهما) يستوفى ولى الثانى والثانى لا يستوفى بل ينتظر حضور الغائب وافاقة المجنون وبلوغ الصغير • وان قتل جماعة فى قطع الطريق وقلنا بالمشهور من المذهب انه يقتل بواحد فى غير قطع الطريق فهاهنا وجهان ؛ وحكاهما الخراسانيون قولين (أحدهما) حكمه حكم ما لو قتلهم فى غير قطع الطريق لما ذكرناه هناك (والثانى) يقتل بالجميع ولا شىء للباقين لأنه يقتل حداً ، بدليل أنه لا يصح العفو فيه ، وان قطع عضواً من جماعة فحكمه حكم ما لو قتل جماعة على ما مضى •

مسـألة وان قطع يد رجل وقتل آخر ، قطعت يده للمقطوع ثم قتل للمقتول سواء تقدم قطع اليد أو تأخر ؛ وبه قال أبو حنيفة وأحمد ؛ وقال مالك يقتل للمقتول ولا تقطع يده للمقطوع ، دليلنا قوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين) الآية .

فأخبر أن النفس تؤخذ بالنفس والطرف بالطرف ، فمن قال غير هذا فقد خالف الآية ، ولأنهما جنايتان على شخصين فلا يتداخلان كما لو قطع يدى رجلين ، وانما قدمنا القطع ههنا ، وان كان متأخرا لأنه يمكن ايفاء الحقين من غير نقص على أحدهما ، ومتى أمكن ايفاء الحقين لم يجز اسقاط أحدهما . وان قطع أصبعا من يمين رجل ثم قطع يمين آخر قطعت أصبعه للأول ؛ ثم قطعت يده للثانى ولزمه أن يغرم للثانى دية أصبعه التى لم يقتص منها ؛ ويخالف اذا قتل رجل مقطوع اليد لرجل غير مقطوع اليد ــ فانه لا يغرم شيئاً له ــ لأن اليد تنقص بنقصان الأصبع ؛ ولهذا لا تؤخذ يد كاملة الأصابع بيد ناقصة الأصابع والنفس لا تنقص بنقصان اليد ، ولهذا يقتل من له يدان بمن له يد واحدة ، وان قطع يمين رجل ثم قطع أصبعاً من يمين آخر قطعت يمينه للأول ، وأخذ الآخر دية أصبعه المقطوعة ؛ ويخالف اذا قطع يمين رجل ثم قتل آخر حيث قلنا : يقدم القطع وان كان متأخراً ؛ لأن اليد تنقص بنقصان الأصبع ، والنفس لا تنقص بنقصان اليد .

فصـل اذا قتل رجلا وارتد أو قطع يمين رجل وسرق ، قدم حق الآدمى من القتل والقطع لأنه مبنى على التشديد ، وحق الله مبنى على المسامحة . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(باب استيفاء القصاص)

(من ورث المال ورث الدية ، لما روى الزهرى عن سعيد بن المسيب قال : كان عمر رضى الله عنه يقول : لا ترث المرأة من دية زوجها ، حتى قال له الضحاك ابن قيس : كتب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ورث امرأة أشيم

الضبابى من دية زوجها ، فرجع عمر رضى الله عنه عن ذلك) ويقضى من الدية دينه وينفذ منها وصيته .

وقال أبو ثور : لا يقضى منها الدين ولا ينفذ منها الوصية ، لأنها تجب بعد الموت ، والمذهب الأول ، لأنه مال يملكه الوارث من جهته فقضى منه دينه ، ونفذت منه وصيته كسائر أمواله . ومن ورث المال ورث القصاص ، والدليل عليه ما روى أبو شريح الكعبى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ثم أنتم يا خزاعة قد قتلتم هذا القتيل من هذل وأنا والله عاقله ، فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية .

وان قطع مسلم طرف مسلم ثم ارتد ومات فى الردة ، وقلنا بأصح القولين انه يجب القصاص فى طرفه،فقد نقل المزنى أنه قال يقتص وليه المسلم ، وقال المزنى رحمه الله : لا يقتص غير الامام لأن المسلم لا يرثه ، فمن أصحابنا من قال : لا يقتص غير امام كما قال المزنى ، وحمل قول الشافعى رحمة الله عليه على الامام وقال عامة أصحابنا : ينقص المناسب ، لأن القصد من القصاص التشفى ودرك الغيظ والذى يتشفى هو المناسب ، ويجوز أن يثبت القصاص لمن لا يرث شيئا ، كما لو قتل من له وارث وعليه دين محيط بالتركة ، فان القصاص للوارث وان لم يرث شيئاً ، وان كان الوارث صغيراً أو مجنوناً لم يستوف له الولى ، لأن القصد من القصاص التشفى ودرك الغيظ ، وذلك لا يحصل باستيفاء الولى ، ويحبس القاتل الى أن يبلغ الصغير او يعقل المجنون، لأن فيه حظا للقاتل بان لا يقتل ، وفيه حظا للمولى عليه ليحصل له التشفى ، فان أقام القاتل كفيلا ليخلى لم يجز تخليته لأن فيه تغريراً بحق المولى عليه بان يهرب فيضيع الحق .

وان وثب الصبى أو المجنون على القاتل فقتله ففيه وجهان : (احدهما) أنه يصير مستوفيا لحقه ، كما لو كانت له وديعة عند رجل فاتلفها . (والثانى) لا يصير مستوفيا لحقه وهو الصحيح ، لأنه ليس من اهل استيفاء الحقوق ويخالف الوديعة ، فانها لو تلفت من غير فعل برىء منها المودع . ولو هلك الجانى من غير فعل لم يبرأ من الجناية ، وان كان القصاص بين صغير وكبير لم يجز للكبير أن يستوفى ، وان كان بين عاقل ومجنون لم يجز للعاقل أن يستوفى لأنه مشترك بينهما فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد به ، فان قتل من لا وارث له كان القصاص للمسلمين واستيفاؤه الى السلطان ، وان كان له من يرث منه بعض القصاص كان استيفاؤه الى الوارث والسلطان ، ولا يجوز لأحدهما أن ينفرد به لما ذكرناه) .

الشرح خبر الضحاك بن قيس الذى أسنده المصنف لم يرو أن

الذى كتب اليه النبى صلى الله عليه وسلم هو الضحاك بن قيس لأنه ولد قبل وفاته صلى الله عليه وسلم بسبع سنين • فهـو الضحاك بن قيس بن خالد الأكبر ابن وهب بن ثعلبة يكنى أبا أنيس ، وقيل أبو عبد الرحمـن والأول أفاده الواقدى ؛ وهو أخو فاطمة بنت قيس وكان أصغر سناً منها ؛ ويرجح أنه لم يسمع من النبى صلى الله عليه وسلم فضلا عن أن يوليه ويكتب اليه • وقد كان الضحاك بن قيس على شرطة معاوية ثم صار عاملا على الكوفة بعد زياد ؛ وقد قتل الضحاك بن قيس بمرج راهط لأنه كان يأخذ البيعـة لابن الزبير قتله جنود يزيد •

أما الذى ولاه النبى صلى الله عليـه وسلم وكتب اليه أن يورث امرأة أشيم الضبابى فهو الضحاك بن سفيان الكلابى ، فهو الذى ولاه النبى صلى الله عليه وسلم أمر من أسلم من قومه ؛ وقد ثبت أن الرسول أمره على سرية فذكره العباس بن مرداس فى شعره فقال :

ان الذين وفوا بما عاهدتهم ... جيش بعثت عليهم الضحاكا
أمرته ذرب السـنان كأنه ... لمـا تكنفـه العـدو يراكا
طوراً يعـانق باليدين وتارة ... يفرى الجماجم صارماً بتاكا

وكان رضى الله عنه أحد الأبطال ؛ وكان يقوم على رأس رسول الله صلى الله عليه وسلم متوشحاً سيفه ، وكان يعد بمائة فارس •

قال ابن عبد البر : وله خبر عجيب مع بنى سليم ذكره أهل الاخبار : روى الزبير بن بكار : حدثنى ظمياء بنت عبد العزيز حدثنى أبى عن جـدى موألة بن كثيف أن الضحاك بن سفيان الكلابى كان سياف رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت بنو سليم فى تسعمائة ، فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل لكم فى رجل يعدل مائة يوفيكم ألفاً ؟ فوافاهم بالضحاك بن سفيان وكان رئيسهم • ولابن مرداس :

عشية ضحاك بن سفيان معتص ... لسيف رسول الله والموت واقع

روى عنه سعيد بن المسيب والحسن البصرى •

اذا ثبت هذا فان الحديث أخرجه أبو داود فى الفرائض عن أحمد بن صالح والترمذى عنه فى الفرائض ، وعن قتيبة وأحمد بن منيع وغير واحد ، وفى الديات عن قتيبة وأبى عمار بن الحسين بن حريث وابن ماجه فى الديات عن أبى بكر بن أبى شيبة ومالك فى الموطأ فى العقول عن ابن شهاب والضبابى وهو بطن من كلاب منهم شمر بن ذى الجوشن قاتل الحسين عليه السلام •

وأما حديث أبى شريح الكعبى فقد أخرجه أبو داود فى الديات عن مسدد ، والترمذى فى الديات عن محمد بن بشار ، وقد أخرجه بمعناه أحمد والشيخان وابن ماجه والدارمى • وابو شريح اسمه خويلد بن عمرو ، وقد مضى تحقيق نسبه وشىء من مناقبه آنفا •

وقوله « بين خيرتين » الخيرة وزان عنبة الاسم من قولك : اختاره الله تعالى وخيرة بالتسكين أيضا ، والأهل يقع على الذكر والأنثى •

اما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : ولم يختلفوا فى أن العقل موروث كالمال • جملة ذلك أنه اذا قتل رجل رجلا خطأ أو عمداً وعفى عنه على المال ، فان الدية تكون لجميع ورثة المقتول لقوله تعالى « ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله » ولقوله صلى الله عليه وسلم « فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية » لا فرق بين الذكران والإناث اجماعاً لا خلاف فيه • وقد روى عن عمر رضى الله عنه أنه لم يورث المرأة من دية زوجها ، فقال له الضحاك بن سفيان : كتب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أورث امرأة أشيم الضبابى من دية زوجها ، فرجع عمر رضى الله عنه •

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يتوارث ملتان شتى ، وترث المرأة من دية زوجها » • وقال المصنف :

يقضى من الدية دينه وتنفذ منه وصاياه • وقال أبو ثور : لا يقضى منها دينه ولا تنفذ وصاياه ؛ والذى يقتضى المذهب أن يبنى على القولين متى تجب الدية ؟ فان قلنا بآخر جزء من أجزاء حياة المقتول قضى منهادينه ونفذت منها وصاياه • وان قلنا : يجب بعد موته له يقض منها دينه ولم تنفذ منها وصاياه ولعله ذكر ذلك على الأصح عنده •

وأما اذا كان القتل يقتضى القصاص فان القصاص موروث وفيمن يرثه من الورثة ثلاثة أوجه حكاها ابن الصباغ •

(أحدها) أنه لا يرثه الا العصبة من الرجال ، وبه قال مالك والزهرى ، لأن القصاص يدفع العار عن النسب فاختص به العصبات كولاية النكاح • فان اقتصوا فلا كلام ، وان عفوا على مال كان لجميع الورثة •

(والثانى) أنه يرثه من يرث بنسب دون سبب ؛ فيخرج بذلك من يرث بالزوجية ؛ وبه قال ابن شبرمة ؛ لأن القصاص يراد للتشفى ؛ والزوجية تزول بالموت •

(والثالث) وهو المنصوص ؛ ولم يذكر الشيخان أبو اسحاق المروزى وأبو حامد الاسفراييني غيره أنه يرثه جميع الوراثة من يرث بنسب ومن يرث بسبب وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وأحمد لقوله صلى الله عليه وسلم « فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية » ولأهل لغة يقع على الرجال والنساء ، ولأنه جعل القود لمن جعل له الدية ؛ ولا خلاف أن الدية لجميع الورثة فكذلك القود ، وروت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لأهل القتيل أن ينحجزوا الأول فالأول ؛ وان كانت امرأة » رواه أبو داود والنسائى •

قال أبو عبيدة : معنى أن ينحجزوا يكفوا عن القصاص ؛ ولو لم يكن للمرأة حق فى القصاص لما جعل لها الكف عنه • وروى أن رجلا قتل رجلا ؛ فأراد أولياء الدم القود ، فقالت أخت المقتول ــ وكانت زوجة القاتل ــ

عفوت عن نصيبى من القود ؛ فقال عمر رضى الله عنــه : الله أكبر عتق من القتــل .

فــــرع اذا قطع طرف مسلم فارتد المقطوع ثم مات على الردة ــ وقلنا يجب القصاص فى الطرف ــ فمن الذى يستوفيه ؟ قال الشــافعى رضى الله عيه : لوليه المسلم أن يقتص ؛ واعترض المزنى عليه فقال : كيف يجوز لوليه أن يقتص وهو لا يرثه . واختلف أصحابنا فيه ؛ فمنهم من قال لا يقتص وليه المسلم كما قال المزنى ، لأنه لا يرثه ــ ولم يرد الشافعى الولى ههنا المناسب ؛ وانما أراد الإمام . وقال أكثرهم : بل يجوز لوليه المناسب أن يقتص لأن القصاص للتشفى وذلك الى المناسب لا الى الإمام . وقول الأول غير صحيح لأنه قد يثبت القصاص لمن لا يرث ؛ وهو اذا قتل رجل وعليه دين يحيط بتركته ــ فاذا قلنا ان الإمام هو الذى يقتص كان بالخيار بين أن يقتص وبين أن يعفو على مال ، فاذا عفا على مال كان بها ، واذا قلنا يقتص الولى المناسب ــ فان اقتص ــ فلا كلام ، وان عفــا على مال فهل يثبت ؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد .

(أحدهما) لا يثبت لأن أرش الطرف يدخل فى أرش النفس فلما لم يجب أرش النفس لم يجب أرش الطرف .

(والثانى) يجب الأرش وهو الأصح لأن الجناية وقعت فى حال مضمونة فلم يسقط حكمها بسقوط حكم السراية ؛ فاذا قلنا بهذا فكم الأرش الذى يجب ؟ فيه وجهان ؟ قال عامة أصحابنا : يجب أقل الأمرين من أرش الطرف أو دية النفس لأن دية النفس اذا كانت أكثر من أرش الطرف لم تجب الزيادة على أرش الطرف لأن الزيادة وجبت بالسراية ، وان كان أرش الطرف أكثر لم يجب ما زاد على دية النفس ، لأنه لو مات وهو مسلم لم يجب عليه أكثر من دية مسلم فكذلك ها هنا مثله .

وقال أبو سعيد الاصطخرى : يجب أرش الطرف بالغاً ما بلغ ؛ لأن الدية انما تجب فى النفس فى الموضع الذى لو كان دون الدية وصار نفساً وجبت

الدية وها هنا لا حكم للسراية فى الزيادة فكذلك فى النقصان • والأول أصح •

فرع اذا كان القصاص لصغير أو مجنون أو لغير رشيد لم يستوف الولى له ، وبه قال أحمد وأبو يوسف • وقال مالك وأبو حنيفة ومحمد : يجوز للأب والجد أن يستوفى له القصاص فى النفس والطرف ، ويجوز للوصى والحاكم أن يستوفى الا فى الطرف دون النفس • دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الديه » فجعل الخيرة للأهل ، فلو جعلنا للولى استيفاءه لفوتنا ما خير فيه ، ولأنه لا يملك ايقاع طلاق زوجته فلا يملك استيفاء القصاص فى النفس كالوصى •

اذا ثبت هذا فان القاتل يحبس الى أن يبلغ الصبى ويفيق المجنون ويصلح المفسد ــ لأن فى ذلك مصلحه للقاتل بأن يعيش الى مدة ويتأخر قتله ــ وفيه مصلحة الولى المقتول لئلا يهرب القاتل ويفوت القصاص ، فان أراد الولى أن يعفو عن القود على مال ، فان كان المولى عليه له كفاية لم يجز ، وان كان محتاجا الى ذلك المال للنفقة ففيه وجهان :

(أحدهما) يجوز لأنه محتاج الى ذلك •

(والثانى) لا يجوز لأنه لا يملك استيفاء حقه من القصاص ، ونفقته فى بيت المال وان وثب الصبى أو المجنون فاقتص فهل يصير مستوفياً ؟ فيه وجهان (أحدهما) يصير مستوفياً كما لو كانت له وديعة فأتلفها (والثانى) لا يصير مستوفياً وهو الأصح ، لأنه ليس من أهل الاستيفاء ، وان كان القصاص لغائب حبس القاتل الى أن يقدم كما قلنا فيه اذا كان لصغير أو مجنون • فان قتل فهلا قلتم لا يحبس للغائب لأنه لا ولاية للحاكم على الغائب ، كما لو كان لغائب مال مغصوب فليس للحاكم أن يحبس الغائب وينزع ماله المغصوب ؟ فالجواب أن القود ثبت للميت وللحاكم على الميت ولاية ، وليس كذلك الغائب اذا غصب ماله لأنه لا ولاية له عليه وهو رشيد ،

فوزانه أن يموت رجل ويخلف مالا وله وارث غائب ، فجاء رجل وغصب ماله فللامام حبس الغاصب الى أن يقدم الغائب •

فـــرع فان كان القصاص لجمـاعة وبعضهم حاضر وبعضهم غائب لم يجز للحاضر أن يستوفى بغير اذن الغـائب بلا خلاف ؛ وان كان الخلاف بين صغير وكبير أو بين عاقل ومجنون لم يجز للكبير والعـاقل أن يستوفى القصاص حتى يبلغ الصغير ، ويفيق المجنون ؛ ويأذن فى الاستيفاء • وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو يوسف وأحمد •

وقال مالك وأبو حنيفة : يجوز للكبير والعاقل أن يستوفى قبل بلوغ الصغير وافاقة المجنون ؛ الا أن أصحاب أبى حنيفة اختلفوا فيما يستوفيه ؛ فمنهم من قال يستوفى حقه وحق الصغير والمجنون ؛ ومنهم من قال يستوفى حقه ويسقط حق الصغير والمجنون ، دليلنا أنه قصاص موروث فوجب أن لا يختص باستيفائه بعض ورثته ؛ كما لو كان لحاضر وغائب •

اذا ثبت هذا فان القاتل يحبس الى أن يبلغ الصغير ويفيق المجنون ، وقد حبس معاوية هدبة بن خشرم فى قصاص حتى يبلغ ابن القتيل ؛ وذلك فى عصر الصحابة رضوان الله عليهم فلم ينكر ذلك أحـد • وبذل الحسن والحسين وسعيد بن العاص لابن القتيل سبع ديات فلم يقبلها •

فان قيل : لم لا يخلى سبيله كالمعسر بالدين • قلنا : لأن تخليته تضييع فانه لا يؤمن هربه ؛ والفرق بينه وبين المعسر من وجوه •

١ ــ أن قضاء الدين لا يجب مع الإعسـار فلا يحبس بمـا لا يجب ، والقصاص ههنا واجب وانما تعذر المستوفى •

٢ ــ ان المعسر اذا حبسناه تعذر الكسب لقضاء الدين فلا يفيد بل يضر من الجانبين ؛ وها هنا الحق نفسه يفوت بالتخلية لا بالحبس •

٣ ــ أنه قد استحق قتله ، وفيه تفويت نفسه ونفعه ، فاذا تعذر تفويت

نفسه جاز تفويت نفعه لإمكانه ، فان قيل فلم يحبس من أجل الغائب وليس للحاكم عليه ولاية اذا كان مكلفاً رشيداً ؛ ولذلك لو وجد بعض ماله مغصوبا لم يملك انتزاعه ؟ قلنا : ان فى القصاص حقاً للميت ؛ وللحاكم عليه ولاية ؛ ولهذا تنفذ وصاياه من الدية وتقضى ديونه منها ، فنظيره أن يجد الحاكم من تركة الميت فى يد انسان شيئاً غصبا والوارث غائب فانه يأخذه ، ولو كان القصاص لحى فى عرفه لم يتعرض لمن هو عليه ، فان أقام القاتل كفيلا بنفسه ليخلى سبيله لم يجز لأن الكفالة لا تصح فى القصاص فان فائدتها استيفاء الحق من الكفيل ان تعذر احضار المكفول به ؛ ولا يمكن استيفاؤه من غير القاتل ، فلم تصح الكفالة به كالحد ، ولأن فيه تغريراً بحق المولى عليه ، فانه ربما خلى سبيله فهرب فضاع الحق فان وجب القصاص فى قتل من لا وارث له غير المسلمين كان القصاص الى الامام لأنه نائب عنهم ، وان كان هناك من يرث البعض ويرث المسلمون للباقى كان استيفاء القصاص الى الامام والى الوارث .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان قتل رجل وله اثنان من أهل الاستيفاء فبدر احدهما وقتل القاتل من غير اذن اخيه ففيه قولان (أحدهما) لا يجب عليه القصاص ، وهو الصحيح ، لان فى قتله حقا فلا يجب عليه القصاص بقتله ، كما لا يجب الحد على أحد الشريكين فى وطء الجارية المشتركة (والثانى) يجب عليه القصاص لأنه اقتص فى أكثر من حقه فوجب عليه القصاص ، كما لو وجب له القصاص فى طرفه فقتله ، ولأن القصاص يجب بقتل النفس اذا عرى عن الشبهة ، ولهذا يجب على كل واحد من الشريكين فى القتل ، وان كان قاتلا لبعض النفس والنصف الذى لأخيه لا شبهة فيه فوجب القصاص عليه بقتله .**

وان عفا احدهما عن حقه من القصاص ثم قتله الآخر بعد العلم بالعفو نظرت فان كان بعد حكم الحاكم بسقوط القود عنه وجب عليه القصاص ، لأنه لم يبق له شبهة ، وان كان قبل حكم الحاكم بسقوط القود عنه فان قلنا يجب عليه القود اذا قتله قبل العفو فلأن يجب عليه اذا قتله بعد العفو أولى ، وان قلنا : لا يجب عليه العفو ففيما بعد العفو قولان :

(احدهما) يجب عليه لأنه لا حق له فى قتله فصار كما لو عفوا ثم قتله أحدهما .

(والثانى) لا يجب ، لأن على مذهب مالك رحمة الله عليه يجب له القود بعد عفو الشريك ، فيصير ذلك شبهة فى سقوط القود ، فاذا قلنا يجب القصاص على الابن القاتل وجب دية الاب فى تركة قاتله ، نصفها للأخ الذى لم يقتل ، ونصفها للأخ القاتل ولورثته بعده ، واذا قلنا لا يجب القصاص على الابن القاتل وجب عليه نصف دية المقتول ، لأنه قتله وهو يستحق نصف النفس وللأخ الذى لم يقتل نصف الدية ، وفيمن يجب عليه قولان :

(أحدهما) يجب على الابن القاتل ، لأن نفس القاتل كانت مستحقة لهما ، فاذا أتلفها أحدهما لزمه ضمان حق الآخر كما لو كانت لهما وديعة عند رجل فأتلفها أحدهما ، فعلى هذا ان أبرأ الابن الذى لم يقتل ورثة قاتل أبيه من نصفه لم يصح أبراؤه ، لأنه أبرأ من لا حق له عليه ، وان أبرأ أخاه صح ابراؤه لأنه أبرأ من عليه الحق .

(والقول الآخر) أنه يجب ذلك فى تركة قاتل أبيه لأنه قود سقط الى مال فوجب فى تركة القاتل كما لو قتله أجنبى ، ويخالف الوديعة ، فانه لو أتلفها أجنبى وجب حقه عليه ، والقاتل لو قتله أجنبى لم يجب حقه عليه ، فعلى هذا لو أبرأ أخاه لم يصح أبراؤه ، وان أبرأ ورثة قاتل أبيه صح ابراؤه ، ولورثة قاتل الأب مطالبة الابن القاتل بنصف الدية ، لأن ذلك حق لهم عليه فلا يسقط ببراءتهم عن الابن الآخر) .

الشرح إذا قتل رجل وله أخوان وابنان من أهل استيفاء القصاص لم يكن لهما أن يستوفيا القصاص جميعا ؛ لأن فى ذلك تعذيبا للقاتل ؛ فاما أن يوكلا رجلا ليستوفى لهما القصاص ، واما أن يوكل أحدهما الآخر فى الاستيفاء ؛ فان طلب كل واحد منهما أن يوكله الآخر أقرع بينهما ؛ لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر ، فاذا خرجت القرعة لأحدهما أمر الآخر أن يوكله ، وان بادر أحدهما وقتل القاتل بغير اذن أخيه نظرت — فان كان الذى لم يقتل لم يعف عن حقه من القصاص — فهل يجب على القاتل منهما القود ؟ فيه قولان :

(أحدهما) يجب عليه القود لأنه ممنوع من قتله وقد يجب التلف باتلاف بعض النفس كما اذا قتل جماعة واحداً (والثانى) لا يجب عليه القود ، وبه

قال أبو حنيفة وأحمد ، وهو الأصح ، لأن له فى قتله حقاً فلم يجب عليه القود ، كما لو وطىء أحد الشريكين الجارية المشتركة ، وان قتله بعد أن عفا أخوه عن القود نظرت ــ فان كان قد حكم الحاكم بسقوط القود ــ وجب القود على القاتل قولا واحداً • قال ابن الصباغ : سواء علم القاتل بذلك أو لم يعلم ؛ لأن بحكم الحاكم زالت الشبهة وحرم عليه قتله ؛ فهو كما لو قتل غير القاتل ؛ وان كان بعد عفو أخيه وقبل حكم الحاكم بسقوط القود نظرت ــ فان لم يعلم بعفو أخيه ــ فهل يجب القود على القاتل ؟ فيه قولان ، كما لو لم يعف أخوه •

قال الشيخ الإمام أبو حامد : الا أن الأصح هناك لا يجب عليه القود ؛ والأصح ها هنا أن عليه القود ؛ وان قتله بعد آن علم بعفو أخيه ــ فان قلنا يجب عليه القود اذا لم يعف أخوه فها هنا أولى ؛ وان قلنا هناك : لا يجب كان عليه القود لأنه على قول مالك لا يسقط القود هكذا صور المصنف المسألة ؛ ولكنا ننازعه فى عدم سقوط القود عند مالك ؛ لأن أهل العلم أجمعوا على اجازة العفو عن القصاص وأنه أفضل ، بالكتاب والسنة لقوله تعالى « فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء اليه باحسان » وقوله تعالى « فمن تصدق به فهو كفارة له » قيل فى التفسير : فهو كفارة للجانى بعفو صاحب الحق عنه • وقيل هو كفارة للعافى بصدقته •

وأما السنة ففى سنن أبى داود عن أنس قال « ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع اليه شىء فيه قصاص الا أمر فيه بالعفو » فالقصاص حق لجميع الورثة من ذوى الأنساب والأسباب والرجال والنساء والصغار والكبار فمن عفا منهم صح عفوه وسقط القصاص ؛ ولم يبق لأحد اليه سبيل ؛ بهذا قال عطاء والنخعى والحكم وحماد والثورى وأبو حنيفة وأحمد ؛ وروى ذلك عن عمر وطاوس والشعبى • وقال الحسن وقتادة والزهرى وابن شبرمة والليث والأوزاعى : ليس للنساء عفو والمشهور عن ذلك أنه موروث للعصبات خاصة ، وهو وجه لأصحابنا لأنه ثبت لدفع العار فاختص به العصبات كولاية النكاح •

ولنا وجه ثالث أنه لذوى الأنساب دون الزوجين لحديث أبى شريح الكعبى « فأهله بين خيرتين الخ » وذهب بعض أهل المدينة الى أن القصاص لا يسقط بعفو بعض الشركاء ؛ وقيل هو رواية عن مالك لأن حق غير العافى لا يرضى باسقاطه ؛ وقد تؤخذ النفس ببعض النفس بدليل قتل الجماعة بالواحد . وبعد أن تحررت المسألة على هذا النحو نقول : انه على قول بعض أهل المدينة لا يسقط القود بعفو أحد الشريكين فصار ذلك شبهة فى سقوط القود عنه . وهذا ترتيب الشيخ أبى حامد .

وقال المسعودى : اذا قتله قبل عفو أخيه فهل يجب عليه القود ؟ فيه قولان فاذا قلنا : لا يجب فله معنيان (أحدهما) لاختلاف العلماء فى استيفاء أحدهما (والثانى) لأجل حقه فى القصاص ، وان قتله بعد عفو أخيه ، وهو عالم بعفوه فان قلنا هناك لا يجب فها هنا قولان — ان قلنا : العلة هناك اختلاف العلماء فلا قود ها هنا ؛ لأن الاختلاف موجود ؛ وان قلنا : العلة هناك حقه فى القصاص وجب عليه ها هنا القود . وان قتله جاهلا بعفو أخيه ؛ فان قلنا لا يجب عليه القود اذا كان عالما بعفو أخيه فها هنا أولى ؛ وان قلنا : هناك لا يجب فها هنا قولان ؛ ان قلنا : العلة هناك حقه فى القصاص وجب عليه ها هنا القود ، وان قتله جاهلا بعفو أخيه ؛ فان قلنا لا يجب عليه القود اذا كان عالماً بعفو أخيه فها هنا أولى أن لا يجب . وان قلنا هناك يجب القود على القاتل فلوليه أن يقتص منه ؛ فاذا قتله وجب دية المقتول الأول فى تركة القاتل الأول ، نصفها للأخ الذى لم يقتل ونصفها لورثة أخيه المقتول .

وان قلنا لا يجب القود على الأخ القاتل فقد استوفى حقه وبقى حق أخيه ، وقد تعذر استيفاء حقه من القصاص فتكون له نصف دية أبيه ؛ وعلى من يرجع بها ؟ فيه قولان .

(أحدهما) يرجع بها على أخيه القاتل ؛ لأن نفس قاتل أبيه كانت لهما وديعة فأتلفها أحدهما ، فعلى هذا ان أبرأ أخاه صح ابراؤه ؛ وان أبرأ قاتل أبيه لم يصح ابراؤه .

(والقول الثانى) أنه يرجع بها فى تركة قاتل أبيه لأنه قود سقط الى

مال فوجب المال فى تركة قاتل الأب كما لو قتله أجنبى ؛ ويخالف الوديعة فانه لو أتلفها أجنبى لرجعا عليه بضمانها ؛ وههنا لو قتله أجنبى لم يرجعا عليه بشىء .

فعلى هذا ان أبرأ أخاه لم يصح ابراؤه ؛ وان أبرأ قاتل أبيه صح ابراؤه ويكون لورثة قاتل الأب أن يرجعوا على القاتل بنصف دية مورثهم لأنه لا يستحق الا نصف نفسه ، ومن أصحابنا من قال : لا يطالبون الأخ القاتل بشىء ؛ لأنهم ما غرموا ، وليس بشىء ، لأن الحق قد لزمهم فى الأصل ولزم القاتل له فى الأصل فاذا سقط عنهم لم يسقط عن الوارث فى تركته . والوجه الآخر أن الدية لمن له القصاص ، كما لو قتل المرهون كانت الدية مرهونة ، ولو عفا وارثه عن القصاص على الدية فالدية للوارث على الصحيح من المذهب وحق من له القصاص . ولو وجب القصاص على رجل فقتله أجنبى عنه كان عليه القصاص لأنه ترك القبض للورثة .

وان عفا الاخوان جميعا عنه ثم عادا فقتلاه أو عفا عنه أحدهما ثم عاد فقتله وجب القود قولا واحداً ؛ لأنه لم يبن للعاقل حق بعد عفوه ، فصار كما لو قتل أجنبياً فان كان القصاص لجماعة واختلفوا فيمن يقتص منهم أقرع بينهم . وهل يدخل فى القرعة من لا يحسن ؟ فيه وجهان حكاهما فى العدة (أحدهما) لا يدخل لأنه لا فائدة فيه (والثانى) يدخل لأنه يستنيب من شاء ؛ ومتى خرجت القرعة لأحدهم لم يستوف القصاص الا بتوكيل الباقين له .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يجوز استيفاء القصاص الا بحضرة السلطان لأنه يفتقر الى الاجتهاد ولا يؤمن فيه الحيف مع قصد التشفى ، فان استوفاه من غير حضرة السلطان عزره على ذلك .

ومن أصحابنا من قال : لا يعزر لأنه استوفى حقه والمنصوص أنه يعزر لأنه افتيات على السلطان ، والمستحب أن يكون بحضرة شاهدين حتى لا ينكر

المجنى عليه الاستيفاء ، وعلى السلطان أن يتفقد الآلة التى يستوفى بها القصاص ، فان كانت كالة منع من الاستيفاء بها لما روى شداد بن أوس رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ان الله كتب الاحسان على كل شىء ، فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة ، واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة ، وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته » وان كانت مسمومة منع من الاستيفاء بها لأنه يفسد البدن ويمنع من غسله ، فان عجل واستوفى بآلة كالة أو بآلة مسمومة عزر ، فان طلب من له القصاص أن يستوفى بنفسه ، فان كان فى الطرف لم يمكن منه لأنه لا يؤمن مع قصد التشفى ان يجنى عليه بما لا يمكن تلافيه ، وان كان فى النفس فان كان يكمل للاستيفاء بالقوة والمعرفة مكن منه لقوله تعالى « ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف فى القتل انه كان منصورا » ولقوله صلى الله عليه وسلم « فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين ، أن أحبوا قتلوا ، وان أحبوا أخذوا الدية » ولأن القصد من القصاص التشفى ودرك الغيظ فمكن منه ، وان لم يكمل للاستيفاء أمر بالتوكيل ، فان لم يكن من يستوفى بغير عوض استؤجر من خمس المصالح من يستوفى ، لأن ذلك من المصالح ، ان لم يكن خمس أو كان ولكنه يحتاج اليه لما هو أهم منه وجبت الأجرة على الجانى ، لأن الحق عليه فكانت أجرة الاستيفاء عليه كالبائع فى كيل الطعام المبيع .

فان قال الجانى أنا أقتص لك بنفسى ولا أؤدى الأجرة لم يجب تمكينه منه ، لأن القصاص أن يؤخذ منه مثل ما أخذ ، ولأن من لزمه ايفاء حق لغيره لم يجز أن يكون هو المستوفى كالبائع فى كيل الطعام المبيع . فان كان القصاص لجماعة وهم من أهل الاستيفاء وتشاحوا أقرع بينهم ، لأنه لا يجوز اجتماعهم على القصاص ، لأن فى ذلك تعذيبا للجانى ، ولا مزية لبعضهم على بعض فوجب التقديم بالقرعة .

فصل وان كان القصاص على امرأة حامل لم يقتص منها حتى تضع ، لقوله تعالى : « ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف فى القتل » وفى قتل الحامل اسراف فى القتل ، لأنه يقتل من قتل ومن لم يقتل . وروى عمران بن الحصين رضى الله عنه « أن امرأة من جهينة أتت النبى صلى الله عليه وسلم وقالت : انها زنت وهى حبلى ، فدعا النبى صلى الله عليه وسلم وليها فقال له : أحسن اليها فاذا وضعت فجىء بها ، فلما أن وضعت جاء بها ، فأمر بها النبى فرجعت ، ثم أمرهم فصلوا عليها » واذا وضعت لم تقتل حتى تسقى الولد اللبأ لأنه لا يعيش الا به ، وان لم يكن من يرضعه لم يجز قتلها حتى ترضعه حولين كاملين لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال للعامرية « اذهبى حتى ترضعيه » ولأنه لما أخر القتل لحفظه وهو حمل فلأن يؤخر لحفظه وهو مولود أولى ، وان وجد له مرضعة راتبة جاز أن يقتص لأنه

يستغنى بها عن الأم . وان وجد مرضعات غير رواتب أو وجدت بهيمة يسقى من لبنها . فالمستحب لولى الدم أن لا يقتص حتى ترضعه ، لأن اختلاف اللبن عليه والتربية بلبن البهيمة يفسد طبعه ، فان لم يصبر اقتص منها لأن الولد يعيش بالألبان المختلفة وبلبن البهيمة . وان ادعت الحمل قال الشافعى رحمه الله تحبس حتى يتبين أمرها .

واختلف أصحابنا فيه فقال ابو سعيد الاصطخرى رحمة الله عليه : لا تحبس حتى يشهد أربع نسوة بالحمل ، لأن القصاص وجب فلا يؤخر بقولها . وقال أكثر أصحابنا تحبس بقولها ، لأن الحمل وما يدل عليه من الدم وغيره يتعذر اقامة البينة عليه فقبل قولها فيه) .

الشرح حديث شداد بن أوس أخرجه مسلم فى الذبائح عن أبى بكر بن أبى شيبة . وأبو داود فى الأضاحى عن مسلم بن ابراهيم والترمذى فى الديات عن أحمد بن منيع ؛ والنسائى فى الضحايا عن على بن حجر ؛ وعن الحسين بن حريب وعن محمد بن عبد الله بن بزيغ وعن محمد بن نافع وعن ابراهيم بن يعقوب وابن ماجه فى الذبائح عن محمد بن المثنى ؛ وأحمد فى مسنده جـ ٣ ص ١٠٨ ، ومسند أبى داود الطيالسى الحديث ١١١٩ ؛ وحديث عمران بن الحصين أخرجه مسلم فى الحدود عن أبى غسان مالك بن عبد الواحد المسمعى ؛ وأبو داود فيه عن مسلم بن ابراهيم ؛ والترمذى فيه عن الحسن بن على ؛ والنسائى فى الجنائز عن اسماعيل بن مسعود ؛ وابن ماجه فى الحدود عن العباس بن عثمان ؛ وحديث العامرية مضى فى الرضاع .

أما اللغات فالقتلة بكسر القاف هى الهيئة وكذا الذبحة ، والآلة الكالة التى لا حد لها ماض والسيف الكليل منه .

أما الأحكام فمن وجب له القصاص لم يجز أن يقتص بغير اذن السلطان وبغير حضوره لاختلاف العلماء فى وجوب القصاص فى مواضع ، فلو قلنا : له أن يستوفيه من غير اذن السلطان لى يؤمن أن يقتص ممن لا يستحق فيه القصاص ؛ فان خالف واقتص بغير اذن السلطان فقد استوفى حقه .

قال الشافعى رضى الله عنه : ويعزر ولا شىء عليه ؛ وهو مذهب أحمد ؛

ومن أصحابنا من قال : لا يعزر لأنه استوفى حقه ، والأول أصح ؛ لأنه افتات على السلطان ، والمستحب أن يكون ذلك بحضرة شاهدين لئلا ينكر المقتص الاستيفاء ، فان اقتص بغير حضور شاهدين جاز لأنه استيفاء حق ؛ فلم يكن من شرطه حضور الشهود كالدين ؛ ويتفقد السلطان الآلة التى يستوفى بها القصاص فان كانت كالة منع من الاستيفاء بها لقوله صلى الله عليه وسلم « اذا قتلتم فأحسنوا القتلة » فان استوفى فقد أساء ولا تعزير عليه • وان أراد الاستيفاء بآلة مسمومة • قال الشيخ أبو حامد : منع من ذلك • سواء كان فى الطرف أو فى النفس ؛ لأنه اذا كان فى الطرف سرى الى نفسه • وان كان فى النفس هرى بدنه ومنع من غسله فان خالف واقتص بآلة مسمومة عزر •

وقال القفال : ان كان الإستيفاء فى الطرف منع منه ، وان كان فى النفس لم يمنع منه ، فان اقتص فى الطرف بآلة مسمومة وسرى ذلك الى نفسه وجب على المقتص نصف الدية ، لأنه مات من مباح ومحظور •

فرع اذا طلب من له القصاص أن يقتص بنفسه ــ فان كان القصاص فى النفس ، وكان يصلح للاستيفاء ــ مكنه السلطان من الاستيفاء لقوله تعالى « ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف فى القتل » الآية ؛ ولقوله صلى الله عليه وسلم « فمن قتل بعده فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية » وان كان لا يحسن الاستيفاء أمر بالتوكيل ــ فان لم يوجد من يتطوع بالاستيفاء عنه بغير عوض ــ استأجر من يستوفى له القصاص •

وقال أبو حنيفة : لا تصح الإجارة على القصاص فى النفس وتصح فى الطرف دليلنا أنه عمل معلوم فصحت الإجارة عليه كالقصاص فى الطرف ؛ وان كان القصاص فى الطرف فقال أصحابنا البغداديون : لا يمكن المجنى عليه أن يقتص بنفسه بل يؤمر بالتوكيل ؛ لأن الاقتصاص فى الطرف يحتاج الى التحفظ لئلا يستوفى أكثر من حقه ، وقال الخراسانيون فيه وجهان (أحدهما) لا يمكن من ذلك لما ذكرناه •

(والثانى) يمكن منه كما يمكن من استيفاء القصاص فى النفس ؛ والأول أصح ؛ لأن المقصود بالقتل ازهاق الروح ؛ ولا معنى للتحفظ بخلاف الطرف •

فرع يستحب للامام أن يقيم رجلا يقيم الحدود ويقتص للناس باذنهم ويرزقه من الأموال المعدة للخدمات العامة (ميزانية الخدمات) لأن هذا من المصالح والخدمات التى توفرها الدولة لنشر الأمن واقرار العدل ، وقد شبهه أصحابنا بأجرة الكيال والوزان فى الأسواق ؛ فان لم يكن هناك شىء من سهم المصالح أو كانت ميزانية لا تسمح للاحتياج لما هو أهم كبناء المستشفى أو تسليح المجاهدين كانت الأجرة على المقتص منه • هذا ما يفيده النظر فى نقل أصحابنا البغداديين •

وقال المسعودى : نص الشافعى رحمه الله على أن أجرة القصاص على المقتص منه ؛ ونص أن أجرة الجلاد فى بيت المال ؛ وهو قول أبى حنيفة لأنه استيفاء حق فكانت أجرة الاستيفاء على المستوفى ؛ كما لو اشترى طعاما وأراد نقله ، والأول أصح ، ومنهم من قال : يجب أجرة القصاص على المقتص منه ؛ وأجرة الجلاد فى بيت المال ؛ لأن فى القصاص الجانى مأمور بالإقرار بالجناية ليقتص منه ؛ وفى الحدود هو مأمور بالستر على نفسه •

فان قال الجانى : أنا أقطع طرفى ولا أؤدى الأجرة ففيه وجهان حكاهما ابن الصباغ (أحدهما) يجب اجابته الى ذلك لأن المقصود قطع طرفه فلا تلحقه تهمة فى ذلك (والثانى) لا يجب اجابته الى ذلك ؛ ولم يذكر المصنف غيره ؛ لأن المقصود بالقصاص التشفى وذلك لا يحصل بفعل الجانى ؛ وانما يحصل بفعل المجنى عليه أو من ينوب عنه غير الجانى •

فرع اذا وجب القصاص على امرأة حامل لم يجز قتلها قبل أن تضع ، لقوله تعالى « ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف فى القتل » وفى قتلها فى هذه الحالة اسراف ، لأنه يقتل من قتل ومن لم يقتل ، لحديث عمران بن الحصين « أن امرأة من جهينه أتت النبى صلى الله

عليه وسلم فأخبرته أنها زنت وهى حبلى ؛ فأمر النبى صلى الله عليه وسلم وليها أن يحسن اليها حتى تضع فلما وضعت جىء بها فرجمت وأمرهم فصلوا عليهـا » .

وروى أن عمر رضى الله عنه أمر بقتل امرأة بالزنا وهى حامل ، فقال له معاذ بن جبل رضى الله عنه « ان كان لك سبيل عليها فليس لك سبيل على ما فى بطنها ، يعنى حملها ، فترك عمر قتلها ، وقال كاد النساء أن يعجزن أن يلدن مثلك يا معاذ » .

اذا ثبت هذا فولدت لم تقتل حتى تسقى الولد اللبأ ؛ لأنه لا يعيش الا به فاذا سقته اللبأ نظرت ؛ فان لم توجد امرأة راتبة ترضعه ؛ وانما وجد جماعة نساء يتناوبنه فى الرضاع ؛ أو وجدت بهيمة يسقى من لبنها ؛ فالمستحب ألا يقتص حتى ترضعه أمه حولين ؛ لأن على الولد ضررا باختلاف لبن المرضعات ، ولبن البهيمة يغير طبعه ، فان اقتص منها جاز ، لأن بدنه يقوم بذلك ؛ فان لم يوجد من يرضعه ولا وجدت بهيمة يسقى لبنها لم يجز للولى أن يقتص منها الى وقت يستغنى عن لبنها ؛ لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال للعامرية « اذهبى حتى ترضعيه » ولأنه اذا وجب تأخير القصاص لأجله وهو حمل ، فلأن يجب تأخيره لأجله بعد الوضع أولى .

قال الشيخ أبو حامد : قال أصحابنا : فان خالف الولى واقتص من الأم فى هذه الحالة ثم مات الطفل فهو قاتل عمد ، وعليه القود ؛ لأنه بمثابة من حبس رجلا ومنعه الطعام والشراب حتى مات ؛ فانه قاتل عمد ويجب عليه القود ؛ هذا نقل أصحابنا البغداديين . وقال المسعودى : اذا وجد من ترضعه فان كان القتل لله كالرجم فى الزنا لم تقتل حتى تنقضى مدة الرضاع ، وان كان للآدمى قتلت .

فـــرع اذا وجب على المرأة القتل فادعت أنها حامل قال الشافعى رحمه الله : تحبس حتى يتبين أمرها ؛ واختلف أصحابنا فى ذلك فقال أبو سعيد الإصطخرى : لا تحبس حتى يشهد أربع قوابل أنهـا حبلى ؛ فان لم

يشهدن بأنها حبلى قتلت فى الحال لأن القصاص قد وجب فلا يؤخرها بقولها ؛ وقال أكثر أصحابنا تحبس وان لم يشهدن أنها حبلى لأن للحمل أمارات ظاهرة يشاهدنها القوابل ؛ وأمارات خفية لا يعلم ذلك منها الا نفسها ، فوجب حبسها الى أن يتبين أمرها .

فرع فان مكن الإمام أو الحاكم المقتص من الحامل فقتلها فالكلام فى الإثم والضمان والكفارة ؛ فأما الإثم فان كان الحاكم والمقتص عالمين بأنها حامل أثما . وان كانا جاهلين بحملها لم يأثما . وان كان أحدهما عالما بحملها والآخر جاهلا به أثم العالم منهما دون الجاهل .

وأما الضمان والكفارة فننظر فيه فان كان لما قتلت الحامل لم يخرج الجنين من بطنها ضمن ، وان خرج من بطنها ، فان خرج حيا ثم مات ففيه دية كاملة وكفارة ، وان خرج ميتاً ففيه غرة عبد أو أمة وكفارة ؛ وأما من يجب عليه الضمان والكفارة فان كانا عالمين بحملها فالضمان والكفارة على الإمام والحاكم دون الولى ، ؛ لأنه هو الذى مكنه من الاستيفاء ؛ ولأن الحاكم هو الذى يعرف الأحكام وانما يرجع الولى الى اجتهاده . وهكذا ان كان الحاكم هو العالم بحملها دون الولى فالضمان والكفارة على الولى دون الحاكم اذا لم يعلم فلم يسلطه على اتلاف الحمل ، وان كانا جاهلين بحملها ففيه وجهان :

(أحدهما) أن الضمان والكفارة على الولى لأن الحاكم اذا لم يعلم سقط عنه حكم الاجتهاد فيه والولى هو المباشر فلزمه الضمان . هكذا ذكر ابن الصباغ وذكر الشيخ أبو حامد فى التعليق وصاحب الفروع اذا كانا جاهلين بأن ذلك لا يجوز فالضمان والكفارة على الإمام قولا واحداً ؛ وان كانا عالمين بأن ذلك لا يجوز ففيه وجهان :

قال أبو اسحاق : الضمان والكفارة على الإمام لأنهما فى العلم سواء ؛ وللامام مزية فى التمكين .

وقال غيره من أصحابنا : يكون الضمان والكفارة على الولى لأنه هو

المباشر . وان كان أحدهما عالماً والآخر جاهلا ؛ فالضمان على العالم منهما دون الجاهل . وقال المزني : فالضمان على عاقلته ، سواء علم القاضي أو جهل ، وان كان الولي جاهلا ففيه وجهان ، سواء علم القاضي أو جهل بناء على القولين في اطعام الطعام فان قلنا : ان ضمانه على الطاعم فالضمان ههنا على الولي ، وان قلنا : على المطعم كان الضمان ها هنا على الحاكم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان كان القصاص في الطرف فالمستحب أن لا يستوفى الا بعد استقرار الجناية بالاندمال أو بالسراية الى النفس ، لما روى عمرو ابن دينار عن محمد بن طلحة قال ((طعن رجل رجلا بقرن في رجله ، فجاء للنبي صلى الله عليه وسلم فقال اقدني ، فقال دعه حتى يبرأ ، فأعادها عليه مرتين أو ثلاثاً ، والنبي صلى الله عليه وسلم يقول حتى يبرأ ، فأبى فأقاده منه ، ثم عرج المستقيد فجاء النبي صلى الله عليه وسلى فقال برىء صاحبي وعرجت رجلي ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا حق لك ، فذلك حين نهى أن يستقيد احد من جرح حتى يبرأ صاحبه ، فان استوفى قبل الاندمال جاز للخبر . وهل يجوز اخذ الأرش قبل الاندمال ؟ فيه قولان :

(أحدهما) يجوز كما يجوز استيفاء القصاص قبل الاندمال .

(والثاني) لا يجوز لأن الأرش لا يستقر قبل الاندمال ، لأنه قد يسرى الى النفس ويدخل في دية النفس ، وقد يشاركه غيره في الجناية فينقص بخلاف القصاص ، فانه لا يسقط بالسراية ولا تؤثر فيه المشاركة ، فاذا قلنا يجوز ففي القدر الذي يجوز اخذه وجهان :

(أحدهما) يجوز أخذه بالغاً ما بلغ لأنه قد وجب في الظاهر فجاز أخذه . (والثاني) وهو قول ابي اسحاق انه يأخذ أقل الأمرين من أرش الجناية أو دية النفس ، لان ما زاد على دية النفس لا يتيقن استقراره ، لانه ربما سقط ، فعلى هذا ان قطع يديه ورجليه وجب في الظاهر ديتان وربما سرت الجناية الى النفس فرجع الى دية فأخذ دية ، فان سرت الجناية الى النفس فقد أخذ حقه، وان اندملت اخذ دية أخرى .

فصل وان قلع سن صغير لم يثغر أو سن كبير قد أثغر ، وقال اهل الخبرة : انه يرجى أن ينبت الى مدة لم يقتص منه قبل الايأس من

نباته ، لانه لا يتحقق الاتلاف فيه قبل الاياس كما لا يتحقق اتلاف الشعر قبل الاياس من نباته فان مات قبل الاياس لم يجب القصاص . لانه لم يتحقق الاتلاف فلم يقتص مع الشك) .

الشرح حديث عمرو بن دينار عن محمد بن طلحة أخرجه الشافعي والبيهقي في السنن الكبرى هكذا مرسلا ؛ ومحمد بن طلحة ثقة محتج به ولا عبرة بقول النسائي « ليس بالقوى » أو قول ابن معين : ثلاثة يتقى حديثهم محمد بن طلحة الخ ذلك لأنه صدوق مشهور محتج به في الصحيحين .

وقال أبو زرعة « صدوق » على أن هذا الخبر قد ورد متصلا ومرسلا من طرق بعضها بلفظ المصنف وبعضها بمعناه ، فعند أحمد والدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن رجلا طن رجلا بقرن في ركبته فجاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال أقدني ، فقال : حتى تبرأ ، ثم جاء اليه فقال : أقدني فأقاده ثم جاء اليه فقال يا رسول الله عرجت ؟ قال قد نهيتك فعصيتني فأبعدك الله وبطل عرجك ، ثم نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه » .

وروى الدارقطني عن جابر « أن رجلا جرح فأراد أن يستقيد فنهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يستقاد من الجارح حتى يبرأ المجروح » وأخرجه أبو بكر ابن أبي شيبة عن ابن علية عن عمرو بن دينار عن جابر ، وأخرجه عثمان بن أبي شيبة بهذا الإسناد . وقال الدارقطني : أخطأ فيه ابنا أبي شيبة وخالفهما أحمد بن حنبل وغيره ، فرووه عن ابن علية عن أيوب عن عمرو مرسلا . وكذلك قال أصحاب عمرو بن دينار عنه وهو المحفوظ ، يعني المرسل ؛ وأخرجه أيضا البيهقي من حديث جابر مرسلا باسناد آخر وقال : تفرد به عبد الله الأموي عن ابن جريج وعنه يعقوب بن حميد ؛ وأخرجه أيضا من وجه آخر عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « تقاس الجراحات ثم يتأتى بها سنة ثم يقضى فيها بقدر ما انتهت اليه » وفي اسناده ابن لهيعة . وكذا رواه جماعة من الضعفاء عن أبي الزبير .

وقد استدل بهذه الأحاديث القائلون بوجوب الانتظار الى أن يبرأ الجرح ويندمل ثم يقتص المجروح بعد ذلك ؛ وبه قال أبو حنيفة ومالك والمذهب عندنا أنه مندوب اليه فقط .

دليلنا حديث محمد بن طلحة الذى سقنا طرقه آنفا ؛ وهو يدل بمفهومه عن تمكينه صلى الله عليه وسلم الرجل المطعون بالقرن قبل البرء .

واستدل القائلون بالوجوب بحديث « اصبروا حتى يسفر الجرح» عندما طعن رجل حسان بن ثابت فاجتمعت الأنصار ليأخذ لهم النبى صلى الله عليه وسلم القصاص ؛ فقال انتظروا حتى يبرأ صاحبكم ثم أقتص لكم ؛ فبرىء حسان ثم عفا قال العلامة الشوكانى وهذا الحديث ان صح فحديث عمرو بن شعيب قرينة لصرفه عن معناه الحقيقى الى معناه المجازى ، كما أنه قرينة لصرف النهى المذكور فى حديث جابر الى الكراهة .

وأما ما قيل من أن ظهور مفسدة التعجيل للنبى صلى الله عليه وسلم قرينة أن أمره الأنصار بالانتظار للوجوب ؛ لأن دفع المفاسد واجب ؛ كما قال فى ضوء النهار ؛ فيجاب عنه بأن محل الحجة هو اذنه صلى الله عليه وسلم قبل الاندمال ، وهو لا يأذن الا بما كان جائزا ،وظهور المفسدة غير قادح فى الجواز المذكور ، وليس ظاهرها بكلى ولا أكثرى حتى تكون معلومة عند الاقتصاص قبل الاندمال ؛ لأن لفظ « ثم » يقتضى الترتيب ؛ فيكون النهى الواقع بعدها ناسخاً للإذن الواقع قبلها ا هـ .

اذا ثبت هذا فانه اذا قطع طرفه وأراد المجنى عليه أن يقتص فالمستحب له أن لا يقتص حتى تستقر الجناية بالاندمال أو السراية الى النفس ؛ فان عفا عن القود وطلب الأرش قبل الاستقرار فهل يعطى الأرش ؟ فيه قولان . (أحدهما) يعطى كما يجوز له استيفاء القصاص . (والثانى) لا يعطى لأن الأرش لا يستقر قبل الاندمال لأنه ربما سرى الى النفس فدخل فى ديتها أو يشارك غيره فى الجناية فمات من الجميع ؛ فاذا قلنا : يعطى قبل الاندمال فكم يعطى ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يعطى أقل الأمرين من أرش الجنـاية أو دية النفس ؛ لأن ما زاد على دية النفس لا يتيقن استقراره قبل الاندمال .

(والثانى) يعطى أرش الجناية بالغاً ما بلغ ؛ لأنه قد وجب له فى الظاهر ؛ فان اقتص المجنى عليه قبل الاندمال ؛ ثم سرت الجناية على المجنى عليه الى عضو آخر واندمل كانت السراية مضمونة بالدية .

وقال أحمد رحمه الله : لا تكون مضمونة لقوله صلى الله عليه وسلم : « اذهب فلا حق لك » ودليلنا أن هـذه جناية مضمونة كما لو لم يقتص ؛ والحديث محمول على أنه أراد صلى الله عليه وسلم لا حق لك فى القصاص .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل اذا قتل بالسيف لم يقتص منه الا بالسيف لقوله تعالى : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » ولان السيف أوحى الآلات ، فاذا قتل به واقتص بغيره اخذ فوق حقه ، لان حقه فى القتل وقد قتل وعذب ، فان أحرقه أو غرقه أو رماه بحجر ، أو رماه من شـاهق أو ضربه بخشب ، أو حبسه ومنعه الطعام والشراب فمات ، فللولى أن يقتص بذلك لقوله تعالى « وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به » ولما روى البراء رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : من حرق حرقناه ومن غـرق غرقناه » ولان القصاص موضوع على المماثلة والمماثلة ممكنة بهذه الاسباب ، فجاز أن يستوفى بها القصاص ، وله أن يقتص منه بالسيف ، لانه قد وجب له القتل والتعذيب ، فاذا عدل الى السيف فقد ترك بعض حقه فجاز . فان قتله بالسحر قتل بالسيف ، لأن عمل السـحر محرم فسقط وبقى القتـل فقتـل بالسيف .

وان قتله باللواط أو بسقى الخمر ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى اسحاق أنه ان قتله بسقى الخمر قتله بسـقى الماء . وان قتله باللواط فعل به مثل ما فعله بخشبة ، لأنه تعذر مثله حقيقة ففعل به ما هو أشبه بفعله .

(والثانى) أنه يقتل بالسيف لانه قتله بما هو محرم فى نفسـه فاقتص

بالسيف كما لو قتله بالسحر ، وان ضرب رجلا بالسيف فمات فضرب بالسيف فلم يمت كرر عليه الضرب بالسيف ، لأن قتله مستحق وليس ههنا ما هو اوحى من السيف فقتل به ، وان قتله بمثقل او رماه من شاهق او منعه الطعام والشراب مدة ففعل به مثل ذلك فلم يمت ففيه قولان :

(احدهما) يكرر عليه ذلك الى أن يموت كما قلنا فى السيف .

(والثانى) انه يقتل بالسيف ، لأنه فعل به مثل ما فعل وبقى ازهاق الروح فوجب بالسيف ، وان جنى عليه جناية يجب فيها القصاص بأن قطع كفه او اوضح رأسه فمات فللولى أن يستوفى القصاص بما جنى فيقطع كفه ويوضح رأسه لقوله تعالى « والجروح قصاص » فان مات به فقد استوفى حقه ، وان لم يمت قتل بالسيف ، لأنه لا يمكن أن يقطع منه عضواً آخر ، لأنه يصير قطع عضوين بعضو وايضاح موضحتين بموضحة ، وان جنى عليه جناية لا يجب فيها القصاص ، كالجائفة وقطع اليد من الساعد فمات منه ففيه قولان :

(احدهما) يقتل بالسيف ولا يقتص منه فى الجائفة ولا فى قطع اليد من الساعد ، لأنه جناية لا يجب فيها القصاص فلا يستوفى بها القصاص كاللواط .

(والثانى) يقتص منه فى الجائفة وقطع اليد من الساعد ، لأنه جهة يجوز القتل بها فى غير القصاص ، فجاز القتل بها فى القصاص ، كالقطع من المفصل وحز الرقبة ، فان اقتص بالجائفة أو قطع اليد من الساعد فلم يمت قتل بالسيف لأنه لا يمكن أن يجاف جائفة أخرى ، ولا أن يطع منه عضو آخر فتصير جائفتان بجائفة ، وقطع عضوين بعضو) .

الشرح حديث البراء بن عازب ذكره الحافظ فى تلخيص الحبير فى كتاب الجراح من باب ما جاء فى التشديد فى القتل الحديث ١٦٣١ « من حرق حرقناه ومن غرق أغرقناه » هكذا بالتضعيف فى الماضى وبالهمز فى المضارع وقال أخرجه البيهقى فى المعرفة من حديث عمران بن نوفل بن زيد ابن البراء عن أبيه عن جده ، وقال : فى الإسناد بعض من يجهل ، وانما قاله زياد فى خطبته ا هـ .

وقال فى الدراية فى تخريج أحاديث الهداية : حديث من غرق غرقناه . البيهقى من رواية عمران بن يزيد بن البراء عن أبيه عن جده بهذا وفيه : من حرق حرقناه ومن عرض عرضنا له . وفى اسناده من لا يعرف ا هـ .

قلت وقد رجعت الى كتب الرجال فلم أجد ذكراً لعمران بن نوفل ، ولا نوفل بن زيد ولا زيد بن البراء ؛ ثم عدت الى الرواية الأخرى التى ذكرها فى الدراية فلم أجد الا ذكر عمران بن يزيد موصوفا بالجهالة ، أو مولى كان للقرشيين فيهم أما يزيد بن البراء فقد قال فى التقريب « صدوق من الثالثة » .

أما الأحكام فانه اذا قتل بالسيف لم يقتص منه الا بالسيف لقوله تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » ولأنه أوحى الآلات ؛ وان حرقه أو غرقه أو رماه بحجر أو من شاهق فمات أو ضربه بخشبة أو حبسه ومنعه الطعام والشراب حتى مات ، فللولى أن يقتص منه بهذه الأشياء ؛ وبه قال مالك وأما أبو حنيفة فانه يقول : هذه الجنايات لا توجب القصاص الا التحريق بالنار فانه يوجب القصاص ، ولكن لا يجوز أن يقتص منه الا بالسيف ، دليلنا قوله تعالى « من اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » ولحديث « أن يهودياً رض رأس جارية من الأنصار بين حجرين فوجدت وبها رمق ؛ فقيل من فعل بك هذا ؟ فلان ؟ فأومأت أن لا الى أن سئلت عن اليهودى فأومأت برأسها أى نعم ، فأخذوا اليهودى فاعترف ، فأمر به النبى صلى الله عليه وسلم فرضخ رأسه بين حجرين » ولأنها آلة يجوز بها قتل المشركين فجاز استيفاء القصاص بها كالسيف وللولى أن يقتله بالسيف لأنه أوحى وأروح من التعذيب .

أما اذا قتله بالسحر فانه يقتله بالسيف لأن السحر ليس سلاحاً فى الاسلام لقتال المشركين ؛ وليس آلة للقصاص وليس له مثله .

أما اذا قتله باللواط فهل يجب فيه القصاص ؟ فيه وجهان حكاهما أصحابنا الخراسانيون (أحدهما) لا يجب فيه القصاص ، لأن المقصود به طلب اللذة فكان عمد خطأ (والثانى) وهو قول البغداديين ــ وهو الأصح ــ أنه يجب به القصاص لأنه قتله بما يقتل مثله غالبا فوجب عليه القصاص ؛ كما لو قتله بالسيف . فعلى هذا فى كيفية استيفاء القصاص منه وجهان :

(أحدهما) يقتل بسيف لأن اللواط محرم فقتل بالسيف كالسحر .

(والثانى) يعمل به مثل ما عمل بخشبة الى أن يموت ، لأنه أقرب الى فعله ، وان قتله بشرب الخمر وجب عليه القصاص ، وكيف يستوفى منه القصاص ؟ فيه وجهان (أحدهما) يقتل بالسيف لأن الخمر محرم فهو كالسحر (والثانى) يقتل بشرب الماء لأنه أقرب الى فعله .

فأما حديث « لا قود الا بالسيف » فقال أحمد : ليس بجيد ، هكذا نقله ابن قدامة فى المغنى .

اذا ثبت هذا فانه ان ضربه بالسيف فلم يمت فانه يوالى عليه الضرب الى أن يموت لأنه أوحى الآلات ، وان فعل به مثل ما فعل به من الضرب بالمثقل والرمى من شاهق أو منعه من الطعام والشراب مثل الذى منعه فلم يمت ففيه قولان (أحدهما) يكرر عليه ذلك الى أن يموت ، كما قلنا فى السيف .

(والثانى) لا يكرر عليه ذلك بل يقتله بالسيف لأنه قد فعل به مثل ما فعل به ، ولم يبق الا ازهاق الروح فوجب بالسيف ، وان جنى عليه جناية يجب فيها القصاص بأن أرضخ رأسه أو قطع يده أو رجله من المفصل فمات فللمجنى عليه أن يرضخ رأسه ويقطع يده .

وقال أبو حنيفة : ليس له قطع الطرف ، وهو احدى الروايتين عن أحمد ، لأن ذلك يفضى الى الزيادة على ما جناه الأول ، والقصاص يعتمد المماثلة ، فمتى خيف فيه الزيادة سقط ، كما لو قطع يده من نصف الذراع والرواية الثانية عن أحمد يجب القصاص فى الطرف فان مات به والا ضربت عنقه .

قلت هذا هو مذهبنا لأنه ليس بزيادة لأن فوات النفس بسراية فعله وسراية فعله كفعله ، فأشبه ما لو قطعه ثم قتله ، ولأن زيادة الفعل فى الصورة محتمل فى الاستيفاء ، كما لو قتله بضربه فلم يمكن قتله فى الاستيفاء الا بضربتين ، فان جنى عليه جناية مثل أن هشم رأسه أو أجافه أو قطع يده من بعض الساعد أو العضد فمات ففيه قولان :

(أحدهما) لا يجوز له الاقتصاص بهذه الجنايات بل يقتله بالسيف لما روى العباس بن عبد المطلب أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ليس فى المنقلة قصاص » ولأنها جناية لا يجب بها القصاص اذا لم تسر الى النفس ، فلم يجب بها القصاص وان سرت الى النفس كاللواط (والثانى) يجوز له الاقتصاص به لقوله تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » ولقوله تعالى « والجروح قصاص » ولأنها جراحة يجوز لها قتل المشرك فجاز استيفاء القصاص بها كالقتل بالسيف ، فعلى هذا اذا فعل به مثل ما فعل به فلم يمت قتله بالسيف لأنه قد فعل به مثل ما فعل به ، ولم يبق الا ازهاق الروح فكان بالسيف .

فرع اذا أوضحته بالضرب بالسيف أو بالرمى بالحجر لم يوضحه بضرب السيف أو بالرمى بالحجر ، بل يوضحه بحديدة ماضية بعد أن يضبط الجانى ؛ لأنه يستوفى منه أكثر مما جناه .

مسألة اذا جنى عليه جناية ذهب بها ضوء العين نظرت فان كانت جناية لا يجب فيها القصاص كالهاشمة والمنقلة لم يقتص منه بالهاشمة والمنقلة لأنه لا يجب فيها القصاص ، ولكن يذهب ضوء العين بكافور يطرح فى العين أو بادناء حديدة حامية اليها ، لأن ذلك أسهل ما يمكن ، ولا يقلع الحدقة لأنه لم يقلع حدقته ، وان كانت جناية يجب فيها القصاص كالموضحة اقتص منه فى الموضحة ، فان ذهب ضوء العين فقد استوفى حقه ، وان لم يذهب الضوء عولج الضوء با يذهبه بالكافور أو بادناء الحديدة الحامية من العين على ما مضى .

وان لطمه فأذهب ضوء عينه فهل له أن يلطمه ؟ اختلف أصحابنا فيها فقال الشيخ الإمام أبو اسحاق المروزى [1] ليس له أن يلطمه ، وانما يعالج اذهاب الضوء بما ذكرناه لما روى يحيى بن جعدة أن أعرابيا قدم بجلوبة

---

(١) إذا قال النووى (الامام) وأطلق انصرف الى امام الحرمين أبى المعالى الجوينى ، واذا قال الشيخ أبو اسحاق الشيرازى (الامام او الشيخ الامام) وأطلق انصرف ذلك الى الشيخ أبى اسحاق المروزى .

(وهو ما يجلب للبيع من بعيد وضبطها بعض الفقهاء بجلوبة) له الى المدينة فساومه فيها مولى لعثمان فنازعه فلطمه ففقأ عينه ، فقال له عثمان : هل لك أن أضعف لك الدية وتعفو ؟ فأبى فرفعهما الى على فقضى بما حكاه المصنف. وقد كانت المرايا تصنع من الحديد المصقول يتراءى فيها الإنسان وجهه ؛ ولأن اللطم لا يمكن اعتبار المماثلة فيه . ولهذا لو انفرد باذهاب الضوء لم يجب فيه القصاص وقال الشيخ أبو حامد الإسفراييني يلطمه كما لطمه ؛ وهو المنصوص فى الأم ، فان ذهب ضوء عينه فقد استوفى حقه وان لم يذهب الضوء عولج بما يذهب الضوء لقوله تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » .

قال الشافعى : فان لطمه الجانى فأذهب ضوء عينه وابيضت عينه وشخصت يعنى ارتفعت ؛ فانه يلطمه مثله ، فان أذهب ضوء عينه فابيضت وشخصت فقد استوفى حقه ، وان لم تبيض ولم يشخص ــ فان أمكن معالجة العين حتى يبيض ويشخص ــ فعل ؛ وان لم يمكن فلا شىء عليه ؛ لأن الجناية انما هى ذهاب العين . فأما البياض والشخوص فانما هو شين . والشين لا يوجب شيئا ، كما لو شجه موضحة فاقتص منه مثلها ثم برىء ــ أى المجنى عليه ــ وبقى عليه شين وبرىء رأس الشاج ولا شين عليه ، فانه لا يجب له شىء فكذلك هذا مثله . وان قلع عينه بأصبعه ــ فان قلع المجنى عليه عينه بحديدة جاز ــ لأنه أوحى وان أراد أن يقلع عينه بأصبعه ففيه وجهان .

(أحدهما) له ذلك لقوله تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » .

(والثانى) ليس له ذلك لأنه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان أوضح رأسه بالسيف اقتص منه بحديدة ماضية كالموسى ونحوه ، ولا يقتص منه بالسيف لأنه لا يؤمن أن يشم العظم .

فصـــل وان جنى عليه جناية ذهب منها ضوء عينيه نظرت ـ فان كانت جناية لا يجب فيها القصاص كالهاشمة ـ عولج بما يزيل ضوء العين من كافور يطرح فى العين أو حديدة حامية يقرب منها ، لأنه تعذر استيفاء القصاص فيه بالهاشمة ولا يقلع الحدقة لأنه قصاص فى غير محل الجناية فيدل الى أسهل ما يمكن كما قلنا فى القتل باللواط ، وان كانت جناية يمكن فيها القصـــاص كالموضوحة اقتص منه فان ذهب الضوء فقد استوفى حقه ، وان لم يذهب عولج بما يزيل الضوء على ما ذكرناه فى الهاشمة ، وان لطمه فذهب الضوء فقد قال بعض أصحابنا : انه يلطم كما لطم فان ذهب الضوء فقد استوفى حقه ، وان لم يذهب عولج على ما ذكرناه ، وقال الشيخ الامام : ويحتمل عندى أنه لا يقتص منه باللطمة بل يعالج بما يذهب الضوء على ما ذكرناه فى الهاشمة . والدليـل عليه ما روى يحيى بن جعدة أن أعرابيا قدم بحلوبة له الى المدينة فساومه فيها مولى لعثمان بن عفان رضى الله عنه ، فنازعه فلطمه ففقأ عينه ، فقال له عثمان : هل لك أن أضعف لك الدية وتعفو عنه ؟ فأبى فرفعهما الى على ، فدعا على رضى الله عنه بمرآة فأحماها ثم وضع القطن على عينه الأخرى ، ثم أخذ المرآة بكلبتين فأدناها من عينه حتى سال انسان عينه » ولأن اللطم لا يمكن اعتبار المماثلة فيه، ولهذا لو انفرد من اذهاب الضـــوء لم يجب فيـــه القصـــاص ، فلا يستوفى به القصاص فى الضوء كالهاشمة .

وان قلع عين رجل بالأصبع فأراد المجنى عليه أن يقتص بالأصبع ففيـــــه وجهان : (أحدهما) أنه يجوز لأنه يأتى على ما تأتى عليه الحديدة مع المماثلة (والثانى) لا يجوز لأن الحديدة أرجى فلا يجوز بغيره) .

الشرح اذا وجب له القصاص بالسيف فان الحاكم يمكن الولى من ضرب عنق الجانى ؛ فان ضرب عنقه بالسيف فأبانه فقد استوفى حقه ؛ وان ضربه فى غير العنق ؛ فان مات فقد استوفى حقه ، وان لم يمت سئل عن ذلك ؛ فان قال تعمد ضرب ذلك الموضع عزره الحاكم لقوله تعـالى « فلا يسرف فى القتل انه كان منصوراً » معناه لا يمثل به فى القتل ؛ وقيل معناه لا يقتل غير قاتله ويؤمر أن يوكل من يقتص له ولا يلزمه ضـمان ؛ لأن له اتلاف جملته .

وان قال أخطأت ــ فان ضرب موضعاً يجوز أن يخطىء فى مثله ، مثل أن يصاب الكتف وما يلى الرأس من العنق فالقول قوله مع يمينه ؛ لأن ما يدعيه ممكن ولا تعزير عليه ، وان أصاب موضعاً لا يجوز أن يخطىء فى مثله ، مثل أن ضرب وسط رأسه وظهره او رجله لم يقبل قوله ، لأنه خلاف الظاهر ويعزر ولا يضمن أيضاً ، فان قال لا أحسن الاقتصاص أمرنا بالتوكيل • وان قال أنا أحسن وطلب أن يقتص بنفسه فقد قال الشافعى رضى الله عنه فى موضع ليس له ذلك ويؤمر بالتوكيل • وقال فى موضع يمكن نائباً من الاقتصاص ؛ فاختلف أصحابنا فيه ؛ فمنهم من قال فيه قولان : (أحدهما) لا يمكن لأنه لا يؤمن مثل ذلك منه (والثانى) يمكن لأن الظاهر أنه لا يعود الى مثله ؛ ومنهم من قال ليست على قولين ، وانما هى على اختلاف حالين ، فحيث قال : يؤمر بالتوكيل أراد اذا كان لا يحسن ولا يوجد منه قبل ذلك ، وحيث قال يمكن أراد به اذا علم منه أنه يحسن الاستيفاء •

فــرع وان وجب له القصاص فى أنملة فاقتص فى أنملتين ــ فان كان عامداً ــ وجب عليه القصاص ؛ وان كان مخطئاً وجب عليه الأرش دون القود وان استوفى أكثر من حقه باضطراب الجانى لم يلزم المقتص شىء ، لأنه حصل بفعل الجانى فهدر •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــل وان وجب له القصاص بالسيف فضربه فأصاب غير الموضع وادعى أنه أخطأ ــ فان كان يجوز فى مثله الخطأ ــ فالقول قوله مع يمينه ، لأن ما يدعيه محتمل • وان كان لا يجوز فى مثله الخطأ لم يقبل قوله ولا يسمع فيه يمينه ، لأنه لا يحتمل ما يدعيه ، وان أراد أن يعود ويقتص فقد قال فى موضع : لا يمكن ، وقال فى موضع : يمكن •

ومن أصحابنا من قال : هما قولان (أحدهما) لا يمكن لأنه لا يؤمن مثله فى الثانى (والثانى) أنه يمكن لأن الحق له ، والظاهر أنه لا يعود الى مثله • ومن أصحابنا من قال ان كان يحسن مكن لأن الظاهر أنه لا يعود الى مثله ، وان لم يحسن لم يمكن لأنه لا يؤمن أن يعود لمثله • وحمل القولين على هذين الحالين وان وجب له القصاص فى موضحة فاستوفى أكثر من حقه أو وجب له القصاص

فى أنملة فقطع أنملتين ــ كان عامداً ــ وجب عليه القود فى الزيادة ، وان كان خطأ وجب عليه الأرش ، كما لو فعل ذلك فى غير القصاص ، وان استوفى أكثر من حقه باضطراب الجانى لم يلزمه شىء ، لأنه حصل بفعله فهدر .

فصـــل **ان اقتص من الطرف بحديدة مسمومة فمات لم يجب عليه القصاص لأنه تلف من جائز وغير جائز ، ويجب نصف الدية لأنه هلك من مضمون وغير مضمون فسقط النصف ووجب النصف) .**

الشرح - اذا وجب له القصاص فى اليمين فقال المقتص للجانى : أخرج يمينك لأقطعها ، فأخرج الجانى يساره فقطعها المقتص ، نظرت فى الجانى ــ فان قال : تعمدت اخراج اليسار وعلمت أن قطعها لا يجزىء عن اليمين فلا قود على المقتص ولا دية ، سواء علم المقتص أنها اليسار أو لم يعلم ، لأنه قطعها ببذل صاحبها فهو كما لو قال : اقطع يدى فقطعها ، غير أن المقتص ان كان عالماً بأنها اليسار عزر لأنه فعل فعلا محرماً ، وان لم يعلم لم يعزر ، وسواء أذن الجانى فى قطعها أو قال له المقتص : أخرج يمينك لأقطعها فأخرج يساره وهو ساكت ومدها فقطعها المقتص لأنه بذلها باخراجها اليه لا على سبيل العوض ، والفعل فى ذلك يقوم مقام النطق ، كما لو دفع الى رجل صرة وقال ارمها فى البحر فأخذها .

ضمان عليه : وكذلك لو قال : ادفع الى صرتك لأرميها فى البحر فدفعها اليه وهو ساكت فرماها فو ضمان عليه ، وكما لو قدم اليه طعاماً وقال : كله ، وهو كما لو استدعى منه الطعام فقدمه اليه فأكله ، فان مات المقطوع يساره من قطعها ، فلا قود على المقتص .

وقال ابن الصباغ : ولا يجب عليه دية النفس ، وهل تجب الكفارة على المقطوعة يساره ؟ قال المسعودى : فيه وجهان بناء على الوجهين فيمن قتل نفسه . وطريقة أصحابنا البغداديين أن من قتل نفسه تجب عليه الكفارة وجهاً واحداً فعلى هذا يجب عليه الكفارة ها هنا .

وان قال المقتص منه : وقع فى سمعى أنه قال : أخرج يسارك فأخرجها ، أو سمعت أنه قال : أخرج يمينك ، ولكن دهشت فأخرجت اليسار وظننتها

اليمين : وأخرجت اليسار عامداً لكن ظننت أن قطعها يجزىء عن اليمين نظرت فى المقتص فان لم يعلم أنها اليسار فلا قود عليه للشبهة • وهل تجب عليه الدية ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا تجب عليه الدية لأنه قطعها ببذل صاحبها ، فهو كما لو قال : اقطع يدى فقطعها (والثانى) تجب عليه الدية ، وهو الأصح لأن الجانى بذل لتكون يساره عوضاً عن اليمين ، فاذا لم يقطع عنها وجب له قيمتها ، كما لو باع سلعة بيعاً فاسداً وسلمها الى المشترى وتلفت•

وان كان المقتص عالماً بأنها اليسار فهل يجب عليه القود فى يساره ؟ فيه وجهان قال أبو حفص بن الوكيل : يجب عليه القصاص لأنه قطع يداً غير مستحقة له مع العلم بتحريمها •

وقال أكثر أصحابنا : لا يجب عليه القصاص ــ وهو الأصح ــ لأنه قطعها ببذل صاحبها ، ويجب عليه ديته ، لأن صاحبها بذلها لتكون عوضاً على اليمين فاذا لم يقطع وجب له قيمتها ، كما لو باع سلعة فاسدة وقبضها المشترى وتلفت منه •

اذا ثبت هذا فان القصاص باق للمقتص فى يمين الجانى لأنه لم يسقط حقه عنها • قال الشافعى رحمه الله : لا يقتص منه فى اليمين حتى يندمل يساره ، وقال فيمن قطع يدى رجل أو رجليه دفعة واحدة أنه تقطع يده به أو رجليه فى وقت واحد ، فمن أصحابنا الخراسانيين من جعل المسألتين على قولين ، ومنهم من حملهما على ظاهرهما ، ولم يذكر أصحابنا البغداديون غيره ، وفرق بينهما بأنه اذا قطع يد رجل أو رجليه فقد جمع عليه بين ألمين فجاز له أن يجمع عليه بينهما • وها هنا الجانى لم يجمع عليه بين ألمين فلا يجوز له أن يجمع عليه بينهما •

فان قيل : أليس لو قطع يمين ويسار آخر يؤخذ القصاص عليه فى احداهما الى اندمال الأخرى •

قلنا : الفرق بينهما أن القطعين مستحقان قصاصا فلهذا جمعنا بينهما • وها هنا أحدهما غير مستحق عليه فلم يجمع بينهما ، وان سرى قطع اليسار

الى نفس الجانى فى الموضع الذى قال ظننتها اليمين وظننت أن قطعها يجزى عن اليمين •

قال ابن الصباغ فانه يجب على المقتص دية كاملة ، وقد تعذر عليه القصاص فى اليمين فيجب دية يده فيقاص بها مما عليه •

قال : وحكى عن الشيخ أبى حامد أنه قال : عندى أنه استوفى حقه من اليمين بتلفه كما لو كان قصاص فى اليد فقطعها ثم قتله •

ووجه الأول أن حقه فى قطع اليد ولم يحصل ، وانما قتله فقد ضمنها مع النفس بالدية •

قال ابن الصباغ : ويلزمه أن يقول فيه : اذا بذلها مع العلم بها وسرت أيضاً ، أن يكون مستوفياً لليمين ، لأن البدل فيما استحق اتلافه لا يمنع استيفاء الحق ، وانما تكون سرايتها هدراً فيما لا يستحقه •

مسألة اذا اختلفا فقال المقتص : بذلت اليسار وأنت عالم بأنها اليسار وأنه لا يجزى قطعها عن اليمين ، وقال الجانى بذلتها ولم أعلم أنها اليسار أو لم أعلم أن قطعها لا يجزىء عن اليمين فالقول قول الجانى مع يمينه لأنه أعلم بنفسه ، وان حلف كان الحكم فيه حكم ما لو صادقه المقتص على أنه بذلها ولم يعلم أنها اليمين ، وان نكل الجانى حلف المقتص وكان الحكم فيه حكم ما لو أقر الجانى أنه بذلها مع علمه أنها اليسار وأنه لا يجزى قطعها عن اليمين ، فاذا وجب له القصاص فى اليمين فاتفقا على أن يقتص منه باليسار بدلا عنها لم يقع عن اليمين ، لأن ما لا يجوز قطعه بالشرع لا يجوز بالتراضى ، كما لو قتل غير القاتل برضاه ولا قصاص على المقتص لأنه قطعها ببذل صاحبها ويجب عليه دية اليسار ، فان كانا عالمين بأن ذلك لا يجوز أثما ، وان كانا جاهلين لم يأثما ، وان كان أحدهما عالماً والآخر جاهلا أثم العالم منهما • وهل يسقط حق المقتص من القصاص فى اليمين ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يسقط لأنه لما رضى بأخذ اليسار عن اليمين صار ذلك عفواً منه عن اليمين • فعلى هذا يجب عليه دية يد وله دية يد فيتقاصان ان استويا ،

وان تفاضلا بأن كان أحدهما رجلا والآخر امرأة ، أو كان المقتص مسلماً والجانى كافراً رجع من له الفضل بما له من الفضل •

(والثانى) لا يسقط حقه من القصاص فى اليمين ، لأنه انما رضى باسقاط حقه من القصاص بأن يكون اليسار بدل اليمين ، فاذا لم يصح أن يكون بدلا عنها كان حقه باقياً فى المبدل كما لو صالح على الإنكار ، فعلى هذا ليس له أن يقتص فى اليمين إلا بعد اندمال اليسار ، قال ابن الصباغ : والأول أصح لأن غرضه قد حصل له وهو القطع •

فـــرع إذا كان المقتص منه مجنوناً والمقتص عاقلا فقال له : أخرج يمينك فأخرجها المجنون فقطعها فقد استوفى حقه ، لأن المقتص من أهل الاستيفاء ، وإن كان المقتص منه ليس من أهل البذل والاعتبار بالمقتص ، فإن قال المقتص : أخرج يمينك فأخرج المجنون يساره فقطعها المقتص ــ فإن كان المقتص عالماً أنها اليسار ــ وجب عليه القصاص فى اليمين ، وإن كان المقتص غير عالم بأنها اليسار لم يجب عليه القصاص فى اليسار للشبهة ولكن عليه دية اليسار ، لأن بذل المجنون لا يصح ، وله القصاص فى اليمين فلا يقطعها حتى تندمل يساره ، وإن كان المقتص منه عاقلا والمقتص مجنوناً ، فقال المجنون أخرج يمينك لأقطعها فأخرجها العاقل باختياره فقطعها المجنون لم يصر مستوفياً ، لأنه ليس من أهل الاستيفاء ولا ضمان عليه لأنه قطعها ببذل صاحبها ووجب للمجنون على العاقل دية يمينه لأن يمينه قد زالت •

وان أخرج اليه العاقل يساره فقطعها المجنون هدرت اليسار وكان حق المجنون باقياً فى القصاص فى اليمين •

وأما اذا أكرهه المجنون فقطع يمينه فهل يصير مستوفياً لحقه ؟ فيه وجهان مضى ذكرهما فى الصبى الصحيح ، لأنه لا يصير مستوفياً ، فان قلنا انه يصير مستوفياً فلا كلام • وان قلنا لا يصير مستوفياً كان للمجنون دية يده على الجانى ووجب للجانى دية يده •

فان قلنا ان عمد المجنون عمد وجبت الدية فى ماله ، وان قلنا ان عمده خطأ وجبت على عاقلتــه • وان كان المقتص والمقتص منــه مجنونين وكان القصاص فى اليمين فقطع المقتص يمين المقتص منه فهل يصير مستوفياً لحقه ؟ على الوجهين ، سواء قطعها ببذل المقتص منه أو أكرهه ، لأن بذله لا يصح ، فان قلنا : يصير مستوفياً فلا كلام • وان قلنا لا يصير مستوفياً وجب للمقتص دية يده فى مال الجانى ، ويجب للجانى دية يده •

فان قلنا : ان عمد المجنون عمد وجبت فى ماله ، وان قلنا ان عمده خطأ وجبت على عاقلته • وان قطع المقتص يســار الجانى وجب ضمانها بالدية ، سواء قطعها ببذل صاحبها أو بغير بذله لأنه لا يصح بذلك ؛ وفى محل وجوبها القولان فى جنايته هل هى عمد أو خطأ ؟ ويبقى للمقتص القصاص فى اليمين ولا يقتص من الجانى حتى تندمل يساره •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل **واذا وجب له القصاص فى يمينه فقال : أخرج يمينك فأخرج اليسار من كم اليمين فقطعها ، فان قال : تعمدت اخراج اليسار وعلمت انه لا يجوز قطعها عن اليمين لم يجب على القــاطع ضــمان ، لأنه قطعهــا ببــذله ورضاه • وان قال ظننتها اليمين أو ظننت انه يجوز قطعها عن اليمين نظرت فى المستوفى ، فان جهل أنها اليسار لم يجب عليه القصاص لأنه موضع شبهة ، وهل يجب عليه الدية ؟ فيه وجهان :**

(أحدهما) لا تجب عليه لانة قطعها ببذل صاحبها •

(والثانى) يجب وهو المذهب ، لأنه بذل على أن يكون قوضــاً عن اليمين ، فاذا لم يصح العوض وتلف المعوض وجب له بدله ، كما لو اشــترى ســلعة بعوض فاسد وتلفت عنده ، فان علم أنه اليسار وجب عليه ضــمانه ، وفيما يضمن وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى حفص بن الوكيل أنه يضمن بالقود لانه تعمــــد قطع يد محرمة •

(والثانى) وهو المذهب انه لا يجب القود ، لانه قطعها ببذل الجانى ورضاه

وتلزمه الدية لأنه قطع يداً لا يستحقها مع العلم به ، فان وجب له القود فى اليمين فصالحه على اليسار لم يصح الصلح ، لأن الدماء لا تستباح بالعوض ، وهل يسقط القصاص فى اليمين ؟ فيه وجهان :

(احدهما) يسقط لأن عدوله الى اليسار رضا بترك القصاص فى اليمين .

(والثانى) أنه لا يسقط لأنه أخذ اليسار على أن يكون بدلا عن اليمين ولم يسلم البدل فبقى حقه فى المبدل . فاذا قلنا لا يسقط القصاص فله على المقتص دية اليسار وللمقتص عليه القصاص فى اليمين ، وان قلنا : انه يسقط القصاص فله دية اليمين وعليه دية اليسار .

وان كان القصاص على مجنون فقال له المجنى عليه : أخرج يمينك فأخرج يساره فقطعها وجب عليه القصاص ان كان عالماً أو الدية ان كان جاهلا ، لأن بذل المجنون لا يصح فصار كما لو بدأ بقطعه) .

الشرح اذا قطع رجل يد رجل فاقتص المجنى عليه من الجانى فاندملت يد المجنى عليه ومات الجانى هدر دمه . وبه قال الحسن وابن سيرين ومالك وأحمد واسحاق وابن المنذر وأبو يوسف ومحمد . وقال عطاء وطاوس والزهرى وأبو حنيفة : يكون على المجنى عليه دية كاملة .

دليلنا ما روى عن عمر وعلى رضى الله عنهما أنهما قالا : « من مات من حد أو قصاص فلا دية له » [1] ولا مخالف لهما فى الصحابة رضى الله عنهم . ويثبت أنه إجماع ، ولأنه جرح مباح غير مجتهد فيه فلم تكن سرايته مضمونة كالقطع فى السرقة ، فقولنا مباح احتراز من القطع بغير حق .

وقولنا « غير مجتهد فيه » احتراز من المولى عليه اذا كانت به أكلة أو سلعة فاجتهد الإمام فى قطعها فمات منه .

وان قلنا يد رجل فقطع المجنى عليه يد الجانى ثم سرى القطع الى نفس المجنى عليه كانت السراية الى نفس الجانى قصاصاً ، لأن السراية فى النفس لما كانت كالجناية فى إيجاب القصاص كانت كالجناية فى استيفاء القصاص ،

---

(١) رواه سعيد بن منصور

فان كانت بحالها إلا أن الجانى مات من القطع أولا ثم مات المجنى عليه بعده من القطع ففيه وجهان (أحدهما) أن السراية الى نفس الجانى تكون قصاصاً لأن نفسه خرجت مخرج القصاص فكانت قصاصاً ، كما لو مات المجنى عليه ثم مات الجانى (والثانى) أن السراية الى نفس الجانى لا تكون قصاصاً ، وهو الأصح لأن السراية سبقت وجوب القصاص فلم يقع قصاصا وانما تكون السراية هدراً ، فعلى هذا يجب للمجنى عليه فى مال الجانى نصف الدية ، لأنه قد أخذ يداً بنصف الدية ، وان كانت الدية موضحة أخذ منه تسعة أعشار الدية ونصف عشرها لأنه أخذ منه ما يساوى نصف عشر الدية •

مسألة قوله من وجب عليه قتل بكفر أو ردة إلخ ، فجملة ذلك أنه اذا وجب عليه قتل بقصاص أو كفر أو زنا أو التجأ الى الحرم قتل ولم يمنع الحرم منه • وقال أبو حنيفة : لا يستوفى منه القصاص ولا الرجم فى الحرم ، ولكن لا يباع ولا يشترى ولا يكلم حتى يخرج من الحرم ويستوفى منه القصاص والحد دليلنا قوله تعالى « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس » ولم يفرق ، وقوله تعالى « فاقتلوهم حيث ثقفتموهم » وهذا عام لأنه قتل لا يوجب الحرم ضمانه فلم يمنع منه كقتل الحية والعقرب فيه احتراز من قتل الصيد •

فرع اذا قتل رجل رجلا عمداً فمات القاتل قبل أن يقتص منه ولى المقتول أو قتله رجل غير ولى المقتول وجبت دية المقتول فى مال القاتل ، وبه قال أحمد . وقال أبو حنيفة يسقط حقه ، دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية » •

وقوله « بين خيرتين » أى شيئين اذا تعذر أحدهما تعين له الآخر ، كما قلنا فى كفارة اليمين ، وان وجب له القصاص فى طرف فزال الطرف قبل استيفاء القصاص كان له أرش الطرف فى مال الجانى لما ذكرناه فى النفس والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب العفو عند القصاص

ومن وجب عليه القصاص وهو جائز التصرف فله أن يقتص وله أن يعفو على المال ، لما روى أبو شريح الكعبي ((أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ثم أنتم يا خزاعة قد قتلتي هذا القتيل من هذيل ، وأنا والله عاقلة ، فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين ، أن أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية)) فان عفا مطلقا بنينا على ما يجب بقتل العمد وفيه قولان :

(أحدهما) أن موجب قتل العمد القصاص وحده ولا تجب الدية الا بالاختيار . والدليل عليه قوله عز وجل ((كتب عليكم القصاص في القتلى ، الحر بالحر والعبد بالعبد)) ولأن ما ضمن بالبدل في حق الآدمي ضمن ببدل معين كالمال .

(والقول الثاني) أن موجبه احد الأمرين من القصاص أو الدية ، والدليل عليم أن له أن يختار ما شاء منهما ، فكان الواجب أحدهما كالهدى والطعام في جزاء الصيد ، فاذا قلنا : ان الواجب هو القصاص وحده فعفا عن القصاص مطلقا سقط القصاص ولم تجب الدية ، لأنه لا يجب له غير القصاص وقدأسقطه بالعفو ، وان قلنا : انه يجب أحد الأمرين فعفا عن القصاص وجبت الدية ، لأن الواجب أحدهما ، فاذا ترك أحدهما وجب الآخر ، وان اختار الدية سقط القصاص وثبت المال ولم يكن لم ان يرجع الى القصاص ، وان قال : اخترت القصاص فهل له أن يرجع الى الدية ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) له أن يرجع لأن القصاص أعلى ، فجاز أن ينتقل عنه الى الأدنى . (والثاني) ليس له أن يرجع الى الدية لأنه تركها فلم يرجع اليها كالقصاص ، فان جنى عبد على رجل جناية توجب القصاص فاشتراه بارش الجناية سقط القصاص لأن عدوله الى الشراء اختيار المال . وهل يصح الشراء ؟ ينظر فيه ، فان كانا لا يعرفان عدد الابل وأسنانها لم يصح الشراء لأنه بيع مجهول ، فان كانا يعرفان العدد والأسنان ففيه قولان :

(أحدهما) لا يصح الشراء ، لأن الجهل بالصفة كالجهل بالعدد والسن ، كما قلنا في السلم .

(والثاني) أنه يصح لأنه مال مستقر في الذمة تصح المطالبة به ، فجاز البيع به كالعوض في القرض .

فصـــل فان كان القصاص لصغير لم يجز للولى أن يعفو على غير مال لأنه تصرف لا حظ للصغير فيه ، فلا يملكه الولى كهبة ماله ، وان أراد أن يعفو على مال ـ فان كان له مال او له من ينفق عليه ـ لم يجز العفو لأنه يفوت عليه القصاص من غير حاجة ، وان لم يكن له مال ولا من ينفق عليه ففيـــه وجهان (أحدهما) يجوز العفو على مال لحاجته الى المال ليحفظ حياته (والثانى) لا يجوز وهو المنصوص لانه يستحق النفقة فى بيت المال ، ولا حاجـة به الى العفو عن القصاص ، وان كان المقتول لا وارث له غير المسلمين كان الامر الى السلطان ، فان رأى القصاص اقتص ، وان رأى العفو على مال عفا ، لان الحق للمسلمين فوجب على الامام ان يفعل ما يراه من المصلحة ، فان أن أن يعفو على غير مال لم يجز لأنه تصرف لا حظ فيه للمسلمين فلم يملكه) .

الشرح حديث أبى شريح الكعبى مضى تخريجه مع ترجمة راويه آنفاً .

أما الأحكام فانه اذا قتل غيره عمداً وهما متكافئان فما الذى يجب على القاتل ؟ فيه قولان (أحدهما) أن الواجب عليه هو القود وحده ، وإنما الدية تجب بالعفو بدلاً عنه ، وهو قول أبى حنيفة ، وهو اختيار القاضى أبى الطيب لقوله تعالى « كتب عليكم القصاص فى القتلى » الى قوله « فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء اليه باحسان » فموضع الدليل أنه قال « كتب عليكم القصاص » ولم يذكر الدية فعلم أنهـا لم تجب بالقتل ، وأيضاً فانه قال « فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف » فأمره باتباع الدية اذا عفا عن القود فعلم أن الدية تجب بالقود لا بالقتل . ولأن ما ضمن بالبدل فى حق الآدمى ضمن ببدل معين كالمال وقولنا ضمن ببدل احتراز من العين المغصـوبة اذا كانت باقية ، وقولنـا فى حق الآدمى احتراز من جزاء الصـيد .

والقول الثانى : أن الواجب عليه أحـد شيئين : القود أو الدية ، فان استقاد الولى علمنا أن الواجب كان هو القود ، وان عفا عن القود على الدية علمنا أن الواجب كان هو الدية ، وهو اختيار الشيخ أبى حامد لقوله صلى الله عليه وسلم « فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين ، ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية » فخيرهم بين القـود والدية ، فعلم أنهما سـواء فى الوجوب .

اذا تقرر هذا فقال الولى عفوت عن القود الى الدية سقط القود ووجبت الدية على القولين •

وان قال : عفوت عن القود والدية سقطا جميعاً على القولين ، وان قال عفوت عن القود وأطلق ، فان قلنا : ان الواجب بقتل العمد أحد شيئين وجبت الدية لأنها واجبة لم يعف عنها • وان قلنا الواجب القود وحده ، ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال فيه قولان • فمنهم من يحكيهما وجهين (أحدهما) لا تجب الدية لأنها لا تجب على هذا إلا باختياره لها ولم يخترها فلم تجب (والثانى) تجب الدية لئلا تهدر الدماء ، والأول أصح ، ومنهم من قال : لا تجب الدية قولا واحداً ، وهو قول أبى اسحاق المروزى والمصنف لما ذكرناه للأول ، فان قال : عفوت عن القود الى الدية ، أو قال : عفوت عن القود ولم يقل الى الدية • وقلنا : تجب الدية ثم أراد أن يطالبه بالقود لم يكن له ، لأنه قد سقط ، وان قال عفوت عن الدية فان قلنا الواجب هو القصاص وحده لم يصح عفوه ، وكان له أن يقتص ، فان عفا عن القود بعد ذلك أو على الدية أو عفا مطلقاً وقلنا تجب الدية بالإطلاق استحق الدية • لأن عفوه الأول عنها كان قبل وجوبها •

فان قلنا : ان الواجب أحد الشيئين ــ سقطت الدية وتعين حقه فى القصاص ــ فان اقتص منه فلا كلام ، وان مات القاتل قبل أن يقتص منه • قال الشافعى رضى الله عنه : له أن يأخذ الدية لأنه لما سقط القود بغير اختياره كان له الرجوع الى بدله ، وان كان القاتل حيا وأراد الولى أن يعفو عن القود الى الدية • قال الشافعى : ليس له ذلك ، لأنه كان له أن يختار الدية فلما لم يخترها وتركها لم يكن له العود اليها •

وقال أبو اسحاق : له أن يعفو عن القود ويختار الدية لأنه انتقال من البدل الأغلظ الى الأخف • وان قال : اخترت القصاص فهل له أن يرجع ويعفو عنه الى الدية ؟ فيه وجهان (أحدهما) له أن يرجع الى الدية لأنه تركها باختياره فله أن يرجع اليها (والثانى) ليس له أن يرجع اليها لأنه تركها فلم يرجع اليها كالقصاص •

اذا ثبت هذا فللولى أن يعفو عن القود الى الدية ، سواء رضى القاتل به أو لم يرض ، وبه قال ابن المسيب وعطاء والحسن وأحمد واسحاق • وقال مالك وأبو حنيفة : لا يستحق الولى الدية إلا برضا القاتل • دليلنا قوله تعالى « كتب عليكم القصاص فى القتلى » الى قوله « فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء اليه باحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة » •

قيل فى التفسير : معناه فمن عفى له ، ويريد به القاتل من أخيه المقتول شىء ، أى على شىء فاتباع بالمعروف ، يريد به على مال فاتباع ، لأنه كان فى شريعة موسى الذى يجب بالقتل هو القصاص فقط ، وفى شريعة عيسى الدية فقط ، فجعل الله تعالى لهذه الأمة القود فى القتل ، وجعل لهم العفو عنه على مال تخفيفا منه ورحمة ومن الدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم « فمن قتل بعد قتيلا فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية » ولم ولم يعتبر رضى القاتل • وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال « الولى مخير فى ذلك بين القتل والدية » ولا مخالف له فى الصحابة فدل على أنه إجماع •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان كان القصاص لجماعة فعفا بعضهم سقط حق الباقين من القصاص لما روى زيد بن وهب أن عمر رضى الله عنه أتى برجل قتل رجلا ، فجاء ورثة المقتول ليقتلوه ، فقالت أخت المقتول وهى امرأة القاتل قد عفوت عن حقى ، فقال عمر رضى الله عنه عتق من القتل » •

وروى قتادة رضى الله عنه « أن عمر رضى الله عنه رفع اليه رجل قتل رجلا فجاء أولاد المقتول وقد عفا أحدهم ، فقال عمر لابن مسعود رضى الله عنهما وهو الى جنبه ما تقول ؟ فقال : انه قد أحرز من القتل ، فضرب على كتفه وقال كنيف ملىء علما » ولأن القصاص مشترك بينهم وهو مما لا يتبعض ، ومبناه على الاسقاط فاذا أسقط بعضهم حقه سرى الى الباقى كالعتق فى نصيب أحد الشريكين وينتقل حق الباقين الى الدية لما روى زيد بن وهب قال : « دخل رجل على امرأته فوجد عندها رجلا فقتلها ، فاستعدى أخواتها عمر ، فقال بعض أخواتها قد تصدقت بحقى فقضى لسائرهم بالدية » ولأنه سقط حق من لم يعف عن القصاص بغير رضاه فثبت له البدل مع وجود المال كما يسقط حق من لم يعتق من الشريكين الى القيمة •

فصـــل وان وكل من له القصاص من يستوفى لم ثم عفا وقتل الوكيل ولم يعلم بالعفو ، ففيه قولان :

(احدهما) لا يصح العفو ، لأنه عفا فى حال لا يقدر الوكيل على تلافى ما وكل فيه ، فلم يصح العفو ، كما لو عفا بعد ما رمى الحربة الى الجانى .

(والثانى) يصح لأنه حق له فلا يفتقر عفوه عنه الى علم غيره كالابراء من الدين ، ولا يجب القصاص على الوكيل ، لأنه قتله وهو جاهل بتحريم القتل ، واما الدية فعلى القولين ، ان قلنا ان العفو لا يصح لم تجب الدية ، كما لا تجب اذا عفا عنه بعد القتل ، وان قلنا يصح العفو وجبت الدية على الوكيل ، لأنه قتل محقون الدم ولا يرجع بما غرمه من الدية على الموكل ، وخرج أبو العباس قولا آخر أنه يرجع عليه لأنه غره حين لم يعلمه بالعفو ، كما قلنا فيمن وطىء امة غر بحريتها فى النكاح ، وقلنا : ان النكاح باطل انه يلزمه المهر ثم يرجع به على من غره فى أحد القولين ، وهذا خطأ لأن الذى غره فى النكاح مسىء مفرط فرجع عليه والموكل ههنا محسن فى العفو غير مفرط .

فصـــل فان جنى على رجل جناية فعفا المجنى عليه عن القصاص فيها ثم سرت الجناية الى النفس ، فان كانت الجناية مما يجب فيها القصاص كقطع الكف والقدم لم يجب القصاص فى النفس ، لأن القصاص لا يتبعض ، فاذا سقط فى البعض سقط فى الجميع ، وان كانت الجناية مما لا قصاص فيها كالجائفة ونحوها وجب القصاص فى النفس لأنه عن القصاص فيما لا قصاص فيه فلم يعمل فيه العفو) .

الشرح خبر زيد بن وهب أخرجه أبو داود فى سننه ، وخبر عبد الله بن مسعود وقول عمر له « كنيف ملىء علماً » ساقه الذهبى فى سير أعلام النبلاء عن الأعمش عن زيد بن وهب وساق له شاهداً آخر عن معن بن عيسى ، حدثنا معاوية بن صالح عن أسد بن وداعة أن عمر ذكر ابن مسعود فقال : كنيف ملىء علما آثرت به أهل القادسية .

وقوله « كنيف » تصغير كنف ، والكنف وعاء من أدم يكون فيه أداة الراعى وتصغيره للتعظيم كما لو قالوا دويهية ، والأحسن فى هذا أنه يعنى الصغر والحقارة لأن ابن مسعود رضى الله عنه كان دميم الخلقة قصيراً . قيل يكاد الجلوس يوارونه من قصره . هكذا أفاده ابن بطال .

أما الأحكام فاذا كان القصاص لجماعة فعفا بعضهم عن القود سقط القود عن القاتل لقوله صلى الله عليه وسلم : « فأهله بين خيرتين ، ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية » وهؤلاء لم يحبوا لأن فيهم من لم يحب . وروى أن رجلا قتل رجلا وأراد ورثة المقتول أن يقتصوا فقالت زوجة القاتل وكانت أخت المقتول قد عفوت عن نصيبى من القود ، فقال عمر رضى الله عنه : نجا من القتل ، وكذلك روى عن ابن مسعود ولا مخالف لهما فى الصحابة فدل على أنه إجماع ، ولأن القصاص يقع مشتركا لا يتبعض ، فاذا سقط بعضه سقط الجميع ، وينتقل حق الباقين الى الدية ، لما ان رجلا دخل على امرأته فوجد معها رجلا فقتلها ، فقال بعض إخوتها قد تصدقت ، فقضى عمر لسائرهم ، ولأن حقهم سقط من القصاص بغير اختيارهم فانتقل حقهم الى البدل مع وجوده كما ينتقل حق الشريك فى العبد اذا أعتقه شريكه الى القيمة .

فرع اذا وجب له القصاص على رجل فرمى اليه بسهم أو بحربة ثم عفا عنه بعد الرمى وقبل الإصابة لم يصح العفو لأنه لا معنى لهذا العفو كما لو جرحه ثم عفا عنه ، وان وجب له القصاص فقد ذكرنا أنه يجوز له أن يوكل من يستوفى له القصاص بحضرة الموكل . وهل يصح أن يوكل من يستوفى له القصاص ؟ فيه ثلاث طرق سبق لنا بيانها فى الوكالة ، وقلنا : الصحيح أنه يصح .

قال ابن الصباغ : الا أنا اذا قلنا لا تصح الوكالة فاستوفى الوكيل القصاص فقد حصل به الاستيفاء ؛ لأنه استوفاه بإذنه كما نقول فيه اذا باع الوكيل فى الوكالة الفاسدة ، وإنما يفيد فسادها هاهنا أن الحاكم لا يمكن الوكيل من الاستيفاء فلو وكل فى الاستيفاء ثم عفا الموكل عن القصاص ، فان عفا بعد أن قتله الوكيل لم يصح عفوه ، فان عفا قبل أن يقتله الوكيل ثم قتله الوكيل بعد علمه بالعفو فعلى الوكيل القود . وان لم يعلم هل كان العفو قبل القتل أو بعده ؟ فلا شيء على الوكيل ، لأن الأصل أن لا عفو ، وان عفا الموكل عن القصاص ثم قتله الوكيل ولم يعلم بالعفو فهل يصح العفو ؟ فيه قولان :

(أحدهما) لا يصح العفو لأنه عفا فى وقت لا يمكن تلافيه فلم يصح ، كما لو عفا بعد رمى الحربة الى الجانى •

(والثانى) يصح لانه عفا عن قود غير متحتم قبل أن يشرع فيه الوكيل• فصح كما لو علم الوكيل بالعفو قبل القتل •

واختلف أصحابنا فى مأخذ القولين ، فمنهم من قال : أصلهما القولان فى الوكيل هل ينعزل قبل ان يعلم بالعزل ، ولم يذكر ابن الصباغ غيره ، ومن أصحابنا الخراسانيين من قال : أصلهما اذا رأى رجلا فى دار الحرب فظنه حربيا فرماه بسهم ثم بان أنه كان مسلماً ومات هل تجب الدية ؟ فيه قولان •

وقال الشيخ أبو حامد : القولان ها هنا أصل بأنفسهما ومنهما أخذ الوجهان فى الوكيل ، هل ينعزل قبل أن يعلم بالعزل ، فاذا قلنا : ان عفوه لا يصح فلا شىء على الموكل والوكيل ، واذا قلنا ان عفوه يصح فلا شىء على الموكل وأما الوكيل فلا قصاص عليه لأن له شبهة فى قتله ويجب عليه الدية • وان قلنا : لا تجب عليه الدية فهل تجب عليه الكفارة ؟ فيه وجهان حكاهما الطبرى فى العدة ــ ان قلنا ان مأخذ القولين فى الدية من الرمى الى من ظنه حربيا ــ فتجب الكفارة لأن الدية ها هنا لم تجب •

فان قلنا مأخذهما من عزل الوكيل فلا تجب عليه الكفارة وتكون الدية مغلظة لأنها إما دية عمد محض أو دية عمد خطأ • وهل تجب فى مال الوكيل أو على عاقلته ؟ فيه وجهان •

(أحدهما) وهو قول أبى اسحاق المروزى واختيار الشيخ أبى حامد أنها تجب فى ماله لأنه قصد قتله ، وإنما سقط القصاص لمعنى آخر ، وقال أبو على بن أبى هريرة هو دية عمد خطأ فتجب دية مؤجلة على العاقلة ، لأنه قتله وهو معذور ، فان قلنا انها على العاقلة لم يرجع بها الوكيل على الموكل لذلك •

وقال أبو العباس بن سريج : فيه قول آخر • إنه يرجع عليه كما قلنا فيمن

قدم طعاماً مغصوباً الى رجل فأكله ولم يعلم أنه مغصوب فانه يرجع على المقدم اليه فى أحد القولين ، وكما قلنا فيمن غر بحرية امرأة ، والمذهب الأول، لأن العفو مندوب اليه والغرور محرم .

اذا تقرر هذا فان كان الموكل قد عفا عن القود والدية أو عفا مطلقا وقلنا لا تجب له الدية فلا كلام ، وان عفا عن القود الى الدية أو عفا مطلقا ــ وقلنا يجب له الدية وجبت له الدية فى مال الجانى ، وتكون لورثة الجانى مطالبة الوكيل بدية الجانى ، وليس كالأخوين اذا قتل احدهما قاتل أبيه بغير اذن أخيه حيث قلنا فى محل نصيب الأخ الذى لم يقتل من الدية قولان (أحدهما) فى تركة قاتل أبيه (والثانى) فى ذمة أخيه ، والفرق بينهما أن الأخ أتلف حق أخيه فوجب عليه بدله . وها هنا أتلفه الوكيل بعد سقوط حق الموكل عليه بالعفو ، هذا ترتيب البغداديين . وقال الخراسانيون : ان قلنا : لا دية على الوكيل فلا دية للموكل على الجانى ، وكان الوكيل استوفى القصاص . وان قلنا عليه الدية فله الدية فى مال المجنى عليه .

مسألة اذا جنا عليه جناية يجب فيها القصاص بأن قلع عينه أو قطع يده أو رجله فعفا المجنى عليه عن القصاص ثم سرت الجناية الى نفس المجنى عليه لم يجب القصاص . وحكى عن مالك أنه قال : يجب القصاص ؛ لأن الجناية صارت نفسا . ولنا أنه يتعذر استيفاء القصاص فى النفس دون ما عفى عنه فسقط القصاص فى النفس كما لو عفا بعض الأولياء ، ولأن الجناية اذا لم يجب فيها القصاص لم يجب فى سرايتها كما لو قطع يد مرتد ثم مات .

اذا ثبت هذا فان كان المجنى عليه قد عفا على مال وجبت فيه دية كاملة ، فان كان قد أخذ دية العضو المقلوع استوفى الولى باقى دية النفس ، وان لم يأخذ شيئا من الدية أخذ الولى بجميع الدية ، وان كان المجنى عليه عفا عن العين واليد والرجل على غير مال وجب لوليه نصف الدية . وقال أبو حنيفة : تجب الدية كاملة . وقال أبو يوسف ومحمد : لا شىء على الجانى . دليلنا أنه بالجناية وجب عليه نصف الدية فاذا عفا عن الدية سقط

ما وجب دون ما لم يجب ، فاذا صارت نفسا وجب بالسرايه نصف الدية فلم يسقط أرشها بسرايتها ، وإنما دخل فى أرش النفس ، وان كان قد جنا عليه جناية لا قصاص فيها كالجائفة وكسر الظهر فعفا المجنى عليه عن القصاص فيها ثم سرت الجناية الى نفس المجنى عليه فمات كان لوليه أن يقتص فى النفس لأنه عفا عن القصاص فيما لا قصاص فيه ، فلم يؤثر العفو فيه .

فرع وان قطع يد رجل فعفا المجنى عليه عن القصاص على مال أو على غير مال ثم عاد الجانى فقتله قبل الاندمال ففيه ثلاثة أوجه ، (أحدها) وهو قول أبى سعيد الإصطخرى ان للولى القصاص فى النفس ، لأن الجناية متفردة عن الأولى فلم يدخل حكمها فى حكمها ، كما لو قتله آخر ، فان عفا عنه على مال كان له كمال الدية ، لأن الجناية على الطرف اذا وردت عليها الجناية على النفس صارت فى حكم المندملة فلم يدخل أرش أحدهما فى أرش الآخر (والوجه الثانى) أنه لا يجب القصاص لأن الجناية والقتل كالجناية الواحدة ، فاذا سقط القصاص فى بعضها سقط فى جميعها ، كما لو سرت قطع اليد الى النفس ، فان عفا عنه على مال كان له نصف الدية ، لأنه قد وجب له جميع الدية وقد أخذ نصفها أو سقط حقه عنه فبقى حقه فى نصف الدية (والثالث) وهو المنصوص أن للولى أن يقتص فى النفس لأنهما جنايتان عفا عن إحداهما ولم يعف عن الأخرى فصار كما لو قتله آخر ، وان عفا عنه الولى كان له نصف الدية ، لأن أرش الطرف يدخل فى أرش النفس فاذا أخذه أو سقط حقه عنه بالعفو بقى الباقى له من الدية .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان قطع أصبع رجل عمداً فعفا المجنى عليه من القصاص والدية ثم اندملت سقط القصاص والدية .

وقال المزنى رحمه الله : يسقط القصاص ولا تسقط الدية ، لأنه عفا عن القصاص بعد وجوبه فسقط ، وعفا عن الدية قبل وجوبها ، لأن الدية لا تجب الا بالاندمال والعفو وجد قبله فلم تسقط ، وهذا خطأ لأن الدية تجب بالجناية والدليل عليه أنه لو جنى على طرف عبده ثم باعه ثم اندمل كان أرش الطرف

له دون المشترى ، فدل على انه وجب بالجناية ، وانما تاخرت المطالبة الى ما بعد الاندمال كما لو عفا عن دين مؤجل .

فان سرت الجناية الى الكف واندملت سقط القصاص فى الأصبع بالعفو ، ولم يجب فى الكف ، لأنه تلف بالسراية . والقصاص فيما دون النفس لا يجب بالسراية وسقطت دية الأصبع لأنه عفا عنها بعد الوجوب ، ولا يسقط أرش ما تسرى اليه لأنه عفا عنه قبل الوجوب .

وان سرت الجناية الى النفس نظرت فان قال : عفوت عن هذه الجناية قودها وديتها وما يحدث منها ، سقط القود فى الأصبع والنفس لأنه سقط فى الاصبع بالعفو بعد الوجوب ، وسقط فى النفس لانها لا تتبعض .

وأما الدية فانه ان كان العفو بلفظ الوصية فهو وصية للقاتل ، وفيها قولان فان قلنا : لا تصح وجبت دية النفس ، وان قلنا : تصح وخرجت من الثلث سقطت وان خرج بعضها سقط ما خرج منها من الثلث ووجب الباقى . وان كان بغير لفظ الوصية فهل هو وصية فى الحكم أم لا فيه قولان .

(احدهما) أنه وصية لأنه يعتبر من الثلث .

(والثانى) أنه ليس بوصية لأن الوصية ما تكون بعد الموت ، وهذا اسقاط فى حال الحياة ، فاذا قلنا : انه وصية فعلى ما ذكرناه من القولين فى الوصية للقاتل وان قلنا : انه ليس بوصية صح العفو عن دية الأصبع لأنه عفا عنها بعد الوجوب ولا يصح عما زاد لأنه عفا قبل الوجوب فيجب عليه دية النفس الا أرش أصبع . وأما اذا قال عفوت عن هذه الجناية قودها وعقلها ولم يقل ما يحدث منها ، سقط القود فى الجميع لما ذكرناه ولا تسقط دية النفس لأنه ابراء منها قبل الوجوب وأما دية الاصبع فانه ان كان عفا عنها بلفظ الوصية أو بلفظ العفو وقلنا : أنه وصية فهو وصية للقاتل ـ وفيها قولان ـ وان كان بلفظ العفو وقلنا : انه ليس بوصية فان خرج من الثلث سقط ، وان خرج بعضه سقط منه ما خرج ووجب الباقى لأنه ابراء عما وجب .

فصل فان جنى جناية يجب فيها القصاص كقطع اليد فعفا عن القصاص أخذ نصف الدية ثم عاد فقتله ، فقد اختلف أصحابنا فيه ، فذهب أبو سعيد الاصطخرى رحمة الله عليه الى أنه يلزمه القصاص فى النفس أو الدية الكاملة ان عفى عن القصاص ، لأن القتل منفرد عن الجناية ، فلم يدخل حكمه فى حكمها فوجب لأجله القصاص أو الدية .

ومن أصحابنا من قال لا يجب القصاص ويجب نصف الدية لأن الجناية

والقتل كالجناية الواحدة ، فاذا سقط القصاص فى بعضها سقط فى جميعها ويجب نصف الدية لانه وجب كمال الدية وقد أخذ نصفها وبقى له النصف .

ومنهم من قال يجب له القصاص فى النفس وهو الصحيح ، لأن القتل انفرد عن الجناية ، فعفوه عن الجناية لا يوجب سقوط ما لزمه بالقتل ويجب له نصف الدية لأن القتل اذا تعقب الجناية قبل الاندمال صار بمنزلة ما لو سرت الى النفس وو سرت وجب فيها الدية ، وقد اخذ النصف وبقى النصف) .

الشرح اذا قطع رجل أصبع رجل ، فقال المجنى عليه : عفوت عن هذه الجناية قودها وديتها نظرت ــ فان اندمل الجرح ولم يسر الى عضو ولا نفس ــ سقط القود والدية ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد ، وقال أبو يوسف ومحمد : ان العفو عن الجناية عفو عما يحدث منها . وممن قال بصحة عفو المجروح عن دمه مالك وطاوس والحسن وقتادة والأوزاعى .

وقال المزنى لا يصح العفو عن الأرش لأنه أسقطه قبل وجوبه ، بدليل أنه لا يملك المطالبة به قبل الاندمال . وهذا خطأ لأنه وجب بالجراحة فصح اسقاطه وأما المطالبة به فانه يملك المطالبة به فى أحد القولين ، ولا يملكه فى الآخر فيكون كالدين المؤجل يصح اسقاطه قبل محل دفعه . وان سرت الجناية الى كفه واندمل سقط القود والدية فى الأصبع لما ذكرناه . وأما الكف فلا قود فيه لأن القود فى العضو لا يجب بالسراية ولا تصح البراءة من دية ما زاد على الأصبع . ومن أصحابنا الخراسانيين من قال يصح لأنه سراية جرح غير مضمون ، والأول أصح لأنه ابراء عما لم يجب .

وان سرت الجناية الى النفس نظرت ــ فان قال عفوت عن هذه الجناية قودها وديتها ولم يقل وما يحدث منها ــ فان القصاص لا يجب فى الأصبع لأنه عفا عنه بعد الوجوب ، ولا يجب القصاص فى النفس لأن القصاص اذا سقط فى الأصبع سقط فى النفس لأنه يتبعض .

وحكى الخراسانيون عن ابن سريج قولا آخر مخرجا أنه يجب لأنه عفا عن القود فى الطرف لا فى النفس . وهذا ليس بمشهور . وأما الأرش فقد عفا عن أرش الأصبع بعد وجوبه ، فينظر فيه ــ فان كان ذلك بلفظ الوصية

بأن قال عفوت عن الجانى عن قود هذه الجناية وأوصيت له بأرشها فقد وجد منه ذلك فى مرض موته •

فان قلنا : لا تصح الوصية للقاتل لم تصح هذه الوصية ، وان قلنا تصح الوصية للقاتل اعتبر أرش الأصبع من ثلث تركته • فان خرج من الثلث صحت الوصية فيه للقاتل ، وان لم يخرج من الثلث لم تصح ، وان كان بلفظ العفو والإبراء بأن قال عفوت عن قود هذه الجناية وديتها ، أو قال أبرأته من أرشها ، ففيه قولان (أحدهما) حكمه حكم الوصية لأنه يعتبر من الثلث ، فعلى هذا يكون على قولين كالوصية للقاتل بلفظ الوصية (والثانى) ليس بوصية ، لأن الوصية ما تكون بعد الموت ، وهذا اسقاط فى حالة الحياة • فعلى هذا يصح الإبراء عن أرش الأصبع ، ويجب عليه تسعة أعشار دية النفس لأنه لم يبرأ منها •

وأما اذا قال : عفوت عن هذه الجناية قودها وديتها وما يحدث منها ، فان القود سقط فى الأصبع والنفس ، لأن العفو يصح عن القصاص الذى لم يجب بدليل أنه لو قال لرجل : اقتلنى ولا شىء عليك فقتله لم يجب عليه قصاص لما تقدم ذكره • وأما الأرش ــ فان كان ذلك بلفظ الوصية بأن قال أوصيت له بأرش الجناية وأرش ما يحدث منها ــ فان قلنا : تصح الوصية للقاتل وخرج جميع الدية من الثلث ــ صحت الوصية ، وان خرج بعضها من الثلث صح ما خرج من الثلث ووجب الباقى : وان قلنا : لا تصح الوصية للقاتل وجبت جميع الدية ، وان قال أبرأته عن أرش هذه الجناية وأرش ما يحدث منها ــ فان قلنا : ان حكم الإبراء حكم الوصية ــ كان على قولين كما لو كان بلفظ الوصية وان قلنا : ان حكم الإبراء ليس كالوصية صحت البراءة فى دية الأصبع لأنها ابراء عنها بعد الوجوب ، ولم تصح البراءة فيما زاد على دية الأصبع ، لأنه ابراء عنها قبل الوجوب • هكذا ذكر الشيخان أبو حامد وأبو اسحاق •

وقال ابن الصباغ : فى صحة براءته من أرش ما زاد على دية الأصبع قولان من غير بناء على حكم الوصية •

(أحدهما) لا تصح البراءة لأنه ابراء عما لم يجب ، فأشبه اذا عفى عما يتولد من الجناية فسرت الى الكف •

(والثانى) تصح لأن الجناية على الطرف جناية على النفس ، لأن النفس لا تباشر بالجناية ، وانما يجنى على أطرافها ، فاذا عفى بعد الجناية عليها صح ، ويفارق الكف لأن الجناية على الأصبع ليس بجناية على النفس ، لأنه يباشر بالجناية ، فاذا قلنا يصح بنى على القولين فى الوصية للقاتل على ما مضى •

فرع لو قطع يدى رجل عمداً فبرئت اليدان فقطع المجنى عليه احدى يدى الجانى وعفا عن الأخرى على الدية وقبضها ثم انتقضت يد المجنى عليه ومات لم يكن لورثته القصاص ، لأنه مات من جراحتين احداهما لا قصاص فيها وهى المعفو عنها ، ولا يستحق شيئاً من الدية ، لأنه قد استوفى نصف الدية وما قيمته نصف الدية ، فان لم يمت المجنى عليه ولكن الجانى انتقضت عليه يده ومات لم يرجع ورثته على المجنى عليه بشىء ، لأن القصاص لا تضمن سرايته ، وان قطع احدى يدى الجانى فمات من قطعها ، ولم يأخذ بدل اليد الأخرى كان له أن يأخذه لأنه وجب له القصاص فى اليدين ، وقد فاته القصاص فى احداهما بما لا ضمان عليه فيه ، فهو كما لو سقطت بأكلة ومات حتف أنفه •

وان مات المجنى عليه من قطع اليدين ولم تبرأ فقطع الوارث احدى يدى الجانى فمات من قطع يده قبل أن تقطع الأخرى لم يرجع بدية اليد الأخرى ، لأن الجناية اذا صارت نفساً سقط حكم الأطراف ، وقد سرى قطع يد الجانى الى النفس فاستوفى النفس بالنفس ، وليس كذلك اذا برىء اليدان ولم يمت ، فان الاعتبار بالطرفين ولا يسقط بدل احداهما باستيفاء بدل الأخرى ، وهكذا حكم كل طرفين متميزين مثل الرجلين والعينين •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل اذا قطع يد رجل فسرى القطع الى النفس فاقتص فى اليد ثم عفى عن النفس على غير مال لم يضمن اليد لأنه قطعها فى حال لا يضمنها ، فأشبه اذا قطع يد مرتد فأسلم ، ولأن العفو يرجع الى ما بقى دون ما استوفى، كما لو قبض من ديته بعضه ثم أبراه . وان عفى على مال وجب له نصف الدية لأنه بالعفو صار حقه فى الدية ، وقد أخذ ما يســـاوى نصف الدية فوجب له النصف ، فان قطع يدى رجل فسرى الى نفسه فقطع الولى يدى الجانى ثم عفا عن النفس لم يجب له مال لأنه لم يجب له أكثر من دية ، وقد أخذ ما يســاوى دية فلم يجب لشىء . وان قطع نصرانى يد مسلم فاقتص منه فى الطرف ثم سرى القطع الى نفس المسلم فللولى أن يقتله ، لأنه صارت الجناية نفساً وان اختار أن يعفو على الدية ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه يجب عشرة آلاف درهم ، لأن دية المســلم اثنا عشر ألفاً . وقد أخذ ما يساوى ألفى درهم فوجب الباقى (والثانى) أنه يجب له نصف ديته وهو ستة آلاف درهم ، لأنه رضى أن أخذ يداً ناقصة بيد كاملة ديتها ستة آلاف درهم فوجب الباقى ، وان قطع يديه فاقتص منه ثم سرى القطع الى نفس المسلم فللولى أن يقتله لأنه صارت الجناية نفساً ، فان عفى على الدية أخـــذ على الوجه الأول ثمانية آلاف درهم لأنه أخذ ما يساوى أربعة آلاف درهم وبقى له ثمانية آلاف درهم ، وعلى الوجه الثانى لا شىء له لأنه رضى أن يأخذ نفســه بنفسه ، فيصير كما لو استوفى ديته .

وان قطعت امرأة يد رجل فاقتص منها ، وثم سرى القطع الى نفس الرجل، فلوليه أن يقتلها لما ذكرناه ، فان عفا على مال وجب على الوجه الأول تســـعة آلاف درهم ، لأن الذى أخذ يساوى ثلاثة آلاف درهم وبقى تسعة آلاف درهم وعلى الوجه الثانى يجب ستة آلاف لأنه رضى أن يأخذ يدها بيده ، وذلك بقدر نصف ديته وبقى النصف) .

الشرح اذا قطع يد رجل فسرى القطع الى نفسه فقطع الولى يده ثم عفا عنه فلا ضمان عليه فى اليد ، وكذلك لو قتل رجل رجلا فبـــادر الولى فقطع يد الجانى ثم عفا عنه فلا ضمان عليه فى اليد ، وكذلك لو قتـــل رجل رجلا فبادر الولى فقطع يد الجانى ثم عفا عنه فلا ضـــمان عليه . وقال أبو حنيفة : يلزمه دية اليد .

ولنا أنه قطع يده فى حال أبيح له قطعها فلم يلزمه ضمانه كما لو قطع يد مرتد فأسلم • وأما العفو فانما ينصرف الى ما بقى دون ما استوفى ، وان قطع يهودى يد مسلم فاقتص المسلم من اليهودى ثم مات المسلم فلوليه أن يقتل اليهودى ، فان عفا عنه على مال ففيه وجهان •

(أحدهما) يجب له نصف الدية ، لأن المجنى عليه قد أخذ اليهودى بيده واليد تقوم بنصف الدية فكأنه رضى أن يأخذ يداً ناقصة بيد كاملة •

(والثانى) يستحق خمسة أسداس دية المسلم ، لأن دية يد اليهودى سدس يد المسلم ، وان قطع اليهودى يدى المسلم فاقتص المسلم وقطع يدى اليهودى ثم مات المسلم واختار وليه العفو على مال لم يستحق شيئاً على الوجه الأول ويستحق على الثانى ثلثى دية المسلم • وان قطعت امرأة يد رجل فاقتص منها ثم مات المجنى تليه فلوليه أن يقتلها ، فان عفى عنها على مال استحق على الوجه الأول نصف الدية وعلى الثانى ثلاثة أرباع الدية ، فان قطعت يديه فاقتص منها ثم مات من الجناية ولم يقتلها وليه لكن عفا عنها على مال لم يستحق شيئاً على الوجه الأول ، وعلى الثانى يستحق نصف الدية •

وان قطع رجل يد رجل وهما متساويان فى الدية منه فى اليدين ثم مات المجنى عليه ولم يختر وليه قتله ، لكن عفا عنه على مال لم يستحق شيئاً وجها واحدا لأنه يستحق الدية وقد أخذ ما يساوى الدية •

فرع اذا جرح رجلا مرتداً جراحة ، فأسلم المرتد ثم جاء الجارح ومعه ثلاثة رجال وجرحه كل واحد منهم جراحة يموت من مثلها ومات من الجراحات الخمس لم يجب القصاص فى النفس لأنه مات من جراحة مضمونة وغير مضمونة فيجب فيها سبعة أثمان الدية وعلى الذى جرحه فى الردة ثمن الدية ، وعلى كل واحد من الثلاثة ربع الدية ، لأنه مات من خمس جراحات الا أن الذى جرحه فى حال الردة يسقط عنه ما خص الجراحة فى حال الردة ، لأن الدية تقسم على عدد الجارحين لا على عدد الجراحات ، فكان الذى يخص الجانى الأول ربع الدية فسقط عنه الثمن ، وان جنى عليه ثلاثة

رجال فى ردته فأسلم ثم جنى عليه أحد من غيرهم ومات من الجراحات وجب على الذى جرحه بعد أن أسلم ربع ديته ويسقط عنه ثلاثة أرباع ديته • وان كان الذى جنى عليه بعد الاسلام أحد الثلاثة وجب عليه سدس الدية ، ولم يجب على الباقين شىء •

وان جرحه ثلاثة فى حال ردته ثم عاد الى الاسلام وجاء أحد الثلاثة مع أربعة غير الثلاثة وجرحوه ومات من الجراحات ، فقد مات من جراحة سبعة فسقط سبعا الدية ، وهما ما يخص الرجلين الجارحين فى الردة ويجب على الأربعة الذين انفردوا بالجراحة فى الاسلام أربعة أسباع الدية ويجب على الذى جرحه فى الردة والاسلام نصف سبع الدية • وان جرحه أربعة فى ردته ثم عاد أحدهم وجرحه بعد اسلامه ومات من الجراحات وجب على الذى جرحه بعد اسلامه ثمن الدية ويسقط باقى ديته ، والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــــاب الديات

باب من تجب الدية بقتله ، وما تجب به الدية من الجنايات

(تجب الدية بقتل المسلم لقوله تعالى : « ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله » وتجب بقتل الذمى والمستأمن ، ومن بيننـــا وبينهم هدنة ، لقوله تعـالى : « وان كان من قوم بينـكم وبينهـم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة » وتجب بقتل من لم تبلغه الدعوة لأنه محقون الدم مع كونه من أهل القتال ، فكان مضموناً بالقتل كالذمى .

فصـــل وان قطع طرف مسلم ثم ارتد ومات على الردة وقلنا : انه لا يجب القصاص فى طرفه ، أو قلنا يجب فعفى عن القصاص على مال ، ففيـه قولان (احدهما) لا تجب دية الطرف ، لأنه تابع للنفس فى الدية ، فاذا لم تجب دية النفس لم تجب دية الطرف (والثانى) انه تجب وهو الصحيح ، لأنه الجناية اوجبت دية الطرف ، والردة قطعت سراية الجرح فلا تسقط ما تقدم وجوبه ، كما لو قطع يد رجل ثم قتل الرجل نفسه ، فان جرح مسلما ثم ارتد ثم أسلم ومات فان أقام فى الردة زماناً تسرى فيه الجناية ففيه قولان .

(احدهما) تجب دية كاملة لأن الاعتبار فى الدية بحال استقرار الجناية . والدليل عليه انه لو قطع يديه ورجليه واندملت وجبت له ديتان ، ولو سرت الى النفس وجبت دية ، وهذا مسلم فى حال استقرار الجناية ، فوجب فيـه دية مسلم (والثانى) يجب نصف الدية ، لأن الجناية فى حال الاسلام توجب ، والسراية فى حال الردة تسقط ، فوجب النصف ، كما لو جرحه رجل وجرح نفسه فمات . وان لم يقم فى الردة زماناً تسرى فيه الجناة وجبت دية مسلم ؛ لأنه مسلم فى حال الجناية ، وفى حال استقرار الجناية ، ولا تأثير لما مضى فى حال الردة ، فلم يكن له حكم .

فصـــل وان قطع يد مرتد ثم أسلم ومات لم يضمن . ومن أصحابنا من قال تجب فيه دية مسلم لأنه مسلم فى حال استقرار الجناية فوجبت ديته

والمذهب الأول لأنها سراية قطع غير مضمون فلم يضمن كسراية القصاص وقطع السرقة .

فصل وان أرسل سهما على حربى فاصابه وهو مسلم ومات وجبت فيه دية مسلم .

وقال أبو جعفر الترمذى : لا يلزمه شيء لانه وجد السبب من جهته فى حال هو مامور بقتله ولا يمكنه تلافى فعله عند الاسلام فلا يجب ضمانه ، كما لو جرحه ثم أسلم ومات ، والمذهب الأول ، لأن الاعتبار بحال الاصابة دون حال الارسال لأن الارسال سبب والاصابة جناية ، والاعتبار بحال الجناية لا بحال السبب ، والدليل عليه انه لو حفر بئراً فى الطريق وهناك حربى فأسلم ووقع فيها ومات ضمنه ، وان كان عند السبب حربيا ، ويخالف اذا جرحه ثم أسلم ومات ، لأن الجناية هناك حصلت وهو غير مضمون . وان أرسل سهما على مسلم فوقع به وهو مرتد فمات لم يضمن ، لأن الجناية حصلت وهو غير مضمون فلم يضمنه ، كما لو أرسله على حى فوقع به وهو ميت .

الدية فى ضوء الفقه الاسلامى (١)

الدية : معناها وطبيعتها : ـ

تطلق الدية ـ فى اللغة ـ من ودى القاتل والمقتول دية ، اذا أعطى وليه المال . وقال صاحب القاموس انها حق القتيل وجمعها ديات ووداه اعطاه ديته ، وهى مشتقة من الأداء لأنها مال مؤدى فى مقابل ما تلف نفسا . وهى فى الشرع اسم للمال (ماله قيمة) الذى هو بدل النفس .

ويتصل بمصطلح الدية اتصالا شرعيا مصطلح الأرش ، ويقصد به المال الواجب فى الجناية على ما دون النفس ، أى جزء الدية كالدية على بعض أعضاء الجسم كاليد والعين .

كما يتصل بالمصطلح ايضا مصطلح العقل ويعنون به نفس القدر الواجب فى الدية ، حيث كان أهل القاتل يأتون بالابل فيعقلونها ـ يقيدونها ـ ليلا فى فناء اهل المقتول فمن هنا أطلق عليها العقل ، ويعنون الدية نفسها . وهناك مصطلح العاقلة الذى يعنى عصبة القاتل وأهله الذين يشاركونه فى دفع الدية . وسميت عاقلة لأنها تعقل الدماء ، أى تمنعها من أن تسفك بمناصرة من ينتمى اليها .

---

(١) ملف الشرق الأوسط الفقهى بقلم : د. عبد الحليم عويس .

وطبيعة الدية شخصية ، مثل كل جريمة ، فانها تخضع ـ فى الأصل ـ لقوله تعالى « كل نفس بما كسبت رهينة » .

وهذا باستثناء دية الخطأ فانها على العاقلة أى عصبة القاتل كلهم ، وهذا لمعان عظيمة أرادها الاسلام حيث ان المخطىء المتهاون بدماء النـاس لا يفعـل ذلك الا لشعوره بالاعتماد على اهله ، وانهم قوته التى تقف خلفه ، وقد تنصره ظالما ، كما انهم أيضا ـ قد قصروا فى زجره عن ارتكاب الجريمة سواء بالتربية ام التعليم .

الدية بديل للسجون والمعتقلات : ـ

من بين أسباب التعزير التى ترك أمرها لتقدير ولاة الأمور كان السجن هو آخر عقوبة لجأ اليها أولو الأمر فى عصور التشريع هذا اذا كانوا قد لجأوا اليه . ان الاسلام والمسلمين الراشـدين أدركوا أن السجون ليست الحـل لمشكلة الجرائم ، فهى قد تزيد المجرم اجراما ، وقد تحول النظيف الى مجرم مشبع بالحقد والكراهية .

فالعقوبات اما أن تكون سريعة حاسمة تقضى على بذرة الجريمة فى نفس الفرد ، وتشيع احترام العقوبة والعذر منها بين المجتمع أو لا تكون . ومن هنا جاء الاسلام بالحدود ، والتعذير فى جوانب ، ثم جاء فى القتل بالقصاص أو الدية ، وبهذا يقضى الاسلام على آثار الجريمة باقصى سرعة ممكنة .

أما العلمانيون فينادون بالسجون بديلا بالقصـاص والدية ، وهو بديل فاسد ، لأنه لم يرح المجرم الذى يعيش حياة الموت خير منها فضلا عن الدية ولم يرح المجنى عليهم لأنهم يدركون أن المجرم حى ، ولربمـا يخرج يوما الى النور ، وستعود المشكوت سيرتها الأولى . فالسجن جريمة مزدوجة ، بينما القصاص والدية حلان متكاملان يحققان العدل والرحمة فى سياق واحد .

وفى رأينا أن تطبيق الشريعة يغنى عن هـذه السجون التى ابتليت بهـا البشرية ، وأصبحت ـ فى الأقل ـ بيتا للمجرمين ، وفى الاكثر معتقلا للصالحين والمصلحين .

والأولى أن نعود الى حدود الاسلام فى حدود ما شرعه الاسلام .

الدية من خصائص هذه الأمة : ـ

يجمع فقهـاء التشريع وعلمـاء التفسير على ان الدية (أى التنـازل عن الدم مقابل بعض المـال ، أو مقابل العـدد المعروف من الابل) انما هى من

خصائص هذه الأمة . فقد روى البخارى والنسائى والدارقطنى عن ابن عباس قال : « كان فى بنى اسرائيل القصاص ولم تكن فيهم الدية » ، فقال الله لهذه الأمة « كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والانثى بالانثى فمن عفى له من أخيه شىء » فالعفو يقبل الدية فى العمد « فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان » يتبع بمعروف ويؤدى اليه باحسان « ذلك تخفيف من ربكم ورحمة » مما كتب على من كان قبلكم « فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم » أى قتل بعد قبوله الدية .

ومما يؤيد أن تشريع القصاص ـ أولا ـ ثم الدية ـ ثانيا ـ من خصائص هذه الأمة ، ما ورد فى تفسير قوله تعالى « ذلك تخفيف من ربكم ورحمة » فقد ثبت أن أهل التوراة كان لهم القتل ولم يكن لهم غير ذلك ، واهل الانجيل فكان لهم العفو ، ولم يكن لهم قود ولا دية فجعل الله تعالى ذلك تخفيفا لهذه الأمة ، فمن شاء قتل ومن شاء أخذ الدية ، ومن شاء عفا . وقوله تعالى « فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم » تفسيره أن من قتل بعد أخذ الدية وسقوط دم وليه « فله عذاب أليم » . قال الحسن : كان الرجل فى الجاهلية اذا قتل قتيلا فر الى قومه فيجىء قومه ويصالحون بالدية ، فيقول ولى المقتول : انى أقبل الدية حتى يأمن القاتل ويخرج ، فيقتله من يرمى اليه بالدية .

واختلف العلماء من قتل بعد أخذ الدية فقال جماعة من العلماء منهم مالك والشافعى (هو كمن قتل ابتداء) ان شاء الولى قتله وان شاء عفا عنه وعذبه فى الآخرة ، وقال قتادة وعكرة والسدى وغيرهى : عذابه أن يقتل البتة ، ولا يمكن الحاكم الولى من العفو .

وروى أبو داود عن جابر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « انى رسول الله صلى الله عليه وسلم : وانى لا اعفى من قتل بعد أخذ الدية » .

وقال الحسن : عذابه أن يرد الدية فقط ، ويبقى اثمه الى عذاب الآخرة ، وقال عمر بن عبد العزيز : أمره الى الامام يصنع فيه ما يرى .

الشرح له تعالى « ومن يقتل مؤمنا الخ الآية » نزلت هذه الآية بسبب قتل عياش بن أبى ربيعة الحارث بن يزيد بن ابى أنيسة العامرى لحنة (أى احنة وحقد) كانت بينهما ، حيث كان يعذبه فى مكة بسبب اسلامه ، فلما هاجر الحارث مسلما لقيه عياش فقتله ولم يشعر باسلامه ، فلما أخبر أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله انه كان من

امرى وأمر الحارث ما قد علمت ، ولم أشعر باسلامه حتى قتلته ، فنزلت الآية ، أخرجه ابن جرير عن عكرمة ، وأخرج نحوه عن مجاهد والسدى .

وأخرج ابن اسحاق وأبو يعلى والحرث بن أبى أسامة وأبو مسلم الكجى عن القاسم بن محمد نحوه ، وأخرج بن أبى حاتم من طريق سعيد ابن جبير عن ابن عباس نحوه .

أما قوله تعالى : « وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق الخ الآية » فقد اختلف فيها أهل العلم فذهب ابن عباس والشعبى والنخعى والشافعى ، واختاره الطبرى فى تفسيره أن هذا فى الذمى والمعاهد يقتل خطأ فتجب الدية والكفارة . وقال الحسن وجابر بن زيد وابراهيم أيضاً : ان كان المقتول خطأ مؤمنا من قوم معاهدين لكم فعهدهم يوجب أنهم أحق بدية صاحبهم فكفارته التحرير وأداء الدية ، وقرأها الحسن « وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق وهو مؤمن » قال الحسن اذا قتل المؤمن الذمى فلا كفارة عليه . قال ابن العربى : والجملة عندى محمولة حمل المطلق على المقيد .

وجملة ذلك أن الدية تجب بقتل المسلم والذمى . قال العمرانى : معنى قوله تعالى « ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله » اذا قتله فى دار الاسلام . ومعنى قوله تعالى « وان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة » أى اذا كان رجل من المسلمين فى بلاد المشركين فحضر معهم الحرب ورماه رجل من المسلمين فقتله . تقديره فى قوم عدو لكم ، ومعنى قوله تعالى « وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق » أهل الذمة .

ومن السنة ما روى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أن النبى صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن « وفى النفس مائة من الابل » وهو اجماع الا خلاف فى وجوب الدية اهـ ، قلت والخلاف فى وجوب الكفارة .

اذا ثبت هذا فان القتل ثلاثة أنواع : خطأ محض وعمد محض وشبه عمد . ويقال عمد الخطأ ، فتجب الدية فى الخطأ المحض ، وهو أن يكون مخطئا فى الفعل والقصد ، مثل أن يقصد طيرا فيصيب انسانا للآية.

وأما العمد المحض فهو أن يكون عامدا فى الفعل عامدا فى القصد ، فهل يجب فيه القود ، والدية بدل عنه ؟ أو يجب فيه أحدهما لا بعينة ؟ فيه قولان مضى ذكرهما آنفا .

وأما شبه العمد وهو أن يكون عامدا فى الفعل مخطئا فى القصد ، مثل أن يقصد ضربه بما لا يقتل مثله غالبا فيموت منه فتجب فيه الدية . وقال مالك رحمه الله : القتل يتنوع نوعين : خطأ محض وعمد محض . وأما عمد الخطأ فلا يتصور لأنه يستحيل أن يكون القائم قاعدا . دليلنا ما أخرجه أصحاب السنن الا الترمذى من حديث عبد الله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ألا ان قتيل الخطأ شبه العمد ، قتيل السوط أو العصا فيه مائة من الابل ، منها أربعون فى بطونها » وعندهم مثله عن عبد الله بن عمر وما بقى من الفصول فعلى وجهها وقد تضمنت فصولنا السابقة ايضاحا لها وبيانا لمذاهب المسلمين فى باب العفو عن القصاص . وسيأتى فى الفصل بعده مزيد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان قتل مسلما تترس به الكفار لم يجب القصاص ، لأنه لا يجوز أن يجب القصاص مع جواز الرمى ، وأما الدية فقد قال فى موضع تجب . وقال فى موضع ان علمه مسلما وجبت ، فمن أصحابنا من قال : هو على قولين .

(أحدهما) أنها تجب ، لأنه ليس من جهته تفريط فى الاقامة بين الكفار فلم يسقط ضمانه .

(والثانى) انه لا تجب لأن القاتل مضطر الى رميه ، ومنهم من قال : ان علم أنه مسلم لزمه ضمانه ، وان لم يعلم لم يلزمه ضمانه ، لأن مع العلم

باسلامة يلزمه ان يتوقاه ، ومع الجهل باسلامه لا يلزمه أن يتوقاه ، وحمل القولين على هذين الحالين وقال أبو اسحاق : ان عينه بالرمى ضمنه ، وان لم يعنه لم يضمنه ، وحمل القولين على هذين الحالين .

فصـــل **وتجب الدية بقتل الخطأ لقوله عز وجل « ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله » وتجب بقتل العمد فى أحد القولين وبالعفو على الدية فى القول الآخر ، وقد بيناه فى الجنايات ، وتجب بشبه العمد لما روى عبد الله بن عمر رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : الا أن فى دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الابل ، منها أربعون خلفة فى بطونها أولادها » فان غرز ابرة فى غير مقتل فمات ، وقلنا انه لا يجب عليه القصاص ففى الدية وجهان (احدهما) أنها تجب لأنه قد يفضى الى القتل . (والثانى) لا تجب لأنه لما لم تجب بأقل المثقل وهو الضرب بالقلم والرمى بالحصاة لم تجب بأقل المحدد) .**

الشرح اذا أسر المشركون مسلما فتترسوا به فى القتال يتوقون به الرمى ويختفون وراءه فى رميهم فقتله رجل من المسلمين بالرمى لم يجب عليه القصاص ، لأنه يجوز له رميهم ، وأما الدية فقد قال الشافعى رحمه الله فى موضع : تجب . وقال فى موضع لا تجب . فمن أصحابنا من قال فيه قولان (أحدهما) يجب لأنه ليس من جهته تفريط فى الاقامة بينهم فلم يسقط ضمانه (والثانى) لا تجب لأن القاتل مضطر الى رميه ، ومنهم من علق ضمانه على علم الرامى بأنه مسلم ، وان لم يعلم لم يلزمه ضمانه لأنه يلزمه أن يتوقاه عن الرمى اذا علمه . ولا يلزمه أن يتوقاه اذا لم يعلم .

وقال أبو اسحاق المروزى : ان عينه بالرمى — أى قصده — ضمنه ، وان لم يقصده لم يضمنه ، وحملهما على هذين الحالين ، ومأخذ الشافعى فى قوله بالوجوب ما رواه عن عروة بن الزبير قال « كان أبو حذيفة اليمان شيخا كبيرا فرفع فى الآكام مع النساء يوم أحد فخرج يتعرض للشهادة فجاء من ناحية المشركين فابتدره المسلمون فتوشقوه بأسيافهم وحذيفة يقول « أبى أبى » فلا يسمعونه من شغل الحرب حتى قتلوه ، فقال حذيفة : يغفر الله لكم وهو أرحم الراحمين ، فقضى النبى صلى الله عليه وسلم بديته » .

مسألة وجوب الدية فى كلا الحالين العمد والخطأ سبق لنا شرحه فى الجنايات • أما شبه العمد فقد تقرر وجوبها بحديث ابن عمر رضى الله عنهما مرفوعا « ألا ان فى دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الابل منها أربعون خلفة فى بطونها أولادها » وقد أجمع أهل العلم على أن الابل أصل فى الدية ؛ وأن دية الحر مائة منها ، وقد دلت الأحاديث الواردة كحديث ابن عمر وحديث عمرو بن حزم وحديث ابن مسعود • وظاهر كلام الخرقى من الحنابلة أن الأصل فى الدية الابل لا غير ، وهو احدى الروايتين عن أحمد ، وهو قول طاوس وابن المنذر •

وقال بعض أصحاب أحمد : لا يختلف المذهب أصول الدية الابل والذهب والفضة والبقر والغنم ، وهو قول عمر وعطاء وطاوس وفقهاء المدينة السبعة • وبه قال الثورى وابن أبى ليلى وأبو يوسف ومحمد ، لأن عمرو بن حزم روى فى كتابه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن « وأن فى دية النفس المؤمنة مائة من الابل ، وعلى أهل الورق ألف دينار » رواه النسائى •

وروى ابن عباس « أن رجلا من بنى عدى قتل فجعل النبى صلى الله عليه وسلم ديته اثنى عشر ألفا » رواه أبو داود وابن ماجه • وروى الشعبى أن عمر جعل على أهل الذهب ألف دينار •

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن عمر قام خطيبا فقال « ألا ان الابل قد غلب فقوم على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق اثنى عشر ألفا ، وعلى أهل البقر مائتى بقرة ، وعلى أهل الشاء ألفى شاة ، وعلى أهل الحلل مائتى حلة » رواه أبو داود ، ورواه أبو داود من حديث جابر مرفوعا • قال الشوكانى : فى هذه الأحاديث رد على من قال ان الأصل فى الدية الابل ، وبقية الأصناف مصالحة لا تقدير شرعى اهـ • والمعروف أن أبا حنيفة والشافعى فى قول له أن الدية من الابل للنص ، ومن النقدين تقويما اذ فيهما قيم المتلفات • وقال مالك والشافعى فى قول له : الى أنها اثنا عشر ألف درهم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وتجب على الجماعة اذا اشتركوا فى القتل وتقسم بينهم على عددهم لأنه بدل متلف يتجزأ ، فقسم بين الجماعة على عددهم ، كغرامة المال ، فان اشترك فى القتل اثنان وهما من أهل القود فللولى أن يقتص من أحدهمـا ويأخذ من الآخر نصف الدية ، وان كان أحدهمـا من اهل القود والآخر من أهل الدية فله أن يقتص ممن عليه القود ويأخذ من الآخر نصف الدية .

فصـــل وتجب الدية بالأسباب ، فان شهد اثنان على رجل بالقتل فقتل بشهادتهما بغير حق ثم رجعا عن الشـهادة كان حكمهما فى الدية حكم الشريكين ، لمـا روى أن شاهدين شهدا عند على كرم الله وجهه على رجل أنه سرق فقطعه ثم رجعـا عن شـهادتهما فقال : لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما ، وأغرمهما دية يده .

فصـــل وان أكره رجل على قتل رجل فقتله ـ فان قلنا : انه يجب القود عليهما ـ فللولى أن يقتل من شاء منهما ، ويأخذ نصف الدية من الآخر لأنهما كالشريكين فى القتل اذا كانا من اهل القود ، وان قلنا لا يجب القـود الا على المكره الآمر دون المكره ، فالولى أن يقتل المكره ، ويأخذ من الآخر نصف الدية لأنهما كالشريكين ، غير أن القصـاص يسقط بالشـبهة فسقط عنه ، والدية لا تسقط بالشبهة فوجب عليه نصفها) .

الشرح اذا اشترك جماعة فى قتل رجل وجبت عليه دية ، ويقسم بينهم على عددهم لأنه بدل متلف يتجزأ فقسم بينهم على عددهم كغرامة المتلف فان كان القتل موجبا للقود ـ واختـار الولى أن يقتـل بعضهم ويعفو عن الباقين على حصتهم من الدية ـ كان له ذلك .

وان شهد رجلان على رجل بما يوجب القتل والقطع بغير حق مخطئين وجبت عليهما الدية لما ذكرناه قبل هذا فى الشاهدين عند على رضى الله عنه على رجل فى السرقة . وان أكره رجل رجلا على قتل انسان فقتله فصـار الأمر الى الدية فهى عليهما لأنهما كالشريكين ، ولهذا ان قلنا يجب القـود عليهما فللولى أن يقتل من شاء منهما ويأخذ نصف الدية من الثانى ، وان قلنا : ان القود لا يجب الا على المكره ـ بكسر الراء ـ وهو الآمر دون

المكره ـ بفتح الراء ـ كان القصاص على الآمر ونصف الدية على المأمور ، لأنهما وان كانا كالشريكين الا أن القصاص اذا سقط بالشبهة عنه فلا تسقط الدية بالشبهة فلزمه نصفها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان طرح رجلا فى نار يمكنه الخروج منها فلم يخرج حتى مات ، ففيه قولان (أحدهما) أنه تجب الدية ، لأن ترك التخلص من الهلاك لا يسقط به ضمان الجناية ، كما لو جرحه جراحة وقدر المجروح على مداواتها فترك المداواة حتى مات . والقول الثانى أنها لا تجب ـ وهو الصحيح ـ لأن طرحه فى النار لا يحصل به التلف . وانما يحصل ببقائه فيها باختياره ، فسقط ضمانه كما لو جرحه جرحاً يسيراً لا يخاف منه فوسعه حتى مات . وان طرحه فى ماء يمكنه الخروج منه فلم يخرج حتى مات ففيه طريقان . من أصحابنا من قال فيه قولان كالنار . ومنهم من قال لا تجب قولا واحداً ، لأن الطرح فى الماء ليس بسبب للهلاك ، لأن الناس يطرحون أنفسهم فى الماء للسباحة وغيرها ، وانما حصل الهلاك بمقامه فيه فسقط ضمانه بخلاف النار .

فصل وان شد يديه ورجليه وطرحه فى ساحل فزاد الماء وهلك فيه نظرت ـ فان كانت الزيادة معلومة الوجود كالمد بالبصرة فهو عمد محض ويجب به القصاص ، لأنه قصد تغريقه ، وان كان قد يزيد وقد لا يزيد فهو عمد خطأ وتجب به الدية المغلظة ، فان كان فى موضع لا يزيد فيه الماء فزاد وهلك فيه فهو خطأ محض وتجب فيه الدية مخففة ، وان شد يديه ورجليه وطرحه فى أرض مسبعة فقتله السبع فهو عمد خطأ وتجب فيه دية مغلظة ، وان كان فى أرض غير مسبعة فقتله السبع فهو خطأ محض وتجب فيه دية مخففة .

الشرح مضى فى الجنايات حكم من ألقى آخر فى نار أو ماء يغرقه ولا يمكنه التخلص منه اما لكثرة الماء أو النار ، واما لعجزه عن التخلص لمرض أو صغر أو كونه مربوطا أو منعه الخروج أو كونه فى حفرة لا يقدر على الصعود منها ونحو هذا ، أو ألقاه فى بئر ذات نقش فمات به عالما بذلك ، فهذا كله عمد لأنه يقتل غالبا ، وان ألقاه فى ماء يسير يقدر على الخروج منه فلبث فيه اختيارا حتى مات فلا قود فيه ولا دية ، لأن هذا

الفعل لم يقتله ، وانما حصل موته بلبثه فيه وهو فعل نفسه فلم يضمنه غيره • وكذلك اذا تركه فى نار يمكنه التخلص منها لقلتها أو لكونه فى طرف منها يمكنه الخروج بأدنى حركة فلم يخرج حتى مات فلا قود وهل يضمنه ؟ فيه طريقان لأصحابنا ووجهان لأصحاب أحمد •

(أحدهما) لا يضمنه لأنه مهلك لنفسه باقامته فلا يضمنه ، كما لو ألقاه فى ماء يسير لكن يضمن ما أصابت النار منه •

(والثانى) يضمنه لأنه جان بالالقاء المفضى الى الهلاك ، وترك التخلص لا يسقط الضمان ، كما لو قصده فترك شد قصاده مع امكانه ، أو جرحه فترك مداواة جرحه ، وفارق الماء لأنه لا يهلك بنفسه ، ولهذا يدخله الناس للغسل والسباحة والصيد ، وأما النار فيسيرها يهلك ، وانما تعلم قدرته على التخلص بقوله أنا قادر على التخلص او نحو هذا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان سلم صبياً الى سابح ليعلمه السباحة ففرق ضمنه السابح ، لأنه سلمه اليه ليحتاط فى حفظه ، فاذا هلك بالتعليم نسب الى التفريط فضمنه كالمعلم اذا ضرب الصبى فمات ، وان سلم البالغ نفسه الى السابح ففرق لم يضمنه ، لأنه فى يد نفسه فلا ينسب الى التفريط فى هلاكه الى غيره فلا يجب ضمانه •

فصل وان كان صبى على طرف سطح فصاح رجل ففزع فوقع من السطح ومات ضمنه لأن الصياح سبب لوقوعه ، وان كان صياحه عليه فهو عمد خطأ وان لم يكن صياحه عليه فهو خطأ ، وان كان بالغ على طرف سطح فسمع الصيحة فى حال غفلته فخر ميتاً ففيه وجهان (احدهما) أنه كالصبى لأن البالغ فى حال غفلته يفزع من الصيحة كما يفزع الصبى (والثانى) لا يضمن لأن معه من الضبط ما لا يقع به مع الغفلة •

فصل وان بعث السلطان الى امرأة ذكرت عنده بسوء ففزعت فالقت جنينا ميتا وجب ضمانه لما روى « أن عمر رضى الله عنه أرسل الى امرأة مغيبة كان يدخل عليها ، فقالت يا ويلها ما لها ولعمر ، فبينا هى فى

الطريق اذ فزعت فضربها الطاق ، فالقت ولداً فصاح الصبى صيحتين ثم مات ، فاستشار عمر رضى الله عنه أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فأشار بعضهم أن ليس عليك شىء انما أنت وال ومؤدب وصمت على رضى الله عنه ، فأقبل عليه فقال : ما تقول يا أبا الحسن ؟ فقال ان كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم ، وان كانوا قالوا فى هواك فلم ينصحوا لك ، ان ديته عليك ، لأنك أنت أفزعتها فألقت » وان فزعت المرأة فماتت لم تضمن لأن ذلك ليس بسبب لهلاكها فى العادة) .

الشرح خبر المرأة التى أفزعها الطلق أخرجه البيهقى عن الحسن وهو منقطع بينه وبين عمر ورواه عبد الرزاق عن معمر عن مطر الوراق عن الحسن ورواه الشافعى بلاغا عن عمر مختصرا .

أما الأحكام فانه اذا دفع ولده الصغير الى سابح ليعلمه السباحة فغرق الصبى فعلى عاقلة السابح ديته وعليه الكفارة فى ماله لأنه أخذه للتعليم ، فاذا تلف فى طريق التعليم كان عليه ضمانه كالمعلم اذا ضرب صبيا فمات ، ولأن هذا فى الغالب لم يغرق الا بتفريط من السابح فيكون عمد خطأ ، وان سلم البالغ نفسه الى السابح ليعلمه السباحة فغرق لم يجب ضمانه ، لأنه فى يد نفسه ، ولا ينسب التفريط فى هلاكه الى غيره فلا يجب ضمانه .

مسألة اذا كان صبى أو بالغ معتوه على حائط أو حافة نهر فصاح رجل صياحا شديدا ففزع من الصياح فسقط ومات أو زال عقله وجبت ديته على عاقلة الصائح ، لأن صياحه سبب لوقوعه ، وان كان صياحه عليه ديته على عاقلة الصائح ، لأن صياحه سبب لوقوعه ، وان كان صياحه عليه فهو عمد خطأ ، وان كان صياحه على غيره فهو خطأ محض .

وان كان الرجل بالغا عاقلا فسمع الصيحة وسقط ومات أو زال عقله . فان كان متيقظا لم يجب ضمانه لأن الله تعالى لم يجر العادة لا معتادا ولا نادرا أن يقع الرجل الكبير العاقل من الصياح ، فاذا مات علمنا أن صياحه وافق موته ، فهو كما لو رماه بثوب فمات ، وان كان فى حال غفلته فسمع الصيحة فمات أو زال عقله ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو المنصوص أنه لا يجب ضمانه لما ذكرناه •

(والثانى) وهو قول أبى على بن أبى هريرة ، أنه يجب ضمانه ، لأن الانسان قد يفزع من ذلك فى حال غفلته • وان شهر السيف على بالغ عاقل فزال عقله لم يجب ضمانه ، وان شهره على صبى أو معتوه فزال عقله وجب ضمانه • وقال أبو حنيفة : لا يجب ضمانه • ولنا أن هذا سبب فى تلفه ــ فان كان متعديا ــ ضمن كما لو حفر بئرا فوقع فيها • وقال أحمد : لو شهر سيفا فى وجه انسان أو دلاه من شاهق فمات من الروع أو ذهب عقله بذلك الفعل فعليه ديته ، ثم وافقنا أحمد فى الصبى البالغ عنده قولا واحدا وكذلك عند سائر أصحابه •

مسألة اذا بعث السلطان الى امرأة ذكرت عنده بسوء وكانت حاملا ففزعت فأسقطت جنينها وجب على الامام ضمانه • وقال أبو حنيفة : لا يجب • دليلنا ما روى الشافعى والبيهقى وعبد الرزاق أن امرأة ذكرت عند عمر رضى الله عنه بسوء فبعث اليها فقالت : يا ويلها ما لها ولعمر ، فبينما هى فى الطريق اذ فزعت فضربها الطلق فألقت ولدا فصاح صيحتين ثم مات ، فاستشار عمر أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فقال له عثمان وعبد الرحمن : لا شىء عليك انما أنت وال ومؤدب ، وصمت على رضى الله عنه ، فقال له ما تقول ؟ فقال على : ان اجتهدا فقد أخطآ وان لم يجتهدا فقد غشاك ، ان ديته عليك لأنك أنت أفزعتها فألقت ، فقال عمر عزمت عليك لا برحت حتى تفرقها على قومك ــ يعنى قوم عمر ــ ولم ينكر عثمان وعبد الرحمن ذلك فدل على أنهما رجعا الى قوله وصار اجماعا وان فزعت فماتت لم يجب ضمانها ، لأن ذلك ليس بسبب لهاكها •

وقال أحمد : تجب الدية فى المرأة أيضا لأنها نفس هلكت بارساله اليها فضمنها كجنينها ، أو نفس هلكت بسببه ففزعها ، كما لو ضربها فماتت ، ولا يتعين فى الضمان كونه سببا معتادا فان الضربة والضربتين ليست سببا للهلاك فى العادة ، ومتى أفضت اليه وجب الضمان •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان طلب رجلا بصيراً بالسيف ، فوقع فى بئر أو القى نفسه من شاهق فمات لم يضمن ، لأن الطلب سبب والالقاء مباشرة فاذا اجتمعا سقط حكم السبب بالمباشرة . ولأن الطالب لم يلجئه الى الوقوع لأنه لو أدركه جاز أن لا يجنى عليه ، فصار كما لو جرحه رجل فذبح المجروح نفسه ، وان طلب ضريراً فوقع فى بئر أو من شاهق ومات فان كان عالما بالشاهق او بالبئر لم يضمن ، لأنه كالبصير ، وان لم يعلم وجب ضمانه ، لأنه الجاه اليم فتعلق به الضمان ، كالشهود اذا شهدوا بالقتل ثم رجعوا ، وان كان المطلوب صبيا أو مجنونا ففيه وجهان بناء على القولين فى عمدهما . هل هو عمد أو خطأ ؟ فان قلنا ان عمدهما عمد لم يضمن الطالب الدية . وان قلنا انه خطأ ضمن .

وان طلب رجل رجلا فافترسه سبع فى طريقه نظرت ، فان الجاه الطالب الى موضع السبع ، ضمنه كما لو القاه عليه ، وان لم يلجئه اليه لم يضمنه ، لأنه لم يلجئه اليه ، وان انخسف من تحته سقف فسقط ومات ففيه وجهان (احدهما) لا يضمن كما لا يضمن اذا افترسه سبع (والثانى) : يضمن لأنه الجاه الى ما لا يمكنه الاحتراز منه .

فصـــل وان رماه من شاهق فاستقباه رجل بسيف فقده نصفين نظرت ، فان كان من شاهق يجوز أن يسلم الواقع منه ، وجب الضمان على القاطع لأن الرامى كالجارح والقاطع كالذابح ، وان كان من شاهق لا يسلم الواقع منه ففيه وجهان (احدهما) انه يجب الضمان عليهما ، لأن كل واحد منهما سبب للاتلاف فصار كما لو جرحاه (والثانى) أن الضمان على القاطع ، لأن الرامى انما يكون سببا للتلف اذا وقع المرمى على الأرض ، وههنا لم يقع على الأرض وصار الرامى صاحب سبب ، والقاطع مباشراً فوجب الضمان على القاطع .

فصـــل اذا زنى بامراة وهى مكرهة واحبلها وماتت من الولادة ففيه قولان .

(احدهما) يجب عليه ديتها لأنها تلفت بسبب من جهته تعدى به فضمنها .

(والثانى) لا يجب لأن السبب انقطع حكمه بنفى النسب عنه) .

الشرح اذا طلب رجل رجلا بصيرا بالسيف ففر منه فألقى نفسه

من سطح وهو يراه أو تردى فى بئر أو نار وهو يراها فمات لم يجب على الطالب ضمانه لأنه حصل من الطـالب بسبب غير ملجىء ، ومن المطلوب مباشرة فتعلق الحكم بالمباشرة دون السبب ، كما لو خاف منه فقتل نفسه.

وان طلب أعمى بالسيف ففر منه ووقع من سطح أو فى بئر أو نار فمـات فان كان عالما بالسطح والبئر والنار فلا ضمان على الطالب لمـا ذكرناه فى البصير . وان كان المطلوب غير عالم بالسـطح والبئر والنـار ، أو كان المطلوب بصيرا ولم يعلم السطح والبئر والنار وفر منه على سطح يحسبه قويا فانخسف من تحتـه وجبت الدية على عاقلة الطـالب لأنه ألجأه الى الهرب ، وان فر منه فافترسه سبع فى طريقه لم يجب على الطـالب ضمانه لأنه لم يلجىء السبع الى قتله . وان ألجأ المطلوب الى الفـرار ، وذلك سبب وأكل السبع فعل ، فاذا اجتمع السبب فى الفعل تعلق الضمان بالفعل دون السبب . وان طلب صبيا أو مجنونا بالسيف ففر منه وألقى نفسـه من سطح فمات ــ فان قلنا ان عمدهما عمد ــ لم يضمن الطـالب الدية وان قلنا ان عمدهما خطأ ضمن .

مسـألة قوله : وان رماه من شاهق فاستقبله الخ . فجملة ذلك أنه اذا رمى رجلا من شاهق مرتفع يموت منه غالبـا اذا وقع فقطعه رجل نصفين قبل أن يقع ففيه وجهان :

(أحدهما) أنهما قاتلان فيجب عليهما القود أو الدية ، لأن كل واحد منهما قد فعل فعلا لو انفرد به لمات منه غالبا فصار كالجارحين .

(والثانى) أن القاتل هو القاطع ، لأن التلف انما حصل بفعله فصـار كما لو جرحه رجل وذبحه الآخر ويعزر الأول ، وان كان الشـاهق مما لا يموت منه غالبا كان القاتل هو القاطع وجها واحدا ، لأن ما فعله الأول لا يجوز أن يموت منه ، وان زنى بامرأة وهى مكرهة فحملت منه وماتت من الولادة ففيه قولان :

(أحدهما) يجب عليه ديتها ، لأنها تلفت بسبب من جهته تعدى فيه فضمنها .

(والثانى) لا يجب عليه ، لأن السبب انقطع حكمه بنفى النسب عنه.

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان حفر بئراً فى طريق الناس أو وضع فيه حجرا أو طرح فيه ماء أو قشر بطيخ ، فهلك به انسان وجب الضمان عليه لانه تعدى به فضمن من هلك به ، كما لو جنى عليه .

وان حفر بئراً فى الطريق ووضع آخر حجرا فعثر رجل بالحجر ووقع فى البئر فمات وجب الضمان على واضع الحجر ، لانه هو الذى القاه فى البئر ، فصار كما لو القاه فيها بيده . وان وضع رجل حجراً فى الطريق فدفعه رجل على هذا الحجر فمات وجب الضمان على الدافع لأن الدافع مباشر وواضع الحجر صاحب سبب ، فوجب الضمان على المباشر .

وان وضع رجل حجراً فى الطريق ووضع آخر حديدة بقربه ، فعثر رجل بالحجر ووقع على الحديدة فمات وجب الضمان على واضع الحجر .

وقال أبو الفياض البصرى : ان كانت الحديدة سكيناً قاطعة وجب الضمان على واضع السكين ، دون واضع الحجر ، لأن السكين القاطع موح ، وان كانت غير قاطع وجب الضمان على واضع الحجر ، والأول هو الصحيح ، لأن الواضع هو المباشر . وان حفر بئراً فى طريق لا يستضر به الناس ـ فان حفرها لنفسه كان حكمه حكم الطريق الذى يستضر الناس بحفر البئر فيه ، لانه لا يجوز ان يختص بشىء من طريق المسلمين ، وان حفرها لمصلحة الناس ـ فان كان باذن الامام فهلك به انسان ـ لم يضمن ، لان ما فعله باذن الامام للمصلحة جائز فلا يتعلق به الضمان ، وان كان بغير اذنه ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه لا يضمن لأنه حفرها لمصلحة المسلمين من غير اضرار فصار كما لو حفرها باذن الامام .

(والثانى) أنه يضمن لأن ما تعلق بمصلحة المسلمين يختص به الامام ، فمن افتات عليه فيه كان متعدياً فضمن من هلك به . وان بنى مسجداً فى

موضع لا ضرر فيه ، أو علق قنديلا فى مسجد أو فرش فيه حصيراً من غير اذن الامام فهلك به انسان فهو كالبئر التى حفرها للمسلمين .

وان حفر بئراً فى موات ليتملكها أو لينتفع بها الناس لم يضمن من هلك بها لأنه غير متعد فى حفرها ، وان كان فى داره بئر قد غطى راسها أو كلب عقور فدخل رجل داره بغير اذنه فوقع فى البئر فمات أو عقره الكلب فمات لم يضمنه لأنه من جهته تفريط فى هلاكه ، فان دخلها باذنه فوقع فى البئر ومات أو عقره الكلب فمات ففى ضمانه قولان كالقولين فيمن قدم طعاماً مسموماً الى رجل فاكله فمات . وان قدم صبيا الى هدف فاصابه سهم فمات ضمنه ، لأن الرامى كالحافر للبئر ، والذى قدمه كالملقى فيها فكان الضمان عليه .

وان ترك على حائط جرة ماء فرمتها الريح على انسان فمات لم يضمنه لأنه وضعها فى ملكه ووقعت من غير فعله ، وان بنى حائطا فى ملكه فمال الحائط الى الطريق ووقع على انسان فقتله ففيه وجهان :

(احدهما) وهو قول أبى اسحاق : أنه يضمن لأنه لما مال الى الطريق لزمه ازالته ، فاذا لم يزله صار متعدياً بتركه فضمن من هلك به ، كما لو أوقع حائطا مال الى الطريق وترك نقضه حتى هلك به انسان (والثانى) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أنه لا يضمن ، وهو المذهب ، لأنه بناه فى ملكه ووقع من غير فعله فأشبه اذا وقع من غير ميل .

فصل وان أخرج جناحا الى الطريق فوقع على انسان ومات ضمن نصف ديته ، لأن بعضه فى ملكه وبعضه خارج عن ملكه فسقط نصف الدية لما فى ملكه وضمن نصفها للخارج عن ملكه ، وان انكسرت خشبة من الخارج فوقعت على انسان فمات ضمن جميع الدية لأنه هلك بالخارج من ملكه ، وان نصب ميزاباً فوقع على انسان فمات به ففيه قولان :

قال فى القديم : لا يضمن لأنه مضطر اليه ولا يجد بداً منه بخلاف الجناح. وقال فى الجديد : يضمن لأنه غير مضطر اليه لأنه كان يمكنه أن يحفر فى ملكه بئراً يجرى الماء اليها فكان كالجناح .

فصل وان كان معه دابة فأتلفت انسانا أو مالا بيدها أو رجلها أو نابها أو بالت فى الطريق فزلق ببولها انسان فوقع ومات ضمنه ، لأنها فى يده وتصرفه فكانت جنايتها كجنايته) .

الشرح اذا وضع رجل حجرا ـ وهذا أحد مفهومات الفصل ـ وذلك فى طريق المسلمين أو فى ملك غيره بغير اذنه فعثر بها انسان لم يعلم بها ومات منها وجبت ديته على عاقلة واضع الحجر ووجبت الكفارة فى ماله ، لأنه مات بسبب تعدى به فوجب ضمانه • وهكذا ان نصب سكينا فعثر رجل ووقع عليها فمات وجبت عليه الدية لما ذكرناه فى الحجر •

فأما اذا وضع الحجر أو السكين فدفع آخر عليهما رجلا ومات كان الضمان على الدافع ، لأن الواضع صاحب سبب والدافع مباشر ، فتعلق الحكم بالمباشرة • وان وضع رجل حجرا فى طريق المسلمين أو فى ملك غيره بغير اذنه ووضع آخر سكينا بقرب الحجر فعثر رجل بالحجر ووقع على السكين ومات منها وجب الضمان على واضع الحجر •

وقال أبو الفياض البصرى : ان كان السكين قاطعا وجب الضمان على واضع السكين دون واضع الحجر ، وان كان غير قاطع وجب الضمان على واضع الحجر لأن السكين القاطع موح ، والأول هو المشهور ، لأن واضع الحجر كالدافع له على السكين فوجب عليه ضمانه ، كما لو نصب رجل سكينا ودفع عليها آخر ومات فان وضع رجل حجرا فى طريق المسلمين ووضع اثنان حجرا الى جنبه فعثر بهما رجل ومات فليس فيها نص لأصحابنا ، الا أن أصحاب أبى حنيفة اختلفوا فيها ، فقال زفر يكون على الرجل الواضع للحجر وحده نصف الدية لأن فعله مساو لفعلهما وعلى الرجلين الواضعين للحجر الآخر النصف •

وقال أبو يوسف : تجب الدية عليهم أثلاثا فوجب الضمان عليهم • قال ابن قدامة من الحنابلة : وهو قياس المذهب • وقال ابن الصباغ من أصحابنا : وهو قياس المذهب ، وأقره العمرانى فى البيان لأن السبب حصل من الثلاثة فوجب الضمان عليهم ـ وان اختلفت أفعالهم ـ كما لو جرحه رجل جراحة وآخر جراحتين ومات منها •

فـــرع اذا وضع رجل فى ملك نفسه حجرا أو نصب سكينا

فعثر به انسان ومات لم يجب على واضع السكين ولا على عاقلته ضمان ، لأنه غير متعد بوضع الحجر والسكين • وان وضع رجل فى ملك غيره حجرا بغير اذنه ووضع صاحب الملك بقرب الحجر سكينا فعثر رجل بالحجر ووقع على السكين ومات ، وجب الضمان على عاقلة الواضع للحجر لأنه كالدافع للعاثر على السكين • وان وضع رجل فى ملكه حجرا ووضع أجنبى سكينا بقرب الحجر فعثر رجل بالحجر ووقع على السكين فمات ، وجبت الدية على عاقلة واضع السكين دون واضع الحجر ، لأن المتعدى هو واضع السكين دون واضع الحجر •

فرع اذا حفر رجل بئرا فوقع فيها انسان ومات لم يخل اما انه حفر فى ملكه أو فى ملك غيره أو فى طريق المسلمين أو فى موات ــ فان حفرها فى ملكه ــ فان كانت ظاهرة فدخل ملكه فوقع فيها فمات ــ لم يجب على الحافر ضمانه سواء دخل باذنه أو بغير اذنه ، لأنه غير متعد بالحفر ، وان كانت غير ظاهرة بأن غطى رأسها فوقع فيها انسان فمات ــ فان دخل الى ملكه بغير اذنه ــ لم يجب ضمانه ، لأنه متعد بالدخول • وهكذا لو كان فى داره كلب عقور فدخل داره بغير اذنه فعقره الكلب لم يجب ضمانه لما ذكرناه ، وان استدعاه للدخول ــ ولم يعلم بالبئر والكلب ــ فوقع فيها أو عقره الكلب ومات ــ فهو كما لو قدم الى غيره طعاما مسموما فأكله على قولين • وقد مضى دليلهما • فأما اذا حفرها فى ملك غيره ــ فان كان باذنه ــ لم يجب عليه ضمان من يقع فيها ، لأنه غير متعد بالحفر ، وان حفرها بغير اذنه وجب عليه ضمان من يقع فيها لأنه متعد بالحفر فان أبرأه صاحب الملك عن ضمان من يقع فيها فهل يبرأ ؟ فيه وجهان ، أحدهما لا يبرأ لأنه متعد بالحفر ، فان أبرأه صاحب الملك عن ضمان من يقع فيها فهل يبرأ ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يبرأ لأنه أبرأ عما لم يجب (والثانى) يبرأ كما لو أذن له فى حفرها قال أبو على الطبرى ، فان قال صاحب الملك : كان حفرها باذنى لم يصدق خلافا لأبى حنيفة ووفاقا لقول أحمد • وان حفرها فى

طريق المسلمين ، فان كان ضيقا وجب عليه ضمان من يقع فيها لأنه تعدى بذلك ، وسواء أذن له الامام فى ذلك أو لم يأذن لأنه ليس للامام أن يأذن له فيما فيه ضرر على المسلمين • وان كان الطريق واسعا لا يستضر المسلمون بحفر البئر فيه كالطريق فى الصحارى ، فان حفرها باذن الامام لم يجب عليه ضمان من يقع فيها ، سواء حفرها لينتفع بها أو لينتفع بها المسلمون ، لأن للامام أن يقطع من الطريق اذا كان واسعا ، كما له أن يقطع من الموات • وكذلك ان حفرها بغير اذن الامام فأجاز له الامام ذلك سقط عنه الضمان •

وقال أحمد وأصحابه : ان كان الطريق واسعا فحفر فى مكان منها ما يضر بالمسلمين فعليه الضمان • وان حفر فى موضع لا ضرر فيه نظرنا ، فان حفرها لنفسه ضمن ما تلف بها ، سواء حفرها باذن الامام أو غير اذنه • قالوا : لأنه تلف بحفر حفرة فى حق مشترك بغير اذن أهله لغير مصلحتهم فضمن ، كما لو لم يأذن له الامام بخلاف الحفر •

ولنا أنه ان حفرها باذن الامام لم يضمن لأن للامام أن يأذن فى الانتفاع بما لا ضرر فيه بدليل أنه يجوز له أن يأذن فى اشغال جانبيه ، ويقطع ما طواريه لمن يشاء ممن يتعاطون البيع والشراء •

وان حفرها بغير اذن الامام ــ فان حفرها لينتفع هو بها وجب عليه ضمان من يقع فيها ، لأنه ليس له أن ينفرد بما هو حق لجماعة المسلمين بغير اذن الامام لأن ذلك موضع اجتهاد الامام ، وان حفرها لينتفع بها المسلمون فهل يجب عليه ضمان من يقع فيها ؟

حكى الشيخان أبو حامد وأبو اسحاق فيها وجهين ، وحكاهما غيرهما قولين ، (أحدهما) حكاه القاضى أبو حامد المروذى عن القديم يجب عليه الضمان ، لأنه حفرها بغير اذن الامام كهو كما لو حفرها لنفسه • (والثانى) حكاه القاضى أبو الطيب عن الجديد أنه لا يجب عليه الضمان لأنه حفرها لمصلحة المسلمين وقد يحتاجون الى ذلك فهو كما لو حفرها باذن الامام •

وان حفرها فى موات ليتملكها لم يجب عليه ضمان من يقع فيها ، لأنه يملكها بالاحياء ، فتصير كما لو حفرها فى ملكه ، وهكذا ان حفرها فى الموات لا ليتملكها ولكن لينتفع بها مدة مقامه • فاذا ارتحل عنها كانت للمسلمين فلا ضمان عليه ، لأن له أن ينتفع بالموات ، فلا يكون متعديا بالحفر •

فرع اذا حفر بئرا فى طريق المسلمين ووضع آخر حجرا فى تلك الطريق فعثر بها انسان ووقع فى البئر ومات ، وجب الضمان على واضع الحجر لأنه كالدافع له فى البئر • وان حمل السيل حجرا الى رأس البئر وعثر بها انسان فوقع فى البئر ومات ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يجب ضمانه لأنه انما تلف بعثرته فى الحجر ، ولا تفريط من الحافر فى الحجر •

(والثانى) وهو قول أبى حنيفة أن الضمان على حافر البئر لأنه هو المتعدى فوجب عليه الضمان كما لو وضع رجل فى ملكه حجرا ووضع آخر سكينا بقربها وعثر بالحجر فوقع على السكين ومات ، فان الضمان على واضع السكين ، وان حفر بئرا فى طريق المسلمين ووضع آخر فى أسفلها سكينا فتردى رجل فى البئر ووقع على السكين فقتله ففيه وجهان :

(أحدهما) يجب الضمان على الحافر ، وهو قول أبى حنيفة كما قلنا فى رجلين وضع أحدهما حجرا والآخر سكينا وعثر بالحجر على السكين فان الضمان على واضع الحجر •

(والثانى) أن الضمان على واضع السكين ، لأن تلفه حصل بوقوعه على السكين قبل وقوعه فى البئر ، وان حفر رجل بئرا فى طريق المسلمين فطمها فجاء آخر وأخرج ما طمت به ففيه وجهان (أحدهما) يجب الضمان على الحافر لأنه المبتدىء بالتعدى (والثانى) أن الضمان على الثانى لأن تعدى الأول قد زال بالطم •

فـــرع اذا حفر بئرا فى ملك مشـــترك بينـــه وبين رجلين بغير اذنهما وتلف بها انسان ، قال ابن الصباغ فقياس المذهب أن جميع الديه على الحافر ، وبه قال أحمد وأصحابه • وقال أبو حنيفة : يضمن ما قابل نصيب شريكه ، فلو كان له شريكان لضمن ثلثى التالف لأنه تعـــدى فى نصيب شريكيه ، وقال أبو يوسف عليه نصف الضمان ، لأنه تلف بجهتين فكان الضمان نصفين ، كما لو جرحه واحد جرحا وجرحه آخر جرحين •

دليلنا أنه متعد بالحفر فضمن الواقع فيها كما لو كان فى ملك غيره ، والشركة أوجبت تعديه بجميع الحفر ، فكان موجبا لجميع الضـــمان ، ويبطل ما ذكر أبو يوسف بما لو حفره فى طريق مشترك ، فان له فيهـــا حقا ومع ذلك يضمن ، والحكم فيما اذا أذن له بعض الشركاء فى الحفر دون بعض كالحكم فيما اذا حفر فى ملك مشترك بينه وبين غيره لكونه لا يباح الحفر ولا التصرف حتى يأذن الجميع •

فـــرع وان بنى مسجدا فى طريق لا ضرر على المسلمين فيـــه بضيق الطريق ــ فان بناه لنفســـه ــ لم يجز ، وان سقط على انســـان ضمنه ، وان بناه للمسلمين فان كان باذن الامام جاز ولا ضمان عليه ، وان بناه بغير اذن الامام فهو كما لو حفر فيهـــا بئرا للمسلمين على ما ذكرناه هناك من الخلاف •

وان كان هناك مسجد للمسلمين فسقط سقفه فأعاده رجل من المسلمين بآلته أو بغير آلته وسقط على انسان لم يجب عليه ضمانه لأنه للمسلمين ، وان فرش فى مسجد للمسلمين حصيرا أو علق فيه قنديلا فعثر رجل بالحصير أو سقط عليه القنديل فمات ــ فان فعل ذلك باذن الامام ــ فلا ضـــمان عليه ، وان فعله بغير اذن الامام فهو كما لو حفر البئر فى الطريق الواسع للمسلمين بغير اذن الامام على الخلاف المذكور فيها •

وقال أحمد : لا ضمان عليه ، سواء كان باذن الامام أو بغير اذنه • وقال أبو حنيفة : ان فرش الحصير وعلق القنديل يضمن اذا لم يأذن فيـــه

الجيران . دليلنا أنه فعل أحسن به ولم يتعد ، وان عمارة المسجد من أعظم القربات ، ولأن هذا مأذون فيه من جهة العرف ، ولأن العادة جارية بالتبرع به من غير استئذان فلم يجب ضمان كالمأذون فيه نطقاً .

فـــرع : اذا بنى حائطا فى ملكه مستويا ، فسقط على انسان من غير أن يبقى مائلا ولا مستهدما فلا ضمان عليه ، لأنه لم يفرط ، وان بنـاه معتدلا فمال الى ملكه أو بناه مائلا الى ملكه فسقط على انسان وقتله لم يجب عليه الضمان لأن له أن يتصرف فى ملكه كيف شاء . وان بنـاه مائلا الى الشارع فسقط على انسان وقتله وجب على عاقلته الدية والكفارة فى ماله ، لأن له أن يرتفق بهو الشارع بشرط السلامة ، فاذا تلف به انسان وجب ضمانه ، وان بناه معتدلا فى ملكه ومال الى الشـارع ثم وقع على انسان فقتله ففيه وجهان :

قال أبو اسحاق : يجب ضمانه على عاقلته لأنه فرط بتركه مائلا وجب عليه الضمان كما لو بناه مائلا الى الشارع .

وقال أبو سعيد الاصطخرى : لا يجب ضمانه وهو المنصوص ، لأن الميلان حدث من غير فعله فهو كما لو سقط على انسان من غير ميل ، فان مال حائطه الى هواء دار غيره فلجاره مطالبته بازالته ، لأن الهـواء ملك لجاره فكان له مطالبته بازالة بنائه عنه ، كما قلنا فى الشجرة ، فان لم يزل حتى سقط على انسان فقتله فهل يجب عليه ضمانه ؟ على الوجهين اذا مال الى الشارع .

وان استهدم من غير ميل فقـد قال أبو سـعيد الاصطخرى والشيخ أبو حامد : ليس للجار مطالبته فى نقضه لأنه فى ملكه ، فان وقع على انسان فلا ضمان عليه قال ابن الصباغ : وهذا فيه نظر لأنه ممنوع من أن يضع فى ملكه ما يعلم أنه يتعدى الى ملك غيره كما ليس له أن يؤجج نارا فى ملكه تصل الى ملك غيره مع وجود الريح ولا يطرح فى داره ما يتعدى الى دار غيره . كذلك هنـا مثله ، لأن الظاهر اذا كان مستهدما أنه يتعـدى الى

ملك غيره • هذا مذهبنا • وقال أبو حنيفة اذا بنى الحائط معتدلا ثم مال الى دار الغير ، فان طالبه الغير بنقضه وأشهد عليه فلم ينقضه حتى سقط فقتل انسانا فعليه الضمان ، وان ذهب ليأتى بالعمال لنقضه فسقط وأتلف شيئا فلا ضمان عليه •

وتوقف أحمد عن الاجابة • وذهب أصحابه الى أنه يضمن ، وقالوا : أومأ أحمد اليه ، وبه قال الحسن والنخعى والثورى •

دليلنا أنه بناء وضعه فى ملكه فلم يجب عليه ضمان من يقع عليه ، كما لو وقع من غير ميل • أو كما لو مال ووقع من غير أن يطالب بنقضه ويشهد عليه • وان وضع على حائطه وطابا فوقع فى دار غيره أو فى الشارع أو سقط حائطه فى الشارع أو فى دار غيره فعثر به انسان ومات فهل يجب عليه الضمان ؟ على الوجهين • واذا أخرج الى الشارع جناحا أو روشنا يضر بالمارة منع منه وأمر بازالته ، فان لم يزله حتى سقط على انسان فقتله وجب عليه الضمان لأنه متعد بذلك وان أخرج جناحا أو روشنا الى الشارع لا يضر بالمارة لم يمنع منه خلافا لأبى حنيفة وقد مضى فى الصلح•

فان وقع على انسان وقتله نظرت ــ فان لم يسقط شىء من طرف الخشبة المركبة على حائط ، بل انقصفت من الطرف الخارج عن الحائط ووقعت على انسان وقتلته ــ وجب على عاقلته جميع الدية ، لأنه انما يجوز له الارتفاق بهواء الشارع بشرط السلامة • وان سقطت أطراف الخشب الموضوعة على حائط له وقتلت انسانا وجبت على عاقلته نصف الدية ، لأنه هلك بما وضعه فى ملكه وفى هواء الشارع ، فانقسم الضمان عليهما ، وسقط ما قابل فى ملكه ووجب ما فى هواء الشارع •

وحكى القاضى أبو الطيب قولا آخر أنه ينظر كم على الحائط من الخشب ، وكم على الهواء أو الطرف الخارج منها ، فالحكم فيه واحد ، لأنه تلف بجميعها ، والأول هو المشهور •

وقال أصحاب أحمد : على المخرج الضمان لأنه تلف بما أخرجه الى حق الطريق فضمنه كما لو بنى حائطا مائلا الى الطريق فأتلف ، أو أقام خشبة فى ملكه مائلة ، ولأنه اخراج يضمن به البعض فضمن به الكل بناء على أصله .

فـــرع اذا أخرج ميزابا الى الشارع جاز لما سقناه فى كتاب الضمان من أن عمر رضى الله عنه مر تحت ميزاب العباس رضى الله عنه فقطرت عليه قطرة ، فأمر بقلعه فخرج العباس وقال : قلعت ميزابا نصبه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عمر : لا ينصبه الا من يرقى على ظهرى ، فانحنى عمر وصعد العباس على ظهره فوضعه ، وهو اجماع لا خلاف فيه ، فان سقط على انسان فقتله أو بهيمة فأتلفها فحكى المصنف وأكثر أصحابنا فيه قولين :

قال فى القديم : لا يجب ضمانه ، وبه قال مالك ، لأنه غير متعد باخراجه فلم يضمن ما تلف به ، كما لو أخرجه الى ملكه ، ولأنه مضطر اليه لا يجد بدأ منه فلم يلزمه ضمان ما تلف به .

وقال فى الجديد : يجب ضمانه ، وبه قال أبو حنيفة ، وهو المذهب عند أحمد بلا خلاف بين أصحابه ، لأنه ارتفق بهواء طريق المسلمين فاذا تلف به انسان وجب عليه ضمانه كما قلنا فى الجناح ، وقول الأول لا يجد بدأ منه غير صحيح ، لأنه يمكنه أن يحفر فى ملكه بئرا يجرى الماء اليها ، فاذا قلنا بهذا وسقط جميع الميزاب الذى على ملكه والخارج منه وقتل انسانا وجب ضمانه ، وكم يجب من ديته ؟ على المشهور من المذهب يجب نصف الدية . وعلى القول الثانى الذى حكاه القاضى أبو الطيب تقسط الدية على الميزاب فيسقط منها بقدر ما على ملكه من الميزاب ثم يجب بقدر الخارج منه عن ملكه .

وقال أبو حنيفة : ان أصابه بالطرف الذى فى الهواء وجبت جميع ديته ، وان أصابه بالطرف الذى على الحائط لم يجب ضمانه ، ودليلنا أنه

تلف بنقل الجميع دون بعضه ، وان انتصف الميزاب فسقط منـه ما كان خارجا عن ملكه وقتل انسانا وجبت جميع ديته على عاقلته ، فيقال فى هذه وفى التى قبلها رجل قتل رجلا بخشبة فوجبت بعض دية المقتول ، ولو قتله ببعض تلك الخشبة لوجبت جميع دية المقتول .

وقال الشيخ أبو حامد : اذا وقع الميزاب على انسان فقتله ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أن عليه الضمان (والثانى) لا ضمان عليه (والثالث) على عاقلته نصف الدية من غير تفصيل .

فـــرع قال الشيخ أبو حامد : وان طرح على باب داره قشـور البطيخ أو الباقلا الرطب أو الموز أو رشه بالماء فزلق به انسان فمات كانت ديته على عاقلته والكفارة فى ماله ، لأن له أن يرتفق بالمباح بشرط السلامة ، فاذا أدى الى التلف كان عليه الضمان وان ركب دابة فبالت فى الطريق أو راثت وزلق به انسان ومات كان عليه الضمان ، وكذلك لو أتلفت انسـانا بيدها أو رجلها أو نابها فعليه ضمانه لأن يده عليها ، فاذا تلف شىء بفعلها كان كما لو تلف بفعله أو سبب فعله وان ترك على حائط جرة فرمتها الريح على انسان فمات لم يجب عليه الضمان لأنه غير متعد بوضعها على ملكه ووقعت من غير فعله ، وكذلك اذا سجر تنورا فى ملكه وارتفعت شرارة الى دار غيره فأحرقته فلا ضمان عليه لما ذكرناه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **وان اصطدم فارسان أو راجلان وماتا وجب على كل واحد منهما نصف دية الآخر . وقال المزنى : ان استلقى أحدهما فانكب الآخر على وجهه وجب على المنكب دية المستلقى وهدر دمه ، لأن الظـاهر أن المنكب هـو القاتل والمستلقى هو المقتول ، وهذا خطأ لأن كل واحد منهما هلك بفعله وفعل صاحبه فهدر النصف بفعله ووجب النصف بفعل صاحبه ، كما لو جرح كل واحد منهما نفسه وجرحه صاحبه .**

ووجه قول المزنى لا يصح ، لأنه يجوز أن يكون المستلقى صدم صـدمة

شديدة فوقع مستلقيا من شدة صدمته ، وان ركب صبيان او أركبهما وليهما واصطدما وماتا فهما كالبالغين ، وان أركبهما من لا ولاية له عليهما فاصطدما وماتا وجب على الذى أركبهما دية كل واحد منهما النصف ، بسبب ما جنى كل من الصبيين على نفسه ، والنصف بسبب ما جناه الآخر عليه .

وان اصطدمت امرأتان حاملان فماتتا ومات جنيناهما كان حكمهما فى ضمانهما حكم الرجلين ، فأما الحمل فانه يجب على كل واحدة منهما نصف دية جنينها ونصف دية جنين الأخرى لجنايتهما عليهما .

فصل وان وقف رجل فى ملكه أو فى طريق واسع فصدمه رجل فماتا هدر دم الصادم ، لأنه هلك بفعل هو مفرط فيه فسقط ضمانه ، كما لو دخل دار رجل فيها بئر فوقع فيها ، وتجب دية المصدوم على عاقلة الصادم ، لأنه قتله بصدمة هو متعد فيها ، وان وقف فى طريق ضيق فصدمه رجل وماتا وجب على عاقلة كل واحد منهما دية الآخر ، لأن الصادم قتل الواقف بصدمة هو مفرط فيها ، والمصدوم قتل الصادم بسبب هو مفرط فيه ، وهو وقوفه فى الطريق الضيق ، وان قعد فى طريق ضيق فعثر به رجل فماتا كان الحكم فيه كالحكم فى الصادم والمصدوم وقد بيناه) .

الشرح اذا اصطدم راكبان أو راجلان فماتا وجب على كل واحد منهما نصف دية الآخر وسقط النصف ، وبه قال مالك . وقال أبو حنيفة وصاحباه وأحمد واسحاق : يجب على عاقلة كل واحد منهما جميع دية الآخر . وروى عن على رضى الله عنه المذهبان . دليلنا أنهما استويا فى الاصطدام وكل واحد منهما مات بفعل نفسه وفعل غيره ، فسقط نصف ديته بفعل نفسه ووجب النصف بفعل غيره ، كما لو شارك غيره فى قتل نفسه .

قال الشافعى رضى الله عنه : وسواء غلبتهما دابتاهما أو لم تغلبهما أو أخطأ ذلك أو تعمدا ، أو رجعت دابتاهما القهقرى فاصطدما ، أو كان أحدهما راجعا والآخر مقبلا . اهـ .

وجملة ذلك أنهما اذا غلبتهما دابتاهما أو لم تغلباهما الا أنهما أخطآ فعلى عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر مخففة ، وان قصدا الاصطدام فلا يكون عمدا محضا ، وانما يكون عمدا خطأ ، فيكون على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر مغلظة .

وقال أبو اسحاق المروزى : يكون فى مال كل واحد منهما نصف دية الآخر مغلظة لأنه عمد محض ، وانما لم يجب القصاص لأنه شارك من فعله غير مضمون والأول هو المنصوص ، لأن الصدمة لا تقتل غالبا • ولو كان كذلك لكان فى القصاص قولان ، ولا فرق بين أن يكونا مقبلين أو مدبرين، أو أحدهما مقبلا والآخر مدبرا ، الا أن الاصطدام قد وجد ، وان كان فعل المقبل أقوى ، وكذلك لا فرق بين أن يكونا فرسين أو حمارين أو بغلين ، أو أحدهما على فرس والآخر على بغل أو حمار ، لأن الاصطدام قد وجد منهما ، وان كان فعل أحدهما أقوى من فعل الآخر ، كما لو جرح رجل رجلا جراحات وجرحه الآخر جراحة ومات منها •

قال الشافعى رضى الله عنه : ولا فرق بين أن يكونا بصيرين أو أعميين ، أو أحدهما أعمى والآخر بصيرا لأن الاصطدام قد وجد منهما ، ولا فرق بين أن يقعا مكبوبين أو مستلقيين ، أو أحدهما مكبوبا والآخر مستلقيا • وقال المزنى : اذا وقع أحدهما مكبوبا على وجهه والآخر مستلقيا على ظهره ، فان القاتل هو المكبوب على وجهه ، فعلى عاقلته جميع الدية للمستلقى ولا شىء على عاقلة المستلقى والمنصوص هو الأول ، لأنهما قد اصطدما ، ويجوز أن يقع مستلقيا على ظهره من شدة صدمته • ألا ترى أن رجلا اذا طرح حجرا على حجر رجع الحجر الى خلف من شدة وقوعه وثبوت الآخر ، فكذلك هذا مثله ، وان ماتت الدابتان وجب على كل واحد منهما نصف قيمة دابة الآخر ، لأنها تلفت بفعله وفعل صاحبه ، ولا تحمله العاقلة ، لأن العاقلة لا تحمل المال ، وان كان أحدهما راكبا والآخر ماشيا فالحكم فيهما كما لو كانا راكبين أو ماشيين ، وانما يتصور هذا اذا كان الماشى طويلا والراكب أقصر •

فـــرع اذا اصطدم صغيران راكبان نظرت ــ فان ركبا بأنفسهما أو أركبهما ولياهما ــ فهما كالبالغين ، لأن للولى أن يركب الصغير ليعلمه ، وان أركبهما أجنبيان فعلى عاقلة كل واحد منهما من المركبين نصف دية كل واحد منهما لأن كل واحد من المركبين هو الجانى على الذى أركبه

وعلى الذى جنى عليــه • وان كان المصــطدمتان حاملتين فماتتا ومات جنيناهما وجبت على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الأخرى ، وكذلك تجب على عاقلة كل واحد منهمــا نصف دية جنينهــا ونصف دية جنين الأخرى ، لأن كل واحدة منهما قتلت جنينها وجنين الأخرى • وان خرج جنين احداهما منها قبل موتها لم ترث من ديته لأنها قاتلة له ويجب على كل واحدة منهما أربع كفارات لأن كل واحدة منهما قاتلة لنفسها وجنينها والأخرى وجنينها ، فوجب عليهما أربع كفارات ، ولو كانتا أمى ولد أو أمتين فلهما أحكام أخرى لا مكان لها هنا ، حيث التزمنا الاقتصــار على المسائل والفروع العملية واختصار ما عدا ذلك أو المرور عليه كراما •

مســألة قال الشافعى رضى الله عنه : وان كان أحدهما واقفــا فصــدمه الآخر فمــاتا ، فدية الصــادم هدر ودية صــاحبه على عاقلة الصادم ، ا هـ •

وجملة ذلك أن الرجل اذا كان واقفا فى موضع فصــدمه آخر فماتا نظرت ــ فان كان الواقف وقف فى ملكه أو فى طريق واســع لا يتضرر الناس بوقوفه فيــه ، فان دية المصــطدم وهو الواقف تجب على عاقلة الصادم ، لأنه مات بفعله ؛ وتهــدر دية الصادم ، لأن الواقف غير مفرط بالوقوف فى موضعه ، وسواء كان الواقف قائما أو قاعدا أو مضطجعا أو نائما ، وسواء كان بصيرا أو أعمى يمكنه أن يحترز فلم يفعل ، أو لا يمكنه لأن فعل الصادم مضمون ، وان أمكن المصدوم الاحتراز منه ، كمــا لو طلب رجلا ليقتله وأمكن المطلوب الاحتراز منه فلم يفعل حتى قتله ، فان انحرف الواقف فوافق انحرافه صدمة الصادم فماتا فقد مات كل واحد منهما بفعله وفعل صاحبه فيكونان كالمتصادمين فيجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر ونصف قيمة الســيارة اذا كان كل منهمــا يقود سيارة • فاذا كان أحدهما يقود ســيارة والآخر راجلا وصــدم الراكب الراجل ، فان كان الراجل مخطئا فى تعرضه للسيارة وكان يمكن للراكب أن يتوقى الصــدام فلم يفعل كان عليه نصف دية الراجل لأنه مات بفعله

وفعل الراكب ، فان لم يكن يمكنه الاحتراز منه لسبب لا يرجع الى تقصير منه أو خلل فى (فرامل السيارة) فليس على الراكب دية ، فان كان الراكب غير مقصر فى آداب الطريق الا أنه أراد أن يتوقى خطرا لاح له فترتب على وقوفه المفاجىء اصطدام من الخلف بسيارة مسرعة وراءه فمات سائقها ، فان كان يمكنه أن يعطى اشارة حمراء لمن خلفه فلم يفعل كانت الدية مخففة ، أما اذا أعطى اشارة حمراء فليس عليه دية لأن الذى خلفه مات بفعل نفسه فلم يستحق دية •

قال الشافعى رضى الله عنه : فان انحرف موليا فمات فعلى عاقلة الصادم دية كاملة ، وصورته أن يكون وجه الواقف الى المقبل فلما رآه انحرف موليا ليتنحى عن طريقه فأصابه فمات ، فجميع ديته على عاقلة الصادم ، لأنه لا فعل له فى قتل نفسه ودية الصادم هدر • وأما اذا كان واقفا فى طريق ضيق للمسلمين فعلى عاقلة كل واحد منهما جميع دية الآخر • أما الصادم فلأنه قاتل ، وأما المصدوم فلأنه كان السبب فى قتل الصادم ، وهو وقوفه فى الطريق الضيق ، لأنه ليس له الوقوف هناك ، والفرق بين هذا وبين المتصادمين أن كل واحد من المتصادمين مات بفعله وفعل صاحبه • وها هنا كل واحد منهما قاتل لصاحبه منفرد بقتله ، لأن الصادم انفرد بالاصابة والمصدوم انفرد بالسبب الذى مات به الصادم •

ومن أصحابنا من قال : ليس على عاقلة المصدوم شىء بحال ، والأول أصح • هذا نقل أصحابنا البغداديين •

وقال المسعودى : نص الشافعى رحمه الله اذا كان الرجل واقفا فى الطريق فصدمه آخر فماتا أن دية الصادم هدر ودية الواقف على عاقلة الصادم • وقال فيمن نام فى الطريق فصدمه آخر فماتا أن دم النائم هدر ودية الصادم على عاقلة النائم ، فمن أصحابنا من جعل المسألتين على قولين ، ومنهم من أجراهما على ظاهرهما وفرق بينهما بأن الانسان قد يقف فى الطريق ليجيب داعيا وما أشبهه ، فأما النوم والقعود فليس له ذلك •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل فان اصـطدمت سـفينتان وهلكتا وما فيهمـا ، فان كان بتفريط من القيمين بأن قصرا فى آلتهما أو قدرا على ضبطهما فلم يضبطا ، أو سيرا فى ريح شديدة لا تسير السفن فى مثلها . وان كانت السفينتان وما فيهما لهما وجب على كل واحد منهما نصف قيمة سـفينة صاحبه ونصف قيمـة ما فيها . ويهدر النصف . وان كانتا لغيرهما وجب على كل واحد منهما نصف قيمة سفينته ونصف قيمة ما فيها ونصف قيمة سفينة صاحبه ونصف قيمة ما فيها ، لما بيناه فى الفارسين ، فان كان فى السفن رجال فهلكوا ضمن عاقلة كل واحد منهما نصف ديات ركاب سـفينته وركاب سـفينة صاحبه ، فان قصدا الاصطدام وشهد أهل الخبرة أن مثل هذا يوجب التلف ، وجب على كل واحد منهما القصاص لركاب سفينته وركاب سفينة صاحبه ، وان لم يفرطا ففى الضمان قولان .

(أحدهما) يجب كما يجب فى اصـطدام الفـارسين اذا عجزا عن ضبط الفرسين ، (والثانى) لا يجب لأنها تلفت من غير تفريط منهما ، فأشـبه اذا تلفت بصاعقة . واختلف أصحابنا فى موضع القولين ، فمنهم من قال : القولان اذا لم يكن من جهتهما فعل ، بأن كانت السفن واقفة فجاءت الريح فقلعتها .

فأما اذا سيرا ثم جاءت الريح فغلبتهما ثم اصطدما وجب الضمان قولا واحدا لأن ابتداء السير كان منهما فلزمهما الضمان كالفارسين .

وقال أبو اسحاق وأبو سـعيد القولان فى الحالين ، وفرقوا بينهما وبين الفارسين بأن الفارس يمكنه ضبط الفرس باللجـام ، والقيم لا يمكنه ضبط السفينة ، فان قلنا انه يجب الضمان كان الحكم فيه كالحكم اذا فرطا الا فى القصاص ، فانه لا يجب مع عدم التفريط ، وان قلنا أنه لا يجب الضمان نظرت فان كانت السفن وما فيها لهما لم يجب على كل واحد منهما ضـمان . وان كانت السفن مستاجرة والمتاع الذى فيها أمانة كالوديعـة ومال المضـاربة لم يضمن ، لأن الجميع أمانة فلا تضمن مع عدم التفريط .

وان كانت السفن مستاجرة والمتاع الذى فيها يحمل باجرة لم يجب ضمان السفن لأنها أمانة ، وأما المال فهو مال فى يد أجير مشـترك ، فان كان معه صاحبه لم يضمن ، وان لم يكن معه صاحبه فعلى القولين فى الأجير المشترك ، وان كان أحدهما مفرطا والآخر غير مفرط ، كان الحكم فى المفرط ما ذكرناه اذا كانا مفرطين . والحكم فى غير المفرط ما ذكرناه اذا كانا غير مفرطين .

فصل **اذا كان فى السفينة متاع لرجل فثقلت السفينة فقال رجل لصاحب المتاع ألقى متاعك فى البحر وعلى ضمانه فالقاه وجب عليه الضمان ، وقال أبو ثور : لا يجب لأنه ضمان ما لم يجب ، وهذا خطأ لأن ذلك ليس بضمان لأن الضمان يفتقر الى مضمون عنه وليس ههنا مضمون عنه وانما هو استدعاء اتلاف بعوض لغرض صحيح ، فان قال : ألق متاعك وعلى وعلى ركاب السفينة الف فالقاه لزمه بحصته ، فان كانوا عشرة لزمه مائة ، وان كانوا خمسة لزمه مائتان لأنه جعل الألف على الجميع فلم يلزمه أكثر من الحصة ، فان قال : انا ألقيه على أنى وهم ضمناء فالقاه ففيه وجهان (احدهما) أنه يجب عليه الحصة لما ذكرناه (والثانى) يجب عليه ضمان الجميع لأنه باشر الاتلاف) .**

الشرح اذا اصطدمت سفينتان فانكسرتا وتلف ما فيهما فلا يخلو الربانان وهما القيمان اما أن يكونا مفرطين فى الاصطدام أو غير مفرطين ، أو أحدهما مفرطا والآخر غير مفرط ، فان كانا مفرطين بأن أمكنهما ضبطهما أو الانحراف فلم يفعلا فقد صارا جانيين ، فان كانت السفينتان وما فيهما لهما وجب على كل واحد منهما نصف قيمة سفينته ونصف قيمة ما فيها ونصف قيمة سفينة صاحبه ونصف قيمة ما فيها ، لأن كل واحد منهما تلف بفعلهما ، وسواء كانت السفينتان وديعة أو عارية أو بأجرة ، وسواء كان المال فيهما وديعة أو قراضا أو يحمل بأجرة لأن الجميع يضمن بالتفريط ، وان كان فيهما أحرار وماتوا وقصدوا الاصطدام . وقال أهل الخبرة : ان مثل ما قصدا اليه وفعلاه يقتل غالبا ، فانها جناية عمد محض ، فقد وجب عليهما القود لجماعة فى حالة واحدة ، فيقرع بين أولياء المقتولين ، فاذا خرجت عليهما القرعة بواحد قتلا بواحد ووجب الباقين الدية فى أموالهما .

وان قالوا : لا يقتل مثله غالبا أو لم يقصد الاصطدام وانما فرطا وجب على عاقلة كل واحد منهما نصف ديات ركاب السفينتين .

واذا لم يفرط الربانان أو القيمان مثل أن اشتدت الريح واصطدمت الأمواج فلم يمكنهما امساكهما بطرح الانجد ، ولا بأن يعدل أحدهما عن سمت الأخرى حتى اصطدمتا وهلكتا ففيه قولان :

(أحدهما) أن عليهما الضمان لأنهما فى أيديهما ، فما تولد من ذلك كان عليهما ضمانه ، وان لم يفرطا كالفارسين اذا تصادما وغلب عليهما الفرسان ، ولأن كل من ابتدأ الفعل منه فانه يضمن ذلك الفعل اذا صار جناية ، وان كان بمعونة غيره كما لو رمى سهما الى غرض فحمل الريح السهم الى انسان وقتله .

(والثانى) لا ضمان عليهما لأنه لا فعل لهما ابتداء ولا انتهاء ، وانما ذلك من فعل الريح فهو كما لو نزلت صاعقة فأحرقت السفينتين ، واختلف أصحابنا فى موضع القولين ، فمنهم من قال : القولان اذا لم يكن للربان فعل لا ابتداء ولا انتهاء وهو فى المراكب التى ينصب الربان الشراع ويمد الحبال ويقيمه نحو الريح حتى اذا هبت الريح دفعه . فأما السفن البخارية فان اندفاعها ماخرة فى عباب البحر بمحركاتها التى تقوم مقام المجداف فى الزوارق الصغيرة ، وهذه السفن يمكن التحكم فى سيرها الى مسافة تحددها علوم البحار التى تقرر لكل سفينة قوة وحمولة وسرعة يمكن التحكم فى سيرها وتوقى الاصطدام بغيرها الى مسافة معينة . فاذا تعذر فلا ضمان .

أما السفن الصغار التى تسير بالمجداف أو الزوارق البخارية فانه يجب الضمان قولا واحدا ، لأن ابتداء الفعل منهما . ومنهم من قال : القولان اذا لم يكن منهما فعل بأن كانتا واقفتين أو لم يسيرهما رباناهما فجاءت الريح فقلعتهما فأما اذا سيرا فقلعتهما فيجب الضمان قولا واحدا ، ولم تفرق بين السفن التى تسير بنصب الشراع أو التى تسير بالبخار أو الصغار التى تسير بالمجداف .

ومنهم من قال : القولان فى الجميع سواء كانتا واقفتين أو سيراهما ، وسواء كانتا تسيران بالشراع أو البخار أو المجداف ، لأن الفارس يمكنه ضبط النفس باللجام . والسفينتان لا يمكنه أن يسيرها سيرا لا يغلبه الريح عليها . بل ان العوامل الجوية وهياج البحر له تأثير على ضبط القيادة وتفادى المخاطر .

فاذا قلنا : يجب عليهما الضمان ، فان كانت السفينتان وما فيهما لهما فلا يجب عليهما الضمان ، وكذلك اذا كانت السفينتان معهما وديعة ، والمال الذى فيهما حملاه بأجرة فلا ضمان عليهما فى السفينة ، وأما المال — فان كان رب المال معه لم يضمنه الأجير ، لأن يد صاحبه عليه ، وان لم يكن رب المال معه فعلى قولين لأن اجيره مشترك ، وكذلك اذا استأجر على القيام بالسفينتين وما فيهما فهما أجيران مشتركان ، فان كان رب السفينة والمال معه فلا ضمان ، وان لم يكن معه فعلى القولين ، وان كان أحدهما مفرطا والآخر غير مفرط ، قال الشيخ أبو حامد فان المفرط جان والآخر غير جان ، فان كانت السفينتان وما فيهما لهما كان على المفرط قيمة سفينة صاحبه وما فيها ، لأنها تلفت بفعله ، أما سفينته وما فيها فلا يرجع به على أحد لأنهما هلكتا بفعله ، وان كانتا وما فيهما لغيرهما كان على المفرط قيمة سفينته وقيمة ما فيها ، وعليه قيمة سفينة صاحبه وقيمة ما فيها ، ولصاحب السفينة الذى لم يفرط قيمتها وله أن يطالب المفرط بذلك ، وان أراد أن يطالب الربان الذى لم يفرط — فان قلنا : ان الربان يضمن وان لم يفرط — فها هنا له أن يضمنه ثم يرجع الذى لم يفرط بما غرمه على المفرط ، وان قلنا : ان الربان لا يضمن اذا لم يفرط — فان كانت السفينة معه وديعة أو المال معه قراض — فلا ضمان عليه وا نكان ذلك بيده استؤجر على حمله — فهو أجير مشترك ؛ وان لم يكن صاحبه معه — فان قلنا لا يضمن لم يكن له مطالبته ، وان قلنا يضمن فله أن يطالبه ثم يرجع بما غرمه على المفرط ، فان انكسرت احداهما دون الأخرى فالحكم فى المنكسرة حكمها اذا انكسرتا .

فـــرع قال الشافعى رضى الله عنه : واذا صدمت سفينته من غير أن يتعمد بها الصدم لم يضمن شيئا مما فى سفينته بحال .

واختلف أصحابنا فى صورتها فمنهم من قال : صورتها أن يكون الربان قد عدل سفينته الى الشط وربطها فطرح الانجد فجاءت سفينة أخرى فصدمتها فتلفت وما فيها فلا ضمان عليه ، لأنه لا فعل له يلزمه به

للضمان • وهذا القائل يقول : قول الشافعي صدمت سفينته انما هو بضم الصاد فعل لما لم يسم فاعله ، ومنهم من قال : صورتها اذا لم يكن منه تفريط ، وأجاب بأحد القولين وهو الأصح لأنه قال : صدمت سفينته من غير أن يتعمد بها الصدم ، ولا يقال ذلك للمصدوم ، وانما يقال مثله للصادم •

مسألة قوله : اذا كان فى السفينة متاع الخ • فان جملة ذلك اذا كان قوم فى سفينة وفيها متاع فثقلت السفينة من المتاع ونزلت فى الماء وخافوا الغرق فان ألقى بعضهم متاعه فى البحر لتخف السفينة وسلموا لم يرجع به على أحد لأنه أتلف ماله باختياره من غير أن يضمن له غيره عوضا فهو كما لو أعتق عبده • وان طرح مالا لغيره من غير اذنه لتخف السفينة وجب عليه ضمانه لأنه أتلف مال غيره بغير اذنه فوجب عليه ضمانه كما لو خرق ثوبه وان قال لغيره : ألق متاعك فى البحر ولم يضمن له عوضا فألقاه فقد قال المسعودى : هل يجب على الذى أمره بالالقاء ضمانه ؟ فيه وجهان كما قلنا اذا قال لغيره : اقض عنى دينى ولم يضمن له عوضه •

وقال سائر أصحابنا : لا يلزمه ضمانه ، وهو المنصوص ، لأنه لم يضمن له بدله فلم يلزمه ، كما لو قال : أعتق عبدك فأعتقه ، والفرق بينه وبين قضاء الدين متحقق نفعه للطالب لأن ذمته تبرأ بالقضاء ، وها هنا لا يتحقق النفع بذلك ، بل يجوز أن يسلموا ويجوز أن لا يسلموا •

وان قال له : ألق متاعك فى البحر وعلى ضمانه أو على أنى أضمن لك قيمته ، فألقاه ، وجب على الطالب ضمانه ، وهو قول الفقهاء كافة الا أبا ثور فانه قال : لا يلزمه لأنه ضمان ما لم يجب ، وهذا خطأ ، لأنه استدعى اتلاف مال لغرض صحيح فصح ، كما لو قال : أعتق عبدك وعلى قيمته أو طلق امرأتك وعلى ألف •

فرع وان قال لغيره : ألق متاعك فى البحر وعلى وعلى ركاب السفينة ضمانه فألقاه ، وجب على الطالب حصته ، فان كانوا عشرة لزمه

ضمان عشرة • وان قال ألقه على أن أضمنه وكل واحد من ركاب السفينة، فألقاه ، وجب على الطالب ضمان جميعه لأنه شرط أن يكون كل واحد

وان قال : ألق متاعك وعلى وعلى ركاب السفينة ضمانه ، وقد أذنوا لى فى ذلك فان صدقوه لزم كل واحد منهم بحصته وان أنكروا حلفوا ولزم الطالب ضمانه جميعه . وان قال : ألق متاعك وعلى وعلى ركاب السفينة ضمانه وعلى تحصيله منهم فألقاه وجب على الطالب ضمان جميعه•

وان قال صاحب المتاع لآخر ألقى متاعى وعليك ضمانه ، فقال نعم فألقاه ، وجب عليه ضمانه لأن ذلك بمنزلة الاستدعاء منه • وان قال : ألق متاعك وعلى نصف قيمته وعلى فلان ثلثه وعلى فلان سدسه ، فألقاه ، فان صدقه الآخران أنهما أذنا للطالب فى ذلك ــ لزمه نصف قيمته ولزم الآخران النصف ، وان أنكر الآخران حلفا ووجب الجميع على الطالب ، فان قال الطالب : ألقى أنا متاعك وعلى ضمانه ، فقال صاحب المتاع : نعم ، فألقاه لم يكن مأثوما ووجب عليه ضمانه •

فان قال الطالب : ألقى أنا متاعك وعلى وعلى ركاب السفينة ضمانه • فقال صاحب المتاع : نعم فألقاه ففيه وجهان (أحدهما) لا يلزم الملقى الا بحصته لأنه قدر ما ضمن (والثانى) يلزمه الجميع لأنه باشر الاتلاف • وان قال لغيره : ألق متاع فلان وأنا ضامن لك لو طلبك لم يصح هذا الضمان ، يلزم الضمان على الملقى لأنه هو المباشر •

مسألة استحدثت فى عصرنا هذا شركات تقوم بالتزام دفع ضمان ما يهلك من السفن أو السيارات وتصدر القوانين من الحكومات لالزام أصحاب السيارات والسفن والمصانع أداء قدر من المال الى هذه الشركات الضامنة وتسمى شركات التأمين ، فأما من جهة الضمان فلا خوف فى جوازه بناء على ما قلنا فيمن قال : ألق متاعك وأنا ضامن فانه يلزمه الضمان • وأما ما يؤدى الى هذه الشركات فهل يجرى مجرى الأجر على الضمان ؟ أم أنها أموال معونة ورفق ترصد لتكون على أهبة الاستعداد

دائما لدفع الضمان عند حدوث التلف ؟ أم أنها صور ربوية محظورة ؟ أم هى من القمار المحرم ؟ هذا ما سبق تفصيله فى كتاب الشركة وفى كتاب القراض من الجزء الثالث عشر •

فرع وان خرق رجل السفينة فغرق ما فيها ، فان كان مالا ، لزمه ضمانه ، سواء خرقها عمدا أو خطأ ، لأن المال يضمن بالعمد والخطأ ، وان كان فيه أحرار فغرقوا وماتوا — فان كان عامدا مثل أن يقلع منها لوحا يغرق مثلها من قلعه فى الغالب — وجب عليه القود بهم ، فيقتل بأحدهم وتجب للباقين الدية فى ماله وان كان مخطئا بأن سقط من يده حجر أو فأس فخرق موضعا فيها فغرقوا كان على عاقلته دياتهم مخففة ، وان كان عمد خطأ مثل أن كان فيها ثقب فأراد صلاحه فانخرق عليه كان على عاقلته دياتهم مغلظة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل فان رمى عشرة انفس حجراً بالمنجنيق فرجع الحجر وقتل احدهم سقط من ديته العسر ووجب تسعة أعشار الدية على الباقين لأنه مات من فعله وفعلهم ، فهدر بفعله العشر ، ووجب الباقى على التسعة •

فصل واذا وقع رجل فى بئر ووقع آخر خلفه من غير جذب ولا دفع فان مات الأول وجبت ديته على الثانى لما روى على بن رباح اللخمى أن بصيراً كان يقود أعمى فوقعا فى بئر فوقع الأعمى فوق البصير فقتله ، فقضى عمر رضى الله عنه بعقل البصير على الأعمى فكان الأعمى ينشد فى الموسم •

يا أيها الناس لقيت منكرا هل يعقل الأعمى الصحيح المبصرا

خرا معاً كلاهما تكسرا

ولأن الأول مات بوقوع الثانى عليه فوجبت ديته عليه ، وان مات الثانى هدرت ديته ، لأنه لا صنع لغيره فى هلاكه ، وان ماتا جميعاً وجبت دية الأول على الثانى ، وهدرت دية الثانى لما ذكرناه ، فان جذب الأول الثانى ومات الأول هدرت ديته ، لأنه مات بفعل نفسه ، وان مات الثانى وجبت ديته على الأول لأنه مات بجذبه ، وان وقع الأول ثم وقع الثانى ثم وقع الثالث ، فان

كان وقوعهم من غير جذب ولا دفع وجبت دية الأول على الثانى والثالث ، لأنه مات بوقوعهما عليه ، وتجب دية الثانى على الثالث ، لأنه انفرد بالوقوع عليه فانفرد بديته ، وتهدر دية الثالث لأنه مات من وقوعه ، فان جذب بعضهم بعضاً بأن وقع الأول وجذب الثانى وجذب الثانى الثالث وماتوا وجب للأول نصف الدية على الثانى ، لأنه مات من فعله بجذب الثانى ، ومن فعل الثانى بجذب الثالث ، فهدر النصف بفعله ووجب النصف ، ويجب للثانى نصف الدية على الأول لأنه جذبه ويسقط نصفها لأنه جذب الثالث ، ويجب للثالث الدية لأنه لا فعل له فى هلاك نفسه ، وعلى من تجب ؟ فيه وجهان :

(احدهما) أنها تجب على الثانى لأنه هو الذى جذبه .

(والوجه الثانى) أنها تجب على الأول والثانى نصفين ، لأن الثانى جذبه والأول جذب الثانى فاضطره الى جذب الثالث ، وكان كل واحد منهما سبباً فى هلاكه فوجبت الدية عليهما .

فصـــل وان تجارح رجلان وادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه قصد قتله فجرحه دفعاً عن نفسه فالقول قول كل واحد منهما ، مع يمينه أنه ما قصد قتل صاحبه ، فاذا حلفا وجب على كل واحد منهما ضمان جرحه ، لأن الجرح قد وجد وما يدعيه كل واحد منهما من قصد الدفع عن نفسه لم يثبت فوجب الضمان) .

الشرح خبر على بن رباح اللخمى أخرجه الدارقطنى عن اسماعيل المحاملى نا زيد بن الحباب نا موسى بن على بن رباح اللخمى ، وقد أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى من رواية موسى بن على بن رباح عن أبيه . قال الحافظ ابن حجر : وفيه انقطاع ، ولفظه : فقضى عمر بعقل البصير على الأعمى ، فذكر أن الأعمى كان ينشد ، ثم ذكر الأبيات .

أما المنجنيق فانه آلة يرمى عنها بالحجارة ، يقال بفتح الميم وجاء كسرها عن ابن قتيبة وجمعه مجانق وهى معربة ، وأصلها بالفارسية « من جى نيك » أى ما أجودنى ، وهو بمثابة المدافع التى تقذف قذائف النيران فى عصرنا هـذا ، وقد ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم حاصر الطائف بالمنجنيق . أما على بن رباح أبو عبد الله المصرى قال على بن عمر الحافظ : لقبه على بالضم وثقه النسائى وفى الخلاصة مات بعد العشر ومائة ، وفى التهذيب سنة سبع عشرة .

أما الأحكام فانه اذا رمى عشرة أنفس حجرا بالمنجنيق فأصابوا رجلا من غيرهم فقتلوه فقد اشتركوا فى قتله ــ فان لم يقصدوا بالرمى أحدا ــ وجبت ديته مخففة على عاقلة كل واحد منهم عشرها ، وان كانوا قصدوه بالرمى فأصابوه لم يكن عمد خطأ ، لأنه لا يمكن قصد رجل بعينه بالمنجنيق ، وانما يتفق وقوعه ممن وقع به ، فتجب ديته مغلظة على عاقلة كل واحد منهم عشرها ، وان رجع الحجر على أحدهم فقتله سقط من ديته العشر ووجب على عاقلة كل واحد من التسعة عشر ديته لأنه مات بفعله • وفعلهم ، فهدر ما يقابل فعله ووجب ما يقابل فعلهم • وانما تجب الدية على من مد منهم الحبال ورمى الحجر ، كمن وضع القذيفة فى المدفع والآخر ضبط الهدف وغيره ضغط الزناد ، فاذا أحضر أحدهم القذيفة ثم تنحى فلا شىء عليه لأنه صاحب سبب والمباشر غيره فتعلق الحكم بالمباشر •

قوله « واذا وقع فى بئر الخ » فجملة ذلك أنه اذا وقع رجل فى بئر أو زبية ــ وهى حفرة فى موضع عال يصاد فيها الأسد ونحوه ــ والجمع زبى مثل مدية ومدى • ومن اطلاق الزبية على المحل المرتفع قول عثمان لعلى أيام الحصار فى الدار : قد بلغ السيل الزبى ــ فوقع عليه آخر فمات الأول وجب ضمان الأول على الثانى للأثر الذى سقناه عن الأعمى الذى قضى عمر رضى الله عنه عليه أن يعقل البصير ثم ينظر فيه ، فان كان الثانى رمى بنفسه عليه عمدا وكان وقوعه عليه يقتله فى الغالب وجب على الثانى القود ، وان رمى بنفسه عليه وكان وقوعه عليه لا يقتله غالبا وجبت فيه دية مغلظة على عاقلة الثانى • وان وقع عليه مخطئا وجبت على عاقلته دية مخففة وتهدر دية الثانى بكل حال ، لأنه لم يمت بفعل أحد ، وان وقع الأول ووقع عليه ثان ووقع فوقهما ثالث وماتوا قال ابن الصباغ : فقد ذكر الشيخ أبو حامد أن ضمان الأول على الثانى والثالث لأنه مات بوقوعهما عليه وضمان الثانى على الثالث لأنه انفرد بالوقوع عليه ويهدر دم الثالث لأنه لم يمت بفعل أحد •

وذكر القاضى أبو الطيب أن الثالث يضمن نصف دية الثانى ويهدر النصف لأن الثانى تلف بوقوعه على الأول وبوقوع الثالث عليه • قال ابن الصباغ : وهذا أقيس لأن وقوعه على غيره كسبب فى تلفه كوقوع غيره عليه • قال ابن الصباغ : فعلى قياس هذا اذا وقع على الأول ثان وماتا أن يهدر نصف دية الأول لأنه مات بوقوعه وبوقوع الثانى عليه •

وان وقع رجل فى بئر وجذب ثانيا وماتا هدرت دم الأول لأنه مات بجذبه الثانى على نفسه ووجبت دية الثانى على الأول لأنه مات بجذبه ، وان جذب الأول ثانيا وجذب الثانى ثالثا وماتوا فقد مات الأول بفعله وهو جذبه للثانى على نفسه وبفعل الثانى وهو جذب الثالث فسقط نصف دية الأول ، ويجب نصفها على الثانى ، ويجب للثانى نصف ديته على الأول وسقط نصفها لأنه مات بجذبه الأول له وبجذبه الثالث على نفسه ، ويجب للثالث جميع ديته لأنه لا صنع له فى قتل نفسه وعلى من تجب ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يجب على الثانى لأنه جذبه (والثانى) يجب على الأول والثانى نصفين ، لأن الأول جذب الثانى والثانى جذب الثالث فكأن الثالث مات بجذبهما فان كانت بحالها وجذب الثالث رابعا وماتوا فقد حصل ها هنا ثلاث جذبات ، فأما الأول فقد مات بفعله وفعل الثانى وفعل الثالث فسقط ثلث الدية لأنه جذب الثانى على نفسه ، ويجب له على الثانى ثلث الدية لجذبه الثالث عليه ، وعلى الثالث ثلث الدية بجذبه الرابع عليه ، وأما الثانى فقد مات بفعله وفعل الأول وفعل الثالث ، فيجب له على الأول ثلث الدية وعلى الثالث ثلث الدية ويسقط الثلث وأما الثالث ففيه وجهان •

(أحدهما) يسقط من ديته النصف ويجب له على الثانى النصف لأنه مات بفعله وهو جذبه الرابع فسقط النصف لذلك ، وبفعل الثانى وهو جذبه له •

(والثانى) يسقط من ديته الثلث لأنه مات بثلاثة أفعال بجذبه للرابع

وبجذب الثانى له وبجذب الأول للثانى ، فيجب له على الأول ثلث الدية وعلى الثانى ثلث الدية ، فأما الرابع فيجب له جميع الدية لأنه لا صنع له فى قتل نفسه وعلى من يجب ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يجب على الثالث لأنه هو الذى جذبه (والثانى) يجب على الأول والثانى والثالث لأن وقوعه حصل بالجذبات ، فان قيل فقد روى سماك بن حرب عن حنش بن المعتمر عن على رضى الله عنه أن قوما باليمن حفروا زبية ليصطادوا بها الأسد فوقع فيها الأسد فاجتمع الناس على رأسها يبصرونه فتردى رجل فيها فتعلق بثان وتعلق الثانى بثالث وتعلق العشر ووجب على عاقلة كل واحد من التسعة عشر ديته لأنه مات بفعله الثالث برابع فوقعوا فيها فقتلهم الأسد ، فرفع ذلك الى على رضى الله عنه ، فقضى للأول بربع الدية لأن فوقه ثلاثة وقضى للثانى بثلث الدية لأن فوقه اثنين ، وللثالث بنصف الدية ، لأن فوقه واحدا ، وللرابع بكمال الدية ، فرفع ذلك الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : هو كما قضى •

قال أصحابنا : هذا الحديث لا يثبته أهل النقل فهو فى مسند أحمد وسنن البيهقى والبزار ، قال : ولا نعلمه يروى الا عن على ولا نعلم له الا هذه الطريق ، وحنش ضعيف ، وقد وثقه أبو داود • قال فى مجمع الزوائد : وبقية رجاله رجال الصحيح وحكم الفقه هو ما قدمنا •

فرع وان حفر رجل بئرا فى موضع ليس له الحفر فيه فتردى فيها رجل وجذب آخر فوقه وماتا ففيه وجهان حكاهما الطبرى فى العدة (أحدهما) يجب للأول على الحافر نصف الدية ويهدر النصف لأنه مات بسببين : حفر البئر وجذبه للثانى على نفسه فانقسمت الدية عليهما وسقط ما قابل فعله (والثانى) حكاه أبو الطيب عن أبى عبد الله الجونى أنه لا يجب له شىء على الحافر لأن جذبه للثانى على نفسه مباشرة والحفر سبب وحكم السبب يسقط بالمباشرة كما قدمنا فيمن أحضر قذيفة المدفع وتنحى • وقال الطبرى والأول أصح لأن الجذب سبب أيضا لأنه لم يقصد به القاءه على نفسه ، وانما قصد به التحرز من الوقوع فلم يكن أحدهما بأولى من الآخر ، والله تعالى أعلم بالصواب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الديات

دية الحر المسلم مائة من الابل لما روى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده ((أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسنن والديات ، وقرىء على أهل اليمن أن فى النفس مائة من الابل فان كانت الدية فى عمد أو شبه عمد وجبت مائة مغلظة أثلاثاً ثلاثون حقة ، وثلاثون جذعة وأربعون خلفة)) .

وقال أبو ثور : دية شبه العمد أخماساً عشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون ابن لبون ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة ، لأنه لما كانت كدية الخطأ فى التأجيل والحمل على العاقلة كانت كدية الخطأ فى التخميس ، وهذا خطأ لما روى ابن عمر رضى الله عنه ((أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب يوم فتح مكة فقال : ألا ان دية الخطأ شبه العمد قتيل السوط والعصا ، دية مغلظة مائة من الابل ، منها أربعون خلفة فى بطونها اولادها)) .

وروى مجاهد عن عمر رضى الله عنه ((أن دية شبه العمد ثلاثون حقة ، وثلاثون جذعة وأربعون خلفة)) ويخالف الخطأ فانه لم يقصد القتل ولا الجناية فخفف من كل وجه ، وفى شبه العمد لم يقصد القتل ، فجعل كالخطأ فى التأجيل ، والحمل على العاقلة وقصد الجناية ، فجعل كالعمد فى التغليظ بالأسنان ، وهل يعتبر فى الخلفات السن مع الحمل ؟ فيه قولان : أحدهما لا يعتبر لقوله صلى الله عليه وسلم ((منها أربعون خلفة فى بطونها اولادها)) ولم يفرق (والثانى) يعتبر أن تكون ثنيات فما فوقها لأنه أحد أقسام أعداد ابل الدية ، فاختص بسن كالثلاثين ، وان كانت فى قتل الخطأ والقتل فى غير الحرم وفى غير الأشهر الحرم ، والمقتول غير ذى رحم محرم للقاتل ، وجبت دية مخففة أخماساً عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون ، وعشرون ابن لبون ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة ، لما روى أبو عبيدة عن ابن مسعود رضى الله عنه انه قال ((فى الخطأ عشرون جذعة ، وعشرون حقة ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون ابن لبون ، وعشرون بنت مخاض)) .

وعن سليمان بن يسار أنهم كانوا يقولون : دية الخطأ مائة من الابل ، عشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون ابن لبون ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة . وان كان القتل فى الحرم أو فى أشهر الحرم وهى :

ذو القعدة وذو الحجة والمحرم ورجب ، أو كان المقتول ذا رحم محرم للقاتل ، وجبت دية مغلظة لما روى مجاهد أن عمر رضى الله عنه « قضى فيمن قتل فى الحرم أو فى الأشهر الحرم أو محرما بالدية وثلث الدية » .

وروى أبو النجيح عن عثمان رضى الله عنه « أنه قضى فى امرأة قتلت فى الحرم فجعل الدية ثمانية آلاف ، ستة آلاف الدية وألفين للحرم » وروى نافع بن جبير أن رجلا قتل فى البلد الحرام فى شهر حرام ، فقال ابن عباس « ديته اثنا عشر ألفا وللشهر الحرام أربعة آلاف وللبلد الحرام أربعة آلاف ، فكملها عشرين ألفا » فان كان القتل فى المدينة ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه يغلظ لأنها كالحرم فى تحريم الصيد ، فكذلك فى تغليظ الدية (والثانى) لا تغلظ لأنها لا مزية لها على غيرها فى تحريم القتل بخلاف الحرم ، واختلف قوله فى عمد الصبى والمجنون ، فقال فى أحد القولين : عمدهما خطأ لأنه لو كان عمداً لأوجب القصاص ، فعلى هذا يجب بعمدهما دية مخففة .

(والثانى) أن عمدهما عمد لأنه يجوز تأديبهما على القتل فكان عمدهما عمدا كالبالغ العاقل ، فعلى هذا يجب بعمدهما دية مغلظة ، وما يجب فيه الدية من الأطراف فهو كالنفس فى الدية المغلظة والدية المخففة لأنه كالنفس فى وجوب القصاص والدية ، فكان كالنفس فى الدية المغلظة والدية المخففة .

الشرح حديث أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أخرجه النسائى وقال : وقد روى هذا الحديث يونس عن الزهرى مرسلا . وأخرجه أيضا أبو داود فى المراسيل ، وابن خزيمة وابن حبان وابن الجارود والحاكم والبيهقى موصولا . قال الشوكانى : وقد صححه جماعة من أئمة الحديث ، منهم الحاكم وأحمد وابن حبان والبيهقى وأخرجه مالك والشافعى . وقد مضى الكلام على هذا الحديث عند الكلام على قتل الرجل بالمرأة .

وحديث ابن عمر أخرجه أبو داود بلفظ « خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الفتح على درجة البيت أو الكعبة » وأخرجه أصحاب السنن الا الترمذى ولهم من حديث عبد الله بن عمرو مثله . وأثر مجاهد عن عمر أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى وهو منقطع ، وفى اسناده ليث

ابن أبى سليم وهو ضعيف • قال البيهقى : وروى عن عكرمة عن عمر بن الخطاب ما يدل على التغليظ فى الشهر الحرام • وقال ابن المنذر : روينا عن عمر أنه قال « من قتل فى الحرم أو قتل محرما أو قتل فى الشهر الحرام فعليه الدية وثلث الدية » •

وروى الشافعى والبيهقى عن عمر أيضا من طريق ابن أبى نجيح عن أبيه أن رجلا أوطأ امرأة بمكة فقتلها فقضى فيها بثمانية آلاف درهم وثلث• وأثر ابن مسعود أخرجه أحمد وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه مرفوعا عن الحجاج بن أرطاة عن زيد بن جبير عن حشف بن مالك الطائى عن ابن مسعود قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فى دية الخطأ عشرون حقة ، وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض ذكر » •

وقال ابن ماجه فى اسناده عن الحجاج ، حدثنا زيد بن جبير قال أبو حاتم الرازى : الحجاج يدلس عن الضعفاء فاذا قال حدثنا فلان فلا يرتاب به • وأخرجه أيضا البزار والبيهقى والدارقطنى وقال : عشرون بنو لبون مكان قوله عشرون ابن مخاض • وأما الموقوف الذى ساقه المصنف فان اسناده فى سنن الدارقطنى من طريق أبى عبيدة عن أبيه ، يعنى عبد الله بن مسعود موقوفا ، وقال : هذا اسناد حسن ، وضعف المرفوع من أوجه عديدة ، ولعل المصنف قد تأثر بتضعيف الدارقطنى للمرفوع وتحسينه للموقوف فاختاره شاهدا ، ولكن البيهقى تعقب الدارقطنى فاتهمه بالوهم وقال : والجواد قد يعثر • قال : وقد رأيته فى جامع سفيان الثورى عن منصور عن ابراهيم عن عبد الله وعن ابن اسحاق عن علقمة عن عبد الله • وعن عبد الرحمن بن مهدى عن يزيد بن هرون عن سليمان التيمى عن أبى مجلز عن أبى عبيدة عن عبد الله ، ويؤيد المصنف أن دافع الحافظ ابن حجر عن الدارقطنى ، لأنه كان يضعف الرواية المرفوعة لبعض عباراتها ، كعبارة « بنو مخاض » فقال فانتفى أن يكون الدارقطنى عثر ، وقد تكلم الترمذى على حديث ابن مسعود فقال : لا نعرفه مرفوعا الا من هذا

الوجه ، وقد روى عن عبد الله موقوفا • وقال أبو بكر البزار : وهذا الحديث لا نعلمه روى عن عبد الله مرفوعا الا بهذا الاسناد •

وذكر الخطابى أن حشف بن مالك مجهول لا يعرف الا بهذا الحديث وعدل الشافعى عن القول به لهذه العلة ، ولأن فيه بنى مخاض ولا مدخل لبنى مخاض فى شىء من أسنان الصدقات • وأثر عثمان قال الشافعى : أخبرنا سفيان عن ابن أبى نجيح عن أبيه أن رجلا أوطأ امرأة بمكة فقضى فيها عثمان بثمانمائة ألف درهم وثلث • وقد روى الجوزجانى باسناده عن أبى الزناد أن عمر بن عبد العزيز كان يجمع الفقهاء فكان مما أحيا من تلك السنن بقول فقهاء المدينة السبعة ونظرائهم أن ناسا كانوا يقولون : ان الدية تغلظ فى الشهر الحرام أربعة آلاف فتكون ستة عشر ألف درهم ، فألغى عمر رحمه الله ذلك بقول الفقهاء وأثبتها اثنى عشر ألف درهم فى الشهر الحرام والبلد الحرام وغيرهما •

قال ابن المنذر : وليس بثابت ما روى عن الصحابة فى هذا ، ولو صح فقول عمر يخالفه ، وقوله أولى من قول من خالفه ، وهو أصح فى الرواية مع موافقته الكتاب والسنة والقياس • وسيأتى فى شرح الأحكام الراجح من الخلاف •

ويؤخذ من كتاب عمرو بن حزم أن دية الحر المسلم مائة من الابل ، وهو اجماع ، فان كانت الدية فى العمد المحض أو فى شبه العمد وجبت مائة مغلظة وهى ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة (والخلفة الحامل) وبه قال عمر وعلى وزيد بن ثابت والمغيرة بن شعبة وعطاء ومحمد ابن الحسن • وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : تجب أرباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة •

وقال أبو ثور « دية قتيل شبه العمد مخففة يجبر به الخطأ » دليلنا ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال يوم الفتح : « ألا ان فى قتيل

العمد الخطأ بالسوط والعصا مائة من الابل منها أربعون خلفة فى بطونها أولادها » وعن عبادة بن الصامت رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ألا ان فى الدية العظمى مائة من الابل منها أربعون خلفة فى بطونها أولادها » •

قال فى البيان : فان قيل فما معنى قوله أربعون خلفة فى بطونها أولادها ؟ وقد علم أن الخلفة لا تكون الا حاملا • قلنا : له تأويلان (أحدهما) أنه أراد التأكيد فى الكلام وذلك جائز كقوله تعالى (فصيام ثلاثة أيام فى الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة كاملة) •

(والثانى) أن الخلفة اسم للحامل التى لم تضع واسم للتى وضعت ويتبعها ولدها فأراد أن يميز بينهما • ا هـ •

اذا ثبت هذا فهل تختص الخلفة بسن أم لا ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يختص بسن ، بل اذا كانت حاملا فأى سن كانت جاز (والثانى) يختص بسن هو أن تكون ثلاثة فما فوقها لحديث عقبة بن أوس عن رجل من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم أنه صلى الله عليه وسلم قال « ألا ان فى قتيل شبه العمد بالسوط والعصا مائة من الابل منها أربعون خلفة فى بطونها أولادها ما بين الثنية الى بازل عامها كلهن خلفة » رواه أحمد وأبو داود والنسائى وابن ماجه والدارقطنى والبخارى فى تاريخه الكبير ؛ ومراسيل الصحابة رضى الله عنهم حجة لأنهم ثقات لا يتهمون •

مسألة اذا كانت الجناية خطأ ولم يكن القتل فى الحرم ولا فى الأشهر الحرم ، ولكن المقتول ذو رحم محرم للقاتل ، فان الدية تكون مخففة أخماسا وهى مائة من الابل عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة ، وبه قال من الصحابة ابن مسعود ومن التابعين عمر بن عبد العزيز وسليمان بن يسار والزهرى ومن الفقهاء مالك وربيعة والليث والثورى • وقال أبو حنيفة وأصحابه : هى أخماس ، الا أنه يجب مكان بنى لبون عشرون ابن مخاض •

وروى عن عثمان وزيد بن ثابت أنهما قالا : تجب من أربعة أنواع ثلاثين جذعة وثلاثين حقة وعشرين بنت لبون وعشرين بنت مخاض • وقال الشعبى والحسن البصرى : تجب أرباعا خمسا وعشرين جذعة وخمسا وعشرين حقة وخمسا وعشرين بنت لبون وخمسا وعشرين بنت مخاض • وروى مثل ذلك عن على رضى الله عنه دليلنا ما روى الحجاج عن ابن مسعود « أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بدية الخطأ مائة من الابل عشرون حقة ، وعشرون جذعة ، وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون ، وعشرون ابن مخاض » رواه أحمد وأبو داود والنسائى والترمذى وابن ماجه وقد مضى الكلام فيه • وقد روى موقوفا على ابن مسعود قال المنذرى بعد أن ذكر الخلاف فيه على الحجاج : والحجاج غير محتج به • وكذا قال البيهقى ؛ والصحيح أنه موقوف على عبد الله •

وروى عن سليمان بن يسار أنهم كانوا يقولون : دية الخطأ مائة من الابل عشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة •

أما اذا كان قتل الخطأ فى الحرم أو فى الأشهر الحرم وهى رجب وذو القعدة وذو الحجة والمحرم ، أو كان المقتول ذا رحم محرم للقاتل كانت دية الخطأ مغلظة كدية العمد ، فيجب ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة ، وبه قال عمر رضى الله عنه فيما أخرجه البيهقى من طريق مجاهد عنه أنه قضى فيمن قتل فى الحرم أو فى الشهر الحرام أو وهو محرم بالدية وثلث الدية ، وهو منقطع وفى سنده ليث بن أبى سليم وهو ضعيف•

قال البيهقى : وروى عن عكرمة عن عمر ما يدل على التغليظ فى الشهر الحرام وقال ابن المنذر : روينا عن عمر أنه قال فيمن قتل فى الحرم أو قتل فى الشهر الحرام أو قتل محرما فعليه الدية وثلث الدية • وروى الشافعى والبيهقى من طريق ابن أبى نجيح عن أبيه أن رجلا أوطأ امرأة بمكة فقتلها فقضى فيها بثمانية آلاف درهم دية وثلثا •

وروى البيهقى وابن حزم عن ابن عباس من طريق نافع بن جبير عنه قال : يزاد فى دية المقتول فى الأشهر الحرم أربعة آلاف ، وفى دية المقتول فى الحرم أربعة آلاف • وروى ابن حزم فى المحلى عن ابن عباس أن رجلا قتل فى البلد الحرام فى الشهر الحرام ، فقال ان ديته اثنا عشر ألفا وللشهر الحرام والبلد الحرام أربعة آلاف فكلها عشرون ألفا •

وان قتل خطأ فى حرم المدينة فهل يتغلظ ؟ فيه وجهان (أحدهما) يتغلظ لأنه كالحرم فى تحريم الصيد ، فكان كالحرم فى تغليظ دية الخطأ (والثانى) لا تغلظ وهو الأصح لأنه دون الحرم فى الحرمة ، بدليل أنه يجوز قصده بغير احرام فلم يلحق به فى الحرمة تغليظ •

وان قتل محرما خطأ فهل تغلظ ديته ؟ فيه وجهان (أحدهما) تغلظ كما تغلظ فى القتل بالحرم ، وبه قال أحمد لأن الاحرام يتعلق به ضمان الصيد فغلظت به الدية كالحرم (والثانى) لا تغلظ به لأنه الشرع ورد بتغليظ القتل فى الحرم دون الاحرام بدليل ما روى أحمد فى رواية الأثرم عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ان أعدى الناس على الله عز وجل من قتل فى الحرم أو قتل غير قاتله أو قتل بذحول الجاهلية » والاحرام لا يلحق الحرم فى الحرمة •

اذا ثبت هذا فان تغليظ دية الخطأ عندنا بالحرم أو فى الأشهر الحرم أو اذا قتل ذا رحم محرم انما هو بأسنان الابل كما قلنا فى دية العمد ، ولا يجمع بين تغليظين • وقال أحمد : يغلظ بثلث الدية ؛ ويجمع بين تغليظين لما رويناه عن الصحابة رضى الله عنهم • ولكن دليلنا على أنه لا يغلظ الا بالأسنان أن ما أوجب التغليظ فى دية القتل أوجبه بالأسنان كدية العمد ، ودليلنا على أنه لا يجمع بين تغليظين أن ما أوجب التغليظ فى أوجه الضمان اذا اجتمع سببان يقتضيان التغليظ لم يجمع بينهما كما لو قتل المحرم صيدا فى الحرم فانه لا يجب عليه الا جزاء واحد ، وأما ما روى عن الصحابة أنهم قضوا بالدية وثلث الدية فى ذلك وجمعوا بين تغليظين

محمول على أنهم قضوا بدية مغلظة بالأسنان ، الا أنها قومت فبلغت قيمتها دية وثلثا من دية مخففة ، أو كانت الابل قد أعوزت فأوجبوا قيمة الابل فبلغت قيمتها ذلك .

فرع اذا قتل الصبى أو المجنون عمدا ـ فان قلنا : ان عمدهما عمد ـ وجب بقتلهما دية مغلظة ، وان قلنا : عمدهما خطأ وجب بقتلهما دية مخففة ، وان كانت الجناية على ما دون النفس كان الحكم فى التغليظ بديتها حكم دية النفس ، قياسا على دية النفس .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وتجب الدية من الصنف الذى يملكه من تجب عليه الدية من القاتل او العاقلة كما تجب الزكاة من الصنف الذى يملكه من تجب عليه الزكاة ، وان كان عند بعض العاقلة من البخاتى وعند البعض من العراب أخذ من كل واحد منهم من الصنف الذى عنده ، وان اجتمع فى ملك كل واحد منهم صنفان ففيه وجهان :

(احدهما) انه يؤخذ من الصنف الأكثر ، فان استويا دفع مما شاء منهما

(والثانى) يؤخذ من كل صنف بقسطه بناء على القولين فيمن وجبت عليه الزكاة وما له أصناف وان لم يكن عند من تجب عليه الدية ابل وجب من غالب ابل البلد ، فان لم يكن فى البلد ابل وجب من غالب أقرب البلاد اليه ، كما قلنا فى زكاة الفطر .

وان كانت ابل من تجب عليه الدية مراضا أو عجافا كلف أن يشترى ابلا صحاحا من الصنف الذى عنده لأنه بدل متلف من غير جنسه فلا يؤخذ فيها معيب كقيمة الثوب المتلف ، وان أراد الجانى دفع العوض عن الابل مع وجودها لم يجبر الولى على قبوله ، وان أراد الولى أخذ العوض عن الابل مع وجودها لم يجبر الجانى على دفعه لأن ما ضمن لحق الآدمى ببدل لم يجز الاجبار فيه على دفع العوض ولا على أخذه مع وجوده كذوات الأمثال ، وان تراضيا على العوض جاز لأنه بدل متلف فجاز أخذ العوض فيه بالتراضى كالبدل فى سائر المتلفات .

فصل وان أعوزت الابل أو وجدت بأكثر من ثمن المثل ففيه قولان

قال فى القديم : يجب ألف دينار أو اثنا عشر ألف درهم ، لما روى عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن فى النفس مائة من الابل ، وعلى أهل الذهب ألف مثقال ، وعلى أهل الورق اثنا عشر ألف درهم)) وروى ابن عباس رضى الله عنه أن رجلا قتل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فجعل النبى صلى الله عليه وسلم ديته اثنى عشر ألفاً ، فعلى هذا أن كان فى قتل يوجب التغليظ غلظ بثلث الدية ، لما روينـاه عن عمر وعثمان وابن عباس فى تغليظ الدية للحرم . وقال فى الجديد : تجب قيمة الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار أو ثمانية آلاف درهم ، وكان ذلك كذلك حتى استخلف عمر رضى الله عنه فقام عمر خطيباً فقال ((ألا ان الابل قد غلت ــ قال : فقوم على أهل الذهب ألف دينـار وعلى أهل الورق اثنى عشر ألف درهم وعلى أهل البقر مائتى بقرة وعلى أهل الشاء ألفى شاة وعلى أهل الحلل مائتى حلة)) ولأن ما ضمن بنوع من المال وتعذر وجبت قيمته كذوات الأمثال) .

الشرح اثر عمر أخرجه أبو داود والبيهقى .

اما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : ولا أكلف أحـدا من العاقلة غير ابله ، ولا نقبل منه دونها . وجملة ذلك أنه قد مضى الكلام فى قدر الدية وجنسها وأسنانها . وأما نوعها ــ فان كان للعاقلة أبل ــ وجب عليهم من النوع الذى معهم من الابل ، لأن العاقلة تحمل الدية على طريق المواساة ، فكان الواجب من النوع الذى يملكونه كما قلنا فى الزكاة ، فان طلب الولى أعلى مما مع العاقلة من النـوع ، وامتنعت العـاقلة أو طلبت العاقلة أن يدفعوا من النوع دون النوع الذى معها وامتنع الولى لم يجبر الممتنع منهما كما قلنا فى الزكاة ، فان كان عند بعض العاقلة من البخـاتى وعند البعض من العراب أخذ ما كل واحد من النوع الذى عنده كما قلنـا فى الزكاة أنه يجب على كل انسان مما عنده من النوع ، وان كان فى ملك واحد منهم نوعان من الابل ففيه وجهان :

(أحدهما) يؤخذ منه النوع الأكثر ، فان استويا دفع من أيهما شاء .

(والثانى) يؤخذ من كل نوع بقسطه بناء على القولين فى الزكاة اذا كان عنده نوعان من جنس الماشية ، وان كانت ابلهم أو ابل بعضهم مراضا

بجرب أو غيره أو مهزولة هزالا فاحشا لم يجبر الولى على قبولها ، بل يكلف أن يسلم ابلا صحاحا من النوع الذى عنـده لقوله صلى الله عليه وسلم : « فى النفس مائة من الابل » واطلاق هذا يقتضى الصحيح •

فان قيل : هلا قلتم يجبر الولى على قبول ما عند من عليه الدية وان كانت مراضا كما قلنا فى الزكاة ؟

قلنا الفرق بينهما أن الواجب فى الزكاة هو واجب فى غير المال الذى عنده أو فى ذمته والمال مرتهن ، فلذلك وجب مما عنـده ، وليس كذلك هاهنا فان الواجب على كل واحد منهم هو من النقـد فى الذمة والمال غير مرتهن به ، وانما الابل عوض منه فلم يقبـل منه الا السليم ، فان لم يكن للعاقلة ابل ــ فان كان فى البلد نتاج غالب ــ وجب عليهم التسليم من ذلك النتاج ، وان لم يكن فى البلد ابل وجب من غالب نتاج أقرب بلد اليهم كما قلنا فى زكاة الفطر •

فـــرع ان أرادت العاقلة أن تدفع عوضا عن الابل مع وجودها لم يجبر الولى على قبولها ، وكذلك ان طالب من له الدية عوض الابل لم تجبر العاقلة على دفعه ؛ لأن ما ضمن لحق الآدمى ببدل لم يجبر على غيره كذوات الأمثال ؛ فان تراضيا على ذلك قال أصحابنا : جاز ذلك لأنه حق مستقر فجاز أخذ البدل عنه كبدل المتلفات ؛ والذى يقتضى المذهب أن هذا انما يجوز على القول الذى يجيز الصلح على ابل الدية وبيعها فى الذمة •

فـــرع وان كانت الدية تجب على الجـانى بأن كانت الجنـاية عمدا أو خطأ ثبت باقراره ، فان الواجب عليه من النوع الذى عنده قياسا على العاقلة ، والحكم فيه اذا كان عنده نوعان ، أو كانت ابله مراضا فى أخذ العوض حكم الأبل اذا كانت واجبة على العاقلة على ما مضى نيابه •

مســألة كثير من بلاد الاسلام لا يعرف أهلها الابل ولم يروها ،

كالملايو وأندونيسيا والفلبين وفطانى [1] وبلاد أخرى لا توجد فيها الابل الا بأثمان غالية بأكثر من قيمتها ففيه قولان ، قال فى القديم : يعدل الى بدل مقدر ، فيجب على أهل الذهب ألف مثقال وعلى أهل الورق اثنا عشر ألف درهم ، وبه قال مالك وهى تبلغ نحو خمسة آلاف جنيه أو عشرة آلاف دولار تقريبا بحسب سعر النقد • وقد روى عمرو بن حزم أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى الدية بألف دينار أو اثنى عشر ألف درهم • فعلى هذا تكون الدية ثلاثة أصول عند اعواز الابل •

وقال فى الجديد : تجب قيمة الابل من نقد البلد بالغة ما بلغت ، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه قال : كانت قيمة الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار وروى ثمانية آلاف درهم ؛ فكانت كذلك الى أن استخلف عمر رضى الله عنه فقلت الابل ، فصعد المنبر خطيبا وقال : ألا ان الابل قد غلت ؛ ففرض الدية على أهل الذهب ألف دينار ــ وهى تساوى خمسة وعشرين ألف جنيه تقريبا اليوم ــ وعلى أهل الورق اثنى عشر ألف درهم فموضع الدليل من الخبر أنه قال : كانت قيمة الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا وكذا ، فدل على أن الواجب هو الابل ، ولأن عمر رضى الله عنه قال : ألا ان الابل قد غلت وفرض عليهم ألف دينار أو اثنى عشر ألف درهم فتعلق بغلاء الابل فدل على أن ذلك من طريق القيمة ، لأن ما وجبت قيمته اختلف بالزيادة والنقصان ولم يخالف أحد من الصحابة • وما روى من الأخبار للأول فتحمله على أن ذلك من طريق القيمة ، فعلى هذا لا يكون للدية الا أصل واحد وهى الابل فان كانت الدية مغلظة وأعوزت الابل ــ فان قلنا بقوله الجديد قومت مغلظة بثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة • وان قلنا بقوله القديم ففيه وجهان حكاهما فى العدة •

---

(١) فطانى هو أقليم من أقاليم ماليزيا ضمه الكفار الى تايلاند ، ويبلغ سكان هذا الاقليم أكثر من ثلاثة ملايين مسلم سنى شافعى فاللهم خذ بأيديهم وحرر ديارهم •

(أحدهما) تغلظ بثلث الدية ، ولم يذكر المصنف غيره لما ذكره عن عمر وعثمان وابن عباس رضى الله عنهم •

(والثانى) يسقط التغليظ • لأن التغليظ عندنا انما هو بالصفة فى الأصل لا بالزيادة فى العدد ، وذلك انما يمكن الابل دون النقد ، ألا ترى أن البد لما لم تجب فيه الا القيمة لا يجب فيه التغليظ • وما روى عن الصحابة رضى الله عنهم فقد ذكرنا أنه انما قيمة ما أوجبوه • هذا مذهبنا •

وقال أبو حنيفة : الواجب فى الدية ثلاثة أصول مائة من الابل أو ألف دينار أو عشرة آلاف درهم فيجوز له أن يدفع أيها شاء مع وجود الابل ومع اعوازها وقال الثورى والحسن البصرى وابن أبى ليلى وأبو يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل : الدية خمسة أصول مائة من الابل أو ألف دينار أو اثنا عشر ألف درهم أو مائتا بقرة لحديث جابر « فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الدية على أهل الابل مائة من الابل ؛ وعلى أهل البقر مائتى بقرة ، وعلى أهل الشاء ألفى شاة ، وعلى أهل الحلل مائتى حلة » رواه أبو داود بسند ضعيف •

وروى أحمد وأبو داود و النسائى وابن ماجه مثله من حديث عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده •

والأصل الخامس مائتا حلة ، وهى برود مكونة من قطعتين كالجبة والقفطان ؛ أو العباءة والزبون ، أو الجاكتة والبنطلون ، فجميع الحلل فى كل قوم مؤلفة من ثوبين ، الا أن أبا يوسف ومحمد يقولان : هو مخير بين الستة أيها شاء دفع مع وجود الابل ومع عدمها وعند الباقين لا يجوز العدول عن الابل مع وجودها ، دليلنا كتاب النبى صلى الله عليه وسلم الى أهل اليمن يبين فيه الفرائض والسنن ، وأن فى النفس مائة من الابل ، وحديث « ألا ان فى قتيل العمد الخطأ قتيل السوط والعصا مائة من الابل » •

فصـــل ودية اليهودى والنصرانى ثلث دية المسلم ، ودية المجوسى ثلثا عشر دية المسلم ، لما روى سعيد بن المسيب « أن عمر رضى الله عنه جعل دية اليهودى والنصرانى أربعة آلاف درهم ، ودية المجوسى ثمانمائة درهم . وأما الوثنى اذا دخل بأمان وعقدت له هدنة فديته ثلثا عشر دية المسلم ، لأنه كافر لا يحل للمسلم منا مناكحة أهل دينه فكانت ديته ثلثى عشر دية المسلم كالمجوسى .

وأما من لم تبلغه الدعوة فانه ان عرف الدين الذى كان متمسكا به وجبت فيه دية أهل دينه ، وان لم يعرف وجبت فيـــه دية المجوسى ، لأنه متحقق وما زاد مشكوك فيه فلم يجب .

وقال أبو اسحاق : ان كان متمسكا بدين مبدل وجبت فيه دية أهل ذلك الدين وان كان متمسكا بدين لم يبدل وجبت فيه دية مسلم ، لأنه مولود على الفطرة ، ولم يظهر منه عناد فكانت ديته كالمسلم ، والمذهب الأول ، لأنه كافر فلم تكمل ديته كالذمى ، وان قطـــع يد ذمى ثم أســـلم ومات وجبت فيه دية مسلم ، لأن الاعتبار فى الدية بحال استقرار الجناية ، وهو فى حال الاستقرار مسلم . وان جرح مسلم مرتداً فأسلم ومات من الجرح لم يضمن .

وقال الربيع : فيه قول آخر انه يضمن ، لأن الجرح استقر وهو مسلم . قال أصحابنا : هذا من كيس الربيع ، والمذهب الأول ، لأن الجرح وجد فيما استحق اتلافه فلم يضمن سرايته ، كما لو قطع الامام يد السارق فمات منه.

فصـــل ودية المرأة نصف دية الرجـــل ، لأنه روى ذلك عن عمـــر وعثمان وعلى وابن عباس وابن عمر وزيد بن ثابت رضى الله عنهم .

الشرح خبـــر ســـعيد بن المسيب رواه الشـــافعى والدارقطنى والبيهقى . أما قوله : روى ذلك عن عمر وعثمان وعلى الخ ، فقـــد أخرج ابن أبى شيبة عن عمر قال « دية المرأة نصف دية الرجل » كما أخرج البيهقى عن على رضى الله عنه « دية المرأة على النصف من دية الرجل » وهو رواية ابراهيم النخعى عنه ، وفيه انقطـــاع ، وأخرجه ابن أبى شـــيبة من طريق الشعبى عنه .

وأخرج البيهقى عن معاذ بن جبل عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « دية المرأة نصف دية الرجل » قال البيهقى اسناده لا يثبت مثله . وقال

فى بداية المجتهد : ان الأشهر عن ابن مسعود وعثمان وشريح وجماعة : أن دية جراحة المرأة مثل دية جراحة الرجل الا الموضحة فانها على النصف.

أما الأحكام فان دية اليهودى والنصرانى ثلث دية المسلم ، وبه قال عمر وعثمان رضى الله عنهما وابن المسيب وعطاء واسحاق . وقال عروة ابن الزبير وعمر بن عبد العزيز ومالك : ديته نصف دية المسلم ، لحديث عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « عقل الكافر نصف دية المسلم » رواه أحمد والنسائى والترمذى وحسنه . وصححه ابن الجارود . وفى لفظ رواه أحمد والنسائى وابن ماجه قضى أن عقل أهل الكتابين نصف عقل المسلمين ؛ وهم اليهود والنصارى ، وقال أبو حنيفة وأصحابه والثورى والزهرى وازيد بن على والقاسمية « ديته كدية المسلم » وقال أحمد : « ان قتله عمدا فديته مثل دية المسلم » دليلنا ما روى أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « كانت قيمة الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ، ودية أهل الكتاب يومئذ النصف من دية المسلم ، قال : وكان ذلك كذلك حتى استخلف عمر فقام خطيبا فقال ان الابل قد غلت ؛ قال ففرضها عمر على أهل البقر مائتى بقرة وعلى أهل الشاء ألفى شاة وعلى أهل الحلل مائتى حلة ، قال وترك دية أهل الذمة لم يرفعها فيما رفع من الدية » فاذا كانت الدية ثمانمائة دينار أو ثمانية آلاف درهم للمسلم والذمى على النصف من ذلك ثم زاد من قيمة الدية للمسلم من حيث لم يزدها لأهل الكتاب تبين لنا أن دية المسلم التى بلغت ألف دينار أو اثنى عشر ألف درهم مع بقاء دية الذمى أربعمائة دينار أو أربعة آلاف درهم ، لأنها لم ترفع فيما رفع من الدية ، نقول تبين لنا أن دية الذمى على الثلث من دية المسلم .

فرع دية المجوسى ثلثا عشر دية المسلم ، وبه قال مالك ، وقال أبو حنيفة : ديته مثل دية المسلم ، وقال عمر بن عبد العزيز ديته مثل دية اليهودى والنصرانى وهو نصف دية المسلم عندهم .

دليلنا ما روى عن عمر وعثمان وابن مسعود وغيرهم أنهم قالوا « دية المجوسى ثمانمائة درهم ثلثا عشر دية المسلم • فاذا كانت دية المسلم اثنى عشر ألف درهم فان ثلثى عشرها ثمانمائة ، ولا مخالف لهم فى الصحابة ، فدل على أنه اجماع ، وأما عبدة الأوثان اذا كان بيننا وبينهم هدنة أو دخلوا الينا بأمان فلا يجوز قتلهم ، فمن قتل منهم وجبت فيه دية المجوسى لأنه كافر لا يحل للمسلم مناكحة أهل دينه فكانت ديته كالمجوسى ثلثى عشر دية المسلم ، وأما الكافر الذى لم تبلغه الدعوة فلا يجوز قتله حتى يعرف أن ها هنا رسولا يدعو الى الله ، فان أسلم والا قتل ، فان قتله قاتل قبل أن تبلغه الدعوة وجبت فيه الدية •

وقال أبو حنيفة « الادية فيه »دليلنا أنه قتل محقون الدم فوجبت فتله الدية كالذمى •

اذا ثبت هذا فاختلف أصحابنا فى قدر ديته ، فمنهم من قال تجب فيه دية المسلم ، لأنه مولود على الفطرة ، ومنهم من قال : ان كان متمسكا بدين مبدل وجبت فيه دية أهل ذلك الدين ، مثل أن يكون متمسكا بدين من بدل من اليهودية والنصرانية وان كان متمسكا بدين من لم يبدل منهم وجبت فيه دية مسلم لأنه مسلم لم يظهر منه عناده ومنهم من قال : تجب فيه دية المجوسى لأنه يقين ، وما زاد مشكوك فيه وهذا هو الأصح لأن الشافعى رضى الله عنه قال هو كافر لا يحل قتله ، واذا كان كافرا وجبت فيه أقل دياتهم لأنه اليقين •

وان قطع يد ذمى ثم أسلم ثم مات من الجراحة وجبت فيه دية مسلم • لأن الاعتبار بالدية حال الاستقرار • وان قطع مسلم يد مرتد ثم أسلم ثم مات من الجراحة لم يضمن القاطع دية النفس ولا دية اليد ، وقال الربيع فيه قول آخر أنه يضمن دية اليد ، والمذهب الأول لأنه قطعه فى حال لا يجب ضمانه • وما حكاه الربيع من تخريجه •

مسألة دية المرأة نصف دية الرجل ، هذا قول العلماء كافة الا

الأصم وابن علية فانهما قالا : ديتها مثل دية الرجل . دليلنا ما سقناه من كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى أهل اليمن وفيه « أن دية المرأة نصف دية الرجل » وما حكاه المصنف عن عمر وعثمان وعلى وابن مسعود وابن عمر وابن عباس وزيد بن ثابت أنهم قالوا « دية المرأة نصف دية الرجل » ولا مخالف لهم فى الصحابة فدل على انه اجماع ، وان قتل خطأ مشكلا وجبت فيه دية امرأة لأنه يقين ، وما زاد مشكوك فيه فلا يجب بالشك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ودية الجنين الحر غرة عبد أو أمة ، لما أبو هريرة رضى الله عنه قال « اقتتلت امرأتان من هذيل ، فرمت احداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما فى بطنها ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن دية جنينها غرة عبد أو أمة ، فقال حمل بن النابغة الهذلى : كيف أغرم من لا شرب ولا أكل ولا نطق ولا استهل ؟ ومثل ذلك يطل ؟ فقال النبى صلى الله عليه وسلم : انما هو من اخوان الكهان ، من أجل سجعه » وان ضرب بطن امرأة منتفخة البطن فزال الانتفاخ ، أو بطن امرأة تجد حركة فى بطنها فسكنت الحركة لم يجب عليه شىء لأنه يمكن أن يكون ريحا فانفشت فلم يجب الضمان مع الشك وان ضرب بطن امرأة فالقت مضغة لم تظهر فيها صورة الآدمى فشهد أربع نسوة أن فيها صورة الآدمى وجبت فيها الغرة ، لأنهن يدركن من ذلك ما لا يدرك غيرهن ، وان القت مضغة لم تتصور فشهد أربع نسوة أنه خلق آدمى ، ولو بقى لتصور ، فعلى ما بيناه فى كتاب عتق أم الولد . وان ضرب بطن امرأة فالقت يداً أو رجلا أو غيرهما من أجزاء الآدمى وجبت عليه الغرة ، لأنا تيقنا أنه من جنين ، والظاهر أنه تلف من جناية فوجب ضمانه ، وان ألقت رأسين أو أربع أيد لم يجب أكثر من غرة ، لأنه يجوز أن يكون جنيناً برأسين او أربعة أيد ، فلا يجب ضمان ما زاد على جنين بالشك .

وان ضرب بطنها فالقت جنيناً فاستهل أو تنفس أو شرب اللبن ومات فى الحال أو بقى متألماً الى أن مات ، وجبت فيه دية كاملة .

وقال المزنى : ان القته لدون ستة أشهر ومات ضمنه بالغرة ، ولا يلزمه دية كاملة لأنه لم يتم له حياة ، وهذا خطأ ، لأنا تيقنا حياته ، والظاهر أنه تلف من جناية فوجب عليه دية كاملة ، وان القته حياً وجاء آخر وقتله ـ فان

كان فيه حياة مستقرة ـ كان الثانى هـو القاتل فى وجوب القصـاص والدية الكاملة ، والأول ضارب فى وجوب التعزير .

وان قتله وليس فيه حياة مستقرة فالقاتل هو الأول ، وتلزمه الدية ، والثانى ضارب وليس بقاتل ، لأن جنايته لم تصادف حيـاة مستقرة ، وان ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً وبقى زماناً سالما غير متألم ثم مات لم يضمنه ، لأن الظاهر أنه لم يمت من الضرب ولا يلزمه ضمانه . وان ضربها فألقت جنينا فاختلج ثم سكن وجبت فيه الغرة دون الدية ، لأنه يجوز أن يكون اختلاجه للحياة ، ويجوز أن يكون بخروجه من مضيق ، لأن اللحم الطرى اذا حصل فى مضيق انقبض ، فاذا خرج منه اختلج ، فلا تجب فيه الدية الكاملة بالشك).

الشرح حديث أبى هريرة أخرجه أحمد فى مسنده ، وكذا أخرجه البخارى فى الفرائض عن قتيبة وفى الديات عن عبد الله بن يوسف ومسلم فى الحدود والترمذى فى الفرائض عن قتيبة ، وأخرجه عن المغيرة بن شعبة مسلم فى الديات عن اسحاق بن ابراهيم ، وعن محمد بن رافع وأبو داود فيه عن حفص بن عمر ، وعن عثمان بن أبى شيبة والترمذى فيه عن الحسن ابن على والنسائى فى القود عن على بن محمـد بن على وعلى بن سـعيد ومحمد بن قدامة ومحمد بن بشار وسويد بن نصر ومحمود بن غيلان ، وابن ماجه فيه عن على بن محمد . وكذا أخرجه أحمـد ، وأخرجه عن ابن عباس أبو داود والنسائى وابن ماجه وابن حبان والحاكم وصححاه .

أما اللغات فان الجنين سمى بذلك لأنه استجن فى البطن ، أى استتر واختفى ، وهو وصف له مادام فى بطن أمـه ، والجمـع أجنة مثـل دليـل وأدلة ، والغرة عبد أو أمة ، والغرة عند العرب أنفس شىء يملك ، وقوله : مثل ذلك يطل . طل دم فلان مبنى للمجهول فلا يطالب ، قال الشاعر :

دماؤهم ليس لها طالب مطلولة مثل دم العذرة

قال أبو زيد : ولا يقال طل دم فلان بفتح الطـاء . قال فى الصحاح وأبو عبيدة والكسائى يقولانه . وقال أبو عبيدة فيه ثلاث لغـات ، طل بفتح الطاء وضـمها ، وأطل بزيادة الهمز المضـمومة والطاء المكسورة ، والكهان جمع كاهن الذى يدعى علم الغيب ، والسجع هو الكلام المقفى .

وفى رواية أحمد ومسلم وأبى داود والنسائى « سجع مثل سجع الأعراب » وقد استدل بذلك على ذم السجع ويوضح المراد قوله « أسجع الجاهلية وكهانتها ؟ ! » فظهر أن المذموم من السجع انما هو ما كان من ذلك القبيل الذى يراد به ابطال شرع أو اثبات باطل أو كان متكلفا • وقد حكى النووى عن العلماء أن المكروه منه ما كان كذلك لا غيره ، هكذا أفاده الشوكانى فى النيل •

أما الأحكام فاذا ضرب ضارب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا حرا ففيه غرة عبد أو أمة لحديث المغيرة بن شعبة ، وروى أن عمر رضى الله عنه قال « أذكر الله امرءا سمع من النبى فى الجنين شيئا فقام حمل بن مالك فقال : كنت بين جاريتين لى — يعنى زوجتين — فضربت احداهما الأخرى بمسطح فقتلتها وما فى جوفها فقضى النبى صلى الله عليه وسلم فى الجنين بغرة عبد أو أمة » رواه أبو داود والنسائى وابن ماجه وابن حبان والحاكم•

والجنين الذى تجب فيه الدية هو أن يسقط جنينا بان فيه شىء من صورة الآدمى اما يد أو رجل أو عين ، وكذلك اذا سقطت مضغة لم يتبين فيها عضو من أعضاء الآدمى ، ولكن قال أربع نسوة من القوابل الثقات أو عالمان فى الطب البشرى أو علم الأجنة أن فيها تخطيطا لآدمى ، الا أنه خفى فتجب فيه الغرة لأن هؤلاء يدركون ما لا يدركه غيرهم • وان قلن أو قالا لم يخطط الى الآن ولكنه مبتدأ خلق آدمى ، ولو بقى لتخطط فهل تجب به الغرة والكفارة وتنقضى به العدة ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : فى الجميع قولان ، ومنهم من قال تنقضى به العدة ولا تجب به الغرة ولا الكفارة قولا واحدا ، وقد مضى ذلك ، وان قلن أو قالا : هذه مضغة تصلح للآدمى ولغيره ، ولا ندرى لو بقيت هل تتخطط أم لا ؟ فلا تجب به الغرة ولا الكفارة ولا تنقضى به العدة ، لأن الأصل براءة الذمة من الضمان وثبوت العدة • وان ألقت المرأة جنينين وجبت عليه غرتان ، وان ألقت ثلاثة وجبت عليه ثلاث غرر ،وان ألقت رأسين أو أربع أيد لم يجب فيه الا غرة ، لأنه قد يكون له جسد واحد ذا رأسين أو أربع أيد فلا يجب ضمان ما زاد على جنين بالشك •

فـــرع اذا ضرب بطن امرأة منتفخة البطن فزال الانتفاخ ؛ أو بطن امرأة تجد حركة فسكنت الحركة لم يجب عليه شيء • وان ضرب بطن امرأة فماتت ولم يخرج الجنين لم يجب عليه ضمان الجنين •

وقال الزهري : اذا سكنت الحركة التي تجد في بطنها وجب عليه ضمان الجنين دليلنـا أنا انما نحكم بوجود الحمـل في الظـاهر ، وانما تتحققه بالخروج ، فاذا لم يخرج لم يتحقق أن هناك حملا بل يجوز أن يكون ريح فينفش فلا يلزمه الضـمان بالشك وان ضرب بطن امرأة فماتت ثم خرج الجنين منها بعد موتها ضمن الأم بديتها وضمن الجنين بالغرة •

وقال أبو حنيفة : لا يضمن الجنين • ودليلنا أن النبي صلى الله عليـه وسلم قضى في الجنين بغرة عبد أو أمة ، ولم يفرق بين أن يخرج قبل موت أمه أو بعده ، ولأن كل حمل كان مضـمونا اذا خرج قبل موت الأم كان مضمونا اذا خرج بعد موته كما لو ولدته حيا ، وان ضرب بطنها فأخرج الجنين رأسه وماتت ولم يخرج الباقي وجب عليه ضمان الجنين • وقال مالك لا يجب عليه شيء • دليلنا أن بظهور الرأس تحققنا أن هنـاك جنينا والظاهر أنه مات من ضربته فوطب عليه ضمانه •

فـــرع اذا ضرب بطن امرأة فألقت جنينا فصرخ ثم مات عقيبه أو بقي متألما الى أن مات وجبت فيه دية كاملة ، سواء ولدته لستة أشهر أو لما دونها ، فان لم يصرخ ولكنه تنفس أو شرب اللبن أو علمت حياته بشيء من ذلك ثم مات عقيبه أو بقي متألما الى أن مات وجبت فيه دية كاملة •

وقال المزني : ان ولدته حيا لدون ستة أشهر لم يجب فيه دية كاملة ، وانما يجب فيه الغرة لأنه لا تتم له حياة لما دون ستة أشهر •

وقال مالك والزهري : اذا لم يسـتهل بالصراخ لم تجب فيـه الدية الكاملة وانما تجب فيه الغرة ، دليلنا قد تحققنا حياته فوجب فيه دية كاملة كما لو ولدته لستة أشهر عند المزني ، وكما لو استهل صارخا عند مالك •

ولو ضرب بطنها فألقت جنينا وفيه حيـاة مستقرة ثم جاء آخر وقتله فالقاتل هو الثانى فيجب عليه القود ان كان مكافئا أو الدية الكاملة ، وأما الأول فلا يجب عليه الا التعزير بالضرب لا غير ، لأنه لم يمت من ضربه وان ضرب بطنها فألقت جنينا فلم يستهل ولا تنفس ولا تحرك حركة تدل على حياته ولكنه اختلج لم تجب فيه الدية الكاملة • وانما تجب فيه الغرة ، لأن هذا الاختلاج لا يدل على حيـاته ، لأن اللحم اذا عصر ثم ترك اختلج ، ويجوز أن يكون اختلاجه لخروجه من موضع ضيق •

وان ضرب بطن امرأة فألقت يدا ثم أسقطت بعد ذلك جنينا ناقص يد نظرت ــ فان بقيت المرأة متألمة الى أن أسقطت الجنين ، فان ألقته ميتـا وجبت فيه الغرة ويدخل فيها اليد ، لأن الظاهر أن الضرب قطع يده ، وان ألقته حيا ثم مات عقيب الوضع أو بقى متألما الى أن مات ففيه دية كاملة ، ويدخل فيها دية اليد ، وان خرج الجنين حيا وعاش لم يجب عليه فى الجنين شىء ووجب عليه ضمان اليد فتعرض اليد على القوابل أو عالمين فى الأجنة ، فان قلن أو قالا انها من جملته لم تنفخ فيهـا الروح وجبت فيهـا نصف الغرة ، وان قلن أو قالا انها فارقت جملة تنفخ فيها الروح وجب فيها نصف دية كاملة ، فأما اذا سقطت ثم زال ألم الضرب ثم ألقت الجنين ضمن اليد دون الجنين ، لأنه بمنزلة من قطع يد رجل ثم اندملت ــ فان خرج الجنين ميتا ــ وجب فى اليد ثم الغرة ، وان خرج حيـا ثم مات أو عاش عرضت اليد على القوابل أو عالمى أجنة ــ فان قلن أو قالا انها فارقت جملة لم ينفخ فيها الروح ــ وجب فيها نصف الغرة ، وان قلن أو قالا : انها فارقت جملة ينفخ فيها الروح كان فيها نصف الدية ، وان ضرب بطن امرأة فألقت يدا ثم ماتت الأم ولم يخرج الباقى وجبت دية الأم ووجبت فى الجنين الغرة ، لأن الظاهر أنه جنى على الجنين فأبان يده ومات من ذلك •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا يقبل فى الغرة ما له دون سبع سنين ، لأن الغـرة هى الخيار ، ومن له سبع سنين ليس من الخيار بل يحتاج الى من يكفله ، ولا يقبل الغلام بعد خمس عشرة سنة لأنه لا يدخل على النساء ، ولا الجارية بعد عشرين سنة لأنها تتغير وتنقص قيمتها فلم تكن من الخيار .

ومن أصحابنا من قال : يقبل ما لم يطعن فى السن عبـدا كان أو أمة ، ولا يقبـل اذا طعن فى السن لأنه يستغنى بنفسـه قبل أن يطعن فى السن ، ولا يستغنى اذا طعن فى السن ، ولا يقبل فيه خصى وان كثرت قيمته ، ولا معيب وان قل عيبه لأنه ليس من الخيار ، ولا يقبل الا ما يساوى نصف عشر الدية ، لأنه روى ذلك عن زيد بن ثابت رضى الله عنه ، ولأنه لا يمكن ايجاب دية كاملة لأنه لم يكمل بالحياة ولا يمكن اسقاط ضمانه لأنه خلق بشر فضمن بأقل ما قدر به الأرش وهو نصف عشر الدية ، لأنه قدر به أرش الموضـحة ودية السن ، ولا يجبر على قبول غير الغرة مع وجودها ، كما لا يقبل فى دية النفس غير الابل مع وجودها ، فان أعوزت الغرة وجب خمس من الابل ، لأن الابل هى أصـل فى الدية ، فان أعوزت وجبت قيمتها فى أحـد القولين ، أو خمسون دينارا أو ستمائة درهم فى القول الآخر فان كانت الجناية خطأ وجبت دية مخففة ، وان كانت عمدا أو عمد خطأ وجبت دية مغلظة كما قلنا فى الدية الكاملة .

وان كان أحد أبويه نصرانيا والآخر مجوسيا وجب فيه نصف عشر دية نصرانى لأن فى الضمان اذا وجد فى أحد أبويه ما يوجب وفى الآخر ما يسقط غلب الايجاب ولهذا لو قتل المحرم صيدا متولدا بين ماكول وغير ماكول وجب عليه الجزاء وان ضرب بطن امرأة نصرانية حامل بنصرانى ثم أسلمت ثم ألقت جنينا ميتا ، وجب فيـه نصف عشر دية مسلم ، لأن الضمان يعتبر بحـال استقرار الجناية ، والجنين مسلم عند استقرار الجناية ، فوجب فيه نصف عشر دية مسلم ، وما يجب فى الجنين يرثه ورثته لأنه بدل حر ، فورث عنه كدية غيره) .

الشرح الكلام فى الغـرة والسن فى حديه الأدنى والأقصى من البحوث غير العملية التى تلحق بأبواب العتق ، أما البدل عند اعواز الغرة ففيه نقول :

اختلف أصحابنا فيما ينتقل اليه فقال المصنف وابن الصباغ ينتقل الى خمس من الابل لأنها هى الأصل فى الدية • فان أعوزت الابل انتقل الى قيمتها فى القول الجديد والى خمسين دينارا أو ستمائة درهم فى القول القديم •

وقال الشيخ أبو حامد وأكثر أصحابنا : اذا أعوزت الغرة انتقل الى قيمتها فى قوله الجديد ، كما لو غصب منه عبدا فتلف ، وينتقل الى خمس من الابل فى قوله القديم ، فان أعوزت الابل انتقل الى قيمتها فى أحد القولين ، والى خمسين دينارا أو ستمائة درهم فى الآخر •

فرع ان كان الأبوان مسلمين وجبت الغرة مقدرة بنصف عشر دية الأب أو عشر دية الأم ، وان كانا ذميين وجبت الدية مقدرة بنصف عشر دية الأب أو عشر دية الأم ، وكذلك اذا كان الأبوان مجوسيين فانهما يعتبر من ديتهما ، وان كان أحد الأبوين نصرانيا والآخر مجوسيا اعتبرت دية الجنين بعشر دية النصرانى لأنه اذا اتفق فى بدل النفس ما يوجب الاسقاط وما يوجب الايجاب غلب الايجاب ، كما قلنا فى السبع المتولد بين الضب والذئب[1] اذا قتله المحرم • هذا نقل أصحابنا البغداديين •

وقال المسعودى : الجنين اليهودى والنصرانى والمجوسى لا تجب فيه الغرة • وانما يجب فيه نصف عشر دية الأب ، واذا كانا مختلفى الدين فقد خرج فيه قول آخر أن الاعتبار بالأب • وقال ابن سلمة : يعتبر بأقلهما دية • والأول أصح •

فرع اذا ضرب بطن امرأة نصرانية حامل بنصرانى فأسلمت ثم أسقطت جنينا ميتا ففيه غرة مقدرة بنصف عشر دية المسلم ، لأن الاعتبار بالدية حال الاستقرار ، وهى مسلمة حال الاستقرار • وان ضرب بطن مرتدة فأسلمت ثم أسقطت جنينا ميتا ففيه وجهان :

---

(١) كتاب الحج باب جزاء الصيد ج ٨ •

(أحدهما) لا يضمنه ــ وهو قول ابن الحداد المصرى ــ لأن الابتداء لم يكن مضمونا (والثانى) يضمنه اعتبارا بحال الاستقرار •

فــــرع اذا وطىء مسلم وذمى ذمية بشبهة فى طهر واحد ثم ضرب رجل بطنها وألقت جنينا ميتا عرض على القافة على الصحيح من المذهب ، فان ألحقته بالمسلم وجب فيه غرة مقدرة بنصف عشر دية المســلم ، وان ألحقته بالذمى وجبت فيه غرة مقدرة بنصف عشر دية اليهودى وان أشكل الأمر عليها وجب فيه ما يجب فى الجنين اليهودى لأنه يقين ، فان كان يرجو انكشاف الأمر لم نورث هذا المال أحدا ووقف الى أن يبين الأمر ، وان لم يرج انكشاف الأمر ترك حتى يصطلحوا عليه ، فان أراد الذمى والذمية أن يصطلحا فى قدر الثلث جاز لأنه لا حق للذمى فيه ، ولا يخرج هذا القدر من بينهما •

فــــرع الغرة الواجبــة فى الجنين الحر يرثها ورثتــه ، وبه قال أبو حنيفة وقال الليث بن سعد لا يورث عنه ، وانما يكون لأمه لأنه بمثابة عضو منها ، دليلنا أنه دية نفس تورث عنه كما لو خرج حيا ، وان ضرب بطن نصرانية فألقت جنينا ميتا فادعت أن هذا الجنين من مسلم زنا بها لم يجب فيه أكثر من دية جنين نصرانية ، لأن ولد الزنا لا يلحق بالزانى •

قال الطبرى : وان قالت وطئنى مسلم بشبهة فكذبها الجانى والعاقلة ، حلفوا على نفى العلم لأن الظاهر أنه تابع لها • وان صدقوها وجبت غرة مقدرة بنصف عشر دية مسلم ، وان صدقها العــاقلة دون الجانى لم يؤثر تكذيب الجانى • وان صدقها الجانى وكذبتها العاقلة حملت العاقلة دية جنين النصرانية ووجب البــاقى فى مال الجــانى لأنه وجب باعترافه ، والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب أروش الجنـــايات

والجنايات التى توجب الأروش ضربان ، جروح وأعضاء ، فأما الجروح فضربان ، شجاج فى الراس والوجه ، وجروح فيما سواهما من البدن ، فأما الشجاج فهى عشر : الخارصة وهى التى تكشط الجلد ، والدامية وهى التى يخرج منها الدم ، والباضعة وهى التى تشق اللحم ، والمتلاحمة وهى التى تنزل فى اللحم ، والسمحاق وهى التى تسـميها اهل البـلد الملطاط ، وهى التى تستوعب اللحم الى أن تبقى غشاوة رقيقة فوق العظم ، والموضحة وهى التى تكشف عن العظم ، والهاشمة وهى التى تهشم العظى ، والمنقلة وتسمى أيضا المنقولة ، وهى التى تنقل العظم من مكان الى مكان ، والمأمومة وتسمى أيضا الآمة وهى التى تصلُ تصـل الى أم الرأس وهى جلدة رقيقـة تحيط بالدماغ ، والدامغة وهى التى تصل الى الدماغ .

فصـــل والذى يجب فيه أرش مقدر من هذه الشجاج أربع ، وهى الموضحة والهاشمة والمنقلة والمأمومة ، فأما الموضحة فالواجب فيها خمس من الابل ، لما روى أبو بكر محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده ((أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن بكتاب فيـه الفرائض والسنن والديات ، وفى الموضحة خمس من الابل)) ويجب ذلك فى الصغيرة والكبيرة ، وفى البارزة والمستورة بالشعر ، لأن اسم الموضحة يقع على الجميـع ، وان أوضـح موضـحتين بينهمـا حاجز وجب عليـه أرش موضحتين ، لأنهمـا موضحتان . وان أزال الحاجز بينهما وجب أرش موضحة لأنه صار الجميع بفعله موضحة واحدة ، فصار كما لو أوضـح الجميع من غير حاجز . وان تآكل ما بينهما وجب أرش موضحة واحـدة ، لأن سراية فعله كفعله ، وان أزال المجنى عليه الحاجز وجب على الجانى أرش الموضحتين ، لأن ما وجب بجنايته لا يسقط بفعل غيره . وان جاء آخر فأزال الحاجز وجب على الأول أرش الموضحتين وعلى الآخر أرش موضحة ، لأن فعلَ احدهما لا يبنى على الآخر فانفرد كل واحد منهما بحكم جنايته .

وان أوضح موضحتين ثم قطع اللحم الذى بينهما فى الباطن ، وترك الجلد الذى فوقهما ، ففيه وجهان :

(أحدهما) يلزمه أرش موضحتين لانفصالهما فى الظاهر .

(والثانى) يلزمه أرش موضحة لانفصالهما فى الباطن ، وان شج رأسـه شجة واحدة بعضها موضحة وبعضها باضعة لم يلزمه اكثر من أرش موضحة،

لأنه لو أوضح الجميع لم يلزمه أكثر من أرش موضحة ، فلأن لا يلزمه ـ والايضاح فى البعض ـ أولى . وأن أوضح جميع رأسه وقدره عشرون أصبعا ورأس الجانى خمس عشرة أصبعا اقتص فى جميع رأسه ، وأخذ عن الربع الباقى ربع أرش موضحة وخرج أبو على بن أبى هريرة وجها آخر أنه يأخذ عن الباقى أرش موضحة ، لأن هذا القدر لو انفرد لوجب فيه أرش موضحة ، وهذا خطأ لأنه اذا انفرد كان موضحة فوجب أرشها ، وههنا هو بعض موضحة فلم يجب فيه الا ما يخصه) .

الشرح حديث كتاب النبى صلى الله عليه وسلم مضى تخريجه ، وكذلك بيان لغات الفصل .

أما الأحكام فان الجنايات على ما دون النفس شيئين : جراحات وأعضاء ، فأما الجراحات فضربان ، شجاج فى الرأس والوجه ، وجراحات فيما سواهما من البدن ، فأما الشجاج فى الرأس والوجه فعشرة : الخارصة ، والدامية ، والباضعة والمتلاحمة ، والسمحاق ، والموضحة ، والهاشمة ، والمنقلة ، والمأمومة ، والدامغة ، فالتى يجب فيها أرش مقدر من هذه الشجاج الموضحة والهاشمة والمنقلة والمأمومة ، فأما الموضحة فيجب فيها خمس من الابل صغيرة كانت أو كبيرة ، وبه قال أكثر الفقهاء وقال مالك ان كانت فى الأنف أو فى اللحى الأسفل وجبت فيها حكومة . وقال ابن المسيب : يجب فى الموضحة عشر من الابل .

دليلنا حديث أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن كتابا وكان فى كتابه « أن من اعتبط مؤمنا قتلا عن بينة فانه قود الا أن يرضى أولياء المقتول ، وأن فى النفس الدية مائة من الابل ، وأن فى الأنف اذا أوعب جدعه الدية ، وفى اللسان الدية ، وفى الشفتين الدية ، وفى البيضتين الدية ، وفى الذكر الدية ، وفى الصلب الدية ، وفى العينين الدية ، وفى الرجل الواحدة نصف الدية ، وفى المأمومة ثلث الدية ، وفى الجائفة ثلث الدية ، وفى المنقلة خمسة عشر من الابل ، وفى كل أصبع من أصابع اليد والرجل عشر من الابل . وفى السن خمس من الابل ، وفى الموضحة خمس من الابل ، وأن الرجل

يقتل بالمرأة وعلى أهل الذهب ألف دينار » أخرجه النسائى وابن خزيمة وابن حبان وابن الجارود والحاكم والبيهقى موصولا وأبو داود فى المراسيل ؛ وصححه أحمد والحاكم وابن حبان والبيهقى ؛ وقد تقدم الكلام عليه • وقد أثبتنا رواية النسائى هنا لنرجع ما يأتى من الديات عن كثب منها اتقاء التكرار •

مسألة اذا أوضحه موضحتين أو ثلاثا أو أربعا وجبت لكل موضحة خمس من الابل لعموم الخبر ، فان كثرت المواضح حتى زاد أرشها على دية النفس ففيه وجهان لأصحابنا الخراسانيين •

(أحدهما) لا يجب أكثر من دية النفس ، لأن ذلك ليس بأكثر حرمة من نفسه (والثانى) يجب بكل موضحة خمس من الابل — وهو المشهور — لقوله صلى الله عليه وسلم « وفى الموضحة خمس من الابل » ولم يفرق ، ولأنه يجب فى كل واحدة أرش مقدر فوجب ، وان زاد ذلك على دية النفس ؛ كما لو قطع يديه ورجليه ، فان أوضحه موضحتين بينهما حاجز ثم أزال الجانى هذا الحاجز لم يجب عليه أكثر من أرش موضحة ؛ لأن فعل الانسان يبنى بعضه على بعض ، كما لو قطع يديه ورجليه ثم مات ، وكذلك ان تآكل ما بينهما بالجناية صار كما لو خرق ما بينهما لأن سراية فعله كفعله فصار كما لو قطع يديه ورجليه وسرى ذلك الى نفسه ؛ وان خرق أجنبى ما بينهما وجب عليه أرش موضحة ان بلغ الى العظم • ووجب على الأول أرش موضحتين ، لأن فعل الانسان لا يبنى على فعل غيره • وان خرق المجنى عليه ما بينهما صار ما فعله هدرا ولم يسقط بذلك عن الجانى شىء وان أوضح رجلان فى رأس رجل موضحتين واشتركا فيهما ثم جاء أحدهما وخرق ما بينهما وجب على الخارق نصف أرش موضحة ، وعلى الذى لم يخرق أرش موضحة ، لأنهما لما أوضحاه أولا وجب على كل واحد منهما أرش موضحة ، فاذا خرق أحدهما الحاجز بينهما صار فى حقه كأنهما أوضحاه موضحة واحدة فكان عليه نصف أرشها ولم يسقط بذلك مما وجب على الآخر شىء •

فـــرع اذا شج رجل آخر شجة ، بعضها موضحة وبعضها باضعة وبعضها متلاحمة لم يجب عليه أكثر من أرش موضـــحة ؛ لأنه لو أوضحها جميعها لم يجب عليه أكثر من أرش موضحة ؛ فلأن لا يلزمه ــ والايضاح فى بعضها ــ أولى وان أوضحه موضحتين وخرق اللحم الذى بينهما ولم يخرق الجلد الظاهر ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه أرش موضحتين اعتبارا بالظاهر (والثانى) لا يلزمه الا أرش موضحة اعتبارا بالباطن •

وان أوضحه موضحتين وخرق الجلد الذى بينهما ولم يخرق اللحم لم يلزمه الا أرش موضحة وجها واحدا ؛ لأنه لو خرق الظاهر والباطن بينهما لم يلزمه الا أرش موضحة ؛ فلان لا يلزمه الا أرش موضحة ولم يخرق الا الظاهر أولى • وان أوضحه موضحة فى الرأس ونزل فيها الى القفا ــ وهو العنق ــ وجب عليه أرش موضحة فى الرأس وحكومة فيما نزل الى القفا ، لأنهما عضوان مختلفان ، وان أوضحه موضحة بعضها فى الرأس وبعضها فى الوجه ففيه وجهان : (أحدهما) يلزمه أرش موضحتين لأنهما عضـــوان مختلفان ، فهما كالرأس والقفا • (والثانى) لا يلزمه الا أرش موضحة ؛ لأن الجميع محل للموضحة بخلاف القفا ؛ والأول أصح لأنهما مختلفـــان فى الظاهر •

وان أوضح جميـــع رأسه ورأس المجنى عليه عشرون أصـــبعا ورأس الجانى خمسة عشر أصبعا فاقتص منه فى جميع رأسه ، فانه يجب للمجنى عليه فما بقى الأرش ؛ لأنه لم يستوف قدر موضحته ، وكم يجب له ؟ فيه وجهـــان •

(أحدهما) يجب له أرش موضحة ، لأنه لو أوضحه قدر ذلك لوجب فيه أرش موضحة (والثـــانى) وهو الأصح أنه لا يجب له الا ربع أرش

موضحة ، لأنه أوضحه موضحة وقد استوفى ثلاثة أرباعهـــا فبقى له ربع أرشها • واذا وجب له أرش موضحة مغلظة فانه يجب له حقتان وثلاثة أبعرة

من النوعين الآخرين قال القاضى أبو الطيب : فيكون له بعير ونصف من الحقاق ، وبعير ونصف من الجذاع .

قال ابن الصباغ : وهذا يقتضى أن يأخذ قيمة الكسرين الا أن يرضى أن يأخذهما من السن الأل ، وهو أن يأخذ حقتين وجذعة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ويجب فى الهاشمة عشر من الابل لما روى قبيصة بن ذؤيب عن زيد بن ثابت أنه قال « فى الهاشمة عشر من الابل » وان ضرب رأسه بمثقل فهشم العظم من غير ايضاح ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنه تجب فيه الحكومة ، لأنه كسر عظم من غير ايضاح ، فأوجب الحكومة ككسر عظم الساق . (والثانى) وهو قول أبى اسحاق أنه يجب فيه خمس من الابل ، وهو الصحيح ، لأنه لو أوضحه وهشمه وجب عليه عشر من الابل ، فدل على أن الخمس الزائدة لأجل الهاشمة ، وقد وجدت الهاشمة فوجب فيها الخمس ، وان هشم هاشمتين بينهما حاجز وجب عليه أرش هاشمتين كما قلنا فى الموضحتين .

فصل ويجب فى المنقلة خمس عشرة من الابل لما روى عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن « فى المنقلة خمس عشرة من الابل » وان أوضح رأسه موضحة ونزل فيها الى لونه ففيه وجهان (أحدهما) أنه يجب عليه أرش موضحتين لأنه أوضح فى عضوين فوجب أرش موضحتين ، كما لو فصل بينهما . (والثانى) يجب أرش موضحة لأنها موضحة واحدة . فأشبه اذا أوضح فى الهامة موضحة ونزل فيها الى الناصية ، وان أوضح فى الرأس موضحة ونزل فيها الى القفا وجب عليه أرش الموضحة فى الرأس ، ويجب عليه حكومة فى الجراحة فى القفا ، لأنه ليس بمحل للموضحة فانفرد الجرح فيه بالضمان .

فصل ويجب فى المأمومة ثلث الدية لما روى عكرمة بن خالد « أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى المأمومة بثلث الدية ، وأما الدامغة فقد قال بعض أصحابنا يجب فيها ما يجب فى المأمومة ، وقال أقضى القضاة أبو الحسن الماوردى البصرى : يجب عليه أرش المأمومة وحكومة ، لأن خرق الجلد جناية بعد المأمومة فوجب لأجلها حكومة .

فصـــل **وان شج رأس رجل موضحة فجاء آخر فجعلها هاشمة ، وجاء آخر فجعلها منقلة ، وجاء آخر فجعلها مأمومة ، وجب على الأول خمس من الابل ، وعلى الثانى خمس ، وعلى الثالث خمس ، وعلى الرابع ثمانية عشر بعيراً وثلث ، لأن ذلك جناية كل واحد منهم) .**

الشرح أثر زيد بن ثابت أخرجه البيهقى . ثم حكاه البيهقى عن عدد من أهل العلم . وقد اتفق أهل العلم على أنه لم يبلغنا عن النبى صلى الله عليه وسلم فيها تقدير ، وحكوا عن مالك قوله : لا أعرف الهاشمة لكن فى الايضاح خمس وفى الهشم عقوبة . وكان الحسن البصرى لا يوقت فيها شيئا . قال ابن المنذر : النظر يدل على قول الحسن البصرى اذ لا سنة فيها ولا اجماع ، ولأنه لم ينقل عن النبى صلى الله عليه وسلم تقـدير فوجبت فيها الحكومة كما دون الموضحة ، وسيأتى نقضه .

أما مرسل عكرمة ذلك لأنه ابن خالد بن العاص بن هشام المخزومى من التابعين ، فان فى حديث عمرو بن حزم عن كتاب النبى صلى الله عليه وسلم الى أهل اليمن ما يغنى عنه .

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم : وقد حفظت عن عدد لقيتهم ــ وذكر لى عنهم أنهم قالوا ــ فى الهاشمية عشر من الابل وبهذا أقول . ثم قال ولو كانت الشجة كبيرة فهشمت موضعا أو مواضع بينهما شىء من العظم لم ينهشم كانت هاشمة واحدة لأنها جنـاية واحدة ، ولو كانت بينهما شىء من الرأس لم تشققه والضربة واحدة فهشمت مواضـع كان فى كل موضع منها انفصل حتى لا يصل به غيره مجروحا بتلك الضربة هاشمية . وهكذا فى المنقلة والمأمومة .

وممن قال فى الهاشمة عشر من الابل أحمد بن حنبل وأبو حنيفة وقال مالك : يجب فيها خمس من الابل وحكومة فى كسر العظم دليلنا ما روى عن زيد بن ثابت ولا مخالف له فى الصحابة فكان اجماعا ، ومثل حكم زيد يدل ظاهره على أنه توقيف ، ومن ثم لا يخلو من أثر عن النبى صـلى الله عليه وسلم ، ولأنها شـجة فوق الموضحة تختص باسم فكان فيهـا مقدر كالمأمومة .

وان ضرب وجهه أو رأسه بمثقل فهشم العظم من غير أن يقطع جلدا ولا لحما ففيه وجهان ، قال أبو على بن ابى هريرة : يجب فيها حكومة لأنها ليست بموضحة ولا هاشمة ، وانما كسر عظم ، فهو كما لو كسر يده •

وقال أبو اسحاق المروزى : عليه خمس من الابل ، وهو الأصح لأنه لو أوضحه وهشمه لوجب عليه عشر من الابل ، ولو أوضحه ولم يهشمه لم يجب عليه الا خمس من الابل ، فدل على أن الخمس الزائدة لأجل الايضاح •

فرع اذا شجه شجة بعضها موضحة وبعضها هاشمة وبعضها دون موضحة لم يجب عليه الا عشر من الابل ، لأنه لو هشم الجميع لم يجب عليه الا عشر من الابل ، فلأن لا يلزمه الهشم فى البعض أولى ، وان هشمه هاشمتين بينهما حاجز لزمه أرش هاشمتين ، وان أوضحه موضحتين وهشم العظم بكل واحدة منهما واتصل الهشم فى الباطن وجب عليه أرش هاشمتين وجها واحدا ، والفرق بينهما وبين الموضحتين اذا اتصلتا فى الباطن ، لأن الحائل قد ارتفع بين الموضحتين فى الباطن ، وههنا اللحم والجلد بينهما باق فكانتا هاشمتين ، وانما الكسر اتصل ولا اعتبار به وبكل ما قلنا ذهب أحمد وأصحابه •

قوله « فى المنقلة خمس عشرة من الابل » وفى رواية « خمسة عشر من الابل » قال فى القاموس هى الشجة التى ينقل منها فراش العظام ، وهى قشور تكون على العظم دون اللحم • وفى النهاية لابن الأثير أنها التى تخرج صغار العظام وتنتقل عن أماكنها • وقيل التى تنقل العظم أى تكسره • وقد روى ذلك عن على وزيد بن ثابت والعترة وأحمد بن حنبل وأبى حنيفة • قال قدامة : وهو اجماع أهل العلم • أما تفصيلها فكما فى تفصيل الموضحة والهاشمة •

قوله « ويجب فى المأمومة ثلث الدية » قلت ارجع الى كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لأهل اليمن فى أول الباب •

قال ابن عبد البر : أهل العراق يقولون لها الآمة وأهل الحجاز المأمومة. وهى الجراحة الواصلة الى أم الدماغ ، سميت أم الدماغ لأنها تحوطه وتجمعه ، فاذا وصلت الجراحة اليها سميت آمة ومأمومة ، وأرشها ثلث الدية فى قول عامة أهل العلم الا مكحولاً فانه قال : ان كانت عمدا ففيها ثلثا الدية ، وان كانت خطأ ففيها ثلثها ، هكذا نقله الشوكانى عن ابن المنذر .

أما الدامغة وهى أن يخرق جلدة الدماغ وفيها ما فى المأمومة ؛ ولم يذكر متقدمو أصحاب أحمد الدامغة لمساواتها المأمومة فى أرشها ، قال ابن قدامة : ويحتمل أنهم تركوا ذكرها لكونها لا يسلم صاحبها فى الغالب . وقال أبو الحسن الماوردى البصرى صاحب الحاوى والأحكام السلطانية وأدب الدنيا والدين وغيرها وامام أصحابنا العراقيين : يجب فيها حكومة مع ثلث الدية لخرق الغشاوة التى على الدماغ وبه قال بعض أصحاب أحمد كما أفاده ابن قدامة .

فرع قال أبو العباس بن سريج : وان أوضحه رجل وهشمه آخر ونقله آخر وآمه فى موضع واحد وجب على الذى أوضحه خمس من الابل وعلى الذى هشمه خمس من الابل وعلى الذى نقله خمس من الابل وعلى الذى آمه ثمانى عشرة من الابل وثلث ؛ لأن ذلك قدر أرش جناية كل واحد منهم ، وهو اختيار المصنف هنا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وأما الشجاج التى قبل الموضحة وهى خمسة : الخارصة والدامية والباضعة والمتلاحمة والسمحاق ، فينظر فيها فان أمكن معرفة قدرها من الموضحة بأن كانت فى الرأس موضحة فشج رجل بجنبها باضعة أو متلاحمة وعرف قدر عمقها ومقدارها من الموضحة من نصف أو ثلث أو ربع ، وجب عليه قدر ذلك من أرش الموضحة ، لأنه يمكن تقدير أرشها بنفسها فلم تقدر بغيرها ، وان لم يمكن معرفة قدرها من الموضحة وجبت فيها الحكومة ، لأن تقدير الأرش بالشرع ولم يرد الشرع بتقدير الأرش فيما دون الموضحة ، وتعذر معرفة قدرها من الموضحة فوجبت فيها الحكومة .

فصـــل وأما الجروح فيما سوى الرأس والوجه فضربان ، جائفة وغير جائفة فأما غير الجائفة فهى الجراحات التى لا تصل الى جوف ، والواجب فيها الحكومة فان أوضح عظما فى غير الرأس والوجه أو هشمه أو نقله وجب فيه الحكومة ، فان أوضح عظما فى غير الرأس والوجه أو هشمه أو نقله وجب فيه الحكومة ، لأنها لا تشارك نظائرها من الشجاج التى فى الرأس والوجه فى الاسم ولا تساويها فى الشين والخوف عليه منها ، فلم تساوها فى تقدير الأرش . وأما الجائفة وهى التى تصل الى الجوف من البطن أو الظهر أو الورك أو الصدر أو ثغرة النحر ، فالواجب فيها ثلث الدية ، لما روى فى حديث عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن : « فى الجائفة ثلث الدية » فان أجاف جائفتين بينهما حاجز وجب فى كل واحدة منهما الدية .

وان أجاف جائفة فجاء آخر ووسعها فى الظاهر والباطن وجب على الثانى ثلث الدية ، لأن هذا القدر لو انفرد لكان جائفة فوجب فيه أرش الجائفة ، فان وسعها فى الظاهر دون الباطن أو فى الباطن دون الظاهر وجب عليه حكومة ، لأن جنايته لم تبلغ الجائفة .

وان جرح فخذه وجر السكين حتى بلغ الورك وأجاف فيه ، أو جرح الكتف وجر السكين حتى بلغ الصدر وأجاف فيه ، وجب عليه أرش الجائفة وحكومة فى الجراحة ، لأن الجراحة فى غير موضع الجائفة فانفردت بالضمان كما قلنا فيمن نزل فى موضحة الرأس الى القفا .

وان طعن بطنه بسنان فأخرجه من ظهره ، أو طعن ظهره فأخرجه من بطنه وجب عليه فى الداخل الى الجوف أرش الجائفة لأنها جائفة ، وفى الخارج منه الى الظاهر وجهان (أحدهما) وهو المنصوص أنه جائفة ، ويجب فيها أرش جائفة أخرى لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن عمر رضى الله عنه قضى فى الجائفة اذا نفذت من الجوف جائفتان ، ولأنها جراحة نافذة الى الجوف فوجب فيها أرش جائفة كالداخلة الى الجوف (والثانى) ليس بجائفة ، ويجب فيها حكومة ، لأن الجائفة ما تصل من الظاهر الى الجوف ، وهذه خرجت من الجوف الى الظاهر فوجب فيها حكومة .

فصـــل ان طعن وجنته فهشم العظم ووصلت الى الفم ففيه قولان

(أحدهما) أنها جائفة ويجب فيها ثلث الدية ، لأنها جراحة من ظاهر الى جوف فأشبهت الجراحة الواصلة الى الباطن .

(والثانى) أنه ليس بجائفة ، لأنه لا تشارك الجائفة فى اطلاق الاسم ولا

تساويها فى الخوف عليه منها ، فلم تساوها فى ارشها ، فعلى هذا يجب عليه دية هاشمة لأنه هشم العظم ويجب عليه حكومة لما زاد على الهاشمة .

فصـــل وان خاط الجائفة فجاء رجل وفتق الخياطة نظرت ـ فان كان قبل الالتحام ـ لم يلزمه أرش لأنه لم توجد منه جناية ويلزمه قيمة الخيط وأجرة المثل للخياطة ، وان كان بعد التحام الجميع لزمه ارش جائفة ، لأنه بالالتحـام عاد الى ما كان قبل الجنـاية ويلزمه قيمة الخيط ولا تلزمه أجرة الخياطة لأنها دخلت فى أرش الجائفة ، وان كان بعـد التحام بعضـها لزمه الحكومة لجنايته على ما التحم وتلزمه قيمة الخيط ولا تلزمه أجرة الخيـاطة لأنها دخلت فى الحكومة .

فصـــل وان أدخل خشبة أو حديدة فى دبر انسان فخرق حاجزاً فى الباطن ففيه وجهان بناء على الوجهين فيمن خرق الحاجز بين الموضحتين فى الباطن (أحدهما) يلزمه أرش جائفة لأنه خرق حاجزاً الى الجوف (والثانى) تلزمه حكومة لبقاء الحاجز الظاهر .

فصـــل وان أذهب بكارة امرأة بخشبة أو نحوها لزمته حكومة ، لأنه اتلاف حاجز وليس فيه أرش مقدر ، فوجبت فيه الحكومة . وان أذهبها بالوطء لم يلزمه أرش لأنها ان طاوعته فقـد أذنت فيه ، وان أكرهـا دخل أرشها فى المهر ، لأنا نوجب عليه مهر بكر .

الشرح فى مراسيل مكحول « أن النبى صلى الله عليه وسلم جعل فى الموضحة خمسا من الابل ولم يوقت فيما دون ذلك شيئا ، فاذا كان تقدير الأرش لا يثبت الا بالنص التوقيفى ولا توقيف ها هنا فى الشجاج التى قبل الموضحة بأرش مقدر فانه اذا ثبت هذا فاذا أمكن معرفة قدرها من الموضحة بأن كان فى رأس المجنى عليه موضحة ثم شج فى رأسه دامغة أو باضعة ، فان عرف قدر عمقها من عمق الموضحة التى فى رأسه وجب فيها تقـدير ذلك من أرش الموضحة ، وان لم يمكن معرفة قدر عمقها من عمق الموضحة التى فى رأسه وجب فيها حكومة يعرف بالتقويم على ما يأتى بيـانه ، فان تيقنا أنها نصف الموضحة وشككنا هل يزيد أم لا ؟ فانه يقوم ، فان خرجت حكومتها بالتقويم نصف أرش الموضحة لا غير ، لم تجب الزيادة لأنا علمنا أن الزيادة لا حكم لها ، وان خرجت حكومتها أكثر من نصف أرش الموضحة وجب ذلك لأنا علمنـا أن الشك له حكم ، وان خرجت حكومتها أقل من نصف أرش الموضحة . لأنا قد تيقنا وجوب النصف وعلمنا أن التقويم خطأ .

قوله « وأما الجروح فيما سوى الرأس والوجه الخ » فجملة ذلك أن هذه الجراحة ضربان جائفة وغير جائفة ، فأما غير الجائفة وهى الموضحة والهاشمة والمنقلة وما دون الموضحة من الجراحات فلا يجب فيها أرش مقدر ؛ وانما يجب فيها حكومة لأن النبى صلى الله عليه وسلم ذكر الموضحة وما بعدها من الجراحات وذكر بعدها المأمومة ، والمأمومة لا تكون الا فى الرأس ، فعلم أن ما قبلها لا تكون الا بالرأس ، والوجه فى معنى الرأس ، ولأن هذه الجراحات فى سائر البدن لا تشارك نظائرها فى الرأس والوجه فى الشين والخوف عليه منها فلم يشاركها فى تقدير الأرش . وأما الجائفة فهى الجراحات التى تصل الى الجوف من البطن أو الصدر أو ثغرة النحر أو الورك فيجب فيها ثلث الدية .

وقال مكحول : « ان تعمدها وجب فيها الدية » دليلنا كتاب النبى صلى الله عليه وسلم الى أهل اليمن الذى سقنا لك نصه فى أول الباب ، وعن ابن عمر مثل ذلك أن فى الجائفة ثلث الدية ؛ وهو قول عامة أهل العلم ؛ منهم أهل المدينة وأهل الكوفة وأهل الحديث وأصحاب الرأى الا مكحولا حيث قال ان فى عمدها ثلثى الدية ولأنها جراحة أرشها مقدر فلم يختلف قدر أرشها بالعمد والخطأ كالموضحة ، ولا نعلم فى جراح البدن الخالية عن قطع الأعضاء وكسر العظام مقدرا غير الجائفة ؛ والجائفة ما وصل الى الجوف من بطن أو ظهر أو صدر أو ثغرة نحر أو ورك أو غيره .

وذكر ابن عبد البر أن مالكا وأبا حنيفة والشافعى والبتى وأصحابهم اتفقوا على أن الجائفة لا تكون الا فى الجوف ، قال ابن القاسم : الجائفة ما أفضى الى الجوف ولو بمغرز ابرة ، فأما خرق شدقه فوصل الى باطن فان أجافه جائفتين بينهما حاجز وجب عليه أرش جائفتين ، وان طعنه فأنفذه من ظهره الى بطنه ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يجب عليه الا أرش جائفة ، لأن الجائفة هو ما ينفذ من خارج الى داخل ، فأما الخارج من داخل الى خارج فليس بجائفة ، فيجب فيها حكومة .

(والثانى) يجب عليه أرش جائفتين ؛ وبه قال مالك ؛ وهو المذهب ، لأنه روى عن أبى بكر الصديق وعمر بن الخطاب ولا مخالف لهما فى الصحابة رضى الله عنهم أجمعين ، ولأنهما جراحتان نافذتان الى الجوف ، فهو كما لو نفذتا من خارج الى داخل .

فرع وان أجاف رجلا جائفة ثم جاء آخر وأدخل السكين فى تلك الجائفة ، فان لم يقطع شيئا فلا شىء عليه وانما يعزر به ، وان وسعها فى الظاهر والباطن وجب عليه أرش جائفة لأنه أجاف جائفة أخرى ؛ وان وسعها فى الظاهر دون الباطن أو فى الباطن دون الظاهر أو أصاب بالسكين كبده أو قلبه وجرحه وجبت عليه حكومة . وان قطع أمعاءه أو أبان حشوته فهو قاتل ، لأن الروح لا تبقى مع هذا ، والأول جارح .

وان وضع السكين على فخذه فجره حتى بلغ به البطن وأجافه ؛ أو وضعه على كتفه حتى بلغ به الظهر وأجافه وجب عليه أرش جائفة وحكومة للجراحة فى الكتف والفخذ ؛ لأنهما جراحة فى غير محل الجائفة ، وان وضع السكين على صدره وجرها حتى بلغ به الى بطنه أو ثغرة النحر وأجافه لم يجب عليه الا أرش جائفة ؛ لأن الجميع محل للجائفة ؛ ولو أجافه فى الجميع لم يلزمه الا أرش جائفة فلئلا يلزمه ولم يجفه الا فى بعضه أولى . هذا هو اتفاق أهل العلم .

فرع اذا أجافه جائفة فخاط الجائفة ؛ فجاء آخر وفتق تلك الخياطة ؛ فان كان الجرح لم يلتحم ظاهرا أو باطنا لم يلزم الثانى أرش ، وانما يعزر ، كما لو أدخل السكين فى الجائفة قبل الخياطة ، ويجب عليه قيمة الخياطة وأجرة المثل ، و ان كانت الجراحة قد التحمت فقطعها ظاهرا أو باطنا وجب عليه أرش جائفة ؛ لأنه عاد كما كان ، وان التحمت الجراحة فى الظاهر دون الباطن أو فى الباطن دون الظاهر ففتقه وجبت عليه الحكومة ، وكل موضع عليه أرش الجائفة أو الحكومة فانه يجب عليه معه قيمة للخيط ، وتدخل أجرة الطبيب الذى يجرى عملية الخياطة فى الأرش أو فى الحكومة . وهذا هو اتفاق أهل العلم .

فـــرع اذا جرحه فى جوفه فخرجت الجراحة من الجانب الآخر فهما جائفتان فى قول أكثر أهل العلم ، منهم عطاء ومجاهد وقتادة ومالك وأحمد وأصحاب الرأى • قال ابن عبد البر : لا أعلمهم يختلفون فى ذلك • وقال بعض أصحابنا : هى جائفة واحدة •

وحكى هذا عن أبى حنيفة • لأن الجائفة هى التى تنفذ من ظاهر البدن الى جوف ، وهذه الثانية انما نفذت من الباطن الى الظهر وقد استدل الجمهور بما أخرجه سعيد بن منصور فى سننه عن سعيد بن المسيب « أن رجلا رمى بسهم فأنفذه فقضى أبو بكر رضى الله عنه بثلثى الدية » وروى نحوه عن عمر رضى الله عنه من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، لأن الاعتبار بوصول الجرح الى الجوف لا بكيفية ايصاله ، اذ لا أثر لصورة الفعل مع التساوى فى المعنى ؛ كما قلنا فيمن أوضح انسانا فى رأسه ثم أخرج السكين من موضع آخر فهما موضحتان ؛ وان هشمه هاشمة لها مخرجان فهما هاشمتان •

فـــرع اذا ضرب وجنته فكسر العظم ووصل الى فيه ، ففيه قولان (أحدهما) يجب عليه أرش جائفة ، لأنها جراحة وصلت الى جوف الفم ، فهو كما لو وصلت الى جوف البطن أو الرأس (والثانى) لا يجب عليه الا أرش هاشمة لهشم العظم وحكومة لما زاد ، لأن هذه دون الجائفة الى البطن أو الرأس فى الخوف عليه منها ؛ وان جرحه فى أنفه فخرقه الى باطنه ؛ قال أبو على الطبرى ففيه قولان ، كما لو هشم عظم وجنته فوصل الى فيه • وقال ابن الصباغ : لا يجب عليه أرش جائفة قولا واحدا •

فـــرع اذا أدخل خشبة فى دبر انسان فخرق حاجزا فى البطن فهل يلزمه أرش جائفة ؟ فيه وجهان كما قلنا فيمن خرق الباطن بين الموضحتين دون الظاهر وقال أحمد وأصحابه : عليه حكومة ولا يلزمه أرش جائفة وجها واحدا • أما اذا أذهب بكارة امرأة بخشبة أو بيده فليست بجائفة ؛ لأنه لا يخاف عليها من ذلك فان كانت أمة وجب عليه ما نقص من قيمتها ، وان كانت حرة ففيها حكومة ، فان أكرهها على الزنا وجب عليه

حكومة ، ولاذهاب البكارة مهر المثل ، وهل يلزمه أرش البكارة ؟ عند أصحاب أحمد فيها روايتان لإحداهما لا يلزمه لأن أرش البكارة داخل فى مهر المثل أكبر من مهر الثيب ، فالتفاوت بينهما هو عوض أرش البكارة فلم يضمنه مرتين (والثانية) يضمنه لأنه محل أتلفه بعدوانه فلزمه أرشه ، كما لو أتلفه بأصبعه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وأما الأعضاء فيجب الأرش فى اتلاف كل عضو فيه منفعة أو جمال ، فيجب فى اتلاف العينين الدية ، وفى احداهما نصفها ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى كتاب كتبه لعمرو بن حزم . ((هذا كتاب الجروح ، فى النفس مائة من الابل وفى العين خمسون من الابل ، فأوجب فى كل عين خمسين من الابل)) فدل على انه يجب فى العينين مائة ، ولأنهـا من أعظى الجوارح جمالا ومنفعة ، ويجب فى عين الأعور نصف الدية للخبر ، ولأن ما ضمن بنصف الدية مع بقاء نظيره ضمن به مع فقد نظيره كاليد .

وان جنى على عينيه أو رأسه أو غيرهما فذهب ضوء العينين وجبت الدية لأنه أتلف المنفعة المقصودة بالعضـو فوجبت ديتـه ، كما لو جنى على يده فشلت ، وان ذهب الضـوء من احداهما وجب نصف الدية ، لأن ما أوجب الدية فى اتلافها أوجب نصف الدية فى اتلاف احداهما كاليـدين . وان أزال الضوء فأخذت منه الدية ثم عاد وجب رد الدية ، لأنه لمـا عاد علمنا أنه لم يذهب ، لأن الضوء اذا ذهب لم يعد .

وان زال الضـوء فشهد عدلان من أهل الخبرة أنه يرجى عوده ،فان لم يقدر لعوده مدة معلومة لم ينتظر لأن الانتظار الى غير مدة معلومة يؤدى الى اسقاط موجب الجناية . وان قدر مدة معلومة انتظر وان عاد الضوء لم يجب شىء ، وان لم يعد أخذ الجانى بموجب الجناية من القصـاص أو الدية ، وان مات قبل انقضاء المدة لم يجب القصـاص لأنه موضـع شبهة لأنه يجوز أن لا يكون بطل الضوء ، ولعله لو عاش لعاد والقصـاص يسقط بالشبهة ، وأما الدية فقد قال فيمن قلع سناً وقال أهل الخبرة : يرجى عوده الى مدة فمات قبل انقضائها ان فى الدية قولين : (أحدهما) تجب لأنه أتلف ولم يعـد . (والثانى) لا تجب لأنه لم يتحقق الاتلاف ولعله لو بقى لعـاد ، فمن أصحابنا من جعل فى دية الضوء قولين ، ومنهم من قال : تجب دية الضوء قولاً واحداً ، لأن عود الضوء غير معهود ، بخلاف السن فان عودها معهود .

فصـــل فان جنى على عينيه فنقص الضوء منهما ، فان عرف مقدار النقصان بان كان يرى الشخص من مسافة فصـار لا يراه الا من نصف تلك المسافة وجب من الدية بقسطها ، لأنه عرف مقدار ما نقص فوجب بقسطه ، وان لم يعرف قدر النقصان بأن ساء ادراكه وجبت فيه الحكومة لأنه تعذر التقدير ، فوجبت فيه الحكومة . وان نقص الضوء فى احدى العينين عصبت العليلة واطلقت الصحيحة ، ووقف له شخص فى موضع يراه ، ثم لا يزال يبعد الشخص ويسأل عنه الى ان يقول : لا اراه ، ويمسح قدر المسافة ثم تطلق العليلة وتعصب الصحيحة ، ولا يزال يقرب الشخص الى ان يراه ، ثم ينظر ما بين المسافتين ، فيجب من الدية بقسطها .

فصـــل وان جنى على عين صبى أو مجنون فذهب ضـوء عينه ، وقال أهل الخبرة : قد زال الضوء ولا يعود ، ففيه قولان .

(أحدهما) انه لا يجب عليه فى الحـال شىء ، حتى يبلغ الصبى ويفيق المجنون ويدعى زوال الضوء ، لجواز أن لا يكون الضوء زائلا (والقول الثانى) انه يجب القصاص أو الدية ، لأن الجناية قد وجدت فتعلق بها موجبها .

فصـــل وان جنى على عين فشخصت أو احولت وجبت عليه حكومة ، لأنه نقصان جمال من غير منفعة ، فضمن بالحكومة ، وان أتلف عينا قائمـة وجبت عليه الحكومة لأنه اتلاف جمال من غير منفعة فوجبت فيها الحكومة .

فصـــل ويجب فى الجفون الدية لأن فيها جمالا كاملا ومنفعة كاملة ، لأنها تقى العين من كل ما يؤذيها ، ويجب فى كل واحد منها ربع الدية ، لأنه محـدود ، لأنه ذو عدد تجب الدية فى جميعهـا ، فوجب فى كل واحد منهـا ما يخصها من الدية كالأصابع وان قلع الأجفان والعينين وجب عليه ديتان ، لأنهما جنسـان يجب باتلاف كل واحد منهما الدية ، فوجب باتلافهما ديتـان كاليدين والرجلين ، فان أتلف الأهداب وجبت عليـه الحكومة ، لأنه اتلاف جمال من غير منفعة ، فضمن بحكومة ، وان قلع الأجفان وعليها الأهداب ففيه وجهان (أحدهما) لا يجب للأهداب حكومة ، لأنه شعر نابت فى العضو المتلف فلا يفرد بالضمان كشعر الذراع (والثانى) يجب للأهداب حكومة ، لأن فيها جمالا ظاهراً فافردت عن العضو بالضمان) .

الشرح يأخذ المصنف فى ديات الأعضاء ، فيبحث أولا فى ديات العين ، فيتقرر من هذا أن فى العين الدية لما عرفناه من كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لأهل اليمن وفيه «وفى العينين الدية» وجب فى احداهما نصف

الدية • وهذا مطرد فيما فيه زوج كالأذن والرجل واليد ، ولا أعلم فى ذلك مخالفا الا فى الأعور فان مقتضى المذهب أنه لا يجب فيه الا نصف الدية خمسون من الابل أو من النقدين تقويما ، وبه قال النخعى والأوزاعى والثورى وأبو حنيفة وأصحابه • وقال الزهرى ومالك والليث وأحمد واسحاق : يجب فيها جميع الدية •

وروى ذلك عن عمر وعلى وابن عمر ، وذلك لعماه بسببها فساوت مصيبته مصيبة من قلعت عيناه •

دليلنا أن الدليل لم يفصل ولم يفرق بين عين الأعور وعين غيره ؛ ولأن ما ضمن ببدل مع بقاء نظيره ضمن به مع فقد نظيره كاليد •

وان قلع الأعور عين من له عينان وللجانى مثلها كان المجنى عليه القصاص • وقال أحمد : ليس له القصاص منه • دليلنا قوله تعالى « والعين بالعين » ولم يفرق وان عفا المجنى عليه عن قلع عين الأعور لم يستحق عليه الا نصف الدية • وقال مالك يستحق عليه جميع الدية • دليلنا أنه قلع عين واحدة فاذا عفا عن القصاص لم يجب له أكثر من ديتها كما لو كانتا سليمتين •

م اذا جنى على عينه أو رأسه فذهب ضوء بصره والحدقة باقية كانفصال الشبكية وجبت عليه الدية للحديث المرفوع « وفى البصر مائة من الابل » ولكتابه صلى الله عليه وسلم لأهل اليمن « وفى العينين الدية » ولأنه أذهب المنفعة المقصودة بالعين وعطل وظائفها فوجب عليه أرشها ، كما لو جنى على يده فشلت ، وان ذهب البصر من احدى العينين وجب عليه نصف الدية ؛ كما لو أشل احدى يديه ، فان قلع عينا عليها بياض — فان كان على غير الناظر (القرنية) أو على الناظر الا أنه خفيف يبصر بها من تحته وجب عليه جميع ديتها ، لأن البياض لا يؤثر فى منفعتها ، وانما يؤثر فى جمالها ، فهو كما لو قطع يدا عليها ثآليل ، فان كان لا يبصر لم تجب عليه الدية ، وانما عليه الحكومة ، كما لو قطع يدا

شلاء ، وان نقص بصرها بالبياض وجب عليه من ديتها بقـدر ما بقى من بصرها •

(تنبيه) اعلم أن العين الكاملة الابصار مقياسها عند الأطباء ٦ على ٦ ودونها ٦ على ٩ ثم ٦ على ١٢ ثم ٦ على ١٨ ثم ٦ على ٢٤ ثم ٦ على ٣٦ ، ثم ٦ على ٦٠ ولها علامات مرسومة على لوحة مثبتة على حائط يبعـد عنـد الكشف من مترين الى أربعة أمتار فيها أقواس كبيرة من أعلاها ثم تأخذ فى الصغر حتى تبلغ فى الدقة الحد الذى يجعل رؤيتها دليلا على أن العين كاملة الابصار ، وبهذا المقياس يمكن أن نكتفى به عن الصور التى رسمها المصنف من وقوف شخص على بعد ثم اقترابه ، وما الى ذلك مما لم يكن له بديل أدق منه فى عصرهم •

أما وقد وصـل الكشف الطبى فى زماننا الى الاطلاع على قاع العين بالعدسات والآلات الحديثة ، فان الاعتبار يكون بالوسائل الحديثة وبهـا نأخذ ، على أن الصورة التى مثل بها الامام الشافعى رضى الله عنه لا يمكن أن يقوم مقامها صـورة أخرى للاثبـات أو النفى عند التحقيق فى دعوى المجنى عليه وهى فى الفرع التالى •

فـــرع اذا جنى على عينه فذهب ضوؤها فأخذت منه الدية ثم عاد ضوؤها وجب رد ديتها ؛ لأنا علمنا أنه لم يذهب ، وان ذهب ضوؤها وقال رجلان من أطباء العيون برجاء عودته ــ فان لم يقـدرا ذلك الى مدة لم ينتظر ، وان قدراه الى مدة انتظر ، فان عاد الضوء لم تجب الدية ، وان انقضت المدة ولم يعد الضوء أخذ الجانى بموجب الجناية •

وان مات المجنى عليه قبل انقضاء تلك المدة لم يجب القصـاص لأنه موضع شبهة • وهل تجب عليه الدية ؟ من أصحابنا من قال فيه قولان كما قلنا فى السن • ومنهم من قال : تجب الدية قولا واحدا ؛ لأن عود الضوء غير معهود ، وعود السن معهود •

فـــرع اذا جنى على عينيه فنقص ضـوؤها نظرت ــ فان عرف

أنه نقص نصف ضوئهما ـ راجع ما أجملناه فى تبيينهما آنفا حول امتحان العين بمقاييس عصرنا ـ بأن نظره يساوى ٦ على ٦ فصار يساوى ٦ على ١٢ وجبت عليه نصف الدية ، وان لم يعرف قدر النقصان ، وانما ساء ادراكه وجبت عليه حكومة • وان نقص بصره فى احدى العينين وجبت عليه من دية تلك العين بقدر ما نقص من ضوئها ان أمكن معرفة ذلك •

قال الشافعى رضى الله عنه : والامكان أن نعصب عينه العليلة ونطلق الصحيحة ويقام له شخص على ربوة من الأرض ، ثم يقال له انظر اليه ثم يتباعد الشخص عنه الى أن يأتى الى غاية يقول لا أدرى الى أكثر منها ، ثم يعلم على ذلك الموضع ويغير عليه ثياب الشخص لأنه متهم ، فاذا غير عليه وأخبر به علمنا صحة ذلك ، ثم نطلق العين العليلة ونعصب الصحيحة ونوقف له الشخص على ربوة ثم لا يزال يبعد عنه الى الغاية التى يقول أبصره اليها ولا أبصره الى أكثر منها ، فنعلم على ذلك الموضع ويوقف له الشخص من جميع الجهات ، فان أخبر أنه يبصره على أكثر من تلك الغاية أو أقل علمنا كذبه ، لأن النظر لا يختلف باختلاف الجهات فاذا اتفقت الجهات علمنا صدقه ، ثم ينظر كم الغاية الثانية من الأولى فيؤخذ بقدر ما نقص من الدية •

فرع وان جنى على عين صبى أو مجنون فقال الطبيب الشرعى : قد زال ضوؤها ولا يرجى عوده ، ففيه قولان • (أحدهما) يحكم على الجانى بموجب الجناية لأن الجناية قد وجدت فيتعلق بها موجبها • (والثانى) لا يحكم عليه بموجبها حتى يبلغ الصبى ويفيق المجنون ويدعى زوال الضوء لجواز أن الضوء لم يذهب ؛ وان جنى على عين رجل فشخصت ، أى لا يستطيع أن يطرف اذا ارتفعت أو احولت ولم يذهب من ضوئها شىء ، وجب عليه الحكومة لأنه أذهب جمالا من غير ذهاب منفعة•

وان قلع عينا قائمة ، وهى العين التى ذهب ضوؤها وبقيت حدقتها وجبت عليه الحكومة دون الدية ، لأنه أذهب جمالا من غير منفعة •

قوله « ويجب فى الجفون الدية الخ » قلت : أجفان العينين أربعة

راسها الأشفار وفى جميعها الدية ؛ لأن فيها منفعة الجنس ؛ وفى كل واحد منها ربع الدية لأن كل ذى عدد تجب فى جميعه الدية تجب فى الواحد منها بحصته من الدية كاليدين والأصابع ، وبهذا قال الحسن والشعبى وقتادة والثورى وأبو حنيفة وأصحابه وأحمد وأصحابه •

وقال مالك : لا يجب عليه الا الحكومة ، لأنه لم يعلم تقديره عن النبى صلى الله عليه وسلم والتقدير لا يثبت بالقياس • دليلنا أن فيها جمالا ظاهرا ونفعا كاملا ؛ لأنها تكن العين وتحفظها ؛ وتدرأ عنها الرياح والعواصف ، والحر والبرد ، وهجوم الغبار والأجسام المتطايرة فى الهواء ؛ ولولاها لقبح منظر العينين ؛ فوجبت فيها الدية كاليدين ولا نسلم أن التقدير لا يثبت قياسا ، فاذا ثبت هذا فان فى أحدها ربع الدية • وحكى عن الشعبى أنه يجب فى الأعلى ثلثا دية العين ، وفى الأسفل ثلثها لأنه أكثر نفعا •

وان قطع الأجفان وعليها الأهداب ففيه وجهان :

(أحدهما) يجب عليه الدية كالأجفان والحكومة للأهداب ، كما لو قطع الأهداب والأجفان •

(والثانى) يجب عليه الدية لا غير ، كما لو قطع يدا وعليها شعر وأظفار ؛ وان قلع العينين والأجفان وجبت عليه ديتان ؛ كما لو قطع يديه ورجليه ، وان أزال الأهداب وحدها ففيه حكومة • وقال أبو حنيفة وأحمد : تجب فيها الدية وفى كل واحد منها ربعها ؛ ومثل ذلك الحاجبان، فان فيها حكومة ، وقال أبو حنيفة وأحمد : فيهما الدية •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ويجب فى الأذنين الدية وفى أحدهما نصفها لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كتب فى كتـاب عمرو بن حزم « فى الأذن خمسـون من الابل » فأوجب فى الأذن خمسين من الابل ، فدل على أنه يجب فى الأذنين مائة، ولأن فيها جمالا ظاهراً ومنفعة مقصودة ، وهو أنها تجمع الصوت وتوصله الى الدماغ ، فوجب فيها الدية كالعين .

وان قطع بعضها من نصف أو ربع أو ثلث وجب فيه الدية بقسطه ، لأن ما وجبت الدية فيـه وجبت فى بعضـه بقسطه كالأصـابع • وان ضرب أذنه فاستحشفت ففيه قولان :

(أحدهما) تجب عليه الدية كما لو ضرب يده فشلت .

(والثانى) تجب عليه الحكومة ، لأن منفعة الأذن جمع الصوت ، وذلك لا يزول بالاستحشاف ، بخلاف اليـد فان منفعتهـا بالبطش وذلك يزول بالشلل ، وان قطع أذنا مستحشفة فان قلنا : انه اذا ضربهـا فاستحشفت وجبت عليه الدية ، وجب فى المستحشفة الحكومة ، كما لو قطع يداً شلاء ، وان قلنا : انه تجب عليه الحكومة وجب فى المستحشفة الدية ، كما لو قطـع يداً مجروحة ، فان قطع أذن الأصم وجبت عليه الدية ، لأن عدم السـمع نقص فى غير الأذن ، فلا يؤثر فى دية الأذن .

فصـــل ويجب فى السمع الدية ، لما روى أبو المهلب عن أبى قلابة « أن رجلا رمى رجلا بحجر فى رأسـه فذهب سمعه وعقله ولسانه ونكاحه ، فقضى فيه عمر رضى الله عنه بأربع ديات والرجل حى » ولأنها حاسة تختص بمنفعة فأشبهت حاسة البصر . وان أذهب السمع فى أحد الأذنين وجب نصف الدية ، لأن كل شيئين وجبت الدية فيهما وجب نصفها فى أحدهما كالأذنين ، وان قطع الأذنين وذهب السمع وجب عليه ديتان ، لأن السمع فى غير الأذن فلا تدخل دية أحدهما فى الآخر وان جنى عليه فزال السمع وأخذت منه الدية ثم عاد وجب رد الدية ، لأنه لم يذهب السمع ، لأنه لو ذهب لما عاد .

وان ذهب السمع فشـهد شاهدان من أهل الخبرة أنه يرجى عوده الى مدة ، فالحكم فيه كالحكم فى العين اذا ذهب ضوؤها فشهد شاهدان أنه يرجى عوده ، وقد بيناه .

وان نقص السمع وجب أرش ما نقص ، فان عرف القدر الذى نقص بأن

كان يسمع الصوت من مسافة قصار لا يسمع الا من بعضها وجب فيه الدية بقسطه ، وان لم يعرف القدر بأن ثقلت أذنه وساء سمعه وجبت الحكومة ، وان نقص السمع فى أحد الأذنين سدت العليلة وأطلقت الصحيحة ، ويؤمر رجل حتى يصيح من موضع يسمعه ثم لا يزال يبعد ويصيح الى أن يقول لا أسمع ، ثى تمسح المسافة ، ثم تطلق العليلة وتسد الصحيحر ، ثم يصيح الرجل ثم لا يزال يقرب ويصيح الى أن يسمعه وينظر ما بين المسافتين ، ويجب الدية بقسطه) .

الشرح خبر عمرو بن حزم مضى تخريجه فى أول الباب ، وأثر أبى المهلب عن أبى قلابة أخرجه أحمد بن حنبل فى رواية أبى الحرث وابنه عبد الله ؛ كما أخرجه ابن أبى شيبة عن خالد عن عوف : سمعت شيخا فى زمن الحاكم ، وهو ابن المهلب عم أبى قلابة : « رمى رجل رجلا بحجر فى رأسه فى زمن عمر فذهب سمعه وبصره وعقله وذكره فلم يقرب النساء ، فقضى عمر فيه بأربع ديات وهو حى » وقد دل الخبر على وجوب الدية فى كل واحد من الأربعة المذكورة وهو اجماع الصحابة لأنه لم يثبت له مخالف .

وقال الحافظ ابن حجر فى تلخيص الحبير : انه وجد فى حديث معاذ فى السمع الدية قال : وقد رواه البيهقى من طريق قتادة عن ابن المسيب عن على رضى الله عنه ، وقد زعم الرافعى أنه ثبت فى حديث معاذ أن فى البصر الدية . وقال الحافظ لم أجده ، وروى البيهقى من حديث معاذ فى العقل الدية وسنده ضعيف ، قال البيهقى : وروينا عن عمر وعن زيد بن ثابت مثله ؛ وقد زعم الرافعى أن ذلك فى حديث عمرو بن حزم وهو غلط .

وأخرج البيهقى عن زيد بن أسلم بلفظ : مضت السنة فى أشياء من الانسان الى أن قال : وفى اللسان الدية وفى الصوت اذا انقطع الدية » .

قال الشوكانى : والحاصل أنه قد ورد النص بايجاب الدية فى بعض الحواس الخمس الظاهرة كما عرفت ، ويقاس ما لم يرد فيه نص منها على ما ورد فيه .

قلت : روى ذلك عن عمر وعلى ، وبه قال عطاء ومجاهد والحسن وقتادة والثورى والأوزاعى وأحمد وأصحاب الرأى ومالك فى احدى الروايتين عنه وقال فى الأخرى : فيهما حكومة لأن الشرع لم يرد فى ذلك بتقدير ولا يثبت التقدير بالقياس ؛ وحكاه أصحابنا الخراسانيون قولا آخر للشافعى ، قال العمرانى : وليس بمشهور ، وروى عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه أنه قال « فى الأذنين خمسة عشر من الابل » قال ابن المنذر : لم يثبت ذلك عنه ، قاله ابن قدامة •

دليلنا كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لأهل اليمن عن عمرو بن حزم وفيه « وفى الأذن خمسون من الابل » فدل على أنه يجب فيهما مائة •

فرع وان قطع بعض الأذن وجب عليه من ديتها بقدر ما قطع منها لأنه يمكن تقسيط الدية عليها ، وان جنى على أذنه فاستحشفت — أى يبست وانقبضت وصارت كهيئة الجلد اذا ترك على النار — ففيه قولان :

(أحدهما) يجب عليه ديتها كما لو جنى على يده فشلت •

(والثانى) لا يجب عليه الا الحكومة ؛ لأن منفعتها باقية مع استحشافها ، وانما نقص جمالها ، وان قطع أذنا مستحشفة ، فاختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال : انه اذا جنى عليها فاستحشفت وجب عليه الدية ووجب هاهنا على قاطع المستحشفة الحكومة كما لو قطع يدا شلاء •

وان قلنا هناك : لا يجب عليه الا الحكومة وجب ها هنا على قاطعها ديتها ؛ وقال الشيخ أبو حامد هذا تخليط لا يحكى ، بل يجب عليه الحكومة قولا واحدا كما قلنا فيمن قلع عينا قائمة أو قطع يدا شلاء •

وان قطع أذن الأصم وجب عليه ديتها ؛ لأن ذهاب السمع لعله فى الرأس لا فى الأذن •

قوله « ويجب فى السمع الدية » فجملة ذلك أنه اذا أذهب سمعه من

أحد الأذنين وجب عليه نصف الدية ، كما لو أذهب البصر من احدى العينين ، فان أذهب سمعه فأخذت منه الدية ثم عاد السمع وجب رد الدية لأنا علمنا أنه لم يذهب .

فرع وان جنى عليه جناية فادعى أنه ذهب بها سمعه أو بصره أو شمه أخذنا رأى اثنين من أهل الخبرة من المسلمين ، فان قالا : مثل هذه الجناية لا يذهب بها السمع والبصر والشم فلا شيء على الجانى ؛ لأنا علمنا كذب المدعى ؛ وان قالا مثلها يذهب بها السمع أو البصر أو الشم — فان كان فى البصر — رجع الى قولهما أو الى اثنين من أهل الخبرة ، فان قالا : قد ذهب البصر ولا يعود حكمنا على الجانى بموجب الجناية ، وان كان فى السمع والشم لم يرجع الى قولهما فى ذهابه ، لأنه لا طريق لهما الى المعرفة بذهابه بخلاف البصر ، فاذا ادعى المجنى عليه ذهاب السمع أو الشم — فان قال اثنان من أهل الخبرة من المسلمين لا يرجى عوده — حكم على الجانى بموجب الجناية ، وان قالا يرجى عوده الى مدة ، فهو كما لو قالا : يرجى عود البصر ؛ وقد مضى بيانه ، فان كانت الجناية عمدا لم يقبل فيه الا قول رجلين . وان كانت خطأ قبل فيه قول رجل وامرأتين ، كما قلنا فى الشهادة بذلك .

فرع وان جنى عليه جناية فنقص سمعه بها — فان عرف قدر نقصانه — وجب فيه من الدية بقدره ، وان لم يعرف قدر نقصانه وانما ثقل وجبت فيه الحكومة ، وان ادعى نقصان السمع من أحد الأذنين سدت الأذن العليلة وأطلقت الصحيحة ؛ وأمر من يخاطبه وهو يتباعد منه الى أن يبلغ غاية يقول : لا أسمعه الى أكثر منها ويعلم عليها ويمتحن بذلك من جميع الجهات لأنه متهم ؛ فاذا اتفقت الجهات أطلقت العليلة وسدت الصحيحة وخاطبه كمخاطبته الأولة وهو يتباعد منه الى أن يقول لا أسمعه الى أكثر منها ، ويمتحن بمخاطبته أيضا فى ذلك من جميع الجهات ، فاذا اتفقت علم على ذلك الموضع وينظر كم قدر ذلك من المسافة الأولة ، ويجب له من دية الأذن بقدر ما نقص من المسافة التى يسمع منها فى العليلة ، وان قطع أذنيه فذهب سمعه منها وجب عليه ديتان ؛ كما لو قطع يديه ورجليه .

فـــرع قال الثعالبى : يقال بأذنه وقر فاذا زاد فهو صمم ، فاذا زاد فهو طرش فاذا زاد حتى لا يسمع الرعد فهو صلخ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ويجب فى مارن الأنف الدية ، لما روى طاوس قال ((كان فى كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الأنف اذا أوعب مارنه جدعاً الدية)) ولأنه عضو فيه جمال ظاهر ومنفعة كاملة ، ولأنه يجمع الشم ويمنع من وصول التراب الى الدماغ ، والأخشم كالاشم فى وجوب الدية ، لأن عدم الشم نقص فى غير الأنف فلا يؤثر فى دية الانف ، ويخالف العين القائمة ، فان عدم البصر نقص فى العين ، فمنع من وجوب الدية فى العين .

وان قطع جزءاً من المارن كالنصف والثلث وجب فيه من الدية بقدره ، لأن ما ضمن بالدية يضمن بعضه بقدره من الدية كالأصابع ، وان قطع أحد المنخرين ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو المنصوص أن عليه نصف الدية ، لأنه أذهب نصف الجمال ونصف المنفعة (والثانى) يجب عليه ثلث الدية ، لأن المارن يشتمل على ثلاثة أشياء ، المنخرين والحاجز ، فوجب فى كل واحد من المنخرين ثلث الدية ، وان قطع أحد المنخرين والحاجز وجب عليه على الوجه الأول نصف الدية للحاجز ، وعلى الوجه الثانى يجب عليه ثلثا الدية ، ثلث للحاجز وثلث للمنخر ، وأن شق الحاجز وجب عليه حكومة ، وان قطع المارن وقصبة الأنف وجب عليه الدية فى المارن والحكومة فى القصبة ، لأن القصبة تابعة فوجب فيها الحكومة كالذراع مع الكف ، وان جنى على المارن فاستحشف ففيه قولان كالقولين فيمن جنى على الأذن حتى استحشف .

(أحدهما) تجب عليه الدية (والثانى) تجب عليه الحكومة ، وقد مضى وجههما فى الأذن .

فصـــل وتجب باتلاف الشم الدية ، لأنها حاسة تختص بمنفعة مقصودة فوجب باتلافها الدية كالسمع والبصر ، وان ذهب الشم من أحد المنخرين وجب فيه نصف الدية ، كما تجب فى اذهاب البصر من أحد العينين ، والسمع من أحد الأذنين ، وان جنى عليه فنقص الشم وجب عليه أرش ما نقص، وان أمكن أن يعرف قدر ما نقص وجب فيه من الدية بقدره ، وان لم يمكن معرفة قدره وجبت فيه الحكومة لما بيناه فى نقصان السمع ، وان ذهب الشم

واخذت فيه الدية ثم عاد وجب رد الدية ، لأنا تبينا انه لم يذهب ، وانما حال دونه حائل ، لأنه لو ذهب لم يعد) .

الشرح تخريج خبر كتاب النبى صلى الله عليه وسلم مضى فى أول الباب .

اما اللغات فقوله « اذا أوعب مارنه جدعا » أوعب واستوعب استؤصل واستقصى والمارن الغضاريف اللينة من الأنف والجدع قطع الأنف ؛ وقد يقال لقطع الأذن كما أفاده ابن بطال ؛ ومن فقه اللغة أن يقال سمل عينه وصمل أذنه وجدع أنفه .

أما الأحكام فانه يجب فى الأنف الدية (ارجع الى كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لأهل اليمن فى أول الباب لعمرو بن حزم وفيه « وأن فى الأنف اذا أوعب جدعه الدية ») وأوعب بضم الهمز على البناء المجهول أى قطع جميعه . وقد استدل بهذا من قال بأن الدية تجب فى قطع الأنف جميعه ، لأن الأنف مركبة من قصبة ومارن وأرنبة وروثة ، فالدية تجب اذا استؤصلت من أصل القصبة اجماعا وعند الهادوية فى كل واحدة من الأربع حكومة .

قال الشوكانى ، وقال الناصر والفقهاء : بل فى المارن الدية وفى بعضه حصته . قلت ويجاب عنه بما أخرجه الشافعى عن طاوس وأورده المصنف هنا أنه قال عندنا فى كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم « وفى الأنف اذا قطع مارنه مائة من الابل » .

وأخرج البيهقى من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال « قضى النبى صلى الله عليه وسلم اذا جدعت ثندرة الأنف بنصف العقل خمسون من الابل وعدلها من الذهب والورق » .

قال ابن الأثير ، أراد بالثندوة هنا روثة الأنف وهى طرفه ومقدمه . وفى البيان العمرانى « والذى تجب به الدية من الأنف المارن ، وهو مالان

منها دون القصبة ا هـ » ولأن المنفعة والجمال فيه فوجبت فيه الدية بقسط ما قطع منه ، وان قطع أحد المنخرين ففيه وجهان :

(أحدهما) يجب عليه نصف الدية لأنه أذهب نصف الجمال ونصف المنفعة (والثانى) الا يجب عليه الا ثلث الدية ، لأن المارن يشتمل على المنخرين والحاجز بينهما ، والأول هو المنصوص ، فان قطع الحاجز بين المنخرين وجب عليه على الوجه الأول حكومة وعلى الثانى ثلث الدية ، وان قطع أحد المنخرين والحاجز بينهما وجب عليه على الأول نصف الدية وحكومة • وعلى الثانى ثلثا الدية ، وان قطع المارن وقصبة الأنف وجبت عليه دية فى المارن وحكومة فى القصبة • كما لو قطع يده من المرفق ، وان قطع المارن والجلدة التى تحته الى الشفة وجبت عليه دية فى المارن وحكومة للجلدة التى تحته ، وان أبان مارنه فأخذه المجنى عليه فألصقه فالتصقت خلاياه والتحمت أنسجته كان للمجنى عليه أن يقتص مارنه حتى يجعله معلقا كمارن المجنى عليه • وان عفا عن القصاص لم تجب له الدية • وانما تجب له الحكومة لأنها جناية لم تذهب بها منفعة ، وانما نقص بها جمال ، وان جنى على أنفه فاستحشفت فهل تجب عليه الدية ؟ قولان كما قلنا فى الأذن اذا استحشفت بالجناية ، فان قطع أنفا مستحشفا ففيه طريقان • كما قلنا فيمن قطع أذنا مستحشفة وان قطع أنف أخشم وجبت عليه الدية ، لعموم الخبر ، ولأن ذهاب الشم لمعنى فى غير الأنف •

قوله « وتجب باتلاف الشم الدية » وهذا صحيح لما رواه عمرو بن حزم فى كتاب النبى صلى الله عليه وسلم فى بعض طرقه وفيها « وفى الشم الدية » كما قلنا فيه اذا أذهب البصر من احدى العينين ، وان نقص شمه من المنخرين أو من أحدهما فهو كما قلنا فيمن نقص سمعه من الأذنين أو من أحدهما ، وان لم يعرف قدر نقصه وجبت فيه الحكومة • وان قطع مارنه فذهب شمه وجبت عليه ديتان ، لأن الدية تجب فى كل واحد منهما اذا انفرد ، فوجبت فى كل واحد منهما الدية ان اجتمعا كما لو قطع يديه ورجليه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان جنى على رجل جناية لا ارش لها بأن لطمه أو لكمه أو ضرب رأسه بحجر فزال عقله وجب عليه الدية ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كتب فى كتاب عمرو بن حزم « وفى العقل الدية » ولأن العقل أشرف من الحواس لأن به يتميز الانسان من البهيمة ، وبه يعرف حقائق المعلومات ، ويدخل فى التكليف ، فكان بايجاب الدية أحق .

وان نقص عقـله فان كان يعرف قدر ما نقص بأن يجن يوماً ويفيق يوماً وجب عليه من الدية بقدره ، لأن ما وجبت فيه الدية وجب بعضها فى بعضه ، كالأصابع ، وان لم يعرف قدره بأن صار اذا سمع صيحة زال عقله ثم يعود ، وجبت فيه الحكومة لأنه تعذر ايجاب جزء مقدر من الدية ، فعدل الى الحكومة فان كانت الجناية لها أرش مقدر نظرت ، فان بلغ الأرش قدر الدية أو أكثر لم يدخل فى دية العقل ، ولم تدخل فيه دية العقل لما روى أبو المهلب عم أبى قلابة أن رجلا رمى رجلا بحجـر فى رأسـه فذهب عقله وسـمعه ولسـانه ونكاحه ، فقضى فيه عمر رضى الله عنه بأربع ديات وهو حى » .

وان كان الأرش دون الدية كأرش الموضحة ونحوه ففيه قولان . قال فى القـديم : يدخل فى دية العقـل لأنه معنى يزول التكليف بزواله فدخل أرش الطرف فى ديته كالنفس .

وقال فى الجديد : لا يدخل وهو الصحيح ، لأنه لو دخل فى ديتـه ما دون الدية لدخلت فيها الدية كالنفس ، ولأن العقل فى محل والجناية فى محل آخر ، فلا يدخل أرشها فى ديتها ، كما لو أوضح ـأسه فذهب بصره ، وان شهر سيفاً على صبى أو بالغ مضعوف أو صاح عليه صيحة عظيمـة فزال عقله وجبت عليه الدية ، لأن ذلك سبب لزوال عقله ، وأن شهر سيفاً على بالغ متيقظ أو صاح عليه فزال عقله لم تجب عليه الدية ، لأن ذلك ليس بسبب لزوال عقله .

فصـــل ويجب فى الشفتين الدية لمـا روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كتب فى كتاب عمرو بن حزم « فى الشفتين الدية » ولأن فيهما جمـالا ظاهراً ومنافع كثيرة ، لأنهما يقيان الفم من كل ما يؤذيه ، ويردان الريق وينفخ بهما ، ويتم بهما الكلام ويجب فى احداهما نصف الدية لأن كل شيئين وجب فيهما الدية وجب فى احدهما نصف الدية كالعينين ، والأذنين . وان قطـع بعضهما وجب فيه من الدية بقدره كما قلنا فى الأذن والمارن ، وان جنى عليهما فيبستا وجبت عليه الدية ، لأنه أتلف منافعهما فوجبت عليه الدية ، كما لو جنى على يديه فشـلتا ، فان تقلصـتا وجبت عليه الحكومة لأن منافعهما لم تبطل ، وانما حدث بهما نقص) .

الشرح ما ذكره المصنف من اشتمال كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم على أن « فى العقل الدية » لم أجده فى طريق من طرقه ، وانما الذى ثبت أثر عمر رضى الله عنه أنه قضى فى رجل ضرب رجلا فذهب سمعه وبصره ونكاحه وعقله بأربع ديات • وما روى من ذلك مرفوعا كرواية البيهقى عن معاذ « فى العقل الدية » فسنده ضعيف • قال البيهقى : وروينا عن عمر وزيد بن ثابت مثله •

قال الشوكانى فى نيل الأوطار : وقد زعم الرافعى أن ذلك فى حديث عمرو بن حزم وهو غلط • ا هـ •

وقد أخرج البيهقى عن زيد بن أسلم بلفظ « مضت السنة فى أشياء من الانسان الى أن قال : وفى الصوت اذا انقطع الدية » فاذا وجبت الدية فى ذهاب الصوت فلأن تجب فى ذهاب العقل أولى •

فاذا ثبت أنه حكم عمر وقول زيد بن ثابت ومعاذ بن جبل ولا مخالف لهم فى الصحابة كان اجماعا ، ولأن التكليف يزول بزوال العقل كما يزول بخروج الروح ، فلما وجبت الدية بخروج الروح وجبت بزوال العقل • فان ذهب بعض عقله وعرف قدر الذاهب بأن صار يجن يوما ويفيق يوما وجبت فيه نصف الدية ، وان لم يعرف قدر الذاهب بأن صار يفزع مما يفزع منه العقلاء وجبت فيه الحكومة •

اذا ثبت هذا فان كانت الجناية التى ذهب بها العقل مما لا أرش لها بأن لطمه أو لكمه أو ضربه بحجر أو غيره ولم يجرحه ، وجبت دية العقل ، على ما مضى ، وان كان لها أرش ففيه قولان • قال فى القديم : يدخل الأقل منهما فى الأكثر ، مثل أن أوضحه فذهب عقله ، فان أرش الموضحة يدخل فى دية العقل ، وان قطع يديه من المرفقين دخلت دية العقل فى دية اليدين والحكومة فيهما ، وبه قال أبو حنيفة ، لأن العقل معنى يزول التكليف بزواله فدخل فى ديته أرش الطرف كالروح • وقال فى الجديد : لا يدخل أحدهما فى الآخر وهو الأصح ، لأنه جناية أذهبت منفعة حالة فى غير محل الجناية مع بقاء

النفس فلم يتداخل الأرش ، كمـا لو أوضحه وذهب بصره • هكذا ذكره العمرانى عن الشيخ أبى حامد •

وذكر الشيخ أبو اسحاق هنا : ان كانت الجناية وجبت بها دية كاملة لم تدخل احدى الديتين فى الأخرى قولا واحدا ، لمـا تقدم من حكم عمر رضى الله عنه •

قوله « ويجب فى الشفتين الدية » هذا ثابت فيما سقناه فى أول الباب من كتاب عمرو بن حزم وفيـه « وفى الشفتين الدية » والى هـذا ذهب جمهور أهل العلم • قال فى البحر : وحدهما من تحت المنخرين الى منتهى الشدقين فى عرض الوجه ، ولا فضل لاحداهما على الأخرى عند أبى حنيفة والشافعى والناصر والهادوية • وذهب زيد بن ثابت الى أن العليا ديتهـا ثلث والسفلى ثلثان • ويرد عليه قوله صلى الله عليه وسلم : « وفى الشفتين الدية » ولم يفرق ، وقد أخذ الشوكانى من زيادة منفعة السفلى على العليا القول بالتفرقة ولا دليل عليه ، قال الشافعى رضى الله عنه : ما زال عن جلد الذقن من الخـدين من أعلا وأسفل من الشفتين » ولا فرق بين أن يكونا غليظتين أو رقيقتين أو ناميتين أو صغيرتين ، وبه قال أبو بكر وعلى وابن مسعود • فان قطع بعض الشفة وجب فيه من الدية بقـدره • وان جنى عليهما فشلتا بأن صارتا مسترخيتين لا ينقبضان أو تقلصتا بحيث لا يبسطان، ولا تنطبق احداهما على الأخرى وجبت الدية فيهمـا ، كما لو جنى على يديه فشلتا •

قال الشـافعى : وان جنى على شـفته حتى صـارت بحيث اذا مدها امتدت وان تركهـا تقلصت ففيها حكومة لأنها اذا انبسطت وامتدت اذا مدت فلا شلل فيها ؛ بل فيها روح فلم تصر شلاء ؛ وانما فيها نقص فوجبت فيها الحكومة • وان شق شفتيه فعليه الحكومة سواء التأم الشق أو لم يلتئم ، لأن ذلك جرح ، والجروح تجب فيها الحكومة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ويجب فى اللسان الدية لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كتب فى كتاب عمرو بن حزم « وفى اللسان الدية » ولأن فيه جمالا ظاهراً ومنافع ، فاما الجمال فانه من أحسن ما يتجمل به الانسان ، والدليل عليه ما روى محمد بن على بن الحسين « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال للعباس أعجبنى جمالك يا عم النبى فقال يا رسول الله : وما الجمال فى الرجل ؟ قال اللسان » ويقال المرء بأصغريه قلبه ولسانه ، ويقال ما الانسان لولا اللسان الا صورة ممثلة ، أو بهيمة مهملة ، وأما المنافع فانه يبلغ به الأغراض ويقضى به الحاجات ، وبه تتم العبادات فى القراءة والأذكار ، وبه يعرف ذوق الطعام والشراب ويستعين به فى مضغ الطعام ، وان جنى عليه فخرس عليه الدية لأنه أتلف عليه المنفعة المقصـودة فأشبه اذا جنى على اليد فشلت ، وعلى العين فعميت .

وان ذهب بعض الكلام وجب من الدية بقدره ، لأن ما ضمن جميعه بالدية ضمن بعضـه ببعضـها كالأصابع ، ويقسم على حروف كلامه ، لأن حروف اللغات مختلفة الأعداد ، فان فى بعض اللغات ما عدد حروف كلامها أحد وعشرون حرفا منهـا ما عدد حروفها سـتة وعشرون ، وحروف لغة العرب ثمـانية وعشرون حرفا فان كان المجنى عليه يتكلم بالعربية قسمت ديته على ثمـانية وعشرون حرفاً ، وقال أبو سعيد الاصطخرى : يقسم على حروف اللسـان وهى ثمانية عشر حرفا ويسقط حروف الحلق وهى ستة ، الهمزة والهـاء والحاء والعين والغين ، ويسقط حروف الشفة وهى أربعة الباء والميم والفاء والواو ، والمذهب الأول ، لأن هذه الحروف وان كان مخرجها الحلق والشفة الا أن الذى ينطق بها هو اللسان ، ولهذا لا ينطق بها الأخرس .

وان ذهب حرف من كلامه وعجز به عن كلمة وجب عليه أرش الحرف لأن الضمان يجب لما تلف ، وان جنى على لسانه فصار ألثغ وجب عليه دية الحرف الذى ذهب ، لأن ما ابتدل به لا يقوم مقام الذاهب ، وان جنى عليه فحصل فى لسانه ثقل لم يكن أو عجلة لم تكن أو تمتمة لم تجب عليه دية ، لأن المنفعة باقية ، وتجب عليه حكومة لما حصل من النقص والشين .

فصـــل وان قطع ربع لسـانه فذهب ربع كلامه ، وجب عليه ربع الدية ، وان قطع نصف لسانه وذهب نصف كلامه ، وجب عليه نصف الدية ، لأن الذى فات من العضو والكلام سواء فى القدر ، فاجب من الدية بقدر ذلك ، فان قطع ربع اللسان فذهب نصف الكلام وجب عليه نصف الدية ، وان قطع

نصف اللسان وذهب ربع الكلام وجب عليه نصف الدية ، واختلف أصحابنا فى علته ، فمنهم من قال العلة فيه أن ما يتلف من اللسان مضمون ، وما يذهب من الكلام مضمون ، وقد اجتمعا فوجب أكثرهما .

وقال ابو اسحاق : الاعتبار باللسان الا انه اذا قطع ربع اللسان فذهب نصف الكلام دل ذهاب نصف الكلام على شلل ربع آخر من اللسان فوجب عليه نصف الدية ، ربعها بالقطع وربعها بالشلل ، فان قطع ربع اللسان وذهب نصف الكلام وقطع آخر ما بقى من اللسان وجب عليه على التعليل الأول ثلاثة أرباع الدية ، اعتباراً بما بقى من اللسان ، ويجب عليه على تعليل أبى اسحاق نصف الدية وحكومة لأنه قطع من اللسان نصفاً صحيحاً وربعاً أشل ، وان قطع واحد نصف لسانه وذهب ربع الكلام ، وجاء الثانى وقطع الباقى وجب عليه على تعليل الأول ثلاثة أرباع الدية اعتباراً بما ذهب من الكلام ، ويجب عليه على تعليل أبى اسحاق نصف الدية اعتباراً بما قطع من اللسان ، وان قطع نصف لسانه فذهب نصف كلامه فاقتص منه فذهب نصف كلامه ، فقد استوفى المجنى عليه حقه ، وان ذهب ربع كلامه أخذ المجنى عليه مع القصاص ربع الدية لتمام حقه ، فان ذهب بالقصاص ثلاثة أرباع كلامه لم يضمن الزيادة ، لأنه ذهب بقود مستحق) .

الشرح حديث العباس أخرجه الحاكم فى المستدرك[1] حدثنى محمد بن صالح بن هانىء حدثنا الحسين بن الفضل قال حدثنا موسى بن داود الضبى حدثنا الحاكم ابن المنذر عن محمد بن بشر الخثعمى عن أبى جعفر محمد بن على بن الحسين عن أبيه قال : « أقبل العباس بن عبد المطلب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه حلة وله ضفيرتان وهو أبيض ، فلما رآه النبى صلى الله عليه وسلم تبسم ، فقال العباس يا رسول الله ما أضحكك ؟ أضحك الله سنك ، فقال أعجبنى جمال عم النبى ، فقال العباس ما الجمال فى الرجال ؟ قال اللسان » وقال الذهبى فى تعليقه على المستدرك « مرسل » .

وأما قوله « المرء بأصغريه قلبه ولسانه » فان المعروف أن وفدا قدم لبيعة أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز على رأسه صبى ، فأمره عمر أن

---

(١) جـ ٣ ص ٣٣٠ طبعة الهند .

بتأخر ليتقدم من هو أسن ، فقال : يا أمير المؤمنين المرء بأصغريه قلبه ولسانه ، وما دام فى المرء لسان لافظ وقلب حافظ فقد استحق الكلام ، ولو كان الأمر بالسن لكان فى مجلسك هذا من هو أحق منك بالخلافة ، فأعجب به عمر .

أما الأحكام فان فى اللسان الدية ؛ فان قطع لسانه كله فالدية ؛ وان قطع منه ما أبطل كلامه فالدية أيضا ؛ وان عجز عن نطق بعض الحروف فماذا يعتبر ؟ فيه وجهان . قال عامة أصحابنا : يعتبر بجميع حروف المعجم وهى ثمانية وعشرون حرفا للعربى ولا اعتبار بلا لأنها مكررة وهى لام وألف ؛ فان تعذر عليه النطق بحرف منها وجب عليه جزء من ثمانية وعشرين جزءا من الدية ، وعلى هذا قال أبو سعيد الاصطخرى : تعتبر بحروف اللسان وهى ثمانية عشر حرفا لا غير ، ولا نعتبر حروف الحلق وهى ستة ، وهى من أول الحلق الألف والهاء ومن أوسطه العين والحاء ومن آخره الغين والخاء ، ولا نعتبر حروف الشفة وهى أربعة الباء والميم والفاء والواو ؛ لأن الجناية على اللسان فاعتبرت حروفه دون غيره ، والمنصوص هو الأول ؛ لأن هذه الحروف وان كانت مخارجها فى الحلق الشفة الا أنه لا ينطق بها الا باللسان .

اذا ثبت هذا فان لم يذهب من كلامه الا حرف واحد لكنه تعطل بذهابه جميع الاسم الذى فيه ذلك الحرف ، مثل أن تتعذر الميم لا غير فصار لا ينطق بمحمد لم يجب عليه الا خاصة الميم من الدية ؛ لأن الجانى انما يضمن ما أتلفه ؛ فأما ما لم يتلفه بفعله وكان سليما الا أن منفعته تعطلت لتعطل التالف فلا يضمنه كما لو قصم ظهره فلم تشل رجلاه الا أنه لا يمكنه المشى بهما لقصر ظهره ، فلا يلزمه الا دية قصم الظهر . فكذلك هذا مثله .

وان جنى عليه فذهب من كلامه حرف الا أنه استبدل به حرفا غيره بأن ذهب منه الراء وصار ينطق بالراء لاما فى موضعه وجبت عليه دية الراء ؛ لأن ما استبدل به لا يقوم مقامه .

فان جنى عليه آخر فأذهب هذا الحرف الذى استبدله بالراء ، وجب عليه دية هذا الحرف لا لأجل أنه أتلف عليه حرفا لأنه قام مقام الأول ، ولكن لأجل أن هذا الحرف اذا أتلف فى هذا الموضع تلف فى موضعه الذى هو أصله ، وان لم يذهب بجناية حرف وانما كان لثغ فزاد لثغته بالجناية ؛ أو كان خفيف اللسان سهل الكلام فثقل كلامه أو حصلت بكلامه عجلة أو تمتمة ، وجب على الجانى حكومة لأنه أذهب كمالا من غير منفعة •

قوله « وان قطع ربع لسانه الخ » فجملة ذلك أنه اذا قطع بعض لسانه فذهب بعض كلامه نظرت ــ فان استويا بأن قطع ربع لسانه وذهب ربع كلامه ــ وجب عليه ربع الدية • وان قطع نصف لسانه فذهب نصف كلامه وجب عليه نصف الدية ؛ لأن الذى فات منهما سواء ، فان اختلف اعتبرت الدية بالأكثر مثل أن يقطع ربع اللسان فيذهب نصف الكلام ؛ فيجب عليه نصف الدية ، أو يقطع نصف اللسان فيذهب ربع الكلام فيجب عليه نصف الدية بلا خلاف من أصحابنا فى الحكم ، وانما اختلفوا فى علته ؛ فمنهم من قال لأن منفعة اللسان وهو الكلام مضمونة بالدية ، واللسان مضمون بالدية ، فاذا اجتمعا اعتبر أكثر الأمرين منهما ، كما لو جنى على يده فشلت ففيها جميع دية اليد ؛ ولو قطع خنصره وبنصره وجب فيهما خمسا دية اليد ؛ وان كان منفعتهما أقل من منفعة خمس اليد ولكن اعتبارا بأكثر الأمرين من منفعة اليد وعضوها •

وقال أبو اسحاق المروزى : الاعتبار باللسان لأنها هى المباشرة بالجناية ، الا أنه اذا قطع ربع لسانه فذهب نصف كلامه فانما وجب عليه نصف الدية لأنه دل ذهاب نصف كلامه على شلل ربع آخر غير المقطوع •

اذا ثبت هذا فقطع رجل ربع لسان رجل فذهب نصف كلامه ، فقد ذكرنا أنه يجب عليه نصف الدية ، فان جاء آخر فقطع الثلاثة الأرباع الباقية من لسانه فانه يجب عليه على التعليل الأول ثلاثة أرباع الدية اعتبارا بما بقى من اللسان وعلى تعليل أبى اسحاق يجب عليه نصف الدية وحكومة ، ولأنه قطع نصف لسان صحيحا وربعا أشل •

وان قطع رجل نصف لسان رجل فذهب كلامه ـ وقلنا : له أن يقتص منه فى نصف اللسان فاقتص منه فذهب نصف كلام الجانى ـ فقد استوفى المجنى عليه حقـه ، فان ذهب ربع كلام الجـانى وجب للمجنى عليه ربع الدية ، وان ذهب ثلاثة أرباع كلام الجانى لم يجب على المقتص شىء لأن التالف بالقود غير مضمون عندنا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان كان لرجل لسان له طرفان فقطع رجل احد الطرفين فذهب كلامه وجبت عليه الدية ، وان ذهب نصفه وجب عليه نصف الدية ، وان ذهب ربعه وجب عليه ربع الدية ، وان لم يذهب من الكلام شىء نظرت ، فان كانا متساويين فى الخلقة ، فهما كاللسان المشقوق ، ويجب بقطعهما الدية وبقطع أحدهما نصف الدية .

وان كان أحدهما تام الخلقة والآخر ناقص الخلقـة فالتام هو اللســان الأصلى والآخر خلقة زائدة ، فان قطعهما قاطع وجب عليه دية وحكومة . وان قطع التام وجبت عليه دية ، وان قطع الناقص وجبت عليه حكومة .

فصـــل وان جنى على لســـانه فذهب ذوقه فلا يحس بشىء من المذاق ، وهى خمسة : الحلاوة والمرارة والحموضة والملوحة والعذوبة وجبت عليه الدية ، لأنه أتلف عليه حاسة لمنفعة مقصودة فوجبت عليه الدية ، كما لو أتلف عليه السمع أو البصر ، وأن نقص بعض الذوق نظرت ـ فان كان النقصان لا يتقدر ، بأن كان يحس بالمذاق الخمس الا أنه لا يدركها على كمالها ـ وجبت عليه الحكومة لأنه نقص لا يمكن تقدير الأرش فيه ، فوجبت فيه حكومة ، وان كان نقصاً يتقدر بأن لا يدرك احد المذاق الخمس ويدرك الباقى ، وجب عليه خمس الدية ، وان لم يدرك اثنين وجب عليه خمســان ، لأنه يتقـدر المتلف فيقدر الأرش .

فصـــل وان قطع لسان اخرس ـ فان كان بقى بعد القطع ذوقه ـ وجبت عليه الحكومة ، لأنه عضو بطلت منفعته فضمن بالحكومة كالعين القائمة واليد الشلاء ، وان ذهب ذوقه بالقطع وجبت عليه دية كاملة لاتلاف حاســة الذوق ، وان قطع لسان طفل ـ فان كان قد تحرك بالبكاء أو بما يعبر عنـه اللسان كقوله بابا وماما ـ وجبت عليه الدية ، لأنه لسان ناطق . وان لم يكن تحرك بالبكاء ولا بما يعبر عنه اللسان ـ فان كان بلغ حدا يتحرك اللسان فيه

بالبكاء والكلام ـ وجبت الحكومة ، لأن الظاهر أنه لم يكن ناطقاً ، لأنه لو كان ناطقاً لتحرك بما يدل عليه . وان قطعه قبل أن يمضى عليه زمان يتحرك فيه اللسان وجبت عليه الدية لأن الظاهر السلامة فضمن كما تضمن أطرافه ، وان لم يظهر فيها بطش .

فصـــل وان قطع لسان رجل فقضى عليه بالدية ثم نبت لسانه . فقد قال فيمن له سن من ثغر ثم نبت سنه أنه على قولين .

(أحدهما) يرد الدية (والثانى) لا يرد . فمن أصحابنا من جعل اللسان أيضا على قولين : وهو قول أبى اسحاق لأنه اذا كان فى السن التى لا تنبت فى العادة اذا نبتت قولان : وجب ان يكون فى اللسان أيضا قولان .

ومنهم من قال لا يرد الدية فى اللسان قولا واحدا . وهو قول أبى على بن أبى هريرة ، والفرق بينه وبين السن أن فى جنس السن ما يعود ، وليس فى جنس اللسان ما يعود ، فوجب أن يكون ما عاد هبة مجددة فلم يسقط به بدل ما أتلف عليه . وان جنى على لسانه فذهب كلامه وقضى عليه بالدية ثم عاد الكلام وجب رد الدية قولا واحدا ، لأن الكلام اذا ذهب لم يعد ، فلما عاد علمنا أنه لم يذهب وانما امتنع لعارض) .

الشرح تتلخص أحكام هذين الفصلين فى أنه ان كان لرجل لسان له طرفان فقطع قاطع أحدهما نظرت ـ فان أذهب كلامه ـ وجبت عليه الدية ، وان ذهب بعض كلامه ـ فان كان الطرفان متساويين ـ فان كان ما قطعه بقدر ما نقص من الكلام ـ وجب فيه من الدية بقدره ، وان كان اعتبر الأكبر على ما مضى فى التى قبلها ، وان لم يذهب من الكلام شىء وجب بقدر ما قطع من اللسان من الدية وان قطعهما قاطع وجب عليه الدية ، وان كان أحدهما منحرفا عن سمت فهى خلقة زائدة يجب فيها الحكومة وفى الآخر الدية .

فـــرع قال الشافعى رضى الله عنه : وفى لسان الأخرس حكومة، وقال النخعى : تجب فيه الدية . دليلنا أن لسان الأخرس قد ذهبت منفعته فلم يجب فيه الدية كاليد الشلاء .

وان قطع لسان طفل ـ فان كان قد تكلم ولو بكلمة واحدة ، أو قال بابا أو ماما ، أو تكلم فى بكائه بالحروف وجبت عليه الدية لأنا قد علمنا أنه لسان ناطق ، وان كان فى حد لا يتكلم مثله بحرف ، مثل أن يكون ابن شهر وما أشبهه ولم يتكلم فقطع قاطع لسانه وجبت فيه الدية .

وقال أبو حنيفة : لا دية فيه لأنه لسان لا كلام فيه فهو كلسان الأخرس . دليلنا أن ظاهره السلامة وانما لم يتكلم لطفوليته فوجبت فيه الدية كما تجب الدية بأعضائه ، وان لم يظهر بها بطش ، وان بلغ حدا يتكلم فيه مثله فلم يتكلم فقطع قاطع لسانه لم يجب عليه الدية ، وانما يجب فيه الحكومة ، لأن الظاهر من حاله أنه أخرس .

فرع وان جنى عليه فذهب ذوقه ـ قال الشيخ أبو حامد فلا نص فيه للشافعى رحمه الله ولكن يجب فيه الدية ، لأنه الحواس التى تختص بمنفعة ، فهو كحاسة السمع والبصر . وقال القاضى أبو الطيب : قد نص الشافعى رحمه الله على ايجاب الدية فيه .

قال ابن الصباغ : قلت انا قد نص الشافعى على أن لسان الأخرس فيه حكومة وان كان الذوق يذهب بذهابه ، واختار الشيخ أبو اسحاق هنا فى هذا الفصل وجوب الدية فى الذوق ، وقال انما تجب فى لسان الأخرس الحكومة اذا بقى ذوقه بعد قطع لسانه ، فأما اذا لم يبق ذوقه ففيه الدية .

اذا ثبت هذا فقال المصنف : اذا لم يحس بالحلاوة والمرارة والحموضة والملوحة والعذوبة وجب على الجانى عليه الدية ، فان لم يحس بواحد منها أو باثنتين وجب فيه من الدية بقدره ، وان كان يحس بها الا أنه لا يحس بها على الكمال وجب فى ذلك الحكومة دون الدية .

فرع اذا جنى عليه فذهب كلامه فأخذت منه الدية ثم نبت له لسان مكانه ـ فاختلف أصحابنا فيه ـ فمنهم من قال : هل يجب رد

الدية ؟ فيه قولان كما قلنا فى السن ، ومنهم من قال لا يجب رد الدية قولا واحدا ؛ لأن عود السن معهود وعود اللسان غير معهود فعلم أنه هبة محددة .

قال فى الأم : وان قطع لهاة رجل قطعت لهاته ، فان أمكن والا وجبت حكومة ، واللهاة لحم فى أصل اللسان .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ويجب فى كل سن خمس من الابل لما روى عمرو بن حزم « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن : وفى السن خمس من الابل » والأنياب والأضراس والثنايا والرباعيات فى ذلك سواء للخبر ، ولأنه جنس ذو عدد فلم تختلف ديتها باختلاف منافعها كالأصابع ، وان قلع ما ظهر وخرج من لحم اللثة وبقى السنخ لزمه دية السن ، لأن المنفعة والجمال فيما ظهر فكملت ديته ، كما لو قطع الأصابع دون الكف ، فان عاد هو أو غيره وقلع السنخ المغيب وجبت عليه حكومة ، لأنه تابع لما ظهر فوجبت فيه الحكومة ، كما لو قطع الكف بعد ما قطع الأصابع ، وان قلع السن من أصلها مع السنخ لم يلزمه لما تحتها من السنخ حكومة ، لأن السنخ تابع لما ظهر فدخل فى ديته كالكف اذا قطع مع الأصابع ، وان كسر بعض السن طولا أو عرضا وجب عليه من دية السن بقدر ما كسر منها من النصف او الثلث أو الربع ، لأن ما وجب فى جميعه الدية وجب فى بعضه من الدية بقدره كالأصابع ، ويعتبر القدر من الظاهر دون السنخ المغيب لأن الدية تكمل بقطع الظاهر ، فاعتبر المكسور منه ، فان ظهر السنخ المغيب بعلة اعتبر القدر المكسور بما كان ظاهرا قبل العلة ، لا بما ظهر بالعلة ، لأن الدية تجب فيما كان ظاهرا فاعتبر القدر المكسور منه) .**

الشرح مضى تخريج كتاب عمرو بن حزم فى أول الباب بلفظه كاملا وفيه « وفى السن خمس من الابل » وقد ذهب الى هذا الجمهور ، وظاهر الحديث عدم الفرق بين الثنايا والأنياب والضروس ، لأنه يصدق على كل منها أنه سن ، ويروى عن على أنه يجب فى الضرس عشر من الابل . وروى عن عمر وابن عباس أنه يجب فى كل ثنية خمسون دينارا وفى الناجذ أربعون وفى الناب ثلاثون ، وفى كل ضرس خمس وعشرون .

وقال عطاء : فى السن والرباعيتين خمس خمس ، وفى الباقى بعيران بعيران ، وهى الرواية الثانية عن عمر . دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « فى السن خمس من الابل » ولم يفرق ؛ ولأنه جنس ذو عدد فلم تختلف دينها كدية الأصابع ، والسن الذى يجب فيه خمس من الابل هو ما ظهر من اللثة ؛ وهو اللحم الذى ينبت فيه السن ؛ لأن المنفعة والجمال فى ذلك . كما تجب دية اليد فى الأصابع وحدها ، فان قلع ما ظهر من السن ثم قلع هو أو غيره سنخ السن — والسنخ من كل شىء أصله والجمع أسناخ كحمل وأحمال — وجب على قالع السنخ الحكومة ، كما لو قطع رجل أصابع رجل ثم قطع هو أو غيره الكف ، وان قلع السن وسنخها وجبت عليه دية السن لا غير ؛ لأن السنخ يتبع السن فى الدية اذا قلع معها ؛ كما لو قطع الأصابع مع الكف . وان ظهر السنخ المغيب بعلة اعتبر المكسور من الموضع الذى كان ظاهرا قبل العلة لا بما ظهر بالعلة ، فان اتفقا أنه كسر القدر الذى كان ظاهرا قبل العلة فعليه خمس من الابل ، وان قال الجانى كسرت بعض الظاهر فعلى أقل من خمس من الابل ، وقال المجنى عليه : بل كسرت كل الظاهر فالقول قول الجانى مع يمينه ، لأن الأصل براءة ذمته مما زاد على ما أقر به .

مسألة فى كل ما قررنا وافقنا أحمد وأصحابه ، الا أنه حكى ابن قدامة رواية عن أحمد أن فى جميع الأسنان الدية ؛ فتعين حمل هذه الرواية على مثل قول سعيد بن المسيب للاجماع ، على أن فى كل سن خمسا من الابل وورد الحديث به فيكون فى الأسنان ستون بعيرا ، لأن فيه اثنى عشر سنا ، أربع ثنايا وأربع رباعيات وأربعة أنياب فيها خمس خمس ، وفيه عشرون ضرسا فى كل جانب عشرة ، خمسة فى الفك الأعلى ومثلها فى الأسفل ، فيكون فيها على رأى أحمد أربعون بعيرا فى كل ضرس بعيران فتكمل الدية .

وحجة من قال هذا أنه ذو عدد تجب فيه الدية فلم تزد على دية الانسان كالأصابع والأجفان وسائر ما فى البدن ، ولأنها تشتمل على منفعة جنس

فلم تزد ديتها على الدية كسائر منافع الجنس ، وأولوا هذا بأن الأضراس تختص بالمنافع دون الجمال ، والأسنان بالمنافع والجمال ، فاختلفوا فى الأرش • ولكن يرد على هذا ما ترجح من المذهب عندنا وعند أصحاب أحمد ومالك وأبى حنيفة ومحمد بن الحسن ، وهو قول عروة وطاوس وقتادة والزهرى ، لما أخرج أبو داود باسناه عن عبد الله بن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الأصابع سواء والأسنان سواء ، الثنية والضرس سواء ، هذه وهذه سواء » وهذا نص فى مناط النزاع •

ويجاب عن قولهم بالمنافع بأن كل دية وجبت فى جملة كانت مقسومة على العدد دون المنافع كالأصابع والأجفان والشفتين ، وقد أومأ ابن عباس الى هذا فقال : لا أعتبرها بالأصابع •

فأما ما ذكروه من المعنى فلابد من مخالفة القياس فيه ، فمن ذهب الى قولنا خالف المعنى الذى ذكروه ، ومن ذهب الى قولهم خالف التسوية الثابتة بقياس سائر الأعضاء من جنس واحد ، فكان ما قررنا من الاذعان للأخبار الصحيحة وموافقة أكثر أهل العلم •

فرع وان كسر بعض سنه من نصف أو ثلث وجب عليه من ديتها بقدر ما كسر منها ، لأن ما وجب فى جميعه الدية وجب فى بعضه بقسطه من الدية كالأصابع ، فان قلع قالع ما بقى من السن مع السنخ فقد قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم بقى على الثانى بقدر ما بقى من السن من ديتها ، ووجب فى السنخ الحكومة لأن السنخ انما يتبع جميع السن • فأما بعض السن فلا يتبعها ، وحكى ابن الصباغ أن الشيخ أبا حامد الاسفراييني قال : وهذا فيه تفصيل ، فان كسر الأول نصف السن فى الطول وبقى النصف فقلع الثانى الباقى منها مع السنخ وجب نصف دية السن ويتبعه ما تحته من السنخ فى نصف ديته وجبت فى نصف السنخ الباقى الحكومة ، كما لو قلع أصبعين وجميع الكف فانه يجب عليه دية أصبعين ويتبعهما ما تحتهما من الكف وحكومة فى الباقى •

وان كسر الأول نصفه السن فى العرض وقلع الآخر الباقى مع السنخ تبعه ما تحته من السنخ كما لو قطع قاطع من كل أصبع من الكف أنملة فجاء آخر فقطع ما بقى من أنامل الأصابع مع الكف فانه يجب عليه أرش ما بقى من الأنامل ويتبعها الكف ، كذلك هذا مثله .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان قلع سـنا فيهـا شق أو آكلة فان لم يذهب شىء من أجزائها وجبت فيها دية السن كاليد المريضة ، وان ذهب من أجزائهـا شىء سقط من ديتهـا بقـدر الذاهب ووجب البـاقى ، فان كانت احدى ثنيتيه العلياوين أو السفلاوين أقصر من الأخرى فقلع القصيرة نقص من ديتها بقدر ما نقص منها ، لأنهما لا يختلفان فى العادة ، فاذا اختلفا كانت القصيرة ناقصة فلم تكمل ديتها ، وان قلع سنا مضطربة نظرت فان كانت منافعها باقية مع حركتها من المضغ وحفظ الطعـام والريق وجبت فيهـا الدية لبقاء المنفعـة والجمال ، وان ذهبت منافعها وجبت فيها الحكومة ، لأنه لم يبق غير الجمال، فلم يجب غير الحكومة كاليد الشلاء ، وان نقصت منافعها فذهب بعضها وبقى البعض ففيه قولان .

(أحدهما) يجب فيها الدية لأن الجمال تام والمنفعة باقية ، وان كانت ضعيفة فكملت ديتها كما لو كانت ضعيفة من أصل الخلقة (والثانى) يجب فيها الحكومة ، لأن المنفعة قد نقصت ويجهل قدر الناقص ، فوجب فيهـا الحكومة ، وان ضرب سنة فاصفرت أو احمرت وجبت فيها الحكومة ، لأن منافعها باقية ، وانما نقص بعض جمالها فوجب فيها الحكومة ، فان ضربهـا فاسودت فقد قال فى موضـع تجب فيها الحكومة ، وقال فى موضـع تجب الدية ، وليست على قولين ، وانما هى على اختلاف حالين ، فالذى قال تجب فيها الدية اذا ذهبت المنفعة ، والذى قال تجب فيها الحكومة اذا لم تذهب المنفعة . وذكر المزنى انها على قولين ، واختـار انه يجب فيهـا الحكومة ، والصحيح هو الطريق الأول .

فصـــل واذا قلع أسنان رجل كلها نظرت فان قلع واحدة بعد واحدة وجب لكل سن خمس من الابل فيجب فى أسنانه ، وهى اثنان وثلاثون سنا مائة وستون بعيراً ، وان قلعها فى دفعة واحدة ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه لا يجب عليه أكثر من دية لأنه جنس ذو عدد فلم يضمن بأكثر من دية كأصابع اليدين .

(والثانى) انه يجب فى كل سن خمس من الابل ، وهو المذهب لحديث عمرو بن حزم ، ولأن ما ضمن ديته بالجناية اذا انفرد لم تنقص ديته بانضمام غيره اليه كالموضحة .

فصل واذا قلع سن صغير لم يثغر لم يلزمه شيء فى الحال لأن العادة فى سنه أن يعود وينبت فلم يلزمه شيء فى الحال كما لو نتف شعره ، فان نبت له مثلها فى مكانها لم يلزمه ديتها ، وهل تلزمه حكومة ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا تلزمه كما لو نتف شعره فنبت مثله .

(والثانى) تلزمه حكومة الجرح الذى حصل بالقلع وان لم تنبت له ووقع الاياس من نباتها وجبت ديتها لأنا تحققنا اتلاف السن ، وان مات قبل الاياس من نباتها ففيه قولان (احدهما) يجب عليه دية السن لانه قلع سناً لم تعد ، (والثانى) لا يجب لأن الظاهر أنها تعود وانما مات بموته ، وان نبتت له سن خارجة عن صف الأسنان ، فان كانت بحيث ينتفع بها وجبت ديتها ، وان كانت بحيث لا ينتفع بها وجبت الحكومة للشين الحاصل بخروجها عن سمت الأسنان ، فان نبتت اكثر من نظيرتها وجب عليه من ديتها بقدر ما نقص لأنه نقص بجنايته فصار كما لو كسر بعض سن .

وان نبت أطول منها فقد قال بعض أصحابنا لا يلزمه شيء وان حصل بها شين لان الزيادة لا تكون من الجناية ، قال الشيخ الامام : ويحتمل عندى أنه تلزمه الحكومة للشين الحاصل بطولها ، كما تلزمه فى الشين الحاصل بقصرها ، لأن الظاهر أن الجميع حصل بسبب قلع السن .

وان نبتت له سن صفراء أو سن خضراء وجبت عليه الحكومة لنقصان الكمال فان قلع سن من أثغر وجبت ديتها فى الحال ، لأن الظاهر أنه لا ينبت له مثلها ، فان أخذ الدية ثم نبت له مثلها فى مكانها ففيه قولان :

(أحدهما) يجب رد الدية لأنه عاد له مثلها فلم يستحق بدلها كالذى لم يثغر (والثانى) أنه لا يجب رد الدية لأن العادة جرت فى سن من تغر أنه لا يعود فاذا عادت كان ذلك هبة مجددة فلا يسقط به ضمان ما أتلف عليه .

فصل ويجب فى اللحيين الدية لأن فيهما جمالا وكمالا ومنفعة كاملة ، فوجبت فيهما الدية كالشفتين ، وان قلع أحدهما وتماسك الآخر وجب عليه نصف الدية ، لأنهما عضوان تجب الدية فيهما فوجب نصف الدية فى أحدهما كالشفتين واليدين . وان قلع اللحيين مع الأسنان وجب عليه دية اللحيين ودية الأسنان ولا تدخل دية أحدهما فى الآخر لأنهما جنسان مختلفان

فيجب فى كل واحد منهما دية مقدرة فلم تدخل دية احداهما فى دية الأخرى كالشفتين مع الأسنان ، وتخالف الكف مع الأصابع فان الكف تابع للأصابع فى المنفعة ، واللحيان أصلان فى الجمال والمنفعة ، فهما كالشفتين مع الأسنان) .

الشرح اذا قلع سنا مضطربة لكبر أو مرض وكانت منافعها باقية من المضغ وطحن الطعام واستدرار اللعاب وجبت ديتها على احد الوجهين ؛ وهو قول أحمد وأصحابه ، لأن جمالها باق ومنفعتها باقية وانما نقصت ، ونقصان المنفعة لا يوجب سقوط الدية كاليد العليلة .

(الثانى) لا يجب فيها الدية ؛ وانما تجب فيها الحكومة ؛ لأن معظم منفعتها تذهب بالاضطراب ؛ فصار كاليد الشلاء ، فان جنى على سنه جان فاضطربت وطالت عن الأسنان ؛ وقيل انها تعود الى مدة على ما كانت عليه انتظرنا اليها ، فان ذهبت وسقطت وجبت ديتها ، وان عادت كما كانت فلا شيء فيها كما لو جنى على يده فمرضت ثم برأت ، وان بقى فيها اضطراب ففيها حكومة لجنايته ؛ وان مضت المدة ولم تعد الى ما كانت عليه ففيها حكومة ، وان قلعها قالع قبل استقرارها فهل تجب عليه الدية والحكومة ؟ فيه قولان ، كما لو قلعها وهى مضطربة بمرض أو كبر .

قال الشيخ أبو حامد : الا أنا اذا أوجبنا الحكومة ههنا فانها تكون أقل من الحكومة فى التى قبلها ؛ لأن المجنى عليه لم ينتفع بالاضطراب الحادث من المرض وها هنا المجنى عليه قد انتفع بالاضطراب الحادث من الجناية الأولة ، وان قلع رجل سنا فيها شق أو أكلة ــ فان لم يذهب من أجزائها شيء وجب فيها سن كاليد المريضة ، وان ذهب منها شيء سقط من ديتها بقدر الذاهب ووجب الباقى .

فــرع اذا قلع قالع سنة بسنخها وأبانها ثم ردها المجنى عليه الى مكانها فنبتت وعادت كما كانت وجبت على الجانى الدية . ونص أحمد فى رواية جعفر بن محمد أنه لا تجب فيها الدية . دليلنا أن الدية وجبت عليه بابانته السن على الفور ، ورده لها لا حكم له لأنه يجب ازالتها ، فان قلعها قالع فلا شيء عليه لأنه يجب قلعها وان لم يرد المقلوعة وانما رد مكانها نظما

طاهرا أو قطعة ذهب أو فضة فنبت عليها اللحم ثم قلعها انسان ففيه قولان حكاهما الشيخ أبو حامد الاسفرايني •

(أحدهما) لا يجب عليه شيء لأنه أزال ما ليس من بدنه فلم يجب عليه دية كما لو أعاد سنه المقلوعة ثم قلعها قالع •

(والثانى) يجب عليه حكومة لأنه أبيح له أن يتخذ سنا من عظم طاهر أو ذهب أو فضة ، وقد حصل له فى ذلك جمال ومنفعة ، وقد أزالها فلزمه الحكومة لذلك •

فـــرع قوله : « واذا قلع أسنان رجل كلها الخ » وقد مضى فى شرح ما قال المصنف قبل هذا تفصيل مفيد ، والذى لم نقله هو أنه اذا كان بعض أضراسه قصارا أو ثنايا طوالا وجب فى كل سن ديتها ؛ لأن العادة أن الأضراس أقصر من الثنـــايا ؛ وان كان بعض الأضراس طوالا وبعضـــها قصارا ؛ أو كان بعض الثنايا طوالا وبعضها قصارا قال الشافعى رضى الله عنه : فان كان النقصان قريبا ففى كل سن ديتهـــا ؛ لأن هـــذا من خلقة الأصـــل ، وان كان النقصـــان كثيرا ففيهـــا بقسطها من الدية ، فان كانت القصيرة نصف الطويلة وجب فيها نصف دية السن وان كانت ثلثها ففيها ثلث ديتها ، لأن هـــذا القدر من النقص لا يكون الا من سبب مرض أو غيره • اهـ •

فـــرع اذا جنى على سنه فســـودها ففيـــه قولان • وحكى عن أحمد روايتان (احداهما) تجب ديتهـــا كاملة وهـــو ظاهر كلام الخرقى ، ويروى هذا عن زيد بن ثابت ، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وشريح والزهرى وعبد الملك بن مروان والنخعى ومالك والليث وعبد العزيز بن أبى سلمة والثورى وأصـــحاب الرأى (الثانية) وهـــو المختار عندنا أنه ان أذهب منفعتها من المضغ عليها ونحوه ففيه دية • وان لم يذهب نفعها ففيه حكومة •

قال فى البيان : وان ضرب رجل سن رجل فاحمرت أو اصفرت ولم

يذهب شيء من منفعتها وجبت فيها الحكومة ؛ لأنه أذهب جمالا من غير منفعة ، وان اسودت فقد قال الشافعي في موضع : فيها الحكومة ، وقال في موضع : فيها الدية ، فقال المزني : فيهـا قولان ، وقال سائر أصحابنا ليست على قولين وانما هي على حالين فحيث قال تجب فيها الدية اذا ذهبت منفعتها ، وحيث قال تجب فيها الحكومة أراد اذا لم تذهب منفعتها . وكل موضع قلنا تجب فيه الحكومة اذا اسودت فانه يجب فيها أكثر من الحكومة اذا احمرت أو اصفرت ؛ لأن الشين ـ أي العيب والقبح ـ في السواد أكثر .

وفي حديث عمرو بن شعيب عن أبيـه عن جده مرفوعا « وفي السن السوداء اذا نزعت ثلث ديتهـا » . قال الشـوكاني « لذهاب الجمـال والمنفعة » ولقول علي عليه السلام « اذا اسودت فقد تم عقلها » أي ديتها ، فان لم يضعف فحكومة ا هـ .

فـــرع اذا نبتت أسنان الصبي سوداء فسقطت ثم نبتت سوداء. فان كانت كاملة المنفعة غير مضطربة فقلع قالع بعضها ففي كل سن ديتها ؛ لأن هذا السواد من أصل الخلقة فهو كما لو كانت العين عمشاء من أصـل الخلقة ، فأما اذا نبتت أسنانه بيضاء فسقطت ، ثم نبتت سوداء ، ثم قلع قالع بعضها قال الشافعي رضي الله عنه سألت أهل الخبرة فان قالوا : لا يكون هذا من مرض ففيها الحكومة لأنها ناقصة الجمال والمنفعة . وان قالوا : قد يكون من مرض وغيره وجبت في كل سن ديتها ، لأن الأصل سـلامتها من المرض .

مســألة قوله « ويجب في اللحيين الخ » فجملة ذلك أن اللحيين وهما العظمان اللذان تنبت عليهما الأسنان ويقال لهما الفكان تجب فيهما الدية ، لأن فيهما منفعة وجمالا وفي أحـدهما نصف الدية ، لأن ما وجبت الدية في اثنتين منه وجبت في احداهما نصفها كالعينين ، وان قلع اللحيين وعليهما الأسنان فحكى المسعودي فيه وجهين :

(أحدهما) لا يجب عليه الا دية واحدة ، كما لو قطـع الأصـابع مع

الكف (والثانى) وهو قول أصحابنا العراقيين أنه يجب فى اللحيين الدية ؛ فى كل سن خمس من الابل ؛ لأن كل واحد منهما تجب فيه دية مقدرة فلم يدخل أحدهما فى الآخر كدية الأسنان والشفتين ، ولأن اللحيين كانا موجودين قبل الأسنان فلم يتبعا ما حدث عليهما من الأسنان ؛ والكف والأصابع وجدا معا فتبع الكف الأصابع .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ويجب فى اليدين الدية لما روى معاذ رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « فى اليدين الدية » ويجب فى احداهما نصف الدية لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « كتب لعمرو بن حزم حين أمره على نجران فى اليد خمسون من الابل » واليد التى تجب فيها الدية هى الكف ، فان قطع الكف وجبت الدية ، وان قطع من نصف الذراع أو من المرفق أو من العضد أو من المنكب وجبت الدية فى الكف ، ووجب فيما زاد الحكومة .

وقال أبو عبيد بن حربويه ، الذى تجب فيه الدية هو اليد من المنكب ، لأن اليد اسم للجميع ، والمذهب الأول ، لأن اسم اليد يطلق على الكف ، والدليل عليه قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » والمراد به الكف ، ولأن المنفعة المقصودة من اليد هو البطش ، والأخذ والدفع وهو بالكف ، وما زاد تابع للكف فوجبت الدية فى الكف ، والحكومة فيما زاد .

ويجب فى كل أصبع عشر الدية لما روى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن فى كل أصبع من الأصابع من اليد والرجل عشر من الابل » ولا يفضل اصبع على أصبع لما ذكرناه من الخبر ، ولما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مسنداً « الأصابع كلها سواء عشر عشر من الابل » ولأنه جنس ذو عدد تجب فيه الدية فلم تختلف ديتها باختلاف منافعها كاليدين ، ويجب فى كل انملة من غير الابهام ثلث دية الأصبع وفى كل انملة من الابهام نصف دية الأصبع ، لأنه لما قسمت دية اليد على عدد الأصابع وجب أن يقسم دية الأصبع على عدد الأنامل .

فصل وان جنى على يد فشلت ، أو على أصبع فشلت ، أو على انملة فشلت ، وجب عليه ما يجب فى قطعها ، لأن المقصود بها هو المنفعة فوجب فى اتلاف منفعتها ما وجب فى اتلافها ، وان قطع يدا شلاء أو أصبعاً شلاء أو أنملة شلاء وجب عليه الحكومة لأنه اتلاف جمال من غير منفعة) .

الشرح خبر معاذ أخرجه البيهقى ، وخبر عمرو بن حزم هو كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لأهل اليمن ، قال ابن كثير فى الارشاد وهـذا الكتاب متداول بين أئمة الاسلام قديما وحديثا يعتمدون عليه ، ويفزعون فى مهمات هذا الباب اليه •

أما حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده فان هذه زيادة فى حديث رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة ، وصححه ابن خزيمة وابن الجـارود ولفظه عنـدهم « فى المواضح خمس خمس من الابل ــ وزاد أحمـد ــ والأصابع سواء كلهن عشر عشر من الابل » •

أما قوله « وتجب فى اليدين الدية » فجملة ذلك أن أهل العلم قـد أجمعوا على وجوب الدية فى اليدين ووجوب نصفها فى احداهما لما سقناه من حديث معاذ وكتاب النبى صلى الله عليه وسلم لأهل اليمن ؛ ولأنّ فيهما جمالا ظاهرا ومنفعة كاملة ، وليس فى البـدن من جنسهما غيرهما فكان فيهما الدية كالعينين •

واليد التى تجب فيهـا الدية من الكوع لأن اسم اليد عنـد الاطلاق ينصرف اليها بدليل قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » فان الواجب قطعهما من الكوع ، وكذلك التيمم يجب فيـه مسح اليدين الى الكوعين ، فان قطعها من بعض الساعد أو المرفق أو من المنكب وجبت الدية فى الكف وفيما زاد عليه الحكومة وقال أبو يوسف : ما زاد على الأصابع الى المنكب يتبـع الأصابع كمـا تتبعها الكف نص عليه أحمـد فى رواية أبى طالب ، وهو قول عطاء وقتادة والنخعى وابن أبى ليلى ومالك وغيرهم أنه لو قطع اليد من الكوع ثم قطعهـا من المرفق وجب فى المقطوع ثانيـا حكومة ، لأنه وجبت عليه دية اليد بالقطع الأول فوجبت بالثانى حكومة كما لو قطع الأصابع ثم قطع الكف أو قطع حشفة الذكر ثم قطع بقيته أو كمـا لو فعل ذلك اثنان •

وقال أبو عبيد بن حربويه من أصحابنا « اليد التى يجب بقطعها الدية هى اليد من المنكب » دليلنا الآية ، وأن النبى صلى الله عليـه وسلم قطع

اليد من مفصل الكوع فكان فعله بيانا للآية ؛ لأن المنفعة المقصودة باليد الأخذ والدفع يحصل بالكف فوجبت الدية فيه ؛ وان جنى على كفه فشلت وجبت عليه ديتها لأنه قد أذهب منفعتها فهو كما لو قطعها ، وكما لو أعمى عينيه مع بقائهما أو أخرس لسانه .

قال الشوكاني « والحد الموجب للدية من الكوع » كما حكاه صاحب البحر عن العترة وأبي حنيفة والشافعي ؛ فان قطعت اليد من المنكب أو الرجل من الركبة ففي كل واحدة منهما نصف دية ، وحكومة عند أبي حنيفة ومحمد والقاسمية والمؤيد بالله . ا هـ .

فرع ويجب في كل أصبع عشر من الابل ولا تفضل أصبع على أصبع ، وبه قال علي وابن مسعود وابن عباس وزيد بن ثابت رضي الله عنهم ، وعن عمر روايتان ، احداهما مثل قولنا ، والثانية يجب في الخنصر ست من الابل ، وفي البنصر تسع ، وفي الوسطى عشرة وفي السبابة اثنا عشر وفي الابهام ثلاثة عشر فقسم دية اليد على الأصابع . دليلنا حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في كل أصبع مما هناك من اليد والرجل عشر من الابل » وقيل ان عمر رضي الله عنه وأرضاه لما وجد هذا في الكتاب عند آل حزم رجع عن التفضيل .

وروى أن ابن عباس كان يقول في كل أصبع عشر من الابل ؛ فوجه اليه مروان وقال له أما سمعت قول عمر رضي الله عنه ؟ فقال ابن عباس قول رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى من قول عمر ، وأن الدية اذا وجبت بعدد قسمت عليه على عدده لا على منافعه كاليدين والرجلين ، ويجب في كل أنملة من الأصابع ثلث دية الأصبع ، الا الابهام فانه يجب في كل أنملة منها نصف دية الأصبع ؛ وهو قول زيد بن ثابت .

وحكى عن مالك أنه قال « للابهام أيضا ثلاث أنامل احداهن باطنة » دليلنا أن كل أصبع لها أنملة باطنة ولا اعتبار بها ؛ وانما الاعتبار بالأنامل الظاهرة ، ووجدنا لكل أصبع غير الابهام ثلاث أنامل وللابهام أنملتين

فقسمت الدية عليهما وان جنى على أصبع فشلت أو على أنملة فشلت وجب عليه ديتها ، لأنه أذهب منفعتها فهو كما لو قطعها •

فـــرع اذا كان له كفان على كوع أو يدان على مرفق أو منكب ، فان لم يبطش بواحدة منهما فهما كاليد الشلاء فلا يجب فيهما قود ولا دية ، وانما يجب فيهما الحكومة ؛ وان كان يبطش باحداهما دون الأخرى فالباطشة هى الأصلية والأخرى زائدة ، سواء كانت الباطشة على مستوى الذراع أو منحرفة عن سمت الذراع ؛ لأن الله تعالى جعل البطش فى اليد كما جعل البول فى الذكر ؛ فاستدل بالبطش على الأصلية كما يستدل على الخنثى بالبول ، وان كان يبطش بهما الا أن احداهما أكثر من الأخرى ، فالتى هى أكثر بطشا هى الأصلية والأخرى خلقة زائدة ، وعلى قول ابن حامد من أصحاب أحمد لا شيء فيها ، لأنها عيب ، فهى كالسلعة فى اليد •

أما اذا كانت احداهما على مستوى الخلقة والأخرى زائدة عن الاستواء فالمستوية هى الأصلية ؛ والزائلة هى الزائدة ؛ وان كانتا على مستوى الخلقة ، فان كانت احداهما لها خمس أصابع وللأخرى أربع أصابع فالأصلية هى كاملة الأصابع والأخرى زائدة • فان استويا فى ذلك كله الا أن فى احداهما أصبعا زائدة لم يحكم بكونها أصلية بذلك ؛ لأن الأصبع الزائدة قد تكون فى اليد الأصلية وفى الزائدة حكمنا أن أحداهما أصلية والأخرى زائدة أوجبنا فى الأصلية القود والدية الكاملة وفى الأخرى الحكومة ، وان تساويا ولم يعلم الزائدة منهما من الأصلية ، قال الشافعى رحمه الله : فهما أكثر من يد وأقل من يدين ، فان قطعهما قاطع قطعت يده ؛ ووجب عليه مع القصاص حكومة للزيادة ؛ وان عفا عن القصاص أو كانت الجناية خطأ وجب على الجانى دية يد وزيادة حكومة ، وان قطع قاطع احداهما لم يجب عليه القصاص لأنه ليس له مثلها ، ولكن يجب عليه نصف دية يد وحكومة• وان قطع أصبعا من احداهما وجب عليه نصف دية أصبع وحكومة ، وان قطع أنملة منهما وجب عليه نصف دية أنملة وحكومة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ويجب فى الرجلين الدية لما روى معاذ رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « فى الرجلين الدية » ويجب فى احداهما نصف الدية لما روى عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « فى الرجل نصف الدية » والرجل التى يجب فى قطعها نصف الدية القدم ، فان قطع من الساق أو من الركبة أو من بعض الفخذ أو من أصل الفخذ وجبت الدية فى القدم ، ووجبت الحكومة فيما زاد ، لما ذكرناه فى اليد ، ويجب فى كل أصبع من أصابع الرجل عشر الدية لما ذكرناه فى اليد من حديث عمرو بن حزم، ويجب فى كل أنملة من غير الابهام ثلث دية الأصبع ، وفى كل أنملة من الابهام نصف دية الأصبع لما ذكرناه فى اليد .

فصل ويجب فى القدم الأعرج ويد الأعسم اذا كانتا سليمتين الدية ، لأن العرج أنما يكون من قصر احدى الساقين ، وذلك ليس بنقص فى القدم ، والعسم لقصر العضد او الذراع أو اعوجاج الرسغ ، وذلك ليس بنقص الكف ، فلم يمنع كمال الدية فى القدم ، والكف كذكر الخصى وأذن الأصم وانف الأخشم .

فصل اذا كسر الساعد فجبره مجبر أو خلع كفه فاعوجت ثم جبرها فجبرت وعادت مستقيمة ، وجبت الحكومة ، لأنه حصل به نقص ، وان لم تعد الى ما كانت ، كانت الحكومة أكثر لأن النقص أكثر فان قال الجانى أنا أعيد حلمها وأعيدها مستقيمة منع من ذلك لأنه استئناف جناية أخرى فان كابره وخلعه فعاد مستقيما وجب عليه بهذا الخلع حكومة ، ولا يسقط ما وجب من الحكومة الأولى لأنها حكومة استقرت بالجناية ، وما حصل من الاستقامة حصل بمعنى آخر ، فلم يسقط ما وجب ، ويخالف اذا جنى على العين فذهب الضوء ثم عاد ، لأنا نتيقن أن الضوء لم يذهب .

فصل وان كان لرجل كفان من ذراع ، فان لم يبطش بواحدة منهما ، لا يجب فيهما قود ولا دية ، لأن منافعهما قد بطلت فصار كاليد الشلاء، ويجب فيهما حكومة ، لأن فيهما جمالا ، وان كان أحدهما يبطش دون الآخر فالذى يبطش به هو الأصلى فيجب فيه القود أو الدية ، والآخر خلقة زائدة ويجب فيها الحكومة ، وان كان أحدهما أكثر بطشا كان الأصلى هو أكثرهما بطشا سواء كان الباطش على مستوى الذراع أو منحرفاً عنه ، لأن الله تعالى جعل البطش فى الأصلى فوجب أن يرجع فى الاستدلال عليه اليه ، كما يرجع فى الخنثى الى بوله . وان استويا فى البطش ـ فان كان أحدهما على مستوى الذراع والآخر منحرفاً عن مستوى الذراع ـ فالأصلى هو الذى على مستوى

الذراع فيجب فيه القود أو الدية ، ويجب فى الآخر الحكومة ، فان استويا فى ذلك ـ فان كان احدهما تام الأصابع والآخر ناقص الأصابع ـ فالأصلى هو التام الأصابع . فيجب فيه القود أو الدية ، والآخر خلقة زائدة ويجب فيها الحكومة ، وان استويا فى تمام الأصابع الا أن فى احدهما زيادة أصبع لم ترجع الزيادة ، ولانه قد يكون الأصبع الزائدة فى غير اليد الأصلية ، فاذا استويا فى الدلائل فهما يد واحـدة ، فان قطعهما قاطع وجب عليه القـود أو الدية ، وعليه نصف دية يد وزيادة حكومة لأنها نصف يد زائدة ، وان قطع اصبعاً من احداهما فعليه نصف دية أصبع وزيادة حكومة لأنها نصف أصبع زائدة ، وان قطع انملة أصبع من أحداهما وجب عليه نصف دية انملة وزيادة حكومة ، لأنها نصف انملة زائدة) .

الشرح اللغات قوله « الاعسم » العسم فى الكف والقدم ، وبابه تعب يبس مفصل الرسغ حتى تعوج الكف والقدم ، والرجل أعسم والمرأة عسماء ، وعسم عسما من باب ضرب طمع فى الشىء .

وقوله « خلع كفه » أى فكها من معصمها فاسترخت فلا يطيق رفعها ؛ وقد شلت يده شل بفتح الشين فيهما اذا يبست ؛ وقيل اذا استرخت ، ولا تشلل بفتح التاء واللام اذا دعا لك بالسلامة من الشلل . قال الشاعر :

فلا تشلل يد فتكت بعمرو فانك لن تذل ولن تضـاما

اذا ثبت هذا فانه يجب فى الرجلين الدية وفى احداهما نصف الدية لما ذكرناه من حديث معـاذ وحديث عمرو بن حزم ، وهو قول عمر وعلى ولا مخالف لهما فى الصحابة ، والرجل التى يجب بقطعها الدية هى القدم ، فان قطعها من نصف الساق أو من الركبة أو من الورك وجب الدية فى القـدم والحكومة فيما زاد لما ذكرناه فى اليد ، ويجب فى كل أصبع منها وفى كل أنملة ما يجب فى أصابع اليد وأناملها لما ذكرناه فى اليد .

فان خلق له قدمان على كعب واحد أو ساقان على ركبة أو ركبتان على فخذه فالحكم فيه كالحكم فيمن خلق له كفان على مفصل ، الا أن الشافعى رضى الله عنه قال ها هنا « اذا كان احدى القدمين أطول من الأخرى وكان

يمشى على الطويلة فالظاهر أن الأصلية هى الطويلة التى يمشى عليها ، فان قطع قاطع القدم الطويلة لم يجب على القاطع فى الحال الدية ، بل ينظر فى المقطوع ــ فان لم يمش على القصيرة أو مشى عليها مشيا ضعيفا وجبت الدية فى الطويلة ، لأننا علمنا أن الأصلية هى الطويلة ، والقصيرة زائدة فيجب على قاطعها الحكومة •

وان مشى على القصيرة مشى العادة وجب على قاطع الطويلة الحكومة ؛ لأنا علمنا أن الأصل هو القصر ؛ وانما منعه المشى عليها الطويلة ؛ وان قطع قاطع القصيرة وجبت عليه الدية ، فان جنى رجل على الطويلة فشلت وجبت عليه الدية لأنها هى الأصلية فى الظاهر ــ فان قطعها قاطع بعد الشلل وجبت الحكومة ثم ينظر فيه ــ فان لم يمش على القصيرة أو مشى عليها مشيا ضعيفا ــ فقد علمنا أن الأصلية هى الطويلة ، واستقر ما أخذه ، وان مشى على القصيرة مشى العادة علمنا أن القصيرة هى الأصلية ، فيجب عليه أن يرد على الجانى الأول على الطويلة ما زاد على الحكومة الا الدية ، وان قطع قاطع القصيرة كان عليه الدية •

فرع قال الشافعى رضى الله عنه « وفى يد الاعسم ورجل الأعرج اذا كانتا سالمتين الدية » وهذا صحيح لقوله صلى الله عليه وسلم « فى اليد خمسون من الابل وفى الرجل خمسون من الابل » ولم يفرق ؛ ولأن العرج انما يكون لقصر الساق أو لمرض فيه أو فى غيره من الرجل والقدم سالم بنفسه فلم تنقص دية القدم لذلك ، وأما الأعسم فاختلف أصحابنا فيه ؛ فقال الشيخ أبو حامد هو الاعسر وهو الذى بطشه بيساره أكثر ، وقال ابن الصباغ : الاعسم هو الذى يكون فى رسغه مثل اعوجاج ، والرسغ طرف الذراع مما يلى الكوع • وهو ظاهر كلام الشيخ أبى اسحاق •

فرع ولا يفضل يمين عن يسار فى الدية ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم « فى اليد خمسون من الابل وفى الرجل خمسون من الابل » ولم يفرق ؛ وان وجبت عليه الحكومة أكثر مما لو عادت مستقيمة وجبت عليه

حكومة للشين ، وان عادت غير مستقيمة وجبت عليه الحكومة أكثر مما لو عادت مستقيمة ، لأنه أحدث بها نقصا .

فان قال الجاني : أنا أكسرها وأجبرها فتعود مستقيمة لم يجب رد الحكومة الأولة اليه ، لأنها استقرت عليه بالانجبار الأول ؛ قال الشيخان أبو حامد وأبو اسحاق : يجب عليه للكسر الثانى . وقال ابن الصباغ فيه وجهان كالجناية اذا اندملت ولم يكن لها شين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ويجب فى الاليتين الدية ، لأن فيهما جمالا كاملا ومنفعة كاملة فوجب فيهما الدية كاليدين ، ويجب فى احداهما نصف الدية ، لأن ما وجبت الدية فى اثنين منه وجب نصفها فى أحدهما كاليدين ، وان قطع بعضها وجب فيه من الدية بقدره ، وان جهل قدره وجبت فيه الحكومة .

فصل وان كسر صلبه انتظر ، فان جبر وعاد الى حالته لزمته حكومة الكسر ، وان احدودب لزمه حكومة للشين الذى حصل به ، وان ضعف مشيه أو احتاج الى عصا لزمته حكومة لنقصان مشيه ، وان عجز عن المشى وجبت عليه الدية ، لما روى الزهرى عن سعيد بن المسيب أنه قال « مضت السنة أن فى الصلب الدية ، وفى اللسان الدية ، وفى الذكر الدية ، وفى الانثيين الدية » ولأنه أبطل عليه منفعة مقصودة فوجبت عليه الدية .

وان كسر صلبه وعجز عن الوطء وجبت عليه الدية ، لأنه أبطل عليه منفعة مقصودة . وان ذهب مشيه وجماعه ففيه وجهان :

(أحدهما) لا تلزمه الا دية واحدة لانهما منفعتا عضو واحد .

(والثانى) يلزمه ديتان ، وهو ظاهر النص ، لأنه يجب فى كل واحد منهما الدية عند الانفراد فوجبت فيهما ديتان عند الاجتماع ، كما لو قطع اذنيه فذهب سمعه أو قطع أنفه فذهب شمه .

فصل ويجب فى الذكر الدية لما روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم كتب مع عمرو بن حزم الى اليمن وفى ذكر الدية » ويجب ذلك فى ذكر الشيخ والطفل والخصى والعنين ، لأن العضو فى نفسه سليم ، ولا تجب فى

ذكر اشل لانه بطلت منفعته فلم تكمل ديته ، ويجب فيه الحكومة لأنه اتلف عليه جماله ، وان جنى على ذكره فشل وجبت ديته ، لأن المقصود بالعضو هو المنفعة فوجب فى اتلاف منفعته ما وجب فى اتلافه .

وان قطع الحشفة وجبت الدية لأن منفعة الذكر تكمل بالحشفة كما تكمل منفعة الكف بالأصابع ، فكملت الدية بقطعها ، وان قطع الحشفة وجاء آخر فقطع الباقى وجبت فيه حكومة ، كما لو قطع الأصابع وجاء آخر وقطع الكف ، وان قطع بعض الحشفة وجب عليه من الدية بقسطها ، وهل تقسط على الحشفة وحدها أو على جميع الذكر ؟ فيه قولان .

(أحدهما) تقسط على الحشفة ، لأن الدية تكمل بقطعها فقسطت عليها كدية الأصابع . (والثانى) يقسط على الجميع ، لأن الذكر هو الجميع فقسطت الدية على الجميع .

فصل ويجب فى الأنثيين الدية لما روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن مع عمرو بن حزم وفى الأنثيين الدية » ويجب فى احدهما نصف الدية ، لأن ما وجب فى اثنين منه الدية وجبت فى أحدهما نصفها كاليد) .

الشرح قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم يقولون فى الاليتين الدية ، وفى كل واحدة منهما نصفها ، منهم عمرو بن شعيب والنخعى والشافعى وأحمد وأصحاب الرأى اهـ . ولأنهما عضوان من جنس فيهما جمال ظاهر ومنفعة كاملة فانه يجلس عليهما كالوسادتين فوجب فيهما الدية وفى احداهما نصفها كاليدين .

والاليتان هما ما علا وأشرف من الظهر عن استواء الفخذين وفيهما الدية اذا أخذتا الى العظم الذى تحتهما ، وفى ذهاب بعضهما بقدره ، لأن ما وجبت الدية فيه وجب فى بعضه بقدره ، فان جهل المقدار وجبت حكومة لأنه نقص لم يعرف قدره ، ولا فرق بين أليتى الرجل والمرأة فى ذلك ، وان كان الانتفاع باليتى المرأة أكثر ، لأن الدية لا تختلف بالمنفعة كما قلنا فى اليمين واليسار .

فـــرع اذا كسر صلبه[1] فأذهب مشيه وجبت فيه الدية لما روى فى كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم « وفى الصلب الدية ».

وعن سعيد بن المسيب أنه قال مضمت السنة أن فى الصلب الدية وهذا ينصرف الى سنة النبى صلى الله عليه وسلم ؛ وبهذا قال القاضى من الحنابلة ؛ وقال أحمد وأكثر أصحابه ومنهم ابن قدامة « اذا كسر الصلب فلم ينجبر الدية ولو لم يذهب مشيه أو جماعه » وبهـذا قال زيد بن ثابت وعطاء والحسن والزهرى ومالك قالوا اذا ذهب مشيه أو جماعه بسبب كسر صلبه ففيه دية أخرى غير دية الصلب ، وظاهر رواية أحمد رواها عنه ابنه عبد الله أنه ان ذهب مشيه وجماعه وجبت ديتان ؛ لأنهما منفعتان تجب الدية بذهاب كل واحد منهما منفردة ؛ فاذا اجتمعتـا وجبت ديتـان كالسـمع والبصر . ولنا أن الدية تجب اذا ذهب مشيه ، ولأن المشى منفعـة جليلة فأشبه السمع والبصر ، وان لم يذهب المشى ولكن احتاج فى مشـيه الى عكازة وجب فيه حكومة ، وان لم يحتج الى عكازة ولكنه يمشى مشـيا ضعيفا وجبت عليه حكومة أقل من الحكومة الأولة ، وان عاد مشـيه كما كان الا أن ظهره أحدب لزمته حكومة للشين الحاصـل بذلك ، فاذا كسر صلبه فذهب جماعه وجبت عليه الدية ؛ لأنه روى ذلك عن أبى بكر وعمر وعلى رضى الله عنهم ولا مخـالف لهم ؛ ولأنه منفعة جليلة فشـابه السمع والبصر .

وان كسر صلبه فذهب ماؤه فقد قال القاضى أبو الطيب الذى يقتضى المذهب أنه تجب فيه الدية ، وهو قول مجاهد لأنه منفعة مقصودة فوجب فى ذهابه الدية كالجماع وان كسر صلبه فذهب مشيه وجماعه ففيه وجهان.

(أحدهما) لا يجب عليه الا دية واحدة لأنهما منفعتا عضو واحد .

---

(١) فى القاموس الصلب بالضم وبالتحريك عظم من لدن الكاهل الى العجب وقد قيل المراد بالصلب هو ما فى الجدول المنحدر من الدماغ لتفريق الرطوبة فى الأعضاء لا نفس المتن ، بدليل ما رواه ابن المنذر عن على ، والأولى حمـل الصلب فى كلام الشارع على المعنى اللغوى .

(والثانى) يجب عليه ديتان وهو المنصوص ، لأنهما منفعتان يجب فى كل واحدة منهما الدية عند الانفراد فوجب فى كل واحدة منهما دية عند الاجتماع كالسمع والبصر •

وقال ابن قدامة « وان أذهب ماءه دون جماعه احتمل وجوب الدية » ؛ وهذا يروى عن مجاهد ؛ وهذا كما قلنا هو مقتضى النص لأنه ذهب بمنفعة مقصودة فوجبت الدية •

فـــرع وفى الذكر الدية لما جاء فى كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لأهل اليمن « وفى الذكر الدية » وهو اجماع أهل العلم ، ولأن فيه منفعة وجمالا فوجبت فيه الدية ؛ وسواء قطع ذكر صبى أو شيخ أو شاب أو خصى أو عنين لعموم الخبر ، واختلفت الرواية عن أحمد فى العنين على روايتين (احداهما) تجب فيه الدية لذلك (والثانية) لا تكمل ديته ، وهو مذهب قتادة ؛ لأن منفعته الانزال والاحبال والجماع ، وقد عدم ذلك منه فى حال الكمال فلم تكمل ديته كالاشل وبهذا فارق ذكر الصبى •

وكذلك اختلفت الرواية عن أحمـد على روايتين (احداهما) وهـو مذهبنا ، وبه قال ابن المنذر : فيـه دية كاملة ، للخبر ، ولأن منفعة الذكر الجماع وهو باق فيه (والثانية) لا تجب فيه ، وهو قول مالك والثـورى وأصحاب الرأى وقتادة واسحاق لما ذكرنا فى ذكر العنين ؛ ولأن المقصـود منه تحصيل النسل ولا يوجد ذلك منه فلم تكمل ديته كالاشل ، والجماع يذهب فى الغالب • واستدلوا على ذلك بالبهائم يذهب جماعها بخصائها ، والفرق بين ذكر العنين وذكر الخصى أن الجماع فى ذكر العنين أبعد منه فى ذكر الخصى ؛ واليأس من الانزال متحقق فى ذكر الخصى دون ذكر العنين ، فعلى قولهم لا تكمل الدية فى ذكر الخصى ان قطع الذكر والانثيين دفعـة واحدة • أو قطع الذكر ثم قطع الانثيين لزمته ديتان فان قطـع الانثيين ثم قطع الذكر لم تلزمه الا دية واحـدة فى الأنثيين ، وفى الذكر حكومة لأنه ذكر خصى ، وأفاد ابن قدامة عن القاضى أن أحمد نص على هذا •

فـــرع اذا جنى رجل فقطـع الحشفة والقضيب فقـال أصحابنا البغداديون : يجب فيه دية ، ولا يفرد القضيب بالحكومة ؛ لأن اسم الذكر يقع على الجميع ؛ فهو كما لو قطع يده من مفصل الكوع •

وقال الخراسانيون هل يفرد القضيب بالحكومة ؟ فيه وجهان ، وكذلك عندهم اذا قطع المارن مع القصبة أو قلع السن مع السنخ فهل يفرد القصبة عن المارن ؟ والسنخ عن السن بالحكومة ؟ فيه وجهان :

وان قطع بعض الحشفة ففيه قولان :

(أحدهما) ينظر كم قدر تلك القطعة من الحشفة نفسها فيجب فيها من الدية بقدرها من الحشفة ، لأن الدية تجب بقطع الحشفة وحدها •

(والثانى) ينظر كم قدر تلك القطعة من جميع الذكر ، ويجب فيها من دية الذكر بقدرها ؛ لأنه لو قطع جميع الذكر لوجبت فيه الدية ، فاذا قطع بعضه اعتبر المقطوع منه ، فان قطع رجل قطعة مما دون الحشفة ، والحشفة باقية ؛ قال الشافعى رضى الله عنه نظر فيه فان كان البول يخرج على ما كان عليه ؛ وجب بقدر تلك القطعة من جميع الذكر من الدية ، وان كان البول يخرج من موضع القطع وجب عليه أكثر الأمرين من حصة القطعة من جميع الذكر أو الحكومة • وان جرح ذكره فاندمل ولم يشل ، فادعى المجنى عليه أنه لا يقدر على الجماع لم تجب الدية وانما تجب الحكومة ؛ لأن الجمـاع لا يذهب مع سلامة العضو ، فاذا لم يقـدر عليه كان ذلك لعلة أخرى فى غير الذكر فلا يلزم الجانى دية الجماع ؛ وان جرح ذكره وطالت الجراحة الى جوف الذكر لم تجب أرش الجائفة وانما تجب فيه الحكومة ، لأنه وان كان له جوف ، الا أنه جوف لا يخاف من الوصول اليه التلف •

قوله « ويجب فى الأنثيين الدية » وهذا صحيح لمـا رويناه من كتاب عمرو بن حزم فى أول الباب • وروى ذلك عن على وعمر وزيد بن ثابت • والأنثيان معناهما معنى البيضتين ، أفاده فى القاموس •

وذكر الشوكانى نقلا عن الغيث أن الأنثيين هما الجلدتان المحيطتان بالبيضتين وفيه نظر لأن كتب اللغة على خلاف ذلك • وفى اللسان والأنثيان الخصيتان ، وهما أيضا الأذنان يمانية ، وأنشد الأزهرى لذى الرمة :

وكنا اذا القيسى نب عتود ضربناه فوق الأنثيين على الكرد

وقال ابن سيده فى المخصص ، وقول الفرزدق :

وكنا اذا الجبار صعر خده ضربناه تحت الأنثيين على الكرد

وقوله « مضت السنة الخ » قال الشافعى فيما أخرجه البيهقى عنه « ان قول سعيد من السنة يشبه أن يكون عن النبى صلى الله عليه وسلم أو عن عامة أصحابه » ثم قال « وقد كنا نقول انه على هذا المعنى ثم وقفت عنه ، وأسأل الله الخير ، لأنا قد نجد منهم من يقول السنة ، ثم لا نجد لقوله السنة نفاذاً أنها عن النبى صلى الله عليه وسلم والقياس أولى بنا فيها • وقال الشوكانى : وعلى تسليم أن قوله « من السنة » يدل على الرفع فهو مرسل•

اذا ثبت هذا فان الجمهور على أن فيهما الدية لما فيهما من جمال ومنفعة فهما كاليدين ، وفى كل واحدة منهما نصف الدية • وقال ابن المسيب فى اليسرى ثلثى الدية لأن النسل منها وفى اليمنى ثلث الدية • ودليلنا قول صلى الله عليه وسلم « وفى الأنثيين الدية » وظاهر هذا أن الدية مقسطة عليهما بالسوية •

وقوله ان النسل من اليسرى لم يصح • وروى هذا فى كتب العترة عن على ولم يثبت عندنا ، وقد روى عن عمرو بن شعيب قوله عجبت لمن يقول ان النسل من اليسرى كان لى غنيمات وأخصبتها فألقحت ، وان صح فان العضو لا تفضل ديته بزيادة المنفعة ، كما لا تفضل اليد اليمنى على اليسرى، وكما لا يفضل الابهام على الخنصر فى الدية •

فرع وان قطع الذكر والأنثيين معا أو قطع الذكر ثم الأنثيين

وجبت عليه ديتان بلا خلاف ، وان قطع الأنثيين ثم قطع الذكر بعدهما وجب عليه ديتان عندنا • وقال أبو حنيفة : تجب عليه دية الأنثيين وحكومة فى الذكر ، لأنه بقطع الأنثيين قد ذهبت منفعة الذكر ، لأن استيلاده قد انقطع؛ دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « وفى الذكر الدية » ولم يفرق ؛ ولأن كل عضوين لو قطعا معا وجبت فيهما ديتان ، فاذا قطع احداهما بعد الأخرى وجبت فيهما ديتان كما لو قطع الذكر ثم الأنثيين ، وما قاله لا نسلمه ، لأن منفعة الذكر باقية لأنه يولجه ، فأما المـاء فان محله فى الظهر لا فى الذكر وقد قيل انه بقطع الأنثيين لا ينقطع الماء • وانما يرق فلا ينعقد منه الولد •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وما اشترك فيه الرجل والمرأة من الجروح والأعضاء ففيـه قولان قال فى القديم : تساوى المرأة الرجل الى ثلث الدية ، فاذا زادت على ذلك كانت المرأة على النصف من الرجل ، لما روى نافع عن ابن عمر انه قال « تستوى دية الرجل والمرأة الى ثلث الدية ويختلفان فيما سوى ذلك » •

وقال فى الجديد : هى على النصف من الرجل فى جميع الأروش ، وهو الصحيح لأنهما شخصان مختلفان فى دية النفس فاختلفا فى أروش الجنايات كالمسلم والكافر ، ولأنه جناية يجب فيها أرش مقدر فكانت المرأة على النصف من الرجل فى أرشها كقطع اليد والرجل ، وقول ابن عمر يعارضه قول على كرم الله وجهه « فى جراحات الرجال والنساء سواء على النصف فيمـا قل أو كثر » •

فصـــل ويجب فى ثديى المرأة الدية لأن فيهما جمالا ومنفعة فوجب فيهما الدية كاليدين والرجلين ، ويجب فى احداهما نصف الدية لما ذكرناه فى الأنثيين وان جنى عليهما فشلتا وجبت عليه الدية ، لأن المقصود بالعضو هو المنفعـة فكان اتلاف منفعتـه كاتلافه ، وان كانتا ناهدين فاسترسلتا وجبت الحكومة لأنه نقص جمالهمـا ، وان كان لها لبن فجنى عليهما فانقطع لبنهـا وجبت عليه الحكومة لأنه قطع اللبن بجنايته ، وان جنى عليهما قبل أن ينزل لها لبن فولدت ولم ينزل لها لبن سـئل اهل الخبرة فان قالوا لا ينقطـع الا بالجنـاية وجبت الحكومة • وان قالوا : قد ينقطع من غير جنـاية لم تجب الحكومة ، لجواز أن يكون انقطـاعه لغير الجنـاية فلا تجب الحكومة بالشك وتجب الدية فى حلمتيهما ، وهو رأس الثدى لأن منفعة الثديين بالحلمتين لأن الصبى بها يمص اللبن وبذهابهما تتعطل منفعة الثديين فوجب فيهما ما يجب

فى الثديين ، كما يجب فى الأصابع ما يجب فى الكف ، وأما حلمتا الرجل فقد قال فى موضع : يجب فيه حكومة ، وقال فى موضع : قد قيل ان فيهما الدية ، فمن اصحابنا من قال : فيه قولان .

(أحدهما) تجب فيهما الدية ، لأن ما وجبت فيه الدية من المراة وجبت فيه الدية من الرجل كاليدين .

(والثانى) وهو الصحيح انه يجب فيهما الحكومة لأنه اتلاف جمال من غير منفعة فوجبت فيه الحكومة ، ومنهم من قال يجب فيه الحكومة قولا واحداً . وقوله قد قيل ان فيهما الدية حكاية عن غيره .

فصل ويجب فى اسكتى المراة ـ وهما الشفران المحيطان بالفرج ـ الدية لأن فيهما جمالا ومنفعة فى المباشرة ، ويجب فى احدهما نصف الدية لأن كل ما وجب فى اثنين منه الدية وجب فى أحدهما نصفها كاليدين) .

الشرح قد ذكرنا أن دية نفس المرأة على النصف من دية الرجل ، وأما ما دون النفس فاختلف الناس فيه فذهب الشافعى فى الجديد الى أن أرشها نصف أرش الرجل فى جميع الجراحات والأعضاء ؛ وبه قال على بن ابى طالب والليث بن سعد وابن أبى ليلى وابن شبرمة والثورى وأبو حنيفة وأصحابه .

وقال فى القديم : تساوى المرأة الرجل الى ثلث الدية ، فاذا زاد الأرش على ثلث الدية كانت على النصف من الرجل وبه قال ابن عمر وربيعة لما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديته » رواه النسائى والدارقطنى ، وهو من رواية اسماعيل بن عياش عنه ، وقد صحح هذا الحديث ابن خزيمة .

وقال فى بداية المجتهد « ان الأشهر عن ابن مسعود وعثمان وشريح وجماعة أن دية جراحة المرأة مثل دية جراحة الرجل الا الموضحة فانها على النصف .

وحكى فى البحر عن زيد بن ثابت وسليمان بن يسار أنهما يستويان

الى أن يبلغ أرشها خمس عشرة من الابل • وعن الحسن البصرى يستويان الى النصف ثم ينصف •

وحكى فى البيان عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه تساوى المرأة الرجل الى ثلث الدية ، فاذا بلغت الى ثلث الدية كانت على النصف ، وبه قال سعيد بن المسيب ومالك وأحمد واسحاق • وروى أن ربيعة الرأى قال : قلت لابن المسيب كم فى أصبع المرأة ؟ قال عشر من الابل ؛ قلت كم فى أصبعين ؟ قال عشرون ؛ قلت : كم فى ثلاث أصابع ؟ قال ثلاثون ، قلت كم فى أربع أصابع ؟ قال : عشرون من الابل قلت : حين عظم جرحها واشتدت مصيبتها نقص عقلها قال سعيد أعراقى أنت ؟ قلت : بل عالم متثبت أو جاهل متعلم • قال هى السنة يا ابن أخى • رواه مالك فى الموطأ والبيهقى فى سننه •

دليلنا حديث عمرو بن حزم أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « دية المرأة على النصف من دية الرجل » ولم يفرق بين القليل والكثير ؛ ولأنه جرح له أرش مقدر فوجب أن يكون فى أرشه على النصف من أرش الرجل أصله مع كل طائفة ما وافقتنا عليه ، وأما حديث عمرو بن شعيب وابن المسيب فهما مرسلان •

قوله : ويجب فى ثديى المرأة الدية ــ لأن فيهما جمالا ومنفعة الخ ــ وهذا صحيح ، أما الجمال فظاهر لأنهما دليل على الأنوثة وتوفر خصائص الاغراء وجذب الرجل نحوها • وأما المنفعة فلأن وظيفتهما تحقيق خصائص الأمومة ؛ اذ بهما يحيى الصبى فيلتهمهما ويلتقمهما فيدران لبنا يعيش وينمو به ؛ ولأن الدية اذا كانت واجبة فى أذنها وهى أقل جمالا ومنفعة من ثديها فلأن تجب فى الثدى أولى ، ويجب فى أحدهما نصف الدية لأن كل اثنين وجبت الدية فيهما وجب فى أحدهما نصفها كاليدين •

والثديان اللذان يجب فيهما الدية هما الحلمتان ، وهما رأس الثدى اللذان يلتقمهما الصبى ؛ لأن الجمال والمنفعة يوجدان فيهما ، فان قطع

قاطع الحلمتين ثم قطع آخر باقى الحلمتين ثم قطع آخر باقى الثديين وجب على الأول الدية وعلى الثانى الحكومة كما لو قطع رجل الأصابع وقطع آخر بعده الكف ، وقد أوهم المزنى فى الثديين بعد الحلمتين الدية حين قال : وفى الثديين الدية وفى حلمتهما ديتان ، وليس بشىء : وقد بينه فى الأم •

وان قطع الحلمتين والثديين من أصلهما ففيه وجهان حكاهما المسعودى:

(أحدهما) يجب الدية فى الحلمتين والحكومة فى الثديين ، كما لو قطع الحلمتين ثم قطع الثديين •

(والثانى) وهو قول البغداديين من أصحابنا أنه لا يجب عليه الا دية ؛ كما لو قطع السن مع سنخها •

فرع قال الشافعى : فان قطع ثديها فأجافها فعليه نصف الدية للثدى وثلث دية للجائفة ؛ وان قطع ثدييها وأجافها فعليه فى الثديين كمال الدية وفى الجائفتين ثلثا الدية ؛ لأن كل واحد منهما فيه دية مفردة اذا انفرد ، فاذا اجتمعا وجب فى كل واحد منهما ديته ، كما لو قطع أذنه فذهب سمعه ، وان قطع ثديها وشيئا من جلد صدرها ففى الثدى الدية وفى الجلد الحكومة • وان جنى عليهما فشلا وجبت فيهما الدية ، لأن كل عضو وجبت الدية فى قطعه وجبت فى شلله • وصورة ذلك أن يضرب الثدى ضربة يصل أثرها الى الخلايا الداخلية للثدى فتحدث فيه أليافا تشل نموه كما تشل وظيفته عن ادرار اللبن ، فان لم يشلا ولكن استرخيا وكانا ناهدين ــ أى مرتفعين ــ وجبت فيهما الحكومة ، لأنه نقص جمالهما وان كان لهما لبن فجنى عليهما فانقطع لبنهما أو نقص وجبت فيهما الحكومة ، لأنه نقص منفعتهما • وان جنى عليهما قبل أن ينزل اللبن فلم ينزل فى وقته ــ فان قال أهل الخبرة ــ ان انقطاع اللبن لا يكون الا من الجناية وجبت عليه الحكومة • وان قالوا : قد ينقطع من غير جناية لم تجب الحكومة ؛ لأنه لا يعلم أن انقطاعه من الجناية •

فـــرع وان قطع حلمتى الرجل فقال الشافعى رضى الله عنه فى موضع : فيهما الحكومة • وقال فى موضع : قد قيل ان فيهما الدية ، فمن أصحابنا من قال : فيه قولان (أجدهما) يجب فيهما الدية ؛ لأن كل عضو اشترك فيه الرجل والمرأة كانت الدية فيــه تجب من المرأة تجب فيــه من الرجل كاليدين والرجلين •

(والثانى) لا يجب فيهما الدية لأنه لا منفعة فيهما من الرجل وانمــا فيهما جمال ومنهم من قال أ لا يجب فيهما الديه قولا واحداً لما ذكرناه فى أحد قوليه ؛ وما ذكرناه من قوله الآخر فليس بقول له ، وانما حكى قول غيره •

فـــرع وان كان للخنثى المشكل ثديان كثدى المرأة فهل يكونان دليلا على أنوثيته ؟ فيه وجهان •

قال أبو على الطبرى : يكونان دليلا على أنوثيته لأنهما لا يكونان الا المرأة • وقال عامة أصــحابنا : لا يكونان دليلا على أنوثيته لأنهمــا قد يكونان للرجل ؛ فان قطعهما قاطع ؛ فان قلنــا تجب الدية فى ثدى الرجل وجبت ها هنا دية ثدى امرأة لأنه اليقين ، فان قلنا لا تجب الدية فى ثدى الرجل لم يجب ها هنا الا الحكومة وان ضرب ثدى الخنثى وكان ناهداً فاسترسل ولم يجعله دليلا على أنوثيته • قال القاضى أبو الفتوح : لم يجب على الجانى حكومة ، لأنه ربما كان رجلا ولا جمال له فيهما ، ولا يلحقه نقص باسترسالهما ؛ فان بان امرأة وجبت الحكومة • وان كان للخنثى لبن فضرب ضارب ثديه فانقطــع لبنه ، فان قلنــا بقول أبى على وجبت عليــه الحكومة ، وان قلنا بقول عامة أصحابنا بنى على الوجهين فى لبن الرجل ؛ هل يحكم بطهــارته ويثبت التحــريم والحرية بارضاعه • ويجوز بيعــه ويضمن ، فان قلنا تثبت هذه الأحكام يجب ها هنا الحكومة • وان قلنا : لا تثبت هذه الأحكام لم تجب ها هنا الحكومة ، ولكن يعزر به الجانى اذا كان عامداً للتعدى •

مسألة وله « اسكتى المرأة » الاسكة وزان سدرة وفتح الهمزة لغة قليلة جانب فرج المرأة وهما اسكتان والجمع سك مثل سدر •

قال الأزهرى : الاسكتان ناحيتا الفرج ، والشفران طرفا الناحيتين ، وأسكت المرأة بالبناء للمفعول أخطأتها الخافضة فأصابت غير موضع الختان فهى مأسوكة • وقال الشافعى رضى الله عنه : وفى اسكتيها هما شفراها اذا أوعبتا ديتهما قال فى البيان وجملة فى ذلك أن الاسكتين وهما اللحمان المحيطان بالفرج كاحاطة الشفتين بالفم ولم يفرق الشافعى بين الاسكتين والشفرين •

وأهل اللغة يقولون الشفران حاشية الاسكيتين ، كما أن أشفار العينين أهدابهما فاذا قطعهما قاطع وجبت عليه الدية ؛ لأن فيهما جمالا ومنفعة ، فأما الجمال فظاهر وأما المنفعة فان لذة الجماع بهما ا هـ •

فان قطع احداهما وجب عليه نصف الدية ؛ لأن كل اثنتين وجبت فيهما الدية وجب فى احداهما نصف الدية كاليدين ؛ ولا فرق بين شفرى الصغيرة والعجوز ، والبكر والثيب ؛ وسواء كانتا صغيرتين أو كبيرتين ، رقيقتين أو غليظتين كما قلنا فى الشفتين ؛ وسواء كانت قرناء أو رتقاء ، لأن ذلك عيب فى غيرهما ، وسواء كانت مخفوضة أو غير مخفوضة[1] لأن الخفض لا تعلق له بالشفرين • فان جنى على شفريها فشلا وجبت عليه الدية[2] ، لأن كل عضو وجبت الدية بقطعه وجبت بشلله كاليدين •

وان قطع الشفرين والركب (بفتح الراء وسكون الكاف) ، وهو عانة المرأة التى ينبت فيها الشعر وجبت الدية فى الشفرين والحكومة فى الركب • هكذا أفاده الشافعى فى باب الجناية على ركب المرأة من الأم •

---

(١) الخفض قطع جزء من البظر ، وهو بالنسبة للاناث كالختان للذكران عند بعض الشعوب . وفى حديث أم عطية الأسدية « اخفضى ولا تنهكى ، فانه اغض البصر واحصن للفرج » .

(٢) شللهما بأن ينفتحا فلا يقفلان ، أو يقفلا فلا يفتحان .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل قال الشافعي رحمه الله : اذا وطىء امرأة فافضاها وجبت عليه الدية . واختلف أصحابنا فى الافضاء ، فقال بعضهم : هو أن يزيل الحاجز الذى بين الفرج وثقبة البول ، وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمه الله . وقال بعضهم : هو أن يزيل الحاجز الذى بين الفرج والدبر ، وهو قول أبى على بن أبى هريرة وشيخنا القاضى أبى الطيب الطبرى ، لأن الدية لا تجب الا باتلاف منفعة كاملة ، ولا يحصل ذلك الا بازالة الحاجز بين السبيلين ، فاما ازالة الحاجز بين الفرج وثقبة البول فلا تتلف بها المنفعة ، وانما تنقص بها المنفعة ، فلا يجوز أن يجب بها دية كاملة . وان افضاها واسترسل البول وجب مع دية الافضاء حكومة للنقص الحاصل باسترسال البول ، وان أفضاها والتام الجرح وجبت الحكومة دون الدية ، وان أجاف جائفة والتامت لم يسقط أرشها ، والفرق بينهما أن أرش الجائفة وجب باسمها فلم يسقط بالالتئام ، ودية الافضاء وجبت بازالة الحاجز ، وقد عاد الحاجز فلم تجب الدية .

فصـــل ولا يجب فى اتلاف الشعور غير الحكومة ، لأنه اتلاف جمال من غير منفعة فلم تجب فيه غير الحكومة ، كاتلاف العين القائمة واليد الشلاء.

فصـــل ويجب فى تعويج الرقبة وتصعير الوجه الحكومة ، لأنه اذهاب جمال من غير منفعة فوجبت فيه الحكومة ، فان كسر الترقوة أو كسر ضلعاً فقد قال فى موضع آخر : يجب فيه جمل ، وقال فى موضع : تجب فيه الحكومة . واختلف أصحابنا فيه فقال ابو اسحاق وأبو على بن أبى هريرة تجب فيه الحكومة قولا واحداً ، والذى قال فيه جمل ، أراد على سبيل الحكومة ، لأن تقدير الأرش لا يجوز الا بنص أو قياس على أصل ، وليس فى هذا نص ولا له اصل يقاس عليه ، وقال المزنى وغيره : على قولين وهو الصحيح .

(أحدهما) انه يجب فيه جمل لما روى اسلم مولى عمر عن عمر رضى الله عنه انه قضى فى الترقوة بجمل ، وفى الضلع بجمل . وقول الصحابى فى قوله القديم حجة تقدم على القياس .

(والقول الثانى) وهو الصحيح انه يجب فيه حكومة ، لأنه كسر عظم فى غير الرأس والوجه فلم يجب فيه أرش مقدر ككسر عظم الساق ، وما روى عن عمر يحتمل انه قضى به على سبيل الحكومة ، ولأن قول الصحابى ليس بحجة فى قوله الجديد) .

الشرح اللغات قوله : الافضاء مأخوذ من الفضاء وهو المكان الواسع ، ويكون بمعنى الجماع كقوله تعالى : « وقد أفضى بعضكم الى بعض » ويكون اللمس كقوله صلى الله عليه وسلم : « اذا أفضى أحدكم بيده الى ذكره فليتوضأ » •

وقوله : « تصعير الوجه » الصعر بالتحريك ميل فى العنق وانقلاب الوجه الى أحد الفدقين ، وربما كان الانسان أصعر خلقة ، أو صعره غيره بشيء يصيبه ؛ وهو مصدر من باب تعب ؛ وصعر خده بالتثقيل وصاعره أماله عن الناس اعراضا وتكبراً ، والترقوتان العظمان الناتئان أعلى الصدر والجمع تراقى • قال تعالى : « كلا اذا بلغت التراقى » والضلع كعنب وقد تسكن واحدة الأضلاع •

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : ولو أفتضها فأفضاها أو أفضاها وهى ثيب كانت عليه ديتها ؛ لأنها جناية واحدة وعليه مهر مثلها • وجملة ذلك أنه اذا وطىء امرأة فأفضاها أو أفضاها بغير الوطء ، وقد نص عليه بقوله فى الأم : ولو افتضتها امرأة أو رجل بعود بلا جماع كانت عليهما ديتها ، وليس هذا من معنى الجائفة بسبيل • ا هـ •

وقد اختلف أصحابنا فى كيفية الافضاء ، فقال الشيخ أبو حامد الاسفراييني هو أن يجعل مسلك البول ومسلك الذكر واحداً ؛ لأن ما بين القبل والدبر فيه بعد وقوة فلا يرفعه الذكر ، ولأنهم فرقوا بين أن يستمسك البول أو لا يستمسك ، وهذا انما يكون اذا انخرق الحاجز بين مسلك البول ومدخل الذكر وقال أبو على بن أبى هريرة : وهو أن يزيل الحاجز بين الفرج والدبر ، وهو قول القاضى أبى الطيب والجوينى •

قال الشيخ أبو اسحاق : لأن الدية لا تجب الا باتلاف منفعة كاملة ، لا يحصل ذلك الا باتلاف الحاجز بين السبيلين ، فأما ازالة الحاجز بين الفرج وثقبة البول فلا تتلف بها المنفعة وانما تنقص بها المنفعة ، فلا يجوز أن تجب فيه دية كاملة ، وذكر ابن الصباغ له علة أخرى فقال : لأنه ليس

فى البدن مثله ؛ ولو كان المراد به ما بين مسلك البول ومسلك الذكر لكان له مثل ؛ وهـو ما بين القبل والدبر ولا يجب فيـه الدية ، فان أفضـاها واسترسل البول ولم يستمسك وجب عليه مع دية الافضاء حكومة للشين الحاصل باسترسال البول .

اذا ثبت هذا فلا تخلو المرأة المفضاة اما أن تكون زوجة أو أجنبيـة أكرهها على الوطء أو وطئها بشبهة ، فان كانت زوجته فأفضاها ـ فان كان البـول مستمسكا ـ فقـد استقر عليه المهر بالوطء ووجبت عليـه دية الافضاء ، وان أفضـاها بالوطء واسترسل البول وجب عليـه المهر ودية الافضاء والحكومة لاسترسال البول .

وقال أبو حنيفة : لا يجب عليه دية الافضاء ، وانما عليه المهر فقط أو لها أكثر الأمرين من مهر مثلها أو أرش افضائها لأن الأرش لاتلاف العضو فلا يجمع بين ضمانه وضمان منفعته كما لو قطع عينا .

ولنا أن هذه جناية تنفل عن الوطء فلم يدخل بدله فيها ، كما لو كسر صدرها وما ذكروه غير صحيح ، فان المهر يجب لاستيفاء منفعة البضـع ، والدية تجب لاتلاف الحاجز ، فلا تدخل المنفعة فيه . وقال أحمد وأصحابه: عليه المهر وأرش اتلاف العضو وقدره ثلث الدية .

قلت : الواجب عندنا الدية لأنها جناية وقعت بالوطء فلم يسقط حكمها باستحقاق الوطء ، كما لو وطئها وقطع ثديها أو شجها .

وان كانت أجنبية فأكرهها على الوطء وأفضاها وجب عليه المهر ودية الافضاء ؛ وان استرسل البول وجب عليه الحكومة مع دية الافضاء ، وقال أحمد وأصحابه : يلزمه ثلث ديتها ومهر مثلها لأنه حصل بوطء غير مستحق ولا مأذون فيه فلزمه ضمان ما أتلف كسائر الجنايات .

وقال أبو حنيفة : لا يجب المهر ، وأما الافضـاء ـ فان كان البـول لا يحتبس فعليه دية ـ وان كان يحتبس فعليه ثلث دية ، وبه قال ابن عمر

رضى الله عنهما • دليلنا على ايجاب المهر أنه وطء فى غير ملك لا حد فيه على الموطوء فوجب على الواطىء المهر كما لو وطئها بشبهة ، وعلى الجانى الدية لأنه افضاء مضمون فوجب فيه الدية ، كما لو لم يحتبس البـول • فقولنا مضمون احتراز منه اذا وطىء أمته فأفضاها •

اذا ثبت هذا فان كانت ثيبـا وجب عليـه مهر ثيب ، وان كانت بكراً وجب عليه المهر والدية ويدخل أرش البكارة فى الدية •

ومن أصـحابنا من قال : لا يدخل أرش البكارة ، كمـا لو أكره بكراً فوطئها وأفضاها • فان أرش البكارة لا يدخل فى المهر ، والمذهب الأول ؛ لأن الدية تجب باتلاف عضـو وأرش البكارة باتلاف العضـو فتداخلا ، والمهر يجب بغير ما تجب به الدية وهو الوطء فلم يتداخلا ، وان وطئهـا بشبهة أو عقد فاسد وأفضاها وجب عليه المهر والدية •

وقال الحنابلة : اذا أكره امرأة على الزنا فأفضاها لزمه ثلث ديتها ومهر مثلها فقالوا بقولنا فى العلة ؛ اذ أنه وطء غير مستحق ولا مأذون فيه فلزمه ضمان ما أتلف كسائر الجنايات • واختلفوا فى الدية فجعلوها على الثلث؛ وهل يلزمه أرش البكارة مع ذلك ؟ عنـدهم روايتـان ذكرهما ابن قدامة فى المغنى •

(احداهما) لا يلزمه لأن أرش البكارة داخل فى مهر المثل ؛ فان مهر البكر أكثر من مهر الثيب ؛ فالتفـاوت بينهما هو عوض أرش البكارة فلم يضمنه مرتين كما فى حق الزوجة •

(والثانية) يضمنه لأنه محل أتلفه بعدوانه فلزمه أرشه كما لو أتلفـه بأصبعه •

فاذا أفضاها وترتب على ذلك استرسال بولهـا وجبت عليه مع الدية الحكومة وان كانت بكراً فهل يدخل أرش البكارة فى الدية ؟ على وجهين كما قلنا فى اكراهها وقال أحمد لزمته الدية من غير زيادة وقال أبو حنيفة

لا يجب لها دية الافضاء لأنه تولد من مأذون فيه وهو الوطء ، فهو بمنزلة اذهاب البكارة • ودليلنا أن الافضاء ينفك عن الوطء ، فكان مضمونا مع الاذن في الوطء ككسر الصدر ويخالف اذهاب البكارة فانه لا ينفك عن الوطء •

فـــرع اذا أفضى الخنثى المشكل ؛ قال القاضى أبو الفتوح : فان قلنا الافضـــاء ما ذكره الشـــيخ أبو حامد لم تجب الدية لأنه ليس بفرج أصلى ، وانما تجب الحكومة • وان وجد فى فرج الخنثى المسلكان • وان لم يوجد فيه الا مسلك البول فلا يتصور فيه الافضاء على هذا •

وان قلنا : ان الافضاء ما ذكره القاضى أبو الطيب فعلى تعليل قول ابن الصباغ حيث قال : لأنه ليس فى البدن مثله تجب ها هنا دية الافضـــاء ؛ وعلى تعليل قول الشـــيخ أبى اسحاق هنـــا حيث قال : لا تجب الدية الا باتلاف منفعة كاملة لا تجب الدية بافضاء الخنثى ، وانما تجب الحكومة •

وان افتض البكارة من فرج الخنثى المشكل ؛ قال القاضى أبو الفتوح: فان الحكومة تجب ولكن لا بموجب حكومة البكارة وانما بموجب حكومة جراح وأرش جناية وألم ، لأن البكارة لا تكون الا فى الفرج الأصلى •

فـــرع قال العمرانى فى البيان : وكل موضـــع قلنا تجب الدية بالافضاء فان العمد المحض يتصور فى الافضاء ، وهو أن يطأها صـــغيرة أو ضعيفة هزيلة الغالب افضاؤها فتجب الدية مغلظة فى ماله ؛ ويتصـــور فيه عمد الخطأ ؛ مثل أن يقال قد يفضيها وقد لا يفضيها والغالب أنه لا يفضيها؛ فان أفضاها فهو عمد خطأ فتجب فيه دية مغلظة على عاقلته • وهل يتصور فيه الخطأ المحض بالوطء ؟ فيه وجهان •

(أحدهما) أنه يتصور ، مثل أن يقـــال لا يفضى فأفضـــاها أو كان له زوجة قد تكرر وطؤه لها فوجد امرأة على فراشه فظنهـــا زوجته فوطئهـــا فأفضاها فتكون خطأ محضا ، كما لو رمى هدفا فأصاب انسانا فتجب فيه دية مخففة على العاقلة •

(والثانى) لا يتصور فيه الخطأ المحض ؛ لأنه يكون قاصداً الى الفعل بكل حال • ا هـ •

مسألة الشعور لا يجب فيها قصاص ولا دية ، قال بهذا أبو بكر الصديق وزيد بن ثابت رضى الله عنهما ، وبهذا قال أحمد وأصحابنا ، وقال أبو حنيفة : تجب فى شعر الرأس الدية وفى شعر الحاجبين الدية ، وفى أهداب العينين الدية وفى اللحية الدية ، وهو اذا لم ينبت هذا الشعر بعد حلقه له •

واختلف أصحاب أبى حنيفة فى لحية الكوسج ، ويقال له الأثط ، وهو الذى لا شعر فى عارضيه ، فقال الزيلعى : والأصح أنه اذا كان على ذقنه شعرات معدودة وليس فى حلقه شىء لا يجب فيها شىء ، لأن وجودها يشينه ولا يزينه وان كان على الخد والذقن جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل ، وان كان متصلا ففيه كمال الدية لأنه ليس بكوسج وفى لحيته جمال كمال • ا هـ •

وهم يستدلون بما روى أن رجلا أفرغ على رجل قدراً فتمعط شعره ؛ فأتى علياً فقال له : اصبر سنة ، فصبر فلم ينبت شعره فقضى فيه بالدية •

دليلنا أنه اتلاف شعر فلم يكن فيه أرش مقدر كأرش الشارب والصدر ؛ وما روى عن على رضى الله عنه يعارضه ما روى عن أبى بكر الصديق وزيد بن ثابت أنهما لم يوجبا الدية •

اذا ثبت هذا فانه اذا حلق شعر رجل وطرح عليه شيئا فتمعط ــ فان نبت كما كان من غير زيادة ولا نقصان ــ لم يجب على الجانى شىء كما لو قلع سن صغير ثم نبت ، فان لم ينبت أصلا وأيس من نباته وجبت فيه حكومة للشين الحاصل بذهابه • ولابن قدامة من الحنابلة قوله ، ولا تجب الدية الا بذهابه على وجه لا يرجى عوده ؛ مثل أن يقلب على رأسه ما يتلف منبت الشعر فينقلع بالكلية بحيث لا يعود ، فان رجى عوده الى مدة انتظر

اليها ؛ وان عاد قبل أخذ الدية لم تجب ، فان عاد بعد أخذها ردها ، والحكم فيه عندهم كالحكم فى ذهاب السمع والبصر فيما يرجى عوده وفيما لا يرجى .

فرع اذا نبت للمرأة لحية فحلقها حالق فلم تنبت فهل تجب فيها الحكومة ؟ فيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى العباس بن سريج انه لا حكومة فيها ؛ لأن بقاء اللحية فى حقها شين وزوالها فى حقها زين (والثانى) وهو المنصوص أنه يجب فيها الحكومة ؛ لأن ما يجب ضمانه من الرجل ضمن من المرأة كسائر الأعضاء ، قال الشافعى رحمه الله : الا أن الحكومة فيها أقل من الحكومة فى لحية الرجل ؛ لأن للرجل جمالا بها ولا جمال بها للمرأة ، وانما الحكومة للألم والعدوان واذا ثبت هذا فان نبت للخنثى المشكل لحية ، فهل تكون دليلا على ذكوريته ؟ فيه وجهان .

قال أبو على الطبرى : يكون دليلا على ذكوريته ؛ فعلى هذا اذا نتفها رجل ولم تنبت كان عليه حكومة كالحكومة فى لحية الرجل ؛ وقال عامة أصحابنا لا يكون دليلا على ذكورينه ؛ فعلى هذا اذا نتفها رجل ولم تنبت كان فى وجوب الحكومة فيها وجهان كلحية المرأة .

مسألة قال الشافعى رضى الله عنه « وفى الترقوة جمل ؛ وفى الضلع جمل » وقال فى موضع « يجب فى كل واحد منهما حكومة » واختلف أصحابنا فيهما ، فذهب المزنى وبعض أصحابنا الى أن فيهما قولين (أحدهما) يجب فى كل واحد منهما أرش مقدر ، و (الثانى) انما يجب فيهما حكومة ، وبه قال مالك وأبو حنيفة واختاره المزنى وهو الأصح ؛ لأنه كسر عظام باطن لا يختص بجمال ومنفعة فلم يجب فيه أرش مقدر كسائر عظام البدن ، وما روى عن عمر رضى الله عنه فيحتمل أنه قضى بذلك على سبيل الحكومة ، فمنهم من قال : لا يجب فيه أرش مقدر وانما تجب الحكومة قولا واحداً لما ذكرناه ؛ ولأن قول الصحابى ليس بحجة فى قوله الجديد ، وقد عرفنا أن بعض الصحابة رضى الله عنهم كان يفتى فى المسألة فيبلغه عن النبى صلى الله عليه وسلم خلافها فيرجع عن قولة ، وقد فعل

أبو بكر فى ميراث الجـدة ذلك ، وكذلك فعل عمر فى الاسـتئذان ثلاثا ورجع عن انكاره لقـول أبى موسى ، ولم يعرف حكم املاص المرأة حتى سأل عنه فوجده عند المغيرة ، وباع معاوية سقاية من ذهب فأكثر من وزنها حتى أنكر عليه ذلك عبادة بن الصامت ، وكذلك رد الحيض وقسـمة مال الكعبة •

ويسمى الفقهاء قول الصحابى أثراً وكذلك بعض المحدثين ، بيـد أن تعريفه عند المحـدثين « موقوف » وعزا ابن الصـلاح تسـميته أثراً الى الخراسانيين قال : وبلغنا عن أبى القاسم الفورانى أنه قال : الخبر ما كان عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والأثر ما كان عن الصحابى •

قال ابن كثير : ومن هذا يسمى كثير من العلماء الكتاب الجامع لهذا ، وهذا بالسنن والآثار ، ككتابى السنن والآثار للطحاوى والبيهقى وغيرهما اهـ • على أن مالكا كان يأخذ قول الصحابى لا على أنه رأى له وانما على أنه حديث لم يسنده الصحابى الى النبى صلى الله عليه وسلم وعلى هـذا جاء عنه أنه كان يقدم الموقوف على المرفوع أحيانا ، ولا يخفى ما فيه مما تجنبه الامام الشافعى فى الجديد ، وكان يأخذ به فى القديم •

اذا ثبت هذا فان الضلع معروف ، وأما الترقوة فهى العظم المدور فى النحر الى الكتف ، ولكل واحد ترقوتان ، وفى كل ترقوة حكومة على أصح القولين ، والثانى بعير ، وهذا قول عمر بن الخطاب ، وبه قال سـعيد بن المسيب ومجاهد وعبد الملك بن مروان وسعيد بن جبير وقتادة واسحاق •

وقال أحمد وأصحابه : فى كل ترقوة بعيران • وقال ابن قدامة عنـد قول الخـرقى وفى الترقوة بعيران : وقال القـاضى المراد بقول الخرقى الترقوتان معاً ، وانما اكتفى بلفظ الواحد لادخال الألف واللام المقتضية للاستغراق ، فيكون فى كل ترقوة بعير •

وقال أبو حنيفة : فى كل واحـدة منهما حكومة ، وهـو أظهر قولى الشافعى كما قدمنـا ، وبه قال مالك ومسروق وابن المنـذر ، وروى عن

الشعبى أن فى الترقوة أربعين ديناراً ، وقال عمرو بن شعيب : فى الترقوتين الدية ، وفى احداهما نصفها لأنهما عضوان فيهما جمال ومنفعة ، وليس فى البدن غيرهما من جنسهما فكملت فيهما الدية كاليدين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان لطم رجلا أو لكمه أو ضربه بمثقل ـ فان لم يحصل به أثر ـ لم يلزمه أرش ، لانه لم يحصل به نقص فى جمال ولا منفعة فلم يلزمه أرش . وان حصل به شين بأن اسود أو اخضر وجبت فيه الحكومة لما حصل به من الشين ، فان قضى فيه بالحكومة ثم زال الشين سقطت الحكومة ، كما لو جنى على عين فابيضت ثم زال البياض . وان فزع انسان فأحدث فى الثياب لم يلزمه ضمان مال لأن المال انما يجب فى الجناية اذا احدثت نقصا فى جمال أو منفعة ، ولم يوجد شىء من ذلك .

فصـــل اذا جنى على حر جناية ليس فيها أرش مقدر نظرت ، فان كان حصل بها نقص فى منفعة أو جمال ، وجبت فيها حكومة ، وهو أن يقوم المجنى عليه قبل الجناية ، ثم يقوم بعد اندمال الجناية ، فان نقص العشر من قيمته وجب العشر من ديته ، وان نقص الخمس من قيمته وجب الخمس من ديته ، لأنه ليس فى أرشه نص فوجب التقدير بالاجتهاد ، ولا طريق الى معرفة قدر النقصان من جهة الاجتهاد الا بالتقويم .

وهذا كما قلنا فى المحرم اذا قتل صيداً وليس فى جزائه نص أنه يرجع الى ذوى عدل فى معرفة مثله ، ان كان له مثل من النعم ، أو الى قيمته اذا لم يكن له مثل ، ويجب القدر الذى نقص من قيمته من الدية ، لأن النفس مضمونة بالدية فوجب القدر الناقص منها ، كما يقوم المبيع عند الرجوع بأرش العيب ، ثم يؤخذ القدر الناقص من الثمن حيث كان المبيع مضموناً بالثمن .

وقال اصحابنا : يعتبر نقص الجناية من دية العضو المجنى عليه ، لا من دية النفس ، فان كان الذى نقص هو العشر والجناية على اليد وجب عشر دية اليد وان كانت على أصبع وجب عشر دية الأصبع ، وان كانت على الرأس فيما دون الموضحة وجب عشر أرش الموضحة ، وان كانت على الجسد فيما دون الجائفة وجب عشر أرش الجائفة ، لأنا لو اعتبرناه من دية النفس لم نأمن أن تزيد الحكومة فى عضو على دية العضـــو ، والمذهب الأول وعليه التفريع ، لأنه لمـا وجب تقـويم النفس وجب أن يعتبر النقص من دية النفس ، ولأن الاعتبـار النقص من دية العضـــو يؤدى الى أن يتقارب الجنـايتان ويتباعد الأشان ، بأن تكون الحكومة فى السـمحاق فتوجب فيه عشر أرش الموضحة

فيتباعد ما بينها وبين أرش الموضحة مع قربها منها . فان كانت الجناية على أصبع فبلغت الحكومة فيها أرش الأصبع أو على الرأس ، فبلغت الحكومة فيها أرش الموضحة ، نقص الحاكم من أرش الأصبع ومن أرش الموضحة شيئاً على قدر ما يؤدى اليه الاجتهاد ، لأنه لا يجوز أن يكون فيما دون الأصبع أو الموضحة ما يجب فيها . وان كانت الجناية فى الكف فبلغت الحكومة أرش الأصابع نقص شيئاً من أرش الأصابع ، لأن الكف تابع للأصابع فى الجمال والمنفعة فلا يجوز أن يجب فيه ما يجب فى الأصابع) .

الشرح اذا جنى على رجل جناية لم يحصل بها جرح ولا كسر ولا اتلاف حاسة بأن لطمه الجانى أو لكمه أو ضربه بخشبة ، فلم يجرح ولم يكسر نظرت ، فان لم يحصل به أثر أو حصل به سواد[1] أو خضرة ثم زال لم يجب على الجانى أرش ؛ لأنه لم ينقص شيئا من جماله ولا من منفعته ويعزر الجانى لتعديه ، وان اسود موضع الضرب أو احمر أو اخضر ينظر الى الوقت الذى يزول فيه مثل ذلك فى العادة ؛ فان لم يزل وجبت على الجانى حكومة ، لأن فى ذلك شيئاً ، فان أخذت منه الحكومة ثم زال ذلك الشين وجب رد الحكومة . كما لو ابيضت عينه فأخذ أرشها ثم زال البياض .

وان جنى على حر جناية نقص بها جمال أو منفعة ولا أرش لها مقدر فقد ذكرنا أنه يجب فيها حكومة .

وكيفية ذلك أن يقوم هذا المجنى عليه قبل الجناية ثم يقوم بعد اندمال الجناية ؛ فان بقى للجناية شين ونقصت قيمته به وجب على الجانى من الدية بقدر ما نقص من القيمة ؛ وان نقص العشر من قيمته نقص العشر من ديته ، وان نقص التسع من قيمته وجب التسع من ديته . لأنه لما اعتبر العبد بالحر فى الجنايات التى لها أرش مقدر اعتبر الحر بالعبد فى الجنايات التى ليس لها أرش مقدر الا بالتقويم كما أنه لا يعلم أرش المبيع الا من جهة التقويم .

---

(١) احتقان تحت الجلد يحدث من رض جسم صلب بمكان الاصابة .

ولما كان الانسان لا يباع فى زماننا هذا ولا يوجد رق نستند اليه فى تقويم الحر بقيمة العبد فانه يمكن اعتبار الانسان مقوماً بديته • وهـذا أصل ثابت ، ثم يمكن اعتبار ما انقص منه من تشوهات ، ولا سبيل الى ذلك الا بقياس انتاجه • فان نقص عمله وانتـاجه قدراً أخذ من الدية بقـدر ما نقص من جهده ، وذلك كما قلنا فى نقص السمع والبصر • وأما نقص الجمال فيمكن أيضاً حزره بالنسبة الى ديته ، لأن جملته مضـمونة بالدية فكانت أجزاؤه مضمونة بجزء من الدية ؛ كما أن المبيع كان مضموناً على البائع بالثمن كان أرش العيب الموجود فيه مضمونا بجزء من الثمن ، ولا سبيل الى معرفة ما ليس فيـه أرش مقدر بالتقويم ، كما أنه لا يعلم أرش المبيع الا جهة التقويم •

وحكى المصنف عن أصحابنا أنهم قالوا : يعتبر ما نقص من القيمة من دية العضو المجنى عليه لا من دية النفس ؛ فان كان الذى نقص هـو عشر القيمة والجناية على اليد وجب عشر دية اليد ؛ وان كان على الأصبع وجب عشر دية الأصبع ؛ فان كان على الرأس والوجه فيما دون الموضحة وجب عشر دية الموضحة ؛ وان كان على البدن فيما دون الجائفة وجب عشر دية الجائفة • والمذهب الأول ؛ لأنه لما وجب تقـويم النفس اعتبر النقص من ديتها ؛ ولأن القيمة قد تنقص بالسمحاق عشر القيمة ؛ فاذا أوجبنـا عشر أرش الموضحة تقاربت الجنايتان وتباعد الأرشان •

اذا ثبت هذا فانه لا يبلغ بالحكومة أرش العضـو المجنى عليه ـ فان كانت الجناية على الأصبع فبلغت حكومتها دية الأصبع أو على البدن مما دون الجائفة فتلغت الحكومة أرش الجائفـة نقص الحـاكم من الحكومة شيئا بقدر ما يؤديه اليه اجتهاده لأنه لا يجوز أن يجب فيما دون الأصـبع ديتها ؛ ولا فيما دون الجائفة ديتها ، وان قطع كفاً لا أصبع له ففيه وجهان حكاهما الخراسانيون •

(أحدهما) لا يبلغ بحكومته دية أصبع (والثانى) لا يتلغ بحكومته دية خمس أصابع •

فـــرع قال الشافعى رضى الله عنه : « وان جرحه فشان وجهه أو رأسه شيئا يبقى ــ فان كان الشين أكثر من الجراح ــ أخذ بالشين ، وان كان الجراح أكثر من الشين أخـذ بالجراح ولم يرد للشين ؛ وجملة ذلك أنه اذا شجه فى رأسه أو وجهه شجة دون الموضحة ــ فان علم قدرها من الموضـحة ــ وجب بقدرها من أرش الموضـحة ؛ وان اختلف قدرها من الموضحة والحكومة وجب أكثرهمـا ؛ وقـد مضى بيان ذلك ؛ ولا تبلغ الحكومة فيما دون الموضحة أرش الموضحة •

وان كانت الموضحة على الحاجب فأزالته وكان الشين أكثر من أرش الموضحة وجب ذلك ، لأن الحاجب تجب بازالته حكومة ، فاذا انضم الى ذلك الايضاح لم ينقص عن حكومته •

فـــرع فى آخـر أول الفصـلين للمصنف قوله : « وان فزع انسان » بالتنـاء للجهـول مع التضعيف فأحدث حدثاً فى ثيـابه من أحد السبيلين لم يلزم الجانى ضمان ؛ لأنه لم يصبه بنقص فى جمال ولا منفعة•

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان لم يحصل بالجناية نقص فى جمال ولا منفعة بأن قطع اصبعاً زائدة أو قلع سنا زائدة أو أتلف لحية امرأة واندمل الموضع من غير نقص ففيه وجهـان (احدهما) وهو قول أبى العبـاس بن سريج أنه لا شىء عليه لأنه جناية لم يحصل بها نقص فلم يجب بها أرش ، كما لو لطم وجهـه فلم يؤثر (والثانى) وهو قول أبى اسحاق انه يجب فيه الحكومة لأنه اتلاف جزء من مضمون فلا يجوز أن يعرى من أرش •

فعلى هذا ان كان قد قطع أصبعا زائدة قوم المجنى عليه قبل الجناية ثم يقوم فى أقرب أحواله الى الاندمال ثم يجب ما بينهما من الدية ، لأنه لما سقط اعتبار قيمته بعد الاندمال قوم فى أقرب الأحوال اليه ، وهذا كما قلنا فى ولد المغرور بها لما تعذر تقويمه حال العلوق قوم فى أقرب حال يمكن فيه التقويم بعد العلوق وهو عنـد الوضع ، فان قوم ولم ينقص قوم قبيل الجنـاية ثم يقوم والدم جار ، لأنه لابد أن تنقص قيمته لما يخاف عليه ، فيجب بقـدر ما بينهما من الدية ، وان قلع سناً زائدة ولم تنقص قيمته قوم • وليس له

خلف الزائدة سن أصلية ، ثم يقوم وليس له سن أصلية ولا زائدة ، ويجب بقدر ما بينهما من الدية ، وان أتلف لحية امرأة قوم لو كان رجلا وله لحية، ثم يقوم ولا لحية له ، ويجب بقدر ما بينهما من الدية .

فصـــل وان جنى على رجل جناية لهـا أرش مقدر ثم قتله قبـل الاندمال دخل أرش الجناية فى دية النفس ، وقال أبو سـعيد الاصطخرى : لا يدخل لأن الجنـاية انقطعت سرايتهـا بالقتل فلم يسقط ضمانها كما لو اندملت ثم قتله والمذهب الأول لأنه مات بفعله قبل استقرار الأرش ، فدخل فى ديته كما لو مات من سراية الجناية ، ويخالف اذا اندملت فان هناك استقر الأرش فلم تسقط .

فصـــل ويجب فى قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت لأنه مال مضمون بالاتلاف لحق الآدمى بغير جنسه فضمنه بقيمته بالغة ما بلغت كسائر الأموال وما ضمن مما دون النفس من الجزء بالدية كالأنف واللسان والذكر والأنثيين والعينين واليدين والرجلين ضمن من العبد بقيمته ، وما ضمن من الحر بجزء من الدية كاليد والأصبع والأنملة والموضحة والجائفة ضمن من العبـد بمثله من القيمة لأنهما متساويان فى ضمان الجناية بالقصاص والكفارة ، فتساويا فى اعتبار ما دون النفس ببدل النفس ، كالرجل والمرأة والمسلم والكافر .

فصـــل وان قطع يد عبد ثم أعتق ثم مات من سراية القطع وجبت عليه دية حر ، لأن الجناية استقرت فى حال الحرية ، ويجب للسيد من ذلك اقل الأمرين من أرش الجنـاية وهو نصف القيمة أو كمـال الدية ، فان كان نصف القيمة أقل لم يستحق أكثر منه لأنه هو الذى وجب فى ملكه ، والزيادة حصلت فى حال لا حق له فيها ، وان كانت الدية أقل لم يستحق أكثر منها ، لأن ما نقص من نصف القيمة بسبب من جهته وهو العتق .

فصـــل وان فقأ عينى عبد او قطع يديه وقيمته ألفا دينار ثم أعتق ومات بعد اندمال الجناية وجب على الجانى ارش الجناية ، وهو قيمة العبد ، سواء كان الاندمال قبل العتق او بعده ، لأن الجرح اذا اندمل استقر حكمه ، ويكون ذلك لمولاه لأنه أرش جناية كانت فى ملكه ، وان لم يندمل وسرى الى نفسه وجب على الجانى دية حر . وقال المزنى : يجب الأرش وهو الفا دينار لأن السيد ملك هذا القدر بالجناية ، فلا ينقص ، وهذا خطأ لأن الاعتبار فى الأرش بحال الاستقرار ، ولهذا لو قطع يدى رجل ورجليه وجب عليه ديتان ، فاذا سرت الجناية الى النفس وجب دية اعتباراً بحال الاستقرار ، وفى حال الاستقرار هو حر فوجبت فيه الدية ، ودليل قول المزنى يبطل بمن قطـع يدى رجل ورجليه ثم مات فانه وجبت ديتان ثم نقصت بالموت .

فصـــل وان قطع حر يد عبد فاعتق ثم قطع حر آخر يده الاخرى ومات لم يجب على الأول قصاص لعدم التكافؤ فى حال الجناية وعليه نصف الدية لأن المجنى عليه حر فى وقت استقرار الجناية . وأما الثانى ففيه وجهان:

(أحدهما) وهو قول أبى الطيب بن سلمة أنه يجب عليه القصـاص فى الطرف ولا يجب فى النفس ، لأن الروح خرجت من سراية قطعين ، وأحدهما يوجب القود والآخر لا يوجب ، فسقط كحرين قتلا من نصفه حر ونصفه عبد.

(والثانى) وهو المذهب أنه يجب عليه القصاص فى الطرف والنفس لأنهما متكافئان فى حال الجناية ، وقد خرجت الروح عن عمد محض مضمون ، وانما سقط القود عن احدهما لمعنى فى نفسه فلم يسقط عن الآخر ، كمـا لو اشرك حر وعبد فى قتل عبد ، ويخالف الحرين اذا قتلا من نصفه حر ونصفه عبد ، لأن كل واحد منهما غير مكافىء له حال الجناية ، فان عفى على مال كان عليـه نصف الدية لأنهما شريكان فى القتل ، وللمولى الأقل من نصف قيمتـه يوم الجناية الأولى أو نصف الدية ، فان كان نصف القيمة اقل او مثله كان له ذلك ، وان كان اكثر فله نصف الدية لأن الحرية نقصت ما زاد عليه ، والفرق بينه وبين المسئلة قبلها ان الجناية هناك من واحد وجميع الدية عليه ، فقوبل بين أرش الجناية وبين الدية ، والجناية ههنا من اثنين والدية عليهما والثانى جنى عليه فى حال الحرية فقوبل بين أرش الجناية ، وبين النصف المأخوذ من الجانى على ملكه ، وكان الفاضل لورثته .

فصـــل وان قطع حر يد عبد ثم اعتق ثم قطع يده الأخرى نظرت ، فان اندمل الجرحان لم يجب فى اليد الأولى قصاص ، لأنه جنى عليه وهو غير مكافىء له ويجب فيها نصف ديتـه وتكون للاولى ، ويجب فى اليـد الأخرى القصاص لأنه قطعها وهو مكافىء له . وان عفى على المال وجب عليـه نصف الدية ، وان مات من الجراحتين قبل الاندمال وجب القصاص فى اليد الأخرى التى قطعت بعد عتقه ولم يجب القصاص فى النفس لأنه مات من جنايتين ، احداهما توجب القصاص والأخرى لا توجب ، فان اقتص منه فى اليد وجب عليه نصف الدية لأنه مات بجنايته ، وقد استوفى منه ما يقابل نصف الدية ، ويكون للمولى اقل الأمرين من نصف القيمة وقت الجناية او نصف الدية .

وان عفى عن القصـاص على مال وجب كمـال الدية ويكون للمولى اقل الأمرين من نصف القيمة وقت الجناية ، أو نصف الدية ، ولورثته الباقى ، لأن الجناية الثانية فى حال الحرية .

فصـــل وان قطع حر يد عبـد فاعتق ثم قطع آخر يده الأخرى ثم

قطع ثالث رجله ومات لم يجب على الأول القصاص فى النفس ولا فى الطرف لعدم التكافؤ ويجب عليه ثلث الدية ويجب على الآخرين القصاص فى الطرف وفى النفس على المذهب ، فان عفى عنهما كان عليهما ثلثا الدية ، وفيما يستحق المولى قولان (احدهما) اقل الأمرين من أرش الجناية ، أو ما يجب على هذا الجانى فى ملكه وهو ثلث الدية ، لأن الواجب بالجناية هو الأرش ، فاذا اعتق القلب وصار ثلث الدية ، فيجب أن يكون له أقل الأمرين ، فان كان الأرش أقل لم يكن له أكثر منه ، لأن هو الذى وجب بالجناية فى ملكه وما زاد بالسراية فى حال الحرية لا حق له فيه .

وان كان ثلث الدية اقل لم يكن له أكثر منه لأنه هو الذى يجب على الجانى فى ملكه ونقص الأرش بسبب من جهته وهو العتق فلم يستحق أكثر منه .

والقول الثانى يجب له اقل الأمرين من ثلث الدية أو ثلث القيمة لأن الجانى على ملكه هو الأول والآخران لا حق له فى جنايتهما ، فيجب أن يكون له أقل الأمرين من ثلث الدية أو ثلث القيمة .

فان كان ثلث القيمة أقل لم يكن له أكثر منه ، لأنه لما كان عبداً كان له هذا القدر وما زاد وجب فى حال الحرية فلم يكن له فيها حق ، وان كان ثلث الدية أقل لم يكن له أكثر منه ، لأن ثلث القيمة نقص وعاد الى ثلث الدية بفعله فلم يستحق أكثر منه .

فصل اذا ضرب بطن مملوكة حامل بمملوك فالقت جنينا ميتا وجب فيه عشر قيمة الأم لأنه جنين آدمية سقط ميتا بجنايته فضمن بعشر بدل الأم كجنين الحرة . واختلف أصحابنا فى الوقت الذى يعتبر فيه قيمة الأم ، فقال المزنى وأبو سعيد الاسطخرى : تعتبر قيمتها يوم الاسقاط لأنه حال استقرار الجناية والاعتبار فى قدر الضمان بحال استقرار الجناية ، والدليل عليه انه لو قطع يد نصرانى ثم أسلم ومات وجب فيه دية مسلم .

وقال أبو اسحاق : تعتبر قيمتها يوم الجناية ، وهو المنصوص لأن المجنى عليه لم يتغير حاله فكان أولى الأحوال باعتبار قيمتها يوم الجناية ، لأنه حال الوجوب ولهذا لو قطع يد عبد ومات على الرق وجبت قيمته يوم الجناية ، لأنه حال الوجوب ، وان ضرب بطن أمة ثم أعتقت وألقت جنينا ميتاً وجب فيه دية جنين حر لأن الضمان يعتبر بحال استقرار الجناية ، والجنين حر عند استقرار الجناية فضمن بالدية) .

الشرح اذا لم يبق للجناية شين بعد الاندمال أو بقى لها شين لم تنقص به القيمة ولم ينقص فلم تجب الحكومة ، كما لو لطمه فاسود الموضع ثم زال السواد • وقال أبو اسحاق وأكثر أصحابنا : عجب عليه الحكومة ، وهو المنصوص ؛ لأن الشافعى رضى الله عنه قال : وان نتف لحية امرأة أو شاربها فعليه الحكومة أقل من حكومة فى لحية الرجل ؛ لأن الرجل له فيها جمال ، ولا جمال للمرأة فيها ؛ ولأن جملة الآدمى مضمونة ، فاذا أتلف جزءاً منه وجب أن يكون مضموناً كسائر الأعيان ، فاذا قلنا بهذه فانه يقوم فى أقرب أحواله الى الاندمال ، لأنه لابد أن ينقص ، فان لم ينقص منه قوم قبله ، فان لم ينقص قوم والدم جار • وان نتف لحية امرأة وأعدمها النبات قال أبو اسحاق المروزى : اعتبرتها بعبد كبير فأقول : هذا العبد الكبير كم قيمته وله مثل هذه اللحية ؟ فان قيل مائة ؛ قلت فكم قيمته ولا لحية له ؟ فان قيل تسعون ، وجب على الجانى عشر دية المرأة • هذا نقل أصحابنا البغداديين • وقال الخراسانيون : يجب ما رآه الحاكم باجتهاده ، وان قطع أنملة لها طرفان فانه يجب فى الطرف الأصلى ديته ويجب فى الزائدة حكومة يقدرها الحاكم باجتهاده ؛ ولا يبلغ به أرش الأصلى • هذا نقل أصحابنا البغداديين • وقال الخراسانيون : اذا قطع أصبعاً زائدة ففيه وجهان :

(أحدهما) يجب ما رآه الحاكم باجتهاده •

(والثانى) يقال : كم ينقص من قيمة العبد وقت الجناية ؟ وان قلع سنا زائدة وهو الخارج عن سمت الأسنان ومن ورائه الى داخل الفم سن أصلية فلم تنقص قيمته بقلعها فانه يقال : لو كان هذا عبدا كم كانت قيمته وله هذا السن الزائد وليس له ما وراءه من السن الأصلى ؛ لأن الزائد يسد الفرجة اذا لم يكن له السن الأصلية ؟ فان قيل مائة ، قيل فكم قيمته وليس له السن الزائد ولا الأصلى الذى من ورائه ؟ فان قيل تسعون علم أنه نقص عشر قيمته فيجب له عشر الدية •

فرع اذا كسر له عظما فى غير الرأس والوجه فجبره فانجبر فان

عاد مستقيما كما كان فقد قال القاضى أبو الطيب : هل تجب فيه الحكومة ؟ فيه وجهان كما قلنا فيه اذا جرحه جراحة لا أرش لها مقدر واندملت ولم يبق لها شين •

وقال الشيخ أبو حامد الاسفراييني : تجب الحكومة فيه وجها واحداً لأنه لابد أن يبقى فى العظم بعد كسره وانجباره ضعف • وقال ابن الصباغ والأول أصح ، وان انجبر وبقى له شين وجبت فيه الحكومة أكثر مما لو عاد مستقيما ، وان انجبر وبقى له شين وجبت فيه الحكومة أكثر من الحكومة اذا بقى الشين من غير اعوجاج •

فرع وان أفضى امرأة والتأم الجرح ، قال الشافعى رحمه الله : لم تجب الدية ، وان أجافه جائفة والتأمت الجائفة ففيه وجهان حكاهما أبو على فى الافصاح (أحدهما) لا يجب أرش الجائفة وانما يجب الحكومة كما قلنا فيه اذا أفضى امرأة والتأم الجرح •

(والثانى) وهو اختيار القاضى أبى الطيب ولم يذكر المصنف غيره أن أرش الجائفة يجب لأن أرش الجائفة انما وجب لوجوب اسمها ، وان عاد الحاجز لم تجب الدية ، كما لو ذهب ضوء العين ثم عاد •

مسألة مما ورد فى قتل العبد أو فقء عينه فانه مضمون بالاتلاف لحق الآدمى بغير جنسه فضمن بقيمته بالغة ما بلغت كسائر الأموال ، فقولنا بالاتلاف احتراز مما لو غصب ملك غيره وهو باق فى يده فانه مضمون برده ، وقولنا لحق الآدمى احتراز من الكفارة ومن جزاء الصيد الذى له مثل • وقولنا من غير جنسه احتراز ممن غصب شيئا من ذوات الأمثال وتلف أو أتلفه ، وأما ما دون النفس من العبد فهو معتبر بالحر ، فكل شىء وجب فيه من الحر الدية وجب فيه من العبد قيمته ، وكل شىء مضمون من الحر بحر ومقدر من الدية ضمن من العبد بمثل ذلك الجزء من قيمته ، وكل شىء ضمن من الحر بالحكومة ضمن من العبد بما نقص من قيمته ، وبه قال عمر وعلى رضى الله عنهما وابن المسيب •

وعن أبي حنيفه روايتان ؛ احداهما كقولنا ؛ والثانية ما لا منفعة فيه كالأذنين والحاجبين فان فيه ما نقص من قيمته ؛ ونحن نوافقه على الحاجبين فى العبد الا أنه يخالفنا فى الحاجبين من الحر •

وقال مالك : يضمن بما نقص من قيمته الا الموضحة والمنقلة والمأمومة والجائفة فانه يضمن بجزء من قيمته ، وحكاه أصحابنا الخراسانيون قولا للشافعى وليس بمشهور ؛ والدليل على صحة ما قلناه أنه قول عمر وعلى وما مخالف لهما فى الصحابة ، فدل على أنه اجماع ، ولأنه كائن حى يضمن بالقصاص والكفارة فكانت أطرافه وجراحاته مضمونة ببدل مقدر من بدله كالحر ؛ ومما أفدناه من هذه الفصول هل تعتبر الجناية بحال الاستقرار أم بوقت حدوثها فى موت الجنين بضرب أمه ؛ فذهب المزنى وأبو سعيد الاصطخرى الى الأول ؛ وقال أبو اسحاق وأكثر أصحابنا يعتبر قيمتها يوم الجناية ؛ وهو المنصوص ، وقد مضى فى الجنايات بحثنا لهذا الخلاف والأخبار والآثار الواردة فيه • وما قرره المصنف فى هذه الفصول فعلى وجهه والله المستعان •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(باب العاقلة وما تحمله من الديات)

اذا قتل الحر حراً عمد خطأ وله عاقلة وجب جميع الدية على عاقلته ، لما روى المغيرة بن شعبة قال « ضربت امرأة ضرة لها بعمود فسطاط ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بديتها على عصبة القاتلة » وأن قتله خطأ وجبت الدية على عاقلته ، لأنه اذا تحمل عن القاتل فى عمد الخطأ تخفيفا عنه مع قصده الى الجناية فلأن يحمل عن قاتل الخطأ ولم يقصد الجناية أولى ، ولأن الخطأ وعمد الخطأ يكثر فلو أوجبنا ديتهما فى مال الجانى أجحفنا به ، وان قطع أطرافه خطأ أو عمد خطأ ففيه قولان •

قال فى القديم : « لا تحمل العاقلة ديتهما لأنه لا يضمن بالكفارة ولا تثبت فيه القسامة ، فلم تحمل العاقلة بدله كالمال » •

وقال فى الجديد : « تحمل العاقلة ديتها ، لأن ما ضمن بالقصاص وخففت الدية فيه بالخطأ حملت العاقلة بدله كالنفس » فعلى هذا تحمل ما قل منه وكثر ، كما تحمل ما قل وكثر من دية النفس ، وان قتل عمداً أو جنى على طرفه عمداً لم تحمل العاقلة ديته ، لأن الخبر ورد فى الحمل عن القاتل فى عمد الخطأ تخفيفاً عنه ، لأنه لم يقصد القتل ، والعامد قصد القتل فلم يلحق به فى التخفيف ، وان وجب له القصاص فى الطرف فاقتص بحديدة مسمومة فمات فعليه نصف الدية ، وهل تحمل العاقلة ذلك أم لا ؟ فيه وجهان:

(احدهما) تحمله ، لأنا حكمنا بأنه ليس بعمد محض .

(والثانى) لا تحمله ، لأنه قصد القتل بغير حق فلم تحمل العاقلة عنه . وان وكل من يقتص له فى النفس ثم عفا وقتل الوكيل ولم يعلم بالعفو ـ وقلنا ان العفو يصح ووجبت الدية على الوكيل ـ فهل تحملها العاقلة ؟ فيه وجهان :

(احدهما) وهو قول أبى اسحاق أنه لا تحملها العاقلة ، وهو الصحيح ، لأنه تعمد القتل فلم تحمل العاقلة عنه ، كما لو قتله بعد العلم بالعفو .

(والثانى) وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنه تحملها العاقلة ، لأنه لم يقصد الجناية .

فصل وان قتل عبداً خطأ أو عمد خطأ ففى قيمته قولان (أحدهما) أنها تحملها العاقلة ، لأنه يجب القصاص والكفارة بقتله فحملت العاقلة بدله كالحر . (والثانى) أنه لا تحملها العاقلة لأنه مال فلم تحمل العاقلة بدله كسائر الأموال) .

الشرح حديث المغيرة بن شعبة ولفظه : « أن امرأة ضربتها ضرتها بعمود فسطاط فقتلها وهى حبلى فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فقضى فيها على عصبة القاتلة بالدية وفى الجنين غرة ، فقال عصبتها : أندى ما لا طعم ولا شرب ولا صاح ولا استهل ؛ مثل ذلك يطل ؟ فقال : سجع مثل سجع الأعراب » رواه أحمد وأبو داود والنسائى والترمذى ولم يذكر اعتراض العصبة وجوابه . وأخرجه أبو داود والنسائى وابن ماجه وابن حبان والحاكم وصححاه من حديث ابن عباس وأخرجه عبد الرزاق عن حمل بن مالك وكذلك البيهقى ؛ ورواه أيضا من طريق حماد بن زيد عن عمرو بن دينار عن طاوس . وأخرجه البخارى فى الاعتصام بألفاظ مختلفة .

اما اللغات فقوله : « العاقلة وما تحمله » العاقلة مأخوذة من العقل وهو الشد والربط • ومنه قيل لمن له حجر (بضم الحاء وسكون الجيم) ونهى (بضم النون وفتح الهاء) عاقل ، وهو ضد الحمق • قال ابن الأنبارى رجل عاقل وهو الجامع لأمره ورأيه ؛ مأخوذ من عقلت البعير اذا جمعت قوائمه • وفى الحديث : « القرآن كالابل المعقلة » والعقل فى العروض اسقاط الياء من مفاعيلن بعد اسكانها فى مفاعلن فيصير مفاعلن والعقل الدية وعقل القتيل يعقله وداه ، وعقل عنه أدى جنايته وذلك اذا لزمته دية فأعطاها عنه ؛ وهذا هو الفرق بين عقلته وعقلت له وعقلت عنه ؛ وعقلت له دم فلان اذا تركت القود للدية • قالت كبشة أخت عمرو بن معديكرب :

وأرسل عبد الله اذ حان يومه الى قومة لا تعقلوا لهم دمى

وانما قيل للدية عقل لأنهم كانوا يأتون بالابل فيعقلونها بفناء ولى المقتول ، والعاقلة العصبة والقرابة من قبل الأب الذين يعطون دية قتل الخطأ • وهى صفة جماعة عاقلة وأصلها فاعلة من العقل • وفى اللسان قال : « ومعرفة العاقلة أن ينظر الى اخوة الجانى من قبل الأب فيحملون ما تحمل العاقلة ، فان احتملوها أدوها فى ثلاث سنين ، وان لم يحتملوها رفعت الى بنى جده ، فان لم يحتملوها رفعت الى بنى جد أبيه ، فان لم يحتملوها رفعت الى بنى جد أبى جده ، ثم هكذا لا ترفع عن بنى أب حتى يعجزوا ، قال : ومن فى الديوان ومن لا ديوان له فى العقل سواء • »

وقال أهل العراق : هم أصحاب الدواوين ، قال اسحاق بن منصور ، قلت لأحمد بن حنبل : من العاقلة ؟ فقال القبيلة الا أنهم يحملون بقدر ما يطيقون ؛ قال فان لم تكن عاقلة لم تجعل فى مال الجانى ؛ ولكن تهدر عنه • وقال اسحاق : اذا لم تكن العاقلة أصلا فانه يكون فى بيت المال ولا تهدر الدية •

والفسطاط بيت الشعر وفيه لغات فسطاط وفستاط وفساط ، وفسطاط المصر مجتمع أهله حول جامعه ، ومدينة الفسطاط مصر حماها الله ، وهى

الآن حى فى مدينة القاهرة ، ويقال لها مصر القديمة ؛ وهى المدينة التى بناها عمرو بن العاص وقال الزمخشرى الفسطاط ضرب من الأبنية .

أما الأحكام فانه اذا قتل الحر حراً خطأ محضاً أو عمد خطأ كانت دية المقتول على عاقلة القاتل ؛ وبه قال أكثر أهل العلم ، منهم مالك وأبو حنيفة وأحمد وقال الاصم وابن علية والخوارج : يجب الجميع فى مال القاتل ؛ وقال علقمة وابن أبى ليلى وابن شبرمة وعثمان البتى وأبو ثور : دية الخطأ المحض على العاقلة ، وأما دية العمد والخطأ ففى مال القاتل .

دليلنا ما روى المغيرة بن شعبة أن امرأتين كانتا تحت رجل من هذيل فضربت أحداهما الأخرى بمسطح أو بعمود الفسطاط ، وقيل رمتهـا بحجر فقتلتها وأسقطت جنينهـا ؛ فقضى النبى صلى الله عليه وسلم بعقلهـا على العاقلة ؛ وفى جنينها غرة عبد أو أمة ، فاذا حملت العاقلة دية عمد الخطـأ فلأن تحمل دية الخطأ المحض أولى . وروى أن عمر رضى الله عنه ذكرت عنده امرأة معيبة بسوء فأرسل اليها رسولا فأجهضت ذا بطنها فى الطريق من فزعها منه ، فاستشار الصـحابة رضى الله عنهم فى ذلك فقـال عثمان وعبد الرحمن رضى الله عنهما : انما أنت مؤدب ولا شىء عليك فقـال لعلى رضى الله عنه ما تقول ؟ فقال : ان اجتهدا فقد أخطآ وان علما فقد غشاك ، عليك الدية ، فقال : عزمت عليك لتقسمنها على قومك ؛ يعنى على عاقلتى ولم ينكر عليهما عثمان ولا عبد الرحمن .

وروى أن مولاة لصفية جنت جناية فقضى بأرش جنـايتها على عاقلة صفية ولا مخالف لهم فى الصحابة فدل على أنه اجماع .

اذا ثبت هذا فهل تحمل العاقلة ما دون دية النفس ؟ قال الشافعى رضى الله عنه فى الجديد : « تحمل العـاقلة ما قل أو كثر من الأرش » وبه قال عثمان البتى ، وقال فى القـديم : « تحمل العـاقلة دية النفس ولا تحمل ما دون دية النفس ، بل تجب فى مال الجانى » .

وحكى بعض أصحابنا أن قوله فى القديم أن العاقلة تحمل ثلث الدية

فأكثر ولا تحمل ما دون ثلث الدية ، وبه قال مالك وابن المسيب وعطاء وأحمد واسحاق وقال الزهرى : « تحمل العاقلة ما فوق ثلث الدية ؛ فأما ثلث الدية فما دونه ففى مال الجانى وقال أبو حنيفة : تحمل أرش الموضحة فما زاد وما دون أرش الموضحة ففى مال الجانى ؛ فاذا قلنا بقوله القديم فوجهه أن ما دون دية النفس فيجرى ضمانه مجرى ضمان الأموال بدليل أنه لا يثبت فيه القصاص ولا تجب فيه الكفارة فلم تحمل العاقلة كمد لو أتلف مالا •

واذا قلنا بقوله الجديد فوجهه أن من حمل دية النفس حمل ما دون الدية كالجانى ، ولأن العاقلة انما حملت الدية عن القاتل فى الخطأ وعمد الخطأ لئلا يجحف ذلك بماله ، وهذا يوجد فيما دون دية النفس •

قال الشيخ أبو حامد الاسفراييني وهل تحمل العاقلة دية الجنين ؟ فيه قولان قال فى الجديد : تحمل ديته بكل حال لما ذكرناه من حديث المغيرة بن شعبة : وقال فى القديم : لا تحملها ؛ بل يكون فى مال الجانى ، وبه قال مالك • لأن العاقلة لا تحمل ما دون ثلث الدية ، فان وجب له القصاص فى الطرف فاقتص بحديدة مسمومة فمات وجب على المقتص نصف الدية ، وهل تحمله عنه العاقلة ؟ فيه وجهان : (أحدهما) تحمله عنه لأنه ليس بعمد محض (والثانى) لا تحمله العاقلة لأنه قصد قتله بغير حق ، هكذا أوضح صاحب **البيان** •

ومما يدل على سماحة شرع الله أنه ان قتل الحر عبداً لغيره خطأ أو عمد خطأ أو جنى على طرفه خطأ أو عمد خطأ فهل تحمل عاقلته بدله ؟ فيه قولان : أحدهما لا تحمله العاقلة بل يكون فى مال الجانى ؛ وبه قال مالك والليث وأحمد واسحاق وأبو ثور ؛ لما روى ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا تحمل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً » والثانى تحمله العاقلة ، وبه قال الزهرى والحكم وحماد وهو الأصح لأنه يجب بقتله القصاص والكفارة ، فحملت العاقلة بدله كالحر لحر •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ومن قتل نفسه خطأ لم تجب الدية بقتله ولا تحمل العاقلة ديته ، لما روى أن عوف بن مالك الأشجعى ضرب مشركاً بالسيف فرجع السيف عليه فقتله ، فامتنع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه وقالوا قد أبطـل جهاده ، فقال رسـول الله صلى الله عليـه وسلم بل مات مجاهداً ، ولو وجبت الدية على عاقلته لبين رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك .

فصـــل وما يجب بخطأ الامام من الدية بالقتل ففيه قولان (أحدهما) يجب على عاقلته لما روى أن عمر رضى الله عنه قال لعلى رضى الله عنه فى جنين المرأة التى بعث اليهـا عزمت عليك أن لا تبرح حتى تقسـمها على قومك . (والثانى) يجب فى بيت المال لأن الخطأ يكثر منه فى أحكامه واجتهاده ، فلو أوجبنا ما يجب بخطئـه على عاقلته أجحفنـا بهم ، فاذا قلنـا أنه يجب على عاقلته وجبت الكفارة فى ماله كغير الامام ، واذا قلنا : انها تجب فى بيت المـال ففى الكفارة وجهان :

(أحدهما) أنها تجب فى ماله لأنها لا تتحمل (والثانى) أنها تجب فى بيت المال لأنه يكثر خطؤه ، فلو أوجبنا فى ماله لاجحف به .

فصـــل وما يجب بجناية العمد يجب حالا لأنه بدل متلف لا تتحمله العاقلة بحال فوجب حالا كغرامة المتلفات وما يجب بجناية الخطأ وشبه العمد من الدية يجب مؤجلا ، فان كانت دية كاملة وجبت فى ثلاث سنين ، لأنه روى ذلك عن عمر وابن عباس رضى الله عنهما ، ويجب فى كل سنة ثلثها ، فان كان دية نفس كان ابتداء الأجل من وقت القتل لأنه حق مؤجل فاعتبر الأجل من حين وجود السبب كالدين المؤجل ، وان كان دية طرف فان لم تسر اعتبرت المدة من وقت الجناية لأنه وقت الوجوب ، وان سرت الى عضو آخر اعتبرت المدة من وقت الاندمال ، لأن الجناية لم تقف فاعتبرت المدة من وقت الاستقرار ، وان كان الواجب اقل من دية نظرت فان كان ثلث الدية أو دونه لم تجب الا فى سنة لأنه لا يجب على العاقلة شىء فى أقل من سنة فان كان أكثر من الثلث ولم يزد على الثلثين وجب فى السنة الأولى الثلث ووجب الباقى فى السنة الثانية ، وان كان أكثر من الثلثين ولم يزد على دية وجب فى السنة الأولى الثلث وفى الثانية الثلث وفى الثالثة الباقى .

وان وجب بجنايته ديتان فان كانتا الاثنتين بأن قتل اثنين وجب فى كل سنة لكل واحد منهما ثلث الدية ، لأنهما يجبان لمستحقين فلا ينقص حق كل

واحد منهما فى كل سنة من الثلث ، فان كانتا لواحد بأن قطع اليدين والرجلين من رجل وجب الكل فى ست سنين فى كل سنة ثلث دية لأنها جناية على واحد فلا يجب له على العاقلة فى كل سنة أكثر من ثلث دية .

وان وجب بجناية الخطأ او عمد الخطأ دية ناقصة ، كدية الجنين والمرأة ودية أهل الذمة ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه يجب فى ثلاث سنين فى كل سنة ثلثها لأنها دية نفس فوجب فى كل سنة كالدية الكاملة .

(والثانى) أنه كأرش الطرف اذا نقص عن الدية لأنه دون الدية الكاملة فعلى هذا ان كان ثلث دية وهو كدية اليهودى والنصرانى أو أقل من الثلث وهو دية المجوسى ودية الجنين وجب الكل فى سنة واحدة ، وان كان أكثر من الثلث وهو دية المرأة وجب فى السنة الأولى ثلث دية كاملة ويجب ما زاد فى السنة الثانية كما قلنا فى الطرف ، وان كان قيمة عبد وقلنا انها على العاقلة ففيه وجهان :

(أحدهما) أنها تقسم فى ثلاث سنين ، وان زاد حصة كل سنة على ثلث الدية لأنها دية نفس) .

(والثانى) تؤدى فى كل سنة ثلث دية الحر) .

الشرح الخبر الذى ساقه المصنف أن عوف بن مالك الأشجعى قتل نفسه وامتنع الصحابة عن الصلاة عليه الى آخر ما ساقه كبوة جواد ، فليست خطأ من النساخين ولا من الطباعين ، فالعمرانى فى البيان ينقلها عن أبى اسحاق بغير تصرف ، وقد قابلنا مخطوطة دار الكتب والوثائق العربية على النسخة المصورة بالجامعة العربية فوجدناها عوف بن مالك الأشجعى الا أن العمرانى يقول عقب هذه الرواية . وقيل ان الذى رجع عليه سيفه هو أبو عوف وهو مالك ، وبالرجوع الى كتب الصحابة لم نجد مالكا الأشجعى فيهم .

والذى جعلنا نهتم هذا الاهتمام أن عوفاً له أحاديث رواها عنه أبو هريرة وأبو مسلم الخولانى وماتا قبله بمدة .

ورواها عنه جبير بن نفير وأبو ادريس الخولانى وراشد بن سعد ويزيد بن الأصم وشريح بن عبيد والشعبى وسالم أبو النضر وسليم بن عامر وشداد بن عمار ، وشهد غزوة مؤتة وقال : رافقنى مددى من أهل اليمن ليس معه غير سيفه ــ الحديث بطوله ــ وفيه قوله صلى الله عليه وسلم : هل أنتم تاركو لى أمرائى ؟ رواه أحمد فى مسنده ج ٦ : ٢٦ ؛ ٢٧

وقال الواقدى : كانت راية أشجع يوم الفتح مع عوف بن مالك . وهذه الرواية تصحح خطأ وقع فى تقريب ابن حجر أنه من مسلمة الفتح ج ٢ ص ٩٠ قال جعفر بن برقان : ثنا ثابت بن الحجاج الكلابى قال شتونا فى حصن دون القسطنطينية وعلينا عوف بن مالك فأدركنا رمضان فقال عوف (فذكر حديثاً) قال الواقدى غيره مات عوف سنة ثلاث وسبعين . هذا ما هو معروف عن عوف بن مالك باجماع أهل العلم بالأخبار ؛ منهم الذهبى فى سير أعلام النبلاء جـ ٢ ص ٣٤٨ ، ٣٤٩ وابن عبد البر فى الاستيعاب جـ ٣ ص ١٢٢٦ وابن حجر فى التقريب والاصابة والفتح والتلخيص . فاذا ثبت هذا رفضنا كل الرفض هذه الرواية التى ساقها ، وهو قد ساقها بحسن نية من غير تحقيق ؛ ولو أعمل شيخنا رحمه الله فكره قليلا لما أعياه زيفها .

بقى أن نعرف حقيقة الخبر يقول ابن عبد البر فى الاستيعاب جزء ٢ ص ٧٨٦ قرأت على سعيد بن نصر أن قاسم بن أصبغ حدثهم : حدثنا محمد ابن وضاح حدثنا أبو بكر بن أبى شيبة حدثنا هاشم بن القاسم حدثنا عكرمة بن عمار حدثنا اياس بن سلمة بن الأكوع قال : أخبرنى أبى قال : لما خرج عمى عامر بن سنان الى خيبر مع رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل يرتجز بأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيهم النبى صلى الله عليه وسلم فجعل يسوق الركاب وهو يقول :

تالله لولا الله ما اهتدينا ... ولا تصدقنا ولا صلينا

ان الذين بغوا علينا ... اذا أرادوا فتنة أبينا

ونحن عن فضلك ما استغنينا فثبت الأقدام ان لاقينا
وأنزل سكينة علينا

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من هذا ؟ قالوا عامر يا رسول الله ، فقال غفر لك ربنا . قال وما استغفر لانسان قط يخصه بالاستغفار الا استشهد قال فلما سمع ذلك عمر بن الخطاب قال يا رسول الله لو متعتنا بعامر ، فاستشهد يوم خيبر . قال سلمة وبارز عمى يومئذ مرحباً اليهودى فقال مرحب .

قد علمت خيبر أنى مرحب شاكى السلاح بطل مجرب
اذا الحروب أقبلت تلهب

فقال عامر :

قد علمت خيبر أنى عامر شاكى السلاح بطل مغامر

واختلفا ضربتين ، فوقع سيف مرحب فى ترس عامر ورجع سيفه على ساقه فقطع أكحله فكانت فيها نفسه ، قال سلمة فجئت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله بطل عمل عامر ؟ فقال من قال ذلك ؟ فقلت ناس من أصحابك ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لقد كذب من قال ذلك ؟ بل له أجره مرتين (ثم ساق بقية القصة ؛ وهو أن علياً رضى الله عنه هو الذى برز لمرحب وهد بناءه بسيفه هداً) .

اما الأحكام فانه اذا جنى الرجل على نفسه أو على أطرافه عمداً كان ذلك هدراً ، لأن أرش العمد فى مال الجانى ، والانسان لا يثبت له مال على نفسه ؛ وان جنى على نفسه خطأ أو على أطرافه كانت جنايته هدراً ، وهو قول أكثر أهل العلم ، منهم ربيعة ومالك والثورى وأصحاب الرأى ، وهى الرواية الثانية عن أحمد بن حنبل ، وقد رجحها ابن قدامة على الرواية التى جعلها القاضى أظهرهما ، وهى أن على عاقلته ديته لورثته ان قتل نفسه أو أرش جرحه لنفسه اذا كان أكثر من الثلث .

وهذا قول الأوزاعى واسحاق لما روى أن رجلا ساق حماراً فضربه بعصا كانت معه فطارت منه شظية ففقأت عينه ، فجعل عمر ديته على عاقلته وقال هى يد من أيدى المسلمين لم يصبها اعتداء على أحد • قالوا : ولم نعرف له مخالفاً فى عصره ؛ ولأنها جناية خطأ فكان عقلها على عاقلته ، كما لو قتل غيره •

فعلى هذه الرواية ان كانت العاقلة الورثة لم يجب شىء لأنه لا يجب للانسان شىء على نفسه ، وان كان بعضهم وارثاً سقط عنه ما يقابل نصيبه وعليه ما زاد على نصيبه ، وله ما بقى ان كان نصيبه من الدية أكثر من الواجب عليه • دليلنا أن عامر بن الأكوع بارز مرحبا اليهودى فارتد عليه سيفه فقطع أكحله فكانت فيها نفسه ، وعلم بأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم لأنه كان فى خيبر ؛ ولم يجعل ديته على عاقلته ؛ ولو وجبت عليهم لبينها رسول الله صلى الله عليه وسلم • وعن أحمد فيمن جنايته على نفسه شبه عمد فهل تجرى مجرى الخطأ ؟ على وجهين (أحدهما) هى كالخطأ لأنها تساويه فيما اذا كانت على غيره (والثانى) لا تحمله العاقلة لأنه لا عذر به فأشبه العمد المحض •

فرع وأما خطأ الامام والحاكم فى غير الحكم والاجتهاد فهو على عاقلته باتفاق أهل العلم اذا كان مما تحمله العاقلة ؛ وفارق ما اذا كان الخطأ باجتهاده ففيه قولان (أحدهما) أن عاقلته تحمل ذلك عنه لما ذكرناه من أثر عمر رضى الله عنه فى المرأة التى أجهضت ، وهو احدى الروايتين عن أحمد (والثانى) وهو الرواية الثانية عن أحمد : يجب ذلك فى بيت المال ؛ لأن الخطأ يكثر منه فى اجتهاده وأحكامه ، فايجابه على عاقلته فيه اجحاف بهم ، وبهذا قال الأوزاعى والثورى وأبو حنيفة واسحاق ، لأنه نائب عن الله تعالى فى أحكامه وأفعاله فكان أرش جنايته فى مال الله سبحانه •

فاذا قلنا تجب دية ذلك على عاقلته وجبت كفارة قتله فى الخطأ وعمد الخطأ فى ماله • واذا قلنا تجب دية ذلك فى بيت المال ففى الكفارة وجهان

(أحدهما) تجب فى بيت المال لما ذكرناه فى الدية (والثانى) تجب فى ماله لأن الكفارة لا تحملها العاقلة بحال •

مسألة فاذا قتل غيره عمداً أو جنى على طرفه عمداً وجبت الدية فى مال الجانى ، سواء كانت الجناية مما يجب فيها القصاص أو مما لا يجب فيها القصاص ، وهذا قضية الأصل ، وهو أن بدل المتلف يجب على المتلف وأرش الجناية على الجانى لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يجنى جان الا على نفسه » وبهذا قال أحمد • وقال مالك : ان كانت لا قصاص لها مثل الهاشمة والمنقلة والمأمومة والجائفة ، فان العاقلة تحمله ، وان كانت الجناية عمداً •

دليلنا أن الخبر انما ورد فى حمل العاقلة دية الخطأ تخفيفاً على القاتل لأنه لم يقصد القتل والعامد قصد القتل فلم يلحق به فى التخفيف ؛ ولأنه أرش جناية عمد محض فلم تحمله العاقلة ، كما لو قتل الأب ابنا •

اذا ثبت هذا فان أرش العمد يجب حالا ، وبهذا قال مالك وأحمد ؛ وقال أبو حنيفة يجب مؤجلا فى ثلاث سنين ؛ لأنها دية آدمى فكانت مؤجلة كدية شبه العمد • دليلنا أن ما وجب بالعمد المحض كان حالا كالقصاص وأرش أطراف العبيد ولا يشبه شبه العمد ؛ لأن القاتل معذور لكونه لم يقصد القتل ، وانما أفضى اليه من غير اختيار منه فأشبه الخطأ • ولهذا تحمله العاقلة • ولأن القصد التخفيف على العاقلة الذين لم تصدر منهم جناية • وهذا موجود فى الخطأ وشبه العمد على السواء • وأما العمد فانه يحمله الجانى فى غير حال العذر فوجب أن يكون ملحقا ببدل سائر المتلفات • قال العمرانى فى الخطأ وشبه العمد • وقال بعض الناس يجب حالا • وقال ربيعة : يجب مؤجلا فى خمس سنين • ا هـ •

وقال الشافعى رحمه الله : ولم أعلم خلافاً فيما علمته أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالدية على العاقلة فى ثلاث سنين ، هكذا أورده المزنى فى المختصر قال الرافعى : تكلم أصحابنا فى ورود الخبر بذلك ،

فمنهم من قال : ورد ونسبه الى رواية على عليه السلام • ومنهم من قال ورد أنه صلى الله عليه وسلم قضى بالدية على العاقلة •

وأما التأجيل فلم يرد به الخبر ، وأخذ ذلك من اجماع الصحابة ، وقال ابن المنذر وما ذكره الشافعى لا نعرفه أصلا من كتاب ولا سنة وقد سئل عن ذلك أحمد بن حنبل فقال لا نعرف فيه شيئا ، فقيل ان أبا عبد الله — يعنى الشافعى — رواه عن النبى صلى الله عليه وسلم فقال لعله سمعه من ذلك المدنى فانه كان حسن الظن به — يعنى ابراهيم بن أبى يحيى وتعقبه ابن الرفعة بأن من عرف حجة على من لم يعرف •

وخرج العمرانى كلام الشافعى على نحو ينفى أنه عزا الثلاث سنين الى النبى صلى الله عليه وسلم وانما هو قال لا أعلم خلافا أن الدية التى قضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم على العاقلة أنها فى ثلاث سنين ، فهو ينفى الخلاف فى المدة ويثبت الدية على العاقلة التى قضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم والمزنى اختصر النص الذى ورد فى الأم •

وأقول ان البيهقى روى من طريق ابن لهيعة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال : من السنة أن تنجم الدية فى ثلاث سنين ، وقد وافق على نقل اجماع الصحابة الترمذى فى جامعه وابن المنذر ، وقد روى التأجيل ثلاث سنين ابن أبى شيبة وعبد الرزاق والبيهقى عن عمر ؛ وهو منقطع لأنه من رواية الشعبى عنه رواه عبد الرزاق أيضاً عن ابن جريج عن أبى وائل قال « ان عمر بن الخطاب جعل الدية الكاملة فى ثلاث سنين وجعل النصف فى سنتين وما دون النصف فى سنة » وروى البيهقى التأجيل المذكور عن على رضى الله عنه •

اذا ثبت هذا فأول ابتداء الأجل اذا كانت الجناية على النفس من حين الموت لأنه حال استقرار الجناية ، هذا نقل أصحابنا البغداديين •

وقال أصحابنا الخراسانيون : من حين الترافع الى القاضى ، وان كانت

الجناية على الطرف ، فان لم يسر الى طرف آخر كان ابتداء الأجل من حين الجناية لأنه حين وجوبه ، وان سرت الى طرف آخر مثل أن قطع أصبعه فسرت الجناية الى كفه كان ابتداء الأجل من حين الاندمال لأنه وقت استقرار الجناية •

وحكى أصحابنا الخراسانيون وجها آخر أن دية الأصبع من حين الجناية ودية ما زاد عليها من الاندمال أصح ، هذا مذهبنا ومذهب أحمد•

وقال أبو حنيفة : أول مدة الأجل من حين يحكم القاضى على العاقلة بالدية ، قالوا لأنها مدة مختلف فيها فكان ابتداؤها من حين حكم الحاكم كمدة العنة ، دليلنا أنه مال يحل بحلول الأجل فكان ابتداؤه من حين وجوبه كالدين المؤجل والسلم ، ونازعهم ادعاء الخلاف فيها فان الخوارج لا يعتد بخلافهم •

فرع اذا كان الواجب أقل من الدية نظرت ــ فان كان ثلث الدية فما دون ــ وجب فى آخر السنة الأولة ؛ لأن العاقلة لا تحمل حالا • وان كان أكثر من الثلث ولم يزد على الثلثين وجب فى آخر السنة الأولة ثلث الدية وفى آخر السنة الثانية الباقى • وان كان أكثر من الثلثين ولم يزد على الدية وجبت فى آخر السنة الأولة ثلث الدية وفى السنة الثانية الثلث وفى آخر الثالثة الباقى • وان كان الواجب أكثر من دية بأن وجب بجنايته ديتان ــ فان كانت لابنين حملت العاقلة لكل واحد من المجنى عليهما ثلث الدية فى كل سنة ، هذا نقل أصحابنا العراقيين ، وقال الخراسانيون فيه وجهان :

(أحدهما) وهو الأصح ، تحمل لكل واحد من المجنى عليهما ثلث الدية فى كل سنة •

(والثانى) أن العاقلة لا تحمل فى كل سنة الا ثلث الدية لواحد من المجنى عليهما •

وان كانتا لواحد مثل أن قطع يديه ورجليه لم تحملها العـاقلة الا فى ست سنين فى كل سنة ثلث الدية • هـذا نقل أصحابنا العراقيين • وقال الخراسانيون : فيه وجهان (أحدهما) هذا (والثانى) أن العـاقلة تحملها فى ثلاث سنين •

فـــرع اذا وجب بالخطأ أو بعمد الخطأ دية ناقصة عن دية الحر المسلم كدية المرأة ودية الجنين والكافر ؛ ففيه وجهان :

(أحدهما) أنها تقسم فى ثلاث سنين ، وان زادت حصة كل سنة على ثلث الدية أو نقص لأنه بدل نفس (والثانى) أنه كأرش الطرف فتحمل كل سنة ثلث دية الحر المسلم اعتباراً بما تحمله من دية الحر المسلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل والعاقلة هم العصبات الذين يرثون بالنسب أو الولاء غير الأب والجد والابن وابن الابن ، والدليل عليه ما روى المغيرة بن شعبة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى المرأة بديتها على عصبة العاقلة ، وأما الأب والجد والابن وابن الابن فلا يعقلون ، لما روى جابر رضى الله عنه أن امرأتين من هذيل قتلت احداهما الأخرى ولكل واحدة منهمـا زوج وولد ، فجعل النبى صلى الله عليه وسلم دية المقتولة على عاقلة القاتلة وبرأ زوجهـا وولدها ، واذا ثبت هذا فى الولد ثبت فى الأب لتساويهما فى العصبة ، ولأن الدية جعلت على العاقلة ابقاء على القاتل حتى لا يكثر عليه فيجحف به ، فلو جعلناه على الأب والابن أجحفنا به ، لأن مالهما كماله ، ولهذا لا تقبل شـهادته لهما كما لا تقبل لنفسه ، ويستغنى عن المسئلة بمالهما كما يستغنى بمال نفسه•

وان كان فى بنى عمها ابن لها لم يحمل منهم لما ذكرناه ، وان لم يكن له عصبة نظرت فان كان مسلماً حملت عنه من بيت المـال ، لأن مال بيت المـال للمسلمين وهم يرثونه كما ترث العصبات •

وان كان ذمياً لم يحمل عنه فى بيت المال ، لأن مال بيت المال للمسلمين وهم لا يرثونه ، وانما ينقل ماله الى بيت المال فينا ، واختلف قوله فى المولى من أسفل فقال فى أحد القولين لا يعقل عنه وهو الصحيح ، لأنه لا يرثه فلم يعقله ، وقال فى الآخر يعقله لأنه يعقله المولى فعقل عنه المولى كالأخوين ، فعلى

هذا يقدم على بيت المال لأنه من خواص العاقلة فقدم على بيت المال كالمولى من أعلى ، وان لم يكن له عاقلة ولا بيت مال فهل يجب على القاتل ؟ فيه وجهان بناء على أن الدية هل تجب على القاتل ؟ ثم تتحمل عنه العاقلة أو تجب على العاقلة ابتداء ؟ وفيه قولان (أحدهما) تجب على القاتل ثم تنتقل الى العاقلة لأنه هو الجاني فوجبت الدية عليه ، فعلى هذا تجب الدية فى ماله (والقول الثانى) تجب على العاقلة ابتداء لأنه لا يطالب غيرهم ، فعلى هذا لا تجب عليه.

وقال أبو على الطبرى : اذا قلنا : انها تجب على القاتل عند عدم بيت المال حمل الأب والابن ويبدأ بهما قبل القاتل ، لأنا لم نحمل عليهما ابقاء على القاتل ، واذا حمل على القاتل كانا بالحمل أولى .

قال الشيخ الامام حرس الله مدته : ويحتمل عندى أنه لا يجب عليهما لانا انما أوجبنا على القاتل على هذا القول ، لأنه وجب عليه فى الأصل ، فاذا لم يجد من يتحمل بقى الوجوب فى محله ، والأب والابن لم يجب عليهما فى الأصل ولا حملا مع العاقلة فلم يجب الحمل عليهما) .

الشرح حديث المغيرة بن شعبة مضى تخريجه .

اما الأحكام فان العاقلة هم العصبة ، ولا يدخل فيهم أبو الجانى ولا جده وان علا ولا ابنه ولا ابن ابنه وان سفل ، وقال مالك وأبو حنيفة : يدخلون ، وعن أحمد بن حنبل روايتان : احداهما كل العصبة من العاقلة يدخل فيه آباء القاتل وأبناؤه واخوته وعمومته وأبناؤهم ، وهذا اختيار أبى بكر والشريف أبى جعفر لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن عقل المرأة بين عصبتها من كانوا لا يرثون منها شيئا الا ما فضل عن ورثتها ، وان قتلت فعقلها بين ورثتها » رواه أبو داود ، ولأنهم عصبة فأشبهوا الاخوة ، يحققه عندهم أن العقل موضوع على التناصر وهم من أهله ، ولأن العصبة فى تحمل العقل كهم فى الميراث فى تقديم الأقرب فالأقرب ، وآباؤهم وأبناؤه أحق العصبات بميراثه فكانوا أولى بتحمل عقله .

والرواية الثانية : ليس آباؤه وأبناؤه من العاقلة دليلنا ما أخرجه الشيخان وغيرهما عن أبى هريرة قال « اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت

احداهما الأخرى فقتلتها فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فحكم بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم » .

وفى رواية « ثم ماتت العاقلة فجعل النبى صلى الله عليه وسلم ميراثها لبنيها والعقل على العصبة » رواه أبو داود والنسائى . وفى رواية عن جابر بن عبد الله قال « فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم دية المقتولة على عاقلتها وبرأ زوجها وولدها . قال فقالت عاقلة المقتولة : ميراثها لنا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ميراثها لزوجها وولدها » رواه أبو داود .

أما حديث عمرو بن شعيب الذى أخذ به أبو حنيفة ومالك وأحمد فى احدى الروايتين عنه فقد أخرجه أبو داود والنسائى وابن ماجه والدارقطنى وفى اسناده محمد بن راشد الدمشقى المكحولى ، وثقه أحمد وابن معين والنسائى ، وقال دحيم يذكر بالقدر ، وقال النسائى فى موضع : ليس به بأس ، وقال فى موضع آخر : ليس بالقوى ، وقال ابن حبان : كثير المناكير فى روايته فاستحق ترك الاحتجاج به ، وقال أبو زرعة لم يكتب عنه أبو مسهر لأنه كان يرى الخروج على الأئمة ، هذا بالاضافة الى ما قيل فى اسناد عمرو بن شعيب ، على أن القاعدة عند أصحابنا من أهل الحديث أن المتفق عليه مقدم على ما سواهما ومن ثم سقط الاحتجاج بحديث عمرو ابن شعيب وتعين العمل بحديث أبى هريرة .

وروى أبو رمثة قال « خرجت مع أبى حتى أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرأيت برأسه ردع حناء وقال لأبى هذا ابنك ؟ قال نعم . قال : أما أنه لا يجنى عليك ولا تجنى عليه ، وقرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم : ولا تزر وازرة وزر أخرى » رواه أحمد وأبو داود ، ومعلوم أنه لم يرد أنه لا يجرحك ولا تجرحه ، وانما أراد لا تؤخذ بجنايته ولا يؤخذ بجنايتك .

وروى ابن مسعود أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا ترجعوا

بعدى كفاراً يضرب بعضكم رقاب بعض ، ولا يؤخذ أحد بجريرة ابنه ولا يؤخذ ابن بجريرة أبيه » أخرجه البزار ورجاله رجال الصحيح ، ورواه النسائى عنه بلفظ « لا يؤخذ الرجل بجريرة أبيه ولا بجريرة أخيه » وفى هذا المعنى عند أبى داود وأحمد وابن ماجه والترمذى عن عمرو بن الأحوص • وعند أحمد وابن ماجه عن الخشاش العنبرى وروى نحوه الطبرانى مرسلا باسناد رجاله ثقات • وعند أحمد والنسائى عن رجل من بنى يربوع • ولأن مال الولد والوالد كماله ولهذا لم نقبل شهادتهما له ولا العكس ، بدليل أن نفقتهما تجب فى مالهما ، كما تجب فى ماله فلما لم تجب في ماله لم يحملا عنه ؛ فان كان للمرأة ابن هو ابن ابن عمه لم يعقل عنها لعموم الخبر •

وقال أبو على السنجى : ويحتمل أن يقال يحمل عنها لأن فيه شيئين يحمل بأحدهما دون الآخر ، فغلب الآخر ، كولايته فى النكاح على أمه • والأول هو المشهور •

فرع ولا يحمل القاتل مع العاقلة من الدية شيئا ، وبه قال مالك وأحمد وقال أبو حنيفة يحمل ما يحمل أحدهم ؛ دليلنا ما ذكرناه من خبر جابر رضى الله عنه فى المرأتين ، فان لم يكن للجانى عصبة وله مولى حمل عنه لقوله صلى الله عليه وسلم « الولاء لحمة كلحمة النسب » والنسب يعقل به فكذلك الولاء ؛ والمولى لا يحمل الا بعد العاقلة من النسب ؛ كما لا يرث الا بعدهم ، فان لم يكن المعتق موجوداً حمل عصبته كالأخ والعم وابن العم وابن الأخ وفى حمل ابن المعتق وأبيه وجهان ، فان لم يكن للجانى عصبة ولا مولى ولا عصبة مولى ولا مولى مولى ، فان كان مسلماً ؛ حملت عنه الدية فى بيت المال ، لأنه لما نقل ماله الى بيت المال اذا مات ارثا حمل عنه بيت المال كالعصبة ، وان كان كافراً لم يحمل عنه فى بيت المال لأن مال بيت المال للمسلمين وليس هو منهم وانما ينقل ماله الى بيت المال اذا لم يكن له وارث •

وروى أن رجلا من الأنصار قتل عام خيبر فوداه النبى صلى الله عليه

وسلم من بيت المال ؛ وروى أن رجلا قتل فى زحام فى زمن عمر فلم يعرف قاتله ، فقال على : يا أمير المؤمنين لا يبطل دم امرىء مسلم ، فأدى ديته من بيت المـال •

مسـألة لا يعقل العديد ؛ وهو الرجل الغريب الذى يدخل ويعد فيهم ؛ ويقال له دخيل ؛ ولا يحمل الحليف ؛ وهو أن يحالف الرجل الرجل على أن يتناصرا على دفع الظلم ؛ كالمشتركين فى الجمعيات والمساهمين فى الشركات والمنتسبين للنقابات المهنية والحرفية والفئوية ، كل هؤلاء لا يعقل بعضهم على بعض ، ولو اتفقوا على ذلك •

وهذا هو مذهب أحمد ووافقنا أبو حنيفة فى العديد وخالفنا فى الحليف اذا لم يكن له قرابة من النسب فانه يرث ويعقل ، وهل الهيئات الفئوية لها صفة بيت المال كما عرف عنـد الفقهاء الوضعيين من وصـفها بالشخصية الاعتبارية ؟ خصوصا فى بلد لا توجد فيه حكومة اسلامية ؟

نقول : اذا كان المسـلمون قلة فى بلد كفر أو كانوا كثـرة تحكمهم حكومة نصرانية أو يهودية أو الحادية فان لهم أن ينتظموا متكافلين وتعقل عنهـم فئتهـم كمـا لو كان لهم بيت مال ، كالمسـلمين فى تايلاند والفلبين وقبرص وفلسطين والحبشة • أما أهل الديوان من غير العصبات فلا مدخل لهم فى المعاقلة ، وبه قال أحمد ، وقال أبو حنيفة ومالك : اذا خرج الامام والناس وجعلهم فرقا تحت يد كل عريف فرقة ، فاذا جنى فانتسب الى عاقلة وأمكن صدقه وصادقوه على ذلك ثبت نسبه منهم وعقلوا عنه •

فان قال جماعة من الناس انه ليس منهم وشهدوا بذلك لم ينتف نسبه منهم بذلك •

وقال مالك ينتفى نسبه ، وهذا غلط لأنه نفى محض فلم يزل به نسب حكم بثبوته فان جاء آخر من غيرهم وقال هو ابنى وولد على فراشى وأقام بينة على ذلك ثبت نسبه منه وانتفى نسبه من الأولين ؛ لأن البينة أقوى من مجرد الدعوى •

فـــرع اذا لم يكن للجانى عصبة من النسب ولا من يحمل من جهة الولاء وليس هناك بيت مال فهل يجب الدية فى ماله ؟ فيه قولان بناء على أن الدية هل تجب على العاقلة ابتداء أو على الجانى ؟ ثم تحمل العاقلة عنه ؟ وفيه قولان :

(أحدهما) أنها تجب الدية على العاقلة ابتداء ، لأنهم المطالبون بها ، فعلى هذا لا تجب فى مال الجانى .

(والثانى) أنها تجب على الجانى ابتداء ثم تتحملها العاقلة عنه لأنه هو المباشر للجناية ، فعلى هذا يجب أداء الدية من ماله ، فاذا قلنا بهذا وكان له أب وابن فهل يحملان ؟ فيه وجهان :

قال أبو على الطبرى : يحملان ويقدمان على الجانى ، لأنا انما نحمل عليهما ابقاء على الجانى ، فاذا حمل الجانى كانا أولى بالحمل ، وقال الشيخ الامام : يحتمل عندى أنه لا يجب عليهما . الخ العبارة .

وقوله : الشيخ الامام حرس الله مدته ، يحتمل أنه يعنى بهـذا امام الحرمين أبا المعـالى المولود ثامن المحرم سنة ٤١٩ والمتوفى ليلة الأربعـاء الخامس والعشرين من ربيع الآخر سنة ٤٧٨ .

فاذا عرفنا أن المصنف رحمه الله توفى سنة ٤٧٦ عرفنا أن الله استجاب دعاءه الا أنه يرد على هذا أن امام الحرمين أصغر من المصنف بنحو ست وعشرين سنة فيبعد أن ينقل عنه بهذا الاحتفاء . ولعله لم ترد فى المهـذب هذه العبارة الا فى هذا الموضع اذ لم ينتبه اليها الامام النووى رحمه الله والا أوضحها فى خطبته العظيمة فى مقدمة المجموع ، ويحتمل أن يكون مراده بالامام حرس الله مدته شيخه القاضى أبا الطيب . وهذا هو الراجح عندى ، وقد ولد القاضى أبو الطيب بآمل سنة ٣٤٨ ، وتوفى ببغداد يوم السبت لعشر بقين من ربيع الأول سنة ٤٥٠ عن مائة سنة واثنتين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا يعقل مسلم عن كافر ، ولا كافر عن مسلم ، ولا ذمى عن حربى ، ولا حربى عن ذمى ، لأنه لا يرث بعضهم من بعض ، فان رمى نصرانى سهما الى صيد ثم أسلم ثم أصاب السهم انسانا وقتله وجبت الدية فى ماله ، لأنه لا يمكن ايجابها على عاقلته من النصارى ، لأنه وجد القتل وهو مسلم ، ولا يمكن ايجابها على عاقلته من المسلمين ، لأنه رمى وهو نصرانى ، فان قطع نصرانى يد رجل ثم أسلم ومات المقطوع عقلت عنه عصباته من النصارى دون المسلمين ، لان الجناية وجدت منه وهو نصرانى ، ولهذا يجب بها القصاص ولا تسقط عنه بالاسلام ، وان رمى مسلم سهماً الى صيد ثم ارتد ثم أصاب السهم انسانا فقتله وجبت الدية فى ذمته ، لأنه لا يمكن ايجابها على عاقلته من المسلمين ، لأنه وجد القتل وهو مرتد ، ولا يمكن ايجابها على الكفار لأنه ليس منهم عاقلة يرثونه ، فوجبت فى ذمته .

وان جرح مسلم انساناً ثم ارتد الجارح وبقى فى الردة زمانا يسرى فى مثله الجرح ثم أسلم ومات المجروح وجبت الدية ، وعلى من تجب ؟ فيه قولان :

(أحدهما) تجب على عاقلته لأن الجناية فى حال الاسلام وخروج الروح فى حال الاسلام ، والعاقلة تحمل ما يجب بالجنايتين فى حال الاسلام فوجبت ديته عليها ، (والقول الثانى) : أنه يجب على العاقلة نصف الدية ، ويجب فى مال الجانى النصف ، لأنه وجد سراية فى حال الاسلام وسراية فى حال الردة ، فحملت ما سرى فى حال الاسلام ولم تحمل ما سرى فى الردة .

فصـــل ولا يعقـل صبى ولا معتوه ولا امرأة لأن حمـل الدية على سبيل النصرة ، بدلا عما كان فى الجاهلية من النصرة بالسيف ، ولا نصرة فى الصبى والمعتوه والمرأة ، ويعقل المريض والشيخ الكبير اذا لم يبلغ المريض حد الزمانة والشيخ حد الهرم ، لأنهما من أهل النصرة بالتدبير ، وقد قاتل عمار فى محفة . وأما اذا بلغ الشيخ حد الهـرم والمريض حد الزمانة ففيـه وجهان بناء على القولين فى قتلهما فى الأسر ، فان قلنـا انهما يقتلان فى الأسر عقلا ، وان قلنا لا يقتلان فى الأسر لم يعقلا) .

الشرح لا يعقـل مسـلم عن كافر ولا كافر عن مسـلم لأنهمـا لا يتوارثان ويعقل أهل الذمة بعضهم عن بعض اذا ثبت اتصال نسبهم الى أب ، سـواء كانوا على ملة واحـدة كاليهودية ، أو على ملتين كاليهودية والنصرانية . وقال أبو حنيفـة : ولا يعقـل ذمى عن ذمى ؛ دليلنـا أنهم

يتوارثون فتعاقلوا كالمسلمين ، ولا يعقل ذمي عن حربي ولا حربي عن ذمي وان جمعتهما ملة واحدة وأب واحد ، لأنهما لا يتوارثان فلم يتعاقلا كالأجنبيين ، فان لم يكن للذمي عاقلة من النسب وله مولى من أعلا حمل عنه اذا كان يرثه ، وكذلك ان كان له عصبة موالى أو مولى مولى ، وهل يحمل عنه المولى من أسفل ؟ على القولين فيمن لم يكن له عاقلة أو كان له عاقلة ولا يقدر على جميع الدية فهل يجب فى ماله ؟ على القولين فى المسلم ، فان قلنا يجب فى ماله فهل يحمل عنه أبوه وابنه ؟ على الوجهين •

فرع اذا رمى ذمى سهماً الى غرض فأسلم ثم وقع السهم فى انسان فقتله وجبت الدية فى ماله لأنه لا يمكن ايجابها على عاقلته من المسلمين ، لأن الرمى وجد منه وهو ذمى ، ولا يمكن ايجابها على عاقلته من أهل الذمة ، لأن الاصابة وجدت وهو مسلم فلم يبق الا ايجابها فى ماله وان رمى مسلم ثم ارتد وجب فى ماله لأنه لا يمكن ايجابها على عاقلته من المسلمين ، لأن الاصابة وجدت وهو مرتد ، ولا يمكن ايجابها على عاقلته من الكفار لأنه لا عاقلة له منهم ، فان قطع ذمى يد رجل خطأ فأسلم الذمى ثم مات المقطوع من الجناية قال أبو اسحاق المروزى : عقلت عنه عصباته من أهل الذمة دون المسلمين ، لأن الجناية وجدت وهو ذمى ، ولهذا يجب بها القصاص ولا يسقط عنه بالاسلام •

وقال ابن الحداد : يجب على عاقلته من أهل الذمة أرش الجراحة لا غير ، ولا تحمل ما زاد لأنه وجب بعد الاسلام ، وتجب الزيادة فى مال الجانى ولا تحمل عاقلته من المسلمين ، لأن سببها كان فى الكفر •

قال ابن الحداد : وان جنى ذمى على رجل خطأ ثم أسلم الجانى ثم جنى على المجنى عليه جناية أخرى خطأ ومات من الجنايتين فان على عاقلته من المسلمين نصف الدية ، وعلى عاقلته من أهل الذمة أقل الأمرين من أرش الجناية فى حال الذمة أو نصف الدية ، فان كان نصف الدية أقل لزمهم ذلك ، وان كان أرش الجناية أقل لزمهم قدر الأرش وما زاد عليه الى تمام نصف الدية يجب فى مال الجانى ، لأنه وجب بعد الاسلام ، ولا فرق بين

ان يجرحه فى حال الذمية جراحة أو بعد الاسلام جراحة واحدة ، فان الدية مقسومة على الحالين ، فيجب على عاقلته من المسلمين نصف الدية وعلى عاقلته من أهل الذمة أقل الأمرين من نصف الدية وأرش الجراحة أو الجراحات فى حال الذمة ، فان جرحه فى حال الذمة خطأ ثم أسلم ثم قتله خطأ دخل الأرش فى دية النفس على المذهب فكانت الدية على عاقلته من المسلمين ؛ وعلى قول أبى سعيد الاصطخرى وأبى العباس ابن سريج لا يدخل فيكون أرش الجراحة على عاقلته من أهل الذمة ودية النفس على عاقلته من المسلمين .

وان جرح مسلم انسانا خطأ ثم ارتد الجارح وبقى فى الردة زمانا يسرى فى مثله الجرح ثم أسلم ثم مات المجروح وجبت الدية ؛ وعلى من تجب ؟ فيه قولان :

(أحدهما) تجب على عاقلته ، لأن الجراحة والموت وجدا فى الاسلام. (والثانى) يجب على العاقلة نصف الدية ؛ وفى مال الجانى النصف لأنه وجد سراية فى حال الاسلام وسراية فى حال الردة ؛ فحملت ما سرى فى الاسلام ولم تحمل ما سرى فى الردة .

قوله « ولا يعقل صبى ولا معتوه ولا امرأة » الخ ، فجملة ذلك أنه اذا جنى الصبى أو المجنون أو المعتوه جناية خطأ أو عمد خطأ أو عمدا محضا وقلنا ان عمده خطأ فان عاقلته تحمل عنه الدية لأن تحمل العاقلة للدية جعل بدلا عن التناصر فى الجاهلية بالسيف ، وهو ممن لا تنصرهم عاقلتهم .

وان جنى أحد من عصبة الصبى والمجنون والمعتوه خطأ أو عمد خطأ لم يحمل الصبى والمجنون والمعتوه لأنهم ليسوا من أهل النصرة ، وان جنت المرأة أو الخنثى المشكل خطأ أو عمد خطأ حملت عاقلتهما عنهما الدية ؛ وان جنى أحد من عصباتهما لم يحملا عنه الدية لما ذكرناه فى الصبى والمجنون ؛ فان بان الخنثى رجلا فانه يحمل العقل .

فـــرع ويحمل المريض اذا لم يبلغ الزمانة ؛ أى دوام المرض زمانا

طويلا ، وكذلك الشيخ اذا لم يبلغ الهرم ، لأنهما من أهل النصرة ؛ فان بلغ الشيخ الهرم والشاب المريض الزمانة فهل يحملان الدية ؟

قال الشيخ المصنف : فيه وجهان بناء على القولين فى جواز قتلهما اذا أسرا وقال ابن أبى هـريرة : ان كانت الزمانة من اليـدين والرجلين لم يحملا • وذكر الشيخ أبو حامد الاسفراييني : أنهما يحملان وجهاً واحداً •

قوله « وقد قاتل عمار على محفة » فان عمارا يقول : كنت تربا للنبى صلى الله عليه وسلم لسنه • وروى عمرو بن مرة عن عبـد الله بن سـلمة قال : رأيت عمارا يوم صفين شيخا آدم طوالا ، وأن الحربة فى يده لترعد • وعن ابن عمر قال « رأيت عمارا يوم اليمامة على صخرة وقد أشرف يصيح يا معشر المسلمين أمن الجنة تفرون ؟ هلموا الى ؛ وأنا أنظر الى أذنه قـد قطعت فهى تذبذب وهو يقاتل أشد القتال » وكلام المصنف صريح فى أنه كان لا يستطيع الثبات والاستقرار على راحلته ، ولعله جاء من توهم بعض الرواة من احداث الشيخوخة حيث قتل وعمره ثلاث وتسعون سنة ، بيد أن القضية التى ساقها المصنف يرد عليها ما رواه الذهبى فى سـير أعلام النبلاء بسنده عن يحيى بن سعيد عن عمه قال « لما كان اليوم الذى أصيب فيه عمار اذا رجل قد برز من الصفين جسيم على فرس جسيم ؛ ضخم على ضخم ينادى : يا عباد الله ــ بصوت موجع ــ روحوا الى الجنـة ؛ ثلاث مرات ؛ الجنة تحت ظلال الأسل ؛ فثار الناس فاذا هو عمـار ، فلم يلبث أن قتل » •

وروى ابن عبد البر فى الاستيعاب عن الأعمش عن أبى عبـد الرحمن السلمى قال : شهدنا مع على رضى الله عنه صفين ؛ فرأيت عمار بن ياسر لا يأخذ فى ناحية ولا واد من أودية صفين الا رأيت أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم يتبعونه كأنه علم لهم ، وسمعت عماراً يقول يومئذ لهاشم بن عقبة : يا هاشم تقدم ، الجنة تحت الأبارقة اليوم ألقى الأحبة ، محمـدا وحزبه الخ •

وروى الشعبى عن الأحنف بن قيس فى خبر صفين ، قال ثم حمل عمار فحمل عليه ابن السكسكى وأبو الغادية الفزارى ، فأما أبو الغادية فطعنه ؛ وأما ابن جزء فاحتز رأسه . فاذا عرفنا أن المحفة مركب من مراكب النساء كالهودج استبعدنا صحة ما أثبته المصنف هنا لما ذكرناه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يعقل فقير لأن حمل الدية على العاقلة مواساة والفقير ليس من اهل المواساة ، ولهذا لا تجب عليه الزكاة ولا نفقة الأقارب ، ولأن العاقلة تتحمل لدفع الضرر عن القاتل ، والضرر لا يزال بالضرر ، ويجب على المتوسط ربع دينار ، لأن المواساة لا تحصل بأقل قليل ، ولا يمكن ايجاب الكثير ، لأن فيه أضراراً بالعاقلة ، فقدر أقل ما يؤخذ بربع دينار ، لأنه ليس فى حد التافه . والدليل عليه انه تقطع فيه يد السارق ، وقد قالت عائشة رضى الله عنها « يد السارق لم تكن تقطع فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الشىء التافه » ويجب على الغنى نصف دينار لأنه لا يجوز أن يكون ما يؤخذ من الغنى والمتوسط واحداً فقدر بنصف دينار ، لأنه أقل قدر يؤخذ من الغنى فى الزكاة التى قصد بها المواساة ، فيقدر ما يؤخذ من الغنى فى الدية بذلك ، لأنه فى معناه ، ويجب هذا القدر فى كل سنة لأنه حق يتعلق بالحال على سبيل المواساة فتكرر بتكرر الحول كالزكاة ، ومن أصحابنا من قال يجب ذلك القدر فى الثلاث سنين ، لأنا لو أوجبنا هذا القدر فى كل سنة اجحف به ، ويعتبر حاله فى الفقر والغنى والتوسط عند حلول النجم ، لأنه حق مال يتعلق بالحول على سبيل المواساة ، فاعتبر فيه حاله عند حلول الحول كالزكاة ، فان مات قبل حلول الحول لم تجب كما لا تجب الزكاة اذا مات قبل الحول ، وان مات بعد الحول لم يسقط ما وجب كما لا يسقط ما وجب من الزكاة قبل الموت .

فصل واذا اراد الحاكم قسمة الدية على العاقلة قدم الأقرب فالأقرب من العصبات على ترتيبهم فى الميراث ، لأنه حق يتعلق بالتعصيب فقدم فيه الأقرب فالأقرب كالميراث ، وان كان فيهم من يدلى بالأبوين وفيهم من يدلى بالأب ففيه قولان (احدهما) انهما سواء لتساويهما فى قرابة الأب ، لأن الأم لا مدخل لها فى النصرة وحمل الدية فلا يقدم بها (والثانى) يقدم من يدلى بالأبوين على من يدلى بالأب لأنه حق يستحق بالتعصيب ، فقدم من يدلى بالأبوين على من يدلى بالأب كالميراث ، فان امكن ان يقسم ما يجب على الأقربين منهم لم يحمل على من بعدهم ، وان لم يمكن ان يقسم على الأقربين لقلة عددهم قسم ما فضل على من بعدهم على الترتيب ، فان كان القاتل من بنى هاشم

قسم عليهم ، فان عجزوا دخل معهم بنو عبد مناف ، فان عجزوا دخل معهم بنو قصي ، ثم كذلك حتى تستوعب قريش ، ولا يدخل معهم غير قريش ، لأن غيرهم لا ينسب اليهم ، وان غاب الأقـربون فى النسب وحضر الأبعـدون ففيه قولان :

(أحدهما) يقدم الأقربون فى النسب لأنه حق يستحق بالتعصيب فقدم فيه الأقربون فى النسب كالميراث .

(والثانى) يقدم الأقربون فى الحضور على الأقربين فى النسب ، لأن تحمل العاقلة على سبيل النصرة والحاضرون أحق بالنصرة من الغيب ، فعلى هـذا ان كان القاتل بمكة وبعض العاقلة بالمدينة وبعضهم بالشام قدم من بالمدينة على من بالشام لأنهم أقرب الى القـاتل وان استوت جمـاعة فى النسب وبعضهم حضور وبعضهم غيب ففيه قولان :

(أحدهما) يقدم الحضور لأنهم أقرب الى النصرة .

(والثانى) يسوى بين الجميع كما يسوى فى الميراث ، وان كثرت العاقلة وقل المال المستحق بالجناية بحيث اذا قسم عليهم خص المتوسط دون ربع دينار والغنى دون نصف دينار ، ففيه قولان :

(أحدهما) أن الحاكم يقسمه على من يرى منهم ، لأن فى تقسيط القليل على الجميع مشقة .

(والثانى) وهـو الصحيح أنه يقسم على الجميـع لانه حق يسـتحق بالتعصيب ، فقسم قليله وكثيره بين الجميع كالميراث .

فصـــل ان جنى عبد على حر أو عبد جناية توجب المال تعلق المال برقبته لأنه لا يجوز ايجابه على المولى ، لأنه لم يوجد منه جناية ، ولا يجوز تأخيره الى أن يعتق ، لأنه يؤدى الى اهدار الدماء فتعلق برقبتـه ، والمولى بالخيار بين أن يبيعه ويقضى حق الجناية من ثمنه وبين أن يفديه ، ولا يجب عليه تسليم العبد الى المجنى عليه ، لأنه ليس من جنس حقه . وان اختـار بيعه فباعه ـ فان كان الثمن بقدر مال الجناية ـ صرفه فيه ، وان كان اكثر قضى ما عليه والباقى للمولى وان كان اقل لم يلزم المولى ما بقى لأن حق المجنى عليه لا يتعلق بأكثر من الرقبة فان اختار أن يفديه ففيه قولان :

(أحدهما) يلزمه أن يفـديه بأقل الأمرين من أرش الجنـاية او قيمـة العبد ، لأنه لا يلزمه ما زاد على واحد منهما .

(والقول الثانى) : يلزمه أرش الجناية بالغاً ما بلغ أو يسلمه للبيع ، لأنه قد يرغب فيه راغب فيشتريه بأكثر من قيمته ، فاذا امتنع من البيع لزمه الأرش بالغاً ما بلغ . وان قتل عشرة أعبد لرجل عبداً لآخر عمدا فاقتص مولى المقتول من خمسة وعفا عن خمسة على المال تعلق برقبتهم نصف القيمة فى رقبة كل واحد منهم عشرها ، لأنه قتل خمسة بنصف عبده ، وعفا عن خمسة على المال وبقى له النصف) .

الشرح خبر عائشة رضى الله عنها أخرجه البيهقى عن هشام بن عروة عن أبيه عنها ـ أما أحكام هذه الفصول فانه لا يحمل العقل من العاقلة الا الغنى والمتوسط ، فأما الفقير ـ وهو من لا يملك ما يكفيه على الدوام ـ فانه لا يحمل العقل ، وعلى هذا أكثر أهل العلم ، وهذا قول مالك وأحمد وأصحاب الرأى ، وحكى بعضهم عن مالك وأبى حنيفة أن للفقير مدخلا فى التحمل ، وذكره أبو الخطاب رواية عن أحمد لأنه من أهل النصرة كالغنى . والصحيح الأول لأن العاقلة انما تحمل الدية عن القاتل على طريق الرفق والمواساة ، والفقير ليس من أهل المواساة ، ولأن الدية انما نقلت الى العاقلة تخفيفا عن القاتل لئلا يجحف بماله ، فلو أوجبنا ذلك على الفقير لدفعنا الضرر عن القاتل وألحقناه بالفقير ، والضرر لا يزال بالضرر ، ويجب على المتوسط ربع دينار ، لأنه ليس فى حد التافه . وهذا احدى الروايتين عن أحمد لأن اليد لا تقطع فى الشىء التافه ، على ما ورد فى قول عائشة .

وقد ثبت أن اليد لا تقطع بدون ربع دينار ، فاذا كان الدينار نحو خمسة عشر جراماً وكان الجرام من عيار ٢١ يساوى ٢٩٠ قرشاً كان ربع الدينار يساوى عشرة جنيهات مصرية وثلثاً أو نحو خمسة عشر دولارا أو ما يقابلها من عملات ونقود ، ويجب على الغنى نصف دينار ، لأنه لا يجوز أن يكون ما يؤخذ من الغنى والمتوسط واحداً فقدر من يؤخذ من الغنى بنصف دينار لأنه أول قدر يؤخذ منه فى زكاة الذهب .

اذا ثبت هذا فهل يجب هذا القدر على المتوسط والغنى مقسوماً على الثلاث سنين أو يجب هذا القدر فى كل سنة من الثلاث سنين ؟ فيه وجهان:

(أحدهما) أن هذا القدر يجب مقسوماً فى ثلاث سنين لا غير ، فعلى

هذا لا يجب على المتوسط أكثر من ربع دينار فى كل سنة نصف سدس دينار ؛ ويجب على الغنى نصف دينار فى ثلاث سنين ، فى كل سنة سدس دينار ، لأن الشافعى رضى الله عنه قال : يحمل من كثر ماله نصف دينار ؛ وهذا يقتضى أن هذا جميع ما يحمله ؛ ولأن ايجاب ما زاد على ذلك عليه يجحف به .

(والثانى) وهو الأصح أن هذا القدر يجب فى كل سنة من الثلاث سنين ، فيكون جميع ما يجب على المتوسط فى الثلاث سنين ثلاثة أرباع دينار ، وجميع ما يجب على الغنى فى الثلاث سنين دينار أو نصف ؛ لأن الشافعى رحمه الله قال : يحمل الغنى نصف دينار والمتوسط ربع دينار حتى يشترك النفر فى بعير . وظاهر هذا أنهم يحملون هذا القدر كل سنة من الثلاث ؛ ولأنه حق يتعلق بالحول على سبيل المواساة فتكرر بتكرر الأحوال كالزكاة .

اذا ثبت هذا فان الجماعة من العاقلة يشتركون فى شراء بعير ، لأن الواجب عليهم الابل لا الدنانير . هذا مذهبنا .

وقال مالك وأحمد : يحملون قدر ما يطيقون ، فعلى هذا لا يتقدر شرعا وانما يرجع فيه الى اجتهاد الحاكم فيفرض على كل واحد قدراً يسهل ولا يؤذى ؛ لأن التوقيت لا يثبت الا بتوقيف ؛ ولا يثبت بالرأى والتحكم ، ولا نص فى هذه المسألة فوجب الرجوع فيها الى اجتهاد الحاكم كمقادير النفقات ، وعن أحمد رواية أخرى كمذهبنا .

وقال أبو حنيفة : الفقير والمتوسط والغنى سواء ؛ فأكثر ما يحمله الواحد منهم أربعة دراهم وأقله ليس له حد ؛ واختار ابن قدامة من مجتهدى الحنابلة استواءهم فى الواجب كاستوائهم فى القرابة فكانوا سواء كما لو قلوا وكالميراث .

دليلنا أنه حق مخرج على وجه المواساة فاختلف بكثرة المال وقلته

كالزكاة ، ويعتبر حال كل واحد منهم فى البلوغ والعقل واليسار والاعسار والتوسط عند حلول الحول كما يعتبر النصاب فى آخر الحول • فان كان معسراً عند حلول الحول لم يجب عليه شيء ؛ فان أيسر بعد ذلك لم يجب عليه شيء من الثلث الواجب قبل يساره فان كان موسراً عند حلول الحول الثانى وجب عليه ؛ وان كان معسراً عند حلول الحول فأعسر قبل دفع ما عليه كان ديناً فى ذمته الى أن يوسر ؛ لأنه قد وجب عليه ، وان مات واحد منهم بعد الحول وهو موسر لم يسقط عنه • بل يجب قضاؤه من تركته •

وقال أبو حنيفة :« يسقط » دليلنا أنه مال استقر وجوبه فى حال الحياة ، فلم يسقط بالموت كالدين •

مسألة قال الشافعى رضى الله عنه : ومعرفة العاقلة أن ينظر الى اخوته لأبيه وأمه فيحملهم ، وجملة ذلك أن الحاكى اذا أراد قسمة العقل فانه يبدأ بالاخوة للأب والأم وللأب ، لأنهم أقرب العاقلة ، فيؤخذ من الغنى منهم نصف دينار ؛ ومن المتوسط ربع دينار ؛ فان وفى ذلك ثلث الدية لم يحمل على من بعدهم ، وان لم يف حمل على بنى الاخوة وان سفلوا لم يف ذلك حمل على الأعمام ؛ فان لم يف ذلك حمل على بنى الأعمام الى أن يستوعب جميع القبيل الذى يتصل أبو الجانى بأبيهم ؛ فان لم يف ما حمل عليهم بثلث الدية حمل عنه المولى ومن أدلى به ؛ فان لم يف ما حمل عليهم بثلث الدية حملت تمام الثلث فى بيت المال ، وعلى هذا فى الحول الثانى والثالث ؛ وبما ذكرناه قال أحمد ، وقال أبو حنيفة : يسوى بين القريب والبعيد ويقسم على جميعهم ؛ لأن النبى صلى الله عليه وسلم جعل دية المقتولة على عصبة القاتلة •

دليلنا أنه حكم تعلق بالتعصيب فوجب أن يقدم فيه الأقرب فالأقرب كالميراث ؛ والخبر لا حجة فيه ، لأننا نقسمه على الجماعة اذا لم يف به الأقرب فتحمله على ذلك •

اذا ثبت هذا واجتمع فى درجة واحدة ابنـــان ؛ أحدهما يدلى بالأب والأم والآخر بالأب لا غير ؛ كأخوين أو ابنى أخ أو عمين أو ابنى عم ففيه قولان • قال فى القديم : هما سواء لأنهما متساويان فى قرابة الأب وأما الأم فلا مدخل لها فى النصرة وحمل العقل فلم يرجح بها •

وقال فى الجـديد : يقدم من يدلى بالأب والأم لأنه حق يســتحق بالتعصيب فقدم فيه من يدلى بالأبوين على من يدلى بأحدهمـــا كالميراث • وعند أحمد وجهان كالقولين آنفا ؛ فاذا اجتمع جماعة من العاقلة فى درجة واحدة ، فكان الأرش الواحد بحيث اذا قسم عليهم خص الغنى منهم دون نصف دينار ، والمتوسط منهم دون ربع دينار ففيه قولان :

(أحـدهما) يقسط عليهم على عـددهم لأنهم اســتووا فى الدرجة والتعصيب ، فقسم المال بينهم على عددهم كالميراث •

(والثانى) يخص به الحاكم من رأى منهم لأنه ربما كان العقل قليلا فخص كل واحد منهم فلس أو مليم • وفى تقسيط ذلك سفه •

فـــرع اذا كان جميع العاقلة حضوراً فى بلد القاتل فان الحاكم يقسم الدية عليهم على ما مضى ؛ وان كانوا كلهم غائبين عن بلد القاتل وهم فى بلد واحد فان حاكم البلد الذى فيه القاتل اذا ثبت عنده القتل يكتب الى حاكم البلد الذى فيه العاقلة ليقسم الدية عليهم ، فان كان بعض العاقلة حضوراً فى بلد القاتل وبعضهم غائباً عنه فى بلد آخر نظرت ــ فان حضر معه الأقربون اليه ، وأمكن أن يحمل ثلث الدية على الأقربين ــ لم يحمل على من بعدهم ، وان لم يكن حمل ثلث الدية على الأقربين حمل على من بعدهم ؛ وان كانوا غائبين ، وبهذا قال أحمد وأصحابه وأبو حنيفة ، وان كان جماعة من العـاقلة فى درجة واحدة وبعضهم حاضر فى بلد القـاتل وبعضهم غائب عنه فى بلد آخر ، فان لم يكن فى الحضور ســعة لاستغراق الدية ففيه قولان :

(أحدهما) أن الحاكم يقسم الدية على الحاضرين دون الغائبين ؛ وهو قول مالك رضى الله عنه •

(والثانى) تقسم الدية على الجميع ؛ وبه قال أبو حنيفة وأحمد ؛ فان حضر معه الأبعدون وغاب الأقربون فاختلف أصحابنا فيه ، فقال الشيخ أبو اسحاق والمسعودى هى على القولين فى التى قبلها ، وقال الشيخ أبو حامد وأكثر أصحابنا يقدم الأقربون قولا واحداً ، لأنه مبنى على التعصيب ؛ وكل من قرب كان أولى كالميراث •

اذا ثبت هذا فقد قال الشافعى رضى الله عنه : ولا يقدم نجم الا بعد حلوله • وجملة ذلك أن الدية اذا وجبت على العاقلة ــ فان كانت الابل موجودة معهم أو فى بلدهم بثمن مثلها عند الحول وجب عليهم أن يجمعوا ما وجب على كل واحد منهم ويشتروا به ابلا ــ فان كانت معدومة أو موجودة بأكثر من ثمن مثلها انتقلوا الى بدلها ؛ وبدلها فى قوله القديم اثنا عشر ألف درهم أو ألف مثقال ؛ وفى قوله الجديد قيمتها ، فاذا قلنا : تجب قيمتها فانها تقوم عليهم عند حلول الحول أقل ابل لو بذلوها ولزم الولى قبول ذلك ، فان أخذ الولى القيمة ثم وجدت الابل لم يكن له المطالبة بالابل ؛ لأن الذمة قد برئت بالقبض ؛ وان قومت الابل ثم وجدت الابل قبل قبض القيمة كان للولى أن يطالب بالإبل ، لأن حقه فى الإبل لم يسقط بالتقويم ، الله تعالى أعلم بالصواب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب اختلاف الجانى وولى الدم

اذا قتل رجلا ثم ادعى أن المقتول كان عبدا ، وقال الولى بل كان حرا ، فالمنصوص أن القول قول الولى مع يمينه . وقال فيمن قذف امرأة ثم ادعى انها أمة أن القول قول القاذف ، فمن أصحابنا من نقل جوابه فى كل واحدة من المسألتين الى الأخرى وجعلهما على قولين (أحدهما) أن القول قول الجانى والقاذف ، لأن ما يدعيان محتمل ، لأن الدار تجمع الأحرار والعبيد ، والاصل فيه حمى الظهر وحقن الدم ، والثانى أن القول قول ولى المجنى عليه والمقذوف ، لأن الظاهر من الدار الحرية ، ولهذا لو وجد فى الدار لقيط حكم بحريته .

ومن أصحابنا من قال القول فى الجناية قول الولى ، والقول فى القذف قول القاذف . والفرق بينهما انا اذا جعلنا القول قول القاذف أسقطنا حد القذف وأوجبنا التعزير فيحصل به الردع ، واذا جعلنا القول قول الجانى سقط القصاص ولم يبق ما يقع به الردع .

فصل اذا وجب له القصاص فى موضحة فاقتص فى أكثر من حقه أو وجب له القصاص فى أصبع فاقتص فى أصبعين وادعى انه أخطأ فى ذلك وادعى المستقاد منه أنه تعمد ، فالقول قول المقتص مع يمينه ، لأنه أعرف بفعله وقصده وما يدعيه يجوز الخطأ فى مثله فقبل قوله فيه .

وان قال المقتص منه : ان هذه الزيادة حصلت باضطرابه وأنكره المستقاد منه ففيه وجهان (أحدهما) أن القول قول المقتص ، لأن ما يدعيه كل واحد منهما محتمل والأصل براءة الذمة (والثانى) أن القول قول المستقاد منه لأن الأصل عدم الاضطراب .

فصل اذا اشترك ثلاثة فى جرح رجل ومات المجروح ثم ادعى أحدهم أن جراحته اندملت وأنكر الآخران وصدق الولى المدعى نظرت — فان أراد القصاص — قبل تصديقه ، ولم يجب على المدعى الا ضمان الجراحة لأنه لا ضرر على الآخرين لأن القصاص يجب عليهما فى الحالين ، وان أراد أن يأخذ الدية لم يقبل تصديقه لأنه يدخل الضرر على الآخرين ، لأنه اذا حصل القتل

من الثلاثة وجب على كل واحد منهم ثلث الدية ، واذا حصل من جراحهما وجب على كل واحد منهما نصف الدية ، والأصل براءة ذمتهما مما زاد على الثلث .

فصل **اذا قد رجلا ملفوفا فى كساء ثم ادعى أنه قده وهو ميت . وقال الولى : بل كان حياً ففيه قولان .**

((احدهما) أن القول قول الجانى لأن ما يدعيه محتمل ، والأصل براءة ذمته .

(والثانى) أن القول قول الولى ، لأن الأصل حياته وكونه مضموناً ، فصار كما لو قتل مسلماً وادعى أنه كان مرتداً) .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : ولو أن رجلا ادعى أن رجلا قتل أباه عمداً بما فيه القود وأقر المدعى عليه أنه قتله خطأ ، فالقتل خطأ والدية عليه فى ثلاث سنين بعد أن يحلف ما قتله الا خطأ ، فان نكل حلف المدعى لقتله عمداً وكان له القود ، وهكذا ان أقر أنه أقر أنه قتله عمداً بالشىء الذى اذا قتله به لم يقد منه ، ولو ادعى رجل على رجل أنه قتل أباه وحده خطأ فأقر المدعى عليه أنه قتله عمداً بالشىء الذى اذا قتله به لم يقد منه .

ولو ادعى رجل على رجل أنه قتل أباه وحده خطأ ، فأقر المدعى أنه قتله هو وغيره معه ، كان القول قول المقر مع يمينه ولم يغرم الا نصف الدية . ولا يصدق على الذى زعم أنه قتله معه .

ولو قال : قتلته وحدى عمداً وأنا مغلوب على عقلى بمرض — فان علم أنه كان مريضاً مغلوباً على عقله — قبل قوله مع يمينه ، وان لم يعلم ذلك فعليه القود بعد أن يحلف ولى الدم لقتله غير مغلوب على عقله ، وهكذا لو قامت بينة بأنه قتله فقال قتلته وأنا مغلوب على عقلى . ا هـ .

وجملة ذلك أنه اذا قال الجانى قتلته وأنا صبى ، وقال الولى : بل قتلته وأنت بالغ ولا بينة فالقول قول الجانى مع يمينه لأن الأصل فيه الصغر ، وان قال القاتل : قتلته وأنا مجنون ، وقال الولى : بل قتلته وأنت

عاقل ــ فان لم يعرف له حال جنون ــ فالقول قول الولى مع يمينه ، لأن الأصل عدم الجنون • وان عرف له حال جنون • ولم يعلم أنه قتله فى حال الجنون أو فى حال العقل ؛ فالقول قول الجانى مع يمينه لأنه أعرف بحاله ، والأصل براءة ذمته مما يدعى عليه وحكى ابن الصباغ وجها آخر أن القول قول الولى مع يمينه • لأن الأصل السلامة والأول أصح ، فان أقام الولى شاهدين أنه قتله وهو عاقل وأقام القاتل شاهدين أنه قتله وهو مجنون تعارضت البينات وسقطتا وان اتفق الجانى والولى أنه قتله وهو زائل العقل لكن اختلفا بما زال به عقله ، فقال الجانى : زال بالجنون • وقال الولى : بل زال بالسكر ، وقلنا يجب القصاص على السكران ، فالقول قول الجانى لأنه أعرف بحاله لأن الأصل عدم وجوب القصاص عليه •

اذا ثبت هذا اذا وجب القصاص فى أصبع فقطع له أصبعين ، وقال المقتص أخطأت وقال المقتص منه بل تعمدت فالقول قول المقتص مع يمينه لأنه أعلم بفعله ، وان قال المقتص حصلت الزيادة باضطراب الجانى وقال الجانى : بل قطعتها عامداً ففيه وجهان (أحدهما) القول قول الجانى لأن الأصل عدم الاضطراب (والثانى) القول قول المقتص لأن الأصل براءة ذمته من الضمان •

فرع وان جرح ثلاثة رجلا ومات ، فقال أحدهم اندملت جراحتى ثم مات من جراحة الآخرين وصدقه الولى وكذبه الآخران ، فان كانت الجنايات موجبة للقصاص فأراد الولى القصاص لم يؤثر تكذيب الآخرين ، لأن القصاص يجب عليهما بكل حال ، وان عفا الولى عن القصاص الى الدية وكانت الجنايات غير موجبة للقصاص قبل تصديق الولى فى حق نفسه دون الآخرين ، لأن عليهما فى ذلك ضررا ، الا أنه اذا مات من جراحة ثلاثة وجب على كل واحد منهم ثلث الدية ، واذا مات من جراحة اثنين وجب على كل واحد منهما نصف الدية وان قد رجلا ملفوفا ؛ فقال الضارب : كان ميتا ، وقال الولى : بل كان حياً ففيه قولان :

(أحدهما) القول قول الجانى ، لأن الأصل براءة ذمته (والثانى) القول قول الولى ؛ لأن الأصل فيه الحياة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل وان جنى على عضو ثم اختلفا فى سلامته فادعى الجانى انه جنى عليه وهو أشل ، وادعى المجنى عليه انه جنى عليه وهو سليم ، فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : فيه قولان (أحدهما) أن القول قول الجانى ، لأن ما يدعيه كل واحد منهما محتمل ، والأصل براءة ذمته (والثانى) أن القول قول المجنى عليه لأن الأصل سلامة العضو ، ومنهم من قال القول فى الأعضاء الظاهرة قول الجانى ، وفى الأعضاء الباطنة القول قول المجنى عليه ، لأنه لا يتعذر عليه اقامة البينة على السلامة فى الأعضاء الظاهرة فكان القول قول الجانى ويتعذر عليه اقامة البينة فى الأعضاء الباطنة ، والأصل السلامة فكان القول قول المجنى عليه ولهذا لو علق طلاق امرأته على ولادتها ، فقالت ولدت لم يقبل قولها ، لأنه يمكن اقامة البينة على الولادة .

ولو علق طلاقها على حيضها فقالت : حضت قبل قولها لأنه يتعذر اقامة البينة على حيضها ، فان اتفقا على سلامة العضو الظاهر وادعى الجانى انه طرأ عليه الشلل وانكر المجنى عليه ففيه قولان :

(احدهما) أن القول قول الجانى ، لأنه لا يتعذر اقامة البينة على سلامته .

(والثانى) أن القول قول المجنى عليه ، لأنه قد ثبتت سلامته فلا يزال عنه حتى يثبت الشلل .

فصـــــل اذا أوضح رأس رجل موضحتين بينهما حاجز ثم زال الحاجز ، فقال الجانى : تأكل ما بينهما بسراية فعلى فلا يلزمنى الا أرش موضحة ، وقال المجنى عليه : أنا خرقت ما بينهما فعليك أرش موضحتين ، فالقول قول المجنى عليه ، لأن ما يدعيه كل واحد منهما محتمل ، والأصل بقاء الموضحتين ووجوب الأرشين ، وان أوضح رأسه فقال الجانى أوضحته موضحة واحدة ، وقال المجنى عليه أوضحتنى موضحتين وأنا خرقت ما بينهما، فالقول قول الجانى لأن ما يدعيه كل واحد منهما محتمل ، والأصل براءة الذمة) .

الشرح اذا قطع رجل عضوا من رجل ثم اختلفا . فقال الجانى : قطعته وهو أشل وقال المجنى عليه قطعته وهو سليم ، فاختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال : فيه قولان (أحدهما) القول قول الجانى ، وهو قول

أبى حنيفة ؛ لأن الأصل براءة ذمته من الضمان (والثانى) القول قول المجنى عليه ، وهو قول أحمد ، لأن الأصل سلامته من الشلل •

ومنهم من قال : ان كان اختلافهما فى الأعضاء الظاهرة كاليد والرجل وما أشبههما فالقول قول الجانى ، وان كان اختلافهما فى الأعضاء الباطنة كالذكر والأنثيين ؛ فالقول قول المجنى عليه لأن الأعضاء الظاهرة يمكن المجنى عليه اقامة البينة على سلامتها فلم يقبل قوله فى سلامتها والباطنة لا يمكن اقامة البينة على سلامتها فقبل قوله فى سلامتها كما قلنا فيمن علق طلاق امرأته على دخول الدار فانه لا يقبل قولها ، فلو علق طلاقها على حيضها قبل قولها ، فاذا قلنا القول قول الجانى فى الأعضاء الظاهرة وانما لا يكون ذلك اذا لم يقر الجانى أن المجنى عليه كان صحيحاً •

فأما اذا أقر أنه كان صحيحاً ثم ادعى أن علته الشلل وجنى عليه وهو أشل ؛ وقال المجنى عليه : بل كان صحيحاً وقت الجناية ففيه قولان •

(أحدهما) القول قول الجانى مع يمينه ؛ لأن البينة لا تتعذر على المجنى عليه على سلامته فلم يقبل قوله فى سلامته •

(والثانى) القول قول المجنى لأنهما قد اتفقا على سلامته قبل الجناية، والأصل بقاء سلامتها ، ومتى قلنا القول قول المجنى عليه لأنهما قد اتفقا على سلامته قبل الجناية والأصل بقاء سلامتها فلم يقبل قول الجانى ، ومتى قلنا القول قول الجانى فأراد المجنى عليه اقامة البينة على سلامة العضو والمجنى عليه نظرت فان شهدت أن الجانى جنى عليه وهو سليم قبلنا ؛ وان شهدت عليه أنه كان سليما قبل الجناية • فان قلنا ان الجانى اذا أقر سلامته قبل الجناية فان القول قوله لم تقبل هذه البينة • وان قلنا هناك القول قول المجنى عليه قبلت لأن المجنى عليه يحتاج أن يختلف معها لجواز أن يكون قد حدث لها شلل بعد الشهادة وقبل الجناية •

قوله « اذا أوضح رأس رجل موضحتين الخ » فانه حدث ثم زال الحاجز بين الموضحتين ، فقال الجانى : تأكل ما بينهما بجنايتى فلا يلزمنى

الا أرش موضحة ، وقال المجنى عليه : بل أوضحته موضحتين ، وأنا خرقت ما بينهما فالقول قول الجانى مع يمينه ؛ لأن الأصل براءة ذمته مما زاد على أرش موضحة .

وان قطع أصبعه ثم زال كفه فقال المجنى عليه سرى القطع اليه ، وقال الجانى لم يسر اليه القطع ، وانما زال بسبب آخر ، فالقول قول الجانى مع يمينه ، لأن الأصل عدم السراية ، فأما اذا داوى المجنى عليه موضع القطع ، فقال الجانى تأكلت بالدواء ، وقال المجنى عليه تأكلت بالقطع سئل أهل الخبرة بذلك الدواء فان قالوا انه يأكل اللحم الميت والحى ، فالقول قول الجانى مع يمينه لأن الظاهر أنه تأكل ، وان قالوا : انه يأكل الميت دون الحى فالقول قول المجنى عليه مع يمينه فان لم يعرف ذلك فالقول قول المجنى عليه مع يمينه أيضاً ، لأنه أعلم بصفة الدواء ؛ ولأن الظاهر أنه لا يداوى الجراح بما يضره ويزيد فيه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان قطع رجل يدى رجل ورجليه ومات واختلف الجانى والولى فقال الجانى مات من سراية الجنايتين فعلى دية واحدة . وقال الولى بل اندملت الجنايتان ثم مات فعليك ديتان ، فان كان قد مضى زمان يمكن فيه اندمال الجراحتين فالقول قول الولى ، لأن الأصل وجوب الديتين ، وان لم يمض زمان يمكن فيه الاندمال ، فالقول قول الجانى لأن ما يدعيه الولى غير محتمل ، وان اختلفا فى المدة فقال الولى مضت مدة يمكن فيها الاندمال ، وقال الجانى لم يمض فالقول قول الجانى لأن الأصل عدم المدة .**

فصل **وان قطع يد رجل ومات فقال الولى مات من سراية قطعك فعليك الدية ، وقال الجانى اندملت جنايتى ومات بسبب آخر فعلى نصف الدية نظرت فان لم تمض مدة يمكن فيها الاندمال ، فالقول قول الولى ، لأن الظاهر أنه مات من سراية الجناية ، ويحلف على ذلك لجواز أن يكون قتله آخر ، أو شرب سماً فمات منه ، وان مضت مدة يمكن فيها الاندمال ثم مات ، فان كان مع الولى بينة أنه لم يزل متألما ضمنا الى أن مات فالقول قوله مع يمينه ، لأن الظاهر أنه مات من الجناية ، وان لم يكن معه بينة على ذلك فالقول قول**

الجانى ، لأن ما يدعيه كل واحد منهما ممكن ، والاصل براءة ذمة الجانى مما زاد على نصف الدية .

فصـــل **وان قطع يد رجل ومات ثم اختلف الولى والجانى ، فقال الجانى شرب سماً أو جنى عليه آخر بعد جنايتى فلا يجب على الا نصف الدية . وقال الولى مات من سراية جنايتك فعليك الدية فليس فيها نص ، ويحتمل أن يكون القول قول الولى ، لأن الأصل حصول جنايته وعدم غيرها ، ويحتمل أن يكون القول قول الجانى ، لانه يحتمل ما يدعيه والأصل براءة ذمته) .**

الشرح اذا قطع رجل يدى رجل ورجليه ومات المجنى عليه ، فقال الجانى : مات من الجناية فلا يلزمنى الا دية واحدة ؛ وقال الوالى بل اندمل الجرحان ثم مات بسبب آخر فعليك ديتان ــ فان كان بين الجنايتين والموت زمان لا يمكن أن تندمل فيه الجراحات ــ فالقول قول الجانى بلا يمين ؛ لأنا قد علمنا صدقه ، وحكى ابن الصباغ أن الشيخ أبا حامد الاسفراييني قال فى التعليق : يحلف مع ذلك لجواز أن يكون مات بحادث آخر كلدغ الحية والعقرب .

وقال ابن الصباغ : والأول أولى ؛ لأن الولى ما ادعى ذلك ؛ واذا ادعى الاندمال وقد علم كذبه ؛ فأما اذا ادعى أنه مات بسبب آخر حلفنا الجانى لامكانه ، وان كان بينهما زمان لا تبقى اليه الجراحات غير مندملة كالسنين الكثيرة فالقول قول الولى بلا يمين . وان كان بينهما زمان يمكن أن تندمل فيه الجراحات ويمكن ألا تندمل فيه ، فالقول قول الولى فيه مع يمينه ؛ لأن الديتين قد وجبتا بالقطع وشك فى سقوط احداهما بالاندمال ، والأصل بقاؤهما ؛ فان أقام الولى بينة أنه لم يزل ضمنا من حين الجراحة الى أن مات فالقول قوله مع يمينه ، ولا يجب عليه الا دية ، لأن الظاهر أنه مات من الجنايتين ، وان اختلفا فيما مضى مدة يندمل فى مثلها الجراحات فالقول قول الجانى مع يمينه ، لأن الأصل عدم مضيها .

وان كان بينهما زمان لا تندمل فى مثله الجراحات وادعى الولى أنه مات بسبب آخر ، بأن قال : ذبح نفسه أو ذبحه آخر ، وقال الجانى : بل مات من سراية الجناية ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى على الطبرى :

ان القول قول الولى مع يمينه لأن الأصل بقاء الديتين ؛ وان قطع يده ثم مات فقال الولى : مات من سراية الجناية فعليك الدية • وقال الجانى : بل اندملت ثم مات بسبب آخر فلا يلزمنى من سراية الجناية ؛ وهل يحلف على ذلك ؟ يحتمل وجهين :

(أحدهما) يحلف لجواز أن يكون قتله آخر وشرب سماً فمات منه •

(والثانى) لا يحلف كما قال ابن الصباغ فى التى قبلها ، لأنا قد علمنا كذب الجانى • ولأنه لم يدع فى ذلك ، وانما ادعى الاندمال ؛ وان كان قد مضى من الزمان ما تندمل فى مثله الجراحات ــ فان كان مع الولى بينة أنه لم يزل ضمنا من حين الجناية الى الموت فالقول قول الجانى مع يمينه ؛ لأن الظاهر أنه مات بذلك ، وان لم يكن مع الولى بينة على ذلك فالقول قول الجانى ، وهل يلزمه اليمين ؟ يحتمل الوجهين فى التى قبلها •

وان مضى زمان يمكن أن يندمل فى مثله الجراحات ويمكن ألا يندمل ، فالقول قول الجانى مع يمينه ، لأن الأصل براءة ذمته مما زاد على نصف الدية • وان قطع يده ومات فى زمان لا تندمل فيه الجراحات فقال الولى : مات من سراية الجناية فعليك الدية ، وقال الجانى : بل شرب سماً فمات منه أو قتله آخر ففيه وجهان كالتى قلها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان جنى عليه جناية ذهب بها ضوء العين ، وقال أهل الخبرة : رجى عود البصر فمات ، واختلف الولى والجانى ، فقال الجانى عاد الضوء ثم مات ، وقال الولى لم يعد فالقول قول الولى مع يمينه ، لأن الأصل ذهاب الضوء وعدم العود ، وان جنى على عينه فذهب الضوء ثم جاء آخر فقلع العين واختلف الجانيان ، فقال الأول عاد الضوء ثم قلعت أنت فعليك الدية ، وقال الثانى : قلعت ولم يعد الضوء فعلى حكومة وعليك الدية ((فالقول قول الجانى لأن الأصل عدم العود ، فان صدق المجنى عليه الاول قبل قوله فى ابراء الأول لأنه يسقط عنه حقا له ، ولا يقبل قوله على الثانى ، لأنه يوجب عليه حقاً له ، والأصل عدمه •**

فصـــل اذا جنى على رجل جنـاية فادعى المجنى عليه انه ذهب سمعه وانكر الجانى امتحن فى أوقات غفلاته بالصياح مرة بعد مرة ، فان ظهر منة أمارات السماع فالقول قول الجانى لأن الظاهر يشهد له ولا يقبل قولة من غير يمين لانه يحتمل أن يكون ما ظهر من أمارة السماع اتفاقاً ، وان لم يظهر منه أمارة السماع فالقول قول المجنى عليه لأن الظـاهر معه ولا يقبل قوله فى ذلك من غير يمين ، لجواز أن يكون ما ظهر من عدم السماع لجودة تحفظه ، وان ادعى نقصان السمع فالقول قوله مع يمينه لأنه يتعـذر اقامة البينـة عليـه ولا يعرف ذلك الا من جهته وما يدعيه محتمل فقبل قوله مع يمينه كما يقبل قول المرأة فى الحيض ، وان ادعى ذهاب السمع من احدى الأذنين سد التى لم يذهب السمع منها ثم يمتحن بالصياح فى أوقات غفلاته ، فان ظهر منه امارة السماع فالقول قول الجانى مع يمينه وان لم يظهر منه أمارة السماع فالقول قول المجنى عليه مع يمينه لما ذكرناه .

فصـــل وان ادعى المجنى عليه ذهاب شمه وانكر الجانى ، امتحن فى أوقات غفـلاته بالروائح الطيبـة والروائح المنتنة ، فان كان لا يرتاح الى الروائح الطيبة ولا تظهر منة كراهية الروائح المنتنة فالقول قوله لأن الظاهر معه ويحلف عليه لجواز أن يكون قد تصنع لذلك ، وان ارتاح الى الروائح الطيبـة وظهرت منه الكراهية للروائح المنتنة فالقول قول الجانى ، لأن الظاهر يشهد له ويحلف على ذلك لجواز أن يكون ما ظهر من المجنى عليه من الارتياح والتكره اتفاقا ، وان حلف المجنى عليه على ذهاب شمه ثم غطى أنفه عند رائحة منتنة ، فادعى الجانى أنه غطاه لبقـاء شمه ، وادعى المجنى عليه انه غطـاه لحاجة أو لعادة ، فالقول قول المجنى عليه ، لأنه يحتمل ما يدعيه .

فصـــل وان كسر صلب رجل فادعى المجنى عليه انه ذهب جماعه فالقول قوله مع يمينه لأن ما يدعيه محتمل ، ولا يعرف ذلك الا من جهته فقبل قوله مع يمينه كالمرأة فى دعوى الحيض) .

الشرح اذا جنى على عين رجل ثم اختلفا ــ فقال الجانى : جنيت عليها وهو لا يبصر بها ، وقال المجنى عليه : بل كنت أبصر بها نظرت ، فان قال الجانى جنيت عليها عمياء لا يبصر بها ، فالقول قول الجانى مع يمينه لأنه لا يتعذر على المجنى عليه اقامة البينة على أنه كان يبصر بها ؛ فالقول قول الجانى مع يمينه ؛ لأنه لا يتعذر على المجنى عليه اقامة البينة على أنه كان يبصر بها .

وان قال الجانى : قد كان يبصر بها ولكن طرأ عليها العمى قبل الجناية ففيه قولان كما قلنا فى الجناية اذا أقر بصحة العضو ثم ادعى أن الشلل طرأ عليه قبل الجناية • واذا أراد المجنى عليه أن يقيم البينة ان كان يبصر بها فيكفى الشاهدين ان شهدا أنه كان يبصر بها ، ويسوغ لهما أن يشهدا بذلك اذا رأياه يبصر الشخص ويتبعه فى النظر كلما عطف الشخص جهته أتبعه البصر أو يتوقى البئر اذا أتاها أو يغمض عينه اذا جاء انسان يلمسها ، لأن الظاهر ممن فعل هذا أنه يبصر ، ويسعهما أن يشهدا على سلامة اليد اذا رأياه يرفع بها ويضع ، وليس للحاكم أن يسألهما عن الجهة التى تحملا بها الشهادة على ذلك ، كما ليس له أن يسألهما اذا شهدا للرجل يملك عين عن الجهة التى علما بها ملكه •

فـــرع وان جنى على عين رجل فذهب ضوؤها وقال أهل الخبرة : انه يرجى عوده الى مدة فمات المجنى عليه وادعى الجانى أن ضوءها قد عاد قبل موته ، وقال الولى : لم يعد فالقول قول الولى مع يمينه ، لأن الأصل عدم العود فيحلف أنه لا يعلم أن ضوء عين مورثه قد عاد ؛ لأنه يحلف على نفى فعل غيره ، وان جنى على عين رجل جناية ذهب بها ضوء عينه وبقيت الحدقة ثم جاء آخر وقلع الحدقة فادعى الجانى الأول أن الثانى قلع الحدقة بعد أن عاد ضوؤها • وقال الجانى الثانى قلعتها قبل عود ضوئها ــ فان صدق المجنى عليه الجانى الأول قبل تصديقه فى حق الأول ؛ لأن ذلك يتضمن اسقاط حقه عنه ولا يقبل قوله على الثانى ؛ لأن ذلك يوجب الضمان عليه • والأصل براءة ذمته من الضمان فيحلف الثانى أنه قلعها قبل أن عاد ضوؤها ولا يلزمه الا الحكومة •

قوله : « فادعى المجنى عليه أنه ذهب سمعه الخ » فجملة ذلك أنه اذا جنى على أذنه جناية وادعى المجنى عليه أنه ذهب سمعه وكذبه الجانى ــ فان المجنى عليه يراعى أمره فى وقت غفلاته ، فان كان يضطرب عند صوت الرعد واذا صيح به وهو عاقل أجاب أو اضطرب أو ظهر منه شىء يدل على أنه سامع • فالقول قول الجانى لأن الظاهر أنه لم يذهب سمعه ، ويحلف الجانى أنه لم يذهب سمعه لجواز أن يكون ما ظهر منه اتفاقا الا أنه

يسمع ، وان كان لا يضطرب لصوت الرعد ولا يجيب اذا صيح به مع غفلته ولا يضطرب لذلك فالقول قول المجنى عليه لأن الظاهر أنه لا يسمع • ويحلف أنه قد ذهب سمعه لجواز أن يكون قد تصنع لذلك ، فان ادعى أنه ذهب سمعه فى احدى الأذنين دون الأخرى سدت الصحيحة وأطلقت العليلة وامتحن فى أوقات غفلاته على ما ذكرناه • وان ادعى أنه نقص سمعه بالجناية ولم يذهب فالقول قوله مع يمينه فى قدر نقصه لأنه لا يتوصل الى معرفة ذلك الا من جهته •

فرع اذا جنى على أنفه جناية فادعى المجنى عليه أنه ذهب بها شمه وأنكر الجانى أنه لم يذهب شمه قربت اليه الروائح الطيبة والمنتنة فى أوقات غفلاته ، فان هش الى الروائح الطيبة أو عبس الروائح المنتنة ، فالقول قول الجانى مع يمينه ، وان لم يظهر منه ذلك فالقول قول المجنى عليه مع يمينه لما ذكرناه فى السمع ، وان ادعى ذهاب شمه من أحد المنخرين أو ادعى نقصانه فعلى ما ذكرناه فى السمع • واذا حلف المجنى عليه أن سمعه أو شمه قد ذهب بالجناية وأخذ الدية فاضطرب عند صوت رعد ، فان ادعى الجانى أن سمعه قد عاد وارتاح الى رائحة طيبة أو غطى أنفه عند رائحة منتنة فادعى الجانى أن شمه قد عاد وادعى المجنى عليه أنه لم يعد فالقول قول المجنى عليه مع يمينه لأن الأصل عدم عوده وما ظهر منه يحتمل أن يكون اتفاقاً أو مصادفة ، أو غطى أنفه لغبار أو لريح دخل بها •

فرع اذا قطع لسان رجل فادعى الجانى أنه كان أبكم قتل الجناية وادعى المجنى عليه أنه لم يكن أبكم نظرت ــ فان ادعى الجانى أنه خلق أبكم ــ فالقول قول الجانى مع يمينه لأنه لا يتعذر على المجنى عليه اقامة البينة على الكلام • وان أقر الجانى أنه كان يتكلم بلسانه وادعى أن البكم طرأ عليه قبل الجناية ففيه قولان كما قلنا فيمن أقر بصحة العضو وادعى طرءان الشلل عليه قبل الجناية ، وان جنى على ظهره فادعى المجنى عليه أنه ذهب بذلك جماعه ، وأنكر الجانى فالقول قول المجنى عليه مع يمينه لأنه لا يتوصل الى العلم بذلك الا من جهته •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان اصطدمت سفينتان فتلفتا وادعى صاحب السفينة على القيم أنه فرط فى ضبطها وأنكر القيم ذلك فالقول قوله مع يمينـه ، لأن الأصل عدم التفريط وبراءة الذمة .

فصـــل اذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً ثم اختلفا فقـال الضارب : ما اسقطت من ضربى ، قالت المرأة : أسقطت من ضربك نظرت ـ فان كان الاسقاط عقيب الضرب ـ فالقول قولها لأن الظـاهر معها ، وان كان الاسقاط بعد مدة نظرت ـ فان بقيت المرأة متألمة الى أن أسقطت ـ فالقول قولها لأن الظاهر معها ، وان لم تكن متألمة فالقول قوله ، لأنه يحتمل ما يدعيه كل واحد منهما ، والأصل براءة الذمة ، وان اختلفـا فى التألم فالقـول قول الجانى ، لأن الأصل عدم التألم .

وان ضربها فأسقطت جنيناً حياً ومات واختلفا ، فقـالت المرأة مات من ضربك وقال الضـارب مات بسبب آخر ، فان مات عقيب الاسـقاط فالقول قولها ، لأن الظاهر معها وانه مات من الجناية ، وان مات بعـد مدة ولم تقم البينة انه بقى متألماً الى أن مات فالقول قول الضارب مع يمينه ، لأنه يحتمل ما يدعيه والأصل براءة الذمة وان أقامت بينة أنه بقى متألماً الى أن مات فالقول قولها مع اليمين ، لأن الظاهر أنه مات من جنايته .

فصـــل وان اختلفا فقالت المرأة استهل ثم مات وأنكر الضـارب فالقول قوله لأن الأصل عدم الاستهلال ، وان ألقت جنينا حياً ومات ثم اختلفا فقال الضارب كان أنثى ، وقالت المرأة كان ذكراً فالقول قول الضـارب ، لأن الأصل براءة الذمة مما زاد على دية الأنثى) .

الشرح ما جاء فى اصطدام السفينتين على وجهه ، أما اذا أسقطت امرأة جنينا ميتاً فادعت على انسان أنه ضربهـا وأسقطت من ضربته ، فان أنكر الضرب ولا بينة فالقول قوله مع يمينه ؛ لأن الأصل عدم الضرب وان أقر بالضرب وأنكر أنها أسقطت جنيناً فعليها أن تقيم البينة أنهـا أسقطت جنيناً لأنه يمكنها اقامة البينة على ذلك ؛ فان لم يكن معها بينة فالقول قول الضارب مع يمينـه أنه لا يعلم أنها أسقطت جنينـا ؛ لأن الأصـل عدم الاسقاط ، وان أقامت البينة أنها أسقطت جنيناً أو أقر الضارب أنها أسقطت

جنيناً الا أنه أنكر أنها أسقطته من ضربه نظرت ، فان أسقطت عقيب الضرب أو بعد الضرب بزمان ، الا أنها بقيت متألمة من حين الضرب الى أن أسقطت فالقول قولها مع يمينها ، لأن الظاهر أنها أسقطته من ضربه ، وان أسقطت بعد الضرب بزمان وكانت غير متألمه بعد الضرب فالقول قوله مع يمينه ، لأن الأصل براءة ذمته من الضمان ، وان اختلفا فادعت أنها بقيت متألمة بعد الضرب الى أن أسقطت وأنكر ذلك ولا بينة لها على التألم فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم التألم •

اذا ثبت هذا فانه اذا ضربها فأسقطت جنينا حياً ثم مات ، فقال ورثة الجنين مات من الضرب ، وقال الجانى مات بسبب آخر ، فان مات عقيب الاسقاط أو بعد الاسقاط بزمان الا أنه بقى متألماً الى أن مات فالقول قول ورثة الجنين مع أيمانهم ؛ لأن الظاهر أنه مات من الضرب •

وان مات بعد الاسقاط بزمان ، وكان غير متألم بعد الاسقاط ، فالقول قول الضارب مع يمينه لأن الأصل براءة ذمته من الضمان • وان اختلفوا فى تألمه فالقول قول الضارب لأن الأصل عدم تألمه •

واذا ادعى ورثة الجنين أنه سقط حياً ومات من الضرب ، وقال الجانى بل سقط ميتاً فالقول قول الجانى مع يمينه لأن الأصل عدم الحياة فيه ، فان أقام ورثته بينة أنه سقط حياً وأقام الجانى وعاقلته بينة أنه سقط ميتا قدمت بينة ورثة الجنين لأن معها زيادة علم ، وان أسقطت من ضربه جنينا حياً ومات من الضرب فقال ورثة الجنين انه كان ذكراً فعليك دية ذكر ؛ وقال الجانى بل كان أنثى فالقول قول الجانى مع يمينه لأن الأصل براءة ذمته مما زاد على دية أنثى وان ضربها فأسقطت جنينين ذكراً أو أنثى فاستهل أحدهما ومات من الضرب وأحدهما سقط ميتا ، فان عرف المستهل منهما وجبت فيه الدية الكاملة وفى الآخر الغرة ، وأن لم يعرف المستهل منهما لم يلزم العاقلة الا دية أنثى وغرة عبد أو أمة أو تقدير قيمة العبد أو الأمة عند تعذر وجودهما لأن اليقين وما زاد مشكوك فيه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان ادعى رجل على رجل قتلا تجب فيه الدية على العاقلة ، وصدقه المدعى عليه وأنكرت العاقلة وجبت الدية على الجانى باقراره ولا تجب على العاقلة من غير بينة ، لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال : « لا تحمل العاقلة عمداً ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا » ولأنا لو قبلنا اقراره على العاقلة لم يؤمن ان لم يواطىء فى كل وقت من يقر له بقتل الخطأ ، فيؤدى الى الاضرار بالعاقلة ، وان ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ، فقال الجانى كان ميتا ، وقالت المرأة : كان حيا فالقول قول الجانى لانه يحتمل ما يدعيه كل واحد منهما والأصل براءة الذمة ، وان صدق الجانى المرأة أنكرت العاقلة وجب على العاقلة قدر الغرة لانها لم تعترف بأكثر منها ووجبت الزيادة فى ذمة الجانى ، لأن قوله مقبول على نفسه دون العاقلة .

فصـــل اذا سلم من عليه الدية الابل فى قتل العمد ثم اختلفا فقال الولى : لم يكن فيها خلفات ، وقال من عليه الدية : كانت فيها خلفات فان لم يرجع فى حال الدفع الى أهل الخبرة ، فالقول قول الولى ، لأن الأصل عدم الحمل ، فان رجع فى الدفع الى قول أهل الخبرة ففيه وجهان :

(أحدهما) أن القول قول الولى لما ذكرناه .

(والثانى) أن القول قول من عليه الدية لأنا حكمنا بأنها خلفات بقول أهل الخبرة فلم يقبل فيه قول الولى) .

الشرح أثر ابن عباس أخرجه أحمد فى مسنده والبيهقى ولفظه « لا تحمل العاقلة عمداً ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما جنى المملوك » وأخرجه الدارقطنى عن عمر رضى الله عنه بلفظ « قال عمر : العمد والعبد والصلح والاعتراف لا تعقله العاقلة » وأخرجه أيضا البيهقى عن عمر قال فى التلخيص : وهو منقطع وفى اسناده عبد الملك بن حسين وهو ضعيف . قال البيهقى : والمحفوظ أنه عن عامر الشعبى من قوله ، وقال مالك فى الموطأ ، وقال الزهرى : مضت السنة أن العاقلة لا تحمل شيئا من دية العمد الا أن يشاءوا .

فان قيل : ولماذا اختار المصنف أثرا موقوفا على ابن عباس مع وروده

مرفوعا من حديث عبادة بن الصامت عند الدارقطنى والطبرانى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا تجعلوا على العاقلة من دية المعترف شيئا » قلنا فى اسناده محمد بن سعيد المصلوب وهو كذاب تحرم الرواية عنه ، والحرث بن نبهان وهـو منكر الحديث وقول الزهرى الذى حكاه مالك روى معناه البيهقى عن أبى الزناد عن الفقهاء من أهل المدينة .

أما الأحكام فانه اذا ادعى على رجل قتلا ثبت فيه الدية على عاقلته ، فأقر بذلك فكذبه العاقلة كانت الدية فى ماله لمـا قدمنا من الآثار عن ابن عباس وعمر والزهرى وأبى الزناد واتفاق أهل المدينـة ، هو وان لم يكن حجة عندنا الا أنه لا مخالف لهم فيه فكان اجماعا ، ولأنا لو قبلنا اقراره على العاقلة لم يؤمن أن يتواطأ مع من يقر له بقتل الخطأ ليدخل الضرر على العاقلة فلم يقبل اقراره . فان ضرب بطن امرأة فأسقطت جنينـا من ضربه فادعى ورثة الجنين أنه سقط حيا ومات من ضربته وصدقهم الجانى ، وقالت العاقلة بل سقط ميتا ، فالقول قولهم مع أيمـانهم . فاذا حلفوا لم يلزمهم أكثر من قدر الغرة ، ويجب تمـام الدية فى مال الجـانى ؛ لأنه وجبت باعترافه ، هـكذا لو أسقطت جنينا حيـا مات من الضرب فقـال ورثة الجنين : كان ذكرا وصدقهم الجانى ، وقالت العاقلة بل كان أنثى فالقول قول العاقلة مع أيمانهم ، فاذا حلفوا لم يلزمهم الا دية امرأة ووجب فى مال الجانى تمام دية الرجل ، لأنه وجب باعترافه .

فـــرع الخلفة من الابل هى الحامل وجمعها مخاض من غير لفظها، كما تجمع المرأة على النساء ، وربما جمعت على لفظها فقيل خلفات كما فى كلام المصنف فاذا وجب على قاتل العمـد الخلفات فأحضر ابلا ليدفعها . وقال هن خلفـات وقال الولى لسن بخلفـات ، عرضت على أهل الخبرة بالابل ، فان قالوا : هن حوامل كلف الولى أخذها .

فان قالوا : لسن بحوامل كلف الجانى احضار الحوامل ودفعهن ، فان أخذ الولى الابل بقول أهل الخبرة أنهن حوامل واتفق هو والقـاتل أنهن حوامل . فان صح أنهن حوامل فقد اسـتوفى حقه . وان خرجن حوامل

نظرت ـ فان كانت الابل حاضرة ولم يعينهـا كان للولى ردها والمطـالبة بحوامل ؛ وان كان الولى قد غيبها مدة يمكن أن تضع فيها فقال القاتل : كن حوامل وقد وضعن فى يدك ، وقال الولى : لم تكن حوامل ، فان كان الولى قد أخذ الابل باتفاقهما لا بقول أهل الخبرة فالقول قول الولى مع يمينه ؛ لأن الأصل عدم الحمـل . وان كان قـد أخذها بقول أهل الخبرة ففيه وجهان :

(أحدهما) القول قول الولى مع يمينه لأن اهل الخبرة انما يخبرون من طريق الظن والاستدلال ، ويجوز ألا يكون صحيحا ؛ فكان القول قول الولى مع يمينه كما لو أخذها الولى باتفاقهما .

(والثانى) أن القول قول الجانى مع يمينـه لأنا قد حكمنا بكونهـا حوامل بقول أهل الخبرة ، فاذا ادعى الولى أنها ليست بحوامل كان قوله مخالفا للظاهر فلم يقبل والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب كفارة القتل

من قتل من يحرم عليه قتله من مسلم أو كافر له أمان خطأ ـ وهو من أهل الضمان ـ وجبت عليه الكفارة ، لقوله تعـالى ((ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله)) وقوله تبـارك وتعالى ((فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثـاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة)) فان قتله عمداً أو شبه عمد وجبت عليه الكفارة ، لأنها اذا وجبت فى قتل الخطأ مع عدم المأثم فلأن تجب فى العمـد وشبه العمد وقد تغلظ بالاثم أولى .

وان توصل الى قتله بسبب يضمن فيه النفس ، كحفر البئر ، وشـهادة الزور والاكراه وجبت عليه الكفارة ، لأن السبب كالمباشرة فى ايجاب الضمان فكان كالمباشرة فى ايجـاب الكفارة ، فان ضرب بطن امرأة فالقت جنينـا ميتا وجبت عليه الكفارة لأنه آدمى محقون الدم لحرمته فضمن بالكفارة كغيره . وان قتل نفسه أو قتل عبده وجبت عليه الكفارة ، لأن الكفارة تجب لحق الله تعـالى وقتل نفسه وقتل عبده كغيرهما فى التحريم لحق الله تعالى ، فكان كقتل غيرهما

فى ايجاب الكفارة ، فان اشترك جماعة فى قتل واحد وجب على كل واحد منهم كفارة . ومن أصحابنا من قال فيه قول آخر أنه يجب على الجميع كفارة واحدة ، لأنها كفارة تجب بالقتل ، فاذا اشترك الجماعة فيه وجبت عليهم كفارة واحدة كالكفارة فى قتل الصيد ، والمشهور هو الأول لأنها كفارة لا تجب على سبيل البدل ، فاذا اشترك الجماعة فى سببها وجب على كل واحد منهم كفارة ككفارة الطيب واللباس .

فصل **والكفارة عتق رقبة مؤمنة ، فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين لقوله تعالى (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله ـ الى قوله تعالى ـ فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين) فان لم يستطع ففيه قولان .**

(أحدهما) يلزمه اطعام ستين مسكينا ، كل مسكين مد من الطعام ، لأنه كفارة يجب فيها العتق أو صيام شهرين ، فوجب فيها اطعام ستين مسكينا قياسا على كفارة الظهار والجماع فى رمضان .

(والثانى) لا يلزمه الاطعام لأن الله تعالى ذكر العتق والصيام ولم يذكر الاطعام ، ولو وجب ذلك لذكره كما ذكره فى كفارة الظهار ، وصفة الرقبة والصيام والطعام اذا أوجبناه على ما ذكرنا فى الظهار فأغنى عن الاعادة) .

الشرح هذه الآيات القرآنية من أمهات الأحكام . ذكر أبو حاتم بسنده عن ابن عمر أن عياش بن أبى ربيعة قتل الحارث بن يزيد بن أبى أنيسة العامرى لحنة كانت بينهما اذ هاجر الحارث مسلماً فلقيه عياش فقتله ولم يشعر باسلامه ، فلما أخبر أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله انه كان من أمرى وأمر الحارث ما قد علمت ولم أشعر باسلامه حتى قتلته ، فنزلت الآية .

أما الأحكام فان هذه الآية أصل فى وجوب الكفارة . فذكر الله تعالى فى الآية ثلاث كفارات ، احداهن اذا قتل مؤمنا فى دار الاسلام بقوله « ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة » الثانية : اذا قتل مؤمنا فى دار الحرب بأن كان أسيراً فى صفهم أو مقيما باختياره بقوله تعالى « فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة » ومعناه فى قوم عدو لكم . والثالثة : اذا قتل ذمياً بقوله تعالى « وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة » .

اذا ثبت هذا فظاهر الآية بقوله تعالى « وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا الا خطأ » أنه ما ينبغى لمؤمن أن يقتل مؤمناً الا خطأ •

قال العمرانى : الاستثناء من النفى اثبات ، فليس له أن يقتله عمداً وله قتله خطأ • وقال القرطبى : ليس على النفى وانما هو على التحريم والنهى كقوله تعالى « وما كان لكم أن تؤذوا رسول الله » ولو كانت على النفى لما وجد مؤمن قتل مؤمنا قط ، لأن ما نفاه الله تعالى لا يجوز وجوده كقوله تعالى « ما كان لكم أن تنبتوا شجرها » فلا يقدر العباد أن ينبتوا شجرها ، ثم استثنى استثناء منقطعاً ليس من الأول ، وهو الذى يكون فيه « الا » بمعنى لكن •

والتقدير ما كان له أن يقتله ألبتة ، لكن ان قتله خطأ فعليه كذا هـذا قول سيبويه والزجاج ا هـ •

وللاستثناء المنقطع شواهد كثيرة فى القرآن كقوله تعالى « ما لهم به من علم الا اتبـاع الظن » وقوله تعـالى « وما كنت ترجو أن يلقى اليك الكتاب الا رحمة من ربك » •

قال الشيخ أبو حامد الاسفراييني : ولا خلاف بين أهل العلم أن قتل الخطأ محرم كقتل العمد ، الا أن قتل العمد يتعلق به الاثم ، وقتل الخطأ لا اثم فيه ، واختلف أصحابنا فى تأويل قوله « الا خطأ » فمنهم من قال هو استثناء منقطع من غير الجنس كما أوضحناه عن القـرطبى من المالكية ، واستشهد هؤلاء الأصحاب بقوله تعالى (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وتقديره لكن كلوا بالتجارة ، لأنه لو كان استثناء من الجنس لكان تقديره : الا أن تكون تجارة بينكم عن تراض منكم فكلوها بالباطل • وهذا لا يجوز •

ومنهم من قال : هو استثناء من مضمر محذوف فيكون تقديره : وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا ، فان قتله أثم الا أن يكون خطأ ، فاستثنى الخطأ من الاثم المحذوف المضمر فى الآية •

ومنهم من قال : تأويل قوله تعالى « الا خطأ » بمعنى ولا خطأ ، كقوله تعالى (لئلا يكون للنـاس عليكم حجة الا الذين ظلموا منهم) يعنى ولا الذين ظلموا • قال ابن الصباغ : وهذا التأويل يبعد ، لأن الخطأ لا يتوجه اليه النهى • قال وقول الشيخ أبى حامد ان قتل الخطأ محرم يناقضه ، لأن حد المحرم ما يأثم فيـه والخطأ لا يوصف بالتحـريم ولا بالاباحة كفعل المجنون والبهيمة •

اذا ثبت هذا فانه اذا قتل من يحرم قتله لحق الله تعالى عمدا أو خطأ أو عمد خطأ وجبت عليـه بقتله الكفارة ــ وبه قال الزهرى ــ وقال ربيعـة وأبو حنيفة وأصحابه يجب الكفارة بقتل الخطأ ، لأن الخطأ أخف حالا من قتل العمد ؛ لأنه لا قود فيه ولا اثم والدية فيه محققة ؛ فاذا وجبت فيـه الكفارة فلأن تجب فى قتل العمد المحض وعمد الخطأ أولى •

وروى واثلة بن الأسـقع قال : أتينـا النبى صلى الله عليه وسلم فى صاحب لنا قد استوجب النار بالقتل ، فقـال النبى صلى الله عليه وسـلم أعتقوا عنه رقبة يطتق الله بكل عضو منها تضوا من النار • ولا يستوجب النار الا فى القتل العمد • وروى أن عمر رضى الله عنه قال : يا رسول الله انى وأدت فى الجاهلية ؛ فقال النبى صلى الله عليه وسلم أعتق بكل موءودة رقبة • والموءودة البنت المقتولة عندما تولد ، كان أهل الجـاهلية يفعلون ذلك مخافة العار والفقر ؛ ولأنه حيوان يضمن بالكفارة اذا قتل خطأ فوجب أن يضمن بالكفارة اذا قتل عمدا كالصيد وعكسه المرتد ، فان قتل نسـاء أهل الحرب وذراريهمْ لم تجب عليه الكفـارة ؛ لأن قتلهم انما حرم لحق المسلمين لا لحق الله ؛ فلم تجب به الكفارة ، كما لو ذبح بهيمة غيره بغير اذنه•

وكذلك لو قتل عبدا لنفسه أو لغيره ، أو قتل ذميا أو معاهداً وجبت عليه الكفارة • وقال مالك : لا يجب فى كله الكفارة • دليلنا قوله تعـالى (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة) وهذا عام فى الحر والعبـد • وقوله تعالى (وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة) وهـذا يقع على الذمى والمعاهد • ولأنه آدمى يجرى

القصاص بينه وبين نظيره ، فوجبت بقتله الكفارة كالحر المسلم ، وان قتل نفسه وجبت الكفارة في ماله •

وقال بعض أصحابنا الخراسانيين لا تجب الكفارة ، دليلنا قوله تعالى (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة) وهذا عام ؛ ولأنه يحرم عليه قتل نفسه ، بل لا يجوز له قتل نفسه بحال ، فاذا وجبت عليه الكفارة بقتل غيره فلأن تجب بقتل نفسه أولى •

فرع وان ضرب بطن امرأة فألقت من ضربه جنينا ميتا وجبت عليه الكفارة ، وبه قال عمر والزهري والنخعي والحسن البصري والحكم • وقال أبو حنيفة : لا تجب فيه الكفارة • دليلنا قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة) وقد حكمنا للجنين بالايمان تبعاً لأبويه ، فيكون داخلا في عموم الآية ؛ ولأنه آدمي محقون الدم لحرمته فوجبت فيه الكفارة كغيره •

وقولنا « آدمي » احتراز من غير الآدمي من الحيوان • وقولنا « محقون الدم » احتراز من المرتد والحربي ومن جاز قتله ، وقولنا « لحرمته » احتراز من نساء أهل الحرب وذراريهم ، فانه ممنوع من قتلهم لا لحرمتهم ، ولكن لحق الغانمين •

فرع وان قتل من يحرم قتله لحق الله تعالى بسبب يجب ضمانه بأن حفر بئراً في غير ملكه متعديا ، فسقط فيها انسان ومات وجبت عليه الكفارة • وقال أبو حنيفة : لا تجب الكفارة الا بالمباشرة ، دليلنا قوله تعالى (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة) ولم يفرق بين أن يقتله بالمباشرة أو بالسبب ، ولأنه قتل آدميا ممنوعا من قتله لحرمته فوجب عليه الكفارة ، كما لو قتله بالمباشرة •

فرع اذا كان القاتل صبيا أو مجنونا أو كافرا وجبت عليهم الكفارة ؛ وقال أبو حنيفة : لا يجب على واحد منهم الكفارة • دليلنا قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ) ولم يفرق بين أن يكون القاتل صبياً أو مجنونا

أو كافراً ، فان قيل : الصبى والمجنون لا يدخلان فى الخطاب ، قلنا انما لا يدخلان فى خطاب المواجهة لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله) ويدخلان فى خطاب الأنام ، كقوله صلى الله عليه وسلم : « وفى كل أربعين شاة شاة » .

وروى أن عمر رضى الله عنه قال : « يا رسول الله انى وأدت فى الجاهلية ؟ فقال النبى صلى الله عليه وسلم : أعتق بكل موءودة رقبة » . وهذا نص فى ايجاب الكفارة على الكافر ؛ ولأنه حق مال يتعلق بالقتل فتعلق بقتل الصبى والمجنون كالدية ؛ ولأن الكفارة تجب على المسلم للتفكير ، وعلى الكافر عقوبة كما أن الحدود تجب على المسلم كفارات وعلى الكافر عقوبة .

فرع اذا اشترك جماعة فى قتل واحد وجب على كل واحد منهم كفارة .

قال عثمان البتى : تجب عليهم كفارة واحدة . وحكى أبو على الطبرى أن هذا قول آخر للشافعى لأنها كفارة تتعلق بالقتل ، فاذا اشترك الجماعة فى سببها وجب عليهم كفارة واحدة ؛ كما لو اشتركوا فى قتل صيد ، والأول هو المشهور لأنها كفارة وجبت لا على سبيل البدل عن النفس ، فوجب أن يكون على كل واحد من الجماعة اذا اشتركوا فى سببها ما كان يجب على الواحد اذا انفرد ككفارة الطيب للمحرم . وقولنا : لا على سبيل البدل احتراز من جزاء الصيد .

قوله والكفارة عتق رقبة مؤمنة . وهذا صحيح لمن وجدها ، ولا خلاف فى ذلك ، فاذا لم يجد الرقبة وجب عليه صوم شهرين متتابعين لقوله تعالى (فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين) فان لم يقدر على الصوم ففيه قولان .

(أحدهما) يجب عليه أن يطعم ستين مسكينا ؛ لأن الله تعالى ذكر الاطعام فى كفارة الظهار ولم يذكر فى كفارة القتل فوجب أن يحمل المطلق

فى القتل على المقيد فى الظهار ، كما قيد الله الرقبة فى القتل بالأئمـان ، وأطلقها فى كفارة الظهار فحمل مطلق الظهار على مقيد القتل •

(والثانى) لا يجب عليه الاطعام ، وهو الأصح ، لأن الله تعالى أوجب الرقبة فى كفاـة القتل ونقل عنها الى صوم الشهرين ، ولم ينقل الى الاطعام، فدل على أن هذا جميع الواجب فيها ، وما ذكره الأول فغير صحيح ، ولأن المطلق انما يحمل على المقيـد اذا كان الحكم مذكوراً فى موضعين الا أنه قيده فى موضع بصفة ، وأطلقه فى الموضـع الآخر ، كما ذكر الله الرقبة فى كفارة القتل مقيدا بالايمان ، وذكرها فى الظهار مطلقة فحمل مطلق الظهار على مقيد القتل ، وكما ذكر الله اليدين فى الطهـارة وقيدهما الى المرفقين وذكرهما فى التيمم مطلقا ، فحمل مطلق التيمم فيهما على ما قيده فيهما فى الطهارة ، وها هنا الاطعام لم يذكره فى الموضعين ، وانما ذكره فى الظهار فلم يجز نقل حكمه الى كفارة القتل ، كمـا لم يجز نقل حكم مسح الرأس وغسل الرجلين الى التيمم ، وحكم الرقبة والصـوم وحكم الاطعـام اذا أوجبناه قدم فى كفارة الظهار • والله تعالى أعلم بالصواب ؛ وهو حسبى ونعم الوكيل •

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتاب قتال أهل البغى

لا يجوز الخروج على الامام لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من نزع يده من طاعة امامه فانه يأتى يوم القيامة ولا حجة له ، ومن مات وهو مفارق للجماعة فانه يموت ميتة جاهلية » .

وروى أبو هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه سلم : « من حمل علينا السلاح فليس منا » .

الشرح حديث عبد الله بن عمر أخرجه مسلم باسناده عن نافع قال : (جاء عبد الله بن عمر الى عبد الله بن مطيع حين كان من أمر الحرة ما كان زمن يزيد بن معاوية فقال : اطرحوا لأبى عبد الرحمن وسادة ، فقال : انى لم آتك لأجلس أتيتك لأحدثك حديثا ، سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من خلع يدا من طاعة لقى الله يوم القيامة لا حجة له ، ومن مات وليس فى عنقه بيعة مات ميتة جاهلية) . وأخرجه عن زيد بن أسلم عن أبيه عن ابن عمر بمعنى حديث نافع ، وأخرجه الحاكم عن ابن عمر بلفظ (من خرج من الجماعة فقد خلع ربقة الاسلام من عنقه حتى يراجعه ، ومن مات وليس عليه امام جماعة فان ميتته ميتة جاهلية) . وأخرج مسلم من حديث أبى هريرة بلفظ (من خرج من الطاعة وفارق الجماعة فميتته جاهلية) .

أما حديث أبى هريرة « من حمل علينا السلاح فليس منا » فقد أخرجه مسلم من حديث أبى هريرة وسلمة بن الأكوع ، وأخرجه الشيخان من حديث أبى موسى الأشعرى وابن عمر . وأخرج أحمد وأبو داود والحاكم

من حديث ابى ذر : « من فارق الجماعة قدر شبر فقد خلع ربقة الاسلام من عنقه » .

أما اللغات فان البغى التعدى وكل مجاوزة وافراط وخروج عن حد الشيء ، والبغى الظلم ، وبغيته بغياً طلبته ، وابتغيته وتبغيته مثله والاسم البغاء كغراب . وينبغى أن يكون كذا معناه يندب ندباً مؤكداً لا يحسن تركه ، واستعمال ماضيه مهجور ، وقد عدوا ينبغى من الأفعال التى لا تتصرف ، فلا يقال البغى وقيل فى توجيه أن البغى مطاوع بغى ، ولا يستعمل الفعل فى المطاوعة الا اذا كان فيه علاج وانفعال ، مثل كسرته فانكسر ، وكما لا يقال طلبته فانطلب وقصدته فانقصد لا يقال بغيته فانبغى ؛ لأنه لا علاج فيه ، وبغى على الناس بغياً سعى بالفساد أو ظلم واعتدى ؛ وبغت المرأة تبغى بغاء فجرت فهى بغى والجمع بغايا ، وهو وصف تختص به المرأة ، ولا يقال للرجل بغى ، ولى عنده بغية أى حاجة والفئة الباغية التى تعدل عن الحق وما عليه أئمة المسلمين . يقال : بغى الجرح اذا ترامى الى الفساد .

اما الأحكام فان مما استقر فى الفطر وارتكز فى الطباع أن الجماعة لا تصلح حياتها فوضى لا سراة لها من أهل العقل والحكمة والعلم والزكانة، ومن ثم يأتى خطأ بعض المتكلمين فى قولهم لو تكاف الناس عن الظلم لم يجب نصب الامام لأن الصحابة رضى الله عنهم اجتمعوا على نصب الامام ، والمراد بالامام الرئيس الأعلى للدولة ؛ والامامة والخلافة وامارة المؤمنين مترادفة ؛ والمراد بها الرياسة العامة فى شئون الدين والدنيا . ويرى ابن حزم أن الامام اذا أطلق انصرف الى الخليفة ، أما اذا قيد انصرف الى ما قيد به من امام الصلاة ومام الحديث وامام القوم . ويقول الدكتور عبد الحميد متولى أستاذ القانون الدستورى بكلية الحقوق بالاسكندرية فى كتابه مبادىء نظام الحكم فى الاسلام ص ٤٩٧ (ونلاحظ أن الصحافة المصرية بدأت فى الآونة الأخيرة تطلق على شيخ الأزهر لقب الامام الأكبر بدلا من الأستاذ الأكبر ــ ويبدو لنا أن من الأوفق العدول عن هذا اللقب

(أولا) لأن الامامة الكبرى انما يقصد بها الخلافة كما قدمنا (وثانيا) لأن نزعه الاغراق فى ألقاب التفخيم التعظيم ، انمـا هى أثر من آثار الحـكم التركى فى حين أن اتجاه التطور لدينا ـ لا سيما منذ عهد الثورة ـ انمـا يسير ضد هذه النزعة ؛ ومنصب شيخ الاسلام ليس من المناصب التى جاء بها الاسلام ، وعجيب أن يقـال عن على بن أبى طالب وهو من هو « الامام على » والشيخ محمد عبده « الأستاذ الامام » ثم يقـال عن شيخ الأزهر الأكبر • أ • هـ ملخصاً •

فاذا عرفت أن المجتمع فى حاجة الى من يسوس أمره فى دينه ودنيـاه ليكف الناس عن أن يتظالموا •

والظلم من شيم النفوس فان تجد ذا عفـة فلعـلة لا يظـلم

فانما تظهره القدرة ويخفيه العجز ؛ ولأنهم ـ وان تكافوا عن الظلم ـ فهم مفتقرون اليه لتجهيز الجيوش فى جهاد الأعداء ، وغير ذلك من رعاية مصالحهم وحماية حوزتهم ، وحفظ أرزاقهم وتنمية مواردهم •

اذا ثبت هذا فمن شروط الامام أن يكون ذكراً بالغاً عاقلا مسلماً عدلا عالما من الفقـه ما يخرجه عن أن يكون مقلداً ، لأن هذه الشروط هى التى تعتبر فى حق القاضى فلأن تعتبر فى حق الامام أولى •

ومن شرط الامام أن يكون شـجاعا له تدبير وهـداية الى مصـالح المسلمين ؛ لأنه لا يتأهل لتحمل أعباء الأمة الا بذلك • ومن شرطه أن يكون قرشيا • هكذا أفاده أكثر الأصحاب •

وقال أبو المعـالى الجوينى : من أصحابنا من يجوز أن يكون من غير قريش • مع ورود حديث أنس عند أحمد والطبرانى (الأئمة من قريش ولى عليكم حق عظيم ، ولهم ذلك ما فعلوا ثلاثا ، اذا استرحموا رحموا ، واذا حكموا عدلوا ، واذا عاهدوا وفوا فمن لم يفعل ذلك فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين) •

قال القاضى أبو الفتوح : ومن شرطه ألا يكون أعمى ، ويجوز أن يكون النبى أعمى لأن شعيباً كان أعمى ، فاذا اجتمعت فى الرجل شروط الامامة ، فان الامامة لا تنعقد الا بأن يستخلفه الامام الذى كان قبله ، أو بأن لم يكن هناك امام فيقهر الناس بالغلبة والصولة ، أو بأن تنعقد له الامامة باختيار أهل الحل والعقدة له • ولا يلتفت الى اجماع الدهماء ؛ فان ذلك لا يصح لأن طبقة الدهماء لابد أن تكون مقلدة لفئة منها تؤثر عليها بالدعاية والضجيج فلا تستطيع أن تحكم فى أناة وتعقل لتختار الامام العادل ، ومن ثم فان أهل الحل والعقد وهم الطليعة الواعية والفئة المستنيرة من أهل الاجتهاد من الأمة هم الجديرون باختيار الامام لأنهم سيحملون وزره اذا لم يتحروا فى اختياره الصواب ، وسيكونون شركاءه فى مآثمه ومظالمه •

وقال الشيخ أبو اسحاق الشيرازى فى كتابه التنبيه : ولا يعقد الا بعقد جماعة من أهل الحل والعقد • ومقتضى كلامه أن أقلهم ثلاثة ؛ لأن ذلك أقل الجمع عندنا ، وعند القاضى أبى الفتوح ينعقد بواحد ، ومن شرط العاقد أن يكون ذكراً بالغاً عاقلا مسلما عدلا مجتهدا • وهل من شرط العقد أن يكون بحضرة شاهدين ؟ قال العمرانى : فيه وجهان • ومن شرط العاقد والشاهد اذا اعتبرناه أن يكون عدلا ظاهراً وباطنا ، لأنه لا يشق مراعاة ذلك فيهما ، ولا يجوز نصب امامين • وقال أبو المعالى الجوهى : يجوز عقد الامامة لامامين فى صقعين متباعدين وقد خطأه العمرانى •

فان عقدت الامامة لرجلين ــ فان علم السابق منهما ــ صح العقد الأول وبطل الثانى ، ثم ينظر فى الثانى ــ فان عقد له مع الجهل بالأول أو مع العلم به لكن بتأويل شائع ــ لم يعزر المقصود له ولا العاقد ، وان عقد للثانى مع العلم بالأول من غير تأويل شائع عزر العاقد والمعقود له ، لما أخرج أحمد ومسلم عن عرفجة الأشجعى قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من أتاكم وأمركم جميع على رجل واحد يريد أن يشق عصاكم أو يفرق جماعتكم فاقتلوه) قال الخطابى من أصحابنا : ولم يرد القتل وانما أراد اجعلوه كمن مات أو قتل فلا تقبلوا له قولا • وقد قيل

لعلى رضى الله عنه فى الخوارج : انهم كفروا ، فقال : هم من الكفر فروا ، قيل : هم منافقون ؟ فقال ان المنافقين اذا قاموا الى الصلاة قاموا كسالى ، وهؤلاء تحقرون صلاتكم بجانب صلاتهم • قيل : ماذا تقول فيهم ؟ قال قوم تأولوا فأخطأوا •

فاذا وقع عقدان لامامين معاً بطلا ويستأنف العقد لأحدهما ، والمستحب أن يعقد لأفضلهما وأصلحهما ، فان عقدت الامامة للمفضول صح كما يصح فى امامة الصلاة أن يؤم من يصلح للامامة ، وان كان هناك من هو أولى منه بها • فاذا انعقدت الامامة لرجل كان العقد لازماً ــ فان أراد أن يخلع نفسه ــ لم يكن له ذلك •

فان قيل : فكيف خلع الحسن بن على نفسه ؟ قلنا : لعله علم من نفسه ضعفاً عن تحملها أو علم أنه لا ناصر له ولا معين فخلع نفسه تقية ، وان أراد أهل الحل والعقد خلع الامام لم يكن لهم ذلك الا أن يتغير ، فان فسق الامام فهل ينخلع ؟ فيه ثلاثة أوجه حكاهما الجوينى (أحدها) ينخلع بنفس الفسق وهو الأصح ؛ كما لو مات (والثانى) لا ينخلع حتى يحكم بخلعه ؛ كما اذا فك عنه الحجر ثم صار مبذراً فانه لا يصح أن يصير محجوراً عليه الا بالحكم (والثالث) ان أمكن استتابته وتقويم اعوجاجه لم يخلع ، وان لم يمكن ذلك خلع •

اذا ثبت هذا فلا يجوز خلع الامام بغير معنى موجب لخلعه ولا الخروج عن طاعته لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم) •

وروى الشيخان عن عبادة بن الصامت قال « بايعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم على السمع والطاعة فى نشطنا ومكرهنا وعسرنا ويسرنا وأثرة علينا ؛ وأن لا ننازع الأمر أهله الا أن تروا كفرا بواحا عندكم فيه من الله ولا يستعمل الفعل فى المطاوعة الا اذا كان فيه علاج وانفعال ، مثل كسرته برهان » وقد روى أحمد عن أبى ذر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله

عليه وسلم قال « يا أبا ذر كيف بك عند ولاة يستأثرون عليك بهذا الفيء ؟ قال : والذى بعثك بالحق أضع سيفى على عاتقى وأضرب حتى ألحقك ، قال لا ، ألا أدلك على ما هو خير لك من ذلك ؟ تصبر حتى تلحقنى » •

وعن حذيفة بن اليمان أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « يكون بعدى أئمة لا يهتدون بهديه ولا يستنون بسنتى ، وسيقوم فيكم رجال قلوبهم قلوب الشياطين فى جثمان انس • قال قلت : كيف أصنع يا رسول الله ان أدركت ذلك ؟ قال : تسمع وتطيع ، وان ضرب ظهرك وأخذ مالك فاسمع وأطع » رواه أحمد ومسلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **اذا خرجت على الامام طائفة من المسلمين ورامت خلعه بتأويل أو منعت حقاً توجه عليها بتأويل ، وخرجت عن قبضة الامام وامتنعت بمنعة ، قاتلها الامام لقوله عز وجل « وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما فان بغت احداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء الى أمر الله » ولأن أبا بكر الصديق رضى الله عنه قاتل مانعى الزكاة ، وقاتل على كرم الله وجهه أهل البصرة يوم الجمل ، وقاتل معاوية بصفين ، وقاتل الخوارج بالنهروان، لا يبدأ بالقتال حتى يسألهم ما ينقمون منه ، فان ذكروا مظلمة أزالها ، وان ذكروا علة يمكن ازاحتها ازاحها ، وان ذكروا شبهة كشفها لقوله تعالى « فاصلحوا بينهما » وفيما ذكرناه اصلاح •**

وروى عبد الله بن شداد بن الهاد « أن علياً كرم الله وجهه لما كاتب معاوية وحكم ، وعتب عليه ثمانية آلاف ونزلوا بارض يقال لها حروراء ، فقالوا انسلخت من قميص ألبسك الله ، وحكمت فى دين الله ، ولا حكم الا لله ، فقال على : بينى وبينكم كتاب الله • يقول الله تعالى فى رجل وامرأة « وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما » وأمة محمد صلى الله عليه وسلم أعظم دماً وحرمة من أمرأة ورجل ، نقموا انى كاتبت معاية : من « على بن أبى طالب » وجاء سهيل بن عمرو ونحن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحديبية حين صالح قومه قريشاً ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اكتب من محمد رسول الله ، فقالوا : لو نعلم أنك رسول الله لم نخالفك ، فقال اكتب فكتب « هذا ما قاضى عليه محمد قريشا » يقول الله عز وجل (لقد كان لكم فى رسول الله أسوة حسنة

لمن كان يرجو الله واليوم الآخر) وبعث اليهم عبد الله بن عباس فواضعوا عبد الله كتاب الله تعالى ثلاثة أيام ، ورجع منهم أربعة آلاف ، فان أبوا وعظمهم وخوفهم القتال ، فان أبوا قاتلهم ، فان طلبوا الانظار نظرت ـ فان كان يومين أو ثلاثة ـ انظرهم ، لأن ذلك مدة قريبة ولعلهم يرجعون الى الطاعة ، فان طلبوا أكثر من ذلك بحث عنه الامام ، فان كان قصدهم الاجتماع على الطاعة أمهلهم ، وان كان قصدهم الاجتماع على القتال لم ينظرهم ، لما فى الانظار من الأضرار . وان أعطوا على الانظار رهائن لم يقبل منهم ، لأنه لا يؤمن أن يكون هذا مكراً وطريقا الى قهر أهل العدل . وان بذلوا عليه مالا لم يقبل لما ذكرناه ، ولأن فيه اجراء صغار على طائفة من المسلمين ، فلم يجز ، كأخذ الجزية منهم).

الشرح قوله تعالى « وان طائفتان من المؤمنين . الآية » روى المعتمر بن سليمان عن أنس قال : قلت « يا نبى الله لو أتيت عبد الله بن أبى ؟ فانطلق اليه النبى صلى الله عليه وسلم ، فركب حمارا وانطلق المسلمون يمشون ، وهى أرض سبخة فلما أتاه النبى صلى الله عليه وسلم قال اليك عنى فانه أذانى نتن حمارك ، فقال رجل من الأنصار والله لحمار رسول الله صلى الله عليه وسلم أطيب ريحا منك ، فغضب لعبد الله رجل من قومه ، وغضب لكل واحد منهما أصحابه ، فكان بينهم حرب بالجريد والأيدى والنعال ، فبلغنا أنه أنزل فيهم هذه الآية .

وقال مجاهد : نزلت فى الأوس والخزرج . وقال مجاهد : تقاتل حيان من الأنصار بالعصى والنعال فنزلت الآية ، وروى فى أسباب نزولها روايات كثيرة ، والعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب .

أما أخبار الحرورية فقد أخرجها مفرقة على المصادر الآتية : مسلم فى الزكاة عن عبد بن حميد وفى استتابة المرتدين ، وأبو داود فى السنة عن الحسن الخلالى وعن محمد بن كثير ومحمد بن عبيد بن حسان والبخارى فى علامات النبوة والنسائى عن محمد بن بشار ، وابن ماجه عن أبى بكر بن أبى شيبة ، كما أخرج ذلك كله ابن سعد فى الطبقات وغيره .

وأما قتال أبى بكر لمانعى الزكاة فهى مما توافر واستفاضت أخباره جملة وتفصيلا أثبتناه فى كتابنا عن خالد بن الوليد .

أما اللغات فالتأويل تفسير ما يؤول اليه الشيء • وقوله وامتنعت بمنعة • ومنعة ومنعة ، هكذا فى اللسان • وقال ابن بطال فى غريب المهذب السماع بسكون النون والقياس فتحها جمع مانع مثل كافر وكفرة •

وقال ابن الأعرابى : رجل منوع يمنع غيره ، ورجل منع يمنع نفسه • وقوله « تفىء الى أمر الله » أى ترجع ، والخوارج سموا بذلك لأنهم خرجوا عن الطاعة ، فواضعوا عبد الله أى راهنوه ، أى وضعوا رهنا ووضع رهنا على أن من غلب أخذ الرهن • الصغار الذل والهوان •

أما الأحكام فانه اذا بغت على الامام طائفة من المسلمين وأرادت خلعه أو منعت حقا عليها تعلقت بهم أحكام يختصون بها دون قطاع الطريق ، ولا تثبت هذه الأحكام فى حقهم الا بشروط توجد فيهم (أحدها) أن يكونوا طائفة فيهم منعة يحتاج الامام فى كفهم الى عسكر ، فان لم تكن فيهم منعة ، وانما كانوا عددا قليلا لم تتعلق بهم أحكام البغاة ، وانما هم قطاع الطريق ، لما روى أن عبد الرحمن ابن ملجم لعنه الله قتل على بن أبى طالب وكان متأولا فى قتله فأقيد به ، ولم ينتفع بتأويله لأنه لم يكن فى طائفة ممتنعة ، وانما كانوا ثلاثة رجال تبايعوا على أن يقتلوا عليا ومعاوية وعمرو بن العاص فى يوم واحد ، فأما صاحب عمرو فذهب الى مصر فلم يخرج عمرو بن العاص يومئذ وقتل خارجة بن حذافة ، ولما سئل قال : أردت عمراً وأراد الله خارجة •

وأما صاحب معاوية فلم يتمكن من قتله وانما جرحه فى أليته وكواه طبيب قال له : انه ينقطع نسلك فقال فى يزيد كفاية •

الشرط الثانى أن يخرجوا من قبضة الامام ، فان لم يخرجوا من قبضته لم يكونوا بغاة ، لما روى أن رجلا قال على باب المسجد وعلى يخطب على المنبر : لا حكم الا لله ولرسوله تعريضا له فى التحكيم فى صفين فقال على : كلمة حق أريد بها باطل ، ثم قال : لكم علينا ثلاث ، لا نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله ، ولا نمنعكم الفىء ما دامت أيديكم معنا ولا نبدؤكم بقتال ، فأخبر أنهم ما لم تخرجوا من قبضته لا يبدؤهم بقتال ، ولأن النبى

صلى الله عليه وسلم لم يتعرض للمنافقين الذين كانوا معه فى المدينة ، فلئلا يتعرض لأهل البغى وهم مسلمون أولى •

(الشرط الثانى) : أن يكون لهم تأويل سائغ مثل أن تقع لهم شبهة يعتقدون عنها الخروج على الامام أو منع حق عليهم — وان أخطأوا فى ذلك كما تأول بنو حنيفة منع الزكاة بقوله تعالى « خذ من أموالهم صدقة » الآية • فقالوا أمر الله بدفع الزكاة الى من صلاته سكن لنا ، وهو رسول الله صلى الله عليه وسلم • فأما ابن أبى قحافة فليست صلاته سكناً لنا ، ولذلك لما انهزموا قالوا : والله ما كفرنا بعد ايماننا ولكن شححنا على أموالنا ، فاذا لم يكن لهم تأويل سائغ فحكمهم حكم قطاع الطريق • وهل من شرطهم أن ينصبوا اماما ؟ فيه وجهان •

(أحدهما) أن ذلك من شرطهم ، لأن الشافعى رضى الله عنه قال : وأن ينصبوا اماما ، فعلى هذا ان لم ينصبوا اماما كانوا لصوصا وقطاعا للطريق•

(والثانى) وهو المذهب أن ليس من شرطهم أن ينصبوا اماما ، لأن أهل البصرة وأهل النهروان طبق عليهم على رضى الله عنه أحكام البغاة ولم ينصبوا اماما • وأما ما ذكره الشافعى رضى الله عنه فانما ذكره لأن الغالب من أمرهم أنهم ينصبون اماما •

قال القفال : وسواء كان الامام عادلا أو جائراً فان الخارج عليه باغ • فاذا اجتمعت هذه الشروط فى الخارجين على الامام قاتلهم لقوله تعالى (وان طائفتان الخ الآية) وفى الآية خمسة معالم ظاهرة •

(أحدها) أن البغى لا يخرج عن الايمان لأن الله سماهم مؤمنين فى حال بغيهم •

(والثانى) وجوب قتالهم (قاتلوا التى تبغى) •

(والثالث) اذا رجعوا الى الطاعة لم يقاتلوا (حتى تفىء الى أمر الله)•

(الرابعة) ألا يجب عليهم ضمان ما أتلفوا فى القتال •

(الخامس) وجوب قتال كل من عليه حق فمنعه • ويدل على جواز قتال أهـل البغى ما روى أن أبا بكر رضى الله عنـه « قاتل مانعى الزكاة وكانوا بغاة » لأنهم كانوا متأولين « وقاتل على أهل الجمل وأهل صفين والخوراج بالنهروان ، ولا يبدؤهم الامام بالقتال حتى يراسلهم ويسألهم ما ينقمون ، فان ذكروا مظلمة ردها وان ذكروا شبهة كشفها وبين لهم الصواب •

وقال أبو حنيفة : يبدؤهم بالقتال • دليلنا قوله تعالى « وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما » فبـدأ بالصلح قبل القتال ، وفى هـذا اصلاح • وروى أن عليا رضى الله عنه لمـا كاتب معـاوية وحكم خرج من معسكره ثمانية آلاف ونزلوا بحروراء وأرادوا قتاله ، فأرسل اليهم عبد الله ابن عباس يسألهم ما ينقمون منه ؟ قالوا ثلاث ، فقال ابن عباس ان رفعتهـا رجعتم ؟ قالوا نعم • قال وما هى ؟ قالوا : حكم فى دين الله ولا حكم الا لله ، وقتل ولم يسب ، فانه ان حل لنا قتلهم حل لنا سبيهم ، ومحا اسمه من الخلافة فقد عزل نفسه من الخلافة ــ يعنون اليوم الذى كتب الكتاب بينه وبين أهل الشام ، فكتب فيـه : أمير المؤمنين فقـالوا : لو أقررنا بأنك أمير المؤمنين ما قاتلناك ، فمحاه من الكتاب ، فقال ابن عباس ما قولكم أنه حكم فى الدين فقد حكم الله فى الدين فقال تعالى : « فابعثـوا حكما من أهله وحكما من أهلها » فحكم الله بين الزوجين ، وقال الله تعالى « فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم » فحكم الله فى أرنب قيمتها درهم ، أفلا يجوز أن يحكم فى هذا الأمر العظيم بين المسلمين ؟ •

وأما قولكم انه قتل ولم يسب ، فأيكم كان يأخذ عائشة عليها السلام فى سهمه وقد قال تعالى « وأزواجه أمهاتهم » •

اذا ثبت هذا فان كان سبى عائشة لا يجوز كان غيرها من النسـاء مثلها • وأما قولكم انه محا اسمه من الخلافة فقد عزل نفسـه فغلط ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم محا اسمه من النبوة ، وذلك أنه لما قاضى سهيل بن

عمرو يوم الحديبية كتب الكتاب : هذا ما قاضى عليه محمد رسول الله سهيل ابن عمرو • فقال لو اعترفنا بأنك رسول الله لما احتجت الى كتاب • فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أين رسول الله ؟ فأراه اياه فمحاه للكاتب • وكان على بن أبى طالب أبى أن يمحوه حين أمره • فرجع منهم أربعة آلاف وقاتل الباقين •

فرع واذا أراد الامام أن يقتلهم فسألوه أن ينظرهم ظرت ، فان سألوه أن ينظرهم أبداً لم يجز له ذلك ، لأنه لا يجوز لبعض المسلمين ترك طاعة الامام وان سألهم أن ينظرهم مدة ، فاختلف أصحابنا فيه ، فقال الشيخ أبو اسحاق ان سألوه أن ينظرهم يوماً أو يومين أو ثلاثا أنظرهم ، لأن ذلك مدة قريبة ولعلهم يرجعون الى الطاعة • وان طلبوا أكثر من ذلك بحث فيه الامام فان كان قصدهم الاجتماع على الطاعة أنظرهم ، وان كان قصدهم الاجتماع على القتال لم ينظرهم لما فى ذلك من الاضرار •

وقال ابن الصباغ : اذا سألوه أن ينظرهم مدة مديدة كشف الامام عن حالهم فان كانوا انما سألوا ذلك ليجتمعوا أو يأتيهم مدد عاجلهم بالقتال ولم ينظرهم • وان سألوا ليتفكروا ويعودوا الى الطاعة أنظرهم لأنه يجوز أن يلحقهم مدد فى اليوم واليومين والثلاث كما يلحقهم فيما زاد على ذلك • وكل موضع قلنا لا يجوز انظارهم فبذلوا على الانظار ما لا يجوز انظارهم ، لأنه يأخذ المال على اقرارهم فيما لا يجوز له اقرارهم عليه ، ولأن فيه اجراء صغار على المسلمين فلم يجز •

وان بذلوا على الانظار رهائن منهم أو من أولادهم لم يجز قبول ذلك منهم لأنهم ربما قويت شوكتهم على أهل العدل فهزموهم وأخذوا الرهائن ، وان كان فى أيديهم أسارى من أهل العدل فسألوا الكف عنهم على أن يطلقوا الاسارى من أهل العدل وأعطوا بذلك رهائن من أولادهم قبل الامام ذلك منهم واستظهر لأهل العدل ، فان أطلق البغى الأسارى الذين عندهم أطلق الامام رهائنهم وان قتلوا من عندهم من الأسارى لم يقتل رهائنهم ، لأنهم لا يقتلون بقتل غيرهم فاذا انقضت الحرب خلى رهائنهم ، وان كان فى أهل

العدل ضعف عن قتالهم أخر الامام قتالهم الا أن يكون بهم قوة ، لأنه اذا قاتلهم مع الضعف لم يؤمن الهلاك على أهل العدل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يتبع فى القتال مدبرهم ، ولا يذفف على جريحهم ، لما روى عبد الله بن مسعود أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « يابن أم عبد . ما حكم من بغى من أمتى ؟ فقلت الله ورسوله أعلم : فقال لا يتبع مدبرهم ولا يجاز على جريحهم ، ولا يقتل أسيرهم ، ولا يقسم فيؤهم » .

وعن على كرم الله وجهه انه قال : « لا تجيزوا على جريح ، ولا تتبعوا مدبراً وعن أبى أمامة قال : شهدت صفين فكانوا لا يجيزون على جريح ولا يطلبون مولياً ولا يسلبون قتيلا . ولأن قتالهم للدفع والرد الى الطاعة دون القتل ، فلا يجوز فيه القصد الى القتل من غير حاجة ، وان حضر معهم من لا يقاتل ففيه وجهان (أحدهما) لا يقصد بالقتل ، لأن القصد من قتالهم كفهم ، وهذا قد كف نفسه فلم يقصد (والثانى) يقتل ، لأن علياً كرم الله وجه نهاهم عن قتل محمد بن طلحة السجاد ، وقال اياكم وقتل صاحب البرنس ، فقتله رجل وأنشأ يقول :

وأشعث قوام بآيات ربه	قليل الأذى فيما ترى العين مسلم
هتكت له بالرمح جيب قميصه	فخر صريعاً لليدين والفم
على غير شىء غير أن ليس تابعا	علياً ومن لا يتبع الحق يظلم
يناشدنى حم والرمح شاجر	فهلا تلا حم قبل التقدم

ولم ينكر على كرم الله وجهه قتله ، ولأنه صار ردءاً لهم . ولا تقتل النساء والصبيان ، كما لا يقتلون فى حرب الكفار ، فان قاتلوا جاز قتلهم كما يجوز قتلهم اذا قصدوا قتله فى غير القتال ، ويكره أن يقصد قتل ذى رحم محرم ، كما يكره فى قتال الكفار ، فان قاتله لم يكره كما لا يكره اذا قصد قتله فى غير القتال) .

الشرح محمد بن طلحة بن عبيد الله القرشى التيمى ، أمه حمنة بنت جحش أخت زينب ، أتى به أبوه طلحة الى النبى صلى الله عليه وسلم فمسح رأسه وسماه محمداً وكناه أبا القاسم ، وفى تكنيته بأبى سليمان

خلاف ، وقد رجح ابن عبد البر فى الاستيعاب أبا القاسم ، وقد قتل يوم الجمل مع أبيه ، وكان على رضى الله عنه قد نهى عن قتله فى ذلك اليوم وقال : اياكم وصاحب البرنس .

قال ابن عبد البر : وروى أن عليا مر به وهو قتيل يوم الجمل ، فقال : هذا السجاد ورب الكعبة ، هذا الذى قتله بره بأبيه ، يعنى أن أباه أكرهه على الخروج فى ذلك اليوم ، وكان طلحة قد أمره أن يتقدم للقتال فتقدم ونثل درعه بين رجليه وقام عليها ، وجعل كلما حمل عليه رجل قال نشدتك بحاميم ، حتى شد عليه رجل فقتله . وقد روى ابن عبد البر شعره هكذا مختلفا عما ساقه المصنف . فالبيت الأول كما ذكره والبيت الثانى جاء هكذا .

ضمت اليه بالقناة قميصه ... فخر صريعا لليدين وللفم

ويروى فى رواية أخرى ، خرقت له بالرخ جيب قميصه الخ

والبيت الثالث ، على غير ذنب ، وبقية البيت كما هو

والبيت الرابع يروى (والرمح شارع) ويقال قتله رجل من بنى أسد بن خزيمة اسمه كعب بن مدلج ، وقيل بل قتله شداد بن معاوية العبسى ، وقيل بل الاشتر ، وقيل بل قتله عصام بن مقشعر البصرى ، وهو قول أكثرهم ، وهو الذى يقول :

وأشعت قوام بآيات ربه ... قليل الأذى فيما ترى العين مسلم
دلفت له بالرمح من تحت نحره ... فخر صريعا لليدين وللفم
شككت اليه بالسنان قميصه ... بمثل قدامى النسر حران لهذم
أقمت له فى دفعة الخيل صلبه ... بمثل قدامى النسر حران لهدم
على غير شىء غير أن ليس تابعا ... عليا ومن لا يتبع الحق يظلم
يذكرنى حاميم لما طعنته ... فهلا تلا حاميم قبل التقدم

وقد ادعى قتل محمد بن طلحة جماعة ، منهم المكعبر الضبى وغفار بن

المسعر البصرى • قال ابن عبد البر : وروينا عن محمد بن حاطب قال لما فرغنا من قتال يوم الجمل قام على بن أبى طالب والحسن بن على وعمار بن ياسر وصعصعة بن صوحان والاشتر ومحمد بن أبى بكر يطوفون فى القتلى ، فأبصر الحسن بن على قتيلا مكبوباً على وجهه فأكبه على قفاه ، فقال : انا لله وانا اليه راجعون • هذا فرع قريش والله ، فقال له أبوه : ومن هو يا بنى ؟ فقال محمد بن طلحة ، فقال : انا لله وانا اليه راجعون ، إن كان ما علمته لشاباً صالحاً ، ثم قعد كئيبا حزينا ، فقال له الحسن : يا أبت ، قد كنت أنهاك عن هذا المصير فغلبك على رأيك فلان وفلان ، قال : قد كان ذلك يا بنى ، فلوددت أنى مت قبل هذا بعشرين سنة • روى عن محمد بن طلحة ابنه ابراهيم وعبد الرحمن بن أبى ليلى •

أما قولهم : يسجد كل يوم ألف سجدة ، فان اليوم بدقائقه وساعاته لا يتسع لمثل ذلك ، ولعل المقصود أنه كان كثير العبادة •

اما الأحكام فاذا قال أهل البغى : رجعنا الى طاعة الامام لم يجز قتالهم لقوله تعالى (فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء الى أمر الله) والفيئة الرجوع • وهكذا اذا ألقوا سلاحهم لم يجز قتالهم ، لأن الظاهر من حالهم ترك القتال والرجوع الى الطاعة فان انهزموا نظرت ، فان انهزموا الى غير فئة لم يجز اتباعهم ولا يجاز على جريحهم لما روى ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لعبد الله بن مسعود : « يا ابن أم عبد ما حكم من يفىء من أمتى ؟ فقلت الله ورسوله أعلم ، فقال لا يتبع مدبرهم ولا يجهز على جريحهم ولا يقتل أسيرهم » رواه البيهقى والحاكم ، وفى لفظ : « ولا يذفف على جريحهم » وزاد « ولا يغنم فيؤهم » سكت عنه الحاكم •

وقال ابن عدى : هذا الحديث غير محفوظ • وقال البيهقى : ضعيف • قال ابن حجر فى بلوغ المرام وصححه الحاكم فوهم ، لأن فى اسناده كوثر بن حكيم وهو متروك قال : وصح عن على من طرق نحوه موقوفا ، أخرجه ابن أبى شيبة والحاكم وأخرج البيهقى عن أبى أمامة قال : شهدت صفين فكانوا لا يجيزون على جريح ولا يقتلون موليا ولا يسلبون قتيلا •

وأخرج أيضا عن أبي فاختة « أن عليا أتى بأسير يوم صفين فقال لا تقتلني صبرا ، فقال علي رضي الله عنه لا أقتلك صبرا اني أخاف الله رب العالمين ثم خلى سبيله ثم قال : أفيك خير تبايع »

وأخرج أيضا « أن عليا لم يقاتل أهل الجمل حتى دعا الناس ثلاثا حتى اذا كان يوم الثالث دخل عليه الحسن والحسين وعبد الله بن جعفر ، فقالوا قد أكثروا فينا الجراح ، فقال ما جهلت من أمرهم شيئا ثم توضأ وصلى ركعتين حتى اذا فرغ رفع يديه ودعا ربه وقال لهم ان ظفرتم على القوم فلا تطلبوا مدبراً ولا تجهزوا على جريح ، وانظروا الى ما حضروا به الحرب من آلة فاقبضوه وما سوى ذلك فهو لورثتهم » .

قال البيهقي : هذا منقطع . والصحيح أنه لم يأخذ شيئا ولم يسلب قتيلا ، ودخل علي بن الحسين على مروان بن الحكم فقال : ما رأيت أكرم علينا من أبيك ما هو الا أن ولينا يوم الجمل حتى نادى مناديه « لا يقتل مدبر ولا يذفف على جريح » (يذفف) يروى بالدال والذال وقد مضى معناها في الصيد ، فان انهزموا الى فئة ومدد ليستغيثوا بهم ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبي حنيفة واختيار أبي اسحاق المروزي أنهم يتبعون ويقتلون ، لأنهم اذا لم يتبعوا لم يؤمن أن يعودوا على أهل العدل فيقاتلوهم ويظفروا بهم .

(والثاني) وهو ظاهر النص أنه لا يجوز أن يتبعوا ويقاتلوا لعموم الخبر ولأن دفعهم قد حصل وما يخاف من رجوعهم لا يوجب قتالهم كما لو تفرقوا ، وان حضر معهم من لا يقاتل ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يجوز قتله ، لأن قتالهم للكف وقد كف نفسه ، وهو مذهب أحمد (والثاني) يجوز قصد قتله ، لأن عليا رضي الله عنه نهاهم عن قتل محمد بن طلحة فقتله ، ولم ينكر على ، ولأنه صار رداً لهم ، وان قاتل مع أهل البغي نساؤهم وصبيانهم جاز قتلهم مقبلين ، لأن هذا القتال لدفعهم

عن النفس كما يجوز له قتل من قصد نفسه فى غير أهل البغى ، وان كان لرجل من أهل العدل قريب فى أهل البغى يقاتل فيستحب له أن ينحرف من قتله ما دام يمكنه ذلك لقوله تعالى (وان جاهداك على أن تشرك بى ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما فى الدنيا معروفا) فأمره بمصاحبتهما بالمعروف فى أسوإ حالهما ، وهو دعوتهما اياه الى الشرك .

وروى أن أبا بكر أراد أن يقتل أبا قحافة يوم أحد فكفه النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك فان لم يمكنه قتال أهل البغى الا بقتل أبيه فقتله فلا شىء عليه لما روى أن أبا عبيدة قتل أباه ، وقال للنبى صلى الله عليه وسلم سمعته يسبك .

اذا ثبت هذا فى حق المشرك كان فى حق أهل البغى مثله .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ولا يقتل أسيرهم لقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث عبد الله بن مسعود ((ولا يقتل أسيرهم)) فان قتله ضمنه بالدية ، لأنه بالأسر صار محقون الدم ، فصار كما لو رجع الى الطاعة ، وهل يضمنه بالقصاص ؟ فيه وجهان :**

(أحدهما) يضمنه لما ذكرناه .

(والثانى) لا يضمنه ، لأن أبا حنيفة رحمه الله يجيز قتله فصار ذلك شبهة فى اسقاط القود ، فان كان الأسير حراً بالغاً فدخل فى الطاعة أطلقه ، وان لم يدخل فى الطاعة حبسه الى أن تنقضى الحرب ليكف شره ثم يطلقه ، ويشرط عليه أن لا يعود الى القتال ، وان كان عبداً أو صبياً لم يحبسه ، لأنه ليس من أهل البيعة . ومن أصحابنا من قال : يحبسه ، لأن فى حبسه كسراً لقلوبهم .

فصل **ولا يجوز قتالهم بالنار والرمى عن المنجنيق من غير ضرورة ، لأنه لا يجوز أن يقتل الا من يقاتل ، والقتل بالنار أو المنجنيق يعم من يقاتل ومن لا يقاتل ، وان دعت اليه الضرورة جاز ، كما يجوز أن يقتل من لا يقاتل اذا قصد قتله للدفع ، ولا يستعين فى قتالهم بالكفار ولا بمن يرى قتلهم**

مدبرين لأن القصد كفهم وردهم الى الطاعة دون قتلهم ، وهؤلاء يقصدون قتلهم ، فان دعت الحاجة الى الاستعانة بهم ـ فان كان يقدر على منعهم من اتباع المدبرين جاز وان لم يقدر لم يجز .

فصل وان اقتتل فريقان من أهل البغى ، فان قدر الامام على قهرهما لم يعاون واحداً منهما ، لأن الفريقين على الخطأ ، وان لم يقدر على قهرهما ولم يأمن أن يجتمعا على قتاله ضم الى نفسه أقربهما الى الحق ، فان استويا فى ذلك اجتهد فى رأيه فى ضم أحدهما الى نفسه ، ولا يقصد بذلك معاونته على الآخر ، بل يقصد الاستعانة به على الآخر ، فاذا انهزم الآخر لم يقاتل الذى ضمه الى نفسه حتى يدعوه الى الطاعة لأنه حصل بالاستعانة به به فى أمانه .

فصل ولا يجوز أخذ مالهم لحديث ابن مسعود وحديث أبى أمامة فى صفين ، ولأن الاسلام عصم دمهم ومالهم ، وانما أبيح قتالهم للدفع والرد الى الطاعة وبقى حكم المال على ما كان ، فلم يجز أخذه كمال قطاع الطريق ، ولا يجوز الانتفاع بسلاحهم وكراعهم من غير اذنهم من غير ضرورة لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يحل مال امرىء مسلم الا بطيب نفس منه » ولأن من لا يجوز أخذ ماله لم يجز الانتفاع بماله من غير اذنه ومن غير ضرورة كغيرهم ، وان اضطر اليه جاز كما يجوز أكل مال غيره عند الضرورة) .

الشرح حديث عبد الله بن مسعود أخرجه الحاكم والبيهقى عن عبد الله بن عمر ، وأثر أبى أمامة فى صفين أخرجه البيهقى قال « شهدت صفين فكانوا لا يجيزون على جريح ولا يقتلون مولياً ولا يسلبون قتيلا » .

وحديث « لا يحل مال امرىء الخ » مضى فى الزكاة والبيوع والربا وغيرها .

اما الأحكام فانه اذا أسر أهل العدل من أهل البغى حراً بالغاً ـ فان كان شاباً جلدا ـ فان للامام أن يحبسه ما دامت الحرب قائمة ان لم يرجع الى الطاعة ، فان بذل الرجوع الى الطاعة أخذت منه البيعة وخلى ، وان انقضت الحرب أو انهزموا الى غير فئة فانه يخلى ، وان انهزموا الى فئة خلى على المذهب ولم يخل على قول أبى اسحاق ، ولا يجوز قتله .

وقال أبو حنيفة : يجوز قتله • دليلنـا قوله صلى الله عليه وسلم « ولا يقتل سبيهم » فان قتله رجل من أهل العدل عامدا فهل يجب عليه القصاص ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يجب عليه القصاص لأنه صار بالأسر محقون الدم فصار كما لو رجع الى الطاعة ، وللولى أن يعفو عن القود الى الدية •

(والثانى) لا يجب عليه القصاص ، لأن قول أبى حنيفـة شبهة تسقط عنه القصاص فعلى هذا تجب فيه الدية ، وان كان الأسير شيخا لا قتال فيه أو مجنونا أو امرأة أو صبياً أو عبدا لم يحبسوا لأنهم ليسوا من أهل البيعة على القتال • ومن أصحابنا من قالوا : يحبسون لأن فى ذلك كسرا لقلوبهم واقلالا لجمعهم واضـعافا من روحهم ومعنوياتهم ، ولكن المنصـوص هو لأول •

قوله « ولا يجوز قتالهم بالنـار الخ » فجملة ذلك أنه يحرم رمى أهل البغى بالنار أو المنجنيق من غير ضرورة ، لأن القصد بقتالهم كفهم وردهم الى الطاعة فيجب تجنب ما يهلكهم أو يبيدهم ، ولأن رميهم بالمدافع والرشاشات يصيب منهم من يقاتل ومن لا يقاتل ، وانما يجوز قتل من يقاتل فقط ، فاذا أحاط أهل البغى من كل جهة ولم يمكنهم التخلص منهم الا بالرمى بالنار أو رشقهم بالمدافع جاز ذلك للضرورة • وقال ابن الصباغ : وكذلك ان رماهم أهل البغى بالنار وكان هذا سلاحا لهم جاز لأهل العدل رميهم بمثل سلاحهم •

فـــرع ولا يجوز للامام أن يستعين على قتـال أهل البغى بمن يرى جوازا قتلهم مدبرين من المسلمين ، لأنه يعرف أنهم يظلمون ــ فان كان لا يقدر على قتال أهل البغى الا بالاستعانة بهم ــ جاز اذا كان مع الامام من يمنعهم من قتلهم مدبرين ، ولا يجوز للامام أن يستعين على قتالهم بالكفار ، لأنهم يرون قتل المسلمين مدبرين ، تشفيا لما فى قلوبهم •

قوله : وان اقتتـل فريقـان الخ • فجملة ذلك أنهم اذا افترقوا فريقين

واقتتلا ، فان قدر الامام على قهرهما لم يعاون احداهما على الأخرى لأنهما على الخطأ والمعونة على الخطأ خطأ ، وان كان لا يقدر على قهرهما ضم الى نفسه أقربهما الى الحق وقاتل معها الطائفة الأخرى ، ولا يقصد بقتاله معاونة الطائفة التى ضمها الى نفسه ، وانما يقصد رد الذين يقاتلون الى طاعته ، فاذا انهزمت الطائفة التى قاتلها أو رجعت الى طاعته لم يقاتل الطائفة التى ضم الى نفسه حتى يدعوهم الى طاعته ، لأنه بضمهم اليه صار اماماً لهم ، فاذا امتنعت من الدخول فى طاعته قاتلهم فان استوت الطائفتان اجتهد فى أقربهما الى الحق وضم نفسه اليها • وهذا كله كمذهب أحمد •

ولا يجوز لأهل العدل أخذ أموال أهل البغى لقوله صلى الله عليه وسلم « ولا يقسم فيؤهم » « وقد استؤذن على يوم الجمل فى النهب فقال : انهم يحرمون بحرمة الاسلام ولا يحل مالهم » فان انقضت الحرب ورجعوا الى الطاعة وكان فى يد أهل العدل مال لأهل البغى أو فى يد أهل البغى مال لأهل العدل وجب رد كل مال الى مالكه لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يحل مال امرىء مسلم الا بطيب نفس منه » ولأنه مسلم فلم يجز الانتفاع بماله من غير اذنه كغير الكراع والسلاح وكأهل العدل •

وان دعته ضرورة بأن ذهب سلاحه أو خاف على نفسه جاز أن يدفع عن نفسه بسلاحه ، فكذلك ان خاف على نفسه وأمكنه أن ينجو على دابة لهم جاز له ذلك ، لأنه لو اضطر الى ذلك من مال أهل العدل لجاز له الانتفاع به فكذلك اذا اضطر الى ذلك من أموال أهل البغى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **وان أتلف احد الفريقين على الآخر نفساً أو مالا فى غير القتال وجب عليه الضمان ، لأن تحريم نفس كل واحد منهما وماله كتحريمهما قبل البغى فكان ضمانهما كضمانهما قبل البغى • وان أتلف أهل العدل على أهل البغى نفساً أو مالا فى حال الحرب بحكم القتال لم يجب عليه الضمان ، لأنه مأمور باتلافه فلا يلزمه ضمانه ، كما لو قتل من يقصد نفسه أو ماله من قطاع الطريق • واذا أتلف أهل البغى على أهل العدل ففيه قولان (أحدهما)**

يجب عليه الضمان لانه أتلف عليه بعدوان فوجب عليه الضمان ، كما لو أتلف عليهم فى غير القتال (والثانى) لا يجب عليه الضمان وهو الصحيح ، لما روى عن الزهرى انه قال « كانت الفتنة العظمى بين الناس وفيهم البدريون ، فاجمعوا على ان لا يقام حد على رجل ارتكب فرجا حراماً بتأويل القرآن ، ولا يقتل رجل سفك دماً حراماً بتأويل القرآن ، ولا يغرم مالا أتلفه بتأويل القرآن » ولأنها طائفة ممتنعة بالحرب بتأويل فلم تضمن ما تتلف على الأخرى بحكم الحرب كأهل العدل . ومن أصحابنا من قال : القولان فى غير القصاص ، فأما القصاص فلا يجب قولا واحداً لأنه يسقط بالشبهة ولهم فى القتل شبهة .

فصل وان استعان أهل البغى بأهل الحرب فى القتال وعقدوا لهم أمانا أو ذمة بشرط المعاونة لم ينعقد ، لأن من شرط الذمة والأمان أن لا يقاتلوا المسلمين فلم ينعقد على شرط القتال ، فان عاونوهم جاز لأهل العدل قتلهم مدبرين وجاز أن يذفف على جريحهم ، وان أسروا جاز قتلهم واسترقاقهم ولمن عليهم والمفاداة لهم لأنه لا عهد لهم ولا ذمة فصاروا كما لو جاءوا منفردين عن أهل البغى ولا يجوز شىء من ذلك لمن عاونهم من أهل البغى لأنهم بذلوا لهم الذمة والأمان فلزمهم الوفاء به ، وان استعانوا بأهل الذمة فعاونوهم نظرت فان قالوا : كنا مكرهين أو ظننا أنه يجوز أن نعاونهم عليكم كما يجوز أن نعاونكم عليهم لم تنتقض الذمة لأن ما ادعوه محتمل فلا يجوز نقض العقد مع الشبهة وان قاتلوا معهم عالمين من غير اكراه ، فان كان قد شرط عليهم ترك المعاونة فى عقد الذمة انتقض العهد لأنه زال شرط الذمة . وان لم يشترط ذلك ففيه قولان .

(احدهما) ينتقض كما لو انفردوا بالقتال لأهل العدل (والثانى) لا ينتقض لأنهم قاتلوا تابعين لأهل البغى ، فاذا قلنا : لا ينتقض عهدهم كانوا فى القتال كأهل البغى لا يتبع مدبرهم ولا يذفف على جريحهم ، وان أتلفوا نفساً أو مالا فى الحرب لزمهم الضمان قولا واحداً ، والفرق بينهم وبين أهل البغى أن فى تضمين أهل البغى تنفيراً عن الرجوع الى الطاعة ، فسقط عنهم الضمان فى أحد القولين ولا يخاف تنفير أهل الذمة لأنا قد أمناهم على هذا القول ، وان استعانوا بمن له أمان الى مدة تعاونوهم انتقض أمانهم ، فان ادعوا أنهم كانوا مكرهين ولم تكن لهم بينة على الاكراه انتقض الأمان ، والفرق بينهم وبين أهل الذمة فى أحد القولين أن الأمان المؤقت ينتقض بالخوف من الخيانة فانتقض بالمعاونة وعقد الذمة لا ينتقض بالخوف من الخيانة فلم ينتقض بالمعاونة) .

الشرح قال الشافعى رحمه الله تعالى : فان كانت لأهل البغى جماعة تكثر ويمتنع مثلها بموضعها الذى هى بعض الامتناع حتى يعرف أن مثلها لا ينال حتى تكثر نكايته واعتقدت ، ونصبوا اماما وأظهروا حكما

وامتنعوا من حكم الامام العادل ، فهذه الفئة الباغية التى تفارق حكم من ذكرنا قبلها ــ يقصد القلة من النفراليسير الذين لا يتأتى لهم أن يقيموا دولة أو حكومة ذات سلطان بازاء حكومة أهل العدل ــ فينبغى اذا فعلوا هذا أن نسألهم ما نقموا ، فان ذكروا مظلمة بينة ردت فان لم يذكروها بينة قيل لهم : عودوا لما فارقتم من طاعة الامام العادل وأن تكون كلمتكم وكلمة أهل دين الله على المشركين واحدة ، الى أن قال ، وما أصابوا فى هذه الحال على وجهين •

(أحدهما) ما أصابوا من دم ومال وفرج على التأويل ثم ظهر عليهم بعد لم يقم عليهم من ذلك شىء الا أن يوجد مال رجل بعينه فيؤخذ •

(والوجه الثانى) : ما أصابوا على غير وجه التأويل من حد لله تعالى أو للناس ثم ظهر عليهم رأيت أن يقام عليهم كما يقام على غيرهم ممن هرب من حد أو اصابة وهو فى بلاد لا والى فيها ثم جاء لها وال • وهكذا غيرهم من أهل دار غلبوا الامام عليا فصار لا يجرى له بها حكم ، فمتى قدر عليهم أقيمت عليهم تلك الحدود ولم يسقط عنهم ما أصابوا بالامتناع ، ولا يمنع الامتناع حقاً يقام انما يمنعه التأويل والامتناع معا • ا هـ

وكان الشافعى قد قال قبل ذلك فى أول كتاب قتال أهل البغى والردة « وأمر الله تعالى ان فاءوا أن يصلح بينهما بالعدل ، ولم يذكر تباعة فى دم ولا مال ، وانما ذكر الله تعالى الصلح آخراً كما ذكر الاصلاح بينهم أولا قبل الاذن بقتالهم فأشبه هذا ــ والله أعلم ــ أن تكون التباعات فى الجراح والدماء وما فات من الأموال ساقطة بينهم • قال وقد يحتمل قول الله عز وجل : فان فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل ، والعدل أخذ الحق لبعض الناس من بعض ، قال وانما ذهبنا الى أن القود ساقط ، والآية تحتمل المعنين ، أخبرنا مطرف بن مازن عن معمر بن راشد عن الزهرى قال : أدركت الفتنة الأولى أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فكانت فيها دماء وأموال فلم يقتص فيها من دم ولا مال ولا فرج أصيب بوجه التأويل الا أن يوجد مال رجل بعينه فيدفع الى صاحبه ا هـ •

أما الأحكام فانه اذا أتلف أحد الفريقين على الآخر نفسا أو مالا قبل قيام الحرب أو بعدها وجب عليه الضمان لأنه أتلف مالا محرما عليه بغير القتال فلزمه ضمانه كما لو أتلفوه قبل البغى ، وان أتلفوه فى حال القتال نظرت فان أتلف ذلك أهل العدل لم يلزمهم ضمانه بلا خلاف لأنهم مأمورون بقتالهم ، والقتال يقتضى اتلاف ذلك •

وان أتلف ذلك أهل البغى على أهل العدل ففيه قولان : قال فى القديم يجب عليهم ضمان ذلك ، وبه قال مالك لقوله تعالى « ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا » والباغى ظالم فوجب أن يكون عليه السلطان وهو القصاص ، ولأن الضمان يجب على آحاد أهل البغى ، فوجب أن يكون على جماعتهم وعكسه أهل الحرب • وقال فى الجديد لا يجب وعليهم الضمان ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد بن حنبل وهو الأصح ، لقوله تعالى « وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا » الخ الآية ، فأمر بقتالهم ولم يوجب ضمان ما أتلفوا عليهم •

وروى أن هشام بن عبد الملك أرسل الى الزهرى يسأل عن امرأة من أهل العدل ذهبت الى أهل البغى وكفرت زوجها وتزوجت من أهل البغى ثم تابت ورجعت هل يقام عليها الحد ؟ فقال الزهرى : كانت الفتنة العظمى بين أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وفيهم البدريون ، فأجمعوا على أن لا حد على من ارتكب فرجاً محظوراً بتأويل القرآن ، وأن لا ضمان على من سفك دماً محرما بتأويل القرآن وألا غرم على من أتلف مالا بتأويل القرآن •

وروى أن عليا رضى الله عنه قاتل أهل الجمل وقتل منهم خلق عظيم وأتلف مال عظيم ثم ملكهم ولم ينقل أنه ضمن أحداً منهم ما أتلف من نفس أو مال ، فدل على أنه اجماع ، ومن أصحابنا من قال : القولان فى الأموال والديات ، فأما القصاص فلا يجب قولا واحداً لأنه يسقط بالشبهة •

مسألة اذا عقد أهل البغى لأهل الحرب الذمة أو الأمان بشرط أن يعاونوهم على قتال أهل العدل ، لم يصح هذا العقد فى حق أهل العدل ،

فيجوز لهم قتلهم مقبلين ومدبرين ، ويجاز على جريحهم ، ويجوز سبى ذراريهم ، ويتخير الامام فيمن أسر منهم بين المن والقتل والاسترقاق والفداء ، لأن شرط صحة العقد لهم ألا يقاتلوا المسلمين ، فان وقع العقد على شرط قتال المسلمين لم يصح ، وان أتلفوا على أهل العدل نفساً أو مالا لم يجب عليهم ضمانه قولا واحداً ، كما لو قاتلوا المسلمين منفردين • وهل يكون فى أمان من أهل البغى ؟ فيه وجهان حكاهما المسعادى •

(أحدهما) ــ ولم يذكر المصنف وابن الصباغ فى الشامل غيره ــ أنهم فى أمان منهم ، لأنهم قد بذلوا لهم الأمان فلزمهم الوفاء به •

(والثانى) أنهم لا يكونون فى أمان منهم ، لأن من لم يصح أمانه فى بعض المسلمين لم يصح فى حق بعضهم كمن أمنه صبى أو مجنون ، وأما اذا استعان أهل البغى بأهل الذمة على قتال أهل العدل وأعانوهم فهل تنتقض ذمتهم فى حق أهل العدل ؟ ينظر فيهم فان قالوا : لم نعلم أنهم يستعينون بنا على المسلمين ــ وانما ظننا أنهم يستعينون بنا على الحرب ، أو قالوا اعتقدنا أنه لا يجوز لنا اعانتهم عليكم الا أنهم أكرهونا على ذلك لم تنتقض ذمتهم ، لأن عقد الذمة قد صح فلا ينتقض لأمر محتمل وان لم يدعوا شيئا من ذلك فهل تنتقض ذمتهم ؟ فيه قولان •

(أحدهما) تنتقض كما لو انفردوا بقتال المسلمين •

(والثانى) لا تنتقض ، لأن أهل الذمة لا يعلمون المحق من المبطل وذلك شبهة لهم •

وقال أبو اسحاق المروزى : القولان اذا لم يكن الامام قد شرط عليهم فى عقد الذمة الكف عن القتال لفظا ، وان شرط عليهم الكف عن ذلك انتقضت ذمتهم قولا واحداً ، والطريق الأول هو المنصوص • فاذا قلنا تنتقض ذمتهم لم يجب عليهم ضمان ما أتلفوا على أهل العدل من نفس ومال قولا واحداً كأهل الحرب ، قال الشيخان أبو حامد وأبو اسحاق : ويجوز قتلهم على

هذا مقبلين ومدبرين ، ويتخير الامام فى الأسير منهم ، كما قلنا فى أهل الحرب .

وقال ابن الصباغ : هل يجوز قتلهم على هذا مقبلين ومدبرين ؟ فيه قولان بناء على القولين فيهم اذا نقضوا الذمة ، هل يقتلون فى الحال ؟ أو يجب ردهم الى مأمنهم ؟ وهل تنتقض ذمتهم فى حق أهل البغى ؟ ينبغى أن يكون على الوجهين اللذين مضيا فى صحة أمان أهل البغى لأهل الحرب ، واذا قلنا لا تنتقض ذمتهم فحكمهم حكم أهل البغى فيجوز قتلهم مقبلين ولا يجوز قتلهم مدبرين ، ولا يجاز على جريحهم ولا يجوز سبى أموالهم ومن أسر منهم كان كمن أسر من أهل البغى الا أنهم اذا أتلفوا على أهل العدل نفسا أو مالا لزمهم ضمانه قولا واحداً والفرق بينهم وبين أهل البغى أن لأهل البغى شبهة ، فلذلك سقط عنهم الضمان فى أحد القولين . وليس لأهل الذمة شبهة فوجب عليهم الضمان ، ولأن فى ايجاب الضمان على أهل البغى تنفيراً عن رجوعهم الى الطاعة ، وقد أمرنا باصلاحهم ، وأهل الذمة لا يخاف من نفورهم ، ولم نؤمر بالاصلاح بيننا وبينهم فان استعان أهل البغى بمن بيننا وبينهم هدنة فأعانوهم انتقض أمانهم الا اذا ادعوا أنهم أكرهوا على ذلك ، وأقاموا على ذلك بينة ، والفرق بينهم وبين أهل الذمة أن أهل الذمة أقوى حكما ، ولهذا لا تنتقض الذمة لخوف جنايتهم والهدنة تنتقض لخوف جنايتهم فلأن تنتقض بنفس الاعانة أولى ، واذا انتقض أمانهم كان حكمهم حكم أهل الحرب .

قال الشافعى رحمه الله : فان جاء أحد تائبا لم يقتص منه لأنه مسلم محقون الدم ، فمن أصحابنا من قال أراد بذلك الحربى والمستأمن وأهل الذمة ، اذا قلنا تنتقض ذمتهم ، فان الواحد من هؤلاء اذا قتل أحداً من أهل العدل ثم رجع اليهم تائبا لم يقتص منه لأنه قتله قبل اسلامه ، فأما أهل البغى فلا يسقط عنهم الضمان بالتوبة لأنهم مسلمون .

ومنهم من قال : ما أراد الشافعى بذلك الا أهل البغى ، وقد نص فى الأم

عليه ويجوز أن يعلل بأنه مسلم محقون الدم ، لأن قتله كان بتأويل فلم يزل خفر ذمته وانما سقط القصاص فى أحد القولين ، ومذهب أحمد كمذهبنا فى كل ما مضى من أوجه وأقوال وتأويلات • والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **وان ولوا فيما استولوا عليه قاضيا نظرت ، فان كان ممن يستبيح دماء أهل العدل وأموالهم ـ لم ينفذ حكمه لأن من شرط القضـاء العدالة والاجتهاد ، وهذا ليس بعدل ولا مجتهـد ، وان كان ممن لا يستبيح دماءهم ولا أموالهم نفذ من حكمه ما ينفذ من حكم قاضى أهل العدل ، ورد من حكمه ما يرد من حكم قاضى أهل العدل ، لأن لهم تأويلا يسوغ فيه الاجتهاد ، فلم ينقض من حكمه ما يسوغ فيه الاجتهاد •**

وان كتب قاضيهم الى قاض أهل العدل استحب ان لا يقبل كتابه استهانة بهم وكسراً لقلوبهم ، فان قبله جاز ، لأنه ينفذ حكمه فجاز الحكم بكتابه كقاضى أهل العدل •

فصـــل **وان استولوا على بلد وأقاموا الحدود وأخذوا الزكاة والخراج والجزية اعتد به ، لأن عليا كرم الله وجهه قاتل أهل البصرة ولم يلغ ما فعلوه وأخذوه ، لأن ما فعلوه وأخذوه بتأويل سائغ فوجب امضاؤه كالحاكم اذا حكم بما يسوغ فيه الاجتهاد ، فان عاد البلد الى أهل العدل فادعى من عليه الزكاة أنه دفعها الى أهل البغى قبل قوله ، وهل يحلف عليه مستحبا أو واجبا ؟ فيه وجهان ذكرناهما فى الزكاة •**

وان ادعى من عليه الجزية أنه دفعها اليهم لم يقبل قوله ، لأنها عوض فلم يقبل قوله فى الدفع كالمستأجر اذا ادعى دفع الأجرة ، وان ادعى من عليه الخراج أنه دفعه اليهم ففيه وجهان (أحدهما) يقبل قوله ، لأنه مسلم فقبل قوله فى الدفع كما قلنا فيمن عليه الزكاة • (والثانى) لا يقبل لأن الخراج ثمن أو أجرة فلم يقبل قوله فى الدفع كالثمن فى البيع والأجرة فى الاجارة) •

الشرح قال الشافعى رضى الله عنـه فى الأم فى الأمان « وقال بعض الناس : لا ينبغى لقـاضى أهل البغى أن يحكم فى الدماء والحـدود وحقوق الناس واذا ظهر الامام على البلد الذى فيه قاض لأهل البغى لم يرد

من حكمه الا ما يرد من حكم غيره من قضاة غير أهل البغى ، وان حكم على غير أهل البغى فلا ينبغى للامام أن يجيز كتابه خوف استحلاله أموال الناس بما لا يحل له • قال واذا كان غير مأمون برأيه عن استحلال ما لا يحل له من مال امرىء أو دمه لم يحل قبول كتابه ولا انفـاذ حكمه ، وحكمه أكثر من كتابه ، فكيف يجوز أن ينفذ حكمه وهو الأكثر ، ويرد كتابه وهو الأقل اهـ •

وجملة ذلك أنه اذا نصب أهل البغى قاضيا ــ فان كان يستحل دماء أهل العدل وأموالهم لم يصح قضـاؤه ، ولأنه ليس بعدل ، وان كان لا يستحل دماء أهل العدل وأموالهم نفذ من أحكامه ما ينفـذ من أحكام قاضى أهل العدل سواء كان القاضى من أهل العدل أو من أهل البغى •

وقال أبو حنيفة : ان كان من أهل العدل نفذ حكمه ، وان كان من أهل البغى فيما أتلفوه حال الحرب جاز حكمه لأنه موضع اجتهاد ، وان كان حكمه لا يفسقون وهو قول أحمد وأصحابه •

دليلنا أنه اختلاف فى الفروع بتأويل سائغ فلم يمنع صحة القضـاء ولم يفسق كاختلاف الفقهاء ، ولأن علياً رضى الله عنه لمـا غلب على أهل البغى وكانوا قد حكموا مدة طويلة بأحكام لم يرو أنه رد شـيئا منها • ولم يرد قضاء قاضيهم ، كقاضى أهل العدل •

فـــرع فان حكم قاضى أهل البغى بسـقوط الضمان عن أهل البغى فيما أتلفوه حال الحرب جاز حكمه لأنه موضع اجتهاد ، وان كان حكمه فيما أتلفوه قبل قيام الحرب لم ينفذ لأنه مخالف للاجماع • وان حكم على أهل العدل بوجوب الضمان فيما أتلفوه حال الحرب لم ينفذ حكمه لمخالفته للاجماع ، وان حكم بوجوب ضمان فى غير حال الحرب نفـذ حكمه ، فان كتب قاضى أهل البغى الى قاضى أهل العدل بحكم فالمستحب ألا يقبل كتابه استهانة بهم وكسراً لقلوبهم • أو كمـا يعبر المعاصرون باضـعاف روحهم المعنوية ، فان قبله جاز •

وقال أبو حنيفة : لا يجوز لأنه محكوم بفسقهم وولاية القضاء تنافى الفسق ولنا أننا قد أقمنا الدليل على تنفيذ حكمه ، ومن نفذ حكمه جاز قبول كتابه ، كقاضى أهل العدل ، هذا نقل أصحابنا العراقيين • وقال الخراسانيون : ان كان قد نفذ القضاء قبل كتابه ، وان لم ينفذ القضاء فهل يقبل كتابه ؟ فيه قولان •

وان شهد عدل من أهل البغى قبلت شهادته ، ووافقنا أبو حنيفة على ذلك لأنهم وان كانوا فسقة عنده من جهة التدين ، الا أن ذلك لا يوجب رد الشهادة عنده ، وانما قبلت شهادتهم عندنا وعند الحنابلة لأنهم ليسوا بفسقة فهم كأهل العدل المختلفين فى الأحكام •

قوله : وان استولوا على بلد وأقاموا الحدود الخ ، فجملة ذلك أنه اذا استولى أهل البغى على بلد وأقاموا فيه الحدود وأخذوا الزكوات والجزية والخراج وقع ذلك موقعه •

وحكى المسعودى وجهاً آخر أنه لا يعتد بما أخذوه من الجزية وليس بشىء لأن علياً رضى الله عنه لما ظهر على أهل البغى لم يطالب بشىء مما كانوا قد جبوه من ذلك •

اذا ثبت هذا فظهر الامام على البلدة التى كانوا قد غلبوا عليها ، فادعى من عليه الزكاة أنه قد كان دفع اليهم الزكاة ــ فان علم الامام بذلك وقامت به عنده بينة لم يطالبه بشىء • وان لم يعلم الامام بذلك ولا قامت به بينة فان دعوى من عليه الزكاة مخالفة للظاهر فيحلفه ، وهل تكون يمينه واجبة أو مستحبة ؟ فيه وجهان مضى ذكرهما فى الزكاة للامام النووى رضى الله عنه•

فان ادعى من عليه الجزية أنه دفعها اليهم ــ فان علم الامام بذلك أو قامت به بينة لم يطالبه بشىء ، وان لم يعلم الامام بذلك ولا قامت به بينه لم يقبل قول من عليه الجزية • لأنه يجب عليه الدفع الى الامام لأنهم كفار ليسوا بمأمونين ، ولأن الجزية عوض عن المساكنة فلا يقبل قولهم فى دفعها من غير بينة كثمن المبيع والأجرة •

وان ادعى من عليه الخراج أنه دفعه اليهم ، فان علم الامام بذلك أو قامت به بينة ، لم يطالب بشيء ، وان لم يعلم بذلك ولا قامت به بينة ففيه وجهان .

(أحدهما) يقبل قوله مع يمينه لأنه مسلم فقبل قوله مع يمينه فيما دفع كما قلنا فيمن عليه الزكاة . (والثانى) لا يقبل قوله لأن الخراج ثمن أو أجرة فلا يقبل قوله فى دفعه من غير بينة كالثمن والأجرة فى غير ذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان أظهر قوم رأى الخوارج ولم يخرجوا عن قبضة الامام لم يتعرض لهم ، لأن علياً كرم الله وجهه سمع رجلا من الخوارج يقول : لا حكم الا لله تعريضا له فى التحكيم فى صفين . فقال : ((كلمة حق أريد بها باطل)) ثم قال : لكم علينا ثلاث : لا نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله ولا نمنعكم ما الفيء ما دامت أيديكم معنا ، ولا نبدؤكم بقتال)) ولأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يتعرض للمنافقين الذين كانوا معه فى المدينة ، فلأن لا نتعرض لأهل البغى وهم من المسلمين أولى ، وحكمهم فى ضمان النفس والمال والحد حكم أهل العدل ، لأن ابن ملجم جرح علياً كرم الله وجهه ، فقال : ((أطعموه واسقوه واحبسوه ، فان عشت فانا ولى دمى ، أعفو ان شئت ، وان شئت استقدت ، وان مت فاقتلوه ولا تمثلوا به)) فان قتل فهل يتحتم قتله ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) يتحتم لأنه قتل بشهر السلاح ، فانحتم قتله كقاطع الطريق .

(والثانى) لا يتحتم وهو الصحيح لقول على كرم الله وجهه ((أعفو ان شئت وان شئت استقدت)) .

وان سبوا الامام أو غيره من أهل العدل عزروا ، لأنه محرم ليس فيه حد ولا كفارة فوجب فيه التعزير . وان عرضوا بالسب ففيه وجهان :

(أحدهما) يعزرون لأنهم اذا لم يعزروا على التعريض صرحوا وخرقوا الهيبة (والثانى) لا يعزرون لما روى أبو يحيى قال صلى بنا على رضى الله عنه صلاة الفجر فناداه رجل من الخوارج ((لئن أشركت ليحبطن عملك ولتكونن من الخاسرين)) فأجابه على رضوان الله عليه وهو فى الصلاة ((فاصبر ان وعد الله حق ولا يستخفنك الذين لا يوقنون)) ولم يعزره .

فصـــل وان خرجت على الامام طائفة لا منعة لها او اظهرت رأى الخوارج كان فصل فى ضمان النفس والمال والحدود حكم أهل العدل ، لانه لا يخاف نفورهم لقتلهم وقدرة الامام عليهم ، فكان حكمهم فيمـا ذكرناه حكم الجماعة ، كما لو كانوا فى قبضته .

فصـــل وان خرجت طائفة من المسلمين عن طاعة الامام بغير تاويل واستولت على البلاد ومنعت ما عليها وأخذت ما لا يجوز أخذه قصدهم الامام وطالبهم بما منعوا ورد ما اخذوا ، وغرمهم ما أتلفوه بغير حق ، أقام عليهـم حدود ما ارتكبوا لانه لا تأويل لهم فكان حكمهم ما ذكرناه كقطاع الطريق) .

الشرح الخوارج هم جمع خارجة ، أى طائفـة ، سموا بذلك لخروجهم على خيـار المسلمين ، وقد حكى الرافعى فى الشرح الكبير أنهم خرجوا على على رضى الله عنه حيث اعتقدوا أنه يعرف قتلة عثمان ويقـدر عليهم ولا يقتص منهم لرضـاه بقتله أو مواطأته ، كذا قال ، وهـذا خلاف المستفيض من حقائق التاريخ وصادق الأخبار ، فان كل أولئك تقـرر أن الخوارج لم يطلبوا بدم عثمان بل كانوا ينكرون عليه شيئا ويتبرأون منه .

وأصـل ذلك أن بعض أهل العراق أنكروا سيرة بعض أقارب عثمـان فطعنوا على عثمان بذلك ، وكان يقال لهم القراء ، لشدة اجتهادهم فى التلاوة والعبادة ، الا أنهم يتأولون القـرآن على غير المراد منه يستبدون بآرائهم ويبالغون فى الزهد والخشوع فلما قتل عثمان قاتلوا مع على واعتقدوا كفر عثمان ومن تابعه واعتقدوا امامة على وكفر من قاتله من أهل الجمل بقيـادة طلحة والزبير ، فانهما خرجا الى مكة بعد أن بايعا علياً فلقيا عائشـة وكانت حجت تلك السـنة ، فاتفقوا على طلب قتلة عثمـان ، وخرجوا الى البصرة يدعون الناس الى ذلك ، فبلغ عليا فخرج اليهم فوقعت بينهم واقعة الجمل المشهورة ، وانتصر على وقتل طلحة فى المعركة ، وقتل الزبير بعد أن انصرف من الوقعة .

فهذه الطائفة هى التى كانت تطلب بدم عثمان بالاتفاق ثم قام معـاوية بالشام فى مثل ذلك وكان عاملا على الشام وقد أرسل اليه على أن يبايع له أهل الشام ، فاعتل بأن عثمان قتل مظلوما وأنها تجب المبادرة الى الاقتصاص

من قتلته ، وأنه أقوى الناس على الطلب بذلك ، والتمس من على أن يمكنه منهم ثم يبايع له بعد ذلك ، وعلى يقول ادخل فيما دخل فيه الناس وحاكمهم الى أحكم فيهم بالحق ، فلما طال الأمر خرج على فى أهل العراق طالبا قتال أهل الشام ، فخرج معاوية فى أهل الشام قاصداً لقتاله فالتقيا بصفين فدامت الحرب بينهم أشهراً وكاد معاوية وأهل الشام أن ينكسروا ، فرفعوا المصاحف على الرماح ونادوا : ندعوكم الى كتاب الله ، وكان ذلك باشارة عمرو بن العاص وهو مع معاوية فترك القتال جمع كثير ممن كان مع على خصوصا القراء بسبب ذلك تدينا محتجين بقوله تعالى « ألم تر الى الذين أوتوا نصيبا من الكتاب يدعون الى كتاب الله ليحكم بينهم » الآية فراسلوا أهل الشام فى ذلك فقالوا : ابعثوا حكما منكم وحكما منا ويحضر معهما من لم يباشر القتال فمن رأوا الحق معه أطاعوه ، فأجاب على ومن معه الى ذلك وأنكرت ذلك الطائفة التى صارت خوارج وفارقوا عليا وهم ثمانية آلاف ونزلوا بمكان يسمى حروراء ، ومن ثم سموا بالحرورية ، وكانوا بقيادة كبيرهم عبد الله ابن الكواء اليشكرى وشبث التميمى ، فأرسل اليهم على عبد الله بن عباس فناظرهم فرجع كثير منهم ، ثم خرج اليهم على فأطاعوه ودخلوا معه الكوفة ومعهم رئيساهم المذكوران ثم أشاعوا أن عليا تاب من الحكومة ولذلك رجعوا معه فبلغ ذلك عليا فخطب فيهم وأنكر ذلك فتنادوا من جانب المسجد لا حكم الا لله فقال : كلمة حق يراد بها باطل • ثم قال : لكم علينا ثلاث ، ألا نمنعكم من المساجد ولا من رزقكم من الفىء ، وألا نبدأكم بقتال ما لم تحدثوا فساداً ، وخرجوا شيئا بعد شىء الى أن اجتمعوا بالمدائن فراسلهم على فى الرجوع فأصروا على الامتناع حتى يشهد على نفسه بالكفر لرضاه بالتحكيم ويتوب ، ثم راسلهم أيضا فأرادوا قتل رسوله ، ثم اجتمعوا أيضا على أن من لا يعتقد معتقدهم يكفر ويباح دمه وماله وأهله ، واستعرضوا الناس فقتلوا من اجتاز بهم من المسلمين • ومر بهم عبد الله بن خباب بن الأرت واليا لعلى على بعض تلك البلاد ومعه سريته وهى حامل فقتلوه وبقروا بطن سريته عن ولد ، فبلغ عليا فخرج اليها فى الجيش الذى كان هيأه للخروج الى الشام ، فأوقع بهم فى النهروان ولم ينج منهم الا دون العشرة ، ولا قتل ممن معه الا نحو العشرة •

فهنا ملخص أمرهم ثم انضم الى من بقى منهم ممن مال الى رأيهم فكانوا مختفين فى خلافة على حتى كان منهم ابن ملجم الذى قتل عليا رضى الله عنه بعد أن دخل فى صلاة الصبح ، قال الشافعى فى الأم : وابن ملجم المرادى قتل عليا متأولا • قال الرافعى أراد الشافعى أنه قتله زاعماً أن له شبهة وتأويلا باطلا وحكى أن تأويله أن امرأة من الخوارج تسمى قطاع خطبها ابن ملجم وكان على قتل أباها فى جملة الخوارج فوكلته فى القصاص وشرطت له مع ذلك ثلاثة آلاف درهم وعبيداً وقينة لتحببه فى ذلك وفى ذلك قيل :

فلم أر مهراً ساقه ذو سماحة ... لمثل قطام من فصيح وأعجم
ثلاثة آلاف وعبد وقينة ... وقتل على بالحسام المسمم
فلا مهر أعلا من على وان غلا ... ولا فتك الا دون فتك ابن ملجم

وقد ذكر ابن عبد البر قصة قتل ابن ملجم لعلى فى الاستيعاب مطولة وقال الحافظ بن حجر : وأما ما ذكره فى قصة قطام فظاهره مخالف للواقع لأن المحفوظ أنها شرطت ذلك عليه مهراً وهو ظاهر فى سياق الشعر المذكور • قلت : ذكر الحاكم فى المستدرك قصة القتل والسبب باسناد فيه انقطاع ثم لما وقع صلح الحسن ومعاوية ثارت منهم طائفة فأوقع بهم عسكر الشام بمكان يقال له النخيلة ، وكانوا منقمعين فى امارة زياد وابنه طول مدة ولاية معاوية وابنه يزيد ، وظفر زياد وابنه بجماعة فأبادهم بين قتل وحبس طويل ، ثم بعد ذلك ظهر الخوارج بالعراق فى خلافة ابن الزبير وادعاء مروان الخلافة وكانوا بقيادة نافع بن الأزرق وباليمامة مع نجدة بن عامر ، وزاد نجدة على معتقد الخوارج أن من لم يخرج ويحارب المسلمين فهو كافر • ولو اعتقد معتقدهم ، وعظم البلاء بهم وتوسعوا حتى أبطلوا رجم المحصن وقطعوا يد السارق من الابط ، وأوجبوا الصلاة على الحائض حال حيضها ، وكفروا من ترك الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ان كان قادراً ، وان لم يكن قادرا فقد ارتكب كبيرة وحكم مرتكب الكبيرة عندهم حكم الكافر ، وكفوا عن أموال أهل الذمة وعن التعرض لهم مطلقاً ، وفتكوا فى المنتسبين الى الاسلام بالقتل والسبى والنهب ، فمنهم من يفعل ذلك مطلقا ، ومنهم من يدعو أولا ثم يفتك•

هذا معتقد الخوارج والسبب الذى لأجله خرجوا ، ويتبين بذلك بطلان ما حكاه الرافعى •

قال الشوكانى : وقد وردت بما ذكرنا من أصل حال الخوارج أخبار جياد • منها ما أخرجه عبد الرزاق عن معمر عن الزهرى الخ • وعدة فرق الخوارج نحو عشرين فرقة •

قال ابن حزم : وأقربهم الى الحق الأباضية • قلت وهم يعيشون الآن فى جبال القبائل فى شمال أفريقية من تونس والجزائر ومراكش ، كما أن لهم اماما فى عمان وقد قرأت فى كتبهم أنهم يتبعون فى فقههم أبا الشعثاء جابر بن زيد • وهو موثق فى جميع كتب أهل السنة وله عندهم أخبار وروايات رواها عنه عبد الله بن اباض لم أجدها عندنا •

اذا ثبت هذا فأظهر قوم رأى الخوارج فتجنبوا الجماعات وسبوا السلف وأكفروهم وقالوا : من أتى بكبيرة خرج من الملة واستحق الخلود فى النار ، ولكنهم لم يخرجوا من قبضة الامام فانه لا يقاتلهم فى ذلك كما رويناه فى الرجل الذى قال على باب المسجد وعلى يخطب : لا حكم الا لله ، وكان خارجيا ، لأن هذا كلامهم • وروى أن عاملا لعمر بن عبد العزيز كتب اليه أن قوما يرون رأى الخوارج يسبونك ، فقال اذا سبونى سبوهم ، واذا حملوا السلاح فاحملوا السلاح ، واذا ضربوا فاضربوهم ا هـ •

فاذا سبوا الامام أو غيره عزروا ، وان عرضوا بسب الامام عن طريق الكناية أو النكتة أو الفكاهة ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يعزرون ، لأن علياً رضى الله عنه سمع رجلا خلفه فى صلاة الفجر يقول (لئن أشركت ليحبطن عملك) ورفع بها صوته تعريضا له بذلك ، فأجابه على (فاصبر ان وعد الله حق ولا يستخفنك الذين لا يوقنون) ولم يعزره ولأن التعريض يحتمل السب وغيره •

(والثـانى) يعزرون لأنه اذا لم يعزرهم بالتعريض بالسب ارتقوا الى التصريح بالسب والى أعظم منه ، فان بعث لهم الامام والياً فقتلوه وجب عليهم القصاص لأن عليا بعث عبد الله بن خباب الى أهل النهروان واليا كما قلنـا فقتلوه ، فبعث اليهم أن ابعثوا بقاتله فأبوا وقالوا « كلنا قتله » فسار اليهم وقاتلهم ، وهل يتحتم القصاص على القاتل ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يتحتم لأنه قتل باشهار السلاح فصار بمنزلة قاطع الطريق .

(والثانى) لا يتحتم لأنه لم يقصد بذلك اخافة الطريق وأخذ الأموال ، فأشبه من قتل رجلا منفرداً .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب قتل المرتد

تصح الردة من كل بالغ عاقل مختـار ، فأما الصبى والمجنون فلا تصح ردتهما لقوله صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبى حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » .

واما السكران ففيه طريقـان ، من اصحابنا من قال : تصح ردته قولا واحدا ، ومنهم من قال : فيه قولان ، وقد بينا ذلك فى الطلاق ، فأما المكره فلا تصح ردته لقوله تعالى : « الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان » وان تلفظ بكلمة الكفر وهو أسير لم يحكم بردته لأنه مكره ، وان تلفظ بها فى دار الحرب فى غير الأسر حكم بردته ، لأن كونه فى دار الحرب لا يدل على الاكراه ، وان أكل لحم الخنزير أو شرب الخمر لم يحكم بردته ، لأنه قـد يأكل ويشرب من غير اعتقاد ، ومن أكره على كلمة الكفر فالافضل أن لا يأتى بها لما روى أنس رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ثلاث من كن فيـه وجد حلاوة الايمان : أن يكون الله ورسوله احب اليه مما سواهما ، وأن يحب المرء لا يحبه الا لله عـز وجل ، وأن يكره أن يعود فى الـكفر كما يكره أن توقد نار فيقـذف فيها » .

وروى خباب بن الأرت : أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أن كان الرجل ممن كان قبلكم ليحفر له فى الأرض فيجعل فيها ، فيجاء بمنشار فتوضع على رأسه ويشق باثنتين ، فلا يمنعـه ذلك عن دينه ، ويمشط بأمشـاط الحديد ما دون عظمه من لحم وعصب ما يصده ذلك عن دينه » .

ومن أصحابنا من قال : ان كان ممن يرجو النكاية فى العدو أو القيام باحكام الشرع فالأفضل له أن يدفع القتل عن نفسه ، ويتلفظ بكلمة الكفر ، لما فى بقائه من صلاح المسلمين وان كان لا يرجو ذلك اختار القتل .

الشرح قوله تعالى : « الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان » ورد فى سبب نزولها ثلاث روايات . الأولى ما أخرجه ابن أبى حاتم عن ابن عباس قال : « لما أراد النبى صلى الله عليه وسلم أن يهاجر الى المدينة أخذ المشركون بلالا وخبابا وعمارا ، فأما عمار فقال لهم كلمة أعجبتهم تقية ، فلما رجع الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حدثه فقال : كيف كان قلبك حين قلت ؟ أكان منشرحا بالذى قلت ؟ قال : لا ، فنزلت » .

الثانية : ما أخرجه أيضاً عن مجاهد قال : نزلت هذه الآية فى أناس من أهل مكة آمنوا ، فكتب اليهم بعض الصحابة بالمدينة أن هاجروا ، فخرجوا يريدون المدينة فأدركتهم قريش بالطريق ففتنوهم فكفروا مكرهين ، ففيهم نزلت هذه الآية .

الثالثة : أخرج ابن سعد فى الطبقات عن عمر بن الحكم قال : كان عمار ابن ياسر يعذب حتى لا يدري ما يقول وبلالا وعامر بن فهيرة وقوم من المسلمين وفيهم نزلت هذه الآية .

وقال مجاهد : أول من أظهر الاسلام سبعة : رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر وبلال وخباب وعمار وصهيب وسمية ، فأما رسول الله فمنعه أبو طالب وأما أبو بكر فمنعه قومه ، وأما الآخرون فألبسوهم أدراع الحديد وأوقفوهم فى الشمس فبلغ منهم الجهد ما شاء الله أن يبلغ من حر الحديد والشمس ، فلما كان من العشاء أتاهم أبو جهل ومعه حربة ، فجعل يشتمهم ويوبخهم ، ثم أتى سمية فطعن بالحربة فى قبلها حتى خرجت من فمها ، فهى أول شهيد استشهد فى الاسلام .

أما حديث : « رفع القلم عن ثلاثة الخ » فقد أخرجه أحمد وأبو داود والحاكم عن على وعن عمر رضى الله عنهما ، وحديث أنس : « ثلاث من كن

فيه وجد حلاوة الايمان • الحديث » أخرجه أحمد فى المسند والشيخان والترمذى وابن ماجه والنسائى •

وحديث خباب بن الأرت ولفظه : « أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو متوسد بردة فى ظل الكعبة فشكونا اليه فقلنا ألا تستنصر لنا ؟ ألا تدعو الله لنا ؟ فجلس محمرا وجهه فقال : قد « كان من قبلكم الخ الحديث » أخرجه البخارى فى الاكراه عن مسدد ، وفى علامات النبوة عن محمد بن المثنى ، وفى مبعث النبى صلى الله عليه وسلم عن الحميدى ، وأخرجه أبو داود فى الجهاد عن عمرو بن عون ، والنسائى فى الزينة عن يعقوب بن ابراهيم ومحمد بن المثنى •

أما اللغات فان الارتداد الرجوع عن الدين والاسم الردة ، ورد عن الشىء رجع عنه ، والاطمئنان السكون واستئناس القلب •

قوله : « فيقذف فيها » أى يرمى فيها ويطرح ، والمنشار والميشار غير مهموز : الآلة المعروفة ، والنكاية فى العدو أصله الوجع والألم ، وقيل : هو قشر الجرح • قال الشاعر :

« ولا تنكئى قرح الفؤاد فييجعا »

أما الأحكام فان المرتد هو الراجع عن دين الاسلام الى الكفر • قال تعالى : « ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم فى الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون » •

اذا ثبت هذا فان الردة انما تصح من كل بالغ عاقل مختار ، فأما الصبى والمجنون فلا تصح ردتهما • وقال أبو حنيفة : تصح ردة الصبى ولكن يقتل حين يبلغ • ومرد هذا الخلاف الى صحة اسلام الصبى ، فعند الشافعى وزفر ان الصبى لا يصح اسلامه حتى يبلغ لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاثة ، عن الصبى حتى يبلغ » ولأنه قول تثبت به الأحكام فلم يصح من الصبى كالهبة ، ولأنه أحد من رفع القلم عنهم فلم يصح اسلامه

كالمجنون والنائم ، ولأنه ليس بمكلف أشبه الطفل • وقال أبو حنيفة وصاحباه وأحمد بن حنبل وسائر أصحابه ، واسحاق وابن أبى شيبة وأبو أيوب : يصح اسلام الصبى اذا كان له عشر سنين وعقل الاسلام ، لعموم قوله صلى الله عليه وسلم : « من قال لا اله الا الله دخل الجنة » •

وقوله : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله ، فاذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم الا بحقها وحسابهم على الله » وقوله صلى الله عليه وسلم : « كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه حتى يعرب عنه لسانه اما شاكرا واما كفورا » وهذه الأخبار يدخل فى عمومها الصبى ، ولأن الاسلام عبادة محضة ، فصحت من الصبى العاقل كالصلاة والحج ، ولأن الله تعالى دعا عباده الى دار السلام وجعل طريقها الاسلام ، وجعل من لم يجب دعوته فى الجحيم والعذاب الأليم ، ولأن عليا أسلم صبيا ، وقال :

صبيا ما بلغت أوان حلم سبقتكم الى الاسلام طرا

ولذا قيل : أول من أسلم من الرجال أبو بكر ، ومن الصبيان على ، ومن النساء خديجة ، ومن العبيد بلال • وقال عروة : أسلم على والزبير وهما ابنا ثمان سنين ، وقد اختلف القائلون بصحة اسلام الصبى فى حد السن ، فقال الخرقى : عشر سنين لأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بضربه على الصلاة لعشر ، وقال ابن قدامة : أكثر المصححين لاسلامه لم يشترطوا ذلك ولم يجدوا له حدا من السنين ، وحكاه ابن المنذر عن أحمد ، لأن المقصود متى ما حصل لا حاجة الى زيادة عليه ، وروى عن أحمد اذا كان ابن سبع سنين فاسلامه اسلام لقوله صلى الله عليه وسلم : « مروهم بالصلاة لسبع »•

وقال ابن أبى شيبة : « اذا أسلم وهو ابن خمس سنين صح اسلامه » وقال أبو أيوب : أجيز اسلام ابن ثلاث سنين فمن أصاب الحق من صغير أو كبير أجزناه • الا أنهم قالوا : لا يقتل الا اذا بلغ وجاوز البلوغ بثلاثة أيام•

فاذا ثبت هذا ، فاذا ارتد صحت ردته عندهم ، وهو الظاهر من مذهب

أبى حنيفة ومالك • وفى رواية عن أحمد كهذا ، ورواية أنه يصح اسلامه ولا تصح ردته • وهل تصح ردة السكران ؟ ذكر الشيخ أبو اسحق هنا فيها طريقين ، أحدهما أنها على قولين ، والثانية لا تصح ردته قولا واحدا ، ولم يذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وأكثر أصحابنا غير هذه الطريقة • ومن أكره على كلمة الكفر فالأفضل ألا يأتى بها •

ومن أصحابنا من قال : « ان كان ممن يرجو النكاية فى أمر العدو والقيام فى أمر الشرع فالأفضل أن يدفع القتل عن نفسه ، ويتلفظ بها ، وان كان لا يرجو ذلك اختار القتل ، والمذهب الأول لما روى أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ثلاث من كن فيه وجد حلاوة الايمان ، أن يكون الله ورسوله له أحب اليه مما سواهما وأن يحب المرء لا يحبه الا لله ، وأن يكره أن يعود فى الكفر كما يكره أن يقذف فى النار » فان أكره على التلفظ بكلمة الكفر فقالها وقصد بها الدفع عن نفسه ولم يعتقد الكفر بقلبه لم يحكم بردته ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد ، وقال محمد بن الحسن : هو كافر فى الظاهر تبين منه امرأته ولا يرثه المسلمون ان مات ولا يغسل ولا يصلى عليه ، وعزا العمرانى فى البيان هذا الى أبى يوسف • دليلنا قوله تعالى : « الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان ، ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله » وفى الآية تقديم وتأخير ، وتقديرها من كفر بالله بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان ، فاذا أكره الأسير على كلمة الكفر فقالها لم يحكم بكفره لما ذكرناه ، فان مات ورثه ورثته المسلمون لأنه محكوم ببقائه على الاسلام فان عاد الى دار الاسلام عرض عليه الاسلام وأمر بالاتيان به لاحتمال أن يكون قال كذلك اعتقادا ، فان أتى بكلمة الاسلام علمنا انه أتى بكلمة الكفر مكرها ، وان لم يأت بالاسلام علمنا أنه يأتى بكلمة الكفر معتقدا له •

قال الشافعى رحمه الله : وان قامت بينة على رجل أنه تلفظ بكلمة الكفر وهو محبوس أو مقيد ولم يقل البينة انه أكره على التلفظ بذلك لم يحكم بكفره ، لأن القيد والحبس اكراه فى الظاهر • وهكذا قال فى الاقرار اذا

أقر بالبيع أو غيره من العقود وهو محبوس أو مقيد ، ثم قال بعد ذلك : كنت مكرها على الاقرار ، قبل قوله فى ذلك لأن القيد والحبس اكراه فى الظاهر ، وان قامت بينة أنه كان يشرب الخمر ويأكل لحم الخنزير فى دار الكفر لم يحكم بكفره لأنها معاص ، وقد يفعلها المسلم وهو يعتقد تحريمها فلم يحكم بكفره • وان مات ورثه ورثته المسلمون لأنه محكوم ببقائه على الاسلام •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل اذا ارتد الرجل وجب قتله لما روى أمير المؤمنين عثمان رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لا يحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث ؛ رجل كفر بعد اسلامه ، أو زنى بعد احصانه ، أو قتل نفسا بغير نفس » فان ارتدت امرأة وجب قتلها لما روى جابر رضى الله عنه : « أن امرأة يقال لها أم رومان ارتدت عن الاسلام ، فبلغ أمرها الى النبى صلى الله عليه وسلم فأمر أن تستتاب ، فان تابت والا قتلت » وهل يجب أن يستتاب أو يستحب ؟ فيه قولان :

(أحدهما) لا يجب لأنه لو قتل قبل الاستتابة لم يضمنه القاتل ، ولو وجبت الاستتابة لضمنه •

(والثانى) أنها تجب لما روى أنه « لما ورد على عمر رضى الله عنه فتح تستر فسألهم هل كان من مغربة خبر ؟ قالوا نعم ، رجل ارتد عن الاسلام ولحق بالمشركين فأخذناه وقتلناه ، قال : فهلا أدخلتموه بيتا وأغلقتم عليه بابا وأطعمتموه كل يوم رغيفا واستتبتموه ثلاثا ، فان تاب والا قتلتموه ، اللهم انى لم أشهد ولم آمر ولم أرض اذ بلغنى » ولو لم تجب الاستتابة لما تبرأ من فعلهم •

فان قلنا : انه تجب الاستتابة أو تستحب ففى مدتها قولان :
(أحدهما) أنها ثلاثة أيام لحديث عمر رضى الله عنه • ولأن الردة لا تكون الا عن شبهة وقد لا يزول ذلك بالاستتابة فى الحال فقدر بثلاثة أيام ، لأنه مدة قريبة يمكن فيها الارتياء والنظر ، ولهذا قدر به الخيار فى البيع •

(والثانى) وهو الصحيح أنه يستتاب فى الحال ، فان تاب والا قتل لحديث أم رومان ، ولأنه استتابة من الكفر فلم تتقدر بثلاث كاستتابة الحربى ،

وان كان سكرانا فقد قال الشافعي رحمه الله : تؤخر الاستتابة ، فمن أصحابنا من قال : تصح استتابته والتأخير مستحب ، لأنه تصح ردته فصحت استتابته .

ومنهم من قال : لا تصح استتابته ويجب التأخير ، لأن ردته لا تكون الا عن شبهة ، ولا يمكن بيان الشبهة ولا ازالتها مع السكر ، وان ارتد ثم جن لم يقتل حتى يفيق ويعرض عليه الاسلام ، لأن القتل يجب بالردة ، والاصرار عليها ، والمجنون لا يوصف بانه مصر على الردة .

الشرح حديث عثمان : « لا يحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث » أخرجه أبو داود فى الديات عن سليمان بن حرب والترمذى فى الفتن عن أحمد بن عبدة والنسائى فى الأحباس عن زياد بن أيوب ، وعن عمران بن بكار بن راشد . وأخرجه الشيخان وأبو داود والترمذى والنسائى عن عبد الله بن مسعود . وحديث جابر أن أم رومان ، وفى تلخيص الحبير أن الصواب أم مروان أخرجه الدارقطنى والبيهقى من طريقين ، وزاد فى أحدهما : « فأبت أن تسلم فقتلت » قال الحافظ ابن حجر : وأسنادهما ضعيفان .

وأخرج البيهقى من وجه آخر ضعيف عن عائشة أن امرأة ارتدت يوم أحد فأمر النبى صلى الله عليه وسلم أن تستتاب فان تابت والا قتلت .

وأخرج الدارقطنى والبيهقى أن أبا بكر رضى الله عنه استتاب امرأة يقال لها أم قرفة وكفرت بعد اسلامها فلم تتب فقتلها .

قال الحافظ ابن حجر : وفى السير أن النبى صلى الله عليه وسلم قتل أم قرفة يوم قريظة ، وهى غير تلك . وفى الدلائل عن أبى نعيم أن زيد بن ثابت قتل أم قرفة فى سريته الى بنى فزارة .

أما أثر عمر رضى الله عنه فقد أخرجه الشافعى عن محمد بن عبد الله بن عبد القارى قال : « قدم على عمر بن الخطاب رجل من قبل أبى موسى فسأله عن الناس فأخبره ، ثم قال هل من مغربة خبر ؟ قال : نعم ، كفر رجل بعد أسلامه ، قال : فما فعلتم ؟ قال : قربناه فضربنا عنقه ، فقال : هلا حبستموه

ثلاثا وأطعمتموه كل يوم رغيفا واستتبتموه لعله يتوب ويراجع أمر الله ؟ اللهم انى لم أحضر ولم أرض اذ بلغنى » وأخرجه مالك فى الموطأ عن عبد الرحمن بن محمد بن عبد الله بن عبد القارى عن أبيه •

قال الشافعى رضى الله عنه فى « من لا يتأتى بالمرتد » : زعموا أن هذا الأثر عن عمر ليس بمتصل ا هـ •

ورواه البيهقى من حديث أنس قال : « لما نزلنا على تستر » فذكر الحديث وفيه : « فقدمت على عمر رضى الله عنه فقال يا أنس ما فعل الستة الرهط من بكر بن وائل الذين ارتدوا عن الاسلام فلحقو بالمشركين ؟ قال : يا أمير المؤمنين قتلوا بالمعركة ، فاسترجع عمر ، قلت : وهل كان سبيلهم الا القتل ؟ قال : نعم ، قال : كنت أعرض عليهم الاسلام فان أبوا أودعتهم السجن » •

أما اللغات فقوله : « هل من مغربة خبر » بضم الميم وسكون الغين • قال أبو عبيد : وكسر الراء وفتحها مع الاضافة فيهما ، معناه هل من خبر جديد • قال الرافعى • شيوخ الموطأ فتحوا الغين وكسروا الراء وشددوها • قلت وأصله من الغرب وهو البعد • يقال : « دار غربة » أى بعيدة • الارتياء والنظر هو الافتعال من الرأى والتدبير والتفكر فى الأمر وعاقبته وصلاحه ، والنظر هو التفكير أيضا •

وقوله : « الاصرار عليها » أى الاقامة والدوام •

اما الأحكام فانه اذا ارتد الرجل وجب قتله ، سواء كان حرا أو عبدا ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث ، رجل كفر بعد اسلامه ، أو زنى بعد احصان ، أو قتل نفسا بغير نفس » وقد قدم معاذ على أبى موسى باليمن ، فوجد عنده رجلا موثقا كان يهوديا فأسلم ثم تهود منذ شهرين ، فقال : والله لا قعدت حتى تضرب عنقه ، قضاء الله ورسوله أن من رجع عن دينه فاقتلوه » أخرجه أحمد والشيخان ،

ولأبي داود « فأتى أبو موسى برجل قد ارتد عن الاسلام ، فدعاه عشرين ليلة أو قريباً منها ، فجاء معاذ فدعاه فأبى فضرب عنقه » •

وقد انعقد الاجماع على قتل المرتد ، وان ارتدت امرأة حرة أوأمة وجب قتلها ، وبه قال أبو بكر الصديق رضى الله عنه والحسن والزهرى والأوزاعى والليث ومالك وأحمد واسحق وقال على : « اذا ارتدت المرأة استرقت » وبه قال قتادة ، وهى احدى الروايتين عن الحسن • وقال أبو حنيفة : لا تقتل وانما تحبس وتطالب بالرجوع الى الاسلام ، وان لحقت بدار الحرب سبيت واسترقت ، ويروى ذلك عن عبد الله بن عباس ، دليلنا ما روى ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من بدل دينه فاقتلوه » •

وقال معاذ رضى الله عنه : « قضى الله ورسوله أن من رجع عن دينه فاقتلوه » وهذا عام فى النساء والرجال ، ولحديث جابر فى أم رومان أو أم مروان •

فرع اذا قال المرتد : ناظرونى واكشفوا لى الحجة ، فهل يناظر ؟ قال المسعودى : فيه وجهان •

(أحدهما) يناظر لأنه هو الانصاف •

(والثانى) لا يناظر لأن الاسلام قد وضح فلا معنى لحجته عليه •

فرع يستتاب المرتد قبل أن يقتل • وقال الحسن البصرى : لا يستتاب ، وان كان كافرا فأسلم ثم ارتد فانه يستتاب • دليلنا أثر عمر : « فهلا أدخلتموه بيتا وأغلقتم عليه بابا وأطعمتموه كل يوم رغيفا واستتبتموه ثلاثا ، فان تاب والا قتلتموه ، اللهم انى لم أشهد ولم آمر ولم أرض اذ بلغنى » •

اذا ثبت هذا ، فهل الاستتابة مستحبة أو واجبة ؟ فيه قولان ، قال الشيخ أبو حامد : وقيل : هما وجهان (أحدهما) أنها مستحبة ، وبه قال أبو حنيفة

لقوله صلى الله عليه وسلم : « من بدل دينه فاقتلوه » فأوجب قتله ولم يوجب استتابته ، ولأنه لو قتله قاتل قبل الاستتابة لم يجب عليه ضمانه ، ولهذا لم يوجب عمر رضى الله عنه الضمان على الذين قتلوا المرتد قبل استتابته ، فلو كانت الاستتابة واجبة لوجب ضمانه ، فعلى هذا لا يأثم اذا قتله قبل الاستتابة .

(والثانى) أن الاستتابة واجبة لقوله تعالى : (قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف) فأمر الله بمخاطبة الكفار بالانتهاء . ولم يفرق بين الأصلى والمرتد ، ولما رويناه عن عمر وعثمان رضى الله عنهما . وبالقول الأول قال عبيد بن عمير وطاوس والحسن وأحمد فى احدى روايتيه ، وبالقول الثانى قال عطاء والنخعى ومالك والثورى والأوزاعى واسحاق وأصحاب الرأى ، والرواية الأخرى عن أحمد ، وعزا ابن قدامة الوجوب الى عمر وعلى ، وفند القول بعدم الوجوب ورجح الوجوب . وقال الشوكانى بعدم الوجوب وقال أهل الظاهر : يقتل فى الحال ، ونقله ابن المنذر عن معاذ وعبيد ابن عمير وعليه يدل تصرف البخارى ، فانه استظهر بالآيات التى لا ذكر فيها للاستتابة والتى فيها أن التوبة لا تنفع ، وبعموم قوله صلى الله عليه وسلم : « من بدل دينه فاقتلوه » وبقصة معاذ المذكورة ولم يذكر غير ذلك .

وقال الطحاوى فى شرح معانى الآثار : ذهب هؤلاء الى أن حكم من ارتد عن الاسلام حكم الحربى الذى بلغته الدعوة ، فانه يقاتل من قبل أن يدعى . قالوا : وانما تشرع الاستتابة لمن خرج عن الاسلام لا عن بصيرة ، فأما من خرج عن بصيرة فلا ، ثم نقل عن أبى يوسف موافقتهم ، لكن ان جاء مبادرا بالتوبة خلى سبيله ووكل أمره الى الله .

واختلف القائلون بالاستتابة هل يكتفى بالمرة ؟ أم لابد من ثلاث ؟ وهل الثلاث فى مجلس أو فى يوم أو فى ثلاثة أيام ؟ ونقل ابن بطال عن على أنه يستتاب شهرا . وعن النخعى يستتاب أبدا .

قلت : وقولهم لو وجبت الاستتابة لوجب الضمان ، يبطل بقتال نساء

أهل الحرب وذراريهم فانه يحرم قتلهم ، ولو قتلهم لم يجب ضمانهم ، فعلى هذا اذا قتله قبل الاستتابة أثم لا غير ، وفى قدر مدة الاستتابة سواء قلنا بالاستحباب أو الوجوب فبالثلاثة الأيام • وبه قال مالك وأحد قولى الشافعى وأحمد وأبو حنيفة •

ووجهه ما رويناه عن عمر ، ولأن الاستتابة تراد لزوال الشبهة فقدر ذلك بثلاث لأنها آخر حد القلة وأول حد الكثرة ، والثانى ــ وهو الذى نصره الشافعى ــ يستتاب فى الحال •

وقال الزهرى : يستتاب ثلاث مرات فى حالة واحدة ، وقال أبو حنيفة : يستتاب ثلاث مرات فى ثلاث جمع ، كل جمعة مرة ، وقال الثورى : يستتاب ابدا ويحبس الى أن يتوب أو يموت •

فــــرع وأما السكران فانه لا يستتاب فى حال سكره وانما يؤخر الى أن يفيق ثم يستتاب ، لأن استتابته فى حالة افاقته أرجى لاسلامه ، فان استتيب فى حال سكره يصح اسلامه •

وقال أبو على بن أبى هريرة : لا يصح اسلامه وبه قال أبو حنيفة ، والمنصوص هو الأول لقوله تعالى : « لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى » فخاطبه فى حال السكر فدل على أنه مخاطب مكلف • فكل من كان مخاطبا مكلفا صح اسلامه كالصاحى ، واذا أسلم فى حال السكر فالمستحب ألا يخلى بل يحبس الى أن يفيق ــ فان أفاق وثبت على اسلامه ــ خلى سبيله ، وان أعاد الكفر قتل ، فان ارتد ثم جن أو تبرسم لم يقتل حتى يفيق من جنونه ويبرأ من برسامه ، لأن المرتد لا يقتل الا بالردة ، والمقام عليها باختياره ، والمبرسم لا يعلم اقامته على الردة باختياره فلم يقتل •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل **واذا تاب المرتد قبلت توبته سواء كانت ردته الى كفر ظاهر به أهله أو الى كفر يستتر به أهله كالتعطيل والزندقة ، لما روى أنس رضى الله عنه قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرت أن أقاتل**

الناس حتى يقولوا لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله ، فاذا شهدوا أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله واستقبلوا قبلتنا وصلوا صلاتنا ، وأكلوا ذبيحتنا فقد حرمت علينا دماؤهم وأموالهم الا بحقها ولهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين » ولأن النبى صلى الله عليه وسلم كف عن المنافقين لما اظهروا من الاسلام مع ما كانوا يبطنون من خلافه ، فوجب أن يكف عن المعطل والزنديق لما يظهرونه من الاسلام ، فان كان المرتد ممن لا تأويل له فى كفره فأتى بالشهادتين حكم باسلامه لحديث أنس رضى الله عنه ، فان صلى فى دار الحرب حكم باسلامه ، وان صلى فى دار الاسلام لم يحكم باسلامه ، لأنه يحتمل أن تكون صلاته فى دار الاسلام للمراءآة والتقية ، وفى دار الحرب لا يحتمل ذلك ، فدل على اسلامه . وان كان ممن يزعم أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث الى العرب وحدها أو ممن يقول ان محمدا نبى يبعث هو غير الذى بعث ، لم يصح اسلامه حتى يتبرأ مع الشهادتين من كل دين خالف الاسلام ، لأنه اذا اقتصر على الشهادتين احتمل أن يكون أراد ما يعتقده ، وان ارتد بجحود فرض أو استباحة محرم لم يصح اسلامه حتى يرجع عما اعتقده ، ويعيد الشهادتين لأنه كذب الله وكذب رسوله بما اعتقده فى خبره ، فلا يصح اسلامه حتى يأتى بالشهادتين ، وان ارتد ، ثم أسلم ، ثم ارتد ، ثم أسلم ، وتكرر منه ذلك قبل اسلامه ويعزر على تهاونه بالدين .

وقال أبو اسحاق : لا يقبل اسلامه اذا تكررت ردته ، وهذا خطأ لقوله عز وجل : « قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف » ولأنه يأتى بالشهادتين بعد الردة فحكم باسلامه كما لو ارتد مرة ثم أسلم .

الشرح حديث أنس : « أمرت أن أقاتل الناس » اعتبره السيوطى من المتواتر ، وكذلك فعل عبد الله الصديق فى الكنز الثمين ، والسيوطى جعل شرطه فى التواتر أن يرويه عشرة من الصحابة ، وهذا رواه من الصحابة ابن عمر عند البخارى ومسلم ، وأبو هريرة عندهما ، وجابر عند مسلم ، وأبو بكر الصديق وعمر وأوس وجرير البجلى فى مصنف ابن أبى شيبة ، وأنس وسمرة وسهل بن سعد وابن عباس وأبو بكرة وأبو مالك الأشجعى عند الطبرانى ، وعياض الأنصارى والنعمان بن بشير عند البزار .

أما اللغات فالتعطيل مذهب قوم يذهبون الى أن لا اله يعبد ولا جنة ولا نار . وقد ذهب بعض الدعاة لمذهب السلف فى الصفات الى اطلاق هذا على من يدعو لمذهب الخلف من المأولين . والزندقة كلمة فارسية معربة ،

وهو مذهب المثنوية والواحد زنديق والجمع زنادقة ، وكان مذهب قوم من قريش فى الجاهلية ، والثنوية يزعمون أن مع الله ثانيا ــ تعالى الله عن ذلك •

قال الأزهرى : والذى يقول الناس زنديق ، فان أحمد بن يحيى زعم أن العرب لا تعرفه ويقال : زندق وتزندق •

قال أبو حامد السجستانى : الزنديق فارسى معرب أصله زنده كرد ، أى يقول بدوام الدهر ، وقال ثعلب : ليس فى كلام العرب زنديق ، وانما يقال : زندقى لمن يكون شديد التحيل ، واذا أراد ما تريده العامة قالوا : ملحد ودهرى (بفتح الدال) واذا ضموها أرادوا أكبر السن •

اما الأحكام فان المرتد اذا أسلم ولم يقتل صح اسلامه ، سواء كانت ردته الى كفر مظاهر به أهله ، كاليهودية والنصرانية وعبادة الأصنام ، أو الى كفر يستتر به أهله كالزندقة •

والزنديق هو الذى يظهر الاسلام ويبطن الكفر ، فمتى قامت بينة أنه تكلم بما يكفر به فانه يستتاب فان تاب والا قتل • فان استتيب فتاب قبلت توبته ، وقال بعض الناس : اذا أسلم المرتد لم يحقن دمه بحال ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « من بدل دينه فاقتلوه » • وهــذا قد بدل • وقال مالك وأحمد واسحاق : لا تقبل توبة الزنديق ولا يحقن دمه بذلك ، وهو احدى الروايتين عن أبى حنيفة • والرواية الأخرى كمذهبنا •

دليلنا قوله تعالى : (يحلفون بالله ما قالوا ولقد قالوا كلمة الكفر وكفروا بعد اسلامهم ــ الى قوله تعــالى ــ فان يتوبوا يك خيرا لهم) فأثبت لهم التوبة بعد الكفر بعد الاسلام •

وروى عمر وأبو بكر وأبو هريرة وأنس وغيرهم أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا : لا اله الا الله • فاذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم الا بحقها » وهذا قد قالها •

وروى [1] عبد الله بن عباس (رض) « أن رجلا سار النبى صلى الله عليه وسلم فلم يدر ما ساره به حتى جهر النبى صلى الله عليه وسلم بصوته فاذا هو قد استأذنه فى قتل منافق فقال النبى صلى الله عليه وسلم : أليس هو يشهد أن لا اله الا الله ؟ قال : بلى ولا شهادة له ، فقال : أليس يصلى ؟ قال : بلى ولا صلاة له : فقال النبى صلى الله عليه وسلم : أولئك الذين نهانى الله عن قتلهم » وقال المقداد بن الأسود (رض) : « يا رسول الله أرأيت لو ان مشركا لقينى فقاتلنى وقطع يدى ثم لاذ منى بشجرة فقال : أسلمت لله ، أفأقتله ؟ قال : لا . قال : فقد قالها بعد ما قطع يدى ؟ فقال : انما هو مثلك قبل أن تقتله » ولأن المنافقين فى زمان النبى صلى الله عليه وسلم كانوا يظهرون الاسلام ويبطنون الكفر ، وكان النبى صلى الله عليه وسلم يعرفهم بأعيانهم والآيات تنزل عليه بأسمائهم وكناهم ولا يتعرض لهم .

فـــرع اسلام الكافر الأصلى والمرتد سواء ، وينظر فيه ، فان كان لا تأويل له فى كفره مثل عبدة الأوثان فيكفيه من الاسلام أن يأتى بالشهادتين ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « فاذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم الا بحقها » وان كان متأولا فى كفره بأن يقول : ان محمدا رسول الله ولكنه رسول الى المؤمنين دون أهل الكتاب ، أو يقول : هو نبى الا أنه لم يبعث بعد ، فلا يحكم باسلامه حتى يأتى الشهادتين ، ويبرأ معها من كل دين مخالف دين الاسلام ، لأنه اذا اقتصر على الشهادتين احتمل أن يريد ما يعتقده ، وان ارتد بجحود فرض مجمع عليه كالصلاة والزكاة ، أو باستباحة محرم مجمع عليه كالخمر والخنزير والزنا لم يحكم باسلامه حتى يأتى بالشهادتين ويقر بوجوب ما جحد وجوبه وتحريم ما استباحه ، لأنه كذب الله ورسوله بما أخبرا به ، فلم يحكم باسلامه حتى يقر بتصديقهما بذلك . قال الشافعى رحمه الله : « وان صلى الكافر الأصلى فى دار الحرب حكم

---

(١) هذا بقية شرح الفصل الذى اقتضيه صاحب مطبعة الامام بالقلمة فى طبعته التى أتلف بها الكتاب وأسقطها النقاد والكتاب ، والتى من أجلها وفقنا الله تعالى وهو رب العناية والرعاية والحفظ لدينه أن ننهض بالطبع لهذا الجزء مزمعين ان شاء الله تعالى البدء فى طبع المجموع من الجزء الأول على هذه المطابع النظيفة مع العناية بالاخراج والدقة فى التحقيق والتصحيح .

باسلامه ، وان صلى فى دار الاسلام لم يحكم باسلامه ، لأن الانسان فى دار الاسلام مطالب باقامة الصلاة محمول على فعلها ، فاذا فعلها الكافر هنـاك فالظاهر أنه فعلها تقية لا اعتقادا ، فلم يحكم باسلامه • وفى دار الكفر هو غير مطالب باقامة الصلاة فاذا فعلها فيه فالظاهر أنه فعلها اعتقادا لا تقية ، فحكم باسلامه وهكذا ان ارتد فى دار الحرب ثم شهد شاهدان أنه يصلى فانه يحكم باسلامه لما ذكرناه ، وان ارتد فى دار الاسلام ثم شهد شاهدان أنه يصلى فانه لا يحكم باسلامه لما ذكرناه فى الحربى ، ولأن المرتد فى دار الحرب لا يمكن معرفة اسلامه الا باظهار الشهادتين ، فان أكره الذمى على الاسلام لم يصح اسلامه لقوله تعالى : (لا اكراه فى الدين) ولأن المكره غير محق فى اكراهه ، فان علينا أن نعرض الدين بغير اكراه ، كما لو أكره انسان انسانا على الطلاق فطلق لا يقع طلاقه ، وفى وجه أنه يحكم باسـلامه لأن الاسلام فرض عليه ، وعلى هـذا الوجه اذا أكره الذمى والمرتد على دين الاسلام صح اسلامه لأنه اكراه بحق •

فـــرع اذا ارتد ثم أسلم ، ثم ارتد ثم أسلم ، وتكرر ذلك منه ، فانه يحكم باسلامه الا أنه لا يعزر فى المرة الأولى ، لجواز أن يكون عرضت له شبهة ، ويعزر فيما بعدها لأنه لا شبهة له ، ووافقنا أبو حنيفة على صحة اسلامه الا أنه قال : يحبس فى الثانية ، والحبس نوع من التعزير ، وقال أبو اسحق المروزى : اذا تكررت منه الردة لم يصح اسلامه لقوله تعالى : (ان الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفرا لم يكن الله ليغفر لهم) فأخبر أنه لا يغفر لهم فى الثالثة • ودليلنا قوله تعالى : (قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف) وقوله تعالى : (فان تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم) ولم يفرق ، وقوله صلى الله عليـه وسلم : « الاسلام يجب ما قبله » ولم يفرق ، وأما الآية فلها تأويلان أفادهما العمرانى فى البيان : أحدهما : أن معناها ان الذين آمنوا بموسى ثم كفروا به ثم آمنوا بعيسى ثم كفروا به ثم آمنوا بمحمد ثم كفروا به لم يكن الله ليغفر لهم ، والثانى : أن معناها ان الذين آمنوا ثم كفروا وصبروا على الكفر ولم يسلموا الآية قال : ازدادوا كفرا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل وان ارتد ثم أقام على الردة ـ فان كان حرا ـ كان قتله الى الامام ، لأنه قتل يجب لحق الله تعالى ، فكان الى الامام كرجم الزانى ، فان قتله غيره بغير اذنه عزر لأنه افتات على الامام ، فان كان عبـدا ففيه وجهان أحدهما : أنه يجوز للمولى قتله ، لأنه عقـوبة تجب لحق الله تعـالى ، فجاز للمولى اقامتها كحـد الزنا ، والثـانى : لا يجـوز للمولى قتـله لأنه حق الله عز وجل ، لا يتصل بحق المولى فلم يكن للمولى فيه حق بخلاف حد الزنا فانه يتصل بحقه فى اصلاح ملكه .

فصـــــل اذا ارتد وله مال ففيه ثلاثة أقوال ، أحدهما : أنه لا يزول ملكه عن ماله ، وهو اختيار المزنى رحمه الله لأنه لم يوجد أكثر من سبب يبيح الدم ، وهذا لا يوجب زوال الملك عن ماله كما لو قتل أو زنى ، والقول الثانى : أنه يزول ملكه عن ماله وهو الصحيح ، لما روى طارق بن شـهاب أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه قال لوفد بزاخة وغطفان : « نغنم ما أصبنا منكم وتردون الينا ما أصبتم منا » ولأنه عصم بالاسـلام دمه وماله ثم ملك المسـلمون دمه بالردة ، فوجب أن يملكوا ماله بالردة ، والقول الثالث : أنه مراعى فان أسلم حكمنا بأنه لم يزل ملكه ، وان قتل أو مات على الردة حكمنا بأنه زال ملكه ، لأن ماله معتبر بدمه ، ثم استباحة دمه موقوفة على توبته ، فوجب أن يكون زوال ملكه عن المال موقوفا ، وعلى هذا فى ابتداء ملكه بالاصطياد والابتيـاع وغيرهما الأقوال الثلاثة ، أحدها : يملك ، والثانى : لا يملك ، والثالث : أنه مراعى . فان قلنا : ان ملكه قد زال بالردة صار المال فيئا للمسلمين وأخذ الى بيت المال ، وان قلنا : انه لا يزول أو مراعى حجر عليه ومنع من التصرف فيه ، لأنه تعلق به حق المسلمين وهو متهم فى اضـاعته ، فحفظ كمـا يحفظ مال السفيه . وأما تصرفه فى المال فانه ان كان بعد الحجر لم يصح ، لأنه حجر ثبت بالحاكم فمنع صحة التصرف فيه ، كالحجر على السفيه ، وان كان قبـل الحجر ففيه ثلاثة أقوال بناء على الأقوال فى بقـاء ملكه أحدها : أنه يصـح ، والثانى : أنه لا يصح ، والثالث : انه موقوف .

فصـــــل وان ارتد وعليـه دين قضى من ماله لأنه ليس بأكثر من موته ولو مات قضيت ديونه فكذلك اذا ارتد .

الشرح (اللغـة) قوله : مراعى . أى منتظـر ، وفى الذكر الحكيم : « لا تقولوا راعنا وقولوا انظرنا » وبزاخة هى موطن بنى أسد ، وكانت بها وقائع فى حروب الردة .

اما الأحكام اذا ارتد الحر ثم أقام على الردة فان قتله الى الامام ، لأن قتله حق للمسلمين وفيهم من يحسن القتل وفيهم من لا يحسن ، والامام نائب عنهم ، فان قتله بعضهم بغير اذن الامام فلا قود عليه ، ولا دية ولا كفارة لأنه مستحق للقتل ، فان رأى الامام تعزيره فعل ، لأنه افتات عليه ذلك ، وان ارتد العبد فهل للسيد أن يقتله ؟ فيه وجهان أحدهما : له ذلك كما له أن يقيم عليه حد الزنا ، والثانى : ليس له ذلك لأنه لا يتصل بصلاح ملكه بخلاف حد الزنا .

مسألة وان ارتد وله مال فقد قال الشافعى رحمه الله فى موضع : يوقف ماله ، وقال فى الزكاة : فيه قولان ، أحدهما : أنه يوقف على اسلامه أو قتله ، والثانى : أن ملكه ثابت فتؤخذ زكاة ماله حولا فحولا ، وقال الشافعى فى التدبير : اذا دبر المرتد عبدا ففيه ثلاثة أقوال : أحدهما : تدبيره صحيح ، والثانى : تدبيره موقوف ، والثالث : أن تدبيره باطل ، لأن ماله خارج منه . واختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : فى بقاء ملك المرتد على ماله ، وفى جواز تصرفه قبل الحجر ثلاثة أقوال ، أحدها : أن ماله باق على ملكه ، وتصرفه فيه قبل الحجر عليه صحيح ، لأن الردة معنى يوجب القتل ، فلم يزل بها الملك ، ولم يبطل بها تصرفه فيه ، لما روى أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه قال لوفد بزاخة ما أورده المصنف من قوله : « نغنم [1] ما أصبنا منكم وتردون الينا ما أصبتم منا » ولأنه عصم دمه وماله بالاسلام ، فلما ملك المسلمون دمه بردته وجب أن يملكوا ماله بردته ، والثالث : أن ملكه وتصرفه موقوفان فان أسلم تبينا أن ملكه لم يزل وتصرفه صحيح ، وان مات على الردة أو قتل عليها ، تبينا أن ملكه زال بالردة ، وتصرفه باطل لأنه نوع ملك للمرتد ، فكان موقوفا كملكه لبضع

---

(١) راجع كتابنا عن خالد بن الوليد فقد خرجنا الخبر مرويا عن البخارى وسقنا لفظ البرقانى بسنده عن طارق بن شهاب : « فخيرهم أبو بكر بين الحرب المجلية والسلم المخزية والكراع ، ونغنم ما أصبنا منكم وتردون ما أصبتم منا وتدون قتلانا وتكون قتلاكم فى النار ، وتتركون أقواما يتبعون أذناب الابل حتى يرى الله خليفة رسوله والمهاجرين والأنصار أمرا يعذرونكم عليه » الخ .

زوجته ، ومن أصحابنا من قال : فى ملكه قولان لا غير ، أحدهما : أنه موقوف ، والثانى : أنه باق • ومعنى قول الشافعى : « لأن ماله خارج منه » أى فى التصرف ، وأما تصرفه فعلى الأقوال الثلاثة على ما مضى • اذا ثبت هذا ــ فان قلنا : ان ملكه زال عن ماله بالردة لم يحتج الى الحجر عليه ، وان قلنا : ان ملكه باق على ماله أو قلنا : انه موقوف ، فان القاضى يحجر عليه فى ماله ، لأنه تعلق بماله حق المسلمين ، وهو متهم فى اضاعته ، فحجر عليه كالمفلس • هذا نقل البغداديين ، وقال الخراسانيون : ان قلنا ان ملكه زال بالردة صار محجورا عليه بنفس الردة ، وان قلنا : ان ملكه باق حجر عليه القاضى ، وان قلنا : انه موقوف ففيه وجهان أحدهما : أنه صار محجورا عليه بنفس الردة ، لأنا لا نحكم له بالاسلام فينفذ تصرفه • والثانى : أنه يحجر عليه الحاكم لأنا لم نقطع ملكه بالردة بعد ، وان تصرف المرتد فى ماله بعد الحجر ــ فان قلنا : ان ملكه زال بالردة ــ لم يصح تصرفه ، وان قلنا : ان ملكه باق أو موقوف ففى تصرفه القولان فى تصرف المفلس بعد الحجر لأن تعلق حق المسلمين بماله كتعلق حق الغرماء بمال المفلس بعد الحجر • وأن زوج المرتد أمته ــ فان قلنا : يصح تصرفه ــ صح النكاح وان قلنا : لا يصح تصرفه ــ لا يصح النكاح ، وان قلنا : ان تصرفه موقوف ، لم يصح النكاح أيضا ، لأن النكاح لا يقع موقوفا عندنا •

فــرع وما لزم المرتد من دين أو أرش جناية أو نفقة زوجة أو قريب ، فانه يجب أداؤه من ماله على الأقوال كلها ، لأنا ان قلنا : ان ملكه باق أو موقوف فلا محالة يقضى منه أو من ماله ، وان قلنا : ان ملكه زال بالردة فانه لم يزل زوالا مستقرا لأنه يعود اليه باسلامه ، هذا نقل أصحابنا البغداديين وهكذا أفاده ابن الصباغ فى الشامل والماوردى فى الحاوى • وقال الخراسانيون ــ كما أفاده الرويانى فى البحر ــ ان قلنا : ان ملكه باق أخذت هذه الحقوق من ماله ، وان قلنا : ان ملكه زال بالردة ففيه وجهان ، أحدهما ــ وهو قول الاصطخرى وهو الأصح عندهم ــ أنه لا يؤخذ من ماله ، لأنه ملك له ، والثانى : أنها تؤخذ لأنا انما نحكم بزوال ملكه فيما لم يكن تعلق به حق الغير ، كما لو استدان ثم ارتد فان الدين يقضى من

ماله ، فان مات أو قتل على الردة ــ فان بقى من ماله بعد قضاء ديونه وأرش جناياته ونفقة زوجاته شيء صرف ذلك الى بيت المال ، فيئا للمسلمين • وقال أبو يوسف ومحمد : يرث عنه ورثته المسلمون جميع أمواله • وقال أبو حنيفة : يرث عنه ورثته المسلمون ما اكتسبه فى حال الاسلام وأما ما اكتسبه بعد الردة فلا يورث عنه ، دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « لا يرث المسلم الكافر » ولم يفرق ، وقد مضى فى الفرائض •

وان قتل المرتد رجلا ــ فان كان عمدا ــ كان الولى بالخيار بين أن يقتص منه وبين أن يعفو عنه ، فان اقتص منه سقط القتل بالردة ، وان عفا عنه على مال تعلقت الدية بماله على طريقة البغداديين ، وعلى طريقة الخراسانيين على ما مضى • وان كان القتل خطأ ــ قال الشيخ أبو حامد : فان الدية تجب فى ماله فى ثلاث سنين ولا تحملها العاقلة ، لأنه لا عاقلة له ، فان مات أو قتل قبل الثلاث أخذ ولى المقتول الدية فى الحال لأن الدين المؤجل يحل بموت من عليه •

فرع قال المسعودى : فان أقر المرتد بدين أو غيره ــ فان قلنا : ان ملكه زال بالردة ــ لم يصح اقراره ، وان قلنا : ان ملكه باق ففى صحة اقراره القولان فى اقرار المفلس ، وسواء أقر قبل الحجر أو بعد الحجر •

فرع فان عرف اسلام رجل فمات وخلف ورثة ، فأقر بعضهم أنه مات كافرا وأقر بعضهم أنه مات مسلما دفع الى من أقر أنه مات مسلما نصيبه ، لأنه لا محالة محكوم باسلامه ، ولا يدفع نصيب من أقر أنه مات كافرا اليه ، لأنه أقر أنه لا يستحقه ، وماذا يصنع به ؟ فيه قولان حكاهما الشيخ أبو حامد : أحدهما : يوقف الى أن يتبين المال فيه ، لأنه لا يمكن دفعه اليه ، لأنه أقر أنه لا يستحقه ، ولا يمكن صرفه الى بيت المال ، لأنه حق للوارث المقر فى الظاهر ، وقد أقر به لبيت المال فقبل اقراره فيه • وقال المسعودى : اذا أقر مسلم أن أباه مات كافرا سئل عن ذلك ، فان قال : تكلم بكلمة الكفر عند موته قبل ولم يرثه ، وان لم يقر له بذلك بل أطلق ، ففيه

قولان : أحدهما : لا يرثه ، لأنه أقر أنه لا يرثه • والثانى : أنه لا يقبل اقراره ، لأنه قد يعتقد تكفير أهل البدع •

فـــرع واذا ارتد رجل ولحق بدار الحرب وترك أموالا فى دار الاسلام ، فان الامام يحفظها ، لأنه متردد بين أن يسلم فيرجع اليه ماله ، وبين أن يموت على الردة أو يقتل ، فيكون فيئا ، فان كان ماله من العروض أو الدراهم أو الدنانير حفظها امام ، وان كان حيوانا فعل الامام ما رأى فيه الحظ من تعيين حارس يبيعه ويحفظ ثمنه ، أو يكريه • وقال أبو حنيفة : اذا لحق بدار الحرب كان كما لو مات فيعتق أم ولده ومدبره ، ويحل دينه المؤجل ، ويقسم ماله بين ورثته عنده ، فان رجع الى الاسلام لم ينتقض من هذه الأحكام شيء الا أن يكون عين ماله قائمة فى يد ورثته فيأخذه منهم ، دليلنا أن كل حالة لو أسلم فيها رد ماله اليه لم يقسم ماله فيها ، كما لو كان بدار الاسلام •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **ولا يجوز استرقاقه لأنه لا يجوز اقراره على الكفر ، فان ارتد وله ولد أو حمل كان محكوما باسلامه ، فاذا بلغ ووصف الكفر قتل ، وقال أبو العباس : فيه قول آخر انه لا يقتل ، لأن الشافعى رحمه الله قال : ولو بلغ فقتله قاتل قبل أن يصف الاسلام لم يجب عليه القود ، والمذهب الأول ، لأنه محكوم باسلامه ، وانما أسقط الشافعى رحمه الله القود بعد البلوغ للشبهة ، وهو أنه بلغ ولم يصف الاسلام • ولهذا لو قتل قبل البلوغ وجب القود ، وان ولد له ولد بعد الردة من ذمية فهو كافر ، لأنه ولد بين كافرين • وهل يجوز استرقاقه ؟ فيه قولان أحدهما : لا يجوز لأنه لا يسترق أبواه فلم يسترق • والثانى : لأنه كافر ولد بين كافرين فجاز استرقاقه كولد الحربيين ، فان قلنا : لا يجوز استرقاقه استتيب بعد البلوغ ، فان تاب والا قتل ، وان قلنا : يجوز استرقاقه فوقع فى الأسر فللامام أن يمن عليه ، وله أن يفادى به ، وله أن يسترقه كولد الحربيين ، غير أنه اذا استرقه لم يجز اقراره على الكفر ، لأنه دخل فى الكفر بعد نزول القرآن •**

الشرح قوله : (يذفف) الذف الاجهاز على الجريح وكذلك الذفاف ، قال ابن برى : قال رؤبة :

لمـا رآنى أرعشت أطـرافى كان مع الشـيب من الذفاف

وفى أثر على أنه أمر يوم الجمل فنودى أن : لا يتبـع مدبر ولا يقتل أسير ، ولا يذفف على جريح ، قال فى اللسان : الأجهاز عليه تحرير قتله .

أما الأحكام فانه لا يجوز استرقاق المرتد رجلا كان أو أنثى ، وقال أبو حنيفة : ان كان المرتد امرأة ولحقت بدار الحرب جاز استرقاقها ، لأن أم محمد ابن الحنفية كانت من بنى حنيفة ، وكانوا مرتدين فملكها على رضى الله عنه واسترقها ، دليلنا أن الكفر بعد الايمان يمنع الاسترقاق كالرجل ، وأما الخبر فقد روى أنها كانت أمة فسبيت ، واذا قتل مالكها على الردة كانت فيئا ، وأما ولد المرتد ــ فان ولد قبل ردة أبويه أو أحدهما كذا اذا ارتد أبواه وهو حمل ــ فانه محكوم باسلامه ، لأنه قد حكم اسلامه تبعا لأبويه ، فلم يزل اسلامه بردة أبويه ، لقوله تعـالى : (ولا تزر وازرة وزر أخرى) وقوله صلى الله عليه وسلم : « الاسلام يعلو ولا يعلى » فان بلغ هذا الولد ووصف الاسلام فلا كلام ، وان امتنع من أن يصف الاسلام أو وصف الكفر بعد بلوغه حكم بردته ويقتل ، وقال أبو العباس بن سريج : وفيه قول آخر أنه اذا لم يصف الاسلام بعد بلوغه أنه لا يقتـل ، ويترك على كفره ، لأن الشافعى رحمه الله قال : « ولو قتله قاتل بعد بلوغه وقبل أن يصف الاسلام لم يكن على قاتله القود » فلو حكم باسلامه بعد بلوغه لأوجب على قاتله القود وهذا خطأ ، لأنه محكوم له بالاسلام ، ولهذا لو قتله قاتل قبل أن يبلغ وجب عليه القود ، وانما لم يوجب الشافعى رحمه الله القود على من قتله بعد بلوغه وقبل أن يصف الاسلام لأجل شـبهة عرضت ، وهو أنه لم يصف الاسلام ، لا لأنه لم يحكم له بالاسلام .

وأما اذا ارتد الأبوان ثم حملت به الأم فى حال ردتها ووضعته قبل أن يسلما أو أحدهما ، أو تزوج مسلم ذمية وارتد ثم حملت بولد فى حال ردته ووضعته قبل أن يسلما أو أحدهما ، فان الولد محكوم بكفره ، لأنه ولد بين كافرين ، وهل يجوز استرقاقه ؟ فيه قولان ، أحدهما : لا يجوز سبيه كولد الكافرين الحرين ، فعلى هذا اذا سبى كان الامام فيه بالخيـار بين

القتل والاسترقاق والمن والفداء ، غير أنه اذا استرقه لم يجز اقراره على الكفر ، لأنه انتقل الى الكفر بعد نزول القرآن ، هذا نقل أصحابنا العراقيين ، وقال الخراسانيون : فيه قولان : واختلفوا فيهما فمنهم من قال : أحدهما أنه كالكافر الأصلى ، والثانى : أنه كأبويه ، ومنهم من قال : أحدهما : أنه كالأصلى والثانى أنه مسلم لأنه متولد من شخص حرمة الاسلام فيه باقية ، وهو مطالب بجميع أحكام الاسلام ، الا أنه ممتنع من أدائها بالردة ، والولد لم يوجد فيه امتناع بالكفر ، هذا مذهبنا • وقال أبو حنيفة : ان ولد فى دار الحرب سبى واسترق ، وان ولد فى دار الاسلام لم يسب ولم يسترق • دليلنا : أن الدار لا تأثير لها فى اثبات الاسترقاق ومنعه ، كما لو ولد بين الحربيين ولد فى دار الاسلام أو ولد بين المسلمين ولد فى دار الحرب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان ارتدت طائفة وامتنعت بمنعة وجب على الامام قتالها لأن أبا بكر الصديق رضى الله عنه قاتل المرتدة ويتبع فى الحرب مدبرهم ويذفف على جريحهم ، لانه اذا أوجب ذلك فى قتال أهل الحرب فلان يجب ذلك فى قتال المرتدة ـ وكفرهم أغلظ ـ أولى ، وان اخذ منهم أسير استتيب فان تاب والا قتل لأنه لا يجوز اقراره على الكفر •

فصل ومن أتلف منهم نفسا أو مالا على مسلم ـ فان كان ذلك فى القتال ـ وجب عليه ضمانه ، لأنه التزم ذلك بالاقرار بالاسلام فلم يسقط عنه بالجحود ، كما لا يسقط عنه ما التزمه بالاقرار عند الحاكم بالجحود ، فان اتلف ذلك فى حال القتال ففيه طريقان • أحدهما : وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى وغيره من البغداديين : انه على قولين كما قلنا فى أهل البغى ، حكم قاطع الطريق • والأول هو الصحيح انه على قولين : أصحهما أنه لا يجب عليه الضمان قولا واحدا ، لأنه لا ينفذ قضاء قاضيهم ، فكان حكمهم فى الضمان حكم قاطع الطريق • والأول هو الصحيح انه على قولين : أصحهما أنه لا يجب الضمان لما روى طارق بن شهاب قال : جاء وفد بزاخة وغطفان الى أبى بكر يسألونه الصلح فقال تدون قتلانا ، وقتلاكم فى النار ، فقال عمر : ان قتلانا قتلوا على امر الله ليس لهم ديات فتفرق الناس على قول عمر رضى الله عنه •

الشرح واقعة وفد بزاخة سبقت الاشارة اليها آنفا وقد أوردنا القصة برمتها فى كتابنا خالد والدعوة المحمدية •

أما الأحكام فاذا ارتدت طائفة وامتنعت قاتلهم الامام ، لأن أبا بكر الصديق رضى الله عنه قاتل المرتدين ، ويبدأ بقتالهم قبل قتال أهل الحرب لما ثبت من أن النبى صلى الله عليه وسلم جهز جيش أسامة ثم مات قبل انفاذه ، فلما ولى أبو بكر أراد انفاذه فقالت الصحابة رضى الله عنهم : إن العرب قد ارتدت حول المدينة ، فلو أخرت هذا الجيش • فقال : والله لو انثالت المدينة سباعا ما أخرت جيشا جهزه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فموضع الدليل منه أن الصحابة رضى الله عنهم رأوا أن قتال المرتدين أولى من قتال الكفار أهل الحرب ، ولم ينكر عليهم ذلك أبو بكر وانما اعتذر اليهم بأن النبى صلى الله عليه وسلم هو الذى جهز هذا الجيش ، فلا يؤخر • بدليل أن أبا بكر بدأ بقتال المرتدين بعد جيش أسامة ، ثم رجع الى قتال غيرهم ، ويتبع فى الحرب مدبرهم ويجهز على جريحهم ، لأنه اذا وجب ذلك فى قتال أهل الحرب فلأن يجب فى قتال المرتدين ــ وكفرهم أغلظ ــ أولى ، فان أسر منهم أسير استتيب فان تاب والا قتل ، لأنه لا يجوز اقراره على الكفر•

قوله : « ومن أتلف منهم مالا أو نفسا الخ » وجملة ذلك أنه اذا أتلف المرتد على المسلمين نفسا أو مالا ــ فان كان فى غير منعة ، أو كان فى منعة الا أنه أتلفه قبل قيام الحرب أو بعدها ــ لزمه الضمان ، لأنه التزم ذلك بالاسلام فلم يسقط عنه بالردة ، وان كان فى منعة وأتلفه فى حال قيام الحرب ــ فاختلف أصحابنا فيه ــ فقال أكثرهم : فيه قولان كأهل البغى ، قال الشيخ أبو حامد : الا أن الصحيح فى أهل البغى أنه لا يجب عليهم الضمان ، والصحيح فى أهل الردة أنه يجب عليهم الضمان • وقال الشيخ أبو اسحق : الصحيح فى أهل الردة أنه يجب عليهم الضمان ، لأن أبا بكر لما قاتل المرتدة وهزمهم وسألوه الصلح قال : « تدون قتلانا ، وقتلاكم فى النار ، فقال عمر رضى الله عنه : لا يدون قتلانا ، ان أصحابنا قتلوا فى سبيل الله وعلى أمر الله وأجورهم على الله ، وانما الدنيا دار بلاغ » هكذا أخرجه البيهقى ، وفيه « فتبايع الناس على ما قال عمر » ورواه الطبرانى فى الأوسط

بلفظ : « عن طارق بن شهاب قال : جاء أهل الردة من أسد وغطفان الى أبى بكر بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم يسألونه الصلح فقال : على أن تنزع منكم الحلقة والكراع وتتركون تتبعون أذناب البقر ، حتى يرى الله خليفة نبيه والمؤمنين رأيا يعذرونكم به ، وتشهدون أن قتلانا فى الجنة وقتلاكم فى النار ، وتدون قتلانا ولا ندى قتلاكم ، فقال عمر : يا خليفة رسول الله القول كما قلت غير أن قتلانا قتلوا فى ذمة الله لا دية لهم » وفيه ابراهيم بن بشار الرمادى وثقه ابن حبان وغيره وضعفه ابن معين وغيره ، وبقية رجاله رجال الصحيح • قلت : رجع الناس الى قول عمر كما ثبت فى رواية البرقانى والبيهقى ، وأجمعت الصحابة على ذلك ، وقال القاضى أبو حامد المروروذى [1] : يجب الضمان على المرتدين قولا واحدا ، لأنه لا ينفذ قضاء قاضيهم وليس لهم تأويل سائغ • ومن أصحابنا الخراسانيين من قال : ان قلنا : لا يجب الضمان على أهل البغى لم يجب على المرتدين ، وان قلنا : يجب الضمان على أهل البغى ففى المرتدين قولان ، والفرق بينهم أن المرتد كافر فهو كالحربى والباغى المسلم •

حكم التجسس وعمل المباحث

ان هناك ذنوبا أو خطايا لا يمكن الوصول الى العلم بها الا بعد تجسس وتكشف للأستاذ ، فالأعمال الظاهرة التى تثبت من غير تظنن ولا تجسس يجرى فيها حكم القضاء ولذا قال النبى صلى الله عليه وسلم : (أيها الناس

---

(١) الفرق بين المروزى والمروذى او المروروذى أن المروزى نسبه الى مرو الشاهجان احدى كراسى خراسان وزادوا فى النسبة اليها زايا كما قالوا فى النسبة الى الرى رازى ، وهذه الزيادة خاصة ببنى آدم عند أكثر أهل العلم بالنسب فيقال فلان المروزى والثوب المروى بسكون الراء (ابن خلكان فى ترجمة ابى اسحق ابراهيم بن احمد) اما المروروذى ففى ابن خلكان : « نسبته الى مروروذ بفتح الميم وسكون الراء المهملة وفتح الواو وتشديد الراء المهملة المضمونة وبعد الواو ذال معجمة وهى مدينة مبنية على نهر ، وهى أشهر مدن خراسان بينها وبين مرو الشاهجان أربعون فرسخا والنهر يقال له بالعجمية : الروذ بضم الراء وسكون الواو وبعدها ذال معجمة . ا هـ » .

من ارتكب شيئا من هذه القاذورات فاستتر فهو فى ستر الله ، ومن أبدى صفحته أقمنا عليه الحد) .

ومن الجرائم الظاهرة التى لا يجرى عليها عقاب فى الدنيا ويدين صاحبها بينه وبين الله تعالى النميمة والكذب والفسق الا أن تكون النميمة قد انتقلت الى السعاية عند الحكام لازعاج المؤمنين ، فانه فى هذه الحال يعاقب الساعى لأن جريمته ظاهرة بينة يقوم عليها الدليل وتسمى فى القوانين الحديثة (البلاغ الكاذب) و (ازعاج السلطات) .

ولقد أفتى بعض الفقهاء بجواز الحكم بالقتل على الساعى بين المحكومين والحاكم بالباطل لانزال الأذى الظالم بالرعية ، واعتبروا ذلك من دفع الفساد ، فان أشد أنواع الفساد هو ضياع الثقة بين الراعى والرعية ، فان ذلك فساد ليس بعده فساد ، وهو السبب فى افساد الحكام دائما .

وان منع هذا النوع من الجرائم من الخضوع لأحكام القضاء لأنه يؤدى كما قلنا الى التجسس وهو منهى عنه فقد قال تعالى [1] (يا أيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيرا من الظن ان بعض الظن اثم ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضا ، أيحب أحدكم أن يأكل لحم أخيه ميتا) وقال صلى الله عليه وسلم (اياكم والظن فان الظن أكذب الحديث ، ولا تجسسوا ولا تحسسوا ولا تنافسوا ولا تحاسدوا ولا تباغضوا ولا تدابروا وكونوا عباد الله اخوانا ، ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك) رواه مالك فى الموطأ وأحمد فى المسند والشيخان فى صحيحيهما وأبو داود والترمذى عن أبى هريرة رضى الله عنه .

وان التجسس هو تعرف الجريمة والبحث عنها أوقعت أو لم تقع فان ذلك هو الاثم . ولكن اذا وقعت الجريمة أفلا يصح التحرى عن المجرم ، فنعتبر ذلك التحرى تجسسا منهيا عنه ؟ أم أن ذلك ليس من التجسس المنهى عنه لأنه بحث عن المجرم الذى ارتكب الجناية ، انه كذلك كما يقول الشيخ

---

(١) الحجرات الآية ١٢ .

محمد أبو زهرة والذى ارتضينا رأيه هنا ، والا أهدرت دماء وضاعت أموال وذهبت الحقوق ، وأهملت الحسبة الاسلامية ، ولذلك نفرق بين البحث عن جريمة يحتمل أن تكون قد وقعت ، والبحث عن مجرم فى جريمة قد وقعت بالفعل ، فان الأول يعد تجسسا محرما ، والثانى يعد تحريا مطلوبا وهو من واجب الحاكم العادل تقوم به الشرطة والحسبة •

وان هذا بلا ريب فيما بين الشعب وحكومته ، اما ما بين الشعب وأعدائه فان تعرف أخبار العدو وحركاته جائزة • ولا يعد ذلك تجسسا مذموما لأنه من الحذر والله تبارك وتعالى يقول : « يا أيها [1] الذين آمنوا خذوا حذركم » وقد تفرض بعض الحكومات العداوة لها فى بعض رعيتها فهل بعد ذلك تجسسا منهيا عنه ؟

ونقول فى الاجابة عن ذلك : انه اذا قامت البينات على أن بعض الرعايا يمالىء الأعداء فانه فى هذه الحال يكون من الأعداء ، ولكن لا يصح تعرف الممالأة بالتجسس من غير أمارة ، لأن ذلك يدخل فى عموم النهى « ولا تجسسوا » وان الممالأة جريمة اذا ثبتت بالبينات كان لابد من تعرف هؤلاء المجرمين ، وانه كان فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم منافقون مرجفون فى المدينة ، والله كان يخبر نبيه بأمرهم وكان صلى الله عليه وسلم يخص حذيفة بن اليمان رضى الله عنه بقائمة أسمائهم وكان حذيفة موضع سره صلى الله عليه وسلم ، ولذلك كان اذا مات أحدهم ـ وذلك بعد عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ـ كان يقول بقى كذا ، فاذا مات آخر يقول : بقى خمسة مثلا بقى أربعة • وكان أمير المؤمنين الفاروق رضى الله عنه اذا وجد جنازة نظر فان وجد حذيفة يصلى عليها تقدم وصلى مع المصلين والا أحجم •

ولم يكن النبى صلى الله عليه وسلم يرسل من يتجسس عليهم ويتنطس أخبارهم ولقد ظهر شرهم ولقد طلب عمر من النبى صلى الله عليه وسلم أن

---

(١) الآية ٧١ من سورة النساء •

يأمر بقتلهم ولكن النبى صلى الله عليه وسلم امتنع عن ذلك وقال : (لا يتحدث العرب أن محمدا يقتل أصحابه) .

ولما تركهم النبى صلى الله عليه وسلم تفاقم شرهم واشتد أمرهم واستنكره المؤمنون جميعا حتى ذووهم فجاء أهل كل بيت فيه منافق يستأذنون النبى صلى الله عليه وسلم فى قتل منافقهم ، حتى كان الابن المؤمن يستأذن النبى صلى الله عليه وسلم فى قتل أبيه ، فامتنع عليه الصلاة والسلام وقال : (أين عمر ؟ لو قلنا هؤلاء يوم طلب عمر لأرعدت أنوف تريد اليوم قتلهم) فكانت الحكمة فى تركهم ليفتضح ما كان خافيا ، وان جناية الخيانة العظمى التى يكون فيها الانسان صنيعة الأعداء كالردة عن الاسلام ليجعل نفسه فى خدمة الصليبية أو الصهيونية أو الشيوعية محاربة للاسلام ومعاداة له .

ومن هؤلاء أشخاص تتوفر فيهم خصال الدعاة فينحرف الى مثل هذا الاتجاه الخئون فيبذل وسعه للدعوة الى تحريف الدين وتغيير مفهومه بل وتعطيل منطوقة كرجل وجدته فى السودان حين نزلت به ، كان يدعو الى نسخ الشريعة المتأخرة نزولا وهى ما بعد الهجرة بالقرآن المكى ، ومع انه لا وجه للمقارنة ولا سبيل الى ايجاد بديل فى القرآن المكى ليحل محل القرآن المدنى الا أن الرجل سور فى غوايته بركام من الكلام المنمق الذى يغرى به أنصاف المتعلمين ، وقد قمت بالتنبيه على خطورة هذه الدعوة الكافرة فى خطبة جمعة أذيعت على الهواء بالمذياع من مسجد التقوى لمنشئة اللواء عمر محمد الطيب النائب الأول لرئيس الجمهورية ، وفى بعض الأحاديث التليفزيونية وقد أخرج كتيبا يدافع فيه عن نفسه ويؤلب على السلطات والعامة من الناس ورجال الطرق الصوفية وتطاول على مقام نائب الرئيس وعلى جهاز الأمن بدعوى أنهم مكنونى من الحملة عليه اما غفلة أو خضوعا أو تآمرا فكأنه سعى الى حتفه بظلفه فقبض عليه وعلى أتباعه وصودر الكتيب (الهوس الدينى والحكم) فسجلته بنته بصوتها فى أشرطة تفرقها على الناس ، ولكن الله دحر هذه الفئة وأخمد هذه الفتنة حيث كان الرجل يدعى أنه المسيح وأنه الله ، وأنه يتلقى عن الله بغير وحى ولا واسطة الى آخر

مزاعمه الكافرة التى يدعو فيها الى الايمان بصلب المسيح ودعاوى أخرى كلها من أقوال المبشرين حيث كانت له علاقات وثيقة بهم ، وكانوا دائما ضمن الحاضرين فى بيته ، وكان يدعو الى الهيبزة والانحلال والاختلاط المطلق ، وهناك رجل آخر يدعو الى أن الصلاة ثلاثة أوقات وهذا خطره أقل لجهله وعدم تأثيره على الناس كسابقه الا أنه أثبت أن فى مجتمع المسلمين من يخالف اجماعهم ويخرق ما اصطفقت عليه الأمة بكتاب ربها وسنة نبيها من الصلوات الخمس ، وهذه أيضا خيانة عظمى (ردة) وقد يتذرع بها أعداء الدين فيتخذون من هذه الصور الرديئة القميئة الهزيلة حجة على اختلاف الأمة من أهم ما لا ينبغى فيه الاختلاف فيتخذون ذلك ذريعة للدخول بدعاواهم الباطلة بدليل أن فريقا من المسلمين يتقبلها وأن رفضها ليس مجمعا عليه ، وأنه لا يوجد شىء عند المسلمين أجمعوا عليه حتى الصلوات الخمس اختلفوا فيها •

فمثل هؤلاء المرتدين جزاؤهم القتل بعد أن يستتابوا ثلاثا • وقد قال بعض العلماء [1] ولقد قرر العلماء أن الضرورات ذاتها متفاوتة بتفاوت موضوعها فالاعتداء على النفس والدين أقوى من الاعتداء على غيرهما ، وبذلك تكون العقوبة على الضرورى فيها أشد من الاعتداء الضرورى فى غيرهما •

وان الضرورى فى النوع الواحد تتفاوت فيه العقوبات بتفاوت قوته من حيث التأثير فى الجماعة ، فمثلا الكافر المضل والمرتد الزنديق يعتدون على الدين فى الجانب الضرورى منه ، اذ يهدمون أصل الدين ، ويعبثون بالعقائد والحقائق الدينية ، ومع ذلك فالعقوبة متفاوتة فالكافر المضل يمنع من اضلاله بالقتل الا اذا دخل فى الاسلام ، فانه لا ينزل به العقاب لقوله تعالى (قل للذين كفروا أن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف) والمرتد يستتاب ، فان تاب وآمن فلا عقاب عليه والا قتل ، وقال العلماء : ان المرتد اذا كان ممن اشتهروا بالزندقة فانه لا يستتاب ، لأن جريمته ليست فى ضلاله بعد

---

(١) محمد أبو زهرة (الجريمة والعقاب فى الاسلام) ص ٦٠ •

هداية وكفره بعد ايمان ، وانما جريمته فى أنه اتجه الى فساد العقيدة الاسلامية بأباطيل يثيرها ، وأكاذيب ينشرها ، ولو استتيب لأعلن التوبة ليتمكن من الافساد ويحكمه ، وجرائم هؤلاء تمس الضرورى وترى أن العقوبة متفاوتة فى الجملة .

وان ترتيب العقوبات على هذا الترتيب بينه الغزالى فى المستصفى والشاطبى فى الموافقات وسائر كتب الأصول .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **للسحر حقيقة وله تأثير فى ايلام الجسم واتلافه : وقال ابو جعفر الاستراباذى من أصحابنا : لا حقيقة له ، ولا تأثير له . والمذهب الأول لقوله تعالى : (ومن شر النفاثات فى العقد) والنفاثات السواحر ، ولو لم يكن للسحر حقيقة لما امر بالاستعاذة من شره . وروت عائشة رضى الله عنها قالت : « سحر رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى انه ليخيل اليه انه قد فعل لشىء وما فعله » ويحرم فعله لما روى ابن عباس رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ليس منا من سحر أو سحر له ، وليس منا من تكهن أو تكهن له ، وليس منا من تطير أو تطير له » ويحرم تعلمه لقوله تعالى : « لكن الشياطين كفروا يعلمون الناس السحر » فذمهم على تعليمه ، ولأن تعلمه يدعو الى فعله ، وفعله محرم ، فحرم ما يدعو اليه ، فان علم أو تعلم واعتقد تحريمه لم يكفر ، لأنه اذا لم يكفر بتعلم الكفر فلأن لا يكفر بتعلم السحر أولى . وان اعتقد اباحته مع العلم بتحريمه فقد كفر لأنه كذب الله تعالى فى خبره ويقتل كما يقتل المرتد .**

الشرح قوله : « ومن شر النفاثات فى العقد » قال الامام القرطبى : (روى النسائى عن عقبة بن عامر قال : أتيت النبى صلى الله عليه وسلم وهو راكب ، فوضعت يدى على قدمه ، فقلت : أقرئنى سورة هود أقرئنى سورة يوسف . فقال لى : ولن تقرأ شيئا أبلغ عند الله من : قل أعوذ برب الفلق . وعنه قال : بينما أنا أسير مع النبى صلى الله عليه وسلم بين الجحفة والأبواء ، اذ غشيتنا ريح مظلمة شديدة فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يتعوذ بـ « أعوذ برب الفلق » و « أعوذ برب الناس » ويقول : يا عقبة ، تعوذ بهما ، فما تعوذ متعوذ بمثلهما) وبعد ذلك جاء فيه : وفى

صحيح البخارى عن عائشة : « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان اذا اشتكى قرأ على نفسه بالمعوذتين وينفث ، فلما اشتد وجعه كنت أقرأ عليه ، وأمسح عنه بيده رجاء بركتهما • النفخ : النفث ليس معه ريق • » اهـ •

وأما سليمان عليه السلام

فسيأتى بيان نسبه مع ترجمة أبيه قال الله تعالى : « ومن ذريته داود وسليمان » الآية وقال تعالى : « وداود وسليمان اذ يحكمان فى الحرث اذ نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهم شاهدين ، ففهمناها سليمان وكلا آتينا حكما وعلما » •

« ولقد آتينا داود وسليمان علما وقالا الحمد لله الذى فضلنا على كثير من عباده المؤمنين • وورث سليمان داود وقال يا أيها الناس علمنا منطق الطير وأوتينا من كل شىء ان هذا لهو الفضل المبين ، وحشر لسليمان جنوده من الجن والانس والطير فهم يوزعون » الآيات الى قوله تعالى « قالت رب انى ظلمت نفسى وأسلمت مع سليمان لله رب العالمين » •

وقال تعالى : « ولسليمان الريح غدوها شهر ورواحها شهر وأسلنا له عين القطر ، ومن الجن من يعمل بين يديه باذن ربه ، ومن يزغ منهم عن أمرنا نذقه من عذاب السعير » وقال تعالى : « ووهبنا لداود سليمان نعم العبد انه أواب » •

وثبت فى صحيح البخارى ومسلم عن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ان عفريتا من الجن تفلت البارحة ليقطع على صلاتى فأمكننى الله منه فأخذته فأردت أن أربطه على سارية من سوارى المسجد حتى تنظروا اليه كلكم ، فذكرت دعوة أخى سليمان رب هب لى ملكا لا ينبغى لأحد من بعدى ، فرددته خاسئا » •

ورويناه من طرق بألفاظ متقاربة • وفى الصحيحين عن أبى هريرة أيضا أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « كانت امرأتان معهما

ابناهما فجاء الذئب فذهب بابن احداهما فقالت لصاحبتها : انما ذهب بابنك وقالت الأخرى : انما ذهب بابنك فتحاكما الى داود فقضى به للكبرى فخرجتا على سليمان بن داود فأخبرتاه فقال : ائتونى بسكين أشقه بينهما فقالت الصغرى : لا تفعل رحمك الله هو ابنها فقضى به للصغرى » • وروينا عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ان سليمان بن داود لما بنى بيت المقدس سأل الله عز وجل حين فرغ من بناء المسجد ألا يأتيه أحد لا ينهزه الا للصلاة فيه أن يخرجه من ذنوبه وخطيئته كيوم ولدته أمه » رواه النسائى فى سننه باسناد صحيح • قال أبو اسحق الثعلبى فى كتابه العرائس فى قول الله عز وجل (وورث سليمان داود) أى نبوته وعلمه وحكمته دون سائر أولاد داود • قال : وكان لداود اثنا عشر ابنا قال : وكان سليمان ملك الشام الى اصطخر قال : وقيل ملك الأرض قال : وقد روى عن ابن عباس قال : ملك الأرض مؤمنان : سليمان وذو القرنين ، وكافران : نمرود وبختنصر • قال كعب الأحبار ووهب بن منبه : كان سليمان أبيض جسيما وضيئا جميلا خاشعا متواضعا يلبس الثياب البيض ويجالس المساكين ويقول : مسكين جالس مسكينا • وكان أبوه يشاوره فى كثير من الأمور مع صغر سنه لوفور عقله وعلمه • قال : وكان سليمان حين ملك كثير الغزو لا يكاد يتركه فتحمله الريح هو وعسكره ودوابهم حيث أراد ، وتمر به الريح وبعسكره على المزرعة فلا يتحرك الزرع قال : وقال محمد بن كعب القرظى : بلغنا أن عسكر سليمان كان مائة فرسخ ، خمسة وعشرون للجن ومثلها للانس ومثلها للطير ومثلها للوحش قال : وقال أهل التاريخ : كان عمر سليمان ثلاثا وخمسين سنة وملك وهو ثلاث عشرة سنة وابتدأ بناء بيت المقدس بعد ابتداء ملكه بأربع سنين •

قلت : ثم ان النفاثات فى العقد أى الساحرات اللائى ينفثن فى عقد الخيط حين يرقين عليها ، شبه النفخ كما يعمل من يرقى قال متمم بن نويرة :

نفثت فى الخيط شبيه الرقى من خشية الجنة والحاسد

وقال عنترة :

فان يبرأ فلم أنفث عليه وان يعقد فحق له الفقود

وروى النسائى عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من عقد عقدة ثم نفث فيها فقد سحر ، ومن سحر فقد أشرك ، ومن تعلق شيئا وكل اليه » واختلف فى النفث عند الرقى فمنعه قوم وأجازه آخرون • قال عكرمة : لا ينبغى للراقى أن ينفث ولا يمسح ولا يعقد • قال ابراهيم النخعى : كانوا يكرهون النفث فى الرقى • وقال بعضهم : دخلت على الضحاك وهو وجع فقلت : ألا أعوذك يا أبا محمد ؟ قال : بلى ، ولكن لا تنفث ، فعوذته بالمعوذتين • وقال ابن جريج : قلت لعطاء : القرآن ينفخ فيه أو ينفث ؟ قال : لا شىء من ذلك ولكن تقرؤه هكذا ثم قال بعد : انفث أن شئت • وسئل ابن سيرين عن الرقية ينفث فيها فقال : لا أعلم بها بأسا ، واذا اختلفوا فالحاكم بينهم السنة روت عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم كان ينفث فى الرقية •

أما حديث عائشة فهو من حديث طويل متفق عليه ، وحديث ابن عباس أخرجه الطبرانى عن عمران بن الحصين وابن عباس وهو حديث مقبول يشهد له ويعضده أحاديث ذم السحر وظاهر القرآن الكريم •

أما الأحكام فقد قال العمرانى فى البيان : للسحر حقيقة وهو أن الساحر يوصل الى بدن المسحور ألما قد يموت منه أو يغير عقله ويفرق به بين المرء وزوجه ، وقد يكون [1] السحر قولا كالرقية أو فعلا بدخان البخور وبه قال الأكثرون وقال استراباذى : لا حقيقة للسحر وانما هو خيال يخيل على المسحور وهو قول المقدسى من أصحاب داود لقوله تعالى : « يخيل اليه من سحرهم أنها تسعى » ولأنه لو كان حقيقة لكان فى ذلك بعض العادات فيؤدى الى ابطال المعجزات ، دليلنا قوله تعالى : « ومن شر النفاثات فى العقد » وهن السواحر ، فلو لم يكن للسحر حقيقة لما أمرنا بالاستعاذة منه ، لقوله تعالى : « وما كفر سليمان ولكن الشياطين كفروا يعلمون الناس

---

(١) السحر صرف الشىء عن جهته الى غيرها قال تعالى : « ان تتبعون الا رجلا مسحورا » أى مصروفا عن الحق ، ومنه قوله صلى الله عليه وسلم : ان من البيان لسحرا . أى يصرف ويميل من يسمعه الى قوله وان كان ليس بحق .

السحر الآية » ويدل على أن له حقيقة ما روت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم مكث أياما يخيل اليه أنه يأتى النساء ولا يأتى ، قال صلى الله عليه وسلم : « فدخل على رجلان فعقد أحدهما عند رأسى والآخر عند رجلى فقال الذى عند رجلى للذى عند رأسى ما بال الرجل ؟ فقال : مطبوب ، قال : من طبه ؟ قال : لبيد بن الأعصم اليهودى قال : فى مشط ومشاطه وجف طلعة ذكر ، قال : فأين هو ؟ قال : فى بئر ذروان ، فذهب النبى صلى الله عليه وسلم فى أناس من أصحابه الى البئر فنظر اليها وعليها نخل ثم رجع الى عائشة فقال : والله لكأن ماءها نقاعة الحناء ، ولكأن نخلها رءوس الشياطين ، قلت : يا رسول الله أفأخرجته ؟ قال : لا ، أما أنا فقد عافانى الله وشفانى وخشيت أن أثور على الناس منه شرا فأمر بها فدفنت » متفق عليه . وقد نقل الشوكانى كلام المازرى فى شرح المنتقى هكذا بعد ذكره آثار السحر ، وأنه حقيقة كحقيقة غيره من الأشياء قال : ــ وهذا الحديث مصرح باثباته وانه أشياء دفنت وأخرجت وهذا كله يبطل ما قالوه ، فاحالة كونه من الحقائق محال ، ولا يستنكر فى العقل أن الله سبحانه يخرق العادة عند النطق بكلام أو تركيب أجسام أو المزج بين قوى على ترتيب معين ، واذا شاهد الانسان بعض الأجسام منها قاتلة كالسموم ، ومنها مسقمة كالأدوية الحادة ومنها مضرة كالأدوية المضادة للمرض لم يستبعد عقله أن ينفرد الساحر بعلم قوى قتالة أو كلام مهلك أو مؤد الى التفرقة ــ قال ــ وقد أنكر بعض المبتدعة هذا الحديث بسبب آخر فزعم أنه يحط منصب النبوة ويشكك فيها وأن تجويزه يمنع الثقة بالشرع ، وهذا الذى ادعاه هؤلاء المبتدعة باطل لأن الدلائل القطعية قد قامت على صدقه وعصمته فيما يتعلق بالتبليغ ، والمعجزة شاهدة بذلك ، وتجويز ما قام الدليل بخلافه باطل ، فأما ما يتعلق ببعض أمور الدنيا التى لم يبعث بسببها ، ولا كان مفضلا من أجلها وهو مما يعرض للبشر فغير بعيد أن يخيل اليه أنه وطىء زوجاته وليس بواطىء ، وقد يتخيل الانسان مثل هذا فى المنام فلا يبعد تخيله فى اليقظة ولا حقيقة له . قال القاضى عياض : وقد جاءت روايات هذا الحديث مبينة أن السحر انما تسلط على جسده وظواهر جوارحه لا على عقله وقلبه واعتقاده ويكون معنى قوله : حتى يظن أنه يأتى أهله ، ويروى

أنه يخيل اليه أى يظهر له من نشاطه ومتقدم عادته القدرة عليهن ، فاذا دنا منهن أخذه السحر فلم يأتهن ولم يتمكن من ذلك ، وكل ما جاء فى الروايات من أنه يخيل اليه أنه فعل شيئا ولم يفعله ونحوه فمحمول على التخيل بالبصر، لا بخلل تطـرق الى العـل ، وليس فى ذلك ما يدخل لبسـا على الرسالة ولا طعنا لأهل الضلالة • قال المازرى : واختلف الناس فى القدر الذى يقع به السحر ولهم فيه اضطراب فقال بعضهم : لا يزيد تأثيره على قدر التفرقة بين المرء وزوجه ، لأن الله تبارك وتعالى انما ذكر ذلك تعظيما لما يكون عنده وتهويلا له ، فلو وقع به أعظم منه لذكره ، لأن المثل لا يضرب عند المبـالغة الا بأعلى أحوال المذكور ، قال : ومذهب الأشعرية أنه يجوز أن يقـع به أكثر من ذلك قال : وهو الصحيح عقلا ، لأنه لا فاعل الا الله تعالى وما يقع من ذلك فهو عادة أجراها الله تعـالى ولا تفترق الأفعـال فى ذلك ، وليس بعضها بأولى من بعض ، ولو ورد الشرع بقصره على مرتبة لوجب المصـير اليه ، ولكن لا يوجد شرع قاطع يوجب الاقتصار على ما قاله القائل الأول ، وذكر التفرقة بين الزوجين فى الآية ليس بنص فى منع الزيادة ، وانما النظر فى أنه ظاهر أم لا •

اذا ثبت هذا فان تعليم السحر وتعلمه حرام لقوله تعالى : « ويتعلمون ما يضرهم ولا ينفعهم » الآية • ولقوله صـلى الله عليـه وسلم : « ثلاثة لا يدخلون الجنة : مدمن خمر وقاطع رحم ، ومصـدق بالسحر » رواه مسلم وأحمد عن أبى موسى الأشعرى • وقوله صلى الله عليه وسلم : « من أتى عرافا أو كاهنا فصدقه بما يقول فقد كفر بما أنزل على محمد » رواه مسلم وأحمد عن أبى هريرة ، وعندهما عن صفية بنت أبى عبيد عن بعض أزواج النبى صلى الله عليه وسلم مرفوعا : « من أتى عرافا فسأله عن شىء لم يقبل الله له صلاة أربعين ليلة » فان اعترف بالسحر ووصفه استتيب فان تاب والا قتل لأنه مرتد ، واذا استباح تعلمه فهو كافر [1] لأنه استحل محرما مجمعا

---

(١) جاء فى جريدة الجمهورية بالقاهرة يوم ٢٤ ربيع الآخر سنة ١٣٩٠ هـ ٢٩ يونيو سنة ١٩٧٠ أن فى الاتحاد الاشتراكى العربى وحدة امبابة رابطة تدعى الرابطة العامة للسحرة ومسجلة بوزارة الشئون الاجتماعية تحت رقم ٢٥٣ =

عليه ، وان قال : تعلمه محـرم الا أنى تعلمته ولا أستعمله • فليس بكافر ولا يقتل ، وقال مالك : يقتل لأنه زنديق ، وقال أصحاب أبى حنيفة : ان اعتقد أن الشيطان يفعل له ما شاء فهو كافر ، وان اعتقد أنه تلبيس وتمويه لم يكفر ، دليلنا أن الكفر بالاعتقاد وهذا اعتقاده صحيح ، كمن قال : أنا أحسن السرقة ولا أسرق فلا شيء عليه •

وقد جاء فى بحـوث بعض الكتاب المعـاصرين عن السحر أن الذين يمارسون السحر بقصد التأثير فى الناس تأثيرا ماديا نجد نوعا من السحرة يمارس أفراده التأثير على أنفسهم أو على الأشياء من حولهم لاتصالهم بالقوى الخفية من الجن وأشهر نموذج هو (سايمون ماجوس) قال عنـه الكهنة النصارى انه عرض مالا على الرسل (الأساقفة الكبار) لكى يمنحوه القدرة على المعجزات !!! وفى الفصل الثامن من « أعمال الرسل » ورد عنـه أنه كان ساحرا من السامرة وأن الناس اعتبروه مشعوذا لصـناعته الكثير من الحيل الغريبة أشهرها طيرانه فى الهواء وتحريكه الأشياء الثقيلة دون لمسها وأن يمسخ نفسه حيوانا وأن يعبر النـار ولا يحترق وأنه استحضر روح هيلين ملكة طروادة ثم عاشرها ويقال : انه تعلم السحر من كهنة مصر • وفى كتاب (القوى الخفية) للكاتب الانجليزى « كولن ولسون » جاء عن سايمون أنه كان يمارس السحر الأسود وأنه ذهب الى روما وصار مقربا من نيرون واستخدم الخداع والحيل والتنويم المغناطيسى لكى يدعم مركزه عنـده واستطاع أن ينوم واحدا من الحرس ويقنعه أن رأسه قد قطعت وبعد أن أفاق الحارس قال لنيرون : ان سايمون أماته ثم أحيـاه ، وصار سـاحر

=

وان هذه الرابطة لها معهد يأخذ بنظام « الانتظام » « والانتساب » ويتولى تعليم السحر بالمراسلة ، وقد حمل الكاتب الأستاذ ابراهيم نوار على هذه الرابطة وسخر منها وتهكم عليها وقد أصاب وأجاد وأفاد هذا وقد نال الأستاذ مجدى شمس الدين رسالة الماجستير من جامعة القاهرة فى السحر وحقيقته ، وقد اثبت فيها حقيقة السحر وتأثيره وقد نشرت أخبار اليوم فى عدد ٤-٧-١٩٧٠ حديثا له أثبت للساحر القدرة على تأليف وتفريق الأزواج والدخول فى النار والجلوس فيها دن أن تحرقه . الى آخر ما فى كلامه فمن شاء فليرجع اليـه والله تعالى أعلم .

البلاط ، ذهب بطرس الحوارى الى روما قبل تبدل النصرانية ليفضح كذبه حتى تنخدع به النصارى الموحدون وتحداه فى مباراة سحرية علنية بقاعة كبيرة ، فوقف سايمون وأشار بيده فاذا بعدد من الكلاب الضخمة تأتى من الهواء وتندفع نحو الحوارى ولكن الحوارى أخرج رغيفا من الخبز مما مسته يد المسيح عليه السلام وأشار به الى الكلاب فجعلها تختفى ، وحينئذ ارتفع سايمون فى الهواء وطار خارجا من النافذة فجثا بطرس خاشعا مصليا مبتهلا الى الله أن يسقط الساحر فسقط سايمون وتحطم ومات وغضب نيرون وسجن الحوارى • وقبل أن نورد التفسير العلمى لمثل هذه الظواهر فان القس فاشير استطاع أن يسحر صورة للمسيح جعل عينيه تقطر دما • والتفسير أن أمثال هؤلاء يستعينون بقوى غير منظورة من الجن (انه يراكم هو وقبيله من حيث لا ترونهم [٢]) وهى قوى من الممكن لبعض الناس التعامل معها (وأنه كان رجال من الانس يعوذون برجال من الجن فزادوهم رهقا [٢]) كما فعل سايمون وفاشير وغيرهما ، والانسان حين يمنح هذه القوى من ولائه وايمانه بها ويدرس ويتعلم على أيدى من سبقوه ، ولعل الجن أهم القوى الموجودة حولنا وتحتنا وفوقنا بعد الملائكة الأبرار ، وأهم كتب السحر القديمة كتاب جوزتفوس فى القرن الأول الميلادى وضم الرقى والتعاويذ والترانيم لاستحضار الجن واسم الكتاب (أقراص الزمرد) ويأتى بعده كتاب (مفتاح سليمان) لمؤلفه هرميز تريزميجيتاس ولا تفيد هذه الكتب ولا غيرها مما ترجم الى العربية الا اذا كان مخطوطا ، والنصوص المكتوبة تفقد قوتها اذا طبعت ولا تؤثر الا بقوة الساحر نفسه وله من القلم والأدوات والحبر المكون من المسك والزعفران وماء الورد ونوع البخور الذى يستعمله والله أعلم •

---

(١) الآية ٢٧ من سورة الأعراف •
(٢) الآية ٦ من سورة الجن •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب صول الفحل

من قصده رجل فى نفسه أو ماله أو أهله بغير حق فله أن يدفعه ، لما روى سعيد بن زيد : « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : من قاتل دون أهله أو ماله فقتل فهو شهيد » وهل يجب عليه الدفع ؟ ينظر فيه ، فان كان فى المال لم يجب لأن المال يجوز اباحته ، وان كان فى أهله وجب عليه الدفع لأنه لا يجوز اباحته . وان كان فى النفس ففيه وجهان احدهما أنه يجب عليه الدفع لقوله عز وجل : « ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة » والثانى أنه لا يجب لأن عثمان رضى الله عنه لم يدفع عن نفسه ، ولأنه ينال به الشهادة اذا قتل فجاز له ترك الدفع لذلك .

فصل واذا أمكنه الدفع بالصياح والاستغاثة لم يدفع باليد ، وان كان فى موضع لا يلحقه الغوث دفعه باليد فان لم يندفع باليد دفعه بالعصا ، فان لم يندفع بالعصا دفعه بالسلاح ، فان لم يندفع الا باتلاف عضو دفعه باتلاف العضو ، فان لم يندفع الا بالقتل دفعه بالقتل ، وان عض يده ولم يمكنه تخليصها الا بفك لحييه فك لحييه ، وان لم يندفع الا بأن يبعج جوفه بعج جوفه ، ولا يجب عليه فى شىء من ذلك ضمان ، لما روى عمران بن الحصين قال : « قاتل يعلى بن أمية رجلا فعض أحدهما يد صاحبه فانتزع يده من فيه فنزع ثنيته فاختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يعض أحدكم أخاه كما يعض الفحل ، لا دية له » ولأن فعله الجاه الى الاتلاف فلم يضمنه كما لو رمى حجرا فرجع الحجر عليه فأتلفه ، وان قدر على دفعه بالعصا فقطع عضوا أو قدر على دفعه بالقطع فقتله وجب عليه الضمان لأنه جناية بغير حق ، فأشبه اذا جنى عليه من غير دفع ، وان قصده ثم انصرف عنه لم يتعرض له ، وان ضربه فعطله لم يجز أن يضربه ضربة أخرى ، لأن الفسد كف أذاه ، فان قصده فقطع يده فولى عنه فقطع يده الأخرى وهو مول لم يضمن الأولى لأنه قطع بحق ، ويضمن الثانية لانه قطع بغير حق ، وان مات منهما لم يجب عليه القصاص فى النفس ، لأنه مات من مباح ومحظور ؛ ولولى المقتول الخيار بين ان يقتص من اليد الثانية وبين أن يأخذ نصف دية النفس .

الشرح الحديث الأول أخرجه أبو داود والترمذى وصححه ، والنسائى وابن ماجه والدارقطنى ، وقد مضى فى كتاب الغصب ذكر طرقه كلها . أما حديث عمران بن الحصين فمتفق عليه .

أما اللغات فصول الفحل وثوبه والمصاوله المواثبة • قال ابن بطال : أصل الشهادة الحضور ومنه الشهادة على الخصم وكأن الشهداء حضرت أنفسهم دار السلام وشاهدوا الجنة •

أما الأحكام فاذا قصد رجل رجلا فطلب دمه أو ماله أو حريمه — فان كان فى موضع يلحقه الغوث اذا صاح بالناس — لم يكن له أن يقاتله ولا يضربه ، بل يستغيث بالناس ليخلصوه منه لأنه يمكنه التخلص منه بذلك ، وهكذا اذا كان بينه وبينه حائل يعلم أنه لا يقدر على الوصول اليه من نهر أو حائط أو حصن ، لم يجزله قتاله وضربه ، لأنه لا يخاف منه ، وان كان فى موضع لا يلحقه الغوث مثل أن يكون فى برية أو بلد فخاف منه الى أن يلحقه الغوث ، أو كان بينهما نهر أو حصن أو حائط الا أنه يبلغه رميه أو رمحه ، فله أن يضربه بالعصا ، فان لم يندفع الا بالضرب بالسيف أو بالرمى بالسهم أو بالحجر فله أن يدفعه بذلك لحديث : « **من قتل دون** أهله وماله فهو شهيد » والشهادة لا تكون الا بقتال جائز ، وروى أن امرأة خرجت لتحتطب فتبعها رجل فراودها عن نفسها فرمته بفهر فقتلته ، فرفع ذلك الى عمر رضى الله عنه فقال : هذا قتيل الحق ، والله لا يؤدى أبدا • ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ، فدل على أنه اجماع • وهل يجب عليه الدفع ؟ ينظر فان طلب أخذ ماله لم يجب عليه الدفع ، لأن المال يجوز اباحته ، وان طلب الزنا بحريمه عليه دفعه لأنه لا يجوز اباحته ، وان طلب دمه ففيه وجهان أحدهما : يجب عليه دفعه لقوله تعالى : « ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة » قال العمرانى فى البيان : ولأنه لو اضطر الى الأكل وعسر به الطعام لوجب عليه أكله لاحياء نفسه فوجب عليه الدفع عن نفسه لاحيائها ، والثانى : لا يجب عليه الدفع لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « كن عبد الله المقتول ولا تكن عبد الله القاتل » اهـ •

قلت : وما أشار اليه المصنف من عمل عثمان رضى الله عنه اذ كان فى الدار ومعه أربعمائة عبد فجردوا السيوف ليقاتلوا عنه فقال : من أغمد سيفه فهو حر فأغمدوا سيوفهم ، ودخل عليه الحسن والحسين السبطان ليدفعا عنه فمنعهما من القتال لتحصل له الشهادة فجاز له التعريض بها ،

وفى هذا المعنى ما روى الحاكم عن أنس « أن رجلا قال : يا رسول الله أرأيت ان انغمست فى المشركين فقاتلتهم حتى قتلت أألى الجنة ؟ قال : نعم ، فانغمس الرجل فى صف المشركين فقاتل حتى قتل » ويخالف الامتناع عن أكل الطعام لأنه ليس له غرض الا قتل نفسه بغير الشهادة فلم يكن له ذلك ، فان أمكن المقصود أن يهرب ممن قصده فقد قال الشافعى فى موضع : عليه أن يهرب ، وقال فى موضع آخر : له أن يهرب وله أن يقف • واختلف أصحابنا فى ذلك على ثلاث طرق فمنهم من قال : فيه قولان أحدهما : لا يجب عليه أن يهرب لأن اقامته فى هذا الموضع مباح ، فلا يلزمه الانصراف عنه ، والثانى : يجب عليه أن يهرب وليس له أن يقاتله لأنه ليس له أن يدفعه الا بأسهل ما يمكنه • ويمكنه التخلص منه ههنا بالهرب ، ومنهم من قال : ليست على قولين ، وانما هى على اختلاف حالين ، فحيث قال : يلزمه أن يهرب ، اذا كان يتحقق أنه ينجو منه بذلك ، وحيث قال : لا يلزمه اذا كان لا يتحقق أنه ينجو منه بذلك ، ومنهم من قال : يبنى ذلك على وجوب دفعه عن نفسه ــ فان قلنا : يجب عليه الدفع لزمه أن يهرب ، وان قلنا : لا يجب عليه الدفع لم يلزمه أن يهرب فعلى هذا الطريق يلزمه أن يهرب بحريمه اذا علم أن القاصد يطلب ذلك لأنه يجب عليه أن يدفع عن حريمه ، وان قصد رجل رجلا فقاتله فتحول القاصد عنه لم يكن له اتباعه ورميه ، فان فعل لزمه الضمان لما جنى لأنه قد اندفع عنه ، وهكذا ان دخل اللصوص داره وخرجوا منه لم يأخذوا شيئا من ماله ، أو قصده قطاع الطريق ثم انصرفوا عنه لم يكن له اتباعهم ولا رميهم لما ذكره •

مسألة اذا قصده رجل وأمكنه دفعه بالعصا فضربه بالسيف أو أمكنه دفعه بقطع عضو منه فقتله ، وجب عليه الضمان لأنه جنى عليه بغير حق ، فهو كما لو جنى عليه قبل أن يقصده ، فان أخذ رجل ماله فله أن يقاتله حتى يخلى ماله وان أتى على نفسه ، فلو طرح ماله وهرب فليس له أن يتبعه فيضربه • قال المسعودى : فان اتبعه وقطع يده وعلم أن قطع السرقة كان قد وجب عليه لم يضمن ، لأن تلك اليد بعينها مستحقة فى الاتلاف

بخلاف ما لو وجب عليه جلد الزنا فجلده غير الامام ، فانه يضمن ، لأن الجلد مبين فى كيفيته أو اقامته والمواضع التى تجلد من البدن وشدة الضرب .

الشرح فان قصد رجل رجلا فقطع المقصود يد القاصد أو رجله أو أثخنه بالجراح فصار بحيث لا يمكنه قتله وقتاله لم يجز للمقصود أن يجهز عليه ولا يتبعه ، لأنه قد صار لا يخاف منه ، فان قصده فقطع يده فولى القاصد ثم اتبعه المقصود فقطع يده الأخرى ــ فان اندمل الجرحان لم يجب على المقصود ضمان اليد الأولة ، ويجب عليه ضمان الثانية بالقصاص أو الدية لأن الأولة مقطوعة بحق ، والثانية بغير حق ، وان مات من الجراحتين لم يجب على المقصود قصاص فى النفس ، لأنه مات من جراحتين احداهما مباحة والأخرى محظورة ، فهو كما لو مات من قطع السرقة وجناية أخرى ، وللولى أن يقتص من اليد الثانية ، وان عفا عنهما كان له نصف الدية ، فان قصده فقطع يده فولى عنه ، ثم قطع رجله ثم قصده القاصد ثانيا فقطع يده الأخرى ــ فان اندملت الجراحات ــ وجب عليه ضمان الرجل بالقصاص أو الدية ، ولا يجب عليه ضمان قطع اليدين ، وان مات من الجراحات لم يجب عليه قصاص فى النفس لأنه مات من ثلاث جراحات بعضها لا يوجب القصاص ، وللولى أن يقتص من رجل المقصود ، فان عفا عن القصاص فيها لم يجب له الا ثلث الدية ، لأنه مات من ثلاث جراحات فالأولة مباحة والثانية محظورة ، والثالثة مباحة فقسمت الدية عليهما فان قصده فقطع يده فلم يندفع عنه فقطع يده الثانية فولى القاصد ثم تبعه المقصود فقطع رجله ومات من الجراحات لم يجب عليه القصاص فى النفس لما مضى ، وللولى أن يقتص من الرجل ــ وان عفا عنها وجب له نصف الدية والفرق بينها وبين التى قبلها أن الجراحتين المباحتين متواليتان فكانتا كالجناية الواحدة ، وفى الأولة لما ولى بعد الجراحة الأولة استقر حكمها ، فلما جرحه بعد أن ولى عنه جراحة ثانية وقعت المحظورة ، فاستقر حكمها ، فلما جرحه الثالثة فى حال قصده استقر حكمها فسقطت الدية عليها ، وان قصده فقطع يده فولى عنه ثم تبعه فقتله كان لوليه القصاص فى النفس لأنه لما ولى عنه لم يكن له قتله ، قال الطبرى فى العدة : ولورثة المقصود أن يرجعوا فى تركة القاصد

بنصف الدية لأن القصاص سقط عنه بهلاكه • قال العمرانى فى البيـان : والذى يقتضى المذهب أنهم لا يرجعون بشىء كما لو اقتضى منه بقطع يده ثم قتله ، ولأن النفس لا تنقص بنقصان اليد ، ولهذا لو قتل رجل له يدان رجلا ليس له الا يد قتل به ، ولا شىء لورثة القاتل • وقال الشـافعى رضى الله عنه : وسواء كان القاصد صغيرا أو كبيرا عاقلا أو مجنونا ذكرا أو أنثى فله أن يدفعه عن نفسه ، لأنه انما جوز له ذلك لأنه يخافه على نفسه ، وهـذا المعنى موجود فى جميع هؤلاء •

فـــرع وان عض رجل يد رجل وانتزع المعضوض يده فبدرت ثنية العاض أو انكسرت فلا شىء على المعضوض ، وبه قال أكثر أهل العلم الا ابن أبى ليلى فانه قال : يجب عليه الضمان • دليلنا ما روى يعلى بن أمية أنه خرج مع النبى صلى الله عليه وسلم فى غزوة وكان له أجير فخاصم رجلا فعض أحدهما يد صاحبه الى آخر الحديث الذى أورده المصنف ، وروى أن رجلا خاصم رجلا فعض يده فانكسرت ثنية العاض فرفع الى أبى بكر رضى الله عنه فأهدرها ، ولأن حرمة النفس آكد من حرمة السن ، ثم ثبت أنه لو قصد قتله فلم يمكنه دفعه عن نفسه الابقتله فقتله لم يلزمه ضـمانه ، فلأن لا يلزمه ضمان السن أولى ، فان لم يمكنه أن ينتزع يده الا بأن يفك لحييه فله أن يفك لحييه ، فان لم يمكنه ذلك الا بأن ينفخ جوفه كان له ذلك • قال الشافعى رحمه الله : وان عض رجل قفا رجل فانه ينزع ذلك من فيه ، فان لم يمكنه فعليه أن يضربه برأسه مصعدا أو منحدرا ، فان لم يتخلص منـه فله أن يضرب فكه بيديه ، فان لم يتخلص منه فله أن يعجن بطنه فان قتله فلا شىء عليه • هذا نقل أصحابنا البغداديين • وقال المسعودى : لو وجأه بسكين فقتله فنص الشـافعى رحمه الله أنه يضمن ، فأخطأ بعض أصحابنا وأجرى ذلك على ظاهره وقال : يضمن الطاعن ، وان لم يمكنه الدفع الا أنه ــ لأن القاصد قصده بغير سلاح ــ ليس له دفعه بالسلاح ، والمذهب الأول أنه لا ضمان عليه ، لأنه لا يمكنه تخليص نفسه منه الا بذلك ، والنص محمول عليه اذا أمكنه دفعه بغير القتل فقتله •

فـــرع وان تجارح رجلان وادعى كل واحد منهما أن الآخر

قصده وجرحه دفعا عن نفسه وأنكر الآخر ، فالقول قول كل واحد منهما مع يمينه أنه ما قصد صاحبه ، لأن الأصل عدم القصد ، ويجب على كل واحد منهما ضمان جراحته .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان وجد رجلا يزنى بامرأته ولم يمكنه المنع الا بالقتل فقتله لم يجب عليه شيء فيما بينه وبين الله عز وجل لانه قتله بحق . فان ادعى أنه قتله لذلك وأنكر الولى ولم يكن بينة لم يقبل قوله ، فاذا حلف الولى حكم عليه بالقود لما روى أبو هريرة : « أن سعد بن عبادة قال : يا رسول الله أرأيت لو وجدت مع امرأتى رجلا أمهله حتى آتى بأربعة شهداء ؟ قال : نعم » فدل على أنه لا يقبل قوله من غير بينة . وروى سعيد بن المسيب قال : « أرسل معاوية أبا موسى الى على كرم الله وجهه يسأله عن رجل وجد على امرأته رجلا فقتله ، فقال على كرم الله وجهه : لتخبرنى لم تسأل عن هذا ؟ فقال : ان معاوية كتب الى ، فقال على : أنا أبو الحسن ان جاء بأربعة شهداء يشهدون على الزنا ولا أعطى برمته . يقول : يقتل » .**

الشرح حديث أبى هريرة وأثر على رضى الله عنهما مضى ذكرهما فى كتاب اللعان مع بيان طرقهما . والحديث فى صحيح مسلم وسنن أبى داود وابن ماجه ، والأثر فى موطأ مالك .

أما الأحكام فانه اذا وجد رجلا يزنى بامرأته أو بأمته ولم يمكنه دفعه الا بقتله فله أن يقتله بكرا كان الزانى أو محصنا ، لأنه اذا جاز له قتله اذا لم يندفع عن ماله الا بقتله فلأن يجوز له فى حريمه أولى ، وان اندفع عنها بغير القتل نظرت — فان كان الزانى بكرا — وجب على القاتل القصاص ، وان كان الزانى محصنا لم يجب عليه القصاص فيما بينه وبين الله تعالى لأنه مستحق للقتل فهو كالمرتد ، وأما فى الظاهر فانه يجب عليه القصاص الا أن يصادقه الولى أنه زنى وهو محصن ، أو أقام البينة على زناه واحصانه ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه « أن سعدا رضى الله عنه قال : يا رسول الله أرأيت لو وجدت مع امرأتى رجلا أأمهله حتى آتى بأربعة شهداء ؟ فقال صلى الله عليه وسلم : نعم » فدل على أنه لا يجوز قتله قبل ذلك ، وروى

أن رجلا قتل رجلا بالشام ، وادعى أنه وجده مع امرأته ، فرفع الى معاوية فأشكل عليه الحكم فى ذلك وقد أوردها المصنف آنفا ، ووجه الشاهد أنه لا مخالف لعلى فى الصحابة ، فدل على أنه اجماع •

واذا صالت على الراجل بهيمة أو فحل فخافه على نفسه ولم يمكنه دفعه عن نفسه الا بقتله فقتله ، فلا يجب عليه ضمانه • دليلنا قوله تعالى : « ما على المحسنين من سبيل » وهذا محسن فقتل البهيمة ، ولأنه لو قصده آدمى ولم يمكنه دفعه الا بقتله لم يجب عليه ضمانه ، فلأن لا يجب عليه ضمان البهيمة أولى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل فان اطلع رجل أجنبى فى بيتـه على أهله فله أن يفقأ عينه ، لما روى سهل بن سعد قال : « اطلع رجل من جحر فى حجرة رسول الله صلى الله عليه وسلم ومع النبى صلى الله عليه وسلم مدرا يحك به رأسه ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : لو علمت أنك تنظر لطعنت به عينك ، انما جعل الاستئذان من أجل البصر » وهل له أن يصيبه قبل أن ينهاه بالكلام ؟ فيه وجهان أحدهما وهو قول القاضى أبى حامد المروروذى والشيخ أبى حامد الاسفراينى أنه يجوز للخبر ، والثانى أنه لا يجوز كما لا يجوز اصابة من يقصد نفسه بالقتل اذا اندفع بالقول ، ولا يجوز أن يصيبه بشىء خفيف لأن المستحق بهذه الجنـاية فقء العين ، وذلك يحصل بسبب خفيف ، فلم تجـز الزيادة عليه • وان فقأ عينه فمات منه لم يضمن ؛ لأنه سراية من مباح ؛ فلم يضمن كسراية القصاص ، فان رماه بشىء يقتل فمات منه ضمنه ؛ لأنه قتله بغير حق ، وان رماه فلم يرجع استغاث عليه ، فان لم يكن من يغيثه فالمستحب أن يخوفه الله تعالى ، فان لم يقبل فله أن يصيبه بما يدفعه ، فان أتى على نفسـه لم يضمن لأنه تلف بدفع جائز ، فان اطلع أعمى لم يجز له رميه ، لأنه لا ينظر الى محرم ، وان اطلع ذو رحم محرم لأهله لم يجز رميه ؛ لأنه غير ممنوع من النظر ، وان كانت زوجته متجردة فقصد النظر اليها جاز له رميه ؛ لأنه محرم عليـه النظر الى ما دون السرة وفوق الركبة منها ، كمـا يحرم على الأجنبى • وان اطلع عليه من باب مفتوح أو كوة واسعة ـ فان نظر وهو على اجتيازه لم يجز رميه ، لأن المفرط صاحب الدار بفتح الباب وتوسعة الكوة ، وان وقف واطال النظر ففيه وجهان أحدهما : أنه يجوز له رميه لأنه مفرط فى الاطلاع ، فأشبه اذا اطلع من ثقب • والثانى : أنه لا يجوز له رميه ، وهو قول القاضى أبى القاسم العمرى ، لأن صاحب الدار مفرط فى فتح الباب وتوسعة الكوة •

الشرح حديث سهل بن سعد متفق عليه ، وفى لفظ : « فقام اليه النبى صلى الله عليه وسلم بمشقص وجعل يختله ليطعنه » هذا من جهة فعله صلى الله عليه وسلم أما من جهة قوله فقد ثبت فى الصحيحين من حديث أبى هريرة مرفوعا : « لو أن أمرءا اطلع عليك بغير اذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح » وفى لفظ فى الصحيحين أيضا : « من اطلع فى بيت قوم بغير اذنهم ففقأوا عينه فلا دية له ولا قصاص » •

أما اللغات فقوله (المدرا) بالقصر آلة كالمسلة تكون مع الماشطة تصلح بها العروس وقد يقال (المدراة) قال طرفة :

تهلك المدراة فى أكنافه فاذا ما أرسلته ينعقر

اما الأحكام فانه اذا اطلع رجل أجنبى من شق أو جحر على بيت فنظر الى حريمه فله أن يرمى عينه بما يفقؤها من حصاة أو شىء خفيف ، فاذا فقأها فلا ضمان عليه • وقال أبو حنيفة : ليس له أن يرميه بذلك فان فعل وفقأ عينه لزمه الضمان ، وبه قال مالك • دليلنا ما روى الشيخان من حديث أبى هريرة الذى سقناه ، وحديث سهل بن سعد الذى ساقه المصنف • وهل له أن يرميه قبل أن ينهاه عن النظر ؟ فيه وجهان ، أحدهما : لا يجوز له كما لا يجوز له قتل من يقصده اذا الدفع بغير القتل ، والثانى : يجوز له للخبر •

قال المسعودى : ولو كان للناظر زوجة فى الدار ينظر اليها أو محرم فليس لصاحب الدار فقؤ عينه فان فعل ضمن ، لأن للناظر شبهة فى النظر ، قال : وان كان لصاحب الدار حريم فى الدار مستترات فهل له فقؤ عينى الناظر اليهن ؟ فيه وجهان ، أحدهما : ليس له ذلك ، فان فعل ضمن لأنه لا أذى على صاحب الدار قد وقع لاستتار حريمه • والثانى : له فقؤ عين الناظر اليهن لأن الانسان يتأذى بنظر غيره الى حريمه وان كن مستترات ، وان كان الناظر امرأة قال المسعودى : فلصاحب الدار فقؤ عينها ، لأن الانسان قد يستتر حريمه عن نظر الرجال والنساء ، وان كان المطلع أعمى لم يكن له رميه لأنه غير ممنوع من نظرهن ، وان كن متجردات فله رميه لأنه

ممنوع من نظرهن متجردات ، وسواء وقف الناظر فى ملك نفسه أو فى ملك صاحب الدار وفى قارعة الطريق وجعل ينظر فله رمية ، لأن الذى يحصل بنظره ، وذلك يحصل منه ، ولا اعتبار بالموضع الذى هو واقف فيه ، فان أخطأ الناظر النظر الى حريم رجل لم يكن له رميه مع العلم بحاله ، لأن الرمى عقوبة على قصد الاطلاع والنظر ، ولم يوجد منه ذلك ، فان رمى حين اطلع فأصاب عينه ثم قال المطلع : لم أقصد الاطلاع والنظر • وقال الرامى : بل قصدت ذلك فالقول قول الرامى مع يمينه ، لأن الظاهر ممن اطلع فى دار غيره أنه قصد النظر ، فان نظر الى حريمه من باب مفتوح أو كوة واسعة — فان نظر وهو على اجتيازه — لم يكن لصاحب الدار رميه ، لأن المفرط هو صاحب الدار بفتح الباب وتوسيع الكوة ، وان وقف وجعل ينظر ، ففيه وجهان أحدهما : يجوز له رميه لأنه مفرط فى الاطلاع والنظر ، فهو كما لو قصد الى النظر من جحر • والثانى : لا يجوز له رميه لأن صاحب الدار فرط فى فتح الباب وتوسعة الكوة • ولو لم يكن فى الدار المنظور فيها حريم لصاحب الدار ففقأ عين من ينظر فيها ، ففيه وجهان حكاهما المسعودى ، أحدهما وهو قول البغداديين من أصحابنا : أنه يضمن ، لأن الانسان انما يستتر بنظر غيره الى حريمه والى حريم غيره • والثانى : لا يضمن لأن الرجل قد يستتر أيضا عن أبصار الناس كما تستتر حريمه ، فان كان حريم رجل فى الطريق فنظر غيره اليهن لم يكن لصاحب الحريم رميه ، لأن الموضع الذى فيه الحريم مباح ، يملك كل واحد النظر اليه ، فلم يستحق اتلاف عضو الناظر اليه •

فرع اذا اطلع رجل على داره ونظر حريمه فليس له رمى عينه الا بشىء خفيف يفقأ عينه ، فان رمى عينه بشىء خفيف ففقأها وسرى الى نفسه بأن أحدث نزيفا أو ارتجاجا فى المخ مات منه ، لم يجب عليه الضمان لأنه مات من جناية مباحة ، وان رماه بشىء ثقيل فهشم وجهه وسرى الى نفسه لزمه الضمان ، لأنه ليس له رميه بما يؤدى الى اتلاف نفسه ، وان رمى غير عينه فأصابه وجب عليه الضمان ، لأن المتعدى هى العين فلم يجز له اتلاف غيرها ، قال المسعودى : الا أن يكون الناظر تعدى فرمى عينه وقصدها

فأصاب موضعا آخر ، فحينئذ لا يضمن • فان اطلع رجل على حريم غيره فى داره فقبل أن يرميه صاحب الدار انصرف المطلع لم يكن له أن يتبعه ويرميه ، لأنه انما يجوز له رميه ليصرفه ، فاذا انصرف لم يكن له رميه بعد ذلك ، فان رمى المطلع على داره فلم ينصرف استغاث عليه بالنـــاس ، فان انصرف عنه بالغوث فلا كلام ، وان لم ينصرف بذلك كان له أن يصرفه بما يصرف به من قصد نفسه أو ماله حتى لو لم ينصرف الا بقتله فقتله فلا شىء عليه ، لأنه تلف بدفع جائز •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل **واذا دخل رجل داره بغير اذنه أمره بالخروج ، فان لم يقبل فله أن يدفعه بما يدفع به من قصد ماله أو نفسه ، فان قتله فادعى أنه قتله للدفع عن داره وأنكر الولى ، لم يقبل قول القاتل من غير بينة ، لأن القتل متحقق ، وما يدعيه خلاف الظاهر ، فان أقام بينة أنه دخل داره مقبلا عليـــه بسلاح شاهر ، لم يضمن ، لأن الظاهر أنه قصد قتله ، وان أقام الولى بينـــة أنه دخل داره بسلاح غير شاهر ، ضمنه بالقود أو بالدية ، لأن القتل متحقق وليس ههنا ما يدفعه •**

الشرح اذا دخل رجل دار غيره بغير اذنه أمره صـــاحب الدار بالخروج ، فان لم يخرج فله أن يضربه ، فان لم يخرج الا بضرب يؤدى الى قتله فقتله فلا شىء عليه ، كما قلنا فيمن قصد نفسه أو ماله ، وبأى عضـــو يبدأ بضربه ؟ فيه وجهان حكاهما المسعودى ، أحدهما : يبدأ بضرب رجله لأنها هى الجانية ، فبدأ باتلافها كما يبدأ باتلاف عين الناظر لأنها هى الجانية • والثانى : له أن يبدأ بأى عضو أمكنه من بدنه • لأنه دخل بجميع بدنه ، جميع بدنه فى تحريم الدخول سواء ، فان دخل داره فقتله فادعى القاتل أنه قتله للدفاع عن داره وأنكر ولى المقتول ذلك لم يقبل قول القاتل من غير بينة ، لأن القتل متحقق وما يدعيه خلاف الظاهر • وان أقام البينة أنه دخل داره مقبلا عليه بسلاح شاهر لم يضمن ، لأن الظاهر أنه قصد قتله ، وان أقام بينة أنه دخل داره بسلاح غير شاهر ضمنه بالقود أو الدية لأن القتـــل متحقق وليس هاهنا ما يدفعه •

فـــرع قال المسعودى : ولو أعلم بخمر فى بيت رجل أو علم بشربه فله أن يريق الخمر ويمنعه من شربه وهو مثاب على ذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

« اذا أفسدت ماشيته زرعا لغيره ، ولم يكن معها ـ فان كان ذلك بالنهار ـ لم يضمن ، وان كان بالليل ضمن ، لما روى حرام بن سعد بن محيصة : « أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم فأفسدت زرعا فقضى النبى صلى الله عليه وسلم أن على أهل الأموال حفظ أموالهم بالنهار ، وعلى أهل المواشى ما أصابت مواشيهم بالليل » وان كان له هرة تأكل الطيور فأكلت طيرا لغيره ، أو له كلب عقور فأتلف انسانا ، وجب عليه الضمان ، لأنه مفرط فى ترك حفظه .

فصـــل **وان مرت بهيمة له بجوهرة لآخر فابتلعتها ـ نظرت ، فان كان معها ـ ضمن الجوهرة لأن فعلها منسوب اليه ، وقال أبو على بن أبى هريرة : ان كانت شاة لم يضمن ، وان كان بعيرا ضمن ، لأن العادة فى البعير أنه يضبط ، وفى الشاة أن ترسل ، وهذا فاسد ، لأنه يبطل بافساد الزرع ، لأنه لا فرق فيه بين الجميع ، فان لم يكن معها ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على ابن أبى هريرة أنه ان كان ذلك نهارا لم يضمن ، وان كان ليلا ضمن كالزرع . والثانى وهو قول القاضى أبى الحسن الماوردى البصرى أنه يضمنها ليلا ونهارا ، والفرق بينه وبين الزرع أن رعى الزرع مألوف ، فلزم صاحبه حفظه منها ، ابتلاع الجوهرة غير مألوف ، فلم يلزم صاحبها حفظها منها . فعلى هذا ان طلب صاحب الجوهرة ذبح البهيمة لأجل الجوهرة لم تذبح ويغرم قيمة الجوهرة ، فان دفع القيمة ثم ماتت البهيمة ثم أخرجت الجوهرة من جوفها ، وجب ردها الى صاحبها ، لأنها عين ماله واسترجعت القيمة ، فان نقصت قيمة الجوهرة بالابتلاع ضمن صاحب البهيمة ما نقص ، وان كانت البهيمة مأكولة ففى ذبحها وجهان بناء على القولين فيمن غصب خيطا وخاط به جرح حيوان مأكول .**

الشرح خبر حرام بن سعد بن محيصة أخرجه الشافعى رحمه الله وكذلك الدارقطنى فى سننه وأبو داود والنسائى ومالك وكلهم من رواية الأوزاعى عن الزهرى عن حرام عن البراء وأخرجه النسائى وابن ماجه من طريق عبد الله بن عيسى عن الزهرى عن حرام ، وأخرجه الدارقطنى وقال : وكذلك رواه صالح بن كيسان والليث ومحمد بن اسحق وعقيل وشعيب ومعمر من غير رواية عبد الرازق ، وقال ابن عيينة وسفيان بن حسين عن

الزهرى وعن سعيد بن المسيب وحرام جميعا : أن ناقة للبراء وقال قتادة عن الزهرى عن سعيد بن المسيب وحـده • وقال ابن جريج عن الزهرى عن أمامة بن سهل بن حنيف أن ناقة للبراء • وقال شارح الدارقطنى العـلامة أبو الطيب العظيم آبادى الحديث ١٢٢ الهامش ١٤٥ ص ١٥٦ طبعة السيد هاشم يمانى جـ ٣ : « الحـديث أخرجه البيهقى من رواية ابن جريج عن عن الزهرى عن أبى أمامة بن سـهل فاختلف فيه على الزهرى على ألوان ، والمسند منها طريق حرام عن البراء ، وحرام بمهلتين اختلف هل هـو ابن محيصة نفسه ؟ أو ابن سعد ابن محيصة ، وقال ابن حزم : وهو مع ذلك مجهول ، لم يرو عنه الا الزهرى ولم يوثقه ، قلت : وقد وثقه ابن سعد وابن حبان ، لكن قال : انه لم يسمع من البراء ، انتهى • وعلى هذا فيحتمل أن يكون قول من قال : فيه عن البراء أى قصة ناقة البراء ، فتجمع الروايات ولا يمتنع أن يكون للزهرى فيه ثلاثة أشياخ ، وقد قال ابن عبد البر : هذا الحديث وان كان مرسلا فهو مشهور ، حدث به الثقات وتلقاه فقهاء الحجاز بالقبول ، وأما اشارة الطحاوى الى أنه منسوخ بحديث العجماء الخ فقـد تعقبوه بأن النسخ لا يثبت بالاحتمال مع الجهل بالتاريخ ، وأقوى من ذلك قول الشافعى : أخذنا بحديث البراء لثبوته ومعرفة رجاله ، ولا يخـالفه حديث : « العجماء جبار » لأنه من العـام المراد به الخـاص ، فلما قال : العجماء جبار ، وقضى فيما أفسدت العجماء بشىء فى حال دون حال دل ذلك على أن ما أصابت العجماء من جرح وغيره فى حال جبار وفى حال غير جبار • ثم نقض على الحنفية انهم لم يستمروا على الأخذ بعمومه فى تضمين الراكب متمسكين بحديث : « الرجل جبار » مع ضعف راويه ، فقـال أكثرهم : لا يضمن الراكب والقائد فى الرجل والذنب الا اذا أوقفا فى الطريق ، وأما السائق فقيل : ضامن لما أصابت بيدها أو رجلها ، لأن النفحة بمرأى عينه ، فيمكنه الاحتراز عنها ، والراجح عندهم لا يضمن النفحة وان كان يراها ، اذ ليس على رجلها ما يمنعها به ، فلا يمكن التحرز عنه بخـلاف الفم فانه منعها باللجام ، وكذا قال الحنابلة • كذا فى الفتح •

أما الأحكام فانه اذا أفسدت ماشـية زرعا لغيره نظرت ــ فان لم يكن عليها يد لمالكها ولا لغيره ــ فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال :

ان أتلفت ذلك نهارا لم يجب على مالكها الضمان ، وان أتلفته ليلا وجب عليه الضمان لحديث البراء بن عازب المتقدم عند المصنف ، ومن أصحابنا من ان كان فى بلد له مرعى فى موات حول البلد لم يجب على مالك الماشية حفظها بالنهار ، بل على أهل الزرع حفظ الزرع نهارا ، وان كان فى بلد يكون الرعى فى حريم السواقى وحوالى الزرع ، ويعلم صاحب الماشية أنه متى أطلق ماشيته دخلت زرع غيره فأفسدته ، تتم فعليه حفظ ماشيته نهارا ، وأما بالليل ـ فان كان فى بلد لبساتينها ومزارعها حيطان ـ فعلى صاحب البستان والزرع اغلاق باب بستانه ومزرعته ، فان لم يغلقه فلا ضمان على رب الماشية فيما أتلفته من ذلك ليلا ، الا أن يكون صاحب البستان قد أغلق الباب ، ولكن الماشية اقتحمت فدخلت فيجب على مالكها الضمان ، وتأول هذا القائل الخبر على أنه كان للمدينة مراع حولها ولا حيطان على بساتينها. وقال المسعودى : يعتبر عرف البلد ، فلو جرت عادة أهل البلد أن لا يرسلوا النعم نهارا الا مع راع يحفظها وألا يحفظ أصحاب الزرع زرعهم نهارا ، فأفسدت نعم رجل زرعا نهارا ضمن مالكها ، والأول هو المشهور ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يفرق ، ولأن العادة جرت أن أرباب الزرع يحفظون زرعهم نهارا فاذا أتلفت الماشية نهارا نسب التفريط الى صاحب الزرع ، وجرت العادة أن أصحاب الماشية يحفظونها ليلا ، فاذا أتلفت زرعا بالليل كان التفريط من أصحاب الماشية فكان عليهم الضمان ، وقال أبو حنيفة : لا يجب على رب الماشية ضمان ما تتلفه ماشيته نهارا كان أو ليلا اذا لم يكن معها ، دليلنا عليه ما مضى . وان أغلق الباب على ماشيته بالليل فانهدم الحائط وخرجت الماشية من غير علم صاحبها وأتلفت على غيره زرعا أو مالا لم يجب على مالكها ضمانه لقوله صلى الله عليه وسلم : « العجماء جبار » والعجماء الدابة ، وجبار هدر . وهو حديث متفق عليه ، ولأنه غير مفرط بذلك ، فلم يلزمه الضمان ، فأما اذا كان يد صاحبها عليها أو يد غيره عليها أو أجير عليها أو مستأجر لها أو مستعير لها أو مودعة عنده أو مغصوبة عنده فأتلفت شيئا بيدها أو رجلها أو نابها فضمان ذلك على من كانت يده عليها ، سواء كان راكبا لها ليلا أو نهارا وسواء راكبا لها أو سائقا أو قاعدا ، أو كان راكبا لدابة وسائقا لغيرها ، أو كان معه قطار يسوقه أو

يقوده ، أو كان يقود سيارة فى طريق معبد فانحرف بها فأتلف مال غيره ، فعليه ضمان ما يتلف الجميع ، لأن يده على الجميع ، وقولنا قطار يسوقه أو يقوده عنى الفقهاء بذلك القطيع من الابل التى يسير بعضها وراء بعض ، وينطبق هذا على كل متعدد كثر أو قل وكانت يده عليه ، ووافقنا أبو حنيفة اذا كان سائقا لها أى يسير خلفها ، وخالفنا اذا كان قائدا لها أى يأخذ بزمامها ويسير أمامها أو راكبا لها فقال : عليه ضمان ما تتلفه بيدها أو بفمها ، فأما ما تتلفه برجلها أو بدنها فلا يلزمه ضمانه ، وقال الحنابلة : ان أتلفت البهيمة غير الزرع لم يضمن مالكها ما أتلفته ليلا أو نهارا ما لم تكن يده عليها ، وحكوا عن شريح أنه قضى فى شاة وقعت فى غزل حائك ليلا بالضمان على صاحبها وقرأ شريح : « اذ نفشت فيه غنم القوم » قال : والنفش لا يكون الا بالليل • وعن الثورى : يضمن وان كان نهارا ، لأنه مفرط بارسالها ، وأجيب عن ذلك بأن النفش هو الرعى بالليل ، فكان هذا فى الحرث الذى تفسده البهائم طبعا بالرعى ، وتداعوها نفسها الى أكله ، بخلاف غيره فلا يصح قياس غيره عليه •

وما جنت الدابة بيدها فأصابت من نفس أو مال أو جرح ضمن راكبها • وهذا قول شريح أبى حنيفة وأحمد • وقال مالك : لا ضمان عليه لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « العجماء جرحها جبار » ولأنه جناية بهيمة فلم يضمنها كما لو لم يكن يده عليها • وأجيب عن قول مالك بحديث أبى هريرة عند أبى داود ، وهزيل بن شرحبيل عند سعيد بن منصور مرفوعا : « الرجل جبار » يعنى أن تخصيص الرجل بكونها جبارا دليل على وجوب الضمان فى جناية غيرها • ولأنه يمكنه حفظها عن الجناية اذا كان راكبها أو يده عليها • وقد تكلم الناس فى هذا الحديث وقيل : انه غير محفوظ وفى اسناده سفيان بن حسين وهو معروف بسوء الحفظ ، وقد روى آدم بن أبى اياس عن شعبة عن محمد بن زيادة عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم « الرجل جبار » قال الدارقطنى : تفرد به آدم بن اياس عن شعبة وسفيان ابن حسين قد استشهد به البخارى وأخرج له مسلم فى المقدمة ولم يحتج به واحد منهما ، وتكلم فيه غير واحد • وجملة ذلك أن البهيمة اذا جنت

برجلها فعليه الضمان • وبهذا قال شريح واحدى الروايتين عن أحمد وقال أبو حنيفة وأحمد فى الرواية الأخرى وبهـا أخذ أصحابه ومنهم الخرقى وصاحب المغنى : ان لا ضمان عليه • دليلنا أن يده ثابتة عليها فكانت جنايتها كجنايته ، فوجب عليه ضمانه كما يجب ضمان ما أتلف بنفسه أو ما أتلفت بيدها أو بفمها •

فان كان مع الدابة قائد وسائق كان ضمان ما أتلفت عليهما بالسوية ، لأن يدهما عليها وان كان عليها راكب وسائق ففيه وجهـان حكاهما ابن الصباغ فى الشامل ، أحدهما : أن الضمان عليهما ، لأن كل واحد منهما لو انفرد ضمن ما أتلفت ، فاذا اجتمعا استويا فى الضمان كالسائق والقائد ، والثانى : أن الضمان على الراكب وحده ، لأن يده أقوى عليها وهو أقوى تصرفا بها ، قال : والأول أقيس • وقال المسعودى : ولو كان فى يده دابة فهربت غالبة له فأتلفت شيئا لم يضمن ، لأنه ليس بمفرط ، وان كان راكبـا لها فعضت على اللجام وركبت غراسا غالبة له فأتلفت شـيئا ففيه قولان ، أحدهما : لا يضمنه كما لو لم يكن راكبا لها فانفلتت منه وأتلفت شـيئا ، والثانى : يضمنه ، لأن الراكب يكون معه سوط يصرف بذلك مركوبه ، فاذا لم يكن معه هذه الآلة فهو مفرط ، وان غلبته مع ذلك فهو مفرط أيضا حيث لم يرواضها للركوب ، وذكر صاحب التلخيص فى الدابة اذا غلبت صـاحبها قولين ، سواء كان راكبا أو غير راكب لها كما قلنا فى السفينتين اذا تصادمتا من غير تفريط من الربانين • قال الطبرى : وعلى هذا خرج أصحابنا : اذا سد باب بيته بالليل ففتحت الدابة الباب فانفلتت ، فأفسدت زرع الانسان هل على صاحبها الضمان ؟ على وجهين من هذين القولين • وان أركب رجل صبيا دابة فأتلفت شيئا والصبى راكب عليها ، فان أركبه أجنبى كان الضمان على الذى أركبه ، لأنه تعد بالاركاب ، وان أركبه وليه أو الوصى عليه ، بأن يضعف الصبى عن المشى كان ضمان ما تتلفـه البهيمة على الصبى دون الولى والوصى ، وان لم يكن للصـبى فى الاركاب مصلحة كان الضمان على الولى أو الوصى •

فـــرع وان ربط دابة أو أوقفهـا فى غير ملكه أو فى طـريق

المسلمين فأتلفت شيئا وجب عليه ضمانه ، سواء كان معها أو غائبا عنها ، وسواء كان الطريق واسعا أو ضيقا ، لأنه انما يملك الارتفاق بطريق المسلمين بشرط السلامة ، فاذا أفضى الى التلف وجب عليه الضمان ، كما لو أخرج الى أهل الطريق روشنا أو جناحا فوقع على انسان فأتلفه ، هذا نقل البغداديين ، وقال المزنى ووافقه المسعودى : ان كان الطريق ضيقا بحيث لا يوقف بمثله ضمن ما أتلفه ، لأن مثل هذا الطريق لا يوقف فيه الدواب ، وان كان واسعا لم يضمن ، لأنه لا يضر وقوفها ، وهو غير متعد بوقوفها فيه . وأما اذا ربط الدابة أو أوقفها فى ملكه أو فى موات لم يجب عليه ضمان ما أتلفته ، لأن له التصرف فى ملكه أو فى الموات على الاطلاق ، كما لو وقف فى ملكه فعثر به انسان فمات . واذا كان مع الدابة ولدها فحكمه حكم أمه فى ذلك .

فرع قال فى الافصاح : اذا كان الرجل راكبا لدابة فجاء آخر فنخسها فرفست انسانا فقتلته كان الضمان على الذى نخسها دون الراكب .

فرع اذا مرت بهيمة بجوهرة لرجل فابتلعتها ــ فان كان على الدابة يد مالكها أو غيره ــ وجب ضمان الجوهرة على صاحب اليد ، وقال أبو على ابن أبى هريرة : ان كان شاة لم يضمن ، وان كان بعيرا ضمن ، لأن العادة جرت فى البعير أن يربط وفى الشاة أن ترسل ، وهذا خطأ لأن فعلها منسوب اليه ، ولأنه لا فرق فى الزرع بين الجميع ، فكذلك فى غير الزرع ، وان لم يكن عليها يد لأحد ففيه وجهان ، أحدهما ــ وهو قول أبى على ابن أبى هريرة ــ ان كان ذلك نهارا لم يضمن صاحبها ، وان كان ليلا ضمن كما قلنا فى الزرع ، والثانى ــ وهو قول القاضى أبى الحسن الماوردى صاحب الحاوى ــ أنه يضمن ليلا أو نهارا ، لأن رعى الزرع مألوف ، فلزم صاحبه حفظه منها ، وابتلاع الجوهرة غير مألوف فلم يلزم صاحبها حفظها ، فعلى هذا ان كانت البهيمة غير مأكولة ــ وطلب صاحب الجوهرة ذبحها باخراج الجوهرة ــ لم تذبح ويغرم مالكها قيمة الجوهرة ، فان دفع القيمة ثم ماتت البهيمة وأخرجت الجوهرة من جوفها وجب ردها الى مالكها واسترجعت القيمة منه ــ فان نقصت قيمتها ــ ضمن صاحب البهيمة ما نقصت من

قيمتها ، وان كانت البهيمة مأكولة فهل يجب ذبحها ؟ فيه وجهان بنـاء على القولين فيمن غصب خيطا وخاط به جرح حيوان مأكول •

فـــرع وان كان له كلب عقور أو سنور يأكل حمام الناس لزمه ربطهما وحفظهما ، فان أطلقهما وجب ضمان ما أتلفا من ذلك ، ليلا كان أو نهارا ، لأنه مفرط فى ترك حفظهما ، وحكى المسعودى وجها آخر أنه لا يلزمه ذلك ليلا أو نهارا ، لأن العادة لم تجر بتقييد الكلاب والسنانير ، والمشهور هو الأول ، وان كانا غير معروفين بذلك ففيه وجهان ، أحدهما : أنهما كغيرهما من البهائم على ما مضى ، والثانى : لا يجب عليه ضمان ما أتلفا ، لأن العادة لم تجر بتقييدهما وحفظهما ، وان ربط فى داره كلبا فدخل رجل داره بغير اذنه فأكله الكلب ففيه وجهان حكاهما الشـيخ أبو حامد المروذى ــ وهو قول أبى اسحق الاسفراينى ــ أنه يلزمه الضمان ، لأن يده على الكلب ، فهو كآلة له ، فاذا أرسله عليه فجنى عليه كان كما لو جنى عليه بيـده ، والثانى : لا يلزمه الضمان لأن الكلب له قصد واختيار ، فكانت جنايته عليه باختياره ، وان دخل الدار باذن صاحب الدار ــ فان أعلمه صاحب الدار أن الكلب عقور ، أو ربط دابة عضوضا فأذن له بالدخول ، وأعلمه باعضاضها ، فأكله الكلب أو عضته الدابة ــ لم يجب على صاحب الدار الضمان ، لأنه لم يفرط حيث أعلمه ، وان أذن له ولم يعلمه بعقر الكلب واعضاض الدابة فعقره الكلب أو عضته الدابة ، فهل يجب على صاحب الدار الضمان ؟ فيه قولان ، أحدهما : لا يضمن لأنه غير مفرط فى ربطها بملكه ، والثانى : يضمن لأنه لما أذن له فى الدخول فقـد صارت الدار للداخل فى حكم ملكه أو فى حكم الموات •

فـــرع قال ابن الصباغ فى الشامل من أصحابنا وابن قدامة فى المغنى من أصحاب أحمد : اذا كان له طير كأن اقتنى حماما فأرسله فلقط حبا لغيره لم يضمنه ، لأن العادة ارسال الطير بالنهار والله تعالى أعلم •

كتاب السير والجهاد

قال المصنف رحمه الله تعالى

من أسلم فى دار الحرب ولم يقدر على اظهار دينه ، وقدر على الهجرة ، وجبت عليه الهجرة لقوله عز وجل : ((ان الذين توفاهم الملائكة ظالمى أنفسهم قالوا فيم كنتم قالوا : كنا مستضعفين فى الأرض ، قالوا : الم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها ، فأولئك مأواهم جهنم وساءت مصيرا)) وروى ((أن النبى صلى الله عليه سلم قال انا برىء من كل مسلم مع مشرك)) فان لم يقدر على الهجرة لم يجب عليه ، لقوله عز وجل : ((الا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان ، لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلا ، فأولئك عسى الله أن يعفو عنهم وكان الله عفوا غفورا)) ، وان قدر على اظهار الدين ولم يخف الفتنة فى الدين لم تجب عليه الهجرة ؛ لأنه لما أوجب الهجرة على المستضعفين دل على أنه لا تجب على غيرهم ، ويستحب له أن يهاجر لقوله عز وجل ((لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض)) ولأنه اذا اقام فى دار الشرك كثر سوادهم ، ولأنه لا يؤمن أن يميل اليهم ، ولأنه ربما ملك الدار فاسترق ولده .

فصل والجهاد فرض ، والدليل عليه قوله عز وجل : ((كتب عليكم القتال وهو كره لكم)) وقوله تعالى : ((وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم)) وهو فرض على الكفاية اذا قام به من فيه كفاية سقط الفرض عن الباقين لقوله عز وجل : ((لا يستوى القاعدون من المؤمنين غير أولى الضرر والمجاهدون فى سبيل الله بأموالهم وأنفسهم ، فضل الله المجاهدين بأموالهم وأنفسهم على القاعدين درجة ، وكلا وعد الله الحسنى)) ولو كان فرضا على الجميع لما فاضل بين من فعل وبين من ترك ، ولأنه وعد الجميع بالحسنى فدل على أنه ليس بفرض على الجميع . وروى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه : ((أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث الى بنى لحيان وقال : ليخرج من كل رجلين رجل ثم قال للقاعدين : أيكم خلف الخارج فى أهله وماله بخير كان له مثل نصف أجر الخارج)) ولأنه لو جعل فرضا على الأعيان لاشتغل الناس به عن العمارة وطلب المعاش ، فيؤدى ذلك الى خراب الأرض وهلاك الخلق .

الشرح قوله تعالى : « ان الذين توفاهم الملائكة الآية » قال القرطبى : المراد بها جماعة من أهل مكة كانوا قد أسلموا وأظهروا للنبى صلى الله عليه وسلم الايمان به ، فلما هاجر النبى صلى الله عليه وسلم أقاموا مع قومهم ، وفتن منهم جماعة فافتتنوا ، فلما كان أمر بدر خرج منهم جماعة مع الكفار ، فنزلت الآية . ثم ساق ما رواه البخارى عن محمد بن مطيع قال : « قطع على أهل المدينة بعث فاكتتبت فيه ، فلقيت عكرمة مولى ابن عباس فأخبرته ، فنهانى عن ذلك أشد النهى ، ثم قال : أخبرنى ابن عباس أن ناساً من المسلمين كانوا مع المشركين يكثرون سواد المشركين على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يأتى السهم فيرمى به فيصيب أحدهم فيقتله أو يضرب فيقتل ، فأنزل الله تعالى : « ان الذين توفاهم الملائكة ظالمى أنفسهم » اهـ .

وعند قوله تعالى عن الملائكة : « فيم كنتم ؟ » يقول : سؤال تقريع وتوبيخ ، أى أكنتم فى أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم أم كنتم مشركين ؟ !! وقول هؤلاء : « كنا مستضعفين فى الأرض » يعنى مكة ، اعتذار غير صحيح ، اذ كانوا يستطيعون الحيل ويهتدون السبيل ، ثم وفقتهم الملائكة على دينهم بقولهم : « ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها » ويفيد هذا السؤال والجواب أنهم ماتوا مسلمين ظالمين لأنفسهم فى تركهم الهجرة ، والا فلو ماتوا كافرين لم يقل لهم شىء من هذا ، وانما أضرب عن ذكرهم فى الصحابة لشدة ما واقعوه ، ولعدم تعين أحدهم بالايمان ، واحتمال ردته . والله أعلم . ثم استثنى تعالى منهم من الضمير الذى هو الهاء والميم فى مأواهم من كان مستضعفا حقيقة من زمن الرجال وضعفه النساء والولدان ، كعياش بن أبى ربيعة وسلمة بن هشام وغيرهم الذين دعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال ابن عباس : كنت أنا وأمى ممن عنى الله بهذه الآية ، وذلك أنه كان من الولدان اذ ذاك ، وأمه هى أم الفضل بنت الحارث ، واسمها لبابة وهى أخت ميمونة ، وأختها الأخرى لبابة الصغرى ، وهن تسع أخوات قال النبى صلى الله عليه وسلم فيهن : « الأخوات مؤمنات » وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من

فر بدينه من أرض الى أرض وان كان شبرا استوجب الجنة ، وكان رفيق ابراهيم ومحمد عليهما السلام » أما حديث : « أنا برىء من كل مسلم مع مشرك » فقد أخرجه أبو داود فى سننه فى الجهاد فى باب النهى عن قتل من اعتصم بالسجود : « حدثنا هناد بن السرى ثنا أبو معاوية عن اسماعيل عن قيس عن جرير بن عبد الله قال : بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم سرية الى خثعم ، فاعتصم ناس منهم بالسجود ، فأسرع فيهم القتل ، قال : فبلغ ذلك النبى صلى الله عليه وسلم فأمر لهم بنصف العقل وقال : « أنا برىء من كل مسلم يقيم بين أظهر المشركين » قالوا : يا رسول الله لم ؟ قال : « لا تراءى ناراهما » قال أبو داود : رواه هشيم ومعمر وخالد الواسطى وجماعة لم يذكروا جريرا أ هـ • وأخرجه الترمذى فى السير فى باب ما جاء فى كراهية المقام بين أظهر المشركين : حدثنا هناد • بنفس اسناد أبى داود ، وهذا الاسناد فيه أبو معاوية الضرير ، قال فى الميزان : أحد الأئمة الأعلام لم يتعرض اليه أحد ، وقال ابن خراش هو فى الأعمش ثقة وفى غيره فيه اضطراب ، وكذلك قال عبد الله بن أحمد : سمعت أبى يقول : هو فى غير الأعمش مضطرب ، لا يحفظها حفظا جيدا ، على بن مسهر أحب الى منه فى الحديث ، وقال الحاكم : احتج به الشيخان ، وقد اشتهر عنه الغلو أى غلو التشيع • ومن ثم كان كلام الترمذى عقيب حديثه عن جرير : حدثنا هناد حدثنا عبيدة عن اسماعيل بن أبى خالد عن قيس بن أبى حازم مثل حديث أبى معاوية ولم يذكر فيه وهذا أصح • وفى الباب عن سمرة ، وأكثر أصحاب اسماعيل عن قيس بن أبى حازم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « بعث سرية » ولم يذكروا فيه عن جرير ورواه حماد بن سلمة عن الحجاج بن أرطاه عن اسماعيل بن أبى خالد عن قيس عن جرير مثل حديث أبى معاوية قال : وسمعت محمدا يقول : الصحيح حديث قيس عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسل وروى سمرة بن جندب عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا تساكنوا المشركين ولا تجامعوهم فمن ساكنهم أو جامعهم فهو مثلهم » أخرجه أبو داود ، قال الشوكانى : قال الذهبى : اسناده مظلم ولا تقوم به حجه • واسناد اسماعيل بن أبى خالد عن قيس بن أبى حازم عن جرير يعد من أصح الأسانيد ، الا أن أبا معاوية هو الذى نهنهه عن مكانه من القوة فصار

المرسل أصح ، الا أن هـذا الحديث يعـد فى درجة الصحيح بمن ذكرنا وما رواه الطبرانى عن جرير موصـولا ، ورواه النسائى باسـناد صحيح مرسلا ، ومن ثم فهو يحتج به • أما حديث أبى سعيد الخدرى فقد أخرجه مسلم وأبو داود •

أما اللغات فقوله : السير ، قال ابن بطال فى شرح غريب المهذب : جمع سيرة وهى الطريق ، يقال : سار بهم سيرة حسـنة ، ويقال : هم على سيرة واحدة ، و (المهاجرة) من أرض الى أرض هى ترك الأولى للثـانية ، مشتق من الهجر الذى هو ضد الوصل ، و (الجهاد) مشتق من الجهد وهو المشقة ، يقال : أجهد دابته اذا حمل عليها فى السير فوق طاقتها ، وقيل : هو المبالغة واستفراغ ما فى الوسع ، يقـال : جهد الرجل فى كذا ، أى جد فيه وبالغ ، ويقال : اجهـد جهدك فى هـذا الأمر أى ابلغ غايتك ، وقوله تعالى : وجاهدوا فى الله حق جهاده ، وأقسموا بالله جهد أيمانهم ، أى بالغوا فى اليمين واجتهدوا فيها ، والغزو أصل الطلب يقال : ما مغزاك من هـذا الأمر أى ما مطلبك ، وسمى الغازى غازيا لطلبه الغزو •

وقوله : (توفاهم الملائكة) يحتمل أن يكون فعلا ماضـيا لم يسـتند بعلامة تأنيث اذ تأنيث لفظ الملائكة غير حقيقى ، ويحتمل أن يكون فعـلا مستقبلا على معنى تتوفاهم فحـذفت احدى التـاءين ، وقوله : (ظالمى أنفسهم) نصب على الحال أى فى حال ظلمهم أنفسهم والمراد ظالمين أنفسـهم فحذفت النون استخفافا وأضيف ، كما قال تعـالى : (هديا بالغ الكعبة) وقوله : (وكان الله عفوا غفورا) ان صيغة الماضى والمستقبل سواء فى حقه تعالى •

أما الأحكام فقد قال الشافعى رحمه الله : « لما مضت لرسول الله صلى الله عليه وسلم مدة من هجرته أنعم الله فيها على جماعات باتباعه حدثت لهم مع عون الله قوة بالعدد لم يكن قبلها فرض عليهم الجهاد » وجملة ذلك أن النبى صلى الله عليه وسلم كان قبل أن يبعث متمسكا بدين ابراهيم عليه السلام ولم يعبد صنما ولا وثنا ، ولهذا قال صلى الله عليه وسلم : « ما كفر

بالله نبى قط » فأول ما ابتدأه بالمنامات الصادقة ، فكان لا يرى رؤيا الا جاءت مثل فلق الصبح ، وكان قد حبب اليه الخلاء ، وكان يصعد الى غار حراء (جبل بمكة) ، وبينما هو كذلك اذ جاءه جبريل عليه السلام فقال : يا محمد اقرأ قال : ما أقرأ وكرر ذلك ، وقال : « اقرأ باسم ربك الذى خلق ، خلق الانسان من علق ، اقرأ وربك الأكرم ، الذى علم بالقلم علم الانسان ما لم يعلم » ففزع من ذلك . وراح الى خديجة قائلا : زملونى دثرونى ، وأخبر خديجة عليها السلام بما حدث وقال : لقد خشيت على نفسى ، فقالت : كلا والله ما يخزيك الله أبدا انك لتصل الرحم ، وتحمل الكل ، وتكسب المعدوم وتقرى الضيف ، وتعين على نوائب الحق ، فانطلقت به خديجة حتى أتت به ورقة بن نوفل ابن عمها ، وكان يكتب من العبرانية الى العربية ، وقد تنصر وكبرت سنه فعمى فقالت له خديجة : يا ابن عم اسمع من أخيك فقال له ورقة : يا ابن أخى ماذا ترى ؟ فأخبره رسول الله صلى الله عليه وسلم خبر ما رأى فقال له ورقة : هذا الناموس الذى نزل الله على موسى ، يا ليتنى أكون فيها جذعا ، ليتنى أكون حيا اذ يخرجك قومك ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أو مخرجى هم ؟ قال : نعم لم يأت أحد بمثل ما جئت به الا عودى ، وان يدركنى يومك أنصرك نصرا مؤزرا ، ثم لم ينشب ورقة أن توفى وفتر الوحى . ثم أنزل الله تعالى قوله : « يا أيها المدثر ، قم فأنذر » الآيات وأنزل : « قل يا أيها الكافرون لا أعبد ما تعبدون » السورة ، وأنزل عليه . « وأنذر عشيرتك الأقربين » ولما نزل قوله تعالى : « يا أيها الرسول بلغ ما أنزل اليك من ربك وان لم تفعل فما بلغت رسالته والله يعصمك من الناس » قام النبى صلى الله عليه وسلم وجمع قومه ودعاهم الى الله تعالى ، فقال أبو لهب : ألهذا دعوتنا ؟ تبا لهذا الحديث ، فأنزل الله تعالى : « تبت يدا أبى لهب وتب السورة » وأمره الله تعالى بالاعراض عنهم : « واذا رأيت الذين يخوضون فى آياتنا فأعرض عنهم حتى يخوضوا فى حديث غيره » الآية ، ولما اشتد أذى المشركين بالنبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه أذن الله تعالى لهم بالهجرة ، ولم يوجبها عليهم ، حيث قال عز من قائل : « ومن يهاجر فى سبيل الله يجد فى الأرض مراغما كثيرا وسعة » الآية ، فهاجر بعض الصحابة الى أرض الحبشة وبعضهم الى الشام

وتفرقوا ، وكان النبى صلى الله عليه وسلم يخرج فى المواسم ومعه أبو بكر رضى الله عنه فيعرض نفسه على القبائل ، فلم يقبله أحد حتى قدم مكة وفد الأوس والخزرج قوم من المدينة ، فعرض النبى صلى الله عليه وسلم نفسه عليهم فقالوا : وراءنا رهط من قومنا ، وانا نرجع اليهم ونخبرهم ، وفى الموسم وفد جماعة منهم فبايعوه بيعة العقبة على أن يؤوه وينصروه وأرسل النبى صلى الله عليه وسلم معهم مصعب بن عمير ليعلمهم الاسلام ويصلى بهم ، ثم هاجر رسول الله صلى الله عليه وسلم ودخل فى الاسلام خلق كثير ثم أذن لهم فى الجهاد ولم يفرضه عليهم : « أذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا » ثم لما اشتدت شوكة المسلمين فرض الله عليهم الجهاد : « وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم » « قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله واليوم الآخر » « اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم » فهذا معنى قول الشافعى فلما مضت برسول الله صلى الله عليه وسلم مدة من هجرته الى آخر كلامه • ثم أوجب الله تعالى على من بقى من المسلمين مع الكفار الهجرة •

اذا ثبت هذا فالناس فى الهجرة على ثلاثة أضرب أحدها : أن يكون ممن أسلم ويكون له عشيرة يمتنع بها ويقدر على اظهار دينه ولا يخاف الفتنة فى دينه ، فهذا يستحب له أن يهاجر ، لقوله تعالى : « لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء ، بعضهم أولياء بعض » ولقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تراءى ناراهما » والضرب الثانى : أن يكون ممن أسلم ولا عشيرة له يمتنع بها ، ولا يقدر على الهجرة لعجزه كأن كان ضعيف البدن ، أو ليس معه نفقات السفر ، فهذا لا تجب عليه الهجرة ، بل يجوز له المقام مع الكفار ، والضرب الثالث : أن يكون ممن أسلم ولا عشيرة له تمنعه ولكنه يقدر على الهجرة فهذا يجب عليه الهجرة للآية • وأخبر الله تعالى ان من كان مستضعفا بين المشركين وهو يقدر على الخروج من بينهم فلم يفعل فان مأواه النار ، فدليل خطابه أن من لم يكن مستضعفا بينهم بل يتمكن من اظهار دينه أنه لا شىء عليه ، فوجبت الهجرة على المستضعف الذى يقدر على الخروج بنص الآية ، واستثنى المستضعف الذى لا يقدر على الخروج من الوعيد ، فان وجبت الهجرة على مسلم من بلد ففتح ذلك البلد وصارت دار اسلام لم تجب

عليه الهجرة لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا هجرة بعد الفتح » وأراد به لا هجرة من مكة بعد أن فتحت ، ولم يرد أن الهجرة تنقطع من جميع البلاد بفتح مكة بدليل قوله صلى الله عليه وسلم : « لا تنقطع الهجرة حتى تنقطع التوبة ، ولا تنقطع التوبة حتى تطلع الشمس من مغربها » رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه من حديث جرير بن عبد الله البجلى .

قوله : (والجهاد فرض الخ) فجملة ذلك أن الجهاد فرض على الكفاية منذ فرضه الله تعالى الى وقتنا هذا ، فاذا قام به بعض المسلمين سقط عن الباقين . وحكى المسعودى وجها آخر أنه كان فرضا على الأعيان فى أول الاسلام لقلتهم ، قال العمرانى : والأول هو المشهور ، وقال ابن المسيب : هو فرض على الأعيان فى كل زمان . دليلنا قوله تعالى : « لا يستوى القاعدون من المؤمنين غير أولى الضرر » الآية وفيها دليلان ، أحدهما : أنه فاضل بين المجاهدين والقاعدين ، والمفاضلة لا تكون الا بين جائزين ، والثانى : قوله تعالى : « وكلا وعد الله الحسنى » فلو كان القاعد تاركا لفرض لما وعد بالحسنى ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم خرج عام بدر وعام أحد ، وبقى ناس لم يخرجوا معه فلم ينكر عليهم ، وقد كان يخرج بنفسه تارة ، وتارة يبعث بالسرايا فدل على أنه ليس بفرض على الأعيان ، وبعث الى بنى لحيان وقال : « ليخرج من كل رجلين رجل ، ويخلف الآخر الغازى فى أهله وماله » وقال صلى الله عليه وسلم : « أيكم خلف الخارج فى أهله وماله بخير كان له مثل أجر الخارج » وقوله تعالى : « وما كان المؤمنون لينفروا كافة » ولقوله صلى الله عليه وسلم : « من خلف غازيا فى أهله وماله بخير فقد غزا » ولأنا لو قلنا : انه فرض على الأعيان لانقطع الناس عن معاشهم فدخل الضرر عليهم ، قال المسعودى : فان دخل المشركون بلدا من بلاد الاسلام وجب الجهاد على أعيان من يقرب ذلك البلد ، قال : ويجب الجهاد على أعيان من كان بعيدا من ذلك البلد اذا وجد الزاد والراحلة ، وهل يجب على أعيان من كان بعيدا اذا لم يجد زادا وراحلة ؟ فيه وجهان ، أحدهما : يجب على أعيانهم لقوله تعالى : « انفروا خفافا وثقالا » فيجب عليهم أن

يتحركوا للقتال ، والثانى : لا يجب عليهم ، لأن عليهم مشقة فى ذلك ، فلم يجب عليهم كما لا يجب عليهم الحج •

اذا ثبت هذا فان الجهاد كان محرما فى الأشهر الحرم فى أول الاسلام وفى البلد الحرام • الا ان ابتدئوا بالقتال ، والدليل قوله تعالى : « يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه قل قتال فيه كبير ، وصد عن سبيل الله وكفر به » الآية وقوله تعالى : « فاذا انسلخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم » الآية ، وقوله تعالى : « ولا تقاتلوهم عند المسجد الحرام حتى يقاتلوكم فيه » قال العمرانى فى البيان : ثم نسخ ذلك كله فقال تعالى : « قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر » الآية ولم يفرق ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم بعث خالد بن الوليد الى الطائف فى ذى القعدة فقاتلهم • وسار الى مكة ليفتحها من غير أن يبدأوه بقتال ؟ قال ابن خويز منداد : « ولا تقاتلوهم عند المسجد الحرام » منسوخة لأن الاجماع قد تقرر بأن عدوا لو استولى على مكة وقال : لأقاتلنكم وأمنعكم من الحج ولا أبرح من مكة ، لوجب قتاله • وان لم يبدأ بالقتال ، فمكة وغيرها من البلاد سواء • قال ابن العربى : حضرت فى بيت المقدس ــ طهره الله ــ بمدرسة أبى عقبة الحنفى ، والقاضى الزنجانى يلقى علينا الدرس فى يوم جمعة فبينما نحن كذلك ، اذ دخل علينا رجل بهى المنظر على ظهره أطمار فسلم سلام العلماء ، وتصدر فى المجلس بمدارع الرعاء ، فقال القاضى الزنجانى : من السيد ؟ فقال : رجل سلبه الشطار أمس ، وكان مقصدى هذا الحرم المقدس ، وأنا رجل من صاغان من طلبة العلم • فقال القاضى مبادرا : سلوه ــ على العادة فى اكرام العلماء بمبادرة سؤالهم ــ ووقعت القرعة على مسألة الكافر اذا التجأ الى الحرم هل يقتل أم لا ؟ فأفتى بأنه لا يقتل • فسئل عن الدليل فقال : قوله تعالى « ولا تقاتلوهم عند المسجد الحرام حتى يقاتلوكم فيه » وقرىء « ولا تقتلوهم ولا تقاتلوهم » فان قرىء « ولا تقتلوهم » فالمسألة نص وان قرىء « ولا تقاتلوهم » فهو تنبيه ، لأنه اذا نهى عن القتال الذى هو سبب القتل كان دليلا بينا ظاهرا على النهى عن القتل • فاعترض القاضى عليه منتصرا للشافعى ومالك وان لم ير مذهبهما ، على

العادة ، فقال : هذه منسوخة بقوله تعالى : « فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم » فقال له الصاغانى : هذا لا يليق بمنصب القاضى وعلمه فان هذه الآية التى اعترضت بها عامة فى الأماكن ، والتى احتججت بها خاصة ، ولا يجوز لأحد أن يقول : ان العام ينسخ الخاص . فبهت القاضى الزنجانى. وهذا من بديع الكلام .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ويستحب الاكثار منه لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال : « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أى الأعمال أفضل ؟ قال : الايمان بالله ورسوله ، وجهاد فى سبيل الله » وروى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : يا أبا سعيد من رضى بالله ربا ، وبالاسلام دينا ، وبمحمد صلى الله عليه وسلم نبيا ، وجبت له الجنة . فقال : اعدها يا رسول الله ، ففعل ثم قال : وأخرى يرفع الله بها للعبد مائة درجة فى الجنة ما بين كل درجتين كما بين السماء والأرض ، قلت : وما هى يا رسول الله لا قال : الجهاد فى سبيل الله ، الجهاد فى سبيل الله » وروى أبو هريرة رضى الله عنه : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : والذى نفسى بيده لوددت أن أقاتل فى سبيل الله فأقتل ، ثم أحيا فأقتل ، ثم أحيا فأقتل ، وكان أبو هريرة يقول ثلاثا : أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قالها ثلاثا » وروى : « أن النبى صلى الله عليه وسلم غزا سبعا وعشرين غزوة ، وبعث خمسا وثلاثين سرية » .

فصل وأقل ما يجزىء فى كل سنة مرة ، لأن الجزية تجب فى كل سنة مرة ، وهى بدل عن القتل ، فكذلك القتل . ولأن فى تعطيله فى أكثر من سنة يطمع العدو فى المسلمين ، فان دعت الحاجة فى السنة الى أكثر من مرة وجب لأنه فرض على الكفاية فوجب منه ما دعت الحاجة اليه ، فان دعت الحاجة الى تأخيره لضعف المسلمين أو قلة ما يحتاج اليه من قتالهم من العدة أو للطمع فى اسلامهم ونحو ذلك من الأعذار ، جاز تأخيره ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أخر قتال قريش بالهدنة ، وأخر قتال غيرهم من القبائل بغير هدنة ، ولأن ما يرجى من النفع بتأخيره أكثر مما يرجى من النفع بتقديمه فوجب تأخيره .

فصـــل ولا يجـاهد احد عن احد بعوض وغير عوض ، لأنه اذا حضر تعين عليه الفرض فى حق نفسه ، فلا يؤديه عن غيره كما لا يحج عن غيره وعليه فرضه .

الشرح حديث أبى هريرة جاء بألفاظ مختلفة فعنه عند الترمذى بلفظ : « أى الأعمال أفضل أو أى الأعمال خير ؟ قال : ايمان بالله ورسوله ، قيل : ثم أى شىء ؟ قال : الجهاد سنام العمل ، قيل : ثم أى شىء ؟ قال : ثم حج مبرور » وأخرج الشيخان مثله عن عبد الله بن مسعود قال : « سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أى العمل أحب الى الله ؟ قال : الصلاة على وقتها ، قلت : ثم أى ؟ قال : بر الوالدين ، قلت : ثم أى ؟ قال الجهاد فى سبيل الله ، حدثنى بهن ولو استزدته لزادنى » وقال الشوكانى : فى رواية للبخارى وغيره : أى العمل أفضـل ؟ وظاهره أن الصلاة أحب الأعمـال وأفضلها . قال فى الفتح : وحاصل ما أجاب به العلماء عن هـذا الحديث ونحوه مما اختلفت فيه الأجوبة ، بأنه أفضل الأعمال ، أن الجواب اختلف لاختلاف أحوال السائلين بأن أعلم كل قوم بما يحتاجون اليه أو بما لهم فيه رغبة أو بما هو لائق بهم ، أو كان الاختلاف باختلاف الأوقات بأن يكون العمل فى ذلك الوقت أفضل منه فى غيره ، فقد كان الجهاد فى أول الاسلام أفضل الأعمال ، لأنه الوسيلة الى القيام بها والتمكن من أدائها ، وقـد تضافرت النصوص على أن الصلاة أفضل من الصدقة ومع ذلك ففى وقت مواساة الفقراء المضطرين تكون الصدقة أفضل ، أو أن أفضل ليست على بابها ، بل المراد الفضل المطلق أو المراد من أفضل الأعمال فحذفت من وهى مرادة . وأخرج ابن حبان من حديث ابن عمرو قال : « جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن أفضل الأعمال قال : الصلاة ، قال : ثم مه ؟ قال : الجهاد قال : فان لى والدين فقال : آمرك بوالديك خيرا ، فقال : والذى بعثك نبيـا لأجاهدن ولأتركنهما قال : فأنت أعلم » أما حديث أبى سعيد الخدرى (رضى الله عنه) فقد أخرجه مسلم فى الجهاد عن سعيد بن منصور وأبو داود فى الصلاة عن محمد بن رافع ، والنسائى فى الجهاد عن الحارث بن مسكين كلهم عن أبى سعيد الخدرى ، وأما حديث أبى هريرة

(رضى الله عنه) فقد أخرجه الشيخان ، ومالك فى الموطأ والنسائى ولفظهم : « تكفل الله لمن جاهد فى سبيله لا يخرجه من بيته الا الجهاد فى سبيله وتصديق بكلماته أن يدخله الجنة أو يرده الى مسكنه بما نال من أجر أو غنيمة » الحديث • وفى مسلم : « تضمن الله » بدلا من « تكفل » وبعض الفروق مع طوله فيه ومنه : « والذى نفس محمد بيده ما كلم يكلم فى سبيل الله الا جاء يوم القيامة كهيئته يوم كلم لونه لون دم ، وريحه ريح مسك ، والذى نفس محمد بيده لولا أن أشق على المسلمين ما قعدت خلاف سرية تغزو فى سبيل الله أبدا ، ولكن لا أجد سعة فأحملهم ، ولا يجدون سعة ، ويشق عليهم أن يتخلفوا عنى ، والذى نفس محمد بيده لوددت أنى أغزو فى سبيل الله فأقتل ثم أغزوا فأقتل » أما غزوات الرسول صلى الله عليه وسلم وهى التى اشترك فيها بنفسه أو عقد ألوية قادتها ورسم خطة العمل فيها فقد قال ابن هشام : حدثنا زياد بن عبد الله البكائى عن محمد بن اسحق المطلبى قال : وكان جميع ما غزا النبى صلى الله عليه وسلم بنفسه سبعا وعشرون غزوة منها غزوة ودان ، وهى غزوة الأبواء ثم غزوة بواط من ناحية رضوى ، ثم غزوة العشيرة من بطن ينبع ، ثم غزوة بدر الأولى يطلب كرز بن جابر ثم غزوة بدر الكبرى التى قتل فيها صناديد قريش ، ثم غزوة بنى سليم حتى بلغ الكدر ، ثم غزوة السويق يطلب أبا سفيان بن حرب ثم غزوة غطفان وهى غزوة ذى أمر ، ثم غزوة بحران من الحجاز ، ثم غزوة أحد ، ثم غزوة حمراء الأسد ، ثم غزوة بنى النضير ، ثم غزوة ذات الرقاع من نحل ، ثم غزوة بدر الآخرة ، ثم غزوة دومة الجندل ، ثم غزوة الخندق ، ثم غزوة بنى قريظة ، ثم غزوة بنى لحيان من هزيل ، ثم غزوة ذى قرد ، ثم غزوة بنى المصطلق ، ثم غزوة الحديبية لا يريد قتالا قصده المشركون ، ثم غزوة خيبر ، ثم عمرة القضاء ، ثم غزوة الفتح ، ثم غزوة حنين ، ثم غزوة الطائف ، ثم غزوة تبوك قاتل منها فى تسع غزوات : بدر ، وأحد ، والخندق ، وقريظة ، والمصطلق ، وخيبر ، والفتح ، وحنين ، والطائف •

أما اللغات فالغزو قصد العدو يقال غزوت العدو فهو غاز والجمع غزاة وغزى مثل قضاة وركع ، وجمع الغزاة غزى على فعيل مثل الحجيج

والغزوة المرة ، والجمع غزوات ، مثل شهوة وشهوات ، والمغزاة كذلك ، والجمع المغازى ويتعدى بالهمزة فيقال : أغزيته اذا بعثته يغزو انما يكون يكون غزو العدو فى بلاده ، هكذا أفاده الفيومى فى المصباح ، والهدنة هى ترك الحرب ، وأصلها السكون •

اما الأحكام فقد قال صاحب البيان : أقل ما يجزى الامام أن يغزو بنفسه أو سراياه فى السنة مرة ، لأن الجهاد يسقط ببذل الجزية ، والجزية تجب فى كل سنة مرة ، وان دعت الحاجة الى القتال أكثر من مرة وجب ذلك ، فان علم الامام فى المسلمين قلة عدد ، أو نقص عدة جاز له أن يؤخر القتال أكثر من سنة الى أن يكثر عددهم ، وتقوى شوكتهم ، لأن القصد بالقتال النكاية فى العدو ، فاذا قاتلهم مع وجود هذه الأشياء لم يؤمن أن تكون النكاية فى المسلمين •

مسألة لا يجوز أن يجاهد أحد عن غيره بعوض ولا بغير عوض ، فان فعل وقع الجهاد عن المجاهد ، ووجب عليه رد العوض ، لأن الجهاد فرض على الكفاية ، فاذا حضر المجاهد الصف تعين عليه الجهاد بنفسه ، ولم يقع عن غيره ، كما لو استأجر شخصا يحج عنه لم يحج عن نفسه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ولا يجب الجهاد على المرأة ، لما روت عائشة رضى الله عنها قالت : « سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجهاد فقال : جهادكن الحج ، أو حسبكن الحج » ولأن الجهاد هو القتال وهن لا يقاتلن ، ولهذا رأى عمر بن أبى ربيعة امرأة مقتولة فقال :**

ان من أكبر الكبائر عندى قتل بيضاء حرة عطبول
كتب القتل والقتال علينا وعلى الغانيات جر الذيول

ولا يجب على الخنثى المشكل ، لأنه يجوز أن يكون امرأة ، فلا يجب عليه بالشك ، ولا يجب على العبد لقوله عز وجل : « ليس على الضعفاء ولا على

المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج)) ، والعبد لا يجد ما ينفق ، وروى : ((أن النبى صلى الله عليه وسلم كان اذا أسلم عنده رجل لا يعرفه قال : أحر هو أو مملوك ؟ فان قال : أنا حر . بايعه على الاسلام والجهاد ، وان قال : أنا مملوك ، بايعه على الاسلام ولم يبايعه على الجهاد)) ولأنه عبادة تتعلق بقطع مسافة بعيدة فلا يجب على العبد كالحج .

فصـــل ولا يجب على الصبى والمجنون ، لما روى على كرم الله وجهه : ((أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق)) وروى عروة بن الزبير قال : ((رد رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بدر نفرا من أصحابه استصغرهم ، منهم عبد الله بن عمر . وهو يومئذ ابن أربع عشرة سنة ، وأسامة بن زيد ، والبراء بن عازب ، وزيد بن ثابت ، وزيد بن أرقم ، وعرابة بن أوس ، ورجل من بنى حارثة ، فجعلهم حرسا للذرارى والنساء)) ولأنه عبادة على البدن ، فلا يجب على الصبى والمجنون كالصوم والصلاة والحج .

الشرح حديث عائشة فى الصحيح ، وقد أورده النووى فى الحج بألفاظه وطرقه . وحديث على (رض) رفع القلم الخ مضى فى أكثر أبواب الكتاب وقد أخرجه أصحاب السنن .

أما عمر بن أبى ربيعة فهو من أبناء الصحابة ، وكان شاعرا رقيقا ، أمه أم ولد اسمها مجد سبيت من حمير ولد سنة ٢٣ هـ ومات سنة ٩٣ هـ قال ابن بطال فى شرح غريب المهذب : (قوله حسبكن الحج : أى يكفيكن الحج أى حسبكن من المشقة والتعب ما تجدن من ألم السير ومشقته) ثم قال : (قوله : حرة عطبول أ الحرة الخالصة الحسب البرية من الريب . والحر الخالص من كل شىء ، والعطبول : المرأة الحسناء مع تمام خلق وتمام طول ، وهذه المرأة ابنة النعمان بن بشير امرأة المختار بن أبى عبيد الثقفى قتلها مصعب بن الزبير حين قتله ، فأنكر الناس عليه ذلك ، وأعظموه لارتكابه ما نهى عنه النبى صلى الله عليه وسلم . قوله : (كتب القتل) أى فرض وأوجب ، والغانيات جمع غانية ، وهى التى استغنت بزوجها عن غيره قيل : استغنت بحسنها عن لباس الحلى والزينة ، وجر الذيول أراد ما تجره المرأة خلفها من فضل ثوبها ، وهو منهى عنه مكروه . وبعد البيتين :

قتلت باطلا على غير شيء ان لله درها من قتيل

انتهى من هامش متن المهذب •

أما الأحكام فانه لا يجب الجهاد على المرأة لقوله تعالى : « يأيها النبى حرض المؤمنين على القتال » وهذا خطاب للذكران ، ولحديث عائشة عليها السلام حين استأذنت النبى صلى الله عليه وسلم فى الجهاد فقال : « جهادكن الحج » : وفى رواية : « سأله نساؤه عن الجهاد فقال : « نعم الجهاد الحج » ولا يجب الجهاد على الخنثى المشكل لجواز أن تكون امرأة ، ولا يجب على العبد ، لقوله تعالى : « ليس على الضعفاء ، ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج » الآية • والعبد لا يجد ما ينفق ، ولا يجب الجهاد على من بعضه حر وبعضه عبد ، لأنه ناقص بالرق فهو كالقن •

قال ابن عبد البر : قال الواقدى : كان عبد الله بن عمر يوم بدر ممن لم يحتلم ، فاستصغره رسول الله صلى الله عليه وسلم ورده وأجازه يوم أحد • ويروى عن نافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رده يوم أحد لأنه كان ابن أربع عشرة سنة وأجازه يوم الخندق وهو ابن خمس عشرة ، وأسامة بن زيد حب رسول الله صلى الله عليه وسلم وابن حبه أمه أم أيمن بركة الحبشية مولاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وحاضنته ، ولما فرض عمر بن الخطاب للناس فرض لأسامة بن زيد خمسة آلاف ، ولابن عمر ألفين ، فقال ابن عمر : فضلت على أسامة ، وقد شهدت ما لم يشهد فقال : ان أسامة كان أحب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم منك ، وأبوه أحب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من أبيك • وقد اختلف فى سنه يوم مات النبى صلى الله عليه وسلم فقيل ابن عشرين ، وقيل ابن تسع عشرة ، وقيل : ابن ثمانى عشرة ، والبراء بن عازب ، قال ابن عبد البر : روى شعبة وزهير بن معاوية عن أبى اسحق عن البراء سمعه يقول : « استصغرت أنا وابن عمر يوم بدر ، وكان المهاجرون يومئذ نيفا على الستين ، وكان الأنصار نيفا على الأربعين ومائة » هكذا فى هذا الحديث ، ويشبه أن يكون البراء أراد الخزرج خاصة قبيله ، ان لم يكن أبو اسحاق غلط عليه • ثم قال ابن عبد البر : وقال الواقدى : « استصغر رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بدر جماعة منهم البراء بن

عازب وعبد الله بن عمر ورافع بن خديج وأسيد بن ظهير وزيد بن ثابت وعمير بن أبى وقاص ، ثم أجاز عميرا فقتل يومئذ » وذكره الطبرى فى كتابه الكبير عن الواقدى •

وذكر الدولابى عن الواقدى قال : أول غزوة شهدها ابن عمر والبراء بن عازب وأبو سعيد الخدرى وزيد بن أرقم الخندق • قال أبو عمر ابن عبد البر : وهذا أصح فى رواية نافع والله أعلم •

أما زيد بن ثابت فقد كان يوم قدوم النبى صلى الله عليه وسلم المدينة ابن احدى عشرة سنة ، وقال الواقدى : استصغر رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بدر جماعة فردهم ، منهم زيد بن ثابت فلم يشهد بدرا ، قال ابن عبد البر : ثم شهد أحدا وما بعدها من المشاهد ، وقيل : ان أول مشاهده الخندق ، قيل : وكان ينقل التراب يومئذ مع المسلمين ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أما انه نعم الغلام » وكانت راية بنى مالك بن النجار فى تبوك مع عمارة بن حزم ، فأخذها رسول الله صلى الله عليه وسلم ودفعها الى زيد بن ثابت ، فقال عمارة : يا رسول الله أبلغك عنى شىء • قال : لا ، ولكن القرآن مقدم ، وزيد أكثر أخذا منك • قال ابن عبد البر • وهذا عندى خبر لا يصح•

وكان زيد يكتب لرسول الله صلى الله عليه وسلم الوحى وغيره ، وكانت ترد عليه كتب بالسريانية فأمر زيداً فتعلمها فى بضعة عشر يوما • أما زيد بن أرقم فقد روينا عنه من وجوه أنه قال : غزا رسول الله صلى الله عليه وسلم تسع عشرة غزوة ، غزوت منها سبع عشرة غزوة • ويقال : ان أول مشاهده المريسيع ، وزيد بن أرقم هو الذى رفع الى النبى صلى الله عليه وسلم عن عبد الله بن أبى بن سلول قوله : لئن رجعنا الى المدينة ليخرجن الأعز منها الأذل فكذبه عبد الله بن أبى ، وحلف ، فأنزل الله تصديق زيد بن أرقم ، فتبادر أبو بكر وعمر الى زيد ليبشراه ، فسبق أبو بكر فأقسم عمر لا يبادره بعدها الى شىء ، وجاء النبى صلى الله عليه وسلم فأخذ بأذن زيد وقال : وعت أذنك يا غلام • أما عرابة بن أوس بن قيظى كان أبوه أحد كبار المنافقين أحد القائلين : « ان بيوتنا عورة » وذكر ابن اسحق والواقدى أن عرابة استصغره رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بدر فرده فى تسعة نفر منهم

عبد الله بن عمرو • وكان عرابة سيدا من سادات قومه كريما ، ذكر المبرد وابن قتيبة أن الشماخ الشاعر المعروف خرج يريد المدينة ، فلقيه عرابة بن أوس ، فسأله عما أقدمه المدينة فقال : أردت أن أمتار لأهلي ، وكان معه بعيران ، فأوقرهما له عرابة تمرا وبرا ، وكساه وأكرمه ، فخرج عن المدينة وامتدحه بالقصيدة التي يقول فيها :

رأيت عرابة الأوسي يسمو ... الى الخيرات منقطع القرين

اذا ما راية رفعت لمجد ... تلقاها عرابة باليمين

اذا بلغتني وحملت رحلي ... عرابة فاشرقي بدم الوتين

ويحتمل أن يكون المبهم هو أسامة بن زيد بن حارثة ، وبذا يزول الابهام والله تعالى أعلم •

اذا ثبت هذا فانه لا يجب الجهاد على صبي ولا مجنون لحديث : « رفع القلم » ولما عرفنا من رد النبي صلى الله عليه وسلم أولئك الفتية من الصحابة حيث كانوا صبية يوم بدر ، ولأن الجهاد عبادة بدنية فلم تجب على الصبي والمجنون ، كالصلاة والصوم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ولا يجب على الأعمى لقوله عز وجل : « ليس على الأعمى حرج ، ولا على الأعرج حرج ، ولا على المريض حرج » ولا يختلف أهل التفسير أنها في سورة الفتح أنزلت في الجهاد ، ولأنه لا يصلح للقتال فلم يجب عليه ، وان كان في بصره شيء ـ فان كان يدرك الشخص وما يتقيه من السلاح ـ وجب عليه لأنه يقدر على القتال ، وان لم يدرك ذلك لم يجب عليه ، لأنه لا يقدر على القتال • ويجب على الأعور ، والأعشى وهو الذي يبصر بالنهار دون الليل ، لأنه كالبصير في القتال ، ولا يجب على الأعرج الذي يعجز عن الركوب والمشي للآية ، ولأنه لا يقدر على القتال • ويجب عليه اذا قدر على الركوب والمشي لأنه يقدر على القتال ، ولا يجب على الأقطع والأشل لأنه يحتاج في القتال الى يد يضرب بها ، ويد يتقي بها ، وان قطع أكثر أصابعه لم يجب عليه ، لأنه لا يقدر على القتال ، وان قطع الأقل وجب عليه ، لأنه يقدر على القتال • ولا يجب على**

المريض الثقيل للآية ، ولأنه لا يقدر على القتال ويجب على من به حمى خفيفة أو صداع قليل ، لأنه يقدر على القتال .

فصـــل ولا يجب على الفقير الذى لا يجد ما ينفق فى طريقه فاضلا عن نفقة عياله لقوله عز وجل : « ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج » فان كان القتال على باب البلد أو حواليه وجب عليه ، لأنه لا يحتاج الى نفقة الطريق ، وان كان على مسافة تقصر فيها الصلاة ، ولم يقدر على مركوب يحمله لم يجب عليه ، لقوله عز وجل : « ولا على الذين اذا ما أتوك لتحملهم قلت : لا أجد ما أحملكم عليه تولوا وأعينهم تفيض من الدمع حزنا ان لا يجدوا ما ينفقون » ولأنها عبادة تتعلق بقطع مسافة بعيدة فلم تجب من غير مركوب كالحج . وان بذل له الامام ما يحتاج اليه من مركوب وجب عليه أن يقبل ويجاهد ، لأن ما يعطيه الامام حق له ، وان بذل له غيره لم يلزمه قبوله ، لأنه اكتساب مال لتجب به العبادة فلم يجب ، كاكتساب المال للحج والزكاة .

الشرح قوله تعالى : « ليس على الأعمى حرج » الآية قال ابن عباس : لما نزلت . « وان تتولوا كما توليتم من قبل يعذبكم عذابا أليما » قال أهل الزمانة : كيف بنا يا رسول الله ؟ فنزلت : « ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج » وقال مقاتل : هم أهل الزمانة الذين تخلفوا عن الحديبية وقد عذرهم . أما قوله تعالى : « ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج » فهى الآية (٩١) من سورة براءة وهى نظير آية الفتح وسيأتى فى الأحكام مزيد ايضاح للآيات الواردة كلها فى هذين الفصلين .

أما الأحكام فانه لا يجب الجهاد على الأعمى ولا الأعرج ولا المريض ، والآيات الواردة فى الفصلين من سورتى براءة والفتح أصل فى سقوط التكليف عن العاجز ، فكل من عجز عن شىء سقط عنه ، فتارة الى بدل هو فعل ، وتارة الى بدل هو غرم . ولا فرق بين العجز من جهة القوة أو العجز من جهة المال ، ونظير هذه الآيات قوله تعالى : « لا يكلف الله نفسا الا وسعها » وروى أبو داود عن أنس (رضى الله عنه) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لقد تركتم بالمدينة أقواما ما سرتم مسيرا ولا أنفقتم نفقة ولا قطعتم من واد الا وهم معكم فيه » قالوا : يا رسول الله وكيف يكونون

معنا وهم بالمدينة ؟ قال : « حبسهم العذر » وهم قوم عرف عذرهم كأرباب الزمانة والهرم والعمى والعرج ، وأقوام لم يجدوا ما ينفقون ، فقال : ليس على هؤلاء حرج اذا نصحوا لله ورسوله ، اذا عرفوا الحق وأحبوا أولياءه وأبغضوا أعداءه • قال العلماء : فعذر الحق سبحانه أصحاب الأعذار ، وما صبرت القلوب ، فخرج ابن أم مكتوم الى أحد ، وطلب أن يعطى اللواء ، فأخذه مصعب بن عمير فجاء رجل من الكفار فضرب يده التى فيها اللواء فقطعها ، فأمسكه باليد الأخرى فقطعها ، فأمسكه بصدره وقرأ : « وما محمد الا رسول قد خلت من قبله الرسل » • هذه عزائم القوم • والحق يقول : « ليس على الأعمى حرج » وهو فى الأول ، « ولا على الأعرج حرج » وعمرو بن الجموع من نقباء الأنصار أعرج وهو فى أول الجيش ، قال له الرسول صلى الله عليه وسلم : « ان الله قد عذرك » فقال : والله لأحفرن بعرجتى هذه فى الجنة • الى أمثالهم حسب ما تقدم فى هذه السورة من ذكرهم رضى الله عنهم • وقال عبد الله بن مسعود : « ولقد كان يؤتى بالرجل يهادى بين الرجلين حتى يقام فى الصف » أفاده القرطبى •

اذا ثبت هذا فانه لا يجب الجهاد على من ذكرنا ؛ ولكن يجب الجهاد على الأعور لأنه يدرك بالواحدة ما يدركه البصير فى القتال ، ويجب الجهاد على الأعشى وهو الذى لا يبصر بالليل ؛ لأنه يدرك بالنهار ما يدركه البصير فى القتال ، وان كان فى بصره سوء ــ فان كان يدرك الشخص وما يتبعه من السلاح ــ وجب عليه الجهاد ، لأنه يقدر على القتال ، فان كان لا يدرك الشخص وما يتبعه من سلاح ــ لم يجب عليه الجهاد ، لأنه لا يقدر على القتال ولا يجب على الأعرج ، قال الشافعى : والأعرج هو المقعد ، قال فى البيان : وقيل : هو الذى يعرج من احدى رجليه ، وهذا ينظر فيه ــ فان كان مقعدا بحيث لا يمكنه الركوب والنزول مسرعا ؛ ولا المشى مسرعا ــ لم يجب عليه الجهاد للآية • وان كان عرجه يسيرا ويمكنه الركوب والنزول والمشى مسرعا ؛ وجب عليه الجهاد ، لأنه يتمكن من القتال ، أما المريض ــ فان كان مرضه ثقيلا ــ لم يجب عليه الجهاد للآية ، ولأنه لا يقدر على القتال ، وان كان مرضا يسيرا كالصداع اليسير والحمى اليسيرة ، وجب

عليه الجهاد ، لأنه يقدر على القتال • قال المسعودى : فان حضر الكفار وجب على المرأة والعبد والأعمى والأعرج أن يدفعوا عن أنفسهم وعمن يصغرهم ، ولا يتصور الوجوب على الصبيان والمجانين بحال •

بقى بعد هذا أن نعرف هل يعتبر وجود الزاد والراحلة فى وجوب الجهاد ؟ قال المصنف : ان كان القتال على باب البلد وحواليه لم يعتبرا فى حقه ، لأنه لا يحتاج اليهما ، وقال الشيخ أبو حامد المروزى : ان كان العدو منه على مسافة لا تقصر فيها الصلاة فلا يجب عليه الجهاد حتى يجد نفقة الطريق ، ولا يعتبر فيه وجود الراحلة ، وان كان بينه وبين العدو مسافة تقصر فيها الصلاة فلا يجب عليه الجهاد حتى يجد الزاد والراحلة ، فاضلا عن قوت عياله ، لقوله تعالى : « ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج » وقوله تعالى : « ولا على الذين اذا ما أتوك لتحملهم قلت : لا أجد ما أحملكم عليه ، تولوا وأعينهم تفيض من الدمع » فان كان معسرا فبذل له الامام ما يحتاج اليه من ذلك وجب عليه قبوله ، ووجب عليه الجهاد ، لأن ما بذله له هو حق له ، وان كان بذل له ذلك غير الامام ، لم يجب عليه قبوله ، لأن عليه منة فى ذلك •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يجب على من عليه دين حال ان يجاهد من غير اذن غريمه ، لما روى ابو قتادة رضى الله عنه : « أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله أرأيت ان قتلت فى سبيل الله كفر الله خطاياى ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان قتلت فى سبيل الله صابرا محتسبا ، مقبلا غير مدبر ، كفر الله خطاياك الا الدين ، كذلك قال لى جبريل » ولأن قرض الدين متعين عليه ، فلا يجوز تركه لفرض على الكفاية يقوم عنه غيره مقامه ، فان استناب من يقضيه من مال حاضر جاز ، لأن الغريم يصل الى حقه ، وان كان من مال غائب لم يجز ، لأنه قد يتلف فيضيع حق الغريم • وان كان مؤجلا ففيه وجهان أحدهما : أنه يجوز أن يجاهد من غير اذن الغريم ، كما يجوز أن يسافر لغير الجهاد • والثانى : أنه لا يجوز لأنه يتعرض للقتل طلبا للشهادة فلا يؤمن أن يقتل فيضيع دينه •

فصـــل وان كان احد ابويه مسلما لم يجز ان يجاهد بغير اذنه ، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنه قال : « جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يستأذنه فى الجهـاد فقال : أحى والدك ؟ قال : نعم قال : ففيهما فجاهد » وروى عبد الله بن مسعود رضى الله عنه قال : « سألت النبى صلى الله عليه وسلم أى الأعمال أفضل ؟ فقال : الصلاة لميقاتها قلت : ثم ماذا ؟ قال : بر الوالدين قلت : ثم ماذا ؟ قال : الجهاد فى سبيل الله » فدل على أن بر الوالدين مقدم على الجهاد ؛ ولأن الجهاد فرض على الكفاية ينوب عنه فيه غيره ، وبر الوالدين فرض يتعين عليه ، لأنه لا ينوب عنه فيه غيره ، ولهذا قال رجـل لابن عباس رضى الله عنه : انى نذرت أن أغزو الروم ،وان أبوى منعانى فقال : اطع أبويك ، فان الروم ستجد من يغزوها غيرك . وان لم يكن له أبوان وله جد أو جدة لم يجز أن يجاهد من غير آذنهما كالأبوين لأنهما كالأبوين فى البر . وان كان له اب وجد أو ام وجدة فهل يلزمه استئذان الأب مع الجدة أو استئذان الجـدة مع الأم ؟ فيـه وجهان أحدهما : لا يلزمه لأن الأب والأم يحجبان الجد والجـدة عن الولاية والحضـانة . والثانى : يلزمه وهو الصحيح عنـدى ، لأن وجود الأبوين لا يسـقط بر الجـدين ولا ينقص شفقتهما عليه ، وان كان الأبوان كافرين جاز أن يجاهد من غير اذنهما ، لأنهما متهمان فى الدين ، وان كانا مملوكين فقد قال بعض أصحابنا : انه يجاهد من غير اذنهما لانه لا آذن لهما فى أنفسهما ، فلم يعتبر اذنهما لغيرهما قال الشيخ الامام : وعندى أنه لا يجـوز أن يجاهد الا باذنهما لأن المملوك كالحـر فى البر والشفقة ، فكان كالحر فى اعتبار الاذن ، وان أراد الولد أن يسافر فى تجارة أو طلب علم جاز من غير اذن الأبوين لأن الغالب فى سفره السلامة .

فصـــل وان اذن الغريم لغريمه أو الوالد لولده ثم رجعا أو كانا كافرين فأسلما ـ فان كان ذلك قبل التقاء الزحفين ـ لم يجز الخـروج الا بالاذن ، وان كان بعد التقاء الزحفين ففيه قولان ، أحدهما : أنه لا يجوز أن يجاهد الا بالاذن لأنه عذر يمنع وجوب الجهاد ، فاذا طرأ منـع من الوجوب كالعمى والمرض والثانى : أنه يجاهد من غير اذن لأنه اجتمع حقان متعينـان وتعين الجهاد سابق فقدم ، وان أحاط العدو بهم تعين فرض الجهاد وجاز من غير اذن الغريم ومن غير اذن الأبوين ، لأن ترك الجهاد فى هذه الحالة يؤدى الى الهلاك فقدم على حق الغريم والأبوين .

الشرح حديث أبى قتادة أخرجه مسلم والترمذى والنسائى ، ولأحمد والنسائى مثله من حديث أبى هريرة . هكذا أفاده المجد فى المنتقى ، وقال الشوكانى : حديث أبى هريرة رجال اسناده فى سنن النسائى ثقات ،

وقد أشار اليه فقال بعد اخراجه لحديث أبى قتادة : وفى البـاب عن أنس ومحمد بن جحش وأبى هريرة اهـ . ولفظ أبى قتادة فى المنتقى المعزو الى الأربعة : « أنه قام فيهم فذكر لهم أن الجهاد فى سبيل الله والايمان بالله أفضل الأعمال ، فقام رجل فقال : يا رسول الله أرأيت ان قتلت فى سبيل الله تكفر عن خطاياى ؟ فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : نعم ان قتلت فى سبيل الله وأنت صابر محتسب مقبل غير مدبر ، ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : كيف قلت ؟ قال أرأيت ان قتلت فى سبيل الله تكفر عن خطـاياى ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : نعم وأنت صـابر محتسب مقبل غير مدبر الا الدين ، فان جبريل عليه السلام قال لى ذلك » وعن عبد الله بن عمرو عند مسلم وأحمد مرفوعا : « يغفر الله للشهيد كل ذنب الا الدين فان جبريل عليه السلام قال لى ذلك » .

أما حديث عبد الله بن عمرو فقـد أخرجه البخـارى وأصحاب السنن وصـححه الترمذى ، وفى رواية عند أحمـد وابن ماجه وأبى داود : « أتى رجل فقال : يا رسول الله انى جئت أريد الجهاد معك ، ولقد أتيت وان والدىّ يبكيان ، فقال : فارجع اليهما وأضحكهما كما أبكيتهما » وحديث ابن مسعود أخرجه الشيخان وأحمد .

اما الأحكام فان كان على رجل دين نظرت ــ فان كان الدين حالا ــ لم يكن له أن يجاهد من غير اذن من له الدين ، لحديث أبى قتادة وأبى هريرة وعبد الله بن عمرو ، والتى يعلم منها أن الدين يمنع الاستشهاد ، فاذا منـع الاستشهاد علم أنه جهاد ممنوع منه ، فان استناب من يقضيه من مال له حاضر جاز له أن يجاهد من غير اذن الغريم ، لأن الغريم يصل الى حقه ، وان كان من مال غائب لم يجز أن يجاهد من غير اذن الغريم لأنه لا يصل الى حقه ، وان كان دينه مؤجلا ففيه وجهان ، أحدهما : يجوز له أن يجاهد من غير اذن الغريم كما يجوز له أن يستمر فى جهاده من غير اذنه ، والثانى : ليس له أن يجاهد من غير اذنه ، وهو المذهب ، لأن القصد من الجهاد طلب الشهادة ، والدين يمنـع الاستشهاد فلم يجز من غير اذن الغريم ، هـذا نقل أصحابنا

البغـداديين ، وقال الخراسانيون : ان كان الدين مؤجلا ـ فان لم يخلف وفاء ـ فليس له أن يجاهد بغير اذن الغريم وجها واحدا ، وان خلف وفاء فهل له أن يغزو بغير اذن الغريم ؟ فيه وجهان . قالوا : وان كان على أحد من المرتزقة دين مؤجل ، فهل له الخروج بغير اذن الغريم ان لم يخلف وفاء ؟ فيه وجهان ، أحدهما : ليس له كغير المرتزقة ، والثاني : له ذلك لأنه قـد استحق عليه الخروج ويكتب اسمه فى الديوان ، ولعله لا يمكنه أداء الدين الا بما يأخذه من اسم الرزق أو بما يصيب من المغنم .

قوله : (وان كان أحد أبويه مسلما) الخ . وجملة ذلك أنه اذا كان لرجل والدان مسلمان أو أحدهما لم يجز له أن يجـاهد من غير اذن المسلم منهما ، لما روى أبو سعيد الخـدرى رضى الله عنه : « أن رجلا هاجر الى النبى صلى الله عليه وسلم من اليمن فقال له النبى صـلى الله عليه وسلم : هاجرت الشرك ، لقيت هجرة الجهاد ، ثم قال له : ألك أحد باليمن فقـال : أبواى فقال : أذنا لك ؟ فقال : لا ، قال : ارجع اليهما فاستأذنهما فان أذنا لك فجاهد والا فبرهما » رواه أبو داود . وعن معاوية بن جاهمة السلمى : « أن جاهمة أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقـال : يا رسـول الله أردت الغزو وجئتك استشيرك ، فقال : هل لك من أم ، قال : نعم ، فقال : الزمهـا فان الجنة تحت رجليها » رواه النسائى وأحمد والبيهقى من طريق ابن جريج عن محمد بن طلحة بن ركانة عن معاوية ، وما سـقناه آنفا من أحاديث لنـا وللمصنف ، مما يدل على أن برهما مقدم على الجهاد ، فان خرج بغير اذنهما فله أن يرجع قبـل أن يلتقى الزحفـان ، وان التقى ففيه وجهـان حكاهما المسعودى أحدهما : يجب عليه أن يرجع لأنه التزم الجهاد بحضوره التقاء الزحفين ، وان لم يكن له أبوان وله جد وجدة مسلمان لزمه استئذانهما ، لأنهما يقومان مقام الأبوين فى البر والشفقة ، وان كان له أب وجـد وأم وجدة ، فهل يلزمه استئذان الجد مع الأب ، والجدة مع الأم ؟ فيه وجهان ، أحدهما : لا يلزمه ، لأن الأب والأم يحجبـان الجـد والجدة عن الولاية والحضانة ، والثانى : وهو اختيار الشيخ أبى اسحق الشيرازى هنا : أنه يلزمه استئذانهما حيث قال : (وهو الصحيح عندى) لأن وجود الأبوين

لا يسقط بر الجد والجدة ، ولا ينقص شفقتهما عليه ، وان كان الأبوان كافرين جاز له أن يجاهد من غير اذنهما ، لأن عبد الله بن عبد الله بن أبى بن سلول كان يجاهد مع النبى صلى الله عليه وسلم وأبوه منافق يخذل عن الخروج مع النبى صلى الله عليه وسلم ، ومعلوم أنه كان لا يأذن له ، ولأن الكافر متهم فى الدين فلم يعتبر اذنه ، بهذا قال عمر وعثمان وبه قال مالك والأوزاعى وأحمد وسائر أهل العلم وقال الثورى : لا يغزو الا باذنهما كافرين أو مسلمين .

وان كان الأبوان مملوكين ففيه وجهان ، أحدهما : يجوز له أن يجاهد من غير اذنهما ، لأن المملوك لا اذن له فى نفسه ، فلا يعتبر اذنه فى حق غيره ، والثانى ـ وهو قول المصنف ـ انه لا يجوز له أن يجاهد من غير اذنهما ، لأن الرق لا يمنع برهما ولا شفقتهما عليه .

فرع قال الشيخ الامام أبو اسحق الاسفراينى : وان أراد الولد أن يسافر فى تجارة أو طلب علم جاز من غير اذن الأبوين ، لأن الغالب من سفره السلامة ، قال المسعودى : اذا أراد الولد الخروج لطلب العلم نظر فيه ـ فان كان يطلب ما يحتاج اليه لنفسه من العلم كالطهارة والصلاة والزكاة وله مال ولم يجد ببلده من يعلمه ذلك ـ فقد تعين عليه الخروج لتعلمه وليس للأبوين منعه منه ، وأما ما لا يحتاج اليه لنفسه كالعلم بأحكام النكاح ولا زوجة له ، وبالزكاة ولا مال له ونحو ذلك ـ فان لم يكن ببلده من يعلمه ذلك فهذا النوع من العلم فرض على الكفاية ، وليس له أن يخرج ليتعلم هذا العلم بغير رضا الأبوين ، وان كان ببلده من يعلم هذا النوع فهل له أن يخرج لطلبه من غير اذن الأبوين ؟ فيه وجهان ، أحدهما : لا يجوز له ذلك ، لأن هذا ليس بفرض عليه ، فصار كالجهاد ، والثانى : يجوز له أن يخرج بغير اذنهما ، لأنه طاعة ونصرة للدين ، ولا خوف فى المسافرة لأجله بخلاف الجهاد .

مسألة اذا أذن له الغريم فى الجهاد ثم رجع الغريم ، أو أذن له أبواه ثم رجعا ، أو كانا كافرين فأسلما ـ فان كان ذلك قبل التقاء الزحفين

وجب عليه أن يرجع ، لأنه فى هذه الحالة كما لو كان فى وطنه ، بهـذا قال أحمد ، ورخص مالك فى الغزو لمن لا يقدر على قضاء دينه ، لأنه لا تتوجه المطالبة به ولا حبسه من أجله ، فلم يمنع من الغزو كما لو لم يكن عليه دين.

دليلنا : أن الجهاد تقصد منه الشهادة التى تفوت بها النفس فيفوت الحق بفواتها ، وقد جاء : « أن رجلا قال : يا رسول الله ان قتلت فى سـبيل الله صابرا محتسبا تكفر عنى خطـاياى قال : نعم الا الدين ، فان جبريل قال لى ذلك » .

فاذا بلغه أن غريمه الذى أذن له فى الخـروج رجع أو أن أبويه كانا كافرين فأسلما فقد قلنا : يرجع اذا كان قبل التقاء الزحفين . قال الشـافعى رضى الله عنه : الا أن يخاف ان رجع تلف ، فلا يرجع ، فالواجب أن يتوقى موضع الاستشهاد ، لأنه يجـاهد بغير اذن أبيـه ، فلا ينبغى له أن يطلب الاستشهاد . قال المسـعودى : وكذا ان خاف أن تنكسر قلوب المسلمين برجوعه فليس له أن يرجع بحال ، وان كان ذلك بعد التقـاء الزحفين ففيه قولان ، أحدهما : ليس له أن يرجع لقوله تعالى : « ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال » الآية ، وهذا ليس بمتحرف لقتال ، ولا متحيز الى فئة ، ولأن رجوعه فى هذه الحال ربما كان سـببا لهزيمة المسلمين ، فلم يكن له ذلك ، والثانى : يجب عليه الرجوع ، لأن طاعة الوالدين واجبة ، والجهـاد فرض الا أن طاعة الوالدين أسبق ، فكانت بالتقديم أحق ، فان أحاط بهم العدو جاز له الجهاد من غير اذن الأبوين ، ومن غير اذن الغريم ، لأن ترك الجهاد فى هذه الحال يؤدى الى الهلاك ، وان مرض المجـاهد مرضا يمنع وجوب الجهاد عليه أو عمى أو عرج ــ فان كان قبل التقاء الزحفين ــ جاز له أن يرجع ، وان كان بعد التقاء الزحفين كان له أن يرجع أيضا كما قلنا فى أحد القولين فى رجوع الغريم والأبوين بعد التقاء الزحفين ، والأول أصح لأنه لا يمكنه الجهـاد مع المرض والعمى والعرج بخـلاف رجوع الغريم والأبوين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ويكره الغـزو من غير اذن الامام او الامير من قبله ، لان الغزو على حسب حال الحاجة ، الامام والأمير أعرف بذلك . ولا يحرم لانه ليس فيه أكثر من التغرير بالنفس ، والتغرير بالنفس يجوز فى الجهاد .

فصـــل ويجب على الامام ان يشحن ما يلى الكفار من المسـلمين بجيوش يكفون من يليهم ، ويسـتعمل عليهم امراء ثقـات من اهل الاسـلام مدبرين ، لأنه اذا لم يفعل ذلك لم يؤمن اذا توجه فى جهة الغزو أن يدخل العدو من جهة اخرى ، فيملك بلاد الاسلام . وان احتاج الى بنـاء حصن أو حفر خندق فعل ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم حفر الخندق ، وقال البراء بن عازب : « رأيت النبى صلى الله عليه وسلم يوم الخندق ينقـل التراب حتى وارى التراب شعره ، وهو يرتجز برجز عبد الله بن رواحه وهو يقول :

اللهم لولا انت ما اهتدينـا ولا تصـدقنا ولا صـلينا
فانزلن سـكينة علينـا وثبت الاقدام ان لاقينـا

واذا اراد الغزو بدا بالأهم فالأهم ، لقوله عز وجل : (قاتلوا الذين يلونكم من الكفار) فاذا استوت الجهات فى الخوف ، اجتهد ، وبدا باهمها عنده .

الشرح خبر البراء بن عازب فى الصحيحين بلفظ : « لما كان يوم الأحزاب وخندق رسول الله صلى الله عليه وسلم رأيته ينقل من تراب الخندق وحتى وارى عنى التراب جلدة بطنه ، وكان كثير الشعر ، فسمعته يرتجز بكلمات ابن رواحة » وساقها .

وفى بعض الروايات زيادة :

ان المشركين قد بغوا علينـا وان أرادوا فتنـة أبينـا

أما اللغات فان التغرير بالنفس المخاطرة والتقدم على غير ثقـة ، وما يؤدى الى الهلاك . قال ابن بطال فى شرح غريب المهذب : قوله : ويجب أن يشحن ، أى يملأ . ويقال شحنت البلد بالخيل ملأته ، وبالبلد شحنة من الخيل أى رابطة ، قال تعالى : « فى الفلك المشحون » أى المملوء . قوله : « مدبرين » المدبر الذى ينظر فى دبر الأمر أى عاقبته . قوله : برجز عبد الله

ابن رواحة وهو يقول : اللهم لولا أنت ما اهتدينا • فيه خزم من طريق العروض • ويستقيم وزنه « لاهم » والألف واللام زائدتان على الوزن ، وذلك يجيء فى الشعر كما روى عن على عليه السلام :

أشدد حيازيمك للموت فان الموت لاقيكا
ولا تجزع من الموت اذا حل بواديكا

فان قوله : اشدد خزم كله والخزم بالزاى وزنه مفاعيلن ثلاث مرات ، وهو هزج ، قوله : فأنزلن سكينة ، السكينة ، فعيلة من السكون وهو الوقار والطمأنينة ، وما يسكن به الانسان ، وقيل : هى الرحمة ، فيكون المعنى أنزل علينا رحمة ، أو ما تسكن به قلوبنا من خوف العدو ورعبه ، قوله : وثبت الأقدام ان لاقينا • يقال : رجل ثبت فى الحرب وثبت ، أى لا يزول عن مكانه عند لقاء العدو وقال تعالى : « وثبت أقدامنا » ا هـ •

اما الأحكام فانه يكره الغزو بغير اذن الامام والأمير من قبله ، لأن الغزو على حسب الحاجة وهما أعلم بالحاجة اليه ، ولا يحرم ، لأن التغرير فى النفس يجوز فى الجهاد •

قال الشافعى رحمه الله تعالى : وأحب للامام أن يبعث الى كل طرف من أطراف بلاد الاسلام جيشا ويجعلهم بازاء من يليهم من المشركين ، ويولى عليهم رجلا عاقلا دينا قد جرب الأمور لأنه اذا لم يفعل ذلك فربما خرج عسكر المشركين وأضروا بمن يليهم الى أن يجتمع عسكر من المسلمين • وذكر المصنف أنه يجب على الامام أن يشحن ما يلى الكفار بجيوش يكفون من يليهم • وان احتاج الى حفر خندق أو بناء حصن فعل ذلك ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم فعله •

ونحن لا يسعنا ــ وديننا دين جهاد ــ أن ننظر الى مستحدثات العلوم الحربية من استكشاف وتجسس وتشويش على العدو وما يتبع ذلك من أسلحة رهيبة حتى صارت الطيارة والدبابة ، والمدفع من الأسلحة العتيقة

التقليدية ، وانما هناك الصواريخ التى تعبر القارات والتى تحمل الرءوس الذرية والقنابل الهيدروجينية ، والحروب الميكروبية نظر البلهاء والسذج الذين يقفون مبهورين أمام التقدم العلمى للأعداء ، ثم لا يحاولون أن يسبقوهم ، ولا يحاولون أن يكون لهم دور فى كل ما تحفل به الحياة من علوم الهندسة والرياضيات والطبيعيات وعلوم الفضاء وتفتيت الذرة ، وهى التى وصل أسلافنا الى معرفة انها الجزء الذى لا يتجزأ وسموه الجوهر الفرد ، ذلك لأن النبى صلى الله عليه وسلم حفر الخندق حول المدينة وهو وسيلة دفاعية لا عهد للعرب بها من قبل وانما قتبسها من عمل الأعاجم ، وضرب الطائف فى حصاره لها بالمنجنيق والضبور ، وهى أسلحة لا عهد للعرب بها ، لأنها كانت تستعمل عند الروم والفرس . اذا ثبت هذا كان على المسلمين أن يراجعوا أنفسهم ، وأن يقيلوا عثرتهم ، وأن يزيحوا عقبات التخلف من حياتهم ، حتى ينطلقوا فى هذه الدنيا هداة مرشدين ، وقضاة عادلين ، يأخذون بحجزة البغاة والطاغين « الا تفعلوه تكن فتنة فى الأرض وفساد كبير » وقد ثبت أنه استعمل الجواسيس واستعمل رجلا يدعى بسبسا فيما رواه مسلم وأحمد من حديث أنس رضى الله عنه ليخبره بخبر عير قريش .

هذا وقد كان النبى صلى الله عليه وسلم يرتجز ويقول :

اللهم لا عيش الا عيش الآخرة فارحم الأنصار والمهاجرة

ولما فرغ من حفر الخندق أقبلت قريش فى نحو عشرة آلاف بمن معهم من كنانة وأهل تهامة ، وأقبلت غطفان بمن معها من أهل نجد حتى نزلوا الى جانب أحد ، وخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمون حتى نزلوا بظهر سلع — وهو جبل بالمدينة — فى ثلاثة آلاف ، وضربوا عسكرهم والخندق بينهم وبين المشركين ، واستعمل على المدينة ابن أم مكتوم ، وخرج عدو الله حيى بن أخطب زعيم بنى النضير من اليهود حتى أتى كعب بن أسد القرظى ، وكان صاحب عقد بنى قريظة ورئيسهم وهم يهود — فلما سمع كعب بن أسد حيى بن أخطب أغلق دونه باب حصنه وأبى أن يفتح له ، فقال له : افتح لى يا أخى فقال له : الا أفتح لك فانك رجل مشئوم ، تدعونى الى خلاف محمد وأنا قد عاقدته وعاهدته ولم أر منه الا وفاء

وصدقا ، فلست بناقض ما بينى وبينه ، فقال حيى : افتح لى حتى آكلمك وأنصرف عنك . وما زال به حتى فتح له وقال : انما جئتك بعز الدهر ، جئتك بقريش وسادتها ، وغطفان وقادتها ، قد تعاقدوا على أن يستأصلوا محمدا ومن معه . وتعاهدوا على خذلان النبى صلى الله عليه وسلم ، وقال حيى : ان انصرفت قريش دخلت عندك بمن معى من اليهود ، وانتهى خبر كعب وحيى الى النبى صلى الله عليه وسلم فبعث سعد بن عبادة كبير الخزرج وسعد بن معاذ كبير الأوس ومعهما عبد الله بن رواحة وخوات بن جبير قائلا : « انطلقوا الى بنى قريظة فان كان ما قيل لنا حقا فالحنوا لنا لحنا ولا تفتوا فى أعضاد الناس ، وان كان كذبا فاجهروا به » فانطلقوا فوجدوهم على أخبث ما بلغهم ، ونالوا من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالوا : لا عهد له عندنا ، فشاتمهم سعد وشاتموه — وكانت فيه حدة — فقال له سعد ابن عبادة : دع عنك مشاتمتهم ، فالذى بيننا وبينهم أكثر من ذلك . ثم أقبلا الى النبى صلى الله عليه وسلم فقالا : عضل والقارة — يعرضان بغدر عضل والقارة بأصحاب الرجيع خبيب وأصحابه ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « أبشروا يا معشر المسلمين » وعظم عند ذلك البلاء واشتد الخوف وأتى المسلمين عدوهم من فوقهم من قبل المشرق ، ومن أسفل منهم من بطن الوادى من قبل المغرب حتى ظنوا بالله الظنونا ، وأظهر المنافقون كثيرا مما كانوا يسرون فمنهم من قال : ان بيوتنا عورة فلننصرف اليها فانا نخاف عليها وممن قال ذلك : أوس بن قيظى ، ومنهم من قال : يعدنا محمد بفتح كنوز كسرى وقيصر وأحدنا اليوم لا يأمن على نفسه يذهب الى الغائط ، وممن قال ذلك معتب بن قشير ، ومكث الفريقان قريبا من الشهر ، ولما اشتد البلاء على المسلمين ، بعث النبى صلى الله عليه وسلم الى عيينة بن حصن والحارث بن عوف قائدى غطفان ، فأعطاهما ثلث ثمار المدينة لينصرفا بمن معهما من غطفان ويخذلا قريشا ويرجعا بقومهما عنهم ، وكانت هذه المقالة مراوضة ولم تكن عقدا ، فلما رأى النبى صلى الله عليه وسلم أنهما قد رضيا ، أتى سعد بن معاذ وسعد بن عبادة واستشارهما فقالا : يا رسول الله هذا أمر تحبه فنصنعه لك ؟ أو شىء أمرك الله به فنسمع ونطيع ؟ أو أمر تصنعه لنا ؟ قال : بل أمر أصنعه لكم ، والله ما أصنعه الا أنى رأيت العرب

قد رمتكم عن قوس واحدة • فقال سعد بن معاذ : يا رسول الله لقد كنا نحن وهؤلاء على الشرك لا نعرف عبادة الله ، وما طمعوا قط أن ينالوا منا ثمرة الا شراء أو قرى ، فحين أكرمنا الله بالاسلام ، وهدانا له ، وأعزنا بك نعطيهم أموالنا ، والله لا نعطيهم الا السيف حتى يحكم الله بيننا وبينهم ، فسر رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : أنتم وذاك ، وقال لعيينة والحارث : انصرفا فليس لكما عندنا الا السيف ، وتناول سعد الصحيفة وليس فيها شهادة فمحاها •

وقام الحصار بغير قتال الا مبارزات فردية ، حتى أوقع الله بين الأحزاب الشقاق بفعل دهاء المسلمين وحسن كيدهم ثم أرسل الله الريح والملائكة تكفىء قدورهم ، ولا تثبت بنيانهم ، وبعث النبى صلى الله عليه وسلم حذيفة ابن اليمان يأتيه بخبر القوم فاستتر فى عمارهم حتى عرف أخبارهم وجاء الى النبى صلى الله عليه وسلم يبشره بانسحابهم ورجوعهم • وما كان بعد ذلك سيأتى فى قسمة الغنائم • اذا ثبت هذا فانه يجب على الامام أن يكون له جيش متحفز دائما ، يعرف أسرار عدوه وتحركاته وحجم قواته ، قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم : واذا غزا الامام فى هذا العام جهة غزا فى العام القابل جهة أخرى ، ليعمهم بالنكاية الا أن يكون فى جهة من الجهات عدو شديد ، فيجوز له أن يقصده فى كل عام ليكسر قلوبهم ، واذا أراد الامام أن يغزو المشركين فانه يغزو بكل قوم الى من يليهم من الكفار ، ولا ينقل أهل جهة الى جهة أخرى ، لأنهم بقتال من يليهم أخبر ، ولأنه أخف مؤنة الا أن يكون العدو فى جهة من الجهات كثيرا شديد الشوكة ، وليس بازائهم من المسلمين من يقوم بقتالهم ، فحينئذ له أن ينقل اليهم قوما من جهة أخرى لأنه موضع ضرورة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **واذا اراد الخروج عرض الجيش ولا يأذن لمخذل ولا لمن يعاون الكفار بالمكاتبة ، لقوله عز وجل : « لو خرجوا فيكم ما زادوكم الا خبالا ، ولأوضعوا خلالكم يبغونكم الفتنة » قيل فى التفسير : لأوقعوا بينكم الاختلاف ، وقيل : لأشرعوا فى تفريق جمعكم ، ولأن فى حضورهم اضرارا بالمسلمين ،**

ولا نستعين بالكفار من غير حاجة لما روت عائشة رضى الله عنها « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج الى بدر فتبعه رجل من المشركين فقال له تؤمن بالله ورسوله قال : لا ، قال : فارجع فلن استعين بمشرك فان احتاج أن يستعين بهم ـ فان لم يكن من يستعين به حسن الرأى فى المسلمين ـ لم نستعن به لأن ما يخاف من الضرر بحضورهم أكثر مما يرجى من المنفعة ، وان كان حسن الرأى فى المسلمين جاز أن نستعين بهم ، لأن صفوان بن أمية شهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى شركه حرب هوازن ، وسمع رجلا يقول : غلبت هوازن وقتل محمد ، فقال : بفيك الحجر ، لرب من قريش أحب الى من رب من هوازن » وان احتاج الى أن يستأجرهم جاز ، لأنه لا يقع الجهاد له ، وفى القدر الذى يستأجر به وجهان ، احدهما : لا يجوز له أن تبلغ الأجرة سهم راجل ، لأنه ليس من أهل فرض الجهاد ، فلا يبلغ حقه سهم راجل كالصبى والمرأة ، والثانى وهو المذهب أنه يجوز لأنه عوض فى الاجارة فجاز أن يبلغ قدر سهم الراجل كالأجرة فى سائر الاجارات ، ويجوز أن يأذن للنساء لما روت الربيع بنت معوذ قالت « كنا نغزو مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فنخدم القوم نسقيهم الماء ، ونرد الجرحى والقتلى الى المدينة » ويجوز أن يأذن لمن اشتد من الصبيان لأن فيهم معاونة ، ولا يأذن لمجنون لأنه يعرضه للهلاك من غير منفعة ، وينبغى أن يتعاهد الخيل فلا يدخل حطبا ، وهو الكسير ، ولا قمحا وهو الكبير ، ولا ضرعا وهو الصغير ، ولا أعجف وهو الهزيل ، لأنه ربما كان سببا للهزيمة ، ولأنه يزاحم به الغانمين فى سهمهم . ويأخذ البيعة على الجيش أن لا يفروا لما روى جابر رضى الله عنه قال : « كنا يوم الحديبية ألف رجل وأربعمائة ، فبايعناه تحت الشجرة على أن لا نفر ، ولم نبايعه على الموت ، يعنى النبى صلى الله عليه وسلم » ويوجه الطلائع ومن يتجسس أخبار الكفار ، لما روى جابر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الخندق : « من يأتينا بخبر القوم لا فقال الزبير : أنا فقال : ان لكل نبى حوارا وحوارى الزبير » والمستحب أن يخرج يوم الخميس لما روى كعب بن مالك قال : « قلما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يخرج فى سفر الا يوم الخميس » ويستحب أن يعقد الرايات ، ويجعل تحت كل راية طائفة ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه : « أن أبا سفيان أسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : يا عباس احبسه على الوادى حتى تمر به جنود الله فيراها ـ قال العباس : فحبسته حيث أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم ومرت به القبائل على راياتها حتى مر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الكتيبة الخضراء ، كتيبة فيها المهاجرون والأنصار لا يرى منهم الا الحدق من الحديد ، فقال : من هؤلاء يا عباس ؟ قال : قلت : هذا رسول الله صلى الله عليه وسلم فى المهاجرين والأنصار ، فقال ما لأحد بهؤلاء من قبل ، والله يا أبا الفضل لقد أصبح ملك ابن أخيك الغداة عظيما » والمستحب أن يدخل الى دار الحرب بتعبية الحرب لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال : « كنت مع النبى صلى

الله عليه وسلم يوم فتح مكة فجعل خالد بن الوليد على احدى المجنبتين وجعل الزبير على الأخرى وجعل ابا عبيدة على الســاقة وبطن الوادى » ولأن ذلك احوط للحرب وابلغ فى ارهاب العدو •

الشرح قوله تعـالى : « لو خرجوا فيكم » الآية • نزلت فى المنافقين وسيأتى معناها • أما حديث عائشة فقد أخرجه مسلم وأحمد بلفظ : « خرج النبى صلى الله عليه وسلم قبل بدر فلما كان بحرة الوبرة ، أدركه رجل قد كان تذكر منه جرأة ونجدة ففرح به أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم حين رأوه ، فلما أدركه قال : جئت لأتبعك فأصيب معك ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : تؤمن بالله ورســوله ؟ قال : لا قال : فارجع فلن أستعين بمشرك ، قالت : ثم مضى حتى اذا كان بالشجرة أدركه الرجل فقال له كما قال أول مرة ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم كما قال أول مرة : الا فارجع فلن أستعين بمشرك ، قال فرجع فأدركه بالبيداء فقال له كما قال أول مرة : تؤمن بالله ورسوله ؟ قال : نعم ، فقال له : فانطلق » أما حديث الربيع بنت معوذ فعند مسلم وأحمد ، وحديث جابر الأول فى صحيح البخارى فى علامات النبوة ، ومسلم فى المغازى ، وأبى داود فى الســنة ، والترمذى فى السير •

وحديث جابر الثانى أخرجه الشيخان وأحمد والترمذى فى المناقب وابن ماجه فى السنة • وحديث كعب بن مالك متفق عليه •

خبر ابن عباس لم أجده فى صحيح البخارى الا من طريق هشام بن عروة مرسلا ، ولم أره من رواية ابن عباس ففى البخارى باب أين ركز النبى صلى الله عليه وسلم الراية يوم الفتح ؟ حدثنا عبيد بن اسماعيل حدثنا أبو أسامة عن هشام عن أبيه قال : « لما سار رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح فبلغ ذلك قريشا ، خرج أبو سفيان بن حرب وحكيم بن حرام وبديل ابن ورقاء يلتمسون الخبر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فأقبلوا يسيرون حتى أتوا مر الظهران ، فاذا هم بنيران كأنها نيران عرفة ، فقال أبو سفيان : ما هذه ؟ لكأنها نيران عرفة ، فقال بديل : نيران بنى عمرو فقال أبو سفيان :

عمرو أقل من ذلك ، فرآهم ناس من حرس رسول الله صلى الله عليه وسلم فأدركوهم فأخذوهم فأتوا بهم النبى صلى الله عليه وسلم فأسلم أبو سفيان ، فلما سار قال للعباس : احبس أبا سفيان عند حطم الخيل حتى ينظر الى المسلمين ، فحبسه العباس ، فجعلت القبائل تمر مع النبى صلى الله عليه وسلم تمر كتيبة كتيبة على أبى سفيان ، فمرت كتيبة قال : يا عباس ما هذه ؟ قال : هذه غفار قال : مالى ولغفار ثم مرت جهينة قال مثل ذلك ثم مرت سعد بن هذيم فقال مثل ذلك ومرت سليم فقال مثل ذلك ، حتى أقبلت كتيبة لم ير مثلها قال : من هذه ؟ قال : هؤلاء الأنصار عليهم سعد بن عبادة معه الراية ، فقال سعد بن عبادة : يا أبا سفيان اليوم يوم الملحمة ، اليوم تستحل الكعبة فقال أبو سفيان : يا عباس حبذا يوم الذمار ، ثم جاءت كتيبة وهى أقل الكتائب فيهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه ورايه النبى صلى الله عليه وسلم مع الزبير بن العوام ، فلما مر رسول الله بأبى سفيان قال : ألم تعلم ما قال سعد بن عبادة ؟ قال : ما قال ؟ قال : كذا وكذا فقال :كذب سعد ، ولكن هذا يوم يعظم الله فيه الكعبة ، ويوم تكسى فيه الكعبة » • وقال ابن حجر فى الفتح : هكذا أورده البخارى مرسلا ولم أره فى شىء من الطرق موصولا عن عروة ، ولكن آخر الحديث يقول البخارى قال عروة : وأخبرنى نافع بن جبير بن مطعم قال : سمعت العباس يقول للزبير بن العوام : يا أبا عبد الله ههنا أمرك رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تركز الراية ؟ هذا وروايات كتاب السير كابن سعد فى الطبقات يقول : قالوا ولا يذكر اسنادا • أما حديث أبى هريرة فقد رواه مسلم وأحمد من حديث طويل •

أما اللغات التخذيل التهوين من شأن المسلمين والتهويل فى شأن أعدائهم ، وهو عمل يفت فى أعضاد المسلمين وهو يساوى التخلف عن نصرتهم مع القدرة بل يجعل صاحبه فى صف أعداء المسلمين ، وقوله : (خبالا) أى فسادا ، وقوله : (ولأوضعوا) فى القرطبى : المعنى لأسرعوا فيما بينكم بالافساد ، والايضاع سرعة السير ، وقال (دريد بن الصمة) :

ياليتنى فيها جذع أخب فيها وأضع

والايضاع سير مثل الخبب • قوله : بفيك الحجر دعاء كقوله : اخرس • والمراد به التكذيب مع الردع والزجر ، وقوله : (لرب من قريش) أى سيد والرب السيد الرئيس • أفاده ابن بطال • والحوارى والجمع حواريون هم خاصة الأنبياء ، وهو النقى الخالص من حورت الدقيق اذا أخلصته ونقيته من الحشو ، ويقال : الحور والحواريات ، لبياضهن ونعومتهن •

اما الأحكام فاذا أراد الامام الخروج عرض الجيش ، ولا يجوز له أن يأذن فى الخروج لمن ظهر منه تخذيل المسلمين ، أو ارجاف بهم ، أو من يعاون الكفار ، أو من يقول : لا قبل لنا بقتالهم ، أو من يكون عينا على المسلمين ينقل أخبارهم ويوقفهم على عوراتهم ، فان قيل : فقد كان مع النبى صلى الله عليه وسلم عبد الله بن أبى وهو رأس المنافقين وكان مخذلا فالجواب أنه كان مع النبى صلى الله عليه وسلم كثير من الصحابة الأبرار الأتقياء ، لا يلتفتون الى تخذيله ، ولأن الله تعالى كان يطلع النبى صلى الله عليه وسلم على كيد المنافقين وتخذيلهم فلا يستضر به بخلاف غيره •

ولا يجوز للامام أن يستعين بالكفار على قتال الكفار من غير ضرورة لحديث عائشة رضى الله عنها وفيه : « أنا لا أستعين بمشرك » ولحديث كنيب ابن عبد الرحمن عن أبيه عن جده قال : « أتيت النبى صلى الله عليه وسلم وهو يريد غزوا أنا ورجل من قومى ولم نسلم فقلنا : انا نستحيى أن يشهد قومنا مشهدا الا نشهده معهم ، فقال : أسلمتما ؟ فقلنا : لا فقال : انا لا نستعين بالمشركين على المشركين فأسلمنا وشهدنا معه » رواه أحمد والشافعى والبيهقى والطبرانى • أما اذا دعت الى ذلك حاجة كأن يكون فى المسلمين قلة ، ومن يستعين بهم من الكفار يعلم منه حسن نيته فى المسلمين ، جاز له أن يستعين به لما رواه ابن عبد البر فى الاستيعاب ، وان سعد فى الطبقات ، ومالك فى الموطأ عن ابن شهاب وابن اسحاق عن أبى جعفر محمد ابن على ما نجمله فيما يلى : « قتل أمية بن خلف ببدر كافرا ، وقتل رسول الله صلى الله عليه وسلم عمه أبى بن خلف بأحد طعنه فصرعه فمات من جرحه ، وهرب صفوان يوم الفتح وفى ذلك يقول حسان بن قيس البكرى يخاطب امرأته ، وقد استنجزته وعده لما كان يشترى السلاح والأفراس

والدروع فتقول : لم كل هذا ؟ فيقول : لأقاتل محمدا وأصحابه ، فتقول : وهل يقدر أحد على قتالهم ؟ فيقول : والله انى لأريد أن أخدمك بعضهم . وفى عام الفتح ، جاءها يرتعد ويقول : أجلقى على بابى ، لأن نداء النبى يوم الفتح : « من أغلق بابه فهو آمن » فقالت : أين ما كنت تقول ؟ فقال :

انك لو شهدت يوم الخندمه ... اذ فر صفوان وفر عكرمه
وحيث زيد قائم بالمؤتمه ... واستقبلتنا بالسيوف المسلمه
يقطعن كل ساعد وجمجمه ... ضربا فلا تسمع الا غمغمه
لهم نهيت خلفنا وهمهمه ... نم تنطقى فى اللوم أدنى كلمه

ثم رجع صفوان الى النبى صلى الله عليه وسلم فشهد معه حنينا والطائف وهو كافر وامرأته مسلمة أسلمت يوم الفتح قبل صفوان بشهر ، ثم أسلم صفوان وأقرا على نكاحهما ، وخرج معه الى حنين ، واستعاره النبى صلى الله عليه وسلم سلاحا ، وقد مضى تفصيله فى العارية ، وأعطاه النبى صلى الله عليه وسلم من الغنائم فأكثر ، فقال صفوان : أشهد بالله ما طابت بهذا الا نفس نبى ، ولصفوان مناقب أخرى اذ هاجر حين قيل له : لا اسلام لمن لا هجرة له ، فنزل على العباس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا هجرة بعد الفتح » .

وروى أبو داود فى مراسيله عن الزهرى : « أن النبى صلى الله عليه وسلم استعان بناس من اليهود فى خيبر فى حربه فأسهم » قال الشافعى : ويستأجر الكافر من مال الا مالك له بعينه ، وهم سهم النبى صلى الله عليه وسلم وانما كان كذلك لأن الجهاد لا يقع له ، وفى القدر الذى يستأجر به وجهان أحدهما : لا يجوز أن تبلغ الأجرة سهم الراجل ، لأنه ليس من أهل فرض الجهاد ، ولا يبلغ به سهم راجل كالصبى والمرأة ، والثانى — وهو المذهب — يجوز أن يبلغ به سهم الراجل لأنه عوض فى الاجارة . اذا ثبت هذا فانه لا يفتقر فى الاجارة ها هنا الى بيان المدة ولا العمل ، لأن القتال لا ينحصر ، فعفى عن ذلك لموضع الحاجة ، فان لم يكن قتال لم يستحق

الكافر شيئا ، وان كان هناك قتال ـ فان قاتل الكافر ـ استحق ، وان لم يقاتل ففيه وجهان أحدهما : لا يستحق شيئا ، لأنه لم يفعل ما استؤجر عليه ، والثانى : يستحق ، لأن الاستحقاق هاهنا بالحضور ، وقد حضر • قال الشافعى (رحمه الله) : وان أكره الامام الكفار على أن يقاتلوا معه فقاتلوا استحقوا أجرة المثل ، كما لو أكرهوا على سائر الأعمال ، ويجوز للامام أن يأذن للنساء فى الخروج معه ، ولمن اشتد من الصبيان لأن فيهم معونة ، ولا يأذن للمجانين ، لأنه لا معونة لهم ، بل يعرضهم للهلاك ، ويتعاهد الخيل ولا يأذن باخراج الكبير المهزول •

فـــرع ويأخذ الامام البيعـة على الجيش أن لا يفروا لحديث جابر فى بيعة النبى صلى الله عليه وسلم تحت الشجرة ، ويوجه الطلائع ومن يتحسس أخبار الكفار ، لحديث : « من يأتينا بخبر القوم ؟ » ويستحب أن يخرج يوم الخميس لحديث كعب بن مالك ، ويعقد الرايات ويجعل لكل راية عريفا ، ويدخل دار الحرب على تعبئة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم فعل ذلك وهو أبلغ فى الارهاب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **وان كان العدو ممن لم تبلغهم الدعوة لم يجز قتالهم حتى يدعوهم الى الاسلام ، لأنه يلزمهم الاسلام قبل العلم ، والدليل عليه قوله عز وجل : ((وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا)) ولا يجوز قتالهم على ما لا يلزمهم، وان بلغتهم الدعوة فالأحب أن يعرض عليهم الاسلام ، لما روى سهل بن سعد قال : ((قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلى كرم الله وجهه يوم خيبر : اذا نزلت بساحتهم فادعهم الى الاسلام ، وأخبرهم بما يجب عليهم ، فوالله لأن يهدى الله بهداك رجلا واحداً خير لك من حمر النعم)) وان قاتلهم من غير أن يعرض عليهم الاسلام جاز ، لما روى نافع قال ((أغار رسول الله صلى الله عليه وسلم على بنى المصطلق وهم غارون)) وروى ((وهم غافلون)) •**

فصـــل **فان كانوا ممن لا يجوز اقرارهم على الكفر بالجزية قاتلهم الى أن يسلموا لقوله صلى الله عليه سلم : ((أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم الا بحقها)) وان كانوا**

ممن يجوز اقرارهم على الكفر بالجزية ، قاتلهم الى ان يسلموا أو يبذلوا الجزية ، والدليل عليه قوله تعالى : « قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ، ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ، ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون » وروى بريدة رضى الله عنه قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بعث أميرا على جيش أو سرية قال : اذا أنت لقيت عدوا من المشركين فادعهم الى احدى ثلاث خصال ، فأيتهن ما أجابوك اليها فاقبل منهم ، وكف عنهم ، ادعهم الى الدخول فى الاسلام ، فان أجابوك فاقبل منهم ، وكف عنهم ، ثم ادعهم الى التحول من دارهم الى دار الهجرة ، فان فعلوا فأخبرهم أن لهم ما للمهاجرين عليهم ما على المهاجرين ، فان دخلوا فى الاسلام وأبوا أن يتحولوا الى دار الهجرة ، فأخبرهم أنهم كأعراب المؤمنين الذين يجرى عليهم حكم الله تعالى ، ولا يكون لهم فى الفىء والغنيمة شىء حتى يجاهدوا مع المؤمنين ، فان فعلوا فاقبل منهم وكف عنهم ، وان أبوا فادعهم الى اعطاء الجزية فان فعلوا فاقبل منهم وكف عنهم ، وان أبوا فاستعن بالله عليهم ثم قاتلهم » ويستحب الاستنصار بالضعفاء لما روى أبو الدرداء رضى الله عنه قال : « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : ائتونى بضعفائكم فانما تنصرون وترزقون بضعفائكم » ويستحب أن يدعو عند التقاء الصفين لما روى أنس رضى الله عنه قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا غزا قال : اللهم أنت عضدى وأنت ناصرى وبك أقاتل » وروى أبو موسى الأشعرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « كان اذا خاف أمرا قال : اللهم انى أجعلك فى نحورهم وأعوذ بك من شرورهم » ويستحب أن يحرض الجيش على القتال لما روى أبو هريرة رضى الله عنه : « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : يا معشر الأنصار هذه أوباش قريش قد جمعت لكم اذا لقيتموهم غدا فاحصدوهم حصدا » وروى سعد رضى الله عنه قال : « نثل لى رسول الله صلى الله عليه وسلم كنانته يوم أحد وقال : ارم فداك أبى وأمى » ويستحب أن يكبر عند لقاء العدو لما روى أنس رضى الله عنه : « أن النبى صلى الله عليه وسلم غزا خيبر ، فلما رأى القرية قال : الله أكبر ، خربت خيبر ، انا اذا نزلنا بساحة قوم فساء صباح المنذرين » قالها ثلاثا ، ولا يرفع الصوت بالتكبير ، لما روى أبو موسى الأشعرى قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم فى غزوة فأشرفوا على واد ، فجعل الناس يكبرون ويهللون : الله أكبر ، الله أكبر ، يرفعون أصواتهم فقال : يا أيها الناس انكم لا تدعون أصم ولا غائبا ، انما تدعون قريبا سميعا انه معكم » .

الشرح حديث سهل بن سعد أخرجه البخارى ومسلم وأحمد والترمذى : « انه سمع النبى صلى الله عليه وسلم يوم خيبر يقول : لأعطين الراية غدا رجلا يحب الله ورسوله ويحبه الله ورسوله ، فتطاول الناس لها

فقال : ادعوا لى عليا ، فأتى به أرمد ، فبصق فى عينيه فبرأ ودفع اليه الراية ففتح الله عليه » هذا لفظ مسلم والترمذى ، ولفظ البخارى : « فقال : أين على ؟ فقيل : انه يشتكى عينيه ، فأمر فدعا له فبصق فى عينيه فبرأ مكانه حتى كأن لم يكن به شيء ، فقال : نقاتلهم حتى يكونوا مثلنا : فقال : على رسلك حتى تنزل بساحتهم ، ثم ادعهم الى الاسلام وأخبرهم بما يجب عليهم ، فوالله لأن يهتدى بك رجل واحد خير لك من حمر النعم » وحديث نافع متفق عليه عن ابن عوف قال : « كتبت الى نافع أسأله عن الدعاء قبل القتال ، فكتب الى : انما كان ذلك فى أول الاسلام ، وقد أغار رسول الله صلى الله عليه وسلم على بنى المصطلق وهم غارون ، وأنعامهم تسقى على الماء ، فقتل مقاتلتهم ، وسبى ذراريهم ، وأصاب يومئذ جويرية بنت الحارث • حدثنى به عبد الله بن عمر ، وكان فى ذلك الجيش » وحديث : « أمرت أن أقاتل الناس » رواه بضعة عشر صحابيا ، وأورده السيوطى فى الأزهار المتناثرة فى الأحاديث المتواترة ، لتوفر شرط السيوطى فى التواتر فيه ، وهو أن يرويه عشرة من الصحابة ، ثم يرويه عنهم مثلهم وهكذا ، وقد رواه الشيخان عن ابن عمر وأبى هريرة ، ومسلم عن جابر ، وابن أبى شيبة فى مصنفه عن أبى بكر وعمر وأوس وجرير البجلى ، والطبرانى عن أنس وسمرة ابن جندب وسهل بن سعد وابن عباس وأبى بكرة وأبى مالك الأشجعى ، والبزار عن عياض الأنصارى والنعمان بن بشير ، وحديث بريدة رواه مسلم وابن ماجه والترمذى وصححه وأحمد عن سليمان بن بريدة عن أبيه وفيه زيادة : « واذا حاصرت أهل الحصن وأرادوك أن تنزلهم على حكم الله فلا تنزلهم على حكم الله ، ولكن أنزلهم على حكمك ، فانك لا تدرى أتصيب فيهم حكم الله أم لا ؟ » وحديث أبى الدرداء رواه أصحاب السنن ، ورواه أيضا البخارى والنسائى من حديث سعد بن أبى وقاص ولفظ النسائى : « انما ينصر الله هذه الأمة بضعفائها ودعائهم وصلاتهم واخلاصهم » وحديث أنس فى الترمذى وحسنه ، وحديث أبى موسى فى سنن أبى داود والنسائى ، وحديث أبى هريرة من حديث طويل رواه مسلم وأحمد وفيه : « يا أبا هريرة قلت : لبيك يا رسول الله قال : اهتف بالأنصار ، ولا يأتينى الا أنصارى ، فهتف بهم فجاءوا فطافوا برسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ترون الى

أوباش قريش وأتباعهم ، ثم قال بيديه احداهما على الأخرى : احصدوهم حصدا حتى توافونى بالصفا ، قال أبو هريرة فانطلقنا فما يشاء أحد منا أن يقتل منهم ما شاء الا قتله » الخ وحديث سعد بعض حديث طويل أيضا وفيه : « ورسول الله يقول : اللهم سدد رميته ، وأجب دعوته • حتى اذا فرغت من كنانتى نثر لى رسول الله صلى الله عليه وسلم كنانته » رواه البزار وفيه عثمان بن عبد الرحمن الوقاصى متروك ، وحديثا أنس وأبى موسى الثانى فى الصحيحين •

أما اللغات فقوله غارون أى غافلون ، والغر الغافل الذى لم يجرب الأمور ، وجد بنى المصطلق سمى بذلك لحسن صوته ، والصلق الصوت الشديد • وقوله : « هذه أوباش قريش » أى أخلاطهم •

أما الأحكام فاذا غزا الامام قوما من الكفار نظرت ــ فان كانوا لم تبلغهم الدعوة بأن لم يعلموا أن الله بعث محمدا صلى الله عليه وسلم رسولا الى خلقه ، وأظهر المعجزات الدالة على صدقه ، وأنه يدعو الى الايمان ، قال الشافعى رضى الله عنه : ولا أعلم أحدا لم يبلغه هذا الا أن يكون قوم وراء الترك لم يعلموا • وقال أحمد بن حنبل فيما أفاده صاحب المغنى : ان الدعوة قد بلغت وانتشرت ، ولكن اذا جاز أن يكون قوم خلف الروم وخلف الترك• فان وجد قوم كذلك لم يجب قتالهم حتى يدعوهم الى الاسلام ، لأنهم لم يلزمهم الاسلام قبل العلم ببعث الرسل ، فان قتل منهم انسان قبل ذلك ضمن بالدية والكفارة • قلت : ومثل هؤلاء فى زماننا هذا قبائل الاسكيمو والهنود الحمر • وقال أبو حنيفة : لا دية فيه ولا كفارة ، لأن الخلق عنده محجوجون بالعقل قبل بعث الرسل ، وعندنا ليسوا بمحجوجين بعقولهم قبل بعث الرسل لقوله تعالى : « وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا » ولأنه ذكر بالغ محقون الدم فصار مضمونا كالمسلم ، وان كان مجوسيا ففيه ثلثا عشر دية المسلم • وان لم يعرف دينه أو كان من عبدة الأوثان ففيه دية المجوسى ، قال أبو اسحاق المروزى : انما أوجب الشافعى رحمه الله فى اليهودى والنصرانى ثلث دية المسلم اذا كان من أولاد من غير التوراة والانجيل وبدلهما ، فاذا كان من أولاد من لم يغيرهما ولم يبدلهما ففيه دية المسلم ،

لقوله تعالى : « ومن قوم موسى أمة يهدون بالحق وبه يعدلون » وأراد به من لم يغير ولم يبدل ، والأول أصح • وقد مضى ذلك فى الجنايات• فان كان ممن بلغتهم الدعوة ، فالمستحب للامام ألا يقاتلهم حتى يدعوهم الى الاسلام لحديث على فى الفصل • فان قاتلهم قبل أن يدعوهم الى الاسلام جاز ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أغار على بنى المصطلق وهم غافلون ، ولأن الدعوة قد بلغتهم ، وانما هم عاندوا • واذا قاتل الامام الكفار ــ فان كانوا ممن لا كتاب لهم ولا شبه كتاب ، كمن يعبد الأوثان والشمس والقمر والكواكب، فانه يقاتلهم الى أن يسلموا لقوله صلى الله عليه وسلم : « أمرت أن أقاتل الناس » الحديث • أو ممن لهم شبه كتاب كالمجوس ، قاتلهم الى أن يسلموا أو يبذلوا الجزية ، لقوله تعالى : « قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر » الآية •

فـــرع قال المصنف : ويستحب الاستنصار بالضعفاء ، وهـذا صحيح لما عرفت من حديث أبى الدرداء ، كما يستحب أن يدعو عند التقـاء الصفين : « اللهم أنت عضدى وناصرى وبك أقاتل ، اللهم انى أجعلك فى نحـورهم ، وأعوذ بك من شرورهم » ويستحب أن يحـرض الجيش على القتال ، وأن يستحب أفراده على المصابرة ، وأن يلهب مشاعرهم ، ويرفع روحهم المعنوية ، ويبث فى نفوسهم الثقة بنصر الله تعالى ، وأن يطيعوه مقتنعين بحكمته وحنكته • قال تعالى : « يا أيها النبى حرض المؤمنين على القتال » ويستحب أن يكبر عند لقـاء العدو لقوله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر : « الله أكبر خربت خيبر ، انا اذا نزلنا بساحة قوم فساء صباح المنذرين » متفق عليه ، ويكره رفع الصوت بالتكبير لقوله صلى الله عليه وسلم : « ان الله يحب الصمت عند ثلاث : عند الزحف ، وعند الجنازة ، وعند تلاوة القرآن » ولقوله صلى الله عليه وسلم من حديث أبى موسى الأشعرى عند الشيخين : « أيها الناس انكم لا تدعون أصم ولا غائبا ، انما تدعون سميعا قريبـا ، انه معكم » وفى رواية : « أقرب اليكم من حبل الوريد » •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل واذا التقى الزحفان ولم يزد عدد الكفار على مثلى عدد المسلمين ولم يخافوا الهلاك ، تعين عليهم فرض الجهاد لقوله عز وجل : ((الآن خفف الله عنكم ، وعلم أن فيكم ضعفا ، فان يكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين ، وان يكن منكم ألف يغلبوا ألفين)) وهذا أمر بلفظ الخبر ، لأنه لو كان خبرا لم يقع الخبر بخلاف المخبر ، فدل على انه أمر المائة بمصابرة المائتين ، وأمر الألف بمصابرة الألفين ، ولا يجوز لمن تعين عليه أن يولى الا متحرفا لقتال ، وهو أن ينتقل من مكان الى مكان امكن للقتال ، أو متحيزا الى فئة ، وهو أن ينضم الى قوم ليعود معهم الى القتال والدليل عليه قوله عز وجل : ((يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الأدبار ، ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال او متحيزا الى فئة فقد باء بغضب من الله)) وسواء كانت الفئة قريبة أو بعيدة والدليل عليه ما روى ابن عمر رضى الله عنه : ((أنه كان فى سرية من سرايا رسول الله صلى الله عليه وسلم فحاص الناس حيصة عظيمة وكنت ممن حاص ، فلما برزنا قلت : كيف نصنع ، وقد فررنا من الزحف ، وبؤنا بغضب ربنا ؟ فجلسنا لرسول الله صلى الله عليه وسلم قبل صلاة الفجر ، فلما خرج قمنا وقلنا : نحن الفرارون ، فقال : لا بل أنتم العكارون ، فدنونا فقبلنا يده ، فقال : أنا فئة المسلمين)) وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : ((أنا فئة كل مسلم)) وهو بالمدينة وجيوشه فى الآفاق . فان ولى غير متحرف لقتال أو متحيز الى فئة اثم وارتكب كبيرة ، والدليل عليه ما روى أبو هريرة رضى الله عنه : ((ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الكبائر سبع أولهن الشرك بالله ، وقتل النفس بغير حقها ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم بدارا أن يكبروا ، وفرار يوم الزحف ، ورمى المحصنات ، وانقلاب الى الأعراب)) فان غلب على ظنهم أنهم ان ثبتوا لمثليهم هلكوا ففيه وجهان أحدهما : أن لهم أن يولوا لقوله عز وجل : ((ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة)) والثانى : انه ليس لهم أن يولوا وهو الصحيح لقوله عز وجل : ((اذا لقيتم فئة فاثبتوا)) ولأن المجاهد انما يقاتل ليقتل أو يقتل ، وان زاد عدد الكفار على مثلى عدد المسلمين فلهم ان يولوا ، لأنه لما أوجب الله عز وجل على المائة مصابرة المائتين دل على انه لا يجب عليهم مصابرة ما زاد على المائتين ، وروى عطاء عن ابن عباس رضى الله عنهما : ((انه قال : من فر من اثنين فقد فر ، ومن فر من ثلاثة فلم يفر)) وان غلب على ظنهم انهم لا يهلكون فالأفضل ان يثبتوا حتى لا ينكسر المسلمون وان غلب على ظنهم أنهم يهلكون ففيه وجهان أحدهما : نه يلزمهم أن ينصرفوا لقوله عز وجل : ((ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة)) والثانى : أنه يستحب أن ينصرفوا ولا يلزمهم ، لأنهم ان قتلوا فازوا بالشهادة ، وان لقى رجل من المسلمين رجلين من المشركين فى غير الحرب ـ فان طلباه ولم يطلبهما

ـ فله أن يولى عنهما لأنه غير متأهب للقتال ، وان طلبهما ولم يطلباه ففيه وجهان أحدهما : أن له أن يولى عنهما لأن فرض الجهاد فى الجماعة دون الانفراد ، والثانى : انه يحرم عليه أن يولى عنهما ، لأنه مجاهد لهما فلم يول عنهما كما لو كان مع جماعة .

الشرح قوله تعالى : « الآن خفف الله عنكم » الآية ، روى البخارى وأبو داود عن ابن عباس قال : نزلت : « ان يكن منكم عشرون صابرون يغلبوا مائتين » فشق ذلك على المسلمين حين فرض الله عليهم ألا يفر واحد من عشرة ، ثم انه جاء التخفيف فقال : « الآن خفف الله عنكم ـ الى قوله ـ مائة صابرة يغلبوا مائتين ، وان يكن منكم ألف يغلبوا ألفين باذن الله والله مع الصابرين » وقوله تعالى : « اذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الأدبار » الآية . والزحف الدنو قليلا قليلا ، وأصله الاندفاع على الألية ، ثم سمى كل ماش فى الحرب الى آخر زاحفا ، والتزاحف التدانى والتقارب ، وازدحف أى مشى بعضهم الى بعض ، ومنه زحاف الشعر ، وهو أن يسقط بين الحرفين حرف فيزحف أحدهما الى الآخر . أما حديث ابن عمر فقد أخرجه أبو داود والترمذى وحسنه ، ونبه على تفرد يزيد بن أبى زياد به وأخرجه ابن ماجه وأحمد . وحديث أبى هريرة متفق عليه بلفظ : « اجتنبوا السبع الموبقات ، قالوا : وما هن ؟ قال : الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التى حرم الله الا بالحق وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولى يوم الزحف ، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات » وأثر ابن عباس أخرجه الطبرانى ورجاله ثقات : أما قوله : (فحاص الناس حيصة) أى حادوا عن القتال وانهزموا ، وقيل : هربوا لقوله تعالى : « ولا يجدون عنها محيصا » أى مهربا ومفرا .

أما الأحكام فانه اذا التقى المسلمون والمشركون وقاتلوهم نظرت ـ فان كان عدد المشركين مثل عدد المسلمين أو أقل منهم ، ولم يخف المسلمون بقتالهم ـ وجب عليهم مصابرتهم لقوله تعالى : « فلا تولوهم الأدبار » الآية ، فأوجب الله تعالى على المسلمين مصابرة المشركين فى هذه الآية على العموم ، ثم خص هذا العموم فى آية أخرى : « ان يكن منكم عشرون صابرين يغلبوا

مائتين ، وان يكن منكم مائة يغلبوا ألفا من الذين كفروا بأنهم قوم لا يفقهون » فأوجب على كل مسلم مصابرة عشرة من الكفار ، وكان ذلك فى أول الاسلام حيث كان المسلمون قلة ، فشق ذلك على المسلمين فنسخ ذلك فى آية أخرى ، فقال تعالى : « الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفا ، فان يكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين ، وان يكن منكم ألف يغلبوا ألفين باذن الله » الآية ، فأوجب على المسلم مصابرة الاثنين ، فاستقر الشرع على ذلك ، بدليل قول ابن عباس (رض) : من فر من اثنين فقد فر الفرار المذموم فى القرآن ، ومن فر من ثلاثة فلم يفر • فان قيل : ان الآية آتية بصيغة الخبر فكيف جعلتموها انشائية تعطى حكم الأمر ؟ قلنا : ان الخبر من الله تعالى عما يقع بالشرط لا يجوز أن يكون كالخبر ، لأنه قد يكون فى الكفار من يغلب الواحد منهم الاثنين من المسلمين والثلاثة والعشرة ، فدل على أنها أمر بلفظ الخبر ، وهو لفظ خبر ضمنه وعد بشرط ، لأن معناه ان يصبر منكم عشرون صابرون يغلبوا مائتين • قال القرطبى : وحديث ابن عباس يدل على أن ذلك فرض ، ثم لما شق ذلك عليهم حط الفرض الى ثبات الواحد للاثنين فخفف عنهم ، وكتب عليهم ألا يفر مائة من مائتين ، فهو على هذا تخفيف لا نسخ ، وهذا أحسن • وقال القاضى ابن الطيب : ان الحكم اذا نسخ بعضه أو بعض أوصافه أو غير عدده فجائز أن يقال انه نسخ ، لأنه حينئذ ليس بالأول بل هو غيره • وذكر فيه خلافا أ هـ •

وقد شمعت رأيا من أحد الفضلاء أن المسلمين فى الصدر الأول كانت معنويتهم عالية ، وحرارة ايمانهم متدفقة ، وكان الرجل منهم يقاتل عشرة لتناسق الطاقة مع التكليف ، والوجوب مع القدرة عليه ، فلما زاد عدد المسلمين ، واغتروا بكثرتهم وقالوا فى غزوة حنين : لن نهزم اليوم من قلة ، وقرعهم الله تعالى على ذلك بقوله : « ويوم حنين اذ أعجبتكم كثرتكم فلم تغن عنكم شيئا وضاقت عليكم الأرض بما رحبت ثم وليتم مدبرين » فناسب أن يخفف عنهم بقدر ما نهنهت الكثرة من عزائمهم ، حيث جعل كل واحد يشعر بالكثرة التى تقوم مقامه فى الجهاد ، فاذا توزع هذا المعنى عليهم كانت النتيجة ضعفا عاما يمكن أن يكون تقويمه كما حدده الله تعالى بأن يكافىء الواحد اثنين بدلا من عشرة كما كان ذلك وهم قلة •

اذا ثبت هذا فان من تعين عليه فرض الجهاد فلا يجوز له أن يولى الا فى حالين ، أحدهما : أن يولى متحرفا لقتال ، وهو أن يرى المصلحة فى الانتقال من موضع ضيق الى موضع متسع ، أو من موضع متسع الى موضع ضيق ، وما أشبهه لقوله تعالى : « الا متحرفا لقتال أو متحيزا الى فئة » وروى ابن مسعود رضى الله عنه ، أنه قال : « لما ولى المسلمون يوم حنين بقى مع النبى صلى الله عليه وسلم ثمانون نفسا ، فنكصنا على أعقابنا قدر أربعين خطوة ، ثم قال النبى صلى الله عليه وسلم : أعطنى كفا من تراب فأعطيته فرماه فى وجوه المشركين ، وقال لى : اهتف بالمسلمين فهتفت فأقبلوا شاهرين سيوفهم ، وانما ولوا متحرفين للقتال من مكان الى مكان » والثانى : متحيزا الى فئة ليعود معهم لقوله تعالى : « أو متحيزا الى فئة » وسواء كانت الفئة قريبة منه أو بعيدة مسيرة يومين أو أكثر لعموم الآية ، ولما روى ابن عمر (رض) قال : « كنت فى سرية فحاص القوم حيصة عظيمة » الخ الخبر الذى خرجناه آنفا ، وهذه السرية هى سرية مؤتة التى استشهد فيها جعفر بن أبى طالب وزيد بن حارثة وعبد الله بن رواحة ، ثم تولى القيادة خالد بن الوليد فأنقذ الجيش لما وجد الروم نحو مائة ألف ، والمسلمين نحو ثلاثة آلاف ، انسحب بطريقة منظمة ، ولما دخلوا المدينة لقيهم أهلها أسوأ لقاء ، وجعل النساء والصبيان يقولون لهم : يا للفرار يا للفرار ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « ليسوا بالفرار ولكنهم الكرار ان شاء الله » فدنوا من النبى صلى الله عليه وسلم فقبلوا يده ، فقال « أنا فئة المسلمين » قال الشافعى رحمه الله : « وان كان هربه على غير المعنى خفت عليه ألا يعفو الله عنه ، فيكون قد باء بغضب من الله » وهذا صحيح ، اذا تعين عليه فرض الجهاد ففر غير متحرف لقتال أو متحيز الى فئة ، فقد أثم وارتكب كبيرة ، لحديث أبى هريرة (رض) مرفوعا : « الكبائر سبع » الحديث وهذا صريح من الشافعى (رض) أن مذهبه كمذهب أصحاب الحديث أن من ارتكب كبيرة فقد أثم ، ولكن ان شاء عاقبه وان شاء عفا عنه . وقال المعتزلة : من ارتكب كبيرة استوجب النار ويكون مخلدا ، ولا يجوز أن يعفو الله عنه .

ومن تعين عليه الجهاد وغلب على ظنه أنه اذا لم يفر هلك ، فلا خلاف أنه

لا يلزمه الفرار ، لأن التغرير فى النفس فى الجهاد جائز ، ولكن هل يجوز له أن يولى غير متحرف لقتال ولا متحيز الى فئة ؟ فيه وجهان أحدهما : لا يجوز له ذلك لقوله تعالى : « ومن يولهم يومئذ دبره » الآية ولم يفرق • والثانى : يجوز له ذلك لقوله تعالى : « ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة » وفى بقائه على القتال تهلكة لنفسه وتغرير بها • وان زاد عدد المشركين على مثلى عدد المسلمين لم يجب على المسلمين مصابرتهم ، لأن الله تعالى لما أوجب على الواحد مصابرة الاثنين دل على أنه لا يجب عليه مصابرة ما زاد عليهما ، ولما رويناه عن ابن عباس • فان علم المسلمون أنهم اذا ثبتوا لقتالهم غلبوا الكفار أو ساووهم ولم يخشوا منهم القتل ولا الجراح ، فالمستحب لهم أن يثبتوا لقتالهم لأنهم اذا انهزموا اشتدت شوكة الكفار ، وان غلب على ظن المسلمين أنهم ان ثبتوا لقتالهم هلكوا ففيه وجهان أحدهما : يلزمهم الهرب منهم لقوله تعالى : « ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة » والثانى : لا يلزمهم الهرب للخبر أن رجلا قال : يا رسول الله أرأيت لو انغمست فى المشركين فقاتلت فقتلت الى الجنة ؟ فقال : نعم ان قاتلت وأنت مقبل غير مدبر ، فانغمس الرجل فى صف المشركين فقاتل حتى قتل » ومعلوم أن الواحد من المسلمين اذا انغمس فى صف المشركين أنه يهلك ، فدل على جوازه ، فعلى هذا يجوز لهم الفرار •

فرع وان لقى رجل من المسلمين رجلين من المشركين ــ فان طلبا القتال ــ جاز له أن يفر منهما لأنه غير متأهب للقتال ، وان طلبهما للقتال فهل له أن يفر منهما ؟ فيه وجهان أحدهما : يجوز له أن يفر منهما ، لأن فرض الجهاد فى الجماعة دون الانفراد • والثانى : لا يجوز له أن يفر منهما ، لأنه مجاهد لهما حيث ابتدأهما بالقتال •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ويكره أن يقصد قتل ذى رحم محرم « لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم منع أبا بكر رضى الله عنه من قتل ابنه » فان قاتله لم يكره ان يقصد قتله كما لا يكره اذا قصد قتله وهو مسلم ، وان سمعه يذكر الله عز

وجل أو رسوله صلى الله عليه وسلم بسوء لم يكره أن يقتله لأن أبا عبيدة بن الجراح رضى الله عنه قتل أباه وقال لرسول الله صلى الله عليه وسلم : سمعته يسبك ولم ينكره عليه .

فصـــل ولا يجوز قتل نسائهم ولا صبيانهم اذا لم يقاتلوا ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه : « أن رســول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء والصبيان » ولا يجوز قتل الخنثى المشـكل لأنه يجوز أن يكون رجلا ويجوز أن يكون امرأة ، فلم يقتل مع الشك ، وان قاتلوا جاز قتلهم ، لما روى ابن عباس رضى الله عنـه : « أن النبى صلى الله عليـه وسلم مر بامرأة مقتولة يوم حنين فقال : من قتل هذه ؟ فقال رجل : أنا يا رسول الله غنمتها فأردفتها خلفى ، فلما رأت الهزيمة فينا أهوت الى سيفى أو الى قائم سيفى لتقتلنى ، فقتلتها ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : ما بال النساء ؟ ما شأن قتل النساء ؟ » ولو حرم ذلك لأنكره النبى صلى الله عليه وسلم ولأنه اذا جاز قتلهن اذا قصدن القتل وهن مسلمات فلأن يجوز قتلهن وهن كافرات أولى .

فصـــل وأما الشيخ الذى لا قتـال فيـه ـ فان كان له رأى فى الحرب ـ جاز قتله ، لأن دريد بن الصمة كان شيخا كبيرا ، وكان له رأى ، فانه أشار على هوازن يوم حنين ألا يخرجوا معهم بالذرارى ، فخالفه مالك بن عوف فخرج بهم فهزموا فقال دريد فى ذلك :

أمرتهـم أمرى بمنعـرج اللـوى ❊ فلم يستبينوا الرشد الا ضحى الغد

وقتل ولم ينكر النبى صلى الله عليه وسلم قتله ، ولأن الرأى فى الحـرب أبلغ من القتال لأنه هو الأصل ، وعنه يصدر القتال ، ولهذا قال المتنبى :

الرأى قبل شجاعة الشجعان ❊ هـو أول وهى المحـل الثـانى
فاذا هما اجتمعا لنفس حرة ❊ بلغت مـن العليـاء كـل مـكان
ولربمـا طعن الفتى أقـرانه ❊ بالرأى قبـل تطـاعن الفرسـان

وان لم يكن له رأى ففيه وفى الراهب قولان أحدهما : أنه يقتل لقوله عز وجل : « فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم » ولأنه ذكر مكلف حربى ، فجـاز قتله بالكفر كالشاب ، والثانى : أنه لا يقتل لما روى أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه قال ليزيد بن أبى سفيان وعمرو بن العاص وشرحبيل (١) ابن حسنة

---

(١) الألف فى ابن بناء على قاعدة أنه لو كان ما بعدها أنثى ثبتت . وحسنة هى أمه كعيسى ابن مريم ، ومحمد ابن الحنفية وسفيان ابن عيينة .

لما بعثهم الى الشام : « لا تقتلوا الولدان ولا النساء ولا الشيوخ ، وستجدون أقواما حبسوا أنفسهم على الصوامع فدعوهم وما حبسوا له أنفسهم » ولأنه لا نكاية له فى المسلمين فلم يقتل بالكفر الأصلى كالمرأة .

الشرح حديث منع النبى صلى الله عليه وسلم أبا بكر تلقاه مدونو سير الصحابة بالقبول . وذكر ابن عبد البر فى الاستيعاب أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لأبى بكر حين هم بقتل ولده : « متعنا بنفسك يا أبا بكر » وقد ورد الخبر من طرق منها طريق الواقدى عند البيهقى والحاكم وعن أيوب فى مصنف ابن أبى شيبة . وأما خبر قتل أبى عبيدة لأبيه فقد أورد القرطبى عند تفسير قوله تعالى : « لا تجد قوما يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله ولو كانوا آباءهم » الآية : قال السدى : نزلت فى عبد الله بن عبد الله بن أبى جلس الى النبى صلى الله عليه وسلم فشرب النبى صلى الله عليه وسلم ماء فقال له : بالله يا رسول ما أبقيت من شرابك فضلة أسقيها أبى ، لعل الله يطهر بها قلبه ؟ فأفضل له فأتاه بها ، فقال له عبد الله : ما هذا ؟ فقال : هى فضلة من شراب النبى صلى الله عليه وسلم جئتك بها تشربها لعل الله يطهر قلبك بها ، فقال له أبوه : فهلا جئتنى ببول أمك فانه أطهر منها ، فغضب وجاء الى النبى صلى الله عليه وسلم وقال : يا رسول الله أما أذنت لى فى قتل أبى ؟ فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « بل ترفق به وتحسن اليه » وقال ابن جريج : « حدثت أن أبا قحافة سب النبى صلى الله عليه وسلم فصكه أبو بكر ابنه صكة فسقط منها على وجهه ، ثم أتى النبى صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فقال : أو فعلته ؟ لا تعد اليه . فقال : والذى بعثك بالحق نبيا لو كان السيف منى قريبا لقتلته » وقال ابن مسعود نزلت فى أبى عبيدة بن الجراح ، قتل أباه عبد الله ابن الجراح يوم أحد وقيل : يوم بدر ، وكان الجراح يتصدى لأبى عبيدة ، وأبو عبيدة يحيد عنه ، فلما أكثر قصد اليه أبو عبيدة فقتله ، فأنزل الله حين قتل أباه : « لا تجد قوما » الآية قال الواقدى : كذلك يقول أهل الشام ، ولقد سألت رجالا من بنى الحرث بن فهر فقالوا : توفى أبوه من قبل الاسلام (وأبناءهم) يعنى أبا بكر دعا ابنه عبد الله الى البراز يوم بدر فقال النبى

صلى الله عليه وسلم : « متعنا بنفسك يا أبا بكر أما تعلم أنك منى بمنزلة السمع والبصر » .

أما حديث ابن عمر فقد أخرجه الشيخان وأحمد وأصحاب السنن بلفظ : « وجدت امرأة مقتولة فى بعض مغازى النبى صلى الله عليه وسلم فنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء والصبيان » وفى معناه حديث ابن كعب ابن مالك عن عمه : « أن النبى صلى الله عليه وسلم حين بعث الى ابن أبى الحقيق بخيبر نهى عن قتل النساء والصبيان » رواه أحمد والاسماعيلى فى مستخرجه على البخارى ، وأخرجه أبو داود وابن حبان من حديث الزهرى مرسلا . وحديث ابن عباس أخرجه الطبرانى فى الكبير ورجاله ثقات ولا عبرة بمن يتعلل بالحجاج بن أرطأة فى اسناده ، اذ الحجاج محله الصدق اذا صرح بالتحديث ، وقد أخرج الحديث أبو داود فى مراسيله عن عكرمة أن النبى صلى الله عليه وسلم : « مر [1] بامرأة مقتولة » الحديث وأرسله ابن أبى شيبة عن عبد الرحمن بن يحيى الأنصارى . أما خبر دريد ابن الصمة فجملة ذلك أن هوازن حين سمعت برسول الله صلى الله عليه وسلم وما فتح الله عليه من مكة جمعها مالك بن عوف فاجتمع اليه مع هوازن ثقيف ونصر وجشم وسعد بن بكر وناس من بنى هلال وفى بنى جشم دريد ابن الصمة شيخ كبير ليس فيه شىء الا التيمن برأيه ومعرفته بالحرب ، وكان شيخا مجربا ، فلما أجمع السير الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حط مع الناس أموالهم ونساءهم وأبناءهم ، فلما نزلوا بأوطاس اجتمع اليه الناس وفيهم دريد بن الصمة فلما نزل قال : بأى واد أنتم ؟ قالوا : بأوطاس . قال : نعم مجال الخيل لا حزن ضرس ولا سهل دهس ، مالى أسمع رغاء البعير ونهاق الحمير وبكاء الصغير ويعار الشاء ؟ قالوا : ساق مالك بن عوف مع الناس أموالهم ونساءهم وأبناءهم . قال : أين مالك ؟ قيل : هذا مالك ودعى له ، فقال : يا مالك انك قد أصبحت رئيس قومك ، وان هذا يوم كائن له ، وما بعده ، ثم وجه السؤال فأجابه : سقت مع الناس أموالهم

---

(١) راجع كتابنا « خالد بن الوليد » فقد حققنا هذا الخبر وأوضحنا أن الغزوة فتح مكة ، المطيعى .

ونساءهم وأبناءهم ، قال : ولم ذاك ؟ قال أردت أن أجعل خلف كل رجل منهم أهله وماله ليقاتل عنهم قال : فانقض به وزجره ثم قال : راعى ضأن والله ، وهل يرد المنهزم شيء ؟ انها ان كانت لك لم ينفعك الا رجل بسيفه ورمحه ، وان كانت عليك فضحت فى أهلك ومالك . ثم قال : ما فعلت كعب وكلاب ؟ قالوا : لم يشهدها منهم أحد ، قال : غاب الحد والجد ، ولو كان يوم علاء ورفعة لم تغب عنه كعب ولا كلاب ، الى أن قال : يا مالك انك لم تصنع بتقديم البيضة ، بيضة هوازن الى نحور الخيل شيئا ، ارفعهم الى ممتنع بلادهم وعليا قومهم ثم الق الصباء على متون الخيل فان كانت لك لحق بك من وراءك ، وان كانت عليك ألفاك ذلك وقد آحرزت أهلك ومالك ، قال : لا والله لا أفعل ذلك ، انك قد كبرت وكبر عقلك ، والله لتطيعننى يا معشر هوازن أو لأتكئن على هذا السيف حتى يخرج من ظهرى ، وكره أن يكون لدريد فيها رأى فقالوا قد أطعناك فقال دريد : هذا يوم لم أشهده ولم يفتنى .

يا ليتنى فيها جذع ... أخب فيها وأضع

أقود وطفاء الزمع ... كأنها شاة صدع

ولما التقى الجمعان وأيد الله المؤمنين بالملائكة أدرك ربيعة ابن الدغنة — والدغنة أمه — دريد بن الصمة فأخذ جمله وهو يظنه امرأة لأنه كان فى هودج بغير سقف ، فأناخ به فاذا هو شيخ كبير ، واذا هو دريد بن الصمة ولا يعرفه الغلام ، فقال له دريد : ماذا تريد منى ؟ قال أقتلك قال : ومن أنت ؟ قال : ربيعة بن رفيع السلمى ثم ضربه بسيفه ، فلم يغن فيه شيئا ، فقال : بئس ماسلحتك أمك ، خذ سيفى هذا من مؤخر الرحل فى الشجار ، ثم اضرب به وارفع عن العظام ، واخفض عن الدماغ ، فانى كذلك كنت أضرب الرجال ثم اذا أتيت أمك فأخبرها أنك قتلت دريد بن الصمة ، وكان دريد قد وجد الدائرة تدور على قومه فقال قصيدته التى فيها :

أمرتكم أمرى بمنعرج اللوى ... فلم تستبينوا النصح الا ضحى الغد

ومنها :

فلما عصـــونى كنت منهم وقد أرى غـــوايتهم أو أننى غـــير مهتـــدى
وما أنا الا مـــن غـــزية ان غـــوت غويت وان ترشـــد غـــزية أرشـــد

أما قول المتنبى المكنى بأبى الطيب واسمه أحمـــد بن الحسين الجعفى فهو من قصيدة طويلة مدح بها سيف الدولة الحمدانى أنشـــده اياها بآمد وكان منصرفا من بلاد الروم وذلك فى شهر صفر سنة ٣٤٥ هـ وفى الديوان :

ولربمـــا طعن الفتى أقـــرانه بالرأى قبل تطـــاعن الأقران

ورواية المصنف هنا أحسن • ثم قال :

لولا العقول لكان أدنى ضيغم أدنى الى شرف من الانســـان
ولمـــا تفاضلت النفوس ودبرت أيدى الكمـــاة عوالى المـــران

وأثر أبى بكر رضى الله عنه أخرجه مالك فى الموطأ عن يحيى بن سعيد : « أن أبا بكر بعث جيوشا الى الشام فخرج يمشى مع يزيد بن أبى سفيان ، وكان يزيد أمير ربع من تلك الأرباع ، فقـــال : انى موصيك بعشر خلال : الا تقتل امرأة ولا صبيا ولا شيخا كبيرا ولا هرما ولا تقطع شجرا مثمرا ولا تخرب عامرا ، ولا تعقرن شاة ولا بعيرا الا لمأكله ، ولا تعقرن نخلا ولا تحرقه ولا تغلل ولا تجبن » •

أما الأحكام فانه اذا كان للمســـلم أب كافر فيستحب له أن يتوقى قتله لقوله تعالى : « وان جاهداك على أن تشرك بى ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما فى الدنيا معروفا » فأمره بمصاحبتهما بالمعروف عند دعائهما له الى الشرك وقتلهما ليس المصاحبة بالمعروف ، ولأن النبى صلى الله عليـــه وسلم قال لأبى بكر حين أراد أن يقتل أباه : « دعه يتولى قتله غيرك » •

ولا يجوز قتال نســـاء الكفار ولا صـــبيانهم اذا لم يقاتلوا للأحاديث

الواردة فى الفصل ، ولا يجوز قتل الخنثى المشكل اذا لم يقاتل لجواز أن تكون امرأة ، فان قتلهم قاتل لم يجب عليه الضمان لأنهم مشركون لا أمان لهم ولا ذمة ، فان قاتلوا جاز قتلهم ، لحديث المرأة التى أرادت أن تهوى بالسيف على آسرها وقتلها ، ولأنه اذا قتلهن وهن مسلمات فلأن يجوز قتلهن اذا قاتلن مشركات أولى ، وان أسر منهم مراهق وشك فيه هل هو بالغ أو غير بالغ ؟ كشف عن مؤتزره فان كان قد نبت على عانته الشعر الخشن ـ فحكمه حكم البالغ ؛ على ما يأتى ، وان كان لم ينبت فحكمه حكم الصبى .

مسألة وأما شيوخ المشركين ـ فان كان منهم قتال ـ فهم كالشباب ، يجوز قتلهم لأن دريد بن الصمة قتل يوم حنين وكان يومئذ ابن مائة عام وخمسة وخمسين عاما ، وكان له رأى فى الحرب ، وانما أحضرته هوازن ليدبر لهم أمرها ، وكان أمير هوازن مالك بن عوف على ما بينا آنفا ، وقتل ابن الدغنة دريدا ولم ينكر عليه النبى صلى الله عليه وسلم قتله ، وان لم يكن منهم قتال ولا رأى فى الحرب ففيهم وفى أصحاب الصوامع والرهبان قولان أحدهما : لا يجوز قتلهم ، وبه قال أبو حنيفة ، لحديث ابن عباس ووصية أبى بكر ليزيد بن أبى سفيان ، لأنهم ممن لا يقاتلون فلم يجز قتلهم كالنساء ، والثانى : يجوز قتلهم لقوله تعالى : « اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم » ولم يفرق ، ولأنه ذكر مكلف وهو كافر حربى فجاز قتله كما لو كان له رأى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يقتل رسولهم لما روى أبو وائل قال : « لما قتل عبد الله بن مسعود ابن النواحة قال : ان هذا وابن أثال قد كانا أتيا رسول الله صلى الله عليه وسلم رسولين لمسيلمة ، فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أتشهدان أنى رسول الله لا قالا : نشهد أن مسيلمة رسول الله ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لو كنت قاتلا رسولا لضربت أعناقكما ، فجرت سنة أن لا تقتل الرسل » .

فصل فان تترسوا بأطفالهم ونسائهم ـ فان كان فى حال التحام

الحرب ـ جاز رميهم ، ونتوقى الأطفال والنساء ، لأنا لو تركنا رميهم جعل ذلك طريقا الى تعطيل الجهاد ، وذريعة الى الظفر بالمسلمين،وان كان فى غير حال الحرب ففيه قولان أحدهما : أنه يجوز رميهم لأن ترك قتالهم يؤدى الى تعطيل الجهاد والثانى : انه لا يجوز رميهم لأنه يؤدى الى قتل أطفالهم ونسائهم من غير ضرورة ، وان تترسوا بمن معهم من أسارى المسلمين ـ فان كان ذلك فى حال التحام الحرب ـ جاز رميهم ويتوقى المسلم ، لما ذكرناه ، وان كان فى غير التحام الحرب لم يجز رميهم قولا واحدا ، والفرق بينهم وبين أطفالهم ونسائهم ان المسلم محون الدم لحرمة الدين ، فلم يجز قتله من غذ ضرورة ، والأطفال والنساء حقن دمهم لأنهم غنيمة للمسلمين ، فجاز قتلهم من غير ضرورة ، وان تترسوا باهل الذمة او بمن بيننا وبينهم أمان كان الحكم فيه كالحكم فيه اذا تترسوا بالمسلمين ، لأنه يحرم قتلهم كما يحرم قتل المسلمين .

فصل وان نصب عليهم منجنيقا أو بيتهم ليلا وفيهم نساء واطفال جاز ، لما روى على كرم الله وجهه أن النبى صلى الله عليه وسلم نصب المنجنيق على أهل الطائف ـ وان كانت لا تخلو من النساء والأطفال . وروى الصعب بن جثامة قال : « سألت النبى صلى الله عليه وسلم عن الذرارى من المشركين يبيتون فيصاب من نسائهم وذراريهم فقال : أهم منهم » ولأن الكفار لا يخلون من النساء والأطفال ، فلو تركنا رميهم لأجل النساء والاطفال بطل الجهاد ، وان كان فيهم أسارى من المسلمين نظرت ـ فان خيف منهم أنهم ان تركوا قاتلوا أو ظفروا بالمسلمين ـ جاز رميهم ، لأن حفظ من معنا من المسلمين أولى من حفظ من معهم ، وان لم يخف منهم نظرت ـ فان كان الأسرى قليلا ـ جاز رميهم ، لأن الظاهر أنه لا يصيبهم والأولى أن لا نرميهم لانه ربما اصاب المسلمين ، وان كانوا كثيرا لم يجز رميهم ، لأن الظاهر أنه يصيب المسلمين ، وذلك لا يجوز من غير ضرورة .

فصل ويجوز قتل ما يقاتلون عليه من الدواب ، لما روى أن حنظلة بن الراهب عقر بأبى سفيان فرسه فسقط عنه ، فجلس على صدره فجاء ابن شعوب فقال :

لاحمين صاحبى ونفسى * بطعنة مثل شعاع الشمس

فقتل حنظلة واستنقذ أبا سفيان ، ولم ينكر النبى صلى الله عليه وسلم فعل حنظلة ، ولأن بقتل الفرس يتوصل الى قتل الفارس .

فصل وان احتيج الى تخريب منازلهم وقطع اشجارهم ليظفروا بها جاز ذلك ، وان لم يحتج اليه نظرت ـ فان لم يغلب على الظن انها تملك

عليهم ، جاز فعله وتركه ، وان غلب على الظن أنها تملك عليهم ففيه وجهان أحدهما : لا يجوز ، لأنها تصير غنيمة فلا يجوز اتلافها ، والثانى : أن الأولى أن لا يفعل ، فان فعل جاز ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حرق نخل بنى النضير وقطع البويرة فأنزل الله عز وجل : ((ما قطعتم من لينة أو تركتموها قائمة على أصولها فباذن الله وليخزى الفاسقين)) .

الشرح خبر قتل عبد الله بن مسعود ابن النواحة فى معركة اليمامة رواه أحمد فى مسنده ، وأخرجه أبو داود والنسائى . وقال ابن اسحق : فحدثنى شيخ من أشجع عن سلمة بن نعيم بن مسعود الأشجعى عن أبيه قال : « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لهما حين قرأ كتابه ــ يعنى مسيلمة ــ فما تقولان أنتما ؟ قالا : نقول كما قال ، فقال : أما والله لولا أن الرسل لا تقتل لضربت أعناقكما » واللفظ الذى ساقه المصنف عن ابن مسعود قال الهيثمى فى مجمع الزوائد : رواه أحمد والبزار وأبو يعلى مطولا واسنادهم حسن اهـ .

أما حديث علىٍّ أن النبى صلى الله عليه وسلم نصب المنجنيق فقد أخرجه الترمذى مرسلا عن ثور بن يزيد وأخرجه أبو داود فى المراسيل من طريق مكحول ، وأخرجه الواقدى فى السيرة ولم أجده فى طريق منها موصولا عن على وحديث الصعب بن جثامة أخرجه الشيخان وأصحاب السنن وأحمد من طريق الزهرى . وخبر عقر فرس أبى سفيان رواه الشافعى وابن اسحاق . وحنظلة هو الملقب بغسيل الملائكة ، اذ سمع النداء للخروج لغزوة أحد وكان جنبا ، أسرع بالخروج فالتقى بأبى سفيان بن حرب ، فلما استعلاه حنظلة رآه شداد بن الأسود ــ وهو ابن شعوب ــ وقد علا أبا سفيان ، فضربه شداد فقتله ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان صاحبكم لتغسله الملائكة ــ يعنى حنظلة ــ فسألوا امرأته فقالت : خرج وهو جنب حين سمع الهائعة ، وقال شداد بن الأسود (وهو ابن شعوب) :

لأحمين صاحبى ونفسى ... بطعنة مثل شعاع الشمس

وقال أبو سفيان وهو يذكر معاونة ابن شعوب له على حنظلة :

ولو شئت نجتنى كميت طمرة ... ولم أحمل النعماء لابن شعوب

وقال ابن شعوب يمن على أبى سفيان :

ولولا دفاعى يا ابن حرب ومشهدى لألفيت يوم النعف غير مجيب

وقد افتخر الحيان من الأنصار فقالت الأوس : « منا غسيل الملائكة ، حنظلة بن الراهب ، ومنا من اهتز له العرش سعد ، ومنا من حمته الدبر ، عاصم بن أبى الأفلح ، ومنا من اجيزت شهادته بشهادتين خزيمة بن ثابت » وأبو حنظلة هو أبو عامر الراهب ، وكان رأس الكفر فى المدينة مع عبد الله ابن أبى الا أن عبد الله أظهر الاسلام وأبطن الكفر ، والراهب جهر بالكفر ولقبه النبى صلى الله عليه وسلم بالفاسق ، وذهب الى هرقل ومات كافرا سنة تسع أو عشر من الهجرة ، وحنظلة رضى الله عنه ولده عبد الله ولد فى الاسلام .

أما الأحكام فانه اذا تترس المشركون بأطفالهم ونسائهم — فان كان بالمسلمين حاجة الى رميهم — فان كان ذلك فى حال تمام القتال وخاف المسلمون ان لم يرموهم غلبوهم جاز للمسلمين رميهم ، ولكن يقصد بالرمى المتترس دون المتترس به ، وان كان لا يعلم أنه لا يصل الى المتترس الا بأن يقتل المتترس به جاز قتله — لأنا لو منعناه من ذلك لأدى الى تعطيل الجهاد وظفر المشركون بالمسلمين .

واختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو اسحق : يكره لهم الرمى ، لأنه فيه قتل النساء والصبيان لغير ضرورة ، ولا يحرم ذلك لأنهم لا يقصدون قتلهم ، ومن أصحابنا من قال : فيه قولان أحدهما : لا يجوز قتلهم لحديث نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء والصبيان وقد مضى بطرقه ، لأنهم لا حاجة بهم الى ذلك والثانى : يجوز رميهم لأنا لو منعنا من ذلك منعنا من الجهاد ، فأدى الى الظفر بالمسلمين ، هذا نقل الشيخ أبى حامد . وقال المسعودى : اذا لم يكن ضرورة الى رميهم فهل يكره رميهم ؟ فيه قولان ، وأما اذا تترس المشركون بمن معهم من أسارى المسلمين فهل يجوز للمسلمين رميهم نظرت — فان لم يكن بالمسلمين حاجة الى رميهم ، فان كان ذلك فى غير التحام القتال — لم يجز لهم رميهم ، لأنهم لا حاجة بهم الى

ذلك ، فان رمى مسلم اليهم فقتل مسلما وجب عليه القود والكفارة لأنه قتل مسلما من غير ضرورة ، وان دعت الحاجة الى قتالهم مثل أن يكون حال التحام القتال وخاف المسلمون ان لم يقاتلوهم غلبوهم ، جاز رميهم فيتوقون المسلمين ما أمكنهم ، ويقصدون رمى المشركين دون المسلمين ، لأن حفظ من معنا من المسلمين أولى من حفظ من معهم ، وكل موضع يجوز رميهم فرماهم مسلم وقتل المسلم الذى تترسوا به فلا يجب على الرامى القصاص لأنا قد جوزنا الرمى • قال الشافعى رضى الله عنه فى موضع عليه الكفارة وقال فى موضع : وعليه الدية والكفارة • واختلف أصحابنا فيه فقال المزنى : هى على اختلاف حالين ، فالموضع الذى قال فيه : عليه الكفارة اذا لم يعلم أنه مسلم ورماه فقتله فبان مسلما ، والموضع الذى قال فيه : عليه الكفارة والدية اذا رماه وعرف أنه مسلم ، وقال أبو اسحق : هى على اختلاف حالين ، فحيث قال : عليه الكفارة والدية ، اذا قصده بالرمى ، وحيث قال : عليه الكفارة ، اذا لم يقصده بالرمى • ومن أصحابنا من قال : فيه قولان ، أحدهما : عليه الكفارة والدية لأنه ــ أى القتيل ــ غير مفرط فى المقام بين المشركين ، والثانى : عليه الكفارة ولا دية عليه ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أنا برىء من كل مسلم مع مشرك ، قيل : ولم يا رسول الله ؟ قال : لا تراءى ناراهما » ولأن الرامى مضطر الى الرمى ، هذا ترتيب أصحابنا البغداديين ، وقال المسعودى : ان أمكن قصد المتترس وتوقى ابقاء المتترس به جاز قتالهم ، ويتقون الترس حسب جهدهم ، وان لم يمكنهم قصد المتترس الا بقل الترس لم يجز قصد الترس بحال ، سواء كانت ضرورة أو لم تكن ، فلو قصده وقتله ، فهل يجب عليه القود بيناه فى الجنايات فيمن أكرهه السلطان على القتل ظلما ــ فان قلنا : يجب هناك القود ــ فهاهنا أولى ، وان قلنا : يجب القود ، فهاهنا قولان ، والفرق أن هناك ملجأ الى القتل ، وها هنا غير ملجأ ، لأنه قد كان يمكنه أن يهرب • وان تترسوا بأهل الذمة أو بمن بيننا وبينهم أمان فحكمهم حكم المسلمين اذا تترسوا بهم فى جواز الرمى فى الدية والكفارة •

مسألة يجواز للامام أن يحاصر المشركين فى بلد أو حصن لقوله تعالى : « وخذوهم واحصروهم » ولأن النبى صلى الله عليه وسلم حاصر

أهل الطائف • وأما رميهم بالمنجنيق والحيات والعقارب وتغريقهم بالماء وتحريقهم بالنار وغير ذلك مما يعمهم فى القتل والهجم عليهم ليلا ــ فان لم يكن معهم أسارى من المسلمين جاز له ذلك وان كان فيهم نساء وأطفال ، وروى ابن عباس أن الصعب بن جثامة سأل النبى صلى الله عليه وسلم عن المشركين يبيتون وفيهم النساء والصبيان فقال : « انهم منهم » وان كان فيهم أسارى من المسلمين فهل يجوز رميهم بهذه الأشياء ؟ ينظر فى ذلك ــ فان كان الامام مضطرا الى ذلك ، مثل أن يخشى ان لم يرمهم غلبوا المسلمين ــ جاز رميهم ، لأن استبقاء من معنا من المسلمين أولى من استبقاء من معهم ، وان لم يكن مضطرا الى ذلك ــ فان كان المسلمون الذين معهم قليلا كالواحد والثلاثة والجماعة الذين يقل عددهم فيما بينهم ــ جاز رميهم ، لأنه ليس الغالب أن الحجر يصيب المسلمين • هــذا نقل أصحابنا البغداديين • وقال المسعودى : اذا لم يكن فيهم أســارى من المسلمين ــ فان دعت الى ذلك ضرورة ، أو كان الفتح لا يحصل الا بذلك ــ جاز رميهم من غير كراهة والا كره ولم يحرم ، وان كان فيهم أسرى من المســلمين ــ فان دعت الى ذلك ضرورة ، أو كان الفتح لا يحصل الا بذلك ــ جاز رميهم بالمنجنيق والنار ، وان لم يكن هناك ضرورة ويحصل الظفر بغير ذلك ، فهل يجوز رميهم ؟ فيه قولان أحدهما : لا يجوز لأنه يخشى قتــل المسلمين ولا ضرورة الى ذلك ، والثانى : يجوز لأن اصابة المسلمين متوهمة ، بهذا كله قال أحمــد ، وقال الليث : ترك حصن نقــدر على فتحه خير من قتــل مسلم بغير حق • وقال الأوزاعى : كيف يرمون من لا يرونه ، انما يرمون أطفال المسلمين •

مســألة ويجوز قتل ما يقاتل عليه الكفار من الدواب لما روى أن حنظلة بن الراهب عقر دابة أبى سفيان بن حرب فسقط عنها فقعد عليــه حنظلة ليذبحه فرآه ابن شعوب واستنقذ أبا سفيان • ولم ينكر النبى صلى الله عليه وسلم ذلك ، وأما قطع أشجار المشركين وتحريقها وتخريب منازلهم فينظر فيه ــ فان دخل الامام بلاد المشركين فقهرهم عليها وأخرجهم منها لم يجز قطع أشجارهم وتخريب منازلهم ، لأنها صارت غنيمة للمسلمين ، وهكذا ان دخلها صلحا على أن يكون الدار لهم أو لنــا فلم يجز له قمع أشجارهم

وتخريب منازلهم ، وأما ان دخلها غارة ولا يريد أن يقر فيها فاختلف الشيخان فقال الشيخ أبو حامد : يجوز قطع أشجارهم وتحريقها وتخريبها لقوله تعالى : « ما قطعتم من لينة أو تركتموها قائمة على أصولها فباذن الله » الآية . ولقوله تعالى : « يخربون بيوتهم بأيديهم وأيدى المؤمنين » وقد حرق النبى صلى الله عليه وسلم نخل بنى النضير وحرق الشجر بخيبر والطائف ، وهى آخر غزاة له . وقال الشيخ أبو اسحق هنا فى المهذب : ان احتيج الى ذلك ليظفروا بهم جاز ذلك ، وان لم يحتج اليه ـ فان لم يغلب على الظن أنها تملك ـ جاز فعله وتركه ، وان غلب على الظن أنها تملك ففيه وجهان أحدهما : لا يجوز لأنها تصير غنيمة والثانى : أن الأولى أن لا يفعل ، فان فعل جاز لما مضى .

فرع وان غنم المسلمون شيئا من أموال الكفار نظرت ـ فان لم يخش عودها الى الكفار لم يجز للامام اتلافها ، لأنها صارت غنيمة للمسلمين ، فان خشى عودها اليهم مثل أن يخاف من كرتهم على المسلمين وغلبتهم لهم ـ فان كان غير الحيوان جاز للامام اتلافها ، لأنه لا يؤمن أن يأخذها الكفار ويغيروا على المسلمين ، فان كان حيوانا لم يجز قتله أو عقره ، وبه قال الأوزاعى ، وقال أبو حنيفة : يجوز دليلنا ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل الحيوان صبرا ، وهذا قتل الحيوان صبر وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من قتل عصفورا بغير حقه حوسب عليه ، قيل : وما حقه ؟ قال : يذبحه ليأكله ولا يرمى برأسه» ولأن كل حيوان اذا لم يخش عليه كر المشركين لم يجب قتله . وان كان الذى أصابه المسلمون خيلا فهل يجوز للمسلمين اتلافه اذا خافوا كرة المشركين عليهم ؟ اختلف الشيخان فيه فقال الشيخ أبو حامد . لا يجوز اتلافها لما ذكرناه . وقال الشيخ أبو اسحق الشيرازى هنا : اذا لم يكن للكفار خيل وخيف ان يأخذوا ما غنم منهم من الخيل ويقاتلوا عليها جاز قتلها لأنها اذا لم تقتل أخذها الكفار وقاتلوا عليها المسلمين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ويجوز للمسلم أن يؤمن من الكفار آحادا لا يتعطل بأمانهم الجهاد فى ناحية ، كالواحد والعشرة والمائة وأهل القلعة ، لما روى عن على كرم الله وجهه انه قال : ((ما عندى شىء الا كتاب الله عز وجل وهذه الصحيفة عن النبى صلى الله عليه وسلم أن ذمة المسلمين واحدة ، فمن أخفر مسلما فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين)) ويجوز للمرأة من ذلك ما يجوز للرجل لما روى ابن عباس رضى الله عنه عن أم هانىء رضى الله عنها : ((أنها قالت : يا رسول الله يزعم ابن أمى انه قاتل من أجرت ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أجرت من أجرت يا أم هانىء)) ويجوز ذلك للعبد لما روى عبد الله بن عمرو : ((أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : يجير على المسلمين أدناهم)) وروى فضل بن يزيد الرقاشى قال : ((جهز عمر بن الخطاب رضى الله عنه جيشا كنت فيه فحصرنا قرية من قرى رام هرمز فكتب عبد منا أمانا فى صحيفة وشدها مع سهم ورمى به اليهم ، فاخذوها وخرجوا بأمانه ، فكتب بذلك الى عمر رضى الله عنه فقال : العبد المسلم رجل من المسلمين ذمته ذمتهم)) ولا يصح ذلك من صبى ولا مجنون ولا مكره ، لانه عقد فلم يصح منهم كسائر العقود ، فان دخل مشرك على أمان واحد منهم ـ فان عرف أن أمانه لا يصح ـ حل قتله لانه حربى ، ولا أمان له ، وان لم يعرف أن أمانه لا يصح فلا يحل قتله الى أن يرجع الى مأمنه لانه دخل على أمان . ويصح الأمان بالقول وهو أن يقول : أمنتك أو أجرتك أو أنت آمن أو مجار أو لا بأس عليك أو لا خوف عليك أو لا تخف أو مترس بالفارسية ، وما أشبه ذلك ، لان النبى صلى الله عليه وسلم قال يوم فتح مكة : ((من دخل دار أبى سفيان فهو آمن)) وقال لام هانىء : ((قد أجرت من أجرت)) وقال أنس لعمر رضى الله عنه فى قصة هرمزان : ليس لك الى قتله من سبيل ، قلت له تكلم لا بأس عليك فأمسك عمر . وروى زرعن عبد الله أنه قال : ان الله يعلم كل لسان ، فمن أتى منكم أعجميا وقال : مترس فقد أمنه . ويصح الأمان لما روى أبو سلمة قال : قال عمر رضى الله عنه : ((والذى نفس عمر بيده لو ان أحدكم أشار باصبعه الى مشرك ثم نزل اليه على ذلك وقتله لقتلته)) فان أشار اليه بالأمان ثم قال : لم أرد الأمان قبل قوله ، لانه أعرف بما أراده ، ويعرف المشرك انه لا أمان له ولا يتعرض له الى أن يرجع الى مأمنه ، لانه دخل على أنه آمن ، وان أمن مشركا فرد الأمان لم يصح الأمان ، لانه ايجاب حق لغيره بعقد فلم يصح مع الرد كالايجاب فى البيع والهبة . وان أمن أسيرا لم يصح الأمان لانه يبطل ما ثبت للامام فيه من الخيار بين القتل والاسترقاق والمن والفداء ، وان قال : كنت أمنته قبل الأسر ، لم يقبل قوله ، لانه لا يملك عقد الأمان فى هذه الحال فلم يقبل اقراره به .

الشرح حديث على أخرجه مسلم بهذا اللفظ الذى ساقه المصنف ورواه البخارى بأطول من هذا ، وأخرجه البخارى من حديث أنس ، وأخرجه أحمد بلفظ : « ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم » وحديث أم هانىء أخرجه الشيخان وأحمد ولفظهم : « قالت : ذهبت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح فوجدته يغتسل وفاطمة تستره بثوب فسلمت عليه فقال : من هذه ؟ فقلت : أنا أم هانىء بنت أبى طالب فقال : مرحبا يا أم هانىء ، فلما فرغ من غسله قام يصلى ثمانى ركعات ملتحفا فى ثوب واحد ، فلما انصرف قلت : يا رسول الله زعم ابن أمى على بن أبى طالب أنك قاتل رجلا قد أجرته ، فلان بن هبيرة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : قد أجرنا من أجرت يا أم هانىء قالت : وذلك ضحى » وفى لفظ لأحمد قالت : « لما كان يوم الفتح أجرت رجلين من أحمائى ، فأدخلتهما بيتا وأغلقت عليهما بابا فجاء ابن أمى على فتفلت عليهما بالسيف » . أما حديث عبد الله بن عمر فقد أخرجه أبو داود فى الجهاد عن قتيبة وابن ماجه فى الديات عن هشام بن عمار ، وأخرجه أبو داود والنسائى وأحمد من حديث على بلفظ : « ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم » ورواه ابن ماجه من حديث معقل بن يسار مختصرا . أما حديث : « من دخل دار أبى سفيان فهو آمن » من حديث طويل عند مسلم وأحمد وبعضه فى البخارى وفيه : « فجاء أبو سفيان فقال : يا رسول الله أبيدت خضراء قريش ، لا قريش بعد اليوم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أغلق بابه فهو آمن ، ومن دخل دار أبى سفيان فهو آمن فأغلق الناس أبوابهم » الحديث .

أما الآثار فقول عمر فى فتح رامهرمز ففى مغازى الواقدى ومسند سعيد ابن منصور ، وأما رد أنس على عمر حكمه بقتل الهرمزان فقد رواه أيضا سعيد بن منصور وغيره بلفظ : « قال عمر للهرمزان : تكلم ولا بأس عليك ، فلما تكلم أمر عمر بقتله ، فقال أنس بن مالك ليس لك الى ذلك سبيل ، قد أمنته ، فقال عمر : كلا ، فقال الزبير : قد قلت له : تكلم ولا بأس عليك ، فدرأ عمر عنه القتل » هكذا نقله ابن قدامة فى المغنى ورواه الشافعى والبيهقى ، ورواه البخارى معلقا . وأثر ابن عمر ذكره البخارى معلقا عن عمر والبيهقى من كلام عمر .

اما اللغات فقوله : (رامهرمز) بفتح الميم وضم الهاء واسكان الراء ثم ضم الميم الثانية مدينة بنواحى خوزستان كما فى معجم البلدان لياقوت • فى سير أعلام النبلاء للذهبى : أبو اسماعيل الترمذى واسحق بن ابراهيم بن جميل وغيرهما قالوا : أنبأ عبد الله بن أبى زياد العطوانى ثنا سيار بن حاتم ، ثنا موسى بن سعيد الراسبى ثنا بن أبو معاذ عن أبى سلمة ابن عبد الرحمن عن سلمان الفارسى قال : كنت ممن ولد برامهرمز وبها نشأت وأما أبى فمن أصبهان الى آخر كلامه عن سبب اسلامه • قوله : (مترس) كلمة فارسية بفتح الميم والتاء واسكان الراء معناها لا تخف وهو الأمر فى حالة النهى من « ترسون » الفارسية •

اما الأحكام فانه يجوز عقد الأمان للمشركين لقوله تعالى : « وان أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه » قال الشافعى رحمه الله : يعنى بعد مضى مدة الأمان يبلغ الى مأمنه ، واذا عقد الأمان لمشرك حقن بذلك دمه وماله كما يحقن ذلك بالاسلام •

اذا ثبت هذا فان كان الذى يعقد الأمان هو الامام جاز أن يعقد الأمان لآحاد المشركين ولجماعاتهم ولأهل اقليم أو صقع أو طائفة تجمعهم قومية مشتركة أو ديانة مشتركة كالبوذية والبرهمية ونحوهما ، ويجوز للأمير من قبل الامام أن يعقد الأمان لآحاد المشركين ولأهل صقع يلى ولايته ، ولا يجوز أن يعقد لأهل صقع لا يلى ولايته ، وان كان الذى يعقد الأمان واحدا من الرعية لم يجز أن يعقد الأمان لجماعات المشركين ، ولا لأهل صقع ، لأنا لو جوزنا ذلك لغير الامام والأمير الذى من قبله لأدى ذلك الى تعطيل الجهاد ، ويجوز أن يعقد الأمان لآحاد المشركين الذين لا يتعطل الجهاد بعقد الأمان لهم كالواحد والعشرة والمائة وأهل قلعة ، لما روى عبد الله بن مسلمة أن رجلا أجار رجلا من المشركين فقال عمرو بن العاص وخالد بن الوليد : لا يجير ذلك فقال أبو عبيدة : ليس لكما ذلك ، سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « يجير على المسلمين بعضهم » فأجاروه ، ولحديث على فى الفصل ، كما يصح عقد الأمان من المرأة لحديث أم هانىء فى

الفصل ، وقد أجارت زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا العاص ابن الربيع لما وقع فى الأسر وكانت زوجة له فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « لو خليتم لها زوجها » فخلى • وعلى هذا يصح أمان الخنثى لأنه لا يخلو أن يكون رجلا أو امرأة وأمانهما يصح •

فـــرع ويصح عقد الأمان للكافر سواء كان فى دار الحرب أو فى حال القتال أو فى حال الهزيمة ، لأنه لا يد عليه للمسلمين • وان أقر مسلم أنه أمن أهل الشرك قبل اقراره ، ولأنه يملك عقد الأمان فملك الاقرار به •

فـــرع وان وقع كافر فى الأسر فأمنه رجل من الرعية لم يصح أمانه ، وقال الأوزاعى : يصح • دليلنا أن صحة الأمان فيـــه تبطل ما ثبت للامام فيه من القتل والاسترقاق والمن والفـــداء ، وان وقع فى الأسر وقال رجل من الرعية : قد كنت أمنته قبل ذلك ، لم يصح اقراره فيه • وان شهد بذلك شاهدان قبلت شهادتهما ، قال الشيخ أبو حامد : وان قال جماعة : نشهد أنا قد أمناه قبل الأسر ، لم يقبل قولهم ، لأنهم يشهدون على فعـــل أنفسهم •

فـــرع اذا قال رجل من المسلمين لرجل من المشركين قد أجرتك أو أمنتك ، أو أنت مجار ، أو آمن ، صح لما ذكرناه من حديث أم هانىء ، ولأن هذا صريح فى الأمان • وان قال : لا تفزع أو لا تخف أو لا بأس عليك أو قال بالعجميـــة (مترس) أو قال بالانجليزية Security Safety أو قال بالفرنســـية S'curité Amam - Protection فهـــو أمان لخبر الهرمزان حين حمله أبو موسى الأشعرى الى عمر وأمره عمر أن يتكلم فقال له : تكلم لا بأس عليك (مترس) فتكلم الهرمزان بما يدل على شدة عداوته للاسلام ثم أراد عمر أن يقتله فحاجه أنس بن مالك وعبد الرحمن بن عوف وقد مضى • فان قيل : هو أسير فكيف يصح عقد الأمان له ؟ فالجواب أن عمر (رضى الله عنه) هو الامام يومئذ ، والامام يصح منه الأمان للأسير ، وروى عن ابن مسعود أنه قال : ان الله يعلم كل لسان فمن أتى منكم أعجميا فقال له : مترس فقد أمنه وان قال : من أكفأ سلاحه أو دخل داره فهو آمن

ففعل رجل ذلك صار آمنا ، لأن ذلك كان نداء النبى صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة ، ويصح الأمان بالاشارة التى يفهم منها الأمان لما روى أن عمر رضى الله عنه قال : « والذى نفسى بيده لو أن أحدكم أشار بأصبعه الى مشرك ثم نزل اليه على ذلك ثم قتله لقتلته » فان أشار الى مشرك بشىء فنزل المشرك اليه ظنا منه أنه أشار اليه بالأمان ـ فان اعترف المسلم أنه أراد بالاشارة اليه الأمان له ـ كان آمنا ، وان قال : لم أرد الأمان قبل قوله لأنه أعلم بما أراد ، ويعرف المشرك أنه لا أمان له فلا يحل قتله حتى يرجع الى مأمنه لأنه دخل على شبهة أمان ، وان أمن مشركا فرو الأمان لم يصح الأمان ، لأنه ايجاب حق لغيره فلم يصح مع الرد كالايجاب فى البيع والهبة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان أسر امرأة حرة او صبيا حرا رق بالأسر ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قسم سبى بنى المصطلق واصطفى صفية من سبى خيبر ، وقسم سبى هوزان ، ثم استنزلته هوازن فنزل ، واستنزل الناس فنزلوا » وان أسر حر بالغ من أهل القتال فللامام أن يختار ما يرى من القتل والاسترقاق والمن والفداء ، فان رأى القتل قتل لقوله عز وجل : « فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم » ولأن النبى صلى الله عليه وسلم « قتل يوم بدر ثلاثة من المشركين من قريش : مطعم بن عدى ، والنضر بن الحارث ، وعقبة بن أبى معيط « وقتل يوم أحد « أبا عزة الجمحى ، وقتل يوم الفتح ابن خطل » وان رأى المن عليه جاز لقوله عز وجل : « فاما منا بعدو واما فداء » ولأن النبى صلى الله عليه وسلم من على أبى عزة الجمحى ، ومن على ثمامة الحنفى ، ومن على أبى العاص بن الربيع . وان رأى أن يفادى بمال أو بمن أسر من المسلمين فادى به لقوله عز وجل : « فامامنا بعد واما فداء » وروى عمران بن الحصين رضى الله عنه : « ان النبى صلى الله عليه وسلم فادى أسيرا من عقيل برجلين من أصحاب أسرتهما ثقيف » وان رأى أن يسترق ـ فان كان من غير العرب نظرت ـ فان كان ممن له كتاب أو شبه كتاب ـ استرقه لما روى عن ابن عباس (أنه قال فى قوله عز وجل : « ما كان لنبى أن يكون له أسرى حتى يثخن فى الأرض » وذلك يوم بدر والمسلمون يومئذ قليل فلما كثروا واشتد سلطانهم أمر الله عز وجل فى الأسارى فامامنا بعد واما فداء فجعل الله سبحانه وتعالى للنبى صلى الله عليه وسلم والمؤمنين فى أمر الأسارى الخيار ، ان شاءوا قتلوا وان شاءوا استعبدوهم ، وان شاءوا فادوهم . فان كان من عبدة الأوثان ففيه وجهان

احدهما وهو قول ابى سعيد الاصطخرى : أنه لا يجوز استرقاقه لأنه لا يجوز اقراره على الكفر بالجزية ، فلم يجز الاسترقاق كالمرتد . والثانى أنه يجوز لما رويناه عن ابن عباس ، ولأن من جاز المن عليه فى الأسر جاز استرقاقه كاهل الكتاب ، وان كان من العرب ففيه قولان قال فى الجديد : يجوز استرقاقه لما روى معاذ رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال يوم حنين : « لو كان الاسترقاق ثابتا على العرب لكان اليوم وانما هو أسر وفداء » فان تزوج عربى بامة فاتت منه بولد فعلى القول الجديد : الولد مملوك ، وعلى القديم : الولد حر ولا ولاء عليه لأنه حر من الأصل .

فصـــل ولا يختار الامام فى الأسير من القتل والاسترقاق والمن والفداء الا ما فيه الحظ للاسلام والمسلمين ، لأنه ينظر لهما فلا يفعل الا ما فيه الحظ لهما ، فلن بذل الأسير الجزية وطلب أن تعقد له الذمة ففيه وجهان احدهما : أنه يجب قبولها كما يجب اذا بذل وهو غير الأسر ، وهو ممن يجوز أن تعقد لمثله الذمة ، والثانى : انه لا يجب لأنه يسقط بذلك ما ثبت من اختيار القتل والاسترقاق والمن والفداء ، وان قتله مسلم قبل أن يختار الامام ما يراه عزر القاتل لافتياته على الامام ولا ضمان عليه لأنه حربى لا أمان له ، وان اسلم حقن دمه لقوله صلى الله عليه وسلم : « امرت أن اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله ، فاذا قالوها عصموا منى دماءهم واموالهم الا بحقها » وهل يرق بالاسلام ؟ او يبقى الخيار فيه بين الاسترقاق والمن والفداء ؟ فيه قولان احدهما : انه لا يرق بل يبقى الخيار فى الباقى لما روى عمران بن الحصين رضى الله عنه : « أن الأسير العقيلى قال : يا محمد انى مسلم ثم فاداه برجلين » ولأن ما ثبت الخيار فيه بين أشياء اذا سقط أحدها لم يسقط الخيار فى الباقى ككفارة اليمين اذا عجز فيها عن العتق ، فعلى هذا اذا اختار الفداء لم يجز أن يفادى به الا أن يكون له عشيرة يأمن معهم على دينه ونفسه ، وان أسر شيخ لا قتال فيه ولا رأى له فى الحرب ــ فان قلنا : انه يجوز قتله ، فهو كغيره فى الخيار بين القتل ، والاسترقاق ، والمن ، والفداء ، وان قلنا : لا يجوز قتله فهو كغيره اذا أسلم فى الأسر وقد بيناه .

الشرح قوله تعالى : « فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم » وقوله تعالى : « فاما منا بعد واما فداء » سيأتى الكلام عليهما بعد قليل . أما قسم النبى صلى الله عليه وسلم سبى بنى المصطلق فقد أخرجه الشيخان من حديث ابن عمر ، ورواه أحمد عن عائشة رضى الله عنها قالت : « لما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم سبايا بنى المصطلق وقعت جويرية بنت الحارث فى السبى لثابت بن قيس بن شماس أو لابن عم له فكاتبته عن

نفسها ، وكانت امرأة حلوة ملاحة ، فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله صلى الله عليه وسلم انى جويرية بنت الحارث أبى ضرار سيد قومه وقد أصابنى من البلاء ما لم يخف عليك ، فجئتك أستعينك على كتابتى ، قال : فهل لك فى خير من ذلك ؟ قالت : وما هو يا رسول الله ؟ قال : أقضى كتابتك وأتزوجك ، قالت : نعم يا رسول الله قال : قد فعلت قالت : وخرج الخبر الى الناس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج جويرية بنت الحارث ، فقال الناس : أصهار رسول الله صلى الله عليه وسلم فأرسلوا ما بأيديهم ، قالت : فلقد أعتق بتزويجه اياها مائة أهل بيت من بنى المصطلق ، فما أعلم أن امرأة أعظم بركة على قومها منها » وبهذا أخرجه أبو داود والبيهقى والحاكم ، وقد مضى خبر الغارة عليهم وهم غارون ، واصطفاء صفية من سبى خيبر مضى فى كتاب النكاح من باب الصداق حيث جعل صداقها عتقها • أما قسم بنى هوازن وما تبعه من استنزالهم اياه ففى البخارى من كتاب السير والجهاد : باب ومن الدليل على أن الخمس لنوائب المسلمين ما سأل هوازن النبى صلى الله عليه وسلم برضاعه فيهم فتحلل من المسلمين ، وما كان النبى صلى الله عليه وسلم يعد الناس أن يعطيهم من الفىء والأنفال من الخمس وما أعطى الأنصار وما أعطى جابر بن عبد الله تمر خيبر ، حدثنا سعيد بن عفير قال : حدثنى الليث قال : حدثنى عقيل عن ابن شهاب قال : وزعم عروة أن مروان بن الحكم ومسور بن مخرمة أخبراه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال حين جاءه وفد هوازن مسلمين ، فسألوه أن يرد اليهم أموالهم وسبيهم فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : أحب الحديث الىّ أصدقه فاختاروا احدى الطائفتين ، اما السبى واما المال ، وقد كنت استأنيت بهم ــ وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم انتظر آخرهم بضع عشرة ليلة حين قفل من الطائف ، فلما تبين لهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم غير راد اليهم الا احدى الطائفتين ، قالوا : فانا نختار سبينا ــ فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فى المسلمين فأثنى على الله بما هو أهله ثم قال : أما بعد ، فان اخوانكم هؤلاء قد جاءوا تائبين ، وانى قد رأيت أن أرد اليهم سبيهم ، من أحب أن يطيب فليفعل ، ومن أحب منكم أن يكون على حظه حتى نعطيه اياه من أول ما يفىء الله علينا فليفعل ، فقال

الناس : قد طيبنا ذلك يا رسول الله لهم . فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : انا لا ندرى من أذن منكم فى ذلك ممن لم يأذن ، فارجعوا حتى يرفع الينا عرفاؤكم أمركم . فرجع الناس فكلمهم عرفاؤهم ثم رجعوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبروه انهم قد طيبوا فأذنوا ، فهذا الذى بلغنا عن بنى هوازن » وقد أخرجه أحمد وأبو داود باسناده عن ابن شهاب قال : وذكر عروة بن الزبير أن مروان والمسور بن مخرمة أخبراه ــ الحديث . وخبر قتل النبى صلى الله عليه وسلم يوم بدر ثلاثة الخ . الذى ثبت عند العلماء أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بقتل عقبة بن أبى معيط صبرا والنضر بن الحارث كذلك ، وهذا ثابت فى سير أعلام النبلاء للحافظ الذهبى وفى تفسير القرطبى عند قوله تعالى : « فاما منًّا بعد واما فداء » وما المطعم ابن عدى ــ وهو الذى كان يريد أن يخطب عائشة أم المؤمنين لولد له قبل أن يخطبها النبى صلى الله عليه وسلم فانه لم يقتل صبرا فى بدر ، وقد ثبت فى صحيح البخارى وسنن أبى داود وغيرهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى أسارى بدر : « لو كان المطعم بن عدى حيا ثم كلمنى فى هؤلاء النتنى لتركهم له » وهذا دليل على موته قبل غزوة بدر ، ولعله طعمة بن عدى ــ وان كان طعمة متفقا على قتله فى بدر ومختلفا فى ذلك صبرا ــ هكذا أفاده الحافظ ابن حجر فى التلخيص ، وفى وصف قتل حمزة عم النبى صلى الله عليه وسلم يقول وحشى : كنت عبدا لجبير بن مطعم ، وكان عمه طعمة بن عدى قتل يوم بدر فقال لى : ان قتلت حمزة فأنت حر الخ القصة . أما قتل أبى عزة الجمحى ففى سيرة ابن هشام وسنن البيهقى ، وخلاصة ذلك أن النبى صلى الله عليه وسلم كان قد من عليه فى بدر ، وعاهده أن لا يقاتله فنقض العهد وحضر فى صف المشركين يوم أحد فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : « أين ما أعطيتنى من العهد والميثاق ؟ والله لا تمسح عارضيك بمكة وتقول : سخرت بمحمد مرتين » قال شعبة : فقال النبى صلى الله عليه وسلم . « أن المؤمن لا يلدغ من جحر مرتين » . أما قتل عبد الله بن خطل فقد مضى فى كتاب الزكاة للامام النووى نفعنا الله تعالى به ، اذ أن عبد الله بن خطل هذا كان مسلما فبعثه النبى صلى الله عليه وسلم مصدقا ، وبعث معه رجلا من الأنصار ، وكان معه مولى يخدمه فنزل منزلا وأمر المولى أن يذبح له

تيسا فيصنع منه طعاما فنام فاستيقظ ولم يصنع له شيئا فعدا عليه فقتله ثم ارتد مشركا وكان له قينتان تغنيان بهجاء النبى صلى الله عليه وسلم فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتلهما معه . وأما منه صلى الله عليه وسلم على ثمامة بن أثال هنا فقد أخرج البخارى ومسلم وأحمد عن أبى هريرة قال : « بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم خيلا قبل نجد فجاءت برجل من بنى حنيفة يقال له : ثمامة بن أثال سيد أهل اليمامة ، فربطوه بسارية من سوارى المسجد ، فخرج اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى كان الغد ، فقال : ما عندك يا ثمامة ؟ قال : عندى ما قلت لك ان تنعم تنعم على شاكر ، وان تقتل تقتل ذا دم ، وان كنت تريد المال فسل تعط منه ما شئت ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أطلقوا ثمامة ، فانطلق الى نخل قريب من المسجد فاغتسل ثم دخل المسجد فقال : أشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله ، يا محمد والله ما كان على الأرض أبغض الى من وجهك ، فقد أصبح وجهك أحب الوجوه كلها الى والله ما كان من دين أبغض الى من دينك فأصبح دينك أحب الدين كله الى ، والله ما كان من بلد أبغض الى من بلدك فأصبح بلدك أحب البلاد كلها الى وان خيلك أخذتنى وأنا أريد العمرة فماذا ترى ؟ فبشره رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمره أن يعتمر ، فلما قدم مكة قال له قائل : صبوت ، فقال : لا ولكنى أسلمت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا والله لا تأتيكم من اليمامة حبة حنطة حتى يأذن فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم » وأما أبو العاص بن الربيع فهو زوج ابنته صلى الله عليه وسلم ففى سنن أبى داود ومسند أحمد عن عائشة (رضى الله عنها) قالت : لما بعث أهل مكة فى فداء أسراهم بعثت زينب فى فداء أبى العاص بمال وبعثت فيه بقلادة كانت لها عند خديجة أدخلتها بها على أبى العاص قالت : فلما رآها رسول الله صلى الله عليه وسلم رق لها رقة شديدة فقال : ان رأيتم ان تطلقوا لها أسيرها وتردوا لها الذى لها قالوا : نعم » وقد أسلم أبو العاص عام الحديبية . أما حديث عمران بن الحصين فقد أخرجه مسلم مطولا وأخرجه ابن حبان مختصرا والترمذى وصححه وليس فيه : (من بنى عقيل) ورواه أحمد فى مسنده ولفظه عندهم : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فدى رجلين من المسلمين برجل من المشركين من بنى

عقيل » وخبر ابن عباس قال الشوكانى فى نيل الأوطار : أخرجه البيهقى من حديث ابن عباس وفى اسناده على ابن أبى طلحة عن ابن عباس وهو لم يسمع منه لكنه انما أخذ التفسير عن ثقات أصحابه كمجاهد وغيره ، وقد اعتمده البخارى وأبو حاتم وغيرهما فى التفسير ا هـ . وقال الذهبى فى الميزان : على بن أبى طلحة عن مجاهد وأبى الوداك وراشد بن سعد واخذ تفسير ابن عباس عن مجاهد فلم يذكر مجاهدا ، بل أرسله عن ابن عباس ، قال أحمد بن عيسى فى تاريخ حمص : اسم أبيه سالم بن مخارق فأعتقه العباس ا هـ .

وأما حديث معاذ بن جبل « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال يوم حنين » . قال الشوكانى فى النيل : أخرجه الشافعى والبيهقى وفى اسناده الواقدى وهو ضعيف جدا ورواه الطبرانى من طريق أخرى فيها يزيد بن عياض وهو أشد ضعفا من الواقدى ومثل هذا لا تقوم به حجة ا هـ .

اما الأحكام فانه اذا أسر صبى أو امرأة رقا بالأسر ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن قتلهم وقسم سبى بنى المصطلق واصطفى صفية من سبى خيبر ، وان أسر حر بالغ من أهل القتال ـ فاختلف الناس فيه على أربعة مذاهب فمذهبنا أن الامام فيه بالخيار بين القتل والمن والفداء والاسترقاق ، ولسنا نريد بالخيار أنه يفعل ما شاء ، وانما نريد بالخيار أنه يفعل ما فيه مصلحة المسلمين فى ذلك ، مثل أن يكون الأسير فيه بطش وقوة يستفيد منه المشركون ، أو يكون عالما فى المواد المهلكة ولا يريد أن يقتنع بالحق ، ويخشى أن يصنع ما يهلك به المسلمين أو يخشى من مكره ان استرقه ، فالمصلحة فى قتله ، وان كان ضعيفا أو تافها أو كان ذا مال فالمصلحة أن يفادى ، وان كان ذا صنعة أو كان ماهرا فى العلوم الحربية أو حاذقا فى تركيب المواد المؤثرة فى هزيمة العدو ويمكن افادة المسلمين منه مع عدم الخوف من مكره ، فالمصلحة أن يسترق ، وان كان ضعيفا لا يخشى منه وله شعبية أو أثر بارز فى بلده ورأى الامام المن عليه تأليفا لقلبه ، وكفا لدعاية قومه ضد المسلمين ، فالمصلحة أن يمن عليه ، ليسلم قومه ، وبه قال الأوزاعى والثورى وأحمد ، وقال أبو حنيفة : هو بالخيار بين القتل والاسترقاق ،

ولا يجوز المن ولا الفداء ، وقال مالك : هو بالخيار بين ثلاثة أشياء بين القتل والاسترقاق والفداء بالنفس ، وأما الفداء بالمال أو المن فلا يجوز ، وقال أبو يوسف ومحمد : هو بالخيار بين ثلاثة أشياء بين القتل والاسترقاق والفداء بالنفس والمال ، وأما المن فلا يجوز ، والدليل على أنه يقتل قوله تعالى : « فاذا انسلخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم » وقوله تعالى : « واقتلوهم حيث ثقفتموهم » ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قتل عقبة بن أبى معيط والنضر بن الحارث وابن خطل وهو متعلق بأستار الكعبة ، وروى أن أبا عزة الجمحى وقع فى الأسر يوم بدر فقال : يا محمد انى ذو عيلة فمن على فمن عليه النبى صلى الله عليه وسلم وخلاه على ألا يعود الى قتاله ، فلما رجع الى مكة قال : سخرت بمحمد وعاد الى القتال يوم أحد فوقع فى الأسر فقال : يا محمد انى ذو عيلة ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم لا يلدغ المؤمن من جحر مرتين الخ الحديث وقتله بيده ، والدليل على جواز المن قوله تعالى : « فاذا لقيتم الذين كفروا فضرب الرقاب حتى اذا أثخنتموهم فشدوا الوثاق فاما منا بعد واما فداء حتى تضع الحرب أوزارها » وأمر بقتل الكفار وأسرهم ، وبين حكم الأسير وأن له المن عليه والفداء ، وجعل الغاية حتى تضع الحرب أوزارها ، قال أهل التفسير حتى لا يبقى على وجه الأرض ملة غير ملة الاسلام ، وهو أن ينزل عيسى ابن مريم عليه السلام ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم من على أبى عزة الجمحى ، وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال يوم بدر : « لو كان مطعم بن عدى حيا فكلمنى فى أمر هؤلاء النتنى يعنى أسرى بدر — لأطلقتهم » فدل على جواز ذلك ، ما حكاه أبو هريرة رضى الله عنه من أن النبى صلى الله عليه وسلم وجه سرية فأتت بثمامة بن أثال الى آخر ما مضى بك آنفا من اطلاق سراحه واسلامه . وأما الدليل على جواز الفداء بالمال ما روى مسلم وأحمد والنسائى من حديث ابن عباس رضى الله عنه قال : « لما أسروا الأسارى يعنى يوم بدر — قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لأبى بكر وعمر ما ترون فى هؤلاء الأسارى ؟ فقال أبو بكر : يا رسول الله هم بنو العم والعشيرة ، أرى أن نأخذ منهم فدية فتكون لنا قوة على الكفار ، عسى الله أن يهديهم للاسلام ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما ترى يا ابن الخطاب ؟

فقال : لا والله ما أرى الذى رأى أبو بكر ، ولكنى أرى أن تمكننا فنضرب أعناقهم ، فتمكن عليا من عقيل فيضرب عنقه ، وتمكنى من فلان ــ نسيبا لعمر ــ فأضرب عنقه ، ومكن فلانا من فلان قرابته ، فان هؤلاء أئمة الكفر وصناديدها ، فهوى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قال أبو بكر ولم يهو ما قلت (١) فلما كان من الغد جئت فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر قاعدين يبكيان ، قلت يا رسول الله أخبرنى من أى شىء تبكى أنت وصاحبك ، فان وجدت بكاء بكيت ، وان لم أجد بكاء تباكيت لبكائكما ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أبكى للذى عرض على أصحابك من أخذهم الفداء ، لقد عرض على عذابهم أدنى من هذه الشجرة ــ شجرة قريبة منه ــ وأنزل الله عز وجل : (ما كان لنبى أن يكون له أسرى حتى يثخن فى الأرض ــ الى قوله ــ فكلوا مما غنمتم حلالا طيبا) فأحل الله الغنيمة لهم » وأخرج أبو داود عن ابن عباس : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل فداء أهل الجاهلية يوم بدر أربعمائة » وأخرج أبو داود وأحمد من حديث عائشة قالت : « لما بعث أهل مكة فداء أسراهم بعثت زينب فى فداء أبى العاص بمال ، وبعثت فيه بقلادة كانت لها عند خديجة أدخلتها بها على أبى العاص ، قالت : فلما رآها رسول الله صلى الله عليه وسلم رق لها رقة شديدة فقال : ان رأيتم أن تطلقوا لها أسيرها وتردوا لها الذى لها . قالوا : نعم » فأنزل الله تعالى : « لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم عذاب عظيم » فى أنه لا يعذب قوما حتى يبين لهم ما يتقون . واختلف الناس فى كتاب الله السابق على أقوال ، أصحها أن الله أحل للمسلمين الغنائم ولم تكن حلالا لأحد من قبل ، وقال مجاهد والحسن وسعيد بن جبير : الكتاب السابق هو مغفرة الله لأهل بدر ما تقدم أو تأخر من ذنوبهم ، وقول النبى صلى الله عليه وسلم لعمر : « وما يدريك لعل الله اطلع على أهل بدر فقال

---

(١) من هنا اختلف خطاب المتكلم فصار الكلام على لسان عمر رضى الله عنه ويوضح ذلك ما رواه ابو داود عن ابن عباس من وجه آخر قال : حدثنى عمر بن الخطاب قا : لما كان يوم بدر .. الحديث . والمعروف ان ابن عباس لم يشهد بدرا وهو من صغار الصحابة واسلم بعد الفتح ولم يكن يوم بدر تزيد سنه على ست سنين .

اعملوا ما شئتم فقد غفرت لكم ؟ » أخرجه مسلم ، وقيل : الكتاب السابق هو الا يعذبهم ومحمد صلى الله عليه وسلم فيهم وأما الدليل على جواز الفداء بمن أسر من المسلمين ما روى عمران بن حصين أن النبى صلى الله عليه وسلم : « فدى رجلين من المسلمين برجل من المشركين من بنى عقيل » •

وأما الاسترقاق ــ فان كان الأسير من غير العرب نظرت ــ فان كان ممن له كتاب أو شبه كتاب جاز استرقاقه ، والدليل قول ابن عباس من أن قوله تعالى : « ما كان لنبى أن يكون له أسرى حتى يثخن فى الأرض » الآية نزلت يوم بدر والمسلمون يومئذ قليل ، فلما كثروا واشتد سلطانهم أنزل الله فى الأسرى : « فاما منا بعد واما فداء » قال ابن عباس : فجعل الله تعالى للنبى والمؤمنين الخيار فى الأسرى ان شاءوا قتلوهم وان شاءوا استعبدوهم ، وان شاءوا فادوهم ، وأيضا فهو اجماع • وان كان الأسير من غير العرب من عبدة الأوثان فهل يجوز استرقاقه ؟ فيه وجهان أحدهما ــ وهو قول أبى سعيد الاصطخرى : أنه ــ لا يجوز بل يكون الامام فيه بالخيار بين القتل والمن والفداء ، لأن كل من لم يجز حقن دمه ببذل الجزية لم يجز حقن دمه بالاسترقاق كالمرتد • والثانى : يجوز استرقاقه وهو المنصوص لما رويناه عن ابن عباس فانه لم يفرق ، ولأن كل من جاز للامام المفاداة به والمن عليه جاز استرقاقه كأهل الكتاب ، وما قاله الأول ينتقض بالصبيان ، وان كان الأسير من العرب فهل يجوز استرقاقه ؟ فيه قولان قال فى الجديد : يجوز استرقاقه كغير العرب ، وقال فى القديم : لا يجوز استرقاقه بل يكون الامام فيه بالخيار بين القتل والمن والفداء ، لما روى معاذ أن النبى صلى الله عليه وسلم قال يوم حنين : « لو كان الاسترقاق ثابتا على العرب لكان اليوم ، انما هو اسار وفداء » وقد مضى تخريج الحديث وبيان درجته •

فرع وان بذل الأسير الجزية وطلب أن تعقد له الذمة ــ وهو ممن يجوز أن تعقد له الذمة ــ ففيه وجهان ، أحدهما : يجب قبولها كما اذا بذلها فى غير الأسر ، والثانى : لا يجب قبولها لأن ذلك يسقط ما ثبت للامام

فيه من اختيار القتل والمن والفداء والاسترقاق ، والذى يقتضى المذهب أنه لا خلاف أنه يجوز قبول ذلك منه ، وانما الوجهان فى الوجوب ، لأنه اذا جاز أن يمن عليه من غير مال أو بمال يؤخذ منه مرة واحـدة ، فلأن يجوز بمال يؤخذ منه كل سنة أولى .

فـــرع وان أسر رجل من المشركين فقبل أن يختار فيه الامام أحد الأشياء الأربعة قتله رجل عزر القاتل ، لأنه افتات على الامام ولا ضمان عليه . وقال الأوزاعى : عليه الضمان . دليلنا : أنه بنفس الأسر لا يصـير غنيمة ، وانما هو كافر لا أمان له فلم يجب على قاتله الضمان كالمرتد ، وان أسلم الأسير قبل أن يختار الامام فيه أحد الأشياء الأربعة لم يجز قتله لقوله صلى الله عليه وسلم : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله » الحديث . وهل يجوز المن والمفاداة ؟ فيه قولان ، أحدهما : لا يجوز المن والمفاداة به ، بل يصير رقيقا بنفس اسلامه ، لأنه أسير لا يجوز قتله فصار رقيقا كالصبى والمرأة ، والثانى : يكون الامام فيه بالخيار بين الاسترقاق والمن والفداء لأن النبى صلى الله عليـه وسلم فادى الأسير العقيلى بعـد ما أسلم ، ولأنه من خير فيه بين أشياء اذا سقط بعضها لم يسقط البـاقى كالمكفر عن اليمين اذا عجز عن الرقبة لم تسقط خيرته فى الاطعام ، فعلى هذا لا يجوز أن يفادى به الا أن تكون له عشيرة يأمن على نفسه بينهم على اظهار دينه ، وان أسر شيخ من الكفار ممن لا قتال فيه ولا رأى ــ فان قلنا : يجوز قتله ــ خير الامام فيه بين الأربعة الأشياء كالشاب ، وان قلنـا : لا يجوز قتله ، فقد اختلف الشيخان فيه فقال الشيخ أبو اسحق:هو كغيره من الأسرى اذا أسلم وأراد به يكون على القولين ، وقال الشيخ أبو حامد : ولا خيـار للامام فيه ، وان قلنا : لا يرق الأسير فيه بنفس الأسر ، بل يخير الامام فيه بين الثلاثة الأشياء ففى هذا وجهان ، أحدهما : يكون الامام فيه مخيرا بين الأشياء الثلاثة لما ذكرناه فى الأسير اذا أسلم ، والثـانى : لا يخير فيه بل يرق ، والفرق بينهما أن الأسير كان قد ثبت للامام فيه الخيار بين الأشـياء الأربعة ، فاذا سقط القتل بالاسلام لم تسقط الأشياء الثلاثة ، وهذا لم يثبت للامام فيه الخيار بالقتل فى الأصل ، فهو بالصبى والمرأة أشبه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان رأى الامام القتل ضرب عنقه لقوله عز وجل : « فاذا لقيتم الذين كفروا فضرب الرقاب » ولا يمثل به لمـا روى بريدة قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أمر أميرا على جيش أو سرية قال : اغزوا بسم الله ، قاتلوا من كفر بالله ، ولا تغدروا ، ولا تمثلوا ، ولا تغلو » ويكره حمل رأس من قتل من الكفار الى بلاد المسلمين لما روى عقبة بن عامر : « أن شرحبيل ابن حسنة وعمرو بن العاص بعثا بريدا الى أبى بكر الصـديق رضى الله عنه برأس يناق البطريق فقال : أتحملون الجيف الى مدينة رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قلت : يا خليفة رسول الله انهم يفعلون بنا هكذا ، قال : لا تحملوا الينا منهم شيئا » وان اختار استرقاقه كان للغانمين ، وان فاداه بمـال كان للغانمين ، وان أراد أن يسقط منهم شيئا من المال لم يجز الا برضا الغانمين لما روى عروة بن الزبير : « أن مروان بن الحكم والمسور بن مخرمة أخبراه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءه وفد هوازن مسلمين فقال : ان أخوانكم هؤلاء جاءونا تائبين واني قد رأيت أن أرد اليهم ، فمن أحب منـكم أن يطيب ذلك فليفعل ، ومن أحب منكم أن يكون على حقـه حتى نعطيـه اياه من أول ما يفيء الله علينا فليفعل ، فقال الناس : قد طيبنا لك يا رسـول الله » قال الزهرى : أخبرنى سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : « رد ستة آلاف سبى من سبى هوازن من النساء والصـبيان والرجال الى هوازن حين أسلموا » وان أسر عبد فرأى الامام أن يمن عليه لم يجز الا برضا الغـانمين ، وان رأى قتله لشره وقوته قتله وضمن قيمتـه للغانمين ، لأنه مال لهم .

فصـــل وان دعا مشرك الى المبـارزة فالمستحب أن يبرز اليـه مسلم ، لما روى : « أن عتبة وشيبة ابنى ربيعة والوليد بن عتبـة دعوا الى المبارزة فبرز اليهم حمزة بن عبد المطلب وعلى بن أبى طالب وعبيدة بن الحرث » ولأنه اذا لم يبرز اليه أحد ضعفت قلوب المسلمين وقويت قلوب المشركين ، فان بدأ المسلم ودعا الى المبارزة لم يكره . وقال أبو على ابن أبى هريرة : يكره لأنه ربما قتل وانكسرت قلوب المسلمين ، والصحيح أنه لا يكره ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن المبـارزة بين الصفين فقال : لا بأس » ويستحب أن لا يبارز الأقوى فى الحرب ، لأنه اذا بارز ضعيف لم يؤمن أن يقتل فيضعف قلوب المسلمين ، وان بارز ضعيف جاز ، ومن اصحابنا من قال : لا يجوز لأن القصد من المبارزة اظهار القوة ، وذلك لا يحصل من مبارزة الضعيف ، والصحيح هو الأول ، لأن التعزير بالنفس يجوز فى الجهاد ، ولهذا يجوز للضعيف ان يجاهد كما يجوز للقوى ، والمستحب

ان لا يبارز الا باذن الأمير ليكون ردءا له اذا احتاج ، فان بارز بغير اذنه جاز ، ومن أصحابنا من قال : لا يجوز ، لأنه لا يؤمن أن يتم عليه ما ينكسر به الجيش ، والصحيح أنه يجوز لأن التغرير بالنفس فى الجهاد جائز ، وان بارز مشرك مسلما ـ فان بارز من غير شرط ـ جاز لكل احد أن يرميه لأنه حربى ولا أمان له ، وان شرط أن لا يقاتله غير من برز اليه لم يجز رميه وفاء بشرطه ، فان ولى عنه مختارا أو مثخنا أو ولى عنه المسلم مختارا أو مثخنا جاز لكل أحد رميه ، لأنه شرط الأمان فى حال القتال ، وقد انقضى القتال فزال الامان ، وان استنجد المشرك أصحابه فى حال القتال فأمدوه ، أو بدأ المشركون بمعاونته فلم يمنعهم ، جاز لكل أحد رميه ، لأن نقض الأمان ، وان أعانوه فمنعهم فلم يقبلوا منه فهو على أمانه ، لأنه لم ينقض الأمان ولا انقضى القتال ، وان لم يشترط ، ولكن العادة فى المبارزة أن لا يقاتله غير من يبرز اليه ، فقد قال بعض أصحابنا : انه يستحب أن لا يرميه غيره ، وعندى أنه لا يجوز لغيره رميه وهو ظاهر النص ، لأن العادة كالشرط ، فان شرط أن لا يقاتله غيره ولا يتعرض له اذا انقضى القتال حتى يرجع الى موضعه وفى له بالشرط ، فان ولى عنه المسلم فتبعه ليقتله جاز لكل أحد أن يرميه لأنه نقض الشرط فسقط أمانه .

الشرح قوله تعالى : « فاذا لقيتم الذين كفروا فضرب الرقاب » قال القرطبى : خص الرقاب بالذكر لأن القتل أكثر ما يكون بها ، وقيل : نصب على الاغراء ، قال أبو عبيدة : هو كقولك يا نفس صبرا الى أن قال : لأن فى العبارة بضرب الرقاب من الغلظة والشدة ما ليس فى لفظ القتل لما فيه من تصوير القتل بأشنع صورة وهو حز العنق واطارة العضو الذى هو رأس البدن وعلوه وأوجه أعضائه .

أما حديث بريدة مضى تخرجه وهو من حديث سليمان بن بريدة عن أبيه عند مسلم والترمذى ، وصححه ، وأحمد وابن ماجه ، وخبر شرحبيل وعمرو ابن العاص فى ارسال رأس ينال البطريق رواها محمد بن زكريا فى أخباره وينال هو أبو مسلم بن ينال أحد الرواة عن عبد الله بن عمر وهو من الثقات وابنه الحسن بن مسلم بن ينال أحد الرواة عن صفية بنت شيبة وابن عباس وغيرهما وهو مولى نافع بن عبد الحرث ، وروى عنه ابراهيم بن نافع وشعبة وثقه النسائى ولم يضعفه أحد . وخبر مروان والمسور مضى فى شرح الفصل قبله . أما خبر المبارزة التى وقعت بحضرة النبى صلى الله عليه وسلم فقد أخرجه أبو داود وسكت عنه وأحمد والحافظ المنذرى ولفظ أبى داود :

« عن أمير المؤمنين على رضى الله عنه قال : تقدم عقبة بن ربيعة ومعه ابنه وأخوه ، فنادى من يبارز ؟ فانتدب له شباب من الأنصار ، فقال : من أنتم ؟ فأخبروه فقال : لا حاجة لنا فيكم انا أردنا بنى عمنا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : قم يا حمزة ، قم يا على ، قم يا عبيدة بن الحرث فأقبل حمزة الى عتبة ، وأقبلت الى شيبة ، واختلف بين عبيدة والوليد ضربتان ، فأثخن كل واحد منهما صاحبه ثم ملنا الى الوليد فقتلناه واحتملنا عبيدة » وعن قيس بن عباد عن على عند البخارى قال : « أنا أول من يجثو للخصومة بين يدى الرحمن يوم القيامة ، قال قيس : فيهم نزلت هذه الآية (هذان خصمان اختصموا فى ربهم) قال : هم الذين تبارزوا يوم بدر على وحمزة وعبيدة ابن الحرث ، وشيبة بن ربيعة وعتبة بن ربيعة والوليد بن عتبة » وفى رواية : « ان عليا قال : فينا نزلت هذه الآية وفى مبارزتنا يوم بدر : (هذان خصمان اختصموا فى ربهم) » .

وحديث أبى هريرة متفق عليه .

أما اللغات فأصل البروز الظهور وهو هنا ظهور المتحاربين بين الصفين لا يستتران بغيرهما من أهل ، قال تعالى : « وترى الأرض بارزة » أى ظاهرة . هكذا أفاد ابن بطال . والاثخان هو المبالغة فى الجراحة « حتى اذا أثخنتموهم » أى غلبتموهم وكثر فيهم الجراح .

أما الأحكام فان المبارزة على ضربين : مستحبة ومباحة غير مستحبة ، فأما المستحبة فهو أن يخرج رجل من المشركين ويطلب المبارزة فيستحب أن يبرز اليه رجل من المسلمين لحديث على فى الفصل ، وروى أن عليا رضى الله عنه بارز عمرو بن ود العامرى فقال له عمرو : من أنت ؟ فقال : على بن أبى طالب فقال : ما أحب أن أقتلك يا ابن أخى فقال على : وأنا أحب أن أقتلك ، فغضب عمرو وبارزه فقتله على رضى الله عنه . رواه ابن اسحاق فى المغازى فى غزوة الخندق . وأما المبارزة المباحة التى ليست بمستحبة ولا مكروهة فهو أن يدعو المسلم أولا الى المبارزة اذا عرف من نفسه شدة فى القتال ، لأن فيه تقوية لقلوب المسلمين ، وانما قلنا : انها ليست بمستحبة لأنه ربما

قتل فتنكسر بقتله قلوب المسلمين ، وحكى عن أبى على بن أبى هريرة أنه قال : انها مكروهة وليس بصحيح ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن المبارزة بين الصفين فقال : لا بأس ، فان بارز ضعيف فى الحرب جاز وكره ومن أصحابنا من قال : لا يجوز لأن القصد بالمبارزة اظهار القوة وذلك لا يحصل بمبارزة الضعيف ، والصحيح هو الأول ، لأن التغرير بالنفس فى الجهاد يجوز ، وهل يجوز أن يبارز من غير اذن الأمير ؟ فيه وجهان ، أحدهما : لا يجوز لأنه ربما طرأ عليه ما ينكسر به الجيش ، والثانى : يجوز لأن التغرير بالنفس فى الجهاد يجوز الا أنه يستحب أن يبارز باذنه لأنه ربما احتاج الى اعانة منه فى حال القتال . وان بارز المشرك وشرط ألا يقاتله أحد غير من برز اليه لم يجز لأحد أن يرميه غير من برز اليه ليوفى له بالشرط ، فان ولى أحدهما عن الآخر مثخنا أو مختارا جاز لكل واحد رميه ، لأنه شرط ألا يقاتله إلا من برز اليه فى القتال ، اذا شرط ألا يقاتله أحد حتى يرجع الى موضعه فيوفى له بالشرط ، وان ولى المسلم عنه فتبعه المشرك جاز لكل أحد رميه ، لأنه نقض الشرط فسقط أمانه ، وان استعان المشرك بأصحابه فى القتال فأعانوه من غير أن يسألهم فلم يمنعهم جاز لكل أحد رميه لأنه لم يف بالشرط فلم يوف له ، وان أعانه أصحابه فمنعهم فلم يمتنعوا لم يجز لغير من برز اليه أن يرميه لأنه لم ينقض الشرط ، وان لم يشترط شيئا ، ولم تجر العادة فى المبارزة ألا يقاتله غير من برز اليه جاز لكل أحد رميه لأنه حربى لا أمان له ، وان لم يشترط شيئا ولكن العادة جرت ألا يقاتله غير من برز اليه ففيه وجهان من أصحابنا من قال : يجوز لكل أحد رميه ، لأنه حربى لا أمان له ، وقال المصنف : وعندى أنه لا يجوز لغير من برز اليه رميه لأن العادة كالشرط ، وهو ظاهر نص الشافعى فى الأم . قال المسعودى : ولو قصد كافر مسلما ليقتله لم يجز للمسلم الاستسلام ليقتله الكافر بل يجب عليه قتاله ، ولو قصده مسلم ليقتله فهو بالخيار بين أن يقاتله دفاعا عن نفسه وبين أن يستسلم له ليقتله ، ولأصحابنا البغداديين فى هذا وجه آخر أنه يجب عليه أن يمنعه عن نفسه وقد مضى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان غرر بنفســه من له سهم فى قتل كافر مقبــل على الحرب فقتله استحق سلبه ، لما روى ابو قتادة قال : « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليــه وسلم يوم حنين فرأيت رجــلا من المشركين علا رجــلا مــن المسلمين ، فاستدرت له حتى أتيته من ورائه فضربته على حبل عاتقه ، فاقبل على فضمنى ضمة وجدت منها ريح الموت ، ثم أدركه الموت ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه ، فقصصت عليه فقال رجل : صدق يا رسول الله وسلب ذلك الرجل عندى فارضه ، فقــال أبو بكر رضى الله عنه لا ها الله اذا لا يعمد الى أسد من أسد الله تعالى يقاتل عن دين الله فيعطيك سلبه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : صــدق فاعطه اياه ، فأعطانى اياه فبعت الدرع فابتعت به مخرفا فى بنى سلمة ، وانه لأول مال تأثلته فى الاسلام » فان كان ممن لا حق له فى الغنيمــة ــ كالمخــذل والكافر اذا حضر من غير اذن ــ لم يستحق ، لأنه لا حق له فى السهم الراتب ، فلأن لا يستحق السلب وهو غير راتب أولى ، فان كان ممن يرضخ له كالصبى والمرأة والكافر اذا حضر بالاذن ففيه وجهــان احدهما : انه لا يستحق لمــا ذكرناه . والثانى : انه يستحق لأن له حقا فى الغنيمة فاشبه من له سهم ، وان لم يغرر بنفسه فى قتله بأن رماه من وراء الصف فقتله لم يستحق سلبه ، وان قتله وهــو غير مقبل على الحرب كالأســير والمثخن والمنهزم لم يستحق سلبه ، وقال ابو ثور : كل مسلم قتل مشركا استحق سلبه ، لما روى أنس رضى الله عنه : « ان النبى صلى الله عليه وسلم قال من قتل كافرا فله سلبه » ولم يفصل . وهذا لا يصح لأن ابن مسعود رضى الله عنه قتل ابا جهل وكان قد اثخنه غلامان من الأنصار ، فلم يدفع النبى صلى الله عليه وسلم سلبه الى ابن مسعود ، وان قتله وهو مول ليكر استحق السلب ، لأن الحرب كر وفر . وان اشترك اثنان فى القتل اشتركا فى السلب ، لاشتراكهما فى القتل ، وان قطع احدهما يديه أو رجليه وقتله الآخر ففيه قولان احدهما أن السلب للأول ، لأنه عطله . والثانى : ان السلب للثانى ، لأنه هو الذى كف شره دون الاول ، لأن بعد قطع اليدين يمكنه أن يعدو او يجلب ، وبعد قطع الرجلين يمكنه ان يقاتل اذا ركب ، وان غرر من له سهم فأسر رجلا مقبلا على الحرب وسلمه الى الامام حيا ففيــه قولان ، احدهمــا : لا يستحق سلبه ، لأنه لم يكف شره بالقتل . والثانى : انه يستحق لأن تغريره بنفسه فى أسره ومنعه من القتــال أبلغ من القتل ، وان من عليه الامام أو قتله استحق الذى أسره سلبه ، وان استرقه او فاداه بمال ففى رقبته وفى المال المفادى به قولان : احدهما : انه للذى أسره ، والثانى : أنه لا يكون له لأنه مال حصل بسبب تغريره فكان فيه قولان كالسلب .

فصـــل والسلب ما كان يده عليه من جنة الحرب ، كالثياب التى يقاتل فيها ، والسلاح الذى يقاتل به ، والمركوب الذى يقاتل عليه ، فاما ما لا يد له عليـه كخيمته ، وما فى رجله من السـلاح والكراع ، فلا يستحق سلبه ، لأنه ليس من السلب ، واما ما فى يده مما لا يقاتل به كالطوق والمنطقة والسوار والخاتم ، وما فى وسطه من النفقة ففيه قولان احدهما : انه ليس من السلب ، لأنه ليس من جنة الحرب . والثانى : أنه من السلب لأن يده عليه فهو كجنة الحرب ، ولا يخمس السلب لما روى عوف بن مالك وخالد بن الوليد رضى الله عنهما : « ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى السلب للقاتل ولم يخمس السلب » .

الشرح حديث أبى قتادة أخرجه البخارى ومسلم وأحمد بلفظ المصنف وحديث أنس أخرجه أبو داود وأحمد بلفظ : « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال يوم حنين : من قتل رجلا فله سلبه فقتل أبو طلحة عشرين رجلا وأخذ أسلابهم » وفى لفظ عند أحمد : « من تفرد بدم رجل فقتله فله سلبه قال : فجاء أبو طلحة بسلب احد وعشرين رجلا » وأما احتجاج المصنف بخبر ابن مسعود فقد أخرج البخـارى ومسلم وأحمـد وغيرهم من حديث عبد الرحمن بن عوف أنه قال : « بينا أنا واقف فى الصف يوم بدر نظرت عن يمينى فاذا أنا بين غلامين من الأنصار حديثة أسنانهما تمنيت لو كنت بين أضلع منهما فغمزنى أحدهما فقال : يا عم هل تعرف أبا جهل ؟ قال قلت : نعم وما حاجتك اليه يا ابن أخى ؟ قال أخبرت أنه يسب رسول الله صلى الله عليه وسلم والذى نفسى بيده لئن رأيته لا يفارق سوادى سواده حتى يموت الأعجل منا ، قال : فعجبت لذلك ، فغمزنى الآخر فقال مثلها ، فلم أنشب أن نظرت الى أبى جهل يزول فى الناس فقلت : ألا تريان ؟ هذا صاحبكما الذى تسألان عنه ، قال : فابتدراه بسيفيهما حتى قتلاه ثم انصرفا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره فقال : أيكما قتله ؟ فقال كل واحد منهما : أنا قتلته فقال : هل مسحتما سيفيكما ؟ قالا لا ، فنظر فى السيفين فقال : كلاكما قتله ، وقضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح ، والرجلان معاذ بن عمـرو ابن الجموح ومعاذ بن عفراء » وفى سنن أبى داود عن ابن مسـعود قال : « نفلنى رسول الله صلى الله عليـه وسلم يوم بدر سيف أبى جهـل كان قتله » قال فى الفتح : فهذا الذى ذكره ابن اسحق يجمع بين الأحاديث لكنه

يخالف ما فى الصحيح عن عبد الرحمن بن عوف فيحتمل أن يكون معاذ بن عفراء شد عليه مع معاذ بن عمرو وضربه بعد ذلك معوذ حتى أثبته ثم حز رأسه ابن مسعود فتجتمع الأقوال كلها •

معناه قال المنتقى : وانما أدرك ابن مسعود أبا جهل وبه رمق فأجهز عليه وروى معنى ذلك أبو داود وغيره وأما خبر عوف بن مالك وخالد بن الوليد ففى صحيح مسلم ومسند أحمد عن عوف قال : « قتل رجل من حمير رجلا من العدو فأراد سلبه فمنعه خالد بن الوليد وكان واليا عليهم ، فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم عوف بن مالك فأخبره بذلك فقال لخالد : ما منعك أن تعطيه سلبه ، فقال : استكثرته يا رسول الله قال : ادفعه اليه ، فمر خالد بعوف فجر بردائه ثم قال : هل أنجزت لك ما ذكرت لك من رسول الله صلى الله عليه وسلم فسمعه رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستغضب فقال : لا تعطه يا خالد ، هل أنتم تاركون لى أمرائى ، انما مثلكم ومثلهم كمثل رجل استرعى ابلا وغنما فرعاها ثم تحين سقيها فأوردها حوضا فشرعت فيه فشربت صفوه وتركت كدره ، فصفوه لكم وكدره عليهم » وفى رواية لأحمد وأبى داود قال : « خرجت مع زايد بن حارثة فى غزوة مؤتة ورافقني مددى من أهل اليمن ومضينا فلقيتنا جموع الروم وفيهم رجل على فرس أشقر عليه سرج مذهب وسلاح مذهب فجعل الرومى يفرى فى المسلمين فقعد له المددى خلف صخرة فمر به الرومى فعرقب فرسه فخر وعلاه فقتله وحاز فرسه وسلاحه ، فلما فتح الله عز وجل للمسلمين بعث اليه خالد بن الوليد فأخذ السلب ، قال عوف : فأتيته فقلت : يا خالد أما علمت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل ؟ قال : بلى ولكن استكثرته ، قلت : لتردنه اليه أو لأعرفكها عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فصصت عليه قصة المددى وما فعل خالد » وذكر بقية الحديث بمعنى ما تقدم • وروى أبو داود وأحمد عن عوف وخالد : « أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يخمس السلب » هكذا ساقه صاحب المنتقى وأما حديث سلمة فسيأتى •

أما اللغات فقد قال ابن بطال فى شرح غريب المهذب قوله : (فابتعت مخرفا فى بنى سلمة) المخرف بالفتح البستان وفى الحديث : « عائد المرضى

فى مخرف من مخارف الجنة » ، قوله : « تأثلته » التأثل اتخاذ أصل المال ، ومجد مؤثل أى أصيل وفى الحديث فى وصى اليتيم : « فليأكل غير متأثل مالا » وأصله من الأثلة التى هى الشجرة قال امرؤ القيس :

ولكنما أسعى لمجد مؤثل وقد يدرك المجد المؤثل أمثالى

قوله : (يرضخ له) الرضخ أن يعطيه أقل من سهم المقاتل ، والرضخ العطاء القليل •

أما الأحكام فالسلب للقاتل سواء شرط الامام له أو لم يشرط ، وقال مالك وأبو حنيفة : ان شرط الامام فى أول القتال أن السلب للقاتل كان له ، وان لم يشرط لم يكن له ، دليلنا ما روى أنس الحديث الذى ساقه المصنف هنا عن أبى قتادة • وموضع الدليل فى الحديث أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يكن شرط يوم حنين فى أول القتال أن السلب للقاتل ، لأنه لو شرطه لأخذه أبو قتادة • اذا ثبت هذا فان السلب لا يكون للقاتل الا بشروط ، أحدها : أن يكون القاتل ممن يستحق السهم فى الغنيمة فأما اذا كان لا يسهم له لتهمة فيه كالمخذل والمرجف والكافر اذا حضر عونا للمسلمين فانه لا يستحق السلب ، لأنه اذا لم يستحق السهم الراتب فلأن لا يستحق السلب أولى ، وان كان لا يسهم له لنقص فيه كالصبى والعبد والمرأة ففيه وجهان ، أحدهما : لا يستحق السلب لأنه لا يستحق السهم الراتب فلم يستحق السلب كالمخذل والمرجف ، والثانى : يستحق السلب لقوله صلى الله عليه وسلم : « من قتل قتيلا له فيه بينة فله سلبه » ولم يفرق ، والشرط الثانى : أن يقتله والحرب قائمة ، سواء قتله مقبلا أو مدبرا ، فأما اذا انهزموا ثم قتله فلا يستحق سلبه • الشرط الثالث : أن يغرر القاتل بنفسه فى قتله بأن يبارزه فيقتله أو يحمل على صف المشركين ويطرح نفسه عليه فيقتله ، فأما اذا رمى فى صف المشركين فقتل رجلا لم يستحق سلبه • الرابع : أن يكون المقتول ممتنعا ، فأما اذا قتل أسيرا فلا يستحق سلبه • الخامس : أن يكفى المسلمين شره ، بأن يكون المقتول حين قتله صحيحا غير زمن ، فأما اذا قتل مقعدا أو زمنا لا يقاتل فلا يستحق سلبه ،

فان قطع يديه ورجليه استحق سلبه لأنه قد كفى المسلمين شره ، ولا يقدر بعد ذلك على القتال • فان قطع أحدى يديه أو احدى رجليه لم يستحق سلبه لأنه لم يكف المسلمين شره ، لأنه يقدر على القتال ، وان قطع يديه أو رجليه ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو اسحق هنا أحدهما : يستحق سلبه لأنه كفى المسلمين شره ، والثانى : لا يستحق سلبه لأنه لم يكف المسلمين شره ، لأنه بعد قطع يده يعدو على رجليه ، ويصيح ، وللصياح أثر فى الحرب ، وبعد قطع رجليه يرمى بيديه ويصيح • وان أثخن رجل مشركا ولم يكف المسلمين شره لو بقى ثم قتله آخر لم يستحق أحدهما سلبه هكذا يحتج المصنف بخبر ابن مسعود وليس بظاهر • وان اشترك فى قتله اثنان اشتركا فى سلبه لأنهما قاتلان ، وان قطع أحدهما يديه أو رجليه ثم قتله الآخر ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد أحدهما : أن السلب للأول لأنه هو الذى كفى المسلمين شره ، والثانى : أن السلب للثانى لأن شره لم ينقطع عن المسلمين الا بقتل الثانى • وان غرر بنفسه من له سهم فأسر رجلا مقبلا على الحرب ففيه قولان ، أحدهما : يستحق سلبه لأن ذلك أبلغ من قتله ، والثانى • أنه لا يستحق سلبه لأنه لم يكف المسلمين شره فان استرقه الامام أو فاداه ، كان فى رقبته أو المالُ المفادى به القولان فى سلبه •

فـــرع السلب هو ما كان معه من جنة القتال ، أو آلة الحرب كالثياب التى عليه : الدرع والبيضة والمغفر والسيف والسكين والقوس والرمح وما أشبهه ، لأن ذلك كله جنة وزينة وآلة للقتال ، وأما ما لم يكن جنة ولا زينة كالمتاع والخيمة وآلة قتال ليست مشاهدة فى يده كالسلاح والقوس الذى فى خيمته فليس من السلب ، وأما ما كان مشاهدا فى يده مما ليس بجنة ولا آلة للقتال ولكنه زينة كالمنطقة والخاتم والسوار والتاج والجيب الذى معه والنفقة التى فى وسطه فهل ذلك من السلب ؟ قال الشيخ أبو حامد : فيه وجهان وحكاهما المصنف هنا قولين أحدهما : أنه ليس من السلب لأنه ليس بجنة من القتال ولا آلة حرب فهو كالمتاع والخيمة ، والثانى : أنه من السلب لما روى أن عمر رضى الله عنه لما قسم خزائن كسرى ودعا سراقة بن جعشم وأعطاه سوارى كسرى وقال له : البسهما فلبسهما

وقال : قل الحمد لله الذى سلبهما كسرى ابن هرمز وألبسهما أعرابيا من بنى مدلج ، فسمى السوارين سلبا ولم ينكر عليه ذلك أحد من الصحابة ، ولأن يده عليه فهو كجنة الحرب .

فـــرع ولا يخمس السلب . وقال ابن عباس : يخمس ، وقال على بن أبى طالب ان كان كثيرا خمس وان كان قليلا لم يخمس ، دليلنـا ما رواه الشيخان وأحمد عن سلمة بن الأكوع قال : غزونا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم هوازن فبينا نحن نتضحى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم اذ جاء رجل على جمل أحمر فأناخه ثم انتزع طلقا من جعبته فقيد به الجمل ، ثم تقدم فتغدى مع القوم وجعل ينظر وفينـا ضـعفة ورقة مـن الظهر ، وبعضنا مشاة ، اذ خرج يشتد فأتى جمله فأطلق قيده ثم أناخه فقعد عليه فأثاره فاشتد به الجمل فاتبعه رجل على ناقة ورقاء ، قال سلمة : فخرجت أشتد فكنت عند ورك الناقة ، ثم تقدمت حتى كنت أمام ورك الجمل ، ثم تقدمت حتى أخذت بخطام الجمل فأنخته فلما وضـع ركبتيه فى الأرض ، اخترطت سيفى فضربت رأس الرجل فندر ، ثم جئت بالجمل أقوده عليه رحله وسلاحه ، فاستقبلنى رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس معه فقال : من قتل الرجل ؟ فقالوا : سلمة بن الأكوع قال : له سلبه أجمع .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **وان حاصر قلعة ونزل أهلهـا على حكم حاكم جاز ، لأن بنى قريظة نزلوا على حكم سعد بن معاذ ، فحكم بقتل رجالهم وسبى نسـائهم وذراريهم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لقد حكمت فيهم بحكم الله تعالى من فوق سبعة أرقعة » ويجب أن يكون الحاكم حرا مسلما ذكرا بالغا عاقلا عدلا عالما ، لأنه ولاية حكم فشرط فيها هذه الصفات كولاية القضـاء ، ويجوز أن يكون أعمى لأن الذى يقتضى الحكم هو الذى يشتهر من حالهم وذلك يدرك بالسماع فصح من الأعمى كالشهادة فيما طريقه الاستفاضة ، ويكره أن يكون الحاكم حسن الرأى فيهم لميله اليهم ، ويجوز حكمه لأنه عدل فى الدين ، وان نزلوا على حكم حاكم يختاره الامام جاز ، لأنه لا يختار الامام الا من يجوز حكمه ، وان نزلوا على حكم من يختـارونه لم يجـز الا ان يشترط أن يكون**

الحاكم على الصفات التى ذكرناها ، وان نزلوا على حكم اثنين جاز لأنه تحكيم فى مصلحة طريقها الرأى فجاز أن يجعل الى اثنين كالتحكيم فى اختيار الامام ، وان نزلوا على حكم من لا يجوز أن يكون حاكما ، أو على حكم من يجوز أن يكون حاكما فمات ، أو على حكم اثنين فماتا أو مات أحدهما ، وجب ردهم الى القلعة لأنهم نزلوا على أمان فلا يجوز أخذهم الا برضاهم ولا يحكم الحاكم الا بما فيه مصلحة للمسلمين من القتل والاسترقاق والمن والفداء ، وان حكم بعقد الذمة وأخذ الجزية ففيه وجهان أحدهما : أنه لا يجوز الا برضاهم ، لأنه عقد معاوضة فلا يجوز من غير رضاهم . والثانى : يجوز لأنهم نزلوا على حكمه ، وان حكم أن من أسلم منهم استرق ، ومن أقام على الكفر قتل جاز ، وان حكم بذلك ثم أراد أن يسترق من حكم بقتله لم يجز ، لأنه لم ينزل على هذا الشرط ، وان حكم عليهم بالقتل ثم رأى هو والامام أن يمن عليهم جاز ، لأن سعد بن معاذ رضى الله عنه حكم بقتل رجال بنى قريظة ، فسأل ثابت الأنصارى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يهب له الزبير بن باطا اليهودى ففعل ، فان حكم باسترقاقهم لم يجز أن يمن عليهم الا برضا الغانمين ، لأنهم صاروا مالا لهم .

فصل ومن أسلم من الكفار قبل الأسر عصم دمه وماله ، لما روى عمر رضى الله عنه : « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : أمرت أن اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله ، فاذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم الا بحقها » فان كانت له منفعة باجارة لم تملك عليه لأنها كالمال ، وان كانت له زوجه جاز استرقاقها على المنصوص ، ومن أصحابنا من قال : لا يجوز كما لا يجوز أن يملك ماله ومنفعته . وهذا خطأ لأن منفعة البضع ليست بمال ، ولا تجرى مجرى المال ، ولهذا لا يضمن بالغصب بخلاف المال والمنفعة . وان كان له ولد صغير لم يجز استرقاقه لأن النبى صلى الله عليه وسلم حاصر بنى قريظة فأسلم ابنا شعية فأحرز باسلامهما أموالهما وأولادهما ، ولأنه مسلم فلم يجز استرقاقه كالأب . وان كان له حمل من حربية لم يجز استرقاقه ، لأنه محكوم باسلامه فلم يسترق كالولد ، وهل يجوز استرقاق الحامل ؟ فيه وجهان أحدهما : لا يجوز لأنه اذ لم يسترق الحمل لم يسترق الحامل ، الا ترى أنه لما لم يجز بيع الحر لم يجز بيع الحامل به . والثانى : انه يجوز لأنها حربية لا أمان لها .

الشرح خبر حصار بنى قريظة وحكم سعد بن معاذ فيهم مضى تخريجه ولفظه : « لقد حكمت فيهم بحكم الله من فوق سبعة أرقعة » أخرجه ابن اسحاق ، وخبر ثابت بن قيس فى سيرة ابن هشام من قصة طويلة أنها بطلب قتله ليلحق باحبته من اليهود . وأما خبر اسلام سعية (بالسين

المهملة) هكذا فى كتب الحديث وقد أعجمه المصنف ووافقه ابن بطال فى شرح غريب المهذب ، وقد روى هذا الخبر سعيد بن منصور عن عروة بن الزبير مرسلا برجال ثقات « أن النبى صلى الله عليه وسلم حاصر بنى قريظة فأسلم ثعلبة وأسيد ابنا سعية فأحرز لهما اسلامهما أموالهما وأولادهما الصغار » وأخرجه ابن اسحاق فى مغازيه عن شيخ من بنى قريظة أنه قال له : « هل تدرى كيف كان اسلام ثعلبة وأسيد ونفر من هذيل لم يكونوا من قريظة والنضير كانوا فوق ذلك ؟ أنه قدم علينا رجل من الشام من يهود يقال له ابن الهيبان ، فأقام عندنا فوالله ما رأينا رجلا قط لا يصلى الخمس (١) خيرا منه ، فقدم علينا قبل مبعث النبى صلى الله عليه وسلم بسنين ، وكان يقول : انه يتوقع خروج نبى قد أظل زمانه ، فذكر الحديث ، فلما كانت الليلة التى افتتح فيها قريظة قال أولئك الفتية الثلاثة : يا معشر يهود ، والله انه للرجل الذى كان ذكر لكم ابن الهيبان ، قالوا : ما هو اياه !! قال : بلى والله انه لهو ، قال : فنزلوا وأسلموا وكانوا شبابا ، فخلوا أموالهم وأولادهم وأهليهم فى الحصن عند المشركين ، فلما فتح رد ذلك عليهم » وأخرجه أيضا البيهقى .

اما الأحكام قال أبو العباس بن سريج : اذا حاصر الامام أهل بلد أو قرية أو حصن فعقد بينه وبينهم عقدا على أن ينزلوا على حكم حاكم جاز ، لما رويناه من حديث تحكيم سعد بن معاذ . اذا ثبت هذا فيفتقر الحاكم فى ذلك الى سبع شرائط ، وهى أن يكون رجلا ، خيرا ، مسلما ، بالغا ، عاقلا ، عدلا ، فقيها ، كما يشترط فى حق القاضى ، الا أنه يجوز أن يكون أعمى ، لأن عدم بصره ها هنا لا يضر بالمسلمين ، لأن الذى يقتضى الحكم هو المشهور من أمرهم ، وذلك يدرك بالرأى مع فقد الصر ، وان حكموا رجلا يعلم أن قلبه يميل اليهم كره ذلك وصح حكمه ، لأن شروط الحكم موجودة فيه ، وان نزلوا على حكم رجلين أو أكثر جاز كما يجوز

---

(١) قوله : « لا يصلى الخمس خيراً منه » يعنى ما رأينا رجلا غير مسلم لا يدين بدين الاسلام ولا يؤدى الصلوات الخمس خيراً منه فى خلقه وصدقه ، وهو دليل على ان الذى يؤدى الصلوات الخمس هو من جهة صدقه وخلقه خير من غيره اذا فقله .

التحكيم فى اختيار الامام الى اثنين ، ولا يكون الحكم الا ما اتفقا عليه ، وان نزلوا على حكم حاكم غير معين يختاره الامام جاز لأنه لا يختار الا من يصلح للحكم ، وان كان على حكم حاكم يختارونه لم يجز لأنهم ربما اختاروا من لا يصلح للحكم ، فان نزلوا على حكم حاكم يصح حكمه فمات الحاكم قبل الحكم أو نزلوا على حكم حاكم لا يصلح للحكم ــ فان اتفقوا هم والامام بعد نزولهم على حكم حاكم يصلح للحكم ــ جاز ذلك ، وان لم يتفقوا على ذلك وجب ردهم الى الموضع الذى نزلوا منه ، ويرجع الامام الى حصارهم ، وكذلك اذا نزلوا على حكم رجلين فمات أحدهما ــ فان اتفقوا على من يقوم مقامه ــ جاز ، وان لم يتفقوا وجب ردهم الى حيث كانوا ، وأما صفة حكم الحاكم فيهم ــ فان حكم فيهم بقتل مقاتليهم وسبى نسائهم وأطفالهم صح حكمه ، لأن سعد بن معاذ حكم فى بنى قريظة بذلك وكان هو حكم الله تعالى من فوق سبعة أرقعة • وان حكم بقتل مقاتليهم وترك نسائهم وأطفالهم ، أو يترك الجميع صح حكمه كما يجوز المن على الأسارى ، وكذلك ان حكم فيهم باطلاق مقاتلتهم بمال يدفعونه صح حكمه كما يجوز مفاداة الأسير بمال ، وان حكم على مقاتلتهم بعقد الذمة ، واعطاء الجزية ففيه وجهان أحدهما : لا يصح لأن ذلك عقد فلم يصح الا بالرضى منهم • والثانى : يصح ويلزمهم ذلك لأنهم قد رضوا بحكمه • وان حكم باسترقاقهم صح حكمه ، لأنه اذا صح حكمه بقتل مقاتلتهم فلأن يصح باسترقاقهم أولى • فان حكم عليهم بالقتل وأخذ أموالهم فعفا الامام عن واحد منهم وماله صح عفوه ، لأن سعد بن معاذ حكم بقتل رجال بنى قريظة وسبى ذراريهم وأموالهم فسأل ثابت بن قيس بن شماس رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعفو عن واحد من بنى قريظة فأجابه الى ذلك •

قوله : « وان أسلم رجل وله ولد صغير الخ » فجملة ذلك أنه اذا أسلم الكافر قبل الأسر عصم دمه وماله وأولاده الصغار ، سواء خرج الى دار الاسلام أو لم يخرج ، وقال مالك : اذا أسلم فى دار الحرب حقن دمه وماله الذى فى دار الاسلام ، وأما ماله الذى فى دار الحرب فيغنم ، وقال أبو حنيفة : حقن بالاسلام دمه وماله الذى فى يده المشاهد ثبوتها عليه ،

وما كان وديعـة له عند ذمي ويد الذمي عليـه فيغنم ، فأما ما لم يكن يد المشاهدة ثابتة عليه مثل الدور والعقار والضياع فيغنم ، دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا : لا اله الا الله ، فان قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم الا بحقها » ولم يفرق ، ولأن الأسير العقيلى قال للنبى صلى الله عليه وسلم : يا محمد انى جائع فأطعمنى ، وانى عطشان فاسقنى ، وانى أسلمت ، فقال النبى صلى الله عليـه وسلم : « لو تكلمت بهذه الكلمة قبل هذا أفلحت كل الفلاح » يعنى حقنت دمك ومالك ، وأما الآن فلا يحقن الا دمك ، وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم حاصر بنى قريظة فأسلم ابنا سعنة فحقنا دماءهما وأموالهما وأولادهما الصـغار ، ولأن كل من لم يجز أن يغنم ماله اذا كانت يده ثابتة عليه لم يجز أن يغنم وان لم تكن يده ثابتة عليه كالمسلم ، وان كان للكافر منفعة بملك الاجارة فأسلم لم تملك عليه لأنها كالمال .

فـــرع وان تزوج المسلم حربية أو تزوج الحربى حربية فأسلم فالمنصوص أنه يجوز سبيها واسترقاقها ، لأنه لما جاز أن يطرأ على هذا النكاح الفسخ بالعيوب جاز أن يكون هذا السبى والاسترقاق سببا لفسخه ، ومن أصحابنا من قال : لا يجوز سبيها لأن فيها حقا لمسلم ، وهو الاستمتاع ، وليس بشىء ، لأن الاستمتاع ليس بمال ، ولا يجرى مجرى المال ، ولهـذا لا يضمن بالغصب .

فـــرع اذا أسلم وله حمل لم يجز استرقاقه ، وقال أبو حنيفة : يجوز ، دليلنا : أنه مسلم باسلام أبيه فلم يجز استرقاقه كما لو كان منفصلا ، وان كانت الحامل به حربية ــ وقلنا بالمنصوص : انه يجوز استرقاقها اذا كانت حائلا فهل يجوز استرقاقها ها هنا ؟ فيه وجهان أحدهما : يجوز وبه قال أبو حنيفة لأنها حربية لا أمان لها . والثانى : لا يجوز استرقاقها لأنه لما لم يجز استرقاق حملها لم يجز استرقاقها ، ألا ترى أن الأمة اذا كانت حاملا بحر فانه لا يجوز بيعها كما لا يجوز بيع حملها ، فان تزوج حربى بحربيـة فحملت منه وسبيت المرأة استرقت وولدها ، وان أسلم أبوه حكم باسـلام الحمل ولا يبطل رقه ، لأن الاسـلام طرأ على الرق فلم يبطله ، وان تزوج

المسلم ذمية حربية فحملت منه فالولد مسلم ـ فان سبيت الأم ـ رقت ولا يرق الحمل ، لأنه مسلم فيجوز بيعها بعد ولادتها ، وان كان الولد صغيرا لأنهما غير مجتمعين فى الملك ، فجاز التفريق بينهما ، ويحتمل وجها آخر أنه لا يجوز استرقاقها كما قلنا فى التى قبلها •

فرع اذا حاصر الامام قوما من المشركين فى بلد أو حصن فأسلموا ، فهو كما لو أسلموا قبل الحصار ، لأن ابنى سعية أسلما فى الحصن فحقن دماءهما • قال المسعودى : فان أسلم رجل وله ولد ابن صغير فهل يحرره ؟ فيه وجهان أحدهما : يحرره كالأب ، والثانى : لا يحرره لأن الحر لما خالف فى الأب فى الميراث خالفه ها هنا ، واختلف قول القفال فى هذين الوجهين فقال فى مرة : الوجهان ها هنا اذا كان الأب ميتا ، فأما اذا كان حيا فلا يجوز للجد وجها واحدا ، وقال فى مرة : الوجهان ها هنا اذا كان حيا فأما اذا كان ميتا فيحرره الجد وجها واحدا هكذا نقله العمرانى فى البيان •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان أسلم رجل وله ولد صغير تبعه الولد فى الاسلام لقوله عز وجل ((والذين آمنوا واتبعهم ذريتهم بايمان الحقنا بهم ذريتهم)) وان أسلمت امرأة ولها ولد صغير تبعها فى الاسلام لأنها أحد الأبوين فتبعها الولد فى الاسلام كالأب • وان أسلم أحدهما والولد حمل تبعه فى الاسلام لأنه لا يصح اسلامه بنفسه ، فتبع المسلم منهما كالولد ، وان أسلم أحد الأبوين دون الآخر تبع الولد المسلم منهما لأن الاسلام أعلى ، فكان الحاقه بالمسلم منهما أولى ، وان لم يسلم واحد منهما فالولد كافر ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه ((أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : كل مولود يولد على الفطرة ، فأبواه يهودانه ، أو ينصرانه ، أو يمجسانه)) فان بلغ وهو مجنون فأسلم أحد أبويه تبعه فى الاسلام ، لأنه لا يصح اسلامه بنفسه ، فتبع الأبوين فى الاسلام كالطفل ، وان بلغ عاقلا ثم جن ثم أسلم أحد أبويه ففيه وجهان أحدهما : أنه لا يتبعه لانه زال حكم الاتباع ببلوغه عاقلا فلا يعود اليه • والثانى : أن يتبعه وهو المذهب ، لأنه لا يصح اسلامه بنفسه فتبع أبويه فى الاسلام كالطفل •

فصل وان سبى المسلم صبيا ـ فان كان معه أحد أبويه ـ كان كافرا لما ذكرناه من حديث أبى هريرة رضى الله عنه ، وان سبى وحده ففيه

وجهان أحدهما انه باق على حكم كفره ، ولا يتبع السابى فى الاسلام ، وهو ظاهر المذهب ، لأن يد السابى يد ملك فلا توجب اسلامه كيد المشترى . والثانى : أنه يتبعه لأنه لا يصح اسلامه بنفسه ، ولا معه من تبعه فى كفره ، فجعل تابعا للسابى لأنه كالأب فى حضانته وكفالته فتبعه فى الاسلام .

فصل وان وصف الاسلام صبى عاقل من أولاد الكفار لم يصح اسلامه على ظاهر المذهب ؛ لما روى على كرم الله وجهه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « رفع القلم عن ثلاثة عن المجنون المغلوب على عقال حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبى حتى يحتلم » ولأنه غير مكلف فلم يصح اسلامه بنفسه كالمجنون فعلى هذا يحال بينه وبين أهله من الكفار الى أن يبلغ ، لأنه اذا ترك معهم خدعوه وزهدوه فى الاسلام ، فان بلغ ووصف الاسلام حكم باسلامه ، وان وصف الكفر هدد وضرب وطولب بالاسلام ، وان اقام على الكفر رد الى أهله من الكفار ، ومن أصحابنا من قال : يصح اسلامه لأنه يصح صومه وصلاته فصح اسلامه كالبالغ .

الشرح قوله تعالى : « والذين آمنوا واتبعتهم ذريتهم » الآية قال القرطبى : واختلف فى معناه فقيل عن ابن عباس أربع روايات الأولى أنه قال : ان الله ليرفع ذرية المؤمن معه فى درجته فى الجنة وان كانوا دونه فى العمل لتقر بهم عينه وتلا هذه الآية ورواه مرفوعا النحاس فى الناسخ والمنسوخ له عن سعيد بن جبير عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ان الله ليرفع ذرية المؤمن معه فى درجته فى الجنة ، وان كان لم يبلغها بعمله لتقر بهم عينه » ثم قرأ « والذين آمنوا » الآية قال أبو جعفر : فصار الحديث مرفوعا وكذا يجب أن يكون ، لأن ابن عباس لا يقول هذا الا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لأنه اخبار عن الله عز وجل بما يفعله ، وعن ابن عباس : ان الله ليلحق بالمؤمن ذريته الصغار الذين لم يبلغوا الايمان . وعن ابن عباس : المهاجرون والأنصار والذرية التابعون وفى رواية عنه : ان كان الآباء أرفع درجة رفع الأبناء اليهم ، وان كان الأبناء أرفع درجة رفع الآباء اليهم .

أما حديث أبى هريرة رضى الله عنه فقد أخرجه البخارى ومسلم وأحمد وحديث رفع القلم مضى تخريجه فى غير موضع .

أما الأحكام فاذا أسلم أحد الأبوين ولهما ولد صغير تبع الولد المسلم منهما ، وقد تقدم ذكر ذلك فى اللقيط • وان سبى صغير ــ فان سبى معه أبواه أو أحدهما ــ تبعه فى دينه ، ولا يتبع السابى ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال الأوزاعى : يتبع السابى فى الاسلام ، وقال مالك : ان سبى معه الأب تبعه فى الدين دون السابى ، وان سبيت معه الأم تبع الولد السابى دون الأم دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « كل مولود يولد على الفطرة وأبواه يهودانه أو يمجسانه أو ينصرانه » فأخبر أن الأبوين يطبعانه بطابعهما الذى يؤمنان به ، فمن قال : انهما لا يهودانه ولا ينصرانه ولا يمجسانه اذا سبى معهما ، وان الأم لا تهوده ولا تنصره ولا تمجسه فقد خالف ظاهر الخبر ، وسنة الاجتماع ، لأن الولد ثمرة العلاقة بين الأبوين ، فاذا اتبع الأب فى الدين وجب أن يتبعها أيضا • اذا ثبت هذا فسبى الصغير وأحد أبويه وبلغا دار الاسلام ثم مات الوالد وبقى الولد كان باقيا على الكفر ، لأنه قد حكم بكفره فى دار الاسلام تبعا لوالده ، فلم يحكم باسلامه بموت والده ، وأما اذا سبى الصغير وحده ــ فاختلف الشيخان فيه ــ فقال الشيخ أبو حامد : يحكم باسلامه تبعا للسابى ، وهذا اجماع لأنه لا يستقل بنفسه لكونه لا حكم لكلامه ، وقال الشيخ أبو اسحق هنا : فيه وجهان أحدهما هذا ، والثانى : أنه باق على كفره ، وقال : وهو ظاهر المذهب ، لأن يد السابى يد ملك فلا يوجب اسلامه كيد المشترى •

فــــرع اذا وصف الكافر المجنون أو صبى غير مميز من أولاد الكفار الاسلام لم يحكم باسلامه ، لأنه لا حكم لقوله ، فان وصف الاسلام صبى مميز من أولاد الكفار ــ فهل يحكم باسلامه ؟ ــ فيه ثلاثة أوجه حكاها الشيخ أبو حامد ، أحدهما : يصح اسلامه لأن عليا أسلم قبل أن يبلغ ، ولأنه تصح صلاته وصومه فصح اسلامه كالبالغ • والثانى : لا يصح اسلامه لقوله صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاثة » الحديث • ولأنه مكلف فلم يصح اسلامه كالمجنون والصبى الذى لا يميز ، والثالث : أن اسلامه موقوف فان بلغ ثم وصف الاسلام لم نحكم بصحة اسلامه ، لأنه لا يبين ما كان منه فى الصغر الا بما انضاف اليه بعد البلوغ ، والصحيح

أنه لا يصح اسلامه ، وما روى عن على رضى الله عنه فقد روى أنه كان يوم أسلم ابن احدى عشرة سنة ، فيحتمل أنه أقر بالبلوغ ثم أسلم ، فعلى هذا يحال بينه وبين أبويه لئلا يزهداه فى الاسلام ، فان بلغ ووصف الاسلام حكم باسلامه من حين وصفه بعد البلوغ ، وان وصف الكفر قرع ، فان أقام على ذلك رد الى أهله .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان سبيت امرأة ومعها ولد صغير لم يجز التفريق بينهما وقد بيناه فى البيع ، وان سبى رجل ومعه ولد صغير ففيه وجهان احدهما : انه لا يجوز التفريق بينهما لانه احد الابوين فلم يفرق بينه وبين الولد الصغير كالأم ، والثانى : انه يجوز أن يفرق بينهمـا ، لأن الاب لابد أن يفـارقه فى الحضانة لأنه لا يتولى حضانته بنفسه ، وانما يتولاها غيره ، فلم يحرم التفريق بينهما ، بخلاف الأم فانها لا تفارقه فى الحضانة ، فانه اذا فرق بينهما ولهت بمفارقته فحرم التفريق بينهما .

فصـــل وان سبى الزوجان او احدهما انفسخ النكاح لمـا روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه قال : ((أصبنا نساء يوم أوطاس فكرهوا أن يقعوا عليهن ، فأنزل الله تعالى : (والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم) فاستحللناهن)) قال الشافعى رحمه الله : سبى رسـول الله صلى الله عليه وسلم أوطاس وبنى المصطلق وقسم الفىء ، وأمر أن لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تحيض ولم يسأل عن ذات زوج ولا غيرها ، وان كان الزوجان مملوكين فسبيا أو احدهما فلا نص فيه ، والذى يقتضـيه قياس المذهب أن لا ينفسخ النكاح ، لأنه لم يحدث بالسبى رق وانما حدث انتقـال الملك فلم ينفسخ النكاح ، كما لو انتقل الملك فيهمـا بالبيع ، ومن أصحابنا من قال : ينفسخ النكاح لأنه حدث سبى يوجب الاسترقاق ، وان صادف رقا كما أن الزنا يوجب الحد ، وان صادف حدا .

فصـــل اذا دخل الجيش دار الحرب فأصابوا ما يؤكل من طعـام أو فاكهة أو حلاوة واحتاجوا اليه جاز لهم أكله من غير ضمان ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه قال : ((كنا نصيب من المغـازى العسـل والفاكهة فنأكله ولا نرفعه)) وسئل ابن أبى أوفى عن طعام خيبر فقال : ((كان الرجل يأخذ منه قدر حاجته)) ولأن الحاجة تدعو الى ما يؤكل ، ولا يوجد من يشترى منه مع قيام الحرب ، فجاز لهم الأكل . وهل يجوز لهم الأكل من غير حاجة ؟ فيـه

وجهان أحدهما وهو قول أبى على ابن أبى هريرة : انه لا يجوز كما لا يجوز فى غير دار الحرب أكل مال الغير بغير اذنه من غير حاجة . والثانى : أنه يجوز ، وهو ظاهر المذهب ، وقول أكثر أصحابنا لما روى عبد الله بن مغفل رضى الله عنه قال : « دلى جراب من شحم يوم خيبر فاتيته فلتزمته ثم قلت : لا أعطى من هذا أحدا اليوم شيئا فالتفت فاذا برسول الله صلى الله عليه وسلم يتبسم الى » ولو لم يجز أكل ما زاد على الحاجة لنهاه عن منع ما زاد على الحاجة ، ويخالف طعام الغير بأن ذلك لا يجوز أكله من غير ضرورة ، وهذا يجوز أكله من غير ضرورة قطعا ، وطعام الغير يأكله بعوض وهذا يأكله بغير عوض ، فجاز ان يأكله من غير حاجة . ولا يجوز لأحد منهم أن يبيع شيئا منه لأن حاجته الى الأكل دون البيع ، وان باع شيئا منه نظرت ـ فان باعه من بعض الغانمين وسلمه اليه ـ صار المشترى أحق به ، لأنه من الغانمين وقد حصل فى يده ما يجوز له أخذه للأكل فكان أحق به ، فان رده الى البائع صار البائع أحق به لما ذكرناه فى المشترى ، وان باعه من غير الغانمين وسلمه اليه وجب على المشترى رده الى الغنيمة لأنه ابتاعه ممن لا يملك بيعه وليس هو من الغانمين فيمسكه لحقه ، فوجب رده الى الغنيمة .

الشرح حديث أبى سعيد فى صحيح مسلم وسنن أبى داود ومسند أحمد . وحديث ابن عمر رواه البخارى وأبو داود بأطول ، وحديث ابن أبى أوفى رواه أبو داود ، وحديث عبد الله بن مغفل متفق عليه .

أما اللغات فقوله : (ولهت) قال فى النهاية فيه « لا توله والدة عن ولدها » أى لا يفرق بينهما فى البيع ، وكل أنثى فارقت ولدها فهى واله . وقد ولهت توله ، وولهت تله ، ولها وولهانا فهى والهة وواله ، والوله : ذهاب العقل والتحير من شدة الوجد ، منه حديث نقادة الأسدى : « غير ألا توله ذات ولد عن ولدها » وحديث الفرعة : « تكفىء اناءك وتوله ناقتك » أى تجعلها والهة بذبحك ولدها ، وقد أولهتها وولهتها تواليها ومنه الحديث : « أنه نهى عن التوليه والتبريح » أ هـ .

أما الأحكام فقوله تعالى : « والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم » الآية فقد مضى فى النكاح مضى الاحصان وبعض ما فى الآية من الأحكام ونضيف هنا أنه قد اختلف العلماء فى تأويلها فقال أبو سعيد الخدرى وابن عباس وأبو قلابة وأبو الشعثاء والزهرى ومكحول : المراد بالمحصنات هنا المسبيات ذوات الأزواج خاصة ، أى هن محرمات الا

ما ملكت اليمين بالسبى من أرض الحرب ، فان تلك حلائل للذى تقع فى سهمه ، وان كان لها زوج • وهو قول الشافعى رضى الله عنه فى أن السباء يقطع العصمة ، وبه قال ابن وهب وابن عبد الحكم يرويانه عن مالك وهو قول أشهب ، واستدلوا بحديث أبى سعيد ونصه فى مسلم : «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين بعث جيشا الى أوطاس فلقوا العدو فقاتلوهم وظهروا عليهم وأصابوا لهم سبايا فكان ناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم تحرجوا من غشيانهن من أجل أزواجهن من المشركين ، فأنزل الله تعالى (والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم) أى فهن لكم حلائل اذا انقضت عدتهن » قال القرطبى : وهذا نص صريح صحيح فى أن الآية نزلت بسبب تحرج أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم عن وطء المسبيات ذوات الأزواج •

اذا ثبت هذا فان سبيت المرأة وولدها الصغير لم يجز أن يفرق بينهما ، لما روى أبو أيوب الأنصارى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة » وما رواه عمران بن الحصين رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ملعون ملعون ، من فرق بين امرأة وولدها » وبما رواه أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه : « أن النبى صلى الله عليه وسلم سمع امرأة تبكى فقال : ما لها ؟ فقيل : فرق بينها وبين ولدها فقال : لا تولد والدة بولدها » قال الشيخ أبو حامد : وهو اجماع لا خلاف فيه ، والى متى لا تجوز التفرقة بينهما ؟ فيه قولان أحدهما : الى أن يبلغ الولد سبع سنين • والثانى : الى أن يبلغ ، وقد مضى توجيههما فى البيوع ، وقال مالك : تحرم التفرقة بينهما الى أن يسقط سبيه وينبت • وقال الليث : الى أن يأكل بنفسه ويلبس • وقولهما قريب من قولنا فى بلوغه الى سبع سنين • وقال أحمد : تحرم التفرقة بينهما أبدا ، وهذا خطأ لأنه اذا بلغ استغنى بنفسه ، فلم تحرم التفرقة بينهما •

فرع . اذا سبى والرجل ولده الصغير فهل تحرم التفرقة بينهما ؟ فيه وجهان ، أحدهما : لا يحرم لأنه انما منعنا التفرقة بينه وبين الأم لئلا

يفقد لبنها وحضانتها ، وهذا لا يوجد فى حق الأب ، والثانى وهو اختيار الشيخ أبى حامد لما روى عن عثمان رضى الله عنه أنه قال : « لا يفرق بين الوالد وولده » ولأن الأب ــ وان لم يكن له لبن ــ فله حضانة لأنه يكترى له الحاضنة ويشرف عليه ، فاذا فرق بينهما استضر بذلك ، ويحرم التفرقة بين الولد الصغير وبين جدته أم أمه وان علت ، وتحرم التفرقة بينه وبين جدته أم أبيه وأم أبى أبيه لأن لها لبنا وحضانة ، فهى بمنزلة أم أمه ، أما التفرقة بينه وبين جده فعلى الوجهين فى التفرقة بينه وبين الأب •

فـــرع لا تحرم التفرقة بين الصغير وبين أخيه وخاله وعمته ، وقال أبو حنيفة : تحرم ، وروى ذلك عن عمر رضى الله عنه •

دليلنا أنهما شخصان تقبل شهادة أحدهما للآخر فلم تحرم التفرقة بينهما كابنى العم •

قوله : وان سبى الزوجان أو أحدهما انفسخ النكاح هذا قول المصنف ، وقال العمرانى فى البيـــان : اذا سبى الزوج وحده لم ينفسخ نكاحه حتى يسترقه الامام ، وان سبيت الزوجة وحدها انفسخ النكاح ا هـ • وليس بين الشيخين تناقض ، لأن كلام المصنف محمول على استرقاق الامام ، ووافقنا أبو حنيفة ، فى الحكم فى هذا ، وخالفنا فى العلة ، والعلة عندنا هى حدوث الرق ، والعلة عنـــده اختلاف الدارين • وان سبى الزوجان معـــا انفسخ نكاحهما ، وبه قال الليث والثورى وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة : لا ينفسخ لأن اختلاف الدار لم يوجد ، دليلنا ما قدمنا من بعث النبى صلى الله عليـــه وسلم سرية الى أوطاس الى آخر ما جاء فى الفصل والتخريج • وقال تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم ــ الى قوله ــ والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم » والمراد بالمحصنات هنا المزوجات فاستحلوا وطأهن ، ولم يفرق بين أن تسبى وحدها ، أو يسبى معها زوجها ، وقوله صلى الله عليه وسلم فى سبى أوطاس وبنى المصطلق : « الا توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تحيض » ولم يفرق بين ذات زوج أو غير ذات زوج ، ولأنها ملكت بالقهر

والغلبة فبانت من زوجها كما لو سبى أحدهما دون الآخر ، وان سبى الزوجان أو أحدهما وهما مملوكان فهل ينفسخ نكاحهما ؟ فيه وجهان ، من أصحابنا من قال : ينفسخ نكاحهما لأنه سبى يوجب الاسترقاق كما أن الزنا يوجب الحد ، وان صادف حدا • وقال المصنف : لا ينفسخ نكاحهما لأنه لم يحدث بالسبى رق وانما حدث انتقال ملك فلم ينفسخ النكاح كما لو انتقل الملك فيهما بالمبيع •

فـــرع واذا سبيت زوجة مشرك فجاء زوجها فطلبها وقال : عندى فلان وفلان من المسلمين مأسورين فان أطلقتموها أطلقتهما ــ قال الشيخ أبو حامد ــ فان الامام يقول له : أحضرهما ، فاذا أحضرهما أطلقهما الامام ولا يطلق له زوجته ، لأنهما حران فلا يجوز أن يكونا ثمن مملوكة ، بل يقال له : ان اخترت أن تشتريها فاشترها •

قوله : « اذا دخل الجيش دار الحرب فأصابوا ما يؤكل الخ » فجملة ذلك أنه اذا دخل المسلمون دار الحرب وغنموا منها ما يؤكل كالحب والخبز واللحم والعسل وما أشبهه ، واحتاجوا الى أكله جاز لهم أكله ولا قيمة عليهم فيه ، لما روى عبد الله بن أبى أوفى قال : « أصبنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر طعاما فكان كل واحد منا يأخذ منه قدر كفايته » وروى ابن عمر : « أن جيشا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم غنموا طعاما وعسلا فلم يؤخذ منهم الخمس ــ يعنى مما أكلوا » ولأن الحاجة تدعو الى اباحة ذلك للغانمين لأنه يشق عليهم حمل ما يقتاتون الى دار الحرب ، ويشق عليهم أن يشتروا من المشركين ولأنه ربما فسد اذا حمل الى دار الاسلام ، وربما كانت المؤنة بنقله أكثر من قيمته ، فكانت اباحته للغانمين من غير عوض أولى • وهل لهم أن يأكلوا منه من غير حاجة لهم الى أكله ؟ فيه وجهان ، أحدهما : لا يجوز أكله كما لا يجوز للانسان أكل مال غيره بغير اذنه من غير حاجة به اليه • والثانى ــ وهو ظاهر المذهب ــ أنه يجوز لهم أكله لحديث عبد الله بن مغفل أنه قال : « دلى جراب فيه شحم فأتيته فالتزمته ثم قلت : لا أعطى أحدا منه شيئا ، فالتفت فاذا برسول الله صلى الله عليه وسلم خلفى يبتسم » فلو لم يجز أكل ما زاد على الحاجة لنهاه عن ذلك •

فـــرع قال الشافعي رضى الله عنه : « فان أقرض شيئا من ذلك الطعام غيره جاز » • قال أصحابنا : لم يرد بذلك أنه قرض فى الحقيقة ، لأنه لا يملكه وانما أبيح له أخذه ، فاذا أخذه كان به أحق من غيره ، فاذا أقرضه غيره من الغانمين ودفعه اليه صار الثانى أحق به من الأول ، لأن يد الأول زالت عنه ، وتثبت يد الثانى عليه ــ فان رده الى الأول ــ صار أحق به أيضا ، وان دفعه الى غير الغانمين وجب عليه رده الى الغنيمة • قال الشافعي رضى الله عنه : « فان باع شيئا من ذلك الطعام من بعض الغانمين بطعام آخر جاز » قال أصحابنا : لم يرد أنه يبيع فى الحقيقة لما ذكرناه فيما لو أقرضه ، وانما أراد أن الثانى يصير أحق به من الأول لثبوت يده عليه ولا يلزمه بدله ، وان باع منه صاع طعام بصاعين أو أكثر جاز للثانى أكله لأنه ليس ببيع فلا يكون ربا ، وان باعه من غير الغانمين لم يجز لأن الأول لا يملكه والثانى لا يستحقه • فان أخذه بعض الغانمين من المشترى أو دفعه اليه صار أحق به •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **ويجوز أن يعلف منه المركوب وما يحمل عليه رحله من البهائم لأن حاجته اليه كحاجته ، ولا يدهن منه شعره ولا شعر البهائم ، لأنه لا حاجة به اليه ، ولا يعلف منه ما معه من الجوارح كالصقر والفهد ، لأنه لا حاجة به اليه ، وان خرج الى دار الاسلام ومعه بقية من الطعام ففيه قولان ، أحدهما : أنه لا يلزمه ردها فى المغنم ، لانه مال اختص به من الغنيمة فلا يجب رده فيها كالسباب • والثانى : أنه يجب ردها لأنه انما أجيز أخذه فى دار الحرب للحاجة ، ولا حاجة اليه فى دار الاسلام ، ومن أصحابنا من قال : ان كان كثيرا وجب رده قولا واحدا ، وان كان قليلا فعلى القولين ، والصحيح هو الأول • ولا يجوز تناول ما يصاب من الأدوية من غير حاجة ، وان دعت الحاجة اليه جاز تناوله ، ويجب ضمانه لأنه ليس من الأطعمة التى يحتاج اليها فى العادة ، ولا يجوز له لبس ما يصاب من الثياب لما روى رويفع بن ثابت الأنصارى رضى الله عنه : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يركب دابة من فىء المسلمين ، حتى اذا أعجفها ردها فيه ، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يلبس ثوبا من فىء المسلمين ، حتى اذا أخلقه رده فيه » ولأنه لا يحتاج اليه فى العادة ، فان لبسه لزمته أجرته لأنه كالغاصب •**

فصـــل ويجـوز ذبح ما يؤكل للأكل ومن أصـحابنا من قال : لا يجوز ، والمذهب الأول ، لأنه مما يؤكل فى العادة فهـو كسائر الطعـام . ولا يجوز ان يعمل من اهبها حذاء ، ولا سقاء ، ولا دلاء ، ولا فراء ، فان أتخذ منه شيئا من ذلك وجب رده فى المغنم ، وان زادت بالصنعة قيمته لم يكن له فى الزيادة حق ، وان نقص لزمه أرش ما نقص لأنه كالغاصب .

الشرح حديث رويفع بن أبى ثابت الأنصـارى رضى الله عنه رواه أبو داود وأحمد من طريق محمد بن اسحق وأخرجه الدارمى بسنده : أخبرنا أحمد بن خالد حدثنا محمد بن اسحاق عن يزيد بن أبى حبيب عن أبى مرزوق مولى لتجيب قال : حدثنى حنش الصنعانى قال : غزونا المغرب وعلينا رويفع بن أبى ثابت الأنصارى فافتتحنا قرية يقال لها جربة ، فقام فينا رويفع بن أبى ثابت الأنصارى خطيبا فقال : انى لا أقوم فيكم الا ما سمعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم قام فينا يوم خيبر حين افتتحناها : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يركبن دابة من فىء المسـلمين ، حتى اذا أجحفها أو قال : أعجفها ردها ، (قال أبو محمد : أنا أشك فيه) ومن كان يؤمن بالله واليـوم الآخر فلا يلبس ثوبا من فىء المسلمين حتى اذا أخلقـه رده » وابن اسحاق فى روايات أحمـد وأبى داود وابن حبـان والدارمى وغيرهم الا أنه فى مسند أحمد صريح بالتحديث فانتفت علة العنعنة ، وقد أخرجه الطحاوى باسناد ليس فيه ابن اسحاق ولكن فيه ابن لهيعة : حدثنا يونس أخبرنا ابن وهب أخبرنى ابن لهيعة عن جعفر بن ربيعة عن ابن مرزوق التجيبى عن حنش بن عبد الله عن رويفـع بن ثابت الحديث . وللطحـاوى اسناد ليس فيه ابن لهيعة : حدثنا يونس أخبرنا ابن وهب أخبرنى يحيى بن أيوب عن ربيعة بن سليم التجيبى عن حنش عن رويفع الحديث .

وقد حسنه ابن حجر فى الفتح وفى بلوغ المرام ، وقال : رجاله ثقـات لا بأس بهم . هكذا أفاده الشوكانى ، وقال الطحاوى فى شرح معانى الآثار بعد أن ساق الخلاف بين أبى حنيفة وغيره قال : فاذا كان الطعـام لا بأس بأخذه وأكله واستهلاكه لحاجة المسلمين الى ذلك كان كذلك أيضا لا بأس بأخذ الدواب والسـلاح والثياب واستعمالها ، للحـاجة الى ذلك ، حتى

لا يكون الذى أريد من حديث ابن أبى أوفى هذا غير ما أريد به من حديث رويفع ، حتى لا يتضادان • وهو قول أبى حنيفة ، وأبى يوسف ، ومحمد رحمة الله عليهم ، ثم قال : وبه نأخذ أ هـ قال محمد نجيب المطيعى ابن ابراهيم الطوابى : هذا قول الطحاوى ، أما نقل أصحابنا الشافعية رحمهم الله تعالى فقد قال القاضى للعمرانى فى البيان :

فـــرع يجوز للمجاهد أن يعلف مركوبه ويحمل عليه ا هـ • قلت : أو أن يمون وسيلته للانتقال ، فان كانت سيارة جاز له أن يأخذ لها زيتا وشحما مما يأخذ من المشركين فى دار الحرب ، ولا ضمان عليه فيه ، لأن حاجته الى ذلك كحاجته الى الطعام ، قال العمرانى : وان كان مع المجاهد بزاة أو صقور أو كلاب صيد ، فليس له أن يطعمها من الغنيمة لأنه لا حاجة به الى حملها الى دار الحرب أ هـ • قلت اذا كانت هذه الحيوانات يستعملها المجاهد فى اقتفاء أثر العدو واكتشاف مخابئه التى يتخفى فيهـا ، وكانت معلمة وخرجت معه باذن الامام جاز له أن يطعمها من الغنيمة • وان خرج المجاهد الى دار الاسلام ومعه بقية من الطعام فقد قال الشافعى فى موضع : يرده الى المغنم ، لأن حاجته اليه قد زالت ، وقال فى موضع آخر : يكون له فمن أصحابنا من قال : فيه قولان ، أحدهمـا يلزمه رده الى المغنم لأن حاجته اليه قد زالت • والثانى : يكون أحق به لأنه لما جاز له أكله فى دار الحرب جاز له أكله فى دار الاسلام ، ومنهم من قال : اذا كان كثيرا وجب عليه رده الى المغنم قولا واحدا ، وان كان قليلا فعلى القولين ، والطريق الأول أصح • وقال الأوزاعى وأبو حنيفة : ان كان قبـل القسمة رد الى المغنم ، وان كان بعد القسمة باعه وتصدق بثمنه ، دليلنا أنه ان كان له فلا يجب عليه أن يتصدق ، وان كان للغانمين لم يجز أن يتصدق به •

فـــرع وان غنموا أدوية لم يجز لأحدهم أن يتناول منها شيئا لأنها ليست بقوت والحاجة اليها نادرة ، فان احتاج بعض الغانمين الى تناول شىء منها لعلة فيه جاز له ذلك ، وكان عليه ضـمانه قال الشـافعى فى سير الواقدى : « فأما الأدوية كلها فليست من حساب الطعام المأذون وكذلك الزنجبيل وهو مربب وغير مربب انما هو من حساب الأدوية ، فما كان من

حساب الطعام فلصاحبه أكله لا يخرجه من بلاد العدو ، وما كان من حساب الدواء فليس له أخذه فى بلاد العدو ولا غيرها أ هـ • ثم قال الشافعى (رضى الله عنه) وليس له أن يوقح دابته بدهن من الغنيمة ــ والتوقيح أن يدهن حافر الدابة ، لأن هذا دواء وليس بقوت ــ وكذلك ليس له أن يلبس منها من غير أن يضمنه ، ولا لأحد أن يركب شيئا من ذوات الغنيمة من غير ضرورة لحديث رويفع بن ثابت أ هـ • وهو الذى سقناه آنفا •

فــــرع فان غنموا شيئا من الحيوان المأكول واحتــاجوا الى ذبحه لأكله ففيه وجهان أحدهما : لهم ذلك ولا ضمان عليهم فيه ، كما لو وجدوا طعاما أو لحما ، والثانى : ليس لهم ذلك لأن الحــاجة اليه نادرة ، والأول أصح ، فأما جلد هذا الحيوان فلا يجوز لهم الانتفاع به لأنه ليس لأجل الركى [1] والسطائح لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن ذبح الحيوان الا لمأكلة » وان غنموا ركاء وسطائح لم يكن لهم استعمالها بقوت • قال الشافعى (رضى الله عنه) : وان اتخذوا منه سيورا أو ركابا أو سطائح كان عليهم ردها وأجرة مثلها للمدة التى أقامت فى أيديهم ، وأرش ما نقصت • وقال رضى الله عنه : ولا يجوز أن يذبحوا دابة من دواب الغنيمة لأنها ليست بقوت •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل وان اصابوا كتبا فيها كفر لم يجز تركها على حالها ، لأن قراءتها والنظر فيها معصية ، وان اصابوا التوراة والانجيل لم يجز تركهــا على حالها ، لانه لا حرمة لها لأنها مبدلة ، فان أمكن الانتفاع بما كتب عليه اذا غسل كالجلود غسل وقسم مع الغنيمة ، وان لم يمكن الانتفاع به اذا غســل كالورق مزق ولا يحرق ، لانه اذا حرق لم يكن له قيمة فاذا مزق كانت له قيمة فلا يجوز اتلافه على الغانمين •

فصـــل واذا اصابوا خمرا وجب اراقتها كما يجب اذا اصيبت فى يد مسلم ، فان اصابوا خنزيرا فقد قال فى سير الواقدى : يقتل ان كان به

---

(١) الركى بالقصد والمد الركاء والركوه : الدلو الصغير •

عدو ، فمن أصحابنا من قال : ان كان فيه عدو قتل لما فيه من الضرر ، وان لم يكن فيه عدو لم يقتل ، لأنه لا ضرر فيه ، ومنهم من قال : يجب قتله بكل حال ، لأنه يحرم الانتفاع به فوجب اتلافه كالخمر ، وان أصابوا كلبا فان كان عقورا قتل ، لما فيه من الضرر ، وان كان فيه منفعة دفع الى من ينتفع به من الغانمين أو من أهل الخمس : وان لم يكن فيهم من يحتاج اليه خلى ، لأن اقتناءه لغير حاجة محرم وقد بيناه فى البيوع .

فصل وان اصابوا مباحا لم يملكه الكفار كالصيد ، والحجر ، والحشيش ، والشجر ، فهو لمن أخذه كما لو وجده فى دار الاسلام ، وان وجد ما يمكن أن يكون للمسلمين ويمكن أن يكون للكفار ، كالسيف ، والقوس ، عرف سنة فان لم يوجد صاحبه فهو غنيمة .

فصل وان فتحت أرض عنوة وأصيب فيها موات ـ فان لم يمنع الكفار عنها ـ فهو لمن أحياه كموات دار الاسلام ، وان منعوا عنها كان للغانمين ، لأنه يثبت لهم بالمنع عنها حق التملك ، فانتقل ذلك الحق الى الغانمين كما لو تحجروا مواتا للأحياء ، ثم صارت الدار للمسلمين ، وان فتحت صلحا على أن تكون الأرض لهم لم يجز للمسلمين أن يملكوا فيها مواتا بالاحياء لأن الدار لهم فلم يملك المسلم فيها بالاحياء .

الشرح قال الشافعى (رضى الله عنه) فى سير الواقدى : وما وجد من كتبهم فهو مغنم كله ، وينبغى للامام أن يدعو من يترجمه فان كان علما من طب أو غيره ولا مكروه فيه باعه كما يبيع سواه من المغانم ، وان كان كتاب شرك شقوا الكتاب وانتفعوا بأوعيته وأداته فباعها ، ولا وجه لتحريقه ولا دفعه قبل أن يعلم ما هو أ هـ . وجملة ذلك أنه اذا أصاب المسلمون من المشركين كتبا ـ فان كان فيها طب أو هندسة أو علوم ينتفع بها كالنحو أو الشعر المباح ـ كان ذلك كله غنيمة لأنها مال ، وان كان فيها كفر أو كتب سماوية مبدلة كالتوراة والانجيل لم يجز تركها تتداول فى أيدى المسلمين ، لأنها قد تغوى بعض ضعاف النفوس ممن هم حديثو عهد بالاسلام . فعلى هذا نظر فيها . فان أمكن محو كتابتها والانتفاع بما كتب عليه فعل ذلك ، وان لم يمكن ذلك مزقت ولا تحرق بالنار ، لأنه ربما انتفع بالمكتوب عليه بعد التمزيق ، كأن يعاد صناعته ورقا مرة أخرى اذ لا يمكن ذلك بعد التحريق ، ولأنها لا تخلو أن يكون فيها اسم الله تعالى . وبكل ما قلنا قال الفقهاء كافة ولا نعلم لنا مخالفا .

فـــرع قال الشافعى فى سير الواقدى : واذا ظهر المسلمون على بلاد الحرب حتى تصير دار الاسلام أو ذمة يجرى عليها الحكم ، فأصـابوا فيها خمرا فى خواب أو زقاق أهرقوا [1] الخمر وانتقوا بالزقاق والخوابى وطهروها ولم يكسروها ، لأن كسرها فساد . واذا لم يظهروا عليهـا وكان ظفرهم بها ظفر غارة لا ظفر أن يجرى بها حكم اهراقوا الخمر من الزقاق والخوابى ، فان استطاعوا حملها وحمل ما خف منها حملوه مغنما وان لم يستطيعوا أحرقوه وكسروه واذا ساروا اهـ . وقال العمرانى : وان أصاب المسلمون فى دار الحرب خمرا فى دنان فان الخمر تراق كما لو وجدت فى يد مسلم . وأما الدنان ــ فان كان المسلمون قد غلبوا على الدار ــ فان الدنان غنيمة ، وان لم يغلبوا على الدار ــ فان أمكنهم أخذ الدنان ــ أخذوها ، وان لم يمكنهم ذلك كسر لئلا يعصوا الله بها . وان أصابوا خنازير ، قال الشافعى رضى الله عنه : تقتـل ولا أترك عاديا على مسلم وقال فى سـير الواقدى : وما أصاب من الخنازير ــ فان كانت تعدو اذا كبرت ــ أمرته بقتلها كلها ولا تدخل مغنما بحال ، ولا تترك وهن عواد اذا قدر على قتلها ، فان عجل به مسير خلاها ، ولم يكن ترك قتلها بأكثر من ترك قتال المشركين لو كانوا بازائه . اهـ .

فمن أصحابنا من قال : ان كان فيها عدو قتلت لما فيها من الضرر ، وان لم يكن فيها عدو لم تقتل لأنه لا ضرر فيها ، ومنهم من قال : تقتل بكل حال ، لأنه يحرم الانتفاع بها فوجب اتلافها كالخمر ، وان أصـابوا كلابا ــ فان كانت عقارة ــ قتلت لما فيها من الضرر ، وان كانت ينتفع بها بالصيد والماشية والزرع ــ قال الشافعى (رضى الله عنه) قسمت بين الغانمين ــ يعنى تقر

---

(١) الريق ماء الفم وراق الماء والدم وغيره ريقا نصب ويتعدى بالهمزة فيقال اراقه صاحبه والفاعل مريق والمفعول مراق وتبدل الهمزة هاء فيقال : هراقه والأصل هريقه وزن دحرجه ولهذا تفتح الهاء من المضارع فيقال يهريقه كما تفتح الدال من يدحرجه ، وتفتح من الفاعل والمفعول أيضاً فيقال مهريق ومهراق ، وقد يجمع بين الهاء والهمزه فيقال أهراقه ساكن الهاء تشبيهاً له باسطاع يسطع . كأن الهمزه زيدت عرضاً عن حركة الباء فى الأصل ، ولهذا الا يصير الفعل بهذه الزيادة خماسياً .

أيديهم عليها الا لأنهم يملكونها لأن الكلاب لا تملك عنـدنا ، فان كان فى الغانمين أو أهل الخمس أهل صيد أو ماشية أو زرع دفعت اليهم ، وان لم يكن فيهم من ينتفع بها • قال الشيخ أبو حامد : قتلت أو تركت ، لأن اقتناء الكلب لا يجوز لغير حاجة • وان وجد فى دار الحرب سـنانير أو بزاة أو صقور كانت غنيمة لأنها مملوكة مباحة •

فـــرع وكل ما كان مباحا فى دار الاسـلام كالصـيد الذى لا علامة عليه فى البرية ، والأشجار فى الموات ، والحجارة فى الجبال ــ فاذا وجد مثل ذلك فى دار الحرب ــ فهو لمن أخذه كما قلنا فيمن وجد من ذلك فى دار الاسلام ، وان كان على ذلك أثر يد مثل الصيد الموسم أو الشجر فى الموات المحيط عليه ، والتراب المحوط ، والأحجار فى البناء ، فهو غنيمـة لأن الظاهر من هذه العلامات ثبوت اليد عليها فكانت غنيمـة ، هكذا ذكر الشيخ أبو حامد ، وذكر الشيخ أبو اسحق هنا أنه يعرف سنة •

فـــرع وان فتحت أرض عنوة وأصيب فيها موات ــ فان لم يمنع الكفار عنها ــ فهى لمن أحياها ، وان منعوا عنها ففيه وجهـان مضى ذكرهما فى احياء الموات من الجزء الرابع عشر ، وان فتحت صلحا على أن تكون الأرض لهم لم يجز للمسلمين أن يملكوا فيها مواتا بالاحيـاء ، لأن الدار للكفار فلم يملك المسلمون احياءها •

اذا ثبت هذا فان مكة دخلها النبى صلى الله عليـه وسلم يوم الفتح صلحا عندنا لا عنوة ، ولسنا نريد بذلك أنه عقـد الصلح مع جميع أهل مكة ، وانما عقد مع أبى سفيان ، وعقد الأمان لهم شرط ثم وجد الشرط فلزمه الأمان ، ولم يكن للنبى صلى الله عليه وسلم سبى أموالهم وذراريهم ، ولا قتل من وجد فيه شرط الأمان الا من استثناه ، وبه قال مجاهد • وقال مالك والأوزاعى وأبو حنيفة : دخلها صلى الله عليه وسلم عنوة ، وكان له أن يقتل ويسبى ويغنم ولكنه عفا عنهم ، دليلنا قوله تعالى : « ولا يزال الذين كفروا تصيبهم [1] بما صنعوا قارعة ، أو تحل قريبا من دارهم » فأخبر أن

---

(١) الآية ٣١ من سورة الرعد .

مشركى قريش لا تزال تصيبهم القوارع من سرايا رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى يحل رسول الله صلى الله عليه وسلم بقرب دارهم وتنقطع عنهم القوارع ، وهذا لا يكون الا على قولنا ، ولقوله تعالى : « وعدكم الله (١) مغانم كثيرة تأخذونها فعجل لكم هذه ، وكف أيدى الناس عنكم — الى قوله تعالى — وأخرى لم تقدروا عليها » والتى عجل لهم هى غنائم حنين ، والتى لم يقدروا عليها — قال بعض أهل التفسير — هى غنائم مكة ، لأنها فتحت صلحا لا عنوة ، ولما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم لما سار الى مكة نزل بمر الظهران قال العباس : فقلت فى نفسى : ان دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة قبل أن يخرجوا اليه فيستأمنوا به لهلاك قريش ، فركبت بغلة رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلى أجد ذا حاجة ، أخبره بذلك فيخبر أهل مكة فيخرجوا اليه فستأمنوه ، فبينا أنا سائر اذا بأبى سفيان بن حرب وبديل بن ورقاء فقلت : أبا حنظلة ؟ فقال : أبا الفضل ؟ فقلت : نعم ، قال : بأبى أنت وأمى مالك ؟ فقلت رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس فقال : ما ترى ؟ قلت : اركب خلفى ، فركب خلفى ورجع بديل بن ورقاء ، فأتيت به النبى صلى الله عليه وسلم فأمنه وقال لى : خذه الى الغد ، فلما كان من الغد جئت به النبى صلى الله عليه وسلم فلقينى عمر رضى الله عنه فقال : الحمد لله الذى أمكن من هذا المنافق من غير ايمان ولا أمان فقلت له : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أمنه ، ثم دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت : يا رسول الله ان أبا سفيان رجل يحب الفخر فاجعل له شيئا ، فقال صلى الله عليه وسلم : من دخل دار أبى سفيان فهو آمن ، فقال : وما يغنى دارى ؟ فقال : ومن دخل المسجد الحرام فهو آمن ، فقال : وما يغنى المسجد الحرام ؟ فقال : ومن أغلق (٢) عليه بابه فهو آمن ، ومن ألقى سلاحه فهو آمن . فلما سار قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

---

(١) الآية ٢٠ من سورة الفتح .

(٢) لا يزال العمل فى الدنيا كلها بين الشعوب المتحضرة وغيرها فى حالات الطوارىء ان يعلن الحاكم العسكرى العام قرار حظر التجول حتى يسيطر على مداخل ومخارج البلد ، ثم يتدرج فى تخفيف هذه الأوامر المعلنة فيرفع الحظر جزءا جزءا حتى تعود الأمور الى هدوئها .

أوقفه فى المضيق ليرى جند الله ، فأوقفته فى مضيق فمرت به القبائل على راياتها فمرت بنا مزينة وغطفان ، فقال : من هؤلاء ؟ فقلت : مزينة وغطفان ، فقال : ما لى ومزينـــة ، فأقبل رســـول الله صلى الله عليه وسلم فى الكتيبة الخضراء من المهاجرين والأنصار لا تبين منهم الا الحدق فقال : من هؤلاء ؟ فقلت : رسول الله صلى الله عليه وسلم فى المهاجرين والأنصار فقال : لقد أصبح ملك ابن أخيك اليوم عظيما ، فقلت : ما هـــذا بملك انما هو نبوة فقال : نعم ، ثم سار أبو سفيان الى مكة وقال : ان محمدا قد أتاكم بعسكر لا قبل لكم به قالوا فمه ؟ قال من دخل دارى فهو آمن ، ومن دخل المسجد الحرام فهو آمن ، ومن أغلق بابه فهو آمن ، ومن ألقى سلاحه فهو آمن » قال ابن عباس : فتفرق الناس الى دورهم والمسجد . وهذا يدل على تقدم عقد الأمان ، وروى مصعب بن سعد عن أبيه أن النبى صلى الله عليه وسلم أمن يوم الفتح الناس كلهم الا ستة أنفس : ابن صبابة وعكرمة بن أبى جهل وعبد الله بن سعد بن أبى السرح وابن خطل والقينتين جاريتين كانتا لعبد ابن سعد تغنيان بهجو النبى صلى الله عليه وسلم ولما دخل مكة لم يقتل غير من استثناه ، ولم يسب ، ولم يغنم الأموال والديار ، بل عفا عن بعض من أمر بقتلهم ، وهذه علامات الصلح لا علامات العنوة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **وما أصاب المسلمون من مال الكفار وخيف أن يرجع اليهم ينظر فيه ـ فان كان غير الحيوان ـ أتلف حتى لا ينتفعوا به ويتقووا به على المسلمين ، وان كان حيوانا لم يجز اتلافه من غير ضرورة ، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنه : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من قتل عصفورا فما فوقها بغير حقها سأله الله تعالى عن قتلها ، قيل : يا رسول الله وما حقها ؟ قال : أن تذبحها فتأكلها ولا تقطع رأسها فترمى بها » وان دعت الى قتله ضرورة بأن كان الكفار لا خيل لهم وما أصابه المسلمون خيل ، وخيف ان يأخذوه ويقاتلونا عليه ، جاز قتله ، لأنه اذا لم يقتـــل أخذه الكفار وقاتلوا به المسلمين .**

فصـــل **اذا سرق بعض الغـــانمين نصابا من الغنيمة ـ فان كان**

قبل اخراج الخمس ـ لم يقطع لمعنيين احدهما : أن له حقا فى خمسها . والثانى : أن له حقا فى أربعة أخماسها ، وان سرق بعد اخراج الخمس نظرت ـ فان سرق من الخمس ـ لم يقطع له حقا فيه ، وان سرق من أربعة أخماسها نظرت ـ فان سرق قدر حقه أو دونه ـ لم يقطع ، لأن له فى ذلك القدر شبهة ، وان كان أكثر من حقه ففيه وجهان احدهما : انه يقطع ، لأنه لا شبهة له فى سرقة النصاب . والثانى : أنه لا يقطع لأن حقه شائع فى الجميع فلم يقطع فيه ، وان كان السارق من غير الغانمين نظرت ـ فان كان قبل اخراج الخمس ـ لم يقطع لأن له حقا فى خمسها ، وان كان بعد اخراج الخمس ـ فان سرق من الخمس ـ لم يقطع لأن فيه حقا ، وان سرق ذلك من أربعة أخماسها ـ فان كان فى الغانمين من للسارق شبهة فى ماله كالأب والابن ـ لم يقطع ، لأن له شبهة فيما سرق ، وان لم يكن له فيهم من له شبهة فى ماله قطع لأنه لا شبهة له فيما سرق .

فصـــل وان وطىء بعض الغانمين جارية من الغنيمة لم يجب عليه الحد ، وقال أبو ثور : يجب ، وهـذا خطأ لأن له فيهـا شبهة ، وهو حق التملك ، ويجب عليه المهر لأنه وطء يسقط فيه الحد على الموطوءة للشبهة ، فوجب المهر على الواطىء ، كالوطء فى النكاح الفاسد . وان أحبلها ثبت النسب للولد وينعقد الولد حرا للشبهة ، وهل تقسم الجارية فى الغنيمة ؟ أو تقوم على الواطىء ؟ فيه طريقان ، من أصحابنا من قال : أن قلنا انه اذا ملكها صارت أم ولد قومت عليه ، وان قلنا : انها لا تصير أم ولد له لم تقوم عليه ، وقال أبو اسحق : تقوم على القولين ، لأنه لا يجوز قسمتها كما لا يجوز بيعهـا ، ولا يجوز تأخير القسمة لأن فيه اضرارا بالغانمين ، فوجب أن تقـوم . وان وضعت فهل تلزمه قيمة الولد لا ينظر فيه ، فان كان قد قومت عليـه ، لم تلزمه لأنها تضع فى ملكه ، وان لم تكن قومت عليـه لزمه قيمة الولد لأنهـا وضعته فى غير ملكه .

الشرح حديث عبد الله بن عمرو أخرجه النسائى فى الصيد عن محمد بن عبد الله بن يزيد ، وفى الضحايا عن قتيبة وقد مضى بطرقه فى الحج ، وفى كتاب الصيد .

أما الأحكام فانه اذا سرق بعض الغـانمين نصـابا من الغنيمة قبل اخراج الخمس لم يقطع لأن له حظا فى الخمس ، وفى الأربعة الأخماس ، فان سرق نصابا بعد اخراج الخمس فان سرق من الخمس لم يقطع ، لأن له فيه حقا ، وان سرقه من أربعة أخماسها فان سرق قدر حقـه أو دونه لم

يقطع ، لأن له فيما سرقة شبهة ، وان سرق أكثر من حقه والزائد على حقه نصاب ففيه وجهان ، أحدهما : يقطع لأنه لا شبهة له فى سرقة النصاب • والثانى : لا يقطع لأن حقه شائع فى الجميع ، وان سرق غير الغانمين نصابا من الغنيمة ــ فان سرق منها قبل اخراج الخمس أو من الخمس بعد اخراجه ــ لم يقطع ، لأن له شبهة فى الخمس ، وان سرق من أربعة أخماسها ــ فان لم يكن فى الغانمين من له شبهة فى ماله كالولد والوالد والسيد ــ قطع لأنه لا شبهة له فيه ، وان كان فى الغانمين من له شبهة فى ماله فمقتضى كلام المصنف أنه لم يقطع ، لأن له شبهة فيها وقال القاضى العمران فى البيان : والذى يقتضى المذهب أنه ينظر ــ فان سرق قدر نصيبه أو دونه ــ لم يقطع ، وان سرق أكثر من نصيبه ففيه وجهان كما لو كان السارق من الغانمين •

وقال ابن قدامة فى المغنى : اذا كان السارق بعض الغانمين أو أباه أو سيده فلا قطع عليه لأن له شبهة ، وهو حقه المتعلق بها ، فيكون ذلك مانعا من قطعه ، لأن الحدود تدرأ بالشبهات فأشبه ما لو سرق من مال مشترك بينه وبين غيره وهكذا ان كان لابنه وأن علا ، وهو قول أبى حنيفة والشافعى ، وزاد أبو حنيفة : اذا كان لذى رحم محرم منه فيها حق لم يقطع ، مبنى على أنه لا يقطع بسرقة مالهم • ولو كان لأحد الزوجين فيها حق فسرق منها الآخر لم يقطع عند من لا يرى أن أحدهما يقطع بسرقة مال الآخر •

مسألة اذا غنم المسلمون أموال المشركين وحازوها ــ فان كان فيها جارية فوطئها رجل من الغانمين نظرت ــ فان كان عددهم غير محصور لم يجب عليه الحد ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد وأكثر الفقهاء ، وقال مالك وأبو ثور : عليه الحد لقوله تعالى : (الزانية [1] والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) وهذا زان ، ولأنه وطء فى غير ملك عامدا عالما بالتحريم فلزمه الحد كما لو وطىء جارية غيره • وقال الأوزاعى : كل من سلف من علمائنا يقول : عليه أدنى الحدين مائة جلدة ، ومنع بعض الفقهاء ثبوت الملك فى الغنيمة ، وقال : انما تثبت بالأخبار • دليلنا أنه يملك سهما منها وان كان

---

(١) الآية ٢ من سورة النور •

ذلك السهم غير معلوم ، فصار ذلك شبهة فسقط به الحد عنه ، وأما الآية فمخصوصة بوطء الجارية المشتركة وجارية ابنه فنقيس عليه هذا ، ومنع الملك لا يصلح لأن ملك الكفار قد زال ، ولا يزول الا الى مالك ، ولأنه تصح قسمته ويملك الغانمون طلب قسمتها فأشبهت مال الوارث . اذا ثبت هذا فانه يعزر ولا يبلغ بالتعزير الحد ، ويؤخذ منه مهر مثلهـا فيطرح فى المقسم ، وبهذا قال أحمد وأصحابه ، وقال فى البيان : وأما التعزير ــ فان كان قد نشأ فى بلاد الاسلام وعلم تحريم ذلك ــ عزر ، وان نشأ فى بادية بعيدة ولم يعلم تحريم ذلك لم يعزر ، ويجب عليه جميع المهر لأنه وطء فى غير ملك يسقط فيه الحد عن الموطوءة ، فوجب المهر كما لو وطىء فى نكاح فاسد . فان ملكها بعد ذلك لم يسقط عنه شىء من المهر كما لو وطىء جارية غيره بشبهة ثم ملكها ــ فان كانت بحالهـا ، وأخرج الامام الخمس لأهل الخمس وقسم أربعة أخماسها بين الغانمين فدفع جارية من المغنم الى عشرة من الغانمين بحصتهم ــ لأن له أن يفعل ذلك فوطئها أحدهم نظرت ــ فان وطئها بعد أن اختاروا تملكها فهى كالجارية بين الشركاء ، فلا يجب عليـه الحد ، ويجب عليه تسعة أعشار المهر ، ويسقط العشر لأن ذلك حصة ملكه ، وان وطئها قبل أن يختاروا تملكها فلا حد عليه وعليه جميع المهر . هـذا الكلام اذا لم يحبلها ، فأما اذا حبلها الواطىء نظرت ــ فان كان عدد الغانمين غير محصور فان الولد حر ، ويلحق الواطىء نسـبه ، وقال أبو حنيفة : لا يلحقه نسبه ، ويكون مملوكا للغانمين ، دليلنا أنه وطء سقط فيه الحـد عن الواطىء للشبهة فلحقه نسبة ، كما لو وطىء امرأة بنكاح فاسد ، وتصير الجارية أم ولد له فى الحال ، لأنها علقت منه بحر فى غير ملكه ، فان ملكهـا بعد ذلك فهل تصير أم ولد له ؟ فيه قولان ، وهل تقوم الجارية على الواطىء أو تقسم بين الغانمين ؟ فقال أبو اسحاق المروزى تقوم عليه ، قولا واحدا ، لأنه لايجوز قسمتها بين الغانمين ولا بيعها لأنها حامل بحر ، ولا يجوز أن تؤخر قسمتها الى أن تضع ، لأن فيه ضررا على الغانمين فلم يبق الا التقويم ، فاذا قلنا : لا تقوم عليه فلا كلام ، وان قلنا تقوم عليه ــ فان كانت قيمتها قدر حقه ــ أخذها ، وان كانت قيمتها أقل من حقه من الغنيمة أخذها ، وأخذ تمام حقه من الغنيمة ، وان كانت قيمتها أكثر من حقه من الغنيمة وجب عليه

دفع الفضل الى الغانمين ، فان لم يكن معه الفضل قال الشيخ أبو حامد : بقك منها بقدر الزيادة رقيقا للغانمين وصار الباقى أم ولد له .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ومن قتل فى دار الحرب قتلا يوجب القصاص ، أو أتى بمعصية توجب الحد ، وجب عليه ما يجب فى دار الاسلام ، لأنه لا تختلف الداران فى تحريم الفعل فلم تختلفا فيما يجب به من العقوبة .**

فصل **وان تجسس رجل من المسلمين للكفار لم يقتل ، لما روى عن على كرم الله وجهه قال : « بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم انا والزبير والمقداد وقال : انطلقوا حتى تأتوا (روضه خاخ) فان فيها ظعينة معها كتاب فخذوه منها ، فانطلقنا حتى أتينا الروضة ، فاذا بالظعينة فقلنا : أخرجى الكتاب فأخرجته من عقاصها ، فأتينا به رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذا فيه : من حاطب بن أبى بلتعة (رضى الله عنه) الى أناس بمكة يخبرهم ببعض أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : يا حاطب ما هذا ؟ قال : يا رسول الله لا تعجل على انما كنت امرأ ملصقا فأحببت أن أتخذ عندهم يدا يحمون بها قرابتى . ولم أفعل ذلك ارتدادا عن دينى ، ولا أرضى الكفر بعد الاسلام ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أما انه قد صدق ، فقال عمر : دعنى يا رسول الله أضرب عنق هذا المنافق ، فقال : انه قد شهد بدرا . فقال سفيان ابن عيينة فانزل الله : يأيها الذين آمنوا لا تتخذوا عدوى وعدوكم أولياء ، وقرأ سفيان الى قوله : فقد ضل سواء السبيل » .**

الشرح حديث الظعينة متفق عليه وقد روى ابن اسحق عن محمد بن جعفر بن الزبير عن عروة قال : « لما أجمع رسول الله صلى الله عليه وسلم المسير الى مكة كتب حاطب بن أبى بلتعة الى قريش يخبرهم ثم أعطاه امرأة من مزينة » وذكر ابن اسحق أن اسمها سارة ، وذكر الواقدى أن اسمها كنود ، وله رواية أخرى أن اسمها سارة ، وأخرى أم سارة . وذكر الواقدى أن حاطبا جعل لها عشرة دنانير على ذلك ، وقيل دينارا واحدا ، وقيل انها كانت مولاة للعباس . قال السهيلى : كان حاطب حليفا لعبد الله بن حميد بن زهير بن أسد بن عبد العزى ، ونقل الشوكانى هذا كله ثم نقل عن يحى بن سلام فى تفسيره أن لفظ الكتاب : « أما بعد

يامعشر قريش ، فان رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءكم بجيش كالليل ، يسير كالسيل ، فوالله لو جاءكم وحده ، لنصره الله وأنجز له وعده ، فانظروا لأنفسكم والسلام » . كذا حكاه السهيلي ورواه الواقدي بسند له مرسل أن حاطبا كتب الى سهيل بن عمرو وصفوان بن أمية وعكرمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أذن فى الناس بالغزو ، ولا أراه يريد غيركم ، وقد أحببت أن تكون لى عندكم يد . وذكر القشيرى أن حاطب بن أبى بلتعة كان من أهل اليمن ، وكان له حلف بمكة فى بنى أسد بن عبد العزى وقيل : كان حليفا للزبير بن العوام فقدمت من مكة سارة مولاة أبى عمرو بن صيفى ابن هشام بن عبد مناف ورسول الله صلى الله عليه وسلم يتجهز لفتح مكة ، وقيل : كان هذا زمن الحديبية فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أمهاجرة جئت يا سارة ؟ فقالت : لا . قال : أمسلمة جئت ؟ قالت : لا . قال : فما جاء بك ؟ قالت : كنتم الأهل والموالى ، والأصل والعشيرة ، وقد ذهب الموالى — تعنى قتلوا يوم بدر — وقد احتجت حاجة شديدة فقدمت عليكم لتعطونى وتكسونى ، فقال عليه الصلاة والسلام : فأين أنت عن شباب أهل مكة ؟ وكانت مغنية ، قالت : ما طلب منى شىء بعد وقعة بدر ، فحث رسول الله صلى الله عليه وسلم بنى عبد المطلب وبنى المطلب على اعطائها ، فكسوها وأعطوها وحملوها فخرجت الى مكة وأتاها حاطب فقال : أعطيك عشرة دنانير وبرداً على أن تبلغى هذا الكتاب الى أهل مكة ، وكتب فى الكتاب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم يريدكم فخذوا حذركم ، فخرجت سارة ونزل جبريل فأخبر النبى صلى الله عليه وسلم بذلك ، فبعث عليا والزبير وأبا مرثد الغنوى ، وفى رواية : « عليا والزبير والمقداد » وفى رواية : « أرسل عليا وعمار بن ياسر » وفى رواية : « عليا وعمارا وعمر والزبير وطلحة والمقداد وأبا مرثد » ، وكانوا كلهم فرسانا وقال لهم : « انطلقوا حتى تأتوا روضة خاخ ، فان بها ظعينة ، ومعها كتاب من حاطب الى المشركين فخذوه منها واخلوا سبيلها ، فان لم تدفعه لكم فاضربوا عنقها » فادركوها فى ذلك المكان ، فقالوا لها : أين الكتاب فحلفت ما معها كتاب ، ففتشوا أمتعتها فلم يجدوا معها كتابا ، فهموا بالرجوع فقال على : والله ما كذبنا ولا كذبنا وسل سيفه وقال : أخرجى الكتاب والا والله

لأجردنك ولأضربن عنقك ، فلما رأت الجد أخرجته من ذؤبتها : وفى رواية من حجزتها ، فخلوا سبيلها ورجعوا بالكتاب الى النبى صلى الله عليه وسلم فأرسل الى حاطب فقال : هل تعرف الكتاب ؟ قال : نعم » . وذكر الحديث بنحو ما جاء فى المهذب ، وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم أمن جميع الناس يوم الفتح الا أربعة هى أحدهم .

أما اللغات قوله : « فان فيها ظعينة » قال ابن بطال فى شرح غريب المهذب : الظعينة المرأة فى الهودج وأصل الظعينة هو الهودج ثم سميت المرأة ظعينة لكونها فيه مأخوذ من الظعن وهو الارتحال ، قال تعالى : « يوم ظعنكم [1] ويوم اقامتكم » .

قال ابن بطال فى شرح غريب المهذب : « قوله فأخرجته من عقاصها » عقص الشعر ليه وضفره على الرأس ، ومنه سميت الشاة الملتوية القرن عقصاء . والعقاص جمع عقصة مثل رهمة ورهام . قال امرؤ القيس :

يضل العقاص فى مثنى ومرسل

وقوله : « كنت امرءا ملصقا » الملصق بالقوم والملتصق المنضم اليهم وليس منهم . قوله : « يدا » أراد صنيعة منهم يمنعون بها قرابتى قال :

تكن لك فى قومى يد يشكرونها وأيدى الندى فى الصالحين قروض

قوله : « دعنى أضرب عنق هذا المنافق » قال : قد ذكرنا أن المنافق الذى يظهر الايمان ويستر الكفر ، وفى اشتقاقه ثلاثة أوجه أحدها أنه مشتق من النفق وهو السرب من قوله تعالى : « فان استطعت أن تبتغى نفقا فى الأرض » فشبه بالذى يدخل النفق ويستتر به . والثانى : أنه مشتق من نافقاء اليربوع وهو جحره ، لأن له جحرا يسمى النافقاء ، وآخر يقال له : القاصعاء ، فاذا طلب من النافقاء قصع فخرج من القاصعاء وان طلب من القاصعاء نفق فخرج من النافقاء ، وكذلك المنافق يدخل فى الكفر ويخرج

---

(١) الآية ٨٠ من سورة النحل .

من الاسلام مراءاة للكفار ويخرج من الكفر ويدخل فى الاسلام مراءاة للمسلمين • والثالث : أنه مشتق من النافقاء بمعنى آخر ، وذلك أنه يحفر فى الأرض حتى اذا كاد أن يبلغ ظاهرها أرق التراب ، فاذا خاف حرق الأرض وبقى فى ظاهره تراب وظاهر جحره تراب ، وباطنه حفر ، والمنافق باطنه كفر وظاهره ايمان ، وللبربوع أربعة أجحرة : الراهطاء ، والنافقاء ، والقاصعاء ، والدأماء ، قوله : « عدوى وعدوكم » قال الهروى : العداوة تباعد القلوب والنيات ، وقال ابن الأنبارى : لأنه يعدو بالمكروه والظلم ، ويقال : عدا عليه عدوا ! اذا ظلمه قال الله تعالى : « فيسبوا الله عدوا بغير علم » أى ظلما والعدو يقع على الواحد والاثنين والجمع والمذكر والمؤنث بلفظ واحد ، قال الله تعالى : « فانهم عدو لى » وقال : « وهم لكم عدو » وقال الشاعر :

اذا أنا لم أنفع خليلى بوده فان عدوى لن يضرهم بغضى

وقد يجمع فيقال : أعداء ، قال الله تعالى : « فلا تشمت بى الأعداء » اهـ •

اما الأحكام فانه اذا تجسس المسلم للكفار وأوقفهم على أخبار المسلمين ودلهم على عوراتهم فلا يجب قتله بذلك لحديث على فى قصة حاطب ابن أبى بلتعة هذا كلام الأصحاب • ونحن اذا تأملنا علة العفو عنه نجد أنها علة خاصة لا يشترك مع حاطب غيره ممن يأتى بعد عصر الصحابة رضى الله عنهم تلك هى اشتراكه فى غزوة بدر ، ولا نظن أن خطاب حاطب بصيغته التى وردت آنفا تفيد أنه كشف للمسلمين عورة أو دل المشركين منهم على ثغرة ؛ وانما يمكن أن يقال فى عمله هذا أنه أفشى أسرارا حربية عن مسيرة المسلمين الى فتح مكة كاحتمال يمكن وقوعه ، ثم أرعد فى خطابه ارعادا يزلزل أقدام المشركين ، فما أحسب حاطبا الا مجتهدا فى هذا يريد أن يفت فى عضد المشركين ، وان كان فى هذا العمل بعض ما فيه من المنفعة للمشركين من حيث احاطتهم علما بسر من أسرارهم بل هو أهم أسرار المسلمين • ولذلك فانى أدع للامام أن يقدر لمن خان المسلمين واتصل بأعدائهم وأفشى أسرارهم ودل المشركين على عوراتهم الجزاء الذى يتناسب مع جريمته ، وقد حددها عمر

رضى الله عنه بضرب عنقه ، ولم يمنع من ذلك الا كونه من أهل بدر ، وليس كل مسلم بدريا ، حتى تضع كل مسلم فى صف حاطب ، وكل خيانة للمسلمين فى وصف كتاب حاطب فلنتنبه لهذا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل اذا أخذ المشركون مال المسلمين بالقهر لم يملكوه ، واذا استرجع منهم وجب رده الى صاحبه لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل مال امرىء مسلم الا بطيب نفس منه » وروى عمران بن الحصين رضى الله عنه قال : « أغار المشركون على سرح رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهبوا به ، وذهبوا بالعضباء وأسروا امرأة من المسلمين ، فركبتها وجعلت لله عليهـا ان نجاها الله لتنحرنها ، فقدمت المدينة وأخبرت بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : بئس ما جزيتها لا وفاء لنذر فى معصية الله عز وجل ، ولا فيما يملكه ابن آدم » فان لم يعلم به حتى قسم دفع الى من وقع فى سهمه العوض من خمس الخمس ، ورد المال الى صاحبه لأنه يشق نقض القسمة .

فصـــل وان أسر الكفار مسـلما وأطلقـوه من غير شرط فله ان يقتالهم فى النفس والمال ، لأنهم كفار لا أمان لهم ، وان أطلقوه على أنه فى أمان ولم يستأمنوه ففيه وجهان : أحدهما ـ وهو قول أبى على بن أبى هريرة : أنه لا أمان لهم لأنهم لم يستأمنوه . والثانى ـ وهو ظاهر المذهب : أنهم فى أمانه لأنهم جعلوه فى أمان ، فوجب أن يكونوا منه فى أمان ، وان كان محبوسا فأطلقوه واستحلفوه أنه لا يرجع الى دار الاسلام لم يلزمه حكم اليمين ، ولا كفـارة عليه اذا حلف ، لأن ظاهره الاكراه ، فان ابتدأ وحلف أنه ان أطلق لم يخرج الى دار الاسلام ففيه وجهان أحدهما : أنها يمين اكراه ، فان خرج لم تلزمه كفارة ، لأنه لم يقدر على الخروج الا باليمين ، فأشبه اذا حلفوه على ذلك . والثانى : أنه يمين اختيار ، فان خرج لزمته الكفارة لأنه بدأ بها من غير اكراه ، وان أطلق ليخرج الى دار الاسلام وشرط عليه أن يعود اليهم أو يحمل لهم مالا لم يلزمه العود ، لأن مقامه فى دار الحرب لا يجوز ، ولا يلزمه بالشرط ما ضمن من المال ، لأنه ضمان من مال بغير حق ، والمستحب أن يحمل لهم ما ضمن ليكون ذلك طريقا الم اطلاق الأسرى .

الشرح الحديث الأول أخرجه الدارقطنى عن أنس وفى اسناده الحارث الفهرى مجهول ، وعنده عن حميد عن أنس وفى اسـناده داود بن الزبرقان وهو متروك ، وأخرجه أحمـد والدارقطنى من حديث أبى حرة

الرقاشي عن عمه وفي اسناده على بن زيد بن جدعان وأخرجه الحاكم من طريق عكرمة ، والدارقطني من طريق ابن عباس وفي اسناده العرزمي ورواه البيهقي وابن حبان والحاكم من حديث أبي حميد الساعدي ولفظه : « لا يحل لامرىء مسلم أن يأخذ عصا أخيه بغير طيب نفس منه » وحديث عمران بن الحصين أخرجه مسلم في النذور عن زهير بن حرب وعلى بن حجر ، وأبو داود في النذور عن سليمان بن حرب ومحمد بن عيسى الطباع والترمذي في السير عن ابن أبي عمر والنسائي في النذور عن هناد وعن عمرو بن عثمان وعن على بن ميمون وعن قتيبة وعن أحمد بن حرب وعن هلال بن العلاء وعن يعقوب بن ابراهيم وعن محمد بن منصور ، وعن ابراهيم بن يعقوب وعن محمد بن وهب الحراني • وأخرجه ابن ماجه في الكفارات عن سهل بن سهل •

أما العضباء فهي ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم أطلق عليها هذا الاسم علما عليها ولم تكن عضباء على الصفة ، أعني مقطوعة في الأذن أو في الأنف •

أما الأحكام فانه اذا قهر المشركون المسلمين ، وأخذوا شيئا من أموالهم لم يملكه المشركون بذلك ، فمتى ظهر المسلمون عليهم ، وأخذوا ذلك المال ، فمالكه أحق به • فان وجده قبل القسمة أخذه وان لم يجده الا بعد القسمة أخذه ممن وقع في سهمه ، وأعطى الامام من وقع في سهمه عوضه في سهم المصالح • هذا مذهبنا وبه قال أبو بكر الصديق رضي الله عنه وعبادة بن الصامت رضي الله عنه واحدى الروايتين عن عمر رضي الله عنه وهو قول ربيعة والزهري وقال عمرو بن دينار : اذا حازه المشركون الى دار الحرب ملكوه ، فاذا ظهر المسلمون وغنموه فهو للغانمين ، سواء كان قبل القسمة أو بعد القسمة ، وقال الأوزاعي ومالك وأبو حنيفة وأصحابه : اذا حازه المشركون الى دار الحرب ملكوه ، فاذا ظهر المسلمون عليهم وغنموه — فان وجده صاحبه قبل القسمة ، فهو أحق به ، فيأخذه بلا شيء ، وان وجده بعد القسمة فهو أحق به بالقيمة ، فيرد قيمته على من وقع في سهمه ، الا أن أبا حنيفة قال : اذا أسلم هذا الكافر الذي حصل في يده فانه أحق به من

صاحبه ، وان دخل مسلم دار الشرك متلصصا وسرق ذلك المال فصاحبه أحق به بالقيمة ، وان ملكه مسلم عن المشرك ببيع فصاحبه أولى به بقيمته • دليلنا قوله تعالى : « وأورثكم [1] أرضهم وديارهم وأموالهم » فامتن علينا بأن ملكنا أرض المشركين وأموالهم بالقهر والغلبة ، فلو كان المشركون يملكون علينا بالقهر والغلبة لساوونا فى ذلك ، وبطل موضع الامتنان • ولأن عمران بن الحصين رضى الله عنه روى أن المشركين أغاروا على سرح رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهبوا وذهبوا بالعضباء ناقة النبى صلى الله عليه وسلم وأسروا امرأة من المسلمين وأوثقوها فانفلتت من وثاقها ذات ليلة فأتت الابل ، فكلما مست بعيرا رغا حتى أتت العضباء فمستها فلم ترغ ، فركبتها وصاحت بها فانطلقت ، فطلبت فلم يروها فركبوا خلفها فنذرت ان نجاها الله تعالى لتنحرنها ، فلما قدمت المدينة عرفت أنها ناقة النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت نذرها فأخبر النبى صلى الله عليه وسلم بذلك ، فقال : « سبحان الله !! بئس ما جزيتها ، لا وفاء لنذر فى معصية الله ، ولا فيما يملكه ابن آدم » فلو كانوا ملكوها لما جاز للنبى صلى الله عليه وسلم أخذها من المرأة •

مسألة اذا أسر المشركون مسلما وحملوه الى دار الشرك ثم أطلقوه بلا ثمن نظرت ــ فان أطلقوه وأمنوه على أن يكون فى ديارهم فلا يجوز له المقام فى دار الشرك ، لأن مقامه فيها معصية ، فيجب عليه أن يهرب ، ولكن لا يجوز له أن يسبى أحدا منهم ولا يقتله ، ولا يأخذ شيئا من أموالهم ، لأنهم اذا أمنوه اقتضى أن يكونوا منه على أمان ، وحكى الشيخ أبو اسحق الشيرازى هنا عن أبى على ابن أبى هريرة أنه لا أمان لهم منه ، لأنهم لم يستأمنوا ، والأول هو المشهور •

وان أطلقوه على أن يقيم فى أرضهم ولم يؤمنوه ، وجب عليه الهرب منهم ، وجاز له قتلهم وسبيهم وأخذ مالهم ، لأنه لا أمان بينه وبينهم ، وان أطلقوه على أن يقيم فى أرضهم ، وحلفوه على ألا يخرج ــ فان أكرهوه على

---

(١) الآية ٢٧ من سورة الأحزاب .

اليمين ــ لم يلزمه حكم اليمين ، وعليه أن يخرج • قال الشيخ أبو حامد : ولا يجوز له أن يقتل منهم ولا يسبى ، ولا يأخذ شيئا من أموالهم لأن احلافهم له أمان منهم ، وان لم يكرهوه على اليمين بل حلف من عند نفسه ففيه وجهان أحدهما : أنها يمين اكراه ، فان خرج لم يلزمه الكفارة ، لأنه لا يقدر على الخروج الا باليمين ، فهو كما لو أكرهوه عليها ، والثانى : أنها ليست بيمين اكراه ، وهو المشهور ، لأنه حلفها باختياره ، الا أنها يمين على فعل ما لا يحل له فعله فيلزمه الخروج ، واذا خرج لزمته الكفارة •

فرع وان أطلقوه على أن ينفذ لهم من دار الاسلام مالا اتفقوا عليه ، فان لم ينفذه اليهم عاد اليهم ، فهل يلزمه انفاذ المال اليهم اذا وجده ؟ اختلف أصحابنا فيه فقال المصنف هنا : لا يلزمه لأنه ضمان ما بغير حق ، الا أن المستحب أن ينفذه اليهم ليكون ذلك طريقا الى اطلاق الأسرى قال الشيخ أبو حامد وأكثر أصحابنا : يلزمه انفاذ المال اليهم ، لأن فيه مصلحة ، لأنه اذا لم ينفذ المال اليهم لم يثقوا بقول الأسارى فى ذلك ، فلا يطلقونهم ، والذى يقتضى المذهب أنه متى أنفذ اليهم المال ــ اما مستحبا على قول المصنف أو واجبا على قول غيره ــ فانهم لا يملكونه ، بل يكون كالذى أخذوه منه قهرا ، على ما مضى ، لأنهم أخذوه بغير حق • فان لم يقدر على المال الذى شرطوه عليه لم يلزمه العود اليهم • وقال الأوزاعى : يلزمه العودة اليهم • دليلنا أن مقامه فى دار الشرك معصية ، فلا يلزمه العود اليها •

فرع وان أخذ الأسير مالا من بعض الكفار على أن ينفذ اليهم عوضه من دار الاسلام لزمه أن ينفذ اليهم عوضه لأنه أخذه منه بعقد ، وعقد المسلم مع الكافر صحيح ، بدليل أنه لا يصح أن يبتاع منه درهمين بدرهم ، وان أعطاه بعض المشركون شيئا ليبيعه لهم فى دار الأسلام ويرده عليه ، كان وكيلا له كما لو وكله المسلم على ماله •

مسألة قال الشافعى رضى الله عنه قال الله تعالى : « هو [1] الذى أرسل رسوله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله » فاعترض

---

(١) الآية ٢٨ من سورة الفتح •

على هذا وقيل : كيف أخبر الله تعالى أنه يظهر دين الاسلام على الأديان كلها ، وقد وجدنا الأديان باقية ، مثل دين اليهود والنصارى والمجوس ؟ فأجاب أصحابنا عن ذلك بأربعة أجوبة ، أحدها : أنه أراد اظهار الاسلام بالحجج والبراهين لأنه ما من أحد يتفكر فى معجزات النبى صلى الله عليه وسلم التى أتى بها فى حياته الا ويعلم أن دين الاسلام حق ، وأن غيره باطل • والثانى : أنه أراد بالآية اظهار الاسلام فى الحجاز دون غيره من البلاد ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم بعث فيه ، وكانت فيه أديان مختلفة فأسلم بعضهم ، وقتل بعضهم ، ودخل تحت الجزية والصغار بعضهم • والثالث : أن الاسلام قد ظهر على كل دين لأنه ما من دين الا وقد أثر الاسلام فيه ، وان كان قد بقى منهم بقية • والرابع : أنه أراد بالآية اذا نزل عيسى ابن مريم لأنه لا يبقى على وجه الأرض دين غير دين الاسلام ، بدليل قوله صلى الله عليه وسلم : « يوشك أن ينزل فيكم عيسى ابن مريم حكما عدلا قسطا فيكسر الصليب ويقتل الخنزير ويضع الجزية » وهذا موافق لقوله صلى الله عليه وسلم : « زويت لى الأرض فأريت مشارقها ومغاربها ، وسيبلغ ملك أمتى ما زوى لى منها » قالوا : وانما يكون ذلك اذا نزل عيسى أ هـ •

قلت : ولى جواب خامس ،أن الله تعالى اذا قال : « ليظهره على الدين كله » فعلى طريقين فاما أن يكون الاظهار بمعناه الكونى ، فيكون قد سبق فى قضائه وقدره أن الاسلام سيظهر يوما على الأديان كلها ان عاجلا وان آجلا ، لأن قضاء الله الكونى واقع لا محالة : « ويقولون متى هو ؟ قل : عسى أن يكون قريبا » والطريق الثانى : أن يكون الاظهار بمعناه الشرعى يعنى : هو الذى أرسل رسوله بالهدى ودين الحق لتتبعوه ، ولتظهروه على كل دين ، وهذا ما أراده منكم ، وندبكم اليه فان لم تفعلوا ذلك عصيتم وأثمتم • والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الأنفـــــال

يجوز لأمير الجيش أن ينفل لمن فعل فعلا يفضى الى الظفر بالعدو ؛ كالتجسيس ، والدلالة على طريق أو قلعة ، أو التقدم بالدخول الى دار الحرب ، أو الرجوع اليها بعد خروج الجيش منها ، لما روى عبادة بن الصامت رضى الله عنه : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ينفل فى البداة الربع ، وفى القفول الثلث » وتقدير النفل الى رأى أمير الجيش ، لأنه بذل لمصلحة الحرب فكان تقديره الى رأى الأمير ، ويكون ذلك على قدر العمل ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم جعل فى البداة الربع ، وفى القفول الثلث ، لأن التغرير فى القفول أعظم ، لأنه يدخل الى دار الحرب والعدو منه على حذر ، وفى البداة يدخل والعدو منه على غير حذر . ويجوز شرط النفل من بيت مال المسلمين ، ويجوز شرطه من المال ، الذى يؤخذ من المشركين ، فان جعل فى بيت مال المسلمين كان ذلك من خمس الخمس ، لما روى سعيد بن المسيب قال : « كان الناس يعطون النفل من الخمس » ولأنه مال يصرف فى مصلحة المسلمين فكان من خمس الخمس ، ولا يجوز أن يكون مجهولا ، لأنه عوض فى عقد لا تدعو الحاجة فيه الى الجهل به ، فلم يجز أن يكون مجهولا ، كالجهل فى رد الآبق ، وان كان النفل من مال الكفار جاز أن يكون مجهولا ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم : « جعل فى البداة الربع ، وفى القفول الثلث » وذلك جزء من غنيمة مجهولة .

الشرح حديث عبادة بن الصامت أخرجه الترمذى وابن ماجه وأحمد بلفظ المصنف ، وفى رواية عند أحمد : « كان اذا غاب فى أرض العدو نفل الربع ، وان أقبل راجعا وكل الناس نفل الثلث ، وكان يكره الأنفال ويقول : « ليرد قوى المؤمنين على ضعيفهم » وأخرجه أحمد وأبو داود وابن ماجه وابن الجارود وصححه وابن حبان والحاكم عن حبيب بن سلمة : « أن النبى صلى الله عليه وسلم نفل الربع بعد الخمس فى بدأته ونفل الثلث بعد الخمس فى رجعته » ورواه أبو داود عن حبيب من طرق ثلاث ، منها عن مكحول بن عبد الله الشامى قال : « كنت عبدا بمصر لامرأة من

بنى هـذيل ، فأعتقتنى فما خرجت من مصر وبها علم الا حويت عليـه فيما أرى ، ثم أتيت الحجاز ، فما خرجت منها وبها علم الا حويته فيما أرى ، ثم أتيت العراق فما خرجت منها وبها علم الا حويت عليه فيما أرى ، ثم أتيت الشام فغربلتها ، كل ذلك أسأل عن النفل ، فلم أجد أحدا يخبرنى فيـه بشىء حتى لقيت شيخا يقـال له : زياد بن جارية التميمى ، فقلت له : هل سمعت فى النفل شيئا ؟ قال : نعم ، سمعت حبيب بن مسلمة الفهرى يقول : « شهدت النبى صلى الله عليـه وسلم نفل الربع فى التـدأة ، والثلث فى الرجعة » قال المنذرى : وأنكر بعضهم أن يكون لحبيب هذا صحبة ، وأثبتها غير واحد ، وقد قال فى حديثه : شهدت النبى صلى الله عليه وسلم وكنيته أبو عبد الرحمن ، فكان يسمى حبيب الرومى لكثرة مجـاهدته الروم • وولاه عمر بن الخطاب أعمال الجزيرة وأذربيجان ، وكان فاضلا مجـاب الدعوة • وحديث سعيد بن المسيب : « كان الناس الخ » أخرجه البيهقى هكذا مرسلا • وأخرجه الشافعى : أخبرنا مالك عن أبى الزناد عن الأعرج أنه سمع سعيد بن المسيب يقول : « كان الناس يعطون النفل من الخمس »•

أما اللغات فالنفل بالتحريك الغنيمة والهبة قال لبيد :

ان تقوى ربنـا خير نفل وباذن الله ريثى والعجل

والجمع أنفال ونفال ، قالت جنوب أخت عمرو ذى الكلب

وقد علمت فهم عند اللقاء بأنهـم لك كانوا نفـالا

قال ابن بطال : وأصله العطية بغير وجوب على المعطى ، ومنه قيل لصلاة التطوع نافلة وقيل أصله الزيادة ، لأنها زائدة على الفرائض ، ولأن الغنيمة زادها الله هذه الأمة فى الخلال ، ومنه قوله تعالى : « ووهبنا [1] له اسحق ، ويعقوب نافلة » أى زيادة على اسحق ، ويسمى ولد الولد نافلة ، لأنه زيادة على الولد ، (والغنيمة) أصلها الربح والفضل ، ومنه الحديث فى الراهن : « له غنمه » أى ربحه وفضله • (والفىء) أصله فى اللغة الرجوع ، يقال :

---

(١) الآية ٧٢ من سورة الأنبياء •

فاء الى كذا أى رجع اليه والمعنى أنه مال ورجع الى المسلمين ورد • ومنه قيل للظـل فىء ، لأنه يرجع من جانب الى جانب ، قوله : (لأمير الجيش) سمى الأمير أميرا لأن أصحابه يفزعون فى أمرهم الى مؤامرته اى مشاورته ، وقيل : سمى أميرا لنفاذ أمره ، وقيل : انه مشتق من أمر بكسر الميم أى كثر لأنه فى نفسه ــ وان كان وحده ــ كثير ، وقد فسر قوله تعـالى : « أمرنا مترفيها » أى كثرناهم قوله : (كان ينفل فى البدأة الربع وفى الرجعة الثلث) فى بعضها (القفول) البدأة : السرية الذى ينفذها الامام أول ما يدخل بلاد العدو ، وأراد بالبدأة ابتداء السفر يعنى فى الغزو ، يقال أكثر : للبدأة بكذا وللرجعة بكذا ، وقيل : الرجعة التى ينفـذها بعد رجوعه من بلاد العدو ، والقفول هو الرجوع ، يقال : قفل من الحج ومن الغزو اذا رجع منه ، ولا يقال للرفقة فى السفر : قافلة الا اذا كانوا راجعين الى بلادهم ، ولا يقـال ذلك فى ذهابهم ، وهو مما تغلط فيه العامة • قال الجوهرى : القلعة الحصن على الجبل • ا هـ • من شرح غريب المهذب لابن بطال •

اما الأحكام فان النفـل هـو أن يعلق الامام والأمير على الجيش استحقاقه مال الغنيمة بفعل يقضى الى الظفر بالعدو ، كأن يقـول : من دنا على القلعة الفلانية أو من فتحها أو تقدم فى السرية الفلانية فله كذا ، فاذا فعل رجل ذلك استحق ما شرطه له الامام لما روى ابن عمر رضى الله عنهما : « أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث سرية قبل نجد ، فخرجت فيها فبلغت سهما لنا اثنى عشر بعيرا ، ونفلنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بعيرا بعيرا » متفق عليه • ولحديث عبادة بن الصامت الذى خرجناه آنفا •

واختلف فى تأويل البدأة والرجعة ، فقيل : البدأة هى السرية التى ينفذها الامام أول ما يدخل بلاد العدو ، والرجعة هى السرية التى ينفذها بعد السرية الأولى ، لأن عمل الثانية أشق من عمل الأولى ، لأن الأولى تدخل والعدو على غرة منه ، والثانية تدخل والعدو على حذر ، وقيل : البدأة هى السرية التى ينفذها الامام وقت دخوله بلاد العـدو ، والرجعة التى ينفذها بعـد رجوعه من بلد العدو ، ولأن حال الأولة أسهل ، لأن الامام من ورائهم يعظهم ويعضدهم ويشد أزرهم ، والثانية ليس وراءها من يعضدها •

اذا ثبت هذا فالنفل غير مقدر بل هو الى رأى أمير الجيش ، وتختلف باختلاف قلة العمل وكثرته ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم نفل فى البدأة الربع ، وفى الرجعة الثلث ، وانما خالف بينهما لأن العمل فيهما يختلف على ما مضى وسيأتى مزيد ايضاح فى الفصل بعده .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان قال الأمير : من دلنى على القلعة الفلانية فله منها جارية ، فدله عليها رجل نظرت ـ فان لم تفتح القلعة ـ لم يجب للدليل شيء . ومن أصحابنا من قال : يرضخ له لدلالته ، والمذهب الأول ، لأنه لما جعل له الجارية من القلعة صار تقديره : من دلنى على القلعة وفتحت ، كانت له منها جارية ، لأنه لا يقدر على تسليم الجارية الا بالفتح ، فلم يستحق من غير الفتح شيئا ، وان فتحت عنوة ولم تكن فيها جارية لم يستحق شيئا ، لأنه شرط معدوم ، وان كانت فيها جارية سلمت اليه ولا حق فيها للغانمين ، ولا لأهل الخمس ، لأنه استحقها بسبب سابق للفتح ، وان اسلمت الجارية قبل القدرة عليها لم يستحقها ، لأن اسلامها يمنع من استرقاقها ، ويجب له قيمتها ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم « صالح أهل مكة على أن يرد اليهم من جاء من المسلمات ، فمنعه الله عز وجل من ردهن ، وأمره أن يرد مهورهن » وان أسلمت بعد القدرة عليها ـ فان كان الدليل مسلما ـ سلمت اليه ، وان كان كافرا ـ فان قلنا : ان الكافر يملك العبد المسلم بالشراء ـ استحقها ثم اجبر على ازالة الملك عنها ، وان قلنا : انه لا يملك ، دفع اليه قيمتها . وان أسلم الدليل بعد ذلك لم يستحقها ، لأنه أسلم بعد ما انتقل حقه الى قيمتها . وان فتحت والجارية قد ماتت ففيه قولان ، احدهما : ان له قيمتها ، لأنه تعذر تسليمها فوجب قيمتها ، كما لو أسلمت . والثانى : انه لا يجب له قيمتها لأنه غير مقدور عليها ، فلم يجب قيمتها ، كما لو لم تكن فيها جارية . وان فتحت صلحا نظرت ـ فان لم تدخل الجارية فى الصلح ـ كان الحكم فيها كالحكم اذا فتحت عنوة ، فان دخلت فى الصلح ففيه وجهان ، احدهما ـ وهو قول ابى اسحق : ان الجارية للدليل ، وشرطها فى الصلح لا يصح ، كما لو زوجت امرأة من رجل ثم زوجت من آخر . والثانى : ان شرطها فى الصلح صحيح لأن الدليل لو عفا عنها امضينا الصلح فيها ، ولو كان فاسدا لم يمض الا بعقد مجدد . فعلى هذا ان رضى الدليل بغيرها من جوارى القلعة ، أو رضى بقيمتها ، امضينا الصلح ، وان لم يرض ورضى أهل القلعة بتسليمها فكذلك ، وان امتنع أهل القلعة من دفع الجارية وامتنع الدليل من الانتقال الى البدل ردوا الى القلعة ، وقد زال الصلح ، لأنه اجتمع امران**

متنافيان ، وتعذر الجمع بينهمـا ، وحق الدليل سابق ففسـخ الصلح . ولصاحب القلعة أن يحصن القلعة كما كانت من غير زيادة ، وأن فتحت بعد ذلك عنوة كانت الجارية للدليل ، وأن لم تفتح لم يكن له شيء .

فصـــل اذا قال الأمير قبل الحرب : من اخذ شيئا فهو له ، فقد اوما فيه الى قولين أحدهما : أن الشرط صحيح ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال يوم بدر : « من أخذ شيئاً فهو له » والثانى وهو الصحيح : انه لا يصح الشرط ، لأنه جزء من الغنيمة ، شرطه لمن لا يستحقه من غير شرط ، فلا يستحقه بالشرط ، كما لو شرطه لغير الغانمين ، والخبر ورد فى غنـائم بدر وكانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم يضعها حيث شاء .

الشرح خبر صلح أهل مكة مضى عن مروان بن الحكم والمسور أخرجه فى الصحيح وقد ورد فيه أن الله تعالى أنزل « اذا [1] جاءكم المؤمنات مهاجرات » وقد جاء فى جامع أحكام القرآن للامام القرطبى أن فى هذه الآية:

« يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن ، الله أعلم بايمانهن ، فان علمتوهن مؤمنات فلا ترجعوهن الى الكفار لاهن حل لهم ولا هم يحلون لهن ، وآتوهم ما أنفقوا الخ الآية » ست عشرة مسألة ثم جاء فيه :

قال ابن عباس : « جرى الصلح بين مشركى مكة عام الحديبية على أن من أتاه من أهل مكة رده اليهم ، فجاءت سعيدة بنت الحارث الأسلمية بعـد الفراغ من الكتاب والنبى صلى الله عليه وسلم بالحديبية بعد فأقبل زوجها ، وكان كافرا ، وهو صيفى بن الراهب ، وقيل : مسافر المخزومى ــ فقال : يا محمد اردد على امرأتى فانك شرطت ذلك ! وهذه طينة الكتاب لم تجف بعد ، فأنزل الله تعالى هذه الآية . وقيل جاءت أم كلثوم بنت عقبة بن أبى معيط ، فجاء أهلها يسألون النبى صلى الله عليه وسلم أن يردها وقيل هربت من زوجها عمرو بن العاص ومعها أخواها عمارة والوليد ، فرد النبى صلى الله عليه وسلم أخويها وحبسها ، فقالوا للنبى صلى الله عليه وسلم : ردها علينا للشرط فقال صلى الله عليه وسلم : « كان الشرط فى الرجال لا فى النساء»

---

(١) الآية ١٠ من سورة الممتحنة .

فأنزل هذه الآية • وعن عروة كان مما اشترط سهل بن عمرو على النبى صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية : ألا يأتيك منا أحد وان كان على دينك الا رددته الينا ، حتى أنزل الله تعالى فى المؤمنات ما أنزل ، يومىء الى أن الشرط فى رد النساء نسخ بذلك ثم ساق روايات أخرى فى أسباب نزولها كامرأة ثابت بن الشماخ وامرأة حسان بن الدحداح • ثم قال : وأكثر أهل العلم أنها أم كلثوم • قلت : وكيف لا ؟ وهى رواية البخارى • ثم قال :

واختلف أهل العلم هل دخل النساء فى عقد المهادنة لفظا أو عموما ، فمن أراد المزيد فليرجع الى تفسير القرطبى • وقد عد الشافعى النفل على ثلاثة أوجه فى الأم • الوجه الأول وهو السلب وقد مضى فيمن قتل قتيلا فان له سلبه • والوجه الثانى فقد أورد فيه حديث ابن عمر فى بعث سرية نجد (الذى سقناه آنفا) وحديث سعيد بن المسيب ثم قال : (وجدت ابن عمر يدل على أنهم انما أعطوا مالهم مما أصابوا ، على أنهم نفلوا بعيرا ، والنفل هو شىء زيدوه غير الذى كان لهم ، وقول ابن المسيب يعطون النفل من الخمس كما قال ان شاء الله وذلك من خمس النبى صلى الله عليه وسلم فان له خمس الخمس من كل غنيمة ، فكان النبى صلى الله عليه وسلم يضعه حيث أراه الله كما يضع سائر ماله ، فكان الذى يريه الله تبارك وتعالى ما فيه صلاح المسلمين • قال : والنفل فى هذا الوجه من سهم النبى صلى الله عليه وسلم فينبغى للامام أن يجتهد ، فاذا كثر العدو واشتدت الشوكة وقل من بازائه من المسلمين نفل منه اتباعا لسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم • واذا لم يكن ذلك لم ينفل ، وذلك أن أكثر مغازى النبى صلى الله عليه وسلم وسراياه لم يكن فيها أنفال من هذا الوجه (قال الشافعى) : « والنفل فى أول مغزى والثانى وغير ذلك سواء على ما وصفت من الاجتهاد » •

ثم قال الشافعى : والذى يختار من أرضى أصحابنا أن لا يزاد أحد على ماله ، لا يعطى غير الأربعة الأخماس أو السلب للقاتل ، ويقولون : لم نعلم أحدا من الأئمة زاد أحدا على حظه من سلب ، أو سهما من مغنم الا أن يكون ما وصفت من كثرة العدو وقلة المسلمين فينفلون • وقد روى بعض الشاميين فى النفل فى البدأة والرجعة الثلث فى واحدة ، والربع فى الأخرى •

ورواية ابن عمر أنه نفل نصف السدس فهذا يدل على أنه ليس للنفل حد لا يجاوزه الامام ، وأكثر مغازى رسـول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن فيها أنفال ، فاذا كان للامام أن لا ينفل فنفل فينبغى لتنفيله أن يكون ـ على الاجتهاد ـ غير محدود .

ثم قال فى الوجه الثالث من الأنفال : قال بعض أهل العلم اذا بعث الامام سرية أو جيشا فقال لهم قبل اللقاء : من غنم شيئا فهو له بعد الخمس ، فذلك لهم على ما شرط الامان ، لأنهم على ذلك غزوا وبه رضوا . وقالوا : يخمس جميع ما أصاب كل واحد منهم غير السلب فى اقبال الحرب ، وذهبوا فى هذا الى النبى صلى الله عليه وسلم يوم بدر قال : « من أخذ شيئا فهو له » وذلك قبل نزول الخمس والله أعلم ، ولم أعلم شيئا يثبت عندنا عن النبى صلى الله عليه وسلم الا ما وصفنا من قسمة الأربعة الأخماس بين من حضر القتـال ، وأربعة أخماس الخمس على أهله ، ووضعه سهمه حيث أراه الله عز وجل ، وهو خمس الخمس وهذا أحب الى والله أعلم ، ولهـذا نذهب وذلك أن يقال : انما قاتل هؤلاء على هذا الشرط والله أعلم ا هـ .

اذا ثبت فقد قال القاضى العمرانى فى البيان : النفل مستحق من خمس الخمس لما روى سعيد بن المسيب « أنهم كانوا يعطون النفل من الخمس » ومعناه من خمس الخمس ، ولأنه مال يدفع لمصلحة المسلمين فأشبه ما يصرف فى المساجد والقناطر ، وما ورد فى الخبر : « أنه نفل فى البدأة الربع ، وفى القفول الثلث » فله تأويلان ، أحدهما : أنه شرط لكل واحد منهم قدر ربع سهمه الذى يصيبه فى البداية ، وقدر ثلث سهمه الذى يصيبه فى القفول أى الرجعة . والثانى الذى عليه أكثر أهل العلم أنه جعل لهم فى البـدأة قدر ربع ما يغنمون بعد الخمس ، وقدر ثلث ذلك فى القفول ، ويخرجه فى الحالين من الخمس لما روى عن رجل من فهر أنه قال : « شهدت النبى صلى الله عليه وسلم نفل فى البدأة الربع وفى الرجعة الثلث بعد الخمس » فان قيل : فقد روى ابن عمر : « أنه كان فى سرية فنفلهم النبى صلى الله عليه وسلم بعيرا بعيرا وبلغت سهامهم اثنى عشر بعيرا » وهذا أكثر من خمس الخمس ، قلنا فيه تأويلان . أحدهما : أنه كان فى الغنيمة غير الابل ، فخرجت الابل التى

صرفها فى النفل من خمس الخمس من تلك الغنيمة • والثانى : أن الابل التى صرفها فى النفل لم تكن تخرج من خمس خمس تلك الغنيمة ، وانما قسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم من سهم المصالح فى بيت المال ، وللامام أن يفعل ذلك • وأما دفع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى هذا النفل بعيرا بعيرا فله تأويلان أيضا ، أحدهما : أنه كان قد شرط لهم بعيرا بعيرا • والثانى : أنه قد شرط لهم نصف سدس سهامهم ، فبلغ سهم كل واحد منهم اثنى عشر بعيرا ، وكان نصف سدسه بعيرا ا هـ •

مسألة اذا قال الامام أو الأمير على الجيش : من دلنا على القلعة الفلانية وسماها ، أو قال : له منها جارية ولم يسمها ــ فان ذلك جعالة صحيحة ، لما روى عدى بن حاتم رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « كأنى بالحيرة قد فتحت ، فقال رجل : يا رسول الله هب لى منها جارية ، فقال : قد فعلت ، فلما فتحت الحيرة بعد النبى صلى الله عليه وسلم أعطى ذلك الرجل جارية منها ، فقال له أبوها : بعنيها بألف درهم ، فقال : نعم ، فقيل له : لو طلبت بها ثلاثين ألفا لأعطاك ، فقال : وهل عدد أكثر من ألف » فلما وهب له النبى صلى الله عليه وسلم منها جارية مجهولة لا يملكها لأنها من المشركين ، جاز عقد العجالة عليها ، وروى أن أبا موسى الأشعرى رضى الله عنه « عاقد دهقانا على أن يفتح له قلعة على أن يختار أربعين نفسا منها ، فلما فتحها لهم ، كان يختار وأبو موسى يقول : اللهم أنسه نفسه ، فلما اختار الأربعين ولم يختر نفسه أخذه أبو موسى فقتله » • ولا مخالف له فى الصحابة رضى الله عنهم •

فان قيل : كيف صحت هذه الجعالة بمال لا يملكه الباذل ، فضلا عن كونه مجهولا ؟ فالجواب : أن الجعالة انما تفتقر الى عوض معلوم يملكه الباذل اذا عقد ذلك فى أموال المسلمين ، فأما اذا عقد فى أموال المشركين فيصح أن يكون العوض مجهولا لا يملكه الباذل ، كما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم نفل فى البدأة الربع وفى القفول الثلث ، وانما يأخذونه من خمس الخمس ، وان كان غير مملوك وقت العقد ولا معلوم •

قال أصحابنا البغداديون : ولا فرق بين أن يكون الدليل مسلما أو كافرا • وقال الخراسانيون : ان كان الدليل مسلما فهل يصح هذا العقد معه ؟ فيه وجهان ، أحدهما : لا يصح ، لأن الشافعي رضى الله عنه انما نص فيها على دلالة العلج [1] ، والعلج لا يكون الا كافرا ، ولأنه عقد فيه نوع غرر فلم يجز مع المسلم كسائر العقود • والثانى : يصح وهو المشهور ، لأنه عقد جعالة يصح مع الكافر ، فصح مع المسلم كالجعالة على رد الآبق ، وانما نص الشافعي رحمه الله على دلالة العلج لأنه هو الذى يعرف طرقهم فى الغالب •

اذا ثبت هذا ، فدلهم رجل على هذه القلعة فينظر فيه ــ فان لم تفتح القلعة ــ لم يستحق الدليل شيئا ، ومن أصحابنا من قال : يرضخ له ، وليس بشىء ، لأنه لما قال : من دلنا على القلعة الفلانية فله منها جارية ، فالظاهر أنه جعل الجارية بشرطين : أ ــ الدلالة • ب ــ الفتح • فان لم يوجد أحدهما لم يستحق شيئا • فان فتحت القلعة نظرت فان فتحت عنوة ، وكان الشرط على جارية معلومة ، وهى فيها ، أو كان الشرط على جارية مجهولة وليس فى القلعة غير جارية ــ فان كانت الجارية كافرة ــ سلمت الى الدليل سواء كان مسلما أو كافرا ، ولا يستحق أهل الخمس منها شيئا ، لأن الدليل استحقها بسبب سابق ، وسواء كانت حرة أو أمة للمشركين • وان أسلمت الجارية الحرة قبل أسرها لم تسلم الى الدليل ، سواء كان مسلما أو كافرا ، لأن اسلامها قبل أسرها يمنع من استرقاقها • وقال أبو العباس بن سريج : وفيه قول آخر ، انها تسلم الى الدليل لأنه قد استحقها قبل اسلامها ، وليس بشىء • فاذا قلنا : لا تسلم اليه ، فهل يستحق الدليل شيئا ؟ فيه وجهان ، أحدهما : لا يستحق شيئا لأنها صارت كالمعدومة • والثانى ــ وهو قول أصحابنا البغداديين ــ وهو الأصح ــ أنه يستحق قيمتها ، لأن الشرع لما

---

(١) العلج : الرجل من كفار العجم والجمع علوج وأعلاج ، وقد يقال للكافر مطلقا علج ، ويقال للرجل القوى الضخم من الكفار علج ، وفى الحديث : « فأتنى بأربعة أعلاج من العدو » يريد بالعلج الرجل من كفار العجم وغيرهم . وفى خبر قتل عمر قال لابن عباس : قد كنت أنت وأبوك تحبان أن تكثر العلوج بالمدينة .

منع من استرقاقها لاسلامها وجب دفع قيمتها ، كما أن النبى صلى الله عليه وسلم لما صالح أهل مكة على أن يرد اليهم من جاءه من المسلمات ومنعه الله من ردهن ، أمره برد مهورهن اليهم : « وآتوهم ما أنفقوا » وان أسلمت بعد ما أسرت ــ فان كان الدليل مسلما ــ سلمت اليه ، وان كان كافرا ــ فان قلنا : يصح شراء الكافر للجارية المسلمة ــ سلمت اليه ، وأجبر على ازالة ملكه عنها ، وان قلنا : لا يصح شراؤه لها لم تسلم اليه وسلمنا اليه قيمتها ، وقسمت بين الغانمين • وان فتحت عنوة ، وكانت الجارية قد ماتت فى الحرب أو حتف أنفها ففيه قولان ، أحدهما : أن للدليل قيمتهـا ، لأن قال : من رد عبدى الآبق فله هذا العبد فمات العبد المبذول ، هـذا نقل أصحابنا العراقيين • وقال الخراسانيون : ان ماتت قبل الظفر بها لم يستحق الدليل شيئا ، وان ماتت بعد الظفر بهـا وقبل تسليمها اليه ، فهل يستحق قيمتها ؟ فيه قولان ، وان لم يكن فى القلعة من المال غير الجارية ففيه وجهان حكاهما المسعودى ، أحدهما : تسلم الى الدليل للشرط السابق • والثانى : لا تسلم اليه لأن هذا تنفيل ، ولا يجوز للامام أن ينفل جميع الغنيمة ، وهذه الجارية جميع الغنيمة •

وان فتحت القلعة صلحا نظرت ــ فان شرط على أن يكون ما فيها لنـا أو كان الصلح أن ما فى القلعة لأهلها الا الجارية ــ فهو كما لو فتحت القلعة عنوة • وان كان على أن لصاحب القلعة أهله وعشيرته أو من يختاره منهـا فكانت الجارية من أهله وعشيرته ، أو ممن اختارها قال الشيخ أبو حامد : فان أبا اسحق المروزى قال : الصلح صحيح ، والجعالة صحيحة ، ثم يقال للدليل : هذه الجارية التى جعلناها لك قد صالحنا عليها ، أفترضى بقيمتها ؟ فان رضى بقيمتها دفعت اليه ، وأمضينا الصلح ، وان لم يرض الا بالجارية ، قيل لصاحب القلعـة : صالحناك على ما جعلناه لغيرك ، فتسلم الجـارية ونعطيك قيمتها فان سلمها سلمت الى الدليل ، ودفع لصاحب القلعة قيمتها وأمضينا الصلح ، وان لم يسلمها صاحب القلعة قيل له : صالحناك على شىء لا يمكن الوفاء به ، فترد عليك ، ونتركك حتى تمتنع كما كنت وتصير حربا لنا ، وأما الشيخ أبو اسحق الشيرازى فحكى فيها وجهين هنا ، أحدهما قول

أبى اسحق المروزى أن الجارية للدليل وشرطها فى الصلح لا يصح • والثانى : شرطها فى الصلح صحيح ، لأن الدليل لو عفا عنها أمضى الصلح • ولو كان فاسدا لافتقر الى عقد آخر •

فـــرع اذا قال الأمير : من دلنا على القلعة فله منا جارية ، فدله عليها اثنان أو ثلاثة أو أكثر ، استحقوا الجارية كما قلنا فى رد الآبق •

فـــرع قال فى الأم : اذا قال الامام قبل التقاء الفريقين : من أخذ شيئا فهو له بعد الخمس • فذهب بعض الناس الى جوازه ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال يوم بدر : « من أخذ شيئا فهو له » قال الشافعى : وهـذا الحديث لا يثبت ، والصحيح فى السـنة أن يقسم الخمس لأهل الخمس ، وأربعة أخماسها للغانمين ، ولو قال بذلك قائل كان مذهبا • ا هـ • فأومأ هنـا فيه قولين • أحدهمـا : يكون على ما شرعه الامام ، وبه قال أبو حنيفة ، لما ذكرناه من الخبر يوم بدر • والثانى : لا يصح شرط الامام فى ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم : « الغنيمة لمن شهد الوقعة » وهذا يقتضى اشتراكهم فيها من غير تخصيص ، وقول النبى صلى الله عليه وسلم فى يوم بدر ، لأن الغنائم كلها كانت له يومئذ برمتها والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب قسم الغنيمة

والغنيمة ما اخذ من الكفار بايجاف الخيل والركاب ، فان كان فيها سلب للقاتل أو مال لمسلم سلم اليه لأنه استحقه قبل الاغتنام ، ثم يدفع منها أجرة النفال والحافظ ، لأنه لمصلحة الغنيمة فقدم ، ثم يقسم الباقي على خمسة أخماس : خمس لأهل الخمس ، ثم يقسم أربعة اخماسها بين الغانمين لقوله عز وجل : ((واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين (١) وابن السبيل)) فأضاف الغنيمة الى الغانمين ثم جعل الخمس لأهل الخمس ، فدل على أن الباقي للغانمين . والمستحب أن يقسم ذلك في دار الحرب ، ويكره تأخيرها الى دار الاسلام من غير عذر ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم : ((قسم غنائم بدر بشعب من شعاب الصفراء ، قريب من بدر ، وقسم غنائم بني المصطلق على مياههم ، وقسم غنائم حنين بأوطاس ، وهو واد من أودية حنين)) فان كان الجيش رجالة سوى بينهم ، وان كانوا فرسانا سوى بينهم ، وان كان بعضهم فرسانا وبعضهم رجالة جعل للراجل سهما وللفارس ثلاثة أسهم ، لما روى ابن عمر رضي الله عنه : ((أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أسهم للرجل ولفرسه ثلاثة أسهم، للرجل سهم وللفرس سهمان)) ولا يفضل من قاتل على من لم يقاتل ، لأن من لم يقاتل كالمقاتل في ارهاب العدو ، ولأنه أرصد نفسه للقتال . ولا يسهم لمركوب غير الخيل ، لأنه لا يلحق بالخيل في التأثير في الحرب من الكر والفر ، فلم يلحق بها في السهم . ويسهم للفرس العتيق وهو الذى أبواه عربيان ، وللبرذون وهو الذى أبواه عجميان ، وللمقرف وهو الذى أمه عربية وأبوه عجمي ، وللهجين وهو الذى أبوه عربي وأمه عجمية ، لما روى ابن عمر رضي الله عنه : ((أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الخيل معقود في نواصيها الخير الى يوم القيامة)) ولأنه حيوان يسهم له فلم يختلف سهمه باختلاف أبويه كالرجل ، وان حضر بفرس حطم أو صرع أو أعجف فقد قال في الأم : ((قيل لا يسهم له ، وقيل يسهم له)) من أصحابنا من قال : فيه قولان أحدهما : أنه لا يسهم له ، لأنه لا يغني غناء الخيل ، فلم يسهم له كالبغل . والثاني : يسهم له لأن ضعفه لا يسقط سهمه كضعف الرجل . وقال أبو اسحق : ان أمكن القتال

---

(١) الآية ٤١ من سورة الأنفال .

عليه أسهم له ، وان لم يمكن القتال عليه لم يسهم له ، لأن الفرس يراد للقتال عليه ، وهذا أقيس ، والأول اشبه بالنص . ولا يسهم للرجل لأكثر من فرس لما روى ابن عمر رضى الله عنه : « أن الزبير حضر يوم حنين بأفراس فلم يسهم له النبى صلى الله عليه وسلم الا لفرس واحد » ولأنه لا يقاتل الا على فرس واحد فلا يسهم لأكثر منه ، وان حضر بفرس والقتال فى الماء أو على حصن استحق سهمه ، لأنه أرهب بفرسه فاستحق سهمه ، كما لو حضر به القتال ولم يقاتل ، ولأنه قد يحتاج اليه اذا خرجوا من الماء والحصن .

فصل فان غصب فرسا وحضر به الحرب استحق للفرس سهمين مما لأنه حصل به الارهاب ، وفى مستحقه وجهان أحدهما : أنه له . والثانى : أنه لصاحب الفرس بناء على القولين فى رد الدراهم المغصوبة ، أحدهما : أنه للغاصب . والثانى أنه للمغصوب منه . وان استعار فرسا أو استأجره للقتال فحضر به الحرب استحق به السهم ، لأنه ملك القتال عليه ، وان حضر دار الحرب بفرس وانقضت الحرب ولا فرس معه ، بأن نفق أو باعه أو أجره أو أعاره أو غصب منه لم يسهم له . وان دخل دار الحرب راجلا ثم ملك فرسا أو استعاره وحضر به الحرب استحق السهم ، لأن استحقاق المقاتل بالحضور ، فكذلك الاستحقاق بالفرس . وان حضر بفرس وعار الفرس الى أن انقضت الحرب لم يسهم له . ومن أصحابنا من قال : يسهم له لأنه خرج من يده بغير اختياره ، والمذهب الأول ، لأن خروجه من يده يسقط السهم وان كان بغير اختياره كما يسقط سهم الراجل أذا ضل عن الوقعة وان كان بغير اختياره .

الشرح قوله تعالى : (واعلموا أنما غنمتم من شىء فأن لله خمسه) الآية هذه الآية ناسخة لقوله تعالى : « يسألونك [1] عن الأنفال » عند الجمهور ، وادعى ابن عبد البر الاجماع على ذلك ، وأن أربعة أخماس الغنيمة مقسومة على الغانمين . وأن قوله تعالى : « يسألونك عن الأنفال » نزلت فى حين تشاجر أهل بدر فى غنائم بدر ، قال القرطبى : ومما يدل على صحة هذا ما ذكره اسماعيل بن اسحق قال : حدثنا محمد بن كثير قال : حدثنا سفيان قال حدثنى محمد بن السائب عن أبى صالح عن ابن عباس قال : « لما كان يوم بدر قال النبى صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله كذا ومن أسر فله كذا . وكانوا قتلوا سبعين وأسروا سبعين ، فجاء أبو اليسر بن عمرو بأسيرين ، فقال : يا رسول الله انك وعدتنا من قتل قتيلا

(١) الآية ١ من سورة الأنفال .

فله كذا ، وقد جئت بأسيرين • فقام سعد فقال : يا رسول الله انا لم يمنعنا زيادة فى الأجر ، ولا جبن عن العدو ، ولكنا قمنا هذا المقام خشية أن يعطف المشركون ، فانك ان تعط هؤلاء لا يبقى لأصحابك شىء • قال : وجعل هؤلاء يقولون ، وهؤلاء يقولون فنزلت : « يسئلونك عن الأنفال ، قل الأنفال لله والرسول ، فأصلحوا ذات بينكم » فسلموا الغنيمة لرسول الله صلى الله عليه وسلم ثم نزلت : « واعلموا أنما غنمتم من شىء فأن لله خمسه » الآية • وقد قيل : انها محكمة غير منسوخة ، وأن الغنيمة لرسول الله صلى الله عليه وسلم وليست مقسومة بين الغانمين وكذلك لمن بعده من الأئمة كذا حكاه المازرى عن كثير من أصحابنا أ هـ وحديث ابن عمر الأول أخرجه فى الصحيحين وأبى داود أحمد وله ألفاظ عن غير ابن عمر فى الصحيحين وغيرهما ، وحديث ابن عمر الثانى أخرجه البخارى فى الجهاد عن القعنبى وفى علامات النبوة عن مسدد : وأخرجه مسلم فى المغازى عن يحيى ابن يحيى ، والنسائى فى الخيل عن قتيبة ، وابن ماجه فى الجهاد عن محمد ابن رمح وحديث ابن عمر الثالث أخرجه أبو داود فى الخراج • وأما قول المصنف : ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قسم غنائم بدرا الخ فقد عقد البخارى فى كتاب فضل الجهاد والسير بابا ترجمه بـ (باب من قسم الغنيمة فى غزوه وسفره : وقال رافع : كنا مع النبى صلى الله عليه وسلم بذى الحليفة فأصبنا غنما وابلا عشرة من الغنم ببعير • حدثنا هدبة بن خالد حدثنا همام عن قتادة أن أنسا أخبره قال : اعتمر النبى صلى الله عليه وسلم من الجعرانة ، حيث قسم غنائم حنين •

أما اللغات فالايجاف متعدى وجف يجف وجيفا : اضطرب ، وقلب واجف ، ووجف الفرس والبعير وجيفا عدا ، وأوجفنة بالألف اذا أعديته ، وهو العنق فى السير وقولهم : ما حصل بايجاف أى باعمال الخيل والركاب فى تحصيله • وفرس حطم ، كتب ومن بابه » يقال للدابة اذا أمنت وتكسرت فى مشيتها ، والصرع ، من الصرع وهو علة تصيب الأعضاء النفيسة وتمنعها من أفعالها منعا غير تام ، وسببه سدة تعرض فى بعض بطون الدماغ ، وفى مجارى الأعصاب المحركة للأعضاء من خلط غليظ أو لزج كثير ، فتمتنع

الروح عن السلوك فيهما سلوكا طبيعيا فتتشنج الأعضاء هكذا أفاده فى القاموس ، وقال ابن بطال : والصرع بالتحريك الضعيف ، والأعجف المهزول وقال العمرانى فى البيان : هو الصغير الذى لم يبلغ مبلغ القتال عليه . و (عار فرسه) أى ذهب على وجهه .

أما الأحكام فان الغنيمة هى ما أخذه المسلمون من أهل الحرب بالقهر ، قال العمرانى وغيره : وكانت الغنيمة فى شرع من قبلنا تنزل نار من السماء فتحرقها آ هـ ويبدو أن أصحابنا أخذوا ذلك من قوله تعالى : « وقالوا (١) لن نؤمن لك حتى تأتينا بقربان تأكله النار قل قد جاءكم رسل من قبلى بالبينات وبالذى قلتم ، فلم قتلتموهم ان كنتم صادقين ؟ ! » .

وكانت الغنيمة فى أول الاسلام للنبى صلى الله عليه وسلم لقوله تعالى : « يسألونك عن الأنفال ، قل الأنفال لله والرسول » الآية .

فاذا قهر الجيش الذى مع الامام ، أو الجيش الذى خرج باذنه أهل الحرب على شىء نظر فيه ــ فان كان مما ينقل كالدراهم والدنانير وما أشبههما ، فان كان فيه مال لمسلم ــ دفعه اليه ، وان كان فيه سلب لقاتل دفعه اليه ، على ما مضى ، ثم يدفع من الباقى أجرة النفال والحافظ ، لأنه مصلحة للغانمين ، ثم يدفع الرضخ من الباقى اذا قلنا : يرضخ من رأس الغنيمة ، وما بقى قسم على خمسة أسهم ، سهم لأهل الخمس والباقى للغانمين على ما يأتى بيانه ، لقوله تعالى : « واعلموا أنما غنمتم من شىء فأن لله خمسه » الآية : فأضاف الغنيمة الى الغانمين ، ثم قطع الخمس لأهله ، فكان الظاهر أن ما بقى بعد الخمس على مقتضى الاضافة وان كانت الغنيمة ما لا ينتقل كالأرض والدور ، فمذهبنا أن الحكم فيهما كالحكم فيما ينتقل ، وقال الزبير وبلال رضى الله عنهما وسفيان الثورى وابن المبارك : الامام فيها بالخيار ، ان شاء قسمها كما قلنا ، وان شاء وقفها على المسلمين ، وان شاء أقره فى أيدى أهلها وضرب عليهم الخراج على وجه الجزية ، واذا أسلموا لم يسقط عنهم ذلك ، ويجوز أن يخرج عنها أهلها ويسكنها قوما

---

(١) الآية ١٨٣ من سورة آل عمران .

آخرين ، ويضرب عليهم الخراج • وقال مالك : تصير وقفا على المسلمين بنفس الفتح • دليلنا قوله تعالى : (واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه) الآية ، فلم يفرق بين ما ينقل وبين ما لا ينقل •

مسألة اذا غزت سرية من المسلمين دار الحرب بغير اذن الامام فغنمت مالا ، فانه يخمس • وحكى الشيخ أبو حامد أن من أصحابنا من قال : لا يخمس ، وليس بشيء • وقال أبو حنيفة : ان كان لهم منعة خمس ، وان لم يكن لهم منعة لم يخمس • وقال أبو يوسف : ان كانوا تسعة أو أكثر خمس ، فان كانوا أقل لم يخمس ، وقال الحسن البصري : يؤخذ منهم جميع ما غنموا عقوبة لهم ، حيث غزوا بغير اذن الامام • وقال الأوزاعي : الامام بالخيار بين أن يخمسه وبين أن لا يخمسه • دليلنا قوله تعالى : (واعلموا [1] انما غنمتم من شيء فان لله خمسه) الآية ، ولم يفرق بين أن يغزوا باذن الامام أو بغير اذنه ، ولأنه ماق مأخوذ من حربي بالقهر فكان غنيمة كما لو غزوا باذن الامام •

فرع اذا غنم المسلمون من المشركين مالا وحازوه ، وانقضى القتال ، فانهم لا يملكونه بذلك ، وانما لا يملك أحد منهم سهمه الا بأن يختار التملك ، أو بأن يقسم له الامام حقه ، ويسلمه اليه فيقبله ، فان كان الامام والجيش فى دار الحرب بعد انقضاء القتال ، وحيازة الغنيمة ، نظرت — فان كان هناك عذر يدعو الى تأخير قسمة الغنيمة الى أن يخرجوا الى دار الاسلام ، فان كانوا يخافون كرة المشركين عليهم عند اشتغالهم بالقسمة ، أو كانوا فى موضع قليل المؤنة أو الماء مع حاجتهم اليه — لم يكره تأخير القسمة الى أن يزول العذر ، أو الى الخروج الى دار الاسلام ، وان لم يكن هناك عذر يدعو الى تأخير القسمة قسم الامام الغنيمة ، ويكره له تأخيرها الى الخروج الى دار الاسلام • وقال أبو حنيفة : يكره له قسمة الغنيمة فى دار الحرب مع التمكين من القسمة ، فان قسمها هناك صحت القسمة الا أن يحتاج الغانمون الى شيء من الغنيمة مثل الثياب وغيرها ، فلا يكره

---

(١) الآية ٤١ من سورة الانفال •

قسمتها فى دار الحرب • دليلنا ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قسم غنائم بدر بشعب من شعاب الصفراء قريب بدر ، وبدر كانت دار شرك لقربها من مكة • وروى أنه صلى الله عليه وسلم قسم غنائم بنى المصطلق على مياههم ، وغنائم هوازن فى ديارهم ، وغنائم حنين بأوطاس ، وهو واد من حنين ، ولم يزل الخلفاء رضى الله عنهم بعده يقسمون حيث يأخذونها •

مسألة اذا أخرج الامام خمس الغنيمة لأهل الخمس ، فانه يقسم الأربعة الأخماس الباقية بين الغانمين ، وينظر فيهم — فان كانوا فرسانا كلهم أو رجالة كلهم — قسمها بينهم بالسوية ، لأن الله تعالى أضاف أربعة أخماس الغنيمة الى الغانمين ، والاضافة تقتضى التسوية ، وان كان بعضهم فرسانا وبعضهم رجالا فانه يقسم للفارس ثلاثة أسهم ، سهما له وسهمين لفرسه ، وللراجل سهما ، وبه قال فى الصحابة عمر ، وفى التابعين : الحسن وابن سيرين وعمر بن عبد العزيز ، وفى الفقهاء : مالك وأهل المدينة والأوزاعى ، وأهل الشام والليث وأبو يوسف ومحمد ، وأكثر أهل العلم • وقال أبو حنيفة وحده : يقسم للفارس سهمين سهما له وسهما لفرسه ، وللراجل سهما وقال : لا أفضل بهيمة على مسلم • دليلنا ما روى ابن عمر وابن عباس : « أن النبى صلى الله عليه وسلم أسهم للفارس ثلاثة أسهم ، سهما له وسهمين لفرسه » وهذا نص • وروى أن الزبير رضى الله عنه كان يضرب له فى المغنم بأربعة أسهم ، سهم له وسهمان لأمه صفية رضى الله عنها ، لأنها من ذوى القربى ، ولأن السهم انما يستحق بما يلزم من المؤنة والتأثير فى القتال ، ومؤنة الفرس أكثر من مؤنة الفارس ، وتأثيره فى القتال أكثر ، فيجب أن يزيد سهمه • وأما قوله : لا أفضل بهيمة على مسلم ، فيقال له : لم تساوى بينهما ؟ فلما جازت المساواة بينهما جاز التفاضل •

فرع لا يجوز أن يبذل الامام شيئا من أربعة أخماس الغنيمة الى غير الغانمين ، ولا يفضل فارسا على فارس ، ولا راجلا على راجل ، ولا يفضل من قاتل على من لم يقاتل • وقال أبو حنيفة : يجوز أن يصرف شيئا منها الى غير الغانمين • وقال مالك : يجوز أن يصرف منها شيئا الى غيرهم ، ويجوز تفضيل بعضهم على بعض • دليلنا قوله تعالى : (واعلموا

أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه ـ الآية) • فأضاف الغنيمة الى الغانمين بلام التمليك ، ثم قطع الخمس منها لأهل الخمس ، فدل على أن الباقى لهم ، ولقول عمر رضى الله عنه : « الغنيمة لمن حض » أى شهد الموقعة ، فدل على أنه لا شيء لغيرهم فيها الا ما خصه الدليل ، ولم يفرق بين من قاتل ومن لم يقاتل ، لأن من لم يقاتل قد أرصد نفسه للقتال ، ويحصل به الارهاب ، فهو كالمقاتل •

فرع ولا يسهم لمركوب غير الخيل ـ وهو اجماع ـ ولأن غير الخيل لا يغنى غناء الخيل ، ولا يسد مسدها فى القتال ، فلم يلحق بها فى السهم • ويسهم الفرس العربى ـ وهو الذى أبواه من الخيل العراب ـ ويسمى العتيق ، ويسهم للبرذون وهو الفرس الذى أبواه نبطيان ، والمهجين ، سهمان ولغيره سهم واحد ، وهى احدى الروايتين عن أبى يوسف ، والأخرى وهو الذى أبوه عربى وأمه نبطية ، وللمقرف وهو الذى أبوه نبطى وأمه عربية ، وبه قال مالك وأبو حنيفة • وحكى المسعودى قولا آخر : أنه لا يسهم للبرذون ، ويسهم للهجين سهما واحدا ، وقال أحمد : يسهم العربى كقولنا • دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « الخيل معقود بنواصيها الخير الى يوم القيامة » وأراد به الغنيمة ولم يفرق ، هكذا أفاده العمرانى ، ولأنه حيوان أسهم له فلم يختلف باختلاف أنواعه كالرجل •

فان نفل الامام رجلا فحضر الحرب بفرس حطم (وهو الذى قد تكسر وضعف) أو بفرس صرع أو بفرس قحم وهو الهرم ، أو بفرس عجف ، وهو المتناهى فى الهزال ، فقد قال الشافعى فى الأم : قد قيل لا يسهم له ، وقد قيل يسهم • أ هـ •

فمن أصحابنا من قال : فيه قولان أحدهما : يسهم له لأنه حيوان يسهم له فلم يسقط سهمه بضعفه وكبره ، كالرجل • والثانى : لا يسهم له ، لأن القصد من الفرس القتال عليه ، فان لم يكن القتال عليه كان كالبغل • وقال أبو اسحق المروزى : ليست على قولين وانما هى على حالين ، فحيث قال : يسهم له ، اذا كان يمكن القتال عليه مع ضعفه ، وحيث قال : لا يسهم له ، اذا كان لا يمكن القتال عليه بحال •

فـــرع وان حضر الرجل بفرسين أو أكثر ، فانه لا يسهم الا لفرس واحد ، وهو قول العلماء كافة ، الا الأوزاعي وأحمـد فانهما قالا : يسهم له الفرسين ولا يسهم له لأكثر • دليلنا ما روى : « أن النبي صلى الله عليه وسلم حضر في بعض غزواته بثلاثة أفراس فلم يأخذ السهم الا لفرس واحد » وروى الشافعي رضي الله عنه عن ابن الزبير أن النبي صلى الله عليه وسلم : « لم يعط الزبير الا لفرس واحد ، وقد حضر يوم خيبر بفرسين » وولد الرجل أعرف بحديثه فلا يقوى على معارضته ما روى الواقدي عن عبـد الملك بن يحيى عن عيسى بن معمر قال : « كان مع الزبير يوم خيبر فرسان فأسهم له النبي صلى الله عليه وسلم خمسة أسهم » ولأنه لا يقـاتل الا على واحد ، وما زاد عليه فانه للزينة ، فلم يستحق السهم الا لواحد • وقال في الأم : (وان كان القتال في الماء ، أو على حصن ، فحضر رجل بفرس أسهم له ، وان لم يحتج الى الفرس للقتال عليه ــ لأنه ربما ينزل الناس من الحصن ، أو يخرجوا من الماء ــ فيحتاج الى القتال على الفرس) •

فـــرع وان غصب فرسا وحضر به القتال ــ فاختلف أصحابنا فيه ــ فقال أكثرهم : يسهم للفرس وجها واحدا ، ولكن من يستحقه ؟ فيه وجهان ، أحدهما : الغاصب • والثاني : المغصوب منه ، بناء على القولين فيمن غصب من رجل درهما فابتاع شيئا في ذمته ثم نقد الدرهم في الثمن ثم باع ما اشتراه وربح ، فمن يستحق الربح ؟ فيـه قولان • وقال القـاضي أبو الطيب : هل يسهم للفرس ههنا ؟ فيه وجهان ، وان استعار فرسا اكتراه وحضر به القتال أسهم له واستحقه المستعير والمكترم ، لأنه ملك القتـال عليه فملك السهم عليه ، كما لو حضر بفرس يملكه •

فـــرع وان دخل دار الحرب بفرس فنفق الفرس ــ أي مات ــ أو وهبه لغيره أو باعه ــ فان كان قبل انقضاء الحرب ، لم يسهم له لفرسه ، وحكى القفال عن الشافعي رحمه الله أنه يسهم له اذا نفق ، والمشهور هو الأول • وان دخل الحرب ولا فرس معه ثم اشترى فرسا أو اتهبه أو استأجره أو استعاره ، وحضر به القتال ، فانقضت الحرب وهو معه ، أسهم له لفرسه • وقال أبو حنيفة : الاعتبار بدخول الحرب ولا فرس معه ، ثم حصل له فرس

لم يسهم له للفرس • دليلنا على الفعل الأول أن فرسه نفق قبل انقضاء القتال فلم يسهم له لفرسه ، كما لو كان القتال فى دار الاسلام • وعلى الفعل الثانى أن فرسه وجد عند انقضاء القتال فاستحق السهم له كما لو دخل دار الحرب فارسا • وان دخل القتال بفرس ثم عار فرسه ولم يجده الا عند انقضاء القتال لم يسهم له • ومن أصحابنا من قال : يسهم له • لأنه خرج من يده بغير اختياره • والمذهب الأول ، لأن خروج الفرس من يده قبل انقضاء القتال يسقط سهمه وان كان بغير اختياره كما لو نفق •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ومن حضر الحرب ومرض ــ فان كان مرضا يقدر معه على القتال ، كالسعال ، ونفور الطحال ، والحمى الخفيفة ــ أسهم له لأنه من أهل القتال ، ولأن الانسان لا يخلو من مثله ، فلا يسقط سهمه لأجله • وان كان لا يقدر على القتال لم يسهم له لأنه ليس من أهل القتال ، فلم يسهم له كالمجنون والطفل •**

فصل **ولا حق فى الغنيمة لمخذل ، ولا لمن يرجف بالمسلمين ، ولا لكافر حضر بغير اذن ، لأنه لا مصلحة للمسلمين فى حضورهم • ويرضخ للصبى ، والمرأة ، والعبد ، والمشرك اذا حضر بالاذن ، ولم يسهم لهم ، لما روى عمير قال : ((غزوت مع النبى صلى الله عليه وسلم وأنا عبد مملوك ، فلما فتح الله على نبيه خيبر قلت : يا رسول الله سهمى ، فلم يضرب لى بسهم ، وأعطانى سيفا فتقلدته ، وكنت اخط بنعله فى الأرض ، وأمر لى من خرثى المتاع)) وروى يزيد بن هرمز بن نجدة كتب الى ابن عباس يسأله : ((هل كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغزو بالنساء ؟ وهل كان يضرب لهن بسهم ؟ فكتب اليه ابن عباس : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغزو بالنساء ، فيداوين الجرحى ، ويحذين من الغنيمة ، واما سهم ؟ فلم يضرب لهن بسهم)) •**

الشرح حديث عمير ــ وهو مولى (١) آبى اللحم الغفارى ــ

---

(١) آبى اللحم وهو عبد الله بن عبد الملك . وقيل عبد الله بن مالك ، ويقال عبد الله بن مالك بن عبد الله بن ثعلبة بن غفار بن هليل روى عنه مولاه عمير ، قيل : انما قيل له آبى اللحم لأنه كان لا يأكل ما ذبح على النصب فى الجاهلية وقد قتل فى غزوة حنين رضى الله عنه .

روى عنه يزيد بن أبى عبيد ، ومحمد بن زيد بن مهاجر ، ومحمد ابن ابراهيم بن الحرث ، الا أن فى رواية أبى نعيم عن هشام بن سعد ، عن زيد بن مهاجر عن عمير مولى آبى اللحم قال ، وساق الحديث الذى ساقه المصنف ، وقد أخرجه أبو داود والترمذى وصححه وأحمد وابن ماجه والحاكم وزاد الترمذى بعد قوله : « فأمر لى بشىء من خرثى المتاع — ما لفظه — « وعرضت عليه رقية كنت أرقى بها المجانين ، فأمرنى بطرح بعضها وحبس بعضها » .

أما حديثا ابن عباس الأول والثانى فقد أخرجهما مسلم وأبو داود والترمذى وصححهما وأحمد . ونجدة هو نجدة الحرورى ابن عامر الحنفى الخارجى وأصحابه يقال لهم : (النجدات) بالتحريك ، والحرورى نسبة الى حروراء قرية بالكوفة .

أما اللغات فان السعال اسم من سعل يسعل سعلة والمسعل موضع من الحلق . ونفر الطحال أى ورمه ، والمخذل أو المرجف ، هو الذى ينشر الشائعات ليفت فى عضد الجيش ، ويبث الخوف والفزع فى النفوس ، ويلقى الرعب فى القلوب . والرضخ العطاء القليل دون سهام المقاتلين ، مأخوذ من الشىء المرضوخ وهو المرضوض أو المشدوخ . وخرثى المتاع بالخاء المعجمة المضمومة وسكون الراء المهملة بعدها ثاء أسقاط البيت وأردأ أثاثه من المتاع والغنائم . ويحذين أى يعطين قال فى القاموس : الحذوة بالكسر العطية ، وقال الجوهرى : حذيته من الغنيمة اذا أعطيته منها ، والاسم الخذيى على فعلى بالضم وهى والقسمة من الغنيمة .

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : (اذا حضر القتال ثم مرض أسهم له) . واختلف أصحابنا البغداديون فيه ، فقال أكثرهم : ان كان مرضا قليلا كالحمى الخفيفة ذو الصداع اليسير وما أشبههما مما لا يمنعه القتال ، أسهم له ، لأن ذلك لا يمنعه من القتال ، وان كان مرضا يرجى زواله استحق السهم ، وان لم يقاتل . وان كان مرضا لا يرجى زواله ، ففيه قولان ، أحدهما : لا يسهم له ، لأنه خرج عن أن يكون من أهل

القتال • والثانى : يسهم له لأنه فى الجملة من أهل القتال الا أنه عرض له عارض فهو كالمرض الذى يرتجى زواله • قال المسعودى : فان مات رجل من المجاهدين أو قتل فى حال القتال وقبل انقضائه لم يرث ورثته بسهمه ، وبطل حقه • وان مات بعد انقضاء القتال ورث ورثته سهمه ، وان فر غير متحرف لقتال أو غير متحيز الى فئة لم يستحق السهم ، فان عاد قبل انقضاء القتال استحق السهم ، فان فر متحرفا للقتال أو متحيزا الى فئة لم يسقط سهمه وان لم يقاتل ، فانه مشغول بأمر القتال • ولو قيل له : فررت لغير التحرف والتحيز ، وقال : بل فررت متحرفا أو متحيزا ، فالقول قوله ، لأنه أعلم بحال نفسه •

فـــرع لو قال بعض الغانمين قبل القسمة : أسقطت حقى من الغنيمة قال ابن الصباغ فى الشامل : سقط حقه ، لأن حقه لم يستقر ، وان قال : وهبت نصيبى من الغانمين فاختلف أصحابنا فيه ــ فقال أبو اسحق : يصح ، ويكون ذلك اسقاطا لحقه ، لأن الاسقاط تصح بلفظ الهبة • وقال ابن أبى هريرة : ان أراد به الاسقاط صح ، وان أراد به التمليك والهبة لم يصح ، لأن حقه مجهول ، ولم يستقر ملكه عليه ، والأول أصح ، لأن الملك لم يحصل له ، وانما له حق التملك ، فانصرفت الهبة الى اسقاطه •

وان باع حقه من الغنيمة قبل القسمة ــ فان كان قد اختار التملك وكان معلوما ــ صح البيع وان لم يختر التمليك ففيه وجهان ، قال أبو اسحق : يصح البيع اذا كان معلوما ، لأنه ملك حقه بالخيار ، ومن أصحابنا من قال : لا يصح لأن ملكه لم يستقر عليه •

مســـألة اذا حضر القتال مخذل أو مرجف أو من يعاون المشركين بالمكاتبة وحمل الأنبـاء لم يسهم له ولم يرضخ له ، لأن السهم والرضخ للمقاتلة أو لمن يعينهم ، وهؤلاء ليسوا من المقاتلة ولا ممن يعينهم ، بل ان الضرر محقق فى حضورهم • وان حضر رجل القتال بغير اذن والديه أو من عليه دين فحضر بغير اذن الغريم استحق السهم ، والفرق بينه وبين المخذل والمرجف أن المعصية فى حضـور المخذل والمرجف تؤثر فى الجهـاد ، فهو

كالمعصية بالصلاة فى الثوب النجس ، والمعصية فى حضور الولد ومن عليه دين بغير اذن غريمه لا يؤثر فى الجهاد ، فهو كالمعصية بالصلاة فى الدار المغصوبة • وان حضر مشرك مع المسلمين فى القتال بغير اذن الامام ، لم يسهم له ولم يرضخ ، لأن ضرره أعظم من ضرر المخذل والمرجف بالمسلمين • وان حضر باذن الامام رضخ له ولم يسهم له ، وهو قول العلماء كافة ، الا الأوزاعى فانه قال : يسهم له • دليلنا ماروى ابن عباس رضى الله عنه : « أن النبى صلى الله عليه وسلم استعان بيهود من بنى قينقاع فى بعض غزواته فرضخ لهم ولم يسهم » وعن الزهرى « أنه يسهم للذمى لا للعبد والنساء والصبيان فيرضخ لهم » وقال الترمذى : ان العمل عند بعض أهل العلم على العلم أنه يسهم لهم اذا شهدوا القتال مع المسلمين أ هـ •

قال فى نيل الأوطار : والظاهر أنه لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد والذميين ، وما ورد من الأحاديث مما فيه اشعار بأن النبى صلى الله عليه وسلم أسهم لأحد من هؤلاء فينبغى حمله على الرضخ ، وهو العطية القليلة جمعا بين الأحاديث ، وقد صرح حديث ابن عباس بما يرشد الى هذا أنه لا يسهم لأهل الذمة ، وان قاتلوا مع المسلمين العدو ، ورأى بعض أهل الجمع ، فانه نفى أن يكون للنساء والعبيد سهم معلوم ، وأثبت الحذية •

فـــرع فاذا خرج نساء أهل الذمة مع الامام باذنه فهل يرضخ لهن ؟ فيه وجهان حكاهما المسعودى ، أحدهما : يرضخ كنساء المسلمين • والثانى : لا يرضخ لهن لأنهن لا قتال فيهن ، ولا بركة بحضورهن ، بخلاف نساء المسلمين ، فانه يتبرك بدعائهن اذا حضرن •

وان دخل العبيد والنساء والصبيان دار الحرب منفردين وغنموا ــ ففيه ستة أوجه ــ أحدها : أنه يخمس ويقسم لباقى بينهم على ما يراه من المفاضلة كما يقسم الرضخ بينهم الى بيت المال ، لأنه لا حق لهم الا الرضخ ــ والرابع يخمس هذا المال ويرضخ لهم من الباقى ثم يرد الباقى الى بيت المال لما ذكرنا فى الذى قبله ، والخامس يخمس ويقسم الباقى بينهم الفارس ثلاثة أسهم والرجالة سهم سهم ، كما لو كانوا رجالا بالغين أحرارا ، والسادس : أنه لا يحكم لهذا المال بحكم الغنيمة ، بل حكمه حكم المسروق فيكون كله لهم ، وقتالهم كلا قتال •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وتقدير الرضخ الى اجتهاد امير الجيش ، ولا يبلغ به سهم راجل ، لانه تابع لمن له سهم ، فنقص عنه كالحكومة لا يبلغ بها ارش العضو . ومن اين يرضخ لهم ؟ فيـه ثلاثة اوجه أحدها : انه يرضـخ لهم من أصـل الغنيمة ، لأنهم اعوان المجاهدين ، فجعل حقهم من أصل الغنيمة كالنفـال والحافظ . والثانى : انه من اربعـة أخماس الغنيمة ، لأنهم من المجـاهدين فكان حقهم من اربعة اخماس الغنيمة . والثالث : أنه من خمس الخمس ، لأنهم من أهل المصالح فكان حقهم من سهم المصالح .

فصـــل وان حضر اجير فى اجارة مقـدرة بالزمان ففيـه ثلاثة اقوال ، احدها : انه يرضخ له مع الأجرة ، لأن منفعته مستحقة لغيره فرضخ له كالعبد . والثانى : انه يسهم له مع الأجرة ، لأن الأجرة تجب بالتمكين والسهم بالحضور ، وقد وجد الجميع . والثـالث : انه يخير بين السـهم والأجرة ، فان اختار الأجرة رضخ له مع الأجرة ، وان اختار السهم أسهم له وسقطت الأجرة ، لأن المنفعة الواحدة لا يستحق بها حقان . واختلف قوله فى تجار الجيش فقال فى احد القولين (يسهم لهم لأنهم شهدوا الوقعة) والثانى : (انه لا يسهم لهم ، لأنهم من يحضروا للقتال) واختلف اصحابنا فى موضـع القولين ، فمنهم من قال : القولان اذا حضروا ولم يقـاتلوا ، وأما اذا حضروا فقاتلوا فانه يسـهم لم قولا واحدا ومنهم من قال : القولان اذا قاتلوا فاما اذا لم يقاتلوا فانه لا يسهم لهم قولا واحدا .

فصـــل واذا لحق بالجيش مدد او افلت اسير ولحق بهم نظرت ـ فان كان قبل انقضاء الحرب ، وحيازة الغنيمة ـ اسهم لهم لقول عمر رضى الله عنه : (الغنيمة لمن شهد الوقعة) وان كان بعد انقضـاء الحرب وحيـازة الغنيمة لم يسهم لهم ، لأنهم حضروا بعد ما صارت الغنيمة للغانمين . وان كان بعد انقضاء الحرب وقبل حيازة الغنيمة ففيه قولان أحدهمـا : انه لا يسهم لهم ، لأنهم لم يشهدوا الوقعة . والثانى : انه يسهم لهم لانهم حضروا قبـل أن يملك الغانمون .

الشرح أثر عمر أخرجه البيهقى مرفوعا وموقوفا وقال : الصحيح وقفه ، وهو عند الطبرانى وابن أبى شيبة . وقد رأيته فى تفسير القرطبى معزوا الى البخارى مرفوعا فى المسألة الثامنة عشرة من تفسير : « واعلموا[1]

---

(١) الآية ٤١ من سورة الأنفال .

أنما غنمتم » وفى هذه الفصول بيان اختلاف الأقوال فى مصدر الرضخ فمن أصحابنا من قال : فيه ثلاثة أوجه ، ومنهم من قال : هى أقوال الشافعى رحمه الله ، أحدها : أنه يخرج من أصل الغنيمة ، لأن فى أصل الرضخ مصلحة للغانمين ، فكان ما يستحقونه من أصل الغنيمة ، كأجرة الحافظ والنفال • والثانى : أنه يخرج من أربعة أخماس الغنيمة ، لأنه يستحقه بالحضور ، فهو كسهم الفارس والراجل • والثالث : أنه يخرج من خمس الخمس ، لأن أربعة أخماس الغنيمة لأهلها ، وانما يرضخ لأهل الرضخ للمصلحة ، فكان من سهم المصالح • ومن أصحابنا من قال : هذا القول يختص بأهل الذمة ، لأنهم ليسوا من أهل الجهاد •

اذا ثبت هذا فان الرضخ غير مقدر ، بل هو موكول الى اجتهاد الامام ، ويختلف باختلاف قلة العمل وكثرته • قال الشيخ أبو اسحق الشيرازى هنا فى المهذب : ولا يبلغ به سهم راجل لأنه تابع لمن له سهم فنقص عنه كالحومة لا تبلغ به أرش العضو •

مسألة اذا حضر مع المقاتلين أجير نظرت ــ فان كانت اجارته على عمل فى ذمته وحضر القتال ــ فانه يسهم له لأن العمل فى ذمته ، فلا يمنع استحقاق السهم اذا حضر القتال ، كما لو كان عليه دين فى ذمته ، وان كانت الاجارة على مدة بعينها فحضر الأجير القتال فى تلك المدة ، ففيه ثلاثة أقوال ، أحدها : يسهم له ويستحق الأجرة ، لأن الأجرة مستحقة بالتمكين من العمل ، والسهم مستحق بالحضور ، وقد وجد الجميع • والثانى : لا يسهم له بل يرضخ له ، ويستحق الأجرة مع الرضخ ، لأن منفعته لغيره وقت القتال ، فلم يستحق السهم كالعبد • والثالث : يخير الأجير بين السهم والأجرة ، فان اختار السهم استحقه وسقطت الأجرة ، وان اختار الأجرة استحقها ولم يسهم له ، لأن منفعته فى ذلك الوقت واحدة ، فلا يستحق بها حقين • هذا قول أكثر أصحابنا ، وقال أبو على الطبرى : القول فى تخيير الأجير انما يأتى فى الامام اذا استأجر فى سهم الغزاة من الصدقات أجيرا للغزاة ، لحفظ دوابهم وما أشبهه ، فان الامام يخيره ليوفر سهمه أو أجرته على الغزاة ، فأما اذا كان الأجير لواحد بعينه فلا معنى لتخييره ــ ومن

أصحابنا من قال لم يرد الشافعى رحمه الله بما ذكره التخيير فى الأجير فى الحقيقة ، وانما أراد المجاهدين الذين يغزون اذا نشطوا فانهم اذا حضروا يقول لهم الامام : أنتم بالخيار أن تأخذوا كفايتكم من الصدقات ، وبين أن تأخذوا السهم من الغنيمة ، والأصح هو الطريق الأول ، فاذا قلنا : يخير ــ فان أصحابنا البغداديين قالوا : يخير قبل القتال وبعده ــ فأما قبل القتال ــ فيقال له : ان أردت الجهاد فاقصده واطرح الأجرة ، وان أردت لأجرة فاطرح الجهاد . ويقال له بعد القتال : ان كنت قصدت الجهاد أسهم لك وتركت الأجرة ، وان كنت قصدت الخدمة أعطيت الأجرة دون السهم وانما تسقط الأجرة دون السهم وانما تسقط الأجرة اذا اختار السهم فى الحالة التى حضر فيها القتال ، وترك خدمة المستأجر ، وأما قبل ذلك فانه يستحق الأجرة لأنه قد وجد منه التمكين من العمل فيها . وقال المسعودى : اذا اختار السهم واطرح الأجرة ــ فمن أى وقت يطرح ؟ فيه وجهان ، أحدهما : دخوله الحرب ، لأنه يصير مجاهدا بنفس دخوله دار الحرب . والثانى : من حين حضور الوقعة ، لأن ذلك حقيقة القتال .

قال المسعودى : وهذا اذا حضر وقاتل ، فأما اذا لم يقاتل فانه لا يسهم له قولا واحدا وعن يعلى بن منية قال : « أن النبى صلى الله عليه وسلم بالغزو وأنا شيخ كبير ليس لى خادم فالتمست أجيرا يكفينى وأجرى له سهمه ، فوجدت رجلا ، فلما دنا الرحيل أتانى فقال : ما أدرى ما السهمان ؟ وما يبلغ سهمى فسم لى شيئا كان السهم أو لم يكن ، فسميت له ثلاثة دنانير فلما حضرت غنيمة أردت أن أجرى له سهمه ، فذكرت الدنانير فجئت النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت أمره فقال : ما أجد له فى غزوته هذه فى الدنيا والآخرة . الا دنانيره التى سمى » رواه أبو داود وابن ماجه .

فــرع وان كان مع المجاهدين تجار فانتهى القتال وهم معهم ، فهل يسهم لهم ؟ فيه قولان ، أحدهما : يسهم لهم لقوله صلى الله عليه وسلم : « الغنيمة لمن يشهد الوقعة » وقد شهدوها . والثانى : لا يسهم لهم لأن السهم انما يستحقه المجاهدون ، وهؤلاء لم يقصدوا الجهاد ، وانما قصدوا التجارة . واختلف أصحابنا فى موضع القولين ، فمنهم من قال :

والقولان اذا حضروا ولم يقاتلوا : فأما اذا حضروا وقاتلوا فانه يسهم لهم قولا واحدا ، لحديث خارجه بن زيد قال رأيت رجلا سأل أبى عن الرجل يغزو ويشترى ويبيع ويتجر فى مزو ، فقال له : انا كنا مع النبى صلى الله عليه وسلم بتبوك نشترى ونبيع وهو يرانا ولا ينهانا » رواه ابن ماجه ولأن الجهاد هو القتال ، وقد وجد منهم من قال : القولان اذا حضروا وقاتلوا ، فأما اذا لم يقاتلوا فانه لا يسهم لهم قولا واحدا ، لأنهم ان قاتلوا فلم يقصدوا الجهاد عند دخول الحرب ، ومن أصحابنا من قال : القولان فى الحالين سواء قاتلوا أو لم يقاتلوا • قال الامام القرطبى فى جامعه : لا حق فى الغنائم للحشوة كالأجراء والصناع الذين يصحبون الجيش للمعاش الى أن قال : وقيل يسهم لهم لقوله صلى الله عليه وسلم : « الغنيمة لمن شهد الواقعة » أخرجه البخارى • وهذا لا حجة فيه ، لأنه جاء بيانا لمن باشر الحرب وخرج اليه ، وكفى ببيان الله عز وجل المقاتلين وأهل المعاش من المسلمين حيث جعلهم فرقتين متميزتين لكل واحدة حالها فى حكمها فقال : « علم أن سيكون [1] منكم مرضى وآخرون يضربون فى الأرض يبتغون من فضل الله وآخرون يقاتلون فى سبيل » الا أن هؤلاء اذا قاتلوا لا يضرهم كونهم على معاشتهم ، لأن سبب الاستحقاق قد وجد منهم • وقال أشهب : لا يستحق أحد منهم شيئا وان قاتل ، وبه قال ابن القصار فى الأجير : لا يسهم له وان قاتل ، وهذا يرده الحديث [2] •

مسألة اذا أفلت من المشركين ولحق بجيش المسلمين ، أو لحق بجيش المسلمين مدد فهل يشاركونه فى الغنيمة ؟ ينظر فيه ــ فان لحقهم قبل انقضاء القتال ــ قلنهم يشاركونهم فى الغنيمة قولا واحدا ، لأن الغانمين قد يملكوا الغنيمة ، وتعلقت بها حقوقهم فلم يشاركهم غيرهم فيها ، وان لحق بعد انقضاء القتال وقبل حيازة الغنيمة فهل يشاركون فيها غيرهم ؟ فيه

---

(١) الآية ٢٠ من سورة المزمل .

(٢) الحديث هو حديث سلمة بن الاكوع قال : « كنت تبيعا لطلحة بن عبيد الله اسقى فرسه وأحسه وأخدمه وآكل من طعامه » وفيه « ثم أعطانى رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم الفارس وسهم الراجل فجمعهما لى » أخرجه مسلم .

قولان أحدهما : لا يشاركهم لأنه لم يشهد الوقعة • والثانى : يشاركهم لأنه حضر قبل أن يملكوا الغنيمة • وهذان القولان مبنيان على القولين : متى يملكون أن يملكوا الغنيمة ؟ أحدهما : لا يملكون أن يملكوا الا بعد انقضاء القتال وحيازة الغنيمة ، فعلى هذا لا يشاركهم من لحقهم • هذا نقل أصحابنا العراقيين • وقال الخراسانيون : اذا لحقهم مدد بعد انقضاء القتال لم يشاركهم ، وان لحقهم فى حالة القتال فما أخذوه من المال بعد لحوق المدد شاركهم به المدد ، وما كانوا قد أخذوه من المال قبل لحوق المدد بهم فيه وجهان ، أحدهما : لا يشاركهم فيه ، لأنهم انفردوا بامداده : فهو كما لو لحقهم بعد انقضاء القتال • والثانى : يشاركهم فيه ، لأن ذلك المال كالمتداول بين المسلمين والمشركين • ولأن القتال قائم فلعلهم يستردونه ، وما لم ينقض القتال لم يكمل الامداد •

فأما الأسير اذا انفلت وانضاف الى المقاتلين ــ فان كان من هذا الجيش ــ فانه يشاركهم سواء قاتل أو لم يقاتل ، وان كان من جيش آخر وقاتل فانه يشاركهم ، وان لم يقاتل ففيه قولان ، أحدهما : لا يسهم له ، لأنه لحقهم هاربا ، وقصد الخلاص من الكفار قبل القتال ، فاذا لم يوجد منه نفس القتال ولا قصده ، لم يستحق السهم • والثانى : يسهم له كسائر من شهد الوقعة ولم يقاتل • قال وخرج فيه قول آخر ، أنه لا يسهم له • هذا مذهبنا •

وقال أبو حنيفة : اذا لحقهم مدد بعد انقضاء القتال وقبل القسمة ، وهم فى دار الحرب ، فانه يشاركهم الا الأسارى فانهم لا يشاركونهم •

دليلنا أنه مدد لحقهم بعد انقضاء القتال فلم يشاركهم كما لو لحقهم بعد القسمة ، ولأن كل حالة لو لحق الأسير فيها لم يشارك ، فمتى لحق غيره فيها لم يشارك ، كما لو لحق المدد بعد اخراج الغنيمة الى دار الاسلام •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان خرج امير فى جيش وانفذ سرية من الجيش الى الجهة التى يقصدها ، او الى غيرها ، فغنمت السرية ، شاركهم الجيش . وان غنم الجيش شاركتهم السرية ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم حين هزم هوازن بحنين أسرى أوطاس سرية ، وغنمت فقسم غنائمهم بين الجميـع . وروى عمـرو بن شعيب عن ابيـه عن جده أن النبى صلى الله عليـه وسلم قال : « المسلمون يد على من سواهم ، يسعى بذمتهم ادناهم ، ويرد عليهم اقصاهم ، وترد سراياهم على قاعدهم » ولأن الجميع جيش واحد فلم يختص بعضـهم بالغنيمة . وان انفـذ سريتين الى جهـة واحدة من طريق او طريقين اشترك الجيش والسريتان فيما يغنم كل واحد منهم ، لأن الجميع جيش واحد . وان انفذ سريتين الى جهتين شارك السريتان الجيش فيما يغنمه ، وشارك الجيش السريتين فيما يغنمان . وهل تشارك كل واحدة من السريتين السرية الأخرى فيما تغنمه ؟ فيه وجهان ، احدهما : انها لا تشـارك ، لأن الجيش اصـل السريتين ، وليست احدى السريتين أصلا للأخرى . والثانى وهو الصحيح : انها تشارك لأنهما من جيش واحد . وان انفذ الأمير سرية من الجيش واقام هو مع الجيش فغنمت السرية لم يشاركها الجيش المقيم مع الأمير ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم بعث السرايا من المدينة فلم يشاركها أهل المدينة فيمـا غنموا ، ولأن الغنيمة للمجـاهدين ، والجيش مقيم مع الأمير ما جاهدوا فلم يشارك السرية فيما غنمت ، والله أعلم .

الشرح حديث عمـرو بن شعنب أخرجه أبو داود وابن ماجه وأحمد ، وسكت عنه أبو داود والمنذرى وأخرجه ابن حبان من حديث ابن عمر مطولا ، ورواه ابن ماجه من حديث معقل بن يسار مختصرا ، ورواه الحاكم عن أبى هريرة مختصرا ، ورواه أبو داود والنسـائى والحاكم من حديث على . وقال أحمد فى رواية أبى طالب : « السرية ترد على العسـكر والعسكر يرد على السرية » .

اما اللغات فقد قال ابن بطـال فى شرح غريب المهذب : (قوله : والمسلمون يد على من سـواهم) قال الهروى : يقال للقوم : هم يد على الآخرين ، أى هم قادرون عليهم . ويحتمل أن يكون من اليـد التى هى الجماعة ، يقال : هم عليه يد ، أى مجتمعون لا يسعهم التخاذل ، بل يعاون بعضهم بعضـا على جميـع أهل الأديان والملل ، ثم قال : (يسعى بذمتهم

أدناهم) الذمة ههنا الأمان ، ويسمى المعاهد ذميا ، لأنه أعطى الأمان على ذمة • وقال فى الفائق : أدناهم العتد من الدناءة ، وهى الخساسة ، وأقصاهم أبعدهم من القصاء وهو البعد ، وهذا يدل على أن أدناهم أقربهم بلدا من العـدو •

أما الأحكام فاذا خرج الأمير بالجيش من البلد ، ثم انفذ سرية الى الجهة التى قصدها ، أو الى غيرها ، أو انفذ سرية من البلد ثم سار بالجيش بعدها ، فغنمت السرية بعد خروج الجيش من البلد ، أو غنم الجيش ، فان الجيش والسرية يتشاركان فيما غنما ، وهو قول العلماء كافة ، الا الحسن البصرى ، فانه قال : لا يشاركان •

دليلنا أن النبى صلى الله عليه وسلم لما فتح هوازن بحنين ، بعث سرية من الجيش قبل أوطاس فغنمت فقسم رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم وبين الجيش • ولحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عند أحمـد فى رواية أبى طالب : « السرية ترد على العسكر ، والعسكر يرد على السرية » ولأن الجميع من جيش واحد ، وهكذا ان أنفذ الأمير سريتين من الجيش الى جهة واحدة من طريق أو طريقين ، فان الجيش والسريتين يتشاركون فيما غنموا أو غنم بعضهم ، لأنهم جيش واحد • وان أنفـذ الأمير سريتين الى جهتين فان الجيش يشاركهما فيما يغنمان ويشتركان فيما يغنم ، وهل يشارك كل واحدة منهما الأخرى ؟ فيـه وجهان ، أحدهمـا : لا تشاركان ، لأن احداهما ليست بأصل للأخرى • والثانى : يتشاركان ، وهو المذهب ، لأنهما من جيش واحد • وان أنفذ الأمير سرية وهو مقيم بالبلد فغنمت السرية لم يشاركهما الجيش الذى مع الامام ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يبعث السرايا من المدينة ، وهو مقيم بها فلا يشارى بينهم • وان بعث سريتين من البلد الى جهتين مختلفتين ــ وأقام هو مع الجيش فى البلد ــ فان كل واحدة من السريتين لا يشارك الأخرى فيما تغنمه الا أن يلتقيا فى طريق فيجتمعان على جهة واحدة ، فانهما يصيران جيشا واحدا • وان بعث الأمير سرية من الجيش فى البلد وعزم على المسير وراءها مع الجيش فغنمت السرية قبـل خروجه من البلد فلا يشاركها الجيش ، لأن الغنيمة انما يستحقها المجاهد ،

والجيش قبل خروجه من البلد غير مجاهد • هذا نقل أصحابنا البغداديين • وقال الخراسانيون : اذا بعث الامام سرية أو سرايا الى قلاع فغنم بعضهم ، شاركها سائر السرايا والامام فى الغنيمة ــ ان كانوا متقاربين بحيث يصلح بعضهم أن يكون عونا لبعض ــ وان كانوا متباعدين ممن لا يوجد منهم التناصر ان احتاج الى ذلك لم يشارك السرية التى لم تغنم الى التى غنمت • وقال القفال : يشاركهما الامام ومن لم يغنم ، اذا كانوا كلهم فى دار الحرب• فأما اذا كان الامام فى دار الاسلام وبعث سرية الى دار الحرب فغنمت فالامام لا يشاركهم • وقال المسعودى : وليس بشىء ، بل الاعتبار بالتقارب•

فـــرع اذا بعث الامام جاسوسا الى المشركين لينظر عددهم ، وينقل أخبارهم ، ويبلغ عن حصونهم وما فيها من أنواع السلاح الهجومى والدفاعى ، فغنم الجيش قبل رجوعه اليهم ثم رجع اليهم ، ففيه وجهان حكاهما ابن الصباغ ، أحدهما : لا يشاركهم لأنه لم يحضر الاغتنام • والثانى : يشاركهم ، لأنه كان فى مصلحتهم ، وخاطر بما هو أعظم من الثبات فى الصف • والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب قسم الفيء

ويقسم الخمس على خمسة أسهم ، سهم لرسول الله صلى الله عليه وسلم وسهم لذوى القربى ، وسهم لليتامى ، وسهم للمساكين ، وسهم لابن السبيل والدليل عليه قوله عز وجل : ((واعلموا (١) انما غنمتم من شيء فأن لله خمسه ، وللرسول ، ولذى القربى ، واليتامى ، والمساكين ، وابن السبيل)) فأما سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه يصرف فى مصالح المسلمين . والدليل عليه ما روى جبير بن مطعم رضى الله عنه : ((أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين صدر من خيبر تناول بيده نبذة من الأرض ، أو وبرة من بعيره وقال : والذى نفسى بيده ما لى مما أفاء الله الا الخمس ، والخمس مردود عليكم)) فجعله لجميع المسلمين . ولا يمكن صرفه الى جميع المسلمين الا بأن يصرف فى مصالحهم . وأهم المصالح سد الثغور لأنه يحفظ به الاسلام والمسلمين ثم الأهم فالأهم .

فصل وأما سهم ذوى القربى فهو لمن ينتسب الى هاشم والمطلب ابنى عبد مناف ، لما روى جبير بن مطعم رضى الله عنه قال : ((لما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوى القربى بين بنى هاشم وبنى المطلب ؟ جئت انا وعثمان فقلنا : يا رسول الله ، هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم لمكانك الذى وضعك الله فيهم ، أرأيت اخواننا من بنى المطلب لأ أعطيتهم وتركتنا ، وانما نحن واياهم منك بمنزلة واحدة قال : انهم لم يفارقونى فى جاهلية ولا اسلام ، وانما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد ثم شبك بين أصابعه ، ويسوى فيه بين الأغنياء والفقراء ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى منه العباس وكان موسرا ، يعول عامة بنى عبد المطلب)) ولأنه حق يستحق بالقرابة بالشرع فاستوى فيه الغنى والفقير كالميراث ، ويشترك فيه الرجال والنساء لما روى عبد الله بن الزبير رضى الله عنه : ((أن النبى صلى الله عليه وسلم أسهم لأم الزبير فى ذوى القربى)) ولأنه حق يستحق بالقرابة بالشرع ، فاستوى فيه الذكر والأنثى كالميراث ، وجعل للذكر مثل حظ الأنثيين . وقال المزنى وأبو ثور : يسوى بين الذكر والأنثى ، لأنه مال يستحق باسم القرابة فلا يفضل الذكر فيه على الأنثى ، كالمال المستحق بالوصية للقرابة ، وهذا خطأ ، لأنه مال يستحق بقرابة الأب بالشرع ففضل الذكر فيه على الأنثى ، كميراث ولد الأب ، ويدفع ذلك الى القاصى منهم والدانى . وقال أبو اسحق : يدفع ما فى كل اقليم الى من فيه منهم ، لأنه يشق نقله من اقليم الى اقليم ، والمذهب

---

(١) الآية ٤١ من سورة الأنفال .

الأول لقوله عز وجل : « ولذى القربى » فعم ولم يخص ، ولأنه حق مستحق بالقرابة فاستوى فيه القاصى والدانى كالميراث .

فصـــل وأما سهم اليتامى فهو لكل صغير فقير لا أب له ، فأما من له أب فلا حق له فيه ، لأن اليتيم هو الذى لا أب له . وليس البالغ فيه حق ، لأنه لا يسمى بعد البلوغ يتيما . والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم : « لا يتم بعد الحلم » وليس للغنى فيه حق ، لأن اليتيم هو الذى لا أب له غنيا كان أو فقيرا ، والمذهب الأول ، لأن غناه بالمال أكثر من غناه بالأب ، فاذا لم يكن لمن له أب فيه حق فلأن لا يكون لمن له مال أولى .

فصـــل وأما سهم المساكين فهو لكل محتاج من الفقراء والمساكين ، لأنه اذا افرد المساكين تناول الفريقين .

فصـــل وأما سهم ابن السبيل فهو لكل مسافر أو مريد لسفر فى غير معصية وهو محتاج ، على ما ذكرناه فى الزكاة .

فصـــل ولا يدفع شىء من الخمس الا كافر لأنه عطية من الله تعالى ، فلم يكن للكافر فيها حق كالزكاة ، ولأنه مال مستحق على الكافر بكفره فلم يجز أن يستحقه الكافر وبالله التوفيق .

الشرح حديث جبير بن مطعم الأول لم يرو فى الكتب السنة عنه وانما أخرجه أبو داود والنسائى عن عمرو بن عنبسة واللفظ لأبى داود : « صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم الى بعير من المغنم فلما سلم أخذ وبرة من جنب البعير ثم قال : ولا يحل لى من غنائمكم مثل هذا الا الخمس والخمس مردود فيكم » قال المنذرى : وروى أيضا من حديث جبير بن مطعم والعرباض بن سارية .

قلت : وقد ورد بمعناه فى قصة هوازن عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده عند أبى داود والنسائى وأحمد : « أن النبى صلى الله عليه وسلم دنا من بعير فأخذ وبرة من سنامه ثم قال : يا أيها الناس انه ليس لى من هذا الفىء شىء ، ولا هذه الا الخمس ، والخمس مردود عليكم فأدوا الخيط والمخيط » .

وحديث جبير بن مطعم الثانى أخرجه البخارى فى الخمس عن عبد الله ابن يوسف ، وفى مناقب قريش ، وفى المغازى عن يحيى بن بكير ، وأخرجه

أبو داود فى الخراج عن عبيد الله بن عمر بن ميسرة ، وعنه أيضا وعن مسدة ، وأخرجه النسائى فى قسم الفىء عن محمد بن المثنى وعن عبد الرحمن بن عبد الله بن عبد الحكم ، وأخرجه ابن ماجه فى الجهاد عن يونس بن عبد الأعلى •

أما حديث عبد الله بن الزبير فقد أخرجه النسائى من طريق يحيى بن عباد بن عبد الله بن الزبير عن جده • ورواه أحمد وقال الهيثمى : رجاله ثقات عن المنذر بن الزبير عن أبيه بلفظ : « أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطى الزبير سهما وأمه سهما وفرسه سهمين » • أما أحاديث اليتيم فقد مضت فى الحضانة والكفالة وغيرهما بطرقها وألفاظها •

اما اللغات فقوله : (نبذة من الأرض) قال فى اللسان : النبذ الشىء القليل ، والجمع أنباذ • ويقال فى هذا العذق نبذ قليل من الرطب ووخز قليل ، وهو أن يرطب فى الخطيئة بعد الخطيئة ، ويقال : ذهب ماله وبقى نبذ منه ، ونبذة أى شىء يسير وبأرض كذا نبذ من مال ومن كلأ ، وفى رأسه نبذ من شيب وأساب الأرض نبذ من مطر أى شىء يسير • ا هـ •

قوله : (سد الثغور) الثغر قال فى القاموس : من خيار العشب ، ويحرك واحده بهاء وكل جوبة أو عورة منفتحة • والفم أو الأسنان أو مقدمها أو ما دامت فى منابتها ، وما يلى دار الحرب ، وموضع المخافة من فروج البلدان • وقال الأزهرى : أصل الثغر الكسر والهدم ، يقال : ثغرت اذا هدمته •

اما الأحكام فانا قد ذكرنا أن الغنيمة تقسم على خمسة أسهم ، ومضى الكلام فى قسمة أربعة أخماسها بين الغانمين ، وأما خمسها فانه يقسم عندنا على خمسة أسهم ، سهم لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، وسهم لذى القربى ، وسهم لليتامى ، وسهم للمساكين ، وسهم لابن السبيل • وقال أبو العالية الرياحى : يقسم الخمس على ستة أسهم ، سهم لله ، يصرف فى رتاج الكعبة وزينتها وخمسة أسهم على ما ذكرنا • وقال مالك : خمس الغنيمة موكول الى اجتهاد الامام • وقال أبو حنيفة : خمس الغنيمة يقسم

على ثلاثة أسهم ، سهم لليتامى ، وسهم للمساكين ، وسهم لأبناء السبيل ؛ ويسقط سهم النبى صلى الله عليه وسلم بموته • وأما سهم ذوى القربى فقد كان لذوى القربى الذين كانوا • فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد سقط بموتهم ، فقال بعض أصحابنا : كان يفرقه عليهم لمعنى الفقر والمسكنة لا على جهة استحقاقهم له بالقرابة ، ويسقط بموتهم ، دليلنا قوله تعالى : (واعلموا [1] انما غنمتم من شىء فأن لله خمسه) الآية • فموضع الدليل منها على أبى العالية : أن الله قسم الخمس على خمسة أسهم ، وأبو العالية يقسمه على ستة ، وموضع الدليل منها على مالك رحمه الله أن الله أضاف الخمس الى جميع الأصناف المذكورين فى الآية ، فلا يجوز الصرف الى غيرهم ، وعلى أبى حنيفة : أن الله جعل لنبيه سهما ، ولذى القربى سهما فى خمس الغنيمة ، فاقتضى أن ذلك على التأبيد •

اذا ثبت هذا فان سهم النبى صلى الله عليه وسلم يصرف عنه بعد موته فى مصالح المسلمين ، ومن الناس من قال : يكون للامام يصرفه فى نفقته ونفقة عياله ، اذ هو خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن الناس من قال : يصرف الى باقى الأصناف المذكورين فى الآية • دليلنا حديث جبير بن مطعم الذى ساقه المصنف فى الباب وسقنا على منواله روايات عمرو بن عنبسة وعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا وفيه : « ما لى مما أفاء الله عليكم الا الخمس ، والخمس مردود عليكم » يعنى الى مصالحكم •

مسألة وأما سهم ذوى القربى فهو لمن ينسبه الى هاشم والمطلب ابنى عبد مناف ، وعبد مناف له من البنين خمسة منهم هاشم جد النبى صلى الله عليه وسلم ، والمطلب جد الشافعى رحمه الله وعبد شمس جد عثمان بن عفان رضى الله عنه ، ونوفل جد جبير بن مطعم ، وأبو عمرة ولا عقب له • فقسم النبى صلى الله عليه وسلم سهم ذوى القربى بين بنى هاشم وبنى المطلب دون بنى عبد شمس وبنى نوفل • قال جبير بن مطعم رضى الله عنه فأتيت أنا وعثمان النبى صلى الله عليه وسلم وقلنا له : يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ينكر فضلهم لمكانك الذى وضعك الله منهم ، أرأيت

---

(١) الآية ٤١ من سورة الأنفال .

اخواننا من بنى المطلب أعطيتهم وتركتنا ، وانما نحن وهم منك بمنزلة واحدة ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « انهم لم يفارقونى فى جاهلية ولا اسلام ، وانما بنو هاشم وبنو المطلب شىء واحد ، وشبك بين أصابعه » . رواه البخارى والنسائى . وزاد البخارى : قال الليث : حدثنى يونس ، وزاد : ولم يقسم النبى صلى الله عليه وسلم لبنى عبد شمس ولا لبنى نوفل شيئا .

اذا ثبت هذا ، فانه يشترك فى هذا السهم الأغنياء والفقراء من ذوى القربى ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يعطى منه العباس بن عبد المطلب وكان موسرا يعول أكثر بنى عبد المطلب ، ويستحقه الرجال والنساء منهم ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أسهم لأم الزبير منه ، وأم الزبير هى صفية بنت عبد المطلب عمة النبى صلى الله عليه وسلم وهى شقيقة حمزة والمقوم وحجل بنى عبد المطلب ، وكانت فى الجاهلية تحت الحارث بن حرب بن أمية ابن عبد شمس ثم هلك عنها وتزوجها العوام بن خويلد بن أسد فولدت له الزبير والسائب وعبد الكعبة ، وعاشت زمانا طويلا وتوفيت فى خلافة عمر ابن الخطاب سنة عشرين ، ولها ثلاث وسبعون سنة ، ودفنت بالبقيع بفناء دار المغيرة بن شعبة .

اذا ثبت هذا فانها استحقت بالقرابة فأشرك الرجال والنساء كما لو وصى بماله لقرابته ، ولا يفضل رجل على رجل ، ولا امرأة على امرأة كما قلنا فى الوصية للقرابة ، ويعطى الرجل مثل حظ الأنثيين . وقال المزنى وأبو ثور : يسوى بين الرجل والمرأة لأنه مال مستحق للقرابة ، فلا يفضل فيه الرجل على المرأة كالوصية . وهذا خطأ ، لأنه مال مستحق بقرابة الأب بالشرع ، ففضل فيه الذكر على الأنثى كميراث ولد الأب . فقولنا : بقرابة الأب احتراز من ميراث الاخوة للأم ، وقولنا : بالشرع احتراز من الوصية للقرابة ، ويدفع ذلك الى من ينسب الى هاشم والمطلب من أولادهما وأولاد أولادهما وان سفلوا ، الأعلى والأسفل من قبل البنين دون أولاد البنات ، لأن أولاد البنات ينسبون الى آبائهم دون أمهاتهم .

---

(١) الآية ٤١ من سورة الأنفال .

فـــرع ومتى لاح درهم من خمس الخمس فهو لجميـع ذوي القربى فى جميع أقاليم الأرض • وقال أبو اسحق : ينفرد من كان فى اقليم من ذوى القربى فى جميع الأقاليم ، والمنصوص هو الأول ، لقوله تعـالى : (واعلموا [1] انما غنمتم من شيء فان لله خمسه وللرسول) الآية • فجعل خمس الخمس لجميع ذوى القربى ، فاقتضى اشتراكهم فيـه ، ولأنه مال يستحق بالقرابة ، فاستوى فيه القاصى والدانى كالميراث ، وما ذكره أبو اسحق من المشقة فلا يلزم الامام تفرقته على ما قرره ، ولكن اذا حصل بينهم لذوى القربى فى مقر اقليم فرقه على ذوى القربى فى ذلك الاقليم ، واذا حصل بينهم لذوى القربى فى اقليم غيره فرقه أيضا على ذوى القربى فيه ، ثم كذلك فى جميع الأقاليم ، ثم يقابل بين ما فرقه عليهم فى كل اقليم وبين عددهم — فان كان قد وصل الى كل من فى الاقليم قدر حقه من جميع الأقاليم — فلا كلام والا رد الفضل على من بقى له كالرجل اذا دفع زكاته الى الامام فليس على الامام أن يوصل زكاة الرجل الواحـد الى جميع الأصـناف ، بل لو أوصلها الى رجل واحد أجزأ ، ولكن على الامام أن يساوى بين الأصناف فيما يعطيهم من زكاة الرعية كلها •

مســألة وأما سهم اليتامى فانه يصرف الى كل صغير لا أب له اذا كان محتاجا ، لأن اليتيم فى بنى آدم من فقد الأب ، والبـالغ لا يسمى يتيما لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يتم بعد الحلم » وهل يدخل فيـه الصغير الذى لا أب له اذا كان غنيا ؟ فيه وجهان ، أحدهما : يدخل فيه لأن اليتيم فى بنى آدم من فقد الأب ، وذلك يقع على الغنى والفقير • والثانى : لا يدخل فيه ، لأن غناه بالمال أكثر من غناه بالأب •

اذا ثبت هذا فان سهم اليتـامى يصرف الى القـاصى والدانى من اليتامى فى جميع الأقاليم على المنصوص ، ولكن لا يكلف الامام النقل من اقليم الى اقليم على ما ذكرناه فى ذوى القـربى ، وعلى قول أبى اسـحق يختص يتامى كل اقليم بما يحصل ومغزاهم [1] ، وهل يختص يتامى المرتزقة

---

(١) وكما مضى فى شرح غريبها أن مغزى هنا أى مكان الغزو فافهم .

بهذا السهم ؟ فيه وجهان ، قال القفال : [1] يختصون كما يختص المرتزقة بأربعة أخماس الغنيمة . وقال عامة أصحابنا : لا يتخصون به لقوله تعالى : « ولذوى القربى [2] واليتامى » ولم يفرق .

مسألة وأما سهم المساكين فانه يصرف الى الفقراء والمساكين لأنهما متقاربان فى المعنى — فمتى ذكر أحدهما تناولهما — وان ذكرا معا قسم بينهما ، ويصرف هذا السهم الى الفقراء والمساكين فى جميع الأقاليم ، ولكن لا يكلف الامام الا النقل من اقليم الى اقليم بالحساب على المنصوص ، وعلى قول أبى اسحق يختص مساكين كل اقليم وفقراءه بما يحصل من هذا السهم فى مغزاهم . وقال أبو على ابن أبى هريرة فى الافصاح : ان اتسع سهم اليتامى والمساكين لجميع يتامى البلدان ومساكينهم ، والا فرق على حسب الامكان .

مسألة وأما سهم أبناء السبيل فهو لكل مسافر أو منشىء للسفر ، وهو محتاج على ما مضى فى الزكاة ، ولا يفضل سهم على سهم كما قلنا فى سهام الأصناف فى الصدقات ، ويقسم سهم اليتامى والمساكين وأبناء السبيل على جميع الأصناف على قدر حاجاتهم ، كما ذكرنا فى الصدقات ، ولا يجوز دفع شىء من الخمس الى كافر من جميع الأصناف ، لأنه عطية من الله فلم يكن للكافر فيها حق كالزكاة . والله تعالى أعلم .

---

(١) الامام الفقيه أبو بكر محمد بن على بن اسماعيل القفال الشاشى لم يكن وراء النهر للشافعيين مثله فى وقته أخذ عن ابن سريج وله شرح الرسالة وروى عنه الحاكم أبو عبد الله وأبو عبد الله بن منده وهو والد القاسم صاحب كتاب التقريب الذى ينقل عنه فى الوسيط والبسيط وقد ذكره الغزالى فى الباب الثانى من كتاب الرهن لكنه قال : أبو القاسم هو غلط وصوابه القاسم اهـ من ابن خلكان .

(٢) من الآية ٤١ من سورة الأنفال .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب قسم الفيء

الفيء هو المال الذى يؤخذ من الكفار من غير قتال ، وهو ضربان : احدهما : ما انجلوا عنه خوفا من المسلمين ، او بذلوه للكف عنهم ، فهذا يخمس ويصرف خمسة الى من يصرف اليه خمس الغنيمة ، والدليل عليه قوله عز وجل : « ما أفاء (١) الله على رسوله من اهل القرى ، فلله ، وللرسول ، ولذى القربى ، واليتامى ، والمساكين ، وابن السبيل » والثانى : ما أخذ من غير خوف كالجزية ، وعشور تجاراتهم ، ومال من مات منهم فى دار الاسلام ولا وارث له ، ففى تخميسه قولان ، قال فى القديم : لا يخمس ، لانه مال اخذ من غير خوف ، فلم يخمس كالمال الماخوذ بالبيع والشراء . وقال فى الجديد : يخمس ـ وهو الصحيح للآية . ولانه مال ماخوذ من الكفار بحق الكفر ، لا يختص به بعض المسلمين ، فوجب تخميسه كالمال الذى انجلوا عنه . واما اربعة أخماسه كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم فى حياته ، والدليل على قوله عز وجل : « ما افاء الله على رسوله من أهل القرى فلله ، وللرسول ، ولذى القربى ، واليتامى ، والمساكين ، وابن السبيل » ولا ينتقل ما ملكه الى ورثته لما روى أبو هريرة رضى الله عنه : « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا تقتسم ورثتى دينارا ولا درهما ، ما تركته بعد نفقة نسائى ومؤنة عاملى فانه صدقة » وروى مالك بن اوس بن الحدثان رضى الله عنه ، عن عمر رضى الله عنه : « انه قال لعثمان وطلحة والزبير وعبد الرحمن بن عوف : انشدكم بالله ايها الرهط ، هل سمعتم رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : انا لا نورث ما تركنا صدقة ، أن الأنبياء لا تورث ؟ فقال القوم : بلى قد سمعناه ، ثم اقبل على على وعباس فقال : انشدكما بالله هل سمعتما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ما تركناه صدقة وأن الأنبياء لا تورث ؟ فقالا : نعم » اخرجه البخارى ومسلم وأبو داود . واختلف قول الشافعى رضى الله عنه فيما يحصل من مال الفيء بعد موت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال فى احد القولين : يصرف فى المصالح ، لانه مال راتب لرسول الله صلى الله عليه وسلم فصرف بعد موته فى المصالح كخمس الخمس ، فعلى هذا يبدأ بالأهم ، وهو سد الثغور ، وارزاق المقاتلة ، ثم الأهم فالأهم . وقال فى القول الثانى : هو للمقاتلة لأن ذلك كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم لما كان فيه من حفظ

---

(١) الآية ٧ من سورة الحشر .

الاسلام والمسلمين ، ولما كان له فى قلوب الكفار من الرعب ، وقد صار ذلك بعد موته فى المقاتلة فوجب ان يصرف اليهم .

الشرح أشرف ما فى الفصل قوله تعالى : « ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى » الآية مرتبط بما يليه فى الشرف من قوله صلى الله عليه وسلم : « نحن معشر الأنبياء لا نورث ، ما تركناه صدقة » أخرج مسلم فى الصحيح عن عمر فى المغازى ، والبخارى فى التفسير وفى النفقات . وأبو داود فى الخراج ، والترمذى فى الجهاد ، والنسائى فى قسم الفىء واللفظ لمسلم : « كانت أموال بنى النضير مما أفاء الله على رسوله مما لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب ، وكانت للنبى صلى الله عليه وسلم خاصة ، فكان ينفق على أهله نفقة سنة ، وما بقى يجعله فى الكراع [1] والسلاح عدة فى سبيل الله تعالى » . وقال العباس لعمر رضى الله عنه : اقض بينى وبين هذا الكاذب الآثم الغادر الخائن — يعنى عليا — فيما أفاء الله على رسوله من أموال بنى النضير . فقال عمر : أتعلمان أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا نورث ما تركناه صدقة ؟ قالا : نعم . قال عمر : ان الله عز وجل كان خص رسوله بخاصة ، و لم يخص بها أحدا غيره قال : (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول) — ما أدرى هل قرأ الآية التى قبلها أم لا — فقسم رسول الله بينكم أموال بنى النضير ، فوالله ما استأثرها عليكم ، ولا أخذها دونكم حتى بقى هذا المال ، فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأخذ منه نفقة سنة ، ثم يجعل ما بقى أسوة المال .. الخ الحديث بطوله » وقد ساق المصنف هنا لفظ البخارى وخرجه وليس من منهجه عزو الأحاديث الى مظانها ولو فعل الشيخ أبو اسحق ذلك فى أحاديثه لأراح شراح المهذب من عناء التنقيب والتخريج فاللهم ارحمه وانفعنا بعلمه آمين . وأما حديث أبى هريرة فمتفق عليه .

أما اللغات فان النفل مضى شرحه ، وقوله : (أو جفتم عليه) أو ضعتم عليه . والايجاف : الايضاع فى السير وهو الاسراع ، يقال وجف

---

(١) الكراع : الدواب التى تصلح للحرب .

الفرس اذا أسرع ، وأوجفته أنا أى حركته وأتعبته ، ومنه قول تميم بن مقبل •

مذاويد بالبيض الحديث صقالها عن الركب أحيانا اذا الركب أوجفوا

والركاب الابل ، واحدها راحلة ، يقال : لم يقطعوا اليها شقة ، ولا لقيتم بها حربا ولا مشقة ، وانما كانت من المدينة على ميلين • وقوله : أهل القرى قال ابن عباس : هى قريظة والنضير وهما بالمدينة ، وفدك ، وهى على ثلاثة أيام من المدينة ، وخيبر ، وقرى عرينة وينبع جعلها الله لرسوله • قوله : انجلوا عنه أى هربوا ، يقال : جلا القوم عن منازلهم اذا هربوا ، قال الله تعالى : « ولولا أن كتب [1] الله عليهم الجلاء » •

أما الأحكام فان الفىء ــ وهو كما عرفت ــ المال الذى يأخذه المسلمون من الكفار بغير قتال ، سمى بذلك لأنه يرجع من المشركين الى المسلمين ، ويقال : فاء الفىء اذا رجع ، وفاء فلان اذا رجع • والفىء ينقسم الى قسمين ، أحدهما :أن يتخلى الكفار عن أوطانهم خوفا من المسلمين ، ويتركوا فيه أموالهم فيأخذها المسلمون ، أو يبذلوا أموالا للكف عنهم ، فهذا يخمس ويصرف خمسه الى من يصرف اليه خمس الغنيمة على ما مضى • والثانى : الجزية التى تؤخذ من أهل الذمة وعشور تجارة أهل الحرب اذا دخلوا فى الاسلام ، ومال من مات منهم فى دار الاسلام ولا وارث له ، ومال من مات أو قتل على الردة ، ففى هذا قولان ، قال فى القديم : لا يخمس لأنه مال مأخوذ بغير قتال فلم يخمس كالمال المأخوذ منهم بالبيع • وقال فى الجديد : يخمس ، وهو الأصح ، لقوله تعالى : « ما أفاء الله على [2] رسوله من أهل القرى فلله وللرسول » الآية • وما ورد فى اختصام على والعباس رضى الله عنهما الى عمر رضى الله عنه فى أموال بنى النضير • وقد سقناه آنفا • فقد ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم ينفق منها على أهله وعياله سنة ، وما بقى يصرفه فى الكراع والسلاح • ولما توفى النبى صلى الله عليه وسلم ووليها أبو بكر الصديق رضى الله عنه فعل مثل ذلك ، وكان هذا

---

(١) الآية ٣ من سورة الحشر .

(٢) الآية ٧ من سورة الحشر .

التقرير من عمر العباس وعلى بمحضر من الصحابة • ولم ينكر عليه أحد • فدل على أنه اجماع •

اذا ثبت هذا فما كان للنبى صلى الله عليه وسلم فى حياته من الفىء والغنيمة لا ينتقل الى ورثته • وكذلك جميع الأنبياء صلوات الله عليهم لا يورثون • قال الشافعى رضى الله عنه : (ولم أعلم أحدا من أهل العلم قال : ان ذلك لورثتهم) وذهب قوم لا يعتد بخلافهم وهم الشيعة وأتباعهم الى أن الأنبياء عليهم السلام يورثون • وأن نبينا محمدا صلى الله عليه وسلم ورثته ابنته فاطمة عليها السلام وحجبت العباس • دليلنا ما ذكرناه من حديث عمر • قال القاضى العمرانى فى البيان : وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يقسم ورثتى بعدى دينارا • ما تركته بعد نفقة نسائى ومؤنة عاملى فهو صدقة • ان الأنبياء لا يورثون » قال الشيخ أبو حامد : ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم ههنا : عاملى أى مؤنة تجهيزى • وفيما يفعل بأربعة أخماس الفىء بعد موت النبى صلى الله عليه وسلم وموت زوجاته قولان • أحدهما : أنه يصرفه الى المرتزقة ويسمون أهل الديوان • وهم المرابطون للثغور • المقيمون فيها دون الذين يغزون اذا نشطوا لأن النبى صلى الله عليه وسلم انما كان يستحق ذلك لما ألقى الله فى قلوب الكفار من الرعب والهيبة • وهذا المعنى بعد موته لا يوجد الا فى المرتزقة ــ يعنى الذين يحترفون القتال ، وليس لهم عمل آخر ــ فوجب أن يكون لهم • والثانى : أنه يصرف الى جميع مصالح المسلمين ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم انما كان يستحقه فى حياته لفضيلته وشرفه • وهذا لا يوجد فى غيره بعد موته ، فوجب أن يصرف الى المصالح كما قلنا فى سهمه من الخمس • وحكى المسعودى قولا ثالثا أن جميع الفىء يصرف الى ما يصرف اليه خمس الغنيمة ، لقوله تعالى : « ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله والرسول » الآية • وهذا ليس بشىء ، لأن المراد بالآية فى الفىء الخمس منه • بدليل ما ذكرناه من اجماع الصحابة رضى الله عنهم فيه • فاذا قلنا : انها تكون للمرتزقة ، فانه يصرف جميعه اليهم • والا يصرف ما زاد على كفايتهم منه الى غيرهم • وان قلنا : انه يصرف الى مصالح المسلمين فانه

يبدأ بالأهم ، والأهم هو ارزاق المقاتلة . فيصرف اليهم منه قدر كفايتهم وما زاد على قدر كفايتهم يصرف فى أرزاق القضاة وبناء القناطر والمساجد والمدارس والمستشفيات وما أشبه ذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وينبغى للامام ان يضع ديوانا يثبت فيه اسماء المقاتلة وقدر أرزاقهم ، لما روى ابو هريرة رضى الله عنه قال : « قدمت على عمر رضى الله عنه من عند ابى موسى الأشعرى بثمانمائة الف درهم ، فلما صلى الصبح اجتمع اليه نفر من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهم : قد جاء للناس مال لم ياتهم مثله منذ كان الاسلام ، أشيروا على بمن أبدأ منهم ، فقالوا : بك يا امير المؤمنين ، انك ولى ذلك قال : لا ، ولكن ابدأ برسول الله صلى الله عليه وسلم ثم الأقرب ، فالاقرب اليه ، فوضع الديوان على ذلك» ويستحب ان يجعل على كل طائفة عريفا لأن النبى صلى الله عليه وسلم : « جعل عام خيبر على كل عشرة عريفا » ولأن فى ذلك مصلحة ، وهو أن يقوم العريف بأمورهم ، ويجمعهم فى وقت العطاء ، وفى وقت الغزو ، ويجعل العطاء فى كل عام مرة أو مرتين ، ولا يجعل فى كل شهر ، ولا فى كل اسبوع ، لأن ذلك يشغلهم عن الجهاد .

فصل ويستحب أن يبدأ ، بقريش لقوله صلى الله عليه وسلم : « قدموا قريشا ولا تتقدموها » ولأن النبى صلى الله عليه وسلم منهم . فانه محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف بن قصى بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤى بن غالب بن فهر بن مالك بن النضر بن كنانة . واختلف الناس فى قريش ، فمنهم من قال : كل من ينتسب الى فهر بن مالك فهو من قريش ، ومنهم من قال : كل من ينتسب الى النضر بن كنانة فهو من قريش ، ويقدم من قريش بنو هاشم ، لأنهم اقرب قبائل قريش الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ويضم اليهم بنو المطلب ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « انما بنو هاشم وبنو المطلب شىء واحد . وشبك بين اصابعه » وعن عمر رضى الله عنه انه قال : « حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطيهم ، فاذا كان السن فى الهاشمى قدمه على المطلبى ، واذا كان فى المطلبى قدمه على الهاشمى ، ثم يعطى بنى عبد شمس وبنى نوفل ابنى عبد مناف ، ويقدم بنى عبد شمس على بنى نوفل ، لأن عبد شمس أقرب اليه لأنه أخو هاشم من ابيه وامه ، ونوفل أخوه من أبيه » وانشد آدم بن عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز :

عبد شمس لا تهنها انما ❊ عبد شمس عم عبد المطلب

عبد شمس كان يتلو هاشما * وهما بعد لأم ولأب
يا امين الله انى قائل * قول ذى بر ودين وحسب

ثم يعطى بنى عبد العزى ، وبنى عبد الدار ، ويقدم عبد العزى على عبد الدار ، لأن فيهم أصهار رسول الله صلى الله عليه وسلم فان خديجة بنت خويلد منهم ، ولأن فيهم من حلف المطيبين ، وحلف الفضول . وهما حلفان كانا من قوم قريش اجتمعوا فيهما على نصر المظلوم ، ومنع الظالم . وروت عائشة رضى الله عنها : « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : شهدت حلف الفضول ، ولو دعيت اليه لأجبت » وعلى هذا يعطى الأقرب فالأقرب ، حتى تقضى قريش ، فان استوى اثنان فى القرب قدم اسنهما ، لما رويناه من حديث عمر فى بنى هاشم وبنى المطلب ، فان استويا فى السن قدم أقدمهم هجرة وسابقة ، فاذا انقضت قريش قدم الأنصارى على سائر العرب ، لما لهم من السابقة ، والآثار الحميدة فى الاسلام ، ثم يقسم على سائر العرب ، ثم يعطى العجم ، ولا يقدم بعضهم على بعض الا بالسن والسابقة دون النسب .

فصل ويقسم بينهم على قدر كفايتهم ، لأنهم كفوا المسلمين امر الجهاد ، فوجب ان يكفوا امر النفقة ، ويتعاهد الامام فى وقت العطاء عدد عيالهم ، لأنه قد يزيد وينقص ، ويتعرف الأسعار وما يحتاجون اليه من الطعام والكسوة ، لأنه قد يغلو ويرخص ، ليكون عطيتهم على قدر حاجتهم ، ولا يفضل من سبق الى الاسلام أو الى الهجرة على غيره ، لأن الاستحقاق بالجهاد ، وقد تساووا فى الجهاد فلم يفضل بعضهم على بعض كالغانمين فى الغنيمة .

فصل ولا يعطى من الفىء صبى ولا مجنون ، ولا عبد ، ولا امرأة ولا ضعيف لا يقدر على القتال ، لأن الفىء للمجاهدين وليس هؤلاء من أهل الجهاد . وان مرض مجاهد كان مرضا يرجى زواله اعطى ، لأن الناس لا يخلون من عارض مرض ، وان كان مرضا لا يرجى زواله سقط حقه من الفىء ، لأنه خرج عن أن يكون من المجاهدين . وان مات المجاهد وله ولد صغير أو زوجة ففيه قولان أحدهما : أنه لا يعطى ولده ولا زوجته من الفىء شيئا لأن ما كان يصل اليهما على سبيل التبع لمن يعولهما وقد زال الأصل وانقطع التبع . والثانى : انه يعطى الولد الى أن يبلغ وتعطى الزوجة الى ان تتزوج ، لأن فى ذلك مصلحة ، فان المجاهد اذا علم أنه يعطى عياله بعد موته توفر على الجهاد . واذا علم انه لا يعطى اشتغل بالكسب لعياله وتعطل الجهاد ، فاذا قلنا بهذا فبلغ الولد — فان كان لا يصلح للقتال ، كالأعمى والزمن — اعطى الكفاية كما كان يعطى قبل البلوغ ، وان كان يصلح للقتال وأراد الجهاد فرض له ، وان لم يرد الجهاد لم يكن له فى الفىء حق ، لأنه صار من أهل الكسب . وان تزوجت الزوجة سقط حقها من الفىء ، لأنها استغنت بالزوج ، وان دخل

وقت العطاء فمات المجاهد انتقل حقه الى ورثته ، لأنه مات بعد الاستحقاق فانتقل حقه الى الوارث .

الشرح خبر أبي هريرة الأول : « قدمت على عمر » ورد في مسند الشافعي من كتاب قسم الفيء مختصرا أخبرنا سفيان عن عمرو بن دينار عن أبي جعفر محمد بن علي : « أن عمر رضي الله لما دون الدواين ، قال : بمن ترون أن أبدأ ؟ فقيل له : ابدأ بالأقرب فالأقرب بك ، قال : بل أبدأ بالأقرب فالأقرب برسول الله صلى الله عليه وسلم » . وقد أخرج أحمد حديثا قال الهيثمي : ورجاله ثقات ولكن عن ناشر بن سمي اليزني قال : سمعت عمر بن الخطاب يوم الجابية يخطب الناس وهو غير الحديث الذي ساقه المصنف . وحديث : « جعل النبي صلى الله عليه وسلم على كل عشرة عريفا عام خيبر » أخرجه الدارمي من طريق عبد الرحمن بن أبي ليلى عن أبيه . وحديث : « قدموا قريشا » الخ . أخرجه الشافعي باسناده عن ابن شهاب : « أنه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : قدموا قريشا ولا تقدموها ، وتعلموا منها ولا تعالموها أو تعلموها ــ يشك ابن فديك » وأخرجه الطبراني عن عبد الله بن السائب ــ بلفظ رواية الشافعي بزيادة ــ « ولولا أن تبطر قريش لأخبرتها بما لخيارها عند الله تعالى وأخرج باسناده عن عمر بن عبد العزيز وابن شهاب قالا : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من أهان قريشا أهانه الله » . وحديث عمر رضي الله عنه : « حضرت رسول الله يعطيهم » جاء في مسند الشافعي رضي الله عنه . وحديث عائشة رضي الله عنها أخرجه أحمد في مسنده وابن سعد في القسم الأول من الطبقات عن جبير بن مطعم وابن هشام في السيرة .

أما آدم بن عبد العزيز فهو مجهول الحال ، وأبوه صدوق [1] ، وقد ضعفه بعض الحفاظ . والشعر المنسوب اليه ليس فيه ارتقاء الى مصاف من يعتد بشعرهم .

اما اللغات فحلف الفضول أو المطيبين قال ابن الأعرابي : الأحلاف في قريش خمس قبائل : عبد الدار ، وجمح ، وسهم ، ومخزوم ، وعدي بن

---

(١) صدوق أدنى درجات التوثيق .

كعب سموا بذلك لما أرادت بنو عبد مناف أخذ ما فى يدى عبد الدار من الحجابة والرفادة واللواء والسقاية ، وأبت بنو عبد الدار ، عقد كل قوم على أمرهم حلفا مؤكدا على أن لا يتخاذلوا ، فأخرجت عبد مناف جفنة مملوءة طيبا (صنعتها [1] عاتكة بنت عبد المطلب) فوضعوها لأحلافهم فى المسجد عند الكعبة ، وهم أسد وزهرة وتيم ، ثم غمس القوم أيديهم فيها وتعاقدوا ، ثم مسحوا الكعبة بأيديهم توكيدا ، فسموا المطيبين وتعاقدت بنو عبد الدار وحلفاؤها حلفا آخر مؤكدا على ألا يتخاذلوا فسموا الأحلاف • وقال الكميت يذكرهم :

نسب فى المطيبين وفى الأحـ ـلاف حل الذؤابة الجمهورا

قال : وروى ابن عيينة عن ابن جريج عن أبى مليكة قال : « كنت عند ابن عباس ، فأتاه ابن صفوان فقال : نعم الامارة امارة الأحلاف كانت لكم ، قال : الذى كان قبلها خيرا منها ، كان رسول الله صلى الله عليه وسلم من المطيبين ، وكان أبو بكر من المطيبين ، وكان عمر من الأحلاف يعنى امارة عمر • وسمع ابن عباس نادبة عمر وهى تقول : يا سيد الأحلاف ، فقال ابن عباس : نعم » والمختلف عليهم ــ يعنى المطيبين • قال الأزهرى : وانما ذكرت ما اقتصه ابن الأعرابى لأن القتيبى ذكر المطيبين والأحلاف فخلط فيما فسر ولم يؤد القصة على وجهها • قال : وأرجو أن يكون ما رواه شمر عن ابن الأعرابى صحيحا • وفى حديث ابن عباس : « وجدنا ولاية المطيبى خيرا من ولاية الأحلاف » يريد أبا بكر وعمر ، يريد أبا بكر كان من المطيبين وعمر من الأحلاف • قال ابن الأثير : وهذا أحد ما جاء من النسب لا يجمع لأن الأحلاف صار اسما لهم كما صار الأنصار اسما للأوس والخزرج والأحلاف الذى فى شعر زهير هم أسد وغطفان على التناصر • قال ابن برى : والذى أشار اليه من شعر زهير قوله :

تداركتما الأحلاف قد ثل عرشها وذبيان قد زلت بأقدامها النعل

---

(١) ما بين القوسين ليس من كلام ابن الأعرابى وانما أخذناه من كتب التاريخ والسير •

قال وفى قوله أيضا :

ألا أبلغ الأحلاف عنى رسالة وذبيان هل أقسمتم وكل مقسم

قال ابن سيدة : والحليفان أسد وغطفان صفة لازمة لهما لزوم الاسم . ا هـ من اللسان .

وقال ابن بطال : وفى حلف الفضول وجهان ، أحدهما : أنه اجتمع فيه رجال الفضل بن الحرث والفضل بن وداعة والفضل بن فضالة . والفضول جمع الفضل ، قال الهروى : يقال : فضل وفضول كما يقال : سعد ومسعود. وقال الواقدى : هم قوم من جرهم تحالفوا يقال لهم : فضل وفضالة ، فلما تحالفت قريش على مثله سموا حلف الفضول . وقيل : كان تحالفهم على أن لا يجدوا بمكة مظلوما من أهلها ومن غيرهم الا قاموا معه . والثانى : أنهم تحالفوا على أن ينفقوا من فضول أموالهم ، فسموا بذلك حلف الفضول . وسموا حلف الفضول لفاضل ذلك الطيب . وتوفر على الجهاد أى كثرت رغبته وهمته فيه من الوفر ، وهو كثرة المال . ا هـ .

أما الأحكام فانه ينبغى للامام أن يضع ديوانا تضبط فيه أسماء المقاتلة ، وقدر أرزاقهم لأن عمر رضى الله عنه كان له ديوان ، وهو أول من دون الدواوين فى الاسلام ، فاذا عرفنا أن نظام تعبئة الجيوش فى عصرنا هذا يقوم على نظم دقيقة وأساليب متقنة . فالجيوش فى عصرنا هذا تنقسم من حيث التكوين الى جيوش نظامية وهى الجيوش التى تتبع الدولة وتخضع للأسلوب الدائم فى التجنيد ، اما بطريق الاقتراع على من بلغ سن التجنيد ، واما بطريق التجنيد الشامل لكل من بلغ هذه السن ، وهذه الجيوش تنقسم الى فصائل وسرايا وكتائب وألوية وفرق ، ولكل قطعة منها قادتها من عمداء وعقداء ومقدمون ورواد ونقباء وملازمون ومساعدون وعرفاء . وأما الجيوش غير النظامية فهى المجموعات التى لا تحارب بطريق الالتحام المكشوف ، انما تحارب حربا يسمونها حرب العصابات وهى تقوم على التصرف الردى أكثر مما تقوم (التكتيك) العام .

وقد جعل النبى صلى الله عليه وسلم على كل عشرة عريفا يوم خيبر .

ويستحب أن يجعل العطاء فى كل شهر ، اذا لم يشق ذلك وقد كان العطاء يدفع كل عام فى صدر الاسلام ، وذلك لكى يتوفر لكل مجاهد قوته وقوت عياله عاما كاملا • وانما قلنا : كل شهر لأن أرزاق الوظائف ورواتب العاملين تصرف كل شهر فى جميع سكان الأرض •

(تنبيه) اعلم وفقنى الله واياك أن الظروف السياسية التى عاشتها الأمة الاسلامية ـ ظل بعض الدول التى صبغت حكمها بالملك العضـود وكانت تجعل من المخالفين لها أعداء تحاربهم وتضطدهم وتتعقب آثارهم ، فنجم عن ذلك أن صار الدعاة المخالفون يستخفون حتى لا يتضح أمرهم وابرز هـذه الظاهرة يتحقق فى العصر الأموى ، حيث الحزب المخالف هو حزب بنى هاشم اذا شئنا التعميم ليشمل بنى العباسى وبنى على ، ومن خلال هـذه الحرب الضروس بين الحزب الحاكم المتمثل فى بنى أمية ومن يشـايعها ، وبين بنى هاشم وقلوب الناس كلها معهم ، تقوم حركات سرية تستهدف الاطاحة بالنظام القائم ووسيلتها فى ذلك أخذ البيعة سرا ، وتنظيم مجموعات صغيرة يعرف بعضهم بعضا بلون الثياب أو لون العمـائم كلبس السواد مثـلا ، ومن تكون البلاد النائية والقبائل المتبدية هدفا للادعياء والدخلاء والمغـامرين الذين يريدون المجد عن طريق ادعاء الشرف ، والانتسـاب كذبا الى بيت النبوة ، ولذلك سمعنا عن أصل الفاطميين ، فقال بعض البـاحثين : انهم يرجعون الى جدهم الأعلى رجل يهودى يدعى موسى القداح •

وأعظم فرصة لأعداء الاسلام يمتلونها ليثلوا عرشه ، ويقوضوا صرحه ـ لا سيما اليهود ـ هى تنظيم الدعوات السرية ، تحت ستار الدعوة الى آل البيت والعترة المطهرة فنفشو الباطنية الباطلة ، والقرمطية الفـاجرة ، والشعوبية الخبيثة ، ولنحل الزائغة تدخل الى الاسلام عن طريق التظـاهر بنصرته ، وهى فى الحقيقة تستهدف اضعافه واستئصال شأفته •

اذا ثبت هذا فان الأرض لا تخلو من عترة النبى صلى الله عليه وسلم ولا يرضى مسلم ـ وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم أن يدعى أحد الى غير أبيه ـ أن ينتسب كذبا الى بيت النبوة وليس منه ، فمن كان من آل

البيت وثبت من طريق الاسناد المتصل بالعدول الضابطين الثقات حكمنا له بالتقديم فى حدود العمل بالشرع ، اذ نجد فيمن يدعون الى العترة المطهرة من يدعى العصمة لامامه ، ورفع التكليف عنه • كقرامطة الاسماعيلية من الداودية والسليمانية والدرزية ثم النصيرية المسماة بالعلوية ، وهى نحلة اقرب الى النصرانية منها الى الاسلام •

كل ذلك لا يجعلنا نتأثر ببريق العلوية ، وزخرف شرف العترة الطاهر ، لينسل الى صفوف المسلمين دعاة يحرفون الشرع ، ويبدلون أحكام الله • ومن هنا فان من ينتسبون الى بيت النبوة عليهم أن يكونوا سباقين الى العمل ، جادين فى اقامة عمود الدين •

وقد كان السلف الصالح لا يتأثر بهذا ولا تخبله الدعوة الى تعظيم آل البيت عليهم السلام عن وضع كل منهم فى وضعه الصحيح كما يراه هو ، ويعتمده من أحكام ، فالامام البخارى رضى الله عنه وهو الذى روى أحاديث تقديم قريش وتكريم العترة لم يحتج بأحاديث جعفر بن محمد رضى الله عنه المعروف بجعفر الصادق ، وقد ضعفه بعض أئمة الحديث ووثقه بعضهم ، وهو عندهم فى مرتبة (صدوق) وهى أدنى مراتب التعديل عند من يعدله • وهو عند الشيعة امام معصوم له مسانيد ، وكل كلمة منه تعدل حديثا مرفوعا عند أهل السنة لذلك لا نجد للفصل الذى عقده المصنف لترتيب بنى قريش أمرا ذا بال • والله تعالى أعلم بالصواب •

فـــرع قدر العطاء أن يتعرف الامام عيال كل واحد ، وأسعار البلد ويعطى كل واحد كفايته • هكذا افاده العمرانى فى البيان وغيره من الأصحاب ، فان استوى اثنان فى قدر الكفاية لم يفضل أحدهما على الآخر بشرف ، ولا سابقة بالاسلام ، ولا هجرة ، لأن أبا بكر الصديق رضى الله عنه لما ولى الخلافة سوى بين الناس فى العطاء ، حتى أعطى العبد ، فقال له عمر رضى الله عنه : أتجعل من هاجر فى سبيل كمن دخل الاسلام كرها ؟ فقال أبو بكر رضى الله عنه : انما عملوا لله وأجورهم على الله ، وانما الدنيا بلاغ — فلما ولى عمر رضى الله عنه فاضل بين الناس ، وأسقط العبيد ثم

أفضت بعده الى عثمان رضى الله عنه ثم الى على كرم الله وجهه نسوء بين الناس وأسقط العبيد ، فاختار الشافعى رضى الله عنه مذهب على فى العشاء. وقال : انما هؤلاء رصدوا أنفسهم للجهاد وهم متساوون فى ذلك ، فوجب أن يساوى بينهم فى العطاء .

فـــرع لا يعطى من الفىء صبى ولا مجنـون ولا امرأة ولا ضعيف لا يقدر على القتال ، لأنه ليس من أهل القتال . قال المسعودى : وهل يجب تمليك زوجات المجـاهدين وأهليهم ما يخصـهم ؟ فيه قولان ، أحدهما : يجب كما يجب تمليك المجاهدين ، والثانى : لا يجب لأنهم أتباع المرتزقة .

فـــرع وان مرض بعض المقاتلين ــ فان كان مرضا يرجى زواله ــ وان طال ــ فان حقه لا يسقط من الفىء ، بل يعطى كما كان يعطى قبل المرض ، لأن الانسان لا يخلو فى الغالب من مرض . فلو قلنا : ان حقـه يسقط بالمرض أدى الى الضرر ، وان كان مرضا لا يرجى زواله كالفـالج والزمانة سقط حقه ، لأنه قد خرج حقه عن أن يكون من المقاتلة بحـال ، فيصير كالذرية .

فـــرع وان مات أحد المجاهدين وخلف زوجة وأولادا صغارا ، فهل يعطون بعد موته ؟ فيه وجهان ، أحدهما : لا يعطون ، لأنهم انما أعطوا فى حياته تبعا له ، فاذا مات زال المتبوع فسقط التـابع . والثـانى : أنهم يعطون ، قال أصحابنا البغـداديون : لأن فى ذلك مصلحة للجهـاد ، لأن المجاهد متى علم أن ذريته وزوجته يجرى عليهم ما يؤمن حياتهم ويصونهم من العوز والفاقة ، ويحفظ عليهم كرامتهم فانه يشـتغل بالجهـاد مضحيا بالنفس والنفيس . أما اذا علم أنهم لا يعطون بعد موته ما وصفنا ، اتجه الى الكسب لهم ، فيبطل الجهاد . وقال الخراسانيون : العلة فيه أن الصغير اذا بلغ أثبت سهمه فى ديوان المرتزقة ، فعلى علة البغداديين يعطى الذرية ذكورا كانوا أو اناثا . فان كانوا ذكورا أعطـوا الى أن يبلغـوا ، فاذا بلغوا ــ وكانوا يصلحون للجهاد ــ قيل لهم : أنتم بالخيار بين أن تثبتوا أنفسكم فى

ديوان المجاهدين ــ وتأخذوا كفايتكم من الفيء ، وبين أن لا تثبتوا أنفسكم في ديوان المجاهدين بل تكونون من أهل الصدقات الذين ان نشطوا غزوا ، فتكون كفايتهم في الصدقة ، وان بلغوا زمنى أو عميا أعطوا الكفاية ، لأنهم لا يصلحون للجهاد .

وان كانت الذرية اناثا فانهن يعطين الى أن يبلغن ويتزوجن ، أو يكون لهن كسب يستغنين به وأما الزوجة فانها تعطى الى أن تتزوج . وان كانت الذرية خنثى مشكلا فعلى علة أصحابنا البغداديين هو كالبنت وعلى علة الخراسانيين هل يعطى بعد موت أبيه ؟ فيه وجهان أخرجهما القاضى أبو الفتوح ، أحدهما : لا يعطى شيئا لأنه لا يتوهم اثبات اسمه ، لأنه ليس من أهل القتال . والثاني : يعطى لاحتمال أن يزول اشكاله ويثبت اسمه . وعلة البغداديين أوضح ، لأنها تجمع الذرية من الذكور والاناث ، وعلة الخراسانيين تختص بالذرية من الرجال .

مسألة قال الشافعي رضي الله عنه : اذا صار مال الفيء الى الولى ثم مات رجل قبل أن يأخذ عطاءه أعطيته ورثته ، وان مات قبل أن يصير اليه المال ذلك العام لم يعطه ورثته . واختلف أصحابنا فيه ، فقال الشيخ أبو حامد وأكثر أصحابنا : اذا مات رجل من المقاتلة بعد حلول الحول أو بعد حلول الشهر ، وجب صرف نصيبه الى ورثته ، لأنه مات بعد وجوب القسمة ، وسواء حصل في يد الامام أو لم يحصل ، لأن أهل البغى متعينون معلومون . وان مات قبل الحول أو قبل الشهر ، لم يجب صرف نصيبه الى ورثته ، لأنه مات قبل أن يستحق نصيبه ، وقول الشافعي رضي الله عنه اذا صار مال الفيء الى الولى أراد اذا استحقه في يد الولى . وقال القاضى أبو الطيب : بل هي على ظاهره ، فاذا مات رجل من المقاتلة بعد ان صار مال الفيء في يد الولى دفع عطاءه الى ورثته ، وان مات قبل أن يصير في يده لم يدفع . هذا نقل أصحابنا العراقيين ، وقال الخراسانيون : ان مات بعد جمع المال وبعد الحول وجب دفع نصيبه الى ورثته . وان مات قبل الحول أو قبل الشهر وقبل جمع المال فلا حق له . وان مات بعد جمع المال وقبل حلول الحول أو حلول الشهر ففيه قولان ، أحدهما : لا شيء عليه ، لأن الاعتبار

بحلول موعد القبض كالزكاة ، ولم يعش الى ذلك الوقت ، والثانى : يعطى وارثه بقدر ما مضى من الحول أو من الشهر ، لأن المال قد جمع وحصل وحسب ما مضى من الحول • وهذان القولان مأخوذان من القولين فى الذمى اذا مات أو أسلم فى أثناء الحول ، فهل تؤخذ منه الجزية لما مضى من الحول•

فـــرع قال المسعودى فى شرح مختصر المزنى : لو جاء رجل فطلب اثبات اسمه فى ديوان المرتزقة ــ فان كان فيه غناء فى القتال ، وفى المال سعة ــ أثبت الامام اسمه ، والا لم يثبت اسمه •

مســألة قال الشافعى رحمه الله : وان فضل من الفىء شىء بعد ما وصفت من اعطاء العطاء ، وضعه الامام فى اصلاح الحصون ، والازدياد فى الكراع والسلاح • واختلف أصحابنا فى تأويل هذا ، فمنهم من قال هذا على القول الذى يقول : ان أربعة أخماس من الفىء للمقاتلة ، فعلى هــذا يعطيهم الامام من الفىء أولا كفايتهم ، وما فضل من كفايتهم فانه يشترى به السلاح والكراع ويصلح به الحصون ، لأن ذلك من مصالحهم ، ولابد لهم منه ، فاذا لم يفعله الامام فعلوه من أموالهم ، فان فضل من الفىء شىء بعد ذلك صرفه اليهم على قدر كفــايتهم • فأما على القــول الذى يقول : انه للمصالح فلا يزيدهم على قدر كفايتهم ، ومنهم من قال : انما قال هذا على القول الذى يقول : ان أربعة أخماس الفىء للمصالح • فعلى هــذا ابتدأ بكفايتهم ، فان فضل منه فضل فانه يصرفه فى سد الثغور وشراء الســلاح والكراع واصلاح الحصــون • فأما على القول الذى يقول : ان أربعــة أخماس الفىء للمقاتلة ، فان جميعه يصرف اليهم • قال الشافعى رضى الله عنه : وان ضاق عن مبلغ العطــاء فرقه بينهم بالغا ما بلغ ، وأراد بذلك اذا حصل فى يد الامام شىء من الفىء يضيق عن كفايتهم فانه يدفع الى كل واحد منهم ما يخصه منهم على قدر كفايته ، ويتم له الباقى من بيت المال •

فـــرع قال الشافعى رحمه الله : ويعطى من الفىء الحكام وولاة الأحداث والصلاة لأهل الفىء ، وكل من قام بأمر أهل الفىء ممن لا غنى لأهل الفىء عنه •

واختلف أصحابنا فى تأويل ذلك ، فمنهم من قال : هذا على القول الذى يقول : ان أربعة أخماس الفىء للمصالح ، فيبدأ بكفاية أهل الفىء ثم يصرف الباقى فى الكراع والسلاح وسد الثغور وأرزاق الحكام . فأما على القول الذى يقول : انه للمقاتلة فان جميعه يصرف اليهم ، ومنهم من قال : هذا على القول الذى يقول انه للمقاتلة ، لأن أحكام أهل الفىء ومن يصلى بهم وولاة أحداثهم ومن يلى مصالحهم منهم ، فوجب أن يرزقوا من الفىء اذا لم يوجد من يتطوع بهذه الأمور .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان كان فى الفىء أراض كان خمسها لأهل الخمس ، فأما أربعة أخماسها فقد قال الشافعى رحمه الله : (تكون وقفا) فمن أصحابنا من قال : هذا على القول الذى يقول انه للمصالح ، فان المصلحة فى الأراضى أن تكون وقفا . لأنها تبقى فتصرف غلتها فى المصالح . وأما اذا قلنا : انها للمقاتلة فانه يجب قسمتها بين أهل الفىء ، لأنها صارت لهم . فوجبت قسمتها بينهم كأربعة أخماس الغنيمة . ومن أصحابنا من قال : تكون وقفا على القولين ، فان قلنا : انها للمصالح صرفت غلتها فى المصالح وان قلنا : انها للمقاتلة صرفت غلتها فى مصالحهم لأن الاجتهاد فى مال الفىء الى الأمام . ولهذا يجوز أن يفضل بعضهم على بعض ، ويخالف الغنيمة ، فانه ليس للامام فيها الاجتهاد ، ولهذا لا يجوز أن يفضل بعض الغانمين على بعض . وبالله التوفيق .**

الشرح الفىء اما منقول أو غير منقول ، فالمنقول كل ما سبق شرحه فى الفصول السابقة ، وأما غير المنقول كالأراضى والعقارات المبنية والبساتين فان خمس ذلك كله لأهل الخمس ، وأما أربعة أخماسه فقد قال الشافعى فى الأم : (يكون وقفا على المسلمين ، يستغل ويقسم عليهم فى كل عام) واختلف أصحابنا فى تأويل هذا فمنهم من قال : هذا على القول الذى يقول : ان أربعة أخماس الفىء يكون للمصالح ، لأن المصلحة فيها أن يكون وقفا يستغل كل سنة . فأما على القول الذى يقول : ان أربعة أخماس الفىء يكون للغانمين ، فلا يكون هناك وقف ، بل يجب قسمتها بين الغانمين ليتصرفوا فيها بما شاءوا ، كأربعة أخماس الغنيمة . ومنهم من قال : بل يصير وقفا على القولين ، لأننا ان قلنا : انها للمصلحة كانت وقفا وجها

واحدا ، وان قلنا : انها للمقاتلة فهل تصير وقفا ؟ فيه وجهان • واما خمس الأرض فان سهم المصالح وسهم اليتامى وسهم المساكين وابن السبيل يكون وقفا وجها واحدا • وفى سهم ذوى القربى وجهان • وكل موضع قلنا : يكون وقفا ، فهل يفتقر الى تلفظ الامام بالوقف ؟ فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ فى الشامل أحدهما : يفتقر الى ذلك كسائر الوقوف والثانى : لا يفتقر الى ذلك لأن وقفه وجب بالشرع فلم يحتج الى اللفظ به ، وكما أنه لما وجب رق النساء والصبيان من أهل الحرب لم يحتج الى لفظ الامام باسترقاقهم فهذه مثلها •

اذا ثبت هذا فروى الشافعى رحمه الله عن عمر رضى الله عنه أنه قال : (ما من أحد الا وله فى هذا المال حق أعطيه أو أمنعه الا ما ملكت أيمانكم) فتأوله أصحابنا ثلاث تأويلات ، أحدها : أنه أراد بها المحتاجين •

والثانى : أنه أراد بها المحتاجين والأغنياء لأن ما يأخذه المجاهد من المال ينتفع به الأغنياء لأنهم يسقطون الجهاد عنهم لقيامهم به •

والثالث : انه أراد ما من أحد الا وله فى بيت المال حق • فللفقراء حق فى الصدقات وللأغنياء حق فى الفىء يأخذونه اذا كانوا مرابطين • وان لم يكونوا مرابطين أخذوا من سهم الغزاة • وسيأتى مزيد بحث فى أرض السواد والله تعالى أعلم بالصواب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الجـــزية

لا يجوز اخذ الجزية ممن لا كتاب له ، ولا شبه كتاب ، كعبدة الأوثان : لقوله عز وجل : (قاتلوا الذين (١) لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ، ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ، ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب ، حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) فخص أهل الكتاب بالجزية ، فدل على انها لا تؤخذ من غيرهم . ويجوز اخذها من أهل الكتـابين ، وهم اليهـود والنصارى للآية ، ويجوز اخذها ممن بدل منهم دينه ، لأنه وان لم تكن لهم حرمة بانفسهم فلهم حرمة بآبائهم . ويجـوز اخذها من المجوس ، لمـا روى عبد الرحمن بن عوف أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « سنوا بهم سـنة أهل الكتاب » وروى أيضا عبد الرحمن بن عوف : « أن النبى صلى الله عليـه وسلم اخذ الجزية من مجوس هجر » واختلف قول الشافعى رحمه الله : هل كان لهم كتاب أم لا ؟ فقال : فيه قولان ، أحدهما : أنه لم يكن لهم كتـاب ، والدليل عليه قوله عز وجل : (وهذا كتاب أنزلناه مبارك فاتبعوه ، واتقوا لعلكم ترحمون أن تقولوا : انما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا ، وان كنا عن دراستهم لغافلين) والثانى : أنه كان لهم كتاب ، والدليل عليه ما روى عن على كرم الله وجهه أنه قال : (كان لهم علم يعلمونه ، وكتاب يدرسونه ، وان ملكهم سكر فوقع على ابنته أو اخته ، فاطلع عليه بعض أهل مملكته فجـاؤا يقيمون عليه الحد فامتنـع فرفع الكتاب من بين اظهرهم ، وذهب العلم من صدورهم) .

فصـــل وان دخل وثنى فى دين أهل الكتاب نظرت ـ فان دخل قبل التبديل ـ اخذت منه الجزية ، وعقدت له الذمة لأنه دخل فى دين حق ، وان دخل بعد التبديل نظرت ـ فان دخل فى دين من بدل ـ لم يؤخذ منـه الجزية ، ولم تعقد له الذمة ، لأنه دخل فى دين باطل . وان دخل فى دين من لم يبدل ـ فان كان ذلك قبل النسخ بشريعة بعده اخذت منه الجزية ، لأنه دخل فى دين حق ، وان كان بعد النسخ بشريعة بعده ، لم تؤخذ منه الجزية . وقال المزنى رحمه الله : تؤخذ منه ، ووجهه انه دخل فى دين يقر عليه اهله ، وهذا خطأ ، لأنه رجل فى دين باطل فلم تؤخذ منه الجزية ، كالمسلم اذا ارتد .

---

(١) الآية ٢٩ من سورة التوبة .

وان دخل فى دينهم ولم يعلم أنه دخل فى دين من بدل أو فى دين من لم يبدل كنصارى العرب ، وهم بهراء وتنوخ وتغلب ، أخذت منهم الجزية ، لأن عمر رضى الله عنه أخذ منهم الجزية باسم الصدقة ، ولأنه أشكل أمره فحقن دمه بالجزية احتياطا للدم . وأما من تمسك بالكتب التى أنزلت على شيث ، وابراهيم ، وداود ، ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى اسحق : أنهم يقرون ببذل الجزية لأنهم أهل كتاب فاقروا ببذل الجزية ، كاليهود والنصارى . والثانى : لا يقرون لأن هذه الصحف كالأحكام التى تنزل بها الوحى . وأما السامرة ، والصابئون ، ففيهم وجهان أحدهما : أنه تؤخذ منهم الجزية . والثانى : لا تؤخذ ، وقد بيناهما فى كتاب النكاح . وأما من كان أحد أبويه وثنيا والآخر كتابيا فعلى ما ذكرناه فى النكاح . وان دخل وثنى فى دين أهل الكتاب وله ابن صغير ، فجاء الاسلام وبلغ الابن واختار المقام على الدين الذى انتقل اليه أبوه ، أخذت منه الجزية ، لأنه تبعه فى الدين فاخذت منه الجزية ، وان غزا المسلمون قوما من الكفار لا يعرفون دينهم ، فادعوا أنهم من أهل الكتاب ، أخذت منهم الجزية ، لأنه لا يمكن معرفة دينهم الا من جهتهم ، فقبل قولهم . وان أسلم منهم اثنان وعدلا وشهدا أنهم من غير أهل الكتاب نبذ اليهم عهدهم لأنه بان بطلان دعواهم .

الشرح قوله تعالى : « قاتلوا [1] الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر » الآية أمر الله تعالى بقتال جميع الكفار لاصطفاقهم على عدم الايمان بالله واليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يعتقدون العقيدة الصحيحة ، واستثنى منهم أهل الكتاب اكراما لكتابهم ، ولكونهم عالمين بالوحدانية والشرائع السماوية ، وفى كتبهم البشارات بمحمد صلى الله عليه وسلم وذكر أمته وملته . فلما أنكروه تأكدت عليهم الحجة وعظمت منهم الجريمة . قال القرطبى : فنبه على محلهم ، ثم جعل للقتال غاية ، وهى اعطاء الجزية بدلا عن القتل . ا هـ .

وسيكون يوم ٥ يونيو (حزيران) ١٩٨٢ الذى بدأت به اسرائيل عدوانها على لبنان وعلى المقاومة الفلسطينية فى لبنان .. بداية بداية لنهاية دولة غير انسانية لا تؤمن بغير شريعة الغاب وبما دسه أبناؤها على شريعة النبى موسى عليه السلام ، حيث تقول التوراة فى الاصحاح الثالث والعشرين من صفر الخروج ما يلى بالحرف الواحد :

---

(١) الآية ٢٩ من سورة التوبة .

« لا تسجد لآلهتهم ولا تعبدها ولا تعمل كأعمالهم ، بل تبيدهم وتكسر أصنامهم » ..

وفى الاصحاح العشرين من سفر التثنية بأمر رب اسرائيل : « حين تقترب من مدينة لكى تحاربها استدعها الى الصلح فان أجابتك الى الصلح وفتحت لك . فكل الشعب الموجود فيها يكون لك للتسخير ويستعبد لك . وان لم تسالمك بل عملت معك حربا فحاصرها . واذا دفعها الرب الهك الى يدك فاضرب جميع ذكورها بحد السيف . أما النساء والأطفال والبهائم وكل ما فى المدينة . كل غنيمتها لتغتنمها لنفسك .. أما مدن هؤلاء التى يعطيك الرب الهك فلا تستبق منها نسمة ما » .

وعلى هذا النحو شرعت الحرب فى شريعة داود وفى الزبور .. وطبقها أحفاد اسرائيل فى حروبهم الخمس مع العرب .. !

وقد وضحت معاندة أهل الكتاب حين حرفوا فى كتبهم ، اليهود أولا والنصارى ثانيا فأما اليهود فقد قالوا : العزير ابن الله وهى طائفة منهم جاءت الى النبى صلى الله عليه وسلم منهم سلام بن مشكم والنعمان بن أوفى ومالك بن الصيف ، وقالوا : كيف نتبعك وقد تركت قبلتنا ولا تزعم أن عزيرا ابن الله . وحرفوا فى التوراة كما جاء ذلك فى كتبهم وكتب علمائهم وليس أبلغ فى الافحام من اعترافهم . قال البحاثة اليهودى مراد فرج فى كتابه (القراءون والربانون) وهو يتكلم عن فئة منهم تسمى السامريين فعمدوا الى جبل جريزيم . وفى المقريزى : طوريريك . ولعله من لفظة البركة ، لأنه فى الواقع جبل البركة تجاه جبل عيبل جبل اللعنة جهة عبر الأردن ، وأقاموا به هيكلا شبيها ببيت المقدس ، وتبعهم كثيرون من اليهود ممن امتنعوا من طلاق نسائهم الأجنبيات ، غير مطيعين لعزرا ، ولكيما يعطى السامرة لهذا الجبل منزلته التى تليق به حرفوا فى التوراة ، فأضافوا ذكره فى السفر الخامس بالفصل السابع والعشرين بالآية السابعة ، عند قوله : « وتذبح ذبائح السلامة وتأكل هناك وتفرح أمام الله الهك » فزادوا جملة : « على جبل جريزيم » كذلك أضافوا فى الفصل ١١ الآية ٣٠ جملة : « تجاه

شخيم » أى نابلس . الى غير ذلك من التحريف . ا هـ من الكتاب المذكور صفحة ١٥ .

وجاء فى الكتاب المذكور عن الصدوقيين وهم كانوا كما يقول : « من سراة وأشراف الأمة الاسرائيلية ومن الكهنة العظام ، وسموا كذلك على اسم كبيرهم (صـــدوق) تلميذ (انتيخوس) وفى المقريزى صـــدوقيم ، وصدوف بالفاء وبالملل والنحل أنهم الذين قالوا من بين سائر اليهود : العزير ابن الله . قال صاحب الكتاب : وكان أول الخلاف بينهم وبين الفروسيين انكارهم البحث والنشور والثواب والعقاب ، فقد أرادوا أن يكون نعيمهم فى الحياة الدنيا ، وهزئوا بالتشدد المناقض لهـــذا النعيم ، وقالوا : ما نحن بميتين الا موتتنا الأولى وما نحن بمعذبين ، ان هـــذا لهو الفوز العظيم . وقال : الأسييم أو الأسينم فرقة تفانت لبلوغ أعلى درجات الفضيلة فحرمت التبايع ورجعت الى المقايضة ، وحرمت الزواج الى آخر ما حرفوا وخرفوا ا هـ . والربانيون لهم كتاب يسمى المشناه أو التلمود ، وفيه تعاليم سرية توجب عليهم أن يمزجوا فطيرة عيد الفصح بدم نصرانى أو مسلم ، وقد كان لذلك قضـــايا وحوادث فى بور ســـعيد ودمشق واليونان وفى ذلك يقول شاعرهم :

قـــل لأولاد النصـــارى ... يهـــربوا من قـــوم مـــوسى
حـــذرا أن يأخـــذوا من ... دمهـــم يومـــا بمـــوسى
بل يقـــدوها رءوســـا ... ويبيـــــــدها نفوســـــا
ســـيما فى بور ســـعيد ... حيث شقوا الرموسا ... الخ

ولو تتبعنا ما فى التوراة التى بين أيديهم اليوم من نسبة الكفر والفجور الى الأنبياء عليهم الصلاة والسلام لمـــا وسعنا الا أن ننزه الله تعالى عن أن ينزل كلاما كهذا ، سبحانك هذا بهتان عظيم .

ولقد جاءت بشارات فى التوراة بنبينا صلى الله عليه وسلم ففى التوراة

التى بين أيديهم « قال الله لموسى بن عمران : انى أقيم لبنى اسرائيل من اخوتهم نبيا مثلك • أجعل كلامى على فيه ، فمن عصاه انتقمت منه » •

وفى هذه التوراة أيضا : « جاء الله من سيناء ، وأشرق من ساعير ، واستعلى من جبال فاران ، ومعه جماعة من الصالحين » وتأويل ذلك أن الله تعالى أنزل التوراة فى جبل سيناء وكلم موسى فيه فذلك مجيئه• أما اشراقه من جبل ساعير ، أن عيسى عليه السلام انما أشرق من جبال ساعير وهى جبال الروم ، من آدوم • واستعلاؤه من جبال فاران ، أن الله تعالى بعث محمدا منها وأوحى اليه فيها ، ولا اختلاف أن فاران هى مكة • والدليل على ذلك قوله فى هذه التوراة : « ان الله أسكن هاجر وابنها اسماعيل فاران » •

وجاء فى المزامير : « سبحوا الرب تسبيحا حديثا ، سبحوا الذى هيكله الصالحون ، ليفرح اسرائيل بخالقه ، وبنات صهيون من أجل أن الله اصطفى لهم أمة وأعطاهم النصر وأيد الصالحين منهم بالكرامة يسمون الله تعالى على مضاجعهم ويكبرون بأصوات مرتفعة بأيديهم سيوف ذوات شفرتين ينتقم الله بهم من الأمم الذين لا يعبدونه ، يوثقون ملوكهم بالقيود ، وأشرافهم بالأغلال » وتأويل ذلك أن الله تعالى بعث نبيه محمدا بالسيف وأمته هم الذين يكبرون بأصوات مرتفعة فى الأذان •

وفى سفر حزقيال : يقول عن الله : « انى مؤيد قيدار بالملائكة » وفى سفر أشعيا قال : « ستمتلىء البادية والمدائن من قصور الى قيدار يسبحون ، ومن رءوس الجبال ينادنهم الذين يجعلون لله الكرامة ويبثون تسبيحه فى البر والبحر » فأى بادية هذه التى امتلأت من قصور الى قيدار ، الذين ينادون بالأذان والتلبية من رءوس الجبال ، ويجعلون لله الكرامة بالصلاة والحج الى بيت الله الحرام • والبشارات الدالة على النبى صلى الله عليه وسلم كثيرة وانما أردنا أن نضرب الأمثال لنخلص الى أن اليهود معاندون مغضوب عليهم أما النصارى فهم لا يقلون عن اليهود تحريفا لانجليهم ، وان كانوا أرق قلوبا من اليهود ، وأقرب مودة للمؤمنين • ولكنهم يؤولون البشارات الدالة على نبوته صلى الله عليه وسلم ويصرفونها عن معناها استكبارا وضلالا •

وقد جاء فى الانجيل الذى بين أيديهم : اللهم ابعث البارقليط ليعلم الناس أن ابن الانسان بشر • وقال أيضا انجيل يوحنا : البارقليط لا يجيئكم ما لم أذهب • ولا يقول من تلقاء نفسه شيئا ، ولكنه مما يسمع يكلمكم ويوصلكم الى الحق ويخبركم بالحوادث والغيوب — الى أن قال : — وسيعظمنى ، وذكر كيف يقهر الدنيا وقال : هو شهد لى كما شهدت له وأنا أجيئكم بالأمثال وهو يأتيكم بالتأويل •

وفى العهد القديم الذى بأيدى اليهود والنصارى أن التوراة انما كانت طوال مدة ملك بنى اسرائيل عند (الكوهان) الأكبر الهارونى وحده ، واليهود تقر أن السبعين كوهانا اجتمعوا على اتفاق من جميعهم فى تبديل ثلاثة عشر موضعا من التوراة وذلك بعد المسيح ، وفى زمان القياصرة ، ويزعمون أن السامرية حرفوا فى التوراة تحريفا بينا ، وكذلك يزعم السامريون أن القرائين والربانيين والصدوقيين والحسيديم [1] وغيرهم من فرق اليهود حرفوا فى التوراة تحريفا جليا •

« فويل للذين يكتبون الكتاب بأيديهم ثم يقولون هذا من عند الله ليشتروا به ثمنا قليلا ، فويل لهم مما كتبت أيديهم ، وويل لهم مما يكسبون » صدق الله العظيم •

ولا يزال المؤرخون من علماء الدين المسيحى على خلاف بينهم فى تاريخ كتابة الأناجيل وفى اللغة الأولى التى كتب بها كل انجيل ، هل الآرامية ؟ ! أم العبرية ؟ ولا شك أن كتبا لا يعرف متى كتبت ، ولا بأى لغة قيلت ؟ لا يصح أن تكون مرتكزا لأكبر الحقائق التى يدور عليها نظام الدنيا وحياة الانسان وموته ؛ وهى لا تعدو أن تكون أخبارا ليوحنا المعمدان والمسيح وما كان منه كترجمة لحياته ، وأقدم نسخة من الانجيل وجدت ، كتبت بعد المسيح بنحو خمسين ومائة سنة •

---

(١) الحسيديم كلمة عبرية معناها : قال مراد فرج اليهودى : جماعة تفانت فى الورع وقالوا فى الدين حتى حرفوه وأخرجوه عن موضعه ، وقالوا : من قتل حية أو عقربا يوم السبت كان آثما . ا هـ كتاب « القراءون والربانون » ص ٢٣ :

وقد كان لكل حوارى انجيل كتبه عن المسيح وكان من الحواريين رجل يدعى برنابا معروف عنـدهم ومذكور فى كل أناجيلهم وهو رجل باع كل ما يملك ووضع ثمنه عند أقدام الرسل • وقد عثر راهب يدعى فراميتو على رسائل الايريانوس وفيها رسالة يندد فيها بما كتبه بولس ، ويسند تنديده الى انجيل برنابا فدفعه حب الاستطلاع الى البحث عن انجيل برنابا ولما وصل الى البابا سكتس الخامس وصار من المقربين اليه عثر على ذلك الانجيل فى مكتبة هذا البابا فأخفاه بين ثيابه وطالعه فاعتنق الاسـلام • ومن أراد المزيد من البحث فليرجع الى محاضرات فى النصرانية للشيخ محمد أبى زهرة حيث كتب عن انجيل برنابا بحثا جيدا • قال القاضى ابن العربى : سمعت أبا الوفاء على بن عقيل فى مجلس النظر يتلو قوله تعـالى : « قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليـوم الآخر الخ » ويحتج بها فقـال : (قاتلوا) أمر بالعقوبة ، ثم قال : (الذين لا يؤمنون) وذلك بيـان للذنب الذى أوجب العقوبة • وقوله (ولا باليوم الآخر) تأكيد للذنب فى جانب الاعتقاد • ثم قال : (ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله) زيادة للذنب فى مخالفة الأعمال • ثم قال : (ولا يدينون دين الحق) اشارة الى تأكيد المعصـية بالانحراف والمعاندة والأنفة عن الاستسلام • ثم قال : (من الذين أوتوا الكتاب) تأكيد للحجة ، لأنهم كانوا يجدونه مكتوبا عندهم فى التوراة والانجيل • ثم قال : (حتى يعطوا الجزية عن يد) فتبين الغاية التى تمتد اليهـا العقوبة ، وعين البدل الذى ترتفع به أ هـ •

أما قوله تعالى : « وهذا كتاب أنزلناه مبارك فاتبعوه واتقـوا لعلكم ترحمون » الخ الآيات من ١٥٥ الى ١٥٧ من سورة الأنعام وهى متصلة بما قبلها ، اذ الآية ١٥٤ هى قوله تعالى : « ثم آتينا موسى الكتاب تماما على الذى أحسن وتفصيلا لكل شىء ، وهدى ورحمة لعلهم بلقاء ربهم يؤمنون » •

وقصة موسى عليه السلام واتيانه الكتاب قبل هذا فقيل : وآتينا موسى الكتاب • وقيل تقدير الكلام : ثم كنا قد آتينا موسى الكتاب قبل انزالنـا القرآن على محمد صلى الله عليه وسلم • وقيل • المعنى (قل تعـالوا أتل ما حرم ربكم عليكم ، ثم أتل ما آتينا موسى تماما وتفصيلا ـ عطف عليـه وكذا ـ وهدى ورحمة) •

(وهذا كتـــاب) مبتدأ وخبر • (أنزلنـــاه مبارك) نعت ، أى كثير الخيرات ، قال القرطبى : ويجـــوز فى غير القرآن (مباركا) على الحـــال ، فاتبعوه ، أى اعملوا بما فيه ، واتقوه ، أى اتقوا تحريفه • (أن تقولوا) فى موضع نصب ، قال الكوفيون : لئلا تقولوا • وقال البصريون : أنزلنـــاه كراهية أن تقولوا • وقال الفراء والكسائى : المعنى فاتقوا أن تقولوا يا أهل مكة : (انما أنزل الكتاب) أى التوراة والانجيل (على طائفتين من قبلنا) أى اليهود والنصارى ، ولم ينزل علينـــا كتاب • وان كنـــا عن دراستهم لغافلين) أى عن تلاوة كتبهم وعن لغاتهم ، ولم يقل عن دراستهما ، لأن كل طائفة جماعة •

أما حديث عبد الرحمن بن عوف فى المجوس : « سنوا بهم ســـنة أهل الكتاب » ففى الموطأ عن جعفر بن محمد عن أبيه أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ذكر أمر المجوس فقال : ما أدرى كيف أصـــنع فى أمرهم ؟ فقـــال عبد الرحمن بن عوف : أشهد لسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » •

وأخرجه البخارى وأحمد وأبو داود والترمذى بأســـانيد متصلة عن عمر : « أنه لم يأخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذها من مجوس هجر » ورواه الشـــافعى بلفظ الموطأ •

قال فى النيل : حديث عمر وعبـــد الرحمن ورد بألفاظ من طرق منهـــا ما ذكره المصنف وقد أخرجه الترمذى بلفظ : « فجاءنا كتـــاب عمر : انظر مجوس من قتلك فخذ منهم الجزية ، فان عبد الرحمن بن عوف أخبرنى • فذكره » وأخرج أبو داود عن ابن عباس قال : « جاء رجل من مجوس هجر الى النبى صلى الله عليه وسلم فلما خرج قلت له : ما قضـــاء الله ورسوله فيكم ؟ قال شر الاسلام أو القتل » • وروى أبو عبيد فى كتـــاب الأموال بسند صحيح عن حذيفة : « لولا أنى رأيت أصـــحابى أخذوا الجزية من المجوس ما أخذتها » • وخبر الموطأ عن جعفر بن محمد عن أبيه أن عمر قال :

« لا أدرى ما أصنع بالمجوس ، فقال عبد الرحمن بن عوف : أشهد لسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : سنوا بهم سنة أهل الكتاب » فهذا منقطع ، ورجاله ثقات . ورواه الدارقطنى فى الغرائب عن مالك عن جعفر ابن محمد عن أبيه وزاد فيه : عن جده . فان كان الضمير فى جده يعود على جعفر فان عليا زين العابدين لم ير عمر ولا عبد الرحمن ، وان كان الضمير يعود الى محمد فانه يكون متصلا لأن الحسين السبط عليه السلام سمع من عمر وعبد الرحمن ، قال فى النيل : وله شاهد من حديث مسلم بن العلاء الحضرمى فى آخر حديث بلفظ : « سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب فى أخذ الجزية فقط » واستدل بقوله « سنة أهل الكتاب » على أنهم ليسوا أهل كتاب . لكن أخرج الشافعى وعبد الرزاق وغيرهما باسناد حسن عن على : « كان المجوس أهل كتاب يدرسونه ، وعلم يقرأونه ، فشرب أميرهم الخمر ، فوقع على أخته ، فلما أصبح دعا أهل الطمع فأعطاهم وقال : ان آدم كان ينكح أولاده بناته . فأعطوه ، وقتل من خالفه ، فأسرى على كتابهم ، وعلى ما فى قلوبهم منا ، فلم يبق عندهم منه شىء » .

اما اللغات فقوله : (باب الجزية) قال ابن بطال : سميت جزية لأنها قضاء عما عليهم مأخوذ من قولهم : جزى يجزى اذا قضى . قال الله تعالى : « لا تجزى [1] نفس عن نفس شيئا » أى لا تقضى ولا تغنى ، وفى الحديث أنه قال لأبى بردة بن نيار فى الأضحية بالجذعة « تجزىء عنك ، ولا تجزىء عن أحد بعدك » والمتجازى المتقاضى عند العرب ، وقيل الجزاء الفداء . قال الشاعر [2] :

متيم عندها لم يجز مكبول

---

(١) الآية ٤٨ من سورة البقرة .

(٢) الشاعر هو كعب بن زهير بن أبى سالمى والقصيدة مطلعها :

بانت سعاد فقلبى اليوم متبول متيم اثرها لم يفد مكبول

هذا فى سيرة ابن هشام ، وهى القصيدة التى القاها بين يدى النبى صلى الله عليه وسلم يلتمس العفو عنه .

أى لم يفد • وتدينون دين الحق • أى يطيعـون ، والدين الطـاعة والانقياد • ا هـ •

وهاد الرجل أى رجع وتاب وانما لزمهم هـذا الاسم (اليهود) لقول موسى عليه السلام : « انا هدنا اليك [1] » أى رجعنـا وتضرعنا ويقول اليهود : ان نسبتهم الى يهودا رابع اولاد يعقـوب من ليئه • من مصـدر (يده) بمعنى الحمد والشكر •

أما الأحكام فان الكفار على ثلاثة أقسام • قسم لهم كتـاب وهم اليهود والنصارى لأنهم يقولون بشريعة وأحكام ، وحدود وأعلام وهؤلاء يحكمون بالتوراة ، ويحكم النصـارى بالتوراة والانجيـل • ويقـول الشهرستانى : والمسلمون قد بينوا أن الأمين قـد بدلوا وحرفوا والا فعيسى عليه السلام كان مقررا لما جاء به موسى عليه ، وكلاهما مبشران بمقدم نبينا محمد نبى الرحمة صلوات الله عليهم أجمعين • وقد أمرهم أئمتهم وأنبياؤهم وكتابهم بذلك • وانما بنى أسلافهم الحصون والقلاع بقرب المدينة لنصرة رسول الله صلى الله عليه وسلم نبى آخر الزمان • فأمروهم بمهاجرة أوطانهم بالشام الى تلك القلاع والبقاع ، حتى اذا ظهر وأعلن الحق بفاران ، وهاجر الى دار هجرته يثرب هجروه وتركوا نصره • وذلك قوله تعالى : « وكانوا من قبل يستفتحون على الذين كفروا فلما جاءهم ما عرفوا كفروا به فلعنة الله على الكافرين » [2] •

وانما الخلاف بين اليهود والنصارى ما كان يرتفع الا بحكمه ، اذ كانت اليهود تقول : « ليست النصـارى على شىء » وكانت النصـارى تقول : « ليست اليهود على شىء وهم يتلون الكتاب » وكان النبى صلى الله عليـه وسلم يقول لهم : « لستم على شىء حتى تقيموا التوراة والانجيل » وما كان يمكنهم اقامتها الا باقامة القرآن الحكيم ، وبحكم نبى الرحمة رسول آخر الزمان • فلما أبوا ذلك وكفروا بآيات الله « ضربت عليهم الذلة والمسـكنة

---

(١) الآية ١٥٦ من سورة الأعراف .
(٢) الآية ٨٩ من سورة البقرة .

وباءوا بغضب من الله ، ذلك بأنهم كانوا يكفرون بآيات الله » الآية ٦١ من سورة البقرة .

الى أن قال : ومن العجيب أن فى التوراة : أن الأسباط من بنى اسرائيل كانوا يراجعون القبائل من بنى اسماعيل ، ويعلمون أن فى ذلك الشعب علما لدنيا لم تشتمل التوراة عليه .

وقد جاء فى التوراة : أن الله تعالى جاء من طور سيناء ، وظهر بساعير ، وأعلن بفاران . وساعير جبال بيت المقدس التى كانت مظهر عيسى عليه السلام ، وفاران : جبال مكة التى كانت مظهر المصطفى صلى الله عليه وسلم . ولما كانت الأسرار الالهية والأنوار الربانية فى الوحى والتنزيل والمناجاة والتأويل على مراتب ثلاث : مبدأ ووسط وكمال . والمجىء أشبه بالمبدإ ، والظهور أشبه بالوسط ، والاعلان أشبه بالكمال ، عبرة التوراة عن طلوع صبح الشريعة والتنزيل بالمجىء من طور سيناء وعن طلوع الشمس بالظهور على ساعير وعن البلوغ الى درجة الكمال بالاستواء والاعلان على فاران ، وفى هذه الكلمات اثبات نبوة المسيح عليه السلام والمصطفى محمد صلى الله عليه وسلم اهـ .

أما عقيدة النصارى فهى تقوم على أن آدم عليه السلام ارتكب الخطيئة فأراد الله أن يخلص العالم منها عن طريق الصلب والفداء ، وقالت الملكانية[1] واليعقوبية[2] : ان الذى ولد من مريم الاله ، فالملكانية لما اعتقدت أن المسيح ناسوت كلى أزلى قالوا : ان مريم انسان جزئى ، والجزئى لا يلد الكلى ، وانما ولده الأقنوم القديم ، واليعقوبية لما اعتقدت أن الاله هو من جوهرين ، وهو اله وهو المولود قالوا : ان مريم ولدت الها . تعالى الله عن قولهم علوا كبيرا .

---

(١) الملكانية أصحاب ملكا ظهر بأرض الروم واستولى عليها وهو مؤسس الحائليقية « الكاثوليكية » يقولون بالتبيت وان الأقاليم كالصفات للجوهر .

(٢) اليعقوبية أصحاب يعقوب . قالوا بالأقانيم الثلاثة الا انهم قالوا : انقلبت الكلمة لحما ودما فصار الاله هو المسيح وهو الظاهر بجسده ، بل هو عنهم جميعا يقول تعالى : « لقد كفر الذين قالوا : ان الله ثالث ثلاثة » الآية ٧٣ من سورة المائدة .

وكذلك قالوا فى القتل والصلب ، انه وقع الجوهر الذى هو من جوهرين ، قالوا : ولو وقع على أحدهما لبطل الاتحاد • وزعم بعضهم اثبات وجهين للجوهر القديم ، فالمسيح قديم من وجه محدث من وجه •

وزعم قوم من اليعقوبية أن الكلمة لم تأخذ من مريم شيئا لكنها مرت بها كالماء بالميزاب • وعن هؤلاء وأولئك يقول الله تعالى : « لقد كفر الذين قالوا [1] ان الله هو المسيح ابن مريم » •

فهذا قسم أهل الكتاب • والقسم الثانى وهم من لهم شبهة كتاب مثل المجوس والمانوية ، فان الصحف التى أنزلت على ابراهيم عليه السلام قد رفعت الى السماء لأحداث أحدثها المجوس ، ولهذا يجوز عقد للعهد والذمام معهم ، وينحى بهم نحو اليهود والنصارى ، اذ هم من أهل الكتاب ولكن لا يجوز مناكحتهم ولا أكل ذبائحهم ، فان الكتاب قد رفع عنهم • وقد أثبت المجوس أصلين مدبرين قديمين يقسمان الخير والشر والنفع والضر ، والصلاح والفساد ، يسمون أحدهما النور ، والآخر الظلمة ، وبالفارسية : يزدان وأهرمن ، ومسائل المجوس كلها تدور على قاعدتين ، احداهما : بيان سبب امتزاج النور بالظلمة ، والثانية بيان سبب خلاص النور من الظلمة ، وجعلوا الامتزاج مبدأ ، والخلاص معادا •

ويقولون المبدأ الأول من الأشخاص : كيومرث ، وربما يقولون : زروان الكبير والنبى الثانى : زردشت • والكيومرثية يقولون : كيومرث هو آدم عليه السلام ، ومعنى كيومرث : الحى الناطق •

والكيومرثية والزروانية والزردشتية والثنوية والمانوية والمزدكية والديصانية والمرقيونية كلها مذاهب من المجوسة ولها فلسفات وأحاجى وألغاز حول النور والظلمة بسطها ابن حزم فى الفصل والشهرستانى فى الملل • ووصفا بيوت النيران التى يتعبدون فيها •

أما القسم الثالث : وهم الوثنيون والدهريون ويقول الشهرستانى :

---

(١) الآية ٧ من سورة المائدة .

من الصابئة والفلاسفة وآراء العرب فى الجاهلية وآراء الهند وهؤلاء يقابلون أرباب الديانات تقابل التضاد ، فمن معطل بطال ، لا يرد عليه فكره براد ، ولا يهديه عقله ونظره الى اعتقاد ، ولا يرشده فكره وذهنه الى ميعاد ، ألف المحسوس وركن اليه ، وظن أنه لا عالم سوى ما هو فيه من مطعم شهى، ومنظر بهى ولا عالم وراء هذا المحسوس وهؤلاء هم الطبيعيون الدهريون ، لا يثبتون معقولا .

ومن محصل نوع تحصيل ، قد ترقى عن المحسوس ، وأثبت المعقول ، لكنه لا يقول بحدود أحكام ، وشريعة واسلام ، ويظن أنه اذا حصل المعقول ، وأثبت للعالم مبدا ومعادا وصل الى الكمال المطلوب من جنسه ، فتكون سعادته على احاطته وعلمه ، وشقاوته بقدر سفاهته وجهله ، وعقله هو المستبد بتحصيل هذه السعادة ووضعه هو المستعد لقبول تلك الشقاوة ، وهؤلاء هم الفلاسفة الالهيون قالوا : الشرائع وأصحابها أمور مصلحية عامة ، والحدود والأحكام والحلال والحرام أمور وضعية ، وأصحاب الشرائع رجال لهم حكم عملية ، ثم قسمهم تقسيما ضابطا هكذا ، أعنى الناس جميعا على اختلاف أقسامهم الثلاثة التى جئنا على أصولها .

(١) من الناس من لا يقول بمحسوس ولا معقول ، وهم السوفسطائية.

(٢) من يقول بالمحسوس ولا يقول بالمعقول وهو الطبيعية .

(٣) من يقول بالمحسوس والمعقول ، ولا يقول بحدود وأحكام ، وهم الفلاسفة الدهرية .

(٤) من يقول بالمحسوس والمعقول والحدود والأحكام ولا يقول بالشريعة والاسلام وهم الصابئة .

(٥) من يقول بهذه كلها ، وبشريعة ما واسلام ، ولا يقول بشريعة نبينا محمد صلى الله عليه وسلم ، وهم المجوس واليهود والنصارى .

(٦) ومنهم من يقول بهذه كلها ، وهم المسلمون ، فان شريعة الله تشتمل على المحسوس والمعقول والحدود والأحكام ، والآخرة والمعاد. « وكذلك[1]

---

(١) الآية ١٤٣ من سورة البقرة .

جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس ، ويكون الرسول عليكم شهيدا » .

اذا ثبت هذا فان أهل الكتاب وهم اليهود والنصارى ومن لهم شبه كتاب وهم المجوس فانه يجوز اقرارهم على دينهم ، وأخذ الجزية منهم ، وأما من ليس لهم كتاب ولا شبه كتاب وهم الوثنية وغيرهم فلا يجوز اقرارهم على دينهم ببذل الجزية . وقال مالك : تؤخذ الجزية من كل مشرك الا من مشركي قريش ، فانهم ارتدوا بعد أن أسلموا . وقال أبو حنيفة : تؤخذ الجزية من كل مشرك الا من عبدة الأوثان من العرب ، فلا تؤخذ الجزية من العرب وقال أبو يوسف : لا تؤخذ الجزية من العرب سواء كانوا من أهل الكتاب أو من عبدة الأوثان . دليلنا قوله تعالى : « قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر [1] » الآية . فأمر بقتال أهل الكتاب الى أن يبذلوا الجزية ولم يفرق . والدليل على أن الجزية تؤخذ من المجوس ما ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم أخذ الجزية من مجوس هجر ، وهجر قال ابن الأثير : بلد معروف باليمن . فأما هجر التى تنسب اليها القلال الهجرية فهى قرية من قرى المدينة .

قال القاضى العمرانى فى البيان : ولا خلاف أن المجوس ليس لهم كتاب اليوم ، وهل كان لهم كتاب ؟ فيه قولان :

أحدهما : أنهم لم يكن لهم كتاب ، وبه قال أبو حنيفة لقوله تعالى : [2] « أن تقولوا انما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا ، وان كنا عن دراستهم لغافلين » ولما روى البخارى أن النبى صلى الله عليه وسلم لما كتب الى قيصر قال : « من محمد عبد الله ورسوله الى هرقل عظيم الروم (أما بعد) أسلم تسلم يؤتك الله أجرك مرتين ، فان لم تفعل فان عليك اثم الأريسيين . « يا أهل [3] الكتاب تعالوا الى كلمة سواء بيننا وبينكم أن لا نعبد الا الله

---

(١) الآية ٢٩ من سورة التوبة .
(٢) الآية ٦٤ من سورة آل عمران .
(٣) الآية ٦٤ من سورة آل عمران .

ولا نشرك به شيئا ، ولا يتخذ بعضنا بعضا أربابا من دون الله ، فان تولوا فقولوا اشهدوا بأنا مسلمون » .

فمحل الشاهد هنا أنه صلى الله عليه وسلم خاطب هرقل بقول الله تعالى : « قل يا أهل الكتاب » ولما أرسل الى كسرى خطابه بقوله : « من محمد عبد الله ورسوله الى كسرى عظيم الفرس » ولم يأت فى خطابه صلى الله عليه وسلم ما يفيد أنهم أهل كتاب ، فدل على أنهم لا كتاب لهم .

ثانيهما . أنه كان لهم كتاب — وهو الأصح — لخبر على كرم الله وجهه .

وأما الآية فانها لا تدل على أنه لم ينزل كتاب على غير اليهود والنصارى ، لقوله تعالى : (ان هذا لفى الصحف (١) الأولى) وقوله تعالى : (لفى زبر (٢) الأولين) . ولما خاطب ملك الروم كان لهم كتاب فخاطبهم به ، والمجوس ليس لهم كتاب موجود فلم يخاطبهم به .

مسألة يجوز أخذ الجزية من أولاد من له كتاب أو شبه كتاب ، ومن نسلهم ، سواء بدلوا أو غيروا أو لم يبدلوا ولم يغيروا لقوله تعالى : (قاتلوا (٣) الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر . الآية) فأمر الله سبحانه النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه أن يقاتلوا أهل الكتاب الى أن يبذلوا الجزية ، ومعلوم أن الكفار الذين نزل القرآن بينهم لم يدركهم النبى صلى الله عليه وسلم وانما أدرك نسلهم ولم يفرق ، ولأن لهم حرمة بآبائهم فجاز اقرارهم ببذل الجزية ، هذا الكلام فى أولاد اسرائيل ، فأما من دخل فى دين أهل الكتاب بعد أن لم يكن منهم مثل عبدة الأوثان من العرب ، فينظر فيه — فان دخل معهم قبل نسخ الدين الذى يدخل فيه بشريعة بعده — فان دخل معهم قبل أن يبدلوا — كان حكمه وحكم نسله حكمهم . وقال أبو يوسف لا تؤخذ منهم الجزية ، دليلنا أن النبى صلى الله عليه

---

(١) الآية ١٨ من سورة الأعلى .
(٢) الآية ١٩٦ من سورة الشعراء .
(٣) الآية ٢٩ من سورة التوبة .

وسلم : « بعث خالدا الى دومة الجندل [1] فأغار عليها وأخذ أكيدر بن عبد الملك أسيرا الى النبى صلى الله عليه وسلم فصالحه النبى صلى الله عليه وسلم على بذل الجزية » . وكذلك صالح أهل نجران على بذل الجزية — وهم عرب — فان دخل فى دينهم بعد تبديله نظرت — فان دخل فى دين من لم يبذل فحكمه وحكم أولاده حكمهم ، وان دخل فى دين من بدل منهم لم يؤخذ منه ولا من أولاده الجزية ، لأنهم لم تلحقهم فضيلة الكتاب ، ولا حرمة لآبائهم . هذا نقل البغداديين من أصحابنا . وقال المسعودى : هل تؤخذ الجزية من أولاده ؟ فيه قولان : بناء على القولين فى أولاد المرتدين : هل تؤخذ منهم الجزية ؟ ان دخل فى دينهم بعد أن نسخ بشريعة بعده لم يقر على دينه ببذل الجزية . قال المزنى : يقر ببذل الجزية . وكذلك قال : وتؤخذ الجزية ممن دخل فى دين من بدل لقوله تعالى : « ومن يتولهم منكم [2] فانه منهم » دليلنا أنه دخل فى دين باطل فلم تؤخذ منه الجزية كالمسلم اذا ارتد . وأما الآية فالمراد بها فى الكفر والاثم ، وان دخل داخل فى دينهم بعد التبديل ، ولم يعلم هل دخل فى دين من بدل منهم أو فى دين من لم يبدل أو لم يعلم هل دخل فى دينهم قبل نسخه أو بعد نسخه ، كنصارى العرب : بهراء وتنوخ وبنى تغلب أقروا على دينهم بالجزية تغليبا لحقن دمائهم ، ولم تحل مناكحتهم ولا ذبائحهم للمسلمين تغليبا للحظر ، لأن عمر رضى الله عنه أخذ الجزية من نصارى العرب ، وحرم على المسلمين مناكحتهم وذبائحهم .

فـــرع واختلف أصحابنا فى المتمسكين بصحف ابراهيم وزابور

---

(١) قلت فى كتاب خالد والدعوة المحمدية : دومة الجندل بضم الدال ، وانكر ابن دريد الفتح وهذا من أغلاط المحدثين ، بينها وبين دمشق بضع مراحل ، وحصنها مارد . وسميت دومة الجندل لأنها مبنية بالجندل ، وهى قرب جبلى طىء ودومة من القريات ، من وادى القرى والقريات : دومة وسكاكة ، وذو القارة ، وعليها سور يتحصن به ، وفى داخل السور حصن منيع يقال له : مارد ، وهو حصن أكيدر بن عبد الملك ، وكان نصرانيا ، وقد اجلاه عمر رضى الله عنه فيمن أجلى من أهل الكتاب الى الحيرة ، فنزل موضعا قرب عين النمر وسماه باسم حصنه فى وادى القرى . ا هـ « ملخصا من مراصد الاطلاع على أسماء الأمكنة والبقاع » .

(٢) الآية ٥١ من سورة المائدة .

داود عليهما الصلاة والسلام ، فمنهم من قال : لا يقرون ببذل الجزية ، ولا تحل مناكحتهم ولا ذبائحهم واختلف هؤلاء فى تعليه ، فمنهم من قال : لأن كتبهم ليست بكلام لله منزل ، وانما هى بعض أحكام نزلت بالوحى ، ومثل هذا موجود فى شرعنا ، ومثاله ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أتانى جبريل عليه السلام وأمرنى أن آمر أصحابى أن يرفعوا أصواتهم بالتلبية » ومنهم من قال : كانت كلاما لله ، وانما كانت مواعظ ، ولم تكن أحكاما ولم تكن لها حرمة الكتب المنزلة . وقال أبو اسحق المروزى : يقرون ببذل الجزية وتحل مناكحتهم وذبائحهم ، لقوله تعالى : « قاتلوا الذين (١) لا يؤمنون بالله — الى قوله تعالى — من الذين أوتوا الكتاب » ولم يفرق ، ولأن المجوس يقرون ببذل الجزية ولهم شبه كتاب فلأن يقر هؤلاء ولهم كتاب موجود أولى .

وأما السامرة والصابئون فقطع الشافعى فى موضع أن السامرة من اليهود ، وأن الصابئين من النصارى ، وتوقف فى حكمهم فى موضع آخر . وقال : ان كانوا يوافقونهم فى أصول دينهم فهم منهم وان خالفوهم فى الفروع ، وان خالفوهم فى أصول دينهم فليسوا منهم . فقال أكثر أصحابنا : ايما توقف الشافعى رحمه الله فى حكمهم لأنه لم يكن يعرف مذهبهم ، ثم اتضح له مذهبهم ، وأنهم يوافقونهم فى أصول دينهم وأنهم أهل كتاب . وقال أكثر المتكلمين : انهم يخالفونهم فى أصول دينهم ، ويقولون : الفلك حى ناطق مدبر ، والكواكب السبعة آلهة ، وبه قال سعيد الاصطخرى : فانه أفتى القاهر بالله بقتلهم ، فضمنوا له مالا فتركهم .

وتقول الصابئة : ان الروحانيين متخصصون بالهياكل العلوية مثل : زحل ، والمشترى ، والمريخ ، والشمس ، والزهرة ، وعطارد ، والقمر . وهذه السيارات كالأبدان والأشخاص بالنسبة اليها . وكل ما يحدث من الموجودات ويعرض من الحوادث ، فكلها مسببات هذه الأسباب ، وآثار هذه العلويات ، فيفيض على هذه العلويات من الروحانيات تصريفات وتحريكات الى جهات

---

(٢) الآية ٢٩ من سورة التوبة .

الخير والنظام ، ويحصل من حركتها واتصالاتها تركيبات وتأليفات فى هـذا العالم ، ويحدث فى المركبات أحوال ومناسبات ، فهم الأسباب الأول ، والكل مسـبباتها ، والمسبب لا يسـاوى السبب ، والجسـمانيون متشخصون بالأشخاص السفلية ، والمتشخص كيف يماثل غير المتشخص ؟

وانما يجب على الأشخاص فى أفعالهم وحركاتهم اقتفاء آثار الروحانيات فى أفعالها وحركاتها حتى يراعى أحوال الهياكل ، وحركات أفلاكهـا زمانا ومكانا ، وجوهرا وهيئة ولباسا وبخورا وتعزيمـا وتنجيما ودعاء وحاجة خاصة بكل هيكل ، فيكون التقرب الى الهيكل تقربا الى الروح الخـاص به ، فيكون تقربا الى رب الأرباب ومسبب الأسباب حتى يقضى حاجته ويتم مسألته .

ولما استقر فى يقينهم أن لابد للانسان من متوسط ، ولابد للمتوسط من أن يرى فيتوجه اليه ، ويتقرب به ، ويستفاد منه ؛ فزعوا الى الهيـاكل التى هى السيارات السبع فتعرفوا أولا : بيوتها ، ومنازلها . وثانيا : مطالعها ومغاربها . ثالثـا : اتصالاتها على أشكال الموافقة والمخالفة مرتبـة على طبائعها . ورابعا : تقسيم الأيام والليالى والساعات عليها وخامسا : تقدير الصور والأشخاص والأقاليم والأمصار عليها . فعملوا الخواتيم ، وتعلموا العزائم والدعوات ، وعملوا ليوم زحل يوم السبت ، وراعوا فيـه ساعته الأولى ، وتختموا فيه بخاتمة المعمول على صورته وهيئته وصنعته ، ولبسوا اللباس الخاص به ، وتبخروا ببخوره الخاص ، ودعوا بدعواته الخاصـة به ، وسألوا حاجاتهم منه ، الحاجة التى تستدعى من زحل من أفعاله وآثاره الخاصة به ، فكان يقضى حاجتهم ، وكذلك رفع الحاجة التى تختص بالمشترى فى يومه وساعته ، وجميع الاضافات التى ذكرنا اليه ، وكذلك سائر الحاجات الى الكواكب ، وكانوا يسمونها أربابا آلهة ، والله تعالى هو رب الأرباب واله الآلهة . ومنهم من جعـل الشمس اله الآلهة ورب الأرباب الى آخر معتقداتهم ونحلهم .

فـــرع قال الشافعى رضى الله عنه : اذا مات كتابى وخلف اثنين

أحدهما كبير لا يدين بدين ، والآخر صغير ، ثم لما نزل القرآن دخل الكبير في دين أهل الكتاب ، لم يقر عليه ، ولم تؤخذ منه الجزية ، لأنه دخل في دين أهل الكتاب بعد النسخ ، فان بلغ الصغير ، وأظهر دين أهل الكتاب أقر عليه ، وأخذت منه الجزية لأنه تابع لأبيه في الدين واذا غزا الامام قوما من المشركين لا يعرف دينهم ، وادعوا انهم من أهل الكتاب ، وأن آباءهم دخلوا في دين أهل الكتاب قبل نسخه ، ودخلوا في دين غير مبدل أقرهم ، وأخذ منهم الجزية لأنه لا يعرف دينهم الا من جهتهم ، فان رجعوا كلهم وقالوا : لسنا أهل الكتاب أو دخل آباؤنا في دين منسوخ أو مبدل أو أسلم ، وعدلا وشهدا بذلك ، نبذ اليهم عهدهم • وصاروا حربا لنا • وان رجع بعضهم دون بعض • نبذ الى من رجع دون من لم يرجع • وان شهد بعضهم على بعض بذلك لم تقبل شهادتهم • لأن شهادتهم غير مقبولة قبل اسلامهم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل واقل الجزية دينار لما روى معاذ بن جبل رضى الله عنه قال : « بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن ، وأمرنى ان آخذ من كل حالم دينارا أو عدله معافريا » وان التزم اكثر من دينار عقدت له الذمة وأخذ بأدائه لأنه عوض في عقد منع الشرع فيه من النقصان عن دينار ، وبقى الأمر فيما زاد على ما يقع عليه التراضي ، كما لو وكل وكيلا في بيع سلعة ، وقال : لا تبع بما دون دينار • فان امتنع قوم من اداء الجزية باسم الجـزية وقالوا : تؤدى باسم الصدقة ، ورأى الامام أن يأخذ باسم الصدقة جاز ، لأن نصارى العرب قالوا لعمر رضى الله عنه : « لا نؤدى ما تؤدى العجم ، ولكن خذ منا باسم الصدقة كما تأخذ من العرب ، فأبى عمر رضى الله عنه وقال : لا أقركم الا بالجزية فقالوا : خذ منا ضعف ما تأخذ من المسلمين ، فأبى عليهم ، فأرادوا اللحاق بدار الحرب فقال زرعة بن النعمان أو النعمان بن زرعة لعمر : ان بنى تغلب عرب ، فخذ منهم ما قد بذلوا ، ولا تدعهم ان يلحقوا بعدوك ، فصـالحهم على أن يضعف عليهم الصـدقة » وان كان ما يؤخذ منهم باسم الصدقة لا يبلغ الدينار ، وجب اتمام الدينار ، لأن الجزية لا تكون أقل من دينار • وان أضعف عليهم الصدقة فبلغت دينارين فقالوا : أسقط عنا دينـارا وخذ منا دينارا باسم الجزية ، وجب أخذ الدينار ، لأن الزيادة وجبت لتغيير الاسم ، فاذا رضوا بالاسم وجب اسقاط الزيادة .

فصـــل والمستحب ان يجعل الجزية على ثلاث طبقـات فيجعل على الفقير المعتمل دينارا وعلى المتوسط ديناران ، وعلى الغنى اربعة دنانير ، لأن عمر رضى الله عنه بعث عثمان بن حنيف الى الكوفة فوضع عليهم ثمـانية وأربعين ، وأربعة وعشرين ، واثنى عشر . ولأن بذلك يخرج من الخـلاف ، لأن أبا حنيفة لا يجيز الا كذلك .

الشرح حديث معاذ مضى تخريجه فى كتاب الزكاة والكلام عن طرقه وفقهه وما اعترض عليه به من رواية طاوس عن معاذ وجواب الامام النووى رضى الله عنه وسنتكلم عليه فى (وجوب الجزية فى آخر الحول) أما خبر مقاولة زرعة بن النعمان أو النعمان بن زرعة لعمر رضى الله عنه فقـد رواه الشافعى والبيهقى فى السنن الكبرى بنحوه وخبر بعث عمر لعثمـان ابن حنيف رواه أبو عبيـد فى الأموال من طريق أبى اسحق عن حارثة بن مضرب عن عمر أنه بعث عثمان بن حنيف الخ .

أما اللغات فالمعافرى ثوب منسوب الى المعـافر قرية باليمن قرب صنعاء مشهورة بصنع الثياب المنسوبة اليها .

أما الأحكام فأقل ما يقبل من الذمى دينار فى كل سنة ، فان لم يبذل لا دينارا فى كل سنة قبل منه ، غنيا كان أو فقيرا . وقال أبو حنيفة : يجب على الغنى ~~فى كل سنة قبل منه ، غنيا كان أو فقيرا . وقال أبو حنيفة : يجب فيكون عليه أربعة دنانير~~ . وعلى المتوسط أربعة وعشرون درهما ، وعلى الفقير المعتمل اثنا عشر درهما .

وقال مالك رحمه الله : ان كان من أهل الذهب فالواجب عليه كل سنة أربعـة دنانير ، وان كان من أهل الورق فالواجب عليه فى كل سـنة ثمانية وأربعون درهما . وقال الثورى : الجزية ليست مقـدرة ، وانما الواجب ما رآه الامام من اجتهاده من قليل وكثير . دليلنا ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه لما بعث معاذا رضى الله عنه الى اليمن قال : « خذ من كل حالم دينارا وعدله معافريا » وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بأخذ الجزية من أهل الكتاب من كل واحد دينارا وعدله معافريا » ولم يفرق بين الغنى والفقير والمتوسط .

اذا ثبت هذا فالمستحب للامام أن لا يجبر الذمى على بذل أقل من دينار ، وهو أقل الواجب عليه ، بل يجوز له أن يساكسه ليزيد عليه ، ويجعل الجزية عليهم على ثلاث طبقات فالفقير دينار ، والمتوسط ديناران ، والغنى أربعة دنانير ، لما روى أبو عبيد فى الأموال وغيره أن عمر رضى الله عنه صالح أهل الشام على أن يأخذ من الغنى ثمانية وأربعين درهما ومن المتوسط أربعة وعشرين ، ومن دونه دينارا ، ولأنه يخرج بذلك من الخلاف لأبى حنيفة — فان التزم منهما بأكثر من دينار لزمه ، فان امتنع بعد ذلك فمن التزم ما زاد على دينار أجبر عليه الا أن يلحق بأهل الحرب ، ويمتنع ثم يبذل الدينار فانه يجب قبوله .

فرع وان امتنع قوم من أهل الكتاب من أداء الجزية باسم الجزية وطلبوا أن تؤخذ منهم الجزية باسم الصدقة على أن يؤخذ منهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين — ورأى الامام أن يصالحهم على ذلك — جاز ، لما روى أن قبائل تنوخ وبهراء وتغلب قد دانوا بدين النصارى وأشكل أمرهم ، هل دخلوا فى النصرانية قبل التبديل أو بعده ؟ فأقرهم عمر رضى الله عنه على دينهم ، وطلب أن يأخذ منهم الجزية فامتنعوا وقالوا : نحن عرب ولا تؤدى الجزية كما تؤدى العجم ، ولكن خذ منا الصدقة كما تأخذ من العرب ، فامتنع عمر رضى الله عنه من ذلك ، وقال : الصدقة على المسلمين ، لا أقركم الا بالجزية ، فقالوا : خذ من منا ضعف ما تأخذه من المسلمين فامتنع عمر رضى الله عنه ، ففروا من ذلك ، ولحق بعضهم بالروم ، فقال له النعمان بن زرعة أو زرعة بن النعمان : يا أمير المؤمنين ان فيهم بأسا وقوة ، وانهم عرب يأنفون من الجزية فلا تعن عدوك عليك بهم فخذ منهم الجزية باسم الصدقة ، فبعث عمر رضى الله عنه اليهم فردهم وأخذ منهم الجزية وأضعف عليهم الصدقة . قال المسعودى : ولو استصوب الامام أن يضرب عليهم نصف الصدقة جاز ، فان صالحهم على أن يأخذ منهم الجزية باسم الصدقة ، وكان لصبى من أهل الذمة منهم مال يبلغ النصاب لم يأخذ منه . وقال أبو حنيفة : تؤخذ منه ، ولكن لا تؤخذ منه باسم الجزية ولا تضرب على مملوك وزمن وأعمى ومقعد وفقير لا يكتسب وراهب

لا يخالط ، وقال فى حاشية ملتقى الأبحر : ومدبر ومملوك ومكاتب وشيخ كبير ولا على امرأة ولا صبى لأنها وجبت بدلا عن القتل أو عن القتال وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم الأهلية . وعن أبى يوسف أنها تجب على الشيخ الكبير والزمن والأعمى والمقعد اذا كان لهم مال لأنهم يقتلون فى الجملة اذا كانوا صاحب رأى . كذا فى الاختيار أ هـ .

وقال ابن قدامة فى المغنى من كتب الحنابلة : لا نعلم بين أهل العلم خلافا فى أن لا جزية على صبى ولا زائل ولا امرأة ، ثم قال : وقد دل على صحة هذا : « أن عمر رضى الله عنه كتب الى أمراء الأجناد ان اضربوا الجزية ولا تضربوها على النساء والصبيان ، ولا تضربوها الا على من جرت عليه المواسى » رواه سعيد وأبو عبيد والأثرم [1] .

وقول النبى صلى الله عليه وسلم لمعاذ : « خذ من كل حالم دينارا » دليل أنها لا تجب على غير بالغ ، ولأن الدية تؤخذ لحقن الدم وهؤلاء دماؤهم محقونة بدونها أ هـ .

ومما تقدم ندرك ان المأخوذ منهم الجزية على طبقات ثلاث أدونهم دينار أو اثنا عشر درهما وأوسطهم ضعف أدونهم وهو أربعة وعشرون وأيسرهم ضعف أوسطهم وهو ثمانية وأربعون .

وعلى هذا تكون الجزية فى تقديرها وفيمن تضرب عليهم توقيفية لا مجال للاجتهاد من الامام فى شىء من ذينك الأمرين ، وهو قول أصحابنا من الشافعية وأبى حنيفة ، وقول عند أحمد .

وعلى غير هذا تكون الجزية غير مقدره ، بل يرجع فيها الى اجتهاد الامام فى الزيادة والنقصان . وهو قول لأحمد رواه الاثرم وحكاه ابن قدامة هكذا : « قال الأثرم : قيل لأبى عبد الله فيزاد فيه وينقص ؟ ـ يعنى الجزية

---

(١) قلت : وقد اخرجه البيهقى من طريق زيد بن أسلم عن أبيه ، ورواه من طريق اخرى بلفظ : « لا تضعوا الجزية على النساء والصبيان » .

ـ قال : نعم ، يزاد فيه وينقص على قدر ما يرى الامام . وذكر أنه زيد عليهم فيما مضى درهمان ، فجعله خمسين .

وقال الخلال : العمل فى قول أبى عبد الله ـ يعنى أحمد بن حنبل ـ على ما رواه الجماعة بأنه لا بأس للامام أن يزيد فى ذلك وينقص على ما رواه عنه أصحابه فى عشرة مواضع ، فاستقر قوله على ذلك .

وهذا قول الثورى وأبى عبيد ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم : « أمر معاذا أن يأخذ من كل حالم دينارا وصالح أهل نجران على ألفى حلة ، النصف فى صفر والنصف فى رجب » رواهما أبو داود .

وعمر جعل الجزية على ثلاث طبقات : على الغنى ثمانية وأربعين درهما ، وعلى المتوسط أربعة وعشرين درهما وعلى الفقير اثنى عشر درهما ، وصالح بنى تغلب على مثلى ما على المسلمين من الزكاة ، وهذا يدل على أنها الى رأى الامام ، لولا ذلك لكانت على قدر واحد فى جميع هذه المواضع ولم يجز أن تختلف .

قال البخارى : قال ابن عيينة عن أبى نجيح : قلت لمجاهد ما شأن أهل الشام عليهم أربعة دنانير وأهل اليمن عليهم دينار ؟ قال : جعل ذلك من أجل اليسار ، ولأنها عوض فلم تقدر كالأجرة .

وهناك رواية ثالثة للامام أحمد أن أقلها مقدر بدينار وأكثرها غير مقدر ، وهو اختيار القاضى أبى بكر من أصحابه فتجوز الزيادة ولا يجوز النقصان ، لأن عمر زاد على ما فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقص منه ، وروى أنه زاد على ثمانية وأربعين فجعلها خمسين .

قال ابن قدامة : الفصل الثانى : اننا اذا قلنا بالرواية الأولى ، وأنها مقدرة ، فقدرها فى حق الموسر ثمانية وأربعون درهما وفى حق المتوسط أربعة وعشرون وفى حق الفقير اثنا عشر ، وهذا قول أبى حنيفة . وقال مالك : هى فى حق الغنى أربعون درهما أو أربعة دنانير وفى حق الفقير عشرة دراهم أو دينار وروى ذلك عن عمر ا هـ .

وقال الحافظ ابن حجر فى الفتح : واختلف السلف فى أخذها من الصبى فالجمهور قالوا : لا تؤخذ على مفهوم حديث معاذ وكذا لا تؤخذ من شيخ فان ولا زمن ولا امرأة ولا مجنون ولا عاجز عن الكسب ولا أجير ، ولا من أصحاب الصوامع فى قول ، والأصح عند الشافعية الوجوب على من ذكرنا أخيرا أ هـ .

وردنا على أبى حنيفة فى قوله : تؤخذ الجزية باسم الصدقة من الصبى والمرأة : انها جزية فى الحقيقة لا صدقة ، ولا جزية عليهما .

فان أضعف فانه يأخذ من كل خمس من الابل شاتين ، ومن خمس وعشرين من الابل ابنتى مخاض ولا يأخذ منهما حقة كما لو كانت خمسين . وان ملك رجل منهم عشرين من الغنم أو بعيرين ونصفا فهل يؤخذ منه شىء ؟ فيه قولان حكاهما المسعودى أحدهما : لا يؤخذ من النصاب ، لأن من ملك ما يجب فيه الشاة من الابل أخذت منه كالمسلم اذا ملك خمسا من الابل ، وان وجب عليه حقتان فلم يوجدا أخذ منه ابنتا لبون ، وهل يضعف عليهم الجبران ؟ فيه وجهان حكاهما المسعودى أحدهما : يضعف عليه فيؤخذ منه ثمانى شياه كما تضعف الصدقة . والثانى لا تضعف ، لأن هـذا تضعيف التضعيف وذلك أنا ضعفنا حتى أخذنا مكان الحقة حقتين ثم اذا انتقلنا الى ابنتى لبون فأخذنا منه مع ابنتى لبون أربع شياه ، فهذا جبران مضعف ولولا التضعيف لأخذنا منه شاتين كما نأخذ من المسلمين ، والجزية على المشركين .

وقال على رضى الله عنه وأرضاه : لا آخذ من مشرك صدقة ، فان بلغ ما يؤخذ منهم باسم الصدقة دينارين أو أكثر فطلبوا أن يؤخذ منهم من كل واحد منهم دينار باسم الجزية وجب رد ما زاد على الدينار وأخذ دينار ، لأن الزيادة على الدينار لتغيير الاسم . وقد رضوا باسم الجزية . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ويجوز ان يضرب الجزية على مواشيهم ، وعلى ما يخرج من الأرض ، من ثمر أو زرع . فان كان لا يبلغ ما يضرب على الماشية وما يخرج من الأرض دينارا لم يجز ، لان الجزية لا تجوز أن تنقص عن دينار . وان شرط أنه ان نقص عن دينار تمم الدينار جاز ، لأنه يتحقق حصول الدينار . وان غلب على الظن أنه يبلغ الدينار ـ ولم يشترط انه لو نقص الدينار تمم الدينار ـ ففيه وجهان أحدهما : أنه لا يجوز ، لأنه قد ينقص عن الدينار . والثانى : انه يجوز ، لأن الغالب فى الثمار انها لا تختلف . وان ضرب الجزية على ما يخرج من الأرض فباع الأرض من مسلم صح البيع، لأنه مال له ، وينتقل ماضرب عليها الى الرقبة ، لأنه لا يمكن أخذ ما ضرب عليها من المسلم لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا ينبغى لمسلم ان يؤدى الخراج » لأنه جزية فلا يجوز أخذها من المسلم ، ولا يجوز اقرار الكافر على الكفر من غير جزية فانتقل الى الرقبة .

الشرح حديث « لا ينبغى لمسلم أن يؤدى الخـراج » سبق تخريجه فى كتاب الزكاة وفى معناه حديث : « ليس على مسلم جزية » عند أحمـد والنسائى والترمذى فى الزكاة وأبى داود فى الخراج والامارة من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص .

أما اللغات فقوله : (يضرب عليها الجزية) أى يجعل ضريبة تؤدى كل سنة مثل ضريبة العبد وهى غلته هكذا أفاده ابن بطال فى شرح غريب المهذب .

اما الأحكام فاذا صالحهم الامام على أن يأخذ منهم الجزية باسم الصدقة فلابد أن يكون ما يأخذ من كل واحد منهم يبلغ دينـارا ، لأن أقل الجزية دينار ، فان شرط ذلك فى العقد صح ، وان لم يشرط ذلك ـ ولكن غلب على ظن الامام أن ما يأخذ من كل واحد منهم لا ينقص عن دينار ـ ففيه وجهان ، أحدهما : يصح لأن الظـاهر أن الثمار والمواشى لا تختلف والثانى : لا يصح لأنه قد ينقص عن الدينار . واختلف أصحابنا فى كيفية صلح عمر رضى الله عنه لنصـارى العرب على أضعاف الصدقة ، فقـال أبو اسحق : انما صالحهم على ذلك لأنه علم أن لهم أموالا ظاهرة من المواشى

والزروع ، يحصل من زكاتها قدر الدينار ، واختلف أصحابنا فى كيفية صلح عمر رضى الله عنه لنصارى العرب على اضعاف الصدقة فقال أبو اسحق: انما صالحهم على ذلك لأنه علم أن لهم أموالا ظاهرة من المواشى والزروع يحصل من زكاتها قدر الدينار وأكثر ، ومنهم من قال : صالحهم على ذلك وشرط ان بلغ ما يأخذه من كل واحد منهم باسم الصدقة قدر دينار فلا كلام ، والا وجب عليه اتمام الدينار ، فان ضربت الجزية على ما يخرج من الأرض من الثمار والزروع باسم الصدقة فباع رجل منهم أرضه من مسلم أو ذمى صح البيع ، فان بقى مع البائع من الأموال الزكاتية ما يبلغ ما ضرب عليها من الجزية باسم الصدقة الدينار أو أكثر ، لم يطالب بأكثر من ذلك ، وان لم يبق له مال أو بقى له مال لا يفى ما ضرب عليه بالدينار ، انتقلت الجزية الى رقبته .

وأما الذى باعه الى مسلم فلا يطالب بما ضرب على الأرض من الجزية لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا ينبغى لمسلم أن يؤدى الجزية » . وان باعها من ذمى نظرت — فان كان ممن وقع عليه عقد الذمة معه على أن تؤخذ منه الجزية باسم الصدقة ، اذا زادت جزيته لما اشتراه من أرض وماشية ، وكذلك لو اشترى شيئا من أموال الزكاة من مسلم أيضا ، وان وقع عقد الذمة معه بشىء يؤديه باسم الجزية — لم تزد جزيته بما اشتراه من المال من مسلم والا ذمى ، لأن جزيته على رقبته .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وتجب الجزية فى آخر الحول ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم كتب الى اهل اليمن أن يؤخذ من كل حالم فى كل سنة دينار ، وروى أبو مجلز : « أن عثمان بن حنيف وضع على الرءوس على كل رجل اربعة وعشرين فى كل سنة » فان مات أو أسلم بعد الحول لم يسقط ما وجب ، لأنه عوض عن الحقن والمساكنة ، وقد استوفى ذلك فاستقر عليه العوض ، كالاجرة بعد استيفاء المنفعة ، فان مات أو أسلم فى أثناء الحول ففيه قولان ، احدهما : أنه لا يلزمه شىء لأنه مال يتعلق وجوبه بالحول ، فسقط بموته فى أثناء الحول كالزكاة . والثانى وهو الصحيح انه يلزمه من الجزية بحصة ما مضى ، لأنها

تجب عوضا عن الحقن والمساكنة ، وقد استوفى البعض فوجب عليه بحصته كما لو استأجر عينا مدة واستوفى المنفعة فى بعضها ثم هلكت العين .

الشرح كتاب النبى صلى الله عليه وسلم الى أهل اليمن روى من طريق حميد بن قيس عن طاوس عن معاذ عند مالك فى الموطأ وقد أعله بعضهم بالانقطاع اذ أن طاوسا لم يلق معاذا وقد أجاب الشافعى رضى الله عنه بأن طاوسا عالم بأمر معاذ وان لم يلقه لكثرة من لقيه ممن أدرك معاذا ، وهذا مما لا أعلم من أحد فيه خلافا . قال الحافظ ابن حجر فى تلخيص الحبير : ورواه البزار والدارقطنى من طريق ابن عباس وساق الحديث وقال : لكنه من طريق بقية بن الوليد عن المسعودى وهو ضعيف ، والرواية الثانية المذكورة عن معاذ أخرجها أيضا البزار وفى اسنادها الحسن بن عمارة وهو ضعيف ، ويدل على ضعفه ذكره فيها بقدوم معاذ على النبى صلى الله عليه وسلم مع أنه لم يقدم الا بعد موته صلى الله عليه وسلم فقد أخرج نحو هذه الرواية مالك فى الموطأ من طريق طاوس عن معاذ ، وليس عنده أن معاذا قدم قبل موت النبى صلى الله عليه وسلم بل صرح فيها أن النبى صلى الله عليه وسلم مات قبل قدومه . ولاشك أن حديث معاذ هذا صحيح لرواية أصحاب السنن له وأخرجه ابن حبان وصححه والدارقطنى والحاكم وصححه أيضا من رواية أبى وائل عن مسروق عن معاذ ورواه أبو داود والنسائى من رواية أبى وائل عن معاذ . وقد رجح الترمذى والدارقطنى الرواية المرسلة . وقد حمل ابن حزم بشدة كعادته فى المبالغة فى كل شىء على كونه متصلا ، وغلا فى ذلك حتى نفى الاتصال . ولكن ابن القطان قال : انه احتمال ، وينبغى أن يحكم لحديث مسروق بالاتصال على رأى الجمهور وقال ابن عبد البر فى التمهيد : اسناده متصل صحيح ثابت ، وقال الشوكانى : ووهم عبد الحق ونقل عنه أنه قال : مسروق لم يلق معاذا وتعقبه ابن القطان بأن أبا عمر قال ذلك فى رواية مالك عن حميد بن قيس عن طاوس عن معاذ . وقد تكلم الامام النووى على هذا فى كتاب الزكاة ، فخذ ما قاله هناك وما حكيناه هنا واشدد يديك . وقد ورد الحديث من طريق عمر بن عبد العزيز مرسلا عند الشافعى وهو مع حديث معاذ بطريقى مسروق وطاوس يعضد بعضها بعضا .

أما خبر عثمان بن حنيف فقد رواه أبو عبيد فى الأموال من طريق أبى اسحق عن حارثة بن يعقوب عن عمر وقد مضى آنفا . وأخرجه البيهقى من طريق مرسلة بلفظ : « ان عمر ضرب الجزية على الغنى ثمانية وأربعين . وعلى المتوسط أربعة وعشرين وعلى الفقير المكتسب اثنى عشر » .

اما اللغات فقوله : (الحقن) خلاف الهدر يقال : حقنت دمه حقنا من قولك : حقنت الماء فى السقاء اذا جمعته فيه ، كأنك جمعت الدم فى صاحبه فلم ترقه ، وحقنت المريض اذا أوصلت الدواء الى باطنه أو الى دمه بالمحقنة والاسم الحقنة ، (والمساكنة) المفاعلة تبادل أحوال المعيشة ، فالمساكنة هى المعايشة والمجاورة فى الأحياء والمدن والقرى ، والتبايع وتعاطى المنافع .

اما الأحكام فان الجزية تجب فى آخر الحول لقوله صلى الله عليه وسلم لمعاذ رضى الله عنه : « خذ من كل حالم دينارا فى كل سنة » فان مات الذمى أو أسلم بعد انقضاء الحول لم تسقط عنه الجزية . وقال أبو حنيفة : تسقط بالاسلام . وقاة الخرقى من أصحاب أحمد فى متنه المعروف : « ومن وجبت عليه الجزية فأسلم قبل أن تؤخذ منه سقطت عنه الجزية » قال ابن قدامة فى المغنى : وجملته أن الذمى اذا أسلم فى أثناء الحول لم تجب عليه الجزية ، وان أسلم بعد الحول سقطت عنه ، وهذا قول مالك والثورى وأبى عبيد وأصحاب الرأى . وقال الشافعى وأبو ثور وابن المنذر : ان أسلم بعد الحول لم تسقط لأنها دين يستحقه صاحبه ، واستحق المطالبة به فى حال الكفر فلم يسقط بالاسلام كالخراج وسائر الديون . قال : وللشافعى فيما اذا أسلم فى أثناء الحول قولان . أحدهما : عليه من الجزية بالقسط كما لو أفاق بعد الحول . اهـ .

وقد استدل القائلون بالاسقاط بقوله تعالى : « قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف » [1] وما رواه الخلال عن ابن عباس مرفوعا : « ليس على المسلم جزية » وقال أحمد : وقد روى عن عمر أنه قال : « وان

---

(١) الآية ٣٨ من سورة الأنفال .

أخذها فى كفه ثم أسلم ردها عليه » وروى أبو عبيد وغيره « أن ذميا أسلم فطولب بالجزية وقيل : انما أسلمت • تعوذا ، قال : ان فى الاسلام معاذا ، وكتب أن لا تؤخذ منه الجزية » •

وقالوا : ان الجزية صغار فلا تؤخذ منه كما لو أسلم قبل الحول ، ولأن الجزية عقوبة تجب بسبب الكفر فيسقطها الاسلام •

والجواب على هذا أن الجزية اذا أداها بعد اسلامه انما يؤدى دينا فى ذمته فلا يقتضيه هذا أن يكون مصحوبا بالصغار • قال فى البيان : دليلنا أنه حق ثبت فى الذمة فلم يسقط بالموت والاسلام كالدين • وان مات أو أسلم فى أثناء الحول ففيه قولان ، أحدهما : لا يجب عليه شىء ، وبه قال أبو حنيفة ، لأنه حق يعتبر فى وجوبه الحول ، فلم يتعلق حكمه ببعض الحول كالزكاة • والثانى : يجب عليه من الجزية بقدر ما مضى من الحول وهو الأصح ، لأنه حق يجب بالمساكنة ، فوجب عليه بقدر ما يسكن ، كما لو استأجر دارا ليسكنها سنة فسكنها بعض السنة وفسخت الاجارة ، فان مات وعليه ديون وجزية وضاقت تركته عن الجميع ، فهو كما لو مات وعليه دين وزكاة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ويجوز أن يشترط عليهم فى الجزية ضيافة من يمر بهم من المسلمين ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم : « صالح أكيدر دومة من نصارى ايلة على ثلثمائة دينار ، وكانوا ثلثمائة رجل ، وأن يضيفوا من يمر بهم من المسلمين • وروى عبد الرحمن بن غنم قال : كتبت لعمر بن الخطاب رضى الله عنه حين صالح نصارى أهل الشام : « بسم الله الرحمن الرحيم ، هذا كتاب لعبد الله عمر بن الخطاب أمير المؤمنين ، من نصارى مدينة كذا انكم لما قدمتم علينا سألناكم الأمان لأنفسنا ، وذرارينا ، وأموالنا ، وشرطنا لكم أن ننزل من يمر بنا من المسلمين ثلاثة أيام نطعمهم » ولا يشرط ذلك عليهم الا برضاهم لأنه ليس من الجزية • ويشترط عليهم الضيافة بعد الدينار ، لحديث أكيدر دومة ، لأنه اذا جعل الضيافة من الدينار لم يؤمن أن لا يحمل من بعد الضيافة مقدار الدينار ، ولا تشترط الضيافة الا على غنى

و متوسط ، وأما الفقير فلا تشترط عليه وان وجبت عليه الجزية ، لأن الضيافة تتكرر فلا يمكنه القيام بها . ويجب أن تكون أيام الضيافة من السنة معلومة ، وعدد من يضاف من الفرسان والرجالة وقدر الطعام والأدم والعلوفة معلوما ، ولأنه من الجزية فلم يجز مع الجهل بها ، ولا يكلفون الا من طعامهم وادامهم ، لما روى أسلم : « أن أهل الجزية من أهل الشام أتوا عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقالوا : إن المسلمين اذا مروا بنا كلفونا ذبح الغنم والدجاج فى ضيافتهم ، فقال : اطعموهم مما تأكلون ولا تزيدوهم على ذلك » ويقسط ذلك على قدر جزيتهم ، ولا تزاد أيام الضيافة على ثلاثة أيام ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الضيافة ثلاثة أيام » وعليهم أن يسكنوهم فى فضول مساكنهم وكنائسهم ، لما روى عبد الرحمن بن غنم فى الكتاب الذى كتب على نصارى الشام : « وشرطنا أن لا نمنع كنائسنا أن ينزلها أحد من المسلمين من ليل ونهار ، وأن توسع بوابها للمارة وأبناء السبيل » فان كثروا وضاق المكان قدم من سبق فاذا جاءوا فى وقت واحد أقرع بينهم لتساويهم ، وان لم تسعهم هذه المواضع نزلوا فى فضول بيوت الفقراء من غير ضيافة .

الشرح خبر صلح دومة الجندل رواه ابن سعد فى الطبقات وابن هشام فى السيرة والواقدى فى المغازى والبيهقى فى السنن وأحمد فى المسند وسنأتى على وصفها فى الأحكام . أما كتابة خطاب عمر بن الخطاب رضى الله عنه لنصارى الشام فقد أخرجه البيهقى فى السنن وسيأتى نصه فى الأحكام .

أما خبر أسلم وهو مولى عمر رضى الله عنه فقد ذكره ابن أبى حاتم عن ابن عباس وليس فيه أسلم . ولعل المصنف كان يحفظ طريقا عن أسلم لم تصل الينا فيما بلغنا من دواوين السنة ، الأمر الذى جعل ابن حجر يقول : لم أجده .

أما حديث : « الضيافة ثلاثة أيام » فيؤخذ على المصنف قوله : روى بصيغة التمريض مع أن الحديث أخرجه البخارى فى صحيحه : « الضيافة ثلاثة أيام فما كان وراء ذلك فهو صدقة » عن أبى شريح . وأخرجه أحمد فى مسنده وأبو داود فى سننه عن أبى هريرة وفى مسندى أحمد وأبى يعلى عن أبى سعيد الخدرى والبزار عن ابن عمر والطبرانى فى الأوسط عن ابن

عباس بلفظ : « الضيافة ثلاثة أيام ، فما زاد فهو صدقة » وأخرجه البزار أيضا عن ابن مسعود بزيادة : « وكل معروف صدقة » .

اما اللغات فأكيدر هو ابن عبد الملك . وأكيدر كأحيمر تصغير أفعل كدر نقيض صفا .

قال فى تلخيص الحبير : ان ثبت أن أكيدر كان كنديا ففيه دليل على أن الجزية لا تختص بالعجم من أهل الكتاب ، لأن أكيدر كان عربيا أ هـ . وقال المجد ابن تيمية فى المنتقى بعد أن ساق رواية أبى داود فى صلح خالد : وهو دليل على أنها ــ أى الجزية ــ لا تختص بالعجم ، لأن أكيدر دومة عربى من غسان ا هـ .

ودومة [1] بضم الدال وأنكر ابن دريد الفتح وعده من أغلاط المحدثين ، بينها وبين دمشق بضع مراحل وحصتها مارد ، وسميت دومة الجندل لأنها مبنية بالجندل وهى قرب جبلى طىء ودومة من القريات من وادى القرى . والقريات دومة ، وسكاكه ، وذو القارة وعليها سور يتحصن به وفى داخل السور حصن منيع يقال له مارد ، وهو حصن أكيدر وكان نصرانيا ثم أجلاه عمر فيمن أجلى من أهل الكتاب الى الحيرة ، فنزل موضعا قرب عين التمر ، وبنى به منازل وسماه باسم حصنه بوادى القرى . والجندل قال سيبويه : قالوا جندل يعنون الجنادل وصرفوه لنقصان البناء عما لا ينصرف .

اما الأحكام فانه اذا عقد الامام الذمة لقوم جاز أن يشترط عليهم ضيافة من يمر بهم من المسلمين لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم صالح أهل أيلة على ثلاثمائة دينار وكانوا ثلاثمائة رجل وكتب اليهم الصلح ، وكان ذلك فى غزوة تبوك . واليك نص العهد : ــ

« بسم الله الرحمن الرحيم ـ هذا أمنة من الله ومحمد النبى صلى الله عليه وسلم ليحنة بن رؤبة وأهل أيلة . سفنهم وسيارتهم فى البر والبحر ،

---

(١) هذا البحث منقول من كتابنا خالد والدعوة المحمدية هامش ص ٨٩ نشر المكتبة العالمية .

لهم ذمة الله ورسوله ، ومن كان معهم من الشام وأهل اليمن وأهل البحر ، فمن أحدث منهم حدثا فانه لا يحول ماله دون نفسه ، وانه لمن أخذه من الناس ، وانه لا يخل أن يمنعوا ماء يردونه ، ولا طريقا يردونه من بحر أو بر » وعندما كان المسلمون فى تبوك بقيادة رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان على الساقة خالد بن الوليد ، لم يرض خالد أن يعود المسلمون بغير أن يصيبوا من هذه الحركة أمرا يتحدث به الناس ، وترتعد من أجله فرائص من عساهم تحدثهم أنفسهم بالوقوف أمام دعوة الله تعالى ، فانتهز فرصة وجوده فى مؤخرة الجيش وتخلفه عنه فاستأذن النبى صلى الله عليه وسلم فى الهجوم على دومة الجندل لاخضاع مليكها أكيدر بن عبد الملك ثم سار حتى اقترب منها ، وكان فى ضواحى هذه المدينة كثير من الأحراش والجبال التى تعيش فيها أنواع كثيرة من بقر الوحش ، وكان أكيدر وأسرته مغرمين بصيد الأبقار ، ولأمر أراده الله تكاثرت الثيران حول قصره ، وأخذت تحك بقرونها أسوار الحصن وأبواب القصر ، حتى انه لم يستطع أن يقاوم هذا الاغراء فخرج بعد طول احتجاب عن الصيد فترة طويلة ، وفى أثناء هذه المصاولة والمطاردة مع الثيران المتوحشة ، لا يقطع صفو هذه الجماعة المستمتعة برياضة الصيد سوى طلائع خيل خالد بن الوليد فتأخذ الحمية أكيدر وأخاه حسانا فيبرى كل منهما للنزال ، وكأنه يظن أن مبارزة الأبطال تعدل مصارعة الثيران التى ترتع فى الوادى طلبا للكلأ والأب ، وسولت لهم أنفسهم أن ينازلوا حواريى النبوة ، وحراس الدعوة فخرج حسان بن عبد الملك أخو أكيدر لينازل خالدا كى يخر بعد طرفة عين مجندلا ، وشلوا ممزقا ، وعظما متفرقا ، من وكزة خالدية أتبعها بصمصام مهند .

وخشى خالد ان قتل أكيدر نفسه أن يلقى من النبى صلى الله عليه وسلم بعض اللوم ، ففاوضه وأجاره من القتل على أن يحمل الى النبى صلى الله عليه وسلم أسيرا ، وذكر ابن عائذ فى معرض الحديث عن هذا الخبر أن أكيدر قال عن البقر : والله ما رأيتها قط أتتنا الا البارحة ، ولقد كنت أخرج لها اليومين والثلاثة ولكن قدر الله قلت : وكان الله يريد أن يصدق نبيه .

ويقول أحد شعراء الصحابة :

تبـارك سائق البقرات انى ... رأيت الله يهـدى كل هاد

فمن يك حائدا عن ذى تبوك ... فانا قـد أمرنا بالجهـاد

أما ارادة الله تصديق نبيه فذلك أن البيهقى : أخرج عن عبد الله بن أبى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث خالدا الى أكيدر بن عبد الملك ـ رجل من كندة ـ كان ملكا على كندة نصرانيا ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم لخالد : انك ستجده يصيد البقر ، فخرج خالد حتى اذا كان من حصنه منظر العين ، وفى ليلة مقمرة صافية ، وهو على سطح ومعه امرأته ، فأتت البقر تحك بقرونها باب القصر ، فقالت امرأته : هل رأيت مثل هذا قط ؟ قال : لا والله ، قالت : فمن يترك مثل هذا ؟ قال : لا أحد ، فنزل فأمر بفرسه فسرج ، وركب معه نفر من أهل بيته فيهم أخ له يقال له : حسان ، فخرجوا معه بمطارفهم فتلقاهم خيل رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخذته وقتلوا أخاه حسانا ، وكان عليه قباء ديباج مخوص بالذهب فاستلبه اياه خالد بن الوليد ، فبعثه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل قدومه عليه ، ثم ان خالدا قدم بالأكيدر على رسول الله صلى الله عليه وسلم فحقن له دمه وصالحه على الجزية وأخلى سبيله فرجع الى قريته » .

وكتاب نصارى الشام لعمر نصه : « بسم الله الرحمن الرحيم ، هـذا كتاب لعبد الله أمير المؤمنين من نصارى مدينة كذا وكذا ، انكم لما قدمتم علينا سألناكم الأمان لأنفسنا وذرارينا وأموالنا وأهل ملتنا ، وشرطنا لكم على أنفسنا أن لا نحدث فى مدينتنا ولا فيما حولنا ديرا ولا كنيسة ولا صومعة راهب ، ولا نجدد ما خرب منها ولا نحيى ما كان منها فى خطط المسلمين ، وأن لا نمنع كنائسنا أن ينزلها أحد من المسلمين فى ليل ولا نهار ، ونوسع أبوابها للمارة وابن السبيل ، وأن ننزل من مر بنا من المسلمين ثلاثة أيام ونطعمهم ، وأن لا نؤوى فى كنائسنا ولا منازلنا جاسوسا ، ولا نكتم غشا للمسلمين ، ولا نعلم أولادنا القرآن ولا نظهر شركا ، ولا ندعو اليه أحدا ، ولا نمنع أحدا من قرابتنا الدخول فى الاسلام ان أراده ، وأن نوقر

المسلمين وأن نقوم لهم من مجالسنا اذا أرادوا جلوسا ، ولا نتشبه بهم فى شيء من لباسهم من قلنسوة ، ولا عمامة ، ولا نعلين ، ولا فرق شعر ، ولا نتكلم بكلامهم ، ولا نتكنى بكناهم ، ولا نركب السروج ، ولا نتقلد السيوف ، ولا نتخذ شيئا من السلاح ولا نحمله معنا ، ولا ننقش خواتيمنا بالعربية ، ولا نبيع الخمور ، وأن نجز نواصى مقاديم رءوسنا ، وأن نلزم زينا حيثما كنا ، وأن نشد الزنانير على أوساطنا ، وأن لا نظهر صلبنا وكتبنا فى شى من طريق المسلمين ولا أسواقهم ، وأن لا نظهر الصليب على كنائسنا ، وأن لا نضرب بناقوس فى كنائسنا بين حضرة المسلمين ، وأن لا نخرج شعانين ولا باعوثا [1] ولا نرفع أصواتنا مع أمواتنا ، ولا نظهر النيران معهم فى شيء من طريق المسلمين ، ولا نجاورهم موتانا ، ولا نتخذ من الرقيق ما جرى عليه سهام المسلمين ، وأن نرشد المسلمين ولا نطلع عليهم فى منازلهم ـ قال عبد الرحمن بن غنم : فلما أتيت عمر بالكتاب زاد فيه : ـ وأن لا نضرب أحدا من المسلمين ، شرطنا لهم ذلك على أنفسنا وأهل ملتنا ، وقبلنا منهم الأمان ، فان نحن خالفنا شيئا مما شرطناه لكم على أنفسنا فلا ذمة لنا ، وقد حل لكم ما يحل لكم من أهل المعاندة والشقاوة » رواه البيهقى وغيره وفى اسناده حنش الصنعانى وهو ضعيف • قال النسائى : ليس بالقوى وقال البخارى : يتكلمون فيه • وقال أبو داود : ثقة • وقال أبو حاتم : صالح ولا أراهم يحتجون به •

اذا ثبت هذا فانه يجب عليهم أن يضيفوا من ينزل بهم من المسلمين مدة لا تزيد على ثلاثة أيام ، ولأن فى ذلك مصلحة للغنى والفقير ، أما غنى المسلمين فانه اذا دخل اليهم فلابد له من شيء يشتريه لقوته وقوت دوابه ، فاذا لم تكن عليهم ضيافة ربما امتنعوا من البيع اليه لالحاق الضرر به ، واذا كانت عليهم الضيافة بادروا الى البيع منه مخافة أن ينزل عليهم ، وأما الفقير فاذا لم تكن عليهم ضيافة فانهم لا يطعمونه فيهلك جوعا •

ويجب أن تكون على أقل الجزية ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم صالح

---

(١) الشعانين عيد السعف عند النصارى والباعوث استسقاؤهم •

أهل أيلة على ثلاثمائة دينار وكانوا ثلاثمائة رجل — وضيافة من يمر بهم من المسلمين • هذا نقل أصحابنا البغداديين ، وقال الخراسانيون : هل تحتسب الضيافة من الجزية ؟ فيه وجهان أحدهما : تحتسب اذ لا شيء عليهم سوى الجزية ، والضيافة مال ينتفع به المسلمون • والثانى : لا تحتسب ، لأن للجزية مصارف معلومة ، وقد ينزل بهم من لا يصرف اليه الجزية ، ولا يشترط عليهم الضيافة الا برضاهم لأنها زائدة على أخذ الجزية ، فلا يلزمهم ذلك الا برضاهم • ويشترط أن يكون عدد من يضاف من الفرسان والرجالة من المسلمين معلوما ، وعدد أيام كل ما يضاف وكل رجل من المسلمين معلوما فنقول : يضاف المسلم يوما أو يومين أو ثلاثة ، ولا تزاد ضيافة الواحد من المسلمين على ثلاثة أيام لقوله صلى الله عليه وسلم : « الضيافة ثلاثة أيام وما زاد فهو صدقة » ويشترط قدر الطعام والأدم لكل واحد منهم للمسلمين ، فيقال : لكل رجل من المسلمين كذا وكذا رطلا من الخبز ، وكذا وكذا رطلا من الأدم ، ويكون ذلك من جنس طعامهم وإدامهم لما روى أن أهل الشام من أهل الجزية اتوا عمر رضى الله عنه وقالوا : ان المسلمين اذا مروا بنا كلفونا ذبح الغنم والدجاج فى ضيافتهم ، فقال لهم عمر رضى الله عنه : « أطعموهم مما تأكلون ولا تزيدوهم على ذلك » ويذكر علف الدواب تبنا أو شعيرا ، فان أطلق ذكر العلف ، قال الشافعى رضى الله عنه : اقتضى التبن والحشيش لأنه أقل العلف بالاطلاق • ا هـ •

ويجوز شرط الضيافة على الغنى منهم والمتوسط ، وأما الفقير فاختلف أصحابنا فيه فقال الشيخ أبو اسحق هنا : لا يشترط الضيافة عليه وان كانت عليه الجزية ، لأن الضيافة تتكرر فلا يمكنه القيام بها • وقال الشيخ أبو حامد وبعض أصحابنا : يجوز شرطها على الفقير ، كما يجوز شرطها على الغنى والمتوسط ، ولكن لا تساوى بينهم فى عدد من يضيف كل واحد منهم من المسلمين ، ولكن يجعل عدد من يضيفون على مراتب كما قلنا فى قدر جزيتهم فان شرط على الغنى ضيافة عشرين كان على المتوسط ضيافة عشرة ، وعلى الفقير ضيافة خمسة ولكن لا يتساوون فى جنس ، الا اذا كانوا متساوين فى قدر الجزية فانهم يتساوون فى عدد من يضيفونه •

قال المسعودى : ولو حال الحول وبقى على واحد منهم شىء من الضيافة استوفى منه •

اذا ثبت هذا فان وفوا بما شرط عليهم من الضيافة فقد أدوا ما عليهم ، وان امتنع أحدهم منها أجبره الامام عليها • وان امتنعوا كلهم وقاتلوا الامام فقد نقضوا العهد والذمة ، فان طلبوا بعد ذلك أن تعقد لهم الذمة بأقل من الجزية بغير ضيافة وجب العقد لهم بذلك ، ولكن يلزمهم الوفاء بالضيافة الى حين الامتناع ، لأنه قد لزمهم بالالتزام الأول ، وانما تسقط عنهم الضيافة بعد الامتناع • والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا تؤخذ الجزية من صبى لحديث معاذ قال : « امرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان آخذ من كل حالم دينارا او عدله معافريا » ولأن الجزية تجب لحقن الدم ، والصبى محقون الدم ، وان بلغ صبى من أولاد أهل الذمة فهو فى أمان ، لأنه كان فى الأمان فلا يخرج منه من غير عناد ، فان اختار أن يكون فى الذمة ففيه وجهان احدهما : انه يستأنف له عقد الذمة ، لأن العقد الأول كان للأب دونه ، فعلى هذا جزيته على ما يقع عليه التراضى • والثانى : لا يحتاج الى استئناف عقد لأنه تبع الأب فى الامان ، فتبعه فى الذمة ، فعلى هذا يلزمه جزية أبيه وجده من الأب ، ولا يلزمه جزية جده من الأم ، لأنه لا جزية على الام فلا يلزمه جزية ابيها •

فصل ولا تؤخذ الجزية من مجنون ، لأنه محقون الدم فلا تؤخذ منه الجزية كالصبى • وان كان يجن يوما ويفيق يوما لفق أيام الافاقة فاذا بلغ قدر سنة اخذت منه الجزية ، لأنه ليس تغليب أحد الأمرين بأولى من الآخر ، فوجب التلفيق • وان كان عاقلا فى أول الحول ثم جن فى أثنائه ، واطبق الجنون ، ففى جزية ما مضى من أول الحول قولان كما قلنا فيمن مات أو أسلم فى أثناء الحول •

فصل ولا تؤخذ الجزية من امرأة لما روى أسلم : « أن عمر رضى الله عنه كتب الى امراء الجزية أن لا يضربوا الجزية على النساء ، ولا تضربوا الا على من جرت عليه الموسى » ولأنها محقونة الدم فلا تؤخذ منها الجزية كالصبى ، ولا تؤخذ من الخنثى المشكل لجواز ان يكون امرأة • وان طلبت

امرأة من دار الحرب أن تعقد لها الذمة وتقيم فى دار الاسلام من غير جزية جاز ، لأنه لا جزية عليها، ولكن يشترط عليها أن تجرى عليها أحكام الاسلام . وان نزل المسلمون على حصن فيه نساء بلا رجال فطلبن عقد الذمة بالجزية ففيه قولان ، احدهما : انه لا يعقد لهن لأن دماءهن محقونة ، فعلى هذا يقيمون حتى يفتحوا الحصن ويستبقوهن . والثانى : انه يجوز أن يعقد لهن الذمة وتجرى عليهن أحكام المسلمين كما قلنا فى الحربية اذا طلبت عقد الذمة ، فعلى هذا لا يجوز سبيهن وما بذلن من الجزية كالهدية ، وان دفعن اخذ منهن وان امتنعن لم يخرجن من الذمة .

الشرح حديث معاذ مضى تخريجه فى الباب . وخبر أسلم أخرجه البيهقى عن زيد بن أسلم عن أبيه : « أن عمر كتب الى أمراء الأجناد أن لا يضربوا الجزية على من جرت عليه المواسى وكان لا يضرب على النساء والصبيان » ورواه من طريق أخرى بلفظ : « لا تضعوا الجزية على النساء والصبيان ، أما أسلم فهو مولى عمر رضى الله عنه من سبى عين التمر التى فتحها خالد بن الوليد . وقيل : حبشى مخضرم روى عن أبى بكر الصديق وعبد الله بن عمر . وقال الخزرجى فى التهذيب : روى عن أبى . وقال الحافظ ابن حجر فى التقريب : أسلم العدوى مولى عمر ، ثقة مخضرم مات سنة ثمانين ، وقيل بعد سنة ستين ، وهو ابن أربع عشرة ومائة سنة . وقال الأستاذ عبد الوهاب عبد اللطيف فى تعليقه على تقريب [1] التهذيب : المخضرم بفتح الراء عند المحدثين ، وبكسرها عند اللغويين : من أدرك الجاهلية ، ويقيده المحدثون بمن لم ير النبى صلى الله عليه وسلم مؤمنا به .

أما اللغات فقوله : (أو عدله معافريا) العدل بالكسر المثل المساوى للشىء ، ومنه عدل الحمل ، قال ابن الأنبارى : العدل بالكسر ما عادله الشىء من جنسه . والعدل بالفتح ما عادله من غير جنسه . قال البصريون : العدل والعدل لغتان وهما المثل . والمعافر البرود تنسب الى معافر باليمن وهم حى من همدان أى تنسب اليهم الثياب المعافرية . هكذا أفاده ابن بطال فى غريب المهذب .

---

(١) ص ٦٤ جـ ١ طبعة الشيخ محمد سلطان التمنكانى صاحبة المكتبة العلمية بالمدينة المنورة .

اما الأحكام فانه لا تؤخذ الجزية من صبى لقوله تعالى : « قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر [1] ــ الآية » فأمر بقتال أهل الكتاب الى أن يعطوا الجزية ، والصبى لا يقاتل ولقوله صلى الله عليه وسلم لمعاذ : « خذ من كل حالم دينارا » ولخبر عمر . « أنه كتب الى أمراء الأجناد أن لا يأخذوا الجزية الا ممن جرت عليه المواسى » قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم : فان بذل الذمى الجزية عن ولده الصغير ، قيل له : أتبذله من مال الصغير ؟ أم من مالك ؟ فان قال : أبذله من مال الصغير ، لم يجز أخذه لأن الصغير لا جزية عليه . وان قال : أبذله من مالى ، أخذه منه لأنه بذل زيادة على جزيته .

اذا ثبت هذا فان ولد الذمى تابع لأبيه فى الأمان ما لم يبلغ . فاذا بلغ زال حكم التبع ، وقيل له : لا يجوز اقرارك فى بلاد الاسلام بغير الجزية ، فان لم يبذل الجزية صار حربا لنا ، وان اختار أن يبذل الجزية فهل يفتقر الى استئناف عقد الذمة ؟ فيه وجهان ، أحدهما لا يفتقر الى استئناف عقد لأنه عقد دخل فيه قبل البلوغ . فاذا بلغ لزمه كاسلام أبيه فعلى هذا يلزمه جزية أبيه ، فان كان أبوه قد بذل فى جزيته أكثر من دينار لزم الولد مثل ذلك ، فان قال هذا الابن : لا ألتزم الا بالدينار لم يقبل منه الا ان امتنع بالقتال ثم بذل الدينار ، فانه يجب قبوله منه ، ولا يلزم الولد جزية جده عن قبل الأم لأنه لا جزية على الأم ، فلا يلزمه جزية أبيها والوجه الثانى : أنه يفتقر الى استئناف عقد ــ وهو الأصح ــ لأن عقد الأب انما كان لنفسه ، وانما يتبعه الولد لصغره ، فاذا بلغ زال التبع ، فعلى هذا يرفق الامام به ليلتزم أكثر من الدينار ، فان لم يرض الا بالتزام الدينار لا غير ، وجب قبول ذلك منه وان كان أبوه قد التزم أكثر منه .

فــــرع فان بلغ الذمى غير رشيد فان الحجر لا يفك عنه ، فان اتفق السفيه ووليه على عقد الذمة له وبذل الجزية عقدت له الذمة ، وان امتنعا من ذلك أخرج من الاسلام ، وان اختلف السفيه ووليه فطلب أحدهما

---

(١) الآية ٢٩ من سورة التوبة .

أن يعقد الذمة للسفيه بالحرية وامتنع الآخر ، كان الاعتبار بارادة السفيه من ذلك ، لأنه تسبب فى حقن دمه .

وبكل ما قلنا قال مالك وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور ، وقال ابن المنذر : ولا أعلم عن غيرهم خلافهم .

قوله : (ولا تؤخذ الجزية من مجنون الخ) فجملة ذلك أنه لا تؤخذ الجزية من المجنون المطبق ، ومن أصحابنا الخراسانيين من قال : تؤخذ منه الجزية ، لأن حالات جنونه كحالات نومه . وليس بشىء لقوله تعالى : « قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر [1] ــ الآية » وفيها أربعة أدلة . أحدها : قوله تعالى : « قاتلوا » . والمجنون لا يقاتل .

ثانيها : قوله تعالى : « ولا يدينون دين الحق » والمجنون لا يدين .

ثالثها : قوله تعالى : « حتى يعطوا الجزية » ومعناه حتى يضمنوا والمجنون لا يصح منه الضمان .

رابعها : قوله تعالى : « وهم صاغرون » ومعناه راضون بجريان أحكام الاسلام عليهم ، والمجنون لا رضى له .

اذا ثبت هذا فان كان يجن يوما ، أو يجن فى بعض الحول دون بعض لفقت أيام الافاقة ، فمتى بلغت حولا وجبت عليه الجزية . فان أفاق النصف الأول من الحول وجن النصف الثانى فهل يجب عليه الجزية فى النصف ؟ فيه قولان ، كما لو كان مشركا فأسلم أو مات فى نصف الحول ، وان جن النصف الأول من الحول وأفاق الثانى ــ فان اتصلت به الافاقة حولا ــ وجبت عليه الجزية فى آخره ، وان لم تتصل لفقت الافاقة على ما مضى . هذا نقل الشيخ أبى حامد . وقال القفال : اذا جن يوما وأفاق يوما أو جن فى بعض الحول وأفاق فى بعض الحول ، فان الاعتبار بآخر الحول . فان كان مفيقا لزمته الجزية للحول ، وان كان مجنونا فيه لم تلزمه الجزية للحول ، كما أن

---

(١) الآية ٢٩ من سورة التوبة .

الاعتبار فى يسار العاقلة واعسارهم آخر الحول • وقال أبو حنيفة : يعتبر أكثر الحول • وهو أحد الوجهين عند أصحاب أحمد •

والوجه الثانى : تلفق أيام افاقته لأنه لو كان مفيقا فى الكل وجبت الجزية ، فاذا وجدت الافاقة فى بعض الحول وجب فيما يجب به لو انفرد ، فعلى هذا الوجه فى أخذ الجزية وجهان :

أحدهما : أن أيامه تلفق ، فاذا كملت حولا أخذت منه ، لأن أخذها قبل ذلك أخذ لجزيته قبل تمام الحول فلم يجز كالصحيح •

والثانى : يؤخذ منه فى آخر كل حول بقدر ما أفاق منه كما لو أفاق فى بعض الحول افاقة مستمرة ، وان كان يفيق ثلث الحول ويجن ثلثيه وبالعكس ففيه الوجهان كما ذكرنا ، فان استوت افاقته وجنونه لفقت افاقته • هكذا أفاده ابن قدامة فى المغنى •

دليلنا أن أيام الجنون لا جزية فيها بدليل أنها لو اتصلت لم تجب عليه الجزية ، ولا مزية لأحدهما على الآخر ، فاعتبر كل واحد منهما بنفسه •

قوله : (ولا تؤخذ الجزية من امرأة) فجملة ذلك أن الله تعالى لما أوجب علينا قتال الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ، وكانت المرأة لا تقاتل ، ولأنه صلى الله عليه وسلم قال لمعاذ : « خذ من كل حالم » ولم يقل وحالمة ، ولما رويناه عن عمر أنه كتب الى أمراء الأجناد أن لا يأخذوا الجزية من النساء والصبيان • لذلك كله لا تؤخذ الجزية من المرأة • قال الشافعى رضى الله عنه : اذا بذلت المرأة الجزية عرفها الامام أنها لا تجب عليها ، فان بذلتها بعد ذلك قبلها الامام منها ، وتكون هبة منها تلزمه بالقبض ، فان شرطت على نفسها الجزية ثم امتنعت بعد ذلك لم تجبر عليها ، لأنها لا تلزمها بالبذل اهـ •

فان دخلت المرأة دار الاسلام بأمان للتجارة لم يؤخذ منها شىء من تجارتها ، لأن لها المقام فى دار الاسلام بغير عوض على التأبيد وان دخلت

الحجاز للتجارة بأمان جاز أن يشترط عليها العوض ، لأنهـا ممنوعة من الاقامة بالحجاز .

واذا بذلت المرأة الجزية لتصير الى دار الاسلام فلا يؤخذ منها شيء فاذا بذلت شيئا رد اليها ، لأنها بذلته معتقدة أنه عليها ، وأن دمها لا يحقن الا به ، فأشبه من أدى مالا الى من يعتقد أنه له فتبين أنه ليس له .

فـــرع اذا حاصر الامام حصـنا فيه رجال ونساء وصـبيان فامتنع الرجال من أداء الجزية وبذلوا الجزية عن النساء والصبيان لم يقبل ذلك ، لأنه لا يجوز أن تؤخذ الجزية ممن لا تجب عليه ، وتترك ممن تجب عليه ، وان كان فى الحصن نساء لا رجل معهم فطلبن الامام أن يعقـد لهن الذمة وبذلن الجزية ففيه قولان ، أحدهما : لا يجوز له أن يعقد لهن الذمة بل يتوصل الى فتح الحصن ويسبيهن ، لأنهن غنيمة للمسلمين ، والثـانى وهو أحمد بن حنبل وأصحابه وأكثر فقهاء الأمصار : يلزمه أن يعقـد لهن الذمة بغير جزية على أن تجرى عليهن أحكام الاسلام كما قلنا فى الحربية ، وان أخذ الامام منهن على ذلك مالا ــ فان لم يعلمهن أن الجزية لا تجب عليهن ــ وجب رده اليهن ، وان أعلمن أو علمن ذلك لم يجب رده اليهن ، لأنه هبة لزمت بالقبض .

فـــرع . لا تؤخذ الجزية من الخنثى المشكل ، لجواز أن تكون امرأة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا يؤخذ من العبد ولا من السيد بسببه لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : « لا جزية على مملوك » ولأنه لا يقتل بالكفر فلم تؤخذ منه الجزية كالصبى والمرأة ، ولا تؤخذ ممن نصـفه حر ونصـفه عبد ، لأنه محقون الدم فلم تؤخذ منه الجزية كالعبد . ومن أصحابنا من قال : فيه وجه آخر ، أنه يؤخذ منه بقدر ما فيه من الحرية ، لأنه يملك من المال بقدر ما فيه من الحرية . وان اعتق العبد نظرت ــ فان كان المعتق مسلما ــ عقـدت له الذمة بما يقع عليه التراضى من الجزية ، وان كان ذميا ففيه وجهان احدهما :

أنه يستأنف له عقد الذمة بما يقع عليه التراضى من الجزية ، لأن عقد المولى كان له دون العبد . والثانى : يلزمه جزية المولى لأنه تبعه فى الأمان فلزمه جزيته .

فصل وفى الراهب الفانى قولان بناء على القولين فى قتلهما ـ فان قلنا : يجوز قتلهما ـ أخذت منهما الجزية ، ليحقن بها دمهما . وان قلنا : انه لا يجوز قتلهما لم تؤخذ منهما لأن دمهما محقون ، فلم تؤخذ منهما الجزية كالصبى والمرأة ، وفى الفقير الذى لا كسب له قولان أحدهما : أنه لا تجب عليه الجزية ، لأن عمر رضى الله عنه جعل أهل الجزية طبقات ، وجعل ادناهم الفقير المعتمل فدل على أنها لا تجب على غير المعتمل ، ولأنه اذا لم يجب خراج الأرض فى أرض لا نبات لها لم يجب خراج الرقاب فى رقبة لا كسب لها ، فعلى هذا يكون مع الأغنياء فى عقد الذمة ، فاذا أيسر استؤنف الحول . والثانى : أنها تجب عليه لأنها تجب على سبيل العوض فاستوى فيه المعتمل وغير المعتمل كالثمن والأجرة ، ولأن المعتمل وغير المعتمل يستويان فى القتل بالكفر . فاستويا فى الجزية . فعلى هذا ينظر الى الميسرة ، فاذا أيسر طولب بجزية ما مضى ، ومن أصحابنا من قال : لا ينظر لأنه يقدر على حقن الدم بالاسلام ، فلم ينظر كما لم ينظر من وجبت عليه كفارة ولا يجد رقبة وهو يقدر على الصوم ، فعلى هذا يقول له : ان توصلت الى أداء الجزية خليناك ، وان لم تفعل نبذنا اليك العهد .

الشرح أثر عمر : « لا جزية على مملوك » ورد فى المغنى لابن قدامة من كتب الحنابلة مرفوعا بلفظ : « لا جزية على العبد » وقال : وعن ابن عمر مثله . قلت : قال ابن حجر فى تلخيص الحبير : روى مرفوعا وموقوفا على عمر وليس له أصل .

وأما الفقير المعتمل فقد قال فى فتح البارى : واختلف السلف فى أخذها من الصبى فالجمهور قالوا : لا تؤخذ على مفهوم حديث معاذ ، وكذا لا تؤخذ من شيخ فان والا زمن ، ولا امرأة ولا مجنون ولا عاجز عن الكسب ولا أجير . اهـ .

أما اللغات فقوله : (الفقير المعتمل) العامل هو الذى يتولى أمور الرجل فى ماله وملكه وعمله ، ومنه قيل للذى يستخرج الزكاة عامل ،

والعمل المهنة والفعل ، والجمع أعمال وعمل عملا وأعمله غيره واستعمله ، واعتمل الرجل عملا بنفسه ، أنشد سيبويه :

ان الكريم وأبيك يعتمل ان لم يجد يوما على من يتكل
فيكتسى من بعدها ويكتحل

قال فى اللسان : أراد من يتكل عليه ، فحذف عليه هذه ، وزاد (على) متقدمة . أن ترى أنه يعتمل ان لم يجد من يتكل عليه ؟ وقيل : العمل لغيره ، والاعتمال لنفسه . قال الأزهرى : هذا كما يقال : اختدم اذا خدم نفسه ، واقترأ اذا قرأ السلام على نفسه ، واستعمل فلان غيره اذا سأله أن يعمل له ، واستعمله طلب اليه العمل ، واعتمل اضطرب فى العمل واستعمل فلان اذا ولى عملا من أعمال السلطان . وفى حديث خيبر : « دفع اليهم أرضهم على أن يعتملوها من أموالهم » الاعتمال افتعال من العمل ، أى أنهم يقومون بما يحتاج اليه من عمارة وزراعة وتلقيح وحراسة ونحو ذلك . وأعمل فلان ذهنه فى كذا وكذا اذا دبره بفهمه ، وأعمل رأيه وآلته ولسانه واستعمله عمل به . قال الأزهرى : عمل فلان العمل يعمله عملا فهو عامل ، قال : ولم يجىء فعلت أفعل فعلا متعديا الا فى هذا الحرف . وقال ابن بطال : والمعتمل قد يكون المكتسب بالعمل من الصناعة وغيرها .

اما الأحكام فانه لا تجب الجزية على العبد ولا على سيده بسببه لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا جزية على العبد » وقد مضى الكلام عليه وأنه لا أصل له . وكذلك ما روى موقوفا على عمر . الا أنه لا مخالف لهذا القول ، والعمل عليه . فان كان بعضه حرا وبعضه عبدا لم تجب عليه الجزية ، ومن أصحابنا من قال : تجب عليه من الجزية بقدر ما فيه من الحرية ، وليس بشىء ، لأنه لا يقتل بالكفر ، فلم تجب عليه الجزية كالصبى والمرأة ، فان أعتق العبد — فان كان من عبدة الأوثان — قيل له : اقرارك فى دار الاسلام مشركا لا يجوز ، فاما أن تسلم واما أن نبلغك دار الحرب ، وتكون حربا لنا . وان كان من أولاد أهل الذمة قيل له : اقرارك فى دار الاسلام بغير جزية لا يجوز ، فان اخترت أن ترجع الى بلاد الحرب

وتكون حربا لنا فارجع ، وان اخترت عقد الذمة ببذل الجزية أقررناك ، فان اختار عقد الذمة ببذل الجزية نظرت ـ فان كان أعتقه مسلما ـ كانت جزيته ما يقع عليه التراضي وان كان الذى أعتقه ذميا فهل يفتقر الى عقد الذمة بما يقع عليه التراضي من الجزية ولا يفتقر الى عقد الذمة ؟ بل تلزمه جزية مولاه ؟ وجهان ، حكاهما الشيخ أبو اسحق هنا ووجههما ما ذكرناه فى الصبى اذا بلغ .

قال ابن المنذر : أجمع من نحفظ عنه من أهل العلم على أنه لا جزية على العبد ، وذلك لما ذكر من الحديث ، ولأنه محقون الدم فأشبه النساء والصبيان ، أو الا مال فأشبه الفقير العاجز قال ابن قدامة فى المغنى : ويحتمل كلام الخرقى ايجاب الجزية عليه يؤديها سيده ، وروى ذلك أيضا عن أحمد ، وروى عن عمر بن الخطاب أنه قال : لا تشتروا رقيق أهل الذمة ولا منا فى أيديهم ، لأنهم أهل خراج يبيع بعضهم بعضا ، ولا يقرن أحدهم بالصغار بعد اذ أنقذه الله منه . قال أحمد : أراد أن يوفر الجزية ، لأن المسلم اذا اشتراه سقط عنه أداء ما يؤخذ منه ، والذمى يؤدى عنه وعن مملوكه خراج جماجمهم . قال : وروى عن على مثل حديث عمر ، ولأنه مكلف قوى مكتسب فوجب عليه الجزية كالحر ، والأول أولى اهـ .

فرع وهل تؤخذ الجزية من الشيوخ الذين لا قتال فيهم ، ومن الزمنى وأصحاب الصوامع المشتغلين بالعبادة ؟ من أصحابنا من قال : فيه قولان بناء على القولين فى جواز قتلهم اذا أسروا ، ومنهم من قال : لا يقرون بغير الجزية قولا واحدا . والفرق بين القتل والجزية أن القتل يجرى مجرى القتال ، فاذا لم يكن فيه قتال لم يقتل ، والجزية أجرة المسكن فلم تسقط عنهم .

وهل تجب الجزية على الفقير الذى ليس بمعتمل ؟ فيه قولان ، أحدهما : لا تجب عليه الجزية ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال أصحاب أحمد : لا تجب على الفقير العاجز من أدائها ، لأن عمر رضى الله عنه جعل الجزية على ثلاث طبقات ، جعل أدناها على الفقير المعتمل ، فيدل على أن غير المعتمل لا شىء

عليه ، ولأن الله تعالى قال : « لا يكلف الله نفسا الا وسعها [1] » ولأن هذا مال يجب بحلول الحول فلا يلزم الفقير العاجز كالزكاة والعقل • ولأن الخراج ينقسم الى خراج أرض وخراج رءوس ، ثم ثبت أن خراج الأرض على قدر طاقتها ، وما لا طاقة له لا شيء عليه ، كذلك خراج الرءوس ا هـ •

فعلى هذا ان طلب من الامام أن يعقد له الذمة عقد له الذمة على شرط جريان أحكام الاسلام عليه ، فاذا أيسر استؤنف له الحول ، فاذا تم طولب بالجزية • والقول الثانى : تجب عليه الجزية لقوله : « قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ــ [2] الآية » فأمر بقتال أهل الكتاب الى أن يعطوا الجزية ومعناه حتى يضمنوا ولم يفرق ، ولأنه مشرك مكلف حر ، فلم يجز اقراره بدار الاسلام من غير جزية كالمعتمل • فاذا قلنا بهذا ففيه وجهان أحدهما : تعقد الذمة بالجزية فى ذمته ، وينظر الى أن يوسر ، لقوله تعالى : « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة [3] » والثانى : لا يقره الا أن يدفع الجزية ، فان قدر على تحصيلها والا رددناه الى دار الحرب ، لأنه يمكنه أن يمنع وجوبها عليه بالاسلام ، هذا ترتيب العراقيين من أصحابنا ، وقال الخراسانيون : فى الفقير غير المعتمل قولان ، واختلفوا فى موضع القولين ، فمنهم من قال : القولان فى الدفع ، وأما الوجوب فيجب قولا واحدا ، ومنهم من قال : القولان فى الوجوب •

فــرع هل تجب الجزية على أهل الصوامع من الرهبان ؟ قد مضت الاشارة الى هذا آنفا وأن فيه قولين أحدهما : لا جزية على أهل الصوامع من الرهبان وهو أحد الاحتمالين عند أصحاب أحمد • والثانى : وجوبها عليهم وقد روى عن عمر بن عبد العزيز أنه فرض على رهبان الديارات الجزية على كل راهب دينارين ، ووجه ذلك عموم النصوص ، ولأنه كافر صحيح قادر على أداء الجزية فأشبه الشماس • ووجه القول الأول أنه محقون الدم بدون الجزية فلم تجب عليه كالنساء ، وقد ذكرنا أنه

---

(١) الآية ٢٨٦ من سورة البقرة .
(٢) الآية ٢٩ من سورة التوبة .
(٣) الآية ٢٨٠ من سورة البقرة .

يحرم قتلهم ، والنصوص مخصوصة فى النساء وهؤلاء فى معناهن ، ولأنه لا كسب له فأشبه الفقير غير المعتمل . وذهب ابن وهب عن مالك أنها لا تؤخذ منهم . قال مطرف وابن الماجشون : هذا اذا لم يترهب بعد فرضها ، فان فرضت ثم ترهب لم يسقطها ترهبه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ويثبت الامام عدد أهل الذمة وأسماءهم ، ويحليهم بالصفات التى لا تتغير بالأيام ، فيقول : طويل ، أو قصير ، أو ربعة ، أو أبيض ، أو أسود ، أو أسمر ، أو أشقر ، أو أدعج العينين ، أو مقرون الحاجبين ، أو أقنى الأنف . ويكتب ما يؤخذ من كل واحد منهم ، ويجعل على كل طائفة عريفا ليجمعهم عند أخذ الجزية ، ويكتب من يدخل معهم فى الجزية بالبلوغ ، ومن يخرج منهم بالموت والاسلام ، وتؤخذ منهم الجزية برفق كما تؤخذ سائر الديون ، ولا يؤذيهم فى أخذها بقول ، ولا فعل ، لأنه عوض فى عقد ، فلم يؤذهم فى أخذه بقول ولا فعل كأجرة الدار ، ومن قبض منه جزيته كتبت له براءة ، لتكون حجة له اذا احتاج اليها .

فصل وان مات الامام أو عزل وولى غيره ولم يعرف مقدار ما عليهم من الجزية رجع اليهم فى ذلك ، لأنه لا تمكن معرفته مع تعذر البينة الا من جهتهم ، ويحلفهم استظهارا ، ولا يجب ، لأن ما يدعونه لا يخالف الظاهر ، فان قال بعضهم : هو دينار ، وقال بعضهم : هو ديناران أخذ من كل واحد منهم ما أقر به ، لأن اقرارهم مقبول ، ولا تقبل شهادة بعضهم على بعض ، لأن شهادتهم لا تقبل . وان ثبت بعد ذلك باقرار أو بينة ان الجزية كانت أكثر ، استوفى منهم ، فان قالوا : كنا ندفع ديناريْن ، ديناراً عن الجزية ، ودينارا هدية ، فالقول قولهم مع يمينهم ، واليمين واجبة ، لأن دعواهم تخالف الظاهر . وان غاب منهم رجل سنين ثم قدم وهو مسلم ، وادعى أنه أسلم فى أول ما غاب . ففيه قولان احدهما : أنه لا يقبل قوله ويطالب بجزية ما مضى فى غيبته فى حال الكفر ، لأن الأصل بقاؤه على الكفر . والثانى : أنه يقبل لأن الأصل براءة الذمة من الجزية .

الشرح قوله : (ربعة) أى معتدل وحرف الهاء فى المذكر لغة وفتح الباء فيهما لغة ، ورجل مربوع مثله . قوله : (أدعج العينين أى شديد سواد مقلتيهما وشدة بياض بياضيهما قال فى المصباح : دعجت دعجا من باب

تعب وهو سعة مع سواد ، وقيل شدة سوادها فى شدة بياضها فالرجل أدعج والمرأة دعجاء ، والجمع دعج مثل أحمر وحمراء وحمر • قوله : (مقرون الحاجبين) هو التقاء طرفيهما ، وهو مذموم وضده البلج وهو أن ينقطعا حتى يكون ما بينهما نقيا من الشعر ، وهو محمود هكذا أفاده ابن بطال : وقوله : (أقنى الأنف) قال : القنا احديداب الأنف مع ارتفاع قصبته • أ هـ • والاستظهار من استعمال الظهير ، وقد كان الرجل اذا سافر أخذ مع بعيره بعيرا آخر خوفا أن يعيا بعيره فيركب الآخر ، والبعير هو الظهر • فيكون معنى الاستظهار الأخذ بالحزم واليقين حتى يكون الأمر ظاهرا لا خفاء فيه •

اما الأحكام فاذا عقد الامام الذمة لقوم فانه يكتب أعدادهم ــ وهو باب من أبواب الدقة والضبط اذ يسمى فى زماننا تحقيق الشخصية ، أو الفيش والتشبيه • فاذا عرفت أن الشيخ أبا اسحق الشيرازى رحمه الله تعالى كان من مواليد آخر القرن الرابع وكانت وفاته آخر الربع الثالث من القرن الخامس أدركت أن دولة الاسلام هى صاحبة الفضل على العالم فى ايجاد هذا النظام والذى أصبح عاما ينتظم جميع الناس ، حيث يحمل كل شخص هوية تحتوى أوصافه ، ولا تخرج عما أفاده صاحب المهذب هنا ، من كتابة أعدادهم فى الديوان ، وكتابة أسمائهم ، ووصف كل واحد منهم بالصفة التى لا تختلف على مرور الأيام من الطول أو القصر أو البياض أو السواد ، وما أشبه ذلك • ويجعل على كل عشرة أو عشرين على ما يراه ــ عريفا ، ليخبره بمن يخرج منهم من الجزية بالموت والاسلام ، ولمن يدخل من أولادهم بالبلوغ بالجزية ، والذى يقتضى المذهب أن العريف يكون مسلما لأن أهل الذمة غير مأمونين على ذلك ، وتؤخذ منهم الجزية • كما تؤخذ من غير أذى فى قول أو فعل ، ويكتب لمن أخذ منه جزيته كتابا ليكون له حجة اذا طلبه • وروى أبو داود عن صفوان بن سليم عن عدة من أبناء الصحابة عن آبائهم أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من ظلم معاهدا أو انتقصه أو كلفه فوق طاقته أو أخذ شيئا بغير طيب نفس منه فأنا حجيجه يوم القيامة » •

مسألة اذا مات الامام أو عزل قام غيره مقامه فانه ينظر فى أهل الذمة ــ فان كان الامام الذى قبله عقد لهم الذمة عقدا صحيحا ــ أقرهم عليه ، لأنه عقد مؤبد ، وان فاسدا غيره الى الصحة ، لأنه منصوب لمصالح المسلمين ، وهذا من مصالحهم ، فان ادعى قوم من أهل الذمة أن الامام عقد لهم ولا بينة رجع اليهم لأنه لا يمكنه التوصل الا من جهتهم ، فان ادعوا أنه عقد لهم الذمة على أقل من دينار قيل لهم : هذا عقد فاسد ، فاما أن تعقدوا عقدا صحيحا والا رددناكم الى دار الحرب ، وكنتم حربا لنا ، لأن أقل الجزية دينار • قيل للشيخ أبى حامد : أليس الثورى يجيز العقد بما أداه اليه اجتهاد الامام ؟ فيجب اذا صح عقد الامام لهم بدون الدينار أن لا ينقض حكمه • فقال : ان الاجماع قد حصل بعد الثورى أن الجزية لا يجوز أن تنقص عن دينار ، وان ادعوا أن الأول عقد لهم الذمة على دينار عن كل رجل منهم فالقول قولهم مع أيمانهم ، واليمين ها هنا مستحبة ، لأن دعواهم لا تخالف الظاهر ، فان أسلم منهم اثنان وعدلا وشهدا أن الامام الأول عقد لهم الذمة على أكثر من دينار ، وشهد بذلك رجلان مسلمان من غيرهم ، أخذوا بما عقد عليه الأول ، لأن ذلك قد لزمهم ، فان قال بعضهم عقد لنا الذمة على دينارين عن كل رجل منهم ، فيجب قبوله ، وان قالوا : كنا نؤدى الى الأول عن كل رجل دينارين دينارا جزيه ودينارا تطوعا ، فالقول قولهم مع أيمانهم ، لأنه لا يعلم الا من جهتهم ، واليمين ههنا واجبة ، لأن دعواهم تخالف الظاهر • فمن حلف لم يلزمه الا دينار ، ومن نكل لزمه الديناران ، وان غاب ذمى ثم قدم وهو مسلم وادعى أنه أسلم من حين غاب ففيه قولان أحدهما : يؤخذ بجزية ما مضى من السنين ، لأن الأصل بقاؤه على الكفر • والثانى : يقبل قوله مع يمينه لأن الأصل براءة ذمته من الجزية والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب عقد الذمة

لا يصح عقد الذمة الا من الامام او ممن فوض اليه الامام ، لانه من المصالح العظام ، فكان الى الامام . ومن طلب عقد الذمة وهو ممن يجوز اقراره على الكفر بالجزية وجب العقد له ، لقوله عز وجل : « قاتلوا الذين (١) لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ، ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ، ولا يدينون دين الحق » ثم قال : « حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون » فدل على أنهم اذا أعطوا الجزية وجب الكف عنهم ، وروى بريدة رضى الله عنه : « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان اذا بعث أميرا على جيش قال : اذا لقيت عدوا من المشركين فادعهم الى الدخول فى الاسلام ، فان أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ، وان أبوا فادعهم الى اعطاء الجزية ، فان فعلوا فاقبل منهم وكف عنهم » ولا يجوز عقد الذمة الا بشرطين ، بذل الجزية ، والتزام احكام المسلمين فى حقوق الآدميين ، فى العقود ، والمعاملات ، وغرامات المتلفات . فان عقد على غير هذين الشرطين لم يصح العقد ، والدليل عليه قوله عز وجل : « قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ، ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ، ولا يدينون دين الحق من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون » والصغار هو أن تجرى عليهم أحكام المسلمين ، ولا فرق بين الخيابرة وغيرهم فى الجزية ، والذى يدعيه الخيابرة أن معهم كتابا من على بن ابى طالب كرم الله وجهه بالبراءة من الجزية لا أصل له ، ولم يذكره أحد من علماء الاسلام ، واخبار اهل الذمة لا تقبل ، وشهادتهم لا تسمع .

الشرح قوله تعالى : قاتلوا الذين لا يؤمنون الآية ، مضى بيانها فى غير موضع ، وحديث بريدة ، أخرجه مسلم والترمذى وصححه ابن ماجه وأحمد فى مسنده وقد مضى فى دعوة الأمير عدوه قبل القتال من الجهاد والسير بلفظه كاملا .

أما اللغات فقوله : (عن يد) قال ابن عباس : يدفعها بنفسه غير

---

(١) الآية ٢٩ من سورة التوبة .

مستنيب فيها أحدا وروى أبو البحترى عن سلمان قال : مذمومين • وروى معمر عن قتادة قال : عن قهر • وقيل : عن بعض انعام منكم عليهم لأنهم اذا أخذ منهم الجزية فقد أنعم عليهم بذلك • قوله : (الخيابرة) أى أهل خيبر•

اما الأحكام فانه لا يصح عقد الذمة الا من الامام أو من النائب عنه ، لأنه من المصالح العظام ، واذا طلب قوم أن يعقد لهم الذمة وهم ممن يجوز لهم عقدها ــ قال أصحابنا البغداديون وجب على الامام عقدها لهم • وقال الخراسانيون : فيه وجهان أحدهما : لا يجب عليه الا أن يرى المصلحة فى عقدها لهم كما قلنا فى الهدنة • والثانى يجب عليه ، وهو الأصح ، فدل على أنهم اذا بذلوا الجزية وجب دفع القتال عنهم لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان اذا بعث أميرا على سرية الى آخر ما ساق المصنف من رواية بريدة رضى الله عنه •

مسألة قال أصحابنا البغداديون : ولا يصح عقد الذمة الا مؤبدا ، اذ هو عقد يتولاه الامام أو من ينوب عنه لأنه من المصالح العظام ، وأهل الكتاب أو أهل شبه الكتاب هم الطرف الآخر •

ويقول الدكتور عبد الحميد متولى [1] فى كتابه القيم (مبادىء نظام الحكم فى الاسلام) •

ان بعض علماء الشريعة وفقهاء القانون الدستورى الوضعى ــ فيما لاحظنا ــ يقررون أن الاسلام ــ شأنه شأن الأنظمة الديموقراطية الحديثة ــ يأخذ بمبدأ مساواة الأفراد أمام القانون • على أنه يبدو لنا أنه اذا كان الاسلام قد جاء ــ فى ميدان المساواة ــ بأحكام لا تسمو عليها شريعة من الشرائع السماوية ، ولم يكن يدانيها حين ظهوره ــ تشريع من التشريعات الوضعية ، فهدم الكثير من الأوضاع والعادات المنافية للمساواة التى كانت سائدة فى الجاهلية ، أنه مما يعد مجافيا للحقيقة ، منافيا للواقع أن يقال :

---

(١) الدكتور عبد الحميد متولى هو استاذ القانون الدستورى والأنظمة السياسية بكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية •

ان الاسلام يأخذ بمبدأ المساواة بين الأحرار والأرقاء ، كما أن للمرأة مركزا خاصا يختلف عن مركز الرجل ثم عرج على حالات الذميين فقال :

الذميون (أو أهل الذمـة)
ومبدأ المساواة فى الاسلام

يجدر بنا هنـا أن نبين أولا ماذا يقصـد بالذميين ، ثم نبين ما لهم فى الاسلام من حقوق ، ومركزهم بالنسبة لغيرهم من رعايا الدولة الاسـلامية من المسلمين ، والى أى حد يتساوون بهم ثم قال عن الذميين .

هم أهل الكتاب (وكانوا عادة من اليهود والنصارى) الذين يقيمون داخل حدود الدولة الاسلامية (أو ما يطلق عليها دار الاسلام) ويقرون لها بالولاء والذمة والطاعة . وسموا (ذميين) أو (أهل ذمة) لأنهم قوم منحوا ميثاق أو معاهدة (ذمة) ويستمتعون بها بحقوق معينة ثم قال : الى أى حد تطبق المساواة فيما بين المسلمين والذميين فى الدولة الاسلامية ؟

يسوى الاسلام بين المسلمين والذميين فى كثير من الشـئون ، فهو يكفل لهؤلاء كمـا يكفل لأولئك حريتهم الشخصية ، وحرية ابداء الرأى (بالشروط التى سبق لنا بيانها) وحرية العقيـدة وحرية اقامة الشـعائر الدينية ، كما يكفل حماية أموالهم ونوسهم واعراضهم ، وحرية نشاطهم فى الميدان الاقتصادى .

كما أن الاسلام يؤمن الذميين ــ كما يؤمن المسلمين ــ ضـد العوز والحاجة ، وفى ذلك يذكر عن عمر أنه وجد شـيخا يهوديا ضريرا يتكفف الناس ، فأخذه عمر الى خازن بيت المال فقال : « انظر هذا وضرباءه ، فوالله ما أنصفناه أن أكلنا شبيبته ثم نخذله عند الهرم » .

حرمة الملكية ــ كما يسوى الاسلام بين المسلمين والذميين فى احترام حقوقهم فى الملكية ثم ساق أمثلة .

أمام القضاء ــ وذكر أمثلة على المساواة التامة بين المسلمين والذميين أمام القضاء •

والكتاب يتعرض لكثير من الاعتراضات التى توجه للنظام الاسلامى بالتنفيذ والتحليل والاجابة فجزى الله صاحبه عن عمله خير الجزاء •

ونرجع الى عقد الذمة ، فاذا طلب قوم من الكفار أن تعقد لهم الذمة وهم ممن يجوز لهم عقدها ــ قال أصحابنا البغداديون : وجب على الامام عقد لها • وقال الخراسانيون : فيه وجهان ، أحدهما : لا يجب عليه الا أن يرى المصلحة فى عقدها لهم كما قلنا فى الهدنة • والثانى : يجب عليه وهو الأصح لقوله تعالى : « قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ــ الآية » (١) فأمر بقتال أهل الكتاب الى أن يبذلوا الجزية ، فدل على أنهم اذا بذلوا الجزية وجب دفع القتال عنهم • وعن سليمان بن بريدة عن أبيه قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أمر أميرا على جيش أو سرية أوصاه فى خاصته بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيرا ، ثم قال : (اغزوا بسم الله فى سبيل الله ، قاتلوا من كفر بالله ، اغزوا ولا تغلوا ولا تغدروا ، ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا ، واذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم الى ثلاث خصال ــ أو خلال ــ فأيتهن ما أجابوك فاقبل منهم ، وكف عنهم ، ادعهم الى الاسلام فان أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ، ثم ادعهم الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين ، وأخبرهم أنهم ان فعلوا ذلك فلهم ما للمهاجرين وعليهم ما على المهاجرين ، فان أبوا أن يتحولوا منها فأخبرهم أنهم يكونون كأعراب المسلمين يجرى عليهم الذى يجرى على المسلمين ، ولا يكون لهم فى الفىء والغنيمة شىء الا أن يجاهدوا مع المسلمين ، فان هم أبوا فسلهم الجزية فان أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ، وان أبوا فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ، واذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه ، فلا تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه ، ولكن اجعل لهم ذمتك ، وذمة أصحابك ، فانكم ان تحفروا ذمتكم وذمة أصحابكم أهون من أن تحفروا ذمة الله وذمة رسوله ، واذا حاصرت أهل حصن وأرادوك أن تنزلهم على حكم الله فلا تنزلهم على

---

(١) الآية ٢٩ من سورة التوبة •

حكم الله ، ولكن أنزلهم على حكمك ، فانك لا تدرى أتصيب فيهم حكم الله أم لا ؟ » رواه مسلم وأصحاب السنن وأحمد .

مسألة قال البغداديون من أصحابنا : ولا يصح عقد الذمة الا مؤبدا ، وقال الخراسانيون : فيه وجهان ، أحدهما : يصح مؤقتا ، فانه عقد أمان فصح مؤقتا كالهدنة . والثانى : لا يصح الا مؤبدا وهو الأصح ، لأن عقد الذمة انما يصح بالتزام أحكام المسلمين وذلك يقتضى التأبيد .

اذا ثبت هذا فان عقد الذمة انما يصح بشرطين أحدهما : أن يجعل عليهم جزية فى كل حول على ما مضى . والثانى أن يلتزموا بأحكام المسلمين فى حقوق الآدميين لقوله تعالى « قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر — الآية » ومعنى قوله تعالى : « حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون » لم يلتزموها ، كقوله تعالى : « فان تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم [1] » والمراد به التزموا إقامة الصلاة وإيتاء الزكاة . وسميت الجزية جزية لأنها من جزى يجزى اذا قضى . قال الله تبارك وتعالى : « واتقوا يوما لا تجزى نفس عن نفس شيئا [2] » أى لا تقضى . ويقول العرب : جزيت دينى اذا قضيت ، ومعنى قوله : « عن يد » فكما مضى وأما الصغار فقال الشافعى رحمه الله تعالى فى المختصر : « هو جريان أحكام الامام عليهم ، لأنهم اذا تحاكموا اليه حكم عليهم بحكمه ، وهذا ذل لهم وصغار ، لأنهم يعتقدون بطلانه ، ولا يقدرون على الامتناع منه . قال فى الأم : « الصغار هو التزامهم لجريان أحكامنا عليهم فى عقد الذمة » . فيكون الصغار على ما قاله فى الأم : هو نفس التزامهم لجريان أحكام الاسلام ، وعلى ما قاله فى المختصر : الصغار هو جريان أحكام الاسلام عليهم ، والصحيح ما قاله فى الأم وقال الشافعى أيضا : الصغار أن تؤخذ منهم الجزية وهم قيام والآخذ جالس . وقال بعضهم : الصغار أن تؤخذ منهم الجزية وهم قيام الى اليسار .

فرع ولا فرق فى الجزية بين يهود خيبر وغيرهم ، وما يدعيه

---

(١) الآية ٥ من سورة التوبة .
(٢) الآية ٤٨ من سورة البقرة .

أهل خيبر أن معهم كتابا من على رضى الله عنه باسقاط الجزية عنهم لا يصح ، لأنه لم يذكره أحد من علماء المسلمين ، ولأنهم ادعوا فيه شهادة سعد بن معاذ ومعاوية رضى الله عنهما ، وتاريخه بعد موت سعد ، وقبل اسلام معاوية رضى الله عنهما . اذ أن سعدا مات بعد الخندق بشهر حيث رمى برمح قطع أكحله ومعاوية انما أسلم عام الفتح .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان كان اهل الذمة فى دار الاسلام أخذوا بلبس الغيار وشد الزنار والغيار أن يكون فيما يظهر من ثيابهم ثوب يخالف لونه لون ثيابهم كالأزرق والأصفر ونحوهما ، والزنار ان يشدوا فى أوساطهم خيطا غليظا فوق الثياب ، وان لبسوا القلانس جعلوا فيها خرقا ليتميزوا عن قلانس المسلمين . لما روى عبد الرحمن بن غنم فى الكتاب الذى كتبه لعمر حين صالح نصارى الشام : « فشرطنا ان لا نتشبه بهم فى شىء من لباسهم من قلنسوة ، ولا عمامة ، ولا نعلين ، ولا فرق شعر ، وان نشد الزنانير فى أوساطنا » لأن الله عز وجل اعز الاسلام ، وأهله ، وندب الى اعزاز أهله ، واذل الشرك وأهله ، وندب الى اذلال أهله ، والدليل عليه ما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « بعثت بين يدى الساعة بالسيف ، حتى يعبد الله ولا يشرك به شىء ، وجعل الصغار والذل على من خالف أمرى » فوجب أن يتميزوا عن المسلمين لنستعمل مع كل واحد منهم ما ندبنا اليه ، وان شرط عليهم الجمع بين الغيار والزنار أخذوا بهما ، وان شرط أحدهما أخذوا به ، لأن التمييز يحصل بأحدهما ، ويجعل فى أعناقهم خاتم ليتميزوا به عن المسلمين فى الحمام ، وفى الأحوال التى يتجردون فيها عن الثياب ، ويكون ذلك من حديد أو رصاص أو نحوهما ، ولا يكون من ذهب أو فضة لأن فى ذلك اعظاما لهم . وان كان لهم شعر أمروا بجز النواصى ، ومنعوا من ارساله كما تصنع الأشراف والأخيار من المسلمين ، لما روى عبد الرحمن بن غنم فى كتاب عمر على نصارى الشام : « وشرطنا أن نجز مقادم رءوسنا » ولا يمنعون من لبس العمائم والطيلسان لأن التمييز يحصل بالغيار والزنار ، وهل يمنعون من لبس الديباج ؟ فيه وجهان أحدهما : انهم يمنعون لما فيه من التجبر والتفخيم والتعظيم . والثانى : انهم لا يمنعون كما لا يمنعون من لبس المرتفع من القطن والكتان ، وتؤخذ نساؤهم بالغيار والزنار ، لما روى أن عمر كتب الى أهل الآفاق : « ان مروا نساء أهل الأديان أن يعقدن زنانيرهن ، وتضن زنانيرهن تحت الازار ، لأنه اذا كان فوق الازار انكشفت رءوسهن واتصفت أبدانهن » ويجعلن فى أعناقهن خاتم حديد ، ليتميزن به عن المسلمات فى الحمام كما قلنا

فى الرجال ، وان لبسن الخفاف جعلن الخفين من لونين ليتميزن عن النساء المسلمات ، ويمنعون من ركوب الخيل لما روى فى حديث عبد الرحمن بن غنم : « شرطنا ان لا نتشبه بالمسلمين فى مراكبهم » وان ركبوا الحمير والبغال ركبوها على الأكف دون السروج ، ولا يتقلدون السيوف ، ولا يحملون السلاح ، لما روى عن عبد الرحمن بن غنم فى كتاب عمر : « ولا نركب بالسروج، ولا نتقلد بالسيوف ، ولا نتخذ شيئا من السلاح ولا نحمله » ويركبون عرضا من جانب واحد ، لما روى ابن عمر أن عمر كان يكتب الى عماله يأمرهم ان يجعل أهل الكتاب المناطق فى أوساطهم ، وأن يركبوا الدواب عرضا على شق.

فصل ولا يبدأون بالسلام ويلجأون الى أضيق الطرق ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « اذا لقيتم المشركين فى طريق فلا تبدأوهم بالسلام ، واضطروهم الى اضيقها » ولا يصدرون فى المجالس لما روى عبد الرحمن بن غنم فى كتاب عمر : « وان نوقر المسلمين ، ونقوم لهم من مجالسنا اذا ارادوا الجلوس » ولأن فى تصديرهم فى المجالس اعزازهم لهم وتسوية بينهم وبين المسلمين فى الاكرام فلم يجز ذلك .

الشرح خبر كتاب عبد الرحمن بن غنم لعمر مضى تخريجه ولفظه عند البيهقى وغيره . وعبد الرحمن بن غنم الأشعرى أحد الذين أسلموا زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يره ، فهو قد أدرك الجاهلية والاسلام ودخله ، ولكنه يعد من الطبقة الأولى من التابعين . وزعم يحيى بن بكير أن له صحبة ، وقال ابن يونس : قدم فى السفينة ، وذكره العجلى فى كبار التابعين عن عمر وعثمان ، وعنه شهر بن حوشب ومكحول وعمير بن هانىء ، وخلق ، قال ابن عبد البر : كان أفقه أهل الشام ، قال خليفة : مات سنة ثمان وسبعين . وحديث : « بعثت بالسيف بين يدى الساعة » رواه أحمد وأبو يعلى فى مسنديهما والطبرانى كلهم عن ابن عمر رضى الله عنهما .

أما اللغات فقوله : (أخذوا) أى ألزموا و (لبس الغيار) قال فى القاموس : والغيار بالكسر البدال . وعلامة أهل الذمة كالزنار ونحوه . واسمه الغيار بالفتح والمصدر بالكسر كالفخار والشعار والدثار . والطيلسان من مادة طلس يقال : طلس الكتاب يطلسه محاه كطلسه ، والطلس بالكسر الصحيفة أو الممحوة والوسخ من الثياب وجلد فخذ البعير اذا تساقط شعره ، والذئب الأمعط ، وبالفتح الطيلسان الأسود ، وهو الرداء يشتمل

به الرجل على كتفيه وظهره ، وقد يكون مقورا ، والطلاسة مشددة ـ خرقة يمسح بهـا اللوح ، والأطلس الثـوب الخلق والطيلسان والطيلس معرب أصله : تالسان ، ويقال فى الشتم يا ابن الطيلسان • أى انك أعجمى والجمع طيالسة ، والهاء فى الجمع للعجمة ، وطيلسان اقليم واسع من نواحى الديلم•

(قوله) : (الأكف) جمع آكاف ككتاب وكتب ، وغراب لغة فيه ، وهو برذعة الحمار ، والأكاف صانعه ، وآكف الحمار ايكافا ، وأكفة تأكيفـا : شده عليه • قوله : (ولا يصدرون فى المجالس) أى لا يتصدرون تصـدر السـادة •

اما الأحكام فاذا عقد الامام الذمة لقوم من المشركين فانه يأمرهم أن يخالفوا المسلمين فى الملبس ، فيكون فيما يظهر من ثيابهم لون يخالف ثياب المسلمين ، وقد حدده العمرانى فى البيان بأن اللون الأصفر أولى باليهود ، والأدكن أولى بالنصارى قلت : ولا أظن أن هناك دليلا صحيحا على هذا الا اذا كان مفهوم الصغار يقتضيه ، وخبر عبد الرحمن بن غنم ربما ـ اذا صح ـ كان لأهل بلد من الشام كانت لهم مواقف من الاسلام والمسلمين غادرة ، فكان من المناسب أن يعرفوا بين الناس وأن يوصموا بالذل والعـار نتيجة ما قالوه للروم ، فلقد قالوا لدهاقين الروم وقادة جيوشهم : « دعونا نقاتل هؤلاء فنحن عرب وهم عرب ، ونحن أعلم بقتالهم منكم » لقد كان موقف عرب الشام من العرب المسلمين المنقذين لهم من نير الاستعباد الرومانى ، والمحررين لهم من ظلم الطاغين والجبارين تتسم بالغدر والخيانة والخسة ، فكان من المحتم على عمر رضى الله عنه أن يذيق هؤلاء بعض ما كسبوا من لؤمهم ودناءتهم ، والا فانه ليس فى القرآن ولا فى السنة ما يدل على أن ما فى هذا الخطاب سنة متبعة مرفوعة ، ثم ان خطاب هؤلاء النصارى يدل بصورته هذه على أنهم ارتكبوا شيئا فى جنب هؤلاء المؤمنين يريدون أن يمحـوا أثره ، بأن يتنازلوا من جانبهم عن كثير من بعض مظاهرهم التـافهة التى لا تؤثر على كيان حريتهم فى أداء معتقداتهم داخل بقايا كنائسهم بدون أن يرفعوا رءوسهم • قائلين :

« لا نتشبه بالمسلمين فى لباسهم فى شىء من قلنسوة ولا فى عمـامة ،

ولا نعلين ، وأن نشد الزنانير فى أوساطنا ، وأن نجز مقاديم رءوسنا ، ولا نتشبه بهم فى مراكبهم ، ولا تركب السروج ولا نتقلد السيوف ، ولا نتخذ شيئا من السلاح ولا نحمله » .

وقد ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « يسلم الراكب على الماشى ، والماشى على القاعد ، والقليل على الكثير » وقال صلى الله عليه وسلم : « لا تبدأوا اليهود والنصارى بالسلام ، واذا لقيتموهم فى طريق فاضطروهم الى أضيقها » متفق عليه من حديث أبى هريرة رضى الله عنه . فاذا خالف أهل الذمة المسلمين فى الزى والملبس بما ذكرنا ، أمكن السلام أن يأتى بالسنة المشروعة فى حق المسلم والذمى ، فاذا لم يخالفوهم بذلك ربما ابتدأ المسلم بالسلام على الذمى ظنا منه بأنه مسلم ، أو ترك السلام على المسلم أو اضطره الى أضيق الطريق ظنا منه بأنه ذمى ، فأمر الذمى بالغيار فى اللباس والزى والزنار للتمييز . وان شرط عليهم أحدهما أخذوا به ، لأن التمييز يحصل به ، وانما أمروا بالخاتم فى رقابهم لتميزوا عن المسلمين فى الحالة التى يتجرون فيها من ثيابهم فربما اجتمع موتى المسلمين وموتى أهل الذمة ولا ثياب عليهم ، فلا يتميزون للصلاة عليهم الا بذلك ، ولا يمنع أهل الذمة من لبس العمامة ولا الطيلسان . وقال أبو حنيفة وأحمد : يمنعون . دليلنا أن التمييز حصل بالغيار والزنار ، فلا يمنعوا من لبسهما كالقميص ، وهل يمنعون من لبس الديباج والذهب ؟ فيه وجهان ، أحدهما : يمنعون لما فيه من التجبر والتعظم . والثانى : لا يمنعون كما لا يمنعون من لبس المرتفع من القطن والكتان . وما أحوجنا فى عصرنا هذا — وقد صارت الأمة الاسلامية الى ما صارت اليه — الى أن نصاول الحجة بالحجة ، والفكر بالفكر ، والعقيدة بالعقيدة ، وأن يعتز المسلم بكرامته ، وأن يسمو مستعليا على غير المسلمين ، استعلاء يليق بعظمة الاسلام ، وطهارة شريعته ، وحسب المؤمن انه يسير فى موكب نورانى أوله رسول الله صلى الله عليه وسلم والذين معه . فاللهم احفظ علينا نعمة الايمان لنصون انسانيتنا فى معارك الكرامة والشرف فى عالم يتألب شياطينه وأجنادهم على تعاليم الاسلام الحنيف . فان لم يبق لنا من احياء السنة الا أن يعتز المسلم

بعزة الاسلام ، وأن لا يهن ولا يستخذى أمام جحافل أعداء الاسلام لكان حسبنا هذا والله المستعان •

فـــرع ويؤخذ نساء أهل الذمة بلبس الغيار والزنار والخاتم فى رقابهن ، فان لبسن الخف كانت لونين لما روى أن عمر رضى الله عنه كتب الى أمراء الآفاق أن مروا نساء أهل الأديان يعقدون زنانيرهن • قال الشيخ أبو حامد : ويكون زنارها فوق ثيابها ، وذكر المصنف هنا وابن الصباغ فى الشامل أن زناها يكون تحت ازارها ، لأنه لو كان فوق الازار فانه يكشف ويصف جسمها ، والذى يقتضى المذهب أنه أراد بذلك الرداء الذى تستر به رأسها وعنقها فوق الثوب الذى تشد به حقويها ليحصل التمييز • فأما اذا كان مستورا لا يظهر فلا فائدة فيه •

فـــرع قد ذكرنا أنهم لا يبدأون بالســلام ، ويضطرون الى أضيق الطرق لمــا ذكرناه من الخبر ، فان قعدوا مع المسلمين فى مجلس لم يقعدوا فى صدر المجلس ، لأن فى ذلك اعزازا لهم ، وان قعدوا فى مجلس وأراد المسلمون القعود فيه قاموا منه للمسلمين ، لما فى كتابهم لعمر : « وأن نوقر المسلمين ، ونقوم لهم من مجلسنا اذا أرادوا الجلوس » والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ويمنعون من احداث بناء يعلو بناء جيرانهم من المسلمين ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « الاســلام يعلو ولا يعلى » وهل يمنعــون من مساواتهم فى البنــاء ؟ فيه وجهــان احدهما : انهم لا يمنعــون ، لأنه يؤمن أن يشرف المشرك على المسلم • والثانى : انهم يمنعون لأن القصد أن يعلو الاسلام ، ولا يحصل ذلك مع المساواة • وان ملكوا دارا عالية أقروا عليها ، وان كانت أعلى من دور جيرانهم ، لأنه ملكها على هذه الصفة ، وهل يمنعون من الاستعلاء فى غير محلة المسلمين ؟ فيه وجهان أحدهما : انهم لا يمنعون ، لأنه يؤمن مع البعد ان يعلو على المسلمين • والثانى : انهم يمنعون فى جميــع البلاد ، لانهم يتطاولون على المسلمين •

فصـــل ويمنعــون من اظهــار الخمــر ، والخنــزير ، وضرب

النواقيس ، والجهر بالتوراة والانجيل ، واظهار الصليب ، واظهار أعيادهم ، ورفع الصوت على موتاهم ، لما روى عبد الرحمن بن غنم فى كتاب عمر رضى الله عنه على نصارى الشام : « شرطنا أن لا نبيع الخمور ، ولا نظهر صلباننا ولا كتبنا فى شىء من طرق المسلمين ولا أسواقهم ، ولا نضرب نواقيسنا الا ضربا خفيا ، ولا نرفع اصواتنا بالقراءة فى كنائسنا فى شىء من حضرة المسلمين ، ولا نخرج شعانيننا ولا باعوثنا ، ولا نرفع أصواتنا على موتانا » .

فصل ويمنعون من احداث الكنائس والبيع والصوامع فى بلاد المسلمين ، لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال : « أيما مصر مصرته العرب فليس للعجم أن يبنوا فيه كنيسة » وروى عبد الرحمن بن غنم فى كتاب عمر على نصارى الشام : « انكم لما قدمتم علينا شرطنا لكم على انفسنا أن لا نحدث فى مدائننا ولا فيما حولها ديرا ، ولا قلاية ، ولا كنيسة ، ولا صومعة راهب » وهل يجوز اقرارهم على ما كان منها قبل الفتح ؟ ينظر فيه — فان كان فى بلد فتح صلحا ، واستثنى فيه الكنائس والبيع — جاز اقرارهما ، لأنه اذا جاز أن يصالحوا على أن لنا النصف ولهم النصف ، جاز أن يصالحوا على ان لنا البلد الا الكنائس والبيع . وان كان فى بلد فتح عنوة أو فتح صلحا ، ولم نستثن الكنائس والبيع ففيه وجهان احدهما : انه لا يجوز كما لا يجوز اقرار ما أحدثوا بعد الفتح . والثانى : انه يجوز ، لأنه لما جاز اقرارهم على ما كانوا عليه من الكفر ، جاز اقرارهم على ما يبنى للكفر ، وما جاز تركه من ذلك فى دار الاسلام اذا انهدم فهل يجوز اعادته ؟ فيه وجهان احدهما : وهو قول أبى سعيد الاصطخرى وأبى على ابن أبى هريرة : انه لا يجوز لما روى كثير بن مرة قال : سمعت عمر بن الخطاب رضى الله عنه يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تبنى الكنيسة فى دار الاسلام ولا يجدد ما خرب منها » وروى عبد الرحمن بن غنم فى كتاب عمر بن الخطاب على نصارى الشام : « ولا يجدد ما خرب منها » ولأنه بناء كنيسة فى دار الاسلام فمنعه منه كما لو بناها فى موضع آخر . والثانى : انه يجوز لأنه لما جاز تشييد ما تشعث منها جاز اعادة ما انهدم . وان عقدت الذمة فى بلد لهم ينفردون به لم يمنعوا من احداث الكنائس والبيع والصوامع ، ولا من اعادة ما خرب منها ، ولا يمنعون من اظهار الخمر ، والخنزير ، والصليب ، وضرب الناقوس ، والجهر بالتوراة والانجيل ، واظهار ما لهم من الأعياد ، ولا يؤخذون بلبس الغيار ، وشد الزنانير ، لأنهم فى دار لهم فلم يمنعوا من اظهار دينهم فيه .

الشرح اذا أراد أهل الذمة بناء منازل فى محلة المسلمين منعوا أن يكون بناؤهم أعلى من بناء من يليهم من المسلمين — ولو فقه المسلمون قيمة هذه المعانى — لما تطاول الكافرون فى البنيان عليهم ، وملكوا هندسة

نواطح السحاب ، وهم لا يزالون يدرجون فى (بدروم) الحياة ، والناس من فوقهم يملكان أزمة القوة والحضارة وهم عن هذا غافلون ، ولو عقلوا مبادىء الاسلام وما تحتويه من معطيات التفوق والسيادة حتى انه ليحرم أن يعلوا بنيان على بنيانهم ، ولا يرتفع صوت على أصواتهم ، أجل لو عقلوا هذه المعانى التى ربما حملهـا بعض المغرضين ومن تلتوى بهم مداركهم القاصرة عن شرف هذه المعانى المجيدة على أنها تعصب أو تمييز عنصرى ، لمـا حاق بهم الذل والخسران والشـقاء ، وتحكم غير المسلمين فى رقاب المسلمين •

ولقد نوقشت ذات مرة عن سلامة مثل التمييز بين المسلم وغيره حتى قيل : أن الاسلام يجعل غير المسلم مواطنا من الدرجة الثانية • فقلت لهم : انكم ترون الدنيا الآن تعج بأسباب التمييز بين عنصرى وعقائدى واقليمى حتى ان المجازر بين المذهبين الكاثوليكى والبروستانتى لحـرمان أصحاب أحد المذهبين من حقوقهم السياسية تحدث بشكل مروع فى أيرلندا • وكلا الفريقين على دين واحد • وها هم اليهود يفرقون بين الشرقيين والغربيين ، فالأعمال الدنيا من نصيب الشرقيين • ومن تأمل فى مجريات الأمور لوجد كيف تصنع الشيوعية المجازر وحمامات الدم لخصومها ، لتحقق ديكتاتورية البروليتاريا • ولنمض فى ايراد الأحكام الشرعية وسيجد فيها الحـاقدون على الاسلام أو العدالة والرحمة والقسطاس المستقيم ، ليس لها جذور الا فى تربة هذه الشريعة السمحة فليلها كنهارها ونهارها كليلها ، لا يزيغ عنها الا الهالكون •

اذا ثبت هذا فانه اذا ملك الـذمى دارا أعلى من دور جـيرانه من المسلمين ببيع أو هبة أقرت كمـا هى على ملكه ، لأنه هكذا ملكها ، فان انهدمت أو بعضها وأراد بناءها لم يكن له أن يعليها على بنـاء جيرانه من المسلمين • وهل له أن يساوى بناءهم ؟ على الوجهين •

فـــرع يمنع الذميون من اظهار شرب الخمر ، وأكل الخنازير وبيعها ، وضرب الناقوس ، والجهر بالتوراة والانجيل واظهار عبادة الصليب

واظهار أعيادهم ، ورفع الصوت على موتاهم لما شرطه النصارى على عمر ، ويرجع هذا كله لولى أمر المسلمين ، وما يقتضيه ذلك من محافظة على الأمن واستتباب السلام والنظام والوئام . فان رأى أن فى مثل هذه الأمور ما يؤذى مشاعر المسلمين ويقلق بالهم كفهم عن الضجيج الشديد ، وأمرهم بأداء شعائرهم ما داموا قد أقروا على ما هم عليه بشرط ألا يكون ذلك مقترنا بالتحدى والتحرش والمعاندة للمسلمين .

مسألة قال الشافعى رضى الله عنه : « ويشترط عليهم ألا يحدثوا كنيسة ولا بيعا ولا مجتمعا لصلاتهم » وجملة ذلك ان البلاد التى ينفذ فيها حكم الاسلام على ثلاثة أضرب ، أحدها : بلد بناه المسلمون كبغداد والكوفة والبصرة ، لأن الكوفة والبصرة بناهما عمر رضى الله عنه ، فلا يجوز لأهل الذمة أن يحدثوا بهما كنيسة ولا بيعا ولا صومعة بدليل أن عمر صالح النصارى على ألا يحدثوا فى بلد المسلمين ولا ما حوله ديرا ولا صومعة راهب ولا بيعة وروى أن ابن عباس قال : « أيما مصر مصرته العرب فليس للعجم أن يبنوا فيها كنيسة » رواه البيهقى وفى اسناده حنش الصنعانى وهو ضعيف ورواه أحمد أيضا ولكنه احتج به . وروى ابن عدى عن عمر مرفوعا : « لا تبنى كنيسة فى الاسلام ، ولا يجدد ما خرب منها » والثانى : يجوز ، وبه قال أبو حنيفة ، لأنه جاز ترميم ما انهدم أو تصدع منها جاز اعادة ما انهدم منها ، واذا سقط منها جدار جاز اعادته وجها واحدا .

وكل موضع قلنا : يجوز اقرارها لم يجز هدمها ، فاذا تصدعت جاز اصلاحها ورمها لأن المنع من ذلك يفضى الى خرابها وذهابها فجرى مجرى هدمها وهو غير جائز . فاذا وقعت كلها جاز بناؤها على أحد القولين للشافعى وأحمد وهو قول أبى حنيفة ، لأنه بناء لما استهدم فأشبه بناء بعضها اذا انهدم ورم شعثها ، ولأن استدامها جائزة ، وبناؤها كاستدامها وحمل الخلال قول أحمد : لهم أن يبنوا ما انهدم منها ، أى اذا انهدم بعضها ، ومنعه من بناء ما انهدم على ما اذا انهدمت كلها فجمع بين الروايتين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ويجب على الامام الذب عنهم ، ومنع من يقصدهم من المسلمين والكفار ، واستنقاذ من أسر منهم ، واسترجاع ما أخذ من أموالهم ، سواء كانوا مع المسلمين أو كانوا منفردين عنهم في بلد لهم ، لأنهم بذلوا الجزية لحفظهم وحفظ أموالهم . فان لم يدفع عنهم حتى مضى حول لم تجب الجزية عليهم ، لأن الجزية للحفظ ، وذلك لم يوجد فلم يجب ما في مقابلته ، كما لا تجب الأجرة اذا لم يوجد التمكين من المنفعة . وان أخذ منهم خمر أو خنزير لم يجب استرجاعه ، لأنه يحرم فلا يجوز اقتناؤه في الشرع ، فلم تجب المكالبة به .

فصل وان عقدت الذمة بشرط أن لا يمنع عنهم أهل الحرب نظرت ـ فان كانوا مع المسلمين أو في موضع اذا قصدهم أهل الحرب كان طريقهم على المسلمين ـ لم يصح العقد لأنه عقد على تمكين الكفار من المسلمين، فلم يصح . وان كانوا منفردين عن المسلمين في موضع ليس لأهل الحرب طريق على المسلمين صح العقد ، لأنه ليس فيه تمكين الكفار من المسلمين ، وهل يكره هذا الشرط ؟ قال الشافعي رضي الله عنه في موضع : يكره ، وقال في موضع : لا يكره ، وليست المسألة على قولين ، وانما على اختلاف حالين ، فالموضع الذي قال : يكره . اذا طلب الامام الشرط ، لأن فيه اظهار ضعف المسلمين . وان أغار أهل الحرب على أهل الذمة وأخذوا أموالهم ، ثم ظفر الامام بهم ، واسترجع ما أخذوه من أهل الذمة ، وجب على الامام رده عليهم . وان أتلفوا أموالهم وقتلوا منهم ، لم يضمنوا لأنهم ، لم يلتزموا أحكام المسلمين ، وان أغار من بيننا وبينهم هدنة على أهل الذمة ، وأخذوا أموالهم ، وظفر بهم الامام واسترجع ما أخذوه ، وجب رده على أهل الذمة . وان أتلفوا أموالهم وقتلوا منهم وجب عليهم الضمان ، لأنهم التزموا بالهدنة حقوق الآدميين ، وان نقضوا العهد وامتنعوا في ناحية ثم أغاروا على أهل الذمة ، وأتلفوا عليهم أموالهم ، وقتلوا منهم ، ففيه قولان أحدهما : أنه يجب عليهم الضمان . والثاني : لا يجب كالقولين فيما يتلف أهل الردة اذا امتنعوا وأتلفوا على المسلمين أموالهم أو قتلوا منهم .

الشرح هذان الفصلان لم يشتملا على وحي قرآني أو خبر نبوي يول :

أما اللغات فان قوله : (يجب على الامام الذب عنهم) قال في اللسان : الذب الدفع والمنع ، والذب الطرد وذب عنه يذب ذبا دفع ومنع ،

وذببت عنه وفلان يذب عن حريمه ذبا أى يدفع عنهم ، وفى حديث ابن عمر : « انما مصالحهم على وضم الا ماذب عنه » قال الشاعر :

من ذب منكم ذب عن حميمه . لو فر منكم فر عن حريمه

قال ابن بطال فى شرح غريب المهذب : هو المنع والدفع عنهم لمن يريد ظلمهم وهلاكهم .

أما الأحكام اذا عقد الامام الذمة لقوم من المشركين ، وجب عليه منع من قصدهم بالسوء من المسلمين وأهل الحرب وأهل الذمة ، سواء كانوا فى بلد الاسلام أو فى بلدهم منفردين به ، سواء كانوا مشترطين المنع فى العقد أو لم يكونوا مشترطين بأن أطلقوا أ، لأنهم بأدائهم الجزية استحقوا الحفظ لأرواحهم وأموالهم وأعراضهم ، فيلزم الامام ذلك بمقتضى عقد الذمة . هذا نقل أصحابنا البغداديين ، وقال أصحابنا الخراسانيون : ان كانوا فى بلد لهم منفردين به فهل يجب على الامام منع الكفار عنهم من غير أن يشرطوا عليه ؟ فيه وجهان ، أحدهما : يلزمه ، لأن ذلك من مقتضى العقد ، والثانى : لا يلزمه لأن الطائفتين كفار ، ولا يضرون بالمسلمين ولا بدارهم .

وكل موضع قلنا : يلزمه المنع عنهم فلم يمنع عنهم حتى مضى الحول سقطت عنهم الجزية فى ذلك الحول ، فان لم يمنع منهم بعضه لم تجب عليهم جزية تلك المدة التى لم يمنع فيها ، لأن الجزاة عوض عن المنع ، ولم يوجد ، فان أخذ المسلمون منهم مالا لهم بغير حق وجب على الامام استرجاعه ان كان باقيا ، أو استرجاع عوضه ان كان تالفا الا الخمر ، فانها اذا تلفت فلا يجب عوضها لأنه لا قيمة لها . وان أخذ أهل الحرب منهم مالا لهم بغير حق وجب على الامام استرجاعه ــ ان كان باقيا ، أو استرجاع عوضه ان كان تالفا ــ الا الخمر فانها اذا تلفت فلا يجب عوضها ، لأنه لا قيمة لها . وان أخذ أهل الحرب منهم مالا لهم وظفر به الامام رده اليهم فان قتلوا منهم و أتلفوا عليهم مالا ، لم يجب عليه ضمان ذلك ، لأنهم لم يلتزموا أحكام الاسلام ، وان أغار أهل الهدنة على أهل الذمة وأخذوا منهم مالا ، رده

الامام منهم ان كان باقيا ، أو رد عوضه منهم ان كان تالفا ، لأنهم التزموا بالهدنة حقوق الآدميين وان نقضوا الهدنة وامتنعوا عن الامام بالقتال ـ فهل يجب عليهم ضمان ما أتلفوه من نفس ومال لا ـ فيه قولان كأهل البغى.

فـــرع وان شرط فى عقد الذمة أن لا يمنع عنهم أهل الحـرب نظرت ـ فان كان أهل الذمة فى وسط بلاد الاسلام أو فى طرق منها ـ كان الشرط والعقد باطلين ، لأنه عقد على تمكين أهل الحرب من بلاد الاسوم ، وان كانوا فى دار الحـرب أو فيما بين دار الحرب ودار الاسـلام ، قال الشافعى رضى الله عنه فى موضع : ويكره هذا الشرط . وقال فى موضـع : لا يكره . قال أصحابنا : ليست على قولين ، وانما هى على اختلاف حالين ، فحيث قال : يكره ، أراد اذا كان الامام هو الذى طلب الشرط ، لأن فى ذلك اظهار وهن على المسلمين ، وحيث قال : لا يكره ، أراد اذا كان أهل الذمة هم الذين طلبوا الشرط لأنه لا وهن على المسلمين فى ذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **وان تحاكم مشركان الى حاكم المسلمين نظرت ـ فان كانا معاهدين ـ فهو بالخيـار بين أن يحكم بينهما ، وبين ان لا يحكم ، لقوله عز وجل : ((فان جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض (١) عنهم)) ولا يخلف أهل العلم ان هذه الآية نزلت فيمن وادعهم رسـول الله صلى الله عليه وسلم من يهود المدينة ، قبل فرض الجزية . وان حكم بينهمـا لم يلزمهما حكمه . وان دعا الحاكم أحدهما ليحكم بينهما لم يلزمه الحضور . وان كانا ذميين نظرت ـ فان كانا على دين واحد ـ ففيه قولان أحدهما : أنه بالخيار بين أن يحكم بينهمـا وبين أن لا يحكم ، لأنهما كافران ، فلا يلزمه الحكم بينهما كالمعاهدين . وان حكم بينهما لم يلزمهمـا حكمه . وان دعا أحدهمـا ليحكم بينهما ، لم يلزمه الحضور . والقول الثانى : أنه يلزمه الحكم بينهما ، وهو اختيار المزنى لقوله تعالى : ((وان احكم بينهم بما انزل الله (٢))) ولأنه يلزمه دفع ما قصد كل واحد منهما بغير حق ، فلزمه الحكم بينهما كالمسلمين . وان حكم بينهما لزمهمـا حكمه ، وان دعا أحدهما ليحكم بينهما لزمه الحضور . وان كانا على دينين كاليهودى والنصرانى ففيه طريقان أحدهما : أنه على القولين كالقسم قبله ،**

---

(١) الآية ٤٢ من سورة المائدة .
(٢) الآية ٤٩ من سورة المائدة .

لانهما كافران ، فصارا كما لو كانا على دين واحد . والثانى : قول ابى على ابن أبى هريرة : انه يجب الحكم بينهما قولا وحادا ، لانهما اذا كانا على دين واحد فلم يحكم بينهما تحاكما الى رئيسهما ، فيحكم بينهما . واذا كانا على دينين لم يرض كل واحد منهما برئيس الآخر فيضيع الحق . واختلف أصحابنا فى موضع القولين ، فمنهم من قال : القولان فى حقوق الآدميين ، وفى حقوق الله تعالى . ومنهم من قال : القولان فى حقوق الآدميين ، وأما حقوق الله تعالى فانه يجب الحكم بينهما قولا واحدا ، لأن لحقوق الآدميين من يطالب بها ، ويتوسل الى استيفائها ، فلا تضيع بترك الحكم بينهما ، وليس لحقوق الله تعالى من يطالب بها ، فاذا لم يحكم بينهما ضاعت . ومنهم من قال : القولان فى حقوق الله تعالى ، فاما فى حقوق الآدميين فانه يجب الحكم بينهما قولا واحدا ، لأنه اذا لم يحكم بينهما فى حقوق الآدميين ضاع حقه ، واستضر ، ولا يوجد ذلك فى حقوق الله تعالى ، فان تحاكم اليه ذمى ومعاهد ففيه قولان كالذميين ، وان تحاكم اليه مسلم وذمى أو مسلم ومعاهد لزمه الحكم بينهما قولا واحدا ، لأنه يلزمه دفع كل واحد منهما عن ظلم الآخر ، فلزمه الحكم بينهما ، ولا يحكم بينهما الا بحكم الاسلام لقوله تعالى : « وان احكم بينهم بما أنزل الله » ولقوله تعالى : « وان حكمت فاحكم بينهم (١) بالقسط » وان تحاكم اليه رجل وامرأة فى نكاح ـ فان كانا على نكاح لو اسلما عليه لم يجز اقرارهما عليه ، كنكاح ذوات المحارم ـ حكم بابطاله ، وان كانا على نكاح لو أسلما عليه جاز اقرارهما عليه حكم بصحته ، لأن انكحة الكفار محكوم بصحتها ، والدليل عليه قوله تعالى : « وقلت (٢) امرأة فرعون » فأضاف الى فرعون زوجته ، وقوله تعالى : « وامرأته (٣) حمالة الحطب » فأضاف الى أبى لهب زوجته ، ولأنه أسلم خلق كثير على انكحة فى الكفر فاقروا على انكحتهم ، فان طلقها أو آلى منها او ظاهر منها حكم فى الجميع بحكم الاسلام .

فصل وان تزوجها على مهر فاسد ، وسلم اليها بحكم حاكمهم ؛ ثم ترافعا الينا ؛ ففيه قولان احدهما : يقرون عليه ، لأنه مهر مقبوض فاقرا عليه كما لو اقبضها من غير حكم . والثانى : انه يجب لها مهر المثل ، لأنها قبضت عن اكراه بغير حق ، فصار كما لو لم تقبض .

الشرح قوله تعالى : « فان جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم » هى بقية آيات يرتبط بعضها ببعض تبدأ بقوله تبارك وتعالى : « يا أيها الرسول لا يحزنك الذين يسارعون فى الكفر من الذين قالوا آمنا بأفواههم

---

(١) الآية ٤٢ من سورة المائدة .
(٢) الآية ٩ من سورة القصص .
(٣) الآية ٣ من سورة المسد .

ولم تؤمن قلوبهم • ومن الذين هادوا سماعون للكذب ، سماعون لقوم آخرين لم يأتوك يحرفون الكلم من بعد مواضعه ، يقولون : ان أتيتم هذا فخذوه وان لم تؤتوه فاحذروا ــ الى أن قال عز من قائل ــ فاحكم بينهم أو أعرض عنهم [1] » •

فى سبب نزولها ثلاثة أقوال • أحدها • نزلت فى بنى قريظة والنضير ، قتل قرظى نضيريا وكان بنو النضير اذا قتلوا من بنى قريظة لم يقيدوهم ، وانما يعطونهم الدية على ما يأتى بيانه ، فتحاكموا الى النبى صلى الله عليه وسلم فحكم بالتسوية بين القرظى والنضيرى ، فساءهم ذلك ، ولم يقبلوا •

الثانى : أنها نزلت فى شأن أبى لبابة حين أرسله النبى صلى الله عليه وسلم الى بنى قريظة فخانه حين أشار اليهم أنه الذبح • وقد كان ذلك يوم حصارهم اذ سألوه ما الأمر ؟ وعلام ننزل من الحكم ؟ فأشار الى حلقه يعنى الذبح •

الثالث : أنها نزلت فى زنا اليهوديين وقصة الرجم على ما سيأتى فى الحدود ، وقد رجح القرطبى هذا السبب لأنه قد رواه الأئمة مالك والبخارى ومسلم والترمذى وأبو داود • قال أبو داود عن جابر بن عبد الله أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لهم : « ائتونى بأعلم رجلين منكم » فجاءوا بابنى صوريا ، فنشدهما الله تعالى : « كيف تجدان أمر هذين فى التوراة » قالا نجد فى التوراة اذا شهد أربعة انهم رأوا ذكره فى فرجها كالمرود فى المكحلة رجما • قال : « فما يمنعكما أن ترجموهما ؟ قالا : ذهب سلطاننا فكرهنا القتل • فدعا النبى صلى الله عليه وسلم بالشهود ، فجاءوا فشهدوا أنهم رأوا ذكره فى فرجها مثل المنل فى المكحلة • فأمر النبى صلى الله عليه وسلم برجمهما • وفى غير الصحيحين عن الشعبى عن جابر بن عبد الله رواية أخرى وسنستوعب الروايات كلها فى الحدود ان شاء الله تعالى وأعان •

وحاصلها أن اليهود حكمت النبى صلى الله عليه وسلم فحكم بمقتضى التوراة مستندا الى قول ابن صوريا وانه سمع شهادة اليهود وعمل بها •

---

(١) الآية ٤١ من سورة المائدة .

اذا ثبت هذا فان الامام اذا ترافع أهل الذمة اليه ـ فان كان ما رفعوه ظلما كالقتل والعدوان والغصب حكم بينهم ، ومنعهم منه بلا خلاف • وأما اذا لم يكن كذلك بأن كان من شئون أحوالهم الشخصية ـ كمناكحاتهم ومواريثهم ، فان الامام مخير فى الحكم بينهم أو تركه ، وبهذا قال مالك : غير أن مالكا رأى الاعراض عنهم أولى ، فان حكم بينهم حكم بحكم الاسلام • وفرق الشافعى رحمه الله بين ذلك وبين الحدود على ما سيأتى فى الحدود • وقال أبو حنيفة : يحكم بينهم على كل حال ، وهو قول الزهرى وعمر بن عبد العزاز والحكم ، وروى عن ابن عباس وهو أحد القولين عندنا كما سيأتى •

وقال فى البيان : وان تحاكم مشركان الى حاكم المسلمين ـ فان كانا معاهدين ـ لم يلزمه الحكم بينهما ، بل هو بالخيار بين أن يحكم بينهما وبين أن لا يحكم لقوله تعالى : « فان [1] جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم » اهـ •

وقال الشافعى رحمه الله فى سبب نزولها عند القول بأنها نزلت فى اليهوديين اللذين زنيا ثم جاءا الى النبى صلى الله عليه وسلم يسألانه فرجمهما قال : هذا أشبه لقوله تعالى : « وكيف [2] يحكمونك وعندهم التوراة فيها حكم الله » يعنى أنهم تركوا حكم الله فى التوراة الذى حكم به من رجم الزانى اهـ •

وان حكم الامام بين المعاهدين لم يلزمهما حكمه ، وان دعا الحاكم أحدهما ليحكم بينهما لم يلزمه الحضور ، وان كانا ذميين على دين واحد فهل يلزمه الحكم بينهما ؟ فيه قولان ، أحدهما : لا يلزمه الحكم بينهما بل هو بالخيار لقوله تعالى : « فان جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم » ولم فيه طريقان ، من أصحابنا من قال : هى على قولين ، ومنهم من قال : يلزمه يفرق ، ولأنهما لا يعتقدان شريعته فلم يلزمه الحكم بينهما كالمعاهدين •

---

(١) الآية ٤٢ من سورة المائدة .
(٢) الآية ٤٣ من سورة المائدة .

والثانى : يلزمه الحكم بينهما لقوله تعالى : « وأن احكم بينهم [1] بما أنزل الله » وهذا أمر ، والأمر يقتضى الوجوب ، ولقوله تعالى : « قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله [2] ولا باليوم الآخر ــ الآية » والصغار جريان أحكامنا عليهم ، فلولا أنه يلزمه الحكم بينهما لم تجر عليهم أحكام الاسلام ، ولأنه يلزمه الدفع عنهما ، فلزمه الحكم بينهما كالمسلمين بخلاف المعاهدين فانه لا يلزمه الدفع عنهما ، فعلى هذا اذا حكم بينهما لزمهما حكمه ، وان استعداد أحدهما على الآخر فأحضره لزمه الحضور ، وان كانا على دينين الحكم بينهما قولا واحدا ، لأن كل واحد منهما لا يرضى بحكم حاكم من أهل دين آخر ، واذا كانا على دين واحد ــ ولم يحكم الحاكم بينهما ــ ترافعا الى حاكم من أهل دينهما فحكم بينهما • واختلف أصحابنا فى موضع القولين فمنهم من قال : القولان اذا وقع التداعى فى حقوق الله ، فأما حقوق الآدميين فيلزم الحكم بينهما قولا واحدا ، لأن حقوق الله تعالى تقبل المسامحة بخلاف حقوق الآدميين ، ومنهم من قال : القولان فى حقوق الآدميين ، فأما حقوق الله تعالى فيلزمه الحكم بينهما فيها قولا واحدا ، فان حقوق الله اذا لم يحكم بها ضاعت ، وحق الآدمى يطالب به الآدمى ، فلا يضيع • ومنهم من قال : القولان فى الجميع وهو الأصح ، لأنه يجب على الحاكم أن يحكم بين المسلمين فى الجميع فكذلك بين أهل الذمة • وان تحاكم اليه ذمى ومعاهد فهو كما لو تحاكم اليه ذميان ، وان تحاكم اليه مسلم وذمى ومعاهد لزمه الحكم بينهم قولا واحدا ، لأنه يجوز أن يتحاكم المسلم مع خصمه الى حاكم من الكفار واذا حكم بينهما لم يحكم بينهما الا بحكم الاسلام ، لقوله تعالى : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » وقوله تعالى : « وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط » قاله ابن قدامة فى المغنى شرح متن الخرقى [3] •

وروى أن عمر رفع اليه رجل قد أراد استكراه امرأة مسلمة على الزنا

---

(١) الآية ٤١ من سورة المائدة .

(٢) الآية ٤٢ من سورة المائدة .

(٣) المغنى بتحقيق صديقنا العلامة الشيخ محمود عبد الوهاب فايد مد الله فى عمره .

فقال : ما على هذا صالحناكم ، وأمر به فصلب فى بيت المقدس ، ولأن فيه ضررا على المسلمين فأشبه الامتناع من بذل الجزية . وكل موضع قلنا : لا ينتقض عهده فانه ان فعل ما فيه حد أقيم عليه حده أو قصاصه ، وان لم يوجب حدا عزر ، ويفعل به ما يكف به أمثاله عن فعله ، فان أراد أحد منهم فعل ذلك فان مانع بالقتال نقض عهده ، ومن حكمنا بنقض عهده منهم خير الامام فيه بين أربعة أشياء : القتل والاسترقاق والفداء والمن كالأسير الحربى لأنه كافر قدرنا عليه فى دارنا بغير عهد ولا عقد ولا شبه ذلك .

أما قوله : (وان تزوجها على مهر فاسد الى آخر الفصل) فقد مضى بيانه فى باب الصداق من كتاب النكاح .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ومن اتى من اهل الذمة محرما يوجب عقوبة نظرت ـ فان كان ذلك محرما فى دينه ، كالقتل ، والزنا ، والسرقة ، والقذف ـ وجب عليه ما يجب على المسلم ، والدليل عليه ما روى انس رضى الله عنه : « أن يهوديا قتل جارية على أوضاح لها بحجر ، فقتله رسول الله صلى الله عليه وسلم بين حجرين » وروى ابن عمر ان النبى صلى الله عليه وسلم : « اتى بيهوديين قد فجرا بعد احصانهما ، فأمر بهما فرجما » ولأنه محرم فى دينه ، وقد التزم حكم الاسلام بعقد الذمة ، فوجب عليه ما يجب على المسلم وان كان يعتقد اباحته كشرب الخمر لم يجب عليه الحد ، لأنه لا يعتقد تحريمه فلم يجب عليه عقوبة كالكفر ، فان تظاهر به عزر ، لأنه اظهار منكر فى دار الاسلام فعزر عليه .**

الشرح حديث أنس رضى الله عنه أخرجه البخارى فى كتاب الخصومات وكتاب الوصايا ، وكتاب الطلاق ، وكتاب الديات ومسلم فى كتاب القسامة وأبو داود فى كتاب الديات ، والترمذى فيه والنسائى فى القسامة ، وابن ماجه فى الديات والدارمى فيه ، وأحمد فى مسنده وغيرهم وقد مضى تفصيله فى الديات من الجزء السابع عشر لنا . أما حديث ابن عمر فسيأتى فى الحدود .

اما الأحكام فانه اذا فعل الذمى شيئا محرما عليه فى شرعنا وشرعهم

كالقتل والزنا والقذف والسرقة ، وجب عليه ما يجب على المسلم من العقوبة لما ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم قتل يهوديا جارية على أوضاح لها • والأوضاح جمع وضح وهو العقد ، أو الحلى مصنوعة من الدراهم الصحاح •

ورجم يهوديين زنيا بعد احصانهما كما مر فى الفصل قبله ، وان كان محرما عليه فى شرعنا غير محرم فى شرعهم كشرب الخمر ، لم يجب عليه الحد ، لأنه مباح عندهم ، لكن اذا أظهر شربه واستعلن به عزره الامام على ذلك ، لأنه اظهار منكر فى دار الاسلام ، والمنكر فى دار الاسلام واجب على العامة تغييره ، كل بحسب قدرته • لقوله صلى الله عليه وسلم : « من رأى منكم منكرا فليغيره بيده ، فان لم يستطع فبلسانه ، فان لم يستطع فبقلبه ، وذلك أضعف الايمان » •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **اذا امتنع الذمى من التزام الجزية ، او امتنع من التزام احكام المسلمين ، انتقض عهده ، لأن عقد الذمة لا ينعقد الا بهما ، فلم يبق دونهما • وان قاتل المسلمين انتقض عهده سواء شرط عليه تركه فى العقد او لم يشرط ، لأن مقتضى عقد الذمة الأمان من الجانبين ، والقتال ينافى الأمان فانتقض به العهد ، وان فعل ما سوى ذلك نظرت ـ فان كان مما فيه اضرار بالمسلمين ـ فقد ذكر الشافعى رحمه الله تعالى ستة اشياء ، وهو أن يزنى بمسلمة أو يصيبها باسم النكاح ، او يفتن مسلما عن دينه ، أو يقطع عليه الطريق ، أو يؤدى عينا لهم ، أو يدل على عوراتهم • وأضاف اليه أصحابنا ان يقتل مسلما ، فان لم يشرط الكف عن ذلك فى العقد لم ينتقض عهده لبقاء ما يقتضى العقد من التزام أداء الجزية ، والتزام أحكام المسلمين ، والكف عن قتالهم • وان شرط عليهم الكف عن ذلك فى العقد ففيه وجهان ، احدهما : انه لا ينتقض به العهد ، لأنه لا ينتقض به العهد من غير شرط ، فلا ينتقض به مع الشرط ، كاظهار الخمر : والخنزير ، وترك الغيار • والثانى : انه ينتقض به العهد ، لما روى : « ان نصرانيا استكره امرأة مسلمة على الزنا، فرفع الى أبى عبيدة بن الجراح فقال : ما على هذا صالحناكم وضرب عنقه » ولأن عقوبة هذه الأفعال تستوفى عليه من غير شرط ، فوجب ان يكون لشرطها تأثير ، ولا تأثير الا ما ذكرناه من نقض العهد ، فان ذكر الله عز وجل ، أو**

كتابه ، او ذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم او دينه بما لا ينبغى ، فقد اختلف اصحابنا فيه ، فقال ابو اسحق : فى حكمه حكم الثلاثة الأولى ، وهى الامتناع من التزام الجزية ، والتزام احكام المسلمين ، والاجتماع على قتالهم . وقال عامة اصحابنا : حكمه حكم ما فيه ضرر المسلمين ، وهى الأشياء السبعة ، ان لم يشترط فى العقد الكف عنه لم ينتقض العهد ، وان شرط الكف عنه فعلى الوجهين ، لأن فى ذلك اضرارا بالمسلمين ، لما يدخل عليهم من العار ، فالحق بما ذكرناه مما فيه اضرار بالمسلمين ، ومن اصحابنا من قال : من سب رسول الله صلى الله عليه وسلم وجب قتله ، لما روى أن رجلا قال لعبد الله ابن عمر : سمعت راهبا يشتم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « لو سمعته لقتلته ، انا لم نعطه الأمان على هذا » وان اظهر من منكر دينهم ما لا ضرر فيه على المسلمين ، كالخمر ، والخنزير ، وضرب الناقوس ، والجهر بالتوراة والانجيل ، وترك الغيار ، لم ينتقض العهد ، شرط او لم يشرط . واختلف اصحابنا فى تعليله فمنهم من قال : لا ينتقض العهد ، لأنه اظهار ما لا ضرر فيه على المسلمين ، ومنهم من قال : ينتقض ، لأنه اظهار ما يتدينون به ، واذا فعل ما ينتقض به العهد ففيه قولان ، أحدهما : انه يرد الى مامنه ، لأنه حصل فى دار الاسلام بامان ، فلم يجز قتله قبل الرد الى مامنه ، كما لو دخل دار الاسلام بامان صبى . والثانى وهو الصحيح : انه لا يجب رده الى مامنه ، لأن ابا عبيدة بن الجراح قتل النصرانى الذى استكره المسلمة على الزنا ، ولم يرده الى مامنه ، ولأنه مشرك لا امان له فلم يجب رده الى مامنه كالأسير ، ويخالف من دخل بامان الصبى ، لأن ذلك غير مفرط ، لأنه اعتقد صحة عقد الأمان فرد الى مامنه ، وهذا مفرط لأنه نقض العهد فلم يرد الى مامنه ، فعلى هذا يختار الامام ما يراه من القتل ، والاسترقاق ، والمن ، والفداء ، كما قلنا فى الأسير .

الشرح هذا الفصل فيه من الآثار : اثر أبى عبيدة عامر بن الجراح أخرجه عبد الرزاق عن ابن جريج قال : أخبرت أن أبا عبيدة بن الجراح وأبا هريرة قتلا كتابيين أرادا امرأة مسلمة . وروى البيهقى من طريق الشعبى عن سويدين غفله قال . « كنا عند عمر وهو أمير المؤمنين بالشام فأتى نبطى مضروب مشجج يستعدى ، فغضب عمر وقال لصهيب : انظر من صاحب هذا ، فذكر القصة ، فجىء به فاذا هو عوف بن مالك فقال : رأيته يسوق بامرأة فنخس الحمار ليصرعها فلم تصرع ثم دفعها فخرت عن الحمار ، فغشيها ففعلت به ما ترى ، فقال عمر : والله على هذا عاهدناكم ، فأمر به فصلب ، ثم قال : يا أيها الناس ، فوا بذمة محمد صلى الله عليه وسلم فمن فعل منهم هذا فلا ذمة له » .

ثم أثر ابن عمر رضى الله عنهما أخرجه البيهقى مثله : « أن عرفة بن الحارث الكندى مر به نصرانى فدعاه الى الاسلام فتناول النبى صلى الله عليه وسلم وذكره فرفع عرفة يده فدق أنفه ، فرفع الى عمرو بن العاص فقال عمرو أعطيناهم العهد ، فقال عرفة : معاذ الله أن تكون أعطيناهم على أن يظهروا شتم النبى صلى الله عليه وسلم انما أعطيناهم على أن نخلى بينهم وبين كنائسهم يقولون فيها ما بدا لهم ، وأن لا نحملهم ما لا يطيقون ، وان أرادهم عدو قاتلناهم من ورائهم ، ونخلى بينهم وبين أحكامهم ، الا أن يأتوا راضين بأحكامنا ، فنحكم بينهم بحكم الله وحكم رسوله ، وان غيبوا عنا لم نعرض لهم فيها ، قال عمرو : صدقت » .

وفى كتاب الصارم المسلول على شاتم الرسول للشيخ تقى الدين ابن تيمية من الأحاديث والآثار ما لا يتسع له المقام .

وفى سنن أبى داود وغيره أن النبى صلى الله عليه وسلم أهدر دم امرأة قتلها زوجها وكان أعمى لأنها كانت تؤذى رسول الله صلى الله عليه وسلم بلسانها ، وكان ينهاها فلا تنتهى .

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم : اذا أراد الامام أن يكتب كتاب صلح على الجزية كتب :

بسم الله الرحمن الرحيم

هذا كتاب كتبه عبد الله فلان أمير المؤمنين لليلتين خلتا من شهر ربيع الأول سنة كذا وكذا لفلان بن فلان النصرانى من بنى فلان الساكن بلد كذا . انك سألتنى أن أؤمنك أهل النصرانية من أهل بلد كذا وأعقد لك ولهم على وعلى جميع المسلمين الأمانة ما استقمت واستقاموا بجميع ما أخذنا عليكم ، وذلك أن يجرى عليكم حكم الاسلام ، ولا حكم خلافه بحال يلزمكموه ، ولا يكون لكم أن تمتنعوا منه فى شىء رأيناه نلزمكم

به ، وعلى أن أحدا منكم اذ ذكر محمدا صلى الله عليه وسلم أو كتاب الله عز وجل أو دينه بما لا ينبغي أن يذكره به فقد برئت منه ذمة الله ثم ذمة أمير المؤمنين وجميع المسلمين ، ونقض ما أعطى عليه ، وحل لأمير المؤمنين ماله ودمه كما تحل أموال أهل الحرب ودماؤهم ، وعلى أن أحدا من رجالهم ان أصاب مسلمة بزنا أو اسم نكاح ، أو قطع الطريق على مسلم ، أو فتن مسلما عن دينه ، أو أعان المحاربين على المسلمين بقتال أو دلالة على عورة المسلمين ، وايواء لعيونهم ، فقد نقض عهده ، وأحل دمه . وان نال مسلما بما دون هذا فى ماله أو عرضه أو نال به من على مسلم منعه من كافر له عهد أو أمان لزمه فيه الحكم ، وعلى أن نتتبع أفعالكم فى كل ما جرى بينكم وبين مسلم ، فما كان لا يحل لمسلم مما لكم فيه فعل رددناه وعاقبناكم عليه ، وذلك أن تبيعوا مسلما بيعا حرا ما عندنا من خمر أو خنزير أو دم أو ميتة أو غيره ونبطل البيع بينكم فيه ، ونأخذ ثمنه منكم ، ان أعطاكموه ، ولا يرده عليكم ان كان قائما ، ونهريقه ان كان خمرا أو دما ، ونحرقه ان كان ميتة ، وان استهلكه لم نجعل عليه فيه شيئا ونعاقبكم عليه ، وعلى أن لا تسقوه أو تطعموه محرما أو تزوجوه بشهود منكم ، أو بنكاح فاسد عندنا ، وما بايعتم به كافرا منكم أو من غيركم لم نتبعكم فيه ، ولن نسألكم عنه ما تراضيتم به ، واذا أراد البائع منكم أو المبتاع نقض البيع ، وأتانا طالبا له . فان كان منتقضا عندنا ـ نقضناه ، وان كان جائزا أجزناه ، الا أنه اذا قبض المبيع ، وفات لم يرده ، لأنه بيع بين مشركين مضى ، ومن جاءنا منكم أو من غيركم من أهل الكفر يحاكمكم ، أجريناكم على حكم الاسلام ، ومن لم يأتنا لم نعرض لكم فيما بينكم وبينه . واذا قتلتم مسلما أو معاهدا منكم أو من غيركم خطأ ، فالدية على عواقلكم ، كما تكون على عواقل المسلمين ، وعواقلكم قراباتكم من قبل آبائكم ، وان قتله منكم رجل لا قرابة له فالدية عليه فى ماله ، وان قتله عمدا فعليه القصاص ، الا أن تشاء ورثته دية ، فيأخذونها حالة ، ومن سرق منكم فرفعه المسروق الى الحاكم قطعه اذا سرق ما يجب فيه القطع وغرم ، ومن قذف فكان للمقذوف هو حد له ، وان لم يكن حد عزر حتى تكون أحكام الاسلام جارية عليكم بهذه المعانى فيما سمينا ولم نسم ، وعلى أن ليس لكم أن تظهروا فى شىء من

أمصار المسلمين الصليب ، ولا تعلنوا بالشرك ، ولا تبنوا [1] كنيسة ولا موضع مجتمع لصلاتكم ، ولا تضربوا بناقوس ، ولا تظهروا قولكم بالشرك فى عيسى ابن مريم ، ولا فى غيره لأحد من المسلمين • وتلبسوا الزنانير من فوق جميع الثياب ، الأردية وغيرها حتى لا تخفى الزنانير وتخالفوا بسروجكم وركوبكم ، وتباينوا بين قلانسكم وقلانسهم بعلم تجعلونه بقلانسكم ، وأن لا تأخذوا على المسلمين سروات الطرق ، ولا المجالس فى الأسواق وأن يؤدى كل بالغ من أحرار رجالكم غير مغلوب على عقله جزية رأسه : دينارا ، مثقالا جيدا فى رأس كل سنة ، لا يكون له أن يغيب عن بلده حتى يؤديه أو يقيم به من يؤديه عنه لا شىء عليه من جزية رقبته الى رأس السنة • ومن افتقر منكم فجزيته عليه ، حتى تؤدى عنه ، وليس الفقر بدافع عنكم شيئا ولا ناقض لذمتكم عما به ، فمتى وجدنا عندكم شيئا أخذتم به ، ولا شىء عليكم فى أموالكم سوى جزيتكم ما أقمتم فى بلادكم واختلفتم ببلاد المسلمين غير تجار ، وليس لكم دخول مكة بحال • وان اختلفتم بتجارة على أن تؤدوا من جميع تجاراتكم العشر الى المسلمين ، فلكم دخول جميع بلاد المسلمين الا مكة ، والمقام بجميع بلاد المسلمين كما شئتم الا بالحجاز ، فليس لكم المقام ببلد منها الا ثلاث ليال ، حتى تظعنوا منه ، وعلى أن من أنبت الشعر تحت ثيابه ، أو احتلم ، أو استكمل خمس عشرة سنة قبل ذلك فهذه الشروط لازمة له ، ان رضيها ، فان لم يرضها فلا عقد له ، ولا جزية على أبنائكم الصغار ، ولا صبى غير بالغ ، ولا مغلوب على عقله ، ولا مملوك • فاذا أفاق المغلوب على عقله وبلغ الصبى ، وعتق المملوك منكم ، فدان دينكم فعليه جزيتكم ، والشرط عليكم وعلى من رضيه • ومن سخطه منكم نبذنا اليه ، ولكم أن نمنعكم وما يحل ملكه عندنا لكم ممن أرادكم من مسلم أو غيره بظلم بما نمنع به أنفسنا وأموالنا ، ونحكم لكم فيه عمن جرى حكمنا عليه بما نحكم به فى أموالنا ، وما يلزم المحكوم فى أنفسكم فليس علينا أن نمنع لكم شيئا ملكتموه محرما من دم

---

(١) سبق لنا أن أوضحنا معنى أمصار المسلمين وهى المدن التى أنشأها المسلمون بأنفسهم ولم يكن فيها أحد من أهل الكتاب أو المشركين ، فانه لا يحل أن تبنى فيها كنائس أو معابد للكفر والله تعالى أعلم .

ولا ميتة ولا خمر ، ولا خنزير ، كما نمنع ما يحل ملكه ، ولا نعرض لكم فيه ، الا أنا لا ندعكم تظهرونه فى امصار المسلمين ، فما ناله منه مسلم أو غيره لم نغرمه ثمنه ، لأنه محرم ، ولا ثمن لمحرم ، ونزجره عن العرض لكم فيه ، فان عاد أدب بغير غرامة فى شيء منه ، وعليكم الوفاء بجميع ما أخذنا عليكم ، وأن لا تغشوا مسلما ، ولا تظاهروا عدوهم عليهم بدل ولا فعل ، عهد الله وميثاقه ، وأعظم ما أخذ الله على أحد من خلقه من الوفاء بالميثاق . ولكم عهد الله وميثاقه وذمه (فلان) أمير المؤمنين ، وذمة المسلمين بالوفاء لكم ، وعلى من بلغ من أبنائكم ما عليكم بما أعطيناكم ما وفيتم بجميع ما شرطنا عليكم ، فان غيرتم أو بدلتم فذمة الله ثم ذمة (فلان) أمير المؤمنين والمسلمين بريئة منكم ، ومن غاب عن كتابنا مما أعطيناه ما فيه فرضيه اذا بلغه فهذه الشروط لازمة له ولنا فيه ، ومن لم ارض نبذنا اليه .

شهد . . . . .

هذا ما كتبه الشافعى رضى الله عنه فى الأم . وجملة ذلك أن ما يجب على أهل الذمة على خمسة اضرب : أحدها ما يجب ذكره فى العقد ، وان لم يذكر فى العقد لم يصح العقد ، وهو بذل الجزية ، والتزام أحكام المسلمين ، فاذا امتنعوا من أداء الجزية ، والتزام الأحكام انتقضت ذمتهم ، لأن الذمة لم تنعقد الا بهما .

الضرب الثانى : ما لا يجب ذكره فى العقد ، ولكن اطلاق العقد يقتضيه ، واذا ذكر فى العقد كان تأكيدا ، وهو تركهم قتال المسلمين ، فمتى قاتلوا المسلمين منفردين أو مع أهل الحرب انتقضت ذمتهم ، سواء شرط عليهم فى العقد أو لم يشرط ، لأن الأمان ، هو أن نأمن منهم ويأمنوا منا ، وهذا ينافيه .

الضرب الثالث : ما لا يجب ذكره فى العقد . قال ابن الصباغ فى الشامل : ولا يقتضيه الاطلاق ، وقال الشيخ أبو حامد : بل يقتضيه الاطلاق ، ونص الشافعى رحمه الله من هذا على ستة أشياء .

أحدها : أن لا يزنى الذمى بمسلمة •

الثانى : أن لا يصيبها باسم نكاح •

الثالث : أن لا يفتن مسلما عن دينه •

الرابع : أن لا يقطع عليه الطريق •

الخامس : أن لا يؤوى عينا للمشركين •

السادس : أن لا يدل على عوراتهم أو يشى لعدوهم بأماكن دفاعهم •

وأضاف اليه أصحابنا أن لا يقتل مسلما ، فمتى فعل الذمى شيئا من هذه الأشياء نظرت — فان لم يشترط عليه فى العقد ترك هذه الأشياء — لم تنتقض ذمته بذلك ، بل يجب عليه الحد فيما يوجب الحد منها ، والتعزير فيما لا يوجب الحد لبقاء ما يقتضيه العقد من أداء الجزية والتزام الأحكام ، والكف عن قتال المسلمين ، وان شرط عليهم ترك هذه الأشياء فى العقد ففعلوا شيئا منها فهل تنتقض ذمتهم ؟

قال الشيخ أبو حامد : فيه قولان ، وأكثر أصحابنا حكاهما وجهين ، أحدهما : لا تنتقض ذمتهم بذلك ، لأن ما لا تنتقض الذمة بفعله اذا لم يشترط تركه ، لم تنتقض بفعله ، وان شرط تركه كاظهار الخمر والخنزير • والثانى : تنتقض ذمتهم وهو الأصح ، لما روى أن نصرانيا استكره مسلمة على الزنا فرفع الى أبى عبيدة عامر بن الجراح فقال : ما على هذا صالحناكم ، وضرب عنقه • أخرجه عبد الرزاق • ولأن فيها ضررا على المسلمين ، فاذا اشترط عليهم تركها فخالفوا كانوا ناقضين للذمة ، كالامتناع من الجزية •

الضرب الرابع : اختلف أصحابنا فى وجوب ذكره فى العقد ، وهو أن لا يذكروا الله ولا رسوله ولا دينه بما لا يجوز ، فقال أبو اسحق : لا يصح عقد الذمة حتى يشترط ذلك عليهم فى العقد ، فمتى ذكر فى العقد فخالفوا انتقضت ذمتهم ، كما قلنا فى التزام الجزية والتزام أحكام الاسلام • وقال

أكثر أصحابنا : حكمه حكم الأشياء السبعة ، لا يجب ذكره في العقد فاذا لم يشرط عليهم تركه لم تنتقض ذمتهم بفعله ، وان شرط عليهم تركه فهل تنتقض ذمتهم ؟ على القولين أو الوجهين ، لأن في ذلك ضررا بالمسلمين ، فكان حكمه حكم الأشياء السبعة ، التي فيها ضرر عليهم ، قال أبو بكر الفارسي من أصحابنا : من سب رسول الله صلى الله عليه وسلم وجب قتله حدا ، لا أنه انتقضت ذمته . ولم يذكر الشيخ أبو حامد في التعليقة غيره ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يؤمن ابن خطل والقينتين ، لأنهم كانوا يسبونه صلى الله عليه وسلم وروى أن رجلا قال لابن عمر رضي الله عنهما : سمعت راهبا يشتم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : لو سمعته لقتلته ، انا لم نعطه الأمان على هذا . والأول أشبه ، لأن ابن خطل والقينتين كانوا مشركين لا أمان لهم قتل هذا .

الضرب الخامس : انا قد ذكرنا أنه لا يجوز احداث كنيسة ولا بيعة في دار الاسلام ، ولا يرفعون أصواتهم بالتوراة والانجيل ، ولا يضربون الناقوس ، ولا يظهرون الخمر والخنزير ، ولا يطيلون بناءهم فوق بناء المسلمين ، ولا يتركون لبس الغيار والزنانير ، فهذه الأشياء لا يجب ذكرها في العقد ، فان خالفوا وفعلوا شيئا منها لم تنتقض ذمتهم ، سواء شرطت عليهم في العقد ، أو لم تشرط ، واختلف أصحابنا في علته ، فمنهم من قال : لأنه لا ضرر على المسلمين في ذلك ، ومنهم من قال : لأنهم يتدينون بأكثرها . هذا نقل أصحابنا البغداديين ، وقال المسعودي : اذا آووا عينا للمشركين أو زنوا بمسلمة أو سبوا مسلمة ، أو سرقوا ماله ، ففيه ثلاثة أوجه . أحدها : تنتقض ذمتهم ، والثاني : لا تنتقض ، والثالث : ان شرط أن لا يفعلوا ذلك فخالفوا انتقضت ذمتهم ، وان لم يشرط عليهم لم تنتقض ذمتهم .

اذا ثبت هذا ، فكل من فعل منهم ما يوجب نقض ذلك ففيه قولان ، أحدهما : لا يجوز قتله ، ولا استرقاقه بل يجب رده الى مأمنه ، لأنه كافر حصل في دار الاسلام ، فصار كالكافر اذا دخل بأمان صبي ، فعلى هذا يستوفى ما يجب عليه من الحد ، ثم يرد الى مأمنه ، والثاني : أن الامام فيه بالخيار بين القتل والاسترقاق والمن والفداء وهو الأصح ، لأن أبا عبيدة

عامر بن الجراح قتل النصرانى الذى استكره المسلمة على الزنا قبل أن يرده الى مأمنه ولا مخالف له ، ولأنه كافر لا أمان له فهو كالحربى اذا دخل دار الاسلام متلصصا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يمكن مشرك من الاقامة فى الحجاز ، قال الشافعى رحمه الله : هى مكة ، والمدينة ، واليمامة ، ومخاليفها . قال الأصمعى : سمى حجازا لأنه حاجز بين تهامة ونجد والدليل عليه ما روى ابن عباس رضى الله عنه قال : « اشتد برسول الله صلى الله عليه وسلم وجعه فقال : أخرجوا المشركين من جزيرة العرب » وأراد الحجاز . والدليل عليه ما روى أبو عبيدة ابن الجراح رضى الله عنه قال : آخر ما تكلم به رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أخرجوا اليهود من الحجاز ، وأهل نجران من جزيرة العرب » وروى ابن عمر أن عمر رضى الله عنه أجلى اليهود والنصارى من الحجاز ، ولم ينقل أن أحدا من الخلفاء أجلى من كان باليمن من أهل الذمة ، وان كانت من جزيرة العرب فان جزيرة العرب فى قول الأصمعى من أقصى عدن الى ريف العراق فى الطول ، ومن جدة وما والاها من ساحل البحر الى أطراف الشام فى العرض . وفى قول أبى عبيدة ما بين حفر أبى موسى الأشعرى الى أقصى اليمن فى الطول ، وما بين النهرين الى السماوة فى العرض . قال يعقوب : حفر أبو موسى على منازل من البصرة من طريق مكة ، على خمسة أو ستة منازل . وأما نجران فليست من الحجاز ، ولكن صالحتهم رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن لا يأكلوا الربا فأكلوه ، ونقضوا العهد ، فأمر بإجلائهم فأجلاهم عمر ، ويجوز تمكينهم من دخول الحجاز لغير الاقامة لأن عمر رضى الله عنه أذن لمن دخل منهم تاجرا فى مقام ثلاثة أيام ، ولا يمكنون من الدخول بغير اذن الامام . لأن دخولهم انما أجيز لحاجة المسلمين ، فوقف على رأى الامام ، فان استأذن فى الدخول ـ فان كان للمسلمين فيه منفعة بدخوله ، لحمل ميرة ، أو أداء رسالة ، أو عقد ذمة ، أو عقد هدنة ـ أذن فيه لأن فيه مصلحة للمسلمين ، فان كان فى تجارة لا يحتاج اليها المسلمون لم يؤذن له الا بشرط أن يأخذ من تجارتهم شيئا ، لأن عمر رضى الله عنه أمر أن تؤخذ من أنباط الشام من حمل القطنية من الحبوب العشر ، ومن حمل الزيت والقمح نصف العشر ، ليكون الى رأيه ، فان دخل للتجارة فله أن يقيم ثلاثة أيام ولا يقيم أكثر منها ، أكثر للحمل . وتقدير ذلك الى رأى الامام ، لأن أخذه باجتهاده ، فكان تقديره لحديث عمر رضى الله عنه ، ولأنه لا يصير مقيما بالثلاثة ويصير مقيما بما زاد . وان أقام فى موضع ثلاثة أيام ؛ ثم انتقل الى موضع آخر وأقام ثلاثة

أيام ؛ ثم كذلك ينتقل من موضع الى موضع ؛ ويقيم فى كل موضع ثلاثة ايام جاز ، لأنه لم يصر مقيما فى موضع ، ولا يمنع من ركوب بحر الحجاز ، لأنه ليس بموضع للاقامة ، ويمنع من المقام فى سواحله ، والجزائر المسكونة فيه ، لأنه من بلاد الحجاز . وان دخل لتجارة فعرض فيه ولم يمكنه الكروج اقام حتى يبرأ ، لأنه موضع ضرورة ، وان مات فيه وامكن نقله من غير تغير لم يدفن فيه ، لأن الدفن اقامة على التأبيد ، وان خيف عليه التغير فى النقل عنه ، لبعد المسافة ، دفن فيه لأنه موضع ضرورة .

الشرح حديث ابن عباس رواه البخارى ومسلم بلفظ : « اشتد برسول الله صلى الله عليه وسلم وجعه يوم الخميس ، وأوصى عند موته بثلاث : « أخرجوا المشركين من جزيرة العرب ، وأجيزوا الوفد بنحو ما كنت أجيزهم ، ونسيت الثالثة » والشك من سليمان الأحول .

وحديث أبى عبيدة بن الجراح رواه أحمد والبيهقى ، وهو فى مسند مسدد ، وفى مسند الحميدى أيضا ، وأثر ابن عمر : « أن عمر » رواه البخارى . نخبر اذن عمر لمن دخل منهم تاجرا أخرجه البيهقى بلفظ : « أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ضرب لليهود والنصارى والمجوس بالمدينة اقامة ثلاثة أيام يتسوقون بها ، ويقضون حوائجهم ولا يقيم أحد منهم فوق ثلاث ليال » .

وخبر أمر عمر بما يؤخذ من أنباط الشام رواه البيهقى عن سالم بن عبد الله عن ابنه : « أن عمر رضى الله عنه كان يأخذ من النبط من الحنطة والزيت نصف العشر يريد بذلك أن يكثر الحمل الى المدينة ، ويأخذ من القطنية العشر » .

أما اللغات فقوله : « الحجاز » كل ما تشد به وسطك لتشمر ثيابك حجاز ، قال فى القاموس : والحجاز مكة والمدينة والطائف ومخاليفها . لأنها حجزت بين نجد وتهامة ، أو بين نجد والسراة ، أو لأنها احتجزت بالحرار الخمس : حرة بنى سليم وواقم ، وليلى ، وشوران ، والنار [1] . وقوله : (جزيرة العرب) قال فى القاموس : ما أحاط به بحر

(١) أسماء حراث بركانية هى بقايا براكين قديمة ، وتكثر هذه الحراث حول المدينة واسمها ثنيات .

الهند وبحر الشام ثم دجلة والفرات ، أو ما بين (عدن أبين) الى أطراف الشام طولا ومن جدة الى أطراف ريف العراق عرضا • وقال ابن بطال فى شرح غريب المهذب : سميت جزيرة لأن البحرين : بحر فارس وبحر الحبشة والرافدين قد أحاطت بها ، والرافدان دجلة والفرات قال الفرزدق يعاتب يزيد بن عبد الملك فى تقديم أبى المثنى عمر بن الهبيرة الفزارى على العراق ويهجوه :

ووليت العراق ورافديه فزاريا أحذيد القميص اهـ

وقوله : (ريف العراق) الريف أرض فيها زرع وخصب ، والسعة فى المأكل والمشرب ، وما قارب الماء من أرض العرب ، أو حيث الخضر والمياه والزروع ، وراف البدوى يريف أتى الريف ، كاريف وتريف • وقوله : (أطرار الشام) الطرة كفة الثوب ، والأطرار الأطراف ، ومنه يقال لضاحية فى القاهرة بينها وبين حلوان طرة ، وينطقها العامة مخففة ، وقوله : (ما بين حفر أبى موسى الأشعرى الى أقصى اليمين) كان أبو موسى قد احتفر ركايا بطريق مكة من البصرة بين ماوية والنخشانيات وكان لا يوجد بها قطرة ماء ، ولها حكاية • أفاده ابن بطال •

قوله : (لحمل ميرة) الميرة الطعام الذى يجىء به ويمتاره من بعد ، وهم يمتارون لأنفسهم ، ويميرون غيرهم ميرا ، وقد مار أهله يميرهم ، والميار جانب الميرة ، قال تعالى : « ونمير[1] أهلنا » أما أنباط الشام فهم يرجعون الى أصلهم فى سواد العراق واحدها نبطى ونباطى ونباط مثل يمنى ويمانى ويمان ، وفى كلام أيوب بن القرية : أهل عمان عرب استنبطوا ، وأهل البحرين نبيط استعربوا ، ويقال ينبط فلان اذا انتمى الى النبط ، وفى حديث عمر رضى الله عنه : « تمعددوا ولا تستنبطوا » أى تشبهوا بمعد ، ولا تشبهوا بالنبط • وفى حديث ابن عباس : « نحن معاشر قريش من النبط من أهل كوثى • والقطنية بكسر القاف هو ما سوى الطعام كالعدس والحمص واللوبيا وما أشبهه •

---

(١) الآية ٦٥ من سورة يوسف •

اما الأحكام فانه لا يجوز لأحد من الكفار سكنى الحجاز ، والاقامة فيه ، كما لا يجوز للامام أن يصالحهم على ذلك ، فان فعل ذلك كان الصلح فاسدا ، لحديث ابن عباس رضى الله عنهما المتفق عليه والذى ساقه المصنف ، وحديث عمر رضى الله عنه : أنه سمع النبى صلى الله عليه وسلم يقول : « لأخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب حتى لا أدع فيها الا مسلما » أخرجه مسلم والترمذى وصححه ، وأحمد فى مسنده • وروت عائشة رضى الله عنها قالت ، « آخر ما عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن قال : لا يترك بجزيرة العرب دينان » •

والمراد بجزيرة العرب مكة والمدينة وتهامة ومخاليفها ، وقد مضى كلام الأصمعى وغيره فى اللغات ، وفى قول أبى عبيدة ما بين حفر أبى موسى رضى الله عنه الى أقصى اليمن فى الطول وما بين البحرين الى السماوة فى العرض ، وحفر أبى موسى قريب من البصرة ، والدليل على أن المراد بهذه الأخبار الحجاز لا غير ما روى أبو عبيدة بن الجراح : « أن آخر ما تكلم به رسول الله صلى الله عليه وسلم أن قال : « أخرجوا اليهود من الحجاز ، وأهل نجران من جزيرة العرب » لأنه صالحهم على ترك الربا فنقضوا العهد » وقد أجلى عمر رضى الله عنه أهل الذمة من الحجاز فلحق بعضهم بالشام وبعضهم بالكوفة ، وأجلى أبو بكر الصديق رضى الله عنه قوما من اليهود من الحجاز فلحقوا بخيبر ، وأقروا فيها وهى من جزيرة العرب ، ولم يروا أن أحدا من الخلفاء الراشدين أجلى من فى اليمن من أهل الذمة وان كانت من جزيرة العرب ، فدل على ما ذكرناه • وروى أن نصارى نجران أتوا عليا كرم الله وجهه وقالوا له : « ان الكتاب بيدك والشفاعة على لسانك ، وان عمر رضى الله عنه أخرجنا من أرضنا فردنا اليها ، فقال على رضى الله عنه : ان عمر كان رشيدا فى فعله ، وانى لا أغير شيئا فعله عمر » ونجران ليست من الحجاز وانما لنقضهم الصلح الذى صالحوا النبى صلى الله عليه وسلم على ترك الربا • فان دخل داخل منهم الحجاز بغير اذن الامام أخرجه وعزره ان كان عالما أن دخوله لا يجوز ، وان استأذن الامام بعضهم فى الدخول نظر الامام ــ فان كان فى دخولهم مصلحة للمسلمين ، اما لأداء رسالة ، أو

عقد ذمة أو هدنة أو حمل ميرة ، أو متاع فيه منفعة للمسلمين ــ جاز له أن يأذن لهم فى الدخول ، لقوله تعالى : « وان أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه [1] ــ الآية » فأجاز أن يسمع المشرك القرآن ، وذلك يتضمن الدخول ، وان كان فى تجارة لا يحتاج اليها المسلمون لم يأذن لهم فى الدخول الا بشرط أن يأخذ من تجارته شيئا ، لأن عمر رضى الله عنه أمر أن يؤخذ من أنباط الشام من حمل القطنية من الحبوب العشر ، ومن حمل الزبيب والقمح نصف العشر ، ولا يجوز لمن دخل منهم الحجاز باذن الامام أن يقيم فى موضع أكثر من ثلاثة أيام ، لما روى أن عمر رضى الله عنه « أجلى اليهود والنصارى من الحجاز ، وأذن لمن دخل منهم تاجرا أن يقيم ثلاثا » ولأنه لا يصير مقيما بالثلاثة ، ويصير مقيما بما زاد ، فان أقام فى موضع ثلاثة أيام ثم انتقل منه الى موضع وأقام فيه ثلاثة أيام ثم كذلك يقيم فى كل موضع ثلاثة فما دون ذلك جاز ، لأنه لا يصير مقيما فى موضع ، فان كان له دين فى موضع ولم يمكنه أن يقضيه فى ثلاثة لم يمكن من الاقامة أكثر من ثلاثة ، بل يوكل من يقتضيه له . فان دخل الحجاز باذن الامام ومرض جاز له أن يقيم فى موضع حتى يبرأ ، وان زادت اقامته على ثلاث ــ فان المريض يشق عليه الانتقال ، فان مات فيه وأمكن نقله الى غير الحجاز من غير تغير طرأ عليه لم يدفن فى الحجاز ؛ لأنه اذا لم يجز له أن يقيم وهو حى فلأن لا يجوز دفن جيفته فيه أولى . وان لم يمكنه نقله الا مع التغير كالتقطع والتفسخ دفن ، فانه إذا لم يجب نقل المريض للمشقة فالميت أولى .

فــــرع قال الشافعى رحمه الله تعالى : ولا يمنع أهل الذمة من ركوب بحر الحجاز [2] والاجتياز فيه ، لأنه لا حرمة للبحار ، ويمنعون من الاقامة فى سواحل بحر الحجاز وهو البحر الأحمر من الجانب المطل على أرض الحجاز وكذلك الجزائر الكائنة فيه لما لها من حرمة أرض الحجاز .

---

(١) الآية ٦ من سورة التوبة .

(٢) بحر الحجاز خليج العقبة وساحل البحر الاحمر من نجده والوجه وينبع ورابغ وما اليها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا يمكن مشرك من دخول الحرم لقوله عز وجل : « انما المشركون نجس فلا يقربوا (١) المسجد الحرام بعد عامهم هـذا » والمسجد الحرام عبارة عن الحرم ، والدليل عليه قوله عز وجل : « سبحان (٢) الذى أسرى بعبده ليلا من المسجد الحرام الى المسجد الأقصى » وأراد به مكة لأنه أسرى به من منزل خديجة ، وروى عطاء أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يدخل مشرك المسجد الحرام » فان جاء رسـولا خرج اليه من يسـمع رسالته ، وان جاء لحمل ميرة خرج اليه من يشترى منه ، وان جاء ليسلم خرج اليه من يسمع كلامه ، وان دخل ومرض فيه لم يترك فيه ، وان مات لم يدفن فيه ، وان دفن فيه نبش واخرج منه للآية ، ولأنه اذا لم يجز دخوله فى حياته فلأن لا يجوز دفن جيفته فيه أولى ، وان تقطع ترك لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يأمر بنقل من مات فيه منهم ودفن قبل الفتح ، وان دخل بغير اذن ـ فان كان عالما بتحريمه ـ عزر . وان كان جاهلا أعلم ، فان عاد عزر . وان أذن له فى الدخول بمال لم يجز ، فان فعل استحق عليه المسمى ، لأنه حصل له المعوض ولا يستحق عوض المثل وان كان فاسدا ، لأنه لا أجرة لمثله ، والحرم من طريق المدينة على ثلاثة أميال ، ومن طريق العراق على تسعة أميال ، ومن طريق الجعرانة على تسعة أميال ، ومن طريق الطائف على عرفة على سبعة أميال ، ومن طريق جاة على عشرة أميال .

الشرح أشرف ما فى الفصـل قول الله تبـارك وتعالى « انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا » قال عطاء بن أبى رباح : الحرم كله قبلة ومسجد ، فينبغى أن يمنعوا من دخول الحـرم لقوله تعالى : « سبحان (٢) الذى أسرى بعبده ليلا من المسجد الحرام الى المسجد الأقصى » وانما رفع من بيت أم هانىء . وقال قتادة : لا يقـرب المسجد الحرام مشرك الا أن يكون صاحب جزية ، أو عبدا كافرا لمسلم . وروى اسماعيل بن اسحق حدثنا يحيى بن عبد الحميد قال : شريك ، عن أشعث عن الحسن عن جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يقرب المسجد مشرك الا أن يكون عبدا أو أمة فيدخله لحاجة » وبهذا قال جابر ابن عبد الله وقوله تعالى : « بعد عامهم هذا » فيه قولان أحدهما : أنه سنة

---

(١) الآية ٢٨ من سورة التوبة .

(٢) الآية الأولى من سورة الاسراء .

تسع التى حج فيها أبو بكر رضى الله عنه . الثانى : سنة عشر ، قاله قتادة ، وقال ابن العربى : « وهو الصحيح الذى يعطيه مقتضى اللفظ ، وان من العجب أن يقال : انه سنة تسع ، وهو العام الذى وقع فيه الأذان ، ولو دخل غلام رجل داره يوما فقال له مولاه : لا تدخل هذه الدار بعد يومك ، ولم يكن المراد اليوم الذى دخل فيه » .

وقوله تعالى : « سبحان الذى أسرى بعبده ليلا من المسجد الحرام الى المسجد الأقصى » قال القرطبى : ثبت الاسراء فى جميع مصنفات الحديث ، وروى عن الصحابة فى كل أقطار الاسلام فهو من المتواتر بهذا الوجه [1] . وذكر النقاش ممن رواه عشرين صحابيا ، روى فى الصحيح عن أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « أتيت بالبراق وهو دابة ، أبيض فوق الحمار ودون البغل ، يضع حافره عند منتهى طرفه ــ قال ــ فركبته حتى أتيت بيت المقدس ــ قال ــ فربطته بالحلقة التى يربط بها الأنبياء ــ قال ــ ثم دخلت المسجد فصليت فيه ركعتين ، ثم خرجت ، فجاءنى جبريل عليه السلام باناء من خمر واناء من لبن فاخترت اللبن ، فقال جبريل : اخترت الفطرة ــ قال ــ ثم عرج بنا الى السماء » وذكر الحديث . ومما ليس فى الصحيحين ما خرجه الآجرى والسمرقندى ، قال الآجرى عن أبى سعيد الخدرى فى قوله تعالى : « سبحان الذى أسرى بعبده ليلا من المسجد الحرام الى المسجد الأقصى الذى باركنا حوله » قال أبو سعيد : حدثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ليلة أسرى به ، قال النبى صلى الله عليه وسلم « أتيت بدابة هى أشبه الدواب بالبغل له أذنان يضطربان ، وهو البراق الذى كانت الأنبياء تركبه قبل ، فركبته فانطلق ، تقع يداه عند منتهى بصره ، فسمعت نداء عن يمينى يا محمد على رسلك حتى أسألك فمضيت ولم أعرج عليه ، ثم سمعت نداء عن يسارى يا محمد على رسلك فمضيت ولم أعرج عليه ، ثم استقبلتنى امرأة عليها من كل زينة الدنيا رافعة يديها تقول :

---

(١) يرى القاضى احمد شاكر رحمه الله تعالى فى شرحه على الفية السيوطى أن الخبر اذا اجمعت على روايته دواوين الحديث ومصنفاته حكم له بالتواتر .

على رسلك حتى أسألك ، فمضيت ولم أعرج ، ثم اتيت بيت المقدس الأقصى فنزلت عن الدابة ، فأوثقته فى الحلقة التى توثق بها ثم دخلت المسجد وصليت فيه ، قال لى جبريل عليه السلام : ما صمعت يا محمد ؟ فقلت : سمعت نداء عن يمينى : يا محمد على رسلك حتى أسألك فمضيت ولم أعرج ، فقال : ذلك داعى اليهودى ، ولو وقفت لتهودت أمتك ــ قال ــ ثم سمعت نداء عن يسارى على رسلك حتى أسألك ، فمضيت ولم أعرج عليه ، فقال : ذلك داعى النصارى ، أما انك لو وقفت لتنصرت أمتك ــ قال ــ ثم استقبلتنى امرأة عليها من كل زينة الدنيا ، رافعة يديها تقول : على رسلك فمضيت ولم أعرج عليها ، فقال : تلك الدنيا لو وقفت لاخترت الدنيا على الآخرة ــ قال ــ ثم أتيت باناءين أحدهما فيه لبن ، والآخر فيه خمر فقيل لى : خذ فاشرب أيهما شئت ، فأخذت اللبن ،، فشربته ، فقال لى جبريل : أصبت الفطرة ، ولو أنك أخذت الخمر غوت أمتك ، ثم جاء المعراج الذى تعرج فيه أرواح بنى آدم ، فاذا هو أحسن ما رأيت ، أو لم تروا الى الميت كيف يحد بصره اليه ، فعرج بنا حتى أتينا باب السماء الدنيا ، فاستفتح جبريل فقيل : من هذا ؟ قال : جبريل قالوا : ومن معك ؟ قال : محمد ، قالوا : وقد أرسل اليه ؟ قال : نعم ، ففتحوا لى وسلموا على واذا ملك يحرس السماء يقال له : اسماعيل معه سبعون ألف ملك مع كل ملك مائة ألف ــ قال ــ وما يعلم جنود [1] ربك الا هو ــ » وذكر الحديث الى أن قال : « ثم مضينا الى السماء الخامسة ، واذا أنا بهارون بن عمران المحب فى قومه ــ وحوله تبع كثير من أمته ، فوصفه النبى صلى الله عليه وسلم وقال : طويل اللحية تكاد لحيته تضرب فى سرته ثم مضينا الى السماء السادسة ، فاذا أنا بموسى فسلم على ورحب بى ــ فوصفه النبى صلى الله عليه وسلم فقال : رجل كثير الشعر ، ولو كان عليه قميصان خرج شعره منهما » الحديث . وروى البزار أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى بفرس فحمل عليه كل خطوة منه أقصى بصره ... وذكر الحديث .

وقد جاء فى صفة البراق من حديث ابن عباس قال : قال رسول الله

---

(١) الآية ٣١ من سورة المدثر .

صلى الله عليه وسلم : « بينما أنا نائم فى الحجر اذ أتانى آت فحركنى برجله فاتبعت الشخص فاذا هو جبريل عليه السلام قائم على باب المسجد معه دابة دون البغل وفوق الحمار ، وجهها وجه انسان ، وخفها خف حافر ، وذنبها ذنب ثور ، وعرفها عرف الفرس ، فلما أدناها جبريل نفرت ونفشت عرفها ، فمسحها جبريل عليه السلام وقال : يا برقة لا تنفرى من محمد ، فوالله ما ركبك ملك مقرب ولا نبى مرسل أفضل من محمد صلى الله عليه وسلم ولا أكرم على الله منه ، قالت : قد علمت أنه كذلك ، وأنه صاحب الشفاعة وانى أحب أن أكون فى شفاعته ، فقلت : أنت فى شفاعتى ان شاء الله تعالى ... » الحديث . وذكر أبو سعيد عبد الملك النيسابورى عن أبى سعيد الخدرى قال : « لما مر النبى صلى الله عليه وسلم بادريس فى السماء الرابعة قال : مرحبا بالأخ الصالح والنبى الصالح . الذى وعدنا أن نراه فلم نره الا الليلة ، قال : فاذا فيها مريم بنت عمران لها سبعون قصرا من لؤلؤ ، ولأم موسى بن عمران سبعون قصرا من مرجانة حمراء مكللة باللؤلؤ . أبوابها وأسرتها من عرق واحد ، فلما عرج المعراج الى السماء الخامسة ، وتسبيح أهلها : سبحان من جمع بين الثلج والنار ، من قالها مرة واحدة كان له مثل ثوابهم ، استفتح جبريل عليه السلام ففتح له فاذا هو بكهل لم ير قط أجمل منه ، غنيم العينين ، تضرب لحيته قريبا من سرته ، قد كان أن تكون شمطة ، وحوله قوم جلوس يقص عليهم ، فقلت : يا جبريل من هذا ؟ قال : هارون المحب فى قومه . » وذكر الحديث .

قال القرطبى : فهذه نبذة مختصرة من أحاديث الاسراء خارجة عن الصحيحين ذكرها أبو الربيع سليمان بن سبع بكمالها فى كتاب (شفاء الصدور) له . ولا خلاف بين أهل العلم وجماعة أهل السير أن الصلاة انما فرضت على النبى صلى الله عليه وسلم بمكة فى حين الاسراء حين عرج به الى السماء . واختلفوا فى تاريخ الاسراء وهيئة الصلاة ، وهل كان اسراء بروحه أو جسده ، فهذه ثلاث مسائل تتعلق بالآية ، وهى مما ينبغى الوقوف عليها والبحث عنها ، وهى أهم من سرد تلك الأحاديث ، وأنا أذكر ما وقفت عليه فيها من أقاويل العلماء واختلاف الفقهاء بعون الله تعالى .

فالمسألة الأولى : ــ وهى هل كان اسراء بروحه وجسده ؟ اختلف فى ذلك السلف والخلف ، فذهبت طائفة الى انه اسراء بالروح ، ولم يفارق شخصه مضجعه ، وأنها كانت رؤيا رأى فيها الحقائق ، ورؤيا الأنبياء حق . ذهب الى هــذا معاوية وعائشة ، وحكى عن الحسن وابن اسحق ، وقالت طائفة : كان الاسراء بالجسد يقظة الى بيت المقدس ، والى السماء بالروح ، واحتجوا بقوله تعالى : « سبحان الذى أسرى بعبــده ليلا من المســجد الحرام الى المسجد الأقصى » فجعل المســجد الأقصى غاية الاسراء . قالوا : ولو كان الاسراء بجســده الى زائد على المســجد الأقصى لذكره ، فانه كان يكون أبلغ فى المدح . وذهب معظم السلف والمســلمين الى أنه كان اسراء بالجسد وفى اليقظة ، وأنه ركب البراق بمكة ، ووصــل الى بيت المقدس ، وصلى فيه ثم أسرى بجسده ، وعلى هذا تدل الأخبار التى أشرنا اليها والآية . وليس فى الاسراء بجسده وحال يقظته استحاله ، ولا يعدل عن الظاهر والحقيقة الى التأويل الا عند الاستحالة .

ولو كان مناما لقال : بروح عبده ، ولم يقل : بعبده . وقوله : « ما زاغ البصر [1] وما طغى » يدل على ذلك . ولو كان مناما لما كانت فيه آية ولا معجزة ، ولما قالت له أم هانىء : لا تحدث الناس فيكذبوك ، ولا فضــل أبو بكر بالتصديق ، ولمــا أمكن قريشا التشنيع والتكذيب ، وقد كذبته قريش فيمــا أخبر به حتى ارتد أقوام كانوا آمنوا ، فلو كان بالرؤيا لم يستنكر ، وقد قال المشركين : ان كنت صادقا فخبرنا عن عيرنا أين لقيتها ؟ قال : « بمكان كذا وكذا مررت عليها ففزع فلان » فقيــل له : ما رأيت يا فلان ؟ فقال : ما رأيت شيئا غير أن الابل قد نفرت ، قالوا : فأخبرنا متى تأتينا العير ؟ قال : « تأتيكم يوم كذا وكذا » قالوا : أية ســاعة ؟ قال : « ما أدرى ، طلوع الشمس من هنا أسرع أم طلوع العير من ها هنا » فقال رجل : ذلك اليوم هذه الشمس قد طلعت ، وقال رجل : هذه عيركم قــد طلعت ، واستخبروا النبى صلى الله عليه وسلم عن صفة بيت المقدس فوصفه

---

(١) الآية ١٧ من سورة النجم .
(٢) الآية ٦٠ من سورة الاسراء .

لهم ، ولم يكن رآه قبل ذلك • وروى الصحيح عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لقد رأيتنى فى الحجر وقريش تسألنى عن مسراى فسألتنى عن أشياء من بيت المقدس لم أثبتها فكربت كربا ما كربت مثله قط ــ قال ــ فرفعه الله لى أنظر اليه ، فما سألونى عن شىء الا أنبأتهم به » الحديث •

وقد اعترض على قول عائشة ومعاوية : « انما أسرى بنفس النبى صلى الله عليه وسلم » بأنها كانت صغيرة لم تشاهد ولا حدثت عن النبى صلى الله عليه وسلم • وأما معاوية فكان كافرا فى ذلك الوقت غير مشاهد للحال ، ولم يحدث عن النبى صلى الله عليه وسلم ، ومن أراد الزيادة على ما ذكرنا فليقف على (كتاب الشفا) للقاضى عياض يجد من ذلك الشفاء •

وقد احتج لعائشة بقوله تعالى : « وما جعلنا الرؤيا التى أريناك [1] الا فتنة للناس » فسماها رؤيا • وهذا يرده قوله تعالى : « سبحان الذى أسرى بعبده ليلا » ولا يقال فى النوم أسرى ، وأيضا فقد يقال لرؤية العين رؤيا ، وفى نصوص الأخبار الثابتة دلالة واضحة على أن الاسراء كان بالبدن ، واذا ورد الخبر بشىء هو مجوز فى العقل فى قدرة الله تعالى فلا طريق الى الانكار ، لا سيما فى زمن خرق العوائد ، وقد كان للنبى صلى الله عليه وسلم معارج ، فلا يبعد أن يكون البعض بالرؤيا ، وعليه يحمل قوله عليه السلام فى الصحيح : « بينا أنا عند البيت بين النائم واليقظان » الحديث • ويحتمل أن يرد من الاسراء الى النوم والله أعلم •

المسألة الثانية ــ فى تاريخ الاسراء ، وقد اختلف العلماء فى ذلك أيضا ، واختلف فى ذلك على ابن شهاب ، فروى عنه يونس عن عروة عن عائشة قالت : توفيت خديجة قبل أن تفرض الصلاة • قال ابن شهاب : وذلك بعد مبعث النبى صلى الله عليه وسلم بسبعة أعوام • وروى عنه الوقاصى قال : أسرى به بعد مبعثه بخمس سنين • قال ابن شهاب : وفرض الصيام بالمدينة قبل بدر ، وفرضت الزكاة والحج بالمدينة ، وحرمت الخمر بعد أحد • وقال

---

(١) الآية ٦ من سورة الاسراء •

ابن اسحق : أسرى به من المسجد الحرام الى المسجد الأقصى وهو بيت المقدس ، وقد فشا الاسلام بمكة فى القبائل • وروى عنه يونس بن بكير قال : صلت خديجة مع النبى صلى الله عليه وسلم • قال أبو عمر ابن عبد البر : وهذا يدلك على أن الاسراء كان قبل الهجرة بأعوام ، لأن خديجة قد توفيت قبل الهجرة بخمس سنين ، وقيل : بثلاث وقيل : بأربع • وقول ابن اسحق مخالف لقول ابن شهاب • وقال ابن القاسم الذهبى فى تاريخه : أسرى به الى السماء بعد مبعثه بثمانية عشر شهرا • قال أبو عمر : لا أعلم أحدا من أهل السير قال ما حكاه الذهبى [1] ، ولم يسند قوله الى أحد ممن يضاف اليه هذا العلم منهم ، ولا رفعه الى من يحتج به عليهم • هكذا أفاده القرطبى فى جامعه •

أما اللغات فقوله : « أسرى بعبده » أسرى فيه لغتان : سرى وأسرى كسقى وأسقى قال الشاعر :

أسرت عليه من الجوزاء سارية ... تزجى الشمال عليها جامد البرد

وقال آخر :

حى النضيرة ربة الخدر ... أسرت الى ولم تكن تسرى

والاسراء سير الليل قال الشاعر :

وليلة ذات نوى سريت ... ولم يلتنى من سراها ليت

اما الأحكام فانه لا يجوز لأحد من الكفار دخول الحرم بحال ، وحكى ابن الصباغ أن أبا حنيفة قال : يجوز لهم دخوله ، ولهم أن يقيموا فيه مقام السفر ، ويجوز لهم عنده دخول الكعبة دليلنا قوله تعالى : « انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا [1] ــ الآية »

---

(١) الذهبى هنا هو أبو بكر محمد بن على بن القاسم وقد توفى فى القرن الرابع وهو غير الحافظ شمس الدين الذهبى المتوفى فى القرن الثامن والدليل على ذلك كون ابن عبد البر الذى روى عن الأول توفى سنة ٤٨٠ وبعض الناس يخلط بين الذهبيين فانتبه •

(١) الآية ٢٨ من سورة التوبة •

ففيها ثلاثة أدلة • أحدها « انما المشركون نجس » ولم يرد نجاسة الأبدان ، لأنهم اذا أسلموا فهم طاهرون ، وانما أراد نجس الأديان ، فطهر الحرم عن دخولهم اليه لشرفه • الثانى : « فلا يقربوا المسجد الحرام » وأراد به الحرم لأن كل موضع ذكر الله تعالى فيه « الحرام » فالمراد به الحرم ، لقوله تعالى : « سبحان الذى أسرى بعبده [1] ليلا من المسجد الحرام الى المسجد الأقصى » وأراد به الحرم ، لأنه أسرى به من بيت خديجة عليها السلام • وقال تعالى : « لتدخلن [2] المسجد الحرام » وقال تعالى : « هديا بالغ الكعبة » وأراد به الحرم • الثالث : أنه تبارك وتعالى قال فى سياق الآية : « وان خفتم عيلة فسوف يغنيكم الله من فضله » وانما خافوا العيلة بانقطاع المشركين عن التجارة فى الحرم ، لا عن المسجد نفسه ، وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم : « لا يحجن مشرك بعد عامى هذا » •

اذا ثبت هذا فان جاء أحدهم يحمل ميرة الى الحرم خرج اليه من يشترى منه ، وان جاء ليسلم أو جاء برسالة خرج اليه من يسمع له أو يتناول منه ، فان قال : لا أؤدى الرسالة الا الى الامام خرج اليه الامام ، ولا يأذن له فى الدخول ، فان دخل منهم داخل الى الحرم أخرج ، فان كان عالما أن ذلك لا يجوز عزر ، وان كان جاهلا نهى عن العود ، فان عاد عزر ، فان صالحه الامام على الدخول الى موضع من الحرم بعوض لم يجز ، فان دخل الى ذلك الموضع أخذ منه الامام العوض المشروط عليه ، لأنه قد حصل له المعوض ، وان دخل الى دون ذلك المكان استحق عليه من العوض بقدر ما دخل ، فان مرض أخرج ، وان مات لم يدفن فيه ، لأن جيفته أعظم من دخوله ، فان دفن فيه نبش وأخرج الى الحل الا أن يكون قد تقطع فلا يخرج ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يأمر بنقل من مات منهم ودفن فيه قبل الفتح • اذا ثبت هذا ، فان الحرم من طريق المدينة على ثلاثة أميال ، ومن طريق الجعرانة على تسعة أميال ، ومن طريق العراق على سبعة أميال ومن طريق نجد على عرفة تسعة أميال ومن طريق جدة على عشرة أميال • وقد مضى فى كتاب الحج تفصيل واسهاب واستيعاب فارجع اليه •

---

(١) الآية الأولى من سورة الاسراء .
(٢) الآية ٢٧ من سورة الفتح .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وأما دخول ما سوى المسجد الحرام من المساجد فانه يمنع منه من غير اذن لما روى عياض الأشعرى ان أبا موسى وفد الى عمر ومعه نصرانى فأعجب عمر خطه فقال : قل لكاتبك هذا يقرأ لنا كتابا فقـال : انه لا يدخل المسجد ، فقال : لم أجنب هو ؟ قال : لا هو نصرانى ، قال : فانتهره عمر » فان دخل من غير اذن عزر لما روت أم غراب قالت : « رأيت عليا كرم الله وجهه على المنبر وبصر بمجوسى فنزل فضربه ، وأخرجه من باب كندة » فأن استأذن فى الدخول فان كان لنوم أو أكل لم يؤذن له ، لأنه يرى ابتـذاله تدينا فلا يحميه من أقذاره ، وان كان لسماع قرآن أو علم ــ فان كان ممن يرجى اسلامه ــ اذن له لقوله عز وجل : « وان أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله » ولأنه ربما كان ذلك سببا لاسلامه وقد روى عمر رضى الله عنه سمع أخته تقرأ (طه) فأسلم . وان كان جنبا ففيه وجهان ، أحدهما : أنه يمنع من المقام فيه لأنه اذا منع المسلم اذا كان جنبا فلأن يمنع المشرك أولى . والثانى : أنه لا يمنع لأن المسلم يعتقد تعظيمه فمنع ، والمشرك لا يعتقد تعظيمه فلم يمنع وان وفد قوم من الكفار ولم يكن للامام موضع ينزلهم فيه ، جاز أن ينزلهم فى المسجد ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم أنزل سبى بنى قريظة والنضير فى مسجد المدينة وربط ثمامة بن أثال فى المسجد .

الشرح أحاديث الفصل مضت فى الفصول المشروحة آنفا .

أما اللغات فقوله : (بصر بمجوسى) فى اللسان : بصر به بصرا وبصارة وبصارة وأبصره وتبصره نظر اليه هل يبصره ؟ وقال سـيبويه : بصر صار مبصرا وأبصره اذا أخبره بالذى وقعت عينه عليه .

أما الأحكام فان سائر المساجد لا يجوز للكفار دخولها بغير اذن المسلمين ، لأنهم ليسوا من أهلها ، فان استأذن أحد منهم مسلما فى الدخول ــ فان كان للأكل أو للنوم ــ لم يأذن له فى الدخول وان كان لسماع قرآن أو وعظ أذن له ، لأنه ربما كان سببا لاسـلامه ، وروى أن عمر رضى الله عنه اقترب من باب أخته فسمعها تقرأ سورة طه فأسلم . وقال جبير بن مطعم رضى الله عنه . « سمعت القرآن فكاد قلبى أن يتصدع ، فأسلمت » وكذلك اذا كانت له حاجة الى مسلم فى المسجد وللمسـلم اليه حاجة جاز له أن يدخل اليه ، وان قدم على الامام وفد من المشركين ــ فان كان للمسـلمين

فضول منازل ـ أنزلهم فيها ، وان لم يكن لهم فضول منازل ـ وكان للامام دار مرسومة للوفود ـ أنزلهم فيها ، وان لم يكن شيء من ذلك جاز أن ينزلهم فى المسجد ، لما رويناه أن النبى صلى الله عليه وسلم شد ثمامة بن أثال الى سارية من سوارى المسجد ، ولما قدم سبى قريظة وبنى النضير أنزلهم فى المسجد الى أن وجه بهم فبيعوا • وهل يجوز للمسلم أن يأذن للكافر الجنب فى دخول المسجد ؟ فيه وجهان أحدهما : لا يجوز لأنه اذا منع المسلم الجنب من دخوله واقامته فيه فلأن يمنع الكافر الجنب منه أولى • والثانى : يجوز له لأن الكافر لا يعتقد تعظيمه فلم يمنع منه ، والمسلم يعتقد تعظيمه فمنع منه • فان دخل الكافر المسجد من غير أذن ولا حاجة له الى مسلم فيه عزر ان كان عالما ، ولا يعزر ان كان جاهلا ، بل ينهى عن ذلك ، فان عاد عزر لما روى أن عليا رضى الله عنه كان على المنبر فنظر مجوسيا دخل المسجد ، فنزل وضربه وأخرجه • هذا نقل أصحابنا البغداديين • وقال الخراسانيون : ان شرط عليه أن لا يدخل عزره ، وان لم يشرط عليه فهل يعزره ؟ فيه وجهان •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يمكن حربى من دخول دار الاسلام من غير حاجة ، لأنه لا يؤمن كيده ، ولعله يدخل للتجسيس ، أو شراء سلاح ، فان استأذن فى الدخول لأداء رسالة ، أو عقد ذمة ، أو هدنة ، أو حمل ميرة ـ وللمسلمين اليها حاجة ـ جاز الاذن له من غير عوض ، لأن فى ذلك مصلحة للمسلمين • واذا انقضت حاجته لم يمكن من المقام ، فان دخل من غير ذمة ولا أمان فللامام أن يختاره ما يراه من القتل ، والاسترقاق ، والمن ، والفداء • والدليل عليه ما روى ابن عباس فى فتح مكة ومجىء أبى سفيان مع العباس الى رسول الله صلى الله عليه وسلم « أن عمر دخل وقال : يا رسول الله هذا أبو سفيان قد أمكن الله منه ، من غير عقد ولا عهد ، فدعنى أضرب عنقه فقال العباس : يا رسول الله انى قد أجرته » ولأنه حربى لا أمان له فكان حكمه ما ذكرناه كالأسير • وان دخل وادعى أنه دخل لرسالة قبل قوله لأنه يتعذر اقامة البينة على الرسالة • وان ادعى أنه دخل بأمان مسلم ففيه وجهان ، أحدهما : أنه لا يقبل قوله ، لأنه لا يتعذر اقامة البينة على الأمان • والثانى : أنه يقبل قوله وهو ظاهر المذهب ، لأن الظاهر أنه لا يدخل من غير أمان • وان أراد الدخول لتجارة ـ ولا حاجة للمسلمين اليها ـ لم يؤذن له الا بمال يؤخذ من

تجارته ، لأن عمر رضى الله عنه أخذ العشر من أهل الحرب ، ويستحب أن لا ينقص عن ذلك ، اقتداء بعمر رضى الله عنه ، فان نقص باجتهاده جاز ، لأن أخذه باجتهاده فكان تقديره اليه ، ولا يؤخذ ما يشترط على الذمى فى دخول الحجاز فى السنة الا مرة ، كما لا تؤخذ الجزية منه فى السنة الا مرة ، وما يؤخذ من الحربى فى دخول دار الاسلام فيه وجهان ، احدهما : انه يؤخذ فى كل سنة مرة كأهل الذمة فى الحجاز . والثانى : انه يؤخذ فى كل مرحلة لأن الذمى تحت يد الامام ، ولا يفوت ما شرط عليه بالتأخير ، والحربى يرجع الى دار الحرب ، فاذا لم يؤخذ منه فات ما شرط عليه ، وان شرط أن يؤخذ من تجارته اخذ منه ، باع أو لم يبع . وان شرط أن يؤخذ من ثمن تجارته فكسد المتاع ولم يبع لم يؤخذ منه ، لانه لم يحصل الثمن . وان دخل الذمى الحجاز أو الحربى دار الاسلام ولم يشرط عليه فى دخوله مال لم يؤخذ منه شىء ، ومن أصحابنا من قال : يؤخذ من تجارة الذمى نصف العشر ، ومن تجارة الحربى العشر ، لأنه قد تقرر هذا فى الشرع بفعل عمر رضى الله عنه ، فحمل مطلق العقد عليه ، والمذهب الأول ، لأنه أمان من غير شرط المال فلم يستحق به مال كالهدنة .

الشرح يمنع أهل الحرب من دخول دار الاسلام بغير اذن الامام لأن فى دخولهم ضررا على المسلمين ، لما فى ذلك من تعرض مرافق المسلمين للدمار ، أو التجسس عليها ومعرفة مكامنها وحصر أجنادهم ومواطن قوتهم ، وسرقة أسرارهم ومبتكراتهم ، وما عندهم من أسباب العلم والتقدم على غيرهم من الأمم ان شاء الله ، وربما يتسللون الى بلاد المسلمين فيكثر سوادهم ، ويتجمع منهم عدد يشكل خطرا على أرض المسلمين ، كما تسلل اليهود الى أرض فلسطين آحادا وجماعات صغيرة حتى صار منهم أمة يهودية أجلت المسلمين عن ديارهم ، واغتصبت بيوتهم وبساتينهم وسككهم ومدنهم وقراهم ، ثم تحصنوا وتسلحوا بمعدات مهلكات ، وأدوات فاتكات ، وانقضوا على عصبة الموحدين ففتكوا بالألوف منهم فى معركة لا تنسى ، وخسة فى جبين اليهود لا تمحى ، وها نحن أولاء تعانى الساعة التى أكتب فيها هذا الشرح اغتصابهم لطور سيناء الطاهرة وبيت المقدس الحرام ، وبلاد كانت معاهد ومساجد ومدارس للعلم والدين كغزة بلدة الامام الشافعى والتى فيها وند ورتع صغيرا ، وعسقلان بلدة ابن حجر حافظ الدنيا وأمير المؤمنين فى الحديث ، وطبرية بلدة الحافظ صاحب المعاجم الثلاثة الطبرانى الامام سليمان اللخمى ، فاللهم انا نجعلك فى

نحورهم ، ونعوذ بك من شرورهم ، واجعل الكرة لأمة محمد صلى الله عليه وسلم ، على اليهود ومن يشد أزرهم ، ويعينهم على خير أمة أخرجت للناس ــ أمة نبيك المصطفى ، وحبيبك المجتبى .

يقول : فان دخل منهم رجل الى دار الاسلام سئل فان قال : دخلت بغير أمان (١) ولا رسالة ، كان الامام فيه بالخيار بين القتل والاسترقاق والمن والفداء ، لأن عمر رضى الله عنه حين رأى أبا سفيان بن حرب قال : الحمد لله الذى أمكن منك من غير أمان ولا ايمان دعنى يا رسول الله أضرب عنق هذا المنافق ، فقال العباس رضى الله عنه : قد أمنته .

وان قال : دخلت برسالة قبل قوله ، لأنه يتعذر اقامة البينة على الرسالة اذا كانت شفوية وان قال : دخلت بأمان مسلم ففيه وجهان أحدهما : يقبل قوله ، لأن الظاهر أنه لا يدخل بغير أمان . والأصل حقن دمه . والثانى : لا يقبل قوله ، لأنه يمكنه اقامة البينة على الأمان ، والأول أصح . وان استأذن رجل منهم الامام فى الدخول فان كان للمسلمين مصلحة فى دخوله ــ بأن يدخل لأداء رسالة ، أو عقد ذمة أو هدنة ، أو حمل متاع يحتاجه المسلمون ــ جاز له أن يأذن له فى الدخول بغير عوض يؤخذ منه ، وان كان لتجارة لا يحتاج اليها المسلمون فالمستحب للامام أن يأذن لهم فى الدخول ، ويشترط عليهم عشر تجارتهم ، لأن عمر رضى الله عنه أذن لهم فى الدخول ، واشترط عليهم عشر تجارتهم ، وان اشترط عليهم أقل من ذلك أو أكثر جاز ، لأن ذلك الى اجتهاده ، وان رأى أن يأذن لهم فى الدخول بغير شرط عوض جاز ، وان أذن لهم فى الدخول مطلقا من غير أن يشترط دفع العوض ولا عدمه ففيه وجهان ، من أصحابنا من قال : لا يجوز للامام أن يطالبهم بعوض لأنه انما يستحق العوض عليهم بالشرط ولم يشرط ، فهو كما لو أذن لهم بغير عوض ، ومنهم من قال : يستحق عليهم العشر ، لأن مطلق الاذن يحمل على المعروف فى الشرع ، وقد تقرر ذلك بفعل عمر رضى الله

---

(١) يمكن أن يكون الأمان شيئا يقوم مقامه الجواز أو الباسبور أو اذن الاقامة أو حق اللجوء أو ما الى ذلك من أنواع كان أول من شرعها وسن أصولها ديننا الحنيف .

عنه فحمل الاطلاق عليه • هـذا مذهبنا • وقال أبو حنيفة : ان كان أهل الحرب لا يأخذون من المسلمين العشر اذا دخلوا بلادهم لم يأخذ الامام منهم شيئا ، وان كانوا يأخذون من المسلمين العشر أخذ منهم الامام العشر • دليلنا أن عمر رضى الله عنه أخذ منهم العشر ، ولم ينقل أنه سأل هل يأخذون من المسلمين العشر أو لا يأخذون ؟ ولا مخالف له فى الصحابة وأما أهل الذمة فيجوز لهم أن يتجروا فى بلاد الاسلام بغير عوض يؤخذ منهم ، الا أن يشترط عليهم مع الجزية ان اتجروا فى بلاد الاسلام أخذ منهم نصف العشر ، فيجب عليهم ذلك ، لما روى أن عمر رضى الله عنه شرط على أهل الذمة مع الجزية ان اتجروا فى بلاد الاسلام نصف العشر من تجارتهم ، وأما دخولهم أرض الحجاز للتجارة فهم كأهل الحرب اذا دخلوا دار الاسلام للتجارة ، وقد مضى • وان دخل أهل الذمة أرض الحجاز لتجارة لا يحتاج المسلمون اليها ولم يشترط عليهم الامام عوضا ولم يشترط أنهم يدخلون بغير عوض فهل يجب عليهم نصف عشر تجارتهم ؟ فيه وجهان ، كما قلنا فى أهل الحرب اذا دخلوا بلاد الاسلام من غير شرط ، وما يؤخذ من أهل الذمة بالشرط لدخولهم أرض الحجاز أو لتجارتهم فى بلاد الاسلام أن يشترط عليهم فانه يؤخذ منهم فى السنة مرة كما قلنا فى الجزية ، وأما ما يؤخذ من أهل الحرب لدخولهم دار الاسلام ففيه وجهان أحدهما : يؤخذ منهم فى السنة مرة كما قلنا فى أهل الذمة • والثانى : يؤخذ منهم فى كل مرة يدخلون لأن أهل الذمة فى قبضته ، لا يضيع الحق بتأخيره وأهل الحرب ليسوا فى قبضته ، فلا يؤمن أن يتجروا أكثر السنة ، فاذا قاربوا آخر السنة رجعوا الى دار الحرب لا يعودون ، فيضيع المال المشروط عليهم ، وما الذى يؤخذ منهم ؟ ينظر فى الامام ، فان شرط عليهم أن يأخذ من تجارتهم أخذ من متاعهم الذى معهم ، سواء باعوه أو لم يبيعوه ، وان شرط أن يأخذ من ثمن تجارتهم ، فان باعوه أخذ منهم ، وان كسد ولم يبيعوه لم يأخذ منهم شيئا•

فـــرع اذا أخذ الامام من أهل الحرب العشر أو من أهل الذمة نصف العشر ، كتب لهم كتابا بما أخذه ، لأنه ربما مات الامام وخلف غيره فيطالبهم ، فاذا كان معهم كتاب لم يطالبهم بشىء • قال الشافعى رضى الله

عنه : وأحب للامام أن يجدد فى كل وقت وثائق أهل الذمة ، وأهل الحرب ، بما كان بينهم من ذمة وجزية وأمان ، وفى أى وقت استوفى ذلك ، ليكون ظاهرا يرجع اليه ، ويشهد على ذلك ، لأنه ربما مات الشهود الأولون ، كما يستحب للقضاة تجديد السجلات والوقوف والاشهاد عليها ، وكلما مضى وقت يخاف فيه موت الشهود ، لأن لدينا شروطها • والله تعالى أعلم بالصواب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الهـــدنة

لا يجوز عقد الهدنة لاقليم أو صقع عظيم الا للامام ، أو لمن فوض اليه الامام ، لأنه لو جعل ذلك الى كل واحد لم يؤمن ان يهادن الرجل أهل اقليم والمصلحة فى قتالهم ، فيعظم الضرر ، فلم يجز الا للامام ، أو للنائب عنه . فان كان الامام مستظهرا نظرت ــ فان لم يكن فى الهدنة مصلحة ــ لم يجز عقدها لقوله عز وجل : ((ولا تهنوا وتدعوا الى السلم وأنتم الأعلون والله معكم (١))) وان كان فيها مصلحة بأن يرجو أسلامهم ، أو بذل الجزية ، أو معاونتهم على قتال غيرهم ، جاز أن يهادن أربعة أشهر ، لقوله عز وجل : ((براءة من الله (٢) ورسوله الى الذين عاهدتم من المشركين فسيحوا فى الأرض أربعة أشهر)) ولا يجوز أن يهادنهم سنة فما زاد ، لأنها مدة يجب فيها الجزية ، فلا يجوز اقرارهم فيها من غير جزية ، وهل يجوز فيما زاد على أربعة أشهر وما دون سنة ؟ فيه قولان أحدهما : انه لا يجوز لأن الله تعالى أمر بقتال أهل الكتاب الى أن يعطوا الجزية لقوله تعالى : ((قاتلوا الذين (٣) لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ، ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله)) وأمر بقتال عبدة الأوثان الى ان يؤمنوا لقوله عز وجل : ((فاقتلوا المشركين (٤) حيث وجدتموهم)) ثم أذن فى الهدنة فى أربعة أشهر وبقى ما زاد على ظاهر الآيتين والقول الثانى : انه يجوز لأنها مدة تقصر عن مدة الجزية ، فجاز فيها عقد الهدنة كأربعة أشهر وان كان الامام غير مستظهر ، بأن كان فى المسلمين ضعف وقلة ، وفى المشركين قوة وكثرة او كان الامام مستظهرا لكن العدو على بعد ويحتاج فى قصدهم الى مؤنة مجحفة ، جاز عقد الهدنة الى مدة تدعو اليها الحاجة ، وأكثرها عشر سنين ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم : ((هادن قريشا فى الحديبية عشر سنين)) ولا يجوز فيما زاد على ذلك ، لأن الأصل وجوب الجهاد الا فيما وردت فيه الرخصة ، وهو عشر سنين ، وبقى ما زاد على الأصل وان عقد على عشر سنين وانقضت ــ والحاجة باقية ــ استأنف العقد فيما تدعو الحاجة اليه ، وأن عقد على أكثر من عشر سنين بطل فيما زاد على العشر ، وفى العشر قولان بناء

---

(١) الآية ٣٥ من سورة محمد .

(٢) الآية الأولى من سورة التوبة .

(٣) الآية ٢٩ من سورة التوبة .

(٤) الآية ٥ من سورة التوبة .

على تفريق الصفقة فى البيع ، وان دعت الحاجة الى خمس سنين لم تجز الزيادة عليها . فان عقد على ما زاد على الخمس سنين بطل العقد فيما زاد ، وفى الخمس قولان ، فان عقد الهدنة مطلقا من غير مدة لم يصح ، لأن اطلاقه يقتضى التأبيد ، وذلك لا يجوز . وان هادن على أن له أن ينقض اذا شاء جاز ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم وادع يهود خيبر وقال : « اقركم ما اقركم الله » وان قال غير النبى صلى الله عليه وسلم : هادنتكم الى أن يشاء الله تعالى ، وأقررتكم ما أقركم الله تعالى ، لم يجز ، لانه لا طريق له الى معرفة ما عند الله تعالى ، ويخالف الرسول صلى الله عليه وسلم فانه كان يعلم ما عند الله تعالى بالوحى ؛ وان هادنهم ما شاء فلان وهو رجل مسلم امين عالم ؛ له رأى جاز ، فان شاء فلان أن ينقض نقض ؛ وان قال : هادنتكم ما شئتم لم يصح ، لأنه جعل الكفار محكمين على المسلمين . وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم : « الاسلام يعلو ولا يعلى » ويجوز عقد الهدنة على مال يؤخذ منهم لأن فى ذلك مصلحة للمسلمين ، ولا يجوز بمال يؤدى اليهم من غير ضرورة ؛ لأن فى ذلك الحاق صغار بالاسلام فلم يجز من غير ضرورة فان دعت الى ذلك ضرورة بأن أحاط الكفار بالمسلمين وخافوا الاصطلام او اسروا رجلا من المسلمين وخيف تعذيبه ، جاز بذل المال لاستنقاذه منهم ؛ لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن الحرث بن عمرو الغطفانى رئيس غطفان قال النبى صلى الله عليه وسلم : « ان جعلت لى شطر ثمار المدينة والا ملأتها عليك خيلا ورجلا فقال النبى صلى الله عليه وسلم : حتى أشاور السعديين يعنى سعد بن معاذ وسعد بن عبادة وأسعد بن زرارة ؛ فقالوا : ان كان هذا بأمر من السماء فتسليم لأمر الله عز وجل ، وان كان برأيك فرأينا تبع لرأيك وان لم يكن بأمر من السماء ولا برأيك فوالله ما كنا نعطيهم فى الجاهلية تمرة الا شراء أو قراء وكيف ؟ وقد اعزنا الله بك . فلم يعطهم شيئا ، فلو لم يجز عند الضرورة لما رجع الى الأنصار ليدفعوه ان راوا ذلك ، ولأن ما يخاف من الاصطلام وتعذيب الأسير أعظم فى الضرورة من بذل المال فجاز دفع أعظم الضررين باخفهما ، وهل يجب بذل المال ؟ فيه وجهان بناء على الوجهين فى وجوب الدفع عن نفسه ، وقد بيناه فى الصول . فاذا بذل لهم على ذلك مال لم يملكوه لانه مال مأخوذ بغير حق فلم يملكوه كالمأخوذ بالقهر .

الشرح قوله تعالى : « ولا تهنوا وتدعوا الى السلم » اختلف العلماء فيها ، فقال بعضهم : انها ناسخة لقوله تعالى : « وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله [1] » هكذا قال ابن عباس ، وقيل : هى منسوخة بقوله تعالى : « وان جنحوا للسلم » وقيل هى محكمة . والآيتان نزلتا

---

(١) الآية ٦١ من سورة الانفال .

فى وقتين مختلفى الحـال • وقيـل : ان قوله : « وان جنحوا للسـلم » مخصوصة فى قوم بأعيانهم ، والأخرى عامة • فلا يجوز مهادنة الكفار الا عند الضرورة • هكذا أفاده القرطبى • أما قوله تعـالى : « براءة من الله ورسوله الى الذين عاهدتم ــ الآية » قال سعيد بن جبير : سألت ابن عباس عن سورة براءة فقال : تلك الفاضحة ما زال ينزل : ومنهم ، ومنهم ، حتى خفنا ألا تدع أحدا • قال القشيرى أبو نصر عبد الرحيم : هذه السـورة نزلت فى غزوة تبوك ، ونزلت بعدها • وفى أولها نبذ عهود الكفار اليهم • وفى السورة كشف أسرار المنـافقين وتسمى الفاضحة ، والبحوث ، لأنهـا تبحث عن أسرار المنافقين • وتسمى المبعثرة ،والبعثرة : البحث •

وذكر محمد بن اسحق ومجاهد وغيرهما : أن هذه الآية نزلت فى أهل مكة • وذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صالح قريشا عام الحديبية على أن يضعوا الحرب عشر سنين ، يأمن فيها الناس ، ويكف بعضهم عن بعض ، فدخلت خزاعة فى عهد رسـول الله صلى الله عليه وسلم ودخل بنو بكر فى عهد قريش فعدت بنو بكر على خزاعة ونقضوا عهدهم • وكان سبب ذلك دما كان لبنى بكر عند خزاعة قبل الاسلام بمدة ، فلما كانت الهـدنة المنعقدة يوم الحديبية أمن الناس بعضهم بعضا ، فاغتنم بنو الديل من بنى بكر ــ وهم الذين كان الدم لهم ــ تلك الفرصة وغفلة خزاعة ، وادراك ثأر بنى الأسود بن رزن ، الذين قتلهم خزاعة ، فخرج نوفل بن معاوية الديلى فيمن أطاعه من بنى بكر بن عبد مناة ، حتى بيتوا خزاعة واقتتلوا ، وأعانت قريش بنى بكر بالسـلاح ، وقوم من قريش أعانوهم بأنفسهم ، فانهزمت خزاعة الى الحرم ، فكان ذلك نقضا للصلح الواقع يوم الحديبية ، فخرج عمرو بن سالم الخزاعى وبديل بن ورقاء الخزاعى وقوم من خزاعة ، فقدموا على رسـول الله صلى الله عليه وسلم مستغيثين به فيما أصابهم به بنو بكر وقريش •

وأنشده عمرو بن سالم فقال :

يا رب انى ناشـد محمـدا ... حلف أبينـا وأبيـه الأتـلدا
كنت لنـا أبا وكنـا ولدا ... ثمت أسـلمنا ولم ننـزع يدا

فانصر هداك الله نصرا أعتدا وادع عباد الله يأتوا مددا
فيهم رسول الله قد تجردا أبيض مثل الشمس ينمو صعدا
ان سيم خسفا وجهه تربدا في فيلق كالبحر يجرى مزبدا
ان قريشا أخلفوك الموعدا ونقضوا ميثاقك المؤكدا
وزعموا أن لست تدعو أحدا وهم أذل وأقل عددا
هم بيتونا بالوتير هجدا وقتلونا ركعا وسجدا

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا نصرت ان لم أنصر بنى كعب » ثم نظر الى سحابة فقال : « انها لتستهل لنصر بنى كعب » يعنى خزاعة • وقال صلى الله عليه وسلم لبديل بن ورقاء ومن معه : « ان أبا سفيان سيأتي ليشد العقد ويزيد فى الصلح ، وسينصرف بغير حاجة » فندمت قريش على ما فعلت ، فخرج أبو سفيان الى المدينة ليستديم العقد ، ويزيد فى الصلح ، فرجع بغير حاجة كما أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وتجهز النبى صلى الله عليه وسلم الى مكة ففتحها الله عليه وذلك فى رمضان سنة ثمان ، فلما بلغ هوازن فتح مكة جمعهم مالك بن عوف على ما عرفت فى الفصول السابقة الى أن فتح الطائف • ثم عاد الى المدينة ومكث فيها ذا الحجة والمحرم وصفر وربيع الأول وربيع الآخر وجمادى الأولى وجمادى الآخرة [1] وخرج فى رجب سنة تسع بالمسلمين الى غزوة الروم غزوة تبوك • وهى آخر غزواته صلى الله عليه وسلم قال ابن جريج عن مجاهد : لما انصرف رسول الله صلى الله عليه وسلم من تبوك أراد الحج ثم قال : « انه يحضر البيت عراة مشركون يطوفون بالبيت ، فلا أحب أن أحج حتى لا يكون ذلك » فأرسل أبا بكر أميرا على الحج ، وبعث معه بأربعين آية من صدر سورة براءة ليقرأها على أهل الموسم ، فلما خرج دعا النبى صلى الله عليه وسلم عليا وقال : « اخرج بهذه القصة فى صدر براءة ، فأذن بذلك فى الناس اذا اجتمعوا » فخرج على على ناقة النبى صلى الله عليه وسلم العضباء حتى أدرك أبا بكر الصديق بذى الحليفة • فقال له أبو بكر لما رآه : أمير أو

(١) يذهب بعض الناس الى تسمية ربيع الآخر بربيع الثانى وجمادى الآخرة بجمادى الثانية وهذا خطأ لم يسمع من العرب .

مأمور ؟ فقال : بلى مأمور ثم نهضا ، فأقام أبو بكر للناس الحج على منازلهم التى كانوا عليها فى الجاهلية • وفى سنن النسائى عن جابر بن عبد الله : وأن عليا قرأ على الناس « براءة » حتى ختمها قبل يوم التروية بيوم ، وفى يوم عرفة وفى يوم النحر عند انقضاء خطبة أبى بكر فى الثلاثة الأيام • فلما كان يوم النفر الأول قام أبو بكر فخطب الناس ، فحدثهم كيف ينفرون وكيف يرمون ، يعلمهم مناسكهم ، فلما فرغ قام على فقرأ على الناس (براءة) حتى ختمها ، وقال سليمان بن موسى : لما خطب أبو بكر بعرفة قال : قم يا على فأد رسالة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام على ففعل ، وروى الترمذى عن زيد بن يثيع قال : سألت عليا بأى شىء بعثت فى الحج ؟ قال : بعثت بأربع : ألا يطوف بالبيت عريان ، ومن كان بينه وبين النبى صلى الله عليه وسلم عهد فهو الى مدته ، ومن لم يكن له عهد فأجله أربعة أشهر ، ولا يدخل الجنة الا نفس مؤمنة ، ولا يجتمع المسلمون والمشركون بعد عامهم هذا • قال : هذا حديث حسن صحيح • وأخرجه النسائى وقال : فكنت أنادى حتى صحل صوتى •

أما خبر صلح الحديبية فقد أخرجه البخارى وأحمد مطولا عن عروة بن الزبير عن مروان والمسور بن مخرمة ، وأخرجه البخارى عن الزهرى وأخرجه ابن عائذ فى المغازى والحاكم فى الاكليل ورواه ابن اسحق فى مغازيه ، وروى بعضه ابن أبى شيبة من حديث سلمة بن الأكوع • أما حديث أبى هريرة فقد أخرجه الطبرانى وابن اسحاق فى مغازية •

أما اللغات فالهدنة مشتقة من تهادن الأمر استقام ، وهدنت القوم هدنا من باب قتل سكنتهم عنك ، أو عن شىء بكلام أو باعطاء عهد ، وهدنت الصبى سكنته أيضا : وهادنته مهادنة صالحته ، وتهادنوا ، وهدنة على دخن أى صلح على فساد • وقال ابن بطال : أصل الهدنة السكون يقال : هدن يهدن هدونا اذا سكن ، وهدنة أى سكنة يتعدى ولا يتعدى وهادنته صالحته والاسم منه الهدنة والموادعة بمعنى المهادنة ومعناها المتاركة والوداع مفارقة ومتاركة يقال : دعه أى اتركه ، ولا يستعمل منه ماض ولا مصدر ولا اسم فاعل ولا اسم مفعول ا هـ •

وقوله : (لاقليم أو صقع) الاقليم واحد الأقاليم السبعة عند القدماء ، وهى تطلق اليوم على الجهات والنواحى من أى قطر كالصقع سواء بسواء ، يقال : فلان من أهل هذا الصقع أى من أهل هذه الناحية •

وقوله : (مستظهرا) يعنى ظاهرا عليهم قاهرا لهم قال تعالى : « فأيدنا الذين آمنوا على عدوهم فأصبحوا ظاهرين [1] » •

قوله : (ولا تهنوا) وهن يهن وهنا من باب وعد أى ضعف فهو واهن فى الأمر ، والعمل ، والبدن • ووهنته أضعفته يتعدى ولا يتعدى فى لغة فهو موهون البدن • وقوله : (وتدعوا الى السلم) والسلم بكسر السين وفتحها الصلح يذكر ويؤنث ، وهو ترك الحبوب • وقوله : (وان جنحوا) جنح الى الشىء يجنح ، وجنح جنوحا من باب قعد لغة : مال ، وجنح الليل بضم الجيم وكسرها ظلامه واختلاطه ، وجنح الطريق بالكسر جانبه • قوله : (براءة) برىء من العيب خلص منه ، مثل سلم وزنا ومعنى •

قال ابن بطال : وهو الخروج من الشىء والمفارقة له • قوله : (فسيحوا فى الأرض) ليس أبلغ فى الأمان من أن يسيح المرء فى الأرض فلا يجد الا الدعة والأمان والحرية والاطمئنان ، ألا ترى أن العرب أطلقت هذا اللفظ على الماء اذا سرى حيثما اتفق فيقال ساح الماء فهو سيحان ومنه نهر سيحان أو سيحون •

قوله : (الاصطلام) صلمت الأذن من باب ضرب استأصلتها قطعا ، واصطلمتها كذلك ، وصلم الرجل صلحا من باب تعب استؤصلت أذنه فهو أصلم ، أفاده فى المصباح • والمعنى هنا الاستئصال بالقتل ، والطاء هنا للطلب بدل التاء لمجاورتها للصاد •

اما الأحكام فقد قال القاضى العمرانى فى البيان : والمهادنة والمعاهدة والمواعدة شىء واحد وهو العقد مع أهل الحرب على الكف عن القتال مدة بعوض وبغير عوض ، والأصل فيه قوله تعالى : « براءة من الله ورسوله

---

(١) الآية ١٤ من سورة الصف •

الى الذين عاهدتم من المشركين ، فسيحوا فى الأرض أربعة أشهر [1] ــ الى قوله تعالى ــ فأتموا اليهم عهدهم الى مدتهم » ا هـ .

ولأن النبى صلى الله عليه وسلم صالح سهل بن عمرو على ترك القتال عشر سنين .

اذا ثبت هذا فانه يصح عقد الهدنة لجميع المشركين أو الصقع للامام أو للوالى من قبله على اقليم يهادن أهل اقليم ، فأما آحاد الرعية فلا يجوز لهم ذلك ، لأن ذلك من الأمور العظام التى تتعلق بمصلحة المسلمين ، فلو جوزنا ذلك الآحاد الرعية لتعطل الجهاد ، فاذا أراد الامام أن يعقد الهدنة مع جميع المشركين أو مع أهل اقليم أو صقع عظيم نظرت ــ فان كان مستظهرا عليهم ولم ير مصلحة فى عقد الهدنة ــ لم يجز عقدها ، بل يقاتلهم الى أن يسلموا أو يبذلوا له الجزية ان كانوا من أهل الكتاب لقوله تعالى : « جاهدوا بأموالكم وأنفسكم فى سبيل الله [1] » ولقوله تعالى : « قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر » الآية [2] . فأمر بالجهاد والقتال والأمر يحمل على الوجوب ، ولقوله تعالى : « ولا تهنوا وتدعوا الى السلم وأنتم الأعلون [3] » وان رأى الامام مع استظهاره المصلحة فى الهدنة بأن يرجو أن يسلموا أو يبذلوا الجزية أو يعينوه على قتال غيرهم ، جاز أن يعقد الهدنة أربعة أشهر فما دونها ، لقوله تعالى : « براءة من الله ورسوله الى الذين عاهدتم من المشركين فسيحوا فى الأرض أربعة أشهر » قال الشافعى رحمه الله : وكان ذلك فى أقوى ما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما فتح مكة هرب منه صفوان بن أمية فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : « سح فى الأرض أربعة أشهر » وكان مستظهرا عليه وعلى جميع الكفار ، وانما كان يرجو اسلامه فأسلم بعد ذلك . ولا يجوز للامام أن يعقد الهدنة مع استظهاره سنة فما زاد لقوله

---

(١) الآية الأولى من سورة التوبة .
(٢) الآية ٤١ من سورة التوبة .
(٣) الآية ٢٩ من سورة التوبة .
(٤) الآية ٢٥ من سورة محمد .

تعالى : « فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم [1] » وهـذا عام فى جميـع الأوقات الا ما خصه الدليل ، ولأن السنة مدة تجب فيهـا الجزية فلم يجز اقرارهم من غير جزية ، وهل يجوز عقد الهدنة فيما زاد على أربعـة أشهر ودون السنة ؟ فيه قولان ، أحدهما : لا يجوز لعموم الأمر فى القتـال الا ما خصه الدليل ، ولم يرد الدليل الا فى أربعة أشهر . والثانى : يجوز لأنها مدة الجزية فجاز فيها عقد الهدنة كأربعة أشهر ، وان كان الامام غير مستظهر على المشركين اما لقلة عدد المسلمين وكثرة المشركين ، أو لضعف فى صـفوف المسلمين فى القتال أو لقلة ما فى يده من المال بالنسبة لما يحتاج اليه من المال فى قتالهم ، فللامام أن يهادنهم لقوله تعالى : « وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله » والسلم صلح ، وله أن يهـادنهم مع استظهارهم حسبما يرى فيه المصلحة من السنة وما زاد عليها الى عشر سنين ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم صالح سهيل بن عمرو فى الحديبية على ترك القتال عشر سنين ، فعن عروة بن الزبير عن المسور ومروان يصدق كل واحد منهمـا حديث صاحبه قالا : « خرج النبى صلى الله عليه وسلم زمن الحديبية حتى اذا كان ببعض الطريق قال النبى صلى الله عليه وسلم : ان خالد بن الوليد بالغميم فى خيل لقريش طليعة ، فخذوا ذات اليمين ، فو الله ما شعر بهم خالد حتى اذا هم بقترة [2] فانطلق يركض نذيرا لقريش ، وسار النبى صلى الله عليه وسلم حتى اذا كان بالثنية التى يهبط عليهم منها بركت به ناقته ، فقال الناس : حل حل [3] ، فألحت ، فقالوا : خلأت القصواء ، خلأت القصواء فقال النبى صلى الله عليه وسلم : ما خلأت وما ذاك لها بخلق ، ولكن حبسها حابس الفيل ، قال : والذى نفسى بيده لا يسألونى خطة يعظمون فيها حرمات الله الا أعطيتهم اياها ، ثم زجرها فوثبت ، قال : فعدل عنهم حتى نزل بأقصى الحديبية على ثمد [4] قليل يتبرضه الناس تبرضا [5] ، فلم يلبث الناس حتى

---

(١) الآية ٥ من سورة التوبة .
(٢) القترة : الغبار الأسود .
(٣) حل حل : كلمة تقـال للنـاقة اذا تركت السير وتنون اللام الأولى وتسكن الثانية ويمكن تنوينهما مثل : بخ بخ .
(١) الثمد : حفرة فيها ماء .
(٢) يتبرضه الناس أى يأخذونه قليلا قليلا .

نزحوه ، وشكى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم العطش ، فانتزع سهما من كنانته ثم أمرهم أن يجعلوه فيه ، فو الله ما زال يجيش لهم بالرى حتى صدروا عنه ، فبيناهم كذلك اذ جاءهم بديل بن ورقاء الخزاعى فى نفر من قومه من خزاعة ، وكانوا عيبة نصح [1] رسول الله صلى الله عليه وسلم من أهل تهامه، فقال : انى تركت كعب بن لؤى وعامر بن لؤى نزلوا أعداد[2] مياه الحديبية معهم العوذ المطافيل ، وهم مقاتلوك وصادوك عن البيت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : انا لم نجىء لقتال أحد ، ولكن جئنا معتمرين ، وان قريشا قد نهكتهم الحرب وأضرت بهم ، فان شاءوا ماددتهم مدة ويخلوا بينى وبين الناس ، فان أظهر — فان شاءوا أن يدخلوا فيما دخل فيه الناس فلعوا — والا فقد جموا ، وان هم أبوا فوالذى نفسى بيده لأقاتلنهم على أمرى هذا حتى تنفرد عنى هذه السالفة أو لينفذن الله أمره ، فقال بديل : سأبلغهم ما تقول ، فانطلق حتى أتى قريشا فقال : أنا قد جئتكم من عند هذا الرجل ، وقد سمعناه يقول قولا ، فان شئتم أن نعرضه عليكم فعلنا ، فقال سفهاؤهم : لا حاجة لنا الى أن تخبرنا عنه بشىء ، وقالوا ذو الرأى منهم : هات ما سمعته يقول ، قال : سمعته يقول كذا وكذا فحدثهم بما قال النبى صلى الله عليه وسلم فقال عروة بن مسعود : أى قوم ألستم بالوالد ؟ قالوا : بلى قال : أو لست بالولد ؟ قالوا : بلى ، قال : فهل تتهمونى ؟ قالوا : لا قال : ألستم تعلمون أنى استنفرت لأهل عكاظ فلما بلحوا على جئتكم بأهلى وولدى ومن أطاعنى ؟ قالوا : بلى قال : فان هذا قد عرض عليكم خطة رشد اقبلوها وذرونى آته ، قالوا : ائته ، فأتاه فجعل يكلم النبى صلى الله عليه وسلم فقال النبى صلى الله عليه وسلم نحوا من قوله لبديل ، فقال عروة عند ذلك : أى محمد أرأيت ان استأصلت أمر قومك هل سمعت بأحد من العرب اجتاح أصله قبلك ، وان تكن الأخرى فانى والله لأرى وجوها أو انى لأرى أشوابا من الناس خليقا أن يفروا ويدعوك ، فقال له أبو بكر : امصص

---

(1) العيبة ما يوضع فيه الثياب لحفظها ومعنى العبارة : وكانوا موضع النصح والأمانة على سره .

(2) أعداد جمع عد بالكسر والتشديد وهو الماء الذى لا انقطاع له . يعنى خرجوا بنسائهم وأطفالهم .

بظر اللات ان نحن نفر عنه وندعه ، فقال : من ذا ؟ قالوا : أبو بكر فقال : أما والذى نفسى بيده لولا يد كانت لك عندى ولم أجزك بها لأجبتك قال وجعل يكلم النبى صلى الله عليه وسلم فكلما كلمه أخذ بلحيته والمغيرة بن شعبة قائم على رأس رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعه السيف وعليه المغفر ، فكلما أهوى عروة بيده الى لحية النبى صلى الله عليه وسلم ضرب يده بنصل السيف وقال : أخر يدك [1] عن لحية رسول الله صلى الله عليه وسلم فرفع عروة رأسه فقال : من هذا ؟ قالوا : المغيرة بن شعبة قال : أى غدر ، ألست أسعى فى غدرتك ، وكان المغيرة صحب قوما فى الجاهلية قتلهم وأخذ أموالهم ، ثم جاء فأسلم ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : أما الاسلام فأقبل ، وأما المال فلست منه فى شىء ، ثم ان عروة جعل يرمق أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بعينه قال : فوالله ما تنخم رسول الله صلى الله عليه وسلم نخامة لا وقعت فى كف رجل منهم فدلك بها وجهه وجلده ، واذا أمرهم بأمر ابتدروا أمره ، واذا توضأ كادوا يقتتلون على وضوئه [2] ، واذا تكلم خفضوا اصواتهم عنده ، وما يحدون اليه النظر تعظيما له ، فرجع عروة الى أصحابه فقال : أى قوم ، والله لقد وفدت على قيصر وكسرى والنجاشى ، والله أن رأيت ملكا قط تعظمه أصحابه ما يعظم أصحاب محمد محمدا ، والله أن تنخم نخامة الا وقعت فى كف رجل منهم فدلك بها وجهه وجلده ، واذا أمرهم ابتدروا أمره ، واذا توضأ كادوا يقتتلون على وضوئه ، واذا تكلم خفضوا أصواتهم عنده ، وما يحدون اليه النظر تعظيما له ، وأنه قد عرض عليكم خطة رشد فاقبلوها ، فقال رجل من بنى كنانة : دعونى آته ، فقالوا : ائته فلما أشرف على النبى صلى الله عليه وسلم قال النبى صلى الله عليه وسلم : هذا فلان وهو من قوم يعظمون البدن فابعثوها له ، فبعثوها له ، واستقبله الناس يلبون ، فلما رأى ذلك قال : سبحان الله ، ما ينبغى لهؤلاء أن يصدوا عن البيت ، فلما رجع الى أصحابه قال : رأيت البدن قد قلدت وأشعرت ، فما أرى أن يصدوا عن البيت ، فقام

---

(١) كان من عادة العرب اذا اجتمعوا للحديث أخذ الرجل يعبث بلحية صاحبه رفعا للكلفة بينهما .

(٢) الوضوء بالفتح ماء الوضوء .

رجل منهم يقال له مكرز بن حفص ، فقال : دعونى آته فقالوا : ائته فلما أشرف عليهم قال النبى صلى الله عليه وسلم : هذا مكرز بن حفص ، وهو رجل فاجر ، فجعل يكلم النبى صلى الله عليه وسلم فبينما هو يكلمه جاء سهيل بن عمرو ــ قال معمر : فأخبرنى أيوب عن عكرمة أنه لما جاء سهيل قال النبى صلى الله عليه وسلم : قد سهل الله لكم من أمركم قال معمر قال الزهرى فى حديثه : فجاء سهيل بن عمرو فقال : هات أكتب بيننا وبينكم كتابا فدعا النبى صلى الله عليه وسلم الكاتب فقال النبى صلى الله عليه وسلم : اكتب : بسم الله الرحمن الرحيم فقال سهيل : أما الرحمن فوالله ما أدرى ما هو ، ولكن اكتب : بسمك اللهم ثم قال : هذا ما قاضى عليه محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال سهيل : والله لو كنا نعلم أنك رسول الله صلى الله عليه وسلم ما صددناك عن البيت ولا قاتلناك ، ولكن اكتب : محمد بن عبد الله فقال النبى صلى الله عليه وسلم : والله انى لرسول الله وان كذبتمونى ؛ اكتب محمد بن عبد الله . قال الزهرى وذلك لقوله : « لا يسألونى خطة يعظمون فيها حرمات الله الا أعطيتهم اياها » قال النبى صلى الله عليه وسلم : « على أن تخلوا بيننا وبين البيت فنطوف به ، قال سهيل : والله لا تتحدث العرب انا أخذنا ضغطة ، ولكن ذلك من العام المقبل ، فكتب ، فقال سهيل : وعلى ألا يأتيك منا رجل وان كان على دينك الا رددته الينا ، قال المسلمون : سبحان الله ، كيف يرد الى المشركين من جاء مسلما ؟ فبيناهم كذلك اذ جاء أبو جندل بن سهيل بن عمرو يرسف فى قيوده ، وقد خرج من أسفل مكة حتى رمى بنفسه بين أظهر المسلمين ، فقال سهيل : هذا يا محمد أول ما قاضيك عليه أن ترده الى ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : انا لم ننقض الكتاب بعد . قال : فو الله اذن لا أصالحك على شىء أبدا ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : فأجره لى فقال : ما أنا بمجيره لك ، فقال : بلى فافعل : قال : ما أنا بفاعل ، قال مكرز : بلى قد أجرناه لك ، قال أبو جندل : أى معشر المسلمين أرد الى المشركين وقد جئت مسلما ؟ ألا ترون ما قد لقيت ؟ وكان قد عذب عذابا شديدا فى الله . قال فقال عمر بن الخطاب : فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت : ألست نبى الله حقا ؟ قال : بلى ؛ قلت : ألسنا على الحق وعدونا على الباطل ؟ قال : بلى . قلت :

فلم نعط الدنية فى ديننا اذن . قال : انى رسول الله ولست أعصيه ، وهو ناصرى ، قلت : أو ليس كنت تحدثنا أنا سنأتى البيت ونطوف به ؟ قال : بلى أفأخبرتك أنك تأتيه العام ؟ قلت : لا . قال : فانك آتيه . ومطوف به . قال : فأتيت أبا بكر فقلت : يا أبا بكر أليس هذا نبى الله حقا ؟ قال : بلى . قلت : ألسنا على الحق وعدونا على الباطل ؟ قال : بلى ، قلت : فلم نعط الدنية فى ديننا اذن ؟ قال : أيها الرجل انه رسول الله وليس يعصى ربه ، وهو ناصره ، فاستمسك بغرزه ، فو الله انه على الحق ، قلت : أليس كان يحدثنا أنا سنأتى البيت ونطوف به ؟ قال : بلى ، أفأخبرك أنك تأتيه العام ؟ قلت : لا ، قال : فانك اذن آتيه ومطوف به ، قال عمر : فعملت لذلك أعمالا فلما فرغ من قضية الكتاب قال صلى الله عليه وسلم لأصحابه قوموا فانحروا ثم احلقوا ، فو الله ما قام منهم أحد حتى قال ذلك ثلاث مرات ، فلما لم يقم منهم أحد دخل على أم سلمة فذكر لها ما لقى من الناس ، فقالت أم سلمة : يا نبى الله أتحب ذلك ؟ تخرج ولا تكلم أحدا منهم كلمة حتى تنحر بدنك ، وتدعو حالقا فيحلقك ، فخرج ولم يكلم أحدا منهم حتى فعل ذلك ، نحر بدنه ودعا حالقه فحلقه ، فلما رأوا ذلك قاموا فنحروا ، وجعل بعضهم يحلق بعضا حتى كاد بعضهم يقتل بعضا غما ، ثم جاء نسوة مؤمنات ، فأنزل الله عز وجل : « يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات[1] » حتى بلغ : « بعصم الكوافر » فطلق عمر يومئذ امرأتين كانتا له فى الشرك ، فتزوج احداهما معاوية بن أبى سفيان والأخرى صفوان بن أمية ، ثم رجع النبى صلى الله عليه وسلم الى المدينة فجاءه أبو بصير رجل من قريش وهو مسلم فأرسلوا فى طلبه رجلين فقالوا : العهد الذى جعلت لنا ، فدفعه الى الرجلين ، فخرجا به حتى بلغا ذا الحليفة ، فنزلوا يأكلون تمرا لهم ، فقال أبو بصير لأحد الرجلين : والله انى لأرى سيفك هذا فلان جيدا فاستله الآخر ، فقال : أجل والله انه لجيد ، لقد جربت به ثم جربت ، فقال أبو بصير أرنى أنظر اليه فأمكنه منه فضربه به حتى برد وفر الآخر حتى أتى المدينة ، فدخل المسجد يعدو ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم حين رآه لقد رأى هذا ذكرا ، فلما انتهى الى النبى صلى الله عليه وسلم قال : قتل والله صاحبى ،

---

(١) الآية ١٠ من سورة الممتحنة .

وانى لمقتول ، فجاء أبو بصير فقال : يا نبى الله قد أوفى الله ذمتك قد رددتنى اليهم ثم أنجانى الله منهم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : ويل أمه مسعر حرب ، لو كان له أحد ، فلما سمع ذلك عرف أنه سيردوه اليهم فخرج حتى سيف البحر ، قال وتفلت منه أبو جندل بن سهل فلحق بأبى بصير فجعل لا يخرج من قريش رجل قد أسلم الا لحق بأبى بصير ، حتى اجتمعت منهم عصابة ، فو الله ما يسمعون بعير خرجت لقريش الى الشام الا اعترضوا لها فقتلوهم ، وأخذوا أموالهم ، فأرسلت قريش الى النبى صلى الله عليه وسلم تناشده الله والرحم لما أرسل اليهم فمن أتاه منهم فهو آمن ، فأرسل النبى صلى الله عليه وسلم اليهم ، وأنزل الله عز وجل : « وهو الذى[1] كف أيديهم عنكم وأيديكم عنهم » — حتى بلغ — حمية الجاهلية ، وكانت حميتهم أنهم لم يقروا أنه نبى ولم يقروا ببسم الله الرحمن الرحيم وحالوا بينه وبين البيت .

وفى لفظ لأحمد : « هذا ما اصطلح عليه محمد بن عبد الله وسهل بن عمرو على وضع الحرب عشر سنين ، يأمن فيها الناس ، وفيه : وان بيننا عيبة مكفوفة ، وانه لا اغلال ولا اسلال ، وكان فى شرطهم حين كتبوا الكتاب أنه من أحب أن يدخل فى عقد محمد وعهده دخل فيه فتواثبت بكر فقالوا : نحن فى عقد قريش وعهدهم ، وفيه : فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : يا أبا جندل اصبر واحتسب فان الله جاعل لك ولمن معك من المستضعفين فرجا ومخرجا » .

وقد أخرج البخارى رواية أخرى عن الزهرى عن عروة عن عائشة وفيها اسم المرأتين اللتين طلقتا : « قريبة بنت أمية وابنة جرول الخزاعى فتزوج قريبة معاوية ، وتزوج الأخرى أبو جهم ، فلما أبى الكفار أن يقروا بأداء ما أنفق المسلمون على أزواجهم أنزل الله تعالى : « وان فاتكم شىء من أزواجكم الى الكفار فعاقبتم[2] » .

اذا ثبت هذا فان النبى صلى الله عليه وسلم انما هادنهم ، وكان بمكة

---

(١) الآية ٢٤ من سورة الفتح .
(٢) الآية ١١ من سورة الممتحنة .

مسلمون مستضعفون فهادنهم حتى أظهر من بمكة اسلامه ، وكثر المسلمون وقال الشعبى : لم يكن فى الاسلام فتح مثل صلح الحديبية ، هـذا ترتيب الشيخ أبى اسحق هنا فى المهذب وابن الصباغ فى الشامل وذكر الشيخ أبو حامد فى التعليق أن القرآن ورد بجواز الهدنة أربعة أشهر ، وعقـد النبى صلى الله عليه وسلم الهدنة مع سهيل بن عمرو عشر سنين ثم نقض الهـدنة قبل انقضاء العشر • واختلف أصحابنا فى ذلك فمنهم من قال : نقض النبى صلى الله عليه وسلم للهدنة نسخ للهدنة فيما زاد على أربعة أشهر ، ومنهم من قال : ليس بنسخ وهو الأصح ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم عقد الهدنة سنة ست من الهجرة ، واعتمر وأخلت له قريش مكة وخرجوا منها فقـال لهم : انى أريد أن أتزوج فيكم وأطعم ، فقالوا : لا حاجة لنـا فى طعامكم فاخرج ، فخرج الى سرف على عشرة أميال من مكة ، فتزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم ميمونة وبنى بها فى ذلك الموضع ، وأقام على الهدنة بعد ذلك قدر سنة ، ثم وقع بعـد ذلك بين بنى بكر وبين خزاعة شر ، وكانت خزاعة حلفاء النبى صلى الله عليه وسلم وبنو بكر حلفـاء قريش ، فأعانت قريش حلفاءها على حلفاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فانتقضت هدنتهم ، فسار اليهم النبى صلى الله عليه وسلم وفتح مكة ، فثبت أن الهدنة فيما زاد على أربعة أشهر غير منسوخة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أقام على الهـدنة قدر سنتين ، فاذا قلنا : ان الهدنة منسوخة فيما زاد على أربعة أشهر لم يجز عقدها فيما زاد على أربعة أشهر لا لحاجة ولا لضرورة • واذا قلنـا : انه ليس بمنسوخ ــ فان أراد الامام عقد الهدنة لحاجة لا لضرورة ــ فان كان المد بعيدا ويخاف مسير المشركين فى المدة التى عقد الهدنة عليها ، فيه وجهان، أحدهما : يجوز عقدها لأقل من سنة ، ولا يجوز الى سنة لأن السـنة مدة الجزية ، فلا يجوز اقرارهم فيها من غير عوض ، والثانى : يجوز عقدها لسنة لأنهم انما لا يجوز اقرارهم فى دار الاسلام بغير عوض ، وأما الهدنة فهى كف عن القتال فجاز الى سنة من غير عوض ، وان كان ذلك لضرورة ــ فان كان العـدو قد نزل على المسـلمين وخافهم الامام ــ ففى المدة قولان ، أحدهما : لا يجوز الا الى سنة ، والثانى : يجوز الى عشر سنين ، ولا يجوز عقد الهـدنة الى أكثر من عشر سنين بحـال بلا خلاف على المذهب وقال

أصحاب أبي حنيفة وأحمد : يجوز ذلك على ما يراه الامام ، كما يجوز الصلح على أداء الخراج من غير تقدير مدة • دليلنا : أن الله تعالى أمر بالقتال عاما فى جميع الأوقات ، وانما خصصناه بما قام عليه الدليل ، ولم يقم الدليل الا فى عشر سنين بفعل النبى صلى الله عليه وسلم فى صلح الحديبية ، فبقى ما زاد على مقتضى عموم الأمر ، فان عقد الهدنة الى أكثر من عشر سنين لم يصح العقد فيما زاد على العشر ، وهل يصح العقد فى العشر ؟ على قولين بناء على تفريق الصفقة ، ومن أصحابنا الخراسانيين من قال : يصح فى العشر ، ويبطل فيما زاد قولا واحدا ، لأنه يجوز فيما بين المسلمين والكفار ما لا يجوز بين المسلمين وحدهم ، والأول هو المشهور •

اذا ثبت هذا فان المسعودى قال : اذا طلب المشركون عقد الهدنة فالظاهر أنه لا يجب على الامام عقدها اذ لا منفعة للمسلمين فى ذلك ، ومن أصحابنا من قال : اذا رأى المصلحة فى ذلك بأن يرجو اسلامهم ، وجب لقوله تعالى : « وان أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله [1] » •

قوله : (فان عقد الهدنة مطلقا الخ) هذه المسألة جملتها أن الامام اذا عقد الهدنة مطلقا لم يصح العقد ، لأن الاطلاق يقتضى التأبيد ، والهدنة لا يصح عقدها على التأبيد ، هذا نقل أصحابنا العراقيين • وقال الخراسانيون : يصح العقد ، فان كان الامام مستظهرا انصرف الى أربعة أشهر فى أحد القولين ، والى السنة فى الثانى ، وان كان غير مستظهر انصرف العقد الى عشر سنين •

فرع اذا هادنهم الامام الى غير مدة على أن تنقضى متى شاء جاز ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم صالح أهل خيبر مطلقا ولكن قال : « أقركم ما أقركم الله تعالى » وفى بعض الروايات : « أقركم ما شئنا » فان قال غير النبى صلى الله عليه وسلم : أقركم ما أقركم الله تعالى ، أو الى أن يشاء الله ، لم تصح الهدنة ، لأن ذلك لا يعلم الا بالوحى ، وقد انقطع

---

(١) الآية ٦ من سورة التوبة .

الوحى بموت النبى صلى الله عليه وسلم وان قال : هادنتكم الى أن يشاء فلان ، وهـو مسلم أمين عاقل ، له رأى ، جاز ، فاذا شاء فلان أن ينقض نقض ، وان قال : هادنتكم الى أن تشاءوا أو يشاء رجل منهم ، لم يصح ، لأنه جعل الكفار ممكنين على الاسلام ، وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم : « الاسلام يعلو ولا يعلى » •

فـــرع وان دخل رجل من دار الحرب الى دار الاسلام برسالة أو بأمان أو لحمل ميرة يحتاجها المسلمون ، أو تاجرا قال الشيخ أبو حامد : يجوز للامام أن يقره فى دار الاسلام ما دون السنة بغير عوض ، لأنه فى حكم العقود ، ولا يجوز له أن يقره سنة ، لأن الجزية تجب فيها ، فاذا قارب السنة قال له الامام : اقرارك فى بلاد الاسلام سنة بلا عوض لا يجوز ، فان كان وثنيا أمره أن يلحق بدار الحرب ، وان كان كتابيا قال له : اما أن تلحق بدار الحرب أو بعقد الذمة وتبذل الجزية • وقال ابن الصباغ : يجوز له أن يقره أربعة أشهر بلا عوض • ولا يجوز له أن يقره سنة بلا عوض ، وهل له أن يقره ما زاد على أربعة أشهر ودون السنة بغير عوض ؟ على القولين فى الهدنة مع استظهار الامام •

فـــرع ويجوز عقد الهدنة الى مدة على أن يؤخذ من الكفار مال ، لأن فى ذلك مصلحة للمسلمين ، ان عقـد الهدنة على مال يؤخذ من المسلمين ـ فان لم تكن هناك ضرورة ، ولكن كان الامام محتاجا الى ذلك ، بأن بلغه سير العدو فخافهم ، وكانوا قد ساروا ولم يلتقوا فاذا التقوا لم يظهروا على المسلمين ولا خيف ظهورهم فلا يجوز بذل العوض لهم لقوله تعـالى : « ان الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنـة ، يقاتلون فى سبيل الله فيقتلون ويقتلون [1] ـ الآية » •

قال الشـافعى رضى الله عنه : فأخبر الله تعـالى أن المؤمنين اذا قتلوا استحقوا الجنة ، فاستوى الحالتان فى الثواب ، فلم يجز دفع العوض لدفع الثواب ، ولأن فى ذلك الحاق صغار المسلمين فلم يجز من غير ضرورة ، وان

---

(١) الآية ١١ من سورة التوبة •

كان هناك ضرورة بأن أسروا رجلا من المسلمين فيجوز للامام ولغيره أن يبذل مالا ليخلصه ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم فادى العقيلى برجلين من أصحابه ، بعد ما أسلم العقيلى واسترق . فدل على جواز بذل المال لاستنقاذ الأسارى من المسلمين ، وان كان المسلمون فى حصن وأحاط المشركون بهم من جميع الجهات ـ وكان المسلمون قليلا والمشركون كثيرا ، وخاف الامام هلاك المسلمين ، أو التقوا وخاف الامام هزيمة المسلمين ـ فيجوز له فى هذه المواضع أن يبذل للمشركين مالا ليتركوا قتالهم ، لما روى أن الحارث بن عمرو الغطفانى رأس غطفان قال للنبى صلى الله عليه وسلم : « ان جعلت لى شطر ثمار المدينة والا ملأتها عليك خيلا ورجلا ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : حتى أشاور السعديين ـ يعنى سعد بن عبادة وسعد ابن معاذ وأسعد بن زرارة رضى الله عنهم ، فشاورهم النبى صلى الله عليه وسلم فقالوا : يا رسول الله ان كان هذا بأمر من السماء فتسليم لأمر الله ، وان كان برأيك فرأينا تبع لرأيك ، وان لم يكن بأمر من السماء ولا برأيك فو الله ما كنا نعطيهم فى الجاهلية بسرة ولا تمرة الا قراء [1] أو شراء ، فكيف وقد أعزنا الله بالاسلام وبك » وذكر الشيخ أبو حامد ان القبائل لما أحاطت بالمدينة عام الخندق وافق النبى صلى الله عليه وسلم المشركين على أن يجعل لهم ثلث ثمار المدينة على أن ينصرفوا ، ثم استشار سعد بن معاذ رأس الأوس ، وسعد بن عبادة رأس الخزرج فأجابه بنحو ما ذكرناه ، فلم يعطهم النبى صلى الله عليه وسلم ، فان قيل : ان كان النبى صلى الله عليه وسلم والمسلمون مضطرين الى ذلك وقد فعله فلم جاز له نقضه وان لم يكونوا مضطرين فكيف فعله ؟ فالجواب من وجهين أحدهما : أن النبى صلى الله عليه وسلم ظن أن الحال حال ضرورة فنقض ما كان فعله ، كما روى أنه « أقطع الأبيض بن حمال ملح مأرب ، فقيل له : انه كالماء العذب من ورده أخذه ، قال : فلا اذن » . لأنه ظن فى الابتداء أنه من المعادن التى يحتاج فيها الى العلاج بالحفر والتنقيب فلما تبين له الحال نقض ما كان فعله . والثانى : أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يكن عقد الهدنة وبذل المال لهم ،

---

(١) القراء بفتح القاف هو الاسم من قريت الضيف اقريه قرى بالكسر والقصر وبابه رمى .

وانما هايا المشركين على ذلك ، وهم بالعقد ، ولما علم قوة بنية الأنصار لم يعقد لهم ، فلو لم يجز بذل المال لهم عند الضرورة لما شاورهم النبى صلى الله عليه وسلم لذلك .

اذا ثبت هذا فهل يجب بذل المال عند الضرورة ؟ فيه وجهان بناء على وجهين فى وجوب الدفع عن نفسه بالقتل أو بأكل الميتة اذا اضطر اليهـا . قال الشيخ أبو اسحق هنـا : وان قبض الكفار منهم المـال على ذلك لم يملكوه ، لأنه مال مأخوذ بغير حق فلم يملكوه كالمأخوذ بالقهر . هذا نقل أصحابنا البغداديين ، وقال المسعودى : لا يجوز أن يشترط الامام للكفار مالا على المسلمين بحال ، وكذلك لو كان فى أيدى الكفـار مال للمسلمين فلا يجوز للامام أن يعاقدهم على أن يردوه .

وسترى القول الصحيح واختيار المزنى عند قول المصنف : (اذا جاءت منهم حرة عاقلة مسلمة مهاجرة الخ) .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **ولا يجوز عقـد الهدنة على رد من جاء من المسلمات لأن النبى صلى الله عليه وسلم عقد الصلح بالحديبية ، فجـاءت أم كلثوم بنت عقبـة بن أبى معيط مسلمة ، فجاء اخواها فطلبـاها فانزل الله عز وجل : ((فلا ترجعوهن الى الكفار)) فقال النبى صلى الله عليه وسلم : ((ان الله تعالى منع من الصلح فى النساء)) ولأنه لا يؤمن أن تزوج بمشرك فيصيبها ، ولا يؤمن أن تفتن فى دينها لنقصان عقلها ، ولا يجوز عقدها على رد من لا عشيرة له من الرجال تمنع عنه ، لأنه لا يأمن على نفسه فى اظهار دينه ويجـوز عقدها على رد من له عشيرة تمنع عنه ، لأنه يأمن على نفسه فى اظهار دينه ، ولا يجوز عقدها مطلقا على رد من جاء من الرجال مسلما لأنه يدخل فيه من يجوز رده ومن لا يجوز .**

فصـــل **وان عقدت الهدنة على ما لا يجوز مما ذكرناه ، أو عقدت الذمة على ما لا يجوز من النقصان عن دينار فى الجزية ، أو المقام فى الحجاز ، او الدخول الى الحرم ، أو بناء كنيسة فى دار الاسلام ، أو ترك الغيـار ، أو اظهار الخمر والخنزير فى دار الاسلام ، وجب نقضه لقوله صلى الله عليـه وسلم : ((من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد)) ولما روى عن عمر رضى الله**

عنه انه خطب الناس وقال : « ردوا الجهالات الى السنة » ولانه عقد على محرم فلم يجز الاقرار عليه كالبيع بشرط باطل او عوض محرم .

فصل وان عقدت الهدنة على ما يجوز الى مدة وجب الوفاء بها الى ان تنقضى المدة ما اقاموا على العهد لقوله عز وجل : « أوفوا بالعقود (١) » ولقوله تعالى : « وبشر الذين كفروا بعذاب اليم (٢) ، الا الذين عاهدتم من المشركين ثم لم ينقصوكم شيئا ولم يظاهروا عليكم أحدا فاتموا اليهم عهدهم الى مدتهم ان الله يحب المتقين » ولقوله عز وجل : « فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم (٣) » وروى سليمان بن عامر قال : « كان بين معاوية وبين الروم هدنة فسار معاوية فى أرضهم كانه يريد ان يغير عليهم فقال عمر بن عبسة سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « من كان بينه وبين قوم عهد فلا يحل عقدة ولا يشدها حتى يمضى امدها أو ينبذ اليهم على سواء ، قال فانصرف معاوية ذلك العام . ولأن الهدنة عقدت لمصلحة المسلمين فاذا لم نف لهم عند قدرتنا عليهم ، لم يفوا لنا عند قدرتهم علينا ، فيؤدى ذلك الى الاضرار بالمسلمين . وان مات الامام الذى عقد الهدنة وولى غيره لزمه امضاؤه ، لما روى ان نصارى نجران اتوا عليا كرم الله وجهه وقالوا : « ان الكتاب كان بيديك ، والشفاعة اليك ، وان عمر اجلانا من ارضنا فردنا اليها ، فقال على : ان عمر كان رشيدا فى امره ، وانى لا اغير امرا فعله عمر رضى الله عنه » .

فصل ويجب على الامام منع من يقصدهم من المسلمين ومن معهم من اهل الذمة لأن الهدنة عقدت على الكف عنهم ، ولا يجب عليه منع من قصدهم من اهل الحرب ولا منع بعضهم من بعض ، لأن الهدنة لم تعقد على حفظهم ؛ وانما عقدت على تركهم ، بخلاف أهل الذمة ، فان أهل الذمة عقدت على حفظهم ، فوجب منع كل من يقصدهم . ويجب على المسلمين ومن معهم من أهل الذمة ضمان أنفسهم وأموالهم والتعزير بقذفهم ، لأن الهدنة تقتضى الكف عن أنفسهم وأموالهم وأعراضهم ؛ فوجب ضمان ما يجب فى ذلك .

الشرح قوله تعالى : « فلا ترجعوهن (٤) الى الكفار » الآية : « يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن ، الله أعلم بايمانهم ، فان علمتوهن مؤمنات فلا ترجعوهن الى الكفار ، لا هن حل لهم ، ولا هم يحلون لهن ، وآتوهم ما أنفقوا ، ولا جناح عليكم أن تنكحوهن

---

(١) الآية الأولى من سورة المائدة .
(٢) الآية ٣ من سورة التوبة .
(٣) الآية ٧ من سورة التوبة .
(٤) الآية ١٠ من سورة الممتحنة .

اذا آتيتموهن أجورهن ، ولا تمسكوا بعصم الكوافر ، واسألوا ما أنفقتم وليسألوا ما أنفقوا ، ذلكم حكم الله يحكم بينكم والله عليم حكيم » • قال أهل التفسير : لما أمر الله تعالى بترك موالاة المشركين اقتضى ذلك مهاجرة المسلمين عن بلاد الشرك الى بلاد الاسلام وكان التناكح من أوكد أسباب الموالاة ، فبين أحكام مهاجرة النساء • قال ابن عباس : جرى الصلح مع مشركى قريش عام الحديبية ، على أن من أتاه من أهل مكة رده اليهم ، فجاءت سعيدة بنت الحارث الأسلمية بعد الفراغ من الكتاب ، والنبى صلى الله عليه وسلم بالحديبية بعد ، فأقبل زوجها ــ وكان كافرا ، وهو صيفى بن الراهب • وقيل : مسافر المخزومى ــ فقال : يا محمد ، اردد على امرأتى فانك شرطت ذلك ، وهذه طينة الكتاب لم تجف بعد • وقيل : جاءت أم كلثوم بنت عقبة بن أبى معيط ، فجاء أهلها يسألون رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يردها وهذا السبب هو اختيار الشيخ أبى اسحق هنا فى المهذب ، وقيل : هربت من زوجها عمرو بن العاص ومعها أخواها عمارة والوليد فرد رسول الله صلى الله عليه وسلم أخويها وحبسها ، فقالوا للنبى صلى الله عليه وسلم . ردها علينا للشرط ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : كان الشرط فى الرجال لا فى النساء ، فأنزل الله تعالى هذه الآية ، واختار الماوردى رواية أخرى : أن التى جاءت هى أميمة بنت بشر كانت عند ثابت بن الشمراخ ففرت منه وهو يومئذ كافر فتزوجها سهل بن حنيف فولدت له عبد الله ، وكذلك اختار هذا زيد بن حبيب ، أفاده القرطبى فى جامعه • قال ابن عباس : كانت المحنة أن تستحلف بالله أنها ما خرجت من بغض زوجها ، ولا رغبة من أرض الى أرض ، ولا التماس دنيا ، ولا عشقا لرجل منا ، بل حبا لله ولرسوله ، فاذا حلفت بالله الذى لا اله الا هو على ذلك أعطى النبى صلى الله عليه وسلم زوجها مهرها وما أنفق عليها ولم يردها ، فذلك قوله تعالى : « فان علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن الى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن » •

أما حديث : « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » فقد أخرجه مسلم فى صحيحه وأحمد فى مسنده من حديث عائشة رضى الله عنها •

أما حديث سليم بن عامر فقد أخرجه أبو داود والترمذى بلفظ : « كان

بين معاوية والروم عهد وكان يسير نحو بلادهم ليقرب حتى اذا انقضى العهد غزاهم ، فجاءه رجل على فرس أو برذون وهو يقول : الله أكبر ، الله أكبر وفاء لا غدر ، فنظروا فاذا هو عمرو بن عبسة فأرسل اليه معاوية فسأله ، فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : (من كان بينه وبين قوم عهد فلا يشد عقدة ولا يحلها حتى ينقضى أمدها أو ينبذ اليهم على سواء) فرجع معاوية بالناس » . قال الترمذى : هذا حديث حسن وصحيح .

اما اللغات فقوله : (ولم يظاهروا عليكم أحدا) قال ابن بطال فى شرح غريب المهذب : أى لم يعاونوا ، والمظاهرة المعاونة والظهير العون ، قال تعالى : « وأنزل الذين ظاهروهم من أهل الكتاب » قوله : (أو ينبذ اليهم على سواء) قال المفسرون فى تفسير قوله تعالى : « فانبذ اليهم على سواء » أى اطرح اليهم عهدهم .

اما الأحكام فانه لا يجوز عقد الهدنة على رد ما جاء من المسلمات منهم الينا لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم عقد الصلح فى الحديبية ثم جاءته بعد ذلك أم كلثوم بنت عقبة بن أبى معيط مسلمة فجاء أخواها يطلبانها فأراد النبى صلى الله عليه وسلم أن يردها عليها فمنعه الله من ردها بقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن ـ الآية » فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « منع الله الصلح على النساء » ولم يردها عليهم ، ولأنه لا يؤمن أن تزوج بمشرك ، أو تفتن عن دينها لنقصان عقلها ، وسرعة انخداعها . واختلف أصحابنا على أى وجه عقد النبى صلى الله عليه وسلم الهدنة ؟ فقال أبو اسحق المروزى : يحتمل معانى ـ أحدهما : أنه عقدها بشرط أن يرد عليهم من جاءه من المسلمات ، وكان ذلك الشرط صحيحا حال العقد الا أن الله نسخه بمنع من ردهن بالآية . الثانى أنه كان شرط ردهن فى العقد ولكن كان الشرط فاسدا : وهل كان النبى صلى الله عليه وسلم علم فساده ؟ فيه وجهان ، أحدهما : أنه لم يكن علم فساده ، بل ظنه صحيحا ، ثم بين الله فساده ، والنبى صلى الله عليه وسلم يجوز عليه الخطأ ، لكن لا يقر عليه هكذا أفاده فى البيان القاضى العمرانى . والوجه

الثانى : أنه كان علم فساده ولكن اضطر الى ذلك العقد فعقده ، واعتقد أنه لا يفى به ، ولكن اعتقد أنه يفى بموجبه وهو رد المهر •

والاحتمال الثالث : أنه كان عقد الهدنة مطلقا من غير رد المسلمات ، ولكن العقد انتقض • والأمان أن نكف عن أموالهم ويكفوا عن أموالنا ، والبضع يجرى مجرى المال • هذا ترتيب الشيخ أبى حامد • وقال المسعودى: هل كان شرط النبى صلى الله عليه وسلم رد المسلمات ؟ فيه قولان ، وفائدة ذلك نذكرها فيما بعد •

فـــرع ولا يجوز عقد الهدنة على رد من جاء من المسلمين الينا ممن لا عشيرة تمنع عنه ، ويجوز عقدها على رد من جاء من المسلمين منهم الينا ممن له عشيرة تمنع عنه ، ولا يجوز عقدها على رد من جاء من المسلمين الينا منهم مطلقا ، لأنه يدخل فيه من له عشيرة ، ومن لا عشيرة له ، لأن من لا عشيرة له نخاف عليه أن يفتن عن دينه ، ولهذا يجب عليه الهجرة ، ومن له عشيرة تمنع عنه لا يخاف عليه أن يفتن ، ولهذا المعنى فادى النبى صلى الله عليه وسلم العقيلى بعد أن أسلم برجلين من أصحابه لأن العقيلى كان له عشيرة تمنع عنه ، وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم أراد أن ينفـذ أبا بكر الصديق رضى الله عنه الى مكة عام الحديبية ، فامتنع ، وقال : ليس لى بها رهط وعشيرة ، وأراد أن ينفذ عمر رضى الله عنه فقال له مثل ذلك ، فأنفذ عثمان رضى الله عنه لأنه كان له فيها رهط وعشيرة ، وهم بنو أمية ، فلما دخل مكة أكرموه واستمعوا رسالته فقالوا له : ان أحببت أن تطوف بالبيت فطف ، فقال : لا أطوف حتى يطوف رسول الله صلى الله عليه وسلم فبادروا عليـه ، وهموا بقتله • هـذا ترتيب أصحابنا البغداديين • قال المسعودى : يجوز عقدها على رد من جاء منهم مسلما من غير تفصيل •

اذا ثبت هذا فان عقدت الهدنة على ما لا يجوز مثل ان عقدت على بذل مال لهم فى غير حال الضرورة ، أو على أن لا يردوا ما حصل فى أيديهم من أموال المسلمين أو على أن نرد عليهم من جاءنا من المسلمين والمسلمات وما أشبه ذلك ، أو عقدت على ما لا يجوز عقدها عليه كان العقد فاسدا ،

لقوله صلى الله عليه وسلم : « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد » وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال فى رواية البيهقى : « ردوا الجهالات الى السنة » وان عقدت الهدنة عقدا صحيحا وجب الوفاء بها الى انقضاء مدتها ، لقوله تعالى : « أوفوا بالعقود » ولقوله تعالى : « فأتموا اليهم عهدهم الى مدتهم » وقوله تعالى : « فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم » وروى سليمان بن عامر الكندى [1] قال : كان بين معاوية رضى الله عنه وبين الروم هدنة ، فأراد أن يغير عليهم فقال له عمرو بن [2] عبسة السلمى : « سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقول : من كان بينه وبين قوم عهد فلا يحل عقدة ولا يشدها حتى يمضى أمدها ، أو ينبذ اليهم على سواء » فانصرف معاوية رضى الله عنه ذلك العام .

واذا عقد الامام الهدنة ثم مات أو عزل ثم ولى امام بعده وجب عليه الوفاء بما عقده الامام قبله ، لما روى أن نصارى نجران قالوا لعلى رضى الله عنه : ان الكتاب بيدك والشفاعة اليك ، وان عمر قد أجلانا عن أرضنا فردنا اليها ، فقال على رضى الله عنه : ان عمر رضى الله عنه كان رشيدا فى أمره ، وانى لا أغير أمرا فعله عمر رضى الله عنه . ولأن الامام فعله باجتهاده فلم يجز لمن بعده أن ينقضه باجتهاده .

فـــرع اذا عقد الامام الهدنة لقوم من المشركين فعليه أن يمنع عنهم كل من قصدهم من المسلمين وأهل الذمة ، لأن عقد الهدنة اقتضى ذلك ، ويجب على المسلمين وأهل الذمة ضمان ما أتلفوه عليهم من نفس ومال ، والتعزير بقذفهم ، ولا يجب على الامام أن يمنع بعضهم من بعض ،

---

(١) ذكره ابن حبان فى الثقات ، وقال ابو حاتم : حسن الحديث ، صدوق هكذا فى تهذيب التهذيب ، وفى التهذيب : قال : قرأت على أبى العالية الحديث . روى عنه على بن يحيى بن أيوب وغيره .

(٢) عمرو بن عبسة أحد الصحابة الاجلاء ابو نجيح له ثمانية واربعون حديثا انفرد له مسلم بحديث ، روى عنه أبو امامة وشرحبيل بن السمط ، قال الواقدى : اسلم بمكة ثم رجع الى بلاد قومه حتى مضت بدر وأحد والخندق والحديبية وخيبر ، ثم قدم المدينة ، قال ابو سعيد : يقولون انه رابع أو خامس رجل فى الاسلام .

المطيعى

ولا يمنع عنهم أهل الحرب ، لأن الهدنة لم تعقد على حفظهم ، وانما عقدت على ترك قتالهم بخلاف أهل الذمة فانهم قد التزموا أحكام المسلمين ، فلذلك يجب على الامام منع كل من قصدهم ، وهؤلاء لم يلتزموا أحكام المسلمين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل اذا جاءت منهم حرة بالغة عاقلة مسلمة مهاجرة الى بلد فيه الامام او نائب عنه ، ولها زوج مقيم على الشرك وقد دخل بها وسلم اليها مهرا حلالا ، فجاء زوجها فى طلبها ، فهل يجب رد ما سلم اليها من المهر ؟ فيه قولان احدهما : يجب لقوله عز وجل (١) فلا « ترجعوهن الى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن وآتوهم ما أنفقوا » ولأن البضع مقوم حيل بينه وبين مالكه ، فوجب رد بدله كما لو اخذ منهم مالا وتعذر رده ، والقول الثانى وهو الصحيح ، وهو اختيار المزنى ، انه لا يجب لأن البضع ليس بمال ، والأمان لا يدخل فيه الا المال ، ولهذا لو امن مشركا لم تدخل امرأته فى الأمان ، ولأنه لو ضمن البضع بالحيلولة لضمن بمهر المثل كما يضمن المال عند تعذر الرد بالمثل بقيمته ، ولا خلاف انه لا يضمن البضع بمهر المثل فلم يضمن بالمسمى ، وأما الآية فانها نزلت فى صلح رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحديبية قبل تحريم رد النساء ، وقد منع الله تعالى من ذلك بقوله تعالى : « فلا ترجعوهن الى الكفار » فسقط ضمان المهر ، فان قلنا : لا يجب رد المهر ، فلا تفريع ، وان قلنا : انه يجب وعليه التفريع وجب ذلك فى خمس الخمس لأنه مال يجب على سبيل المصلحة فوجب فى خمس الخمس ، وان لم يكن قد دفع اليها المهر لم يجب له المهر ، لقوله تعالى : « وآتوهم ما أنفقوا » وهذا لم ينفق ، وان دفع اليها مهرا حراما كالخمر والخنزير لم يجب له شىء ، لأنه لا قيمة لما دفع اليها فصار كما لو لم يدفع اليها شيئا ، فان دفع اليها بعض مهرها لم يجب له أكثر منه : لأن الوجوب يتعلق بالمدفوع فلم يجب الا ما دفع وان جاءت الى بلد ليس فيه امام ولا نائب عنه ، لم يجب رد المهر ، لأنه فى سهم المصالح ، وذلك الى الامام أو النائب عنه فلم يطالب به غيره .

فصـــل وان جاءت مسلمة عاقلة ثم جنت ، وجب رد المهر لأن الحيلولة حصلت بالاسلام ، وان جاءت مجنونة ووصفت الاسلام ، ولم يعلم هل وصفته فى حال عقلها أو فى حال جنونها ؟ لم ترد اليه لجواز ان يكون وصفته فى حال عقلها ، فاذا ردت اليهم خدعوها وزهدوها فى الاسلام فلم

---

(١) الآية ١٠ من سورة الممتحنة .

يجز ردها احتياطا للاسلام ، وأن افاقت ووصفت الكفر وقالت : انها لم تزل كافرة ، ردت الى زوجها ، وان وصلت الاسلام لم ترد ، فاذا جاء الزوج فى طلبها دفع اليه مهرها لأنه حيل بينهما بالاسلام ، وان طلب مهرها قبل الافاقة لم يدفع اليه ، لأن المهر يجب بالحيلولة ، وذلك لا يتحقق قبل الافاقة لجواز أن تفيق وتصف الكفر فترد اليه ، فلم يجب مع الشك .

الشرح اذا جاءت منهم حرة مسلمة الى بلد فيه الامام أو نائبه فقد ذكرنا أنه لا يجوز ردها اليهم ، فان جاء بعض قرابتها مثل أبيها أو أخيها يطلبها فانها لا ترد اليه ، ولا يجب أن يرد اليها مهرها ، وان كان لها زوج وأراد أن يطلبها فانها لا ترد اليه وهل يجب على الامام أن يرد مهرها ؟ فيه قولان ، أحدهما : يجب لقوله تعالى : « يا أيها [1] الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن ــ الآية » الى قوله تعالى : (وآتوهم ما أنفقوا) والثانى : لا يجب وهو اختيار الشافعى والمزنى ، وبه قال أبو حنيفة ، وأحمد وهو الأصح ، لأن البضع ليس بمال ، والأمان لا يدخل فيه الا المال ، ولهذا لو أمن مشرك لم تدخل امرأته فى الأمان ، ولأنه لو ضمن البضع بالحيلولة لضمنه بمهر المثل ، ولا خلاف أنه لا يضمنه بمهر المثل ، وهذان القولان مأخوذان من كيفية هدنة النبى صلى الله عليه وسلم بالحديبية ، فان قلنا : انه كان شرط فى العقد رد من جاءه من المسلمات ثم نسخه الله ونهاه عن ردهن ، وأمره برد مهورهن ، فعلى هذا لا يجب على غير النبى صلى الله عليه وسلم من الأئمة رد المهر ، لأن ذلك انما لزم النبى صلى الله عليه وسلم بالشرط ، وان قلنا ان النبى صلى الله عليه وسلم كان عقد الهدنة مطلقا ، واقتضى الاطلاق الكف عن المال ، والبضع يجرى مجرى المال ، وجب على غيره من الأئمة رد المهر ، لأن الدليل قائم فى منع غير النبى صلى الله عليه وسلم من ردها اليهم . قال ابن الصباغ : رأيت بعض أصحابنا ذكر أنه ان كان قبل الدخول وجب رد المهر قولا واحدا ، لأن المرأة اذا أسلمت قبل الدخول تحت الكافر سقط مهرها ، لأن هذا فى رد الامام المهر من سهم المصالح ، فأما المرأة فلا يجب عليها رد ما غلب عليه الكفار ، ولو كانت أمة مسلمة فانه يحكم بحريتها .

اذا ثبت هذا فتكلم الشافعى رحمه الله فى تفسير هذه الآية وهى قوله

---

(١) آية ١٠ من سورة الممتحنة .

تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات » فمعنى قوله تعالى : « فامتحنوهن » أى اختبروهن « فان علمتموهن مؤمنات » يعنى ان ظننتم ذلك بقولهن ، والعلم يعبر به عن الظن ، لأنه جار مجراه فى وجوب العمل به « فلا ترجعوهن الى الكفار لا هن حل لهم ، ولا هم يحلون لهن » لأن بالاسلام وقع التحريم بينهن وبين الكفار ، فان كان قبل الدخول فقد انفسخ النكاح ، وان كان بعد الدخول وقف الفسخ على انقضاء العدة « وآتوهم ما أنفقوا » وهو رد المهر « ولا جناح عليكم أن تنكحوهن » أباح الله تعالى للمسلمين التزوج بهن ، وأراد اذا كان قبل الدخول أو بعد الدخول وبعد انقضاء العدة وقبل اسلام زوجها الأول « اذا آتيتموهن أجورهن » يعنى مهورهن « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » هن المسلمات اذا ارتددن عن الاسلام ، وأراد قبل الدخول أو بعد الدخول اذا لم ترجع الى الاسلام قبل انقضاء العدة « واسألوا ما أنفقتم وليسألوا ما أنفقوا » وأراد بذلك أن المسلمة اذا ارتدت وهربت الى دار الحرب ، أو الذمية اذا نقضت العهد ولحقت بدار الحرب ــ والزوج مقيم فى دار الاسلام ــ فلزوجها أن يطالبهم بمهرها ، واذا جاءت منهم امرأة مسلمة الى دار الاسلام فلزوجها أن يطالبهم بمهرها وقوله تعالى : « وان فاتكم شىء من أزواجكم الى الكفار » الآية . قال الشافعى رضى الله عنه : يحتمل هذا تأويلين ، أحدهما : أنه أراد بذلك المسلمة اذا ارتدت وهربت الى دار الحرب وزوجها فى دار الاسلام ، وجاءت امرأة منهم مسلمة وجاء زوجها يطلبها ؛ فان الامام يكتب الى ملك الكفار فيقول : ادفعوا مهر المرأة التى هربت من عندنا اليكم الى زوج المرأة التى هربت من عندكم الينا ونحن ندفع اليكم مهر المرأة التى هربت من عندكم الينا الى زوج المرأة التى هربت من عندنا اليكم ، فان تساوى المهران فلا كلام ، وان اختلفا رجع صاحب الفضل بما بقى له بالمقاصة . والتأويل الثانى : أنه أراد بذلك أن امرأة اذا هربت الى دار الحرب مرتدة فلم يردوا على زوجها مهرها فان المسلمين اذا غنموا منهم غنيمة وجب دفع مهرها الى زوجها من تلك الغنيمة . قال المسعودى : اذا ارتدت امرأة منا وهربت اليهم ــ فان كان الامام قد اشترط أن من جاءهم منا كافرا لم يردوه علينا ــ لم تسترد تلك المرأة وغرم الامام مهرها لزوجها ، لأنه هو الذى حال بينه وبينها بعقد الهدنة .

فـــرع اذا جاءت منهم امرأة مسلمة وجاء زوجها فى طلبها ــ فان قلنا : لا يجب رد مهرها ــ فلا تفريع ، وان قلنا : يجب رد مهرها عليه فانما يجب ذلك اذا كان الزوج قد سمى مهرا صحيحا ودفعه اليها ، فأما اذا لم يسم لها مهرا صحيحا أو سمى لها مهرا صحيحا ولم يدفعه اليها أو سمى مهرا حراما كالخمر والخنزير ــ سواء دفعه أو لم يدفعه ــ فلا يجب رده اليه لقوله تعالى : « وآتوهم ما أنفقوا » وهذا لم ينفق • قال الشافعى : وانما يرد الامام عليه ما دفعه اليها مهرا ، فأما ما أنفقه على العرس أو ما دفعه اليها بالنفقة والكسوة فلا يجب رده اليه ، لأن ذلك ليس ببدل عن البضع ، وانما هو بدل عن التمكين من الاستمتاع بها ، ولا يجب ذلك الا اذا جاءت الى بلد فيه الامام والنائب عنه ، ومنع منها ، فيجب دفعه من سهم المصالح لأنه من المصالح • فأما اذا جاءت الى بلد ليس فيه الامام ولا النائب عنه ، وانما فيه المسلمون ، ثم جاء زوجها يطلبها ، وجب عليهم منعه منها ، لأن ذلك أمر بالمعروف ، ولا يجب عليهم رد مهرها الى زوجها ، لأنه لا نظر لهم فى سهم المصالح • هذا نقل أصحابنا العراقيين • وقال المسعودى : ان كان الامام شرط أن من جاءنى منكم مسلما رددته لم يجب غرامة مهرها ، لأنه لم يجىء اليه وان كان قد شرط أن من جاء المسلمين منكم مسلما رددناه غرم مهرها •

فـــرع اذا قبضت صداقها من زوجها ثم أسلمت وجاءت الى بلد فيه الامام وجاء زوجها يطلبها فهل يجب رده عليه ؟ فيه قولان بناء على القولين فى غير المدخول بها اذا وهبت صداقها لزوجها وطلقها قبل الدخول ، فهل يجب عليها أن تغرم نصفه له ؟ فيه قولان •

فـــرع اذا جاءت امرأة منهم وجنت نظر فيها ــ فان أسلمت عندهم وجاءت عاقلة ، ثم جنت ، أو جاءت الى دار الاسلام عاقلة ثم أسلمت ثم جنت ، فانه لا يجوز ردها اليهم ، لأن اسلامها قد صح ، ويجب رد مهرها اليهم قبل افاقتها ، لجواز انها وصفت الاسلام حال جنونهـا ، فان أفاقت ووصفت الاسلام وجب رد مهرها ، وان وصفت الكفر ردت الى زوجها ولم يجب رد مهرها ، وان جاءت وهى مجنونة ولم يعلم اسلامها قبل جنونها ، ولا وصفت الاسلام حال جنونها ــ قال الشيخ أبو حامد : فانه لا يجـوز

ردها ، لأن الظاهر منها لما جاءت الى دار الاسلام أنها قد أسلمت ، ولا يجب رد مهرها قبل الافاقة لجواز أنها غير مسلمة ـ فان أفاقت ووصفت الاسلام ـ وجب رد مهرها ، وان وصفت الكفر ردت ، ولم يجب رد مهرها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل فان جاءت صبية ووصفت الاسلام ولم ترد اليهم ، وان لم يحكم باسلامها . لأنا نرجو اسلامها ، فاذا ردت اليهم خدعوها وزهدوها فى الاسلام ، فان بلغت ووصفت الكفر قرعت ، فان اقامت على الكفر ردت الى زوجها ، فان وصفت الاسلام دفع الى زوجها المهر ، لأنه تحقق المنع بالاسلام ، فان جاء يطلب مهرها قبل البلوغ ففيه وجهان أحدهما : أنه يدفع اليه مهرها لأنها منعت منه بوصف الاسلام ، فهى كالبالغة . والثانى : انه لا يدفع لأن الحيلولة لا تتحقق قبل البلوغ ، لجواز أن تبلغ وتصف الكفر فترد اليه فلم يجب المهر كما قلنا فى المجنونة .

فصل وان جاءت مسلمة ثم ارتدت لم ترد اليهم لأنه يجب قتلها ، وان جاء زوجها يطلب مهرها ـ فان كان بعد القتل ـ لم يجب دفع المهر ، لأن الحيلولة حصلت بالقتل ،وان كان قبل القتل ففيه وجهان أحدهما : انه يجب ، لأن المنع وجب بحكم الاسلام ، والثانى : لا يجب لأن المنع وجب لاقامة الحد لا بالاسلام .

فصل وان جاءت مسلمة ثم جاء زوجها ومات أحدهما ـ فان كان الموت بعد المطالبة بها ـ وجب المهر ، لأن الحيلولة حصلت بالاسلام ، وان كان قبل المطالبة لم يجب ، لأن الحيلولة حصلت بالموت .

فصل فان أسلمت ثم طلقها الزوج ـ فان كان الطلاق بائنا ـ فهو كالموت ، وقد بيناه وان كان رجعيا لم يجب دفع المهر ، لأنه تركها برضاه ، وان راجعها ثم طالب بها وجب دفع المهر ، لأنه حيل بينهما بالاسلام . وان جاءت مسلمة ثم أسلم الزوج ـ فان أسلم قبل انقضاء العدة ـ لم يجب المهر لاجتماعهما على النكاح ، وان أسلم بعد انقضاء العدة ـ فان كان قد طالب بها قبل انقضاء العدة ـ وجب المهر ، لأنه وجب قبل البينونة . وان طالب بعد انقضاء العدة لم يجب ، لأن الحيلولة حصلت بالبينونة باختلاف الدين .

فصل وان هاجرت منهم أمة وجاءت الى بلد فيه الامام نظرت

ـ فان فارقتهم وهى مشركة ثم أسلمت ـ صارت حرة ، لأنا بينا أن الهدنة لا توجب أمان بعضهم من بعض ، فملكت نفسها بالقهر فان جاء مولاها فى طلبها لم ترد عليه ، لأنها أجنبية منه لا حق له فى رقبتها ، ولأنها مسلمة فلا يجوز ردها الى مشرك . وان طلب قيمتها فقد ذكر الشيخ أبو حامد الاسفرايني رحمه الله فيها قولين ، كالحرة اذا هاجرت وجاء الزوج يطلب مهرها . والصحيح انه لا تجب قيمتها قولا واحدا وهو قول شيخنا القاضى أبى الطيب الطبرى رحمه الله ، لأن الحيلولة حصلت بالقهر قبل الاسلام ، وتخالف الحرة فانها منعت بالاسلام ، والأمة منعت بالملك ، وقد زال الملك فيها قبل الاسلام . وان أسلمت وهى عندهم ثم هاجرت لم تصر حرة ، لأنهم فى أمان منا ، وأموالهم محظورة علينا ، فلم يزل الملك فيها بالهجرة ، فان جاء مولاها فى طلبها لم ترد اليه لأنها مسلمة فلم يجز ردها الى مشرك ، وان طلب قيمتها وجب دفعها اليه كما لو غصب منهم مال وتلف ، وان كانت الأمة مزوجة من حر فجاء زوجها فى طلبها لم ترد اليه ، وان طلب مهرها فعلى القولين فى الحرة ، وان كانت مزوجة من عبد فعلى القولين أيضا الا أنه لا يجب دفع المهر الا أن يحضر الزوج فيطالب بها ، لأن البضع له فلا يملك المولى المطالبة به ، ويحضر المولى ويطالب بالمهر ، لأن المهر له فلا يملك الزوج المطالبة به .

الشرح اذا جاءت منهم صغيرة ووصفت الاسلام فانه لا يجوز ردها اليهم ، وان لم يحكم باسلامها ، لأن الظاهر أنها وصفت الاسلام بعد البلوغ ، فاذا ردت اليهم منعوها وزهدوها فى الاسلام ، فاذا بلغت ووصفت الاسلام رد الى زوجها مهرها . وان وصفت الكفر قرعت وأنبت ، فان أقامت على ذلك ردت الى زوجها ، وان جاء زوجها يطلبها قبل بلوغها ، فهل يجب رد مهرها ؟ قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ : فيه قولان ، وحكاهما المصنف هنا وجهين ، أحدهما : لا يجب رده اليه ، لأنا لم نتحقق اسلامها ، فلم يجب رد مهرها كالمجنونة . والثانى : يجب رده اليه ، لأن وصفها الاسلام منع ردها اليه فوجب دفع مهرها اليه كالبالغة ، فعلى هذا اذا بلغت ووصفت الكفر ردت اليه واسترجع منه ما دفع اليه من المهر .

فرع وان قدمت امرأة مسلمة منهم ثم ارتدت لم ترد اليهم ، لأنه يجب قتلها ، فان جاء زوجها يطلبها ـ فان جاء بعد قتلها ـ لم يجب رد مهرها اليه ، لأن الحيلولة بينهما حصلت بالقتل ، وان طالب بها قبل قتلها ففيه وجهان حكاهما المصنف أحدهما : لا يجب دفعه اليه ، لأن منعه منها

لاقامة الحد عليها لا بالاسلام • والثانى ولم يذكر ابن الصباغ فى الشامل غيره أنه يجب دفعه اليه ، لأن الحيلولة بينهما حصلت بحكم الاسلام •

فـــرع وان جاءت امرأة مسلمة ولها زوج فمات أو ماتت نظر — فان مات أو ماتت قبل وصول الزوج الى بلد الاسلام ، أو بعد وصوله قبل مطالبته بها لم يجب رد المهر ، لأن الحيلولة بينهما حصلت بالموت ، وان وصل الى البلد وطالب بها ثم مات أو ماتت وجب رد المهر ، لأن الحيلولة بينهما حصلت بالموت ، وان وصل الى البلد وطالب بها ثم مات أو ماتت وجب رد المهر ، لأن الحيلولة وجدت حال الحياة ، فان كانت هى الميتة وجب دفع المهر اليه ، وان كان الزوج هو الميت دفع المهر الى ورثته •

فـــرع اذا جاءت منهم امرأة مسلمة — أو كافرة ثم أسلمت — فان مات أو ماتت قبل وصول الزوج الى بلد الاسلام ، أو بعد وصوله قبل يجب دفع المهر اليه ، لأن الحيلولة حصلت بابانته لها لا بالمنع ، وان طالب بها فمنع ثم أبانها وجب دفع المهر اليه ، لأنه لما طالب بها فمنع استحق المهر فلم يسقط ذلك بالبينونة ، وان طلقها طلاقا رجعيا ، قال الشيخ أبو حامد : فان طلقها بعد المطالبة والمنع وجب دفع المهر اليه لأنه استحقه بالمنع ، فلم يسقط بالطلاق الرجعى ، وان طلقها قبل المطالبة لم يجب دفع المهر اليه ، لأنه غير ممسك لها زوجة ، فان راجعها فى عدتها ثم طالب بها وجب دفع المهر اليه ، وذكر الشيخ أبو اسحق : اذا طلقها طلاقا رجعيا لم يجب المهر ، لأنه تركها برضاه ، ولعله أراد اذا طلقها قبل المطالبة •

فـــرع اذا جاءت امرأة منهم مسلمة ثم أسلم زوجها ، فان كان بعد الدخول نظرت — فان أسلم قبل انقضاء عدتها — فهما على النكاح ، ولا يجب له المهر ، فان كان قد طالب بمهرها قبل اسلامه وأخذه رده ، لأن البضع قد عاد اليه ، وان أسلم بعد انقضاء عدتها فقد وقعت الفرقة بينهما ، وأما المهر — فان كان قد طالب بها قبل اسلامه وأخذه لم يرده ، وان طالب بها قبل اسلامه فمنع منها ثم أسلم قبل أن يأخذ مهرها ، وجب دفع المهر اليه ، لأنه قد وجب له بمنعها منه قبل اسلامه ، فلم يسقط باسلامه ، وحكى

القاضى أبو الطيب فى المجرد عن أبى اسحق وجها آخر أنه لا مهر له ، لأنه لم يستقر له بالقبض ، فهو كما لو أسلم قبل قبض العوض فى المبيع الفاسد ، فانه لا يستحق قبضه ، والأول أصح • وان أسلم قبل أن يطالب بها لم يجب دفع المهر اليه ، لأنه لما أسلم التزم أحكام الاسلام ، وليس من حكم الاسلام المطالبة بالمهر لأجل الحيلولة بالاسلام ، هكذا ذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ ، وذكر الشيخ أبو اسحق هنا فى المهذب أنه اذا أسلم بعد العدة — فان كان قد طالب بها قبل انقضاء العدة — لم يجب ، لأن الحيلولة حصلت بالبينونة باختلاف الدين ، فيأتى على تعليل الشيخ أبى اسحق هنا أن المرأة اذا دخل بها وأسلمت وجاءت الى بلد الاسلام ولم يطالب بها زوجها الا بعد انقضاء عدتها أنه لا يجب دفع المهر ، وان أسلم الزوج قبل الدخول — فذكر الشيخ أبو حامد الاسفراييني فى التعليق — أن حكمه حكم ما لو أسلم بعد قضاء العدة وكانت مدخولا بها فتقع الفرقة بينهما ، وأما المهر فان طالب بها ثم أسلم وجب له المهر ، وان أسلم ثم طالب بها لم يجب له المهر • وذكر ابن الصباغ فى الشامل أنه لا يجب له المهر لأنها بانت باسلامها ، واذا أسلم بعد ذلك لم تكن له المطالبة بالمهر •

فـــرع قال القاضى أبو الحسين العمرانى : كل موضع قلنا : يجب دفع المهر اليه فانما يجب دفعه اليه اذا صادقته المرأة على الزوجية ، وأنها قبضت منه المهر الذى ادعاه ، وان أنكرته على النكاح لم يقبل قوله حتى يقيم شاهدين ذكرين مسلمين عدلين ، فان أقام شاهدا وأراد أن يحلف معه أو أقام شاهدا وامرأتين لم يثبت النكاح ، لأن النكاح لا يثبت بذلك ، وان صادقته على الزوجية أو أقام البينة عليها واختلفا فيما قبضته منه من الصداق وأقام عليه شاهدا وحلف معـــه أو شاهدا وامرأتين حكم له ، لأنه مال • وان لم يكن معه بينة — قال ابن الصباغ فى الشامل : فالقول قولها على يمينها ، لأن الأصل عدم القبض ، وذكر الشيخ أبو حامد الاسفراييني فى التعليق انهما اذا اختلفا قال الشافعى رحمه الله : نظر الامام قدر مهر مثل المرأة ، ويمكن معرفة ذلك من التجار المسلمين الذين يدخلون دار الحرب ، أو من أسارى المسلمين الذين يتخلصـــون منهم — واستحلف الرجل أنه

صادقها ذلك القدر سلمه اليه ، لأنه يجوز أن يكون أصدقها أقل من مهر مثلها ، فان قامت بينة بعد ذلك أنه كان أصدقها أقل من ذلك استرجع منه الفضل ، وان قامت بينة انه أصدقها أكثر منه سلم اليه الفضل •

فـــرع وان جاءت أمة لهم مسلمة الى بلد فيه الامام فقد صارت حرة ، لأنها ملكت نفسها بالقهر ، فان جاء مولاها يطلبها فانها لا ترد اليه ، لأنها قد صارت حرة وهل يجب رد قيمتها ؟ قال الشيخ أبو حامد الاسفرايني: فيه قولان كما قلنا فى المهر ، وقال القاضى أبو الطيب الطبرى فى التعليقة : لا يجب دفع القيمة اليه قولا واحدا ، لأنها صارت حرة ، وليس المانع الاسلام كما لو أسلمت قبل الدخول ثم جاء زوجها يطلب مهرها ــ قال ابن الصباغ : والأول أصح ، لأن الاسلام هو المانع من ردها عليه ــ وان كانت حرة غير مسلمة لم يمنع منها ، وقول القاضى أبى الطيب أنها اذا أسلمت قبل الدخول لم يجب دفع المهر اليه ليس بصحيح ، بل فى وجوب دفع المهر اليه باسلامها قبل الدخول قولان ، وانمـا لا يجب اذا أسلم الزوج ، لأنه التزم أحكام الاسلام ، هكذا ذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وأما الشيخ أبو اسحق الشيرازى فانه يقول هنا فى مطلع الفصل الذى عقـده لهذه المسألة : ان فارقتهم وهى مشركة ثم أسلمت صارت حرة ، لأن الهدنة لا توجب أمان بعضهم من بعض ، ولا يجوز ردها الى سيدها ، وهل يجب رد قيمتها ؟ فيه طريقان أحدهمـا أنه على قولين • والثـانى : لا يجب قولا واحدا وهـو الصحيح ، وان أسلمت وهى عندهم ثم هاجرت لم تصر حرة ، لأنهم فى أمان منا ، وأموالهم محظورة علينا ، فلم يزل الملك فيها بالهجرة فان جاء سيدها يطلبها لم ترد اليه لأنها مسلمة فلم يجز ردها الى مشرك ، فان طلب قيمتها وجب دفعهـا اليه ، كما لو غصب منهم مال وتلف • قلت : والذى يقتضى المذهب فى هذا أنه لا يجب دفع قيمتها اليه من بيت المال ، بل يؤمر بازالة ملكه عنها ببيع أو غيره ، لأنه لم يحكم لها بحرية ، فتكون كأمة الكافر اذا أسلمت وهى تحت يديه ، فان كانت هذه الأمة زوجة فجاء زوجها يطلبهـا فانها لا ترد اليه على القولين ، وان كان زوجها عبدا فله أن يختار الفسخ اذا أعتقت ، فان فسخت النكاح لم يجب رد مهرها ، لأنهـا لم تحل بينـه

وبينها ، وانما حال بينهما بالفسخ ، وان لم يختر الفسخ وجب رد مهرها ، ولكن لا يجب رده الا اذا حضر العبد وطالب بها ، وحضر سيده وطالب بالمهر له : هذا ترتيب أصحابنا البغداديين . وقال الخراسانيون : اذا جاءت منهم الأمة مسلمة فجاء زوجها فى طلبها لم نغرم له مهرها ، لأنه غير مالك لبعضها على الحقيقية ، ولو جاء سيدها لم نغرم له شيئا لأنا نقول له : لو عقدت عليها عقدا جعلت غيرك أحق بها منك ــ فان جاء الزوج والسيد ــ غرمنا قيمتها لسيدها ومهرها لزوجها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان هاجر منهم رجل مسلم ــ فان كان له عشيرة تمنع عنه ــ جاز له العود اليهم ، والأفضـل أن لا يعود ، وقد بينـا ذلك فى أول السير ، فان عقد الهدنة على رده واختار العود لم يمنع ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم « اذن لأبى جندل وأبى بصير فى العود » وان اختار المقام فى دار الاسلام لم يمنع ، لأنه لا يجوز اجبار المسلم على الانتقال الى دار الشرك ، وان جاء من يطلبه قلنا للمطالب : ان قدرت على رده لم نمنعك منه ، وان لم تقدر لم نعنك عليه ، ونقول للمطلوب فى السر : ان رجعت اليهم ثم قدرت ان تهرب منهم وترجع الى دار الاسلام ، كان أفضل ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم رد أبا بصير فهرب منهم ، وأتى النبى صلى الله عليه وسلم وقال : « قد وفيت لهم ونجانى الله منهم » .

فصـــل ومن اتلف منهم على مسلم مالا وجب عليه ضمانه ، وان قتله وجب عليه القصاص ، وان قذفه وجب عليه الحد ، لأن الهدنة تقتضى أمان المسلمين فى النفس والمال والعرض ، فلزمهم ما يجب فى ذلك ومن شرب منهم الخمر أو زنى لم يجب عليه الحد ، لأنه حق الله تعالى ، ولم يلتزم بالهدنة حقوق الله تعالى ، فان سرق مالا لمسلم ففيه قولان أحدهما : انه لا يجب عليـه القطع ، لانه حد خالص لله تعالى فلم يجب كحد الشرب والزنا . والثـانى : انه يجب عليه ، لانه حد يجب لصيانة حق الآدمى ، فوجب عليه كحد القذف .

فصـــل اذا نقض اهل الهدنة عهدهم بقتال ، أو مظاهرة عدو ، أو قتل مسلم ، أو أخذ مال ، انتقضت الهدنة لقوله عز وجل : « فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم (١) » فدل على أنهم اذا لم يستقيموا لنـا لم نستقم لهم

(١) الآية ٧ من سورة التوبة .

لقوله عز وجل : « الا الذين عاهدتم من المشركين ثم لم ينقصوكم شيئا ولم يظاهروا عليكم أحدا فأتموا اليهم عهدهم الى مدتهم (١) » فدل على أنهم ان ظاهروا علينا أحدا لم نتم اليهم عهدهم ، ولأن الهدنة تقتضى الكف عنا ، فانتقضت بتركه ، ولا يفتقر نقضها الى حكم الامام بنقضها ، لأن الحكم انما يحتاج اليه فى أمر محتمل ، وما تظاهروا به لا يحتمل غير نقض العهد . وان نقض بعضهم وسكت الباقون ـ ولم ينكروا ما فعل الناقض ـ انتقضت الهدنة فى حق الجميع ، والدليل عليه أن ناقة صالح عليه السلام عقرها (القدار العيزار بن سالف) وأمسك عنها القوم فأخذهم الله تعالى جميعهم به ، فقال الله عز وجل : « فدمدم (٢) عليهم ربهم بذنبهم فسواها ، ولا يخاف عقباها » ولأن النبى صلى الله عليه وسلم وادع بنى قريظة وأعان بعضهم أبا سفيان بن حرب على حرب رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الخندق ، وقيل : ان الذى أعان منهم ثلاثة : حيى بن أخطب وأخوه وآخر معهم ، فنقض النبى صلى الله عليه وسلم عهدهم وغزاهم ، وقتل رجالهم ، وأسبى ذراريهم ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم هادن قريشا بالحديبية ، وكان بنو بكر حلفاء قريش ، وخزاعة حلفاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فحاربت بنو بكر خزاعة ، وأعان نفر من قريش بنى بكر على خزاعة ، وأمسك سائر قريش ، فجعل النبى صلى الله عليه وسلم ذلك نقضا لعهدهم ، وسار اليهم حتى فتح مكة ، ولأنه لما كان عقد بعضهم الهدنة أمانا لمن عقد ولمن أمسك ، وجب أن يكون نقض بعضهم نقضا لمن نقض ولمن أمسك ، وان نقض بعضهم العهد وانكر الباقون ، أو اعتزلوهم ، أو راسلوا الى الامام بذلك ، انتقض عهد من نقض وصار حربا لنا بنقضه ، ولم ينتقض عهد من لم يرض ، لأنه لم ينقض العهد ولا رضى بفعل من نقض ، فان كان من لم ينقض مختلطا بمن نقض أمر من لم ينقض بتسليم من نقض ، ان قدروا ، أو بالتميز عنهم ، فان لم يفعلوا احد هذين مع القدرة عليه انتقضت هدنتهم ، لأنهم صاروا مظاهرين لأهل الحرب ، وان لم يقدروا على ذلك كان حكمهم حكم من أسره الكفار من المسلمين ، وقد بيناه فى أول السير . وان أسر الامام قوما منهم وادعوا أنهم ممن لم ينقض العهد وأشكل عليه حالهم قبل قولهم لأنه لا يتوصل الى معرفة ذلك الا من جهتهم .

فصل وان ظهر منهم من يخاف معه الخيانة ، جاز للامام أن ينبذ اليهم عهدهم ، لقوله عز وجل : « وأما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء ان الله لا يحب الخائنين (٣) » ولا تنتقض الهدنة الا أن يحكم الامام بنقضها لقوله عز وجل : « فانبذ اليهم على سواء » ولأن نقضها لخوف الخيانة

---

(١) الآية ٤ من سورة التوبة .
(٢) الآية ١٤ ، ١٥ من سورة الشمس .
(٣) الآية ٥٨ من سورة الأنفال .

وذلك يفتقر الى نظر واجتهاد ، فافتقر الى الحاكم ، وان خاف من اهل الذمة خيانة لم ينبذ اليهم ، والفرق بينهم وبين عقد أهل الهدنة ان النظر فى عقد الذمة وجب لهم ، ولهذا اذا طلبوا عقد الذمة وجب العقد لهم ، فلم ينقض لخوف الخيانة ، والنظر فى عقد الهدنة لنا ، ولهذا لو طلبوا الهدنة كان النظر فيها الى الامام ، وان رأى عقدها عقد ، وان لم ير عقدها لم يعقد فكان النظر اليه فى نقضها عند الخوف ، ولأن أهل الذمة فى قبضته فاذا ظهرت منهم خيانة أمكن استدراكها وأهل الهدنة خارجون عن قبضته ، فاذا ظهرت خيانتهم لم يمكن استدراكها ، فجاز نقضها بالخوف ـ ولو لم يظهر منهم ما يخاف معه الخيانة ـ لم يجز نقضها ، ان الله تعالى أمر بنبذ العهد عند الخوف ، فدل على انه لا يجوز مع عدم الخوف ، ولأن نقض الهدنة من غير سبب يبطل مقصود الهدنة ، ويمنع الكفار من الدخول فيها ، والسكون اليها . واذا نقض الهدنة عند خوف الخيانة ولم يكن عليهم حق ، ردهم الى مأمنهم ، لأنهم دخلوا على أمان فوجب ردهم الى المأمن ، وان كان عليهم حق استوفاه منهم ثم ردهم الى مأمنهم .

الشرح قوله تعالى : « فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم » جزء من آية والآية بقية كلام فى شأن معاملة مشركى العرب يقول تعالى : « كيف يكون للمشركين عهد عند الله وعند رسوله الا الذين عاهدتم عند المسجد الحرام ، فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم » أى فما أقاموا على الوفاء بعهدكم فأقيموا لهم مثل ذلك . قال جابر بن زيد : فلم يستقيموا فضرب لهم أجلا أربعة أشهر ، فأما من لا عهد له فقاتلوه حيث وجدتموه الا أن يتوب .

أما قوله تعالى : « الا الذين عاهدتم من المشركين ثم لم ينقصوكم شيئا ولم يظاهروا عليكم أحدا ، فأتموا اليهم عهدهم الى مدتهم ان الله يحب المتقين » المعنى أن الله برىء من المشركين الا من المعاهدين فى مدة عهدهم ، فعلى هذا يكون الاستثناء منفصلا وقوله تعالى : « لم ينقصوكم » قال القرطبى : يدل على أنه كان من أهل العهد من خاس بعهده ، ومنهم من ثبت على الوفاء فأذن الله سبحانه لنبيه صلى الله عليه وسلم فى نقض عهد من خاس ، وأمر بالوفاء لمن بقى على عهده الى مدته ، ومعنى « لم ينقصوكم » أى من شروط العهد شيئا ، وقرأ عكرمة وعطاء بن يسار « لم ينقضوكم » بالضاد المعجمة على حذف مضاف ، والتقدير ثم لم ينقضوا عهدهم .

أما قوله تعالى : « فدمدم عليهم ربهم بذنبهم فسواها » فهى مرتبة على ما قبلها حيث يقول تعالى : « كذبت ثمود بطغواها اذ انبعث أشقاها • فقال لهم رسول الله ناقة الله وسقياها ، فكذبوه فعقروها • فدمدم عليهم • الآية » فقوله : بطغواها أى بطغيانها وهو خروجها عن الحد ، وقرأ الحسن والجحدرى وحماد بن سلمة (بضم الطاء) على أنه مصدر كالرجعى والحسنى وشبههما فى المصادر ، وقيل : هما لغتان •

وقد اختلف العلماء فى عاقر الناقة على أقوال أصحها ما فى صحيحى البخارى ومسلم من حديث عبد الله بن زمعة قال : خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر الناقة وذكر الذى عقرها فقال : « اذ انبعث أشقاها ، انبعث لها رجل عزيز عارم منيع فى رهطه مثل أبى زمعة » وذكر الحديث وقيل اسمه قدار بن العيزار بن سالف • وقيل عقرها عاقر ومعه ثمانية رجال ، وهم الذين قال الله فيهم : « وكان فى المدينة تسعة رهط [1] » وهو معنى قوله تعالى : « فنادوا [2] صاحبهم فتعاطى فعقر » وكانوا يشربون فأعوزهم الماء ليمزجوا شرابهم ، وكان يوم لبن الناقة ، فقام أحدهم وترصد الناس وقال : « لأريحن الناس منها فعقرها • وروى الضحاك عن على : أن النبى صلى الله عليه وسلم قال له : « أتدرى من أشقى الأولين ؟ » قلت : الله ورسوله أعلم • قال : « عاقر الناقة ــ قال : أتدرى من أشقى الآخرين ؟ » قلت : الله ورسوله أعلم • قال : « قاتلك » •

ونعود الى قصة الناقة فقال لهم : « هذه ناقة الله لكم آية فذروها تأكل فى أرض الله ولا تمسوها [3] بسوء » « فقال لهم رسول الله ناقة الله وسقياها » يعنى صالحا وسقياها أى شربها ، فانهم لما اقترحوا الناقة وأخرجها لهم من الصخرة جعل لهم شرب يوم من بئرهم ، ولها شرب يوم مكان ذلك ، فشق ذلك عليهم ، فكذبوا صالحا عليه السلام فى قوله لهم : « انكم تعذبون ان عقرتموها » فعقروها ، وأضيف الى الكل ، لأنهم رضوا بفعله ،

---

(١) الآية ٤٨ من سورة النمل •
(٢) الآية ٢٩ من سورة القمر •
(٣) الآية ٧٣ من سورة الأعراف •

وقال قتادة : ذكر لنا أنه لم يعقرها حتى تابعه صغيرهم وكبيرهم ، وذكرهم وأنثاهم ، وقال الفراء : عقرها اثنان ، والعرب تقول : هذان أفضل الناس ، وهذان خير الناس ، وهذه المرأة أشقى القوم ، فلهذا لم يقل أشقياها .

أما قوله تعالى : « واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء — الآية » فقد نزلت فى بنى قريظة وبنى النضير ، وحكاه الطبرى عن مجاهد . قال ابن عطية : والذى يظهر من ألفاظ القرآن أن أمر بنى قريظة انقضى عند قوله : « فشرد بهم من خلفهم » ثم ابتدأ تبارك وتعالى فى هذه الآية بأمره فيما يصنعه فى المستقبل مع من يخاف منه خيانة ، فتترتب فيهم هذه الآية . وبنو قريظة لم يكونوا فى حد من تخاف خيانته ، وانما كانت خيانتهم ظاهرة مشهورة .

(وأبو بصير) بفتح الباء وكسر الصاد اسمه عتبة بن أسيد (بفتح الهمزة وكسر السين) بن جارية بن أسد بن عبد الله بن أبى سلمة بن عبد الله بن غيرة (بكسر الغين) الثقفى حليف بنى زهرة وهو مشهور بكنيته توفى فى حياة النبى صلى الله عليه وسلم وكانت وفاته بسيف البحر الذى أقام فيه وجاءه المستضعفون من المؤمنين من مكة . توفى بعد صلح الحديبية وقبل فتح مكة وصلى عليه أصحابه وأبو جندل ودفنوه هناك رضى الله عنهم .

أما حديث الاذن لأبى جندل وأبى بصير رضى الله عنهما أن يفرا ويعودا وقد مضى تفصيل قصتهما . وقطعهما الطريق على قريش وتجارتها فقد رواه البخارى وغيره .

قال الامام النووى فى تهذيب الأسماء واللغات : أبو جندل الصحابى رضى الله عنه بفتح الجيم وسكون النون هو ابن سهيل بن عمرو قال الزبير ابن بكار وغيره : اسم أبى جندل العاصى . أسلم رضى الله عنه فحبسه أبوه وقيده فهرب يوم الحديبية الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال موسى بن عقبة ، لم يزل أبو جندل وأبو سهيل مجاهدين بالشام حتى توفيا يعنى فى خلافة عمر بن الخطاب رضى الله عنهم ا هـ ملخصا .

اما اللغات فقوله : (دمدم عليهم) أى أهلكهم وأطبق عليهم العذاب بذنبهم من الكفر والتكذيب والعقر • وروى الضحاك عن ابن عباس قال : دمر عليهم ربهم بذنبهم أى بجرمهم • وقال الفراء : دمدم أى أرجف ، وحقيقة الدمدمة تضعيف العذاب وترديده • ويقال : دممت على الشيء : أى أطبقت عليه • ودمم عليه القبر : أطبقه • وناقة مدمومة : ألبسها الشحم ، فاذا كررت الاطباق قلت : دمدمت • والدمدمة اهلاك باستئصال قاله المؤرج وأفاده القرطبى فى الجامع ، وقال ابن الأنبارى : دمدم أى غضب ، والدمدمة الكلام الذى يزعج الرجل • وقال بعض اللغويين : الدمدمة الادامة ، تقول العرب : ناقة مدمدمة أى سمينة • وقيل : دمدمت على الميت التراب : أى سويت عليه فقوله : « فسواها » أى سوى عليهم الأرض ، وقال الجوهرى : دمدمت الشيء اذا ألصقته بالأرض وطحطحته قال الشاعر :

فدمدموا بعد ما كانوا ذوى نعم وعيشة أسكنوا من بعدها الحفرا

وقيل فسواها أى فسوى الأمة فى انزال العذاب بهم ، صغيرهم وكبيرهم ، وضيعهم وشريفهم ، ذكرهم وأنثاهم • وقرأ ابن الزبير : « فدهدم » وهما لغتان كما يقال : فنقع وانتقع •

أما الأحكام فانه اذا أسلم حر منهم وهاجر الى دار الاسلام ــ فان كان له عشيرة تمنع عنه ــ جاز له العود اليهم ، وان لم يكن له عشيرة تمنع عنه لم يجز له الرجوع اليهم ، وان عقد الامام الهدنة على رد من جاء من الرجال مسلما ممن له عشيرة فأسلم رجل منهم له عشيرة وهاجر الى الاسلام وجاء من يطلبه فانه يرده اليهم ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم رد أبا بصير وأبا جندل على من جاء يطلبهما ، ولسنا نريد بالرد أنه يكرهه على الرجوع لأنه لا يجوز اجبار المسلم على الاقامة فى دار الحرب ، ولكن الامام يقول لطالبه : لا نمنعك من رده ان قدرت عليه ، ولا نعينك عليه • ويقول للمسلم فى الظاهر : ان اخترت الرجوع لم نمنعك عنه ، ويشار عليه فى الباطن أن يهرب من البلد اذا علم أنه قد جاء من يطلبه ، ولو جاء من يطلبه وأخذه أشير عليه فى الباطن أن يهرب من الطريق ، وعلى هذا يحمل ما ورد أن النبى

صلى الله عليه وسلم رد أبا بصير وأبا جندل ، أى خلى بينهما وبين الرجوع لا أنه أكرههما ، وقيل : ان أبا بصير قتل اثنين فى الطريق ورجع ، وقال : قد وفيت لهم يا رسول الله ونجانى الله منهم . هذا نقل أصحابنا العراقيين . وقال المسعودى : اذا جاء من يطلبه ــ فان كان له أب شفيق أو قرابة يعلم أنه لا يستذل بينهم ــ رد اليهم ، وان لم يكن له قرابة وخفنا أن يستذل بينهم لم يرد اليهم ، وأما كيفية الرد ــ فان كان الامام قد شرط لهم أن كل من أتانا مسلما حمله اليهم ــ وجب حمله اليهم ، وان شرط أن يخلى بينهم وبينه لم يجب حمله ، وخلى سبيله ، ثم يحملونه ان شاءوا ، ولا بأس ان أشار على المطلوب بقتل طالبه والهرب منه تعريضا لا تصريحا لأجل العهد ، لما روى أن عمر رضى الله عنه قال لأبى جندل حين رد على أبيه : « ان دم الكافر مثل دم الطلب » يعرض له بقتل طالبه الكافر .

فــــرع اذا جاء صبى منهم ووصف الاسلام ، وجاء من يطلبه ، لم يجز رده اليهم ، لأنه ان لم تكن له عشيرة ربما قتل ، وان كان له عشيرة ربما فتن عن دينه اذا بلغ ، وهكذا ان جاءنا منهم مجنون فوصف الاسلام فى حال جنونه لم يجب رده اليهم لئلا يفتنوه عن دينه ، وكذلك لو لم يصف الاسلام لأن الظــاهر أنه مسلم ، فاذا بلغ الصبى وأفاق المجنون ووصف الاسلام ــ فان لم يكن لهما عشيرة تمنع عنهما ــ لم يجز ردهما ، وان كان لهما عشيرة تمنــع عنهما جاز له ردهما ، وان وصــفا الكفر رددناهما الى مأمنهما .

فــــرع قال الشيخ أبو حامد الاسفراييني وابن الصباغ : وان جاءنا عبد لهم مسلم ثم جاء سيده يطلبه لم يجز رده اليه لأنه قد صار حرا لقهره لسيده ، وهل يجب رد قيمته عليه ؟ فيه قولان كما قلنا فى مهر المرأة ، وعلى ما ذكره الشيخ أبو اسحاق هنا فى المهذب فى الأمة : ان فارقهم مشركا ثم أسلم صــار حرا ، وهل يجب رده اليهم ؟ أو قيمته ؟ على الطــريقين الصحيح : لا يجب قولا واحدا ، وان أسلم عندهم لم يصرا حرا ، ولا يجوز رده اليهم بل يجب رد قيمته .

مسألة اذا عقدنا الهدنة لقوم من المشركين فقاتلوا المسلمين أو آووا عينا عليهم (جاسوسا) أو كاتبوا أهل الحرب بأخبار المسلمين ، أو قتلوا مسلما أو ذميا ، أو أخذوا لهم مالا انتقضت هدنتهم ، فيجوز للامام غزوهم وقتالهم وقتلهم ، لقوله تعالى : « فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم »[1] فدل على انهم اذا لم يستقيموا لنا لم نستقم لهم ، ولقوله تعالى : « الا الذين عاهدتم من المشركين ثم لم ينقصوكم شيئا ولم يظاهروا عليكم أحدا ، فأتموا اليهم عهدهم الى مدتهم »[2] فدل على انهم اذا ظاهروا علينا لم تتم اليهم عهدهم ، ولا يفتقر نقض الهدنة ها هنا الى حكم الامام بنقضها ، لأن ما تظاهروا به لا يحتمل غير نقض الهدنة ، وان نقض الهدنة بعض المعاهدين دون بعض نظرت فى الذين لم ينقضوا — فان لم ينكروا على الناقضين بقول ولا فعل — انتقضت هدنة جميعهم ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم وادع بنى قريظة فأعان منهم حيى بن أخطب وأخوه وآخر أبا سفيان بن حرب على حرب النبى صلى الله عليه وسلم يوم الخندق وسكت الباقون ، فجعل النبى صلى الله عليه وسلم ذلك نقضا للهدنة فى حق جميعهم ، وسار اليهم فقتل رجالهم وسبى ذراريهم ، وكذلك لما صالح النبى صلى الله عليه وسلم مشركى قريش عام الحديبية دخل بنو بكر فى جملة قريش وكانوا حلفاءهم ، ودخلت خزاعة فى حلف النبى صلى الله عليه وسلم فحارب بنو بكر خزاعة ، وأعان نفر من قريش بنى بكر على خزاعة ، وأمسك سائر قريش فجعل النبى صلى الله عليه وسلم ذلك نقضا لعهدهم ، وسار الى مكة وفتحها ، وقيل لم يغز أحد من قريش بنى بكر وانما قتل رجل من بنى بكر رجلا من خزاعة فسكتت قريش ولم تنكر على حلفائها ، فجعل ذلك النبى صلى الله عليه وسلم نقضا لعهدهم ، ولأنه لما كان عقد الواحد الهدنة عقدا لجميعهم ، بدليل أن سهيل بن عمرو عقد الهدنة له ولمشركى قريش ، وعقد أبو سفيان الأمان له ولقريش ، كان نقض الواحد نقضا له والمراضى بنقضه ، وان نقض بعضهم العهد وأنكر الباقون على الناقضين نقضهم بقول أو فعل ظاهر ، واعتزلوا وأرسلوا الى الامام بأنا منكرون ما فعلوا ، مقيمون على

---

(١) الآية ٧ من سورة التوبة .
(٢) الآية ٤ من سورة التوبة .

العهد انتقض العهد فى حق الناقضين دون الآخرين ، لأن المنكرين لم ينقضوا العهد ، ولا رضوا بنقضه ، فان كان الذين لم ينقضوا غير مختلطين بالناقضين غزا الامام الناقضين دون الذين لم ينقضوا ، وان كانوا مختلطين بهم لم يجز أن يبيتهم ويقتلهم ، لأنه يقتل من نقض العهد ومن لم ينقض ، بل يرسل الى الذين لم ينقضوا بأن يتميزوا عن الناقضين ، أو بتسليم الناقضين ان قدروا ، فان لم يفعلوا أحد هذين الأمرين مع القدرة عليه انتقضت الهدنة فى حق الجميع ، لأنهم صاروا مظاهرين لأهل الحرب ، وان لم يقدروا على أحدهما كان حكمهم حكم الأسارى مع المسلمين من المشركين ، وقد مضى بيانه • ومن اعترف منهم أنه نقض العهد أو قامت عليه البينة فلا كلام ، وان لم تقم عليه بينة انه نقض العهد وادعى أنه لم ينقض قبل قوله مع يمينه ، لأن الأصل عدم نقضه •

اذا ثبت هذا وفعلوا ما يوجب النقض نظرت ــ فان كان ذلك الفعل لا يجب به حق ، مثل أن آووا عينا للمشركين على المسلمين ، أو كاتبوا المشركين بأخبار المسلمين ــ فقد صاروا حربا لنا ، ويجب ودهم الى مأمنهم ولا شىء عليهم فيما فعلوا ، وان فعلوا ما يجب به حق ــ فان كان الحق محضا للآدمى كالقصاص وضمان المال ، وحد القذف ــ استوفى منهم لأن عقد الهدنة اقتضى الكف عن أموالنا وأعراضنا وأموالهم وأعراضهم ، فاذا لم يكفوا لزمهم الضمان ، وان كان الحق محضا لله بأن زنوا بمسلمة أو شربوا الخمر ، لم يجب عليهم الحد لأنهم لم يلتزموا بالهدنة حقوق الله •

وان كان الحق لله الا أنه يتعلق بحق الآدمى بأن سرق سارق منهم نصابا من مال مسلم أو ذمى أو معاهد من حرز مثله فهل يجب عليه القطع ؟ فيه قولان مضى ذكرهما •

فــرع وان ظهر من المعاهدين أمارة تدل على نقضهم وغدرهم قال الشيخ أبو حامد الاسفراييني فى التعليقة : انتقضت هدنتهم ، وقال الشيخ أبو اسحق هنا وابن الصباغ فى الشامل : جاز للامام أن ينبذ اليهم عهدهم ، وهو المنصوص ، لأن الشافعى رضى الله عنه قال : ينبذ اليهم عهدهم

لقوله تعالى : « واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء ــ الآية » وان خاف الامام من أهل الذمة الخيانة لم ينبذ اليهم عهدهم ، لأن عقد الذمة معاوضة يقتضى التأبيد فلم ينتقض بخوف الخيانة ، وعقد الهدنة مؤقت ويقتضى الكف عن القتال ، فاذا خيف منهم الخيانة جاز نقضها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل اذا دخل الحربى دار الاسلام بأمان فى تجارة ، أو رسالة ثبت له الأمان فى نفسه رماله ، ويكون حكمه فى ضمان النفس والمال وما يجب عليه من الضمان والحدود حكم المهادن ، لأنه مثله فى الأمان ، فكان مثله فيما ذكرناه وان عقد الأمان ثم عاد الى دار الحرب فى تجارة أو رسالة فهو على الأمان ، فى النفس والمال ، كالذمى اذا خرج الى دار الحرب فى تجارة أو رسالة . وان رجع الى دار الحرب بنية المقام وترك ماله فى دار الاسلام انتقض الأمان فى نفسه ، ولم ينتقض فى ماله فان قتل أو مات انتقل المال الى وارثه . وهل يغنم ام لا ؟ فيه قولان ، قال فى سير الواقدى ونقله المزنى : انه يغنم ماله ، وينتقل الى بيت المال فيئا وقال فى المكاتب : يرد الى ورثته . فذهب أكثر أصحابنا الى انها على قولين أحدهما : انه يرد الى ورثته ، وهو اختيار المزنى ، والدليل عليه أن المال لوارثه ومن ورث مالا ورثه بحقوقه ، وهذا الأمان من حقوق المال فوجب ان يورث . والقول الثانى : انه يغنم وينتقل الى بيت المال فيئا ، ووجهه أنه لما مات انتقل ماله الى وارثه وهو كافر لا أمان له فى نفسه ولا فى ماله فكان غنيمة ، وقال أبو على بن خيران : المسئلة على اختلاف حالين ، فالذى قال : يغنم ، اذا عقد الأمان مطلقا ولم يشرط لوارثه ، والذى قال : لا يغنم اذا عقد الأمان لنفسه ولوارثه ، وليس للشافعى رحمه الله ما يدل على هذه الطريقة . وأما اذا مات فى دار الاسلام فقد قال فى سير الواقدى : انه يرد الى ورثته . واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال : هو ايضا على قولين كالتى قبلها ، والشافعى نص على احد القولين ومنهم من قال يرد الى وارثه قولا واحدا . والفرق بين المسألتين أنه اذا مات فى دار الاسلام مات على امانه فكان ماله على الأمان ، واذا مات فى دار الحرب فقد مات بعد زوال أمانه فبطل فى أحد القولين أمان ماله . فاذا استرق زال ملكه عن المال بالاسترقاق وهل يغنم ؟ فيه قولان أحدهما : يغنم فيئا لبيت المال والقول الثانى أنه موقوف لأنه لا يمكن نقله الى الوارث ، لأنه حى ، ولا الى مسترقه لأنه مال له أمان ، فان عتق دفع المال اليه بملكه القديم ، وان مات عبدا ففى ماله قولان حكاهما أبو على ابن أبى هريرة أحدهما أنه يغنم فيئا ولا يكون موروثا ، لأن العبد لا يورث . والثانى : انه لوارثه لأنه ملكه فى حريته .

فصـــل فان اقترض حربى من حربى مالا ثم دخل الينا بأمان او أسلم فقد قال ابو العباس : عليه رد البدل على المقرض ، لأنه أخذه على سبيل المعاوضة ، فلزم البدل ، كما لو تزوج حربية ثم أسلم ؛ قال : ويحتمـل انه لا يلزمه البدل ، فان الشافعى رحمه الله قال فى النكاح : اذا تزوج حربى حربية ودخل بها وماتت ثم اسلم الزوج ، أو دخل الينا بأمان فجاء وارثهـا يطلب ميراثه من صداقها ، أنه لا شىء له ، لأنه مال فائت فى حال الكفر ، قال : والأول أصح . ويكون تأويل المسألة أن الحربى تزوجها على غير مهر ، فان دخل مسلم دار الحرب بأمان فسرق منهم مالا أو اقترض منهم مالا وعاد الى دار الاسلام ، ثم جاء صاحب المال الى دار الاسلام بأمان وجب على المسلم رد ما سرق أو اقترض لأن الأمان يوجب ضمان المال فى الجانبين ، فوجب رده .

الشرح اذا دخل الحربى دار الاسلام بأمان ، فان الأمان ينعقد له ولماله ولأولاده الصغار ، لأن الأمان يقتضى الكف عن ذلك ، فان عقـد الأمان لنفسه وماله وأولاده الصغار ، كان ذلك تأكيدا ، فان رجع الى دار الحرب وترك ماله فى دار الاسلام فان رجع اليها باذن الامام سـمح له ثم يعود برسالة من الامام ، فان الأمان يكون باقيا فى حق نفسه ولم ينتقض فى ماله وأولاده الصغار كأم الولد اذا بطل حقها بموتها لم يبطل حق ولدها ، وأما ولده الصغير فانه ما لم يبلغ فهو فى أمان ، فان بلغ قيل له : قد كنت فى أمان تبعا لغيرك والآن قد زال تبعك لغيرك ، فاما أن تسلم واما أن تعقـد الذمة ببذل الجزية ــ ان كان من أهل الجزية ــ واما أن تلحق بدار الحرب . وأما ماله فيحتفظ به ، وان مات أو قتل فى دار الحرب انتقل الى ذريتـه الحربيين ، ولا ينتقل الى ذريته من أهل الذمة ، وهل يبطل حكم الأمان فى ماله ؟ فيه قولان ، أحدهما : لا يبطل الأمان ، وبه قال أحمد رحمه الله وهو اختيـار المزنى ، لأن من ورث مالا ورثه بحقوقه ، والأمان من حقوقه ، فورث . وان لم يكن له وارث كان فيئا . والثانى : يبطل الأمان فى ماله ، وبه قال أبو حنيفة ، وهو اختيار أبى اسحق المروزى ، لأنه لما مات انتقـل الى وارثه ، وهو كافر لم يكن بيننا وبينه أمان ، فلم يكن له أمان كسـائر أمواله ، فاذا قلنا بهذا فنقل المزنى انه يكون مغنوما . قال أصحابنا : وليس هذا على ظاهره ، لأن الغنيمة ما أخذ بالقهر والغلبة ، وهـذا أخذ بغير قهر ولا غلبة ، فيكون فيئا ، وقال أبو على ابن خيران فى اللطيف : انها ليست

على قولين ، وانما هى على حالين ، فحيث قال : يغنم أراد اذا عقد الأمان لنفسه ولم يشترط لوارثه بعده ، وحيث قال : لا يغنم أراد اذا شرط الأمان لنفسه ولوارثه بعده ، والطريق الأول أصح • وان مات أو قتل فى دار الحرب وله أولاد صغار فى دار الاسلام فهل يبطل الأمان فيهم ؟ على طريقين فى ماله ، وكذلك الحكم فى الذمى اذا نقض الذمة ولحق بدار الحرب وترك ماله وأولاده الصغار فى دار الاسلام ، فهو كالحربى على ما مضى •

فـــرع وان دخل الحربى الينا بأمان ومعه مال واكتسب مالا فى دار الاسلام وهو على أمانه ، قال الشافعى رحمه الله فى السير : فان ماله يرد الى ورثته • واختلف أصحابنا فيها ، فمنهم من قال : فيها قولان ، كما لو رجع الى دار الحرب للاستيطان ومنهم من قال : ترد الى وارثه قولا واحدا ، لأنه مات على الأمان ، فكان المال باقيا على الأمان ، واذا رجع الى دار الحرب للاستيطان فمات فيها فقد مات بعد بطلان الأمان فى حق نفسه فبطل فى ماله فى أحد القولين ، وان رجع الى دار الحرب للاستيطان ولكن رجع باذن الامام لتجارة أو رسالة فمات فى دار الحرب ففى ماله الذى فى دار الاسلام الطريقان فيه اذا مات فى دار الاسلام وهو على الأمان •

فـــرع وان دخل الحربى الينا بأمان فرجع الى دار الحرب للاستيطان وترك ماله فى دار الاسلام وأسر ، فان ملكه لا يزول بالأسر ، فان فادى به الامام أو من عليه ، فماله باق على ملكه ، وان قتله فهو كما لو مات أو قتل فى دار الحرب على ما مضى ، وان استرقه زال ملكه عن ماله ، لأن الاسترقاق يزيل التملك ، وهل يبطل الأمان فى ماله ؟ يبنى على القولين فيه اذا مات فى دار الحرب ، فان قلنا : يبطل نقل الى بيت المال ، وان قلنا : لا يبطل كان ماله موقوفا ولا ينتقل الى وارثه ، لأنه حى ، فان عتق كان المال له ، وان مات على الرق قال أكثر أصحابنا : ينقل الى بيت المال فيئا ، لأن العبد لا يورث ، وحكى المصنف أن أبا على ابن أبى هريرة حكى قولا آخر انه لوارثه لأنه ملكه فى حريته •

فـــرع وان دخل الحربى بأمان فنقض العهد ورجع الى دار

الحرب وبذل ماله ثم رجع الى دار الاسلام بغير أمان ليأخذ ماله ، فهل يجوز سبيه ؟ قال ابن الحداد : لا يجوز سبيه ، لأنا لو سبيناه أبطلنا ملكه وأسقطنا بحكم الأمان فى ماله ، فمن أصحابنا من وافقه ومنهم من خالفه وقال : يجوز سبيه لأن أمانه فى نفسه قد بطل ، وثبوت الأمان بماله لا يثبت الأمان لنفسه كما لو أدخل ماله الى دار الاسلام بأمان ، فان الأمان لا يثبت لنفسه ، ولهذا لو أرسل ماله بضاعة مع رجل له أمان فى نفسه ولما معه من المال ، فان الأمان لا يثبت لصاحب المال .

فـــرع اذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فدفع اليه حربى مالا ليشترى له شيئا من دار الاسلام فان مال الحربى يكون فى أمان ، لأن المسلم يصح أمانه ، وقد أخذه على ذلك ، وان دخل الذمى دار الحرب بأمان فدفع اليه الحربى مالا ليشترى له به شيئا من دار الاسلام فرجع الذمى به الى دار الاسلام ــ فقد حكى الربيع بن سليمان فيه قولين ــ أحدهما : يكون الأمان لذلك المال كما لو دفعه الى مسلم . والثانى : لا يكون له أمان ، لأن أمان الذمى لا يصح . قال أصحابنا : هذا القول من كيس الربيع بل يجب رده الى الحربى قولا واحدا ، فان الذمى ــ وان لم يصح أمانه ــ الا أن الحربى قد اعتقد صحة الأمان لماله ، فوجب رده اليه ، كما لو دخل الحربى بأمان صبى .

مســـألة اذا دخل المسلم دار الحـرب بأمان فاقترض من حربى مالا أو سرقه أو كان أسيرا فخلوه وأمنوه وسرق لهم مالا وخرج ، وجب عليه رده . وقال أبو حنيفة : لا يلزمه رده . دليلنا : أنه منهم فى أمان فكانوا منه فى أمان فلزمه رده ، كما لو اقترض أو سرق من ذمى مالا .

فـــرع وان اقترض حربى من حربى مالا فأسلم المستقرض أو دخل الينا بأمان ، وجاء المقترض يطالبه بما أقرضه قال أبو العباس ابن سريج فى تذكرة العالم : لزمه أن يرد عليه ما أقرضه كما قال الشافعى رحمه الله : اذا تزوج حربى بحربية وأصدقها ثم أسلم وخرج الى دار الاسلام فماتت وجاء ورثتها يطالبونها بمهرها ، لا يلزمه لأنها ماتت فى حال الشرك ، قال

أبو العباس : وهذا ضعيف فى القياس ، ويشبه أن يكون تأويل هـذه أنه تزوجها بغير مهر ، فلا يلزمه شيء ، لأنه مات فى حال الشرك •

فـــرع قال الشافعي رحمه الله فى حرملة : اذا أهدى المشرك الى الأمير أو الى رجل من المسلمين هدية ــ والحرب قائمة ــ كانت غنيمة ، لأنه أهدى ذلك خوفا من الجيش ، وان أهدى اليه هدية قبل أن يرتحلوا من دار الاسلام لم تكن غنيمة ، وينفرد بها المهدى اليه ، وبه قال محمد بن الحسن ، وقال أبو حنيفة : هى للمهدى اليه بكل حال • دليلنا أنه مال حصل بظهور الجيش ، فأشبه ما أخذه قهرا •

فـــرع قال الشافعي رضى الله عنه فى الأسارى : لو أخذ مشرك جارية مسلم فوطئها وأبت منه بولد ثم ظهر المسلمون عليه ، كانت الجـارية والولد المسلم للمسلم ، فان أسلم واطئها دفع ثمن الجـارية الى مالكها ، ويؤخذ من واطئها مهرها وقيمة أولادها يوم سقطوا • قال أبو العبـاس : قوله : ان الجارية والولد ملك للمسلم ، فلأن المشرك لم يملكها بالخيار ، فهو كالغاصب الا أنه لم يلزمه المهر ، لأنه ليس من أهل الضمان للمسلم ، ولهذا لو أتلفها لم يلزمه ضمانها • وأما قوله : اذا أسلم واطئها ودفع ثمنها الى مالكها لزمه مهرها وقيمـة أولادها ، فتأويله أن يكون وطئها بعـد ما أسلم ، فيكون عليه المهر والولد حر للشبهة ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « من أسلم على شيء فهو له » ولزمه قيمة الولد لأنه أتلفه بالشبهة •

فـــرع وان دخل حربى دار الاسلام وابتاع عبدا مسلما ورجع به الى دار الحرب ثم ظهر المسلمون عليه ــ فان قلنا : لا يصح ابتياع الكافر للعبد المسلم ــ رد الى من باعه • وان قلنا : يصح ابتياعه له ، كان غنيمة • وان أوصى بعبد مسلم لكافر ــ فان قلنا : يصح شراؤه له ــ صحت الوصية له به ، وان قلنا : لا يصح شراؤه له ففى الوصية له به وجهان ، أحدهما : لا يصح كالشراء ، فعلى هذا ان أسلم الموصى له قبل موت الموصى فله أن يقبل الوصية ، وان مات الموصى قبل اسلام الموصى له لم يكن له أن يقبل الوصية ، لأن لزوم الوصية حال موت الموصى ، فاعتبر حال الموصى له بتلك

الحال ، وان أوصى بعبد كافر لكافر صحت الوصية ، فان أسلم العبد قبل موت الموصى فهو كما لو أوصى له بعبد مسلم ، على ما مضى ، وان أسلم بعد موت الموصى وقبل قبول الموصى له بنى على القولين : متى يملك الموصى له الوصية ؟ ــ فان قلنا : انه يملك بالموت أن تتبين بالقبول : أنه ملكه بالموت ــ صحت الوصية ، وان قلنا : تملك بالقبول ، كانت مبنية على القولين فى الشراء .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب خراج السواد

سواد العراق ما بين عبادان الى الموصل طولا ومن القادسية الى حلوان عرضا . قال الساجي هو اثنان وثلاثون الف الف جريب . وقال أبو عبيد : هو ستة وثلاثون الف الف جريب . وفتحها عمر رضى الله عنه وقسمها بين الغانمين ، ثم سألهم أن يردوا ففعلوا ، والدليل عليه ما روى قيس بن أبى حازم البجلى قال : كنا ربع الناس فى القادسية فأعطانا عمر رضى الله عنه ربع السواد وأخذناها ثلاث سنين ، ثم وفد جرير بن عبد الله البجلى الى عمر رضى الله عنه بعد ذلك فقال : « اما والله لولا انى قاسم مسئول لكنتم على ما قسم لكم ، وأرى ان تردوا على المسلمين . ففعلوا » ولا تدخل فى ذلك البصرة ، وان كانت داخلا فى حد السواد ، لأنها كانت أرضا سبخة فأحياها عمرو بن العاص الثقفى وعتبة بن غزوان بعد الفتح الا مواضع من شرقى دخلتها ، تسميها أهل البصرة : الفرات ومن غربى دخلتها نهر يعرف بنهر المرة واختلف أصحابنا فيما فعل عمر رضى الله عنه فيما فتح من أرض السواد ، فقال أبو العباس وأبو اسحق باعها من أهلها ، وما يؤخذ من الخراج ثمن ، والدليل عليه أن من لدن عمر الى يومنا هذا تباع وتبتاع من غير انكار . وقال أبو سعيد الاصطخرى : وقفها عمر رضى الله عنه على المسلمين ، فلا يجوز بيعها ولا شراؤها ، ولا هبتها ، ولا رهنها ، وانما تنقل من يد الى يد ، وما يؤخذ من الخراج فهو أجرة وعليه نص فى سير الواقدى ، والدليل عليه ما روى بكير بن عامر عن عامر قال : « اشترى عتبة (١) بن فرقد أرضا من أرض الخراج فأتى عمر فأخبره فقال ممن اشتريتها ؟ قال من أهلها ، قال فهؤلاء أهلها المسلمون ، أبعتموه شيئا ؟ قالوا : لا قال : فاذهب فاطلب مالك » فاذا قلنا : انه وقف فهل تدخل المنازل فى الوقف ؟ فيه وجهان احدهما : ان الجميع وقف ، والثانى : انه لا يدخل فى الوقف غير المزارع ، لأنا لو قلنا ان المنازل دخلت فى الوقف أدى الى خرابها ، وأما الثمار فهل يجوز لمن هى فى يده الانتفاع بها ؟ فيه وجهان احدهما : انه لا يجوز ، وعلى الامام أن يأخذها ويبيعها ويصرف ثمنها فى مصالح المسلمين والدليل عليه ما روى الساجى فى كتابه عن أبى الوليد

---

(١) فى النسخة المطبوعة من المهذب عقبة بالقاف وصوابه عتبة بالتاء كما سترى فى هامش الشرح .

الطيالسى : أنه قال : أدركت الناس بالبصرة ويحمل اليهم التمر من الفرات ، فيؤتى به ويطرح على حافة الشط ويلقى عليه الحشيش ، ولا يطير ولا يشترى منه الا أعرابى ، أو من يشتريه فينبذه ، وما كان الناس يقدمون على شرائه . والوجه الثانى : أنه يجوز لمن فى يده الأرض الانتفاع بثمرتها ، لأن الحاجة تدعو اليه ، فجاز كما تجوز المساقاة والمضاربة على جزء مجهول .

فصل ويؤخذ الخراج من كل جريب شعير درهمان ، ومن كل جريب حنطة أربعة دراهم ، ومن كل جريب شجر وقضب وهو الرطبة ستة دراهم : واختلف أصحابنا فى خراج النخل والكرم ، فمنهم من قال : يؤخذ من كل جريب نخل عشرة دراهم ، ومن كل جريب كرم ثمانية دراهم ، لما روى مجاهد عن الشعبى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه بعث عثمان بن حنيف فجعل على جريب الشعير درهمين ، وعلى جريب الحنطة أربعة دراهم ، وعلى جريب الشجر والقضب ستة دراهم وعلى جريب الكرم ثمانية دراهم ، وعلى جريب النخل عشرة دراهم ، وعلى جريب الزيتون اثنى عشر . ومنهم من قال : يجب على جريب الكرم عشرة ، وعلى جريب الزيتون اثنا عشر ، ومنهم من قال : يجب على جريب الكرم عشرة ، وعلى جريب النخل ثمانية ، لما روى أبو قتادة عن لاحق (١) بن حميد . يعنى أبا مجلز قال : بعث عمر بن الخطاب رضى الله عنه عثمان بن حنيف وفرض على جريب الكرم عشرة ، وعلى جريب النخل ثمانية وعلى جريب البر اربعا وعلى جريب الشعير درهمين ، وعلى جريب القضب ستة ، وكتب بذلك الى عمر رضى الله عنه فأجازه ورضى به ، وروى عباد بن كثير عن قحزم قال : « جبى عمر رضى الله عنه العراق مائة الف الف » وسبعة وثلاثين الف الف ، وجباها عمر بن عبد العزيز مائة الف واربعة وعشرين الف الف وجباها الحجاج ثمانية عشر الف الف » وما يؤخذ من ذلك يصرف فى مصالح المسلمين ، الأهم فالأهم ، لأنه للمسلمين فصرف فى مصالحهم والله أعلم .

الشرح فى كتاب الأموال لأبى عبيد من طريق أبى اسحق عن حارثة بن (٢) مضرب عن عمر أنه أراد أن يقسم السواد فشاور فى ذلك فقال له على رضى الله عنه : « دعه يكون مادة للمسلمين ، فتركه » وأخرج

---

(١) لاحق بن حميد أبو مجلز من ثقات التابعين ولكنه يدلس ، فقال ابن معين : لم يسمع من حذيفة ، وقال ابن المدينى : لم يلق سمرة ولا عمران وروى عن ابن معين : أنه مضطرب الحديث ، وثقة أبو زرعة وجماعة .

(٢) حارثة بن مضرب العبدى الكوفى روى عن عمر وابن مسعود وعنه ابو اسحق السبيعى وثقه ابن معين وغيره .

أيضا من طريق عبد الله بن أبى قيس أن عمر أراد قسمة الأرض فقال له معاذ : ان قسمتها صار الريع العظيم فى أيدى القوم يبيدون ، فيصير للرجل الواحد أو المرأة ، ويأتى قوم يسدون من الاسلام مسدا ، ولا يجدون شيئا ، فانظر أمرا يسع أولهم وآخرهم ، فاقتضى رأى عمر تأخير قسم الأرض وضرب الخراج عليها للغانمين ولمن يجىء بعدهم » أما الآثار التى رواها مجاهد عن الشعبى وغيره فقد أوردها النووى رحمه الله فى كتاب الزكاة ، ولولا خشية الاملال ، لأعدت ما قال •

أما اللغات فالخراج الاتاوة والخرج لغة فيه ويضمان والجمع أخراج وأخاريج واخرجه ، قال فى المصباح : والخرج ما يحصل من غلة الأرض ، ولذلك أطلق على الجزية أ هـ قلت : فى قوله تعالى : « أم تسألهم خرجا فخراج ربك خير مما يجمعون (٢) » ما يدل على تساوى اللفظين فى المعنى ، الا أن اختلاف الكلام أحسن كما يقول الأخفش ، وقال أبو حاتم : الخرج الجعل ، والخراج العطاء • وقال المبرد : الخرج المصدر ، والخراج الاسم ، وقال النضر بن شميل : سألت أبا عمرو بن العلاء عن الفرق بين الخرج والخراج فقال : الخراج ما لزمك ، والخرج ما تبرعت به ، وعنه أن الخرج من الرقاب ، والخراج من الأرض • ذكر الأول الثعلبى والثانى الماوردى •

أما (السواد) فهو الشخص والمال الكثير ، ومن البلدة قراها والعدد الكثير ومن الناس عامتهم ، ومن القلب حبته واسم روستاق العراق • أما (حافة الشط) فالشط الشاطىء وما يلى النهر والبحر من البر اليبس الذى لا يصله الماء وحافته جانبه • أما قوله : (لا يطير) أى لا يطير عليه سهام المقاسمة حال القرعة ، لأنهم كانوا لا يرونه حلالا ، والتطير القسمة ، وفى حديث على فى الحلة السنيراء : فأطرتها بين نسائى أى قسمتها • بينهن أما (القضب) قال فى البارع : كل نبت اقتضب فأكل طريا ، قال المصباح : والقضب وزان فلس : الرطبة وهى الصفصفة • وقضبت الشىء قضبا وبابه

---

(٢) الآية ٧٢ من سورة المؤمنون •

ضرب فانقضب قطعته فانقطع ، واقتضبته مثل اقتطعته وزنا ومعنى ومنه قيل للغصن المقطوع قضيب فعيل بمعنى مفعول ، والجمع قضبان بضم القاف والكسر لغة .

أما قوله (فأجازه) قال ابن بطال : أى قبله وحكم به ، والجائز ما قبله الشرع وساغ فيه الاجتهاد .

أما الأحكام فان سواد العراق من الموصل الى عبادان فى الطول ، وتقع عبادان الآن على ساحل الخليج الفارسى وهى من موانى بلاد فارس (ايران) أما فى العرض فمن القادسية الى حلوان باستثناء البصرة ، فيدخل فيها بغداد وكركوك وشمال العراق كله حتى همذان وجزء من جنوب غربى ايران كما يشمل جزءا من غربى الكويت ، وقد استثنينا البصرة لأنها كانت سبخة .

والقادسية [1] مدينة واقعة فى الاقليم الثالث : قال فى « الأطوال » حيث الطول ثمان وستون درجة وخمس وعشرون دقيقة ، والعرض احدى وثلاثون درجة وخمس وأربعون دقيقة . وهى مدينة صغيرة ذات نخيل ومياه وهى على حافة البادية وحافة سواد العراق ، البادية فى جهة الغرب والسواد من جهة الشرق . قال فى « المشترك » : وبينها وبين الكوفة خمسة عشر فرسخا فى طريق الحاج ، قال فى تقويم البلدان . وسميت القادسية لنزول أهل قادس بها ، وقادس قرية بمرو الروذ ، وعليها كانت الوقعة المعروفة بوقعة القادسية.

والموصل بفتح الميم وسكون الواو وكسر الصاد وهى مدينة فى الجزيرة وهى فى كتاب « الأطوال » حيث الطول سبع وثلاثون درجة والعرض ست وثلاثون درجة وثلاثون دقيقة ، وهى على دجلة من الجانب الغربى ، ويقابلها من الجانب الشرقى مدينة نينوى وهى التى بعث فيها يونس عليه السلام .

---

(١) راجع صبح الأعشى للقلقشندى جـ ٤ ص ٢٣٧ والوصف يعود الى عهده فى القرن التاسع الهجرى أما اليوم فليس لها أثر فى الخريطة .

وفى جنوبى الموصل مصب الزاب الأصغر فى دجلة ، وهى فى مستو من الأرض .

وقال القلقشندى : والعراق على ضفتى دجلة مثل ما بلاد مصر على ضفتى النيل ، ويجرى دجلة من الشمال بميلة الى الغرب ومن الجنوب بميلة الى الشرق ، وامتداد العراق طولا وشمالا وجنوبا من الحديثة على دجلة الى عبادان على مصب دجلة فى بحر فارس ، وامتداده غربا وشرقا من القادسية الى حلوان ، فالحديثة فى وسط الحد الشمالى بميلة الى الغرب ، والقادسية فى وسط الحد الغربى بميلة الى الجنوب ، وعبادان فى وسط الحد الجنوبى بميلة الى الشرق ، وحلوان فى وسط الحد الشرقى بميلة الى الشمال وسط العراق الذى من القادسية الى حلوان هو أعرض ما فى العراق ، وأما رأس العراق الذى عند عبادان فيدق عن ذلك ويقع مكان حلوان اليوم فى بلاد ايران .

أما البصرة فهى وان دخلت فى سواد العراق حقيقة الا أنها خرجت منه حكما ، لأنها كانت سبخة بائرة وقد أحياها عمرو بن أبى العاص الثقفى وعتبة بن غزوان ، الا موضع من شرقى دخلتها ، وموضع من غربى دخلتها كان يسمى (نهر المرأة) .

وترجع هذه التسمية الى ان الجيوش عندما خرجت من البادية بقيادة خالد بن الوليد وسعد بن أبى وقاص ، وعتبة بن غزوان وأبى موسى الأشعرى وغيرهم رأوا هذه الأرض والتفاف شجرها ، فسموها السواد . ولا خلاف أنها فتحت عنوة فى خلافة عمر بن الخطاب رضى الله عنه ثم ردها الى أهلها . واختلف الناس فى كيفية ردها الى أهلها فمذهب الشافعى رضى الله عنه أنه قسمها بين الغانمين ، ثم استنزل الغانمين عنها برضاهم . قال ابن المنذر : ذهب الشافعى الى أن عمر استطاب أنفس الغانمين الذين افتتحوا أرض السواد ، وأن الحكم فى أرض العنوة أن تقسم كما قسم النبى صلى الله عليه وسلم خيبر ، فان قيل : بأن هذا مخالف لرواية أسلم مولى عمر قال : قال عمر : « أما والذى نفسى بيده لولا أن أترك آخر الناس بيانا ،

ليس لهم من شيء ما فتحت على قرية الا قسمتها كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر ، ولكن أتركها خزانة لهم يقتسمونها » ورواه البخاري . ورواه أحمد وفيه : « لئن عشت الى هذا العام المقبل لا تفتح للناس قرية الا قسمتها بينهم وكما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر » حيث علل ذلك بقوله : « لولا أن أترك آخر الناس » الخ فالجواب : معنى كلام عمر « لولا أن أترك آخر الناس ما استطبت أنفس الغانمين ، وأما قوله : « كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر » فانه يريد بعض خيبر لا جميعها . أفاده الطحاوي ونقله الشوكاني في النيل ، وأشار بذلك الى ما في حديث بشير بن يسار عن رجال من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم : « أدركهم يذكرون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين ظهر على خيبر قسمها على ثلاثة وثلاثين سهما ، جمع كل سهم مائة سهم فجعل نصف ذلك كله للمسلمين ، فكان في ذلك النصف سهام المسلمين وسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم منها ، وجعل النصف الآخر لمن ينزل به من الوفود والأمور ونوائب الناس » رواه أبو داود وأحمد وفي رواية عند أبي داود عن بشير ابن يسار عن سهل بن أبي حثمة قال : « قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر نصفين ، نصفا لنوائبه وحوائجه ونصفا بين المسلمين ، قسمها على ثمانية عشر سهما » نقول : ان المراد بالذي عزله ما افتتح صلحا ، وبالذي قسمه ما افتتح عنوة فادعى الشوكاني أن الجمهور ذهب الى أن عمر وقفها لنوائب المسلمين وأجرى فيها الخراج ومنع بيعها ، وقال بعض الكوفيين : أبقاها ملكا لمن كان بها من الكفرة وضرب عليهم الخراج . قال في فتح الباري : وقد اشتد نكير كثير من فقهاء أهل الحديث لهذه المسألة أ هـ قال : وقد ذهب مالك الى أن الأرض المغنومة لا تقسم ، بل تكون وقفا يقسم خراجها في مصالح المسلمين من أرزاق المقاتلة ، وبناء القناطر والمساجد ، وغير ذلك من سبل الخير ، الا أن يرى الامام في وقت من الأوقات أن المصلحة تقتضي القسمة ، فان له أن يقسم الأرض ، قال : وحكى هذا القول ابن القيم عن جمهور الصحابة ورجحه وقال : انه الذي كان عليه سيرة الخلفاء الراشدين ، قال : ونازع في ذلك بلال وأصحابه ، وطلبوا أن يقسم بينهم الأرض التي فتحوها ، فقال عمر : هذا غير المال ولكن أحبسه فيئا

يجرى عليكم وعلى المسلمين ، فقال بلال وأصحابه : اقسمها بيننا فقال عمر : اللهم اكفنى بلالا وذويه ، فما حال الحول ومنهم عين تطرف ، ثم وافق سائر الصحابة ، عمر ، قال : ولا يصح أن يقال : انه استطاب نفوسهم ووقفها برضاهم فانهم قد نازعوه ، وهو يأبى عليهم .. الخ .

قلت : وجاء فى البيان للقاضى العمرانى رحمه الله بعد أن ساق قول الشافعى الذى ذكرناه آنفا : وقال الأوزاعى ومالك : لم يقسمها وانما صارت وقفا بنفس الغنيمة . وقال أبو حنيفة : لم يقسمها بين الغانمين وانما أقرها فى أيدى أهلها وهم المجوس وضرب عليهم الجزية . دليلنا ما روى عن جرير ابن عبد الله البجلى أنه قال : « كانت بجيلة ربع الناس يوم القادسية ، فقسم أمير المؤمنين عمر رضى الله عنه لهم ربع السواد ، فاستغلوها ثلاث سنين أو أربع ، ثم قدمت على عمر رضى الله عنه فقال عمر : لولا أنى قاسم مسئول لتركتكم على ما قسم لكم ، ولكنى أرى أن تردوها على ، قال : فعاضنى من حقى نيفا وثمانين دينارا » فثبت أنها لم تصرف فيئا ، وانما قسمها ، وعاوضه من حقه ، فان قيل : فقد ملكوها بالقسمة فكيف استردها منهم ؟ فالجواب أنه لم يكرههم على الرد ، وانما سألهم أن يردوا برضاهم ، فمنهم من طابت نفسه برد حقه من غير عوض ، ومنهم من لم يرد نصيبه الا بعوض ، بدليل ما روى أن أم كرز قدمت على عمر رضى الله عنه فقالت : ان ابنى قتل يوم القادسية ، وان سهمه ثابت ، ولا أترك حقى ، فقال عمر : قد علمت ما فعل قومك ؟ فقالت : لا أترك حقى حتى تركبنى ناقة ذلولا عليها قطيفة حمراء ، وتملأ كفى ذهبا ، ففعل عمر ذلك ، فعدت الدنانير التى فى كفها فاذا هى ثمانون دينارا ، وهذا كما روى أن وفد هوازن لما سبيت ذراريهم وفدوا الى النبى صلى الله عليه وسلم وسألوه أن يرد عليهم ، فخيرهم بين الأحساب والأموات ، فاختاروا الأحساب ، فقال : أما نصيبى ونصيب أهلى فهو لكم ، ثم سأل الناس أن يردوا عن طيب نفس منهم فردوا عليه كما مضى ذلك فى سبى هوازن .

هذا ، وأما قول عمر : « لولا أنى قاسم مسئول ، لتركتكم على ما قسمت لكم » فله تأويلان ، أحدهما : أنه رأى أنه ان تركهم على ما قسم لهم من

تلك الأرض اشتغلوا بعمارتها عن الجهـاد ، وتعطل الجهـاد ، لأن أكثر الصحابة رضى الله عنهم قد كان غنم منها • والثانى : أنه نظر فى العـاقبة وخشى أن من جاء بعد ذلك من المسلمين لا شىء لهم ، لأن أرض السواد قد صارت لأولئك الذين غنموا ، فأحب عمر أن يكون لمن يأتى من المسلمين منها نفع ، بدليل ما روى زيد بن أسلم عن أبيه أن عمر قال : « لولا أنى أخشى أن يبقى الناس بيانا لهم لتركتكم على ما قسم لكم ، ولكنى أحب أن يلحق آخر الناس أولهم ، وتلا قوله تعالى : « والذين جاءوا من بعـدهم يقولون ربنا اغفر لنا ولاخواننا الذين سبقونا بالايمان » يعنى بما تركوه لنا وخلعوا علينا ، والبيان أن يتساوى الناس فى الشىء ، اما فى الغنى أو فى الفقر •

اذا ثبت هذا فاختلف أصحابنا فيما فعله عمر رضى الله عنه فى أرض السواد فقال أبو العباس بن سريج وأبو اسحق المروزى : باعها الى أهلها المجوس بثمن مجهول القدر يؤخذ منهم كل سنة جزء معلوم ، لأن النـاس ساكنون أرض السواد فى عهد عمر رضى الله عنه الى وقت الشيخ أبى اسحق الشيرازى ولم ينكره أحد من العلماء ، فثبت أنه باعها منهم ، فعلى هـذا يجوز بيعها وهبتها ورهنها • وقال أبو سعيد الاصطخرى وأكثر أصحابنا : وقفها على المسلمين ثم أجرها من المجوس بأجرة مجهولة القدر ، يؤخذ منهم كل سنة شىء معلوم وهو المنصوص فى سير الواقدى ، فيجوز أن يزاد عليها وينقص منها ، لما روى عن سفيان الثورى أنه قال : جعل عمر رضى الله عنه السواد وقفا على المسلمين ما تناسـلوا • وروى بكير بن [1] عامر : « ان عتبة [2] بن فرقد اشترى أرضا من أرض السواد فأتى عمر فأخبره فقال :

---

(١) بكير بن عامر البجلى أبو اسماعيل الكوفى روى عن الشعبى وأبى زرعة ابن عمر وعنه الثورى ووكيع ضعفه ابن معين والنسائى .

(٢) عتبة بن فرقد أبو عبد الله له صحبة ورواية كان أميرا لعمر بن الخطاب على بعض فتوحات العراق . وهو من بنى سليم من جهة أبيه أما أمه فهى آمنة بنت عمر بن علقمة بن عبد المطلب بن عبد مناف . وقال ابن حجر فى التقريب : عتبة بن فرقد بن يربوع السلمى أبو عبد الله ، صحابى نزل الكوفة . وهـو الذى فتح الموصل فى زمن عمر .

ممن أشتريتها ؟ فقال : من أهلها ، قال : فهؤلاء أهلها المسلمون ـ وأشار الى من حوله قائلا : ـ أبعتموه شيئا ؟ قالوا : لا ، قال : فاذهب واطلب مالك » وأما قولهم : انها تباع من غير انكار فغير صحيح لما رويناه عن عمر وسقناه آنفا • وقال ابن شبرمة : لا أجيز بيع أرض السواد ولا هبتها ولا وقفها ، فان قيل : فالبيع لا يصح عندكم الا بثمن معلوم ، وكذلك الاجارة لا تصح الا الى مدة معلومة ، وأجرة معلومة • وحينئذ كيف يصح بيعها أو اجارتها على ما ذكرتم ؟ فالجواب أن البيع لا يصح عندكم الا بثمن معلوم ، والاجارة لا تصح الا بأجرة معلومة الى مدة معلومة اذا كانت المعاملة فى أموال المسلمين ، فأما اذا كانت فى أموال الكفار فلا تفتقر الى ذلك • كما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم نفل فى البدأة الربع وفى الرجعة الثلث ، وهذا عوض مجهول ، لأنه معاملة فى أموال الكفار ، فاذا قلنا : انها مبيعة اليهم فالمنازل فى أرض السواد دخلت فى البيع ، وان قلنا : انها وقف فهل دخلت المنازل فى الوقف ؟ فيه وجهان ، أحدهما : أنها وقف على المزارع والثانى : أنها لم تدخل فى الوقف لأنا لو قلنا انها دخلت فى الوقف أدى ذلك الى خرابها • قال الشيخ أبو اسحق هنا : وأما الثمار فهل يجوز لمن هى بيده الانتفاع بها ؟ فيه وجهان ، أحدهما : لا يجوز ، وعلى الامام أن يأخذها ويبيعها ويصرف ثمنها فى منافع المسلمين لما روى عن أبى الوليد الطيالسى[1] أنه قال : أدركت الناس بالبصرة يحمل اليهم التمر من الفرات فلا يقدمون على شرائه • والثانى : يجوز لمن فى يده الأرض الابتياع بثمرتها ، لأن الحاجة تدعو اليه فجاز كما تجوز المساقاة والمضاربة على جزء مجهول ، وعندى أن هذين الوجهين انما يكونان فى ثمرة الأشجار التى كانت موجودة فى أرض السواد يوم ردها عمر الى أهلها ، اذا قلنا : ان الأرض وقف وأخذها ممن هى فى يده ، لأن الأرض اذا استأجرها انسان وفيها أشجار لم تدخل فى الاجارة ، ولم يملك المستأجر ثمرتها ، فتكون على الوجه الأول غير داخلة فى الاجارة بل هى وقف على المسلمين فيصرف فى مصالح المسلمين ، وعلى الثانى دخلت فى الاجارة لموضع الحاجة الى ذلك • فأما اذا قلنا : ان عمر

---

(١) أبو الوليد واسمه هشام بن عبد الملك الباهلى مولاهم الطيالسى البصرى قال ابن حجر : ثقة ثبت من التاسعة .

رضى الله عنه باعها فان الأشجار الموجودة يوم البيع وما غرس فيها بعد ذلك ملك لمن ملك الأرض ، وثمرتها ملك له قولا واحدا .

مسألة أما مساحة أرض السواد فقد مسحها عثمان بن حنيف فارتفعت اثنتين أو ثلاثين مليون جريب والجريب مكيال مقداره أربعة أقفزة فهو من الكيل ثمانية مكاكيك ، ومن الأرض قدر مائة وأربع وأربعين ذراعا ، فيكون الجريب من الأرض قدره خمسمائة وست وسبعون ذراعا ، وقال أبو عبيد : ارتفعت ستة وثلاثين ألف ألف جريب ٣٦٫٠٠٠٫٠٠٠ ستة وثلاثين مليون جريب . وأما قدر ما يؤخذ منها من الخراج فى كل سنة فانه يؤخذ من جريب الشعير درهمان ومن جريب الحنطة أربعة دراهم ، ومن جريب الشجر والقضب ستة دراهم ، ومن جريب النخل ثمانية دراهم ، ومن جريب الكرم عشرة دراهم . ومن أصحابنا من قال : يؤخذ من جريب الكرم ثمانية دراهم ، ومن جريب النخل عشرة دراهم والأول هو المشهور ، لما روى أن عمر رضى الله عنه بعث الى الكوفة ثلاثة : عمار بن ياسر أميرا على الجيش والصلاة ، وعبد الله بن مسعود قاضيا وحافظا لبيت المال ، وعثمان بن حنيف ماسحا ، وفرض لهم كل يوم شاة نصفها مع السواقط لعمار بن ياسر ، والنصف الآخر بين عبد الله بن مسعود وعثمان بن حنيف ، ثم قال : وان قرية يؤخذ منها كل يوم شاة لسريع خرابها ، فمسح عثمان بن حنيف أرض السواد وجعل عليها الخراج فجعل على جريب الشعير درهمين ، وعلى جريب الحنطة أربعة دراهم ، وعلى جريب الرطبة والشجر ستة دراهم وعلى جريب النخل ثمانية دراهم وعلى جريب الكرم عشرة دراهم وأنفذ الى أمير المؤمنين بذلك فرضى به وأجازه . ووافقنا أبو حنيفة فى هذا كله الا فى الشعير والحنطة فانه قال : يؤخذ من جريب الشعير قفيز ودرهم . ومن جريب الحنطة قفيز ودرهمان ، وقال أحمد رحمه الله : يؤخذ من كل واحد منهما قفيز ودرهم . دليلنا ما ذكرناه من الخبر ، فانه لم يجعل عليهما قفيزا . وما يؤخذ من الخراج يصرف فى مصالح المسلمين ، الأهم فالأهم ، لأنه للمسلمين فيصرف فى مصالحهم ، وأما مبلغ ما يجبى من أرض السواد فذكر المصنف هنا أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه جباها فى كل سنة

(١٣٧٫٠٠٠٫٠٠٠ درهم) مائة وسبعة وثلاثين مليون درهم ، وذكر الشيخ أبو حامد الأسفراييني وأبو نصر ابن الصباغ أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه جباها فى كل سنة مائة ألف ألف وستين ألف ألف درهم أى ١٦٠٫٠٠٠٫٠٠٠ مائة وستين مليون درهم ، ولم تزل تتناقص حتى بلغت فى زمن الحجاج ١٨٫٠٠٠٫٠٠٠ ثمانية عشر مليون درهم ، فلما ولى عمر بن عبد العزيز عاد فى السنة الأولى الى ٣٠٫٠٠٠٫٠٠٠ ثلاثين مليون درهم وفى السنة الثانية الى ستين وقال : ان عشت لأبلغن به الى ما كان فى أيام عمر ابن الخطاب رضى الله عنه ، فمات فى تلك السنة ، هكذا ذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ ، وأما المصنف فذكر أن عمر بن عبد العزيز جباها (١٢٤٫٠٠٠٫٠٠٠ درهم) مائة وأربعة وعشرين مليون درهم •

وفى هذه الصورة البيانية من ارتفاع الخراج وانخفاضه ما يوضح كيف كان يعمل المسلمون فى تعمير الأرض ، وتوسيع رقعة المنزرع ، وضبط الأرض بالقياس والمسح ، الأمر الذى يعطينا صورة مشرفة مضيئة عن قوم ظلمهم أعداؤهم حين وصفوهم بالبداوة والجفاء ، وظلموهم حين وصفوهم بأنهم عالة على غيرهم فى الحضارة ، وهذه الأدلة تدمغهم ، فليس بالأمر باليسير أن تتولى جماعة قياس الأقاليم ، وضبط المساحات ، وليس بالأمر الهين أن تضبط هذه الجماعة المحاصيل المكيلة بالأقفزة ، والمزروعة بالأجربة ، فتحصى مساحة كل نوع من المنزرع لتربط عليه خراجة المطلوب ، حيث لا يقوم بهذا أناس متخلفون •

كل ذلك لا يقوم بتنفيذه الا جهاز بشرى كفء ، كفاءة علمية ، وكفاءة خلقية ، وكفاءة بدنية ، وكل ذلك قد توفر لسلفنا الصالح رضى الله عنهم وأرضاهم ، ورزقنا التأسى بهم ، والاستمداد من قوة ايمانهم • والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب الحدود

الشرح الحدود جمع حد ، وهو فى اللغة الحاجز بين الشيئين ، ويطلق على ما يميز الشيء عن غيره ، ومنه حدود الدار ، وكانت العـرب تسمى البواب حدادا ، وبابه قتل قال الشاعر :

وجاعل الشمس حدا لا جفاء به

وقال الأعشى :

فقمنا ولما يصح ديكنا الى جونة عند حدادها

ثم أطلق الشرع الحكيم (الحد) على عقوبات المعاصى ، لأنها تمنع من العود الى تلك المعصية التى حد من أجلها فى الغالب . ويطلق الحد أيضا على نفس المعصية ومنه : (تلك حدود الله فلا تقربوها [1]) وتعريفـه شرعا : (عقوبة مقدرة لأجل حق الله تعالى) فخرج بقولنا (مقدرة) التعزير لعـدم تقديره ، وخرج بقولنا : (لأجل حق الله تعالى) القصاص ، لأنه حق الآدمى.

وقد جاء فى الحديث الشريف من طرق بعضها صحيح وبعضها فيه مقال فنسوق الصحيح منها أولا فى الترغيب فى اقامة الحدود ، والترهيب من ترك اقامتها ، أو مواقعة أفعالها .

أخرج الشيخان فى صحيحيهما من حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ان الله عز وجل يغار ، وغيرة الله أن يأتى المؤمن ما حرم الله عليه » وأخرج ابن ماجه باسناد رجاله ثقـات عن ثوبان

---

(١) الآية ٨٧ من سورة البقرة.

مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لأعلمن أقواما من أمتى يأتون يوم القيامة بأعمال أمثال جبال تهامة بيضاء ، فيجعلها الله هباء منثورا . قال ثوبان : يا رسول الله صفهم لنا ، جلهم (١) لنا ، لا نكون منهم ونحن لا نعلم ، قال : أما انهم اخوانكم ومن جلدتكم ، ويأخذون من الليل كما تأخذون ، ولكنهم قوم اذا خلوا بمحارم الله انتهكوها » وأخرج أصحاب الكتب الستة : الشيخان وأصحاب السنن الأربعة عن عائشة رضى الله عنها أن قريشا أهمهم شأن المخزومية التى سرقت فقالوا : من يكلم فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ ثم قالوا : من يجترىء عليه الا أسامة بن زيد حب رسول الله صلى الله عليه وسلم وابن حبه ، فكلمه أسامة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : يا أسامة أتشفع فى حد من حدود الله تعالى ؟ ثم قال فاختطب فقال : انما هلك الذين من قبلكم أنهم كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه ، واذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد ، وايم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها » .

وأخرج البخارى واللفظ له والترمذى وغيرهما من حديث النعمان بن بشير رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « مثل القائم على حدود الله والواقع فيها كمثل قوم استهاموا على سفينة فأصاب بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها ، فكان الذين فى أسفلها اذا استقوا مروا على من فوقهم فقالوا : لو أنا خرقنا فى نصيبنا خرقا ولم نؤذ من فوقنا ، فان تركوهم وما أرادوا هلكوا جميعا ، وان أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعا » .

أما ما ورد من الأحاديث الحسان وما كان فيها ضعف أو غرابة فسوف ننبه عليه حين نسوقه مع كلام المصنف ، أو حين نستشهد به فى شرحنا ، ولنقدم بين يدى كتاب الحدود ما قاله المستشار أحمد موافى فى بحثه المقارن بين الشريعة والقانون الوضعى (٢) :

---

(١) معنى جلهم هو معنى صفهم اى انعتهم بما يتحلون به من الخصال ، والمقصود ما يتصفون به ويفارقون به غيرهم من المؤمنين من معالم القول والعمل .

(٢) من صفحة ١١ وما بعدها كتاب (من الفقه المقارن بين الشريعة والقانون) مطبعة مخيمر محاضرات القيت فى كلية الشريعة لطلبة الصف الثالث العام الجامعى ٦٣ ـ ١٩٦٤ .

(الفقه الاسلامى على ما تبين مما أسلفنا أحكام شاملة تناولت جميع النواحى التى تناولتها القوانين الوضعية ، وتزيد عليها ، فقد انتظمت جميع أفعال الانسان فى كل نواحى نشاطه ، فحددت الحدود ، وأقامتها على أساس من العدالة والاستقامة) .

ومن هذه الأحكام ما يبحث فى العبادات ، ومنها ما يبحث فى المعاملات على أوسع نطاق ، سواء اتصلت هذه المعاملات بشئون الأسرة أو الجرائم والعقوبات الى أن عقد بحثا فى الفصل الثانى بعنوان :

موازنة عامة بين الشريعة والقانون

ننقله بنصه . قال رحمه الله تعالى :

تقتضى هذه الموازنة أن نتعرض لأمور كثيرة ولكن دراسة المسئولية الجنائية فى هذه الحلقة فى كل من الفقه الاسلامى والقانون يقتضى توجيه النظر الى الناحية الجنائية بصفة أساسية عند الموازنة .

وسنتناول فى هذه الموازنة أهم جوانبها وهى :

أولا : نهج الشريعة والقانون فى تقرير الأحكام .

ثانيا : نطاق سريان التشريع الجنائى من حيث المكان والأشخاص والزمان .

ثالثا : تقنين الأحكام أو تدوينها .

رابعا : مصادر الأحكام أو تدوينها .

خامسا : مصادر الأحكام .

وسنخصص لكل منها مبحثا خاصا :

المبحث الأول

نهج الشريعة والقانون فى تقرير الأحكام

سلكت الشريعة الاسلامية طريقة تعرضت بها لجميع أفعال الانسان ما ظهر منها وما بطن ، وانتهت بطريقتها هذه الى تقرير حكم لكل فعل .. أما القانون فقد تعرض الى بعض أفعال الانسان الظاهرة دون أفعاله الباطنة ، ودون باقى أفعاله الظاهرة ، وفى دائرة العقوبات فرض عقوبات لأفعال معينة ، لأنها كما يرى هى التى تخل بكيان المجتمع وأمنه .

لهذا كانت الشريعة الاسلامية منذ النظرة الأولى أوسع من القانون نطاقا وأقدر على ملاءمة الزمن ومسايرة التطور .

ويتناول بحث هذا الموضوع أمرين :

أولهما : تعرض الشريعة الاسلامية للناحية الباطنية من تصرفات الانسان ، أو بعبارة أخرى العنصر الروحى فى تقرير الأحكام .

وثانيهما : حصر دائرة الأفعال المجرمة فى القانون ومسلك الشريعة الاسلامية فى هذا الخصوص .

أولا : العنصر الروحى فى تقرير الأحكام :

لا يعنى القانون كما أسلفنا الا بالظاهر من الأفعال ، أما الشرع الاسلامى فهو يهدف من أحكامه الى تحقيق غرضين :

أحدهما : يدور حول صلة الانسان بالخالق ، وثانيهما : يدور حول صلة الانسان بالمخلوق . فهو اذن قائم على أساس يجمع بين مصلحتى الدين والدنيا . الا فى العبادات فقط ولكن فى المعاملات أيضا ، فتراه يجعل لكل عمل حكمين :

(أ) حكما مرجعه الى صلة الانسان بالمخلوق ، وهـذا الحكم مستمد من الظاهر •

(ب) وحكما مرجعه الى صلة الانسان بالخالق ، وهذا الحكم مستمد من الباطن •

فالبيع مثلا ناحيته الظاهرية هى نقل الملكية فى المبيـع والثمن ووصف العقد تبعا لظروفه ، بأنه نافذ أو موقوف أو فاسد ، وناحيته الباطنية ترجع الى قصد المتعاقدين فيوصف بأنه مباح أو مندوب أو واجب أو حرام ، فاذا كان البيع مثلا لحاجة البائع الى الثمن كان مباحا ، واذا كان لاستثمار المال كان مندوبا ، واذا كان لدفع مخمصة كان واجبا ، واذا كان وسيلة لأكل الربا كان حراما ، وهذا يستتبع فساد العقد عند بعض الفقهاء دون بعضهم الآخر ، على أنه مع ترجيح وجهة نظر القائلين بأن الحرمة لا ينبنى عليهـا الفساد ، وانما تكون المؤاخذة عليها عند الحساب يوم القيامة ، فان التشريع بهذه الوسيلة وهذا الأسلوب يعمل على خلق مجتمع صالح ، وذلك بوضع تربية الروح وتهذيب النفس فى الاعتبار ، فينبنى على ذلك بطبيعة الحـال صلاح أعمال الأفراد ، لأن النفس الخيرة لا تفعل الا خيرا ، والنفس الشريرة لا يصـدر عنها الا الشر ، ومتى صلحت نفس الفـرد صلح عمله ، ومتى صلحت أعمال الأفراد صلح المجتمع الذى يعيشون فيه •

واعتداء الانسان على غيره له حكمان : أحدهما يرجع الى صورته التى وجدت فى الخارج ، وما ترتب عليه من ضرر وهو جعل هذا الاعتداء سببا للضمان وموجبا للتعزير (العقاب) وحكم يرجع الى الباعث وهو كون هذا الفعل حراما يستوجب غضب الله وعقابه ، وهـذا الحكم مرتبط بالعقـاب والتعزير ومثل ذلك فى كل اعتداء على النفس أو على المال ، أو على العرض ، وفى كل عقد أو تصرف ، وفى الجملة فى كل فعل من أفعال الانسان •

احكام القضاء واحكام الديانة :

وتأسيسا على التفرقة السابقة بين الأحكام الظاهرة والأحكام الباطنة ،

قال الفقهاء بأن الأعمال الظاهرة فقط هى التى تتخذ أساسا للمعاملة بين الناس ولأنه يمكن الوصول اليها بوسائل الاثبات الظاهرة ، ومن أجل ذلك أطلقوا عليها أحكام القضاء ، أما الباطنة فلا سبيل الى اثباتها بوسائل الاثبات الظاهرة ، ومن ثم لا تتخذ أساسا للمعاملة بين الناس ، وانما تعتبر أساسا للمثوبة والعقاب من الله ، وواجب الانسان ان يعمل بها فى خاصة نفسه ، ويطلق الفقهاء عليها أحكام الديانة .

وضرب الفقهاء أمثلة لذلك منها :

(١) أن الشخص اذا تزوج بقصد احلال المرأة لغيره لا يجوز له ديانة أن يباشرها وان كان القضاء لا يمنع من ذلك .

(٢) ومن يشهد زورا بطلاق زوجة من زوجها فتطلق بناء على هذه الشهادة بواسطة القضاء لا يحل له أن يتزوجها بعد انقضاء عدتها ، وان كان القضاء لا يمنع من زواجها .

على أنه متى وجد السبيل الى معرفة ذلك وأمكن أن يكون فى متناول القضاء أصبح من الأمور الظاهرة ، أو فى عبارة أخرى أصبح من أحكام القضاء .

مدى تأثير الأحكام الظاهرة بالأحكام الباطنة :

اختلفت نظرة فقهاء المسلمين ومنهم من رأى أن السبب اذا كان محظورا شرعا لم يترتب عليه أثره فى الظاهر ومنهم من يرى أن الأثر يترتب رغم السبب المحظور شرعا ما لم يتم دليل مادى على النية المحظورة .

ومنهم من يفصل الأمر على نحو ما هو وارد فى كتب الفقه فى الموضوعات التى تختص بذلك كالعقد والضمان وغيرهما .

أهمية التفرقة :

وقد حصل التساؤل عن أهمية التفرقة ما دام الحكم المبنى على الظاهر

هو مناط الالزام القضائى ، وعليه تقوم روابط الناس ، فضلا عن عدم استطاعة تنفيذ الحكم الباطن بوسائل القهر والالزام .

وقد رد فضيلة الأستاذ الشيخ على الخفيف فيما كتبه فى مقدمة الحق والذمة [1] بأن ذلك لا يمنعنا من أن نصور الواقع بصورته الواقعية الحقيقية دون نظر الى هذه الصورة وهذا الوضع له فائدة لأن فى تعرض الشرع الاسلامى لهذه الناحية ـ ناحية الدين ـ وربط الأحكام الظاهرة بها فائدتين :

الفائدة الأولى : ازالة ما فى الأحكام الجبرية من خشونة تدعو الى النفرة منها والفرار من مواجهتها وتنفيذها .

والفائدة الثانية : لفت القضاء الى أن يراعى فى أحكامه ما أمكنه تلك الناحية الدينية الأخلاقية فيجعل لها مجالا فى التطبيق ما استطاع الى ذلك سبيلا ، حتى يكون أقرب الى غرضه فى الاصلاح وتوفير الرضا واقرار الطمأنينة والمحافظة على الحقوق .

على أن تقرير الأحكام على الصورة المتقدمة أمر له أثره البالغ من ناحيتين أساسيتين :

الأولى : ناحية وضع الأحكام .

الثانية : ناحية تنفيذها .

فمن ناحية وضعها ، لا شك أن المشرع فى بحثه عن الحكم والتماسه من الأصول سيعمل جاهدا على معرفة ما يريده الله ، فتأتى أحكامه من هذه الوجهة عادلة وغير مغرضة ، فلن يضع حكما يجعل فيه مثلا هتك الأعراض فى بعض الأحوال عملا مباحا .

---

(١) الحق والذمة من دروس فضيلة الشيخ على الخفيف بقسم الدكتوراه بكلية الحقوق جامعة القاهرة عام ١٩٤٥ ص ٢٣ .

أما من ناحية التنفيذ فانه لا ريب أن غالبية عظمى من الناس سيقبلون على تنفيذ الأحكام بما يحقق رضا الله ، يبتغون من وراء طاعته فضله ورضاه ، وهذا المعنى بذاته كفيل بأن يدفع الناس الى الخير ، ويكف أيديهم عن الأذى والشر ، ويمنعهم من الاعتداء على الناس وأكل أموالهم بالباطل. ذلك أن الأحكام ستكون مؤيدة بوجدانهم ومتصلة بضمائرهم ، فيخضعون لها عن عقيدة وحب ، لا عن رهبة وخوف ، أو فى الأدنى سيخضعون لها ابتغاء الثواب أو خوفا من العقاب يوم الحساب ، وستكون النتيجة الحتمية لذلك قلة عدد الجرائم والمنازعات فيطمئن الناس على أرواحهم وأموالهم وأعراضهم .

وعلماء القانون لم تخل أبحاثهم [1] عن التعرض لقواعد الأخلاق واجراء المقارنات بين ما تتضمنه هذه القواعد وما أتت به أحكام القانون فتراهم مثلا يبحثون فى الصلة بين القانون الجنائى والقانون الأخلاقى ، ويقولون بأن كلا من القانونين يهدف فى النهاية الى اسعاد الفرد والجماعة عن طريقى فرض أوامر ونواهى يلتزم بها الناس ، ولكنهم سرعان ما تصدمهم الحقيقة الصارخة وهى انعدام التطابق بين القانونين ، وانحصار كل منهما فى دائرته الخاصة ، وان تقاطعت الدائرتان فى حيز مشترك فمثلا :

(١) لا يعاقب القانون على فعل هتك العرض متى تجاوزت المجنى عليها الثامنة عشرة وكان الفعل برضاها (المادة ٢٦٩ من قانون العقوبات) .

(٢) ويقضى القانون بعدم جواز محاكمة أحد الزوجين اذا زنى ما لم يتقدم الزوج الآخر بشكوى يطلب المحاكمة (المواد ٢٧٣ ، ٢٧٧ من قانون العقوبات و ٣ من قانون الاجراءات الجنائية) .

(٣) ويقضى بأن للزوجة التى زنى زوجها فى منزل الزوجية الحق فى أن

---

(١) لا يجمع بحث على ابحاث وانما يجمع على بحوث لأن فعل بسكون العين لا يجمع على افعال الا اذا كانت عينه او لامه حرف علة كقول وأقوال ، وقوس واقواس . المطيعى

تزنى مع غيره ولا تثريب عليهـا ان فعلت ذلك (المـادة ٢٧٣ من قانون العقوبات) .

(٤) ويعطى القانون كذلك للزوج الحق فى أن يعفو عن زوجته الزانية حتى بعد دخول السجن فيطلق سراحها منه متى ارتضى معاشرتها (المـادة ٢٧٤ من قانون العقوبات) .

(٥) ويقضى بعدم العقاب على الخاطف اذا تزوج بمن خطفها ، وقـد يكون الخاطف غير كفء لها (المادة ٢٩١ من قانون العقوبات) .

(٦) ويقضى بعدم العقاب على الشروع فى الاجهاض (المادة ٢٦٤ من قانون العقوبات) .

(٧) ولا يعاقب القانون على الشروع فى أية جنحة الا بنص (المادة ٤٧ من قانون العقوبات) وخرج عنده من حيز العقاب الشروع فى جنح الاعتداء على النفس بالجرح والضرب ومراودة المرأة على العرض ، ومن أجل ذلك أسلفنا أن المشرع المصرى عام ١٨٨٣ قد جانبه الصواب حين قال بأنه قـد عين فى قانون العقوبات درجات العقوبة التى لأوليـاء الأمر شرعا تقريرها بدون اخلال فى أى حال بالحقوق المقررة لكل شخص بمقتضى الشريعـة الغراء .

وعنـدى أنه لم يكن لذلك المشرع حد يلتزمه ، أو نطـاق يعمل فى دائرته ، أو رقيب يعمل حسابه ، فوضع الأحكام على هواه ، حتى انهـا اختلفت فى المسألة الواحدة تبعا لمـا اذا كان المجنى عليه رجلا أو امرأة . فعقوبة الرجل الزانى تختلف عن عقوبة الزوجة الزانية فى القانون ، اذ الزوج يعـاقب بالحبس مدة لا تزيد على سـتة أشهر (المـادة ٢٧٧ من قانون العقوبات) ، أما الزوجة فتعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين (المـادة ٢٧٤) كذلك فان الزوج اذا استفزته زوجته وزنت مع غيره وقتلهـا حال التلبس هى ومن معها ، عوقب بالحبس بدلا من العقوبة المقررة لجريمة القتل العمد (المادة ٢٣٧ من قانون العقوبات) .

أما اذا كان الزانى هو الزوج فلم يعترف القانون بهذا العذر للزوجة ، كذلك لم يعترف به للوالد ولا للأخ ولا للولد ، وحتى فى العذر بالنسبة للزوج لم يجعل القانون من قيام حالة التلبس بالزنا سببا يبيح القتل ، بل جعل منه عذرا قانونيا مخففا تحل به عقوبة الحبس محل الأشغال الشاقة •

ومعنى ذلك أن الزوجة ومن يزنى بها يكونان أمام زوج مقدم على ارتكاب جريمة ضد النفس فيحل لهما دفعه بالقتل •

ومن ثم اذا كانت الزوجة أو الزانى بها أسرع فى قتل الزوج الذى شرع فى قتلهما وقضيا عليه أفلتا من كل عقاب • من عقوبة الزنا لأنها سقطت بموت الزوج ، ومن عقوبة القتل لأنهما كانا فى حالة دفاع شرعى عن النفس يبيح القتل •

والواقع ، أننا فى أى مجتمع فى حاجة ملحة الى معيار تقاس به الأحكام عند وضعها ، والى قوة تهيمن على المشرع عند تقرير الأحكام •

وعندى أن خير قوة من هذا النوع ، وأجدى مقياس فى الواقع تقاس به الأحكام هو مراعاة صلة العبد بالخالق عند تقريرها •

وهكذا الحال أيضا عند تنفيذ الأحكام ، لابد من وجود قوة تهيمن على الأفراد يعملون حسابها ، وخير قوة هى وضع خشية الله فى الميزان ، اذ بذلك يكون ضمير الأفراد هو الحارس الأمين على تنفيذ الأحكام ، فيرعونها فى السر والعلانية ، ويخشون الله الذى يعلم خائنة الأعين وما تخفى الصدور •

ان علماء الاجرام يدرسون أسباب الجريمة والدوافع اليها ويعملون من وراء دراستهم على مكافحتها ، وتحرى أسبابها ، ووضعوا من أجل ذلك علوما وبحوثا كعلم التاريخ الطبيعى للانسان من الناحية الجنائية لاستخلاص أسباب الاجرام من دراسة شخص المجرم ، وعلم الاجتماع الجنائى لبحث البيئة التى يعيش فيها المجرم ، وهى أبحاث لا غنى عنها فى الواقع فى كل مجتمع ولا تتنافى مع خطة الفقه الاسلامى فى البحث ، وانما تكمل هذه

الأبحاث اذا اتخذت ضوابط الفقه الاسلامى أساسا لخطتها ، لأنها عندئذ ستتعرض للجانب الروحى وستربط تصرفات الأفراد بالأخلاق وبمدى ما فيها من حل وحرمة ، والناس فى هذا العالم فى حاجة الى ضوابط روحية الى جانب الضوابط المادية ، وفى حاجة الى ربط الأحكام بقوة تسيطر على النفس وتكبح جماحها ان هى أقدمت على شر أو فكرت فى أذى . ومن أجل ذلك سن التشريع الاسلامى الى جانب أحكام المعاملات أحكاما للعبادات ووسائل التقرب الى الله من صلاة وصوم وحج وزكاة ، وذلك على خلاف التشريعات الوضعية التى لم تتعرض لشىء من ذلك ، كيما يهذب النفوس ويربى الأرواح ، ويوقظ الضمائر ، الى جانب دعوتها الى الفضيلة ونهيها عن الفحشاء والمنكر .

ففى الحج مثلا ترى المجتمع الاسلامى يقوم على الهدوء والطمأنينة والأمن ، ونراه لا يقوم على ضغينة أبدا ، مع أننا فى المجتمع العادى نسن قوانين للتجمهر يعتبر فيها كل تجمع يضم أكثر من أشخاص جريمة متى كان من شأن ذلك تعريض السلم العام للخطر .

ذلك لأن الله سبحانه رسم للناس دستور المجتمع فى الحج بقوله : « الحج أشهر معلومات فمن فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال فى الحج » وهكذا تمر فترة الحج ، وينصرف مئات الألوف من الحجيج دون حصول ما يكدر الصفو أو يخل بالأمن .

كذلك فى رمضان — شهر الصوم — تنعدم الجرائم بين الصائمين بل وتنعدم المعاصى حتى من الأشخاص الذين يستبيحونها فى غير رمضان ، فشارب الخمر اذا صام يقلع عن شربها ومن يوسوس له الشيطان بشر أو انتقام اذا صام يحول الصوم بينه وبين التفكير فى الشر والانتقام .

ولا يقف الأمر عند حد الامتناع عن الأذى ، بل ان الصوم يدفع الانسان الى الخير ، فيحمله على التصدق من ماله ويحمله على صلة ذوى الأرحام ، ويحمله على العطف على اليتامى والفقراء والمساكين . كل ذلك يؤكد أن

الدوافع الروحية لها أثرها البالغ فى تصرفات الناس وحرصهم الشديد على تنفيذ الأحكام ، لأنهم يضعون فى الميزان رضا الله عنهم وخشيتهم منه وتقربهم اليه •

ثانيا : تحديد الجرائم والعقوبات المقررة لها ومسلك الشريعة فى ذلك :

(أ) فى الجرائم :

يقوم التشريع الجنائى فى القانون على قاعدة قانونية الجرائم والعقوبات، وهى قاعدة ذات ركنين : ركنها الأول أنه لا جريمة الا بنص ، وركنها الثانى أن العقوبة مقدرة بالنص كذلك •

وقد ورد هذا المبدأ فى وثيقة حقوق الانسان سنة ١٧٨٩ عقب الثورة الفرنسية • ومنذ ذلك التاريخ أصبح مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات هو المحور الذى ترتكز عليه القوانين الجنائية فى تحديد الجرائم والعقوبات •

فأصبح كل انسان يعرف سلفا ما هو مباح من الأفعال ، وما هو غير مباح منها ، ولم يعد من سبيل البتة لاعتبار فعل ما جريمة والعقاب عليه — مهما كان سائنا — ما دام القانون لم يجرم هذا الفعل ويفرض له عقوبة • فمثلا : هتك العرض ليس فى القانون جريمة الا اذا وقع بالاكراه أو على انسان لم يتجاوز الثامنة عشرة من عمره فمن يأتيه على غير هذه الصورة التى جرمها القانون ، أى يأتيه على انسان جاوز الثامنة عشرة بغير اكراه يكون قد أتى عملا مباحا ، وبالتالى يكون فى مأمن من كل عقاب ، ويظهر أثر المبدأ فى التشريع والقضاء على حد سواء •

فعلى المشرع أن يحدد الجرائم سلفا والعقوبات المقررة لها بنصوص مكتوبة وتصبح هذه النصوص سارية من التاريخ الذى يتحدد لنفاذها ، ولا تسرى على ما وقع قبل نفاذها من تصرفات ، وعلى القاضى أن يلتزم بهذه القوانين ، ومن ثم فلا يكون له حق التجريم أى اعتبار أفعال ما جرائم بغير نص ، وكذلك يمتنع عليه أن يلجأ الى القياس اذا عرض عليه أمر لم يرد فيه نص • وخلاصة ما تقدم :

(١) أن القاضى لا يستطيع اعتبار فعل ما جريمة ما لم يكن قد جرمه نص مكتوب وكذلك لا يستطيع تقرير عقوبة الا بنص مكتوب .

(٢) أن القاضى ممنوع من الالتجاء الى القياس .

هذا هو حكم القانون فما هو رأى الشرع فيما تقدم ؟

لا جريمة فى الشرع الا بنص ، والجريمة فيه كل محظور بالشرع زجر الله عنها بحد أو تعزير ، والحد هو العقوبة المقررة الواجبة حقا لله ، ومنه القصاص الذى يعتبر عقوبة مقدرة واجبة حقا لله أو للأفراد ، أما التعزير فهو عقوبة غير مقدرة واجبة حقا لله أو للأفراد . ومن الجرائم فى الشريعة المعاصى وهى ترك الواجب وفعل المحرم . ومن الأمثلة على ترك الواجب : عدم الوفاء بالدين مع القدرة على أدائه ، وخيانة الأمانة .

ومن الأمثلة على فعل المحرم : اليمين الزور وشهادة الزور وسرقة ما لا قطع فيه .

وقد انعقد الاجماع عند فقهاء المسلمين — كما سلف القول — على أن كل ما يحدث للناس من وقائع فى الحياة الدنيا له فى الشريعة الاسلامية أحكام فالقاعدة أن لكل فعل حكما ، وهذا الحكم شرعى . والأحكام اما أن تكون قد وردت صراحة فى الكتاب أو السنة ، واما أن تعرف من دلائل أخرى ، والدلائل الأخرى ذاتها أرشد اليها الشرع ليعرف بها حكم ما لم يرد بحكمه نص فى الكتاب أو السنة .

ويفهم من ذلك أنه اذا ارتكب انسان فعلا فانه يجرى البحث عن الحكم لهذا الفعل فى الكتاب وفى السنة فان كان ثمة نص وجب تطبيقه والا فانه يجب البحث عن حكم الله من أى دليل شرعى .

ويستفاد من ذلك : أن البحث عن أى حكم لم يرد فيه نص من كتاب أو سنة ، انما يجرى لمعرفة حكم الله فيه بالاجتهاد ، أى أن حكم الله موجود ، والحكم الذى يهتدى اليه المجتهد لا يعتبر ألبتة شرعا جديدا ، وان هو الا

اهتداء الى حكم الله فى الواقعة ، والله تعالى يقول : « ان الحكم الا الله » •

فالجرائم اذن معروفة سلفا وقانونية فى الشرع الاسلامى ومحددة ، وليس للقاضى كما يقول الكثيرون خطأ ـ سلطة التجريم فى الشريعة الاسلامية ، وانما له فقط حق الاجتهاد والبحث عن حكم الله فيما هو معروض عليه بتفسير ما ورد فى النصوص أو التماس الحكم من الأدلة الشرعية الأخرى •

وقد انتهى علماء الأصول الى أن الطرق التشريعية لا تقتصر دلالتها على الأحكام التى تفهم من ألفاظها وعباراتها ، بل يستدل بها أيضا على أحكام تفهم من روحها ومعقولها ، فقسموا دلالة النص الى دلالة بمنطوقه ، وأخرى بمفهومه •

وقسموا دلالة منطوقه الى دلالة عبارة ، ودلالة اشارة •

وقسموا دلالة المفهوم الى دلالة على حكم المفهوم الموافق ، ودلالة على حكم المفهوم المخالف ، وتوصل الفقهاء من ذلك فى النص الواحد الى جملة أحكام •

ثم ان النصوص التشريعية غالبا ما ترد مقترنة بذكر علة الحكم أو المصلحة التى شرعت لأجلها •

ففى الخمر والميسر يقول الله تعالى : « انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ، ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون » •

وفى الصدقة يقول : « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها » • فاقترن الحكم فى الخمر والميسر بالعلة واقترن فى الصدقة بالمصلحة ، وفى ذلك ما يدل على أن أحكام الله تدور مع مصالح العباد ، وحيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله ، وما يدل أيضا على ارشاد المسلمين الى قياس ما لم يرد فيه نص بما ورد فيه النص والحاق الأشباه بالأشباه ومن هنا يمكن

استخلاص حكم الله فيما لم يرد فيه نص ، وعلى هـذا الأساس اجتهـد المجتهدون وتوصلوا الى معرفة أحكام الله سبحانه وتعـالى ، فعرفوا علة الأحكام التى وردت بالنص ، وعلى أساسها صاغوا المبادىء ، وأناروا لنـا الطريق ، وكشفوا لنا عن أحكام الله ، وهذا لا يمنع أبدا اقتفـاء آثارهم والسير على هداهم ، ومعرفة أحكام الله فيما لم يرد فيه نص ، وفيمـا لم يعرض على من سبقونا فى الاجتهاد من أقضية ووقائع .

وما من شك فى أن أسلوب الشريعة الاسـلامية فى النص على بعض الأحكام وتبيان عللها والمصالح التى بنيت عليها وترك التفاصيل هو أسلوب حكيم ، لأن التفاصـيل تتغير بتغير الأزمنة والأمكنة والبيئـات ، وترك التفاصيل للاجتهاد أدعى الى مسايرة التطور وأهدى الى اقامة العدل بين الناس ودفع الحرج عنهم .

وعلى هذه الصورة يختلف الشرع عن القانون : فالقانون يحصر الجرائم بالنص عليها كتـابة مع تحديد عنـاصرها وأركانها وما لم يرد تحريمه فى النصوص لا يمكن أبدا اعتباره جريمة مهما كان مستهجنا أو قبيحا .

أما فى الشرع ، فقد تبينا أن لكل فعل حكما فالشرع اذن من هـذه الناحية أوسع من القانون نطاقا فهو يضم فى دائرته كل الأفعال الآثمة سواء ورد بها نص أو لم يرد بها نص .

وقد بدأ رجال القانون أنفسهم ينعون على حصر الجرائم على الصورة التى عرفتها القوانين بأنها تنتهى الى جمود التشريع وتخلفه عن مجـاراة التطور لأن الشرع لا يمكنه الاحاطة مقـدما بكل ما تتمخض عنه ظروف الحياة المتجددة فتتهيأ للأشرار فرص ارتكاب كل الأفعال الضارة التى لم يحرمها القانون ، وتظل هذه الأفعال مباحة حتى يتنبه المشرع ويتدخل فينص على تحريمها .

ومن ذلك ما فعله المشرع الفرنسى عندما نص على تجريم فعل الفاحشة

مع الموتى وقد كان قبل ذلك عملا مباحا حتى تأذى الشعور العام من تكرار اتيان هذه الأفعال من أفراد عرف عنهم الشذوذ باتيان الموتى •

ويدخل المشرع المصرى بالنص على العقاب على اخفاء الأشياء المتحصلة من غير جريمة السرقة اذ كان المعاقب عليه هو اخفاء الأشياء المتحصلة من جريمة السرقة دون غيرها •

وتدخل أيضا فنص على عقاب من يدخل المطاعم ويتعاطى الطعام مع عدم قدرته على دفع الثمن وقت تعاطيه وقد كان ذلك عملا مباحا •

ولو رجعنا الى حكم الشريعة لوجدنا حكم هـذه الأفعال معروف عن طريق قياسها على الجرائم المشابهة ، اذ لا أفهم أبدا أن يكون ثمة تفرقة بين اتيان الفاحشة مع انسان حى ، وبين اتيانها مع انسان ميت ، كذلك لا أفهم أن يكون ثمة تفرقة بين اخفاء أشياء متحصلة من سرقة ، وأخرى متحصلة من نصب أو خيانة أمانة مع ما بينها جميعا من تشابه •

وربمـا كان التشريع الانجلوسكسونى أقرب الى تحقيق العـدالة فى المجتمع من التشريع اللاتينى الذى أخذ عنه القانون المصرى : ففى انجلترا مثلا ليست القوانين المكتوبة هى كل شىء بل انه على العكس تعتبر النصوص المكتوبة استثناء من القانون العام غير المكتوب •

فالقاضى يملك توقيع العقاب على كل من يعتدى على القانون العـام ، وهو أمر شبيه الى حد كبير بنظام التعزير فى الشريعة الاسـلامية ، غير أن الشريعة الاسلامية تعتمد على أحكام وردت بالنص ، وعلى أحكام مستمدة من الدلائل الشرعية فلها ضوابط قانونية ، ذلك أن الله سبحانه وتعـالى وضع اطار تشريعه وحدده ، وفرض هذا التشريع حتى تقوم الساعة ووصف تشريعه بالكمـال حين من على عبـاده بقوله : « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الاسلام دينا » •

وهؤلاء الذين يقولون انهم حصروا الجرائم ، ما رأيهم قبل أن يتدخل القانون بالنصوص بعد أن تأذت البشرية فى مثل هذه الأفعال :

فيمن باع أكباد الموتى لاطعام الناس ؟

ومن باع لحوم الكلاب والقطط ؟

ومن ارتكب الفاحشة مع الموتى ؟

ومن احتكر أقوات الناس بغية رفع الأسعار ؟

وما رأيهم فيما لم يجرمه القانون حتى الآن ؟ ما رأيهم فيمن يأتون الفاحشة فيمن تجاوزت الثامنة عشرة برضاها ؟ والزانية التى زنى زوجها فى منزل الزوجية قبلها ؟ والشروع فى الانتحار ، وهو شروع فى قتل النفس التى حرم الله قتلها الا بالحق ؟ والشروع فى الاجهاض ؟ والشروع فى جرائم الجرح والضرب والاتلاف وخيانة الأمانة ، وما رأيهم فى مساومة المرأة على عرضها ؟

كل هذه أمور لا يفلت مقارفوها من العقاب فى حكم الشريعة الاسلامية لكى تعمل على خلق مجتمع نظيف وضعت فيه الأحكام مؤسسة على رعاية مصالح الناس وإقامتها بينهم على دعائم من العدالة والمساواة .

وقد أسلفنا أنه عند استظهار حكم الله لواقعة ما يلاحظ دائما صلة العبد بالخالق وصلة العبد بالمخلوق .

قال ابن تيمية : (الأحكام اما أن يكون مرجعها الى بيان العبادات ووسائل التقرب الى الله تعالى ، من صلاة وحج وصوم وما الى ذلك ، واما أن يكون مرجعها تدبير أمور الدنيا والمعايش من أعمال وعبادات ومعاملات فما كان مرجعه العبادة والتقرب الى الله تعالى فالواجب الوقوف به عند النصوص الواردة فيه ، وعدم التجاوز لحدودها ، فان التقرب اليه سبحانه وتعالى يجب أن يكون على وفق ما طلب وأمر ، لأن ذلك حقه ، ولا يعلم الا من جهته ، وأما ما كان مرجعه الى بيان شئون الناس وتدبير أمورهم الدنيوية فى هذه الحياة ، وتنظيم روابطهم القانونية فكتاب الله صريح فى أن أساسه رعاية مصالح الناس واقامتها على أسس من العدالة الشاملة والمساواة الحكيمة والنظام المستقر مع دفع الضر والحرج عنهم .

وهذا مستفاد من النصوص التى أقامت الدعائم فى الكتاب أو السنة ومن قوله تعالى : « ما جعل عليكم فى الدين من حرج » ، وقوله : « لا يكلف الله نفسا الا وسعها » وقوله : « يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ويضع عنهم اصراهم والأغلال التى كانت عليهم » .

وقول النبى عليه الصلاة والسلام : « كل المسلم على المسلم حرام ، دمه ، وماله ، وعرضه » .

وبذلك وسعت أحكام الشريعة كل حاجات الناس فى كل طور من أطوار الحياة ، وجاءت فى الوقت نفسه رحيمة بالعباد) .

(ب) فى العقوبات :

اولا ــ فى القانون :

تنقسم العقوبات فى التشريع الجنائى الى عقوبات جنايات وعقوبات جنح وعقوبات مخالفات وهو نفس الأساس الذى بنى عليه تقسيم الجرائم الى جنايات وجنح ومخالفات ، وهو التقسيم الرئيسى الذى اعتمده الشارع المصرى فى الباب الثانى من الكتاب الأول تحت عنوان « أنواع الجرائم » . وبالرجوع الى نصوص هذا الباب (المواد ١٠ و ١١ و ١٢ بصفة خاصة) نرى أن العقوبات تتنوع من هذه الوجهة الى :

(١) عقوبات الجنايات ، وتشمل الاعدام والأشغال الشاقة المؤبدة والمؤقتة والسجن .

(٢) عقوبات الجنح ، وتشمل الحبس الذى يزيد أقصى مدته على أسبوع ، والغرامة التى يزيد أقصى مقدارها على جنيه مصرى .

(٣) عقوبات المخالفات ، وتشمل الحبس الذى لا يزيد أقصى مدته على أسبوع ، والغرامة التى لا يزيد أقصى مقدارها على جنيه مصرى . غير أن

تقسيم العقوبات على هـذا النحو ، وان كان يميز بينهـا من حيث درجة جسامتها ـ فانه لا يفصل بينها تماما فى بعض الأحيان من حيث طبيعتها ويبدو هذا بالذات فى مقارنة عقوبات الجنح بعقوبات المخالفات ، فطبيعتها واحدة كما هو واضح .

على أن تخصيص أنواع العقوبات على الوجه المتقدم لفئـات الجرائم الثلاث ليس الا بالقاعدة العـامة ، ذلك أن المشرع نراه يقرر عقوبة الغرامة بصفة ثانوية لبعض الجنايات كما فعل فى جناية الرشوة [1] وجناية اختلاس الأموال الأميرية وغيرهما ، ونراه أحيـانا يستعيض عقوبة الحبس بعقوبة الأشغال الشاقة والسجن تطبيقا للمادة ١٧ ع الخاصة بالظروف المخففة ، أو بالنسبة للأحداث المجرمة تطبيقا للمادة ٦٦ ع ، كما أنه على العكس قـد يستعيض عقوبة الأشغال الشاقة ، وهى عقوبة جناية ، بعقوبة الحبس المقررة للجنح ، وذلك تطبيقا لأحكام العود (م ٥١ ع) أ هـ .

اذا ثبت هذا فقد حق لنا أن نبدأ بما بدأ به المصنف كتاب الحدود وهو باب الزنا .

---

(١) عدلت قوانين العقوبات الجديدة فوصلت عقوبة جريمة الرشوة الى الأشغال الشاقة المؤبدة وكذلك فى الأموال الأميرية اذا اختلسها أو بددها أو أتلفها .

المطيعى

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب حـــد الزنا

الزنا حرام وهو من الكبائر العظام ، والدليل عليه قوله عز وجل : « ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة (١) وساء سبيلا » وقوله تعالى : « والذين لا يدعون مع الله آلها آخر ولا يقتلون النفس التى حرم الله الا بالحق ولا يزنون ، ومـن يفعل ذلك يلق اثاماً » (٢) وروى عبد الله قال : « سألت النبى صلى الله عليـه وسلم أى الذنب أعظم عند الله عز وجل ؟ قال : أن تجعل لله ندا وهو خلقك ، قلت : ان ذلك لعظيم قال : قلت ثم اى ؟ . قال : أن تقتـل ولدك مخافة ان يأكل معك ، قال : قلت ثم اى ؟ قال : أن تزانى حليلة جارك » .

الشرح قوله تعالى : « ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشـة .. الآية » ان الله تعالى حرم الاقتراب من الزنا وهو أدعى الى تحريمه هو ، لأن الاقتراب يشتمل على النظر المراهقة كما يشتمل على تبرج المرأة ، وتعراض مفاتنها للرجال ، واتخاذ الملابس وسيلة لاستلفات الأنظار لما تكشف من سوءات أو يتوارى قريبا من شفافيتها بعض مظـاهر الأنوثة ، فتثير بذلك التلهب العـارم فيتحول المجتمع الى قطيع بهيمى يتلظى بالشبق الجنسى والاغتلام الدنىء ، فيتعطل عن نجاد المكرمات ، لتمرغه فى ردغة الشهوات . ولكل حرف فى الكتاب العزيز معنى ، فاذا قال تبارك وتعالى : « لا تقربوا الزنا » كان المعنى أعم من قوله : لا تزنوا ، لأن النهى عن الفعل ذاته ليس نهيا عن ملابساته أو ما يحيط به ، أما النهى عن الاقتراب منه فانه يعم كل ما ذكرنا من أفعال الرجال وأفعال النساء على السواء .

أما قوله تعـالى : « والذين لا يدعون مع الله الهـا آخر ولا يقتلون النفس .. الآية » للباطنية فى نصـوص الشريعة مذاهب فى التأويل فمن

---

(١) الآية ٣٢ من سورة الاسراء .
(٢) الآية ٦٨ من سورة الفرقان .

مذهبهم الذى تأولوا فيه معنى هذه الآية ما حكاها القرطبى عنهم اذ يقولون : لا يليق بمن أضافهم الرحمن اليه اضافة الاختصاص وذكرهم ووصفهم من صفات المعرفة والتشريف وقوع هذه الأمور القبيحة منهم حتى يمدحوا بنفيها عنهم ، لأنهم أعلى وأشرف ، وانما معناها الا يدعون الهوى آلها ، ولا يذلون أنفسهم بالمعاصى فيكون قتلا لها ، ومعنى (الا بالحق) أى بسكين الصبر وسيف المجاهدة ، فلا ينظرون الى نساء ليست لهم بمحرم لشهوة فيكون سفاحا ، بل بالضرورة فيكون كالنكاح ، قال شيخنا أبو العباس ــ هذا كلام القرطبى ــ وهذا كلام رائق ، غير أنه عند السبر مائق ، وهى نبعة باطنية ، ونزعة باطلية ، وانما صح تشريف عباد الله باختصاص الاضافة بعد أن تحلوا بتلك الصفات الحميدة ، وتخلوا عن نقائض ذلك من الأوصاف الذميمة ، فبدأ فى صدر هذه الآيات بصفات التحلى تشريفا لهم ثم أتبعها بصفات التخلى لها والله أعلم .

قلت : مما يدل على بطلان ما ادعاه هذا القائل من أن تلك الأمور ليست على ظاهرها ما روى مسلم من حديث [1] عبد الله بن مسعود قال :

« قلت يا رسول الله ، أى الذنب أكبر عند الله ؟ قال : أن تدعو لله ندا وهو خلقك . قلت : ثم أى ؟ قال : أن تقتل ولدك مخافة أن يطعم معك . قلت : ثم أى ؟ قال : أن تزانى بحليلة جارك » فأنزل الله تعالى تصديقها : « والذين لا يدعون مع الله الها آخر ولا يقتلون النفس التى حرم الله الا بالحق ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلق أثاما » .

والأثام فى كلام العرب العقاب ، وبه قرأ زيد وقتادة هذه الآية . ومنه قول الشاعر :

جزى الله ابن عروة حيث أمسى عقوقا والعقوق له أثام

أى جزاء وعقوبة . وقال عبد الله بن عمرو وعكرمة ومجاهد : ان أثاما واد فى جهنم جعله الله عقابا للكفرة قال الشاعر :

---

(١) هذا هو حديث الفصل الذى أورده المصنف .

لقيت المهالك فى حربنا وبعد المهالك تلق أثاما

وقال : ــ وكان مقامنا ندعوا عليهم بأبطح ذى المجاز له أثام

ثم قال : وفى صحيح مسلم أيضا عن ابن عباس أن ناسا من أهل الشرك قتلوا فأكثروا ، وزنوا فأكثروا ، فأتوا محمدا صلى الله عليه وسلم فقالوا : ان الذى تقول وتدعو اليه لحسن ، وهو يخبرنا بأن لما عملنا كفارة ، فنزلت : « والذين لا يدعون مع الله الها آخر الى قوله : يلق أثاما » ونزل : « يا عبادى الذين أسرفوا على أنفسهم لا تقنطوا من رحمة الله ــ الآية » اهـ .

قلت : ان الآية دلت على أن أعظم الكبائر قتل النفس بغير حق ثم الزنا ، فليس بعد الكفر أعظم منهما .

والزنا مرض يستحكم فى النفوس ، ويقوى تأثيره فيها ، فيجعل صاحبه يبحث عن الأسباب المؤدية اليه ، وذلك هو طغيان الشهوة الحيوانية فى الانسان حتى تخرج به عن الحد الذى رسمه العليم الحكيم ، وحسبك من قوة هذا الشر ، أنه لا يقع الا بتعاون نفسين على كل منهما ، فالرجل مثلا يداعب المرأة ويخاتلها حتى يستلب منها عفتها ، ويسطو على غيبها الذى أمر الله أن يحفظ ، ويعبث بعصمتها وصيانتها ، ونفس المرأة وما جبلت عليه من شهوة مستحكمة تساعد ذلك الرجل الهائج ، لأنها شريكة فى المطلب الدنىء ، فهما رغبتان قويتا الحيوية يتظاهران على ما بقى من نوازع الحياء والدين ، ويتسلطان على بقايا الخير فى الضمير ، التى تضعف رويدا حتى تتوارى وتستنيم مغلوبة على أمرها مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يزنى الزانى حين يزنى وهو مؤمن » وآثار هذا الجرم القبيح ونتائجه الممقوتة أكثر من أن تحصى ، وأظهر من أن تشرح . وناهيك بجريمة يرتكبها صاحبها وهو جذلان مسرور . بينما يجنى على نفسه باغضاب خالقه ورازقه . وتعرضه لشديد عقابه . وعلى صاحبته بهتك عرضها وتعريضها لاقتراف كبيرة وهى لاهية مسرورة . وتدنيس شرف أسرتها والحاق العار

بأهلها ولم يقترفوا من جرمها شيئا ، ثم الجناية على الجنين الذى قد يولد بينهما فيعرض للقتل (وهو الغالب) أو الضياع • أو النفرة من المجتمع والحقد عليه ، فيكون عنصرا مدمرا مخربا • لشعوره بالعار الملازم له • واحتقار كل من يعرفه ، أو الجناية على بعلها ان كان لها بعل ــ وعلى أولاده باقحام شخص غريب بينهم يشاركهم بلا حق فى رزقهم وشرفهم واسمهم وكل ما يخصهم • ثم يتبع ذلك أحكام لا يعلمها الا الله ، وناهيك بما فى الزنا من مضار صحية • ومضار نفسية • فان المرء اذا استمرأه وأحب التنقل فيه ، فلا يزال يحيك شراكه لايقاع الأبرياء فى وهدته حتى يتفاقم الشر ويتزايد الضرر ، وكلما جاء عامل جديد فتح به باب من الشر جديد •

هذا بعض نتائجه السيئة ، وبعض دواعيه وعوامله القوية ، فهل يستغرب بعد هذا أن يكون الأسلوب فى علاجه هو أن تجمع الأذهان وتسترعى النفوس لما يلقى عليها فى شأنه من الأحكام المفصلة والآيات البينات فى سورة يقول فيها : « أنزلناها [1] وفرضناها » : ان ذكر الأحكام الزاجرة على الوجه التفصيلى ، وتنويع الأساليب المنبهة لما فيه من مزالق للنفوس الغافلة ، ومسالك للشيطان والأهواء ، مدعاة للذكرى ، وان الذكرى تنفع المؤمنين •

لأجل هذا أسقط الله منزلة الزانى عن مرتبة الانسانية فأمر بجلده والحاقه بالعجماوات بل ان العجماوات يجب الشفقة بها والرأفة بحالها ، أما هذا الزانى ، فالله يأمر بألا تأخذنا به رأفة أو بها ، ومنه النفى بعيدا عن المجتمع وعزلهما عنه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **اذا وطىء رجل من أهل الاسلام امرأة محرمة عليه من غير عقد ، وغير ملك ، ولا شبهة ملك ، وهو عاقل بالغ مختار ، عالم بالتحريم ، وجب عليه الحد ، فان كان محصنا وجب عليه الرجم ، لما روى ابن عباس**

---

(١) الآية الأولى من سورة النور .

رضي الله عنه قال : قال عمر : (لقد خشيت ان يطول بالناس زمان حتى يقول قائلهم ما نجد الرجم فى كتاب الله ، فيضلون ، ويتركون فريضة أنزلها الله ، الا ان الرجم اذا احصن الرجل وقامت البينة ، او كان الحمل أو الاعتراف ، وقد قرأتها : ((الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة)) وقد رجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا) ولا يجلد المحصن مع الرجم ، لما روى ابو هريرة وزيد بن خالد الجهنى رضى الله عنهما قالا : ((كنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام اليه رجل فقال : ان ابنى كان عسيفا على هذا ، فزنى بامراتى ، فقال : على ابنك جلد مائة ، وتغريب عام ، واغد يا أنيس على امراة هذا ، فان اعترفت فارجمها)) فغدا عليها فاعترفت فرجمها ، ولو وجب الجلد مع الرجم لأمر به .

فصل والمحصن الذى يرجم هو ان يكون بالغا عاقلا حرا وطىء فى نكاح صحيح ، فان كان صبيا أو مجنونا لم يرجم ، لأنهما ليسا من أهل الحد وان كان مملوكا لم يرجم ، وقال ابو ثور اذا أحصن بالزوجية رجم ، لأنه حد لا يتبعض فاستوى فيه الحر والعبد كالقطع فى السرقة ، وهذا خطأ لقوله عز وجل : ((فاذا احصن فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب)) (١) فأوجب مع الاحصان خمسين جلدة ، وروى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((اذا زنت امة أحدكم فليجلدها الحد)) ولأن الرجم أعلى من جلد مائة فاذا لم يجب على المملوك جلد مائة فلأن لا يجب الرجم أولى ، ويخالف القطع فى السرقة ، فانه ليس فى السرقة حد غير القطع فلو أسقطناه سقط الحد ، وفى ذلك فساد ، وليس كذلك الزنا فان فيه حدا غير الرجم ، فاذا اسقطناه لم يسقط الحد واما من لم يطأ فى النكاح الصحيح فليس بمحصن واذا زنى لم يرجم لما روى مسروق عن عبد الله قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ((لا يحل دم امرىء مسلم يشهد ان لا اله الا الله ، وانى رسول الله ، الا باحدى ثلاث : الثيب الزانى ، والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة)) ولا خلاف أن المراد بالثيب الذى وطىء فى نكاح صحيح ، واختلف أصحابنا : هل يكون من شرطه أن يكون الوطء بعد كماله بالبلوغ ، والعقل ، والحرية أم لا ؟ فمنهم من قال : ليس من شرطه ان يكون الوطء بعد الكمال ، فلو وطىء وهو صغير ، أو مجنون ، أو مملوك ، ثم كمل فزنى رجم ، لأنه وطء أبيح للزوج الاول فثبت به الاحصان كما لو وطىء بعد الكمال ، ولأن النكاح يجوز أن يكون قبل الكمال فكذلك الوطء ، ومنهم من قال : من شرطه ان يكون الوطء بعد الكمال ، فان وطىء فى حال الصغر أو الجنون ، أو الرق ، ثم كمل وزنى لم يرجم ، وهو ظاهر النص ، والدليل عليه ما روى عبادة بن الصامت رضى الله عنه أن النبى صلى

---

(١) الآية ٢٥ من سورة النساء .

الله عليه وسلم قال : « خذوا عنى قد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر جلد مائة ، والرجم » فلو جاز أن يحصن الوطء فى حال النقصان لما علق الرجم بالزنا ، ولأن الاحصان كمال فشرط أن يكون وطؤه فى حال الكمال ، فعلى هذا اذا وطىء فى نكاح صحيح ـ فان كانا حرين بالغين عاقلين ـ صارا محصنين ، فان كانا مملوكين أو صغيرين أو مجنونين لم يصيرا محصنين ، وان كان احدهما حراً بالغاً عاقلا ، والآخر مملوكا أو صغيراً أو مجنوناً ففيه قولان ، أحدهما : أن الكامل منهما غير محصن وهو الصحيح لأنه لما جاز أن يجب بالوطء الواحد الرجم على أحدهما دون الآخر جاز أن يصير أحدهما بالوطء الواحد محصناً دون الآخر . والقول الثانى : أنه لا يصير واحد منهما محصناً ، كوطء الشبهة . ولا يشترط فى احصان الرجم أن يكون مسلماً ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى يهوديين زنيا فأمر برجمهما » .

الشرح حديث ابن عباس عن عمر أخرجه أصحاب الكتب الستة الا النسائى وأخرجه أحمد والدارقطنى أيضا ، ولفظ البخارى وغيره : « قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه : كان فيما أنزل الله آية الرجم فقرأناها وعقلناها ووعيناها ، ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا بعده ، فأخشى ان طال بالناس زمان أن يقول قائل : والله ما نجد الرجم فى كتاب الله تعالى ، فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله تعالى ، والرجم فى كتاب الله حق على من زنى اذا أحصن من الرجال والنساء ، اذا قامت البينة أو كان الحبل أو الاعتراف » وقد أخرج عبد الرازق والطبرانى عن ابن عباس أن عمر قال : « سيجىء أقوام يكذبون بالرجم » وفى رواية للنسائى : « وان ناسا يقولون : ما بال الرجم ؟ فان ما فى كتاب الله الجلد » وهذا من المواطن التى وافق فيها حدس عمر الصواب ، وقد وصفه صلى الله عليه وسلم بارتفاع طبقته فى ذلك الشأن ، كما قال : « ان يكن فى هذه الأمة محدثون فمنهم عمر » وقد أخرج أحمد والطبرانى فى الكبير من حديث أبى أمامة بن سهل عن خالته العجماء أن فيما أنزل الله من القرآن : « الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما ألبتة بما قضيا من اللذة » وأخرجه ابن حبان فى صحيحه من حديث أبى بن كعب بلفظ : كانت سورة توازى سورة البقرة ، وكان فيها آية الرجم : « الشيخ والشيخة » الحديث .

أما حديث أبى هريرة وزيد بن خالد الجهنى رضى الله عنهما فمتفق عليه ورواه أصحاب السنن وأحمد ، ولفظ البخارى : « أنهما قالا : ان رجلا من الأعراب أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله أنشدك الله الا قضيت لى بكتاب الله ، وقال الخصم الآخر وهو أفقه منه : نعم فاقض بيننا بكتاب الله وائذن لى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : قل . قال : ان ابنى كان عسيفا على هذا ، فزنى بامرأته ، وانى أخبرت أن على ابنى الرجم ، فافتديت منه بمائة شاة ووليدة ، فسألت أهل العلم فأخبرونى أن على ابنى جلد مائة وتغريب عام ، وأن على امرأة هـذا الرجم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : والذى نفسى بيده لأقضين بينكما بكتاب الله ، الوليدة والغنم رد ، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام ، واغد يا أنيس ــ لرجل من أسلم ــ الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ، قال : فغـدا عليها فاعترفت فأمر بها رسـول الله صلى الله عليه وسلم فرجمت » رواه الشيخان وأصحاب السنن وأحمد ومالك فى الموطأ وقال : العسيف الأجير . أما حديث أبى هريرة : « اذا زنت أمة أحدكم الخ » فمتفق عليه . أما حديث مسروق عن عبد الله هو ابن مسعود فقد أخرجه الشيخان وأصحاب السنن وقد مضى بطرقه فى أول الجنايات من المجلد السابع عشر . أما حديث عبادة ابن الصامت رضى الله عنه فقد أخرجه مسلم وأبو داود والترمذى وابن ماجه وأحمد والدارقطنى .

أما اللغات فالرجم الرمى بالرجام وهى الحجارة ، وسمع أعرابى يقول : جاءت امرأة تسترجم النبى صلى الله عليه وسلم أى تسأل الرجم ، وترامو بالمراجم وهو القذافات الواحدة مرجمة ، وغيب الميت فى الرجم وهو القبر قال كعب بن زهير :

أنا ابن الذى لم يخزنى فى حياته ولم أخزه حتى تغيب فى المـرجم

وهذه أرجام عاد ، ورجموا القبر رجما ورجموه ترجيما : جمعوا عليه الرجام .

ومن الاستعمالات المجازية جعل الرجم بمعنى القذف والشتم ، ورجم

بالظن ، ورجم به رمى به ، قال الزمخشرى : ثم كثر حتى وضعوا الرجم والترجيم موضع الظن فقالوا : قال ذلك رجما أى ظنا ، وحديث مرجم : مظنون .

قال زهير :

وما الحرب الا ما علمتم وذقتموا وما هو عنها بالحديث المرجم

قال ابن بطال فى شرح غريب المهذب : وكل رجم فى القرآن فمعناه القتل ، وأما الجلد فمأخوذ من جلد الانسان ، وهو الضرب الذى يصل الى جلده . قال الجوهرى : جلده الحد جلدا أى ضربه وأصاب جلده كقولك رأسه وبطنه ، وانما جعلت العقوبة فى الزنا بذلك ولم تجعل بقطع آلة الزنا كما جعلت عقوبة السرقة والمحاربة بقطع آلة السرقة وهى اليد والرجل ، لأنه يؤدى الى قطع النسل ، ولعل قطع السارق يكون عاما فى السارق والسارقة ، وقطع الذكر يختص بالرجل دون المرأة .

أما قوله : (عسيفا) فهو من مادة عسف الطريق أى ضل وخبط على غير هدى قال ذو الرمة :

قد اعسف النازح المجهول معسفه فى ظل أغضف يدعو هامه البوم

وأخذوا فى معاسف البلد ومعاميها ، وأخذه على عسف ، وسلطان عسوف ، وعسف فلانة غصبها ، وهذا كلام فيه تعسف والدمع يعسف الجفون اذا كثر فجرى فى غير مجاريه ، قال الطرماح .

عواسف أوساط الجفون يسقنها بمكتمن من لاعج الحزن واتن

وبات فلان يعسف الليل عسفا اذا خبطه فى ابتغاء طلبته ، ومنه قولهم : كم أعسف عليك ؟ أى كم أسعى عليك عاملا لك مترددا فى أشغالك كعاسف الليل ، وما زلت أعسف ضيعتكم أى أتردد فى أشغالكم وما يصلحكم قال الزمخشرى : ومنه العسيف وأنشد يعقوب :

أطعت النفس فى الشهوات حتى أعادتنى عسيفا عبد عبد

وسوف نعينك بوصفائنا وعسفائنا هكذا أفاده الزمخشرى فى أساس البلاغة •

أما قوله : « يا أنيس » بالتصغير قال ابن الأثير [1] : أنيس بن الضحاك الأسلمى ، وهو الذى أرسله النبى صلى الله عليه وسلم الى المرأة الأسلمية ليرجمها ان اعترفت بالزنا وأخبرنا أبو الفضل عبد الله بن أحمد باسناده الى أبى داود الطيالسى ثم ساق الاسناد الى زيد بن خالد وأبى هريرة وذكر القصة • ثم قال : وذكر هذا الحديث ابن منده وأبو نعيم • وقال ابن عبد البر [2] فى ترجمة أنيس بن مرثد بن أبى مرثد الغنوى وقد صحب هو وأبوه وجده النبى صلى الله عليه وسلم وقتل أبوه يوم الرجيع ومات جده فى خلافة أبى بكر الى أن قال : يقال انه الذى قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : « واغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » ثم جاء ابن عبد البر فى ترجمة أنيس بن الضحاك الأسلمى فقال : روى عنه عمر بن سليم ، ويقال عمرو بن مسلم روى عنه أيضا حديثه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لأبى ذر : « البس الخشن الضيق » يعد فى الشاميين ومخرج حديثه عنهم ، قيل : انه الذى قيل فيه : وأغد يا أنيس ، والله أعلم•

وقال الشوكانى فى النيل [3] ناقلا كلام ابن عبد البر مختصرا هكذا : قال ابن عبد البر هو ابن الضحاك الأسلمى وقيل : ابن مرثد ثم قال ابن السكن فى كتاب الصحابة : لم أدر من هو ولا ذكر الا فى هذا الحديث ، وغلط بعضهم فقال : انه أنس بن مالك وليس الأمر كذلك ، فان أنس بن مالك أنصارى وهذا أسلمى ، كما وقع التصريح بذلك فى حديث الباب أ هـ•

---

(١) أسد الغابة جـ ١ الترجمة ٢٦٨ بتحقيق محمود فايد ومحمد عاشور ومحمد البنا واشراف محمد صبيح •

(٢) الاستيعاب جـ ١ الترجمة ٩٣ و ٩٥ طبعة نهضة مصر بتحقيق على محمد البجاوى •

(٣) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار جـ ٧ المطبعة المنيرية •

حـــد الزنى [1]

حد الزنى على ما يقرره الفقهـاء اما مائة جلدة واما الرجم ، ولنذكر النص على ذلك .

أما الجلد بالجلد فقد وردت فيه آيات خمس :

(أولاها) قوله تعالى : « واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فان شهدوا فأمسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا [2] » .

(والثانية) قوله تعالى عقب الآية السابقة : (واللذان [3] يأتيانها منكم فآذوهما فان تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما ان الله كان توابا رحيما) .

(والثالثة والرابعة) قوله تعالى : ([4] الزانيـة والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة فى دين الله ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ، الزانى لا ينكح الا زانية أو مشركة والزانيـة لا ينكحهـا الا زان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين) .

(والآية الخامسة) قوله تعالى فى حد الاماء : « ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمانكم من فتيـاتكم المؤمنات والله أعلم بايمانكم بعضكم من بعض ، فانكحوهن باذن أهلهن وآتوهن أجورهن بالمعروف محصنات غير مسافحات ولا متخذات أخدان ، فاذا أحصن فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ، ذلك لمن خشى العنت منكم ، وان تصبروا خير لكم والله غفور رحيم [5] » .

---

(١) محمد ابو زهرة الجريمة والعقاب ص ٩٦ الى ١٠٥ .
(٢) الآية ١٥ من سورة النساء .
(٣) الآية ١٦ من سورة النساء .
(٤) الآية ٣٠٢ من سورة النور .
(٥) الآية ٢٥ من سورة النساء .

وقد قال كثير من الفقهاء أن الآيتين الأوليين قد نسختا بقوله تعالى : (الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) وانه يبدو أن النسخ لا يسوغ له لأن شرط النسخ ألا يمكن الجمع والتوفيق ، والحقيقة أنه لا تعارض بين هذه النصوص فالآية الأولى ذكرت نصاب الشهادة على الزانى وبينت ما ينبغى عمله بالنسبة للنساء اللاتى يقعن فى هذه الجريمة بعد عقوبتهن ، وهى الامساك فى البيوت ومنعهن من الخروج حتى يتوفاهن الله أو يجعل الله لهن سبيلا ، وذلك عمل وقائى بالنسبة لمن وقعن فى هذه الخطيئة ، والنص واضح فى ذلك كما هو واضح فى بيان نصاب الشهادة على الزنى •

والآية الثانية تبين وجود عقوبة بدنية بالنسبة لمن يرتكب الفاحشة من الرجال والنساء ، فقد قال تعالى (واللذان يأتيانها منكم فآذوهما) فكان الايذاء مجملا ، ثم بينت مقداره آية سورة النور (الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) فهذه الآية مبينة لمقدار الأذى الذى لم يبين مقداره فى الآيتين السابقتين ، وان هذه الآية مربوطة ربطا علميا بآية (واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم) لأنه لم يتبين نصاب الشهادة فى الزنا وقد بينته الآية الأولى فلا يمكن أن تكون احداهما ناسخة للأخرى •

والآية الخامسة بينت أن عقوبة العبد أو الأمة على النصف من عقوبة الحر ، فلا يجلد العبد أو الأمة مائة جلدة انما يجلدان خمسين وتلك مناهج الاسلام فى عقوبة العبيد بالنسبة لعقوبة الأحرار ، هى على النصف منها دائما ، وقد كان الاسلام فى ذلك رحيما وشريعته محكمة لما ذكرنا مرارا من أن الجريمة مهانة ، وهى ممن ينظر اليها الناس نظرة امتهان قريبة من نفسه التى لم تعط حقها من الاعتبار والتكريم ، ولذلك خفف الله تعالى عليه العقاب ، فالجريمة على هذا تسير معه سيرا طرديا تصغر بصغره وتكبر تكبره ، وكذلك العقوبة تصغر بصغر المجرم وتكبر بكبره ، وان هذه شريعة الديان العادلة الرحيمة ، ووازن بينهما وبين قانون الرومان تجد العكس

واضحا ، فانهم يقررون أن العبد اذا زنى بحرة قتل ، واذا زنى عضو الشيوخ حكم عليه بغرامة ، ولكن شريعة القرآن هى شريعة الديان الرحمن الرحيم.

وهناك فوق الجلد عقوبة اضافية أشار اليها القرآن فى النص القرآنى بالنسبة للنساء ، وهو الامساك فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا ، وهو نص القرآن المحكم ، ولذلك نقرره وان كنا لم نر أحدا من الفقهاء قاله — لا يزال القائل الشيخ محمد أبو زهرة — ولعل الذى أخفى ذلك النص على الكثيرين هو ادعاء نسخه ، واذا قلنا : انه لا نسخ فيجب أن نقرر هذه .

ويمضى أبو زهرة رحمه الله فيقول :

وأما بالنسبة للرجل فقد وردت الآثار بأنه بعد أن يجلد يغرب سنة ، فقد روى أبو هريرة وزيد بن خالد أن رجلا من الأعراب أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله أنشدك الله الا قضيت لى بكتاب الله وقال الخصم الآخر وهو أفقه منه : نعم فاقض بيننا بكتاب الله وائذن لى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :قل . قال : ان ابنى هذا كان عسيفا عند هذا فزنى بامرأته ، وانى أخبرت أن على ابنى الرجم فافتديت منه بمائة شاة ووليدة فسألت أهل العلم فأخبرونى أن على ابنى جلد مائة وتغريب عام وأنه على امرأة هذا الرجم . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : والذى نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله : الوليدة والغنم رد ، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام . واغد يا أنيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ، فأمر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجمت » رواه الجماعة وقد أجمع على الأخذ به الفقهاء والمحدثون كافة وان هذا الحديث يدل على أن مع الجلد تغريب عام ولكن الحنفية لم يأخذوا به ، واعتبروه حديث آحاد لا يزاد به على الكتاب العزيز ولكن يرد عليهم كيف أخذوا بالرجم وهو دليل له ، ويجيبون بأنهم أخذوا حكم الرجم من أحاديث أخرى والجمهور متفقون حاشا الحنفية على عقوبة التغريب . وبالنسبة

للمرأة فان مالكا رضي الله عنه من بين العلمـاء الذين قرروا التغريب ، واستثنى المرأة ، لأن التغريب يؤدى الى زيادة فسادها لا الى علاجها .

وان ذلك الكلام سليم مستقيم ، وبتخريج كلام مالك التخريج الحق نقول : انه يقوم مقام التغريب الامساك فى البيوت ، فانه أصون لهن غير أنه ليس له وقت معلوم ، ويقرب هذا أن من الفقهاء من قال : ان التغريب قد يراد منه الحبس وقد حكى ذلك على وزيد بن على ، والصادق والناصر من أئمة الشيعة [1] رضوان الله تبارك وتعالى عليهم وان التغريب للرجل له معناه ومغزاه ، ذلك أن عقابه كان على مشهد من المؤمنين كما قال تعالى (وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين [2]) فأمره يكون مشـهورا معلوما تشير الأصابع بحرمه كلمـا أتى أو راح فيكون احسـاسه فى ردعه من جريمته ، ويشعر بالمهانة والذلة كلما مر على الناس ، وان الشعور بالمهانة يسهل ارتكاب الجرائم من بعد ، وان النبى صلى الله عليه وسلم كان ينهى أصحابه عن أن يعيروا المجرم الذى ناله العقـاب بجريمته حتى لا يدخل الشيطان على قلبه من هذا الطريق ويسكن فيه ، وقد ورد أن بعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا لرجل أقام عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم حد الشرب : أخزاك الله فقال الرسول الحكيم صلى الله عليه وآله وسلم (لا تعينوا الشيطان عليه) .

لذلك كان التغريب عاما حتى ينسى الناس جريمته وعقوبته ويكون فى جو آمن من التعيير الذى يولد فى النفس الخزى والذلة ، حتى اذا مضى العام ربما طابت له الاقامة وربما عاد بعد أن يكون الناس قد نسوا جريمته فلا يعير بها ، ويعيش فى عزة الفضيلة وكرامة الانسان الطاهر .

هذه هى العقوبة بالنسبة لغير المحصن ، أما عقوبة المحصن فهى الرجم ولنتكلم الآن فى النص الذى ورد بها وقد رأيت فى حديث أبى هريرة وزيد ابن خالد أن المرأة كان جزاؤها الرجم لأنها كانت متزوجة .

---

(١) نيل الأوطار جـ ٧ ص ٢٥٤ .
(٢) من الآية ٣ من سورة النور .

وروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال : ان الله تعالى بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق ، وأنزل عليه الكتاب فكان فيما أنزل عليه آية الرجم فقرأتها وعقلتها ووعيتها ، ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا بعده ، فأخشى ان طال بالناس زمان أن يقول قائل : ما نجد الرجم فى كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله فالرجم حق على من زنى ممن أحصن من الرجال والنساء اذا قامت البينة أو كان الحبل أو الاعتراف ، وقد قرىء بها (الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما ألبتة نكالا من الله والله عزيز حكيم) .

وقد ثبت فى الصحاح أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر برجم ماعز عندما اعترف بالزنى وكرر الاعتراف أربع مرات .

ورجم الغامدية التى اعترفت بالزنى وكانت حاملا فتركها حتى وضعت الحمل وأتمت الرضاع وجاءت بالولد وفى يده كسرة خبز فأمر برجمها من بعد .

وان شرط الرجم الاحصان ، بأن تكون الزانية أو الزانى متزوجا ، ويكون قد دخل بها ، وذلك لتكون العقوبة دافعة الى صيانة الحياة الزوجية فاذا كان الطبع يسهل زنا غير المتزوج فان جريمته تكون أقل من المتزوج ولذلك كانت عقوبة هذا الرجم ، وعقوبة الآخر الجلد ، والعقوبة على قدر الجرم ، تكبر بكبره وتصغر بصغره .

ويثار هنا بحثان :

(أحدهما) أن بعض التابعين كان يتساءل : أنزلت سورة النور التى فيها حد الزنا بلفظ عام قبل أحاديث الرجم التى تعددت طرقها ؟ أم أن أحاديث الرجم ووقائعه كانت قبل سورة النور ، أو كانت قبلها وبعدها ، والتابعى الذى سأل ذلك السؤال هو الشيبانى فقد جاء فى البخارى

ما نصه : « حدثنا اسحاق[1] حدثنا خالد عن الشيبانى[2] سألت عبد الله بن أبى أوفى : هل رجم رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل سورة النور أم بعدها ؟ قال : لا أدرى » ولكن المحدثين يزيلون ذلك الشك ، ويقررون أن أحاديث الرجم كانت بعد سورة النور حتى لا يتوهم أحد أنها نسختها ، ويبنون ذلك على أن عمر رضى الله عنه قرر دوام ذلك الحكم ، وأن سور النور نزلت فى سنة أربع وقيل : خمس أو ست ، ومن الرواة لأحاديث الرجم أبو هريرة وابن عباس وأبو هريرة قد حضر الى المدينة فى العام السابع وابن عباس قد جاء مع أمه الى المدينة سنة تسع وقد يقال : ان هؤلاء رووا عن غيرهم من الصحابة ولم يذكروا من رووا عنهم [1] فيبقى التساؤل : أيهما كان أولا ؟ وقد يجاب عن هذا بأن العام لا ينسخ الخاص على رأى جمهور الفقهاء بل يخصص عمومه على مقتضاه ولو كان متأخرا ، فتكون آية الزنا فى سورة النور خاصة بغير المحصنات والمحصنين ، والحنفية لا يرون ذلك الا اذا كان الحديث مشهورا ، وليس حديث آحاد .

(ثانى الأمرين) أن الحنفية لم يأخذوا بحديث العسيف ، لأن فيه التغريب عاما ، وهم لم يأخذوا بمبدأ التغريب باعتبار أن الحديث حديث آحاد لا يزاد به على القرآن الكريم ، والقرآن الكريم فى سورة النور لم يذكر هذه العقوبة ، ومن الغريب أن هذا الحديث أوثق رواية من غيره من الأحاديث لأن الجماعة روته فهو مجمع عليه فى الصحاح وان كان حديث آحاد ، بينما غيره من الأحاديث لم يكن له مثل هذه الاستفاضة ، وهى ليست أكثر منه شهرة أو استفاضة ، وهى تخصص العام فى قوله تعالى : (الزانية والزانى ...) الى آخره .

وهنا يثار بحث يتعلق بالمحصن والمحصنة أهو الذى تزوج ولو انقطعت الحياة الزوجية بعد ذلك ، أم هو الذى يستمر متزوجا ، يفسر الفقهاء

---

(١) هو اسحاق بن شاهين الواسطى أبو بشر وخالد هو خالد الطحان (ط) .

(٢) يعنى أبا اسحاق سليمان بن أبى سليمان الشيبانى (ط) .

(٣) وهو ما يعرف بمرسل الصحابى .

المحصن الذى يستحق عقوبة الرجم بأنه الذى تزوج ودخل بزوجتـه ولو انتهت الحياة الزوجية ، وذلك لأنه نال نعمة الزواج فيضاعف له العقاب .

والبكر لم ينل هذه النعمة ، وفوق ذلك يشير اليه الحديث (الثيب بالثيب جلد مائة ورجم) وأن هذا الحديث يؤخذ به عند من يقولون : ان الرجم لا يخلو من عقوبة الجلد ، كما فعل على رضى الله عنه فى زانية محصنة فقد جلدها ورجمها وقال : « جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم » .

ولكن عند النظر العميق لا نجد نصا صريحا يقرر أن المرأة المطلقة تعتبر محصنة وكذلك الرجل الذى ماتت زوجته أو طلقها يعتبر محصنا . ولننقل لك عبارات جاء فى تفسير المنار : (ان المحصنة بالزواج هى التى لها زوج يحصنها فاذا فارقها لا تسمى محصنة بالزواج ، كما أنها لا تسمى متزوجة ، كذلك المسافر اذا عاد من سفره لا يسمى مسـافرا ، والمريض اذا برىء لا يسمى مريضا ، وقد قال بعض الذين خصوا المحصنات هنا بالأبكار [1] ولعمرى ان البكارة حصن منيع لا تتصدى صاحبته لهدمه بغير حقه وهى على سلامة فطرتها وحيائها وعدم ممارستها للرجال ، وما حقه الا أن يستبدل به حصن الزوجية ولكن ما بال الثيب التى فقدت كلا الحصنين تعاقب أشد العقوبتين ، اذ حكموا عليها بالرجم ؟ هل تعدون الزواج السابق محصـنا لها ، وما هو الا ازالة لحصن البكارة وتعويد لممارسة الرجال ، فالمعقول الموافق للفطرة هو أن يكون عقاب الثيب التى تأتى الفاحشة عقاب المتزوجة ، وكذا دون عقاب البكر أو مثله فى الأشد [2] .

ونرى من هذا أن هناك حصنين ... حصن البكارة التى تحافظ عليه صاحبته ومع ذلك كانت العقوبة الجلد لغرارتها ولقوة الطبع الدافع عنـد الرجل والمرأة على سواء ، والحصن الثانى حصن الزواج وبه تكاملت النعمة فتضاعف العقاب والتى فقدت الحصنين فزالت بكارتها بزواج ثم انقطـع تبقى لها قوة الطبع الدافعة فتكون محل عذر ، وتكون عقوبتها هى أخف

---

(١) أى فى آية (فاذا احصن) بان المراد الابكار .

(٢) جـ ٤ ص ٢٠ .

العقوبتين ، ولا نص يمنع ذلك ولأن العقوبة المشددة لم يثبت أنها تطبق على مثل هذه الحال لا حد من غير نص .

قال محمد نجيب ابراهيم بن عبد الرحمن بن نجيب المطيعى الشافعى : ان ما قاله السيد رشيد رضا من أن الثيب التى فقدت الحصنين محل عذر مردود عليه ، بأن زوال البكارة ثيوبة فاذا كانت بزواج ولو انقطع بموت الزوج أو بطلاقها فهى ثيب ، وقصر العبارة على (متزوجة وغير متزوجة) تعسف لا مسوغ له ، وضرر الثيب الزانية أشد على المجتمع وقعا وأنكى من البكر ، ذلك لأن الثيب يمكنها اذا حملت مسافحة أو تنسب حملها الى مرملها أو مطلقها لا سيما اذا تقرر فى مذهبنا أن الحمل يجوز أن يمكث أربع سنين وقد حملت أم الامام مالك بالامام رضى الله عنه ثلاث سنين ، والذين يتذرعون بأحكام الأطباء انما يكابرون وقائع محسوسة أخبر بها أئمة صادقون ، نكذب الى جانبهم أو نصدق الأطباء بشرط ألا نكذب هؤلاء الأئمة لأننا نرى كل يوم بل كل لحظة فى العالم أخبارا يحكم الأطباء باستحالتها عادة ومع ذلك لا يستطيعون تكذيبها لرؤيتهم لها ، فى حين لو أن شخصا أخبرهم بحدوثها قبل أن يروها لردوا خبره وكذبوه ، من ذلك أن خبرا جاء فى الصحف منذ أيام أن امرأة حملت خارج الرحم وأخرجوا الجنين بشق البطن وأودعوه الحاضن الصناعى ، والطفلة ذات الخمس سنين التى وجدوها حاملا فى أمريكا ، من أين لها البويضة ومن أين جاءها الحيوان المنوى ، حتى انهم قالوا انها حملت وهى فى بطن أمها من بويضة تفلتت بحيوان منوى من أبويها واستقر فى رحم الجنين المستكن فى رحم الأم ، وهناك الرجل الذى انقلب امرأة بعد أن تزوج وأعقب ذرية وصار أولاده كبارا بالغين ، واختفت مذاكيره وصار له فرج امرأة ونمت أردافه واختفى شعر وجهه ورق صوته ، وزالت عنه جميع مظاهر الذكورة ، وكأنه لم يكن فى يوم من الأيام رجلا ، فاذا جاء الامام الثبت الحجة المتبوع محمد ابن ادريس الشافعى رضى الله عنه وروى أنه رأى امرأة فى اليمن حملت واستمر حملها أربعة أعوام وبنى حكمه على ذلك كان قوله غير مدفوع بحال وقد ارتضى أن يجعل ذلك الأمر المشهود بالعيان أصلا فى عدة الحامل متى ادعت الحمل .

اذا ثبت هذا فان الزانية التى تدعى الحمل من زوج طلقها من ثلاث سنين تستطيع أن تدرأ عن نفسها الحد بهذا الزعم ، فوزرها أعظم وخطرها جسامته أوضح ، فماذا يكون جرم البكر الى جانب جريمة هـذه الثيب وعلى هذا فاذا ثبت عليها حد الزنا وجب رجمها ولا كلام ، حيث لو جلدت وحملت من هذا الزنا استطاعت عزوه الى زوجها السابق سواء كان حيـا أو ميتا ، ومن ثم فلا أسلم بهذا التمجهد المتهاوى الذى ان دل على شىء فانما يدل على عدم وضع اجتهاد الأئمة رضى الله عنهم فى الاعتبار ، وان يتحسس المتمجهد مواقع أقدامه قبل أن يشتط فى مخالفتهم ، فانهم ليسوا معصومين ولكنهم أعلم وأفقه وأذكى وأحوط وأتقى لله وأخشى له من ملء الأرض من مثل رشيد رضا وأبى زهرة والمطيعى . فاللهم انفعنـا بفقه مالك والشافعى وأحمد وأبى حنيفة وغيرهم من أضرابهم واخوانهم واجعلنا من حزبهم فى الدنيا والآخرة .

قال أبو زهرة رحمه الله تعالى : وهنا أمر لابد أن نشير اليه ، وهو أن الخوارج وبعض الشيعة وبعض المعتزلة يقررون أنه لا عقوبة فى الزنا غير الجلد ، ولابد أن نشير الى حججهم ليكون البحث كاملا بين يدى القارىء يتلقاه من كل جوانبه ، وانهم يستدلون بما يأتى :

(أ) ان الرجم أقصى عقوبة الاسلام وهو لابد أن يثبت بدليل قطعى لا شبهة فيه . فكان لابد أن يثبت بالقرآن أو السنة المتواترة ولا نص فى القرآن الكريم عليه : والسنة التى وردت به مهما تتعدد طرقها أخبار آحاد وأخبار الآحاد وان كانت موجبة للعمل ولكن ما يثبت بها لا يمكن أن يثبت بدليل قطعى لا شبهة فيه ، وان بعض الفقهـاء وهم الحنفيـة لم يأخذوا بأشهرها ، والذى ذكر فى جميع الصحاح وهو حديث العسف الذى زنى بامرأة مستأجره ، وقالوا : ان فيه زيادة التغريب الذى لم تذكره آية سورة النور : (الزانية والزانى ... الآية) .

(ب) ان بعض التابعين تساءل : أهذه الأحاديث كانت قبل سـورة النور أم بعدها ؟ فقال الصحابى الذى سئل : لا أدرى ، فكان هـذا ذاته

شبهة فى بقاء حكم الرجم ، فيزيد الاستدلال بهذه الأحاديث وهنا على وهن كونها آحادا لا تؤدى الى أصل قطعى ثابت لا شك فيه .

(جـ) ان قوله تعالى : (فاذا أحصن فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) وهذه الآية قد وردت فى الاماء ، والظاهر الواضح أن الاحصان هنا فى كلمة (أحصن) وفى كلمة (المحصنات) المراد به المتزوجات ، واللائى أحصن بالزواج ، سيرا على معنى الاحصان فى قوله تعالى فى صدر الآيات : (والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم كتاب الله عليكم ، وأحل لكم ما وراء ذلك أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين [1]) .

واذا كانت كلمة الاحصان تفسر بالزواج فمعنى النص يكون هكذا :

فاذا تزوج الاماء فعليهن من العقاب اذا ارتكبن الفاحشة نصف ما يكون على المتزوجات الحرائر من العقاب ، وان ذلك بلا ريب يقتضى أن تكون عقوبة المتزوجات الحرائر الجلد ، حتى يمكن تنصيفها ، اذ الرجم لا يقبل التنصيف ، فهو شىء واحد لا نصف ، انما الذى يقبل التنصيف هو الجلد ، وبذلك تفيد هذه الآية بمقتضى التضمن أو الاشارة البيانية الواضحة أن عقوبة المتزوجات من الحرائر الجلد وليس الرجم .

وقد أجاب جمهور العلماء عن ذلك بأن الاحصان فى قوله تعالى : (فاذا أحصن) المراد به الزواج فى قوله تعالى فى النص نفسه (نصف ما على المحصنات من العذاب) بأن المراد التحصين بالحرية والبكارة ..

ويقول هؤلاء المخالفون ان تفسير كلمة فى سياق واحد وجملة واحدة بمعنيين مختلفين غريب فى اللغة لا يسوغ فهم القرآن به .

هذه أوجه نظر المعارضين وهم قلة لا يقفون أمام الجمهور الكثير الكاثر

---

(١) من الآية ٢٤ من سورة النساء .

بيناها انصافا للحق وتكميلا للاستدلال ، والله سبحانه وتعالى أعلم وهو الهادى الى الصواب وهو العليم بمراده •

وعلى الذين يعيبون عقوبة الرجم فى الفقه الاسلامى أن يعلموا أنها جاءت فى التوراة ، ونصوصها باقية الى الآن فى أيديهم تقرأ ، ولم يكن فى الانجيل ما يعارضها ، وكذلك كانت واجبة عليهم بحكم أن ما فى العهد القديم وهو التوراة حجة على النصارى اذا لم يكن فى العهد الجديد وهو الانجيل ما يخالفها ، وكون النصارى واليهود لا يطبقونها لا يعارض حجتها ووجوب الأخذ بها عندهم •

وقد أشار الى ذلك القرآن الكريم فى قوله تعالى : (وكيف يحكمونك وعندهم التوراة فيها حكم الله ثم يتولون من بعد ذلك وما أولئك بالمؤمنين) •

وقد قال المفسرون فى سبب نزولها : انه قد زنى أحد كبار اليهود الذين كانوا يجاورون النبى صلى الله عليه وسلم بالمدينة فاستغلظوا أن يطبقوا عليه حكم الرجم فى كتابهم ، فجاءوا الى النبى صلى الله عليه وآله وسلم رجاء أن يكون عنده من الأحكام ما يكون أخف عليهم فذكر لهم النبى صلى الله عليه وسلم حكم التوراة •• وواضح أن ذلك كان والمدينة فيها يهود يسالون النبى صلى الله عليه وآله وسلم ويسائلونه ولم يكن أحد منهم بالمدينة بعد العام الرابع فى غزوة بنى النضير •

والنصوص الخاصة بحكم الرجم فى التوراة التى بين أيدينا جاءت فى سفر التثنية فقد جاء فيه ما نصه :

« اذا وجد رجل مضطجعا مع امرأة زوجة بعل يقتل الاثنان : الرجل المضجع مع المرأة ، والمرأة فتنزع الشر من اسرائيل » •

(واذا كانت فتاة عذراء مخطوبة لرجل فوجدها رجل بالمدينة فاضطجع معها ، فأخرجوهما كليهما من المدينة وارجموهما بالحجارة حتى يموتا ،

الفتاة من أجل أنها لم تصرخ فى المدينـــة ، والرجل من أجل أنه أذل امرأة صاحبه فينزع الشر من المدينة) .

ووراء هذا النص نصوص أخرى تتعلق بأحكام الزنا وفيهما القتـــل أحيانا والغرامة أحيـــانا أخرى ، ومهما يكن فان الرجم موجود فى أحكام الديانتين اليهودية والنصرانيـــة ، فليس لأحد من أهل هاتين الديانتين أن يعيب الفقه الاسلامى بوجود هذه العقوبة فيـــه ، وعلى الذين يستغلظونها منهم أن يرجعوا الى ديانتهم أولا ، ليتعرفوها من نصوصها والله أعلم .

مســـألة قال الشافعى رضى الله عنه : اذا أصاب الحر أو أصيبت الحرة بعد البلوغ بنكاح صحيح فقـــد أحصنا ، فمن زنى منهم فحـــده الرجم أ هـ وجملة ذلك أن البكر عبارة عمن ليس بمحصن ، والثيب عبارة عن المحصن ، والاحصان فى اللغة يقـــع على المنع ، قال تعـــالى : « قرى محصنة » والاحصان يقع فى القرآن على أربعة أشياء أحدها : الحرية لقوله تعالى : « اليوم أحل لكم الطيبات ــ الى قوله تعالى ــ والمحصنات [1] من المؤمنات ، والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم » يعنى من الحرائر من الذين أوتوا الكتاب . والثانى الزوجية لقوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم ــ الى قوله تعالى [2] ــ والمحصـــنات من النســـاء الا ما ملكت ايمانكم » وأراه بالمحصنات ها هنا المزوجات من النساء ، وأباح ما ملكت ايماننا اذا كن مزوجات ــ يعنى المسبيات ــ والثالث : الاســـلام لقوله : « فاذا أحصن [3] يعنى فاذا أسلمن . الرابع : العفة عن الزنا لقوله تعالى : « محصنين غير مسافحين » يعنى أعفاء عن الزنا ، وأما المحصن الذى يجب عليه الرجم اذا زنى فهو البالغ العاقل الحر اذا وطىء فى نكاح صحيح ، وهو بالغ عاقل حر صار محصنا ، فاذا زنى بعد ذلك وجب عليه الرجم . واختلف أصـــحابنا فى شرائط الاحصـــان والرجم ، فمنهم من قال : ان

---

(١) الآية ٥ من سورة المائدة .
(٢) الآية ٢٤ من سورة النساء .
(٣) الآية ٢٥ من سورة النساء .

الاحصان له أربع شرائط : البلوغ ، والعقل ، والحرية ، والاصابة بنكاح صحيح ، وللرجم شرطان : الاحصان والزنا ، فعلى هذا اذا وطىء فى نكاح صحيح ـ وهو بالغ عاقل حر ـ صار محصنا ، فاذا زنى بعد ذلك وجب عليه الرجم ، وان وطىء فى نكاح صحيح وهو صغير أو مجنون لم يصر محصنا ، فاذا زنى بعد ذلك لم يجب عليه الرجم ، ومنهم من قال : ليس للاحصان الا شرط واحد وهو الوطء فى نكاح صحيح ، فأما العقل والبلوغ والحرية ، فانها من شرائط وجوب الرجم ، فعلى هذا الرجم له خمس شرائط : احصان ، وهو الوطء فى نكاح صحيح ، والبلوغ ، والعقل ، والحرية ، والزنا ، فان وطىء فى نكاح صحيح وهو صغير أو مجنون أو مملوك صار محصنا ، فاذا بلغ أو أفاق أو عتق ثم زنى وجب عليه الرجم ، لأنه وطىء امرأة فى نكاح صحيح وهو صغير أو مجنون أو مملوك يحصل به الاحلال للزوج الأول ، فوجب أن يحصل به الاحصان ، كما لو وطىء امرأة وهو بالغ عاقل حر ، ولأن عقد النكاح لا يعتبر بعد الكمال ، فكذلك الوطء ، وحكى الشيخ أبو حامد الاسفراينى أن من أصحابنا من قال : الرق مانع من الاحصان ، والصغر ليس بمانع من الاحصان ، فعلى هذا اذا وطىء الصغير بنكاح صحيح صار محصنا ، واذا وطىء المملوك فى نكاح صحيح لم يصر محصنا ، والفرق بينهما أن الصغر ليس بنقص فى النكاح ، ولهذا يجوز أن يتزوج الحر الصغير بأربع ، والرق نقص فى النكاح ، ولهذا لا يجوز أن يتزوج العبد بأكثر من اثنين ، ومنهم من قال : الصغر مانع من الاحصان ، لأن الصغير غير مكلف ، والمملوك مكلف ، والصحيح هو الأول ، وقد نص عليه الشافعى وبه قال مالك وأبو حنيفة وعامة الفقهاء ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « الثيب بالثيب جلد مائة والرجم » فأوجب الرجم على الثيب ، وقد قلنا : أن المراد بالثيب المحصن ، فلو كان الاحصان يحصل بالوطء فى حال الصغر والجنون والرق لأدى الى ايجاب الرجم على الصغير والمجنون والمملوك ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث : كفر بعد ايمان ، أو زنا بعد احصان ، أو قتل نفس بغير نفس » فأثبت القتل بالزنا ، بعد الاحصان ، وقد ثبت أن الصغير والمجنون والمملوك لا يقتلون بالزنا ، فدل على أن عدم الصغر

والجنون والرق شرط فى الاحصان ، هذا اذا كان الزوجان ناقصين ، سواء اتفق نقصهما أو اختلف ، فأما اذا كان أحدهما كاملا والآخر ناقصا ــ بأن كان أحدهما بالغا عاقلا حرا والآخر صغيرا أو مجنونا أو مملوكا فهل يصير الكامل منهما محصنا فيه قولان ، أحدهما : لا يصير محصنا ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وأحمد وأصحابه ، لأن ابن قدامة فى المغنى جعله الشرط السابع ، وهو أن يكون الكمال فيهما جميعا ، وبنحو هذا قول عطاء والحسن وابن سيرين والنخعى وقتادة والثورى واسحاق قالوه فى الرقيق. والثانى : يصير الكامل منهما محصنا وهو الصحيح : لأنه حر مكلف وطىء فى نكاح صحيح فكان محصنا كما لو كانا كاملين . هذا ترتيب القاضى أبى الطيب والشيخ أبى اسحاق الشيرازى هنا وفى التنبيه . وقال الشيخ أبو حامد الاسفراييني : اذا كان الزوج حرا بالغا عاقلا والزوجة أمة ــ فان الزوجة تصير محصنا قولا واحدا ، وكذلك اذا كان الزوج عبدا والزوجة حرة بالغة عاقلة فانها تصير محصنة قولا واحدا ، فأما اذا كان أحدهما حرا بالغا والآخر صغيرا أو مجنونا فهل يصير الحر بالبالغ العاقل محصنا ؟ على قولين :

فــــرع الاسلام ليس بشرط للاحصان فى الزنا ، فاذا زنى ذمى وتوفرت فيه شروط احصان المسلم وجب عليه الرجم ، وقال مالك وأبو حنيفة : الاسلام شرط فى الاحصان فى الزنا ، فلا يجب الرجم على الذمى اذا زنى ، وقال ابن قدامة فى المغنى : والا يشترط الاسلام فى الاحصان ، وبهذا قال الزهرى والشافعى ، فعلى هذا يكون الذميان محصنين ، فان تزوج المسلم ذمية فوطئها صارا محصنين ، وعن أحمد رواية أخرى أن الذمية لا تحصن المسلم . وقال عطاء والنخعى والشعبى ومجاهد والثورى : هو شرط فى الاحصان ، فلا يكون الكافر محصنا ، ولا تحصن الذمية مسلما ، لأن ابن عمر روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من أشرك بالله فليس بمحصن » ولأنه احصان من شرطه الحرية ، فكان الاسلام شرطا فيه كاحصان القذف ، وقال مالك كقولهم الا أن الذمية تحصن المسلم بناء على أصله فى أنه لا يعتبر الكمال فى الزوجين ، وينبغى أن يكون ذلك قولا للشافعى ا هـ كلام ابن قدامة .

دليلنا ما روى مالك عن نافع عن ابن عمر أنه قال : « انما رجم النبى صلى الله عليه وسلم اليهوديين بحكم التوراة بدليل أنه راجعهما فلما تبين له أن ذلك حكم الله عليهم أقامه فيهم . وفيها أنزل الله تعالى : « انا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون الذين أسلموا للذين هادوا [1] » ولأنه لا يسوغ للنبى صلى الله عليه وسلم الحكم بغير شريعته ولو ساغ ذلك لساغ لغيره ، وانما راجع التوراة لتعريفهم أن حكم التوراة موافق لما حكم به عليهم ، ولأنهم تاركون لشريعتهم مخالفون لحكمهم . ثم هذا حجة لنا فان حكم الله فى وجوب الرجم ان كان ثابتا فى حقهم يجب أن يحكم به عليهم ، فقد ثبت وجوب الاحصان فيهم ، فانه لا معنى له سوى وجوب الرجم على من زنى منهم بعد وجود شروط الاحصان منه ، وان منعوا ثبوت الحكم فى حقهم فلم حكم به النبى صلى الله عليه وسلم ؟ ولا يصح القياس على احصان القذف ، لأن من شرطه العفة وليست شرطا ها هنا ا هـ .

فرع المسلم المحصن اذا ارتد لم يبطل احصانه ، وقال أبو حنيفة : يبطل احصانه ، دليلنا أنه محصن فلا يبطل احصانه بالردة ، بل اذا أسلم ثم زنى لزمه حكم المحصن كاحصان القذف .

فرع اذا وطىء امرأته فى دبرها أو وطىء أمته لم يصر محصنا ، فان وطىء امرأة بشبهة أو فى نكاح فاسد فهل يصير محصنا ؟ فيه قولان ، حكاهما المسعودى ، أحدهما لا يصير محصنا لأنه وطء فى غير ملك صحيح والثانى : يصير محصنا ، لأن حكمه حكم الوطء فى النكاح الصحيح فى العدة والنسب وكذلك فى الاحصان .

فرع قال ابن قدامة فى المغنى : « ولا يجب الحد بالوطء فى نكاح مختلف فيه كنكاح المتعة والشغار والتحليل (العقد على المطلقة ثلاثا لتحل لمطلقها) والنكاح بلا ولى ولا شهود ، ونكاح الأخت فى عدة أختها من طلاق بائن ، ونكاح الخامسة فى عدة الرابعة البائن ونكاح المجوسية ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، لأن الاختلاف فى اباحة الوطء فيه شبهة والحدود تدرأ بالشبهات . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن الحدود تدرأ بالشبهات » ا هـ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان كان غير محصن نظرت ـ فان كان حرا جلد مائة وغرب سنة ، لقوله عز وجل : ((الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة(١) جلدة)) وروى عبادة بن الصامت رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ((خذوا عنى خذوا عنى ، قد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم)) وان كان مملوكا جلد خمسين ـ عبدا كان أو أمة ـ لقوله عز وجل : (((٢) فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب)) فجعل ما على الامة نصف ما على الحرة ، لنقصانها بالرق ، والدليل عليه أنها لو اعتقت كمل حدها ، والعبد كالأمة فى الرق ، فوجب عليه نصف ما على الحر . وهل يغرب العبد بعد الجلد ؟ فيه قولان أحدهما انه لا يغرب ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((اذا زنت أمة أحدكم فليجدها الحد)) ولم يذكر النفى ، ولأن القصد بالتغريب تعذيبه بالاخراج عن الأهل ، والمملوك لا اهل له ، والقول الثانى : انه يغرب وهو الصحيح ، لقوله عز وجل : ((فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب)) ولأنه حد يتبعض فوجب على العبد كالجلد ، فاذا قلنا انه يغرب ففى قدره قولان ، أحدهما : انه يغرب سنة ، لأنها مدة مقدرة بالشرع فاستوى فيها الحر والعبد كعدة العنين ، والثانى : انه يغرب نصف سنة للآية ، ولأنه حد يتبعض فكان العبد فيه على النصف من الحر كالجلد .

فصل وان زنى وهو بكر فلم يحد حتى أحصن وزنى ، ففيه وجهان أحدهما : انه يرجم ويدخل فيه الجلد والتغريب ، لأنهما حدان يجبان بالزنا فتداخلا ، كما لو وجب حدان وهو بكر ، والثانى : انه لا يدخل فيه لأنهما حدان مختلفان ، فلم يدخل أحدهما فى الآخر كحد السرقة والشرب ، فعلى هذا يجلد ثم يرجم ولا يغرب ، لأن التغريب يحصل بالرجم .

فصل والوطء الذى يجب به الحد ان يغيب الحشفة فى الفرج ، فان أحكام الوطء تتعلق بذلك ، ولا تتعلق بما دونه ، وما يجب بالوطء فى الفرج من الحد يجب بالوطء فى الدبر ، لأنه فرج مقصود فتعلق الحد بالايلاج فيه كالقبل ، ولأنه اذا وجب بالوطء فى القبل ـ وهو مما يستباح ـ فلأن يجب بالوطء فى الدبر وهو مما لا يستباح أولى .

---

(١) الآية ٢ من سورة النور .
(٢) الآية ٢٥ من سورة النساء .

الشرح الآيتان الكريمتان من كلام ربنا تعالى مضى بالكلام عليهما ، أما حديث ابن عمر رضى الله عنهما فمتفق عليه ومضى الكلام عن معناه فى الفصل قبله وأما حديث عبادة بن الصامت رضى الله عنه فكذلك مضى تخريجه عن مسلم وأصحاب السنن الا النسائى ورواه أحمد وغيرهم .

اما الأحكام فان البكر ــ وهو من ليس بمحصن رجلا كان أو امرأة وان كانت قد ذهبت عذرتها ــ فاذا زنى أحدهما وكان حرا ، كان حده مائة جلدة لقوله تعالى : « الزانية [1] والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » ويغربان سنة ، وبه قال أبو بكر الصديق وعمر وعثمان وعلى رضى الله عنهم ، واليه ذهب من الأئمة أحمد والثورى وابن أبى ليلى . وقال أبو حنيفة وحماد : لا يجب التغريب على الرجل ولا على المرأة ، وانما هو على سبيل التعزير ان رأى الامام فعله ، والا لم يجب ، وقال مالك : يجب التغريب على الرجل دون المرأة . دليلنا حديث عبادة بن الصامت مرفوعا : « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب سنة ــ الحديث » ولم يفرق بين الرجل والمرأة ولحديث أبى هريرة وزيد بن خالد الجهنى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال للرجل الذى سأله : « على ابنك جلد مائة وتغريب عام » ولفظ (على) للايجاب ، ولأن ما كان حدا للرجل كان حدا للمرأة كالجلد والرجم .

فــرع وأما العبد والأمة اذا زنيا فيجب على كل واحد منهما خمسون جلدة سواء تزوجا أو لم يتزوجا ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد رحمهم الله تعالى ، وقال ابن عباس رضى الله عنهما : وان تزوجا يعنى وطئا فى نكاح صحيح فحد كل واحد منهما اذا زنى خمسون جلدة ، وبه قال طاوس وأبو عبيد القاسم [2] بن سلام وقال داود : اذا تزوجت الأمة

---

(١) الآية ٢ من سورة النور .

(٢) كان أبوه عبدا رومیا لرجل من أهل هراة ، واشتغل أبو عبيد بالحديث والأدب والفقه وكان ذا دين وسيرة جميلة ، وكان فاضلا فى دينه وعلمه وبانيا متفننا فى أصناف علوم الاسلام من القراءات والفقه والعربية والأخبار ، حسن الرواية صحيح النقل ، لا أعلم أحدا من الناس طعن عليه فى شىء من أمر دينه ، ولى القضاء بمدينة طرسوس ثمانى عشرة سنة ، ويقال أنه أول من =

ثم زنت وجب عليها خمسون جلدة ، وأما العبد اذا زنى فيجب عليه مائة جلدة ، دليلنا قوله تعالى : « فاذا أحصن فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب [1] » وهن المسلمات ، وأراد به من الجلد ، لأن الرجم لا يتنصف ، واذا ثبت هذا فى الأمة قسنا العبد عليها ، لأن جدها انما نقص لنقصها بالرق ، وهذا موجود فى العبد فساواها فى الحد .

فـــرع فان زنى وهو بكر فلم يحد حتى أحصن ثم زنى ففيه وجهان أحدهما : يرجم ، ويدخل فيه الجلد والتغريب لأنهما حدان مختلفان فلم يتداخلا كحد السرقة والشرب ، فعلى هذا يجلد ثم يرجم ، ولا يغرب لأن التغريب يحصل بالرجم .

مســـألة والوطء الذى يجب به الحد هو أن تغيب الحشفة فى الفرج ، لأن أحكام الوطء تتعلق بذلك ، ولا تتعلق بما دونه فان وجدت امرأة أجنبية مع رجل فى طاق واحد ولم يعلم منهما غير ذلك ، لا يجب عليهما الحد ، وقال اسحق بن راهوية : يجب عليهما الحد لما روى عن عمر وعلى رضى الله عنهما أنهما قالا : « يجلد كل واحد منهما مائة جلدة » دليلنا ما روى ابن مسعود أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم وقال : يا رسول الله انى وجدت امرأة فى البستان فأصبت منها كل شىء غير أنى لم أنكحها — وروى — ثلاثا منها حراما ما ينال الرجل من امرأته الا الجماع ، فقال

= صنف فى غريب الحديث . وقال الهلال بن العلاء الرقى : من الله على هذه الأمة بأربعة فى زمانهم بالشافعى تفقه فى حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وبأحمد بن حنبل ثبت فى المحنة ولولا ذلك لكفر الناس ، وبيحيى بن معين نفى الكذب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وبأبى عبيد القاسم بن سلام فسر غريب الحديث ، ولولا ذلك لاقتحم الناس الخطأ . وقال اسحق بن راهويه : أبو عبيد أوسعنا علما ، وأكثرنا أدبا وأجمعنا جمعا ، أنا نحتاج الى أبى عبيد ولا يحتاج الينا ، وقال ثعلب : لو كان أبو عبيد فى بنى اسرائيل فكان عجبا ، توفى بمكة وقيل بالمدينة سنة اثنتين أو ثلاثة وعشرين ومائتين ، وقال البخارى سنة أربع وعشرين ومائتين أ هـ ملخصا من ابن خلكان .

(1) الآية ٢٥ من سورة النساء .

النبى صلى الله عليه وسلم : « أقم الصلاة طرفى النهار وزلفا من الليل ، ان الحسنات يذهبن السيئات »[1] ـ الآية » .

وروى أنه قال له : « استغفر الله وتوض » ولم يقم عليه الحد ، وما روى عن عمر وعلى ، فقد روى عن عمر خلاف ذلك فى قصة المغيرة بن شعبة ، فان زياد قال : رأيت استا ينبو ، ونفسا تعلو ، ورجليها فى عنقه كأنهما أذنا حمار ، ولم أعلم ما وراء ذلك ، فلم يقم الحد على المغيرة ويعزران على ذلك لأنه معصية ، وليس فيه حد ولا كفارة ، فوجب فيه التعزير .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يجب على الصبى والمجنون حد الزنا لقوله صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » ولانه اذا سقط عنه التكليف فى العبادات والمآثم فى المعاصى ، فلأن يسقط الحد ومبناه على الدرء والاسقاط أولى ، وفى السكران قولان ، وقد بيناهما فى الطلاق .

فصل ولا يجب على المرأة اذا أكرهت على التمكين من الزنا لقوله صلى الله عليه وسلم : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولأنها مسلوبة الاختيار ، فلم يجب عليها الحد كالنائمة . وهل يجب على الرجل اذا أكره على الزنا ؟ فيه وجهان أحدهما وهو المذهب : انه لا يجب عليه ، لما ذكرناه فى المرأة . والثانى : انه يجب لأن الوطء لا يكون الا بالانتشار الحادث عن الشهوة والاختيار .

فصل ولا يجب على من لا يعلم تحريم الزنا ، لما روى سعيد بن المسيب قال : « ذكر الزنا بالشام ، فقال رجل : زنيت البارحة ، فقالوا : ما تقول ؟ قال : ما علمت أن الله عز وجل حرمه ، فكتب ـ يعنى عمر ـ أن كان يعلم أن الله حرمه فحدوه ، وان لم يكن قد علم فأعلموه ، فان عاد فارجموه » وروى ان جارية سوداء رفعت الى عمر رضى الله عنه ، وقيل : انها زنت فخفقها بالدرة خفقات وقال : اى لكاع زنيت ؟ فقالت : من غوش بدرهمين ، تخبر بصاحبها الذى زنى بها ، ومهرها الذى اعطاها ، فقال عمر رضى الله

---

(١) الآية ١١٤ من سورة هود .

عنه : ما ترون ؟ وعنده على وعثمان وعبد الرحمن بن عوف ، فقال على رضى الله عنه : أرى أن ترجمها ، وقال عبد الرحمن : أرى مثل ما رأى أخوك ، فقال لعثمان : ما تقول ؟ قال : أراها تستهل بالذى صنعت ، لا ترى به بأسا وانما حد الله على من علم أمر الله عز وجل ، فقال : صدقت)) فان زنى رجل بامرأة وادعى أنه لم يعلم بتحريمه ـ فان كان قد نشأ فيما بين المسلمين ـ لم يقبل قوله ، لأنا نعلم كذبه ، وان كان قريب العهد بالاسلام أو نشأ فى بادية بعيدة من المسلمين أو كان مجنونا فافاق ، وزنى قبل أن يعلم الأحكام قبل قوله ، لانه يحتمل ما يدعيه ، فلم يجب الحد . وان وطىء المرتهن الجارية المرهونة باذن الراهن وادعى أنه جهل تحريمه ففيه وجهان أحدهما : انه لا يقبل دعواه الا ان يكون قريب العهد بالاسلام ، أو نشأ فى موضع بعيد من المسلمين ، كما لا يقبل دعوى الجهل ، اذا وطئها من غير اذن الراهن . والثانى : انه يقبل قوله لأن معرفة ذلك تحتاج الى فقه .

الشرح حديثا « رفع القلم » و « رفع عن أمتى الخطأ » :

أما الأول (رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ) فقد جاء بألفاظ منها ما رواه أحمد فى مسنده وأبو داود والنسائى وابن ماجه والحاكم عن عائشة رضى الله عنها مرفوعا « رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ وعن المبتلى حتى يبرأ وعن الصبى حتى يكبر » وفى رواية لأحمد وأبى داود والحاكم عن على وعمر بلفظ « رفع القلم عن ثلاثة عن المجنون المغلوب على عقله حتى يبرأ وعن النائم حتى يستيقظ وعن الصبى حتى يحتلم » .

أما الثانى « رفع عن أمتى الخطأ الخ » قال فى اللآلىء المصنوعة فى الأحاديث الموضوعة : لا يوجد بهذا اللفظ ، وأقرب ما وجد ما رواه ابن عدى فى الكامل عن أبى بكرة رضى الله عنه بلفظ « رفع الله عن هذه الأمة ثلاثا الخطأ والنسيان والأمر يكرهون عليه » وقال : وعده ابن عدى من منكرات جعفر بن جسر ، وأخرج ابن ماجه عن ابن عباس يرفعه قال : « ان الله وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ورواه ابن حبان عنه يرفعه وكذا الحاكم وقال : صحيح على شرط الشيخين انتهى ، وقال فى المقاصد : وقع بهذا اللفظ فى كتب كثير من الفقهاء والأصوليين حتى انه وقع فى ثلاثة أماكن فى الشرح الكبير المسمى بالعزيز للامام الرافعى ،

وقال غير واحد من مخرجيه وغيرهم لم أظفر به ولكن قال محمد بن نصر المروزى فى باب طلاق المكره يروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « رفع الله عن هذه الأمة الخطأ والنسيان وما أكرهوا عليه » وروى أبو نعيم فى تاريخ أصبهان وابن عدى فى الكامل بسند فيه جعفر بن جسر وهو ضعيف وأبوه جسر ضعيف عن أبى بكرة مرفوعا بلفظ « رفع الله عن هذه الأمة ثلاثة الخطأ والنسيان والأمر يكرهون عليه » لكن له شاهد جيد من رواية أبى القاسم الفضل بن جعفر التميمى المعروف بأخى عاصم فى فوائده عن ابن عباس رضى الله عنهما بلفظ « رفع الله » والباقى بلفظ الترجمة ، ورواه ابن ماجة وابن أبى عاصم والضياء فى المختارة عن محمد بن المصفى لكن بلفظ (وضع) بدل (رفع) ورجاله ثقات وصححه ابن حبان ، وأخرجه الطبرانى والدارقطنى والحاكم بلفظ (تجاوز) بدل (وضع) ثم قال السخاوى فى المقاصد الحسنة « وله طرق عن ابن عباس بل للوليد فيه اسنادان آخران عن ابن عمرو عن عتبة بن عامر ، قال ابن أبى حاتم فى العلل : سألت أبى عنها فقال : هذه أحاديث منكرة كأنها موضوعة ، وقال فى موضع آخر : لم يسمعه الأوزاعى من عطاء ولا يصح هذا الحديث ولا يثبت اسناده ، وقال عبد الله بن أحمد فى القتل سألت أبى عنه فأنكره جدا ، وقال : ليس يروى الا عن الحسن عن النبى صلى الله عليه وسلم ، ونقل الخلال عن أحمد قال : من زعم أن الخطأ والنسيان مرفوع فقد خالف كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وآله وسلم فان الله أوجب فى قتل النفس الخطأ الدية والكفارة يعنى من زعم ارتفاعهما على العموم فى خطاب الوضع والتكليف قال محمد بن نصر عقب ايراده ليس له اسناد يحتج بمثله ، ورواه العقيلى فى الضعفاء وكذا البيهقى وقال : ليس بمحفوظ عن مالك ، ورواه الخطيب عن مالك وقال : انه منكر عنه ، والحديث يروى عن ثوبان وأبى الدرداء وأبى ذر ، ومجموع هذه الطرق تظهر أن للحديث أصلا لا سيما وأصل الباب حديث أبى هريرة فى الصحيح عن زرارة بن أوفى يرفعه « ان الله تجاوز لأمتى ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تكلم به » ورواه ابن ماجه بلفظ (عما توسوس به صدرها) بدل (ما حدثت به أنفسها) وزاد فى آخره (وما استكرهوا عليه) ويقال : ان هذه الجملة

مدرجة فى آخره وصححه ابن حبان والحاكم وغيرهما ، وقال النووى فى الروضة وأربعين : انه حسن ، وتكلم عليه الحافظ ابن حجر فى تخريج المختصر وبسط الكلام عليه السخاوى فى تخريج الأربعين قلت ولكن ابن أبى عدى فيما يرويه عن أبيه وأحمد بن حنبل وغيرهما جرحا رواية الفصل باللفظ الذى وردت به وتفرق بينها وبين الروايات الأخرى التى فى الصحيح للفرق فى الألفاظ والمعانى لمن تأمل والله أعلم •

وأما خبر سعيد بن المسيب فقد أخرجه الجويرى فى فوائده عن سفيان ابن عيينة عن عمرو بن دينار أنه سمع سعد بن المسيب يقول : ذكر الزنا بالشام فقال رجل : قد زنيت البارحة ، فقالوا : ما تقول ؟ فقال أو حرمه الله ، ما علمت أن الله حرمه ، فكتب الى عمر فقال : ان كان علم أن الله حرمه فحدوه ، وان لم يكن علم فعلموه فان عاد فحدوه ، ثم قال الحافظ ابن حجر فى تلخيص الحبير : وهكذا أخرجه عبد الرزاق ، وأخرج البيهقى شاهدا له عن بكر بن عبد الله عن عمر أنه كتب اليه فى رجل قيل له : متى عهدك بالنساء ؟ فقال : البارحة قيل بمن ؟ قال : بأم مثواى ، يعنى ربة منزلى ، فقيل له قد هلكت ، قال : ما علمت أن الله حرم الزنا ، فكتب عمر أن يستحلف ثم يخلى سبيله •

اما اللغات فقوله : (خفقها بالدرة) الخفق هو الضرب بشىء عريض كالدرة ، وقال ابن بطال : والمخفقة الدرة التى يخفق بها وهى آلة عريضة فيها جلود مخفوقة • (والمكاع) هو مؤنث اللكع وهو اللئيم والعبد والأحمق ، ومن لا يتجه لمنطق ولا غيره ، ويقال فى النداء ، يا لكع وللاثنين : يا ذوى لكع وللأنثى لكعة ، وهذا ينصرف فى المعرفة ، لأنه ليس كذلك المعدول الذى يقال للمؤنث منه : لكاع ، للمرأة اللئيمة ، ولكوع ولكيع : اللئيم ، وبنو اللكيعة • قوله : (من غوش) لم نجد لهذه الكلمة معنى فى المعاجم ولا فى غريب الحديث وان قال ابن بطال فى غريب المهذب : اسم طائر أطلق على صاحبها •

اما الأحكام فانه لا يجب حد الزنا على الصبى ولا المجنون لقوله

صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » لأنهما اذا سقط عنهما التكليف فى العبادات والمآثم فى المعاصى فلأن لا يجب عليهما حد الزنا — ومبناه على الاسقاط — أولى ، وأما المملوك فلا يجب عليه الرجم سواء كان بكرا أو ثيبا وقال أبو ثور : يجب عليه الرجم اذا زنى بعد أن صار ثيبا ، لقوله صلى الله عليه وسلم « والثيب بالثيب جلد مائة والرجم » ولم يفرق ، ولأنه حد لا يتبعض فاستوى فيه الحر والعبد كالقطع فى السرقة • وهذا خطأ لقوله تعالى : « فاذا [1] أحصن فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب » فجعل على الأمة مع احصانها نصف ما على المحصنة من العذاب ، والرجم لا يتنصف ، ومعنى قوله تعالى : « أحصن » بفتح الهمزة أى أسلمن ، وعلى قراءتها بضم الهمزة أى تزوجن ، وروى أبو هريرة وزيد بن خالد الجهنى أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن الأمة اذا زنت ولم تحصن فقال صلى الله عليه وسلم : « اذا زنت أمة أحدكم فليجلدها ، فاذا زنت فليجلدها ، فاذا زنت فليبعها ولو بضفيرة » قال ابن شهاب الزهرى : لا أدرى فليبعها قاله فى الثالثة أو فى الرابعة ، والضفير الحبل الخلق من الشعر ، ولأن الحد بنى على التفضيل ، فاذا لم يتبعض سقط فيه المملوك كالشهادة والميراث • ومعنى قولنا : بنى على التفضيل أى أن حد المملوك على النصف من حد الحر ، لأن الحر أفضل ، وحد الثيب أغلظ من حد البكر ، لأن الثيب أفضل ، ونساء النبى صلى الله عليه وسلم يضاعف عليهن العذاب لو أتين بفاحشة ، لأنهن أفضل ، وفيه احتراز من القطع فى السرقة لأنه لم يبن على المفاضلة ، بل يستوى فيه الجميع ، وقولنا : فاذا لم يتبعض ، احتراز من الجلد ومن عدد الزوجات والطلاق فى حق المملوك ، فان ذلك يتبعض •

فـــرع اذا وجدت امرأة حاملا — ولا زوج لها — سئلت ؛ فان اعترفت بالزنا وجب عليها الحد ، وان أنكرت الزنا لم يجب عليها الحد ، وقال مالك رحمه الله : يجب عليها الحد ، وقد روى عن عمر رضى

---

(١) الآية ٢٥ من سورة النساء .

الله عنه قوله : « الرجم واجب على كل من زنى من الرجال والنساء اذا كان محصنا اذا ثبت بشهادة أو اعتراف أو حبل » دليلنا أنه يحتمل أن يكون من وطء شبهة أو اكراه ، والحد يدرأ بالشبهة ، وما روى عن عمر رضى الله عنه فقد روى عنه خلافه ، وذلك أنه روى أنه أتى بامرأة حامل فسألها فقالت : لم أفسر ركبنى رجل ؟ فقال عمر رضى عنه : دعوها .

مسألة اذا أكره رجل امرأة على الزنا وجب عليه الحد دونها لما ذكرناه عن عمر رضى الله عنه فى التى قبلها حيث قال فى المرأة : دعوها ، ويجب عليه لها المهر . وقال أبو حنيفة : لا يجب . دليلنا أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن مهر البغى » والبغى الزانية ، وهذه ليست بزانية ، ولا هى ملكه ، فوجب لها المهر كما لو وطئها بشبهة . وان أكره رجل على الزنا فزنى ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو اسحاق والمسعودى ، أحدهما : يجب عليه الحد ، لأن الوطء لا يتأتى الا بالشهوة ولا يوجد ذلك الا من المختار . والثانى : لا يجب عليه الحد ، ولم يذكر ابن الصباغ غيره ، لأنه مكره على الزنا فلم يجب عليه الحد كالمرأة وقال أبو حنيفة : ان أكرهه السلطان أو الحاكم لم يجب عليه الحد ، وان أكرهه غيرهما وجب عليه الحد استحسانا . دليلنا أنه مكره على الوطء فلم يجب عليه الحد كما لو أكرهه السلطان .

مسألة ولا يجب حد الزنا على من زنى وهو لا يعلم تحريم الزنا ، لما روى أن رجلا قال : زنيت البارحة ، فسئل فقال : ما علمت أن الله حرمه فكتب ذلك الى أمير المؤمنين عمر رضى الله عنه فكتب : « ان كان علم أن الله حرمه فحدوه ، وان لم يعلم فأعلموه ، فان عاد فارجموه » وكذلك روى عن عثمان رضى الله عنه . فان زنى رجل وادعى أنه لم يعلم تحريمه أو نشأ فى بادية بعيدة من المسلمين قبل قوله ، لأن الظاهر أنه لا يعلم ، فان وطىء المرتهن الجارية المرهونة باذن الراهن وادعى أنه لم يعلم تحريمه ففيه وجهان ، أحدهما : لا تقبل دعواه الا أن يكون قريب العهد بالاسلام ، أو ناشئا فى بادية ، كما لو وطىء عتين المرهونة ، أو وطىء المرهونة بغير اذن الراهن وادعى الجهل بتحريم الزنا . والثانى : يقبل قوله ، لأن معرفة ذلك تحتاج الى فقه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان وجد امرأة فى فراشه فظنها امته او زوجته فوطئها لم يلزمه الحد ، لأنه يحتمل ما يدعيه من الشبهة .

فصـــل وان كان احد الشريكين فى الوطء صغيرا والآخر بالغا او احدهما مستيقظا والآخر نائما او احدهما عاقلا والآخر مجنونا او احدهما عالما بالتحريم والآخر جاهلا ؛ او احدهما مختارا والآخر مستكرها ، او احدهما مسلما والآخر مستأمنا ، وجب الحد على من هو من اهل الحد ، ولم يجب على الآخر ، لأن احدهما انفرد بما يوجب الحد ، وانفرد الآخر بما يسقط الحد ، فوجب الحد على احدهما ، وسقط عن الآخر . وان كان احدهما محصنا والآخر غير محصن ، وجب على المحصن الرجم ، وعلى غير المحصن الجلد والتغريب لأن احدهما انفرد بسبب الرجم ، والآخر انفرد بسبب الجلد والتغريب ، وان اقر احدهما بالزنا وانكر الآخر وجب على المقر الحد لما روى سهل بن سعد الساعدى : ((أن رجلا اقر انه زنى بامرأة فبعث النبى صلى الله عليه وسلم اليها فجحدت ، فحد الرجل)) وروى أبو هريرة رضى الله عنه وزيد بن خالد الجهنى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((على ابنك جلد مائة وتغريب عام ، واغد يا انيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها)) فأوجب الحد على الرجل ، وعلق الرجم على اعتراف المرأة .

فصـــل وان استأجر امرأة ليزنى بها فزنى بها ، او تزوج ذات رحم محرم فوطئها وهو يعتقد تحريمها ، وجب عليه الحد ، لأنه لا تأثير للعقد فى اباحة وطئها ، فكان وجوده كعدمه ، وان ملك ذات رحم محرم ووطئها ففيه قولان ، احدهما : انه يجب عليه الحد ، لأن ملكه لا يبيح وطاها بحال فلم يسقط الحد . والثانى : انه لا يجب عليه الحد ، وهو الصحيح ، لأنه وطء فى ملك فلم يجب به الحد ، كوطء امته الحائض ؛ ولأنه لا يختلف المذهب انه يثبت به النسب ، وتصير الجارية ام ولد له ، فلم يجب به الحد ، فان وطىء جارية مشتركة بينه وبين غيره لم يجب عليه الحد ، وقال ابو ثور : ان علم بتحريمها وجب عليه الحد ، لأن ملك البعض لا يبيح الوطء ، فلم يسقط الحد ، كملك ذات رحم محرم . وهذا خطأ ، لأنه اجتمع فى الوطء ما يوجب الحد وما يسقط ، فغلب الاسقاط ، لأن مبنى الحد على الدرء والاسقاط . وان وطىء جارية ابنه لم يجب عليه الحد ، لأن له فيها شبهة ، ويلحقه نسب ولدها ، فلم يلزمه الحد بوطئها .

الشرح حديث سهل بن سعد الساعدى أخرجه أبو داود

وأحمد • وحديث أبى هريرة وزيد بن خالد الجهنى مضى تخريجه فى غير موضوع •

أما الأحكام فاذا وجد رجل امرأة على فراشه فظنها زوجته أو أمته فوطئها لم يجب عليه الحد • وقال أبو حنيفة : يجب عليه الحد الا ان زفت اليه امرأة ليلة الزفاف فقيل له : زففنا اليك امرأتك فوطئها : فلا يجب عليه الحد • دليلنا أنه وطىء امرأة معتقدا أنها زوجته فلم يجب عليه الحد كما لو زفت اليه امرأة ، وقيل له : هذه امرأتك فوطئها •

فـــرع وان زنى بالغ بصغيرة أو عاقل بمجنونة ، أو مستيقظ بنائمة ، أو مختار بمكرهة ، أو عالم بالتحريم بجاهلة بالتحريم وجب الحد على الرجل دون المرأة ، وبه قال أبو حنيفة ، لأنه من أهل وجوب الحد عليه ، فوجب عليه الحد كما لو كانت مساوية له • وان زنى حربى مستأمن بمسلمة وجب الحد على المرأة دون الرجل ، لأنها من أهل وجوب الحد ، وان زنى مجنون بعاقلة مكنته من نفسها أو زنى صغير بكبيرة أو جاهل بالتحريم بعالم أو استدخلت ذكر نائم فى فرجها ، وجب الحد على المرأة دون الرجل • وقال أبو حنيفة : الاعتبار بالرجل فاذا سقط الحد عن أحد الواطئين لمعنى يخصه سقط عن الآخر ، كما لو زنى المستأمن بمسلمة • وان كان أحد الزانيين ثيبا والآخر بكرا وجب على الثيب الرجم وعلى البكر الجلد والتغريب لأن كل واحد منهما انفرد بسبب ذلك •

مسألة اذا استأجر امرأة ليزنى بها فزنى بها أو تزوج ذات رحم كأمه أو أخته وامرأة ابنه أو أبيه أو امرأة طلقها ثلاثا ولم تتزوج زوجا غيره ، أو امرأة معتدة فى عدتها ، أو تزوج خامسة فوطئها مع العلم بتحريمها وجب عليه الحد ، وبه قال الحسن وجابر بن زيد ومالك وأحمد وأصحابه وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وأبو أيوب وابن أبى خيثمة واسحاق بن راهويه • وقال أبو حنيفة والثورى : لا حد عليه ، لأنه وطء تمكنت الشبهة منه فلم يوجب الحد كما لو اشترى أخته من الرضاع ثم وطئها ، وبيان الشبهة أنه قد وجدت صورة المبيح وهو عقد النكاح الذى هو سبب للاباحة

فاذا لم يثبت حكمه وهو الاباحة بقيت صورته شبهة دارئة للحد الذى يندرىء بالشبهات .

دليلنا ما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من أتى ذات رحم محرم فاقتلوه » ولحديث البراء بن عازب رضى الله عنه قال : « لقيت خالى ومعه الراية فقلت : أين تريد ؟ قال : بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم الى رجل تزوج امرأة أبيه من بعده أن أضرب عنقه وآخذ ماله » أخرجه أصحاب السنن ولم يذكر ابن ماجه ولا الترمذى أخذ المال . والحديث له طرق كثيرة منها ما رجاله رجال الصحيح ولأنه وطء فى غير ملك محرم بدواعيه غير مختلف فيه ، فاذا تعمده وجب الحد كالزنا ، فقولنا : فى غير ملك احتراز من وطء أحد الشريكين للجارية المشتركة بينهما ، ومنه اذا وطىء أخته التى ملكها ، وقولنا : محرم بدواعيه احتراز من واطىء زوجته الحائض ، وقولنا : غير مختلف فيه احتراز من الأنكحة الفاسدة . وان ملك أمه أو أخته فوطئها ، فهل يجب عليه الحد ؟ فيه قولان ، حكاهما الخراسانيون وجهين ، أحدهما : لا يجب عليه الحد ، لأنه وطء فى ملكه فلم يجب عليه الحد ، ولو كان محرما كما لو وطىء امرأته الحائض . والثانى : يجب عليه الحد ، لأن ملكه لها لا يبيح له وطئها بحال ، فوجب عليه الحد لوطء الأجنبية .

فرع وان وطىء امرأة بنكاح فاسد بولى غير رشيد أو نكاح متعة ، أو اذا نكح المرأة بغير ولى ، فوطئها لم يجب عليه الحد ، وقال الصيمرى : ان كان شافعيا يعتقد أن النكاح بلا ولى لا يصح وجب عليه بوطء المرأة فى النكاح بلا ولى ، ومن أصحابنا الخراسانيين من قال : اذا وطئها فى النكاح بلا ولى وجب عليه الحد بكل حال ، لأن الأخبار فى بطلانه ظاهرة ، والأول أصح ، لأنه نكاح مختلف فى صحته ، فلم يجب به الحد ، كما لو نكح امرأة من ولى فاسق ووطئها .

فرع اذا أباح له غيره وطء جاريته فوطئها وجب عليه الحد اذا كان عالما بتحريم ذلك . وقال أبو حنيفة : ان أباحت له زوجته جاريتها

فوطئها لم يجب عليه الحد . دليلنا أنه وطء محرم مجمع على تحريمه فوجب عليه الحد كما لو كانت لغير زوجته . وان زنى بجارية له عليها قصاص وجب عليه الحد . وقال أبو حنيفة : لا يجب . دليلنا أنه زنى بجارية لا يملكها وليس له فيها شبهة ملك ، فوجب عليه الحد كما لو كانت مرهونة عنده ، وان زنى بجارية مشتركة بينه وبين غيره لم يجب عليه الحد سواء علم بتحريمه أو لم يعلم ، وقال أبو ثور : يجب عليه الحد . دليلنا أنه اجتمع فى الوطء ما يوجب الحد والاسقاط ، فغلب الاسقاط ، لأن الحدود تدرأ بالشبهة ، وملكه لبعضها فيه اسقاط فسقط .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **واللواط محرم لقوله عز وجل : « ولوطا اذ قال لقومه أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من أحد من العالمين » فسماه فاحشة . وقد قال عز وجل : « ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن » ولأن الله عز وجل عذب بها قوم لوط بما لم يعذب به أحدا ، فدل على تحريمه ومن فعل ذلك وهو ممن يجب عليه حد الزنا وجب عليه الحد ، وفى حده قولان أحدهما وهو المشهور من مذهبه ، انه يجب فيه ما يجب فى الزنا ، فان كان غير محصن وجب عليه الجلد والتغريب ، وان كان محصنا وجب عليه الرجم ، لما روى أبو موسى الأشعرى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان ، واذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان » ولأنه حد يجب بالوطء فاختلف فيه البكر والثيب كحد الزنا . والقول الثانى : انه يجب قتل الفاعل والمفعول به ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به » ولأن تحريمه اغلظ ، فكان حده اغلظ ، وكيف يقتل ؟ فيه وجهان أحدهما انه يقتل بالسيف لأنه أطلق القتل فى الخبر فانصرف اطلاقه الى القتل بالسيف ، والثانى انه يرجم لأنه قتل يجب بالوطء فكان بالرجم كقتل الزنا .**

الشرح قوله تعالى : « ولوطا اذ قال لقومه أتأتون الفاحشة [1] ـ الآية » الفاحشة هى اتيان الذكور ، نعتها الله تعالى باسم الفاحشة ليبين أنها زنا ، كما قال تعالى : « ولا تقربوا [2] الزنا انه كان فاحشة » .

---

(١) الآية ٨٠ من سورة الأعراف .

(٢) الآية ٣٢ من سورة الاسراء .

أما قوله تعالى : « ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن [1] » فقد جاءت فى سياق قوله تعالى : « قل تعالوا أتل ما حرم ربكم عليكم » الآية وقد جاء نظيره فى النهى عن الظاهر والباطن من المأثم فى قوله تعالى : « وذروا ظاهر الاثم وباطنه » فالنهى عما ظهر وما بطن نهى عن جميع أنواع الفواحش ، وهى المعاصى وما عقد عليه القلب من المخالفة ، وظهر وبطن حالتان تستوفيان أقسام ما جعلت له من الأشياء .

أما حديث أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه فقد أخرجه البيهقى وفى اسناده محمد بن عبد الرحمن قال البيهقى : لا أعرفه والحديث منكر بهذا الاسناد . ورواه أبو الفتح الأزدى فى الضعفاء والطبرانى فى الكبير من وجه آخر عن أبى موسى وفيه بشر بن المفضل البجلى وهو مجهول ، وقد أخرج الحديث أيضا أبو داود الطيالسى فى مسنده عنه . وقد أخرج أصحاب السنن عن عكرمة عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به » وعن سعيد بن جبير ومجاهد عن ابن عباس : « فى البكر يوجد على اللوطية يرجم » رواه أبو داود ، وقد أخرجه أيضا الحاكم والبيهقى وقال الحافظ ابن حجر : رجاله موثقون الا أن فيه اختلافا . قال الترمذى : وانما يعرف هذا الحديث عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم من هذا الوجه ، وروى محمد بن اسحق هذا الحديث عن عمرو بن أبى عمرو فقال : « ملعون من عمل عمل قوم لوط » ولم يذكر القتل هكذا حكاه الشوكانى عنه . ثم قال : وقال يحيى بن معين : عمرو بن أبى عمرو مولى المطلب ثقة ينكر عليه حديث عكرمة عن ابن عباس وساق الحديث ثم قال : ويجاب عن ذلك بأنه قد احتج به الشيخان ، وروى عنه مالك فى الموطأ ، وقد استنكر النسائى هذا الحديث .

اما اللغات فان لوطا اشتق اسمه من الفعل لاط الحوض بالطين لوطا طينه قال الليث : لوط كان نبيا بعثه الله الى قومه فكذبوه ، وأحدثوا

---

(١) الآية ١٥١ من سورة الأنعام .

ما أحدثوا فاشتق النـاس من اسمه فعـلا لمن فعل فعل قومه . قال فى اللسان : ولوط اسم ينصرف مع العجمة والتعريف وكذلك نوح ، قاله الجوهرى : وانما ألزموهما الصرف لأن الاسم على ثلاثة أحرف أوسـطه ساكن وهو على غاية الخفة ، فقاومت خفته أحد السببين ، وكذلك القياس فى هنـد ودعد الا أنهم لم يلزموا الصرف فى المؤنث ، وخيروك فيـه بين الصرف وتركه .

أما الأحكام فان اللواط (وهو اتيان الذكور فى أدبارهم) محرم ، وهو من الكبائر لقوله تعالى : « اذ قال لقومه : أتأتون الفاحشة » فسماه فاحشة ، والله يقول : « قل انما حرم ربى الفواحش ما ظهر منها وما بطن » ولأن الله قال : « أتأتون الذكران من العالمين ، وتذرون ما خلق لكم ربكم من أزواجكم ، بل أنتم قوم عادون » فوبخهم على ذلك ربنا تبارك وتعالى ، وسماهم عادين ، ولأن الله تعالى عاقب على هذا الفعل فى الدنيا بما لم يعاقب على ذنب ، قال تعالى : « فلما جاء أمرنا جعلنا عاليها سافلها » الآية ، وروى حذيفة رضى الله عنه أن جبريل احتمل أرضهم فرفعها حتى سمع أهل سماء الدنيا صوت كلابهم ، وأوقد تحتهم نارا وقلبهم عليها . وروى معـاوية ابن قرة رضى الله عنـه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لجبريل عليـه السلام : « ما أحسن ما أثنى عليك ربك : (ذى [1] قوة عنـد ذى العرش مكين ، مطاع ثم أمين) فما قوتك ؟ وما أمانتك ؟ قال جبريل عليه السلام : أما أمانتى فما أمرت بأمر قط عدوت به الى غيره ، وأما قوتى فهـو أنى قلعت مدائن قوم لوط من الأرض السفلى فكانت أربع مدائن فى كل مدينة أربعمائة ألف مقاتل سوى الذرارى ، فهويت بها فى الهوى حتى سمع أهل سماء الدنيا صياح الدجاج ونباح الكلاب ثم ألقيتها » ولم أقف على درجة هذا الخبر وانما ساقه صاحب البيان وغيره ولم يورده القرطبى على احتفاله بمثل هذا الخبر . وروى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لعن الله من يعمـل عمل قوم لوط ـ ثلاثا ـ ثم قال : من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به » رواه أبو داود

---

(١) الآية ٢٠ من سورة التكوير .

والترمذي وابن ماجه وأحمد والدارقطني • وأخرج البيهقي عن أبي بكر رضي الله عنه « أنه جمع النـاس في حق رجل ينكح كما تنكح النسـاء ، فسأل أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك ، فكان من أشدهم يومئذ قولا علي بن أبي طالب كرم الله وجهه قال : هذا ذنب لم تعص به أمة من الأمم الا أمة واحدة صنع الله بها ما قد علمتم ، نرى أن تحرقه بالنار ، فاجتمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن يحرقه بالنار ، فكتب أبو بكر الى خالد بن الوليد فأمره أن يحرقه بالنار » وفي اسناده ارسال الا أنه روى من وجه آخر عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي في قصة الذي يؤتى كالنساء قال : يرجم ويحرق • وأخرج البيهقي عن ابن عباس أنه سئل عن حد اللوطي فقال : ينظر أعلى بناء في القرية فيرمى به منكسا ثم يتبع الحجارة ، وقد أخذ ابن الزبير في امارته بتحريق من هذا شأنه ، وقد روى عن أبي بكر رضي الله عنه أنه يرمى على اللوطي حائط • وهذا اجماع الصحابة على قتله ، وانما الاختلاف بينهم في طريقة القتل وما يقتل به • هذا قوله والقول الثاني : أنه كالزنا بالفرج فيجلد ويغرب ان كان بكرا ، ويرجم ان كان ثيبا ، وهو المشهور من المذهب ، وبه قال الحسن البصري وعطاء والنخعي وقتادة والأوزاعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن لقوله صلى الله عليه وسلم : « اذا زنى الرجل بالرجل فهما زانيان » فسماهما النبي صلى الله عليه وسلم زانيين ، وقد تقرر حد الزاني في البكر والثيب ، ولأنه فرج يجب في الايلاج فيه الحد ، ففرق فيه بين البكر والثيب كفرج المرأة ، وما روى عن الصحابة رضي الله عنهم محمولا على أنهم فعلوا ذلك بالثيب ، هذا مذهبنا ، وقال أبو حنيفة : لا يجب فيه الحد وانما فيه التعزير وقال ابن قدامة في المغني في شرح عبارة الخرقي التي قال فيها : « ومن تلوط فقتل بكرا كان أو ثيبـا في احدى الروايتين ــ يعني عن أحمـد ــ والأخرى حكمه حكم الزاني » قال : ووجه الرواية الأولى قول النبي صلى الله عليه وسلم : « من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به » رواه أبو داود وفي لفظ : « فارجموا الأعلى والأسفل » ولأنه اجماع الصحابة رضي الله عنهم ، فانهم أجمعوا على قتله ، وانما اختلفوا في صفته » واحتج أحمد رضي الله عنه بقول علي عليه السلام ، وأنه كان يرى رجمه ،

ولأن الله تعالى عذب قوم لوط بالرجم فينبغى أن يعاقب من فعل فعلهم بمثل عقوبتهم ، وقول من أسقط الحد عنه يخالف النص والاجماع ، وقياس الفرج على غيره لا يصح لما بينهما من الفرق .

وقال الشيخ أبو حامد الاسفرايني : ولا يوافق أبا حنيفة على القول بالتعزير أحد ، فأما المسعودي فقال : خرج هذا قولا ثالثا من اتيان البهيمة ، وليس بمشهور ، وما ذكرنا للقولين دليل على أبى حنيفة ، فاذا قلنا : انه كالزنا فى الفرج فلا كلام ، واذا قلنا : انه يقتل بكل حال قال الشيخ أبو اسحق هنا فى المهذب : فكيف يقتل ؟ فيه وجهان ، وحكاهما المسعودى قولين أحدهما : أنه يقتل بالسيف ، لأن اطلاق القتل ينصرف الى القتل بالسيف كما قلنا فى قتل الردة . والثاني : يقتل بالرجم ، لأنه قتل يجب بالزنا فكان بالقتل كرجم الثيب اذا زنى فى الفرج .

فرع واذا وطىء امرأته فى دبرها ــ فاختلف أصحابنا فيه ــ فقال الشيخ أبو حامد وبعض أصحابنا الخراسانيين : لا يجب عليه الحد قولا واحدا ، لأنها محل شهوته ، ولأنه مختلف فى اباحته ــ فان مالكا يبيحه فى الزوجة ــ وقال بعض أصحابنا الخراسانيين : هو كما لو وطىء أخته فى ملكه هل يجب عليه الحد ؟ على القولين ، وان لاط الرجل بعبده ــ فاختلف الخراسانيون فيه ــ فمنهم من قال : هو كما لو لاط بعبد غيره ، لأنه لا يستباح بحال ، ومنهم من قال : هو كما لو وطىء أخته فى ملكه على القولين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ومن حرمت مباشرته فى الفرج بحكم الزنا واللواط حرمت مباشرته فيما دون الفرج بشهوة ، والدليل عليه قوله عز وجل : « والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم او ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين » ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يخلون أحدكم بامرأة ليست له بمحرم فان ثالثهما الشيطان » فاذا حرمت الخلوة بها فلأن تحرم المباشرة أولى ، لأنها ادعى الى الحرام ، فان فعل ذلك لم يجب عليه الحد لما روى

ابن مسعود رضى الله عنه « أن رجلا جاء الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : انى اخذت امرأة فى البستان واصبت منها كل شىء غير انى لم انكحها فاعمل بى ما شئت ، فقرا عليه (اقم الصلاة طرفى النهار ، وزلفا من الليل ، ان الحسنات يذهبن السيئات) ويعزر عليه ، لأنه معصية ليس فيها حد ولا كفارة فشرع فيها التعزير .

فصل ويحرم اتيان المراة المراة لما روى أبو موسى الأشعرى ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا أتت المراة المراة فهما زانيتان » ويجب فيه التعزير دون الحد ، لأنها مباشرة من غير ايلاج فوجب بها التعزير دون الحد كمباشرة الرجل المراة فيما دون الفرج .

الشرح قوله تعالى « والذين هم لفروجهم حافظون » احدى آيات عشر فى مطلع سورة المؤمنون ، أخرج الترمذى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : كان النبى صلى الله عليه وسلم اذا نزل عليه الوحى يسمع عند وجهه كدوى النحل ، وأنزل عليه يوما فمكثنا عنده ساعة فسرى عنه فاستقبل القبلة فرفع يديه وقال : « اللهم زدنا ولا تنقصنا ، وارضنا وارض عنا — ثم قال أنزل على عشر آيات من أقامهن دخل الجنة — ثم قرأ — قد أفلح المؤمنون الذين هم فى صلاتهم خاشعون ، والذين هم عن اللغو معرضون والذين هم للزكاة فاعلون ، والذين هم لفروجهم حافظون — الى قوله تعالى — الذين يرثون الفردوس هم فيها خالدون » قال ابن العربى : هذا الحديث فى أحكام القرآن — ثم قال ابن العربى : من غريب القرآن أن هذه الآيات العشر عامة فى الرجال والنساء كسائر ألفاظ القرآن التى هى محتملة لهم ، فانها عامة فيهم الا قوله « والذين هم لفروجهم حافظون » فانما خاطب بها الرجال خاصة دون الزوجات ، بدليل قوله تعالى : « الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم » وانما غرف حفظ المرأة فرجها من أوله أخر كآيات الاحصان عموما وخصوصا وغير ذلك من الأدلة . قال القرطبى : وعلى هذا التأويل فى الآية فلا يحل لامرأة أن يطأها من تملكه اجماعا من العلماء ، لأنها غير داخلة فى الآية ، ولكنها لو أعتقته بعد ملكها له جاز له أن يتزوجها كما يجوز لغيره عند الجمهور . وروى عن عبيد الله بن عبد الله ابن عتبة والشعبى والنخعى أنها لو أعتقته حين ملكته كانا على نكاحهما . قال أبو عمر — يعنى ابن عبد البر — ولا يقول هذا أحد من فقهاء الأمصار ،

لأن تملكها عندهم يبطل النكاح بينهما ، وليس ذلك بطلاق ، وانما هو فسخ للنكاح ، وأنها لو أعتقته بعد ملكها له لم يراجعها الا بنكاح جديد ، ولو كانت فى عدة منه .

أما حديث : « لا يخلون رجل بامرأة ليست له بمحرم ، فان ثالثهما الشيطان » أورده المنذرى فى الترغيب والترهيب فى كتاب النكاح ثم ساق حديث ابن عباس عند البخارى ومسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا يخلون أحدكم بامرأة الا مع ذى محرم » .

وذكر فى أحاديث الحمام عن ابن عباس عند الطبرانى وفيه : « ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يخلون بامرأة ليس بينها وبينه محرم » وأخرج الطبرانى عن أبى أمامة رضى الله عنه قال : « اياك والخلوة بالنساء ، والذى نفسى بيده ما خلا رجل بامرأة الا ودخل الشيطان بينهما ، ولأن يزحم رجل خنزيرا متلطخا بطين أو حمأة خير له من أن يزحم منكبه منكب امرأة لا تحل له » قال المنذرى : حديث غريب .

اما الاحكام فان من حرمت مباشرته بالوطء فى الفرج بحكم الزنا واللواط حرمت مباشرته فيما دون الفرج بشهوة لقوله تعالى : « والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين » وهذا ليس بواحد منهم ، وقولنا : بحكم الزنا احتراز من امرأته الحائض والمحرمة والصائمة فان باشر من تحرم عليه مباشرته فيما دون الفرج بشهوة لم يجب عليه الحد لحديث الرجل الذى أصاب من امرأة كل شىء الا الجماع وأخبر النبى صلى الله عليه وسلم بذلك لم يقم عليه الحد .

ويجب عليه التعزير لأنه معصية لا حد فيها ولا كفارة .

فـــرع ويحرم اتيان المرأة المرأة لقوله صلى الله عليه وسلم : « اذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان » وقد مضى تخريجه ، فان ساحقت المرأة المرأة لم يجب عليهما الحد ، وقال مالك : يجب على كل واحدة منهما الحد وهو مائة جلدة . دليلنا أنها مباشرة لا ايلاج فيها فلم يجب فيها الحد كما

لو باشر الرجل المرأة فيما دون الفرج ، ويعزران لأنها معصية لا حد فيها ولا كفارة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ويحرم اتيان البهيمة لقوله عز وجل : ((والذين هم لفروجهم حافظون ، الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين)) (١) فان اتى البهيمة وهو ممن يجب عليه حد الزنا ، ففيه ثلاثة أقوال أحدها : انه يجب عليه القتل لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((من اتى بهيمة فاقتلوه ، واقتلوها معه)) وروى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((من وقع على بهيمة فاقتلوه واقتلوها معه)) وكيف يقتل ؟ على الوجهين فى اللواط . والقول الثانى : انه كالزنا فان كان غير محصن جلد وغرب ، وان كان محصنا رجم ، لانه حد يجب بالوطء ، فاختلف فيه البكر والثيب كحد الزنا . والقول الثالث : انه يجب فيه التعزير ، لأن الحد يجب للردع عما يشتهى ، وتميل اليه النفس ، ولهذا وجب فى شرب الخمر ولم يجب فى شرب البول ، وفرج البهيمة لايشتهى فلم يجب فيه الحد . واما البهيمة فقد اختلف أصحابنا فيها ، فمنهم من قال : يجب قتلها ، لحديث ابن عباس وأبى هريرة ، ولأنها ربما أتت بولد مشوه الخلق ، ولأنها اذا بقيت كثر تعيير الفاعل بها ، ومنهم من قال : لا يجب قتلها لأن البهيمة لا تذبح لغير ماكلة ، وحديث ابن عباس يرويه عمرو ابن أبى عمرو وهو ضعيف، وحديث أبى هريرة يرويه على بن مسهر، وقال أحمد رحمه الله : ان كان روى هذا الحديث غير على والا فليس بشىء ، ومنهم من قال : ان كانت البهيمة مما تؤكل ذبحت ، وان كانت مما لا تؤكل لم تذبح ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن ذبح الحيوان لغير ماكلة ، فان قلنا : انه يجب قتلها وهى مما يؤكل ففى اكلها وجهان احدهما : انه يحرم لأن ما أمر بقتله لم يؤكل كالسبع ، والثانى أنه يحل أكلها لانه حيوان مأكول ، ذبحه من هو من اهل الذكاة ، وان كانت البهيمة لغيره وجب عليه ضمانها ، ان كانت مما لا تؤكل ، وضمان ما نقص بالذبح اذا قلنا انها تؤكل لانه هو السبب فى اتلافها وذبحها .

فصل وان وطىء امرأة ميتة وهو من اهل الحد ففيه وجهان ، أحدهما : انه يجب عليه الحد ، لأنه ايلاج فى فرج محرم ولا شبهة له فيه فاشبه اذا كانت حية ، والثانى : انه لا يجب لأنه لا يقصد فلا يجب فيه الحد.

---

(١) الآية ٥ من سورة المؤمنون .

فصـــل ويحرم الاستمناء لقوله عز وجل : « والذين هم لفروجهم حافظون ، الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين » ولأنهـا مباشرة تفضى الى قطع النسل فحرم كاللواط ، فان فعل عزر ، ولم يحد لأنها مباشرة محرمة من غير ايلاج فأشبهت مباشرة الأجنبية فيما دون الفرج . وبالله التوفيق .

الشرح مضى الكلام آنفـا فى تفسـير قوله : « والذين هم لفروجهم حافظون » وكلام القاضى أبى بكر بن العربى والامام القرطبى .

أما حديثا ابن عباس وأبى هريرة فان الأول رواه أبو داود والترمذى وأحمد من حديث عمرو بن أبى عمرو عن عكرمة عن ابن عبـاس بلفظ : « من وقع على بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة » قال الترمذى : لا نعرفه الا من حديث عمرو بن أبى عمرو ، وروى أبو داود والترمذى من حديث عاصم عن أبى رزين عن ابن عباس أنه قال : « من أتى بهيمة فلا حد عليه » وقد روى ابن ماجه من حديث ابراهيم بن اسماعيل عن داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من وقع على ذات محرم فاقتلوه ، ومن وقع على بهيمـة فاقتلوه واقتلوا البهيمة » وابراهيم بن اسماعيل قال فيه البخارى : منكر الحديث ، وقال فيه أحمد : ثقة ، وأخرجه أبو يعلى من حديث عبد الغفار بن عبد الله بن الزبير عن على ابن مسهر عن محمد بن عمرو عن أبى سلمة بن عبد الرحمن عن أبى هريرة رضى الله عنه مرفوعا وساقه ، وذكر ابن عدى عن أبى يعلى أنه قال : بلغنا أن عبد الغفار رجع عنه ، وذكر ابن عدى أنهم كانوا لقنوه . قال الشوكانى : وأخرج هذا الحديث البيهقى بلفظ : « ملعون من وقع على بهيمة وقال : اقتلوه واقتلوها ، لا يقال هذه التى فعل بها كذا وكذا » ومال البيهقى الى تصحيحه ، ورواه أيضـا عن طريق عباد بن منصـور عن عكرمة ، ورواه عبد الرازق عن ابراهيم بن محمد عن داود بن الحصين عن عكرمة ، وابراهيم ضعيف ، وان كان الشافعى يقوى أمره .

اذا ثبت هذا فقد تبين لنـا أن هـذا الحديث لم ينفرد به عمرو عن عكرمة كما قال الترمذى وانما رواه عن عكرمة جماعة ، وقد قال البيهقى :

رويناه عن عكرمة من أوجه ، مع أن تفرد عمرو بن أبى عمرو لا يقدح فى الحديث ، فقد احتج به الشيخان ، ووثقه يحيى بن معين ، وقال البخارى : عمرو صدوق ، ولكنه روى عن عكرمة مناكير وقال الذهبى فى الميزان : عمرو بن أبى عمرو مولى المطلب : صدوق • حديثه مخرج فى الصحيحين فى الأصول • سمع أنسا ، وسعيد بن جبير وجماعة ، وعنه مالك والدراوردى • قال أبو حاتم : لا بأس به • وقال أبو داود : ليس بذاك • وفى لفظ ليس بالقوى ، وقال أحمد وغيره : ما به بأس ، وروى عباس عن يحيى : لا يحتج بحديثه • وقال فى موضع آخر من كتاب عباس : كان يستضعف ، وكان مالك يروى عنه • وروى عثمان بن سعيد عن يحيى : ليس بالقوى الى أن قال : وروى أحمد بن أبى مريم عن ابن معين قال : عمرو بن أبى عمرو ثقة ينكر عليه حديث عكرمة عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اقتلوا الفاعل والمفعول به » •

أما على بن مسهر الذى ساقه المصنف فى اسناد أبى هريرة فلم يذكره الذهبى فى الميزان حيث لم يذكر فيه الا من تكلم فيه ، وهو دليل على أن الذهبى يضعه فى مرتبة المجمع على فضله ونبله • فهو على بن مسهر القرشى أبو الحسن الكوفى الحافظ هكذا عرفه الخزرجى فى التذهيب ، روى عن الأعمش واسماعيل بن أبى خالد وهشام بن عروة ، وعنه خالد بن مخلد ، وهناد ، وعبيد محمد المحاربى ، وقد وثقه ابن معين امام أهل النقد قال ابن منجويه مات سنة ١٨٩ • أما حديث النهى من ذبح الحيوان لغير مأكلة فقد خرجه النووى فى الصيد والذبائح •

اما اللغات فقوله : (مشوه الخلق) قال ابن بطال فى شرح غريب المهذب : أى قبيح الخلق ، ومنه الحديث شاهت الوجوه : قبحت وفى القاموس : شاه وجهه شوها وشوهة : قبح ، كشوه كفرح ، فهو أشوه ، ولا تشوه على : لا تصيبنى بعين ، والشوهاء العابسة والجميلة ، ضد أو المفرطة رحب الشدقين والمنخرين والصغيرة الفم ، ضد ، ورجل شائه البصر ، وشاه البصر : حديده •

وقال الشاعر يصف فرسا :

فهى شوهاء كالجوالق فوها مستجاف يضل فيه الشكيم

أما الأحكام فانه يحرم اتيان البهيمة لقوله تعالى : « والذين هم لفروجهم حافظون ، الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين ، فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون [1] » فان فعل ذلك من يجب عليه حد الزنا فما الذى يجب عليه ؟ فيه ثلاثة أقوال ، أحدها : يجب قتله بكرا كان أو ثيبا ، وبه قال أبو سلمة عبد الرحمن لما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة » قيل ابن عباس : ما شأن البهيمة تقتل ؟ فقال : انها ترى فيقال : هذه هذه وقد فعل بها ما فعل ، رواه أبو داود والنسائى • وروى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من وقع على بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة » ولأن هذا الفرج لا يستباح بحال فغلظ فيه الحد فعلى هذا كيف يقتل ؟ فيه وجهان ، أحدهما : بالسيف ، والثانى : بالرجم ، وقد مضى دليلهما • والقول الثانى : انه كالزنا فى فرج المرأة فيجلد ويغرب إن كان بكرا ، ويرجم ان كان ثيبا ، لأنه فرج يجب بالايلاج فيه الغسل ففرق فيه بين البكر والثيب كفرج المرأة ، والثالث : أنه لا يجب به الحد وانما فيه التعزير • وقد قال الشوكانى فى النيل : « وقد اختلف أهل العلم فيمن وقع على بهيمة فأخرج البيهقى عن جابر بن زيد أنه قال : « ان كان محصنا رجم » وروى أيضا عن الحسن البصرى أنه قال : « هو بمنزلة الزانى » قال الحاكم : « أرى أن يجلد ولا يبلغ به الحد » وهو مجمع على تحريم اتيان البهيمة • قال العمرانى فى البيان : القول الثالث عندنا قال به أكثر أهل العلم ، لأن الحد انما يجب فى الايلاج يبتغى منه كمال اللذة وفرج البهيمة مما تعافه النفس ولا يفعله الا السفهاء فلم يجب فيه الحد كشرب البول ، ومن أصحابنا من قال : لا يجب به الا التعزير قولا واحدا ، وأما البهيمة المفعول بها فاختلف أصحابنا فيها فذكر الشيخ أبو حامد الاسفراينى انها ان كانت

---

(١) الآيات ٥ ، ٦ ، ٧ من سورة المؤمنون .

مما تؤكل فلا خلاف أنها تذبح ، ولأى معنى تذبح ؟ فيه وجهان : أحدهما : تذبح لكيلا تلد ولدا مشوها لما روى أن راعيا أتى بهيمة فولدت خلقا مشوها ، والثانى : تذبح لئلا يقال : هذه وهذه قد فعل بها فبالمعنى الثانى تقتل ، وبالمعنى الأول لم تقتل ، وان أتاها فى دبرها ـ فان قلنا : تذبح لما رويناه عن ابن عباس رضى الله عنهما ، فاذا ذبحت هل يحل أكلها ؟ يبنى على العلتين ، فان قلنا : تذبح فيه وجهان ، أحدهما : تذبح لما ذكرناه من العلتين فى التى يؤكل لحمها ، والثانى : لا تذبح ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن ذبح الحيوان الا لمأكلة ، وهذا يذبح لا لمأكلة فقد أخرج النسائى والحاكم وصححه من حديث ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ما من انسان يقتل عصفورا فما فوقها بغير حقها الا يسأله الله عز وجل عنها ، قيل : يا رسول الله وما حقها ؟ قال : أن يذبحها فيأكلها ، ولا يقطع رأسها ويرمى بها » وعلى هذا فهذا يذبح لغير مأكلة ، فلا يجوز ذبحه ، وذكر الشيخ أبو اسحق المصنف هنا وابن الصباغ فى الشامل : هل تذبح البهيمة المفعول بها ؟ ثلاثة أوجه أحدها : يجب ذبحها للخبرين ، والثانى : لا يجب ذبحها ، لأن البهيمة لا تذبح لغير مأكلة ، والخبران عندهما على هذا الوجه ضعيفان ، وقد رددنا القول بالضعف فى تخريجنا للخبرين ، والثالث : ان كانت مما تؤكل وجب ذبحها ، وان كانت مما لا تؤكل لم يجب ذبحها ، فاذا قلنا : يجب ذبحها وكانت مأكولة فهل يحل أكلها ؟ فيه وجهان ، فاذا قلنا : يجب ذبحها فذبحت نظرت ـ فان كان الذى فعل بها مالكها فلا ضمان عليه كما لو أتلفها ، وان فعل بها غيره فهل يجب عليه ضمانها ؟ فيه وجهان حكاهما المسعودى ، أحدهما : لا يجب ضمانها ، وهو قول العراقيين من أصحابنا ، لأنه حيوان أتلف من غير جناية فعلى هذا ان كانت مما لا يؤكل وجب جميع قيمتها ، وان كانت مما يؤكل ـ فان قلنا لا يحل أكلها ـ وجب جميع قيمتها ، وان قلنا : يحل أكلها ، وجب ما بين قيمتها حية ومذبوحة ، وعلى من يجب ؟ فيه وجهان حكاهما أبو على الطبرى والمسعودى أحدهما : يجب فى بيت المال لأنها قتلت لمصلحته . والثانى : يجب على الفاعل بها وهو المشهور لأنه هو السبب فى اتلافها .

مسـألة اذا أقر من يجب عليه حد الزنا مرة واحدة أنه زنى ، وجب عليه الحد ، وبه قال مالك وأبو ثور والحسن البصرى وعثمان البتى وحماد بن أبى سليمان وروى ذلك عن أبى بكر الصديق وعمر الفاروق رضى الله عنهما • وقال أبو حنيفة وأصحابه وابن أبى ليلى وأحمد واسحاق ابن راهويه لا يجب عليه الحد حتى يقر أربع مرات ، فأما ابن أبى ليلى وأحمد رحمهما الله تعالى فقالا : اذا أقر أربع مرات فى مجلس واحد أو فى مجالس لزمه الحد ، وأما أبو حنيفة وأصحابه فقالوا : لا يجب عليه حتى يقر أربع مرات فى أربع مجالس ، دليلنا أن النبى صلى الله عليه وسلم قال للرجل الذى سأله : على ابنك جلد مائة وتغريب عام ، واغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ، والاعتراف يقع على المرة الواحدة ، فقد أخرج مسلم والدارقطنى وقال : هذا حديث صحيح عن سليمان بن بريدة عن أبيه : « أن النبى صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة من غامد من الأزد ، فقالت : يا رسول الله ، طهرنى ، فقال : ويحك ارجعى فاستغفرى الله وتوبى اليه ، فقالت : أراك تريد أن ترددنى كما رددت ماعز بن مالك ، قال : وما ذاك ؟ قالت : انى حبلى من الزنا ، قال : أنت ؟ قالت : نعم ، فقال لها : حتى تضعى ما فى بطنك ، قال : فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت ، قال : فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : قد وضعت الغامدية ، فقال : لا نرجمها وندع ولدها صغيرا ليس له من يرضعه ، فقام رجل من الأنصار فقال : الى رضاعه يا نبى الله ، قال : فارجمها » وأخرج مسلم وأصحاب السنن الا ابن ماجه من حديث عمران بن حصين : « أن امرأة من جهينة أتت النبى صلى الله عليه وسلم وهى حبلى من الزنا فقالت : يا رسول الله أصبت حدا فأقمه على فدعا نبى الله صلى الله عليه وسلم وليها فقال : أحسن اليها ، فاذا وضعت فأتنى ، ففعل ، فأمر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فشدت عليها ثيابها ثم أمر بها فرجمت ثم صلى عليها ، فقال له عمر : تصلى عليها يا رسول الله وقد زنت ؟ قال : لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لوسعتهم ، وهل وجدت أفضل من أن جادت بنفسها لله » •

وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من أصاب من هذه

القاذورات شيئا فليستتر بستر الله ، فان من أبدى لنا صفحته أقمنا عليه الحد » والصفحة الاعتراف ، ولم يفرق •

فرع اذا أقر الأخرس أنه زنى وجب عليه الحد ، قال أبو حنيفة : لا يجب عليه الحد ، دليلنا أن من صح اقراره بغير الزنا صح اقراره بالزنا كالناطق •

فرع وان أقر رجل أنه زنى بامرأة وأنكرت وجب عليه الحد دونها ، وقال أبو حنيفة : لا يجب عليه الحد ، وكذلك قال أبو يوسف قالا : لأنا صدقناها فى انكارها فصار محكوما بكذبه ، فلا يقام عليه حد • وقال أحمد وأصحابه بقولنا •

دليلنا ما روى أبو داود وغيره عن سهل بن سعد عن النبى صلى الله عليه وسلم أن رجلا أتاه فأقر عنده أنه زنى بامرأة فسماها له ، فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم الى المرأة فسألها عن ذلك فأنكرت أن تكون زنت فجلده الحد وتركها ، ولأن انتفاء ثبوته فى حقها لا يبطل اقراره كما لو سكتت أو كما لو لم يسأل ، ولأن عموم الخبر يقتضى وجوب الحد عليه باعترافه ، وهو قول عمر اذا كان الحبل أو الاعتراف ، وقولهم : اننا صدقناها فى انكارها لا يصح ، فاننا لم نحكم بصدقها ، وانتفاء الحد انما كان لعدم المقتضى وهو الاقرار أو البينة ، لا لوجود التصديق ، بدليل ما لو سكتت أو لم تكمل البينة •

وقد ثبت من حديث : « واغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » فلا يجوز أن يكون قد جلد الابن وغربه الا باقراره دون أبيه ، وعلق رجم المرأة على اعترافها •

فرع اذا أقر أنه زنى فرجع عن اقراره وقال : لم أزن قبل رجوعه ولم يحد ، وبه قال أبو حنيفة وهى احدى الروايتين عن مالك ، وقال أبو ثور : لا يقبل رجوعه ، وهى الرواية الأخرى عن مالك • وقال أحمد وأصحابه بقولنا ، أن من شرط اقامة الحد بالاقرار البقاء عليه الى تمامه ،

فان رجع عن اقراره أو هرب كف عنه ، وبهـذا قال عطاء ويحيى بن معمر والزهرى وحماد واسحاق ، وأما قول أبى حنيفة فقـد قال به أبو يوسف والحسن بن سعيد بن جبير وابن أبى ليلى ، قالوا : يقام عليه الحـد ولا يترك ، لأن ماعزا هرب فقتلوه ولم يتركوه • وروى أنه قال : « ردونى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فان قومى هم غرونى من نفسى ، وأخبرونى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم غير قاتلى ، فلم ينزعوا عنه حتى قتلوه » أخرجه أبو داود وغيره ، قالوا : لأنه لو قبل رجوعه للزمتهم ديته ، ولأنه حق وجب باقراره فلم يقبل رجوعه كسائر الحقوق ، وحكى عن الأوزاعى أنه ان رجع حد للفرية على نفسه ، وان رجع عن السرقة والشرب ضرب دون الحد ، هذا كلامهم •

دليلنا ما روى عن نعيم بن هزال أنه قال : « كان ماعز بن مالك يتيما فى حجر أبى فوقع على جارية من الحى ، وأخبر بذلك أبى فقال له : بادر الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن ينزل فيك قرآن ، فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فاعترف بالزنا ، فأعرض عنه ثم اعترف فأعرض عنه ، ثم اعترف فأعرض عنه ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : الآن أقررت أربعا فبمن ؟ قال : بفلانة ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : لعلك لمست ، قال : لا قال • لعلك قبلت ؟ قال : لا قال : لعلك نظرت ، قال : لا ، قال : أنكتها ؟ قال : نعم فهل تدرى ما الزنا ؟ قال : نعم ، قال : كما يغيب المرود فى المكحلة ، والرشاء فى البئر ؟ قال : نعم أتيت منها حراما ما يأتى الرجل من امرأته حلالا ، قال : فما تريد بهذا القول ؟ قال : أريد أن تطهرنى ، فأمر به فرجم ، فلما أصابه حر الحجارة ، قال : ردونى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فان قومى غرونى ، فلما بلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : هلا تركتموه ؟ » رواه أحمد وابن ماجه والترمذى من حديث أبى هريرة • وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لهزال : « هلا سـترته بثوبك يا هزال ؟ » فموضع الدليل أن النبى صلى الله عليه وسلم أعرض عنه ليرجع ، فلما لم يرجع عرض له بالرجوع ، ثم قال : هلا رددتموه ، وانمـا قال ذلك لعله يرجع ، فلو لم يقبل رجوعه لم يكن لذلك فائدة ، والمستحب أن يعرض للمقر بالزنا بالرجوع للخبر ، والله تعالى أعلم بالصواب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب اقامة الحد

لا يقيم الحدود على الأحرار الا الامام أو من فوض اليه الامام لأنه لم يقم حد على حر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا باذنه ، ولا فى ايام الخلفاء الا باذنهم ، ولأنه حق لله تعالى يفتقر الى الاجتهاد ، ولا يؤمن فى استيفائه الحيف ، فلم يجز بغير اذن الامام . ولا يلزم الامام أن يحضر اقامة الحد ، ولا ان يبتدىء بالرجم ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر برجم جماعة ، ولم ينقل انه حضر بنفسه ، ولا أنه رماهم بنفسه ، فان ثبت الحد على عبد باقراره ـ ومولاه حر مكلف عدل ـ فله أن يجلده فى الزنا والقذف والشرب لما روى على كرم الله وجهه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم)) وقال عبد الرحمن بن أبى ليلى : ((أدركت بقايا الأنصار وهم يضربون الوليدة من ولائدهم فى مجالسهم اذا زنت)) وهل له أن يغربه ؟ فيه وجهان أحدهما : أنه لا يغرب الا الامام لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((اذا زنت امة أحدكم فتبين زناها فليجلدها الحد ، ولا يثرب عليها ، ثم اذا زنت فليجلدها الحد ، ولا يثرب عليها ، ثم اذا زنت فتبين زناها فليبعها ولو بحبل من شعر)) فامر بالجلد دون النفى والثانى وهو المذهب : أن له أن يغرب ، لحديث على كرم الله وجهه ، ولأن ابن عمر جلد امة له زنت ونفاها الى فدك ، ولأن من ملك الجلد ملك النفى كالامام ، وان ثبت عليه الحد بالبينة ففيه وجهان احدهما : انه يجوز ، لانه يجوز ان يقيم عليه الحد ، وهو المذهب ، لانا قد جعلناه فى حقه كالامام ، وكذلك فى اقامة الحد عليه بالبينة والثانى : انه لا يجوز ، لانه يحتاج الى تزكية الشهود ، وذلك الى الحاكم ، فعلى هذا اذا ثبت عند الحاكم بالبينة جاز للسيد أن يقيم الحد من غير اذنه ، وهل له ان يقطعه فى السرقة ؟ فيه وجهان أحدهما : انه لا يملك من جنس القطع ، ويملك من جنس الجلد وهو التعزير . والثانى : انه يملك وهو المنصوص فى البويطى لحديث على كرم الله وجهه ، ولأن ابن عمر قطع عبدا له سرق ، وقطعت عائشة رضى الله عنها امة لها سرقت . ولانه حد فملك السيد اقامته على مملوكه كالجلد ، وله ان يقتله بالردة على قول من ملك اقامة الحد على العبد ، وعلى قول من منع القطع : يجب أن لا يجوز له القتل ، والصحيح أن حفصة رضى الله عنها قتلت امة لها سحرتها ، والقتل بالسحر لا يكون الا فى

كفر ، ولأنه حد فملك المولى اقامته على المملوك كسائر الحدود ، وان كان المولى فاسقا ففيه وجهان أحدهما أنه يملك اقامة الحد لأنه ولاية تثبت بالملك ، فلم يمنع الفسق منها كتزويج الأمة . والثانى : أنه لا يملكه لأنه ولاية فى اقامة الحد فمنع الفسق منها ، كولاية الحاكم . وان كانت امرأة فالمذهب أنه يجوز لها أقامة الحد ، لأن الشافعى استدل بأن فاطمة عليها السلام جلدت أمة لها زنت ، وقال أبو على ابن أبى هريرة : لا يجوز لها لأنها ولاية على الغير فلا تملكها المرأة كولاية التزويج ، فعلى هذا فيمن يقيم وجهان احدهما : أنه يقيمه وليها فى النكاح قياسا على تزويج أمتها ، والثانى : أنه يقيمه الامام لأن الأصل فى اقامة الحد هو الامام ، فاذا سقطت ولاية المولى ثبت الأصل ، وان كان للمولى مكاتب ففيه وجهان ذكرناهما فى الكتابة .

الشرح حديث على كرم الله وجهه أخرجه مسلم وأبو داود وأحمد والبيهقى والحاكم ووهم فاستدركه ، ولفظه : « أن خادما للنبى صلى الله عليه وسلم أحدثت فامرنى النبى صلى الله عليه وسلم أن أقيم عليها الحد ، فأتيتها فوجدتها لم تجف من دمها ، فأتيته فأخبرته فقال : اذا جفت من دمها فأقم عليها الحد ، أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم » وفى لفظ عند أحمد قال : « أرسلنى رسول الله صلى الله عليه وسلم الى أمة سوداء زنت لأجلدها الحد فوجدتها فى دمها ، فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فأخبرته فقال لى : اذا تعالت من نفاسها فاجلدها خمسين » .

وحديث أبى هريرة رضى الله عنه فى الصحيحين باللفظ الذى ساقه المصنف ، ورواه أبو داود فى رواية وذكر فيه الرابعة : الحد والبيع ، وفى رواية عند الشيخين أيضا عن أبى هريرة وزيد بن خالد الجهنى قالا : سئل النبى صلى الله عليه وسلم عن الأمة اذا زنت ولم تحصن قال : ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ، ثم بيعوها ، ولو بضفير ، قال ابن شهاب أبعد الثالثة ، أو الرابعة ؟ » .

وأثر عبد الرحمن بن أبى ليلى ــ وقد سميناه أثرا لتعلقه بعمل الأنصار الذين أدركهم ــ فقد أخرج مالك فى الموطأ عن عبد الله بن عياش بن أبى ربيعة المخزومى قال : « أمرنى عمر بن الخطاب فى فتية من قريش فجلدنا ولائد من ولائد الامارة خمسين خمسين فى الزنا » وأما استدلال الشافعى

رضى الله عنه بعمل فاطمة عليها السلام فانه صحيح ، اذ روى ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن دينار أن فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت تجلد وليدتها اذا زنت خمسين » •

أما أثرا ابن عمر وعائشة فسيأتى الكلام عليهما فى السرقة ، والله المستعان •

أما اللغات فقوله : (الوليدة من ولائدهم) وليد من الولدان ، ووليدة من الولائد ، للصبى والصبية ، وغلام مولد ، وجارية مولدة ، ولدت عند العرب ونشأت مع أولادهم ، وتأدبت بآدابهم • ومن المجاز ولدوا حديثا وكلاما : استحدثوه • كلام مولد ، وتولدت العصبية فيما بينهم ، وأرض البلقاء تلد الزعفران ، قال الشاعر :

والليالى حبلى ليس يدرى ما تلد

ورأيت وليدة من ولائد فلان ، ووليدا من ولدانه ، يريد الجارية والغلام استوصفا قبل أن يحتلما • قوله : (ولا يثرب) والمصدر التثريب • وهو التعنيف ، ويوضح هذا المعنى المراد رواية النسائى التى فيها : « ولا يعنفها » وثرب عليه من باب ضرب : عتب ولام ، وثرب بالتشديد مبالغة وتكثير ، ومنه قوله تعالى : « لا تثريب عليكم اليوم [1] » وقال تبع :

فعوت عنهم عفو غير مثرب وتركتهم لعقاب يوم سرمد

قال النووى رحمه الله تعالى فى تهذيب الأسماء :

(زنى) قال الله تعالى : « الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة [2] » وقال تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا [3] أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله » يقال : ما الحكمة فى أن بدأ فى الزنا بالمرأة ، وفى

---

(١) الآية ٩٢ من سورة يوسف .
(٢) الآية ٢ من سورة النور .
(٣) الآية ٣٨ من سورة المائدة .

السرقة بالرجل ؟ وما الحكمة فى أن جعل حد السارق بعقوبة العضو الذى وقعت به الجنـاية وهو اليد وفى الزانى بغيره ؟ والجـواب عن الأول أن الزنى من المرأة أقبـح ، فانه يترتب عليـه تلطيخ فراش الرجل وفسـاد الأنساب ، ولأنه فى العادة يستقبح منها أكثر ، وتبالغ هى فى اخفائه أكثر من الرجل ، وغير ذلك من الأمور التى تقتضى زيادة قبحه منها على الرجل ، ولهذا كان تقديمها أهم ، وأما السرقة ، فالغـالب وقوعها من الرجال ، فقدموا لذلك .

وأما الحكمة الثانية ، فلأنه قطع يحصل به عقوبة محل الجناية من غير مفسدة ، وفى قطع الذكر مفسدة ، وهو ابطال النسل المندوب الى اكثاره ، ولأن الحد لزجر المحدود وغيره ، فاذا قطعت اليد ظهرت العقوبة وحصـل الزجر ، ولو قطع الذكر لم يدر به ولم يجمل قوله فى المهـذب : ولو قال للرجل : يا زانية بالهاء ، كان قذفا ، لأن الهاء قد تزاد للمبالغة كقولهم : علامة ، ونسابة ، هكذا قاله جماعة من أصحابنا ، وأنكره آخرون .

قال الرافعى : لم يرض امام الحرمين وآخرون هـذا . قالوا : وليس هذا مما يجرى فى القياس ، بل هو مسـموع ولا يصح أن يقال لمن يكثر القتل قاتلة ولا قتالة ، وانما دليل كونه قد قال به انه اذا حصلت الاشارة الى العين ، لم ينظر الى علامة التذكير والتأنيث كما لو قال لعبـده : أنت حرة ، لأنه لحن لا يمنع الفهم ، ولا يدفع العار .

اما الأحكام فانه متى وجب حد الزنا أو السرقة أو الشرب لم يجز استيفاؤه الا بأمر الامام أو بأمر من فوض اليه الامام النظر فى الأمر باقامة الحد ، لأن الحدود فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم وفى زمن الخلفـاء الراشدين رضى الله عنهم لم تستوف الا باذنهم ، ولأن استيفاءها للامام ، فان تحاكم المتقاذفان الى رجل من الرعية يصلح أن يكون حكما فهل يصح حكمه فيه ؟ واستيفاؤه له ؟ فيه وجهان نذكرهما فى موضعهما ان شاء الله .

قوله (ولا يلزم الامام أن يحضر الخ) وهذا صحيح ، فان جملة ذلك

أنه يجوز للامام أن يحضر موضع الرجم ، ولا يلزمه الحضور ، وحكى أن أبا حنيفة ــ كما ذكر ذلك العمراني ــ قال : يلزمه الحضور ، دليلنا أنه قد رجم في زمن النبي صلى الله عليه وسلم ماعز والغامدية والجهنية واليهوديان، ولم يرو أن النبي صلى الله عليه وسلم حضر رجم أحدهم ، وان ثبت الزنا بالبينة لم يلزم البينة حضور الرجم ، وان حضروا لم يلزمهم البداية بالرجم ، وكذلك ان حضر الامام لم يلزمه البداية بالرجم ، وبه قال مالك ، وقال أبو حنيفة : يلزمهم الحضور ، ويلزمهم البداية بالرجم ، ثم الامام ، ثم الناس . دليلنا أنه قد رجم جماعة زمن النبي صلى الله عليه وسلم ولم يرد أن النبي صلى الله عليه وسلم بدأ برجم أحدهم ، لأنه قتل بحق الله ، فلم يكن من شرطه أن يبدأ به الامام أو الشهود كالقتل .

فــرع اذا وجب الحد على مملوك فللمولى أن يجعل اقامة ذلك الى الامام أو الى النائب عنه ، فان أراد أن يقيم ذلك بنفسه ــ فان كان حد الزنا والقذف والشرب وجب على المملوك باقراره ــ جاز المولى اقامته ، وبه قال جماعة من الصحابة . ومن التابعين الحسن والنخعي وعلقمة والأسود ، ومن الفقهاء مالك وسفيان والأوزاعي ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا يجوز للمولى أن يقيم الحد على مملوكه ، انما يجوز له تعزيره ، دليلنا ما سقناه من الأحاديث والآثار .

وهل للمولى أن يغرب مملوكه بالزنا ؟ ــ اذا قلنا يجب عليه التغريب ؟ ــ فيه وجهان أحدهما وهو قول أبي العباس ابن سريج : ليس له أن يغربه ، وانما يغربه الامام لأن الحديث لم يذكر التغريب : « اذا زنت أمة أحدكم فليجلدها الحد » ولم يذكر التغريب . والثاني وهو المذهب أن للمولى أن يغربه لقوله صلى الله عليه وسلم : « أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم » والتغريب من الحد . وحكى الشيخ أبو حامد الاسفرايني أن من أصحابنا من قال : اذا جلده المولى غربه ، واذا جلده الامام غربه ، وان شهدت البينة على المملوك بما يوجب الحد فهل يملك المولى سماعها ؟ فيه وجهان أحدهما : لا يملك ، لأن البينة تحتاج الى البحث عن العدالة ، وذلك أمر

يفتقر الى الاجتهاد فكان الى الحاكم ، والثانى : أن للمولى أن يسمع البينة بذلك ويقيم الحد ، وهو المذهب ، لأن من جاز له اقامة الحد جاز له سماع البينة فيه كالحاكم ، وأما البحث عن العدالة فيمكن المولى ذلك كالحاكم ، وهل للمولى أن يقيم الحد بعلمه ؟ سيأتى فى الأقضية من الجزء التاسع عشر ان شاء الله .

فـــرع المولى الذى يملك الحد على مملوكه لا خلاف على المذهب اذا كان رجلا عاقلا بالغا مسلما حرا عدلا فله اقامة الحد على مملوكه لما ذكرناه ، وهل للوصى أن يقيم الحد على رقيق الصغير ؟ فيه وجهان حكاهما المسعودى بناء على أن له تزويج أمته وعبده وهل للفاسق الجاهل أن يقيم الحد ؟ فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى اسحق المروزى : ان كان المولى يقيم الحد بنفسه فيحتاج أن يكون عادلا عالما قويا له بطش ، وان وكل من يقيم له الحد فيحتاج أن يكون عادلا عالما قويا له بطش ، والثانى : يجوز أن يكون فاسقا جاهلا ـ وهو المنصوص فى القديم ـ لعموم الخطاب فى الحديث ، ولأنها ولاية بحق الملك فلم يمنع الفسق والجهل منها كولاية النكاح ، وهل للكافر أن يقيم الحد على مملوكه ؟ فيه وجهان حكاهما الخراسانيون ، وتعليلهما ما ذكرناه فى الفاسق ، وهل للمرأة أن تقيم الحد على مملوكها ؟ فيه وجهان أحدهما : ولى المرأة كما تزوج أمتها . والثانى : لا يملك الا الحاكم ، لأن ذلك يستفاد بالولاية العامة لولاية الملك . فاذا حصلت ولاية الملك فى ذلك بقيت الولاية العامة وهى ولاية الحاكم . وان كان المولى مكاتبا فهل له أن يقيم الحد على مملوكه ؟ فيه وجهان أحدهما : ليس له ذلك لأنه ليس من أهل الولاية ، والثانى : له لأنه مستفاد بالملك فملكه المولى كسائر التصرفات . وان كان عبدا بين شريكين لم يجز لأحدهما أن يقيم عليه الحد بغير اذن شريكه لأنه ليس له أن يتحكم فى ملك شريكه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل والمستحب أن يحضر اقامة الحد جماعة لقوله عز وجل : « وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين » والمستحب ان يكونوا اربعة لأن الحد

يثبت بشـــهادتهم ، فان كان الحـــد هو الجـــلد وكان صحيحا قويا والزمان معتدل ، أقام الحد ولا يجوز تأخيره ، فان الفرض لا يجـــوز تأخيره من غير عذر ، ولا يجرد ولا يمد ، لما روى عن عبد الله بن مسعود انه قال : « ليس فى هـــذه الأمة مد ، ولا تجريد ، ولا غل ولا صـــفد » ويفـــرق الضرب على الأعضاء ، ويتوقى الوجه والمواضع المخوفة ، لما روى هنيدة بن خالد الكندى أنه شهد عليا كرم الله وجهه أقام على رجل حدا وقال للجلاد : « اضربه وأعط كل عضو منه حقه ، واتق وجهه ومذاكيره » وعن عمر انه اتى بجارية قـــد فجرت فقال : « اذهبا بها واضرباها ، ولا تخرقا لها جلدا » ولأن القصـــد الردع دون القتل . وان كان الحر شـــديدا ، أو كان مريضـــا مرضا يرجى برؤه ، أو كان مقطوعا ، أو أقيم عليه حد آخر ، ترك الى أن يعتدل الزمان ، ويبرأ من المرض أو القطع ، ويسكن ألم الحد لأنه اذا أقيم عليه الحد فى هـــذه الأحوال أعان على قتله ، وان كان نضو الخلق لا يطيق الضرب . أو مريضـــا لا يرجى برؤه ، جمع مائة شمراخ فضرب به دفعة واحدة ، لمـــا روى سهل ابن حنيف أنه أخبره بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم من الأنصار : « أنه اشتكى رجل منهم حتى أضنى ، فدخلت عليـــه جارية لبعضهم فوقع عليها ، فلما دخل عليـــه رجال من قومه يعـــودونه ذكر لهم ذلك . وقال : استفتوا لى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم وقالوا : ما رأينا بأحد من الضر مثل الذى هو به ، لو حملناه اليك يا رسول الله لتفسخت عظامه ، ما هو الا جلد على عظم ، فأمر رســـول الله صلى الله حليه وسلم أن يأخذوا مائة شمراخ فيضربوه بها ضربة واحدة ، لأنه لا يمكن ضربه بالسوط لأنه يتلف به ، ولا يمكن تركه لأنه يؤدى الى تعطيل الحد قال الشافعى رحمه الله : ولأنه اذا كانت الصلاة تختلف باختلاف حاله فالحد بذلك أولى ، وان وجب الحد على امرأة حامل لم يقم عليها الحد حتى تضع ، وقد بيناه فى القصاص .

فصـــــل وان أقيم الحد فى الحال التى لا يجوز فيها اقامته فهلك منه لم يضمن ، لأن الحق قتله ، وان أقيم فى الحال التى لا يجوز اقامته ـ فان كانت حاملا فتلف منه الجنين ـ وجب الضمان ، لأنه مضمون فلا يسقط ضمانه بجناية غيره ، وان تلف المحدود فقد قال : « اذا أقيم الحد فى شـــدة حر أو برد فهلك لا ضمان عليه » وقال فى الأم : « اذا ختن فى شدة حر أو برد فتلف وجبت علىعاقلته الدية » فمن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة من المسئلتين الى الأخرى ، وجعلها على قولين ، أحدهما : لا يجب لأنه هلك من حد . والثانى : أنه يجب لأنه مفرط ومنهم من قال : لا يجب الضمان فى الحد لأنه منصوص عليه ، ويجب فى الختان لأنه ثبت بالاجتهاد . وان قلنا : انه يضمن ففى القدر الذى يضمن وجهان ، أحدهما : أنه يضمن جميع الدية

لأنه مفرط . والثانى : أنه يضمن نصف الدية لأنه مات من واجب ومحظور فسقط النصف ووجب النصف .

الشرح روى أبو داود من حيث أبى أمامة بن سهل بن حنيف عن بعض الصحابة من الأنصار الحديث الذى ساقه المصنف فى الفصل وروى معناه ابن ماجه وأحمد ولكن قالا : عن أبى أمامة بن سهل عن سعيد ابن سعد بن عبادة قال : « بين أبياتنا رويجل ضسيف مخدج ، فلم يزع الحى الا وهو على أمة من امائهم يخبث بها ، فذكر ذلك سعد بن عبادة للنبى صلى الله عليه وسلم وكان ذلك الرجل مسلما فقال : اضربوه حده ، قالوا : يا رسول الله انه أضعف مما تحسب ، لو ضربناه مائة قتلناه ، فقال : خذوا له عثكالا فيه مائة شمراخ ثم اضربوه به ضربة واحدة ، قال : ففعلوا » وأخرجه الشافعى والبيهقى وقال : هذا هو المحفوظ عن أبى أمامة مرسلا . ورواه الدارقطنى عن فليح عن أبى سالم عن سهل بن سعد قال : وهم فليح والصواب عن أبى حازم عن أبى أمامة بن سهل بن حنيف عن أبيه ، وهى رواية المصنف هكذا مضافة الى سهل بن حنيف أنه أخبره بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم . ورواه الطبرانى من حديث أبى أمامة عن أبى سعيد الخدرى ورواه أبو داود من حديث الزهرى عن أبى أمامة عن رجل من الأنصار ولفظه : « أنه اشتكى رجل منهم حتى أضنى ، فعاد جلدة على عظم ، فدخلت عليه جارية فهش لها فوقع عليها ، فلما أتى عليه رجال قومه يعودونه أخبرهم بذلك وقال : استفتوا لى رسول الله صلى الله عليه وسلم فانى قد وقعت على جارية دخلت على ، فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم وقالوا : ما رأينا بأحد من الناس من الضر مثل الذى هو به ، لو حملناه اليك لتفسخت عظامه ، ما هو الا جلد على عظم ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأخذوا له مائة شمراخ فيضربوه ضربة واحدة » وأخرجه النسائى من طريق أبى أمامة بن سهل بن حنيف عن أبيه باللفظ الذى أخرجه أبو داود وقد أعله الشوكانى بأن فى اسناده عبد الأعلى بن عامر الثعلبى . قال المنذرى : لا يحتج به ، وهو كوفى . وقال ابن حجر فى التقريب : صدوق يهم . وقال فى بلوغ المراد : اسناد هذا الحديث حسن ولكنه اختلف فى وصله وارساله .

أما هنيدة بن خالد الكندى ويقال : النخعى قال ابن حجر فى التقريب : ربيب عمر رضى الله عنه ، وذكره ابن حبان فى الصحابة ، وذكره فى الطبقة الثانية من التابعين • وقال ابن عبد البر فى الاستيعاب : هنيدة بن خالد الخزاعى له صحبة ، روى عنه أبو اسحاق السبيعى ، قاله الطبرى • وقال الخزرجى فى التذهيب : روى عن على وروى عنه عدى بن ثابت وأبو اسحاق ، وثقه ابن حبان أ هـ •

أما اللغات . فالأحرف : « مد • تجريد • غل • صفد نضو • شمراخ ، المد : الشد والجذب • قال ابن بطال فى شرح غريب المهذب : الغل بالفتح شد العنق بحبل أو غيره والغل بالضم الحبل ، والصفد باسكان الفاء مصدر صفده بالحديد يصفده يخفف ويشدد • والصفد بالتحريك : القيد وهو الغل فى العنق أيضا ، وجمعه أيضا أصفاد وصفد ، قال تعالى : « مقرنين فى الأصفاد [1] » والنضو : المهزول ، وقد أنضاه السفر : هزله • والشمراخ واحد الشماريخ وهو العثكال الذى يكون عليه البسر والرطب ، والعامة تقول : (شمروخ) •

اما الأحكام فالمستحب للامام اذا أراد أن يقيم الحد أن يحضره طائفة من المسلمين يشهدون اقامته لقوله تعالى : « وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين [2] » واختلف الناس فى عددهم ، فمذهبنا أن الطائفة ها هنا أربعة ، وذهب ابن عباس الى أن الطائفة ها هنا واحد فما فوقه ، وذهب عطاء وأحمد الى أن الطائفة ها هنا اثنان فما فوقهما ، وذهب الزهرى الى أنها ثلاثة ، وذهب ربيعة الا أنها خمسة ، وذهب الحسن البصرى الى أنها ها هنا عشرة • وذهب مالك كمذهبنا الى أنها ها هنا أربعة ووجه القائلين بواحد أنهم أرادوا واحدا مع الذى يقيم الحد ، لأن الذى يقيم الحد حاصل ضرورة ، فيتعين صرف الأمر الى غيره ، ووجه القائلين بالاثنين فما فوقهما أن الطائفة اسم لما زاد على الواحد وأقله اثنان • ووجه القائلين بالثلاثة فما

---

(١) الآية ٤٩ من سورة ابراهيم •
(٢) الآية ٥ من سورة المؤمنون •

فوق ، لأن الطائفة جماعة ، وأقل الجمع ثلاثة ، دليلنا أن الأربعة هو العدد الذى يثبت به الزنا ، فوجب أن يكونوا هم الذين يحضرون اقامة الحد . قال الشيخ أبو حامد الاسفراينى : قال الشافعى رحمه الله تعالى : جعل الله الطائفة ها هنا أربعة فأكثر ، وفى صلاة الخوف ثلاثة ، وفى قوله تعالى : « فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا فى الدين ولينذروا قومهم [1] » الآية واحدا فأكثر .

مسألة اذا كان المحدود بكرا نظرت فيه ــ فان كان قويا صحيحا والزمان معتدل الحر والبرد ــ فانه يجلد ، ولا يجرد ولا يمد . وقال أبو حنيفة : يجرد عن الثياب . دليلنا ما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال : « ليس فى هذه الأمة مد ولا تجريد ، ولا غل ، ولا صفد » ولا مخالف له فى الصحابة ، ويفرق الضرب على أعضائه ، ويتوقى الوجه والمذاكير ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه ، أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا ضرب أحدكم فليتوق الوجه » ولقول على كرم الله وجهه للجلاد : « اضربه وأعط كل عضو منه حقه واتق وجهه ومذاكره » وروى ذلك عن ابن عمر رضى الله عنهما ، ولأن الوجه يتبين فيه اليسير ، والمذاكير مقتل . وهل يتوقى الرأس ؟ فيه وجهان ، أحدهما وهو قول الماسرجسى واختيار ابن الصباغ أنه يتوقاه لأنه مقتل ويخاف فيه العمى وزوال العقل ، وكذلك الخاصرة مثله . والثانى وهو قول أكثر أصحابنا أنه لا يتوقى الرأس لما روى عن أبى بكر رضى الله عنه وأرضاه أنه قال للجلاد : اضرب الرأس فان الشيطان فيه . ولأنه يكون مغطى فى العادة فلا يخاف تشويهه ، ولأن ضربه بالسوط ، فلا يخاف فيه منه الموت ويضرب بسوط بين سوطين ، فليس هو بالحديد فيجرح ، ولا خلق فلا يؤلم ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم « أراد أن يجلد رجلا فأتى بسوط خلق فقال : فوق هذا فأتى بسوط جديد فقال بين هذين ، فأتى بسوط قد لان فضرب به » .

---

(١) الآية ١٢٢ من سورة التوبة .

ويضرب ضربا بين ضربين ، فلا يرفع الجلاد يده حتى يرى بياض ابطه ، ولا يضعها وضعا يسيرا ، ولكن يرفع ذراعه ويضرب • ولأنه اذا رفع يده حتى يرى بياض ابطه وقع الضرب شديدا ، وربما جرحه ، واذا وضع يده وضعا يسيرا لم يحصل به ألم • ويضرب الرجل قائما ويترك له يده يتقى بها ، ولا يقيد ولا يمد ، ولا يجرد عن ثيابه ، بل يترك عليه قميص أو قمصان ، ولا يترك عليه جبة محشوة ولا فروة ، لأنه يمنع من وصول الألم اليه •

وتجلد المرأة جالسة ، ولأن ذلك أستر لها ، وتشد عليها امرأة ثيابها فى حال الضرب لئلا ينكشف بدنها ، وتضرب ضربا بين ضربين لما رويناه على ، وروى أن جارية أقرت عند عمر أنها زنت فقالت : « أذهبت الجارية حسنها وجمالها ثم قال للرجلين اضرباها ولا تخرقا لها جلدا » فان كان البكر مريضا أو مقطوعا أو محدودا أخر جلده حتى يبرأ من مرضه وقطعه ، ويسكن ألم جلده الأول ، وكذلك ان كان الزمان شديد الحر والبرد أخر جلده حتى يعتدل الزمان ، لأن المقصود من جلده النكال والردع لا القتل ، فلو جلدناه فى كل هذه الأحوال لم يؤمن أن يموت من ذلك • وان كان نضو الخلق لا من علة ، لكنه نحيف البدن ، أو كان به مرض لا يرجى زواله كالسلول والزمن ، فانه لا يحد حد الأقوياء ، ولكن يضرب بعثكال النخل • وهو عرجونه فيؤتى بعرجون فيه مائة شمراخ فيضرب بها دفعة واحدة ، أو يضرب بأطراف الثياب والنعال • وقال مالك : لا يضرب الا بالسوط مائة مفرقة ، فان لم يكن أخر • وقال أبو حنيفة : يجمع مائة سوط ويضرب بها دفعة واحدة • دليلنا ما روى أبو داود باسناده عن أبى أمامة عن أبيه سهل بن حنيف أنه أخبره بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم من الأنصار أنه اشتكى رجل منهم حتى أضنى فعاد جلدة على عظم ، فدخلت عليه جارية لبعضهم فهش لها ، وساق حديث المصنف ، وهذا نص فى موضع الخلاف ، ولأنه لا يمكن ضربه بالسوط لأنه يؤدى الى تلفه ، ولا يمكن تركه لأنه يؤدى الى تعطيل الحدود • فان سرق نضو الخلق أو المريض الذى لا يرجى زوال مرضه فهل يقطع ؟ فيه وجهان ، أحدهما : لا يقطع ، لأنه ليس المقصود

منه القتل ، فلما لم يجز جلده بالسوط لم يجز قطعه • والثانى : يقطع وهو المذهب لأننا لا يمكننا أن نقطعه قطعا لا يخاف منه ، اذ كل القطع يخاف منه السراية فتركه يؤدى الى اسقاط الحد بخلاف الجلد •

فـــرع وان وجب الجلد على امرأة وهى حبلى لم تجلد حتى تضع لأن جلدها ربما كان سببا لتلف ولدها ، وربما كان سببا لتلفها لأنها تضعف بالحمل ، وكذلك اذا ولدت لم يجز ضربها ما دامت نفساء ، لأن خروج الدم منها يضعفها فهى كالمريضة •

اذا ثبت هذا فكل موضع قلنا : يجوز فيه اقامة الحد فأقيم الحد فمات المحدود ، لم يجب ضمانه ، لأن الحق فيه ، وكل موضع قلنا : لا يجوز إقامة الحد فيه فأقام الامام فيه — فان كانت المرأة حاملا وتلف حملها — وجب على الامام ضمانه ، لأنه متعد بذلك ، فان لم يعلم الامام بكونها حاملا ، فهل يجب ضمانه ؟ فى ماله أو فى بيت المال ؟ فيه قولان مضى توجيههما فى كتاب الضمان من الجزء الثالث عشر ، وان علم الامام بكونها حاملا ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال : يجب ضمانه فى ماله قولا واحدا ، لأن بيت المال انما يحمل خطأ الامام ، وهذا عمد ، ومنهم من قال : فيه قولان ، وهو الأصح ، لأن اتلاف الجنين لا يتأتى فيه العمد المحض ، وانما يتلف بعمد الخطأ ، وان تلف المحدود فقد نص الشافعى رحمه الله على أن الامام اذا أقام الحد على رجل فى شدة حر أو برد فمات المحدود لا يجب ضمانه ، ونص الشافعى رضى الله عنه أنه اذا أمر الختان فختن فى شدة الحر أو البرد فمات المختون وجب ضمانه ، فمن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة منهما الى الأخرى ، وخرجهما على قولين ، أحدهما : لا يجب عليه ضمانه لأنه تلف بما هو مستحق عليه ، والثانى : يجب عليه ضمانه ، لأنه تعدى بذلك ، ومنهم من قال : لا يجب عليه ضمان المحدود لأن الحد منصوص عليه ، ويجب عليه ضمان المختون ، لأن الختان مجتهد فيه ، فاذا قلنا : يجب الضمان فكم يجب ؟ فيه وجهان ، أحدهما : يجب جميع الدية ، لأنه مفرط ، والثانى : لا يجب الا نصف الدية ، لأنه مات من واجب

ومحظور ، وفى محل الوجوب قولان أحدهما : فى ماله ، والثانى : فى بيت المـال .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان وجب التغريب نفى الى مسافة يقصر فيها الصـلاة لأن ما دون ذلك فى حكم الموضع الذى كان فيه من المنـع من القصر والفطر والمسح على الخف ثلاثة أيام ، فان رجع قبل انقضاء المدة رد الى الموضـع الذى نفى اليه ، فان انقضت المدة فهو بالخيـار بين الاقامة وبين العـود الى موضعه . وان رأى الامام أن ينفيه الى ابعد من المسـافة التى يقصر فيهـا الصلاة كان له ذلك ، لأن عمر رضى الله عنه غرب الى الشام ، وغرب عثمـان رضى الله عنـه الى مصر وان رأى أن يزيد على سـنة لم يجز ، لأن السـنة منصوص عليها ، والمسافة مجتهد فيها ، وحكى عن أبى على ابن أبى هريرة انه قال يغرب الى حيث ينطلق عليه اسم الغربة ، وان كان دون ما تقصر اليه الصـلاة لأن القصـد تعذيبه بالغربة ، وذلك يحصـل بدون ما تقصر اليه الصلاة ، ولا تغرب المرأة الا فى صحبة ذى رحم محرم ، أو امرأة ثقة فى صحبة مأمونة . وان لم تجد ذا رحم محرم ولا امرأة ثقة ، تتطوع بالخروج معهـا استؤجر من يخرج معها ، ومن أين يستأجر ؟ فيه وجهان ، من أصحابنا من قال : يستأجر من مالها لأنه حق عليها ، فكانت مؤنته عليها ، وان لم يكن لها مال استؤجر من بيت المال . ومن أصحابنا من قال : يستأجر من بيت المال ، لأنه حق لله عز وجل ، فكانت مؤنته من بيت المال ، فان لم يكن فى بيت المال ما يستأجر به استؤجر من مالها .

فصـــل وان كان الحد رجما ـ وكان صحيحا والزمان معتدل ـ رجم لأن الحد لا يجوز تأخيره من غير عذر ، وان كان مريضـا مرضا يرجى زواله أو الزمان مسرف الحر أو البرد ، ففيه وجهان احدهما : أنه لا يؤجل رجمه لأن القصد قتله فلا يمنع الحر والبرد والمرض منه . والثـانى : أنه لا يؤخر لأنه ربما رجع فى خلال الرجم وقد أثر فى جسمه الرجم ، فيمنع الحر والبرد والمرض على قتله ، وان كان امرأة حاملا لم ترجم حتى تضع لأنه يتلف به الجنين .

فصـــل فان كان المرجوم رجلا لم يحفر له ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يحفر لماعز ، ولأنه ليس بعورة . وان كان امرأة حفر لها لمـا روى بريدة قال : « جاءت امرأة من غامد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم

فاعترفت بالزنا فامر فحفر لهـا الى صـدرها ثم امر برجمهـا » لأن ذلك استر لها .

فصـــل **وان هرب المرجـوم من الرجم ـ فان كان الحـد ثبت بالبينة ـ اتبع ورجم ، لأنه لا سبيل الى تركه ، وان ثبت بالاقرار لم يتبع لما روى أبو سعيد الخدرى قال : « جاء ماعز الى رسول الله صلى الله عليـه وسلم فقال : ان الآخر زنى . وذكر الى ان قال : اذهبوا بهذا فارجموه فاتينا به مكانا قليل الحجارة ، فلما رميناه اشتد من بين ايدينا يسعى فتبعنـاه ، فأتى بنا حرة كثيرة الحجارة فقام ونصب نفسه ، فرميناه حتى قتلناه ، ثم اجتمعنا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبرناه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : سبحان الله فهلا خليتم عنه حين سعى من بين أيديكم » وان وقف واقام على الاقرار رجم ، وان رجع عن الاقرار لم يرجم ، لأن رجوعه مقبول ، وبالله التوفيق .**

الشرح حديث أبى سـعيد الخدرى أخرجه أبو داود عن أبى كامل شيخ أبى داود ثنا يزيد ـ يعنى ابن زريع ـ وثنـا أحمد بن منيع عن يحيى بن زكريا ، وهذا لفظه عن داود عن أبى نضرة عن أبى سعيد قال : « لما أمر النبى صلى الله عليه وسلم برجم ماعز بن مالك خرجنا الى البقيع ، فوالله ما أوثقناه ولا حفرنا له ، ولكنه قام لنا ، قال أبو كامل : قال : فرميناه بالعظام والمدر والخزف ، فاشتد واشتددنا خلفه حتى أتى عرض الحرة ، فانتصب لنا فرميناه بجلاميد الحرة حتى سكت ، فما استغفر له ولا سبه » .

أما اللغات قوله : (والزمان معتدل) الزمان والزمن اسم القليل من الوقت وكثيره وقال أبو الهيثم : الزمان زمان الرطب والفاكهة وزمان الحر والبرد ، قال : ويكون الزمان شهرين الى ستة أشهر وقوله : (الأخر) الألف المهموزة غير ممدودة ، بعدها خاء مكسورة بمعنى الأبعد ، ويقال فى الشتم : أبعد الله الأخر : وقال فى التلويح : أى الغائب البعيد المتأخر ، ويقال هذا عند شتم الانسان من يخاطبه كأنه نزهه بذلك أفاده ابن بطال ، والحرة نتوه بركانى ينجم عنه تناثر الأحجار والصخور مع كثرتها ولأنها بقايا براكين فانها تكون سودا نخرة ، وجمع الحرة حرار وحرات وأحرون جمع أحرة ، وحرين جمع حرة والواو والنون زائدتان .

اما الأحكام فانه يغرب البكر سنة مع الجلد ، وفى العبد قولان ، وقد مضى الدليل عليه ، ولا يجوز الزيادة على السنة للخبر ، وأقل مسافة التغريب ما تقصر به الصلاة ، وقال أبو على ابن أبى هريرة : يكفى التغريب الى دون مسافة القصر ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « تغريب عام » ولم يفرق ، والمذهب الأول ، لأن ما دون مسافة القصر فى حكم بلد الاقامة • وان رأى الامام أن يغرب الى مسافة أكثر من مسافة القصر جاز ، لأن عمر رضى الله عنه غرب من المدينة الى الشام ، وغرب عثمان رضى الله عنه منها الى مصر ، وان كان الزانى غريبا فى البلد الذى زنى فيه لم يمتنع بالاقامة فى تلك البلدة ، بل يخرج منها الى بلد تقصر اليه الصلاة من البلد الذى زنى فيه ، وان أراد أن يرجع الى وطنه وبينهما مسافة القصر أو أكثر منع من ذلك ، لأن القصد بالتغريب تعذيبه ، وذلك لا يحصل برجوعه الى وطنه • وهل يجزى التغريب سنه مفرقة ؟ يحتمل أن يكون على وجهين كتعريف اللقطة سنة مفرقة ، فاذا انقضت السنة كان بالخيار بين أن يرجع الى وطنه وبين أن لا يرجع لأن الواجب قد حصل •

فـــرع وهل تغرب المرأة وحدها ؟ فيه وجهان حكاهما المسعودى ، أحدهما : تغرب وحدها لأنه سفر واجب فهو كالهجرة • والثانى : لا تغرب وحدها ، لقوله صلى الله عليه وسلم « لا تسافر المرأة الا ومعها زوجها أو ذو محرم » فاذا قلنا بهذا فهل تجب على ذى رحمها أن يسافر معها ؟ فيه وجهان ، قال أكثر أصحابنا : لا يلزمه السفر معها ، لأن السفر وجب عليها فلم يجب على ذى رحمها ، كما قلنا فى سفرها للحج ، وقال أبو العباس : يلزمه الخروج معها ، ولا يمتنع على الانسان قطع مسافة لأجل الغير ، كما لو أمر الامام قوما فى الغزو ــ وكان على طريقهم عدو يخافونه ــ فان على الامام أن يبعث معهم جيشاً ليجوزوا بهم على ذلك العدو ، والأول أصح ، فعلى هذا ان تطوع ذو رحمها بالخروج معها أو لم يتطوع ــ ولكن وجدت امرأة ثقة فتطوعت بالخروج معها وكان الطريق آمنا ــ لزمها السفر لذلك ، وان لم يتطوع ذو رحمها بالخروج ، ولا وجدت امرأة ثقة تتطوع بالخروج معها فى طريق مأمون ، فانه يستأجر ذو رحمها

امرأة لتخرج معها ، ومن أين يستأجر ؟ فيه وجهان ، أحدهما : من مالها ، لأن ذلك واجب عليها ، فان لم يكن لها مال ، كانت من بيت المال ، لأن فى ذلك مصلحة ، والثانى : يستأجر من بيت المال ، لأنه حق لله فكانت مؤنته من بيت المال ، فان لم يكن فيه شىء أو كان ولكنه يحتاج اليه لما هو أهم من ذلك ، كان فى مالها ، لأنه واجب عليها •

مسألة وان كان الزانى ثيبا نظر فيه ــ فان كان صحيحا قويا ، والزمان معتدل الحر والبرد ــ رجم ، وان كان مريضا أو فى شدة حر أو برد ــ فاختلف أصحابنا فيه ــ فقال ابن الصباغ : ان ثبت زناه بالبينة رجم ، وان ثبت باقراره فيه وجهان ، أحدهما : يؤخر رجمه الى أن يبرأ مرضه ، ويعتدل الزمان ، لأنه لا يؤمن أن يرجع عن اقراره بعد أن رجم بعض الرجم ، فيؤدى ذلك مع المرض أو شدة الحر والبرد الى تلفه • والثانى : يرجم ولا يؤخر ، لأن الزنا قد ثبت عليه ووجب رجمه فلم يؤخر كما لو ثبت زناه بالبينة ، وما ذكره فى الأول يبطل بالزنا اذا ثبت بالبينة أنه يجوز أن يرجع الشهود بعد أن رجم بعض الرجم فيسقط عنه الرجم ، ومع هذا لا يؤخر الرجم ، وقال الشيخ أبو اسحاق هنا فى المهذب : هل يؤخر الرجم مع المرض أو شدة الحر أو البرد ؟ فيه وجهان ، ولم يفرق بين أن يثبت الزنا بالبينة أو بالاقرار ، الا أن تعليله يدل على أنه أراد اذا ثبت الزنا بالاقرار أنه يؤخر ، قال : لأنه ربما رجع عن اقراره فى حال الرجم • وقال الشيخ أبو حامد الاسفراينى : ان كان مريضا فان الرجم يؤخر بكل حال سواء كان يرجى زواله أو مما لا يرجى زواله ، وان كان فى شدة الحر أو البرد ففيه ثلاثة أوجه ، أحدها : يرجم فى الحال ، والثانى : ان ثبت بالاقرار لم يرجم ، وان ثبت بالبينة رجم ، دليلهما قد مضى • والثالث : ان ثبت زناه بالبينة أخر رجمه ، وان ثبت بالاقرار رجم ، لأنه هتك نفسه باقراره ، والأول أصح •

فرع واذا أريد رجم الزانى نظرت ــ فان كان رجلا ــ لم يحفر له سواء ثبت زناه بالبينة أو بالاقرار ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم

امرأة ــ فهل يحفر لها ؟ ــ اختلف أصحابنا فيه ، فقال الشيخ أبو حامد : ان ثبت زناها بالبينة حفر لها ، لأنها عورة ، وان ثبت زناها باقرارها لم يحفر لها ، لأنها ربما هربت فيكون رجوعا ، ولا يمكنها ذلك • وقال القاضي أبو حامد المروروذي : ان ثبت زناها بالبينة فهو بالخيار بين أن يحفر لها ولا يحفر لها ، وان ثبت باقرارها لم يحفر لها • وقال القاضي أبو الطيب : هو بالخيار بين أن يحفر لها أو لا يحفر لها سواء ثبت زناها بالبينة أو بالاقرار ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم حفر للغامدية الى ثديها ولم يحفر للجهنية • وكان قد ثبت زناها بالاقرار • وقال المصنف : يحفر للمرأة ، ولم يفرق بين ان ثبت بالاقرار أو بدونه لأن ذلك أستر لها •

فرع وان وجب الرجم على امرأة حبلى لم ترجم حتى تضع ، لما ذكرناه في الغامدية والجهنية ، وروى أن عمر رضي الله عنه أراد أن يرجم امرأة حاملا ، فقال له معاذ رضي الله عنه : ان كان لك سبيل عليها فلا سبيل لك على ما في جوفها ، فتركها • وان وجد للولد من يرضعه رجمت بعد ما تسقيه الأم اللبا ، لأنه لا يعيش الا بذلك • وان لم يوجد له من يرضعه لم ترجم حتى تفطمه لما ذكرناه في حديث الغامدية •

فرع وان هرب المرجوم في حال الرجم نظرت ــ فان ثبت زناه بالبينة ــ اتبع ورجم الى أن يموت لأنه لا سبيل الى تركه ، وان ثبت زناه باقراره لم يتبع لما روى أن ماعز بن مالك لما وجد ألم الحجارة فر بين أيديهم ، فتتبعوه ورجموه حتى مات ، ثم ذكروا ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « هلا خليتموه حين سعى بين أيديكم » ولأنه لو رجع عن اقراره لقبل رجوعه ، فكان الظاهر من حاله لما هرب منهم أنه رجع عن اقراره ، فان هرب ولم يصرح بالرجوع وتبعوه ورجموه حتى قتلوه لم يجب عليهم ضمانه ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يوجب عليهم ضمان ماعز ، ولأن هربه يحتمل الرجوع وغيره ، فلم يجب عليهم الضمان بالشك •

فـــرع ويغسل المرجوم ويصلى عليه ان كان مسلما ، وقال مالك : لا يصلى عليه . دليلنا أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بالغامدية فرجمت وصلى عليها ودفنت ، وأمرهم أن يصلوا على الجهنية فقال عمر رضى الله عنه : نصلى عليها وقد زنت ؟ فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لوسعتهم ، وهل وجدت شيئا أفضل من أنها جادت بنفسها لله تعالى » . وقال ابن قدامة فى المغنى من كتب الحنابلة : لا خلاف فى تغسيلهما ودفنهما ، وأكثر أهل العلم يرون الصلاة عليهما . قال الامام أحمد : سئل على رضى الله عنه عن شراحة وكان رجمها فقال : اصنعوا بها كما تصنعون بموتاكم ، وصلى عليها . وقال مالك : من قتله الامام فى حد لا نصلى عليه ، لأن جابرا قال فى حديث ماعز : « فرجم حتى مات فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : خيرا ولم يصل عليه » . متفق عليه . اهـ .

دليلنا ما سقناه من حديث الصلاة على الجهنية وهو ثابت من حديث عمران بن حصين عند أبى داود والترمذى وقال : حديث حسن صحيح .

فـــرع ويكره اقامة الحد فى المسجد ، وبه قال مالك وأبو حنيفة ، وقال ابن أبى ليلى : لا يكره . دليلنا أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى أن يستقاد فى المسجد كما مضى تخريج ذلك فى الجنايات ، كما نهى أن تنشد فيه الأشعار أو تقام فيه الحدود . فان أقيم الحد فى المسجد سقط الفرض ، لأن النهى يعود الى المسجد لا الى الحد ، فسقط به الفرض كالصلاة فى دار مغصوبة والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب حد القذف

القذف محرم ، والدليل عليه ما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « اجتنبوا السبع الموبقات ، قالوا : يا رسول الله وما هن ؟ قال : الشرك بالله عز وجل ، والسحر ، وقتل النفس التى حرم الله الا بالحق ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولى يوم الزحف ، وقذف المحصنات » .

فصـــل اذا قذف بالغ عاقل مختار مسلم او ـ كافر التزم حقوق المسلمين من مرتد او ذمى او معاهد ـ محصـنا ليس بولد له بوطء يوجب الحد : وجب عليه الحد ، فان كان حرا جلد ثمانين جلدة ، لقوله تعـالى : « والذين (١) يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمـانين جلدة » وان كان مملوكا جلد اربعين لما روى يحيى بن سعيد الأنصارى قال : « ضرب أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم مملوكا افترى على حر ثمـانين جلدة ، فبلغ ذلك عبد الله بن عامر بن ربيعة فقال : ادركت النـاس من زمن عمر بن الخطاب رضى الله عنه والى اليوم فما رأيت احداً ضرب المملوك المفترى على الحر ثمانين قبل أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم » وروى خلاس ان عليا كرم الله وجهه قال فى عبد قذف حرا نصف الحد ، ولأنه حد يتبعض فكان المملوك على النصف من الحر كحد الزنا .

فصـــل وان قذف غير محصن لم يجب عليه الحـد لقوله عز وجل : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة » فدل على انه اذا قـذف غير محصن لم يجلد ، والمحصن الذى يجب الحد بقذفه من الرجال والنساء من اجتمع فيه البلوغ ، والعقل ، والاسلام ، والحرية ، والعفة عن الزنا . فان قذف صغيرا ، أو مجنونا ، لم يجب به عليه الحد ، لأن ما يرمى به الصغير والمجنون لو تحقق لم يجب به الحد ، فلم يجب الحد على القاذف ، كما لو قذف بالغا عاقلا بما دون الوطء . وان قذف كافرا لم يجب عليه الحد ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليـه

---

(١) الآية ٤ من سورة النور .

وسلم قال : « من أشرك بالله فليس بمحصن » وان قـذف مملوكا لم يجب عليه الحد ، لأن نقص الرق يمنع كمال الحد فيمنع وجوب الحد على قاذفه ، وان قذف زانيا لم يجب عليه الحد لقوله عز وجل : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة » فاسقط الحد عنه اذا ثبت أنه زنى ، فدل على أنه اذا قذفه وهو زان لم يجب عليه الحد ، وان قذف من وطىء فى غير ملك وطئا محرما لا يجب به الحد ، كمن وطىء امرأة ظنهـا زوجته أو وطىء فى نكاح مختلف فى صحته ، ففيه وجهـان ، أحدهما : أنه لا يجب عليه الحد ، لأنه وطء محرم لم يصادف ملكا فسقط به الاحصـان كالزنا . والثانى : أنه يجب لأنه وطء لا يجب به الحد فلم يسقط به الاحصان كما لو وطىء زوجته وهى حائض .

الشرح قوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة » قال سعيد بن جبير سببها ما قيل فى عائشة أم المؤمنين رضى الله عنها . وقيل : بل نزلت بسبب القذفة عاما لا فى تلك النازلة . وقال ابن المنذر : لم نجد فى أخبار رسول الله صلى الله عليه وسلم خبرا يدل على تصريح القذف ، وظاهر كتاب الله تعالى مستغنى به ، دالا على القذف الذى يوجب الحد ، وأهل العلم على ذلك مجمعون . هكذا أفاده القرطبى .

أما حديث أبى هريرة فقد مضى فى غير موضع وهو متفق عليه . وحديث ابن عمر أخرجه البيهقى ورواية ابن عمران : « فليس بمحصن » بالبنـاء للمجهول ، وفى رواية عند البيهقى أيضـا : « لا يحصن أهل الشرك بالله شيئا » فيكون مقتضاه أنهم لا يحصنون بالفاعلية ويشهد لرواية البيهقى الأخيرة قصة كعب بن مالك حين أراد أن يتزوج كتابية فنهاه النبى صلى الله عليه وسلم قائلا : « انها لا تحصنك » ويشـهد لذلك أيضـا قراءة والمحصنات بكسر الصاد كما سيأتى فى اللغات .

أما خبر يحيى بن سعيد الأنصارى فعند البيهقى ، وقد رواه مالك فى الموطأ عن عبد الله بن ربيعة قال : « أدركت أبا بكر وعمر وعثمـان ومن بعدهم من الخلفاء فلم أرهم يضربون المملوك اذا قذف الا أربعين سوطا » .

أما اللغات فقوله تعالى : « والذين يرمون » يعنى يسبون ، واستعير له اسم الرمى لأنه اذاية بالقول ، قال النابغة :

وجرح اللسان كجرح اليد

وقال غيره :

رمانى بأمر كنت منه ووالدى بريئا ومن أجل الطوى رمانى

وكما سمى الرمى بالحجارة قذفا كذلك سمى الرمى بالقول قذفا ، وفى حديث الملاعنة : « ان ابن أمية قذف امرأته بشريك بن السمحاء ، أي رماها » .

(والمحصنات) بكسر الصاد وفتحها قراءتان للجمهور وقد مضى لنا تفصيل ذلك فى أول كتاب الحدود وفى كتاب النكاح قبله . وقوله : (افترى على حر) أى كذب وقال تعالى : « لا تفتروا على الله كذبا » .

حد القذف

قال تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ، ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون ، الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان الله غفور رحيم [1]) .

وروى البخارى ومسلم وأبو داود والنسائى عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : « اجتنبوا السبع الموبقات الشرك بالله والسحر وقتل النفس التى حرم الله الا بالحق وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولى يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات » وقال تعالى : (ان الذين يرمون المحصنات المؤمنات الغافلات لعنوا فى الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم [2]) .

---

(١) الآية ٤ ، ٥ من سورة النور .
(٢) الآية ٢٣ من سورة النور .

وقد بينت الآيتـان الأوليين العقوبة وبينت الآية الأخرى مع الحـديث الجريمة ، فرمى المحصنات بلا ريب بالزنا جريمة وعقوبتها هى الجلد ثمانون جلدة •

لكن هل يدخل رمى الرجال فى الجريمة والعقوبة فى الأمر ، فيعد رميهم جريمة ويكون عليها العقاب ، لقد اتفق فقهاء الأمصار على أن رمى المحصنين كرمى المحصنات على سواء ، والحكم القرآنى لا يخص أحد الجنسين دون الآخر ، فخطاب الرجال خطاب للنساء أيضا ، وذكر الرجال فى الأحكام ذكر للنساء بمقتضى قانون التساوى فى الأحكام ، وكذلك اذا ذكر النساء ، فقـانون التسـاوى فى الأحـكام يوجب أن يطبق الحكم أيضـا على الرجال ، وقد أقر قانون التساوى الظاهرية الذين يأخذون بظواهر الألفاظ فقرروا أن كل حكم يذكر فيه أحد الجنسين يكون ذكر للآخر لا فرق بين أن يكون هو الرجال أو النساء ، الا اذا ثبت تخصيص النص بأحدهما دون الآخر ، وليس ما يوجب التخصيص ، فبقى قانون التسوية فى الحكم على مقتضاه من غير تخصيص •

وفوق ذلك فان الحكمة من حد القذف وهو الرمى بالزنا كما تبين هو منع أن تشيع الفاحشة فى المؤمنين بكثرة الترامى بها وسهولة قولها كما قال تعالى : « ان الذين يحبون أن تشيع الفاحشة فى الذين آمنوا لهم عذاب أليم فى الدنيـا والآخرة والله يعلم وأنتم لا تعلمون [1] » تتحقق فى المرأة والرجل على سواء وان رمى الرجال الذين اشتهروا بالعفة والتقوى بهـذه الفاحشة من غير بينة يحل عرى الأخلاق ويسهل ارتكاب هذه الجريمة ممن يتردد فيها من الشباب •

ويصح أن ننبه هنا الى أن بعض فرق الخوارج يقولون : ان حد القذف الوارد فى النص هو خاص برمى النساء دون الرجال ، لأن النص وارد فيهن فيقتصر على مورده ، ولأن رمى المرأة بالزنا أشد تأثيرا فى حياتها من رمى

---

(١) الآية ١٩ من سورة النور •

الرجل ، لأن الدنس اذا لحقها من هذه لا يمحى عاره من حياتها ، وأما من يقذف الرجال فانه لا ينطبق عليه النص ، لأن تعميم تطبيق النصوص انما يكون حيث التساوى ولا تساوى هنا بين الرجل والمرأة فى الأذى من هذه الجريمة • ويجاب عن ذلك بأن التساوى الذى يجعل الرمى واحدا سواء أكان المقذوف رجلا أم امرأة لا ينظر فيه الى الأذى الشخصى وانما ينظر فيه الى الأثر المترتب على الترامى بهذه الفاحشة ، فانه يؤدى الى شيوعها ، وان ذلك يتحقق سواء أكان على الرجل أم كان على المرأة فهما من حيث الأثر سواء ولذلك يتساوى العقاب •

والحصانة هنا العفة مع البلوغ والعقل بمعنى أنه لا يثبت أنه ارتكب من رمى بالزنا هذه الجريمة من قبل ، فاذا كان قد ارتكبها أو عرف أنه ارتكبها باقامة الحد عليه فان رميه بالزنا لا يوجب الحد ، ولكنه يوجب التعزير ، فان الشخص اذا كان صادقا لا يعاقب بهذه العقوبة ، ولكن بقى أنه أشاع ما يجب ستره واخفاؤه ، بعد أن نزل العقاب فيعزر •

واذا كان الرجل والمرأة قد سقط عنهما الحد لشبهة كمن يتزوج احدى محارمه وهو لا يعلم العلاقة المحرمة فدخل بها • فانه فى هذه الحالة تثبت الشبهة ولا يكون الدخول زنا ، أو كمن يتزوج مطلقته طلقة مكملة للثلاث ولا يعلم أنها تحرم عليه فدخل بها ثم فرق بينهما ، فهل الدخول على هذا النحو يسقط وصف الحصانة ويكون مزيلا لمعنى العفة ، ومثل ذلك من أدخلت عليه امرأة على أنها زوجته وهى تظنه زوجها فدخل بها على هذا الظن أيكون هذا نافيا لمعنى الحصانة ؟

والجواب : أن أبا حنيفة وأصحابه قرروا أن الشبهة ان كانت قوية بحيث لا تسقط الحد فقط بل تمحو وصف الزنا كما لو عقد على أخته من الرضاع ولا علم له ، وكذلك لا علم لها بواقعة الرضاع فان هذه الشبهة تسقط الحد وتمحو وصف الزنا ، ولذا يثبت النسب وتجب العدة وذلك مع وجود المهر ، وعلى ذلك يكون الدخول بغير زواج مع هذه الشبهة غير مناف لمعنى الحصانة ، وأما اذا كانت الشبهة ليس لها هذه القوة كمن يتزوج

باجدى محارمه جاهلا التحريم فان هـذه الشبهة لا تمحو وصف الزنا ، وان أسقطت الحـد وأوجبت المهر ولذلك نقول : انها تتنـافى مع معنى الحصانة .

فـرع فى انطباق هذا النص على العبد اذا قذف غيره أيقام عليه الحد ثمانين جلدة وكذلك الأمة اذا قذفت غيرها أم يكون حدهما أربعين جلدة باعتبار أن عليهما نصف ما على الأحرار والحرائر من العذاب ؟

قد قال جمهور العلماء : ان حده فى هذه الحال هو أربعون باعتبار أن عقوبته دائما على النصف من عقوبة الحر ، ولكن بعض التابعين يرون أنه يحد ثمانين جلدة ، وروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه .

وقال الحنابلة [1] : (اجمع أهل العلم على وجوب الحد على العبد اذا قذف الحر المحصن لأنه داخل فى عموم الآية ، وحده أربعون فى قول اكثر أهل العلم ، وروى عن عبد الله بن عامر بن أبى ربيعـة أنه قال : أدركت أبا بكر وعمر وعثمان ومن بعدهم من الخلفاء ، فلم أرهم يضربون المملوك اذا قذف الا اربعين وجلد أبو بكر بن عمرو بن حزم عبدا قذف حرا ثمانين ، وبه قال قبيصـة وعمر بن عبد العزيز . ولعلهم ذهبوا الى عموم الآية ، والصحيح الأول للاجماع المنقول عن الصحابة رضى الله عنهم ، ولأنه حد يتبعض ، فكان العبد فيه على النصف من الحر كحـد الزنا ، وهو يخص عموم الآية ، وقد عيب على أبى بكر بن عمرو بن حزم جلده ثمانين . وقال سعيد ـ يعنى ابن منصور ـ حدثنا عبد الرحمن بن أبى الزناد عن أبيـه قال : حضرت عمر بن عبد العزيز جلد عبدا فى قرية ثمانين فأنكر ذلك من حضره من الناس وغيرهم من الفقهاء فقال عبد الله بن عامر بن ربيعـة انى رأيت والله عمر بن الخطـاب ما رأيت أحـدا جـلد عبـدا فى قرية فوق أربعين) اهـ .

ويبدو أن الذين رأوا تمام الحد على العبد فى جريمة القـذف راعوا

---

(١) المغنى لابن قدامة .

عموم الآية والى أن اشاعة الفاحشة بالقول تتساوى آثارها الضارة سواء صدرت من حر أو من عبد ، ولما كان العبد لا عذر له فى رميه الأبرياء فان ضعفه لا يكون سبيلا الى اشاعة الفاحشة فى الذين آمنوا ، واذا ثبت التنصيف فى الزنا فلا يثبت فى غيره الا بالقياس عليه ، ولكن لا قياس مع النص ، وقد ورد النص عاما ، وقد ذهب الى هذا داود بن على الظاهر وولده وبعض أصحابه حاشا ابن حزم فانه قال : يقول الجمهور بتنصيف حد القذف على العبد .

ولنا أن الصحابة رضوان الله عليهم وهم أعلم الناس بمواطن التنزيل قد أجمعوا على التنصيف فى عقوبة القذف من العبيد هكذا أفاده أبو زهرة مع تصرف منا قال :

وثانى الأمرين اللذين يثاران عند تطبيق النص القرآنى هو أنه اذا رمى العبد بالزنا أيحد من يقذفه ؟ أو بعبارة أعم هل يشترط فى الحصانة التى توجب حد القذف الحرية ؟ وقد روى ذلك عن أبى هريرة أنه قال : سمعت أبا القاسم صلى الله عليه وآله وسلم يقول : « من قذف مملوكه وهو برىء مما قال جلد يوم القيامة الا أن يكون كما قال [1] » وعن عبد الله بن عمر أنه قال : « من قذف مملوكا كان لله فى ظهره حد يوم القيامة ، ان شاء أخذ وان شاء عفا عنه » ولكن يلاحظ أن ذلك فى قذف المالك لعبده فهل يقاس عليه قذف غيره ، مع أن المالك له ولاية التأديب لعبده من غير جور ولا ظلم ، ولا تجاوز لحدود ، وعلى أى حال فالجمهور على أنه لا يحد حد القذف من يرمى عبدا بالزنا وقد جاء فى فتح البارى ما نصه :

قال المهلب : أجمعوا على أن الحر اذا قذف عبدا لم يجب عليه الحد ، ودل على هذا الحديث . أى حديث أبى هريرة السابق . لأنه لو وجب على

---

(١) قلت : هذا الحديث اخرجه مسلم ولفظه « من قذف مملوكه بالزنا يقام عليه الحد يوم القيامة الا ان يكون كما قال » واخرجه احمد والشيخان وابو داود والترمذى عن أبى هريرة بلفظه « من قذف مملوكه وهو برىء مما قال جلد يوم القيامة حدا الا ان يكون كما قال » (ط) .

السيد أن يجلد فى قذف عبده فى الدنيا لذكره كما ذكره فى الآخرة ، فان ملكهم يزول عنهم ويتكافأون فى الحدود ويقتص لكل منهم الا أن يعفو ، ولا مفاضلة حينئذ الا بالتقوى •

قلت : فى نقله الاجماع نظر فقد أخرج عبد الرزاق بسنده عن نافع سئل ابن عمر عمن قذف أم ولد الآخر فقال : يضرب الحد صاغرا » وهذا بسند صحيح وبه قال الحسن وأهل الظاهر ، واختلفوا فيمن قذف أم ولد بعد موت السيد فقال مالك وجماعة : يجب فيه الحد ، وهو قياس قول الشافعى بعد موت السيد وكذا كل من يقول : انها عتقت بموت السيد) اهـ •

وبعض الفقهاء يقررون وجوب تطبيق الحد على من يرمى العبيد ، لأن الحكمة من الحد هو منع الترامى بالفاحشة ، وتنزيه الرأى العام من أن يسرى فيه هذا القول ، وتلك الحكمة تتحقق فى رمى العبيد وغيرهم ، وان للعبد كرامته فيجب أن تصان عن الابتذال كما تصان كرامة الأحرار •

وان الذى نراه من النصوص أن السيد لا يقام عليه الحد اذا رمى عبده هو ، وحديث أبى هريرة نص فى ذلك ، ولم يرد نص عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم فيما اذا رمى عبد غيره • وقد روى عن ابن عمر فى أثر عبد الرزاق الذى سقناه آنفا : اذا رمى أم ولد غيره ، وما دام الأثر مقصورا على حال السيد اذا رمى مملوكه فانه يبقى عموم النص ويحد من يرمى عبد غيره ، وتعليل ذلك أن هناك علاقة تبيح التأديب بالنسبة للمولى مع المملوك ، وان أساء عزر ولم يحد ، والحديث مقصور على هذه الحالة فيبقى على عمومه •

فـــرع فى عدم قبول شهادة المحدود •

قد ذكرنا أن القاذف يعاقب بعقوبتين وجزاءين :

(احداهما) الضرب ثمانين جلدة •

(الثانية) وهى عقوبة أدبية وهى أن لا تقبل له شهادة •

وقد عرفت أن الضرب ثمانون للحر وأربعون على العبد ، وأما العقوبة الأخرى فهى قوله تعالى : (ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا) •

وقد اتفق العلماء على أن القاذف لا تقبل له شهادة ما دام لم يتب لأنه ارتكب معصية من غير أن يتوب عنها ففقد شرط العدالة ، والعدالة شرط فى قبول الشهادة ، وهو فاسق بهذا القول ما لم يتب ، والجلد لا يزيل وصف الفسق وان قال بعض الفقهاء انه كفارة من عقاب يوم القيامة •

ولكن اذا تاب وأحسن التوبة أتقبل شهادته أم لا ؟ وقد زال عنه وصف الفسق ؟

لقد اختلف فى ذلك الفقهاء ، فأبو حنيفة وأصحابه والأوزاعى والثورى قالوا : لا تقبل شهادته ، فلا تقبل شهادة محدود فى قذف فى الاسلام ، وقال الشافعى ومالك والليث وعثمان البتى وأحمد تقبل شهادة المحدود فى قذف اذا تاب توبة نصوحا ، لأن التوبة تجب ما قبلها ، وروى عن ابن عباس روايتان (احداهما) أنها تقبل (والثانية) انها لا تقبل ولو تاب • وروى عن أمير المؤمنين عمر رضى الله عنه أنه قال لبعض من جلدهم فى قذف : (ان تبت قبلت شهادتك) وقد قال بعدم قبول شهادته جمع من التابعين منهم سعيد بن المسيب ، والقاضى شريح ، والحسن البصرى ، وابراهيم النخعى ، وسعيد بن جبير كما روى قبول شهادته عن جمع آخر من التابعين منهم عطاء وسفيان بن عيينة والشعبى والقاسم بن محمد ، وسالم بن عبد الله ، والزهرى •

فرع فى أدلة الذين منعوا قبول شهادته ولو تاب :

(أولا) ورودها فى صريح الكتاب العزيز عقوبة للقاذفين ولا تكون عقوبة اذا قبلت بعد التوبة لأنهم فاسقون ، والفاسقون بأى سبب من أسباب الفسق لا تقبل شهادتهم ، فلم يكن لهذا النص معنى الا أن يكون عقوبة

خاصة بهذا النوع من الفسق ، وهو يتفق مع نوع الجريمة اذ أنها كذب ، بل أعظم الكذب ، وأعظم الافتراء ، لذلك لم يضع الله تعالى عقوبة على الافتراء غير هذا النوع من الافتراء فكان المناسب أن لا تقبل له شهادة .

(ثانيا) أن الله سبحانه وتعالى قال فى عدم قبول الشهادة منه : (ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا) فذكر لفظ أبدا مع الحكم بأنهم فاسقون يدل على عدم قبول الشهادة ولو تابوا ، لأن التأبيد لا يتحقق الا بذلك .

(وثالثا) ان القذف تكون عقوبته علنية ، معلمة مشهورة فهو بهذا تنزل مروءته أمام الناس ، ونقص المروءة يمنع قبول الشهادة لأن للقضاء حرمات مقدسة ، ولأن الشهادة ملزمة للقضاء لا يصح أن يخالفها ، فكيف يكون هذا الالزام بشهادة رجل حد فى قذف ، ورؤيت الأسواط تنزل على ظهره بالافتراء ، وان كانت له توبة فبينه وبين ربه .

وان الاستثناء فى قوله تعالى : (الا الذين تابوا من بعد ذلك) هو من وصفه الفسق لا من قبول الشهادة ، لأن الاستثناء يكون من الحكم المتصل كأداة الاستثناء ، هى الحكم عليه بأنهم فاسقون .

هذه حجج الذين يمنعون قبول شهادته قبل التوبة وبعدها .

فـــرع فى أدلة الذين سوغوا قبولها :

(أولا) أن التوبة تجب ما قبلها ، فاذا تاب وأحسن التوبة فان الله تعالى يغفر له ، واذا غفر له فان ما يكون من آثار الجريمة يزول وينتهى ، وهو الذى شرع العقوبة ، وقد غفر فكان حقا على الناس أن يقبلوا شهادته .

(ثانيا) بأن الأبدية مقيدة بحال الاستمرار على الفسق ، ولذلك ذكر بعدها الحكم عليه بأنه فاسق ، فكان دوام عدم قبول الشهادة مقرونا باستمرار وصف الفسق .

(ثالثا) بأن الاستثناء من كل ما سبق وليس من الفسق فقط وقصره على واحد نوع من التحكم من غير دليل •

والحق أن أساس الاختلاف مع الأدلة السابقة هو الاختلاف فى تفسير قوله تعالى : (ولا تقبلوا لهم شهادة) فالذين قالوا : ان شهادته لا تقبل جعلوا الاستثناء من الحكم بالفسق ، والذين قالوا : أنه تقبل جعلوا الاستثناء من النهى عن قبول الشهادة والحكم بالفسق ، وقد قال فى ذلك أبو بكر الرازى : وما ذكرنا من اختلاف السلف وفقهاء الأمصار فى حكم القاذف اذا تاب فانما صدر عن اختلافهم فى رجوع الاستثناء الى الفسق ، أو الى ابطال الشهادة ، وسمة الفسق جميعا فيرفعهما ، والدليل على أن الاستثناء مقصور الحكم على ما يليه من زوال الفسق دون جواز الشهادة أن حكم الاستثناء فى اللغة رجوعه الى ما يليه ، ولا يرجع الى ما تقدمه الا بدلالة • اهـ •

فـــرع فى مذاهب العلماء فى التعريض بالزنا •

اختلف العلماء فى الرمى بالزنا بالتعريض أينطبق عليه النص أم لا ينطبق الا النص الصريح ، وقد قال جمع من الفقهاء : ان التعريض لا يعطى حكم التصريح وهو مذهبنا ومذهب أبى حنيفة وأصحابه •

ومن ذلك أن يقول الرجل لآخر : أنا لست بزان ولا أمى بزانية ، اذا كانا فى مقام التلاحى والشجار •

وقال أحمد فى رواية وآخرون : انه يحد بالتعريض ، لأن ارادة الرمى بالزنا واضحة ، وان الكناية المشهورة تبلغ مبلغ صريح القول ، واستدل القائلون بهذا ما فعله عمر رضى الله عنه بأن جلد من عرض فى رمى آخر بالزنا بعد أن شاور علماء الصحابة فى ذلك ، وقد فعل أيضا ذلك عثمان رضى الله عنه وأن ذلك كان فى مقام النزاع ، فان لم يكن نزاع فقد اتفق الجميع على أنه لا حد •

دليلنا : أن التعريض غير التصريح وللتصريح حكم ليس للتعريض ، ولأن التعريض بالزنا لا يدل دلالة قاطعة على الرمى به ، ولا يصح جلد عند الظن والشبهة ، ولأن النبى صلى الله عليه وآله وسلم ما حد لتعريض .

مسألة قال الشافعى رضى الله عنه : (واذا قذف البالغ حرا بالغا مسلما أو حرة بالغة مسلمة جلد ثمانين جلدة) وجملة ذلك أن القاذف يجب عليه الحد لقوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات » الآية ، وعن عائشة رضى الله عنها أنها قالت : « لما أنزل الله تعالى عذرى صعد النبى صلى الله عليه وسلم على المنبر فذكر الله تعالى ثم تلا آيات من كتاب الله ثم نزل ، فأمر أن يجلد الرجلان والمرأة حدودهم ــ يعنى حسان بن ثابت ومسطح [1] ابن أثاثة وحمنة بنت جحش » .

اذا ثبت هذا فلا يجب حد القذف الا على مكلف ــ فان كان القاذف صغيرا أو مجنونا لم يجب عليه الحد ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاث » ولأن الصبى والمجنون لا حكم لقولهما فلم يجب به الحد بقذف المحصنة والمحصن . فان قذف من ليس بمحصن لم يجب على القاذف الحد ، لقوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ــ الآية [2] » .

فاشترط الاحصان فى المقذوفة ، فدل على أنه لا يجب الحد بقذف من ليس بمحصن . والاحصان فى المقذوف له خمس شرائط : البلوغ والعقل والحرية والاسلام والعفة عن الزنا . فان قذف صغيرا أو مجنونا لم يجب عليه الحد . لأن ما رماهما به من الزنا لو تحقق لم يجب عليهما به حد ،

---

(١) حسان بن ثابت الأنصارى من بنى النجار ، وكانت قبيلته تعرف عند العرب ببنى معالة نسبة الى امهم وكانت حبشية سوداء . ومسطح ابن بنت خالة أبى بكر الصديق وكان من المهاجرين البدويين المساكين وهو ابن اثاثة ابن غياد بن عبد مناف . وحمنة هى أخت زينب أم المؤمنين وابنة عمة النبى صلى الله عليه وسلم .

(٢) الآية ٤ من سورة النور .

فلم يجب على قاذفهما به حد • وان قذف مملوكا لم يجب به عليه حد ، لأن الرق يمنع من كمال حد الزنا فمنع من وجوب الحد على قاذفه • وان قذف كافرا لم يجب عليه الحد ، لما روى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من أشرك بالله فليس بمحصن » وان قذف من عرف زناه ببينة باقراره : لم يجب عليه الحد ، لقوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ــ الآية » فأوجب الحد على القاذف اذا لم يأت بأربعة شهداء على زنا المقذوف ، فدل على أنه اذا أتى بأربعة شهداء على زناه بأنه لا حد عليه • وقسنا اقرار المقذوف بالزنا على ثبوت زناه بالبينة •

اذا تقرر هنا فان وجوب الحد يعتبر بالمقذوف ، وأما كمال الحد ونقصانه فيعتبر بالقاذف ــ فان كان القاذف حرا وجب عليه ثمانون جلدة للآية • وان كان مملوكا لم يجب عليه الا أربعون جلدة ، وبه قال أبو بكر الصديق وعمر وعثمان رضى الله عنهم وأكده أهل العلم ، وقال عمر بن عبد العزيز : يجب على المملوك ثمانون جلدة وبه قال الزهرى وداود ، وحكى ذلك عن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم •

دليلنا ما روى عن عبد الله بن عامر بن ربيعة أنه قال : أدركت أبا بكر وعمر وعثمان ومن بعدهم من الخلفاء فلم أرهم يضربون المملوك اذا قذف الا أربعين سوطا ، وما رأيت ضرب المملوم المفترى على الحر ثمانين جلدة قبل أبى بكر بن محمد بن حزم ، فدل على أنه اجماع ، ولأنه حد يتبعض فكان المملوك فيه على النصف من الحر كالجلد فى الزنا ، وفيه احتراز من القطع فى السرقة •

فــــرع فان كان المقذوف بعضه حر وبعضه مملوك لم يجب عليه حد المملوك ، لأنه ناقص بالرق ، ولهذا لا تثبت له الولاية ولا تقبل شهادته ولا تقبل منه الجزية • فكان كالمملوك فى ذلك •

فــــرع فان قذف رجلا وطىء وطئا حراما أو امرأة وطئت وطئا حراما ، فالوطء الحرام على أربعة أضرب : ضرب حرام محض وهو الزنا •

وكذلك ان وطىء أمه أو أخته بعقد النكاح ، وهو عالم بتحريمه ، أو وطء المرتهن الجارية المرهونة مع العلم بتحريمه ، أو وطء جارية والده مع العلم بتحريمه ، فهذا الوطء يجب به الحد على الواطىء ويسقط به احصانه ، فلا يجب الحد على قاذفه • والثانى : وطء حرام بعارض ، وهو اذا وطىء زوجته الحائض والنفساء والصائمة والمحرمة ، فهذا لا يجب عليه الحد بهذا الوطء ولا يسقط به احصانه ، فيجب الحد على قاذفه • والضرب الثالث : وطء حرام بكل حال الا أنه فى ملك ، كمن وطىء عمته أو أخته فى ملكه فان قلنا : يجب عليه الحد بوطئها سقط احصانه بذلك ، فلا يجب الحد على قاذفه ، وان قلنا : لا يجب عليه الحد لم يسقط احصانه بذلك فيجب الحد على قاذفه • والضرب الرابع : وطء حرام فى غير ملك الا أنه مختلف فيه • كمن وطىء امرأة فى نكاح بلا ولى ولا شهود ، أو فى نكاح المتعة • أو وطىء جارية مشتركة بينه وبين غيره ، فهذا الوطء لا يجب به الحد على الواطىء ، ولكن هل يسقط احصانه ؟ فيه وجهان • أحدهما : يسقط احصانه ، فلا يجب الحد على قاذفه لأنه وطء محرم فى غير ملك فهو كالزنا • والثانى : لا يسقط احصانه ، ويجب الحد على قاذفه لأنه وطء لا يجب به الحد على الواطىء • فهو كما لو وطىء الحائض فكذلك اذا وطىء امرأة أجنبية ظنها زوجته • فهو كما لو وطىء بالنكاح بلا ولى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان قذف الوالد ولده ، او قذف الجد ولد ولده ، لم يجب عليه الحد • وقال أبو ثور : يجب عليه الحد لعموم الآية ، والمذهب الأول ، لأنه عقوبة تجب لحق الآدمى فلم تجب للولد على الوالد كالقصاص • وان قذف زوجته فماتت وله منها ولد سقط الحد ، لأنه لما لم يثبت له عليه بالارث عن امه وان كان لها ابن آخر من غيره وجب له ، لأن حد القذف يثبت لكل واحد من الورثة على الانفراد •

فصل وان رفع القاذف الى الحاكم وجب عليه السؤال عن احصان المقذوف لانه شرط فى الحكم ، فيجب السؤال عنه كعدالة الشهود ، ومن اصحابنا من قال : لا يجب لأن البلوغ والعقل معلوم بالنظر اليه والظاهر

الحرية والاسلام والعفة . وان قال القاذف امهلنى لأقيم البينة على الزنا ، أمهل ثلاثة ايام لأنه قريب ، لقوله عز وجل : ((ولا تمسوها بسوء فيأخذكم عذاب قريب (١))) ثم قال : ((تمتعوا فى داركم ثلاثة أيام (٢))) .

الشرح قوله تعالى : « تمتعوا فى داركم ثلاثة أيام » استدل علماؤنا بارجاء الله العذاب عن قوم صالح ثلاثة أيام على أن المسافر اذا لم يجمع على اقامة أربع ليال قصر ، لأن الثلاثة الأيام خارجة عن حكم الاقامة وهو مذهب المالكية وغيرهم ، كما استدل المصنف هنا بهذه الآية على مدة الامهال واللازم بينهما أن الله تعالى لم يعجل بعذابهم وأمهلهم ثلاثة أيام ، فلا نعجل بعذاب القاذف اذا طلب امهاله لاحضار البينة على أن تكون مدة الامهال ثلاثة أيام ، وهو النصاب الزمنى لامهال الله تعالى قوم صالح .

أما اللغات فقوله : « تمتعوا » أى بنعم الله قبل العذاب « فى داركم » أى بلدكم ولو أراد المنزل لقال : دوركم . وقال ابن بطال الركبى : أى تبلغوا بالعيش القليل حتى يأتيكم العذاب .

أما الأحكام فاذا قذف الوالد ولده وان سفل لم يجب عليه الحد ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد واسحق . وقال مالك : يكره له أن يحده ، فان حده جاز . وقال أبو ثور وابن المنذر : يجب عليه الحد . دليلنا أن الحد يسقط بالشبهة ، وما سقط بالشبهة لم يثبت الولد على الوالد كالقصاص . وان قذف أم أبيه وكانت محصنة أجنبية منه وجب لها عليه الحد ، فان ماتت قبل أن تستوفيه ولا وارث لها غير ابنه منها سقط الحد عن أبيه لأنه لم يثبت له الحد ابتداء ، فلم يثبت له عليه ارثا كالقصاص . وان كان لها وارث مع ابن القاذف كان له أن يستوفى جميع الحد ، لأن حد القذف يثبت لبعض الورثة .

فرع واذا رفع القاذف الى الحاكم — فان علم أن المقذوف غير محصن — لم يكن له أن يحد القاذف ، وان أقر القاذف باحصان

---

(١) الآية ٧٣ من سورة الأعراف .
(٢) الآية ٦٥ من سورة هود .

المقذوف ، أو قامت به بينة حد القاذف ، وان جهل الحاكم حال المقـذوف فهل يجب عليه السؤال عن حاله ؟ فيه وجهان أحدهما : يجب عليه السؤال عن احصانه ، لأنه شرط فى الحكم بالحد على القاذف ، فان طولب القاذف ، فسأل أن ينظر الى أن يقيم البينة على زنا المقذوف ، أنظر ثلاثة أيام ، لأن ذلك قريب ، وان قال القاذف للمقذوف : احلف أنك ما زنيت لم يحد القاذف حتى يحلف المقذوف أنه ما زنى ، لأن اليمين تعرض ليخاف فيقر ، ولو خاف المقذوف من اليمين فأقر أنه زنى ، لم يجب الحد على القاذف ـ فان حلف المقذوف أنه ما زنى ـ وجب الحد على القاذف ، وان نكل عن اليمين ردت اليمين على القاذف ، فان حلف أن المقذوف زنى سقط عن القاذف الحد ، لأن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كاقرار المدعى عليه فى أحد القولين ، أو كبينة يقيمها المدعى ، ولو ثبت زنا المقذوف باقراره أو بالبينة لم يجب الحد على القاذف ، فكذلك هذا مثله ، ولا يجب حد الزنا على المقـذوف بيمين المدعى ، لأن يمينه لاسقاط حد القذف وحد الزنا حق لله تعالى ، فلا يثبت بيمين القاذف •

وقال القرطبى فى جامعه : اختلف هل هو من حقوق الله أو من حقـوق الآدميين أو فيه شائبة منهما ؟ الأول : قول أبى حنيفة • والثانى : قول مالك والشافعى وأحمد • والثالث : قول بعض المتأخرين •

وفائدة الخلاف أنه ان كان لله تعالى وبلغ الامام أقامه ، وان لم يطلب ذلك المقذوف ، ونفعت القاذف التوبة فيما بينه وبين الله تعالى ، ويتشطر فيه الحد بالرق كالزنا ، وان كان حقا للآدمى فلا يقيمه الامام الا بمطـالبة المقذوف ، ويسقط بعفوه ، ولم تنفع القاذف التوبة حتى يحلله المقذوف أ هـ •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان قذف محصنا ثم زنى المقذوف أو وطىء وطئا زال به الاحصان سقط الحد عن القاذف ، وقال المزنى وأبو ثور : لا يسقط لأنه معنى طرأ بعد وجوب الحد : فلا يسقط ما وجب من الحد كردة المقـذوف

وثيوبة الزانى وحريته ، وهذا خطأ لأن ما ظهر من الزنا يوقع شبهة فى حال القذف ، ولهذا روى أن رجلا زنى بامرأة فى زمان أمير المؤمنين عمر رضى الله عنه فقال : والله ما زنيت الا هـذه المرة ، فقـال له عمر : « كذبت ان الله لا يفضح عبده فى أول مرة » والحد يسقط بالشبهة ، وأما ردة المقذوف ففيها وجهان أحدهما : أنها تسقط الحد . والثانى : أنها لا تسقط لأن الردة تدين ، والعادة فيها الاظهار وليس كذلك الزنا ، فانه يكتم ، فاذا ظهر دل على تقدم أمثاله ، واما ثيوبة الزانى وحريته فانها لا تورث شبهة فى بكارته ورقه فى حال الزنا .

فصـــل ولا يجب الحد الا بصريح القذف ، او بالكناية مع النية فالصريح مثل أن يقول : زنيت أو يا زانى . والكناية كقوله : يا فاجر ! أو يا خبيث ، أو يا حلال بن الحلال . فان نوى به القذف وجب به الحد ، لأن ما لا تعتبر فيه الشهادة كانت الكناية فيه مع النية بمنزلة الصريح ، كالطلاق والعتاق ، وان لم ينو به القـذف لم يجب به الحد سـواء كان ذلك فى حال الخصومة أو غيرها ، لأنه يحتمل القذف وغيره ، فلم يجعل قذفا من غير نيـة كالكناية فى الطلاق والعتاق .

فصـــل وان قال لطت أو لاط بك فلان باختيارك فهو قذف ، لأنه قذفه بوطء يوجب الحد فأشبه القذف بالزنا ، وان قال : يا لوطى وأراد به أنه على دين قوم لوط ! لم يجب به الحد ، لأنه يحتمل ذلك ، وان أراد أنه يعمل على قوم لوط وجب الحد ، وان قال لامرأته يا زانية ، فقال : بك زنيت لم يكن قولها قذفا له من غير نية ، لأنه يجوز أن تكون زانية ولا يكون هو زانيا ، بأن وطئها وهو يظن أنها زوجته ، وهى تعلم أنه أجنبى ، ولأنه يجوز أن تكون قصدت نفى الزنا ، كما يقول الرجل لغيره : سرقت ، فيقول : معك سرقت ، ويريد أنى لم أسرق كما لم تسرق ، ويجوز أن يكون معنـاه ما وطئنى غيرك ! فان كان ذلك زنا فقد زنيت . وان قال لها : يا زانية فقالت : أنت أزنى منى ، لم يكن قولها قذفا له من غير نية ، لأنه يجوز أن يكون معناه ما وطئنى غيرك ، فان كان ذلك زنا فأنت أزنى منى ، لأن المغلب فى الجمـاع فعل الرجل ، وان قال لغيره : أنت أزنى من فلان ، أو أنت أزنى الناس ، لم يكن قذفا من غير نية ، لأن لفظة (أفعل) لا تستعمل الا فى أمر يشتركان فيه ، ثم ينفرد أحدهما فيه بمزية ، وما ثبت أن فلانا زان ! ولا أن النـاس زناة فيكون هو أزنى منهم ، وان قال : فلان زان وأنت أزنى منه ، أو أنت أزنى زناة الناس ، فهو قذف لأنه أثبت زنا غيره ثم جعله أزنى منه .

فصـــل وان قال لامرأته : يا زانى فهو قذف لأنه صرح باضـافة

الزنا اليها واسقط الهاء للترخيم كقولهم فى مالك : يا مال وفى حارث : يا حار . وان قال لرجل يا زانية فهو قذف ، لأنه صرح باضافة الزنا اليه وزاد الهاء للمبالغة ، كقولهم علامة ونسابة وشتامة ونوامة فان قال : زنأت فى الجبل فليس بقذف من غير نية لأن الزنء هو الصعود فى الجبل والدليل عليه قول الشاعر :

* وارق الى الخيرات زنئا فى الجبل *

وان قال زنأت ولم يذكر الجبل ففيه وجهان ، احدهما : انه قذف ، لانه لم يقرن به ما يدل على الصعود . والثانى وهو قول أبى الطيب ابن سلمة رحمه الله انه ان كان من أهل اللغة فليس بقذف وان كان من العامة فهو قذف لأن العامة لا يفرقون بين زنيت وزنأت .

فصل وان قال : زنى فرجك أو دبرك او ذكرك فهو قذف لان الزنا يقع بذلك . وان قال زنت عينك أو يدك أو رجلك فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : هو قذف ، وهو ظاهر ما نقله المزنى رحمه الله ؛ لانه أضاف الزنا الى عضو منه فأشبه اذا أضاف الى الفرج ، ومنهم من قال : ليس بقذف من غير نية ، وخطأ المزنى فى النقل ، لأن الزنا لا يوجد من هذه الأعضاء حقيقة ، ولهذا قال النبى صلى الله عليه وسلم : « العينان تزنيان واليدان تزنيان ، والرجلان تزنيان ، ويصدق ذلك كله الفرج أو يكذبه » فان قال : زنى بدنك ، ففيه وجهان أحدهما : انه ليس بقذف من غير نية لأن الزنا بجميع البدن يكون بالمباشرة ، فلم يكن صريحا فى القذف . والثانى : انه قذف لأنه أضاف الى جميع البدن ، والفرج داخل فيه . وان قال : لا ترد يد لامس ، لم يكن قاذفا لما روى أن رجلا من بنى فزارة قال للنبى صلى الله عليه وسلم : « ان امرأتى لا ترد يد لامس » ولم يجعله النبى صلى الله عليه وسلم قاذفا . وان قال : زنى بك فلان ، وهو صبى لا يجامع مثله ، لم يكن قاذفا لأنه لا يوجد منه الوطء الذى يجب به الحد عليها ، وان كان صبيا يجامع مثله فهو قذف ، لأنه يوجد منه الوطء الذى يجب به الحد عليها ، وان قال لامرأته : زنيت بفلانة او زنت بك فلانة لم يجب به الحد ، لأن ما رماها به لا يوجب الحد .

الشرح الحديث أخرجه أحمد باسناد صحيح والبزار وأبو يعلى الموصلى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « العينان تزنيان ، والرجلان تزنيان والفرج يزنى » .

وعن أبى هريرة رضى الله عنه عند الشيخين وأبى داود والنسائى عن

النبى صلى الله عليه وسلم قال : « كتب على ابن آدم نصيبه من الزنا ، فهو مدرك ذلك لا محالة ، العينان زناهما النظر ، والأذنان زناهما الاستماع ، واللسان زناه الكلام ، واليد زناها البطش ، والرجل زناها الخطى ، والقلب يهوى ويتمنى ، ويصدق ذلك الفرج أو يكذبه » وفى رواية عند مسلم وأبى داود : « واليدان تزنيان فزناهما البطش ، والرجلان تزنيان فزناهما المشى ، والفم يزنى فزناه القبل » وحديث الرجل القائل : « ان امرأتى لا ترد يد لامس » • مضى تخريجه فى النكاح واللعان •

اما اللغات فالزنا بالقصر والمد قال الفرزدق :

أبا خالد من يزن يعلم زناؤه ومن يشرب الخمر يصبح مسكرا

وزنأ الى الشىء يزنأ زنئا وزنوءا لجأ اليه ، وازنأه الى الأمر ألجأه وزنأ عليه اذا ضيق عليه مثقلة •

وقوله : (والدليل عليه قول الشاعر : وارق الى الخيرات الخ)

الشاعر هو قيس بن عاصم المنقرى وقد أخذ صبيا من أمه يرقصه وأمه منهوسة بنت زيد الفوارس ، والصبى هو حكيم ابنه وأخذ يقول :

أشبه أبا أمك أو أشبه حمل ولا تكونن كهلوف وكل

يصبح فى مضجعه قد انجدل وارق الى الخيرات زنئا فى الجبل

وقال النووى رضى الله عنه فى تهذيب الأسماء واللغات فى مادة (زنأ) مع تصرف وايفاء واختصار :

(زنأ) قوله فى الوسيط فى باب صلاة الجماعة وقد قال صلى الله عليه وسلم « لا يصلين أحدكم وهو زناء » هذا الحديث بهذا اللفظ رواه أبو عبيد فى غريب الحديث باسناد ضعيف وهو صحيح المعنى ، فقد روى أبو هريرة رضى الله تعالى عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يصلى وهو حاقن حتى يتخفف »

رواه أبو داود وغيره • وعن ثوبان رضى الله عنه نحوه رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن • وعن عائشة رضى الله عنها « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا صلاة بحضرة الطعام ، ولا لمن يدافعه الأخبثان » رواه مسلم فى صحيحه ، والأخبثان البول والغائط ، أما ضبط اللفظة التى فى حديث الوسيط فهى زناء بزاى مفتوحة ثم نون مخففة ثم ألف ممدودة ، ومعناه الحاقن ، هو الذى احتبس البول وهو يدافعه ، قال الجوهرى : تقول : منه زنأ البول بالهمز يزنأ زنوءا اذا احتقن قوله فى المهذب فى باب القذف : قال الشاعر :

وارق الى الخيرات زنئا فى الجبل

هذا الذى أتى به بعض بيتين ، قال ابن السكيت فى اصلاح المنطق والأزهرى فى الزاهر والجوهرى فى الصحاح وغيرهم من أهل اللغة وغيرهم : قالت امرأة من العرب ترقص ابنا لها :

أشبه أباك أو أشبه حمل ... ولا تكونن كهلوف وكل

يصبح فى مضجعه قد انجدل ... وارق الى الخيرات زنئا فى الجبل ا هـ

والهلوف الثقيل الجافى العظيم اللحية ، والوكل الذى يكل أمره الى غيره قال فى اللسان : وزعم الجوهرى أن هذا الرجز للمرأة قالته ترقص ابنها فرد عليه أبو محمد بن برى ، ورواه هو وغيره على هذه الصورة ، قال وقالت أمه ترد على أبيه :

أشبه أبى أو أشبهن أباكا ... أما أبى فلن تنال ذاكا

تقصران أن تناله يداكا أ هـ

وقال الأخطل يذكر القبر :

اذا قذفت الى زناء قعرها ... غبراء مظلمة من الأحفار

وقال ابن مقبل يصف الابل :

وتولج فى الظل الزناء رءوسها وتحسبها هيما وهن صحاح

قال الأزهرى : حمل • يعنى بفتح الحاء والميم اسم رجل ، والهلوف يعنى بكسر الهاء وفتح اللام المشددة الرجل العظيم الخلق ، والوكل : يعنى بفتح الواو والكاف الرجل الضعيف ، وانجدل سقط الى الجدلة يعنى بفتح الجيم ، وهى الأرض ، وكل هؤلاء ذكروا البيتين لامرأة من العرب ، وأنشدوهما كما قدمته الا الجوهرى فانه قال :

أشبه أبا أو أشبه عمل

بعين بدل الحاء ذكره فى فصل العين ، وقال : عمل اسم رجل ، وسمى المرأة فقال : هى منفوسة بنت زيد الخيل • وقال أبو زكريا التبريزى انكارا على الجوهرى ، وانما قال : قيس بن عاصم المنقرى يرقص ابنا له فقال :

أشبه أباك أو أشبه عمل

يعنى عملى ، ولم يرد عمل اسم رجل كما قال الجوهرى ، واقتصر الجوهرى فى فصل الزاى من حرف الهمزة على القدر الذى فى المغرب ، ونسبه الى قيس بن عاصم المنقرى :

وارق الى الخيرات زنئا فى الجبل

هذا بيان حال الشعر ، وأما ضبط اللفظة ، فهى بفتح الزاى واسكان النون ، وبعدها همزة منصوبة منونة ، ومعناه صعودا قال أهل اللغة : يقال : زنأ فى الجبل يزنأ زنئا وزنوءا بمعنى صعد •

اما الأحكام فان قذف رجل محصنا أو محصنة فلم يحد القاذف حتى زنى المقذوف أو وطىء وطئا حراما سقط به احصانه ، سقط حد القذف عن القاذف ، وبه قال مالك وأبو حنيفة ، وقال أبو ثور والمزنى والثورى وداود وأحمد وأصحابه : لا يسقط عنه الحد ، لأن الاعتبار بالحدود حال الوجوب لا فيما يؤول اليه الحال ، كما لو قذف مسلما ، فقبل أن يقام عليه الحد ارتد المقذوف ، وكما لو زنى عبد فقبل أن يقام عليه الحد أعتق ، أو

زنى بكر فقبل أن يقام عليه الحد صار ثيبا ، وهذا خطأ ، لأن الحفة عن الزنا لا يعلمها الحاكم من المقذوف الا بغلبة الظن وقالوا : ان الحد قد وجب وتم بشروطه ، فلا يسقط بزوال شرط الوجوب كما لو زنى بأمة ثم اشتراها أو سرق عينا فنقصت قيمتها أو ملكها ، وكما لو جن المقذوف بعد المطالبة .

وقلنا : أن الشروط تعتبر استدامتها الى حالة اقامة الحد ، بدليل أنه لو ارتد أو جن لم يقم عليه الحد ، ولأن وجود الزنا منه يقوى قول القاذف ، ويدل على تقدم هذا الفعل منه ، فأشبه الشهادة اذا طرأ الفسق بعد أدائها قبل الحكم بها .

وقالوا : قولكم : ان الشروط تعتبر استدامتها لا يصح ، فان الشروط للوجوب فيعتبر وجودها الى حين الوجوب ، وقد وجب الحد ، بدليل أنه ملك المطالبة ويبطل بالأصول التى قسنا عليها . وأما اذا جن من وجب له الحد فلا يسقط الحد ، وانما يتأخر استيفاؤه لتعذر المطالبة به فأشبه ما لو غاب من له الحد .

وقلنا : اذا زنى المقذوف قبل أن يحد القاذف احتمل أن يكون الزنا حادثا بعد القذف فلا يسقط احصانه حال القذف ، واحتمل أن يكون هذا الزنا كاشفا لزنا كان يستتر به ، لأن العادة أن الانسان يظهر الطاعات ويستر المعاصى ، فاذا أكثر من المعاصى أظهرها الله عليه ، ولهذا روى أن عمر رضى الله عنه كان يجلد رجلا فى الزنا فقال : والله يا أمير المؤمنين ما زنيت قبل هذا ، فقال عمر رضى الله عنه : كذبت ، ان الله تعالى أكرم من أن يهتك عبده فى أول دفعة .

فاذا كان الأمر كذلك صار احصانه مشكوكا فيه حال القذف ، فلما وقع منه الزنا وذلك شبهة فسقط به الحد عن القاذف . وأما استدلالهم بردة المقذوف قبل اقامة الحد فيها وجهين ، أحدهما : يسقط احصانه كالزنا . والثانى : لا يسقط احصانه ، والفرق بينهما وبين الزنا أن الردة طريقها الديانات ، ولم تجر العادة أن انسانا يخفى دينه ، بل يظهره . ولهذا يبدل أهل الكتاب الجزية ليظهروا دينهم ، فلم تكن ردته قادحة فى اسلامه

المتقدم قبل القذف ، وليس كذلك الزنا ، فان العادة كتمانه ، فاذا ظهر دل على تقدم مثله ، وأما استدلالهم بحرية الزنى وثيوبته قبل اقامة الحد عليه ، فلا تشبهه مسألتنا لأن هذا يعتبر حال من يقام عليه الحد ، وفى مسألتنا لو تغير حال من يقام عليه الحد لم يتغير الحد ، وانما كلامنا فيه اذا تغير حال من يقام الحد لأجله •

مسألة اذا قذف غيره بلفظ صريح كقوله : زنيت ، أو أنت زان ، أو يا زانى وما أشبه ذلك ، وجب عليه القذف سواء نوى به القذف أو لم ينو ، لأنه لا يحتمل غير القذف ، وان قذفه بلفظ ليس بصريح فى القذف ولكنه كناية يحتمل الزنا وغيره بأن يقول لغيره : يا فاجر ، يا خبيث ، يا حلال ابن الحلال ، أو يقول : ما أنت ؟ فلست بزان ، أو لم تحبل بى أمى من زنا ، أو لم تزن بى أمى ، وما أشبه ذلك فان أقر أنه نوى به القذف وجب عليه الحد ، لأن ما لا تعتبر فيه الشهادة كانت الكناية فيه مع النية بمنزله الصريح كالطلاق والعتاق ، وفيه احتراز من النكاح ، فانه تعتبر فيه الشهادة ويصح بلفظ الانكاح والتزويج ولا يصح بالكناية عنهما ، وهو يؤدى معناهما • وان لم ينو به القذف فانه لا يكون قذفا سواء قال ذلك فى حال الرضى أو فى حال الغضب والخصومة ، وبه قال الثورى وأبو حنيفة وأصحابه ، وقال مالك وأحمد واسحق : ان قال ذلك فى حال الرضى لم يكن قذفا من غير نية ، دليلنا ما روى أن رجلا قال : « يا رسول الله ان امرأتى لا ترد يد لامس ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : طلقها ، قال : انى أحبها قال : أمسكها » فعرض الرجل بقذف امرأته بالزنا ، ولم يجعله النبى صلى الله عليه وسلم قاذفا بالتعريض • وروى أن رجلا قال : « يا رسول الله ان امرأتى أتت بولد أسود ونحن أبيضان • فقال النبى صلى الله عليه وسلم : هل لك من ابل ؟ قال نعم قال : ما ألوانها ؟ قال : حمر قال : هل فيها من أورق ؟ قال : ان فيها لورقا ، قال : فأنى ترى ذلك ؟ فقال لعل عرقا نزعها • فقال صلى الله عليه وسلم : وهذا لعل عرقا نزعه » فعرض الرجل بقذف امرأته ولم يجعله النبى صلى الله عليه وسلم قاذفا لها بظاهر التعريض • لأن التعريض بالقذف لا يكون قذفا كما أن التعريض

بالسب لا يكون سبا بدليل ما روى أن المشركين كانوا يعرضون بسب النبى صلى الله عليه وسلم فيقولون مذمما عصيا ، وكنوا عن محمد بمذمم فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « ألا ترون كيف عصمنى الله منهم ؟ وانهم يسبون مذمما ، وانما أنا محمد » ولأنه يحتمل القذف وغيره ، فلم يجعل قذفا بظاهره كما لو قاله فى حال الرضا .

فرع وان قال رجل : يا قواد فهو كناية فى القذف ، وان قال : بارك الله عليك ، وما أحسن وجهك وما أشبه ذلك ، لم يكن قذفا وان نوى به القذف بالزنا لأنه لا يحتمل ذلك القذف ، فلو أوقعنا فيه القذف لوقع القذف بالنية من غير لفظ ، وهذا لا يصح .

فرع وان قال لرجل أو امرأة : لطت أو لاط بك فلان باختيارك فهو قذف ، لأنه قذفه بزنا يوجب الحد ، فهو كما لو قذفه بزنا الفرج .

وان قال لرجل : يا لوطى فقال القاضى أبو الطيب والشيخ أبو اسحق هنا فى المهذب : يرجع اليه فان قال : أردت أنه على دين لوط لم يجب عليه الحد ، لأنه يحتمل ذلك ، وان أراد به أنه يعمل عمل قوم لوط وجب عليه الحد . قال ابن الصباغ : وهذا فيه نظر ، لأن هذا مستعمل فى الرمى بالفاحشة ، فينبغى أن لا يقبل قوله : انى أردت أنه على دينهم ، بل يكون قذفا ، وبه قال مالك ، وقال أبو حنيفة : لا يكون قذفا بحال وبناء على أصله ، لأن اللواط لا يوجب الحد فكذلك القذف به ، وقد مضى الدليل على أنه يوجب الحد .

مسألة اذا قال رجل لامرأته أو غيرها : يا زانية فقالت له : يا زان ، كان كل منهما قاذفا لصاحبه . وقال أبو حنيفة : يصير قصاصا فلا يجب على واحد منهما حد . دليلنا أن القصاص لا يجب فى القذف فلم يقع به المقاصة ، وان قال رجل لامرأته : يا زانية فأجابته وقالت : زنيت بك أو بك زنيت ، فانه يكون قاذفا لها بظاهر هذا القول . فيجب عليه

الحد ، فان أقام البينة أو لاعنها والا حد لها • وأما جوابها له بقولها : بك زنيت ، أو زنيت بك ، فلا يكون قذفا نه بظاهره ، لأنه يحتمل القذف له ، ويحتمل الاقرار على نفسها بالزنا دونه ، ويحتمل الجحود والأنكار عن الزنا ، فاحتمال القذف له أنها أرادت أنك زنيت بى قبل النكاح ، فيكون ذلك قذفا له ، واعترافها على نفسها بالزنا • واحتمال الاعتراف على نفسها بالزنا دونه أنها أرادت أنك وطئتنى قبل النكاح وأنت مجنون ، أو استدخلت ذكرك وأنت نائم قبل النكاح ، أو وطئتنى قبل النكاح وأنت تظن أنى زوجتك ، وقد علمت أنك أجنبى • واحتمال جحودها عن الزنا من وجهين ، أحدهما : انها أرادت لم يصبنى غيرك بالنكاح ، فان كان ذلك زنا فبك زنيت والثانى : أنها أرادت ان كنت زنيت فمعك زنيت ، أى فكما لم تزن أنت لم أزن أنا كما لو قال رجل لغيره : سرقت ، فيقول : معك سرقت أى أنى لم أسرق كما لم تسرق • فاذا احتمل قولها هذه الاحتمالات ، لم يحتمل قذفا لها من غير نية منها فى قذفه ، فيرجع اليها ، فان قالت : أردت به الاحتمال الأول ، وأنه زنى بى قبل النكاح ، فقد قذفته بالزنا واعترفت على نفسها بالزنا ، فيجب عليها حد الزنا وحد القذف للزوج ، وسقط عن زوجها حد قذفها ، وان قالت : أردت الاحتمال الثانى فقد اعترفت على نفسها بالزنا ، ولا يجب على زوجها حد القذف لها ، ولا تكون قاذفة له • وان قالت : أردت به الجحود على الزنا على أى الوجهين كان ــ فان صدقها الزوج على ذلك ــ سقط عنها عهدة هذا الكلام ، وان كذبها وادعى أنها أرادت قذفه فالقول قولها مع يمينها لأنها أعلم بما أرادت ، فان حلفت برئت ، وكان على الزوج حد القذف لها ، وله اسقاطه بالبينة أو اللعان ، وان نكلت عن اليمين ردت اليمين على الزوج فيحلف أنها أرادت قذفه بالزنا أو الاعتراف على نفسها بالزنا ، فاذا حلف سقط عنه حد القذف ووجب عليها حد القذف له ، ولا يجب عليها حد الزنا ، لأن ذلك من حقوق الله ، فلا يثبت بيمينه عليها ، وان قال رجل لامرأة أجنبية : يا زانية فقالت : بك زنيت أو زنيت بك فانه يكون قاذفا لها بظاهر هذا القول • قال المسعودى : ولا يرجع اليها بل يكون قولها قد قاله فلا يحتمل هذا الا الاقرار بالزنا ، فيسقط عن الرجل ، وعليها حد الزنا وحد القذف •

فـــرع اذا قال رجل لامرأة : يا زانية فقالت له : أنت أزنى منى ، فانه يكون قاذفا لها بظاهر هذا القول ، ولا تكون قاذفة له بظاهر هذا القول من غير نية ، لأنه يحتمل القذف وغيره ، فاحتمال القذف أنها أرادت أنى زانية وأنت زان ، وأنت أكثر زنا ، واحتمال غير القذف أنه ما وطئنى غيرك فى النكاح ــ فان كان ذلك زنى ــ فأنت أزنى منى ، لأنك أحرص على ذلك ، والعمل لك ، فرجع اليها ــ فان أرادت الاحتمال الأول فقد اعترفت على نفسها بالزنا وبالقذف له فيجب عليها حد الزنا وحد القذف ، وسقط عنه حد القذف لها ، وان قالت : أردت الاحتمال الثانى ــ فان صدقها على ذلك ــ سقط عنها عهدة هذا الكلام ، ووجب لها عليه حد القذف ، وله اسقاطه بالبينة أو باللعان ، وان كذبها وادعى أنها أرادت قذفه فالقول قولها مع يمينها على ما مضى .

وان قال رجل لامرأة أجنبية : يا زانية فقالت : أنت أزنى منى ، فانه يكون قاذفا لها بظاهر هذا القول ، والذى يقتضى المذهب أنها لا تكون قاذفة له بظاهر هذا القول ، بل يرجع اليها . وان قالت : أردت أنى زانية وهو أزنى منى ، فقد اعترفت على نفسها بالزنا واعترفت بقذفه ، فيجب عليها حد الزنا وحد القذف ، وسقط عنه حد القذف . وان قالت : لست بزانية ولا هو بزان ــ فان صدقها على هذا الكلام ــ سقط عنها عهدة هذا الكلام فيجب لها عليه حد القذف ، وان كذبها وادعى أنها أرادت أنها زانية وأنه ازنى منها فالقول قولها مع يمينها ، فان حلفت وجب عليه لها حد القذف ، وان نكلت وحلف وجب عليها حد القذف ويسقط عنه حد القذف ، ولا يجب عليها حد الزنا بيمينه ، لأنه حق لله تعالى فلا يثبت بيمينه .

فـــرع وان قال رجل لامرأته أو لغيرها : أنت أزنى من فلان أو من فلانة فانه لا يكون قاذفا بظاهر هذا القول ، لأن قوله أزنى على وزن أفعل ، ولفظ أفعل لا يستعمل الا فيما يشتركان فيه ، ولم ينفرد أحدهما بزنايته كما أن رجلا لو قال : زيد أفقه من عمرو اقتضى قوله هذا أنهما مشتركان فى الفقه الا أن زيدا أكثر فقها منه ، فيرجع اليه ، فان قال : أردت أن فلانا زان وأنت أزنى منه . فقد اعترف لهما بالقذف وان قال : لا أعرف

فلانا أو أعرفه وليس هو بزان ـ فان صدقه على ذلك ـ سقط عنه عهدة هذا الكلام وان كذبه حلف له أنه ما قذفه ، وان قال لغيره : أنت أزنى الناس لم يكن قذفا بظاهره فيرجع اليه ـ فان قال : أردت أنه أزنى من جميع الناس : لم يكن ذلك قذفا ، لأنا نعلم أن جميع الناس ليسوا بزناة ، فيكون هذا أزنى منهم وان قال : أردت به أنه أزنى من زناة الناس ، أو قال له : انك أنت أزنى من زناة الناس كان قاذفا له فيجب عليه الحد لهذا المخاطب ، ولا يجب عليه الحد لزناة الزناة لأنه قذف جماعة غير معينين •

مسألة قال الشافعي رحمه الله : « ولو قال لها : يا زان كان قذفا ، وهذا ترخيم منه » وجملة ذلك اذا قال لامرأته أو غيرها : يا زان فانه يكون قاذفا لها بظاهر هذا القول ، لأن المفهوم من قوله أنه أراد رميها بالفاحشة ، فكان قذفا ، كما لو قذفها بالأعجمية • اذا ثبت هذا ـ فاعترض ابن داود على الشافعي رحمه الله فى هذا بشيئين ، أحدهما : لقوله : وهذا ترخيم فقال : الترخيم انما يصح بأسماء الألقاب ، فاما الأسماء المشتقة من الفعل فلا يصح فيها الترخيم • والثانى : أنه قال : الترخيم لا يصح الا باسقاط حرف من الكلام ، فأما باسقاط حرفين فلا يصح ، فأجاب أصحابنا عن اعتراضه الأول بأن قالوا : هذا باطل بترخيمهم لمالك وحارث ، فانهما اسمان مشتقان من الفعل ، وأجابوا عن الثانى بأجوبة منها أن الشافعي رحمه الله قال فى بعض كتبه : اذا قال لها يا زانى • وانما غلط المزنى فنقل : اذا قال لها يا زان • ومنهم من قال : اذا كان الحرف الذى قبل الحرف الأخير حرف اعتلال سقط فى الترخيم كقوله فى عثمان : يا عثم ، ومنهم من قال : اذا كان المراد منه مفهوما صح الترخيم ، وان سقط حرفان أو أكثر ، كما روى البخارى وغيره أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « يا أبا هر » لأبى هريرة •

فرع اذا قال لغيره : زنأت فى الجبل ـ فانه لا يكون قاذفا بظاهر هذا الكلام ، الا أن يقر أنه أراد الزنا فيكون قذفا • وقال أبو حنيفة

وأصحابه : يكون قذفا بظاهره • دليلنا أن قوله : زنأت فى الجبل حقيقة فى الصعود والارتقاء ، يقال : زنأت تزنأ زنئا ، ويقال فى الزنا الذى هو الوطء : زنيت تزنى زنا ، فاذا كان ذلك حقيقة فى الصعود حمل عليه الاطلاق ، ولم يحمل على المجاز الا بدليل • فأما اذا قال لغيره : زنأت ولم يقل فى الجبل ففيه وجهان ، أحدهما : أنه يكون قذفا بظاهره ، لأنه لم يقرن به ما يدل على الصعود • والثانى وهو قول أبى الطيب ابن سلمة : ان كان هـذا القائل عاميا كان هذا قذفا بظاهره لأن العامى لا يفرق بين زنيت وزنأت ، وان كان لغويا لم يكن قذفا بظاهره ، لأن حقيقة هذا القول عنده الصعود كما قلنا فيمن قال لامرأته : أنت طالق ان دخلت الدار ، بفتح الهمزة • وان قال : زنيت فى الجبل ففيه ثلاثة أوجه حكاها المسعودى أحدها : أنه قذف ، وقوله : فى الجبل بيان المحل ، والثانى : لا يكون قذفا بظاهره • والثالث : ان كان لا يعرف العربية لا يكون قذفا ، وان كان عربيا كان قذفا •

فـــرع اذا قال الرجل : يا زانية ، كان صريحا فى القذف عندنا بظاهر القول ، وبه قال محمد ، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : لا يكون قذفا ، دليلنا أن كل كلمة فهم معناها لزم المتكلم حكمها ولو كان لحنـا • كما لو قال لامرأة : زنيت يا هـذا ، أو لرجل : زنيت يا هـذه • وقوله للرجل : يا زانية • مفهوم المعنى ، وهو أنه رماه بالفاحشة وألحق به المعرة ، فلزمه حكم هذه الكلمة ، ولأن لها مخرجا فى اللغة وذلك أنه قد يشير الى نفسه وذاته فيكون معناه : يا نفسا زانية ، فيصح التأنيث فى هذا ، فوجب أن يحكم بهذا بالقذف •

مســألة اذا قال رجل لامرأة : زنى فرجك أو قال لرجل : زنى ذكرك أو أيرك ، كان صريحا فى القذف • لأن زنا ذلك هو الزنا حقيقة • وان قال رجل أو امرأة زنى دبرك كان صريحا فى القذف • وقال أبو حنيفة : لا يكون ذلك قذفا بناء على أصله أن الحد لا يجب بالوطء فى الدبر ، وقد دللنا عليه ، فنقول ها هنا : لأنه أضاف الزنا الى سبيل يجب بالزنا فيـه الحد فكان قذفا صريحا ، كما لو قال لامرأة : زنى فرجك •

وان قال : زنت عينك أو يدك أو رجلك ففيه وجهان ، أحدهما : أنه صريح فى القذف ، وهو ظاهر ما نقله المزنى ، لأنه أضاف الزنا الى بعض منه فهو كما لو أضافه الى الفرج أو الذكر • والثانى : أنه ليس بصريح فى القذف • وانما هو كناية فيه • قال الشيخ أبو حامد : ولعله أصح ، لأن لهذه الأعضاء اتيان زنا ليس بفاحشة ، وهو النظر من العينين ، والبطش من اليدين ، والمشى على الرجلين • وزنا هو فاحشة ، وهو مشاركة هذه الأعضاء للفرج ، ولهذا قال النبى صلى الله عليه وسلم : « العينان تزنيان ، واليدان تزنيان ، والرجلان تزنيان ، ويصدق ذلك الفرج ويكذبه » فبين أن الزنا لا يتحقق من هذه الأعضاء الا لمعاونة الفرج ، فاذا احتمل الزنا بهذه الأعضاء هذين الاحتمالين لم يكن اضافة الزنا اليها صريحا فى القذف ، كقوله : يا حلال ابن الحلال ، ولأنه لو قال : زنت عينى أو رجلى لم يكن ذلك اقرارا منه بالزنا • فاذا أضاف ذلك الى غيره لم يكن صريحا فى القذف ، فاذا قلنا : انه صريح فادعى أنه لم يرد بها الزنا الحقيقى لم يقبل منه ، وان قلنا : انه كناية ، رجع اليه فان قال : أردت به الزنا الحقيقى لزمه حد القذف ، وان قال : لم أرد الزنا الحقيقى : فالقول قوله مع يمينه ، لأنه أعلم بما أراد • وان قال لرجل : زنى بدنك قال الشيخ أبو اسحق هنا : فهل هو صريح أو كناية ؟ فيه وجهان ، والذى يقتضى المذهب فى هذا أن يقال : يبنى على الوجهين الأولين ــ فان قلنا : انه اذا أضاف الزنا الى عضو من أعضاء البدن غير القبل أو الدبر يكون صريحا فى القذف ، فها هنا يكون صريحا وجها واحدا • وان قلنا هناك كناية ، فها هنا وجهان أحدهما : أنه صريح فى القذف لأنه أضاف الزنا الى جميع البدن ، والزنا بجميع البدن انما يكون بالمباشرة فلم يكن صريحا فى القذف •

فــرع وان قال للخنثى المشكل : زنيت أو يا زان كان صريحا فى القذف ، لأنه رماه بالفاحشة ، وان قال له : زنى فرجك أو ذكرك فالذى يقتضى المذهب أنه يكون فيه وجهان ، أحدهما : أنه صريح • والثانى : أنه كناية ، كما لو أضاف الزنا الى اليد أو الرجل من المرأة أو الرجل ، لأن كل واحد منهما يحتمل أن يكون عضوا زائدا ، فهو كسائر أعضاء البدن • فان

قال له : زنى دبرك كان صريحا فى القذف لأن اضافة الزنا الى الدبر من الرجل والمرأة صريح فى القذف : ولابد أن يكون للخنثى أحدهما .

فـــرع وان قال : فلانة لا ترد يد لامس ، لم يكن صريحا فى القذف لأن رجلا قال : يا رسول الله ان امرأتى لا ترد يد لامس ، ولم يجعله النبى صلى الله عليه وسلم قاذفا لها بذلك .

فـــرع اذا قال لامرأته : زنى بك رجل وأنت مكرهة . كان قاذفا لرجل غير معين ، ولا يجب عليه الحد ، لأنه غير معين فلا يكون قاذفا للمرأة ، لأنه رماها بوطء ليست بزانية فيه ، وهل يعزر لها ؟ فيه وجهان ، أحدهما : لا يعزر ، لأنه رماها بوطء لا حد عليها فيه ولا عار . والثانى : يعزر لأنه قد أذاها بحصول ما هو حرام فى رحمها ، وذلك طعن عليها فيلزمه التعزير لها .

فـــرع وان قال : زنيت بفلان ــ وهو صبى يجامع مثله ــ كان قاذفا لها ، لأنه يوجد منه الوطء الذى يجب به الحد عليها ، وان كان صبيا لا يجامع مثله لم يكن قاذفا لها لأن القذف ما احتمل الصدق والكذب ، وفى هذا الموضع يعلم كذبه لا غير فلم يكن قاذفا ، وان قال لامرأة ركبت رجلا حتى دخل ذكره فى فرجك كان قاذفا لها ، لأنه رماها بالفاحشة . وان قال لامرأة : ساحقت فلانة أو زنيت بفلانة ، لم يكن قاذفا لها ، لأنه لو تحقق ذلك منهمـــا لم يجب عليهما الحـــد ، فلم يكن قاذفا بذلك ، ويعزر لأنه أذاها بذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **وان أتت امرأته بولد فقال : ليس منى ؛ لم يكن قاذفا من غير نية ، لجواز ان يكون معنـــاه ليس منى خلقا او خلقـــا او من زوج غيرى ، أو من وطء شبهة أو مستعار . وان نفى نسب ولده باللعان فقـــال رجل لهذا الولد : لست بابن فلان ، لم يكن قذفا لأنه صادق فى الظاهر انه ليس منه ، لأنه منفى عنه . قال الشـــافعى رحمه الله : اذا أقر بنسب ولد**

فقال له رجل : لست بابن فلان ، فهو قذف . وقال فى الزوج اذا قال للولد الذى اقر به : لست بابنى ، انه ليس بقذف . واختلف اصحابنا فيه ، فمنهم من قال : ان أراد القذف فهو قذف فى المسئلتين . وان لم يرد القذف فليس بقذف فى المسئلتين وحمل جوابه فى المسئلتين على هذين الحالين ، ومن اصحابنا من نقل جوابه فى كل واحدة منهما الى الأخرى ، وجعلهما على قولين أحدهما : انه ليس بقذف فيهما ، لجواز ان يكون معناه لست بابن فلان ، أو لست بابنى خلقا او خلقا . والثانى : انه قذف لأن الظاهر منه النفى والقذف . ومن اصحابنا من قال : ليس بقذف من الزوج ، وهو قذف من الأجنبى ، لأن الأب يحتاج الى تاديب ولده فيقول لست بابنى مبالغة ، فى تاديبه . والأجنبى غير محتاج الى تاديبه فجعل قذفا منه .

الشرح قال الشافعى رحمه الله : (ولو ولدت امرأته ولدا فقال : ليس بابنى ، فلا حد ولا لعان حتى ينفيه) وجملة ذلك ان الرجل اذا أتت امرأته بولد فقال : هذا الولد ليس منى أو ليس بابنى فانه لا يكون قاذفا بظاهر هذا القول ، لأنه يحتمل أنه أراد ليس منى أو ليس بابنى أنه من الزنا ، ويحتمل أنه ليس منى أو ليس بابنى أنه الا يشبهنى فى خلقى ، ويحتمل أنه ليس منى أو ليس بابنى بل من زوج قبلى ، ويحتمل أنه ليس منى أو ليس بابنى لأنها استعارته أو التقطته . واذا احتمل هذا القول القذف وغيره لم يكن قذفا بظاهره ، كما لو قال له : يا حلال ابن الحلال . فانه يحتمل أن يكون أبوه اسمه حلالا ويرجع فى تفسير ذلك اليه . فان قال : أردت أنه من الزنا كان قاذفا لها ، وان قال : أردت أنه ليس بابنى لأنه لا يشبهنى خلقا ولا خلقا فان صدقته على ذلك فلا كلام والا كان القول قوله مع يمينه لأنه أعلم بما أراد به . وان قال : أردت أنه من زوج قبلى ــ فان لم يعرف لها زوج قبله ــ قيل له : لا يقبل منك هذا التفسير لأنك فسرته بما لا يحتمل ، فعليك أن تفسره بما يحتمل : فان كان قد عرف لها زوج قبله وصدقته على انه أراد به ذلك لم يكن قذفا ، والكلام فى نفى نسب الولد عنه قد مضى فى اللعان وان كذبته فى ذلك وقالت : ما أردت الا القذف ، كان القول قوله مع يمينه ، لأنه أعلم بما أراد ، وان قال : أردت أنه ليس بابنى بل استعارته والتقطته ، وصدقته على أنه أراد ذلك أو كذبته ، وحلف أنه أراد ذلك لم يكن قاذفا لها ، والكلام فى نفى نسبه عنه قد مضى .

فـــرع وان قذف رجل زوجته ونفى نسب ولدها باللعان ، ثم قال رجل أجنبى لذلك الولد : لست بابن فلان ، لم يكن صريحا فى القذف ، لأنه يحتمل أنه أراد لست بابن فلان لأنه لا بنوة بينكما ، ويحتمـل أنه أراد ، لست بابن فلان بل انك من الزنا ، فيرجع اليه ، فان قال : أردت أنه ليس بابنه لأنه لا بنوة بينهما فى الشرع فصدقته المرأة على ذلك أو كذبته ، وحلف على ذلك لم يكن قاذفا لها • وان قال : أردت أنك لست بابنه بل من الزنا ، كان قاذفا للمرأة فيجب لها عليه حد القذف ، وان قذف امرأته ونفى نسب ولدها باللعان ثم أكذب نفسه لحقه نسب الولد ، فان قال رجل أجنبى لهذا الولد بعـد أن أكذب الزوج نفســه : لست بابن فلان ، قال الشافعى رضى الله عنه : (حد) وقال فى الزوج اذا قال لهذا الولد : لست بابنى (لا يكون صريحا فى القذف ، وانما يرجع اليه فى التفسير) واختلف أصحابنا فيهما على أربع طرق :

١ ــ فمنهم من نقل جوابه فى كل واحدة منهما الى الأخرى وجعلها على قولين ، أحدهما : أنه صريح فى القذف منهما لأن الظاهر من هذا القول نفى النسب ، والثانى : أنه كناية منهما ، لأنه يحتمل أنه أراد ليس بابنــه أى لا يشبهة فى الخلق أو فى الخلق •

٢ ــ ومنهم من قال : هو كناية منهما ، لأنه يحتمل القذف وغيره ، فاذا احتملتهما لم يجعل قذفا بظاهره وحمل كلامه فى الأجنبى عليه اذا اعترف أنه أراد به القذف ، وقوله فى الأب : اذا لم يعترف أنه لم يرد القذف •

٣ ــ ومنهم من حملهما على ظاهرهما ، فيجعل ذلك كناية من الأب لأنه قد يحتاج الى تأديب ولده بالفعــل والقول ، فيقول : لست بابنى • على سبيل الردع والزجر وجعل ذلك صريحا فى الأجنبى • لأنه ليس له أن يؤدب ولد غيره بفعل ولا قول •

٤ ــ وقال أبو اسحق المروزى : هى على اختــلاف حالين فحيث جعله كناية ، أراد به اذا قال ذلك قبل استقرار نسب الولد ، بأن يقول الأب أو

الأجنبى حال وضع الولد ذلك ، لأنه لا يستقر نسبه من الأب ، اذ له أن ينفيه باللعان ، وحيث جعله صريحا أراد اذا قال ذلك الأب أو الأجنبى بعد استقرار نسب الولد بتكذيب الأب لنفسه بعد ذلك ، لأنه لا سبيل الى نفيه بحال ــ هكذا قال فى تعليقه على مختصر المزنى ، وقال الشيخ أبو حامد الاسفراينى فى التعليق على التعليقة : وهذه أسد الطرق • والله أعلم •

وقال القرطبى : اتفق العلماء على أنه اذا صرح بالزنا كان قذفا ورميا موجبا للحد فان عرض ولم يصرح فقال مالك : هو قذف • وقال الشافعى وأبو حنيفة : لا يكون قذفا حتى يقول : رددت به القذف ، والدليل لما قاله مالك هو أن موضوع الحد فى القذف انما هو لازالة المعرة التى أوقعها القاذف بالمقذوف ، فاذا حصلت المعرة بالتعريض وجب أن يكون قذفا كالتصريح ، والمعول على الفهم ، وقد قال مخبرا عن شعيب : « انك لأنت الحليم الرشيد » أى السفيه الضال • فعرضوا له بالسب بكلام ظاهره المدح فى أحد التأويلات • وقال تعالى فى أبى جهل : « ذق انك أنت العزيز الكريم » وقال حكاية عن مريم : « يا أخت هارون ما كان أبوك امرأ سوء ، وما كانت أمك بغيا » فمدحوا أباها ونفوا عن أمها البغاء ، أى الزنا وعرضوا لمريم بذلك ، ولذلك قال تعالى : « وبكفرهم وقولهم على مريم بهتانا عظيما » والبهتان العظيم هو التعريض لها ، أى ما كان أبوك أمرأ سوء وما كانت أمك بغيا ، أى أنت بخلافهما ، وقد أتيت بهذا الولد • وقد حبس عمر رضى الله عنه الحطيئة لما قال :

دع المكارم لا ترحل لبغيتها واقعد فانك أنت الطاعم الكاسى

لأنه شبهه بالنساء فى أنهن يطعمن ويكسين ويسقين

قلت : وهذا الكلام كله لا ينبنى عليه حكم الأخذ بالمجازات والكنايات، وكل لفظ له أكثر من معنى فانه يحتمل ما يقوم به الحد وما لا ، فان عين المتكلم مراده ، رتبنا الحكم عليه اما باقامة الحد ، واما بعدمه • وفى سنن الدراقطنى أن عمر كان يقيم الحد بالتعريض وأقام على من قال : ان أمى لم تزن وان أبى لم يزن ، لأنه عرض بأب وأم من يخاطبه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان قال لعربى يا نبطى فان أراد نبطى اللسان او نبطى الدار ـ لم يكن قذفا ، وان أراد نفى نسبه من العرب ، ففيه وجهان أحدهما أنه ليس بقذف ، لأن الله تعالى علق الحد على الزنا ، فقال : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء » وشهاقد الأربعة يحتاج اليها فى اثبـات الزنا . والثانى انه يجب به الحد لما روى الأشعث بن قيس ان النبى صلى الله عليـه وسلم قال : « لا أوتى برجل يقول ان كنـانة ليست من قريش الا جلدته » وعن ابن مسـعود رضى الله عنه انه قال : « لا حد الا فى اثنتين ، قذف محصنة ، ونفى رجل من أبيه » .

فصـــل ومن لا يجب عليه الحـد لعدم احصـان المقذوف او للتعريض بالقـذف من غير نية عزر ، لأنه آذى من لا يجـوز اذاه ، وان قال لامرأته استكرهت على الزنا ففيه وجهان أحدهما : انه يعزر لأنه يلحقها بذلك عار عند الناس . والثانى : انه لا يعزر لأنه لا عار عليها فى الشريعة بما فعل بها مستكرهة .

الشرح حديث الأشعث بن قيس أخرجه ابن ماجه فى الحدود من طريق حماد بن سلمة عن عقيل بن طلحة السلمى عن مسلم بن هيصم عن الأشعث بن قيس قال : « أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى وفد كندة ولا يرونى الا أفضلهم فقلت : يا رسـول الله ألستم منا ؟ فقال : نحن بنو النضر بن كنانة لا نقفو أمنا ولا ننتفى من أبينا . قال : فكان الأشعث بن قيس يقول : لا أوتى برجل نفى رجلا من قريش من النضر بن كنانة الا جلدته الحد » قال فى مجمع الزوائد : هذا اسناد صحيح رجاله ثقات لأن عقيـل ابن طلحة وثقه ابن معين والنسائى ، وذكره ابن حبان فى الثقـات ، وباقى رجال الاسناد على شرط مسلم .

وعبارة المصنف فيها اضافة كوم الأشعث الى النبى صلى الله عليه وسلم وليس كذلك ، فانه من كلامه هو ولم يرفعه .

أما اللغات فالنبطى نسبة الى جماعات تشبه البدو ، وهم ينزلون

العراق بين العراقين وقد سموا نبطا ، لأنهم كانوا يستنبطون الماء أى يستخرجونه من الأرض • وقد مضى بحثه فى السير •

اما الأحكام فان قال العربى : يا نبطى ، لم يكن قاذفا بظاهر هذا الكلام ، لأنه محتمل القذف وغيره ، فيرجع اليه فى تفسيره ، فان قال : أردت أنه نبطى اللسان ، لأنه لا فصاحة له ، أو نبطى الدار لأنه ولد فى دراهم ، وصدقه المقذوف أنه أراد ذلك أو كذبه ، وحلف القاذف أنه أراد ذلك ، لم يلزمه الحد ، ولكن يلزمه التعزير ، لأنه قد أوهم أنه قذفه ، وان قال : أردت أن جدته زنت بنبطى وأتت بأبيه من نبطى ، أو أن أمه زنت بنبطى وأتت به منه فقد قذف جدته وأمه ، فان كانت محصنة وجب لها عليه حد القذف وان كانت غير محصنه لم يجب عليه حد القذف ، وان قال : أردت نفى نسبه من العرب الى النبط بغير زنا ، ففيه وجهان أحدهما : لا يجب عليه وبه قال أبو حنيفة ، لما روى أن ابن عباس سئل عمن قال لنبطى : يا عربى ، فقال : لا حد عليه ، وعن الشعبى أنه قال : كلنا أنباط : يريد به فى الأصل ، ولأن الله أوجب حد القذف بالقذف فى الزنا ، وهذا لم يقذف بالزنا فلم يجب عليه الحد • والثانى : يجب عليه الحد ، وهو ظاهر النص ، لأن الشافعى رضى الله عنه قال : فان قال : عنيت نبطى الدار أو اللسان ، أحلفته ما أراد أن ينسبه الى النبط ، فان نكل حلف المقذوف لقد أراد نفسه ، وحد له ، وبه قال مالك وابن أبى ليلى والليث وأحمد واسحق ، وهو اختيار ابن الصباغ لما روى عن الأشعث بن قيس عند ابن ماجه أنه قال : « لا أوتى برجل يقول : ان كنانة ليست من قريش الا جلدته » وقول ابن مسعود فى مسند أحمد وغيره : « لا حد الا فى اثنتين ، قذف محصنة ، أو نفى رجل من أبيه » قال المسعودى : فان قال لقرشى : لست من قريش ، أو لتيمى : لست من تيم نظرت ــ فان قال : أردت به أنه ليس من صلب قريش ــ لم يصدق ، وكان قاذفا ، وان قال : أردت أن واحدة من أمهاته فى الجاهلية زانية لم يكن قذفا لأنها غير محصنة ، وان قال : أردت أن واحدة من أمهاته فى الاسلام زانية لم يكن قذفا لأنها غير معينة ، فصار كما لو قال : فى هذا البلد زان •

فـــرع ومن قذف غير محصن بالزنا أو عرض لقذف للمحصن لم يقر أنه أراد به الزنا ، فانه يعزر على ذلك لأنه أذاه بذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وما يجب بالقذف من الحد او التعزير بالأذى فهو حق للمقذوف ، يستوفى اذا طالب به ويسقط اذا عفا عنه ، والدليل عليه ما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((أيعجز أحدكم أن يكون كأبى ضمضم ، كان يقول : تصدقت بعرضى)) والتصدق بالعرض لا يكون الا بالعفو عما يجب له ، ولأنه لا خلاف أنه لا يستوفى الا بمطالبته ، فكان له العفو كالقصاص ، وان قال لغيره : اقذفنى فقذفه ففيه وجهان أحدهما : انه لا حد عليه ، لأنه حق له فسقط باذنه كالقصاص . والثانى : انه يجب عليه الحد ، لأن العار يلحق بالعشيرة ، فلا يملك الاذن فيه ؛ واذا أسقط الاذن وجب الحد ، ومن وجب له الحد او التعزير لم يجز أن يستوفى الا بحضرة السلطان ، لأنه يحتاج الى الاجتهاد ويدخله التخفيف ، فلو فوض الى المقذوف لم يؤمن أن يحيف للتشفى .

فصـــل وان مات من له الحد أو التعزير ـ وهو ممن يورث ـ انتقل ذلك الى الوارث ، وفيمن يرثه ثلاثة أوجه ، احدها : انه يرثه جميع الورثة لأنه موروث فكان لجميع الورثة كالمال . والثانى : انه لجميع الورثة الا لمن يرث بالزوجية ، لأن الحد يجب لدفع العار ، ولا يلحق الزوج عار بعد الموت ، لأنه لا تبقى زوجية . والثالث : أنه يرثه العصبات دون غيرهم ، لأنه حق ثبت لدفع العار ، فاختص به العصبات كولاية النكاح ، وان كان له وارثان فعفا أحدهما ثبت للآخر جميع الحد . لأنه جعل للردع ، ولا يحصل الردع الا بما جعله الله عز وجل للردع ، وان لم يكن له وارث فهو للمسلمين ، ويستوفيه السلطان .

فصـــل وان جن من له الحد او التعزير لم يكن لوليه ان يطالبه باستيفائه ، لأنه حق يجب للتشفى ودرك الغيظ ، فأخر الى الافاقة كالقصاص، وان قذف ، مملوكا كانت المطالبة بالتعزير للمملوك دون السيد ، لأنه ليس بمال ، ولا له بدل هو مال ؛ فلم يكن للسيد فيه حق كفسخ النكاح اذا عتقت الأمة تحت عبد . وان مات المملوك ففى التعزير ثلاثة أوجه ، احدها : انه يسقط لأنه لا يستحق عنه بالارث ، فلا يستحق المولى ، لأنه لو ملك بحق الملك لملك فى حياته . والثانى : انه للمولى لأنه حق ثبت للمملوك فكان المولى

احق به بعد الموت ، كمال المكاتب . والثالث : انه ينتقل الى عصباته لأنه حق ثبت لنفى العار ، فكان عصباته احق به .

الشرح قال الحافظ أبو عمر ابن عبد البر فى الاستيعاب : (أبو ضمضم . غير منسوب . روى عنه الحسن بن أبى الحسن وقتادة أنه قال : اللهم انى قد تصدقت بعرضى على عبادك . وروى من حديث ثابت عن أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ألا تحبون أن تكونوا كأبى ضمضم . وذكر أبو يحيى الساجى قال : أخبرنا السرى بن عاصم ، حدثنا أبو النضر هاشم بن قاسم ، عن محمد بن عبد الله العمى ، عن ثابت ، عن أنس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ألا تحبون أن تكونوا كأبى ضمضم ؟ قالوا : يا رسول الله : ومن أبو ضمضم ؟ قال : ان أبا ضمضم كان اذا أصبح قال : اللهم انى تصدقت بعرضى على من ظلمنى .

روى ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن أبى صالح عن أبى هريرة رضى الله عنه ، أن رجلا من المسلمين قال : اللهم انه ليس لى مال أتصدق به ، وانى قد جعلت عرضى صدقة لله عز وجل لمن أصاب منه شيئا من المسلمين ، قال : فأوجب النبى صلى الله عليه وسلم أنه قد غفر له . أظنه أبا ضمضم المذكور . فالله أعلم ا هـ) .

أما اللغات فقد قال ابن بطال الركبى فى شرح غريب المهذب : (قوله : تصدقت بعرضى) قال أبو بكر بن الأنبارى قال أبو العباس : العرض موضع الذم والمدح من الانسان ، ومعناه أموره التى يرتفع بها أو يسقط بذكرها ومن جهتها يحمد أو يذم ، ويجوز أن يكون ذكر أسلافه ، لأنه يلحقه النقيصة بعيبهم ، وقال ابن قتيبة : عرض الرجل نفسه . واحتج بقوله صلى الله عليه وسلم : « أهل الجنة لا يبولون ولا يتغوطون انما هو عرق يخرج من أعراضهم مثل المسك » أى أبدانهم ، واحتج بهذا الحديث المذكور ، تصدقت بعرضى أن بنفسى وأحللت من يغتابنى ، قال : ولو كان العرض الأسلاف لما جاز له أن يحل من يغتابهم وله كلام يطول . ا هـ .

أما الأحكام فان حد القذف للمقذوف لا يستوفى الا بمطالبته

ويسقط بعفوه أو استبرائه كما مضى كلامنا فى هذا الباب وأقوال الفقهاء مع أدلتهم • فان مات قبل الاستيفاء أو العفو وابرائه ورث عنه • وقال أبو حنيفة : حد القذف حق لله تعالى الا أنه وافقنا أنه لا يستوفى الا بمطالبته ، دليلنا ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ألا ان دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام » فأضاف العرض الينا ، والحد انما يجب بتناول العرض ، فاذا كان العرض للمقذوف وجب أن يكون ما وجب فى مقابلته له كما أنه أضاف الدم والمال الينا ، ثم الدم والمال ملك لنا ، وما وجب فى مقابلتهما ملك لنا ، وأيضا روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أيعجز أحدكم أن يكون كأبى ضمضم كان يقول : تصدقت بعرضى » والتصدق بالعرض لا يكون الا بالعفو عما وجب له فيه ، ولأنه حق على البدن اذا ثبت بالاعتراف لم يسقط بالرجوع ، فكان للآدمى كالقصاص ، وفيه احتراز من حد الزنا وحد الشرب ، ولأنه لا خلاف أنه لا يستوفى الا بمطالبة الآدمى ، فكان حقا له كالقصاص •

فرع اذا قال رجل لآخر : اقذفنى فقذفه ففيه وجهان ، أحدهما : لا يجب عليه الحد ، كما لو قال له : اقطع يدى فقطع يده ، فانه لا يجب عليه القصاص • والثانى : يجب عليه الحد ، لأن العار يلحق بعشيرته ، فلم يملك الاذن فيه ، وان قذف حيا محصنا فمات المقذوف قبل استيفاء الحد أو العفو ، فقد قلنا : انه ينتقل الى وارثه • وفيمن يرث ذلك ثلاثة أوجه ، أحدها : يرثه جميع الورثة لأنه موروث فكان لجميع الورثة كالمال • والثانى : أنه يرثه جميع الورثة الا من يرثه بالزوجية لأنه لا يرث ، لأن الحد يجب لدفع العار ، ولا يلحق أحد الزوجين عار الآخر بعد الموت ، لأنه لا زوجية بينهما بعد الموت • والثالث : يرثه من كان يرثه من الرجال بالتعصيب ، لأنه ثبت لدفع العار ، فاختص به رجال العصبات كولاية النكاح ، وان قذف ميتا كان الحد لورثته ، فان كان فى الورثة زوج أو زوجة ــ فان قلنا : انه اذا قذف حيا ثم مات لم يورث الحد عنه بالزوجية فها هنا أولى • وان قلنا هناك : يورث عنه بالزوجية فها هنا وجهان ، والفرق بينهما أن هناك الزوجية كانت عند ثبوت الحد عنه ، وها هنا الزوجية قد

ارتفعت بالموت ، فلا يثبت الباقى منها بالارث بالزوجية • واذا انتقل الحد الى جماعة من الورثة فعفا بعضهم عن حقه من الحد ثبت جميع الحد لباقى الورثة ، لأن الحد جعل للردع ، ولا يحصل الردع الا بما جعله الله تعالى للردع ، هـذا طريق أصحابنا العراقيين ، وأما طريق أصحابنا الخراسانيين ففيه ثلاثة أوجه أحدها : أن لباقى الورثة أن يستوفوا جميع الحد كما ذكرناه • والثانى : يسقط جميع الحد كما قلنا فى القصاص • والثالث : يسقط فى الحد حصة العافى دون الباقى كالدين والدية • وان قذف رجلا فمات المقذوف ، ولا وارث له ، أو قذفه بعد موته ولا وارث له معين ثبت الحد للمسلمين ، ويستوفيه السلطان لأنه ينوب عنهم فى الاستيفاء كما ينوب عنهم فى القصاص •

فـــرع وان قذف مملوكا ثبتت المطالبة بالتعزير للمملوك والعفو عنه دون السيد ، لأنه ليس بمال ولا له بدل هو المال ، فكان للمملوك دون السيد كفسخ النكاح بالعيب ، فان مات المملوك قبل الاستيفاء أو العفو ففيه ثلاثة أوجه أحدها : أنه ينتقل الى مولاه لأنه ثبت للعبد فانتقل الى مولاه بموته كمال المكاتب • والثانى : يسقط لأن العبد لا يورث والمولى يملك عنه من جهة الملك ، فلما لم يملك ذلك فى حياته لم يملكه عنه بعد موته • والثالث : يكون لعصباته ، لأنه ثبت لنفى العار ، فكان عصباته أحق به ، وان ثبت الحد لرجل فجن أن أغمى عليه قبل الاستيفاء أو العفو لم يكن لوليه استيفاؤه ، لأنه حق ثبت للتشفى ، فلم يكن لوليه استيفاؤه فى حال الجنون والاغماء كالقصاص •

فـــرع اذا قال الرجل : زنيت بفلانة ، وجب عليه حد الزنا ، فان كانت المرأة محصنة وجب لها عليه حد القذف ، فلو قال الرجل : كذبت لم أزن بها سقط عنه حد الزنا ، لأنه اذا ثبت بالاقرار فانه يسقط بالرجوع ، وهل يسقط عنه حد القذف ؟ فيه قولان حكاهما الطبرى فى العدة ، أحدهما : لا يسقط لأنه حق للمرمى ، فلم يسقط بالرجوع كما لو رماها بالزنا بغيره ثم أكذب نفسه ، والثانى : يسقط عنه ، لأن قوله زنيت بفلانة اقرار واحد وكلام واحد ، والمقصود منه الاقرار بالزنا ، فاذا رجع فى الزنا قبل رجوعه فى جميع موجب الاقرار •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان قذف جماعة نظرت ـ فان كانوا جماعة لا يجوز ان يكونوا كلهم زناة كاهل بغداد ـ لم يجب الحد ، لأن الحد يجب لنفى العار ، ولا عار على المقذوف ، لانا نقطع بكذبه ؛ ويعزر للكذب ، وان كانت جماعة يجوز أن يكونوا كلهم زناة نظرت ـ فان كان قد قذف كل واحد منهم على الانفراد ـ وجب لكل واحد منهم حد ، وان قذفهم بكلمة واحدة ففيه قولان ، قال فى القديم : يجب حد واحد ، لأن كلمة القذف واحدة فوجب حد واحد ، كما لو قذف امرأة واحدة . وقال فى الجديد : يجب لكل واحد منهم حد ، وهو الصحيح ، لانه الحق العار بقذف كل واحد منهم . فلزمه لكل واحد منهم حد . كما لو افرد كل واحد منهم بالقذف . فان قذف زوجته برجل ولم يلاعن ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال : هى على قولين ، كما لو قذف رجلين أو امرأتين ؛ ومنهم من قال : يجب حد واحد قولا واحدا . لأن القذف هنا بزنا واحد ، والقذف هناك بزناءين . فان ـ وجب عليه حد لاثنين ـ فان وجب لأحدهما قبل الآخر وتشاحا ـ قدم السابق منهما ، لأن حقه أسبق ، وان وجب عليه لهما فى حالة واحدة بأن قذفهما معا وتشاحا أقرع بينهما ، لانه لا مزية لأحدهما على الآخر فقدم بالقرعة ، وان قال لزوجته يا زانية بنت الزانية ـ وهما محصنتان ـ لزمه حدان ، ومن حضر منهما وطالبت بحدها حد لها ، وان حضرتا وطالبتا بحدهما ففيه وجهان ، أحدهما : انه يبدأ بحد البنت لانه بدأ بقذفها . والثانى ـ وهو المذهب ـ انه يبدأ بحد الأم لأن حدها مجمع عليه ، وحد البنت مختلف فيه لأن عند ابى حنيفة لا يجب على الزوج بقذف زوجته حد ؛ ولأن حد الأم آكد ، لأنه لا يسقط الا بالبينة وحد البنت يسقط بالبينة وباللعان ، فقدم آكدهما .

فصـــل وان وجب حدان على حر لاثنين فحد لأحدهما لم يحد للآخر حتى يبرأ ظهره من الأول ، لأن الموالاة بينهما تؤدى الى التلف . وان كان الحدان على عبد ففيه وجهان ، أحدهما : انه لا يجوز الموالاة بينهما . كما لو كانا على حر . والثانى : انه يجوز لأن الحدين على العبد كالحد الواحد .

الشرح اذا قذف الرجل جماعة رجال أو جماعة نساء فان قذف كل واحد منهم بكلمة ، بأن قال لكل واحد منهم : زنيت أو يا زانى ، وجب لكل واحد منهم حد ، وان قذفهم بكلمة واحدة نظرت ـ فان كانوا جماعة لا يجوز أن يكونوا كلهم زناة ، كأهل اليمن أو أهل بغداد أو أهل القاهرة ـ لم يجب عليه حد القذف ، لأن القذف هو ما احتمل الصدق والكذب ،

فنحن نقطع بكذبه ها هنا ، ويعزر على الكذب لحق الله تعالى ، وان كانوا جماعة يجوز أن يكونوا زناة كالعشرة والمائة وما أشبه ذلك ففيه قولان ، قال في القديم : يجب لهم حد واحد لقوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ، فاجلدوهم [1] الآية » .

فان وجب ثمانون جلدة بقذف المحصنات ، فذلك اسم للجمع ، ولأن الحق يجب على القاذف لازالة المعرة عن المقذوف ، والمعرة تزول عن الجماعة اذا جلد القاذف ثمانين جلدة ، ولأن الحدود اذا كانت من جنس واحد تداخلت كما لو زنى ثم زنى . وقال في الحد : يجب لكل واحد منهم حد ، وهو الصحيح ، لأنها حقوق مقصودة لآدميين ، فاذا ترادفت لم تتداخل كالقصاص ، فقولنا : مقصودة ، احتراز من الآجال في الديون ، وقولنا : للآدميين ، احتراز من الحدود لله تعالى . وأما الآية فلم تتضمن قذف الواحد لجماعة من المحصنات ، وانما تضمنت قذف جماعة لجماعة ، لأنه قال : « والذين يرمون ــ الآية » .

فرع واذا قال لزوجته وأجنبية : زنيتما ــ فاختلف أصحابنا فيه ــ فمنهم من قال : فيه قولان ، ومن أصحابنا الخراسانيين من قال : يجب لكل واحدة منهما ها هنا حد قولا واحدا ، لأن مخرجه عن قذفه لهما مختلف ، لأن حد الأجنبية لا يسقط الا بالبينة أو اقرار المقذوف ، وحد الزوجة يسقط بالبينة أو باللعان . وان قال لزوجته : زنيت بفلان ــ فلم يلاعن ــ فاختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : فيه قولان ، ومنهم من قال : يجب لهما حد واحد قولا واحدا . هذا اذا اجتمعا على المطالبة ، فأما اذا جاءت الزوجة فطالبت بحدها فحد لها ، ثم جاء الرجل فطالب بحده ، بني على ما يجب عليه لهما ، فان قلنا : يجب لهما حدان ، حد لهما حدا آخر ، وان قلنا : لا يجب لهما الا حد واحد لم يحد له ها هنا ، وان عفت عن حدها سقط حقه ، لأنهما حقان لآدميين فلم يسقط أحدهما بسقوط حق الآخر كالديون ، فيحد له اذا طلب .

---

(١) الآية ٤ من سورة النور .

فـــرع واذا وجب على القاذف حدان لاثنين نظرت ـ فان وجب لأحدهما بعد الآخر ـ حد للأول ثم حد للثانى ، لأن حق الأول سابق ، فان كان المحدود حرا لم يحد له حتى يبرأ ظهره من ألم حد الأول ، لأن الموالاة بينهما ربما أدت الى قتله ، وان كان عبدا ففيه وجهان ، أحدهما : لا يوالى بينهما ، كما قلنا فى الحد ، والثانى : يوالى بينهما لأنهما كالحد الواحد على الحر • وان وجب لهما الحد فى حالة واحدة أقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة حد له ولا كلام • والكلام فى الموالاة على ما مضى فان قال لزوجته : يا زانية بنت الزانية ، فقد قذف شخصين بكلمتين ، فيجب لكل واحد حد ، فان جاءت احداهما تطالبه بحدها ، والأخرى غائبة أو حاضرة ولم تطالب حد للتى طلبت بحدها ، وان جاءتا وطلبت كل واحدة بحدها ففيه وجهان من أصحابنا من قال : يبدأ بحد البنت ، لأنه بدأ بقذفها • والثانى ـ وهو المنصوص : أنه يبدأ بحد الأم لأن حدها مجمع عليه ، وحد البنت مختلف فى وجوبه ، ولأن حد الأم آكد ، لأنه لا يسقط الا بالبينة ، وحد البنت يسقط بالبينة واللعان ، وان قال لها : يا زانية وبنت الزانيين وجب لها حد ، وهل يجب للأبوين حد أو حدان ؟ على قولين ، والكلام فى الاستيفاء على ما مضى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **وان قذف اجنبيا فحد ، ثم قذفه ثانيا بذلك الزنا عزر للأذى ولم يحد ، لأن ابا بكرة شهد على المغيرة بالزنا فجلده عمر رضى الله عنه ، ثم أعاد القذف واراد أن يجلده فقال له على كرم الله وجهه : ان كنتا تريد ان تجلده فارجم صاحبك ، فترك عمر رضى الله عنه جلده ، ولأنه قد حصل التكذيب بالحد ، وان قذفه بزنا ثم قذفه بزنا آخر قبل ان يقام عليه الحد ففيه قولان ، احدهما : أنه يجب عليه حدان ، لأنه من حقوق الآدميين فلم تتداخل كالديون • والثانى : يلزمه حد واحد وهو الصحيح ، لأنهما حدان من جنس واحد لمستحق واحد فتداخلا ، كما لو زنى ثم زنى • وان قذف زوجته ولاعنها ثم قذفها بزنا اضافه الى ما قبل اللعان ، ففيه وجهان احدهما : انه لا يجب عليه الحد ، لأن اللعان فى حق الزوج كالبينة ، ولو اقام عليها البينة ثم قذفها لم يلزمه الحد ، فكذلك اذا لاعنها • والثانى : أنه**

يجب عليه الحد ، لأن اللعان انما يسقط احصانها فى الحالة التى يوجد فيهـا وما بعدها ولا يسقط فيما تقدم ، فوجب الحـد بما رماها به . وان قذف زوجته وتلاعنا ثم قذفها أجنبى وجب عليه الحد ، لأن اللعان يسقط الاحصان فى حق الزوج ؛ لأنه بينـة يختص بهـا فأما فى حق الأجنبى فهى باقيـة على احصانها فوجب عليه الحد بقذفها ، وان قذفها الزوج ولاعنهـا ولم تلاعن فحدت ، ثم قذفها الأجنبى بذلك الزنا ففيه وجهان ، أحدهما : انه لا حد عليه ، لأنه قذفها بزنا حدت فيه فلم يجب كما لو اقيم عليها الحد بالبينة . والثانى : انه يجب لأن اللعان يختص به الزوج ، فزال به الاحصان فى حقه ، وبقى فى حق الأجنبى .

فصـــل اذا سمع السلطان رجلا يقول : زنى رجل ، لم يقم عليـه الحد لأن المستحق مجهول ، ولا يطالبه بتعيينه ، لقوله عز وجل : « لا تسألوا عن أشياء ان تبد لكم تسؤكم(١) » لأن الحد يدرأ بالشبهة ، ولهذا قال صلى الله عليـه وسلم : « الا سـترته بثوبك يا هزال » وان قال : سمعت رجلا يقول : ان فلانا زنى لم يحد ، لأنه ليس بقاذف ، وانما هو حاك ، ولا يسأله عن القاذف لأن الحد يدرأ بالشبهة ، وان قال : زنى فلان ، فهل يلزم السلطان أن يسأل المقذوف ؟ فيه وجهـان احدهما : انه يلزمه لأنه قد ثبت له حق لا يعلم به فلزم الامام اعلامه ، كما لو ثبت له عنده مال لا يعلم به ، فعلى هذا ان سأل المقذوف فأكذبه وطالب بالحد حد ، وان صدقه حد المقذوف ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « يا أنيس اغد على امرأة هذا ؛ فان اعترفت فارجمها » والوجه الثـانى : انه لا يلزم الامام اعلامه لقوله صلى الله عليـه وسلم : « ادرءوا الحد بالشبهات » .

الشرح قوله تعـالى : « لا تسألوا عن أشـياء ان تبد لكم تسؤكم » أخرج البخارى ومسلم وغيرهما واللفظ للبخارى عن أنس قال : قال رجل : يا نبى الله من أبى ؟ قال : « أبوك فلان » قال : فنزلت : « يا أيها الذين آمنوا لا تسألوا عن أشياء ان تبد لكم تسؤكم ـ الآية » وأخرج أيضا عن أنس عن النبى صلى الله عليه وسلم وفيه « فوالله لا تسألونى عن شىء الا أخبرتكم به ما دمت فى مقامى هذا » فقام اليه رجل فقال : « أين مدخلى يا رسول الله ؟ » قال : « النار » فقام عبد الله بن حذافة فقال : من أبى يا رسول الله ؟ فقال : « أبوك حذافة » وذكر الحديث قال ابن عبـد

---

(١) الآية ١٠١ من سورة المائدة .

البر : عبد الله أسلم قديما وهاجر الى أرض الحبشة الهجرة الثانية وشهد بدرا ، وكانت فيه دعابة ، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم أرسله الى كسرى بكتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولما قال : من أبى يا رسول الله ؟ قال : « أبوك حذافة » قالت له أمه : ما سمعت بابن أعق منك ، آمنت أن تكون أمك قارفت ما يقارف نساء الجاهلية فتفضحها على أعين الناس !! فقال : والله لو ألحقنى بعبد أسود للحقت به . وروى الترمذى والدارقطنى عن على رضى الله عنه قال : لما نزلت هذه الآية : « ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا » قالوا : يا رسول الله أفى كل عام ؟ فسكت ، فقالوا : أفى كل عام ؟ قال : « لا ولو قلت : نعم لوجبت » فأنزل الله تعالى « يا أيها الذين آمنوا لا تسألوا ــ الآية » واللفظ للدارقطنى . سئل البخارى عن هذا الحديث فقال : هو حديث حسن الا أنه مرسل أبو البخترى لم يدرك عليا واسمه سعيد . وقال الحسن البصرى : سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمور الجاهلية التى عفا الله عنها ، ولا وجه للسؤال عما عفا الله عنه ، وروى مجاهد عن ابن عباس انها نزلت فى قوم سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البحيرة والسائبة والوصيلة والحام ، وهو قول سعيد بن جبير وقال : ألا ترى أن بعده : « ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام » .

قال القرطبى : وفى الصحيح والمسند كفاية ، ويحتمل أن تكون الآية نزلت جوابا للجميع ، فيكون السؤال قريبا بعضه من بعض : أما حديث هزال الأسلمى وهو هزال بن ذياب بن يزيد روى عنه ابنه ومحمد بن المكندر حديثا واحدا . قال ابن عبد البر فى الاستيعاب : ما أظن له غيره ، قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « يا هزال لو سترته بردائك » قال : وبعضهم يقول : ان بين ابن المنكدر وبين هزال هذا نعيم بن هزال اهـ وفى طبقات ابن سعد بسنده عن نعيم عن أبيه هزال مرفوعا : « بئس ما صنعت بيتيمك ــ يعنى ما عزا ــ لو سترت عليه بطرف ثوبك لكان خيرا لك . قال : يا رسول الله والله ما أدرى أن فى الأمر سعة » .

أما حديث : « اغد يا أنيس » فقد خرجناه فى أول كتاب الحدود .

وحديث « ادرءوا الحدود بالشبهات » قال الشوكانى عند الكلام على حديث المنتقى : « ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعا » رواه ابن ماجه عن أبى هريرة وحديث : « ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فان كان له مخرج فخلوا سبيله ـ قال الامام أن يخطىء فى العفو ، خير من أن يخطىء فى العقوبة » رواه الترمذى وذكر أنه قد روى موقوفا وأن الوقف أصح ، قال : وقد روى عن غير واحد من الصحابة رضى الله عنهم أنهم قالوا ذلك قال : حديث أبى هريرة أخرجه ابن ماجه باسناد ضعيف لأنه من طريق ابراهيم بن الفضيل وهو ضعيف ، وحديث عائشة أخرجه أيضا الحاكم والبيهقى ولكن فى اسناده يزيد بن أبى زياد وهو ضعيف كما قال الترمذى وقال البخارى فيه : انه منكر الحديث ، وقال النسائى : متروك ثم قال : والصواب الموقوف كما فى رواية وكيع ، قال البيهقى : رواية وكيع أقرب الى الصواب • وفى الباب عن على مرفوعا : « ادرءوا الحدود بالشبهات » وفيه المختار بن نافع قال البخارى : وهو منكر الحديث • قال : وأصح ما فيه حديث سفيان الثورى عن عاصم عن أبى وائل عن عبد الله بن مسعود قال : « ادرءوا الحدود بالشبهات ، ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم » وروى عنه عقبة بن عامر ومعاذ أيضا موقوفا ، وروى منقطعا وموقوفا على عمر • ورواه ابن حزم فى كتاب الاتصال عن عمر موقوفا عليه • قال الحافظ ـ يعنى ابن حجر ـ واسناده صحيح ورواه ابن أبى شيبة من طريق ابراهيم النخعى عن عمر بلفظ : « لأن أخطىء فى الحدود بالشبهات أحب الى من أن أقيمها بالشبهات » وفى مسند أبى حنيفة للحارثى من طريق مقسم عن ابن عباس مرفوعا بلفظ : « ادرءوا الحدود بالشبهات » ا هـ •

أما واقعة المغيرة بن شعبة فذلك أنه اذا أتى الأربعة الشهادة بزنا رجل فاضطرب واحد منهم سقطت شهادتهم وعد الثلاثة قاذفين وأقيم عليهم حد القذف ، ومن ثم فقد حدث أن شهد على المغيرة بالزنا أبو بكرة نفيع بن الحارث وأخوه نافع وزياد ابن أبيه وشبل بن معبد البجلى ، فلما جاءوا لأداء الشهادة توقف زياد ولم يؤدها فجلد عمر رضى الله عنه الثلاثة ، وزياد أخى نفيع ونافع لأمهما ، وهو مستلحق معاوية ، وقد دعى بعد ذلك زياد بن

أبي سفيان • ويقرن المؤرخون بين المغيرة وزياد فى الدهاء عند العرب فيقولون : دهاة العرب أربعة معاوية بن أبي سفيان وعمرو بن العاص والمغيرة بن شعبة وزياد •

أما معاوية فللأناة والحلم ، وأما عمرو فللمعضلات ، وأما المغيرة فللمبادهة ، وأما زياد فللصغير والكبير •

والقصة يكملها المصنف هنا أن أبا بكرة أعاد القذف مرة أخرى فأراد عمر أن يجلده فكان من فقه على رضى الله عنه وكرم الله وجهه أن اعادة الحد يقتضى تعدد الاتهام فيكون القذف هنا متمما لنصاب الشهادة ، وهو أربع لتعدد شهادته فى مجلسين الأول أقيم عليه الحد فيه ، والثانى أريد اقامة الحد فيه ، فاذا انضمت الشهادتان الى شهادة نافع وشبل بن معبد كانت أربعا فوجب رجم المغيرة بن شعبة • أما اذا اعتبر اعادة القذف استمرارا للواقعة المحدود لها فلا يعاد الحد وانما يعزر اذا رأى الامام ذلك •

أما الأحكام فانه اذا قذف رجل رجلا أو امرأة ليست بزوجة له بزنا ، فحد القاذف ثم قذفه بذلك الزنا الذى حد للقذف به لم يجب عليه الحد ، وانما يعزر للأذى • وقال بعض الناس : يجب له الحد عليه • دليلنا ما روى الأثرم باسناده عن ظبيان بن عمارة قال : شهد على المغيرة بن شعبة ثلاثة نفر أنه زان فبلغ ذلك عمر فكبر عليه وقال : شاط ثلاثة أرباع المغيرة ابن شعبة ، وجاء زياد فقال : ما عندك ؟ فلم يثبت ، فأمر بهم فجلدوا وقال : شهود زور • فقال أبو بكرة : أليس ترضى أن أتاك رجل عدل يشهد برجمه ؟ قال : نعم والذى نفسى بيده ، فقال أبو بكرة : وأنا أشهد أنه زان ، فأراد أن يعيد عليه الجلد فقال على : يا أمير المؤمنين انك ان أعدت عليه الجلد أوجبت الرجم عليه • وفى خبر آخر : فلا يعاد فى فرية جلد مرتين • قال الأثرم : قلت لأبى عبد الله أحمد بن حنبل قول على : ان جلدته فارجم صاحبك ؟ قال : كأنه جعل شهادته شهادة رجلين • قال أبو عبد الله : وكنت أنا أفسره على هذا حتى رأيته فى الحديث فأعجبنى • ثم قال : يقول : اذا جلدته ثانية فكأنك جعلته شاهدا آخر •

وقال فى البيان : قال على : ان جعلت قول هذا هو القذف الأول فقد حددته له ، وان جعلته استئناف شهادة أخرى فقد تمت الشهادة فارجم المغيرة ، فتركه عمر رضى الله عنه وأقرته الصحابة على ذلك ، ولأن القذف ما احتمل الصدق والكذب ، وقد علم كذبه فلا معنى لايجاب الحد عليه للثانى • وان لم يقم عليه الحد للأول أو عفا عنه المقذوف أقيم عليه الحد للثانى • وان لم يقم عليه الحد للأول ولا عفا عنه المقذوف ففيه قولان ، قال فى القديم : يجب عليه حدان ، لأنهما حقان لآدمى فلم يتداخلا كالدينين • وقال فى الجديد : يجب عليه حد واحد وهو الصحيح لأنهما حدان من جنس لمستحق واحد فتداخلا كما لو زنى ثم زنى ، أو شرب ثم شرب ، وان قذف امرأة بزنا فلم يحد لها ولم تعف عنه ثم تزوجها ثم قذفها بزنا آخر ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال : فيه قولان كالأولة ومنهم من قال : يجب عليه ها هنا حدان قولا واحدا ، لأن مخرجه من القذفين مختلف •

مسألة اذا قذف الرجل امرأته أو قذفها أجنبى فأقرت بالزنا فحدت ، أو قامت البينة على زناها ثم قذفها الزوج أو غيره بذلك الزنا أو بغيره لم يجب عليه الحد لدفع المعرة عنها ، ولم تدخل عليها معرة بهذا القذف ، لأنها قد دخلت عليها بالقذف الأول ، فلم يؤثر هذا القذف شيئا • وان قذفها بزنا آخر أضافه الى حال الزوجية ، والى ما قبل القذف الأول أو بعده ففيه وجهان ، أحدهما : لا يجب عليه الحد ، وانما يعزر ، لأن اللعان حجة سقط به احصانها فى حق الزوج فوجب أن يسقط احصانها فى الحال ، وفيما بعد ، وفى حال الزوجية كلها ، كما لو أقام عليها البينة ، وكما لو قذف أجنبيا فلم يطالب بحده حتى مر زمان طويل فطالب بحده ، وأقام القاذف بينة على زناه ، فان حصانته تسقط فى الحال وفيما قبل • والثانى : يجب عليه الحد ، لأن اللعان انما يسقط احصانها فى حقه فى الحالة التى توجد فيها وفيما بعدها ، ولا يسقط فيما تقدم ، فوجب عليه الحد ولا حد عليه ان رماها بذلك الزنا مرة أخرى • أما ان رماها بزنا آخر ففيه وجهان أحدهما : لا حد عليه لأنه أقام الحجة على زناها مرة كما لو أقام عليها البينة •

والثانى : يجب عليه الحد ، لأن هذا قذف بغير ذلك الزنا • وان قذف زوجته ولم يلاعن وحد لها ثم قذفها بذلك الزنا لم يحد ، وانما يعزر لما ذكرناه فى قصة المغيرة • وان قذفها بزنا آخر ففيه وجهان • أحدهما ــ وهو قول ابن الحداد : أنه لا يحد لها لأنه قد حد لها مرة • والثانى : يحد لها لأنه رماها بزنا آخر •

فــــرع وان قذف رجل امرأته فلاعنها وأجابت لعانه ثم قذفها أجنبى نظرت ــ فان قذفها بزنا غير الذى قذفها به الزوج ــ حد لها بلا خلاف وان قذفها بالزنا الذى قذفها به الزوج حد لها وان أقام البينة على زناها فلا يحد لها بحال •

وقال أبو حنيفة : ان لاعنها الزوج ونفى حملها ــ وكان الحمل حيا ــ حد الأجنبى ، وان لم ينف حملها أو نفاه ولكن مات الولد ــ لم يحد لها الأجنبى • دليلنا ما روى عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم : « فرق بين المتلاعنين وقضى ألا يدعى الولد لأب ، وأنها لا ترمى وولدها ، فمن رماها أو ولدها فعليه الحد » ولم يفرق بين أن يكون ولدها حيا أو ميتا ، ولأن اللعــان انما جعل حجة فى حق الزوج فلم يسقط احصانها به الا فى حق الزوج •

فــــرع وان قذف الرجل امرأته فلاعنها ولم يحد لها ولم ترد لعانها فحدت فى الزنا ، ثم قذفها الزوج لم يحد لها ، لأنها محدودة باقامته الحجة عليها ، فهو كما لو أقام البينة على زناها • وان قذفها أجنبى بذلك الزنا ففيه وجهان ، أحدهما : لا حد عليه ، لأنه قذفها بزنا حدت فيه فهو كما لو حدت بالبينة • والثانى : يجب عليه الحد لأن اللعان حجة يختص باقامتها الزوج فاختص بسقوط احصانها به دون الأجنبى •

مســـألة قال الشافعى رحمه الله : وليس للامام اذا رمى رجل رجلا بزنا أن يبعث اليه فيسأله عن ذلك ــ وجملة ذلك أن السلطان أو الحاكم اذا سمع رجلا يقول : زنى رجل • لم يحده ، لأن المقذوف مجهل غير معين ، ولا يسأله عن المقذوف ، لأن الحد يدرأ بالشبهة • وان سمع رجلا

يقول : قال رجل ان فلانا زنى لم يكن قاذفا ، فانه حاك ــ فان اعترف المحكى عنه أنه قال : فلان زنى ، كان قاذفا ، وان أنكر لم يلزمه القذف بقول الذى قال سمعته وحده ، لأن القذف لا يثبت بشهادة واحدة ، ولا يلزم الحاكى بذلك شيء ، لأن كل واحد منهما يكذب صاحبه والحد يدرأ بالشبهة . فأما اذا سمع السلطان أو الحاكم رجلا يقول : زنى فلان ــ قال الشيخ أبو حامد ــ والمستحب أن يبعث الى المقذوف ويعلمه ذلك ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم بعث أنيسا الى المرأة التى قال الرجل ان ابنى كان عسيفا على هذا ، وأنه زنى بامرأته ، فقال : « واغد يا أنيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » وقول الشافعى : (ليس للامام اذا رمى رجل رجلا عنده بالزنا أن يبعث اليه فيسأله عن ذلك) له ثلاث تأويلات ، أحدها : أن تأويله أن يذكر للامام أنه استفاض فى الناس أن فلانا زنى ، فلا يبعث اليه ، لأنه ليس له قاذف بعينه ، ويفارق حديث أنيس ، لأنه كان لها قاذف بعينه . قال أبو العباس بن سريج : تأويله أن رجلا قذف زوجته برجل بعينه فلاعن الزوج لعانا مطلقا وقلنا : ان حد الرمى سقط بلعانه ، فان الامام لا يبعث الى المرمى لأن حده سقط بلعانه ويفارق حديث أنيس فان هناك لم يسقط حدها ، وقال أبو اسحاق المروزى : تأويله اذا قذف الرجل امرأته برجل بعينه فان الامام لا يبعث الى المرمى ويعرفه بثبوت الحد قبل أن يلتعن الزوج ، لأن صحة لعانه لا تفتقر الى مطالبة المرمى به بالحد ، بل اذا طلبت المرأة بذلك فلاعنها الزوج صح اللعان وسقط حدهما ، ويفارق حديث أنيس لأن هناك لا يسقط بلعان قاذفها ، هكذا ذكره الشيخ أبو حامد والشيخ أبو اسحق هنا فى المهذب فقد قال : هل يلزم السلطان أن يبعث الى المقذوف يعلمه بذلك ؟ فيه وجهان أحدهما : يلزم ، لأنه قد ثبت له حق لا يعلم به فلزمه اعلامه به كما لو ثبت له عنده مال لا يعلم به فان كذبه المقذوف حد القاذف له ، وان صدقه المقذوف حد المقر بالزنا . والثانى : لا يلزمه اعلامه لقوله صلى الله عليه وسلم : « ادرءوا الحدود بالشبهات » .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل اذا قذف محصنا وقال : قذفته وأنا ذاهب العقل ـ فان لم يعلم له حال جنون ـ فالقول قول المقذوف مع يمينه انه لا يعلم انه مجنون ، لأن الأصل عدم الجنون . وان علم له حال جنون ، ففيه قولان بناء على القولين فى الملفوف اذا قده ، ثم اختلفا فى حياته احدهما : ان القول قول المقذوف ، لأن الأصل الصحة . والثانى : أن القول قول القاذف ، لأنه يحتمل ما يدعيه . والأصل حمى الظهر ، ولأن الحد يسقط بالشبهة ، والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم : ((ادرءوا الحدود بالشبهات ، وادرءوا الحدود ما استطعتم ، ولأن يخطىء الامام فى العفو خير من ان يخطىء فى العقوبة)) .

فصل وان عرض بالقذف وادعى المقذوف انه اراد قذفه ، وانكر القاذف ؛ فالقول قوله ، لأن ما يدعيه محتمل ، والأصل براءة ذمته .

فصل وان قال لمحصنة : زنيت فى الوقت الذى كنت فيه نصرانية او أمة ـ فان عرف انها كانت نصرانية او امة ـ لم يجب الحد ، لأنه اضاف القذف الى حال هى فيها غير محصنة ، وان قال لها : زنيت ، ثم قال : اردت فى الوقت الذى كنت فيه نصرانية او أمة ، وقالت المقذوفة : بل اردت قذفى فى هذا الحال ، وجب الحد ، لأن الظاهر انه اراد قذفها فى الحال ، فان قذف امراة وادعى أنها مشركة او امة ، وادعت أنها أسلمت أو اعتقت ، فالقول قول القاذف ؛ لأن الأصل بقاء الشرك والرق ، وان قذف امراة واقر انها كانت مسلمة وادعى أنها ارتدت وانكرت المراة ذلك ، فالقول قولها ، لأن الأصل بقاؤها على الاسلام . وان قذف مجهولة وادعى أنها امة أو نصرانية ، وانكرت المراة ففيه طريقان ذكرناهما فى الجنايات .

فصل وان ادعت المراة على زوجها انه قذفها وانكر ، فشهد شاهدان انه قذفها جاز ان يلاعن ، لأن انكاره للقذف لا يكذب ما يلاعن عليه من الزنا ، لأنه يقول : انما أنكرت القذف ، وهو الرمى بالكذب ، وما كذبت عليها لأنى صادق انها زنت ، فجاز ان يلاعن ؛ كما لو ادعى على رجل انه أودعه مالا فقال المدعى عليه ما لك عندى شىء ، فشهد شاهدان انه أودعه ، فان له ان يحلف ، لأن انكاره لا يمنع الايداع ، لأنه قد يودعه ثم يتلف فلا يلزمه شىء .

الشرح الحديث مضى تخريجه فى الفصل قبله .

أما الأحكام فانه اذا أقام رجل البينة على رجل أنه قذفه أو أقر القاذف ثم قال القاذف : قذفته وعقلى ذاهب من الجنون ، وقال المقذوف : بل قذفتنى وأنت ثابت العقل ، فان لم يعلم للقاذف حال جنون ، فالقول قول المقذوف مع يمينه ، لأن القاذف يدعى طرءان الجنون عليه ، والأصل عدمه • وان عرف للقاذف حال جنون ، ففيه قولان أحدهما : أن القول قول المقذوف مع يمينه ، وهو الأصح ، لأنه قد ثبت له حال جنون ، وما يدعيه كل واحد منهما ممكن ، والأصل براءة القاذف فى الحد •

فـــرع وان قال لامرأة مسلمة : زنيت وكنت نصرانيـة يوم الزنا فقالت : صدقت كنت نصرانية ولكنى ما زنيت لم يجب عليه الحـد ، لأنه أضاف الزنا الى حال ليست بمحصنة فيه ، ويعزر للأذى • وان قال : زنيت ثم قال : أردت فى الحال التى كنت نصرانية ، وقالت : بل أردت فى الحال ، فالقول قولها مع يمينها ، لأن الظاهر معها ، فاذا حلفت لزمه الحد ، وان قال لها : زنيت يوم كنت نصرانية وقالت : لم أكن نصرانية ، ولا بينـة معه أنها كانت نصرانية ففيه قولان ، أحدهما : القول قولها مع يمينها ، لأن الظاهر ممن بدار الاسلام أنه مسلم ، فاذا حلفت حد لهـا • والثانى : أن القول قوله مع يمينـه ، وهو الأصح ، لأن دار الاسـلام تجمع المسلمين والنصارى ، وما قاله محتمل ، والأصل براءة ذمته من الحد ، فاذا حلف لم يلزمه الحد ، ويلزمه التعزير • وان أقرت أنها كانت نصرانية وادعت أنها أسلمت فالقول قول القاذف مع يمينه ، لأن الأصل بقاؤها على النصرانية ، وكذلك لو اتفقا على اسلامها وقذفها ، واختلفا فى السابق منهما ، فالقول قول القاذف مع يمينه ، لأن الأصل عدم اسلامها وبراءة ظهره من الحـد ، وان قذف مسلمة وادعى أنها ارتدت وأنكرت ، فالقول قولها مع يمينها ، لأن الأصل عدم ردتها •

فـــرع وان قال لامـرأته : زنيت وكنت مملوكة يومئـذ ، فقالت : كنت مملوكة ولم أزن ــ فلا حد عليه ، لأنه أضاف الزنا الى حالة ليست بمحصنة فيها ، ويعزر للأذى • وان قال لها : زنيت ــ ثم قال : ــ

أردت فى الحال التى كانت مملوكة فيها ثم أعتقت بعد ذلك ، فقالت : بل أراد القذف فى الحال ، فالقول قولها مع يمينها ، فاذا حلفت لزمه الحد ، لأن الظاهر معها • وان قالت : لم أكن أمة ففيه قولان ، أحدهما : القول قول المقذوفة مع يمينها ، لأن الظاهر ممن فى الدار الحرية ، والثانى : القول قول القاذف وهو الأصح ، لأن الدار تجمع الأحرار والمماليك ، والأصل براءة ذمته من الحد •

مسألة وان ادعى رجل على آخر أنه قذفه فأنكر ، فأقام عليه شاهدين أنه قذفه ــ فان عرف الحاكم عدالتهما ــ حكم بشهادتهما وحد القاذف ، وان عرف فسقهما لم يحكم بشهادتهما • وان جعل حالهما بحث عن حالهما ، ويحبس القاذف الى أن يثبت عنده حالهما ، لأن البينة قد كملت ، والظاهر منهما العدالة • وان أقام المقذوف شاهدا وسأل الحاكم أن يحبس له القاذف الى أن يقيم الآخر ففيه قولان أحدهما : يحبسه لأن جنبته قد قويت باقامة الشاهد ، فهو كما لو أقام شاهدين ، ولو أنه ادعى على رجل حقا وقدمه الى الحاكم ولم يتفرغ الحاكم لهما ــ فان له أن يلازمه الى أن يتفرغ الحاكم ويحكم بينهما ــ وهذا ضرب من الحبس فدل على ما ذكرناه • والثانى : لا يحبسه ، لأن البينة لم تكمل فلم يحبس ، وان ادعى على رجل مالا ، وأقام عليه شاهدين ، ولم يعلم الحاكم عدالتهما ولا فسقهما ، فهل للحاكم أن يحبسه الى أن يبحث عن حالهما ؟ فيه وجهان ، أحدهما ــ وهو المذهب ــ أن له أن يحبسه لما ذكرناه فى الحد ، وقال أبو سعيد الاصطخرى المتوفى سنة ٣٠٨ : ليس له أن يحبسه ، والفرق بينهما أن القاذف ربما هرب ففات الحد ، والمال لا يفوت بهربه ، وان ادعى عليه شاهدا فليس له أن يحلف المدعى مع شاهده حتى يبحث عن عدالته ، وهل يحبس المدعى عليه الى أن تعرف عدالته ان قلنا بقول الاصطخرى فى التى قبلها لا يحبس ، فها هنا أولى ، وان قلنا هياك بالمذهب : حبس ، فهاهنا يحبس ، لأن الشاهد مع اليمين حجة فى المال •

فرع وان قذف غيره فقال القاذف : قذفتك وكنت صغيرا يوم القذف ، وقال المقذوف : بل كنت بالغا يومئذ ولا بينة لهما فالقول قول

القاذف مع يمينه ، لأن الأصل عدم البلوغ ، فاذا حلف كان عليه التعزير ، وكذلك ان أقام القاذف بينة أنه كان صغيرا يوم القذف ، وان أقام المقذوف بينة أنه كان بالغا يوم القذف ، وجب عليه الحد ، وان أقام كل واحد منهما بينة ــ فان كانتا مطلقتين أو احداهما مطلقة والأخرى مؤرخة ــ فهما قذفان ، لأنه يمكن استعمالهما على ذلك ، فيجب على القاذف التعزير بقذفه وهو صغير والحد لقذفه وهو كبير ان ادعاهما المقذوف . وان كانتا مؤرختين تأريخا واحدا فهما متعارضتان ــ فان قلنا : يسقطان ــ كان كما لو لم يكن لها بينة ، ويحلف القاذف ولا يحد ، بل يعزر ، وان قلنا : يستعملان ، تجيء القسمة ، لأن القسمة لا تجيء في القذف وتجيء في الوقف ، لأن القذف لا يجوز وقفه ولكن يقرع بينهما ، فان خرجت القرعة للقاذف لم يحد ، ولكن يعزر ، وان خرجت للمقذوف حد القاذف ، وهل يحلف من خرجت له القرعة ؟ على القولين يأتي بيانهما في الجزء التاسع عشر ان شاء الله والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب حد السرقة

(ومن سرق وهو بالغ عاقل مختار التزم حكم الاسلام نصابا من المال الذى يقصد الى سرقته من حرز مثله لا شبهة له فيه وجب عليه القطع والدليل عليه قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) ولأن السارق يأخذ المال على وجه لا يمكن الاحتراز منه ولو لم يجب القطع عليه لأدى ذلك الى هلاك الناس بسرقة أموالهم ولا يجب القطع على المنتهب ولا على المختلس لما روى جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ليس على المنتهب قطع ولا على المختلس قطع ، ومن انتهب نهبة مشهورة فليس منا » ولأن المنتهب والمختلس يأخذان المال على وجه يمكن انتزاعه منه بالاستغاثة بالناس وبالسلطان فلم يحتج فى ردعه الى القطع ولا يجب على من جحد أمانة أو عارية لأنه يمكن أخذ المال منه بالحكم فلم يحتج الى القطع .

فصل ولا يجب على صبى ولا على مجنون لقوله صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق » وروى ابن مسعود رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بجارية قد سرقت فوجدها لم تحض فلم يقطعها . وهل يجب على السكران ؟ فيه قولان ذكرناهما فى الطلاق . ولا يجب على مكره لقوله صلى الله عليه وسلم : « رفع عن امتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولأن ما أوجب عقوبة الله عز وجل على المختار لم يوجب على المكره كلمة الكفر ولا تجب على الحربى لأنه لم يلتزم حكم الاسلام وهل يجب على المستأمن ؟ فيه قولان ذكرناهما فى السير .

فصل ولا يجب فيما دون النصاب والنصاب ربع دينار أو ما قيمته ربع دينار لما روت عائشة رضى الله عنها : « قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقطع يد السارق الا فى ربع دينار فصاعدا » فان سرق غير الذهب قوم بالذهب لأن النبى صلى الله عليه وسلم قدر النصاب بالذهب فوجب ان يقوم غيره به . وان سرق ربع مثقال من الخلاص وقيمته دون ربع دينار ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى سعيد الاصطخرى وأبى على بن أبى هريرة انه لا يقطع لأن النبى صلى الله عليه وسلم نص على ربع دينار وهذا

قيمته دون ربع دينار . والثانى وهو قول عامة أصحابنا أنه يقطع لأن الخلاص يقع عليه اسم الدينار وان لم يصرف لأنه يقال دينار خلاص كما يقال دينار فراضة . وان نقب اثنان حرزا وسرقا نصابين قطعا لأن كل واحد منهما سرق نصابا ، وان أخرج أحدهما نصابين ولم يخرج الآخر شيئا قطع الذى أخرج دون الآخر لأنه هو الذى انفرد بالسرقة فان اشتركا فى سرقة نصاب لم يقطع واحد منهما وقال أبو ثور يجب القطع عليهما كما لو اشترك رجلان فى القتل وجب القصاص عليهما وهذا خطأ لأن كل واحد منهما لم يسرق نصابا ويخالف القصاص فانا لو لم نوجب على الشريكين جعل الاشتراك طريقا الى اسقاط القصاص وليس كذلك السرقة فانا اذا لم نوجب القطع على الشريكين فى سرقة نصاب لم يصر الاشتراك طريقا الى اسقاط القطع لأنهما لا يقصدان الى سرقة نصاب واحد لقلة ما يصيب كل واحد منهما فاذا اشتركا فى نصابين أوجبنا القطع واذا نقب حرزا أو سرق منه ثمن دينار ثم عاد وسرق ثمنا آخر ففيه ثلاثة أوجه أحدها وهو قول أبى العباس أنه يجب القطع لأنه سرق نصابا من حرز مثله فوجب عليه القطع كما لو سرقه فى دفعة واحدة . والثانى وهو قول أبى اسحاق انه لا يجب القطع لأنه سرق تمام النصاب من حرز مهتوك . والثالث وهو قول أبى على ابن خيران أنه ان عاد وسرق الثمن الثانى بعد ما اشتهر هتك الحرز لم يقطع لأنه سرق من حرز اشتهر خرابه . وان سرق قبل ان يشتهر خرابه قطع لأنه سرق من قبل ظهور خرابه) .

الشرح قوله تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله ــ الآية » قال القرطبى : لما ذكر الله تعالى أخذ الأموال بطريق السعى فى الأرض والفساد ، ذكر حكم السارق من غير حراب . وبدأ بالسارق قبل السارقة عكس الزنا ، وقد قطع السارق فى الجاهلية ، وأول من حكم بقطعه فى الجاهلية الوليد بن المغيرة ، فأمر الله بقطعه فى الاسلام ، فكان أول سارق قطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الاسلام من الرجال (١) الخيار بن نوفل بن عبد مناف ، ومن النساء مرة بنت سفيان بن عبد الأسد من بنى مخزوم ، وقطع أبو بكر اليمنى الذى سرق العقد ــ على ما سيأتى فى الباب ــ وقطع عمر يد ابن سمرة أخى عبد الرحمن بن سمرة ، ولا خلاف فيه .

---

(١) الخيار بن عدى مرفوع لأنه اسم كان مؤخر وأول سارق خبر كان مقدم .

أما حديث جابر رضى الله عنه فقد ورد بألفاظ عند أصحاب السنن أبى داود والترمذى وابن ماجه والنسائى وصححه الترمذى والبيهقى وفى صحيحى الحاكم وابن حبان كلها بلفظ : « ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع » وفى رواية عن ابن جريج عن عمرو بن دينار وأبى الزبير عن جابر وليس فيه ذكر الخائن ، ورواه ابن الجوزى فى العلل من طريق مكى ابن ابراهيم عن ابن جريج وقال : لم يذكر فيه (الخائن) غير مكى قال الحافظ فى تلخيص الحبير : وقد رواه ابن حبان من غير طريقه : فأخرجه من حديث سفيان عن أبى الزبير عن جابر بلفظ : « ليس على المختلس ولا على الخائن قطع » وقال ابن أبى حاتم فى العلل : لم يسمعه ابن جريج من أبى الزبير انما سمعه من ياسين بن معاذ الزيات وهو ضعيف ، وكذا قال أبو داود وقال أيضا : وقد رواه المغيرة بن مسلم عن أبى الزبير عن جابر ، وأسنده النسائى من حديث المغيرة ، ورواه سويد بن نصر عن ابن المبارك عن ابن جريج ، أخبرنى أبو الزبير . قال النسائى : ورواه عيسى بن يونس والفضل بن موسى وابن وهب ومخلد بن يزيد وجماعة فلم يقل واحد منهم عن ابن جريج حدثنى أبو الزبير ولا أحسبه سمعه عنه ، وقد أعله ابن القطان بعنعنة أبى الزبير عن جابر ، وأجيب بأنه قد أخرجه عبد الرزاق فى مصنفه وصرح بسماع أبى الزبير من جابر . وأبو الزبير هو محمد بن مسلم ابن تدرس مولى حكيم بن حزام الأسدى القرشى روى عن جابر وابن عمر وابن عباس وابن الزبير وعائشة وغيرهم وعنه أبو حنيفة ومالك وأحمد وشعبة والأعمش والسفيانان وحماد بن سلمة والزهرى ــ وهو من أقرانه ــ وعطاء بن أبى رباح ــ أحد شيوخه ــ وهشيم ، وهو ثقة ، وثقه ابن المدينى وابن معين والنسائى ، وضعفه ابن عيينة وغيره ، قال ابن بدراس الحنبلى فى « طبقات الحفاظ » أبو الزبير امام كبير حافظ مولى حكيم بن حزام القرشى الأسدى . قال ابن معين والنسائى : ثقة . وقال أبو زرعة وأبو حاتم : لا يحتج به ، وقال غير واحد : مدلس فاذا صرح بالسماع فهو حجة . أفاده السفاريني الحنبلى فى شرح ثلاثيات مسند الامام أحمد المسمى (نفثات صدر المكمد ، وقوة عين الأرمد لشرح ثلاثيات مسند الامام أحمد) والثلاثيات للامامين الحافظين محب الدين المقدسى والضياء المقدسى .

أما حديث عبد الله بن مسعود رضى الله عنه فقد ساقه المصنف مرفوعا وأورده البيهقى فى سننه عن القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود الهذلى قال : « أتى عبد الله بجارية قد سرقت ولم تحض فلم يقطعها » .

أما حديث عائشة رضى الله عنها فقد أخرجه الشيخان وأصحاب السنن الا ابن ماجه وفى رواية : أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « تقطع اليد فى ربع دينار » رواه البخارى والنسائى وأبو داود . وفى رواية للبخارى : « تقطع اليد فى ربع دينار فصاعدا » .

اما اللغات فقد ورد فى هذه الفصول كلمات : السرقة ــ المنتهب ــ المختلس ــ النصاب ــ الخلاص ــ الحرز ــ المهتوك . واليك معناها :

سرق الشىء يسرقه سرقا وسرقا واسترق وأنشد ابن الأعرابى .

بعتكها زانية وتسترق ان الخبيث للخبيث يتفق

اللام هنا بمعنى مع . ورجل سارق مزقوم سرقة وسراق . وسروق من قوم سرق ، وقد تأتى سرق بمعنى سرق قال الفرزدق :

الا تحسبن دراهما سرقتها تمحو مخازيك التى بعمان

والاسترق الختل سرا ، كالذى يستمع والكتبة يسترقون من بعض الحسابات . قال ابن عرفة فى قوله تعالى : « والسارق والسارقة » قال : السارق عند العرب من جاء مستترا الى حرز فأخذ منه ما ليس له ، فان أخذ من ظاهر فهو مختلس ، ومستلب ، ومنتهب ومحترس ، فان منع مما فى يديه فهو غاصب . والسرق شقاق الحرير ، وقيل هو أجوده واحدته سرقة قال الأخطل :

يرفلن فى سرق الفرند وقزه يسحبن من هدابه أذيالا

قال أبو عبيد والزمخشرى فى الأساس هو بالفارسية أصله : سره . أى جيد فعربوه كما عربوا برق للحمل وأصله بره واستبرق أصله استبره .

وسرق اسم موضع فى العراق قال أنس بن زنيم يخاطب الحارث بن بدر حين ولاه عبد الله بن زياد سرق :

أحار (١) بن بدر قد وليت امارة ... فكن جرذا فيها تخون وتسرق
ولا تحقرن يا حار شيئا أصبته ... فحظك من ملك العراقين سرق
فان جميع الناس اما مكذب ... يقول بما يهوى واما مصدق
يقولون أقوالا ولا يعلمونها ... وان قيل هاتوا حققوا لم يحققوا

أما المنتهب : النهب الغارة والسلب أى لا يختلس شيئا له قيمة عالية . ومنه قول العباس بن مرداس :

أنجعل نهبى نهب العبيـ ... ـد بين عيينة والأقرع

عبيد مصغرا اسم فرسه وجمع النهب نهاب ونهوب ومنه للعباس أيضا :

كانت نهابا تلافتها ... بكرى على المهر بالأجرع

أما المختلس للشىء فهو الذى يسلبه ، والخلس الأخذ فى نهزة ومخاتلة خلسه يخلسه خلسا ، وخلسه اياه فهو خالس وخلاس قال الهذلى :

يامى ان تفقدى قوما ولدتهم ... أو تخليهم فان الدهر خلاس

وقيل الاختلاس أوحى من الخلس وأخص والخلسة بالضم النهزة يقال : الفرصة خلسة وخالسه مخالسة وخلاسا أنشد ثعلب :

نظرت الى مى خلاسا عشية ... على عجل والكاشحون حضور
كذا مثل طرف العين ثم أجنها ... رواق أتى من دونها وستور

أما الخلاص فهو ما أخلصته النار من الذهب والفضة وغيرهما ، وكذلك

---

(١) أحار يعنى أحارثه وهو يسمى الاكتفاء قال بعضهم :

الأم الأم فمفضيها ... لابد يعانقه السقم
ياتيه عذاب يخزيه ... ويحل عليه عذاب مـ (ـقيم)

الخلاصـــة ومنه حديث سلمان أنه كاتب أهله على كذا وكذا وعلى أربعين أوقية خلاص • والتبر غير مخلص •

والنصاب الأصل : ومنه قولهم : كريم النصاب وقد مضى فى الزكاة •

أما الحرز ففى اللسان الحرز : الموضـــع الحصين ، يقال : هـــذا حرز حريز ، والحرز ما أحرزك من موضع وغيره ، تقول هو فى حرز لا يوصـــل اليه أحد ويقال : أحرزت الشىء أحرزه احرازا اذا حفظتـــه وضممته اليك وصنته عن الأخذ وفى الحديث : « اللهم اجعلنا فى حرز حارز » أى كهف منيع ، وهذا كما يقال : شعر شاعر فأجرى اسم الفاعل صـــفة للشعر وهو لقائله ، والقياس أن يكون حرزا محرزا ، أو فى حرز حريز ، لأن الفعـــل منه أحرز ، ولكن كذا روى ، قال ابن الأثير : ولعله لغة •

أما الهتك فهو خرق الستر عما وراءه ، والاسم الهتكة بالضم والهتيكة الفضيحة ، ويقال : هتك الله ستر الفـــاجر ، ورجل مهتوك الستر متهتكه وهتكه وتهتكه جذبه فقطعه من موضعه أو شق منه جزءا فبدا ما وراءه •

حـــد السرقة

النص الوارد فى حـــد السرقة هـــو قوله تعـــالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم ، فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فان الله يتوب عليه ان الله غفور رحيم) •

هذا هو النص القرآنى الذى ذكر حد السرقة ، والسنة بيـــان للكتاب والأحاديث فى المجموع •

فى تعريف السرقة قال الكاسانى فى البدائع : ركن السرقة هو الأخذ على سبيل الاستخفاء قال الله تبارك وتعالى : « الا من استرق السمع فأتبعه شهاب مبين » سمى سبحانه وتعالى أخـــذ المسموع على وجه الاستخفاء استراقا ولذلك يسمى الأخذ على سبيل المجاهرة مغالبة أو نهبا أو خلسة أو اغتصابا أو انتهابا أو اختلاسا لا سرقة •

وقال الحنابلة : « معنى السرقة أخذ المال على وجه الخفيـة والاستتار ومنه استراق السمع ، ومسارقة النظر اذا كان يستخفى بذلك ، فان اختطف أو اختلس لم يكن سارقا ولا قطع عليه عند أحد من علمائنا غير اياس بن معاوية قال : أقطـع المختلس ، لأنه يكون سارقا بأخذه مستخفيا ، وأهل الفقه والفتوى من علماء الأمصار على خلافه ، وقد ورد أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ليس على الخائن ولا على المختلس قطع » وعن جابر قال : قال النبى صلى الله عليه وسلم : « ليس على المنتهب قطع » •

ولابد أن نحرر معنى المختلس لنبين كيف يفترق عن السرقة فنقول :

السرقة أخذ فى خفاء بحيث يختفى السارق والمسروق عند الأخذ ، أما الاختلاس فالمختلس لا يكون مختفيا بل يكون ظاهرا ولكن يتغفل الآخر فيأخذ ما يريد من غير مغالبة ، حتى خفى عمله استخفاء بلا شك ، ولعـل هذا هو الذى حمل القاضى اياس بن معاوية على أن يلحقه بالسرقة لأنه فى معناها أو هو نوع منها •

ومع هذا التعريف الواضح لمعنى السرقة فان أحمد بن حنبل رضى الله عنه يجعل جحد العارية من السرقة وذلك لخبر المخزومية التى كانت تجحد العارية فأمر صلى الله عليه وسلم بقطعها • وأهم ذلك قريشا فأتى أهلهـا أم سلمة وهى من قبيلتها ليستشفعوا بها عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : لا أستطيع أن أجرؤ على ذلك ولكن اذهبوا الى أسـامة فانه حب رسول الله صلى الله عليه وسلم وابن حبه فذهبوا الى أسامة وتقدم أسامة من النبى صلى الله عليه وسلم ليشفع للمرأة المخزومية ، فقال صلى الله عليه وسلم : ويحك يا أسامة أتشفع فى حد من حدود الله : والله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها » قال أحمد : هذا الحديث لا أعرف شيئا يدفعه •

وان الفارق بين جحود العـارية والسرقة فرق كبير والا لكان جحـد الحقوق جميعا يعد سرقة وفيه القطع كجحد الودائع والديون والعوارى وسائر الحقوق المالية وما ذكرته عائشة رضى الله عنها من أخلاق هـذه

المرأة المخزومية يدل على أن القطع لم يكن لجحد العارية ، وانما كان ديدن المرأة أنها تجحد الحقوق ولا تتورع ، ومن كانت على هذا النحو أن تسرق الأشياء من البيوت التى تزورها فاذا انحصرت التهمة فيها جحدت أنها أخذت شيئا وانما اشتهرت بين الناس بجحد العارية لأن الناس لم يكونوا يترددون فى اعطائها ما تستعيره لشرفها ومكانة قومها بنى مخزوم بين العرب ، حتى صارت كالوباء الفاشى .

اذا ثبت هذا فان السرقة التى هى أخذ مال غيره على سبيل الخفاء فان هنـاك شرطا ليتحقق معنى السرقة وهو أن يكون المسروق فى حرز مثله ، وأن يخرجه منه وهو أكثر أهل العلم منهم عطاء بن أبى رباح والشعبى وعمر بن عبد العزيز وأبو الأسود الديلى وغيرهم من التابعين ، وهو مذهب الشافعى ومالك وأحمد وأبى حنيفة وأصحابهم .

وقد خالف فى ذلك الظاهرية وقالوا : لا نص يخصص معنى الآية بل متى تحقق الأخذ على سبيل الخفاء ولو لم يكن محرزا فى حرز مثله انطبق عليه النص القرآنى .

وقال ابراهيم النخعى : اذا أخذ من الحرز ولو لم ينتقل منه كان سارقا ، بمعنى أن شخصا وجد فى حرز (مخزن) وهو يحمل شيئا منه ولم يخرج من المخزن ولم ينتقـل بما يحمله الى خارج الحرز يقطـع وان لم يخرج بالمسروق .

وقال الجمهور : لابد أن يأخذ من الحرز ويخرج وهو يحمل المسروق ليتحقق معنى الأخذ والاستيلاء .

وقال الكاسانى فى البدائع فى بيان شرائط القطع : انه لابد أن يدخل الحرز وأن يأخذ ، وأن يخرج الى خارج الدار . وقال فى حكم سـارقين أحدهما فى الداخل يأخذ ويعطى الخارج من نقب أو نافذة :

(وان كان الخارج أدخل يده فى الحرز فأخذه من يد الداخل فلا قطـع

على واحد منهما فى قول أبى حنيفة ، وقال أبو يوسف : أقطعهما جميعا ، أما عدم وجوب القطع على الداخل على أصل أبى حنيفة رحمه الله فلعدم الاخراج من الحرز يحققه أنه لو أخرج يده وناول صاحبه لم يقطع ، فعند عدم الاخراج أولى ، والوجوب على أصل أبى يوسف وأما الكلام فى الخارج فمبنى على مسألة أخرى ، وهى أن السارق اذا نقب منزلا وأدخل يده فيه وأخرج المتاع ، ولم يدخل فيه هل يقطع ؟ ذكر فى الأصل وفى الجامع الصغير أنه لا يقطع ولم يحك خلافا ، وقال أبو يوسف أقطع ولا أبالى ، دخل الحرز أم لم يدخل •

وجه قوله : ان الركن فى السرقة هو الأخذ من الحرز ، فأما الدخول فليس بركن • ألا ترى أنه لو أدخل يده فى الصندوق أو الجوالق وأخرج المتاع يقطع وان لم يوجد الدخول •

ولهما ما روى عن على رضى الله عنه أنه قال : اذا كان اللص ظريفا لم يقطع ، قيل : وكيف يكون ظريفا ؟ قال : يدخل يده الى الدار ويمكنه دخولها • ولم ينقل انه أنكر عليه منكر ليكون اجماعا ، ولأن هتك الحرز على سبيل الكمال شرط ، لأنه به تتكامل الجناية ولا يتكامل الهتك فيما يتصور فيه الدخول الا الدخول ، ولم يوجد بخلاف الأخذ من الصندوق والجوالق لأن هتكهما بالدخول متعذر ، فكان الأخذ بادخال اليد فيهما هتكا متكاملا فيقطع •

ولو أخرج السارق المتاع من بعض بيوت الدار الى الساحة لا يقطع ما لم يخرج من الدار ، لأن الدار مع اختلاف بيوتها حرز واحد ، ألا ترى أنه اذا قيل لصاحب الدار : احفظ هذه الوديعة فى هذا البيت فحفظها فى بيت آخر فضاعت لم يضمن ، وكذا اذا أذن الانسان فى دخول الدار فدخلها فسرق من البيت لا يقطع : وان لم يأذن له بدخول البيت ، ودل هذا على أن الدار مع اختلاف بيوتها حرز واحد ، فلم يكن الاخراج الى ضمن الدار اخراجا من الحرز ، بل هو نقل من بعض الحرز الى البعض بمنزلة النقل من زاوية الى زاوية أخرى •

هذا اذا كانت الدار مع بيوتها لرجل واحد ، فأما اذا كان كل منزل منها لرجل فأخرج المتاع من البيت الى الساحة يقطع ، لأن كل بيت حرز على حدة ، فكان الاخراج منها اخراجا من الحرز ، وكذلك اذا كان فى الدار حجر ومقاصير فسرق من مقصورة منها وخرج الى ضمن الدار قطع ، لأن كل مقصورة منها حرز على حدة ، فكان الاخراج منها اخراجا من الحرز بمنزلة الدار المختلفة فى محلة واحدة) .

وبالجملة فان معنى السرقة تتوفر فيه الأمور الثلاثة الآتية :

(أولا) لابد أن يكون الأخذ على سبيل الخفاء ، وأن يتحقق الأخذ بالفعل واحراز السارق للشىء المسروق ، فاذا لم يتحقق ذلك الاحراز لا تتحقق السرقة ولابد أن يتحقق فى الاحراز معنى الأخذ والاستيلاء .

(ثانيا) أن يكون ذلك الأخذ من الحرز ، وأن ينقل من الحرز الى مكان غير المكان الذى يعد حرزا للشىء المسروق ، فاذا لم يتحقق ذلك الاخراج لا يقال ان السرقة قد تحققت ، لأن النقل من الحرز لم يتحقق ، وكأن الشىء باق فى مكانه .

(ثالثا) أن يتحقق معنى هتك حمى الحرز وهو موضع الأمانة الذى تنتهك حرمتها بالسرقة فاذا لم يتحقق هذا الانتهاك تحققا كاملا لا يثبت القطع ، لأن القطع هو العقوبة المتكاملة فلابد أن تثبت الجريمة متكاملة بتحقق الأخذ والنقل من الحرز وانتهاك الحرمات ، ويلاحظ أنه اذا لم تتكامل الجريمة كانت العقوبة غير الكاملة وهى التعزير ولا يكون الحد .

اما الأحكام فالأصل فى ثبوت القطع فى السرقة الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقوله تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما [1] » وروى أن ابن مسعود رضى الله عنه كان يقرأ: « والسارقون والسارقات فاقطعوا أيديهما » وأما السنة فما روى أنه قال لصفوان بن أمية

---

(١) الآية ٣٨ من سورة المائدة .

« ان من لم يهاجر هلك » فهاجر الى المدينة فنام فى المسجد فسرق رداؤه من تحت رأسه فانتبه وصاح وأخذ السارق ، وجاء به الى النبى صلى الله عليه وسلم فقطع يده ، فقال : يا رسول الله ما أردت هذا ، هو عليه صدقة ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم « هلا قلت قبل أن تأتينى به » أخرجه أبو داود والنسائى وابن ماجه وأحمد والدارقطنى ومالك فى الموطأ والشافعى • والأحاديث الواردة فى القطع تبلغ حد التواتر • وأما الاجماع فلا خلاف فى ثبوت الحد فى السرقة بالقطع به • اذا ثبت هذا فان السارق هو من يأخذ الشىء على وجه الاستخفاء والمختلس هو من يأخذ الشىء عيانا مثل أن يمد يده الى منديل أحد فيأخذه من رأسه • والمنتهب من يأخذ الشىء عيانا بالغلبة ، ولا يجب القطع على المختلس والمنتهب والجاحد والخائن • وقال أحمد : يجب عليهم القطع دليلنا ما روى جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ليس على المختلس ولا على المنتهب ولا على الخائن قطع » ولأن السارق يأخذ المال على وجه الاستخفاء ، ولا يمكن انتزاع الحق منه بالحكم فجعل القطع ردعا له ، والمنتهب والمختلس والخائن والجاحد يأخذون المال على وجه يمكن انتزاع الحق منهم ، ولا حاجة الى ايجاب الحكم عليهم •

قوله : « ولا يجب على صبى الخ » فجملة ذلك أنه لا يجب القطع فى السرقة الا على من سرق ــ وهو بالغ عاقل مختار مسلما كان أو ملتزما لأحكامهم ــ نصابا يقصد الى سرقته من حرز مثله ، لا شبهة له فيه على ما سيأتى تفصيله • فان سرق وهو صبى أو مجنون لم يجب عليه الحد ، لقوله تعالى : « جزاء بما كسبا نكالا من الله » الآية • والصبى والمجنون لا كسب لهما • والحديث : « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبى حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » رواه أحمد وأبو داود والنسائى وابن ماجه والحاكم من حديث عائشة وعمر رضى الله عنهم وروى أن عبد الله بن مسعود أتى بجارية قد سرقت فوجدها لم تحض فلم يقطعها • وعن عمر أنه أتى بغلام قد سرق فقال : أشبروه ، فكان ستة أشبار الا أنملة ، فلم يقطعه فسماه نميلة • وروى عنه أنه أتى بغلام قد سرق فشبروه فنقص عن خمسة أشبار فلم يقطعه ، وعن عثمان مثله ، ولا مخالف لهم فى

الصحابة • وان سرق وهو سكران فهل يجب عليه القطع ؟ فيه قولان مضى تعليلهما فى الطلاق ، ولا يجب القطع على من أكره على السرقة ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » رواه أبو القاسم الفضل بن جعفر التميمى عن ابن عباس ، هكذا أورده صاحب الكنز الثمين فى أحاديث النبى الأمين • قال المسعودى : وان نقب رجل دار رجل وأخرج منه ما لا قيمته النصاب ، وهو يظن أن الدار دار نفسه والمال ماله ، وجب عليه القطع خلافا لأبى حنيفة • ويجب على المسلم بسرقة مال الذمى وعلى الذمى بسرقة مال المسلم ، وقد مضى بيانه فى السير • وأما الحربى فلا يجب عليه القطع بسرقة مال المسلم ، لأنه لم يلتزم أحكام الاسلام ، وهل يجب القطع على المعاهد ، ومن دخل الينا بأمان بسرقة مال مسلم ؟ فيه قولان ، أحدهما : لا يجب عليه القطع لأنه حد لله تعالى فلم يجب عليه كحد الزنا والشرب • والثانى : يجب عليه لأنه يجب صيانة مال المسلم • هذا نقل أصحابنا العراقيين ، وقال الخراسانيون : هل يجب عليه القطع ؟ فيه ثلاثة أقوال ، أحدها : يجب • والثانى : لا يجب • والثالث : ان شرط عليه عند المعاهدة الأمان أن لا يسرق فسرق قطع ، وان لم يشرط عليه لم يقطع ، ومنهم من قال : هو القول الثالث قولا واحدا ، وأما الحد فى الزنا فاختلفوا فيه فمنهم من قال : هو كقطع السرقة على ما مضى ، ومنهم من قال : لا يجب عليه الحد فى الزنا قولا واحدا بكل حال ، لأنه حق محض لله تعالى •

قوله : (ولا يجب فيما دون النصاب) وجملة ذلك أن المال الذى يقطع به السارق قد اختلف العلماء فيه ، فمذهبنا أنه لا يقطع فيما دون ربع دينار ، ويقطع فى سرقة ربع دينار فصاعدا ، فان سرق غير الذهب من المتاع قوم بالذهب فان بلغت قيمته ربع دينار ، والدينار هو مثقال الاسلام قطع ، وان نقص عن ذلك لم يقطع وبه قال أبو بكر وعمر وعثمان وعلى وابن عمر وعائشة أم المؤمنين رضى الله عنهم فى الصحابة وفى الفقهاء الليث والأوزاعى وأحمد واسحق ، وذهب داود وشيعته الى أن القطع يجب فى سرقة ما قل وكثر من المال • وبه قال الخوارج والحسن البصرى واختاره

ابن بنت الشافعى ، وذهب عثمان البتى الى أنه يقطع فى سرقة درهم من دراهم المسلمين ، ولا يقطع لما دون ذلك ، وذهب زياد بن أبى زياد الى أنه يقطع بسرقة درهمين ولا يقطع بما دونهما ، وذهب أبو هريرة وأبو سعيد النخعى الى أنه يقطع بسرقة خمسة دراهم ، ولا يقطع فيما دونها ، وذهب النخعى الى أنه يقطع بسرقة خمسة دراهم ، ولا يقطع فيما دونها : وذهب مالك الى أنه يقطع فى ربع دينار أو ثلاثة دراهم ، وبه قال أحمد وأصحابه ، فان سرق غير الذهب أو الفضة قوم بالدراهم ، فان بلغت قيمته ثلاثة دراهم قطع ، فان لم يبلغ ثلاثة دراهم لم يقطع وذهب أبو حنيفة الى أنه لا يقطع الا فى سرقة عشرة دراهم ، وهى قيمة الدينار عنده ، وبه قال ابن مسعود رضى الله عنه ، ومما يدل على ما ذهب اليه مالك حديث ابن عمر المتفق عليه : « أن النبى صلى الله عليه وسلم قطع فى مجن ثمنه ثلاثة دراهم » وفى لفظ : « قيمته ثلاثة دراهم » وفى مسند أحمد : « اقطعوا فى ربع دينار ولا تقطعوا فيما هو أدنى من ذلك » وكان ربع الدينار يومئذ ثلاثة دراهم ، والدينار اثنى عشر درهما ، وذكر الطبرى أن عبد الله بن الزبير قطع فى درهم • ومناط الخلاف كله فى قيمة المجن الذى قطع فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد جعل الشافعى حديث عائشة فى الربع الدينار أصلا رد اليه تقويم العروض لا بالثلاثة الدراهم على غلاء الذهب ورخصه ، وترك حديث ابن عمر لما رآه ــ والله أعلم ــ من اختلاف الصحابة فى المجن الذى قطع فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم فابن عمر يقول ثلاثة دراهم ، وابن عباس يقول : عشرة دراهم ، وأنس يقول خمسة دراهم ، وقال أبو حنيفة وصاحباه : لا تقطع يد السارق الا فى عشرة دراهم كيلا ، أو دينار ذهبا عينا أو وزنا ، ولا يقطع حتى يخرج المتاع من ملك الرجل ، وحجتهم حديث ابن عباس قال : « قوم المجن الذى قطع فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم بعشرة دراهم » ورواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : « كان ثمن المجن يومئذ عشرة دراهم » أخرجهما الدارقطنى وغيره ، وفى المسئلة قول رابع ، وهو ما رواه الدارقطنى عن عمر قال : « ولا تقطع الخمس الا فى خمس » وبه قال سليمان بن يسار وابن أبى ليلى وابن شبرمة ، وقول خامس فى أربعة دراهم فصاعدا روى عن أبى هريرة

وأبى سعيد الخدرى • وقول سادس : تقطع فى درهم فما فوقه ، وهو قول عثمان البتى وهو ما ذكره الطبرى عن ابن الزبير وهو احدى الروايات الثلاث عن الحسن البصرى والثانية كما روى عن عمر والثالثة تقطع فى درهمين وبه قال قتادة فان قيل : قد روى الشيخان وغيرهما عن أبى هريرة مرفوعا : « لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ، ويسرق الحبل فتقطع يده » قال القرطبى : وهذا موافق لظاهر الآية فى القطع القليل والكثير ، فالجواب أن هذا خرج مخرج التحذير بالقليل عن الكثير ، كما جاء فى معرض الترغيب بالقليل مجرى الكثير فى قوله عليه السلام : « من بنى لله مسجدا ولو كمفحص قطاة بنى الله له بيتا فى الجنة » وقيل ان ذلك مجاز من وجه آخر وذلك أنه اذا ضرى بسرقة القليل سرق الكثير فقطعت يده ، وأحسن من هذا ما قاله الأعمش وذكره البخارى فى آخر الحديث كالتفسير قال : « كانوا يرون أنه بيض الحديد ، والحبل كانوا يرون أنه منها ما يساوى دراهم » قلت : كحبال السفينة وشبه ذلك والله أعلم •

فرع اذا سرق ربع دينار تبرا وهو الذى لم يخلص لم يقطع لأنه اذا أخلص لم يأت منه ربع دينار ، وان سرق ربع دينار مضروبا قطع للخبر ، وان سرق ربع دينار ذهبا خالصا غير مضروب ففيه وجهان ، قال أبو سعيد الاصطخرى وأبو على بن أبى هريرة : لا يقطع لأن النبى صلى الله عليه وسلم أوجب القطع فى ربع دينار ، والدينار انما يقع على المضروب ، وربع الدينار خلاص لا يجبى منه ربع دينار ، وقال أكثر أصحابنا : يجب عليه القطع وهو المذهب ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا قطع الا فى ربع دينار » ولم يرد أنه يختص بربع دينار مضروب ، وانما يريد بما يقوم مقامه أو ما يقع عليه اسم الربع ، وهذا يقع عليه اسم ربع دينار ، وقيمته ربع دينار مضروب •

فرع ويجب القطع بسرقة الثمار الرطبة كالرطب والعنب والتين والتفاح وما أشبهها ، وبسرقة البقول والرياحين والطعام الرطب كالشواء والطبيخ والهريسة اذا بلغت قيمته نصابا • وقال أبو حنيفة :

لا يجب القطع بسرقة شيء من ذلك بحال • وقال الثورى : ان كان مما يبقى يوما ويومين أو أكثر مثل الفواكه وجب عليه القطع بسرقتها ، وان كان مما لا يبقى لم يجب القطع • دليلنا قوله تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » فعمم ولم يخصص ، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن الثمر المعلق هل فيه قطع ؟ فقال : « لا قطع فيما آواه الجرين وبلغ ثمن المجن » قال : وقيمة المجن يومئذ كانت ربع دينار أو ثلاثة دراهم ، وصرف الدينار اثنى عشر » وروى أن عثمان رضى الله عنه قطع فى أترجة قيمتها ثلاثة دراهم ، ولأنه ينطبق عليه تعريف السارق أنه سرق ما قيمته نصابا من حرز مثله لا شبهة له فيه ، فقطع كما لو سرق ربع دينار ، وأما ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا قطع فى ثمر ولا كثر » قال فى النهاية : الكثر الجمار • وقال العمرانى : وقيل هو الفسلات الصغار من النخل ، وانما لم يوجب فيهما القطع على عادة أهل الحجاز لأن بساتينهم لا حوائط عليها فهى غير محرزة •

فـــرع ويجب القطع بسرقة كل ما يتمول اذا بلغت قيمته نصابا ، سواء كان أصله على الاباحة مثل الصيود والطيور والخشب فى الغابات ، والحشيش ، والقار ، والنفط أو غير ذلك • وقال أبو حنيفة : ما كان أصله على الاباحة اذا ملك ثم سرق لا يجب فيه القطع الا الساج — نوع من الخشب الأبنوس الأبيض أو الأصفر — فانه يجب فيه القطع • دليلنا قوله تعالى : (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) فعمم ولم يخصص ، وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قطع فى مجن قيمته ثلاثة دراهم • فنقل الحكم والسبب ، وأجمعنا على أن القطع لم يجب بسرقة المجن بعينه ، وانما لأن قيمته نصاب ، فاقتضى الظاهر أن كل مسروق ما بلغ قيمته هذا القدر يجب فيه القطع • وان سرق ترابا أو ما قيمته نصاب ففيه وجهان ، أحدهما : يجب عليه القطع لما ذكرناه • والثانى : لا يجب عليه القطع لأنه عام الوجود لا يتمول فى العادة ، فلا تدعو النفس الى سرقته • وان سرق مصحفا أو كتاب فقه أو غير ذلك يساوى نصابا أو عليه حلية فتبلغ قيمته مع ذلك نصابا ، أو كان مطبوعا وبلغت قيمته فى السوق نصابا

بغض النظر عن تكاليفه ، وجب عليه القطع وقال أبو حنيفة : لا يجب عليه القطع • وقال ابن قدامة الحنبلى فى المغنى شرح متن الخرقى « فان سرق مصحفا فقال أبو بكر والقاضى : لا قطع فيه ، وهو قول أبى حنيفة ، لأن المقصود فيه من كلام الله ، وهو مما لا يجوز أخذ العوض عنه • واختار أبو الخطاب وجوب قطعه ، وقال : هو ظاهر كلام أحمد ، فانه سئل عمن سرق كتابا فيه علم لينظر فيه ، فقال : كل ما بلغت قيمته ثلاثة دراهم فيه القطع ، قال : وهذا قول مالك والشافعى وأبى نور وابن المنذر لعموم الآية فى كل سارق ، ولأنه متقوم تبلغ قيمته نصابا ، فوجب القطع بسرقته ، ككتب الفقه قال : ولا خلاف بين أصحابنا فى وجوب القطع بسرقة كتب الفقه والحديث وسائر العلوم الشرعية ، فان كان المصحف محلى بحلية تبلغ نصابا ، خرج فيه وجهان عند من لم ير القطع بسرقة المصحف •

أحدهما : لا يقطع ، وهذا قياس قول أبى اسحاق بن شاقلا ، ومذهب أبى حنيفة ، لأن الحلى تابعة لما لا يقطع بسرقته أشبهت ثياب الحر • (وهو يعنى اذا سرق حرا عليه ثياب تبلغ نصابا) •

والثانى : يقطع وهو قول القاضى : لأنه سرق نصابا من الحلى فوجب قطعه كما لو سرقه منفردا ، وأصل هذين الوجهين من سرق صبيا عليه حلى » ا هـ •

وقال العمرانى من أصحابنا فى البيان : انه نوع مال يتعلق بسرقته القطع كسائر الأموال •

مسألة وان نقب جماعة حرزا ودخلوا وأخرجوا منه مالا — فان بلغت قيمة ما أخرجوه ما يصيب كل واحد منهم نصابا — وجب عليهم القطع ، وان نقص عن ذلك فلا قطع على واحد منهم • وبه قال أبو حنيفة والثورى واسحاق رحمهم الله ، وقال مالك وأحمد وأبو ثور : يجب القطع على جميعهم ، كما لو اشتركوا فى قتل انسان • دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « اقطعوا السارق فى ربع دينار » ونهى عن القطع فيما دون الربع ،

وكل منهم لم يسرق ربع دينار فلم يقطع ، ويخالف اشتراكهم فى القتل ، فانا لو لم نوجب عليهم القصاص لجعل الجميع طريقا الى اسقاط القصاص ، وها هنا لا يكون الاشتراك طريقا الى اسقاط القطع ، لأن كل واحد منهم لا يقصد فى العادة الى سرقة ما دون الربع •

فرع فى أنواع الحرز واختلافه باختلاف المحروز •

الحرز يختلف باختلاف الأشياء ، فحرز الذهب والفضة يكون بالصناديق وضع مغلقة فى مكان به الأغلاق والاقفال فى العمران لا فى البوادى •

وحفظ الثياب والنحاس والرصاص ونحوها فى الدكاكين والبيوت المغلقة فى العمران ، أو يقام عليها حراس ، فان لم تكن مغلقة وليس عليها حراس فليست بحرز ، وقد روى عن أحمد فى البيت الذى به غلق يسرق منه فحكم بأنه سارق ، ولعل هذا محمول على أن أهله يسكنون فيه فهم حراس ، ويكمل بهم الحرز •

وقد قالوا : ان البيوت التى فى البساتين أو الطرق أو الصحراء وليست فى العمران ان لم يكن بها أحد فليست حرزا ، لأن من ترك متاعه فى مكان خال من الناس والعمران وانصرف عيها لا يعد حافظا له وان أغلق عليه وأحكم اغلاقه ، وان كان فيها أهلها أو عليها حراس فهى فى حرز مثلها ، وان كان لابسا ثوبا أو متوسدا له فهو محرز ، وقد قطع النبى صلى الله عليه وسلم سارق بردة صفوان بن أمية وكان متوسدا بها •

وبالجملة فان السرقة التى توجب القطع يجب أن يكون صاحب المال قد قام بحفظه وصيانته ولم يعرضه باهماله للضياع •

فرع فى المال الذى يعد أخذه من حرز مثله سرقة •

يجب أن يكون المسروق مالا متقوما لا شبهة فيه ولا قصور فى ماليته ، بأن يكون مما يتموله الناس ويعدونه فى أغراضهم المختلفة ، ويتنافسون

فى طلبه ، ويعتزون بالحصول عليه ، وعلى ذلك لا يكون المال من توافه الأشياء كالتراب والطين وما يشبهها مهما تبلغ قيمته .

ولكن اذا كان الطين من نوع يصنع منه الآخر والأوانى وكان يشترى لندرته وكان الحصول عليه مما يحرص صاحبه على الاعتزاز به ، وكذلك اذا كان التراب رملا ناعما أبيض مما يصنع منه البللور ، وكان مادة لا توجد فى بعض الشواطىء القليلة النادرة ، فهذا لا يعد من الأموال التافهة ، لأنه خامة الأشياء ثمينة تطلب بالبحث والتنقيب والعلاج .

ولا يقطع من سرق ما ليس بمال كمن يسرق حرا أو يختطفه ففيه التعزير الشديد لأن سقوط القطع الا يقتضى سقوط العقوبة ، لحصول معنى الجريمة ، وان زال عنه وصف السرقة الموجب للحد .

وهكذا شدد الفقهاء فى ضرورة أن يكون المسروق من الأموال التى تثبت ماليتها كاملة . وكل ذلك لأن الحد كامل فى العقاب ، فلابد أن يكون سببه كاملا فى كل نواحيه حتى انهم كما قلنا لم يسيغوا القطع فى التراب والطين والحصى واللبن والآجر والفخار ، بل انهم قالوا : لا قطع فى الزجاج ، وقالوا فى تعليل القطع : انها من جنس المباحات ، ولكن يجب أن يكون الزجاج فى عصرنا من قبيل المال الكامل المالية ، لأنه ليس من توافه الأموال ، ولا من جنس الأموال المباحة بكونها .

ويجب أن يكون المال المسروق كامل الملكية وأن يكون متقوما ، وعلى ذلك لا قطع فى مباح من المال لم يتم احرازه ولو أخذ بغير اذن الامام ، وعلى ذلك لا قطع فى سرقة العارية من يد المستعير لأن يده ليست يد ملك .

ولو سرق مسلم من بيت المال لا يقطع ، وقال ابن قدامة فى المغنى : ولا قطع على من سرق من بيت المال اذا كان مسلما ويروى ذلك عن عمر وعلى رضى الله عنهما وبه قال الشعبى والنخعى والشافعى وأصحاب الرأى . وقال مالك وحماد : يقطع بظاهر الكتاب — أى لأن النص يشمله من غير

تخصيص • ولنا ما روى ابن ماجه باسناده عن ابن عباس أن عبدا من رقيق الخمس ـ أى الخمس المخصص لبيت المال من الغنائم ـ سرق من الخمس ، فدفع الى النبى صلى الله عليه وآله وسلم وقال : « مال الله سرق بعضه بعضا » ويروى ذلك عن عمر رضى الله عنه •

وسأل ابن مسعود عمن سرق من بيت المال فقال : أرسله •

وعن على رضى الله عنه : « ليس على من سرق من بيت المال قطع » ولأن له من المال حقا فيكون له شبهة تمنع وجوب القطع كما لو سرق من مال له شركة فيه ومن سرق من الغنيمة التى له فيها أو لولده أو لسيده • ومن ثم يعتبرون أن المسلم له شبهة ملك فى بيت المال ، ولا قطع مع شبهة الملك ، ولأن بيت المال لا يعد مالكا وانما هو مملوك لكل المسلمين ، وهذا منهم •

وأكثر العلماء على أن الوالد لا يقطع اذا سرق من مال ولده ، لأن له شركة فى هذا المال أثبتها قوله صلى الله عليه وسلم (أنت ومالك لأبيك) فان الحديث أثبت ملكيته للوالد فى مال ولده •

فـــرع وان اشترك جماعة فى نقب حرز فدخلوا ، وأخرج كل واحد منهم مالا انفرد باخراجه ـ فان بلغت قيمة ما أخرجه كل واحد منهم نصابا بنفسه وجب عليه القطع ، وان لم يبلغ نصابا لم يقطع • وبه قال مالك • وقال أبو حنيفة : يضم ما أخرجوه بعضه الى بعض فان بلغ قيمة الجميع ما يصيب كل واحد منهم نصابا وجب عليهم القطع • دليلنا أن كل واحد منهم سرق دون النصاب فلم يجب عليه القطع كما لو انفرد بالنقب ، وان نقب جماعة حرزا ودخلوا فأخرج بعضهم المال ولم يخرج الباقون شيئا ـ فان بلغت قيمة ما أخرجه كل واحد منهم نصابا ـ وجب عليه القطع ، ولم يجب على الذين لم يخرجوا • وقال أبو حنيفة : القياس أنه لا يجب القطع الا على المخرج ، فان كان ما أخرجه بعضهم يبلغ ما نصيب كل واحد منهم نصابا قطعتهم كلهم استحسانا دليلنا أن من لم يخرج المال ليس بسارق ، فلم يجب عليه القطع كما لو لم يدخل •

فـــرع وان نقب رجل حرزا على طعام فأخرج الطعام قليلا قليلا حتى بلغ قيمة ما أخذه ربع دينار ففيه وجهان ، أحدهما : لا يجب عليه القطع ، لأن ما أخذه فى المرة الأولى لا يبلغ نصابا ، وما أخذه بعد أخذه من حرز مهتوك فلم يجب عليه القطع • والثانى : يجب عليه القطع ــ وهو الأصح ــ لأنه أخذ نصابا من حرز هتكه ، فوجب عليه القطع كما لو أخذه دفعة واحدة • وان نقب حرزا فأخذ منه ثمن دينار فخرج ثم عاد وأخذ منه ثمنا آخر ففيه ثلاثة أوجه ، قال أبو اسحق المروزى : لا يلزمه القطع ، لأن الذى سرقه أولا دون النصاب ، والذى سرقه ثانيا أخذه من حرز مهتوك • وقال أبو العباس : يلزمه القطع وهو الأصح ، لأنه أخذ نصابا من حرز هتكه بنفسه فلزمه القطع كما لو أخذه دفعة واحدة • وقال أبو على ابن خيران : أخذ الثمن الثانى بعد أن علم صاحب الدار بالنقب أو علم الناس به ، لم يجب عليه القطع ، لأنه أخذه من حرز مهتوك ، وان أخذه قبل أن يعلم بالنقب وجب عليه القطع ، لأنه أخذ النصاب من حرز هتكه بنفسه • هذا طريق أصحابنا العراقيين وقال المسعودى : ان كان المسروق منه عالما باخراج الثمن الأول قبل أن يخرج الثمن الثانى فلا يجب على السارق القطع ، وان كان غير عالم بالثمن الأول قبل اخراج الثمن الثانى ففيه ثلاثة أوجه ، أحدها : لا يجب القطع كما لو أخرج الثانى بعد علم المسروق منه بالأول • والثانى يجب عليه القطع لأن المتاع المسروق لعله لا يمكن السارق اخراجه دفعة واحدة فصار كما لو بط جيب رجل فيه دراهم فجعلت الدراهم تخرج منه درهما درهما • والثالث : ينظر فيه ، فان أخرج الأول ووضعه على باب النقب ثم عاد ليأخذ الثانى ، وجب عليه القطع ، لأن هذا يعد فى العادة سرقة واحدة • وان أخرج الأول فذهب به الى داره ثم عاد وأخرج الثانى لم يقطع ، لأنهما سرقتان •

فـــرع فى تمام المالية وعدم نقصانها بمنكر •

يجب أن تكون المالية تامة بأن يكون المال محترما فلا يقطع فى مال يحرم الانتفاع به بالقنية أو التجارة كالخمر والخنزير سواء كان مالكه ذميا يستبيح الانتفاع به أو مسلما لا يباح له استعماله ، وقد اصطفقت أقوال

الفقهاء حتى من يبيح للذمى امتلاك الخمر والخنزير واستعمالهما ، فانه لا يقطع فيه بالسرقة كأبى حنيفة ، ولا يبيح الشافعى وأحمد للذمى الانتفاع بما حرمه الله لمخاطبة الكفار وبفروع الشريعة وأصولها ، لأنه لا يعد كامل المالية بالاتفاق بين علماء الأمصار ، وكمال المالية شرط فى وجوب القطع لأن نصابها يوجد شبهة تسقط الحد ، وأثر الاختلاف فى اباحته للذمى هو فى ضمان اتلافه لا فى قطع اليد الذى يوجب أن يكون المال خاليا من كل شبهة فى ماليته •

« النصاب الموجب للقطع »

قال أبو بكر الرازى فى أحكام القرآن جـ ٢ ص ٤١٦ طبعة الآستانة « الأصل فى ذلك أنه لما يثبت باتفاق الفقهاء من السلف ومن بعدهم أن القطع لا يجب الا فى مقدار متى قصر عنه لم يجب وكان طريق اثبات هذا الضرب من المقادير التوقيف (أى عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم) أو الاتفاق ولم يثبت التوقيف فيما دون العشرة ويثبت الاتفاق فى العشرة أثبتناها ، ولم نثبت ما دونها لعدم التوقيف والاتفاق •

فرع فى هل كلمة (السارق) صفة ذاتية أو فعل وقع اذا قلنا ان كلمة السارق وصف فلا يتحقق الا بالتكرار فلا يقال لمن ظهر منه الجود مرة أنه جواد ، ولا يقال لمن وقع منه الكذب مرة : انه كذاب ولا يقال للفاسق الذى لا يقول الحق أو المنافق الذى يظهر غير ما يبطن اذا صدق مرة انه من الصادقين ، انما تقال هذه الأوصاف لمن يتكرر منه فعلها حتى تكون سمة له وعنوانا يدل عليه ويعرف به •

وبتطبيق هذه المقدمة على كلمتى السارق والسارقة ، يكون المستحق للقطع هو من صار هذا وصفا له : ولا يكون هذا الا بتكرار الارتكاب ، ولا يكون بالفعل مرة واحدة •

ويعضد هؤلاء القائلون بأن الله تعالى يقول عقب آية السرقة والقطع :

« فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فان الله يتوب عليه ان الله غفور رحيم » •

وأن ذكر التوبة بعد الظلم ممن سرق لا يكون له محل فى الظاهر الا اذا كان العقاب لم يقع • ولذا قال بعض الفقهاء : ان التوبة تكون مانعة للقطع اذا كانت قبل القطع ، وان كان القائلون بهذا ليسوا جمهور العلماء بل انهم عدد ضئيل ربما لا يؤبه له على حد تعبير أبى زهرة رحمه الله ، ولكن ظاهر الآية فى نظره يقرب من تفكيرهم ، والتوبة النصوح لا تكون فى الغالب ممن يتكرر منه الفعل بل انها تكون لمن يرتكب الفعل بجهالة ، ولذلك يقول الله تعالى : (ان التوبة على الله للذين يعملون السوء بجهالة ثم يتوبون من قريب ، وبهذا الفهم يكون المعنى أن القطع لا يكون لمن فعل مرة وتاب ولكن للمتكرر منه الفعل •

وقد ثبت فى أخبار المخزومية التى سرقت أمر النبى صلى الله عليه وسلم بقطع يدها أنها كانت معتادة السرقة لأنها كانت معروفة بأنها لا ترد الودائع التى تودع عندها ولا العوارى التى تستعيرها حتى ظن بعض الحنابلة أن سرقتها كانت جحد العوارى ولكن الجمهور على أن سرقتها لم تكن من هذا النوع فقط بل كانت الأخذ خفية من مال مملوك من حرز مثله •

وكانت المرأة معروفة بذلك ومن كانت كذلك تعد السرقة مرادفا لها وهذه المخزومية •

والمخزومية هذه هى التى أهم قريشا أن يقطع النبى صلى الله عليه وسلم يدها فتوسلوا اليه بالشفعاء فوقف خطيبا : (ما بال أقوام يتشفعون فى حد من حدود الله ، وانما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا اذا سرق الشريف تركوه ، واذا سرق الضعيف أقاموا عليه الحد ، وايم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها) •

ويقولون : انه قد روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه لما أراد قطع يد سارق شاب ، قالت له أمه : اعف عنه يا أمير المؤمنين ، فان هذه أول مرة ، فقال عمر لها : ان الله أرحم من أن يكشف ستر عبده لأول مرة •

ويظهر أن أمير المؤمنين يرى أن القبض على السارق متلبسا أو وجود شهود يشهدون يدل على التكرار • هذه خلاصة الذين يعترضون على اقامة الحد عند أول حدث يقع من السارق لكن يعارضه كما يرى الشيخ أبو زهرة وكما هو الواقع والحق أن الآثار الواردة لم يكن فيها ما يشير الى وجوب التكرار لاقامة الحد ، وأن سارق الرداء الذى أمر النبى صلى الله عليه وسلم بقطع يده لم يسأله أسبق منه ذلك أم لا •

الا أن يقال : ان سرقة الرداء كانت وصاحبه بالمسجد قد وضعه فى مثل حرزه ، فالسرقة فى هذا المكان وفى مثل هذه الحال لا تكون الا ممن تكررت منه السرقة ويرد هذا النظر أيضا أن فقهاء المسلمين أجمعوا على القطع لأول مرة ، ولم يعرف مخالف لهذا من عصر النبى صلى الله عليه وسلم الى الآن ، الا تلك الرواية عن عمر التى لم يكن فيها تصريح باشتراط التكرار ، وان الاجتماع حجة •

أما بالنسبة لأنواع السرقات وضروب طرائقها كحكم النباش الذى يسرق أكفان الموتى ، والطرار ويسمى النشال فحكم هؤلاء كما يلى :

فأما النباش فانه تقطع يده فى قول الشافعى ومالك وأحمد وداود •

وقال أبو حنيفة و محمد بن الحسن والأوزاعى وسفيان الثورى : لا تقطع يده ولو أنه ارتكب عظيمة من العظائم ولكن يعزر أشد التعزير •

قالوا : لأن النباش لا يقال سارق وانما يقال له النباش ، وهو لم يأخذ مالا مملوكا ، لأن الميت انقطع عمله بموته وقد حربت ذمته فلا يتعلق بذمته شىء يملكه وفرض أن التركة قبل التوزيع على حكم الميت، فرض فقهى لتوزيع تركة وبيان حقوق الدائنين وسداد الديون قبل التقسيم ، والفروض الفقهية لا تثبت ملكا حقيقيا ، وعلى فرض جواز ذلك فان الملكية موضع اشتباه ولا يقام الحد مع وجود الشبهة •

دليلنا : أنه أخذ مالا على حكم ملك الميت كالتركة قبل التوزيع ، أو أن

الأكفان ملك لأولياء الموتى فوجب القطع لأن الكفن مملوك محروز بوجوده على الميت والتفافه به وصيانته بالضريح أو اللحد ومواراته بالدفن فهتك حرزه بالنبش سرقة ولا كلام •

وأما الطرار (النشال) فاسم السارق ينطبق عليه لأنه يأخذ المال فى خفية ومن حرز مثله ، اذ أنه يأخذها من جيوب الناس ويعتمد فى الاختفاء على غفلاتهم ، فهو لا يستغل الظلام فى السرقة ولكنه يختفى مع ذلك عن الأعين المراقبة ، ويمد يده فى اختفاء ، معتمدا على انشغال الناس وعلى مهارة يده ، فهو سارق قوى خفى سريع خطر •

فرع فى تشوب الشارع الى اسقاط الحدود لقد تأمل الفقهاء وتعمقوا فى مفهوم السرقة وأنه أخذ مال مملوك من حرز مثله على سبيل الخفاء فاحتاطوا فى اشتراط الحرز وشددوا فى اشراطه وضيقوا فى مفهوم السرقة ، ولم يتوسعوا حتى لا تكثر آحاد الجرائم الموجبة للقطع محافظة على الأعضاء الانسانية حتى لقد منعوا قطع يد الضيف اذا سرق مضيفة الا فى أحوال ، كحال ذلك الرجل الذى جاء الى خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم أبى بكر الصديق وكان مقطوع اليد اليمنى والرجل اليسرى يشكو اليه عامله على اليمن حيث قطعه مرتين ظلما ، فنظر اليه الصديق مشفقا عليه ورأى فى جبهته ما يشبه ركبة الجمل من السجود فآواه فى داره وكان يقوم ليلا فيرى الرجل قائما يصلى على قدم واحدة ، وطرف ساق اليسرى ، فيقول : سبحان الله ما ليلك بليل سارق ، وبنظرة نهارا فاذا أكثر أيامه صائما فيقول : وما نهارك بنهار سارق وهم الصديق أن يبعث الى عامله ليؤدى لهذا الرجل دية كاملة النصف ليده والنصف لرجله ، وفى هذه الأثناء والصديق يفكر فى أمر الرجل تفقدت أسماء بنت عميس رضى الله عنها وهى زوج الصديق أوضاحا لها فلم تجدها فى حرزها وأخذ كل من فى الدار يبحثون عن الأوضاح حتى ذلك الرجل الأعرج ، وكان يقول : لحا الله من آذى أهل هذا البيت المبارك • وكان يشترك معهم فى البحث ، وأخيرا ذهبوا الى الصاغة يسألون عن هذه الأوضاع حتى وجدوها عند صائغ يهودى فتعرفت عليها خادمتها فلما رأتها أسماء قالت : هذه

أوضاحى ومن أين لهذا الصائغ بها فلما سألوه قال : باعنيهـا رجل بيـد واحدة ورجل واحدة فلما رآه عرفه فكان أبو بكر رضى الله عنه يقـول : « لغرته بربه أشد على من سرقته » ثم أمر بقطع يده اليسرى ، وقد كان ضيقا ولم يمنع ذلك من قطعه وقد اشترطوا فى الملكية اليـد حتى تكون الملكية تامة كما اشترطوا الحرز التام غير الناقص ، كما اشترطوا فى الأموال التى تسرق أن تؤخذ وتنقل من حيز الى حيز بأن تنتقل من حرز مثلها الى يد السارق ، بل ان بعض الفقهاء مثل مالك وأبى حنيفة رضى الله عنهما لم يقطعا فيما يسرق من مال يتسارع اليه الفساد وبه قال سفيان الثورى •

وعندنا أنه يقطع اذا سرق لحما أو فاكهة رطبة أو لبنا وبهذا قال أحمد بن حنبل : دليلنا أنه يمكن بيعها على الفور ويمكن أن يدخلها فى آلات صناعية تدخرها بالتعليب أو التجفيف أو التثليج •

ومن الفقهـاء من اشترطوا فى الأموال المسروقة أن لا تكون مبـاحة الأصل والاحراز وحده هو الذى أثبت ملكيتها كالطير بعد صيده والسمك والجواهر واللآلىء بعد الاستيلاء عليها وذلك اذا سرقت من الصائد نفسه بعد حيازته لها ، أما من سرقها ممن آلت اليه من هؤلاء كحوانيت المجوهرات فهؤلاء فقط فيهم القطع أما الأولون فليس فيهم القطع وهذا قول أبى حنيفة وأحمد بن حنبل ، لأن الشركة الطبيعية فى هـذه الأشياء المبـاحة لا تزال آثارها ثابتة •

دليلنا أنه يجب القطع لأن الملكية الخاصة استقرت بالصيد أو بعـلاج استخراج الجواهر من البحار وفى هذا من العناء والمشقة ما فيه ، وقـد زالت الشركة العامة بالصيد والاستيلاء وبقولنا قال مالك وأصحابه رضى الله عنهم ومنهم من قال : انه لا قطع فى الأموال التى تكون منفعتها عامة ، وان كانت فى ملك خاص كالمصاحف ونحوها مما يكون الانتفاع بها قربة يتقرب بها الى الله تعالى •

وبالجملة فان تضييق أسباب القطع وجعل دائرة السرقة ضئيلة متقاصرة

صيانة للأبدان من التشويه الى درجة أننا نبحث عن الأمور التى ينطبق عليها وصف السرقة الموجبة للقطع فنجدها أحوالا تكاد تكون نادرة ، واننا لم نذكر فيمن لا قطع عليه من يسرق محتاجا للقوت ، أو يسرق محتاجا لعلاج ولده أو والده أو زوجته ، ولجأ الى السرقة للحصول على مال يسعف بها سقيما أو يغيث ملهوفا ، وليست السرقة بحرفة أو هواية له ، ولكنا مع ندرة القطع انما نعلن أحكام الله ونجعلها سلطة ومشهرة ليكون فيها من الترويع للسارقين ما يحفظ أمن الآمنين .

ثم اننا اذا دعونا الى تطبيق حد السرقة فانه لا قطع الا فيما أجمع الفقهاء على القطع فيه حيث يعد الاختلاف شبهة تدرأ الحد ، لأنه اذا كان هناك اختلاف فاننا نأخذ بقول من يمنع القطع ، ولا نأخذ بقول من يتشدد لأن موطن الخلاف يكون فيه شبهة والحدود تسقط بالشبهات كما قررنا آنفا ثم ان عقوبة السرقة للترويع وأفزع للسارقين وان ذلك يتحقق باعلان العقوبة فقط وثبوت التطبيق ، ولو فى أيد محدودة ، فان العبرة فى الترويع بالاعلان من غير نظر الى الأيدى أو قلتها ، وان البلاد التى تطبق هذا الحد الحاسم لمادة الشر لا تقطع الا أيد قليلة لو وزنت بجرائم السرقات التى تذهب الأرواح فى سبيلها لا تعد شيئا مذكورا بجوارها فعلى الذين يذهب بهم فرط شفقتهم بالمجرمين أن يعلموا أن الأيدى التى ستقطع ستكون قليلة جدا ولكنها جاسمة قاطعة رادعة للأشرار والله عليم حكيم هكذا أفاده الشيخ أبو زهرة رحمه الله تعالى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يجب القطع فيما سرق من غير حرز لما روى عبد الله ابن عمرو بن العاص رضى الله عنه أن رجلا من مزينة قال : « يا رسول الله كيف ترى فى حريسة الجبل ؟ قال : ليس فى شىء من الماشية الا ما آواه المراح وليس فى شىء من الثمر المعلق قطع الا ما آواه الجرين فما أخذ من الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع » فأسقط القطع فى الماشية الا ما آواه المراح وفى الثمر المعلق الا ما آواه الجرين فدل على أن الحرز شرط فى ايجاب القطع ويرجع فى الحرز الى ما يعرفه الناس حرزا فما عرفوه حرزا قطع بالسرقة منه

وما لا يعرفونه حرزا لم يقطع بالسرقة منه لأن الشرع دل على اعتبار الحرز وليس له حد من جهة الشرع فوجب الرجوع فيه الى العرف كالقبض والتفرق في البيع واحياء الموات فان سرق مالا مثمنا كالذهب والفضة والخز والقز من البيوت أو الخانات الحريزة والدور المنيعة في العمران ودونها اغلاق وجب القطع ، لأن ذلك حرز مثله . وان لم يكن دونها أغلاق فان كان في الموضع حافظ مستيقظ وجب القطع لأنه محرز به وان لم يكن حافظ أو كان فيه حافظ نائم لم يجب القطع لانه غير محرز فان سرق من بيوت في غير العمران كالرباطات التي في البرية والجواسق التي في البساتين - فان لم يكن فيها حافظ - لم تقطع مغلقا كان الباب أو مفتوحا لأن المال لا يحرز فيه من غير حافظ وان كان فيها حافظ فان كان مستيقظا قطع السارق مغلقا كان الباب أو مفتوحا لأنه محرز به وان كان نائما فان كان مغلقا قطع لأنه محرز وان كان مفتوحا لم يقطع لأنه غير محرز وان سرق متاع الصيادلة والبقالين من الدكاكين في الأسواق ودونها اغلاق او دربات وعليها قفل او سرق أواني الخزف ودونها شرايح القصب فان كان الأمن ظاهرا قطع السارق لأن ذلك حرز مثله وان قل الأمن فان كان في السوق حارس قطع لأنه محرز به وان لم يكن حارث لم يقطع لأنه غير محرز وأن سرق باب دار أو دكان قطع لأن حرزه بالنصب وأن سرق حلقة الباب وهي مسمرة فيه قطع لأنها محرزة بالتسمير في الباب وان سرق آجر الحائط قطع لأنه محرز بالتشريج في البناء وان سرق الطعام أو الدقيق في غرائر شد بعضها الى بعض في موضع البيع قطع على المنصوص فمن أصحابنا من قال ان كان في موضع مأمون في وقت الأمن فيه ظاهر ولم يمكن أخذ شيء منه الا بحل رباطه أو فتق طرفه قطع لأن العادة تركها في موضع البيع ومن اصحابنا من قال لا يقطع الا أن يكون في بيت دونه باب مغلق ، وهو الذي نص عليه الشافعي رحمه الله في غير العراق ، وان سرق حطبا شد بعضه الى بعض بحيث لا يمكن أن يسل منه شيء الا بحل رباطه قطع لأنه محرز بالشد . وان كان متفرقا لم يقطع لأنه غير محرز ومن أصحابنا من قال لا يقطع الا أن يكون في بيت دونه باب مغلق مجتمعا كان أو متفرقا وان سرق اجزاعا ثقالا مطروحة على أبواب المساكن قطع لأن العادة فيها تركها على الابواب .

الشرح حديث عبد الله بن عمرو طريقه عمرو بن شعيب عن أبيه عنه أخرجه النسائي وأحمد بلفظ : « سمعت رجلا من مزينة يسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحريسة التي توجد في مراتعها ، قال : فيها ثمنها مرتين : وضرب نكال ، وما أخذ من عطنه ففيه القطع اذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن المجن . قال : يا رسول الله فالثمار وما أخذ منها في أكمامها ، قال : من أخذ بفمه ولم يتخذ خبنة فليس عليه شيء ومن احتمل فعليه ثمنه

مرتين وضرب نكال ، وما أخذ من أجرانه ففيه القطع اذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن المجن » وقد أخرج هذا الحديث النسائى وأبو داود بلفظ : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الثمر المعلق فقال : « من أصاب منه بفيه من ذى حاجة غير متخذ خبنه فلا شيء عليه ، ومن خرج بشيء فعليه غرامة مثليه والعقوبة ، ومن سره منه شيئا بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع » ولابن ماجه معناه ، وزاد النسائى فى آخره : « وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثليه وجلدات نكال » •

أما اللغات فقد قال ابن الأثير فى النهاية : والحريسة فعيلة بمعنى مفعولة أو أن لهـا من يحرسها ويحفظها ، ومنهم من يجعل الحريسة السرقة نفسها ؛ يقال : حرس يحرس حرسا اذا سرق ، فهو حارس ومحترس ، أى ليس فيما يسرق من الجبل قطع • ومنه الحديث ، « أنه سئل عن حريسة الجبل فقال : فيها غرم مثلهـا وجلدات نكالا ، فاذا آراها المراح ففيهـا القطع » ويقال للشاة التى يدركها الليل قبل أن تصل الى مراحها : حريسة • وفلان يأكل الحرسات : اذا سرق أغنام الناس وأكلهـا ، والاحتراس أن يسرق الشيء من المرعى • قاله شمر •

أما المراح فانه الموضع الذى تروح اليه الماشية ، أى تأوى اليه ليلا ، وأما بالفتح فهو الموضع الذى يروح اليه القوم ، أو يروحون منه كالمغدى ، للموضع الذى يغدى منه • أما الثمر المعلق ، فهو ما دام على القنو معلقا على النخلة • وأما الجرين فهو موضع تجفيف التمر ، وهو له كالبيدر للحنطة ، ويجمع على جرن بضمتين • وأما المجن فهو الترس ، لأنه يوارى حامله : أى يستره والميم زائدة • ومنه حديث على رضى الله عنه : « كتبت الى ابن عباس رضى الله عنهما : قلبت لابن عمك ظهر المجن » هذه كلمة تضرب مثلا لمن كان لصاحبه على مودة أو رعاية ثم حال عن ذلك ويجمع على مجان • والشيء المثمن أى الثمين ، والخان دكان البدال أو موضع نزول المسافرين ، والأغلاق جمع غلق وهو القفل ، وكل ما يغلق به الباب ، والجواسق جمع جوسق وهو منظر يبنى فى البستان ، ويقال للقصر : الجوسق •

أما الأحكام فانه لا يجب القطع فيما سرق من غير حرز ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد ، وقال داود : يجب عليه الحد . دليلنا حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده الوارد فى الباب والذى خرجناه آنفا حيث أسقط صلى الله عليه وسلم القطع فى الماشية الا ما آواه المراح ، وفى الثمن المعلق الا ما آواه الجرين ، وليس بين الحالين فرق ، الا أن الشىء محرز فى أحد الموضعين دون الآخر فدل على أن الحرز شرط فى ايجاب القطع ، وقوله : حريسة الجبل ، لها تأويلان ، أحدهما : أنه أراد سرقة الجبل ، لأن السارق يسمى الحارس والحريسة السرقة . والثانى : أنها مسروقة الجبل .

اذا ثبت هذا فالحرز يختلف باختلاف المال المحرز : وقد يكون الحرز حرزا لبعض الأموال دون بعض . دليلنا أن النبى صلى الله عليه وسلم جعل حرز الماشية المراح ، وحرز الثمر المعلق الجرين ، لأنهما مالان ، فدل على أن الحرز يختلف باختلاف الأموال ، ولأن كل ما ورد به الشرع مطلقا ، وليس له حد فى اللغة ولا فى الشرع كان المرجع فى حده الى العرف والعادة ، كما قلنا فى التفرق والقبض فى البيع ، ووجدنا فى العرف والعادة أن الأحراز تختلف باختلاف الأموال ، وكان الاعتبار فى الحكم بالقطع بذلك .

اذا تقرر هذا نظرت ــ فان كان المال من الذهب والفضة والجواهر ، أو من متاع البزازين أو العطارين والصيادلة ــ فان ترك فى الدكان فى السوق وأغلق عليه الباب وأقفل فهو محرز بالنهار ، وأما الليل ــ فان كان الأمن ظاهرا ــ فهو محرز بذلك : وان كان الأمن غير ظاهر ــ فان كان فى الدكان حافظ مستيقظ ــ فهو محرز ، وان لم يكن فيه حافظ ، أو كان فيه حافظ نائم فهو غير محرز . وان ترك ذلك فى بيت نظرت ــ فان كان البيت فى البلاد أو القرى المسكونة ــ فان كان البيت مغلقا فهو محرز ، سواء كان فى البيت حافظ أو لم يكن ، لأن العادة جرت باحراز المال فيها هكذا ، وان كان البيت غير مغلق ، فان كان فى البيت حافظ مستيقظ فهو محرز ، وان لم يكن فيه حافظ أو كان فيه حافظ نائم فليس بمحرز الا أن تكون فى الدار خزانة مغلقة ، فما فيها محرز ــ فان لم يكن فى الدار حافظ

فان كان البيت فى الصحراء أو البستان ــ فان كان فيه حافظ مستيقظ فهو حرز لما فيه ؛ وان لم يكن فيه حافظ فهو غير محرز لما فيه سواء كان البيت مفتوحا أو مقفلا لأن العادة لم تجر باحراز المال فيه من غير حافظ ، فان كان البيت فيه حافظ نائم ــ فان كان البيت مقفلا ــ فهو حرز لما فيه : وان كان غير مقفل فليس بحرز لما فيه • قال المسعودى : وان كان داره فى ناحية بعيدة عن البلد بقرب الصحراء والخرابات فأغلق بابها وغاب عنها لم تكن حرزا لما فيها • وان كانت مفتوحة الباب وهو فيها مستيقظ فهو حرز لما فيها ، وان كان فيها وهو نائم فهل هى حرز لما فيها ؟ فيه وجهان اذا كان قريبا منه ، لأن العادة قد جرت بأن ينام صاحب الدار ساعة ويترك الباب مفتوحا ، والأول أصح كما لو نام فى صحراء وترك متاعه بين يديه لا يكون محرزا ، وان كان الباب مفتوحا لكن أذن الناس فى الدخول مثل الخبازين فسرق سارق من هذه الدار ورب الدار فيها مستيقظ • فهل يقطع ؟ فيه وجهان •

فــرع فأما أبواب البيوت فى الدار فحكمها حكم المتاع فى البيوت ــ فان كان باب الدار مغلقا ــ فهى محرزة • سواء كان فى الدار حافظ أو لم يكن ، اذا كانت الدار فى العمران ، وسواء كانت أبواب البيوت مفتوحة أو مغلقة ، وان كان باب الدار مفتوحا ــ فان كان فى الدار حافظ فأبواب البيوت محرزة ، مغلقة كانت أو مفتوحة • فان لم يكن فى الدار حافظ ــ فان كانت أبواب البيوت مغلقة فهى محرزة بذلك ، وان كانت غير مغلقة فهى غير محرزة • وأما باب الدار فهو محرز بنصبه على الدار مغلقا كان أو مفتوحا ، وأما الحلقة التى على الباب فان كانت مسمرة فهى محرزة بذلك ، وان كانت غير مسمرة فهى غير محرزة • وأما الآجر والأحجار واللبن فانها محرزة ببنائها على الحائط ، لأن العادة جرت بحفظ ذلك كذلك . وان ضرب فسطاطا أو خيمة فى صحراء أو برية ــ ثم شد الفسطاط بالأوتاد ، ولم يرسل ذيله ونام فيه ــ فان سرق سارق شيئا مما فيه لم يقطع ، وان سرق الفسطاط قطع ، لأنه محرز بالشد • قال الشافعى رحمه الله : ان كان الحافظ مستيقظا قطع سواء كان الفسطاط أو ما فيه بين

الفساطيط وشد أطنابه ، وترك فيه متاعا ، أو كان فى الفسطاط أو على بابه حافظ مستيقظ أو نائم ، فالفسطاط وما فيه حرز ، لأن عادة الفسطاط وما فيه هكذا محرز ، وان لم يكن فيه ولا على بابه حافظ فالفسطاط غير محرز ، لأن العادة لم تجر بأن الفسطاط لم يضرب فى الصحراء ، ولا يكون فيه أحد • هذا نقل أصحابنا العراقيين • وقال المسعودى : ان ضرب الفسطاط فى الصحراء مع الجماعة فهو بمنزلة الدار ويكون حرزا لما فيه اذا كانت مشدودة الأوتاد ، وان ضرب فسطاطا فى مفازة وحده ولم يكن معه من يتقوى به فذلك الفسطاط لا يكون حرزا لما فيه ، لأنه لا يعد حرزا فى البلد ان نام •

فرع قال الشافعى رضى الله عنه : والحنطة حرزها أن تترك فى الجوالقات وتطرح فى وسط السوق ويضم بعضها الى بعض وتخيط رأسها أو تشد أو يطرح بعضها على بعض ويطرح عليها حلس أو أكسية ويشد ، فمن أصحابنا من قال : هذا الذى قاله الشافعى رحمه الله على عادة أهل مصر لأنهم هكذا يحرزون الحنطة فى موضع البيع ، فأما أهل العراق وخراسان فلا يكون حرزه الا فى البيوت والأقفال ، ومنهم من حمله على ظاهره فى جميع البلاد ، لأن ما ثبت له العرف أنه حرز لشىء فى بلد كان ذلك حرزا له فى جميع البلاد ، وأما الحطب فحرزه أن يعبأ بعضه فوق بعض وربطه بخيط بحيث لا يمكن سل شىء منه الا بحل رباطه ، ومن أصحابنا من قال : هذا حرزه نهارا ، وأما الليل فلابد من باب يغلق عليه أو ما يقوم مقامه ، والأول أصح • وأما الأجذاع فأحرازها أن تطرح على أبواب المساكن ، لأن العادة جرت باحرازها كذلك •

فرع وان دخل رجل أرض غيره وأخذ من حب مبذور فيها يساوى نصابا ففيه وجهان حكاهما المسعودى • أحدهما : يجب عليه القطع لأنه سرق البذر من حرز • والثانى : لا يجب عليه القطع ، لأن حرز كل حبة غير حرز الحبة الأولى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **وان نبش قبرا وسرق منه الكفن ـ فان كان فى برية ـ لم يقطع لأنه ليس بحرز للكفن وانما يدفن فى البرية للضرورة ، وان كان فى مقبرة تلى العمران قطع لما روى البراء بن عازب رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من حرق حرقناه ، ومن غرق غرقنـاه ، ومن نبش قطعناه » ولأن القبر حرز للكفن . وان كان الكفن أكثر من خمسـة أثواب فسرق ما زاد على الخمسة لم يقطع ، لأن ما زاد على الخمسة ليس بمشروع فى الكفن فلم يجعل القبر حرزا له ، كالكيس المدفون معه . وان أكل السـبع الميت وبقى الكفن ففيه وجهان أحدهما : أنه ملك للورثة يقسم عليهم ، وهـو قول أبى على ابن أبى هريرة وأبى على الطبرى ، لأن ذلك المال ينتقل اليهم بالارث ، وانما اختص الميت بالكفن للحـاجة ، وقد زالت الحـاجة فرجع اليهم ، والثانى أنه لبيت المال لأنهم لم يورثوه عند الموت فلم يرثوه بعده .**

الشرح حديث البراء بن عازب أخرجه البيهقى وأعله بمن يجهل حاله من رواته ، وقد مضى الكلام عليه فى الجنايات .

أما الأحكام فقد قال المصنف وان نبش قبرا وسرق منه الكفن ـ فان كان فى برية ـ لم يقطع ، وان كان فى مقبرة تلى العمران قطـع ، لأن البرية ليست بحرز الكفن ، وانما يدفن فى البرية للضرورة ، وقال الشيخ أبو حامد الاسفراينى وابن الصباغ : اذا نبش قبرا وأخذ منه الكفن قطع من غير تفصيل ، وبه قال ابن الزبير وعمر بن عبد العزيز والحسن البصرى والنخعى وربيعة وحماد ومالك وأبو يوسف وأحمد واسحاق بن راهويه ، وقال المسعودى : اذا سرق كفنا من القبر ـ فان كان القبر فى موضع حريز بحيث لو كان هناك مال على جه الأرض فسرق وجب على سارقه القطع ـ قطع سارق الكفن منه ، وان كان القبر فى موضع بعيـد من العمران مثل مفازة لا يحتاج السارق فى السرقة الى انتهاز الفرصة لم يقطع ، وان كان القبر فى مقبرة قريبة من العمران يمر فيها الناس بحيث يحتاج السارق فى سرقة الكفن الى انتهاز الفرصة فى السرقة منها ، فهى يقطع ؟ فيه وجهان ، وكذلك ما هو مدفون هناك غير الكفن ، هذا هو مذهبنا ومذهب أحمـد وأصحابه فقد قال الخرقى : اذا أخرج النباش من القبر كفنـا قيمته ثلاثة

دراهم قطع ، وقال أبو حنيفة وأصحابه والثورى والأوزاعى : لا يجب القطع على سارق الكفن من القبر بحال دليلنا قوله تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » والسارق اسم جنس يتناول كل من أخذ الشيء على وجه الاستخفاء ، وان كان كل نوع من السرقة يختص باسم فيقال لمن نقب نقابا ، ولمن أخذ الشيء من الجيب نشالا ، أو طراء ، ولمن أخذ الكفن من القبر نباشا ويسمى النباش المختفى ، ولهذا روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لعن الله المختفى والمختفية » وأراد به النباش كما أفاده الماوردى فى الحاوى والعمرانى فى البيان والفورانى وغيرهم ، ومن الدليل على وجوب القطع حديث البراء بن عازب مرفوعا : « من حرق حرقناه ، ومن غرق غرقناه ، ومن نبش قطعناه » وروى أن ابن الزبير رضى الله عنه قطع نباشا بعرفات ، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة فدل على أنه اجماع ، ولو ان القطع انما وجب احرازا للأموال ، وصيانة لها ، وكفن الميت أحق بذلك ، لأن الحى اذا أخذت ثيابه استخلف بدلها ، والميت لا يستخلف ، فكان بايجاب القطع لصيانة ثيابه أولى .

فرع فان كفن الميت فى أكثر من خمسة أثواب ، أو دفن فى تابوت فسرق سارق ما زاد على الخمسة أثواب او سرق التابوت من القبر لم يقطع لأن ذلك غير مشروع فى الكفن والدفن ، فلم يجعل القبر حرزا له ، كما لو دفن فى القبر دراهم أو دنانير . قال الماسرجسى : فان أخذ السارق من الطيب الذى طيب به الميت ما يساوى نصابا قطع ، الا أن يزيدوا على القدر المستحب فى الطيب فلا يقطع السارق بسرقة ما زاد على المستحب قال ابن الصباغ : وعندى أنه لا يجتمع من الطيب المستحب ما يساوى نصابا ، لأن المستحب فى تطييبه للتجمير فى العود وأن يطرح مع الحنوط ، وذلك ما لا يجتمع . فان كان مجتمعا فلا قطع فيه .

فرع واختلف أصحابنا فيمن يملك الكفن . فمنهم من قال : الكفن باق على ملك الميت ، لأنه محتاج اليه فكان باقيا على ملكه . وان كان لا يجوز أن يدخل شيء فى ملكه ابتداء ، كما اذا مات وعليه دين فان الدين يكون باقيا فى ذمته ، وان كان لا يجوز أن يثبت فى ذمته دين ابتداء .

ومنهم من قال : انه غير مملوك لأحد ، بل لله تعالى ، لأنه لا يجوز أن يكون مملوكا لورثته لأنهم لا يملكون التصرف فيه ، ولا يجوز أن يكون مملوكا للميت ، لأن الميت لا يملك ، ومنهم من قال : انه مملوك للورثة ، وهو الأصح . لأنهم يملكون التركة والكفن من جملتها . فاذا كفن الميت بكفن من تركته فأكل السبع الميت أو ذهب به وبقى الكفن ـ فان قلنا : ان الكفن ملك للورثة ـ قسم بينهم . وان قلنا : انه ملك للميت أو لا مالك له نقل الى بيت المال . ومن الذى يطلب بقطع سارق الكفن ؟ ان قلنا : انه ملك للورثة فهم الطالبون بقطعه . وان قلنا : انه لا مالك له ، فان الامام أو الحاكم يقطع سارقه من غير مطالبة منهم كما يقطع سارق مال الطفل والمجنون اللذين لا ولى لهما . وان كفن السيد عبده فلمن يكون الكفن ملكا ؟ فيه وجهان . أحدهما : أنه ملك للسيد . والثانى : أنه لا يملكه أحد ولا يجىء فيه أنه ملك للعبد . لأنه لا ملك الا بتمليك السيد على القول القديم ولم يملكه اياه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان نام رجل على ثوب فسرقه سارق قطع ، لما روى أن صفوان بن أمية قدم المدينة فنام فى المسجد متوسدا رداءه ، فجاءه سارق فأخذ رداءه من تحت رأسه ، فأخذ صفوان الساق فجاء به النبى صلى الله عليه وسلم ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقطع يده ، فقال صفوان : انى لم أرد هذا ، هو عليه صدقة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « فهلا قبل ان تأتينى به ؟ » ولأنه محرز به . وان زحف عنه فى النوم فسرق لم يقطع لأنه زال الحرز فيه ، وان ضرب فسطاطا وترك فيه مالا فسرق وهو فيه ، أو على بابه نائم أو مستيقظ ، قطع . لأن عادة الناس احراز المتاع فى الخيم على هذه الصفة ، وان لم يكن صاحبه معه لم يقطع السارق ، لأنه لا يترك الفسطاط بلا حافظ .

فصل وان كان ماله بين يديه ـ وهو ينظر اليه فتغفله رجل وسرق ماله ـ قطع لأنه سرق من حرزه ، وان نام أو اشتغل عنه أو جعله خلفه بحيث تناله اليد فسرق لم يقطع ، لأنه سرقه من غير حرز ، وان علق الثياب فى الحمام ولم يأمر الحمامى بحفظها فسرقت لم يضمن الحمامى ، لأنه لا يلزمه حفظها ، ولا يقطع السارق لأنه سرق من غير حرز لأن الحمام

مستطرق ، وان امر الحمامى بحفظها فسرقت ـ فان كان الحمامى مراعيا ـ لم يضمن لأنه لم يفرط ، ويقطع السارق لأنه سرق من حرز . وان نام الحمامى أو تشاغل عن الثياب فسرقت ضمن الحمامى ، لأنه فرط فى الحفظ ، ولم يقطع السارق لأنه سرق من غير حرز .

فصل فان سرق ماشية من الرعى نظرت ـ فان كان الراعى ينظر اليها ويبلغها صوته اذا زجرها ـ قطع السارق ، لأنها فى حرز ، وان سرق والراعى نائم ، أو سرق منها ما غاب عن عينه بحائل ، لم يقطع ، لأن الحرز بالحفظ ، وما لا يراه غير محفوظ ، وان سرق ما لا يبلغها صوته لم يقطع ، لأنها تجتمع وتفترق بصوته ، واذا لم يبلغها صوته لم تكن فى حفظه ، فلم يجب القطع بسرقته ، وان سرق ماشية سائرة أو جمالا مقطرة ـ فان كان خلفها سائق ينظر اليها جميعها ويبلغها صوته اذا زجرها ـ قطع لأنها محرزة به ، وان سرق ما غاب عن عينه أو ما لم يبلغه صوته لبعده لم يقطع ، لما ذكرناه فى الراعية ، وان كان مع الجمال قائد اذا التفت نظر الى جميعها وبلغها صوته اذا زجرها ، واكثر الالتفات اليها قطع ، لأنها محرزة بالقائد ، وان سرق مالا ينظر اليه اذا التفت أو لا يبلغه صوته ، أو لم يكثر الالتفات اليها لم يقطع ، لأنه سرق من غير حرز ، وان كانت الجمال باركة ـ فان كان صاحبها ينظر اليها ـ قطع السارق ، لأنها محرزة بحفظه ، وان سرق وصاحبها نائم ـ فان كانت غير معقلة ـ لم يقطع لأنها غير محرزة ، وان كانت معقلة قطع ، لأن عادة الجمال اذا نام ان يعقلها ، وان كان على الجمال احمال كان حرزها كحرز الجمال ، لأن العادة ترك الأحمل على الجمال .

الشرح خبر صفوان بن أمية أخرجه أبو داود والنسائى وابن ماجه وأحمد فى مسنده ومالك فى الموطأ والدارقطنى والشافعى والحاكم من طرق منها عن ابن عباس قال البيهقى وليس بصحيح ، ومنها عن طاوس عن صفوان قال ابن عبد البر : سماع طاوس عن صفوان ممكن لأنه أدرك زمن عثمان . وروى عنه أنه قال : أدركت سبعين صحابيا ، ورواه مالك عن الزهرى عن عبيد الله بن صفوان عن أبيه ، وقد صححه ابن الجارود والحاكم ، وله شاهد من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، قال ابن حجر فى التلخيص : وسنده ضعيف ، ورواه البزار والبيهقى عن طاوس مرسلا ، ورواه البيهقى عن الشافعى عن مالك أن صفوان بن أمية هكذا معضلا ، وأخرجه أيضا البيهقى من حديث حميد ابن أخت صفوان عن صفوان .

اما اللغات فقوله : (زحف عنه) أى انزلج وانسل وتزحزح قليلا قليلا من زحف الصبى على الأرض ، وذلك قبل أن يمشى • والفسطاط بضم الفاء وكسرها المدينة التى فيها مجتمع الناس ، وكل مدينة فسطاط • وفى الحديث : « عليكم بالجماعة فان يد الله على الفسطاط » قال الزمخشرى : « الفسطاط ضرب من الأبنية فى السفر دون السرادق •

اما الأحكام فاذا كان معه ثوب أو شىء خفيف فتركه تحت رأسه ونام عليه ، أو فرشه تحته ونام عليه فى صحراء أو مسجد فسرقه سارق من تحت رأسه أو من تحت جنبيه قطع ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قطع سارق رداء صفوان من تحت رأسه ، ولأن العادة فى الأشياء الخفيفة أن تحرز هكذا ، فان تزحزح عنه فى النوم وخرج من تحته أو رفعه السارق من الثوب ثم أخذ الثوب ثم سرقه سارق لم يقطع ، لأنه خرج عن أن يكون محرزا ، وان ترك الثوب أو المتاع بين يديه وهو ينظر اليه فهو محرز به ، فان تغفله السارق وسرقه قطع لأنه محرز به ، وان نام أو تشاغل عنه فهو غير محرز ، فان سرقه انسان لم يقطع • قال المصنف : وكذلك لو تركه خلفه بحيث لا تناله اليد فسرقه سارق لم يقطع ، لأنه غير محرز • قال الشافعى رحمه الله فى الأم : ولو ترك متاعه بين يديه فسرق لم يقطع سارقه • قال أصحابنا : أراد بذلك اذا نام • هكذا نقل أصحابنا العراقيين • وقال الخراسانيون : اذا ترك متاعه فى موضع وقعد بقربه بحيث يقع بصره عليه ، فان كان ذلك الموضع لا يمر منه الناس غالبا مثل صحراء متباعدة عن الشارع فتغفله انسان فسرقه قطع • وان كان ذلك الموضع يمر فيه الناس غالبا ، أو كان مشتركا بين جماعة الناس كالمسجد وقارعة الطريق ، ففيه وجهان • أحدهما : لا يجب عليه القطع ، لأن ذلك منتاب الناس فلا يكمل حرزا • والثانى : يجب عليه القطع كالتى قبلها ، وان وضع متاعه فى موضع غير محاط الجدران ، أو كان محاطا لكن الباب مفتوح ونام بقربه ، فان كان ذلك الموضع ليس بملك له ، لم يقطع سارق متاعه منه ، لأن المكان لا يملكه ، ولم يحفظ متاعه بل ضيعه ، وان كان المكان ملكا له ففيه وجهان • أحدهما : أن المال محرز • لأن المكان ملكه وهو فيه ، وقد جرت

العادة بأن ينام صاحب الساعة والساعتين والباب مفتوح . والثانى : أنه غير محرز ، لأن المكان ــ وان كان ملكه ــ فالباب مفتوح والنائم كالغائب .

فـــرع وان علق ثيابه فى الحمام فسرقها سارق من هناك ، فان أمر الحمامى أو غيره بمراعاتها فراعاها وسرقها سارق فى حال مراعاته لها ، قطع السارق ، لأنها محرزة لمن يراعيها ، وان لم يراعهـا أحد لم يقطع السارق ، لأنها غير محرزة ، لأن الحمام مستطرق ، وقال أحمد : ليس على سارق الحمام قطع . وقال فى رواية ابن منصور : لا يقطع سارق الحمام الا أن يكون على المتاع قاعد مثل صفوان ، وهذا قول أبى حنيفـة لأنه مأذون للناس فى دخوله فجرى مجرى سرقة الضيف المأذون له فى دخوله .

مســألة فان سرق سارق من الابل ــ فلا يخلو اما أن يسرق منها وهى فى المرعى ، أو يسرق منها وهى مناخة ، أو يسرق منهـا وهى مقطرة ، فان سرق منها وهى فى المرعى نظرت ــ فان كان معها راع ، وهو ينظر الى جميعها ، ويبلغها صوته اذا زجرها ــ قطع لأنها محرزة ، وان كان لا ينظر اليها بأن غابت عنه بخيل أو غيره ، أو نام عنها أو تشاغل أو كان ينظر اليها ولا يبلغها صوته اذا زجرها لم يقطع ، لأنها غير محرزة ، وان كان ينظر الى بعضها دون بعض قطع سارق الذى ينظر اليه دون الذى لا ينظر اليه ، وان سرق منها وهى مناخة ــ فان كان معها حافظ ينظر اليها ــ فهى محرزة ، وان كان لا ينظر اليها ولكن هى معقولة ومعها حافظ بقربها فهى محرزة سواء كان مستيقظا مستقلا عنها أو نائما ، لأن العـادة جرت أن الرعاة والمسافرين اذا أرادوا النوم عقلوا ابلهم وناموا بقربها ، لأن حل العقال يوقظ النائم ، وينبه المتغافل ، وان كانت غير معقلة وحافظها نائم بقربها ، أو كانت معقلة ولا حافظ معها نائم ولا مستيقظ لم يقطع سارقها لأنها غير محرزة ، لأن العادة لم تجر باحرازها كذلك . وان سرقت منها وهى مقطرة ــ فان كان معها سارق ينظر اليها ويبلغها صوته اذا زجرها ، أو كان لها قائد ينظر اليها ويبلغها صوته اذا زجرها ــ قطع سارقها ، لأنها محرزة . هكذا ذكر الشيخ المصنف هنا فى المهذب وفى التنبيه . وأما الشيخ أبو حامد الاسفرايينى وأكثر أصحابنا فانهم لم يشترطوا بلوغ صوته اليها فى

شيء من ذلك • وقال أحمد وأصحابه : ان كان معها من يسيبوقها فحرزها نظره اليها فقط سواء كانت مقطرة أو غير مقطرة ، وما كان منهـا بحيث لا يراه فهي غير محرزة ، وان كان معها قائد فحرزها أن يكثر الالتفات اليها والمراعاة لها ، ويكون بحيث يراها اذا التفت •

وقال أبو حنيفة : لا يحرز القائد الا التي زمامها بيده ، لأنه يوليهـا ظهره ولا يراها الا نادرا فيمكن أخذها من حيث لا يشعر •

دليلنا أن العادة جرت في حفظ الابل بمراعاتها بالالتفات فكان ذلك حرزا لها كالتي زمامها بيده •

اذا ثبت هذا فان أصحابنا العراقيين لم يقدروا القطـار بعدد ، بل اشترطوا ما مضى ، وأما المسعودي فاشترط ألا يزيد القطار الواحد على تسع ، لأن هذا هو العرف في القطار ـ فان زاد القطار على ذلك ـ كان ما زاد غير محرز • قال : وان كان القطار تسعا الا أن الجمال يقودها في سكة متقاربة اليه بحيث يغيب عن الجمال بعض الابل ، فمن سرق منها قد غاب عن عينه شيئا لم يقطع •

فـــرع وان سرق سارق سيارة من حظيرتها « جراج » وكانت الحظيرة لها حارس أو بواب قطـع ، وان كانت مام الحظيرة وهي مغلقـة والمنادي أو الحارس يقف على طوار الموقف ينظر اليها قطع سارقها ، أما اذا تركت السيارة غير مغلقة وليست في موقف مخصص لوقوف السيارات وليس في الموقف حارس فلا يقطع سارقها ؛ لأنها ليست محرزة ، فان كان صاحبها في مكان قريب منها كأن نزل منها لشراء حاجاته من دكان ووقف أمام باب الدكان فسرقها سارق قطع ، لأن ركوبها وادارة محركها والضغط على صمام الوقود كل ذلك يحدث صوتا وينبه صاحبها فكانت في حرزه •

فـــرع اذا كانت البضاعة محملة على قطار أو سيارة نقـل معأة في جوالقها أو « بالاتها » أو استلها من رصتها من تحت شـدادتها المعقودة عليها من حبال أو جنازير قطع ، لأنه حرز مثلها ، وان سرق السيارة

بما عليها من حملها قطع ، وقال أبو حنيفة : ان سرق السيارة والمتاع المحمول عليها لم يقطع ، وان فتق الجوالق عليها وسرق منها المتاع قطع . دليلنا أن السيارة وما عليها محرزة بصاحبها أو قائدها أو تابعها فقطع سارقها كما لو سرق متاعا محرزا به بالبيت .

فرع وان سرق من ماشية كالبقر والغنم والخيل والبغال والحمير ـ وهذه لا يعقل أن تكون مقطرة ولا مناخة ، وانما يتصور أن تكون راعية أو فى موضع تأوى اليه ، فان كانت راعية فحكمها حكم الابل الراعية ، على ما مضى . قال المسعودى : فان أرسل الراعى غنمه فى سكة وفى السكة دور أبوابها مفتوحة الى تلك السكة لم تكن محرزة ، فاذا أوت الى موضع فالحكم فيها وفى الابل اذا أوت الى أعطانها واحد . فلا يخلو اما أن يكون فى البلد أو الصحراء ـ فان كانت فى البلد فى بيت ـ فان كان معها حافظ مستيقظ فهى محرزة ، سواء كان باب البيت مفتوحا أو مغلقا ، وان كان معها حافظ نائم ـ فان كان البيت مقفلا ـ فهى محرزة ، وان كان مفتوحا فهى غير محرزة كما قلنا فى المتاع فى البيت ، وان دخل رجل مراحا لغنم أو كانت فى غير مراح الا أنها محرزة بحافظ فحلب من ألبانها ، أو أخذ من أصوافها ما يساوى نصابا قطع ، لأن حرز الغنم حرز لما فيها من اللبن ولما عليها من الصوف .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يجب القطع الا بأن يخرج المال من الحرز بفعله ، فان دخل الحرز ورمى المال الى خارج الحرز ، أو نقب الحرز وادخل يده أو محجنا معه فأخرج المال قطع ، وان دخل الحرز واخذ المال ودفعه الى آخر خارج الحرز قطع ، لأنه هو الذى أخرجه فان اخرجه ولم يأخذ منه الآخر فرده الى الحرز لم يسقط القطع ، لأنه وجب القطع بالاخراج فلم يسقط بالرد ، وان بط جيبه أو كمه فوقع منه المال أو نقب حرزا فيه طعام فانثال قطع ، لأنه خرج بفعله ، وان كان فى الحرز ماء جار فترك فيه المال حتى خرج الى خارج الحرز قطع ، لأنه خرج بسبب فعله ، فان تركه فى ماء راكد فحركه حتى خرج المال قطع ، لما ذكرناه ، وان حركه غيره لم يقطع لأنه لم يخرج المال بفعله ، وان تفجر الماء وخرج المال ففيه وجهان أحدهما : أنه يقطع ، لأنه سبب

لخروجه ، والثانى : انه لا يقطع ، لأن خروجه بالانفجار الحادث من غير فعله ، وان وضع المال فى النقب فى وقت هبوب الريح فأطارته الريح الى خارج الحرز قطع ، كما لو تركه فى ماء جار ، وان وضعه ولا ريح ثم هبت ريح فأخرجته ففيه وجهان كما قلنا فيما لو تركه فى ماء راكد فنفجر الماء فخرج به ، فان وضع المال على حمار ثم قاده أو ساقه حتى خرج من الحرز قطع . لانه خرج بسبب فعله ، وان خرج الحمار من غير سوق ولا قود ففيه وجهان ، احدهما : أنه يقطع ، لأن عادة البهائم اذا أثقلها الحمل أن تسير ، والثانى : انه لا يقطع ، لأنه سار باختياره ، وان ثقب الحرز وأمر صغيرا لا يميز باخراج المال من الحرز ، فأخرجه قطع ، لأن الصغير كالآلة ، وان دخل الحرز وأخذ جوهرة فابتلعها وخرج ففيه وجهان أحدهما : انه لا يقطع ، لأنه استهلكها فى الحرز ، ولهذا يجب عليه قيمتها فلم يقطع ، كما لو اخذ طعاما فأكله ، والثانى : انه يقطع لأنه أخرجه من الحرز فى وعاء فأشبه اذا جعلها فى جيبه ثم خرج . وان أخذ طيبا فتطيب به ثم خرج ــ فان لم يمكن أن يجتمع منه قدر النصاب ــ لم يقطع ، لأنه استهلكه فى الحرز . فصار كما لو كان طعاما فأكله ، وان أمكن أن يجتمع منه قدر النصاب ففيه وجهان أحدهما : انه لا يقطع ، لأن استعمال الطيب اتلاف له فصار كالطعام اذا أكله فى الحرز ، والثانى : انه يقطع لأن عينه باقية ، ولهذا يجوز لصاحبه أن يطالبه برده .

الشرح قوله : (محجنا) المحجن هو عود معقف الطرف ، وأصله من الحجن بالتحريك . وفى القاموس : حجن العود يحجنه : عطفه ، كحجنه ، ومحجن كمنبر ، العصا المعوجة ، وكل معطوف معوج . وقوله : (انثال) من نثل الركية استخرج ترابها ، وأنثل الكنانة استخرج نبلها فنثرها ، ونثل درعه ألقاها عنه ، ونثل اللحم فى القدر وضعه فيها مقطعا ، وامرأة نثول : تفعل ذلك كثيرا . وتناثلوا اليه انصبوا . قوله : « وان بط جيبه » قال فى القاموس : بط الجرح شقه .

أما الأحكام فانه لا يجب القطع على السارق الا بأن يخرج المال من الحرز بفعله ــ فان دخل مراح غنم ونفرها حتى خرجت ــ قطع لأنها خرجت بفعله ، فان خرجت من غير تنفير لم يقطع . لأنها لم تخرج بعله ، وان أخذ منها شاة لا تساوى نصابا فخرج فى أثرها شاة كملت قيمتها نصابا فهل يقطع ؟ قال المسعودى : ينظر ــ فان كان الأغلب أنها تخرج على أثرها مثل ولدها : أو كانت الشاة التى أخذها هادية الغنم فتبعها غيرها قطع لأن اخراج التابع لها منسوب اليه . وقال صاحب التهذيب : لا يقطع ، لأن اتباع

الفصيل بسوق الام تسبب ، والقطع يجب بالمباشرة ، وهل يدخل الفصيل فى ضمانه ؟ فيه وجهان . وان لم يكن الأغلب ذلك لم يقطع . لأن الذى أخرج الا يساوى نصابا ، والذى تبعها لا ينسب خروجها اليه .

فـــرع فان نقب رجل حرزا ودخل ورمى به ثم خرج وأخذه ، وجب عليه القطع ، لأن المال خرج باخراجه ، وان نقب الحرز ولم يدخل الحرز بل أدخل يده فى النقب وأخذ المال أو أدخل فى النقب محجنا وتناول به المال وأخرجه وجب عليه القطع . وقال أبو حنيفة : لا يجب عليه القطع الا ان كان البيت صغيرا لا يمكنه الدخول فيه . دليلنا أنه أخرج بفعله ، فوجب عليه القطع ، كما لو كان النقب صغيرا ، أو ان كان فى جيب رجل أو كمه مال فبط رجل أسفله وخرج منه نصاب قطع . وكذلك ان كان هناك بيت فيه طعام فنقبه رجل وانثال من الطعام ما يساوى نصـابا قطع ، لأنه خرج بسبب فعله . هذا نقل أصحابنا البغداديين . وقال الخراسانيون : هذه مبنية على من نقب حرزا فسرق منه ثمن دينار ثم عاد فسرق منه ثمنا آخر ــ فان قلنا هناك : يجب القطع ــ فهاهنا أولى . وان قلنا هنـاك : لا يجب القطع . فهاهنا وجهان ، والفرق بينهما أن هناك ما أخرجه فى الدفعة الأولى مميز عما أخرجه فى الدفعة الثانية ، وها هنا الحنطة المنثالة يتصل بعضها ببعض ، فصارت كالمنديل يجره من الكيس فيخرج شىء بعد شىء ، وحكى صاحب الفروع فيها وجهين على الاطلاق . أحدهما : يجب عليـه القطع لأنه هكذا يخرج . والثانى : ليس عليه القطع لأنه لم يخرج بفعله .

فـــرع فان نقب حرزا فدخل وترك المال فى ماء جار فى الحرز وخرج المال بجريان الماء قطع ، لأن ما خرج كان بسبب فعله ، وحكى الشيخ أبو حامد الاسفراينى وجها آخر أنه لا يقطع ، وليس بشىء ، فان حركه فى ماء راكد فى الحرز ، وحرك الماء خرج بالمال عن الحرز قطع لما ذكرناه ، وان حركه غيره لم يقطع لأنه لم يخرج بفعله . وان تفجر الماء وخرج بالمال ففيه وجهان . أحدهما : يجب عليه القطع لأنه أخرجه بوضعه فى الماء ، فهو كما لو وضعه فى الماء الجارى ، والثانى : لا يجب عليه القطع لأن الماء لم يكن آلة لاخراجه ، وانما خرج به بسبب حادث ، وان نقب حرزا وأخذ المـال

وتركه فى النقب فى وقت هبوب الريح فأطار به الريح حتى أخرجه من الحرز قطع كما لو تركه فى ماء جار • وان تركه على النقب ولا ريح ثم هاجت ريح فأطارته حتى أخرجته ففيه وجهان ، كما لو تركه فى ماء راكد فتفجر الماء وأخرجه ، وان نقب حرزا فدخله وأخذ المال وتركه على بهيمة فساق البهيمة أو قادها حتى خرجت بالمال قطع ، لأنها خرجت بسبب فعله ، وحكى الشيخ أبو حامد أن من أصحابنا من قال : لا يقطع ، وليس بشىء • وان لم يسق البهيمة ولم يقدها بل خرجت باختيارها ــ فاختلف أصحابنا فيه ــ فقال أكثرهم : فيه وجهان ، أحدهما : لا يجب عليه القطع ، لأن للبهيمة قصدا واختيارا ، وقد خرجت باختيارها ، وقال أبو على السنجى : ان وقفت البهيمة بعد وضع المال عليها ساعة ثم سارت لم يقطع وجها واحدا ، وان سارت عقب الوضع فهل يقطع ؟ فيه وجهان ، قال : وهكذا لو وضع لولوا على جناح طائر ــ فان هيجه حتى خرج من الحرز ــ فعليه القطع ، وان كان عقيب الشد ففيه وجهان ، وكذلك ذكره البغوى •

وان نقب رجل حرزا وأمر صغيرا لا يميز ــ حرا كان أو عبدا ، فأخرج منه نصابا أو دخل هو ودفع النصاب الى الصغير وخرج به ــ وجب فيه القطع على الرجل ، لأن الصغير كالآلة له • ولهذا لو أمره بقتل انسان فقتله وجب عليه القتل • هكذا ذكر أكثر أصحابنا • وحكى صاحب الفروع فى وجوب القطع على الرجل وجهين ، كما لو وضع المال على البهيمة فخرجت به من غير قود ولا سوق • وان نهب رجل حرزا أو أمر صغيرا عاقلا مميزا فأخرج النصاب لم يجب على أحدهما القطع • لأن الرجل لم يخرج المال بفعله ، ولأن المميز له اختيار صحيح ، فلا يجعل بمنزلة الآلة له • وانما لم يجب عليه القطع لأنه ليس من أهل التكليف •

فــرع وان نقب رجل حرزا وأخذ شاة فذبحها فى الحرز أو ثوبا فسقه فى الحرز ثم خرج بذلك ــ فان كان اللحم والثوب بعد شقه يساوى نصابا ــ قطع ، وان لم يساو نصابا لم يقطع • وقال أبو حنيفة : لا يجب عليه القطع بشاة ، لأن الأشياء الرطبة لا يجب عليه القطع بسرقتها عنده • وقال فى الثوب : اذا خرقه طولا لم يجب عليه القطع ، لأنه بالخيار

بين أن يدفع قيمته ويتملكه • وان خرقه عرضا وجب عليه القطع اذا كانت قيمته نصابا بعد الخرق • دليلنا أنه سرق نصابا لا شبهة له فيه من حرز مثله • فوجب عليه القطع كما لو وجده مخروقا ، وان سرق ما يساوى نصابا ثم نقصت قيمته بعد ذلك فصار لا يساوى نصابا لم يسقط عنه القطع ، وبه قال مالك • وقال أبو حنيفة : يسقط عنه القطع • دليلنا أنه نقصان حدث بعد وجوب القطع فلم يسقط به القطع • كما لو استعمله السارق فنقصت قيمته فان القطع لا يسقط عنه بلا خلاف •

فرع وان سرق فضة تساوى نصابا فضربها دراهم • أو سرق نصابا من الذهب فضربه دنانير قطع ووجب عليه رد الدراهم والدنانير ، وبه قال أبو حنيفة • وقال أبو يوسف ومحمد : لا يلزمه رد الدراهم والدنانير وبينا ذلك على أصلهما فيمن غصب فضة فضربها دراهم أو ذهبا فضربه دنانير فانه يسقط حق صاحبها منها . دليلنا أن هذه عين المسروق منه فوجب ردها كما لو لم يضربها •

فرع اذا نقب حرزا فدخل فابتلع منه جوهرة تساوى نصابا • أو ابتلع ربع دينار ثم خرج • فان الشيخ أبا حامد وابن الصباغ قالا : ان لم يخرج منه الجوهرة وربع دينار لم يجب عليه القطع ، لأنه أهلك النصاب فى الحرز بالابتلاع فلم يجب عليه القطع • كما لو أكل فى الحرز طعاما يساوى نصابا • وان خرجت منه الجوهرة وربع دينار وهو يساوى نصابا فهل يجب عليه القطع ؟ فيه وجهان • أحدهما : يجب عليه القطع ، لأنه أخرجه من الحرز كما لو أخرجه بيده أو فى فيه • والثانى : لا يجب عليه القطع وهو الأصح • لأنه بالابتلاع صار فى حكم المستهلك بدليل أن للمالك أن يطالبه ببدله • فصار بمنزلة ما لو أتلفه فى الحرز • وذكر الشيخ أبو اسحق هنا والمسعودى : اذا ابتلع الجوهرة فى الحرز وخرج هل يجب عليه القطع ؟ فيه وجهان من غير تفصيل ، ولعلهما أرادا اذا خرجت منه بعد الخروج من الحرز ، وان دخل السارق الحرز فأخذ منه طيبا فتطيب فى الحرز ثم خرج ــ فان لم يمكن أن يجمع من الذى تطيب به عند خروجه ما يساوى نصابا ــ لم يقطع ، لأن الذى أخرجه من الحرز لا يساوى نصابا ، وان

أمكن أن يجمع منه ما يساوى نصابا ففيه وجهان أحدهما : يجب عليه القطع ، لأنه أخرج من الحرز ما يساوى نصابا فوجب عليه القطع كما لو أخرجه فى اناء ، والثانى : لا يجب عليه القطع لأنه أتلفه فى الحرز بالتطيب به .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يجب القطع حتى ينفصل المال عن جميع الحرز ، فان سرق جذعا او عمامة فاخذ قبل ان ينفصل الجميع من الحرز ، لم يقطع ، لأنه لا ينفرد بعضه عن بعض ، ولهذا لو كان فى طرف منه نجاسة لم تصح صلاته فيه ، فاذا لم يجب القطع فيما بقى من الحرز لم يجب فيما خرج منه ، وان ثقب رجلان حرزا فاخذ احدهما المال ووضعه على باب الثقب واخذه الآخر ، ففيه قولان ، احدهما : انه يجب عليهما القطع ، لانا لو لم نوجب القطع عليهما صار هذا طريقا الى اسقاط القطع ، والثانى : انه لا يقطع واحد منهما وهو الصحيح لأن كل واحد منهما لم يخرج المال من كمال الحرز ، وان نقب احدهما الحرز ودخل الآخر واخرج المال ففيه طريقان ، من اصحابنا من قال : فيه قولان كالمسئلة قبلها ، ومنهم من قال : لا يجب القطع قولا واحدا ؛ لأن احدهما نقب ولم يخرج المال والآخر اخرج المال من غير حرزه .

فصل وان فتح مراحا فيه غنم فحلب من البانها قدر النصاب واخرجه ، قطع لأن الغنم مع اللبن فى حرز واحد فصار كما لو سرق نصابا من حرزين فى بيت واحد .

فصل فان دخل السارق الى دار فيها سكان ينفرد كل واحد منهم ببيت مقفل فيه مال ففتح بيتا ، واخرج المال الى صحن الدار قطع ، لأنه اخرج المال من حرز ، وان كانت الدار لواحد وفيها بيت فيه مال ، فاخرج السارق المال من البيت الى الصحن ، فان كان باب البيت مفتوحا وباب الدار مغلقا ـ لم يقطع لأن ما فى البيت محرز بباب الدار ، وان كان باب الدار مفتوحا ، وباب البيت مغلقا قطع ، لأن المال محرز بالبيت دون الدار ، وان كان باب البيت مفتوحا وباب الدار مفتوحا لم يقطع ، لأن المال غير محرز ، وان كان باب البيت مغلقا وباب الدار مغلقا ففيه وجهان احدهما : انه يقطع لأن البيت حرز لما فيه ، فقطع كما لو كان باب الدار مفتوحا ، والثانى : انه لا يقطع لأن البيت المغلق فى دار مغلقة حرز فى حرز فلم يقطع بالاخراج من احدهما ، كما لو كان فى بيت مقفل صندوق مقفل فاخرج المال من الصندوق ولم يخرجه من البيت .

الشرح لا يجب القطع على السارق حتى تنفصل جميع العين المسروقة عن جميع الحرز بفعل السارق أو بسبب فعله ، فان نبش قبرا فأخرج كفنا من اللحد ولم يخرجه عن باقى القبر ثم خرج وتركه أو نقب حرزا ودخل وقبض المال فى الحرز ولم يخرج به لم يجب عليه القطع ، لأنه لم يخرجه عن حرزه ، ولكنه يجب عليه ضمانه لحصول القبض منه ، وان أخذ طرف جذع أو طرف عمامة أو ثوب من حرز ، فأخرج بعضه عن الحرز فحدث صراخ قبل انفصال جميع الجذع أو العمامة أو الثوب عن جميع الحرز ، لم يجب عليه القطع ، وان كان قد أخرج من الحرز ما يساوى نصابا لأن بعض العين لا ينفرد عن بعض ، ولهذا لو كان على رأسه عمامة وطرفها على نجاسة فصلى فيها لم تصح صلاته • قال القاضى أبو الطيب : وكذلك اذا أخذ طرفا فى العين والطرف الآخر فى يد صاحبها لم يضمنوا لأنه لم يزل يد المالك عن جميع العين ، وان أخرج نصابا من الحرز ثم رده إليه لم يسقط عنه القطع • وقال أبو حنيفة : يسقط ، دليلنا أن القطع وجب بالاخراج فلم يسقط بالرد •

فرع وان اشترك اثنان فى نقب حرز ، ودخل أحدهما الحرز وأخذ المال وأخرج يده من جميع الحرز بالمال وناوله الآخر أو رمى بالمال من الحرز وأخذه فان الضمان يجب عليهما ، وأما القطع قال ابن مسعود رضى الله عنه فانه يجب على الخارج لاخراجه المال من الحرز ولا يجب على الداخل لأنه لم يخرج المال من الحرز • وان اشترك اثنان فى نقب حرز فدخل أحدهما وأخذ نصابين وتركهما على بعض النقب وتناولهما الآخر من خارج الحرز فحكى أصحابنا العراقيون فيها قولين ، وحكاهما المسعودى وجهين أحدهما : يجب عليهما القطع لأنهما اشتراكا فى النقب واخراج المال فلزمهما القطع كما لو نقبا معا ودخلا لم يخرج المال من كمال الحرز فلم يجب عليهما القطع كما لو دخل أحدهما وأخرج المال الى قرب النقب ولم يخرجه ومضى وتركه ، وان نقب أحدهما الحرز وحده ودخل الآخر وأخذ المال ففيه طريقان من أصحابنا من قال : فيه قولان كالتى قبلها ، لأن السرقة تمت فهى كالأولة ، ومنهم من قال : لا يجب عليهما القطع ها هنا قولا واحدا لأن فى

الأولة اشتركا فى النقب واخراج المال من الحرز وهاهنا لم يشتركا فى ذلك ، وانما انفرد أحدهما بالنقب والآخر باخراج المال ، وان نقب أحدهما الحرز فدخل فأخذ المال ورمى به من داخل الحرز الى خارجه وخرج ليأخذه وقد أخذه سارق آخر فمن أصحابنا الخراسانيين من قال : هو كما لو اشتركا فى النقب ، وأخرج أحدهما المال الى بعض النقب وأخذه الآخر ووجه الشبهة بينهما ان الرامى لم يناول المسروق بعد اخراجه اياه من الحرز كما أن من أخرج المتاع الى بعض النقب لم يتناوله مخرجا وقال أصحابنا العراقيون وبعض الخراسانيين : يجب القطع ها هنا على الذى رمى المال قولا واحدا لأنه أخرج المال من جميع الحرز فوجب عليه القطع كما لو أخرج وأخذ وغصب منه .

اذا ثبت هذا فاختلف أصحابنا الخراسانيون فى كيفية اشتراكهما فى نقب الحرز الذى يختلف به الحكم فى السارقين على ما مضى ، فمنهم من قال : لا يكونان مشتركين الا بأن يأخذا آلة واحدة بأيديهما ويقطعا بها الحرز معا ، فأما اذا نقب كل واحد منهما بعض الحرز بآلة منفردا بها فلا يكونان مشتركين فى النقب ، كما لو أخذ كل واحد منهما آلة وقطع بها جانبا من العضو وأبانها الآخر ، لا قود على أحدهما فى العضو ، ومنهم من قال : يصيران فى النقب اذا أخذا آلة بأيديهما ونقبا بها الحرز معا كما مضى ، ويصيران شريكين أيضا اذا أخذ كل واحد منهما آلة وانفرد بنقب بعض الحرز ، وهو الأصح ، لأنهما قد اشتركا فى نقب الحرز ، فهو كما لو اشتركا بنقبه فى آلة معا .

فرع وان حمل أعمى مقعدا وأدخله حرزا فكان المقعد يدل الأعمى على المال ، فأخذ منه ما يساوى نصابا ــ ففيه وجهان ، أحدهما : يجب عليهما القطع ، لأن المال لم يخرج الا بهما ، فهو كما لو اشتركا فى اخراجه بالمباشرة . والثانى : لا يجب القطع الا على الأعمى وهو الأصح ، لأنه هو المباشر لاخراجه .

مسألة اذا أخرج السارق المتاع من البيت الى فناء الدار وهو

الصحن نظرت ــ فان كان الفناء مشتركا بين سكان الدار وجب القطع على السارق ، سواء كان باب الدار مغلقا أو مفتوحا ، لأن ما فى البيت انما هو محرز بالبيت لا بباب الدار ، وان كانت الدار جميعـا لواحد ففيه أربع مسائل :

(الأولى) أن يكون باب البيت الذى أخرج منه المتاع أو باب الشقة مفتوحا ، وباب الدار أو باب العمارة مغلقا فلا يجب القطع ها هنا ، لأن ما فى البيت محرز بباب الدار دون باب البيت ، ولم يخرج المال عن حرزه .

(الثانية) أن يكون باب البيت مغلقـا وباب الدار مفتـوحا ، فيجب القطع ، لأن ما فى الشقة أو البيت محرز بباب البيت لا بباب العمارة ، وقد أخرج المال عن حرزه .

(الثالثة) أن يكون باب البيت مفتوحا ، وباب العمارة مفتوحا فلا يجب القطع ، لأن المال غير محرز .

(الرابعة) أن يكون باب البيت أو الشقة مغلقا وباب العمارة مغلقا ، ففيه وجهان ، أحدهما : يجب عليه القطع ، لأن المال محرز بباب الشقة ، فاذا أخرج منها وجب عليه القطع ، كما لو أخرجه من الدار الى السكة ، أو من العمارة الى الشارع . والثانى : لا يجب عليه القطع وهو الأصح ، لأن المال محرز بباب الشقة وباب العمارة ، ولم يخرج المـال من كمـال الحرز ، فلم يجب عليه القطع كما لو كان المتاع فى صندوق مقفل فى الشقة فأخرجه من الصندوق الى الشقة . هـذا نقل أصحابنا العراقيين ، وقال الخراسانيون : ان كان لرجل بيت فى دار له فأخرج السارق المتاع من البيت الى الدار ، وكان باب البيت مفتوحا ، وباب الدار مفتوحا ففيه وجهان ، أحدهما : يجب عليه القطع لأن المتاع أحرز بالبابين جميعا ، فما لم يخرج منهما لم يكمل الاخراج ، وان كان فى الوكالة أو الخان أو الرباط أو الفندق أو فى عمارة يسكنها جماعة بالكراء ، لكل واحـد بيت ، وكانت أبواب البيوت مغلقة ، وباب الخان مغلقا ، فسرق سارق من ساحة الخـان شيئا حرز فى الصحن ، أو خارجه ــ فان لم يكن للسارق بيت فى الخـان

منه قطع السارق ، وان كان له بيت فى الخان لم يقطع لأنه سرق ما هو غير محرز عنه ، وان كان المتاع فى بعض بيوت الخان أو الفندق فأخرجه من لا بيت له أو لا غرفة له فى الفندق من غرفة مغلقة الى فناء الفندق ، والفندق مغلق الباب ــ فهل يقطع ؟ فيه وجهان على ما مضى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان سرق الضيف من مال المضيف نظرت فان سرقه من مال لم يحرزه عنه لم يقطع لما روى أبو الزبير عن جابر قال : (أضاف رجل رجلا فانزله فى مشربة له فوجد متاعا له قد اختانه فيه فاتى به ابا بكر رضى الله عنه فقال : خل عنه فليس بسارق وانما هى امانة اختانها) ولأنه غير محرز عنه فلم يقطع فيه ، وان سرقه من بيت مقفل قطع لما روى محمد بن حاطب او الحارث : (أن رجلا قدم المدينة فكان يكثر الصلاة فى المسجد وهو اقطع اليد والرجل فقال له أبو بكر رضى الله عنه : ما ليلك بليل سارق . فلبثوا ما شاء الله ففقدوا حليا لهم فجعل الرجل يدعو على من سرق أهل هذا البيت الصالح فمر رجل بصائغ فراى عنده حليا فقال : ما اشبه هذا الحلى بحلى آل ابى بكر فقال للصائغ : ممن اشتريته ؟ فقال : من ضيف أبى بكر فاخذ فاقر فجعل أبو بكر رضى الله عنه يبكى فقالوا : ما يبكيك من رجل سرق ؟ فقال : ابكى لفرته بالله تعالى فامر به فقطعت يده) ولأن البيت المغلق حرز لما فيه فقطع بالسرقة منه) .

الشرح خبر أبى الزبير عن جابر قال فى تلخيص الحبير : لا أعرفه : وأخرج أحمد وأصحاب السنن والحاكم وابن حبان والبيهقى والدارقطنى من حديث أبى الزبير وجابر مرفوعا : « ليس على الخائن ولا على المختلس ولا على المنتهب قطع » أما خبر الرجل الذى قدم المدينة فقد أخرجه مالك والشافعى عنه عن عبد الرحمن بن القاسم عا أبيه أن رجلا من أهل اليمن أقطع اليد والرجل وأخرجه الدارقطنى ثنا يعقوب بن ابراهيم البزاز نا الحسن بن عرفة نا اسماعيل بن علية عن أيوب عن نافع « أن رجلا أقطع اليد والرجل نزل على أبى بكر الصديق فكان يصلى من الليل ، فقال له أبو بكر : ما ليله بليل سارق ، من قطعك ؟ قال : يعلى بن أمية ظلما فقال له أبو بكر : لأكتبن اليه ، وتوعده ، فبينا هم كذلك اذ فقدوا حليا لأسماء بنت عميس . قال : فجعل يقول : اللهم أظهر على صاحبه قال :

فوجد عند صائغ فألجىء حتى ألجىء الى الأقطع فقال أبو بكر : والله لغرته بالله كانت أشد على مما صنع ، اقطعوا رجله ، فقال عمر : بل نقطع يده كما قال الله عز وجل . قال : دونك » .

وأخرجه الدارقطني عن عائشة رضي الله عنها قالت : « كان رجل أسود يأتي أبا بكر فيدنيه ويقرئه القرآن حتى بعث ساعيا أو قال : سرية ، فقال : أرسلني معه قال : بل تمكث عندنا فأبى فأرسله معه ، واستوصاه به خيرا ، فلم يغبر عنه الا قليلا حتى جاء قد قطعت يده ، فلما رآه أبو بكر فاضت عيناه : فقال : ما شأنك ؟ قال : ما زدت على أنه كان يولينى شيئا من عمله فخنته فريضة واحدة ، فقطع يدى ، فقال أبو بكر : تجدون الذي قطع هذا يخون أكثر من عشرين فريضة ، والله لئن كنت صادقا لأقيدنك به ، قال : ثم أدناه ، ولم يحول منزلته التى كانت له منه ، قال : فكان الرجل يقوم بالليل فيقرأ ، فاذا سمع أبو بكر صوته قال : يالله لرجل قطع هذا ، قال : فلم يغبر الا قليلا حتى فقد آل أبى بكر حليا لهم ومتاعا فقال أبو بكر : طرق الحي الليلة ، فقام لأقطع فاستقبل القبلة ورفع يده الصحيحة والأخرى التى قطعت ، فقال : اللهم أظهر على من سرقهم أو نحو هذا ، وكان معمر ربما قال : اللهم اظهر على من سرق أهل هذا البيت الصالحين . قال : فما انتصف النهار حتى عثروا على المتاع عنده ، فقال له أبو بكر : ويلك انك لقليل العلم بالله : فأمر به فقطعت رجله ، قال معمر : وأخبرنى أيوب عن نافع عن ابن عمر نحوه ، الا أنه قال : كان اذا سمع أبو بكر صوته من الليل قال : ما ليلك بليل سارق » .

أما اللغات فالمشربة الغرفة وبلغة أهل اليمن الخلوة وهى بضم الراء ، وقد تفتح ، وأما المشربة بالفتح فقط من غير ضم : الموضع الذى يشرب فيه وفى الحديث « ملعون ملعون من أحاط على مشربة » أى امتلاكه ومنع غيره من سقياه وقوله : « لغرته بالله » الغرة بالكسر الغفله والغرة بالضم من الشهر وغيره أوله ، وقد مضى فى الوضوء الكلام على معنى الغرة ، ومضى فى البيوع الكلام على معنى الغرر ومضى معنى الغرغرة فى الجنازة . أما هنا فمن قولك غر الشخص يغر من باب ضرب غرارة بالفتح فهو غار من غر

بالكسر أى جاهل بالأمور غافل عنها ، وما غرك بفلان من باب قتل أى كيف واجترأت عليه ؟ واغتررت به ، ظننت الأمن فلم أتحفظ ، والغرة هنا الغفلة ، وقلة التجربة ، واسم الفاعل غار .

أما الأحكام فانه اذا نزل رجل ضيفا برجل فسرق الضيف من مال صاحب البيت نصابا نظرت ــ فان سرق متاعا من البيت الذى أنزل فيه ، أو من موضع غير محرز عنه ــ لم يقطع ، لما روى أبو الزبير عن جابر أنه قال : « أضاف رجل رجلا فأنزله فى مشربة له فوجد متاعا له قد اختانه ، فأتى به أبا بكر فقال له : « خل عنه فليس بسارق ، وانما هى أمانة اختانها » ولأنه غير محرز عنه فلم يقطع فيه كما لو أخذ الوديعة التى عنده ، وان سرق من موضع محرز عنه قطع ، وقال أبو حنيفة : لا يقطع دليلنا أنه سرق نصابا لا شبهة له فيه محرز عنه فقطع كغير الضيف ، وعلى هذا يحمل أن رجلا مقطوع اليد والرجل قدم المدينة ، ونزل بأبى بكر رضى الله عنه فكان يكثر الصلاة فى المسجد ، فقال أبو بكر رضى الله عنه : ما ليلك بليل سارق ، فلبثوا ما شاء الله ففقدوا حليا لهم فجعل الرجل يدعو على من سرق هذا البيت الصالح ، فمر رجل بصائغ فى المدينة فرأى عنده حليا ، فقال : ما أشبه هذا بحلى آل أبى بكر ، فقال للصائغ : ممن اشتريته ؟ فقال : من ضيف أبى بكر رضى الله عنه فأخذوا ذلك الرجل فأقر أنه سرقه ، فبكى أبو بكر رضى الله عنه فقيل له : ما يبكيك من رجل سرق ؟ فقال : أبكى لغرته بالله ، ثم أمر فقطعت يده » ولم يأمر بقطعه الا أنه كان محرزا عنه ، بدليل الخبر الأول عنه هكذا أفاده المصنف والعمرانى وغيرهما من الأصحاب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ولا يجب القطع بسرقة ما ليس بمال كالكلب والخنزير والحمر والسرجين سواء سرقه من مسلم أو من ذمى لأن القطع جعل لصيانة الأموال وهذه الأشياء ليست بمال فان سرق اناء يساوى نصابا فيه خمر ففيه وجهان (احدهما) انه لا يقطع لأن ما فيه يجب اراقته ولا يجوز اقراره فيه (والثانى) انه يقطع لأن سقوط القطع فيما فيه لا يوجب سقوط القطع فيه كما لو سرق اناء فيه بول .**

فصـــل وان سرق صنما أو بربطا أو مزمارا فان كان اذا فصل لم يصلح لغير معصية لم يقطع ، لأنه لا قيمة لما فيه من التأليف . وان كان اذا فصل يصلح لمنفعة مباحة ، ففيه ثلاثة أوجه أحدها : أنه يقطع لأنه مال يقوم على متلفه ، والثانى : أنه لا يقطع ، لأنه آلة معصية فلم يقطع بسرقته كالخمر ، والثالث وهو قول أبى على ابن أبى هريرة رحمه الله : أنه ان أخرجه مفصلا قطع ، لزوال المعصية ، وان أخرجه غير مفصـل لم يقطع ، لبقـاء المعصـية ، وان سرق أوانى الذهب والفضـة قطع ، لأنهـا تتخذ للزينـة لا للمعصية .

فصـــل وان سرق حرا صغيرا لم يقطع لأنه ليس بمـال ، وان سرقه وعليه حلى بقدر النصاب ففيه وجهان أحدهما : أنه يقطع لأنه قصـد سرقة ما عليه من المال ، والثانى : أنه لا يقطع ، لأن يده ثابتة على ما عليـه ، ولهذا لو وجد لقيط ومعه مال كان المال له فلم يقطع كما لو سرق جملا وعليه صاحبه ، وان سرق أم ولد نائمة ففيه وجهان أحدهما : أنه يقطع لأنها تضمن باليد فقطع بسرقتها كسائر الأموال . والثانى : أنه لا يقطع لأن معنى المـال فيها ناقص لأنه لا يمكن نقل الملك فيها ، وان سرق عينا موقوفة على غيره ففيه وجهان كالوجهين فى أم الولد ، وأن سرق من غلة وقف على غيره قطع ، لأنه مال يباع ويبتاع ، وان سرق الماء ففيه وجهـان احدهما : أنه يقطع لأنه يبـاع ويبتاع ، والثانى : أنه لا يقطع لأنه لا يقصد الى سرقته لكثرته .

الشرح ليس فى هذه الفصول الثلاثة آثار .

أما اللغات فقد قال ابن بطال فى شرح غريب المهذب : الصنم ما كان على صورة حيوان ، والبربط من آلات اللهو والطرب قيل : انه عود الغناء وقيل غيره . قال فى اللسان : البربط العود أعجمى ليس من ملاهى العرب فأعربته حين سمعت به . وقال فى التهذيب : البربط من ملاهى العجم شبه بصدر البط ، والصدر بالفارسية بر . فقيل : بربط وفى حديث على بن الحسين : (لا قدست أمة فيها البربط) قال : البربط ملهاة تشبه العود فارسي معرب . قال ابن الأثير : أصله بربت فان الضـارب به يضـعه على صدره ، واسم الصدر بر .

فـــرع فان سرق ما ليس بمال كالكلب والخنزير والخمر وجلد الميتة قبل الدباغ لم يجب عليه القطع ، وقال عطاء : ان سرق الخمر والخنزير

من الذمى وجب عليه القطع • دليلنا أن ذلك ليس بمال بدليل أنه لا يجب على متلفه قيمة ؛ فلم يجب به القطع كالميتة • وان سرق اناء يساوى نصابا فيه خمر أو بول ففيه وجهان ، أحدهما : يجب عليه القطع لأنه سرق نصابا ، والثانى : لا يجب عليه القطع ، وبه قال أبو حنيفة لأنها سرقة سقط القطع فى بعضها فسقط فى جميعها • كما لو سرق مالا مشتركا بينه وبين غيره ، والأول أصح لأن سقوط القطع فى الخمر لا يوجب سقوط القطع فى الاناء ، وان سرق قشور الزمان وما أشبهه مما يستهان به فهل يجب به القطع ؟ فيه وجهان ، حكاهما فى الفروع • أحدهما : لا يجب عليه القطع ، لأنه لا يتمول : والثانى : يجب فيه القطع وهو المذهب لأنه مال •

فرع قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ : اذا سرق طنبورا أو مزمارا أو غير ذلك من آلة اللهو — فان كانت قيمته على حاله دينارا ، واذا أزيل تأليفه كانت قيمته أقل من ربع دينار لم يجب عليه القطع • لأن تأليفه محرم لا قيمة له ، وان كان اذا نقص تأليفه وصار خشبا يستعمل فى أشياء تساوى ربع دينار فصاعدا وجب القطع بسرقته ، لأنه سرق ما يساوى ربع دينار ، وكذلك ان كانت قيمته بعد نقضه لمنفعة مباحة ولا تبلغ ربع دينار ، الا أن عليه حلية تبلغ نصابا بنفسها أو تبلغ مع قيمته نصابا وجب بسرقته القطع ، وذكر الشيخ أبو اسحق هنا : ان كان اذا فصل صلح لمنفعة مباحة — وأراد اذا بلغت قيمته نصابا بعد ذلك ، فهل يجب بسرقته القطع ؟ فيه ثلاثة أوجه أحدها : يجب لما تقدم • والثانى : لا يجب بسرقته القطع ، وبه قال أبو حنيفة ، لأنه آلة معصية ، فلم يجب بسرقته القطع كالخمر ، والثالث — وهو قول أبى على ابن أبى هريرة — ان أخرجه مفصلا قطع لزوال المعصية ، وان أخرجه غير مفصل لم يقطع لبقاء المعصية ، وان سرق اناء من ذهب أو فضة — فان كانت قيمته من غير صنعة تبلغ نصابا — وجب بسرقته القطع ، وان سرق صنما من ذهب أو فضة — فان كانت قيمته من غير صنعة تبلغ نصابا — وجب بسرقته القطع ، وان كانت قيمته لا تبلغ نصابا الا بصنعته بنى على القولين ، هل يجوز اتخاذه — فان قلنا : يجوز اتخاذه — وجب بسرقته القطع ، وان قلنا : لا يجوز اتخاذه ، لم يجب

بسرقته القطع ، وان سرق صنما من ذهب أو فضة ــ فان كانت قيمته لا تبلغ نصابا الا بصنعته لم يجب فيه القطع ، لأن صنعته لا حكم لها ، لأنه لا يجوز اتخاذه ، وان كانت قيمته تبلغ نصابا مفصلا فهو كما لو سرق طنبورا أو مزمارا على ما مضى •

مسألة وان سرق عبدا نائما وجب عليه القطع سواء كان صغيرا أو كبيرا ، وان كان العبد مستيقظا نظرت ــ فان كان صغيرا لا يفرق بين طاعة مولاه وبين طاعة غيره ــ وجب عليه القطع ، وان كان كبيرا نظرت ــ فان كان مجنونا أو أعجميا لا يفرق بين طاعة مولاه وطاعة غيره ــ وجب عليه القطع ، وبه قال أبو حنيفة ومالك رحمهما الله وقال أبو يوسف : لا يجب القطع بسرقة الآدمي بحال • دليلنا أنه حيوان مملوك لا يميز فوجب بسرقته القطع كالبهيمة ، وان كان العبد صغيرا مميزا ، أو كبيرا عاقلا مميزا ، لم يجب بسرقته القطع ، لأنه اذا قيل له : تعال الى موضع كذا فذلك خدعة وليس بسرقة • قال المسعودي : الا ان أكرهه على الذهاب به فيجب عليه القطع ، وان سرق أم ولد نائمة أو مجنونة أو أكرهها على طريقة المسعودي يجب عليه القطع ، لأنها مال مقوم بدليل أنه لو أتلفها لوجب عليه قيمتها فهي كالأمة القينة • والثاني : لا يجب عليه القطع لأن معنى المال فيها ناقص بدليل أنه لا يملك نقل ملك الرقبة فيها الى غيره •

فرع وان سرق حرا صغيرا لم يجب عليه القطع ، وبه قال أبو حنيفة • وقال مالك : يجب عليه القطع • دليلنا أنه ليس بمال فلم يجب عليه القطع كالحر الكبير ، وان كان عليه حلي يبلغ نصابا فصاعدا أو معه مال ففيه وجهان أحدهما : يجب عليه القطع لأنه سرق الحلي مع الصبي فوجب عليه القطع كما لو سرق الحلي منفردا والثاني : لا يجب عليه القطع ، وبه قال أكثر أصحابنا وأبو حنيفة ، وهو الأصح ، لأن يد الصبي ثابتة على ما معه من الحلي ، ولهذا لو وجد منبوذا ومعه حلي كان الحلي له ، فلم يجب القطع بسرقته كما لو سرق متاعه ومالكه القائم عليه • اذا ثبت هذا فان حرز العبد الصغير المستيقظ مثل الحر الصغير اذا سرقه مع الحلي ــ وقلنا : يجب عليه القطع ــ فان كان يلعب مع الصبيان بقرب دار

المولى والولى فسرقه سارق من هنالك ـ يجب عليه القطع ، لأن السيد والولى لا ينسبان الى التفريط بتركهما هنالك ، فأما اذا تباعدا عن باب الدار ـ فان دخلا سكة أخرى فسرقها سارق من هنالك ـ لم يجب عليه القطع ، لأن السيد والمولى ينسبان الى التفريط بتركهما هنالك .

فرع وان وقف رجل عينا فسرقها سارق من غير الموقوفة عليهم ـ فان قلنا : ان الملك ينتقل فى الوقف الى الموقوف عليه ـ فهل يجب القطع على سارقها فيه وجهان كالوجهين فيمن سرق أم ولد لغيره نائمة أو مجنونة ، وان قلنا : ان الملك فى الوقف ينتقل الى الله تبارك وتعالى فهل يجب القطع بسرقتها ؟ فيه وجهان أيضا حكاهما الشيخ أبو حامد ، أحدهما : لا يجب فيها القطع لأنها غير مملوكة لآدمى فلم يجب بسرقتها القطع كالصيود ، والثانى : يجب بسرقتها القطع لأنه مال ممنوع من أخذه فوجب بسرقته القطع ، وان لم يكن لم مالك معين كستار الكعبة ، وان وقف نخلا أو شجرا على قوم فسرق سارق من غير أهل الوقف من غلتها ما يساوى نصابا وجب عليه القطع وجها واحدا . لأن ذلك ملك للموقوف عليه فوجب بسرقته القطع .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يقطع فيما له شبهة لقوله عليه السلام : « ادرءوا الحدود بالشبهات » فان سرق مسلم من مال بيت المال لم يقطع لما روى : « أن عاملا لعمر رضى الله عنه كتب اليه يسأله عمن سرق من مال بيت المال ، قال : لا تقطعه ، فما من أحد الا وله فيه حق » وروى الشعبى أن رجلا سرق من بيت المال ، فبلغ عليا كرم الله وجهه فقال : « ان له فيه سهما ، ولم يقطعه » وان سرق ذمى من بيت المال قطع ، لأنه لا حق له فيه ، وان كفن ميت بثوب من بيت المال فسرقه سارق قطع ، لأن بالتكفين به انقطع عنه حق سائر المسلمين ، وان سرق من غلة وقف على المسلمين لم يقطع ، لأن له فيه حقا ، وان سرق فقير من غلة وقف على الفقراء لم يقطع ، لأن له فيه حقا ، وان سرق منها غنى قطع ، لأنه لا حق له فيها .

فصل وان سرق رتاج الكعبة أو باب المسجد او تازيره قطع ،

لما روى عن عمر رضى الله عنه : « انه قطع سارقا سرق قبطية من منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم » ولأنه مال محرز يحرز مثله لا شبهة له فيه . وان سرق مسلم من قناديل المسجد أو من حصره لم يقطع ، لأنه جعل ذلك لمنفعة المسلمين ، وللسارق فيها حق ، وان سرقه ذمى قطع ، لأنه لا حق له فيها .

الشرح الحديث الأول مضى تخريجه فى غير موضع من المجموع بتكمليته وخبر عمر فى سيرة ابن الجوزى والأموال لأبى عبيد ، وخبر على أخرجه سعيد بن منصور كما سيأتى .

اما اللغات فقد قال ابن بطال فى غريب المهذب (قوله : وان سرق رتاج الكعبة) الرتاج الباب لأنه يرتج أى يسد قوله : (سرق قبطية) هى عبارة منسوبة الى القبط ، قال : وهم جنس من العجم بمصر منهم فرعون مصر . قوله : (أو تأزيره) هو تزيين حائطه بألوان الأصباغ وقد يكون بالذهب . ا هـ قلت : والقبط فى مصر قد استعربوا اذ يتكلمون العربية فى مختلف شئونهم وأكثر ترانيمهم فى كنائسهم بالعربية ، ولهم شعراء وأدباء وكتاب من بلغاء العربية وفصحائها ، ولكن لا يبلغون مبلغ النابغين الفحول ، ولم يعرف أحد فيهم بذلك .

اما الأحكام فانه لا يجب القطع بسرقة مال له فيه شبهة لقوله صلى الله عليه وسلم : « ادرءوا الحدود بالشبهات » فان سرق مسلم من مال بيت المال لم يقطع لما روى أن رجلا سرق من بيت المال فكتب بعض عمال عمر رضى الله عنه اليه بذلك فقال : « خلوه لا قطع عليه ما من أحد الا وله فيه حق » وروى أن رجلا سرق من خمس الخمس فرفع الى على رضى الله عنه فلم يقطعه . هذا نقل أصحابنا العراقيين وقال المسعودى : اذا سرق مسلم من بيت المال فهل يجب عليه القطع ؟ فيه وجهان أحدهما : لا يجب عليه القطع لما مضى ، والثانى : يجب عليه القطع ، لأنه مال من جملة الأموال ، قال : والصحيح أنه ينظر فيه ـ فان كان المال الذى سرق منه من مال الصدقات ، والسارق فقير ـ فلا قطع عليه ، ان كان غنيا فهل يجب عليه القطع ؟ فيه وجهان أحدهما : يجب عليه القطع لأنه لا يجوز للامام أن يملك الغنى من مال المصالح شيئا فلا شبهة له فيه ، والثانى : لا يجب عليه القطع

لقول عمر رضى الله عنه : « ما من مسلم الا وله فى بيت المال حق » وقد يصرف هذا المال فى عمارة القناطر والمساجد فيكون للغنى الانتفاع بهـذه المرافق العامة كما ينتفع بها الفقير على السواء . قلت : وبالوجه الأول قال حماد ومالك وابن المنذر لظاهر الكتاب : « والسارق والسارقة ــ الآية » وبالوجه الثانى قال الشعبى والنخعى والحكم والشافعى وأصحاب الرأى وأحمد بن حنبل ، لما رواه ابن ماجه باسناده عن ابن عباس أن عبدا من رقيق الخمس سرق من الخمس فدفع ذلك الى النبى صلى الله عليه وسلم فلم يقطعه ، وقال : « مال الله سرق بعضه بعضا » قال ابن قدامة : « ويروى ذلك عن عمر رضى الله عنه ، وسأل ابن مسعود عمر عمن سرق من بيت المال فقال : أرسله فما من أحد الا وله فى هذا المال حق » .

وقال سعيد بن منصور : حدثنا هشيم أخبرنا مغيرة عن الشعبى عن على رضى الله عنه أنه كان يقول : « ليس على من سرق من بيت المال قطع » .

وان سرق ذمى من بيت المال قطع ، لأنه لا حق له فيه بحال ، وان كفن الامام رجلا بثوب من بيت المال فسرقه سارق وأخذ الكفن قطع ، لأن الامام اذا صرف شيئا من بيت المال فى جهة اختص بها وانتفت الشبهة فيه لسائر الناس .

فرع اذا سرق من مال مشترك بينه وبين غيره فذكر الشيخ أبو حامد الاسفراينى أنه لا يقطع ، لأن له شبهة فى كل جزء ، ولأنه لا يحرز عنه ، وحكى المسعودى فيه قولين أحدهما : لا يقطع لأنه ما من جزء الا وهو مشاع بينهما والثانى : يقطع لأنه مال شركة لا شبهة فيه ، فاذا قلنا بهذا نظر ــ فان كان المال متساوى الأجزاء بحيث يجبر الشريك على قسمته بالقرعة كالدنانير والدراهم والحنطة والشعير ففيه وجهان أحدهما : ان كانت الدنانير بينهما نصفين فسرق نصف دينار قطع ، لأنه يتحقق أن ربع دينار ملك للشريك خاصة ، والثانى : لا يقطع بهذا ولكن يجمع حقه مما سرق ــ فان كان المشترك دينارين ــ لم يقطع الا بأن يسرق دينارا وربعا ، ولا يقطع اذا سرق دينارا ، لأن الدينار حقه ، والدنانير متماثلة الأجزاء ، واذا امتنع

أحد الشريكين من القسمة فللآخر أن يأخذ نصيب نفسه فيجعل هذا السارق كأنه سرق نصيب نفسه ، وان كان المال المشترك غير متساوى الأجزاء كالثياب ونحوها فانه يقطع اذا سرق ما يساوى نصف دينار ، والفرق بينهما أن المال اذا كان متساوى الأجزاء وأخذ دينارا وله فى جملة المال دينار صار كأنه أخذ مال نفسه ، واذا كان متفاوت الأجزاء فلا يجوز له أخذ شىء منه بحال الا باذن شريكه ، فاذا سرق ما يساوى نصف دينار جعل سارقا لربع دينار فقطع . وان سرق السيد من مال من نصفه حر ونصفه عبد له نظر — فان سرق من المال الذى له بنصف الحر ، وقد أخذ السيد نصيبه منه — قال القفال : لم يقطع ، لأن له شبهة فى ذلك المال ، لأن المال انما يكون فى الحقيقة لجميع البدن ، ونصف بدنه له ، فهو كسرقة مال ولده ، وقال أبو على السنجى : يجب عليه القطع ، لأنه لا شبهة له فى هذا المال لأن العبد يملكه بنصفه الحر ملكا تاما ، ولهذا يجب عليه فيه الزكاة ويورث عنه على الصحيح .

فرع وان سرق انسان من غلة وقف على الناس لم يقطع لأنه من الناس ، وان كان الوقف على الفقراء والمساكين فسرق من غلته فقير أو مسكين لم يقطع ، لأنه من أهل الوقف ، وان سرق منها غنى قطع ، لأنه ليس من أهل الوقف . فكل من كان من جماعة أو فئة — وقف شىء من الأعيان أو الريع لمصلحتها فسرق منه نصابا فأكثر لا قطع عليه وبهذا قال الفقهاء كافة قال ابن قدامة فى المغنى :

« فان قيل : فقد قلتم لا يقطع بالسرقة من بيت المال من غير تفريق بين غنى وفقير ، فلم فرقتم ها هنا ؟

قلنا : لأن للغنى فى بيت المال حقا ، ولهذا قال عمر رضى الله عنه : ما من أحد الا وله فى هذا المال حق بخلاف وقف المساكين فانه لا حق للغنى فيه » اهـ .

فرع وان سرق ستارة الكعبة فنص الشافعى رحمه الله أنه يجب عليه القطع وقال أبو حنيفة : لا يجب عليه القطع ، دليلنا ما روى أن

رجلا سرق قبطية من منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم فقطعه عثمان رضى الله عنه ومثل هذا لا يخفى على الصحابة رضى الله عنهم ، ولم ينكر عليه أحد ، فدل على أنه اجماع ، ولأن ستارة الكعبة تراد للزينة ، واحرازها نصبها عليها ، فاذا سرقها سارق فقد سرق نصابا لا شبهة له فيه من حرز مثله ، فوجب عليه القطع كسائر الأموال .

قال أصحابنا : وعلى قياس هذا ان سرق سارية من سوارى المسجد أو سرق سقف المسجد أو بابه أو فصل نقوشه عنه وسرقها وجب عليه القطع ، لأن ذلك يراد لحفظ المسجد وزينته فهو كستارة الكعبة ، وان سرق مسلم من قناديل المسجد أو حصره لم يجب عليه القطع ، لأن له أن ينتفع بها فكان ذلك شبهة فى سقوط القطع عنه بسرقتها ، وقال ابن قدامة : وان سرق باب مسجد منصوب أو باب الكعبة المنصوب ، أو سرق من سقفه شيئا أو تآزيره ففيه وجهان ، أحدهما : عليه القطع وهو مذهب الشافعى وأبى القاسم صاحب مالك وأبى ثور وابن المنذر ، لأنه سرق نصابا محرزا بحرز مثله لا شبهة له فيه ، فلزمه القطع كباب بيت الآدمى ، والثانى : لا قطع عليه ، وهو قول أصحاب الرأى ، لأنه لا مالك له من المخلوقين ، فلا قطع فيه كحصر المسجد وقناديله فانه لا يقطع بسرقة ذلك وجها واحدا ، لكونه مما ينتفع به ، فيكون له فيه شبهة فلم يقطع به كالسرقة من بيت المال ، وقال أحمد : لا يقطع بسرقة ستارة الكعبة الخارجة منها ، وقال القاضى أبو بكر — وهو من أصحاب أحمد أيضا — : هذا محمول على ما ليست بمخيطة لأنها انما تحرز بخياطتها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ومن سرق من ولده أو ولد ولده وان سفل ، أو من أبيه أو من جده وان علا لم يقطع ، وقال أبو ثور : يقطع لقوله عز وجل : « والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما » فعم ولم يخص وهذا خطأ لقوله عليه السلام : « ادرءوا الحدود بالشبهات » وللأب شبهة فى مال الابن ، وللابن شبهة فى مال الأب ، لأنه جعل ماله كما له فى استحقاق النفقة ورد الشهادة فيه ، والآية تخصها بما ذكرناه ، ومن سرق ممن سواهما من الأقارب قطع لأنه

لا شبهة له فى ماله ، ولا يقطع العبد بسرقة مال مولاه ، وقال ابو ثور : يقطع لعموم الآية وهذا خطا ، لما روى السائب بن يزيد أنه حضر عمر بن الخطاب رضى الله عنه وقد جاءه عبد الله بن عمرو الحضرى فقال : ((ان غلامى هذا سرق فاقطع يده ، فقال عمر : ما سرق ؟ فقال : مرآة امرأتى ، فقال له : أرسله ، خادمكم أخذ متاعكم ولكن لو سرق من غيركم قطع)) ولأن يده كيد المولى ، بدليل انه لو كان بيده مال فادعاه رجل كان القول فيه قول المولى ، فيصير كما لو نقل ماله من زاوية داره الى زاوية أخرى ، ولأن له فى ماله شبهة فى استحقاق النفقة فلم يقطع كالأب والابن ، وان سرق من غيره قطع لقول عمر رضى الله عنه ، ولأنه لا شبهة له فى مال غيره ، وان سرق أحد الزوجين من الآخر ما هو محرز عنه ففيه ثلاثة أقوال أحدها انه يقطع لأن النكاح عقد على المنفعة فلا يسقط القطع فى السرقة كالاجارة ، والثانى : أنه لا يقطع لأن الزوجة تستحق النفقة على الزوج ، والزوج يملك أن يحجر عليها ويمنعها من التصرف ، على قول بعض الفقهاء ، فصار ذلك شبهة ، والثالث : انه يقطع الزوج بسرقة مال الزوجة ، ولا تقطع الزوجة بسرقة مال الزوج ، لأن للزوجة حقا فى مال الزوج بالنفقة ، وليس للزوج حق فى مالها ، ومن لا يقطع من الزوجين بسرقة مال الآخر لا يقطع عبده بسرقة ماله ، لقول عمر رضى الله عنه فى سرقة غلام الحضرمى الذى سرق مرآة امرأته : ((أرسله فلا قطع عليه ، خادمكم أخذ متاعكم)) ولأن يد عبده كيده ، فكانت سرقته من ماله كسرقته .

فصل وان كان له على رجل دين فسرق من ماله ـ فان كان جاحدا له ، أو مماطلا له ـ لم يقطع لأن له أن يتوصل الى اخذه بدينه ، وان كان مقرا مليا قطع ، لأنه لا شبهة له فى سرقته ، وان غصب مالا فأحرزه فى بيت فنقب المغصوب منه البيت وسرق مع ماله نصابا من مال الغاصب ، ففيه ثلاثة أوجه ، أحدها : أنه لا يقطع لأنه هتك حرزا كان له هتكه لأخذ ماله ، والثانى : أنه يقطع لأنه لما سرق مال الغاصب علم أنه قصد سرقة مال الغاصب ، والثالث : انه ان كان ما سرقه متميزا عن ماله قطع ، لأنه لا شبهة له فى سرقته ، وان كان مختلطا بماله لم يقطع ، لأنه لا يتميز ما يجب فيه القطع مما لا يجب فيه ، فلم يقطع وان سرق الطعام عام المجاعة نظرت ـ فان كان الطعام موجودا ـ قطع ، لأنه غير محتاج الى سرقته ، وان كان معدوما لم يقطع ، لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : ((لا قطع فى عام المجاعة أو السنة)) ولأن له ان يأخذه فلم يقطع فيه .

فصل وان نقب المؤجر الدار المستأجرة وسرق منها مالا للمستأجر قطع ، لأنه لا شبهة له فى ماله ، ولا فى هتك حرزه ، وان نقب المعير الدار المستعارة وسرق منها مالا للمستعير ففيه وجهان أحدهما : انه لا يقطع ،

لأن له أن يرجع فى العارية ، فجعل النقب رجوعا . والثانى هو المنصوص : أنه يقطع لأنه احرز ماله بحرز بحق فاشبه اذا نقب المؤجر الدار المستأجرة وسرق مال المستأجر . وان غصب رجل مالا أو سرقه وأحرزه فجاء سارق فسرقه ففيه وجهان احدهما : أنه لا يقطع ، لأنه حرز لم يرضه مالكه . والثانى : انه يقطع لأنه سرق مالا شبهة له فيه من حرز مثله .

الشرح حديث ادرءوا الحدود مضى تخريجه فى شتى كتب المجموع لنا ولسلفينا رحمهما الله وايانا .

وخبر عمر رواه سعيد بن منصور باسناده عن السائب بن يزيد قال : « شهدت عمر بن الخطاب ــ وقد جاءه عبد الله بن عمرو الحضرمى بغلام له فقال : ان غلامى هذا سرق فاقطع يده . فقال عمر : ما سرق ؟ قال : سرق مرآة امرأتى ثمنها ستون درهما . فقال : أرسله لا قطع عليه خادمكم أخذ متاعكم » وفى لفظ : « مالكم سرق بعضه بعضا ، لا قطع عليه » وروى عبد الله بن مسعود رضى الله عنه : « أن رجلا جاءه فقال : عبد لى سرق قباء لعبد لى آخر ، فقال : لا قطع ، مالك سرق مالك » .

أما عبد الله بن عمرو الحضرمى فقد ولد فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم وهو من الطبقة الثانية ، روى عن عمر وروى عنه السائب بن يزيد ، وقال الحافظ ابن حجر فى تهذيب التهذيب : ان أبا مصعب الزهرى قال : حدثنا مالك عن ابن شهاب عن السائب بن يزيد أن عبد الله بن عمرو الحضرمى جاء بغلام الى عمر فقال له : اقطع يد هذا فانه سرق مرآة امرأتى ثمنها ستون درهما فقال له عمر : أرسله لا قطع عليه : خادمكم سرق متاعكم وقال ابن عيينة عن الزهرى عن السائب بن يزيد عن عبد الله بن عمرو الحضرمى فذكره فقال فى هذه : عن عبد الله ولم يقل أن عبد الله .

اما الأحكام فانه اذا سرق الوالد من مال ولده وان سفل من قبل البنين أو البنات لم يجب عليه القطع ، وكذلك ان سرق الولد من مال أحد آبائه وأمهاته وان علوا لم يجب عليه القطع . قال الشيخ أبو حامد : وهو اجماع ، وحكى الشيخ أبو اسحاق هنا فى المهذب وابن الصباغ فى الشامل وابن قدامة فى المغنى أن أبا ثور قال : يجب القطع على جميعهم لعموم

الآية ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : « أنت ومالك لأبيك ، ان أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم » أخرجه ابن حبان عن عائشة وأحمد فى مسنده والطحاوى فى شرح معانى الآثار عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . فأخبر أن مال الولد للوالد فلم يجب عليه القطع بسرقته ، كما لو أخذ مال نفسه ، واذا ثبت ذلك فى الوالد ثبت فى الولد ، لأن لكل واحد منهما شبهة فى مال الآخر فى وجوب النفقة عليه ، وأما الآية فمخصوصة لما ذكرناه ، وبهذا قال الحسن وأحمد واسحاق والثورى وأصحاب الرأى ، وخالف من أصحاب أحمد الامام الخرقى فى متنه المعروف ، الذى شرحه ابن قدامة بكتابه المغنى حيث قال فى هذا الشرح : وظاهر قول الخرقى أن الولد يقطع لأنه لم يذكره فيمن لا قطع عليه ، وهو قول مالك وأبى ثور وابن المنذر لظاهر الكتاب ، ولأنه يحد بالزنا بجاريته ، ويقاد بقتله ، فيقطع بسرقة ماله كالأجنبى . دليلنا كما قلنا أن بينهما قرابة تمنع قبول شهادة أحدهما للآخر ، فلم يقطع بسرقة ماله كالأب ، ولأن النفقة تجب فى مال الأب لابنه حفظا له ، فلا يجوز اتلافه حفظا للمال ، وأما الزنا بجاريته فيجب به الحد ، لأنه لا شبهة له فيها بخلاف المال .

فـــرع فى سرقة الولد مال أبيه .

ولا يقطع الولد وان سفل ان سرق من مال أبيه وان علا وبه قال أبو حنيفة وأحمد لأن بينهما قرابة تجعل لأحدهما حقا فى مال الآخر ، يستوفى أحيانا من غير قضاء ، فكان ثبوت ذلك الحق شبهة مسقطة للحد وقال مالك وأبو ثور : انه يقطع لعموم النص القرآنى ، ولأن هذه القرابة لا تمنع اقامة الحدود ، فانه لو زنى بجارية أبيه أو جده أقيم عليه الحد .

دليلنا على أصحاب هذا القول أن هناك فرقا بين الحكمين اذ القرابة التى توجب حقوقا مالية أوجدت شبهة فى السرقة ، وهذه القرابة لا أثر لها فى الزنا بل ربما غلظته وجعلته أفحش وأشد حيث زنى بجليله أبيه .

وبالجملة فان الشرع لا يتشوف لاقامة حد القطع وانما يضيق من أسباب تطبيقه ويتلمس اذا كان للسارق نوع حق فى المال المسروق ولو كان

ضعيفا ، لأنه ـ وان كان ضعيفا ـ فانه يوجد الشبهة وان كان لا يوجد ملكا ، ولذا قالوا : اذا سرق مسكين مال وقف كان موقوفا على الفقراء والمساكين فانه لا يقطع ، لأن الوقف على الفقراء يجعل للفقير والمسكين حقا فيه وان كان ضعيفا ، وهو كاف فى درء الحد بوجود الشبهة ، وقد جرى مثل هذا الخلاف فى السرقة بين ذوى الأرحام .

فـــرع اذا سرق أحد الزوجين من مال الآخر نصابا نظرت ـ فان سرق من مال غير محرز عنه لم يجب عليه القطع ، وان سرق من مال محرز فقد قال الشافعى رضى الله عنه فى موضع : لا يجب عليهما القطـع ، وقال فى موضع : يجب عليهما القطع ، واختلف أصحابنا فى ترتيب المذهب فيهما فقال الشيخ أبو حامد الاسفراينى : فيه طريقان ، أحدهما : أنها على حالين ، فالموضع الذى قال : لا يجب عليهما القطع أراد اذا كان مال كل واحد منهما مختلطا بمال الآخر ، لأنه غير محرز عنه ، والموضع الذى قال : يجب عليهما القطع أراد اذا كان مال كل واحد منهما منفردا عن مال الآخر محرزا عنه ، والطريق الثانى : ان كان مال أحدهما مختلطا بمال الآخر فلا يجب على أحدهما القطع بسرقة ذلك قولا واحدا ، لأنه غير محرز عنه ، وان كان مال أحدهما منفردا عن مال الآخر فلا يجب على أحدهما القطـع بسرقة ذلك قولا واحدا ، لأنه غير محرز عنه . وان كان مال أحدهما منفردا عن مال الآخر محرزا عنه ففيه قولان وهو الأصح ، أحدهما : لا يجب عليهما القطع ـ وهو قول أبى حنيفة لأن من لم يقطع عبدا بسرقة ماله لم يقطـع سيده بسرقته . وقد روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال فى غلام الحضرمى الذى سرق مرآة امرأة : « أرسله فلا قطع عليه ، خادمكم سرق متاعكم » ولأن لكل واحد من الزوجين شبهة فى مال الآخر ، أما الزوجة فلاستحقاقها النفقة من مال الزوج ، وأما الزوج فلأنه يملك الحجر عليها ومنعهـا من تصرفها فى مالها على قول بعض الفقهاء ، ولأن العادة أن كل واحد منهمـا لا يحرز ماله عن الآخر ، وان فعل ذلك كان نادرا ، فألحق النادر بالغالب .

والثانى : يجب عليهما القطع وهو الصحيح لعموم الآية والخبر . ولأن

الزوجية عقد تستباح به المنفعة فلم يؤثر فى اسقاط القطع كالاجارة ، وما ذكر من رواية عمر رضى الله عنه فيحمل على أنه سرق من موضع ليس بمحرز عنه •

والثالث : يجب القطع على الزوج بسرقة مال الزوجة ، لأنه لا يستحق حقا فى مالها ، ولا يجب القطع على الزوجة بسرقة مال الزوج • وذكر القاضى أبو الطيب فى التعليقة ، والشيخ أبو اسحاق هنا فى المهذب أنه اذا سرق أحد الزوجين ما مال الآخر ما هو محرز عنه ففيه ثلاثة أقوال ، أحدها : يجب عليهما القطع ، والثانى : لا يجب عليهما القطع لما ذكرناه ، والثالث : يجب القطع على الزوج بسرقة مال الزوجة ، لأنه لا يستحق حقا فى مالها ، ولا يجب القطع على الزوجة بسرقة مال الزوج لأنها تستحق حقا فى ماله ، فاذا قلنا : لا يقطع أحدهما بسرقة مال الآخر لم يقطع عبد أحدهما بسرقة مال الآخر لما رويناه من حديث عمر رضى الله عنه • واذا قلنا : يقطع أحدهما بسرقة مال الآخر قطع عبد أحدهما بسرقة مال الآخر ، وعن أحمد روايتان فيمن سرق منهما صاحبه ما أحرزه عنه ، احداهما : لا قطع ، وهو اختيار أبى بكر من أصحابه ومذهب أبى حنيفة كما قلنا ، والثانية : يقطع وهو مذهب مالك وأبى ثور وابن المنذر وهو ظاهر كلام الخرقى من أصحاب أحمد •

وقد اتفق الفقهاء على أنه اذا كان غير محرز عنه فلا قطع ، وان كان محرزا عنه فقد اختلف الفقهاء فى ذلك فقال الشافعى فى أحد قوليه : انه لا قطع لوجود نوع شركة مالية بينهما ، وان لم تكن موجبة للملك ، ولأن الاحراز عن الزوجة أو الزوج مهما يكن لا يمكن أن يكون كاملا ، والحرز يجب أن يكون كاملا ليكون القطع ولتنتفى كل الشبهات ، ولأنه من المأثور عن عمر رضى الله عنه أنه منع قطع الخادم اذا سرق بعض متاع البيت ، فأولى ألا تقطع الزوجة وهى أقرب مودة ورحمة ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد فى احدى روايتيه •

وذهب مالك والثورى والشافعى فى أحد قوليه وأحمد فى احدى روايتيه الى أن أحد الزوجين اذا سرق من مال الآخر وكان المال فى حرز مثله قطع لكمال الحرز ولانفصال الذمة فى الملكية •

وذهب بعض أصحاب مالك الى أنه اذا سرق الزوج زوجته من مال فى حرز مثله يقطع ، واذا سرقت الزوجة لا تقطع ، وليس لهذا التفريق مساغ فقهى ، فهو فى حكم الشاذ .

فـــرع واذا نقب رجلان حرزا لرجل ودخلا وأخذا نصابين وأحدهما ولد صاحب الحرز أو والده ، وجب القطع على الأجنبى منهما ، وان نقب صبى وبالغ حرزا وأخذا نصابين وجب القطع على البالغ الأجنبى ، وقال أبو حنيفة : لا يجب عليهما القطع . دليلنا أنه يجب عليه القطع بانفراده بالسرقة ، فمشاركة الآخر له فى السرقة لا يسقط القطع عنه كما لو سرق شيئين يجب القطع فى أحدهما دون الآخر .

فـــرع اذا سرق السارق الرهن من حرز المرتهن والعدل ، أو سرق العين المستأجرة من حرز المستأجر ، أو العين المودعة من حرز المودع ، أو العين المستعارة من حرز المستعير ، أو المال القراض من حرز العامل ، وجب على السارق القطع ، لأن المالك قد رضى بهذا الحرز حرزا لماله ، الا أن المطالب بالمال أو القطع هو مالك المال دون المرتهن والمستأجر والمودع والمستعير ، لأنه هو المالك للمال ، وان سرق السارق نصابا من حرز مثله فأحرزه فى حرز له فسرقه سارق آخر من حرز هذا السارق فان السارق الأول قد وجب عليه القطع بسرقته ، وأما السارق الثانى فليس للسارق الأول مطالبته برد النصاب اليه ولا بالقطع ، لأنه لا حق له فيه ، وهذا وفاق بيننا وبين أبى حنيفة ، ولمالك النصاب أن يطالب السارق الثانى برده ، وهل يجب عليه القطع لا فيه وجهان ، أحدهما : يجب عليه القطع لأنه سرق نصابا لا شبهة له فيه من حرز مثله فوجب عليه القطع كالسارق الأول . والثانى : لا يجب عليه القطع وهو الصحيح ، لأن مالك النصاب لم يرض بهذا الحرز حرزا لماله ، وان غصب رجل من رجل نصابا وأحرزه فى حرز فسرقه سارق من ذلك الحرز ، فان الغاصب لا قطع عليه ، وليس للغاصب مطالبة السارق برد العين المغصوبة اليه قبل أن يطالبه المالك برد النصاب اليه ، وقال أبو حنيفة : له المطالبة بذلك . دليلنا أنه غير مالك للنصاب فلم يكن له المطالبة برده اليه كالسارق .

اذا ثبت هذا فللمالك مطالبة أيهما شاء برد النصاب ، وهل يجب القطع على السارق من الغاصب ؟ على الوجهين ، وان غصب رجل من رجل شيئا فأحرزه بحرز له فنقب المغصوب منه حرز الغاصب ـ فان أخذ مال نفسه لا غير فلا قطع عليه ، لأنه يستحق أخذه وان أخذ ماله نصابا من مال الغاصب نظرت ـ فان كان مال المغصوب غير مخلوط بمال الغاصب غير مميز عنه ـ قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وأكثر أصحابنا : لم يجب القطع على المغصوب منه وجها واحدا ، لأنه لا يمكنه أخذ مال نفسه الا بأخذ مال الغاصب ، وذلك شبهة له فى أخذ مال الغاصب ، فلم يجب عليه القطع ، وان كان مال الغاصب غير مختلط بمال المغصوب ففيه وجهان ، أحدهما : لا يجب عليه ، لأن له هتك الحرز لأخذ مال نفسه ، فان أخذ مال الغاصب فقد أخذه من حرز مهتوك ، فلم يجب عليه القطع ، والثانى : عليه القطع ، لأنه لما أخذ مال الغاصب علمنا أنه هتك الحرز ليسرق ، فاذا سرق وجب عليه القطع • وذكر الشيخ أبو اسحاق هنا فى المهذب أنه اذا سرق المغصوب من مال الغاصب نصابا مع مال نفسه ففيه ثلاثة أوجه : أحدها : لا يجب عليه القطع : والثانى : يجب عليه القطع لما مضى ، والثالث : أن كان ما سرقه مميزا عن ماله قطع ، لأنه لا شبهة له فى سرقته ، وان كان مختلطا بماله لم يقطع ، لأنه لا يميز ما يجب فيه القطع مما لم يجب فيه القطع ، فعلى قوله فى المال المخلوط وجهان وفى غير المخلوط وجهان •

فـــرع وان كان على رجل دين لرجل ، فنقب من له الدين حرزا لمن عليه الدين وأخذ من ماله قدر دينه وهو نصاب فقد قال الشافعى رضى الله عنه : لا قطع عليه • قال أصحابنا : انما لا يجب عليه القطع اذا كان من عليه الدين مماطلا بما عليه له من الدين ، مانعا له عنه ، لأن له أن يتوصل الى أخذ دينه عند منعه بأى وجه قدر عليه ، وان كان من عليه الدين باذلا له دينه ، وجب عليه القطع ، لأنه لا حاجة به الى هتك الحرز وأخذ ذلك من غير رضا من عليه الدين • قال ابن الصباغ : فان كان الذى عليه الدين غير باذل له دينه فأخذ من له الدين أكثر من دينه كان كالمغصوب منه اذا سرق من مال الغاصب مع مال نفسه على ما ذكرناه ، وأراد كما لو سرق

المغصوب من مال الغاصب نصابا مميزا عن ماله ، فهل يجب عليه القطع ، فيه وجهان .

فرع وان سرق سارق الطعام عام المجاعة نظرت — فان كان الطعام موجودا وانما هو غال — وجب عليه القطع ، لأنه اذا كان موجودا فليس لأحد أخذه بغير اذن مالكه فهو كالطعام فى غير عام المجاعة ، واذا كان الطعام غير موجود ، فلا قطع على من سرق ليأكل لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : « لا قطع فى عام المجاعة » وروى « لا قطع فى عام السنة » وعام القحط سمى عام السنة ، وروى أن مروان أتى بسارق فلم يقطعه وقال : أراه مضطرا . ولأن من اضطر الى طعام غيره فله أن يأخذه ويقاتل صاحبه ، وهذا السارق مضطر اليه فلم يقطع بسرقته .

فرع وان استأجر رجل بيتا وأحرز فيه ماله فنقبه المؤاجر وسرق منه نصابا للمستأجر وجب عليه القطع ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : لا يجب عليه القطع . دليلنا أنه سرق نصابا لا شبهة له فيه من حرز مثله فوجب عليه القطع كما لو سرقه من بيت صاحب المال ، وان أعار رجلا بيتا فأحرز المستعير فيه ماله فنقبه المعير وسرق منه نصابا — قال الشيخان أبو حامد الاسفراينى وأبو اسحاق الشيرازى : فهل يجب عليه القطع ؟ فيه وجهان ، أحدهما : لا يجب عليه القطع ، لأن له الرجوع فى عاريته متى شاء ، فاذا نقب البيت فقد رجع فى عاريته فهتك حرز نفسه فلم يجب عليه القطع بالسرقة منه ، والثانى — وهو المنصوص — أنه يجب عليه القطع ، لأنه لما أعار ملك المستعير احراز ماله فيه ، فاذا سرق منه المعير فقد سرق من حرز حق فوجب عليه القطع ، كما لو أحرزه فى داره ، وقال ابن الصباغ والمسعودي : الوجهان اذا نوى المعير الرجوع فى العارية عند النقب — فأما اذا لم ينو الرجوع عند النقب — قطع وجها واحدا ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا يجب عليه القطع ، وقد مضى الدليل عليهم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان وهب المسروق منه العين المسروقة من السارق ، بعد ما رفع الى السلطان لم يسقط القطع ، لما روى : ((أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر فى سارق رداء صفوان أن تقطع يده ، فقال صفوان : انى لم أرد هذا ، هو عليه صدقة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فهلا قبل أن تأتينى به ؟)) ولأن ما حدث بعد وجوب الحد ولم يوجب شبهة فى الوجوب فلم يؤثر فى الحد ، كما لو زنى وهو عبد فصار حرا قبل أن يحد أو زنى وهو بكر فصار ثيبا قبل أن يحد ، وان سرق عينا قيمتها ربع دينار فنقصت قيمتها قبل ان يقطع لم يسقط القطع لما ذكرناه ، وان ثبتت السرقة بالبينة فأقر المسروق منه بالملك للسارق ، أو قال : كنت أبحته له ، سقط القطع ، لأنه يحتمل ان يكون صادقا فى اقراره ، وذلك شبهة فلم يجب معها الحد ، وان ثبتت السرقة بالبينة فادعى السارق أن المسروق ماله وهبه منه أو أباحه له وأنكر المسروق منه ، ولم يكن للسارق بينة لم يقبل دعواه فى حق المسروق منه ، لأنه خلاف الظاهر ، بل يجب تسليم المال اليه ، وأما القطع فالمنصوص انه لا يجب ، لأنه يجوز ان يكون صادقا وذلك شبهة فمنعت وجوب الحد ، وذكر أبو اسحاق وجها آخر أنه يقطع ، لأنا لو اسقطنا القطع بدعواه افضى الى ان لا يقطع سارق وهذا خطأ لأنه يبطل به اذا ثبت عليه الزنا بامرأة وادعى زوجيتها فانه يسقط الحد ، وان افضى ذلك الى اسقاط حد الزنا ، وان ثبتت السرقة بالبينة والمسروق منه غائب ، فالمنصوص فى السرقة أنه لا يقطع حتى يحضر فيدعى ، وقال فيمن قامت البينة عليه انه زنى بامة ومولاها غائب : ((أنه يحـد ولا ينتظـر حضـور المولى)) فاختلف أصحابنا فيـه على ثلاثة مذاهب ، احدها وهو قول أبى العباس بن سريج رحمه الله : أنه لا يقام عليه الحد فى المسئلتين حتى يحضر ، وما روى فى حد الزنا سهو من الناقل ، وجهه أنه يجوز ان يكون عند الغائب شبهة تسقط الحد ، بأن يقول المسروق منه : كنت أبحته له ، ويقول مولى الأمة : كنت وقفتها عليه ، والحد يدرأ بالشبهة فلا يقام عليه قبل الحضور ، والثانى وهو قول أبى اسحاق : انه ينقل جواب كل واحدة منهما الى الأخرى ، فيكون فى المسئلتين قولان احدهما : أنه لا يحد لجواز ان يكون عند الغائب شبهة ، والثانى : أنه يحد لأنه وجب الحـد فى الظاهر فلا يؤخـر ، والثالث وهو قول أبى الطيب بن سـلمة وأبى حفص ان الوكيل : انه يحد الزانى ، ولا يقطع السارق على ما نص عليه ، لأن حد الزنا لا تمنع الاباحة من وجوبه ، والقطع فى السرقة تمنع الاباحة من وجوبه ، وان ثبتت السرقة والزنا بالاقرار فهو كما لو ثبتت بالبينة فيكون على ما تقـدم من المذاهب ومن أصحابنا ما قال : فيه وجه آخر أنه يقطع السارق ويحـد الزانى فى الاقرار وجها واحدا ، والصحيح انه كالبينة ، واذا قلنا انه ينتظر قدوم الغائب ففيه وجهان احدهما : انه يحبس لأنه قد وجب الحـد وبقى

الاستيفاء ، فحبس كما يحبس من عليه القصاص الى ان يبلغ الصبى ويقدم الغائب ، والثانى : انه ان كان السفر قريبا حبس الى ان يقدم الغائب ، وان كان السفر بعيدا لم يحبس ، لأن فى حبسه اضرارا به ، والحق لله عز وجل فلم يحبس لأجله .

الشرح حديث صفوان بن أمية مضى فى غير موضع من هـذا البـاب .

اما الأحكام فاذا وهب المسروق منه العين المسروقة من السارق أو باعها منه لم يسقط القطع . وجملة ذلك أن السارق اذا ملك العين المسروقة بهبة أو بيع أو غيرهما من أسباب الملك ـ فان ملكها قبل أن يترافعا الى الحاكم والمطالبة بها عنده ـ لم يجب القطـع ، لأن من شرطه المطـالبة بالمسروق ، وبعـد ملكه له لم تصح المطـالبة ، وان ملكها بعد الترافع الى الحاكم لم يسقط القطع وبهـذا قال أحمـد ومالك واسحاق ، وقال أصحاب الرأى : يسقط ، لأنها صارت ملكه فلا يقطع فى عين هى ملكه ، كما لو ملكها قبل المطالبة بهـا : ولأن المطـالبة شرط ، والشروط يعتبر دوامها ، ولم يبق لهذه العين مطالب .

وقال صاحب البيان : وقال قوم من أصحاب الحديث : ان وهبها منه قبل الترافع سقط القطع ، وان وهبها منه بعد الترافع لم يسقط القطع ، وحكى ذلك عن أبى يوسف وابن أبى ليلى اهـ . ولأصحابنا فى توضيح هذه المسألة قولهم : انه اذا وهب المسروق منه العين المسروقة من السارق أو باعها منه لم يسقط القطع . قال أصحابنا : سواء وهبها منه قبل أن يترافعا الى الحاكم أو بعد أن يترافعا فانه لا يسقط القطع قالوا : الا أنه اذا وهبهـا منه أو باعها منه بعد أن ترافعا الى الحـاكم فلا يسقط القطع ويستوفيه الحـاكم منه ، واذا وهبها منه أو باعها منه بعد أن ترافعا الى الحاكم فان القطـع لا يسقط ولكن لا يمكن استيفاؤه منه ، لأن بالهبة والبيع قد سقطت مطالبته له ، والامام لا يقطع السارق الا بمطالبة المسروق منه به . فاذا لم يكن من يطالب بالقطع لم يكن اسـتيفاء القطع ، هذا هو مذهبنا . دليلنـا قوله تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » [1] وقوله صلى الله عليه

(١) الآية ٣٨ من سورة المائدة .

وسلم : « القطع فى ربع دينار » ولم يفرق بين أن يهبها منه أو لا يهبها ، وخبر صفوان حين نام فى المسجد متوسدا رداءه فسرقه رجل فأثبته وصاح به وأتى به النبى صلى الله عليه وسلم فأمر النبى صلى الله عليه وسلم بقطعه فقال صفوان : يا رسول الله ما هذا أردت هو عليه صدقة ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم «هلا كان ذلك قبل أن تأتينا ؟ » وقطعه ، فلو كانت الهبة تسقط القطع لنبه النبى صلى الله عليه وسلم على اتمامها ، وأما قول النبى صلى الله عليه وسلم : « فهلا قبل أن تأتينى به ؟ » فله تأويلان ، أحدهما : أنه أراد : فهلا سترت عليه ولم تأتنى به ، والثانى : أنه أراد : فهلا وهبت له قبل أن تأتينى به : فسقط القطع بسقوط المطالبة ، ولأنه ملك حدث بعد وجوب الحد ، فلم يسقط الحد ، كما لو زنى بأمة ثم اشتراها •

اذا ثبت هذا فان المصنف ذكر أنه اذا وهبها بعد ما رفع الى السلطان لم يسقط القطع ، ولا يجوز أن يقال : انه اذا وهبها منه قبل أن يرفعه الى السلطان سقط القطع لأنه لم يذكر ذلك وليس لكلامه دليل خطاب ، وانما أراد به أنه يسقط الاستيفاء كما قال سائر أصحابنا •

مسألة اذا ادعى رجل على رجل أنه سرق منه نصابا من حرز مثله فأقر المدعى عليه بذلك لزمه غرم النصاب والقطع باقراره مرة ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأكثر أهل العلم ، وقال ابن أبى ليلى وابن شبرمة وأبو يوسف وزفر وأحمد واسحاق : لا يلزمه القطع الا أن يقر بالسرقة مرتين • دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « من أتى من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله • فان من أبدى لنا صفحته أقمنا عليه الحد » ولم يفرق بين أن يقر مرة أو مرتين ، فان رجع عن اقراره سقط عنه القطع وبه قال أكثر أهل العلم ، وقال ابن أبى ليلى وداود : لا يسقط عنه القطع ، وبه قال بعض أصحابنا ، لأنه لا يتعلق به صيانة أموال الآدميين ، والمذهب الأول ، لما روى أبو أمية المخزومى : « أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى بلص فاعترف اعترافا ولم يوجد معه المتاع فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أخالك سرقت قال : بلى مرتين أو ثلاثا قال : فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اقطعوه ثم جيئوا به ، قال : فقطعوه ثم جاءوا به فقال

رسول الله صلى الله عليه وسلم : قل : أستغفر الله وأتوب اليه، فقال : أستغفر الله وأتوب اليه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اللهم تب عليه » أخرجه أبو داود والنسائى وأحمد وليس فى النسائى : « مرتين أو ثلاثا » ورواه ابن ماجه وذكر مرة ثانية فيه قال : « ما أخالك سرقت ، قال : بلى » فى هذا الحديث بحث حول رجل مجهول فيه والصواب ما قاله الحافظ ابن حجر فى بلوغ المرام أن رجاله ثقات ، والشاهد فى هذا الحديث كون القطع يسقط بالرجوع ، ولولا ذلك لما عرض له النبى صلى الله عليه وسلم بالرجوع ، فان قطعت بعض يده ثم رجع ــ فان كانت يده اذا لم يتم قطعها رجى اندمالها ومنفعتها ــ لم يجز قطعها ، وان كانت اذا لم يتم قطعها لم يرج فى تركها منفعة بل يخشى ضررها فالسارق بالخيار بين أن يقطعها ليستريح منها وبين أن يتركها .

اذا ثبت هذا فان المال لا يسقط برجوعه ، هذا نقل أصحابنا العراقيين ، وقال الخراسانيون : هل يسقط المال برجوعه عن اقراره بالسرقة ؟ فيه قولان ، أحدهما : لا يسقط كما لو أقر أنه غصب من غيره عينا ثم رجع ، والثانى : يسقط عنه لأنه اقرار واحد ، فاذا قبلنا رجوعه فيه فى بعض أحكامه قبلنا رجوعه فى الجميع ، وان أقر أنه سرق نصابا لرجل من حرز مثله من غير دعوى فصادقه المقر له وجب عليه ضمان النصاب والقطع ، وان كذبه المقر له أو قال : كنت وهبته له أو أبحته له أو للناس لم يجب القطع ، لأن القطع لا يجب الا بمطالبة المسروق منه ولا مطالبة مع ذلك .

فرع وان ادعى رجل على رجل أنه سرق منه نصابا من حرز مثله وأنكر المدعى عليه فأقام المدعى شاهدين ذكرين وجب عليه النصاب والقطع ، ولا يجب عليه ذلك حتى يبين الشاهدان جنس المال وقدر النصاب وصفة الحرز ، لأن الناس مختلفون فى ذلك فوجب بيانه لينظر الحاكم فيه . قال القاضى أبو الطيب : ويقولان : ولا نعلم أن له شبهة فيه . قال ابن الصباغ : وينبغى أن يكون هذا تأكيدا ، فان الأصل عدم الشبهة ، فاذا قال المشهود عليه : كذب الشاهدان ولم أسرق ، لم نلتفت الى قوله ولم

يسقط القطع • وان قال المشهود عليه : صدق الشاهدان كنت أخذته من حرز مثله ولكنه مال لى غصبه منى ، أو كنت ابتعته منه أو وهبه لى وأذن لى فى قبضه أو باحه الى أو للناس ، فأنكر المسروق منه ذلك ، لم يسمع قوله فى اسقاط حقه من المال ، فيحلف المسروق منه ، لأن الأصل عدم ما ادعاه السارق ، أو يأخذ المسروق منه ماله • وأما القطع فيسقط ، وقال أبو اسحاق المروزى : لا يسقط ، فان هذا يؤدى الى أن كل من ثبت عليه قطع السرقة ادعى ذلك فيسقط القطع ، والمذهب الأول ، لأن القطع حد ، والحد يسقط بالشبهة ، وذلك شبهة له ، لأنه يجوز صدقه ، وهكذا لو وجد مع امرأة يزنى بها وقال : هذه زوجتى وكذبته فانه يسقط الحد عنه ، وان ادعى عليه أنه سرق منه نصابا من حرز مثله فأنكر المدعى عليه فأقام المدعى على ذلك شاهدا وامرأتين أو شاهدا وحلف معه ثبت للمدعى المال الذى ادعاه ، لأنه ثبت بذلك • وأما القطع فلا يثبت ، لأن القطع ليس بمال ، ولأن المقصود منه المال • هذا نقل أصحابنا العراقيين ، وقال الخراسانيون : لا يثبت القطع وهل يثبت المال ؟ فيه وجهان أحدهما : يثبت لما ذكرناه • والثانى : لا يثبت ، لأن المال ها هنا تبع للقطع ، فاذا لم يثبت القطع لم يثبت المال لأنها شهادة واحدة فلا يتبعض • فان ادعى على رجل أنه سرق نصابا من حرز مثله وأنكر المدعى عليه ولا بينة ، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه ، فان حلف لم يجب عليه غرم ولا قطع ، وان نكل حلف المدعى ، ويثبت له الغرم ولا يثبت القطع ، لأنه حد لله تعالى ، فلا يثبت بيمين المدعى•

فـــرع وان شهد شاهدان على رجل أنه سرق من حرز مثله لرجل والمسروق منه غائب ــ قال الشافعى رحمه الله : لا يقطع السارق حتى يحضر المسروق منه ، وقال : لو شهد أربعة على رجل أنه زنى بأمة لرجل وهو غائب حد ولم يعتبر حضور السيد • واختلف أصحابنا فيها على ثلاثة طرق ، فقال أبو العباس بن سريج : لا يقطع حتى يحضر المسروق منه ولا يقام الحد حتى يحضر سيد الأمة قولا واحدا ، لأن الحد يسقط بالشبهة ، ويجوز أن يكون عند الغائب شبهة يسقط بها الحد ، بأن يقول فى السرقة : كنت وهبته له ، أو وقفته عليه ، وفى الزنا يجوز أن يقول :

كنت وقفتها عليه ، ومن يقل : اقامة الحد قبل حضور السيد فقد أخطأ ، ونقل أبو اسحاق جوابه فى كل واحد منهما الى الآخر أو جعلهما على قولين ، أحدهما : لا يجوز اقامة الحدين قبل حضور المالكين لما ذكرناه • والثانى : يجوز ، لأن الحد قد وجب فى الظاهر فلا يجوز تأخيره ، وحملهما أبو الطيب ابن سلمة على ظاهرهما فقال : لا يجوز القطع قبل حضور المالك ، ويجوز اقامة حد الزنا قبل حضور السيد ، لأن الحد فى السرقة أوسع فى الاسقاط ، ولهذا لو سرق مال والده لم يقطع ، ولو زنى بأمة والده حد ، وان أقر رجل أنه سرق نصابا من حرز مثله لرجل غائب أو زنى بجارية لرجل غائب اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال : تبنى هذه على التى قبلها ، وهو اذا ثبت الزنا والسرقة بالبينة ــ فان قلنا : يقطع السارق ويحد الزانى قبل حضور المالك ــ فها هنا أولى ، وان قلنا هناك : لا يقطع السارق ولا يحد الزانى حتى يحضر المالك فها هنا وجهان ، والفرق بينهما أن ذلك اذا ثبت بالبينة جاز أن تكون البينة كاذبة ، واذا ثبت ذلك بالاقرار فقد أقر على نفسه • وذكر الشيخ أبو حامد أنه اذا أقر بالسرقة ابتداء من غير دعوى لم يقطع حتى يحضر المسروق منه فيطالب • وقال الشيخ أبو اسحاق هنا فى المهذب : يقطع ولا ينتظر حضوره ، لأن القطع قد لزمه باقراره فلا معنى لانتظاره ، والمذهب أنه لا يقطع ، لأن الحد يسقط بالشبهة ، ويجوز أن يكون عند الغائب شبهة يسقط بها القطع ، فاذا قلنا : يقطع ، فلا كلام • واذا قلنا : لا يقطع فهل يحبس السارق الى أن يحضر المسروق منه ، قال الشيخان [1] : فيه وجهان ، أحدهما : يحبس لأن الحد قد وجب فى الظاهر ، وانما أخر استيفاؤه خوفا أن تكون هناك شبهة ليسقط بها القطع فوجب حبسه كما لو وجب القطع لصبى أو مجنون • والثانى : ان كانت غيبة المسروق منه قريبة يحبس السارق الى أن يقدم ، وان كانت بعيدة لم يحبس لأن على السارق ضررا فى الحبس الى أن يحضر من الغيبة البعيدة ، ولا ضرر عليه فى الحبس الى أن يحضر من الغيبة القريبة ، وان أقر رجل أنه غصب من رجل غائب مالا لم يحبسه الحاكم ، والفرق بينهما

---

(١) اى الشيخ أبو اسحاق الشيرازى والشيخ ابو حامد الاسفراينى راجع ترجمتهما فى الجزء الأول .

أن من أقر بالغصب أقر بحق المغصوب منه ، لا يتعلق للحاكم به مطالبته ؛ فلم يستحق حبسه ، ومن أقر بالسرقة أقر بما يتعلق الحاكم به مطالبته وهو القطع ، فملك حبسه • قال ابن الصباغ : هل يحبس السارق ؟ فيه وجهان أحدهما : يحبس لما مضى • والثانى : ان كانت العين المسروقة تالفة حبس وان كانت باقية نظرت ــ فان كانت غيبته قريبة ــ أخذت منه العين وحبس ، وان كانت بعيدة أخذت منه العين ولم يحبس •

فـــرع وان أقر رجلان بسرقة عين قيمتها نصابان من حرز مثلها وجب عليهما القطع ، فان رجع أحدهما عن اقراره وأقام الآخر على اقراره سقط القطع عن الراجع ولم يسقط عن الآخر ، لأن حكم كل واحد منهما يعتبر بنفسه ، وان قال أحدهما : هذه العين لى فصدقه شريكه ، أو ادعاها شريكه لنفسه وكذبهما المسروقة منه لم يقبل قولهما فى ملك الغير ، ويسقط القطع عنهما على المذهب • وأما اذا ادعاها لنفسه وكذبه شريكه وقال : بل سرقناها ، فان القطع يسقط عن الذى ادعى أنها له ، وهل يسقط القطع عن شريكه ؟ فيه وجهان : قال ابن القاص وابن الصباغ : لا يسقط عنه القطع لجواز صدق شريكه المدعى أنها له ، ألا ترى أن رجلا لو سرق عينا من رجل فقال المسروق منه العين للسارق : كنت وهبتها له أو أبحتها له سقط القطع فكذلك هذا مثله ، فأما اذا قال أحدهما : هذه العين لشريكى الذى أخذها معى وأخذتها معه باذنه وقال شريكه : ليست لى وانما سرقناها ، قال الطبرى فى العدة : فلا قطع على هذا المدعى ، لأن ما ادعاه محتمل وهل يجب القطع على شريكه ؟ فيه وجهان بناء على الوجهين اذا شهدا على رجل بما يوجب القتل فقتل فرجعا عن الشهادة وقال أحدهما : تعمدنا الشهادة عليه ليقتل ، وقال الآخر : بل أخطأنا فلا قود على الذى قال : بل أخطأنا • وهل يجب على المقر بعمدها القود ؟ فيه وجهان ، وان شهد شاهدان على خادم أنه سرق نصابا لرجل من حرز مثله وجب عليه القطع ، فان قال الخادم : المال الذى سرقته لسيدى فان صدقه السيد سقط القطع عن الخادم وان قال السيد : المال ليس لى ففى قول ابن القاص يسقط القطع فمن أصحابنا من سلم له ذلك ، لأن الخادم ادعى ما لو ثبت سقط عنه به

القطع ، كمن سرق شيئا وادعى أنه يملك ما سرقه ، ومنهم من قال : لا يسقط عنه القطع لأنه لم يدع لنفسه شيئا وانما نسب ملكه لمن لا يدعيه فلم يسقط عنه القطع ، وان قال السارق : هذه العين لفلان وقد أذن لى فى أخذها فقال فلان : ليست لى ، فهل يسقط القطع عن السارق ؟ على الوجهين فى العـدة للطبرى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل واذا ثبت الحد عند السلطان لم يجز العفو عنه ولا تجوز الشفاعة فيه لما روت عائشة رضى الله عنها قالت : « أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم بسارق قد سرق فأمر به فقطع فقيل : يا رسول الله ما كنا نراك تبلغ به هذا قال : لو كانت فاطمة بنت محمـد لأقمت عليها الحد » وروى عروة قال : شفع الزبير فى سارق فقيل : حتى يأتى السلطان قال : اذا بلغ السلطان فلعن الله الشافع والمشفع كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم » ولأن الحد لله فلا يجوز فيه العفو والشفاعة .

فصـــل واذا وجب القطـع قطعت يده اليمنى فان سرق ثانيـا قطعت رجله اليسرى فان سرق ثالثا قطعت يده اليسرى ، فان سرق رابعـا قطعت رجله اليمنى ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليـه وسلم قال فى السارق : وان سرق فاقطعوا يده ثم ان سرق فاقطعوا رجله ثم ان سرق فاقطعوا يده ثم ان سرق فاقطعوا رجله » وان سرق خامسا لم يقتل لأن النبى صلى الله عليه وسلم بين فى حديث أبى هريرة ما يجب عليه فى أربع مرات ، فلو وجب فى الخامسة قتل لبين ، ويعزر لأنه معصية ليس فيها حد ولا كفارة فعزر فيها .

فصـــل وتقطع اليد من مفصل الكف لما روى عن أبى بكر وعمر رضى الله عنهما أنهما قالا « اذا سرق السارق فاقطعوا يمينه من الكوع » ولأن البطش بالكف وما زاد من الذراع تابع ، ولهذا تجب الدية فيه ، ويجب فيما زاد الحكومة ، وتقطع الرجل من مفصل القدم وقال أبو ثور تقطع الرجل من شطر القدم لما روى الشعبى قال : كان على عليه السلام يقطع الرجل من شطر القدم ويترك له عقبا ويقول أدع له ما يعتمـد عليـه . والمذهب ما ذكرناه والدليل عليه ما روى عن عمر رضى الله عنه أنه كان يقطع القدم من مفصلها ولأن البطش بالقدم ويجب فيها الدية فوجب قطعه .

الشرح حديث أبى هريرة أخرجه الشافعى وأخرج لحوه الدارقطنى . أما حديث عائشة رضى الله عنها فقد أخرجه مسلم والنسائى وأحمد بلفظ يخالف ما أورده المصنف بل ان جميع الروايات تخالفه ، ولفظ هؤلاء قالت : كانت امرأة مخزومية تستعير المتاع وتجحده فأمر النبى صلى الله عليه وسلم بقطع يدها فأتى أهلها أسامة بن زيد فكلموه فكلم النبى صلى الله عليه وسلم فيها فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : يا أسامة لا أراك تشفع فى حد من حدود الله عز وجل ثم قام النبى صلى الله عليه وسلم خطيبا فقال : انما هلك من كان قبلكم بأنه اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه ، والذى نفسى بيده لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعت يدها ، فقطع المخزومية » وفى رواية عند أبى داود والنسائى عنها « أنها استعارت ــ أى المرأة ــ حليا » وأخرج أبو داود والنسائى وأحمد عن ابن عمر قال : « كانت مخزومية تستعير المتاع وتجحده فأمر النبى صلى الله عليه وسلم فقطعت يدها » وأخرج الشيخان وأحمد والنسائى عن عائشة : « أن قريشا أهمتهم المرأة المخزومية التى سرقت قالوا : من يكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن يجترىء عليه الا أسامة حب رسول الله صلى الله عليه وسلم فكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أتشفع فى حد من حدود الله ؟ ثم قام فخطب فقال : يا أيها الناس انما ضل من كان قبلكم أنهم كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه ، واذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد ، وايم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها » أما عبارة : « لعن الله الشافع والمشفع » فلم ترو عن عروة وانما أوردها فى الموطأ عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن : « أن الزبير ابن العوام لقى رجلا قد أخذ سارقا وهو يريد أن يذهب به الى السلطان فشفع له الزبير ليرسله ، فقال : لا حتى أبلغ به السلطان ، فقال الزبير : اذا بلغت به السلطان فلعن الله الشافع والمشفع » .

والمرأة المذكورة فى الأحاديث اسمها فاطمة بنت الأسود بن عبد الأسد ابن عبد الله بن عمرو وهى بنت أخى أبى سلمة بن عبد الأسد الصحابى وقد أخرج عبد الرزاق بسند صحيح الى أبى بكر بن عبد الرحمن : « أن

امرأة جاءت فقالت ان فلانة تستعير حليا فأعارتها فمكثت لا تراها فجاءت الى التى استعارت لها تسألها فقالت ما استعزتك شيئا فرجعت الى الأخرى فأنكرت فجاءت الى النبى صلى الله عليه وسلم فدعاها فسألها فقالت : والذى بعثك بالحق ما استعرت منها شيئا فقال : اذهبوا الى بيتها تجدوه تحت فراشها فأتوه وأخذوه ، فأمر بها فقطعت » ساقه الشوكانى فى النيل وقال : « قوله : فأتى أهلها أسامة فكلموه . فى رواية للبخارى : ان قريشا أهمتهم المرأة المخزومية التى سرقت فقالوا : من يكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن يجترىء عليه الا أسامة حب رسول الله صلى الله عليه وسلم وجاء فى رواية أن المخزومية المذكورة عاذت بأم سلمة ، وأخرج الحاكم موصولا وأبو داود مرسلا أنها عاذت بزينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم واستشكل ذلك بأن زينب ماتت فى شهر جمادى من السنة السابعة من الهجرة وقصة المخزومية فى غزوة الفتح سنة ثمان وقيل : المراد زينب بنت أم سلمة ربيبة النبى صلى الله عليه وسلم فتكون نسبتها اليه مجازا ، أنها عاذت بأم سلمة وابنيها فشفعوا لها الى النبى صلى الله عليه وسلم فلم وفى رواية لعبد الرزاق أنها عاذت بعمرو بن أبى سلمة والجمع بين الروايات أنها عاذت بأم سلمة وابنيها فشفعوا لها الى النبى صلى الله عليه وسلم فلم يشفعهم فطلب الجماعة من قريش من أسامة الشفاعة ظنا منهم بأن النبى صلى الله عليه وسلم يقبل شفاعته لمحبته له .

أما الأحكام فاذا ثبتت السرقة الموجبة للقطع عند السلطان أو الحاكم لم يجز أن يعفو عنه ولا لغيره أن يشفع اليه فى ذلك لما روت عائشة الحديث الذى سقناه ، ولأن الحد لله فلا يجوز العفو عنه ولا الشفاعة فيه كسائر حقوق الله تعالى . والأحاديث فيها دليل على تحريم الشفاعة فى الحدود اذا رفعت الى الامام لا قبل رفعها فانه جائز ، وقد ورد فى مرسل حبيب بن أبى ثابت أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لأسامة لما تشفع : لا تشفع فى حد فان الحدود اذا انتهت الى فليست بمتروكة » وقد ورد أن الله أهلك بنى اسرائيل بمثل هذه الشفاعات المعطلة لحدود الله تعالى . وقد ذهب الى قطع جاحد العارية من لم يشترط فى القطع أن يكون من حرز وهو أحمد واسحاق

وزفر وابن حزم فى المحلى والخوارج . وأما جمهور الفقهاء فقد ذهبوا الى عدم وجوب القطع لمن جحد العارية واستدلوا على ذلك بأن القرآن والسنة أوجبا القطع على السارق والجاحد للوديعة ليس بسارق ، وأجاب الآخرون بأن الجحد داخل فى اسم السرقة لأنه هو والسارق لا يمكن الاحتراز منهما ، بخلاف المختلس والمنتهب ، كذا أفاده ابن القيم ويجاب عن ذلك بأن الخائن أيضا لا يمكن الاحتراز عنه لأنه آخذ المال خفية مع اظهار النصح كما سلف ، وقد دل الدليل على أنه لا يقطع ، وأجاب الجمهور عن أحاديث المخزومية بأن الجحد للعارية وان كان مرويا فيها من طريق عائشة وجابر وابن عمر وغيرهم لكنه ورد التصريح فى الصحيحين وغيرهما بذكر السرقة ، وفى رواية من حديث ابن مسعود نها سرقت قطيفة من بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أخرجه ابن حبان والحاكم وصححه ، وأبو الشيخ وعلقه أبو داود والترمذى ، ووقع فى مرسل حبيب بن أبى ثابت أنها سرقت حليا ، قالوا : والجمع ممكن بأن يكون الحلى فى القطيفة فتقرر أن المذكورة وقع منها السرقة فذكر جحد العارية لا يدل على أن القطع كان له فقط ، ويمكن أن يكون ذكر الجحد لقصد التعريف بحالها وانها كانت مشتهرة بهذا الوصف والقطع كان للسرقة كذا قال الخطابى وتبعه البيهقى والنووى وغيرهما وحكاه هكذا وأفاده الشوكانى فى النيل ثم قال : ويؤيد هذا ما فى حديث النبى صلى الله عليه وسلم : « انما هلك من كان قبلكم بأنه اذا سرق فيهم الشريف الخ الحديث ، فان ذكر هذا عقب ذكر المرأة المذكورة يدل على أنه قد وقع منها السرق ، ويمكن أن يجاب عن ذلك بأن النبى صلى الله عليه وسلم أول ذلك الجحد منزله السرقة فيكون دليلا لمن قال انه يصدق اسم السرق على جحد الوديعة ، ولا يخفى أن الظاهر من أحاديث الباب أن القطع كان لأجل ذلك الجحد كما يشعر به قوله فى حديث ابن عمر اهـ .

قال القاضى العمرانى فى البيان : اذا سرق أول مرة قطعت يده اليمنى لقوله تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » وروى عن ابن مسعود أنه كان يقرؤها فاقطعوا أيمانهما ، والقراءة الشاذة تجرى مجرى أخبار الآحاد ، وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى السارق : « اذا

سرق فاقطعوا يده اليمنى فأتى النبى صلى الله عليه وسلم بسارق فقطع يمينه » وروى ذلك عن أبى بكر وعمر رضى الله عنهما ولا مخالف لهما ، وان سرق ثانيا بعد أن قطعت يده اليمنى قطعت يده اليسرى وبه قال عامة أهل العلم الا عطاء فانه قال : تقطع يده اليسرى لقوله تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » ولأنها آلة السرقة والبطش فكانت العقوبة بقطعها أولى ا هـ قلت : وروى ذلك عن ربيعة الرأى شيخ مالك وداود بن على ، وهو شاذ لمخالفته لفقهاء الأمصار ابتداء من الصحابة والتابعين فمن بعدهم • وقطع أبو بكر رضى الله عنه يد الرجل الذى سرق من بيته الحلى وكان مقطوع اليد والرجل عند ذلك ، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ، وكذلك فعل عمر رضى الله عنه فان سرق خامسا فانه يحبس ويعزر ولا يقتل ، وقال عثمان وعبد الله بن عمر وعمر بن عبد العزيز : يقتل لحديث جابر ، دليلنا أن الأحاديث الواردة ليس فيها القتل •

فرع اذا أراد الامام أن يقطع يد السارق فانه يقطعها من مفصل الكوع وروى عن عمر رضى الله عنه ذلك ، وروى عن بعض السلف أنه قال : يقطع الأصابع دون الكف وهى احدى الروايتين عن على وقالت الخوارج : يقطع من المنكب دليلنا قوله تعالى : « فاقطعوا أيديهما » واطلاق اسم اليد ينصرف الى اليد من الكوع بدليل ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « فى اليد خمسون من الابل » واليد التى يجب بها خمسون من ابهامى اليد الى الكوع ، وروى عن أبى بكر رضى الله عنه أنه قال : « اذا سرق فاقطعوا يده اليمين من الكوع » وكذلك روى عن عمر • ولأن البطش يقع بذلك ، واذا أراد قطع رجله فانه يقطعها من مفصل القدم ، وروى عن على رضى الله عنه أنه قال : يقطع من شطر القدم وبه قالت الشيعة وأبو ثور دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « فان سرق فاقطعوا رجله » واطلاق اسم الرجل انما ينصرف الى الرجل من مفصل القدم بدليل أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « فى الرجل خمسون من الابل » وذلك ينصرف الى الرجل من مفصل القدم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان سرق ولا يمين له قطعت الرجل اليسرى ، فان كانت له يمين عند السرقة فذهبت بآكلة أو جناية سقط الحد ولم ينتقل الحد الى الرجل والفرق بين المسـئلتين أنه اذا سرق ولا يمين له تعلق الحد بالعضـو الذى يقطع بعدها ، واذا سرق وله يمين تعلق القطع بهـا ، فاذا ذهبت زال ما تعلق به القطـع فسقط . وان سرق وله يد ناقصـة الأصابع قطعت لأن اسم اليد يقع عليها ، وان لم يبق غير الراحة ففيه وجهان (احدهما) أنه لا يقطع وينتقل الحد الى الرجل ، لأنه قد ذهبت المنفعة المقصودة بها ، ولهذا لا يضمن بأرش مقدر فصار كما لو لم يبق منها شىء (والثانى) أنه يقطـع ما بقى لأنه بقى جزء من العضو الذى تعلق به القطع فوجب قطعه كما لو بقيت انملة فانه سرق وله يد شلاء فان قال اهل الخبرة : انها اذا قطعت انسـدت عروقها قطعت ، وان قالوا لا تنسد عروقهـا لم تقطع لأن قطعهـا يؤدى الى ان يهلك .

فصـــل واذا قطع فالسـنة ان يعلق العضـو فى عنقه ساعة ، لمـا روى فضالة بن عبيد قال : ((أتى النبى صلى الله عليه وسلم بسارق فأمر به فقطعت يده ، ثم أمر فعلقت فى رقبته)) ولأن فى ذلك ردعا للناس ، ويحسم موضع القطع لمـا روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بسارق فقال : اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتونى به فقطع فأتى به فقال : تب الى الله فقال : تبت الى الله تعالى ، فقـال : تاب الله عليك)) والحسم هو أن يغلى الزيت غليـا جيدا ثم يغمس فيه موضـع القطع لتنحسم العروق وينقطع الدم ، فان ترك الحسم جاز لأنها مداواة فجاز تركها وأما ثمن الزيت وأجرة القاطع فهو فى بيت المال لأنه من المصالح ، فان قال : أنا اقطع بنفسى ففيـه وجهان (احـدهما) انه لا يمكن كما لا يمكن فى القصاص (والثانى) أنه يمكن لأن الحق لله تعالى والقصد به التنكيل وذلك قد يحصل بفعله ، بخلاف القصاص فانه يجب للآدمى التشفى فكان الاستيفاء اليـه .

فصـــل وان وجب عليه قطع يمينه فأخرج يساره فاعتقد أنها يمينه أو اعتقد أن قطعها يجزىء عن اليمين فقطعها القاطع ففيه وجهـان (احدهما) وهو المنصوص أنه يجزئه عن اليمين ، لأن الحق لله تعـالى ومبناه على المساهلة فقامت اليسار فيه مقام اليمين (والثانى) أنه لا يجزئه لأنه قطع غير العضو الذى تعلق به القطع فعلى هذا ان كان القاطع تعمد قطع اليسار وجب عليه القصاص فى يساره وان قطعها وهو يعتقد أن قطعهـا يجزئه عن اليمين وجب عليه نصف الدية .

فصـــل اذا تلف المسروق فى يد السارق ضمن بدله وقطع ، ولا يمنع احدهما الآخر ، لأن الضمان يجب لحق الآدمى والقطع يجب لله تعالى ، فلا يمنع احدهما الآخر كالدية والكفارة .

الشرح حديث فضالة بن عبيد فى سنن البيهقى أنه سئل : « أرأيت تعليق يد السارق فى عنقه من السنة ؟ قال : نعم رأيت النبى صلى الله عليه وسلم قطع سارقا ثم أمر بيده فعلقت فى عنقه » وأخرج البيهقى أيضا بسنده : « أن عليا رضى الله عنه قطع سارقا ومر به ويده فى عنقه » وأخرج عنه أيضا : « أنه أقر عنده سارق مرتين فقطع يده وعلقها فى عنقه » .

قال راوى الأثر : فكأنى أنظر الى يده تضرب صدره أما حديث أبى هريرة رضى الله عنه فعند الدارقطنى لفظ : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بسارق قد سرق شملة فقالوا يا رسول الله ان هذا قد سرق فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما أخاله سرق فقال السارق : بلى يا رسول الله فقال : اذهبوا فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتونى به فقطع فأتى به فقال : تب الى الله قال : تبت الى الله قال : تاب الله عليك » وأخرجه أيضا موصولا الحاكم والبيهقى وصححه ابن القطان وأخرجه أبو داود فى المراسيل عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان وليس فيه أبو هريرة ورجح المرسل ابن خزيمة وابن المدينى .

وفضالة بن عبيد رضى الله عنه هو فضالة بن عبيد بن ناقد بن قيس من سلالة عوف بن مالك بن الأوس ويكنى أبا محمد أول مشاهده أحد ثم شهد المشاهد كلها وسكن دمشق وبنى دارا وكان فيها قاضيا لمعاوية ، ومات بها وكان معاوية لما حضرت أبا الدرداء الوفاة قال له معاوية : من ترى لهذا الأمر ؟ فقال : فضالة بن عبيد فلما مات أرسل الى فضالة فولاه القضاء . وقال له : أما انى لم أحبك بها ، ولكنى استترت بك عن الناس فاستتر . ثم أمره معاوية على الجيش فغزا الروم فى البحر وسبى بأرضهم . وتوفى فضالة فى خلافة معاوية فحمل معاوية سريره وقال لابنه عبد الله : أعنى يا بنى فانك لا تحمل بعده مثله أبدا . وكانت وفاته سنة ٥٣ هـ .

أما اللغات فالكوع هو العظم الذى يلى الابهام من الرسغ • والحسم أصله القطع يقال : حسمه فانحسم ، وأراد بذلك قطع الدم بانسداد أفواه العروق ، وكانوا يحسمون بالكى أو يغمس مكان القطع فى الزيت المغلى فيعمل عمل صبغة اليود فى زماننا هذا •

أما الأحكام فاذا قطعت يده اليمنى بجناية أو قصاص أو سقطت بآكلة ثم سرق فقطعت رجله اليسرى كما لو سرق فقطعت يده اليمنى ثم سرق ثانيا • وان سرق ويده اليمنى غير مقطوعة فقطعت ظلما أو بقصاص أو سقطت بآكلة قال أصحابنا البغداديون : سقط عنه القطع فى هذه السرقة وبه قال أبو حنيفة • وقال المسعودى : تقطع رجله اليسرى والأول هو المشهور لأن القطع فى السرقة تعلق بيده اليمنى فاذا سقطت سقط القطع ، ويخالف اذا سرق ولا يمين له فان القطع لم يتعلق بها وانما يتعلق بالعضو الذى يقطع بعدها وان سرق وله يد يمين تامة الأصابع وله يسار شلاء أو ناقصة الأصابع أو لم يكن له يسار قطعت يده اليمنى ، وبهذا كله قال أحمد وأصحابه وقال أبو حنيفة : ان لم تكن له يسار ، أو كانت له يسار ناقصة الابهام أو ناقصة أصبعين من الأصابع الأربع أو كانت شلاء لم تقطع يده اليمنى • دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « فاقطعوا يمينه » ولم يفرق • وان سرق وله كف يمين لا أصابع لها ومحل القطع باق أو ذهب بعض الكف عليها ففيه وجهان ، أحدهما : لا يجوز قطعها بل تقطع رجله اليسرى لأن الكف ليس له بدل مقدر فأشبه الذراع • والثانى : تقطع كف يده ، وهو المذهب لأنه بقى بعض ما يقطع فى السرقة فلم ينتقل الى ما بعده مع وجوده كما لو بقى فى كفه أنملة • وان سرق وله يد شلاء فان قال أهل الخبرة لا يخاف من قطعها هلاكه قطعت ولم ينتقل الى العضو الذى بعدها كالصحيح ، وان قالوا : يخاف من قطعها هلاكه لم يقطع وقطعت رجله اليسرى لأنها كالمعدومة •

فرع اذا سرق سرقة تقتضى القطع ثم سرق من آخر سرقة تقتضى القطع ثم سرق ثالثا ورابعا فانه يقطع العضو الذى وجب قطعه للسرقة

الأولى ويقع ذلك عن جميع السرقات لأنها حقوق الله تعالى تداخلت كما لو زنى ثم زنى • وان سرق من رجل عينا فقطعت يده فيها ثم ردت العين الى مالكها فسرقها هذا السارق مرة ثانية قطعت رجله بها وكذلك اذا سرقها ثالثا قطعت يده وان سرقها رابعا قطعت رجله ، وقال أبو حنيفة : اذا قطع بسرقة عين مرة لم يقطع بسرقتها سواء سرقها من مالكها الأول أو من غيره • دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « ان سرق فاقطعوا يده ثم ان سرق فاقطعوا رجله ثم ان سرق فاقطعوا يده ثم ان سرق فاقطعوا رجله » ولم يفرق •

فرع يحبس السارق اذا أريد قطعه لأنه أمكن ، ويضبط لئلا يتحرك فيتعدى القطع الى موضع آخر ويخلع كفه وهو أن يشتد حبل فى يده من فوق كوعه وحبل فى كفه ثم يجر الحبل الى فوق كوعه الى جانب مرفقه والحبل الذى فى كفه الى جانب أصابعه حتى يتبين مفصل الكف ويقطع بسكين حاد أو حديدة حادة قطعة واحدة ، ولا يقطع بسكين غير حاد ولا قليلا قليلا ، لأن القصد اقامة الحد دون التعذيب ثم يحسم موضع القطع • وهو أن يترك يده بعد القطع فى زيت أو سمن مغلى لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم : « أتى برجل أقر بأنه سرق شملة فقال : اقطعوه واحسموه » وروى ذلك عن أبى بكر وعمر ولا مخالف لهما ولأن بالحسم ينقطع الدم فلا يتلف • والمستحب أن يأمر الامام من يتولى ذلك الحسم ، ولا يحسم السارق الا باذنه لأنه مداواة ، فان لم يأذن لم يحسم ويكون ثمن الدهن وأجرة القاطع من بيت المال لأن فيه مصلحة ــ فان لم يكن فى بيت المال شىء كان ذلك من مال السارق ، فان قال السارق : أنا أقطع يدى بنفسى ففيه وجهان أحدهما : لا يمكن من ذلك كما قلنا فى القصاص • والثانى : يجوز تمكينه لأن القصد ردعه وذلك يحصل بقطعه بنفسه بخلاف القطع فى القصاص فان القصد منه التشفى وذلك لا يحصل بقطعه بنفسه ، والمستحب أن تعلق يده بعد القطع على رقبته ويترك ساعة لحديث فضالة بن عبيد الذى خرجناه آنفا •

قوله : (وان وجب عليه قطع يمينه فأخرج يساره الخ) فجملة ذلك أنه

اذا وجب على السارق قطع يمينه فقال له القاطع : أخرج يمينك فأخرج يساره ظنا منه أنها يمينه أو أن قطعها يجزى عن العين فقطعها فاختلف أصحابنا فيه فذكر القاضى أبو الطيب والشيخ أبو اسحاق المصنف هنا فيه وجهين أحدهما : يجزى قطعها عن اليمين وهو المنصوص لأن الحق لله ومبناه على المسامحة • والثانى : لا يجزى لأنه قطع عضو غير العضو الذى تعلق به القطع فلم يجزه كما قلنا فى القصاص ، فعلى هذا ان قال القاطع : علمت أنها اليسار وأن قطعها لا يجزى عن اليمين وجب عليه القصاص فى اليسار ، وان قال : ظننتها اليمين أو قطعها يجزى عن اليمين وجب عليه ديتها ، وقال الشيخ أبو حامد الاسفراينى : يرجع الى القاطع فالقول قوله مع يمينه ولا قصاص عليه بل عليه دية اليسار ، وهل يسقط القطع عن يمين السارق ؟ فيه قولان قال أبو اسحاق المروزى : اذا وجب على السارق القطع فى يمينه فسقطت يساره بآكلة سقط القطع عن اليمين • قال الشيخ أبو حامد الاسفراينى : وأظنه أخذه من أحد القولين فى هذه المسألة وليس هذا بصحيح ، لأن الشافعى رضى الله عنه انما أسقط القطع عن اليمين فيها على أحد القولين اذا أحدث بينة القطع عن السرقة ، وهذا المعنى غير موجود فيه اذا سقط اليسار بآكلة •

قوله : (اذا تلف المسروق فى يد السارق الخ) فجملة ذلك أنه اذا سرق نصابا يجب فيه القطع ــ فان كان النصاب باقيا ــ وجب قطع السارق ووجب عليه رد المال المسروق بلا خلاف ، وان كان تالفا لزمه القطع والغرم عندنا ، وبه قال الحسن البصرى وحماد وأحمد واسحاق ، وقال أبو حنيفة والثورى : لا يجمع بين الغرم والقطع ، فاذا أثبت المسروق منه السرقة عند الحاكم فانه يقطعه ولا غرم عليه ، وان طالبه المسروق منه بالغرامة وغرم سقط القطع عنه ، وقال مالك : يقطع بكل حال ، فان كان موسرا كان عليه الغرم وان كان معسرا فلا غرم عليه دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « القطع فى ربع دينار » ولم يفرق ، ولأنه حد لله يجب بايقاع فعل فى عين فاذا وجب رد العين مع بقائها جاز أن يجب الحد وغرم العين مع اتلافها كما لو غصب جارية وزنى بها • والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب حد قاطع الطريق

من شهر السلاح وأخاف السبيل فى مصر أو برية وجب على الامام طلبه لأنه اذا ترك قويت شوكته وكثر الفساد به فى قتل النفوس وأخذ الأموال ، فان وقع قبل ان يأخذ المال ويقتل النفس عزر وحبس على حسب ما يراه السلطان ، لأنه تعرض للدخول فى معصية عظيمة فعزر كالمتعرض للسرقة بالنقب ، والمتعرض للزنا بالقبلة وان أخذ نصابا محرزا بحرز مثله ممن يقطع بسرقة مال وجب عليه قطع يده اليمنى ورجله اليسرى ، لما روى الشافعى عن ابن عباس انه قال فى قطاع الطريق « اذا قتلوا وأخذوا المال قتلوا وصلبوا واذا قتلوا ولم يأخذوا المال قتلوا ولم يصلبوا واذا أخذوا المال ولم يقتلوا قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف ، ونفيهم اذا هربوا أن يطلبوا حتى يؤخذوا وتقام عليهم الحدود لأنه ساوى السارق فى أخذ النصاب على وجه لا يمكن الاحتراز منه فساواه فى قطع اليد وزاد عليه باخافة السبيل بسهر السلاح فغلظ بقطع الرجل فان لم يكن له اليد اليمنى وله الرجل اليسرى قطع الرجل لأن الحد تعلق بهما فاذا فقد أحدهما تعلق الحد بالباقى كما قلنا فى السارق اذا كانت له يد ناقصة الأصابع وان لم يكن له اليد اليمنى ولا الرجل اليسرى انتقل القطع الى اليد اليسرى والرجل اليمنى لأن ما يبدأ به معدوم فتعلق الحد بما بعده ، وان أخذ دون النصاب لم يقطع وخرج أبو على ابن خيران قولا آخر أنه لا يعتبر النصاب كما لا يعتبر التكافؤ فى القتل فى المحاربة فى أحد القولين وهذا خطأ لأنه قطع يجب باخذ المال فشرط فيه النصاب كالقطع فى السرقة ، فان أخذ المال من غير حرز بأن انفرد عن القافلة أو أخذ من جمال مقطرة ترك القائد تعاهدها لم يقطع لأنه قطع يتعلق بأخذ المال فشرط فيه الحرز كقطع السرقة .

الشرح أثر ابن عباس رواه الشافعى فى مسنده من طريق ابراهيم بن محمد بن أبى يحيى قال الخزرجى : هو على ضعفه أحد الأعلام ، وقال الذهبى فى الميزان : أحد العلماء الضعفاء ، وقال البخارى [1] : كان

---

(١) التاريخ الصغير للبخارى نسختنا الخطية عن نسخة المكتبة الأزهرية (ط) .

يرى القدر وكان جهميا ، وقال الحميدى : قال الشافعى : وليت على عمل باليمين فجهدت فيه ، فقدمت فلقيت ابن أبى يحيى فقال لى : تجالسوننا وتضيعون فاذا شرع لأحدكم شيء دخل فيه ، فوبخنى ، فلقيت ابن عيينة فقال : قد بلغنا ولايتك فما أحسن ما انتشر عنك وما أديت كل الذى عليك فلا تعد ، فكانت موعظته أبلغ مما صنع ابن أبى يحيى • وقال الربيع : كان الشافعى اذا قال : حدثنا من لا أتهم — يريد به ابراهيم بن أبى يحيى • قلت : قد وثقه ابن عقدة وابن عدى • وقد ترجم له ترجمة طويلة ، وقال عنه : وله كتاب الموطأ أضعاف موطأ مالك وقد وثقه الشافعى وابن الأصبهانى •

أما اللغات فقوله : (من شهر السلاح) أى انتضاه ورفعه على الناس أو سله من غمده ، واخافة السبيل أى التعرض للسائرين فى الطريق بالارهاب سواء وقع ذلك فى بلد عظيم أو فى برية مقفرة غير آهلة بالساكنين ، ومصر عمر سبعة أمصار منها المصران : البصرة والكوفة ، ويكتب أهل هجر فى شروطهم : اشترى فلان الدار بمصورها أى بحدودها • قال عدى :

وجاعل الشمس مصرا لا خفاء به بين النهار وبين الليل قد فصلا

والشوكة مجاز من شوك الشجر ، ويقال : أصابهم شوك القنا وهى شبا الأسنة • وقال ابن بطال : الشوكة شدة البأس والحدة فى السلاح •

أما الأحكام فالأصل فى حد قاطع الطريق قوله تعالى : « انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا » (١) قال الآلوسى : ذهب أكثر المفسرين كما قال الطبرسى وعليه جلة العلماء الى أنها نزلت فى قطاع الطرق ، والكلام كما قال الجصاص على حذف مضاف أى يحاربون أولياء الله ورسوله كقوله تعالى : « ان الذين يؤذون الله ورسوله » (٢) ويدل على ذلك أنهم لو حاربوا رسول الله صلى الله عليه وسلم لكانوا مرتدين باظهار محاربته ومخالفته ، وقيل : ليس هناك

---

(٢) الآية ٣٣ من المائدة .
(١) الآية ٥٧ من الأحزاب .

مضاف محذوف وانما المراد محاربة المسلمين الا أنه جعل محاربتهم محاربة لله عز وجل .

وبالقول فى نزولها فى قطاع الطريق قال ابن عباس ومالك وأبو حنيفة وأحمد وأكثر أهل العلم ، وقال بعض الناس نزلت فى أهل الذمة اذا نقضوا الذمة ولحقوا بدار الحرب ، وقال ابن عمر رضى الله عنهما : نزلت فى المرتدين من العرنيين ، دليلنا قوله تعالى : « الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم [1] » وستأتى بقية فى الفصل بعده فأمر بقتلهم وصلبهم وقطع أيديهم وأرجلهم وأسقط بالتوبة عن الذين تابوا من قبل أن يقدروا عليهم هذه الأحكام وهذا انما يكون فى قطاع الطريق ، فأما أهل الذمة والمرتدون اذ أسلموا حقنوا دماءهم قبل القدرة عليهم وبعد القدرة عليهم ، فاذا ثبت هذا فاختلفوا فى ترتيب الأحكام المذكورة فى الآية فى قطاع الطريق فمذهبنا أنهم اذا أشهروا السلاح وأخافوا السبيل حتى صار الناس يفزعون من الاجتياز فيها خوفا منهم فقد صاروا محاربين بذلك وان لم يأخذوا شيئا ، فيجب على الامام طلبهم لأنهم اذا تركوا أفسدوا بأخذ الأموال والقتل فان هربوا تتبعهم الى أن يخرجوا من بلاد الاسلام ، وان أدركهم عزرهم بما أداه اجتهاده اليه ويحبسهم . قال أبو العباس : والأولى أن يحبسهم فى غير بلدهم لتلحقهم الوحشة ، فان أخذوا المال ولم يقتلوا قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ، وان قتلوا ولم يأخذوا المال قتلهم ولم يصلبهم ، وان قتلوا وأخذوا المال قتلهم وصلبهم ، وان فعلوا شيئا من ذلك وهربوا اتبعهم الامام ، فان ظفر بهم أقام عليهم من الحدود ما وجب عليهم وان لم يظفر بهم اتبعهم حتى يخرجهم من بلاد الاسلام .

وحكى المسعودى أن أبا الطيب بن سلمة خرج قولا آخر أنهم اذا أخذوا المال وقتلوا فانهم يقطعون لأخذ المال ثم يقتلون للقتل ثم يصلبون للجميع بين ذلك . والمشهور هو الأول وبه قال ابن عباس وقتادة وأبو مجلز

---

(١) الآية ٣٤ من المائدة .

وحماد والليث وأحمد واسحاق ، وقال أبو حنيفة : اذا أخافوا السبيل وجب عليهم التعزير كما قلنا اذا قتلوا وأخذوا المال وجب عليهم القتل : وان أخذوا المال ولم يقتلوا قطعوا كما قلنا ، وان قتلوا وأخذوا المال فالامام فيهم بالخيار بين أن يقتلهم ويصلبهم ويقطعهم أو يقطعهم ويصلبهم ويقتلهم والنفى عنده الحبس ، وقال مالك : اذا شهروا السلاح وأخافوا السبيل فقد لزمتهم هذه الأحكام المذكورة فى الآية الا أنها تختلف باختلاف أحوالهم فينظر الامام فيهم فمن كان منهم ذا رأى قتله ، ومن كان جلدا أو لا رأى له قطعه ومن لم يكن ذا رأى ولا جلد حبسه ، وقال ابن المسيب والحسن ومجاهد : اذا شهروا السلاح وأخافوا السبيل فالامام فيهم بالخيار بين أربعة أشياء بين أن يقتلهم أو يصلبهم أو يقطع أيديهم وأرجلهم أو يحبسهم • دليلنا أثر ابن عباس رضى الله عنهما الذى ساقه المصنف وعرجناه آنفا قال العمرانى : ولا يقول ابن عباس هذا الا توفيقا وان قاله تفسيرا للآية فهو ترجمان القرآن وأعرف بالتأويل ، ولأن العقوبات تختلف باختلاف الاجرام ولهذا اختلف فى حد الزنا فى البكر والثيب ، واختلف حد الزنا والقذف والشرب ، ولأن الله تعالى بدأ فى الآية بالأغلظ فالأغلظ وهذا يدل على أنها على الترتيب كما أنه بدأ بالأغلظ فالأغلظ فى كفارة الظهار لما كانت على الترتيب ــ ولما كانت كفارة اليمين على التخيير بدأ بالأخف فالأخف اهـ •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان قتل ولم يأخذ المال انحتم قتله ولم يجز لولى الدم العفو عنه لما روى ابن عباس رضى الله عنه قال : « نزل جبريل عليه السلام بالحد فيهم أن من قتل ولم يأخذ المال قتل » والحد لا يكون الا حتما ولأن ما أوجب عقوبة فى غير المحاربة تغلظت العقوبة فيه بالمحاربة كأخذ المال يغلظ بقطع الرجل • وان جرح جراحة توجب القود فهل ينحتم القود ؟ فيه قولان أحدهما : انه ينحتم لأن ما أوجب القود فى غير المحاربة انحتم القود فيه فى المحاربة كالقتل • والثانى : انه لا ينحتم لأنه تغليظ لا يتبعض فى النفس فلم يجب فيما دون النفس كالكفارة •

فصل وان قتل وأخذ المال قتل وصلب ومن أصحابنا من قال :

يصلب حيا ويمنع الطعام والشراب حتى يموت ، وحكى أبو العباس ابن القاص في التشخيص عن الشافعي ، رضي الله عنه قال : يصلب ثلاثا قبل القتل ولا يعرف هذا للشافعي ، والدليل على أنه يصلب بعد القتل قوله صلى الله عليه وسلم : « اذا قتلتم فاحسنوا القتلة » وان كان الزمان بردا أو معتدلا صلب بعد القتل ثلاثا ، وان كان الحر شديدا وخيف عليه التغير قبل الثلاث حنط وغسل وكفن وصلى عليه ، وقال أبو علي ابن أبي هريرة رحمه الله : يصلب الى ان يسيل صديده وهذا خطأ لأن في ذلك تعطيل أحكام الموتى من الغسل والتكفين والصلاة والدفن . وان مات فهل يصلب لا فيه وجهان أحدهما : وهو قول الشيخ أبي حامد الاسفرايني رحمه الله انه لا يصلب لأن الصلب تابع للقتل وصفة له ، وقد سقط القتل فسقط الصلب ، والثاني وهو قول شيخنا القاضي أبي الطيب الطبري رحمه الله انه يصلب لأنهما حقان فاذا تعذر أحدهما لم يسقط الآخر .

فصل وان وجب عليه الحد ولم يقع في يد الامام طلب الى ان يقع فيقام عليه الحد لقوله عز وجل : « أو ينفوا من الأرض » وقد روينا عن ابن عباس انه قال : « ونفيهم اذا هربوا ان يطلبوا حتى يوجدوا فتقام عليهم الحدود » .

الشرح قوله تعالى : « أو ينفوا من الأرض » هذا جزء من قوله تعالى : « انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الحياة الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم . الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم » .

وقد اختلف العلماء في سبب نزول هذه الآية فمن قائل أنها نزلت بسبب قوم من أهل الكتاب كان بينهم وبين النبي صلى الله عليه وسلم عهد فنقضوا العهد وقطعوا السبيل وأفسدوا في الأرض وقوله بأنها نزلت في المشركين فمن أخذ منهم قبل القدرة عليه لم يمنعه ذلك أن يقام عليه الحد الذي أصابه وهو قول ابن عباس وعكرمة والحسن ، وقول بأنها نزلت فيمن خرج من المسلمين يقطع السبيل ويسعى في الأرض بالفساد وهو قول مالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي . وقال الواحدي من أصحابنا في أسباب النزول : أخبرنا نصر بن عبيد الله المخلدي حدثنا أبو عمرو بن نجيد أخبرنا

مسلم حدثنا عبد الرحمن بن حماد حدثنا سعيد بن أبى عروبة عن قتادة عن أنس : « أن رهطا من عكل وعرينة أتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا : يا رسول الله انا كنا أهل ضرع ولم نكن أهل ريف فاستوخمنا المدينة فأمر لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بذود وراع وأمرهم أن يخرجوا فيها فيشربوا من ألبانها وأبوالها فلما صحوا وكانوا بناحية الحرة قتلوا راعى رسول الله صلى الله عليه وسلم واستاقوا الذود فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم فى آثارهم فأتى بهم فقطع أيديهم وأرجلهم وسمل أعينهم فتركوا فى الحرة حتى ماتوا على حالهم • وقال قتادة : ذكر لنا أن هذه الآية نزلت فيهم وقرأ : انما جزاء الذين الآية » • رواه مسلم •

أما اللغات فالنفى التنحية وهو من باب ضرب ونصر تقاه ينفيه وينفوه فنفا هو وانتفى فهو يلزم ويتعدى والمعنى فى الآية الطرد والابعاد أو الحبس •

أما الأحكام فحكم قطاع الطريق اذا أخذوا المال وقتلوا أو أخذوا المال ولم يقتلوا أو قتلوا ولم يأخذوا المال من المصر أو البلد حكمهم اذا فعلوا ذلك فى الصحراء وبه قال الأوزاعى والليث وأبو ثور وأبو يوسف • وقال مالك : قطاع الطريق الذين تتعلق بهم هذه الأحكام هو أن يفعلوا ذلك على ثلاثة أميال من المصر فصاعدا فان فعلوا ذلك على أقل من ثلاثة أميال أو كانوا فى المصر لم تتعلق بهم هذه الأحكام • وقال أبو حنيفة : لا تتعلق بهم هذه الأحكام الا اذا كانوا فى البرية فأما اذا كانوا فى مصر أو قرية أو بين قريتين متقاربتين فلا تتعلق بهم هذه الأحكام • دليلنا قوله تعالى : « انما جزاء الذين يحاربون الله » [1] الآية ولم يفرق بين أن يكون فى الصحراء أو فى المصر ، ولأنه اذا وجبت عليهم هذه الأحكام اذا فعلوا ذلك وهو موضع الخوف فلأن يجب عليهم اذا فعلوا ذلك فى المصر وهو موضع الأمن أولى •

اذا ثبت هذا فانما تتعلق بهم هذه الأحكام فى المصر اذا كان قوم

---

(١) الآية ٣٣ من سورة المائدة •

عددهم يسير فى قرية فاجتمع قوم من قطاع الطريق وشهروا السلاح وغلبوا أهل القرية ولم يتمكنوا من دفعهم ، فأخذوا منهم المـال وقتلوا أو فعلوا أحدهما ، وكذلك اذا غلبوا على طريق من المصر ، فأما اذا استطاع أهل القرية منعهم فلم يمنعوهم فلا تتعلق بهم هذه الأحكام • قال المسعودى : وان اجتمع عدد يسير فى المواضع المتقطعة فأخذوا المـال وقتلوا أو خرج الواحد والاثنان والثلاثة على آخر القافلة واستلبوا منهم شيئا أو اعترضوهم بغير سلاح لم يكن حكمهم حكم قطاع الطريق لأنهم غير ممتنعين ولا قاهرين لمن يقصدونه فهم كالمختلسين • قال القفال : والمكابرون فى الليل ــ وهو أن يهجم جماعة بالليل على بيت رجل بالمصابيح ويخوفونه بالقتل ان صاح أو استغاث ــ حكمهم حكم قطاع الطريق • وقال سائر أصحابنا ليسـوا بقطاع الطريق لأنهم يرجعون الى الخفية ولا يجاهرون ، بل يبادرون مخافة أن يتشاعر الناس بهم وان خرج قطـاع الطريق بالعصى والحجـارة فهم محاربون ، وقال أبو حنيفة : ليسوا بمحاربين • دليلنا أن العصى والحجارة من جملة السلاح الذى يأتى على النفس فأشبه الحديد •

فـــرع ولا يتعلق حكم قطع الطريق بأخذ المـال الا اذا كان المأخوذ نصابا ، فأما بدون النصاب فلا يتعلق به حكم قطع الطريق ، وخرج أبو على بن خيران قولا آخر أنه لا يعتبر فيه النصاب كما لا يعتبر التكافؤ فى القتل فى المحاربة فى أحد القولين • والأول أصح لقوله صلى الله عليـه وسلم : « القطع فى ربع دينار » ولم يفرق بين السرقة وبين قطع الطريق ، ولأنا لو لم نعتبر النصاب فى قطع الطريق لأوجبنـا تغليظين قطـع الرجل وسقوط اعتبار النصاب ، وهذا لا سبيل اليه ، ويعتبر فيه الحرز • فان أخذ المال من غير حرز بأن أخذ مالا مضيعا لم يتعلق به حكم قاطع الطريق ولكن لا يعتبر أن يأخذ المال فيه على وجه الاستخفاء ، بل اذا أخذ النصاب من حرز مثله بالقهر والغلبة مع استشهار السلاح واخافة السبيل يتعلق به حكم قاطع الطريق لأنه لا يمكن الاحتراز منه فوجب عليه القطع كالسارق • قال المسعودى : وسواء أخذ النصاب من مالك واحد أو ملاك ، فأما فى السرقة فاذا سرق ربع دينار من مالكين ــ فان كان من حرز واحد ــ قطع ،

وان كان من حرزين لم يقطع ، وسواء كان ربع الدينار الذى فى الحرزين ملك واحد أو ملك جماعة فانه لا يوجب القطع • ولو أخذ فى قطع الطريق ثلث دينار وكان معه ردء وأخذ سدس دينار قطع الذى أخذ الثلث من دون الذى أخذ السدس • واذا قطع قاطع الطريق على الواحد أو الجماعة تعلق به حكم قطع الطريق اذا كان قاهرا لهم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا يجب ما ذكرناه من الحد الا على من باشر القتل أو أخذ المال فأما من حضر ردءا لهم أو عينا فلا يلزمه الحد لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث : كفر بعد ايمان ، وزنا بعد احصان ، أو قتل نفس بغير حق » ويعزر لأنه أعان على معصية فعزر وان قتل بعضهم وأخذ بعضهم المال وجب على من قتل القتل وعلى من أخذ المـال القطع لأن كل واحد منهم انفرد بسبب حد فاختص بحده •

فصـــل اذا قطع قاطع الطريق اليد اليسرى من رجل وأخذ المال قدم قطع القصاص سواء تقدم على أخذ المال أو تأخر ، لأن حق الآدمى آكد ، فاذا اندمل موضع القصاص قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى لأخذ المال ، ولا يوالى بينهما لأنهما عقوبتان مختلفتان فلا تجوز الموالاة بينهما ، وان قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى وأخذ المال وقلنا : ان القصاص يتحتم نظرت ـ فان تقدم أخذ المال سقط القطع الواجب بسببه لأنه يجب تقديم القصـاص عليه لتأكد حق الآدمى ، واذا قطع للآدمى زال ما تعلق الوجوب به لأخذ المـال فسقط وان تقدمت الجناية لم يسقط الحد لأخذ المال فتقطع يده اليسرى ورجله اليمنى لأنه استحق بالجناية فيصير كمن أخذ المال وليس له يد يمنى ولا رجل يسرى فتعلق باليد اليسرى والرجل اليمنى •

الشرح الحديث مضى تخريجه فى الجنايات •

أما اللغات فقوله (ردءا) أى معينا وناصرا يشد عضـده وردأته وأردأته على عدوه أعنته وترادأوا تعاونوا وتقول : ترادأوا ولا تدارأوا • وفى التنزيل « ردءا يصدقنى » •

أما الأحكام فانه لا يجب حد القطع الا على من باشر أخذ المال والقتل أما من حضر فكثر وهيب وكان ردءا لهم أو طليعة فلا يجب عليه قتل ولا قطع ، وانما يعزر ويحبس • وقال أبو حنيفة : يجب على المكثر والمهيب وهو الردء ما يجب على من أعانه من القطع والقتل • دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث : كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل نفس بغير نفس » وهذا لم يفعل أحد هذه الأشياء الثلاثة فلم يجز قتله ، ولأنه حد يجب بارتكابه معصية فلم يجب على المعين كما لو شد رجل امرأة الآخر حتى زنى بها • وان كان فى قطاع الطريق امرأة فأخذت المال أو قتلت وجب عليها حد قطاع الطريق • وقال أبو حنيفة : لا يجب عليها ولا على من كان ردءا لها • دليلنا أن من لزمه الحد فى السرقة لزمه حكم قطاع الطريق فى قطع الطريق كالرجل • وان كان قطاع الطريق جماعة وأخذوا المال اعتبر أن يكون قدر ما أخذ كل واحد منهم يبلغ نصابا فان كان فيهم صبى فانه يجب على شريكه فى أخذ المال القطع اذا بلغ حصته نصابا ، وهل يجب على شريكه فى القتل ؟ فيه قولان بناء على القولين فى عمد الصبى هل هو عمد أو خطأ ؟

فـــرع واذا أخذ المحارب المال ولم يقتل قطعت يده اليمنى من مفصل الكوع ورجله اليسرى من مفصل القدم لقوله تعالى : « أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف » وهو قول ابن عباس ولا مخالف له ، ولأن المحارب يساوى السارق فى أخذ المال على وجه لا يمكنه الاحتراز منه فساواه فى قطع اليد وزاد عليه فى شهر السلاح واخافة السبيل فغلظ عليه بقطع الرجل • واذا قطعت يده اليمنى فانها تحسم بالنار ثم تقطع رجله اليسرى وتحسم بالنار فى مكان واحد لأنهما حد واحد ـ فان لم يكن له الا احداهما قطعت لا غير ، وان لم يكن له واحدة منهما قطعت يده اليسرى ورجله اليمنى وقد فقد ما يتعلق به القطع ابتداء فانتقل الى ما بعدهما كما لو سرق ولا يمين له • فان أخذ المال وليس له الا كف يده اليمنى وقدم رجله اليسرى أو ليس على أحدهما أنملة من الأصابع هل يقطعان أو ينتقل الى اليد اليسرى والرجل اليمنى ؟ فيه وجهان كما قلنا فيه اذا سرق وليس له الا كف اليد اليمنى لا أنملة عليها •

فـــرع وان قتل المحارب ولم يأخذ المال وجب قتله قودا لولى المقتول ، وتحتم قتله لحق الله تعالى فلا يجوز للامام تركه ، فوجوب القتل عندنا لحق الآدمى وانحتامه حق لله تعالى • وقال بعضهم : لا يتحتم القتل بل ان شاء الولى قتل وان شاء عفا عنه كالقتل فى غير المحاربة • دليلنا قوله تعالى : « انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله » الآية فعين القتل فمن قال : انه على التخيير خالف ظاهر الآية ، ولأن الله تعالى ذكر القتل ها هنا وأطلقه ولم يضفه الى ولى القتيل فلو كان ذلك الى اختيار ولى القتيل لأضافه اليه كما أضاف القتل اليه فى غير المحاربة بقوله تعالى : « ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا [1] » فعلم أن المخاطب بالقتل فى المحاربة هم الأئمة دون الأولياء ، فروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : (نزل جبريل عليه السلام بالحد فيهم أن من قتل ولم يأخذ المال قتل) والحد لا يكون الا حتما ولا مخالف له من الصحابة ولأن ما أوجب عقوبة فى غير المحاربة تغلظت العقوبة فيه بالمحاربة كأخذ المال ، وان قتل أحد المحاربة من لا يكافئه فهل يجب قتله به ؟ قولان مضى ذكرهما فى الجنايات الصحيح الا يجب • هذا نقل أصحابنا العراقيين • وقال أصحابنا الخراسانيون : هل القتل فى المحاربة حق للآدمى أو حق لله تعالى ؟ فيه قولان أحدهما بأنه حق لله تعالى لا حق للآدمى فيه ، اذ لو كان حقا للآدمى لسقط بعفوه • والثانى : أنه حق للآدمى لأن القصاص فى غير المحاربة حق للآدمى فلأن يكون له فى المحاربة أولى ، الا أن انحتام القتل وجب تغليظا عليه لقطع الطريق ولهذين القولين فوائد (منها) اذا قتل فى المحاربة من لا يكافئه ــ فان قلنا : انه حق لله تعالى ــ قتل به ، وان قلنا : انه حق للآدمى لم يقتل به• (الثانية) اذا قتل المحارب جماعة ــ فان قلنا : انه حق لله تعالى ــ قتل بجميعهم ولا شيء للأولياء ، لأن الحدود تتداخل • وان قلنا : ان القتل حق للآدمى قتل بأولهم ووجب للباقين الدية فى ماله • (الثالثة) اذا عفا ولى الدم عن القاتل ــ فان قلنا : ان القتل حق لله تعالى ــ كان كما لو لم يعف فيقتل ولا شيء لولى المقتول ، وان قلنا : انه حق للآدمى سقط

---

(١) الآية ٣٣ من سورة الاسراء .

بعفوه ما كان حقا له وهو قتله قصاصا ، ووجب له الدية فى ماله الا أن المحارب يقتل لله تعالى كما لو كان عليه قصاص وقتل ردة وعفا ولى القصاص بذلك فانه يقتل للردة •

فرع وان قتل قاطع الطريق رجلا خطأ أو أخافه عمدا أو خطأ فانه لا يجب عليه القصاص بذلك قولا واحدا ، لأن هذه الجنايات لا يجب بها القصاص فى غير المحاربة فلم يجب بها فى المحاربة ، وان قطع يده من المفصل أو جرحه جراحة يثبت بها القصاص وجب عليه القصاص وهل يتحتم ؟ فيه قولان : أحدهما : يتحتم ، لأن ما أوجب العقوبة فى غير المحاربة يغلظ فى المحاربة يتحتم القود كالنفس • والثانى : لا يتحتم لأن الله تعالى ذكر حدود المحاربة ، وهى القتل وقطع اليد والرجل من خلاف والصلب ، فدل على أن ذلك جميع حدود المحاربة ، فلو كان انحتام القصاص فيما دون النفس من حدود المحاربة لذكره كما ذكر غيره • هذا نقل أصحابنا العراقيين وقال الخراسانيون : ان كانت الجناية فى المحاربة فيما دون النفس مما يجب حدا فى غير المحاربة فانحتم القول فيها بالمحاربة كالنفس • وان كانت الجناية فيما دون النفس لا تجب حدا فى غير المحاربة كالموضحة وقطع الأذن وما أشبههما فهل يتحتم القصاص بها فى المحاربة ؟ فيه وجهان ، لأن ذلك لا يجب حدا فى الشرع •

فرع اذا أخذ المحارب المال وقتل فقد ذكرنا أنه يقتل ويصلب ، وخرج أبو الطيب بن سلمة قولا آخر أنه تقطع يده ورجله ثم يقتل ثم يصلب • وحكى ابن القاص فى التلخيص عن الشافعى رضى الله عنه أنه قال : يصلب قبل القتل ثلاثا ثم ينزل ويقتل • ومن أصحابنا من قال : لا يقتل بل يصلب حيا حتى يموت جوعا وعطشا ، لأن الصلب يراد للزجر ولا ينزجر بصلبه بعد موته • وقال أبو يوسف : يصلب حيا ثلاثا فان مات والا قتل وهو مصلوب والمذهب الأول وما حكاه ابن القاص لا يعرف للشافعى رحمه الله لأن كل معصية توجب عقوبة فى غير المحاربة غلظت تلك العقوبة فى المحاربة تغليظا واحدا كما قلنا فيه اذا أخذ المال ولم يقتل فانه تقطع يده ورجله ، فكذلك اذا أخذ المال وقتل فانه يغلظ بالقتل والصلب •

وقول أبى الطيب : انه يقطع ثم يقتل لا يصح لأن القتل يحصل به من النكال أكثر من القطع • وقول من قال : يصلب حيا حتى يموت باطل أيضا ؛ لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن تعذيب الحيوان وهذا حيوان وقال صلى الله عليه وسلم : « اذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته » وقوله : ان الصلب يراد لزجره غير صحيح ، انما يراد لزجر غيره وذلك يحصل بصلبه بعد موته •

اذا ثبت هذا فانه يصلب بعد موته قال الشافعى رضى الله عنه : فانه يصلب على خشبة ثلاثة أيام ثم ينزل ويغسل ويكفن ويصلى عليه ويدفن فى مقابر المسلمين ، لأنه مسلم قتل بحق فهو كالمقتول فى القصاص • قال الماسرجسى انما نص الشافعى رحمه الله على صلبه ثلاثة أيام فى البلاد الباردة أو البلاد المعتدلة ، فأما فى البلاد الحارة فانه اذا خيف تغيره قبل الثلاث فانه يحنط ليمكن غسله وتكفينه • وقال أبو على ابن أبى هريرة : يصلب حتى يسيل صديده ولا يحنط أبدا : وليس بشىء لأن هـذا يؤدى الى ابطال وجوب غسله تكفينه ودفنه • هذا نقل أصحابنا العراقيين وقال الخراسانيون: يصلب ثلاثة وهل ينزل بعد الثـلاث ان لم يسل صـديده ؟ فيه قولان أحدهما : لا ينزل حتى يسيل لأن الصلب انما سمى صلبا لسـيلان صلب المصلوب وهو الودك ، فما لم يتغير لا يذوب صديده • والثانى : ينزل بعد الثلاث لئلا يتغير فيتأذى به الناس ، فاذا قلنا بهذا فخيف تغييره قبل الثلاث فهل ينزل ، فيه وجهان أحدهما : لا ينزل لأن التنكيل لا يحصل بدون الثلاث حتى لا يتغير على الصليب فاذا خيف ذلك قبل الثلاث أنزل • وان مات قبل أن يقتل فهل يجب صلبه بعد موته ؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو اسحق أحدهما وهو قول الشيخ أبى حامد : أنه لا يصلب لأن الصلب صفة للقتل وتابع له وقد سقط القتل بالموت فسقط الصلب • والثانى وهو قول القاضى أبى الطيب : أنه يصلب بعد موته لأنهما حقان فاذا تعـذر أحدهما وجب الآخر •

مسـألة اذا لزمه قتل فى المحاربة وقصاص فيما دون النفس فى غير المحاربة فان عفا من وجب له القصاص فيما دون النفس فى المحـاربة

وقتل فى المحاربة فانه يقتص منه فيما دون النفس ، ويقتل فى غير المحاربة • وقال أبو حنيفة : يدخل الجرح فى القتل • دليلنا أنهما حقـان مقصودان لآدميين فلم يتداخلا كما لو جنى فى غير المحاربة • وان قطع الرجل اليسرى واليد اليمنى فى غير المحاربة وأخذ المال فى المحـاربة ولم يقتل فمن قطعت يده ورجله بالخيار بين أن يعفو عنه وبين أن يقتص ، فان عفا عنه قطعت يده اليمنى ورجله اليسرى لأخذ المال فى المحاربة ، وان اختار القصاص قدم القصاص على القطع فى المحاربة سواء تقدم أخذ المال أو الجناية لأن حق الآدمى آكد ، فاذا اقتص منه لم يقطع للمحاربة حتى يبرأ من قطع القصاص لانهما حقان يجبان بسببين مختلفتين •

وان قطع اليد اليسرى والرجل اليمنى من رجل فى المحاربة وأخذ المال فى المحاربة ولم يقتل ــ فان قلنا : ان القصاص فيما دون النفس لا يتحتم فى المحاربة وان عفا عن القصاص قطعت يده اليمنى ورجله اليسرى لأخـذ المال فى المحاربة وان اختار القصاص ــ أو قلنا : انه يتحتم ــ قدم القطع فى القصاص لليد اليسرى والرجل اليمنى على القطع فى المحاربة ، سـواء تقدمت الجنـاية أو أخذ المـال ، لأن حق الآدمى آكد ولكن لا يقطـع للمحاربة ، وان اختار القصاص قطعت يده اليمنى ورجله اليسرى للقصاص وسقط القطع للمحاربة ، لأن العضو الذى تعلق به القطع قد فات ، فان قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى من رجل فى المحاربة وأخذ المال فى المحاربة ولم يقتل ــ فان قلنا : ان القصاص فيما دون النفس لا يتحتم فى المحاربة ــ فهو كما لو قطعها فى غير المحاربة ، وأخذ المال فى المحاربة ، ولم يقتل ــ فان قلنا : ان القصاص فيما دون النفس لا يتحتم فى المحاربة ، فهو كمـا لو قطعها فى غير المحاربة ، وقد مضى • وان قلنا يتحتم قطـع يده اليمنى ورجله اليسرى للقصاص وسقط القطع للمحاربة ، لأن القصاص حق آدمى والقطع فى المحاربة حق لله تعالى فقدم حق الآدمى عليه • هكذا ذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ • وذكر الشيخ أبو اسحاق هنا فى المهذب أنه اذا قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى فى المحاربة ، وأخذ المـال ولم يقتل ــ وقلنا : يتحتم القصاص فيما دون النفس فى المحاربة ــ نظرت فان تقدم أخذ

المال سقط قطع المحاربة لما مضى ، وان تقدمت الجناية لم يسقط القطع للمحاربة بل تقطع يده اليسرى ورجله اليمنى ، لأن اليد اليمنى والرجل اليسرى استحقا بالجناية قبل أخذ المال فيصير كمن أخذ المال فى المحاربة وليس له يمين ولا رجل يسرى فتعلق قطع المحاربة فى اليد اليسرى والرجل اليمنى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان تاب قاطع الطريق بعد القدرة عليه لم يسقط عنه شيء مما وجب عليه من حد المحاربة لقوله عز وجل : ((الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم)) فشرط فى العفو عنهم أن تكون التوبة قبل القدرة عليهم فدل على أنهم اذا تابوا بعد القدرة لم يسقط عنهم ، وان تاب قبل القدرة عليه سقط عنه ما يختص بالمحاربة وهو انحتام القتل والصلب وقطع الرجل للآية ، وهل يسقط قطع اليد ؟ فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على ابن أبى هريرة أنه يسقط لأنه قطع عضو وجب بأخذ المال فى المحاربة فسقط بالتوبة قبل القدرة كقطع الرجل (والثانى) وهو قول أبى اسحق انه لا يسقط لأنه قطع يد لأخذ المال فلم يسقط بالتوبة قبل القدرة كقطع السرقة .

فصل فأما الحد الذى لا يختص بالمحاربة ينظر فيه . فان كان للآدمى وهو حد القذف ـ لم يسقط بالتوبة لأنه حق للآدمى فلم يسقط بالتوبة كالقصاص ، وان كان لله عز وجل وهو حد الزنا واللواط والسرقة وشرب الخمر . ففيه قولان (أحدهما) انه لا يسقط بالتوبة لأنه حد لا يختص بالمحاربة فلم يسقط بالتوبة كحد القذف (والثانى) انه يسقط وهو الصحيح والدليل عليه قوله عز وجل فى الزنا : ((فان تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما ان الله كان توابا رحيما)) وقوله تعالى فى السرقة : ((فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فان الله يتوب عليه ان الله غفور رحيم)) وقوله صلى الله عليه وسلم : ((التوبة تجب ما قبلها)) ولأنه حد خالص لله تعالى فسقط بالتوبة كحد قاطع الطريق ، فان قلنا : انها تسقط نظرت فان كانت وجبت فى غير المحاربة لم تسقط بالتوبة حتى يقترن بها الاصلاح فى زمان يوثق بتوبته لقوله تعالى : ((فان تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما)) ولقوله تعالى : ((فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فان الله يتوب عليه)) فعلق العفو بالتوبة والاصلاح ولأنه قد يظهر التوبة للتقية فلا يعلم صحتها حتى يقترن بها الاصلاح فى زمان يوثق فيه

بتوبته ، وان وجبت عليه الحدود فى المحاربة سقطت باظهار التوبة والدخول فى الطاعة ، لأنه خارج من يد الامام ممتنع عليه ، فاذا اظهر التوبة لم تحمل توبته على التقية .

الشرح قد مضى فى أول الباب قول مالك والشافعى بأن الآية « انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله » [1] الخ نزلت فيمن خرج من المسلمين يقطع السبيل ويسعى فى الأرض بالفساد وبه قال أبو ثور وأصحاب الرأى وابن المنذر قال أبو ثور : والدليل على أن هذه الآية نزلت فى غير أهل الشرك قوله تعالى : « الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم » وقد أجمعوا على أن أهل الشرك اذا وقعوا فى أيدينا فأسلموا أن دماءهم تحرم فدل ذلك على أن هذه الآية نزلت فى أهل الاسلام وحكى ابن جرير أن بعض أهل العلم يرى أن هذه الآية نسخت فعل النبى صلى الله عليه وسلم فى العرنيين فوقف الأمر على هذه الحدود ، وروى محمد بن سيرين قال : كان هذا قبل أن تنزل الحدود قال القرطبى : يعنى حديث أنس ذكره أبو داود ، وقال قوم منهم الليث بن سعد : ما فعله النبى صلى الله عليه وسلم بوفد عرينه نسخ اذ لا يجوز التمثيل بالمرتد . قال أبو الزناد : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما قطع الذين سرقوا لقاحه وسمل أعينهم بالنار عاتبه الله عز وجل فى ذلك فأنزل تعالى : « انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا » الآية أخرجه أبو داود قال أبو الزناد : فلما وعظ ونهى عن المثلة لم يعد ، وحكى عن جماعة أن هذه الآية ليست بناسخة لذلك الفعل ، لا سيما وقد ثبت فى صحيح مسلم وسنن النسائى وغيرهما قال : انما سمل النبى صلى الله عليه وسلم أعين أولئك لأنهم سملوا أعين الرعاة فكان هذا قصاصا وهذه الآية فى المحارب المؤمن . قال القرطبى : وهذا قول حسن ، وهو معنى ما ذهب اليه مالك والشافعى ، ولذلك قال الله تعالى : « الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم » ومعلوم أن الكفار لا تختلف أحكامهم فى زوال العقوبة عنهم بالتوبة بعد القدرة كما تسقط قبل القدرة ، والمرتد يستحق القتل بنفس الردة ــ دون المحاربة ــ ولا ينفى ولا تقطع يده ولا رجله ولا يخلى سبيله بل يقتل ان لم يسلم ،

---

(١) الآية ٣٣ من سورة المائدة .

ولا يصلب أيضا . فدل على أن ما اشتملت عليه الآية ما عنى به المرتد ، وقال تعالى فى حق الكفار : « قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف » وقال فى المحاربين « الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم » وهذا بين . وعلى هذا فلا اشكال ولا لوم ولا عتاب اذ هو مقتضى الكتاب قال تعالى : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » فمثلوا فمثل بهم . أما الآيتان الأخريان فقد مضى الكلام عليهما فى حد الزنى وفى حد السرقة ، وقال القسطلانى عن صاحب فتوح الغيب عما سبق من التخيير بأنه غير ممكن لأن الجزاء على حسب الجناية ويزاد بزيادتها وينقص بنقصانها . قال تعالى : « وجزاء سيئة سيئة مثلها » فيبعد أن يقال عند غلظ الجناية يعاقب بأخف الأنواع وعند خفتها بأغلظها وذلك أن المحاربة تتفاوت أنواعها فى أجزية متفاوتة فى معنى التشديد والغلظة فوقع الاستغناء بتلك المقدمة عن بيان تقسيم الأجزية على أنواع الجناية نصا وهذا التقسيم يرجع الى أصل عندهم وهو أن الجملة اذا قوبلت بالجملة ينقسم البعض على البعض .

اما اللغات فان الصلب السيلان من الصديد والودك قال الشاعر :

جريمة ناهض فى رأس نيق ترى لعظام ما جمعت صليبا

ثم أطلق على المقتول الذى يربط على خشبة حتى يسيل صليبه : صليب ومصلوب وسمى الفعل صلبا ، وأصل التوبة الرجوع والجب القطع وقيل لمقطوع الذكر مجبوب هكذا أفاده ابن بطال الركبى .

أما الأحكام فانه اذا تاب قاطع الطريق نظرت ــ فان تاب بعد قدرة الامام عليه ــ لم يسقط عنه شىء مما وجب عليه من حد المحاربة لقوله تعالى : « الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم » فشرط فى الغفران وفى سقوط أحكام المحاربة عنهم أن تكون التوبة قبل القدرة عليهم ، فدل على أنها اذا كانت بعد القدرة عليهم لم يؤثر ذلك ، ولأن المحارب اذا وقع فى قبضة الامام وجب عليه اقامة الحد عليه ، فاذا تاب فى هذه الحال فالظاهر أنه تاب للتقية من اقامة الحد عليه فلم

يسقط وأما اذا تاب قبل القدرة عليه فانه تسقط عنه الحدود التى يختص وجوبها بالمحاربة قولا واحدا وهى قطع الرجل وانحتام القتل عليه والصلب لقوله تعالى : « الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم » ولا تسقط حقوق الآدميين وهو حد القذف وضمان المال والقصاص بالتوبة بحال سواء كان محاربا أو غير محارب ، وأما الحدود التى تجب لحق الله تعالى ولا يختص وجوبها بالمحاربة كحد الزنا واللواط وحد الخمر والسرقة فهل يسقط بالتوبة عن المحارب وغير المحارب ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يسقط بالتوبة وبه قال أبو حنيفة لقوله تعالى : « الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » ولم يفرق بين أن يتوب وبين ألا يتوب وكذلك السارق وشارب الخمر لأن هذه حدود لا تختص بالمحاربة فلم تسقط بالتوبة كحد القذف (والثانى) تسقط بالتوبة لقوله تعالى : « الا الذين تابوا » الآية فأخبر أن المحارب اذا تاب قبل القدرة عليه غفر له جميع ما كان منه ، وقال تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما — الى قوله — فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فان الله يتوب عليه ان الله غفور رحيم » فأخبر بأنه يغفر له اذا تاب وأصلح ، وقال فى الزنا : « فان تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما » الآية ، وفى الحديث (التوبة تجب ما قبلها) وقد مضى فى غير موضع ، وقد ثبت أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : « انى أصبت حدا فأقمه على فقال : أليس توضأت فصليت ؟ فقال : بلى فقال « لا حد عليك » والظاهر أنه انما سقط عنه الحد بصلاح العمل ، ولأنه حد خالص لله تعالى فسقط بالتوبة كالحد الذى يختص بالمحاربة . فان قلنا بهذا فان كانت هذه الحدود وجبت عليه فى حال المحاربة سقطت عنه بالتوبة ولا يشترط عليه فى سقوط الحد مع التوبة اصلاح العمل ، والفرق بينهما أن المحارب مظهر للمعاصى ، فاذا تاب فالظاهر من حاله أنه تاب تقية ، فلم يحكم بصحة توبته حتى يقترن بها اصلاح العمل ، ويشترط اصلاحه للعمل مدة تؤثر بتوبته فيها ، وانما قطع اليد لأخذ المال فى المحاربة فاختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحق : لا يختص بالمحاربة لأنه يجب لأخذ نصاب فهو كالقطع فى السرقة ، وقال أبو على ابن أبى هريرة وأبو على الطبرى يختص بالمحاربة لقوله تعالى :

« انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله » الآية • فعلق قطع اليد والرجل معا بالمحاربة فدل على أنهما يختصان معا بالمحاربة ولأنه يجب لأخذ المال مجاهدة والقطع فى السرقة يجب لأخذ المال من حرزه على وجه الاستخفاء فكانا مختلفين ، فعلى قول أبى اسحاق اذا تاب قاطع الطريق قبل القدرة عليه هل يسقط عنه قطع اليد ؟ على القولين ، وعلى قول أبى على يسقط بالتوبة قبل القدرة عليه قولا واحدا • هذا قول أصحابنا العراقيين ، وقال المسعودى : اذا تاب قاطع الطريق قبل الظفر به فالصحيح أن ما كان حقا لله تعالى مثل القطع ونحوه فانه يسقط ، وما كان حقا للآدمى كانحتام القصاص لا يسقط ، وقيل : يسقط القصاص أيضا وليس بشىء •

وان تاب بعد الظفر به ففيه قولان : (أحدهما) حكمه حكم ما لو مات قبل الظفر ، لأن ما يسقط بتوبة أو غيرها فلا فرق قبل الظفر به أو بعد الظفر به كسقوط قطع السرقة الواجب بالاقرار وعكسه القصاص (والثانى) لا يسقط لقوله تعالى : « الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم » قال : وعلى هذا خرج أصحابنا وجهين فى حد الزنا والشرب هل يسقط بالتوبة ؟ والله تعالى أعلم •

شدة العقـــاب

شرع الله تعالى الحدود فراعى فيها شدة العقاب ، فقطع اليد فى السرقة عقوبة غليظة تقشعر لها القلوب ، وقد اتخذ مرضى القلوب والعقول من غلظتها سبيلا لردها ، ورجم الزانى أغلظ عقوبة انسانية ، وكذلك القتل والتصليب فى حد قطع الطريق ، والقتل فى الردة • واذا انتقلنا الى الجلد نجده فى ذاته شديدا ، وقد توقع النص القرآنى أن تثار الرأفة ودواعيها فى الذين يشاهدون العقاب ولذا قال تعالى : (ولا تأخذكم بهما رأفة فى دين الله ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ، وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين) •

ولماذا كانت عقوبات الحدود شديدة لا تقبل الهوادة ، خصوصا أنها

مقدرة تقديرا لا يقبل النقص ولا الزيادة الا اذا صحبت ذلك جريمة أخرى.

وقد ذكر القرآن فى بعض الحدود حكمة ذلك ، وهو المنع والزجر فهى زاجرة للمرتكب ومانعة لغيره ، وقد ذكر سبحانه الحكمة فى أغلظ العقوبات مظهرا ، فقال تعالى : (السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله ، والله عزيز حكيم) والنكال معناه المنع ، فكانت العقوبة منعا للغير من الارتكاب وقد جاء فى مفردات الراغب الأصفهانى فى تفسير معنى كلمة نكال : (يقال : نكل عن الشىء ضعف وعجز ، ونكلته قيدته ، والنكل قيد الدابة ، وحديدة اللجام لكونهما مانعين ، والجمع الأنكال قال تعالى : (ان لدينا أنكالا وجحيما) ونكلب به اذا فعلت ما ينكل به غيره أى يمنع غيره من أن يفعل فعله قال تعالى : (فجعلناها نكالا لما بين يديها وما خلفها) وقال سبحانه (جزاء بما كسبا نكالا من الله) .

وان التحليل القوى يفيد أن معنى قوله تعالى : (جزاء بما كسبا نكالا من الله) أن هذا العقاب فيه جزاء كفاء للجريمة ، وفيه منع لغير المرتكب عن أن يرتكب ولنقف قليلا فى شرح هذين المعنيين ، وانهما لمتحققان فى كل حد من حدود الله تعالى التى أقامها منعا للفساد ، وجاء التقدير بنص قرآنى نازل من عند الله أو بحديث نبوى بوحى من الله (وما ينطق عن الهوى ان هو الا وحى يوحى علمه شديد القوى ذو مرة فاستوى) .

وان المنع عن ارتكاب مثل هذه الجريمة بتلك العقوبة الشديدة أو بعبارة عامة المنع من ارتكاب جرائم الحدود بعقوباتها القوية متحقق فى الحدود جميعا .

ان هذه الجرائم الخطيرة تفسد المجتمع ، فالسرقة فيها ضياع للمال ، وهو عصب النظام الاجتماعى وفيها ضياع مصلحة قرر الاسلام حفظها ، واعتبرها أصلا من أصول الشرع ، والردة فيها اعتداء على الدين الذى هو قوام الحياة الانسانية وبه يتحقق المعنى الانسانى الكامل ، والزنا فيه اعتداء على النسل وترك أمر الزناة فرطا يؤدى الى اضعاف النسل عددا وسلامة وخلقا وائتلافا مع الجماعة .

وترك الناس يفسدون عقولهم بالخمر يؤدى الى اضعاف قوى الانتاج فى الأمة ، ويجعل طائفة منها كلا على غيرها ، ومصدر ايذاء لها واعتداء على الجماعة فيها •

أما قطع الطريق فانه خروج على كل نظام ، واستباحة للحرمات ، وتوهين بشأن الدولة ، وبذلك يكون الآمنون تحت سيطرة المفسدين ، فيفسد كل نظام وتضطرب الأمور ، وتنحل الوحدة الجامعة •

فكان لابد من حماية المجتمع من كل هذه الشرور موضع تلك العقوبة الزاجرة للمرتكبين ، والمانعة من اثم الآثمين •

وكلما اشتد العقاب قوى المنع ، فاذا رأى الذين عندهم استعداد السرقة يدا مقطوعة ترددوا فى ارتكاب الجريمة ، وأرهبهم العقاب ، وجانبهم الارتكاب ويؤدى التردد الى الامتناع المطلق ، ومن رأى زانيا يجلد والناس شهود وحلقة العقاب قائمة لابد أن يخشى وقوعه تحت طائلة هذا العقاب العتيد ، المحضر المهيأ له ولأمثاله ، فلا يكون منه الفعل اذا كان ممن ارتكنت نفسه فى الجرائم فلا منجاة له منها •

وكذلك أولئك الزنادقة الذين يتخذون الأديان هزوا ولعبا اذا رأوا زنديقا يؤخذ من ناصيته ، ويزج به فى غيابات السجون أو يتوب توبة تنقذه ، فانهم يترددون فى الاسترسال فى طريقتهم للعبث بالأديان والسعى بين الناس بالضلال والاضلال ، ولقد ذكرنا أن الفقهاء أجمعوا على أن الزنادقة الذين اشتهروا بالزندقة وافساد عقائد الناس لا يستتابون حتى لا يمكنوا من فرصة الافساد •

جرائم الحدود ثلاثة أقسام

(القسم الأول) علنى فيه تحد للنظام واتقاض عليه ولذلك سموا محاربين لله ولرسوله ، أى للنظام الذى قرره الشرع والاسلام فى القرآن الكريم وفى الحديث النبوى الشريف •

هؤلاء الذين يتحدون النظام العـام يجب أن يؤخذوا من نواصيهم ليحملوا حملا على النظام ، وكل تهاون معهم افساد لقانون الرحمة ، لأن الرحمة الاسلامية كما نوهنا عنها فى مقدمة أبحاثنا هى الرحمة بالمجموع ، لا الرحمة بالآحاد ، فان ما يسمى رحمة بالنسبة للآثمين المفسدين هو القسوة على الجماعة ، ورحمة الكثرة من الجماعات أولى بالاعتبار ، وهى الجديرة بأن ترحم ، ولذلك قال النبى صلى الله عليه وسلم (من لا يرحم لا يرحم) رواه أحمـد والشيخان وأبو داود والترمذى عن أبى هريرة والبخـارى ومسلم عن جرير بن عبد الله البجلى •

وان منع هؤلاء من ارتكاب جرائمهم القاسية هو الحكمة وهو الرحمة العامة ولو كان المنع بارتكاب أشد العقاب •

(والقسم الثانى) علنى وليس فيه تحد للنظام ولكن فيه افساد للمظهر العام للمجتمع الاسلامى ، وفى ظهوره افسـاد للدين والأخلاق ، فأولئك الذين يقذفون المحصنات ويحرضون على الفسق ويعملون على أن تشيع الفاحشة فى الذين آمنوا ، وقد شرحنا ذلك عند الكلام فى حد القـذف والنصوص الواردة فيه ، وان منعهم تطهير للمجتمع من عنـاصر الشر ، ووضع حجزات مانعة من أن يسترسلوا فى شرهم : ويهيموا فى غيهم ، وذلك المنع لا يكون الا بحد القذف الزاجر المانع ، الذى هو نكال مانع للفسـاد والافساد والتعدى على سمعة المحصنات المؤمنات الغافلات •

ومثل هذا شرب المسكر ، والسير فى الطرقات تنبعث من فم الشارب مع رائحة الخمر ألفاظ تخدش الحياء والأخلاق ، وتجرح الصدور ، وتجرح الآذان بالألفاظ الجارحة •

(والقسم الثالث) من جرائم الحدود ، جرائم تقع فى سر ، ولا تقع فى علن فالسرقة لا تقع الا فى الخفاء والزنا لا يكون الا فى كن من الظـلام وان ضبط المرتكبين لهذه الأنواع من الجرائم ليس أمرا هينا لينا ، بل انهـا ليس من السهل كشفها ومعرفتها ، وان جرائم السرقات التى تكشف لا تعد

شيئا مذكورا بجوار الجرائم التى تقع ، ومثل ذلك الزنا ، فان ما يعرف منه بالاقرار أو البينة لا يعد الا قليلا ضئيلا جدا بالنسبة لما يرتكب منه وراء الأستار وفى الظلمات •

ومن المقرر نفسيا واجتماعيا بالاستقراء والتتبع أن الجرائم التى تخفى اذا ظهرت وجب تشديد العقاب لها ، لأن الذى يضبط فيها يكون قد ارتكب الكثير منها ، فيكون العقاب كفاء لما ارتكب فى الظلام ، وليس كفاء لما ضبط به ، لأن ما ضبط به قليل بالنسبة لما ارتكب ، وتصوروا أن زانيا يزنى فيراه أربعة عيانا ، أليس هذا دليلا على أنه أكثر من الارتكاب ، حتى وصل الى التبجح به ، والانتقال من طبيعته السرية الى حيث الكشف والاعلان وبذلك يكون العقاب على الاستمرار على غيه ، وعلنيته فسادا وانه للذى ارتكبه كثير بالنسبة لما ينزل به من عقاب •

ولقد قرر العلماء أن الجرائم الخفية لتشديد العقاب فيها فائدة نفسية فانه كلما كان العقاب شديدا كان الاضطراب النفسى عند الارتكاب أشد • اذ يستحضر المرتكب أو الذى بصدد الارتكاب فى نفسه صورة العقاب فيتردد فى الارتكاب ، وقد يمتنع فينجو ، وتنجو فريسته ، وقد يرتكب مع هذا الاضطراب فيسهل ضبطه •

وقد تكون صورة العقاب دافعة له لأن يحاول النجاة فيرتكب جريمة أخرى فيضبط بالجريمتين ، وكم جرائم تقع فى سبيل تلك الجرائم الخفية ، فالزانى يقتل زوج المزنى بها ، أو يقتل أخاها أو جيرانها فى سبيل بقاء جريمته فى طى الكتمان أو فى سبيل تحقيقها ، فاذا شدد العقاب خاف من ويلاته ، واضطرب عند ارتكابه ، أو ارتكب جرائم أخرى لتسهيل الارتكاب أو لازالة ما يكون فى سبيله من معوقات •

وقد ذكر النص الكريم فى آية حد السرقة سببين للتشديد فى عقوبة السرقة وهما : ان العقوبة جزاء ، وثانيهما : أنها نكال • وقد فصلنا معنى النكال ، وبقى أن نشير اشارة موجزة موضحة لمعنى الجزاء ، وان كنا قد تعرضنا له من قبل فى بيان الغايات من الحدود ، والثمرات التى تترتب عليها •

ان الجزاء معناه أن العقوبة مكافئة للجريمة ، وأنها مساوية لها ، وأنها تلاقية مع آثارها ، وان لم تكن متلاقية مع ذاتها ، ومتساوية فى الكم ومع كل سبب من أسباب العقوبة ، فالعقوبة ليست متساوية فى ذات الشىء المسروق ، ولا متساوية فى كل الأحوال مع الأضرار التى تنزل بالمسروق ، ولكنها مساوية للآثار المترتبة على الجريمة ، وقد أشرنا الى آثار السرقة من ذعر عام يجعل الناس يكثرون من الحراس والمغالق ، ومع ذلك ينامون غير مطمئنين فى سربهم ودورهم ، بل هم فى فزع دائم وبلبال مستمر ، وان ظهور لص قوى جرىء فى منطقة يجعل أهلها غير مطمئنين على مزارعهم ومواشيهم وأولادهم ، فهم يتوقعون كل شىء ، يتوقعون ضياع الأموال ، وخطف الأولاد ، فاذا قطعت يد ذلك المفزع فهى جزاء لما ارتكب •

وكذلك الأمر فى الزنا اذا تفشى فى جماعة انهار فيها كل قائم ، واندم كل مقوم من مقومات الأخلاق ، وما فشت هذه الجريمة فى أمة الا كتب الله عليها الفناء فى كيانها ، والضياع فى أسرها والانحلال فى أخلاقها ، وصارت قوما بورا ، ولذلك أنه ورد فى بعض الآثار انه ما فشى الزنا فى قوم الا ضرب الله عليهم الهوان والذل ، وأى ذل أقوى من ذلك الانحلال القومى ، وأن يصير كل امرىء عبدا لأهوائه وشهواته ، ولقد رأينا دولا تدددك صرح قوميتها الشيوع تلك الجريمة فيها اذ جعلتهم كالقردة والخنازير •

ويتبع الزنا القذف والشرب ، فالأول يسهل الفاحشة ، والثانى مع أنه يذهب بالقوة يسهل كل جريمة •

وأما جريمة الحرابة فكل عقوبة لها دونها ، والذين يذهب بهم فرط شفقتهم على الآثمين الى استكثار الصلب ، عليهم أن يفكروا فى الذين ذهبو فرائس لهذه الجريمة من الأبرياء ، وعليهم أن يعطفوا على البرآء بدل أن يشفقوا على الآثمين ويعلموا أن حماية الآثمين تشجع على الاثم ، والعطف على الأبرياء فيه قطع لدابر الآثام والجرائم •

وهناك مقصد أسمى من كل ما سبق ، هو حماية الفضيلة الانسانية والأخلاق ، ان الاسلام ككل الأديان جاء لايجاد مجتمع فاضل تختفى فيه الرذائل ، وتظهر فيه الفضائل ، ولا يمكن أن تختفى الرذائل الا اذا كان ثمة زواجر اجتماعية تحمى المجتمع وتنقى جوهره الطاهر من المآثم .

ان الاسلام لم يكن دينا نظريا يتجه الى الناحية السلبية ، بل هو دين وعمل وتنظيم ، يتجه الى الناحية الايجابية فى كل شىء فلا يكتفى المؤمن فى الاسلام بأن يقول انى لا أفعل الشر وأسعى الى الخير وحسبى ذلك ، بل أن تقول للمؤمن تجنب الشر وافعل الخير وأضع الشرور من أن تعم المجتمع وتطفو على سطحه ، والا كنت مسئولا عن غيرك ان لم تمنعه من الوقوع فى الآثام ، وحث الآحاد على التواصى على الحق والصبر ، وأقام الدولة لتردع العاصى بقوة السلطان وقد ورد فى الأثر عن عثمان رضى الله عنه (يزع بالسلطان ما لا يزع بالقرآن) فليس القرآن هو الذى يمنع نفوس الأشرار من غوايتهم ، ولكنه يهدى الضال ويرشد السائر . قال تعالى (فمن اهتدى فانما يهتدى لنفسه ، ومن ضل فانما يضل عليها) ولهذا المعنى العملى فى فضيلة الاسلام كانت لها فى أحكامه حمايتان :

(احداهما) دنيوية باقامة الحدود وسن العقوبات التعزيرية لمن ينحرف عن الجادة والسبيل المستقيم ، وتلك هى حدود الله ، وكانت شدتها على مقدار شدة المنتهك لحمى الفضائل ، فمن هتك الأمراض وكشف ستره وظهر أمره كان عقابه بمقدار ذلك الظهور ، وبمقدار قوة الرذيلة فى نفسه واحاطتها بقلبه ، ومن استتر فهو فى ستر الله فى الدنيا .

والحماية الثانية : هى العقوبة الأخروية ، وكل امرىء بما كسب رهين ، والله بكل شىء عليم ، فان نجا من العقاب فى الدنيا لاستطاعته الفرار منه ناله عقاب الآخرة .

وان الذين يهولون من شأن عقوبات الحدود هم الذين يسهلون هذه الجرائم لأنهم يعتبرون ذلك من الحرية الشخصية ، واذا سهل الزنا سهل القذف به .

واذا كانت الجريمة تسير مرفوعة الرأس فان القذف يكون أمرا هينا سائغا مقبولا ، ألم تر الصحف الماجنة تذكر العلاقات غير المشروعة بين الرجل والمرأة على أنها أمر ليس فيه نكر ، بل أحيانا على أنه أمر مستحسن ، وألم تر الى الصحف تذكر شرب الخمر على أنه لا جريمة فيه ، وهى أم الخبائث ، وما من شر الا سهلت ارتكابه ، وهكذا صار الناس وراء شهواتهم ، فاستصعبوا العقاب الزاجر ، واستباحوا فى مجالسهم وأنديتهم تذاكر الفجور حتى لقد وجدنا تلك الصحف تستكثر على الدولة أن تحمى العذارى والأزواج من سماع كلمات الفجور ، وطلبوا الغاء شرطة الآداب لأنها ترتكب أمرا ادا بتضييقها على العشاق ، والذين يرتكبون المعصية جهارا نهارا ، بل ان الاستهانة بالفضيلة وصلت الى دور القضاء ، فوجدنا بعض الشبان من رجال النيابة لا يجدون أمرا مستنكرا فى العرف والقانون تبادل القبلات الآثمة بين العاشقين فى الطرقات ، ومن رحمة من ربك أن وقف فى طريق ذلك التيار المنحرف رئيس النيابة التى يتبعها أولئك الشبان وأخذهم من نواصيهم وحملهم على نصرة الحق والخلق ، بل القانون اذ يعتبر ذلك أمرا فاضحا .

فاذا كان الذين يهولون فى عقاب الحدود هم الذين يستبيحون اعلان المنكر من الأفعال فان هذا يكون دليلا على أنه وان كان شديدا حق لا ريب فيه ، وفيه صلاح وعلاج للفساد ، والله تعالى يتولى خلقه بحكمه العادل الذى ﴿ لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد ﴾ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب حد الخمر

الشرح الخمر محرم والأصل فيه الكتاب والسنة والاجماع والخمر المجمع على تحريمه هو عصير العنب اذا اشتد وقذف بالزبد .

أما الكتاب فقوله تعالى : « يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم

كبير ومنافع للناس واثمهما أكبر من نفعهما » فأخبر أن فيهما منفعة واثما ، والاثم أكبر من المنفعة وقوله تعالى : « انما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام ــ الى قوله ــ فهل أنتم منتهون » وفى هاتين الآيتين سبعة أدلة ١ ــ أن الله تعالى قرن بين الخمر والميسر والأنصاب والأزلام وقدمه عليها ، وهذه الأشياء كلها محرمة فدل على تحريم الخمر • ٢ ــ أن الله تعالى سماها رجسا والرجس اسم للشىء النجس وكل نجس حرام • ٣ ــ قوله تعالى : (من عمل الشيطان) وما كان من عمل الشيطان فهو محرم • ٤ ــ قوله تعالى : (فاجتنبوه) ولا يأمر الا باجتناب محرم • ٥ ــ قوله تعالى : (لعلكم تفلحون) وضد الفلاح الفساد • ٦ ــ قوله تعالى : (ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة) وما صد عن ذلك فهو محرم • ٧ ــ قوله تعالى : (فهل أنتم منتهون) وهذا أبلغ كلمة فى الزجر عن الشىء ، ويدل على تحريمه من الكتاب أيضا قوله تعالى : (انما حرم ربى الفواحش ما ظهر منها وما بطن والاثم والبغى) والاثم هو الخمر قال الشاعر :

شربت الاثم حتى زال عقلى كذلك الاثم يذهب بالعقول

وقد استفاضت السنة بأدلة التحريم وكذلك الآثار روى النسائى عن عثمان رضى الله عنه قال : « اجتنبوا الخمر فانها أم الخبائث انه كان رجل ممن كان قبلكم تعبد فعلقته امرأة غوية فأرسلت اليه جاريتها فقالت له : انا ندعوك للشهادة فانطلق مع جاريتها فطفقت كلما دخل بابا أغلقته دونه حتى أفضى الى امرأة رضيئة عندها غلام وباطية خمر فقالت : انى والله ما دعوتك للشهادة ولكن دعوتك لتقع على أو تشرب من هذه الخمر كأسا أو تقتل هذا الغلام قال : فاسقنى من هذه الخمر كأسا فسقته كأسا قال : زيدونى فلم يرم ــ أى يبرح ــ حتى وقع عليها وقتل النفس ، فاجتنبوا الخمر فانها والله لا يجتمع الايمان وادمان الخمر الا ليوشك أن يخرج أحدهما صاحبه » وذكره ابن عبد البر فى الاستيعاب • روى مسلم عن ابن عباس : « أن رجلا أهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم راوية خمر فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل علمت أن الله حرمها ؟ قال : لا قال : فسار رجلا فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : بم ساررته ؟

قال أمرته ببيعها فقال : ان الذى حرم شربها حرم بيعها قال : ففتح المزادة حتى ذهب ما فيها » .

وكان قيس بن عاصم المنقرى شرابا لها فى الجاهلية ثم حرمها على نفسه ، وكان سبب ذلك أنه غمز عكنة ابنته وهو ثمل وسب أبويه ورأى القمر فتكلم بشىء وأعطى الخمار كثيرا من ماله فلما أفاق أخبر بذلك فحرمها على نفسه وفيها يقول :

رأيت الخمر صالحة وفيها ... خصال تفسد الرجل الحليما
فلا والله أشربهـا صحيحا ... ولا أشقى بها أبدا سقيما
ولا أعطى بها ثمنا حياتى ... ولا أدعو بها الأمر العظيما

قال ابن عبد البر فى الاستيعاب : وروى ابن الأعرابى عن المفضـل الضبى أن هذه الأبيات لأبى محجن الثقفى قالها فى تركه الخمر وهو القائل رضى الله عنه :

اذا مت فادفنى الى جنب كرمة ... تروى عظامى بعد موتى عروقها
ولا تـدفننى بالفـلاة فاننى ... أخاف اذا ما مت أن لا أذوقها

وجلده عمر الحد عليها مرارا ونفاه الى جزيرة فى البحر فلحق بسعد بن أبى وقاص فى القادسية فكتب اليه عمر أن يحبسه فحبسه ، وكان أحـد الشجعان البهم . فلما كان من أمره فى حرب القادسية من نصر الله للمسلمين على الفرس على يديه حيث كان لا يتوجه الى جهة من جهات العـدو الا هزمها حتى اختلت صفوف الفرس فكر عليهم المسلمون وانتصروا عليهم بفضل أبى محجن ، فقد أمر سعد أن لا يقيد وقال : لا نجلدك على الخمر أبدا قال أبو محجن : وأنا والله لا أشربها أبدا ، فلم يشربها بعد ذلك وفى رواية قد كنت أشربها اذ يقام على الحد وأطهر منها وأما اذا بهرجتنى فوالله لا أشربهـا أبدا وذكر الهيثم بن عدى أنه أخبره من رأى قبر أبى محجن بأذربيجان أو قال : فى نواحى جرجان وقد نبتت عليها ثلاث أصول كرم ،

وقد طالت وأثمرت وهى معروشة على قبره ، ومكتوب على القبر : هـذا قبر أبى محجن • قال : فجعلت أتعجب وأذكر قوله : اذا مت فادفنى الى جنب كرمة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(كل شراب اسكر كثيره حرم قليله وكثيره والدليل عليه قوله تعـالى : « انما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشـيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون » واسم الخمر يقع على كل مسكر والدليل عليه ما روى ابن عمر رضى الله عنه (أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : كل مسكر خمر وكل خمر حرام) وروى النعمان بن بشير رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : (ان من التمر لخمرا وان من البر لخمرا وان من الشعير لخمرا وان من العسل خمرا) وروى سعد رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليـه وسلم قال : (انهاكم عن قليل ما اسكر كثيره) وروت ام المؤمنين عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (ما أسكر الفرق منه فملء الكف منه حرام) •

الشرح قوله تعالى : (انما الخمر) الآية كانت الخمر لم تحرم بعد وانما نزل تحريمها سنة ثلاث بعد وقعة أحد وكانت وقعة أحد فى شوال سنة ثلاث وقد تدرج تحريمها على ما مضى فى كتاب الصلاة ، وبقوله تعالى : (انما الخمر والميسر الى قوله تعالى : رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه) حرم الله تعالى الخمر أشد التحريم ، وقال بعض السلف : ما حرم الله شيئا أشد من الخمر ، وقال أبو ميسرة : نزلت بسبب عمر بن الخطاب فانه ذكر للنبى صلى الله عليه وسلم عيوب الخمر وما ينزل بالناس من أجلها ودعا الله فى تحريمها وقال : اللهم بين لنا فى الخمر بيانا شافيا فنزلت هـذه الآيات فقال عمر : انتهينا انتهينا ، وروى أبو داود عن ابن عباس قال : (يأيهـا الذين آمنوا لا تقربوا الصـلاة وأنتم سكارى) و (يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير ومنافع للناس) نسختهما التى فى المائدة (انمـا الخمر والميسر والأنصاب) وفى صحيح مسلم عن سعد بن أبى وقاص : نزلت فى آيات من القرآن وحكى قصة اجابته دعوة نفر من الأنصار أطعموه وسقوه خمرا وتلاحى معهم على فضل المهاجرين فضربه أحدهم بلحى جمل

ففزر أنفه فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فأخبره فأنزل الله تعالى : (انما الخمر والميسر الآية) •

أما حديث ابن عمر فقد أخرجه الشيخان وأحمد بلفظ (كل مسكر خمر وكل مسكر حرام ، ومن شرب الخمر فى الدنيا ــ فمات وهو يدمنها لم يتب ــ لم يشربها فى الآخرة) وعند أحمد والشيخين وأبى داود والنسائى وابن ماجه عن ابن عمر وعند أحمد والنسائى وابن ماجه عن أبى هريرة وعند ابن ماجه عن ابن مسعود بلفظ (كل مسكر حرام) وعند أبى داود عن ابن عباس بلفظ (كل مخمر خمر وكل مسكر حرام) وعند ابن ماجه من حديث معاوية مرفوعا (كل مسكر حرام على كل مؤمن) وعند أحمد ومسلم والنسائى عن جابر بلفظ : (كل مسكر حرام ، ان على الله عهدا لمن يشرب المسكر أن يسقيه من طينة الخبال : عصارة أهل النار أو عرق أهل النار) وعند أبى داود والنسائى من حديث عائشة (كل مسكر حرام وما أسكر الفرق منه فملء الكف منه حرام) •

أما حديث النعمان بن بشير رضى الله عنهما فقد رواه فى السنن وأخرجه أحمد فى مسنده من حديث ابن عمر بلفظ : (من الحنطة خمر ومن الشعير خمر ومن التمر خمر ومن الزبيب خمر ومن العسل خمر) وفى المسند أن عمر خطب على المنبر وقال : (الا ان الخمر قد حرمت ، وهى من خمسة : من العنب والتمر والعسل والحنطة والشعير) وحديث عائشة مضى تخريجه آنفا •

أما اللغات فالخمر يطلق على عصير العنب المشتد اجماعا على حقيقة هذا الاطلاق ، والاختلاف فى اطلاقه على غيره حقيقة أو مجازا والقائلون بأن الخمر ما اعتصر من العنب هم الكوفيون أصحاب أبى حنيفة ويعرض الراغب الأصفهانى فى غريب القرآن للخمر فيقول انها عند البعض اسم لكل مسكر وعند بعض للمتخذ من العنب أو التمر وعند بعضهم لغير المطبوخ وذهب الى أن كل شىء يستر العقل يسمى خمرا قال الشوكانى : وكذا قال جماعة من أهل اللغة منهم الجوهرى وأبو نصر القشيرى

والدينورى وصاحب القاموس ويؤيد ذلك أنها حرمت بالمدينة وما كان شرابهم يومئذ الا نبيذ البسر والتمر ويؤيده أيضا أن الخمر فى الأصل الستر ومنه خمار المرأة لأنه يستر وجهها وللتغطية ومنه : (خمروا آنيتكم) والمخالطة كقولك : خامره داء ، والادراك كاختمر العجين . قال ابن عبد البر : الأوجه كلها موجودة فى الخمر ، وعن ابن الأعرابى : سميت خمرا لأنها تركت حتى اختمرت واختمارها تغير رائحتها ، وقال الخطابى : زعم قوم أن العرب لا تعرف الخمر الا من العنب فيقال لهم : ان الصحابة الذين سموا غير المتخذ من العنب خمرا عرب فصحاء فلو لم يكن هذا الاسم صحيحا لما أطلقوه ا هـ .

والقائلون باختصاص العنب بالتسمية مستدلين بقوله تعالى : (انى أرانى أعصر خمرا) قولهم فاسد لأن ذكر شىء بحكم لا ينفى ما عداه ، وقد روى ابن عبد البر عن أهل المدينة وسائر الحجازيين وأهل الحديث كلهم أن كل مسكر خمر ، وقال القرطبى : الأحاديث الواردة على كثرتها وصحتها تبطل مذهب الكوفيين القائلين بأن الخمر لا يكون الا من العنب وما كان من غيره لا يسمى خمرا ، وهو قول مخالف للغة العرب وللسنة الصحيحة وللصحابة لأنهم لما نزل تحريم الخمر فهموا من الأمر بالاجتناب تحريم كل ما يسكر ولم يفرقوا بين ما يتخذ من العنب وبين ما يتخذ من غيره بل سووا بينهما وحرموا كل ما يسكر نوعه ولم يتوقفوا ولم يستفصلوا ولم يشكل عليهم شىء من ذلك بل بادروا الى اتلاف ما كان من غير عصير العنب وهم أهل اللسان وبلغتهم نزل القرآن . ا هـ .

قلت : وللشاعر فى مخالطتها للعقل قوله :

فخامر العقل من ترجيع ذكرتها ... رس لخيف ورهن منك مكبول

اما الأحكام فان جميع الأشربة المسكرة كعصير العنب المطبوخ ونبيذ التمر والزبيب والذرة والشعير وغير ذلك يحرم قليلها وكثيرها ، ويجب بشربها الحد ، وبه قال عمر وعلى وابن عباس وابن عمر وأبو هريرة وسعد ابن أبى وقاص وابن مسعود وعائشة رضى الله عنهم ومن الفقهاء مالك

والأوزاعي وأحمد واسحاق رحمهم الله وقال أبو حنيفة : الأشربة على أربعة أضرب (أحدها) الخمر وهو عصير العنب الذى اشتد وقذف زبده فيحرم قليله وكثيره ، ويجب على شاربه الحد ولم يشترط أبو يوسف ومحمد أن يقذف زبده وقالا : اذا اشتد وغلا كان خمرا • (الثانى) المطبوخ من عصير العنب فاذا ذهب أقل من ثلثيه فهو حرام ولا حد على شاربه الا اذا سكر ، فان ذهب ثلثاه فهو حلال الا ما أسكر منه • فان طبخه عنبا ففيه روايتان احداهما أنه يجرى مجرى عصيره والمشهور أنه حلال وان لم يذهب ثلثاه • (الثالث) نقيع التمر والزبيب • فان طبخ فى النار فهو مباح ولا حد على شاربه الا اذا سكر فيحرم القدر الذى يسكر وفيه الحد ، وان لم يمسه النار فهو حرام ولا حد على شاربه الا اذا سكر (الرابع) نبيذ الحنطة والذرة والشعير والأرز والعسل ونحو ذلك حلال سواء كان نيئا أو مطبوخا الا أنه يحرم السكر منه ولا حد على شاربه سكر أو لم يسكر • دليلنا حديث النعمان بن بشير الذى ساقه المصنف والأحاديث المستفيضة التى تقضى بأن كل مسكر خمر وكل خمر حرام وحديث عائشة (ما أسكر والفرق بفتح الراء ستة عشر رطلا ولأن الله تعالى حرم الخمر ونبه على المعنى الذى حرمها لأجله ، وهو أن الشيطان يوقع فيها العداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله وعن الصلاة وهذه المعانى موجودة فى هذه الأشربة فوجب أن يكون حكمها حكم الخمر فى التحريم والحد •

اذا ثبت هذا فان كل شراب مسكر لا يجوز بيعه وهو نجس ، وقال أبو حنيفة : يجوز بيعها الا الخمر ، وقال أبو يوسف : لا يجوز بيع نقيع التمر والزبيب ، ويجوز بيع باقيها • دليلنا أنه شراب فيه شدة مطربة فلم يجز بيعه كالخمر •

فـــرع قال ابن الصباغ : وان طبخ لحما بخمر وأكل مرقها حد وان أكل اللحم لم يحد لأن عين الخمر موجود فى المرق وليس بموجود فى اللحم وانما فيه طعمه ، وان عجن دقيقا بالخمر وخبزه فأكل الخبز لم يحد لأن عين الخمر أكلتها النار ، وقال ابن الصباغ : وان استعط بالخمر

أو احتقن لم يحد لأنه ليس بشرب ولا أكل وفيما قاله ابن الصباغ نظر لأن حكم الاستعاط والاحتقان حكم الشرب فى ابطال الصوم فكان حكمه حكم الشرب فى الحد . قال ابن الصباغ : وان عجن الشعير بالخمر أو البر كان نجسا ولم يجز بيعه ، واذا تبخر به فهل ينجس ؟ فيه وجهان بناء على الوجهين فى دخان سائر النجاسات .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ومن شرب مسكرا وهو مسلم بالغ عاقل مختـار وجب عليه الحد فان كان حرا جلد أربعين جلدة لما روى أبو ساسان . قال : « لما شهد على الوليد بن عقبـة قال عثمان لعلى عليه السـلام دونك ابن عمك فاجلده ، قال : قم يا حسن فاجلده . قال : فيم أنت وذاك ول هذا غيرى قال : ولكنك ضعفت وعجزت ووهنت فقال قم يا عبد الله بن جعفر فاجلده فجلده وعلى عليه السلام يعد ذلك فعد أربعين ، وقال : جلد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الخمر أربعين وأبو بكر أربعين وعمر ثمانين وكل سنة » وان كان عبدا جلد عشرين لأنه حد يتبعض فكان العبد فيه على النصف من الحر كحد الزنا فان رأى الامام أن يبلغ بحد الحر ثمانين وبحد العبد أربعين جاز لما روى أبو وبرة الكلبى قال : « أرسلنى خالد بن الوليد الى عمر رضى الله عنه فأتيته ومعه عثمان وعبد الرحمن بن عوف وعلى وطلحة والزبير رضى الله عنهم . فقلت : ان خالد بن الوليد رضى الله عنه يقرأ عليك السلام ويقول : ان الناس قد انهمكوا فى الخمر وتحاقروا العقوبة فيه قال عمر : هم هؤلاء عندك فسلهم . فقال على عليه السلام : تراه اذا سكر هذى واذا هذى افترى وعلى المفترى ثمانون . فقال عمر : بلغ صاحبك ما قال فجلد خالد ثمانين ، وجلد عمر ثمانين ، قال : وكان عمر اذا أتى بالرجل القوى المنهمك فى الشراب جلده ثمانين واذا أتى بالرجل الضعيف الذى كانت منه الزلة جلده أربعين » فان جلده اربعين ومات لم يضمن لأن الحق قتله ، وان جلده ثمانين ومات ضمن نصف الدية لأن نصفه حد ونصفه تعزير وسقط النصف بالحد ووجب النصف بالتعزير ، وان جلد احدى وأربعين فمات ففيه قولان (احدهما) أنه يضمن نصف ديته لأنه مات من مضمون وغير مضمون فضمن نصف ديته كما لو جرحه واحد جراحة وجرح نفسه جراحات (والثانى) انه يضمن جزءا من احد وأربعين جزءا من الدية لأن الأسـواط متماثلة فقسطت الدية على عددها ، وتخالف الجراحات فانها لا تتماثل وقد يموت من جراحة ولا يموت من جراحات ، ولا يجوز أن يموت من سوط ويعيش من اسواط ، وان أمر

الامام الجلاد ان يضرب فى الخمر ثمانين فجلده احدى وثمانين ومات المضروب ـ فان قلنا : ان الدية تقسط على عدد الضرب ـ سقط منها أربعون جزءا لأجل الحد ووجب على الامام اربعون جزءا لأجل التعزير ووجب على الجلاد جزء ، وان قلنا : انه يقسط على عدد الجناية ففيه وجهان احدهما : يسقط نصفها لأجل الحد ويبقى النصف ، على الامام نصفه وعلى الجلاد نصفه ، لأن الضرب نوعان مضمون وغير مضمون فسقط النصف بما ليس بمضمون ووجب النصف بما هو مضمون والثانى انه تقسط الدية ثلاثا فسقط ثلثها بالحد وثلثها على الامام وثلثها على الجلاد لأن الحد ثلاثة انواع فجعل لكل نوع الثلث .

الشرح خبر أبى ساسان أخرجه مسلم واسم أبى ساسان حضين (بالمعجمة) ابن المنذر يروى عن عثمان وعلى وكان معه يوم صفين يحمل الراية روى عنه الحسن البصرى وغيره وكان شاعرا شجاعا مفوها ، ولفظ الحديث كما فى مسلم : « شهدت عثمان بن عفان أتى بالوليد قد صلى الصبح ركعتين ثم قال : أزيدكم فشهد عليه رجلان أحدهما عمران أنه شرب الخمر وشهد آخر أنه رآه يتقيؤها فقال عثمان : انه لم يتقيأها حتى شربها فقال يا على قم فاجلده فقال على : قم يا حسن فاجلده فقال الحسن : ول حارها من تولى قارها ، فكأنه وجد عليه فقال : يا عبد الله بن جعفر قم فاجلده فجلده وعلى يعد حتى بلغ أربعين فقال : أمسك ثم قال : جلد النبى صلى الله عليه وسلم أربعين وأبو بكر أربعين وعمر ثمانين وكل سنة وهذا أحب الى » وأخرجه البخارى مختصرا من حديث عبيد الله بن عدى بن الخيار وأخرجه الشافعى فى مسنده أن أمير المؤمنين عليا جلد الوليد بسوط له طرفان . أما خبر أبى وبرة ويقال ابن وبرة فقد أخرجه الطبرى والطحاوى والبيهقى وأخرج نحوه عبد الرزاق عن عكرمة ، هكذا أفاده الشوكانى فى نيل الأوطار .

اما الأحكام فقوله : (انهمكوا فى الخمر وتحاقروا العقوبة) قال ابن بطال الركبى : أى لجوا فيها يقال انهمك الرجل فى الأمر أى جد ولج وكذلك تهمك ، وتحاقروا العقوبة أى رأوها حقيرة صغيرة اهـ (قوله : اذا سكر هذى) أى تكلم بالهذيان وهو ما لا حقيقة له من الكلام وهو من باب ضرب

وقتل ، وقوله : ول حارها من تولى قارها أى من تولى هينها ولينها وله شديدها وحديدها .

أما اللغات فانه يجلد المحدود الحر فى الخمر أربعين جلدة ، وقال مالك والليث وأبو حنيفة والثورى : الواجب ثمانون ولا يجوز النقصان وأجازه ابن المنذر . دليلنا ما روى من حديث أنس عند أحمد ومسلم وأبى داود والترمذى وصححه : « أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى برجل قد شرب الخمر فجلد بجريدتين نحو أربعين قال : وفعله أبو بكر فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن : أخف الحدود ثمانون فأمر به عمر » وعند الشيخين عن أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم جلد فى الخمر بالجريد والنعال وجلد أبو بكر نحو أربعين وغير ذلك من أحاديث وآثار ساق المصنف بعضها ، وبقولنا قال أحمد وأصحابه وداود وأبو ثور .

فـــرع فان جلد الامام الحر فى الخمر أربعين فمات منه كان دمه هدرا ، ولأنه مات من حد فلم يضمنه لأن الحق قتله كما لو مات من حد الزنا ، وان رأى الامام أن يبلغ فى الحر ثمانين فبلغ به ذلك فمات لم يهدر دمه لما روى عن على رضى الله عنه أنه قال : (ما أحد يقام عليه حد فيموت فأجد فى نفسى منه شيئا الا الخمر فانه شىء أحدثناه بعد موت رسول الله صلى الله عليه وسلم فمن مات فديته فى بيت المال أو على عاقلة الامام) متفق عليه ورواه أبو داود وابن ماجه : وأراد به رضى الله عنه الزيادة على الأربعين لأنه قد ذكر أن النبى صلى الله عليه وسلم قد جلد فى الخمر أربعين . اذا ثبت هذا فلا خلاف أنه لا يضمن جميع ديته لأنه مات من حد وغير حد ، فينظر فيه ــ فان جلده ثمانين فمات ــ وجب نصف ديته وهدر نصف ديته ، وان جلده احدى وأربعين جلدة فمات ففيه قولان (أحدهما) يجب نصف ديته ويهدر النصف لأنه مات من مضمون وغير مضمون فسقط نصف ديته ووجب نصفها كما لو جرح نفسه جراحات وجرحه آخر جراحات فمات من الجميع (والثانى) أن الدية تقسم على عدد الجلدات فيسقط من ديته أربعون جزءا ويجب جزء من أحد وأربعين لأن السياط تتساوى فى الظاهر فى السراية والألم بخلاف الجراحات ، وما وجب من

ديته فهل يجب فى بيت المـال أو على عاقلة الامام ؟ فيه قولان مضـيا فى الجنايات ، وان أمر الامام رجلا فجلد رجلا فى القذف احدى وثمانين جلدة فمات المحدود وجب على الجلاد الضمان وكم يجب عليه ؟ على هذين القولين أحدهما : يجب عليه نصف الدية والثانى : يجب عليه جزء من أحد وثمانين جزءا من الدية الا أن يكون الامام قال للجلاد : اضرب فأنا أعد فتركه حتى زاد على الثمانين ومات المحدود فان الضمان يجب على الامام لأنه هو الذى اختار الزيادة اذ لم يأمره بالقطع ، وكم يجب عليه ؟ على القولين فان قال الامام للجلاد : اضرب ما شئت وما اخترت لم يكن له أن يزيد على الحد ، فان زاد ضمن ، وان أمر الامام الجلاد أن يجلد فى الخمر ثمانين فجلد احدى وثمانين ومات المحدود ـ فان قلنـا : تقسم الدية على عدد الجلدات ـ سقط من ديته أربعون جزءا من أحد وثمانين جزءا ووجب على الامام أربعون جزءا من هذا الأصل وعلى الجلاد جزء من هذا الأصل ، وان قلنا : تقسم الدية على أنواع الجلد ففيه وجهان (أحدهما) يسقط من ديته الثلث ويجب على الامام الثلث وعلى الجلاد الثلث لأنه اجتمع فى الحد ثلاثة أنواع حد واجب وتعزير ومحرم (والثانى) يسقط من ديته النصف ويجب النصف على الامام والجـلاد نصفين ، لأن الجلد نوعان مضـمون وغير مضمون فسقط النصف لأجل ما ليس بمضمون ووجب النصف لأجل ما هو مضمون وكان بين الضامنين نصفين •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ويضرب فى حد الخمر بالأيدى والنعال وأطراف الثيـاب على ظاهر النص لما روى أبو هريرة رضى الله عنه : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى برجل قد شرب الخمر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اضربوه قال : فمنا الضارب بيده ومنا الضارب بنعله ومنا الضارب بثوبه فلما انصرف قال بعض الناس : أخزاك الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تقولوا هكذا ولا تعينوا عليه الشيطان ، ولكن قولوا رحمك الله » ولأنه لمـا كان أخف من غيره فى العدد وجب أن يكون أخف من غيره فى الصـفة ، وقال أبو العباس وأبو اسحاق : يضرب بالسوط ، ووجهه ما روى أن عليا رضى الله عنه : « لما أقام الحد على الوليد بن عقبة قال لعبد الله بن جعفر : أقم عليـه

الحد ، قال فاخذ السوط فجلده حتى انتهى الى اربعين سوطا فقال له امسك » وان قلنا انه يضرب بغير السوط فضرب بالسوط اربعين سوطا فمات ضمن لأنه تعدى بالضرب بالسوط ، وكم يضمن ؟ فيه وجهان احدهما : انه يضمن بقدر ما زاد الم على الم النعال ، والثانى : انه يضمن جميع الدية لانه عدل من جنس الى غيره فاشبه اذا ضربه بما يجرح فمات منه .

فصل **والسوط الذى يضرب به سوط بين سوطين ولا يمد ولا يجرد ولا تشد يده لما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه انه قال : « ليس فى هذه الأمة مد ولا تجريد ولا غل ولا صفد » .**

الشرح حديث أبى هريرة رواه البخارى وأحمد وأبو داود وخبر جلد الوليد مضى تخريجه آنفا من حديث أبى ساسان وحديث ابن مسعود مضى تخريجه فى حد الزانى .

أما الأحكام ففى نوع ما يضرب به المحدود فى الخمر وجهان ، أحدهما ــ وهو قول أكثر أصحابنا ــ أنه يضرب بالنعال والأيدى وأطراف الثياب لحديث أبى هريرة فى الفصل وحديث أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم « أتى بشارب فأمر عشرين رجلا فضربه كل واحد منهم ضربتين » أو « فجلد بجريدتين نحو أربعين قال : وفعله أبو بكر فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن أخف الحدود ثمانون فأمر به عمر » رواه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذى وصححه ، ولأن حد الخمر لما كان أخف من غيره فى العدد وجب أن يكون أخف من غيره فى الصفة ، والثانى ــ وهو اختيار الشيخ أبى حامد الاسفراينى وهو قول أبى العباس بن سريج وأبى اسحاق المروزى ــ أن يضرب بالسوط لما روى أن عليا رضى الله عنه ضرب الوليد بالسوط ، ومن قال بهذا تأول الخبرين اللذين سقناهما على أن المحدود كان مريضا أو ضعيفا . فاذا قلنا : يضرب بالسوط فضرب به فمات لم يجب ضمانه ، واذا قلنا : يضرب بالنعال والأيدى فضرب بالسوط فمات فهل يضمنه ؟ فيه وجهان (أحدهما) يضمن لأنه فعل ما ليس له (والثانى) لا يضمن لأنه وقع موقع الحد . فاذا قلنا : يضمن ، فكم يضمن ؟ فيه ثلاثة أوجه أحدها : يضمن جميع الدية لأنه تعدى بجميع الضرب

فضمن جميع الدية كما لو ضربه بما يجرح فمات ، والثانى : يضمن بقدر ما زاد من ألم السوط على ألم النعال (والثالث) يضمن نصف الدية لأن قدر الضرب بالأيدى والنعال مستحق وما زاد عليه متعدى به فصار بعضه مضمونا وبعضه غير مضمون فسقط النصف لما هو غير مضمون ووجب النصف لما هو مضمون وهل يجب ذلك على بيت المال أو على عاقلة الامام ؟ على القولين •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ولا يقام الحد فى المسجد لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم : « نهى عن اقامة الحد فى المسجد ، ولأنه لا يؤمن أن يشق الجلد بالضرب فيسيل منه الدم أو يحدث من شدة الضرب فينجس المسجد ، وان أقيم الحد فى المسجد سقط الفرض لأن النهى لمعنى يرجع الى المسجد لا الى الحد فلم يمنع صحته كالصلاة فى الأرض المغصوبة •**

الشرح هذا الفصل قد مضى بيانه فى الفصول السابقة من الحدود وكذلك مضى فى الجنايات حيث لا قصاص فى المسجد ، وقد خرجنا الحديث هناك وشرحنا غريبه وبالله التوفيق •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **اذا زنى دفعات حد للجميع حدا واحدا وكذلك ان سرق دفعات أو شرب الخمر دفعات حد للجميع حدا واحدا لأن سببها واحد فتداخلت ، وان اجتمعت عليه حدود بأسباب بأن زنى وسرق وشرب الخمر وقذف لم تتداخل لأنها حدود وجبت بأسباب فلم تتداخل ، وان اجتمع عليه الجلد فى حد الزنا والقطع فى السرقة أو فى قطع الطريق قدم حد الزنا تقدم الزنا او تأخر ، لأنه اخف من القطع ، فاذا تقدم أمكن استيفاء القطع بعده ، واذا قدم القطع لم يؤمن أن يموت منه فيبطل حد الزنا ، وان اجتمع عليه مع ذلك الشرب أو حد القذف قدم حد الشرب وحد القذف على حد الزنا ، لأنهما اخف منه وامكن للاستيفاء ، وان اجتمع حد الشرب وحد القذف ففيه وجهان أحدهما : أنه يقدم حد القذف لأنه للآدمى ، والثانى : أنه يقدم حد الشرب وهو الصحيح لأنه أخف من حد القذف ، فاذا أقيم عليه حد لم**

يقم عليه حد آخر حتى يبرأ من الأول ، لأنه اذا توالى عليه حدان لم يؤمن ان يتلف ، وان اجتمع عليه حد السرقة والقطع فى قطع الطريق قطعت يمينه للسرقة وقطع الطريق ، ثم تقطع رجله لقطع الطريق ، وهل تجوز الموالاة بينهما ؟ فيه وجهان أحدهما أنه تجوز لأن قطع الرجل مع قطع اليد حد واحد ، فجاز الموالاة بينهما ، والثانى : انه لا يجوز قطع الرجل حتى تندمل اليد ، لأن قطع الرجل لقطع الطريق ، وقطع اليد للسرقة وهما سببان مختلفان فلا يوالى بين حديهما ، والأول اصح لأن اليد تقطع لقطع الطريق أيضا فأشبه اذا قطع الطريق ولم يسرق ، وان كان مع هذه الحدود قتل ـ فان كان فى غير المحاربة اقيمت الحدود على ما ذكرناه من الترتيب والتفريق بينهما ، فاذا فرغ من الحدود قتل ، وان كان القتل فى المحاربة ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى اسحق : أنه يوالى بين الجميع والفرق بينه وبين القتل فى غير المحاربة أن القتل فى غير المحاربة غير متحتم ، وربما عفى عنه فتسلم نفسه ، والقتل فى المحاربة متحتم فلا معنى لترك الموالاة ، والوجه الثانى : انه لا يوالى بينهما لأنه لا يؤمن اذا والى بين الحدين أن يموت فى الثانى فيسقط ما بقى من الحدود .

الشرح فى هذا الفصل مسائل الأولى : أنه لا يجب حد الخمر حتى يقر أنه شرب خمرا أو أنه شرب مسكرا أو شرب شرابا سكر منه غيره أو تقوم بينة بذلك ، ولا يقتصر فى الشهادة عليه أن يقول الشاهد : انه شرب شرابا مسكرا وغير مكره ، ولا مع علمه أنه مسكر ، لأن الظاهر من فعله الاختيار والعلم ، والفرق بينه وبين الشهادة على الزنا حيث قلنا : لا يحكم عليه حتى يفسر الشاهد الزنا لأن الزنا يعبر به عن الصريح وعن دواعيه ، وشرب الخمر لا يعبر به عن غيره ، فان وجد الرجل سكرانا أو شم منه رائحة الخمر أو تقيأ خمرا أو مسكرا لم يقم عليه الحد ، وبه قال أكثر أهل العلم ، وروى عن عثمان أنه لما شهد عنده رجلان على الوليد بن عقبة فشهد أحدهما أنه شرب الخمر وشهد الآخر أنه تقيأها فقال : ما تقيأها الا وقد شربها ، فحده . وروى أن ابن مسعود قدم حمص فسألوه أن يقرأ لهم شيئا من القرآن فقرأ سورة يوسف فقال له رجل : ما هكذا أنزلت فقال ابن مسعود : قرأت عليكم كما قرأت على رسول الله صلى الله عليه وسلم فجعل الرجل ينازعه فشم منه ابن مسعود رائحة الخمر فقال : أتشرب النجس وتكذب بالقرآن ؟ والله لا أبرح حتى أحدك فحده . قال صاحب

البيان : يحتمل أنه أكره على شربها ، ويحتمل أنه ظن أنه لا يسكر ، فلا يلزمه الحد بالشك ، وما روى عن عثمان وابن مسعود فقد رد عليهما صاحب البيان بفعل عمر وابن الزبير . وأقول : ان الامام اذا اقتنع بأن المخمور شارب متجانف وهو يعلم باسكارها كانت القرائن التى حكم بمقتضاها عثمان وابن مسعود رضى الله عنهما كافية فى نظرهما وهما واقعتا حال . أما الاحتجاج بخبر اقامة عمر الحد على ابنه عبد الله فان الخبر غير صحيح وقد كذبه ابن الجوزى فى سيرة عمر ، والقصاص يبالغون فى سوق القصة فيجعلون عمر يكمل الحد على ابنه بعد أن يموت وفى هذا بلاء مبين .

(المسألة الثانية) اذا شرب الخمر فلم يحد حتى شرب ثانيا وثالثا حد للجميع حدا واحدا كما قلنا فى حد الزنا ، وان شرب الخمر فمضى عليه زمان ولم يحد ولم يتب فان الحد لا يسقط عنه ، وكذلك سائر الحدود ، وقال أبو حنيفة : يسقط بتقادم العهد كحد القذف .

(المسألة الثالثة) اذا اجتمع عليه حدود بأسباب ، بأن زنى وهو بكر وسرق وشرب الخمر وقذف فانها لا تتداخل لأن أسبابها مختلفة ، فان اجتمع عليه الجلد فى الزنا وحد القذف قدم حد القذف سواء تقدم القذف أو تأخر ، واختلف أصحابنا فى علته فقال أبو اسحق المروزى وغيره : انما قدم لأنه حق آدمى ، وقال أبو على ابن أبى هريرة : قدم لأنه أخف والأول أصح . وان اجتمع حد القذف وحد الشرب فعلى تعليل أبى اسحاق يقدم حد القذف وعلى تعليل أبى على ابن أبى هريرة يقدم حد الشرب ، فان اجتمع مع ذلك القطع فى السرقة قدمت هذه الحدود على القطع لأنها أخف ، ولا يقام عليه الحد حتى يبرأ ظهره من ألم الحد الذى قبله ، فان سرق نصابا فى غير المحاربة ونصابا فى المحاربة قطعت يمينه لأخذ النصابين وتقطع رجله لأخذ المال فى المحاربة ، وهل يوالى بين قطع اليد والرجل ؟ فيه وجهان أحدهما : لا يوالى بينهما بل لا يقطع الرجل حتى تندمل اليد ، لأن اليد قد قطعت للسرقة فى غير المحاربة والرجل قطعت لأخذ المال فى المحاربة وهما سببان مختلفان . والثانى : يوالى بينهما وهو الأصح لأنهما حد . فان

اجتمع عليه حد الزنا وحد القذف وحد الشرب والقطع لأخذ المال فى غير المحاربة والقطع لأخذ المال فى المحاربة والقتل فى غير المحاربة ، فان هـذه الحدود تقام عليه على ما مضى ، ثم تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى • قال الشيخ أبو حامد الاسفراينى : فاذا اندملنا قتل قصاصا ، وقال ابن مسعود رضى الله عنه : يقتصر على القتل وحده ، وبه قال النخعى • دليلنا ظواهر الأدلة الشرعية فى وجوب هذه الحدود ولم يفرق ، وان اجتمع عليه حـد الزنا وحد القذف والشرب وأخذ المال فى المحاربة والقتل فى المحاربة ، فان هذه الحدود تقام عليه ثم يقتل ولا يقطع للمحاربة لأن المحارب اذا أخذ المال وقتل لم يلزمه القطع ، وانما يقتل ويصلب ، وهل يجب التفريق بين هـذه الحدود ؟ فيه وجهان أحدهما : يجب التفريق بينهما لأنه اذا والى بين حدين ولم يؤمن أن يموت قبل استيفاء ما بعده ، وقال أبو اسحق : يجوز الموالاة بينهما لأن القتل فى المحاربة متحتم عليه فلا معنى للتفريق ، والأول أصح • وان اجتمعت عليه هذه الحدود وقتل فى غير المحاربة وقتل فى المحاربة فان هذه الحدود تقام عليه ما مضى ، ولا تقطع اليد والرجل للمحاربة لما مضى ، فان كان القتل للمحاربة وجب عليه قتل القتل فى غير المحاربة قتل للمحاربة وصلب ووجبت الدية فى ماله للقتل فى غير المحاربة ، وان كان القتل فى غير المحاربة وجب عليه قبل القتل للمحاربة العرض على ولى الدم ، اذ أن ولى المقتول بالخيار بين أن يعفو أو يقتص منه ، فان عفـا عنه قتل للمحـاربة وصلب ، وان اقتص منه الولى للقتل فى غير المحاربة وجبت الدية فى ماله للقتل فى المحاربة ، وهذا يدل على صحة قول الشيخ أبى حامد : اذا مات قاطع الطريق فانه لا يصلب ، والله تعالى أعلم بالصواب •

حد الشرب

حرم الله الخمر تحريما قاطعا ، وقد كانت محبوبة لكثيرين من العرب ولذلك جاء تحريمها تدريجيا ، حتى يأنسوا بهذا التحريم ، وقد ابتدأ فبين أنها أمر غير حسن فى ذاته ، فقال سبحانه : (ومن ثمرات النخيل والأعناب تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا) ومن هذا النص الكريم يتبين أن اتخـاذ

السكر أى الخمر من ثمرات النخيل والأعناب ليس من الرزق الحسن وأنه مقابل مغاير له .

ثم بين بعد ذلك سبحانه أن مضار الخمر أكثر من نفعها ، وأن ما يكون كذلك لا ترضى العقول أن يتناوله الناس ، وقد قال الله تعالى فى ذلك (يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير ومنافع للناس واثمهما أكبر من نفعهما) ومقتضى أحكام الشرع والعقل أن ما تكون مضرته أكبر من نفعه يحرم ، فكان هذا اشارة الى التحريم ، بل انه تمهيد لبيان التحريم القاطع ، ولذلك أعرض عنها كثير من الصحابة ثم جاء من بعد ذلك الأمر بالتحريم أكثر الوقت ليكون من بعد ذلك التحريم فى كل الأحوال والأزمان ، وقد جاء التحريم عن مقاربة الصلاة حال الاسكار ، فقال تعالى : (يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون) وبهذا النص كان على المؤمن أن يمتنع عن شرب الخمر عند مقاربة أوقات الصلاة حتى لا يصلى وهو سكران لا يعلم ما يقول ، فيقتضى ذلك ألا يسكر طول النهار وزلفا من الليل ، وبذلك يتعود شاربها الانقطاع عنها .

ثم جاء النص القاطع بتحريمها فقال تعالى : (يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون ، انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون) .

بذلك النص تبين تحريم الخمر بأبلغ ألفاظ التحريم ، فقد قرنه بالذبح على النصب لغير الله ، ووصفها بأنها رجس أى ضار فى ذات نفسه ، وبأنها من عمل الشيطان اذ أنه ليس فيها الا ما ينفر ، ولكن تزيين الشيطان لها هو الذى يحبب فيها ، وأمر الله سبحانه باجتنابها ، والأمر بالاجتناب أبلغ ألفاظ النهى والأمر بالكف ، لأن مؤدى الاستجابة له أن يجعله فى جانب وهى فى جانب وبين أن تركها مدعاة لفلاح الأمة والآحاد ، وذكر أن من آثارها اثارة العداوة والبغضاء ، وأنها تصد عن ذكر الله وعن الصلاة

وختمها بعبارة : (فهل أنتم منتهون) استفهام تحضيضى توبيخى فهو يحض على الانتهاء والتوبيخ على عدم الانتهاء ، ولا يوجد فى القرآن نص محرم قوى التحريم فيه بمثل هذه العبارة القوية •

اذا ثبت هذا فان شرب الخمر معصية ، ومن يرتكب معصية ينزل به العقاب اذا كان الاثبات يجرى عليها ولذلك ورد عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه عاقب شارب الخمر ، وانعقد الاجماع من الصحابة على وجوب عقابه ، ولكن جرى الاختلاف فى موضعين :

(أولهما) فى الخمر التى توجب العقاب أهى كل مسكر ؟ أم هى نوع خاص من المسكرات ؟ قال جمهور الفقهاء : كل مسكر خمر ، لأنها مأخوذة من ستر العقل ، وهو اغفال تفكيره السليم فهى من خامر العقل وخمره بمعنى ستره ، وقد أخذ من ذلك الخمار الذى يستر الرأس والوجه • ولقد قال النبى صلى الله عليه وسلم : (كل مسكر خمر وكل خمر حرام) •

وقال الدكتور الشريف محمد على البار فى كتابه « الخمر بين الطب والفقه » :

(الخمر هى الأشربة التى بها كمية من الكحول ، والكحول أو الغول فى أصل اللغة هو ما ينشأ عن الخمر من صداع وسكر ، لأنه يغتال العقل • وقد نفى الله تعالى عن خمر الجنة هذه الصفة فقال : (لا فيها غول ولا هم عنها ينزفون) •

أول من اكتشف الغول (الكحول) هم الكيميائيون العرب وقاموا بتحضيره ثم ترجم الافرنج عنهم هذه الكلمة فنقلوها الى لغتهم فصارت ALCOHOL وهذا ما تقرره المعاجم اللغوية الفرنسية مثل معجم لاروس الفرنسى •

والغول (الكحول) هو اسم عام يطلق على جملة من المركبات الكيماوية لها خصائص متشابهة مكونة من ذرات الهيدروجين والكربون (الفحم) وآخرها مجموعة هيدروكسيلية أى ذرتى أوكسجين وهيدروجين•

وقد أثبت الدكتور البار فى بحثه أن جميع الأمراض التى تنتاب أجزاء البدن ظاهرا وباطنا يجوز أن تكون الخمر كفيلة بحشدها فى البدن وهد بنائه هذا واذهاب بصره وفحولته ورجولته حتى اصابته بالخنوثة والعنة يمكن أن تكون بسبب الخمر • وقد رأى الدكتور كيف تواترت الأحاديث الصحيحة بأن الخمر داء ولما كان الصادق المصدوق لا ينطق عن الهوى وانما هو وحى يوحى علمه شديد القوى ، بحث فيما لديه من كتب الطب وجمع معلوماته عن الخمر وتجاربه مع مرضاه ممن ارتكس فى حمأتها ووجد فى أثناء ذلك عجبا من العجب ، وجد أمراضا وأدواء لا حصر لها تسببها الخمر وبدأ يفصل عن الخمر فى اللغة والفقه ثم كيمياء الخمر وتركيبها وكيف تصنع ثم أردف ذلك يفصل عن آثارها فى الجسم وذلك ما يسمى بعلم الأفربازين أو الفارماكولوجى أى علم العقاقير وتأثيرها فى جسم الانسان ثم أفاض فيها فصلا فصلا وابتدأ بالجهاز العصبى الذى يعلو الى أثمن ما وهبه الله للانسان ألا وهو المخ ، وهو محط العقل والفكر والروية ، وبه مناط المسئولية هى الذى يسأل عما قدم وأخر وأبان فيه كيف تفعل به الخمر ، وكيف تغطى على العقل واستطرد بعد ذلك الى الجهاز الهضمى وابتداء فيه بالفم فالبلعوم فالمرىء فالمعدة فالأمعاء الدقاق ابتداء من الاثنى عشر حتى الصائم ومنه الى الأمعاء الغلاظ فالبنكرياس ، ووقف وقفة طويلة عند الكبد لأنه محط هجوم الخمر من أول وهلة وتفعل به الخمور الأفاعيل ، فأفاض فى ذلك بما يستحق •

ثم انتقل الى الجهاز الدورى والقلب فالجهاز الدموى فبقية الأجهزة ثم تحدث عن الادمان ومشاكله الحاضرة ، وكيف أصبحت أوربا وأمريكا فريسة لهذه الرذيلة ، لا تدرى كيف تخلص من براثنها براثن هذا الوحش الرهيب المرعب ، وقارن مقارنة موجزة بين المجتمع العربى الجاهلى وهو مجتمع ادمان ومعاقرة كيف بآية واحدة من السماء يقرؤها منادى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فى الطرقات والسكك فى المدينة فتبطل الخمر فى الحال وتسيل الدنان وتمتلىء أزقة المدينة بالخمر كالجداول ، ويبلغ الخبر الملأ وهم يشربون فى مجلسهم فيكسرون أقداحهم ، بل وتقف القدح

فى يد الواحد منهم قبل أن تصل الى شفتيه فترتعش يده ويهتف من أعماق أعماق قلبه : انتهينا ربنا ، انتهينا ربنا ويريقها فى الطريق عند سماعه الآية وفى آخرها (فهل أنتم منتهون) •

كل هذا بآية واحدة ، أوربا وأمريكا تاول بكل أجهزتها المعقدة وبكل حكمائها وعلمائها وأطبائها أن يمنعوا الادمان فلم يجدوا ازاء تلك الجهود الضخمة الجبارة الا المزيد من الادمان ، فقد بلغ المدمنون فى الولايات المتحدة عشرة ملايين مدمن ، وفى بريطانيا مليون ، وفى فرنسا أربعة ملايين ، هؤلاء مدمنون أى لا يستطيعون العيش بدون الخمر ، وقد وصلت حالتهم الاجتماعية والصحية والنفسية الى أسفل سافلين ، ولا علاج حتى الآن •

لقد تعرض الدكتور الشريف محمد على لمشكلة الادمان وخاصة فى المجتمعات الغربية ومعنى الادمان وأسبابه ثم تعرض لمشكلة الخمور فى البلاد العربية والاسلامية ، وأغلب حكومات وقوانين هذه الدول تبيح شرب الخمر ــ وأنا أكتب هذا الآن وأسمع هدير جماهير الشعب السودانى تسير الى قصر الشعب قصر الرياسة لتهنىء الرئيس المجاهد جعفر نميرى على قوانينه التى أصدرها باقامة الحدود الشرعية على شاربى الخمر وحد القطع على السراق وهكذا ــ وأول الغيث قطر ثم ينهمر ، وسيقوى هذا من عزم بقية الزعماء والرؤساء المترددين فيقدمون على ما أقدم عليه النميرى ولابد أن تسلم الأيدى التى توقع مثل هذه الأوبئة الى الله • ولنعد الى صنيع الدكتور محمد على داعين الله بالتأييد والحفظ لكل من حافظ شرعه ودينه وأقام أعلام شريعته ، وقد تضاف هذه المأثرة الى مأثرة سبقتها منذ شهور قليلة حيث أمر بحبس مسيلمة السودان ودجاله المسمى محمود محمد طه الذى حاول أن يدافع عن نفسه أمام حججى الدافعة التى جعلته يصنف كتيبا يتكلم فيه كالمصروع أو كمن مسه شيطان من الجن يؤلب على السلطات ويؤلب على مشايخ الصوفية ويؤلب على الجمهور من العوام وتطاول ببذاء وسوء أدب حتى نال من مقام النائب الأول لرئيس الجمهورية الرجل التقى الورع عمر محمد الطيب فكان جزاؤه مصادرة الكتيب وسجنه هو وأتباعه ، وتولت بنته تسجيل الكتيب بصوتها على أشرطة كاستات ،

ولكنى أروح وأغدو دون أن تهتز شعرة فى بدنى من سطوة أتباعهم أو محاولتهم الحاق الأذى بى من نحو قتل أو خطف أو ما الى ذلك وأشكر الله الذى جبلنى على أن لا أخاف الا منه فهو سبحانه الذى يملك لى الحياة والموت . قلت : ان الدكتور محمد على تعرض لمشكلة الخمور فى البلاد العربية والاسلامية وأغلب حكومات هذه الدول وقوانينها تبيح شرب الخمور والترويج لها بل ان بعضها يقوم بصنعها باسم الدولة ، ويعتبر ذلك أحد انجازاته الثورية !! رغم أن دين الدولة الرسمى هو الاسلام ، وهو يحرم الخمور والاتجار بها والاعلان عنها تحريما قاطعا ، ثم تحدث عن طبقة المدمنين فى البلاد الغربية وقارنها بطبقة المدمنين فى البلاد العربية والاسلامية وقد أسف اذ ألفى أن أغلب المدمنين فى البلاد العربية والمسلمة من الطبقات العليا أى من الحكام والأغنياء والمترفين والمثقفين بينما أغلب المدمنين فى البلاد الغربية من الطبقات السفلى فى المجتمع ، ثم تعرض لتجربة الغرب وخاصة الولايات المتحدة الأمريكية فى محاربة الخمر والادمان وكيف أنها قامت بتحريم الخمور عام ١٩٢٠ واستمرت الى عام ١٩٣٣ وكيف أخفقت تجربة المنع ، وما هى أسباب الفشل والاخفاق ، ثم تعرض لتجربة مماثلة حدثت منذ ١٤٠٠ سنة وكيف كان المجتمع الجاهلى يكاد يعبد الخمر وكيف استطاع الاسلام أن يمنع شربها ويخفف مصادرها ، ولماذا نجح الاسلام وفشلت الولايات المتحدة الأمريكية فشلا ذريعا فى محاربة الخمر وتعرض لرأى (توينبى) المؤرخ الانجليزى فى أنه لا خلاص ولا أمل للبشرية من الخروج من مشكلة الخمر الا بالاسلام ، ثم تعرض للمعجزة التى حققها الاسلام فى القرن العشرين فى مجتمع السود فى الولايات المتحدة ذاتها ، وكيف نجح الاسلام نجاحا مذهلا فى تغيير نمط حياة هؤلاء البؤساء الذين دفع بهم الرجل الأبيض الى مستنقعات الجريمة وردغة الادمان خلال قرون من الاذلال والاحلال .

ويقارن الدكتور بين الطريقتين ، فالفارق واضح لا لبس فيه ولا غموض . آية التحريم تنهى مشكلة من أعقد المشاكل لأمة جاهلة أمية تكاد تعبد الخمر والآلاف من الكتب الطبية والنشرات العلمية عن أضرار الخمر لا تحل ولو جزءا من هذا الاشكال .

والسبب بسيط ويكمن فى كلمة واحدة تفعل أكثر مما يفعل السحر تلك هى كلمة (الايمان) تلك الكلمة التى جعلت سحرة فرعون يسجدون لله عندما رأوا الآيات البينات ويقولون لفرعون الطاغية الجبار : (لن نؤثرك على ما جاءنا من البينات والذى فطرنا فاقض ما أنت قاض انما تقضى هذه الحياة الدنيا) تلك الكلمات العجيبة الفذة التى تتصل بنور الله فتنداح أمامها الظلمات والغياهب كما تنداح الظلمات أمام أشعة الشمس •

والفرق يكمن بين منهجين منهج ربانى يربى الأفراد والمجتمع على الاتصال بالله والانصياع الفورى لأوامره وزواجره : ومجتمع شيطانى مبنى على الهوى « أفرأيت من اتخذ لهه هواه أفأنت تكون عليه وكيلا ؟ » •

والانسان مخلوق عجيب فقد جهد العلماء فى أمريكا أن يصيبوا الحيوان بادمان الخمر ففشلوا ولم يتمكنوا من اصابة حيوان واحد بالادمان وثبت أن الانسان هو الوحيد بين المخلومات الذى يقبل على شرب الخمر وهو يعلم يقينا أنها تضره كما أنه الوحيد الذى يقبل على التدخين وهو يعرف آفاته وأضراره •

والكتاب كله مصداق لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الخمر أنها داء وليست دواء ، وقد قالها صلى الله عليه وسلم فى عهد كانت الخمر تعتبر فيها دواء ، بل لقد ظل الناس يعتقدون ذلك الى الماضى القريب بل « اننا كنا نلقن فى كلية الطب عن منافع الخمر للدورة التاجية بالقلب ثم جاءت الاكتشافات الحديثة فأبطلت هذا الزيف وبددت هذا الوهم وظهر أن الخمر تسبب الجلطة وان كان بطريق غير مباشر » •

وكذلك أزاح الطب الحديث الوهم بأن الخمر تدفىء الجسم وأبان أن ذلك هو الدفء الكاذب فمن يتعرض للبرد بعد شرب الخمر يحس بالدفء بينما هو يفقد حرارة جسمه ويتعرض لحتفه وهلاكه بيده • قلت : وعندما نزلت آية التحريم القاطع جاء الصحابة الى كل الأنبذة والجعة وهى التى من الشعير وتسمى فى عصرنا (البيرة) فأراقوها ولم يكن بينها عصير العنب•

وقال أبو حنيفة وأصحابه : ان الخمر لا تطلق الا على النيء من ماء العنب إذا غلا واشتد وقذف بالزبد ، فالخمر بالمعنى اللغوى هى هذا ، وبه يفسر القرآن ، ولا تطلق على لسان الشرع على غيره من المسكرات وهذه يحد شاربها ، سواء أسكر منها أم لم يسكر باتفاق الفقهاء • وما عدا هذا النوع من الشراب فقد قال أبو حنيفة : انه لا يسمى خمرا ، ولا يشمله النص لكن يدخل فى عقوبة الخمر بالقياس عليها ، ولأنه يتحقق فيه معناها غالبا ، وذلك مثل نقيع الزبيب ، والمطبوخ من عصير العنب أو التمر أو الزبيب ونحوها مما من شأنه الاسكار كالنيء من ماء العنب وهذه يجب فيها الحد لا بمجرد الشرب ، ولكن بالسكر منها بالفعل •

وهناك أنبذة تؤخذ من المطعومات الحلال التى لم تكن معتادة للاسكار عند العرب وليس من شأنها الاسكار ابتداء مثل نبيذ الحنطة والشعير والذرة والعسل والتين وقصب السكر ، فقد قال أبو حنيفة وأبو يوسف : لا حد فيها لأن الأصل فيها الحل والسكر طارىء عليها فلا عبرة بالطارىء وقال محمد : انها ما دامت قد اتخذت للاسكار فهى حرام ، ولكن لشبهة الحل باعتبار أصلها لا يقام بسببها الحد ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ادرءوا الحدود بالشبهات » رواه ابن عدى فى جزء له من حديث أهل مصر والجزيرة عن ابن عباس ورواه أبو مسلم الكجى وابن السمعانى فى الذيل عن عمر بن عبد العزيز مرسلا ومسدد فى مسنده عن ابن مسعود موقوفا • وروى ابن أبى شيبة والترمذى والحاكم والبيهقى عن عائشة رضى الله عنها مرفوعا : « ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فان وجدتم للمسلم مخرجا فخلوا سبيله فان الامام لأن يخطىء فى العفو خير من أن يخطىء فى العقوبة » •

وقد فهم بعض الناس أن أبا حنيفة يبيح هذه المشروبات اذا اتخذها أصحابها للسكر ، والحقيقة أن أبا حنيفة وأصحابه يحرمون السكر بكل صوره ، ولكن وجدوا بعض المسكرات ثابتة بالنص فى نظرهم ، وبعضها ثبت الاسكار فيه بالفعل فحق عليه التحريم ، وبعضها الاسكار فيه احتمالى بواقع الحال فى زمانهم ، ولا تزول الاباحة الأصلية احتمال وجود سبب

التحريم ، فان قطع الاحتمال باتخاذه للاسكار بالفعل كما يصنع الآن فى أنبذة القمح والشعير وعصير قصب السكر فان التحريم يكون ثابتا وبهذا يتبين أن الأمر فى القضية هو أمر الزمان والقصد •

وان السبب فى تساهل أبى حنيفة هو أنه ثبت بالرواية عنده أن بعض الصحابة تناول بعض هذه الأشربة فامتنع عن تحريمها حتى لا يتهم بعض الصحابة بالمعصية ، وقال فى ذلك : (ولو غرقونى فى الفرات لأقول انها حرام ما فعلت حتى لا أفسق بعض الصحابة ولو غرقونى فى الفرات على أن أتناول قطرة ما فعلت [1]) فالأمر بالنسبة لأبى حنيفة احتياط لكرامة الصحابة ، واحتياط لدينه •

وقد كثرت أنواع الخمور وسميت بأسماء كثيرة وفى ذلك يقول النبى صلى الله عليه وسلم « سيأتى على الناس زمان يشربون الخمر ويسمونها بغير أسمائها » •

وان التعميم فى التحريم على مقتضى الحديث فى كل مسكر هو الأنسب لروح العصر فانه قد وجدت أنواع كثيرة من المسكرات لا تحصى ، ولكن تتوفر فيها علة التحريم وهو الاسكار •

وجوهر الخلاف بين الحنفية والجمهور ليس هو فى أصل تحريم المسكر وانما الخلاف فى دخول أصناف فى النص القرآنى فقصروا التحريم القطعى على صنف واحد ، أوجبوا الحد فى مجرد تناوله ، لأن مجرد التناول داخل فى عموم النص بالتحريم وعموم الأصناف لا تدخل فى عموم النص الا بالمعنى وهو الاسكار • فلا يكون الحد لذات تناولها ولكن لما فيها من اسكار •

فرع فى حد الخمر ومقداره واختلاف العلماء وهل ثبت بالنص أم بالقياس ؟ لقد ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم أوجب العقوبة فى شرب الخمر فقال صلى الله عليه وآله وسلم « من شرب الخمر فاجلدوه فان

---

(١) العقوبة للشيخ محمد أبى زهرة ص ١٦٥ •

عاد الثانية فاجلدوه فان عاد الثالثة فاجلدوه فان عاد الرابعة فاقتلوه » رواه أحمد وأبو داود والنسائي والحاكم عن ابن عمر وأبو داود والترمذي والحاكم عن معاوية وأبو داود والبيهقي عن ذؤيب وأحمد وأبو داود والترمذي والحاكم عن أبي هريرة والطبراني والحاكم والضياء عن شرحبيل بن أوس والطبراني والدارقطني والحاكم والضياء عن جرير بن عبد الله البجلي ، وأحمد والحاكم عن عبد الله بن عمرو وابن خزيمة والحاكم عن جابر بن عبد الله والطبراني عن غضيف ، والنسائي والحاكم والضياء عن الشريد بن سويد والحاكم عن نفر من الصحابة • وقد اجتمع لهذا الحديث نصاب التواتر فقد رواه أكثر من عشرة من الصحابة معينين ومبهمين•

وقد شدد النبي صلى الله عليه وآله وسلم في لعن من يشرب الخمر فقال: « ان الله لعن الخمر وعاصرها ومعتصرها وشاربها وساقيها وحاملها والمحمولة اليه وبائعها ومشتريها وآكل ثمنها » رواه الحاكم والبيهقي في الشعب عن ابن عمر •

وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم ضرب شاربا فعن أنس بن مالك رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أتى رجل قد شرب الخمر فضربه بالنعال نحوا من أربعين » ثم أتى به أبو بكر فصنع مثل ذلك ثم أتى به عمر فاستشار الناس في الحدود فقال ابن عوف : أقل الحدود ثمانون وقال علي في المشورة : « انه اذا سكر هذى واذا هذى افترى فحدوه حد الافتراء » •

فرع في اختلاف العلماء في مقدار الحد •

مذهبنا أن حد الشرب أربعون وبه قال أحمد في رواية عنه وقال أبو حنيفة ومالك والثوري وأحمد في رواية عنه : انه ثمانون ، لأن هذا ما قرره عمر ووافقه عليه أكثر الصحابة رضوان الله عليهم وليس فيه مخالفة لما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم لأن كل ضربة في كل مرة بنعلين فتكون عدة الضرب ثمانين وما كان لعمر وعلي وعبد الرحمن أن يخالفوا النص

ويجهلوه وهو حد أقيم على مرأى من الجميع ، فلا مساغ للخلاف فيه ، وانما الخلاف فى تفسيره •

دليلنا أنه العمل الوارد عن النبى صلى الله عليه وسلم والحديث لا تثبت بالقياس ، وقول عبد الرحمن بن عوف وعلى بن أبى طالب رضى الله عنهما وعمل عمر اجتهاد فى موضع النص ولا يقال : ان الزيادة تعزير ، لأنه لا يزاد على الحدود ، الا اذا كانت جريمة أخرى فوق جريمة الشرب ، كما حدث من أن عمر رضى الله عنه بعد أن أقام الحد وهو ثمانون عنده أضاف ضربات لسوء التأويل •

وذلك أن قدامة بن مظعون وعمرو بن معد يكرب وأنا جندل بن سهيل شربوا وقالوا : هى حلال لقوله تعالى (ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا اذا ما اتقوا وآمنوا وعملوا الصالحات) فبين لهم علماء الصحابة معنى الآية وأنها تحرم الخمر ، وأقاموا عليهم الحد لشربهم اياها •

وفى رواية رواها الخلال من أصحاب أحمد عن محارب بن دثار « أن ناسا شربوا الخمر فقال لهم يزيد بن أبى سفيان : شربتم الخمر ؟ قالوا : نعم وتمسكوا بقول الله تعالى : (ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا) الآية فكتب فيهم الى عمر رضى الله عنه ، فكتب اليه : ان أتاك كتابى هذا نهارا فلا تنتظر بهم الى الليل ، وان أتاك ليلا فلا تنتظر بهم الى النهار حتى تبعث بهم الى لئلا يفتنوا عباد الله ، فبعث بهم الى عمر فشاور الناس فيهم فقال لعلى : ما ترى ؟ قال : أرى أنهم شرعوا فى دين الله ما لم يأذن به الله فان زعموا أنها حلال فاقتلهم فقد أحلوا ما حرم الله ، وان زعموا أنها حرام فاجلدهم ثمانين جلدة فجلدهم عمر ثمانين) فان كانت زيادة من بعد ذلك فلسوء التأويل ، وقد ورد أن عمر زاد بعد الثمانين أسواطا •

الشبهات المسقطة للحدود

روى أن رسـول الله صلى الله عليه وسلم قال : (ادرءوا الحـدود بالشبهات فان كان له مخرج فخلوا سبيله فان الامام أن يخطىء فى العفو خير من أن يخطىء فى العقوبة) وقال صلى الله عليه وسلم : (أيها النـاس من ارتكب شيئا من هذه القاذورات فاستتر فهـو فى ستر الله ، ومن أبدى صفحته أقمنا عليه الحد) .

وان هذين الحديثين يدلان على أمرين :

(أحدهما) أن الجريمة اذا ارتكبت فى غير اعلان يجب الاستمرار فى سترها ، ومنع كشفها ، وفى فتح الباب لاقامة الحد فيما استتر من جرائم ، وتحرى طرق الاثبات واعلانها من الأضرار أكثر مما فى اقامة الحد فى ذاته ، اذ فيه تجسس منهى عنه بقوله تعالى : (ولا تجسسوا) وقوله عليه السلام (ولا تجسسوا وكونوا عبـاد الله اخوانا) وان هـذا بلا ريب تضـييق للعقاب وجعله رمزا مانعا ، بدل أن يكون عاما جامعا ، وحسب المؤمنين أن تكون هناك يد مقطوعة كل عام ليكون ذلك مانعا زاجرا ، يجعل كل سارق يترقب مثل ما نزل بغيره فيكون الامتناع عن السرقة .

وحسب أرباب الشهوات أن يكون بين أيديهم حد يقام للزنا يشـهدك طائفة من المؤمنين ، حتى يتجهوا الى الزواج ويفروا من عار العقاب الى أمن البراءة وطريق الاستقامة .

والشبهة هى الحال التى يكون عليها المرتكب أو تكون بموضـوع الارتكاب ، ويكون معها المرتكب معذورا عذرا يسقط الحد ، ويستبدل به عقاب دونه على حسب ما يرى الحاكم ، ويقول الفقهاء فى تعريفها : انهـا ما يشبه الثابت وليس بثابت أو هى وجود صورة الثابت وأن النبى صلى الله عليـه وسلم كان يلتمس السـتر على المجـرم . لقـد حرض بعض الناس ماعزا على الاقرار فذهب وأقر أمام الرسـول صلى الله عليه وسلم

وكان النبى صلى الله عليه وسلم يحاول أن يحمله على الرجوع فى اقراره بالتعريض فقال له : (لعلك قبلت لعلك لامست ولما علم بالذى حرضه على الاقرار قال له : (هلا سترته بثوبك لكان خيرا لك) •

ويروى أن ماعزا مر على عمر قبل أن يقر فقال له عمر : أأخبرت أحدا قبلى ؟ قال : لا ، قال : فاذهب فاستتر بستر الله وتب الى الله ، فان الناس يعيرون ولا يغيرون والله تعالى يغير ولا يعير فتب الى الله ولا تخبر به أحدا ، فذهب الى أبى بكر فقال مثل ما قاله عمر ثم ذهب الى هذا الرجل الذى لامه النبى صلى الله عليه وسلم واسمه هزال فأمره بما أقر به وكان اللوم من النبى صلى الله عليه وسلم •

وان هذا الخبر مع ما سبقه يدل على أن التضييق فى تطبيق الحدود أمر محبب فى الاسلام •

وان الأخذ بحد الشبهة الدارئة للحد القصد منه هو أن تكون شريعة الحد قائمة ، والتنفيذ القليل منها صالح لانزال النكال بالمذنبين ، أو بعبارة أدق من يكون بصدد الوقوع فى الجريمة •

والشبهات التى تسقط الحدود أو تؤثر فى لزوم العقوبات المقدرة قصاصا أو حدا يمكن ضبطها فى أقسام أصلية أربعة :

أولها : ما يتعلق بركن الجريمة ، والثانى : يتعلق بالجهل النافى للقصد الجنائى فى الارتكاب ، والثالث : يتعلق بالاثبات ، والرابع : يتعلق بتطبيق النصوص على الجزئيات والخفاء فى التطبيق فى بعضها •

الشبهة فى تحقق الركن

ان ركن الجريمة هو تحريم الشارع فعلا معينا قد رتب عليه عقابا هو الحد أو القصاص فاذا كان الشارع قد حرم الزنا فانه قد جعل له حدا قائما بذاته ، واذا كان قد حرم السرقة فانه قد رتب عقابا وهكذا ، فاذا كان

التحريم موضع شك أو فيه شبهة أو تحققت فيه الاباحة صورة ولم تتحقق معنى فانه فى هذه الحال تكون الشبهة فى الاباحة ، وهى أساس التحريم ، ولنضرب لذلك مثلا بالنكاح من غير شهود فانه لا يثبت معه الحل لما ورد من أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : (لا نكاح الا بولى وشاهدين) ولكن رأى الامام مالك أن الشهود ليسوا بشرط لانشاء العقد ولكنهم مشروطون للدخول ، وأن الاعلان وحده كاف لانشاء الزواج ويسوق على ذلك أدلة أنتجت عنده وان لم تنتج عند مخالفيه ، وأن هذه الأدلة تنتهى بلا ريب الى أن تكون شبهة فى أن العمل حرام وهكذا .

وان الشبهات التى تكون فى ركن الجريمة ترجع الى أربعة أقسام :

شبهة الدليل ، وشبهة الملك ، وشبهة الحق ، وشبهة الصورة . ولنوضح هذه الأقسام .

فشبهة الدليل أن يكون فى الموضوع دليلان متنازعان أحدهما يحرم وهو الراجح ، والآخر يبيح وهو المرجوح ، فيتناول المكلف الأثر ومن هذا القسم اذا دخل الرجل بالمرأة فى عقد من غير شهود فانه فى هذه الحال يتنازع الموضوع دليلان ، أحدهما : يمنع الحل وهو الراجح ، والثانى : يوجد الحل وهو المرجوح ، فهذه الشبهة وهى بعض ما استدل به مالك فيما أخذ من حكم بالنسبة للاعلان ، وأن الحل بذلك مقيد بشروط ، لا تتوافر فى مجرد العقد بلا شهود . ولقد قرر الفقهاء بالنسبة لشبهة الدليل قاعدة فقهية فقالوا : ان كل فعل يختلف فيه الفقهاء حلا وتحريما فان الاختلاف يكون شبهة تمنع اقامة الحد وفى ذلك يقول ابن قدامة فى المغنى :

(ولا يجب الحد بالوطء فى نكاح مختلف فيه كنكاح المتعة ونكاح الشغار والتحليل والنكاح بلا ولى ولا شهود ، ونكاح الأخت فى عدة أختها من طلاق بائن ، ونكاح الخامسة فى عدة الرابعة البائن ، ونكاح المجوسية ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، لأن الاختلاف فى

اباحة الوطء فيه شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن الحدود تدرأ بالشبهات) •

ويجب أن نقرر هنا أن الخلاف الذى يكون شبهة هو الخلاف فى أصل الحل والتحريم ، أما الخلاف فى أن هذا شبهة أو ليس بشبهة ، فان هـذا لا يمنع اقامة الحد عنه عند من يقرر انتفاء الشبهة ، ومن ذلك العقد على محرمة عليه فان أبا حنيفة يعتبر صورة العقد شبهة ، وغيره لا يعتبر صورة العقد شبهة فالذين نفوا الشبهة لا يلتزمون من قول أبى حيفة ويسقطون الحـد •

ويقول ابن قدامة فى زواج المحرمة : (وان تزوج ذات محرم فالنكاح باطل بالاجماع فان وطئهـا فعليه الحـد فى قول أكثر أهل العلم منهم : الحسن وجابر بن زيد ومالك والشـافعى وأبو يوسف ومحمـد واسحاق وأبو أيوب وابن أبى خيثمة • وقال أبو حنيفة والثورى لا حد عليه ، لأنه وطء تمكنت فيه الشبهة ، كما لو اشترى أخته من الرضاع ثم وطئها ، وبيان الشبهة أنه قد وجدت صورة المبيح ، وهو عقد النكاح الذى هـو سبب للاباحة ، فاذا لم يثبت حكمه وهو الاباحة بقيت صورته دارئة للحد الذى يندرىء بالشبهات) •

وهذا منطقى اذ أنه اذا اعتبر الاختلاف فى الشبهة مسقطا للحد عند من يقرر انتفاءها يكون ذلك الزاما للمخالف برأى مخالفه ، ولأن الاختلاف فى هذه الحال ليس اختلافا فى أصل الاباحة حتى تعترى الشبهة الركن ، بل ان أصل التحريم مجمع عليه ، حتى عند من يقرر أن فى الموضوع شبهة دارئة • فأبو حنيفة يقرر أن وطء المحرمة حرام ولكنه يمنع اقامة الحد ، فهذه الشبهة عنده لا تسقط معنى الجريمة ، ولكنها تسقط الحـد فقط ، وبذلك لم يوافقه غيره ، اذ أصـل التحـريم الذى هو ركن الجريمـة قائم لا مجال للريب فيه •

ومن شبهة الدليل فى السرقة اذا سرق مال ابنه من حرز مثله وتوافرت كل أركان السرقة الظاهرة فانه لا يقطع ، لأن هناك دليلا مبيحا وان لم

يكن راجحا فى الأخذ بظاهره فقد قال النبى صلى الله عليه وسلم : ﴿ أنت ومالك لأبيك) ولأن كل ما يكسب الولد هو كسب لأبيه فى عرف بعض الناس ، ولكن يعارض هذا الملكية الخاصة التى تثبت للولد بمقتضى القواعد العامة وبمقتضى الشخصية المنفصلة ، والذمة المنفصلة ، حتى أن الولد الذى يكون فى ولاية أبيه تكون ذمته المالية منفصلة عن ذمة أبيه وهى قواعد مأخوذة من عدة مصادر من النصوص .

وبذلك يكون بين أيدينا دليلان ، أحدهما مبيح والآخر مانع ، وبذلك لا يتحقق الركن الأول للجريمة وهو كون الفعل ممنوعا من غير شبهة ، اذ أن الدليل المعارض وان كان غير منتج للتحليل فقد أنتج الشبهة .

شبهة الملك

وقد تدرج هذه المسألة الأخيرة فى شبهة الملك اذ أن الدليل المبيح يوجد نوع ملكية فى مال الولد ، فتكون من قبيل شبهة الملك ، ولكن الحق أن هذه عدها فى شبهة الدليل الخاص بالركن أقوى من شبهة الدليل المتعلق بالملك .

ومن شبهة الملك ما اذا أخذ المحارب المستحق جزءا من الغنيمة خفية بحيث تتحقق جريمة السرقة صورة ، وذلك بأن يأخذ من المال الشائع الذى له ملك فيه قبل أن يقسم ، ولكن كونه مالكا لجزء منه ملكية صحيحة قام سببها ولكن لم تتأكد بالقسمة بحيث لو مات قبل القسمة لا ينتقل الى ورثته على خلاف فقهى فى ذلك ، وبحيث لو هلكت الغنائم قبل القسمة أو استهلكت لا يطالب بنصيبه فيها — اعتبرت الملكية غير مستقرة أو انتفت الملكية وبقيت شبهتها ، وهى كافية لاسقاط الحد .

ومن هذا النوع من الشبهات اذا وطىء جارية يملك بعضها ، فان شبهة الملك فى هذه الحال تسقط الحد ، وروى بعض الفقهاء أن وطء المرأة المستأجرة على عمل يسقط معه الحد ، وقد روى ذلك عن أبى حنيفة وحكاه فى المغنى فقال :

(واذا استأجر امرأة لعمل فزنى بها ، أو استأجرها ليزنى بهـا وفعل ذلك ، أو زنى بامرأة ثم تزوجها فعليهما الحد ، وبهذا قال أكثر أهل العلم وقال أبو حنيفة : لا حد عليهما فى هذه المواضع ، لأن ملكه لمنفعتها شـبهة دارئة للحد ، ولا يحد بوطء امرأة هو مالك لها) •

وفى النقل عن أبى حنيفة فى مسألة المرأة المستأجرة خطأ ، لأن هـذا غير المنصوص عليه فى كتب الحنفية ، فقد جاء فى كتاب البدائع :

« ولو وطىء المستأجر جارية الاجارة والمستعير جارية الاعارة والمستودع جارية الوديعة يحد ، وان قال : ظننت أنها تحل لى ، لأن هذا ظن عرا عن دليل فكان فى غير موضعه فلا يعتبر » •

ومثل ذلك اذا زنى بامرأة ثم تزوجها أو جارية ثم اشتراها ، انما موضع الكلام اذا باع الجارية وقبل التسليم وطئها البائع فانه لا يحد ، لأن ملك الرقبة لا يزال قائما باليد ، وكذلك اذا زوج جاريته ثم وطئها قبل أن تزف الى الزوج فلا حد ، لأن شبهة الملك قائمة ببقاء اليد التى هى دليل الملك ظاهرا ، فاعتبر ذلك الظاهر شبهة فى الملك فتكون مسقطة للحد واذا كانت الجارية مرهونة فوطئها المرتهن أيكون ذلك زنا فى المذهب الحنفى روايتـان رواية تسقط الحد ، لأن العين المرهونة للمرتهن فيهـا شبهة ملك اذ أنهـا تباع فى سداد الدين اذا عجز المدين عن السداد ، وهذه الشبهة تثبت اذا ادعى الاشتباه وقال : ظننت أنها تحل لى فانه ظن يكون قائمـا على دليل للملكية ان تقاعد عن اثبات الحل لا يتقاعد عن اثبات الشبهة ، وهذه الرواية جاءت فى كتاب الرهن فى الأصل ، والرواية الأخرى جاءت فى كتاب الحدود ، ومؤداها أن الحـد لا يسقط ، لأن الراهن للاسـتيثاق من وفاء الدين ، ولا يثبت ملكية للمرتهن ، فان قال ظننت أنها تحل لى فهو ظن لا يقوم على دليل أو شبهة ملكية • ا هـ •

وذكر هذه الأمثلة يوضح نوع الشبهة وان كان غير ذى موضوع لبطلان الرق بحكم الزمان واقرار قواعد الاسلام •

شـــبهة الحق

وذلك بأن يكون للمرتكب شبهة حق ولو بالاستصحاب ، وقد ضرب الأحناف لذلك مثلا وهو الدخول بالمطلقة طلقة مكملة للثلاث ، فان هـذا الدخول لا يثبت معه الحد فى المذهب الحنفى ، اذ أن المرأة فى أصل خلقها أهل للزواج ولم يوجد سبب من أسباب التحريم يقوم بذاتها بل السبب أمر عارض ليس متصلا بأصل المرأة ، بقيت الاباحة الأصلية شـبهة تمنع اقامة الحد ، ومن ذلك اذا عقد على أمة مع أن عنده حرة ، فان دخل فان الدخول يكون دخولا بشبهة مع أن العقد فاسد ، وكذلك اذا عقـد على المرتدة ودخل بها فان العقد يكون فاسدا ولكن الشبهة ثابتة ، وهى ان لم تثبت الحل فقد أسقطت الحد •

وقالوا : ان وطء البائنة ببينونة صغرى أو كبرى فى العدة لا يثبت الحد لأن فيه شبهة •

قال صاحب البدائع :

اذا وطىء المطلقة ثلاثا فى العدة فان النكاح قد زال فى حق الحل أصلا لوجود المبطل لحل المحلية ، وهو الطلقـات الثلاث ، وانمـا بقى فى حق الفراش ، والحـرمة على الأزواج فقط ، فتمحض لوطء حراما فكان زنا فيوجب الحد الا اذا ادعى الاشتباه وظن الحـل ، لأنه بنى ظنه على نوع دليل ، وهو بقاء النكاح فى حق الفراش وحرمة الأزواج فظن أنه بقى فى حق الحل أيضا ، وهذا ان لم يصلح دليلا على الحقيقة يصلح دليلا اعتبر فى حقه درءا لما يندرىء بالشبهات ، وان كان طلاقها واحدة بائنة لم يجب الحـد ، وان قال : علمت أنها على حرام ، لأن زوال الملك بالابانة مجتهد فيه لاختلاف الصحابة ، واختلافهم شبهة ولو خالعها أو طلقها على مال فوطئها فى العـدة ذكر الكرخى أنه ينبغى أن يكون الحكم فيه كالحكم فى المطلقة ثلاثا وهـو الصحيح ، لأن زوال الملك بالخلع والطلاق على مال مجمع عليه فلم تتحقق الشبهة ، فيجب الحد الا اذا ادعى الاشتباه لما ذكرنا) •

وهذا النقل يستفاد منه أن الدخول بالمطلقات عند الحنفيـة ينقسم الى أربعة أقسام لكل منها اذا كان فى العدة :

(القسم الأول) اذا كان الطلاق رجعيا فهذا دخول بحق شرعى لا شبهة فيه ، لأن المطلقة طلاقا رجعيا الدخول بها فى أثناء العدة حلال ويعد رجعـة وتحتسب الطلقة من الثلاث •

(القسم الثانى) اذا كان الطلاق بائنا وكانت الأولى أو الثانية ، فان الدخول يكون شـبهة فى المحل ويسقط الحد ولو كان يعلم التحريم ، لأن الشبهة قائمة ، وهى شـبهة الحق باستصحاب حال الاباحة وبقـاء فراش الزوجية ببقاء العدة ، وهى شبهة تسمى شبهة المحل ، وذلك لأن ايقـاع الطلاق بلفظ بائن ــ قال الشـافعية والحنابلة وبعض المالكية : انه طلاق رجعى كالسابق ، وقال الحنفية : انه بائن ولكن الوطء فيه بشبهة قوية •

(والقسم الثالث) الدخول بالمطلقة ثلاثا فى العدة ، فان بقاء الحل غير ثابت ولا شبهة فى الحل ، فلا تكون شبهة الا باشتباهه ، فاذا ادعاه فان الحد يسقط لما ساقه من دليل •

(والقسم الرابع) الطلاق على مال ، فانه يشبه الطلاق المكمل للثـلاث من حيث انه مجمع على أنه بائن ، ولم يختلف فى ذلك فقهاء الأمصار ، ولم يختلف فى ذلك الصحابة ويشبه الحكم فيه حكم البائن بينونة صغرى من حيث انه من أقسامه ، والكرخى شبهة بالبائن بينونة صغرى ، والصحيح فى المذهب الحنفى هو الأول ، وهو أولى بالاتباع ومن الشبهة التى تعـد شبهة حق من حيث ان له جانب حق فى الأمر ما يكون فى السرقة من أموال ذى الرحم المحرم غير الآباء ، فان ما أوجبه الله تعالى من صلة الرحم ايتاء ذى القربى قد أوجدت شبهة حق للأقارب بعضهم فى أموال بعض •

ومن ذلك السرقة من الأموال العامة كأموال بيت المال ، فان لكل مسلم فى بيت المال نوع حق ان كان لا يثبت الملكية فهو يثبت الشبهة المسقطة للحد وقد روى ذلك عن عمر وعلى ، وبه قال الشعبى ، وأبو حنيفة وأصـحابه

والشافعى ، وقال مالك رضى الله عنه : ان هذا الحق لا ينهض شبهة ، لأنها سرقة داخلة فى عموم النص القرآنى .

ومن ذلك أيضا اذا سرق أحد الزوجين من الآخر اذا كان المال فى حرز مثله وكذلك لا يقطع الولد اذا سرق من مال أبيه لأن له نوع حق يسقط الحد وان كان لا يثبت الملك .

والقسم الرابع من الشبهات التى تتعلق بالركن و هى شبهة الصورة ، وتحقيقها أن صورة العقد فى الزواج ولو كانت المرأة حراما على الزوج حرمة ثابتة بالاجماع ، تكون شبهة مسقطة للحد ، ولو كانت التحريم على وجه التأبيد لأن صدور العقد من أهله ان لم يكن مثبتا للحل هو مثبت للشبهة المسقطة للحد ، وذلك يتحقق بوجود صورة العقد وقد حرر الكاسانى فى البدائع رأى أبى حنيفة فقال :

(والأصل عند أبى حنيفة عليه الرحمة أن النكاح اذا وجد من الأهل مضافا الى محل قابل لمقاصد النكاح يمنع وجوب الحد ، سواء أكان حلالا أم كان حراما ، وسواء أكان التحريم مختلفا فيه أو مجمعا عليه ، وسواء أظن الحل فادعى الاشتباه أو علم بالحرمة ، والأصل عندهما — أن النكاح اذا كان محرما على التأبيد أو كان تحريمه مجمعا عليه يجب عليه الحد ، وجه قولهم: ان هذا نكاح فى غير محله فيلغو ، ودليل عدم المحلية أو محل النكاح هو المرأة المحللة لقوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) والمحارم محرمات على التأبيد لقوله تعالى : (حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم الآية) الا أنه اذا ادعى الاشتباه وقال : ظننت أنها تحل لى سقط الحد ، لأنه ظن أن صيغة النكاح من الأهل فى المحل دليل الحل ، فاعتبر هذا الظن فى حقه — وان لم يكن معتبرا حقيقة — اسقاطا لما يدرأ بالشبهات ، وان لم يدرأ خلا الوطء عن الشبهة فيجب الحد . وجه قول أبى حنيفة أن لفظ النكاح صدر من أهله مضافا الى محله ، فيمنع وجود الحد كالنكاح بغير شهود ، ونكاح المتعة ، ولا شك فى وجوب لفظ النكاح والأهلية . والدليل على المحلية أن محل النكاح هو الأنثى من بنات آدم عليه السلام النصوص والمعقول ، أما

النصوص كقوله تعالى : (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) وقوله تعالى : (خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها) وقوله تعالى (وأنه خلق الزوجين الذكر والأنثى) جعل الله سبحانه وتعالى النساء على العموم والاطلاق محل النكاح والزوجية ، وأما المعقول فلأن الأنثى من بنات آدم عليه السلام محل صالح لمقاصد النكاح من السكنى والولد والتحصين وغيرها فكانت محلا لحكم النكاح لأن حكم التصرف وسيلة الى ما هو المقصود من التصرف ، فلو لم يجعل محل المقصود محل الوسيلة لم يثبت معنى التوسل، الا أن الشرع أخرجها من أن تكون محلا للنكاح شرعا مع قيام الحلية حقيقة.

فقيام صورة العقد والمحلية يورث شبهة ، اذ الشبهة اسم لما يشبه الثابت وليس بثابت ، أو نقول وجد ركن النكاح والمحلية على ما بينا ففات شرط الصحة فكان نكاحا فاسدا ، والوطء فى هذا النكاح الفاسد لا يكون زنا بالاجماع : وعليه ينبغى أن يعلل فيقال : هذا الوطء ليس بزنا فلا يوجب حد الزنا قياسا على النكاح بغير شهود وسائر الأنكحة الفاسدة) .

وخلاصة هذا الكلام أن المذهب الحنفي فيه رأيان فى كون صورة العقد شبهة :

(أحدهما) : رأى الصاحبين أن صورة العقد لا تكون شبهة الا اذا كان فى العقد عليها خلاف ، وكان التحريم على التوقيت ، أما اذا كان التحريم على التأبيد أو كان العقد من حيث البطلان محل اجماع كنكاح من هى فى عصمة غيره ، فانه لا شبهة فى صورة العقد الا اذا ادعى الاشتباه وظن الحل ، فانه فى هذه الحالة تكون الشبهة ، ولا تكون فى المحل ، ولكن تكون من قبيل الشبهات بسبب الجهل (والرأى الثانى) : وهو رأى أبى حنيفة أن صورة العقد بذاتها تكون شبهة ، سواء أكان فساد العقد موضع اتفاق أم لم يكن ، وسواء أكان التحريم محل اجماع أم جرى فيه الخلاف ، وسواء أكان على وجه التأبيد أم كان على وجه التوقيت ، بيد أنه اذا كان التحريم محل خلاف ولم يكن على وجه التأبيد كان مع شبهة الصورة شبهة المحل أو شبهة الدليل ، فتكون شبهة أقوى من مجرد الصورة . والخلاف هنا

لا جدوى منه وانما يكون الخلاف لو كان الاشتباه فى غير دار الاسلام ، ومن ثم لا يقبل هذا الاشتباه في دار الاسلام ، لأنه أمر معلوم من الدين بالضرورة ، فهل يقبل من يقول : ان أمه كان لا يعلم أنها حرام عليه أو أن أخته مشتبه فى حرمتها عليه ، وقد يقبل ذلك فى الرضاع ، والجمهور على قبول الشبهة فيه اذا كان الأمر محل خفاء .

ولذلك نرى قول الذين يقولون : ان صورة العقد غير مقبولة بالنسبة للنكاح المجمع على بطلانه ، والمحرمات المجمع على تحريمهن ، وذلك قول المالكية والشافعية والحنابلة ، وقد ذكر صاحب المغنى الخلاف فى القضية وذكر أدلة أبى حنيفة بقريب مما ساق الكاسانى ، وقرر مذهب الذين قرروا اقامة الحد مطلقا من غير أن يقبل قول من ادعى الاشتباه فقال فى حجته يعنى المغنى : (ولنا أنه وطء فى فرج مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك ، والواطىء من أهل الحد عالم بالتحريم فيلزمه الحد كما لو لم يوجد العقد . وصورة المبيح انما تكون شبهة اذا كانت صحيحة والعقد هنا باطل محرم ، وفعله جناية تقتضى العقوبة انضمت الى الزانى ، فلم تكن شبهة كما لو أكرهها ثم زنى بها .

وهذا الكلام يفيد أنه يعتبر ذات العقد جريمة تضاف الى جريمة الزنا ، ولا يعتبره مسوغا لاسقاط حد الجريمة ، وكيف يقدم رجل يعرف أن ابنته محرمة عليه ويعقد عليها ، ويعتبر هذا العقد الاجرامى مسقطا لعقوبة جريمة الزنا .

الشبهة بسبب الجهل

الجهل بالأحكام الشرعية بشكل عام يكون مسوغا للافلات من أحكامها ، وكذلك الشأن فى القوانين الوضعية بيد أنه يلاحظ أمران :

(أولهما) : أن العلم قد يكون طريقه صعبا ، فيعد الجهل فى هذه الحالة عذرا مسوغا لاسقاط العقوبات المغلظة وتحويلها الى عقوبات مخففة نسبيا ، كالجهل ببعض أحوال جرائم الحدود ، فان ذلك الجهل قد يسوغ

الانتقال من عقوبة الحد الى غيره ، وهذا النوع من الجهل هو الذى يحدث الشبهة المسقطة للحد فى بعض الأحوال على ما سيأتى •

(ثانيهما) : أن الجهل بالأحكام الشرعية فى ذاته لا يجوز الا فيما تصعب معرفته ، فالجهل ببعض الأحكام لا يسوغ ذات الجهل به ، وبالتالى لا يعد غدرا مسوغا لاسقاط الأحكام ، أو لاسقاط عقوباتها ، اذ الجهل ذاته ذنب لا يستساغ ، وذلك كالجهل بالصلوات الخمس ، وكالجهل بالمحرمات الشرعية الثابتة بدليل قطعى لا شبهة فيه ، وقد قسم الشافعى العلم الى قسمين : (أحدهما) علم بالأمور القطعية ، ويسميه علم العامة ، أى العلم الذى يجب أن يعلمه المسلمون كافة من غير استثناء ، لا ينفرد به خاصتهم ولا يعذر فى الجهل عامتهم ، وذلك مثل الصوم والحج والزكاة ، وتحريم القتل والزنا والسرقة والخمر ، وما كان فى معنى ذلك مما كلف العباد أن يعلموه ويعملوا به ، وهذا الصنف من العلم هو ما ثبت بالنص القرآنى أو الحديث النبوى وأجمع عليه المسلمون ، ويسمى (ما علم من الدين بالضرورة) وهو اطار الاسلام الذى يعد من علم به مسلما •

(والقسم الثانى) : قال فيه الشافعى : انه ما ينوب العباد من فروض الفرائض وما يخص به الأحكام مما ليس فيه نص من كتاب ولا فى أكثره نص سنة) وما كان منه يحتمل التأويل أو يثبت بالقياس • ويقول فى هذا القسم : (هذه درجة من العلم ليس تبلغها العامة ولم يكلفها الخاصة ، ومن احتمل بلوغها من الخاصة لا يسعهم كلهم أن يعطلوها ، واذا قام بهم من خاصتهم من فيه الكفاية لم يحرج غيرهم ممن تركها ان شاء الله والفضل فيها لمن قام بها على من عطلها) •

اذا ثبت هذا فانه لا يسوغ لمسلم ولا ذمى يقيم فى دار الاسلام أن يدعى الجهل بحرمة الزنا والقتل ، فلا عذر فى الجهل بأصل التحريم ، ولا يعد الجهل بأصل التحريم شبهة تسقط العقوبات المقدرة ، فاذا ادعى مسلم أنه يجهل تحريم الزنا ، لا يعد ذلك شبهة بل يعد جريمة بجوار جريمة

الارتكاب وذلك اذا كان يقيم فى عمران المسلمين ، ولم يكن حديث عهد بالاسلام ، أما اذا كان كذلك فان مظنة الجهل تجعل ادعاءه مصدقا .

ولذلك نقسم الجهل بالقسم الأول من الاسلام قسمين : جهل بحيث لا مظنة للجهل ودعواه على هذا لا تسمع ، فلو ادعى مسلم مقيم فى عمران المسلمين أنه تجهل تحريم الزنا وارتكبه لا يكون جهله عذرا ولا يكون شبهة وان كانت مظنة الجهل ثابتة كأن يكون حديث الاسلام أو انتقل من دار الحرب الى دار الاسلام فانه يعذر بجهله ويكون شبهة وقد قال فى المغنى : ولا حد على من لم يعلم تحريم الزنا قال عمر وعثمان وعلى : لا حد الا على من علمه ، وبهذا قال عامة أهل العلم ، فان ادعى الزانى الجهل بالتحريم وكان يحتمل أن يجهل كحديث العهد بالاسلام ، والناشىء ببادية قبل منه لأنه يجوز أن يكون صادقا ، وان كان ممن لا يخفى عليه ذلك كالمسلم الناشىء بين المسلمين وأهل العلم لم يقبل منه ، لأن تحريم الزنا لا يخفى على من هو كذلك فقد كذبه ، وان ادعى الجهل بفساد نكاح باطل قبل قوله ، لأن عمر قبل قول المدعى الجهل بتحريم النكاح فى العدة ، ولأن مثل هذا يجهل كثيرا ، ويخفى على غير أهل العلم ويعد الجهل بالأحكام الشرعية الفرعية عذرا يصدق صاحبه ، وهذا الجهل من القسم الثانى فى تقسيم الشافعى . بيد أنه لكى تتسق الأحكام نقول : انه اذا ادعى الجهل ببطلان النكاح وكان سبب البطلان أمرا ثابتا بالنص أو الاجماع فانه يجب أن يطبق الكلام فى النوع الأول من العلم : فمثلا ليس يعيش فى الديار الاسلامية ونشأ وتربى بين المسلمين أن يدعى الجهل بأن العقد على أمه أهو حلال أم حرام ؟ وقد يدعى الجهل ببعض أحكام العدة . ولا يعذر فيه المسلمين بالجهل فيما هو مقرر من أحكام العقوبات فى ظل الدولة الاسلامية التى لا تفرق بين مسلم وغيره فالذمى يعلم حرمة الزنا ويعلم حرمة السرقة وأن فيها قطع اليد فلا عذر له . أما القسم الثانى فهو الجهل فيما يحتاج الى نظر وقد ذكروا من هذا النوع من الجهل البغى وهو أن يخرج شخص على الحاكم العادل بتأويل فى الخروج عليه ، لأنه يرى أنه لم يقم الحق ، أو سن من النظم ما يظنه غير شرعى ، فهل يعد جهل الذى يخرج على الحاكم بقوة

ومنعة مع تأويل فى الخروج عذرا يسقط عنه العقاب فى بعض ما يرتكب ، فاذا تكونت له حوزة وقتل بعض الجند ثم قدر عليه الحاكم العادل أيحاسبه على ما ارتكب فى الحرب ، ولو كان بجهالة فى التأويل ، فاذا قتل يقتل ، واذا جرح يقتص منه ؟ قال أبو حنيفة وأصحابه : لايحاسبون على ما ارتكبوا ما دام بتأويل ، لأنه بخروجه بهذا التأويل أصبح غير داخل فى ولاية الامام ، ولا قصاص ولا عقاب الا بوجود الولاية . وقال جمهور الفقهاء : الجهل فى هذه الحال لا يسقط العقاب ، لأن الباغى مسلم يلتزم بأحكام الاسلام ، وهو بهذا الاعتبار فى ولاية الامام العادل وتحت سلطانه ، فلم تسقط الولاية عنه بخروجه ، ولا شك أن اتلاف الأموال والأنفس لا يجوز بحال من الأحوال ، لأنها محرمات ثابتة بالقرآن والسنة واجماع المجتهدين ، فالانتقاض على النظام الثابت بالبغى لا يسقط الأحكام المقررة الثابتة ، ثم ان البغى فى ذاته اثم كبير ، والاثم لا يبرر اسقاط الجرائم ، بل المعقول أنه يضاعفها .

(القسم الثالث) جهل يكون عذرا وهو جهل يكون فيه تعارض الأدلة المبيحة والأدلة المحرمة ، وان كانت مرجوحة ، أو تكون أسباب العلم غير متوافرة ، و هذا النوع من الجهل يشمل ثلاث شعب :

(أولاها) أن يكون الأمر موضع اجتهاد وتنازعه دليلان ، وهو غير القسم الثانى السابق ، لأن الأول له دليل قرآنى واحد أو حديث واحد ، وطبق النصوص فى غير موضع التطبيق ، فهو سوء تأويل للنص وسوء تطبيق له . أما هذه الشعبة فانه يتنازع دليلان ، دليل مانع ودليل مبيح وأحدهما أرجح وأقوى فيتبع ، والثانى : دونه فلا يتبع ، ولكن يعمل الثانى ، وقد تكلمنا عن هذا النوع من الجهل وقلنا : انه شبهة وهو داخل فى الشبهة التى تعترى الركن كما بينا من قبل ، (الشعبة الثانية) : لا تتوفر أسباب العلم وذلك كالجهل بالعلاقة المحرمة بينه وبين من عقد عليها كمن يعقد على امرأة ثم يتبين بعد الدخول أنها أخته رضاعا أو أخته نسبا ، فان هذا النوع من الجهل يوجد شبهة قوية تسقط الحد وتمحو وصف الجريمة ، لأنه لا سبيل له لأن يعلم واقعة الرضاعة اذ كانت هى وهو غير أهل للعلم ،

ولا سبيل له لأن يعرف من أقوال ذويهما ، وقد ضنوا بالعلم فكان معذورا ومن ذلك ما اذا شهد اثنان لامرأة بأن زوجها قد مات ، فعقد عليها وهو يعتقد صدقهما وتعتقد هى الأخرى صدقهما ، فانه اذا حصل دخول يكون معه شبهة قوية تسقط الحد ، وتزيل وصف الجريمة ، اذ هو جهل بسبب التحريم ، وهو معذور بسبب شهادة الشهود ، ومن ذلك امرأة المفقود اذا حكم بموته فتزوجت بعد انتهاء عدتها وكان الدخول بها ثم تبين أنه حى ، فان الدخول لا يكون زنا ، لعذرها بعدم توافر أسباب العلم ، وقرر الحنفية أنها تكون لزوجها الأول ، وقرر المالكية أنها تكون للثانى ان دخل بها • ويترتب على وصف الجريمة أنه يسقط الحد ويثبت المهر ، وتجب العدة ويثبت النسب • (والشعبة الثالثة) أن تقوم أسباب العلم ، ولكن مع هذا يكون الجهل أو يدعى الجهل ، وهذه الحال حيث لا تتعارض الأدلة مع توافر أسباب العلم • وهذه الشعبة يتفرع عنها أمران (أحدهما) أن يكون ادعاء الجهل مع مظنته ، وقلنا : ان هذا الجهل شبهة ومن يدعيه لا يكذب فى ادعائه فتكون الشبهة وقد أشرنا الى ذلك من قبل •

(والثانى) ألا تكون مظنة للجهل كالمسلم فى الديار الاسلامية اذا ادعى الجهل فى المحرمات على وجه التأبيد أو زواج المسلمة بغير المسلم فان ذلك يتناول أمرين : (أولهما) أن يكون التحريم ثابتا بنصوص من القرآن والسنة ، وانعقد الاجماع على التحريم ومع مظنة الجهل •

(الأمر الثانى) أن يكون التحريم ليس محل اجماع كالزواج من الأخت فى عدة أختها فان بعض الصحابة وعلى رأسهم عمر رضى الله عنه لم يعتبر ذلك محرما وصحح العقد ، وكزواج خامسة فى عدة رابعة مطلقة طلاقا بائنا ، فان حل ذلك موضع خلاف • ومثل ذلك الشبهات التى تثبت بالاستصحاب كالعقد على المطلقة طلقة مكملة للثلاث ، فان ادعاء الجهل فى كل هذا يكون شبهة ، بل انه فى الحقيقة توجد فى هذه الحال شبهة فى الركن •

(القسم الرابع) هو الجهل بالأحكام الاسلامية فى غير الديار الاسلامية

والعلم فيها غير متيسر ومظنة الجهل ثابتة دائما • وقد جاء فى كتاب كشف الأسرار على أصول فخر الاسلام (والفرق بين هذا القسم الرابع) والقسم الثالث أن هذا القسم مبنى على عدم الدليل والثالث مبنى على اشتباه ما ليس دليلا ، لذا فعل • فالجهل فى دار الحرب من مسلم لم يهاجر يكون عذرا فى الشرائع ، حتى لو مكث مدة لم يصل فيها أو لم يصم ولم يعلم أن عليه الصلاة والصوم لا يكون عليه قضاؤهما • وقال زفر رحمه الله : يجب عليه قضاؤهما ، لأنه بقبول الاسلام صار ملتزما بأحكامه ولكن قصر عنه خطاب الأداء لجهله به ، ولذلك لا يسقط الأداء بعد تقرير السبب الموجب كالنائم اذا استيقظ بعد مضى وقت الصلاة ، ونحن نقول : ان أمر الخطاب النازل فى حقه لعدم بلوغه اليه حقيقة بالسماع حقيقة ولا تقديرا باستفاضته وشهرته ، لأن دار الحرب ليست بمحل استفاضة أحكام الاسلام فيكون الجهل بالخطاب عذرا ، لأنه غير مقصر فى طلب الدليل ، وانما جاء لجهل من قبل خفاء الدليل فى نفسه حيث لم يشتهر فى دار الحرب بسبب انقطاع ولاية التبليغ عنهم •

هذا وشبهات الجهل ليست فى درجة واحدة بل انها مراتب كما أشرنا فى مطوى الكلام :

(أ) ذلك أن من الشبهات ما يكون الجهل قويا ثابتا ، اذ لا سبيل الى العلم ولا الى مظنة العلم ، وهذا مثل الذى بينه وبين من عقد عليها سبب من أسباب التحريم وهو لا يعلمه وما كان يمكنه علمه ثم بعد الدخول بها يعلم ذلك السبب ، فان هذا يحدث شبهة قوية ولذلك لا يوصف الفعل بأنه زنا ولا يجب الحد ولا يعزر ، فلا عقاب لأن الجهل جهل بأمر لم يشتهر ويعرف بين الناس فهو كالجهل فى غير دار الاسلام ، بالنسبة لأصل التحريم ، واذا كان الفعل لا يوصف بأنه زنى فان النسب يثبت • وقريب من هذا من تزف اليه زوجته فيدخل بها ثم تتبين له الحقيقة فان أسباب العلم عنده غير متوافرة ، ويروى فى ذلك أن أبا حنيفة (رض) جاء اليه أخوان زفت الى كل واحد منهما زوجة أخيه فحكم بأنه لا زنا من أحدهما وحل

الاشكال بأن جعل كل واحد يطلق من عقد عليها ويعقد من جديد على التى دخل بها .

وهذا هو أيضا حكم الجهل بالدليل الصحيح حيث تتنازع الأدلة بين راجح ومرجوح .

(ب) وهناك جهل ضعيف وهو الجهل فى مظنة العلم كمن يدعى فى دار الاسلام أنه يجهل المحرمات فان الشبهة هنا تكون ضعيفة مثل من يدعى الجهل بالتحريم بالرضاعة ويعقد على امرأة اجتمع معها على ثدى واحد فان هذا جهل فى مظنة المعرفة اذ هو يقيم بين المسلمين ويسمع القرآن ويعرف الأحكام أو يطلب معرفتها فكان الجهل محدثا لشبهة ليست فى قوة الشبهة الأولى .

ولذلك قرر الفقهاء أن هذه شبهة اشتباه وقالوا : ان العذر فيها ليس بائم الا أنها تدرأ الحد .

والفرق بين هذا النوع من الجهل وسابقه أن الشبهة التى تحدث من النوع الأول تزيل وصف الزنا ، ولذلك لا يكون عقاب ، ولو كان عقابا تعزيريا اذ أن العذر قائم بالجهل والعذر ثابت فى الجهل ، أما النوع الثانى فانه يسقط الحد ولا يمحو وصف الزنا ، ويجب أن تكون له عقوبة وهى التعزير ، لأنه اذا كان الجهل عذرا فكفاه أنه أسقط الحد ولكن لا عذر فى هذا الجهل اذا كان العلم ثابتا قائما ، فيعذر لتقصيره فى طلب العلم وهو على مقربة منه كمن تيمم والماء منه قريب .

على أن من الفقهاء كثيرين لم يصدقوه فى ادعاء الجهل ، وبالتالى لا يكون عذرا ولا شبهة .

الشبهة فى الاثبات

الشبهتان السابقتان كانتا تتعلقان بالجريمة وصاحبها من حيث انه ركن من أركانها أو كان ارتكب معذورا للجهل بالدليل أو الجهل بالحكم فى موضع يظن فيه الجهل أو فى حال يكون الجاهل فيها غير مؤاخذ لجهله ، اذ لم تستفض احكام الاسلام فى موضع اقامته أما الشبهة التى هى طرفه اثباتها أمام القضاء فلابد من أدلة قاطعة لدى القاضى بقدر ما يتحقق به القطع الممكن عند انسان من الناس يقضى بينهم ، وأن تكون الأدلة القاطعة فى الاثبات مستمرة على معنى القطع من التقدم بها الى الحكم بل بعض الفقهاء قال باستمرار معنى القطعية الى وقت التنفيذ ، فلابد فى الاثبات من بقاء القطعية فيه مستمرة فى أمور ثلاثة فى أدائه فتكون ألفاظه قاطعة فى الدلالة على المعنى ، وأن تكون فور ارتكاب الجريمة أو لم يتراخ بين التحمل والأداء زمن طويل ، وأن يستمر الذين أدوا الشهادة أو أقروا على أقوالهم الى أن يكون التنفيذ .

أما القطع فى الدليل الأول المقدم للاثبات فقد قرر الأئمة الأربعة وغيرهم من فقهاء الأمصار أن تكون عبارات الشاهد صريحة فى الدلالة على الجريمة، حتى أن بعضهم قال : انه لو قال فى الشهادة على الزنا انه يطؤها ولم يقل يزنى بها كان شبهة فى الدلالة على الزنا ، اذ الوطء وحده لا يثبت به الزنا فلابد أن يكون الوطء أو الجماع حراما ، و مثله الأمر فى السرقة ، وفى الشرب ، وفى القذف قال ابن قدامة فى الشرط السادس من شروط الشهادة : (أن يصفوا الزنا فيقولون رأينا ذكره فى فرجها كالمرود فى المكحلة ، والرشا فى البئر ، وهذا قول معاوية بن أبى سفيان ، والزهرى والشافعى وأبى ثور ، وابن المنذر وأصحاب الرأى ، لما روى فى قصة ماعز أنه لما أقر عند النبى صلى الله عليه وسلم بالزنا قال له : أنكتها ؟ قال : نعم فقال عليه السلام : حتى غاب ذلك منك فى ذلك منها كما يغيب المرود فى المكحلة والرشا فى البئر ؟) ولذلك حد عمر بن الخطاب الشهود الثلاثة الذين شهدوا بالزنا على المغيرة بن شعبة كما شهد زياد بن أبيه وقد كان الرابع ، ولم يصرح بما يجب التصريح به .

ولقد قرر الفقهاء أنه لكى تكون الأدلة قاطعة فى الاثبات لابد أن يذكر الشهود مكان الجريمة ووقتها ، فان اختلفوا فى ذلك سقطت الشهادة ، وسقط الحد معهم ، واذا كانت الشهادة على الزنا فانه يقام عليهم حد القذف لاختلاف شهادتهم وبهذا قال مالك والشافعى ، وقال غيرهم : لا حد عليهم ولعل القائلين بعدم الحد عليهم لهم أصل قوى يعتمدون عليه من حصول شبهة مسقطة لحد القذف مثل اتفاق ثلاثة على قول واحد ، وقد يكون اثنان كافيين فى نصاب الشهادة فى الدماء والأموال وكون الشاهد الرابع جاءت شهادته غير صريحة ولكنها غير مكذبة للثلاثة ، وكون المشهود عليه لم يحد فكيف يحد الشهود لاضطراب فى شهادة واحد منهم ؟ •

ويقول أبو زهرة رحمه الله : ولعل أصحاب القول باقامة الحد عليهم أرادوا أن يكون الشهود نزهاء نزاهة كاملة ، فلا ينطقون بهذه الشهادة الا اذا كانوا يقطعون ، ويؤيدهم من يقطعون مثلهم كما فعل الامام عمر مع الثلاثة الذين صرحوا مع أن زيادا لم يكذبهم ، بل أيدهم ولكنه عرض ولم يبين ، وان كان تعريضه يشبه التصريح ، بل لعله تصريح ، وان لم يعتبره الامام العبقرى •

وقد أوجبوا فى السرقة أن يسأل الشاهد عن الواقعة ويبين بيانا كاملا الطريقة التى أخذ بها المسروق لاحتمال عدم الخفية ، ولاحتمال عدم الحرز ، ولاحتمال انتقاله من الحرز الى الخارج ، ولاحتمال ألا يكون المكان حرزا ولاحتمال أن يكون الزمان قد مضى بالتقادم فسقط الحد ، ولاحتمال أن يكون المسروق نصابا ، ولاحتمال أن يكون بين السارق والمسروق منه علاقة تسقط الحد ، ولاحتمال ألا تكون الملكية غير تامة •

ولتأكيد معنى اليقين أن يصدر شهادته بقوله : أشهد وهو قول الشافعى وأبى حنيفة وأحمد وغيرهم ، وقال مالك : لا يشترط التلفظ بأشهد •

دليلنا : أنه الصيغة الشرعية الدالة على المعاينة ، وعلى اليقين فى أداء الشهادة ، وهو فوق ذلك يتضمن معنى اليمين ، فلا يقوم مقامه غيره من

الألفاظ ، لأنها دونه فى الدلالة على القطع واليقين ، ولا يعدل عن لفظ شرعى قوى فى دلالته الى ما دونه فى الحدود التى تسقطها الشبهات .

وقال ابن قدامة : (واذا شهد أربعة على امرأة بالزنا فشهد ثقات من النساء أنها عذراء فلا حد عليها ولا على الشهود ، وبهذا قال الشافعى والثورى والشعبى وأبو ثور : وقال مالك : عليها الحد ، لأن شهادة النساء لا تدخل فى الحدود ، فلا تسقط بشهادتين .

دليلنا أن البكارة تثبت بشهادة النساء ، ووجودها يمنع من الزنا ظاهرا ، لأن الزنا لا يحصل بدون الايلاج فى الفرج ، ولا يتصور ذلك مع بقاء البكارة ، واذا انتفى الزنا لم يجب الحد كما لو قامت البينة بأن المشهود عليه بالزنا مجبوب ، وانما لم يجب الحد على الشهود لكمال عددهم مع احتمال صدقهم فانه يحتمل أن يكون وطئها ثم عادت اليها عذرتها (١) ، فيكون ذلك شبهة فى درء الحد عنهم ، فان الحد لا يجب بالشبهات ، ويجب أن يكتفى بشهادة امرأة واحدة ، لأن شهادتها مقبولة فيما لا يطلع عليه الرجال . فأما ان شهدت بأنها رتقاء أو ثبت أن الرجل مجبوب فينبغى أن يجب الحد على الشهود ، لأنه تيقن كذبهم فى شهادتهم بأمر لا يعلمه الناس فوجب عليهم الحد قلت : ومن هنا لو ثبت الكذب من غير احتمال بأن ثبت أنها رتقاء لا يمكن أن يصل اليها زان ، أو ثبت أنه مجبوب فان كذبهم فى هذه الحال يكون مؤكدا ، فيحدون ولا يكون المانع من اقامة الحد فى هذه الحال الشبهة الدارئة ، بل يكون المانع هو بطلان الدليل على الزنا بطلانا قاطعا .

أما الجزء الثانى من شبهات الاثبات فيجب أن يستمر قائما بوصفه اثباتا قطعيا حتى يوجد الحكم وينفذ فيسقط الحد اذا رجع الشهود فى الشهادة ولو كان بعد الحكم ما دام الحد لم ينفذ وكذلك اذا كان طريق الاثبات الاقرار ورجع المقر عن اقراره قبل اقامة الحد فاذا شهد شهود بالزنا ثم

---

(١) ان بعض النساء تكون عذرتها لدنة تتمدد وتنكمش كالمطاط ، ولا تفض الا بالجراحة الطبية ، وقد تعيش دهرا على ذلك يطؤها زوجها ولا تحمل واذا حملت تكون ولادتها عسرة .

رجعوا فى شهادتهم قبل التنفيذ فان حد الزنا لا يقام ، ويحدون هم حد القذف ان لم تكن شبهة تمنعه هو الآخر • واذا رجع المقر عن اقراره بالسرقة أو الزنا ولم يكن ثمة اثبات سوى الاقرار فان الحد لا يقام لقام الشبهة فى الاثبات أو بالأحرى لسقوط الدليل على الاثبات •

الشبهة بسبب التطبيق للنصوص

رأينا كيف ضيق التطبيق حتى اننا رأينا وقائع ينطبق عليها وصف الجريمة ومع ذلك لم يقم الحد لشبهة الشمول ، فوجدنا أن السارق اذا كان ضعيفا لا يقام عليه الحد ، ووجدنا أنه اذا لم يصرح الشهود أو المقر فى جريمة الزنا بالعبارات الدالة عليه من غير أى احتمال ، فان الحد لا يقام مع وضوح أن الجريمة واقعة ، والأدلة عليه قائمة ، وان هذه بلا ريب شبهات تتعلق بتطبيق النصوص • وقد رأينا القياس لا يثبت حدا ، ولو كان القياس واضح العلة والدليل وكل هذا لأن الشبهات تمنع ، ونرى أن التطبيق يضيق فى مسائل كثيرة لدرء الحد بالشبهات ما أمكن ومن ذلك ما يأتى :

(أ) فى الزنا اذا لم تكن العبارة من المقر أو الشاهد مفيدة أنه يضع قبله فى قبلها كما يوضع الميل فى المكحلة لا يقام الحد ، لحدوث شبهة فى انطباق النص على الواقعة •

(ب) وبالنسبة لحد القذف قرر أبو حنيفة والشافعى وكثيرون من الحنابلة أنه لا يقام الحد بالتعريض ولو كان التعريض واضحا يفهم منه الرمى بالزنا بأدنى تأمل ، بل بغير تأمل ، وذلك لكيلا يقام حد مع وجود شبهة دارئة ولو كانت ضعيفة •

(جـ) وبالنسبة للعان قرروا أنه لا لعان بالنسبة لمن يرمى زوجته اذا كانت غير مسلمة أو كانت قد وقعت منها جريمة الزنا وأقيم عليها حده ، مع أن موجب اللعان ثابت بالنص وبذلك قال بعض الفقهاء •

(د) وبالنسبة لحد السرقة نجد التطبيق يضيق كثيرا بالشبهات ومن ذلك :

(أ) أن كثيرين منهم لم يطبقوا حد السرقة على من يأخذ من بيت المال خفية لشبهة الحق •

(ب) وان من الفقهاء من لم يطبق حد السرقة على من يأخذ مالا من الغنيمة قبل قسمتها لشبهة الملك •

(جـ) والأكثرون من الفقهاء على أن السرقة من ذى الرحم المحرم لا يقام بها الحد لشبهة الحق •

(د) وقد قرر الجمهور من الفقهاء أن الحد لا يقام فى سرقة أحد الزوجين من الآخر ، لأن الحرز ليس ثابتا •

(هـ) ومن ذلك أن الحنابلة قرروا أنه لا يطبق حد السرقة اذا كانت سرقة طعام فى مجاعة ، وأخذوا ذلك من عمل سيدنا عمر رضى الله عنه عندما سرق غلمان خاطب بن أبى بلتعة ناقة وجزروها وشووها ، وكان ذلك عام الرمادة •

ان الحدود عقوبات غليظة والعقوبات الغليظة شرعت للترويع وافزاع المجرمين ، فيكون تطبيقها فى أضيق دائرة ، وتكون شرعيتها وحدها كافية لافزاع المجرمين وترويعهم ، والزنا والرقة جريمتان تقعان فى بقية والارهاب فى هذه الجرائم واجب لكى يمتنع الناس عنها ، ويبتعدوا عن مواطنها لتصورهم غلظ العقوبة • وهذا التصور يكفى لأبعاد الكثيرين •

مراتب الشبهات

وان الشبهات ليست فى مرتبة واحدة فى القوة ، فمنها شبهات قوية ، ومنها شبهات ضعيفة ، ويصح لهذا أن نقسمها من حيث آثارها الى قسمين شبهات قوية تمحو وصف الجريمة ، ويترتب على محو وصف الجريمة سقوط العقوبة حتما ، وشبهات ضعيفة لا تمحو وصف الجريمة ولكنها فقط تسقط الحد •

ان الشبهات التى تتعلق بالدليل كلهـا شبهات قوية لأن أساسها أن التحريم فى بعض الأنظار غير ثابت ، وكذلك التى تتعلق بالملك ، فمن أخذ مال ابنه تكون الشبهة قوية بحيث يمحى وصف السرقة ، ومن دخل بجارية ابنه لا يعد عمله زنا لشبهة الملك ، ومن دخل فى نكاح اختلف فى فساده تعد الشبهة قوية ، الدليل من حكم الصحة وهكذا نستطيع أن نقول : ان شبهة الدليل وشبهة الملك شبهتان قويتان تمحوان وصف الزنا .

وأما شبهة الحق فعلى حسب قوة الحق يكون مقدار الشبهة ، فمن أخذ حقه فى الغنيمة قبل القسمة تكون شبهته قوية تمحو وصف السرقة ، ولكن يكون هنـاك فعل لا يوصف بالاباحة لأن فى ذلك شـبهة غلول والغلول ممنوع ، ولأن النظام يقتضى أن يتولى ولى الأمر أو من ينيبه توزيع الحقوق واعطاء كل ذى حق حقه واذا كان الحق غير قوى كحق ذى الرحم المحرم فى مال محرمه فانه حق ليس بقوى ، وفى هذه الحال لا تكون الشبهة قوية بل تكون شبهة ضعيفة لا تمحو وصف السرقة .

وأما الشبهة التى يكون منشؤها الجهل فانها تختلف باختلاف مظنـة الجهل . فاذا كانت هناك مظنة جهل قوية كأن يكون المرتكب للحرام فى غير دار الاسلام وقد أسلم فيها ، فان مظنة الجهل قوية فتكون الشـبهة قوية ، فان مظنة الجهل بالتحريم قائمة وثابتة ، ومثله من أسلم حديثا فى دار الحرب فأولى أن لا تقام عليه الحدود ، ومن ذلك ما اذا كان مسـلما ولكن فى بادية يجهل المحرمات ، ويكون ادعاؤه الجهل فى موضعه ، كمن يدعى الجهل بالمحرمات بسبب الرضاع ، وهو فى بادية يعيش بعيـد عن العمران الاسلامى ، فان مظنة الجهل بالتحريم قائمة وثابتة ، ومثله من أسلم حديثا فى دار الاسلام وعمران المسلمين .

هذا كله اذا كان الجهل بأصل التحريم فى الأمور الكلية ، أما اذا كان الجهل بالتحريم فى فروع جزئية كالجهل بعدد الرضعات المحرمة فان ذلك جهل هو محل عذر دائما ، فتكون الشبهة قوية وقد قرر الشافعى أن العلم بالفروع مما يسع المسلم جهله .

واذا كان الجهل ليس بأصل التحريم ، بل بسبب التحريم ومظنة الجهل قائمة كالجهل بوجود العلاقة المحرمة كمن يتزوج امرأة لا يعلم بأنها أختـه من الرضاعة ، ولم يوجد من يعلمه ثم علم بعد ذلك فانه جهل يعذر به ، وان الشبهة التى تكون بسبب جهل لا يعذر فيه الجاهل تكون ضعيفة •

وكل شبهة الاثبات اذا كان الاثبات من عدول ، فانه يعد من قبيل الشبهة الضعيفة ، والشبهة الضعيفة لا تمحو وصف ، وكذلك شبهة التطبيق فاذا سقط الحد عن نباش القبور عند الذين يقررون سقوطه بهذه الشبهة تكون الشبهة ضعيفة ، ولا تكون الشبهة قوية ، والضيف اذا سرق من المضيف ، وسقط لشبهة عدم تحقق الحرز ، فان الشبهة تكون ضعيفة •

آثار الشبهة

ان الشـبهة القوية تمحو وصف الجريمـة ، فلا يكون الفـاعل قد ارتكب حراما ، بل تكون الحـرمة فيه صـورية ويكون فى مرتبـة العفو فى الحقيقة ، لأن الله تعـالى لا يؤاخذ عبـاده الا بمـا يكون فى طاقتهم العلم بتحريمه ، وما مظنة ولا شبهة فى تحريمه موضع مؤاخذة ، بيد أنه اذا سقط الحد فى السرقة ولا بشبهة قوية فان رد المال واجب ، لأن سقوطه لحق الله تعالى ، أما المال فحق العبد ، وهو لا يقبل الا برضا صاحبه •

وبالنسبة لغير السرقة يترتب على الفعل ما يترتب على الحـلال ، فمن دخل بامرأة وكانت شبهته قوية ، فانه يثبت النسب ، وتجب العدة ، ويترتب على ذلك كل ما يترتب على وجوب العدة من تحريم النساء بسببها ، فتحرم الأخت ، ويحرم العقد على خامسة فى عدة الرابعة ، وهكذا •

ولا عقوبة تفرض اذا كانت الشبهة قوية ، فلا حد ولا تعزير ، لأنه اذا زال وصف الجريمة فلا عقاب •

واذا كانت الشبهة ضعيفة فانها تسقط الحد ولا تمحو وصف الجريمة كما قررنا ، فالتحريم ثابت ، واذا كانت عقوبة الحد قد سقطت فوراء ذلك

عقوبة التعزير ، وينتقل العقاب من عقوبة مقدرة الى أخرى غير مقدرة ، من دخل بمحرمة عقد عليها ، ومن لم يكن يجهل التحريم ، وكانت الشبهة هى فقط صورة العقد كرأى أبى حنيفة ، فان الحـد يسقط ولكن تجب عقوبة تعزيرية هى أشد عقوبات التعزير. ومن سرق مضيفه يسقط حد القطع ،ولكن تجب عقوبة تعزيرية شديدة ، ومن سرق من بيت المال يسقط الحد بسبب هذه الشبهة الضعيفة ، ولكن تجب عقوبة تعزيرية .

وكذلك من ادعى الجهل فى غير مظنة الجهل بتحريم المحرمات عليه على التأبيد يسقط الحد ، عند من يسقطه ، ولكن يجب التعزير على الجهـل الذى ادعاه ولأن الشبهة لم تمح وصف الزنا ، فبقيت الجريمة ولكن خف عقابها ، فلا جريمة يمكن أن يجرى عليها الاثبات تكون من غير عقاب .

التوبة واثرها

لقد اتفق الجمهور على أن التوبة فى حد القذف لا تسقطه ، لأنه قـد تعلق بحق العبد من حيث صون كرامته وتعلق بحق الله وبحق المجتمع من حيث ان فى القذف اشاعة للفاحشة فى الذين آمنوا ، وما يتعلق بكرامة العبد لا تسقطه التوبة عن المرتكب ، لأن التوبة تكون فى حقوق العبـاد بشرط اسقاط حقوقهم ، ويصح أن نقول فى هذه الحال ان الذين يجيزون اسقاط الحد للتوبة يجب أن يسقطوه اذا تاب القاذف وعفا المقذوف ، فان الله يغفر للعبد اذا تاب عنه توبة نصوحا .

وقد اتفق الفقهاء أيضا على أن المحاربين يسقط عنهم حد الحرابة اذا تابوا لوجود النص وهو قوله تعالى (الا الذين تابوا من قبل أن تقـدروا عليهم ، فاعلموا أن الله غفور رحيم) . وموضع الخلاف بين الفقهاء هو التوبة فى حدود السرقة والزنا والشرب قبل التنفيذ أهى تمنع اقامة الحد أم لا تمنع ، قال الحنفية والمالكية لا تسقط الحد ، وهـذا وجه فى المذهب الشافعى ، وقال الحنابلة ووجه عند الشافعية والظاهرية أنها تسقطه ، وقد قرب الشافعى الموضوع فى كتابه ، فبين أوجه ، والأنظار التى تنازعها فى كتابه

الأم فقال رحمه الله ورضى عنه : الحد حدان : حد الله تعالى لما أراد من تنكيل من غشيه ، وما أراد من تطهيره به أو غير ذلك مما هذا علم به ، وليس للآدميين . وحد أوجبه الله تعالى على ما أتاه من الآدميين فذلك اليهم فأما أصل حد الله تبارك وتعالى فى كتابه فقوله تعالى : (انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم . الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم) فأخبر الله تبارك وتعالى اسمه بما عليهم من الحد ولم يذكر فيهما ما استثنى ، فاحتمل ألا يكون استثناء الا فى المحارب خاصة . واحتمل أن يكون فى كل حد لله عز وجل فتاب صاحبه قبل أن يقدر عليه سقط عنه كما احتمل حين قال النبى صلى الله عليه وسلم فى حد الزنا فى ماعز (ألا تركتموه) أن يكون كذلك عند أهل العلم : السارق اذا اعترف بالسرقة والشارب اذا اعترف بالشرب ثم رجع عنه قبل أن يقام عليه الحد سقط عنه ، ومن قال هذا فى كل حد لله عز وجل فتاب صاحبه قبل أن يقدر عليه سقط عنه حق الله تعالى فى الدنيا ، وأخذ بحقوق الآدميين واحتج بالمرتد عن الاسلام ثم يرجع الى الاسلام فيسقط عنه القتل ، فيبطل القطع عن السارق ويلزمه المال لأنه اعترف بشيئين أحدهما لله عز وجل ، والآخر للآدميين ، فأخذناه بما للآدميين ، وأسقطنا عنه ما لله عز وجل .

ومن ذهب الى الاستثناء فى المحارب ليس الا حيث هو جعل الحد من أتى حد الله متى قدر عليه وان تقادم ، وأما حدود الآدميين من القذف وغيره فتقام أبدا لا تسقط .

وقال الربيع بن سليمان المرادى : (قول الشافعى رحمه الله تعالى فى أن الاستثناء لا يكون الا فى المحارب وحده الذى أظن أنه يذهب اليه ثم يردف فى هذا بالاحتجاج لهذا الرأى فيقول : ــ قال الربيع : ــ والحجة عندى أن الاستثناء لا يكون الا فى المحارب خاصة حديث ماعز أتى النبى صلى الله عليه وسلم فأقر بالزنى فأمر النبى صلى الله عليه و سلم برجمه ولا نشك أن ماعزا لم يأت النبى صلى الله عليه وسلم فيخبره الا تائبا الى الله عز وجل

قبل أن يأتيه ، فلما أقام عليه الحد دل ذلك على أن الاستثناء فى المحاربة خاصة) .

وقال الماوردى : (ان مقام التوبة هو قبل أن يصل الى القاضى . اذا تاب الزانى قبل القدرة عليه قال تعالى (ثم ان ربك للذين عملوا السوء بجهالة ان ربك من بعدها لغفور رحيم) وفى قوله تعالى (بجهالة) تأويلان أحدهما بجهالة سوء والثانى لغلبة الشهوة مع العلم بأنها سوء وهذا أظهر التأويلين ولكن من جهل بأنها سوء لم يأثم بها ولا يحل لأحد أن يشفع فى اسقاط حد عن زان ولا غيره ولا يحل للمشفوع اليه أن يشفع) .

وقال أبو يعلى الموصلى وهو من أصحاب أحمد :

(ولو تاب الزانى قبل القدرة عليه سقط عنه الحد ، وكذلك السارق والمحارب ، والمنصوص عليه فى السارق والمحارب فى رواية أبى الحارث وابن حنبل : اذا تاب قبل أن يقدر عليه لم يقطع ، وقد نقل الميمونى عنه لفظين فى الزانى فقال : اذا أقر أربع مرات ثم تاب قبل أن يقام عليه الحد تقبل توبته ، ولا يقام عليه الحد ، وقال أبو الميمونى وناظرته فى مجلس آخر فقال : اذا رجع عما أقر به لم يرجم ، فان تاب فمن توبته أن يطهر بالرجم . فاللفظ الأول يقتضى قبول توبته بعد القدرة عليه ، لأن اقراره انما يكون عند الحكم ، واللفظ الثانى لا تقبل توبته بعد القدرة عليه ، لأنه قال : من توبته أن يطهر بالرجم ، ويحتمل أن يكون هذا بعد القدرة عليه ، ولا يحل لأحد أن يشفع فى اسقاط الحد عن زان ولا غيره ، ولا يحل للمشفوع اليه أن يشفع فيه) (بلى من كسب سيئة وأحاطت به خطيئته فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون) .

من سرق مرات

قال ابن قدامة فى المغنى : قال أبو حنيفة : اذا قطع بسرقة عين مرة لم يقطع بسبب سرقتها ثانية الا أن يكون قد قطع بسرقة غزل ثم سرقه منسوجا

أو قطع بسرقة رطب ثم سرقه تمرا ، واحتج بأن هذا يتعلق بمطالبة آدمى ، فاذا تكرر سببه فى العين الواحدة لم يتكرر كحد القذف) •

والصواب عند الحنفية كما قرر ذلك أبو زهرة قائلا ان كلام صاحب المغنى لا يوجد فى كتب الحنفية فمن أين والصواب أن المقـرر أن العين الواحدة اذا قطع لسرقتها •

باب التعزير

التعزير اسم مختص بالضرب الذى يضربه الامام أو نائبه للتأديب فى غير الحدود ومادته (عزر) وأصل العزر اللوم وعزره يعزره عزرا بالتخفيف وعزره بالتثقيل رده والعزر والتعزير هو موضوعنا وهو الضرب دون الحد لمنعه الجانى عن المعاودة وردعه عن المعصية قال :

وليس بتعـزير الأمير خزاية على اذا ما كنت غير مريب

وقيل : هو أشد الضرب وعزره ضربه ذلك الضرب والعزر المنع والعزر التوقيف على باب الدين ، قال الأزهرى : وحديث سعد يدل على أن التعزير هو التوقيف على الدين لأنه قال : « لقد رأيتنى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وما لنا طعام الا الحبلة وورق السمر ثم أصبحت بنو سعد تعزرنى على الاسلام ، لقد ضللت اذن وخاب عملى » تعزرنى على الاسلام أى توقفنى عليه وقيل : توبخنى على التقصير فيه والتعزير التوقيف على الفـرائض والأحكام وأصل التعزير التأديب ولهذا سمى الضرب دون الحد تعزيرا انما هو أدب وهو من الأضداد وعزره فخمه وعظمه فهو نحو الضد ، والعزر النصر ، عزره أعانه وقواه ، وذلك أن العزر فى اللغة الرد والمنع وتأويل عزرت فلانا أى أدبته أى فعلت به ما يردعه عن القبيح وتأويل عزرتموهم نصرتموهم بأن تردوا عنهم أعداءهم والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(من اتى معصية لا حد فيها ولا كفارة كمباشرة الأجنبية فيما دون الفرج وسرقة ما دون النصاب او السرقة من غير حرز أو القذف بغير الزنا أو الجناية التى لا قصاص فيها وما أشبه ذلك من المعاصى عزر على حسب ما يراه السلطان ، لما روى عبد الملك بن عمير قال : سئل على كرم الله وجهه عن قول الرجل : يا فاسق يا خبيث قال : « هن فواحش فيهن التعزير وليس فيهن حد » روى عن ابن عباس : « انه لما خرج من البصرة استخلف ابا الأسود الديلى فاتى بلص نقب حرزا على قوم فوجدوه فى النقب فقال : مسكين أراد ان يسرق فاعجلتموه ، فضربه خمسة وعشرين سوطا وخلى عنه » ولا يبلغ بالتعزير أدنى الحدود ، فان كان على حر لم يبلغ به أربعين ، وان كان على عبد لم يبلغ به عشرين لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من بلغ بما ليس بحد حدا فهو من المعتدين » وروى عن عمر رضى الله عنه انه كتب الى أبى موسى : « لا تبلغ بنكال أكثر من عشرين سوطا » وروى عنه ثلاثين سوطا ، وروى عنه ما بين الثلاثين الى الأربعين سوطا ، ولأن هذه المعاصى دون ما يجب فيه الحد فلا تلحق بما يجب فيه الحد من العقوبة ، وان رأى السلطان ترك التعزير جاز تركه اذا لم يتعلق به حق آدمى ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أقيلوا ذوى الهيئات عثراتهم الا فى الحدود » وروى عبد الله بن الزبير أن رجلا خاصم الزبير عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فى شراج الحرة الذى يسقون به النخيل ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للزبير : « اسق ارضك الماء ثم أرسل الماء الى جارك ، فغضب الأنصارى فقال : يا رسول الله وان كان ابن عمتك ؟ فتلون وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا زبير اسق أرضك الماء ثم احبس الماء حتى يرجع الى الجدر ، فقال الزبير : فوالله انى لأحسب هذه الآية نزلت فى ذلك : فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم » ولو لم يجز ترك التعزير لعزره رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما قال) .

الشرح أثر عبد الملك بن عمير عن على مضى فى حد القذف أن راويه البيهقى وخبر استخلاف ابن عباس أبا الأسود الديلى أخرجه البيهقى ، وكتاب عمر رواه ابن الجوزى فى سيرة عمر وقد أخرج الشيخان وأصحاب السنن مرفوعا من حديث أبى بردة : « لا يجلد فوق عشرة أسواط الا فى حد » وحديث : « أقيلوا ذوى الهيئات » أخرجه أحمد وأبو داود والنسائى . وحديث ابن الزبير متفق عليه .

اما الأحكام فانه اذا فعل المرء معصية لا حد فيها ولا كفارة كوطء الأجنبية فيما دون الفرج وسرقة ما دون النصاب ، أو سرقة النصاب فيما كان بغير حرز أو القذف بغير الزنا أو الجنايات التى ليس فيها أرش فللامام أن يعزره لقوله تعالى : « واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن » فأجاز للزوج أن يضرب زوجته للنشوز ، والنشوز معصية ، فدل على أن كل معصية لا حد فيها ولا كفارة يجوز الضرب لأجلها ، ولحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا : « لا قطع فى الثمر المعلق الا ما أواه الجرين وبلغ ثمن المجن . فان لم يبلغ ثمن المجن ففيه الغرم وجلدات نكالا » ولحديث أبى بردة بن نيار أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يجلد أحد فوق عشر جلدات فى غير حد من حدود الله تعالى » فدل على أنه يجوز ضرب عشر جلدات فى غير الحدود ، وروى أن عليا كرم الله وجهه سئل عن قول الرجل للرجل : يا فاسق يا خبيث فقال : « هن فواحش فيهن تعزير وليس فيهن حد » .

اذا ثبت هذا فان التعزير غير مقدر ، فان رأى الامام أن يحبسه حبسه وان رأى أن يجلده جلده ولا يبلغ به أدنى الحدود ، فلا يبلغ بالحر أربعين بل ينقص منها وبه قال أبو حنيفة ومحمد وحكى الشيخ أبو حامد الاسفراينى أن من أصحابنا من قال : لا يبلغ بتعزير الحر عشرين جلدة ، ومن أصحابنا الخراسانيين من قال : ينظر فى المعصية التى يعزر من أجلها — فان كانت من جنس الشرب مثل أن يكون قد أدار كأس الماء على جماعة على هيئة ادارة كأس الخمر عزر دون الأربعين ، وان كانت من جنس القذف بأن شتم انسانا بما ليس بقذف فانه يضرب دون الثمانين ، وقال أبو يوسف وابن أبى ليلى : يجوز أن يبلغ بالتعزير خمسا و سبعين ولا يزاد عليه ، وقال مالك والأوزاعى : له أن يضرب فى التعزير أى عدد شاء على حسب ما يؤديه اليه اجتهاده والأول أصح لقوله صلى الله عليه وسلم « من بلغ بما ليس بحد حدا فهو من المعتدين » أما عند المخالف فيجوز أن يجلد مائة جلدة فى غير الحد ، فان قيل : فالخبر يدل على أنه لا يجوز الزيادة على العشر فى غير الحد ، قلنا : قد أجمعت الأمة على أنه يجوز الزيادة على العشر ما لم يبلغ به أدنى

الحدود ، فيستدل بالاجماع على نسخ ظاهر الخبر ، ولكتاب عمر الى أبى موسى واجماع الصحابة على ذلك ، لأن العقوبة اذا تعلقت فى الشرع بجرم لم تتعلق بما دونه كالقطع لما علق بالسرقة للنصاب لم يتعلق بما دونه ، ويكون الضرب فى التعزير بين الضربين كما قلنا فى الحد ، وقال أبو حنيفة : الضرب فى التعزير يكون أشد من الضرب فى الزنا ثم الضرب فى الشرب يكون دون الضرب فى الزنا ثم الضرب فى القذف وقال الثورى : الضرب فى القذف أشد من الضرب فى الشرب • دليلنا أن التعزير أخف من الحد فى عدده فلا يجوز أن يزاد عليه فى ايلامه ووجعه •

فرع قال الشيخ أبو اسحاق : ان رأى السلطان ترك التعزير جاز تركه اذا لم يتعلق به حق آدمى ، وقال الشيخ أبو حامد : التعزير ليس بواجب بل الامام بالخيار ان شاء فعله وان شاء تركه ولم يفرق بين أن يتعلق به حكم آدمى أو لا يتعلق ، وقال أبو حنيفة : ان غلب على ظن الامام أنه لا يصلح الرجل الا التعزير فالتعزير واجب لا يجوز للامام تركه ، وان غلب على ظنه أنه يصلحه الجلد وغيره فليس بواجب • دليلنا ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أقيلوا ذوى الهيئات عثراتهم الا فى الحدود » وروى أن الزبير ورجلا من الأنصار اختصما الى النبى صلى الله عليه وسلم فى شراج الحرة ــ والشراج هو الساقية التى فى الحرة والحرة هى أرض بركانية ملبسة بالحصا ــ فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « اسق يا زبير أرضك ثم أرسل الماء الى جارك فقال الأنصارى : وأن كان ابن عمتك يا رسول الله • فغضب النبى صلى الله عليه وسلم وقال : اسق يا زبير ثم احبس الماء حتى يبلغ أصول الجدر » فموضع الدليل أن الأنصارى اتهم النبى صلى الله عليه وسلم أنه قضى للزبير لأنه ابن عمته ، وهذا يستحق به القتل فضلا عن التعزير • فترك النبى صلى الله عليه وسلم تعزيره ، فمن أصحابنا من قال : انما فيه معنى التعزير حين أمر الزبير أن يسقى أرضه الى أن يبلغ الماء الجدر ، لأن ذلك زائد على ما يستحقه من الشرب وتلك غرامة على الأنصارى تعدل عقوبة المال ، ومن أصحابنا من قال : بل كان أمر النبى صلى الله عليه وسلم الزبير فى المرة الأولى أن يأخذ أقل من حقه

من السقى فلما قال الأنصارى ما قال أمره النبى صلى الله عليه وسلم أن يستوفى جميع حقه ، وهو أن يبلغ الماء الى أصول الجدر واذا بلغ الى ذلك كان الى الكعب . وقول الأنصارى هذا يقتضى التعزير ، وانما ترك النبى صلى الله عليه وسلم تعزيره على ما مضى ، ولأنه ضرب غير محدود فلم يكن واجبا كضرب الزوج زوجته ، وكما لو غلب على ظن الامام أنه يصلحه الضرب وغير الضرب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان عزر الامام رجلا فمات وجب ضمانه لما روى عمر بن سعيد عن على كرم الله وجهه أنه قال : « ما من رجل أقمت عليه حدا فمات فأجد فى نفسى انه لا دية له الا شارب الخمر ، فانه لو مات وديته ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يسنه » ولا يجوز أن يكون المراد به اذا مات من الحد فان النبى صلى الله عليه وسلم حد فى الخمر فثبت أنه أراد من الزيادة على الأربعين ، ولأنه ضرب جعل الى اجتهاده فاذا أدى الى التلف ضمن كضرب الزوج زوجته .**

فصل **وان كان على رأس بالغ عاقل سلعة لم يجز قطعها بغير اذنه فان قطعها قاطع باذنه فمات لم يضمن ، لأنه قطع باذنه وان قطعها بغير اذنه فمات وجب عليه القصاص ، لأنه تعدى بالقطع . وان كانت على رأس صبى أو مجنون لم يجز قطعها لأنه جرح لا يؤمن معه الهلاك . فان قطعت فمات منه نظرت ـ فان كان القاطع لا ولاية له عليه ـ وجب عليه القود لأنها جناية يعدى بها ، وان كان أبا أو جدا وجبت عليه الدية ، وان كان وليا غيرهما ففيه قولان أحدهما أنه يجب عليه القود لأنه قطع منه ما لا يجوز قطعه ، والثانى أنه لا يجب القود لأنه لم يقصد القتل وانما قصد المصلحة فعلى هذا يجب عليه دية مغلظة لأنها عمد خطأ وبالله التوفيق .**

الشرح أثر على كرم الله وجهه متفق عليه وقد مضى فى غير موضع وسيأتى .

أما الأحكام فاذا عزر الامام رجلا فمات وجب ضمانه ، وحكى الطبرى فى العدة وجها آخر أن التعزير نوعان نوع واجب كتعزير من

قذف أمه أو ذمية أو وطىء أجنبية فيما دون الفرج فاذا عزر فيه الامام فأدى الى التلف لم يضمنه الامام ، ونوع لا يجب مثل أن يسىء الأدب فى مجلس القاضى فاذا عزره القاضى فمات وجب ضمانه والأول أصح ، وقال أبو حنيفة : ان غلب على ظن الامام أنه لا يصلحه الا الضرب فضربه فمات لم يجب ضمانه • دليلنا ما روى عن على أنه قال : (ما كنت لأقيم حدا على أحد فيموت وأجد فى نفسى منه شيئا الا صاحب الخمر فانه لو مات وديته وذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه) متفق عليه وعند أبى داود وابن ماجه وفيه عندهما : (لم يسن فيه شيئا انما قلناه نحن) قال مجد الدين أبو البركات عبد السلام بن تيمية فى المنتقى : قلت ومعنى لم يسنه يعنى لم يقدره ويوقته بلفظه ونطقه • قال محمد نجيب المطيعى بن ابراهيم الطوابى : والذى أحدثه الصحابة رضى الله عنهم بعد النبى صلى الله عليه وسلم هو الزيادة على الأربعين ، وهو التعزير ، فثبت أنه اذا مات من التعزير وجب ضمانه ، وكذلك فى قصة المرأة التى أرسل اليها عمر وكانت سيئة السيرة ، وقد مضى فى الديات ولم يخالفه أحد فدل على أنه اجماع ، ولأنه ضرب محدود احتراز من الضرب فى الحد •

مسألة اذا كان على انسان سلعة ــ وهى درنة كالجوزة تكون بين اللحم والجلد على الرأس أو البدن ــ قال ابن الصباغ : وهى بكسر السين ، وفتحها من الشجة • فان قطعها انسان فمات نظرت فان كانت على انسان غير مولى عليه ــ فان قطعها باذنه ــ فلا ضمان عليه ، وان قطعها بغير اذنه أو أكرهه على قطعها لزمه القود ان كان ممن يجب عليه القود ، وان قطعها ولى عليه ــ فان كان أبا أو جدا ــ لم يلزمه القود ، ووجب عليه ديته ، وان كان غيرهما من الأولياء ففيه قولان مضى ذكرهما فى الجنايات ، وان كان القاطع هو الحاكم فهل تجب الدية فى ماله أو على عاقلته ؟ على القولين •

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتاب الأقضيـــة

باب ولاية القضاء وآداب القضاة

القضـــاء فرض على الكفاية والدليل عليه قوله عز وجل : « يا داود انا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق » وقوله عز وجل : « ان الله يأمركم ان تؤدوا الأمانات الى أهلها ، واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » وقوله تعالى : « وان احكم بينهم بما انزل الله » ولان النبى صلى الله عليه وسلم حكم بين الناس وبعث عليا كرم الله وجهه الى اليمن للقضاء بين الناس ، ولأن الخلفاء الراشدين رضى الله عنهم حكموا بين الناس وبعث عمر رضى الله عنه ابا موسى الأشعرى الى البصرة قاضيا وبعث عبد الله بن مسعود الى الكوفة قاضيا ولأن الظلم فى الطباع فلابد من حاكم ينصف المظلوم من الظالم ، فان لم يكن من يصلح للقضاء الا واحد تعين عليه ويلزمه طلبه ، واذا امتنع اجبر عليه لأن الكفاية لا تحصل الا به ، فان كان هناك من يصلح له غيره نظرت ـ فان كان خاملا واذا ولى القضاء انتشر علمه ـ استحب أن يطلبه لما يحصل به من المنفعة بنشر العلم ، وان كان مشهورا فان كانت له كفاية كره له الدخول فيه لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من استقضى فكأنما ذبح بغير سكين » ولأنه يلزمه بالقضاء حفظ الأمانات وربما عجز عنه وقصر فيه فكره له الدخول فيه ، وان كان فقيرا يرجو بالقضاء كفاية من بيت المال لم يكره له الدخول فيه لأنه يكتسب كفاية بسبب مباح ، وان كان جماعة يصلحون للقضاء اختار الامام أفضلهم وأورعهم وقلده فان اختـــار غيره جاز لأنه تحصل به الكفاية ، وان امتنعوا من الدخول فيه أثموا لأنه حق وجب عليهم فاثموا بتركه كالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، وهل يجوز للامام أن يجبر واحدا منهم على الدخول فيه أم لا ؟ فيه وجهان احدهما انه ليس له اجباره لأنه فرض على الكفاية فلو اجبرناه عليه تعين عليه ، والثانى : ان له اجباره لأنه اذا لم يجبر بقى النـــاس بلا قاض وضـــاعت الحقوق وذلك لا يجوز .

الشرح قوله تعالى : (ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات) الآية ورد فى أسباب نزولها روايات منها أنها نزلت فى عثمان بن طلحة أخذ النبى

صلى الله عليه وسلم منه المفتاح يوم الفتح ودخل الكعبة فنزل جبريل بهذه الآية ، وخرج صلى الله عليه وسلم يتلوها ، وفى رواية لابن جريج أنه صلى الله عليه وسلم أخذ المفتاح من عثمان بن أبى طلحة وعمه شيبة بن عثمان وكانا كافرين وقت فتح مكة فطلبه العباس لتضاف له السدانة الى السقاية ، فدخل رسول الله صلى الله عليه وسلم الكعبة فكسر ما كان بها من الأوثان وأخرج مقام ابراهيم ، ونزل عليه جبريل بهذه الآية . قال عمر بن الخطاب : وخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يقرأ هذه الآية وما كنت سمعتها قبل منه ، فدنا عثمان وشيبة فقال : « خذاها خالدة تالدة لا ينزعها منكم الا ظالم » هذه الرواية لابن جرير ونقلها القرطبى عنه وكذلك روى نحوها الواحدى المسند من أئمتنا فى كتابه أسباب النزول وكذلك أخذ بهذه الرواية القاضى أبو بكر ابن العربى فى أحكام القرآن . الا أنه ثبت من التحقيق أن عثمان بن أبى طلحة هاجر هو وخالد بن الوليد وعمرو بن العاص وبلغوا المدينة فى صفر من السنة الثامنة وثبت هذا من طرق كثيرة وحكاها الحافظ أبو عمر بن عبد البر فى الاستيعاب والحافظ ابن حجر فى الاصابة والحافظ ابن كثير فى التفسير وأما عمه شيبة بن طلحة بن أبى طلحة فكان معه لواء المشركين يوم الفتح وقتل ثم كافرا ، وقد اشتبه على المفسرين اسم شيبة بن عثمان بن أبى طلحة الذى صارت الحجابة فى نسله الى يوم القيامة بشيبة ابن طلحة ، وقد أعطى النبى صلى الله عليه وسلم عثمان بن طلحة بن أبى طلحة وشيبة بن عثمان بن أبى طلحة مفاتيح الكعبة ، وقال : « خذاها خالدة تالدة » الحديث وحديث بعث النبى صلى الله عليه وسلم عليا الى اليمن أخرجه أبو داود والترمذى وابن ماجه وبعث عمر لأبى موسى وعبد الله بن مسعود فى سنن البيهقى . أما حديث : « من استقضى فكأنما ذبح بغير سكين » أخرجه أبو داود والترمذى وأحمد والدارقطنى وابن ماجه والحاكم والبيهقى ، وقال فيه الترمذى : حسن غريب وقال فيه الحاكم : صحيح الاسناد ولفظه : « من ولى القضاء ، أو جعل قاضيا بين الناس فقد ذبح بغير سكين » قال الحافظ المندرى فى (ذبح بغير سكين) معناه أن الذبح بالسكين يحصل به اراحة الذبيحة بتعجيل ازهاق روحها فاذا ذبحت بغير سكين كان فيه تعذيب لها ، وقيل : ان الذبح لما كان فى ظاهر العرف وغالب العادة

بالسكين عدل صلى الله عليه وسلم عن ظاهر العرف والعادة الى غير ذلك ليعلم مراده صلى الله عليه وسلم بهذا القول ما يخاف عليه من هلاك دينه دون هلاك بدنه • ذكره الخطابى ، ويحتمل غير ذلك •

أما اللغات فان القضاء يأتى بمعنى الحكم وأصله قضاى لأنه من قضيت الا أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت قال ابن برى : صوابه لما جاءت بعد الألف الزائدة طرفا همزت ، وأهل الحجاز يقولون : القاضى القاطع للأمور المحكم لها • وفى صلح الحديبية : (هذا ما قاضى عليه محمد) هو فاعل من القضاء الفصل والحكم ، ويكون بمعنى الخلق كأنه أحكمه وأمضاه حين خلقه قال تعالى : (فقضاهن سبع سموات) والقضاء المقترن بالقدر لا ينفك أحدهما عن الآخر فالقدر الأساس والقضاء البناء فهما أمران متلازمان فمن رام الفصل بينهما فقد رام هدم البناء ونقضه ، والقضاء بمعنى العمل قال تعالى : (فاقض ما أنت قاض) فاعمل ما أنت عامل قال ذؤيب :

وعليهما مسرودتان قضاهما داود أو صنع السوابغ تبع

والقضاء بمعنى الأمر (وقضى ربك ألا تعبدوا الا اياه وبالوالدين احسانا) ويأتى بمعنى الحتم والقطع قال تعالى : (فلما قضينا عليه الموت) ويأتى بمعنى الفراغ تقول : قضيت حاجتى ويأتى بمعنى الأداء والانهاء تقول : قضيت دينى ، ويأتى بمعنى التبليغ قال تعالى : « وقضينا اليه ذلك الأمر » ويأتى بمعنى البيان قال تعالى : « ولا تعجل بالقرآن من قبل أن يقضى اليك وحيه » أى يبين لك بيانه ويأتى بمعنى الفراغ من الشيء ، تقول : قضى فلان صلاته ، والقاضية الموت وقضى نحبه مات ، وقوله تعالى : (ولو أنزلنا ملكا لقضى الأمر ثم لا ينظرون) أى أتم اهلاكهم ، وقضى وطره أتمه وبلغه •

أما الأحكام فالقضاء واجب والأصل فى ثبوته الكتاب والسنة والاجماع والقياس • أما الكتاب فقوله تعالى : « يا داود انا جعلناك خليفة

فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق » وقوله تعالى : « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم » وقوله تعالى : « ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها واذا حكمتم بين النـاس أن تحكموا بالعدل » وقوله تعالى : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » ولأن الله تعالى ذم أقواما امتنعوا من الحكم ومدح قوما أجابوا الى الحكم فقال تعالى : « واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون » وقال تعالى : « انما كان قول المؤمنين اذا دعوا الى الله ورسـوله ليحكم بينهم أن يقولوا سـمعنا وأطعنا وأولئك هم المفلحون » .

وأما السنة فان النبى صلى الله عليه وسلم حكم بين الناس وبعث عليـا الى اليمن للقضاء بين الناس وقال صلى الله عليه وسلم : « لا يحل لثـلاثة يكونون بفلاة من الأرض الا أمروا عليهم أحدهم » رواه أحمد من حديث ابن عمر ، وعن أبى سعيد الخدرى : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : اذا خرج ثلاثة فى سفر فليؤمروا عليهم أحدهم » رواه أبو داود وله من حديث أبى هريرة مثله .

وأما الاجماع فان الخلفاء الراشدين رضى الله عنهم حكموا بين الناس وبعث أبو بكر أنس بن مالك الى البحرين ليقضى بين النـاس وبعث عمر أبا موسى الأشعرى الى البصرة قاضيا ، وبعث عبد الله بن مسـعود الى الكوفة قاضيا .

وأما القياس ، فان السلامة من الخلاف الذى يؤدى الى التلاف تقتضى تأمير واحد لفصل القضاء ، ونظرا لأن الظلم من شيم النفوس وطبع الناس وجبلتهم قال الشاعر :

والظلم من شيم النفوس فان تجد ذا عفـة فلعله لا يظـلم

فاذا كان كذلك فلابد من حاكم لينصف المظلوم من الظالم ، فمع عدم التأمير يستبد كل واحد برأيه ويفعل ما يطابق هواه فيهلكون ، ومع التأمير يقل الاختلاف وتجتمع الكلمة ، واذا شرع التأمير لثلاثة يكونون فى فلاة من

الأرض أو يسافرون فشرعيته لعدد أكثر يسكنون القرى والأمصار ويحتاجون لدفع التظالم وفصل التخاصم أولى وأحرى ، وفى ذلك دليل لقول من قال : انه يجب على المسلمين نصب الأئمة والولاة والحكام ، هكذا أفاده الشوكانى وقال : وقد ذهب الأكثر الى أن الامامة واجبة لكنهم اختلفوا هل الوجوب عقلا أو شرعا فعند العترة وأكثر المعتزلة والأشعرية تجب شرعا ، وعند الامامية تجب عقلا فقط وعند الجاحظ والبلخى والحسن البصرى تجب عقلا وشرعا ، وعند ضرار والأصم وهشام الفوطى والنجدات لا تجب .

اذا ثبت هذا فقد وردت أخبار تدل على ذم القضاء وأخبار تدل على مدحه ، فأما ما دل على ذمة فما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من استقضى فكأنما ذبح بغير سكين » وعند أحمد عن عائشة قالت « سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقول : لتأتين على القاضى العدل يوم القيامة ساعة يتمنى أنه لم يقض بين اثنين فى تمرة قط) وعنده أيضا من حديث أبى أمامة مرفوعا : (ما من رجل يلى أمر عشرة فما فوق ذلك الا أتى الله عز وجل يوم القيامة يده الى عنقه فكه بره أو أوبقه اثمه أولها ملامة وأوسطها ندامة وآخرها خزى يوم القيامة) وهو من حديث عبادة بن الصامت بلفظ : (ما من أمير عشرة الا جىء به يوم القيامة مغلولة يده الى عنقه حتى يطلقه الحق أو يوبقه ، ومن تعلم القرآن ثم نسيه لقى الله وهو أجزم) وعنده أيضا من حديث أبى هريرة مرفوعا (ويل للأمراء ويل للعرفاء ويل للأمناء ، ليتمنين أقوام يوم القيامة أن ذوائبهم كانت متعلقة بالثريا يتذبذبون بين السماء والأرض ولم يكونوا عملوا على شىء) وعند أحمد ومسلم أيضا أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « يا أبا ذر انى أراك ضعيفا وانى أحب اليك ما أحب لنفسى لا تأمرن على اثنين ولا تولين مال يتيم » وأما الأخبار التى تدل على مدحه فعن أبى هريرة مرفوعا : « من طلب قضاء المسلمين حتى يناله ثم غلب عدله جوره فله الجنة ، ومن غلب جوره عدله فله النار » وقال تعالى عن يوسف : « قال اجعلنى على خزائن الأرض انى حفيظ عليم » وقال سليمان : « رب هب لى ملكا لا ينبغى لأحد من بعدى انك أنت الوهاب » وقوله صلى الله عليه وسلم : « اذا اجتهد الحاكم فأصاب

فله أجران ، واذا أخطأ فله أجر » متفق عليه وعن ابن مسعود رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا حسد الا فى اثنتين رجل آتاه الله مالا فسلطه على هلكته فى الحق ورجل آتاه الله تعالى حكمة فهو يقضى بها ويعلمها » وأخرج أحمد فى المسند وأبو نعيم فى الحلية من حديث عائشة مرفوعا : « السابقون الى ظل الله يوم القيامة الذين اذا أعطوا الحق قبلوه ، واذا سئلوا بذلوه ، واذا حكموا بين الناس حكموا كحكمهم لأنفسهم » ورواه أبو العباس ابن القاص فى كتاب آداب القضاء .

قال النووى فى شرح مسلم عند الكلام على حديث أبى ذر « قلت : يا رسول الله ألا تستعملنى ؟ قال : انك ضعيف وانها أمانة وانها يوم القيامة خزى وندامة الا من أخذها بحقها وأدى الذى عليه فيها » قال رحمه الله : هذا أصل عظيم فى اجتناب الولاية ولا سيما لمن كان فيه ضعف وهو من دخل فيها بغير أهلية ولم يعدل فانه يندم على ما فرط منه اذا جوزى بالخزى يوم القيامة ، وأما من كان أهلا وعدل فيها فأجره عظيم كما تظاهرت به الأخبار ولكن الدخول فيها خطر عظيم ولذلك امتنع الأكابر منها . ا هـ .

وقال العمرانى فى البيان : ان الأخبار التى تدل على ذمه محمولة على من علم من نفسه القيام بالقضاء لعلمه وأمانته ، والدليل على صحة هذا التأويل قوله صلى الله عليه وسلم : « القضاة ثلاثة واحد فى الجنة واثنان فى النار فأما الذى فى الجنة فرجل علم الحق وقضى به فهو فى الجنة ، ورجل عرف الحق فجار فى حكمه فهو فى النار ، ورجل قضى للناس على جهل فهو فى النار » وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا جلس القاضى بعث الله تعالى اليه ملكين يسددانه فان عدل أقاما وان جار عرجا وتركاه » .

اذا ثبت هذا فان الناس فى القضاء على ثلاثة أضرب منهم من يجب عليه القضاء ، ومنهم من لا يجوز القضاء له ومنهم من يجوز له القضاء ولا يجب عليه ، فأما من يجب عليه فهو أن يكون رجل من أهل الاجتهاد والأمانة وليس هناك من يصلح للقضاء غيره فيجب على الامام أن يوليه

القضاء ، واذا ولاه الامام لزمه القبول ، فان امتنع أجبر ، وان لم يعرفه الامام لزمه أن يعرف الامام حاله ويعرض نفسه عليه للقضاء ، لأن ذلك يجرى مجرى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، ولو لم يكن من يصلح للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر الا واحد ليتعين عليه ذلك • وأما من لا يجوز له القضاء فهو أن يكون الرجل ليس من أهل الاجتهاد ، أو كان من أهل الاجتهاد الا أنه فاسق فهذا لا يجوز له القضاء ، وان ولاه الامام لم تنعقد ولايته ، وان حكم لم يصح حكمه خلافا لأبى حنيفة ويأتى الدليل عليه فى موضعه • وأما الذى لا يجب عليه القضاء ويجوز له فهو أن يكون هناك رجلان أو جماعة يصلح كل واحد منهم للقضاء ، فان القضاء لا يجب على أحد بعينه بل وجوب القضاء عليهم على طريق الكفاية اذا قام به أحدهم سقط الفرض عن الباقين وان امتنعوا كلهم من القضاء أثموا لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يقدس الله أمة ليس فيهم من يأخذ للضعيف حقه » فان طلب الامام أن يولى رجلا منهم فهل يتعين عليه القضاء بتولية الامام له ؟ ويجوز للامام أن يميز واحدا منهم ؟ فيه وجهان أحدهما : يتعين عليه ، ويجوز للامام اجباره لأنه دعاه الى واجب فتعين عليه لأنه اذا امتنع هذا فربما امتنع الباقون فيؤدى ذلك الى تعطيل القضاء • والثانى : لا يتعين عليه ولا يجوز له اجباره لما روى عنه صلى الله عليه وسلم « انا لا نجبر على الحكم أحدا » ولأنا لو قلنا يتعين عليه ويجوز له اجباره للقضاء صار اجباره متعينا عليه ، ومن جاز له الدخول فى القضاء ولم يجب عليه فهل يستحب له القضاء اذا دعى اليه ؟ ينظر فيه ، فان كان له مال يكفيه وهو مشهور يقصده الناس للفتيا والتدريس لم يستحب له ، لأنه لا يأمن على نفسه من الخطأ ، والأولى له أن يشتغل بالفتيا والتدريس لأن ذلك أسلم ، وعلى هذا يحمل امتناع ابن عمر رضى الله عنه حين دعاه عثمان رضى الله عنه الى القضاء ، وان كان لا مال له يكفيه ويرجو بالقضاء أخذ الرزق عليه من بيت المال استحب له القضاء لأنه لابد له من مكتسب ، واكتسابه بتولى الطاعة أولى من الاكتساب بغير ذلك ، وكذلك اذا كان له مال يكفيه الا أنه خامل الذكر لا يقصده الناس للفتيا والتدريس فيستحب له القضاء ليشتهر فى الناس وينتفع بعلمه هكذا أفاده العمرانى فى البيان وغيره •

ومن استحب له ولاية القضاء اذا دعى اليه فهل يستحب له طلبه وبذل العوض منه لذلك ؟ اختلف أصحابنا فمنهم من قال : يستحب له طلبه لقوله تعالى اخبارا عن يوسف : « اجعلني على خزائن الأرض اني حفيظ عليم » قال العمراني : ويجوز له بذل العوض لذلك لأنه يتوصل به الى مطلوبه ، ومنهم من قال : لا يستحب له ذلك ولا يجوز له بذل العوض لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعبد الرحمن بن سمرة : « يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الامارة فانك ان أعطيتها عن غير مسئلة أعنت عليها ، وان أعطيتها عن مسئلة وكلت اليها » متفق عليه . وعن أنس عن النبي صلى الله عليه وسلم : « من سأل القضاء وكل الى نفسه ، ومن جبر عليه ينزل عليه ملك يسدده » رواه أصحاب السنن الا النسائي والصحيح أنه لا يجوز بذل العوض على ذلك لأنه من الرشوة المحرمة والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ومن تعين عليه القضاء وهو في كفاية لم يجز ان يأخذ عليه رزقا لأنه فرض تعين عليه فلا يجوز أن يأخذ عليه مالا من غير ضرورة ، فان لم يكن له كفاية فله أن يأخذ الرزق عليه ، لأن القضاء لابد منه ، والكفاية لابد منها ، فجاز ان يأخذ عليه الرزق ، فان لم يتعين عليه فان كانت له كفاية كره ان يأخذ عليه الرزق لأنه قربة فكره اخذ الرزق عليها من غير حاجة ، فان اخذ جاز لأنه لم يتعين عليه ، وان لم يكن له كفاية لم يكره أن يأخذ عليه الرزق لأن ابا بكر الصديق رضي الله عنه لما ولي خرج برزمة الى السوق فقيل ماهذا ؟ فقال انا كاسب اهلي ، فاجروا له كل يوم درهمين وعن عمر رضي الله عنه انه قال « انزلت نفسي من هذا المال منزلة ولي اليتيم ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف » وبعث عمر رضي الله عنه الى الكوفة عمار ابن ياسر واليا وعبد الله بن مسعود قاضيا وعثمان بن حنيف ماسحا وفرض لهم كل يوم شاة نصفها وأطرافها لعمار ، والنصف الآخر بين عبد الله وعثمان لأنه لما جاز للعامل على الصدقات أن يأخذ مالا على العمالة جاز للقاضي أن يأخذ على القضاء ويدفع اليه مع رزقه شيء للقرطاس ، لأنه يحتاج اليه لكتب المحاضر ويعطى ان على بابه من الأجزاء لأنه يحتاج اليهم لاحضار الخصوم كما يعطى ما يحتاج اليه العامل على الصدقات من العرفاء ، ويكون ذلك من سهم المصالح لأنه من المصالح .

الشرح قوله : برزمة مثل سدرة الطاق من الثياب وهو معرب والخبر فى سنن البيهقى عن عبد الله بن مسعود •

أما الأحكام فاذا أخذ الرزق على القضاء نظرت ــ فاذا كان قد تعين عليه القضاء فان كان له كفاية ــ لم يجز له أخذ الرزق عليه ، لأنه توجه عليه فلا يجوز له أخذ الرزق عليه مع الاستغناء عنه • هكذا أفاده أصحابنا كافة : العمرانى فى البيان والمصنف هنا وفى التنبيه والغزالى وشيخه امام الحرمين وشيخه أبو محمد وغيرهم • وان لم تكن له كفاية وكان اذا اشتغل بالقضاء بطل كسبه وتعطل عن بلوغ موارده وذهب معاشه جاز له أخذ الرزق عليه لأنه اذا اشتغل بالقضاء ذهب معاشه وتعطل كسبه ، وان لم يتعين عليه القضاء ــ فان كان له كفاية ــ فالمستحب له أن لا يأخذ عليه رزقا لأنه قربة فى حقه فكره له أخذ العوض عليه ، وان أخذ الرزق عليه جاز لأن أبا بكر رضى الله عنه لما ولى الخلافة خرج الى السوق برزمة ثياب فقالوا : ما هذا ؟ فقال : أنا كاسب أهلى فقالوا : لا يصلح هذا مع الخلافة ، فاجتمعت الصحابة وقدروا له كل يوم درهمين من بيت المال وروى أنهم خصصوا له كل يوم شاتين : شاة لغدائه وشاة لعشائه هو وأهله وألف درهم فى كل عام ، فلما ولى عمر رضى الله عنه قال : لا يكفينى ذلك فأضعفوا له القدر ، واذا ثبت ذلك فى الامامة لكان فى القضاء مثله لأنهما فى معنى واحد ، وقال عمر : « أنزل نفسى من هذا المال بمنزلة ولى اليتيم ، ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف » • وقد سبق أن أوردنا فى الجزء الحادى والعشرين فى باب خراج السواد أن عمر أرسل الى الكوفة عمار ابن ياسر واليا وعبد الله بن مسعود قاضيا ، وعثمان بن حنيف ماسحا وفرض لهم كل يوم شاة نصفها وأطرافها لعمار والنصف مع السقط بين عبد الله وعثمان بن حنيف وقال : ان قرية يؤخذ منها كل يوم شاة لسريع خرابها ، ولما ولى عمر بن الخطاب شريحا القضاء أجرى له كل شهر مائة درهم ، ولأن مال بيت المال للمصالح وهذا من المصالح •

ولا يكون ما يأخذه القاضى أجرة ، وانما هو رزق كالذى يأخذه الامام والمؤذن وهو ما يسمى بلغة عصرنا مكافأة ، ذلك لأن عقد الاجارة على

القضاء لم يصح ، وقد علل الفقهاء هذا بأنه عمل غير معلوم ، وفى تقديرنا واجتهادنا أن ذلك أدعى الى استقلال القضاء وأصون له من المؤثرات التى مناطها سيطرة الرؤساء والولاة على مقدرات القضاة فى ترقياتهم وتنقلاتهم وعلاواتهم ومكافآتهم الأمر الذى يجعل منصب القضاء خاضعا لعوامل السياسة والجنوح الى مرضاة ذوى السلطان ، فاذا أمكن الجمع بين استقلال القضاء وضمان أرزاق القضاة وترقياتهم بواسطة مجالس منهم ، حتى يتحقق عمليا فصل السلطات الثلاث : القضائية والشورية والتنفيذية بعضها عن بعض . فان ذلك أحرى أن يكون جائزا ، وتوفر الدولة للقاضى قدرا من المال مع رزقه للأوراق والقراطيس والأقلام والأحبار ، لأن ذلك من المصالح ، وتوفر له الدولة الحاجب الذى على بابه والحفظة الذين يحرسون النظام ويوفرون للقاضى التبجيل والمهابة ، وهذا يكون من سهم المصالح .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ولا يجوز ان يكون القاضى كافرا ولا فاسقا ولا عبدا ولا صغيرا ولا معتوها لأنه اذا لم يجز أن يكون واحدا من هؤلاء شاهدا فلأن لا يجوز أن يكون قاضيا أولى . ولا يجوز أن يكون امرأة لقوله صلى الله عليه وسلم : « ما افلح قوم اسندوا أمرهم الى امرأة » ولأنه لابد للقاضى من مجالسة الرجال من الفقهاء والشهود والخصوم ، والمرأة ممنوعة من مجالسة الرجال لما يخاف عليهم من الافتتان بها ، ولا يجوز أن يكون أعمى لأنه لا يعرف الخصوم والشهود ، وفى الأخرس الذى يفهم الاشارة وجهان كالوجهين فى شهادته ، ولا يجوز ان يكون جاهلا بطريق الأحكام لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « القضاة ثلاثة قاضيان فى النار وقاض فى الجنة ، فاما الذى فى الجنة فرجل عرف الحق فحكم به فهو فى الجنة ، واما اللذان فى النار فرجل عرف الحق فجار فى حكمه فهو فى النار ، ورجل قضى للناس على جهل فهو فى النار » ولأنه اذا لم يجز أن يفتى الناس وهو لا يلزمهم الحكم فلأن لا يجوز ان لا يقضى بينهم وهو يلزمهم الحكم اولى ، ويكره أن يكون القاضى جبارا عسوفا ، وأن يكون ضعيفا مهينا لأن الجبار يهابه الخصم فلا يتمكن من استيفاء حجته ، والضعيف يطمع فيه الخصم وينشط عليه ، ولهذا قال بعض السلف: وجدنا هذا الأمر لا يصلحه الا شدة من غير عنف ، ولين من غير ضعف .**

الشرح حديث : « ما أفلح قوم » أخرجه البخارى والنسائى

والترمذى وأحمد عن أبى بكرة قال : « لما بلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أهل فارس ملكوا عليهم بنت كسرى قال : لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة » وأما حديث « القضاة ثلاث » فقد أخرجه أبو داود وابن ماجه من حديث بريدة •

اما اللغات فالعته نقصان العقل من غير جنون وبابه تعب والمصدر عتها وعتاها وعتاهة وعتاهية بالتخفيف فهو معتوه بين العته وفى تهذيب الأسماء واللغات للنووى المعتوه المدهوش من غير مس أو جنون • وقوله : جبارا قال ابن بطال الركبى : قيل الجبار الذى يقتل على الغضب وقيل هو ذو السطوة والقهر ومنه يقال جبرته على كذا أو أجبرته اذا أكرهته عليه وقهرته ، ومنه جبر العظم لأنه كالاكراه على الاصلاح وقال فى المصباح : يقال جبره السلطان وأجبره بمعنى ، ورأيت فى بعض التفاسير عند قوله تعالى : « وما أنت عليهم بجبار » أن الثلاثى لغة حكاها الفراء وغيره ، واستشهد لصحتها بما معناه أنه لا يبنى فعال الا من فعل ثلاثى نحو الفتاح والعلام ولم يجىء من أفعل بالألف الا دراك ، وقوله : عسوفا فاعل من عسفه عسفا اذا أخذه بقوة والعساف مبالغة وعسف فى الأمر اذا فعله من غير روية وقال ابن بطال : العسوف أى الظلوم والعسف الظلم وأصل العسف الأخذ على غير الطريق ومثله التعسف والاعتساف (والمهين) الحقير وقال الفراء : العاجز ، وأراد بالضعيف ضعيف الرأى لا بالجسم ا هـ بتصرف •

اما الأحكام فانه يشترط فى القاضى والمفتى أن يكونا من أهل الاجتهاد وهو أن يكونا عالمين بالكتاب والسنة والاجماع والاختلاف ولسان العرب والقياس • فأما الكتاب فلا يشترط أن يكون عالما بجميع القصص والأخبار وانما يشترط أن يكون عالما بأحكامه وهو أن يعرف العام منه والخاص والمحكم والمتشابه والمجمل والمفصل والمطلق والمقيد والناسخ والمنسوخ ، وأما السنة فلا يشترط لمعرفة المغازى والآثار التى تتعلق بالأحكام بل يعلم الأحكام منها التى ذكرناها فى الكتاب ثم يعرف الآحاد والمتواتر والمسند والمرسل ، وأما الاجماع فيعرف أقوال العلماء فيما أجمعوا عليه وما اختلفوا فيه ، ويعرف طرفا من لسان العرب يمكنه أن

يعرف به أحكام الكتاب والسنة لأنهما عربيان ، ويعرف القياس على ما بين في أصول الفقه ، وقال ابن داود : شرط الشافعي رحمه الله في المفتي شرائط لا توجد الا في الأنبياء ، ومن أصحابنا من قال : شرط الشافعي رحمه الله في الحاكم والمفتي شروطا تمنع أن يكون أحد بعده حاكما أو مفتيا ، وهذا ليس بصحيح لأنه يسهل تعلمه لأنه قد دون وجمع . هـذا نقل أصحابنا العراقيين ، كالشيخ أبي حامد الاسفرايني والبندنيجي والمحاملي في المجموع والأوسط والمقنع واللباب والتجريد والقاضي أبي الطيب والماوردي في الحاوي وأبي الحسن بن خيران في اللطيف وسليم الرازي في التقريب والعبدري في الكفاية وغيرهم . وقال الخراسانيون : أما القاضي فعلى ما مضى وأما المفتي فان الرجل اذا عرف مذهب امام حبر ولم يبلغ مبلغ المجتهدين فهل يجوز له أن يفتي على مذهب ذلك الامام ؟ فيه وجهان أحدهما يجوز وهو اختيار القفال ، والثاني : لا يجوز وأصل هـذا أن المستفتي هل هو مقلد للمفتي أو للحبر وهو صاحب المذهب ؟ فيه وجهان ، فان قلنا : انه مقلد لصاحب المذهب جاز له أن يفتي ، وان قلنا انه مقلد للمفتي لم يجز له أن يفتي . هذا مذهبنا وبه قال أحمد وقال أبو حنيفة : لا تشترط هذه الشرائط في القاضي ، بل يجوز أن يكون عاميا ثم يقلد العلماء ويحكم ، دليلنا قوله تعالى : (وأن احكم بينهم بما أنزل الله) والتقليد ليس بما أنزل الله ، ولما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (القضاة ثلاثة واحد في الجنة واثنان في النار ، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فحكم به فهو في الجنة ، ورجل عرف الحق فحكم فجار في حكمه فهو في النار ، ورجل قضى بين الناس على جهل فهو في النار) والمقلد يقضي بجهل ، ولأن الحكم آكد من الفتيا لأن الفتيا لا يلزم المستفتي ما يفتاه ، فاذا لم يجز أن يكون المفتي عاميا فلأن لا يجوز أن يكون القاضي عاميا أولى ويشترط أن يكون القاضي مع كونه مجتهدا عدلا كاملا فأما العدل فلا يجوز أن يكون كافرا ولا فاسقا ، فان ولي القضاء وهو عدل ثم فسق بطلت ولايته ، وقال الأصم : يجوز أن يكون فاسقا . دليلنا أن القضاء يتضمن الولايات في التزويج والنظر في أموال السفهاء واليتامى والوقوف ، والفسق ينافي هذه الولايات فلم ينعقد معه القضاء .

وأما الكمال فيشترط أن يكون كاملا فى الحكم والخلق فالكمال فى الحكم أن يكون ذكرا بالغا عاقلا حرا • وقال ابن جرير : يجوز أن تكون المرأة قاضية فى جميع الأحكام كما يجوز أن تكون مفتية • وقال أبو حنيفة : يجوز أن تكون قاضية فى الحدود ، دليلنا أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ما أفلح قوم ولوا أمرهم امرأة » وفى رواية : « ولو أمورهم » وضد الفلاح الفساد ، فاقتضى الخبر أنها اذا وليت القضاء فسد أمر من وليتهم ، لأن حال تجنب الأمر الموجب لعدم الفلاح واجب والنبى صلى الله عليه وسلم يقول : (أخرجوهن من حيث أخرجهن الله) والمرأة اذا وليت القضاء كانت مقدمة والرجال مؤخرون عنها فلم يجز ، ولأن القضاء آكد من حال الامامة فى الصلاة فاذا لم يجز أن تكون المرأة امامة للرجال فلأن لا يجوز أن تكون قاضية أولى ، ولا يجوز أن تكون الخنثى المشكل قاضيا لجواز أن تكون امرأة ، وأما الكمال فى الخلق فلا يجوز أن يكون القاضى أعمى — وفيه وجه أنه يجوز أن يكون أعمى — ولا أصم ولا أخرس لأن فقد هذه الحواس يمنع استيفاء الحكم بين الخصمين ، وحكى الشيخ أبو اسحاق هنا فى الأخرس وجها آخر أنه يصح أن يكون قاضيا اذا فهمت اشارته ، والمشهور هو الأول ، وهل يصح أن يكون القاضى أميا لا يكتب ؟ فيه وجهان أحدهما يجوز لأنه من أهل الاجتهاد والعدالة ، وفقد الكتابة لا يؤثر فيه كما أن النبى صلى الله عليه وسلم كان لا يكتب وهو امام الأئمة وحاكم الحكام • والثانى : لا يجوز لأنه يحتاج أن تقرأ عليه المحاضر والسجلات ويقف على ما يكتب كاتبه ، فاذا لم يكن كاتبا ربما غير عليه القارىء والكاتب ، ويفارق النبى صلى الله عليه وسلم فان كونه لا يكتب من معجزاته صلى الله عليه وسلم ولأن أصحابه كانوا عدولا يؤمن منهم الخيانة فى الكتاب له ، ولو خان أحد منهم فى ذلك أعلمه الله تعالى •

ويستحب أن يكون القاضى مع هذه الشرائط حليما ذا فطنة ويقظ عالما بلغات أهل قضائه جامعا للعفاف بعيدا من الطمع لينا فى الكلام ذا سكينة ووقار ، لما روى أن عليا رضى الله عنه ولى أبا الأسود القضاء ساعة ثم عزله فقال له : لم عزلتنى ؟ فوالله ما خنت فقال : بلغنى أن كلامك يعلو كلام الخصمين اذا تحاكما اليك •

ويستحب ألا يكون القاضي جبارا متكبرا لأن ذلك يمنع الخصم من استيفاء حجته ، ويستحب ألا يكون ضعيفا مهينا لأنه اذا كان على هذه الصفة انبسط الخصمان بالتشاتم وذكر السخف بين يديه وربما انبسطا عليه فى الكلام توقحا واستخفافا ، فيستحب أن يكون بين هاتين الحالتين لما روى عن بعض السلف فى صفة القاضي (شدة من غير عنف ولين من غير ضعف) ولقول عمر رضى الله عنه : لقد هممت أن أنزع هذا الأمر من هؤلاء وأضعه فيمن اذا رآه الفاجر فزع منه وروى : فرق منه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ولا يجوز ولاية القضاء الا بتولية الامام او تولية من فوض اليه الامام لأنه من المصالح العظام ، فلا يجوز الا من جهة الامام فان تحاكم رجلان الى من يصلح أن يكون حاكما ليحكم بينهما جاز لأنه تحاكم عمر وابى ابن كعب الى زيد بن ثابت ، وتحاكم عثمان وطلحة الى جبير بن مطعم واختلف قوله فى الذى يلزم حكمه فقال فى (أحد القولين) لا يلزم الحكم الا بتراضيهما بعد الحكم ، وهو قول المزنى رحمه الله تعالى ، لأنا لو الزمناهما حكمه كان ذلك عزلا للقضاة وافتياتا على الامام ، ولأنه لما اعتبر تراضيهما فى الحكم اعتبر رضاهما فى لزوم الحكم (والثانى) انه يلزم بنفس الحكم لأن من جاز حكمه لزم حكمه كالقاضى الذى ولاه الامام واختلف أصحابنا فيما يجوز فيه التحكيم ، فمنهم من قال : يجوز فى كل ما تحاكم فيه الخصمان كما يجوز حكم القاضى الذى ولاه الامام ، ومنهم من قال : يجوز فى الأموال . فاما فى النكاح والقصاص واللعان وحد القذف فلا يجوز فيها التحكيم لأنها حقوق بنيت على الاحتياط فلم يجز فيها التحكيم .**

الشرح لا يصح عقد القضاء الا من رئيس الدولة (الامام) أو النائب عنه ، لأن ذلك مما يتعلق بمصلحة عامة الناس فلم يصح الا من الامام أو النائب عنه ، فان عقد الامام القضاء لرجل يصلح للقضاء ثم عزله وهو يصلح للقضاء فهل ينعزل ؟ فيه وجهان أحدهما : لا ينعزل كما لو عقد أهل الحل والعقد الامامة لمن يصلح لها ثم عزلوه من غير سبب ، والثانى : ينعزل لما ذكرناه من عزل على رضى الله عنه لأبى الأسود ، فاذا قلنا بهذا فقال له الامام : قد عزلتك انعزل بذلك ، وان كتب اليه عزلتك فهل ينعزل قبل

أن يعلم بالعزل ؟ من أصحابنا من قال : فيه قولان كما قلنا فى الوكيل ، وقال الشيخ أبو زيد المروزى : لا ينعزل حتى يبلغه العزل قولا واحدا ، لأنا لو قلنا : ينعزل قبل أن يبلغه العزل أدى الى فساد عظيم ، وان كتب اليه اذا أتاك كتابى فأنت معزول لم ينعزل قبل أن يأتيه الكتاب ، وان كتب اليه : اذا قرأت كتابى هذا فأنت معزول لم ينعزل قبل أن يقرأ كتابه • وان ولى الامام قاضيا فمات الامام فلم ينعزل القاضى لأن الصحابة رضى الله عنهم ولوا القضاء فلم ينعزلوا بموت الخلفاء •

فـــرع اذا تحاكم رجلان عند رجل يصلح للقضاء وليس بقاض فحكم بينهما صح حكمه ، لما روى البيهقى عن الشعبى أن عمر وأبى بن كعب تحاكما الى زيد بن ثابت وتحاكم عثمان وطلحة الى جبير بن مطعم • فان قيل : كان عمر وعثمان الامامين فى وقتهما فاذا ردا ذلك الى غيرهما صار حاكما (فالجواب) أنه لم ينقل عنهما أكثر من الرضا بالحكم وبذلك لا يصير حاكما ، وبأى شىء يلزمه حكمه بينهما ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يلزمهما حكمه الا بتراضيهما بحكمه بعد الحكم ، لأنه لما اعتبر رضاهما فى ابتداء الحكم اعتبر رضاهما بلزوم حكمه (والثانى) يلزمهما حكمه بنفس الحكم لقوله صلى الله عليه وسلم : « من حكم بين اثنين تراضيا بحكمه فلم يعدل فعليه لعنة الله تعالى » فلما توعده على ترك العدل فى الحكم دل على أنه اذا عدل لزم حكمه ، ولأن من صح حكمه لزمه بنفس الحكم كالحاكم الذى ولاه الامام فعلى هذا اذا حكم بينهما لم يكن لأحدهما الامتناع ، وان امتنع أحدهما بعد شروعه فى الحكم وقبل تمامه ففيه وجهان (أحدهما) له ذلك ، لأن رضاهما لم يوجد حال الحكم ، فهو كما لو امتنع أحدهما قبل شروعه فى الحكم (والثانى) ليس له ذلك لأنا لو جوزنا له ذلك لأدى الى أن كل واحد منهما اذا رأى فى الحكم ما لا يوافقه رجع فيؤدى الى ابطال المقصود •

واختلف أصحابنا فى الموضع الذى يصح فيه حكمه ، فمنهم من قال : يصح فى جميع الأحكام لأن من صح حكمه فى حكم من الأحكام صح فى جميع الأحكام كالحاكم الذى ولاه الامام (والثانى) يصح حكمه فى جميع

الأحكام الا أربعة أحكام : النكاح واللعان والقصاص وحد القذف لأن هذه الأحكام نص عليها فى الشرع فلا يجوز أن يتولاها الا الامام أو من ولاه . هذا نقل أصحابنا العراقيين ، وقال المسعودى : اذا حكما بينهما حاكما فحكم فهل ينفذ حكمه ؟ فيه قولان .

اذا ثبت هذا فان التحكيم من الخصمين يجوز سواء كان فى البلد حاكم أو لم يكن حاكم ، فاذا رفع حكمه الى الحاكم الذى ولاه الامام لم ينقض حكمه اذا كان مثله لا ينقض مثله . وقال أبو حنيفة اذا رفع حكم الى الحاكم الذى ولاه الامام فله أن ينقضه اذا خالف رأيه وان كان مما لا ينقض مثله دليلنا أنه حكم قد صح ولزم فلم يكن له فسخه لمخالفته رأيه ، كما لو كان من حاكم قبله ولاه الامام .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ويجوز ان يجعل قضاء بلد الى اثنين واكثر على ان يحكم كل واحد منهم فى موضع ، ويجوز ان يجعل الى احدهما القضاء فى حق والى الآخر فى حق آخر ، والى أحدهما فى زمان والى الآخر فى زمان آخر ، لانه نيابة عن الامام فكان على حسب الاستنابة . وهل يجوز ان يجعل اليهما القضاء فى مكان واحد فى حق واحد وزمان واحد ؟ فيه وجهان (أحدهما) انه يجوز لانه نيابة فجاز ان يجعل الى اثنين كالوكالة (والثانى) انه لا يجوز لانهما قد يختلفان فى الحكم فتقف الحكومة ولا تنقطع الخصومة .

فصل ولا يجوز أن يعقد تقلد القضاء على أن يحكم بمذهب بعينه لقوله عز وجل : « فاحكم بين الناس بالحق » والحق ما دل عليه الدليل ، وذلك لا يتعين فى مذهب بعينه ، فان قلد على هذا الشرط بطلت التولية لانه علقها على شرط وقد بطل الشرط فبطلت التولية .

الشرح هذان الفصلان واضحان فى دلالتهما على ما اشتملا عليه من أمور (أحدها) أنه يجوز للامام أن يعهد بالقضاء فى بلد الى اثنين أو أكثر على أن يحكم كل واحد منهما موضعا ، أو على أن يحكم أحدهما فى قضية والآخر فى قضية أخرى وعلى أن يحكم أحدهما فى زمان والآخر فى

زمان ، لأنهما يملكان الحكم باذنه فكان على حسب ما أذن فيه لهما • وهل يجوز أن يجعل اليهما القضاء فى مكان واحد وزمان واحد وقضية واحدة ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجوز كما يجوز ذلك فى سائر الأشياء التى يجوز النيابة فيها (والثانى) لا يجوز لأنهما قد يختلفان فى الحكم فيبطل المقصود (ثانيها) لا يجوز أن يعقد القضاء على أن يحكم بمذهب امام بعينه ، لما فى ذلك من التقليد وعدم الاجتهاد ، ولأن الله تعالى يقول : « فاحكم بينهم بالحق » والحق لا ينحصر فى مذهب امام بعينه ، بل الحق ما دل عليه الدليل ، والقاضى المجتهد يدور مع الدليل حيث دار •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل واذا ولى القضاء عن بلد كتب له العهد بما ولى لان النبى صلى الله عليه وسلم كتب لعمرو بن حزم حين بعثه الى اليمن ، وكتب ابو بكر الصديق رضى الله عنه لأنس حين بعثه الى البحرين كتابا وختمه بخاتم رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى حارثة بن مضرب ان عمر كتب الى أهل الكوفة « أما بعد فانى بعثت اليكم عمارا اميرا وعبد الله قاضيا ووزيرا فاسمعوا لهما وأطيعوا ، فقد آثرتكم بهما » فان كان البلد الذى ولاه بعيدا اشهد له على التولية شاهدين ليثبت بهما التولية ، وان كان قريبا بحيث يتصل به الخبر فى التولية ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى اسحاق انه يجب الاشهاد لانه عقد فلا يثبت بالاستفاضة كالبيع (والثانى) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى انه لا يجب الاشهاد لأنه يثبت بالاستفاضة فلا يفتقر الى الاشهاد ، والمستحب للقاضى أن يسأل عن امناء البلد ومن فيه من العلماء ، لانه لابد له منهم فاستحب تقدم العلم بهم ، والمستحب ان يدخل البلد يوم الاثنين لأن النبى صلى الله عليه وسلم دخل المدينة يوم الاثنين ، والمستحب أن ينزل وسط البلد ليتساوى الناس كلهم فى القرب منه ويجمع الناس ويقرأ عليهم العهد ليعلموا التولية وما فرض اليه •

فصل فاذا اذن له من ولاه ان يستخلف فله أن يستخلف ، وان نهاه عن الاستخلاف لم يجز له أن يستخلف لانه نائب عنه فتبع امره ونهيه ، وان لم يأذن له ولم ينهه نظرت فان كان ما تقلده يقدر ان يقضى فيه بنفسه ففيه وجهان احدهما وهو قول ابى سعيد الاصطخرى انه يجوز أن يستخلف لانه ينظر فى المصالح فجاز أن ينظر بنفسه وبغيره (والثانى) وهو المذهب انه

لا يجوز لأن الذى ولاه لم يرض بنظر غيره ، وان كان ما ولاه لا يقدر ان يقضى فيه بنفسه لكثرته جاز أن يستخلف فيما لا يقدر عليه لأن تقليده لما لا يقدر عليه بنفسه اذن له فى الاستخلاف فيما لا يقدر عليه كما ان توكيل الوكيل فيما لا يقدر عليه بنفسه اذن له فى استنابة غيره . وهل له أن يستخلف فيما يقدر عليه ان يقضى فيه بنفسه ؟ فيه وجهان (أحدهما) أن له ذلك لأن ما جاز له أن يستخلف فيه البعض جاز ان يستخلف فى الجميع كالامام (والثانى) انه لا يجوز لأنه انما اجيز له ان يستخلف فيما لا يقدر عليه للعجز فوجب ان يكون مقصورا على ما عجز عنه .

الشرح رواية كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم ضعفها ابن حزم فى المحلى ورماها بالانقطاع وأنه لا تقوم بها حجة ، وأن فى اسنادها سليمان بن داود وهو متفق على تركه وقد ضعفه غير واحد ولكن التحقيق الذى أثبتناه فى كتاب الجنايات يرد قول من قال بتضعيفه لأن الخبر أخرجه مالك فى الموطأ والشافعى فى المسند من حديث عمرو بن حزم عن أبيه واسناده عندهما وعبد الله بن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه ، قال الشوكانى : ووصله نعيم بن حماد عن ابن المبارك عن معمر عن عبد الله بن أبى بكر بن حزم عن أبيه عن جده وجده محمد بن عمرو بن حزم ولد فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم ولكن لم يسمع منه كما قال الحافظ ، وكذا أخرجه عبد الرزاق عن معمر ومن طريقه ورواه أبو داود والنسائى من طريق ابن وهب عن يونس عن الزهرى مرسلا . ورواه أبو داود فى المراسيل عن ابن شهاب قال قرأت فى كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم حين بعثه الى نجران وكان الكتاب عند أبى بكر بن حزم ورواه النسائى وابن حبان والحاكم والبيهقى موصولا مطولا من حديث الحكم بن موسى عن يحيى بن حمزة عن سليمان بن داود حدثنى الزهرى عن أبى بكر بن محمد الخ قال الحافظ ــ يعنى ابن حجر ــ وقد اختلف أهل الحديث فى صحة هذا الحديث فقال أبو داود فى المراسيل قد أسند هذا الحديث ولا يصح والذى فى اسناده سليمان بن داود وهم انما هو سليمان بن أرقم ، وقال فى موضع آخر : لا أحدث به ، وقد وهم الحكم ابن موسى فى قوله سليمان بن داود ، وقد حدثنى محمد بن الوليد الدمشقى أنه قرأ فى أصل يحيى بن حمزة : سليمان بن أرقم وهكذا قال أبو زرعة

الدمشقى أنه الصواب وتبعه صالح بن محمد جزرة وأبو الحسن الهروى وغيرهما وقال صالح جزرة : حدثنا رحيم قال : قرأت فى كتاب يحيى بن حمزة حديث عمرو بن حزم فاذا هو عن سليمان بن أرقم قال صالح : كتب عن هذه الحكاية مسلم بن الحجاج • قال الحافظ ويؤيد هـذه الحكاية ما رواه النسائى عن الهيثم بن مروان عن محمد بن بكار عن يحيى بن حمزة عن سليمان بن أرقم عن الزهرى وقال : هذا أشبه بالصـواب ، ومن أراد المزيد فليرجع الى كتاب الجنايات فى قتل الرجل بالمرأة ، وقد مضى ، أما دخول النبى صلى الله عليه وسلم المدينة يوم الاثنين فعند البخارى فى حديث الهجرة عن عائشة •

أما الأحكام فاذا ولى الامام رجلا القضـاء على بلد فالمستحب أن يكتب له كتـاب العهد والتولية ، وهـو ما يسمى بالمراسيم الملكية أو الجمهورية أو الرياسية ، وقد استعمل النبى صلى الله عليه وسلم هذه الكتب واستعملها الخلفاء من بعده ، ويأمره فيها بتقوى الله والتثبت فى القضـاء ومشاورة أهل العلم وما يحتاج اليه من القيام بحفظ أموال اليتامى والوقوف ومراعاة حال الشهود وغير ذلك ، فان كان البلد الذى ولاه القضاء عليـه بعيدا عن بلد الامام بحيث يتعذر وصـول الخبر بتوليته اليهم أمكن أن يحضر شاهدين ، ويغنى عن هذا كله أن الاجراءات التى تتم فى تولية القضاة تقتضى حركة سنوية تسمى (الحركة القضائية) تشتمل على تعيين القضـاة الجدد وترقية القدامى الى مناصب أعلا . وفى هذا الاجراء العام من التثبت والاشهار ما لا يفتقر معه الى اشهاد ، وهو ينزل منزلة البلد القريب لما فى وسائل الاتصال السريعة فى عصرنا وما فى الصحف السـيارة التى تنشر الأخبار وكذلك ما تتخذه الحكومات من جريدة رسـمية تنفذ المراسيم بمجرد نشرها فيها ما يجعل لعهد الولاية من الاستفاضة والعلم ما يجعل أحكامه نافذة ، ويستحب أن يدخل دار القضـاء الذى تولاه يوم الاثنين أسوة بالنبى صلى الله عليه وسلم حيث دخل المدينة يوم الاثنين ، وفى هذا اشعار بالدور الذى يؤديه القاضى وهو أمر له من الأثر البالغ فى نفسـه ما فيه ، فان الذى يتحرى الوقت الذى دخل فيه النبى صلى الله عليه وسلم

المدينة انما يتمثل صاحب الشرع فى عمله فيترسمه فى أحكامه ويقتدى به فى عدله ، وهكذا يكون لتحرير تولى عمله يوم الاثنين مغزى يشير الى القدوة ، والمستحب أن يكون مكان المحكمة فى منصف البلد أو فى مكان يسهل على الناس الوصول اليه بغير مشقة ، وأن يكون معروفا للمتقاضين عن طريق توضيح مكانه فى كل أوراق الدعاوى واعلان الجلسات التى ترسل الى الخصوم •

مسألة قوله : فاذا أذن له من ولاه أن يستخلف الخ فجملة ذلك أنه اذا ولى الامام رجلا القضاء على بلد فالمستحب له أن يأذن له أن يستخلف فيما يمكنه القيام به وفيما لا يمكنه ، لأنه قد يحتاج اليه ، فاذا جاز له فى الاستخلاف جاز له أن يستخلف ، وان نهاه عن الاستخلاف قال المصنف : فليس له أن يستخلف لأنه نائب عنه فتبع أمره ونهيه ، وقال القاضى أبو الطيب : ان كان ما ولاه يمكنه القيام به لم يجز له أن يستخلف ، وان كان لا يمكنه القيام به فوجود النهى ها هنا وعدمه سواء ، وان كان ولابد ولم يأذن له فى الاستخلاف ولا نهى عنه نظرت ــ فان كان ما ولاه يمكنه النظر فيه بنفسه ــ فهل يجوز له أن يستخلف ؟ فيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى : انه يجوز له أن يستخلف لأن الغرض بتوليته القضاء والفصل بين الخصمين ، فاذا فعله بنفسه أو بغيره جاز ، ولأنه ينظر فى مصالح المسلمين فجاز أن ينظر بنفسه وبغيره (والثانى) لا يجوز له أن يستخلف وهو الأصح ، لأنه نائب عن الامام فلم يجز له الاستخلاف فيما يقدر عليه كالدليل فى البيع ، وان كان ما ولاه لا يقدر على النظر فيه بنفسه بأن يولى الامام رجلا القضاء اقليما كبيرا أو قطرا مترامى الأطراف فله أن يستخلف فيما لا يمكنه النظر فيه ، كما قلنا فيمن وكل وكيلا فى بيع ما لا يقدر عليه بنفسه ، وهل له أن يستخلف فيما يقدر على النظر فيه بنفسه ؟ على الوجهين الأولين ، وكل موضع قلنا : له أن يستخلف فيه فاستخلف وحكم الخليفة لزم حكمه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا يجوز أن يقضى ولا يولى ولا يسمع البينة ولا يكاتب قاضيا فى حكم فى غير عمله فان فعل شيئا من ذلك فى غير عمله لم يعتد به لأنه لا ولاية له فى غير عمله فكان حكمه فيما ذكرناه حكم الرعية .

فصـــل ولا يحكم لنفسه . وان اتفقت له حكومة مع خصم تحاكما فيها الى خليفة له ، لأن عمر بن الخطاب رضى الله عنه تحاكم مع أبى ابن كعب الى زيد بن ثابت ووحاكم عثمان رضى الله عنه مع طلحة الى جبير ابن مطعم ، وتحاكم على عليه السلام مع يهودى فى درع الى شريح ، ولأنه لا يجوز أن يكون شاهدا لنفسه فلا يجوز أن يكون حاكما لنفسه ، ولا يجوز أن يحكم لوالده وان علا ولا لولده وان سفل ، وقال أبو ثور أيجوز . وهذا خطأ لأنه متهم فى الحكم لهما كما يتهم فى الحكم لنفسه ، وأن تحاكم اليه والده مع ولده فحكم لأحدهما فقد قال بعض أصحابنا انه يحتمل وجهين (أحدهما) أنه لا يجوز كما لا يجوز اذا حكم له مع أجنبى (والثانى) أنه يجوز لأنهما استويا فى التعصيب فارتفعت عنه تهمة الميل ، وان أراد أن يستخلف فى أعماله والده وولده جاز لأنهما يجريان مجرى نفسه ثم يجوز أن يحكم فى أعماله فجاز أن يستخلفهما للحكم فى أعماله ، وأما اذا فوض الامام الى رجل أن يختار قاضيا لم يجز أن يختار والده أو ولده لأنه لا يجوز أن يختار نفسه فلا يجوز أن يختار والده أو ولده .

الشرح خبر تحاكم عمر وأبى رواه البيهقى عن الشعبى فى حائط (بستان) كانت بينهما فقال عمر : بينى وبينك زيد بن ثابت فانطلقا فطرق عمر الباب فعرف زيد صوته فقال : يا أمير المؤمنين ألا بعثت الى حتى آتيك ؟ فقال : « فى بيته يؤتى الحكم » وأما تحاكم عثمان وطلحة فعنده أيضا أن عثمان ابتاع من طلحة أرضا بالمدينة بأرض له بالكوفة ثم ندم عثمان فقال : بعتك ما لم أره فقال : انما النظر لى لأنك بعت ما رأيت وأنا ابتعت مغيبا ، فجعلا بينهما جبير بن مطعم فقضى بجواز البيع . أما تحاكم عثمان وطلحة فعنده أيضا أن عثمان ابتاع من طلحة أرضا بالمدينة بأرض له بالكوفة ثم ندم عثمان فقال : بعتك ما لم أره فقال : انما النظر لى لأنك ابتعت ما رأيت وأنا ابتعت مغيبا فجعلا بينهما جبير بن مطعم حكما فقضى

بجواز البيع • أما تحاكم على واليهودى فعند الحاكم والبيهقى وأعله ابن الجوزى وغيره بأبى سنين وعمرو بن شمر وجابر الجعفى •

أما الأحكام فاذا ولى الامام قاضيا على بلد فحضر اليه خصمان فى البلد الذى ولى القضاء عليه من غير أهل ذلك البلد جاز أن يحكم بينهما ، وان خرج القاضى عن البلد الذى ولى القضاء عليه الى بلد آخر لم يجز له أن يكتب الى حاكم آخر بما ثبت عنده ليحكم به أو بما يحكم به لينفذه ، فان فعل ذلك لم يعتد بكتابته وهكذا ان وصل اليه كتاب من حاكم فقرأه فى بلد غير بلد عمله يشهد له عنده له شاهدان بذلك لم يجز له العمل بموجب ما كتب اليه حتى يرجع الى بلد عمله ويقرأ الكتاب ثانيا : ويعيد الشاهدان الشهادة لأنه فى غير بلد عمله كسائر الرعية ، وان حضر اليه خصمان فى غير بلد عمله فحكم بينهما لم يعتد به سواء كانا من بلد عمله أو من غيرها لأنه هناك كسائر الرعية ، هكذا قال أصحابنا والذى يقتضى المذهب أن يكون كما و تحاكم رجلان الى من يصلح للقضاء وليس بقاض على ما مضى ، ولو أذن الامام للقاضى أن يحكم بين أهل ولايته حيثما كانوا جاز له أن يحكم بينهم وان كانوا فى ولاية غيره ، وان اجتمع حاكمان فى غير عملهما فأخبر أحدهما الآخر بحكم حكم به أو بشىء ثبت عنده لم يصح ذلك الاخبار فلا يجوز للسامع أن يحكم بما أخبره الآخر بثبوته عنده ولا أن ينفذ ما أخبره أنه حكم به لأن الخبر مردود وسماعه لم يصح ، وأما اذا التقيا فى عمال أحدهما ــ فان اجتمع قاضى الجند وقاضى المدينة فان أخبر قاضى الجند قاضى المدينة بما ثبت عنده أو بحكم حكم به صح الاخبار ، لأن قاضى الجند فى موضع عمله فصح اخباره ، فان رجع قاضى المدينة الى موضع عمله فهل يجوز له أن يعمل بموجب ما أخبره به قاضى الجند ؟ فيه قولان بناء على القولين فى القاضى هل يجوز أن يحكم بعلمه ؟ ويأتى بيانهما فى موضعهما ، وان أخبر قاضى المدينة قاضى الجند بشىء ثبت عنده أو حكم به لم يصح اخباره ، فلا يجوز لقاضى الجند العمل بموجب خبره لأن قاضى المدينة فى الجند كسائر الرعية •

مسألة ولا يجوز للقاضى أن يحكم لنفسه كما لا يجوز أن

يشهد لنفسه ، فان اتفق بينه وبين غيره خصومة تحاكما الى الامام أو الى بعض القضاة الذين ولاهم الامام ، فان تحاكما الى نائب القاضى المخاصم صح ، لأن عمر رضى الله عنه تحاكم مع أبى بن كعب الى زيد بن ثابت وتحاكم عثمان وطلحة الى جبير بن مطعم وتحاكم على مع يهودى الى شريح فى درع ، ولا يجوز أن يحكم لوالده وان علا ، ولا لولده وان سفل ، وقال أبو ثور من أصحاب الشافعى : يجوز • دليلنا أنه لا تقبل شهادته له فلم يصح حكمه له كنفسه ، وان تحاكم اليه والده وولده فهل يصح حكمه ؟ فيه وجهان أصحهما : لا يصح كما لا يصح حكمه بين أحدهما وبين الأجنبى وبه قطع أصحابنا ، والثانى : يصح لأنهما سواء فى البعضية منه فارتفعت عنه تهمة المثل ، وان أراد القاضى أن يستخلف ولده أو والده جاز — رذا كانا من أهل القضاء — لأنهما يجريان مجرى نفسه ، وان فوض اليه الامام أن يختار قاضيا لم يجز أن يختار أحدهما كما لا يجوز أن يختار نفسه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا يجوز ان يرتشى على الحكم لما روى ابو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لعن الله الراشى والمرتشى فى الحكم » ولأنه اخذ مال على حرام فكان حراما كمهر البغى ولا يقبل هدية ممن لم يكن له عادة أن يهدى اليه قبل الولاية ، لما روى ابو حميد الساعدى قال : « استعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من بنى اسد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال : هذا لكم وهذا اهدى الى فقام النبى صلى الله عليه وسلم على المنبر فقال : ما بال العامل نبعثه على بعض اعمالنا فيقول : هذا لكم وهذا اهدى الى الا جلس فى بيت أبيه أو امه فينظر ايهدى اليه ام لا ؟ والذى نفسى بيده لا يأخذ احد منها شيئا الا جاء يوم القيامة يحمله على رقبته » فدل على ان ما اهدى اليه بعد الولاية لا يجوز قبوله ، واما من كانت له عادة بأن يهدى اليه قبل الولاية برحم او مودة فانه ان كانت له فى الحال حكومة لم يجز قبولها منه ، لانه لا يأخذ فى حال يتهم فيه ، وان لم يكن له حكومة فان كان اكثر مما كان يهدى اليه او ارفع منه لم يجز له قبولها لان الزيادة حدث بالولاية ، وان لم يكن اكثر ولا ارفع مما كان يهدى اليه جاز قبولها لخروجها عن تسبب الولاية ، والأولى ان لا يقبل لجواز أن يكون قد اهدى اليه لحكومة منتظرة •

فصـــل ويجوز أن يحضر الولائم لأن الاجابة الى وليمة غير العرس مستحبة وفى وليمة العرس وجهـان (أحدهمـا) انها فرض على الأعيـان (والثانى) انها فرض على الكفاية ولا يخص فى الاجابة قوما دون قوم ، لأن فى تخصيص بعضهم ميلا وتركا للعـدل فان كثرت عليه وقطعته عن الحكم ترك الحضور فى حق الجميع لأن الاجابة الى الوليمة اما أن تكون سنة أو فرضا على الكفاية أو فرضا على الأعيان الا أنه لا يستضر بتركها جميع المسلمين والقضاء فرض عليه ويستضر بتركه جميع المسلمين فوجب تقديم القضاء •

الشرح حديث أبى هريرة أخرجه الترمذى وحسنه وابن حبان والحاكم ، وأخرجه الطبرانى عن أم سلمة قال المنذرى : باسـناد جيد ، وروى الطبرانى عن ابن مسعود قال : « الرشوة فى الحكم كفر ، وهى بين الناس سحت » وحديث أبى حميد الساعدى أخرجه الشيخان وأبو داود وفيه : « استعمل النبى صلى الله عليه وسلم على الأزد رجلا يقال له ابن اللتبية » الحديث •

أما اللغات فابن اللتبية بضم اللام واسكان التاء منسوب الى بنى لتب وهم حى من أزد ، والرشوة بفتح الراء وكسرها وضمها ثلاث لغـات قال ثعلب : هو من رشا الفرخ اذا مد رأسـه الى أمه لتزقه ، واسترشى الفصيل طاب الرضاع قال فى الأساس : ومن المجاز : امتدت أرشية الحنظل والبطيخ وسيورها وهى أغصانها قد أرشى الحنظل وترشيت فلانا لا ينته كما يصانع الحاكم بالرشوة ورشوت الدهر صبرا حتى قضى لى عليكم ولقد أبدع من قال :

ترشو أجنتهـا المطى شرابهـا طمعا بأن ينتاشهن من الصدى

وقوله : (من بنى أسد) فى الصحيحين (الأزد) وهو لغة فى الأسـد تجمع قبائل وعمائر كثيرة فى اليمن ، وأزد أبو حى من اليمن وهو أزد بن الغوث بن نبت بن مالك بن كهلان بن سبأ وهو أسد قال فى اللسان وهـو أفصح وهم أزد شنوءة وأزد عمان وأزد السراة • وأما أسد بالفتح فهـو أبو قبيلة من مضر وهو أسد بن خزيمة بن مدركة بن اليـاس بن مضر ، وأسد أيضا قبيلة من ربيعة وهو أسد بن ربيعة بن نزار •

اما الأحكام فانه يحرم على القاضى أخذ الرشوة للخبر ، ولأنه ان أخذ الرشوة ليحكم بغير الحق فالحكم بغير الحق محرم ، وكذلك الأخذ عليه ، وان أخذ الرشوة ليوقف الحكم فان امضاء الحكم واجب عليه فحرم الأخذ على ايقافه ، وان أخذ الرشوة ليحكم بالحق لم يجز لأنه يأخذ الرزق من الامام فلم يجز أن يأخذ عوضا آخر ، وحكى ابن الصباغ أن الشيخ أبا حامد والقاضى أبا الطيب قالا : اذا كان القاضى لا يأخذ رزقا من الامام فقال للخصمين : لست أقضى بينكما حتى تجعلا لى عوضا جاز • قال ابن الصباغ فى الشامل : وينبغى أن يكون أخذه لذلك من أحدهما ليحكم بالحق يجرى مجرى الهدية على ما نذكرها ، فأما الراشى فان كان يطلب بما يدفعه أن يحكم بغير الحق أو على ايقاف الحكم حرم عليه ذلك ، وعليه تحمل لعنة النبى صلى الله عليه وسلم للراشى ، وان كان يطلب بما يدفعه وصوله الى حقه لم يحرم عليه ذلك هكذا أفاده القاضى العمرانى فى البيان ، والذى ندين الله عليه أنه ينبغى أن يتورع القاضى عن أخذ الهدية كما يجب على المتقاضين أن يفتحوا هذا الباب لأنه شر مستطير ، وفشو الرشوة فى أرباب وظائف الخدمات العامة بلاء أفسد الذمم وأساء الى الرعية ، وأخمد الشعور بالواجب ، وأهمد الضمائر وأمات القلوب ، وعطل المصالح المرسلة ، وكدس الأضابير والأوراق أمام أرباب الوظائف الذين قد يعطلون أحكام القضاء انتظارا للرشوة ، وقد تضيع حقوق الأيتام والأرامل لعجز أولئك عن اشباع شهوات المرتشين •

فـــرع اذا أهدى الى القاضى أو الى الموظف على موقع من مواقع العمل فى الدولة هدية نظرت ــ فان كان المهدى ممن لم تجر له العادة بالهدية اليه قبل الولاية ــ حرم عليه قبول الهدية لحديث أبى حميد الساعدى الذى خرجناه آنفا ولحديث « من وليناه ورزقناه فما يأخذ بعد ذلك فهو غلول » أخرجه أبو داود ، والهدية رشوة ما دامت نفس المرتشى مستشرفة لها ، وقد أخرج أبو داود ، والترمذى وصححه وابن ماجه عن ابن عمر مرفوعا : « لعن الله الراشى والمرتشى » ولفظ ابن ماجه : « لعنة الله على الراشى والمرتشى » وعند الطبرانى ورواته ثقات : « الراشى والمرتشى

فى النار » ورواه البزار بلفظه من حديث عبد الرحمن بن عوف ، وعن ثوبان قال : « لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الراشى والمرتشى والرائش » (يعنى الذى يمشى بينهما بالرشوة) وفى سنده أبو الخطاب مجهول ، وعن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من ولى عشرة فحكم بينهم بما أحبوا أو بما كرهوا جىء به مغلولة يده فان عدل ولم يرتش ولم يحف فك الله عنه ، وان حكم بغير ما أنزل الله وارتشى وحابى فيه شدت يساره الى يمينه ، ثم رمى به فى جهنم فلم يبلغ قعرها خمسمائة عام » رواه الحاكم عن سعدان بن لوليد عن عطاء عنه وقال : سمعه لحسن بن بشر البجلى منه وسعدان كوفى قليل الحديث ولم يخرج الشيخان عنه .

قال ابن الصباغ وأصحابنا يحتجون بحديث أبى حميد وليس فيه حجة ظاهرة ، لأن العامل قبل الهدية ممن له عليه سلطان ، وكلامنا فيمن لا يكون له عليه شىء ، ولأن من لم يجر العادة بالهدية الى القاضى قبل الولاية اذا أهدى اليه شيئا فالظاهر أنه أهدى له ذلك لخصومة حاضرة فلم يجز له قبولها ، وأما اذا أهدى اليه من كانت له عادة بالهدية اليه قبل الولاية بقرابة أو بصداقة ــ فان كانت له حكومة ــ لم يجز له قبولها ، لما روى أن زيد ابن ثابت كان يهدى الى عمر كل سنة لبنا ثم انه استقرض منه من بيت المال فأقرضه مائتى دينار فأهدى زيد لعمر من عشيته شيئا من اللبن فلم يقبل وقال : لعله انما قدم لنا لما أقرضناه فلم يقبل ذلك منه حتى قضى زيد دينه ، وان لم تكن له حكومة فهل يجوز له قبولها ؟ حكى ابن الصباغ والطبرى فيه وجهين (أحدهما) لا يجوز قبولها لقوله صلى الله عليه وسلم : « هدايا العمال غلول » وروى « سحت » ولم يفرق (والثانى) وهو المنصوص ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره أن الأولى أن لا يقبل لجواز أن يكون قد أهدى له لحكومة منتظرة ، فان قبلها جاز لأن العادة جرت باهدائه اليه لا لأجل الحكومة فلم تلحقه تهمة ، وذكر المصنف اذا لم تكن له خصومة فان كان أكثر مما كان يهدى اليه أو أرفع منه لم يجز له قبولها ، وان كان مثل ما كان يهدى اليه جاز له قبولها . هذا ترتيب أصحابنا العراقيين وقال الخراسانيون: ان كان المهدى أحد المتحاكمين لم يجز له قبول الهدية منه ، وان كان غير

المتحاكمين ـ فان كان من أهل ولايته ـ لم يقبل منه سواء كان يهدى اليه قبل الولاية أو لا يهدى اليه . وان كان من غير أهل ولايته فالأولى ألا يقبل منه ، فان قبل منه جاز ، وان خرج القاضى من بلد ولايته أو أحيل الى التقاعد بعد بلوغه سن الشيخوخة (سن المعاش) فأهدى اليه فهل يجوز قبولها ؟ فيه وجهان (المنصوص) أنه يجوز له قبولها لأنه هناك كسائر الرعية (والثانى) لا يجوز له قبولها كما لا يجوز له أخذ الرشوة هناك ، وكل موضع قلنا : لا يجوز له قبول الهدية فقبلها فانه لا يملكها ، لأنا قد حكمنا بتحريمها عليه ، والى من يردها ؟ فيها وجهان (أحدهما) يردها الى المهدى لأن ملكه لم يزل عنها (والثانى) أنه يردها الى بيت المال وهو ظاهر المذهب لأنه أهدى اليه بمكان ولايته وهو منتصب بمصلحة المسلمين فكأن المهدى أهدى ذلك الى المسلمين فصرف ذلك فى مصالحهم وكذلك الوجهان فى العامل (أى الوالى أو المحافظ أو المأمور) اذا قبل الهدية (أحدهما) يردها على المهدى (والثانى) يجعلها فى الصدقات . هذا ترتيب أصحابنا العراقيين ، وقال الخراسانيون : هل يملكها المهدى اليه ؟ فيه وجهان .

قال الامام الشوكانى قاضى صنعاء رحمه الله : وقد بوب البخارى فى أبواب القضاء « باب هدايا العمال » وذكر حديث ابن اللتبية المشهور ، والظاهر أن الهدايا التى تهدى للقضاة وتحرم هى نوع من الرشوة لأن المهدى اذا لم يكن معتادا للاهداء الى القاضى قبل ولايته لا يهدى اليه الا لغرض وهو اما التقوى به على باطنه أو التوصل لهديته له الى حقه والكل حرام كما تقدم ، وأقل الأحوال أن يكون طالبا لقربه من الحاكم وتعظيمه ونفوذ كلامه ولا غرض له بذلك الا الاستطالة على خصومه أو الأمن من مطالبتهم له فيحتشمه من له حق عليه ويخافه ما لا يخافه قبل ذلك ، وهذه الأغراض كلها تزول الى ما آلت اليه الرشوة فليحذر الحاكم المتحفظ لدينه المستعد للوقوف بين يدى ربه من قبول هدايا من أهدى اليه بعد توليه للقضاء ، فان للاحسان تأثيرا فى طبع الانسان ، والقلوب مجبولة على حب من أحسن اليها ، فربما مالت نفسه الى المهدى اليه ميلا يؤثر الميل عن الحق عند عروض المخاصمة بين المهدى وبين غيره ، والقاضى لا يشعر بذلك

ويظن أنه لم يخرج عن الصواب بسبب ما قد زرعه الاحسان فى قلبه ، والرشوة لا تفعل زيادة على هذا ، ومن هذه الحيثية امتنعت عن قبول الهدايا بعد دخولى فى القضاء ممن كان يهدى الى قبل الدخول فيه بل من الأقارب فضلا عن سائر الناس ، فكان فى ذلك من المنافع ما لا يتسع المقام لبسطه ، أسأل الله أن يجعله خالصا لوجهه ا هـ .

مسألة اذا دعى القاضى الى الوليمة فالمستحب له أن يجيب لحديث النبى صلى الله عليه وسلم « ولو دعيت الى كراع لأجبت » ولأن الاجابة من فرائض الكفايات والقاضى من أهل الكفايات ، فان كثرت عليه الدعوات الى الولائم ، وكان حضوره فيها يشغله عن الحكم لم يحضرها ، لأن حضورها فرض على الكفاية ولم يتعين عليه ، والوجه والحكم قد تعين عليه لما صار قاضيا ، والمستحب له أن يعتذر الى من دعاه ويعرفه اشتغاله بالحكم ويسأله أن يحلله من الحضور ، ولا يخص بالاجابة قوما دون قوم لأن فى ذلك ميلا الى من حضر عنده وكسرا لمن يحضر عنده هكذا أفاده العمرانى والماوردى وقال الطبرى فى العدة : وقد قيل : ان هذا عقد يساوى أحوال أصحاب الولائم أو يقارب أحوالهم فى عملهم وفضلهم وصلاحهم ، فأما من ليس فى درجتهم من الفساق أو السوقة فلا بأس عليه ألا يجيبهم ، وان كان يجيب غيرهم ، والأول هو المشهور هذا ترتيب أصحابنا العراقيين ، وقال الخراسانيون : ان دعاه الخصمان أو أحدهما الى الضيافة لم يجب ، لأن أحدهما ربما زاد فى اكرامه ما لا يزيد الآخر ، وان دعاه غير الخصمين الى الضيافة ــ فان دعاه الى غير الوليمة لم يجب ، وان دعاه الى الوليمة ــ فان كانت الدعوة حفلا ــ بأن فتح الباب لكل من أراد أن يدخل لم يجب ، وان كانت الدعوة نفرا بأن يخص قوما من أهل كل طائفة بأعيانهم لم يجب ، وان دعا كل طائفة واستوعبهم ــ فان كان الحاكم يجد من طبعه أنه يجيب غيره ــ أجابه ، وان كان يجد من طبعه أنه لا يجيب غيره لم يجبه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

ويجوز ان يعود المرضى ويشهد الجنائز ويأتى مقدم الغائب لقوله صلى الله عليه وسلم « عائد المريض فى مخرف من مخارف الجنة حتى يرجع » وعاد النبى صلى الله عليه وسلم سعدا وجابرا وعاد غلاما يهوديا فى جواره وعرض عليه الاسلام فاجاب ، وكان يصلى على الجنائز فان كثرت عليه انى من ذلك ما لا يقطعه عن الحكم ، والفرق بينه وبين حضور الولائم حيث قلنا : انها اذا كثرت عليه ترك الجميع أن الحضور فى الولائم لحق اصحابها فاذا حضر عند بعضهم كان ذلك للميل الى من يحضره ، والحضور فى هذه الأشياء لطلب الثواب لنفسه فلم يترك ما قدر عليه .

فصـــل ويكره ان يباشر البيع والشراء بنفسه لما روى أن أبو الأسود المالكى عن ابيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ما عدل وال اتجر فى رعيته ابدا » وقال شريح : « شرط على عمر رضى الله عنه حين ولانى القضاء ان لا ابيع ولا أبتاع ولا أرتشى ولا أقضى وأنا غضبان » ولأنه اذا باشر ذلك بنفسه لم يؤمن ان يحابى فيميل الى من حاباه ، فان احتاج الى البيع والشراء وكل من ينوب عنه ولا يكون معروفا به ، فان عرف انه وكيله استبدل بمن لا يعرف به حتى لا يحابى فتعود المحاباة اليه ، فان لم يجد من ينوب عنه تولى بنفسه لأنه لابد له منه ، فاذا وقعت لمن بايعه حكومة استخلف من يحكم بينه وبين خصمه لأنه اذا تولى الحكم بنفسه لم يؤمن أن يميل اليه .

الشرح الحديث أخرجه البزار من مسند عبد الرحمن بن عوف وعيادة النبى صلى الله عليه وسلم لسعد وجابر مضت فى الفرائض ، وأما عيادته اليهودى ففى سنن البيهقى وحديث « ما عدل وال » أخرجه الحاكم .

اما اللغات قوله : (مخرف من مخارف الجنة) من قولك : خرفت الثمار خرفا من باب قتل قطعتها ، واخترفتها كذلك ، والخريف الفصل الذى تخترف فيه الثمار والنسبة اليه خرفى بالتحريك والمخرف بفتح الميم موضع الاختراف وبكسرها المكتل وسمى الحمل : الخروف لأنه يرتع فيأكل من ههنا وههنا كأنه يخرف . وقال ابن بطال الركبى : المخرف بالفتح البستان قال الأصمعى : واحد المخارف مخرف وهو جنس النخل سمى بذلك لأنه يخرف أى يختبىء ا هـ قلت : ويقولون خرف الرجل خرفا كتعب فسد

عقله لكبره فهو خرف ، وقال الحجاج لعبد الله بن عمر حين رد عليه على المنبر : اسكت يا شيخا قد خرف .

أما الأحكام فانه يجوز للقاضى أن يعود المريض ويشهد الجنائز وأتى مقدم الغائب لأن النبى صلى الله عليه وسلم فعل ذلك : ولا يجوز له أن يتجر حتى لا يتعرض لمحاباة من يعامله والمحاباة بمنزلة الهدية والرشوة ، وقبول الهدية محرم عليه والرشوة أكثر حرمة ، ولأن فى اشتغاله بالبيع والشراء تشويشا لخاطره ، وان احتاج الى ذلك اتخذ وكيلا لا يعرف أنه وكيله لئلا يحابى ، فان باع واشترى بنفسه صح لأن المحاباة أمر مظنون فلا يبطل البيع بأمر مظنون . قال الشافعى رضى الله عنه : وأكره للحاكم النظر فى أمر صنعته ونفقة منزله وعياله ، بل يوكل وكيلا لأنه اذا تولى ذلك بنفسه انشغل وتشوش خاطره .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يقضى فى حال الغضب ولا فى حال الجوع والعطش ولا فى حال الحزن والفرح ، ولا يقضى والنعاس يغالبه ، ولا يقضى والمرض يقلقه ، ولا يقضى وهو يدافع الأخبثين ، ولا يقضى وهو فى حر مزعج ولا فى برد مؤلم ، لما روى أبو بكرة ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا ينبغى للقاضى ان يقضى بين اثنين وهو غضبان » وروى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يقضى القاضى الا وهو شبعان ريان » ولأن فى هذه الأحوال يشتغل قلبه فلا يتوفر على الاجتهاد فى الحكم ، وان حكم فى هذه الأحوال صح حكمه لأن الزبير ورجلا من الأنصار اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى شراج الحرة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للزبير : « اسق زرعك ثم أرسل الماء الى جارك ، فقال الأنصارى : ان كان ابن عمتك يا رسول الله فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى احمر وجهه قال للزبير : اسق زرعك واحبس الماء حتى يبلغ الجدر ثم ارسله الى جارك » فحكم فى حال الغضب .

الشرح حديث أبى بكرة فى الصحيحين وغيرهما وحديث أبى سعيد عند الدارقطنى والبيهقى وفيه القاسم العمرى ضعيف ، وحديث اختصام الزبير ورجل من الأنصار مضى فى الصلح والمساقاة .

أما اللغات فمدافعة الأخبثين هكذا بالتثنية البول والغائط ويسمى حبس البول (حقنا) وحبس الغائط (حقبا) وصيغت على أفعلين تنبيهـا على شدة قذارتهما ونجاستهما وخبثهما ، وقد مضى فى كتاب الصلاة شرحه •

أما الأحكام فيكره للقاضى أن يقضى وهو غضبان لحديث أبى بكرة ، وكان شريح اذا غضب قام ولم يقض ، ولأن الغضب يغير العقل والفهم وذلك يحول بينه وبين صحة الاجتهاد ويورثه النسيان ، ويكره له أن يقضى فى حال يتغير فيه حاله ويشوش فهمه مثل أن يصيبه الجوع الشديد أو الغم الشديد أو الفرح الشديد هكذا أفاده العمرانى وغيره من أصحابنا وكذلك غلبة النعاس أو مدافعة الأخبثين أو حضره طعام تتوق نفسه اليه لحديث أبى سعيد ولأن هذه الأشياء تمنعه من التوفر على الاجتهاد فكره فيها القضاء كحـالة الغضب ، فان حكم فى حالة الغضب صح لأن النبى صلى الله عليه وسلم حكم بين الزبير والأنصارى فى حال الغضب ، وقد مضى آنفا أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى أن يتنازل الزبير عن بعض حقه فلما قال الرجل ما قال قضى النبى صلى الله عليه وسلم بأن يأخذ حقه كاملا حتى يبلغ بالماء الجدر ، فلم يكن للغضب أثر فى الحكم يميل به عن العدل المطلق •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل والمستحب أن يجلس للحكم فى موضع بارز يصل اليه كل احد ولا يحتجب من غير عذر لما روى أن النبى صلى الله عليـه وسلم قال : « من ولى من أمر الناس شيئا فاحتجب دون حاجتهم وفاقتهم احتجب الله دون فاقته وفقره » والمستحب أن يكون المجلس فسيحا حتى لا يتأذى بضيقه الخصوم ولا يزاحم فيه الشيخ والعجوز ، وأن يكون موضعا لا يتأذى فيـه بحر أو برد أو دخان أو رائحة منتنة ، لأن عمر رضى الله عنـه كتب الى أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه : « واياك والقلق والضجر » وهـذه الأشـياء تفضى الى الضجر وتمنع الحاكم من التوفر على الاجتهاد وتمنع الخصوم من استيفاء الحجة فان حكم مع هـذه الأحوال صح الحكم كمـا يصح فى حال الغضب ، ويكره أن يجلس للقضاء فى المسجد لما روى معاذ رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ، ورفع أصواتكم وخصوماتكم ، وحدودكم وسل سيوفكم ، وشراءكم وبيعكم »

ولأن الخصومة يحضرها اللغط والسفه فينزه المسجد عن ذلك ، ولأنه قد يكون الخصم جنبا أو خائفا فلا يمكنه المقام فى المسجد للخصومة ، فان جلس فى المسجد لغير الحكم فحضر خصمان لم يكره أن يحكم بينهما لما روى الحسن البصرى قال : « دخلت المسجد فرأيت عثمان رضى الله عنه قد ألقى رداءه ونام فأتاه سقاء بقربة ومعه خصم فجلس عثمان وقضى بينهما » وان جلس فى البيت لغير الحكم فحضره خصمان لم يكره أن يحكم بينهما لما روت أم سلمة رضى الله عنها قالت : « اختصم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلان من الأنصار فى مواريث متقادمة فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما فى بيتى » .

وان احتاج الى أجرياء لاحضار الخصوم اتخذ أجرياء أمناء ويوصيهم بالرفق بالخصوم ، ويكره أن يتخذ حاجبا لأنه لا يؤمن أن يمنع من له ظلامة أو يقدم خصما على خصم ، فان دعت الحاجة الى ذلك اتخذ أمينا بعيدا من الطمع ويوصيه بما يلزمه من تقديم من سبق من الخصوم ، ولا يكره للامام أن يتخذ حاجبا لأن يرقد كان حاجب عمر والحسن البصرى كان حاجب عثمان وقنبر كان حاجب على عليه السلام ، ولأن الامام ينظر فى جميع المصالح فتدعوه الحاجة الى ان يجعل لكل مصلحة وقتا لا يدخل فيه كل احد .

الشرح الحديث الأول أخرجه أبو داود والترمذى عن أبى مريم الأزدى بلفظ : « من تولى شيئا من أمر المسلمين فاحتجب عن حاجتهم وفقيرهم احتجب الله دون حاجته » وعند الطبرانى فى الكبير بلفظ : « أيما أمير احتجب عن الناس فأهمهم احتجب الله عنه يوم القيامة » أنكره ابن أبى حاتم وأخرج الحاكم والترمذى وأحمد والبزار عن عمرو بن مرة قال : « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : ما من امام أو وال يغلق بابه دون ذوى الحاجة والخلة والمسكنة الا أغلق الله أبواب السماء دون خلته وحاجته ومسكنته » والحديث الثانى حديث معاذ أخرجه ابن ماجه البيهقى وقد ضعفه ، والحديث الثالث فى السنن الكبير عن أم سلمة .

أما الأحكام فيستحب أن يقضى فى مكان بارز للناس ليصل اليه كل أحد ، ويستحب أن يكون الموضع واسعا لئلا يلحقه التبرم والملل فيمنعه ذلك من التوفر على الاجتهاد ، ويلحق المتخاصمين ذلك فلا يمكنهم استيفاء الحجة ، ويستحب ألا يكون بقربه ما يتأذى به من دخان أو رائحة منتنة وما

أشبه ذلك فانها تفضى الى الضجر والملل ، وتمنعه من التوفر على الاجتهاد وتحول بين الخصوم وبين استيفاء الحجة ، فان حكم فى هذه المواضع المكروهة صح حكمه كما يصح فى حال الغضب •

فرع ويكره للقاضى أن يجلس فى المسجد للحكم وبه قال عمر وقال الشعبى ومالك وأحمد واسحاق : لا يكره وعن أبى حنيفة روايتان احداهما يكره والثانية لا يكره الا فى المسجد الأعظم لما جاء فى الصحيح أن النبى صلى الله عليه وسلم سمع رجلا ينشد ضالة فى المسجد فقال صلى الله عليه وسلم « لا ردها الله عليك ، انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والصلاة » فدل على أن ما عدا هذين منهى عنه فى المسجد ، ولأنه قد يكون فى الخصوم من لا يمكنه اللبث فى المسجد كالجنب والحائض ، ولأن الخصوم يجرى بينهم التكاذب والتشائم فنزه المسجد عن ذلك • فان دخل الحاكم المسجد للصلاة أو الاعتكاف أو كان ينتظر الصلاة فى المسجد وحضر الخصوم لم يكره أن يحكم بينهم لما استدل به المصنف ، ولما رواه البيهقى عن الحسن البصرى قال : دخلت مسجد المدينة فرأيت عثمان وقد كوم كومة من حصى ووضع عليها رداءه ونام فجاء سقاء ومعه قربة ومعه خصم له فتحاكما اليه فجلس وقضى بينهما » وان جلس الحاكم فى بيته لغير الحكم وحضره خصمان كان له أن يحكم بينهما روى ذلك عن أم سلمة ولتحاكم عمر وأبى الى زيد بن ثابت فى بيته وقال عمر قولته المأثورة : (فى بيته يؤتى الحكم) ولا يحتجب القاضى من غير عذر للنهى عن احتجاب من ولى من أمور المسلمين شيئا وتوعده باغلاق أبواب السماء دون حاجته ومسكنته ، فان دعته الحاجة الى اتخاذ حاجب اتخذ حاجبا أمينا بعيدا عن الطمع ويوصيه بأن يقدم الأول فالأول ، ولا يكره للحاكم أن يتخذ حاجبا لأن عمر وعثمان وعليا اتخذ كل منهم حاجبا ، ولأنه ينظر فى جميع المصالح وقد تدعوه الحاجة الى الاحتجاب فى وقت لينظر فى قضية من القضايا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ويستحب أن يكون له حبس لأن عمر رضى الله عنه اشترى دارا بمكة بأربعة آلاف درهم وجعلها سجنا ، واتخذ على عليه السلام سجنا ، وحبس عمر رضى الله عنه الحطيئة الشاعر فقال :

ماذا تقـول لأفراخ بذى مرخ ❊ حمر الحواصل لا ماء ولا شجر

القيت كاسبهم فى قعر مظلمة ❊ فارحم عليك سلام الله يا عمر

فخلاه وحبس عمر آخر فقال :

يا عمر الفاروق طال حبسى ❊ ومل منى اخـــوتى وعـرسى

فى حـــدث لم تقترفه نفسى ❊ والامر اضوا من شعاع الشمس

ولانه يحتاج اليه للتاديب ولاستيفاء الحق من المماطل بالدين ، ويستحب أن يكون له درة للتاديب ، لأن عمـر رضى الله عنـه كانت له درة يؤدب بهـا النـاس .

فصـــل وان احتاج الى كاتب اتخذ كاتبا لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان له كتاب منهم على بن ابى طالب وزيد بن ثابت رضى الله عنهما ومن شرطه ان يكون عارفا بما يكاتب به القضاء من الاحكام وما يكتبه من المحـاضر والسجلات ، لإنه اذا لم يعرف ذلك افسد ما يكتبه بجهله . وهل من شرطه أن يكون مسلما عدلا ؟ فيه وجهان (احدهما) ان ذلك شرط فلا يجوز أن يكون كافرا لأن ابا موسى الأشعرى قدم على عمر رضى الله عنه ومعه كاتب نصرانى فانتهره عمر رضى الله عنه وقال : « ولا تامنوهم وقد خونهم الله ولا تدنوهم وقد ابعدهم الله ولا تعزوهم وقد اذلهم الله » ولأن الكافر عدو للمسلمين فلا يؤمن ان يكتب ما يبطل به حقوقهم ، ولا يجوز ان يكون فاسقا لانه لا يؤمن ان يخون (والوجه الثانى) أن ذلك يستحب لأن ما يكتبه لابد ان يقف عليه القاضى ثم يمضيه فيؤمن فيه من الخيانة .

الشرح الحطيئة واسمه جرول بن أوس بن جؤيسة من فحـول الشعراء ومتقدميهم وكان ذا شر وسفه ونسبه متدافع بين القبائل كان ينتمى الى كل واحد منها اذا غضب على الأخرى وهو مخضرم أدرك الجـاهلية والاسلام فأسلم ثم ارتد وقال فى ذلك :

أطعنا رسول الله اذا كان بيننا * فيا لعباد الله ما لأبى بكر

أيورثها بكرا اذا مات بعده * وتلك لعمر الله قاصمة الظهر

ولقب بالحطيئة لقصره وقربه من الأرض وقيل غير ذلك ، وكان جشعا سؤولا دنىء النفس بخيلا قبيح المنظر رث الهيئة فاسد الدين كثير الهجاء بذىء اللسان . حدث بين الزبرقان بن بدر وبين قوم كانوا ينازعونه الشرف هم بنو أنف الناقة فانحاز اليهم الحطيئة مع أنه كان فى جوار الزبرقان وأخذ يهجو الزبرقان فشكاه الزبرقان الى عمر فرفعه عمر اليه واستنشده فأنشده فقال عمر لحسان بن ثابت : أتراه هجاء ؟ قال : نعم وسلح عليه فحبسه عمر ، وكان الزبرقان يقول : هجانى يا أمير المؤمنين بقوله :

دع المكارم لا ترحل لبغيتها * واقعد فانك أنت الطاعم الكاسى

فقال عمر : ما أسمع هجاء ولكنها معاتبة فقال : أو ما تبلغ مروءتى الا أن آكل وألبس وسأل عمر لبيد بن ربيعة عن ذلك فقال : ما يسرنى أن لحقنى من هذا الشعر ما لحقه وأن لى حمر النعم [1] . فأمر به عمر فجعل فى نقير فى بئر ثم ألقى عليه شىء فقال فى الحبس أشياء وبعث بها الى عمر ومنها :

أعوذ بجدك انى امرؤ * سقتنى الأعادى سما سجالا

فانك خير من الزبرقان * أشد نكالا وأرجى نوالا

تحنن على هداك المليك * فان لكل مقام مقالا

ولا تأخذنى بقول الوشاة * فان لكل زمان رجالا

فلم يلتفت اليه عمر فكلمه فيه عمرو بن العاص فأخرجه من الحبس فأنشده قوله فيه :

ماذا تقول لأفراخ بذى مرخ * زغب الحواصل لا ماء ولا شجر

---

(١) مهذب الأغانى لابن واصل الحموى .

غادرت كاسبهم فى قعر مظلة * فاغفر هداك مليك الناس يا عمر

أنت الامام الذى من بعد صاحبه * ألقت اليك مقاليد النهى البشر

لم يؤثروك بها اذ قدموك لها * لكن لأنفسهم كانت بك الأثر

فامتن على صبية بالرمل مسكنهم * بين الأباطح تغشاهم بها القرر

أهلى فداؤك كم بينى وبينهم * من عرض داوية تعمى بها الخبر

فبكى عمر حين قال : « ماذا تقول لأفراخ » فقال عمرو بن العاص : (ما أظلت الخضراء ولا أقلت الغبراء أعدل من رجل يبكى على تركه الحطيئة) ويروى أن عمر لما أطلق الحطيئة أراد أن يؤكد عليه الحجة ، فاشترى منه أعراض المسلمين بثلاثة آلاف درهم فقال الحطيئة :

وأخذت أطراف الكلام فلم تدع * شتما يضر ولا مديحا ينفع

وحميتنى عرض اللئيم فلم يخف * ذمى وأصبح آمنا لا يفزع

وقصة استعمال أبى موسى لكاتب نصرانى عند البخارى تعليقا وعند البيهقى موصولا من طريق نافع بن الحارث .

أما اللغات فذو مرخ واد بين فدك والوابشية والرواية المشهورة (بذى آمر) موضع بنجد من ديار غطفان وهى التى رجحها ياقوت و (عرسى) أى عروسى وهى الزوجة .

أما الأحكام فيستحب للحاكم أن يتخذ سجنا لأن الخلفاء الراشدين الثلاثة عمر وعثمان وعليا اتخذوا سجنا ، وذلك للتأديب واستيفاء الحق كما يستحب له أن يتخذ درة .

مسألة اذا تولى الكتابة بنفسه بين الخصمين جاز ، وان اتخذ كاتبا جاز ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان له كتاب منهم على وزيد ، وأمر زيدا أن يتعلم السريانية فتعلمها فى نصف شهر فكان يقرأ كتب اليهود

على النبى صلى الله عليه وسلم ويكتب اليهم ولأن الحاكم يشتغل بالاجتهاد وبحث القضايا فيحتاج الى كاتب يكتب المحاضر والسجلات فجاز له اتخاذ الكاتب ، ومن شرط الكاتب أن يكون حافظا لئلا يغلط ، ويكون ثقة لئلا يزور عليه وينقل عليه سره وأخبار مجلسه الى غيره ويستحب أن يكون فقيها يعرف مواقع الألفاظ ويفرق بين الجائز والواجب ، ويستحب أن يكون فصيحا عالما بلغات الخصوم فطنا متيقظا ، لا يخدع بغرة ، منزها عن الطمع ، لا يستمال بهدية ، قوى الخط قائم الحروف ، وهل يشترط أن يكون مسلما أو يستحب ؟ فيه وجهان (أحدهما) الاسلام شرط فيه لقوله تعالى : « لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا » وقوله تعالى : « لا تتخذوا عدوى وعدوكم أولياء » الآية ، واذا كان الكاتب كافرا فقد اتخذه بطانة ووليا ، وروى أن النبى صلى الله عليه سلم قال : « لا تستضيئوا بنار المشركين » وهذا قد استضاء به فى الكتابة ، وقد استعمل أبو موسى كاتبا نصرانيا أعجب عمر خطه فقال : « قل لكاتبك حتى يقرأ على الناس كتابا فى المسجد فقال : انه نصرانى لا يدخل المسجد فانتهره عمر وهم به وقال : لا تأمنوهم وقد خونهم الله ولا تدنوهم وقد أقصاهم الله ولا تعزوهم وقد أذلهم الله » ولأنهم أعداء المسلمين فلا يؤمن أن يكتب ما يبطل به حقوقهم فعلى هذا لا يجوز أن يتخذ كاتبا فاسقا (والثانى) أن ذلك ليس بشرط فيه ، بل هو مستحب لأنه لابد أن يطلع الحاكم على ما يكتبه فعلى هذا يجوز أن يتخذ كاتبا فاسقا والأول أصح . هكذا أفاده فى البيان .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يتخذ شهودا معينين لا تقبل شهادة غيرهم لان فى ذلك تضييقا على الناس واضرارا بهم فى حفظ حقوقهم ، ولأن شروط الشهادة لا تختص بالمعينين فلم يجز تخصيصهم بالقبول .

فصل ويتخذ قوما من اصحاب المسائل ليتعرف بهم احوال من جهلت عدالته من الشهود ، وينبغى ان يكونوا عدولا برآء من الشحناء بينهم وبين الناس بعداء من العصبية فى نسب أو مذهب حتى لا يحملهم ذلك على

جرح عدل ، او تزكية غير عـدل ، وان يكونوا وافرى العقول ليصـلوا بوفود عقولهم الى المطلوب ، ولا يسترسلوا فيسألوا عدوا او صديقا ، لان العدو يظهر القبيح ويخفى الجميل ، والصديق يظهر الجميل ويخفى القبيح ، وان شـهد عنده شاهد نظرت فان علم عدالته قبل شـهادته ، وان علم فسـقه لم يقبل شهادته ، ويعمل فى العدالة والفسق بعلمه ، وان جهل اسلامه لم يحكم حتى يسأل عن اسلامه ولا يعمل فى اسلامه بظاهر الدار كما يعمل فى اسلام اللقيط بظاهر الدار ؛ « لان اعرابيا شهد عند النبى صلى الله عليه وسلم برؤية الهلال فلم يحكم بشهادته حتى سأل عن اسلامه » ولانه يتعلق بشهادته ايجـاب حق على غيره فلا يعمل فيه بظاهر الدار ، ويرجع فى اسـلامه الى قوله لان النبى صلى الله عليه وسلم رجع الى قول الاعرابى ، وان جهل حريته ففيه وجهـان (احدهما) وهو ظاهر النص انها ثبتت بقوله ، لان الظـاهر من الدار حرية اهلها كما ان الظاهر من الدار اسلام اهلها ثم يثبت الاسلام بقوله فكذلك الحرية (والثانى) وهو الاظهر انها لا تثبت بقوله ، والفرق بينها وبين الاسلام انه يملك الاسلام اذا كان كافرا فقبل اقراره به ، ولا يملك الحرية اذا كان عبدا فلم يقبل اقراره بها ، وان جهل عدالته لم يحكم حتى تثبت عدالتـه لقوله تعالى « فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضـون من الشـهداء » ولا يعلم انه مرضى قبل السؤال ، وروى سليمان عن حريث قال : « شـهد رجل عند عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال له عمر رضى الله عنه : انى لست اعرفك ولا يضرك انى لا اعرفك فأتنى بمن يعرفك ، فقال رجل : انا اعرفه يا امير المؤمنين فقال : باى شىء تعرفه لا قال : العدالة قال : هو جارك الادنى تعرف ليله ونهاره ومدخله ومخرجه ؟ قال : لا قال : فعاملك بالدينار والدرهم اللذين يستدل بهما على الورع ؟ قال : لا قال : فصاحبك فى السـفر الذى يستدل به على مكارم الاخلاق : قال : لا قال : لست تعرفه ، ثم قال للرجل : ائتنى بمن يعرفك » ولانه لا يؤمن ان يكون فاسقا فلا يحكم بشهادته ، وان اراد ان يعرف عدالته كتب اسمه ونسبه وحليته وصنعته وسوقه ومسكنه حتى لا يشتبه بغيره ويذكر من يشهد له حتى لا يكون ممن لا تقبل شهادته له من والد او ولد ، ويذكر من يشهد عليه حتى لا يكون عدوا لا تقبل شهادته عليه ويذكر قدر ما يشهد به لانه قد يكون ممن يقبل قوله فى قليل ولا يقبـل قوله فى كثير ، ويبعث ما يكتبه مع اصحاب المسائل ويجتهد ان لا يكون اصحاب المسائل معروفين عند المشهود له حتى لا يحتال فى تعديل الشهود ، ولا عنـد المشهود عليه حتى لا يحتال فى جرح الشهود ، ولا عند الشهود حتى لا يحتالوا فى تعديل انفسهم ، ولا عند المسئولين عن الشهود حتى لا يحتال لهم الاعداء فى الجرح ولا الاصدقاء فى التعديل ، ويجتهد ان لا يعلم اصحاب المسائل بعضهم ببعض فيجمعهم الهوى على التواطؤ على الجرح والتعديل . قال الشـافعى رحمه الله : ولا يثبت الجرح والتعديل الا باثنين ، ووجهه انه شهادة فاعتبر فيها العدد ، واختلف اصحابنا هل يحكم القاضى فى الجرح والتعديل باصحاب

المسائل او بمن عدل او جرح من الجيران ؟ فقال ابو اسحق : يحكم بشهادة الجيران لانهم يشهدون بالجرح والتعديل ، فعلى هذا يجوز ان يقتصر على قول الواحد من أصحاب المسائل ، ويجوز بلفظ الخبر ويسمى للحاكم من عدل او جرح ثم يسمع الشهادة بالتعديل والجرح من الجيران على شرط فى العدد ولفظ الشهادة ، وحمل قول الشافعى رحمه الله فى العدد على الجيران ، وقال ابو سعيد الاصطخرى : يحكم بشهادة أصحاب المسائل وهو ظاهر النص لأن الجيران لا يلزمهم الحضور للشهادة بما عندهم فحكم بشهادة اصحاب المسائل ، فعلى هذا لا يجوز أن يكون أصحاب المسائل اقل من اثنين ويجوز أن يكون من يخبرهم من الجيران واحدا اذا وقع فى نفوسهم صدقه ، ويجب أن يشهد أصحاب المسائل عند الحاكم على شرط الشهادة فى العدد ولفظ الشهادة ، وحمل قول الشافعى رحمه الله تعالى فى العدد على أصحاب المسائل ، وان بعث اثنين فعادا بالجرح حكم بالجرح وان عادا بالتعديل حكم بالتعديل ، وان عاد أحدهما بالتعديل وعاد الآخر بالجرح لم يحكم بقول واحد منهما فى جرح ولا تعديل ، وبعث ثالثا فان عاد بالجرح كملت بينة الجرح ، وان عاد بالتعديل كملت بينة التعديل ، وان شهد اثنان بالجرح واثنان بالتعديل حكم بالجرح لأن شاهدى الجرح يخبران عن أمر باطن وشاهدى العدالة يخبران عن أمر ظاهر ، فقدم من يخبر بالباطن كما لو شهد اثنان بالاسلام وشهد آخران بالردة ، وان شهد اثنان بالجرح وشهد ثلاثة بالعدالة قدمت بينة الجرح لأن بينة الجرح كملت فقدمت على بينة التعديل ، ولا يقبل الجرح الا مفسرا وهو ان يذكر السبب الذى به جرح ولأن الناس يختلفون فيما يفسق به الانسان ولعل من شهد بفسقه شهد على اعتقاده ، والحاكم لا يعتقد أن ذلك فسق والجرح والتعديل الى راى الحاكم فوجب بيانه لينظر فيه ، ولا يشهد بالجرح من يشهد من الجيران وأهل الخبرة الا أن يعلم الجرح بالمشاهدة فى الأفعال كالسرقة وشرب الخمر او بالسماع فى الاقوال كالشتم والقذف والكذب واظهار ما يعتقده من البدع أو استفاض عنه ذلك بالخبر لأنه شهادة على علم ، فأما اذا قال : بلغنى أو قيل لى : انه يفعل أو يقول أو يعتقد لم يجز ان يشهد به لقوله تعالى : « الا من شهد بالحق وهم يعلمون » قال الشافعى رحمه الله : ولا تقبل الشهادة بالتعديل حتى يقول هو عدل على ولى ، فمن أصحابنا من قال : يكفى أن يقول هو عدل وهو قول أبى سعيد الاصطخرى لأن قوله : عدل يقتضى انه عدل عليه وله ، وما ذكره الشافعى رحمه الله تعالى ذكره على سبيل الاستحباب ، ومنهم من قال : لا يقبل حتى يقول : عدل لى وعلى ، وهو قول أبى اسحق لأن قوله عدل لا يقتضى العدالة على الاطلاق لأنه قد يكون عدلا فى شىء دون شىء واذا قال : عدل على ولى دل على العدالة على الاطلاق .

الشرح خبر سؤال الأعرابى عن اسلامه ولفظه : « جاء أعرابى

الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : انى رأيت الهلال فقال : أتشهد أن لا اله الا الله ، أتشهد أن محمدا رسول الله ؟ قال : نعم قال : يا بلال أذن فى الناس أن صوموا غدا » أخرجه الترمذى عن عكرمة عن ابن عباس ثم قال الترمذى ، والعمل على هذا الحديث عند أكثر أهل العلم قالوا : تقبل شهادة رجل واحد فى الصيام ، وبه يقول ابن المبارك والشافعى وأحمد وهذا الحديث رواه الترمذى عن محمد بن اسماعيل البخارى ، وقال الحافظ ابن حجر فى بلوغ المرام رواه الخمسة وصححه ابن خزيمة وابن حبان ورجح النسائى ارساله ، وقد مضى فى كتاب الصيام قول النووى : رواه أبو داود وساق لفظه وقال : وهذا لفظه والترمذى والنسائى وابن ماجه والحاكم أبو عبد الله فى المستدرك وغيرهم الى أن قال : وكذا ذكره البيهقى من طرق موصولا ومن طرق مرسلا وطرق الاتصال صحيحة ، وقد سبق مرات أن المذهب الصحيح أن الحديث اذا روى مرسلا ومتصلا احتج به لأن مع من وصله زيادة وزيادة الثقة مقبولة ، وقد حكم الحاكم بصحته كما سبق .

أما اللغات فالشحناء العداوة وهى من الشحن أى الملء وبرآء من الشحناء أى منزهون عن أن يملأوا بالعداوة . والجرح العيب والفساد ، وجرح الشاهد : أظهر معايبه : والعدل من أسماء الأضداد ، فالعدل الاستقامة والعدل ضد الجور ، والعدل الميل عن الطريق ، والمقصود هنا هو الاستقامة وترك الميل ، والتزكية هى الشهادة بالبراءة من العيوب يقال : زكيته بالتثقيل نسبته الى الزكاء وهو الصلاح قال تعالى : « لأهب لك غلاما زكيا » وقوله : (لا يسترسلوا) أى لا ينبسطوا فيتركوا التحفظ والحزم والاحتياط ، وقوله : (يجمعهم الهوى على التواطؤ) أى يتفقون بموجب ميلهم وشهوتهم على الاصطفاق والتوافق على رأى واحد .

أما الأحكام اذا ادعى رجل على آخر حقا فأنكره وأقام عليه المدعى شاهدين نظرت ــ فان علم الحاكم فسقهما ظاهرا وباطنا أو فسقهما فى الباطن لم يقبل شهادتهما ، وان علم عدالتهما ظاهرا وباطنا قبل شهادتهما بلا خلاف بين أهل العلم ، فان جهل الحاكم حالهما نظرت ــ فان جهل اسلامهما ــ رجع

ى ذلك الى قولهما لحديث الأعرابى الذى رأى الهلال • فان عرف الحاكم اسلام الشاهدين وحريتهما وجهل عدالتهما فلا يجوز أن يحكم بشهادتهما حتى يبحث عن عدالتهما فى الظاهر والباطن ، سواء بحد أن قصاص أو مال ، وبه قال أبو يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل ، وقال أبو حنيفة : ان شهدا بحد أو قصاص لم يحكم بشهادتهما حتى يبحث عن حالهما ، وان شهدا بمال أو نكاح أو غير ذلك فانه يقتصر فى العدالة على الظاهر ولا يسأل عن ذلك فى الباطن الا أن يجرحهما الخصم ويقول : هما فاسقان فحينئذ يحتاج أن يسأل عن عدالتهما فى الباطن • دليلنا قوله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم — الى قوله تعالى : ممن ترضون من الشهداء » ولا يعلم أنه مرضى حتى يسأل عن عدالته ، وقد ادعى رجل على آخر حقا عند عمر فأنكر فشهد له بذلك شاهدان فقال عمر : الا أعرفكما ولا يضركما أنى لا أعرفكما فأتيانى بمن يعرفكما فأتياه برجل فقال : أتعرفهما ؟ فقال : نعم فقال : كنت معهما فى السفر الذى يبين فيه جوهر الناس ؟ قال : لا قال : هل عرفت صباحهما ومساءهما ؟ قال : لا قال : هل عاملتهما فى الدراهم والدنانير التى تقطع بهما الرحم ؟ قال : لا • قال : أنت لا تعرفهما يا ابن أخى ائتيانى بمن يعرفكما • ولا مخالف له فى الصحابة ، ولأنه حكم بشهادة فلم يجز النطق به الا بعد معرفة عدالة الشاهد فى الباطن كما لو شهد بحد أو قصاص •

اذا ثبت هذا فلا يخلو الشهود اما أن يكون لهم عقول وسمت وحسن وعفاف فى الظاهر لا تسبق التهمة اليهم فالمستحب للحاكم أن يفرقهم قبل البحث عن عدالتهم ، فاذا فرقهم سألهم عن الشهادة وعن كيفية تحملها وفى أى موضع وقعت وغير ذلك من الأمور التى يرى الحاكم السؤال وصولا الى اثبات القضية بأدلة صحيحة مقنعة يستريح لها القلب ويطمئن لها الضمير ، فان اختلفوا علم كذبهم ، وسنسوق رواية السبعة النفر الذين خرجوا فى سفر فعاد ستة وفقد السابع فجاءت امرأته الى على رضى الله عنه فأخبرته فدعاهم فسألهم فأنكروا فأقام كل واحد منهم على سارية ووكل به من يحفظه ثم استدعى واحدا منهم فسأل فأنكر فقال على : الله أكبر

ونحاه : فمن الباقون أنه قد اعترف فاعترفوا فقال على : أما هؤلاء قد أقروا على أنفسهم بالقتل وأما أنت فقد شهدوا عليك بالقتل فاعترف فقتلهم • فدل على أن تفرقة الشهود عند الاثبات مستحبة ، ولأن الشهادة اذا كانت صحيحة لم يختلف الشهود عند التفرقة ، فاذا كانت زورا اختلفوا لأنه سألهم عن شيء لم يتواطأوا عليه ، فان فرقهم وسألهم فلم يختلفوا ؛ فالمستحب للحاكم أن يعظهم ويخوفهم من شهادة الزور لما روى أن شاهدين شهدا عند على رضى الله عنه على رجل بالسرقة فقال المشهود عليه : والله ما سرقت ولقد شهدوا على لتقطع يدى • فأقبل على رضى الله عنه على الشاهدين يعظهما ويخوفهما وازدحم الناس فدخلا فى الزحمة ودعاهما فلم يجيبا ، فقال : لو صدقا لثبتا • وروى أبو حنيفة قال : كنت عند محارب بن دثار قاضى الكوفة فشهد عنده شاهدان على رجل بحق فقال المشهود عليه :والذى قامت به السموات والأرض لقد كذبتما فى شهادتكما والذى قامت به السموات والأرض لو سألت عنهما الناس ما اختلف فيهما اثنان • قال : وكان محارب ابن دثار متكئا فاستوى جالسا ثم قال : سمعت ابن عمر يقول : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « ان الطير لتخفق بأجنحتها وترمى ما فى حواصلها من هول يوم القيامة ، وان شاهد الزور لا تزول قدماه حتى يتبوأ مقعده من النار » فان كنتما صدقتما فاثبتا وان كنتما كذبتما فغطيا رءوسكما وانصرفا قال : فغطيا رءوسهما وانصرفا • فان رجعوا عن الشهادة سقطت شهادتهم ، وان ثبتوا على الشهادة فهم بمنزلة من له سمت حسن وعفاف ظاهر فيسأل الحاكم عن عدالتهم فى الباطن ، ولا يمكنه السؤال عنهم بنفسه ، ولكنه يرجع الى قوم يتخذهم للتحرى وتقصى الحقائق عنهم فى السر دون الجهر ، لأن القصد معرفة عدالتهم دون فضيحتهم ، فاذا سأل عنهم جهرا ربما جرحوا فافتضحوا ، ولأنه اذا سأل عنهم جهراً ربما استحيا المسئول عنهم فعدلهم وليسوا بعدول ، أو خاف من المشهود عليه فجرحهم وهم عدول ، أو خاف من المشهود لهم فعدلهم وليسوا بعدول فكان السؤال عنهم فى السر أولى • ويكتب الحاكم اسم الشاهد ونسبه وحليته وصنعته ومسكنه حتى لا يشتبه بغيره كما يكتب اسم المشهود عليه لأنه قد يكون بينه وبين الشاهد عداوة فلا يقل شهادته عليه • وكذلك يكتب اسم المشهود

له لأنه قد يكون ولده أو والده فلا يقبل شهادته له ، ثم يكتب قدر المال الذى شهد به لأن من الناس من يزكى بشهادته فى الحق اليسير ولا يزكى فى الحق الكبير ، ويكتب ذلك فى رقعتين ويدفع كل رقعة الى رجل من أصحاب المسائل (المباحث) • قال الشافعى رضى الله عنه : ويخفى عن كل واحد منهم ما دفعه الى صاحبه لئلا يتوطآ على الجرح أو التعديل ، ويشترط أن يكونا عدلين لأن الخبر لا يقبل الا من عدل ويكونان ذا تيقظ وفهم لئلا يسألا عدوا للشاهد ولا صديقا عن حاله لأن العدو ربما جرحه وهو غير مجروح ، والصديق ربما عدله وهو غير عدل ، ثم يأمرهما الحاكم بالتحرى عن الشاهد فى جيران منزله ، لأنه ان كان فيه فسق عرفه جيرانه فأخبروا عنه ، ويسألان عنه فى موضع صلاته لأنهم يعلمون توفره على الصلوات ولزومه الجماعة وتهاونه بها ، ويسألان عنه فى سوقه ليعرف كيف معاملته • والحاكم بالخيار أن يقول للذين بعثهما سلا فلانا وفلانا عنه وبين أن يقول لهما : سلا عنه من شئتما من جيران منزله وجماعته وأهل سوقه ويكون المسئولون عنه غير معروفين عند الشاهد والمشهود له والمشهود عليه ، لأنهم اذا كانوا معروفين عند الشاهد والمشهود له ربما أعطاهم شيئا ليعدلوا الشاهد وهو غير عدل ، واذا عرفهم المشهود عليه ربما رشاهم ليجرحوا له الشاهد وهو عدل ، ويكون المسئولون عنه عدولا وافرى العقول برآء من الشحناء فيما بينهم وبين الناس بعداء من التعصب فى نسب أو مذهب لئلا يجرحوا عدولا ويعدلوا مجروحا ، والمستحب ألا يعرف بعضهم بعضا لئلا يجمعهم الهوى على تعديل مجروح أو جرح معدل •

مسألة قال الشافعى رضى الله عنه : ولا يثبت الجرح ولا التعديل الا من اثنين ، واختلف أصحابنا فى تأويل هذا فقال أبو اسحاق : أراد أن التعديل لا يحكم به الا بشهادة اثنين من الجيران ولا يحكم به بقول أصحاب المسائل لأنه شهادة على شهادة فلم يصح مع حضور شاهدى الأصل ، فعلى هذا اذا بعث الحاكم أصحاب المسائل للبحث عن حال الشاهد فرجع واحد منهم وأخبر الحاكم بجرح الشاهد فان الحاكم لا يتوقف عن الحكم بشهادة الشاهد ، ويقول للمشهود له : زدنى فى شهودك ولا يستحضر

الحاكم الذى جرحه من الجيران ويسأله عنه ، لأن الغرض معرفته بحال الشاهد دون فضيحة هكذا حكى عن أبى اسحاق المروزى ، وقال الشيخ أبو حامد : والذى يجىء على قياس قوله أنه لا يتوقف عن الحكم بشهادة الشاهد حتى يخبره بالجرح اثنان فان رجع واحد أو اثنان من أصحاب المسائل بعدالة الشاهد فان الحاكم لا يحكم بعدالته بقولهما ، ولكن يسألهما عن الذى عدله من الجيران ويستدعى اثنين منهم ليشهدا على تعديله بلفظ الشهادة • وقال أبو سعيد الاصطخرى بل أراد الشافعى رحمه الله أن الجرح والتعديل يثبت بقول اثنين من أصحاب المسائل دون الجيران لأن المزكى من الجيران لا يلزمه الحضور الى الحاكم ، ولا يجوز للحاكم اجباره على ذلك ، فجاز الحكم بقول أرباب المسائل فى ذلك • فعلى هذا اذا بعث الحاكم اثنين من أصحاب المسائل للسؤال عن الشاهد على ما مضى نظرت فان رجعا فأخبرا الحاكم بعدالته حكم بعدالته ، وان أخبراه بجرحه توقف عن الحكم بشهادته ولا يظهر جرحه ، لأنه ليس الغرض فضيحته ، وانما الغرض معرفة حاله ؛ ولكن يقول للمشهود له زدنى فى شهودك فان جاء أحدهما وأخبر بتعديله له يحكم بجرحه ولا بتعديله ، لأن الجرح والتعديل لا يثبت بقول واحد • قال الشيخ أبو اسحاق هنا فى المهذب : ويبعث ثالثا فان عاد بالجرح تمت بينة الجرح ويسقط التعديل وان عاد بالتعديل تمت بينة التعديل وسقط الجرح وان عاد أحدهما بالجرح والآخر بالتعديل قدمت بينة الجرح على بينة التعديل ، لأن من شهد بالعدالة شهد بأمر ظاهر ، ومن شهد بالجرح شهد بأمر باطن خفى على بينة التعديل فقدمت شهادته كما لو شهد شاهدان أن لرجل على رجل دينا وشهد آخران أنه قضاه ذلك الدين فان بينة القضاء تقدم • قال أصحابنا : وتقدم بينة التعديل على بينة الجرح فى مسألتين (احداهما) اذا شهد شاهدان على رجل بالجرح فى بلد وانتقل ذلك الرجل الى بلد آخر فشهد شاهدان على تعديله بالبلدة التى انتقل اليها فيقدم التعديل ها هنا لأن العدالة هنا طارئة على الجرح والتوبة ترفع المعصية • (والثانية) اذا شهد شاهدان أنه زنى أو سرق وشهد شاهدان أنه تاب من ذلك وحسنت حالته ، فان العدالة هنا مقدمة ؛ لأن التوبة رفعت المعصية ، واختلف أصحابنا فى موضع الوجهين على ما هو مبين فى الفصل والله أعلم •

مســـألة اذا شهد عند الحاكم شاهدان ـ فان عرفهما عدلين ـ حكم بشهادتهما ، وان عرفهما فاسقين لم يقبل قولهما ، وان لم يعرفهما سأل عنهما لأن معرفة العدالة شرط فى قبول الشهادة بجميع الحقوق ، وبهذا قال أحمد وأبو يوسف ومحمد ، وعن أحمد رواية أخرى يحكم بشهادتهما اذا عرف اسلامهما بظاهر الحال الا أن يقول الخصم : هما فاسقان ، وهذا قول الحسن ، والمال والحد فى هذا سواء لأن الظاهر من المسلمين العدالة • ولهذا قال عمر رضى الله عنه : والمسلمون عدول بعضهم على بعض • وقـد جاء أعرابى الى النبى صلى الله عليه وسلم فشهد برؤية الهلال فقال النبى صلى الله عليه وسلم أتشهد أن لا اله الا الله ؟ قال نعم فقال : أتشهد أن محمدا رسول الله ؟ قال نعم فصام وأمر الناس بالصيام • ولأن العدالة أمر خفى سببها الخوف من الله تعالى ودليل ذلك الاسلام فاذا وجد فليكتفى به ما لم يقم على خلافه دليل • وقال أبو حنيفة فى الحدود والقصاص كالرواية الأولى عند أحمد وفى سائر الحقوق كالثانية لأن الحدود والقصاص مما يحتـاط لها وتندرىء بالشبهات بخلاف غيرها •

ولنا أن العدالة شرط فوجب العلم بها كالاسلام أو كما لو طعن الخصم فيهما • فأما الأعرابى المسلم فانه كان من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وقد ثبتت عدالتهم بثناء الله عليهم ، فان من ترك دينه فى زمن رسـول الله صلى الله عليه وسلم ايثارا لدين الاسلام وصحبة رسول الله صلى الله عليـه وسلم ثبت عدالته • وأما قول عمر : فالمراد به أن الظاهر العدالة ولا يمنع ذلك فى وجوب البحث ومعرفة حقيقة العدالة حين قال : هل عاملتهما بالدراهم والدنانير التى تقطع فيهـا الأرحام ؟ هل كنت جارا لهمـا تعرف صباحهما ومساءهما ؟ الخ حتى قال : يا ابن أخى لست تعرفهما •

اذا ثبت هذا فان الشاهد يعتبر فيه أربعة شروط : الاسلام والبلوغ والعقل والعدالة • وليس يخفى فيها الا العدالة فانها تحتـاج الى البحث عنها لقوله تعالى « ممن ترضون من الشهداء » •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يقبل التعديل الا ممن تقدمت معرفته وطالت خبرته بالشاهد . لان المقصود معرفة العدالة فى الباطن ولا يعلم ذلك ممن لم يتقدم به معرفته ، ويقبل الجرح ممن تقدمت معرفته به وممن لم يتقدم معرفته ، لأنه لا يشهد فى الجرح الا بما شاهد أو سمع أو استفاض عنه وبذلك يعلم فسقه .

فصل وان شهد مجهول العدالة فقال المشهود عليه : هو عدل ، ففيه وجهان (احدهما) أنه يجوز للحاكم أن يحكم بشهادته لأن البحث عن العدالة لحق المشهود عليه وهو قد شهد له بالعدالة (والثانى) أنه لا يحكم لأن حكمه بشهادته حكم بتعديله وذلك لا يجوز بقول الواحد ، ولأن اعتبار العدالة فى الشاهد حق لله تعالى ، ولهذا لو رضى المشهود عليه بشهادة الفاسق لم يجز للحاكم أن يحكم بشهادته .

فصل وان ثبت عدالة الشاهد ومضى على ذلك زمان ثم شهد عند الحاكم بحق نظرت فان كان بعد زمان قريب حكم بشهادته ولم يسأل عن عدالته ، وان كان بعد زمان طويل ففيه وجهان (احدهما) أنه يحكم بشهادته لأن الأصل بقاء العدالة (والثانى) وهو قول أبى اسحق انه لا يحكم بشهادته حتى يعيد السؤال عن عدالته لأنه مع طول الزمان يتغير الحال .

فصل وان شهد عنده شهود وارتاب بهم فالمستحب أن يسألهم عن تحمل الشهادة ويفرقهم ، ويسأل كل واحد منهم على الانفراد عن صفة التحمل ومكانه وزمانه ، لما روى أن أربعة شهدوا على امرأة بالزنا عند دانيال ففرقهم وسألهم فاختلفوا ، فدعا عليهم فنزلت عليهم نار من السماء فاحرقتهم . وان فرقهم فاختلفوا سقطت شهادتهم ، وان اتفقوا وعظهم لما روى أبو حنيفة رحمه الله قال : كنت جالسا عند محارب بن دثار وهو قاضى الكوفة فجاءه رجل فادعى على رجل حقا فانكره فاحضر المدعى شاهدين فشهدا له فقال المشهود عليه والذى تقوم به السموات والأرض لقد كذبا على فى الشهادة ، وكان محارب بن دثار متكئا فاستوى جالسا وقال : سمعت ابن عمر يقول : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « ان الطير لتخفق بأجنحتها ، وترمى بما فى حواصلها من هول يوم القيامة ، وان شاهد الزور لا تزول قدماه حتى يتبوأ مقعده من النار » فان صدقتما فاثبتا ، وان كذبتما فغطيا على رءوسكما وانصرفا . فغطيا رءوسهما وانصرفا .

الشرح خبر أول من فرق الشهود دانيال « شهد عنده بالزنا على امرأة ففرقهم وسألهم فقال أحدهم : زنت بشاب تحت شجرة كمثرى وقال الآخر تحت شجرة تفاح ، فعرف كذبهم » أخرجه البيهقى من رواية أبى ادريس . قال الحافظ ابن حجر فى التلخيص : وقد روى الحسن بن سفيان فى مسنده وابن عساكر فى ترجمة سليمان من طريقه من حديث ابن عباس قصة طويلة لسليمان بن داود فى الأربعة الذين شهدوا على المرأة بالزنا لكونها امتنعت منهم أن يزنوا بها فأمر داود برجمها فمروا على سليمان ففرق بين الشهود ودرأ الحد عنها . فعلى هذا هو أول من فرق [1] اهـ .

اما قصة محارب بن دثار فهو أحد رواة ابن عمر وجابر كنيته أبو مطرف السدوسى قاضى الكوفة روى عنه الأعمش وشريك وقيس بن الربيع وخلق ، قال أبو زرعة : ثقة مأمون ومن دعائه : « أنا الصغير الذى ربيته فلك الحمد ، والضعيف الذى قويته فلك الحمد ، والفقير الذى أغنيته فلك الحمد ، والأعزب الذى زوجته فلك الحمد ، والساغب الذى أشبعته فلك الحمد ، والعارى الذى كسوته فلك الحمد ، والمسافر الذى صاحبته فلك الحمد ، والغائب الذى رددته فلك الحمد ، والراجل الذى حملته فلك الحمد ، والمريض الذى شفيته فلك الحمد ، والداعى الذى أجبته فلك الحمد ، ربنا لك الحمد حمدا كثيرا على كل حمد » .

والحديث أخرجه الطبرانى فى الأوسط بلفظ : « ان الطير لتضرب بمناقيرها وتحرك أذنابها من هول يوم القيامة ، وما يتكلم به شاهد الزور ، ولا تفارق قدماه على الأرض حتى يقذف به فى النار » رواه ابن ماجه والحاكم بلفظ : « لن تزول قدم شاهد الزور حتى يوجب الله له النار » .

أما اللغات فقد قال ابن بطال الركبى فى شرح غريب المهذب : قوله (وارتاب بهم) أى شك فيهم ، والريب والارتياب الشك وكذا الريبة . ودانيال بالدال المهملة وكسر النون وكان ممن أسره بختنصر حبسه ثم رأى

---

(١) جـ ٤ ص ١٩٤ طبعة السيد هاشم اليمانى .

رؤيا ففسرها له فأكرمه وخلاه • وقوله (ان الطير لتخفق بأجنحتها وترمى بما فى حواصلها) يقال : خفق الطائر اذا طار وأخفق اذا ضرب بجناحه والحوصلة من الطائر بمنزلة الكرش مما يجتر يجمع فيها الطائر الحب ، وجمعها حواصل • والتشديد فى اللام لغة فيها ا هـ •

أما الأحكام فان الشاهد يعتبر فيه أربعة شروط : الاسلام والبلوغ والعقل والعدالة ، وليس فى هذه الشروط ما يخفى ويحتاج الى البحث الا العدالة فيحتاج الى البحث عنها لقوله تعالى : « ممن ترضون من الشهداء » ولا نعلم أنه مرضى حتى نعرفه أو نخبر عنه فيأمر الحاكم بكتب أسمائهم وكناهم ونسبهم ويرفقون فيها بما يتميزون به عن غيرهم ويكتب حرفهم وصنائعهم ومعائشهم وموضع مساكنهم وصلاتهم ليسأل عن جيرانهم وأهل سوقهم ومحلتهم ونحلتهم ويكتب أسود أو أبيض الى آخر ما بسطناه آنفا • ولا يقبل التعديل الا من أهل الخبرة الباطنة والمعرفة المتقادمة وهذا مذهب أحمد لخبر عمر رضى الله عنه حين أتى بشاهدين فقال لهما عمر : لست أعرفكما ولا يضركما أن لم أعرفكما ، جيئا بمن يعرفكما ، فأتيا برجل فقال له عمر : تعرفهما ؟ فقال : نعم ، فقال عمر : صحبتهما فى السفر الذى تبين فيه جواهر الناس ؟ قال : لا ، قال : عاملتهما فى الدراهم والدنانير التى تقطع فيها الرحم ؟ قال : لا ، قال : كنت جارا لهما تعرف صباحهما ومساءهما ؟ قال : لا ، قال : يا ابن أخى لست تعرفهما ، جيئا بمن يعرفكما — فهذا دليل على أنه لا يجوز للمعدل الشهادة بالعدالة الا أن تكون له خبرة باطنة •

مسألة اذا شهد عند الحاكم مجهول الحال فقال المشهود عليه : هو عدل ، ففيه وجهان (أحدهما) يحكم بشهادته لأن البحث عن عدالته لحق المشهود عليه وقد اعترف بها ، ولأنه اذا أقر بعدالته فقد أقر بما يوجب الحكم لخصمه عليه فيؤخذ اقراره كسائر اقراراته (والثانى) لا يجوز الحكم بشهادته لأن فى الحكم بها تعديلا له فلا يثبت بقول واحد ، ولأن اعتبار العدالة فى الشاهد حق لله تعالى • ولهذا لو رضى الخصم بأن يحكم عليه

بقول فاسق لم يجز الحكم به ، ولأنه لا يخلو اما أن يحكم عليه مع تعديله أو مع انتفائه ، لا يجوز أن يقال مع تعديله لأن التعديل لا يثبت بقول الواحد ، ولا يجوز مع انتفاء تعديله لأن الحكم بشهادة غير العدل غير جائز بدليل شهادة من ظهر فسقه ، ومذهب أحمد رحمه الله كمذهبنا ، قال ابن قدامة : فان قلنا بالأول فلا يلبث تعديله فى حق غير المشهود عليه لأنه لم توجد بينة التعديل ، وانما حكم عليه لاقراره بوجود شروط الحكم ، واقراره يثبت فى حقه دون غيره كما لو أقر بحق عليه وعلى غيره يثبت فى حقه دون غيره .

فرع فى تفريق الشهود والمدعى عليهم لاستجلاء وجه الحق فى الدعوى . قال الأصبغ بن نباته : ان شابا شكا الى على رضى الله عنه نفرا فقال : ان هؤلاء خرجوا مع أبى فى سفر فعادوا ولم يعد أبى فسألتهم عن ماله فقالوا : ما ترك شيئا وكان معه مال كثير ، وترافعنا الى شريح فاستحلفهم وخلى سبيلهم ، فدعا على بالشرط فوكل بكل رجل رجلين وأوكلهم ألا يمكنوا بعضهم أن يدنو من بعض ولا يدعوا أحدا يكلمهم ودعا كاتبه ودعا أحدهم فقال : أخبرنى عن أبى هذا الفتى فى أى يوم خرج معكم وفى أى منزل نزلتم وكيف كان سيركم ؟ وبأى علة مات ؟ وكيف أصيب ماله ؟ وسأله عمن غسله وكفنه ودفنه ومن تولى الصلاة عليه وأين دفن ونحو ذلك والكاتب يكتب ، ثم كبر على فكبر الحاضرون والمتهمون لا علم لهم الا أنهم ظنوا أن صاحبهم قد أقر عليهم ، ثم دعا آخر بعد أن غيب الأول عن مجلسه فسأله كما سأل صاحبه ثم الآخر كذلك حتى عرف ما عند الجميع فوجد كل واحد فيهم يخبر بضد ما أخبر به صاحبه ثم أمر برد الأول فقال : يا عدو الله قد عرفت غدرك وكذبك بما سمعت من أصحابك وما ينجيك من العقوبة الا الصدق ، ثم أمر به الى السجن وكبر وكبر الحاضرون معه فلما أبصر القوم الحال لم يشكوا أن صاحبهم أقر عليهم فدعا آخر منهم فهدده فقال : يا أمير المؤمنين والله لقد كنت كارها لما صنعوا ثم دعا الجميع فأقروا بالقصة ، واستدعى الذى فى السجن وقيل له : قد أقر أصحابك ولا ينجيك

سوى الصدق فأقر بمثل ما أقر به القوم فأغرمهم المال وأقاد منهم بالقتيل • والله تعالى أعلم •

اذا ثبت هذا فانه ينبغى للقاضى أن يذكر الشهود ويعظهم ويتحرى أبلغ القول وأعظمه أثرا فى أنفسهم فيبثه فيهم كأن يقول لهم : ان الله تعالى (١) حرم فى هذا الدين قول الكذب وشهادة الزور وأمر باجتنابها والبعد عنها وقرنها بعبادة الأوثان لينبه الناس الى فظاعة الزور وشدة قبحه قال تعالى : « واجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور حنفاء لله غير مشركين به » والرجس النجس القذر والأوثان الأصنام التى كانت تعبد من دون الله وقول الزور معه من أكبر الكبائر ــ أيها الناس ــ أيدرى شاهد الزور الى من أساء ؟ أساء الى نفسه ، أسقط مروءته ، أضاع منزلته وكرامته ، وسجل على نفسه عارا لا يزول وخزيا لا يمحى ، وألقى بنفسه فى نار حرها شديد وعذابها أليم « ومن يهن الله فما له من مكرم ان الله يفعل ما يشاء » وأساء الى من شهد عليه ، أهانه وأضاع حقه وقطع صلة الاخاء التى بين المسلم والمسلم ، وظلمه وخذله حتى يقول ، وأساء الى من شهد له وأضر به حيث يريد أن ينفعه ، أعانه على الظلم وأوقعه فى الحرام ، وعرضه لمقت الله وغضبه وصيره ذليلا بين يدى المنتقم الجبار ، حتى يقول • وأساء الى القاضى ، أتعبه وأضاع عليه وقته ، وطمس عليه معالم الحق ولو صدقه لأراحه وأراح الناس أجمعين ، بل أساء الى الأمة كلها ، لوث سمعتها وأضاع الثقة بها ، وكل أمة فشا فيها الزور والكذب سقطت من عيون الأمم وأصبحت فى عداد الهالكين •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **والمستحب أن يحضر مجلسه الفقهاء ليشاورهم فيما يشكل لقوله تعالى : « وشاورهم فى الأمر » . قال الحسن : ان كان رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مشاورتهم لغنيا ولكن اراد الله تعالى أن يستن بذلك الحكام ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم شاور فى اسارى بدر فاشار**

---

(١) من كتاب هداية المرشدين للشيخ على محفوظ رحمه الله .

ابو بكر بالفداء واشار عمر رضى الله عنه بالقتل . وروى عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن أبا بكر رضى الله عنه كان اذا نزل به أمر يريد فيه مشاورة اهل الراى والفقه دعا رجالا من المهاجرين ورجالا من الأنصار ودعا عمر وعثمان وعليا وعبد الرحمن بن عوف ومعاذ بن جبل وابى بن كعب وزيد بن ثابت رضى الله عنهم ، فمضى ابو بكر على ذلك ثم ولى عمر رضى الله عنه وكان يدعو هؤلاء النفر ، فان اتفق امر مشكل شاورهم فيه ، فان اتضح له الحق حكم به فان لم يتضح اخره الى أن يتضح ولا يقلد غيره لأنه مجتهد فلا يقلد . وقال ابو العباس : ان ضاق الوقت وخاف الفوت بان يكون الحكم بين مسافرين وهم على الخروج قلد غيره وحكم كما قال فى القبلة اذا خاف فوت الصلاة . وقد بينا ذلك فى كتاب الصلاة ، وان اجتهد فاداه اجتهاده الى حكم فحكم به ثم بان له انه أخطأ ـ فان كان ذلك بدليل مقطوع به كالنص والاجماع والقياس الجلى ـ نقض الحكم لقوله تعالى : ((وان احكم بينهم بما أنزل الله)) ولما روى عن عمر رضى الله عنه انه قال : ردوا الجهالات الى السنة ، وكتب الى ابى موسى ((لا يمنعنك قضاء قضيت به ثم راجعت فيه نفسك فهديت فيه لرشدك ان تراجع الحق فان الحق قديم لا يبطله شيء وان الرجوع الى الحق اولى من التمادى فى الباطل)) ولأنه مفرط فى حكمه غير معذور فيه فوجب نقضه .

فصل وان ولى قضاء بلد وكان القاضى قبله لا يصلح للقضاء نقض احكامه كلها أصاب فيها او أخطأ ، لأنه حكم ممن لا يجوز له القضاء فوجب نقضه كالحكم من بعض الرعية ، وان كان يصلح للقضاء لم يجب عليه أن يتتبع احكامه لأن الظاهر انها صحيحة فان أراد أن يتتبعها من غير متظلم فهل يجوز له ذلك ام لا ؟ فيه وجهان (احدهما) وهو اختيار الشيخ ابى حامد الاسفراينى : انه يجوز لأن فيه احتياطا (والثانى) انه لا يجوز لأنه يشتغل بماض لا يلزمه عن مستقبل يلزمه وان تظلم منه متظلم قال سأل احضاره أم يحضره حتى يسأله عما بينهما لأنه ربما قصد أن يبتذله ليحلف من غير حق ، وان قال لى عليه مال من معاملة أو غصب أو اتلاف أو رشوة اخذها منه على حكم احضره . وان قال : حكم على بشهادة عبدين او فاسقين ففيه وجهان (احدهما) انه يحضره اذا ادعى عليه مالا (والثانى) انه لا يحضره حتى يقيم بينة بما يدعيه لأنه لا تتعذر اقامة البينة على الحكم ، فان حضر وقال : ما حكمت عليه الا بشهادة حرين عدلين فالقول قوله لأنه امين ، وهل يحلف ؟ فيه وجهان (احدهما) وهو قول ابى سعيد الاصطخرى : انه لا يحلف لأنه عدل والظاهر انه صادق (والثانى) انه يحلف لأنه امين ادعى عليه خيانة فلم يقبل قوله من غير يمين كالمودع اذا ادعى عليه خيانة وانكرها وان قال : جار على فى الحكم نظرت فان كان ما حكم به مما لا يسوغ فيه الاجتهاد نقضه كما ينقض على نفسه اذا حكم بما لا يسوغ فيه الاجتهاد ، وان كان مما يسوغ فيه الاجتهاد كثمن الكلب وضمان ما اتلف على الذمى من الخمر لم ينقضه كما

لا ينقض على نفسه ما حكم فيه الاجتهاد لأنا لو نقضنا ما يسوغ فيه الاجتهاد لم يستقر لأحد حق ولا ملك لأنه كلما ولى حاكم نقض ما حاكم به من قبله فلا يستقر لأحد حق ولا ملك) .

الشرح هذا الفصل أشبه ما يكون بما يجب على امام المسلمين من تشكيل مجلس للشورى كما فعل ذلك أبو بكر رضى الله عنه . قال القاضى أبو بكر ابن العربى : الشورى ألفة للجماعة ومسبار للعقول وسبب الى الصواب وما تشاور قوم الا هدوا وقد قال بشار بن برد :

اذا بلغ الرأى المشورة فاستعن برأى لبيب أو مشورة حازم
ولا تجعل للشورى عليك غضاضة فان الخوافى قوم للقوادم

قال ابن عطية فى تفسيره : والشورى من قواعد الشريعة وعزائم الأحكام ، من لا يستشير أهل العلم والدين فعزله واجب . هذا ما لا خلاف فيه . وقد مدح الله المؤمنين بقوله (وأمرهم شورى بينهم) قال ابن خويز منداد : واجب على الولاة مشاورة العلماء فيما لا يعلمون وفيما أشكل عليهم من أمور الدين ووجوه الجيش فيما يتعلق بالحرب ووجوه الناس فيما يتعلق بالمصالح ، ووجوه الكتاب والوزراء والعمال فيما يتعلق بمصالح البلاد وعمارتها . وكان يقال : ما ندم من استشار ، وكان يقال : من أعجب برأيه ضل . روى عن الحسن والضحاك قالا : ما أمر الله نبيه بالمشاورة لحاجة منه الى رأيهم ، وانما أراد أن يعلمهم ما فى المشاورة من الفضل ولتقتدى به أمته من بعده ، وفى قراءة ابن عباس : (وشاورهم فى بعض الأمر) [1] ولقد أحسن القائل :

شاور صديقك فى الخفى المشكل واقبل نصيحة ناصح متفضل
فالله قد أوصى بذاك نبيه فى قوله : (شاورهم) و (توكل)

وعن أبى هريرة مرفوعا (المستشار مؤتمن) قال العلماء : وصفه المستشار ان كان فى الأحكام أن يكون عالما دينا وقلما يكون ذلك الا فى

---

(١) عن القرطبى بتصرف .

عاقل ، قال الحسن : ما كمل دين امرىء ما لم يكمل عقله • فاذا استشير من هذه صفته واجتهد فى الصلاح وبذل جهده فوقعت الاشارة خطأ فلا غرامة عليه • قال شاعر حكيم :

اذا كنت فى حاجة مرسلا فأرسل حكيما ولا توصه
وان باب أمر عليك التوى فشاور لبيبا ولا تعصه
ونص الحديث الى أهله فان الوثيقة فى نصحه
اذا المرء أضمر خوف الالـ ـه تبين ذلك فى شخصه

قال البخارى : وكانت الأئمة بعد النبى صلى الله عليه وسلم يستشيرون الأمناء من أهل العلم فى الأمور المباحة ليأخذوا بأسهلها ، وقال سفيان : ليكن أهل مشورتك أهل التقوى والأماية ومن يخشى الله تعالى •

والشورى مبنية على اختلاف الآراء ، والمستشير ينظر فى ذلك الخلاف وينظر أقربها قولا الى الكتاب والسنة ان أمكنه ، فاذا أرشده الله تعالى الى ما شاء عزم عليه وأنفذه متوكلا عليه اذ هذه غاية الاجتهاد المطلوب وبهذا أمر الله تعالى نبيه فى هذه الآية • وروى الترمذى عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا كان أمراؤكم خياركم وأغنياؤكم سمحاؤكم وأمركم شورى بينكم فظهر الأرض خير لكم من بطنها ، واذا كان أمراؤكم شراركم وأغنياؤكم بخلاؤكم وأموركم الى نسائكم فبطن الأرض خير لكم من ظهرها » • قال : حديث غريب •

وجملة القول أن القاضى اذا عرضت له قضية تبين حكمها فى كتاب الله أو فى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أو اجماع أو قياس جل حكم ولم يحتج الى رأى غيره لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لمعاذ حين بعثه الى اليمن : (بم تحكم ؟ قال بكتاب الله ، قال : فان لم تجد ؟ قال بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال : فان لم تجد ؟ قال أجتهد رأيى ولا آلوا • قال : الحمد لله الذى هدى رسول رسول الله لما يرضى رسول الله) فان احتاج الى الاجتهاد استحب له أن يشاور لقول الله تعالى : « وشاورهم

فى الأمر » وقد شاور النبى صلى الله عليه وسلم أصحابه فى أسارى بدر وفى مصالحة الكفار يوم الخندق وفى لقاء الكفار يوم بدر • وروى ما كان أحد أكثر مشاورة لأصحابه من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد شاور أبو بكر الناس فى ميراث الجدة (راجع كتاب الفرائض) • وشاور عمر فى دية الجنين ــ راجع كتاب الجنايات ــ وشاور الصحابة فى حد الخمر ، وكان لأبى بكر مجلس شورى قوامه عمر وعثمان وعلى وعبد الرحمن ومعاذ وأبى وزيد بن ثابت » وكذلك كان عمر • قال أحمد بن حنبل : لما ولى سعد بن ابراهيم قضاء المدينة كان يجلس بين القاسم وسالم يشاورهما • وولى محارب بن دثار قضاء الكوفة وكان يجلس بين الحكم وحماد يشاورهما •

وقد روى أن أبا بكر جاءته جدتان فورث أم الأم وأسقط أم الأب فقال له عبد الرحمن بن سهل : يا خليفة رسول الله لقد أسقطت التى لو ماتت ورثها وورثت التى لو ماتت لم يرثها ، فرجع أبو بكر فأشرك بينهما ، وروى عمر بن شبة عن الشعبى أن كعب بن سوار كان جالسا عند عمر فجاءته امرأة فقالت : يا أمير المؤمنين ما رأيت رجلا قط أفضل من زوجى ، والله انه ليبيت ليله قائما ويظل نهاره صائما فى اليوم الحار ما يفطر ، فاستغفر لها وأثنى عليها خيرا • قال : واستحيت المرأة فقامت راجعة فقال كعب : يا أمير المؤمنين هلا أعديت المرأة على زوجها ؟ قال : وما شكت ؟ قال : شكت زوجها أشد الشكاية • قال : أو ذاك أرادت ؟ قال : نعم • قال : ردوا على المرأة وقال : لا بأس بالحق أن تقوليه • ان هذا زعم أنك جئت تشكين زوجك أنه يجتنب فراشك ؟ قالت أجل انى امرأة شابة وانى لأبتغى ما يبتغى النساء • فأرسل الى زوجها فجاء فقال لكعب : اقض بينهما • قال : أمير المؤمنين أحق أن يقضى بينهما • قال : عزمت عليك لتقضين بينهما فانك فهمت من أمرها ما لم أفهم • قال : فانى أرى كأنها عليها ثلاث نسوة هى رابعتهن فاقضى له بثلاثة أيام بلياليهن يتعبد فيهن ولها يوم وليلة • فقال عمر : والله ما رأيك الأول أعجب الى من الآخر ، اذهب فأنت قاض على البصرة • والمشاورة ها هنا لاستخراج الأدلة ومعرفة الحق بالاجتهاد ، ولا يجوز أن

يقلد غيره ويقول بقول سواه ، سواء ظهر له الحق فخالفه غيره فيه أو لم يظهر له شيء ، وسواء ضاق الوقت أم لا ، وبهذا قال أحمد وأصحابه وأبو يوسف ومحمد • وقال أبو حنيفة : اذا كان الحاكم من أهل الاجتهاد جاز له ترك رأيه لرأى من هو أفقه منه عنده اذا صار اليه فهو ضرب من الاجتهاد ، ولأنه يعتقد أنه أعرف منه بطريق الاجتهاد • وقال أبو العباس بن شريح : يجوز له تقليد غيره فى حالة ضيق الوقت وخوف الفوت ، دليلنا أنه من أهل الاجتهاد لم يجز له تقليد غيره كما لو كان مثله •

مسألة اذا رفعت له قضية فحكم فيها ثم بان له خطأ نفسه نظرت ــ فان كان الخطأ لمخالفة نص كتاب أو سنة أو اجماع نقض حكمه ، وبهذا قال أحمد وأصحابه وقال الشافعى : اذا خالف نصا جليا نقضه ، وعن مالك وأبى حنيفة أنهما قالا : لا ينقض الحكم الا اذا خالف الاجماع ثم ناقضا ذلك فقال مالك : اذا حكم بالشفعة للجار نقض حكمه • وقال أبو حنيفة : اذا حكم ببيع متروك التسمية أو حكم بين العبيد بالقرعة نقض حكمه ، وقال محمد بن الحسن : اذا حكم بالشاهد واليمين نقض حكمه ، وهذه مسائل خلاف موافقة للسنة ، واحتجوا على أنه لا ينقض ما لم يخالف الاجماع بأنه يسوغ فيه الخلاف فلم ينقض حكمه فيه كما لا نص فيه • وحكى عن أبى ثور وداود بن على أنه ينقض جميع مابان له خطؤه لأن عمر كتب الى أبى موسى يقول : (لا يمنعك قضاء قضيته بالأمس ثم راجعت نفسك فيه اليوم فهديت لرشدك أن تراجع فيه الحق فان الرجوع الى الحق خير من التمادى فى الباطل) ، ولأنه خطأ فوجب الرجوع عنه كما لو خالف الاجماع ، وأما اذا تغير اجتهاده من غير أن يخالف نصا ولا اجماعا أو خالف اجتهاده اجتهاد من قبله لم ينقضه ، لأن اختلاف المجتهدين مستساغ ، فان أبا بكر حكم فى مسائل باجتهاده وخالفه عمر ولم ينقض أحكامه كما خالف على عمر فى اجتهاده ولم ينقض أحكامه وخالفهما على فلم ينقض أحكامهما ، فان أبا بكر سوى بين الناس فى العطاء وأعطى العبيد وخالفه عمر ففاضل بين الناس وخالفهما على فسوى بين الناس وحرم العبيد ، ولم ينقض واحد منهم مافعله غيره • وروى سعيد بن منصور أن أهل نجران جاءوا عليا

فقالوا : يا أمير المؤمنين كتابك بيدك وشفاعتك بلسانك فقال : ويحكم ان عمر كان رشيد الأمر ولن أرد قضاء قضى به عمر • وروى أن عمر قضى فى المشتركة باسقاط الاخوة من الأبوين ثم شرك بينهم بعد وقال : هذه على ما قضينا وتلك على ما قضينا • قال ابن قدامة : فان قيل : فقد روى أن شريحا حكم فى ابنى عم أحدهما أخ لأم أن المال للأخ فرفع ذلك الى على فقال : على بالعبد فجىء به فقال فى أى كتاب الله وجدت ذلك ؟ فقال : قال تعالى : (وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله) فقال على : قد قال الله تعالى (وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس) ونقض حكمه ، قلنا : لم يثبت عندنا أن عليا نقض حكمه ، ولو ثبت فيحتمل أن يكون على اعتقد أنه خالف نص الكتاب فى الآية التى ذكرها فنقض حكمه ذلك (ا هـ) •

مسألة اذا استعداه من يدعى له حقا على الحاكم الذى قبله فانه يحضره اذا كان له عليه دين أو غصب أو رشوة وبهذا قال أحمد وأصحابه • أما اذا لم يستعده فى حق له عليه وانما ادعى عليه الجور فى الحكم فوجهان أحدهما : يحضره لجواز أن يعترف ، فان حضر واعترف حكم عليه وان أنكر فالقول قوله من غير يمين وهو قول أبى سعيد الاصطخرى ومذهب أحمد لأن قول القاضى مقبول بعد العزل كما يقبل فى ولايته وفيه وجه أن يحلف لأنه أمين مدعى عليه بخيانة • والوجه الثانى : لا يحضره لأن فى احضاره وسؤاله امتهانا حتى يقيم بينة على مدعاه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **واذا خرج الى مجلس الحكم فالمستحب له أن يدعو بدعاء رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو ما روت ام سلمة رضى الله عنها قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا خرج من بيته يقول : اللهم انى اعوذ بك من أن أزل أو أزل أو اضل او أضل او أظلم أو أظلم او أجهل او يجهل على » • والمستحب أن يجلس مستقبل القبلة لقوله صلى الله عليه وسلم : خير المجالس ما استقبل به القبلة » ولأنه قربة فكانت جهة القبلة فيها أولى كالأذان ، والمستحب أن يقعد وعليه السكينة والوقار من غير جبرية ولا**

استكبار ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم رآه رجلا وهو متكىء على يساره فقال « هذه جلسة المغضوب عليهم » . ويترك بين يديه القمطر مختوما ليترك فيه ما يجتمع من المحاضر والسجلات ، ويجلس الكاتب بقربه ليشاهد ما يكتبه فان غلط فى شىء رده عليه .

فصل والمستحب أن يبدأ فى نظره بالمحبسين لأن الحبس عقوبة وعذاب ، وربما كان فيهم من تجب تخليته ، فاستحب البداية بهم ، ويكتب أسماء المحبسين وينادى فى البلدان القاضى يريد النظر فى أمر المحبسين فى يوم كذا فليحضر من له محبوس ، فاذا حضر الخصوم أخرج خصم كل واحد منهم فان وجب اطلاقه أطلقه وان وجب حبسه أعاده الى الحبس ، فان قال المحبوس : حبست على دين وأنا معسر فان ثبت اعساره أطلق ، وان لم يثبت اعساره أعيد الى الحبس ، فان ادعى صاحب الدين أن له دارا وأقام على ذلك البينة فقال المحبوس : هى لزيد سئل زيد فان أكذبه بيعت الدار وقضى الدين لأن اقراره يسقط باكذابه وان صدقه زيد نظرت فان أقام زيد بينة أن الدار له حكم له بالدار ولم تبع فى الدين ، لأن له بينة ويدا باقرار المحبوس ولصاحب الدين بينة من غير يد ، فقدمت بينة زيد ، وان لم يكن لزيد بينة ففيه وجهان (أحدهما) أنه يحكم بها لزيد ولا تباع فى الدين لأن بينة صاحب الدين بطلت باكذاب المحبوس وبقى اقرار المحبوس بالدار لزيد (والثانى) أنه لا يحكم بها لزيد وتباع فى الدين لأن بينة صاحب الدين شهدت للمحبوس بالملك وله بقضاء الدين من ثمنها فاذا أكذبها المحبوس سقطت البينة فى حقه ولم تسقط فى حق صاحب الدين .

فصل ثم ينظر فى أمر الأوصياء والأمناء لأنهم يتصرفون فى حق من لا يملك المطالبة بماله وهم الأطفال ، فاذا ادعى رجل أنه وصى للميت لم يقبل قوله الا ببينة لأن الأصل عدم الوصية فان أقام على ذلك بينة فان كان عدلا قويا أقر على الوصية ، وان كان فاسقا لم يقر على الوصية لأن الوصية ولاية والفاسق ليس من أهل الولاية وان كان عدلا ضعيفا ضم اليه غيره ليتقوى به ، وان أقام بينة أن الحاكم الذى كان قبله أنفذ الوصية اليه أقره ولم يسأل عن عدالته ، لأن الظاهر أنه لم ينفذ الوصية اليه الا وهو عدل ، فان كان وصيا فى تفرقة ثلثه فان لم يفرقه فالحكم فى اقراره على الوصية على ما ذكرناه ، وان كان قد فرقه فان كان عدلا لم يلزمه شىء ، وان كان فاسقا فان كانت الوصية لمعينين لم يلزمه شىء لأنه دفع الموصى به الى مستحقه ، وان كانت الوصية لغير معينين ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يغرم لأنه دفع المال الى مستحقه فأشبه اذا كانت الوصية لمعينين (والثانى) أنه يغرم ما فرقه لأنه فرق ما لم يكن له تفرقته فغرمه كما لو فرق ما جعل تفرقته الى غيره .

فصـــل ثم ينظر فى اللقطة والضوال وأمر الأوقاف العامة وغيرها من المصالح ويقدم الأهم فالأهم لأنه ليس لها مستحق معين فتعين على الحاكم النظر فيها .

الشرح الحديث الأول لأم سلمة واسمها هند قال النووى فى الأذكار : حديث صحيح رواه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه قال الترمذى : حديث حسن صحيح هكذا فى رواية أبى داود (أن أضـل أو أضل أو أذل أو أذل) وكذا الباقى بلفظ التوحيـد ، وفى رواية الترمذى (أعوذ بك من أن نذل) وكذلك (نضل ، ونظلم ، ونجهل) بلفظ الجمع ، وفى رواية أبى داود : (ما خرج من بيته الا رفع طرفه الى السماء فقال : اللهم انى أعوذ بك ، وفى رواية غيره كان اذا خرج من بيته) قال : كمـا ذكرناه والله أعلم . أما الحديث الثانى فان الوارد ما أخرجه الطبرانى فى الأوسط قال الهيثمى : اسناده حسن . عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ان سيد المجالس قبالة القبلة » وفيه أيضا من حديث ابن عمر : « أكرم المجالس ما استقبل به القبلة » وفى اسناده حمزة بن أبى حمزة وهو متروك وفيه أيضا من حديث ابن عباس مرفوعا : « ان لكل شىء شرفا وان أشرف المجالس ما استقبل به القبلة » وفى اسناده هشام بن زيادة أبو المقدام وهو متروك . أما ما جاء بصيغة : « خير المجالس » فعند البزار والطبرانى عن أنس مرفوعا : « خير المجالس أوسعها » وفيه مصعب بن ثابت وثقة ابن حبان وغيره وضعفه ابن معين وغيره ، وقد اشـتبه على المصنف الحديثان فأدرج صدر أحدهما فى عجز الآخر وتحريرهما فيما قدمناه . أما الحديث الثالث فعند أبى داود عن الشريد بن سويد قال : « مر بى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا جالس قد وضعت يدى اليسرى خلف ظهرى واتكأت على ألية يدى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تقعـد قعدة المغضوب عليهم » وفى رواية لابن حبان بزيادة : « وضع راحتيك على الأرض » .

اما اللغات فقد قال ابن بطال الركبى فى غريب المهذب : السكينة أصلها من السكون وهو ضد الحركة والوقار الحلم والرزانة وقد وقر الرجل

يقر وقارا وقرة فهو وقور • والقمطر وعاء الكتب وهو الذى يترك فيه المحاضر والسجلات • قال الخليل : حرف فى صدرك خير من ألف فى قمطرك • وهو أيضا الرجل القصير • والمحاضر التى يكتب فيها قصة المتحاكمين عند حضورهما مجلس الحكم وما جرى بينهما وما أظهر كل واحد من حجة من غير تنفيذ ولا حكم مقطوع به • والسجلات الكتب التى تجمع المحاضر وتزيد عليها بتنفيذ الحكم وامضائه • وأصل السجل الصحيفة التى فيها الكتاب أى كتاب كان ذكر فى تفسير قوله تعالى : (كطى السجل للكتب) وهو مذكر ، ويقال : عندى ثلاثة سجلات وأربعة سجلات ولا يؤنث لأن المراد به الكتاب وهو مذكر ولا يقال ثلاث سجلات على لفظه •

أما الأحكام فاذا جلس الحاكم فى منصة الولاية فأول ما ينظر فيه أمر المحبسين لأن الحبس عذاب وربما كان فيهم من لا يستحق البقاء فيه فينفذ الى حبس القاضى الذى كان قبله ثقة يكتب اسم كل محبوس وفيم حبس ولمن حبس • ويعيد النظر فى حبس الديون فان وجد معسرا دلت الدلائل على اعساره أطلق سراحه ، وان دلت على يساره نصحه بالوفاء فان لم ينتصح أعاد حبسه ، أو نصب له من يحصر أمواله وهو المسمى فى عصرنا هذا بمأمور التفليسة فيتتبع أمواله ثم يبيعها لحساب الدائنين •

بعد ذلك ينظر فى أمر الأوصياء لأنهم يكونون ناظرين فى أمر اليتامى والمجانين وتفرقة الوصية بين المساكين فيقصدهم الحاكم بالنظر لأن المنظور عليه لا يمكنه المطالبة بحقه ، فان الصغير والمجنون لا قول لهما ، والمساكين لا يتعين الأخذ منهم فاذا قدم اليه الوصى ــ فان كان الحاكم قبله نفذ وصيته ــ لم يعزله لأن الحاكم ما نفذ وصيته الا وقد عرف أهليته فى الظاهر ، ولكن يراعيه ، فان تغيرت حاله بفسق أو ضعف أضاف اليه أمينا قويا يعينه ، وان كان الأول ما نفذ وصيته ــ فان كان أمينا قويا ــ أقره ، وان كان أمينا ضعيفا ضم اليه من يعينه ، وان كان فاسقا عزله وأقام غيره ، هذا مذهبنا وقال الخرقى من الحنابلة : يضم اليه أمين ينظر عليه • ودليلنا أن الفاسق ليس من أهل الولاية فلا وصاية له • وان كان قد تصرف أو

فهو الوصية وهو أهل للوصية نفذ تصرفه ، وإن كان ليس بأهل وكان أهل الوصية بالغين عاقلين معينين صح الدفع اليهم لأنهم قبضوا حقوقهم وان كانوا غير معينين كالفقراء والمساكين ففيه وجهان (أحدهما) عليه الضمان لأنه ليس له التصرف (والثانى) لا ضمان عليه لأنه أوصله الى أهله ، وكذلك ان فرق الوصية غير الموصى اليه بتفريقها • ثم ينظر فى أمر الضوال واللقطة التى تولى الحاكم حفظها فان كانت مما يخاف تلفه كالحيوان أو فى حفظه مؤنة كالأموال الجافة باعها وحفظ ثمنها لأربابها ، وان لم تكن كذلك كالأثمان حفظها لأربابها ويكتب عليها لتعرفه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب ما يجب على القاضى فى الخصوم والشهود

(اذا حضر خصوم واحد بعد واحد قدم الأول فالأول ، لأن الأول سبق الى حق له فقدم على من بعده كما لو سبق الى موضع مباح ، وان حضروا فى وقت واحد أو سبق بعضهم وأشكل السابق اقرع بينهم ، فمن خرجت له القرعة قدم لأنه لا مزية لبعضهم على بعض فوجب التقديم بالقرعة كما قلنا فيمن أراد السفر ببعض نسائه ، فان ثبت السبق لأحدهم فقدم السابق غيره على نفسه جاز لأن الحق له فجاز أن يؤثر به غيره كما لو سبق الى منزل مباح ، ولا يقدم السابق فى أكثر من حكومة لأنا لو قدمناه فى أكثر من حكومة استوعب المجلس بدعاويه وأضر بالباقين . وان حضر مسافرون ومقيمون فى وقت واحد نظرت فان كان المسافرون قليلا وهم على الخروج قدموا لأن عليهم ضررا فى المقام ولا ضرر على المقيمين . وحكى بعض أصحابنا فيه وجها آخر انهم لا يقدمون الا باذن المقيمين لتساويهم فى الحضور ، وظاهر النص هو الأول . وان كان المسافرون مثل المقيمين أو أكثر لم يجز تقديمهم من غير رضى المقيمين لأن فى تقديمهم اضرار بالمقيمين والضرر لا يزال بالضرر ، وان تقدم الى الحاكم اثنان فادعى احدهما على الآخر حقا فقال المدعى عليه : انا جئت به وانا المدعى قدم السابق بالدعوى لأن ما يدعيه كل واحد منهما محتمل وللسابق بالدعوى حق السبق فقدم .

فصل وعلى الحاكم ان يسوى بين الخصمين فى الدخول والاقبال عليهما والاستماع منهما لما روت أم سلمة رضى الله عنها ((ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم فى لحظه ولفظه واشارته ومقعده)) وكتب عمر رضى الله عنه الى ابى موسى الأشعرى ((آس بين الناس فى وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف فى حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك)) ولأنه اذا قدم أحدهما على الآخر فى شىء من ذلك انكسر الآخر ولا يتمكن من استيفاء حجته ، والمستحب ان يجلس الخصمان بين يديه لما روى عبد الله بن الزبير قال : ((قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجلس الخصمان بين يدى القاضى)) ولأن ذلك أمكن

لخطابهما ، وان كان احدهما مسلما والآخر ذميا ففيه وجهان (احدهما) انه يسوى بينهما فى المجلس كما يسوى بينهما فى الدخول والاقبال عليهما والاستماع منهما (والثانى) أنه يرفع المسلم على الذمى فى المجلس لما روى (أن عليا رضى الله عنه حاكم يهوديا فى درع الى شريح فقام شريح من مجلسه وأجلس عليا كرم الله وجهه فيه فقال على رضى الله عنه : لولا انى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا تسووا بينهم فى المجالس » لجلست معه بين يديك) ولا يضيف أحدهما دون الآخر لما روى أن رجلا نزل بعلى بن أبى طالب رضى الله عنه فقال له : الك خصم ؟ قال : نعم . قال : تحول عنا فانى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا يضيفن احد الخصمين الا ومعه خصمه » ولأن فى اضافة احدهما اظهار الميل وترك العدل ، ولا يسار احدهما ولا يلقنه حجة لما ذكرناه ، ولا يأمر أحدهما باقرار لان فيه اضرارا به ولا بانكار لان فيه اضراراً بخصمه . وان ادعى أحدهما دعوى غير صحيحة فهل له أن يلقنه كيف يدعى ؟ فيه وجهان (احدهما) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى انه يجوز لأنه لا ضرر على الآخر فى تصحيح دعواه (والثانى) انه لا يجوز لأنه ينكسر قلب الآخر ولا يتمكن من استيفاء حجته ، وله أن يرد عن احدهما ما عليه لأن فى ذلك نفعا لهما ، وله أن يشفع لأحدهما لأن الاجابة الى المشفوع اليه ان شاء شفعه وان شاء لم يشفعه ، وان مال قلبه الى أحدهما أو أحب أن يفلح احدهما على خصمه ولم يظهر ذلك منه بقول ولا فعل جاز لأنه لا يمكنه التسوية بينهما فى المحبة والميل بالقلب ، ولهذا قلنا : يلزمه التسوية بين النساء فى القسم ولا يلزمه التسوية بينهن فى المحبة والميل بالقلب) .

الشرح حديث أم سلمة أخرجه الدارقطنى والطبرانى فى الكبير وأبو يعلى باللفظ الذى ساقه المصنف وزيادة : « ومجلسه ولا يرفع صوته على أحد الخصمين ما لا يرفع على الآخر » وفى اسناده عباد بن كثير وهو ضعيف ، ولكن له شواهد أخرى بمعناه تعضده منها حديث على كرم الله وجهه عند أحمد وأبى داود والترمذى وابن حبان وله طرق عند البزار ولفظه « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : يا على اذا جلس اليك الخصمان فلا تقض بينهما حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول فانك اذا فعلت ذلك تبين لك القضاء » وفى اسنادها عمرو بن أبى المقدام وهو عمرو بن ثابت ، قال ابن معين : ليس بثقة ، وفيها اختلاف على عمرو بن مرة ففى رواية أبى يعلى أنه رواه عنه شعبة عن أبى البخترى عن مجهول ومنهم من رواه عن أبى البخترى عن على وروايات أخرى تقويه وتعضده . أما حديث

عبد الله بن الزبير فعند أبي داود وأحمد والبيهقي والحاكم وفي اسناده مصعب بن ثابت بن عبد الله بن الزبير وقد ضعفه أحمد وابن معين وقال أبو حاتم : صدوق كثير الغلط وقال النسائي : ليس بالقوى • ورواية ابن الزبير هكذا مرسلة • وخبر تحاكم على واليهودى فى درع أخرجه أبو أحمد الحاكم فى الكنى فى ترجمة أبى سمية عن الأعمش عن ابراهيم التيمى قال : عرف على درعا مع يهودى وقال : منكر • وأورده ابن الجوزى فى العلل من هذا الوجه وقال : لا يصح • تفرد به أبو سمية ورواه البيهقى من وجه آخر من طريق جابر الجعفى عن الشعبى قال : خرج أمير المؤمنين على الى السوق فاذا هو بنصرانى يبيع درعا فعرفه على الخ وفى اسناده عمرو بن سمرة عن جابر الجعفى وكلاهما ضعيف • وأما حديث على الأخير فقد أوردنا لفظه الذى أخرجه أبو داود والترمذى وأحمد •

اما اللغات فقوله : (لحظه ولفظه واشارته) قال الزمخشرى : هو يلحظنى ويلاحظنى وفتنته لحظاتها وألحاظها • وقال زهير :

فوقعت بين قتود عنس ضامر لحاظة طفل العشى سناد

هى باقية النشاط بالعشى فهى تطمح بعينها ورجل لحاظ وقال عبد قيس ابن بجرة •

يسوقون لحاظا اذا ما رأيته بسلع ذكرت الهجرس المتربيا

ونظر الى بلحاظ عينه وهو مؤخرها •

واللفظ والاشارة معروفان اذا نمتا على ازدراء أو استهجان أو ايثار بمودة للخصم • وقوله : (آس بين الناس) الآسية واحدة الأواسى وهى الأساطين ، وملك ثابت الأواسى ، ومن المجاز أسوت بين القوم أصلحت بينهم ، وأسيت المصاب فتأسى • قال متمم بن نويرة فى رثاء أخيه مالك :

لقد لامنى عند العبور على البكا رفيقى لتذراف الدموع السوافك
وقال : أتبكى كل قبر رأيته لقبر ثوى بين اللوى فالدكادك
فقلت له : ان الأسى يبعث الأسى فدعنى فهذا كله قبر مالك

وقوله : لا يطمع شريف فى حيفك • يقال علا شرفا من الأرض وعلوا أشرفا وهو المكان المشرف وحلوا مشارف الأرض أعاليها ومنه مشارف الشام ، واستشرف الشيء رفع رأسه ينظر اليه قال مزرد :

تطاللت فاستشرفته فرأيته فقلت له آ أنت زيد الأراقم

وقال غيره :

ويحملنى فى الروع أجرد سابح ممر ككر الأندرى سنوف
اذا واضح التقريب أخر سرجه له حارك عال أشم شريف

ومن المجاز : لفلان شرف وهو علو المنزلة • والحيف هو الجور ، قال تعالى : (أم يخافون أن يحيف الله عليهم ورسوله) •

أما الأحكام فانه يجب على القاضى العدل بين الخصمين فى كل شيء من المجلس والخطاب واللحظ واللفظ والدخول والانصات اليهما والاستماع منهما وبه قال شريح وأبو حنيفة وأحمد ولا نعلم فيه مخالفا لحديث أم سلمة وقد مضى خبر تحاكم عمر وأبى بن كعب الى زيد بن ثابت فوسع زيد لعمر عن صدر فراشه قائلا : ها هنا يا أمير المؤمنين • فقال عمر : جرت فى أول القضاء ولكن أجلس مع خصمى فجلسا بين يديه ؛ وفيه : فحلف عمر ثم أقسم لا يدرك زيد باب القضاء حتى يكون عمر ورجل من عرض المسلمين عنده سواء • وقال ابراهيم النخعى : جاء رجل الى شريح وعنده السرى بن وقاص فقال الرجل لشريح : أعدنى على هذا الجالس عندك فقال شريح : قم فاجلس مع خصمك قال : انى أسمعك من مكانى • قال : لا ، قم فاجلس مع خصمك فأبى أن يسمع منه حتى أجلسه مع خصمه • وفى رواية : ان مجلسك يريبه ، وانى لا أدع النصرة وأنا عليها قادر • ولقول على (لو كان مسلما لجلست بين يديك) ولأن الحاكم اذا ميز أحد الخصمين على الآخر حصر وانكسر قلبه وربما لم تقم حجته فأدى ذلك الى ظلمه ، وان أذن أحد الخصمين للحاكم فى رفع الخصم الآخر عليه فى المجلس جاز لأن الحق له ولا ينكسر قلبه اذا كان هو الذى رفعه •

والسنة أن يجلس الخصمان بين يدى القاضى لحديث : « قضى النبى

صلى الله عليه وسلم أن يجلس الخصمان بين يدى الحاكم » رواه أبو داود وغيره • وان كان الخصمان ذميين سوى بينهما أيضا لاستوائهما فى الدين ، وان كان أحدهما مسلما والآخر ذميا جاز رفع المسلم لحديث على كرم الله وجهه : (لا تساووهم فى المجالس) ذكره أبو نعيم فى الحلية ، ولا ينبغى أن يضيف أحد الخصمين دون صاحبه اما أن يضيفهما معا أو يدعهما معا ، ولأن ذلك يوهم الخصم ميل الحاكم الى من أضافه • ولا يلقن أحدهما حجته ولا ما فيه ضرر على خصمه مثل أن يريد أحدهما الاقرار فيلقنه الانكار ، أو اليمين فيلقنه النكول ، أو النكول فيجرئه على اليمين ، أو يحس من الشاهد بالتوقف فيجسره على الشهادة ، أو يكون مقدما على الشهادة فيوقفه عنها ، أو يقول لأحدهما وحده تكلم أو نحو ذلك مما فيه اضرار بخصمه لما ينبغى من التزام العدل بينهما فى كل شىء • فان قيل : فقد لقن النبى صلى الله عليه وسلم السارق بقوله : (ما اخالك سرقت) وقول عمر لزياد : (أرجو ألا يفضح الله على يديك رجلا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم) قلنا : لا يرد هذا الالزام ها هنا ، فان هذا فى حدود الله وحقوقه ولا خصم للمقر ولا للمشهود عليه ، فليس فى تلقينه حيف على أحد الخصمين ولا ترك للعدل فى أحد الجانبين • هكذا أفاده ابن قدامة فى المغنى وهو ما يوافق مذهبنا • وله أن يرد عن أحدهما ما عليه للآخر وله أن يشفع لأحدهما ، كأنه يعقد بينهما صلحا ، ولا يأثم فى ميله القلبى ما دام لم يؤثر ذلك على حكمه المتوخى فيه العدل والانصاف للدليل الذى ساقه المصنف • والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا ينتهر خصما لأن ذلك يكسره ويمنعه من استيفاء الحجة ، وان ظهر من احدهما لدد أو سوء أدب نهاه فان عاد زبره وان عاد عزره ، ولا يزجر شاهدا ولا يتعنته لأن ذلك يمنعه من الشهادة على وجهها ويدعوه الى ترك القيام بتحويل الشهادة وادائها وفى ذلك تضييع للحقوق •

فصل فان كان بين نفسين حكومة فدعا احدهما صاحبه الى

مجلس الحكم وجبت عليه اجابته لقوله تعالى : (انما كان قول المؤمنين اذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم أن يقولوا سمعنا وأطعنا) فان لم يحضر فاستعدى عليه الحاكم وجب عليه أن يعديه لأنه اذا لم يعده ادى ذلك الى ابطال الحقوق ، فان استدعاه الحاكم فامتنع من الحضور تقدم الى صاحب الشرطة ليحضره ، وان كان بينه وبين غائب حكومة ولم يكن عليه بينة فاستعدى الحاكم عليه فان كان الغائب فى موضع فيه حاكم كتب اليه لينظر بينهما ، وان لم يكن حاكم وهناك من يتوسط بينهما كتب اليه لينظر بينهما ، وان لم يكن من ينظر بينهما لم يحضره حتى يحقق الدعوى لأنه يجوز أن يكون ما يدعيه ليس بحق عنده كالشفعة للجار وثمن الكلب وقيمة خمر النصرانى فلا يكلفه تحمل المشقة للحضور لما لا يقضى به ، ويخالف الحاضر فى البلد حيث قلنا انه يحضر قبل أن يحقق المدعى دعواه لأنه لا مشقة عليه فى الحضور ، فان حقق الدعوى على الغائب احضره لما روى أن ابا بكر الصديق رضى الله عنه كتب الى المهاجر بن أمية أن (ابعث الى بقيس بن مكشوح فى وثاق فاحلفه خمسين يمينا على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قتل داذويه) ولأنا لو لم نلزمه الحضور جعل البعد طريقا الى ابطال الحقوق فان استعداه على امرأة فان كانت برزة فهى كالرجل ، لأنها كالرجل فى الخروج للحاجات ، وان كانت غير برزة لم تكلف الحضور بل توكل من يخاطب عنها ، وان توجهت عليها يمين بعث اليها من يحلفها لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « يا أنيس اغد على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » فبعث من يسمع اقرارها ولم يكلفها الحضور .)

الشرح قوله تعالى (انما كان قول المؤمنين اذا دعوا) الخ أى الى كتاب الله وحكم رسوله أن يقولوا سمعنا وأطعنا ، قال ابن عباس : أخبر بطاعة المهاجرين والأنصار ، وان كان ذلك فيما يكرهون أى هذا قولهم وهؤلاء لو كانوا مؤمنين لكانوا يقولون : سمعنا وأطعنا فالقول نصب على خبر كان واسمها فى أن يقولوا . وقرأ على بن أبى طالب (قول) بالرفع .

أما قصة كتاب أبى بكر الى المهاجر بن أمية فذلك أن داذويه وكان من أبناء أمراء الفرس فى اليمن وكان شيخا كبيرا وأسلم فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان فيمن قتل الأسود العنسى الذى تنبأ باليمن فخاف قيس بن مكشوح من قوم العنسى فادعى أن داذويه قتله ثم وثب على داذويه فقتله ليرضى بذلك قوم العنسى ، فكتب أبو بكر الصديق الى المهاجر بن أبى أمية أن يبعث اليه بقيس بن مكشوح فى وثاق فبعث به اليه فى وثاق فقال :

قتلت الرجل الصالح داذويه وهم بقتله فكلمه قيس وحلف أنه لم يفعل ، وقال : يا خليفة رسول الله استبقنى لحربك فان عيدى بصيرا بالحروب ومكيدة للعدو ، فاستبقاه أبو بكر وبعثه الى العراق وأمر ألا يولى شيئا وأن يستشار فى الحرب . هكذا أفاده ابن سعد فى الطبقات الكبرى فيمن نزل من الصحابة اليمن .

أما اللغات فاللدد مصدر لد وبابه تعب فهو ألد والمرأة لداء والجمع لد من باب أحمر ولاده ملادة وبابه قاتل ، ولد الرجل خصمه وبابه قتل وهو فى كل ذلك شدة الخصومة ويسمى بالمصدر فيقال هو لد ويقال لاد اسم الفاعل على الأصل والمبالغة لدود . قال تعالى : (وهو ألد الخصام) وقال : (وتنذر به قوما لدا) وقال الأزهرى : اللدد التواء الخصم فى محاكمته ومأخوذ من لديدى الوادى وهما جانباه . وقوله (زبره) يعنى زجره ومنعه وبابه قتل ويسمى الزبير بن العوام تصغير المصدر وقوله (ولا يعنته) العنت الخطأ وهو مصدر وبابه تعب ويقال للمشقة وقوله تعالى : (لمن خشى العنت منكم) أى الزنا وتعنته أدخل عليه الأذى وأعنته أوقعه فى العنت وفيما يشق عليه تحمله ، واستعدى عليه الحاكم استعانه فأعداه أى أعانه والاسم منه العدوى قال زهير :

وانى لتعدينى على الهم جسرة تخب بوصال صروم وتعنق

أما المهاجر بن أمية فهو أخو أم سلمة لأبيها وأمها وكان اسمه الوليد فكره النبى صلى الله عليه وسلم اسمه وقال لأم سلمة : هو المهاجر وكانت قد قالت له : قدم أخى الوليد مهاجرا فقال : هو المهاجر فقالت : هو المهاجر يا رسول الله . استعمله النبى صلى الله عليه وسلم على صدقات كندة والصدف ثم ولاه أبو بكر اليمن وهو الذى افتتح حصن النجير بحضرموت مع زياد بن لبيد الأنصارى وهما بعثا بالأشعث بن قيس أسيرا فمن عليه أبو بكر أو حقن دمه . أما قيس بن مكشوح فانه يعد فى بنى مراد لأنه كان حليفهم وان كان هو من أثمار بطن من كهلان بن سبأ . قيل : لا صحبة له وقيل : له صحبة باللقاء والرواية ، قال أبو عمر بن عبد البر : لا أعلم له

رواية ومن قال : لا صحبة له يقول انه لم يسلم الا فى أيام أبى بكر وقيل : فى أيام عمر • وهو أحد الذين شهدوا مع النعمان بن مقرن فتح نهاوند ، وله ذكر صالح فى الفتوحات بالقادسية وغيرها زمن عمر وعثمان ، وهو أحد الذين قتلوا الأسود العنسى وهم : قيس بن مكشوح وداذويه وفيروز الديلمى ، وقتله الأسود يدل على أنه أسلم فى مرض النبى صلى الله عليه وسلم ثم قتل قيس فى صفين مع على رضى الله عنه وكان يومئذ تحت راية بجيلة ، وكانت فيه نجدة وبسالة ، وكان بطلا فارسا وأديبا شاعرا ، وهو ابن أخت عمرو بن معد يكرب ، وكانا متناقضين فى الجاهلية ومتباغضين فى الاسلام ، وهو القائل لعمرو بن معد يكرب :

فلو لاقيتنى لاقيت قرنا ... وودعت الحبائب بالسلام

لعلك موعدى بينى زبيد ... وما قامعت من تلك اللئام

ومثلك قد قرنت له يديه ... الى اللحيين يمشى فى الخطام

ومن خبره فى صفين أن بجيلة قالت له : يا أبا شداد خذ رايتنا اليوم فقال : غيرى خير لكم • قالوا : ما نريد غيرك • قال فوالله لئن أعطيتمونيها لا أنتهى بكم دون صاحب الترس المذهب ، قال : وعلى رأس معاوية رجل قائم معه ترس مذهب يستر به معاوية من الشمس ، فقالوا له اصنع ما شئت ، فأخذ الراية ثم زحف فجعل يطاعنهم حتى انتهى الى صاحب الترس وكان فى خيل عظيمة فاقتتل الناس هناك قتالا شديدا وقتل فى تلك الموقعة •

وحديث (اعد يا أنيس) مضى فى الحدود والله تعالى أعلم •

أما الأحكام فاذا ادعى رجل على رجل الى الحاكم فانه يجب عليه أن يحضره فان أبى ألزمه بالحضور عن طريق الشرطة سواء علم بينهما معاملة أم لا وسواء كان المدعى عليه ممن يعامل المدعى أم لا يعامله كالفقير يدعى على ذى جاه وثراء وهيئة ، وهذا احدى الروايتين عن أحمد وفى رواية الأثرم وهو اختيار أبى بكر من أصحابه وكذلك الخرقى فى متنه وابن قدامة فى المغنى وبه قال أبو حنيفة ، لأن فى تركه تضييعا للحقوق واقرارا للظلم ، فانه

قد يثبت له الحق على من هو أرفع منه بغصب أو يشترى منه شيئا دون أن يوفيه أو يودعه شيئا أو يعيره فلا يرد وديعة ولا عارية ولا نعلم بينهما معاملة فاذا لم يثبت دعـواه فى ثبت الدعاوى ويدرجهـا فى جلسـاته سقط حق الضعيف ، وهذا أعظم ضررا من حضور مجلس الحاكم فانه لا نقيصة فيه ، وقد حضر عمر وأبى عند زيد تن ثابت ، وحضر هو وآخر عند شريح ، وحضر على عند شريح وحضر المنصور عند رجل من ولد طلحة بن عبيد الله ، وعن أحمد رواية ثانية أنه لا يستدعيه الا أن يعلم بينهما معامله ويتبين أن لما ادعاه أصلا ، روى ذلك عن على وهو مذهب مالك ، لأن فى ادعائه على كل أحد تبذيل أهل المروءات واهانة ذوى الهيئات فانه لا يشاء أحد أن يبذلهم عند الحاكم الا فعل ، وربما فعل هذا من لا حق له ليفـرض اتاوة على المدعى عليه ليعفيه من الدعوى بالتنازل عنها وعدم الحضـور ؛ فيجرى القـاضى محوها (شطبها) ورفضها . ودليلنا أن ضرر تضييع الحق أعظم والمحافظة على الحق المحتمل ضياعه أولى من توهم فقد مهابة الوجهـاء باستدعائهم لمجالس الحكام ، وليس أحد أرفع مكانة من أميرى المؤمنين عمر وعلى رضى الله عنهما . وقال القرطبى : وأسـند الزهراوى عن الحسن بن أبى الحسن مرفوعا « من دعاه خصمه الى حاكم من حكام المسلمين فلم يجب فهو ظالم ولا حق له » . قال ابن العربى : هذا حديث باطل فأما قوله « فهو ظالم » فكلام صحيح ، وأما قوله « فلا حق له » فلا يصح ويحتمل أن يريد أنه على غير الحق ا هـ .

فـــرع قال الشـافعى رحمـه الله : واذا اختصم الرجلان الى القاضى فبان له من أحد الخصمين اللدد نهاه عنه فان عاد زجره ولا يبلغ أن يحبسه ولا يضربه الا أن يكون فى ذلك ما يستوجب ضربا أو حبسا ، ومتى بان له الحق عليه قطع به الحكم عليه . هكذا قال فى الأم ومن الأم نقلته .

فـــرع لا يخلو المدعى عليه من أن يكون حاضرا أو غائبـا ، فان كان فى البلد أو قريبا منه بعث اليه يعلنه بالحضور ، وفى نظام المحضرين الذين يحملون اعلان القاضى الى الخصوم أو اعلان المدعين للحضـور فى

مجلس القاضى فى يوم مسمى ما يوافق كلام الفقهاء قاطبة • فان لم يحضر فانه يبعث اليه مندوبا من الشرطة يؤكد عليه بالحضور على ألا يقتحم عليه منزله بغير اذن منه لحرمة بيوت المسلمين ، وقد فصل الشافعى آداب استدعاء المتهم بما يحفظ آدمية الانسان وآداب الشرع وحياء أهل المروءة فقال فى الأم : (ان علم له مكانا ــ أى للمتهم ــ أمر بالهجوم عليه فبعث خصيانا أو غلمانا لم يبلغوا الحلم وثقات من النساء معهم ذوو عدل من الرجال فيدخل للنساء والصبيان : فان حصلوا فى صحن الدار دخل الرجال ويؤمر الخصيان بالتفتيش ويتفقد النساء النساء فان ظفروا به أحضروه) وقال أصحابنا : اذا اختبأ بعث الحاكم من ينادى على بابه ثلاثا أنه ان لم يحضر مع فلان أقام عنه وكيلا وحكم عليه حكما غيابيا وقضى حقه من ماله ان وجد له مال وهذا مذهب أحمد وأبى يوسف وأهل البصرة وحكاه عنهم أحمد ، وان لم يكن له مال ولم تكن للمدعى بينة فلا ضرورة للتهجم •

فــــرع اذا كان الغائب فى غير ولاية القاضى لم يكن له أن يعدى عليه وله الحكم عليه ، وان كان فى ولايته وله فى بلده خليفة ــ فان كان له بينة ــ ثبت الحق عنده ، وكتب به الى خليفته ولم يحضره ، وان لم تكن له بينة حاضرة نفذه الى خصمه ليخاصمه عند خليفته ، وان كان فيه من يصلح للقضاء أذن له فى الحكم بينهما والا قيل له : حرر دعواك لأنه يجوز أن يكون ما يدعيه ليس بحق عنده كالشفعة للجار وقيمة الكلب أو خمر الذمى فلا يكلفه الحضور لما لا يقضى عليه به مع المشقة فيه بخلاف الحاضر فانه لا مشقة فى حضوره ، فاذا تحررت بعث فأحضر خصمه بعدت المسافة أو قربت • وبهذا قال أحمد وأصحابه وقال أبو يوسف ان كان يمكنه أن يحضر ويعود فيأوى الى موضعه أحضره والا لم يحضره ويوجد من يحكم بينهما وقيل : ان كانت المسافة دون مسافة القصر أحضره والا فلا •

فــــرع ان كان المدعى عليه امرأة من ربات الخدور التى لا تبرز لقضاء حوائجها أمرت بالتوكيل عنها ان توجهت اليمين عليها بعث الحاكم أمينا معه شاهدان فيستحلفها بحضرتهما فان أقرت شهدا عليها أو يبعث اليها من يقضى بينها وبين خصمها فى دارها • وهذا كله مذهب أحمد وأصحابه

لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « واغد يا أنيس الى امرأة هـذا فان اعترفت فارجمها » فبعث اليها ولم يستدعها • واذا حضروا عندها كان بينها وبينهم ستر تتكلم من ورائه ، فان اعترفت للمدعى أنها خصمه حكم بينهما وان أنكرت ذلك جىء بشاهدين من ذوى رحمها يشهدان أنها المدعى عليها ثم يحكم بينهما ، وان كانت خفرة منعها الحياء من النطق بحجتها والتعبير عن نفسها سيما مع جهلها بالحجة وقلة معرفتها بالشرع وحججه جاز للقاضى أن يوكل عنها أمينا ترضاه للتعبير عنها والادلاء بحجتها • أما اذا كانت برزة ـ وهى التى تخرج لقضاء حوائجها ـ فحكمها حكم الرجل والله تعـالى أعلم بالصواب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب صفة القضاء

اذا حضر عند القاضى خصمان وادعى احدهما على الآخر حقا يصح فيـه دعواه ، وسأل القاضى مطالبة الخصم بالخـروج من دعواه طالبه ، وان لم يسأله مطالبة الخصم ففيه وجهان (أحدهما) انه لا يجوز للقاضى مطالبته لأن ذلك حق للمدعى فلا يجوز استيفاؤه من غير اذنه (الثانى) وهو المذهب انه يجوز له مطالبته لأن شاهد الحال يدل على الاذن فى المطالبة فان طولب لم يخل اما أن يقر أو ينكر أو لا يقـر ولا ينكر ، فان أقر لزمه الحق ولا يحكم به الا بمطالبة المدعى ، لأن الحكم حق له فلا يستوفيه من غير اذنه • فان طالبـه بالحكم حكم له عليه وان انكر فان كان المدعى لا يعلم ان له اقامة البينة قال له القاضى الك بينة ؟ وان كان يعلم فله أن يقول ذلك وله ان يسكت وان لم تكن له بينة وكانت الدعوى فى غير دم فله أن يحلف المدعى عليه ولا يجـوز للقاضى احلافه الا بمطالبة المدعى لانه حق له فلا يستوفيه من غير اذنه ، وان احلفه قبل المطالبة لم يعتد بها لانها يمين قبل وقتها ، وللمدعى أن يطـالب باعادتها لأن اليمين الأولى لم تكن يمينه ، وان أمسك المدعى عن احلاف المدعى عليه ثم أراد أن يحلفه بالدعوى المتقدمة جاز لانه لم يسقط حقه من اليمين وانما أخرها وان قال ابراتك من اليمين سقط حقه منها فى هذه الدعوى وله أن يستأنف الدعوى لأن حقه لم يسقط بالابراء من اليمين فان استأنف فانكر المدعى عليه فله أن يحلفه لأن هذه الدعوى غير الدعوى التى أبراه فيها من اليمين فان حلف سقطت الدعوى ، لمـا روى وائل بن حجـر « أن رجلا من حضرموت ورجلا من كندة اتيـا رسـول الله صلى الله عليـه وسلم فقـال

الحضرمي : هذا غلبني على ارض ورثتها من ابي ، وقال الكندي : ارضي وفي يدي أزرعها لا حق له فيها . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : شاهداك أو يمينه . قال : انه لا يتورع عن شيء ، فقال : ليس لك الا ذلك)) فان امتنع عن اليمين لم يسأل عن سبب امتناعه فان ابتدأ وقال : امتنعت لأنظر في الحساب تمهل ثلاثة أيام لأنها مدة قريبة ولا يمهل أكثر منها لأنها مدة كثيرة فان لم يذكر عذرا لامتناعه جعله ناكلا ولا يقضى عليه بالحق بنكله لأن الحق انما يثبت بالاقرار او البينة ، والنكول ليس باقرار ولا بينة ، فان بذل اليمين بعد النكول لم يسمع ، لأن بنكوله ثبت للمدعى حق وهو اليمين فلم يجز ابطاله عليه فان لم يعلم المدعى أن اليمين صارت اليه قال له القاضي : أتحلف وتستحق ؟ وان كان يعلم فله أن يقبل ذلك وله ان يسكت ، وان قال : احلف ردت اليمين عليه لما روى ابن عمر رضي الله عنه ((أن النبي صلى الله عليه وسلم رد اليمين على صاحب الحق)) وروى (ان المقداد استقرض من عثمان مالا فتحاكما الى عمر فقال المقداد : هو أربعة آلاف وقال عثمان : سبعة آلاف فقال المقداد لعثمان : احلف أنه سبعة آلاف . فقال عمر : انه أنصفك ، فلم يحلف عثمان . فلما ولى المقداد قال عثمان : والله لقد أقرضته سبعة آلاف ، فقال عمر : لم لم تحلف ؟ فقال خشيت أن يوافق ذلك به قدر بلاء فيقال : بيمينه) واختلف قول الشافعي رحمه الله تعالى في نكول المدعى عليه مع يمين المدعى فقال في احد القولين : هما بمنزلة البينة لأنه حجة من جهة المدعى . وقال في القول الآخر : هما بمنزلة الاقرار ، وهو الصحيح لأن النكول صادر من جهة المدعى عليه واليمين ترتب عليه ، وله ، فصار كاقراره فان نكل المدعى عن اليمين سئل عن سبب نكوله ، والفرق بينه وبين المدعى عليه حيث لم يسأل عن سبب نكوله ان بنكول المدعى عليه وجب للمدعى حق في رد اليمين والقضاء له ، فلم يجز سؤال المدعى عليه ، وبنكول المدعى لم يجب لغيره حق فيسقط بسؤاله فان سئل فذكر أنه امتنع من اليمين لأن له بينة يقيمها وحسابا ينظر فيه فهو على حقه من اليمين ولا يضيق عليه في المدة ويترك ما تارك ، والفرق بينه وبين المدعى عليه حيث قلنا انه لا يترك أكثر من ثلاثة أيام ان يترك المدعى عليه يتأخر حق المدعى في الحكم له ويترك المدعى لا يتأخر الا حقه ، وان قال : امتنعت لأني لا أختار ان احلف حكم بنكوله ، فان بذل اليمين بعد النكول لم يقبل في هذه الدعوى لأنه أسقط حقه منها ، فان عاد في مجلس آخر واستأنف الدعوى وانكر المدعى عليه وطلب يمينه حلف فان حلف ترك ، وان نكل ردت اليمين على المدعى ، فاذا حلف حكم له لأنها يمين في غير الدعوى التي حكم فيها بنكوله ، فان كان له شاهد واختار أن يحلف المدعى عليه جاز وتنتقل اليمين الى جنبة المدعى عليه ، فان اراد أن يحلف مع شاهده لم يكن له في هذا المجلس لأن اليمين انتقلت عنه الى جنبة غيره فلم تعد اليه ، فان عاد في مجلس آخر واستأنف الدعوى جاز ان يقيم الشاهد ويحلف معه لأن حكم الدعوى الأولى قد سقط . وان حلف المدعى عليه في الدعوى الأولى سقطت عنه

المطالبة ، وان نكل عن اليمين لم يقض عليه بنكوله وشاهد المدعى لأن للشاهد معنى تقوى به جنبة المدعى فلم يقض به مع النكول من غير يمين كاللوث فى القسامة . وهل ترد اليمين على المدعى ليحلف مع الشاهد ؟ فيه قولان احدهما : انه لا ترد لأنها كانت فى جنبته وقد أسقطها وصارت فى جنبة غيره فلم تعد اليه كالمدعى عليه اذا نكل عن اليمين فردت الى المدعى فنكل فانها لا ترد على المدعى عليه . والقول الثانى وهو الصحيح : أنها ترد لأن هذه اليمين غير الأولى لأن سبب الأولى قوة جنبة المدعى بالشاهد ، وسبب الثانية قوة جنبته بنكول المدعى عليه واليمين الأولى لا يحكم بها الا فى المال وما يقصد به المال ، والثانية يقضى بها فى جميع الحقوق التى تسمع فيها الدعوى فلم يكن سقوط احداهما موجبا لسقوط الأخرى ، فان قلنا : انها لا ترد حبس المدعى عليه حتى يحلف أو يقر لأنه تعين عليه ذلك ، وان قلنا : انها ترد حلف مع الشاهد واستحق .

فصل وان كانت الدعوى فى موضع لا يمكن رد اليمين على المدعى بأن ادعى على رجل دينا ومات المدعى ولا وارث له غير المسلمين وأنكر المدعى عليه ونكل عن اليمين ففيه وجهان ذكرهما أبو سعيد الاصطخرى (احدهما) انه يقضى بنكوله لأنه لا يمكن رد اليمين على الحاكم لأنه لا يجوز أن يحلف عن المسلمين لأن اليمين لا تدخلها النيابة ولا يمكن ردها على المسلمين لأنهم لا يتعينون فقضى بالنكول لموضع الضرورة (والثانى) وهو المذهب انه يحبس المدعى عليه حتى يحلف أو يقر لأن الرد لا يمكن لما ذكرناه ، والقضاء بالنكول لا يجوز لما قدمناه ، لأنه اما ان يكون صادقا فى انكاره فلا ضرر عليه فى اليمين أو كاذبا فيلزمه الاقرار . وان ادعى وصى دينا لطفل فى حجره على رجل وأنكر الرجل ونكل عن اليمين وقف الى أن يبلغ الطفل فيحلف لأنه لا يمكن رد اليمين على الوصى لأن اليمين لا تدخلها النيابة ولا على الطفل فى الحال لأنه لا يصح يمينه فوجب التوقف الى أن يبلغ .

فصل وان كان للمدعى بينة عادلة قدمت على يمين المدعى عليه لأنها حجة لا تهمة فيها لأنها من جهة غيره واليمين حجة يتهم فيها لأنها من جهته ولا يجوز سماع البينة ولا الحكم بها الا بمسئلة المدعى لأنه حق له فلا يستوفى الا باذنه . فان قال المدعى عليه : احلفوه انه يستحق ما شهدت به البينة ، لم يحلف لأن فى ذلك طعنا فى البينة العادلة ، وان قال : ابرأنى منه فحلفوه انه لم يبرئنى منه أو قضيته فحلفوه انى لم اقضه حلف لأنه ليس فى ذلك قدح فى البينة ، وما يدعيه محتمل فحلف عليه ، وان كانت البينة غير عادلة قال له القاضى : زدنى فى شهودك ، وان قال المدعى : لى بينة غائبة وطلب يمين المدعى عليه احلف لأن الغائبة كالمعدومة لتعذر اقامتها ، فان حلف المدعى

عليه ثم حضرت البينة وطلب سماعها والحكم بها وجب سماعها والحكم بها لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : « البينة العادلة احق من اليمين الفاجرة » ولأن البينة كاقرار ثم يجب الحكم بالاقرار بعد اليمين فكذلك بالبينه . وان قال : لى بينة حاضرة ولكنى أريد أن احلفه حلف ، لأنه قد يكون له غرض فى احلافه بأن يتورع عن اليمين فيقر واثبات الحق بالاقرار أقوى وأسهل من اثباته بالبينة . وان قال : ليس لى بينة حاضرة ولا غائبة او قال كل بينة وشهد لى فهى كاذبة وطلب احلافه فحلف ثم اقام البينة على الحق ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنها لا تسمع لأنه كذبها بقوله (والثانى) أنه ان كان هو الذى استوثق بالبينة لم تسمع لأنه كذبها وان كان غيره المستوثق بالبينة سمعت لأنه لم يعلم بالبينة فرجع قوله لا بينة لى الى ما عنده (والثالث) أنها تسمع بكل حال وهو الصحيح لأنه يجوز أن يكون ما علم ، وان علم فلعله نسى ، فرجع قوله لا بينة لى الى ما يعتقده .

فصل وان قال المدعى لى بينة بالحق لم يجز له ملازمة الخصم قبل حضورها لقوله صلى الله عليه وسلم « شاهداك او يمينه ليس لك الا ذلك » وان شهد له شاهدان عدلان عند الحاكم وهو لا يعلم ان له دفع البينة بالجرح قال له قد شهد عليك فلان وفلان وقد ثبتت عدالتهما عندى وقد اطردتك جرحهما وان كان يعلم فله ان يقول وله أن يسكت ، فان قال المشهود عليه لى بينة بجرحهما نظر فان لم يأت بها حكم عليه ، لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال فى كتابه الى أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه (واجعل لمن ادعى حقا غائبا أمدا ينتهى اليه فان أحضر بينته أخذت له حقه ، والا استحللت عليه القضية ، فانه أنفى للشك وأجلى للعمى) ولا ينظر اكثر من ثلاثة ايام لأنه كثير وفيه اضرار بالمدعى ، وان قال لى بينة بالقضاء أو الابراء أمهل ثلاثة ايام ، فان لم يأت بها حلف المدعى انه لم يقضه ولم يبرئه لم يقض له لما ذكرناه وله أن يلازمه الى ان يقيم البينة بالجرح أو القضاء ، لأن الحق قد ثبت له فى الظاهر . وان شهد له شاهدان ولم تثبت عدالتهما فى الباطن فسأل المدعى ان يحبس الخصم الى أن يسأل عن عدالة الشهود ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى اسحق وهو ظاهر المذهب انه يحبس لأن الظاهر العدالة وعدم الفسق (والثانى) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى أنه لا يحبس لأن الأصل براءة ذمته . وان شهد له شاهد واحد وسأل أن يحبسه الى ان يأتى بشاهد آخر ففيه قولان (أحدهما) أنه يحبس كما يحبس اذا جهل عدالة الشهود (والثانى) انه لا يحبس وهو الصحيح لأنه لم يأت بتمام البينة ، ويخالف اذا جهل عدالتهم لأن البينة تم عددها ، والظاهر عدالتها . وقال أبو اسحق : ان كان الحق مما يقضى فيه بالشاهد واليمين حبس قولا واحدا لأن الشاهد الواحد حجة فيه لأنه يحلف معه) .

الشرح حديث وائل بن حجر قال فى ذخائر المواريث أخرجه مسلم فى الايمان عن قتيبة وأبى بكر وهناد بن السرى وأبى عاصم وعن زهير بن حرب واسحاق بن ابراهيم وفى أبى داود عن هناد فى كتاب الأيمان وفى الترمذى فى الأحكام عن قتيبة ا هـ وقال الشوكانى فى نيل الأوطار وقد ساقه ابن تيمية [1] الجد فى منتقى الأخبار من حديث الأشعث بن قيس قال : « كان بينى وبين رجل خصومة فى بئر فاختصمنا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : شاهداك أو يمينه فقلت : انه اذن يحلف ولا يبالى فقال : من حلف على يمين يقتطع بها مال امرىء مسلم هو فيها فاجر لقى الله وهو عليه غضبان » متفق عليه قال : واحتج به من لم ير الشاهد واليمين ومن رأى العهد يمينا . وفى لفظ « خاصمت ابن عم لى عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بئر كانت لى فى يده فجحدنى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بينتك أنها بئرك والا فيمينه ، قلت : ما لى بينة وان يجعلها يمينه تذهب بئرى ان خصمى امرؤ فاجر . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من اقتطع مال امرىء مسلم بغير حق لقى الله وهو عليه غضبان » رواه أحمد وساق حديث وائل بن حجر . قال الشوكانى : قد تقدم فى كلام الأشعث بن قيس أن رجلا من كندة ورجلا من حضرموت اختصما الى النبى صلى الله عليه وسلم وهكذا وقع فى رواية أبى داود وذلك يقتضى أن الخصومة بين رجلين غيره ورواية حديث الباب[2] تقتضى أنه أحد الخصمين ، ويمكن الجمع بالحمل على تعدد الواقعة فان رواية لأبى داود فى حديث الأشعث هذا بلفظ « كان بينى وبين رجل من اليهود أرض فجحدنى فيها » ففى هذا تصريح بأن خصمه كان يهوديا بخلافه ما تقدم فى الغصب فانه قال : ان رجلا من كندة ورجلا من حضرموت والكندى هو امرؤ القيس بن

---

(١) ابن تيمية الجد هو ما أطلقاه على صاحب المنتقى واسمه عبد السلام وكنيته أبو البركات ولقبه مجد الدين أما حفيده فهو شيخ الاسلام واسمه أحمد وكنيته أبو العباس ولقبه تقى الدين (ط) .

(٢) يعنى (باب استحلاف المنكر اذا لم تكن بينة وانه ليس للمدعى الجمع بينهما) من كتاب نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار جـ ٩ ص ٢١٦ (ط) .

عابس الصحابى الشاعر والحضرمى هو ربيعة بن عبدان ـ بكسر العين ـ وكذلك حديث وائل المذكور هاهنا بأن الخصومة فيه بين الكندى والحضرمى وهما المذكوران فى حديث الأشعث ومن طريق وائل ، وأما المخاصمة بين الأشعث وغريمه فقصة أخرى رواها الأشعث والله أعلم .

قلت : وفى الرواية التى ساقها ابن تيمية فى النيل زيادة على ما أورده المصنف هنا بعد « ليس لك منه الا ذلك » « فانطلق ليحلف فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أدبر الرجل أما لئن حلف على ماله ليأكله ظلما ليلقين الله وهو عنه معرض » وأما حديث ابن عمر فقد أخرجه البيهقى من حديث سليمان بن عبد الرحمن حدثنا محمد بن مسروق عن اسحق بن الفرات عن الليث عن نافع عن ابن عمر ورواه الحاكم فى المستدرك [1] والدارقطنى فى سننه وأما أثر استقراض المقداد من عثمان فأخرجه البيهقى وغيره من حديث مسلمة بن علقمة عن داود عن الشعبى أن المقداد استقرض من عثمان الخ ورواه أبو عبيد عن عفان بن مسلم عن سلمة .

أما اللغات فقوله (قدر بلاء) قال فى اللسان : القدر القضاء الموفق يقال : قدر الاله كذا تقديرا واذا وافق الشىء الشىء قلت جاء قدره . القدر والقدر القضاء والحكم هو ما يقدره الله تعالى من القضاء ويحكم به من الأمور . وأنشد الأخفش :

ألا يا لقومى للنوائب والقدر ... وللأمر يأتى المرء من حيث لا يدرى

وللأرض كم من صالح تودأت ... عليه فوارته بلماعة قفر

فلاذا جلال هبنه لجلاله ... ولاذا ضياع هن يتركن للفقر

تودأت عليه أى استوت عليه واللماعة الأرض التى يلمع فيها السراب والقدر والقدر وجمعهما جميعا أقدار وقال اللحيانى : القدر الاسم والقدر المصدر وأنشد :

كل شىء حتى أخيك متاع ... وبقدر تفرق واجتماع

---

(١) قال ابن القيم فى الطرق الحكمية : ومحمد بن مسروق ينظر من هو ؟

(والبلاء) ما يصيب الانسان من خير أو شر قال تعـالى : « ونبلوكم بالشر والخير فتنة » والمقصود هنا ما يصيب الانسان من الشدة والتعب فى النفس والمال ، قوله (نكل عن اليمين) يقال : نكل ينكل كنصر وضرب : نكص • ونكل عن العدو ينكل بالضم أى جبن ونكله عن الشىء صرفه عنه وقال الليث : النكل اسم لما جعلته نكالا لغيره اذا رآه خاف أن يعمل عمله قال الشاعر :

فلم أنكل عن الضرب مسمعا

أى لم أجبن ولم أمتنع ، وانه لنكل شر أى ينكل به أعداؤه ، والنكل بالكسر القيد الشديد من أى شىء كان والجمع أنكال وفى التنزيل العزيز « ان لدينا أنكالا وجحيما » قيل : هى قيود من نار وفى الحديث : (يؤتى بقوم فى النكول) بمعنى القيـود الواحد نكل ويجمع أيضـا على أنكال وسميت القيود أنكالا لأنها ينكل بها أى يمنع • والمنكل اسم الصخر فى لغة هذيل قال :

فارم على أقفـائهم بمنكل بصخرة أو عرض جيش جحفل

قوله (لطفـل فى حجره) الحجر بمعنى الحضن وهو ما بين الابط الى الكشح وهو الجنب (واليمين الفاجرة) الكاذبة والفجر أصله الشق ومنـه سمى الفجر ، وقيل انه الميل عن القصد وقيل للمائل عن الخير والعادل عنه فاجر لميله عن الرشد و (ملازمة الخصم) أن يقعد معه حيث قعد ويذهب حيث ذهب كأنه ظله •

اما الأحكام فان صفة الطرق التى يحكم بها القاضى وهى قسمان : اثبات والزام ، فالاثبات يعتمد الصدق والالزام يعتمد العدل قال تعـالى : « وتمت كلمة ربك صدقا وعدلا » وكل قسم منهما له طرق متعددة أفادها العلامة ابن القيم فى طرقه الحكمية (أحدها) اليد المجردة التى لا تفتقر الى يمين ، كأن كان وصيا على صبى أو مجنون وفى يده شىء انتقل اليه من أبيه كان مجرد اليد كافيا فى الحكم له من غير يمين لا على الطفل ولا على الوصى

لعدم صحة اليمين من الأول ولعدم كون الثانى مدعى عليه فى الحقيقة ولا يتوجه عليه اليمين (والثانى) الانكار المجرد من ذلك اذا ادعى رجل دينا على ميت أو أنه أوصى له بشىء وللميت وصى بتنفيذ وصاياه وقضاء دينه فأنكر ، فان كان للمدعى بينة حكم بها والا فليس سبيل الى احلاف الوصى على نفى العلم ، لأن مقصود التحليف أن يقضى عليه بالنكول اذا امتنع من اليمين والوصى لا يقبل اقراره بالدين والوصية ولو نكل لا يقضى عليه فلا فائدة فى تحليفه ، ولو كان وارثا استحلف وقضى بنكوله ، ومنه أن يدعى على القاضى ظلمه اياه فى حكم أو على الشاهد أنه تعمد الكذب أو الغلط أو ادعى عليه ما يسقط شهادته لم يحلفا لارتفاع منصبهما عن التحليف ، ومنه دعوى الرجل على المرأة النكاح ودعواها عليه الطلاق ودعوى كل منهما الرجعة ودعوى الأمة أن سيدها ولدها ودعوى المرأة أن زوجها آلى منها ودعوى الرق والولاء والقود وحد القذف .

وعن أحمد أنه يستحلف فى الطلاق والايلاء والقود والقذف . وعنه أنه يستحلف فيما لا يقضى فيه بالنكول ، وقال فى رواية أبى القاسم : لا أرى اليمين فى النكاح ولا فى الطلاق ولا فى الحدود لأنه ان نكل لم أقتله ولم أحده ولم أدفع المرأة اليه . وظاهر ما نقله الخرقى أنه يستحلف فيما عدا القود والنكاح وعنه ما يدل على أنه يستحلف فى الكل .

فرع لليمين فوائد منها تخويف المدعى عليه سوء العاقبة فى الحلف الكاذب فيحمله ذلك على الاقرار بالحق ، ومنها القضاء عليه بنكوله عنها ، ومنها انقطاع الخصومة والمطالبة فى الحال وتخليص كل من الخصمين من ملازمة الآخر ولكنها لا تسقط الحق ولا تبرىء الذمة باطنا ولا ظاهرا . فلو أقام المدعى بينة بعد حلف المدعى عليه سمعت وقضى بها وكذا لو وردت اليمين على المدعى فنكل ثم أقام المدعى بينة سمعت وحكم بها ، ومنها تعجيل عقوبة الكاذب المنكر لما عليه من الحق فان اليمين الغموس تدع الديار بلاقع فيشتفى بذلك المظلوم عوض ما ظلمه باضاعة حقه ، ومنها اثبات الحق بها اذا ردت على المدعى أو أقام شاهدا واحدا ، ومنها أن يحكم باليد مع يمين صاحبها كما اذا ادعى عليه عينا فى يده فأنكر فسأل احلافه فانه

يحلف وتترك يده لترجح جانب صاحب اليد . ولهـذا شرعت اليمين فى جهته فان اليمين تشرع فى جنبه أقوى المتداعيين هذا اذا لم تكذب القرائن الظاهرة فان كذبتها لم يلتفت اليها وعلم أنها يد مبطلة . اذا قضينا باليـد فانما نقضى بها اذا لم يعارضها ما هو أقوى منها ، واليـد ترفع بالنكول وبالشاهد الواحد مع اليمين وباليمين المردودة ، واليد يحتمل أن تكون محقة وأن تكون مبطلة فهذه هى التى تسمع الدعوى عليها .

فـــرع من طرق الحكم أن يحكم بالنكول وحده أو به مع رد اليمين ، وقد روى أحمد وغيره « أن عبد الله بن عمر قدم الى عثمـان بن عفان فى عبد له فقال له عثمان : احلف أنك ما بعت العبد وبه عيب علمته فأبى ابن عمر أن يحلف فرد عليه العبد » . وعند أحمد وأصحابه وأبى حنيفة وأصحابه أن الحاكم يقول له : ان لم تحلف قضيت عليك ــ ثلاثا ــ فان لم يحلف قضى عليه . ومذهبنا اذا نكل ردت اليمين على المدعى فان حلف قضى له وبه قال مالك والأوزاعى وشريح والقاضى وابن سـيرين والنخعى وقد صوبه الامام أحمد واختاره أبو الخطاب قال ابن القيم واختاره شيخنا ــ يعنى ابن تيمية أبا العباس ــ فى صـورة الحكم بمجرد النكول فى صورة . وهذا قول على بن أبى طالب رضى الله عنه وقـد روى الدارقطنى من حديث نافع عن ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد اليمين على طالب الحق » واحتج لهذا القول بأن الشارع شرع اليمين مع الشاهد الواحد ، فلم يكتف فى جانب المدعى بالشاهد وحده حتى يأتى باليمين تقوية لشاهده . ونكول المدعى عليه أضعف من شاهد المدعى فهو أولى أن يقوى بيمين الطالب فان النكول ليس بينة من المدعى عليه ولا اقرارا ، وهو حجة ضعيفة فلم يقو على الاستقلال بالحكم ، فاذا حلف معه المدعى قوى جانبه ، فاجتمع النكول من المدعى عليه واليمين من المدعى فقاما مقام الشاهدين أو الشاهد واليمين والله أعلم .

فـــرع اذا ردت اليمين على المدعى فهل تكون يمينه كالبينة أم كاقرار المدعى عليه ؟ فيه قولان (أظهرهما) عند الأصحاب والمصنف كما

هو واضح من سياق الفصل أنها كالاقرار • فعلى هذا لو أقام المدعى عليه بينة بالأداء والابراء بعد ما حلف المدعى فان قيل : يمينه كالبينة سمعت للمدعى عليه ، وان قيل : هى كالاقرار لم تسمع لكونها مكذبة للبينة بالاقرار •

مسألة اذا قلنا برد اليمين فهل ترد بمجرد نكول المدعى عليه ؟ أم لا ترد حتى يأذن فى ذلك ؟ ظاهر كلام المصنف أنه لا يسأل فى ذلك وقال ابن القيم : ظاهر كلام الامام أحمد أنه لا يشترط اذن الناكل لأنه لما رغب عن اليمين انتقلت الى المدعى ، لأنها برغبته ونكوله عنها مع تمكنه من الحلف صار راضيا بيمين المدعى فجرى ذلك مجرى اذنه كما أنه بنكوله نزل منزلة الباذل أو المقر • وقال أبو الخطاب ــ من الحنابلة ــ لا ترد اليمين الا اذا أذن فيها الناكل لأنها من جهته وهو أحق بها من المدعى ولا تنتقل عنه الى المدعى عليه الا باذنه •

فرع ملخص ما ورد فى الأم للشافعى عن اليمين مع الشاهد :

أخبرنا الربيع قال أخبرنا الشافعى أخبرنا عبد الله بن الحارث المخزومى عن سيف بن سليمان عن قيس بن سعد عن عمرو بن دينار عن ابن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد • قال عمرو : فى الأموال • وأورد نحوه عن ابن عباس ورجل من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم قال : ولا يحضرنى اسمه الآن ــ قلت : وجهالة الصحابى لا تضر لثبوت عدالتهم فهو من قبيل مجهول العين معلوم الحال وأورد مثله عن سعيد بن عمرو بن شرحبيل بن سعيد بن سعد بن عبادة عن أبيه عن جده قال : « وجدنا فى كتب سعد بن عبادة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد » وورد مثله عن أبى هريرة ومثله عن مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه • قال الشافعى : أخبرنا مسلم بن خالد حدثنى جعفر ابن محمد قال : سمعت الحكم بن عنيبة يسأل أبى وقد وضع يده على جدار القبر ليقوم : أقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم باليمين مع الشاهد ؟ قال : نعم وقضى بها على بين أظهركم قال مسلم : قال جعفر :

فى الدين ثم قال : أخبرنا مالك عن أبى الزناد أن عمر بن عبد العزيز كتب الى عبد الحميد بن عبد الرحمن بن زيد بن الخطـاب وهو عامل له على الكوفة أن اقض باليمين مع الشاهد • وفى رواية بزيادة : فانها السنة • قال أبو الزناد : فقال رجل من كبرائهم فقال : أشهد أن شريحا قضى بها فى هذا المسجد • وذكر هشيم عن حصين قال : خاصمت الى عبد الله بن عتبـة فقضى باليمين مع الشاهد • وذكر عبد العزيز بن الماجشون عن زريق بن حكيم قال : كتبت الى عمر بن عبد العزيز أخبره أنى لم أجـد اليمين مع الشاهد الا بالمدينة قال : فكتب الى أن اقض بها فانها السـنة • ثم روى بالاسناد عن أبى جعفر محمـد بن على أن أبى بن كعب قضى باليمين مع الشـاهد •

فـــرع

فى مذاهب العلماء فى الحكم بالشاهد واليمين :

قد ذكرنا أن مذهبنا جواز الحكم بالشاهد واليمين وهو مذهب فقهاء الحديث كلهم ومذهب فقهاء الأمصار ما خلا أبا حنيفة وأصحابه ، وقد روى مسلم فى صحيحه من حديث عمرو بن دينار عن ابن عباس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بشاهد ويمين » قال عمرو : فى الأموال • وقال الشافعى : حديث ابن عباس ثابت ومعه ما يشده • قال ابن عبد الحكم : سمعت الشافعى يقول : قال لى محمد بن الحسن : لو علمت أن سيف بن سليمان يروى حديث اليمين مع الشاهد لأفسدته فقلت يا أبا عبد الله واذا أفسدته فسد ؟ قال على بن المدينى : سألت يحيى بن سعيد عن سيف بن سليمان فقال : هو عندنا ممن يصدق ويحفظ وكان ثبتا • قلت : هو رواه عن قيس بن سعد عن عمرو بن دينار وقد رواه أبو داود من حديث عبـد الرزاق أخبرنا محمد بن مسلم عن عمرو • وقد روى القضاء بالشاهد مع اليمين من رواية عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب وعبـد الله بن عمر وعبد الله بن عباس وسعد بن عبادة والمغيرة بن شعبة وجابر بن عبد الله وزيد ابن ثعلبة وجماعة من الصحابة منهم عمـارة بن حزم وأبو هريرة وسرق وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمرو وأبو سعيد الخدرى وعامر بن ربيعـة وسهل بن سعد الساعدى وعمرو بن حزم والمغيرة بن شـعبة وبلال بن

الحرث وتميم الدارى ومسلم بن قيس وأنس بن مالك وقد ذكر أبو بكر الخطيب فى مصنف أفرده لهذه المسألة أحاديثهم باسناده .

قال الشافعى : واليمين مع الشاهد لا تخالف من ظاهر القرآن شيئا لأنا نحكم بشاهدين وشاهد وامرأتين فاذا كان شاهد واحد حكمنا بشاهد ويمين وليس ذا يخالف القرآن . لأنه لم يحرم أن يكون أقل مما نص عليه فى كتابه ورسول الله صلى الله عليه وسلم أعلم بما أراد وقد أمرنا الله أن نأخذ ما آتانا .

قال العلامة ابن القيم : ليس فى القرآن ما يقتضى أنه لا يحكم الا بشاهدين أو شاهد وامرأتين فان الله سبحانه انما أمر بذلك أصحاب الحقوق أن يحفظوا حقوقهم بهذا النصاب ولم يأمر بذلك الحكام أن يحكموا به فضلا عن أن يكون قد أمرهم ألا يقضوا الا بذلك ، ولهذا يحكم الحاكم بالنكول واليمين المردودة والمرأة الواحدة والنساء المنفردات لا رجل معهن وبمعاقد القمط ووجوه الآجر غير ذلك من طرق الحكم التى لم تذكر فى القرآن . فان كان الحكم بالشاهد واليمين مخالفا لكتاب الله فهذه أشد مخالفة لكتاب الله منه ، وان لم تكن هذه الأشياء مخالفة لقرآن فالحكم بالشاهد واليمين أولى ألا يكون مخالفا للقرآن فطرق الحكم شىء وطرق حفظ الحقوق شىء آخر وليس بينهما تلازم ، فتحفظ الحقوق بما لا يحفظ به صاحب الحق حقه ولا خطر على باله من نكول ورد يمين وغير ذلك ، والقضاء بالشاهد واليمين مما أراه الله لنبيه قال تعالى (ان أنزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله » .

وقد نسب الى البخارى انكار الحكم بشاهد ويمين فانه فى « باب يمين المدعى عليه » من كتاب الشهادات قال قتيبة حدثنا سفيان بن عيينة عن ابن شبرمة قال : كلمنى أبو القرناء فى شهادة الشاهد ويمين المدعى فقلت : قال الله تعالى : « وأشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل احداهما فتذكر احداهما الأخرى » قال ابن القيم : اذا كان يكتفى بشهادة شاهد ويمين

يحتاج أن تذكر احداهما الأخرى ما كان يصنع بهذه الأخرى ؟ فترجمة الباب بأن اليمين من جهة المدعى عليه وذكر هذه المناظرة وعدم رواية حديث أو أثر فى الشاهد واليمين ظاهر فى أنه لا يذهب اليه وهذا ليس بصريح أنه مذهبه ولو صرح به ، فالحجة فيما يرويه لا فيما يراه •

قال الاسماعيلى عند ذكر هذه الرواية : ليس فيما ذكره أبا شبرمة معنى ، فان الحاجة الى اذكار احداهما الأخرى هو فيما اذا شهدتا فاذا لم تشهدا قامت مقامهما يمين الطالب ببيان السنة الثابتة ، واليمين ممن هى عليه لو انفردت لحلت محل البينة فى الأداء والابراء • فكذلك حلت اليمين هنا محل الشاهد ومحل المرأتين فى الاستحقاق بانضمامهما الى الشاهد الواحد ولو وجب اسقاط السنة الثابتة فى الشاهد واليمين كما ذكر ابن شبرمة لسقط الشاهد والمرأتان لقوله صلى الله عليه وسلم « شاهداك أو يمينه » فنقله عن الشاهدين الى يمين خصمه بلا ذكر رجل وامرأتين •

وقال مالك فى الموطأ فى باب اليمين مع الشاهد فى كتاب الأقضية : ومن الناس من يقول : لاتكون اليمين مع الشاهد الواحد ويحتج بقول الله تعالى وقوله الحق : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء » يقول : فان لم يأت برجل وامرأتين فلا شىء له ولا يحلف مع شاهده • قال مالك : فمن الحجة على من قال ذلك القول أن يقال له : أرأيت لو أن رجلا ادعى على رجل مالا أليس يحلف المطلوب ما ذلك الحق عليه فان حلف بطل ذلك عنه ، وان نكل عن اليمين حلف صاحب الحق ان حقه لحق وثبت حقه على صاحبه ، فهذا مما لا اختلاف فيه عند أحد من الناس ولا ببلد من البلدان ، فبأى شىء أخذ هذا أو فى أى موضع من كتاب الله وجده ، فان أقر بهذا فليقرر باليمين مع الشاهد ، وان لم يكن ذلك فى كتاب الله عز وجل ، وانه ليكفى من ذلك ما مضى من السنة ولكن المرء قد يجب أن يعرف وجه الصواب وموقع الحجة وفى هذا بيان ما أشكل من ذلك ان شاء الله تعالى • وأراد أبو محمد ابن حزم أن يرد عليه فقال : ان كان خفى عليه قضاء أهل العراق بالنكول

فانه لعجيب ثم قوله : أقــر برد اليمين وان لم تكن فى كتــاب الله فليقر باليمين مع الشاهد وان لم يكن فى كتــاب الله فعجب آخر لأن اليمين مع الشاهد ثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو فى كتــاب الله قال تعالى : « وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » ا هـ .

وأراد العلامة ابن القيم أن يوفق بين الامامين مالك وابن حزم أو أن يرد تحامل ابن حزم فيما لا ينبغى التحامل فيه فقال رحمه الله : ليس فى واحد من الأمرين عجب . أما حكايته الاجماع فانه لم يقل : لا خلاف أنه لا يحكم بالنكول بل اذا نكل ورد اليمين حكم له بالاتفاق فان فقهاء الأمصار على قولين منهم من يقول : يقضى بالنكول ومنهم من يقول : اذا نكل ردت اليمين على المدعى فان حلف حكم له فهذا الذى أراد مالك رحمه الله أنه اذا رد اليمين مع نكول المدعى عليه لم يبق فيه اختلاف فى بلد من البلدان وان كان فيه اختلاف شاذ .

وأما تعجبه من قوله « ان الشاهد واليمين ليس فى كتاب الله » فتعجبه هو التعجب منه فان المانعين من الحكم بالشاهد واليمين يقولون : ليس هو فى كتاب الله بل فى كتاب الله خلافه وهو اعتبار الشاهدين فقال مالك رحمه الله : اذا كنتم تقضون بالنكول ويقضى الناس كلهم بالرد مع النكول وليس فى كتاب الله فهكذا الشاهد مع اليمين يجب أن يقضى به وان لم يكن فى كتاب الله تعالى كما دلت عليه السنة فهذا الزام لا محيد عنه .

قال ابن حزم وأما رد اليمين على الطالب اذا نكل المطلوب فما كان من كتاب الله تعالى ولا فى سنة رســول الله صلى الله عليه وسلم فبين الأمرين فرق كما بين السماء والأرض فيقال : بل أرشد اليه كتاب الله وسنة رسوله أما الكتاب فانه شرع الأيمان فى جانب المدعى اذا احتاج الى ذلك وتعذرت عليه اقامة البينة وشهدت القرائن بصدقه كما فى اللعان وشرع عذاب المرأة بالحد بنكولها مع يمينه فاذا كان هذا شرعه فى الحدود التى تدرأ بالشبهات وقد أمرنا بدرئها ما استطعنا فلأن يشرع الحكم فيهــا بيمين المدعى مع نكول المدعى عليه فى درهم وثوب ونحو ذلك أولى وأحرى ، لكن أبو محمد

وأصحابه سدوا على نفوسهم باب اعتبار المعانى والحكم التى علق بها الشارع الحكم ففاتهم بذلك حظ عظيم من العلم كما أن الذين فتحوا على نفوسهم باب الأقيسة والعلل التى لم يشهد لها الشارع بالقبول دخلوا فى باطل كثير وفاتهم حق كثير فالطائفتان فى جانب افراط وتفريط •

واما ارشاد السنة الى ذلك فالنبى صلى الله عليه وسلم جعل اليمين فى جانب المدعى اذا أقام شاهدا واحدا لقوة جانبه بالشاهد ومكنه من اليمين بغير بذل خصمه ووصاه وحكم له بها مع شاهده فلأن يحكم له باليمين التى يبذلها خصمه مع قوة جانبه بنكول [1] خصمه أولى وأحرى ، وهذا مما لا شك فيه من له خوض فى حكم الشريعة وعللها ومقاصدها ، ولهذا شرعت الأيمان فى القسامة فى جانب المدعى لقوة جانبه باللوث وهذه المواضع الثلاثة التى استثناها منكرو القياس • ولما كانت أفهام الصحابة رضى الله عنهم فوق أفهام جميع الأمة وعلمهم بمقاصد نبيهم وقواعد دينه وشرعه أتم من علم من جاء بعدهم عدلوا عن ذلك الى غير هذه المواضع الثلاثة وحكموا بالرد مع النكول فى موضع وبالنكول وحده فى موضع ، وهذا من كمال فهمهم وعلمهم بالجامع والفارق والحكم والمناسبات • أفاده ابن القيم فى الطرق الحكمية ومنه نقلته • وقال أبو محمد بن حزم محتجا لمذهبه : ونحن نقول ان نكول الناكل عن اليمين فى كل موضع عليه يوجب أيضا عليه حكما وهو الأدب الذى أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم على كل من أتى منكرا يوجب تغييره باليد فيقال له : قد يكون معذورا فى

---

(١) قال الدكتور محمد سلام مدكور فى كتابه فى الفقه (الحقوقى) : تضمنت المواد ٤١٠ الى ٤١٧ طريقة الاثبات باليمين والنكول وهى فى مجموعها تتضمن أن اليمين نوعان يمين حاسمة وهى التى يوجهها الى خصمه يحتكم بها الى ضميره لحسم النزاع ويمين متممة وهى التى يوجهها القاضى الى أى من الخصمين ليستكمل بها الأدلة التى قدمها الخصم ، وقد تضمنت المادة ٤١٢ عدم جواز الرجوع فى طلب اليمين متى قبل الخصم حلفها . اما اليمين المتممة فيجوز للقاضى الرجوع فى توجيهها ومع هذا فهو غير مقيد بالحكم بموجبه بعد حلفه (المادة ٤١٥ وراجع الوسيط للدكتور السنهورى جـ ٢ ص ٥٨٦) .

نكوله غير آثم به بأن يدعى أنه أقرضه ويكون قد وفاه ولا يرضى منه الا بالجواب على وفق الدعوى وقد يتحرج من الحلف مخافة موافقة قضاء قدر كما قال ذلك عثمان رضى الله عنه ، وروى ذلك عن جماعة من السلف فلا يجوز أن يحبس حتى يحلف ، وقولهم : (ان هذا منكر يجب تغييره باليد) كلام باطل فان تورعه عن اليمين ليس بمنكر بل قد يكون واجبا أو مستحبا أو جائزا وقد يكون معصية • وقولهم ان الحلف حق قد وجب عليه فاذا أبى أن يقوم به ضرب حتى يؤديه ، فيقال ان فى اليمين حقا له وحقا عليه فان الشارع مكنه من التخلص من الدعوى باليمين وهى واجبة عليه للمدعى فاذا امتنع من اليمين فقد امتنع من الحق الذى وجب عليه لغيره ، وامتنع من تخليص نفسه من خصمه باليمين • فقيل : يحبس أو يضرب حتى يقر أو يحلف وقيل : يقضى عليه بنكوله ويصير كأنه مقر بالمدعى وقيل نرد اليمين على المدعى ، والأوجه الثلاثة فى مذهب أحمد وهى أقوال عنده وقول رابع بالتفصيل وهو اختيار شيخ الاسلام ابن تيمية قال : وفى المسألة وجه خامس : وهو أنه اذا كان المدعى متهما ردت اليمين عليه ، وان لم يكن متهما قضى عليه بنكول خصمه • وهذا القول يحكى عن ابن أبى ليلى وله حظ من الفقه فانه اذا لم يكن متهما غلب على الظن صدقه فاذا نكل خصمه قوى ظن صدقه فلم يحتج الى اليمين وأما اذا كان متهما لم يبق معنا الا مجرد النكول فقويناه برد اليمين عليه ، وهذا نوع من الاستحسان •

مسألة مضى آنفا قولنا : الحكم قسمان اثبات والزام وقلنا : اذا كان وصيا على طفل أو مجنون وفى يده شىء انتقل اليه عن أبيه كان مجرد اليد كافيا فى الحكم به له وقلنا : ان من صور الانكار المجرد وأنه اذا ادعى رجل دينا على ميت أو أنه أوصى له بشىء وللميت وصى بقضاء دينه وتنفيذ وصاياه فأنكر فان كان للمدعى بينة حكم بها ، وان لم تكن له بينة وأراد تحليف الوصى على نفى العلم لم يكن له ذلك •

اذا ثبت هذا فكل ناكل لا يقضى عليه فهل يخلى أو يحبس حتى يقر أو يحلف على وجهين ذكرهما أبو سعيد الاصطخرى لأن النكول وان جرى مجرى الاقرار فليس باقرار صريح صحيح فلا يراق به الدم بمجرده

ولا مع يمين المدعى الا فى القسامة • واذا قلنا : يستحلف ولا يقضى بالنكول فى غير الأموال كان فائدة الاستحلاف حبسه اذا أبى الحلف فى أحد الوجهين وفى الآخر يخلى سبيله لأنه لا يقضى عليه بالنكول ، ولم يثبت عليه ما يعاقب عليه بالضرب والحبس حتى يفعله ، فانه يحتمل أن يكون المدعى محقا وأن يكون مبطلا فكيف يعاقب المدعى عليه بمجرد دعواه وطلب يمينه ؟ وتكون فائدة اليمين على هذا انقطاع الخصومة والمطالبة •

فاذا رأينا رجلا رقيق الحال يركب سيارة من آخر طراز ويحمل فى جيبه ألوف الدنانير والدولارات فانا نقطع بأن يده يد مبطلة ، فاذا اتهم بالسرقة أو السطو والنهب سمعت الدعوى لأنه ليس من أهل هذه الأموال التى يده عليها فاذا قضينا باليد فانما نقضى بها اذا لم يعارضها ما هو أقوى منها ، واذا كانت اليد ترفع بالنكول وبالشاهد مع اليمين المردودة فلأن ترفع بما هو أقوى من ذلك بكثير بطريق الأولى • وقد يحبس المدعى عليه اذا لم يقض بالنكول ولا بالرد حتى يجيب باقرار أو انكار يحلف معه وهو أحد الوجهين لأصحابنا وهو أحد الأقوال فى مذهب أحمد وبه قال ابن أبى ليلى فانه قال : لا أدعه حتى يقر أو يحلف • واحتج لهذا الوجه بأن المدعى عليه قد وجب عليه أحد الأمرين اما الاقرار واما الانكار فاذا امتنع من أداء الواجب عليه عوقب بالحبس ونحوه حتى يؤديه ، وكل من عليه حق فامتنع من أدائه فهذا سبيله • وفرق أصحاب الوجه الآخر بين الموضعين فقالوا : لو ترك ونكوله لأفضى الى ضياع حقوق الناس بالصبر على الحبس ، فاذا نكل عن اليمين ضعف جانب البراءة الأصلية فيه ، وقوى جانب المدعى فقوى عن اليمين ، وهذا كما أنه لما قوى جانب المدعين للدم باللوث بدىء بأيمانهم وأكدت بالعدد فى القسامة •

فرع اذا امتنع المدعى عليه عن اليمين حيث قلنا يستحلف قضينا بالنكول فى الجميع الا فى القود فى النفس خاصة وكل ناكل لا يقضى عليه ، فهل يخلى أو يحبس حتى يقر أو يحلف ؟ على وجهين • ولا يستحلف فى العبادات ولا فى الحدود فاذا قلنا يستحلف فى هذه الأشياء لم يقض فيها بالنكول على ظاهر كلام أحمد وتعليله ، واذا استحلفناه فان قضينا عليه

بالنكول فى كل موضع لتكون لليمين فائدة حتى فى قود الأطراف ولا يقضى بقود النفس ، وان استحلفناه ، لأن النكول وان جرى مجرى الاقرار فليس باقرار صحيح صريح فلا يراق به الدم بمجـرده ولا مع يمين المدعى الا فى القسامة للوث والحكم باللوث فى الأموال أقوى منـه فى الدماء فان طرق ثبوتها أوسع من طرق ثبوت الدماء ، لأنها تثبت بالشاهد واليمين ، والرجل والمرأتين والنكول مع الرد وبدونه وغير ذلك من الطـرق ، واذا حكمنـا بالعمامة لمن هو مكشوف الرأس وأمامه رجل عليه عمامة وبيده عمامة أخرى وهو هارب فانما ذلك باللوث الظاهر القائم مقام الشاهدين وأقوى منهما • على أن اللوث علامة ظاهرة لصدق المدعى ، وقد اعتبرها الشارع فى اللقطة وفى النسب وفى استحقاق السلب اذا ادعى اثنان قتل الكافر وكان أثر الدم فى سيف أحدهما أدل منه فى سيف الآخر • وعلى هذا فاذا ادعى عليـه سرقة ماله فأنكر وحلف له ثم ظهر معه المسروق حلف المدعى وكانت يمينه أولى من يمين المدعى عليه وكان حكمه حكم استحقاق الدم فى القسامة • وعلى هـذا فلو طلب من الحـاكم أن يضربه أو يحبسه حتى يحضر باقى المسروق فله ذلك كما عاقب النبى صلى الله عليه وسلم حيى بن أخطب حتى أحضر كنز ابن أبى الحقيق •

فـــرع اذا أقام المدعى عليه بينة أن هذين الشاهدين شهدا بهذا الحق عند حاكم فرد شهادتهما لفسقهما بطلت شهادتهما لأن الشهادة اذا ردت لفسق لم تقبل مرة ثانية • ولا يقبل الجرح من الخصم بلا خلاف •

فصـــل فى استئناف الدعوى

له تعلق بالباب : اذا قال أبرأتك من هذه اليمين سقط حقه منهـا فى هذه الدعوى • وله أن يستأنف الدعوى لأن حقـه لا يسقط بالابراء من اليمين • فان استأنف الدعوى فأنكر المدعى عليه فله أن يحلفه لأن هـذه الدعوى غير الدعوى التى أبرأه فيها من اليمين ؛ فان حلف سقطت الدعوى ولم يكن للمدعى أن يحلفه يمينا أخرى لا فى هذا المجلس ولا فى غيره ، وان كان الحق لجماعة فرضوا بيمين واحدة جاز وسقطت دعواهم باليمين لأنها

حقهم ولأنه لما جاز ثبوت الحق ببينة واحدة لجماعة جاز سقوطه بيمين واحدة ، وفى وجه آخر لأصحابنا : لا يصح حتى يحلف لكل واحد يمينا وهو احتمال للقاضى أبى بكر من الحنابلة والوجه الأول هو ظاهر المذهب عندهم • ودليل هذا الوجه أن اليمين حجة فى حق الواحد فاذا رضى بها اثنان صارت الحجة فى حق كل واحد منهما ناقصة والحجة الناقصة لا تكمل برضى الخصم كما لو رضى أن يحكم عليه بشاهد واحد • ودليل الوجه الأول أن الحق لهما فاذا رضيا به جاز ولا يلزم من رضاهما بيمين واحدة أن يكون لكل واحد بعض اليمين كما أن الحقوق اذا قامت بينة واحدة لا يكون لكل حق بعض البينة فأما ان حلفه لجميعهم يمينا واحدة بغير رضاهم لم تصح يمينه بلا خلاف نعلمه •

وقد حكى الاصطخرى أن اسماعيل بن اسحق القاضى حلف رجلا بحق لرجلين يمينا واحدة فخطأه أهل عصره •

فـــرع اذا قال المدعى : لى بينة غائبة قال له الحاكم : لك يمينه فان شئت فاستحلفه وان شئت أخرته الى أن تحضر بينتك وليس لك مطالبته بكفيل ولا ملازمته حتى تحضر البينة لقوله صلى الله عليه وسلم « شاهداك أو يمينه ليس لك الا ذلك » فان أحلفه ثم حضرت البينة بطلت اليمين وتبين كذبها وهو المنصوص من مذهب أحمد وان قال لى بينة حاضرة وأريد يمينه ثم أقيم بينتى لم يملك ذلك • وقال أبو يوسف : يستحلفه وان نكل قضى عليه لأن فى الاستحلاف فائدة وهو أنه ربما نكل فقضى عليه فأغنى عن البينة •

دليلنا الحديث (شاهداك أو يمينه) وأو للتخيير بين شيئين فلا يكون له الجمع بينهما ولأنه أمكن الخصوم فصل الخصومة بالبينة فلم يشرع غيرها مع ارادة المدعى اقامتها وحضورها كما لو يطلب يمينه ولأن اليمين بدل فلم يشرع غيرها مع ارادة المدعى اقامتها وحضورها كما لو لم يطلب يمينه ، ولأن اليمين بدل فلم يجب الجمع بينها وبين مبدلها كسائر الأبدال مع بدلاتها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل واذا علم القاضى عدالة الشاهد أو فسقه عمل بعلمه فى قبوله ورده وان علم حال المحكوم فيه نظرت فان كان ذلك فى حق الآدمى ففيه قولان (أحدهما) أنه لا يجوز أن يحكم فيه بعلمه لقوله عليه السلام للحضرمى « شاهداك أو يمينه ليس لك الا ذلك » ولأنه لو كان علمه كشهادة اثنين لانعقد النكاح به وحده (والثانى) وهو الصحيح وهو اختيار المزنى رحمه الله أنه يجوز أن يحكم بعلمه لما روى ابو سعيد الخدرى « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع أحدكم هيبة الناس أن يقول فى حق اذا رآه أو علمه أو سمعه » ولأنه اذا جاز أن يحكم بما شهد به الشهود وهو من قولهم على ظن فلأن يجوز أن يحكم بما سمعه أو رآه وهو على علم أولى وان كان ذلك فى حق الله تعالى ففيه طريقان (احدهما) وهو قول أبى العباس وأبى على ابن أبى هريرة انها على قولين كحقوق الآدميين (والثانى) وهو قول أكثر أصحابنا انه لا يجوز ان يحكم فيه بعلمه قولا واحدا لما روى عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه أنه قال « لو رأيت رجلا على حد لم أحده حتى تقوم البينة عندى » ولأنه مندوب الى ستره ودرئه والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم « هلا سترته بثوبك يا هزال ؟ » فلم يجز الحكم فيه بعلمه .

فصل وان سكت المدعى عليه ولم يقر ولم ينكر قال له الحاكم : ان أجبت والا جعلتك ناكلا . والمستحب أن يقول له ذلك ثلاثا فان لم يجب جعله ناكلا وحلف المدعى وقضى له لأنه لا يخلو اذا أجاب من أن يقر أو ينكر فان أقر فقد قضى عليه بما يجب على المقر وان أنكر فقد وصل انكاره بالنكول عن اليمين فقضينا عليه بما يجب على المنكر اذا نكل عن اليمين .

فصل واذا تحاكم الى الحاكم أعجمى لا يعرف لسانه لم يقبل فى الترجمة الا عدلين لأنه اثبات قول يقف الحكم عليه فلم يقبل الا من عدلين كالاقرار ، وان كان الحق مما يثبت بالشاهد والمرأتين قبل ذلك فى الترجمة ، وان كان مما لا يقبل فيه الا ذكرين لم يقبل فى الترجمة الا ذكرين ، فان كان اقرارا بالزنا ففيه قولان (احدهما) أنه يثبت بشاهدين (والثانى) أنه لا يثبت الا بأربعة .

فصل وان حضر رجل عند القاضى وادعى على غائب عن البلد أو على حاضر فى البلد استتر وتعذر احضاره فان لم يكن معه بينة لم يسمع دعواه لأن استماعها لا يفيد وان كانت معه بينة سمع دعواه وسمعت بينته لانا لو لم نسمع جعلت الغيبة والاستتار طريقا الى اسقاط الحقوق التى

نصب الحاكم لحفظها ولا يحكم عليه الا أن يحلف المدعى انه لم يبرىء من الحق لأنه يجوز أن يكون قد حدث بعد ثبوته بالبينة ابراء او قضاء أو حوالة ولهذا لو حضر من عليه الحق وادعى البراءة بشيء من ذلك سمعت دعواه وحلف عليه المدعى فاذا تعذر حضوره وجب على الحاكم أن يحتاط له ويحلف عليه المدعى وان ادعى على حاضر فى البلد يمكن احضاره ففيه وجهان (احدهما) أنه تسمع الدعوى ، والبينة ويقضى بها بعد ما يحلف المدعى لأنه غائب عن مجلس الحكم فجاز القضاء عليه كالغائب عن البلد والمستتر فى البلد (والثانى) أنه لا يجوز سماع البينة عليه ولا الحكم وهو المذهب لأنه يمكن سؤاله فلا يجوز القضاء عليه قبل السؤال كالحاضر فى مجلس الحكم ، وان ادعى على ميت سمعت البينة وقضى عليه فان كان له وارث كان احلاف المدعى اليه وان لم يكن له وارث فعلى الحاكم أن يحلفه ثم يقضى له وان كان على صبى سمعت البينة وقضى عليه بعد ما يحلف المدعى لأنه تعذر الرجوع الى جوابه ففضى عليه مع يمين المدعى كالغائب والمستتر ، وان حكم على الغائب ثم قدم او على الصبى ثم بلغ كان على حجته فى القدح فى البينة والمعارضة ببينة يقيمها على القضاء او الابراء) •

الشرح حديث أبى سعيد الخدرى أورده فى مجمع الزوائد هكذا « لا يمنعن أحدكم رهبة الناس أن يقول بحق اذا رآه ويذكر بعظيم فانه لا يقرب من أجل ولا يباعد من رزق » ـ قلت روى الترمذى وابن ماجه طرفا منه ـ رواه الطبرانى فى الأوسط ورجاله رجال الصحيح غير شيخ الطبرانى وحديث « هلا سترته بثوبك يا هزال » مضى فى الحدود •

اما اللغات فالترجمة هى تفسير الكلام بلسان آخر ومنه الترجمان والجمع تراجم مثل زعفران وزعافر والترجمان بفتح التاء وضمها وفتح الجيم وضمها تبعا للتاء فى الضم والفتح وفى حديث هرقل قال لترجمانه وهو الذى ينقل الكلام من لغة الى لغة أخرى والتاء والنون زائدتان •

اما الأحكام عقد أبو داود بابا ترجمه هكذا « باب اذا علم الحاكم بصدق الشاهد الواحد يجوز له أن يحكم به » ثم ذكر حديث خزيمة بن ثابت قال الشافعى : وذكر عمران بن حدير عن أبى مجلز قال : قضى زرارة ابن أوفى رحمه الله بشهادتى وحدى • وقال شعبة عن أبى قيس وعن أبى اسحاق أن شريحا أجاز شهادة كل واحد منهما وحده • وقال الأعمش عن

أبى اسحاق : أجاز شريح شهادتى وحدى . وقال أبو قيس : شهدت عند شريح على مصحف فأجاز شهادتى وحدى .

وقد اختلف فى حكم القاضى بعلمه فعند أصحابنا لهم طريقان (أحدهما) يقضى بعلمه (والثانى) أنها على قولين أظهرهما عند أكثر أصحابنا يقضى به ، لأنه يقضى بشاهدين وذلك يفيد ظنا ، فالعلم أولى بالجواز . ووجه هذا أنه لما ملك الانشاء ملك الاخبار . ثم بنى الأصحاب على القولين ما علمه فى زمن ولايته ومكانها وما علمه فى غيرها ، قالوا : فان قلنا : لا يقضى بعلمه فذلك اذا كان مستنده مجرد العلم ، أما اذا شهد رجلان يعرف عدالتهما فله أن يقضى ويغنيه علمه بهما عن تزكيتهما ، وفيه وجه ضعيف أنه لا يغنيه ذلك عن تزكيتهما للتهمة .

ولو أقر المدعى به فى مجلس قضائه قضى وذلك قضاء الاقرار لا بعلمه وان أقر عنده سرا فعلى القولين وقيل : يقضى قطعا ، ولو شهد عنده واحد فهل يغنيه علمه عن الشاهد الآخر ؟ على قول المنع فيه وجهان .

فـــرع فى مذاهب العلماء فى حكم القاضى بعلمه [1] فى العدالة المشهود وفى موضوع الدعوى :

قد ذكرنا مذهبنا آنفا وأما مذهب أحمد ففيه ثلاث روايات (احداها) وهى الرواية المشهورة عنه المتصورة عند أصحابه أنه لا يحكم بعلمه لأجل التهمة (والثانية) يجوز له ذلك مطلقا فى الحدود وغيرها (والثالثة) يجوز الا فى الحدود ولا خلاف عنه أنه يبنى على علمه فى عدالة الشهود وجرحهم ولا يجب عليه أن يسأل غيره عما علمه من ذلك . وأما مذهب مالك فانه

---

(١) تضمنت الموسوعة الجنائية جـ ١ ص ٢٦٠ أنه لا يحق للقاضى ان يحكم بعلمه وجاء فى الوسيط للدكتور السنهورى : لا يجوز للقاضى ان يقضى بعلمه لأن علمه يكون دليلا فيحق للخصوم مناقشته وهذا لا يجوز ، ولكن هذا لا يمنع أن يستعين به فيما هو معروف بين الناس ولا يكون علمه خاصا به ا . هـ . جـ ٢ ص ٣٣ .

لا يقضى بعلمه فى المدعى به بحال سواء علمه قبل التولية أو بعدها فى مجلس قضائه أو غيره قبل الشروع فى المحاكمة أو بعد الشروع • وخالفه صاحباه عبد الملك بن الماجشون وسحنون فقالا : يحكم بعلمه فيما علمه بعد الشروع فى المحاكمة •

فاذا حكم بعلمه ـ حيث قلنا لا يحكم ـ فقال أبو الحسن اللخمى : لا ينقض عن بعض أصحابنا وعندى أنه ينقض • ولا خلاف عندكم فى أن ما رآه القاضى أو سمعه فى غير مجلس قضائه أنه لا يحكم به ، وأنه ينقض ان حكم به وينقضه هو وغيره ، وانما الخلاف فيما يتقارر به الخصمان فى مجلسه ، فان حكم به نقضه هو ولا ينقضه غيره • قال اللخمى : وقد اختلف اذا أقر بعد أن جلسا للخصومة ثم أنكر فقال مالك وابن القاسم : لا يحكم بعلمه وقال ابن الماجشون وسحنون : يحكم لأن الخصمين اذا جلسا للمحاكمة فقد رضيا أن يحكم بينهما بما يقولانه ولذلك قصداه •

أما مذهب أبى حنيفة فقالوا : اذا علم الحاكم بشىء من حقوق العباد فى زمن ولايته ومحلها جاز له أن يقضى به لأن علمه كشهادة الشاهدين ، بل أولى لأن اليقين حاصل بما علمه بالمعاينة أو السماع والحاصل بالشهادة غلبة الظن وأما علمه قبل ولايته أو فى غير محل ولايته فلا يقضى به عند أبى حنيفة ويقضى به عند الصاحبين كما فى حال ولايته ومحلها • قال المؤيدون لأبى حنيفة : هو فى غير مصره وغير ولايته شاهد لا حاكم وشهادة الفرد لا تقبل •

وأما الحدود فلا يقضى بعلمه فيها لأنه خصم ولأنه حق لله تعالى وهو نائبه الا فى حدود القذف فانه يعمل بعلمه لما فيه من حق العبد والا فى السكر فانه اذا وجد سكرانا أو به أمارات السكر فانه يعزر •

وأما أهل الظاهر فقال أبو محمد بن حزم : وفرض على الحاكم أن يحكم بعلمه فى الدماء والأموال والقصاص والفروج والحدود سواء علم قبل ولايته أو بعدها قال : وأقوى ما حكم بعلمه ثم بالاقرار ثم بالبينة •

فـــرع اذا سأل المدعى المدعى عليه حقه فسكت عن جواب الدعوى فلم يقر ولم ينكر قال له الحاكم ان أجبت والا جعلتك ناكلا وحكمت عليك ؛ ويكرر ذلك عليه ، فان أجاب والا جعله ناكلا وحكم عليه بأنه ناكل عما توجه عليه الجواب فيه فيحكم عليه بالنكول • وبهذا قال أبو الخطاب عن أصحاب أحمد • وقال ابن قدامة : اذا سأله المدعى فسكت عن الجواب فلم يقر ولم ينكر حبسه الحاكم حتى يجيب والا يجعله بذلك ناكلا ذكره القاضى فى المجرد أ هـ •

فـــرع اذا تحاكم الى القاضى العربى أعجميان لا يعرف لسانهما أو أعجمى وعربى فلابد من مترجم عنهما ، ولا تقبل الترجمة الا من عدلين وبهذا قال أحمد فى احدى روايتيه (والثانية) أنها تقبل من واحد وهو اختيار عمر بن عبد العزيز وابن المنذر وهو قول أبى حنيفة • وقال ابن المنذر فى حديث زيد بن ثابت « ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يتعلم كتاب اليهود قال : فكنت أكتب له اذا كتب اليهم واقرأ له اذا كتبوا » ولأنه مما لا يفتقر الى لفظ الشهادة فأجزأه فيه الواحد كأخبار الديانات •

دليلنا : أنه نقل ما خفى على الحاكم اليه مما يتعلق بالمتخاصمين فوجب فيه العدد كالشهادة ويفارق أخبار الديانات لأنها لا تتعلق بالمتخاصمين ، ولا نسلم أنه لا يعتبر فيه لفظ الشهادة ، ولأن ما لا يفهمه الحاكم وجوده عنده كعدمه فاذا ترجم له كان كنقل الاقرار اليه من غير مجلسه ، فلا يقبل ذلك الا من شاهدين كذا ههنا فعلى هذا تكون الترجمة شهادا تفتقر الى العدد والعدالة ويعتبر فيها من الشروط ما يعتبر فى الشهادة على الاقرار بذلك الحق ، فان كان مما يتعلق بالحدود والقصاص اعتبر فيه الحرية ولم يكف الا شاهدان ذكران ، وان كان مما لا يتعلق بها كفى فيه ترجمة رجل وامرأتين ولم تعتبر الحرية فيه ، وان كان فى حد زنا خرج فى الترجمة : فيه قولان (أحدهما) يكفى فيه اثنان بناء على الحكم فى الشهادة على الاقرار به (والثانى) لا يكفى فيه أقل من أربعة رجال أحرار عدول وهذان القولان

هما وجهان عند الحنابلة ، وعندهم رواية أنه يكفى واحد عدل ، ولا تقبل من كافر ولا فاسق وتقبل من العدل لأنه من أهل الشهادة والرواية وقال أبو حنيفة لا تقبل من العبد لأنه ليس من أهل الشهادة ودليل القائلين بكفاية الواحد ولو كان عبدا أن الترجمة خبر يكفى فيه قول الواحد فيقبل فيه خبر العبد كأخبار الديانات ولا نسلم أن هذا شهادة ولا يعتبر فيه لفظ الشهادة كالرواية وعلى هذا الأصل ينبغى أن تقبل فيه ترجمة المرأة اذا كانت من أهل العدالة لأن روايتها مقبولة •

فرع اذا ادعى حقا على غائب فى بلد آخر أو على حاضر مستتر وطلب من الحاكم سماع البينة والحكم بها عليه فعلى الحاكم اجابته اذا كملت الشرائط ، وبهذا قال مالك والأوزاعى والليث وسوار وأبو عبد الله واسحاق وابن المنذر وعن أحمد روايتان احداهما هذه والأخرى : لا يقضى على الغائب وهو قول شريح وبه قال ابن أبى ليلى وأبو حنيفة والثورى والقاسم والشعبى الا أن أبا حنيفة قال : اذا كان له خصم حاضر من وكيل أو شفيع جاز الحكم عليه • واحتج هؤلاء بما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لعلى : « اذا تقاضى اليك رجلان فلا تقض للأول حتى تسمع كلام الآخر فسوف تدرى كيف تقضى » قال على : فما زلت قاضيها بعد • قال أبو عيسى • هذا حديث حسن وأخرجه أبو داود فى الأقضية وأخرجه ابن ماجه فى الأحكام • ولأنه قضاء لأحد الخصمين وحده فلم يجز كما لو كان الآخر فى البلد ولأنه يجوز أن يكون للغائب ما يبطل البينة ويقدح فيها فلم يجز الحكم عليه •

دليلنا أن هندا قالت : « يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطينى ما يكفينى وولده • قال : خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » رواه الشيخان فقضى لها ولم يكن حاضرا ، ولأن هذا له بينة مسموعة عادلة فجاز الحكم بها كما لو كان الخصم حاضرا وقد وافقنا أبو حنيفة فى سماع البينة ولأن ما تأخر عن سؤال المدعى اذا كان حاضرا تقدم عليه اذا كان غائبا كسماع البينة • وأما الحديث فنقول به اذا تقاضى اليه رجلان لم يجز الحكم

قبل سماع كلامهما ، وهذا يقتضى أن يكونا حاضرين ويفارق الحاضر الغائب فان البينة لا تسمع على حاضر الا بحضرته والغائب بخلافه • وهذا كله مما أفاده ابن قدامة فى المغنى •

قال : وقد ناقض أبو حنيفة أصله فقال : اذا جاءت امرأة فادعت أن لها زوجا غائبا وله مال فى يد رجل وتحتاج الى النفقة فاعترف لها بذلك فان الحاكم يقضى عليه بالنفقة ، ولو ادعى رجل على حاضر أنه اشترى من غائب ما فيه شفعة وأقام بينة بذلك حكم له بالبيع والأخذ بالشفعة ، ولو مات المدعى عليه فحضر بعض ورثته أو حضر وكيل الغائب وأقام المدعى بينة بذلك حكم له بما ادعاه •

اذا ثبت هذا فانه ان قدم الغائب قبل الحكم وقف الحكم على حضوره فان خرج الشهود لم يحكم عليه ، وان استنظر الحاكم أجله ثلاثا فان جرحهم والا حكم عليه ، وان ادعى القضاء أو الابراء فكانت له بينة برىء والا حلف المدعى وحكم له ، وان قدم بعد الحكم فجرح الشهود بأمر كان قبل الشهادة بطل الحكم وان جرحهم بأمر بعد أداء الشهادة أو مطلقا لم يبطل الحكم ولم يقبله الحاكم ، لأنه يجوز أن يكون بعد الحكم فلا يقدح فيه ، وان طلب التأجيل أجل ثلاثا فان جرحهم والا نفذ الحكم ، وان ادعى القضاء أو الابراء فكانت له به بينة والا حلف الآخر ونفذ الحكم •

فرع لا يقضى على الغائب الا فى حقوق الآدميين فأما فى الحدود التى لله تعالى فلا يقضى بها عليه لأن مبناها على المساهلة والاسقاط ، فان قامت بينة على غائب بسرقة مال حكم بالمال دون القطع •

فرع اذا أقام بينة على غائب استحلف معها لأنه يجوز أن يكون قد استوفى ما قامت به البينة ولو كان حاضرا فادعى ذلك لوجبت اليمين فاذا تعذر ذلك منه لغيبته أو عدم تكليفه وجب أن يقوم الحاكم مقامه فيما يمكن دعواه ، ولأن الحاكم مأمور بالاحتياط فى حق الصبى والمجنون والغائب لأن كل واحد منهم لا يبين عن نفسه وهذا احدى

الروايتين عن أحمد والثانية : اذا قامت البينة على غائب أو غير مكلف لم يستحلف المدعى مع بينة لحديث « البينـــة على المدعى واليمين على المدعى عليه » رواه الترمذى وغيره ، ولأنها بينة عادلة فلم تجب اليمين معها كمـــا لو كانت على حاضر .

فـــرع الحاضر فى البلد أو قريب منه اذا استتر ولم يحضر فانه يقضى عليه فى غيبته لأنه أشبه الغائب عن البلد . وقال أحمـــد وأصحابه : لا يقضى عليه قبل حضـــوره وبه قال مالك وقول أبى حنيفـــة معروف فى الغائب مطلقا .

مســـألة قالها صاحب المغنى من الحنابلة :

ظاهر كلام الخرقى أنه اذا قضى على الغائب بعين سلمت الى المدعى وان قضى عليه بدين ووجد له مال وفى منه فانه قال فى رواية حرب فى رجل أقام بينة أن له سهما من ضيعة فى أيدى قوم فتواروا عنه يقسم عليهم شهدوا أو غابوا ويدفع الى هذا حقه لأنه يثبت حقـــه بالبينة فيسلم اليه كما لو كان خصمه حاضرا ، ويحتمل ألا يدفع اليه شىء حتى يقيم كفيلا أنه متى حضر خصمه وأبطل دعواه فعليه ضمان ما أخذه لئلا يدعى الحاكم ما حكم له به ثم يأتى خصمه فيبطل حجته أو يقيم بينة بالقضاء والابراء أو يملك العين التى قامت بها البينة بعد ذهاب المدعى وغيبته أو موته فيضيع مال المدعى عليه . وظاهر كلام أحمد الأول ، فانه قال فى رجل عنده دابة فقـــال : هى عندى وديعة اذا أقيمت البينة أنها له تدفع الى الذى أقام البينة حتى يجىء صاحب الوديعة فيثبت .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ويجوز للقاضى أن يكتب الى القاضى فيما عنده ليحكم به ويجوز أن يكتب اليه فيمـــا حكم به لينفذه لمـــا روى الضحاك بن قيس قال « كتب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أورث امرأة أشيم الضبابى من دية زوجها » ولأن الحاجة تدعو الى كتاب القاضى الى القاضى فيما ثبت عنده

ليحكم به لينفذه ، فان كان الكتاب فيما حكم به جاز قبول ذلك فى المسافة القريبة والبعيدة لأن ما حكم به يلزم كل احد امضاؤه ، وان كان فيما ثبت عنده لم يجز قبوله اذا كان بينهما مسافة لا تقصر فيها الصلاة لأن القاضى الكاتب فيما حمل شهود الكتاب كشاهد الأصل والشهود الذين يشهدون بما فى الكتاب كشهود الفرع وشاهد الفرع لا يقبل مع قرب شاهد الأصل.

فصل ولا يقبل الكتاب الا أن يشهد به شاهدان وقال أبو ثور يقبل من غير شهادة لأن النبى صلى الله عليه وسلم « كان يكتب ويعمل بكتبه من غير شهادة » وقال أبو سعيد الاصطخرى : اذا عرف المكتوب اليه خط القاضى الكاتب وختمه جاز قبوله ، وهذا خطأ لأن الخط والختم يشبه الختم ، فلا يؤمن أن يزور على الخط والختم . واذا أراد انفاذ الكتاب أحضر شاهدين ويقرأ الكتاب عليهما أو يقرأ غيره وهو يسمعه . والمستحب أن ينظر الشاهدان فى الكتاب حتى لا يحذف منه شىء ، وان لم ينظرا جاز لأنهما يؤديان ما سمعا ، واذا وصلا الى القاضى المكتوب اليه قرأ الكتاب عليه وقالا : نشهد ان هذا الكتاب كتاب فلان اليه وسمعناه وأشهدنا انه كتب اليك بما فيه ، وان لم يقرأ الكتاب ولكنهما سلماه اليه وقالا نشهد انه كتب اليك بهذا لم يجز لأنه ربما زور الكتاب عليهما . وان انكسر ختم الكتاب لم يضر لأن المعول على ما فيه وان امحى بعضه فان كانا يحفظان ما فيه أو معهما نسخة اخرى لم يشهدا لأنهما لا يعلمان ما امحى منه .

فصل وان مات القاضى الكاتب أو عزل جاز للمكتوب اليه قبول الكتاب والعمل به لأنه ان كان الكتاب بما حكم به وجب على كل من بلغه أن ينفذه فى كل حال ، وان كان الكتاب بما ثبت عنده فالكتاب كشاهد الأصل وشهود الكتاب كشاهد الفرع وموت شاهد الأصل لا يمنع من قبول شهادة شهود الفرع ، وان فسق الكاتب ثم وصل كتابه فان كان ذلك فيما حكم به لم يؤثر فسقه لأن الحكم لا يبطل بالفسق الحادث بعده وان كان فيما ثبت عنده لم يجز الحكم به لأنه كشاهد الاصل وشاهد الاصل اذا فسق قبل الحكم لم يحكم بشهادة شاهد الفرع ، وان مات القاضى المكتوب اليه او عزل أو ولى غيره قبل الكتاب لأن المعول على ما حفظه شهود الكتاب وتحملوه ومن تحمل شهادة وجب على كل قاض ان يحكم بشهادته .

فصل فان وصل الكتاب الى المكتوب اليه فحضر الخصم وقال لست فلان بن فلان فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل انه لا مطالبة عليه ، فان أقام المدعى بينة انه فلان بن فلان فقال أنا فلان ابن فلان الا أنى غير المحكوم عليه لم يقبل قوله الا أن يقيم البينة أن له من يشاركه فى جميع ما وصف به

لأن الأصل عدم من يشاركه فلم يقبل قوله من غير بينة . وان اقام بينة أن له من يشاركه فى جميع ما وصف به توقف عن الحكم حتى يعرف من المحكوم عليه منهما . واذا حكم المكتوب اليه على المدعى عليه بالحق فقال المحكوم عليه اكتب الى الحاكم الكاتب انك حكمت على حتى لا يدعى على ثانيا ففيه وجهان (احدهما) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى رحمه الله انه يلزمه لأنه لا يأمن أن يدعى ثانيا ويقيم عليه البينة فتقضى عليه ثانيا (والثانى) انه لا يلزمه لأن الحاكم انما يكتب ما حكم به أو ثبت عنده والكاتب هو الذى حكم أو ثبت عنده دون المكتوب اليه) .

الشرح حديث الضحاك بن قيس أخرجه أبو داود فى الفرائض عن أحمد بن صالح وأخرجه الترمذى فى الفرائض أيضا عنه وعن قتيبة وأحمد بن منيع وغير واحد وفى الديات عن قتيبة وأبى عمار الحسين بن حريث وغير واحد وأخرجه ابن ماجه فى الديات عن أبى بكر بن أبى شيبة وأخرجه مالك فى الموطأ فى العقول عن ابن شهاب الزهرى ، وأخرجه أحمد فى المسند عن سعيد بن المسيب « أن عمر قال : الدية للعاقلة لا ترث المرأة من دية زوجها حتى أخبره الضحاك بن سفيان الكلابى أن النبى صلى الله عليه وسلم كتب الى أن أورث امرأة أشيم الضبابى من دية زوجها » وأخرجه أيضا الشافعى وعبد الرزاق والبيهقى وهو منقطع . قال البيهقى : ورواه محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا قال الحافظ ابن حجر : وكذا أخرجه النسائى من وجه آخر عن عمر وقال : انه خطأ قال الشيخ شمس الحق العظيم آبادى فى عون المعبود : قال الخطابى : وانما كان عمر يذهب فى قوله الأول الى ظاهر القياس وذلك أن المقتول لا تجب ديته الا بعد موته واذا مات بطل ملكه فلما بلغته السنة ترك الرأى وصار الى السنة .

اما اللغات فقوله (ختم الكتاب) تقول وضع الخاتم على الطعام والخاتم وهو الطابع ، وما ختامك طينة أم شمعة ؟ وختم على الكتاب أو ختم الكتاب أى جعل عليه شيئا من شمع أو ما شاكله ويعلم عليه بعلامة وأصله عند العرب ختم وعاء الخمر بالطين . قال الأعشى فى يهودى يطوف بالخمر على الشاربين .

وصهباء يطاوف يهوديا وأبرزها وعليهـــا ختم

ومن المجاز لبس الخاتم بفتح التاء وكسرها وختم القرآن وكل عمل اذا أتمه وفرغ منه ، لأن التحميد مفتتح القرآن والاستعاذة مختتمه ، وقـد افتتح عمل كذا واختتمه ، وختم الله على سمعه وقلبه ، ويقال للنحل اذا ملأ شورته عسلا : قد ختم • وختامه مسك أى عاقبته ريح المسك وهذه خاتمة السورة وكل أمر ، وزفت اليه بخاتم ربها وخاتمها وختامها • والضـبابى بكسر الضاد نسـبة الى حصن بالكوفة • أما الضحاك بن قيس بن خالد الأكبر بن وهب بن ثعلبة بن وائلة بن عمرو بن شيبان بن محارب بن فهر ابن مالك بن النضر القرشى الفهرى يكنى أبا أنيس وقيل أبو عبد الرحمن وأمه أميمة بنت ربيعة الكنانية وأختـه فاطمة بنت قيس كان أصغر منهـا قيل : انه ولد قبل وفاة النبى صلى الله عليه وسلم بسـبع سنين أو نحوها قال ابن الأثير : قيل : انه لا صحبة له ولا يصح سماعه من النبى صلى الله عليه وسلم • وكان على شرطة معاوية وله فى الحروب معه بلاء عظيم وسيره معاوية على جيش فعبر على جسر منبج وصار الى الرقة ، وأغار منها على سواد العراق وأقام بهيت ثم عاد ثم استعمله معاوية على الكوفة بعد زياد سنة ثلاث وخمسين وعزله سنة سبع وخمسين •

ولما توفى معاوية صلى الضحاك عليه ، وضبط البلد حتى قدم يزيد بن معاوية فكان مع يزيد وابنه معاوية الى أن ماتا فبايع الضحاك بدمشق لعبد الله بن الزبير وغلب مروان بن الحكم على بعض الشام فقاتله الضحاك بمرج راهط عند دمشق فقتل الضحاك بالمرج وقتل معه كثير من قيس عيلان وكان قتله منتصف ذى الحجة سنة أربع وستين وقد روى عنه الحسن البصرى وتميم بن طرفة ومحمد بن سويد الفهرى وسماك وميمون بن مهران وقد أخرج ابن الأثير وغيره أن الضحاك بن قيس كتب الى قيس بن الهيثم حين مات يزيد بن معاوية :

« سلام عليك ، أما بعد ، فانى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : ان بين يدى الساعة فتنا كقطع الليل المظلم ، فتنا كقطع الدخان يموت

فيها قلب الرجل كما يموت بدنه يصبح الرجل مؤمنا ويمسى كافرا ويمسى مؤمنا ويصبح كافرا يبيع أقوام دينهم بعرض من الدنيا قليل وان يزيد بن معاوية قد مات وأنتم أشقاؤنا واخواننا فلا تسبقونا حتى نختار لأنفسنا » •

أما الأحكام فان الأصل فى كتاب القاضى الى القاضى والأمير الى الأمير الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى : « قالت يا أيها الملأ انى ألقى الى كتاب كريم انه من سليمان وانه بسم الله الرحمن الرحيم ، ألا تعلوا على وأتونى مسلمين » وأما السنة فان النبى صلى الله عليه وسلم كتب الى كسرى وقيصر والنجاشى وأصحاب هجر والبحرين وأمراء اليمن والمقوقس وغيرهم وكان يكتب الى عماله وسعاته وكما جاء فى حديث الفصل أن الرسول صلى الله عليه وسلم كتب الى الضحاك بن قيس أن يورث امرأه أشيم الضبابى • وأجمعت الأمة على كتاب القاضى الى القاضى ، ولأن الحاجة الى قبوله داعية لمن له حق فى بلد غير بلده ولا يمكنه اتيانه ولا المطالبة به •

اذا ثبت هذا فان كتاب القاضى يقبل فى الأموال وما يقصد به من المال وكل حق للآدمى من الجراح وغيرها وهل يقبل فى الحدود كحق لله تعالى ؟ فيه قولان ، وعند الحنابلة وجهان وكذلك أصحاب الرأى •

فاذا كتب الحاكم بثبوت بينة أو اقرار بدين جاز وحكم به المكتوب اليه وأخذ المحكوم عليه به وان كان ذلك عينا كعقار محدود أو عين مشهودة لا تشتبه بغيرها حكم به المكتوب اليه وألزم تسليمه الى المحكوم به ، وان كان عينا لا تتميز الا بالصفة ففيه وجهان (أحدهما) لا يقبل كتابه وهو قول أبى حنيفة وأحد الوجهين عند أصحاب أحمد (والثانى) يجوز لأنه ثبت فى الذمة بالعقد على هذه الصفة فأشبه الدين ويخالف المشهود له فانه لا حاجة الى ذلك فيه ، فان الشهادة له لا تثبت الا بعد دعواه ، ولأن المشهود عليه يثبت بالصفة والتحلية فكذلك المشهود به •

فرع ولا يقبل الكتاب الا بشهادة عدلين يقولان قرأه علينا

أو قرىء عليه بحضرتنا فقال : اشهدا على أنه كتـابى • وجملة ذلك أنه يشترط لقبول كتاب القاضى شروط ثلاثة (أحدها) أن يشهد به شاهدان عدلان ولا يكفى معرفة المكتوب اليه خط الكاتب وختمه ولا يجوز قبوله بذلك قال ابن قدامة : وهو قول أئمة الفتوى قال :

وحكى عن الحسن وسوار والعنبرى أنهم قالوا : اذا كان يعرف خطـه وختمه قبله ، وهو قول أبى ثور والاصطخرى ، قال : وبتخرج لنـا ــ أى الحنابلة ــ مثله على قوله (أى الامام أحمد) فى الوصية اذا وجدت بخطه لأن ذلك تحصل به غلبة الظن فأشبه شهادة الشاهدين •

ولنا أن ما أمكن اثباته بالشهادة لم يجز الاقتصار فيه على الظـاهر كاثبات العقود ، ولأن الخط يشبه الخط والختم يمكن التزوير عليه ، ويمكن الرجوع الى الشهادة فلم يعول على الخط ، كالشاهد لا يعول فى الشـهادة على الخط عند الالتباس ويقبل الكتاب من قاضى مصر الى قاضى مصر والى قاضى قرية ومن القاضى الى نائبه ومن نائبه اليه لأنه كتـاب من قاض الى قاض ويجوز أن يكتب الى قاض معين والى من وصله كتابى من قضـاة المسلمين وحكامهم من غير تعيين ، ويلزم من وصله قبوله ، وبهذا قال أحمد وأبو ثور واستحسنه أبو يوسف وقال أبو حنيفة : لا يجوز أن يكتب الى غير معين • ولنا أنه كتاب من حاكم من ولايته وصل الى حاكم بهذه الصفة فلزمه قبوله كما لو كان الكتاب الى شخصه والمعول على شهادة الشاهدين على القاضى الكاتب بالحكم وذلك لا يقدح فيها ولو ضاع الكتاب أو محى سمعت شهادتهما وحكم بها •

فـــرع فى تغير حال القاضى : اذا تغير حال القاضى الكاتب أو القاضى المكتوب اليه أو حالهما فان كان الأول بأن مات أو عزل بعد كتـابة الحكم وكان قد أشهد على نفسه لم يقدح ذلك العزل أو الموت فى صـحة كتابه وكان على من وصله الكتاب قبوله والعمل به سواء تغيرت حاله قبل خروج الكتاب من يده أو بعده وبهذا قال أحمد وأصحابه وقال أبو حنيفة : لا يعمل به فى الحالين وقال أبو يوسف : ان مات قبل خروجه من يده لم

يعمل به وان مات بعد خروجه من يده عمل به لأن كتاب الحاكم بمنزلة الشهادة على الشهادة لأنه ينقل شهادة شاهدى الأصل فاذا مات قبل وصول الكتاب صار بمنزلة موت شاهدى الفرع قبل أداء شهادتهما •

دليلنا أن المعول على الشاهدين اللذين يشهدان على الحاكم فى ثبوت الكتاب وهما حيان فيجب أن يقبل كتابه كما لو لم يمت ، ولأن كتابه ان كان فيما حكم به فحكمه لا يبطل بموته وعزله ، وان كان فيما ثبت عنده بشهادة فهو أصل واللذان شهدا عليه فرع ولا تبطل شهادة الفرع بموت شاهد الأصل • قال فى المغنى وما ذكره أبو حنيفة وأصحابه حجة عليهم لأن الحاكم قد أشهد على نفسه ، وانما يشهد عند المكتوب اليه شاهدان عليه وهما حيان وهما شاهدا الفرع ، وليس موته مانعا من شهادتهما فلا يمنع قبولها كموت شاهد الأصل •

فرع وان تغيرت حاله بفسق قبل الحكم بكتابه لم يجز الحكم به لأن حكمه بعد فسقه لا يصح فكذلك لا يجوز الحكم بكتابه ولأن بقاء عدالة شاهدى الأصل شرط فى صحة الحكم بشاهدى الفرع ، فكذلك بقاء عدالة الحاكم لأنه بمنزلة شاهدى الأصل ، فان فسق بعد الحكم بكتابه لم يتغير كما لو حكم بشىء ثم بان فسقه فانه لا ينقض ما مضى من أحكامه كذا هنا • وأما ان تغيرت حال المكتوب اليه بأى حال كان من موت أو عزل أو فسق فلمن وصل اليه الكتاب ممن قام مقامه قبول الكتاب والعمل به ، وبه قال الحسن • وقد حكى عنه أن قاضى الكوفة كتب الى اياس بن معاوية قاضى البصرة كتابا فوصل وقد عزل وولى الحسن فعمل به وبهذا قال أحمد وأصحابه وهو ما أفاده ابن قدامة وعنه نقلناه •

وقال أبو حنيفة : لا يعمل به لأن كتاب القاضى بمنزلة الشهادة على الشهادة عند المكتوب اليه ، وان شهد شاهدان عند قاض لم يحكم بشهادتهما غيره •

دليلنا أن المعول على شهادة الشاهدين بحكم الأول أو ثبوت الشهادة

عنده وقد شهدا عند الثانى فوجب أن يقبل كالأول وقولهم انه شهادة عند الذى مات ليس بصحيح فان الحاكم الكاتب ليس بفرع ولو كان فرعا لم يقبل وحده وانما الفرع الشاهدان اللذان شهدا عليه ، وقد أديا الشهادة عند المتجدد ، ولو ضاع الكتاب فشهدا بذلك عند الحاكم المكتوب اليه قبل فدل ذلك على أن الاعتبار بشهادتهما دون الكتاب • وقياس ما ذكرناه أن الشاهدين لو حملا الكتاب الى غير المكتوب اليه فى حال حياته وشهدا عنده عمل به لما بيناه ، وان كان المكتوب اليه خليفته فمات الكاتب أو عزل لم ينعزل خليفته عند بعض أصحابنا كما لا ينعزل القاضى الأصلى بموت الامام ولا عزله ، وقال أحمد وأصحابه وبعض أصحابنا : ينعزل المكتوب اليه لأنه نائب عنه فينعزل بعزله وموته كولائه • ويفارق الامام لأن الامام يعقد القضاء والامارة للمسلمين فلم يبطل ما عقد لغيره كما لو مات الولى فى النكاح لم يبطل النكاح ، ولهذا ليس للامام أن يعزل القاضى من غير تغير حاله ، ولا ينعزل اذا عزله بخلاف نائب الحاكم فانه تنعقد ولايته لنفسه نائبا عنه فملك عزله ، ولأنه لو انعزل بموت الامام لدخل الضرر على المسلمين لأنه يفضى الى عزل القضاة فى جميع بلاد المسلمين فتتعطل الأحكام ، واذا ثبت أنه لا ينعزل فليس له قبول الكتاب لأنه حينئذ ليس بقاض •

فرع اذا قال : أنا لست المسمى فى هذا الكتاب فالقول قوله مع يمينه الا أن يقيم المدعى بينة أنه المسمى فى الكتاب وان اعترف أن هذا الاسم اسمه والنسب نسبه والصفة صفته الا أن الحق ليس هو عليه انما هو على آخر يشاركه فى الاسم والنسب والصفة ، فالقول قول المدعى فى نفى ذلك ، لأن الظاهر عدم المشاركة فى هذا كله ، فان أقام المدعى عليه بينة بما ادعاه من وجود مشارك له فى هذا كله أحضره الحاكم وسأله عن الحق فان اعترف به ألزمه به وتخلص الأول ، وان أنكره وقف الحكم وكتب الى الحاكم الكاتب يعلمه الحال ، وما وقع من الاشكال حتى يحضر الشاهدين فيشهدا عنده بما يتميز به المشهود عليه منهما • وان ادعى المسمى أنه كان فى البلد من يشاركه فى الاسم والصفة ، وقد مات نظرنا فان كان

موته قبل وقوع المعاملة التى وقع الحكم بها أو كان ممن لم يعاصره المحكوم عليه والمحكوم له لم يقع اشكال وكان وجوده كعدمه وان كان موته بعد الحكم أو بعد المعاملة أو كان ممن أمكن أن تجرى بينه وبين المحكوم له معاملة فقد وقع الاشكال كما لو كان حيا لجواز أن يكون الحق على الذى مات •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل اذا ثبت عند القاضى حق بالاقرار فسأله المقر له أن يشهد على نفسه بما ثبت عنده من الاقرار لزمه ذلك لأنه لا يؤمن أن ينكر المقر فلزمه الاشهاد ليكون حجة اذا أنكر ، وان ثبت عنده الحق بيمين المدعى بعد نكول المدعى عليه فسأله المدعى أن يشهد على نفسه لزمه لأنه لا حجة للمدعى غير الاشهاد ، وأن ثبت عنده الحق بالبينة فسأل المدعى الاشهاد ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يجب لأن له بالحق بينة فلم يلزم القاضى تجديد بينة أخرى (والثانى) أنه يلزمه لأن فى اشهاده على نفسه تعديلا لبينته واثباتا لحقه وألزاما لخصمه فان ادعى عليه حقا فأنكره وحلف عليه وسأله الحالف أن يشهد على براءته لزمه ليكون حجة له فى سقوط الدعوى حتى لا يطالبه بالحق مرة أخرى ، وان سأله أن يكتب له محضرا فى هذه المسائل كلها وهو أن يكتب ما جرى وما ثبت به الحق فان لم يكن عنده قرطاس من بينة ولم يأته المحكوم له بقرطاس ــ لم يلزمه أن يكتب لأن عليه أن يكتب وليس عليه أن يغرم ، وان كان عنده قرطاس من بيت المال أو أتاه صاحب الحق بقرطاس فهل يلزمه أن يكتب المحضر ؟ فيه وجهان (أحدهما) أنه يلزمه لأنه وثيقة بالحق فلزمه كالاشهاد على نفسه (والثانى) أنه لا يلزمه لأن الحق يثبت باليمين أو بالبينة دون المحضر وان سأله أن يسجل له وهو أن يذكر ما يكتبه فى المحضر ويشهد على انفاذه ويسجل له فهل يلزم ذلك أم لا ؟ على ما ذكرناه فى كتب المحضر . وما يكتب من المحاضر والسجلات يكتب فى نسختين احداهما تسلم الى المحكوم له والأخرى تكون فى ديوان الحكم . فان حضر عند القاضى رجلان لا يعرفهما وحكم بينهما ثم سأل المحكوم له كتب محضر أو سجل كتب : حضر الى رجلان قال أحدهما انه فلان بن فلان وقال الآخر انه فلان ابن فلان ويحليهما ويذكر ما جرى بينهما ويشهد على ذلك .

فصل وان اجتمعت عنده محاضر وسجلات كتب على كل محضر اسم المتداعيين ويضم ما اجتمع منها فى كل شهر أو فى كل سنة على قدر قلتها

وكثرتها وضم بعضها الى بعض ، ويكتب عليها محاضر شهر كذا وكذا من سنة كذا ليسهل عليه طلبته اذا احتاج اليه وان حضر رجلان عند القاضى فادعى أحدهما أن له فى ديوان الحكم حجة على خصمه فوجدها فان كان حكما حكم به غيره لم يعمل به الا أن يشهد به شاهدان أن هذا حكم به فلان القاضى ، ولا يرجع فى ذلك الى الخط والختم ، فانه يحتمل التزوير فى الخط والختم وان كان حكما حكم هو به فان كان ذاكرا للحكم به عالما به عمل به والزم الخصم حكمه ، وان كان غير ذاكر لم يعمل به لأنه يجوز ان يكون قد زور على خطه وختمه ، وان شهد اثنان عليه انه حكم به لم يرجع الى شهادتهما لأنه يشك فى فعله فلا يرجع فيه الى قول غيره كما لو شك فى فرض من فروض صلاته ، فان شهد الشاهدان على حكمه عند حاكم آخر انفذ ما شهدا به فان شهد شاهدان ان الأول توقف فى شهادتهما لم يجز للثانى أن ينفذ الحكم الذى شهدا به ، لأن الشهود فرع للحاكم الاول فاذا توقف الاصل لم يجز الحكم بشهادة الفرع ، كما لو شهد شاهدان على شهادة شاهد الأصل ثم شهد شاهدان ان شاهد الأصل توقف فى الشهادة .

فصل اذا اتضح الحكم للقاضى بين الخصمين فالمستحب أن يأمرهما بالصلح فان لم يفعلا لم يجز ترداهما لأن الحكم لازم فلا يجوز تأخيره من غير رضا من له الحكم .

فصل اذا قال القاضى : حكمت لفلان بكذا قبل قوله لأنه يملك الحكم فقبل الاقرار به كالزوج لما ملك الطلاق قبل اقراره به ، وان عزل ثم قال : حكمت لفلان بكذا لم يقبل اقراره لأنه لا يملك الحكم فلم يملك الاقرار به وهل يكون شاهدا فى ذلك ؟ فيه وجهان أحدهما وهو قول أبى سعيد الاصطخرى انه يكون شاهدا لأنه ليس فيه أكثر من أنه يشهد على فعل نفسه وذلك لا يوجب رد شهادته كما لو قالت امرأة أرضعت هذا الصبى والثانى وهو المذهب أنه لا يكون شاهدا لأن شهادته بالحكم تثبت لنفسه العدالة لأن الحكم لا يكون الا من عدل فتلحقه التهمة فى هذه الشهادة فلم تقبل ويخالف الرضعة لأن شهادتها بالرضاع لا تثبت عدالة لنفسها لأن الرضاع يصح من غير عدل ولأن المغلب فى الرضاع فعل المرتضع ولهذا يصح به دونها والمغلب فى الحكم فعل الحاكم فيكون شهادته على فعله فلم يقبل وبالله التوفيق) .

الشرح نعم اذا ترافع الى الحاكم خصمان فأقر أحدهما لصاحبه فقال المقر له للحاكم : أشهد لى على اقراره شاهدين لزمه ذلك ، لأن الحاكم لا يحكم بعلمه فربما جحد المقر فلا يمكنه الحكم عليه بعلمه ، ولو كان يحكم

بعلمه أحتمل أن ينسى فلا يمكنه الحكم باقراره • وان ثبت عنده حق بنكول المدعى عليه أو بيمين المدعى بعد النكول فسأله المدعى أن يشهد على نفسه لزمه لأنه لا حجة للمدعى سوى الاشهاد ؛ وان ثبتت عنده بينة فسأله الاشهاد ففيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه لأن بالحق بينة فلا يجب جعل بينة أخرى (والثانى) يجب لأن فى الاشهاد فائدة جديدة وهى اثبات تعديل بينة والزام خصمه وان حلف المنكر وسأل الحاكم الاشهاد على براءته لزمه ليكون حجة له فى سقوط المطالبة مرة أخرى ، وفى جميع ذلك اذا سأله أن يكتب له محضرا بما جرى ففيه أيضا وجهان (أحدهما) يلزمه ذلك لأنه وثيقة له فهو كالاشهاد لأن الشاهدين ربما نسيا الشهادة أو نسيا الخصمين فلا يذكرهما الا ما كتباه بخطهما أو صدقا عليه بتوقيعهما (والثانى) لا يلزمه لأن الاشهاد يكفيه ، لأن الشهود قد تكثر عليهم الشهادات ويطول عليهم الأمد فالظاهر أنهما لا يتحققان الشهادة تحققا يحصل به أداؤه فلا يتقيد الا بالكتاب ، فان اختار أن يكتب له محضرا كتبه ، وان كان الحاكم لا يعرف الخصمين قال : مدع ذكر أنه فلان ابن فلان الفلانى وأحضر معه مدعى عليه ذكر أنه فلان ابن فلان الفلانى ويرفع فى نسبهما ويذكر حليتهما لأن الاعتماد عليها فربما استعار النسب ويذكر صفاته البدنية الظاهرة من الطول والقصر وباقى المميزات الأخرى التى تميزه ، وان ثبت أنه شهد على اقراره شاهدان كما أوكد •

فأما ان أنكر المدعى عليه وشهدت عليه بينة قال فى المحضر : فادعى كذا وكذا فأنكر فسأل الحاكم المدعى : ألك بينة ؟ فأحضرها وسأل الحاكم سماعها ففعل وسأله أن يكتب محضرا بما جرى فأجابه اليه وذلك فى وقت كذا ، ويحتاج هنا أن يكتب بمجلس حكمه وقضائه بخلاف الاقرار لأن البينة لا تسمع الا فى مجلس الحكم والاقرار بخلافه ، ويكتب الحاكم فى آخر المحضر شهدا عندى بذلك • فان كان مع المدعى كتاب فيه خط الشاهد كتب تحت خطوطهما أو تحت خط كل واحد منهما شهد عندى بذلك • ويكتب علامته فى رأس المحضر وان اقتصر على ذلك دون المحضر جاز •

فأما ان لم تكن للمدعى بينة فاستحلف المنكر ثم سأل المنكر الحاكم

محضرا لئلا يحلف فى ذلك ثانيا كتب له مثل ما تقدم الا أنه يقول : فأنكر فسأل الحاكم المدعى : ألك بينة ؟ فلم تكن له بينة فقال : لك يمينه فسأله ان يستحلفه فاستحلفه فى مجلس حكمه وقضائه فى وقت كذا وكذا ولابد من ذكر تحليفه لأن الاستحلاف لا يكون الا فى مجلس الحكم ويعلم فى أوله خاصة ، وان نكل المدعى عليه عن اليمين قال : فعرض اليمين على المدعى عليه فنكل عنها فسأل خصمه الحاكم أن يقضى عليه بالحق فقضى عليه فى وقت كذا ويعلم فى آخره ويذكر أن ذلك فى مجلس حكمه وقضائه ، فهذه صفة المحضر . فأما ان سأل صاحب الحق الحاكم أن يحكم له بما ثبت فى المحضر لزمه أن يحكم له به وينفذه فيقول : حكمت له به ، ألزمته الحق ، أنفذت الحكم به فان طالبه أن يشهد له على حكمه لزمه ذلك لتحصل له الوثيقة به فان طالبه أن يسجل له به وهو أن يكتب فى المحضر ويشهد على انفاذه سجل له وفى وجوب ذلك الوجهان المذكوران هكذا أفاده صاحب المغنى ومنه نقلته قال :

ويكتب الحاكم بالسجل والمحضر نسختين (احداهما) تكون فى يد صاحب الحق (والأخرى) تكون فى ديوان الحكم فان هلكت احداهما نابت الأخرى عنها ، ويختم الذى فى ديوان الحكم ويكتب على طيه (ملفه) سجل فلان ابن فلان أو محضر فلان ابن فلان فان كثر ما عنده جمع ما يجتمع فى كل يوم أو أسبوع أو شهر على قدر كثرتها وقلتها وشدها فى أضبارة ويكتب عليها أسبوع كذا من شهر كذا من سنة كذا ثم يضم ما يجتمع فى السنة ويدعها فى ناحية ويكتب عليها محفوظات سنة كذا حتى اذا حضر من يطلب شيئا منها سأل عن السنة فيخرج محاضر تلك السنة ، ويتولى جمعها وشدها بنفسه ، فان تولى ذلك ثقة من ثقاته جاز .

قال : وينبغى أن يجعل من بيت المال شىء برسم الأوراق التى يكتب فيها المحاضر والسجلات لأنه من المصالح فانه يحفظ به الوثائق ، ويذكر الحاكم حكمه والشاهد شهادته ويرجع بالدرك على من رجع عليه فان أعوزه ذلك لم يلزم الحاكم ذلك ويقول لصاحب الحق ان شئت جئت بأوراق الحجة التى أكتبها لك .

فاذا ارتفع اليه خصمان فذكر أحدهما أن حجته فى ديوان الحكم فأخرجها الحاكم من ديوانه فوجدها مكتوبة بخطه تحت ختمه وفيها حكمه فان ذكر ذلك حكم به وهو قول أبى حنيفة وأحمد ومحمد بن الحسن ؛ وعن أحمد رواية أنه يحكم به وبه قال ابن أبى ليلى • قال ابن قدامة : وهذا الذى رأيته عن أحمد فى الشهادة لأنه اذا كان فى قمطره تحت ختمه لم يحتمل أن يكون الا صحيحا • ووجه الأول أنه حكم حاكم لم يعلمه فلم يجز انفاذه الا ببينة كحكم غيره ، ولأنه يجوز أن يزور عليه وعلى ختمه والخط يشبه الخط •

فان قيل فلو وجد فى دفتر أبيه حقا على انسان جاز له أن يدعيه ويحلف عليه • قلنا : هذا يخالف الحكم والشهادة بدليل الاجماع على أنه لو وجد بخط أبيه شهادة لم يجز له أن يحكم بها ولا يشهد بها ولو وجد حكم أبيه مكتوبا بخطه لم يجز له انفاذه ولأنه يمكنه الرجوع فيما حكم به عليه الى نفسه لأنه فعل نفسه فروعى ذلك وأما ما كتبه أبوه فلا يمكنه الرجوع فيما حكم به الى نفسه فيكفى فيه الظن •

فـــرع اذا ادعى رجل على الحاكم أنك حكمت لى بهذا الحق على خصمى فذكر الحاكم حكمه أمضاه وألزم خصمه ما حكم به عليه وليس هذا حكما بالعلم وانما هو امضاء لحكمه السابق • وان لم يذكره فشهد عنده شاهدان على حكمه فانه لا يلزمه قبول شهادتهما أو الحكم بما يدليان به لأنه يمكنه الرجوع الى الاحاطة والعلم فلا يرجع الى الظن كالشاهد اذا نسى شهادته فشهد عنده اثنان أنه شهد لم يكن له أن يشهد ، وقال الحنابلة وابن أبى ليلى ومحمد بن الحسن : يلزمه قبول شهادتهما وامضاء القضاء • قال القاضى : وهو قياس قول أحمد لأنه قال : يرجع الامام الى قول اثنين فصاعدا من المأمومين ولأنهما لو شهدا عنده بحكم غيره قبل فكيف اذا شهدا عنده بحكم نفسه ؟ ولأنهما شهدا بحكم حاكم ، لأن ذكر ما نسيه ليس اليه ويخالف الشاهد لأن الحاكم يمضى ما حكم اذا ثبت عنده والشاهد لا يقدر على امضاء شهادته وانما يمضيها الحاكم •

فـــرع ومن استوفى الحق من المحكوم عليه فقـال للحاكم : اكتب لى محضرا بما جرى لئلا يلقانى خصمى فى موضع آخر فيطالبنى به مرة أخرى ففيه وجهان (أحدهما) تلزمه اجابته ليخلص من المحذور الذى يخافه (والثانى) لا تلزمه لأن الحاكم انما يكتب بما ثبت عنده أو حكم به فأما استئناف ابتداء فيكفيه الاشهاد فيطالبه أن يشهد على نفسـه بقبض الحق لأن الحق ثبت عليه بالشهادة والأول أصح لأنه قد حكم عليه بهـذا الحق ويخاف الضرر بدون المحضر فأشبه ما حكم به ابتـداء ، وان طالب المحكوم له بدفع الكتاب الذى ثبت به الحق لم يلزمه دفعه اليه لأنه ملكه فلا يجب عليه دفعه الى غيره وكذلك كل من له كتـاب بدين فاستوفاه أو عقار فباعه لا يلزمه دفع الكتاب لأنه ملكه ولأنه يجوز أن يخرج ما قبضـه مستحقا فيعود الى ما له فأما ان قال فى ولايته : كنت حكمت لفلان بكذا قبل قوله ، سواء قال قضيت عليه بشاهدين عدلين أو قال : سمعت بينـة وعرفت عدالتهم ، أو قال : قضيت عليه بنكوله أو قال : أقر عنـدى فلان لفلان بحق فحكمت به ، وبهذا قال أبو حنيفة وأحمد وأبو يوسف وحكى عن محمد بن الحسن أنه لا يقبل حتى يشهد معه رجل عدل لأن فيه اخبارا بحق على غيره فلم يقبل قول واحد كالشهادة • دليلنا أنه يملك الحكم فملك الاقرار به كالزوج اذا أخبر بالطلاق والسـيد اذا أخبر بالعتق ، ولأنه لو أخبر أنه رأى كذا وكذا فحكم به قبل كذا ههنـا وفارق الشـهادة فان الشاهد لا يملك اثبات ما أخبر به •

فأما ان قال : حكمت بعلمى أو بالنكول أو بشاهد ويمين فى الأموال فانه لا يقبل قوله بالقضاء فى النكول ، وينبنى قوله حكمت عليه بعلمي على القولين فى جواز القضاء بعلمه لأنه لا يملك الحكم بذلك فلا يملك الاقرار •

وقالت الحنابلة يقبل فى كل ذلك فى الأموال ، لأنه أخبر بحكمه فيما لو حكم به لنفذ حكمه ، فوجب قبوله كالصور التى تقدمت ، ولأنه حاكم أخبر بحكمه فى ولايته فوجب قبوله كالذى سلمه ولأن الحاكم اذا حكم فى مسألة يسوغ فيها الاجتهاد لم يسغ نقض حكمه ولزم غيره امضـاؤه والعمل به فصار بمنزلة الحاكم بالبينة العادلة قالوا : ولا نسلم ما ذكرتموه •

فـــرع سبق أن قلنا : انه اذا عزل فقال : كنت حكمت فى ولايتى لفلان على فلان بحق فانه لا يقبل الا بشهادة شاهدين سواء لأن شهادته على فعل نفسه لا تقبل وهو قول أكثر الفقهاء من الحنابلة ، لأن من لا يملك الحكم لا يملك الاقرار به كمن أقر بعتق عبد بعد بيعه ثم اختلفوا فى هل يكون شـاهدا فى ذلك ؟ على وجهين (أحدهما) وهـو قول أبى سـعيد الاصطخرى من أصحابنا والأوزاعى وابن أبى ليلى : هو بمنزلة الشاهد اذا كان معه شاهد آخر قبل ، لأنه ليس فيه أكثر من أنه يشهد على فعل نفسه كما لو قالت امرأة أرضعت هـذا الصبى فانها لا ترد شهادتها (والثانى) وهو ظاهر المذهب أنه لا يقبل الا شاهدان سواء يشهدان بذلك لأن شهادته على فعل نفسه لا تقبل والله تعالى أعلم بالصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل.

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب القســـمة

(تجوز قسمة الأموال المشتركة لقوله عز وجل « واذا حضر القسمة أولو القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقولوا لهم قولا معـروفا » ولأن النبى صلى الله عليه وسلم « قسم غنائم بدر بشعب يقال له الصفراء ، وقسم غنـائم خيبر على ثمانية عشر سهما ، وقسموا غنـائم حنين بأوطاس وقيل بالجعـرانة » ولأن بالشركاء حاجة الى القسمة ليتمكن كل واحـد منهم من التصرف فى ماله على الكمال ويتخلص من كثرة الأيدى وسوء المشاركة) .

فصـــل **ويجوز لهم ان يتقاسموا بأنفسهم ويجوز ان ينصبوا من يقسم بينهم ، ويجوز أن يرفعوا الى الحاكم لينصب من يقسم بينهم ويجب أن يكون القاسم عالما بالقسـمة ليوصل كل واحد منهم الى حقه كما يجب أن يكون الحاكم عالما ليحكم بينهم بالحق ، فان كان القاسم من جهة الحاكم لم يجز أن يكون فاسقا ولا عبدا ، لأنه نصبه لالزام الحكم فلم يجز ان يكون فاسقا ولا عبدا كالحاكم ، فان لم يكن فيها تقويم جاز قاسم واحد ، وان كان فيهـا تقويم لم يجز اقل من اثنين لأن التقويم لا يثبت الا باثنين وان كان فيها خرص ففيه قولان (احدهما) انه يجوز أن يكون الخارص واحدا (والثانى) انه يجب أن يكون الخارص اثنين) .**

فصـــل فان كان القاسم نصبه الحاكم كانت أجرته من سهم المصالح لما روى « أن علياً رضى الله عنه أعطى القاسم من بيت المال » ولأنه من المصالح فكانت أجرته من سهم المصالح ، فان لم يكن فى بيت المال شىء وجبت على الشركاء على قدر أملاكهم ، لأنه مؤنة تجب لمال مشترك فكانت على قدر الملك كنفقة العبيد والبهائم المشتركة ، وان كان القاسم نصبه الشركاء جاز ان يكون فاسقاً وعبداً لأنه وكيل لهم وتجب أجرته عليهم على ما شرطوا لأنه أجير لهم) .

فصـــل وان كان فى القسمة رد فهو بيع لأن صاحب الرد بذل المال فى مقابلة ما حصل له من حق شريكه عوضا وان لم يكن فيها رد ففيه قولان (أحدهما) انها بيع لأن كل جزء من المال مشترك بينهما ، فاذا اخذ نصف الجميع فقد باع حقه بما حصل له من حق صاحبه (والقول الثانى) انها فرز النصيبين وتمييز الحقين لأنها لو كانت بيعا لم يجز تعليقه على ما تخرجه القرعة ، ولأنها لو كانت بيعا لافتقرت الى لفظ التمليك ولثبتت فيها الشفعة ولما تقدر بقدر حقه كسائر البيوع . فان قلنا انها بيع لم يجب فيما لا يجوز بيع بعضه ببعض كالرطب والعسل الذى انعقدت أجزاؤه بالنار ، وان قلنا : انها فرز النصيبين جاز وان قسم الحبوب والأدهان فان قلنا : انها بيع لم يجز ان يتفرقا من غير قبض ولم يجز قسمتها الا بالكيل كما لا يجوز فى البيع ، وان قلنا انها فرز النصيبين لم يحرم التفرق فيها قبل التقابض ، ويجوز قسمتها بالكيل والوزن ، وان كانت بينهما ثمرة على شجرة فان قلنا : ان القسمة بيع لم تجز قسمتها خرصا كما لا يجوز بيع بعضها ببعض خرصا وان قلنا : انها تمييز الحقين فان كانت ثمرة غير الكرم والنخل لم تجز قسمتها لأنها لا يصح فيها الخرص ، وان كانت ثمرة النخل والكرم جاز لأنه يجوز خرصها للفقراء فى الزكاة فجاز للشركاء) .

فصـــل وان وقف على قوم نصف أرض ، وأراد أهل الوقف ان يقاسموا صاحب الطلق فان قلنا ان القسمة بيع لم يصح . وان قلنا انها تمييز الحقين نظرت فان لم يكن فيها رد صحت وان كان فيها رد فان كان من أهل الوقف جاز لأنهم يتنازعون الطلق وان كان من أصحاب الطلق لم يجز لأنهم يتنازعون الوقوف .

الشرح قوله تعالى « واذا حضر القسمة أولو القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقولوا لهم قولا معروفا » مضى فى الفرائض أن هذه الآية محكمة وليست منسوخة ، ففى رواية عن ابن عباس أنها منسوخة

بقوله « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » وقال سعيد بن المسيب نسختها آية الميراث والوصية وبه قال عكرمة والضحاك والأول أصح فانها مبينة استحقاق الورثة لنصيبهم ، واستحباب المشاركة لمن لا نصيب له ممن حضرهم . قال ابن جبير : ضيع الناس هذه الآية . قال الحسن : ولكن الناس شحوا . وفى البخارى عن ابن عباس فى قوله تعالى : « واذا حضر القسمة » قال : هى محكمة وليست بمنسوخة . وفى رواية ان ناسا يزعمون أن هذه الآية نسخت لا والله ما نسخت ولكنها مما تهاون بها وهما وليان وال يرث وذلك الذى يرزق ، ووال لا يرث وذلك الذى يقول بالمعروف ، ويقول : لا أملك لك أن أعطيك . قال ابن عباس : أمر الله المؤمنين عند قسمة مواريثهم أن يصلوا أرحامهم ويتاماهم ومساكينهم من الوصية : فان لم تكن وصية وصل لهم من الميراث . قال النحاس : فهذا أحسن ما قيل فى الآية أن يكون على الندب والترغيب فى فعل الخير . وقالت طائفة : هذا الرضخ واجب على جهة الفرض تعطى الورثة لهذه الأصناف ما طابت به نفوسهم كالماعون والثوب الخلق وما خف . حكى هذا القول ابن عطية والقشيرى ، والصحيح أن هذا على الندب لأنه لو كان فرضا لكان استحقاقا فى التركة ومشاركة فى الميراث ، لأحد الجهتين معلوم ، وللآخر مجهول ، وذلك مناقض للحكمة وسبب للتنازع والتقاطع ، وأما تقسيم النبى صلى الله عليه وسلم للغنائم فقد مضى فى الجهاد والسير من الجزء الحادى والعشرين .

أما اللغات فقوله (وان كان فى القسمة رد) الرد صرف الشىء ورجعه والرد مصدر رددت الشىء ورده عن وجهه يرده ردا ومردا وترددا وفى حديث عائشة مرفوعا « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » أى مردود عليه . والمراد هنا فى الفصل من كلام المصنف ما يرده أحد الشريكين الى صاحبه اذا لم يتعادل الجزءان فيرد صاحب الجزء الكثير على صاحب القليل من رد اذا رجعه اليه . وقوله (فرز النصيبين) الفرز مصدر فرزت الشىء اذا قسمته والفرز النصيب المفروز لصاحبه واحدا كان أو اثنين ، وأفرزته اذا قسمته أيضا وقال الجوهرى : فرزت الشىء عزلته عن

غيره ومزته والقطعة منه فرزة وفارز فلان شريكه أى فاصله وقاطعه • قوله (صاحب الطلق) بكسر الطاء من قولك هو لك طلقا أو أعطيته من طلق مالى وهذا حلال طلق وحرام غلق وهو من المجاز والطلق ضد الوقف •

اما الأحكام فان الأصل فى القسمة الكتاب والسنة والاجماع • أما الكتاب فقوله تعالى : « ونبئهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر » وقوله تعالى : « واذا حضر القسمة أولو القربى واليتامى » الآية وأما السنة فمن القولية قوله صلى الله عليه وسلم « الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » ومن الفعلية « قسم صلى الله عليه وسلم خيبر على ثمانية عشر سهما » • وكان صلى الله عليه وسلم يقسم الغنائم فقد قسم غنائم بدر وأنفالها بعد أن خرج من مضيق الصفراء نزل على كثيب بين المضيق وبين النازية يقال له (سير) الى سرحة به فقسم هنالك النفل الذى أفاء الله على المسلمين من المشركين على السواء وقسم فىء خيبر فى خيبر • قال ابن اسحق : وكانت المقاسم على أموال خيبر على الشق ونطاة والكتيبة فكانت الشق ونطاة فى سهمان المسلمين وكانت الكتيبة خمس الله وسهم النبى صلى الله عليه وسلم وطعم رجال مشوا بين رسول الله وبين أهل فدك بالصلح منهم محيصة بن مسعود وأعطاه منها ثلاثين وسقا من شعير وثلاثين وسقا من تمر • وقسمت خيبر على أهل الحديبية من شهد خيبر ومن غاب عنها ، ولم يغب عنها الا جابر بن عبد الله فقسم له رسول الله صلى الله عليه وسلم كسهم من حضرها • وكان وادياها وادى السرير ووادى خاص وهما اللذان قسمت عليهما خيبر وكانت نطاة والشق ثمانية عشر سهما نطاة من ذلك خمسة أسهم والشق ثلاثة عشر سهما وكانت عدة الذين قسمت عليهم خيبر من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم ألف سهم وثمانمائة سهم برجالهم وخيلهم الرجال أربع عشرة مائة والخيل مائتا فرس فكان لكل فرس سهمان ولفارسه سهم ولكل راجل سهم •

وقسم النبى صلى الله عليه وسلم غنائم حنين • قال ابن اسحق : ثم خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم حين انصرف عن الطائف على دحنا حتى نزل الجعرانة فيمن معه من الناس ومعه من هوازن سبى كثير وقد قال له رجل

من أصحابه يوم ظعن عن ثقيف : يا رسول الله ادع عليهم فقال صلى الله عليه وسلم : « اللهم اهد ثقيفا وائت بهم » ثم أتاه وفد هوازن بالجعرانة وكان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم من سبى هوازن ستة آلاف من الذرارى والنساء ومن الابل والشاء ما لا يدرى ما عدته . قال ابن اسحق فحدثنى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن وفد هوازن أتوا النبى صلى الله عليه وسلم وقد أسلموا فقالوا : يا رسول الله انا أهل وعشيرة وقد أصابنا من البلاء ما لم يخف عليك فامنن علينا من الله عليك . وقال أبو صرد : يا رسول الله انما فى الحظائر عماتك وخالاتك وحواضنك اللاتى كن يكفلنك ولو أنا ملحنا للحرث بن أبى شمر أو للنعمان بن المنذر ثم نزل منا بمثل الذى نزلت به رجونا عطفه وعائدته علينا وأنت خير المكفولين . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أبناؤكم ونساؤكم أحب اليكم أم أموالكم ؟ » فقالوا يا رسول الله خيرتنا بين أموالنا وأحسابنا بل ترد الينا نساءنا وأبناءنا فهو أحب الينا فقال لهم : أما ما كان لى ولبنى عبد المطلب فهو لكم واذا ما أنا صليت الظهر بالناس فقوموا فقولوا : انا نستشفع برسول الله صلى الله عليه وسلم الى المسلمين وبالمسلمين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى أبنائنا ونسائنا فسأعطيكم عند ذلك وأسأل لكم . فلما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالناس الظهر قاموا فتكلموا بالذى أمرهم به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم : أما ما كان لى ولبنى عبد المطلب فهو لكم . فقال المهاجرون : وما كان لنا فهو لرسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت الأنصار : وما كان لنا فهو لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الأقرع بن حابس : أما أنا وبنو تميم فلا وقال عيينة بن حصن أما أنا وبنو فزارة فلا وقال عباس بن مرداس : أما أنا وبنو سليم فلا فقالت بنو سليم : بلى ما كان لنا فهو لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عباس : وهنتمونى فقال صلى الله عليه وسلم : أما من تمسك منكم بحقه من هذا السبى فله بكل انسان ست فرائض من أول سبى أصيبه ، فردوا الى الناس أبناءهم ونساءهم . ولما فرغ صلى الله عليه وسلم من رد سبايا حنين الى أهلها ركب واتبعه الناس يقولون : يا رسول الله أقسم علينا فيئنا من الابل والغنم حتى ألجأوه الى شجرة فاختطفت عنه رداؤه فقال : ردوا على

ردائى أيها الناس فوالله أن لو كان لكم بعد شجر تهامة نعما لقسمته عليكم ثم ما ألفيتمونى بخيلا ولا جبانا ولا كذوبا • ثم قام الى جنب بعير ثم أخذ وبرة من سنامه بين أصبعيه ثم رفعها ثم قال : أيها الناس والله ما لى من فيئكم ولا هذه الوبرة الا الخمس والخمس مردود عليكم فأدوا الخياط والمخيط فان الغلول يكون على أهله عارا ونارا وشنارا يوم القيامة وقد دخل عقيل ابن أبى طالب يوم حنين على امرأته فاطمة ابنة شيبة بن ربيعة وسيفه متلطخ دما فقالت : انى قد عرفت أنك قد قاتلت فماذا أصبت من غنائم المشركين ؟ فقال : دونك هذه الابرة تخيطين بها ثيابك فدفعها اليها فسمع منادى رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من أخذ شيئا فليرده حتى الخياط والمخيط فرجع عقيل فقال : ما أرى ابرتك الا قد ذهبت » •

وقد أجمعت الأمة على جواز القسمة ، ولأن بالناس حاجة الى القسمة ليتمكن كل واحد من الشركاء من التصرف على ايثاره ، ويتخلص من سوء المشاركة وكثرة الأيدى •

فرع ويجوز للشركاء أو الشريكين أن يقتسموا بأنفسهم ويجوز لهم أن يأتوا الحاكم لينصب بينهم قاسما لهم أو أن ينصبوا هم قاسما يقسم لهم ، فان نصب الحاكم لهم قاسما كان من شرطه العدالة والحرية ومعرفة الحساب ليوصل الى كل ذى حق حقه وهذا قول أحمد الا أنه لا يشترط كونه حرا ، فان كان القاسم قد نصبه الشركاء فكان على صفة قاسم الحاكم فى العدالة والمعرفة فهو كقاسم الحاكم فى لزوم قسمته وان كان كافرا أو فاسقا أو غير عارف بالقسمة لم تلزم قسمته الا بتراضيهما بها ويكون وجوده كعدمه فيما يرجع الى لزوم القسمة ، ويجزىء قاسم واحد فيما لا يحتاج الى تقويم فان احتاج الى التقويم احتاج الى قاسمين لأنه يحتاج الى أن يكون المقوم اثنين ولا يكفى فى التقويم واحد فمتى نصبوا قاسما أو نصبه الحاكم وكانت الشروط فيه متحققة لزمت القسمة بقرعته ، وان اختل فيه بعض الشروط لم تلزم القسمة الا بتراضيهما بعد القرعة لأنه لا حاكم بينهما ولا من يقوم مقامه •

فـــرع على الامام أن يرزق القاسم من بيت المال لأن هذا من المصالح وقد روى أن عليا اتخذ قاسما وجعل له رزقا من بيت المال • فان لم يرزقه الامام ، قال الامام للمتقاسمين : ادفعوا الى القاسم أجره ليقسم بينكم فان استأجره كل واحد منهم بأجر معلوم ليقسم نصيبه جاز وان استأجروه جميعاً اجارة واحدة ليقسم بينهم الدار بأجر واحد معلوم لزم كل واحد منهم من الأجر بقدر حصته من المقسوم وبهذا قال أحمد وأصحابه • وقال أبو حنيفة يكون عليهم على قدر عدد رءوسهم لأن عمله فى نصيب أحدهما كعمله فى نصيب الآخر سواء تساوت سهامهم أو اختلفت فكان الأجر بينهم سواء •

دليلنا أن أجر القسمة يتعلق بالملك فكان بينهم على قدر الأملاك كنفقة العبد وما ذكروه لا يصح لأن العمل فى أكبر النصيبين أكثر ، ألا ترى أن المقسوم لو كان مكيلا أو موزونا كان كيل الكثير أكثر عملا من كيل القليل ؟ وكذلك الوزن والزرع وعلى أنه يبطل بالحافظ فان حفظ القليل والكثير سواء ، ويختلف أجره باختلاف المال •

فـــرع وأجرة القسمة بينهما ولو كانت بطلب أحدهما وبهذا قال أحمد وأبو يوسف ومحمد • وقال أبو حنيفة هى على الطالب للقسمة ، لأنها له حق •

دليلنا أن الأجرة تجب بافراز الحصص وهم فى ذلك متساوون ، فكانت الأجرة عليهم كما لو كانوا جميعا طالبين للقسمة •

فـــرع والقسمة افراز حق وتمييز أحد النصيبين من الآخر وليست بيعا فى أحد القولين وقال فى الآخر : هى بيع • وحكى عن أبى عبد الله ابن بطة • وذلك لأنه يبدل نصيبه من أحد السهمين بنصيب صاحبه من السهم الآخر ، وهذا حقيقة البيع • أما القول بأنها افراز حق وتمييز الأنصباء بعضها من بعض فذلك لأنها لا تفتقر الى لفظ التمليك ، ولا تجب فيها الشفعة ويدخلها الاجبار وتلزم باخراج القرعة ، ويقدر أحد النصيبين

بقدر الآخر ، والبيع لا يجوز فيه شيء من ذلك ، ولأنها تنفرد عن البيع باسمها وأحكامها فلم تكن بيعا كسائر العقود ، ثم قال ابن قدامة : وفائدة الخلاف أنها اذا لم تكن بيعا جازت قسمة الثمار خرصا والمكيل وزنا والموزون كيلا والتفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض فى البيع ، ولا يحنث اذا حلف لا يبيع بها واذا كان العقار أو نصفه وقفا جازت القسمة • ا هـ •

فرع اذا قلنا : هى بيع انعكست هذه الأحكام ، هذا اذا خلت من الرد ، فان كان فيها رد عوض فهى بيع لأن صاحب الرد يبذل المال عوضا عما حصل له من مال شريكه ، وهذا هو البيع ، فان فعلا ذلك فى وقف لم يجز لأن بيعه غير جائز ، وان كان بعضه وقفا وبعضه طلقا والرد من صاحب الطلق لم يجز لأنه يشترى بعض الوقف ، فان كان من أهل الوقف جاز لأنهم يشترون بعض الطلق •

مسألة قال ابن حزم فى المحلى : (ويقسم كل ما لا يحل بيعه اذا حل ملكه كالكلاب والسنانير والثمر قبل أن يبدو صلاحه والماء وغير ذلك ، كل ذلك بالمساواة والمماثلة ، لأن القسمة تمييز حق كل واحد وتخليصه وليست بيعا ، ولو كانت بيعا لما جاز أن تأخذ البنت دينارا والابن دينارين) •

فصل فى رد ابن حزم على من قال بالنسخ •

قال : وأمر الله تعالى فرض حتى يأتى نص ثابت بأنه ليس فرضا والا فقول من قال : لا يلزم انفاذ أمر الله تعالى لخصوص ادعاه أو نسخ زعمه ، أو لندب أطلقه بظنه ، قول ساقط مردود فاحش الا أن يخبرنا بشيء من ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسمعا وطاعة لأنه المبلغ عن الله تعالى أحكامه وأما من دونه فلا • روينا من طريق سعيد بن منصور ناهشيم عن يونس — هو ابن عبيد — ومنصور بن المعتمر والمغيرة بن مقسم قال يونس ومنصور عن الحسن وقال المغيرة عن ابراهيم ثم اتفق الحسن وابراهيم قالا

جميعا فى قول الله تعالى (واذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه) هى محكمة وليست بمنسوخة ، وبه الى هشيم عن عوف هو ابن أبى جميلة عن ابن سيرين قال : كانوا يرضخون لهم اذا حضر أحدهم القسمة وابن سيرين أدرك الصحابة رضى الله عنهم • ومن طريق أحمد بن محمد بن اسماعيل الصفار النحوى نا جعفر بن مجاشع نا ابراهيم بن اسحاق نا عبد الله نا عبد الرحمن بن مهدى نا سفيان — هو الثورى — عن ابن أبى نجيح عن مجاهد (واذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه) قال : هى واجبة عند قسمة الميراث ما طابت به أنفسهم •

ومن طريق عبد الرزاق عن معمر عن الزهرى فى هذه الآية قال : هى محكمة ما طابت به أنفسهم عند الميراث فان قيل : قد روى عن الضحاك وابن المسيب وابن عباس أنها منسوخة وقال قوم : انها ندب • أما الاحتجاج بقول ابن المسيب والضحاك فقول يستغنى عن تكلف الرد بأكثر من ايراده فكيف وقد خالفهما الحسن وابن سيرين والنخعى والزهرى ومجاهد وغيرهم ؟ وأما ابن عباس فما قول أحد حجة بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم فكيف وقد جاء عن ابن عباس خلاف هذا ؟ كما روينا من طريق محمد ابن أحمد بن اسماعيل الصفار النحوى نا بكر بن سهل نا أبو صالح نا معاوية بن صالح عن على بن أبى طلحة عن ابن عباس (واذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه) قال : أمر الله عز وجل عند قسمة مواريثهم أن يصلوا أرحامهم ويتاماهم ومساكينهم من الوصية فان لم تكن وصية قسم لهم من الميراث وقد حكم بهذه الآية فى ميراث عبد الرحمن بن أبى بكر بعلم عائشة أم المؤمنين فلم تنكر ذلك ، ولا عجب أعجب ممن يأتى الى ما قد صح عن ابن عباس من أن قول الله تعالى (فان جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم) منسوخ بقوله تعالى (وأن احكم بينهم بما أنزل الله) فلا يلتفت اليه وهو قول قد صح برهانه بانكار الله تعالى حكم الجاهلية ، وكل ما خالف دين الاسلام فهو حكم جاهلية سواء كان مفترى من أهله أو كان من عند الله تعالى ثم نسخه بغيره كالصلاة الى بيت

المقدس وتربص المتوفى عنهـا حولا والتزام السبت وغير ذلك ، ثم يأتى فيحتج بقول جاء عن ابن عباس فى هذه الآية قد جاء عنه خلافه ، وهـذا هو اتباع الهوى والتحكم بالباطل فى دين الله عز وجل ، ولئن كان قول ابن عباس المختلف عنه فيه ها هنا حجة فأحرى أن يكون حجة حيث لم يختلف عنه وان كان ليس قوله هنالك حجة فليس ها هنا حجة • ثم ان قول القائل هذه الآية منسوخة أو غير واجبة قول لا يحل اتباعه لأنه دعوى بلا برهان ونهى عن اتباع أمر الله تعالى وأمر رسوله عليه السلام بلا برهان أو اباحة لمخالفتهما كذلك وكل ذلك باطل متيقن الا بنص ثابت من قرآن أو سـنة وبالله التوفيق • اهـ المحلى جـ ٨ •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان طلب احد الشريكين القسمة وامتنع الآخر نظرت ـ فان لم يكن على واحد منهم ضرر فى القسـمة كالحبوب والأدهان والثيـاب الغليظة وما تساوت أجزاؤه من الأرض والدور ـ أجبر الممتنع لأن الطـالب يريد ان ينتفع بماله على الكمال وان يتخلص من سوء المشاركة من غير اضرار بأحد فوجبت اجابته الى ما طلب • وان كان عليهما ضرر كالجواهر والثيـاب المرتفعة التى تنقص قيمتها بالقطع والرحى الواحدة والبئر والحمام الصـغير لم يجبر الممتنع لقوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا اضرار » وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن اضاعة المال » ولأنه اتلاف مال وسـفه يستحق بهما الحجر فلم يجبر عليه وان كان على أحدهمـا ضرر دون الآخر نظرت ـ فان كان الضرر على الممتنع ـ أجبر عليها وقال ابو ثور رحمه الله : لا يجبر لأنها قسمة فيها ضرر فلم يجبر عليها كما لو دخل الضرر عليهما ، وهذا خطأ لأنه يطلب حقا له فيه منفعة فوجبت الاجابة اليه ، وان كان على المطلوب منه ضرر كما لو كان له دين على رجل يملك الا ما يقضى به دينـه • وان كان الضرر على الطالب دون الآخر ففيه وجهان (احدهما) : أنه يجبر لأنه قسمة لا ضرر فيها على احدهمـا فأجبر الممتنع كمـا لو كان الضرر على الممتنع دون الطالب • (والثانى) : انه لا يجبر وهو الصحيح لأنه يطلب ما لا يستضر به فلم يجبر الممتنع ويخالف اذا لم يكن على الطالب ضرر لأنه يطلب ما ينتفع به وهذا يطلب ما يستضر به وذلك سفه فلم يجبر الممتنع) •

الشرح حـديث « لا ضرار ولا اضرار » ورد بلفظ « ضرار »

أخرجه ابن أبى شيبة فى مصنفه والدارقطنى عن ابن عباس وابن ماجه عن عبادة ومالك والشافعى عنه عن عمرو بن يحيى المازنى عن أبيه مرسلا •

وحديث « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال » فانما هو جزء من حديث أخرجه الشيخان من حديث المغيرة بن شعبة وأخرجه مالك فى الموطأ من حديث سهيل بن أبى صالح عن أبيه عن أبى هريرة بلفظ « ان الله تبارك وتعالى يرضى لكم ثلاثا ويسخط لكم ثلاثا يرضى لكم أن تعبدوه ولا تشركوا به شيئا وأن تعتصموا بحبل الله جميعا وأن تناصحوا من ولاه الله أمركم ، ويسخط لكم قيل وقال واضاعة المال وكثرة السؤال » قال ابن عبد البر : هكذا أرسله يحيى والقعنبى وأرسله سائر الرواة فقالوا : عن أبى هريرة اهـ •

أما اللغات فالضرر هو ضرر النفس والاضرار هو احداث الضرر بغيره • قال فى النهاية : الضر ضد النفع ضره يضره ضرا وضرارا وأضر به يضر اضرارا فمعنى قوله : لا ضرر أى لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقه والضرار فعال من الضر أى لا تجازيه على اضراره بادخال الضرر عليه ، والضرر ما تضر به صاحبك وتنتفع أنت به والضرار أن تضره من غير أن تنتفع أنت • وقيل هما بمعنى وتكرارها للتأكيد •

أما الأحكام فانه اذا طلب أحد الشريكين فامتنع الآخر فلا يخلو من حالين (أحدهما) ألا يكون ضرر فى القسمة كالثياب الغليظة والحبوب والأدهان وما تساوت أجزاؤه من الأرض ، أجبر الممتنع لأن الطالب يريد الانتفاع بماله ، ويريد التخلص من سوء المشاركة (والثانى) أن يكون ضرر بمعنى أنه يكون فى بعضها قطعة أرض ليس عليها شىء من الثمار وعلى قطعة أخرى نخلة أو شجرة فاكهة أو ساقية فان القطعة التى تساوى مائة خالية انما تساوى ضعف ثمنها اذا كان عليها منشئات أو بساتين ، فاذا جعلت الأرض سهما قومت المنشآت ووزعت على الشركاء ويكون لكل منهم نصيبه فى قيمتها ، فمن أخذ الأرض التى عليها المنشآت رد على الشركاء أنصبتهم من ثمنها فكأنه باعها منهم ، فهذه أرض لم تتساو أجزاؤها ولا يجبر

أحد على البيع أو الشراء وقال أبو محمد بن حزم : « ولا يجوز أن يجبر أحد من الشركاء على بيع حصته مع شريكه أو شركائه ولا على تقاومهما الشيء الذى هما فيه شريكان أصلا كان مما ينقسم أو مما لا ينقسم من الحيوان لكن يجبران على القسمة ان دعا اليها أحدهما أو أأحدهم أو تقسم المنافع بينهما ان كانت لا تمكن القسمة ، ومن دعا الى البيع قيل له : ان شئت فبع حصتك وان شئت فأمسك وكذلك شريكك الا أن يكون فى ذلك اضاعة للمال بلا شيء من النفع فيباع حينئذ لواحد كان أو لشريكين فصاعدا الا أن يكون اشتركا لتجارة فيجبر على البيع ههنا خاصة من أباه • برهان ذلك قوله تعالى (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان دماءكم وأموالكم عليكم حرام » فصح بهذا أنه لا يحل أن يخرج مال أحد عن ملكه بغير تراض منه والاجبار على البيع اخراج للمال عن صاحبه الى من هو حرام عليه بنص القرآن والسنة وهذا ظلم لا شك فيه ، فان قيل : ان فى ترك أحدهما البيع ضررا بانتقاص قيمة حصة الآخر قلنا : لا ضرر فى ذلك بل الضرر كله هو أن يجبر المرء على اخراج ملكه عن يده ، فهذا الضرر هو المحرم لا ضرر انسان بألا ينفذ له هواه فى مال شريكه ، وقد وافقنا المخالفون ههنا على أن من له قطعة أرض أو دار صغيرة الى جنب أرض أو دار لغيره لو بيعتا معا لتضاعفت القيمة لهما ، وان بيعتا متفرقتين نقصت القيمة أنه لا يجبر أحد على ذلك ان أباه فمن أين وقع لهم هذا الحكم فى المشترك من الأموال دون المقسوم منها ؟ ا هـ •

قلت : ولأصحابنا وجهان اذا دعا بعض الشركاء الى القسمة فامتنع البعض الآخر ففيه وجهان (أحدهما) يجبر الممتنع عليها وبه قال أبو حنيفة لأن فيها ضررا على بعض الشركاء دون بعض فأجبر الممتنع منها عليها كما لو كان الضرر على الممتنع وحده (والثانى) الا يجبر الممتنع منها عليها وهو المذهب ؛ لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن اضاعة المال وفى هذه القسمة اضاعة المال ، ولأنه يطلب ما يستضر به واجابته الى ذلك سفه فلم يجب • هذا ترتيب أصحابنا العراقيين وقال الخراسانيون : ان دعا الى

القسمة من يستضر بها وامتنع منها من لا يستضر بها لم يجبر الممتنع وجها واحدا • وان دعا اليها من لا يستضر بها وامتنع منها من يستضر بهـا فهل يجبر الممتنع ؟ فيه وجهان •

اذا ثبت هذا فان كان نصف الدار لواحد ونصفها لعشرة لكل واحد منهم نصف عشرها ، وطلب العشرة أن يقسموا نصيبهم من الدار مجموعا وامتنع صاحب النصف أجبر على ذلك لأنها قسمة لا ضرر فيها ، وكذلك اذا طلب صاحب النصف أن يفرد نصيبه عن العشرة أجبر شركاؤه على ذلك •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان كان بينهما دور ان اراض مختلفة فى بعضها نخل وفى بعضها شجر أو بعضها يسقى بالسيح وبعضا يسقى بالناضح وطلب أحدهمـا ان يقسم بينهما اعيانا بالقيمة وطلب الآخر قسمة كل عين لأن كل واحد منهما له حق فى الجميع ، فجاز له أن يطالب بحقه فى الجميع • وان كان بينهمـا عضائد متلاصقة وأراد احدهما ان يقسم أعيانا وطلب الآخر ان يقسم كل واحد منها على الانفراد ففيه وجهان (أحدهمه) أنها تقسم اعيانا كالدار الواحدة اذ كان فيها بيوت (والثـانى) انه يقسم كل واحـدة منا لان كل واحـدة على الانفراد فقسم كل واحد منها كالدور المتفرقة) •

الشرح قوله : (أراض) قال فى الطـراز المذهب : قال أهـل النحو : لا يجوز جمع أرض على أراض والصواب أرضون بفتح الراء لأن أفاعل جمع أفعل كأحمر وأحامر وأفكل وأفاكل ولا يجمع فعل على أفاعل بل يجمع على أرضين وآراض فى القليل وأروض أيضا وقال الجوهرى : أراض جمع الجمع ا هـ وقال فى اللسان : والجمع آراض وأروض وأرضون الواو عوض من الهـاء المحذوفة المقدرة وفتحوا الراء فى الجمـع ليدخل الكلمة ضرب جمـع من التكسير استيحاشا من أن يوفروا لفظ التصحيح ليعلموا أن أرضا مما كان سبيله لو جمع بالتاء أن تفتح راؤه فيقال أرضات قال الجوهرى : وزعم أبو الخطاب أنهم يقولون : أرض وآراض كما قالوا أهل وآهال ، قال ابن برى : الصحيح عند المحققين فيمـا حكى عن أبى

الخطـاب أرض وأراض وأهل وأهال كأنه جمـع أرضـاة وأهلاة كمـا قالوا : ليلة وليال كأنه جمع ليلاة ، قال الجوهرى : والجمع أرضات لأنهم قد يجمعون المؤنث الذى ليست فيه هاء التأنيث بالألف والتـاء كقولهم عرسات ثم قالوا : أرضون فجمعوا بالواو والنون والمؤنث لا يجمع بالواو والنون الا أن يكون منقوصا كثبة وظبة ولكنهم جعلوا الواو والنون عوضا عن حذفهم تاء التأنيث .

وقوله (يسقى بالسيح) من قولك ساح الماء يسيح سيحا وسيحانا اذا جرى على وجه الأرض وقد مضى ذكره فى كتاب الزكاة ، والناضح البعير الذى يحمل ماء السقى والأنثى ناضحة وسانية . والناضح الذى ينضح عن البعير أى يسوق السانية ويسقى بخلاف غيره هكذا أفاده ابن بطال الركبى وقوله (عضائد متلاصقة) قال ابن بطال الركبى : أراد دكاكين متلاصـقة متوالية البناء ، قال الجوهرى : أعضاء كل شىء ما يسند حوله من البنـاء وغيره كأعضاد الحوض وهى حجارة تنصب حول شفيره ولعلهـا سميت عضائد من هذا البناء ويقال : عضد من نخل اذا كانت منعطفة متساوية .. وقوله (تابع للعرصة فى القسـمة) العرصة قال فى القاموس : كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء والجمع عراص وعرصات وأعراص .

أما الأحكام فانه اذا كان بين رجلين أعيان مشتركة وطلب أحدهما أن يقسم كل عين على الانفراد جزءين وطلب الآخر أن تقوم كل عين ويأخذ كل واحد منهم أعيانا منها بقيمتها نظرت ــ فان كان المشترك دارا واحدة فيها بيوت (شقق) فطلب أحدهما أن تقسم كل عمارة جزءين وطلب الآخر أن تقسم البيوت (الشقق) بالقيمة فيأخذ كل واحد شققا بالقيمة قدم قول من دعا الى القسمة بالقيمة ، لأن قسمة كل جزءين تنقص به القيمة والمنفعة . وان كان المشترك بينهمـا دورا متفرقة وطلب أحدهمـا أن تقسم كل دار بانفرادها وطلب الآخر أن يجعل كل دار نصيبا قدم قول من ادعى أن يقسم كل دار بانفرادها سواء كانت الدور فى محلة أو فى محال .

اذا ثبت هذا فان كان بينهما خان ذو بيوت ومساكن قسمته بافراد

بعض المساكن عن بعض لأنه يجرى مجرى الدار الواحدة فيها بيوت ، وان كان بينهما دكاكين فهى كالدور ، فأما اذا كان بينهما عضائد صغار متلاصقة وهى البيوت من الدكاكين فى الأسواق التى يسكنها التجار فطلب أحدهما أن يقسم بالقيمة وامتنع الآخر فهل يجبر الممتنع ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجبر لأن هذه العضائد تجرى مجرى الدار فيها بيوت (شقق) أو يجرى مجرى الخان فيها بيوت ومعلوم أن من دعا الى أن يجعل كل بيت فى الدار أو الخان نصيبا فانه يجاب الى ذلك فكذلك هذا مثله (والثانى) لا يجبر الممتنع لأن كل عضادة مسكن ، ولأنها أعيان مميزة فلا يقسم بعضها فى بعض كالدور المتفرقة ، فعلى هذا ان كانت كل عضادة مما يمكن قسمتها جزءين قسمت كل عضادة وان كان لا يمكن ذلك الا بضرر يلحق فى القيمة والمنفعة لا يقسم •

سبق أن مذهبنا أنه اذا كان المشترك بينهما دورا متفرقة وطلب أحدهما أن يقسم كل دار بانفرادها وطلب الآخر أن يجعل كل دار نصيبا قدم قول من ادعى أن يقسم كل دار بانفرادها سواء كانت الدور فى محلة أو فى محالل وبه قال أبو حنيفة وقال مالك : ان كانت الدور فى محال قدم قول من دعا الى أن يكون كل دار نصيبا ، وقال أبو يوسف ومحمد : ان كان الحظ فى أن يقسم كل دار قسمت كل دار وان كان الحظ أن يجعل كل دار نصيبا جعل كل دار نصيبا ، وقال أبو محمد بن حزم : فان كان المقسم أشياء متفرقة فدعا أحد المقتسمين الى اخراج نصيبه كله بالقرعة فى شخص من أشخاص المال أو فى نوع من أنواعه قضى بذلك أحب شركاؤه أم كرهوا ، ولا يجوز أن يقسم كل نوع بين جميعهم الا باتفاق جميعهم على ذلك • وقال ابن قدامة من أصحاب أحمد : فان كان بينهما ثياب أو حيوان أو أوانى خشب أو عمد أو أحجار فاتفقا على قسمتها جاز ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قسم الغنائم يوم بدر ويوم حنين ويوم خيبر وهى تشتمل على أجناس من المال ، وسواء اتفقا على قسمة كل جنس بينهما أو على قسمتها أعيانا بالقيمة • وان طلب أحدهما قسمة كل نوع على حدته وطلب الآخر قسمته أعيانا بالقيمة قدم قول من طلب قسمة كل نوع على حدته اذا أمكن

ذلك ، وان طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر وكان مما لا يمكن قسمته الا باخذ عوض عنه من غير جنسه أو قطع ثوب فى قطعه نقص أو كسر اناء أو رد عوض لم يجبر الممتنع • وان أمكن قسمة كل نوع على حدة من غير ضرر ولا رد عوض فقال القاضى : يجبر الممتنع وهو ظاهر مذهب الشافعى ، وهو قول أبى الخطاب ، لا أعرف فى هذا عن امامنا ــ يعنى أحمد بن حنبل رضى الله عنه ــ رواية ويحتمل ألا يجبر الممتنع وهو قول ابن خيران من أصحاب الشافعى ، لأن هذا انما يقسم أعيانا بالقيمة فلم يجبر الممتنع عليه كما لا يجبر على قسمة الدور بأن يأخذ هذا دارا وهذا دارا وكالجنسين المختلفين • ووجه الأول أن الجنس الواحد كالدار الواحدة وليس اختلاف الجنس الواحد فى القيمة بأكثر من اختلاف قيمة الدار الكبيرة والقرية العظيمة ، فان أرض القرية تختلف سيما اذا كانت أشجارا مختلفة وأراض متنوعة ، والدار ذات بيوت واسعة وضيقة وحديثة وقديمة • ثم هذا الاختلاف لم يمنع الاجبار على القسمة كذلك الجنس الواحد ، وفارق الدور فانه أمكن قسمة كل دار على حدتها ، وههنا لا يمكن قسمة كل ثوب منها أو اناء على حدته ، وان كانت الثياب أنواعا كالحرير والقطن والكتان فهى كالأجناس ، وكذلك سائر الأموال ، والحيوان كغيره من الأموال ويقسم النوع الواحد منه ، وبه قال الشافعى وأبو يوسف ومحمد • ا هـ ومن المغنى نقلته •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **فان كان بينهما دار وطلب احدهما ان تقسم فيجعل العلو لأحدهما والسفل للآخر وامتنع الآخر لم اجبر الممتنع لأن العلو تابع للعرصة فى القسمة ، ولهذا لو كان بينهما عرصة وطلب أحدهما القسمة وجبت القسمة ولو كان بينهما غرفة فطلب أحدهما القسمة لم يجب ولا يجوز أن يجعل التابع فى القسمة متبوعا •**

الشرح يفيد هذا الفصل أنه اذا كان بينهما دار فيها علو وسفل وطلب أحدهما أن يجعل العلو والسفل بينهما وامتنع الآخر أجبر الممتنع

لأن البناء فى الأرض يجرى مجرى الغراس فى الأرض ، لأنهما يتفقان فى البيع والشفعة • وان كان بينهما أرض فيها غراس وطلب أحدهما أن يقسم الأرض بينهما وامتنع الآخر أجبر الممتنع ، وان طلب أحدهما أنه يجعل العلو نصيبا والسفل نصيبا ويقرع بينهما — فان رضى الآخر — جاز ويكون الهواء لصاحب العلو وله أن يحمل على علوه ما لا يضر بصاحب السفل ، وان امتنع أحدهما من هذه القسمة لم يجبر لأن العلو تبع للسفل فلم يجز أن يجعل التابع متبوعا ، ولأن العلو والسفل كالدارين المتجاورين ، ثم لو كان بينهما داران متجاوران وطلب أحدهما أن يجعل كل دار نصيبا وامتنع الآخر لم يجبر الممتنع فكذلك هذا مثله ، وان طلب أحدهما أن يقسم السفل بينهما ويترك العلو على الأشاعة وامتنع الآخر لم يجبر على ذلك لأن القسمة تراد لتمييز حق أحدهما عن حق الآخر • واذا كان العلو مشتركا لم يحصل التمييز لأنهما قد يقسمان فيحصل ما لأحدهما على ما للآخر فلا يتميز الحقان ، وان تراضيا على ذلك جاز •

فـــرع فى مذاهب العلماء فى ذلك :

قلنا : ان البناء فى الأرض يجرى مجرى الغرس فيتبعها فى البيع والشفعة ، وبهذا قال العلماء كافة الا ابن حزم على ما سيأتى • وقال فى المغنى : وان طلب أحدهما جعل السفل لأحدهما والعلو للآخر ويقرع بينهما لم يجبر عليه لثلاثة معان (أحدهما) أن العلو يتبع السفل ولهذا اذا بيعا تثبت الشفعة فيهما ، واذا أفرد العلو بالبيع لم تثبت فيه الشفعة ، واذا كان تبعا له لم يجعل المتبوع سهما والتبع سهما فيصير التبع أصلا (والثانى) أن السفل والعلو يجريان مجرى الدارين المتلاصقين لأن كل واحد منهما يسكن منفردا ولو كان بينهما داران لم يكن لأحدهما المطالبة بجعل كل دار نصيبا كذا ههنا • (الثالث) أن صاحب القرار يملك قرارها وهواءها فاذا جعل السفل نصيبا انفرد صاحبه بالهواء وليست هذه قسمة عادلة ا هـ واختلف قول أبى حنيفة فى مقدار ما يخص كل واحد من الشركاء فقال : انه يقسمه الحاكم بأن يجعل كل ذراع من السفل بذراعين من العلو ، وقال

أبو يوسف : ذراع بذراع • وقال محمد : يقسمها بالقيمة واحتجوا بأنها دار واحدة فاذا قسموها على ما يراه جاز كالتى لا علو فيها •

وقال ابن حزم : ولا يجوز أن يقع فى القسمة لأحد المقتسمين علو بناء والآخر سفله وهذا مفسوخ أبدا ان وقع • برهان ذلك أن الهواء دون الأرض لا يمتلك ولا يمكن ذلك أصلا لوجهين : (أحدهما) أنه لا سبيل لأحد الى أن يستقر فى الهواء وهذا ممتنع • (والثانى) : أنه متموج غير مستقر ولا مضبوط ، فمن وقع له العلو فانما يملكه بشرط أن يبنى على جدرات صاحبه وسطحه ويشترط ألا يهدم صاحب السفل جدراته ولا سطحه ولا أن يعلى شيئا من ذلك ولا أن يقصره ولا أن يقبب سطحه ولا أن يرقق جدراته ، ولا أن يفتح فيها أقواسا ، وكل هذه شروط ليست فى كتاب الله تعالى وقد قال صلى الله عليه وسلم « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط ، كتاب الله أحق وشرط الله أوثق » وقد علمنا أن كل من له حق فهو يملك اياه يتصرف فيه كيف شاء ما لم يمنعه قرآن أو سنة فيطلب هذه القسمة بيقين لا اشكال فيه ، وصح أن ابتياع العلو على اقراره حيث هو أكل مال بالباطل وانما يجوز بيع أنقاضه فقط فاذا ابتاعها فليس له امساكها على جدرات غيره الا ما دام تطيب نفسه بذلك ثم له أن يأخذه بازالتها عن حقه متى شاء ، وقد منع الشافعى من اقتسام سفل لواحد وعلو لآخر • انتهى بنصه فى المحلى ومن المحلى نقلته •

قلت والجواب عن قوله : ان الهواء لا يتملك أنه اذا رضى صاحب السفل أن تكون جدراته قرارا لصاحب العلو ورضى صاحب العلو أن تكون جدراته قرارا للأعلى جاز بشرط ألا يحمل صاحب العلو ما يستضر به صاحب السفل ، وما دام الضرر ممتنعا والمصلحة قائمة والرضى قد تحقق فلا وجه لفسخه • والجواب عن تقييد حرية صاحب السفل فى أن يرفع سقفه أو يعليه أو يقببه فانه متى اتفقا على شكل البناء وحد كل بناء عموديا ، كان حده الى أعلا كحده أفقيا ، وما دام المالك لا يجوز له أن يتجاوز حد ملكه شرقا ولا غربا فان هذا مثله ، وكل حرية فى التصرف مقيدة بعدم الاضرار

بالآخرين • والجواب عن قوله صلى الله عليه وسلم « كل شرط ليس فى كتاب الله » فانه شرط يندرج تحت جميع العقود المباحة كالبيع والاجارة والشفعة فلا يوجد نص ينقضه أو يعارضه ، قال الله تعالى « لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم ولا تعتدوا » والله تعالى أعلم بالصواب •

فصـــل فى عقود تمليك الشقق :

جرت العادة فى بلادنا مصر حرسها الله وأزال عنها غمة الهزيمة والانكسار أمام يهود ومن والاهم من الكفار ــ أن تبنى الحكومة دورا كبيرة (عمارات) ثم تعرض بيوتها ــ شققها ــ للتمليك ، فيقبل عليها الناس يشترونها كما يشترون بيوتا على الأرض ، وتدار هذه العمائر بمجلس يختاره ملاك هذه الشقق ويتعاونون على نظافتها وحراستها وصيانتها فكأنهم شركاء فى العمارة كلها وقد خصصوا لكل منهم شقة بحصته فيها ، وبذلك تكون مصاعدها وسلالمها وأبوابها العامة وفناؤها ملكا مشاعا لجميعهم وهم متراضون بهذا من غير مضارة ولا مشقة ولا سوء جوار فهو جائز على مذهبنا باطل على مذهب ابن حزم والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان كان بين ملكهما عرصة حائط فاراد ان تقسم طولا فيجعل لكل واحد منهما نصف الطول فى كمال العرض واتفقا عليه جاز ، وان طلب احدهما ذلك وامتنع الآخر أجبر عليها ، لأنه لا ضرر فيها وان ارادا قسمتها عرضا فى كمال الطول واتفقا عليه جاز وان طلب أحدهما وامتنع الآخر ففيه وجهان (احدهما) انه لا يجبر لأنه لا تدخله القرعة لانه اذا اقرع بينهما ربما صار بها مال كل واحد منهما الى ناحية ملك الآخر ولا ينتفع به وكل قسمة لا تدخلها القرعة لا يجبر عليها كالقسمة التى فيها رد (والثاني) وهو الصحيح انه يجبر عليها لأنه ملك مشترك يمكن كل واحد من الشريكين أن ينتفع بحصته اذا قسم فاجبر على القسمة كما لو اراد أن يقسماها طولا فان كان بينهما حائط فارادا قسمته نظرت ــ فان ارادا قسمته طولا فى كمال العرض واتفقا عليه جاز . وان اراد ذلك واحد وامتنع الآخر ففيه وجهان (احدهما) انه لا يجبر لأنه لابد من قطع الحائط ، وفى ذلك اتلاف (والثانى)

انه يجبر وهو الصحيح لأنه تمكن قسمته على وجه ينتفعان به فأجبرا عليها كالعرصة ، فان أرادا قسمته عرضا فى كمال الطول واتفقا عليها جاز ، وان طلب احدهما وامتنع الآخر لم يجبر لأن ذلك اتلاف وافساد) .

الشرح جملة هذا الفصل أنه ان كان بينهما حائط خيرناه فان أراد قسمة عرصته ــ فان تراضيا على أن يكون لأحدهما نصف الطول فى كمال العرض ، أو نصف العرض فى كمال الطول ــ جاز . وان أراد أحدهما قسمة طوله فيكون لأحدهما نصف طوله فى كمال عرضه وامتنع الآخر أجبر الممتنع ويكون لكل واحد منهما ما خرجت عليه قرعته ، فان أراد كل واحد منهما أن يبنى فيما خرج عليه جاز ، وان بقى لهما فرجة لم يجبر من هى فى ملكه على سدها وان طلب أحدهما أن يكون لأحدهما نصف العرض فى كمال الطول وامتنع الآخر ففيه وجهان (أحدهما) لا يجبر على ذلك ، لأن هذه القسمة لا تدخلها القرعة لأنا لو أقرعنا بينهما لم نأمن أن تخرج القرعة نصيب أحدهما مما يلى ملك الآخر فلم يجبر الممتنع منهما عليها كالقسمة التى فيها رد (والثانى) يجبر الممتنع وهو الأصح لأنها قسمة لا ضرر فيها فأشبه قسمة الطول فى كمال العرض ويخالف القسمة التى فيها الرد ، لأن دخول الرد فيها يجعلها بيعا ، والبيع لا يجبر عليه من امتنع منه .

فعلى هذا اذا قسم بينهما لم يقرع بينهما ، ولكن يجعل لكل واحد منهما ما يلى ملكه .

وان طلب أحدهما أن يقسم طولها فى كمال عرضها وطلب الآخر أن يقسم عرضها فى كمال طولها ــ فان قلنا : لا يجبر من امتنع من قسمة عرضها فى كمال طولها لم يجبر أحدهما ــ بل يتركان حتى يصطلحا ، لأن قول أحدهما ليس بأولى من قول الآخر .

وان أراد قسمة الحائط بينهما ــ فان تراضيا على قسمة طوله فى كمال عرضه أو قسمة عرضه فى كمال طوله ــ جاز . وان طلب أحدهما أن يقسم عرضه فى كمال طوله وامتنع الآخر لم يجبر لأن الحائط ان قطع كان ذلك اتلافا ، وان لم يقطع وعلم على نصف العرض علامة ليضع عليه ما يريد

وضعه جاز • وان وضع على جميع الحائط كان متلفا لنصيب شريكه • وان طلب أحدهما أن يقسم طوله فى كمال عرضه وامتنع الآخر ففيه وجهان (أحدهما) لا يجبر الممتنع لأن الحائط اذا قطع فقد تلف جزء من الحائط فلم يجبر الممتنع من ذلك عليه كما لو كان بينهما ثوب فطلب أحدهما قطعه نصفين (والثانى) يجبر الممتنع وهو الأصح كما يجبر على قسمة العرض كذلك • فعلى هذا ان كان القطع يضر بالحائط لم يقطع ويجعل بين النصيبين علامة ، وان كان القطع لا يضر به قطع بمنشار وان كان لبنا أو طينا كالثوب اذا كان قطعه لا يضر والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان كان بينهما أرض مختلفة الأجزاء بعضها عامر وبعضها خراب أو بعضها قوى وبعضها ضعيف أو بعضها شجر او بناء وبعضها بياض ، أو بعضها يسقى بالسيح وبعضها بالناضح نظرت ـ فان أمكن التسوية بين الشريكين فى جيده ورديئه بأن يكون الجيد فى مقدمها والردىء فى مؤخرها فاذا قسمت بينهما نصفين صار الى كل واحد من الجيد والردىء مثل ما صار الى الآخر من الجيد والردىء فطلب أحدهما هذه القسمة اجبر الآخر عليها ، لأنها كالأرض المتساوية الاجزاء فى امكان التسوية بينهما فيها • وان لم تكن التسوية بينهما فى الجيد والردىء بأن كانت العمارة أو الشجرة او البناء فى احد النصفين دون الآخر نظرت ـ فاذا أمكن أن يقسم قسمة تعديل بالقيمة بأن تكون الأرض ثلاثين جريبا وتكون عشرة أجربة من جيدها بقيمة عشرين جريبا من رديئها فدعا الى ذلك أحد الشريكين وامتنع الآخر ففيه قولان (أحدهما) انه لا يجبر الممتنع لتعذر التساوى فى الزرع وتوقف القسمة الى ان يتراضيا (والقول الثانى) انه يجبر لوجود التساوى بالتعديل • فعلى هذا فى أجرة القسام وجهان (أحدهما) انه يجب على كل واحد منهما نصف الأجرة لأنهما يتساويان فى أصل الملك (والثانى) انه يجب على صاحب العشرة ثلث الأجرة وعلى صاحب العشرين ثلثاها لتفاضلهما فى المأخوذ بالقسمة • وان أمكن قسمته بالتعديل وقسمة الرد فدعا أحدهما الى قسمة التعديل ودعا الآخر الى قسمة الرد ـ فان قلنا ان قسمة التعديل يجبر عليها ـ فالقول قول من دعا اليها لأن ذلك مستحق ، وان قلنا : لا يجبر وقف الى أن يتراضيا على احداهما) •**

الشرح جملة هذا الفصل أنه ان كان المشترك أرضا قال

أصحابنا ــ حكى ذلك صاحب البيان ــ فان كانت قراحا وأحسبهم أرادوا بالقراح [1] الأرض التى يقال لها الحول ، فان كانت متساوية الأجزاء قيمة الزرع فى أولها كقيمة الزرع فى وسطها وفى آخرها فانها تقسم بالتعديل بالأجزاء وان كان فيها نحل وكرم وشجر قال ابن الصباغ : فانه يقسم بالتعديل ولا يجب قسمة كل جنس على حدة ، لأن القراح واحد فهو بمنزلة الدار يكون فيها البناء والأثواب ، فانه لا يجب قسمة كل نوع منها بل يقسم جميعها كذلك هذا مثله •

وان كانت أجزاء الأرض مختلفة بأن كانت قيمة ذراع من أوسطها درهما أو فى بعض الأرض نخل أو شجر وبعضها بياض وبعضها يسقى بالسيح وبعضها يسقى بالناضح نظرت ــ فان أمكن التسوية بين الشركاء فى جيدها ورديئها وشجرها وبياضها وما يسقى بالسيح والناضح بالتعديل بالأجزاء قسمت بالتعديل بالأجزاء وان لم يمكن قسمة ذلك بالتعديل بالأجزاء ــ ذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ فى الشامل وأكثر أصحابنا أنها تقسم بينهم بالتعديل بالقيمة على ما يأتى بيانه • فان امتنع أحدهم من ذلك أجبر عليه لأنه ليس فيه أكثر من اختلافها بالقيمة وذلك لا يمنع من القسمة كما قلنا فى الدار الواحدة • وذكر المصنف هنا اذا كانت الأرض ثلاثين جريبا أو فدانا أو هكتارا وقيمة عشرة أجربة من جيدها كقيمة عشرين جريبا من رديئها فدعا أحدهما الى قسمتها بالتعديل بالقيمة ، ومعناه تكون العشرة الأجربة نصيبا والعشرون جريبا نصيبا ففيه قولان (أحدهما) يجبر الممتنع لوجود التساوى بينهما فى القيمة (والثانى) لا يجبر لتعذر التساوى فى الذراع • وأحسبه أراد بذلك اذا كان فى الحول الواحد وأراد بالجريب ذراعا معلومة عندهم ــ فان كان أراد هذا فهو خلاف ما مضى • لأنهم قالوا : يقسم بالتعديل بالقيمة ، وقد ذكر المصنف فى غير هذا الموضع أن الأرض تعدل بالقيمة ولعله أراد على القول الأول وهو المشهور •

قال : فاذا قلنا بالأول ففى أجرة القسام وجهان (أحدهما) يجب على

---

(١) فى القاموس : القراح الأرض التى لا شجر فيها ولا ماء •

كل واحد منهما نصفه لأنهما متساويان فى أصل الملك (والثانى) يجب على من خرجت له العشرة ثلث الأجرة و على الآخر ثلثاها لتفاضلهما فى المأخوذ بالقسمة •

وان أمكن قسمة الأرض بالرد وأمكن قسمتها بالتعديل فدعا أحدهما الى أن يقسم بالرد ودعا الآخر الى أن يقسم بالتعديل بالقيمة ــ فان كانت أرض بين شريكين نصفين وذرعها ستمائة ذراع وقيمة مائة ذراع من أولها أربعمائة درهم وقيمة الأربعمائة الذراع الباقية منها أربعمائة درهم كل مائة ذراع تساوى مائة درهم فطلب أحدهما أن يجعل مائة ذراع من أولها جزءا قيمته خمسمائة درهم والثلاثمائة الذراع التاقية من آخرها جزءا وقيمتها ثلاثمائة درهم فان خرج لأحدهما مائة ذراع من أولها رد على الآخر مائة درهم فان قلنا : ان من امتنع من قسمة التعديل بالقيمة يجبر عليها وجب اجابة من قال : يجعل مائتا ذراع من أولها جزءا والباقى منها جزءا • وان قلنا : لا يجبر من امتنع من قسمة التعديل بالقيمة لم يجبر هاهنا أحدهما ، بل يتركان الى أن يتراضيا على القسمة • وان كانت الأرض أقرحة قال ابن الصباغ : فان أبا اسحاق ذكر فى الشرح اذا كانت متجاورة جرت مجرى القراح الواحد وجاز أن يقسم قراح فى نصيب شريك وقراح فى نصيب شريك آخر قسمة الاجبار • وقال غيره من أصحابنا : انها تجرى الأقرحة مجرى القراح الواحد فى ذلك اذا كان شربها واحدا وطريقها واحدا • فأما اذا كان لكل واحد شرب منفرد وطريق منفرد لم يقسم بعضها فى بعض قسمة الاجبار • قال ابن الصباغ : وهذا أشبه بكلام الشافعى رحمه الله • والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان كانت بينهما أرض مزروعة وطلب احدهما قسمة الأرض دون الزرع وجبت القسمة لأن الزرع لا يمنع القسمة فى الأرض فلم يمنع وجوبها كالقماش فى الدار • وان طلب أحدهما قسمة الأرض والزرع لم يجبر ، لأن الزرع لا يمكن تعديله ، فان تراضيا على ذلك فان كان بذرا لم يجز**

قسمته لانه مجهول ، وان كان قد ظهر ـ فان كان مما لا ربا فيه كالقصيل والقطن ـ جاز لانه معلوم مشاهد ، وان كان قد انعقد فيه الحب لم يجز لانا ان قلنا ان القسمة بيع لم يجز لانه بيع أرض وطعام بأرض وطعام ، ولانه قسمة مجهول ومعلوم . وان قلنا القسمة فرز النصيبين لم يجز لانه قسمة مجهول ومعلوم) .

الشرح جملة ذلك أنه ان كانت بينهما أرض مزروعة فطلب أحدهما قسمة الأرض دون الزرع وامتنع الآخر أجبر الممتنع سواء كان الزرع بذرا لم يخرج أو قد خرج لأن الزرع فى الأرض كالقماش فى الدار والقماش فى الدار يعنى القمامة لا يمنع قسمتها فكذلك الزرع فى الأرض فان طلب أحدهما قسمة الزرع دون الأرض وامتنع الآخر نظرت ـ فان كان الزرع بذرا ـ لم يجبر الممتنع لأنه مجهول ، وكذلك ان كان الزرع قد ظهر واشتد حبه لم يجبر الممتنع أيضا لأنه لا يمكن خرصه . وان كان الزرع قد ظهر ولم يصر حبا فحكى ابن الصباغ أن الشيخ أبا حامد قال : لا يجبر الممتنع لأنه لا يمكن تعديله . وحكى عن القاضى أبى الطيب أنه قال : ان قلنا : ان القسمة بيع لم يجبر لأنه لا يمكن بيعه الا بشرط القطع ، وان قلنا : ان القسمة قدر الحقين جازت قسمته . قال : وهذا أشبه لأنه اذا أمكن تعديله مع الأرض أمكن تعديله وحده . وأما اذا طلب أحدهما قسمة الأرض والزرع لم يجبر الممتنع لأنه لا يمكن تعديله . فان تراضيا على ذلك نظرت ـ فان كان بذرا ولم يخرج أو كان الزرع قد صار حبا مشتدا ـ لم يجز لأنه مجهول . وان كان قد ظهر ولا ربا فيه صحت القسمة فى الزرع مع الأرض تبعا لها كما يجوز بيعه مع الأرض من غير شرط القطع تبعا للأرض .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان كان بينهما عبيد أو ماشية او اخشاب أو ثياب فطلب احدهما قسمتها اعيانا وامتنع الآخر ـ فان كانت متفاضلة ـ لم يجبر الممتنع ، وان كانت متماثلة ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى العباس وأبى اسحق وابى سعيد الاصطخرى انه يجبر الممتنع وهو ظاهر المذهب لانها

متماثلة (والثانى) وهو قول ابى على ابن خيران وابى على ابن ابى هريرة : انه لا يجبر الممتنع لأنها اعيـان مختلفة فلم يجبر على قسـمتها اعيـانا كالدور المتفرقة) .

الشرح اذا كان المشترك غير الدور والأرض ــ فان كان من أموال الربا ــ فقد مضى حكمه ، وان كان من غير أموال الربا كالثيـاب والصفر والحديد وما أشبهه ــ فان كانت أجنـاسا فطلب أحد الشريكين أن يجعل أحد الجنسين جزءا والجنس الآخر جزءا فامتنع الآخر لم يجبر الممتنع ، لأن الأغراض تختلف فى ملك الأجناس . وان طلب أحدهمـا أن تقسم العين الواحدة من ذلك جزءين وامتنـع الآخر ــ فان كانت قيمتهـا لا تنقص بذلك كالثياب الغليظة وما أشبهها ــ أجبر الممتنع على ذلك ، وان كانت قيمتها تنقص بذلك كالثياب الرقيقة لم يجبر الممتنع على ذلك لأن فيه ضررا فان صح وتراضيا على ذلك وقسماها جاز ، وان طلب أحدهما أن يعدل الجنس الواحد بالقيمة وأمكن تعديله بذلك وامتنع الآخر ففيه وجهان (أحدهما) وهـو قول أبى على بن خيران وأبى على ابن أبى هريرة أنه لا يجبر لأنهـا أعيان متفرقة فلم يجبر على قسـمة بعضها ببعض كالدور (والثانى) وهو قول أكثر أصحابنا وهو المذهب أنه يجبر على ذلك لأنه لا يمكن قسـمتها من غير ضرر الا بذلك فوجب قسـمتها كذلك كالدار الواحدة .

وان كان المشترك حيوانا ــ غير الرقيق ــ فان كان أجناسا لم يقسم جنس فى جنس الا بالتراضى ، وان طلب أحدهما أن يقسم الجنس الواحد بعضه ببعض بالتعديل بالقيمة وامتنع الآخر فهل يجبر ؟ على الوجهين فى التى قبلها . وان كان رقيقا فذكر الشيخ المصنف أنه على الوجهين كغير الرقيق ، وقال ابن الصباغ فى الشامل يجبر الممتنع وجها واحدا ، وبه قال أبو يوسف ومحمد ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم « جزأ العبيد السـتة الذين أعتقهم الرجل فى مرض موته ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم ، أخرجه مسلم عن عمران بن الحصين . ولأن الرقيق لما وجب تكميل الحرية فيـه دخلت قسمة الاجبار بالقيمة بخلاف غيره ، وقال أبو حنيفة : الرقيق لا يقسم لأنه

تختلف منافعه . دليلنا عليه الخبر ، ولأنه يمكن تعديله بالقيمة كسائر الأموال .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان كان بينهما منافع فارادا قسمتها مهايأة وهو أن تكون العين فى يد احدهما مدة ثم فى يد الآخر مثل تلك المدة جاز ، لأن المنافع كالأعيان فجاز قسمتها كالأعيان ، وان طلب احدهما وامتنع الآخر لم يجبر الممتنع ، ومن اصحابنا من حكى فيه وجها آخر انه يجبر كما يجبر على قسمة الأعيان ، والصحيح انه لا يجبر ، لأن حق كل واحد منهما تعجل فلا يجبر على تأخيره بالمهايأة ، ويخالف الأعيان فانه لا يتأخر بالقسمة حق كل واحد ، فاذا عقدا على مدة اختص كل واحد منهما بمنفعة تلك المدة . وان كان يحتاج الى النفقة كالعبد والبهيمة كانت نفقته على من يستوفى منفعته . وان كسب العبد كسبا معتادا فى مدة احدهما كان لمن هو فى مدته ، وهل تدخل فيها الاكساب النادرة كاللقطة والركاز والهبة والوصية ؟ فيه قولان (احدهما) انها تدخل فيها لأنها كسب فاشبه المعتاد (والثانى) انها لا تدخل فيها لأن المهايأة بيع لأنه يبيع حقه من الكسب فى احد اليومين بحقه فى اليوم الآخر ، والبيع لا يدخل فيه الا ما يقدر على تسليمه فى العادة ، والنادر لا يقدر على تسليمه فى العادة ، فلم يدخل فيه ، فعلى هذا يكون بينهما) .**

الشرح اذا كان المشترك بينهما منفعة بأن أوصى لهما بمنفعة دار أو أرض أو عبد فطلب أحدهما أن يتهايآ فينتفع بها أحدهما مدة والآخر مدة وامتنع الآخر لم يجبر ، ومن أصحابنا من قال : يجبر على ذلك كما يجبر على قسمة الأعيان . والمذهب الأول ، لأن حق كل واحد منهما متعجل فى المنفعة فلم يجبر على تأخير حقه فى المهايأة بخلاف الأعيان فانها لا يتأخر بها حقه ، فان تراضيا على ذلك جاز ويختص كل واحد منهما بالمنفعة فى المدة التى اتفقا عليها ، فان كان ذلك عبدا وكسب كسبا معتادا كان ذلك الكسب لمن هو فى يومه ، فان كسب كسبا نادرا كاللقطة والركاز ففيه قولان (أحدهما) أنه لمن هو فى يومه لأنه كسب له فكان له كالكسب المعتاد (والثانى) الا يكون له ، بل يكون بين الشريكين ، لأن المهايأة بيع ، لأنه يبيع حقه فى الكسب فى يوم شريكه بحق شريكه من الكسب فى يومه ،

والبيع لا يدخل فيه الا ما يقدر على تسليمه فى العادة ، والنادر لا يقدر عليه فى العادة فلم يدخل • فعلى هذا لا يحتسب على الذى هو فى يومه بالمدة التى كسب فيها ذلك من مدته •

فـــرع اذا كان بينهما دار أو أرض فطلب أحدهما المهايأة ولم يطلب قسمتها وامتنع الآخر لم يجبر الممتنع • وقال أبو حنيفة : يجبر ، دليلنا أن الأصل مشترك بينهما فلم يجبر الممتنع على أن ينفرد أحدهمـا ببعض المنفعة مع اشتراكهما فى الأصل لأن التمييز لا يحصل بذلك والله أعلم •

فـــرع اذا تهايآ فانتفع أحدهما مدة ثم هلكت العين قبل أن ينتفع بها الآخر مثله رجع عليه بحصة من أجرة مثلها لما انتفع بها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وينبغى للقاسم أن يحصى عدد أهل السهام ويعدل السهام بالأجزاء أو بالقيمة او بالرد ، فان تساوى عددهم وسهامهم كثلاثة بينهم أرض أثلاثا فله ان يكتب الأسماء ويخرج على السهام وله أن يكتب السهام ويخرج على الأسماء فان كتب الأسماء كتبها فى ثلاث رقاع فى كل رقعة اسم واحد من الشركاء ثم يأمر من لم يحضر كتب الرقاع والبندقة أن يخرج رقعة على السهم الأول فمن خرج اسمه أخذه ثم يخرج على السهم الثانى فمن خرج اسمه أخذه وتعين السهم الثالث للشريك الثالث فان كتب السهام كتب فى ثلاث رقاع فى رقعة السهم الأول وفى رقعة السهم الثانى وفى رقعة السهم الثـالث ثم يأمر باخراج رقعة على اسم أحد الشركاء فأى سهم خرج أخـذه ثم يأمر باخراج رقعة على اسم آخر فأى سهم خرج أخـذه الثانى ثم يتعين السهم البـاقى الشريك الثالث . وان اختلفت سهامهم فان كان لواحد السدس وللآخر الثلث وللثالث النصف قسمها على أقل السهام وهو السدس فيجعلها أسـداسا ويكتب الأسماء ويخرج على السهام فيأمر ان يخرج على السهم الأول فان خرج اسم صاحب السدس أخذه ثم يخرج على السـهم الثـانى ، فان خرج اسم صاحب الثلث أخذ الثانى والذى يليه ، لأن له سهمين وتعين الباقى لصاحب النصف وان خرجت الرقعة الأولى على اسم صاحب النصف اخذ السـهم الأول واللذين يليانه وهو الثانى والثـالث ، ثم يخرج على السهم الرابع فان خرج اسم صاحب الثلث أخذه والسهم الذى يليه وهو الخامس وتعين السهم السادس لصاحب السدس ، وانما قلنا : انه يأخذ مع الذى يليه لينتفع بمـا

باخذه ولا يستضر به ولا يخرج فى هـذا القسم السهام على الأسماء لأنا لو فعلنا ذلك ربما خرج السهم الرابع لصاحب النصف فيقول : آخذه وسهمين قبله ، ويقـول الآخر : بل نأخـذه وسـهمين بعـده ، فيؤدى الى الخـلاف والخصومة) .

الشرح اذا أراد قسمة القراع [1] الواحد من الأرض فلا تخلو من أربعة أحوال : اما أن تكون الأرض متسـاوية الأجزاء ، والأنصـباء متساوية ، أو تكون الأرض مختلفة الأجزاء ، والأنصباء مختلفة ، أو تكون الأرض متساوية الأجزاء والأنصباء مختلفة ، أو تكون الأرض مختلفـة الأجزاء ، والأنصباء مختلفة . فان كانت الأرض متساوية والأنصباء متساوية بأن تكون أرض بين رجلين نصفين أو بين ثلاثة أثلاثا وقيمـة الذراع من أولها كقيمة الذراع فى جميعها ، فهاهنا تعدل بالأجزاء فى المسـاحة ، فان كانت بين ثلاثة أثلاثا وكانت ستمائة ذراع جعل كل مائتى ذراع منها جزءا ويقرع بينهم . ويمكن ههنا اخراج الأسماء على الأجزاء واخراج الأجزاء على الأسماء ؛ فأما اخراج الأسماء على الأجزاء فهو أن يكتب اسم كل شريك فى كل رقعة وتكون الرقاع متساوية ثم يترك كل رقعة فى بندقة من شمع أو طين وتجفف ثم يترك فى حجر رجل لم يحضر الكتابة والبندقة ويقـال له : اطرح بندقة على الجزء الأول فاذا أخرج عليه بندقة كسرت ونظر اسم من فيها من الشركاء فمن خرج فيها اسـمه كان له ذلك الجزء ، ثم يترك بندقة على الجزء الثانى من الأرض ثم يكسر البندقة وينظر فيها اسمه فيكون له الجزء الثانى من الأرض ويتعين الجزء الثالث للشريك الثالث ولا يفتقر الى اخراج البندقة عليه ولا الى كسرها لأنه لا فائدة فى ذلك .

وأما اخراج الأجزاء على الأسماء فهو أن يكتب فى رقعة الجزء الأول وفى الثانية الجزء الثانى وفى الثالثة الجزء الثالث ويجعل عليها البنادق كما مضى ويكتب أسماء الشركاء فى ثلاثة مواضع فى كل موضع اسم واحد ثم يؤمر رجل لم يحضر الكتابة والبندقة أن يخرج البندقة على اسم أحد الشركاء أو عليه بنفسه اذا لم تكتب أسماؤهم فتكسر البندقة فينظر اسم أى أجزاء

---

(١) القراع : الأرض التى لا ماء بها ولا شجر .

الأرض فيها فيكون للذى خرج على اسمه أو عليه ثم يترك بندقة على اسم الشريك الثانى أو عليه بنفسه فيكسر البندقة وينظر اسم أى أجزاء الأرض فيها فيكون للذى خرج على اسمه أو عليه ، ويتعين الجزء الثالث للشريك الثالث ولا يفتقر الى اخراج البندقة الثالثة على اسمه ولا عليه لأنه لا فائدة فى ذلك .

وان كانت الأرض مختلفة الأجزاء والأنصباء متساوية بأن تكون أرض بين ثلاثة أثلاثا وقيمة الذراع من أول الأرض تساوى درهمين وقيمة الذراع من وسطها تساوى درهما وقيمة الذراع فى آخرها تساوى نصف درهم فلا يمكن تعديلها ههنا بتساوى المساحة فى الأجزاء ولكن يعدل الى القيمة فينظر كم قيمة جميع الأرض وينظر قدر ثلث القيمة والى أى موضع ينتهى من الأرض قليلا كان أو كثيرا فيجعل جزءا ، ثم ينظر الى أى موضع ينتهى ما قيمته الثلث أيضا فيجعل جزءا ثم يجعل الباقى جزءا ثم يقرع بينهم على ما مضى فى البحث من كتب الأسماء والأجزاء ، وان كانت الأجزاء متساوية والأنصباء مختلفة بأن تكون أرض متساوية الأجزاء فى القيمة بين ثلاثة ، لرجل النصف وللثانى الثلث وللثالث السدس فانها تقسم على أقل السهام وهو السدس فتعدل الأرض بالمساحة بالأجزاء ستة أجزاء ، فان كانت ستمائة ذراع جعل كل مائة ذراع جزءا ويعلم عليه بعلامة ويكتب أسماء الشركاء ويجعل فى بنادق على ما مضى ويخرج بندقة على الجزء الأول ثم ينظر من فيها فان خرج فيها اسم صاحب السدس أخذه ثم يخرج بندقة على الجزء الثانى ثم ينظر من فيها فان خرج فيها اسم صاحب الثلث أخذ الثانى والثالث وتعينت الأجزاء الثلاثة الباقية لصاحب النصف فان خرج على الجزء الثانى اسم صاحب النصف أخذ الثانى والثالث والرابع وتعين الجزء الخامس والسادس لصاحب الثلث . وانما قلنا يأخذه وما يليه لئلا يتبعض حقه فيستضر بذلك . وكم يكتب ها هنا من الرقاع ؟ فيه وجهان (أحدهما) يكتب ثلاث رقاع لا غير ، فيكتب اسم كل واحد فى رقعة لأن صاحب النصف والثلث انما يأخذ الجزء بالقرعة وما يليه يأخذ بغير قرعة ، فلا فائدة فى كتب ما زاد عليه (والثانى) وهو المنصوص : أن يكتب ست

رقاع فيكتب اسم صاحب النصف فى ثلاث رقاع واسم صاحب الثلث فى رقعتين واسم صاحب السدس فى رقعة ، لأن لصاحب النصف والثلث مزية بكثرة الملك فكان لهما مزية بكثرة مزية الرقاع ، ولأنه قد يكون لهما غرض فى أن يأخذا من أول الأرض فاذا كانت رقاعهما أكثر كان أقرب الى خروج اسميهما ، ولا يمكن فى هذه القسمة ان يكتب الأجزاء ويخرج على أسماء الشركاء ، لأنا لو كتبنا الأسماء وخرجنا على الأسماء فربما خرج الجزء الثانى والخامس لصاحب السدس ، فلابد أن يقطع على صاحب النصف أو الثلث نصيبه ولأنه ربما خرج الجزء الرابع لصاحب النصف فيقول : آخذه وجزءين بعده ويقول الآخر : بل آخذه وجزءين قبله ، ولا مزية لقول بعضهم على بعض فيؤدى الى الخصومة فلذلك قلنا : لا يجوز الا كتب الأسماء واخراجها على الأجزاء على ما مضى .

وان كانت أجزاء الأرض مختلفة والأنصباء مختلفة — فان كان هناك جريب قيمة أجزائه مختلفة بين ثلاثة لواحد النصف وللآخر الثلث وللثالث السدس فلا يمكن تعديلها فى المساحة بالأجزاء ولكن يعدل بالقيمة ، فينظر كم جميع قيمة الأرض ؟ وينظر كم قدر سدس قيمتها ويجعل ما قيمة ذلك من الأرض جزءا ثم كذلك حتى تنتهى الستة الأجزاء ، ويكتب أسماء الشركاء ويخرجها على الأجزاء على ما مضى فى التى قبلها . ولا يمكن كتب الأجزاء واخراجها على الأسماء لما مضى فى التى قبلها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **واذا ترافع الشريكان الى الحاكم وسألاه أن ينصب من يقسم بينهما فقسم قسمة اجبار لم يعتبر تراضى الشركاء لأنه لما لم يعتبر التراضى فى ابتداء القسمة لم يعتبر بعد خروج القرعة فان نصب الشريكان قاسما فقسم بينهما فالمنصوص أنه يعتبر التراضى فى ابتداء القسمة وبعد خروج القرعة وقال فى رجلين حكما رجلا ليحكم بينهما ففيه قولان (أحدهما) انه يلزم الحكم ولا يعتبر رضاهما (والثانى) انه لا يلزم الحكم الا برضاهما والقاسم ههنا بمنزلة هذا الحاكم لأنه نصبه الشريكان فيكون على قولين (احدهما) وهو المنصوص انه يعتبر الرضى بعد خروج القرعة ، لأنه لما اعتبر**

الرضى فى الابتداء اعتبر بعد خروج القرعة (والثانى) أنه لا يعتبر لأن القاسم مجتهد فى تعديل السهام والاقراع ، فلم يعتبر الرضى بعد حكمه كالحاكم ، وان كان فى القسمة رد وخرجت القرعة لم تلزم الا بالتراضى ، وقال أبو سعيد الاصطخرى تلزم من غير تراض كقسمة الاجبار وهذا خطأ ، لأن فى قسمة الاجبار لا يعتبر الرضى فى الابتداء وههنا يعتبر فاعتبر بعد القرعة) .

الشرح اذا كان فى يد رجلين شىء فدفعاه الى الحاكم لينصب من يقسمه بينهما ــ فان أقاما بينة أنه ملكهما ــ نصب الحاكم قاسما يقسم بينهما ، وان لم يقيما بينة على ملكه ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال : فيه قولان منهم المصنف رحمه الله (أحدهما) يجوز له أن ينصب قاسما يقسم بينهما لأن الظاهر من أيديهما الملك ، فعلى هذا يكتب فى كتاب القسم : قسمت ذلك بينهما بغير بينة لهما بدعواهما (والثانى) لا يجوز أن ينصب من يقسم بينهما لأنه قد يكون ملكا لغيرهما فاذا قسمه الحاكم بينهما كان حجة لهما فى الملك . ومن أصحابنا من قال : لا يجوز له أن يبعث من يقسم بينهما قولا واحدا لما ذكرناه . وحيث قال : يبعث من يقسم بينهما حكاه عن غيره ــ يعنى الامام الشافعى رضى الله عنه . هكذا أفاده القاضى العمرانى . وقال أبو حنيفة : ان كان غير العقار قسمه وان كان عقارا ولم ينسباه الى الميراث لم يقسمه بينهما دليلنا عليه ما مضى ولا فرق بين العقار وغيره فلا معنى للتفرقة بينهما .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **اذا تقاسما ارضا ثم ادعى أحدهما غلطا فان كان فى قسمة اجبار ــ لم يقبل قوله من غير بينة ، لأن القاسم كالحاكم فلم تقبل دعوى الغلط عليه من غير بينة كالحاكم ، فان اقام البينة على الغلط نقضت القسمة ، وان كان فى قسمة اختيار نظرت فان تقاسما بأنفسهما من غير قاسم لم يقبل قوله لأنه رضى بأخذ حقه ناقصا . وان اقام بينة لم تقبل لجواز أن يكون قد رضى دون حقه ناقصا . وان قسم بينهما قاسم نصباه فان قلنا انه يفتقر الى التراضى بعد خروج القرعة لم تقبل دعواه لأنه رضى بأخذ الحق ناقصا ، وان قلنا : انه لا يفتقر الى التراضى بعد خروج القرعة فهو كقسمة الاجبار فلا يقبل قوله الا ببينة ، فان كان فى القسمة رد لم يقبل قوله على المذهب وعلى قول أبى سعيد الاصطخرى هو كقسمة الاجبار فلم يقبل قوله الا ببينة .**

فصـــل **وان تنازع الشريكان بعد القسمة فى بيت فى دار اقتسماها فادعى كل واحد منهما انه فى سهمه ولم يكن له بينة تحالفا ونقضت القسمة كما قلنا فى المتبايعين وان وجد أحدهما بما صار اليه عينا فله الفسخ كما قلنا فى البيع) .**

الشرح اذا كانت بينهما أرض فاقتسماها ثم ادعى أحدهما غلطا فى القسمة عليه ــ نظرت فان قسمت بينهما قسمة اجبار بأن نصب الحاكم قاسما قسم بينهما لم يقبل قول المدعى من غير بينة ، لأن الظاهر صحة القسمة وأداء الأمانة فيها ، فهو كالحاكم اذا ادعى المحكوم عليه غلطا فى الحكم ، فان أقام المدعى شاهدين عدلين من أهل المعرفة بالغلط عليه نقضت القسمة ــ كما لو حكم الحاكم بما يخالف النص ، فان لم يقم المدعى عليه بينة فالقول قول المدعى عليه مع يمينه فيحلف أنه لا فضل معه ولا يستحق عليه ما يدعى ولا شيئا منه . وان كان ذلك فى غير قسمة الاجبار ــ نظرت فان اقتسما لأنفسهما ــ لم يقبل قول المدعى لأنه ان كان كاذبا فلا حق له ، وان كان صادقا فيجوز أن يكون قد رضى بدون حقه ، فان أقام على ذلك بينة لم تسمع لأنه رضى بأخذ حقه ناقصا ، وان نصبا قاسما أو وكلا من قسم بينهما ــ فان قلنا : انه يفتقر الى تراضيهما تقسيمه بعد القسمة لم تقبل دعواه ولا تسمع بينة بالغلط فى ذلك لأنه قد رضى بأخذ حقه ناقصا ، وان قلنا : لا يفتقر الى تراضيهما بقسمته بعد القسمة قبلت دعواه اذا أقام بينة ، فان لم يقم بينة فالقول قول المدعى عليه مع يمينه ، وان اقتسما قسمة فيها رد لم يقبل قول المدعى للغلط على المذهب لأنها لا تفتقر الى تراضيهما بها بعد القسمة وتقبل الدعوى فيها على قول الاصطخرى بالبينة .

فـــرع وان تنازع المتقاسمان فى بيت فى دار اقتسماها وادعى كل واحد منهما أنه خرج فى سهمه ولا بينة تحالفا ونقضت القسمة كالمتبايعين، فان قال القاسم فى حال قسمته قسمت بينهما وعدلت السهام وخرج لفلان قبل قوله لأنه يملك القسمة فقبل قوله فيها كالحاكم فى حال ولايته ، وان انصرف القاسم وقال : قسمت بينهما وخرج لفلان كذا ولفلان كذا ، وادعى أحدهما القسمة وأنكرها الآخر فشهد القاسم للمدعى فهل تقبل شهادته ؟

فيه وجهان كالحاكم اذا قال بعد العزل : حكمت لفلان بكذا ، وان تقاسما وخرج بما صار لأحدهما عيب لم يعلم به كان له فسخ القسمة كما قلنا في البيع والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **واذا اقتسما أرضا ثم استحق مما صار لأحدهما شيء بعينه ، نظرت فان استحق مثله من نصيب الآخر أمضيت القسمة ، وان لم يستحق من حصة الآخر مثله بطلت القسمة لأن لمن استحق ذلك من حصته أن يرجع في سهم شريكه ، واذا استحق ذلك عادت الاشاعة ، واذا استحق جزء مشاع بطلت القسمة في المستحق وهل تبطل في الباقي ؟ فيه وجهان (أحدهما) وهو قول ابي علي ابن أبي هريرة : انه يبنى على تفريق الصفقة فان قلنا ان الصفقة لا تفرق بطلت القسمة في الجميع ، وان قلنا انها تفرق صحت في الباقي (والثاني) وهو قول أبي اسحق : ان القسمة تبطل في الباقي قولا واحدا لأن القصد من القسمة تمييز الحقين ولم يحصل ذلك لان المستحق صار شريكا لكل واحد منهما فبطلت القسمة .**

فصل **اذا قسم الوارثان التركة ثم ظهر دين على الميت فانه يبنى على بيع التركة قبل قضاء الدين ، وفيه وجهان ذكرناهما في التفليس ، فان قلنا : ان القسمة تمييز الحقين لم تنقض القسمة ، وان قلنا : انها بيع ففي نقضها وجهان والله أعلم) .**

الشرح اذا قسم الشريكان أرضا ثم استحق شيء منها — نظرت ، فان كان المستحق قطعة بعينها من الأرض فان كان من نصيب أحدهما بطلت القسمة لأنها اذا خرجت من نصيبه بقي معه أقل من حقه ، وان كانت القطعة من النصيبين — فان كان في نصيب أحدهما منها أكثر مما في نصيب الآخر — بطلت القسمة لما مضى ، وان كان في نصيب كل واحد منهما نصفها لم تبطل القسمة ، لأن ما بقي لكل واحد منهما بعد المستحق هو قدر حقه ، وان كان المستحق مشاعا — فان اقتسما أرضا بينهما نصفين فبان أن لأحدهما ثلثها بطلت القسمة في المستحق — وهل يبطل في الباقي ؟ اختلف أصحابنا فيه فقال أبو علي ابن أبي هريرة : فيه قولان في تفريق الصفقة في البيع . وقال أبو اسحاق : تبطل القسمة قولا واحدا ، لأنه بان أن الشركاء ثلاثة ،

فاذا أقيم الشريكان دون الثالث لم يصح • ولأنهما اذا اقتسما فلابد أن يحدثا ما يتميز به نصيب كل واحد منهما عن نصيب الآخر ، وذلك فى حق المستحق فكان له نزعه فتعود الاشاعة •

فـــرع اذا اقتسم الورثة التركة قبل قضاء الدين على الميت ــ فان قلنا : ان القسمة بيع ــ فهل يصح ؟ يبنى ذلك على جواز بيع التركة قبل قضاء الدين ، وفيه قولان حكاهما الشيخ أبو حامد وابن الصباغ ، وحكاهما الشيخ أبو اسحاق هنا وجهين وقا مضى ذكرهما فى التفليس • فان قلنا : لا يصح البيع لم تصح القسمة أيضا ، وان قلنا : يصح البيع صحت القسمة قولا واحدا • فان قضى الورثة الدين استقرت القسمة ، وان لم يقضوا الدين نقضت القسمة •

وأما اذا اقتسم الورثة التركة ثم بان أن الميت كان أوصى بوصية يخرج من ثلثه ، وان كانت الوصية بشىء معين من التركة أو بجزء مشاع فيها فهو كما لو اقتسما التركة ثم استحق شىء منها على ما مضى • وان كانت الوصية بشىء مبهم فهو كما لو اقتسم الورثة ثم ظهر على الميت دين على ما مضى •

اما اللغات فالمشاع من قولك أشعت الخبر أى أذعته ، فهو شائع فى الناس لا يعلمه واحد دون واحد ، كذلك الشىء المشاع بين الشركاء لا يختص به واحد دون الآخر ، هكذا أفاده ابن بطال الركبى فى الطراز المذهب والله تعالى أعلم بالصواب وله الحمد والمنة على ما أولانا من نعمة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الدعوى والبينات

لا تصح دعوى مجهول فى غير الوصية لأن القصد بالحكم فصل الحكومة والتزام الحق ولا يمكن ذلك فى المجهول ، فان كان المدعى دينا ذكر الجنس والنوع والصفة وان كان عينا باقية ذكر صفتها ، وان ذكر قيمتها كان أحوط ، وان كانت العين تالفة فان كان لها مثل ذكر صفتها وان ذكر القيمة كان احوط ، وان لم يكن لها مثل ذكر قيمتها وان كان المدعى سيفا محلى او لجاما محلى فان كان بفضة قومه بالذهب ، وان كان بالذهب قومه بالفضة ، وان كان محلى بالذهب والفضة قومه بما شاء منهما . وان كان المدعى مالا عن وصية جاز ان يدعى مجهولا لان بالوصية يملك المجهول ، ولا يلزم فى دعوى المال ذكر السبب الذى ملك به لأن اسبابه كثيرة فيشق معرفة سبب كل درهم فيه ، وان كان المدعى قتلا لزمه ذكر صفته وانه عمد او خطا وانه انفرد به أو شاركه فيه غيره ، ويذكر صفة العمد لأن القتل لا يمكن تلافيه فاذا لم يبين لم يؤمن أن يقتص فيما لا يجب فيه القصاص ، وان كان المدعى نكاحا فقد قال الشافعى رحمه الله لا يسمع حتى يقول نكحتها بولى وشاهدين ورضاها فمن أصحابنا من قال : لا يشترط لأنه دعوى ملك فلا يشترط فيه ذكر السبب كدعوى المال ، وقال الشافعى رحمه الله ذكره على سبيل الاستحباب كما قال فى امتحان الشهود اذا ارتاب بهم ، ومنهم من قال : ان ذلك شرط لأنه مبنى على الاحتياط وتتعلق العقوبة بجنسه فشرط فى دعواه ذكر الصفة كدعوى القتل ، ومنهم من قال : ان كان يدعى ابتداء النكاح لزمه ذكره لأنه شرط فى الابتداء ، وان كان يدعى استدامة النكاح لم يشترط لأنه ليس بشرط فى الاستدامة ، وان ادعت امرأة على رجل نكاحا فان كان مع النكاح حق تدعيه من مهر أن نفقة سمعت دعواها وان لم تدع حقا سواء ففيه وجهان (احدهما) انه لا تسمع دعواها لأن النكاح حق للزوج على المرأة فاذا ادعت المرأة كان ذلك اقرارا والاقرار لا يقبل مع انكار المقر له كما لو اقرت له بدار (والثانى) انه تسمع لأن النكاح يتضمن حقوقا لها فصح دعواها فيه ، وان كان المدعى بيعا او اجارة . ففيه ثلاثة أوجه (احدها) انه لا يفتقر الى ذكر شروطه لأن المقصود به المال فلم يفتقر الى ذكر شروطه كدعوى المال (والثانى) انه يفتقر الى ذكر شروطه لأنه دعوى عقد فافتقر الى ذكر شروطه كالنكاح (والثالث) انه ان كان فى غير الجارية لم يفتقر لأنه لا يقصد به غير

المال ، وان كان فى جارية افتقر لأنه يملك به الوطء فاشبه النكاح وما لزم ذكره فى الدعوى ولم يذكره سأله الحاكم عنه ليذكره فتصير الدعوى معلومة فيمكن الحكم بها) .

الشرح قال فى البيان : المدعى فى اللغة هو من ادعى شيئا لنفسه سواء كان فى يده أو فى غير يده ، وأما المدعى فى الشرع فهو من ادعى شيئا فى يد غيره أو دينا فى ذمته . والمدعى عليه فى اللغة والشرع هو من ادعى عليه شىء فى يده أو فى ذمته هكذا نقل أصحابنا العراقيين ا هـ وقال ابن بطال الركبى فى الطراز المذهب : المدعى فى اللغة من ادعى نسبا أو علما أو ادعى ملك شىء نوزع فيه أو لم ينازع ، ولا يقال فى الشرع مدع الا اذا نازع غيره ، وسميت البينة بينة وهى الشهود لأنها تبين عن الحق وتوضحه بعد خفائه ، من بان الشىء اذا ظهر ، وأبنته أظهرته ، وتبين لى ظهر ووضح ا هـ وقال أبو القاسم الفورانى فى الابانة : قال الشافعى رحمه الله فى موضع : المدعى من يدعى أمرا باطنا والمدعى عليه من يدعى أمرا ظاهرا وقال فى موضع آخر : المدعى من اذا سكت ترك وسكوته والمدعى عليه من لا يترك وسكوته . قال المسعودى : وهذا اختلاف فى العبارة ولا فائدة له الا فى الزوجين اذا ادعى أحدهما أنهما أسلما معا قبل الدخول وادعى الآخر أن أحدهما أسلم بعد الآخر . وقد مضى ذلك فى نكاح المشرك .

فائدة الدعوى عند فقهاء القانون الوضعى هى توأم الحق وقرينته [1] ودراستها تتصل بالقانون المدنى كما تتصل بقانون المرافعات فهى من النظريات المستطرقة الى أن قال : بل لقد عرفها (جوسران) بأنها الحق متحركا ، فالدعوى فى نظر بعض الفقهاء هى صورة للحق نفسه غاية ما فى الأمر أن الحق قد يكون مستقرا فلا يظهر أثر الدعوى فيه ، وان كان وجودها هو السبب الحقيقى فى استقراره وسكونه ــ أما اذا اعتدى على الحق فانه ينتقل من حالة السكون الى حالة الحركة ويتمثل عندئذ فى صورة

---

(١) شرح قانون الاجراءات المدنية للدكتور عبد الباسط جميعى طبعة دار الفكر العربى .

الدعوى ثم تعرض المؤلف الى تعريفها أعنى الدعوى فقال : فالدعوى فى اللغة ـ ومثلها الادعاء ـ هى الزعم بوقوع واقعة أو بوجود حق أو نحو ذلك وبهذا المعنى ورد فى الحديث الشريف : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم » ثم قال : ومن هنا أطلقت ، الدعوى على الطلب الذى يقدم الى القضاء ويتضمن الادعاء بحق معين ضد شخص أو أشخاص معينين فيقال : ان فلانا قد رفع أو أقام دعوى ويقصد بذلك أنه لم يكتف بمجرد انتحال الحق لنفسه بالقول ، بل طرح هذا الزعم على القضاء ليفصل فيه ، وليقرر نسبة هذا الحق له • فالدعوى اذن تطلق على التقاضى أو المخاصمة أمام المحاكم ، لأن من يطرح أمره على القضاء انما يأتى بدعوى أى ينسب لنفسه حقا ويطلب من القاضى تمحيص ما يدعيه والحكم له به بعد التثبت منه واقامة البينة عليه • ا هـ •

فائدة أخرى قال الكاسانى فى البدائع : الكلام فى الدعوى يقع فى مواضع : فى بيان ركن الدعوى ، وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حد المدعى والمدعى عليه فى بيان حكم الدعوى وما يتصل به وفى بيان حجة المدعى والمدعى عليه وفى بيان علائق اليمين وفى بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعى عليه ويخرج عن كونه خصما ، وفى بيان حكم تعارض الدعوى لا غير ، وفى بيان حكم الملك والحق الثابت فى المحل • أما ركن الدعوى فهو قول الرجل على فلان أو قبل فلان كذا أو قضيت حق فلان أو أبرأنى عن حقه ونحو ذلك ، فاذا قال ذلك فقد تم الركن • ا هـ •

وقال ابن قدامة فى المغنى : الدعوى فى اللغة اضافة الانسان الى نفسه استحقاق شىء فى يد غيره أو فى ذمته ، والمدعى عليه من يضاف اليه شيئا ملكا أو استحقاقا أو صفقة أو نحو ذلك وهى فى الشرع اضافته الى استحقاق شىء عليه • وقال ابن عقيل : الدعوى : الطلب قال الله تعالى : (ولهم ما يدعون) وقيل : المدعى من يلتمس بقوله أخذ شىء من يد غيره أو اثبات حق فى ذمته ، والمدعى عليه من ينكر ذلك • وقيل : المدعى من اذا ترك لم يسكت ، والمدعى عليه من اذا ترك سكت ، وقد يكون كل واحد منهما

مدعيا ومدعى عليه بأن يختلفا فى العقد فيدعى كل واحد منهما أن الثمن غير الذى ذكره صاحبه • والأصل فى الدعوى قول النبى صلى الله عليه وسلم (لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه) رواه مسلم وفى حديث « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » ا هـ •

اذا ثبت هذا فان دعوى المجهول من غير الوصية والاقرار لا يصح ، لأن المدعى عليه ربما صدقه فيما ادعاه فلا يعلم الحاكم بماذا يحكم عليه ، فان ادعى عليه شيئا من الأثمان فلابد أن يذكر القدر والجنس والصفة فيقول : لى ألف دينار كويتى أو عراقى أو ألف ليرة سورية أو لبنانية أو ألف جنيه مصرى أو ما الى ذلك لأن هذه العملات تختلف قيمتها ، وان ادعى شيئا غير الأثمان ــ فان كان مما يضبط بالصفة وصفه بما وصف به فى السلم ولا يفتقر الى ذكر قيمته مع ذلك ولأنه يصير معلوما من غير ذكر قيمته وان ذكر قيمته ــ فان كان المدعى تالفا ــ فان كان له مثل ذكر مثله ، فان ذكر قيمته مع ذلك كان آكد ، وان لم يكن له مثل لم يدع الا بقيمته من نقد البلد ، لأنه لا يجب له الا ذلك ، وان كان المدعى أرضا أو دارا فلابد أن يذكر اسمه واسم البلد والشارع والحى الذى هو فيه وحدوده التى تليه من جميع الجهات ، وان ادعى عليه سيفا محلى بالذهب أو تحفة ثمينة محلاة بالذهب قوم ذلك بالفضة وان كانت موشاة بالفضة قوم ذلك بالذهب ، وان كان محلى بالذهب والفضة قومه بالذهب والفضة ، لأنه موضع ضرر •

وان ادعى عليه مالا مجهولا من وصية أو اقرار صحت الدعوى لأن الوصية والاقرار يصحان فى المجهول فصحت الدعوى الى ذكر السبب الذى ملك ذلك به • قال الشيخ أبو حامد : وهو اجماع ، ولأن المال يملك بجهات مختلفة من الابتياع والهبة والارث والوصية وغير ذلك ، وقد يملك ذلك من جهات ويشق عليه ذكر سببه كل درهم ، فان ادعى قتلا أو جرحا فلابد من ذكر سببه فيقول : عمدا أو خطأ أو عمد خطأ أو نصف العمد

والخطأ • ولابد أن يذكر أنه انفرد بالجنـاية أو شاركه غيره فيهـا ، لأن القصاص يجب بذلك ، فاذا لم يذكر سببه لم يؤمن أن يستوفى القصـاص فيما لا قصاص فيه •

فان ادعى عليه جراحة فيها أرش مقدر كالموضحة من الحر لم يفتقر الى ذكر الأرش فى الدعوى ، وان لم يكن لها أرش مقدر كالجراحة التى ليس لها أرش مقدر من الحر والجراحات كلها فى العبد فلابد من ذكر الأرش فى الدعوى ، لأن الأرش غير مقـدر فى الشرع فلم يكن بد من تقـديره فى الدعوى •

فـــرع فى مبحث فى الدعوى عند علماء القانون الوضعى •

قالوا : لا يجوز الحيلولة بين المدعى والقاضى ولا يصح أن تغلق المحكمة بابها فى وجه أى مدع يريد الحكم له بما يدعيه بحجة تفاهة الادعاء أو الشك فى حديثه ولا يفصل فى هذا الا القاضى نفسه ، ولن يتاح للقاضى ذلك الا بعرض الادعاء عليه وطرح أقوال الخصوم بين يديه • قالوا : على أنه يراعى أنه اذا كان الالتجاء الى القضاء مباحا فان ذلك لا ينفى أن المدعى مقيد فى ذلك بطبيعة الحال بأن يستعمل حقه وفقا للقانون ، والا يتجاوز الحـدود المرسومة لاستعمال ذلك الحق ، فاذا أساء فعليه وزر اساءته ، واذا تعسف أو تجنى فانه يسأل عن تعسفه وتجنيه قالوا : وانه يلاحظ من ناحية أخرى أن المشرع قد يقيـد حق الأفراد فى الالتجـاء الى القضاء بقيود مالية أو شكلية • كدفع رسوم معلومة عن كل طلب يقدم الى القضاء أو اسـتيفاء اجراءات معينة حتى يتسنى عرض الادعاء على القـاضى ، كما هو الحـال بالنسبة الاجراء (قيد الدعوى) وقد تطلق كلمة الدعوى ويراد بها المطالبة القضائية ــ وهذا هو المعنى الاجرائى ــ كما قد تحمل الدعوى على معنى الوسيلة القـانونية المقررة لحماية الحق ، وهـذا هو المعنى الموضوعى ، واحترزوا بكلمة قانونية عن استعمال القوة فى اثبـات الحق أو حمـايته واحترزوا بكلمة وسيلة باعتبارها احدى وسائل حماية الحق لوجود وسائل أخرى مشروعة أيضا جعلوا منها الحبس أو اللجوء الى النيـابة العامة أو الامتناع عن تنفيذ الالتزام المقابل أو اللجوء الى الجهات الادارية •

قالوا : غير أن الاقتصار على تعريف الدعوى بأنها وسيلة قانونية لحماية الحق قد ينتقص من قيمة هذا التعريف لأنه لا يبين مضمون هـذه الوسيلة ومن ثم رأوا أن اكتمال التعريف لا يتم الا ببيـان ذلك المضمون وهـو ما يقتضى القول بأن تلك الوسيلة مؤداها تخويل صاحب الحق مكنة الالتجاء الى القضاء للحصول على حقه أو لضمان احترامه وقد أجملوا تعريف الدعوى على النحو التالى :

الدعوى هى وسيلة قانونية لحماية الحق مؤداها تخويل صـاحبه مكنة الالتجاء الى القضاء للحصول على حقه أو لضمان احترامه [1] .

فـــرع اذا ادعى رجل على امرأة نكاحا فقد قال الشافعى رضى الله عنـه : « لا تسمع دعواه حتى يقـول : نكحتها بولى وشاهدى عدل ورضاها » واختلف أصـحابنا فى ذلك على ثلاثة أوجه ، فمنهم من قال : لا يجب ذكر ذلك فى الدعوى ، وما ذكره الشـافعى فانه ذكره على طريق الاستحباب كما يستحب له أن يمتحن الشهود اذا ارتاب بهم ، لأنه دعوى ملك فلم يفتقر الى ذكر سببه كدعوى المال ، ولأنه لما لم يفتقر فى الدعوى فى النكاح الى أنها خاليـة من العـدة والحرام والردة لم يفتقر الى ذكر الولى والشاهدين ورضاها لأن الجميع شرط فى صحة النكاح . ومنهم من قال : يجب ذكر ذلك فى دعـوى النـكاح . ومنهم من شرط الولى دون الشهود ومنهم من لم يشترط الولى والشهود فلم يكن بد من ذكر الشرائط التى وقع عليها العقد لئلا يكون النكاح وقع على جهة يعتقد الحاكم بطلانها . ولأن النكاح يحصل فيه الوطء ولا يمكن تلافيه اذا وقع فكان كالقتل لابد من ذكر سببه فى الدعوى . ومنهم من قال : ان كان يدعى عقد النكاح وجب ذكر هذه الأسباب لأنها شرط فى العقـد ، وان كان لا يدعى العقد وانمـا يدعى استدامة النكاح بأن يقول : هى زوجتى لم يجب ذكر هذه الأسباب فى الدعوى لأن هذه الشرائط لا تشترط فى استدامة النكاح ، ولأن اسـتدامة النكاح ثبتت بالاستفاضة ، والعقـد لا يثبت بالاستفاضة . هـذا ترتيب

---

(١) شرح قانون الاجراءات المدنية للدكتور عبد الباسط جميعى .

أصحابنا العراقيين : وقال الخراسانيون : هل يستحب ذكر هـذه الأسباب فى الدعوى فى ابتداء النكاح ؟ فيه وجهان (أحدهما) يستحب (والثانى) يجب ، فاذا قلنا : يجب ففيه معنيان (أحدهما) لاختلاف الناس فى هـذه الأشياء فى عقد النكاح (والثانى) لأجل الاحتياط فى الابضاع ، وان ادعى استدامة النكاح فهل يجب ذكر هذه الأسباب فى الدعوى ـ ان قلنا : ان المعنى فى الدعوى فى ابتداء النكاح اختلاف النـاس فيها فلم يجب ذكرها ها هنا ، لأنه لا خلاف بينهم فيهـا فى الاستدامة • وان قلنا : المعنى هناك الاحتياط فى الابضاع وجب ذكرها فى الدعوى فى الاستدامة لأن هذا المعنى موجود ها هنا •

وان ادعى نكاح أمة وقلنا : يجب ذكر الشروط فى الدعوى فى النكاح فهل يجب عليه أن يذكر فى دعوى نكاح الأمة عدم الطول وخوف العنت ؟ اختلف أصحابنا فيـه • فمنهم من قال : يجب ذكر ذلك لأنهما شرطان فى النكاح فوجب ذكرهما كما قلنـا فى الولى والشـاهدين • ومنهم من قال : لا يجب ذكرهما كما لا يجب ذكر خلوها من العدة والردة والاحرام ، والأول أصح •

فـــرع فى مذاهب العلماء فى ذلك : قد ذكرنا أنه اذا ادعى رجل على امرأة نكاحا فقد قال الشافعى : لا تسـمع دعواه حتى يقول : نكحتها بولى وشاهدى عدل ورضاها • وقلنا : ان أصحابنا اختلفوا على ثلاثة أوجه فمنهم من حمل قوله على طريق الاستحباب ، وأنه لا يجب ذلك وبه قال مالك وأبو حنيفة رضى الله عنهما وقد ذكر دليل هذا الوجه آنفا • ومنهم من شرط الولى دون الشهود ، ومنهم من قال : يجب ذكر ذلك فى دعوى النكاح وبه قال أحمد بن حنبل رضى الله عنه لما ذكرنا •

اذا ثبت هذا وادعى رجل على امرأة نكاحا نظرت ـ فان أقرت له بالنكاح ففيها قولان حكاهما القاضى أبو الطيب وابن الصباغ والمسعودى قال فى القديم : لا يثبت النكاح لأنها ليست من أهل المباشرة عند النكاح فلم

يقبل اقرارها به كالصبى • قال ابن الصباغ : فعلى هذا لا يثبت النكاح الا بالبينة الا أن يكون فى الغربة لتعذر البينة • وقال فى الجديد : يثبت النكاح ولم يحك للشيخ أبو حامد وأكثر أصحابنا غيره ، وهو الأصح لأنها مقبولة الاقرار فى النكاح كالرجل • وما قاله الأول يبطل بالمحرم فانه لا يملك عقد شراء الصيد ، ويصح اقراره بشرائه وان أنكرت النكاح ولا بينة كان القول قولها مع يمينها لقوله صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » فان حلفت له سقطت دعواه وان نكل ردت اليمين عليه فاذا حلف ثبت النكاح ، وان قلنا بقوله القديم وان النكاح لا يثبت باقرارها فهل يحلف ؟ قال ابن الصباغ : لا تحلف لأن اليمين انما تعرض لتخاف فتقر ولو أقرت لم ينفع اقرارها فلا فائدة فى عرض اليمين •

وقال المسعودى : هل يحلف على هذا القول ؟ فيه قولان بناء على أن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه هل يحل محل اقرار المدعى عليه ؟ أو يحل محل البينة من جهة المدعى ؟ فان قلنا : أنها تحل محل اقرار المدعى عليه لم يحلف لأنها ان نكلت وردت اليمين فحلف كانت يمينه كاقرارها ، واقرارها لا يقبل : وان قلنا : ان يمينه كبينة يقيمها عرضت عليه اليمين لجواز أن ينكل عن اليمين فيحلف الزوج فتكون كبينة أقامها وبينة مسموعة •

فـــرع اذا ادعت امرأة على رجل نكاحا فهل تسمع دعواها ؟ ينظر فان ادعت مع النكاح حقا من حقوق النكاح كالمهر والنفقة سمعت دعواها ، وان لم تدع غير النكاح ففيه وجهان (أحدهما) لا تسمع دعواها لأن النكاح حق للزوج عليها لأن الملك له ، ومن أقر لغيره بملك شىء فى يده وأنكر المقر له لم يقبل اقراره له (والثانى) تسمع دعواها لأن النكاح يتضمن وجوب حقوق لها عليه من المهر والنفقة فصارت دعواها للنكاح متضمنة لدعواها فى هذه الحقوق فسمعت دعواها • وكل موضع سمعت دعواها فى النكاح فهل يجب ذكر شروط العقد فى الدعوى ؟ على الأوجه التى ذكرناها فى دعوى الرجل ، ثم ينظر فى الرجل فان أقر بالنكاح ثبت النكاح • وان أنكر فقد اختلف أصحابنا فيه فقال القاضى أبو الطيب فى شرح

المولدات : انها تحرم عليه بانكاره وان أقامت البينة على النكاح • وقال الشيخ أبو حامد : لا يكون انكاره طلاقا ، وهو المنصوص فى الأم فانه قال : اذا أنكر كلفت البينة فان أقامت البينة ثبت النكاح ، فان لم يقم البينة فالقول قول الزوج مع يمينه ، فان حلف لها سقطت دعواها ، وان نكل ردت اليمين عليها ، فان حلفت ألزمته النكاح • وقال فى الابانة : اذا أنكر جعل كأنه لا نكاح بينهما ، فان رجع عن الانكار قبل رجوعه وجعلت زوجة له ، وهذا كما لو قال : راجعتك قبل انقضاء العدة فقالت : لا بل بعد انقضاء العدة فالقول قولها ويجعل كأنه لا رجعة ، فلو رجعت عن الانكار ثبتت الرجعة • قال : فنص الشافعى على ما يقرب من هذه وهو لو أن حرا تزوج أمة ثم قال : كنت واجدا للطول عند التزويج فرق بينهما ، وهل تلك الفرقة تكون طلاقا أو فسخا ؟ فيه قولان • قال القفال : فلو رجع عن قوله وقال : كذبت بل كنت عادما للطول قبل قوله •

فـــرع وان ادعى عليه عقد بيع فى أرض أو سيارة أو دابة أو ادعى عليه عقد صلح أو اجارة أو ما شابه ذلك فهل يجب فيه ذكر شروط العقد فى الدعوى ؟ ان قلنا لا يجب ذكر شروط عقد النكاح فى دعوى النكاح لم يجب ها هنا • وان قلنا فى النكاح يجب فها هنا وجهان (أحدهما) يجب لأنه دعوى عقد فافتقر الى شروطه فى الدعوى كدعوى عقد النكاح ، فعلى هذا يقول : عقدنا بثمن معلوم من جائزى التصرف وتفرقنا عن تراض (والثانى) لا يجب ذكر شروط العقد فى الدعوى لأن الدعوى متعلقة بالمال ، فلم يفتقر الى ذكر سبب الملك كما لو ادعى على المال مطلقا • فاذا قلنا بهذا وكانت الدعوى فى البيع والشراء فى جارية هل يفتقر الى ذكر الشروط فى الدعوى ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يفتقر لأنه لا يدعى مالا فهو كما لو ادعى ذلك فى العبد (والثانى) يفتقر الى ذكر الشروط فى الدعوى لأنه عقد يستباح به البضع فأشبه عقد النكاح • قال المسعودى : واذا ادعى عليه أنه وهب منه شيئا أو باع منه فلا تسمع هذه الدعوى حتى يقول المدعى : ويلزمه تسليمه الى الجواز أنه وهب شيئا ثم رجع عن الهبة قبل القبض أو فسخ البيع بعد العقد ، والله تعالى أعلم بالصواب •

فـــرع في مذاهب العلمـــاء في دعاوى النكاح : قد مضى ذكر مذهبنا وأوجه الأصحاب في ذلك ، أما مذاهب العلماء فقد اتفق أصـحاب أحمد أن النكاح لا يستحلف فيه رواية واحدة عن أحمد ذكر ذلك القاضي أبو بكر ونقله ابن قدامة وهو قول أبي حنيفة ويتخرج أن يستحلف في كل حق لآدمي وهو قول الشافعي وابن المنذر ونحوه قول أبي يوسف ومحمد صاحبي أبي حنيفة وذلك لعموم قوله صلى الله عليه وسلم « ولكن اليمين على المدعى عليه » ولأنه حق لآدمي فيستحلف فيه كالمال . قال ابن قدامة : ثم اختلفوا فقال أبو يوسف ومحمد : يستحلف في النكاح فان نكل ألزم النكـــاح ، وقال الشـــافعي : ان نكل رد اليمين على الزوج فحلف وثبت النكاح .

وحجة المانعين من الحلف أن هذا مما لا يحل بذلك فلا يستحلف فيـــه كالحد ، وأن الأبضـــاع يحتاط فيها فلا تباح بالنكول ولا به وبيمين المدعى كالحدود ، وذلك لأن النكول ليس بحجة قوية انما هو سكوت مجرد يحتمل أن يكون لخوفه من اليمين أو للجهل بحقيقة الحال أو للحيـــاء من الحلف والتبذل في مجلس الحاكم . قالوا : ومع ذلك لا ينبغي أن يقضى به فيما يحتاط له ، قالوا : ويمين المدعى انما هي قول نفسه لا ينبغي أن يعطى بهـــا أمرا فيـــه خطر عظيم واثم كثير ، ويمكن من وطء امرأة يحتمل أن تكون أجنبية منه .

فـــرع في مذاهب العلماء في ذكر شرائط النكاح : وهو منصوص الشافعي فينبغي أن يقول : تزوجتها بولي وشاهدي عدل ورضاها ان كانت ممن يعتبر رضاها وهذا قول أحمد وأصحابه . وقال أبو حنيفة ومالك : لا يحتاج الى ذكر شرائطه لأنه نوع ملك ، ألا ترى أنه لا يحتاج أن يقول : وليست معتدة ولا مرتدة .

ويقول ابن قدامة : ان النـــاس اختلفوا في شرائط النكاح فمنهم من يشترط اذن البكر البالغ لأبيها في تزويجها ، ومنهم من لا يشترطه ، وقـــد يدعى نكاحا يعتقده صحيحا والحـــاكم لا يرى صحته ولا ينبغي أن يحكم

بصحته مع جهله بها ولا يعلم بها ما لم تذكر الشروط وتقوم البينة بهـا ، وتفارق المال فان أسبابه تنحصر ، وقد يخفى على المدعي سبب ثبوت حقه والعقود تكثر شروطها ولذلك اشترطنا لصحة البيع شروطا سبعة وربمـا لا يحسن المدعى عدها ولا يعرفها ، والأموال مما يتساهل فيهـا ، ولذلك افترقا فى اشتراط الولى والشهود فى عقوده فافترقا فى الدعوى وعدم العدة والردة ولم يختلف الناس فيه ، والأصل عدمها ، ولا تختلف به الأغراض ، فان كانت المرأة أمة والزوج حرا فقياس ما ذكرناه أنه يحتاج الى ذكر عدم الطول وخوف العنت لأنهمـا من شرائط صـحة نكاحها • وأما ان ادعى استدامة الزوجية ولم يدع العقد ، لم يحتج الى ذكر الشروط فى أحـد الوجهين لأنه يثبت بالاستفاضة •

ولنا أنها دعوى نكاح فأشبه دعوى العقد فاحتاج الى ذكر الشروط والله تعالى أعلم بالصواب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان ادعى عليه مالا مضافا الى سببه فان ادعى عليه الفا اقترضه أو اتلف عليه فقال : ما أقرضتنى أو ما أتلفت عليه صح الجواب ، لأنه اجاب عما ادعى عليه • وان لم يتعرض لما ادعى عليه بل قال : لا يستحق على شيئا صح الجواب ولا يكلف انكار ما ادعى عليه من القرض أو الاتلاف ، لأنه يجوز أن يكون قد اقرضه او أتلف عليه ثم قضاه او أبراه منه فان انكره كان كاذبا فى انكاره وان أقر به لم يقبل قوله : انه قضاه او أداه منه فيستضر به ، وان انكر الاستحقاق كان صادقا ولم يكن عليه ضرر •

فصـــل وان ادعى على رجل دينا فى ذمته فانكره ولم تكن بينـة فالقول قوله مع يمينه ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لو أن الناس أعطوا بدعواهم لادعى ناس من النـاس دماء ناس واموالهم لكن اليمين على المدعى عليه » ولأن الأصل براءة ذمته فجعـل القول قوله وان ادعى عينا فى يده فانكره ولا بينة فالقول قوله مع يمينه ، لـما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم « قال فى قصـة الحضرمى والكندى : شاهداك او يمينه » ولأن الظاهر من اليد الملك فقبل قوله • وان تداعيا عينا

في يدهما ولا بينة حلفا وجعل المدعى بينهما نصفين لما روى أبو موسى الأشعري رضي الله عنه : « ان رجلين تداعيا دابة ليس لأحدهما بينة ، فجعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما » ولأن يد كل واحد منهما على نصفها فكان القول فيه قوله كما لو كانت العين في يد أحدهما) .

الشرح حديث ابن عباس متفق عليه قال في التلخيص : حديث « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم » هو أول حديث ابن عباس المذكور في الصحيحين . وأورده المجد ابن تيمية في المنتقى مقتصرا على روايته عن أحمد ومسلم ويعزه للبخاري وأما قصة الحضرمي والكندي فقد أخرجها مسلم في صحيحه والترمذي في جامعه وصححها من حديث وائل بن حجر وكذلك أخرجها أبو داود . ولفظ رواية مسلم : « جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال الحضرمي : يا رسول الله أن هذا قد غلبني على أرض كانت لأبي قال الكندي : هي أرض في يدي أزرعها ليس له فيها حق فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للحضرمي : ألك بينة ؟ قال : لا قال : فلك يمينه فقال : يا رسول الله الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه وليس يتورع من شيء ، قال : ليس لك منه الا ذلك ، فانطلق ليحلف فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أدبر الرجل : أما لئن حلف على ماله ليأكله ظلما ليلقين الله وهو عنه معرض » .

قال الشوكاني : (قوله : كان بيني وبين رجل خصومة) قد تقدم في كتاب الغصب أن الأشعث بن قيس قال : ان رجلا من كندة ورجلا من حضرموت اختصما الى النبي صلى الله عليه وسلم وهكذا وقع في رواية أبي داود وذلك يقتضي أن الخصومة بين رجلين غيره ورواية حديث الباب تقتضي أنه أحد الخصمين ويمكن الجمع بالحمل على تعدد الواقعة فان في رواية لأبي داود في حديث الأشعث هذا بلفظ « كان بيني وبين رجل من اليهود أرض فجحدني فيها » ففي هذا تصريح بأن خصمه كان يهوديا بخلاف ما تقدم في الغصب فانه قال : ان رجلا من كندة ورجلا من حضرموت والكندي هو امرؤ القيس بن عابس الصحابي الشاعر والحضرمي هو ربيعة بن عبدان —

بكسر العين ـ وكذلك حديث وائل المذكور ها هنا بأن الخصومة فيه بين الكندى والحضرمى وهما المذكوران فى حديث الأشعث بن قيس ، فلعل الرواية لقصة الكندى والحضرمى من طريق الأشعث ومن طريق وائل • وأما المخاصمة بين الأشعث وغريمه فقصة أخرى رواها الأشعث بن قيس • قلت : حديث الأشعث بن قيس فى الصحيحين « كان بينى وبين رجل خصومة فى بئر فاختصمنا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : شاهداك أو يمينه ، فقلت : انه اذن يحلف ولا يبالى فقال : من حلف على يمين يقتطع بها مال امرىء مسلم هو فيها فاجر لقى الله وهو عليه غضبان » •

أما حديث أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه فقد أخرجه أبو داود بلفظ : « أن رجلين ادعيا بعيرا على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم فبعث كل واحد منهما بشاهدين فقسمه النبى صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين » وأخرجه أحمد والنسائى والحاكم والبيهقى أيضا قال الحافظ ابن حجر فى تلخيص الحبير : ذكر البيهقى الاختلاف فيه على قتادة وقال : هو معلول فقد رواه حماد بن سلمة عن قتادة عن النضر بن أنس عن بشر بن نهيك عن أبى هريرة ومن هذا الوجه أخرجه ابن حبان فى صحيحه ، واختلف فيه على سعيد بن أبى عروبة فقيل : عنه عن قتادة عن سعيد عن بن أبى بردة عن أبيه عن أبى موسى وقيل عنه سماك بن حرب عن تميم بن طرفة قال : أنبئت أن رجلا ، قال البخارى : قال سماك بن حرب : أنا حدثت أبا بردة بهذا الحديث ، فعلى هذا لم يسمع أبو بردة هذا الحديث من أبيه ، ورواه أبو كامل مظفر بن مدرك عن حماد عن قتادة عن النضر بن أنس عن أبى بردة مرسلا ، قال حماد : فحدثت به سماك بن حرب فقال : أنا حدثت به أبا بردة ، وقال الدارقطنى والبيهقى والخطيب : الصحيح أنه عن سماك مرسلا ، ورواه ابن أبى شيبة عن الأحوص عن سماك عن تميم بن طرفة : « أن رجلين ادعيا بعيرا ، فأقام كل واحد منهما البينة أنه له ، فقضى النبى صلى الله عليه وسلم به بينهما » ووصله الطبرانى بذكر جابر بن سمرة فيه باسنادين فى أحدهما حجاج بن أرطأة والراوى عنه سويد بن عبد العزيز وفى الآخر ياسين الزيات والثلاثة ضعفاء اهـ • قال الشوكانى بعد أن نقل ما مضى

من كلام الحافظ ابن حجر قال المنذرى فى مختصر السنن حاكيا عن النسائى أنه قال : هذا خطأ ، ومحمد بن كثير المصيصى هو صدوق الا أنه كثير الخطأ . وذكر أنه خولف فى اسناده ومتنه . قال المنذرى : ولم يخرجه أبو داود من حديث محمد بن كثير وانما أخرجه باسناد كلهم ثقات اهـ . وقد ذكر أبو داود لحديث أبى موسى ثلاثة أسانيد ليس فى واحد منها محمد بن كثير اهـ .

اما الأحكام فانه اذا ادعى عليه أنه أقرضه أو غصب منه شيئا — فان قال المدعى عليه : ما أقرضتنى أو ما غصبت منك شيئا صح الجواب ، لأنه أجاب عما ادعى عليه . وان قال : لا تستحق على شيئا مما ادعيت به عن ، صح الجواب ولا يكلف الجواب انه ما اقترض منه لأنه قد يقترض منه ثم يقضيه أو يبريه ، فاذا أنكره كان كاذبا ، وان أقر له بذلك احتاج أن يقيم البينة على القضاء أو الراءة فيستضر بذلك . وان ادعى عليه أنه باع منه شيئا أو وهب منه شيئا — فان قال المدعى عليه : ما بعت منك ولا وهبت منك صح الجواب وان قال : لا يستحق ذلك على أو لا يلزمنى تسليمه اليك صح الجواب ولا يستحق ، لأنه قد يبيع أو يهب منه ثم يفسخ فلم يكلف الجواب على نفى البيع أو الهبة .

فرع اذا ادعى رجل على رجل دينا فى ذمته فأنكره ولا بينة للمدعى فالقول قول المدعى عليه مع يمينه لما روى ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لو أن الناس أعطوا بدعواهم لادعى ناس من الناس دماء ناس وأموالهم لكن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » ولأن الأصل براءة ذمته فكان القول قوله .

فرع اذا ادعى على رجل عينا فى يده فأنكر ولا بينة للمدعى فالقول قول المدعى عليه مع يمينه لما روى وائل بن حجر أن رجلا من حضرموت أتى النبى صلى الله عليه وسلم ومعه رجل من كنده فقال الحضرمى : يا رسول الله ان هذا غلبنى على أرض كانت لأبى فقال الكندى : أرضى وفى يدى أزرعها لا حق له فيها فقال النبى صلى الله عليه

وسلم للحضرمى : ألك بينة ؟ فقال : لا فقال النبى صلى الله عليه وسلم لك يمينه فقال : انه فاجر لا يبالى على ما حلف فقال النبى صلى الله عليه وسلم ليس لك منه الا ذلك » وروى الأشعث بن قيس رضى الله عنه أنه قال : « كانت أرض بينى وبين يهودى فجحدنى فأتيت به النبى صلى الله عليه وسلم فقال لى : ألك بينة ؟ فقلت : لا ، فقال اليهودى : أحلف فقلت : اذن يحلف يذهب بالمال » ولأن اليد تدل على الملك فكانت جنبته أقوى وكان القول قوله .

فـــرع وان كان فى يد رجلين فادعى كل واحد منهما جميعها ولا بينة لأحدهما قال الشافعى رضى الله عنه : حلف كل واحد منهما لصاحبه على ما ادعاه قال أصحابنا : ليس هذا على ظاهره لأن كل واحد منهما يدعى جميعها ، وليس فى يد كل واحد منهما الا نصفها ، بل يجب على كل واحد منهما أن يحلف لصاحبه على النصف الذى هو فى يده ، فان حلف كل واحد منهما لصاحبه قسمت العين بينهما نصفين لما روى أبو موسى الأشعرى رضى الله عنه أن رجلين تنازعا دابة وليس لأحد منهما بينة فجعلها النبى صلى الله عليه وسلم بينهما ولا يكون ذلك الا اذا حلف كل واحد منهما لصاحبه ، فان حلف أحدهما لصاحبه ونكل الآخر ردت اليمين على الحالف ، فان حلف على النصف الذى فى يد الناكل قضى له بجميعها .

فـــرع فى حديث البخارى عن أبى هريرة رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم عرض اليمين على قوم فأسرعوا فامر أن يسهم بينهم فى اليمين أيهم يحلف » وفى رواية عند أحمد وأبى داود وابن ماجه عنه : « أن رجلين تداراآ فى دابة ليس لواحد منهما بينة فأمرهما رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يستهما على اليمين أحبا أو كرها .

قال الخطابى : الاكراه هنا لا يراد به حقيقته لأن الانسان لا يكره على اليمين وانما المعنى اذا توجهت اليمين على اثنين وأرادا الحلف سواء كانا كارهين لذلك بقلبهما وهو معنى الاكراه أو مختارين لذلك بقلبهما وهو معنى المحبة وتنازعا أيهما يبدأ فلا يقدم أحدهما على الآخر بالتشهى بل

بالقرعة ، وهو المراد بقوله فليستهما أى فليقترعا • وقيل : صورة الاشتراك فى اليمين أن يتنازع اثنان عينا ليست فى يد أحدهما ولا بينة لواحد منهما فيقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف واستحقها ، ويدل على ذلك رواية أبى هريرة الأخرى عند أحمد وأبى داود : « اذا كره الاثنان اليمين أو استحباها فليستهما عليها » ويحتمل أن تكون قصة أخرى فيكون القوم المذكورون مدعى عليهم بعين فى أيديهم مثلا وأنكروا ولا بينة للمدعى عليهم فتوجهت عليهم اليمين فسارعوا الى الحلف والحلف لا يقع معتبرا الا بتلقين المحلف ، فقطع النزاع بينهم بالقرعة فمن خرجت له بدىء به • وقال البيهقى فى بيان معنى الحديث : ان القرعة فى أيهما تقدم عند ارادة تحليف القاضى لهما ، وذلك أنه يحلف واحد ثم يحلف الآخر فان لم يحلف الثانى بعد حلف الأول قضى بالعين كلها للحالف ، وان حلف الثانى فقد استويا فى اليمين فتكون العين بينهما كما كانت قبل أن يحلفا • وقد حمل ابن الأثير فى جامع الأصول الحديث على الاقتراع فى المقسوم بعد القسمة وهو بعيد ويرده رواية (فليستهما عليها) أى على اليمين كما سيأتى فى الفصل بعد هذا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان تداعيا عينا ولأحدهما بينة وهى فى يدهما أو فى يد أحدهما أو فى يد غيرهما حكم لمن له البينة لقوله صلى الله عليه وسلم « شاهداك أو يمينه » فبدأ بالحكم بالشهادة ، ولان البينة حجة صريحة فى اثبات الملك لا تهمة فيها ، واليد تحتمل الملك وغيره ، والذى يقويها هو اليمين ، وهو متهم فيها فقدمت البينة عليها ، وان كان لكل واحد منهما بينة نظرت فان كانت العين فى يد أحدهما قضى لمن له اليد من غير يمين ومن اصحابنا من قال : لا يقضى لصاحب اليد من غير يمين لأن بينته تعارضها بينة المدعى فتسقطها ويبقى له اليد واليد لا يقضى بها من غير يمين والمنصوص انه يقضى له من غير يمين لأن معه بينة معها ترجيح ، وهو اليد ، ومع الآخر بينة لا ترجيح معها والحجتان اذا تعارضتا ومع احداهما ترجيح قضى التى معها الترجيح كالخبرين اذا اذا تعارضا ومع احدهما قياس • وان كانت العين فى يد أحدهما فاقام الآخر بينة فقضى له ، وسلمت العين اليه ثم اقام صاحب اليد بينة أنها له نقض الحكم وردت العين اليه لانا حكمنا للآخر ظنا منا انه لا بينة له فاذا اتى بالبينة بان لنا انه كانت له يد وبينة فقدمت على بينة الآخر) •

الشرح حديث « شاهداك أو يمينه » مضى فى الفصل قبله تخريجه حيث وقع جزءا من حديث الأشعث بن قيس وبمعناه فى حديث وائل بن حجر •

اما اللغات فقوله (بينة معها ترجيح) قال فى الطراز المذهب : مأخوذ من رجحان الميزان ، ورجحت بفلان اذا كنت أرزن منه • وقوم مراجيح فى الحلم • ومعنى عبارة المصنف أن تكون احدى الحجتين أقوى بزيادة شىء ليس فى الأخرى قلت : ومنه رجح الميزان يرجح رجوحا ورجحانا •

أما الأحكام فان تداعيا عينا وأقام أحدهما بينة قضى بها لصاحب البينة سواء كانت العين فى يد صاحب البينة أو فى يد المدعى الآخر أو فى يد ثالث أو لا يد لأحدهما عليها لقوله صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » فبدأ بالحكم بالبينة فدل على أنها أقوى حجة ، وهذا قد أقام البينة فحكم له بها • وان ادعيا عينا فى يد أحدهما وأقام كل واحد منهما بينة حكم بها لصاحب اليد •

اذا ثبت هذا فهل يجب على صاحب اليد أن يحلف مع بينته حكى أكثر أصحابنا فيها وجهين ، المنصوص أنه لا يجب عليه أن يحلف مع بينته ، وحكاهما ابن الصلاح قولين بناء على البينتين اذا تعارضتا ، وفيه قولان (أحدهما) يسقطان فعلى هذا لابد أن يحلف صاحب اليد (والثانى) يستعملان ، فعلى هذا ترجح بينة صاحب اليد بيده فلا يجب عليه أن يحلف ، وانما تسمع بينة صاحب اليد بعد أن يقيم المدعى الذى لا يد له بينة ليعارض بها بينة الخارج • فان أراد صاحب اليد أن يقيم بينته قبل أن يقيم الذى لا يد له بينة الخارج • فان أراد صاحب اليد أن يقيم بينته قبل أن يقيم الذى لا يد له بينة فهل تسمع بينته ؟ فيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى العباس بن سريج أنها تسمع لأنها مسموعة فى الحكم فسمعت كما لو أقامها بعد أن أقام خصمه بينته (والثانى) لا تسمع ، وهو ظاهر المذهب ، لأنه محكوم له بالملك بمجرد اليد فلا فائدة فى اقامة البينة ، وهل تقبل بينة صاحب اليد بالملك له مطلقا من غير ذكر سبب الملك ؟ فيه وجهان ، وحكاهما

بعض أصحابنا قولين ، قال فى القديم : لا يقبل حتى يضيفه الى سبب لأنها تشهد له بالملك لأجل اليد ، وقال فى الجديد : تقبل مطلقا وهو الأصح ، لأن الظاهر من حالهم أنهم لم يتعمدوا فى شهادتهم يدا منازعة ، وانما شهدوا بالملك بسبب عرفوه غير اليد •

فـــرع اذا كانت العين فى يد أحدهما فأقام الذى لا يد له بينة فحكم له بها ، وسلمت العين اليه ، ثم أقام صاحب اليد بينة أنها له نقض الحكم الأول وسلمت الى صاحب اليد الأول لأنا قد حكمنا لمن لا يد له ظنا منا أنه لا بينة لصاحب اليد فاذا أقام البينة فقد بان أن له يدا وبينة فقدمت بينته على بينة الآخر •

فـــرع فى مذاهب العلماء فيما اذا ادعيا عينا فى يد أحدهما وأقام كل واحد منهما بينته فقد قلنا : ان مذهبنا أنه يحكم بها لصاحب اليد وبهذا قال شريح والنخعى والحكم ومالك وأبو ثور وأبو عبيد أبو الخطاب من الحنابلة ، وزعم أنها رواية ثالثة عن أحمد رحمه الله وأنكر عليه القاضى أبو بكر عزوها الى أحمد بن حنبل قلت : وهو أول أهل المدينة وأهل الشام والمشهور عن أحمد أن بينة من لا يد له أقوى بكل حال • وقال ابن قدامة : ان من ادعى شيئا فى يد غيره فأنكره ولكل واحد منهما بينة فان بينة المدعى تسمى بينة الخارج وبينة المدعى عليه تسمى بينة الداخل ، وقد اختلفت الرواية عن أحمد فيما اذا تعارضتا ، فالمشهور عنه تقديم بينة المدعى ، ولا تسمع بينة المدعى عليه وهذا قول اسحق (يعنى ابن راهويه) وعنه رواية ثانية : ان شهدت بينة الداخل بسبب الملك وقالت نتجت فى ملكه أو اشتراها أو نسجها أو كانت بينته أقدم تاريخا قدمت ، والا قدمت بينة المدعى ا هـ •

وقال أبو حنيفة : اذا أقام المدعى البينة ثم أراد المدعى عليه أن يقيم البينة فى مقابلته نظر ــ فان كانت تشهد بملك مطلق أو ملك مضاف الى سبب يتكرر ذلك السبب مثل أن تكون الدعوى فى آنية تسبك أو تصاغ ثانيا أو ثالثا أو فى ثوب كتان أو صوف ينقض ثم ينسج لم تسمع بينته •

وان كانت بينة تشهد بملك مضاف الى سبب لا يتكرر مثل أن تكون الدعوى فى الدابة وشهدت بينة المدعى أن الدابة نتجت فى ملكه وشهدت بينة المدعى عليه أنها له نتجت فى ملكه فها هنا بينة الذى لا يد له عليها أولى من بينة صاحب اليد . قال الكاسانى فى بدائع الصنائع : وأما حكم تعارض الدعويين مع تعارض البينتين فالكلام فيه يقع فى موضعين (أحدهما) فى بيان حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البينتين القائمتين على أصل الملك (والثانى) فى بيان حكم تعارض البينتين القائمتين على قدر الملك . أما الأول فالأصل أن البينتين اذا تعارضتا فى أصل الملك من حيث الظاهر فان أمكن ترجيح احداهما على الأخرى — يعمل بالراجح لأن البينة حجة من حجج الشرع ، والراجح ملحق بالمتيقن فى أحكام الشرع ، وان تعذر الترجيح فان أمكن العمل بكل واحدة منهما من كل وجه وجب العمل به ، وان تعذر العمل بهما من كل وجه وأمكن العمل بهما من وجه العمل بهما لأن العمل بالدليلين واجب بقدر الامكان : وان تعذر العمل بهما أصلا سقط اعتبارهما والتحقا بالعدم ، اذ لا حجة مع المعارضة كما لا حجة مع المناقضة .

وجملة القول فى ذلك أن الدعوى ثلاثة أنواع : دعوى الملك ودعوى اليد ودعوى الحق وزاد محمد مسائل الدعوى على دعوى الملك واليد والنسب أما دعوى الملك فلا تخلو اما أن تكون من الخارج على ذى اليد واما أن تكون من الخارجين على ذى اليد ، واما أن تكون من صاحبى اليد أحدهما على الآخر فان كانت الدعوى من الخارج على ذى اليد دعوى الملك وأقاما البينة فلا تخلو اما أن قامت البينتان على ملك مطلق عن الوقت واما أن قامتا على ملك مؤقت ، واما أن قامت احداهما على ملك مطلق والأخرى على ملك مؤقت . وكل ذلك لا يخلو اما أن كانت بسبب وأما أن كانت بغير سبب ، فان قامتا على ملك مطلق عن الوقت فبينة الخارج أولى عندنا انتهى .

دليلنا حديث جابر بن عبد الله أن النبى صلى الله عليه وسلم اختصم اليه

رجلان فى دابة أو بعير فأقام كل واحد منهما البينة بأنها له أنتجها فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذى هى فى يده » ولأن الأصل معه ويمينه تقدم على يمين المدعى ، فاذا تعارضت البينتان وجب ابقاء يده على ما فيها وتقديمه كما لو لم تكن بينة لواحد منهما ، لأن تعارض البينتين من حيث الظاهر يحتاج الى مرجح فكانت بينة ذى اليد باليد فكان العمل بها أولى ولهذا عملنا ببينته فى دعوى النكاح •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان كان لكل واحد منهما بينة والعين فى يدهما او فى يد غيرهما أو لا يد لأحدهما عليها تعارضت البينتان ، وفيهما قولان (أحدهما) أنهما يسقطان وهو الصحيح لأنهما حجتان تعارضتا ولا مزية لاحداهما على الأخرى فسقطتا كالنصفين فى الحادثة فعلى هذا يكون الحكم فيه كما لو تداعيا ولا بينة لواحد منهما (والثانى) أنهما يستعملان وفى كيفية الاستعمال ثلاثة أقوال (أحدها) انه يوقف الامر الى أن ينكشف أو يصطلحا لان احداهما صادقة والأخرى كاذبة ويرجى معرفة الصادقة فوجب التوقف كالمرأة اذا زوجها وليان أحدهما بعد الآخر ونسى السابق منهما (والثانى) انه يقسم بينهما لأن البينة حجة كاليد ، ولو استويا فى اليد قسم بينهما فكذلك اذا استويا فى البينة (والثالث) انه يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حكم له ، لانه لا مزية لاحداهما على الاخرى فوجب التقديم بالقرعة كالزوجتين اذا اراد الزوج السفر باحداهما) ..**

الشرح اذا ادعى رجلان عينا فى يد ثالث ولا يد لأحد عليها وأقام كل واحد من المدعيين أن جميعها له ، ففيه قولان (أحدهما) أن البينتين تسقطان فتكون كما لم تكن معهما بينة (والثانى) لا تسقطان بل تستعملان لأنهما حجتان تعارضتا فاذا أمكن استعمالهما لم يسقطا كالخبرين اذا تعارضا فى الحادثة وأمكن استعمالهما ، فاذا قلنا يستعملان ففى كيفية استعمالهما ثلاثة أقوال (أحدها) يوقف الأمر الى أن يصطلحا • قال الربيع : وهو الأصح لأن احداهما صادقة فى الباطن والأخرى كاذبة ، ويرجى انكشاف الصادقة منهما فوجب الوقف الى تبين الصادقة ، كما لو زوج المرأة وليان لها من رجلين وسبق أحدهما وأشكل السابق (والثانى) تقسم العين بين المدعيين •

فـــرع اذا قلنـا : يقرع بين المدعين اذا تسـاوت بيناتهم فهل يحلف من خرجت له القرعة ؟ فيه قولان (أحدهما) يحلف لأن القرعة ضعيفة فرجحت باليمين ورجحت بها البينة فيكونان بمجموعهما قائمين مقام اليـد يترجح بها احدى البينتين •

(والثانى) لا يجب عليه أن يحلف وهـو الأصح لأن البينـة ترجحت بالقرعة ، لأن كل دليلين تقابلا ووجد مع أحدهما ترجيح قدم ولم يطلب ترجيح آخر كما لو كان مع أحد البينتين يد ، والصحيح أنهما تسقطان •

(والقول الثـالث) أن يقرع بينهمـا فمن خرجت له القرعة حكم له بالعين لحديث سعيد بن المسيب « أن خصمين تداعيا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وأتى كل واحد منهما بالشهود فأسهم بينهما » •

فـــرع فى مذاهب العلمـاء فيما تقدم : قد ذكرنا أنه اذا ادعى رجلان عينا فى يد ثالث ولا يد لأحدهما وأقاما بينتين ففيه قولان (أحدهما) سقوط البينتين ، بذلك قال مالك • وقال أحمد : تسقط البينتان ويقترع المدعيان على اليمين كما لو لم تكن بينة (والقول الثانى) تقسم العين بين المدعيين وبهذا قال ابن عمر وابن الزبير واحدى الروايتين عن مالك وأحمد وهو قول الثورى والقديم عند الشافعى وقول أبى حنيفة لحديث أبى موسى الأشعرى أن رجلين اختصما فى بعير فأقام كل واحد منهما بينة أنه له فجعله النبى صلى الله عليه وسلم بينهما » ولأن البينة حجة كاليد ولو كان لكل واحد منهما يد لقسمت العين بينهما فكذلك اذا كان لكل واحد منهما بينة والرواية الثانية لأحمد أن البينتين تستعملان وفى كيفية استعمالهما ثلاثة أقوال للشافعى مضى ذكرهما آنفا وروايتان لأحمد (احداهما) تقسم العين بينهما وهو قول الحارث العكلى وقتادة وابن شبرمة وحماد وأبى حنيفـة وأحد أقوالنا الثلاثة • لحديث أبى موسى (والرواية الثانية) تقدم احداهما بالقرعة وهى أحد الأقوال الثلاثة عندنا أيضا ، وللشافعى قول رابع بوقف الأمر حتى يتبين ، وهو قول أبى ثور لأنه اشـتبه فى الأمر فوجب التوقف كالحاكم اذا لم يتضح له حكم فى قضيته •

ولنا أن البينتين تسقطان وحديث سعيد بن المسيب مرسل وقد مضى الكلام فى أول الباب وكذلك حديث أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه محمول على أن العين كانت بأيديهما كما رجح ذلك صاحب البيان وغيره •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان كانت بينة أحدهما شاهدين وبينة الآخر اربعة واكثر فهما متعارضتان ، وفيهما القولان لأن الاثنين مقدران بالشرع ، فكان حكمهما وحكم ما زاد سواء وان كانت احدى البينتين أعدل من الأخرى فهما متعارضتان وفيهما القولان ، ولأنهما متساويتان فى اثبات الحق • وان كانت بينة أحدهما شاهدين وبينة الآخر شاهدا وامرأتين فهما متعارضتان وفيهما القولان • لأنهما يتساويان فى اثبات المال • وان كانت بينة أحدهما شاهدين وبينة الآخر شاهدا ويمينا ففيه قولان (أحدهما) انهما يتعارضان وفيهما القولان ، لأنهما تساويا فى اثبات المال (والقول الثانى) انه يقضى لمن له الشاهدان لان بينته مجمع عليها وبينة الآخر مختلف فيها) •**

الشرح اذا كانت بينة أحدهما شاهدين وبينة الآخر أربعة أو أكثر فقال أصحابنا العراقيون : انهما متعارضتان ولا يرجح كثير العدد وحكى المسعودى أن الشافعى رضى الله عنه قال فى القديم : ترجح البينة بكثرة عدد الشهود والمشهور عن الشافعى القول الأول •

فرع فى مذاهب العلماء : قال مالك فيما أفاده المسعودى والعمرانى وغيرهما انه ترجح البينة بكثرة العدد • وقال الأوزاعى : تقسم العين بين المدعيين على عدد الشهود فيكون لصاحب الشاهدين ثلث العين ولصاحب الأربعة ثلثاها • وقال أحمد وأكثر أهل العلم والمشهور من مذهبنا أنه لا ترجح احدى البينتين بكثرة العدد ولا اشتهار العدالة وكذلك قال أبو حنيفة رضى الله عنهم •

دليلنا أن عدد الشهود أمر مقدر بالشرع لا يدخل الاجتهاد فيه ، كالدية لما قدرت بالشرع لا يجوز أن يدخل فيها الاجتهاد باختلاف المقتول بالطول والعرض والقصر ، ويخالف الخبر فانه يجتهد فى قبول خبر الواحد دون

العدد فرجح بالزيادة ، والشهادة يتفق فيها على خبر الاثنين فصار الحكم متعلقا بهما دون اعتبار الظن ، ألا ترى أنه لو شهد النساء منفردات لا تقبل شهادتهن وان كثرن حتى صار الظن بشهادتهن أغلب من شهادة الذكرين ، وعلى هذا لا ترجح شهادة الرجلين على شهادة الرجل والمرأتين فى المال ، لأن كل واحدة من البينتين حجة فى المال فاذا اجتمعتا تعارضتا .

فرع وان أقام كل واحد منهما بينة عادلة الا أن بينة أحدهما أعلم وأعف وأشهر فى العدالة فانها لا تقدم على بينة الآخر فيما تعارضا فيه هذا هو المشهور من مذهبنا وادعى المسعودى أن للشافعى قولا آخر وهو تقديم البينة الأعلم والأعف والأشهر ، وهذا هو مذهب مالك . ومذهب أحمد كالمشهور من مذهبنا .

دليلنا أنهما متساويان فى العدالة المعتبرة فكانتا متعارضتين كما لو استويا فى العدالة .

فرع اذا أقام أحدهما شاهدين وأقام الآخر شاهدا وحلف معه أو شاهدا وامرأتين ففيهما قولان (أحدهما) أنهما متعارضتان لأنهما متساويتان فى اثبات المال (والثانى) يقضى لمن معه الشاهدان على من معه الشاهد واليمين ، ولمن معه الشاهد والمرأتان على من معه الشاهد واليمين لأنها بينة مجمع عليها والشاهد واليمين مختلف فيها . وعند الحنابلة وجهان كالقولين والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان كانت العين فى يد غيرهما فشهدت بينة احدهما بانه ملكه من سنة وشهدت بينة الآخر انه ملكه من سنتين ففيه قولان (قال فى البويطى) هما سواء لأن القصد اثبات الملك فى الحال وهما متساويتان فى اثبات الملك فى الحال (والقول الثانى) أن التى شهدت بالملك المتقدم أولى وهو اختيار المزنى وهو الصحيح لأنها انفردت باثبات الملك فى زمان لا تعارضها فيه البينة الأخرى ، وأما اذا كان الشىء فى يد أحدهما فان كان فى يد من شهد**

له بالملك المتقدم حكم له وان كان فى يد الآخر فقد اختلف اصحابنا فيه فقال أبو العباس رحمه الله : يبنى على القولين فى المسئلة قبلها ان قلنا : انهما يتساويان حكم لصاحب اليد ، وان قلنا ان التى شهدت بالملك المتقدم تقدم ، قدمت ههنا ايضا لأن الترجيح من جهة البينة أولى من الترجيح باليد ، ومن أصحابنا من قال : يحكم به لمن هو فى يده قولا واحدا ، لأن اليد الموجودة أولى من الشهادة بالملك المتقدم . واما اذا تداعيا دابة واقام أحدهما بينة أنها ملكه نتجت فى ملكه واقام الآخر انها دابته ولم يذكر النتاج ، فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو العباس : الحكم فيه كالحكم فى الشهادة بالملك المتقدم وفيها قولان لأن الشهادة بالنتاج كشهادته بالملك المتقدم وقال أبو اسحق يحكم لمن شهدت له البينة بالنتاج قولا واحدا لأن بينة النتاج تنفى أن يكون الملك لغيره ، والبينة بالملك المتقدم لا تنفى أن يكون الملك قبل ذلك لغير المشهود له).

الشرح اذا كانت عين فى يد رجل فادعى رجل ملكها وأقام بينة على أنها ملكه منذ سنتين لا يعلم أنه زال عنه الى الآن وادعى الآخر أنه ملكه وأقام بينة أنها ملكه منذ سنة لا يعلم أنه زال عنه الى هذه الحالة ففيه قولان (أحدهما) يحكم لمن شهدت له البينة بالملك المتقدم ولهذا يجب على المشهود عليه نماء تلك العين وأجرتها فى تلك المدة ، وانما تعارضتا فى اثبات الملك فيما بعد ذلك فاذا سقطتا فيما تعارضتا فيه بقى اثبات الملك له فيما قبل ذلك فوجب استدامته (والثانى) أنهما سواء ، لأن الاعتبار بالبينة فى اثبات الملك فى الحال ، وهما متساويتان فى ذلك . فاذا قلنا بهذا فهما متعارضتان ، فان قلنا : يسقطان عند التعارض كان القول قول من العين فى يده ، وان ادعاها لنفسه حلف لكل واحد منهما يمينا ، وان أقر بها لأحدهما كانت له ، وهل يحلف للآخر ؟ فيه قولان . وان أقر بها لهما قسمت بينهما ، وهل يحلف لكل واحد منهما على النصف ؟ فيه قولان . وان قلنا : لا يسقطان بل يستعملان — فان قلنا بالوقف وقفت العين بينهما الى أن يصطلحا عليها . وان قلنا بالقسمة قسمت بينهما ، وان قلنا بالقرعة أقرع بينهما ، فان كانت بحالها وشهدت بينة أحدهما أنها ملكه فى الحال وشهدت بينة الآخر أنها ملكه منذ شهر الى هذه الحال فقال أكثر أصحابنا : هى على قولين كالتى قبلها ، ومن أصحابنا الخراسانيين من قال : هما سواء قولا واحدا . وان كانت العين فى يد أحد المتداعيين وشهدت بينة أحدهما أنها ملكه منذ سنة الى هذه الحال ،

وشهدت بينة الآخر أنها ملكه منذ شهر الى هـذه الحال نظرت فان كانت الدار فى يد من شـهدت له البينة بالملك المتقـدم ـ حكم له بالعين قولا واحدا ، لأن معه ترجيحين : اليد والشهادة بتقادم الملك ، وان كانت فى يد الآخر فاختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو اسحاق : يبنى على القولين فيها اذا كانت العين فى يد غيرهما ـ فان قلنا هناك : انهما متعارضتان حكم بهـا لصاحب اليد لأن البينتين قد تساوتا وانفرد صاحب اليد باليـد فحكم له بها ، وان قلنا : انه يحكم بها لمن شهدت له البينة بالملك المتقدم حكم بها له ها هنا أيضا ، لأن معه ترجيحا من طريق البينة ، ومع الآخر ترجيح من قبل جهة اليد ، والترجيح من جهة البينة تقدم على الترجيح من جهة اليد ، ومن أصحابنا من قال : يحكم بها لصاحب اليد قولا واحدا وهو ظاهر المذهب لأنهما يتساويان فى اثبات الملك فى الحال باثبات الملك المتقدم ، وللآخر مزية باليد الموجودة واليد الموجودة أولى من اثبات الملك المتقدم ألا ترى أنه لو كان فى يد رجل عين وادعاها آخر وأقام بينة أنها كانت له منذ سـنة فانه لا يحكم له فيها وكذلك هذا مثله •

فـــرع فى أقوال العلماء فيما تقدم : سبق قولنا ان العين اذا كانت فى يد رجل نازعه آخر كانت لمن شهدت له البينة بالملك المتقدم فى أصح القولين وبه قال أبو حنيفة والمزنى وهو ظاهر مذهب أحمد وقال القاضى من أصحابه : يقرع بينهما وهو أحد القولين للشافعى والله أعلم •

فـــرع اذا كانت عين فى يد رجل فادعى رجل ملك جميعهـا ، نصفها لم تعارضه فيه بينـة الآخر وأما النصف الثـانى فقد تعارض فيه البينتان ـ فان قلنا : ان البينتين اذا تعارضتا سقطتا رجع الى من العين فى يده ، وان ادعى ذلك النصف لنفسه حلف لكل واحد منهما يمينا ، وان أقر أنه لأحدهما كان له ، وهل يحلف للآخر ؟ فيه قولان يأتى بيانهما ، وان أقر به لهمـا كان بينهما وهل يحلف لكل واحد منهمـا على الربع ؟ على القولين ، وان قلنا : يستعملان ـ فان قلنـا : يقسم ـ قسم ذلك النصف بينهمـا نصفين فيكون لمدعى الجميـع ثلاثة أرباع العين ولمدعى النصف

ربعها • وان قلنـا بالقرعة أقرع بينهمـا عليه ، وهل يحلف من خرجت له القرعة ؟ على القولين • وقال أبو العباس بن سريج : اذا قلنا : ان البينتين يسقطان فى النصف الذى تعارضا فيه فهل تسقط بينـة مدعى الجميع فى النصف الآخر ؟ فيه قولان بناء على أن البينة اذا ردت فى بعض شىء فهل ترد فى الباقى ؟ فيه قولان وهو اختيار القاضى أبى الطيب والمسعودى وقال الشيخ أبو حامد : الأول أصح ، لأن القولين أنهما اذا ردت الشهادة فى بعض الشىء فاما للتهمة واما للتعارض فلا ترد قولا واحدا ، ألا ترى أنا اذا قلنا : يقسم المشهود به فقد أسقطنا البينة فى بعض ما شهدت به ولا تسقط فى الباقى •

فـرع اذا كانت العين فى يد رجلين فادعى كل واحد منهما جميعها وأقام على ما ادعاه بينة فقد ذكر الشيخ أبو اسحاق فى التنبيه أن الحكم فيه كما لو ادعى كل واحد منهما جميعها وأقام بينة والعين فى يد غيرهما ولا يد لأحدهما عليها • وقال الشيخ أبو حامد : تكون العين بينهما ، وهل يحتاج كل واحد منهما أن يحلف على النصف الذى فى يده مع بينته ؟ فيه قولان • وقال المسعودى : اذا قلنا تسقط البينتان عند التعارض كان كما لو لم يقيما بينة فيحلفان وتقسم بينهما ، وان قلنا : تستعملان فيجىء فيه قولا القسمة ولا يجىء فيه الوقف ، لأنه لا معنى للوقف مع ثبوت اليد ، وهل تجىء فيه القرعة ؟ فيه وجهان ، وان كانت العين فى يد رجلين فادعى أحدهما جميعهـا وادعى الآخر ثلثها وأقام كل واحد منهما بينة على ما ادعاه فانه يقضى لمدعى ثلثها بثلثها لأن اليد على نصفها الا أن بينته لم تشـهد له الا بثلثها فقضى به ، ويقضى لمدعى الجميع بثلثيها لأن له يدا وبينـة على نصفها وله بينـة بسدسها وللآخر فيه يد بلا بينة والبينة مقدمة على اليد •

فـرع وان كانت فى يد رجل دابة فادعاها رجلان وأقام أحدهما بينة أنها ملكه فى هذه الحال وأقام الآخر بينة أنها ملكه فى هذه الحال وأنها نتجت فى ملكه فاختلف أصحابنا فيه فقال أبو العباس بن سريج : فيه قولان كما لو شهدت بينة لأحدهما بملك متقدم (أحدهما) أنهما سواء فيكونان

متعارضتين والحكم فى متعارضتين ما مضى (والثانى) أن الذى شهدت بينته بملك المتقدم أولى فتقدم ههنا بينة من شهدت له بالنتاج لأن الشهادة له بالنتاج كالشهادة بالملك المتقدم ، وقال أبو اسحق المروزى : يحكم بها لمن شهدت البينة بالنتاج قولا واحدا ، لأن التى شهدت بالملك المتقدم لا تنفى أن يكون الملك لغيره فيما قبل هـذه المدة ، ويجوز أن يكون الملك فيهـا لخصمه ، والتى شهدت له بالنتاج فى ملكه نفت أن يكون الملك لغيره فيهـا قبل النتاج ، وان ادعيا زرعا فى يد غيرهما فأقام أحدهما بينة أنه ملكه فى هذه الحال وأقام الآخر بينة أنه زرعه فى ملكه ففيه طريقان كما قلنـا فيمن شهدت له بينة بالملك وشهدت للآخر فى ملكه ففيه طريقان كما قلنـا فيمن شهدت له بينة بالملك وشهدت للآخر بينة بالملك فى النتاج . قال فى الأم : وان ادعى رجل دابة وأقام بينة أنها ملكه منذ عشر سنين فنظر الحاكم الى الدابة فاذا لها سـنتان لم يحكم للمدعى بالدابة لأنه بان كذب بينته فيمـا شهدت به لأن الدابة التى لهـا سنتان لا يجوز أن تكون ملكه منذ عشر سنين ، وان كان فى يد رجل عين وادعاها آخر وأقام بينة أنها له منذ سـنة وأقام صاحب اليد بينة أنه فى يده منذ سنتين قدمت بينة الخارج لأنها تشهد بالملك وبينة الآخر تشهد باليد ، والملك مقدم على اليد .

فـــرع اذا كانت عين فى يد رجل فجاء زيد فادعاها وأقام بينـة عليها فحكم له بها وسلمت اليه ثم جاء عمرو وادعاها وأقام عليها بينـة قال أبو العباس بن سريج : فقد تعارضت البينتان ، فان قلنا : تسقطان كان كما لو لم تكن بينة ، وان قلنا : تستعملان فهل يحتاج زيد الى اقامة بينة ليعارض بها بينة عمرو ؟ على القولين فى البينتين اذا كانت احداهمـا تشـهد بملك متقدم ، فان قلنا : ان التى شهدت بالملك المتقدم تقدم على الآخر لم يحتج زيد الى اعادة بينة لأنها ثابتة له فى الحال وفيما قبل ، فتكون كما لو أقامها فى الحال ، وان قلنا : ان البينة التى شهدت بالملك المتقدم تساوى البينـة الأخرى فهل يحتاج زيد الى اقامة بينة ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يحتاج الى اعادتهما وبه قال أبو حنيفة لأنها أثبتت الملك له يوم الشهادة ، والأصل بقاء ذلك الملك الى أن يعلم خلافه (والثانى) يحتـاج الى بينتـه لأن الحكم

والتعارض فى الملك فى الحال وبينة زيد لم تشهد له بالملك فى الحال وانما شهدت له بالملك فى وقت متقدم ، فلابد أن يثبت له الملك فى الحال ليعارض البينة التى تشهد لعمرو فى الملك فى الحال •

مسألة لم يعرض لها المصنف هنا : قال الشافعى رضى الله عنه : ولو كانت الدار بين ثلاثة أنفس فادعى أحدهم النصف والآخر الثلث والآخر السدس وجحد بعضهم بعضا فهى لهم على ما فى أيديهم ثلثا ثلثا • فاعترض معترض على الشافعى فقال : كيف يجعل لمدعى السدس الثلث وهو لا يدعى الا السدس فقال أصحابنا فيما أورده العمرانى فى البيان : أراد الشافعى رحمه الله اذا كانت الدار فى يد ثلاثة فادعى كل واحد منهم جميع الدار الا أن أحدهم قال : نصفها ملكى والنصف الآخر وديعة فى يدى لرجل غائب أو عارية وقال الآخر : ثلثها ملكى وثلثاها وديعة فى يدى أو عارية وقال الآخر : سدسها ملكى والباقى منها وديعة عندى أو عارية فانه يجعل لكل واحد منهم ههنا ثلث الدار كما قال الشافعى لأن يده ثابتة عليه ، والدليل على أنه أراد ذلك أنه قال : وجحد بعضهم ، ولا يتصور التجاحد بينهم الا على ما ذكرناه• فأما اذا كانت فى أيديهم وادعى أحدهم ملك نصفها لا غير وادعى الثانى ملك ثلثها لا غير وادعى الثالث ملك سدسها لا غير وأقام كل واحد منهم بينة على ما ادعاه فانه يحكم لمدعى الثلث بالثلث لأن له فيه يدا وبينة ويحكم لمدعى السدس بالسدس لأن له فيه يدا وبينة وأما مدعى النصف ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد الاسفراييني (أحدهما) أنه يحكم له بنصف الدار لأن له يدا على الثلث وله بينة على السدس فى يد مدعى السدس ، وليس لمدعى السدس عليه الا يدا أو لا يد عليه فحكم به لمدعى النصف (والثانى) أن يحكم لمدعى النصف بالثلث الذى فى يده ويحكم له بنصف السدس مما فى يد مدعى السدس فيبقى فى يد مدعى السدس السدس ونصف السدس لأن مدعى النصف انما يدعى بالسدس الزائد على الثلث فى يد مدعى الثلث ومدعى السدس بدليل أنه لو لم يكن معه بينة لكان له أن يستحلفها عليه ، فاذا كان ذلك مشاعا بينهما لم يكن له أن يأخذ شيئا مما فى يد مدعى الثلث لأن له فيه يدا وبينة فلم يبق الا نصف السدس مما فى يد صاحب السدس •

فـــرع وان كانت الدار فى يد ثلاثة فادعى أحدهم ملكها جميعا وأقام على ذلك بينة وادعى الثانى ملك نصفها وأقام على ذلك بينة وادعى الثالث ملك ثلثها ولا بينة له فانه يحكم لمدعى الكل بالثلث الذى فى يده لأن له فيه يدا وبينة ويحكم لمدعى النصف بالثلث الذى فى يده لأن له فيه يدا وبينة ، وأما الثلث الذى فى يد الثالث فانه يحكم بنصفه وهو السدس لمدعى جميعها ، لأن له بينة لا يعارضها فيه بينة الآخر ، وأما السدس الباقى فى يد مدعى الثلث فقد تعارض فيه بينة مدعى الجميع وبينة مدعى النصف . فان قلنا : يسقطان رجع فيه الى قول من هو بيده ، فان قلنا : يستعملان ـ فان قلنا بالوقف وقف وان قلنا بالقسمة قسم بينهما ، وان قلنا بالقرعة أقرع بينهما .

فـــرع وان كانت دار فى يد أربعة رجال فادعى أحدهم ملك جميعها وادعى الثانى ملك ثلثيها وادعى الثالث ملك نصفها وادعى الرابع ثلثها ، فان لم تكن مع أحدهم بينة فالقول قول كل واحد منهم مع يمينه فى الربع الذى فى يده وتقسم بينهم أرباعا ، وان أقام كل واحد منهم بينة بما ادعاه قضى لكل واحد منهم بالربع الذى بيده لأن له فيه يدا وبينة ، وان كانت الدار فى يد غيرهم فان لم يقم أحد منهم بينة فالقول قول من الدار بيده مع يمينه ، وان أقام كل واحد منهم بينة بما ادعاه فانه يحكم لمدعى الجميع بثلث الدار لأن له فيه بينة لا تعارضها منه بينة أخرى . وأما الثلثان ففيه تعارض السدس الذى بين النصف والثلثين تعارض فيه بينتان بينة مدعى الجميع وبينة مدعى الثلث ، والسدس الذى بين النصف والثلث تعارض فيه ثلاث بينات بينة مدعى الجميع ، وبينة مدعى الثلثين ، وبينة مدعى النصف ، والثلث الباقى تعارض فيه الأربع البينات فيبنى على القولين فى البينتين اذا تعارضتا فان قلنا : يسقطان صار كما لو لم تكن بينة فى الثلثين فيكون القول قول من الدار فى يده مع يمينه فان أنكرهم حلف لكل واحد منهم ، وان أقر به أو بشىء منه لبعضهم قبل اقراره له ، وهل يحلف للباقين ؟ فيه قولان . وان قلنا : ان البينتين اذا تعارضتا استعملتا ففى كيفية الاستعمال لأقوال الثلاثة ، فان قلنا بالوقف وقف الثلثان بينهم

الى أن يصطلحوا عليه ، وان قلنا بالقسمة قسم السدس الذى بين النصف والثلث بين مدعى الجميع ومدعى الثلثين نصفين ، ويقسم السدس الذى بين النصف والثلثين بين مدعى الجميع ومدعى الثلثين ومدعى النصف أثلاثا ويقسم الثلث الباقى بين الأربعة أرباعا فيصير من ستة وثلاثين سهما للمدعى الجميع عشرون اثنا عشر سهما منها ثلث الدار الذى لا ينازعه فيه غيره وثلاثة أسهم هن نصف السدس الذى بين النصف والثلثين ، وسهمان بثلث السدس الذى بين النصف والثلث وثلاثة أسهم ربع الثلث ويحصل لمدعى الثلثين ثمانية أسهم ثلاثة نصف السدس بين النصف والثلثين وسهمان ثلث السدس بين النصف والثلث وثلاثة ربع الثلث الباقى ، ويحصل لمدعى النصف خمسة أسهم سهمان ثلث السدس الذى بين النصف والثلثين وسهمان ثلث السدس بين النصف والثلث وثلاثة ربع الثلث الثالث الباقى ويحصل لمدعى النصف خمسة أسهم سهمان ثلث السدس الذى بين النصف والثلث وثلاثة ربع الثلث ، ويحصل لمدعى الثلث ثلاثة أسهم لا غير هى ربع الثلث ، وان قلنا بالقرعة فعلى هذا يقرع فى ثلاثة مواضع (أحدها) فى الثلث الذى بين النصف والثلثين بين مدعى الجميع ومدعى الثلثين (والثانى) فى السدس الذى بين النصف والثلث بين مدعى الجميع ومدعى الثلثين ومدعى النصف (والثالث) فى الثلث الباقى بين الأربعة فمن خرجت قرعته على شىء من ذلك كان ذلك له .

فصل فى أقوال العلماء فيما تقدم .

وافقنا أحمد فى احدى الروايتين عنه وهو قياس قول قتادة والحرث العكلى وابن شبرمة وحماد وأبو حنيفة . والقول الثانى للشافعى وهو أن يأخذ مدعى الكل النصف ويوقف الباقى حتى يصطلحا أو يتبين فانه قول أبى ثور ويعزى الى مالك ، وأما قوله فى القديم فهو احدى الروايتين عن أحمد وقول أبى عبيد . وقال أبى ليلى وقوم من أهل العراق : تقسم العين بينهم على حسب عول الفرائض لصاحب الكل ستة ولصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث سهمان فتصبح من أحد عشر سهما .

فـــائدة سئل سهل بن عبد الله بن أبى أوس عن ثلاثة ادعوا كيسا وهو بأيديهم ولا بينة لهم وحلف كل واحد منهم على ما ادعاه ، ادعى أحدهم جميعه وادعى آخر ثلثيه وادعى آخر نصفه فأجاب فيهم بشعر يقول :

نظرت أبا يعقوب فى الحسب التى ... طرت فأقامت منهم كل قاعـد

فللمـدعى الثلثين ثلث وللذى ... استلاط جميع المال عند التحاشد

من المال نصف غير ما سينوبه ... وحصته من نصف ذا المال زائد

وللمدعى نصـفا من المال ربعه ... ويؤخذ نصف السدس من كل واحد

قال ابن قدامة : وهذا قول من قسم المال بينهم على حسب العول فكأن المسألة عالت من ستة الى ثلاثة عشر وذلك أنه أخذ مخرج الكسـور وهى ستة فجعلها لمدعى الكل وثلثاها أربعة لمدعى الثلثين ونصـفها ثلاثة لمدعى النصف صارت ثلاثة عشر •

فصـــل فان كانت الدار فى أيدى أربعـة فادعى أحدهم جميعهـا والثانى ثلثيها والثالث نصفها والرابع ثلثها ولا بينة لهم حلف كل واحد وله ربعها لأنها فى يده فالقول قول صاحب اليد مع يمينه ، وان أقام كل واحـد بما ادعاه بينة قسمت بينهم أرباعا أيضا لأننا قلنا : تقدم بينة الداخل فكل واحد منهم داخل فى ربعها فتقدم بينته قالوا أعنى الحنابلة : وان قلنا : تقدم بينة الخارج فان الرجلين اذا ادعيا عينا فى يد غيرهما فأنكرهمـا وأقام كل واحد منهما بينة بدعواه تعارضتا وأقر الشىء فى يد من هو فى يده • وهكذا كل ما تعارضت فيه البينات من المقادير أقرع فيها والله تعالى أعلم بالصواب وله الحمد والمنة سبحانه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل اذا ادعى رجل دارا فى يد رجل وأقام بينة أن هذه الدار كانت فى يده أو فى ملكه أمس ، فقد نقل المزنى والربيـع انه لا يحكم بهـذه الشهادة ، وحكى البويطى أنه يحكم بها ، فقـال أبو العبـاس : فيهـا قولان

(أحدهما) انه يحكم بذلك لأنه قد ثبت بالبينة ان الدار كانت له ، والظاهر بقاء الملك (والقول الثانى) انه لا يحكم بها وهو الصحيح لأنه ادعى ملك الدار فى الحال وشهدت له البينة بما لم يدعه فلم يحكم بها ، كما لو ادعى دارا فشهدت له البينة بدار اخرى وقال أبو اسحاق : لا يحكم بها قولا واحدا وما ذكره البويطى من تخريجه) .

الشرح اذا كان فى يد رجل عين وادعاها آخر فأنكر من هى بيده وأقام المدعى بينة أنها كانت فى يده أمس فقد نقل المزنى والربيع أنه لا يحكم بهذه الشهادة ، ونقل البويطى أنه يحكم بها ، ولا فرق بين أن تشهد له باليد أو بالملك الا أن الشافعى رضى الله عنه لم ينص الا على اليد . واختلف أصحابنا فيها على طريقين فقال أبو العباس : فيه قولان وأصلهما القولان فى الرجلين اذا ادعيا عينا فى يد غيرهما وأقام أحدهما بينة أنها ملكه منذ سنة الى هذه الحال وأقام الآخر بينة أنها ملكه منذ شهر الى هذه الحال ، فاذا قلنا : انهما سواء لم يحكم بهذه البينة ، وان قلنا : ان التى شهدت بالملك المتقدم أولا حكم بهذه البينة . فاذا قلنا : يحكم بها وهو اختيار البويطى وأبى العباس بن سريج فوجهه أن البينة أثبتت له اليد والملك أمس والأصل بقاء ذلك الى أن يعلم خلافه ، واذا قلنا : لا يحكم بها قال الشيخان أبو حامد الاسفراينى وأبو اسحاق الشيرازى هنا فى المهذب ــ وهو الأصح ــ فوجهه أنه ادعى الملك فى الحال والبينة انما شهدت له باليد وبالملك أمس فلم يحكم له بذلك كما لو ادعى دارا وشهدت له بينة بغيرها ، ولأنه لو ادعى أن هذه الدار كانت ملكا أمس ولم يثبت الملك له فى الحال فانها لا تسمع كالدعوى والشهادة بالمجهول ، وقال أبو اسحق المروزى : لا يحكم بها قولا واحدا لما ذكرناه وما ذكره البويطى فهو مذهبه لا مذهب الشافعى رحمه الله ، وقد حكى الربيع فى الأم ما يدل على صحة ذلك لأنه حكى عن الشافعى رحمه الله فيها أنه لا يحكم بالبينة ثم قال : وقال أبو يعقوب البويطى : انه يحكم بها فتبين أنه مذهب البويطى ، ويخالف الشهادة بالملك المتقدم لأنها قد شهدت بالملك فى الحال ، وانما انفردت احداهما باثبات الملك فى زمان ماض فرجحت بذلك وههنا لم تثبت البينة الملك فى حال فلم يحكم بها ، فان شهدت البينة أنها كانت فى يد المدعى أو

فى ملكه أمس وأن فلانا أخذها منه أو قهره عليها أو غصبها منه أو كانت العين عبدا فأبق قال أصحابنا : فانه يحكم بهذه البينة قولا واحدا لأنه علم أن سبب يد الثانى من جهته فكان موجب قولها : أن فلانا أخذها منه أن اليد لهذا أو أن يد الثانى بغير حق فيخالف اذا لم يذكر السبب لأن اليد تدل على الملك والاستحقاق ، وقال أبو العباس : وان ادعى رجل دارا فى يد غيره فأقر المدعى عليه أن هذه الدار كانت فى يد المدعى ـ فان قلنا : ان البينة اذا قامت له بذلك تقبل ، حكم له بها ههنا فى الاقرار ، وان قلنا : لا تقبل فى البينة فهل يحكم له بها فى الاقرار ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يحكم له بها كما لو قامت البينة بذلك (والثانى) يحكم له بها لأن البينة لا تنفى أن يكون فى يد غيره قبل ذلك فقد تعارضت البينتان فى الوقت المتقدم وانفرد من بيده الدار بيد موجودة فى الحال فحكم له بها فأسقط حكم البينة وليس كذلك اذا أقر أن الدار كانت فى يد المدعى لأن باقراره أسقط يد نفسه فحصلت اليد للمدعى والأصل بقاؤها الى أن يعلم زوالها • قال أبو العباس : اذا قال المدعى عليه : انها كانت للمدعى فانه يحكم بها للمقر له وجها واحدا •

مسألة اذا ادعى رجل عينا فى يد آخر فأنكره فاقام المدعى بينة أنها ملك أبيه الى أن مات وخلفها موروثة وهو وارثه ، فاختلف أصحابنا فيها فمنهم من قال : هو كما لو أقام بينة أنها كانت فى يده أو ملكه أمس ومنهم من قال : يحكم بها وهو الأصح عندى مذهبا وحجاجا أما المذهب فلأن المزنى والربيع نقلا لو أقام بينة أن أباه هلك وترك هذه الدار ميراثا له ولأخيه الغائب أخرجها من يدى من هى بيده ونقل المزنى والربيع أنها اذا شهدت أنها كانت فى يده لا تسمع ، ولم يقل أحد من أصحابنا المتقدمين أنهما نقلا أن البينة بالملك بالأمس تسمع ، بل أضافوا ذلك الى البويطى وأما الحجاج فان الحضرمى قال : « يا رسول الله ان هذا غلبنى على أرض ورثتها من أبى فقال صلى الله عليه وسلم ألك بينة ؟ فقال : لا » فدل على أنه لو أقام البينة على ما ادعاه لسمعت ، ولأنه لو أقام بينة أنه اشتراها من مالكها حكم له بها فلأن يحكم له بها اذا أضافها الى الميراث أولى ، لأنه أقوى •

فـــرع اذا كان فى يد رجلين شاتان فى يد كل واحد منهما شاة فادعى كل واحد منهما الشاة التى فى يد صاحبه وأنها بنت الشاة التى فى يده وأقام كل واحد منهما بينة بذلك فان البينتين متعارضتان فى النتاج دون الملك ، فيقضى لكل واحد منهما بالشاة التى فى يد صاحبه ، لأنه قد يملك الشاة ولا يملك أمها بأن يوصى له بما فى بطنها •

وان كان فى يد رجلين شاتان سوداء وبيضاء فادعاهما رجل وأن السوداء ولدت البيضاء وأقام على ذلك بينة وادعى آخر ملكهما وأن البيضاء ولدت السوداء فقد تعارضت البينتان فى النتاج والملك ــ فان قلنا : ان البينتين اذا تعارضتا سقطتا رجع فيهما الى قول من هما فى يده ، وان قلنا : يستعملان فعلى الأقوال الثلاثة • وان كان فى يد رجل شاة مسلوخة وفى يد آخر جلدها فادعى كل واحد منهما ملك الشاة وأقام على ذلك بينة حكم لكل واحد منهما بما فى يده • وقال أبو حنيفة : يقضى لكل رجل منهما بما فى يد الآخر • دليلنا أن لكل واحد منهما يدا وبينة بما معه ولصاحبه فيه بينة بلا يد فحكم لمن اجتمعت له اليد والبينة فى شىء •

فـــرع اذا كان فى يد عمرو شاة فادعاها زيد فقال عمرو : هذه لى حكم لى بها حاكم وسلمها الى وأقام على ذلك بينة وأقام زيد بينة أنها له قال أبو العباس : نظر كيف وقع الحكم بها لعمرو على زيد لأن البينة قامت لعمرو ولم تقم لزيد بينة وكانت فى يد زيد فانه ينقض ذلك الحكم لأنه بان أن لزيد فيها يدا وبينة ، ولعمرو فيها بينة بلا يد فقضى بها لصاحب اليد والبينة • وان كان حكم بها لعمرو لأن بينة عمرو عادلة وبينة زيد غير عادلة أقرت فى يد عمرو • وان كان حكم بها لعمرو لأنها كانت فى يد زيد وقد أقام كل واحد منهما بينة وكان الحاكم يرى الحكم ببينة الخارج لم ينقض حكمه ، لأنه حكم بما يسوغ فيه الاجتهاد • وان كان الحاكم حكم بها لعمرو لأنه سبق بالبينة وقال : لا أسمع بينة بعد ما نقض الحكم لأنه حكم مخالف للاجماع وان لم يعلم كيف حكم بها الحاكم لعمرو قال أبو العباس بن سريج : فيه وجهان (أحدهما) أنه ينقض الحكم لحصول بينة

زيد (والثانى) لا ينقض وهو الأصح ، لأن الظاهر أنه حكم بهـا لعمرو حكما صحيحا .

فـــرع قال أبو العباس بن سريج : وان ادعى رجل ثوبا فى يد رجل فأنكره فأقام المدعى بينة أنه غصب منه قطنا وغزل منه غزلا ونسج منه هذا الثوب حكم له بذلك لأنه قد أثبت بالبينة أن هذا عين ماله ، وانما تغيرت صفته ثم يقابل بين قيمة القطن والغزل والثوب ، فان كان الثوب أكثر قيمة أخذ المغصوب منه الثوب ولا شيء للغاصب بزيادة قيمة الثوب ، وان كانت قيمة الثوب أكثر من قيمة القطن أو من قيمة الغزل كان للمغصوب منه الثوب وما نقص من قيمة القطن أو الغزل . وان كانت قيمة الغزل أنقص من قيمة القطن وقيمة الثوب مثل قيمة القطن أو أكثر فالذى يقتضى المذهب أنه يلزمه رد الثوب وما نقص من قيمة الغزل عن قيمة القطن ، لأن نقصان قيمة الغزل عن قيمة القطن يلزم الغاصب ضمان ذلك ، فلا يسقط عنه ذلك بزيادة قيمة الثوب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **وان ادعى رجل على رجل دارا فى يده وأقر بها لغيره نظرت فان صدقه المقر له حكم له لأنه مصدق فيما فى يده وقد صدقه المقر له فحكم له ، وتنتقل الخصومة الى المقر له فان طلب المدعى يمين المقر أنه لا يعلم انهـا له ففيه قولان بناء على من أقر بشيء فى يده لغيره ثم أقر به لآخر ، وفيه قولان (احدهما) يلزمه ان يغرم للثانى (والثانى) لا يلزمه فان قلنا : يلزمه ان يغرم حلف لأنه ربما خاف أن يحلف فيقر للثانى فيغرم له ، وان قلنا لا يلزمه لم يحلف لأنه ان خاف من اليمين فاقر للثانى لم يلزمه شيء ، فلا فائدة فى تحليفه وان كذبه المقر له ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى العباس انه يأخذها الحاكم ويحفظها الى ان يجد صاحبها ، لأن الذى فى يده لا يدعيها والمقر له اسقط اقراره بالتكذيب وليس للمدعى بينة فلم يبق الا ان يحفظها الحاكم كالمال الضال (والثانى) وهو قول أبى اسحاق انه يسلم الى المدعى لانه ليس ههنا من يدعيه غيره ، وهذا خطأ لأنه حكم بمجرد الدعوى وان أقر بها لغائب ولا بينة وقف الأمر الى أن يقدم الغائب لأن الذى فى يده لا يدعيها ولا بينة تقضى بهـا فوجب التوقف ، فان طلب المدعى يمين المدعى عليه أنه لا يعلم انها له فعلى**

ما ذكرناه من القولين ، وان كان للمدعى بينة قضى له ، وهل يحتاج الى أن يحلف مع البينة ؟ فيه وجهان (احدهما) انه يحتاج أن يحلف مع البينة لأنا حكمنا باقرار المدعى عليه أنها ملك للغائب ، ولا يجوز القضاء بالبينة على الغائب من غير يمين (والثانى) وهو قول أبى اسحاق انه لا يحتاج أن يحلف لأنه قضاء على الحاضر وهو المدعى عليه ، وان كان مع المدعى عليه بينة أنها للغائب فالمنصوص أنه يحكم ببينة المدعى ويسلم اليه ولا يحكم ببينة المدعى عليه ، وان كان معها يد لأن بينة صاحب اليد انما يقضى بها اذا أقامها صاحب الملك أو وكيل له ، والمدعى عليه ليس بمالك ولا هو وكيل للمالك ، فلم يحكم ببينته ، وحكى أبو اسحق رحمه الله عن بعض أصحابنا أنه قال : ان كان المقر للغائب يدعى ان الدار فى يده وديعة أو عارية لم تسمع بينته وان كان يدعى وديعة أو عارية لم تسمع بينته وان كان يدعى أنها فى يده باجارة سمعت بينته وقضى بها لأنه يدعى لنفسه حقا فسمعت بينته فيصح الملك للغائب ويستوفى بها حقه من المنفعة ، وهذا خطأ لأنه اذا لم تسمع البينة فى اثبات الملك وهو الأصل فلأن لا تسمع لاثبات الاجارة وهى فرع على الملك أولى ، والا أقر بها لمجهول فقد قال أبو العباس : فيه وجهان (احدهما) أنه يقال له : اقرارك لمجهول لا يصح ، فاما أن تقر بها لمعروف أو تدعيها لنفسك أو نجعلك ناكلا ، ويحلف المدعى ويقضى له (والثانى) أن يقال له اما أن تقر بها لمعروف أو نجعلك ناكلا ولا يقبل دعواه لنفسه لأنه باقراره لغيره نفى أن يكون الملك له فلم تقبل دعواه بعد .

الشرح ان ادعى رجل على رجل عينا فى يده فقال من بيده العين ليست لى وانما هى لفلان فان كان المقر له حاضرا فصدق المقر أنها له انتقلت الخصومة فى العين اليه ، فان كان مع المدعى بينة حكم بالعين له ، وان لم تكن معه بينة كان القول قول المقر له مع يمينه ، فان حلف سقطت عنه الدعوى ، فان نكل عن اليمين حلف المدعى واستحق العين ، فان لم يحصل العين للمدعى وسأل من كانت العين فى يده أن يحلف له ما يعلم أن العين له فهل يلزمه اليمين ؟ فيه قولان بناء على من أقر لزيد بدار ثم أقر بها لعمرو فان الدار تسلم الى زيد ولا يقبل اقراره لعمرو فى الدار ولكن هل يلزمه أن يغرم قيمة الدار لعمرو ؟ فيه قولان ، فان قلنا : يلزمه أن يغرم لزمه ها هنا أن يحلف لأنه قد يخاف من اليمين فيقر بالعين للمدعى فيغرم له قيمتها ، وان قلنا : لا يلزمه أن يغرم لعمرو شيئا لم يلزمه ها هنا أن يحلف لأنه لو خاف من اليمين فأقر بها للمدعى لم يفد اقراره شيئا فلا فائدة فى اليمين . وان قال

المقر له ليست العين لى ولا بينة للمدعى ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أن الحاكم ينزعها ممن هى فى يده ويحفظها الى أن يجىء من يدعيها ويقيم عليها البينة لأن من فى يده العين قد أسقط حقه منها بالاقرار والمقر له قد أسقط حقه منها برد الاقرار ، ولا بينة للمدعى فصارت كلقطة لا يعرف مالكها وكان على الحاكم رفضها (والثانى) وهو قول أبى اسحاق انها تسلم الى المدعى لأنه ليس ها هنا من يدعيها غيره (والثالث) حكاه ابن الصباغ يقال له : من أقررت له قد رده فاما أن تدعيها لنفسك فتكون الخصم أو تقر بها لمن يصدقك فتكون الخصم فان لم تفعل جعلناك ناكلا وحلفنا المدعى وسلمناها اليه ، والأول أصح ، لأن على ما قال أبو اسحاق يدفع العين الى المدعى بمجرد الدعوى • وهذا لا يجوز ، وقول من قال : ان المقر يدعيها لنفسه لا يصح لأنه قد أقر أنه لا يملكها ، فكيف يقبل بعد ذلك قوله انه يملكها • وان أقر بها من هى بيده لغائب معروف ــ نظرت فان لم يكن مع المدعى بينة سقطت الخصومة بينه وبين من فى يده العين ، لأنه لا حجة له • ويوقف الأمر الى أن يقدم الغائب ــ فان قال المدعى : يحلف لى من العين فى يده ما يعلم أن العين لى ، فهل يلزمه أن يحلف ؟ فيه قولان مضى ذكرهما ، وان كان مع المدعى بينة فأقامها ولا بينة مع من بيده العين فانه يحكم ببينة المدعى • وهل يحتاج أن يحلف مع البينة ؟ فيه وجهان ، من أصحابنا من قال : يحتاج أن يحلف مع البينة لأنه قد قضى على الغائب والقضاء على الغائب لابد فيه من اليمين • وقال أبو اسحاق : لا يجب أن يحلف وهو ظاهر النص لأن الشافعى رضى الله عنه قال : (فاذا أقام المدعى البينة قضى له على الذى هى فى يده ولم يذكر اليمين ، ولأن القضاء على الحاضر • وان كان مع المقر بينة أن العين للمقر له وأقامها فانها تسمع ، فان لم يدع المقر أنه وكيل الغائب ولأن العين فى يده) وهبة ولا اجارة فان بينة المدعى تقدم على بينة الغائب ، لأن البينة انما يحكم بها اذا أقامها المدعى أو وكيله فلم يحكم بها كما لو أفلس رجل وأراد الحاكم قسمة ماله بين غرمائه أو مات رجل وأراد الحاكم قسمة ما له بين ورثته وشهد شاهدان أن هذه العين لفلان الغائب فانه لا يحكم بهذه العين للغائب ، فان قيل : فاذا كانت هذه البينة اذا أقامها المقر لا يحكم بها فلم قلتم يسمعها

الحاكم ؟ (فالجواب) أن سماعها يفيد أمرين (أحدهما) أنه ينفى عن نفسه التهمة بالاقرار اذا أقامها (والثانى) أنه اذا أقامها فلا يقضى للمدعى بينته الا مع يمينه وجها واحدا ، لأنه قضى على الغائب • وان ادعى المقر أن العين فى يده رهن أو اجارة من الغائب وأقام بينة أن العين للغائب ففيه وجهان (أحدهما) تقدم بينة الغائب على بينة المدعى ، لأنه يدعى حقا لنفسه ومعه يد وبينة فقدمت على بينة بلا يد (والثانى) وهو المنصوص أنه لا يحكم ببينة المقر لأن الرهن والاجارة انما يثبتان بعد ثبوت الملك للراهن والمؤاجر ولم يثبت له ملك العين ، وان ادعى من بيده العين أنه وكيل الغائب وأقام على ذلك بينة ثم أقام الغائب بينة بملك العين قدمت بينة الغائب على بينة المدعى لأن للغائب يدا وبينة ، وكل موضع حكمنا للمدعى بالبينة على الغائب وسلمت العين الى المدعى ثم حضر الغائب وادعى ملك العين وأقام بينة فان العين تنزع من الأول لأنه بان أن المقر له بينة ويد فقدمت على من له بينة بلا يد ، وان أقر بها المدعى عليه لمجهول ــ فان قال : هى لغيرى ولم يعين المقر له ــ قيل له : ليس هذا يسقط عنك الدعوى فى العين ، فاما أن تقر بها لمعروف وتكون خصما فى العين أو نجعلك ناكلا أو نرد اليمين على المدعى ويحلف ويحكم له بالعين ، فان أقر بها لمعروف كان الحكم فيه ما مضى ، وان ادعاها لنفسه ففيه وجهان (أحدهما) لا يقبل لأنه قد اعترف أنها لغيره فيضمن ذلك أنه لا يملكها (والثانى) يقبل لأن اقراره الأول لم يصح فلا يمنعه ذلك من أن يدعيها لنفسه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **اذا ادعى جارية وشهدت البينة أنها ابنة امته لم يحكم له بها لانها قد تكون ابنة امته ولا تكون له بأن تلدها فى ملك غيره ثم يملك الامة دونها فتكون ابنة امته ولا تكون له وان شهدت البينة أنها ابنة امته ولدتها فى ملكه فقد قال الشافعى رحمه الله : حكمت بذلك وذكر فى الشهادة بالملك المتقدم قولين فنقل ابو العباس جواب تلك المسئلة الى هذه وجعلها على قولين وقال سائر أصحابنا : يحكم بها ههنا قولا واحدا وهناك على قولين والفرق بينهما ان الشهادة هناك بأصل الملك فلم تقبل حتى يثبت فى الحال والشهادة ههنا بتمام الملك وانه حدث فى ملكه فلم يفتقر الى اثبات الملك فى الحال وان ادعى**

غزلا او طيرا او آجرا واقام البينة ان الغزل من قطنه والطير من بيضه والآجر من طينه قضى له لأن الجميع عين ماله وانما تغيرت صفته .

فصـــل **اذا ادعى رجل ان هذه الدار ملكه من سنتين واقام على ذلك بينة وادعى آخر انه ابتاعها منه منذ سنتين واقام على ذلك بينة قضى ببينة الابتياع لأن بينة الملك شهدت بالملك على الأصل وبينة الابتيـاع شهدت بأمر حادث خفي على بينة الملك فقدمت على بينة الملك كما تقدم بينة الجرح على بينة التعديل .**

الشرح اذا ادعى رجل ملك جارية فى يد غيره فأنكره المدعى عليه فأقام المدعى بينة ــ نظرت فان شهدت البينة أن الجارية له أو ملكه حكم له بها ، وان شهدت البينة أنها له ولدتها أمته فى ملكه حكم له بها لأن هــذا آكد من قوله : انها له وان شهدت بينة أنها بنت أمة ولدتها فى ملكه . وان ادعى ثمرة فى يد رجل وشهدت بينة أنها ثمرة نخله حملت بها فى ملكه قال الشافعى رضى الله عنه : حكمت بذلك . وقال فيمن ادعى عينا وشهدت له البينة أنها كانت فى يده أمس أنه لا يحكم بها . واختلف أصحابنا فيــه ، فنقل أبو العباس بن سريج : جواب كل واحــدة من المسألتين الى الأخرى وجعلهما على قولين كالقولين فى الشهادة بالملك المتقدم ، وحملهما أبو اسحاق وسائر أصحابنا على ظاهرهما ، وقالوا : يحكم بالبينة ها هنا قولا واحــدا ولا يحكم بها هناك ، والفرق بينهما أن الشهادة ها هنا بنماء الملك والشهادة بنماء الملك لا تفتقر الى اثبات ملكه فى الحال ، بل اذا ثبت حدوثها فى ملكه اكتفى بذلك لأن النماء يتبع الأصل فى الشهادة هناك على أصل الملك فلم يحكم بها حتى يثبت الملك فى الحال .

قال الشافعى رضى الله عنه : ولو شهد أن هــذا الغزل من قطن فلان جعلته له ، وان شهد أن هذه الجارية بنت أمته أو أن هــذه ثمرة نخله لم يحكم له بها ، والفرق بينهما أن البينة اذا شهدت أن هذا الغزل من قطنه فالغزل هو نفس القطن ، وانما تغيرت صفته فكأنها شهدت أن هذا غزله ، وليس كذلك اذا شهدت أنها بنت أمته أو أنها ثمرة نخلته ، لأن الأمة قــد

تلدها وهى فى سير ملكه ، والنخلة قد تثمر وهى فى غير ملكه ثم يملك الأم والنخلة ولا يملك الثمرة والولد لأنه لا يمكن أن يكون الغزل حاصلا قبل حصول القطن له ، فاذا ثبتت البينة له ملك القطن تضمن ذلك اثبات ما حدث منه وهو الغزل فحصم له بملكه وليس كذلك اذا شهدت أن هذه الجارية بنت أمته أو أن الثمرة من نخلته لأنهما قد يحدثان قبل حدوث ملك الجارية والنخلة فليس فيه اثبات ملك الجارية له ، ولأنه قد يوصى لرجل بما تلد الجارية وتثمر النخلة ، فيحدث الولد والثمرة فى ملك الموصى له مع كون النخلة والجارية ملكا لغيره ــ قال المصنف هنا فى الفصل : وهكذا اذا ادعى طيراً أو آجرا وأقام بينة أن الطير من بيضة وأن الآجر من طينه فانه يحكم له لما ذكرناه فى الغزل • قال أبو العباس : وان شهد شاهدان أن هذا الثوب من غزله وأن هذه الثمرة من نخله حكم له بذلك • قال الشيخ أبو حامد الاسفراينى : هذا تفريع من أبى العباس على القول الذى اختاره اذا شهدت البينة أنه كان ملكه أمس أن يحكم له بذلك •

فرع فان كان فى يد زيد دار فادعى عمرو أنها له وأقام بينة أنه اشتراها من خالد لم يحكم لعمرو بالدار حتى تشهد بينة أنه اشتراها من خالد وهو يملكها أو أنه اشتراها من خالد وسلمها اليه لأن الظاهر أنه لا يسلم الا ملكه ، وان شهدت أنها ملك لعمرو واشتراها من خالد حكم بها لأنه قد يبيع ما لا يملك بيعه (فان قيل :) فاذا شهدت أنه اشتراها من خالد وهو يملكها فقد حكمتم بالشهادة بملك ماض ، وقد قلتم : ان البينة اذا شهدت له أنها كانت فى ملكه أمس لم يحكم له بها على الصحيح من المذهب قلنا : الفرق بينهما أن ما يملك المشترى انما يثبت من جهة البائع فاذا ثبت ملك البائع كان الملك الآن ثابتا للمشترى لأن الأصل بقاؤه فصار كما لو شهدت البينة أنه يملك العين منذ سنة ويخالف اذا شهدت له البينة أنها كانت فى ملكه أمس لأن ذلك لا يقتضى بقاء ملكه الآن •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان كان فى يد رجل دار وادعى رجل أنه ابتاعها من زيد وهو يملكها وأقام على ذلك بينة حكم له لأنه ابتاعها من مالكها وان شهدت له البينة انه ابتاعها منه وسلمها اليه حكم له لأنه لا يسلم الا ما يملكه وان شهدت أنه ابتاعها منه ولم تذكر الملك ولا التسليم لم يحكم بهذه الشهادة ولم تؤخذ الدار ممن هى فى يده لأنه قد يبيع الانسان ما يملكه وما لا يملكه فلا تزال يد صاحب اليد .

فصـــل وان كان فى يد رجل دار فادعاها رجل واقام البينة انها له أجرها ممن هى فى يده وأقام الذى فى يده الدار بينة انها له قدمت بينة الخارج الذى لا يد له لأن الدار المستأجرة فى ملك المؤجر وبيده ، وليس للمستأجر الا الانتفاع فتصير كما لو كانت فى يده دار وادعى رجل انها له غصبه عليها الذى هى فى يده واقام البينة فانه يحكم بها للمغصوب منه .

فصـــل وان تداعى رجلان دارا فى يد ثالث فشهد لأحدهما شاهدان ان الذى فى يده الدار غصبه عليها وشهد للآخر شاهدان انه اقر له بها قضى للمغصوب منه لأنه ثبت بالبينة انه غاصب واقرار الغاصب لا يقبل فحكم بها للمغصوب منه) .

الشرح اذا ادعى زيد ملك عين فى يد رجل وأقام بينة أنها ملكه منذ سنة وادعى آخر أنه ابتاعها من هذا المدعى منذ خمس سنين وكان مالكا لها وقت البيع ، فانه يحكم ببينة الابتياع ، لأن البائع قد أقام بينة أنه يملكها منذ سنة وثبوت الملك منذ سنة لا يبقى الملك له قبل ذلك ، فاذا أقام المدعى للابتياع بينة للابتياع فقد ثبت أنه ابتاعها من مالك وقدمت على بينة البائع : لأن بينة البيع شهدت بأمر حادث خفى على البينة التى شهدت للبائع بأصل الملك فقدمت كما تقدم بينة التعديل ، وهكذا لو شهدت بينة المدعى أنه ابتاعها من هذا المدعى وسلمها اليه فانه يحكم بها للمدعى للابتياع ، لأن بينة البائع قد أثبتت له الملك وبينة المبتاع قد أثبتت له البيع والتسليم ، فيثبت أن اليد كانت للبائع حال البيع ، وهاتان المسألتان وفاق بيننا وبين أبى حنيفة . وأما اذا أقام المدعى للابتياع بينة فشهدت أنه ابتاع هذا من زيد فحسب فانه يحكم للمبتاع . وقال أبو حنيفة : يحكم بها لزيد ولا يحكم

بها للمبتاع الا أن تشهد بينة أن زيدا باع ما يملكه وما فى يده لأن البيع المطلق ليس بحجة • ودليلنا أنه قد ثبت بالبينة الأولى ازالة يد من الدار بيده واثبات الملك لزيد فاذا قامت البينة عن زيد بالبيع فالظاهر أنه لا يبيع الا ما ملكه فحكم بذلك ، وصار بمنزلة أن يقيم رجل البينة أن هذه الدار له وأقام آخر البينة أنه ابتاع الدار منه فانه يحكم بها للمبتاع منه •

فرع قال فى الأم : وان ادعى رجل أن هذه الدار ملك له منذ سنتين وأقام على ذلك بينة وادعى آخر أنه ابتاعها منه منذ سنتين وأقام على ذلك بينة حكم بها للمبتاع ، لأن بينته شهدت بأمر حادث ربما خفى على شاهدى الملك كما تقدم بينة الجرح على بينة العدل •

فرع قال أبو العباس بن سريج : اذا كان فى يد رجل دار فادعاها آخر فأقام بينة أنها له آجرها ممن هى فى يده أو أودعه اياها أو غصبها منه وأقام على ذلك بينة وأقام من فى يده الدار بينة أنها ملكه قدمت بينة الخارج لأنها شهدت له بالملك واليد ، وأثبتت أن يد صاحب الدار بائنة عنه فى الاجارة والوديعة • واذا شهد بالغصب فقد شهدت بأمر خفى على بينة الملك ، فقدمت كما قدمت بينة الجرح على بينة العدالة •

فرع اذا كان فى يد رجل دار فادعاها اثنان فأقام أحدهما بينة أن الذى فى يده الدار غصبها منه وأقام الآخر بينة أن هذه الدار أقر له بها من هى بيده حكم بالدار للمغصوب منه لأنه قد ثبت بالبينة أن من فى يده الدار غاصب لها واقرار الغاصب غير مقبول ، ولا يلزم المقر أن يغرم للمقر له قيمة الدار قولا واحدا ، بخلاف ما لو قال : هذه الدار لزيد لا يد لعمرو فانه يلزمه أن يغرم لعمرو قيمة الدار فى أحد القولين ، والفرق بينهما أنه اذا أقر بها لزيد ثم أقر بها لعمرو فقد أتلفها على عمرو باقراره فيها لزيد وحال بينه وبينها ، وها هنا لم يتلف على المقر له شيئا ، وانما لزمه تسليمها بالبينة ، وان ادعى رجلان دارا فى يد رجل وأقام أحدهما بينة أنها له أودعها عند من هى فى يده وأقام الآخر بينة أنها له أجرها ممن هى فى يده فقد تعارضت البينتان — فان قلنا : يسقطان رجع الى من فى يده ، فان ادعاها

لنفسه حلف لكل واحد منهما ، وان أقر بها لأحدهما سلمت له ، وهل يحلف للآخر ؟ فيه قولان ، وان أقر بها لهما قسمت بينهما وهل يحلف لكل واحد منهما على النصف ؟ فيه قولان ، وان قلنا : لا يسقطان وانما يستعملان ففى الاستعمال الأقوال الثلاثة ، وقد تقدم ذكرها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **اذا ادعى رجل انه ابتاع دارا من فلان ونقده الثمن واقام على ذلك بينة ، وادعى آخر أنه ابتاعها منه ونقده الثمن واقام على ذلك بينه ، وتاريخ أحدهما فى رمضان ، وتاريخ الآخر فى شوال ، قضى لمن ابتاعها فى رمضان لأنه ابتاعها وهى فى ملكه ، والذى ابتاعها فى شوال ابتاعها بعد ما زال ملكه عنها ، وان كان تاريخهما واحدا أو كان تاريخهما مطلقا أو تاريخ احدهما مطلقا وتاريخ الآخر مؤرخا فان كانت الدار فى يد احدهما قضى له لأن معه بينة ويدا وان كانت فى يد البائع تعارضت البينتان وفيهما قولان (أحدهما) انهما يسقطان (والثانى) انهما يستعملان ، فان قلنا انهما يسقطان رجع الى البائع فان أنكرهما حلف لكل واحد منهما يمينا على الانفراد وقضى له ، وان اقر لأحدهما سلمت اليه . وهل يحلف للآخر ؟ فيه قولان ، وان أقر لهما جعلت لهما نصفين وهل يحلف كل واحد منهما للآخر على النصف الآخر ؟ على القولين ، وان قلنا : انهما يستعملان نظرت فان صدق البائع أحدهما ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى العباس انها تجعل لمن صدقه البائع ، لأن الدار فى يده فاذا أقر لاحدهما فقد نقل يده اليه فتصير له يد وبينة وقال أكثر اصحابنا : لا يرجح باقرار البائع وهو الصحيح ، لأن البينتين اتفقتا على ازالة ملك البائع واسقاط يده فعلى هذا يقرع بينهما فى احد الأقوال ويقسم بينهما فى الثانى ، فيجعل لكل واحد منهما نصف الدار بنصف الثمن الذى ادعى أنه ابتاع به ، ولا يجىء القول بالوقف لأن العقود لا توقف .**

الشرح قوله (نقده الثمن) النقد خلاف النسيئة ، وتنميز الدراهم وغيرها كالتنقاد والانتقاد والتنقد ، واعطاء النقد ، والنقر بالأصبع والجوز وأن يضرب الطائر بمنقاره أى بمنقاره فى الفخ والوازن من الدراهم ، واختلاس النظر نحو الشىء . وأنقد الشجر أورق وانتقد الدراهم قبضها . وقال الركبى : النقد ضد الفقد وهو احضاره فى المجلس .

أما الأحكام فاذا تنازع رجلان فى دار وادعى كل واحد منهما أنه

اشتراها من زيد وهو يملكها بثمن معلوم ونقده الثمن وأقام كل واحد منهما بينة فان كانت البينتان مؤرختين تاريخا مختلفا بأن شهدت بينة أحدهما أنه اشتراها فى المحرم وشهدت بينة الآخر أنه اشتراها فى صفر قدمت بينة الذى اشتراها فى المحرم لأنه بان أنه باعها فى صفر بعد ما زال ملكه عنها بالبيع فى المحرم ، ويطالب البائع برد الثمن للمشترى الثانى الذى قبضه • وان كانت البينتان مؤرختين تاريخا واحدا أو مطلقتين أو احداهما مؤرخة والأخرى مطلقة فان كانت الدار فى يد أحد المتداعيين قضى له بها ، لأنه اجتمع له اليد والبينة • وحكى المسعودى وجها آخر أنه لا يرجح باليد ها هنا لأنهما تقارا على أن اليد كانت قبل ذلك لغيرهما ، وكل واحد منهما يدعى أن اليد انتقلت اليه فلم يقر الثانى أن هذه اليد يده ، والأول هو المشهور • وان كانت الدار فى يد البائع تعارضت البينتان ــ فان قلنا : تسقطان ، رجع الى البائع فان كذبهما حلف لكل واحد منهما ، وهل لهما استرداد الثمن منه ؟ فيه وجهان حكاهما المسعودى (أحدهما) له ذلك لأنه قد حكمنا بالبينة أن كل واحد منهما قد سلم الثمن ولم يحصل له الثمن (والثانى) ليس لهما ذلك لأنا قد حكمنا بسقوط البينتين • وان أقر بالبيع لأحدهما سلم اليه الدار بالثمن الذى ادعاه أنه ابتاع به ، وهل يحلف للآخر ؟ فيه قولان • وان أقر بالبيع لهما كان لكل واحد منهما نصف الدار بنصف الثمن الذى ابتاع به ، وهل يحلف لكل واحد منهما على النصف الآخر ؟ فيه قولان • وان قلنا : ان البينتين لا تسقطان وانما تستعملان ــ فان صدق البائع أحدهما فهل تقدم بينة من صدقه ؟ فيه وجهان • قال أبو العباس : تقدم بينته لأن اليد للبائع ، فاذا صدق أحدهما فكأنه نقل يده اليه فاجتمعت له اليد والبينة فقدم ، كما لو كانت الدار فى يد أحد المدعيين (والثانى) لا يقدم بينة المصدق ، وهو قول أكثر أصحابنا قال فى البيان : وهو الأصح ، لأن البينتين قد اتفقتا على ازالة يد البائع ، فاذا قلنا بهذا أو لم يصدق البائع أحدهما ففى كيفية الاستعمال الأقوال الثلاثة (أحدهما) الوقف والا يتأتى ها هنا الوقف لأنهما يتداعيان عقدا والعقد لا يمكن وقفه (والثانى) القرعة فعلى هذا يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حكم له بالدار بالثمن الذى اشتراه به • وهل يحلف مع خروج القرعة له ؟ على القولين ؟ ويراجع الآخر بالثمن الذى دفعه

(والثالث) القسمة ، فعلى هـذا تقسم بينهما الدار ويكون لكل واحـد منهما نصف الدار بنصف الثمن الذى ادعى أنه ابتاعه به ، ولكل واحد منهما الخيار فى فسخ البيع ، لأن الصفقة تبعضت عليه ، فان اختارا جميعا الفسخ وفسخا رجعت الدار الى المدعى عليه ، ورجع عليه كل واحـد منهما بالثمن الذى دفع ، وان اختارا جميعا الامساك أمسك كل واحد منهما نصف الدار بنصف الثمن الذى ادعى أنه ابتاع به ، ورجع على البائع بنصفه وان اختار أحدهما الفسخ واختار أحدهما الامساك قال الشيخ أبو حامد الاسفراييني : ينظر فيه ، فان اختار أحدهما الفسخ أولا ثم اختـار الآخر الامسـاك فانه يمسك الدار بجميع الثمن الذى ادعى أنه ابتاع لأنه ادعى أنه قد ابتـاع جميع الدار وشهدت له البينة بذلك وانما لم يحكم له بالجميع لمزاحمة غيره ، فاذا سقط حق غيره كان له امساك الجميع ، وان اختار أحدهما الامساك أولا ثم اختار الآخر الفسخ فان الأول يسـتقر ملكه على النصف بنصف الثمن الذى ابتاع به ، وليس له أن يأخذ النصف الذى فسخ الثانى البيع به لأنه قد أمسك النصف وحكم الحاكم بامضاء البيع فيه وفسخه فى النصف الآخر فلم ينقض الحكم فيه • وقال المسعودى : اذا فسخ أحدهما البيع فى نصف الدار فهل على البائع تسليم ذلك النصف الى المدعى الآخر ؟ فيه وجهان من غير تفصيل (أحدهما) عليه ذلك لأنه قد أقام البينة على أنه يستحق جميع الدار الا أنه تعذر تسليم الكل اليه لأجل صاحبه ، فاذا ارتفع ذلك سلم اليه (والثانى) لا يسلم اليه لأن بينة الذى فسخ شهدت له بالملك فاذا فسخ البيع انتقل الملك فيه الى المدعى عليه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **وان ادعى رجل أنه ابتاع هذه الدار من زيد وهو يملكها ونقده الثمن وأقام عليه بينة ، وادعى آخر أنه ابتاعها من عمرو وهو يملكهـا ونقده الثمن وأقام عليه بينة ، فان كانت فى يد أجنبى أو فى يد أحد البائعين وقلنا على المذهب الصحيح : انه لا ترجح البينة بقول البائع تعارضت البينتان وفيهما قولان (أحدهما) أنهما يسقطان (والثانى) أنهما يستعملان فاذا قلنا : انهما يسقطان رجع الى من هو فى يده ، فان ادعاه لنفسه فالقول قوله ويحلف لكل واحد منهما ، وان أقر لأحدهما سلم اليه وهل يحلف للآخر ؟ فيه قولان •**

وان أقر لهما جعل لكل واحد منهما نصفه وهل يحلف للآخر على النصف الآخر ؟ على القولين وان قلنا : انهما يستعملان أقرع بينهما فى احد الاقوال ويقسم بينهما فى القول الثانى فيجعل لكل واحد منهما النصف بنصف الثمن الذى ادعى انه ابتاعه ، ولا يجىء الوقف لأن العقود لا توقف) .

الشرح ان تنازع رجلان دارا فادعى أحدهما أنه ابتاعها من زيد بمائة وهو يملكها ونقده الثمن ولم يسلم الدار اليه وأقام على ذلك بينة وادعى الآخر أنه ابتاعها من عمرو بمائة وهو يملكها ونقده الثمن ولم تسلم اليه الدار وأقام على ذلك بينة فان كانت الدار فى يد أحد المدعيين قضى له بالدار بالثمن الذى ادعى أنه ابتاع به ، لأنه اجتمع له اليد والبينة وان كانت الدار فى يد أحد أو فى يد أجنبى فالبينتان متعارضتان لأنه لا يجوز أن تكون جميع الدار ملكا للاثنين ، ويبيع كل واحد منهما من واحد ، فان قلنا : انهما يسقطان وكانت الدار فى يد أحد المتبايعين أو كانت فى يد أجنبى كان القول قول من الدار فى يده ، فان ادعاها لنفسه حلف لكل واحد منهما يمينا ، وان أقر لأحدهما سلمت اليه ، ويسلم الثمن الذى ادعى أنه ابتاع به الى الذى ادعى أنه باعه ، وهل يحلف المقر للآخر ؟ فيه قولان ، وان أقر لهما بها كان لكل واحد منهما النصف بنصف الثمن الذى ادعى أنه ابتاع به وهل يحلف لكل واحد منهما على النصف الآخر ؟ فيه قولان ، وان قلنا : ان البينتين تستعملان وكانت الدار فى يد أحد البائعين فان صدق الذى ابتاع منه فهل ترجح بينته بذلك ؟ فيه وجهان ، فاذا قلنا : لا ترجح أو لم تصدق استعملتا فلا يجىء الوقت ها هنا لأن العقود لا توقف ، فان قلنا بالقرعة أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حكم له بالدار بالثمن الذى ادعى أنه ابتاع به ، ورجع الآخر بالثمن الذى ادعى دفعه ، وان قلنا بالقسمة كان لكل واحد منهما نصف الدار بنصف الثمن الذى ادعى أنه ابتاع به ، ويثبت لكل واحد منهما الخيار فى فسخ البيع لأن الصفقة تبعضت عليه ، فان اختار الامساك رجع كل واحد منهما بنصف الثمن الذى لم يدفع ، لأنه لم يسلم له الا نصف الدار وان اختار الفسخ رجع كل واحد منهما بما دفع من الثمن ، وان اختار أحدهما الفسخ والآخر الامساك قال الشيخ أبو حامد الاسفراينى : فان الذى اختار الفسخ يرجع بجميع الثمن الذى دفع ولا يسلم

هذا النصف الذى فسخ فيه البيع الى الذى اختار الامساك ، والفرق بينها وبين التى قبلها أن البائع هناك واحد وكل واحد من المدعين قد أقام البينة أنه اشترى منه ، وانما لم يمسك جميعه لمزاحمة غيره ، فاذا سقطت المزاحمة كان له امساك الجميع ، وها هنا البائع اثنان وكل واحد منهما يدعى أنه ابتاع من واحد ، فاذا فسخ أحدهما البيع مع بائعه لم يكن للآخر أن يأخذه ، لأنه لا يأخذ من غير بائعه . وأما اذا ادعى كل واحد من المشترين أنه قبض الدار ، وقامت عليه البينة بذلك ، فالحكم فيه ما ذكرناه اذا لم يقبض الدار الا فى شىء واحد وهو أنه لا يرجع على الذى باعه بالثمن الذى دفعه اليه ولا ببعضه ، لأنه اذا لم يقبض المبيع فقد تعذر عليه قبض المبيع فصار ضمان عهدته على بائعه فرجع عليه بالثمن الذى دفعه اليه ، واذا قبض المبيع فقد استقر عليه الثمن ، وانما غصب منه الدار بعد ذلك فلا يلزم البائع ضمان عهدته .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان كان فى يد رجل دار فادعى زيد أنه باعها منه بألف واقام عليه بينة وادعى عمرو أنه باعها منه بألف واقام عليه بينة فان كانت البينتان بتاريخ واحد تعارضتا وفيهما قولان (أحدهما) أنهما يسقطان (والثانى) أنهما يستعملان فاذا قلنا : انهما يسقطان رجع الى قول من هى فى يده فان ادعاها لنفسه وأنكر الشراء حلف لكل واحد منهما وحكم له وان اقر لاحدهما لزمه الثمن ان أقر له وحلف للآخر قولا واحدا لأنه لو اقر له بعد اقراره للأول لزمه الألف لأنه يقر له بحق فى ذمته فلزم أن يحلف قولا واحدا . وان قلنا : انهما يستعملان أقرع بينهما فى أحد الأقوال ويقسم فى القول الثانى ، ولا يجىء الوقف ، لأن العقود لا توقف ، وان كانتا بتاريخين مختلفين بأن شهدت بينة أحدهما بعقد فى شوال لزمه الثمنان لأنه يمكن الجمع بينهما بأن يكون قد اشتراه فى رمضان من أحدهما ثم باعه واشتراه من الآخر فى شوال ، وان كانت البينتان مطلقتين ففيه وجهان (أحدهما) أنه يلزمه الثمنان لأنه يمكن استعمالهما بأن يكون قد اشتراه فى وقتين مختلفين (والثانى) أنهما يتعارضان فيكون على القولين لأنه يحتمل أن يكونا فى وقتين فيلزمه الثمنان ويحتمل أن يكونا فى وقت واحد والأصل براءة الذمة) .**

الشرح اذا كان فى يد رجل دار فادعى زيد أنه باعها منه بمائة

وأقام على ذلك بينة وادعى عمرو أنه باعها منه بمائة وأقام على ذلك بينة تثبت فان كانت البينتان مؤرختين تاريخا واحدا فهما متعارضتان لأنه يستحيل أن يكون جميع الدار ملكا لاثنين فى وقت واحد ــ فان قلنا : انهما يسقطان ــ رجع الى المدعى عليه فان أنكرهما من اشترى حلف لكل واحد منهما يمينا ، وان أقر أنه ابتاع جميع الدار من كل واحد منهما لزمه الثمنان لأنه يجوز أن يبتاعه من أحدهما ثم يخرج من ملكه الى ملك الآخر ثم يبتاعه منه ، وان أقر أنه ابتاعه من أحدهما لزمه الثمن له وان قال : ابتعته منكما فقد التزم لكل واحد منهما بنصف الثمن الذى ادعى أنه باعه منه ، ويلزمه أن يحلف لكل واحد منهما على النصف الآخر قولا واحدا وان قلنا : انهما يستعملان فلا يجىء ها هنا الوقف لأن العقود لا توقف ولكن تجىء القرعة والقسمة ــ فان قلنا بالقرعة أقرع بينهما ، فاذا خرجت لأحدهما القرعة حكم له بالثمن الذى ادعاه وهل يحلف مع خروج القرعة له ؟ على القولين ، ويكون الذى لم تخرج له بالقرعة أن يحلف المشترى لأنه لو أقر له بعد ذلك لزمه الثمن له ، وان قلنا بالقسمة لزمه لكل واحد منهما نصف الثمن الذى ادعاه ، ولا خيار للمشترى لأن جميع الدار حصلت له ، ولا فرق بين أمر يحصل من واحد أو من اثنين ولكل واحد من البائعين أن يحلفه على نصف الثمن لأنه لو أقر له لكل واحد منهما لزمه ما أقر له به ، وان كانت البينتان مؤرختين تاريخا مختلفا فان شهدت بينة أحدهما أنه باعها منه فى المحرم وبينة الآخر أنه باعها منه فى صفر لزمه الثمنان لأنه لا يجوز أن يبتاعها فى المحرم ثم يخرج من ملكه ثم يبتاعها من الآخر فى صفر وهى فى ملكه ، وان كانت البينتان مطلقتين أو احداهما مطلقة والأخرى مؤرخة ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه الثمنان لما مضى (والثانى) لا يلزمه الا ثمن واحد وهو المتيقن وجوبه • ويسقط الآخر لأنا نشك فى وجوبه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان ادعى رجل ملك عبد فاقام عليه بينة وادعى آخر انه باعه أو وقفه أو اعتقه وأقام عليه بينة قدم البيع والوقف والعتق لأن بينة الملك شهدت بالأصل وبينة البيع والوقف والعتق شهدت بأمر حادث خفى على

بينة الملك ، فقدمت على بينة الملك.وان كان فى يد رجل عبد فادعى رجل انه ابتاعه واقام عليه بينة وادعى العبد ان مولاه اعتقه واقام عليه بينة فان عرف السابق منهما بالتاريخ قضى باسبق التصرفين لأن السابق منهما يمنع صحة الثانى فقدم عليه . وان لم يعرف السابق منهما تعارضتا وفيهما قولان (احدهما) انهما يسقطان ويرجع الى من فى يده العبد ، وان كان كذبهما حلف لكل واحد منهما يمينا على الانفراد ، وان صدق احدهما قضى لمن صدقه (والقول الثانى) انهما يستعملان فيقرع بينهما فى احد الأقوال فمن خرجت له القرعة قضى له ويقسم فى القول الثانى فيعتق نصفه ، ويحكم للمبتاع بنصف الثمن ، ولا يجىء القول بالوقف لأن العقود لا توقف) .

الشرح اذا ادعى رجل ملك عبد وأقام على ذلك بينة وادعى آخر على هذا المدعى أنه باعه تلك العين أو وقفها عليه أو كانت العين عبدا وادعى أن المدعى أعتقه وأقام المدعى الثانى بينة لما ادعاه قدمت بينة المدعى الثانى على بينة المدعى الأول ، لأن بينة الأول شهدت بأصل الملك وبينة الثانى شهدت بأمر حادث ربما خفى عن بينة الملك فقدمت . وان كان فى يد رجل عبد فادعى رجل انه ابتاع منه هذا العبد وأقام على ذلك بينة وادعى العبد أن سيده الذى هو فى يده أعتقه وأقام على ذلك بينة ــ نظرت فان كانت البينتان مؤرختين تاريخا مختلفا ــ قضى بالبينة الأولى سواء كانت بيعا أو عتقا لأن صحة الأول تمنع صحة الثانى . وان كانتا مطلقتين أو مؤرختين تاريخا واحدا واحداهما مطلقة والأخرى مؤرخة فهما متعارضتان ، فان كان العبد فى يد المشترى قدمت بينته لأن له يدا وبينة ، وقال المزنى تقدم بينة العبد لأن يده ثابتة على نفسه . وهذا ليس بصحيح لأن العبد لا يثبت له يد على نفسه بدليل أنه لو كان عبد فى يد رجل فادعاه آخر وأقام كل واحد منهما بينة وصادق العبد الخارج فانه لا يحكم له به ، فلو ثبت للعبد يد على نفسه لكان قد اجتمع للخارج يد وبينة ، وان العبد فى يدى المدعى عليه ــ فان قلنا : انهما يسقطان رجع اليه ، فان كذبهما فالقول قوله مع يمينه فيحلف لكل واحد منهما يمينا ، وان صدق أحدهما وكذب الآخر حكم للذى صدقه بما ادعاه ولا يحلف للآخر قولا واحدا ، لأنه لا يلزمه له غرم ، لأنه اذا صدق العبد أولا فاقراره بالبيع بعده لا يحكم به الا أنه يلزمه رد الثمن ان كان قد قبضه ، وان صدق المشترى أولا فاقراره بالعتق لا يصح

ولا يلزمه غرم للعبد ، وان قلنا : انهما يستعملان فصدق السيد المشترى أو العبد فهل ترجح بينة الصدق منهما ؟ فيه وجهان مضى ذكرهما ، فان قلنا لا ترجح بينة المصدق منهما أو لم يصدق أحدهما فلا يجىء فى الاستعمال هنا الوقف ، لأن الاختلاف بالعقد ، والعقود لا توقف ، ولكن يجىء القرعة أو القسمة ــ فان قلنا بالقرعة فأقرع بينهما فان خرجت القرعة للعبد عتق ورجع المشترى بالثمن على البائع ان كان قد دفعه اليه ، وان خرجت القرعة للمشترى ملك العبد • وان قلنا بالقسمة حكم للمبتاع بنصف العبد بنصف الثمن ورجع بنصف الثمن ان كان دفعه وحكم بعتق نصف العبد • ويكون المبتاع بالخيار لأن الصفقة تبعضت عليه ، فان اختار القسمة حكم بعتق جميع العبد على البائع لأن البينة قد شهدت بعتق جميعه لمزاحمة المبتاع له ، فان سقطت المزاحمة حكم بعتق العبد ، وان اختار الامساك ــ فان كان البائع معسرا لم يقوم عليه باقى العبد ، وان كان موسرا فهل يقوم عليه ؟ فيه قولان ، وقيل : هما وجهان (أحدهما) لا يقوم عليه لأنه لم يعتق عليه باختياره ولم يقوم عليه كما لو ورث نصف من يعتق عليه ، فانه لا يقوم عليه الباقى هنا (والثانى) يقوم عليه الباقى ، لأن البينة قد شهدت عليه أنه أعتق جميعه باختياره •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل قال فى الأم : **اذا قال لعبده ان قتلت فانت حر ، فاقام العبد بينة أنه قتل وأقام الورثة بينة أنه مات ففيه قولان (احدهما) انه تتعارض البينتان ويسقطان ويرق العبد ، لأن بينة القتل تثبت القتل وتنفى الموت ، وبينة الموت تثبت الموت وتنفى القتل ، فيسقطان ويبقى العبد على الرق (والثانى) انه تقدم بينة القتل ويعتق العبد ، لأن بينة الورثة تشهد بالموت وبينة العبد تشهد بالقتل ، لأن المقتول ميت ومعها زيادة صفة وهى القتل فقدمت • وان كان له عبدان سالم وغانم فقال لغانم : ان مت فى رمضان فانت حر وقال لسالم ان مت فى شوال فانت حر ثم مات فاقام غانم بينة انه مات فى رمضان ، وأقام سالم بينة بالموت فى شوال ، ففيه قولان (أحدهما) انه تتعارض البينتان ويسقطان ويرق العبدان لأن الموت فى رمضان ينفى الموت شوال ، والموت فى شوال ، ينفى الموت فى رمضان فيسقطان ويبقى العبدان على**

الرق (والقول الثانى) انه تقدم بينة الموت فى رمضان لأنه يجوز ان يكون قد علمت البينة بالموت فى رمضان وخفى ذلك على البينة الأخرى الى شوال فقدمت بينة رمضان لما معها من زيادة العلم . وان قال لغانم : ان مت من مرضى فأنت حر ، وقال لسالم : ان برئت من مرضى فأنت حر ثم مات فأقام غانم بينة بالموت من مرضه ، وأقام سالم بينة بانه برىء من المرض ثم مات ، تعارضت البينتان وسقطتا ورق العبدان ، لأن بينة احدهما اثبتت الموت من مرضه ونفت البرء منه ، والأخرى اثبتت البرء من مرضه ونفت موته منه فتعذر الجمع بينهما فتعارضتا وسقطتا وبقى العبدان على الرق) .

الشرح استهل المصنف هذا الفصل بقول الامام الشافعى رضى الله عنه فى الأم (اذا قال لعبده : ان قتلت فأنت حر) فأقام العبد البينة أنه قتل ، وأقام الورثة البينة أنه مات حتف أنفه ففيه قولان (أحدهما) تقدم بينة العبد فيعتق ، لأن معها زيادة صفة ، لأن كل قتل موت ، وليس كل موت قتلا ، (والثانى) أنهما متعارضتان فتسقطان ، ويرق العبد ، لأن بينة القتل تثبت القتل وتنفى الموت ، وبينة الموت تثبت الموت وتنفى القتل فسقطتا ورق العبد . هكذا ذكر الشيخان أبو حامد وأبو اسحق المصنف هنا . قال ابن الصباغ : وينبغى أن يكون على قوله الجديد أن البينتين اذا تعارضتا سقطتا ، ويجىء على قول القديم ، اذا قلنا يستعملان الأقوال الثلاثة فى الاستعمال . قال فى الأم : وان كان له عبدان سالم وغانم فقال لسالم : ان مت فى رمضان فأنت حر وقال لغانم : ان مت فى شوال فأنت حر ثم مات وأقام سالم بينة أنه مات فى رمضان ، وأقام غانم بينة أنه مات فى شوال ففيه قولان (أحدهما) أنه تقدم البينة التى شهدت أنه مات فى رمضان فيعتق سالم ، لجواز أن يكون مات فى رمضان وخفى موته فلم يظهر الا فى شوال وشهدت بينة غانم بموته فى شوال عند ظهوره وبينة سالم معها زيادة علم فقدمت (والثانى) أنهما متعارضتان ، لأنه لا يجوز أن يموت فى رمضان وشوال . قال الشيخ المصنف : فعلى هذا يرق العبدان ، وينبغى ها هنا كما قال ابن الصباغ فى التى قبلها : ان هذا على القول الجديد أن البينتين اذا تعارضتا سقطتا . فأما اذا قلنا بالقول القديم يستعملان أن يكون ها هنا فى الاستعمال ثلاثة أقوال قال فى الأم : وان قال لعبده سالم : ان مت من مرضى هذا فأنت حر ، وقال لعبده غانم : ان برئت من مرضى هذا فأنت حر ،

ثم مات وأقام سالم بينة أنه مات من مرضه ذلك وأقام غانم بينة أنه برىء من مرضه ذلك ومات من غيره فهما متعارضتان قولا واحدا لأن كل واحدة منهما تكذب الأخرى ــ قال المصنف : ــ فيرق العبدان • قلت : وينبغي أن يقال هنا ما قاله ابن الصباغ فى الأولى وأن هذا على القول الجديد فأما على القديم فتأتى فيه الأقوال الثلاثة فى الاستعمال • هــذا نقل أصحابنا العراقيين ، وقال المسعودى : اذا قامت بينة بموته من مرضه وبينــة تبرئه من مرضه ففيه قولان (أحدهما) أنهما متعارضتان (والثانى) أنه يحكم بالبينة التى شهدت بموته من مرضه ذلك ، وان قال رجل لعبده : ان لم أحج هذا العام فأنت حر فأقام السيد بينة أنه وقف على عرفات تلك السنة وأقام العبد بينة أن السيد يوم النحر كان فى بغــداد فانه لا يحكم بعتق العبد وقال أبو حنيفة : يعتق • دليلنا أنه يحتمل أنه حصل له ذلك من طريق الكرامة ، وأنه سار من عرفات ومكة الى بغداد أو أنه ركب طائرة وصلت الى بغداد من مكة فى ساعة أو نحوها فانا قد ركبنا الطائرة من القاهرة الى جدة من طراز بوينج فى نحو ساعتين [1] أو أقل ، والله تعالى أعلم •

وان أقام السيد بينة أنه وقف على عرفات تلك السنة وأقام العبد بينة أنه كان فى بغداد يوم عرفة ــ قال فى البيان : فلا أعلم فيها نصا قلت : الا أن يكون قد استعمل الطــائرة كما قلنا • قال فى البيــان : والذى يقتضى المذهب أنهما متعارضتان ، لأن كل واحدة منهما تكذب الأخرى فيرق العبد على القول الجديد الذى يقول : انهما يسقطان عند التعارض وعلى القول القديم يكون على الأقوال فى الاستعمال (أحدها) الوقف الى أن يتكشف

---

(١) راجع مقدمة الجزء السابع حيث ذكرنا سبب رحلتنا الى أداء فريضة الحج ، وما كان من الاخوة الفضلاء والأحبة الأوفياء السيد حامد المحضــار والشيخ سالم بالعمش والسيد محمد بن عبد الله باعقيل ، وما احتف بهذه الرحلة من كرم وشهامة وحسن قرى ممن ذكرنا ومن الشيخ حسين باسندوه والشيخ محمد باشيخ والســيد محمد بن احمــد باعقيل الذى بث التعرفة بيننا وبين السادة باحارث وبامفلح وبلخير ولا سيما الشــيخ سالم نجــل المرحوم المحسن الكبير الشيخ محمد عوض بن لادن وغيرهم من الغيورين على اتمام طبع هــذا السفر المبارك « المجموع » وحفظ الله الشيخين الفاضلين سعيد ومحمد بالعمش وأسبغ عليهما نعمه ظاهرة وباطنة وسائر المحبين •

الحال (والثانى) القرعة (والثالث) القسمة . فاذا قلنا بهذ أعتق جميع العبد لأنه عتق نصفه بالبينة وعتق نصفه الآخر بالسراية .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **وان اختلف المتبايعان فى قدر الثمن او اختلف المتكاريان فى قدر الأجرة أو فى مدة الاجارة فان لم يكن بينة فالحكم فى التحالف والفسخ على ما ذكرناه فى الفسخ فى البيـع ، وان كان لأحدهمـا بينة قضى له ، وان كان لكل واحد منهما بينة نظرت فان كانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين قضى بالأولى منهما ، لأن العقد الاول يمنع صحة العقد الثانى ، وان كانتا مطلقتين او مؤرختين تاريخـا واحـدا او احداهمـا مطلقة والأخرى مؤرخة فهمـا متعارضتان وفيهما قولان (احدهما) انهما يسقطان ويصير كما لو لم تكن بينة فيتحالفا على ما ذكرناه فى البيع (والثانى) انهما يستعملان فيقرع بينهما فمن خرجت له القرعة قضى له ولا يجىء القول بالوقف لأن العقود لا توقف ولا يجىء القول بالقسمة لأنهما يتنازعان فى عقد والعقد لا يمكن قسمته وخرج ابو العباس قولا آخر انه اذا كان الاختلاف فى قدر المدة أو فى قدر الأجرة قضى بالبينة التى توجب الزيادة كما لو شهدت بينة أن لفلان عليه ألفا وشـهدت بينة أن له عليه الفين وهذا خطأ لأن الشهادة بالألف لا تنفى الزيادة عليه لم يكن بينهما وبين بينة الأخرى تعارض وههنا احدى البينتين تنفى ما شهدت به البينة الأخرى ، لأنه اذا عقد باحد العوضين لم يجز أن يعقد بالعوض الآخر فتعارضتا) .**

الشرح اذا اختلف المتكاريان فى قدر الكراء وفى قدر المكرى وفى قدر المدة أو فى جنس الكراء أو فى عسر المكرى أو اختلف المتبايعـان فى قدر الثمن أو فى قدر المثمن أو فى قدر الأجل أو فى جنس الثمن ــ فان لم يكن مع أحدهما بينة ــ فقد مضى ذكره فى اختلاف المتبايعين ، وان كان مع أحدهما بينة دون الآخر قضى لصاحب البينة ، وان كان مع كل واحـد بينة ــ فان كانت البينتان مؤرختين تاريخا مختلفا قضى بالأولى منهما ، لأن العقد الأول يمنع صـحة الثانى ، وان كانتا مطلقتين أو مؤرختين تاريخـا واحدا أو احداهما مطلقة والأخرى مؤرخة ــ فان كان الاختلاف فى جنس الكراء أو فى عين المكرى أو فى جنس الثمن فهما متعارضتان بلا خلاف على المذهب ، لأن كل واحدة منهما تكذب الأخرى ، وان كان الاختلاف فى قدر

الكراء أو فى قدر المكرى أو فى قدر المدة أو فى قدر الثمن أو فى المثمن أو فى قدر الأجل فالمنصوص أنهما متعارضتان ، وخرج أبو العباس بن سريج قولا آخر أنهما غير متعارضتين ، بل يقضى بالبينة التى شهدت بالزائد من ذلك كما لو شهد شاهدان أن لفلان على رجل ألف دينار وشهد آخر أن له عليه ألفين ، فانه يحكم عليه بالألفين ، وهذا خطأ ، لأن كل واحدة من البينتين مكذبة للأخرى فهو كما لو شهدت بينة لرجل بملك عين وشهدت بينة أخرى لآخر بملكها ، ويخالف البينتين فى الألف والألفين ، لأن كل واحدة منهما لا تكذب الأخرى ، وكل موضع قلنا : انهما متعارضتان ففيهما قولان (أحدهما) يسقطان فعلى هذا يكون كما لو لم يكن لأحدهما بينة فيتحالفان (والثانى) يستعملان ولا يجىء ها هنا الوقف ، لأن العقود لا توقف ولا تجىء القسمة لأنهما يختلفان فى عقد والعقد لا يقسم ، وتجىء القرعة فقرع بينهما فمن خرجت له القرعة قضى له بها • قال الفورانى : وان كانت كل واحدة من البينتين زائدة من وجه ناقصة من وجه مثل أن يقول المكرى : أكريت بيتا بعشرين وقال المكترى : بل اكتريت جميع الدار بعشرة فيه قولان (أحدهما) أنهما متعارضتان (والثانى) يجمع بين الزيادتين فيجعل جميع الدار مكراة بعشرين ، وأظن الفورانى فرع هذا على قول أبى العباس رضى الله عنهما انه يقضى بالبينة التى تشهد بالزيادة • فأما على المذهب فهما متعارضتان قولا واحدا • قال المسعودى : وان قال أحدهما : استأجرت هذه الدار من زيد فى شهر رمضان سنة كذا أو كذا وقال الآخر : استأجرتها من زيد فى شوال سنة كذا وأقام على ذلك بينة ففيه قولان (أحدهما) أن بينة رمضان أولى لأنها أسبق (والثانى) بينة شوال أقوى لأنها ناسخة للأولى ويجعل كأنهما تقابلا فى الاجارة فى رمضان ، ثم أجرها من الثانى فى شوال وأراد المسعودى بهذين القولين اذا تنازع متكاريان لدار من رجل فى مدة واحدة وادعى كل واحد منهما أنه اكتراها من مالكها تلك المدة وبينة أحدهما أقدم تاريخا ، والذى يقتضى المذهب أن الأول أصح كما قلنا فى الرجلين اذا ادعيا أنهما ابتاعا من رجل دارا وبينة أحدهما أقدم تاريخا فانه يقضى له •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل اذا ادعى رجلان داراً فى يد رجل وعزيا الدعوى الى سبب يقتضى اشتراكهما كالارث عن ميت والابتياع صفقة فاقر المدعى عليه بنصفها لأحدهما شـاركه الآخر لأن دعواهما تقتضى اشـتراكهما فى كل جزء منهما ، ولهذا لو كان طعاماً فهلك بعضه كان هالكاً منهما وكان الباقى بينهما ، فاذا جحد النصف واقر بالنصف جعل المجحود بينهما ، والمقر به بينهما . وان ادعيا ولم يعزيا الى سبب فاقر لاحدهما بنصفها لم يشاركه الآخر لان دعواه لا تقتضى الاشتراك فى كل جزء منه) .

الشرح قوله (عزيا الدعوى) يقال : عزيته وعزوته الى أبيـه أى نسبته ، واعتزى هو أى انتمى وانتسب قال الراعى :

فلما التقت فرساننا ورجالهم دعوا بالكعب واعتزينا لعامر

وقال بشر بن أبى خازم :

نعلو القوانس بالسيوف ونعتزى والخيل مشعرة النحور من الدم

اما الأحكام فانه اذا ادعى رجلان دارا فى يد رجل وأضـافا الدعوى الى سبب يقتضى اشتراكهما فيها بأن قالا : ورثناها من أبينا وغصبتها منـا قبل أن نقبضها أو غصبتها من أبينا فى حيـاته فأقر المدعى عليه بنصـفها لأحدهما شارك المدعى الثانى المقر له فى هذا النصف المقر له لأنهما أضافا لدعوى الى سبب يوجب اشتراكهما فى كل جزء منها ، ولهذا لو كان طعاما فهلك بعضه كان هالكا منهمـا ، وكان البـاقى بينهمـا فاذا أقر بالنصف وجحدهما عن النصف كان الذى أقر به بينهما والذى أنكر منه بينهـما . وان قالا ابتعناها صفقة واحدة وغصبتها منا قبل أن نقبضها فأقر لأحدهمـا بالنصف فهل يشارك المدعى الثانى المقر له فى هذا النصف ؟ فيه وجهـان (أحدهما) وهو اختيار المصنف هنـا يشاركه فيه لأن ابتياعهما لها صـفقة واحدة بسبب يوجب اشتراكهما فى كل جزء منها فهو كما لو قالا ورثناها (والثانى) وهو اختيار القاضى أبى الطيب ولم يذكر الشيخ أبو حامد فى التعليق غيره أنه لا يشاركه فيه لأن البيع من اثنين بمنزلة البيع فى صفقتين .

قال الشيخ أبو حامد : وان قالا : ورثناها من أبينا وقبضناها ثم غصبتها علينا فأقر لأحدهما بنصفها لم يشارك المدعى المقر له فى النصف المقر به لأن بعد القبض يجوز أن نغصب نصيب أحدهما دون نصيب الآخر ، وأما المصنف ومن قبله ابن الصباغ فلم يشترطا عدم قبضهما لها فى اشتراكهما فى النصف المقر به لأحدهما ، وان ادعياها وأضافا الدعوى الى سببين أو أطلق الدعوى وأضاف أحدهما الى سبب وأطلق الآخر دعواه ، فأقر لأحدهما بنصفها ثم شارك المدعى الثانى المقر له فى هذا النصف ، لأن دعوى المقر له لا يقتضى أن الثانى يشاركه فيما أقر له به منهما .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان ادعى رجلان دارا فى يد ثالث لكل واحد منهما نصفها واقر الذى هى فى يده بجميعها لأحدهما نظرت فان كان قد سمع من المقر له الاقرار للمدعى الآخر بنصفها لزمه تسليم النصف اليه لأنه اقر بذلك ، فاذا صار اليه لزمه حكم اقراره كرجل أقر لرجل بعين ثم صارت العين فى يده ، وان لم يسمع منه اقرار فادعى جميعها حكم له بالجميع لأنه يجوز أن يكون الجميع له ودعواه للنصف صحيح ، لأن من له الجميع فله النصف ، ويجوز أن يكون قد خص النصف بالدعوى لأن له على النصف بينة ، او يعلم انه مقر له بالنصف وتنتقل الخصومة اليه مع المدعى الآخر فى النصف ، وان قال الذى فى يده الدار : نصفها لى والنصف الآخر لا أعلم لمن هو ففيه ثلاثة أوجه (احدهما) انه يترك النصف فى يده لأنه أقر لمن لا يدعيه فبطل الاقرار وبقى على ملكه (والثانى) أن الحاكم ينتزعه منه ويكون عنده لأن الذى فى يده لا يدعيه ، والمقر له لا يدعيه ، فأخذه الحاكم للحفظ كالمال الضال (والثالث) انه يدفع الى المدعى الآخر لأنه يدعيه وليس له مستحق آخر ، وهذا خطأ لانه حكم بمجرد الدعوى) .**

الشرح فجملة ذلك أنه ان كانت دار فى يد رجل وادعى رجلان كل واحد منهما نصفها ولم يضيفا الدعوى الى سبب يقتضى اشتراكهما فأقر المدعى عليه لأحدهما بجميع الدار ــ نظرت ، فان كان قد سمع من المقر له اقرار المدعى الثانى بنصفها قبل ذلك أو أقر له الآن بنصفها ــ لزمه تسليم النصف اليه لأنه أقر له بذلك ، فاذا صارت الدار بيده لزمه تسليم ما أقر

به ، وان لم يسمع من المقر له أن جميعها له حكم له بجميعها ، لأنه يجوز أن يكون الجميع له ، ودعواه فى نصفها صحيحة ، لأن من له الجميع فله النصف ، وانما خص النصف بالدعوى لأنه عالم أنه يقر له بالنصف أو له بينة فادعى ما فيه خلف بينهما • ولأنه يجوز أن يكون له لنصف حال الدعوى ثم يجدد له ملك النصف بعد الدعوى بأرث أو ابتياع فيكون له الجميع • وان أقر المدعى عليه لأحدهما بجميعها ولم يسمع من المقر له اقرار المدعى الثانى بنصفها ولا أدعى الجميع لنفسه بل قال : لى النصف لا غير والنصف الثانى ، لأن باقرار المدعى عليه بجميع الدار للمدعى الثانى أخبر أنه لا يملك شيئا من الدار ، ويرد المقر له اقراره فى هذا النصف أخبر أنه لا يملك فلم يبق ها هنا مدع له الا المدعى الثانى فوجب تسليمه اليه (والثالث) أن الحاكم ينزعه من يد المدعى عليه ويحفظه الى أن يجىء من يدعيه ويقيم عليه البينة ، لأن الذى فى يده الدار لا يدعيه والمقر له به لا يدعيه • ولا يجوز أن يسلم الى المدعى الثانى بالدعوى ، فلم يبق الا أن يحفظه الحاكم • قال ابن الصباغ : فعلى هذا يأخذه الحاكم ويحفظ أجرته وقال أبو على ابن أبى هريرة فى الايضاح : يفرقها الحاكم فى مصالح المسلمين ، وليس بشىء لأن الأجرة تابعة للأصل ، والأول أصح •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **اذا مات رجل وخلف ابنا مسلما وابنا نصرانيا وادعى كل واحد منهما انه مات ابوه على دينه وانه يرثه وأقام على ما يدعيه بينة فان عرف انه كان نصرانيا نظرت فان كانت البينتان غير مؤرختين حكم ببينة الاسلام لأن من شهد بالنصرانية شهد بالأصل ، والذى شهد بالاسلام شهد بأمر حادث خفى على من شهد بالنصرانية ، فقدمت شهادته كما تقدم بينة الجرح على بينة التعديل ، فان شهدت احداهما انه مات وآخر كلامه الاسلام وشهدت الأخرى بانه مات وآخر كلامه النصرانية فهما متعارضتان وفيهما قولان (احدهما) انهما يسقطان فيكون كما لو مات ولا بينة فيكون القول قول النصرانى لأن الظاهر معه (والثانى) انهما تستعملان ، فان قلنا بالقرعة أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة ورث ، وان قلنا بالوقف وقف ، وان قلنا بالقسمة ففيه وجهان (احدهما) انه يقسم كما يقسم فى غير الميراث (والثانى)**

وهو قول ابى اسحق انه لا يقسم لأنه اذا قسم بينهما تيقن الخطأ فى توريثهما وفى غير الميراث يجوز أن يكون المال مشتركا بينهما فقسم . وان لم يعرف أصل دينه تعارضت البينتان سواء كانتا مطلقتين او مؤرختين ، وفيهما قولان (احدهما) انهما يسقطان ، فان كان المال فى يد غيرهما فالقول قول من فى يده المال ، وان كان فى يديهما ، وقلنا : انهما يستعملان فان قلنا : يقرع أقرع بينهما ، وان قلنا : يوقف وقف الى ان ينكشف ، وان قلنا : يقسم قسم وقال ابو اسحق لا يقسم لأنه يتيقن الخطأ فى توريثهما والمنصوص أنه يقسم . وما قاله ابو اسحق خطأ لأنه يجوز أن يموت وهو نصرانى فورثه ابناه وهما نصرانيان ثم أسلم أحدهما وادعى أن أباه مات مسلما ليأخذ الجميع ويغسل الميت ويصلى عليه فى المساجد كلها ويدفن فى مقابر المسلمين وينوى بالصلاة عليه ان كان مسلما ، كما قلنا فى موتى المسلمين اذا اختلطوا بموتى الكفار .)

الشرح اذا مات رجل وخلف أثنين مسلما ونصرانيا لا وارث له غيرهما وادعى كل واحد منهما أن أباه مات على دينه وأقام على ذلك شاهدين مسلمين عدلين فلا يخلو حال الميت اما أن يعرف أصل دينه ان كان نصرانيا أو لا يعرف أصل دينه فان عرف أصل دينه ، فان كان نصرانيا ــ نظرت فى البينتين ــ فان كانتا مطلقتين واحداهما مطلقة والأخرى مؤرخة حكم بأنه كان مسلما ، ويكون ميراثه لابنه المسلم ، لأن التى تشهد بأمر حادث على النصرانية ربما خفى على الآخر فقدمت كما تقدمت بينة الجرح على بينة العدالة ، وان كانت البينتان مؤرختين تاريخا واحدا فان شهدت احداهما أن آخر كلامه التلفظ بالاسلام وشهدت الأخرى أن آخر كلامه التلفظ بالنصرانية فهما متعارضتان ، لأنهما متنافيتان . فان قلنا : ان البينين اذا تعارضتا يسقط كان كما لو لم يكن لأحدهما بينة ، ويكون القول قول النصرانى مع يمينه أنه لا يعلم أنه مات مسلما ، لأن الأصل بقاؤه على النصرانية وعدم الاسلام ، فان حلف كان الميراث له وان نكل عن اليمين ردت على الثانى فحلف أنه مات مسلما . فاذا حلف كان الميراث له ، وان قلنا : انهما يستعملان ، فان قلنا بالوقف وقف المال لأنه هو المتداعى ، وان قلنا بالقرعة أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حكم ببينته ، وهل يحلف مع القرعة ؟ فيه قولان ، وان قلنا بالقسمة فاختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحق المروزى : لا يجوز أن يقسم بينهما الميراث لأنا نتيقن الخطأ فى توريث أحدهما وقال أكثر أصحابنا يقسم بينهما وهو المنصوص فى الأم ، كما لو

ادعيا ملكا من غير الميراث وأقام كل واحد بينة وقلنا بالاستعمال بالقسمة وما قال أبو اسحق المروزى من الخطأ فى القسمة غير صحيح ، لأنه يجوز أن يكون الأب مات نصرانيا وهما نصرانيان ثم أسلم أحدهما وادعى أن أباهما مات مسلما ليحوز جميع ميراثه ، وان لم يعرف أصل دين الميت ، فان البينتين متعارضتان سواء كانتا مؤرختين تاريخا واحدا أو مطلقتين ، أو أحداهما أثبتت أمرا حادثا بعد ذلك الأصل ـ فان قلنا : ان البينتين اذا تعارضتا سقطتا ـ صار كما لو لم يقم أحدهما بينة • فان كان الشيء الذى يتداعيانه فى غيرهما كان القول قوله ، وان كانت فى يد أحدهما فهو أحق به ويحلف الآخر ، وان كان فى يدهما قسم بينهما ويحلف كل واحد منهما لصاحبه على النصف الذى حصل له ، هكذا ذكر الشيخ المصنف هنا ومن قبله الشيخ أبو حامد الاسفرايينى • قال ابن الصباغ : وهذا فيه نظر ، لأنه اذا كان فى يد أحدهما فانه يعترف أنه للميت الذى ادعى أنه يرثه ، والآخر يدعى مثل ذلك ، فلا ينبغى أن يكون ليده حكم ، بل ينبغى أن يكون موقوفا ومقسوما بينهما ، وان كان فى يد أحدهما فينبغى أن يوقف وتكون يدهما عليه أو يقسم بينهما بحكم اليد ولا يتحالفان • وان قلنا : ان البينتين تستعملان ـ فان قلنا بالوقف ـ وقفت التركة ، وان قلنا بالاقراع بينهما أقرع بينهما ، وان قلنا بالقسمة فالمذهب أنها تقسم بينهما • وقال أبو اسحاق : لا تقسم بينهما ، وقد مضى دليلهما •

ويصلى على الميت وينوى الصلاة عليه ان كان مسلما ويدفن فى مقابر المسلمين تغليبا للاسلام كما قال الشافعى رضى الله عنه : اذا اختلط موتى المسلمين بموتى الكافرين ولم يتميزوا • هذا مذهبنا وبه قال أحمد وقال أبو حنيفة : يقضى ببينة الاسلام بكل حال •

دليلنا أنهما اذا تعارضتا كانت كل واحدة منهما مكذبة للأخرى ، وليس مع أحدهما زيادة علم فسقطتا ، كما لو شهدتا بعين فى يد غير المدعين •

فصل قال الخرقى فى متنه فى فقه أحمد : ولو مات رجل وخلف ولدين مسلما وكافرا فادعى المسلم أن أباه مات مسلما وادعى الكافر أن أباه

مات كافرا فالقول قول الكافر مع يمينه لأن المسلم باعترافه بأخوة الكافر يعترف بأن أباه كان كافرا مدعيا لاسلامه ، وان لم يعترف بأخوة الكافر ولم تكن بينة بأخوته كان الميراث بينهما نصفين لتساوى أيديهما ا هـ قال ابن قدامة : وجملته أنه اذا مات رجل لا يعرف دينه وخلف تركة وابنين يعترفان أنه أبوهما أحدهما مسلم والآخر كافر فادعى كل واحد منهما أنه مات على دينه وأن الميراث له دون أخيه فالميراث للكافر ، لأن المسلم لا يخلو من أن يدعى كون الميت مسلما أصليا فيجب كون أولاده مسلمين ويكون أخوة الكافر مرتدا ، وهذا خلاف الظاهر فان المرتد لا يقر على ردته فى دار الاسلام أو يقول : ان أباك كان كافرا فأسلم قبل موته ، فهو معترف بأن الأصل أخوه مدع زواله وانتقاله ، والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت زواله ، وهذا معنى قول الخرقى : ان المسلم باعترافه بأخوة الكافر معترف أن أباه كان كافرا مدعيا لاسلامه .

وذكر ابن أبى موسى عن أحمد رواية أخرى أنهما فى الدعوى سواء فالميراث بينهما نصفين كما لو تنازع اثنان عينا فى أيديهما ، ويحتمل أن يكون الميراث للمسلم منهما ، وهو قول أبى حنيفة لأن الدار دار الاسلام يحكم باسلام لقيطها ويثبت للميت فيها اذا لم يعرف أصل دينه حكم الاسلام فى الصلاة عليه ودفنه وتكفينه من الوقف الموقوف على كفان المسلمين ، ولأن هذا حكمه حكم الموتى المسلمين فى تغسيله والصلاة عليه ودفنه فى مقابر المسلمين وسائر أحكامه فكذلك فى ميراثه ، ولأن الاسلام يعلو ولا يعلى عليه ويجوز أن يكون أخوه الكافر مرتدا لم تثبت عند الحاكم ردته ولم ينته الى الامام خبره ، وظهور الاسلام بناء على هذا أكثر من ظهور الكفر بناء على كفر أبيه ، ولهذا جعل الشرع أحكامه أحكام المسلمين فيما عدا المتنازع فيه .

وقال القاضى : قياس المذهب أنا ننظر — فان كانت التركة فى أيديهما — قسمت بينهما نصفين ، وان لم تكن فى أيديهما أقرع بينهما ، فمن قرع صاحبه حلف واستحق كما قلنا فيما اذا تداعيا عينا ، ويقضى كلامه أنها اذا كانت فى يد أحدهما فهى له مع يمينه ، وهذا لا يصح ، لأن كل واحد منهما يعترف أن هذه التركة تركة هذا الميت ، وأنه انما يستحقها بالميراث فلا حكم ليده .

وقال أبو الخطاب : يحتمل أن يقف الأمر حتى يعرف أصل دينه أو يصطلحا • وهذا قول الشافعى •

ولنا ما ذكرناه من الدليل على ظهور كفره وعند ذلك يتعين الترجيح لقوله : وصرف الميراث اليه • وأما ظهور حكم الاسلام فى الصلاة فلأن الصلاة لا ضرر فيها على أحد وكذلك تغسيله ودفنه •

وأما قوله : ان الاسلام يعلو ولا يعلى فانما يعلو اذا ثبت والنزاع فى ثبوته • وهذا لم يثبت ، فأما ان ثبت أصل دينه فالقول قول من ينفيه على من يثبته مع يمينه • وهذا قول الشافعى • وأبى ثور وابن المنذر • وقال أبو حنيفة : القول قول المسلم على كل حال لما ذكرنا فى التى قبلها •

ولنا أن الأصل بقاء ما كان عليه وكان القول قول من يدعيه كسائر المواضع ، فأما ان لم يعترف المسلم بأخوة الكافر وادعى كل واحد منهما أن الميت أبوه دون الآخر فهما سواء فى الدعوى لتساوى أيديهما ودعاويهما فان المسلم والكافر فى الدعوى سواء ، ويقسم ميراثه نصفين كما لو كان فى أيديهما دار فادعاها كل واحد منهما ولا بينة لهما ، ويحتمل أن يقدم قول المسلم لما ذكرناه والله أعلم ا هـ •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان مات رجل وخلف ابنين واتفق الابنان ان أباهما مات مسلما وأن احد الابنين أسلم قبل موت الأب واختلفا فى الآخر ، فقال أسلمت انا أيضا قبل موت أبى فالميراث بيننا ، وأنكر الآخر فالقول قول المتفق على اسلامه لأن الأصل بقاؤه على الكفر • ولو اتفقا على اسلامهما واختلفا فى وقت موت الأب فقال أحدهما : مات أبى قبل اسلامك فالميراث لى • وقال الآخر : بل مات بعد اسلامى أيضا فالقول قول الثانى لأن الأصل حياة الأب • وان مات رجل وخلف أبوين كافرين وابنين مسلمين فقال الأبوان : مات كافرا وقال الابنان : مات مسلما فقد قال أبو العباس : يحتمل قولين (أحدهما) أن القول قول الأبوين لأنه اذا ثبت أنهما كافران كان الولد محكوما بكفره الى أن يعلم الاسلام (والثانى) أن الميراث يوقف الى ان يصطلحوا او ينكشف الأمر لأن**

الولد انما يتبع الأبوين فى الكفر قبل البلوغ ، فاما بعد البلوغ فله حكم نفسه ، ويحتمل انه كان مسلما ويحتمل أنه كان كافرا فوقف الأمر الى ان ينكشف).

الشرح اذا مات رجل وخلف ابنين وداراً واتفقا على أن أباهما مات مسلما فى أول شهر رمضان وأن أحدهما أسلم فى شعبان واختلفا فى اسلام الثانى فقال الثانى : أنا أسلمت فى شعبان أيضا فلى الميراث معك وقال أخوه : بل أسلمت فى رمضان بعد موت أبى ولا بينة لمن ادعى الاسلام فى شعبان فالقول قول المتفق على اسلامه فى حياة الأب ، فيحلف أنه لا يعلم أن أخاه أسلم فى حياة أبيه ، ويكون له جميع الميراث ، لأن الأصل عدم اسلامه . قال الشافعى رضى الله عنه : وهكذا اذا مات رجل وخلف اثنين فاتفقا على أن أباهما مات حرا ، وأن أحدهما عتق قبل موت الأب . واختلف فى وقت عتق الآخر فادعى أنه أعتق أيضا فى حياة أبيه ، وقال أخوه : بل اعتقت أنت بعد موت أبينا فالقول قول المتفق على عتقه فى حياة أبيه . فاذا حلف كان له جميع الميراث لما ذكرناه ، وان اتفق الابنان أن أحدهما أسلم فى أول شعبان وأن الآخر أسلم فى أول شهر رمضان واتفقا أن أباهما مات مسلما الا أنهما اختلفا فى وقت موته فقال الذى أسلم فى شعبان : مات أبى فى شعبان فلى الميراث دونك ، وقال الذى أسلم فى رمضان : بل مات أبى فى رمضان بعد أن أسلمت ، فالميراث بيننا ، فالقول قول الذى أسلم فى رمضان مع يمينه ، لأن الأصل حياة الأب وعدم موته ، فاذا حلف كان الميراث بينهما ، وان مات رجل وخلف أبوين كافرين واثنين مسلمين فادعى الأبوان أنه مات كافرا فهما أحق بميراثه ، وادعى الأثنان أنه مات مسلما فهما أحق بميراثه قال أبو العباس : فيحتمل قولين (أحدهما) ان قولين قول الأبوين لأن الأبوين اذا كانا كافرين فولدهما قبل البلوغ كافر تبع لهما ، والأصل بقاؤه على الكفر الى أن يعلم اسلامه ، قال : وهذا أشبه بقول العلماء (والثانى) ان الميراث يوقف الى أن يصطلحوا أو ينكشف الحال فيه لأن الولد انما يتبع أبويه فى الكفر قبل البلوغ ، وأما بعد البلوغ فله حكم نفسه ، ويحتمل أنه مات كافرا ، ويحتمل أنه مات مسلما ، وليس ها هنا أصل يبنى عليه ، فوقف الى أن يصطلحوا أو ينكشف حاله .

فـــرع اذا مات رجل وخلف زوجة مسلمة وأخا مسلما وابنا كافرا فقالت الزوجة والأخ : مات مسلما فالميراث لنا ، وقال الابن : قد مات كافرا فالميراث لي ، فان أقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه فالحكم فيها كالحكم في الرجل اذا مات وخلف ابنين أحدهما نصرانيا والآخر مسلما فادعى كل واحد منهما أن أباه مات على دينه على ما مضى ، وان لم يكن لهم بينة فان عرف أصل دينه أنه كافر ــ فالقول قول الابن لأن الأصل بقاؤه على الكفر ، وان لم يعرف أصل دينه وقف الأمر الى أن يصطلحوا أو ينكشف الحال . وبهذا قال أحمد وأصحابه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **وان مات رجل وله ابن حاضر وابن غائب وله دار في يد رجل فادعى الحاضر ان اباه مات وان الدار بينه وبين أخيه واقام بينة من اهل الخبرة بانه مات وانه لا وارث له سواهما انتزعت الدار ممن هي في يده ويسلم الى الحاضر نصفها وحفظ النصف الغائب . ان كان له دين في الذمة قبض الحاضر نصفه وفي نصيب الغائب وجهان (أحدهما) انه يأخذه الحاكم ويحفظه عليه كالعين (والثاني) انه لا يأخذه لان كونه في الذمة احفظ له ولا يطالب الحاضر فيما يدفع اليه ضمين لان في ذلك قدحا في البينة . وان لم تكن البينة من أهل الخبرة الباطنة أو كانت من أهل الخبرة الا أنها لم تشهد بانها لا تعرف له وارثا سواه لم يدفع اليه شيء حتى يبعث الحاكم الى البلاد التي كان يسافر اليها فيسأل هل له وارث آخر ؟ فاذا سأل ولم يعرف له وارث غيره دفع اليه . قال الشافعي رحمه الله : يأخذ منه ضمينا وقال في الام : واحب أن يأخذ منه ضمينا فمن أصحابنا من قال فيه قولان (أحدهما) انه يجب اخذ الضمين لانه ربما ظهر وارث آخر (والثاني) انه يستحب ولا يجب لان الظاهر أنه لا وارث له غيره ومنهم من قال ان كان الوارث ممن يحجب كالأخ والعم وجب ، وان كان ممن لا يحجب كالابن استحب ، لأن من لا يحجب يتيقن أنه وارث ، ويشك فيمن يزاحمه فلم يترك اليقين بالشك ومن يحجب يشك في ارثه وحامل القولين على هذين الحالين ومنهم من قال : ان كان الوارث غير مأمون وجب لأنه لا يؤمن أن يضيع حق من يظهر ، وان كان مأمونا لم يجب لأنه لا يضيع حق من يظهر حمل القولين على هذين الحالين وان كان الوارث ممن له فرض لا ينقص كالزوجين فان شهد الشهود أنه لا وارث له سواه وهم من أهل الخبرة دفع اليه أكمل الفرضين ، ولا يؤخذ منه ضمين وان لم يشهدوا انه لا وارث له سواه أو شهدوا بذلك ولم يكونوا**

من أهل الخبرة دفع اليه انقص الفرضين فان كان زوجا دفع اليه ربع الثمن عائلا ويوقف الباقى فان لم يظهر وارث آخر دفع اليه الباقى) .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : « ولو أقام رجل بينة أن أباه هلك وترك هذه الدار ميراثا له ولأخيه الغائب أخرجتها من يدى من هى فى يديه وأعطيته منها نصيبه وأخذت نصيب الغائب » وجملة ذلك أنه اذا كان فى يد رجل دار فجاء آخر وادعى أن أباه مات وترك هذه الدار له ولأخيه الغائب فأنكر من هى بيده ــ فان لم يكن مع المدعى بينة ــ فالقول قول من الدار فى يده مع يمينه ، وان أقام الابن الحاضر بينة أن أباه مات وخلف هذه الدار له ولأخيه الغائب ، وقالت البينة : لا نعلم وارثا سواهما والبينة من أهل الخبرة الباطنة بالميت فان الحاكم يسمع هذه البينة ويحكم بالدار للميت وينزعها ممن هى بيده ويسلم الى الحاضر نصفها ويسلم النصف الثانى للغائب الى أمين يحفظ له الى أن يقدم ، وان أمكن اكراءه أكراه له وحفظ أجرته ، وكذلك اذا كانت العين المدعى بها مما ينقل ويحول .

فرع فى مذاهب العلماء : قلنا ان أقام الابن الحاضر بينة بملك الدار ولا وارث له سواهما فان الحاكم يحكم بالدار للميت ويسلم الى الحاضر نصفها ويحفظ الثانى بيد أمين ولو أكراه سواء أكانت العين ثابتة أم منقولة وبهذا قال أبو يوسف ومحمد وأحمد رضى الله عنهم . وقال أبو حنيفة : ان كانت العين المدعى بها مما ينقل ويحول فكما قلنا ، وان كانت مما لا ينقل ويحول كالدار والأرض فانه لا ينزع نصيب الغائب من يد المدعى عليه حتى يقدم الغائب ويدعيه كما لو ادعى رجل أن هذه الدار له ولشريكه وأقام على ذلك بينة فان نصيب الغائب لا ينزع .

دليلنا أن هذه الدار اذا ثبتت فانما ثبتت للميت ثم تنتقل الى ورثته ، وما كان حقا للميت فعلى الحاكم سماع البينة فيه ، لأنه يلى على الأموات بخلاف الدار بين الشريكين فانه ولاية له على الغائب ، ولأن نصيب أحد الأخوين الوارثين متعلق بسلامة نصيب الآخر ، لأنه لو أخذ الحاضر النصف ثم قدم الغائب فجحده من هو بيده عن النصف الباقى ، ولم يقم بينة فانه

يشارك أخاه فى النصف الذى حصل له ، فلذلك سمعاه وحكم بها ، ولأن كل ما كان للحاكم أن ينزعه اذا كان مما له أن ينزعه وان كان مما لا ينقل كما لو كان أخوه صغيرا أو مجنونا •

فـــرع وان كان المدعى دينا ففيه وجهان (أحدهما) أنه يؤخذ نصيب الغائب ويحفظ عليه كما لو كان المدعى به عينا (والثانى) ليس له أن يأخذ لأن تركه فى الذمة أحوط لصاحبه ، واذا دفع الى الحاضر نصيبه من العين فى هذا القسم لم يجب أن يؤخذ منه ضمين ، لأن فى ذلك طعنا على البينة • فأما اذا لم تكن البينة من أهل الخبرة الباطنة بالميت أو كانت من أهل الخبرة الباطنة الا أنها لم تشهد بأنها لا تعلم له وارثا غيرهما ، أو شهدت بأنه مات وخلف هذين الاثنين ولم يقل : وهمـا وارثان فان الدار تثبت للميت ، ولكن لا يسلم الى الابن الحاضر شىء من الدار بمجرد هـذه الشـهادة لأنها لم تشهد بما تستحقه من الدار ، ولكن يبعث الحاكم الى البلاد التى كان يسافر اليها الميت ويقيم بها ويسأل فيها هل له وارث فيها ؟ فاذا سأل عن ذلك وغلب على ظن الحاكم أنه لو كان له وارث آخر لظهر ، ولم يظهر له وارث فانه يدفع الى الحاضر نصيبه لأن الظاهر أنه لو كان له وارث لظهر ، وصار هذا الظاهر مع البينة بمنزلة ما لو شهدت البينة بأنهـا لا تعلم أن له وارثا غيرهما وهى من أهل الخبرة الباطنة بالميت •

فـــرع قال الشافعى رضى الله عنه : ويؤخذ منه ضمين وهذا يقتضى وجوب أخذ الضمين • وقال فى الأم : وأحب أن يؤخذ منه الضمين • واختلف أصحابنا فيها على طريقين فمنهم من قال : فيه قولان (أحدهما) يجب أخذ الضمين منه لأنه ربما ظهر له وارث آخر وربما كان المدفوع اليه غائبا أو ميتا فوجب أخذ الضمين منه للاستيثاق (والثانى) لا يجب ولكن يستحب لأن الظاهر أنه لا وارث له غير هذا الحاضر والغائب اذ لو كان له وارث غيرهما لظهر • ومن أصحابنا من قال : ان كان الحاضر غير ثقة وجب أخذ الضمين منه ، لأنه لا يؤمن أن يضيع حق من يظهر • وان كان ثقة لم يجب أخذ الضمين منه وانما يستحب ، لأنه يؤمن أن يضيع حق من يظهر وحمل القولين على هذين الحالين •

فـــرع وان كان المـدعى ممن يحجب عن الميراث كالأخ وابن الأخ والعم وابن العم وأقام بينـة أن أخاه مات وخلفه وارثا فان شـهد الشاهدان بأنهما لا يعلمان وارثا سواه أو شهدا بذلك وكانا من أهل الخبرة الباطنة بالميت دفع الدار الى الأخ ولم يؤخذ منه الضمين كالابن • وان لم يشهد الشاهدان بأنهما لا يعلمان له وارثا سواه أو شهدا بذلك ولكنهـما ليسا من أهـل الخبرة الباطنة بالميت فان الدار تثبت للميت ولا تدفع الى الأخ لجواز أن يكون هناك وارث يحجبه ، ولكن يبعث الحاكم الى البلاد التى كان الميت يدخلها ويقيم بها ويسأل هل له وارث ؟ فان لم يظهر له وارث دفع الى الأخ كما قلنا فى الابن وهل يجب أخذ الضمين منه ؟ ان قلنا : يجب أخذ الضمين من الابن فمن الأخ أولى • وان قلنا : لا يجب أخذ الضمين من الابن ففى الأخ وجهان (أحدهما) لا يجب كما لا يجب أخـذه من الابن ولكن يستحب (والثانى) يجب لأن الابن لا يجوز أن يحجب بحال ، والأخ يجوز أن يكون هناك من يحجبه •

فـــرع وان شهد الشاهدان أن هذا أخوه ولم يشهدا أنه وارث قال أبو العباس : لم يجز للحاكم أن يدفع اليه المال ، وان سأل عن وارث له آخر حتى يشهد أنه وارث ـ والفرق بينه وبين الابن حيث قلنـا : اذا شهد أنه ابنه ولم يشهد أنه وارث يدفع اليه بعد أن يسأل عن وارث آخر أن الابن يتيقن كونه وارثا ، والأخ لا يتيقن كونه وارثا لجـواز أن يكون هناك وارث يحجبه •

فـــرع وان كان المدعى ممن له فرض مقدر ـ نظرت ، فان شهد الشاهدان أنه وارث لا يعلم له وارث سواه وهما من أهل الخبرة البـاطنة بالميت دفع اليه نصيبه كاملا ولا يؤخذ منه ضمين ، وان شهدا بأنه ورثه ولم يقولا : ولا نعلم له وارثا غيره أو شهدا بذلك وليسا من أهل الخبرة الباطنة بالميت فان الحاكم يدفع اليه القدر الذى تيقنه من الميراث له ، فان كان زوجا دفع اليه ربعا عائلا وهو ثلاثة أسهم من مائة وثمانية أسهم • وان كان أبا دفع السدس عائلا وهو سهم من عشرة ، لأن ذلك أقل حق كل واحد منهم ،

ويوقف الباقى حتى يسأل عن الميت فى البلاد التى كان يسافر اليها ويقيم بها ، فان لم يظهر له وارث ينقصه ففيه وجهـان (أحدهما) لا يكمل له فرضه لعدم البينة (والثانى) يكمل لصاحب الفرض فرضه وهو الأصح •

فـــرع اذا شهد شاهدان لرجل أنه ابن زيد لا يعلم له ابن غيره ثبت نسبه من زيد ولا يكونان متعارضين ، لأنه يجوز أن يعرف كل واحد منهما ما لا يعرف الآخر • والله تعالى أعلم بالصواب وله الحمد والمنة على كل حال •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان ماتت امراة وابنها فقال زوجها : ماتت فورثها الابن ثم مات الابن فورثته وقال اخوها : بل مات الابن اولا فورثتـه الأم ثم ماتت فورثتها لم يورث ميت من ميت بل يجعل مال الابن للزوج ومال المراة للزوج والأخ لانه لا يرث الا من تيقن حياته عند موت مورثه وها هنا لا تعرف حياة واحد من الميتين عند موت مورثه فلم يورث احدهما الآخر كالغرقى •

فصـــل وان مات رجل وله دار وخلف ابنا وزوجة فادعى الابن انه تركها ميراثا وادعت الزوجة انه اصدقها الدار واقام كل واحد منهما بينـة قدمت بينة الزوجة على بينة الارث لأن بينة الارث تشهد بظاهر الملك المتقدم وبينة الصداق تشهد بأمر حادث على الملك خفى على بينة الارث) .

الشرح اذا كانت له زوجة وله ابن منها ولها أخ فماتت الزوجة وابنها فاختلف الزوج والأخ فقال : ماتت الزوجة أولا فورثتها أنا وابنها ثم مات الابن فورثته ، وقال الأخ : بل مات الابن أولا فورثته الأم ثم ماتت فورثتها أنا وأنت فان كان لأحدهما بينة بما يدعيه ثبت ما ذكره ، وان لم تكن بينة فالقول قول الأخ مع يمينه فى ارثه من أخته ، لأن الزوج يدعى فى حجبه من ميراثها والأصل عدم حجته والقول قول الزوج مع يمينه فى ارثه من ابنه ، لأن الأخ يدعى ارث الأم منه والأصل عدم ارثها فلا ترث الزوجة من ابنها بل يكون ماله كله لأبيـه ، ولا يرث الابن من مال أمه بل يكون مالها للأخ والزوج ، لأن من لم يتيقن حياته بعد موت مورثه لم يرث منه

شيئا وكل واحد منهما لا يتيقن حياته بعد موت مورثه ، فلم يرث أحدهما من الآخر كالغرقى .

فان قيل فقد أعطيتم الزوج نصف ميراث المرأة وهو لا يدعى الا الربع ؟ قلنا : بل هو مدع له كله ربعه بميراثه منها وثلاثة أرباعه بارثه من ابنه . وقد ثبتت البنوة بيقين فلا يقطع ميراث الأب منه الا ببينة تقوم للأخ ، وقد ذهب ابن قدامة من الحنابلة الى احتمال أن الميراث ينقسم بينهما نصفين نقله عن القاضي أبي بكر الذي قال : وهذا اختيارى أن كل رجلين أدعيا ما لا يمكن صدقهما فيه فهو بينهما نصفين ، وهذا لا يدرى ما أراد به أن مال المرأة بينهما نصفين فهو قول الغرقى وليس بقول آخر ، وان أراد أن مالها ومال الابن بينهما نصفين لم يصح لأنه يفضى الى أعطاء الأخ ما لا يدعيه ولا يستحقه يقينا ، لأنه لا يدعى من مال الابن أكثر من سدسه ولا يمكن أن يستحق أكثر منه . وان أراد أن ثلث مال الابن يضم الى مال المرأة فيقتسمانه نصفين لم يصح لأن نصف ذلك للزوج باتفاق منهما لا ينازعه الأخ فيه ، وانما النزاع بينهما فى نصفه ويحتمل أن يكون هذا مراده كما لو تنازع الأخ فيه وانما النزاع بينهما خفى كما لو تنازع رجلان دارا فى أيديهما فادعاها أحدهما كلها ، وادعى الآخر نصفها تقسم بينهما نصفين وتكون اليمين على مدعى النصف ، الا أن الفرق بين هذه المسألة وتلك أن الدار فى أيديهما فكل واحد منهما فى يده نصفها ، فمدعى النصف يدعيه وهى فى يده فقبل قوله فيه مع يمينه وفى مسألتنا يعترفان أن هذا ميراث عن الميتين فلا يد لأحدهما عليه لاعترافهما بأنه لم يكن لهما وانما هو ميراث يدعيانه عن غيرهما . وان أراد أن يضم سدس مال الابن الى نصف المرأة فيقسم بينهما نصفين فله وجه ، لأنهما تساويا فى دعواه فيقسم بينهما كما لو تنازعا دابة فى أيديهما وعلى كل واحد منهما اليمين فيما حكم له به ، والذى يقتضيه مذهب أحمد فى الغرقى والهدمى أن يكون سدس ميراث الابن للأخ وباقى الميراث للزوج لأنهم يقدرون أن المرأة ماتت أولا فيكون ميراثها لابنها وزوجها ثم مات الابن فورث الزوج كل ما فى يده فصار ميراثها كله لزوجها ، ثم ان الابن مات أولا فورثه أبواه لأمه الثلث

ثم ماتت فصار الثلث بين أخيها وزوجها نصفين لكل واحد منهما السدس فلم يرث الأخ الا سدس مال الابن كما ذكرنا ، ولعل هذا القول يختص بمن جهل موتهما واتفق وارثهما على الجهل به ، والقولان المتقدمان قول الخرقي وقول القاضي أبي بكر فيما اذا ادعى ورثة كل ميت أنه مات أخيرا ، وأن الآخر مات قبله ، فان كان لأحدهما بينة بما ادعاه حكم بها ، وان أقاما بينتين تعارضتا وهل تسقطان أو تستعملان فيقرع بينهما أو يتقاسمان ما اختلفا فيه ؟ يخرج على الروايات الثلاث هكذا أفاد ابن قدامة فى المغنى .

فرع وان مات رجل وخلف ابنا ودارا وزوجة وادعى الابن أن أباه ترك الدار ميراثا ، وادعت الزوجة أنه أصدقها الدار فى حياته ، وأقام كل واحد منهما بينة على ما ادعاه قدمت بينة الزوجة لأن بينة الابن تشهد بأصل الملك ، وبينة الزوجة تشهد بأمر حادث خفى على بينة الابن فقدمت كما لو كان الزوج حيا وأقام بينة أن الدار ملكه وأقامت الزوجة بينة أنه أصدقها الدار ، لا نعلم فى هذا خلافا بين العلماء .

فرع وان كان فى يد رجل دار فادعت امرأته أنه أصدقها اياها أو أنها اشترتها منه فأنكرها ، فالقول قوله مع يمينه ، لأن القول قول المنكر مع يمينه ، وان أقام كل واحد منهما بينة قدمت بينة المرأة لأنها تشهد بزيادة خفيت على بينة الزوج ولا نعلم فى هذا خلافا بين العلماء والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان تداعى رجلان حائطا بين داريهما فان كان مبنيا على تربيع احدهما مساويا لها فى السمك والحد ولم يكن بناؤه مخالفا لبناء الدار الأخرى ولم تكن بينة لأحدهما فالقول قول من بنى على تربيع داره لان الظاهر انه بنى لداره وان كان لأحدهما عليه أزج فالقول قوله لأن الظاهر انه بنى للأزج وان كان مطلقا وهو الذى لم يقصد به سوى السترة ولم تكن بينة حلفا وجعل بينهما لانه متصل بالملكين اتصالا واحدا وان كان لأحدهما عليه جذوع لم يقدم على الآخر بذلك لأنهما لو تنازعا فيه قبل وضع الجذوع كان بينهما ووضع الجذوع يجوز أن يكون باذن من الجار أو بقضاء حاكم يرى وضع**

الجذوع على حائط الجار بغير رضاه يزيل ما تيقناه بامر محتمل كما لو مات رجل عن دار ثم وجد الدار فى يد اجنبى) .

الشرح قال الشافعي رضى الله عنه : (فان تداعى رجلان جدارا بين داريهما فان كان متصلا ببناء أحدهما اتصال البناء الذى لا يحدث الا من أول البنـاء ، جعلته له دون المنقطع منه) وجملة ذلك أن الرجلين اذا تنازعا فى جدار بين ملكيهما ، وادعى كل واحد أنه ملكه ـ فان كان لأحدهما بينة دون الآخر ـ قضى لصاحب البينة ، وان لم يكن لأحدهما بينة نظرت ـ فان كان لأحدهما عليه بناء لا يمكن احداثه بعد كمال البناء ـ بأن كان عليـه أو فيه أزج معقود ـ وهى ما يكون بين محاريب المسـاجد وبين الأساطين كالأقواس ـ قال الأعشى :

بناء سليمان بن داود حقبة له أزج صم وطىء موثق

فالقول قول صاحب الأزج مع يمينه . قال الشيخ أبو حامد : لأن جدار الأزج معقود على نظام فى اعوجاجه واستوائه الا يشذ ولا يختلف نظـامه وانما حلفناه لجواز أن يكونا اشترطا فى بناء الأساس ثم عقد أحدهما الأزج عليه باذن صاحبه . قال ابن الصباغ فان كان مبنيا على تربيع بناء أحدهما متصلا به مساويا له فى السمك دون الآخر فالقـول قوله مع يمينه ، لأن الظاهر أنه له قال أبو اسحق المروزى : وان كان الجدار خمسة عشر ذراعا فعشر منه بين داريهما ولأحدهما خمسة أذرع متصلة بالعشرة ثم تنازعا فى العشرة فالقـول قول صاحب الخمسـة مع يمينه فى العشرة لأنه لا يمكن احداث ما ينفرد به دون الذى تنازعا فيه . فعلم أن الجميع له كما لو كان لأحدهما عليه أزج وقال الشيخ أبو حامد هذا غلط لا يجىء على المذهب ، لأن انفراده ببعض الحائط لا يدل على أن جميع الحائط له ، لأنه يجوز أن يكونا قد اشتركا فى بناء الذى بينهما وانفرد صاحب الزيادة ببنائها ويخالف اذا كان لأحدهما عليه أزج لأن الأزج موضوعة على الجدار ، فالظاهر أنه وضعها فى ملكه .

فـــرع فان كان الحائط على خشبة طويلة فأقر أحدهما لصـاحب

الخشبة وتنازعا فى الحائط أو تنازعا بالخشبة والحائط وقامت لأحدهما بنية بالخشبة أو كان بعض الخشبة فى ملك أحدهما فالقول قول صاحب الخشبة أو من بعضها فى ملكه مع يمينه فى الحائط لأنها لا تتبعض ، فاذا حكم له ببعضها حكم له بجميعها ، وحكم له بالحائط لأن الظاهر أنه وضع ملكه على ملكه وان كان الجدار غير متصل ببناء أحدهما وانما هو حاجز بين ملكيهما ويدهما عليه ، أو لا يد لأحد عليه ولا بينة لأحدهما حلف كل واحد منهما ـ فان حلفا أو نكلا قسم بينهما ، وان حلف أحدهما ونكل الآخر كان الجميع للحالف ، وهذا اذا كان متصلا ببناءيهما ، ولا ترجح دعوى من اليه داخل الحائط أو خارجه ولا من اليه معاقد القمط .

فرع فى مذاهب العلماء قد ذكرنا مذهبنا وبه قال أبو حنيفة ، وقال مالك وأبو يوسف رحمهما الله تعالى : يحكم به لمن اليه وجه الحائط ومعاقد القمط .

دليلنا : أن من اليه ذلك لا يدل على أن له ملك الحائط فلم ترجح به دعوى من هى اليه كما لو كان الى أحدهما النقوش والتجصيص ، وكذلك اذا كان لأحدهما على الحائط تجصيص أو نقوش فانه لا يحكم بالحائط له بذلك ، لأنه يمكن احداثه بعد كمال البناء وان كان عليه لأحدهما جذع أو جذوع لم ترجح بذلك دعواه . وقال مالك رحمه الله : اذا كان لأحدهما جذع رجحت دعواه فيحلف على الحائط أنه له . وقال أبو حنيفة : ترجح بجذعين فما زاد ولا ترجح بدون الجذعين .

دليلنا : أن وضع الجذوع معنى حادث بعد تمام البناء للحائط فلم ترجح به الدعوى كالتجصيص والتزويق .

فرع فان تنازع رجلان جدارا فى عرصة لأحدهما فالقول قول صاحب العرصة أن ما فى ملك الانسان أنه ملكه ، وان تنازعا عرصة عليها لأحدهما جدار ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد (أحدهما) أنه لا يرجح قول صاحب الجدار ، بل يتحالفان على العرصة ، كما قلنا فيهما اذا

تنازعا حائطا عليه لأحدهما جذوع (والثانى) أن القول قول صاحب الجدار ، لأن الظاهر أنه لا يضع ملكه الا على ملكه ، لأن أحدا لم يجوز وضع الجدار فى عرصة غيره بغير اذنه بخلاف الجذوع ، وهكذا الوجهان اذا تنازعا عرصة لأحدهما فيها نخلة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان تداعى صاحب السفل وصاحب العلو السقف ولا بينة حلف كل واحد منهما وجعل بينهما لأنه حاجز توسط ملكيهما فكان بينهما كالحائط بين الدارين فان تنازعا فى الدرجة فان كان تحتها مسكن فهى بينهما لأنهما متساويان فى الانتفاع بها وان كان تحتها موضع جب ففيه وجهان (احدهما) أنهما يحلفان ويجعل بينهما لأنهما يرتفقان بها (والثانى) انه يحلف صاحب العلو ويقضى له لأن المقصود بها منفعة صاحب العلو •

وان تداعيا سلما منصوبا حلف صاحب العلو وقضى له لأنه يختص بالانتفاع به فى الصعود •

وان تداعيا صحن الدار نظرت ـ فان كانت الدرجة فى الصحن ـ حلفا وجعل بينهما لأن لكل واحد منهما يدا عليه وان كانت الدرجة فى الدهليز ففيه وجهان (احدهما) أنها بينهما لأن لكل واحد منهما يدا ولهذا لو تنازعا فى اصل الدار كانت بينهما (والثانى) انه لصاحب السفل لأنها فى يده ولهذا يجوز أن يمنع صاحب العلو من الاستطراق فيها) •

الشرح اذا كان سفل الدار فى يد رجل والعلو فى يد آخر ـ فان تنازعا فى حيطان السفل ـ فالقول قول من السفل بيده مع يمينه وان تنازعا فى حيطان العلو فالقول قول من العلو بيده مع يمينه ، لأن كل واحد منهما هو الذى ينتفع بما فى يده فكان القول قوله فيه ، وان تنازعا على السقف الذى بينهما حلفا وجعل بينهما نصفين •

فرع وان كانت الدار علوها لرجل وسفلها لآخر وتنازعا فى الدرجة المعينة فى السفل الذى يصعد عليها صاحب العلو فادعى كل واحد منهما أنها ملكه ولا بينة لأحدهما ـ نظرت • فان كانت معجمة لا منفعة

لصاحب السفل تحتها فالقول قول صاحب العلو فيها مع يمينه لأنها فى انتفاعه خاصة وكذلك لو أختلفا فى ملك السلم المنصوب الذى يصعد عليه صاحب العلو لما ذكرناه .

فـــرع وان كانت الدرجة معقودة وهى سقف لبيت لصاحب السفل ، فقال الشيخان أبو حامد وأبو اسحاق الشيرازى هنا : فهى بينهما ، وأرادا اذا حلفا أو نكلا ، وان كانت ليست لبيت لصاحب السفل الا أن تحتها موضع جب لصاحب السفل ففيه وجهان (أحدهما) أنهما يحلفان ويجعل بينهما لأنهما يرتفقان بها (والثانى) أن القول قول صاحب العلو فيها ، لأن الانتفاع بها انما هو لصاحب العلو وانتفاع صاحب السفل فى ذلك غير مقصود وقال القاضى أبو الطيب : فيها وجهان ، سواء كانت سقفا لبيت لصاحب السفل أو سقفا لموضع الجب قال ابن الصباغ : وهو الأشبه .

فـــرع وان كانت الدار علوها لرجل وسفلها الآخر ، وفى السفل عرصة وتنازعا فى العرصة فادعى كل واحد منهما العرصة يملكها ــ فان كانت الدرجة لصاحب العلو فى آخر العرصة ــ حلف وجعلت بينهما لأنها فى يدهما وتصرفهما ، وان كانت الدرجة لصاحب العلو فى الدهليز من أول العرصة ففيما جاوز الدرجة من العرصة وجهان (أحدهما) أنهما يحلفان وتجعل بينهما ، لأن لكل واحد منهما يدا على العرصة (والثانى) أن القول قول صاحب السفل لأنه ليس لصاحب العلو الا الاستطراق فيها فيما جاوز الدرجة فكانت اليد فيها الانتفاع لصاحب السفل وحده . وان كانت الدرجة فى وسط العرصة فان أول العرصة الى حد الدرجة فى يدهما فيحلفان ويقسم بينهما ، وما جاوز الدرجة من العرصة على وجهين ، ومثل هذا زقاق لا ينفذ وفيه بابان لرجلين باب لأحدهما فى أوله وباب للآخر فى وسطه ، فمن أول الزقاق الى باب الأول بينهما وما جاوزه من الزقاق اذا تنازعاه على الوجهين وقد مضى ذكرهما فى كتاب الصلح .

فـــرع فى مذاهب العلماء : سبق أن قلنا انه ان تنازعا على

السقف الذى بينهما حلفا وجعل بينهما نصفين وقال أبو حنيفة : هو لصاحب السفل ، وحكاه أصحاب مالك رضى الله عنه ، وأصحابنا يحكون عنه أنه لصاحب العلو ، هكذا أفاده العمرانى رحمه الله فى البيان • وقد مضى فى القسمة ما قال ابن حزم فى المحلى من عدم جواز أن يكون العلو لمالك والسفل لمالك •

دليلنا : أنه حاجز بين ملكيهما غير متصل ببناء أحدهما اتصال البيتين ، فكان بينهما كالحائط بين الملكين •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان تداعى رجلان مسناة بين نهر احدهما وأرض الآخر حلفا وجعل بينهما لأن فيها منفعة لصاحب النهر لأنها تجمع الماء فى النهر ولصاحب الأرض منها منفعة لأنها تمنع الماء من أرضه •

فصل وان تداعى رجلان دابة واحدهما راكبها والآخر آخذ بلجامها حلف الراكب وقضى له وقال ابو اسحاق رحمه الله : هى بينهما لأن كل واحد منهما لو انفرد لكانت له والصحيح هو الأول لأن الراكب هو المنفرد بالتصرف فقضى له وان تداعيا عمامة وفى يد احدهما منها ذراع وفى يد الآخر الباقى حلفا وجعلت بينهما لأن يد كل واحد منهما ثابتة على العمامة وان تداعيا عبدا ولاحدهما عليه ثياب حلفا وجعل بينهما ولا يقدم صاحب الثياب لأن منفعة الثياب تعود الى العبد لا الى صاحب الثياب •

الشرح قوله (مسناة) تذكر كلمة مسناة فى المعاجم فى مادة (س ن و) تقول : أقمت عنده سنوات وسنيات • ووقعوا فى السنيات البيض وهى سنوات اشتددن على أهل المدينة • وأكريته مساناة مسانهة • ولم يتسن : لم تغيره السنون • وسنوت الماء سناية (وأذل من السانية) وهى البعير يسنى عليه • وأعرنى سانيتك غربك مع أداته • واستنى القوم سنوا لأنفسهم • وسنيت العقدة والقفل : فتحتها • وتسنى القفل : انفتح • قال :

هما غزوتان جميعا معا تسنى شبا قفلها المبهم

وعقدوا مسناة ومسنيات : لحبس الماء • وهذا أمر سنى • وأسنى له الجائزة • وجاورته فأسنى جوارى • ورأيت سنا البدر والبرق • وأسنى البرق : أضاء سناه • قال الزمخشرى : ومن المجاز : السحاب يسنو المطر ومسناك الغيث قال :

شحيح غادرت منه السوانى ككحل العين دقته اليهود

وسانيت فلانا حتى استخرجت ما عنده : تلطفت به داريته • وأخذهم الله بالسنة وبالسنين ، وسنيت لك الأمر : يسرته ، قال :

فلا تيأسوا واستغفروا الله انه اذا الله سنى عقد أمر تيسرا

وقال ابن بطال الركبى : وذكر فى مواضع من الكتاب ما يدل أن المسناة تجمع الماء من النهر ولم ألف منه على حقيقة • وقد ذكر أهل التفسير فى قوله تعالى (سيل العرم) أن العرم المسناة وكان ذلك سدا يجمع فيه ماء السيول •

أما الأحكام فقد قال فى الأم : وان كان لرجل نهر والى جانبه أرض لآخر وبينهما مسناة • فقال صاحب النهر : هى لى لتجمع الماء فى النهر ويكثر فأنتفع به • وقال صاحب الأرض : بل هى لى بنيتها لتمنع الماء عن دخول أرضى حلفا وجعلت بينهما •

وقال أبو حنيفة : تكون لصاحب النهر • وقال أبو يوسف : تكون لصاحب الأرض •

دليلنا أن لكل واحد منهما منفعة وهى مجاورة لملكيتهما فحلفا وجعلت بينهما كالسقف اذا تنازع فيه صاحب العلو وصاحب السفل وهو قول أحمد ابن حنبل رضى الله عنه •

فـــرع وان تنازعا دابة وأحدهما راكبها والآخر آخذ بلجامهـا ولا بينة لأحدهما فالقول قول الراكب فيهـا مع يمينه • ومن أصحابنا من قال : يحلفان وتجعل بينهما • والأول أصح لأن الراكب هو المنفرد بالتصرف وان تنازعا جملا ولأحدهما عليه حمل ولا بينة لأحدهما فالقول قول صاحب الجمل مع يمينه لأنه هو المنتفع به والظاهر أنه لا يحمل الا على ملكه • وان تداعيا عبـدا ولأحدهما عليـه ثوب فهما فيه سـواء • لأن صاحب الثوب لا ينتفع بلبس العبد لثوبه • وانما العبـد هو الذى ينتفع بلبسه بخلاف الحمل على الجمل • وان تداعيا عمامة فى يد أحدهمـا منها ذراع وفى يد الآخر الباقى فهما فيه سواء فيحلفان وتجعل بينهما نصفين لأن امساك الذراع يد • بدليل أنه لو كان فى يد رجل ذراع منها وباقيها على الأرض فادعاها عليه آخر كان القول قوله فيها مع يمينه • كما لو كان جميعها فى حجره •

ومذهب أحمد بن حنبل فى هذا الفرع كمذهبنا سواء بسواء هكذا حكاه صاحب المغنى الامام ابن قدامة رحمه الله •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان كان فى يد رجل عبد بالغ عاقل فادعى انه عبده فان صدقه حكم له بالملك ، وان كذبه فالقول قوله مع يمينه ، لأن الظاهر الحرية وان كان طفلا لا يميز فالقول قول المدعى • لأنه لا يعبر عن نفسه وهو فى يده فهو كالبهيمة • وان بلغ هذا الطفل فقال : لست بمملوك له لم يقبل قوله • لانا حكمنا بالملك فلا يسقط بانكاره • وان جاء رجل فادعى انه ابنه لم يثبت نسبه بمجرد دعواه • لأن فيه اضرارا بصاحب الملك ، لأنه ربما يعتقه فيثبت له عليه الولاء • واذا ثبت نسبه لمن يدعى النسب سقط حق ولائه • وان كان مراهقا وادعى انه مملوكه فانكر ففيه وجهان (أحدهما) انه لا يحكم بالملك لأنه يعبر عن نفسه فلم يحكم بملكه مع انكاره كالبالغ (والثانى) انه يحكم له بالملك وهو الصحيح لأنه لا حكم لقوله) •

الشرح اذا كان فى يد رجل طفل له تمييز فادعى أنه مملوكه ولا نعرف حريته قبل قوله لأنه فى يده فقبل قوله فيه ، وحكم له بملكه ، فان بلغ هذا الطفل وقال : لست بمملوك له لم يقبل قوله من غير بينة ، لأنا قد

حكمنا بملكه فلا يسقط بقوله وحكى القاضى أبو الطيب فى شرح الفروع وجها آخر أنه يقبل قول الطفل بحد بلوغه مع يمينه بناء على القولين فى اللقيط اذا حكم باسلامه بالدار ثم بلغ ووصف الكفر فانه يقبل منه فى أحد الوجهين ، وهذا ليس بصحيح ، لأن الاسلام حق فيه لله تعالى فقبل قوله فيما يسقطه ، والرق حق للآدمى فلا يقبل قوله فيما يسقطه وهكذا اذا كان فى يده صبى يستخدم ولم يدع ملكه فى صغره ولا أقر بحريته فلما بلغ هذا الصبى ادعى من هو فى يده أنه مملوكه قبل قوله فى ذلك ، لأن كونه فى يده وتصرفه يدل على ملكه ، فان جاء رجل وادعى أنه ابنه وهو مجهول النسب لم يقبل اقراره ولم يلحق به ، لأن فى ذلك اضراراً بالسيد لأنه ربما يعتقه فيثبت له عليه الولاء لقوله صلى الله عليه وسلم « وانما الولاء لمن أعتق » .

فرع اذا كان نسبه ثابتا من رجل لم يرثه بالولاء ، فان أقام المدعى بينة انه ابنه ثبت نسبه بذلك ، لأن البينة شهدت له بذلك ، ولا يزول ملك السيد عنه لأنه يجوز أن يكون ابنا لرجل ومملوكا لآخر ، الا أن يكون الذى ادعى بنوته وأقام البينة غريبا وقلنا بقوله القديم — ان الغرباء لا يسترقون فانه يحكم بحريته ، وان كان فى يد رجل صبى عاقل مميز وادعى أنه مملوكه فأنكر الصبى ففيه وجهان (أحدهما) لا يحكم له بملكه لأنه يعبر عن نفسه فلم يحكم له بملكه مع انكاره كالبالغ . (والثانى) أنه يحكم له بملكه — وهو الأصح — لأنه صغير فقبل قوله كالطفل .

فرع اذا كان فى يد رجل صبية صغيرة فادعى زوجيتها ولا بينة له لم تقر يده عليها ولا يخلى بينه وبينها لأن الحرة لا تثبت عليها اليد ، والمنافع لا يتصور ثبوت اليد عليها ، فاذا لم يكن له بينة ولا يد لم يصح من الصغيرة التصديق ، ولم يجز أن تقر فى يده ليخلو بها — فان بلغت فأقرت له بالنكاح ثبت النكاح على قوله الجديد ، ولم يثبت على القول القديم الا أن يكونا فى الغربة — فان أنكرت حلفت على الجديد ولم تحلف على القديم . هكذا أفاده صاحب البيان .

فرع وان كان فى يد رجل عاقل بالغ وادعى أنه مملوكه فأنكره

ولا بينة للمدعى فالقول قول المدعى عليه لأن الظاهر منه الحرية • وان صدقه أنه ملكه حكم له بملكه ، وان كان الكبير البالغ العاقل فى يد رجل وادعى كل واحد ملكه فأنكرهما حلف لكل واحـد منهما ، وان صدقهما معـا كان بينهما نصفين ، وان صدق أحدهما وكذب الآخر حكم بملكه لمن صدقه دون من كذبه • وقال أبو حنيفة : يحكم بملكه بينهما نصفين •

دليلنا أنه لا حكم ليدهما عليه قبل ثبوت رقه ، وانما حكم برقه باقراره ، فاذا أقر برق نفسه لأحدهما لم يشاركه الآخر • ولو أقام كل واحد منهما بينة برقه فصادق المملوك أحدهما أنه ملكه دون الآخر لم ترجح بينة المصدق لأنه لا يد له على نفسه ، وانما حكم برقه بالبينة فلم يقبل تصديقه لأحدهما •

فـــرع وان كان طفل فى يد رجلين فادعى لكل منهما ملك جميعه ولا بينة حلفا وجعل بينهما نصفين ، لأن اليد تثبت عليه ، ويد كل واحـد منهما ثابتة على نصفه فحكم له بملك نصفه وحلف عليه لصاحبه •

فـــرع وان اشترى رجل من رجل جارية وقبضها وادعت على المشترى أنها حرة الأصل ، وادعى المشترى أنها مملوكته ولا بينة لهـا على أصل الحرية ولا بينة للمشترى على اقرارها بالرق قال ابن الحداد رحمـه الله : فالقول قولها مع يمينها ، لأن الأصل فى الانسان الحرية ، والرق طارىء عليهـا •

قال ابن الحداد : فاذا حلفت حكم بحريتها ولا يرجع المشترى على البائع بالثمن ، لأن يمينها للمشترى فلا يتعدى حكمها الى البائع ، ولأن المشترى قد أقر أنها أمته ومملوكته ، وهذا اقرار منه بصحة البيع وثبوت ملك البائع على الثمن فلم يكن له الرجوع عليه فيه •

قال القاضى أبو الطيب : وقد قال بعض أصحابنا : اذا قال فى كتـاب الابتياع : اشترى فلان من فلان جميع ما هو له وفى ملكه وهو كذا وكذا ثم استحقه مستحق فان المشترى لا يرجع بالثمن على البائع ، لأن المشترى اذا

أشهد على نفسه بذلك فقد أقر أن البائع باعه ما يملكه ، ولا يقبل رجوعه . وكذلك اذا قال فى المبيع : تسلم فلان من فلان يعنى المشترى جميع كذا ـ يعنى المبيع ـ وصار فى ملكه يكون اقرارا منه بصحة البيع ، فلا يرجع بالثمن اذا استحق لما ذكرناه .

فرع قال ابن الحداد : اذا اشترى رجل من رجل شيئا فقبضه فادعى مدع أنه ملكه فالقول قول المشترى مع يمينه ، فان نكل عن اليمين ورد اليمين على المدعى فحلف استحق المدعى به ولا يرجع المشترى على البائع بالثمن باقراره . وان قلنا : انه كالبينة ، فان ذلك يخص المدعى عليه ولا يتعدى الى غيره من البائع وغيره ، ويخالف اذا قامت البينة بالاستحقاق لأنها تثبت فى حق جميع الناس .

فرع فان ادعى رجل على رجل جارية فى يده فأنكر ونكل عن اليمين فحلف المدعى وسلم الجارية اليه فوطئها وأولدها أولادا ثم قال المدعى : كنت كاذبا والجارية للمدعى عليه فلا يقبل قوله فى ابطال حق الجارية وأولادها لأنها صارت أم ولد له ، وأولادها أحرار فلا يقبل قوله فيما يسقط حقهم كما لو اشترى عبدا وأعتقه وادعى أنه كان مغصوبا ، ويجب عليه قيمة الجارية أكثر ما كانت من حين قبضها الى حين تقوم ، ويجب عليه له مهرها ويجب عليه له قيمة أولادها حين سقطوا لأنه حكم بحريتهم ذلك الوقت . ولا يجوز له وطؤها لأنه مقر بتحريمها عليه ، فان اشتراها أو من المدعى عليه اتهبها منه حلت له ، لأنا تيقنا اباحتها له .

فرع اذا شهد شاهدان بعتق عبد أو أمة ثبت عتقها سواء صدقهما المشهود بعتقه أو لم يصدقهما ولا تفتقر الشهادة فى العتق الى تقدم الدعوى ، ووافقنا أبو حنيفة رضى الله عنه فى الأمة وخالفنا فى العبد .

دليلنا أنها شهادة بعتق فلا تفتقر الى تقدم الدعوى كعتق الأمة .

فرع لو ادعى عليه أنه أقرضه ألفا فقال المدعى عليه :

لا يستحق على شيئا وأقام المدعى ذلك بينة وأقام المدعى عليه أنه قضاه ألفا ولم يعرف التاريخ قال ابن القاص : قضى ببينة القضاء ، لأنه لا يثبت الا الألف وقد ثبتت بينة القضاء ولا يكون للقضاء الا بما عليه . وان أنكر المدعى عليه القرض وأقام المقرض بينة بالقرض وأقام المنكر بينة بالقضاء ثبتت بينة المقرض أولا لأنه أنكر القرض فلا تسمع بينة أنه قضى القرض وانما يكون قضاء لغير ذلك والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان تداعى الزوجان متاع البيت الذى يسكنانه ولا بينة حلفا وجعل الجميع بينهما نصفين ، لانه فى يدهما فجعل بينهما كما لو تداعيا الدار التى يسكنان فيها . وان تداعى المكرى والمكترى المتاع الذى فى الدار المكراة فالقول قول المكترى لأن يده ثابتة على ما فى الدار . وان تداعيا سلما غير مسمر فهو للمكترى ، لانه كالمتاع ، وان تداعيا سلما مسمرا فالقول قول المكرى لانه من اجزاء الدار . وان تداعيا الرفوف المسمرة فالقول قول المكرى لانها متصلة بالدار فصارت كاجزائها ، وان كانت غير مسمرة فقد قال الشافعى رحمه الله : انهما يتحالفان وتجعل بينهما ، لأن الرفوف قد تترك فى العادة وقد تنقل عنها فيجوز ان تكون للمكترى ويجوز ان تكون للمكرى فجعل بينهما) .**

الشرح اذا اختلف الزوجان فى متاع البيت الذى يسكنان فيه فادعى كل واحد منهما أنه له ولا بينة لأحدهما فانهما يحلفان ويقسم بينهما سواء كان المتاع يصلح للرجال دون النساء كالسلاح أو كان يصلح للنساء دون الرجال كالحلى والأقراط والأساور ، أو كان يصلح لهما كالدنانير والفلوس والدراهم وسواء كان فى أيديهما من طريق المشاهدة أو فى أيديهما من طريق الحكم ، وسواء اختلفا فى حال الزوجية أو بعد البينونة . وكذلك اذا ماتا واختلف ورثتهما أو مات أحدهما واختلف الثانى وورثة الميت .

فرع فى مذاهب العلماء فى متاع البيت ، قلنا : ان مذهبنا قسمة كل ما فى البيت نصفين سواء كان مما يصلح للرجال أو للنساء أو للجنسين

معا وضربنا لذلك الأمثال وهو قول عبد الله بن مسعود رضى الله عنه وعثمان البتى وزفر • وقال أحمد بن حنبل رحمه الله : أن ما يصلح للرجال من العمائم وقمصانهم وجبابهم والأقبية والطيالسة والسلاح وأشباه ذلك ، القول فيه قول الرجل مع يمينه ، وما يصلح للنساء كحليهن وقمصهن ومقانعهن وملابسهن الداخلية ومغازلهن فالقول قول المرأة مع يمينها ، وما يصلح لهما كأدوات المطبخ وأجهزة الاذاعة بالصوت والصورة والمفارش والموائد والأوانى كل ذلك بينهما ، وسواء كان فى أيديهما من طريق المشاهدة أو طريق الحكم ، وسواء أختلفا فى حال الزوجية أو بعد البينونة ، وسواء اختلفا هما أو اختلف ورثتهما أو أحدهما وورثة الآخر •

وقال أحمد فى رواية الجماعة منهم يعقوب بن بختان فى الرجل يطلق زوجته أو يموت فتدعى المرأة المتاع ، فما كان يصلح للرجال فهو للرجال وما كان من متاع النساء فهو للنساء ، ما استقام أن يكون بين الرجال والنساء فهو بينهما ، وان كان المتاع على يدى غيرهما فمن أقام البينة دفع اليه وان لم تكن لها بينة أقرع بينهما فمن كانت له القرعة حلف وأعطى المتاع •

وقال أحمد فى رواية مهنا : وكذلك ان اختلفا وأحدهما مملوك وبهذا قال الثورى وابن أبى ليلى •

وقال القاضى أبو بكر من أصحاب أحمد : هذا انما هو فيما اذا كانت أيديهما عليه من طريق الحكم ، أما ما كان فى يد أحدهما من طريق المشاهدة فهو له مع يمينه وان كان فى أيديهما قسم بينهما نصفين ، سواء كان يصلح لهما أو لأحدهما • وهذا قول أبى حنيفة ومحمد بن الحسن ، الا أنهما قال : لا يصلح لهما ويدهما عليه من طريق الحكم فالقول قول الرجل مع يمينه ، واذا اختلف أحدهما وورثه الآخر فالقول قول النافى منهما لأن اليد المشاهدة أقوى من اليد الحكمية • بدليل أنه لو تنازع الخياط وصاحب الدار فى الابرة والمقص كانت للخياط •

وقال أبو يوسف : القول قول المرأة فيما جرت العادة أنه قدر جهاز

مثلها • وقال مالك : ما صلح لكل واحد منهما فهو له وما صلح لهما كان للرجل سواء كان فى أيديهما من طريق المشاهدة أو من طريق الحكم ، لأن البيت للرجل ويده أقوى عليه السكنى •

دليلنا أنهما تنازعا فيما فى أيديهما ولا مزية لأحدهما على الآخر أشبه اذا كان فى أيديهما من جهة المشاهدة والدلالة ، على أنه ليس للنافى أن وارث الميت قائم مقامه أشبه ما لو وكل أحدهما لنفسه وكيلا ، وبالجملة فانهما تساويا فى ثبوت اليد على الشىء المتنازع فيه فكان القول قولهما فيه كما لو تنازعا فى الدار التى يسكنانها •

اذا ثبت هذا فان المعروف عرفا كالمشروط شرطا وكالمنصوص نصا وقد جرى العرف فى ديارنا المصرية حرسها الله وأزال غمتها وأقال عثرتها أن أولياء الزوجة يأخذون صداقها ويضيفون عليه مما عندهم مثله أو مثليه (على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) ويشترون بذلك أثاث البيت من فراش النوم والأكل والاستقبال ، وقد جرى العرف على أن أثاث البيت متاع للزوجة تملكه ولو كان من مال الرجل ، كما جرت العادة على ضمان حق الزوجة بعمل قوائم يوقع الزوج عليها لاثبات حقها • الا أن الخلاف فيه اذا لم تكن بينة يجرى فيه ما سبق من أحكام فان قلنا أن العرف غير مطرد فى اعتبار أثاث البيت ملكا لها ولو كان كذلك لما لجأوا الى صنع القوائم ، وذلك لاحتمال أن يكون البيت قد أثثه الزوج من قبل ، أو يكون ملك زوجته المتوفاة من حيث ورثه منهما فالحكم فيه على ما مضى •

(فائدة تروى عن الشافعى)

وقد روى الامام تاج الدين السبكى فى الطبقات الكبرى باسناده عن زينب بنت الكمال الى ابن داود بن منصور ، حدثنا عبيد بن خلف البزاز ، أبو محمد ، حدثنى اسحاق بن عبد الرحمن قال : سمعت الحسين الكرابيسى•

قلت : كذا فى السند عبيد عن اسحاق ، وعبيد صاحب الكرابيسى ، ولا يمتنع أن يسمع عنه كما سمع منه •

رجع الحديث الى الكرابيسى ، سمعت الشافعى يقول : كنت أقرأ كتب الشعر ، فآتى البوادى ، فأسمع منهم ، قال : فقدمت مكة منها ، فخرجت وأنا أتمثل بشعر للبيد وأضرب وحشى [1] قدمى بالسوط فضربنى رجل من ورائى من الحجبة ، فقال : رجل من قريش ، ثم ابن المطلب رضى من دينه ودنياه أن يكون معلما ، ما الشعر ؟ هل الشعر اذا استحكمت فيه ؟ ألا قعدت معلما يفقه ، يعلمك الله .

قال : فنفعنى الله بكلام ذلك الحجبى ، فرجعت الى مكة ، فكتبت عن ابن عيينة ما شاء الله أن أكتب ثم كنت أجالس مسلم بن خالد الزنجى ، ثم قدمت على مالك بن أنس فكتبت موطأه ، فقلت له : يا أبا عبد الله ، أقرأ عليك ؟ قال : يا ابن أخى تأتى برجل يقرأه على فتسمع ، فقلت : أقرأ عليك فتسمع الى كلامى ! فقال لى : اقرأه فلما سمع كلامى لقراءة كتبه أذن لى ، فقرأت عليه حتى بلغت « كتاب السير » فقال لى : اطوه يا ابن أخى ، تفقه تعل .

فجئت الى مصعب بن عبد الله ، فكلمته أن يكلم بعض أهلنا ، فيعطينى شيئا من الدنيا فانه كان لى من الفقر والفاقة ما الله به عليم ، فقال لى مصعب : أتيت فلانا فكلمته ، فقال لى : أتكلمنى فى رجل كان منا فخالفنا ، فأعطانى مائة دينار .

وقال لى مصعب : ان هارون الرشيد قد كتب الى أن أصير الى اليمن قاضيا ، فتخرج معنا لعل الله أن يعوضك ما كان هذا الرجل يعوضك .

قال : فخرج قاضيا على اليمين ، فخرجت معه ، فلما صرنا باليمن وجالسنا الناس ، كتب مطرف بن مازن الى هارون الرشيد : ان أردت اليمن لا يفسد عليك ، ولا يخرج من يديك فأخرج عنه محمد بن ادريس . وذكر أقواما من الطالبيين .

---

(١) انسى القدم ما أقبل منها على القدم الأخرى ، ووحشيها ما خالف انسيها . اللسان (و ح ش) ٣٦٩/٦ .

قال : فبعث الى حماد البربرى [1] فأوثقت بالحديد ، حتى قدمنا على هارون بالرقة •

قال : فأدخلت على هارون ، قال : فأخرجت من عنده •

قال : وقدمت ومعى خمسون دينارا ، قال : ومحمد بن الحسن يومئذ بالرقة ، فأنفقت تلك الخمسين دينارا على كتبهم •

قال : فوجدت مثلهم ومثل كتبهم مثل رجل كان عندنا يقال له فروخ ، وكان يحمل الدهن فى زق له ، فكان اذا قيل له : عندك فرشنان • قال : نعم ، فان قيل : عندك زئبق قال : نعم ، فان قيل : عنـدك خيزى • قال : نعم ، فاذا قيل له : أرنى وللزق رءوس كثيرة ، فيخرج له من تلك الرءوس ، وانما هى دهن واحد •

وكذلك وجدت كتاب أبى حنيفة ، انما يقولون : كتاب الله ، وسـنة نبيه صلى الله عليه وسلم وانما هم مخالفون له •

قال : فسمعت ما لا أحصـيه ، محمـد بن الحسن يقول : ان اتابعكم الشافعى فما عليكم من حجازى كلفة بعده •

فجئت يوما فجلست اليه ، وأنا من أشـد الناس هما وغما من سخط أمير المؤمنين • وزادى قد نفد •

قال : فلما أن جلست اليه أقبل محمد بن الحسن ، يطعن على أهل دار الهجرة ، فقلت : على من تطعن ؟ على البلد أم على أهله ؟ والله لئن طعنت على أهله انما على أبى بكر وعمر والمهاجرين والأنصار ، وان طعنت على البلدة فانها بلدتهم التى دعا لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبارك لهم فى

---

(١) بفتح الباءين الموحدتين بينهما راء وبعد الباء الثانية راء اخرى ؛ هذه النسـبة الى بلاد البربر وهم جبل كبير من ناحيـة كبيرة من بلاد المغرب • اللباب ١/١٠٧ •

صاعهم ومدهم ، وحرمه كما حرم ابراهيم مكة ، لا يقصد صيدها ، فعلى أيهم تطعن ؟

فقال : معاذ الله أن أطعن على أحد منهم ، أو على بلدته ، وانما أطعن على حكم من أحكامه .

فقلت له : ما هو ؟ قال : اليمين مع الشاهد . قلت له : ولم طعنت ؟

قال : فانه مخالف لكتاب الله . فقلت له : فكل خبر يأتيك مخالف لكتاب الله أيسقط ؟ قال فقال لى : كذا يجب . فقلت له : ما تقول فى الوصية للوالدين ؟ فتفكر ساعة ، فقلت له : أجب . فقال : لا تجب .

قال : فقلت له : فهذا مخالف لكتاب الله ، لم قلت : انه لا يجوز ؟

فقال : لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا وصية للوالدين » .

قال : فقلت له أخبرنى عن شاهدين حتم من الله

قال : فما تريد من ذا ؟

قال فقلت له : لئن زعمت أن الشاهدين حتم من الله لا غيره ، كان ينبغى لك أن تقول : اذا زنى زان فشهد عليه شاهدان ، ان كان محصنا رجمته ، وان كان غير محصن جلدته .

قال : فان قلت لك : ليس هو حتم من الله ؟

قال : قلت له : اذا لم يكن حتما من الله فننزل كل حكم من الأحكام منازله : فى الزنا أربعا ، وفى غيره شاهدين ، وفى غيره رجلا وامرأتين ، وانما أعنى فى القتل لا يجوز الا شاهدين ، فلما رأيت قتلا وقتلا ، أعنى بشهادة الزنا ، وأعنى بشهادة القتل ، فكان هذا قتلا ، وهذا قتلا . غير أن أحكامها مختلفة ، فذلك كل حكم نزله حيث أنزله الله ، منها بأربع ، ومنها بشاهدين ، ومنها برجل وامرأتين ، ومنها شاهد واليمين ، فرأيتك تحكم بدون هذا .

قال : وما أحكم بدون هذا ؟

قال : فقلت له : ما تقول فى الرجل والمرأة اذا اختلفا فى متاع البيت ؟

فقال : أصحابى يقولون فيــه : ما كان للرجل فهو للرجال ، وما كان للنساء فهو للنساء . قال فقلت : أبكتاب الله هذا ، أم بسنة رسول الله ؟

قال : وقلت له : فما تقول فى الرجلين اذا اختلفا فى الحائط ؟

فقال : فى قول أصحابنا : اذا لم يكن لهم بينة ينظر الى العقد ، من أين هو البناء فأحكم لصاحبه .

قال : فقلت له : أبكتاب الله قلت هذا ، أم بسنة رسول الله قلت هذا ؟

وقلت له : ما تقول فى رجلين ، بينهما خص فيختلفان ، لمن يحكم اذا لم يكن لهما بينة ؟

قال : أنظر الى معاقده من أى وجه فأحكم له .

قلت له : بكتاب الله قلت هذا ، أم بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟

قال : وقلت له : فما تقــول فى ولادة المرأة ، اذا لم يكن يحضرها الا امرأة واحدة ، وهى القابلة وحدها ، ولم يكن غيرها ؟

قال فقال : الشهادة جائزة بشهادة القابلة وحدها تقبلها .

قال فقلت له : قلت هذا بكتاب الله ، أم بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ .

قال ثم قلت له : من كانت هذه أحكامه فلا يطعن على غيره .

قال : ثم قلت له : أتعجب من حكم حكم به رسول الله صلى الله عليــه وسلم ، وحكم به أبو بكر وعمر ، وحكم به على بن أبى طالب بالعراق ، وقضى به شريح ؟

قال : ورجل ورائى يكتب ألفاظى وأنا لا أعلم .

قال : فأدخل على هارون ، وقرأه عليه .

قال : فقال لى هرثمة بن أعين : وكان متكئا فاستوى جالسا ، قال : إقرأه على ثانيا قال : فأنشأ هارون يقول : صدق الله ورسوله ، صدق الله ورسوله ، صدق الله ورسوله ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تعلموا من قريش ، ولا تعلموها ، قدموا قريشا ولا تؤخروها ، ما أنكر أن يكون محمد بن ادريس أعلم من محمد بن الحسن .

قال : فرضى عنى وأمر لى بخمسمائة دينار قال : فخرج به هرثمة وقال لى بالسوط هكذا فاتبعته فحدثنى بالقصة وقال لى : قد أمر لك بخمسمائة دينار وقد أضفنا اليه مثله قال : فوالله ما ملكت قبلها ألف دينار الا فى ذلك الوقت قال : وكنت أتشيع فكفانى الله على يد مصعب اهـ .

فـــرع اذا تنازع المكرى والمكترى فى المتاع الذى فى الدار المكراة فادعى كل واحد منهما ملك جميعه ولا بينة فالقول قول المكترى مع يمينه ، لأن يده باقية عليه ، وكذلك اذا تنازعا فى السلالم التى ليست بمستعمرة فى الدار فالقول قول المكرى مع يمينه لأنها كالقماش وان تنازعا فى السلاليم المسمرة والرفوف المسمرة فالقول قول المكرى مع يمينه لأنها متصلة بالدار فهى كأجر الدار . وان تنازعا فى الرفوف التى ليست بمسمرة قال الشافعى رضى الله عنه : تحالفا وجعلتها بينهما ، والفرق بينها وبين القماش أن العادة لم تجر أن الانسان اذا انتقل من دار يترك فيها قماشه فكان الظاهر أنها للمكترى ، وجرت العادة بأن من انتقل من الدار يترك فيها الرفوف ، ويجوز أن يكون المكترى أتى بها ، واذا احتملت الأمرين تحالفا جعلته بينهما .

فـــرع فى أقوال العلماء نقلته من ابن قدامة رحمه الله . قال :

اذا اختلف المكرى والمكترى فى شىء من الدار نظرت فان كان مما ينقل ويحول كالأثاث والأوانى والكتب فهو مكترى ، لأن العادة أن الانسان يكرى داره فارغة من رحله وقماشه ، وان كان فى شىء مما يتبع فى البيع كالأبواب المنصوبة والخوابى المدفونة والرفوف المسمرة والسلالم المسمرة

والمفاتيح والرحا المنصوبة وحجرها التحتانى فهى للمكرى ، لأنه من توابع الدار فأشبه الشجرة المغروسة فيها ، وان كانت الرفوف موضوعة على أوتاد فقال أحمد : اذا اختلفا فى الرفوف فهى لصاحب الدار فظاهر هذا العموم فى الرفوف كلها .

وقال القاضى : كلام أحمد محمول على المسمرة فأما غير المسمرة فهى بينهما اذا تحالفا ، لأنها لا تتبع فى البيع فأشبهت القماش . وهذا ظاهر للمكترى ، وللمكرى ظاهر يعارض هذا ، وهى أن المكرى يترك الرفوف فى الدار ولا ينقلها عنها ، فاذا تعارض الظاهران من الجانبين استويا قال : وهذا مذهب الشافعى ، فعلى هذا اذا تحالفا كانت بينهما وان حلف أحدهما ونكل الآخر فهى لمن حلف .

وذكر القاضى فى موضع آخر وأبو الخطاب أنه ان كان للرف شكل منصوب فى الدار فهو لصاحب الدار مع يمينه ، وان لم يكن له شكل منصوب تحالفا وكان بينهما ، لأنه اذا كان له شكل منصوب فى الدار فالشكل تابع للدار فهو لصاحبها ، والظاهر أن أحد الرفين لمن له الآخر ، وكذلك ان اختلفا فى مصراع باب مقلوع فالحكم فيه كما ذكرنا لأن أحدهما لا يستغنى عن صاحبه ، فكان أحدهما لمن له الآخر كالحجر الفوقانى من الرحا والمفتاح مع السكرة ، ووجه ظاهر كلام أحمد فى أن الرفوف لصاحب الدار على كل حال ان العادة جارية بترك الرفوف فى الدار ولم تجر بنقل المكترى لها معه ، فكانت لصاحب الدار كالذى له شكل منصوب ، ولأنها اذا كانت لها أوتاد منصوبة فالأوتاد لصاحب الدار فكذلك ما نصبت له كالحجر الفوقانى من الرحا اذا كان السفلانى منصوبا ومفتاح السكرة المسمرة أ هـ والله أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ومن وجب له حق على رجل وهو غير ممتنع من دفعه لم يجز لصاحب الحق أن يأخذ من ماله حقه بغير اذنه لان الخيار فيما يقضى به الدين الى من عليه الدين ، ولا يجوز أن يأخذ الا ما يعطيه وان اخذ بغير اذنه لزمه

رده فان تلف ضمنه لأنه أخذ مال غيره بغير حق . وان كان ممتنعا من أدائه فان لم يقدر على أخذه بالحاكم فله أن يأخذ من ماله لقوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا اضرار » وفى منعه من أخذ ماله فى هذا الحال اضرار به . وان كان يقدر على اخذه بالحاكم بأن تكون له عليه بينة ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يجوز أن يأخذه لأنه يقدر على اخذه بالحاكم فلم يجز ان يأخذه بنفسه (والثانى) وهو المذهب انه يجوز لأن هندا قالت « يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح وانه لا يعطينى ما يكفينى وولدى الا ما آخذه سرا ، فقال عليه السلام : خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » فأذن لها فى الأخذ مع القدرة على الأخذ بالحاكم ، ولأن عليه فى المحاكمة مشقة فجاز له أخذه . فان كان الذى قدر عليه من جنس حقه أخذ قدر حقه ، وان كان من غير جنسه اخذه ولا يجوز ان يتملكه لأنه من غير جنس ماله فلا يجوز ان يتملكه ، ولكن يبيعه ويصرف ثمنه فى حقه . وفى كيفية البيع وجهان (أحدهما) أنه يواطىء رجلا ليقر له بحق وأنه ممتنع عن أدائه فيبيع الحاكم المال عليه (والثانى) وهو المذهب انه يبيع المال بنفسه لأنه يتعذر عليه ان يثبت الحق عند الحاكم وانه ممتنع من بيعه فملك بيعه بنفسه فان تلفت العين قبل البيع ففيه وجهان (أحدهما) انها تتلف من ضمان من عليه الحق ولا يسقط دينه ، لأنها محبوسة لاستيفاء حقه منها ، فكان هلاكها من ضمان المالك كالرهن (والوجه الثانى) انها تتلف من ضمان صاحب الحق لأنه أخذها بغير اذن المالك فتلفت من ضمانه بخلاف الرهن فانه اخذه باذن المالك فتلف من ضمانه) .

الشرح الحديث الأول مضى تخريجه فى أول الكتاب آنفا .

أما الحديث الثانى « أن هند بنت عتبة زوج أبى سفيان جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح لا يعطينى من النفقة ما يكفينى وولدى الا ما أخذته منه سرا وهو لا يعلم ، فهل على فى ذلك شىء ؟ فقال : خذى وولدك بالمعروف » متفق عليه من حديث عائشة رضى الله عنها وله عندهما ألفاظ . ورواه الطبرانى من حديث عروة بن الزبير عن هند وقد مضى برواياته فى صدقة التطوع وكتاب النفقات وباب عشرة النساء .

أما الأحكام فانه اذا كان لرجل على رجل حق ــ فان كان مقرا له به باذلا له لم يجز له أن يأخذ شيئا من ماله بغير اذنه لأنه مخبر فى أعيان ماله التى يقضيه منها ، فان أخذ شيئا من ماله لزمه رده عليه ، فأما اذا كان جاحدا له فى الظاهر مقرا له فى الباطن ــ فان لم يكن لصاحب الحق بينة بحقه فله

أن يأخذ من ماله قدر حقه بغير اذنه . وان كان له بينة ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز له أن يأخذ شيئاً من ماله بغير اذنه لأنه يقدر على الوصول الى حقه باقامة البينة عند الحاكم (والثانى) يجوز له ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أذن لهند رضى الله عنها أن تأخذ من مال أبى سفيان بحقها ، وقد كان لها التوصل الى استيفاء حقها منه بالحكم ، ولأن على صاحبه مشقة فى المحاكمة ، وان كان مقرا فى الظاهر والباطن الا أنه غير باذل لدفعه وممتنع بقوة فله أن يأخذ من ماله بقدر حقه لحديث هند امرأة أبى سفيان المذكور فى الفصل .

اذا ثبت هذا فان كان الذى أخذ من ماله من جنس حقه لم يأخذ الا قدر حقه ، فاذا أخذه تملكه ، وان كان الذى أخذه من غير جنس حقه فلا يجوز له أن يتملكه لأنه من غير جنس حقه ، ولكن يباع ويستوفى حقه من ثمنه ، وفى كيفية بيعه وجهان (أحدهما) يبيعه بنفسه لأنه لو أداه الى الحاكم وأخبره بذلك لم يجز للحاكم بيعه حتى يقيم البينة على حقه ، وعلى امتناعه ، وربما تعذر عليه ذلك ، فيجوز له بيعه بنفسه لأنه موضع ضرورة (والثانى) لا يجوز له بيعه بنفسه ، لأنه لا ولاية له على مالكه ، والحيلة فى بيع الحاكم ذلك عليه اذا لم يمكنه اقامة البينة على حقه أن يتواطأ مع رجل يستدرجه حتى يقر له بما أخذه من مال الآخر ، ويدعى عليه بدين عند الحاكم ويقر له ويمتنع من أدائه فيأمر الحاكم من يبيع ذلك عليه ، والأول صح ، لأنه لا يؤمن من مواطئه على ذلك الا يقر له بالدين ، ويدعى العين التى أقر له بها ، فيتعذر عليه الوصول الى حقه . فاذا باع ذلك بنفسه أو باعه الحاكم — فان كان ثمنه قدر دينه فلا كلام ، وان كان أقل من دينه فله أن يتوصل الى أخذ شىء من ماله ليستوفى حقه وان كان أكثر من حقه — فان كان مما ينقسم — باع منه بقدر حقه ورد الباقى عليه على حسب امكانه بأن يقول : وهبت لك أو غير ذلك ، وان كان مما لا ينقسم باع جميعه وأخذ قدر حقه ، ورد عليه بقية الثمن على حسب امكانه ، فان تلف ما أخذه قبل أن يبيع بغير تفريط فيه وجهان (أحدهما) لا ضمان عليه ، بل له أخذ حقه ممن عليه الحق لأنه استحق أخذه وصرف ثمنه فى حقه فلم يضمنه كالرهن

(والثانى) عليه ضمانه لأنه أخذ مال غيره بغير اذنه فلزمه ضمانه • ولو جاز له أخذه كما لو اضطر الى طعام غيره فأخذه وتلف فى يده قبل أن يأكله فان عليه ضمانه كذلك هذا مثله •

فـــرع فى مذاهب العلماء : قال الخرقى فى متنه المشـــهور على مذهب الامام أحمد بن حنبل رضى الله عنه : ومن كان له على أحد حق فمنعه منه وقدر له على مال لم يأخذ منه مقدار حقه لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أد الأمانة لمن ائتمنك ولا تخن من خانك » رواه الترمذى فقال ابن قدامة : وجملته أنه اذا كان لرجل على غيره حق وهو كان مقر به باذل له ، لم يكن له أن يأخذ من ماله الا ما يعطيه بلا خلاف بين أهل العلم ، فان أخذ منه شيئا من غير اذنه لزمه رده اليه ، وان كان قدر حقه ، لأنه لا يجوز أن يملك عليه عينا من أعيان ماله بغير اختياره لغير ضرورة وان كانت من جنس حقه ، لأنه قد يكون للانسان غرض فى العين • فان أتلفهـــا أو تلفت فصارت دينا فى ذمته وكان الثابت فى ذمته من جنس حقه تقاصا فى قيـــاس المذهب ، والمشهور من مذهب الشافعى وان كان مانعا له لأمر يبيح المنـــع كالتأجيل والاعسار لم يجز أخذ شىء من ماله بغير خلاف ، وان أخذ شـــيئا لزمه رده ان كان باقيا أو عوضه ان كان تالفا ، ولا يحصل التقاص ههنـــا لأن الدين الذى له الا يستحق أخذه فى الحال بخلاف التى قبلها ، وان كان مانعا له بغير حق وقدر على استخلافه بالحاكم أو السلطان لم يجز له الأخذ أيضا بغيره ، لأنه قدر على استيفاء حقه بمن يقوم مقامه فأشبه ما لو قدر على استيفائه من وكيله ، وان لم يقدر على ذلك لكونه جاحدا له ولا بينة له به ، أو لكونه لا يجيبه الى المحاكمة ، ولا يمكنه اجباره على ذلك أو نحو هذا فالمشهور فى المذهب أنه ليس له أخذ قدر حقـــه ، وهو احدى الروايتين عن مالك •

قال محمد نجيب المطيعى ابن الشيخ ابراهيم الطوابى : والرواية الأخرى عن مالك هى المشهورة عنه : ان لم يكن على من عليه الحق دين لغيره جاز له أن يأخـــذه من ماله بقدر حقه ، وان كان عليه دين لغيره أخذ بحصته من ماله •

قال ابن عقيل من الحنابلة : وقد جعل أصحابنا المحدثون لجواز الأخذ وجها في المذهب أخذا من حديث هند حين قال لها النبي صلى الله عليه وسلم : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » .

ويقول صاحبه أبو الخطاب : يتخرج لنا جواز الأخذ فان كان المقدور عليه من جنس حقه أخذه بقدره ، وان كان من غير جنسه تحرى واجتهد في تقويمه ، مأخوذ من حديث هند ، ومن قول أحمد في المرتهن : يركب ويحلب بقدر ما ينفق ، والمرأة تأخذ مؤنتها وبائع السلعة يأخذها من مال المفلس بغير رضاه .

وقال أبو حنيفة : له أن يأخذ بقدر حقه ان كان عينا أو ورعا أو من جنس حقه ، وان كان عوضا لم يجز لأن أخذ العوض عن حقه اعتياض ولا يجوز المعاوضة الا برضا من المتعاوضين قال الله تعالى « الا أن تكون تجارة عن تراض منكم » واحتج القائلون بعدم الأخذ بقوله صلى الله عليه وسلم « أد الأمانة لمن ائتمنك ولا تخن من خانك » رواه الترمذي وحسنه ، ومتى أخذ منه قدر حقه من ماله بغير علمه فقد خانه ، فيدخل في عموم الخبر . وقال صلى الله عليه وسلم « لا يحل مال امرىء مسلم الا عن طيب نفس منه » لأنه ان أخذ من غير جنس حقه كان معاوضة بغير تراض . وان أخذ من جنس حقه فليس له تعيين الحق بغير رضى صاحبه ، فان التعيين اليه ، ألا ترى أنه لا يجوز أن يقول له : أقضني حقي من هذا الكيس دون هذا ؟ ولأن كل ما لا يجوز له تملكه اذا لم يكن له دين لا يجوز له أخذه اذا كان له دين كما لو كان باذلا له .

وأجابوا عن حديث هند بأن أحمد رحمه الله اعتذر عنه بأن حقها واجب عليه في كل وقت ، وهذا اشارة منه الى الفرق بالمشقة في المحاكمة في كل وقت والمخاصمة كل يوم تجب فيه النفقة بخلاف الدين . وفرق أبو بكر بينهما بفرق آخر ، وهو أن قيام الزوجية كقيام البينة فكأن الحق صار معلوما يعلم قيام مقتضيه وبينهما فرقان آخران :

(أحدهما) أن للمرأة من التبسط فى ماله بحكم العادة ما يؤثر فى اباحة أخذ الحق وبذل اليد فيه بالمعروف بخلاف الأجنبى •

(الثانى) أن النفقة تراد لاحياء النفس وابقاء المهجة وهذا مما لا يصبر عنه ولا سبيل الى تركه فجاز أخذ ما تندفع به هذه الحاجة بخلاف الدين حتى تقول : لو صارت النفقة ماضية كان لها أخذها ولو وجب لها عليه دين آخر لم يكن لها أخذه ، فعلى هذا أن أخذ شيئا لزمه رده ان كان باقيا ، وان كان تالفا وجب مثله ان كان مثليا أو قيمته ان كان متقوما ، فان كان من جنس دينه تقاصا وتساقطا فى قياس مذهب أحمد وان كان من غير جنسه لزمه غرمه •

ومن جوز الأخذ من أصحاب أحمد فانه قال : ان وجد من جنس حقه جاز له الأخذ منه بقدر حقه من غير زيادة ، وليس له الأخذ من غير جنس حقه مع قدرته على أخذه من جنسه ، وان لم يجد الا من غير جنس حقه فيحتمل ألا يجوز له تملكه لأنه لا يجوز أن يبيعه من نفسه ، وتلحقه فيه تهمه ، ويحتمل أن يجوز له ذلك كما قالوا الرهن ينفق عليه اذا كان مركوبا أو محلوبا ، يركب ويحلب بقدر النفقة وهى من غير الجنس •

دليلنا عليهم حديث هند لأنه اذا جاز لها أن تأخذ من ماله ما يكفيها بغير اذنه جاز للرجل أخذ الحق الذى على الرجل •

وأما الجواب عن استدلالهم بحديث « أد الأمانة لمن ائتمنك ولا تخن من خانك » فانه من الاستدلال على محل النزاع بما هو أجنبى عنه ، فان صاحب الحق لم يجحد الأمانة ، ولم يخن بأخذ جنس حقه أو قدر حقه ، بدليل أن هندا لم يكن تصرفها فى مال زوجها الذى فى أمانه يعد خيانة ، وأما الجواب عن أن النفقة تراد لاحياء النفس وابقاء المهجة ، فانه فى سبيل احياء النفس تدرأ الحدود وفى سبيل احياء النفس يباح المال بقدر ما يسد الرمق ، ونحن قد فرقنا بين الممتنع عن الوفاء بقوة وبين المقر بالدين وان كان متراخيا فى القضاء • على أن لحديث هند فى الأصح أنها كانت تسأل

أن تطعم وتتصدق من مال أبي سفيان ففي رواية البخاري : « إن أبا سفيان رجل مسيك فهل على حرج أن أطعم من الذي له ؟ قال : الا بالمعروف » .

وأما الجواب عن حديث : « لا يحل مال امرىء مسلم الا عن طيب نفس منه » فانه بخطاب الممتنع عن قضاء من عليه أولى من خطاب صاحب الدين ، لأن صاحب الدين لا تطيب نفسه بأن يمتنع من عليه الدين من أدائه اليه ، فيكون بهذا واقعا تحت طائلة الآخذ ما لا يحل له بغير طيب نفس من صاحبه . وليس في استيفاء الحق أخذ لمال الغير لأنه ماله جنسا أو قدراً والله تعالى أعلم بالصواب وله الحمد والمنة سبحانه على كل حال وهو حسبي ونعم الوكيل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

إذا ادعى رجل على رجل حقا فانكره ولم يكن للمدعي بينة ، فان كان ذلك في غير الدم حلف المدعى عليه ، فان نكل عن اليمين ردت اليمين على المدعي ، وقد بينا ذلك في باب الدعاوى . وان كانت الدعوى في دم ولم يكن للمدعي بينة ـ فان كان في قتل لا يوجب القصاص ـ نظرت فان كان هناك لوث حلف المدعي خمسين يمينا وقضى له بالدية . والدليل عليه ما روى عن سهل بن ابي حثمة ان عبد الله ومحيصة خرجا الى خيبر من جهد اصابهما فاتى محيصة وذكر ان عبد الله طرح في فقير او عين ماء فاتى يهودا فقال : انتم والله قتلتموه قالوا : والله ما قتلناه فاقبل هو واخوه حويصة وعبد الرحمن اخو المقتول الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهب محيصة يتكلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الكبر الكبر فتكلم حويصة ثم تكلم محيصة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اما ان يدوا صاحبكم واما ان يأذنوا بحرب من الله ورسوله ، فكتب اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك فكتبوا : انا والله ما قتلناه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لحويصة ومحيصة وعبد الرحمن أتحلفون خمسين وتستحقون دم صاحبكم ؟ فقالوا : لا قال : ايحلف لكم يهود ؟ قالوا : لا ليسوا بمسلمين فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده . فبعث اليهم بمائة ناقة قال سهل : لقد ركضتني منها ناقة حمراء » ولان باللوث تقوى جنبة المدعي ويغلب على الظن صدقه فسمعت يمينه كالمدعي اذا شهد له عدل وحلف معه .

وان كانت الدعوى فى قتل يوجب القود ففيه قولان قال فى القديم : يجب القود بايمان المدعى لانها حجة يثبت بها قتل العمد فوجب بها القود كالبينة . وقال فى الجديد : لا يجب لقوله صلى الله عليه وسلم « اما ان يدوا صاحبكم او يأذنوا بحرب من الله ورسوله » فذكر الدية ولم يذكر القصاص ولانه حجة لا يثبت بها النكاح فلا يثبت بها القصاص كالشاهد واليمين . فان قلنا بقوله القديم كانت الدعوى على جماعة وجب القود عليهم . وقال ابو اسحاق رحمه الله : لا يقتل الا واحد يختاره الولى لانها بينة ضعيفة فلا يقتل بها جماعة ، وهذا خطأ ، لان الجماعة عندنا تقتل بالواحد ، والقسامة على هذا القول كالبينة فى ايجاب القود فاذا قتل بها الواحد قتل بها الجماعة) .

الشرح حديث سهل بن أبى حثمة متفق عليه من طريق سهل ومن طريق رافع بن خديج ، وفى رواية لمسلم عن سهل عن رجل من كبراء قومه . واسناد البخارى حدثنا أبو نعيم [1] حدثنا سعيد بن عبيد عن بشير ابن يسار زعم أن رجلا من الأنصار يقال له سهل بن أبى حثمة أخبره أن نفرا من قومه انطلقوا الى خيبر فتفرقوا فيها ووجد أحدهم قتيلا ، وقالوا للذين وجد فيهم : قتلتم صاحبنا قالوا : ما قتلنا ولا علمنا قاتلا ، فانطلقوا الى النبى صلى الله عليه وسلم فقالوا : يا رسول الله انطلقنا الى خيبر فوجدنا أحدنا قتيلا فقال : الكبر الكبر فقال لهم : تأتون بالبينة على من قتله قالوا : ما لنا بينة قال : فتحلفون خمسين يمينا فتستحقون صاحبكم أو قاتلكم ، قالوا : كيف نحلف ولم نشهد ؟ قال : فتبريكم يهود بخمسين يمينا ، قالوا : وكيف نقبل أيمان قوم كفار ؟ قالوا : لا نرضى بأيمان اليهود ، فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يطل دمه فوداه بمائة من ابل الصدقة » . ومن طريق مسلم حدثنا قتيبة بن سعيد حدثنا الليث بن سعد عن يحيى هو ابن سعيد الأنصارى عن بشير بن يسار عن سهل بن أبى حثمة قال يحيى : وحسبته قال : وعن رافع بن خديج أنهما قالا : خرج عبد الله بن سهل بن زيد ومحيصة بن مسعود بن زيد حتى اذا كانا بخيبر تفرقا فى بعض ما هنالك ثم اذا محيصة يجد عبد الله بن سهل قتيلا فدفنه ثم ذهب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم هو وحويصة بن مسعود وعبد الرحمن بن سهل وكان أصغر القوم فذهب عبد الرحمن ليتكلم قبل صاحبيه

---

(١) هو الفضل بن دكين شيخ البخارى بل اكبر شيوخه .

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كبر الكبر فى السن فصمت وتكلم صاحباه وتكلم معهما فذكروا لرسول الله صلى الله عليه وسلم مقتل عبد الله ابن سهل فقال لهم : أتحلفون خمسين يمينا فتستحقون صاحبكم أو قاتلكم ؟ قالوا • كيف نحلف ولم نشهد ؟ قال : فتبريكم يهود بخمسين يمينا قالوا : كيف نقبل أيمان قوم كفار ! فلما رأى ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاه عقله • وعند مسلم حدثنا عبد الله بن عمر القواريرى حدثنا حماد بن زيد حدثنا يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار عن سهل بن أبى حثمة ورافع بن خديج أن محيصة بن مسعود وعبد الله بن سهل انطلقا قبل خيبر فتفرقا فى النخل فقتل عبد الله بن سهل فاتهموا اليهود فجاء أخوه عبد الرحمن وابن عمه حويصة ومحيصة الى النبى صلى الله عليه وسلم فتكلم عبد الرحمن فى أمر أخيه وهو أصغر القوم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كبر الكبر أو قال : ليبدأ الأكبر فتكلما فى أمر صاحبهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع برمته قالوا : أمر لم نشهده كيف نحلف ؟ قال : فتبريكم يهود بأيمان خمسين منهم قالوا : يا رسول الله وكيف نقبل أيمان قوم كفار ؟ قال : فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من قبله قال سهل : فدخلت مربدا لهم فركضتنى ناقة من تلك الابل ركضة برجلها ، قال حماد هذا أو نحوه • قال أبو محمد بن حزم رحمه الله : فشك يحيى فى رواية الليث هل ذكر بشير بن يسار ورافع بن خديج مع سهل بن أبى حثمة أو لم يذكر ولم يشك فى رواية حماد بن زيد عنه فى أن رافعا روى عنه هذا الخبر بشير ، وكلا الرجلين ثقة حافظ وحماد أحفظ من الليث ، والروايتان معا صحيحتان ، فصح أن يحيى شك مرة هل ذكر بشير رافعا مع سهل أم لا ، وقطع يحيى مرة فى أن بشيرا ذكر رافعا مع سهل ولم يشك فهى زيادة من حماد ، وزيادة العدل مقبولة • ومن طريق مسلم حدثنا بشير بن عمر قال : سمعت مالك بن أنس وحدثنا أيضا عبد الله بن ربيع حدثنا محمد بن معاوية حدثنا أحمد بن شعيب حدثنا أحمد بن عمرو بن السرح ، ومحمد بن مسلمة • قال أحمد : حدثنا محمد ابن وهب وقال محمد حدثنا ابن القاسم ثم اتفق ابن وهب وابن القاسم وبشير بن عمر كلهم يقول : حدثنا مالك بن أنس حدثنا أبو ليلى بن عبد

الله بن عبد الرحمن بن سهل عن سهل بن أبى حثمة أنه أخبره عن رجال من كبراء قومه أن عبد الله بن سهل ومحيصة خرجا الى خيبر من جهد أصابهما فأتى محيصة فأخبر أن عبد الله بن سهل قد قتل وطرح فى عين أو فقير فأتى يهود فقال : أنتم والله قتلتموه قالوا : والله ما قتلناه ثم أقبل حتى قدم على قومه فذكر لهم ذلك ثم أقبل هو وأخوه حويصة وهو أكبر منه وعبد الرحمن ابن سهل فذهب محيصة ليتكلم وهو الذى كان بخيبر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لمحيصة : كبر كبر يريد السن فتكلم حويصة ثم تكلم محيصة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اما أن يدوا صاحبكم واما أن يؤذنوا بحرب فكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهم فى ذلك فكتبوا : انا والله ما قتلناه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم ؟ قالوا : لا قال : فتحلف لكم يهود ؟ قالوا : ليسوا مسلمين ، فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده فبعث اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة ناقة حتى دخلت عليهم الدار ، قال سهل : لقد ركضتنى منها ناقة حمراء . ومن طريق سفيان بن عيينة حدثنا يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار عن سهل بن أبى حثمة قال : وجد عبد الله بن سهل قتيلا فجاء أخواه حويصة ومحيصة وهما عما عبد الله بن سهل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهب عبد الرحمن يتكلم فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم الكبر الكبر ، قالوا : يا رسول الله انا وجدنا عبد الله بن سهل قتيلا فى قليب — يعنى من قليب خيبر — قال النبى صلى الله عليه وسلم : من تتهمون ؟ قالوا : نتهم يهود قال : فتقسمون خمسين يمينا أن اليهود قتلته قالوا : وكيف نقسم على ما لم نر ؟ قال : فتبريكم اليهود بخمسين يمينا أنهم لم يقتلوه قالوا : وكيف نرضى بأيمانهم وهم مشركون ؟ فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده » اهـ . قلت : وذكر البيهقى أن البخارى ومسلما أخرجاه من رواية الليث وحماد بن زيد وبشر بن المفضل كلهم عن يحيى بن سعيد ، واتفقوا كلهم على البداية بالأنصار ، ورواه أبو داود من رواية ابن عيينة عن يحيى بلفظ : « فتبرئكم يهود بخمسين يمينا يحلفون أنهم لم يقتلوه » فبدأ بذكر اليهود وقال : انه وهم من ابن عيينة ، وأخرجه البيهقى من طريقه وقال : ان مسلما أخرجه ولم يسق متنه ، وقد وافق وهيب

ابن خالد ابن عيينة على روايته ، أخرجه أبو يعلى • هكذا أفاده الحافظ ابن حجر فى تلخيص الحبير •

أما اللغات فاللوث القوة ، والجراحات والمطالبات بالأحقاد وشبه الدلالة ، وتمراغ اللقمة فى الاهالة ولزوم الدار ولوك الشىء فى الفم والبطء فى الأمر ، واللوثة بالضم الاسترخاء والبطء والحمق والهيج ومس الجنون وكثرة اللحم والشحم والضعف وخرقة تجمع ويلعب بها ، والالتياث الاختلاط والالتفاف والابطاء ، والتلويث التلطيخ ، واللائث الأسد ، وسميت الأركان ههنا قسامة لتكرارها وكثرتها ، وان كانت كل يمين قسما ، وقيل لأنها تقسم على الأولياء فى الدم وفى معنى القوة يقول الأعشى :

بذات لوث عفرناه اذا عثرت فالنعس أدنى لها من أن يقال لعا

وقوله (من جهد أصابهما) الجهد بالفتح والضم الطاقة والمشقة وجهد بفتح عينه جد واجتهد ، واجهد جهدك : أبلغ غايتك ، وجهد كعلم فهو مجهود من المشقة يقال : أصابهم قحط من المطر فجهدوا • قوله : (طرح فى قليب) القليب هو حفير كالبئر هو مخرج الماء من القناة ، وفى القاموس : هو فم القناة •

وقوله (الكبر الكبر) أى قدم الأكبر ولا تتقدم عليه فى الكلام وكان عبد الرحمن أصغر من صاحبيه وقوله (يأذنوا) وقوله تعالى : (فأذنوا بحرب من الله ورسوله) الأذان الاعلام ، فكأنه يقول كونوا على علم •

أما حويصة وأخوه محيصة فقد قال النووى رضى الله عنه فى تهذيب الأسماء واللغات : مذكوران فى القسامة من المختصر والمهذب ويجوز فيهما تشديد الياء مكسورة ويجوز تخفيفها ساكنة والأشهر التشديد • وهو أبو سعيد حويصة بن مسعود بن كعب بن عامر بن عدى بن مجدعة بن حارثة ابن الحارث بن الخزرج بن عمرو بن مالك بن الأوس الأنصارى الأوسى الحارثى المدنى الصحابى رضى الله عنه ، شهد هو وأخوه محيصة أحدا والخندق وسائر المشاهد بعدهما مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى

عنه محمد بن سهل بن أبى حثمة وحرام بن سعد وكان حويصة أسن من محيصة وأسلم محيصة قبله وأسلم حويصة على يد محيصة رضى الله عنهما اهـ .

وأما سهل بن أبى حثمة فقال رضى الله عنه فى التهذيب (سهل بن أبى حثمة) الصحابى تكرر فى المهذب فذكره فى استقبال القبلة وصلاة الخوف والعرايا والقسامة . وحثمة بفتح الحاء المهملة واسكان المثلثة ، واسم أبى حثمة عبد الله بن ساعدة وقيل عامر بن ساعدة بن عامر بن عدى بن جشم ابن مجدعة بن حارثة ابن الحارث بن الخزرج بن عمرو بن مالك بن الأوس الأنصارى وكنية سهل أبو يحيى ويقال : أبو محمد وهو مدنى توفى النبى صلى الله عليه وسلم وهو ابن ثمان سنين ، وقد حفظ عن النبى صلى الله عليه وسلم أحاديث روى له عن النبى صلى الله عيه وسلم خمسة وعشرون حديثا ، اتفقا على ثلاثة منها روى عنه نافع بن جبير وعبد الرحمن بن مسعود وبشير بن يسار بالمهملة ، وصالح بن خوات والزهرى ، وقيل : لم يسمع منه وحديثه فى صلاة الخوف والعرايا والقسامة فى الصحيحين وحديثه فى استقبال القبلة فى مسألة سترة المصلى صحيح أيضا رواه أبو داود وغيره بأسانيد صحيحة .

اما الأحكام فانه اذا ادعى رجل على رجل حقا فأنكره ولا بينة للمدعى ــ نظرت ، فان كانت الدعوى فى غير القتل ــ فالقول قول المدعى عليه مع يمينه . وان حلف سقطت عنه الدعوى ، وان نكل عن اليمين وحلف المدعى قضى له بما ادعاه ، وقد مضى بيان ذلك .

وان كانت الدعوى فى القتل ولا بينة للمدعى ــ فان كان هناك لوث وهو معنى يغلب معه على الظن صدق المدعى ، مثل أن يوجد الرجل مقتولا فى محلة أعدائه وما أشبه ذلك على ما يأتى بيانه ــ فان الأيمان ثبتت فى جنبة ولى المقتول أولا ، فيحلف خمسين يمينا على المدعى عليه ، سواء كان بالمقتول جراحة أو لا جراحة به .

اذا ثبت هذا وحلف ولى المقتول ـ فان كانت الدعوى بقتل الخطأ أو عمد الخطأ ـ وجبت الدية على عاقلة المدعى عليه كما لو قامت البينة بالقتل بذلك ، وان كانت الدعوى بقتل يقتضى القود ففيه قولان قال فى القديم : يجب القود على المدعى عليه ، لقوله صلى الله عليه وسلم « يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع برمته » وألزمه الحبل الذى يقاد به للقتل ، وقيل : هو عبارة عن التسليم للقتل ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « تحلفون وتستحقون دم صاحبكم » ومعلوم أن صاحبهم المقتول قد أريق دمه ولا يمكنهم استحقاقه ، فثبت أنه أراد دم صاحبكم القاتل • ولأنها حجة ثبت بها قتل العمد فثبت بها القود كالشاهدين • وقال فى الجديد : لا يجب القود ، وانما تجب الدية لقوله صلى الله عليه وسلم « اما أن يدوا صاحبكم أو يأذنوا بحرب من الله ورسوله » فلو كان موجب القتل فى القسامة مع اللوث القود لقال : اما أن يسلموا صاحبكم ليقاد منه ، ولأنها حجة لا يثبت بها النكاح فلا يثبت بها القود كالشاهد واليمين ، وفيه احتراز من الشاهدين ، فأما قوله صلى الله عليه وسلم « يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع برمته » فمحمول على أنه يسلم برمته ليؤخذ منه الدية ، وقوله صلى الله عليه وسلم « تحلفون وتستحقون دم صاحبكم » أى بدل دم صاحبكم وهو الدية ، لأن صاحبهم فى الحقيقة هو الأنصارى دون اليهود وأما الحديث الذى ساقه العمرانى فى البيان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن النبى صلى الله عليه وسلم قتل رجلا فى القسامة من بنى مالك » فمحمول على أن المدعى حلف بعد نكول المدعى عليه فى غير اللوث ، وسميت القسامة لتكرار الأيمان فيها • فاذا قلنا بقوله القديم ـ فان كان المدعى عليه واحدا ـ أقيد منه ، وان كانت الدعوى على جماعة يصح اشتراكهم فى القتل كالعشرة وما أشبههم ، وأقسم عليهم الولى فانهم يقتلون وبه قال مالك •

وحكى الشيخ أبو حامد وابن الصباغ أن أبا العباس بن سريج قال : اذا حلف الولى على جميعهم اختار منهم واحدا وقتله وأخذ من الباقين حصتهم من الدية ، وحكاه المصنف عن أبى اسحق المروزى ، ولم يذكر أنه

يرجع عليهم بشيء ، ووجهه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال للأنصار : يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع برمته فلم يجعل لهم استحقاق القود بالقسامة على واحد فدل على أن القود لا يستحق بالقسامة على أكثر من واحد والمذهب الأول لأنها حجة يقتل بها الواحد فقتل بها الجميع كالشاهدين ، وأما الخبر فانما أمرهم بتعيين المدعى عليهم للقتل لأن اليهود الذين ادعى عليهم القتل كانوا جماعة لا يتأتى منهم الاشتراك فى القتل ، وأما قوله صلى الله عليه وسلم « يقسم خمسون منكم » فيجوز أنه كان له خمسون وليا .

فـــرع في مذاهب العلماء فى القسامة

قلنا ان كانت الدعوى فى القتل ولا بينة للمدعى فان كان هناك لوث فان الأيمان تثبت فى جنبة ولى المقتول أولا فيحلف خمسين يمينا على المدعى عليه سواء كان بالمقتول جراحة أو لا جراحة به . هذا مذهبنا وبه قال ربيعة وتلميذه مالك والليث بن سعد وأحمد بن حنبل رحمهم الله تعالى وقال أبو حنيفة : اذا وجد الرجل مقتولا فى محلة قوم ــ فان لم يكن به جراحة فانه يوجد من صالحى المحلة أو القرية خمسون رجلا ــ فيحلف كل منهم يمينا ما قتلناه ولا علمنا من قتله ، ان لم يكن فيها الا رجل واحد حلف خمسين يمينا ، فان حلفوا وجبت دية المقتول على باقى المحلة سواء زال ملكه عنها أو لم يزل ان كان موجودا ، فان لم يكن موجودا كانت الدية على عاقلة سكان المحلة من حلف منهم ومن لم يحلف .

وقال أبو يوسف : تكون الدية على السكان بكل حال ، قالوا : وان وجد القتيل فى مسجد المحلة حلف منهم خمسون رجلا وكانت الدية فى بيت المال ، وان وجد القتيل فى دار نفسه فديته على عاقلته ، وان وجد بين قريتين نظر الى أيهما أقرب ويكون حكمها حكمه كما لو وجد فيها ويفصل الكاسانى فى بدائع الصنائع هذا المجمل قال :

فأما حكم نفس لم يعلم قاتلها فوجوب القسامة والدية عند عامة العلماء، وعند مالك وجوب القسامة والقصاص ، والكلام فى القسامة يقع فى

مواضع : فى تفسير القسامة وبيان محلها ، وفى بيان شرائط وجوب القسامة والدية ، وفى بيـان سبب وجوب القسـامة والدية وفى بيان من يدخل فى القسامة والدية ، وفى بيان ما يكون ابراء عن القسامة والدية •

أما تفسير القسامة وبيـان محلها فالقسامة فى اللغـة تستعمل بمعنى الوسامة والجمال ، يقال : فلان قسيم أى حسن جميل ، وفى صفات النبى صلى الله عليه وسلم قسيم وتستعمل بمعنى القسم وهو اليمين الا أن فى عرف الشرع تستعمل فى اليمين بالله تبارك وتعالى بسبب مخصوص وعدد مخصـوص وعلى شـخص مخصوص ، وهـو المدعى عليـه على وجه مخصوص ، وهو أن يقول خمسـون من أهل المحلة اذا وجد قتيل فيها بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا ، فاذا حلفوا يغرمون الدية ، وهذا عند أصحابنا رحمهـم الله وقال مالك رحمه الله : ان كان هناك لوث يستحلف الأوليـاء خمسين يمينا فاذا حلفوا يقتص من المدعى عليه •

وتفسير اللوث عنده أن يكون هناك علامة القتل فى واحد بعينـه أو يكون هناك عداوة ظاهرة ، وقال الشافعى رحمه الله : ان كان هناك لوث أى عداوة ظاهرة ، وكان بين دخوله المحلة وبين وجوده قتيلا مدة يسيرة ، يقال للولى عين القاتل فان عين القاتل يقال للولى احلف خمسين يمينا فان حلف فله قولان ، فى قول يقتل القاتل الذى عينه كما قال مالك ، وفى قول يغرمه الدية • فان عدم أحد الشرطين اللذين ذكرناهما يحلف أهل المحلة ، فاذا حلفوا لا شىء عليهم كما فى سائر الدعاوى ثم قال الكاسانى :

احتجا لوجوب القسـامة على المدعى بحديث سهل بن أبى حثمة أنه قال : وجد عبد الله بن سهل قتيلا فى قليب كبير فجاء أخوه عبد الرحمن بن سهل وعماه حويصة ومحيصة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهب عبد الرحمن يتكلم عنـد النبى صلى الله عليه وسلم فقـال صلى الله عليه وسلم الكبر الكبر فتكلم أحد عميه ، اما حويصة واما محيصة الكبير منهما فقال : يا رسول الله انا وجدنا عبد الله قتيلا فى قليب من قليب خيبر ، وذكر عداوة اليهود لهم فقال صلى الله عليه وسلم يحلف لكم اليهود خمسين يمينا

أنهم لم يقتلوه ، فقالوا : كيف نرضى بأيمانهم وهم مشركون ؟ فقال صلى الله عليه وسلم فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه فقالوا : كيف نقسم على ما لم نر ؟ فوداه صلى الله عليه وسلم من عنده » ووجه الاستدلال أن النبى صلى الله عليه وسلم عرض اليمين على أولياء القتيل • ثم قال :

ولنا ما روى عن زياد بن أبى مريم أنه قال : « جاء رجل الى النبى صلى الله عليه وسلم قال : يا رسول الله انى وجدت قتيلا فى بنى فلان فقال صلى الله عليه وسلم اجمع منهم خمسين فيحلفون بالله ما قتلوه فقال : يا رسول الله ليس لى من أخى الا هذا ؟ فقال : بل لك مائة من الابل » فدل الحديث على وجوب القسامة على المدعى عليهم وهم أهل المحلة لا على المدعى ، وعلى وجوب الدية عليهم مع القسامة • وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : « وجد قتيل بخيبر فقال صلى الله عليه وسلم اخرجوا من هذا الدم ، فقالت اليهود قد كان وجد فى بنى اسرائيل على عهد موسى فقضى فى ذلك ، فان كنت نبيا فاقض فقال لهم صلى الله عليه وسلم تحلفون خمسين يمينا ثم تغرمون الدية فقالوا : اقضيت بالناموس » أى بالوحى وهذا نص فى الباب وبه يبطل قول مالك رحمه الله بايجاب القصاص ، ولو كان الواجب هو القصاص لغرمهم القصاص لا الدية • وروى أن سيدنا عمر رضى الله عنه حكم فى قتيل وجد بين قريتين فطرحه على أقربهما وألزم أهل القرية القسامة والدية • وكذا روى عن سيدنا على رضى الله عنه ولم ينقل الانكار عليهما من الصحابة رضى الله عنهم فيكون اجماعا ثم قال :

وأما حديث سهل ففيه ما يدل على عدم الثبوت ولهذا ظهر النكير فيه من السلف فان فيه أنه صلى الله عليه وسلم دعاهم الى أيمان اليهود فقالوا : كيف نرضى بأيمانهم وهم مشركون ؟ وهذا يجرى مجرى الرد لما دعاهم اليه مع أن رضا المدعى لا مدخل له فى يمين المدعى عليه ، وفيه أيضا أنه لما قال لهم : يحلف منكم خمسون أنهم قتلوه قالوا : كيف نحلف على ما لم نشهد ، وهذا أيضا يجرى مجرى الرد لقوله صلى الله عليه وسلم ثم أنهم أنكروا ذلك لعدم علمهم بالمحلوف عليه ورسول الله صلى الله عليه وسلم كان يعلم أنهم لا علم لهم بذلك فكيف استجاز عرض اليمين عليهم ، ولئن ثبت

فهو مؤول ، وتأويله أنهم لما قالوا لا نرضى بأيمان اليهود فقال لهم صلى الله عليه وسلم « يحلف منكم خمسون » على الاستفهام ، أى أيحلف ؟ اذ الاستفهام قد يكون بحذف حرف الاستفهام كما قال تعالى (تريدون عرض الدنيا) أى أتريدون عرض الدنيا ، كما روى فى بعض ألفاظ حديث سهل « أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم ؟ » على سبيل الرد والانكار عليهم كما قال تبارك وتعالى (أفحكم الجاهلية يبغون ؟) حملناه على هذا توفيقا بين الدلائل ، والحديث المشهور دليل على ما قلنا ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » جعل جنس اليمين على المدعى عليه فينبغى ألا يكون شىء من الأيمان على المدعى • ثم قال رحمه الله :

فان قيل روى عنه صلى الله عليه وسلم قوله « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه الا فى القسامة » استثنى القسامة فينبغى ألا تكون اليمين على المدعى عليه فى القسامة لأن حكم المستثنى يخالف حكم المستثنى منه • فالجواب أن الاستثناء لو ثبت فله تأويلان (أحدهما) اليمين على المدعى عليه بعينه الا فى القسامة فانه يحلف من لم يدع عليه القتل بعينه (والثانى) اليمين كل الواجب على المدعى عليه الا فى القسامة ، فانه يجب معها الدية •

فان قيل : أى فائدة فى الاستحلاف على العلم وهم لو علموا القاتل فأخبروا به لكان لا يقبل قولهم ، لأنهم يسقطون به الضمان عن أنفسهم فكانوا متهمين دافعين الغرم عن أنفسهم وقد قال صلى الله عليه وسلم « لا شهادة للمتهم » وقال صلى الله عليه وسلم « لا شهادة لجار المغنم [1] ولا لدافع المغرم » •

قيل : انما استحلفوا على العلم اتباعا للسنة ، لأن السنة هكذا وردت لما روينا من الأخبار فاتبعنا السنة من غير أن نعقل فيه المعنى ثم فيه فائدة من وجهين (أحدهما) أن من الجائز أن يكون القاتل عبدا لواحد منهم فيقر

---

(١) فى هذين الحديثين نظر ، ولم أجدهما فى ديوان من دواوين السنة واصحاب مذهب ابى حنيفة يسيغون جعل القواعد الفقهية أحاديث •

عليه بالقتل فيقبل اقراره ، لأن اقرار المولى على عبده بالقتل الخطأ صحيح ، فيقال له : ادفعه أو أفده ويسقط الحكم عن غيره فكان التحليف على العلم مفيدا ، وجائز أن يقر على عبده غيره ويصدقه مولاه فيؤمر بالدفع أو الفداء ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيدا فجاز أن يكون التحليف على العلم لهذا المعنى فى الأصل ثم بقى هذا الحكم ثم ساق شواهد من الرمل فى الطواف ثم قال (والثانى) أنه لا يمتنع أن يكون واحد منهم أمر صبيا أو مجنونا أو محجوراً عليه بالقتل ولو أقر به يلزمه فى ماله يحلف بالله ما علمت له قاتلا، لأنه لو قال : علمت له قاتلا وهو الصبى الذى أمره بقتله لكان حاصل الضمان عليه ، ويسقط الحكم عن غيره ، فكان مفيدا والله تعالى أعلم وأما شرائط القسامة التى ذكرها الكاسانى عند أصحابه فأنواع منها :

أن يكون الموجود قتيلا ، وهو أن يكون به أثر القتل من جراحة أو أثر ضرب أو خنق ، فان لم يكن شىء من ذلك فلا قسامة فيه ولا دية ، لأنه اذا لم يكن به أثر القتل فالظاهر أنه مات حتف أنفه فلا يجب فيه شىء ، فاذا احتمل أنه مات حتف أنفه واحتمل أنه قتل احتمالا على السواء فلا يجب شىء بالشك والاحتمال ، ولهذا لو وجد فى المعركة ولم يكن به أثر القتل لم يكن شهيدا حتى يغسل . وعلى هذا قالوا : اذا وجد والدم يخرج من فمه أو من أنفه أو دبره أو ذكره لا شىء فيه لأن الدم يخرج من هذه المواضع عادة بدون الضرب بسبب القىء والرعاف ، وعارض آخر فلا يعرف كونه قتيلا وان كان يخرج من عينه أو أذنه ففيه القسامة والدية ، لأن الدم لا يخرج من هذه المواضع عادة فكان الخروج مضافا الى ضرب حادث فكان قتيلا وأما ابن حزم فى المحلى فانه يقول : اختلف الناس فى القسامة على أقوال نذكر منها ما يسر الله تعالى ان شاء الله تعالى على حسب ما وردت عمن جاء عنه فى ذلك أثر عن الصحابة رضى الله عنهم ثم عن التابعين رحمهم الله ثم عمن بعدهم ان شاء الله تعالى ، ثم نذكر حجة كل طائفة لقولها ليلوح من ذلك الحق كما روينا من طريق عبد الرزاق عن معمر عن عبد الله بن عمر قال : « لم يقد أبو بكر ولا عمر بالقسامة » روينا من طريق أبى بكر بن أبى شيبة نا عبد السلام بن حرب عن عمرو هو ابن عبيد عن الحسن البصرى

« أن أبا بكر والجماعة الأولى لم يكونوا يقيدون بالقسامة » ومن طريق أبى بكر بن أبى شيبة نا وكيع نا المسعودى عن القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود قال : « انطلق رجلان من أهل الكوفة الى عمر بن الخطاب فوجداه قد صدر عن البيت عامدا الى منى فطاف بالبيت ثم أدركاه فقصا عليه قصتهما فقالا : يا أمير المؤمنين ان ابن عم لنا قتل نحن اليه شرع سواء فى الدم وهو ساكت لا يرجع اليهما شيئا حتى ناشداه الله فحمل عليهما ثم ذكرا الله فكف عنهما ثم قال عمر بن الخطاب : ويل لنا اذا لم نذكر بالله وويل لنا اذا لم نذكر الله فيكم شاهدان ذوا عدل يجيئان به على من قتله فنقيدكم منه والا حلف من يدرؤكم بالله ما قتلتنا ولا علمنا قاتلا ، فان نكلوا حلف منكم خمسون ثم كانت الدية ، ان القسامة تستحق بها الدية ولا يقاد بها ، ومن طريق عبد الرزاق عن معمر عن أبى الزناد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب « استحلف امرأة خمسين يمينا ثم جعلها دية » ومن طريق عبد الرزاق عن أبى بكر بن عبد الله عن أبى الزناد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال فى القتيل يوجد فى الحى « يقسم خمسون من الحى الذى وجد فيه بالله ما قتلنا ولا علمنا قاتلا فان حلفوا بروا وان لم يحلفوا أقسم من هؤلاء خمسون بالله ان دمنا فيكم ثم يغرمون الدية » ومن طريق البخارى أو أبا قلابة قال العمر بن عبد العزيز : « كانت هذيل خلعوا حليفا لهم فى الجاهلية ، وطرق أهل بيت من اليمن بالبطحاء فانتبه له رجل منهم فحذفه بالسيف فقتله فجاءت هذيل فأخذوا اليمانى فرفعوه الى عمر ابن الخطاب بالموسم وقالوا : قتل صاحبنا قال : انهم خلعوه قال : يقسم خمسون من هذيل ما خلعوا فأقسم منهم تسعة وأربعون رجلا وأقدم رجل من الشام فسألوه أن يقسم فافتدى يمينه منهم بألف درهم فادخلوا مكانه آخر فدفعه عمر الى أخى المقتول فقرنت يده بيده فانطلقا وذكر الخبر » .

وعن الضحاك بن محمد بن المنتشر قال : « ان قتيلا قتل باليمن بين حيين فأمرهم عمر بن الخطاب أن يقيسوا الحيين فكان الى وداعة أقرب فأمرهم عمر أن يقسموا ثم يدوا » وعن الشعبى فى قتيل وجد فى وداعة باليمن فأدخل عمر بن الخطاب الحطيم منهم خمسين رجلا منهم ثم استحلفهم

رجلا رجلا بالله ما قتلنا ولا علمنا قاتلا فقال لهم : أدوا وحولوا فقالوا : يا أمير المؤمنين تغرمنا وتحلفنا ؟ قال : نعم » ومن طريق اسماعيل عن أسحق القاضى بالاسناد الى ابن شهاب أن عمر بن عبد العزيز سأله عن القسامة قال : فقلت له : كانت من أمر الجاهلية أقرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكن من سنتنا وما بلغنا أن القتيل اذا تكلم برىء أهله وان لم يتكلم حلف المدعى عليهم وذلك فعل عمر بن الخطاب والذى أدركنا عليه الناس • وعن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب « قضى بالبينة على الطالب والأيمان على المطلوب الا فى الدم » وعن الزهرى قال : كتب الى سليمان بن هشام يسأل عن رجل وجد قتيلا فى دار قوم فقالوا : طرقنا ليسرقنا وقال أولياؤه : كذبوا بل دعوه الى منزلهم ثم قتلوه قال الزهرى فكتب اليه : يحلف من أولياء المقتول خمسون : انهم لكاذبون ما جاء ليسرقهم وما دعوه الا دعاء ثم قتلوه فان حلفوا أعطوا القود ، وان نكلوا حلف من أوليائك خمسون بالله لطرقنا ليسرقنا ثم عليهم الدية • قال الزهرى : وقد قضى بذلك عثمان بن عفان فى ابن باقرة التغلبى أبى قومه أن يحلفوا فأغرمهم الدية » وقال على بن أبى طالب : « أيما رجل قتل بفلاة من الأرض فديته من بيت المال لكى لا يطل دم فى الاسلام ، وأيما قتيل يوجد بين قريتين فهو على أصيقهما » — يعنى أقربهما — وعن على رضى الله عنه أنه « استحلف المتهم وتسعة وأربعين معه تمام الخمسين » فهذا ما جاء عن على رضى الله عنه وروى عن ابن عباس قوله : « لا قسامة الا أن تكون بينة يقول : لا يقتل بالقسامة ولا يطل دم مسلم » فهذا ما جاء عن ابن عباس وعن ابن الزبير أنه أقاد بالقسامة • وعن ابن أبى مليكة : سألنى عمر بن عبد العزيز عن القسامة فأخبرته أن عبدالله بن الزبير أقاد بها وأن معاوية لم يقد بها •

وعن ابن المسيب أن القسامة فى الدم لم تزل على خمسين رجلا ، فان نقصت قسامتهم أو نكل منهم رجل واحد ردت قسامتهم حتى حج معاوية ، فاتهمت بنو أسد ابن عبد العزى مصعب بن عبد الرحمن بن عوف الزهرى ومعاذ بن عبد الله بن معمر التيمى وعقبة بن جعونة بن شعوب الليثى بقتل اسماعيل بن هبار فاختصموا الى معاوية اذ حج ولم يقم عبد الله بن الزبير

بينة الا بالتهمة فقضى معاوية بالقسامة على المدعى عليهم وعلى أوليائهم ، فأبى بنو زهرة وبنو تميم وبنو ليث أن يحلفوا عنهم فقال معاوية لبني أسد : احلفوا فقال ابن الزبير : نحلف نحن على الثلاثة جميعا فتستحق فأبى معاوية أن يقسموا الا على واحد فقصر معاوية القسامة فردها على الثلاثة الذين ادعى عليهم فحلفوا خمسين يمينا بين الركن والمقام فبرئوا وكان ذلك أول ما قصرت القسامة ثم قضى بذلك مروان وعبد الملك ثم رد القسامة الى الأمر الأول . وأما توحيد الأيمان فروى عن سفيان الثورى عن عبد الله ابن يزيد عن أبى مليح أن عمر بن الخطاب ردد الأيمان عليهم الأول فالأول وأما التابعون ، قال أبو محمد بعد أن ساق الاسناد الى الحسن فى القتيل يوجد بعلة قال : يقسم من المدعى عليهم خمسون ما قتلنا ولا علمنا قاتلا فان حلفوا فقد برئوا وان نكلوا أقسم من المدعين خمسون : ان دمنا قبلكم ثم يودوا . وعن الحسن : يستحقون بالقسامة الدية ولا يستحقون بها الدم . وعن ابراهيم قال : القود بالقسامة جور يستحق بها الدية ولا يقاد بها . ومن طريق أبى بكر ابن أبى شيبة حدثنا ابن علية عن يحيى بن أبى اسحق سمعت سالم بن عبد الله يقول وقد تيسر قوم من بنى ليث ليحلفوا الغد فى القسامة فقال : يا لعباد الله لقوم يحلفون على ما لم يروه ولم يحضروه ولم يشهدوه ولو كان لى من الأمر شيء لعاقبتهم ونكلتهم ولجعلتهم نكالا وما قبلت لهم شهادة ، ومن طريق البخارى الى أبى رجاء من آل بنى قلابة حدثنى أبو قلابة أن عمر بن عبد العزيز أبرز سريره يوما للناس ثم أذن لهم فدخلوا فقال : ما تقولون فى القسامة ؟ فقالوا : القود بها حق وقد أقادت بها الخلفاء فقال لى : ما تقول يا أبا قلابة ؟ فقلت : يا أمير المؤمنين عندك رءوس الأخيار وأشراف العرب أرأيت لو أن خمسين منهم شهدوا على رجل بحمص أنه سرق أكنت تقطعه ولم يروه ؟ قال : لا قلت : فوالله ما قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدا قط الا فى احدى ثلاث خصال رجل قتل بجريرة نفسه فقتل ، أو رجل زنى بعد احصان أو رجل حارب الله ورسوله وارتد عن الاسلام . قال الزهرى : فدعانى عمر بن عبد العزيز فقال : يا بنى أريد أن أدع القسامة يأتى الرجل من أرض كذا وآخر من أرض كذا فيحلفون فقلت له : ليس ذلك لك قضى رسول الله صلى الله عليه

وسلم والخلفاء بعده وأنك ان تركتها أوشك رجل أن يقتل عند بابك فيطل دمه وان للناس فى القسامة حياة • وقال الزهرى فى رجل اتهم بقتله أخوان فخاف أبوهما أن يقتلا فقال : أنا قتلت صاحبكم فقال كل واحد من الأخوين : أنا قتلته وبرأ بعضهم بعضا قال الزهرى : أرى ذلك الى أولياء الميت قسامة فيحلفون قسامة الدم على أحدهم •

قال أبو محمد : فالمأثور من ذلك عن أبى بكر رضى الله عنه أنه لم يقد بالقسامة الا أنه لا يصح لأنه مرسل إنما هو عن عبيد الله من حفص وعن الحسن فى طريق الحسن عبد السلام بن حرب وهو ضعيف • وعن عمر رضى الله عنه أنه لم يقد بالقسامة وهو مرسل لا يصح كما ذكرنا ، وروى عنه أنه طلب البينة من أولياء المقتول فان لم يجدوها حلف المدعى عليهم ولا شىء عليهم فان نكلوا حلف المدعون واستحقوا الدية ، وهذا مرسل عنه لأنه عن القاسم بن عبد الرحمن بن مسعود عن عمر ولم يولد والد القاسم الا بعد موت عمر ، وروى عنه أيضا « البينة على المدعين والا حلف المدعى عليهم وبروا فقط » الا أنه مرسل ، وروى عنه فى قتيل وجد بين حيين أو قريتين أن يذرع الى أيهما هو أقرب فالذى هو أقرب اليها حلف خمسين يمينا وغرموا الدية مع ذلك • ومثل هذا عن المغيرة بن شعبة الا أنه مرسل لأنه عن عمر ، والمغيرة من طريق شعبة ولم يولد الا بعد موت عمر بأزيد من عشرة أعوام أو نحوها وقبل الشعبى ، وفى خبر المغيرة أشعث وهو ضعيف ويروى عنه أنه حلف امرأة مدعية من دم مولى لها خمسين يمينا ثم قضى لها بالدية وهذا مرسل لأنه عن أبى الزناد عنه وعن ابن المسيب عنه ، وأما عثمان رضى الله عنه فانه روى عنه فى قتيل وجد فى دار قوم فأقروا بقتله وأنه جاءهم ليسرقهم أن يحلف أولياء المقتول ولهم القود فان نكلوا حلف أهل الدار وغرموا الدية الا أنه لا يصح لأنه مرسل من طريق الزهرى عن عثمان• ولم يولد الزهرى الا بعد موت عثمان • وأما قول على رضى الله عنه اذا وجد القتيل بين قريتين قاس ما بينهما وجعله على أقربهما وان وجد بفلاة من الأرض فديته على بيت المال وأنه أحلف المدعى عليه وتسعة وأربعين

معه . الا أنه لا يصح لأنه عن أبى جعفر ولم يولد أبو جعفر الا بعد موت على ببضعة عشر عاماً ، ومن طريق أخرى فيها الحارث الأعور وهو كذاب ، والحجاج [1] بن أرطأة وهو هالك (كذا !!!) وأما ابن عباس فقد جاء عنه أنه « قضى بالأيمان على المدعى عليهم فى القسامة وألا يقاد بها وألا يطل دم مسلم » الا أنه لا يصح لأن احدى الطريقين عن مطيع وهو مجهول والأخرى عن ابراهيم بن أبى يحيى وهو هالك . وأما ابن الزبير فصح عنه أنه من أجل استناد أنه أقاد بالقسامة ، وأنه رأى القود بها فى قتيل وجد ، وأنه رأى الحكم للمدعين بالأيمان ، وأنه رأى أن يقاد بها من الجماعة للواجد روى ذلك عنه أوثق الناس سعيد بن المسيب وقد شاهد تلك القصة كلها ، وعبد الله بن أبى مليكة قاضى ابن الزبير ثم روى أن معاوية أقاد بالقسامة وهو من طريق ابن المسيب أيضا ضعف جميع الطريق الأخرى عن بقية الصحابة ثم قال : فهذا كل ما روى عن الصحابة رضى الله عيهم كله مخالف فيه غير متفق وكله لا يصح الا ما روى عن ابن الزبير ومعاوية وعن ابطال القسامة اذا لم يتم الخمسون فهو صحيح .

(وأما التابعون) رحمهم الله ، فأما الحسن فصح عنه أنه لا يقاد بالقسامة لكن يحلف المدعى عليهم بالله ما فعلنا ويبرون فان نكلوا حلف المدعون وأخذوا الدية . هذا فى القتيل يوجد ، وأما عمر بن عبد العزيز فجاء عنه يبدأ المدعى عليهم ثم أغرمهم الدية مع أيمانهم وهذا عنه صحيح وأنه بدأ المدعين بالأيمان فى القسامة وردد الأيمان ، وصح عنه أنه رجع من القسامة جملة وترك الحكم بها وصح عنه مثل حكم عمر بن الخطاب فى اغرامه نصف الدية فى نكول المدعين ونكول المدعى عليهم عن الأيمان معا ، وأما شريح فصح عنه تردد الأيمان ، وأن القتيل اذا وجد فى دار قوم فادعى أهله على غير تلك الدار فقد بطلت القسامة ولا شىء لهم على أحد الا ببينة ، وأما ابراهيم النخعى فصح عنه ابطال القود بالقسامة لكن يبدأ بالمدعى عليهم فيحلفون خمسين يمينا ثم يغرمون الدية مع ذلك ورأى ترديد الأيمان . وأما الشعبى فروى عنه فى القتيل يوجد بين قريتين أنه على

---

(١) التحقيق أن محلة الصدق اذا صرح بالتحديث والا فهو مدلس ففى قول أبى محمد مبالغة طاغية .

فيهما اليه وفيه الدية ، وان وجد بدنه فى دار قوم فعليهم دمه ، وان وجد رأسه فى دار قوم فلا شىء فيه لا دية ولا غيرها الا أنه لا يصح عنه لأنه عمن لم يسم أو عن صاعد اليشكرى ولا نعرفه . وأما سعيد بن المسيب فقد صح عنه أن القسامة على المدعى عليهم ، وروى عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بها ، ولو علم أن الناس يجترئون عليها لم يقض بها . وهذا كلام سوء قد أعاذ الله تعالى سعيد بن المسيب عنه ، ورواية عن يونس بن يوسف وهو مجهول ، ورسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحكم من عند نفسه « وما ينطق عن الهوى ان هو الا وحى يوحى » ولقد علم الله تعالى اذ أوحى اليه بأن يحكم فى القسامة بما حكم به من الحق أن الناس سيجترئون على الكفر وعلى الدماء فكيف على الأيمان « وما كان ربك نسيا » .

وأما قتادة فصح عنه أن القسامة تستحق بها الدية ولا يقاد بها ، وأما سالم فصح عنه انكار القسامة جملة وأن من حلف فيها يستحق أن ينكل وألا تقبل له شهادة . وأما أبو قلابة فصح عنه انكار القسامة جملة . وأما الزهرى فصح عنه أن القسامة اذا لم تتم الخمسون فى عدد المدعين بطلت ولا تردد الأيمان فيها وأن ترديدها محدث ، وأما عروة بن الزبير وأبو بكر ابن عمرو بن حزم وأبان بن عثمان فانه روى عنهم ان ادعى المصاب على انسان أنه قتله أو على جماعة فان أولياء المدعى يبدأون فيحلفون خمسين يمينا على واحد وتردد عليهم الايمان ان لم يتموا خمسين يمينا فاذا حلفوا دفع اليهم الواحد فيقتلوه وجلد الآخرون مائة مائة وسجنوا سنة ، وان عبد الملك بن مروان أول من قضى بألا يقتل فى القسامة الا واحد وكان من قبله يقتلون الرهط بالواحد ، وهذا كله خبر واحد ساقط لا يصح لأنه انفرد بروايته عبد الرحمن بن أبى الزناد وابن سمعان معا وهما ساقطان ، وأما أبو الزناد فروى عنه أنه يبدأ فى القسامة من له بعض بينة أو شبهة صح ذلك عنه . وأما ربيعة فقد صح عنه أن شهادة اليهود والنصارى والمجوس أو الصبيان أو المرأة يؤخذ بها فى القتل ويبدأ معها أولياء المقتول ، وكذلك دعوى المصاب دون بينة أصلا بالغا كان أو غير بالغ . هكذا روى عنه ابن وهب فيبدأ أولياؤه فيحلفون خمسين يمينا وتردد عليهم الأيمان ان لم يتموا

خمسين ويستحقون القود ، فان نكلوا حلف أولياء المدعى عليه فلا قود ولا دية ، فان نكلوا وجب لأولياء المقتول القود على من ادعوا عليه دون يمين .

(وأما السالفون) من علماء أهل المدينة جملة فانه روى عنهم أن من ادعى وهو مصاب أن فلانا قتله فان أولياءه يبدأون فى القسامة فان لم يدع على أحد برىء المدعى عليهم ، فان حلف الأولياء مع دعوى المصاب كان لهم القود ، فان عفوا عن الدم وأرادوا الدية قضى لهم بذلك وجلد المعفو عنهم مائة مائة وحبسوا سنة ، وان عفا الأولياء عن القود وعن الدية فلا ضرب على المعفو عنهم ولا سجن ، فان نكلوا حلف المدعى عليه مع أوليائه خمسين يمينا فان نكلوا غرم المدعى عليه الدية فى ماله خاصة ثم قال : وكل هذا لا يصير لأنه من رواية ابن سمعان وهو موصوف بالكذب .

ثم أخذ يسوق أقوال الفقهاء فقال : فأما سفيان الثورى فانه صح عنه أنه قال : ان وجد القتيل فى قوم فالبينة على أولياء القتيل فان أتوا بها قضى لهم بالقود والا حلف المدعى عليهم خمسين يمينا وغرموا الدية مع ذلك . وقال معمر : من ضرب فخرج فعاش صميتا ثم مات فالقسامة تكون حينئذ فيحلف المدعون لمات من ضربه اياه فان حلفوا خمسين يمينا كذلك استحقوا الدية ، وان نكلوا حلف من المدعى عليهم خمسون ما مات من ضربه اياه ويغرمون الدية مع ذلك فى الجرح خاصة لا فى النفس ، فان نكل الفريقان جميعا غرم المدعى عليهم نصف الدية وذهب الى ما روى عن عمر . وقال معمر : وقلت لعبيد الله بن عمر : أما علمت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقاد بالقسامة ؟ قال : لا قلت فأبو بكر ؟ قال : لا قلت : فعمر ؟ قال : لا قلت : فكيف تجترئون عليها فسكت قال معمر : فقلت ذلك لمالك فقال : لا تضع أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم على المحيل ، لو ابتلى بها أقاد بها . وقال عثمان البتى فيمن ادعى عليهم بقتيل وجد فيهم فالبينة على المدعين ويقضى لهم ، فان لم يكن لهم بينة حلف خمسون رجلا من المدعى عليهم وبرئوا ولا غرامة فى ذلك ولا دية ولا قود ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا تكون القسامة بدعوى المصاب أصلا ولا قود فى ذلك ولا دية ، لكن ان وجد قتيل فى محلة وبه أثر وادعى الولى على أهل المحلة أنهم قتلوه وادعوا

على واحد بعينه منهم ، فان كانت لهم بينة عدل اقضى لهم بها ، وان لم تكن لهم بينة حلف المدعى عليهم خمسون رجلا من أهل الخطة لا من السكان ولا من الذين انتقل اليهم ملك الخطة بالشراء ، لكن على الذين كانوا مالكين لها فى الأصل يختارهم الولى ، فان نقص منهم ردت عليهم الأيمان ، فاذا حلفوا غرموا الدية مع ذلك ، فان نكلوا سجنوا حتى يقروا أو يحلفوا . وقال مالك : لا تكون القسامة الا بأن يقول المصاب : فلان قتلنى عمدا ، فاذا قال ذلك ثم مات قبل أن يفيق حلف خمسون من أوليائه قياما فى المسجد الجامع مستقبلين القبلة : لقد قتله فلان عمدا ، فاذا حلفوا فان حلفوا على واحد فلهم القود منه ، وان حلفوا على جماعة لم يكن لهم القود الا من واحد ويضرب الباقون مائة مائة ويسجنون سنة فان شهد واحد عدل بأن فلانا قتل فلانا كانت القسامة أيضا كما ذكرناه وكذلك ان شهد لوث من نساء أو غير عدول ، فان لم يكونوا خمسين ردت عليهم الأيمان حتى يتم خمسين ولا يحلف فى القسامة أقل من اثنين ، فان كان القاتل فلان قتلنى غير بالغ فلا قسامة فى ذلك ولا قود ولا غرامة ، قال : فان نكل جميع أولياء القتيل حلف المدعى عليهم خمسين يمينا فان لم يبلغوا خمسين ردت الأيمان عليهم ، فان لم يوجد الا المدعى عليه وحده حلف خمسين يمينا وبرىء فان نكل أحد ممن له العفو من الأولياء بطلت القسامة ووجبت الأيمان على المدعى عليهم ولا قسامة فى قتيل وجد فى دار قوم ولا غرامة ، ولا فى دعوى عبد أن فلانا قتله ، وفى دعوى المريض أن فلانا قتلنى خطأ روايتان (احداهما) أن فى ذلك القسامة والأخرى لا قسامة فى ذلك ولا فى كافر ، وقال الشافعى : لا قسامة فى دعوى انسان أن فلانا قتلنى أصلا سواء قال عمداً أو خطأ ولا غرامة فى ذلك ، وانما القسامة فى قتيل وجد بين دور قوم كلهم عدو للمقتول ، فادعى أولياؤه عليهم ، فان أولياء القتيل يبدأون فيحلف منهم خمسون رجلا يمينا يمينا أنهم قتلوه عمدا أو خطأ ، فان نقص عددهم ردت الأيمان ، فان لم يكن الا واحد حلف خمسين يمينا واستحقت الدية على سكان تلك الدور ولا يستحق بالقسامة قود أصلا . وان شهد واحد عدل أو جماعة متواترة غير عدول أن فلانا قتل فلانا فتجب القسامة كما ذكرنا والدية أو وجد قتيل فى زحام ، فالقسامة أيضا والدية كما ذكرنا ،

وقال أصحابنا : ان وجد قتيل فى دار قوم أعداء له وادعى أولياؤه على واحد منهم حلف خمسون منهم واستحقوا القود أو الدية ولا قسامة الا فى مسلم حر أ هـ .

وقد ذهب بعض أهل التأويل الى جعل القسامة ضاربة فى دين الله الى أن جعلوه عماد قصة البقرة التى أنزل الله تبارك وتعالى فيها وهو كما يقول أبو محمد : هو من غامض اختراعهم ، ذلك هو قول الله تعالى بعد أمره بنى اسرائيل بذبح البقرة (وإذ قتلتم نفساً فادارأتم فيها والله مخرج ما كنتم تكتمون .. فقلنا اضربوه ببعضها كذلك يحيى الله الموتى) وذكروا مع هذه الآية ما حدثناه أحمد بن عمر بن أنس العذرى عن عبد الله بن الحسين بن عقال الزبيرى حدثنا ابراهيم بن محمد الدينورى حدثنا محمد بن الجهم حدثنا أبو بكر الوزان على بن عبد الله ـ هو ابن المدينى حدثنا يحيى بن سعيد القطان حدثنا ربيعة بن كلثوم حدثنا أبى عن سعيد بن جبير ان ابن عباس قال : ان أهل مدينة من بنى اسرائيل وجدوا شيخا قتيلا فى أصل مدينهم فأقبل أهل مدينة أخرى فقالوا : قتلتم صاحبنا وابن أخ له شاب يبكى ويقول : قتلتم عمى فأتوا موسى عليه السلام فأوحى الله تعالى اليه أن الله يأمركم أن تذبحوا بقرة فذكر حديث البقرة بطوله قال : فأقبلوا بالبقرة حتى انتهوا بها الى قبر الشيخ وهو بين المدينتين وابن أخيه قائم عند قبره يبكى فذبحوها فضرب ببضعة من لحمها القبر فقام الشيخ ينفض رأسه ويقول : قتلنى ابن أخى طال عليه عمرى وأراد أكل مالى ومات ، قال أبو محمد بعد سوقه بعض الروايات التى تتضمن ما سقناه : وكل ما احتجوا به من هذا فايهام وتمويه على المغترين أما الآية فحق وليس فيها شىء مما فى هذه الأخبار البتة وانما فيها أن الله تعالى أمر بنى اسرائيل بذبح بقرة صفرء فاقع لونها تسر الناظرين مسلمة لا شية فيها غير ذلول تثير الأرض ولا تسقى الحرث لا فارض ولا بكر عوان بين ذلك ، وأنهم كانوا قتلوا قتيلا فتدارأوا فيه فأمرهم الله تعالى أن يضربوه ببعضها اذ ذبحوها « كذلك يحيى الله الموتى ويريكم آياته » وليس فى الآية أكثر من هذا لا أن المقتول ادعى على أحد ولا أنه قتل به ولا أنه كانت فيه قسامة فكل ما أخبر الله

تعالى به فهو حق ، وكل ما أقحموه بآرائهم فى الآية فهو باطل أن يكون لهم فى الآية متعلق أصلا ثم نظرنا فى الأخبار التى ذكرنا فوجدنا كلها مرسلة لا حجة فى شىء منها الا الذى صدرنا به فهو موقوف على ابن عباس ، ولا حجة فى أحد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم فبطل أن يكون لهم فى شىء منها متعلق ثم لو صحت الأخبار المذكورة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لكانت كلها لا حجة فيها لوجوه ، أولها أن ذلك حكم كان فى بنى اسرائيل ولا يلزمنا ما كان فيهم كان فيهم السبت وتحريم الشحوم وغير ذلك ، ولا يلزمنا الا ما أمرنا به نبينا عليه السلام قال تعالى (لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا) وقال صلى الله عليه وسلم « فضلت على الأنبياء بست » فذكر فيها « أن من كان قبله انما كان يبعث الى قومه خاصة وبعث عليه السلام الى الأحمر والأسود » .

فصح يقينا أن موسى عليه السلام وسائر الأنبياء قبل محمد عليه السلام لم يبعثوا الينا فبيقين ندرى أن شرائع من لم يبعث الينا ليست لازمة لنا ، وانما يلزمنا الاقرار بنبوتهم فقط (وثانيها) أنه لا يختلف اثنان من المسلمين فى أنه لا يلزمنا فى شىء من دعوى الدماء ذبح بقرة ، وصح بطلان احتجاجهم بتلك الأخبار اذ ليس فيها أن يسمع من المقتول بعد أن تذبح بقرة ويضرب بها (ثالثها) أن تلك الأخبار فيها معجزة نبى واحالة الطبيعة من احياء ميت فهم يريدون أن نصدق حيا قد حرم الله تعالى علينا تصديقه على غير نفسه ممكنا من الكذب من أجل أن صدق بنو اسرائيل ميتا أحياه الله تعالى بعد موته ، وهذا ضد القياس بلا شك وضد ما فى هذه الأخبار بلا شك ، والأمر بيننا وبينهم فى المسألة قريب فليرونا مقتولا رد الله تعالى روحه اليه بحضرة نبى أو بغير حضرته ، ويخبرنا بالشىء ونحن حينئذ نصدقه ، وأما أن نصدق حيا يدعى على غيره فهو أبطل الباطل بعينه ، فذكرهم لهذه الآية وهذه الأخبار قبيح ، لو تورع عنهم لكان أسلم ونسأل الله تعالى العافية .

اذا ثبت هذا فان حديث سهل بن أبى حثمة وحديث عمرو بن شعيب عند الشافعى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « البينة على المدعى عليه الا

فى القسامة » يدلان على ثبوت الأيمان فى جنبة ولى المقتول • وحديث سهل فيه ثلاثة أدلة (أحدها) أن النبى صلى الله عليه وسلم بدأ بأيمان الأنصار وهم مدعون (والثانى) أنه علق الاستحقاق بأيمان المدعين ـ وأبو حنيفة يقول : الاستحقاق بأيمان المدعى عليهم (الثالث) أن الأنصار لما امتنعوا من اليمين قال لهم : تبريكم اليهود بخمسين يمينا فأخبر أنهم يبرأون بأيمانهم ، وعند أبى حنيفة لا يبرأون •

فاذا قلنا بقول الشافعى فى الجديد وأقسم الولى وجبت له الدية مغلظة فى مال الجانى ، وان قلنا بقوله القديم فان كان المدعى عليه واحدا أقيد منه ، وان كانت الدعوى على جماعة يصح اشتراكهم فى القتل كالعشرة وما أشبههم وأقسم عليهم الولى فانهم يقتلون ، وبه قال مالك • وحكى الشيخ أبو حامد وابن الصباغ أن أبا العباس بن سريج قال : اذا حلف الولى على جميعهم اختار منهم واحدا وقتله وأخذ من الباقين حصتهم من الدية وقد مضى ذلك • ووجهه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال للأنصار « يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع برمته » فلم يجعل استحقاق القود بالقسامة الا على واحد فدل على أن القود لا يستحق بالقسامة على أكثر من واحد ، والمذهب الأول لأنها حجة يقتل بها الواحد فقتل بها الجميع كالشاهدين •

وأما الخبر فانما أمرهم بتعيين المدعى عليهم للقتل لأن اليهود الذين ادعى عليهم القتل كانوا جماعة لا يتأتى منهم الاشتراك فى القتل • وأما قوله صلى الله عليه وسلم « يقسم خمسون منكم » فيجوز أنه كان له خمسون وليا هكذا أفاده العمرانى فى البيان والله أعلم بالصواب وله الحمد والمنة على كل حال •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان كان المدعى جماعة ففيه قولان (احدهما) انه يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا لان ما حلف به الواحد اذا انفرد حلف به كل واحد

من الجماعة كاليمين الواحدة فى سائر الدعاوى (والقول الثانى) أنه يقسط عليهم الخمسون يمينا على قدر مواريثهم لأنه لما قسط عليهم ما يجب بأيمانهم من الدية على قدر مواريثهم وجب أن تقسط الأيمان أيضا على قدر مواريثهم . وان دخلها كسر جبر الكسر ، لأن اليمين الواحد لا تتبعض فكملت ، فان نكل المدعى عن اليمين ردت اليمين على المدعى عليه فيحلف خمسين يمينا لقوله عليه السلام « يبرئكم يهود منهم بخمسين يمينا » ولأن التغليظ بالعدد لحرمة النفس وذلك يوجد فى يمين المدعى والمدعى عليه ، وان كان المدعى عليه جماعة ففيه قولان (أحدهما) أنه يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا (والثانى) أن الخمسين تقسط على عددهم (والصحيح) من القولين ههنا أن يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا (والصحيح) من القولين فى المدعين أنهم يحلفون خمسين يمينا والفرق بينهما أن كل واحد من المدعى عليه ينفى عن نفسه ما ينفيه لو انفرد ، وليس كذلك المدعون فان كل واحد منهم لا يثبت لنفسه ما يثبته اذا انفرد) .

الشرح قوله : (وان كان المدعى جماعة الخ) فجملة ذلك أنه اذا كان المدعى للقتل فى اللوث واحداً فانه يحلف خمسين يمينا سواء كانت دعواه على واحد أو على جماعة يصح اشتراكهم فى القتل . وان كان المدعى للقتل مع اللوث أكثر من واحد ففيه قولان (أحدهما) يجب ان يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا لأن هذه الأيمان مع اللوث أقيمت مقام البينة الواحدة مع الشاهد فى الأموال ، وقد ثبت أن الورثة لو ادعوا مالا على مورثهم وأقاموا شاهدا ــ فان كان كل واحد منهم يحلف معه يمينا ــ فكذلك هذا مثله ، ولأن اللوث حجة ضعيفة فغلظت الأيمان معها بالعدد لكيلا تقدم على اليمين الواحدة . وهذا المعنى موجود اذا ادعى القتل جماعة (والثانى) أن الخمسين يمينا تقسم بينهم على حصصهم من الدية ، فان حصل فيها كسر جبر الكسر ، وهو الأصح لحديث سهل بن أبى حثمة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال للأنصار : « تحلفون خمسين يمينا وتستحقون دم صاحبكم » فأوجب على جماعتهم خمسين يمينا ، ولأنهم كلهم يثبتون الدية التى كانت تثبت بالواحد اذا انفرد ، والواحد لا يحلف أكثر من خمسين يمينا فكذلك الجماعة . ويخالف اليمين مع الشاهد فانها لا تتبعض ، وهذه تتبعض . فاذا قلنا : ان كل واحد منهم يحلف خمسين يمينا فلا تفريع ، واذا قلنا : ان كل واحد منهم يحلف على قدر حصته من

الدية وعليه التفريع ـ فان كان المدعى ابنى المقتـول ـ حلف كل واحد منهما خمسا وعشرين يمينا ، وان كان أولاده ثلاثة حلف كل واحـد منهم سبع عشرة يمينا ، لأن اليمين لا يمكن تبعضها فيجبر الكسر منها • وان كان أولاده أكثر من خمسين رجلا حلف كل واحد منهم يمينا •

فـــرع اذا قتل رجل فى موضع اللوث وخلف ابنا وبنتا وقلنا ـ يحلف كل واحد منهما على قدر حصته من الدية ـ حلف الابن أربعا وثلاثين يمينـا وأخذ ثلثى الدية ، وحلفت البنت سـبع عشرة يمينا وأخذت ثلث الدية • وان خلف المقتول ابنا وخنثى مشكلا حلف الابن ثلثى الأيمان وهى أربع وثلاثون يمينا لاحتمال أن الخنثى امرأة وأخذ من الدية نصفها لاحتمال أن الخنثى رجل ، وحلف الخنثى نصف الأيمان وهى خمس وعشرون يمينا وأخذ ثلث الدية لاحتمال أن تكون امرأة ، ووقف سدس الدية ، فان بان الخنثى ذكرا دفع ذلك السدس الى الابن وقد حلف عليه • وانما حلف كل واحد منهما أكثر ما يجب عليه من الأيمان وأعطى أقل ما يجب له من الدية لأنه لا يجوز الحكم بالدية بأقل من خمسين يمينا ممن تجب عليه •

فـــرع اذا خلف المقتول بنتا وولدا خنثى مشكلا حلفت البنت ثلث الأيمان وتعطى ثلث الدية لأنه الواجب عليها ولها فى الحالين ، وتحلف الخنثى ثلثى الأيمان وتعطى ثلث الدية • والذى يقضى المذهب أن العصبة محلفون ثلث الأيمان ولا يدفع اليهم شىء •

فـــرع اذا خلف المقتول ولدين ذكرين وولدا خنثى مشكلا حلف كل ذكر خمسى الأيمان وأعطى ثلث الدية ، وحلف الخنثى ثلث الأيمـان وأعطى خمس الدية ويوقف من الدية سهمان من خمسة عشر سهما ، فان بان أن الخنثى ذكر دفعها اليه ، وان بان امرأة دفع الى كل ابن سهما •

فـــرع وان خلف المقتول ابنتين وولدا خنثى مشكلا حلفت كل ابنة ربع الأيمان وأعطيت ثلث الدية ، وحلف الخنثى نصف الأيمان وأعطى ثلث الدية ويحلف العصبة ثلث الأيمان لجواز أن يكون لهم حق فى الدية • فان بان للخنثى ذكرا أخذ الموقوف ، وان بان امرأة أخذ العصبة الموقوف•

فـــرع اذا خلف المقتول بنتا وجدا وخنثى مشكلا لأب وأم أو لأب حلف كل واحد منهم على أكثر من نصيبه ، وأعطى أقله من الدية ويوقف الباقى • فتحلف البنت نصف الأيمان وتأخذ نصف الدية وذلك أكثر ما يجب لها وعليها • ويحلف الجد ثلث الأيمان ويأخذ ربع الدية ، ويحلف الخنثى المشكل ربع الأيمان ويأخذ سدس الدية ويوقف نصف سدس الدية فان بان الخنثى ذكرا دفع اليه ذلك وان بان امرأة دفع الى الجد •

فـــرع اذا خلف المقتول جدا وأختا لأب وأم وخنثى مشكلا لأب فان الجد يحلف نصف الأيمان ويأخذ خمس الدية لجواز أن تكون الخنثى رجلا ، وتحلف الأخت الأيمان وتأخذ نصف الدية لأنها تستحق ذلك بكل حال ، وتحلف الخنثى عشر الأيمان لجواز أن تكون رجلا فيستحق عشر الدية فيوقف العشر ولا يدفع اليه فان بان الخنثى رجلا أخذه ، وان بان امرأة أخذه الجد •

فـــرع اذا خلف المقتول جدا وأختا لأب وأم وخنثى مشكلا لأب وأم فان الجد يحلف نصف الأيمان ويأخذ خمس الدية وتحلف الأخت ربع الأيمان وتأخذ خمس الدية ، وتحلف الخنثى خمس الأيمان وتأخذ ربع الدية ، وتصح من عشرين للجد ثمانية وللأخت أربعة وللخنثى خمسة وتوقف ثلاثة أسهم سهمان يترددان بين الجد والخنثى ، وسهم بين الأخت والخنثى ، فان بان الخنثى رجلا أخذ الثلاثة ، وان بان امرأة أخذ الجد من الثلاثة سهمين ، وأخذت الأخت سهما • قال القاضى أبو الطيب : فان طلب الجد والخنثى أن يصطلحا على سهمين من الثلاثة الموقوفة قبل أن يتبين حال الخنثى جاز ، وسواء اصطلحا عليها على التساوى أو على التفاضل بشرط أن يكون السهم الباقى للأخت لأنه لا يجوز للحاكم أن يطلق لهما التصرف فى بعض الموقوف والمشارك لم يتعين حقه ، ولا يجوز أن يصطلحا على أكثر من سهمين لجواز أن يكون السهم للأخت ، وهذا كما قال الشافعى رضى الله عنه • اذا أسلم وتحته نسوة فأسلمن معه ومات قبل أن يختار أربعا منهن فانه يوقف لهن ميراث زوجة ، فان جاء منها أربع يطلبن الميراث

لم يدفع اليهن شيء ، وان جاء خمس يطلبن الميراث دفع اليهن ربع الميراث بشرط أن يكون الباقي للثلاث الباقيات • قال ابن الصباغ : وفي هذا نظر ، لأن ما اصطلحا عليه لا حق للأخت فيه فلا يلزمها اسقاط حق الخنثى من السهم الذي يحتمل أن يكون للخنثى ، ويحتمل أن يكون للأخت • وهكذا ذكر في ميراث الزوجات • وارجع الى الفرائض في الجزء الخامس عشر والله ولي التوفيق •

فرع وان خلف المقتول جدا وأخا لأب وأم وأخا لأب فان الأخ للأب والأم مع الجد يحجبان الأخ للأب ، ولا يستحق الأخ للأب شيئا من الدية بحال ، فيحلف الجد ثلث الأيمان ويأخذ ثلث الدية ، ويحلف الأخ للأب والأم ثلثي الأيمان ويأخذ ثلثي الدية •

فرع وان خلف المقتول جدا وخنثيين مشكلين أحدهما لأب وأم والثاني لأب فان الجد يحتمل أن يستحق نصف الدية ، بأن يكون الخنثيان امرأتين ويحتمل أن يستحق ثلث الدية ، وهو اذا بانا رجلين ويحتمل أن يستحق خمس الدية وهو اذا بان أحدهما ذكرا والآخر امرأة فيحلف الجد أكثر ما يجب عليه وهو نصف الأيمان ويدفع اليه من الدية أقل ما يستحقه وهو ثلث الدية ، وأما الخنثيان فيحتمل أن تكونا رجلين فيستحق الأخ للأب والأم ثلثي الدية ولا شيء للأخ للأب ، ويحتمل أن يكونا امرأتين فيكون للأخت للأب والأم نصف الدية ولا شيء للأخت للأب ، ويحتمل أن يكون الذي للأب والأم رجلا والذي للأب رجلا فيكون للأخت للأب والأم نصف الدية والأخ للأب عشر الدية • فاذا تقرر هذا فان الخنثى للأب والأم يحلف ثلثي الأيمان لأن ذلك أكثر ما يجب عليه من الأيمان ويدفع اليه نصف الدية ، لأن ذلك أقل ما يستحقه من الدية ، ويحلف الخنثى للأب عشر الأيمان لجواز أن يكون له عشر الدية ولا يدفع اليه شيء لجواز ألا يستحقها ، وتصح المسألة من ثلاثين فيدفع الى الجد عشرة والى الذي للأب والأم خمسة عشر ويوقف خمسة أسهم سهمان مترددان بين الجد والخنثى الذي للأب والأم وثلاثة متردة بينهم جميعا •

فان بان الخنثيان رجلين دفعت الخمسة الى الأخ للأب والأم وان بانا مرأتين دفعت الخمسة الى الجد ، وان بان الذى للأب والأم رجلا والذى للأب امرأة دفع لى الأخ للأب والأم ثلاثة أسهم وهى تمام ثلاثة أخماس ، والى الجد سهمان تمام الخمسين ، وان بان الذى للأب والأم امرأة والذى للأب رجلا دفع الى الجد سهمان والى الأخ للأب ثلاثة أسهم ، فان أرادا ــ يعنى الجد والخنثى للأب والأم ــ أن يصطلحا على سهمين من خمسة الأسهم قبل أن يتبين الحال جاز لما ذكرناه •

فرع اذا قتل رجل وهناك لوث وخلف ثلاثة أولاد فمات واحد منهم وخلف اثنين ــ فان مات قبل أن يقسم فان ابنيه يقسمان ــ فان قلنا : ان كل واحد منهم يقسم خمسين يمينا أقسموا ، وان قلنا ان كل واحد منهم يقسم على قدر حصته من الدية فان كل واحد من بنى المقتول يحلف ثلث الأيمان ويجبر الكسر ، ويحلف كل واحد من ابنى ابنه سدس الأيمان ويجبر الكسر وان مات الابن بعد ما أقسم بعض الأيمان لم يجز لابنيه أن يبنيا على أيمانه ، بل يستأنفان الأيمان فى القسامة كاليمين الواحدة فلا يجوز البناء عليها من اثنين ، وان أقسم رجل بعض الأيمان ثم جن أو أغمى عليه لم يصح اقسامه فى الجنون والاغماء لأنه غير مكلف فاذا أفاق بنى على أيمانه لأن فعل الواحد يبنى بعضه على بعض •

ونمضى فى خوض مسائل القسامة مما لم يتعرض له المصنف ولا غيره من أصحاب المصنفات المطولة ونعده من محض واجبنا فنقول : اذا أراد الولى أن يقسم فانه يستحب للحاكم أن يعظه ويقول له : اتق الله ولا تقدم على الأيمان على أمر وربما كان الأمر على خلاف ما ادعيت ويقرأ عليه قوله تعالى (ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا) الآية • ويعرفه ما فى اليمين الغموس من الاثم كما يستحب له أن يعظ الزوجين عند اللعان ، فان لم ينزجر عن الأيمان وطلب أن يحلف فان الحاكم يحلفه على ما يأتى بيانه • وان نكل الولى عن الأيمان فان الأيمان تصير فى جنبة المدعى عليه لقوله صلى الله عليه وسلم للأنصار حين امتنعوا من اليمين « فتبريكم اليهود بخمسين يمينا » فان كان المدعى عليه واحدا حلف خمسين اليمينا ، وان كانوا

أكثر من واحد ففيه قولان (أحدهما) يقسم عليهم الخمسون يمينا على عدد رءوسهم فان كان فيها كسر جبر الكسر لقوله صلى الله عليه وسلم « تبريكم يهود بخمسين يمينا » (والثانى) يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا وهو الأصح ، لأن كل واحد منهم ينفى عن نفسه ما ينفى عن نفسه اذا كانت الدعوى عليه وحده ، والخبر محمول على أن كل متهم ممن ادعيتم عليهم القتل يحلف لكم خمسين يمينا بخلاف الأولياء حيث قلنا : ان الصحيح أن الخمسين تقسم عليهم على قدر مواريثهم ، لأن كل واحد منهم لا يثبت لنفسه اذا كان معه وارث غيره ما يثبته لها اذا انفرد بالأرث ، فان نكل المدعى عليه عن اليمين فى هذه الحال فهل ترد اليمين على المدعى ثانيا ــ قلنا ان أيمان المدعى ابتداء توجب المال دون القود فان الأيمان ها هنا ترد على الولى قولا واحدا اذا كان القتل يوجب القود ، ويجب به القود لأن الأيمان للولى ها هنا كبينة يقيمها على القتل فى أحد القولين ، أو كاقرار المدعى عليه فى الثانى والقود يثبت بالجميع • وان قلنا : ان أيمان الولى ابتداء توجب القود أو كانت الدعوى بقتل لا يوجب القود فهل ترد عليه الأيمان ؟ فيه قولان (أحدهما) لا ترد عليه لأن الأيمان كانت فى جنبته وقد أسقطها بالنكول عنها ، فلم ترد عليه كالمدعى عليه اذا نكل عن اليمين فردت على المدعى فنكل فانها لا ترد على المدعى عليه (والثانى) ترد عليه وهو الأصح ، لأن سبب هذه الأيمان غير سبب تلك الأيمان ، لأن لسبب تلك قوة جنب الولى باللوث وتسبب هذه قوة جنبته بنكول المدعى عليه والله أعلم •

فـــرع فى مذاهب العلماء : عن أحمد رضى الله عنه روايتان فى عدد الأيمان كالقولين عندنا ، ويذهب ابن قدامة الى ترجيح الواحدة من وجهين (أحدهما) أنه وحد اليمين فينصرف الى واحدة وذلك فى قوله صلى الله عليه وسلم « ولكن اليمين على المدعى عليه » (والثانى) أنه لم يفرق فى اليمين المشروعة فيدل على التسوية بين المشروعة فى الدم والمال ، ولأنها يمين يعضدها الظاهر والأصل فلم تغلظ كسائر الأيمان ولأنها يمين مشروعة فى جنبة المدعى عليه ابتداء فلم تغلظ بالتكرير كسائر الأيمان ، ولهذا فارق ما ذكروه ، فان نكل المدعى عليه من اليمين لم يجب القصاص

بغير خلاف فى المذهب ـ ويذهب الحنابلة الى الاستدلال على مذهبهم بأن القتل لم يثبت ببينة ولا اقرار ولم يعضده لوث فلم يجب القصاص كما لو لم ينكل ، ولا يصح الحاق الأيمان مع النكول ببينة ولا اقرار لأنها أضعف منها ، بدليل أنه لا يشرع الا عند عدمهما فيكون بدلا عنهما ، والبدل أضعف من المبدل ، ولا يلزم من ثبوت الحكم بالأقوى ثبوته بالأضعف ، ولا يلزم من وجوب الدية وجوب القصاص لأنه لا يثبت بشهادة النساء مع الرجال بالشاهد واليمين ويحتاط له ويدرأ بالشبهات والدية بخلافه . فأما الدية فتثبت بالنكول عند من يثبت المال به أو ترد اليمين على المدعى فيحلف يمينا واحدة ويستحقها كما لو كانت الدعوى فى مال اهـ .

وقال أبو محمد بن حزم رحمه الله فى المحلى : اختلف الناس فى هـذا فقالت طائفة : لا يحلف الا خمسون فان نقص من هذا العدد واحد فأكثر بطل حكم القسامة وعاد الأمر الى التداعى ، وقال آخرون : ان نقص واحد فصاعدا ردت الأيمان عليهم حتى يبلغوا اثنين ، فان كان الأولياء اثنين فقط بطلت القسامة فى العمد وأما فى الخطأ فيحلف فيه واحد وخمسون ، وهو قول روى عن علماء أهل المدينة المتقـدمين منهم وقال آخرون : ان نقص واحد فصاعدا ردت الأيمان عليهم حتى يرجعوا الى واحد ، فان لم يكن للمقتول الا ولى واحد بطلت القسامة وعاد الحكم الى التداعى وهذا قول مالك . وقال آخرون : تردد الأيمان وان لم يكن الا واحـد فانه يحلف خمسين يمينا وحده ، وهو قول الشافعى ، وهكذا قالوا فى أيمـان المدعى عليهم انها تردد عليهم « وان لم يبق الا واحد ويجبر الكسر عليهم ، فما اختلفوا وجب أن تنظر فوجدنا من قال بترديد الأيمان من طريق عبد الرزاق عن ابن جريج عن عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز أن فى كتاب لعمر بن عبد العزيز « أن النبى صلى الله عليـه وسلم قضى فى الأيمـان أن يحلف الأولياء ، فان لم يكن عدد عصبته تبلغ خمسين ردت الأيمان عليهم بالغـا ما بلغوا » ومن طريق ابن وهب أخبرنى محمد بن عمر وعن ابن جريج عن عمرو بن شعيب : قال : « قضى رسـول الله صلى الله عليه وسلم بخمسين يمينا ثم يحق دم المقتول اذا حلف عليه ثم يقتل قاتله أو تؤخذ ديته ويحلف

عليه أولياؤه من كانوا قليلا أو كثيرا فمن ترك منهم اليمين ثبت على من بقى ممن يحلف ، وان نكلوا كلهم حلف المدعى عليهم خمسين يمينا ما قتلناه ثم يطل دمه ، وان نكلوا كلهم عقله المدعى عليهم ولا يطل دم مسلم اذا ادعى الا بخمسين يمينا .

وهذا لا شيء لأنهما مرسلان والمرسل لا تقوم به حجة ، أما حديث عمر بن عبد العزيز ففيه أن يحلف الأولياء وهذا لا يقول به الحنفيون فان تعلق به المالكيون والشافعيون قيل للمالكيين : هو أيضا حجة عليهم لأنه ليس فيه ألا يحلف الا اثنان وأيضا فليس هو بأولى من المرسل الذى بعده من طريق ابن وهب وهو مخالف لقول جميعهم ، لأن فيه : ان تكل الفريقان عقله المدعى عليهم ولا يقول به مالكى ولا شافعى ، وفيه القود بالقسامة ، ولا يقول به حنفى ولا شافعى وفيه ترديد الأيمان جملة دون تخصيص أن يكونا اثنين كما يقول مالك قال أبو محمد : وأيضا فان القائلين بترديد الأيمان فى القسامة قد اختلفوا فى الترديد فروينا عن عمر أنه ردد الأيمان عليهم الأول فالأول معناه كأنهم كانوا أربعين يميناً فبقيت عشرة أيمان فحلف العشرة الذين حلفوا أولا فقط ، وروى غير ذلك ، وأنها تردد على الأثنين فالاثنين كما روينا عن طريق ابن وهب قال : قال ابن سمعان : سمعت من أدركت من علمائنا يقولون فى القسامة تكون فى الخطأ على الوارث فان لم يكن للمقتول خطأ الا وارث واحد حلف خمسين يمينا مرددة ثم يدفع اليه الدية ، فان كانوا ابنين أو أخوين ليس له غيرهما فطاع أحدهما بالقسامة وأبى الآخر فعلى الذى اطاع بالقسامة خمسة وعشرون مرددة عليه ، ثم يدفع اليه نصف الدية وليس للآخر شيء ، فان كان الورثة ثلاثة رهط كانت القسامة عليهم أثلاثا ، فان لم تتفق الأيمان عليهم جعل الفضل عن الاثنين فالاثنين وان القسامة على الورثة بقدر الميراث ، وقد ذكرنا بالاسناد المتصل عن سعيد بن المسيب والزهرى أن ترديد الأيمان فى القسامة لا يجوز ، وأنه أمر حدث لم يكن قبل ، وأن أول من ردد الأيمان معاوية فى القسامة وقد جاء فى هذا خبر مرسل لو وجدوا مثله لطاروا به . فصح أن لا قسامة الا بخمسين يحلفون أن فلانا قتل صاحبنا عمدا أو خطأ كيفما علموا من ذلك ،

فان نقص منهم واحد فصاعدا بطلت القسامة وعاد الأمر الى حكم التداعى ويحلفون فى مجلس الحاكم وهم قعود حيث كانت وجوبهم بالله تعالى فقط لا يكلفون زيادة على اسم الله تعالى لقول النبى صلى الله عليه وسلم « من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت » ولا فرق بين زيادة الذى لا اله الا هو وزيادة الملك القدوس السلام المؤمن المهيمن العزيز الجبار المتكبر وكل هذا حكم لم يأت به عن الله تعالى نص ولا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من الصحابة رضى الله عنهم ولا أوجبه قياس ولا نظر وكذلك لا يكلفون الوقوف عند أحكام لم يأت بها نص قرآن ولا سنة لا صحيحة ولا سقيمة ولا قول صاحب ولا اجماع ولا قياس ولا نظر . فان قالوا : هو تهيب ليرتدع الكاذب ، قيل له : وهو تشهير ، وان أردتم التهييب فأصعدوه المنار أو ارفعوه على المنار أو شدوا وسطه بحبل وجروه فى سراويل ، وكل هذا لا معنى له ، ولا معنى لأن يحلف فى الجامع الا ان كان مجلس الحاكم فيه ، أو لم يكن فيه على المحلف كلفة حركة لأنه لم يأمر الله تعالى بذلك ولا رسوله ولا أحد من الصحابة ، وانما جاء ذلك عن عمر بن الخطاب ومعاوية أن عمر جلب المدعى عليهم فى القسامة من اليمين الى مكة ومن الكوفة الى مكة ليحلفوا فيها ، وعن معاوية ثابت أنه حملهم من المدينة الى مكة للتحليف فى الحطيم أو بين الركن والمقام ، والمالكيون والحنفيون والشافعيون مخالفون لهما رضى الله عنهما فى ذلك وهم الآن يحتجون علينا بهما فى الترديد الذى قد خالفوهما أيضا فيه نفسه ثم يجمع ابن حزم أحكام القسامة هكذا :

اذا جد قتيل فى دار قوم أو فى صحراء أو مسجد أو فى سوق أو فى داره أو حيث يوجد ، فادعى أولياؤه على واحد أو على جماعة من أهل تلك الدار أو من غيرهم وأمكن أن يكون ما قالوه وادعوه حقا ، ولم يتيقن كذبهم فى ذلك لأنهم يحلفون خمسين بالغا عاقلا من رجل وامرأة من عصبة المقتول لا نبالى ورثة أو غير ورثة بالله تعالى أن فلانا قتله أو أن فلانا وفلانا وفلانا اشتركوا فى قتله ، ثم لهم القود أو الدية أو المفاداة ، فان أبوا أن يحلفوا وقالوا : لا ندرى من قتله بعينه حلف من أهل تلك المحلة خمسون كذلك أو

من أهل تلك القبيلة يقول كل حالف منهم : بالله ما قتلت ولا يكلف أكثر ويبرون ، فان نكلوا أجبروا كلهم على اليمين أحبوا أم كرهوا حتى يحلف خمسون منهم كما قلنا ، ولا يجوز أن يكلفوا أن يقولوا : ولا علمنا قاتلا ، لأن علم المرء بمن قتل فلانا انما هى شهادة فان أداها أدى ما عليه ، فان قبل فذلك وان لم يقبل فلا حرج عليه . ولا يجوز أن يحلف أحد على شهادة عنده ليؤديها بلا خلاف فان نقص عصبة المقتول واحدا فأكثر من خمسين أو وجد القتيل وفيه حياة أو لم يرض الخمسون أن يحلفوا ولا رضوا بأيمان المدعى عليهم فقد بطلت القسامة ، فأما فى نقصان العدد من خمسين وفى وجود القتيل حيا فليس فى هذا الا حكم الدعوى ، ويحلف المدعى عليه واحدا كان أو أكثر يمينا واحدة فقط ، فان نكل أو نكلوا أجبروا على الأيمان أحبوا أم كرهوا ، وهكذا ان نقص عدد أهل المحلة المدعى عليهم فلا قسامة أصلا ، وكذلك ان لم يحقق أولياء المقتول دعواهم وعصبته فان الحكم فى ذلك واحد ، وهو أن لابد أن يودى المقتول حرا كان أو عبدا من بيت مال المسلمين أو من سهم الغارمين من الصدقات كما أمر الله تعالى (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله) وكما قال النبى صلى الله عليه وسلم « من قتل له بعد مقالتى هذه قتيل فأهله بين خيرتين اما أن يقاد أو أن يعقل » .

وبقى فى القسامة خبر نورده ان شاء الله تعالى لئلا يغتر به مغتر بجهل ضعفه ، أو بظن كان أنه أغفل ولم يذكر فيكون نقصا من حكم السنة فى القسامة ، وهو كما حدثناه عبد الله بن ربيع حدثنا ابن مفرج حدثنا قاسم بن أصبغ حدثنا ابن وضاح حدثنا سحنون نا ابن وهب قال : سمعت ابن سمعان يقول : أخبرنى ابن شهاب عن عبد الله بن مواهب عن قبيصة بن ذؤيب الكعبى أنه قال : بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم سرية فلقوا المشركين باضم أو قريبا منه فهزم المشركون وغشى محلم بن جثامة الليثى بن عامر بن الأضبط الأشجعى فلما لحقه قال عامر أشهد أن لا اله الا الله فلم ينته عنه لكلمته حتى قتله ، فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأرسل الى محلم فقال : أقتلته ؟ بعد أن قال لا اله الا الله ؟ فقال : يا رسول

الله ان كان قالها فانما تعوذ بها وهو كافر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « فهلا ثقبت عن قلبه » يريد بذلك ـ والله أعلم ـ انما يعرب اللسان عن القلب ، وأقبل عيينة بن بدر فى قومه حمية وغضبا لقيس فقال : يا رسول الله قتل صاحبنا وهو مؤمن فأقدنا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تحلفون بالله خمسين يمينا على خمسين [1] رجلا منكم ان كان صاحبكم قتل وهو مؤمن قد سمع ايمانه ففعلوا فلما حلفوا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اعفوا عنه واقبلوا الدية ، فقال عيينة بن حصن [2] : انا نستحى أن تسمع العرب أنا أكلنا ثمن صاحبنا فواثبه الأقرع بن حابس التميمى فى قومه غضبا وحمية لخندف فقال لعيينة بن حصن بماذا استطلتم دم هذا الرجل فقال : أقسم منا خمسون رجلا أن صاحبنا قتل وهو مؤمن فقال الأقرع فسألكم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تعفوا عن قتله وتقبلوا الدية فأبيتم فأقسم بالله ليقبلن من رسول الله صلى الله عليه وسلم الذى دعاكم اليه أو لآتين بمائة من بنى تميم فيقسمون بالله لقد قتل صاحبكم وهو كافر ، فقالوا عند ذلك : على رسلك بل نقبل ما دعانا اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجعوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا : يا رسول الله نقبل الذى دعوتنا اليه من الدية فدية أبيك عبد الله بن عبد المطلب فوداه رسول الله صى الله عليه وسلم بمائة من الابل » قال أبو محمد : فهذا خبر لا ينسند ألبتة من طريق يعتد بها وانفرد به ابن سمعان وهو مذكور بالكذب بذكر قسامة خمسين على أنه قتل مسلما ، وهو أيضا مرسل ، ولو صح لقلنا به فاذا لم يصح فلا يجوز الأخذ به وبالله تعالى التوفيق أ هـ كلام أبى محمد بن حزم .

---

(١) فى المحلى (خمسين رجلا منكم) .

(٢) هو عيينة بن حصن بن حذيفة بن بدر الفزارى اسلم بعد الفتح وهو من المؤلفة قلوبهم وكان من جفاة الأعراب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل فاما اذا لم يكن لوث ولا شاهد فالقول قول المدعى عليه مع يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم « لو أن الناس اعطوا بدعواهم لادعى ناس من الناس دماء ناس وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » ولأن اليمين انما جعلت فى جنبة المدعى عند اللوث لقوة جنبته باللوث فاذا عدم اللوث حصلت القوة فى جنبة المدعى عليه لأن الأصل براءة ذمته وعدم القتل ، فعادت اليمين اليه . وهل تغلظ بالعدد ؟ فيه قولان (احدهما) انهما لا تغلظ بل يحلف يمينا واحدة وهو اختيار المزنى لانها يمين توجهت على المدعى عليه ابتداء فلم تغلظ بالعدد كما فى سائر الدعاوى (والثـانى) انها تغلظ فيحلف خمسين يمينا وهو الصحيح لأن التغليظ بالعدد لحرمة الدم ، وذلك موجود مع عدم اللوث . فان قلنا : انها يمين واحدة فان كان للمدعى عليه جماعة حلف كل واحد منهم يمينا واحدة ، فان نكلوا ردت اليمين على المدعى ، فان كان واحدا حلف يمينا واحدة ، وان كانوا جماعة حلف كل واحد منهم يمينا واحدة . وان قلنا : يغلظ بالعدد وكان المدعى عليه واحدا حلف خمسين يمينـا وان كانوا جماعة فعلى القولين (احدهما) انه يحلف كل واحـد خمسين يمينـا (والثانى) انه يقسط على عدد رءوسهم فان نكلوا ردت اليمين على المدعى ، فان كان واحـدا حلف خمسين يمينـا ، وان كانوا جمـاعة فعلى القولين (احدهما) انه يحلف كل واحد منهم خمسين يمينـا (والثانى) انه يقسط عليهم خمسون يمينا على قدر مواريثهم من الدية ، وان نكل المدعى عليه فحلف المدعى وقضى له ، فان كان فى قتل يوجب المال قضى له بالدية ، وان كان فى قتل يوجب القصاص وجب القصـاص قولا واحدا لأن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالبينة فى احد القولين ، وكالاقرار فى القول الآخر ، والقصـاص يجب بكل واحد منهما) .

الشرح حديث «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم » فى الصحيحين عن ابن عباس .

أما الأحكام اذا ادعى القتل فى موضع لا لوث فيه ولا بينة مع المدعى فالقول قول المدعى عليه مع يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم « لو أن الناس أعطوا بدعواهم لادعى ناس من الناس دماء ناس وأموالهم لكن اليمين على المدعى عليه » ولأن الأيمان انما ثبتت فى جنبة المدعى أولا مع اللوث لقوة جنبته باللوث ، فاذا لم يكن هناك لوث كانت جنبة المدعى عليه أقوى ، لأن

الأصل براءة ذمته . فكانت الأيمان فى جنبته ابتداء ، وهل تغلظ عليه الأيمان بالعدد ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يغلظ عليه بل يحلف يمينا واحدة وهو اختيار المزنى لأنها يمين توجهت فى جنبة المدعى عليه ابتداء ، فكانت يمينا واحدة كاليمين فى سائر الدعاوى ، ولأن التغليظ فى العدد بالأيمان انما وجب فى حق المدعى لأجل اللوث ، فاذا لم يكن هناك لوث سقط الغليظ (والثانى) يغلظ بالعدد وهو الأصح ، لأن الأيمان انما تغلظ بالعدد فى القتل لحرمة النفس ، وهذا موجود فى الأيمان اذا توجهت فى جنبة المدعى عليه ابتداء ، والقول الأول : انها انما غلظت على المدعى لأجل اللوث غير صحيح لأن اللوث معنى تقوى به جنبة المدعى وما قويت به جنبته يجب أن يقع فيه التخفيف عليه ، لا التغليظ . فان قلنا : لا تغلظ الأيمان بالعدد على المدعى عليه ، فان كان واحدا حلف يمينا واحدة ، فان كانوا جماعة حلف كل واحد يمينا ، وان نكل المدعى عليه عن اليمين ردت على الولى ، فان كان واحدا حلف يمينا واحدة ، وان كانوا جماعة حلف كل واحد يمينا . وان قلنا : تغلظ الأيمان بالعدد على المدعى عليه ــ فان كان واحدا ــ حلف خمسين يمينا . وان قلنا : تغلظ الأيمان بالعدد على المدعى عليه ــ فان كان واحدا ــ حلف خمسين يمينا ، وان كانوا جماعة فهل يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا أو يقسم الخمسون بينهم على عدد رءوسهم ويجبر الكسر ؟ فيه قولان مضى ذكرهما (الصحيح) ها هنا أنه يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا . وان نكل المدعى عليه عن الأيمان ردت على الولى ، فان كان واحدا حلف خمسين يمينا ، وان كانوا جماعة فهل يحلف كل واحد منهم خمسين يمينا أو تقسم الخمسون يمينا بينهم على قدر مواريثهم ويجبر الكسر ؟ فيه قولان مضى ذكرهما أيضا (الصحيح) ها هنا يحلف كل واحد منهم على قدر ميراثه من الدية ، فاذا حلف الولى عند نكول المدعى عليه ــ فان كانت الدعوى فى قتل العمد ــ وجب القصاص له قولا واحدا ، لأن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالبينة فى أحد القولين وكالاقرار فى الآخر ، والقصاص يثبت بكل واحد منهما ، وان كانت الدعوى من قبل الخطأ أو عمد الخطأ وجبت الدية ، وهل تحملها العاقلة ؟ قال القفال : ان قلنا : ان يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالبينة كانت على عاقلة المدعى عليه ،

وان قلنا : انها كاقرار المدعى عليه كانت فى ماله ، لأن العاقلة لا تحمل ما يثبت بالاقرار ، ومن أصحابنا من قال : يجب فى مال المدعى عليه قولا واحدا ، لأنها انما تكون كالبينة فى حق المتداعين لا فى حق غيرهما •

فرع فى مذاهب العلماء : قلنا اذا ادعى القتل فى موضع لا لوث فيه ولا بينة فالقول قول المدعى عليه مع يمينه • ونقول ان فى هذا عن أحمد روايتين (احداهما) لا يحلف المدعى عليه ولا يحكم عليه بشىء ويخلى سبيله ، هذا هو الذى ذكره الخرقى فى متنه وسواء كانت الدعوى خطأ أو عمدا لأنها دعوى فيما لا يجوز بذله فلم يستحلف فيه كالحدود ، ولأنه لا يقضى فى هذه الدعوى بالنكول فلم يستحلف فيها كالحدود •

(الرواية الثانية) يستحلف وهو الصحيح ، وهو قول الشافعى رحمه الله ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » قال ابن قدامة : ظاهر فى ايجاب اليمين ههنا لوجهين (أحدهما) عموم اللفظ فيه (والثانى) أن النبى صلى الله عليه وسلم ذكره فى صدر الخبر بقوله « لادعى قوم الى قوله : ولكن اليمين على المدعى عليه » فيعود الى المدعى عليه المذكور فى الحديث ولا يجوز اخراجه منه الا بدليل أقوى منه ، ولأنها دعوى فى حق آدمى فيستحلف فيها كدعوى المال ، ولأنها دعوى لو أقر بها لم يقبل رجوعه عنها فتجب اليمين فيها كالأصل المذكور اهـ أما عدد الأيمان فقد سبق ما نقلناه من كلام ابن حزم رحمه الله وفى مذهب أحمد يشرع يمين واحدة ويروى عنه خمسون يمينا كما لو كان بينهم لوث والروايتان عن أحمد كالقولين للشافعى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان ادعى القتل على اثنين وعلى احدهما لوث دون الآخر حلف المدعى على صاحب اللوث لوجود اللوث وحلف الذى لا لوث عليه لعدم اللوث ، وان ادعى القتل على جماعة لا يصح اشتراكهم على القتل لم تسمع

دعواه لانها دعوى محال . وان ادعى القتل على ثلاثة وهناك لوث فحضر منهم واحد وغاب اثنان وانكر الحاضر حلف المدعى خمسين يمينا فان حضر الثانى وانكر ففيه وجهان (احدهما) انه يحلف عليه خمسين يمينا لانهما لو حضرا ذكر كل واحد منهما فى يمينه ، فاذا انفرد وجب ان يكرر ذكره (والوجه الثانى) انه يحلف خمسا وعشرين يمينا لانهما لو حضرا حلف عليهما خمسين يمينا فاذا انفرد وجب ان يحلف عليه نصف الخمسين ، فان حضر الثالث وانكر ففيه وجهان (احدهما) انه يحلف عليه خمسين يمينا (والثانى) انه يحلف عليه ثلث خمسين يمينا ويجبر الكسر فيحلف سبع عشرة يمينا ، وان قال : قتله هذا عمدا ولا اعلم كيف قتله الآخران اقسم على الحاضر ووقف الأمر الى ان يحضر الآخران ، فان حضرا واقرا بالعمد ففى القود قولان ، وان اقر بالخطأ وجب على الأول ثلث الدية مغلظة ، وعلى كل واحد من الآخرين ثلث الدية مخففة . وان انكر القتل ففيه وجهان (احدهما) انه لا يحلف لانه لا يعلم ما يحلف عليه ولا يعلم الحاكم ما يحكم به (والثانى) وهو قول أبى اسحق انه يحلف لأن جهله بصفة القتل ليس بجهل باصل القتل ، فاذا حلف حبسا حتى يصفا القتل ، وان قال قتله هذا ونفر لا اعلم عددهم ـ فان قلنا : انه لا يجب القود ـ لم يقسم على الحاضر لانه لا يعلم ما يخصه ، وان قلنا : انه يجب القود ففيه وجهان (احدهما) انه يقسم لأن الجماعة تقتل بالواحد فلم يضر الجهل بعددهم (والثانى) وهو قول أبى اسحق : انه لا يقسم لانه ربما عفا عن القود على الدية ولا يعلم ما يخصه منها) .

الشرح اذا كانت الدعوى فى القتل على اثنين وعلى أحدهما لوث دون الآخر حلف الولى على الذى عليه اللوث خمسين يمينا ، لأن القسامة لا يحكم بها بأقل من خمسين يمينا ، فان كانت الدعوى فى قتل العمد وجب له عليه القود فى قوله القديم ونصف الدية على الجديد ، ويحلف الذى لا لوث عليه على ما مضى .

فرع اذا ادعى القتل على جماعة لا يصح اشتراكهم فى القتل كأهل بلد أو أهل قرية كبيرة لم تسمع الدعوى وقال أبو حنيفة : تسمع دليلنا أن هذا دعوى محال فلم تسمع كما لو ادعى على رجل أنه قتل وليه والمدعى عليه ولد بعد قتل مورثه .

فرع اذا قال الولى لجماعة : أنا أعلم أن القاتل أحد هؤلاء ولا أعلم من هو منهم لم تسمع هذه الدعوى لأن تعيين المدعى عليه شرط قال

المسعودي : وإن قال لجماعة : أنتم القاتلون أو بعضكم ولا أتحقق القاتل منكم ولكن يحلف كل واحد منكم فهل له ذلك ؟ فيه وجهان .

فرع اذا ادعى رجل على رجل أنه قتل وليه عمدا محضا — وهناك لوث — وأقسم الولي ، فقد ذكرنا أنه هل يجب على المدعى عليه القود أو الدية ؟ على القولين ، وإن ادعى علمه أنه قتله خطأ وأنكر فأقسم المدعي وجبت له الدية مخففة على عاقلة المدعى عليه . وإن ادعى أنه قتله عمدا خطأ وأنكر المدعى عليه فأقسم الولي وجبت له دية مغلظة على عاقلة المدعى عليه.

فرع وإن قال الولي : قتله هذا ومعه غيره ففيه أربع مسائل (احداهن) أن يقول : قتله هذا وآخران معه عمدا الا أن شريكيه غائبان فان الولي يقسم على الحاضر خمسين يمينا لأنه لا يجوز استفتاح الحاكم بالقسامة بأقل من خمسين يمينا ، فاذا حلف عليه استحق عليه القود على قوله القديم ، واستحق ثلث الدية مغلظة على القول الجديد في مال الجاني . فاذا حضر أحد الغائبين فأنكر القتل أقسم عليه الولي ، وكم يجب أن يحلف عليه ؟ حكى الشيخان أبو حامد وأبو اسحق فيها وجهين ، وحكاهما ابن الصباغ قولين (أحدهما) يحلف عليه خمسا وعشرين يمينا لأنه لو حضر مع الأول لأقسم عليهما خمسين يمينا فدل على أن لكل واحد منهما نصف الخمسين (والثاني) لا يجزيه الا خمسون يمينا وهو الأصح ، لأن الأيمان الأولى لم تتناول الثاني ، فيجب أن يذكره لأنه لا يجوز الحكم في القسامة بأقل من خمسين يمينا . ويخالف اذا حضر الثاني مع الأول فانه قد أقسم عليه خمسين يمينا ، فاذا أقسم على الثاني استحق عليه القود في قوله القديم ، وثلث الدية مغلظة في ماله في قوله الجديد . فاذا حضر الثالث وأنكر القتل فهل يقسم عليه خمسين يمينا أو ثلث الخمسين ويجبر الكسر ؟ على الوجهين في الثاني ، فاذا أقسم عليه استحق عليه ما يستحق على الثاني

(المسألة الثانية) اذا قال : قتله هذا عمدا وآخران معه خطأ فانه يقسم على الحاضر خمسين يمينا ولا يستحق عليه القود قولا واحدا ، لأن شريكه

مخطىء ويستحق عليه ثلث دية مغلظة فى ماله ، فاذا حضر الثانى وأنكر القتل أقسم عليه ، وهل يقسم عليه خمسين يمينا أو نصفها ؟ على الوجهين فى التى قبلها ، فاذا أقسم استحق ثلث دية مخففة على عاقلته ، فاذا حضر الثالث وأنكر القتل فهل يقسم عليه خمسين يمينا أو ثلثها ؟ على الوجهين فاذا أقسم استحق على عاقلته ثلث دية مخففة .

(المسألة الثالثة) اذا قال : قتله هذا عمدا وآخران معه لا أدرى كيف قتلاه ، فأنه يقسم على الحاضر خمسين يمينا ويستحق ثلث ديته مغلظة فى ماله فى قوله الجديد . وأما على القول القديم فيوقف الأمر الى أن يقدم الغائبان ، فاذا حضرا واعترفا بقتل الخطأ وجب فى مال كل واحد منهما ثلث دية مخففة ، وعلى الأول ثلث دية مغلظة قولا واحدا .

فرع وان اعترفا بعمد الخطأ وجب فى مال واحد منهما ثلث دية مغلظة ، وان اعترف أحدهما بقتل عمد الخطأ والآخر بقتل الخطأ أعتبر حكم كل واحد منهم فى نفسه فى تغليظ الدية وتخفيفها ، وان أنكر القتل فهل يجوز للولى أن يقسم عليهما ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجوز أن يقسم عليهما لأنه اذا أقسم عليهما لم يعلم الحاكم ما يحكم به عليهم (والثانى) وهو قول أبى اسحق : انه يجوز للولى أن يقسم عليهما لأن جهل الولى بصفة قتلهما ليس بجهل فى القتل ، فاذا أقسم عليهما حبسا حتى تفسر صفة القتل ، لأنه لا يعلم الا من جهتهما . فاذا أقرا بقتل العمد المحض وجب عليهما القود قولا واحدا ، وهل يجب القود على الأول ؟ فيه قولان . وان أقر بقتل الخطأ أو أقر أحدهما بقتل الخطأ والآخر بقتل العمد لم يجب القود على واحد منهم قولا واحدا ، وحكم الدية ما مضى ، وكم يقسم الولى عليهما ؟ على الوجهين .

(المسألة الرابعة) اذا قال : قتله هذا عمدا ونفر يصح اشتراكهم فى القتل لكن لا أعلم عددهم ــ فان كانت الدعوى فى قتل الخطأ أو عمد الخطأ أو فى عمد المحض وقلنا : لا يجب القود بأيمان الولى لم يكن للولى أن

يقسم على الحاضر لأنه اذا أقسم عليه لا يعلم كم القدر الذى يجب بجنايته من الدية ؟ وان كانت الدعوى بقتل العمد المحض وقلنا : يجب القود بأيمان الولى فهل يجوز للولى أن يقسم على الحاضر ؟ فيه وجهان (أحدهما) له أن يقسم عليه لأن الجماعة يقتلون بالواحد عندنا وقد مضى فى الجنايات دليل ذلك (والثانى) ليس له أن يقسم عليه لأنه ربما عفا عن الحاضر ولا يعلم ما يستحقه عليه من الدية •

فرع فى مذاهب العلماء : مضى نقلنا لمذهب ابن حزم وأهل الظاهر وأما أحمد وأصحابه فانهم يقولون بمثل مذهبنا الا فى فروق تتضح فيما يلى : قالوا : ان قال المدعى : قتله هذا ورجل آخر لا أعرفه وكان على المعين لوث أقسم عليه خمسين يمينا واستحق نصف الدية ، فان تعين له الآخر حلف عليه واستحق نصف الدية ، وان قال : قتله هذا ونفر لا أعلم عددهم لم تجب القسامة لأنه لا يعلم كم حصته من الدية •

قالوا : ولا تسمع الدعوى الا محررة بأن يقول : أدعى أن هذا قتل ولى فلان ابن فلان عمداً أو خطأ أو شبه العمد ويصف القتل ، فان كان عمدا قال : قصد الية بسيف أو مسدس أو خنجر أو بما يقتل غالبا ــ فان كانت الدعوى على واحد فأقر ــ ثبت القتل ، وان أنكر وثم بينة حكم بها والا صار الأمر الى الأيمان ، وان كانت الدعوى على أكثر من واحد لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) أن يقول : قتله هذا وتعمد قتله ويصف العمد بصفته فيقال له : عين واحدا ، فان القسامة الموجبة للقود لا تكون على أكثر من واحد •

(الثانى) أن يقول : تعمد هذا وهذا كان خاطئا فهو يدعى قتلا غير موجب للقود فيقسم عليهما ويأخذ نصف الدية من مال العامد ونصفها من عاقلة المخطىء •

(الثالث) أن يقول : عمد هذا ولا أدرى أكان قتل الثانى عمدا أو خطأ ، فقيل : لا تسوغ القسامة ههنا لأنه يحتمل أن يكون الآخر مخطئا

فيكون موجبها الدية عليهما ، ويحتمل أن يكون عامدا فلا تسوغ القسامة عليهما ويجب تعيين واحد والقسامة عليه ، فيكون موجبها القود فلم تجز القسامة مع هذا . فان عاد فقال : علمت أن الآخر كان عامدا فله أن يعين واحدا ويقسم عليه ، وان قال : كان مخطئا ثبتت القسامة حينئذ ، ويسأل فان أنكر ثبتت القسامة ، وان أقر ثبت عليه القتل ويكون عليه نصف الدية فى ماله ، لأنه ثبت باقراره لا بالقسامة .

وقال القاضى من أصحاب أحمد : يكون على عاقلته ، والأول أصح لأن العاقلة لا تحمل اعترافا ـ هكذا أفاده فى المغنى .

(الحال الرابع) أن يقول : قتلاه خطأ أو شبه عمد أو أحدهما خاطىء والآخر شبه العمد فله أن يقسم عليهما ، فان ادعى أنه قتل وليه عمدا فسئل عن تفسير العمد ففسره بعمد الخطأ قبل تفسيره وأقسم على ما فسره به لأنه أخطأ فى وصف القتل بالعمدية . ونقل المزنى عن الشافعى : لا يحلف عليه ، لأن بدعوى العمد برأ العاقلة فلا تسمع دعواه بعد ذلك ما يوجب عليهم المال .

ودليل الحنابلة أن دعواه قد تحررت وانما غلط فى تسمية شبه العمد عمدا ، وهذا مما يشتبه فلا يؤخذ به . ولو أحلفه الحاكم قبل تحرير الدعوى وتبين نوع القتل لم يعتد باليمين لأن الدعوى لا تسمع غير محررة فكأنه حلفه قبل الدعوى . ولأنه انما يحلفه ليوجب له ما يستحقه ، فاذا لم يعلم ما يستحقه بدعواه لم يحصل المقصود باليمين فلم يصح . هكذا أفاده ابن قدامة والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **واللوث الذى يثبت لأجله اليمين فى جنبة المدعى هو ان يوجد معنى يغلب معه على الظن صدق المدعى ، فان وجد القتيل فى محلة أعدائه لا يخالطهم غيرهم كان ذلك لوثا فيحلف المدعى ، لأن قتيل الأنصار وجد فى**

خيبر وأهلها أعداء للأنصار « فجعل النبي صلى الله عليه وسلم اليمين على المدعى » فصار هذا أصلا لكل من يغلب معه على الظن صدق المدعى ، فيجعل القول قول المدعى مع يمينه ، وإن كان يخالطهم غيرهم ولم يكن لوثا لجواز ان يكون قتله غيرهم ، وإن تفرقت جماعة عن قتيل في دار أو بستان وادعى الولي أنهم قتلوه فهو لوث فيحلف المدعى أنهم قتلوه ، لأن الظاهر أنهم قتلوه ، وإن وجد قتيل في زحمة فهو لوث فإن ادعى الولي أنهم قتلوه حلف وقضي له ، وإن وجد قتيل في أرض وهناك رجل معه سيف مخضب بالدم وليس هناك غيره فهو لوث ، فإن ادعى الولي عليه القتل حلف عليه لأن الظاهر أنه قتله ، فإن كان هناك غيره من سبع أو رجل مول لم يثبت اللوث على صاحب السيف ، لأنه يجوز أن يكون قتله السبع أو الرجل المولى ، وإن تقاتلت طائفتان فوجد قتيل من احدى الطائفتين فهو لوث على الطائفة الأخرى . فإن ادعى الولي أنهم قتلوه حلف وقضي له بالدية لأن الظاهر أنه لم تقتله طائفة . وإن شهد جماعة من النساء أو العبيد على رجل بالقتل نظرت فإن جاءوا دفعة واحدة وسمع بعضهم كلام البعض لم يكن ذلك لوثا لأنه يجوز أن يكونوا قد تواطأوا على الشهادة . وإن جاءوا متفرقين واتفقت أقوالهم ثبت اللوث ويحلف الولي معهم . وإن شهد صبيان أو فساق أو كفار على رجل بالقتل فجاءوا دفعة واحدة وشهدوا لم يكن ذلك لوثا لأنه يجوز أن يكونوا قد تواطأوا على الشهادة ، فإن جاءوا متفرقين وتوافقت أقوالهم ففيه وجهان (أحدهما) أن ذلك لوث لأن اتفاقهم على شيء واحد من غير تواطيء يدل على صدقهم (والثاني) أنه ليس بلوث لأنه لا حكم لخبرهم . فلو أثبتنا بقولهم لوثا لجعلنا لخبرهم حكما . وإن قال المجروح : قتلني فلان ثم مات لم يكن قوله لوثا لأنه دعوى ولا يعلم به صدقه ، فلا يجعل لوثا . فإن شهد عدل على رجل بالقتل — فإن كانت الدعوى في قتل يوجب المال — حلف المدعي يمينا وقضي له بالدية ، لأن المال يثبت بالشاهد واليمين . وإن كانت في قتل يوجب القصاص حلف خمسين يمينا ويجب القصاص في قوله القديم والدية في قوله الجديد .

فصـــل وإن شهد واحد أنه قتله فلان بالسيف وشهد آخر أنه قتله بالعصا لم يثبت القتل بشهادتهما ، لأنه لم تتفق شهادتهما على قتل واحد . وهل يكون ذلك لوثا يوجب القسامة في جانب المدعي ؟ قال في موضع : يوجب القسامة ، وقال في موضع : لا يوجب القسامة . واختلف أصحابنا في ذلك فقال أبو إسحق : هو لوث يوجب القسامة قولا واحدا لأنهما اتفقا على اثبات القتل وإنما اختلفا في صفته وجعل القول الآخر غلطا من الناقل . وقال أبو الطيب بن سلمة وابن الوكيل : أن ذلك ليس بلوث ولا يوجب القسامة قولا واحدا لأن كل واحد منهما يكذب الآخر ، فلا يغلب على الظن صدق ما يدعيه ، والقول الآخر غلط من الناقل . ومنهم من قال : في المسئلة قولان (أحدهما) أنه لوث يوجب القسامة (والثاني) ليس بلوث . ووجههما ما ذكرناه . وإن

شهد واحد أنه قتله فلان وشهد آخر انه اقر بقتله لم يثبت القتل بشهادتهما ، لأن احدهما شهد بالقتل والآخر شهد بالاقرار ، وثبت اللوث على المشهود عليه . وتخالف المسئلة قبلها فان هناك كل واحد منهما يكذب الآخر ، وههنا كل واحد منهما غير مكذب للآخر ، بل كل واحد منهما يقوى الآخر فيحلف المدعى مع من شاء منهما . فان كان القتل خطأ حلف يمينا واحدة وثبتت الدية ، فان حلف مع من شهد بالقتل وجبت الدية على العاقلة لأنها تثبت بالبينة وان حلف مع من شهد بالاقرار وجبت الدية فى ماله لأنها تثبت بالاقرار . وان كان القتل موجبا للقصاص حلف المدعى خمسين يمينا ووجب له القصاص فى أحد القولين والدية فى الآخر . وان ادعى على رجل انه قتل وليه ولم يقل عمدا ولا خطأ وشهد له بما ادعاه شاهد لم يكن ذلك لوثا لأنه لو حلف مع شاهده لم يمكن الحكم بيمينه لأنه لا يعلم صفة القتل حتى يستوفى موجبه فسقطت الشهادة وبطل اللوث) .

الشرح اللوث الذى تثبت به الأيمان فى جنبة المدعى هو أن يوجد هناك سبب يغلب معه على الظن صدق المدعى . وذكر الشافعى رحمه الله فى ذلك سبعة أسباب (أحدها) اذا وجد قتيل فى محلة أو قرية أو قبيلة لا يشاركهم غيرهم فى السكنى ، وان كان قد يدخل اليهم فى تجارة وبينهم وبين المقتول عداوة ظاهرة ، وسواء كان المقتول منهم أو غيرهم فان ذلك لوث على أهل المحلة أو القرية ، لأن خيبر كانت دارا محضة لليهود ولا يسكنها غيرهم ، وكان أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم يدخلونها للتجارة ، وكانت بينهم وبين الأنصار عداوة ظاهرة ، فلما وجد عبد الله بن سهل فيها مقتولا جعله صلى الله عليه وسلم لوثا ، وجعل للأنصار أن يقسموا عليهم ، فان اختل أحد هذين الشرطين بأن كان يسكنها غيرهم أو لا عداوة ظاهرة بين المقتول وبينهم لم يكن لوثا .

السبب الثانى : أن يوجد قتيل فى دار قوم أو قريتهم أو حصن أو قبيلة ، ولا يخالطهم غيرهم فى السكنى ولا يدخل عليهم غيرهم فى تجارة ولا غيرها ، فان هذا يكون لوثا عليهم ، سواء كان بينهم وبين المقتول عداوة ظاهرة أو لم تكن . وسواء كان القتيل منهم أو غيرهم ، والفرق بينها وبين الأول أنه اذا كان يدخل اليهم غيرهم فى تجارة أو غيرها جاز أن يكون الذى

قتله هو الداخل اليهم ، فلذلك قلنا : يشترط أن يكون بينه وبينهم عداوة ظاهرة ، واذا كان لا يدخل اليهم غيرهم فالظاهر أنه لم يقتله غيرهم .

السبب الثالث : أن يوجد قتيل فى الصحراء وفيه مسألتان (احداهما) أن يتفرق عنه جماعة وهو طرى ولم يكن بقربهم أحد ، ولا مضى من حين تفرقهم عنه الى أن اكتشف أمرهم مدة يمكن أن يكون القاتل قد هرب أو اختفى — قال الشافعى رحمه الله : وليس هناك أثر ولا عين . وأراد بالأثر أثر قدم الآدمى وبالعين السبع ، لأنه اذا كان هناك سبع جاز أن يكون هو الذى قتله . واذا كان هناك أثر جاز أن يكون هو الذى قتله دون الجماعة الذين تفرقوا عنه ، فاذا لم يوجد شىء من ذلك كان لوثا على الجماعة الذين تفرقوا عنه ، لأن الظاهر أنهم قتلوه (الثانية) أن يوجد القتيل طريا فى الصحراء وبقربه رجل معه سيف مخضوب بالدم أو غيره من السلاح وليس هناك غيره ، فانه يكون لوثا عليه ، لأن الظاهر أنه قتله .

قال المسعودى : وكذلك اذا أرئى رجل يحرك يده كالضارب ووجد بقربه قتيل فانه يكون لوثا عليه ، لأن الظاهر أنه قتله .

السبب الرابع : أن يوجد قتيل فى أحد صفى القتال — فان كان الصفان قد التقيا ، بحيث يقتتلون بالسيوف أو الرماح أو الرمى فهو لوث على أهل الصف الثانى ، لأن الظاهر أنهم قتلوه دون أهل صفة ، وان كانوا متباعدين بحيث لا يمكن قتالهم بالسيوف والرماح والرمى فهو لوث على أهل صفه لأن الظاهر أنهم قتلوه .

السبب الخامس : اذا ازدحم جماعة فى مسجد أو طواف أو سوق فوجد بينهم قتيل فهو لوث عليهم لأن الظاهر أنهم قتلوه .

السبب السادس : أن يوجد رجل قتيل فيشهد جماعة نساء أو عبيد أن فلانا قتله — فان جاءوا متفرقين واتفقت أقوالهم على صفة قتله ، ولم يمض من وقت قتله الى أن قالوا هذه مدة يمكنهم أن يجتمعوا ويتفرقوا —

فان ذلك يمكن أن يكون لوثا على المشهود عليه ، لأن الله تعالى لم يجر العادة أن الجماعة يكذبون فى شيء واحد من غير تواطؤ منهم على الكذب •

فـــرع اذا كانت قد مضت مدة من حين قتله يمكن أن يجتمعوا فيها ويتفقوا ــ فاختلف أصحابنا فيه ــ فقال أكثرهم : لا يكون لوثا على المشهود عليه ، لأنه يجوز أن يكونوا قد اجتمعوا وتواطأوا على الكذب • قال ابن الصباغ : فيه نظر ، لأنه متى وجد عدد يجتمع على ذلك غلب على الظن أنه قتله ، وتجويز تواطئهم على الكذب لا يمنع الظن كتجويز كذب العدل فى الظاهر ، وان شهد بذلك صبيان أو فساق أو كفار كشهادة النساء والعبيد ففيه وجهان • قال أبو اسحاق المروزى : لا يكون لوثا على المشهود عليه ، لأن أخبارهم غير مقبولة فى الشرع ، ومن أصحابنا من قال يكون لوثا على المشهود عليه ، وهو الأصح ، لأنا انما جعلنا قول الجماعة من النساء والعبيد لوثا لأن الله تعالى لم يجر العادة أن الجماعة يكذبون فى شيء واحد من غير تواطيء على الكذب • وهذا المعنى موجود فى هؤلاء ، ولأن لقولهم حكما فى الشرع بدليل قولهم : يقتل فى قبول الهدية وفى الاذن بدخول الدار •

السبب السابع : أن يشهد رجل عدل على رجل أنه قتل فلانا فانه يكون لوثا •

فـــرع فى مذاهب العلماء فى اللوث • قال مالك رحمه الله : فى جميع هذه الأسباب : لا يكون لوثا الا اذا شهد رجل عدل أنه قتل فلانا فانه يكون لوثا • دليلنا أن قتيل الأنصار وجد فى خيبر وهى مسكن اليهود لا يسكن معهم فيها غيرهم وهم أعداء الأنصار فجعله النبى صلى الله عليه وسلم لوثا • والمعنى فى ذلك أنه يغلب على الظن أنهم قتلوه ، وهذا المعنى موجود فى هذه الأسباب فكانت لوثا كما لو شهد رجل عدل على رجل أنه قتل رجلا •

وعند الحنابلة اللوث المشترط فى القسامة يجتمع فى أربعة فصول

(الأول) فى اللوث المشترط فى القسامة ، واختلفت الرواية عن أحمد فيه فروى عنه أن اللوث هو العداوة الظاهرة بين المقتول والمدعى عليه كنحو ما بين الأنصار ويهود خيبر ، وما بين القبائل والأحياء وأهل القرى الذين بينهم الدماء والحروب وما بين أهل العدل وما بين الشرطة واللصوص ، وكل ما بينه وبين المقتول صفة يغلب على الظن أنه قتله قالوا : وعلى هذا لا يشترط مع العداوة ألا يكون فى الموضع الذى به القتيل غير العذر ، نص عليه أحمد فى رواية مهنا وأفاده ابن قدامة قال : (وكلام الخرقى يدل عليه أيضا واشترط القاضى ألا يوجد القتيل فى موضع عدو لا يختلط بهم غيرهم) وهذا هو مذهبنا الذى سقناه آنفا ، ولأنه متى اختلط بهم غيرهم احتمل أن يكون القاتل ذلك الغير ، وناقض القاضى أبو بكر من الحنابلة قوله فقال فى قوم ازدحموا فى مضيق فافترقوا عن قتيل ان كان فى القوم من بينه وبينهم عداوة وأمكن أن يكون هو قتله لكونه بقربه فهو لوث . فجعل العداوة لوثا مع وجود غير العدو والأول أصح لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يسأل الأنصار هل كان بخيبر غير اليهود أم لا ؟ مع أن الظاهر وجود غيرهم — هكذا زعم ابن قدامة — فيها ، لأنها كانت أملاكا للمسلمين يقصدونها لأخذ غلات أملاكهم منها وعمارتها والاطلاع عليها والامتيار منها ويبعد أن تكون مدينة على جادة تخلو من غير أهلها ، وقول الأنصار : ليس لنا بخيبر عدو غير اليهود يدل على أنه قد كان بها غيرهم ممن ليس بعدو ، ولأن اشتراكهم فى العادة لا يمنع من وجود اللوث فى حق واحد وتخصيصه بالدعوى مع مشاركة غيره فى احتمال قتله فلأن يمنع ذلك من وجود من يبعد منه القتل أولى وما ذكروه من الاحتمال لا ينفى اللوث ، فان اللوث لا يشترط فيه يقين القتل من المدعى عليه ولا ينافيه الاحتمال ، ولو تيقن القتل من المدعى عليه لما احتيج الى الأيمان ولو اشترط نفى الاحتمال لما صحت الدعوى على واحد من جماعة لأنه يحتمل أن القاتل غيره ، ولا على الجماعة كلهم لأنه يحتمل ألا يشترك الجميع فى قتله (والرواية الثانية) عن أحمد أن اللوث ما يغلب على الظن صدق المدعى وذلك من وجوده .

(أحدها) العداوة المذكورة (والثانى) ان يفرق جماعة عن قتيل

فيكون ذلك لوثا فى حق كل واحد منهم • فان ادعى الولى على واحد فأنكر كونه مع الجماعة فالقول قوله مع يمينه ذكره القاضى (وهو مذهبنا كما سبق) (والثالث) أن يزدحم الناس فى مضيق فيوجد فيهم قتيل فظاهر كلام أحمد أن هذا ليس بلوث ، فانه قال فيمن مات بالزحام يوم الجمعة فديته فى بيت المال وهو قول اسحق بن راهويه ، وروى ذلك عن عمر وعلى ، فإن سعيد بن منصور روى فى سننه عن ابراهيم النخعى قال : « قتل رجل فى زحام الناس بعرفة فجاء أهله الى عمر فقال : بينتكم على من قتله فقال على : يا أمير المؤمنين لا يطل دم امرىء مسلم ان علمت قاتله والا فأعطه ديته من بيت المال » وقد كتب لعمر بن عبد العزيز فى قتيل لم يعرف قاتله فقال : ان من القضايا قضايا لا يحكم فيها الا فى الدار الآخرة وهذا منها • (الرابع) أن يوجد قتيل لا يوجد بقربه الا رجل معه سيف أو سكين ملطخ بالدم ولا يوجد غيره مما يغلب على الظن أنه قتله مثل أن يرى رجل هارب يحتمل أنه القاتل ، أو سبعاً يحتمل ذلك فيه • (الخامس) أن يقتتل فئتان فيفترقون عن قتيل من احداهما فاللوث على الأخرى • ذكره القاضى ، فان كانوا بحيث لا تصل سهام بعضهم بعضا فاللوث على طائفة القتيل (وهذا مذهبنا) •

وروى عن أحمد أن عقل القتيل على الذين نازعوهم فيما اذا اقتتلت الفئتان الا أن يدعوا على واحد بعينه ، وهذا قول مالك ، وقال ابن أبى ليلى • على الفريقين جميعا لأنه يحتمل أنه مات من فعل أصحابه فاستوى الجميع فيه •

وعن أحمد فى قوم اقتتلوا فقتل بعضهم وجرح بعضهم فدية المقتولين على المجروحين تسقط منها دية الجراح ، وان كان فيهم من لا جرح فيه فهل عليه من الديات شىء ؟ على وجهين ذكرهما ابن حامد (السادس) أن يشهد بالقتل عبيد ونساء فهذا فيه عن أحمد روايتان (احداهما) أنه لوث لأنه يغلب على الظن صدق المدعى فى دعواه فأشبه العداوة (والثانية) ليس بلوث لأنها شهادة مردودة فلم تكن لوثا كما لو شهد به كفار ، وان شهد به فساق أو صبيان فهل يكون لوثا ؟ على وجهين (أحدهما) ليس بلوث

لأنه لا يتعلق بشهادتهم حكم فلا يثبت اللوث بها كشهادة الأطفال والمجانين (والثانى) يثبت بها اللوث لأنها شهادة يغلب على الظن صدق المدعى فأشبه شهادة النساء والعبيد • وقول الصبيان معتبر فى الاذن فى دخول الدار وقبول الهدية ونحوها (وهذا مذهبنا) ويعتبر أن يجىء الصبيان متفرقين لئلا يتطرق اليهم التواطؤ على الكذب فهذه الوجوه قد ذكر عن أحمد أنها لوث لأنها يغلب على الظن صدق المدعى فأشبهت العداوة •

وروى عن أحمد أن هذا ليس بلوث ، وهو ظاهر كلامه فى الذى قتله فى الزحام لأن اللوث انما يثبت بالعداوة بقضية الأنصارى القتيل بخيبر ، ولا يجوز القياس لأن الحكم ثبت بالمظنة ولا يجوز القياس فى المظان لأن الحكم انما يتعدى بتعدى سببه والقياس فى المظان جمع بمجرد الحكمة وغلبة الظنون ، والحكم والظنون تختلف ولا تأتلف وتنخبط ولا تنضبط ، وتختلف باختلاف القرائن والأحوال والأشخاص فلا يمكن ربط الحكم بها ولا تعديته بتعديتها ، ولأنه يعتبر فى التعدية والقياس بالتساوى بين الأصل والفرع فى المقتضى ، ولا سبيل الى يقين التساوى بين الظنين مع كثرة الاحتمالات وترددها ، فعلى هذه الرواية حكم هذه الصورة حكم غيرها مما لا لوث فيه هكذا حكى ابن قدامة فى المغنى ومن المغنى نقله •

فرع قال فى البيان : اذا وجد الرجل قتيلا فى دار ومعه عبده فلورثته أن يقسموا عليه لأنه يغلب على الظن صدقهم ويكون لهم القود على القديم ، وعلى الجديد الدية ويستفاد به فكه من الرهن •

فرع اذا شهد رجل على رجل أنه قتل رجلا ، وكان القتل موجبا للمال حلف المدعى يمينا واحدة وقضى له بالمال ، لأن ذلك يثبت بالشاهد واليمين ، وان كان القتل موجبا للقود فانه يحلف خمسين يمينا ويوجب له القود على القديم وعلى الجديد لا يثبت له الا الدية •

فرع اذا قال المجروح : جرحنى فلان أو دمى عند فلان ثم مات فانه لا يكون لوثا • وقال مالك رحمه الله : يكون لوثا دليلنا أن من

لم يقبل اقراره على غيره بالمال لم يقبل اقراره فى الجراح كما لو برىء من الجراحة والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان شهد شاهدان أن فلانا قتله أحد هذين الرجلين ولم يعينا ثبت اللوث فيحلف الولى على من يدعى القتـل عليه لأنه قد ثبت أن المقتول قتله أحدهما فصار كما لو وجد بينهما مقتول فان شهد شاهد على رجل انه قتل أحد هذين الرجلين لم يثبت اللوث لأن اللوث ما يغلب معه على الظن صدق ما يدعيه المدعى ولا يعلم أن الشاهد لمن شهد من الوليين فلا يغلب على الظن صدق واحد من الوليين فلم يثبت فى حقه لوث وان ادعى أحد الوارثين قتـل مورثه على رجل فى موضـع اللوث وكذبه الآخر سقط حق المكذب من القسامة وهل يسقط اللوث فى حق المدعى ؟ فيه قولان (أحدهما) أنه لا يسقط فيحلف ويسـتحق نصف الدية وهو اختيار المزنى لأن القسـامة مع اللوث كاليمين مع الشاهد ، ثم تكذيب أحد الوارثين لا يمنع الآخر من أن يحلف مع الشـهادة فكذلك تكذيب أحد الوارثين لا يمنـع الآخر أن يقسم مع اللوث (والقول الثانى) أنه يسقط لأن اللوث يدل على صدق المدعى من جهة الظن ، وتكذيب المنكر يدل على كذب المدعى من جهة الظن ، فتعارضا وسقطا وبقى القتل بغير لوث ، فيحلف المدعى عليه على ما ذكرناه . وان قال أحد الابنين : قتل ابى زيد ورجل آخر لا أعرفه وقال الآخر : قتله عمرو ورجل آخر لا أعرفه أقسم كل واحد على من عينه ويستحق عليه ربع الدية ، لأن كل واحد منهما غير مكذب للآخر ، لجواز أن يكون الآخر هو الذى ادعى عليه أخوه . وان رجعا وقال كل واحد منهما : علمت أن الآخر هو الذى ادعى عليه أخى أقسم كل واحد منهما على الذى ادعى عليه أخوه ، ويستحق عليه ربع الدية . وان قال كل واحد منهما : علمت أن الآخر غير الذى ادعى عليه أخى صار كل واحـد منهما مكذبا للآخر . فان قلنا : تكذيب أحدهما لا يسقط اللوث أقسم كل واحد منهما عن الذى عينه ثانيا واستحق عليه ربع الدية ، وان قلنـا : ان التكذيب يسقط اللوث بطلت القسامة ، فان أخذ شيئا رده ويكون القول قول المدعى عليه مع يمينه . وان ادعى القتل على رجل عليه لوث فجاء آخر وقال : أنا قتلته ولم يقتله هذا لم يسقط حق المدعى من القسامة باقراره ، واقراره على نفسه لا يقبل لأن صاحب الدم لا يدعيه . وهل للمدعى أن يرجع ويطالب المقر بالدية ؟ فيه قولان (أحدهما) أنه ليس له مطالبته لأن دعواه على الأول ابراء لكل من سواه (والثانى) أن له أن يطالب لأن دعواه على الأول باللوث من جهة الظن ، والاقرار يقين ، فجاز أن يترك الظن ويرجع الى اليقين . وان

ادعى على رجل قتل العمد فقيل له صف العمد ففسره بشبه العمد فقد نقل المزنى انه لا يقسم ، وروى الربيع انه يقسم ، فمن أصحابنا من قال : فيه قولان (أحدهما) أنه لا يقسم لأن بقوله : قتله عمدا أبرأ العاقلة ، وبتفسيره أبرأ القاتل (والقول الثانى) أنه يقسم وتجب الدية على العاقلة ، لأن المعول على التفسير وقد فسر بشبه العمد ، ومنهم من قال : يقسم قولا واحدا لما بيناه وقوله : لا يقسم معناه لا يقسم على ما ادعاه) .

الشرح اذا ادعى على رجل أنه قتل وليه فأنكر فأقام عليه شاهدين ، شهد أحدهما أنه قتله بالسيف وشهد آخر أنه قتله بالعصا أو شهد أحدهما أنه قتله غدوة وشهد الآخر أنه قتله عشية لم يثبت القتل بشهادتهما ، لأن شهادتهما لم تتفق على فعل واحد . قال الشافعى رحمه الله فى موضع : ويكون ذلك لوثا ، وقال فى موضع : لا يكون لوثا . واختلف أصحابنا على ثلاث طرق فقال أبو اسحق المروزى : يكون لوثا قولا واحدا ، لأنهما اتفقا على اثبات القتل وانما اختلفا فى صفته ، فيغلب على الظن صدق الولى . وقال أبو حفص ابن الوكيل : لا يكون لوثا قولا واحدا لأن كل واحد من الشاهدين يكذب الآخر فلا يغلب على الظن صدق الولى . ومن أصحابنا من قال : فيه قولان ، ووجههما ما ذكرناه . وان شهد أحدهما أنه قتله وشهد الآخر أنه أقر بقتله لم يثبت القتل بشهادتهما ، لأنهما لم يتفقا على فعل واحد ، لأن أحدهما شهد على القتل والآخر على الاقرار ، ويثبت اللوث ها هنا قولا واحدا ، لأن أحدهما لا يكذب الآخر فيحلف الولى مع من شاء منهما فان كان القتل خطأ حلف يمينا واحدة وتثبت له الدية . فان حلف مع من شهد بالقتل وجبت الدية على العاقلة ، وان حلف مع من شهد بالقتل على الاقرار وجبت الدية فى مال الجانى وان كانت عمدا حلف خمسين يمينا ووجب القصاص فى القول القديم والدية فى القول الجديد .

فرع وان شهد شاهدان أن رجلا قتله أحد هذين الرجلين كان ذلك لوثا ، وللولى أن يقسم على أيهما غلب على ظنه أنه قتل مورثه لأنه قد ثبت أن أحدهما قتله ، فهو كما لو وجد بينهما مقتول . وان شهد شاهدان أن هذا الرجل قتل أحد هذين الرجلين لم يثبت اللوث لأن اللوث ما يغلب معه على الظن صدق ما يدعيه المدعى ، ولا يعلم لمن شهد من الوليين . فان

كان وليهما واحـدا وديتهما مستوية فالذى يقتضى المذهب أن له أن يقسم على المشهود عليه لأنه يستحق بكل واحد منهما ما يستحقه بالآخر •

مسـألة اذا قتل رجل فى موضع فيه لوث وله ابنان فادعى أحدهما على رجل أنه قتله وكذبه أخوه وقال : لم يقتله هـذا سقط اللوث فى حق المكذب وأما المدعى ففيه قولان (أحدهما) يسقط اللوث فى حقه ، لأن اللوث أمر يحكم فيه بغلبة الظن وتكذيب أحد الاثنين لأخيه لا يدل على صـدق المدعى من جهة غلبة الظن فتعارضا وسقطا • وبقى القتل بغير لوث ، فعلى هذا يحلف المدعى عليه (والثانى) لا يسقط اللوث وهو اختيار المزنى ، لأن اللوث والأيمان فى القسامة كالشاهد واليمين فى سائر الدعاوى فى الأموال • ثم ثبت أن أحد الأخوين لو ادعى على رجل مالا لأبيه وأقام بذلك شاهدا وكذبه الآخر لم يسقط اليمين فى حق المدعى ، وله أن يحلف معـه كذلك ها هنا مثله ، فعلى هذا يحلف المدعى ويستحق على المدعى عليه نصف الدية•

فـرع فان المزنى نقل فى تكذيب أحدهما للآخر أن يكون المكذب عدلا ، وأن يقول المكذب ان المدعى عليه كان فى الوقت الذى قتل فيه ببلد لا يمكن أن يصل اليه ففيه قولان واختلف أصحابنا فى ذلك فمنهم من قال : هذا شرط فى القولين كما نقله المزنى ، لأن ابطال اللوث انما يكون بما هو صحيح فى الظاهر ، فلا يبطل بقول الفاسق • وقال أكثر أصحابنا : ليس ذلك شرطا كما أفاده فى البيان وانما أراد تصويرها بذلك • وقد يتصـور بغير ذلك • وقد قال الشافعى رحمه الله فى الأم : والعدل والفاسق سـواء لأنه جحود فى حق نفسه •

فـرع اذا قال أحد الابنين : قتله هذا وحده وقال الابن الثانى : قتله هذا وآخر معه فان هذا تكذيب له فى نصف الدية ــ فان قلنـا : ان التكذيب لا يؤثر فى اللوث ــ فان الذى ادعى أنه قتله وحده يقسم عليـه ويستحق عليه نصف الدية ، ويقسم عليه الآخر ويستحق عليه ربع الدية ، وان قلنـا : ان التكذيب يؤثر فى اللوث فان كل واحد منهم يقسم عليـه ويستحق عليه ربع الدية •

فـــرع اذا قال أحد الابنين : قتـل أبى زيد ورجل آخر لا أعرفه ، وقال الابن الثانى قتل أبى عمرو ورجل آخر معه لا أعرفه فان كل واحد منهما غير مكذب للآخر لجواز أن يكون الذى لا يعرفه هو الذى عينه الآخر فيقسم كل واحد منهما على الذى عينه خمسين يمينا ، ويستحق عليـه ربع الدية • فان قال كل واحد منهـما بعد ذلك : الذى لم أعرفه هو الذى عينه الآخر ، فيقسم كل واحد منهما على الذى عينه خمسين يمينا ويستحق عليه ربع الدية • فان قال واحد منهما بعد ذلك : الذى لم أعرفه هو الذى عينه أخى حلف عليه ، وأخذ منه ربع الدية • وهل يحلف عليه خمسين يمينا أو نصف الخمسين ؟ على وجهين مضى ذكرهما •

فـــرع وان قال أحدهما : الآخر الذى لم أعرفه هو خالد وقال الآخر : بل الذى لم أعرفه هو بكر فقد صار كل واحد منهما مكذبا لأخيه ـ فان قلنا : ان التكذيب لا يؤثر حلف كل واحـد منهما على من عينـه واستحق عليه ربع الدية • وان قلنا : ان التكذيب يؤثر فى اللوث حلف كل واحد منهما •

فـــرع فى مذاهب العلماء فى ذلك :

قلنا ان مذهبنا اذا اختلف الأخوان فقال أحدهما : قتل أبى زيد وآخر لا أعرفه وقال الآخر : قتله عمـرو وآخر لا أعرفه ثبتت القسـامة وبه قال أبو بكر والقاضى من الحنابلة وفى ظاهر قول الخرقى لم تثبت القسامة ، لأنها لا تكون الا على واحد ، ولأنهما ما اتفقا فى الدعوى على واحد ، ولا يمكن أن يحلفا على من لم يتفقا فى الدعوى عليه والحق انما ثبت فى محل الوفاق بأيمان الجميع ، فكيف ثبت فى الفرع بأيمان البعض ؟ دليلنا أنه ليس ها هنا تكذيب فانه يجوز أن يكون الذى جهله كل واحد منهما هو الذى عرفه أخوه فيحلف كل واحد منهما على الذى عينه ويستخرج ربع الدية فان عاد كل واحد منهما فقال قد عرفت الذى جهله وهو الذى عينه أخى حلف أيضا على الذى حلف عليه أخوه وأخذ منه ربع الدية ويحلف خمسا وعشرين يمينا لأنه يبنى على أيمان أخيه فلم يلزمه أكثر من خمس وعشرين كمـا لو عرفه

ابتداء ، وعند أحمد وجهان كالقولين للشافعي رضى الله عنهما (أحدهما) هذا (والثانى) أن الأول لا يحلف أكثر من خمس وعشرين يمينا لأنه انما يحلف على ما يستحقه والذى يستحقه هو النصف فيكون عليه نصف الأيمان كما لو حلف أخوه معه ، وان قال كل واحد منهما : الذى كنت جهلته غير الذى عينه أخى بطلت القسامة التى أقسماها لأن التكذيب يقدح فى اللوث فيرد كل واحد منهما ما أخذ من الدية ، وان كذب أحدهما أخاه ولم يكذبه الآخر بطلت قسامة المكذب دون الذى لم يكذب والله تعالى أعلم •

فرع اذا قتل رجل وادعى وليه أن فلانا قتله وهناك لوث فحلف عليه الولى ثم شهد شاهدان عدلان أن هذا الذى أقسم عليه لم يقتله وكان وقت القتل غائبا فى بلد كذا بحيث لا يمكن وصوله اليه ذلك الوقت وجب على الولى رد الدية ان كان أخذها ، لأن الدية انما استحقت باللوث والأيمان ، وما قامت فيه البينة يبطل اللوث فسقطت الأيمان ، وأما اذا شهدا أنه لم يقتله وأطلقا لأن الشهادة على النفى لا تصح •

فرع وان قالا : ما قتله هذا وانما قتله فلان بطل اللوث ووجب رد الدية لأن هذه الشهادة تضمنت الاثبات ولا يحكم الولى على الذى شهدا عليه ثانيا لأنه لا يدعى عليه شيئا •

فرع وان قال رجل : هذا لم يقتل وكذبه الولى لم يجب على الولى رد الدية ، ولا يبطل اللوث ، لأنه يبطل ما حكم به بقول أحد ، وان صدقه الولى وجب عليه رد الدية الى الأول ، وهل للولى مطالبة المقر ، فيه قولان (أحدهما) ليس له مطالبته لأن دعواه على الأول أنه انفرد بالقتل اثر الغيرة من الناس (والثانى) له مطالبته لأن دعواه على الظن ، واقرار الثانى على نفسه يقين فجاز له الرجوع من الظن الى اليقين •

فرع اذا قتل رجل فى قرية أو فى زحمة أو فى صف قتال وما أشبه ذلك وادعى وليه بقتله على رجل فقال المدعى عليه : لم أكن فى القرية أو الزحمة أو الصف وقت قتله لم يكن للولى أن يقسم عليه حتى يقيم البينة

على المدعى عليه أنه كان هنالك عند قتله ، فاذا أقام البينة أو أقر المدعى عليه أنه كان هنالك ولكنه قال لم أقتله أقسم عليه الولى ، وان لم يقم عليه البينة والا أقر فالقول قول المدعى عليه أنه لم يكن هنالك ، فان حلف فلا كلام•وان نكل حلف المدعى أنه كان هنالك ثم أقسم عليه •

فـــرع ولورثة القتيل أن يقسموا وان كانوا غيبا عن موضـــع القتيل ، لأنه يمكن أن يعرفوا ذلك باعتراف القاتل أو ببينة ، لأن عبد الله بن سهل قتل بخيبر وعبد الرحمن بن سهل بالمدينة لم يشاهدوه فقال لهم النبى صلى الله عليـــه وسلم « تحلفون وتستحقون دم صاحبكم » فدل على أنه يجوز ، ولأن اليمين تكون تارة على يقين وتارة على غلبـــة الظن باليقين أن يقرض انسانا شيئا فينكر فيحلف أنه أقرضه ، وغلبة الظن أن يجد شـــيئا بخطه على انسان والا يعلم ذلك ؟ ومتى وقع ؟ أو يجده بخط أبيه ويعلم أن أباه لا يكتب الا بما كان له ، وأنه يمحو ما استوفاه ، وكذلك الرجل اذا وكل وكيلا يشترى له عبدا فأتى الوكيل بعبد فقال : اشتريت هذا وجاء آخر وادعى ملكه وأنه غصبه منه فللموكل أن يقول : هو لى ويحلف عليه لأنه يغلب على ظنه صدق الوكيل •

فـــرع وان ادعى على رجل قتل عمد وهناك لوث فقيل له : صف العمد فوصفه بالخطأ المحض أو بعمد الخطا فقد نقل المزنى أنه لا يقسم ، ونقل الربيع أنه يقسم ، واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال : فيـــه قولان (أحدهما) ليس له أن يقسم لأنه اذا ادعى قتل العمد فقد أقر ببراءة العصبة واذا وصفه بالخطأ فقد أقر ببراءة المدعى عليه (والثانى) له أن يقسم على ما فسره لأن دعواه قد تجددت بذلك ، وليس اذا اعتقد فى الخطأ أو عمـــد الخطأ أنه عمد يبطل دعواه ، لأن ذلك قد يشتبه عليه ، ومنهم من قال : يقسم قولا واحدا لما ذكرناه ، وحيث قال : لا يقسم أراد على ما ادعاه •

فـــرع وان ادعى على رجل أنه قتل أباه وهناك لوث فلم يسأله الحاكم عن صفة القتل ثم حلفه قبل ذلك لم تصح هذه الأيمان لأن اليمين قبل وقتها لا يعتد بها كما لو حلف المدعى عليه قبل أن يسأل المدعى تحليفه •

مسألة اذا ادعى مسلم على كافر أنه قتل وليه المسلم وأنكر الكافر فى موضع فيه لوث فللمسلم أن يقسم عليه ، والدليل عليه قصة الأنصارى وان ادعى الذمى على المسلم أنه قتل وليه وأنكر فى موضع فيه لوث كان له أن يقسم عليه لأن القتل يثبت بالبينة وباللوث • والقسامة لم تثبت أنه لو أقام عليه البينة لثبتت دعواه فوجب أن تثبت له عليه القسامة ربما قلناه قال يحيى بن سعيد وربيعة الرأى وأبو الزناد ومالك وأحمد بن حنبل وسائر أصحابهم رضى الله عنهم قال ابن قدامة فيمن قال : ما قتله هذا بل أنا اقتلته فكذبه الولى قال : لم تبطل دعواه ولا القسامة ، ولا يلزمه رد الدية ان كان أخذها لأنه قول واحد ولا يلزم المقر شىء لأنه أقر لمن يكذبه ، وان صدقه الولى أو طالبه بموجب القتل لزمه رد ما أخذه وبطلت دعواه على الأول لأن ذلك جرى مجرى الاقرار ببطلان الدعوى ، وهل له مطالبة المقر ؟ فيه وجهان (أحدهما) له مطالبته لأنه أقر له بحق فملك مطالبته به كسائر الحقوق (والثانى) ليس له مطالبته لأن دعواه على الأول انفراده بالقتل ابراء لغيره ، فلا يملك مطالبة من أبرأه ، والمنصوص عن أحمد أنه يسقط القود عنهما ، وله مطالبة الثانى بالدية ، فانه قال فى رجل شهد عليه شاهدان بالقتل فأخذ ليقتاد منه فجاء رجل فقال : ما قتله هذا أنا اقتلته ، فالقود يسقط عنهما والدية على الثانى •

ووجه ذلك ما روى « أن رجلا ذبح رجلا فى خربة وتركه وهرب وكان قصاب قد ذبح شاة وأراد ذبح أخرى فهربت منه الى الخربة فتبعها حتى وقف على القتيل والسكين بيده ملطخة بالدم فأخذ على تلك الحال وجىء به الى عمر رضى الله عنه فأمر بقتله فقال القاتل فى نفسه : يا ويله قتلت نفسا ويقتل بسببى آخر فقام فقال : أنا قتلته ولم يقتله هذا فقال عمر : ان كان قد قتل نفسا فقد أحيا نفسا ودرأ عنه القصاص » • ولأن الدعوى على الأول شبهة فى درء القصاص عن الثانى • وتجب الدية عليه لاقراره بالقتل الموجب لها ، وهذا القول أصح وأعدل مع شهادة الأثر بصحته •

فرع فى مذاهب العلماء فى الفرع قبله • قلنا : ان الأولياء اذا ادعوا القتل على من بينه وبين القتيل لوث شرعت اليمين فى حق المدعين

أولا فيحلفون خمسين يمينا على المدعى عليه انه قتله وثبت حقهم قبله ، فان لم يحلفوا استحلف المدعى عليه خمسين يمينا وبرىء وبهذا قال يحيى ابن سعيد القطان وربيعة الرأى وتلميذه مالك وأحمد بن حنبل .

وقال الحسن البصرى : يستحلف المدعى عليهم أولا خمسين يمينا ويبرون وان أبوا أن يحلفوا استحلف خمسون من المدعين ان حقنا قبلكم ثم يعطون الدية لقوله صلى الله عليه وسلم « ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه الشافعى فى مسنده . وروى أبو داود باسناده عن سليمان بن يسار عن رجال من الأنصار « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لليهود وبدأ بهم : يحلف منكم خمسون رجلا ، فأبوا فقال للأنصار : استحقوا . قالوا : نحلف على الغيب يا رسول الله » فجعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم على اليهود لأنه وجد بين أظهرهم ، ولأنها يمين فى دعوى فوجبت فى جانب المدعى عليه ابتداء كسائر الدعاوى .

وقد مضى قول الشعبى والنخعى والثورى وأصحاب الرأى أنهم يستحلفون خمسين رجلا من أهل المحلة التى وجد فيها القتيل بالله ما قتلنا ولا علمنا قاتلا ويغرمون الدية لقضاء عمر بذلك قالوا : ولم نعرف له فى الصحابة مخالفا فكان اجماعا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان كانت الدعوى فى الجناية على الطرف ولم تكن شهادة فالقول قول المدعى عليه مع يمينه ، لأن اللوث قضى به فى النفس بحرمة النفس ، فلا يقضى به فى الطرف كالكفارة . وهل تغلظ اليمين فيه بالعدد ؟ فيه قولان (احدهما) لا تغلظ لانه يسقط فيه حكم اللوث فسقط فيه حكم التغليظ بالعدد (والثانى) انه تغلظ بالعدد لانه يجب فيه القصاص والدية المغلظة فوجب فيه تغليظ اليمين ، فان قلنا : لا تغلظ حلف المدعى عليه يمينا واحدة . وان قلنا : تغلظ فان كان فى جناية توجب دية كاملة كاليدين غلظ بخمسين يمينا . وان كان فيما لا توجب دية كاملة كاليد الواحدة ففى قدر التغليظ قولان (احدهما) انه يغلظ بخمسين يمينا لأن التغليظ لحرمة الدم وذلك موجود فى اليد الواحدة (والثانى) انه تغلظ بحصته من الدية لأن دينه دون دية النفس فلم تغلظ بما تغلظ به فى النفس) .

الشرح وان كانت الدعوى فى جنـاية دون النفس فان اليمين لا يكون فى جنبة المدعى ابتداء سواء كان هنـاك لوث أو لم يكن ، لأن الأيمان انما تكون فى جنبة المدعى ابتداء مع اللوث فى القتل لحرمة النفس وهذا لا يوجد فيما دون النفس ، فان لم يكن مع المدعى بينة فالقول قول المدعى عليه مع يمينه لقوله صلى الله عليـه وسلم « لو أن النـاس أعطوا بدعواهم لادعى ناس من الناس دماء ناس وأموالهم لكن اليمين على المدعى عليه » وهل يغلظ عليه اليمين بالعدد بناء على القولين فى الدعوى عليه فى القتل اذا لم يكن هناك لوث • فان قلنا هناك : لا تغلظ عليه الأيمان بالعدد فها هنا أولى ، وان قلنا تغلظ عليه بالعدد فها هنا قولان (أحدهما) لا تغلظ عليه لقوله صلى الله عليه وسلم « لكن اليمين على المدعى عليه » واليمين اسم للواحدة ، ولأن التغليظ لحرمة النفس فيتعلق بها دون النفس كتغليظ الدية ، فان قلنا : لا تغلظ بالعدد ــ فان كان المدعى عليه واحدا ــ حلف يمينا واحدة ، وان كان جماعة حلف كل واحد يمينا ، وان قلنـا : تغلظ بالعدد ــ فان كان أرش الجنـاية دية كاملة أو أكثر ــ حلف المدعى عليه خمسين يمينا ، وان كان الأرش أقل من دية النفس ففيه قولان (أحدهما) يحلف خمسين يمينا لأن التغليظ لحرمة النفس ، وهذا المعنى موجود فيما قل أرشه أو كثر (والثانى) يقسم الخمسون على الدية فيحلف من الخمسين بقدر ما يدعى عليه من دية النفس •

فـرع اذا كان فى الأيمان كسر دخله الجبر ، لأن ديته دون دية النفس ، فلا يجب عليه أن يحلف عليه ما يحلف على النفس ، فعلى هذا ان كان المدعى عليه واحدا حلف القدر المغلظ عليه اما خمسين يمينا فى أحد القولين أو يسقط الأرش من الخمسين •

فـرع اذا كان المدعى عليه جماعة فهل يحلف كل واحد منهم ما يحلفه الواحد اذا كان مدعى عليه ، أو يقسم الأيمان التى يجعلها الواحد على عدد رءوسهم ويجبر الكسر ؟ قولان مضى ذكرهما ، فيحصل من هذا أنه اذا ادعى قطع يده على جماعة فكم يحلف كل واحد منهم ؟ فيه خمسـة

أقوال (أحدها) أن كل واحد منهم يحلف خمسين يمينا (الثانى) أن كل واحد منهم يحلف خمسا وعشرين يمينا (الثالث) يقسم الخمسون يمينا عليهم على عدد رءوسهم ويجبر الكسر (الرابع) تقسم الخمس والعشرون يمينا عليهم على عدد رءوسهم ويجبر الكسر (الخامس) أن كل واحد منهم يحلف يمينا واحدة فان كان المدعى عليه واحدا فنكل ورد الأيمان ــ فان كان المدعى واحدا ــ حلف ما يحلفه المدعى عليه ، وان كانوا جماعة فهل يحلف كل واحد منهم ما يحلفه المدعى عليه ؟ أو تقسم الأيمان التى يحلفها المدعى عليه على المدعين على قدر مواريثهم ويجبر الكسر ؟ فيه قولان مضى بيانهما .

قال ابن الصباغ : وهذا فى دعوى جناية العمد المحض ، فأما الدعوى فى الخطأ المحض أو عمد الخطأ ، فان اليمين فيه واحدة على المدعى عليه وعلى المدعى عند النكول قولا واحدا ، لأن ذلك دعوى فى المال ، وأما الشيخان أبو حامد وأبو اسحق فلم يذكرا الفرق بين العمد والخطأ والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **فان كانت الدعوى فى قتل عبد وهناك لوث ففيه طريقان (احدهما) أنه يبنى ذلك على أن العاقلة هل تحمل قيمته بالجناية ؟ فان قلنا : تحمل العاقلة قيمته تثبت فيه القسامة للسيد ، وان قلنا : لا تحمل لم تثبت القسامة (والثانى) وهو قول أبى العباس أن للسيد القسامة قولا واحدا ، لأن القسامة لحرمة النفس فاستوى فيه الحر والعبد كالكفارة . فان قلنا : ان السيد يقسم اقسم المكاتب فى قتل عبده ، فان لم يقسم حتى عجز عن أداء الكتابة اقسم المولى ، وان قتل عبد وهناك لوث ووصى مولاه بقيمته لأم ولده ولم يقسم السيد حتى مات ولم تقسم الورثة فهل تقسم أم الولد ؟ فيه قولان (أحدهما) تقسم (والثانى) لا تقسم كما قلنا فى غرماء الميت اذا كان له دين وله شاهد ولم تحلف الورثة أن الغرماء يقسمون فى أحد القولين ولا يقسمون فى الآخر وقد بينا ذلك فى التفليس) .**

الشرح اذا قتل عبد وهناك لوث فقد نص الشافعى رضى الله

عنه أن للسيد أن يقسم واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال : فيه قولان بناء على القولين فى العاقلة هل تحمل قيمته ؟ فان قلنا : تحملها أقسم السيد ، وان قلنا ، لا تحملها لم يقسم بل القول قول المدعى عليه ، ومنهم من قال : له أن يقسم عليه قولا واحدا على ما نص عليه ، لأن القسامة انما تثبت مع اللوث لحرمة النفس ، وهذا المعنى موجود فى قتل العبد ، فاذا قلنا بهذا فقتل للمكاتب عبد وهناك لوث فللمكاتب أن يقسم لأن المكاتب فى عبده كالحر فى عبده • فان لم يقسم حتى عجز فللسيد أن يقسم • وان أذن لعبده فى التجارة فاشترى عبدا وقتل وهناك لوث وقلنا للسيد أن يقسم فى عبده فان الذى يقسم هو السيد دون المأذون له ، لأن المالك له فى الحقيقة هو السيد •

فرع وان أوصى الرجل لأم ولده بعبد فقتل العبد وهناك لوث فللسيد أن يقسم عليه فاذا أقسم كانت قيمته موصى بها وان مات السيد قبل أن يقسم فللورثة أن يقسموا ، لأنهم يقومون مقامه فى اثبات حقه ، فان حلفوا كانت قيمته لأم الولد ان خرجت من الثلث ، وان لم يقسموا فهل لأم الولد أن تقسم ؟ فيه قولان بناء على القولين فى الرجل اذا مات وله دين له به شاهد وعليه دين ولم يحلف الشاهد مع الورثة فهل للغرماء أن يحلفوا ؟ على القولين ، فان قلنا : لها أن تقسم فأقسمت استحقت قيمة العبد ، وان لم تقسم كان لها مطالبة المدعى عليه باليمين • وان قلنا : ليس لها أن تقسم قال القاضى أبو الطيب : فليس لها مطالبة المدعى عليه باليمين • وان دفع السيد اليها عبدا ليخدمها ولم يملكها اياه فقتل العبد وهناك لوث فليس لها أن تقسم وانما الذى يقسم هو السيد فى الحقيقة ، وان ملكها اياه ــ فان قلنا : انه للمالك ــ فهو كما لو لم يملكها ، وان قلنا : انها تملك ففيه وجهان حكاهما ابن الصباغ فى الشامل (أحدهما) أنها تقسم لأنها تملكه فهو كعبد المكاتب (والثانى) أنها لا تقسم ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره ، لأن ملكها عليه غير مستقر ولهذا يجوز للسيد أن ينزعه متى شاء ، ولا يجوز لها التصرف به بغير اذنه بخلاف عبد المكاتب ، فاذا أقسم كانت القيمة لها •

فـــرع فى مذاهب العلماء فى هذا الفصل : مذهبنا أنه اذا كان المقتول كافرا أو عبدا وكان قاتله ممن يجب عليه القصاص بقتله وهو المماثل له فى حاله ففيه القســامة وبهــذا قال أصحاب الرأى وأحمــد بن حنبل وأصحابه • وقال الزهرى والثورى ومالك والأوزاعى : لا قسامة فى العبد فانه مال فلم تجب القسامة فيه كقتل البهيمة •

ولنا أنه موجب للقصاص فأوجب القسامة كقتل الحر وفارق البهيمــة فانه لا قصاص فيها ، ويقسم على العبد سيده ، لأنه المستحق لدمه وأم الولد والمدبر والمكاتب والمعلق عتقه بصفة كالقن لأن الرق ثابت فيهم ، فان كان القاتل ممن لا قصاص عليه كالمسلم يقتل كافرا والحر يقتل عبدا فلا قسامة فيه فى ظاهر قول الخرقى الحنبلى ، وهو قول مالك لأن القسامة انما تكون فيما يوجب القود وبه قال ابن قدامة ، لأنه لا يلزم من شرع القسامة فيمــا وجب القصاص شرعها مع عدمه •

ولنا أنه فيهما القسامة وهو قول القاضى من الحنابلة وأصحاب الرأى ، لأنه قتل آدمى يوجب الكفارة فشرعت القسامة فيه كقتل الحر المسلم ، ولأن ما كان حجة فى قتل الحر المسلم كان حجة فى قتل العبد الكافر كالبينة•

وقال أحمد وأصحابه ما عدا القاضى : انه قتل يوجب القصاص فأشــبه قتل البهيمة ولا يلزم من شرعها فيما يوجب القصاص شرعها مع عدمه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **وان قتل مسلم وهناك لوث فلم يقسم وليه حتى ارتد المدعى لم يقسم لأنه اذا اقدم على الردة وهى من أكبر الكبائر لم يؤمن أن يقدم على اليمين الكاذبة ، فان اقسم صحت القسامة . وقال المزنى رحمه الله : لا تصح لأنه كافر فلا يصح يمينه بالله وهذا خطأ • لأن القصد بالقسامة اكتساب المال ، والمرتد من أهل الاكتســاب . فاذا اقسم وجب القصــاص لوارثه او الدية فان رجع الى الاسلام كان له ، وان مات على الردة كان ذلك لبيت المال فيئــا وقال ابو على ابن خيران وابو حفص ابن الوكيل : يبنى وجوب الدية بقسامته**

على حكم ملكه ، فان قلنا : ان ملكه لا يزول بالردة او قلنا : انه موقوف فعاد الى الاسلام ثبتت الدية ، وان قلنا : ان ملكه يزول بالردة او قلنا : انه موقوف فلم يسلم حتى مات لم تثبت الدية ، وهذا غلط لأن اكتسابه للمال يصح على الأقوال كلها وهذا اكتساب) .

الشرح نمهد لشرح هذا الفصل بهذه المقدمة وهى ما فات ثبوت سنه فى النسخة المطبوعة من المهذب ، ولعلها كانت موجودة فى نسخة أخرى يدل على ذلك ذكر كثير من أصحاب المصنفات على غريب المهذب واشكالات المهذب بعض المسائل التى سنذكرها فى هذا التمهيد مما يدل على أن فصلا من متن المهذب قد سقط من نسختنا الخطية والنسخة المطبوعة وهاك مسائله .

اذا انكشف الزحام عن مسلم وهو مجروح فارتد ومات من جراحته لم تثبت فيه القسامة لأنه انما يقسم وارثه والمرتد لا وارث له ، وانما ينقل ماله الى بيت المال ولا يتعينون ، فان رجع الى الاسلام ومات من الجراحة فلورثته أن يقسموا لأنهم يرثون ماله ثم ينظر فيه ــ فان أقام فى الردة زمانا لا تسرى فى مثله الجناية فهل يجب فيه القود فى الجناية اذا قامت بها البينة أو الاقرار ؟ فيه قولان . وأما الدية فتجب قولا واحدا ، فاذا قلنا هناك : لا يجب القود فها هنا أولى ، وان قلنا هناك : يجب القود فان الدية تثبت . وان أقام فى الردة زمانا تسرى فيه الجناية فان القود لا يجب قولا واحدا وهل تجب الدية أو نصفها ؟ فيه قولان مضى ذكرهما فى الجنايات . فان قلنا : تجب فيه جميع الدية كان ذلك لورثته .

فرع اذا قتل مسلم وله ولى فلم يقسم الولى حتى ارتد فالأولى ألا يعرض عليه الحاكم القسامة لأنه لا يتورع مع ردته عن الأيمان الفاجرة . فان حلف فى حال ردته صحت القسامة وقال المزنى : لا تصح أيمانه لأنه كافر فلم تصح يمينه ، وهذا خطأ لأن الكافر تصح يمينه ، فاذا أقسم وجب القود على المدعى عليه على القديم ، والدية على القول الجديد ويكون ذلك موقوفا ، فان رجع الى الاسلام استحقه ، وان مات أو قتل على الردة كان ذلك للمسلمين واستوفاه الامام لهم ، وحكى عن أبى حفص

ابن الوكيل وأبى على بن خيران أنهما قالا : انما تجب الدية بأيمانه على القول الذى يقول : ان ملكه لا يزول بالردة أو قلنا : انه موقوفه فرجع الى الاسلام • فأما على القول الذى يقول : ان ملكه يزول بالردة فانه لا يحلف ولا تجب الدية بأيمانه ، وهذا خطأ لأن اكتسابه للمال يصح فى حال ردته على الأقوال كلها ، وهذا من جملة الاكتساب • وان كان مرتدا عند قتل وليه فانه لا يقسم • وكذلك اذا أسلم بعد موت المقتول فانه لا يقسم لأنه ليس بوارث ، فان كان المقتول عبدا فارتد سيده • فان الأولى ألا يعرض الحاكم عليه الأيمان كما مضى وان استخلفه فى حال ردته ثبتت القيمة وكانت موقوفة سواء ارتد بعد موت الغلام أو قبله لأنه يستحق القيمة بالملك لا بالارث •

فـــرع وان زال الزحام عن عبد مجروح فأعتق ثم مات العبد من الجراحة ، وجبت فيه دية حر وللسيد أقل الأمرين من أرش الجراحة أو الدية فان كانت الدية أقل أقسم السيد واستحقها ، وان كان الأرش أقل أقسم السيد والورثة ، وهل يقسم كل واحد منهم خمسين يمينا ؟ أو يقسم كل واحد منهم على قدر حصته من الدية ؟ فيه قولان قد مضى ذكرهما ، وقال أبو اسحق المروزى لا يقسم السيد لأنه يقسم على اثبات أرش الطرف والمنصوص هو الأول ، لأن الطرف قد سرى الى النفس •

مســـألة ان ادعى على المحجور عليه للسفه قتل عمد ــ فان أقام عليه البينة حكم له بموجبه ، وان أقر المدعى عليه قبل اقراره لأن القتل يتعلق بدمه فقبل اقراره فيه ، وان أنكر فان كان مع المدعى بينة حكم له بموجب القتل ، وان كان معه لوث أو شاهد أقسم عليه الولى خمسين يمينا واستحق عليه القود فى قوله القديم والدية فى قوله الجديد ، وان لم يكن مع المدعى لوث ولا شاهد فالقول قول المدعى عليه مع يمينه ، فان حلف برىء وان نكل ردت اليمين على المدعى ، وهل تغلظ عليه الأيمان ، فيه قولان ، فان حلف استحق عليه القود ، وله العفو عنه على الدية ، وان ادعى عليه قتل خطأ أو عمد فأقر له بذلك فان الشيخ أبا حامد وأصحابه العراقيين قالوا :

لا يقبل اقراره ، لأنه حجر عليه لحفظ ماله ، فلو قلنا : يقبل اقراره لبطلت فائدة الحجر ، وقال الخراسانيون : هل يقبل اقراره ؟ فيه قولان ، فاذا قلنا : لا يقبل اقراره لا يلزمه حكمه وان فك عنه في ظاهر الحكم . وأما فيما بينه وبين الله تعالى ـ فان أقر بجناية أو اتلاف مال ـ لزمه ، وان أقر بدين معاملة لم يلزمه ، وان كان مع المدعى لوث حلف خمسين يمينا واستحق الدية على العاقلة ، وان كان معه شاهد عدل حلف معه يمينا واستحق الدية على العاقلة ، لأن المال يثبت بالشاهد واليمين ، وان لم يكن معه لوث ولا شاهد فهل تسمع دعواه ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فقال الشيخ أبو حامد : فيه قولان بناء على القولين أن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه هل يحلف محل البينة أو الاقرار ؟ ـ فان قلنا : تحل محل البينة أو الاقرار ، فان قلنا : تحل محل البينة سمعت دعواه لأن فيه فائدة وهو أن المدعى عليه اذا نكل ردت اليمين على المدعى ، فاذا حلف كان كما لو أقام البينة . فان قلنا : تحل محل اقرار المدعى عليه لم تسمع الدعوى لأن اقراره غير مقبول وقال ابن الصباغ تسمع الدعوى عليه قولا واحدا ، وان حلف المدعى عليه برىء من الدعوى ، وان نكل لم ترد اليمين على المدعى قولا واحدا ، لأن ذلك بمنزلة اقراره ، واقراره لا يقبل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ومن توجهت عليه يمين في دم غلظ عليه في اليمين لما روى ان عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه « مر بقوم يحلفون بين الركن والمقام فقال : اعلى دم ؟ قيل : لا قال : اعلى عظيم من المال ؟ قيل : لا قال : لقد خشيت ان يبها الناس بهذا المقام » وان كانت اليمين في نكاح او طلاق او حد قذف او غيرها مما ليس بمال ولا المقصود منه المال غلظ ، لأنه ليس بمال ولا المقصود منه المال فغلظ اليمين فيه كالدم . وان كانت اليمين في مال او ما يقصد به المال ـ فان كان يبلغ عشرين مثقالا ـ غلظ وان لم يبلغ ذلك لم يغلظ لان عبد الرحمن بن عوف فرق بين المال العظيم وبين ما دونه . فان كانت اليمين في دعوى عتق ـ فان كان السيد هو الذى يحلف فان كانت قيمة العبد تبلغ عشرين مثقالا ـ غلظ اليمين ، وان لم تبلغ عشرين مثقالا لم يغلظ . لأن المولى يحلف لاثبات المال ففرق بين القليل والكثير كأروش الجنايات . فان

كان الذى يحلف هو لعبد غلظ قلت قيمته او كثرت ، لانه يحلف لاثبات العتق والعتق ليس بمال ولا المقصود منه المال ، فلم تعتبر قيمته كدعوى القصاص ، ولا فرق بين ان يكون فى طرف قليل الأرش او فى طرف كثير الأرش) .

الشرح أثر عبد الرحمن بن عوف فى تغليظ اليمين أخرجه الشافعى من حديث عكرمة بن خالد أن عبد الرحمن بن عوف « رأى قوما يحلفون بين المقام والبيت فقال : أعلى دم ؟ قالوا : لا قال : فعلى عظيم من الأموال ؟ قالوا : لا قال : خشيت أن يبهأ الناس بهذا المقام » واسناده منقطع .

اما اللغات فقوله (لقد خشيت أن يبهأ الناس) قال فى القاموس : بهأ به مثلثة الهاء بهئا وبهوءا وبهاء أنس كابتهأ وكقطام امرأة . وما بهأت له : ما فطنت وناقة بهاء وبهأ البيت كمنع أخلاه من المتاع أو خرقة كأبهاه ، والمعنى هنا أى يأنسوا به فتقل هيبته عندهم فيتهاونوا به ويحتقروه .

اما الأحكام فانه من توجهت عليه يمين ــ فان كانت مما ليس بمال ولا المقصود منه المال كالقصاص والنكاح والطلاق وحد القذف وما أشبه ذلك غلظت عليه اليمين ، وان كانت فى مال وما يقصد منه المال ــ فان كان المال عشرين مثقالا أو مائتى درهم غلظت عليه اليمين وان كان دون ذلك لم تغلظ فيه اليمين . وقال أبو على ابن خيران : تغلظ اليمين بالقليل والكثير من المال لقوله صلى الله عليه وسلم « من حلف على منبرى يمينا فاجرة ولو على سواك من أراك لقى الله تعالى وهو عليه غضبان » .

فرع فى مذاهب العلماء . قلنا : ان كانت فى مال يبلغ عشرين مثقالا أو مائتى درهم غلظت عليه اليمين ، وان كان دون ذلك لم تغلظ وقال أبو على ابن خيران : تغلظ اليمين بالقليل والكثير من المال ، وقال مالك رحمه الله : تغلظ اليمين فيما تقطع به يد السارق .

دليلنا ما روى « أن عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه مر بقوم يحلفون بين الركن والمقام فقال : أعلى دم ؟ قالوا : لا قال : أفعلى عظيم من المال ؟

قالوا : لا قال : لقد خشيت أن يبهأ الناس بهذا المكان » يعني يستخفون بحرمته ، ففرق بين العظيم وغيره ، والعظيم ها هنا أراد به الكثير لأنه فدية بالدم وذلك يحتمل القليل والكثير ، فكان حمله على النصاب الذى تجب فيه الزكاة أولى ، لأنه القدر الذى يحتمل المواساة •

فـــرع ان كانت اليمين فى العتق ــ فان كان الذى يحلف هــو العبد ــ غلظ عليه اليمين ، سواء قلت قيمته أو كثرت ، لأنه يثبت بيمينه العتق • وان كان الذى يحلف هو السيد ــ فان كانت قيمته أقل من نصاب لم تغلظ عليه اليمين • وان كانت قيمته نصابا غلظت اليمين ، لأن المقصــود بيمينه اثبات المال •

اذا ثبت هذا فان التغليظ فى الأيمان يقع بخمسة أشياء بالعدد واللفظ والمكان والزمان والحال ، فأما العدد فانما يكون بالقسامة واللعان وقــد مضى بيانهما • وأما اللفظ فسيأتى بيانه وأما التغليظ بالمكان والزمان فهو مشروع عندنا فيما ذكرناه وبذلك قال أبو بكر الصديق وعمر وعثمان وعلى وابن عباس وعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنهم وأكثر أهل العلم • وقال أبو حنيفة : هو غير مشروع فى الأيمان •

دليلنا على التغليظ بالزمان قوله تعالى « تحبسونهما من بعد الصــلاة فيقسمان بالله » الآية قال أهل التفسير : أراد به بعد العصر قال القرطبى : قاله الأكثر من العلماء لأن أهل الأديان يعظمون ذلك الوقت ويتجنبون فيه الكذب واليمين الكاذبة • وقال الحسن : صلاة الظهر الى أن قال : وقيل : ان فائدة اشتراطه بعد الصلاة تعظيما للوقت ، وارهابا به لشهود الملائكة ذلك الوقت ، وفى الصــحيح : « من حلف على يمين كاذبة بعد العصر لقى الله وهو عليه غضبان » ويمضى رحمه الله فى بيان التغليظ فى الأيمــان فى المكان كالمسجد والمنبر والحطيم خلافا لأبى حنيفة وأصحابه حيث يقولون : لا يجب استحلاف أحد عند منبر النبى صلى الله عليه وسلم ولا بين الركن والمقام لا فى قليل الأشياء ولا فى كثيرها • والى هذا القول ذهب البخارى ــ رحمه الله ــ حيث ترجم « باب يحلف المدعى عليه حيثما وجبت عليه اليمين

ولا يصرف من موضع الى غيره » وقال مالك والشافعى : ويجلب فى أيمان القسامة الى مكة من كان من أعمالها ، فيحلف بين الركن والمقام ، ويجلب الى المدينة من كان من أعمالها فيحلف عند المنبر وسيأتى فى الفصل بعده مزيد بحث . أما (الحال) فقد روى مطرف وابن الماجشون وبعض أصحاب الشافعى أنه يحلف قائما مستقبل القبلة لأن ذلك أبلغ فى الردع والزجر وقال ابن كنانة : يحلف جالسا قال ابن العربى : والذى عندى أنه يحلف كما يحكم عليه بها ان كان قائما فقائما وان جالسا فجالسا اذ لم يثبت فى أثر ولا نظر اعتبار ذلك من قيام أو جلوس ، قلت : قد استنبط بعض العلماء من قوله فى حديث علقمة بن وائل عن أبيه « فانطلق ليحلف » القيام — والله أعلم — أخرجه مسلم فثبت مما مضى آنفا أن المكان والحال مما يتعلق بهما تأكيد اليمين ، والمكان الذى يغلظ فيه اليمين أن يكون بأشرف موضع فى البلد الذى فيه اليمين والزمان الذى يغلظ فيه اليمين أن يكون بعد العصر ، وهل يستحب التغليظ بالمكان ؟ أو يجب ؟ فيه قولان ، وقد مضى ذلك فى اللعان ، قال الشافعى رحمه الله : ورأيت ابن مازن وهو قاض بصنعاء يغلظ اليمين بالمصحف ، وروى ذلك عن ابن عباس وهو حسن . قال أصحابنا : ويستحب أن يغلظ عليه باحضار المصحف ، ويضع الحالف يده عليه ، لأنه يشتمل على أسماء الله تعالى وكلامه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل والتغليظ قد يكون بالزمان وبالمكان وفى اللفظ فاما التغليظ بالمكان ففيه قولان (احدهما) انه يستحب (والثانى) انه واجب . واما التغليظ بالزمان فقد ذكر الشيخ ابو حامد الاسفراينى رحمه الله انه يستحب وقد بينا ذلك فى اللعان . وقال اكثر اصحابنا : ان التغليظ بالزمان كالتغليظ بالمكان وفيه قولان واما التغليظ باللفظ فهو مستحب وهو ان يقول : والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم ، الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم « احلف رجلا فقال : قل : والله الذى لا اله الا هو » ولأن القصد باليمين الزجر عن الكذب وهذه الالفاظ ابلغ فى الزجر وأمنع من الاقدام على الكذب . وان اقتصر على قوله : والله اجزأه لأن النبى صلى الله عليه وسلم اقتصر فى احلاف ركانة على

قوله : والله . وان اقتصر على صفة من صفات الذات . كقوله : وعزة الله اجزاه لانها بمنزلة قوله : والله فى الحنث فى اليمين وايجاب الكفارة ، وان حلف بالمصحف وما فيه من القرآن فقد حكى الشافعى رحمه الله عن مطرف ان ابن الزبير « كان يحلف على المصحف قال : ورايت مطرفا بصنعاء يحلف على المصحف » قال الشافعى : وهو حسن ولان القرآن من صفات الذات ولهذا يجب بالحنث فيه الكفارة وان كان الحالف يهوديا احلفه بالله الذى انزل التوراة على موسى ونجاه من الغرق وان كان نصرانيا احلفه بالله الذى انزل الانجيل على عيسى وان كان مجوسيا او وثنيا احلفه بالله الذى خلقه وصوره) .

الشرح ان استعمال المؤثرات النفسية واختيار بعض الصيغ والعبارات البالغة من النفس البشرية مبلغ التذكير والاعتبار واختيار بعض الأماكن التى يرتبط وجدان المؤمن بها بنحو ارتباط وقدسية وكذلك اختيار الأوقات التى ورد فيها بعض الأخبار ، كل ذلك اعمال لقوله تبارك وتعالى « وربك يخلق ما يشاء ويختار » وهو سبحانه قد خلق الكائنات واختار منها بنى آدم ، واختار من بنى آدم الأنبياء والمرسلين واختار من رسله صفوة خلقه ليكون خاتم أنبيائه واختار من الأماكن بيوته واختار منها بيته المحرم الذى جعل عرصاته مناسك لعباده ، واختار من الأيام العيدين والجمع ومن الشهور شهر رمضان ثم الأشهر الحرم واختار من الأوقات أوقات الصلوات واختار منها الفجر لقوله تعالى « وقرآن الفجر ان قرآن الفجر كان مشهودا » والعصر لقوله تعالى « حافظوا على الصلاة والصلاة الوسطى » وفى قراءة « صلاة العصر » فتكون هذه الأوقات والأماكن والمصطفين من البشر محل نظر الله تعالى ورعايته واختصاصه اياها بمزيد من بركاته ، فلا غرو اذا كان الجمهور قد جعل الحلف بصيغ مخصوصة فى أوقات مخصوصة وأماكن مخصوصة ضربا من التغليظ الذى تهتز له النفس وتلين له قلوب قاسية وتنتقى من الرجس ضمائر مستعدة والله تبارك وتعالى يقول لنبيه صلى الله عليه وسلم « وقل لهم فى أنفسهم قولا بليغا » ويقول صلى الله عليه وسلم « واستعينوا بالغدوة والروحة وشىء من الدلجة » .

ولنأت الى الفصل فنذكر أخباره بالتخريج ما فيها من علل خفية أو ظاهرة على ما جرينا عليه فى هذه التكملة المباركة نسأل الله الكريم رب

العرش العظيم أن يتقبل منا عملنا فيها وأن يمنحنا التوفيق لاخراجها للناس فيثلج صدور قوم مؤمنين ، ويقر أعين الخاصة المحبين آمين .

خبر « أن النبى صلى الله عليه وسلم أحلف رجلا فقال : قل : والله الذى لا اله الا هو » الرجل هو عبد الله بن مسعود والرواية أخرجها أحمد والطبرانى من طريق أبى عبيدة بن عبد الله بن مسعود عن أبيه فى قصة قتله أبا جهل قال : فقلت : « يا رسول الله لقد قتل الله أبا جهل ، قال : الله — الذى لا اله الا هو ؟ فقلت : الله — الذى لا اله الا هو لقد قتلته » ورواه الطبرانى من حديث عمرو بن ميمون عن ابن مسعود بلفظ « آلله ؟ قلت : الله حتى حلفنى ثلاثا » وظاهرها الجر .

وأما حديث ركانة وهو ركانة بن عبد يزيد « أنه أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : انى طلقت امرأتى سهيمة البتة ووالله ما أردت الا واحدة فردها عليه » أخرجه الشافعى وأبو داود والترمذى وابن ماجه ، واختلفوا هل هو من مسند ركانة عنه ، صححه أبو داود وابن حبان والحاكم وأعله البخارى بالاضطراب وقال ابن عبد البر فى التمهيد ضعفوه هكذا أفاده الحافظ ابن حجر فى التلخيص ، وقد استقصيناه بحثا فى كتاب الطلاق وأما رواية الشافعى فى حلف ابن الزبير على المصحف فقد مضت فى كتاب الأيمان بفقهها وأحكامها .

أما الأحكام فاذا أراد الولى أن يحلف فى القسامة فانه يستحب للحاكم أن يغلظ عليه باللفظ ، قال الشافعى رضى الله عنه : فيقول : والله أو بالله أو تالله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم ، الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ، لقد قتل فلان ابن فلان الفلانى — ويشير اليه ان كان حاضرا — فلان ابن فلان الفلانى عمدا أو خطأ على حسب ما ادعاه منفردا بقتله ما شركه فيه غيره ان كان ادعى عليه أنه انفرد بقتله . وان ادعى القتل على اثنين قال : لقد قتل فلان وفلان ويرفع فى نسبهما فلان بن فلان ويرفع فى نسبه منفردين بقتله ما شركهما فيه غيرهما ، فيحد هذه يمينا ثم يحلف كذلك حتى يكمل خمسين يمينا ويكون اسم الله

تعالى مخفوظا ، فان رفع الحالف اسم الله تعالى أو نصبه قال الشافعى رضى الله عنه : أحببت للحاكم أن يعيد عليه ، فان لم يفعل أجزأه ، سواء تعمده أو لم يتعمده ، لأن ذلك لحن لا يحيل المعنى ولا يحتمل غير ذلك ، فان اقتصر الحاكم على قوله : والله أجزأه ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم اقتصر فى تحليف ركانه على قوله (والله) وكذلك اذا حلفه بصفة من صفات الذات كقوله : وعزة الله ، وعلم الله ، وما أشبههما أجزأه لأنها يمين بالله فهى كقوله : والله .

فـــرع اعلم أن قوله من صفات الذات هو من كلام المتكلمين الذين يقسمون الصفات الى صفات ذات وصفات أفعال ، ولم يكن السلف رضوان الله عليهم من الصحابة والتابعين يخوضون فيما خاض فيه الخلف بعد انتشار بدعة الكلام الذى أخذت مقاييسه ومعاييره من منطق اليونان . وما أضاع مجد الاسلام ولا ثل عرشه الا هذا الجدل والنزاع وتفرق المسلمين فى هذا مذاهب يكفر بعضهم بعضا ولم يكن مناص من انتهاء هذا النزاع [1] الى صراع بين الفقهاء والعامة من جهة والفلاسفة والعلماء من جهة أخرى الى انهيار الحضارة الاسلامية والى انطفاء جذوتها .

ولم تكن مسألة الصفات الالهية موضع خلاف بين الصحابة أو التابعين أو كبار الأئمة كمالك والشافعى وأحمد ، اذ كان للمسلمين من الشغل بتثبيت دعائم الاسلام وارساء قواعد ملكه واعداد قوته ودولته ما يغنيهم عن الكلام فى صفات الذات وصفات الأفعال ، ومع ذلك فقد كانوا يؤمنون بالصفات كما وردت صارفين حقيقة ظاهرها عن نسبته الى الله تعالى أخذا من قوله تعالى « ليس كمثله شىء وهو السميع البصير » وقوله تعالى « أفمن يخلق كمن لا يخلق » مما يعد برهانا على استحالة المماثلة بين المخلوق وخالقه . ولكن وقد وردت العبارة فى كلام المصنف فانا لها شارحون . قال الامام أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد فى كتابه مناهج الأدلة فى عقائد أهل الملة : « وهى سبعة : العلم والحياة

---

(١) راجع مقدمة مناهج الأدلة لابن رشد بقلم الدكتور محمود قاسم .

والقدرة والارادة والسمع والبصر والكلام » ثم أخذ فى بيان كل صفة ، ولقد تاقى المتكلمون صفة الكلام هل هى من صفات الأفعال أو من صفات الذات وخلصوا الى أنها من صفات الذات واستدلوا على ذلك بأدلة عقلية وبيت من الشعر يقول :

ان الكلام لفى الفؤاد وانما جعل اللسان على الفؤاد دليلا

على أن من المسائل التى اختلف فيها المتكلمون مسألة صفات الأفعال كالرأفة والرحمة والخلق والرزق ، وتلك بدعة لم يكن السلف يفرقون بين صفات الذات وصفات الأفعال ، كذلك لم يتفق المتكلمون على تحديد هذه الصفات أعنى صفات الأفعال ، فالمعتزلة لا يعترفون من صفات الذات الا بالعلم والقدرة وهما اللتان لا يجوز وصف الله بضدهما ، بينما يرون أن كل صفة يمكن أن يجرى عليها النفى والاثبات تعد من صفات الأفعال ، ولذا قالوا : ان الخلق والرزق والكلام والارادة كلها صفات أفعال وهى حادثة عندهم ، أما الأشاعرة فيذهبون الى أن صفات الأفعال هى التى لا يلزم من نفيها نقيضها كالاحياء والخلق والرزق وهى حادثة عندهم أيضا ، فهم يخالفون المعتزلة اذن فى صفتى الكلام والارادة لأنهما من صفات الذات ، ولأنهما قديمتان فى رأيهم ، وهذا هو منشأ الخلاف بينهم فى مسألة القرآن أهو قديم أم حادث ، أما الماتريدى فرغب عن رأى هاتين الطائفتين وقال بأن صفات الأفعال قديمة كصفات الذات سواء بسواء هذا الى أنه يسوى بين صفات الأفعال كلها ويجمعها فى صفة واحدة هى صفة التكوين وهذا يشبه الى حد ما فعله المعتزلة من التسوية بين العلم والقدرة وذاته تعالى . وكل هذه القضايا الجدلية لم يكن للسلف كما قلنا احتفال بها ولا احتفال بتعقبها أو البحث عما يفضى الى تسويغ انشاء علم الكلام عند الخلف تحقيقا لما تمناه السلف ، ولم يكن الخلف قد حققوا ما ينشده السلف وانما ذهبوا الى وصف طريق السلف بالسلامة ووصف طريق الخلف بالعلم والحكمة فقالوا : مذهب السلف أسلم ومذهب الخلف أعلم وأحكم ، مما حدا بابن القيم أن يقول نقلا عن شيخه الامام تقى الدين ابن تيمية « مذهب السلف أسلم وأعلم وأحكم » وهو حكم صادق لا مرية فيه .

فـــرع وأما قوله لقد قتـــل فلان بن فلان بن فلان بن فلان منفردا بقتله اذا ادعى أنه انفرد بقتله فهى شرط فى القسامة ، لأن الجمـــاعة اذا اشتركوا فى قتل فكل واحد منهم قاتل ، الا أن كل واحد منهم لا يجب عليه من الدية الا بقسطه • فاذا لم يقل منفردا بقتله يتأول لقد قتله فيؤخذ منه الدية الكاملة فى حين أنه لا يجب عليه الا بقسطه فاذا قال : منفردا نفى ذلك • وأما قوله : ما شركه فيه غيره فاختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال : ان ذلك تأكيد لا شرط ، وقوله : منفردا فعلا الا أن غيره أكرهه على قتله ، فيكون المكره له مشاركا له فى قتله حكما ، ويجب عليه نصف الدية بلا خلاف على المذهب ، فقد تناول الخلاف فى قوله : منفردا بقتله أى فعلا ولا يحنث • فاذا قال : ما شركه فيه غيره انتفى الاشتراك فعلا وحكما • فان قيل : فالاعتبار عندكم بينة الحاكم لا بينة الحالف ، والحنث يقع على ما نواه الحاكم لا على ما نواه الحالف ، قيل : قد يكون هذا الحالف جاهلا لا يعلم ذلك ، وربما ظن أن الاعتبار بما نواه الحالف ، فتقدم على اليمين الكاذبة ، ويعتقد أنه لا يحلف على ما نواه ، فاذا حلفه الحاكم مثل ما ذكرناه لم يقدم على اليمين الكاذبة •

فـــرع وان حلف المدعى عليه أنه ما قتل فانه يقول : والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم ، الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية قال الشافعى رحمه الله : وينفى ستة أشياء فيقول : ما قتلت فلان بن فلان الفلانى ، ولا أعنت على قتله ، ولا ناله من فعلى ، ولا من سبب فعلى شىء جرحه ، ولا وصـــل شىء الى من بدنه ، ولا أحدثت شيئا مات منه •

فأما قوله : (ما قتلتـــه) فانه ينفى أنه باشر قتله وحـــده ، وأما قوله (ولا أعنت على قتله) فانه ينفى أنه ما جرحه هو وغيره جراحات فيمـــوت منها ، واذا لم يقل ذلك فربما اعتقد بقوله : ما قتلته أى ما انفرد بقتله وأما قوله (ولا ناله من فعلى) يعنى أنه لم يصبه بسهم ولا حجر ، وأما قوله (ولا ناله من سبب فعلى شىء جرحه) لأنه قـــد يرمى حجرا بحجر يصيب

الحجر فتقع الاصابة ، أو يضرب بالمسدس زجاجا فتتناثر شظاياه فتصيبه فتقتله فيكون قد أصابه بسبب فعله . وأما قوله : (ولا وصل الى شيء من بدنه) يعنى لم يسقه سما فمات منه . وأما قوله (ولا أحدثت شيئا مات منه) يعنى أنه لم يحفر بئرا فى طريق الناس أو نصب فيه سكينا فيموت بذلك . فان قيل : فعندكم لا تصح الدعوى فى القتل الا مفسرة بكونها عمدا أو خطأ أو عمد خطأ ، وتكون يمين المدعى عليه على نفى ما ادعى عليه من ذلك واعلم أنه لما ذكر الشافعى رضى الله عنه أنه يحلف على نفى جميع الأسباب فيكون نافيا لقتل العمد والخطأ وعمد الخطأ . فاختلف أصحابنا فى الجواب فمنهم من قال : انما صور الشافعى رضى الله عنه أن هذا فى الدعوى اذا كانت لصغير أو مجنون أو سفيه ، فان الحاكم يستظهر له فى اليمين على المدعى عليه كذلك ، فأما اذا كانت الدعوى لمن لا ولاية للحاكم عليه فانه لا يحلف الا على نفى دعواه عليه ، وقال أبو اسحاق المروزى : ما ذكره الشافعى رحمه الله ها هنا يدل على قول آخر له أن الدعوى فى القتل تصح مطلقة ومقيدة ، ووجهه أن الدعوى فى ذلك تكون بالظن دون العلم والمشاهدة ، فعلى هذا ان كانت الدعوى مقيدة لم يحلف المدعى عليه الا على نفى ما ادعاه المدعى . وان كانت الدعوى مطلقة فان الحاكم يحلفه على نفى جميع أنواع القتل على ما مضى قال أصحابنا : وهذا خلاف المذهب .

فرع وان كان الحالف يهوديا فانه يستحب أن يغلظ عليه فى يمينه باللفظ فيقول : والله الذى أنزل التوراة على موسى وأنجاه من الغرق لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « حلف يهوديا فقال : قل : والله الذى أنزل التوراة على موسى ما له عليك حق » ولأنهم يعتقدون تعظيم ذلك . وان كان نصرانيا أحلفه بالله الذى أنزل الانجيل على عيسى لأنهم يعتقدون تعظيم ذلك ، وان كان مجوسيا أحلفه بالله الذى خلقه وصوره ورزقه لأنه يعتقد تعظيم ذلك ، وان كان شيوعيا أحلفه بمعتقده فيقول : أقسم بمعتقدى . لأنا رأيناهم يفعلون ذلك .

فرع اذا حلف الولى مع اللوث وأخذ الدية ثم قال : الذى أخذته حرام سئل عن ذلك فان قال : ظلمت فى الأيمان ولم يكن المدعى عليه

فى المحلة وقت قتل مورثى ، أو كان فيها ولم يقتل مورثى ، وجب على الولى رد الدية ، وان قال : أردت أن الذى أعطانيه مغصوب ـ فان عين الذى منه ـ لزمه رده عليه والا يكون له الرجوع بذلك على الذى أخذ منه الدية لأنه لا يقبل قوله ، وان لم يعين الذى غصب منه لم يلزمه رده على أحد القولين وان قال : أردت أنى اعتقدت أن الأيمان مع اللوث فى جنبة المدعى عليه كقول أبى حنيفة قلنا له : اجتهاد الحاكم أولى من اجتهادك • قال المسعودى : وهكذا لو مات رجل وخلف ابنا فقال الابن لا أرثه لأنه كان معتزليا أو رافضيا والمعتزلى والرافضى كافران فقد قال القفال والشيخ أبو حامد : المعتزلى والرافضى ليسا بكافرين ومن أصحابنا من قال بتكفير أهل الأهواء وعليه أكثر أهل الأصول • وكذلك لو قضى قاض حنفى لشافعى بالشفعة للجار فقال المقضى له : أخذت الباطل قلنا له : أنت مخطىء ويحل لك اعتبارا بحكم الحاكم لا باجتهادك ، فان ادعى المدعى عليه أن الولى أراد بقوله ذلك أن المدعى عليه ليس بقاتل ، وقال الولى : بل أردت أحد التفسيرين الآخرين فالقول قول الولى مع يمينه لأنه أعلم بما أراد •

فرع وان كانت اليمين على رجل مزمن أو مريض أو لا يقدر على الخروج الى الموضع الشريف لم يكلف الخروج اليه ، لأن فى ذلك مشقة وقد سقط عنه بعض الواجبات بالعجز عنه كالقيام فى الصلاة • وان كانت اليمين على امرأة ـ فان كانت برزة ـ وهى التى تبرز فى حوائجها ـ فانه يغلظ عليها اليمين بالمكان والزمان الا أن تكون حائضا ، فلا يجوز أن تدخل المسجد بل تحلف على باب المسجد • وان كانت غير برزة وهى التى لا تخرج فى حوائجها فان الحاكم يبعث اليها من يحلفها • وهل يغلظ يمينها بالمكان ؟ فيه قولان حكاهما ابن الصباغ (أحدهما) أنها تحضر الى المكان الشريف فتحلف فيه لأنه تغليظ مشروع فى اليمين ، فشرع فى حقها كالتغليظ بالزمان والألفاظ (والثانى) أنها لا تحضر الى المكان الشريف ، بل تحلف فى بيتها لأن خدرها اذا منع من احضارها مجلس الحكم جرى مجرى المرض فسقط به التغليظ فى المكان •

فرع اذا حلف رجل يمينا بالطلاق أو غيره أن لا يحلف يمينا

مغلظة فتوجهت اليمين المغلظة عليه بالزمان والمكان فامتنع من ذلك ـ فان قلنا : ان التغليظ بذلك واجب ـ قيل له : اما أن تحلف يميناً مغلظة بذلك وتحنث فى يمينك ، والا جعلناك ناكلا • وان قلنا : ان التغليظ بذلك مستحب لم يكلف أن يحلف يمينا مغلظة ولا يحكم عليه بالنكول بالامتناع من ذلك • وان امتنع من التغليظ باللفظ لم يحكم عليه بالنكول بذلك ، هذا نقل أصحابنا العراقيين • وقال المسعودى : لو امتنع من التأكيد بالزمان والمكان كان نكولا منه ، ولو امتنع من التغليظ باللفظ ففيه وجهان •

فائدة ركانة بن عبد يزيد بن هاشم بن عبد المطلب بن عبد مناف ابن قصى القرشى المطلبى • كان من مسلمة الفتح وكان من أشد الناس بنية وهو الذى سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يصارعه ، وذلك قبل اسلامه ففعل وصرعه رسول الله صلى الله عليه وسلم مرتين أو ثلاثا • ومن حديثه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « ان لكل دين خلقا وخلق هذا الدين الحياء » توفى كانة فى أول خلافة معاوية سنة ٤٢ •

أما سهيمة زوج ركانة فانها بنت عمير المزنية والحديث فى تطليق ركانة رواه الشافعى من حديث عمه عبد الله بن السائب عن نافع بن عجير عن عبد يزيد أن ركانة أخبر بذلك • قال البخارى : حدثنا على حدثنا يعقوب بن ابراهيم بن سعد حدثنا أبى عن ابن اسحاق قال حدثنى محمد بن نافع بن عجير قال : وكان ثقة سمع عبد الله بن الحرث بن عويمر المزنى قال : كان من رسول الله صلى الله عليه وسلم فى عمتى سهيمة بنت عمير قضاء ما قضى به فى امرأة غيرها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يصح اليمين فى الدعوى الا ان يستحلفه القاضى لأن ركانة ابن عبد يزيد قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم « يا رسول الله انى طلقت امرأتى سهيمة البتة والله ما أردت الا واحدة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم والله ما أردت الا واحدة ؟ قال ركانة : والله ما اردت الا واحدة » ولأن الاعتبار بنية الحاكم ، فاذا حلف من غير استحلافه نوى ما لا

يحنث به فيجعل ذلك طريقا الى ابطال الحقوق وان وصل بيمينه استثناء او شرطا أو وصله بكلام لم يفهمه اعاد عليه اليمين من اولها وان كان الحالف اخرس ولا يفهم اشارته وقف الأمر الى أن يفهم اشارته فان طلب المدعى أن يرد اليمين عليه لأن رد اليمين يتعلق بنكول المدعى عليه ولا يوجد النكول ، كان الذي عليه اليمين حلف بالطلاق انه لا يحلف بيمين مغلظة فان كان التغليظ مستحقا عليه لزمه ان يحلف ؟ وان حنث فى يمينه بالطلاق كما لو حلف بالطلاق انه لا يحلف عند القاضى فان امتنع جعل ناكلا وردت اليمين على خصمه وان كان التغليظ غير مستحق لم يلزمه ان يحلف يمينا مغلظة وان امتنع من التغليظ لم يجعل ناكلا) .

الشرح حديث ركانة مضى فى الفصل قبله .

اما الأحكام فانه لا يصح اليمين الا بعد أن يستحلفه الحاكم لما ورد فى خبر ركانة بن عبد يزيد أنه قال : « يا رسول الله انى طلقت امرأتى سهيمة ألبتة والله ما أردت الا واحدة فقال النبى صلى الله عليه وسلم ما أردت الا واحدة ؟ فقال : والله ما أردت الا واحدة » فموضع الدليل أن ركانة حلف قبل أن يستحلفه النبى صلى الله عليه وسلم فلم يعتد النبى صلى الله عليه سلم بيمينه بل استدعا منه اليمين ثانيا ، ولأن اليمين تقع على بينة الحاكم حتى لا يمكن الحالف أن يتأول فيها فيخرج منها . فلو قلنا : تصح يمينه قبل أن يستحلفه الحاكم لم يؤمن أن يحلف وينوى ما لا يحدث به . قال أصحابنا : وفى خبر ركانة اثنتا عشرة فائدة .

(احداها) يجوز الاقتصار فى اليمين على اسم الله تعالى .

(الثانية) يجوز حذف القسم لأن فيه فى بعض الطرق أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : والله ما أردت الا واحدة فقال ركانة : والله ما أردت الا واحدة .

(الثالثة) أن اليمين قبل استحلاف الحاكم لا تصح .

(الرابعة) أن الثلاث لا تقع بقول : ألبتة .

(الخامسة) أنه لو أراد ايقاع ما زاد على واحدة لوقع .

(السادسة) أن ايقاع الثلاث ليس بمحرم •

(السابعة) أنه يقع بالبينة طلقة رجعة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم ردها عليه •

(الثامنة) أن المرجع الى نية المطلق •

(التاسعة) أن الطلاق يقع بالصفات والمصادر ، لأن قوله : البتة مصدر •

(العاشرة) أن اليمين يعرض فى الطلاق •

(الحادية عشرة) أن الاشهاد ليس بشرط فى الرجعة لأنه لم ينقل أنه كان مع النبى صلى الله عليه وسلم غيره •

(الثانية عشرة) أن الرجعة لا تفتقر الى رضا المرأة والولى ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يعتبر رضاهما •

فرع قال فى الأم : اذا حلف واستثنى فى يمينه مثل أن يقول : والله ان شاء الله ، أعتدت عليه لليمين ، لأن الاستثناء يرفع اليمين ، فكذلك اذا وصل بيمينه شرطا وكلاما لم يفهم أعيدت عليه اليمين لجواز أن يكون صرف اليمين عما نواه الحاكم • وان كان من وجبت عليه اليمين أخرس لا تفهم اشارته وقف اليمين الى أن تفهم اشارته • فان سأل المدعى أن يرد عليه اليمين لم يرد عليه اليمين ، لأنه لم يتحقق نكوله •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان حلف على فعل نفسه فى نفى او اثبات حلف على القطع لأن علمه يحيط بحاله فيما فعل وفيما لم يفعل وان حلف على فعل غيره فان كان فى اثبات حلف على القطع لأن له طريقا الى العلم بما فعل غيره ، وان كان على نفى حلف على نفى العلم فيقول والله لا أعلم انى أبى أخذ منك مالا ولا أعلم أن أبى أبراك من دينه لأنه لا طريق له الى القطع بالنفى فلم يكلف اليمين عليه) •

الشرح اذا توجهت اليمين على انسان وأراد أن يحلفه فان كان يحلف على فعل نفسه فانه يحلف على البت والقطع ، سواء حلف على الاثبات أو النفى ، وان كان يحلف على فعل غيره نظرت ـ فان حلف على الاثبات ـ حلف على البت والقطع ، وان حلف على النفى حلف على العلم وبه قال أهل العلم كافة ، وذهب الشعبى والنخعى الى أن الايمان كلها على البت والقطع. وذهب ابن أبى ليلى الى أن الأيمان كلها على نفى العلم .

دليلنا ما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم حلف عبد الله بن مسعود فقال : قل والله الذى لا اله الا هو لقد قتلت أبا جهل فحلفه على البت لأنه حلفه على فعل نفسه مع أن معاذا ومعوذا ابنى عفراء ذكرا للنبى صلى الله عليه وسلم أيضا أنهما قتلاه وحين رأى النبى صلى الله عليه وسلم سيفيهما تخضبين قال : كلاكما قتله وروى وائل ابن حجر أن رجلا من حضرموت ادعى على رجل من كندة أرضا بالمدينة بحضرة النبى صلى الله عليه وسلم فقال الحضرمى : اغتصبها أبوك وقال الكندى : أرضى وفى يدى أزرعها فقال الحضرمى : تحلف بالله الذى لا اله الا هو لا تعلم أن أباك اغتصبها ، فتهيأ الكندى لليمين » فلم ينكر النبى صلى الله عليه وسلم سؤال الحضرمى للكندى أن يحلف على نفى علمه وهذا الحديث الذى أخرجه مسلم يدل على أن حكم اليمين على نفى فعل الغير هكذا ولأن الانسان يمكنه الاحاطة بما فعل وبما لم يفعل ، ولذلك كلف على فعل نفسه أن يحلف على البت والقطع فى الاثبات والنفى ، ويمكنه التوصل الى العلم بما فعل غيره فكلف اليمين على الاثبات فيه على البت ، ولا يتوصل الى العلم بما لم يفعل غيره فلم يكلف اليمين على الاثبات . قال الشافعى رضى الله عنه : فان حلف بعض الحكام على القطع والنفى فيما يحتاج أنه يحلف فيه على نفى العلم جاز ذلك وينصرف ذلك الى الاستحلاف على نفى العلم دون القطع واليقين . والله تعالى أعلم بالصواب وله الحمد والمنة على كل حال .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان ادعى عليه دين من بيع أو قرض فأجاب بانه لا يستحق عليه شيء ولم يتعرض للبيع والقرض لم يحلف الا على ما اجاب ولا يكلف أن يحلف على نفى البيع والقرض لأنه يجوز أن يكون قد استقرض منه أو ابتاع ثم قضاه او ابراه منه ، فاذا حلف على نفى البيع والقرض حلف كاذبا ، وان أجاب بانه ما باعنى ولا اقرضنى ففى الاخلاف وجهان (احدهما) انه يحلف انه لا يستحق عليه شيء ، ولا يكلف أن يحلف على نفى البيع والقرض لما ذكرنا من التعليل (والثانى) انه يحلف على نفى البيع والقرض لانه نفى ذلك فى الجواب فلزمه أن يحلف على النفى ، فان ادعى رجل على رجل الف درهم فانكر حلف انه لا يستحق عليه ما يدعيه ، ولا شيئا منه ، فان حلف انه لا يستحق عليه الألف لم يجزه لأن يمينه على نفى الالف لا يمنع وجوب بعضها ..

الشرح اذا ادعى رجل على رجل أن له على أبيه دينا لم تسمع دعواه عليه الا بعد أن يدعى موت أبيه وأن فى يديه تركة له ، وأنه يستحق ذلك الحق منها لأنه اذا لم تكن فى يده تركة لم يلزمه قضاء الدين من مال نفسه ، فان أنكر المدعى عليه موت أبيه فالقول قوله مع يمينه ويحلف على نفى العلم وقال ابن القاص : يحلف على القطع لأنه يمكنه الاحاطة بذلك ، والأول أصح لأنها يمين على فعل الغير ، فان أنكر التركة فى يده حلف أنه ما وصل اليه ما فيه وفاء بالدين ولا ببعضه ، ولا يلزمه أن يحلف ما خلف أبوه شيئا ، لأنه قد يخلف شيئا ولم يصل .

فـــرع اذا ادعى رجل على رجل دينا فقال المدعى عليه قد أبرأتنى من الدين فقد أقر بالدين عليه ، لأن دعواه البراءة تتضمن ثبوت الدين عليه ، فان أقام البينة على البراءة برىء ، وان لم يقم بينة فالقول قول من له الدين مع يمينه لأن الأصل عدم البراءة .

فـــرع قال الشافعى رضى الله عنه : ويحلف بالله ان هذا الحق (ويسميه بما يقربه معلوما) لثابت عليه ، وأنه ما اقتضاه ولا شيئا منه ولا أبرأه منه ولا من شيء منه وانه لثابت عليه الى أن حلف هذه اليمين . وقال فى موضع آخر : يحلف بالله ان هذا الحق (ويسميه) لثابت عليه وما اقتضاه

ولا شيئا منه ، ولا اقتضاه أحـد بأمره ولا شيء منه ولا اقتضى بغير اذنه فوصل اليه أ هـ .

واختلف أصحابنا فى هـذا ، فقال بعضهم : ان كان المدعى قـد ادعى البراءة بجهة خاصة بأن يقول : قبض هذا الحق منى وأبرأنى منه أو أحال به على ، فان المدعى عليه يحلف على نفس تلك الجهة فحسب ، فان ادعى البراءة منها فيحتاج أن يحلف على نفى تلك الجهة فحسب ، فان ادعى البراءة مطلقا فيحتاج أن يحلف على نفى هذه الجهات لينفى الاحتمال من جميـع الوجوه .

قال الشيخ أبو حامد : وانما حلف أنه ما اقتضى بغير أمره فوصـل اليه لأنه اذا قبضه غيره بغير أمره ثم وصل اليه برىء ، ومن أصحابنا من قال : يكفيه أن يحلف أنه ما برىء اليه منه أو أنه لم يبرأ من ذلك الحق بقول ولا فعل ، لأنه يدخل تحت ذلك سائر جهـات البـراءة . وما ذكره الشافعى رحمه الله تعالى انما ذكره على سبيل الاستحباب لا على سـبيل الشرط .

فـــرع وان ادعى على رجل أنه غصب منه شـيئا أو أقرضـه شيئا فقال المدعى عليه : لا حق لك أو لا يستحق على ذلك يصح الجواب واذا أراد المدعى عليه أن يحلف فانه يحلف أنه لا يستحق عليه ذلك ، ولا يكلف اليمين أنه لم يغصبه منه أولم يقترض منه ، لأنه قد يغصب منه أو يقترض منه ثم يقضه اياه أو يبريه منه ، ولا بينة له على ذلك . فاذا حلف انه لم يغصب منه أو لم يقترض منه كان حانثا فى يمينه ، وان أقر له بذلك لم يقبل قوله ، فلزمه الحق المدعى به عليه .

فـــرع وان قال المدعى عليـه فى الجواب ما غصبت منك أو ما اقترضت منك وسأل المدعى عليه احلافه ــ فان قال المدعى عليه : أحلف ما غصبت منك أو ما اقترضت منك ــ كان له ذلك . وان قال : أحلف أنك لا تستحق على ذلك أو لا حق لك على فهل له ذلك ؟ فيه وجهان (أحدهما)

أن له ذلك لما ذكرناه فى التى قبلها • (والثانى) ليس له ذلك ، بل يكلف اليمين أنه ما غصب منه ولا اقترض منه • لأنه لما أجاب بذلك علم أنه يمكنه أن يحلف عليه فلزمه أن يحلف عليه •

فـــرع قال فى البيان : والابد أن يحلف المدعى عليه أنه لا يستحق عليه ذلك ولا بعضه ، فلا يجب على نفى استحقاق الجميع والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **وان كان لجماعة على رجل حق فوكلوا رجلا فى استحلافه لم يجز أن يحلف لهم يمينا واحدة لأن لكل واحد منهم عليه يمينا فلم تتداخل فان رضوا بأن يحلف لهم يمينا واحدة ففيها وجهان (أحدهما) انه يجوز كما يجوز أن يثبت ببينة واحدة حقوق الجماعة (والثانى) وهو المذهب انه لا يجوز لأن القصد من اليمين الزجر ، وما يحصل من الزجر بالتفريق لا يحصل بالجمع فلم يجز وان رضوا كما لو رضيت المرأة أن يقتصر الزوج فى اللعان على شهادة واحدة •)**

الشرح اذا ادعى رجلان أو جماعة على رجل حقا فأنكر المدعى عليه ولا بينة لهم ، فان الحاكم يحلفه لكل واحد منهم يمينا ، فان حلفه يمينا لهم بغير رضاهم لم يعتد بهذه اليمين • وحكى أن القاضى اسماعيل المالكى حلف رجلا يمينا بحق رجلين فخطأه أهل عصره • وان رضى المدعيان أو الجماعة أن يحلف المدعى عليه لهم يمينا واحدة ففيه وجهان (أحدهما) يصح لأن الحق لهم وقد رضوا (والثانى) لا يصح وهو الأصح لأن اليمين حجة فى حق كل واحد منهم ، فاذا رضى بها الجماعة فى حقوقهم صارت الحجة ناقصة فى حق كل واحد منهم ، والحجة الناقصة لا تكمل برضا الخصم كما لو رضى الخصم أن يحكم عليه بشاهد واحد فانه لا يصح والله تبارك وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب وهو حسبى ونعم الوكيل •

وهذا آخر ما فتح الله به على فى شرح الجزء الثانى والعشرين ويليه (الجزء الثالث والعشرون) وهو آخر أجزاء المجموع (وأوله) •

كتـــاب الشـــهادات

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه وسلك طريقه وسلم تسليما كثيرا والحمد لله رب العالمين •

بسم الله الرحمن الرحيم

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتاب الشهادات

الشرح الأصل فى تعليق الحكم بالشهادة الكتاب والسنة والاجماع

(اما الكتاب) فقوله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم . فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل احداهما فتذكر احداهما الأخرى » الآية . وقوله تعالى « ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه » . فمنع من كتمان الشهادة فدل على أنه اذا أدى الشهادة تعلق الحكم بها . وقوله تعالى : « وأشهدوا ذوى عدل منكم وأقيموا الشهادة لله » الآية . وغير ذلك من الآيات .

(وأما السنة) فقوله صلى الله عليه وسلم للحضرمى : « ألك بينة ؟ » .

وروى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم « سئل عن الشهادة فقال : هل ترى الشمس ؟ قال نعم قال : على مثلها فاشهد أودع » وغير ذلك من الأخبار .

(واما الاجماع) فانه لا خلاف بين الأمة فى تعلق الحكم بالشهادة .

أما اللغات فقد قال فى الطراز المذهب : أصل الشهادة الحضور من قولهم : شهد المكان وشهد الحرب أى حضرها . والمشاهدة المعاينة مع الحضور ، والشهادة خبر قطع بما حضر وعاين ثم قد يكون بما علم واستفاض أ هـ . وقيل : ان الشهادة مأخوذة من العلم من قوله تعالى « شهد الله أنه لا اله الا هو » قيل : علم وبين كأن الشاهد يبين ما يوجب حكم الحاكم . قال فى التنبيهات : الشهادة معناها البيان وبه سمى الشاهد (يعنى بينة) أى لأنه يبين الحكم والحق من الباطل ، وهو أحد معان . تثنيته شاهدان واليه أشار بعضهم فى معنى قوله « شهد الله أنه لا اله الا هو » أى بين ، وقيل : هى فيها بمعنى العلم قال الشيخ الدردير فى أقرب المسالك :

وهى عرفا اخبار عدل حاكما بما علم ولو بأمر عام ليحكم بمقتضاه ؛ فقد لا تتوقف على تقدم دعوى كاعلام العدول برؤيتم الشهر فيحكم بثبوتها

ويترتب على حكمه أمور كوجوب الصوم والوقوف بعرفة وتمام عـدة أو كفارة أو تمام أجل لدين ونحو ذلك .

قال الصاوى فى الشرح الصغير من كتب المـالكية فى شرحه للعبارة المتقدمة تعرض لتعريفها اصطلاحا للرد على ابن عبد السلام القائل بأنه لا حاجة لتعريف حقيقتها لأنها معلومة ، ورده ابن عرفة بقول القرافى : أقمت ثمان سنين أطلب الفرق بينها وبين الرواية وأسأل الفضلاء عنه بتحقيق ماهية كل منهما فيقولون : الشهادة يشترط فيها التعدد والذكورة والحرية فأقول لهم : اشتراط ذلك فرع تصورها حتى طالعت شرح لبراهين للمازرى فوجدته حقق المسألة فقال : هما خبران غير أن المخبر عنه ان كان عاما لا يختص بمعين فالرواية كخبر « انما الأعمال بالنيات » والشفعة فيما ينقسم بخلاف قول العدول عند الحاكم : لهذا على هذا كذا الزام لمعين لا يتعداه فالشهادة . وقال ابن عرفة : وحاصل ما قرره المـازرى أن الشهادة هى الخبر المتعلق بجزئى والرواية المتعلق بكلى ، وهو مردود بأن الرواية قد تتعلق بجزئى كخبر (ورد فى الصحيحين والترمذى والنسائى عن أبى هريرة) وخبر تميم الدارى فى السفينة التى لعب بهم الموج فيها وذكر قصة الدجال الى غيرها من أحاديث متعلقة بجزئى أو معين وكآية « تبت يدا أبى لهب وتب » ونحوها كثير انتهى .

قال الصاوى : اذا علمت ذلك فالحق فى الفرق ما قاله البنانى وهو أن الخبر اما أن يقصد أن يرتب عليه فصل قضاء وابرام حكم أم لا ، فان قصد به ذلك فهو الشهادة وان لم يقصد به ذلك فاما أن يقصد به تعريف دليـل حكم شرعى يشرعه أو لا فان قصد به ذلك فهو الرواية والا فهو سـائر أنواع الخبر انتهى وقوله : اخبار عدل من اضافة المصدر لفاعله وحاكما مفعوله .

وقال فى حاشية ملتقى الأبحر من كتب الحنفية : **الشهادة فى اللغة** الاخبار بصحة الشىء عن مشاهدة وعيان ، أما سببها فنوعان سبب فى حق التحمل

وسبب فى حق الأداء أما فى حق التحمل فمعاينة سبب تحمل الشهادة ومشاهدته • وأما فى الأداء فطلب المدعى من الشاهد أداء الشهادة •

وقال الامام الشافعى رضى الله عنه فى الأم فى باب شهادة الأعمى : « فأما عائشة ومن روى عنها الحديث فالحديث انما قبل على صدق المخبر وعلى الأغلب على القلب وليس من الشهادات بسبيل ، ألا ترى أنا نقبل فى الحديث حدثنى فلان عن فلان ابن فلان ولا نقبل فى الشهادة حدثنى فلان عن فلان حتى يقول . أشهد لسمعت فلانا ، ونقبل حديث المرأة حتى نحل بها ونحرم وحدها ولا نقبل شهادتها وحدها على شىء ، ونقبل حديث العبد الصادق ولا نقبل شهادته ونرد حديث العدل اذا لم يضبط الحديث ونقبل شهادته فيما يعرف فالحديث غير الشهادة أ هـ •

ما افترق فيه الشهادة والرواية
وهذا من الأشباه والنظائر

افترقا فى أحكام :

(الأول) العدد يشترط فى الشهادة دون الرواية •

(الثانى) الذكورة لا تشترط فى الرواية مطلقا بخلاف الشهادة فى بعض المواضع •

(الثالث) الحرية تشترط فى الشهادة مطلقا دون الراوية •

(الرابع) تقبل شهادة المبتدع الا الخطابية ولو كان داعية ، ولا تقبل رواية الداعية •

(الخامس) تقبل شهادة التائب من الكذب دون روايته •

(السادس) من كذب فى حديث واحد رد جميع حديثه السابق بخلاف من يتبين شهادته للزور فى مرة لا ينقض ما شهد به قبل ذلك

(السابع) لا تقبل شهادة من جرت شهادته الى نفسه نفعا أو دفعت عنه ضررا وتقبل شهادة من روى ذلك •

(الثـامن) لا تقبل الشهادة لأصل وفروع ورقيق بخلاف الرواية .

(التاسع) (والعاشر) (والحادى عشر) الشهادة انما تصح بدعوى سابقة وطلب لها وعند حاكم بخلاف الرواية فى الكل .

(الثانى عشر) للعالم الحكم بعلمه فى التعديل والتجريح قطعـا مطلقا فى الرواية بخلاف الشهادة فان فيها ثلاثة أقوال أصحها التفصيل بين حدود الله تعالى وغيرها .

(الثالث عشر) يثبت الجرح والتعديل فى الرواية بواحـد دون الشـهادة (على الأصح) .

(الرابع عشر) الأصح فى الرواية قبول الجرح والتعديل غير مفسر من العالم (المتقن النقادة) ولا يقبل الجرح فى الشهادة الا مفسرا .

(الخامس عشر) يجوز أخذ الأجرة على الرواية بخلاف الشـهادة الا اذا احتاج الى مركوب .

(السادس عشر) الحكم بالشهادة تعديل . قال الغزالى : بل أقوى منـه بالقول بخلاف عمل العالم أو فتياه بموافقة المروى على الأصح لاحتمال أن يكون ذلك لدليل آخر .

(السابع عشر) لا تقبل الشهادة على الشهادة الا عند تعسر الأصل بموت أو غيبة أو نحوهما بخلاف الرواية .

(الثامن عشر) اذا روى شيئا ثم رجع عنه سـقط ، ولا يعمل به بخـلاف الرجوع عن الشهادة قبل الحكم .

(التاسع عشر) لو شهدا بموجب قتل ثم رجعا وقالا تعمدنا لزمهما القصاص . ولو أشكلت حادثة على حاكم فتوقف فروى شـخص خبرا عن النبى صلى الله عليه وسلم فيها ، وقتل الحاكم به رجلا ، ثم رجع الراوى وقـال : كذبت وتعمدت ففى فتاوى البغوى ينبغى أن يجب القصاص كالشـاهد اذا رجع قال الرافعى . والذى ذكره

القفال والامام أنه لا قصاص بخلاف الشهادة فانها تتعلق بالحادثة والخبر لا يختص بها .

(العشرون) اذا شهد دون أربعة بالزنا حدوا للقذف فى الأظهر ، ولا يقبل شهادتهما قبل التوبة ، وفى قبول روايتهم وجهان المشهور منهما القبول . ذكره الماوردى فى الحاوى . ونقله ابن الرفعة فى الكفاية والاسنوى فى الالغاز والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ تحمل الشهادة وأداؤها فرض لقوله عز وجل ((ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا)) وقوله تعالى ((ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه)) قال ابن عباس رضى الله عنه ((من الكبائر كتمان الشهادة ، لأن الله تعالى يقول ومن يكتمها فانه آثم قلبه)) فهى فرض على الكفاية فان قام بها من فيه كفاية سقط الفرض عن الباقين لأن المقصود بها حفظ الحقوق ، وذلك يحصل ببعضهم ، وان كان فى موضع لا يوجد فيه غير ممن يقع به الكفاية تعين عليه ، لأنه لا يحصل المقصود الا به فتعين عليه . ويجب الاشهاد على عقد النكاح . وهل يجب على الرجعة ؟ فيه قولان وقد بيناهما فى الرجعة . وأما ما سوى ذلك من العقود كالبيع والاجارة وغيرهما فالمستحب أن يشهد عليه لقوله تعالى ((وأشهدوا اذا تبايعتم)) ولا يجب لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم ((ابتاع من أعرابى فرسا فجحده فقال النبى صلى الله عليه وسلم من يشهد لى ؟ فقال خزيمة بن ثابت الانصارى : أنا أشهد لك قال لم تشهد ولم تحضر ؟ فقال نصدقك على أخبار السماء ولا نصدقك على أخبار الأرض فسماه النبى صلى الله عليه وسلم ذا الشهادتين ﴾ .

الشرح تتناول أشرف ما فى الفصل وهو قوله تعالى « ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا » حكم المهدوى عن الربيع والضحاك أن قوله «ولا يأب» منسوخ بقوله « ولا يضار كاتب ولا شهيد » واستبعده القرطبى فى جامع الأحكام وسيأتى مزيد بيان فى الأحكام ان شاء الله وكذلك للآية التى بعدها

أما خبر « أن النبى صلى الله عليه وسلم ابتاع من أعرابى فرسا فجحده فقال النبى صلى الله عليه وسلم من يشهد لى ؟ فقال خزيمة بن ثابت

الأنصارى : أنا أشهد لك قال : ولم تشهد ولم تحضر ؟ قال : نصدقك على أخبار السماء ولا نصدقك على أخبار الأرض فسماه النبى صلى الله عليه وسلم ذا الشهادتين » فقد أخرجه أحمد ثنا أبو اليمان ثنا شعيب عن الزهرى حدثنى عمارة بن خزيمة الأنصارى أن عمه حدثه وهو من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم أن النبى صلى الله عليه وسلم ابتاع فرسا من أعرابى فاستتبعه النبى صلى الله عليه وسلم فقال : ان كنت مبتاعا هذا الفرس فابتعه والا بعته فقال صلى الله عليه وسلم حين سمع نداء الأعرابى : أو ليس قد ابتعته منك ؟ فقال الأعرابى : لا والله ما بعتك فقال النبى صلى الله عليه وسلم بلى قد ابتعته منك فطفق الناس يلوذون بالنبى صلى الله عليه وسلم والأعرابى وهما يتراجعان فطفق الأعرابى يقول : هلم يشهد شهيدا أنى بايعتك . فمن جاء من المسلمين قال للأعرابى : ويلك النبى صلى الله عليه وسلم لم يكن ليقول الا حقا حتى جاء خزيمة فاستمع لمراجعة النبى صلى الله عليه وسلم ومراجعة الأعرابى فطفق الأعرابى يقول : هلم شهيدا يشهد أنى بايعتك قال خزيمة : أنا أشهد أنك قد بايعته فأقبل النبى صلى الله عليه وسلم على خزيمة فقال : بم تشهد ؟ فقال : بتصديقك يا رسول الله فجعل شهادة خزيمة شهادة رجلين » وأخرجه أبو داود حدثنا محمد بن يحيى بن فارس أن الحكم بن نافع حدثهم قال : أخبرنا شعيب الى آخر الاسناد والمتن الذى عند أحمد وأخرجه النسائى أخبرنا الهيثم بن عمران قال : حدثنا محمد بن بكار قال : حدثنا يحيى وهو ابن حمزة عن الزبيدى ان الزهرى أخبره عن عمارة بن خزيمة أن عمه حدثه الى آخر الحديث .

أما الأحكام فان تحمل الشهادة فرض عندنا وهو اذا دعى الرجل لتحمل الشهادة الى نكاح أو دين وجب عليه الاجابة لقوله تعالى « ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا » وقوله تعالى « ولا يضار كاتب ولا شهيد » وقد قرىء برفع يضار وبنصبه فمن قرأ بالرفع فمعناه لا يضر الكاتب ولا الشهيد بمن يدعوه فيمتنع من اجابته من غير عذر . وقيل : لا يكتب الكاتب ما لم يستكتب ، ولا يشهد الشاهد ما لم يستشهد .

ومن قرأ بالنصب فمعناه لا يضر بالكاتب والشهيد بأن يدعوهما الى الكتابة والشهادة من غير حاجة فيقطعهما من حوائجهما • وهو فرض على الكفاية اذا دعى الى الشهادة جماعة فأجاب شاهدان سقط الفرض عن الباقين لأن القصد فى الشهادة التوثق وذلك يحصل بشاهدين ، فان امتنع جميعهم من الاجابة أثموا ، فان لم يكن فى موضع الا شاهدان فدعيا الى تحمل الشهادة تعينت عليهما الاجابة ، فان امتنعا أثما لأن المقصود لا يحصل الا بهما وكذلك أداء الشهادة فرض ، وهو اذا كان مع رجل شهادة لآخر فدعاه المشهود له الى أدائها عند الحاكم وجب عليه أداؤها عند الحاكم لقوله تعالى « ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه » فنهى عن كتمان الشهادة وتوعده على كتمها ، فدل على أنه يجب اظهارها ، وقوله تعالى « ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا » وهذا يعم حال التحمل وحال الأداء ، وهو فرض على الكفاية اذا أداه اثنان من الشهود سقط الفرض عن الباقين لأن القصد منه اثبات الحق وذلك يحصل بهما •

اذا ثبت هذا فان العقود على ضربين ضرب يشترط الشهادة فى صحتها وضرب لا يشترط الشهادة فى صحتها عندنا • فأما الضرب الذى يشترط الشهادة فى صحتها فالنكاح ، وفى الرجعة قولان وقد مضى ذكر ذلك • وأما الضرب الذى لا يشترط الشهادة فى صحتها فهو ما عدا النكاح والرجعة كالبيع والرهن والاجارة وغير ذلك من العقود ، وبه قال أكثر أهل العلم — وقال سعيد بن المسيب : يجب الاشهاد على البيع ، وبه قال الشعبى والضحاك وأهل الظاهر ، فمن أهل الظاهر من قال : هى شرط فى صحة البيع ، ومنهم من قال : ليست بشرط •

واختلفوا فى كيفية الاشهاد فمنهم من قال : يجب على المتعاقدين أن يقولا : أشهدناكم ، ومنهم من قال : احضارهم يكفى • دليلنا قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه » الآية فمنها دليلان (أحدهما) قوله تعالى « ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة » ومعناه فلم تجدوا من يشهد على الكتاب ، لأن مجرد الشهادة لا تحصل به الوثيقة

(والثانى) أن الله تعالى ذكر الوثائق فى الآية قال تعالى « فان أمن بعضكم بعضا فليؤد الذى اؤتمن أمانته » فأخبر أنه اذا لم يستوثق بهـذه الوثائق وأمن به فانه يجوز ، وندب الذى اؤتمن الى أداء الأمانة فى ذلك . وقـد مر بك أن النبى صلى الله عليه وسلم ابتاع من أعرابى فرسـا فتبعه ليوفيه الثمن فطفق يعترضونه ويساومونه ولا يشعرون أنه باع فنادى النبى صلى الله عليه وسلم ان اتبعته والا بعته فقال النبى صلى الله عليه وسلم أليس قد بعته ؟ فقال الأعرابى : هلم شهيدا فقال النبى صلى الله عليه وسلم : من يشهدنى؟ فقال خزيمة بن ثابت : أنا أشهد عليك بالبيع فقال النبى صلى الله عليه وسلم لم تشهد ولم تحضر ؟ فقال : نصدقك على أخبار السماء ولا نصدقك على أخبار الأرض ، فسماه النبى صلى الله عليه وسلم ذا الشهادتين » .

اذا ثبت هذا فانه يستحب الاشهاد على ذلك لمـا روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ثلاثة لا تستجاب لهم دعوة رجل باع ولم يشهد عليه ورجل له امرأة سوء ولم يطلقها ورجل دفع ماله الى سفيه » قال العمرانى فى البيان : وهذا نهى ارشاد لا نهى تحريم والله تعالى أعلم .

فائدة فى اسم الأعرابى الذى ابتاع منه النبى صلى الله عليه وسلم .

ذكر النووى فى تهذيب الأسماء واللغات فى المبهمات والمشتبهات منه قول الخطيب البغدادى أن اسم هذا الأعرابى (سواء بن الحرث) وقيل سواء ابن قيس المحاربى والله أعلم .

فـــرع فى مذاهب العلماء فى حكم الشهادة .

ذكرنا أن الشهادة فرض على الكفاية اذا أداها اثنان سقطت عن الباقين وهو قول مالك رضى الله عنه قال الدردير فى أقرب المسالك « والتحمـل للشهادة ان افتقر اليه بأن خيف بتركه ضياع الحق من مال أو غيره (فرض كفاية) ويتعين بما يتعين به فرض الكفاية وظاهر كلامهم : ولو كان فاسقا وقت التحمل أو مجروحا بشىء آخر لجواز زوال المـانع وقت الأداء ، ولا يقدح فيه الخصم ومفهوم « افتقر اليه » أنه ان لم يفتقر اليه لا يكون فرض كفاية ، بل تجوز وقد لا تجوز كشهادة على زنا من دون أربعة عدول .

وقال القاضى أبو بكر بن العربى لا يأب الشهداء عنهما جميعا ــ يعنى التحمل والأداء : لا يأب الشهداء عن التحمل اذا حملوا ولا يأبوا عن الأداء اذا تحملوا ، وكذلك اختلفوا فى حكم هذا النهى على ثلاثة أقوال (أحدها) أن فعل ذلك ندب (الثانى) أن ذلك فرض على الكفاية (الثالث) أنها فرض على الأعيان مطلقا . قاله الشافعى ثم قال : والصحيح عندى أن المراد هاهنا حالة التحمل للشهادة ، لأن حالة الأداء مبينة بقوله تعالى « ومن يكتمها فانه آثم قلبه » واذا كانت حالة التحمل فهى فرض على الكفاية اذا قال به البعض سقط عن البعض لأن اباية الناس كلهم عنها اضاعة للحقوق واجابة جميعهم اليها تضييع للأشغال ، فصارت كذلك فرضا على الكفاية . ثم خاص الى أن الله تعالى فرض فى قول العلماء أداء الشهادة عند الدعاء اليها واذا لم يدع كان ندبا لقوله صلى الله عليه وسلم « خير الشهود الذى يأتى بشهادته قبل أن يسألها » ثم قال : والصحيح عندى أن أداءها فرض ثبت عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : « انصر أخاك ظالما أو مظلوما » فقد تعين نصره بأداء الشهادة التى هى عنده احياء لحقه الذى أماته الانكار . أهـ

أما الاشهاد هل هو واجب أم مندوب اليه ؟ فقال أبو موسى الأشعرى وابن عمر والضحاك وسعيد بن المسيب وجابر بن زيد ومجاهد وداود بن على وابنه أبو بكر : هو على الوجوب ومن أشدهم فى ذلك عطاء قال : أشهد اذا بعت واذا اشتريت بدرهم أو نصف درهم أو ثلث درهم أو أقل من ذلك فان الله عز وجل يقول « وأشهدوا اذا تبايعتم » وعن ابراهيم النخعى : أشهد اذا بعت واذا اشتريت ولو ستجة بقل (أى حزمة) قال القرطبى : وكان ممن يرى هذا الطبرى : وقال : لا يحل لمسلم اذا باع واذا اشترى الا أن يشهد ان وجد كاتبا .

وذهب الشعبى والحسن الى أن ذلك على الندب والارشاد لا على الحتم ، ويحكى أن هذا قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى . وزعم ابن العربى أن هذا قول الكافة ، وقال : وهو الصحيح ولم يحك عن أحد ممن قال بالوجوب الا الضحاك قال : وقد باع النبى صلى الله عليه وسلم وكتب ونسخة كتابه :

بسم الله الرحمن الرحيم

هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى منه عبدا ــ أو أمه ــ لاداء ولا خبثة ولا غائلة بيع المسلم المسلم ، وقد باع ولم يشهد ، ورهن درعه عند يهودى ولم يشهد ولو كان الاشهاد أمرا واجبا لوجب مع الرهن لخوف المنازعة • وحديث العداء هذا لم ينسخه ناسخ لأن العداء أسلم بعد الفتح وحنين وهو القائل : قاتلنا رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين فلم يظهرها الله ولم ينصرنا ، ثم أسلم وحسن اسلامه •

فــــرع الاشهاد على النكاح واجب أما فى الرجعة فلا وأما البيع والشراء فعلى الندب وقد جمع بعضهم ما تنفذ به الأحكام من الشهادات فى أبيات ونصها :

أيا سائلى عما ينفذ حكمه ... ويثبت سمعا دون علم بأصله
ففى العزل والتجريح والكفر بعده ... وفى سفه أو ضد ذلك كله
وفى البيع والأحباس والصدقات والر ... ضاع وخلع والنكاح وحله
وفى قسمة أو نسبة وولاية ... وموت وحمل والمضر بأهله
ومنها الهبات والوصية فاعلمن ... وملك قديم قد يضن بمثله
ومنها ولادات ومنها حرابة ... ومنها الاباق فليصم أشكله
وقد زيد فيها الأسر والفقد والملا ... ولوث وعتق فاظفرن بنقله
فصارت لدى عد ثلاثين أتبعت ... بثنتين فاطلب نصها فى محله

وقال الكاسانى فى بدائع الصنائع من كتب الحنفية :

وأما بيان ما يلزم الشاهد بتحمل الشهادة فالذى يلزمه أداء الشهادة لله سبحانه وتعالى فيما سوى أسباب الحدود لقوله تعالى : « وأقيموا الشهادة لله » وقوله عز شأنه : « كونوا قوامين بالقسط شهداء لله » الا أن فى الشهادة القائمة على حقوق العباد وأسبابها لابد من طلب المشهود له لوجوب الأداء فاذا طلب وجب عليه الأداء حتى لو امتنع بعد الطلب يأثم لقوله تعالى « ولا يأب الشهداء اذ ما دعوا » أى دعوا لأداء الشهادة لأن الشهادة أمانة

المشهود له فى ذمة الشاهد . وقال سبحانه وتعالى « وليؤد الذى اؤتمن أمانته » وقال جل شأنه « ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها » .

وأما فى حقوق الله تبارك وتعالى وفيما سوى أسباب الحدود نحو طلاق امرأة واعتاق عبد والظهار والايلاء ونحوها من أسباب الحرمات تلزمه الاقامة حسبة لله تعالى عند الحاجة الى الاقامة من غير طلب من أحد من العباد وأما فى أسباب الحدود من الزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف فهو مخير بين أن يشهد حسبة لله تعالى وبين أن يستر ، لأن كل واحد منهما أمر مندوب اليه . قال الله تبارك وتعالى « وأقيموا الشهادة لله » وقال عليه الصلاة والسلام « من ستر على مسلم ستر الله عليه فى الدنيا والآخرة » وقد ندبه الشرع الى كل واحد منهما ان شاء اختار جهة الحسبة فأقامها الله تعالى ، وان شاء اختار جهة الستر فيستر على أخيه المسلم ثم عقد الكاسانى فصلا لبيان حكم الشهادة فقال :

وأما بيان حكم الشهادة فحكمها وجوب القضاء على القاضى لأن الشهادة عند استجماع شرائطها مظهرة للحق ، والقاضى مأمور بالحق قال تبارك وتعالى « يا داود انا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق» وثبوت ما يترتب عليها من الأحكام . أ هـ .

وقالت الظاهرية : أداء الشهادة فرض على كل من علمها الا أن يكون عليه حرج فى ذلك لبعد مشقه أو لتضييع مال أو لضعف فى جسمه فليعلنها فقط قال تعالى : « ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا » فهذا على عمومه اذا دعوا للشهادة أو دعوا لأدائها ولا يجوز تخصيص شىء من ذلك بغير نص فيكون من فعل ذلك قائلا على الله مالا علم له به . هكذا أفاده ابن حزم فى المحلى.

وأما مذهب الحنابلة فالشهادة فرض على الكفاية فى تحملها وأدائها ، فاذا دعى الى شهادة فى نكاح أو دين أو غيره لزمته الاجابة ، وان كان عنده شهادة فدعى الى أدائها لزمه ذلك ، فان قام بالفرض فى التحمل أو الأداء اثنان سقط عن الجميع ، وان امتنع الكل أثموا ، وانما يأثم الممتنع اذا لم يكن عليه ضرر وكانت شهادته تنفع فان كان عليه ضرر فى التحمل أو الأداء

أو كان ممن لا تقبل شهادته أو يحتاج الى التبذل فى التزكية ونحوها لم يلزمه لقوله تعالى : « ولا يضار كاتب ولا شـهيد » هكذا أفاده فى المغنى ابن قدامه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ومن كانت عنده شهادة فى حد لله تعالى فالمستحب أن لا يشهد به لأنه مندوب الى ستره ومأمور بدرئه فان شهد به جاز لأنه « شهد أبو بكرة ونافع وشبل بن معبد على المغيرة بن شـعبة بالزنا عند عمر رضى الله عنـه » فلم ينكر عمر ولا غيره من الصحابة عليهم ذلك ، ومن كانت عنـده شهادة لآدمى فان كان صاحبها يعلم بذلك لم يشـهد قبل أن يسأل لقوله عليه السـلام « خير الناس قرنى ، ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم ، ثم يفشو الكذب حتى يشهد الرجل قبـل أن يستشهد » وان كان صـاحبها لا يعلم شهد قبل أن يسـأل لمـا روى زيد بن خالد رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « خير الشـهود الذى يأتى بالشـهادة قبـل أن يسـألها » .

الشـرح حديث « خير الناس قرنى » أخرجه الترمذى والحاكم عن عمران بن حصين بلفظ : « خير الناس قرنى ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يأتى من بعدهم قوم يتسمنون ويحبون السمن يعطون الشـهادة قبل أن يسألوها » وأخرج مثله الطبرانى والحاكم عن جعدة بن هبيرة قال صلى الله عليه وسلم « خير الناس قرنى الذى أنا فيهم ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم والآخرون أرذال » أما حديث زيد بن خالد الجهنى رضى الله عنه فقد أخرجه ابن ماجه . أما أثر شهادة أبى بكرة ، وشبل بن سعيد ونافع فقد سبق تخريجها وبيان ما فيها من أحكام فى كتاب الحدود فى باب حـد القذف .

أما أبو بكره ونافع فانهما أخوا زيادة ، أمهم سمية جاريه للحارث بن كلدة الثقفى وكان أبو بكرة ينسب فى الموالى وقـد كناه النبى صلى الله عليه وسلم أبا بكرة عام حنين لأنه صنع بكرة هبط بها بضعة وعشرون من

الموالى الى معسكر المسلمين فقال صلى الله عليه وسلم « هؤلاء عتقاء الله » فلم يكن لهم ولاء لأحد الا لرسول الله صلى الله عليه وسلم وقد سماه البيهقى أبا بكرة بن مسروح وقال ابن عبد البر فى الاستيعاب : اسمه نفيع ابن مسروح • وقيل : نفيع بن الحارث بن كلدة بن عمرو بن علاج بن أبى سلمة بن عبد العزى بن عوف بن قيسى وهو ثقيف وكان أبو بكرة يقول : أنا من اخوانكم فى الدين وأنا مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم فان أبى الناس الا أن ينتسبونى فأنا نفيع بن مسروح ثم قال ابن عبد البر : روى ابن عيينة ومحمد بن مسلم الطائفى عن ابراهيم بن ميسرة عن سعيد ابن المسيب قال : شهد على المغيرة ثلاثة ونكل زياد فجلد عمر الثلاثة ثم استتابهم فتاب اثنان فجازت شهادتهما وأبى أبو بكرة أن يتوب ، وكان مثل النصل من العبادة حتى مات •

أما شبل بن معبد المزنى قال الطبرى : شبل بن معبد بن عبيد بن الحارث بن عمرو بن على بن أسلم بن أحمس بن الغوث بن أنمار البجلى وهو أخو أبى بكرة لأمه أيضا وهم أربعة اخوة لأم واحدة هى سمية •

وروى أبو عثمان النهدى قال : شهد أبو بكرة ونافع ، يعنى ابن علقمة ، وشبل بن معبد على المغيرة أنهم نظروا اليه كما ينظرون الى المرود فى المكحلة فجاء زياد فقال عمر : جاء لا يشهد الا بحق فقال : رأيت مجلسا قبيحا وانتهازا وروى أنه قال : رأيت استا تنبو ونفسا يعلو وساقين كأنهما أذنا حمار ولا أعلم ما وراء ذلك • وقد نسب زياد الى أبى سفيان ابن حرب وصدقه معاوية وانتفى عن أبيه غبيل زوج سمية فهجره أخوه أبو بكرة الى أن مات حين انتسب الى الزانى وصدق أن أمه زنت لأن أبا سفيان زعم أنه زنى بأمه فى الجاهلية •

أما اللغات فالقرن من الناس أهل زمان واحد واشتقاقه من الأقران وكل طبقة معينه مقترنين فى وقت فهم قرن قال الشاعر :

اذا ذهب القرن أنت منهم وخلفت فى القرن فأنت غريب

والقرن مثلك فى السن تقول : هذا على قرنى أى على سنى • وقوله

(يفشو) أى يشيع ويكثر وينتشر من فشا المـال اذا تناسل وكثر وفشا الخبر اذا ذاع .

أما الأحكام فان من كانت عنده شهادة لآدمى فان كان صاحبها يعلم بها استحق له ألا يعرضها عليه وان كان صاحبها لا يعلم بها استحب له أن يعلمه بها لمـا روى عمران بن الحصين أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « خيركم قرنى ثم الذين يلونهم ثم قال عمران : فلا أدرى أقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد قرنه مرتين أو ثلاثا ، ثم يكون بعدهم قوم يشهدون ولا يستشهدون ويخونون ولا يؤتمنون وينذرون ولا يوفون ، ويظهر فيهم السمن » أخرجاه فى الصحيحين ، ولا تعارض بين هذا الحديث وبين حديث « خير الشهداء الذى يأتى بشهادته قبل أن يسألها » فان حـديث عمران محمول على ثلاثة أوجه (أحدها) أن يراد به شهادة الزور ، فانه يشـهد بما لم يستشهد أى بما لم يتحمله ولا حمله . وذكر أبو بكر ابن أبى شيعبة أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه خطب بباب الجانية فقال : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قام فينا خطيبا كمقامى فيكم ثم قال : « يا أيها الناس اتقوا الله فى أصحابى ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب وشهادة الزور » (الوجه الثانى) أن يراد به الذى يحمله الشره على تنفيذ ما يشهد به فيبادر بالشهادة قبل أن يسألها فهذه شهادة مردودة فان ذلك يدل على هوى غالب على الشاهد (الثالث) ما قاله ابراهيم النخعى راوى بعض طرق هذا الحديث «كانوا ينهوننا ونحن غلمان عن العهد والشهادات» .

فـــرع قال فى البيان : وكيفية استعمال الخبرين أن يحمل المدح على الذى يشهد بالشـهادة قبل أن يسألها اذا كان صاحبها لا يعلم بها ، ويحمل الذم على الذى يشهد بالشهادة قبل أن يسألها اذا كان صـاحبها عالمـا ، وقيل : بل المدح هاهنا على الشاهد الصـادق فى شهادته والذم على الكاذب فى شهادته . وقال المسعودى : اذا شهد بحق لآدمى قبل أن يستشهد فهل يصح ؟ فيه وجهان فاذا قلنا : لا يصح فهل يقدح فى عدالته ؟ فيه وجهان (الأصح) أنه لا يقدح فى عدالته الا أنه أساء وان كانت عنده

شهادة بحد الله تعالى فالمستحب له ألا يشهد بها لأنه مندوب الى ستره فان شهد بها جاز لأن أبا بكرة ونافعا وشبل بن معبد شهدوا على المغيرة بن شعبة بالزنا عند عمر رضى الله عنه ولم يمض شهادتهم وانما استتابهم كما مضى آنفا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يجوز لمن تعين عليه فرض الشهادة ان يأخذ عليها اجرة لأنه فرض تعين عليه فلم يجز أن يأخذ عليه أجرة كسائر الفرائض ، ومن لم يتعين عليه ففيه وجهان (احدهما) انه يجوز له اخذ الأجرة لأنه لا يتعين عليه فجاز أن يأخذ عليه أجرة كما يجوز على كتب الوثيقة (والثانى) انه لا يجوز لأنه تلحقه التهمة بأخذ العوض » .

الشرح الأحكام : سبق أن ذكرنا أن من دعى الى الشهادة تعين عليه الأداء وان كان هناك غيره قال : لأنه اذا امتنع ربما امتنع غيره فيؤدى ذلك الى الاضرار بالمشهود له ، فان امتنع جميع الشهود من الأداء أثموا . وقد يتعين الأداء على شاهدين فان لم يشهد على الحق الا اثنان أو يشهد عليه جماعة لكنهم غابوا أو ماتوا أو كانوا فساقا الا اثنين أنه لا يتعين عليهما الا اذا دعيا للأداء لأن المقصود لا يحصل الا بهما .

فرع ومن تعين عليه فرض تحمل الشهادة أو أدائها لم يجز له أن يأخذ على ذلك أجرة ، لأنه فرض توجه عليه فلا يجوز أن يأخذ عليه أجرة كالصلاة ، وان لم يتعين عليه فهل يجوز له أن يأخذ عليه أجرة ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجوز لأنها وثيقة بالحق لم يتعين عليه فجاز أخذ الأجرة عليها ككتب الوثيقة (والثانى) لا يجوز له ذلك لأن التهمة تلحقه بأخذ العوض والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب من تقبل شهادة ومن لا تقبل

لا تقبل شهادة الصبى لقوله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » والصبى ليس من الرجال ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ . وعن المجنون حتى

يفيق » ولأنه اذا لم يؤتمن على حفظ أمواله فلأن لا يؤتمن على حفظ حقوق غيره أولى ، ولا تقبل شهادة المجنون للخبر ، والمعنى الذى ذكرناه . ولا تقبل شهادة المغفل الذى يكثر منه الغلط ، لأنه لا يؤمن أن يغلط فى شهادته . وتقبل الشهادة ممن يقل منه الغلط لأن احدا لا ينفك من الغلط . واختلف اصحابنا فى شهادة الأخرس فمنهم من قال : تقبل لأن اشارته كعبارة الناطق فى نكاحه وطلاقه ، فكذلك فى الشهادة ، ومنهم من قال : لا تقبل لأن اشارته اقيمت مقام العبارة فى موضع الضرورة وهو فى النكاح والطلاق ، لأنها لا تستفاد الا من جهته ، ولا ضرورة بنا الى شهادته ، لأنها تصح من غيره بالنطق فلا تجوز باشارته

الشرح قوله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » فقوله تعالى (شهيدين) يدل على أن الشهادة فى الحقوق المالية والبدنية والحدود بشهيدين الا الزنا ففيه أربعة شهداء على ما مضى فى الحدود . وقوله تعالى « من رجالكم » نص فى رفض الصبيان والكفار فمنطوق النص (من رجال) ينفى الصبيان واضافة (رجال) الى المخاطبين وهم الذين آمنوا بقوله (من رجالكم) ينفى الكفار وكذلك ينفى النساء وسيأتى حكم ذلك ان شاء الله وعلى هذا لا تقبل الشهادة الا من عدل .

أما حديث « رفع القلم عن ثلاثة » فقد أخرجه أحمد فى مسنده وأبو داود والحاكم عن عمر رضى الله عنهما كما أخرجه أحمد وأبو داود والنسائى والحاكم عنه بلفظ « رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن المبتلى حتى يبرأ وعن الصبى حتى يكبر » .

أما اللغات فالعدل فى اللغة هو الذى استوت أحواله واعتدلت ، يقال : فلان عديل فلان اذا كان مساويا له ، وسمى العدل عدلا لأنه يساوى مثله على البهيمة وفى حديث جابر « اذا جاءت عمتى بأبى وخالى مقتولين عادلتهما على ناضح أى شددتهما على جنبتى البعير كالعدلين وقال الفراء فى قوله تعالى « أو عدل ذلك صياما » قال : العدل ما عادل الشىء من غير جنسه ومعناه فداء ذلك .

والعدل بمعنى المصدر ما قام فى النفوس أنه مستقيم وهو ضد الجور وعدل الحاكم فى الحكم يعدل عدلا وهو عادل من قوم عدول . وفى أسماء الله تعالى (العدل) هو الذى لا يميل به الهوى فيجوز فى الحكم وهو فى الأصل مصدر سمى به فوضع موضع العادل ، وهو أبلغ منه لأنه جعل المسمى نفسه عدلا ، والعدل من الناس المرضى حكمه وقوله ، وقول الباهلى : رجل عادل وعدلٌ جائز الشهادة ورجل عدل رضا ومقنع فى الشهادة قال ابن برى ومنه قول كثير :

وبايعت ليلى فى الخلاء ولم يكن شهود على ليلى عدول مقانع

ورجل عدل وصف بالمصدر معناه ذو عدل وقال تعالى فى موضعين من الكتاب العزيز « وأشهدوا ذوى عدل منكم » وقال « يحكم به ذوا عدل منكم » ويقال رجل عدل ورجلان عدل ورجال عدول وامرأة عدل ونسوة عدل كل ذلك على معنى رجال ذوو عدل ونسوة ذوات عدل فهو لا يثنى ولا يجمع ولا يؤنث ، فان رأيته مجموعا أو مؤنثا أو مثنى فعلى أنه قد أجرى مجرى الوصف الذى ليس بمصدر وقد حكى ابن جنى (امرأةعدل) أنثوا المصدر لما جرى وصفا على المؤنث وان لم يكن على صورة اسم الفاعل ولا هو الفاعل فى الحقيقة وانما استهواه لذلك جريها وصفا على المؤنث وأفاد فى اللسان هذا وحكى قول أبى زيد : يقال رجال عدلة أيضا وهم الذين يزكون الشهود وهم عدول ، وقد عدل الرجل بالضم عدالة وقال ابراهيم النخعى : العدل الذى لم تظهر منه ريبة ، وكتب عبد الملك الى سعيد بن جبير يسأله عن العدل فأجابه أن العدل على أربعة أنحاء : العدل فى الحكم قال تعالى « وان حكمت فاحكم بينهم بالعدل » والعدل فى القول قال تعالى « واذا قلتم فاعدلوا » والعدل الفدية وقال تعالى « لا يقبل منها عدل » والعدل فى الاشراك قال تعالى « ثم الذين كفروا بربهم يعدلون » .

أما الأحكام فانه لا تقبل الشهادة الا من عدل لقوله تعالى «ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا» فدل على أنه اذا جاء من ليس بفاسق لا يتبين ، ولقوله تعالى « وأشهدوا ذوى عدل منكم » فدل على أن شهادة من ليس بعدل لا تقبل .

والعدل فى الشرع على ضوء ما مضى من اللغات فانه المرضى فى أحكامه ودينه ومروءته فالعدل فى الأحكام أن يكون بالغا عاقلا حرا ، والعدل فى الدين أن يكون مسلما مجتنبا للكبائر غير مصر على الصغائر ، والعدل فى المروءة أن يجتنب الأمور الدنية التى تسقط المروءة على ما يأتى بيانه . فأما الصبى فلا تقبل شهادته بحال ، وبه قال ابن عباس وشريح رضى الله عنهم وعطاء والحسن وطاوس والأوزاعى والثورى وأبو حنيفة وأصحابه وقال ابن الزبير والنخعى ومالك : تقبل شهادة بعضهم على بعض فى الجراح اذا كانوا مجتمعين على الصفة التى تجارحوا عليها . فأما اذا تفرقوا ثم جاءوا وشهدوا فلا تقبل شهادتهم . دليلنا قوله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم » .

قال الشافعى رحمه الله تعالى : والصبيان ليسوا من الرجال . ولأنه قال « ولا تكتموا الشهادة » الآية فتوعد على كتمان الشهادة ، والوعيد لا يلحق بالصبى ، ولأنها شهادة من غير مكلف فلم تصح كما لو شهد بالمال .

فرع فى شهادة المجنون .

لا تقبل شهادة المجنون لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبى حتى يحتلم ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » ولأنه لا حكم لقوله فى ماله فلألا يكون له حكم فى غير حق غيره أولى .

فرع اذا كان الشاهد ممن يكثر منه السهو والغلط فشهد بحق فهل تقبل شهادته ؟ نظر فيه ، فان كان السهو والغلط نادرا منه قبلت شهادته لأن أحدا لا يخلو من ذلك وقد كان النبى صلى الله عليه وسلم يسهو ويغلط .

وان كان يكثر منه السهو والغلط ـ وهو الذى يسمى بالمغفل ـ لم تقبل شهادته لأن فى قبول شهادته تضييعا للحقوق لأنه لا يؤمن أن يسهو أو يغلط فى شهادته على ما هو الأغلب من أمره . هذا نقل أصحابنا العراقيين . وقال الخراسانيون : تقبل شهادة المغفل اذا كانت مفسرة ، مثل أن يقول : يشهد أن لفلان على فلان كذا أقر له به أو اقترض منه وما أشبهه .

فرع لا تقبل شهادة الشاهد غير مفسرة مثل أن يقول : أشهد أن لفلان على فلان كذا أو كذا . فلا تقبل اذا كانت مبهمة .

فرع هل تقبل شهادة الأخرس اذا كانت له اشارة مفهومة ؟ فيه وجهان (أحدهما) تقبل لأن اشارته كعبارة غيره فى البيع وغيره (والثانى) لا تقبل لأن اشارته انما جعلت كعبارة غيره للضرورة ، ولا ضرورة ههنا فى شهادته لأنها تصح من الناطق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا تقبل شهادة العبد لأنها أمر لا يتبعض بنى على التفاضل ، فلم يكن للعبد فيه مدخل كالميراث والرحم . ولا تقبل شهادة الكافر لما روى معاذ رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تجوز شهادة أهل دين على أهل دين آخر الا المسلمين ، فانهم عدول على انفسهم وعلى غيرهم » ولأنه اذا لم تقبل شهادة من يشهد بالزور على الآدمى فلأن لا نقبل شهادة من شهد بالزور على الله تعالى أولى ، ولا تقبل شهادة فاسق لقوله تعالى « ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوما بجهالة فتصبحوا على ما فعلتم نادمين » فان ارتكب كبيرة كالغصب والسرقة والقذف وشرب الخمر فسق وردت شهادته سواء فعل ذلك مرة أو تكرر منه والدليل عليه قوله عز وجل « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون » وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ، ولا زان ولا زانية ، ولا ذى غمر على أخيه » فورد النص فى القذف والزنا وقسنا عليهما سائر الكبائر ،

ولأن من ارتكب كبيرة ولم يبال شـــهد بالزور ولم يبال . وان تجنب الكبائر وارتكب الصغائر فان كان ذلك نادرا من افعـــاله لم يفســـق ، ولم ترد شـــهادته . وان كان ذلك غالبا فى افعاله فســـق وردت شهادته لأنه لا يمكن رد شـــهادته بالقليل من الصغائر لأنه لا يوجـــد من يمحض الطاعة ولا يخلطها بمعصية ولهذا قال النبى صلى الله عليـــه وسلم ((ما منـــا الا من عصى أو هم بمعصية الا يحيى بن زكريا)) ولهذا قال الشاعر :

من لك بالمحض وليـــس محض يخبـــث بعض ويطيب بعض

ولا يمكن قبول الشهادة مع الكثير من الصغائر لأن من استجاز الاكثار من الصغائر استجاز أن يشهد بالزور ، فعلقنا الحكم على الغالب من افعاله، لأن الحكم للغالب ، والنادر لا حكم له . ولهذا قال الله تعالى ((فمن ثقلت موازينه فأولئك هم المفلحون . ومن خفت موازينه فأولئـــك الذين خسروا أنفسهم فى جهنم خالدون)) » .

الشـــرح قوله تعالى « والذين يرمون المحصـــنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء » الآية قال سعيد بن جبير : كان سببها ما قيـــل فى عائشة أم المؤمنين رضى الله عنها . وقيـــل : بل نزلت فى القذفة عاما لا فى تلك النازلة وقال ابن المنذر : لم نجد فى أخبار رسول الله صلى الله عليه وسلم خبرا يدل على تصريح القذف وظاهر كتاب الله تعالى مستغنى به ، دالا على القذف الذى يوجب الحد ، وأهل العلم على هذا مجمعون .

أما حديث معاذ فقد قال الحافظ ابن حجر فى التلخيص : روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تقبل شهادة أهل دين على أهل دين الا المسلمون الخ » أخرجه البيهقى من طريق الأسود بن عامر شاذان : « كنت عند سفيان الثورى فسمعت شيخا يحدث عن يحيى بن أبى كثير عن أبى سلمة عن أبى هريرة نحوه وأتم منـــه قال شاذان : فسألت عن اسم الشيخ فقالوا عمر بن راشد . قال البيهقى : وكذا رواه الحسن بن موسى وعلى بن الجعد عن عمر بن راشده وعمر ضعيف ضعفه أبو حاتم وفى معارضة حديث جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض » أخرجه ابن ماجه وفى اسناده مجالد وهو سيء الحفظ .

أما حديث « لا يجوز شهادة خـــائن ولا خائنـــة ولا زان ولا زانية

ولا ذى غمر على أخيه » فقد أخرجه أبو داود ابن ماجه والبيهقى من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وسياقهم أتم وليس فيه ذكر الزانى والزانية الا عند أبى داود وسنده قوى ورواه الترمذى والدارقطنى والبيهقى من حديث عائشة وفيه يزيد بن زياد الشامى وهو ضعيف ، وقال الترمذى لا يعرف هذا من حديث الزهرى الا من هذا الوجه ، ولا يصح عندنا اسناده ، وقال أبو زرعة فى العلل : منكر ، وضعفه عبد الحق وابن حزم وابن الجوزى ورواه الدارقطنى والبيهقى من حديث عبد الله بن عمرو ، وفيه عبد الأعلى وهو ضعيف ، وشيخه يحيى بن سعيد الفارسى ضعيف قال البيهقى : لا يصح من هذا شىء عن النبى صلى الله عليه وسلم .

أما حديث « ما منا الا من عصى الى آخره » قال الحافظ ابن حجر فى التلخيص : المشهور بلفظ « ما من آدمى الا وقد أخطأ أو هم بخطيئة ، أو عملها الا يحيى بن زكريا لم يهم بخطيئة ولم يعملها » رواه أحمد وأبو يعلى والحاكم من حديث ابن عباس وهذا لفظه ، ولفظهما « ما من أحد من ولد آدم الا قد أخطأ أو هم بخطيئة ليس يحيى بن زكريا » وهو من رواية على بن زيد بن جدعان عن يوسف بن مهران وهما ضعيفان ، وله طرق أخرى عند البزار من رواية محمد بن عون الخراسانى وهو ضعيف وفى الباب عن أبى هريرة فى الطبرانى الأوسط ، وكامل بن عدى فى ترجمة حجاج بن سليمان . وأخرجه البيهقى باسناد صحيح الى الحسن عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسلا وأخرجه عبد الرزاق من طريق سعيد بن المسيب مرسلا أيضا . أ هـ .

أما اللغات فالخائن الذى اذا أؤتمن أخذ أمانته وقدوهم من قال : هو السارق ، وقد تقع الخيانة فى غير المال وذلك بأن يستودع سرا فيفشيه أو يؤمن على حكم فلا يعدل فيه قوله (ولاذى غمر) الغمر الحقد والغل وقد غمر صدره على بالكسر يغمر غمرا وغمرا قوله (شهد بالزور) الزور الكذب وأصله الميل كأنه مال عن الصدق الى الكذب ومنه قوله تعالى « وترى الشمس اذا طلعت تزاور عن كهفهم » وقيل : هو مشتق من

قولهم : زورت فى نفسى حديثا أصلحته وهيأته كأن شاهد الزور قد زور الشهادة فى نفسه وهيأها ولم يسمع ولم ير • قوله « بمحض الطاعة » أى يخلصها والمحض الخالص من كل شىء •

وقول الشاعر (يخبث بعض) الخبيث ضد الطيب وقد خبث خباثة وخبثا وقوله (من استجاز) أى رآه جائزا سائغا يقال : جوز له ما صنع وأجاز له أى سوغ له ذلك هكذا أفاده صاحب الطراز المذهب ابن بطال الركبى •

أما الأحكام فانه لا تقبل شهادة العبد فى قليل ولا كثير على حر ولا عبد لما فى ذلك من احتمال الميل أو المحاباة أو الخوف ، لأن فاقد الحرية غير كفء لأن يقوى على أن يكون بينة وبهذا قال عمر وابنه وابن عباس والحسن البصرى وعطاء ومجاهد وشريح ومالك والأوزاعى وأبو حنيفة وأصحابه رضى الله عنهم وروى عن أنس رضى الله عنه أنه قال : تقبل شهادة العبد بكل قليل وكثير على الحر والعبد وقال على رضى الله عنه : تقبل شهادة العبد على العبد ولا تقبل على الحر وبه قال عثمان البتى وأحمد بن حنبل واسحق بن راهوية وداود بن على وقال النخعى والشعبى : تقبل شهادة العبد فى القليل ولا تقبل فى الكثير •

دليلنا أن الشهادة أمر لا يتبعض بناء على المفاضلة ، فلم يكن للعبد فيه مدخل كالميراث والرجم ، فقولنا لا يتبعض احتراز من النكاح والطلاق والعدة والجلد ، فان هذه الأمور للعبد فيه مدخل لأنها تتبعض • وقولنا بناء على المفاضلة احتراز من القطع فى سرقة ، فان للعبد فيه مدخلا لأنه لم يبن على المفاضلة ومعنى قوله كالميراث والرجم لأنهما بنيا على المفاضلة ، لأن ميراث الرجل كميراث اثنتين وشهادة رجل كشهادة امرأتين وكذلك الرجم يجب على الكامل ولا يجب على الناقص •

فرع لا تقبل شهادة الكفار على المسلمين ولا على الكفار ، وبه قال مالك والأوزاعى وابن أبى ليلى وأحمد وقال أبو حنيفة : تقبل

شهادة بعضهم على بعض سواء شهد على أهل ملته أو على غير أهل ملته ، وبه قال الحسن البصرى وسوار بن عبد الله القاضى وعثمان البتى وحماد . وقال الزهرى والشعبى وقتادة والحكم واسحق وأبو عبيد : تقبل شهادة أهل الملة على بعضهم ، ولا تقبل شهادة أهل ملة على أهل ملة أخرى ، فلا تقبل شهادة اليهودى على النصرانى ولا النصرانى على اليهودى ، وأجمعوا على أن شهادتهم لا تقبل على مسلم . وحكى عن أحمد رحمه الله أنه قال : تقبل شهادتهم على المسلم فى الوصية وحدها اذا لم يكن هناك مسلم ، ولا تقبل شهادة بعضهم على بعض .

دليلنا قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا » فأمر بالتبين فى نبأ الفاسق وهو خبره ، والكافر فاسق ، فاقتضى وجوب التبين فى خبره والشهادة خبر . وروى معاذ رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا تقبل شهادة أهل دين على غير أهل دينهم الا المسلمين فانهم عدول عن أنفسهم وعلى غيرهم » ولا من عرف بالكذب وأكل السحت لا تقبل شهادته ، وقد أخبر الله تعالى أن الكفار يفعلون ذلك قال تعالى « سماعون للكذب أكالون للسحت » فلم تقبل شهادتهم .

فرع ولا تقبل شهادة الفاسق لقوله تعالى « ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا » الآية — فأمر بالتبين فى نبأ الفاسق وهو خبره ، والشهادة خبر .

ومن ارتكب شيئا من الكبائر وهى الكفر بالله أو ببعض أنبيائه صلوات الله عليهم أو ببعض كتبه والقتل بغير الحق والزنا واللواط وشرب الخمر والسرقة والغصب وشهادة الزور ، والقذف فسق وردت شهادته لقوله تعالى « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء » الآية فأمر الله تعالى برد شهادة القاذف لينبه على رد شهادة القاتل والزانى واللائط لأنها أعظم منه وأغلظ حدا . وروى أبو داود فى سننه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا تقبل شهادة خائن ولا خائنة ، ولا زان ولا زانية ولا ذى غمر على أخيه » والخائن الغاصب ، ولأن من استجاز ركوب كبيرة استجاز مثلها ، ومن كانت هذه صفته لم يأمن أن يشهد بالزور فلم تقبل شهادته لذلك .

فـــــرع قال أبو القاسم الفورانى فى الابانة : فان ترك صـلاة واحدة بأن اشتغل عنها بشىء ففيه وجهان (أحدهما) لا تسقط عدالتـه كما لو تركها ساهيا (والثانى) تسقط لاشتغاله بأمر من أمور الدنيا عن الصلاة • قال الفورانى : وان جلس على الديباج أو شرب من اناء فضة أو ذهب سقطت عدالته وفسـق ما دام جالسا عليه • وقال بعض أصحابنا : لو جلس على الديباج عند عقـد النكاح لم ينعقـد النكاح لأن التحمـل للشهادة كالأداء وقال سـائر أصحابنا : ينعقد •

فـــــرع قال الشافعى رضى الله عنه : وليس أحد من الناس يعمل بمحض الطاعة حتى يخلطها بالمعصـية ، ولا بمحض المعصـية حتى يخلطها بالطاعة فاعتبر الأغلب من حاله • قال أصحابنا : وأراد بذلك الصغائر دون الكبائر ، فاذا كان الانسـان مجانبا للكبائر وارتكب بعض الصغائر ، فان كان الغالب من أحواله مواقعة الصغائر لم تقبل شهادته لأن من اسـتجاز مواقعة الصغائر فى غالب أحواله استجاز مواقعة الكبائر فلم تقبل شهادته • وان كان الغالب من أحواله ترك ارتكاب الصغائر وانما يواقعها نادرا لم ترد شهادته بذلك ، لأنا لو قلنا : لا تقبل شهادته أدى الى ألا تقبل شهادة أحد • لأن أحداً لا ينفك من مواقعة الصغائر نادرا حتى الأنبياء صلوات الله وسلامه عليهم • ولهذا قال الله تعالى « وعصى آدم ربه فغوى » وقال تعالى فى داود « فاستغفر ربه وخر راكعا وأناب » وروى أنه صلى الله عليه وسلم قال « ما منا الا من عصى أو هم بمعصية الا يحيى بن زكريا » واذا لم يمكن الاحتراز منها علق الحكم على الأغلب من الحال لأن للغلبة تأثيرا فى الشرع ، ولهـذا قال تعـالى « فمن ثقلت موازينـه فأولئك هم المفلحون ومن خفت موازينه فأولئك الذين خسروا أنفسهم بما كانوا بآياتنا يظلمون » فاعتبر الأغلب •

فـــــرع قال الشافعى رضى الله عنه « ولا ترد شهادة أحد من أهل الأهواء اذا كان لا يرى أن يشهد لموافقته بتصديقه وقبـول يمينـه واشهاده من يرى أن كذبه شرك بالله ومعصيته تجب بها النار أولا أن تطيب

نفســه بقبولها فمن يخفف المأثم فى ذلك » فقضى بهذا على قبــول شهادة أهل الأهواء الا الخطابية • وقال فى الأم : ذهب الناس فى تأويل القرآن والأحاديث والقياس أو من ذهب منهم الى أمور اختلفوا فتباينوا فيها تباينا شديدا أو استحل فيها بعضهم من بعض ما يقــول حكايته • وكان ذلك متقادما عن السلف ومن بعدهم الى اليوم فلم يعلم أن أحــدا من سلف هــذه الأمة يقتدى به ولا من التابعين بعدهم رد شــهادة أحد بتأويل ، وان خطأه وضلله وأراه استحل منه ما حرم عليه ولا ترد شهادة أحــد بشىء من التأويل كان له وجه يحتمله • وان بلغ به استحلال الدم والمال والعظائم من القول فكذلك أهل الأهواء • وجملة ذلك أنه لا اختلاف بين أصحابنا أن شهادة الخطابية غير مقبولة وهم أصحاب أبى الخطاب الكوفى ويعتقدون أن الكذب لا يجوز ، فاذا ذكر بعضهم لبعض أن له على رجل حقــا حلفه وصدقه على ذلك ، وشهد له بالحق الذى حلفه عليه لأنهم يشهدون بقــول المدعى •

وقال الفورانى فى الابانة : الا أن يفسروا الشهادة فيقول : أشهد أن فلانا أقر لفلان بكذا فحينئذ يقبل والأول أصح ، لأنه يجــوز أن يشــهد بالحق مفسرا معتمدا فى تفســيره على يمين المدعى الذى حلف له • قال الشيخ أبو حامد : وكذلك اذا كان الرجل يعتقد أن رجلا مباح الدم يحل قتله فيشــهد عليه بالقتل فلا تقبل شهادته عليــه لأنها شــهادة بالزور • واختلف أصحابنا فى قبول شهادة سائر أهل الأهواء غير الخطابية فقــال ابن القاص والقفال : لا ترد شــهادة أحــد منهم قال ابن الصباغ : وهو ظاهر قول الشــافعى رحمــه الله وبه قال أبو حنيفة لأن لهم شــبهة فيما يقولون ، لا يصل الانســان الى حلها الا بعــد اتعــاب الفكر ، فلم ترد شهادتهم بذلك

وقال الشــيخ أبو حامــد : أهل الأهواء على ثلاثة أضرب : ضرب يخطئهم ولا يفسقهم وضرب يفسقهم ولا يكفرهم ، وضرب يكفرهم فأما الضرب الذى يخطئهم ولا يفسقهم فانهم الذين اختلفوا فى الفروع ، التى

يشرع فيها الاجتهاد مثل أصحاب مالك وأبى حنيفة وغيرهما من أهل العلم الذين يخالفون فى نكاح المتعة ، وفى النكاح بلا ولى ولا شهود وغير ذلك، فهو لا يفسقهم ولا ترد شهادتهم • قال : وهـذا الضرب هو الذى أراد الشـافعى رحمه الله بأهل الأهواء الذين ترد شهادتهم دون غيرهم • لأن الصحابة رضى الله عنهم اختلفوا فى مسـائل كثيرة فى الفروع وخطأ بعضهم بعضا وأغلظ بعضهم على بعض فى القول فى الخطأ فى ذلك ولم يرد بعضهم شهادة بعض • وأما الضرب الذين نفسقهم ولا نكفرهم فهم الروافض الذين يسبون أبا بكر الصديق وعمر بن الخطاب رضى الله عنهما والخوارج الذين يسبون عثمان وعليا رضى الله عنهما فلا تقبل شهادتهم لأنهم يذهبون الى سىء لا يسوغ فيه الاجتهاد فهم معاندون مقطوع بخطئهم وفسقهم فلم تقبل شـهادتهم • وأما الضرب الذين نكفرهم فهم القدرية الذين يقولون انهم يخلقون أفعالهم دون الله تعالى ، وهم يقولون بخلق القرآن ويقولون : ان الله تعالى لا يرى يوم القيامة • والجهمية النافون عن الله تعالى الصـفات لأن الشافعى رحمه الله قال فى موضع من كتبه : من قال بخلق القرآن فهو كافر • واذا حكم بكفرهم فلا معنى لقبول شهادتهم وقد اسـتدل بعض أصحابنا بما ورد من أحاديث كحديث « ان لكل أمة مجوسا وان مجوس هذه الأمة القدرية ، فلا تعودوهم مرضوا ولا تصلوا عليهم اذا ماتوا » أخرجه ابن عدى وخيثمة بن سليمان من حديث أبى هريرة وفيـه جعفر ابن الحارث أبو شهيب النخعى وليس بشىء وأخرجه الدارقطنى بسند فيه مجاهيل ، وتعقب بأن جعفرا وثقه ابن عـدى فقال : لم أر فى أحاديثه حديثا منكرا ، وأرجو أنه لا بأس به ، وقال البخارى : فى حفظـه شىء ، يكتب حديثه قال ابن عراق الكنانى قلت : ورأيت بخط الحافظ بن حجر ما نصـه « لم يتهم جعفر بكذب ولا وضع » الى أن قال : وينتهى بمجموع طرقه الى درجة الحسن الجيد ، المحتج به ان شاء الله تعالى •

اذا ثبت هذا فانه اذا مرض أحدهم فلا نعوده واذا مات فلا تتبعه الحديث الذى ذكرناه آنفا وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال :

« من سب نبيا فقد كفر ومن سب صاحب نبى فقد فسق » وروى عن عمر رضى الله عنــه أنه قال « لا تجالسوا القدرية » وأقل ما فى هذا ألا تقبل شهادتهم وقال على رضى الله عنه « ما حكمت مخلوقا انما حكمت القرآن » وهذا دليــل على أن القرآن غير مخلوق وقــد قال على ذلك بمحضر من الصحابة رضوان الله عليهم فلم ينكر عليه أحد . ولأن هذه المسائل قد نصب الله تعالى عليها أدلة اذا تأملها المتأمل حصل له العلم بها ، فنسبوا فى مخالفتها العناد كما نسب المخالف فى التوحيد ، ومثل هؤلاء فى زماننا هذا الملحدون والوجوديون الذين لا يتقيدون بالشرائع ولا بالأديان وكذلك الشيوعيون الذين لا يؤمنون بوجود الرب تبارك وتعالى ولا يقرون بالرســالات ولهم مبادىء ثلاثة (أولها) ســيطرة الطبقة العاملة ويسمونها ثورة البروليتاريا (وثانيها) محاربة الملكية (وثالثها) اثارة الثورة العالمية ، وهى تحريض الأمم على البغى والعدوان ، والاطاحة بكل امام ولو كان عادلا من أجــل أن تســود نحلتهم .

وقال أبو اسحاق فى الشرح : من قدم عليــا على أبى بكر وعمر فى الامامة فســق لأنه خالف الاجماع ومن فضــل عليا على أبى بكر وعمر وعثمان أو فضــل بعضهم على بعض لم أفســقه وقبلت شهادته . وأما قول الشافعى وشهادة من يرى من كذبه شركا بالله فهم الخوارج ، لأنهم يرون الكذب معصية وكفرا ويجب به النار . لم يرد به أن شهادتهم تقبل وانما أراد أن شهادتهم لا ترد لذلك ، لأن ذلك أدعى الى قبــول شهادتهم ، وانما ترد شهادتهم لقولهم بخلق القرآن وأنهم يخلقون أفعالهم وغير ذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل لا تقبل شهادة من لا مروءة له كالقوال والرقاص ومن يأكل فى الأســواق ويمشى مكشوف الرأس فى موضع لا عادة له فى كشــف الرأس فيــه ، لأن المروءة هى الانسانية ، وهى مشتقة من المرء ومن ترك الانســانية لم يؤمن أن يشــهد بالزور ، ولأن من يستحيى من الناس فى ترك المروءة لم يبال بما يصنع . والدليل عليــه ما روى أبو مســعود البــدرى

رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ان مما أدرك الناس من كلام النبوة الأولى اذا لم تستحى فاصنع ما شئت » واختلف اصحابنا فى اصحاب الصنائع الدنيئة اذا حسنت طريقتهم فى الدين ، كالكناس والدباغ والزبال والنخال والحجام والقيم بالحمام ، فمنهم من قال : لا تقبل شهادتهم لدناءتهم ونقصان مروءتهم ، ومنهم من قال تقبل شهادتهم لقوله تعالى « ان أكرمكم عند الله أتقاكم » ولأن هذه صناعات مباحة وبالناس اليها حاجة فلم ترد بها الشهادة » .

الشرح قوله تعالى « ان أكرمكم عند الله أتقاكم » هى فقرة من الآية ١٣ من سورة الحجرات وهى قوله تعالى « يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا ان أكرمكم عند الله أتقاكم ان الله عليم خبير » وقد ذكر أبو داود فى المراسيل حدثنا عمرو بن عثمان وكثير بن عبيد قالا . حدثنا بقية بن الوليد قال حدثنى الزهرى قال : أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بنى بياضة أن يزوجوا أبا هند امرأة منهم ، فقالوا لرسول الله صلى الله عليه وسلم : نزوج بناتنا موالينا فأنزل الله عز وجل : « انا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا » الآية قال الزهرى : نزلت فى أبى هند خاصة . وقد روى الطبرى والترمذى وأحمد والواحدى فى أسباب النزول : قال ابن عباس : نزلت فى ثابت بن قيس وقوله فى الرجل الذى لم يفسح له ابن فلانة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من الذاكر فلانة ؟ فقام ثابت فقال : أنا يا رسول الله ، فقال : انظر فى وجوه القوم ، فنظر فقال : ما رأيت يا ثابت ؟ فقال : رأيت أبيض وأحمر وأسود قال : فانك لا تفضلهم الا فى الدين والتقوى . فأنزل الله هذه الآية .

وروى الواحدى فى أسباب النزول عن مقاتل « لما كان يوم فتح مكة أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بلالا حتى أذن على ظهر الكعبة ، فقال عتاب بن أسيد بن أبى العيص : الحمد لله الذى قبض أبى حتى لم ير هذا اليوم . وقال الحارث بن هشام : أما وجد محمد غير هذا الغراب الأسود مؤذنا ؟ وقال سهيل بن عمرو : ان يرد الله شيئا بغيره . وقال أبو سفيان : انى لا أقول شيئا أخاف أن يخبر به رب السماء ، فأتى جبريل عليه السلام

النبى صلى الله عليه وسلم وأخبره بما قالوا فدعاهم وسألهم عما قالوا ، فأقروا ، فأنزل الله تعالى هذه الآية وزجرهم عن التفاخر بالأنساب والتكاثر بالأموال والازراء بالفقراء ثم قال :

أخبرنا أبو حسان المزكى قال أخبرنا هارون بن محمد الاستراباذى قال : حدثنا أبو محمد اسحاق بن محمد الخزاعى قال : حدثنا أبو الوليد الأزرقى قال : أخبرنا عبد الجبار بن الورد المكى قال : أخبرنا ابن أبى مليكة قال : لما كان يوم الفتح رقى بلال على ظهر الكعبة فقال بعض الناس : يا عباد الله أهذا العبد الأسود يؤذن على ظهر الكعبة ؟ فقال بعضهم : ان يسخط الله بغيره ، فأنزل الله تعالى : « يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكر وانثى » وقال يزيد بن شجرة : مر رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم ببعض الأسواق بالمدينة ، واذا غلام أسود قائم ينادى عليه : يباع فمن يزيد وكان الغلام يقول : من اشترانى فعلى شرط قيل : ما هو ؟ قال لا يمنعنى من الصلوات الخمس خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم فاشتراه رجل على هذا وكان يراه رسول الله صلى الله عليه وسلم عند كل صلاة مكتوبة ففقده ذات يوم فقال لصاحبه ، أين الغلام ؟ فقال : محموم يا رسول الله فقال لأصحابه : قوموا بنا نعوده فقاموا معه فعادوه فلما كان بعد أيام قال لصاحبه : ما حال الغلام ؟ فقال : يارسول الله ان الغلام لما به فقام ودخل عليه وهو فى برحائه فقبض وهو على تلك الحال فتولى رسول الله صلى الله عليه وسلم غسله وتكفينه ودفنه فدخل على أصحابه من ذلك أمر عظيم فقال المهاجرون : هجرنا ديارنا وأموالنا وأهلينا فلم ير أحد منا فى حياته ومرضه وموته ما لقى هذا الغلام ، وقالت الأنصار : آريناه ونصرناه وواسيناه بأموالنا فآثر علينا عبدا حبشيا فأنزل الله تعالى « يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكر وانثى » يعنى أنكم بنو أب وامرأة واحدة وأراهم فضل التقوى بقوله تعالى « ان أكرمكم عند الله أتقاكم » .

أما حديث أبى مسعود البدرى رضى الله عنه فقد أخرجه أحمد فى مسنده والبخارى وأبو داود وابن ماجه وأخرجه أحمد أيضا عن حذيفة ابن اليمان .

أما اللغات فان المروءة تهمن وتخفف ويجوز التشديد وترك الهمزة فيها وهى الانسانية كما ذكر قال فى اللسان : مرؤ الرجل يمرؤ مروءة ومرؤ الطعام يمرؤ مراءة وليس بينهما فرق الا اختلاف المصدرين ، وكتب عمر ابن الخطاب الى أبى موسى خذ الناس بالعربية فانه يزيد فى العقل ويثبت المروءة وقيل للأحنف ما المروءة ؟ فقال العفة والحرفة ، وسئل آخر عن المروءة فقال المروءة ألا تفعل فى السر أمرا وأنت تستحى أن تفعله جهرا . وفى حديث الاستسقاء : « اسقنا غيثا مريئا مريعا » والمرىء مجرى الطعام والشراب وهو رأس المعدة والكرش اللاصق بالحلقوم الذى يجرى فيه الطعام والشراب ويدخل فيه . وقوله (اذا لم تستح فاصنع ما شئت) معناه انما يمنع من فعل السوء والقبيح الحياء ، فاذا عدم الحياء لم يمنعه منه مانع ــ وقوله (الصنائع الدنيئة) هى الخسيسة مأخوذة من الدنىء وهو الخسيس مهموز ، وقد دنأ الرجل اذا صار دنيئا لأخير فيه (والزبال) هو الذى يحمل الزبل وهو السرجين ، وموضعه الزبلة (والنخال) هو الذى ينخل التراب يلتمس فيه الشىء التافه ، (والقيم بالحمام) وهو الذى يباشر الماء ساخنة وباردة ويقوم على تقديم المآزر والأردية أو يقوم بتدليك المستحمين .

أما الأحكام فان من ترك المروءة فان كان ذلك نادرا من أفعاله لم ترد شهادته بذلك وان كان الغالب من أحواله ردت شهادته لأنه اذا لم يستح من ترك المروءة لم يستح بما فعل ، والدليل عليه حديث أبى مسعود البدرى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ان مما أدرك الناس من كلام النبوة الأولى اذا لم تستح فاصنع ما شئت » واذا كان غير مستح فى ذلك لم يؤمن أن يشهد بالزور . وقال أصحابنا العراقيون : ترك المروءة هو أن يأكل فى السوق أو يمد رجله بين الناس أو يلبس الثياب المعصفرة أو ثياب النساء . قال ابن الصباغ فى الشامل : أو يكشف من بدنه ما ليس بعورة منه بحضرة الناس وما أشبهها بما فعله مروءة بقوم وتركه مروءة لقوم وبيانه أن الكناس والشرطى لو تطلس كان ترك مروءة والفقيه لو تطلس كان مروءة . وتمنطق الشرطى كان مروءة ولو تمنطق الفقيه كان ترك مروءة ومن

أكل من التجار اليسير من الطعام على باب حانوته عند تفرق الزحمة عنه وخلوته بمن لا يحتشمه من أصحابه فلا يؤثر ذلك فى عدالته ، ومن كان يهازل زوجته بحيث يسمع غيره فهو ترك مروءة ومن كان رقاصا أو قوالا وهو ما يسمى فى زماننا موالا بالميم وهو ملقى المواليا وهو ضرب من شعر العامة يقال بلهجة عامية فهو تارك للمروءة .

وأما أصحاب الحرف الدنيئة مثل الحجام والكناس والدباغ والقيم بالحمام فهل تقبل شهادتهم ؟ ينظر فيهم فان كانوا يتوانون فى الصلاة والطهارة من الحدث والنجس لم تقبل شهادتهم ، وان حسنت طريقتهم فى الدين فهل ترد شهادتهم لأجل حرفتهم ؟ فيه وجهان (أحدهما) ترد شهادتهم لأجل حرفتهم ، لأن من رضى لنفسه بمثل هذه الحرف الدنيئة سقطت مروءته ، ومن لا مروءة له لم تقبل شهادته (والثانى) تقبل شهادتهم وهو الأصح لقوله تعالى « ان أكرمكم عند الله أتقاكم » فعلق الحكم بالتقوى ، ولأن هذه مكاسب مباحة وللناس اليها حاجة فلو تجنبها الناس لاجل الشهادة لاستضروا بذلك . وقال الطبرى فى كتاب (آداب النفوس) وحدثنى يعقوب بن ابراهيم قال : حدثنا سعيد الجريرى عن أبى نضرة حدثنى من شهد خطب النبى صلى الله عليه وسلم بمنى فى وسط أيام التشريق وهو على بعير فقال « يا أيها الناس ألا ان ربكم واحد ، وان أباكم واحد ، ألا لا فضل لعربى على عجمى ولا عجمى على عربى ولا لأسود على أحمر ولا لأحمر على أسود الا بالتقوى ألا هل بلغت ؟ قالوا : نعم قال : ليبلغ الشاهد منكم الغائب » قال القرطبى فى جامعه : وفيه عن مالك الأشعرى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان الله لا ينظر الى أحسابكم ولا الى أنسابكم ولا الى أجسامكم ولا الى أموالكم ولكن ينظر الى قلوبكم فمن كان له قلب صالح تحنن الله عليه وانما أنتم بنو آدم وأحبكم اليه أتقاكم » ولعلى رضى الله عنه فى هذا المعنى وهو مشهور من شعره :

الناس من جهة التمثيل أكفاء ... أبوهم آدم والأم حواء
نفس كنفس وأرواح مشاكلة ... وأعظم خلقت فيهم وأعضاء

فان يكن لهم من أصلهم حسب يفاخرون بـه فالطين والمـاء
ما الفضل الا لأهل العلم انهم على الهدى لمن استهدى أدلاء
وقدر كل أمرىء ما كان يحسنه وللرجال على الأفعال سيماء
وضد كل أمرىء ما كان يجهله والجاهلون لأهل العلم أعداء

وفى الحديث « من أحب أن يكون أكرم الناس فليتق الله » وفى الحديث عن أبى هريرة مرفوعا « ان الله تعالى يقول يوم القيامة : انى جعلت نسبا وجعلتم نسبا فجعلت أكرمكم أتقاكم وأبيتم الا أن تقولوا فلان ابن فلان وأنا اليوم أرفع نسبى وأضع أنسابكم أين المتقون ؟ أين المتقون ؟ » وفى صحيح مسلم عن عبد الله بن عمرو قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم جهارا غير سر يقول : « ان آل أبى ليسوا الى بأولياء انما ولى الله وصـالح المؤمنين » وعن أبى هريرة « أن النبى صلى الله عليـه وسلم سئل من أكرم الناس ؟ فقال : يوسف بن يعقوب بن اسحاق بن ابراهيم قالوا : ليس عن هذا نسألك قال : فأكرمهم عند الله أتقاكم فقالوا : ليس عن هـذا نسألك فقال : عن معادن العرب ؟ خيارهم فى الجاهلية خيارهم فى الاسلام اذا فقهوا » وأنشدوا فى ذلك :

ما يصنع العبد بعز الغنى والعز كل العـز للمتقى
معرفة الله فذاك الشـقى من عرف الله فلم تغنـه

وأما الحائك فان قلنا : ان شـهادة الحجام والكناس والدباغ تقبـل فالحائك أولى بالقبول : وان قلنا : لا تقبل شهادتهم ففى الحائك وجهـان (الصحيح) أنه يقبل ، وأما حديث « وأكذب الناس الصباغون والصواغون » فقد استدل به كثير من أصحابنا على رد شهادة الصباغ والصواغ والحديث أخرجه أحمد فى المسند وابن ماجه عن أبى هريرة ــ واستدل به بعضهم على رد شهادتهما وقيل فيه تأويلان (أحدهما) انه أراد بهم أنهم يكذبون فى مواعيدهم (والثانى) أنهم يسمون الأشياء بغير أسمائها فيقول الصباغ : أصبغ أحمر وأصفر وشكليا وسماويا وفيروزيا وزرعيا ويقول الصواغ : أصوغ سمكة وطيرا ومصحفا وهم يقولون ما لا يفعلون • فينظر فيه ــ فان

تكرر منه الكذب فى المواعيد ـ وصار ذلك غالب أحواله ردت شهادته بذلك وان كذب فى التسمية لم ترد شهادته لأن هذه الأسماء مجازية ، ويجوز استعمال هذه الأشياء مجازا .

قال كثر أصحابنا : ولا ترد شهادتهم لأجل حرفتهم لأنها ليست بدنيئة وقال صاحب الفروع : شهادتهم كشهادة الحاكة . هذا ما أفاده العمرانى فى البيان وغيره . ونرى أن كثيرا من ذوى الحرف الدنيئة لهم من دينهم وتقواهم مالا يتمثل فى ذوى المناصب الدينية فى عصرنا هذا بسبب ماران على القلوب من غشاوة نسأل الله تبارك وتعالى العصمة من الزلل وأن يهدى أمة محمد الى شرعته ومنهجه وصراطه المستقيم . وبالجملة فان العدالة هى التقوى ، ولاتقاس بالحرفة ولا بالمنصب لقوله تعالى « ان أكرمكم عند الله أتقاكم » والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل « ويكره اللعب بالشطرنج لأنه لعب لا ينتفع به فى أمر الدين ، ولا حاجة تدعو اليه فكان تركه أولى ، ولا يحرم ، لأنه روى اللعب به عن ابن عباس وابن الزبير وأبى هريرة وسعيد بن المسيب رضى الله عنهم ، وروى عن سعيد بن جبير أنه كان يلعب به استدبارا . ومن لعب به من غير عوض ولم يترك فرضا ولا مروءة لم ترد شهادته ، وأن لعب به على عوض ـ نظرت ، فان أخرج كل واحد منهما مالا على أن من غلب منهما أخذ المالين ـ فهو قمار تسقط به العدالة ، وترد به الشهادة ، لقوله تعالى « انما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه » والميسر : القمار . وان أخرج أحدهما مالا على أنه ان غلب أخذ ماله ، وان غلبه صاحبه أخذ المال ، لم يصح العقد ، لأنه ليس من آلات الحرب فلا يصح بذل العوض فيه ، ولا ترد به الشهادة لأنه ليس بقمار . لأن القمار أن يخلو أحد من أن يغنم أو يغرم ، وههنا أحدهما يغنم ولا يغرم . وان اشتغل به عن الصلاة فى وقتها مع العلم فان لم يكثر ذلك منه لم ترد شهادته وان أكثر منه ردت شهادته لأنه من الصغائر ففرق بين قليلها وكثيرها ، فان ترك فيه المروءة بأن يلعب به على طريق أو تكلم فى لعبه بما يسخف من الكلام أو اشتغل بالليل والنهار ردت شهادته لترك المروءة » .

الشـــرح قوله تعالى : « انما الخمر والميسر الآية » استدل بها القرطبى على تحريم اللعب بالنرد والشطرنج وقد نزلت هذه الآية فى السنة الثالثة من الهجرة ولم يعرف الشطرنج الا فى عصر الصحابة • وقد عرض المجموع ترجمة ابن عباس وابن الزبير وأبى هريرة وسعيد بن المسيب رضى الله عنهم أما سعيد بن جبير فقد روى الشافعى أنه كان يلعب شطرنج استدبار أو حكاه عن محمد بن سيرين وهشام ابن عروة • وقال ابن خلكان : أبو عبد الله وقيل أبو محمد سعيد بن جبير بن هشام الأسدى بالولاء مولى بنى والبة بن الحرث بطن من بنى أسد بن خزيمة كوفى أحد أعلام التابعين وكان أسود أخذ العلم عن عبد الله بن عباس وابن عمر قال له ابن عباس : حدث فقال : أحدث وأنت ههنا فقال : أليس من نعمة الله عليك أن تحدث وأنا شاهد ، فان أصبت فذاك وان أخطأت علمتك • وكان لا يستطيع أن يكتب مع ابن عباس فى الفتيا فلما عمى ابن عباس كتب فبلغه ذلك فغضب الى أن قال : وقال اسماعيل بن عبد الملك : كان سعيد بن جبير يؤمنا فى شهر رمضان فيقرأ ليلة بقراءة عبد الله بن مسعود وليلة بقراءة زيد ابن ثابت وليلة بقراءة غيره هكذا أبدا الى أن قال : وكان سعيد مع عبد الرحمن بن محمد بن الأشعث ابن قيس لما خرج عبد الملك بن مروان فلما قتل عبد الرحمن وانهزم أصحابه من دير الجماجم هرب فلحق بمكة وكان واليها يومئذ خالد بن عبد الله القسرى فأخذه وبعث به الى الحجاج ابن يوسف الثقفى مع اسماعيل بن واسط البجلى فقال له الحجاج : ما اسمك ؟ قال سعيد بن جبير فقال : بل شقى بن كسير قال : بل كانت أمى أعلم باسمى منك قال : شقيت أمك وشقيت أنت قال : الغيب يعلمه غيرك قال : لأبدلنك بالدنيا نارا تلظى قال : لو علمت أن ذلك بيدك لاتخذتك الها قال : فما قولك فى محمد ؟ قال : نبى الرحمة وامام الهدى قال : فما قولك فى على أهو فى الجنة أم هو فى النار ؟ قال : لو دخلتها وعرفت من فيها عرفت أهلها • قال : فما قولك فى الخلفاء ؟ قال : لست عليهم بوكيل ، قال : فأيهم أعجب اليك ؟ قال : أرضاهم لخالقى ، قال : فأيهم أرضى للخالق ؟ قال : علم ذلك عند الذى يعلم سرهم ونجواهم ، قال : أحب أن تصدقنى ، قال : ان لم أحبك لن أكذبك ، قال : فما بالك لم

تضحك قال : وكيف يضحك مخلوق خلق من طين والطين تأكله النار قال : فما بالنا نضحك ؟ قال : لم تستو القلوب ثم أمر الحجاج باللؤلؤ والزبرجد والياقوت فجمعه بين يديه فقال سعيد : ان كنت جمعت هذا لتتقى به فزع يوم القيامة فصالح والا ففزعة واحدة تذهل كل مرضعة عما أرضعت ، ولا خير فى شيء جمع للدنيا الا ما طاب وزكا . ثم دعا الحجاج بالعود والناى فلما ضرب بالعود ونفخ فى الناى بكى سعيد فقال : ما يبكيك أهو اللعب ؟ قال سعيد : هو الحزن أما النفخ فذكرنى يوما عظيما يوم النفخ فى الصور ، وأما العود فشجرة قطعت فى غير حق ، وأما الأوتار فمن الشاة تبعث معها يوم القيامة ، قال الحجاج : ويلك يا سعيد قال : لا ويل لمن زحزح عن النار وأدخل الجنة ، قال الحجاج : اختر يا سعيد أى قتلة أقتلك، قال : اختر لنفسك يا حجاج فوالله لا تقتلنى قتلة الا قتلك الله مثلها فى الآخرة . قال أفتريد أن أعفو عنك ؟ قال : ان كان العفو فمن الله وأما أنت فلا براءة لك ولا عذر قال الحجاج : اذهبوا به فاقتلوه ، فلما خرج ضحك فأخبر الحجاج بذلك فرده وقال : ما أضحكك ؟ قال : عجبت من جراءتك على الله وحلم الله عليك فأمر بالنطع فبسط وقال : اقتلوه فقال سعيد : وجهت وجهى للذى فطر السموات والأرض حنيفا وما أنا من المشركين . قال : وجهوا به لغير القبلة قال سعيد : فأينما تولوا فثم وجه الله ، قال : كبوه لوجهه قال سعيد : منها خلقناكم وفيها نعيدكم ومنها نخرجكم تارة أخرى . قال الحجاج : اذبحوه قال سعيد : أما انى أشهد أن لا اله الا الله وحده لا شريك له وأن محمدا عبده ورسوله خذها منى حتى تلقانى بها يوم القيامة ، ثم دعا سعيد فقال : اللهم لا تسلطه على أحد يقتله بعدى وكان قتله فى شعبان سنة خمس وتسعين للهجرة بواسط .

أما اللغات فقوله : « والشطرنج » بكسر الشين فى اللغة الفصيحة (قوله : يلعب به استدبارا) الاستدبار خلاف الاستقبال أى يعطى ظهره لرفيقه والرقعة ويلعب وهى مرتسمة فى ذهنه ويقول له رفيقه لعبت كذا فيقول له وأنا أنقل من المربع كذا الى المربع كذا دون أن ينظر فى الرقعة

ولا أن يلتفت اليها بوجهه ، وهذا دليل على حذقه ومهارته وكثرة مزاولته للعب .

وتقوم آلاتها على رقعة بها ثمانية مربعات طولا فى ثمانية عرضا مربع أبيض ومربع أسود يجعل على يمين كل من اللاعبين الطرف الأيمن من الرقعة مربعا أبيض ثم يصف كل منهما فى الصف الأول فى الوسط الشاه أو الملك أو الملكة على حسب اختلاف التسمية فى البلاد والأقطار ثم يكون على يمين الشاه الوزير ثم الفيل ثم الفرس ثم القلعة وعلى يسار الملك الفيل ثم الفرس ثم القلعة اليسرى وهكذا يفعل رفيقه ثم يبدآن اللعب فيبدأ بالافتتاح أولا الأبيض ببيدق من البيادق أمام هذا الصف الذى ذكرناه قوله : « تكلم فى لعبه بما يسخف » هو الكلام المقذع الساقط ، وأصل السخف رقة العقل ، وقد سخف الرجل بالضم سخافة فهو سخيف .

أما الأحكام قال الشافعى فى الأم : « واللاعب بالشطرنج بغير قمار ــ وان كرهنا ذلك ــ أخف حالا ممن يرى نكاح المتعة وبيع الدرهم بالدرهمين واتيان النساء فى أدبارهن » وجملة ذلك أن اللعب بالشطرنج ينظر فيه ــ فان كان على غير عوض ولا يشتغل به عن الصلاة فانه لا يحرم ولكنه مكروه كراهة تنزيه . والدليل على أنه لا يحرم أنه روى عن ابن عباس جوازه ، وعن سعيد بن المسيب أنه قال : لا بأس به . أخرج هذه الآثار البيهقى . وقد جاء فيه أن سعيد ابن جبير رضى الله عنه كان يلعب بأن يلوى ظهره ويقول لصاحبه : بأى شىء لعبت ؟ فاذا قال : بكذا قال ألعب بكذا .

أما الدليل على كراهته ما روى عن الحسن البصرى عن جماعة من الصحابة أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن الشطرنج وفيه نظر ، اذ لم يعرف الشطرنج على عهد النبى صلى الله عليه وسلم وانما عرفه الصحابة باختلاطهم بالفرس والروم فى عصر الفتوح وروى أن عليا كرم الله وجهه مر بقوم يلعبون الشطرنج فقال : « ما هذه التماثيل التى أنتم لها عاكفون »

وروى عنه قوله : اللاعب بالشطرنج أكذب الناس يقول : قتلت والله ما قتل • قال الشافعي : ولأنه ليس من أفعال المروءات والديانات وانما نفعله من لا ديانة له ، فكره ، ولأنه يأتى بألفاظ لا حقيقة لها ، كقوله مات الملك ، أكلت الفرس أكلت الفيل ، ولا يفسق بذلك ولا ترد به الشهادة عندنا وعند مالك رحمه وقال أبو حنيفة : ترد به الشهادة • وكذلك أفتى ابن تيمية رحمه الله فى الفتاوى الكبرى • وقال الدكتور يوسف القرضاوى فى كتاب الحلال والحرام :

ومن ألوان اللهو المعروفة الشطرنج وقد اختلف الفقهاء فى حكمه بين الاباحة والكراهية • واحتج المحرمون بأحاديث رووها عن النبى صلى الله عليه وسلم ولكن نقاد الحديث وخبراءه ردوها وأبطلوها وبينوا أن الشطرنج لم يظهر الا فى زمن الصحابة فكل ما ورد من أحاديث باطل • أما الصحابة رضى الله عنهم فاختلفوا فى شأنه قال ابن عمر : هو شر من النرد ، وقال على : هو من الميسر (ولعله يقصد : اذا اختلط به القمار) وروى عن بعضهم كراهيته فحسب • كما روى عن بعض الصحابة والتابعين أنهم أباحوه ، من هؤلاء ابن عباس وأبو هريرة وابن سيرين وهشام بن عروة وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وهذا الذى ذهب اليه هؤلاء الأعلام هو الذى نراه ، فالأصل ــ كما علمنا ــ الاباحة ، ولم يجىء نص على تحريمه ، على أن فيه فوق اللهو والتسلية رياضة للذهن وتدريبا للفكر وهو لذلك يخالف النرد ولذلك قالوا : ان المعول فى النرد على الحظ فأشبه الأزلام ، والمعول فى الشطرنج على الحذق والتدبير فأشبه المسابقة بالسهام • وقد اشترط من أباحه شروطا ثلاثة •

١ ــ ألا تؤخر به صلاة عن وقتها ، فان أكبر خطورته فى سرقة الأوقات •

٢ ــ ألا يخالطه قمار •

٣ ــ أن يحفظ اللاعب لسانه حال اللعب من الفحش والخنا وردىء الكلام فاذا أفرط فى هذه الثلاثة أو بعضها اتجه القول الى التحريم •

فـــرع ذكر الشوكانى فى شرحه على المنتقى للمجد بن تيمية مذاهب العلماء من الصحابة والتابعين فقال رحمه الله : واختلف فى الشطرنج قال النووى : مذهبنا أنه مكروه وليس بحرام وهو مروى عن جماعة من التابعين • وقال مالك وأحمد : هو حرام • قال مالك : هو شر من النرد وألهى ، وروى ابن كثير فى ارشـــاده : أن أول ظهور الشـــطرنج فى زمن الصحابة وضعه رجل هندى اسمه صصة قال وروى البيهقى من حـــديث جعفر بن محمد عن أبيه أن عليا قال فى الشطرنج « هو من الميسر » قال ابن كثير : وهو منقطع جيـــد ، وروى عن ابن عباس وابن عمر وأبى موسى الأشعرى وأبى سعيد وعائشـــة أنهم كرهوا ذلك ، وروى عن ابن عمر أنه شر من النرد كمـــا قال مالك ، وحكى فى ضوء النهار عن ابن عباس وأبى هريرة وابن سيرين وهشام بن عروة وســـعيد بن جبير وســـعيد بن المسيب أنهم أباحوه • وقـــد روى فى تحريمه أحاديث أخرج الديلمى من حديث واثله مرفوعا « ان لله فى كل يوم ثلاثمائة نظرة ، ولا ينظر فيها الى صاحب الشاه » وفى لفظ « يرحم بها عباده ليس لأهل الشاه فيها نصيب » يعنى الشطرنج • وأخرج من حديث ابن عباس يرفعه : « ألا ان صـــاحب الشاه فى النار الذين يقولون : قتلت والله شاهك » وأخرج الديلمى أيضا عن أنس يرفعه « ملعون من لعب بالشـــطرنج • والناظر اليهم كالآكل لحم الخنزير » من حديث جميع بن مســـلم وأخـــرج الديلمى عن على مرفوعا « يأتى على الناس زمان يلعبون بها ولا يلعب بها الا كل جبـــار والجبار فى النار» وأخرج ابن أبى شيبة وابن المنذر وابن أبى حاتم عن على رضى الله عنه أنه قال : « النرد والشطرنج من الميسر » وأخرج عنه عبد بن حميد أنه قال « الشطرنج ميسر العجم » وأخرج عنه ابن عساكر أنه قال لا يســـلم على أصحاب النردشير والشـــطرنج • قال ابن كثير : والأحاديث المروية فيـــه لا يصح منها شىء ويؤيد هذا ما تقدم من أن ظهوره كان فى زمن الصحابة وأحسن ما تقدم ما هو عن على ثم قال : المجوزون وقالوا : ان فيـــه فائدة وهى معرفة تدبير الحروب ومعرفة المكايد فأشـــبه السبق والرمى : قالوا : واذا كان على عوض فهو كمال الرهان الى قوله وعن على عليه السلام أنه

أمر بتحريق رقعة الشطرنج واقامة كل لاعب معقولا الى صلاة الظهر (أ هـ) وقال العمرانى فى البيان : الشطرنج موضـــوع على تعلم تدبير الحرب ، وربما يتعلم الانســـان بذلك القتال ، وكل لعب يعلم به أمر الحرب والقتال كان مباحا قالت عائشـــة رضى الله عنها « مررت ورسول الله صلى الله عليه وسلم بقوم من الحبشة يلعبون بالحراب فوقف رسول الله صلى الله عليـــه وسلم ينظر اليهم ووقفت خلفه فكنت اذا أعييت جلست ، واذا قمت أتقى برسول الله صلى الله عليه وسلم » .

ولأن الشـــطرنج أخف ممن يرى استباحة نكاح المتعة وبيع الدرهم بالدهمين واتيان النساء فى أدبارهن ، فاذا لم ترد الشهادة بهذه الأسباب فلأن لا ترد باللعب بالشطرنج أولى . وان لعب به ونسى الصلاة حتى خرج وقتها فان كان ذلك نادرا من أفعاله لم ترد به الشـــهادة ، وان أكثر ردت شهادته ، وان لعب به على الطريق وتكلم فى لعبه ببذىء القول وسخيف اللفظ ونابى القول فان أكثر منه ردت شهادته بذلك ، وان قل منـــه ذلك كان من الصغائر ولم ترد به شهادته .

فـــــرع اذا لعب بالشطرنج على عوض فان أخرج كل واحـــد منهما عوضا على أن من غلب منهما أخذه فســـق بذلك وردت شهادته لأنه قمار ، والقمار محرم ، وان أخرج أحدهما العوض دون الآخر على أن من غلب منهما أخذه لم يصح لأنه ليس من آلات الحرب وحكم رد الشهادة حكم ما لو لم يخرج فيـــه عوضـــا على ما مضى لأنه ليـــس بقمار والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل **« ويحرم اللعب بالنرد وترد به الشهادة ، وقال أبو اسحق رحمه الله : هو كالشطرنج . وهذا خطأ لمـــا روى أبو موسى الأشعرى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله)) وروى بريدة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم**

قال « من لعب بالنرد فكأنما غمس يده فى لحم الخنزير ودمه ، ولأن المعول فيه على ما يخرجه الكعبان فشابه الأزلام ويخالف الشطرنج ، فان المعول فيه على رأيه ويحرم اللعب بالأربعة عشر لأن المعول فيها على ما يخرجه الكعبان فحرم كالنرد » .

الشـــرح حديث أبى موسى رضى الله عنه أخرجه أحمد وأبو داود وابن ماجه ومالك ورجاله ثقات وأخرجـه أيضـا الحـاكم والدارقطنى والبيهقى . وحديث بريدة رواه أحمد ومسلم وأبو داود .

أما اللغات فالنرد ليس عربيا وصـورته أن يكون ثلاثون قرصـا مع كل واحد من اللاعبين خمسة عشر ويكون فيه ثلاثة كعاب مربعة تكون فى أرباع كل واحدة فى ربع ست نقط وفى المقابلة نقطة وفى الربع الثانى خمس نقط وفى المقابلة نقطتان ، وفى الربع الثالث أربع نقط وفى المقـابلة ثلاث نقط وقال النووى : النرد شير عجمى معرب وشير معناه حلو . ويقال هو خشبة قصيرة ذات فصوص يلعب بها وقيل انما سمى بذلك الاسم لأن واضعه أردشير بن بابك والأربعة عشر هى قطعة من خشب يحفر فيها ثلاثة أسطر فيجعل فى تلك الحفر حصى صغار يلعبون بها . هكذا أفاده فى البيان قال فى الطراز المذهب : ويسميها العامة شارده وهو أربعة عشر بالفارسية ، لأن شـار أربعة وده عشرة وهو حفيرات تجعل فى لوح سـطرا فى أحـد جانبيه وسطرا فى الجانب الآخر » وتجعل فى الحفر حصى صغار يلعبون بها وقال ابن الصباغ فى الشـامل : ثلاثة أسطر .

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : «وأكره اللعب بالنرد للخبر » واختلف أصحابنا فيه قال أبو اسـحاق لا يحرم اللعب به الا أنه يكره كراهة تنزيه أشد من الكراهة بالشطرنج ، والحكم فى الفسق باللعب به ورد الشهادة حكم اللعب بالشطرنج على ما مضى . وقال أكثر أصحابنا : يحرم اللعب به وهو المنصوص فى الأم ، ويفسق به وترد شهادته لمـا روى أبو موسى الأشعرى رضى الله عنـه أن النبى صلى الله عليـه وسلم قال « من لعب بالنردشير فكأنما غمس يده فى لحم خنزير ودمه » وقد أورد

صاحب البيان حديثا لا أحفظه « أن النبى صلى الله عليه وسلم مر بقوم يلعبون بالنرد فقال : قلوب قاسية وألسن لاغية وأيد عاملة ، وأورد أيضا أثرا عن عائشة رضى الله عنها أنه كان لها دار فيه سكان فبلغها أن عندهم نردا فأنفذت اليهم ان أخرجتموه والا أخرجتكم فأخرجوه » والأن أصل النرد وضع على القمار والقمار محرم ، ويخالف الشطرنج فانه موضوع على تدبير الحرب وترويض الذهن على التركيز فى السيطرة العقلية على الأمور وذلك مباح والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **« ويجوز اتخاذ الحمام لما روى عبادة بن الصامت رضى الله عنه « أن رجلا شكا الى النبى صلى الله عليه وسلم الوحشة فقال : اتخذ زوجا من حمام » ولأن فيه منفعة لأنه يأخذ بيضه وفرخه ويكره اللعب به ، لما روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يسعى بحمامة فقال شيطان يتبع شيطانة » وحكمه فى رد الشهادة حكم الشطرنج وقد بيناه » .**

الشرح حديث عبادة بن الصامت أخرجه الطبرانى فى الكبير قال صاحب تنزيه الشريعة : ولا يصح قال ابن عدى : لا أعلم يرويه عن ثور الا الصلت بن الحجاج وعامة ما يرويه منكر كما أخرج ابن عدى عن على ونصه « شكى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم الوحشة فقال : لو اتخذت زوجا من حمام فآنسك وأصبت من فراخه ، أو اتخذت ديكا فآنسك وأيقظك للصلاة ، وفى اسناده الحارث الأعور ويحيى بن ميسون التمار أما الحارث فقد قال فى الميزان : وروى مغيرة عن الشعبى : حدثنى الحارث الأعور ــ وكان كذابا ، وقال ابن المدينى : كذاب وقال جرير بن عبد الحميد : كان زيفا ، وقال ابن معين : ضعيف وعن ابن معين : ليس به بأس وكذا قال النسائى وعنه قال : ليس بالقوى . وقال الدارقطنى : ضعيف ، وقال بن عدى : عامة ما يرويه غير محفوظ . وقال عثمان الدارمى : سألت يحيى بن معين عن الحارث الأعور فقال : ثقة قال عثمان: ليس يتابع يحيى على هذا . وروى محمد بن شيبة الضبى عن أبى اسحاق قال : زعم الحارث الأعور ــ وكان كذابا . وقال ابن حبان : كان الحارث

غاليا فى التشيع واهيا فى الحديث • وأما يحيى التمار فقد قال الفلاس : كتبت عنه وكان كذابا • وقال أحمد : خرقنا حديثه • وقال النسائى : ليس بثقة • وقال الدارقطنى وغيره : متروك •

وأخرج الخطيب عن ابن عباس رواية أخرى بلفظ « جاء رجل فشكى الوحشة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : اتخذ زوج حمام يؤنسك بالليل » ولا يصح اذ فيه محمد بن زياد اليشكرى قال أحمد : كذاب أعور يضع الحديث وقال أبو زرعة : كان يكذب وقال الدارقطنى : كذاب•

أما الحديث الثانى فقد أخرجه أبو داود فى كتاب الأدب (باب اللعب بالحمام) عن أبى هريرة بلفظ المصنف وكذلك أحمد فى مسنده عنه ٣٤٥/٢ وأخرجه ابن ماجه فى الأدب عن عائشة ، وأبى هريرة ، وعثمان بن عفان ، وأنس بن مالك رضى الله عنهم أجمعين •

قال السندى فى شرحه على ابن ماجه : أى هو شيطان لاشتغاله بما لا يعنيه يقفو أثر شيطان أورثه الغفلة عن ذكر الله تعالى وقيل اتخاذ الحمام للبيض والأنس ونحو ذلك جائز غير مكروه واللعب بها بالتطيير مكروه ومع القمار يصير مردود الشهادة ، ثم الحديث لا ينزل عن درجة الحسن كما حققه الحافظ ابن حجر فزعم أنه موضوع باطل وفى الزوائد فى حديث عائشة : هذا اسناد صحيح رجاله ثقات رواه أبو داود وابن حبان فى صحيحه من طريق حماد بن سلمة عن محمد بن عمر عن أبى أمامة عن أبى هريرة • وأما رواية عثمان ففى مجمع الزوائد : رجال الاسناد ثقات غير أنه منقطع فان الحسن لم يسمع من عثمان • قاله أبو زرعة وأما رواية أنس فقال فى الزوائد : فى اسناده رواد بن الجراح وهو ضعيف •

أما الأحكام فانه اذا اتخذ رجل الحمام للأنس به جاز ولم ترد شهادته لحديث عبادة بن الصامت الذى ساقه المصنف وهو على ضعفه فان له شواهد أو هو شاهد على الروايات الأخرى فيكون العمل به مقدما على الرأى والقياس وقد حسنه الحافظ ابن حجر فى لسان الميزان واعتبره شاهدا

لغيره • وان اتخذ الحمام لحمل الكتب ونقل الرسائل والاستفراخ جاز ، لأن الحاجة تدعو الى ذلك • فان اتخذها للتطيير والمسابقة عليها كان حكمها فى القمار حكم الشطرنج على ما مضى آنفا • وقال مالك وأبو حنيفة رحمهما الله تعالى : يفسق بذلك كله ، وترد به الشهادة ، وقد مضى الدليل عليهما لذلك كله فى الشطرنج •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ﴿ ومن شرب قليلا من النبيذ لم يفسق ولم ترد شهادته، ومن أصحابنا من قال : ان كان يعتقد تحريمه فسق ، وردت شهادته . والمذهب الأول لأن استحلال الشيء أعظم من فعله بدليل أن من استحل الزنا كفر ، ولو فعله لم يكفر . فاذا لم ترد شهادة من استحل القليل من النبيذ فلأن لا يرد شربه أولى . ويجب عليه الحد . وقال المزنى رحمه الله : لا يجب كما لا ترد شهادته . وهذا خطأ لأن الحد للردع والنبيذ كالخمر فى الحاجة الى الردع لأنه يشتهى كما يشتهى الخمر ، ورد الشهادة لارتكاب كبيرة لأنه اذا أقدم على كبيرة أقدم على شهادة الزور . وشرب النبيذ ليس بكبيرة لأنه مختلف فى تحريمه ، وليس من أقدم على مختلف فيه أقدم على شهادة الزور وهى من الكبائر ﴾ •

الشرح ومن شرب شيئا من الخمر (وهو عصير العنب) الذى قد اشتد وأسكر فسق وردت شهادته لأنه محرم بالنص والاجماع ، ومن اشتراها أو باعها فسق وردت به شهادته لأن النبى صلى الله عليه وسلم لعن بائعها ومشتريها ، وأما عاصرها وممسكها فقال الشيخ أبو حامد الاسفراييني : لا يفسق بذلك ولا ترد شهادته لجواز أن يرجع عن ارادته فيتخذها خلا ــ وقال ابن الصباغ فى الشامل : ويحتمل أنه اذا اعترف أنه قصد بعصرها أنها تصير خمرا فيشربها كان محرما وترد به شهادته ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لعن عاصرها ومعتصرها •

وأما ما عدا الخمر من النبيذ فعلى ضربين مسكر وغير مسكر ، فأما المسكر فانه يحرم شربه قليله وكثيره ، فان شرب نبيذا مسكرا وسكر

فسق وردت شهادته ، لأنه معصية بالاجماع • وان لم يسكر لم يفسق ولم ترد شهادته سواء اعتقد تحليله أو تحريمه • وحكى القاضي في المجرد أنه اذا كان يعتقد تحريمه ردت شهادته ، والمذهب الأول • وقال مالك : ترد به الشهادة بكل حال ، دليلنا أنه مختلف في اباحته ، ومن أقدم على مختلف فيه لم ترد شهادته ، كمن تزوج امرأة من ولي فاسق ، ولأن استحلاله أعظم من شربه بدليل من قال : انه من يحل شرب الخمر يحكم بكفره • ومن شربها معتقدا لتحريمها لم يكفر ، وقد ثبت أن من قال : يحل شرب النبيذ المسكر من غير أن يسكر لا ترد شهادته بذلك ، فلأن لا ترد شهادة من شرب منه ولم يسكر به أولى ويجب به الحد • وقال المزني : لا يجب به الحد • وقد مضى ذلك في الحدود •

وقال الشافعي رضي الله عنه : والمستحل للأنبذة ويحضر مع أهل السفه الظاهر ، ويترك لها حضور الصلوات وغيرها ، ويتادم عليها ترد شهادته بطرح المروءة واظهار السفه ، وأما ما لا يسكر من عصير العنب ونبيذ التمر والزبيب فلا يحرم شربها الا أنه يكره شرب المنصف والخليطين، فالمنصف النبيذ من التمر والرطب والخليطين ، ولأن كل شرب اذا قارب الاسكار تتبين فيه مرارة يعلم بها مقاربة الاشتداد ، فيجتنب ، الا المنصف والخليطين فانهما يشتدان وهما حلوان ، فلا يتميز للشارب هل هو مسكر أم لا ، فكره شربه لأنه لا يؤمن ان صار مسكرا والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ويكره الغناء وسماعه من غير آلة مطربة لما روى ابن مسعود « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : الغناء ينبت النفاق في القلب كما ينبت الماء البقل » ولا يحرم لما روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم مر بجارية لحسان بن ثابت وهي تقول :

هل على ويحكما أن لهوت من حرج

فقال النبي صلى الله عليه وسلم : «لا حرج ان شاء الله» وروت أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها قالت : « كان عندي جاريتان تغنيان فدخل أبو بكر

رضى الله عنه فقال : مزمار الشيطان فى بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم دعهما فانها أيام عيد)) فان غنى لنفسه أو سمع غناء جاريته ولم يكثر منه لم ترد شهادته لأن عمر رضى الله عنه كان اذا دخل فى داره ترنم بالبيت والبيتين ، واستؤذن عليه لعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه وهو يترنم فقال أسمعتنى يا عبد الرحمن قال : نعم قال : انا اذا خلونا فى منازلنا نقول كما يقول الناس)) وروى عن أبى الدرداء رضى الله عنه وهو من زهاد الصحابة وفقهائها أنه قال : انى لأجم قلبى شيئا من الباطل لأستعين به على الحق)) فأما اذا أكثر من الغناء أو اتخذه صنعة يغشاه الناس للسماع . أو يدعى الى المواضع ليغنى ردت شهادتها لأنه سفه وترك للمروءة وان اتخذ جارية ليجمع الناس لسماعها ردت شهادته لأنه سفه وترك مروءة ودناءة ﴾ .

الشرح حديث عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أخرجه أبو داود بدون التشبيه والبيهقى وفيه شيخ لم يسم ورواه البيهقى أيضا موقوفا وفى الباب أيضا عن أبى هريرة رواه ابن عدى وقال ابن طاهر أصح الأسانيد فى ذلك أنه من قول ابراهيم . هكذا أفاده الحافظ بن حجر فى التلخيص قلت : وابراهيم يعنى النخعى أما خبر جارية حسان واسمها عزة الميلاء فليس له ذكر الا فى سنن البيهقى . أما حديث عائشة رضى الله عنها فقد أخرجه الشيخان فى صحيحهما ولفظهما : « دخل على أبو بكر وعندى جاريتان من جوارى الأنصار تغنيانتى بما تقاولت به الأنصار يوم بعاث وليستا بمغنيتين فقال أبو بكر : مزامير الشيطان فى بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك فى يوم عيد فقال يا أبا بكر لكل قوم عيد وهذا عيدنا » أما أثر عمر رضى الله عنه فقد رواه المبرد فى الكامل (وهو من كتب الأدب) والبيهقى فى المعرفة عن عمر أنه اذا كان داخلا فى بيته ترنم بالبيت والبيتين . روى أن البيت الذى أنشده عمر رضى الله عنه .

وان ثوائى بالمدينة بعد ما قضى وطرا فيها جميل بن معمر

قال فى الطراز المذهب : أراد جميل بن معمر الجمحى لا العذرى فانه متأخر .

أما اللغات فالآلة المطربة أى التى تكسب سامع ايقاعها طربا وهو خفة تصيب الانسان لشدة من حزن أو سرور وقيل : حلول الفرح وذهاب الحزن • وقال النابغة الجعدى :

سألتنى أمتى عن جارتى ... واذا ما عى ذو اللب سأل
سألتنى عن أناس هلكوا ... شرب الدهر عليهم وأكل
وأرانى طربا فى اثرهم ... طرب الواله أو كالمختبل

أما بيت الجارية :

هل على ويحكما ... ان لهوت من حرج

فقال الجوهرى : ويح كلمة رحمة وويل كلمة عذاب وهما مرفوعتان بالابتداء بالابتداء يقال : ويح لزيد وويل لزيد ، ولك أن تقول : ويحا وويلا ونحو ذلك ولك أن تقول ويحك وويح زيد وويلك وويل زيد بالاضافة فتنصبهما باضمار فعل وكأنك قلت : الزمه الله ويحا وويلا ونحو ذلك وقد قال أكثر أهل اللغة : ان الويل كلمة تقال لكل من وقع فى هلكة وعذاب ، والفرق بين ويل وويح أن ويلا تقال لمن وقع فى هلكة أو بلية لا يترحم عليه ، وويح تقال لكل من وقع فى بلية يرحم ويدعى له بالتخلص منها قال ابن كيسان : اذا قالوا ويل له وويح له وويس له فالكلام فيهن الرفع على الابتداء واللام فى موضع الخبر ، فان حذفت اللام لم يكن الا النصب كقوله ويحة وويسه أما قوله صلى الله عليه وسلم « لا حرج » أى لا ضيق أو لا اثم • وقوله « يرنم بالبيت والبيتين » الرنم بالتحريك الصوت وقد رنم بالكسر وترنم اذا رجع صوته والترنيم مثله ، وترنم الطائر فى هديره قال ذو الرمة •

كأن رجليه رجلا مقطف عجل ... اذا تجاوب من برديه ترنيم

وقوله : (انى لأجم قلبى) أى أريحه والجمام بالفتح الراحة •

أما الأحكام فان الغناء وهو التغنى بالألحان ، فان لم يكن معه آلة مطربة فهو مكروه عندنا غير محرم ولا مباح • قال الشافعى رحمه الله :

هو مكروه لشبه الباطل وبه قال مالك وأبو حنيفة وذهب سعيد بن ابراهيم الزهرى وعبيد الله بن الحسن العنبرى الى أنه مباح وسنأتى على حجج كل فريق فيما يأتى :

أخرج البخارى عن أبى مالك الأشعرى أنه سمع النبى صلى الله عليه وسلم يقول : « ليكونن من أمتى قوم يستحلون الحر والحرير والخمر والمعازف » وفى لفظ لابن ماجه « ليشربن ناس من أمتى الخمر يسمونها بغير اسمها يعزف على رءوسهم بالمعازف ، والمغنيات يخسف الله بهم الأرض ويجعل منهم القردة والخنازير » وأخرج أحمد وأبو داود وابن ماجه عن نافع « أن ابن عمر سمع صوت زمارة راع فوضع أصبعيه فى أذنيه وعدل راحلته عن الطريق وهو يقول : يا نافع أتسمع ؟ فأقول : نعم فيمضى حتى قلت لا فرفع يده وعدل راحلته الى الطريق وقال : رأيت رسول الله سمع زمارة راع فصنع مثل هذا » وأخرج الترمذى وقال : هذا حديث حسن غريب عن أبى هريرة (رضى الله عنه) قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « اذا اتخذ الفىء دولا ، والأمانة مغنما والزكاة مغرما وتعلم لغير الدين وأطاع الرجل امرأته وعق أمه وأدنى صديقه وأقصى أباه وظهرت الأصوات فى المساجد وساد القبيلة فاسقهم وكان زعيم القوم أرذلهم وأكرم الرجل مخافة شره وظهرت القيان والمعازف وشربت الخمور ولعن آخر هذه الأمة أولها فليرتقبوا عند ذلك ريحا حمراء وزلزلة وخسفا ومسخا وقذفا وآيات تتابع كنظام بال قطع سلكه فتتابع بعضه بعضا » وعند ابن أبى شيبة من حديث ابن مسعود باسناد صحيح أنه قال فى قوله تعالى : « ومن الناس من يشترى لهو الحديث » قال : « هو والله الغناء » وأخرجه الحاكم والبيهقى وصححاه وأخرجه البيهقى أيضا عن ابن عباس بلفظه (هو الغناء وأشباهه) وعن ابن مسعود عند أبى داود والبيهقى مرفوعا « الغناء ينبت النفاق فى القلب » وفيه مجهول .

وفى الطبرانى من حديث ابن عمر مرفوعا « ثمن القينة سحت وغناؤها حرام » وأخرج القاسم بن سلام عن على أن النبى صلى الله عليه وسلم

نهى عن ضرب الدف والطبل وصوت الزمارة » أما الفريق الآخر فقد قال ابن حزم : انه لا يصح فى الغناء حديث أبدا وكل ما فيه فموضوع .

وزعم أن حديث أبى عامر وأبى مالك الأشعرى المذكور هنا منقطع فيما بين البخارى وهشام بن عروة .

وقد ذهب أهل المدينة وجماعة من أهل الظاهر وجماعة من الصوفية الى الترخيص فى السماع ولو مع العود والبراع وقد حكى الأستاذ أبو منصور البغدادى الشافعى[1] فى مؤلفه فى السماع ولم يذكر فى الطبقات أن عبد الله بن جعفر كان لا يرى بالغناء بأسا ، ويصوغ الألحان لجواريه ويسمعها منهن على أو تارة وكان ذلك فى زمن أمير المؤمنين على رضى الله عنه . وحكى مثل ذلك عن القاضى شريح وسعيد بن المسيب وعطاء بن أبى رباح والزهرى والشعبى . وقال امام الحرمين فى النهاية وابن أبى الدم : نقل الأثبات من المؤرخين أن عبد الله بن الزبير كان له جوار عوادات وأن ابن عمر دخل عليه والى جنبه عود فقال : ما هذا يا صاحب رسول الله ؟ فناوله اياه فتأمله ابن عمر فقال : هذا ميزان شامى قال ابن الزبير : يوزن به العقول وروى الحافظ أبو محمد بن حزم فى رسالته فى السماع بسنده الى ابن سيرين قال : ان رجلا قدم المدينة بجوار فنزل على عبد الله بن عمر وفيهن جارية تضرب فجاء رجل فساومه فلم يهو منهن شيئا قال : أنطلق الى رجل هو أمثل لك بيعا من هذا ، وقال : من هو ؟ قال : عبد الله بن جعفر فعرضهن عليه فأمر جارية منهن فقال : لها خذى العود فأخذته فغنت فبايعه ثم جاء الى ابن عمر . وروى صاحب العقد الفريد أبو عمر الأندلسى أن عبد الله بن عمر دخل على أبى جعفر فوجد عنده جارية فى حجرها عود ثم قال لابن عمر : هل ترى بذلك بأسا ؟ قال : لا بأس بهذا .

وحكى الماوردى عن معاوية وعمرو بن العاص أنهما سمعا العود عند ابن جعفر . وروى أبو الفرج الأصبهانى أن حسان بن ثابت سمع من عزة الميلاء الغناء بالمزهر بشعر من شعره . وذكر أبو العباس المبرد

---

(١) عبد القادر بن طاهر بن محمد البغدادى الأصولى الشافعى الأديب تفقه على أبى اسحق الاسفراييني وخلفه فى الحلقة .

نحو ذلك ، والمزهر عند أهل اللغة العود ، وذكر الادفوى أن عمر بن عبد العزيز كان يسمع من جواريه قبل الخلافة . ونقل ابن السمعانى الترخيص عن طاوس ونقله ابن قتيبة وصاحب الامتاع عن قاضى المدينة سعد بن ابراهيم بن عبد الرحمن الزهرى من التابعين ، ونقله أبو يعلى الخليلى فى الارشاد عن عبد العزيز بن سلمة للماجشون مغنى المدينة وحكى الرويانى عن القفال أن مذهب مالك بن أنس اباحة الغناء بالمعازف ، وحكى الفورانى عن مالك جواز العود ، وذكر أبو طالب المكى فى قوت القلوب عن شعبة أنه سمع طنبورا فى بيت المنهال بن عمرو المحدث المشهور .

وحكى أبو الفضل بن طاهر فى مؤلفه فى السماع أنه لا خلاف بين أهل المدينة فى اباحة العود . قال ابن النحوى فى العمدة قال ابن طاهر : هو اجماع أهل المدينة . قال ابن طاهر ، واليه ذهبت الظاهرية قاطبة . قال الادفوى : يختلف النقله فى نسبة الضرب الى ابراهيم بن سعد المتقدم الذكر وهو ممن أخرج له الجماعة . هكذا أفاده فى نيل الأوطار ومنه نقلته .

وحكى الماوردى أباحة العود عن بعض الأصحاب من الشافعية .

وحكاه أبو الفضل بن طاهر عن أبى اسحاق الشيرازى ، وحكاه الاسنوى فى المهمات عن الرويانى والماوردى . ورواه ابن النحوى عن الأستاذ أبى منصور الفورانى ، وحكاه ابن الملقن فى العمدة عن ابن طاهر . وحكاه الادفوى عن الشيخ عز الدين بن عبد السلام وحكاه صاحب الامتاع عن أبى بكر بن العربى ، وجزم بالاباحة الادفوى . قال الشوكانى :

هؤلاء جميعا قالوا بتحليل السماع مع آلة من الآلات المعروفة . وأما مجرد الغناء من غير آلة فقال الادفوى فى الامتاع : ان الغزالى فى بعض تآليفه الفقهية نقل الاتفاق عليه ونقل ابن طاهر اجماع الصحابة والتابعين عليه . ونقل التاج الفزارى وابن قتيبة اجماع أهل الحرمين عليه ، ونقل ابن طاهر وابن قتيبة أيضا اجماع أهل المدينة عليه . وقال

الماوردى • لم يزل أهل الحجاز يرخصون فيه فى أفضل أيام السنة المأمور فيه بالعبادة والذكر •

قال ابن النحوى فى العمدة : وقد روى الغناء وسماعه عن جماعة من الصحابة والتابعين ، فمن الصحابة عمر كما رواه ابن عبد البر وغيره وعثمان كما نقله الماوردى والعمرانى فى البيان والرافعى وعبد الرحمن ابن عوف كما رواه ابن أبى شيبة وأبو عبيدة بن الجراح ، كما أخرجه البيهقى وسعد بن أبى وقاص كما أخرجه ابن قتيبة وأبو مسعود الأنصارى كما أخرجه البيهقى وبلال وعبد الله بن الأرقم وأسامة بن زيد كما أخرجه البيهقى أيضا وحمزة كما فى الصحيح وابن عمر كما رواه وأخرجه ابن طاهر والبراء بن مالك كما أخرجه أبو نعيم ، وعبد الله بن جعفر كما رواه ابن عبد البر وعبد الله بن الزبير كما نقله أبو طالب المكى وحسان كما رواه أبو الفرج الأصبهانى ، وعبد الله بن عمرو كما رواه الزبير بن بكار وقرظة بن كعب رواه ابن قتيبة وخوات بن جبير ورباح المعترف كما أخرجه صاحب الأغانى والمغيرة بن شعبة كما حكاه أبو طالب المكى وعمرو بن العاص حكاه الماوردى وعائشة والربيع كما فى صحيح البخارى وغيره •

وأما التابعون فسعيد بن المسيب وسالم بن عمرو بن حسان وخارجة ابن زيد وشريح القاضى وسعيد بن جبير وعامر الشعبى وعبد الله بن أبى رباح ومحمد بن شهاب الزهرى وعمر بن عبد العزيز وسعد بن ابراهيم الزهرى •

وأما تابعوهم فخلق لا يحصون منهم الأئمة الأربعة وابن عيينة وجمهور الشافعية انتهى كلام ابن النجدى •

واختلف هؤلاء المجوزون فمنهم من قال بكراهته ومنهم من قال باستحبابه ، قالوا : لكونه يرق القلب ويهيج الأحزان والشوق الى الله قال المجوزون : انه ليس فى كتاب الله ولا فى سنة رسوله ولا فى معقولهما من القياس والاستدلال ما يقتضى تحريم مجرد سماع الأصوات الطيبة الموزونة مع آلة من الآلات •

وأما المانعون من ذلك فقد ذكرنا أصح ما ورد مما رووه قال ابن حزم وأبو بكر بن العربى : لم يصح حديث فى التحريم ، وخلص الشوكانى فى آخر هذا الباب الى ما يأتى :

واذا تقرر جميع ما حررنا من حجج الفريقين فلا يخفى على الناظر أن محل النزاع اذا خرج عن دائرة الحرام لم يخرج عن دائرة الاشتباه والمؤمنون وقافون عند الشبهات كما صرح به الحديث الصحيح ومن تركها فقد استبرأ لدينه وعرضه ومن حام حول الحمى يوشك أن يقع فيه ولا سيما اذا كان مشتملا على ذكر القدود والخدود والجمال والدلال والهجر والوصال ومعاقرة العقار وخلع العذار والوقار فان سامع ما كان كذلك لا يخلو عن بلية وان كان من الصلب فى ذات الله على حد يقصر عنه الوصف وكم لهذه الوسيلة الشيطانية من قتيل دمه مطلول وأسير بهموم غرامه وهيامه مكبول نسأل الله السداد والثبات ومن أراد الاستيفاء للبحث فى هذه المسألة فعليه بالرسالة التى سميتها ابطال دعوى الاجماع على تحريم مطلبى السماع أ هـ .

(أما بعد) فان الغناء وهو التغنى بالألحان ــ فان لم يكن معه آلة مطربة ــ فهو مكروه عندنا غير محرم ولا مباح . وقال الشافعى رضى الله عنه : هو مكروه لشبه الباطل ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وذهب سعيد بن ابراهيم الزهرى وعبد الله بن الحسن العنبرى الى أنه مباح لما روته عائشة رضى الله عنها أنها قالت : « دخل على أبو بكر الصديق وعندى جاريتان تغنيان فقال : مزمور الشيطان ؟ وروى مزمار الشيطان فى بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال النبى صلى الله عليه وسلم دعهما فانها أيام عيد » ــ فلولا أنه مباح لما أقرهما النبى صلى الله عليه وسلم .

وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : « الغناء زاد الراكب » وعن عثمان رضى الله عنه أنه كان عنده جاريتان تغنيان فلما كان وقت السحر قال : « أمسكا هذا وقت الاستغفار » حكى الأثرين العمرانى فى البيان ثم قال : وقال محمد بن الحنفية رضى الله عنه قول الزور هو الغناء . وقوله تعالى : « ومن الناس من يشترى لهو الحديث ليضل عن سبيل الله »

قال ابن مسعود : « لهو الحديث هو الغناء » وقال ابن عباس : « لهو الحديث هو الغناء ينبت النفاق فى القلب كما ينبت الماء البقل » • ومن الأخبار التى سقناها يتضح أنها تفيد الكراهة على أقل ما تقتضيه من الأحكام • وروى أن رجلا سأل ابن عباس رضى الله عنهما عن الغناء أحلال هو ؟ قال : لا قال : أحرام هو ؟ قال لا قال : فما هو ؟ قال اذا كان يوم القيامة وجمع الله الحق والباطل أيكون الغناء مع الحق ؟ قال : لا قال : فاذا لم يكن مع الحق يكون مع الباطل ؟ قال : لا قال : أفتيت نفسك • وهذا تصريح منه أنه ليس بمباح قال القاضى العمرانى : وأما الأخبار التى استدلوا بها على اباحته انها لا تدل على أنه مباح بدليل ما ذكرنا بل تدل على أنه غير محرم ، وعلى أنا نحملها على نشيد الأعراب دون التغني بالألحان التى تطرب •

اذا ثبت هذا فان اتخذ الغناء صناعة يغشاه الناس الى منزله ليسمعوا وليدعوه الى منازلهم يسمعهم ذلك ردت شهادته لأن ذلك ترك مروءة • فان كان لا يسعى اليه وانما يترنم لنفسه ولا يغنى للناس لم ترد شهادته بذلك لأن مروءته لا تذهب بذلك •

وان اتخذ غلاما مغنيا أو جارية مغنية ــ فان كان يدعو الناس الى سماعها ــ ردت شهادته بذلك لأن ذلك سفه وترك مروءة والجارية أشد كراهة من الغلام لأنه دناءة • وأما سامع الغناء فان كان يغشى بيوت المغنين أو يستدعيهم الى بيته ليغنوا له فان كان فى خفية لم ترد شهادته لذلك ، لأن مروءته لا تسقط بذلك • وان أكثر من ذلك ردت شهادته بذلك لأن ذلك سفه • قال ابن الصباغ فى الشامل : ولم يفرق أصحابنا بين سماع الغناء من الرجل والمرأة قال : وينبغى أن يكون سماع الغناء من المرأة الأجنبية أشد كراهة من سماعه من الرجال • ومن جاريته وزوجته أو ذات رحم محرم لأنه لا يؤمن الافتتان بصوتها وان كان صوتها ليس بعورة كما أن وجهها ليس بعورة ، ولا يجوز له النظر اليه •

اذا ثبت هذا فالغنـاء من التغنى ممدودة مكسور الغين ، وأما الغنى بالمـال قال كسر الغين كان مقصـورا وان فتحها كان ممدودا والله تعـالى أعلم بالصواب وله الحمد والمنة على كل حال .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ويحرم استعمال الآلات التى تطرب من غير غناء كالعود والطنبور والمعزفة والطبل والمزمار ، والدليل عليه قوله تعالى ((ومن النـاس من يشترى لهو الحديث ليضل عن سبيل الله)) قال ابن عباس انها الملاهى وروى عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبى صلى الله عليه وسلم قال أن الله حرم على أمتى الخمر والميسر والمزر والكوبة والقنين)) فالكوبة الطبل والقنين البربط وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال ((تمسخ أمة من أمتى يشربهم الخمر وضربهم بالكوبة والمعازف)) ولانها طرب وتدعو الى الصـد عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة ، والى اتلاف المـال ، فحرم كالخمر ويجوز ضرب الدف فى العرس والختـان دون غيرهما لمـا روى عن النبى صلى الله عليـه وسلم أنه قال ((أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف)) ويكره القضيب الذى يزيد الغناء طربا ولا يطرب اذا انفرد ، لأنه تابع للغناء ، فكان حكمه حكم الغناء وأما رد الشهادة فما حكمنا بتحريمه من ذلك فهو من الصغائر فلا ترد الشهادة بما قل منه ، وترد بما كثر منه كما قلنا فى الصغائر وما حكمنـا بكراهيته واباحته فهو كالشطرنج فى رد الشهادة وقد بيناه » .

الشـرح أثر ابن عباس رواه البيهقى بلفظ «هو الغناء وأشباهه» وحديث عبد الله بن عمر أخرجه أبو داود وزاد (والغبيراء) وأخرجه أحمد وأبو داود وابن حبان والبيهقى من حديث ابن عباس وزاد فيه (وهو الطبل) وقال : (كل مسكر حرام) وبين فى رواية أخرى أن تفسـير الكوبة من كلام راويه على بن بذيمة ، ورواه أحمـد من حديث قيس بن سـعد بن عبادة . وأما حديث « تمسخ أمة من أمتى » فان لفظـه عنـد الترمذى عن عمران بن حصـين أن رسـول الله صلى الله عليـه وسلم قال : « فى هذه الأمة خسف ومسخ وقذف فقال رجل من المسلمين : يا رسول الله ومتى ذلك ؟ : قال اذا ظهرت القيـان والمعازف وشربت الخمور » وقال : هـذا حديث غريب وأخرج أحمـد عن أبى أمامة عن النبى صلى الله عليـه وسلم قال :

« تبيت طائفة من أمتى على أكل وشرب ولهو ولعب ثم يصبحون قردة وخنازير » وتبعث على أحياء من أحيائهم ريح فتنسفهم كما نسف من كان قبلكم باستحلالهم الخمر وضربهم بالدفوف واتخاذهم القينات » رواه أحمد وفى اسناده فرقد السنجى قال أحمد : ليس بالقوى ، وقال ابن معين : هو ثقة وقال الترمذى : تكلم فيه يحيى بن سعيد وقد روى عنه الناس • أما حديث أعلنوا النكاح الخ فقد أخرجه الترمذى وابن ماجه والبيهقى عن عائشة بلفظ « أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالغربال » أى الدف وفى أسناده خالد بن الياس وهو منكر الحديث قاله أحمد • وفى روايه الترمذى عيسى بن ميمون وهو يضعف قاله الترمذى ، وضعفه ابن الجوزى من الوجهين قال ابن حجر : نعم روى أحمد وابن حبان والحاكم من حديث عبد الله بن الزبير : « أعلنوا النكاح » وروى أحمد والنسائى والترمذى وابن ماجه والحاكم من حديث محمد بن حاطب : « فصل ما بين الحلال والحرام ضرب الدف » •

أما اللغات فقد قال ابن بطال الركبى : المعزفة بكسر الميم من آلات الملاهى والمعازف الملاهي ، والعزيف صوت الجن يعزف عزيفا • قوله (لهو الحديث) فسر بالغناء وسمى لهوا لأنه يلهى عن ذكر الله تعالى ، يقال : لهوت عن الشىء اذا أعرضت عنه • قوله : « ان الله حرم على أمتى الخمر والميسر والمزر والكوبة والقنين » الخمر يكون من العنب ويقال لما سواها مجازا واتساعا • والميسر القمار وقد ذكر ، والمزرة خمرة الذرة • وأما الكوبة والقنين فقد فسرها الشيخ فى الكتاب وفسر القنين بالبربط وهو عود الغناء • قال الزمخشرى : القنين بوزن السكيت الطنبور عن ابن الأعرابى ، وقن اذا ضرب به يقال قننته بالعصا قنا اذا ضربته قال : وقيل لعبة للروم يتقامرون بها وهو قول ابن قتيبة قال ابن الأعرابى : وهو الطنبور بالحبشة والكوبة لنرد ويقال : الطبل وقال فى الوسيط : هو طبل المخثين دقين الوسط غليظ الطرفين ، وقال الجوهرى : الكوبة الطبل الصغير المخصر وهو قريب مما قاله فى الوسيط وقال فى العين : هن قصبات يجمعن قطعة من أديم ويخرز عليهن ثم ينفخ فيها اثنان يزمران فيها

وسميت كوبة لأن بعضها كوب على بعض أى ألزم • قوله : (تمسخ) المسخ تحويل صوره الى ما هو أقبح منها يقال : مسخه الله قردا والمسخ من الرجال الذى لا ملاحة له ومن اللحم الذى لا طعم له • قوله : « أعلنوا النكاح واضربوا بالدف » الاعلان والعلانية ضد الاسرار وهو اظهار الشىء وترك اخفائه ليخالف الزنا الذى عادته أن يستسر به ويخفى والدف بالضم وحكى أبو عبيد أن الفتح فيه لغة •

أما الأحكام فان الأصوات المكتسبة بالآلات على ثلاثة أضرب •

١ ــ ضرب محرم ٢ ــ ضرب مكروه ٣ ــ ضرب مباح •

فأما الضرب المحرم فهى الآلة التى تضرب من غير غناء كالعيدان والطنابير والطبول والمزامير والمعازف والنايات والأكبار والرباب لقوله تعالى : « ومن الناس من يشترى لهو الحديث » قال ابن عباس : هى الغناء وشراء المعازف وما أشبهها وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « تمسخ أمة من الأمم بشربهم الخمر وضربهم الكوبة والمعازف » وعن على رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : اذا ظهر فى أمتى خمس عشرة خصلة حل بهم البلاء : اذا كانت الغنيمة دولا والأمانة مغنما والزكاة مغرما وأطاع الرجل زوجته وعق أمه ، وأطاع صديقه وجفا أباه وارتفعت الأصوات فى المساجد وكان زعيم القوم أرذلهم وأكرم الرجل مخافة شره ولبسوا الحرير وشربوا الخمور ، واتخذوا القينات والمعازف ولعن آخر الأمة أولها فليرتقبوا عند ذلك ريحا حمراء وخسفا أو مسخا » وحكينا آنفا أن ابن عمر رضى الله عنهما كان يسير راكبا فى الطريق ومعه نافع فسمع مزمارا فأدخل أصبعه فى أذنيه وعدل عن الطريق وقال هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صنع ، ثم جعل يقول لنافع : أتسمع ؟ حتى قال : لا أسمع فرجع ابن عمر الى الطريق » •

والمستحب لمن سمع ذلك أن يفعل كما فعل ابن عمر ، فان سمع ذلك من غير أن يقصد الى سماعه لم يأثم بذلك ، الأن ابن عمر لم ينكر على نافع سماعه لذلك • وأما رد الشهادة بذلك فان كثر منه ذلك ردت شهادته ، وان كان نادرا من أفعاله لم ترد شهادته لأنه من الصغائر ، ففرق فيه بين القليل والكثير •

وأما الضرب المكروه فهو القضيب الذى يزيد الغنـاء طربا ولا يطرب بانفراده ولا يحرم لأنه تابع للغنـاء فلمـا كان الغنـاء مكروها غير محرم فكذلك ما يتبعه وحكمه فى رد الشهادة حكم الشطرنج على ما مضى •

وأما الضرب المباح فهو الدف ويجـوز ضربه فى العرس والختـان ، ولا يجوز ضربه فى غيرهما لقوله صلى الله عليـه وسلم : « أعلنوا النكاح واضربوا عليـه بالغربال » يريد به الدف لمـا روى عنـه صلى الله عليه وسلم : « فصل ما بين الحلال والحرام ضرب الدف » وروى أن عمر رضى الله عنـه كان : اذا سمع صوت الدف سـأل عنه فان كان لعرس أو ختان أمسـك ، وان كان فى غيرهما عمـد اليهم بالدرة • ومن أصحابنا من قال : ان صح ما روى « أن امرأة جاءت الى النبى صلى الله عليه وسلم وقالت : يا رسـول الله انى نذرت أن أضرب بين يديك ان رجعت سالمـا فقال لها : ان كنت نذرت فافعلى فأخذت تضرب قائلة :

طلع البـدر علينا من ثنيات الوداع
وجب الشـكر علينا ما دعا لله داع

وكانت جاريه لحفصة رضى الله عنها وكان معـه صلى الله عليه وسلم أبو بكر وعلى ولمـا دخلوا بيت حفصة دخل عمر فى اثرهم فلما رأته الجارية وضعت الدف تحت استها فضحك النبى صلى الله عليـه وسلم وقال : ان الشيطان ليهابك يا عمر » أخرجه أحمـد والترمذى وصححه ابن حبـان والبيهقى فان الضرب بالدف لا يكره فى جميع الأحوال والمشهور هو الأول والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **وأما الحداء فهو مباح لمـا روى ابن مسعود رضى الله عنه قال ((كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة نام بالوادى حاديان)) وروت عائشة رضى الله عنها قالت ((كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسـلم فى سـفر وكان عبد الله بن رواحة جيد الحداء وكان مع الرجال ، وكان أنجشه**

مع النساء فقال النبى صلى الله عليه وسلم لعبد الله بن رواحة : حرك بالقوم فاندفع يرتجز فتبعه أنجشة فأعنقت الابل فى السير فقال النبى صلى الله عليه وسلم يا أنجشة رويدك رفقا بالقوارير » ويجوز استماع نشيد الأعراب لما روى عمرو ابن الشريد عن أبيه قال : أردفنى رسول الله صلى الله عليه وسلم وراءه ثم قال : أمعك شىء من شعر أمية بن أبى الصلت ؟ فقلت نعم فأنشدته بيتا فقال : هيه فأنشدته بيتا آخر فقال : هيه فأنشدته الى أن بلغ مائة بيت » ﴾ .

الشـــرح حديث عبد الله بن مسعود قال ابن القيم فى فصل عقده فى زاد المعاد فى أسماء حداته صلى الله عليه وسلم منهم عبد الله بن رواحة وأنجشة وعامر بن الأكوع وعمه سلمة بن الأكوع وفى صحيح مسلم « كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم حاد حسن الصوت فقال صلى الله عليه وسلم رويدا يا أنجشة لا تكسر القوارير » يعنى ضعفة النساء أ هـ .

وقد أورده العمرانى فى البيان معزوا الى عبد الله بن عباس . وقد ثبت فى رواية ابن عبد البر أن من حداته صلى الله عليه وسلم البراء ابن مالك .

أما حديث عمرو بن الشريد عن ابنه فقد أخرجه مسلم قال : « ردفت رسول الله صلى الله عليه وسلم يوما فقال : هل معك من شعر أميه بن أبى الصلت شىء ؟ قلت : نعم قال : هيه ، فأنشدته مائة بيت » .

وأخرجه أحمد فى مسند شريد بن سويد الثقفى قال « استنشدنى رسول الله صلى الله عليه وسلم من شعر أمية بن أبى الصلت وأنشدته فكلما أنشدته بيتا قال : هى ، حتى أنشدته مائة قافية فقال . ان كاد ليسلم » وفى رواية أخرى له فيها « فلم أنشده شيئا الا قال : ايه ايه حتى اذا استفرغت من مائة قافية قال : كاد أن يسلم » .

وأخرى له أيضا قال لى : « أنشدنى فأنشدته بيتا فقال : هيه فلم يزل يقول : هيه حتى أنشدته مائة بيت » .

وأخرجه ابن ماجه فى أبواب الأدب عن الشريد قال : « انشدت رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة قافية من شعر أمية بن أبى الصلت يقول بين كل قافية : هيه وقال : كاد أن يسلم » .

أما اللغات فالحداء من حـدا الابل وحدا بها يحد وحدو أو حداء ممدود زجرها خلفها ، وتحادت هى حـدا بعضها بعضـا ، ورجـل حـاد وحداء قال :

وكان حـداء قراقريا

والحدا والحدو سوق الابل والغنـاء لها • قوله : « أعنقت الابل » أى أسرعت والعنق بالتحريك ضرب من السـير سريع كأن الابل ترفع أعناقها فيـه • قوله « روبدك » تصغير رود وقد أرود به أى رفـق به وقد وضع موضـع الأمر أى أرود بمعنى أرفق قيـل أصله من رادت الريح ترود اذا تحركت خفيفة قال تعالى : « أمهلهم رويدا » أى امهـالا رويدا • وقوله : « رفقا بالقوارير » شـبههن بها لضـعفهن ورقتهن والقوارير يسرع اليهـا الكسر ، وكان ينشـد من الرجـز ما فيـه نصيب فلم يأمن أن يصـيبهن أو يوقع فى قلوبهن حلاوة ، أمر بالكف عن ذلك ، يقال : الغناء رقية الزنا ، ويقال : ان سليمان بن عبد الملك سـمع فى معسكره مغنيا فدعا به فخصاه فقـال : ان الغناء رقية الزنا وكان شـديد الغيرة ، قال ابن بطال الركبى : وأنشـد بعض أهل العصر :

يا حادى العيس رفقا بالقوارير فقد أذاب سراها بالقواريرى
وشفها السير حتى ما بها رمق فى مهمه ليس فيه للقواريرى

جمع قاريه وهى الفاتحة • قوله : (فأنشدته بيتا فقال : هيه) معناه زد وهو اسم فعـل يؤمر به أى زد فى انشادك ينون فمن نون فمعناه زدنى حديثا لأن التنوين للتكثير ومن لم ينون فمعناه زدنى من الحديث المعروف منك وأصله ايه والهاء مبـدلة من الهمزة تقوله للرجل اذا اسـتزدته من حديث أو عمـل قال ذو الرمة :

وقفنا فقلنا ايه عن أم سالم وما بال تكليم الديار البلاقع

وأما ايها فمعناه كف ولم يجىء الا منكرا قال النابغة :

ايها فـدالك الأقـوام كلهم وما أثمر من مال ومن ولـد

هكذا أفاده ابن بطال الركبى فى غريب المهذب .

أما الأحكام فان الحداء الذى يقوله الحمالون ليحثوا الابل على السير حكمه الاباحة ، لما روى عن ابن عباس وابن مسعود ـ ولم يتحقق عندنا الى الآن اسناده ـ أنه كان مع النبى صلى الله عليه وسلم فى الليلة التى نام فيها عن الصلاة حاديان : ولحديث عائشة رضى الله عنها قالت : كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى سفر وكان عبد الله بن رواحة جيد الحداء ، وكان مع الرجال ، وكان أنجشة مع النساء فقال النبى صلى الله عليه وسلم لابن رواحة : حرك بالقوم ، فاندفع يرتجز ، فتبعه أنجشة فأعنقت الابل يعنى أسرعت قال النبى صلى الله عليه وسلم رويدك يا أنجشة رفقا بالقوارير ـ يعنى النساء » وروى ابن عبد البر قال : أخبرنا أحمد بن عبد الله حدثنا سلمة بن قاسم حدثنا جعفر بن محمد بن الحسن الأصبهانى حدثنا يونس بن حبيب حدثنا أبو داود الطيالسى حدثنا حماد بن سلمة عن ثابت عن أنس قال : كان أنجشة يحدو بالنساء وكان البراء بن مالك يحدو بالرجال وكان اذا حدا أعنقت الابل فقال صلى الله عليه وسلم يا أنجشة رويدك سوقك بالقوارير » وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان فى سفر فلقى ركبا من تميم فقال لهم : مرو أحاديكم أن يحدو أول الليل فان حادينا ينام أوله ويحدو آخره فقالوا : فنحن أول العرب حداء فقال : ولم ذلك ؟ قالوا : كان بعضنا يغير على بعض فأغار رجل منا على قوم فاستاق ابلهم فندت الابل عليه فضرب غلامه على يده فصاح وأيداه وأيداه ، فاجتمعت الابل لصوته ، فاتخذ الحداء من ذلك فتبسم النبى صلى الله عليه وسلم لذلك ، وقال ممن أنتم ؟ قالوا : من مضر . قال : وأنا من مضر » رواه الشافعى فى الأم فى شهادة اللقاذف .

فرع ويجوز استماع نشيد الأعراب وهو الشعر اذا لم يكن فيه لحن ولا كذب ولا مدح مفرط ، لما روى عمرو بن الشريد فى حديث روايته مائة بيت من شعر أمية بن أبى الصلت الذى مر آنفا . وروى عن جابر بن سمرة رضى الله عنه قال : « حضرت عند النبى صلى

الله عليــه وسلم أكثر من مائة مرة وأصحابه ينشدون الأشعار ويتذاكرون أمر الجاهلية والنبى صلى الله عليه وسلم ربما سكت وربما أنشد » وروى أن النبى صلى الله عليــه وسلم أنشــد بيتا لطرفة بن العبد :

ستبدى لك الأيام ما كنت جاهــلا
ويأتيــك من لم تزود بالأخبــار

فقال أبو بكر الصديق رضى الله عنه : ما هــو هكذا يا رســول الله وانما هو :

ويأتيك بالأخبار من لم تزود

فقال : يا أبا بكر مالى وللشعر وأين الشعر منى .

وقد اشتهر أن النبى صلى الله عليــه وسلم حين دخــل دار الهجرة قادما من مكة استقبله شــبابها منشدين .

طلــع البــدر علينــا من ثنيــات الــوداع
وجب الشــكر علينــا ما دعــا لله داع
أيها المبعــوث فينــا جئت بالأمــر المطــاع

والذى ينتهى اليــه التحقيق أنه صلى الله عليــه وسلم لم يدخــل المدينة من ثنية الوداع ، وانما دخلها من ثنية بنى النجار وقد مر بك أن هــذا من قول جــارية حفصــة بنت عمر حين نذرت أن تضرب بين يدى النبى صلى الله عليه وسلم والنبى صلى الله عليه وسلم يســمعه ولا ينكره فدل ذلك على جوازه .

ويجوز قول الشــعر اذا لم يكن فيــه فحش ولا هجــو ولا مدح مفرط ولا كذب لمــا روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ان الشعر منزلته كمنزلة الكلام حســنه كحسن الكلام وقبيحه كقبيح الكلام » وكان صلى الله عليه وسلم يقول فى غزوة حنين :

أنا النبى لا كــذب أنا ابن عبــد المطلب

فمن الناس من قال : ليس هـذا شـعرا وانما هو كلام موزون ، ومنهم من قال : انه شـعر . ولأن النبى صلى الله عليه وسلم وفد عليـه الشعراء ومدحوه ، وأعطاهم ، وأعطى كعب بن زهير بردة كان قد ابتاعها منـه معاوية رضى الله عنـه بعشرة آلاف درهم . قال الشيخ أبو اسحق الشيرازى هنـا فى المهذب : وهى التى مع الخلفاء الى اليوم .

فان هجا انسـانا فى شعر ـ فان هجا مسلما ـ فسـق بذلك وردت شـهادته ، لأن هجوهم محرم . وان هجا مشركا فلا بأس به ، لمـا ثبت أن النبى صلى الله عليـه وسلم قال لحسـان : « اهج وجبريل معـك » أو « ان روح القدس يؤيدك » وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم لحسان أيضـا : « اهج قريشا فان الهجو أشـد عليهم من رشق النبل » .

فـــرع اذا شبب بامرأة ـ فان ذكر ما بفحش ـ فسـق بذلك وكان قاذفا وان لم يذكرها بفحش ولكن وصفها ـ فان كانت امرأة معينـة وكانت غير زوجته وجاريته ـ فسـق بذلك لأنه ليس له تعريفهـا ، وان ذكر امرأة مطلقـا لم ترد شـهادته لأنه يحتمل أنه أراد زوجته أو جاريته. وان مدح انسـانا وأفرط فى ذلك ردت شهادته لأنه كذب . قال الشافعى فى الأم فى شـهادة الشـعراء : من شبب بامرأة بعينها ليست ممن يحل له وطؤها حين شبب فأكثر فيها وشهرها وشـهر مثلها بما يشبب وان لم يكن زنا ردت شـهادته وان شبب فلم يسم أحدا لم ترد شهادته . أ . هـ

فـــرع فى تنزهه صلى الله عليـه وسلم عن قرض الشعر لقوله تعالى : « وما علمناه الشـعر وما ينبغى له » وفيه أربع مسائل .

(الأولى) أخبر تعالى عن حال نبيه صلى الله عليـه وسلم ورد قول من قال من الكفار انه شـاعر وان القرآن شعر بقوله : « وما علمناه الشعر وما ينبغى له » وكذلك كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقول الشعر ولا يزنه ، وكان اذا حاول انشـاء بيت قديم متمثلا كسر وزنه وانما يحرز المعانى فقط صلى الله عليه وسلم . من ذلك ما أنشـده يوما من قول طرفه الذى صححه له أبو بكر وقد ذكرناه آنفا وقـد قيل له من أشعر الناس فقال الذى يقول :

ألم تريانى كلمـا جئت طارقا وجدت بها وان تطيب طيبـا

والصواب : وجدت بها طيبا وان لم تطيب .

وأنشد يوما :

أتجعل نهبى ونهب العبيد بين الأقرع وعيينة .

والصواب :

أتجعل نهبى ونهب العبيد بين عيينة والأقرع .

وربما أنشـد صلى الله عليه وسلم البيت المستقيم فى النادر ، وروى أنه أنشـد بيت عبد الله بن رواحة :

يبيت يجافى جنبـه عن فراشـه اذا استثقلت بالمشركين المضـاجع

وقال الحسن بن أبى الحسن : أنشد النبى صلى الله عليه وسلم :

كفى بالاسلام والشيب للمرء ناهيا

فقال أبو بكر رضى الله عنه : يا رسول الله انما قال الشاعر :

هـريرة ودع آن تجهـزت غـاديا كفى الشيب والاسـلام للمرء ناهيا

فقال أبو بكر أو عمر : أشهد أنك رسول الله يقول الله عز وجـل : « وما علمناه الشعر وما ينبغى له » وعن الخليـل بن أحمد : كان الشـعر أحب الى رسـول الله صـلى الله عليـه وسلم من كثير من الكلام ولكن لا يتأتى لـه .

(الثانية) اصابته الوزن أحيانا لا يوجب أنه يعلم الشعر ، وكذلك ما يأتى أحيانا من نثر كلامه ما يدخل فى وزن كقوله يوم حنين وغيره :

هل أنت الا أصبع دميت وفى سـبيل الله ما لقيت

وقـوله :

أنـا النبى لا كذب أنـا ابن عبـد المطلب

فقد يأتى مثـل ذلك فى آيات القرآن ، وفى كل كلام ، وليس ذلك شـعرا ولا فى معنـاه كقـوله تعـالى : « لن تنالوا البر حتى تنفقـوا مما تحبون » وقوله : « نصر من الله وفتـح قريب » وقوله : « وجفـان كالجواب وقدور راسـيات » الى غير ذلك من الآيات وقد ذكر ابن العربى

منها آيات وتكلم عليها وأخرجها عن الوزن على أمر أن الحسن الأخفش قال فى قوله : « أنا النبى لا كذب » ليس بشعر . وقال الخليل فى كتاب العين : ان ما جاء من السجع على جزءين لا يكون شعرا . وروى عنه أنه منهوك الرجز . وقد قيل : لا يكون من منهوك الرجز الا بان وقف على الباء من قوله (لا كذب) ومن قوله : (عبد المطلب) ولم يعلم كيف قاله صلى الله عليه وسلم قال ابن العربى : والأظهر من حاله أنه قال (لا كذب) بالباء المرفوعة ويخفض الباء من عبد المطلب على الأضافة : وقال النحاس قال بعضهم : انما الرواية بالاعراب واذا كانت بالاعراب لم يكن شعرا ، لأنه اذا فتح الباء من البيت الأول أو ضمها أو نونها ، وكسر الباء من البيت الثانى خرج عن وزن الشعر . وقال بعضهم : ليس هذا الوزن من الشعر . وهذا مكابرة للعيان ، لأن أشعار العرب على هذا قد رواها الخليل وغيره . وأما قوله .

هل أنت الا اصبع دميت

فقيل : انه من بحر السريع ، وذلك لا يكون الا اذا كسرت التاء من دميت فان سكن لا يكون شعرا بحال ، لأن هاتين الكلمتين على هذه الصفة تكون فعول ، ولا مدخل لفعول فى بحر السريع ولعل النبى صلى الله عليه وسلم قالها ساكنة التاء أو متحركة من غير اشباع . والمعول عليه فى الانفصال على تسليم أن هذا شعره ويسقط الاعتراض ، ولا يلزم منه أن يكون النبى صلى الله عليه وسلم عالما بالشعر ولا شاعرا أن التمثيل بالبيت النزر واصابة القافيتين من الرجز وغيره ، لا يوجب أن يكون قائلها عالما بالشعر ، ولا يسمى شاعرا باتفاق العلماء كما أن من خاط خيطا لا يكون خياطا .

قال أبو اسحاق الزجاج : معنى « وما علمناه الشعر » وما علمناه أن يشعر أى ما جعلناه شاعرا ، وهذا لا يمنع أن ينشد شيئا من الشعر . قال النحاس : وهذا من أحسن ما قيل فى هذا . وقد قيل : انما أخبر

الله عز وجل أنه ما علمه الله الشعر ولم يخبر أنه لا ينشد شعرا . وهذا ظاهر الكلام .

وقيل فيه قول بين . زعم صاحبه أنه اجماع من أهل اللغة ، وذلك أنهم قالوا : كل من قال قولا موزونا لا يقصد به الى شعر فليس بشعر وانما وافق الشعر . وهذا قول بين . قالوا : وانما الذى نفاه الله عن نبيه عليه الصلاةوالسلام فهو العلم بالشعر وأصنافه وأعاريضه وقوافيه والانصاف بقوله ، ولم يكن موصوفا بذلك بالاتفاق . ألا ترى أن قريشا تراوضت فيما يقولون للعرب فيه اذا قدموا عليهم الموسم فقال بعضهم : نقول : انه شاعر فقال أهل الفطنة منهم : والله لتكذبنكم العرب . فانهم يعلمون أصناف الشعر ، فوالله ما يشبه شيئا منها ، وما قوله بشعر . وقال أنيس أخو أبى ذر : « لقد وضعت قوله على أقراء[1] الشعر فلم يلتئم أنه شعر » أخرجه مسلم ، وكان أنيس من أشعر العرب . وكذلك عتبة بن أبى ربيعة لما كلمه قال : والله ما هو بشعر ولا كهانة ولا سحر ، وكذلك قال غيرهما من فصحاء العرب العرباء واللسن البلغاء . ثم ان ما يجرى على اللسان من موزون الكلام لا يعد شعرا وانما يعد منه ما يجرى على وزن الشعر مع القصد اليه . فقد يقول القائل : حدثنا شيخ لنا وينادى يا صاحب الكسائى ولا يعد هذا شعرا . وقد كان رجل ينادى فى مرضه وهو من عرض العامة العقلاء :

اذهبوا بى الى الطبيب وقولوا : قد اكتوى

(الثالثة) روى ابن القاسم عن مالك أنه سئل عن انشاد الشعر فقال : لا تكثرون منه فمن عيبه أن الله يقول : « وما علمناه الشعر وما ينبغى له » قال : ولقد بلغنى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كتب الى أبى موسى الأشعرى ، وأحضر لبيدا ذلك ، قال : فجمعهم فسألهم فقالوا انا لنعرفه ونقوله . وسأل لبيدا فقال : ما قلت شعرا منذ سمعت الله

---

(١) أقراء الشعر أنواعه وطرقه وبحوره ومقاصده .

عز وجل يقول : « الم ، ذلك الكتاب لا ريب فيه » قال ابن العربى : هذه الآية ليست من عيب الشعر ، كما لم يكن قوله : « وما كنت تتلو من قبله من كتاب ولا تخطه بيمينك » من عيب الكتابة ، فلما لم تكن الأمية من من عيب الخط ، كذلك لا يكون نفى النظم عن النبى صلى الله عليه وسلم من عيب الشعر .

روى أن المأمون قال لأبى على المنقرى : بلغنى أنك أمى ، وأنك لا تقيم ، وأنك تلحن فقال : يا أمير المؤمنين ، أما اللحن فربما سبق لسانى منه بشىء ، وأما الأمية وكسر الشعر فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يكتب ولا يقيم الشعر . فقال له : سألتك عن ثلاثة عيون فيك فردتنى رابعا وهو الجهل ، يا جاهل ان ذلك كان للنبى صلى الله عليه وسلم فضيلة وهو فيك وفى أمثالك نقيصة وانما منع النبى صلى الله عليه وسلم ذلك لنفى الظنة عنه .

(الرابعة) قوله تعالى : « وما ينبغى له » أى وما ينبغى له أن يقوله . وجعل الله جل وعز ذلك علما من أعلام نبيه عليه السلام لئلا تدخل الشبهة على من أرسل اليه ، فيظن أنه قوى على القرآن بما فى طبعه من القوة على الشعر ، ولا اعتراض لملحد على هذا بما يتفق الوزن فيه من القرآن وكلام الرسول ، لأن ما وافق وزنه وزن الشعر ، ولم يقصد به الى الشعر ليس بشعر ، ولو كان شعرا لكان كل من نطق بموزون من العامة الذين لا يعرفون الوزن شاعرا على ما تقدم بيانه . وقال الزجاج : معنى « وما ينبغى له » أى ما يتسهل له قول الشعر لا الانشاء هكذا أفاده القرطبى فى الجامع لأحكام القرآن ومنه نقلته والله تبارك وتعالى أعلم وله الحمد والمنة وبه الثقة سبحانه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ويستحب تحسين الصوت بالقرآن لما روى الشافعى رحمه الله باسناده عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « ما أذن الله بشىء كأذنه لنبى حسن الترنم بالقرآن » وروى « حسن الصوت بالقرآن » وروى

البراء بن عازب رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « حسنوا القرآن بأصواتكم » وقال عليه السلام « ليس منا من لم يتغن بالقرآن » وحمله الشافعى على تحسين الصوت وقال : لو كان المراد به الاستغناء بالقرآن لقال من لم يتغان بالقرآن ، وأما القراءة بالألحان فقد قال فى موضع : أكرهه وقال فى موضع آخر : لا أكرهه : وليست على قولين وانما هى على اختلاف حالين ، فالذى قال : أكرهه أراد اذا جاوز الحد فى التطويل ، وادغام بعضه فى بعض والذى قال : لا أكرهه اذا لم يجاوز الحد » .

الشـــرح حديث : « ما أذن الله بشىء كاذنه لنبى حسن الترنم بالقرآن » ســاقة الشافعى فى الأم فى شــهادة القاذف بقوله : « فالحداء مثل الكلام والحديث المحسن باللفظ ، واذا كان هذا هكذا فى الشــعر كان تحسين الصوت بذكر الله والقرآن أولى أن يكون محبوبا فقــد روى عن رسول الله صلى الله عليــه وسلم أنه قال ما أذن الله لشىء اذنه لنبى حسن الترنم بالقرآن . وأنه سمع عبد الله بن قيس يقرأ فقال : لقد أوتى هذا من مزامير آل داود) ثم قال الشافعى) رحمه الله : ولا بأس بالقراءة بالألحان وتحسين الصوت بها بأى ما كان ، وأحب ما يقرأ الى حدرا وتحزينا أ هـ على أن هــذا الحديث أخرجه مسلم فى كتاب الصلاة من حديث أبى هريرة من طريق عمرو الناقد وزهير بن حرب وحرملة بن يحيى صاحب الشافعى وبشر بن الحكم وبشر بن الحكم والحكم بن موسى ويحيى بن أيوب .

وأما حديث البراء بن عازب فقد أخرجه الدارمى حدثنا محمد بن بكر ثنا صــدقة عن ابن أبى عمران عن علقمــة بن مرثد عن زادان أبى عمر ، عن البراء بن عازب قال : سمعت رســول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « حسنوا القرآن بأصواتكم فان الصوت الحسن يزيد القرآن حســنا » ورواه عنه أيضا بلفظ « زينوا القرآن بأصواتكم » .

وأما حديث : « ليس منــا من لم يتغن بالقرآن » فقد رواه أحمــد وأبو داود وابن ماجــه وابن حبــان والحاكم والدارمى وسند الدارمى : حدثنا أبو الوليــد الطيالسى ثنــا ليث بن ســعد ثنا ابن أبى مليكة عن ابن أبى نهيك عن ســعد بن أبى وقاص أن رســول الله صلى الله عليــه

وسلم قال : « ليس منا من لم يتغن بالقرآن » قال ابن عيينه : يستغنى ، قال أبو محمد : الناس يقولون عبيد الله بن أبى نهيك أ هـ .

أما اللغات قال ابن بطال الركبى : « فى الحديث ما أذن الله لشىء أذنه لنبى يتغنى بالقرآن » يريد ما استمع الله لشىء والله تعالى لا يشغله سمع عن سمع يقال : أذن يأذن أذنا اذا سمع . ومنه قوله تعالى : « وأذنت لربها وحقت » أى استمعت قال عدى :

أيها القلب تمتع بددن ان همى فى سماع وأذن

ومن ذلك سميت الأذن . قوله : « من لم يتغن بالقرآن » مفسر فى الكتاب ، والأولى الجمع بين التفسيرين الاستغناء به والتأدب بآدابة وتحسين الصوت به وترقيقه ليتعظ به من يسمعه ، ويتعظ هو . قوله : « وأما القراءة بالألحان » الألحان واللحون وأحدها اللحن وهو الغناء والتطريب ، وقد لحن فى قراءته اذا طرب بها وغرد . وفى الحديث : « اقرأوا القرآن بلحون العرب وأصواتها » .

أما الأحكام فقد قال السيوطى فى كتابه الاتقان : يسن تحسين الصوت بالقراءة وتزيينها لحديث ابن حبان وغيره « زينوا القرآن بأصواتكم » وفى لفظ عند الدرامى « حسنوا القرآن بأصواتكم ، فان الصوت الحسن يزيد القرآن حسنا » وأخرج البزار وغيره حديث « حسن الصوت زينة القرآن » وفيه أحاديث صحيحة كثيرة فان لم يكن حسن الصوت حسنه ما استطاع بحيث لا يخرج الى حد التمطيط ، وأما القراءة بالألحان فنص الشافعى فى المختصر أنه لا بأس بها . وعن رواية الربيع الجيزى أنها مكروهة قال الرافعى : فقال الجمهور : ليست على قولين ، بل المكروه أن يفرط فى المد وفى اشباع الحركات حتى يتولد من الفتحة ألف ومن الضمة واو ومن الكسرة ياء يدغم فى غير موضع الادغام فان لم ينته الا هذا الحد فلا كرامة وفى زوائد الروضة : والصحيح أن الافراط على الوجه المذكور حرام يفسق به القارىء ويأثم المستمع

لأنه عدل به عن نهجه القويم قال : وهذا مراد الشافعى بالكراهة قلت : وفيه حديث « اقرأوا القرآن بلحون العرب وأصواتها واياكم ولحون أهل الكتابين وأهل الفسق فانه سيجىء أقوام يرجعون بالقرآن ترجيع الغناء والرهبانية لا يجاوز حناجرهم مفتونة قلوبهم وقلوب من يعجبهم شأنهم » أخرجه الطبرانى والبيهقى . قال النووى : ويستحب طلب القراءة أولا من حسن الصوت والاصغاء اليها للحديث الصحيح ، ولا بأس باجتماع الجماعة فى القراءة ولا بادارتها وهى أن يقرأ بعض الجماعة قطعة ثم البعض قطعة بعدها .

وقال العمرانى فى البيان :

ويستحب تحسين الصوت فى القرآن لقوله صلى الله عليه وسلم : « زينوا القرآن بأصواتكم » وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ما أذن الله لشىء كأذنه لنبى حسن الترنم بالقرآن » ومعنى قوله : أذن أى استمع كقوله تعالى : « وأذنت لربها وحقت » أى استمعت من ربها قال الشاعر وهو عدى بن زيد :

أيها القلب تعلل بددن ان همى فى سماع وأذن

وروى عن عبد الله بن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ليس منا من لم يتغن بالقرآن » قال أبو عبيد : أراد به الاستغناء بالقرآن . وقال الشافعى رحمه الله : « أراد به تحسين الصوت بالقرآن ولو أراد به الاستغناء لقال : من لم يتغان ، والمستحب لمن يقرأ القرآن أن يقرأ ترتيلا وحدرا وتحزينا من غير تطريب لقوله تعالى : « ورتل القرآن ترتيلا » قال ابن الصباغ : وينبغى ألا يشبع الحركات حتى تصير حروفا . وأما القراءة بالألحان فقد قال الشافعى رحمه الله : أكره ذلك . وقال فى موضع : أكرهه . قال أصحابنا : ليست على قولين وانما هى على اختلاف حالين . فحيث قال : لا يكره اذا لم يمطط ويفرط فى المد ولم يدغم حرفا فى حرف ، وحيث قال : أكرهه أراد اذا أفرط فى المد وأدخل حرفا فى حرف وأسقط بعض الحروف .

كلام العلامة ابن القيم فى الهدى

فصـــل فى هديه صلى الله عليه وسلم) فى قراءة القرآن واستماعه وخشـوعه وبكائه عنـد قراءته واستماعه وتحسين صوته به وتوابع ذلك ، كان له صلى الله عليه وسلم حزب يقرؤه ولا يخل به وكانت قراءته ترتيـلا لا هـذا بل قراءة مفسرة حرفا حرفا وكان يقطع قراءته آية آية ، وكان يمد عند حروف المد فيمـد الرحمن ويمـد الرحيم وكان يسـتعيذ بالله من الشـيطان الرجيم فى أول قراءته فيقول : أعوذ بالله من الشيطان الرجيم وربما كان يقول : اللهم انى أعوذ بك من الشيطان الرجيم من همزه ونفخه ونهثه ، وكان تعوذه قبـل القراءة وكان يحب أن يسمع القرآن من غيره ، وأمر عبد الله بن مسـعود فقرأ وهو يسـمع وخشع صلى الله عليه وسـلم لسـماع القرآن منـه حتى ذرفت عيناه وكان يقرأ القرآن قائما وقاعـدا ومضطجعا ومتوضـئا ومحدثا ولم يكن يمنعه من قراءته الا الجنابة ، وكان يتغنى به ويرجع صـوته به أحيـانا كما رجع يوم الفتح فى قراءته : انا فتحنا لك فتحا مبينا وحكى عبد الله بن مغفل ترجيعه أ أ أ ثلاث مرات . ذكره البخـارى .

واذا جمعت هـذه الأحـاديث الى قولـه : « زينـوا القرآن بأصـواتكم » وقـوله : « ليـس منـا من لم يتغن بالقرآن » وقوله : « ما أذن الله لشىء كأذنه لنبى حسـن الصوت يتغنى بالقرآن » علمت أن هـذا الترجيع منه صلى الله عليه وسلم كان اختيـارا لا اضـطرارا لهز الناقة لـه ، فان هـذا لو كان لأجل هز الناقة ، لمـا كان داخـلا تحت الاختيار ، فلم يكن عبد الله بن مغفل يحكيه ويفعله اختيـارا ليتأسى به وهو يرى هز الراحلة له حتى ينقطع صـوته ثم يقول : كان يرجـع فى قراءته فنسب الترجيع الى فعله ولو كان من هز الراحلة لم يكن منـه فعل سـمى ترجيعا ، وقد استمع ليـلة لقراءة أبى موسى الأشـعرى فلمـا أخبره بذلك قال : لو كنت أعلم أنك تسـمعنى لحبرته لك تحبيرا . أى لحسنته وزينته بصوتى تزيينا . وروى أبو داود فى سننه عن عبد الجبـار ابن الورد قال : سمعت ابن أبى مليكة يقول : قال عبد الله بن أبى يزيد : « مر بنا أبو لبابة فاتبعناه حتى دخـل بيته فاذا رجل رث الهيئة فسمعته يقول : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : ليس منا من لم يتغن

بالقرآن قال : فقلت لابن أبى مليكة يا أبا محمد أرأيت اذا لم يكن حسن الصـــوت ؟ » قال : « يحسنه ما استطاع » .

قلت : لابد من كشف هـــذه المســألة وذكر اختـــلاف الناس فيها واحتجاج كل فريق ومالهم وعليهم فى احتجاجهم وذكر الصـــواب فى ذلك بحول الله تبارك وتعالى ومعونته فقالت طائفة : تكره قراءة الألحان وممن نص على ذلك أحمـــد ومالك وغيرهما فقال أحمد فى رواية على بن سعيد فى قراءة الألحان : ما تعجبنى وهو محدث ، وقال فى رواية المروزى : القراءة بالألحان بدعة لا تسمع . وقال فى رواية عبد الرحمن المتطبب : قراءة الألحان بدعة . وقال فى رواية ابنه عبـــد الله ويوســـف بن موسى ويعقوب بن لحيـــان والأثرم وابراهيم بن الحـــارث : القراءة بالألحـــان لا تعجبنى الا أن يكون ذلك حزنا فيقرأ بحزن مثل صـــوت أبى موسى وقال فى رواية صـــالح : زينوا القرآن بأصواتكم ، معناه أن يحســـنه وقال فى رواية المروزى : ما أذن الله لشىء كأذنه لنبى حســـن الصوت أن يتغنى بالقرآن . وفى رواية قوله : ليس منـــا من لم يتغن بالقرآن فقال : كان ابن عيينـــة يقول : يســـتغنى به وقال الشـــافعى : يرفع صـــوته وذكر له حديث معـــاوية بن قرة فى قصـــة قراءة ســـورة الفتح والترجيع فيها فأنكر أبو عبد الله أن يكون على معنى الألحان وأنكر الأحاديث التى يحتج بها فى الرخصـــة فى الألحان وروى ابن القاسم عن مالك أنه ســـئل عن الألحان فى الصـــلاة فقال : لا تعجبنى وقال : انما هو غنـــاء يتغنون به ليأخذوا عليه الدراهم ، وممن رويت عنه الكراهة أنس بن مالك وسعيد ابن المسيب وســـعيد بن جبير والقـــاسم بن محمـــد والحســـن البصرى وابن سيرين وابراهيم النخعى وقال عبـــد الله بن يزيد العكبرى : سمعت رجلا يســـأل أحمد ما تقول فى القراءة بالألحان ؟ فقال : ما اســـمك ؟ قال محمد : قال : يسرك ما يقول لك يا مو حمد ممدودا ؟ قال القاضى أبو يعلى : هـــذه مبالغـــة فى الكراهة . وقال الحســـن بن عبد العزيز الحولى : أوصى الى رجـــل بوصية وكان فيما خلف جارية تقرأ بالألحان

وكانت أكثر تركته أو عامتها فسألت أحمد بن حنبل والحرث بن مسكين وأبا عبيد : كيف أبيعها ؟ فقالوا : بعها ساذجه فأخبرتهم بما فى بيعها من النقصان فقالوا : بعها ساذجة قال القاضى : وانما قالوا ذلك لأن سماع ذلك منها مكروه فلا يجوز أن يعاوض عليه كالغناء .

قال ابن بطال : وقالت طائفة : التغنى بالقرآن هو تحسين الصوت به والترجيع بقراءته والتغنى بما شاء من الأصوات واللحون ، قال : فهو قول ابن المبارك والنضر بن شميل قال : وممن أجاز الألحان فى القرآن ذكر الطبرى عن عمر بن الخطاب أنه كان يقول لأبى موسى : ذكرنا ربنا فيقرأ أبو موسى ويتلاحن . وقال : من استطاع أن يتغنى بالقرآن غناء أبى موسى فليفعل . وكان عقبة بن عامر من أحسن الناس صوتا بالقرآن فقال له عمر : اعرض على سورة كذا فعرض عليه فبكى عمر وقال : ما كنت أظن أنها نزلت قال : وأجازه ابن عباس وابن مسعود وروى عن عطاء بن أبى رباح قال : وكان عبد الرحمن بن الأسود بن يزيد يتتبع الصوت الحسن فى المساجد فى شهر رمضان وذكر الطحاوى رحمه الله عن أبى حنيفة وأصحابه رحمهم الله أنهم كانوا يستمعون القرآن بالألحان .

وقال محمد بن عبد الحكم : رأيت أبى والشافعى ويوسف بن عمر ويستمعون القرآن بالألحان وهذا اختيار ابن جرير الطبرى قال المجوزون واللفظ لابن جرير : الدليل على أن معنى الحديث تحسين الصوت والغناء المعقول الذى هو تحزين القارىء سامع قراءته كما أن الغناء بالشعر هو الغناء المعقول الذى يطرب سامعه ما روى سفيان عن الزهرى عن أبى سلمة عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ما أذن الله لشىء ما أذن لنبى حسن الترنم بالقرآن » ومعقول عند ذوى الحجى أن الترنم لا يكون الا بالصوت اذا حسنه الترنم وطرب به وروى فى هذا الحديث « ما أذن الله لنبى حسن الصوت يتغنى بالقرآن يجهر به » قال الطبرى : وهذا : وهذا الحديث من أبين البيان أن ذلك كما قلنا ،

قال : ولو كان كما قال ابن عيينة يعنى يستغنى به عن غيره لم يكن لذكر حسن الصـــوت والجهر به معنى ، والمعروف فى كلام العرب أن التغنى انما هو الغنـــاء الذى هو حسن الصوت بالترجيع قال الشـــاعر :

تغن بالشعر ان ما كنت قائله ان الغناء لهذا الشعر مضمار

قال : وأما ادعـــاء الزاعم أن تغنيت بمعنى استغنيت فاش فى كلام العرب فلم نعلم أحدا قال به من أهل العلم بكلام العرب • وأما احتجاجه لتصحيح قوله بقول الأعشى :

وكنت أمرءا زمنـــا بالعراق عفيف المنـــاخ طويل التغنى

وزعم أنه طويل التغنى طـــويل الاســـتغناء ، فانه غلط ، وانما عنى الأعشى بالتغنى فى هـــذا الموضع الاقامة من قول العرب غنى فلان بمكان كذا اذا أقام به ، ومنه قوله تعالى : « كأن لم يغنوا فيها » واستشـــهاده بقول الآخر •

كلانا غنى عن أخيه حياته ونحن اذا متنا أشد تغانيا

فانه اغفال منه ، وذلك لأن التغانى تفاعل من تغنى اذا اســـتغنى كل واحد منهما عن صاحبه ، كمـــا يقال : تضـــارب الرجلان اذا ضرب كل واحـــد منهما صاحبه وتشاتما وتقاتلا ومن قال هـــذا فى فعل اثنين لم يجز أن يقول مثله فى فعل الواحد فيقول تغانى زيد وتضارب عمرو وذلك غير جائز أن يقول : تغنى زيد بمعنى اســـتغنى الا أن يريد به قائله أنه أظهر الاستغناء وهو غير مســـتغن كما يقال : تجلد فلان اذا أظهر جلدا من نفسه وهو جليـــد ، وتشـــجع وتكرم ، فان وجـــه موجه التغنى بالقرآن الى هذا المعنى على بعـــده من مفهوم كلام العرب كانت المصيبة فى خطئه فى ذلك أعظم لأنه يوجب من تأوله أن يكون الله تعالى ذكره لم يأذن لنبيه أن يســـتغنى بالقرآن وانما أذن له أن يظهر من نفســـه لنفسه خلاف ما هو من الحال وهذا لا يخفى فســـاده • قال :

ومما يبين فساد تأويل ابن عيينة أيضا أن الاستغناء عن الناس بالقرآن من المحال أن يوصف أحد أنه يؤذن له فيه ، أو لا يؤذن الا أن يكون الاذن عند ابن عيينة بمعنى الاذن الذى هو اطلاق واباحة ، وان كان كذلك فهو غلط من وجهين (أحدهما) من اللغة (الثانى) من احالة المعنى عن وجهه • (أما اللغة) فان الاذن مصدر قوله أذن فلان فهو يأذن له اذا استمع له وأنصت ، كما قال تعالى : « وأذنت لربها وحقت » بمعنى سمعت لربها وحق لها ذلك كما قال عدى بن زيد •

ان همى فى سماع وأذن

بمعنى فى سماع واستماع • فمعنى قوله : « ما أذن الله لشىء » انما هو ما استمع الله لشىء من كلام الناس ما استمع لنبى يتغنى بالقرآن •

وأما الاحالة فى المعنى فلأن الاستغناء بالقرآن عن الناس غير وصفه بأنه مسموع ومأذون له انتهى كلام الطبرى •

فرع قال أبو الحسن بن بطال : وقد وقع الاشكال فى هذه المسألة أيضا بما رواه ابن أبى شيبه حدثنا زيد بن الحباب حدثنى موسى بن أبى رباح عن أبيه عن عقبة بن عامر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « تعلموا القرآن وغنوا به واكتبوه ، فوالذى نفسى بيده لهو أشد تفصيا من المخاض من العقل » قال : وذكر عمر بن أبى شيبة قال : ذكر لأبى عاصم النبيل تأويل ابن عيينة فى قوله : يتغنى بالقرآن يستغنى به فقال : لم يصنع ابن عيينة شيئا ، حدثنا ابن جريج عن عطاء بن عبيد بن عمير قال : كانت لداود عليه السلام معزفة يتغنى عليها يبكى ويبكى • وقال ابن عباس : انه كان يقرأ الزبور لسبعين لحنا يكون فيهن ، ويقرأ قراءة يطرب منها الجموح •

وسئل الشافعى عن تأويل أبو عيينة فقال : نحن أعلم بهذا لو أراد به الاستغناء فقال : من لم يستغن بالقرآن ، ولكن لما قال : يتغنى بالقرآن ، علمنا أنه أراد به التغنى •

قالوا : ولأن تزيينه وتحسين الصوت به والتطريب بقراءته أوقع فى النفوس وادعى الى الاستماع والاصغاء اليه ففيه تنفيذ للفظه الى الأسماع ومعانيه الى القلوب ، وذلك عون على المقصود وهو بمنزلة الحلاوة التى تجعل فى الدواء لتنفذه الى موضع الداء ، وبمنزلة الأفاويه والطيب الذى يجعل فى الطعام لتكون الطبيعة أدعى له قبولا ، وبمنزلة الطيب والتحلى وتجمل المرأة لبعلها ليكون أدعى الى مقاصد النكاح ، قالوا : ولابد للنفس من طرب واشتياق الى الغناء فعوضت عن طرب الغناء بطرب القرآن ، كما عوضت عن كل محرم ومكروه بما هو خير لها منه ، كما عوضت عن الاستقسام بالأزلام بالاستخارة التى هى محض التوحيد والتوكل ، وعن السفاح بالنكاح ، وعن القمار بالمراهنة بالفصال وسباق الخيل وعن السماع الشيطانى بالسماع الرحمانى القرآنى ونظائره كثير جدا قالوا : والمحرم لابد أن يشتمل على مفسدة راجحة أو خالصة ، وقراءة التطريب والألحان لا تتضمن شيئا من ذلك فانها لا تخرج الكلام عن وضعه . ولا تحول بين السامع وبين فهمه ولو كانت متضمنة لزيادة الحروف كما ظن المانع منها لأخرجت الكلمة عن موضعها ، وحالت بين السامع وبين فهمها ولم يدر معناها والواقع بخلاف ذلك ، قالوا : وهذا التطريب والتلحين أمر راجع الى كيفية الأداء وتارة يكون سليقة وطبيعة وتارة يكون تكلفا وتعملا ، وكيفيات الأداء لاتخرج الكلام عن وضع مفرداته بل هى صفات لصوت المؤدى جارية مجرى ترقيقة وتفخيمه وامالته ، وجارية مجرى مدود القراء الطويلة والمتوسطة ، لكن تلك الكيفيات متعلقة بالحروف وكيفيات الألحان والتطريب متعلقة بالأصوات والآثار فى هذه الكيفيات لا يمكن نقلها بخلاف كيفيات أداء الحروف فلهذا نقلت تلك بألفاظها ولم يمكن نقل هذه بألفاظها بل نقل منها ما أمكن نقله كترجيع النبى صلى الله عليه وسلم أنه كان يمد صوته بالقراءة يمد الرحمن ويمد الرحيم وثبت عنه الترجيع كما تقدم . قال المانعون من ذلك : الحجة لنا من وجوه (أحدها) ما رواه حذيفة بن اليمان عن النبى صلى الله عليه وسلم اقرءوا القرآن

بلحون العرب وأصواتها ، واياكم ولحون أهل الكتاب والفسق ، فانه سيجيء من بعدى أقوام يرجعون بالقرآن ترجيع الغناء والنوح لا يجاوز حناجرهم مفتونة قلوبهم وقلوب الذين يعجبهم شأنهم ، رواه أبو الحسن ورزين فى تجويد الصحاح رواه أبو عبد الله الحكيم الترمذى فى نوادر الأصول ، واحتج به القاضى أبو يعلى فى الجامع ، واحتج معه بحديث آخر أنه صلى الله عليه وسلم ذكر شرائط الساعة وذكر أشياء منها أن يتخذ القرآن مزامير يقدمون أحدهم ليس بأقرئهم ولا أفضلهم الا ليغنيهم غناء قالوا :

وقد جاء زياد النهدى الى أنس رضى الله عنه مع القراء فقيل له : اقرأ فرفع صوته وطرب وكان رفيع الصوت فكشف أنس عن وجهه وكان على وجهه خرقة سوداء وقال : يا هذا ما هكذا كانوا يفعلون ، وكان اذا رأى شيئا ينكره رفع الخرقة عن وجهه قالوا : وقد منع النبى صلى الله عليه وسلم المؤذن المطرب فى أذانه من التطريب كما روى ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس قال : كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم مؤذن يطرب فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « ان الأذان سهل سمح ، فان كان أذانك سهلا سمحا والا فلا تؤذن ، رواه الدارقطنى وروى عبد الغنى بن سعيد الحافظ من حديث قتادة عن عبد الرحمن ابن أبى بكر عن أبيه قال : « كانت قراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم المد ليس فيها ترجيع » قالوا : والترجيع والتطريب يتضمن همز ما ليس بمهموز ومد ما ليس بممدود ، وترجيع الألف الواحد ألفات والواو واوات والياء ياءات . فيؤدى الى زيادة فى القرآن وذلك غير جائز ، قالوا : ولا حد لما يجوز من ذلك وما لا يجوز منه ، فان حد بحد معين كان تحكما فى كتاب الله ودينه ، وان لم يحد بحد أفضى الى أن يطلق لفاعله ترديد الأصوات وكثرة الترجيعات والتنوع فى أصناف الايقاعات والألحان المشبهة الغناء كما يفعل أهل الغناء بالأبيات وكما يفعله كثير من القراء أمام الجنائز . ويفعله كثير من قراء الأصوات

مما يتضمن تغيير كتاب الله والغناء به على نحو ألحان الشعر والغناء . ويوقعون الايقاعات عليه مثل الغناء سواء اجتراء على الله وكتابه وتلعبا بالقرآن وركونا الى تزيين الشيطان ، ولا يجيز ذلك أحد من علماء الاسلام . ومعلوم أن التطريب والتلحين ذريعة مفضية الى هذا افضاء قريبا فالمنع منه كالمنع من الذرائع الموصلة الى الحرام ، فهذا نهاية أقدام الفريقين ومنتهى احتجاج الطائفتين .

فرع فصل النزاع أن يقال :

التطريب والتغنى على وجهين (أحدهما) ما اقتضته الطبيعة وسمحت به من غير تكلف ولا تمرين وتعليم بل اذا خلى وطبعه واسترسلت طبيعته جاءت بذلك التطريب والتلحين فذلك جائز ، وان أعان طبيعته فضل تزين وتحسين كما قال أبو موسى للنبى صلى الله عليه وسلم : « لو علمت أنك تسمعنى لحبرته لك تحبيرا » والحزين ومن هاجه الطرب والحب والشوق لا يملك من نفسه دفع التحزين والتطريب فى القراءة ، ولكن النفوس وتستميله لموافقته الطبع وعدم التكلف والتصنع فهو مطبوع لا منطبع ، وكلف لا متكلف ، فهذا هو الذى كان السلف يفعلونه ويستمعونه ، وهو التغنى الممدوح المحمود ، وهو الذى يتأثر به السامع والتالى وعلى هذا الوجه تحمل أدلة أرباب هذا القول كلها .

(الوجه الثانى) ما كان من ذلك صناعة من الصنائع وليس فى الطبع السماحة به ، بل لا يحمل الا بتكلف وتصنع وتمرن كما يتعلم أصوات الغناء بأنواع الألحان البسيطة والمركبة على ايقاعات مخصوصة وأوزان مخترعة لا تحصل الا بالتعليم والتكلف فهذه هى التى كرهها السلف وعابوها وذموها ومنعوا القراءة بها وأنكروا على من قرأ بها وأدلة أرباب هذا القول انما تتناول هذا الوجه وبهذا التفصيل يزول الاشتباه ويتبين الصواب من غيره ، وكل من له علم بأحوال السلف يعلم قطعا أنهم برآء من القراءة بالألحان الموسيقية المتكلفة التى هى ايقاع وحركات

موزونة معدودة محدودة ، وأنهم أتقى لله من أن يقرأوا بها ويسوغوها ، ويعلم قطعا أنهم كانوا يقرأون بالتحزين والتطريب ويحسنون أصواتهم بالقرآن ويقرأونه بشجى تارة وبطرب تارة وبشوق تارة وهذا أمر فى الطباع تقاضيه ولم ينه عنه الشارع مع شدة تقاضى الطباع له ، بل أرشد اليه وندب اليه وأخبر عن استماع الله لمن قرأ به وقال : « ليس منا من لم يتغن بالقرآن » وفيه وجهان (أحدهما) أنه اخبار بالواقع الذى كنا نفعله (والثانى) أنه نفى لهدى من لم يفعله عن هديه وطريقته صلى الله عليه وسلم أ هـ والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ويجوز قول الشعر لأنه كان للنبى صلى الله عليه وسلم شعراء منهم حسان بن ثابت وكعب بن مالك وعبد الله بن رواحة ولأنه وفد عليه الشعراء ومدحوه وجاءه كعب بن زهير وانشده .**

بانت سعادة فقلبى اليوم متبول متيم عندما لم يفد مكبول

فأعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم بردة كانت عليه فابتاعها منه معاوية بعشرة آلاف درهم وهى التى مع الخلفاء الى اليوم . وحكمه حكم الكلام فى حظره واباحته وكراهيته واستحبابه ورد الشهادة به والدليل . عليه ما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الشعر بمنزله الكلام حسنه كحسن الكلام وقبيه كقبيح الكلام » .

الشرح فى صحيح البخارى وأبى داود والترمذى من حديث عائشة قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يضع لحسان منبرا فى المسجد يقول عليه قائما يفاخر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أو ينافح ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله يؤيد حسان بروح القدس ما نافح أو فاخر عن رسول الله » .

وفى سنن الترمذى والنسائى من حديث أنس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل مكة فى عمرة القضاء وعبد الله بن رواحة يمشى بين يديه ويقول :

خلوا بنى الكفار عن سبيله اليوم نضر بكم على تنزيله
ضربا يزيل الهام عن مقيله ويذهل الخليل عن خليله

فقال له عمر : يابن رواحه بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى حرم الله تقول الشعر ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خل عنه يا عمر فلهى أسرع فيهم من نضح النبل •

قال الترمذى : وقد روى فى غير هذا الحديث « أن النبى صلى الله عليه وسلم دخل مكة فى عمرة القضاء وكعب بن مالك بين يديه » وهذا أصح عند بعض أهل الحديث ، لأن عبد الله بن رواحه قتل يوم مؤتة وانما كان عمرة القضاء بعد ذلك من جامع الأصول لابن الأثير الجزرى •

قال محمد نجيب المطيعى غفر الله له ولآبائه وذريته : ان عمرة القضاء كانت فى السنة السابعة فى ذى القعدة وانما كانت غزوة مؤتة فى جمادى الآخرة من السنة الثامنة أى بعد عمرة القضاء بأكثر من ستة أشهر فكيف يقال ان عمرة القضاء بعد مؤتة ؟ وانما الذى كان بعد مؤتة غزوة الفتح فقد وقعت فى رمضان من السنة الثامنة وعلى هذا فان عبد الله ابن رواحه كان بين يدى النبى صلى الله عليه وسلم فى عمرة القضاء قبل استشهاده فى مؤتة ، وليس ثمة مانع أن يكون كل منهما سار بين يديه طوفة أو طوفات ، فمن رأى ابن رواحة قال عنه انه الذى كان بين يديه ومن رأى كعب بن مالك قال : انه الذى كان بين يديه صلى الله عليه وسلم •

فى صحيح البخارى من حديث الهيثم بن أبى سنان أنه سمع أبا هريرة قصصه يذكر النبى صلى الله عليه وسلم يقول : « ان أخا لكم لا يقول الرفث — يعنى بذاك ابن الرواحة — قال :

أتانا رسول الله يتلو كتابه اذا انشق معروف من الفجر طالع
أرانا الهدى بعد العمى فقلوبنا به موقنات أن ما قال واقع
يبيت يجافى جنبه عن فراشه اذا استثقلت بالمشركين المضاجع

وفى الصحيحين « استأذن حسان بن ثابت فى هجاء المشركين فقال صلى الله عليه وسلم فكيف بنسبى ؟ فقال لأسلك منهم كما تسل الشعرة من العجين » وفى رواية « قال حسان : يا رسول الله ائذن لى فى أبى سفيان قال : كيف بقرابتى منه ؟ قال : والذى أكرمك لأسلنك كما تسل الشعرة من الخمير ، فقال حسان :

وان سنام المجد من آل هاشم بنو بيت مخزوم ووالدك العبد

قصيدته هذه وفى رواية لمسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « اهجوا قريشا فانه أشد عليها من رشق النبل ، فأرسل الى ابن رواحة فقال : اهجم فهاجم فلم يرض ، فأرسل الى كعب بن مالك ثم أرسل الى حسان بن ثابت فلما دخل عليه قال حسان : قد آن لكم أن ترسلوا الى هذا الأسد الضارب بذنبه ، ثم ادلع لسانه فجعل يحركه فقال : والذى بعثك بالحق لأفرينهم بلسانى فرى الأديم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعجل فان أبا بكر أعلم قريش بأنسابها وان لى فيهم نسبا حتى يلخص لك نسبى فأتاه حسان ثم رجع فقال : والذى بعثك بالحق لأسلنك منهم كما تسل الشعرة من العجين قالت عائشة فسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لحسان : ان روح القدس لا يزال يؤيدك ما نافحت عن الله ورسوله » وقالت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول هجاهم حسان فشفى واشتفى قال حسان قصيدته :

هجوت محمدا فأجبت عنه وعند الله فى ذاك الجزاء
هجوت محمدا برا تقيا رسول الله شيمته الوفاء
فان أبى ووالده وعرضى لعرض محمد منكم وقاء

وفى آخرها :

وجبريل رسول الله فينا وروح القدس ليس له كفاء

وفى الصحيحين وجامع الترمذى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال أصدق كلمة قالها شاعر لبيد . وكاد ابن أبى الصلت يسلم ، وفى رواية

قال « أشعر كلمة تكلمت بها العرب كلمة لبيد : ألا كل شيء ما خلا الله باطل » .

وقد أخبر تعالى عن حال نبيه صلى الله عليه وسلم ورد قول من قال من الكفار : انه شاعر ، وان القرآن شعر بقوله : (وما علمناه الشعر وما ينبغى له) وكذلك كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقول الشعر ولا يزنه ، وكان اذا حاول انشاد بيت قديم متمثلا كسر وزنه وانما كان يحرز المعانى فقط . من ذلك أنه أنشد يوما قول طرفه :

ستبدى لك الأيام ما كنت جاهلا ويأتيك من لم تزوده بالأخبار
وانما هو : ويأتيك بالأخبار من لم تزود

وأنشد يوما وقد قيل له : من أشعر الناس فقال الذى يقول :

ألم تريانى كلما جئت طارقا وجدت بها وان لم تطيب طيبا
وانما هو : وجدت بها طيبا وان لم تطيب

وأنشد يوما :

أتجعل نهبى ونهب العبيد بين الأفرع وعيينة
وانما هو : بين عيينة والأفرع

وقد كان صلى الله عليه وسلم ربما أنشد البيت المستقيم فى النادر . روى أنه أنشد بيت عبد الله بن رواحة :

يبيت يجافى جنبه عن فراشه اذا استثقلت بالمشركين المضاجع

وقال الحسن بن أبى الحسن أنشد النبى عليه السلام :

كفى بالاسلام وشيب للمرء ناهيا

فقال أبو بكر رضى الله عنه : يا رسول الله انما قال الشاعر :

هريرة ودع ان تجهزت غاديا كفى الشيب والاسلام للمرء ناهيا

فقال أبو بكر أو عمر : أشهد أنك رسول الله يقول الله عز وجل ﴿ وما علمناه الشعر وما ينبغى له ﴾ ويقول القرطبى فى جامعه : اصابته

الوزن أحيانا لا يوجب أنه يعلم الشعر ، وكذلك ما يأتى أحيانا من نثر كلامه ما يدخل فى وزن كقوله يوم حنين :

هل أنت الا اصبع دميت وفى سبيل الله ما لقيت
أنا النبى لا كذب أنا ابن عبد المطلب

فقد يأتى مثل ذلك فى آيات القرآن وفى كل كلام ، وليس ذلك شعرا ولا فى معناه كقوله تعالى ﴿ لن تنالوا البر حتى تنفقو مما تحبون ﴾ وقوله ﴿ نصر من الله وفتح قريب ﴾ وقوله ﴿ وجفان كالجوارب وقدور راسيات ﴾ الى غير ذلك من الآيات وقد ذكر ابن العربى منها آيات وتكلم عليها وأخرجها عن الوزن ، على أن أبا الحسن الأخفش قال فى قوله « أنا النبى لا كذب » ليس بشعر وقال الخليل فى كتاب العين : ان ما جاء من السجع على جزءين لا يكون شعرا وروى عنه أنه من منهوك الرجز وقد قيل : لا يكون من منهوك الرجز الا الوقف على الباء من قوله « لا كذب » ومن قوله « عبد المطلب » ولم يعلم كيف قاله النبى صلى الله عليه وسلم قال ابن العربى : والأظهر من حاله أنه قال « لا كذب » الباء مرفوعة ويخفض الباء من عبد المطلب على الاضافة أ هـ .

فرع والخلاصة أن كل من قال قولا موزونا لا يقصد به الى شعر فليس بشعر وانما وافق الشعر . وهذا قول بين وانما الذى نفاه الله عن نبيه صلى الله عليه وسلم فهو العلم بالشعر وأصنافه وأعاريضه وقوافيه والاتصاف بقوله ولم يكن موصوفا بذلك بالاتفاق . ولقد تراوضت قريش فيما يقولون للعرب فيه اذا قدموا عليهم الموسم فقال بعضهم نقول : انه شاعر فقال أهل الفطنة منهم : والله لتكذبنكم العرب فانهم يعرفون أصناف الشعر فوالله ما يشبه شيئا منها وما قوله بشعر . وقال أنيس الغفارى أخو أبى ذر الغفارى : « لقد وضعت قوله على أقراء الشعر فلم يلتئم أنه شعر ، أخرجه مسلم . وكان أنيس من أشعر العرب وكذلك عتبة ابن أبى ربيعة لما كلمه : والله ما هو بشعر ولا كهانة ولا سحر » .

أما قصيدة كعب بن زهير بن أبى سلمى فقد كان كعب قال :

ألا أبلغا عنى بجيرا رسالة فهل لك فيما قلت ويحك هل لكا
فبين لنا ان كنت لست بفاعل على أى شىء غير ذلك ذلكا
على خلق لم تلف أما ولا أبا عليه ولا تلفى عليه أخا لكا
فان أنت لم تفعل فلست بآسف ولا قائل اما عشرت لعلكا
سقاك بها المأمون كأساروية فأنهلك المأمون منها وعلكا

وبعث بها الى بجير فلما أتت بجيرا كره أن يكتمها رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنشده اياها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « سقاك بها المأمون » صدق والله انه لكذوب وأنا المأمون . ولما سمع : على خلق لم تلف أما ولا أبا عليه . فقال : أجل قال : لم يلف عليه أباه ولا أمه ثم قال بجير لكعب :

من مبلغ كعبا فهل لك فى التى تلوم عليها باطلا وهى أحزم
الى الله لا العزى ولا اللات وحده فتنجو اذا كان النجاء وتسلم
لدى يوم لا ينجو وليس بمفلت من الناس الا طاهر القلب مسلم
فدين زهير وهو لا شىء دينه ودين أبى سلمى على محرم

فلما بلغ كعبا الكتاب ضاقت به الأرض وأشفق على نفسه وأرجف به من كان حاضره من عدوه فقال : هو مقتول فلما لم يجد من شىء بدا قال قصيدته هذه التى يمدح فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ويذكر خوفه وايجاف الوشاة به من عدوه ثم خرج حتى قدم المدينة فنزل على رجل كانت بينه وبينه معرفة من جهينه فغدا به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حين صلى الصبح فصلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أشار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : هذا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقم اليه واستأمنه فقام الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى جلس اليه فوضع يده فى يده وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يعرفه فقال : يا رسول الله ان كعب بن زهير قد جاء ليستأمنك تائبا مسلما فهل أنت قابل منه ان أنا جئتك به قال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم قال : أنا يا رسول الله كعب بن زهير قال ابن اسحق فحدثنى

عاصم بن عمر بن قتادة أنه وثب عليه رجل من الأنصار فقال : يا رسول الله دعنى وعدو الله أضرب عنقه فقال صلى الله عليه وسلم دعه عنك فقد جاء تائبا نازعا ، فغضب كعب على هذا الحى من الأنصار لما صنع به صاحبهم وذلك انه لم يتكلم فيه رجل من المهاجرين الا بخير فقال هذه اللامية التى يصف فيها محبوبته وناقته قال :

بانت سعاد فقلبى اليوم مبتول ... متيم اثرها لم يفد مكبول
تمشى الغواة جنابيها وقولهم ... انك يا ابن أبى سلمى لمقتول
وقال كل صديق كنت آمله ... لا ألهنيك انى عنك مشغول
فقلت خلوا طريقى لا أبا لكم ... فكل ما قدر الرحمن مفعول
كل ابن أثى وان طالت سلامته ... يوما على آله حدباء محمول
نبئت أن رسول الله أوعدنى ... والعفو عند رسول الله مأمول
مهلا هداك الذى أعطاك نافلة ... القرآن فيها مواعيظ وتفصيل
لا تأخذنى بأقوال الوشاة ولم ... أذنب ولو كثرت الأقاويل
لقد أقوم مقاما لو يقوم به ... أرى وأسمع ما لو يسمع الفيل
اظل ترعد من خوف بوادره ... ان لم يكن من رسول الله تنويل
حتى وضعت يمينى ما أنازعها ... فى كف ذى نقمات قوله القيل
لذاك أخوف عندى اذ أكلمه ... وقيل : انك منسوب ومسئول
من ضيغم من ليوث الأسد مسكنه ... فى عثر غيل دونه غيل
يغدو فيلحم ضرغامين عيشهما ... لحم من الناس معقول خراديل
اذا يسور قرنا لا يحل له ... أن يترك القرن الا وهو مفلول
منه تظل سباع الجو نافرة ... ولا تمشى بواديه الأراجيل
ولا يزال بواديه أخو ثقة ... مطرح البز والدرسان مأكول
ان الرسول لنور يستضاء به ... مهند من سيوف الله مسلول
فى عصبة من قريش قال قائلهم ... ببطن مكة لما أسلموا زولوا
زالوا فما زال أنكاس ولا كشف ... عند اللقاء ولا ميل معازيل
يمشون مشى الجمال الزهر يعصمهم ... ضرب اذا عرد السود التنابيل

شم العرانين أبطال لبوسهم من نسج داود فى الهيجا سرابيل
بيض سوابغ قد شكت لها حلق كأنها حلق القفعاء مجدول
ليسوا معاريج ان نالت رماحهم قوما وليسوا مجازيعا اذا نيلوا
لا يقطع المطعن الا فى نحورهم وما لهم عن حياض الموت تهليل

وقد خص الأنصار بقوله : اذا عرد السود التنابيل ومدح المهاجرين فغضب عليه الأنصار فقال بعد أن أسلم يمدح الأنصار :

من سره كرم الحياة فلا يزل فى منقب من صالحى الأنصار
ورثوا المكارم كابرا عن كابر ان الخيارهم بنو الأخيار

وكان كعب شاعرا وكذلك أبوه زهير وابنه عقبة وابن ابنه العوام .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ومن شهد بالزور فسق وردت شهادته لأنها من الكبائر ، والدليل عليه ما روى خريم بن فاتك قال : ((صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الصبح ولما انصرف قام قائما قال : عدلت شهادة الزور بالاشراك بالله ثلاث مرات ثم تلا قوله عز وجل فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور)) وروى محارب بن دثار عن عمر رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((شاهد الزور لا يزول قدماه حتى يتبوأ مقعده من النار)) ويثبت أنه شاهد زور من ثلاثة أوجه (أحدها) أن يقر أنه شاهد زور (والثانى) أن تقوم البينة أنه شاهد زور (والثالث) أن يشهد بما يقطع بكذبه بأن شهد على رجل أنه قتل أو زنى فى وقت معين فى موضع معين والمشهود عليه فى ذلك الوقت كان فى بلد آخر . وأما اذا شهد بشىء أخطأ فيه لم يكن شاهد زور لأنه لم يقصد الكذب وان شهد لرجل بشىء وشهد به آخر أنه لغيره لم يكن شاهد زور ، لأنه ليس تكذيب أحدهما بأولى من تكذيب الآخر فلم يقدح ذلك فى عدالته واذا ثبت أنه شاهد زور ورأى الامام تعزيزه بالضرب او الحبس أو الزجر فعل وان رأى أن يشهر أمره فى سوقه ومصلاه وقبيلته وينادى عليه أنه شاهد زور فاعرفوه فعل لما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((اذكروا الفاسق بما فيه ليحذره الناس)) ولأن فى ذلك زجرا له ولغيره عن فعل مثله وحكى عن أبى على بن أبى هريرة أنه قال : ان كان من أهل الصيانة لم ينادِ عليه لقوله عليه السلام : ((أقيلوا ذوى الهيئات عثراتهم)) وهذا غير صحيح لأن بشهادة الزور يخرج عن أن يكون من أهل الصيانة » .

الشـــرح حديث خريم بن فاتك الأســدى أخرجه الترمذى فى الشهادات وقال : وهنا عندى أصح ، وخريم بن فاتك له صحبة وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أحاديث وهو مشهور وابن ماجه فى باب شهادة الزور من كتـاب الأحكام وأخرجه أحمد فى مسند أيمن بن خريم ولم يسنده الى أبيه وفيه « قام رســول الله صلى الله عليه وسلم خطيبـا فقال الحديث » ثم ســاقه أحمد فى مسند خريم بن فاتك واسناده حدثنا عبد الله حدثنى أبى ثنا محمد بن عبيد حدثنى ســفيان العصفرى عن أبيه عن حبيب بن النعمان الأســدى ثم أحد بنى عمرو بن أســد عن خريم ابن فاتك الحديث • وأخرجه أبو داود حدثنا يحيى بن موسى البلخى ثنا محمد بن عبيد حدثنى ســفيان ــ يعنى العصفرى ــ عن أبيه عن حبيب ابن النعمان الأسدى عن خريم بن فاتك قال : صلى رســول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الصبح الحديث وأخرجه الترمذى أيضا من حديث أيمن ابن خريم بن فاتك عن رســول الله صلى الله عليه وسلم وقال : انما نعرفه من حديث ســفيان بن زياد خريم بن فاتك ولا نعــرف لأيمن بن خريم سماعا من النبى صلى الله عليه وسلم • هــذا آخر كلامه • قال فى عون المعبود وذكر غيره أن له صحبة وأنه روى عن النبى صلى الله عليه وسلم حديثين اختلف فى أحدهما ورجح يحيى بن معين حــديث خريم بن فاتك كما ذكره الترمذى •

وقال صاحب تحفة الأحوذى : قوله : عن سفيان بن زياد الأســدى ويقال : ابن دينار العصــفرى ويكنى أبا الورقاء الأحمرى أو الأســدى كوفى ثقة من السادســة عن فاتك بن فضالة بن شريك الأسدى الكوفى مجهول الحال من السادسة عن أيمن بن خزيم بالمعجمة مصغرا ابن الأخرم الأســدى هو ابن عطية الشامى الشاعر مختلف فى صحبته وقال العجلى : تابعى ثقة وقال فى تهذيب التهذيب : روى عن النبى صلى الله عليه وسلم فى شهادة الزور عن أبيه وعمه وعنه فاتك بن فضالة ثم قال بعد نقل كلام الترمذى المــار آنفا : هــذا لفظه وقد رواه جماعة عن سفيان بن زياد عن أبيه عن حبيب بن النعمان عن خريم بن فاتك واســتصوبه ابن معين

وقال : ان مروان بن معاوية لم يقم اسناده اهـ وخريم صحابى شهد الحديبية ولم يصح أنه شهد بدرا مات فى الرقة فى خلافة معاوية .

أما حديث محارب بن دثار عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقد أخرجه ابن ماجه حدثنا سويد بن سعيد حدثنا محمد بن الفرات عن محارب ابن دثار عن ابن عمر الحديث وقد تبين أن المصنف ساقه مسندا الى عمر ولم يسنده روايه الا عن ابن عمر كما وضح أن فى اسناده محمد بن الفرات متفق على ضعفه وأبو على الكوفى متفق على ضعفه وقد كذبه أحمد بن جنبل . أما حديث « أقيلوا ذوى الهيئات عبراتهم » فأخرجه أحمد وأبو داود والبخارى فى الأدب بزيادة (الا فى الحدود) وكل أسانيده ضعيفة لم يصح منها واحد وأما حديث بهز بن حكيم فقد أخرجه باسناد ضعيف بلفظ « أترعون الفاجر متى يعرفه الناس اذكروا الخ » ابن عدى والبيهقى والخطيب والطبرانى فى الكبير .

أما اللغات فقوله : عدلت بالبناء للمجهول أو ساوته وما ثلته . وقوله : يشهر أمره أى يكشفه للناس ويوضحه والشهرة وضوح الأمر يقال شهرت الأمر أشهره شهرا وشهر فلان فاشتهر وكذلك شهرته تشهيرا .

أما الأحكام فانه اذا شهد بالزور فسق وردت شهادته ، لأنه من أكبر الكبائر ، والدليل عليه حديث خريم بن فاتك وروى بن عمر حديث « لا تزول قدما شاهد الزور حتى يتبوأ مقعده من النار » وانما يثبت أنه شاهد زور باقراره أنه شاهد زور ، أو يشهد بما يتقن الحاكم كذبه فيه مثل أن يشهد على رجل أنه قتل فلانا فى وقت كذا والمشهود عليه فى ذلك الوقت عند الحاكم فأما اذا شهد لرجل بشىء ثم قال : أخطأت فى الشهادة لم يكن شاهد زور ، لأنه يحتمل أنه أخطأ ، وكذلك اذا شهد لرجل بملك عين وشهد آخر بملكها لآخر لم يكن أحدهما شاهد زور لأن كل واحد منهما يقول : أنا صادق فاذا ثبت أنه شاهد زور عزره الحاكم كما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : « شاهد الزور عليه أربعون سوطا »

ولأنه فعل كبيرة لا حد فيها فشرع فيها التعزير وتعزيره الى اجتهاد الحاكم فان رأى أن يضربه ضربه دون الأربعـون لأن التعزير عنـد نادون أقل الحـدود ، وان كان كبير أو ضعيفا ورأى أن يحبسـه فعل ، لأن الردع يحصل بذلك ويشهر أمره ، وتشهير أمره هو أن يعرف الناس حالة ، قال الشافعى رحمه الله : فان كان من قبيلة ففى قبيلته والقبيل هم الجماعة من آباء مفترقين ، وان كان من أهل العلم والحـديث شهره بين أهل العلم والحديث وان كان من أهل المساجد شهره فى المساجد وتشهيره أن يأمر معه الحاكم رجلا ثقة الى الجماعة الذين يذكر تشهيره فيهم فيقول : السلام عليكم ان القاضى فلانا يقرأ عليكم السـلام ويقول لكم : ان هذا شاهد زور فاعرفوه ، قال أبو على بن أبى هريرة : ان كان من أهل الصيانة لم يناد عليه لمـا روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « أقيلوا ذوى الهيئات عثراتهم فى الحدود » وليس بشىء • وقال أبو حنيفة : لا يعزر ولا يشهر أمـره •

دليلنا ما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أترعون الفاجر متى يعرفه الناس اذكروا الفاجر فيه يحـذره الناس ، ولأنه اذا أشهر أمره تجنبه الناس فى الاشـهاد ، واذا لم يشهره اغتر الناس به فأشـهدوه ، وما ذكره أبو على غير صحيح لأنه قد خرج بشهادة الزور عن أن يكون من أهل الصيانة ، هذا مذهبنا ، وقال شريح : يركب على حمـار وينادى على نفسه : هـذا جزاء من شـهد بالزور ، وحكى عن عبد الملك بن يعلى قاضى البصرة أنه أمر بحلق نصف رؤوسهم وشحم وجوههم وطاف بهم فى الأسواق • وقال عمر رضى الله عنه : يجلد أربعين سوطا ويشحم وجهه ويطاف به ويطال حبسـه • دليلنا أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن المثلة » كسائر المعاصى •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **ولا تقبـل شهادة جار الى نفســه نفعا ولا دافـع عن نفســه ضررا لمـا روى ابن عمر رضى الله عنـه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ولا تقبـل شـهادة خصم ولا ظنين ولا ذى احنة » والظنين المتهم**

والجار الى نفسه نفعا والدافع عنها ضررا متهمان فان شهد المولى لمكاتبه بمال لم تقبل شهادته لأنه يثبت لنفسه حقا لأن مال المكاتب يتعلق به حق المولى وان شهد الوصى لليتيم والوكيل للموكل فيما فوض النظر فيه اليه لم تقبل لأنهما يثبتان لأنفسهما حق المطالبة والتصرف وان وكله فى شيء ثم عزله لم يشهد فيما كان النظر فيه اليه فان كان قد خاصم فيه لم تقبل شهادته وان لم يكن قد خاصم فيه ففيه وجهان (أحدهما) أنه تقبل لأنه لا يلحقه تهمة (والثانى) أنه لا تقبل لأنه بعقد الوكالة يملك الخصومة فيه وان شهد الغريم لمن له عليه دين وهو محجور عليه بالفلس لم تقبل شهادته لأنه يتعلق حقه بما يثبت له بشهادته . وان شهد لمن له عليه دين وهو موسر قبلت شهادته لأنه لا يتعين حقه فيما شهد به ، وان شهد له وهو معسر قبل الحجر ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يقبل لأنه يثبت له حق المطالبة (الثانى) أنه يقبل لأنه يقبل لأنه لا يتعلق بما يشهد به له حق » .

الشرح حديث عبد الله بن عمر أخرجه الدارقطنى حدثنا محمد ابن اسماعيل الفارسى نا الحسن بن على بن خلف الدمشقى نا سليمان بن عبد الرحمن نا عبد الأعلى بن محمد نا يحيى بن سعيد نا الزهرى عن سعيد بن المسيب عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب فقال : « ألا لا تجوز شهادة الخائن ولا الخائنة ولا ذى غمر على أخيه ولا الموقوف على حد » ثم قال : يحيى بن سعيد هو الفارسى متروك وعبد الأعلى ضعيف أ هـ قلت : وأخرجه الترمذى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وهو عبد الله بن عمرو « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد شهادة الخائن والخائنة وذى الغمر على أخيه ورد شهادة القانع لأهل البيت وأجازها لغيرهم » ثم أردفه برواية أخرى عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذى غمر على أخيه » وأخرجه الترمذى بسنده عن الزهرى عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود حدا ولا ذى غمر ولا حنة ولا مجرب شهادة ولا القانع أهل البيت لهم ولا ظنين فى ولاء ولا قرابة » ثم قال الترمذى : هذا حديث غريب لا نعرفه الا من

حـديث يزيد بن زياد الدمشـقى ويزيد بضعف فى الحديث ، ولا يعرف هـذا الحديث من حديث الزهرى الا من حديثه وفى الباب عن عبد الله بن عمرو ولا نعرف معنى هـذا الحديث ولا يصـح عنـدنا من قبل اسناده والعمل عنـد أهل العلم فى هـذا أن شـهادة القريب جـائزة لقرابتـه الخ أ هـ من سـنن الترمذى •

وقال فى تحفة الأحوذى : يزيد بن أبى زياد القرشى متروك ثم قال وأخرجـه الدارقطنى والبيهقى الى أن قال : قال أبو زرعة فى العلل : هو حديث منكر وضعفه عبد الحـق وابن حزم وابن الجوزى قلت : ورأيت فى علل أبى حاتم الرازى حدثنـا ابراهيم بن موسى عن مروز بن معاوية عن يزيد بن أبى زياد الدمشـقى عن الزهـرى عن عروة عن عائشـة عن النبى صلى الله عليـه وسلم أنه قال : « لا تجوز شـهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود فى حـد ولا ذى غمر لأخيـه ولا مجرب عليـه شهادة زور ولا القانع من أهل البيت ولا ظنين فى ولاء ولا قرابة » قال أبو زرعة : هذا حديث منكر ولم يقرأ علينـا أ هـ • ورواه ابن ماجـه فى اسناده الحجاج ابن أرطأة وهو مدلس ، قال شمس الحق فى التعليق المغنى على الدارقطنى : ورواه الترمذى والدارقطنى والبيهقى من حديث عائشـة وفيـه يزيد بن زياد الشـامى وهو ضعيف وقال الترمذى : لا يعرف هـذا من الزهرى الا من هـذا الوجه ولا يصح عنـدنا اسـناده الى أن قال : ورواه البيهقى وقال : لا يصح من هـذا شىء عن النبى صلى الله عليه وسلم ثم قال : وفى الرواية الأخرى لعمرو بن شـعيب عنـد المؤلف ـ يعنى الدارقطنى ـ آدم بن قائد وهو ضعيف صرح به الزيلعى قال ابن القطان : ومحمد بن راشـد الراوى عن سليمان بن موسى وثقه أحمـد بن حنبل ويحيى بن معين وغيرهما وتكلم فيه بعض الأئمة وقد تابعه غيره عن سليمان أ هـ •

وقال امام الحرمين فى النهاية : اعتمد الشافعى خبرا صحيحا هو أنه صلى الله عليـه وسلم قال : « لا تقبل شهادة خصم على خصـمه » قال الحافظ فى التلخيص : قلت : ليس له اسـناد صحيح لكن له طرق يقـوى

بعضها ببعض ثم ساق بعضا مما أوردناه هنا والحمد لله وله المنة سبحانه .

أما اللغات قوله : « شهادة خصم ولا ظنين » الظنين المتهم ومنه قوله تعالى : « وما هو على الغيب بظنين » أى بمتهم فى قراءة من قرأ بالطاء ، والظنة التهمة ، قال ابن سيرين : لم يكن على بظن فى قتل عثمان : أي يتهم . وأما من قرأ بالضاد فقد أراد ببخيل

قوله : « ذى احنة » يقال فى صدره على احنة أى حقد ولا تقل حنة والجمع احن وقد أحنت عليه بالكسر قال :

اذا كان فى صدر ابن عمك احنة فلا يستترها سوف يبدو دفينها

أما الأحكام فانه لا تقبل شهادة من يجر الى نفسه نفعا بشهادته ولا شهادة من يدفع عن نفسه ضررا بشهادته لحديث ابن عمرو وابن عمرو وعائشة وقد مضت طرقها وعللها القادحة آنفا . والظنين المتهم . ومن جر الى نفسه نفعا بشهادته أو دفع عنه ضررا فمتهم فلم يقبل .

اذا ثبت هذا فالجار الى نفسه نفعا هو أن يشهد السيد لعامله المأذون له فى التجارة بماله فلا يقبل لأن المال اذا ثبت استحقه السيد فكذلك اذا شهد الموكل لوكيله فيما وكله فيه لم يقبل لأنه شهادة لنفسه . وان شهد الوكيل لموكله فيما وكله فيه أو شهد الوصى لليتيم بشىء لم تقبل شهادته لأنه يجر بذلك الى نفسه نفعا ، لأنه اذا ثبت ما شهد به استحق التصرف فيه ، وان وكله فى شىء ثم عزله ثم شهد به الوكيل الى موكله فان كان الوكيل قد خاصم فيه قبل العزل لم تقبل شهادته . وان كان لم يخاصم ففيه وجهان (أحدهما) يقبل لأنه لا يلحقه تهمة (والثانى) لا تقبل لأن بعقد الوكالة ملك الخصومة فيه .

فرع وان حجر على رجل الفلس فشهد بعض غرمائه له بدين على رجل لم تقبل شهادته ، وكذلك اذا مات وعليه ديون

تحيط بتركته فشهد بعض غرمائه له بدين لم تقبل شهادته ، لأن الدين اذا ثبت تعلق به حق الشاهد ، فان شهد لمن له عليه دين قبل أن يحجر عليه وكان من عليه الدين موسرا قبلت شهادته له لأن دين الشاهد لا يتعلق به .

فرع وان كان من عليه الدين معسرا ففيه وجهان (أحدهما) لا يقبل لأنه ثبت له حق فى المطالبة (والثانى) يقبل لأنه لا يتعلق بما شهد به حقه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ان شهد رجلان على رجل أنه جرح أخاهما وهما وارثاه قبل الاندمال لم تقبل ، لأنه قد يسرى الى نفسه فيجب الدم به لهما وان شهدا له بمال وهو مريض ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى اسحاق أنه لا تقبل لأنهما متهمان لأنه قد يموت فيكون المال لهما فلم تقبل ، كما لو شهد بالجراحة (والثانى) وهو قول أبى الطيب ابن سلمة أنه تقبل لأن الحق يثبت للمريض ثم ينتقل بالموت اليهما وفى الجناية اذا وجبت الدية لهما لأنها تجب بموته فلم تقبل وان شهدا له بالجراحة وهناك ابن قبلت شهادتهما لأنهما غير متهمين ، وان مات الابن وصار الأخوان وارثين نظرت فان مات الابن بعد الحكم بشهادتهما لم تسقط الشهادة لأنه حكم بها ، وان مات قبل الحكم بشهادتهما سقطت الشهادة كما لو فسقا الحكم ، وان شهد المولى على غريم مكاتبه والوصى على غريم الصبى أو الوكيل على غريم الموكل بالابراء من الدين ، أو بفسق شهود الدين لم تقبل الشهادة ، لأنه دفع بالشهادة عن نفسه ضررا وهو حق المطالبة وان شهد شاهد ان من عاقلة القاتل بفسق شهود القتل فان كانا موسرين لم تقبل شهادتهما لأنهما يدفعان بهذه الشهادة عن أنفسهما ضررا وهو الدية ، وان كانا فقيرين فقد قال الشافعى رضى الله عنه ردت شهادتهما وقال فى موضع آخر اذا كانا من اباعد العصبات بحيث لا يصل العقل اليهما حتى يموت من قبلهما قبلت شهادتهما فمن أصحابنا من نقل جواب احداهما الى الأخرى وجعلهما على قولين (أحدهما) أنه تقبل لأنهما فى الحال لا يحملان العقل (والثانى) أنه لا تقبل لأنه قد يموت القريب قبل الحول ويوسر الفقير فيصيران من العاقلة ، ومنهم من حملهما على ظاهرهما فقال : تقبل شهادة الأباعد

ولا تقبل شهادة القريب الفقير ، لأن القريب معدود فى العاقلة ، واليسار يعتبر عند الحول وربما يصير موسرا عند الحول ، والبعيد غير معدود فى العاقلة وانما يصير من العاقلة اذا مات الأقرب » .

الشرح الأحكام : اذا ادعى على رجل أنه جرحه فأنكر فشهد له بذلك رجلان من ورثته من غير الوالدين والمولودين ، فان كانت الجراحة قد اندملت قبلت شهادتهما ، لأنهما لا يجران الى أنفسهما نفعا بشهادتهما ، وان كانت لم تندمل لم تقبل شهادتهما لجواز أن تسرى الجراحة الى نفسه فيجب الدية لهما .

فرع اذا ادعى المريض مالا على رجل فأنكره فشهد له بذلك رجلان من ورثته من غير الوالدين والمولودين ففيه وجهان (أحدهما) لا تقبل شهادتهما كما قلنا فى الجراحة (والثانى) تقبل لأن المال يثبت للمريض بخلاف الدية فانها تثبت للورثة ، فان شهد رجلان لأخيهما بجراحة لم تندمل وللمجروح وارث يحجبهما قبلت شهادتهما فان مات من يحجبهما قبل موت المشهود له نظرت فان مات من يحجبهما قبل الحكم بشهادتهما لم تجز الحكم بشهادتهما ، لأنهما صارا مستحقين للميراث ، فلم يجز الحكم بشهادتهما كما لو فسقا بعد الحكم بشهادتهما .

فرع وأما الشاهد الذى يدفع عن نفسه ضررا بشهادته فمثل أن يشهد الضامن على المضمون له ان اقتضى الدين ضمن به من رجل لرجل باستحقاق عين فى يده فشهد وكيل المشهود عليه بجرح المضمون عنه أو أبرأه منه فانه لا يقبل لأنه يدفع بهذه الشهادة ضررا عن نفسه وهو مطالبة المضمون له وكذلك اذا شهد شاهدان على الشاهدين عليه ، أو شهد الوصى بجرح الشهود على الصبى باستحقاق عين فى يده فلا تقبل شهادتهما لأن العين اذا استحقت انقطع تصرف الوكيل والوصى بها ، وكذلك اذا شهدا بابراء الغريم لم تقبل شهادتهما لما ذكرناه

فرع وان ادعى على رجل أنه جرحه فأنكره فأقام عليه شاهدين وأقام عليه المدعى عليه من عاقلته شاهدين بجرح شاهدى

الجراحه عليه فان كانت الدعوى فى جناية العمد قبلت شهادتهما لأنهما لا يجران بهذه الشهادة الى أنفسهما نفعا ولا يدفعان بها ضررا • وان كانت فى الخطأ أو عمد الخطأ ـ فان كان الشاهدان بالجرح موسرين ـ لم تقبل شهادتهما لأنهما يدفعان بشهادتهما عن أنفسهما ضررا وهو تحمل الدية • وان كانا فقيرين فقد قال الشافعى رحمه الله فى موضع : لا تقبل شهادتهما وقال فى موضع آخر : ان كان فى عاقلته من هو أقرب منهما بحيث لا يحملان الا بعد عدم من هو أقرب منهما قبلت شهادتهما •

واختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من نقل جوابه فى كل واحدة منهما الى الأخرى وخرجهما على قولين (أحدهما) تقبل شهادتهما لأنهما لا يحملان العقد فى هذه الحال فلم يلحقهما تهمة فى الشهادة (والثانى) لا تقبل شهادتهما لأنه يجوز أن يكونا عند الحول ممن يحمل الدية، والتهمة تلحقهما فى الشهادة فلم يقبلا ، ومنهم من حملهما على ظاهرهما فقال : تقبل شهادتهما اذا كان هناك من العاقلة من هو أقرب منهما لأنهما غير معدودين فى العاقلة فلم تقبل شهادتهما اذا لم يكن هناك أقرب منهما لأنهما معدودان فى العاقلة ولا اعتبار بفقرهما لأن المال غاد ورائح ويجوز أن يكونا غنيين عند الحول •

فرع وان شهد شاهدان على رجل بحق فسمعهما الحاكم فقذف المشهود عليه الشاهدين بعد الشهادة وقبل الحكم بها لم يجز الحكم بشهادتهما ، والفرق بينهما أن الفسق بعد الشهادة يورث تهمة فى الشهادة وقبل الحكم لا تورث تهمة فى الشهادة •

فرع قال الشافعى رحمه الله : ولا خصم لأن الخصومة موضع عداوة • وقال أصحابنا : والعداوة على ضربين عداوة دينية وعداوة دنيوية فأما العداوة الدينية فمثل عداوة المسلمين للكفار وعداوة أهل الحق لأهل الباطل فهذه لا تمنع قبول الشهادة • وأما العداوة الدنيوية فانها تمنع قبول الشهادة وذلك مثل أن يقذف رجل فيشهد القاذف على المقذوف فلا تقبل شهادته ، وكذلك اذا قطع رجل على رجل الطريق

فشهد المقطوع عليه على القاطع فلا تقبل شهادته وبه قال مالك وأحمد ، وقال أبو حنيفة : العداوة لا تمنع قبول الشهادة .

دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذى غمر على أخيه ولا القانع لأهل البيت » والعدو خصم والظنين المتهم وذو الغمر أى الحقد والقانع لأهل البيت فقيل : هو السائل وقيل : هو الوكيل للموكل ، فأما اذا كانت بينهما خصومة على مال أو ميراث فشهد أحدهما على الآخر بحق قبلت شهادته عليه ، لأنا لو قلنا : لا تقبل شهادته عليه لكان من عليه حق شهادة شهود يذهب فيدعى الشهود بمال لأن لا تقبل شهادتهم عليه فيؤدى ذلك الى ابطال فائدة الشهود .

فرع قال الشافعى ومن ثبت عليه أنه يغشى الدعوة بغير دعاء من غير ضرورة ولا يستحل صاحب الطعام ويتابع ذلك منه رددت شهادته لأنه يأكل طعاما حراما ، اذا كانت الدعوة لرجل بعينه ، فأما ان كان طعام سلطان أو رجل يتشبه بالسلطان فيدعو الناس اليه فهذا طعام عام مباح ولا بأس به أ هـ .

(قلت) فاذا تكرر ذلك منه صار دناءة منه وسقوط مروءة .

فرع قال فى الأم : وان نثر على الناس فى الفرح وأخذ منه انسان لم ترد شهادته بذلك ، لأن من الناس من يحل ذلك . قال الشافعى : وأنا أكرهه .

فرع اذا أصابت ماله جائحة أو لزمه غرم فسأل الناس حلت له المسألة ولم ترد به شهادته ، وان كان سؤاله أكثر عمره لأنه يجوز له السؤال . وان كان سأل بخير حاجة وبشكوى ردت شهادته لأنه يكذب ويأخذ مالا حراما ، وان أعطى من غير السؤال فأخذ وكان غنيا فان كان تطوعا لم ترد شهادته ، وان كان فرضا — فان كان جاهلا — لم ترد شهادته ، وان كان عالما ردت شهادته .

فـــرع وتقبل شـهادة ولد الزنا اذا كان عـدلا ، واذا تاب المحدود فى الزنا والقذف أو الشرب ويشهد به أو بغيره قبلت شهادته .

وقال مالك رحمه الله : لا أقبـل شهادة المحدود فى الزنا والقـذف والشرب فيما حـد فيه ولا أقبـل شهادة ولد الزنا .

دليلنا قوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعـة شـهداء فاجلدوهم » الآية ولم يفرق بين أن يشـهد به ولد الزنا أو غيره، ولأن كل من قبلت شـهادته بالقتـل قبلت شـهادته فى سـائر الحقوق كولد الحلال ، ولأن من غصب ثم تاب من الغصب قبلت شهادته فى الغصب وكذلك القاذف والزانى والشارب .

فـــرع وتقبل شهادة القروى على القروى والبدوى بلا خلاف وتقبل شهادة البدوى على القروى والبدوى عندنا وقال مالك رحمه الله : لا تقبـل شـهادة البدوى على القروى الا فى القتـل والجراح . دليلنا أن أعرابيا شـهد عند النبى صلى الله عليه وسلم على رؤية الهلال ، فأمر النبى صلى الله عليه وسلم مناديا أن ينادى بالصـوم ، وذلك قبول شهادة على أهل الحضر ، ولأن من قبلت شـهادته فى القتل والجراح قبلت شهادته على غيره كالقروى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا تقبل شهادة الوالدين للأولاد وان سفلوا ولا شـهادة والأولاد للوالدين وان علوا وقال المزنى رحمه الله وأبو ثور : تقبـل ، ووجهه قوله تعالى : « واستشهدوا شـهيدين من رجالكم » فعم ولم يخص ، ولأنهم كغيرهم فى العدالة فكانوا كغيرهم فى الشـهادة وهـذا خطأ لمـا روى ابن عمر رضى عنـه أن النبى صلى الله عليـه وسلم قال : « لا تقبـل شـهادة خصم ولا ظنين ولا ذى احنـة » والظنين المتهم وهـذا متهم لأنه يميـل اليـه ميل الطبـع ولأن الولد بضعة من الوالد ولهذا قال عليـه السـلام : « يا عائشـة ان فاطمة بضعة منى يريبنى ما يريبها » ولأن نفسـه كنفسـه وماله كماله ولهذا قال عليـه السـلام لأبى معشر الدارمى « أنت ومالك لأبيك » وقال

صلى الله عليه وسلم : « ان أطيب ما أكل الرجل من كسبه ، وان ولده من كسبه » ولهذا يعتق عليه اذا ملكه ويستحق عليه النفقة اذا احتاج ، والآية تخصها بما ذكرناه ، والاستدلال بأنهم كغيرهم فى العدالة يبطل بنفسه فانه كغيره فى العدالة ثم لا تقبل شهادته لنفسه ، وتقبل شهادة أحدهما على الآخر فى جميع الحقوق ، ومن أصحابنا من قال لا تقبل شهادة الولد على الوالد فى ايجاب القصاص وحد القذف لأنه لا يلزمه القصاص بقتله ولاحد القذف بقذفه فلا يلزم بقوله والمذهب الاول لأنه انما ردت شهادته له للتهمة ولا تهمة فى شهادته عليه ، ومن عدا الوالدين والأولاد من الأقارب كالأخ والعم وغيرهما تقبل شهادة بعضهم لبعض لأنه لم يجعل نفس أحدهما كنفس الآخر فى العتق ولا ماله كماله فى النفقة وان شهد شاهدان على رجل أنه قذف ضرة أمهما ففيه قولان قال فى القديم لا تقبل لأنهما يجران الى أمهما نفعا لأنه يجب عليه بقذفها الحد فيحتاج أن يلاعن وتقع الفرقة بينه وبين ضرة أمهما ، وقال فى الجديد تقبل وهو الصحيح لأن حق أمهما لا يزيد بمفارقة الضرة وان شهدا أنه طلق ضرة أمهما ففيه قولان (أحدهما) أنه تقبل (والثانى) أنه لا تقبل وتعليلهما ما ذكرناه » .

الشرح قوله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم » مضى الكلام عليه فى غير موضع أما حديث ابن عمر فقد مضى الكلام عليه بافاضة فى الفصل السابق ، أما حديث « يا عائشة » فقد أخرجه ــ وليس عن عائشة بهذا اللفظ ــ البخارى ومسلم والترمذى وأبو داود عن محمد بن شهاب الزهرى أن على بن الحسين بن على حدثهم أنهم حين قدموا المدينة من عند يزيد بن معاوية مقتل الحسين بن على لقيه المسور فقال له : هل لك الى حاجة تأمرنى بها الى أن قال : ان على بن أبى طالب خطب بنت أبى جهل على فاطمة فسمعت النبى صلى الله عليه وسلم يخطب الناس فى ذلك على منبره هذا ــ وأنا يومئذ محتلم ــ فقال : ان فاطمة منى وأنا أتخوف أن تفتن فى دينها ثم ذكر صهرا له من بنى عبد شمس فأثنى عليه فى مصاهرته قال : حدثنى فصدقنى ووعدنى فوفانى وانى لست أحرم حلالا ولا أحل حراما ولكن والله لا تجتمع بنت رسول الله وبنت عدو الله مكانا واحدا أبدا ــ وفى رواية ــ وان فاطمة بضعة منى وأنا أكره أن يسوءوها وأن يفتنوها ــ

وفى أخرى ــ ان بنى هشــام بن المغيرة استأذنونى فى أن ينكحوا ابنتهم على بن أبى طالب فلا آذن لهم ثم لا آذن لهم الا أن يريد ابن أبى طالب أن يطلق ابنتى وينكح ابنتهم فانما من بضعة منى يريبنى مارا بها ويؤذينى ما آذاها » وعنــد الترمذى « وينصبنى ما أنصبها » وأخرجه أحمد فى مســنده من حديث المســور بنحو ما مضى .

أما حديث « أنت ومالك لأبيــك » . فان ســببه أن رجلا قال : « يا رسول الله ان لى مالا وولدا وان أبى يريد أن يجتاح مالى » فذكره حملا له على بر أبيه وعــدم عقوقه رواه ابن ماجــه عن جابر بن عبد الله والطبرانى عن ســمرة بن جنــدب وعبد الله بن مســعود .

أما حديث « ان أطيب كسبكم » فقد أخرجه الترمذى والنســائى وابن ماجــه عن عائشــة واسناده صحيح .

أما اللغات فالبضعة بفتح الباء هى القطعة من اللحم هذه وحدها بالفتح وأخواتها بالكسر كالغلة والقدرة والخرقة والكسفة وقوله : « **يريبنى ما يربها** » أى يدخــل على الشــك كما أدخــل عليها الشــك والتهمة . يقال : رأبنى فلان اذا رأيت منــه ما يريبــك وتكرهه والريبة الشــك . قال الهروى يقــال : أرابنى الشىء أى شــككنى وأوهمنى الريبة ، واذا استيقنته قلت : رابنى بغير همزة وقال الفراء : راب وأراب بمعنى واحــد (والضرة) هى احــدى الزوجتين سميت بذلك لادخال الضرر عليها .

أما الأحكام فانه لا تقبل شهادة الوالدين وان علوا ــ للمولودين ، ولا شــهادة المولودين ــ وان ســلفوا ــ للوالدين ، وبه قــال شريح والحسن والشعبى والثورى ومالك وأبو حنيفة وأصــحابه رحمهم الله ، وقال عمر بن الخطاب رضى الله عنــه وعمر بن العزيز رضى الله عنــه : تقبل شــهادة بعضهم لبعض ، وبه قال داود وأبو ثور والمزنى وابن المنذر وحكاه ابن القاص عن الشــافعى رحمه الله فى القــديم ، وعن أحمــد ثلاث روايات (احداهن) لا تقبل كمذهبنا (والثانية) تقبل شهادة الولد للوالد ولا تقبل شــهادة الوالد للولد (والثالثــة) تقبل شهادة بعضــهم

لبعض اذا لم تكن فيها تهمة كشهادة له بالنكاح والكلا والمال اذا كان الشاهد مستغنيا عنه ، ولا تقبل شهادته له بالمال اذا كان فقيرا .

دليلنا ما روى الساجى باسناده عن عائشة أم المؤمنين عليها السلام أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا تقبل شهادة الوالد لوالده ولا لوالده » وروت عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذى غمرة على أخيه ولا ظنين فى عداء ولأولاء ، والظنين المتهم وكل واحد منهما متهم فى الشهادة للآخر فلم تقبل .

وتقبل شهادة الوالد على ولده فى كل شىء لأنه لا يتهم فى ذلك ، وتقبل شهادة الولد على الوالد فى غير الحدود والقصاص ، وهل تقبل شهادته عليه فى الحدود والقصاص ؟ فيه وجهان . ومن أصحابنا من حكاهما قولين (أحدهما) لا يقبل لأن الأب لا يلزمه الحد بقذف الولد ولا القصاص بجناية عليه فلم يلزم ذلك بقوله (والثانى) يلزمه وهو الأصح لأن التهمة لا تلحقه بذلك ولا تمنع ألا يلزمه ذلك بفعله به ويلزمه بقوله ، ألا ترى ان الانسان لو قذف نفسه أو قطع عضوا من نفسه لم يلزمه بذلك حد ولا قصاص . ولو أقر على نفسه بما يوجب الحد والقصاص لزمه ، فان شهد رجلان على زوج أمهما أنه قذف ضرة أمهما ففيه قولان . قال فى القديم : لا تقبل شهادتهما ، لأنهما يجران بذلك نفعا الى أمهما لأنه يلزمه بذلك حد القذف فيحتاج أن يلاعن لاسقاط الحد عنه فتقع الفرقة بينه وبين ضرة أمهما وقال فى الجديد : تقبل شهادتهما ، لأن حق أمهما لا يزداد بمفارقة ضرتها . وان شهدا عليه أنه طلق ضرة أمهما فهل تقبل شهادتهما ؟ على القولين ووجهما ما ذكرناه .

فرع فمن عدا الوالدين والمولودين من الأقارب كالأخ والعم وابن العم ومن أشبههم تقبل شهادة بعضهم لبعض ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الثورى : لا تقبل شهادة كل ذى رحم محرم من

النسب ، وقال مالك : لا تقبل شهادة الأخ لأخيه فى النسب وتقبل فى غير النسب • دليلنا قوله تعالى «واستشهدوا شهيدين من رجالكم الآية» وقوله تعالى « أشهدوا ذوى عدل منكم » ولم يفرق •

وروى عن عمر وابن عمر رضى الله عنهما أنهما قالا : تقبل شهادة الأخ لأخيه فى النسب ولا مخالف لهما ، ولأنه لو ملكه لم يعتق عليه فقبلت شهادته له كابن العم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وتقبل شهادة أحد الزوجين للآخر لأن النكاح سبب لا يعتق به أحدهما على الآخر بالملك فلم يمنع من شهادة أحدهما الآخر كقرابة ابن العم ، ولا تقبل شهادة الزوج على الزوجة فى الزنا لأن شهادته دعوى خيانة فى حقه ، فلم تقبل كشهادة المودع على المودع بالخيانة فى الوديعة ، ولأنه خصم لها فيما يشهد به فلم تقبل كما لو شهد عليها أنها جنت عليه •

فصل ولا تقبل شهادة العدو على عدوه لقوله عليه السلام « ولا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذى أحنة » وذو الاحنة هو العدو ولأنه متهم فى شهادته بسبب منهى عنه فلم تقبل شهادته » •

الشرح الأحكام وتقبل شهادة أحد الزوجين للآخر وبه قال الحسن وأبو ثور وقال مالك وأبو حنيفة : لا تقبل شهادة أحدهما للآخر وحكاهما المسعودى قولا للشافعى وليس بمشهور وقال النخعى وابن أبى ليلى والثورى : تقبل شهادة الزوج للزوجة ولا تقبل شهادة الزوجة للزوج • دليلنا قوله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم » وقوله : « وأشهدوا ذوى عدل منكم » ولم يفرق •

وروى سويد بن غفلة « أن يهوديا كان يسوق امرأة على حماره فنخسها فرمت بها فوقعت عليها فشهد عليه أخوها وزوجها فقتله عمر وصلبه ، وقال سويد وهو أول مصلوب صلب بالشام ، ولأن كل واحد منهما لو ملك الآخر لم يعتق عليه فقبلت شهادته كابنى العم •

فـــرع وتقبل شـهادة الصديق لصـديقه سـواء كان بينهما مهاداة وملاطفة أو لا مهاداة بينهما ولا ملاطفة وبه يقـول أبو حنيفة وأكثر أهل العلم • وقال مالك رحمه الله : اذا كانت بينهما مهاداة وملاطفـة لم تقبـل شـهادته له • دليلنـا قوله تعالى : « واستشهدوا شـهيدين من رجالكم الآية » وقوله تعالى : « وأشهدوا ذوى عـدل منكم » ولم يفرق ولأنه لا يعتـق أحدهما على الآخر اذا ملكه فقبلت شـهادته له كما لو لم تكن بينهما مهاداة وملاطفة •

فـــرع ان كان الرجل يحب عشيرته وقومه وأهل مذهبـه وأهل بلده فليس بمكروه بل هو مندوب اليـه لقوله صلى الله عليه وسلم « لا تحاسـدوا ولا تباغضـوا ولا تدابروا وكونوا عبـاد الله اخوانا » وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « تهادوا تحابوا وتصافحوا يذهب الغل عنكم » رواه ابن عسـاكر عن أبى هريرة وقال صلى الله عليه وسلم « المؤمن للمؤمن كالبنيـان يشـد بعضه بعضـا » أخرجـه الشـيخان والترمذى والنسـائى عن أبى موسى الأشـعرى • وآخى صلى الله عليـه وسلم بين المهاجرين والأنصـار لمـا قـدم المدينة وانما العصبية المذمومة أن يبغض الرجـل قوما لأسهم بنـو فلان من غير اسـاءة منهم اليـه ، فان أبغضهم بقلبه دون أن يظهر ذلك على لسـانه لم يؤثر ذلك فى شهادته عليهم لأن ما فى القلب لا يمكن الاحتراز منـه ، وان ظهر ذلك على لسانه بأن يؤلب عليهم ويدعـو الى عـداوتهم من غير أن يظهر منه فيهم فحش ولا شتم • وقال ابن الصـباغ : وان كان فى أمر الدين لم ترد شـهادته بذلك ، وان كان فى أمر الدنيا فهو عـدو لهم ولا تقبـل شهادتهم عليـه خاصـة لأجل العـداوة • وقال الشـيخ أبو حامد : اذا تكرر ذلك منه فسـق وردت شـهادته وان كان يشتمهم ويفحش عليهم بالقـول فهـو فاسـق لا تقبـل شهادته على أحـد •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ومن جمع فى الشـهادة بين أمرين فردت شهادته فى احدهما نظرت فان ردت للعداوة بينه وبين المشهود عليـه مثل أن يشهد على

رجل أنه قذفه وأجنبيا ردت شهادته فى حقه وفى حق الأجنبى لأن هذه الشهادة تضمنت الاخبار عن عداوة بينهما وشهادة العدو عن عدوه لا تقبل فان ردت شهادته فى أحدهما لتهمة غير العداوة بأن شهد على رجل أنه اقترض من أبيه ومن أجنبى مالا ردت شهادته فى حق أبيه وهل ترد فى الأجنبى ؟ فيه قولان (أحدهما) أنها ترد كما لو شهد أنه قذفه وأجنبيا (والثانى) أنها لا ترد لأنها ردت فى حق أبيه للتهمة ولا تهمة فى حق الأجنبى فقبلت » .

الشرح الأحكام : اذا جمع فى شهادته بين أمرين فردت شهادته فى أحدهما فهل ترد فى الآخر ؟ ينظر فيه فان ردت للعداوة مثل أن يشهد على رجل أنه قذفه وأجنبيا أو قطع عليه وعلى غيره ردت شهادته عليه ، لأن هذه الشهادة يتضمن الاخبار عن عداوة . وان ردت لغير العداوة بأن شهد على رجل أنه غصب من أبيه ومن أجنبى عينا فان شهادته ترد فى حق أبيه ، وهل ترد فى حق الأجنبى ؟ فيه قولان (أحدهما) ترد كما لو شهد أنه قذفه وأجنبيا (والثانى) لا ترد فى حق الأجنبى لأنها ردت فى حق أبيه للتهمة ولا تهمة عليه فى شهادته للأجنبى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ومن ردت شهادته بمعصية فتاب قبلت شهادته لقوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا أولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا » والتوبة توبتان توبة فى الباطن وتوبة فى الظاهر فأما التوبة فى الباطن فهى ما بينه وبين الله عز وجل فينتظر فى المعصية فان لم يتعلق بها مظلمة لآدمى ولا حد لله تعالى كالاستمتاع بالأجنبية فيما دون الفرج فالتوبة منها أن يقلع منها ويندم على ما فعل ، ويعزم على ان لا يعود الى مثلها ، والدليل عليه قوله تعالى : « والذين اذا فعلوا فاحشة أو ظلموا أنفسهم ذكروا الله فاستغفروا لذنوبهم ومن يغفر الذنوب الا الله ولم يصروا على ما فعلوا وهم يعلمون أولئك جزاؤهم مغفرة من ربهم وجنات تجرى من تحتها الأنهار خالدين فيها ونعم أجر العاملين »

وان تعلق بها حق آدمى فالتوبة منها أن يقلع عنها ويندم على ما فعل ويعزم على أن لا يعود الى أمثلها وان يبرأ من حق الآدمى اما أن يؤديه

او يسأله حتى يبرئه منه لما روى ابراهيم النخعى ((ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه رأى رجلا يصلى مع النساء فضربه بالدرة فقال الرجل والله لئن كنت أحسنت فقد ظلمتنى وان كنت اسأت فما علمتنى . فقال عمر اقتص قال : لا أقتص قال : فاعف قال لا اعفو فافترقا على ذلك ، ثم لقيه عمر من الغد فتغير لون عمر فقال له الرجل : يا امير المؤمنين ارى ما كان منى قد اسرع فيك قال : اجل قال : فاشهد انى قد عفوت عنك ، وان لم يقدر على صاحب الحق نوى أنه ان قدر اوفاه حقه وان تعلق بالمعصية حد لله تعالى كحد الزنا والشرب فان لم يظهر ذلك فالأولى أن يستره على نفسه لقوله عليه السلام ((من اتى من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله تعالى ، فان من أبدى لنا صفحته اقمنا عليه حد الله)) وان طهره لم يأثم ((لأن ما عزا والغامدية عند رسول الله صلى الله عليه وسلم بالزنا فرجمهما ولم ينكر عليهما)) واما التوبة فى الظاهر وهى التى تعود بها العدالة والولاية وقبول الشهادة فينظر فى المعصية فان كانت فعلا كالزنا والسرقة لم يحكم بصحة التوبة حتى يصلح عمله مدة لقوله تعالى : ((الا الذين تابوا من بعد ذلك واصلحوا)) قدر أصحابنا المدة بسنة لأنه لا تظهر صحة التوبة فى مدة قريبة فكانت اولى المدد بالتقدير سنة لأنه تمر فيها الفصول الأربعة التى تهيج فيها الطبائع وتتغير فيها الأحوال ، وان كانت المعصية بالقول فان كانت ردة فالتوبة منها أن يظهر الشهادتين وان كانت قذفا فقد قال الشافعى رحمه الله ((التوبة منه اكذابه نفسه)) واختلف أصحابنا فيه فقال أبو سعيد الاصطخرى رحمه الله : هو أن يقول كذبت فيما قلت ولا اعود الى مثله ووجهه ما روى عن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((توبة القاذف اكذابه نفسه)) وقال أبو اسحق وابو على ابن ابى هريرة هو ان يقول : قذفى له كان باطلا ، ولا يقول : انى كنت كاذبا لجواز ان يكون صادقا فيضر بتكذيبه نفسه عاصيا كما كان بقذفه عاصيا .

ولا تصح التوبة منه الا باصلاح العمل على ما ذكرناه فى الزنا والسرقة فاما اذا شهد عليه بالزنا ولم يتم العدد فلنا انه لا يجب عليه الحد فهو على عدالته ولا يحتاج الى التوبة ، وان قلنا انه يجب عليه الحد وجبت التوبة ، وهو ان يقول ندمت على ما فعلت ولا اعود الى ما اتهم به ، فاذا قال هذا عادت عدالته ، ولا يشترط فيه اصلاح العمل لأن عمر رضى الله عنه قال لأبى بكرة : ((تب أقبل شهادتك)) وان لم يتب لم تقبل شهادته ويقبل خبره لأن ابا بكرة ردت شهادته وقبلت أخباره، وان كانت معصية بشهادة زور فالتوبة منها ان يقول : كذبت فيما قلت ولا اعود الى مثله ولا يشترط فى صحة توبته اصلاح العمل على ما ذكرناه » .

الشـــرح قوله تعالى : « والذين يرمون المحصـــنات ثم لم يأتوا بأربعة شـــهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شـــهادة أبدا وأولئك هم الفاســـقون الا الذين تابوا » مضى كلام مستفيض فى تفسير هذه الآية فى كتـــاب الحدود من باب حـــد القذف وجمـــلة المقصـــود من ســـياق الفصل وأحكامه :

(أولا) هذه الآية نزلت فى القاذفين وكان سببها ما قيل فى عائشـــة رضى الله عنها .

(ثانيا) قوله : « يرمون » أى يسبون واســـتعير اسم الرمى لأنه اذاية بالقـــول كما قال النابغة .

وجرح اللسان كجرح اليد

(ثالثا) ذكر النســـاء فى الآية هن حيث أذاهن ورميهن بالفاحشـــة أشـــنع وأنكى للنفوس ويدخل الرجال بالمعنى والاجماع وحكى الزهراوى أن المعنى « والأنفس المحصنات » ويدل على ذلك قوله تعالى : «والمحصنات من النســـاء » فكأن المحصنات يكن فى النســـاء والرجال بدلالة مفهـــوم القيـــد بقوله « من النســـاء » فكأنه اذا أطلق شمل النوعين .

(رابعا) للقذف شروط تســـعة شرطان فى القاذف العقل والبلوغ وشرطان فى القذف المقذوف به وهـــو القذف بوطء يلزمه فيـــه الحـــد لو صح كالزنا واللواط أو بنفيه من أبيه وخمســـة فى المقذوف وهى العقل والبلوغ والاسلام والحرية والعفة عن الفاحشة التى رمى بها .

(خامسا) اذا صرح بالزنا كان قذفا ورميا موجبـــا للحد ، فان عرض ولم يصرح لم يكن قذفا الا مفسرا منـــه بارادته قذفا وبه قال أبو حنيفة ، وقال مالك : هـــو قذف أراد أو لم يرد ودليـــل مالك قوله تعالى حكاية عن مريم : « يا أخت هارون ما كان أبوك امرأ ســـوء وما كانت أمك بغيا » فمدحوا أباها ونفوا عن أمها البغـــاء وعرضـــوا لها بذلك حتى قال تعالى : « وبكفرهم وقولهم على مريم بهتانا عظيما » فاعتبر التعريض بهتانا عظيما ،

ونجيب بأن التعريض الذى يكون قذفا هو التعريض الذى أراد صاحبه به القذف وفسر ذلك بقوله ، والدليل على أنهم فسروا هذا التعريض قوله تعالى : « وقولهم على مريم بهتانا عظيما » .

(سادسا) لا حد على من قذف كتابيا أو كتابية وهو مذهب الجمهور حاشا الزهرى وسعيد بن المسيب وابن أبى ليلى فانهم قالوا : عليه الحد اذا كان لها ولد من مسلم .

(سابعا) يجلد العبد اذا قذف أربعين .

(ثامنا) لا يجلد الحر اذا قذف عبدا أو أمه وفى الصحيحين مرفوعا « من قذف مملوكه بالزنا أقيم عليه الحد يوم القيامة » لارتفاع الملك يوم القيامة واستواء الشريف والوضيع والحر والعبد .

(تاسعا) من قذف من يظنه عبدا فكان حرا فعليه الحد وبه قال مالك والحسن البصرى واختاره ابن المنذر . ومن قذف أم الولد حد وهو قياس المذهب وهو قول مالك وروى عن ابن عمر وقال الحسن البصرى : لا حد عليه .

(عاشرا) لا حد على من قال : يا من وطىء بين الفخذين وقال ابن القاسم من أصحاب مالك : عليه الحد لأنه تعريض وخالفه أشهب لأنه نسبه الى فعل لا حد فيه .

(حادى عشر) لا يحد من رمى صبية وانما يعزر وبه قال أبو حنيفة وأبو ثور اذ لا حد عليها وقال مالك : يحد لأنه قذف والفرق بين المذهبين أن مالكا طلب حماية عرض المقذوف وغيره راعى حماية ظهر القاذف قال القرطبى : وحماية عرض المقذوف أولى لأن القاذف كشف ستره بطرف لسانه فلزمه الحد . وقال أحمد فى بنت تسع يجلد قاذفها ، والصبى اذا بلغ عشرا ضرب قاذفه .

(ثانى عشر) قوله تعالى : « ثم لم يأتوا بأربعة شهداء » الذى يفتقر الى أربعة شهداء دون سائر الحقوق هو الزنا رحمة بعباده وسترا لهم .

(ثالث عشر) قوله تعالى : « الا الذين تابوا » فى موضع نصب على الاستثناء ويجوز أن يكون فى موضع خفض على البدل والمعنى : لا تقبلوا لهم شهادة أبدا الا الذين تابوا وأصلحوا من بعد القذف ، فتضمنت الآية ثلاثة أحكام فى القاذف : جلده ورد شهادته وفسقه ، فالاستثناء غير عامل فى جلده باجماع الا ما روى عن الشعبى • وعامل فى نسقه باجماع •

فرع فى مذاهب العلماء فى رد الشهادة •

مذهبنا أنه اذا قذف الرجل محصنة أو محصنا وجب عليه الحد ولم يسقطه عن نفسه بينة ولا لعان ، فقد ذكرنا أنه يفسق بذلك وترد شهادته ، واذا تاب فانه لا يسقط عنه الحد ويزول عنه الفسق بلا خلاف • ثم تقبل شهادته عندنا وبه قال عمر رضى الله عنه فى الصحابة ، وفى التابعين عطاء وطاوس والشعبى رحمهم الله ومن الفقهاء ربيعة الرأى ومالك والأوزاعى وأحمد واسحق بن راهوية رحمهم الله • وقال شريح والنخعى والثورى وأبو حنيفة : لا تقبل شهادته أبدا ، الا أن أبا حنيفة يقول : لا ترد شهادة القاذف حتى يجلد ، فان جلد ثمانين جلدة كانت شهادته مقبولة ، والدليل على أن شهادته ترد بنفس القذف قوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء » الآية • فذكر القذف وعلق عليه حكمين : الجلد ورد الشهادة • والظاهر أنهما متعلقان به وحده كما لو قال قائل من دخل الدار فأعطه دينار أو أكرمه فالظاهر أنه يلزمه أن يعطيه الدينار ، ويلزمه بنفس الدخول فمن علق رد الشهادة بمعنى غير القذف فقد خالف ظاهر الآية ، ولأن الحد كفارة وتطهير لقوله صلى الله عليه وسلم : « الحدود كفارات لأهلها » أخرجه أحمد عن خزيمة بن ثابت وأخرجه الطبرانى بمعناه فى الأوسط وفيه ياسين الزيات وفيه مقال ولما أمر صلى الله عليه وسلم برجم الغامدية فرجمت فسبها رجل فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « لا تسبها فلقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لقبل منه » واذا كان الحد كفارة لم يكن سببا لرد الشهادة كاستيفاء الديون منه ، والدليل على أن شهادة القاذف تقبل اذا تاب قوله تعالى : « ولا تقبلوا لهم شهادة

أبدا وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا » فذكر الله عز وجل الاستثناء عقيب رد الشهادة والتفسيق فاقتضى الظاهر رجوعه الى كل واحد منهما لأنه يصلح لكل واحد منهما كما لو قال رجل امرأته طالق وعبده حر ان شاء الله فان الاستثناء يرجع اليهما ، وعود الاستثناء الى رد الشهادة أقوى لأنه حكم ، والتفسيق خرج مخرج الخبر ، والاستثناء انما يرجع الى الحكم دون الخبر ، كما قال رجل : أعط زيدا درهما وقد قدم عمرو ، الا أن يدخل الدار فان الاستثناء يرجع الى الحكم دون الخبر . وقال عمر رضى الله عنه : « توبة القاذف اكذابه نفسه فاذا تاب قبلت شهادته » وهذا نص وقد قال بهذا الشعبى ، وحكى هذا القول النحاس عن أهل المدينة وقال الشعبى : الاستثناء من الأحكام الثلاثة اذا تاب وظهرت توبته لم يحد وقبلت شهادته وزال عنه التفسيق ، لأنه قد صار ممن يرضى من الشهداء ، وقد قال تعالى : « وانى لغفار لمن تاب » الآية .

فرع فى اختلاف علماء المالكية : متى تسقط شهادة القاذف ؟ فقال ابن الماجشون بنفس قذفه وقال ابن القاسم وأشهب وسحنون : لا تسقط حتى يجلد فان منع من جلده مانع عفو أو غيره لم ترد شهادته . وقال الشيخ أبو الحسن اللخمى : شهادته فى مدة الأجل موقوفة ورجح القول الذى ذهب اليه أصحابنا الشافعية رحمهم الله تبعا له بأن التوبة تكون بالتكذيب فى القذف ، ولكنه لا يقبل شهادة من حد ، ويقول : وأى رجوع لعدل ان قذف وحد وبقى على عدالته .

فرع اختلفت المالكية على القول بجواز شهادته بعد التوبة فى أى شىء تجوز فقال مالك : تجوز فى كل شىء مطلقا وكذلك كل من حد فى شىء من الأشياء حكاه عنه نافع وابن عبد الحكم وهو قول ابن كنانة ، وذكر زكريا بن يحيى الوقار[1] عن مالك أنه لا تقبل شهادته فيما حد فيه خاصة وتقبل فيما سوى ذلك وهو قول مطوف

---

(١) الوقار كسحاب هو لقب زكريا بن يحيى الفقيه المصرى المالكى .

وابن الماجشون ، وروى العتبى عن أصبغ وسحنون مثله واتفقوا على أن ولد الزنا لا تجوز شهادته فى الزنا .

فرع فى أقوال العلماء فى الاستثناء . فتقول : مذهبنا أن الاستثناء اذا تعقب جملا معطوفة عاد الى جميعها وبهذا قال مالك وأصحابه ، وقال أبو حنيفة وأكثر أصحابه : يرجع الاستثناء الى أقرب مذكور وهو الفسق ، ولهذا لا تقبل شهادته ، فان الاستثناء الى الفسق خاصة لا الى قبول الشهادة .

وسبب الخلاف سببان (أحدهما) هل هذه الجمل فى حكم الجملة الواحدة للعطف الذى فيها أو لكل جملة حكم نفسها فى الاستقلال وحرف العطف محسن لا مشرك وهو الصحيح فى عطف الجمل لجواز عطف الجمل المختلفة بعضها على بعض .

(السبب الثانى) يشبه الاستثناء بالشروط فى عدده الى الجمل المتقدمة ، فانه يعود الى جميعها عند الفقهاء أو لا يشبه به ، لأنه من باب القياس فى اللغة وهو فاسد على ما يعرف فى أصول الفقه ، والأصل أن كل ذلك محتمل ولا ترجيح فتعين ما قاله القاضى أبو بكر ابن العربى من الوقف ، ويتأيد الاشكال بأنه قد جاء فى كتاب الله عز وجل كلا الأمرين ، فان آية المحاربة فيها عود الضمير الى الجميع باتفاق ، وآية قتل المؤمن خطأ فيها رد الاستثناء الى الأخيرة باتفاق ، وآية القذف محتملة للوجهين ، فتعين الوقف من غيرمين ، قال القرطبى : قال علماؤنا : وهذا نظر كلى أصولى .

ويترجح قول الشافعى ومالك رحمهما الله من جهة نظر الفقه الجزئى بأن يقال : الاستثناء راجع الى الفسق والنهى عن قبول الشهادة جميعا الا أن يفرق بين ذلك بخبر يجب التسليم له . وأجمعت الأمة على أن التوبة تمحو الكفر فيجب أن يكون ما دون ذلك أولى والله أعلم .

قال أبو عبيد : الاستثناء يرجع الى الجمل السابقة قال : وليس من نسب الى الزنا بأعظم حرما من مرتكب الزنا ، ثم الزانى اذا تاب قبلت

شهادته ، لأن « التائب من الذنب كمن لا ذنب له » واذا قبل الله التوبة من العبد كان العباد بالقبول أولى مع أن مثل هذا الاستثناء موجود في مواضع من القرآن منها قوله تعالى : « انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ــ الى قوله ــ الا الذين تابوا » ولا شك أن هذا الاستثناء الى الجميع • وقال الزجاج : وليس القاذف بأشد جرما من الكافر فحقه اذا تاب وأصلح أن تقبل شهادته •

وقال الشعبى للمخالفين فيها : يقبل الله توبته ولا تقبلون شهادته ؟؟

ثم ان كان الاستثناء يرجع الى الجملة الأخيرة عند أقوام من الأصوليين فقوله : « وأولئك هم الفاسقون » تعليل لا جملة مستقلة بنفسها • أى لا تقبلوا شهادتهم لفسقهم ، فاذا زال الفسق فلم لا تقبل شهادتهم ؟ ثم توبة القاذف اكذابه نفسه كما قال عمر لقذفة المغيرة بحضرة الصحابة من غير نكير ، مع اشاعة القضية وشهرتها من البصرة الى الحجاز وغير ذلك من الأقطار • ولو كان تأويل الآية ما تأوله الكوفيون لم يكن يجوز أن يذهب علم ذلك عن الصحابة ولقالوا لعمر : لا يجوز قبول توبة القاذف أبدا ولم يسعهم السكوت عن القضاء بتحريف تأويل الكتاب فسقط قولهم والله المستعان • أفاده فى الجامع لأحكام القرآن •

فرع اذا لم يجلد القاذف بأن مات المقذوف قبل أن يطالب القاذف بالحد أو لم يرفع الى السلطان أو عفا المقذوف فالشهادة مقبولة لأن عند الخصم فى المسألة النهى عن قبول الشهادة معطوف على الحد ، قال تعالى : « فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا » وعند هذا قال الشافعى : هو قبل أن يحد شر منه حنين حد لأن الحدود كفارات ، فكيف ترد شهادته فى أحسن حاليه دون أخسهما •

قال القرطبى : ولا خلاف وقال ابن الماحشون بنفس القذف ترد شهادته ، وبه قال الليث والأوزاعى والشافعى : ترد شهادته وان لم يحد ، لأنه بالقذف يفسق لأنه من الكبائر فلا تقبل شهادته حتى تصح براءته باقرار المقذوف له بالزنا أو بقيام البينة عليه •

مســـألة كل من فعل معصية فانه يلزمه التوبة منها لقوله صلى الله عليــه وسلم وهو على المنبر : « يا أيها الناس توبوا الى ربكم من قبل أن تموتوا » فاذا تاب قبــل الله توبته لقوله تعالى : « والذين اذا فعلوا فاحشــة أو ظلموا أنفســهم ذكروا الله فاســتغفروا لذنوبهم ومن يغفر الذنوب الا الله ، ولم يصروا على ما فعلوا وهم يعلمون » ولقوله صلى الله علــه وسلم : « التوبة تجب ما قبلها » .

اذا ثبت هذا فالتوبة توبتان ، توبة فى الباطن وتوبة فى الظاهر ، فأما التوبة فى الباطن وهى التوبة فيما بينه وبين الله تعالى فينظر فى المعصــية التى فعلها ، فان لم يجب بها حــق آدمى بأن قبــل امرأة أجنبية أو مسها بشــهوة وما أشــبه ذلك فالتوبة من ذلك أن يندم على ما فعل ويعزم على ألا يعود الى مثل ذلك فى المستقبل فاذا أتى بذلك فقد أتى بما يجب عليه ، ثم القبــول الى الله تعالى . والدليل عليه قوله تعالى : « والذين اذا فعلوا فاحشــة أو ظلموا أنفسهم ذكروا الله فاستغفروا لذنوبهم » فجعل التوبة من ذلك الاستغفار وألا يصروا على ما فعلوا .

وان وجب بها حــق فلا يخلو اما أن يكون لآدمى أو لله ، فان كان لآدمى فالتوبة من ذلك أن يندم على ما فعــل ويعزم على ألا يعود الى مثل ذلك فى المستقبل ، ويؤدى حــق الآدمى ، فان كان مالا باقيا رده ، وان كان تالفا وجب عليــه ضمانه ، وان لم يقــدر عليــه ســأل صاحبه أن يبرئه منــه وان لم يبرئه منــه أو لو وجــد المــال ولم يقدر على صاحبه نوى أنه اذا لقيــه وفاة أياه .

فــــرع اذا كان الحق على البــدن كحد القــذف والقصــاص اشترط مع الندم والعزم على ألا يعود الى مثله أن يمكن صــاحب الحق من اســتيفاء الحق منه ، وعرض ذلك عليــه لمــا روى النخعى « أن عمر ابن الخطاب رضى الله عنــه رأى رجــلا يصلى مع النســاء فضربه بالدرة فقــال له الرجــل : ان كنت أحسنت فقــد ظلمتنى ، وان كنت أســأت فما علمتنى ، فقال له عمر رضى الله عنــه : اقتص قال : لا قال : اعف قال :

لا ، فافترقا على ذلك . ثم لقيه عمر من الغد فتغير لون عمر فقال له الرجل : يا أمير المؤمنين ما كان منى قد أسرع فيك قال أجل قال : فاشهد أنى قد عفوت عنك » .

فان لم يقدر على صاحب الحق نوى أنه اذا قدر عليه سلمه نفسه لحقه ، وان وجب بالمعصية حق لله تعالى كحد الزنا واللواط والشرب والسرقة فان لم يظهر ذلك فالأولى أن يسره فى نفسه ولا يظهره لقوله صلى الله عليه وسلم : « من أتى من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله ، فان أبان لنا صفحته أقمنا عليه الحد » ولقوله صلى الله عليه وسلم : « هلا سترته بثوبك يا هزال » فان لم يستر ذلك بل أظهره على نفسه لم يكن محرما لأن ماعزا والغامدية أقرا عند النبى صلى الله عليه وسلم بالزنا ولم ينكر عليهما فاذا ظهر ذلك عليه احتاج أن يظهر نفسه ، ويحضر الى الامام ويعرف به حتى يستوفى منه الحد ، لأنه لا معنى لستره مع ظهوره عليه .

فرع فى التوبة الظاهرة التى يتعلق بها قبول الشهادة وعود الولاية :

قال الشيخ أبو حامد الاسفراييني : فلا تخلو المعصية اما أن تكون فعلا أو قولا ، فان كانت فعلا كالزنا واللواط وشرب الخمر والغصب والتوبة من ذلك بالفعل ، لأن فسقه لما كان بالفعل كانت التوبة منه بالفعل فتمضى مدة يصلح بها عمله فيأتى بضد تلك المعصية من العمل الصالح وقدر أصحابنا هذه المدة بسنة ومن الناس من قدرها ستة أشهر ، وما ذكرناه أولى ، لأن السنة قد تعلق بها أحكام الشرع ، وهى الزكاة والدية والجزية ومدة العنة .

وان كانت المعصية قولا نظرت ، فان كانت كفرا فالتوبة منها أن يأتى بالشهادتين ، فاذا فعل ذلك حكم بتوبته وعاد الى حالة عدالته ، لأنه انما حكم بفسقه بالقول ، فاذا أتى بما يضاد ذلك فقد أتى التوبة ، وان كانت المعصية قذفا صريحا قال الشافعى رحمه الله فالتوبة منه

اكذابه لنفسه . واختلف أصحابنا فيما يحصل به تكذيب نفسه فقال أبو سعيد الاصطخرى : يحتاج أنه يقول : كذبت فيما قلت ولا أعود لمثله ، وبه قال أحمد بن حنبل رحمه الله لما روى عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « توبة القاذف اكذابه لنفسه » ولأنه قد تقدم منه القذف فاحتاج أن يرجع عنه بأن يكذب نفسه فيه . وقال أبو اسحق وأبو على ابن أبى هريرة يقول : « القذف محرم ولا أعود اليه » لأنه قد تقدم منه القذف . فاذا قال : هو محرم كان مضادا له ولا يقول : وكذبت فيما قلت ، لأنه قد يكون صادقا فلا يؤمر بالكذب ، والخبر محمول على الأمر بالبطلان ، فانه نوع اكذاب أيضا ، وهل يحتاج الى اصلاح العمل مع ذلك سنة ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يفتقر الى ذلك وبه قال أحمد لحديث عمر ، ولأن المعصية قول فكفى بالتوبة منها بالقول كالردة (والثانى) يفتقر مع ذلك الى اصلاح العمل سنة ، ولم يذكر الشيخان أبو حامد وأبو اسحاق غيره ، لقوله تعالى : « فأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان الله غفور رحيم » وهذا نص .

فرع اذا شهد على غيره بالزنا ولم يتم العدد فان قلنا : لا يجب عليه الحد فهو على عدالته . وان قلنا : يجب عليه الحد فالتوبة منه بالقول وهو أن يقول : ندمت على ما كان منى ولا أعود الى ما أتهم فيه ، فاذا قال ذلك قبلت شهادته ولا يشترط فيه اصلاح العمل لأن عمر رضى الله عنه قال لأبى بكرة حين شهد على المغيرة بالزنا ولم يتم العدد : تب أقبل شهادتك ولم يشترط عليه اصلاح العمل ، ولم ينكر عليه أحد . والفرق بينه وبين القذف الصريح أن بالقذف الصريح علم نصا ، والفسق ها هنا بالشهادة علم بالاجتهاد ، وتقبل أخباره قبل توبته ، لأن أبا بكرة كانت أخباره مقبولة . ولأن الخبر أوسع من الشهادة بدليل أن الخبر يقبل من الرقيق ولا تقبل منه الشهادة ، وان كانت المعصية بشهادة الزور ، فالتوبة منه أن يقول : كذبت فيما قلت ولا أعود الى مثله ، قال المصنف هنا : ويشترط

اصلاح العمل على ما ذكرناه ولم يذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ الاصلاح •

فصل فى تخريج أحاديث الفصل « حديث : من أتى من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله الخ » رواه مالك فى الموطأ من حديث طويل عن زيد بن أسلم « أن رجلا اعترف على نفسه بالزنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فدعا له رسول الله صلى الله عليه وسلم بسوط مكسور فقال : فوق هذا ، فأتى بسوط جديد لم تقطع ثمرته • فقال : دون هذا فأتى بسوط قد ركب به ولان فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فجلد ثم قال : أيها الناس قد آن لكم أن تنتهوا عن حدود الله من أصاب من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله فانه من يبد لنا صفحته نقم عليه كتاب الله » وأخرج رزين من حديث ابن مسعود « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى برجل قد شرب فقال : أيها الناس ، قد آن لكم أن تنتهوا عن حدود الله فمن أصاب من هذه القاذورة شيئا فليستتر بستر الله فانه من يبدله صفحته نقم عليه كتاب الله • وقرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم : والذين لا يدعون مع الله الها آخر ولا يقتلون النفس التى حرم الله الا بالحق ولا يزنون ، وقال : قرن الله الزنا مع الشرك وقال : لا يزنى الزانى حين يزنى وهو مؤمن » وخبر رجم ما عز والغامدية أخرجه مسلم وأبو داود عن بريدة والبخارى ومسلم والترمذى وأبو داود عن ابن عباس وأخرجه مسلم والترمذى والنسائى وأبو داود من حديث جابر • وأما خبر الغامدية فقد أخرجه مسلم والترمذى وأبو داود والنسائى عن عمران بن الحصين وعند أبى داود أيضا من حديث أبى بكرة وخالد بن اللجاج وحديث عمر مرفوعا « توبة القاذف اكذابه نفسه » ضمن خبر شهادة أبى بكرة واخوته على المغيرة بن شعبة واقامته الحد على أبى بكرة وطلب منه التوبة باكذابه نفسه فأبى وقد مضى فى الحدود من الجزء الثامن عشر •

وأما أثر عمر فى ضربه مخالط النساء فقد أخرجه البيهقى • والله تعالى أعلم وله الحمد والمنة سبحانه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان شـهد صبى أو عبد أو كافر لم تقبل شـهادته ، فان بلغ الصبى أو أعتـق العبد أو أسلم الكافر وأعاد تلك الشهادة قبلت ، وان شـهد فاسـق فردت شهادته ثم تاب وأعاد تلك الشـهادة لم تقبل . وقال المزنى وأبو ثور رحمهما الله : تقبـل كما تقبـل من الصبى اذا بلغ ، والعبـد اذا أعتـق ، والكافر اذا أسـلم وهـذا خطأ لأن هؤلاء لا عار عليهم عليهم فى رد شـهادتهم فلا يلحقهم تهمـة فى اعادة الشـهادة بعـد الكمال والفاسـق عليه عار فى رد شـهادته فلا يؤمن أن يظهر التوبة لازالة العـار فلا تنفك شـهادته من التهمة ، وان شـهد المولى لمكاتبه بمال فردت شهادته ثم أدى المكاتب مال الكتابة وعتـق وأعاد المولى الشـهادة له بالمـال فقـد قال أبو العباس فيـه وجهان (أحدهما) أنه تقبـل لأن شـهادته لم ترد بمعرة وانما ردت لأنه ينسب لنفسـه حقـا بشـهادته ، وقد زال هـذا المعنى بالعتـق (والثانى) أنها لا تقبـل وهو الصحيح لأنه ردت شـهادته للتهمة فلم تقبـل اذا أعادها كالفاسـق اذا ردت شـهادته ثم تاب وأعاد الشـهادة ، وان شـهد رجل على رجـل أنه قذفه وزوجته فردت شهادته ثم عفـا عن قذفه وحسنت الحال بينهما ثم أعـاد الشـهادة للزوجة لم تقبل شـهادته ، لأنها شـهادة ردت للتهمة فلم تقبـل ، وان زالت التهمـة ، كالفاسـق اذا ردت شـهادته ثم تاب وأعاد الشـهاد ، وان شـهد لرجل أخـوان له بجراحة لم تندمل وهمـا وارثان له فردت شهادتهما ثم اندملت الجراحة فأعاد الشـهادة ففيـه وجهان (أحدهما) أنه تقبـل لأنها ردت التهمة وقـد زالت التهمة (والثانى) وهو قول أبى اسحاق وظاهر المذهب أنها لا تقبـل لأنها شـهادة ردت للتهمة فلم تقبـل كالفاسق اذا ردت شهادته ثم تاب وأعاد » .

الشـــرح الأحكام : اذا شـهد صبى أو عبد أو ذمى بشـهادة لم يسـمعها الحاكم ، فان سمعها ثم بان حالهم ردهـا ، فان بلغ الصبى وأعتق العبـد وأسلم الكافر ثم أعادوا تلك الشـهادة قبلت ، وبذلك قال أبو حنيفة . وقال مالك : لا تقبـل . دليلنـا أن هؤلاء لا عار عليهم فى رد شـهادتهم ، فاذا زال نقصهم وأعادوا تلك الشـهادة لم تلحقهم التهمة فى اعادتها فقبلت .

الشـــرح اذا شـهد فاسـق بشهادة فردت شهادته ثم تاب وأعاد تلك الشـهادة فان كان فسـقه غير ظـاهر ـ فهل تقبـل شـهادته اذا

أعادها بعد التوبة ؟ ـ فيه (وجهان) أحدهما لا تقبل كما لو كان فسقه غير ظاهر (والثانى) تقبل لأنه كان يظهر فقبلت شهادته بعد زواله كالعبد اذا أعاد شهادته بعد العتق ، وقال داود : تقبل شهادته بعد التوبة بكل حال . دليلنا أن الفاسق لحقه العار والنقص برد شهادته ، فاذا تاب وأعاد تلك الشهادة كان متهما أنه انما تاب لتقبل شهادته ليزول عنه للعار الذى لحقه ، وكل شهادة فيها تهمة لم تقبل كشهادة الوالد للولد .

فرع فان شهد المولى لمكاتبه فردت شهادته ثم أدى المكاتب مال المكاتبة فعتق ثم أعاد تلك الشهادة فهل تقبل ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا تقبل لأنها انما ردت للتهمة ، فاذا أعادها لم تقبل كالفاسق اذا أعاد شهادته بعد التوبة (والثانى) أنها تقبل لأنها انما ردت لأنه انما يجر بها الى نفسه نفعا وقد زال هذا المعنى ، فاذا أعادها قبلت ، والأول أصح .

فرع قال المصنف هنا : فان شهد رجل على رجل أنه قذف زوجته فردت شهادته ثم عفا عن قذفه وحسنت الحال بينهما ثم ادعى تلك الشهادة للزوجة لم تقبل لأنها شهادة ردت لتهمة فلم تقبل ، وان زالت التهمة كالفاسق اذا ردت شهادته ثم تاب وأعاد الشهادة ، وقال المسعودى اذا رد شهادته لعداوة ظاهرة فزالت تلك العداوة وأعاد تلك الشهادة فهل تقبل ؟ فيه وجهان كالفسق الظاهر ، وان شهد لرجل أخوان له بجراحة لم تندمل وهما وارثاه فردت شهادتهما ثم اندملت الجراحة وأعادا تلك الشهادة ففيه وجهان (أحدهما) تقبل لأنها ردت للتهمة وقد زالت التهمة (والثانى) لا تقبل وهو ظاهر المذهب لأنها ردت للتهمة فلم تقبل كالفاسق اذا أعاد الشهادة بعد التوبة والله تعالى أعلم .

حكم المصورين وأحكام التصوير والنحت

كثر الكلام حول الصور والمصورين فغالى بعض المانعين حتى

حرم الصورة الفوتوغرافية التى أصبحت من ضرورات الحياة ، فلا يستطيع أحـد أن يتعامل مع الهيئات الا اذا تحلت هويته بصورته ، ولا يستطيع طالب علم أن يحضر مجالس الامتحانات الا اذا كانت صورته تسم أوراقه وأفرط بعض المجيزين حتى أباح التماثيل العـارية والمسخ الكريه الذى أشـاعه فى أذواق الشـباب المراهـق فنان متحل فاسـد الفطرة مختـل العقـل يدعى (بيكاسـو) بما أسـماه بالسـير يالزم أو الفن التشكيلى المختلط .

ولكى نصل الى القول الفصل فى هذا نقول : ان الشـارع أجاز لنا النظر فى المرآة لحكم كثيرة لا تخفى ، وما المرآة الا ظهور صـورة المـاثل أمامها بشكله ورسمه وحركاته وسكناته ، وما الصـورة الا تثبيت هـذا الشكل المتحرك على ورقة ، أو بحركته على شريط ، فهـو كالمرآة مـع تثبيته ، اذ المرأة تنماع منها الصورة بمجرد الميل عنها .

وقد عرفت المجتمعات الاسلامية التصوير منـذ كان موسوما على خاتم عمر صورة طائر وقد زعم بعضهم أن تحريم التصـوير فى الاسـلام أثر تأثيرا مباشرا على هـذا الفن ، فجعـله متأخـرا عنـه فى بلاد غير اسـلامية . وسنأتى بعـد استيعاب هذا البحث فى التصوير والنحت على من نبغ من المسـلمين فى هذا الفن وما تركوه من آثار .

قال تعـالى : « يعملون له ما يشـاء من محاريب وتماثيل وجفـان كالجواب وقدور راسبات اعملوا آل داود شـكرا وقليـل من عبـادى الشـكور » .

فقوله تعـالى : « تماثيل » هو جمع تمثال (بكسر التاء) وهو كل ما صـور على مثل صورة حيوان أو غيره قال القرطبى : وذكر أنها صور الأنبياء والعلمـاء وكانت تصـور فى المسـاجد ليراهـا الناس فيزدادوا عبادة واجتهادا قال صلى الله عليـه وسلم : « ان أولئك كان اذا مات فيهم الرجل الصـالح بنوا على قبره مسـجدا وصوروا فيـه تلك الصور » أى ليتذكروا عبادتهم فيجتهدوا فى العبادة . هـذا يدل على أن التصوير

كان مباحا فى ذلك الزمان ، ونسخ ذلك بشرع محمد صلى الله عليه وسلم أ هـ وقال تعالى فى سورة نوح : « وقالوا لا تذرن آلهتكم ولا تذرن ودا ولا سواعا • ولا يغوث ويعوق ونسرا » قال عروة بن الزبير وغيره : اشتكى آدم عليه السلام وعنده بنوه ود وسواع ويغوث ويعوق ونسر وكان ود أكبرهم وأبرهم به قال محمد بن كعب : كان لآدم عليه السلام خمس بنين (وذكر هؤلاء) وكانوا عبادا فمات واحد منهم فحزنوا عليه فقال الشيطان : أنا أصور لكم مثله اذا نظرتم اليه ذكرتموه قالوا : افعل فصوره فى المسجد من صفر ورصاص ثم مات آخر فصوره حتى ماتوا كلهم فصورهم ، وتنقصت الأشياء كما تنقص اليوم الى أن تركوا عبادة الله تعالى بعد حين • فقال لهم الشيطان : مالكم لا تعبدون شيئا ؟ قالوا : وما نعبد ؟ قال : آلهتكم وآلهة آبائكم ألا ترون فى مصلاكم فعبدوها من دون الله حتى بعث الله نوحا فقالوا : « لا تذرن آلهتكم ولا تذرن ودا ولا سواعا » الآية •

وقال محمد بن كعب : بل كانوا قوما صالحين بين آدم ونوح ، وكان لهم تبع يقتدون بهم فلما ماتوا زين لهم ابليس أن يصوروا صورهم ليتذكروا بها اجتهادهم وليتسلوا بالنظر اليها فصورهم فلما ماتوا وجاء آخرون قالوا : ليت شعرنا هذه الصور ما كان آباؤنا يصنعون بها فجاءهم الشيطان فأوحى اليهم أن آباءكم كانوا يعبدونها فترحمهم وتسقيهم المطر فعبدوها وقال القرطبى : وبهذا المعنى فسر ما جاء فى صحيح مسلم من حديث عائشة أن أم حبيبة وأم سلمة ذكرتا كنيسة رأينها بالحبشة تسمى مارية فيها تصاوير لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم : « ان أولئك اذا كان فيهم الرجل الصالح فمات بنوا على قبره مسجدا وصوروا فيه تلك الصور أولئك شرار الخلق عند الله يوم القيامة » أ هـ •

وأما تماثيل سليمان فقيل انهم عملوا له أسدين فى أسفل كرسيه ونسرين فوقه ، فاذا أراد أن يصعد بسط الأسدان له ذراعيهما واذا قعد أطلق النسران أجنحتهما •

وحكى مكى أن فرقة تجوز التصوير وتحتج بهذه الآية قال ابن عطية : وذلك خطأ وما أحفظ عن أحد من أئمة العلم من يجوزه قال القرطبى : ما حكاه مكى ذكره النحاس قبله قال النحاس : قال قوم : عمل الصور جائز لهذه الآية ولما أخبر الله عز وجل عن المسيح وقال قوم قد صح النهى عن النبى صلى الله عليه وسلم عنها والتوعد لمن عملها أو اتخذها فنسخ الله عز وجل بهذا ما كان مباحا قبله وكانت الحكمة فى ذلك لأنه بعث عليه السلام والصور تعبد فكان الأصلح ازالتها الى أن قال وعن أبى العالية : لم يكن اتخاذ الصور اذ ذاك محرما أ هـ .

ومقتضى الأحاديث يدل على أن الصور ممنوعة سواء أكانت تماثيل أو تصاوير لحديث : « ان الملائكة لا تدخل بيتا فيه تصاوير » متفق عليه وفى لفظ لمسلم « تماثيل » وقال الدكتور يوسف القرضاوى فى كتاب (الحلال والحرام) .

« وحرم الاسلام على المسلم أن يشتغل بصناعة التماثيل وان كان يعملها لغير مسلمين قال عليه السلام « ان من أشد الناس عذابا يوم القيامة الذين يصورون هذه الصور » وفى رواية « الذين يضاهون بخلق الله » متفق عليه وأخبر صلى الله عليه وسلم أن « من صور صورة كلف يوم القيامة أن ينفخ فيها الروح وليس بنافخ فيها أبدا » رواه البخارى وغيره . ومعنى هذا أنه يطلب اليه أن يجعل فيها حياة حقيقية . وهذا التكليف انما هو للتعجيز والتقريع » . ثم تكلم عن صلة صناعة التماثيل بالوثنية وأن الاسلام شديد الحساسية فسارع الى سد ذريعة الوثنية بالضرب على صناعة التماثيل فحرمها وجعل تخليد العظماء بما هو أسمى وأعظم من تحت الحجارة الى أن قال : الرخصة فى لعب البنات :

واذا كان هناك نوع من التماثيل لا يظهر فيه قصد التعظيم ولا الترف ولا يلزم منه شىء من المحظورات السابقة فالاسلام لا يضيق به صدرا ولا يرى به بأسا .

وذلك كلعب الأولاد الصغار التى تصنع على شكل عرائس أو قطط

أو غير ذلك من السباع والحيوانات لأن هذه الصور تمتهن باللعب وعبث الأولاد بها • قالت أم المؤمنين عائشة : « كنت ألعب بالبنات عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان يأتينى صواحب لى فكن ينقمعن (يختفين) خوفا من رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يسر لمجيئهن الى فيلعبن معى » متفق عليه وفى رواية « قال لها يوما : ما هذا ؟ قالت : بناتى قال : ما هذا الذى وسطهن ؟ قالت : فرس قال : وما هذا الذى عليه قالت : جناحان قال : فرس له جناحان ؟ قالت : أو ما سمعت أنه كان لسليمان بن داود خيل لها أجنحة ؟ فضحك النبى صلى الله عليه وسلم حتى بدت نواجذه » رواه داود والبنات المذكورة فى الحديث هى العرائس التى يلعب بها الجوارى والولدان وكانت السيدة عائشة حديثة السن فى أول زواجها من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الشوكانى :

فى هذا الحديث دليل على أنه يجوز تمكين الصغار باللعب بالتماثيل ، وقد روى عن مالك أنه كره للرجل أن يشترى لبنته ذلك ، وقال القاضى عياض : ان اللعب بالبنات للبنات الصغار رخصة ا هـ ومثل لعب الأطفال التماثيل التى تصنع من الحلوى وتباع فى الأعياد ونحوها ثم لا تلبث أن تؤكل •

التماثيل الناقصة والمشوهة

ورد فى الحديث أن جبريل عليه السلام امتنع عن دخول بيت الرسول صلى الله عليه وسلم لوجود تمثال على باب بيته ولم يدخل فى اليوم التالى حتى قال له : « مر برأس التمثال فيقطع حتى يصير كهيئة الشجرة » ثم قال :

وقد استدل فريق من العلماء على أن المحرم من الصور هو ما كان كاملا أما ما فقد عضوا لا تمكنه الحياة بدونه فهو مباح • ولكن النظر الصحيح الصادق فيما طلبه جبريل من قطع رأس التمثال حتى يصير كهيئة شجرة ، يدلنا على أن العبرة ليست بتأثير العضو الناقص فى

حيـاة الصـور أو موتها بدونه • وانما العبرة فى تشويهها بحيث لا يبقى منظرها موحيـا بتعظيمها من نقص هذا الجزء منها •

ولا ريب أننا اذا تأملنا وأنصفنا نحكم بأن التماثيل النصفية التى تقام فى الميادين تخليدا لبعض الملوك والعظماء أشـد فى الحرمة من التماثيل الصغيرة الكاملة التى تتخذ للزينة فى البيوت أ هـ •

وقال القرطبى الجـزء ١٤ ص ٢٧٣ مقتضى الأحـاديث يدل على أن الصـور ممنوعة ثم جاء « الا ما كان رقما فى ثوب » مخص من جملة الصـور ثم ثبتت الكراهية فيـه بقوله عليه السـلام لعائشـة فى الثوب « أخريه عنى فانى كلما رأيته ذكرت الدنيا » ثم بهتكه الثوب المصـور على عائشـة منع منـه ثم بقطعها لـه وسادتين تغيرت الصورة وخرجت عن هيئتها ، فان جـواز ذلك اذا لم تكن الصـورة فيه متصلة الهيئـة ولو كانت متصلة الهيئة لم يجز لقولها فى النمرقة المصـورة : اشتريتها لك لتقعد عليها وتوسـدها فمنع وتوعـد عليه ، وتبين بحديث الصـلاة الى الصور أن ذلك جائنى فى الثوب ثم نسخه المنع منه ، فهكذا استقر الأمر فـه والله أعلم قاله ابن العربى •

وروى مسلم عن عائشـة قالت : « كان لنـا ستر فيه تمثال طائر وكان الداخل اذا دخـل استقبله فقال رسـول الله صلى الله عليه وسلم حولى هذا فانى كلما دخلت فرأيته ذكرت الدنيا » قالت : وكانت لنا قطيفة تقول عليها حرير فكنا نلبسـها ، وعنها قالت : « دخل على رسـول الله صلى الله عليه وسلم وأنا مسـتترة بقرام فيه صـورة فتلون وجهـه ثم تناول السـتر فهتكه ثم قال : ان من أشـد الناس عذابا يوم القيامة الذين يشـبهون بخلق الله عز وجل » وعنها : « أنه كان لها ثوب فيه تصـاوير ممدود الى سـهوة فكان النبى صلى الله عليـه وسلم يصلى اليه فقال : أخريه منى قالت : فأخرته فجعلته وسـادتين » قال بعض العلمـاء ويمكن تهتيكه عليه السلام الثوب وأمره بتأخيره ورعا لأن محل النبوة والرسالة الكمال • فتأمله •

وقال الشافعى فى الأم : ان دعى رجل الى عرس فرأى صورة ذات روح أو صورا ذات أرواح لم يدخل ان كانت منصوبة ، وان كانت توطأ فلا بأس • وان كانت صورا لشجر • ولم يختلفوا أن الصور فى الستور المعلقة مكروهة غير محرمة • وكذلك عندهم ما كان خرطا أو نقشا فى البناء ، واستثنى بعضهم « ما كان رقما فى ثوب » لحديث سهل بن حنيف • وقد عقد البخارى فى صحيحه بابا ترجمه (باب عذاب المصورين) يوم القيامة عن أبى الضحى مسلم بن صبيح قال : كنا عند مسروق فى دار يسار بن نمير فرأى فى صفته تماثيل فقال : سمعت عبد الله قال : سمت النبى صلى الله عليه وسلم يقول : « ان أشد الناس عذابا عند الله يوم القيامة المصورون » •

وقد نقل القسطلانى كلام القاضى أبى بكر بن العربى فى شرح حديث عبد الله ربيب ميمونة أم المؤمنين : « ألم تسمعه حين قال : الا رقما فى ثوب » قال : وحاصل ما فى اتخاذ الصور أنها ان كانت ذات أجسام حرم بالاجماع وان كانت رقما فأربعة أقوال[1] : الجواز مطلقا لظاهر حديث الباب ، والمنع مطلقا حتى الرقم والتفصيل فان كانت الصورة باقية الهيئة قائمة الشكل حرم ، وان قطعت الرأس وتفرقت الأجزاء جاز ، قال : وهذا هو الأصح • والرابع ان كان مما يمتهن جاز وان كان معلقا فلا • والدكتور يوسف القرضاوى بحث فى التصاوير فى كتابه (الحلال والحرام) نفيس قال :

أما الصور التى ترسم فى لوحات أو تنقش على الثياب والبسط والجدران ونحوها فليس هناك نص صحيح صريح سليم من المعارضة يدل على حرمتها • نعم هناك أحاديث صحيحة أظهر فيها النبى صلى الله الله عليه وسلم كراهيته فقط لهذا النوع من التصاوير لما فيه من مشابهة

---

(١) الأقوال هنا عند ابن العربى المالكى أى مذاهب يعنى أقوالا منسوبة لأربابها كل قول قاله فقيه وهذا طبعا يختلف عن مذهبنا حيث ان الأقوال لا تضاف الا الى الشافعى رحمه الله واختلاف أصحابه يسمى أوجها (راجع مقدمة المجموع للامام النووى رحمه الله تعالى) .

المترفين وعشاق المتاع الأدنى • روى مسلم عن زيد بن خالد الجهنى عن أبى طلحة الأنصارى : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لا تدخل الملائكة بيتا فيه كلب ولا تماثيل فأتيت عائشة فقلت : ان هذا يخبرنى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا تدخل الملائكة بيتا فيه كلب ولا تماثيل فهل سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر ذلك ؟ فقالت : لا ولكن سأحدثكم ما رأيته فعل : رأيته خرج فى غزاته فأخذت نمطا فسترته على الباب فلما قدم فرأى النمط عرفت الكراهية فى وجهه فجذبه حتى هتكه أو قطعه وقال : ان الله لم يأمرنا أن نكسو الحجارة والطين • قالت : فقطعنا منه وسادتين وحشوتهما ليفا فلم يعب ذلك على » •

ولا يؤخذ من الحديث أكثر من الكراهية التنزيهيه لكسوة الحيطان ونحوها بالستائر ذات التصاوير • قال النووى : وليس فى الحديث ما يقتضى التحريم لأن حقيقة اللفظ أن الله لم يأمرنا بذلك ، وهذا يقتضى أنه ليس بواجب ولا مندوب ، ولا يقتضى التحريم • ومثل هذا ما رواه مسلم أيضا عن عائشة قالت : « كان لنا ستر فيه تمثال طائر وكان الداخل اذا دخل استقبله فقال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم حولى هذا فانى كلما دخلت فرأيته ذكرت الدنيا » أخرجه مسلم • فلم يأمرها عليه السلام بقطعه وانما أمرها بتحويله من مكانه فى مواجهة الداخل الى البيت وذلك كراهية منه صلى الله عليه وسلم أن يرى فى مواجهته هذه الأشياء التى تذكر عادة بالدنيا وزخارفها • ولا سيما أنه عليه السلام كان يصلى السنن والنوافل كلها فى البيت • ومثل هذه الأنماط والأستار ذات التصاوير والتماثيل من شأنها أن تشغل القلب عن التزام الخشوع والاقبال الكامل على مناجاة الله سبحانه وقد روى البخارى عن أنس : « كان قرام لعائشة سترت به جانب بيتها فقال لها النبى صلى الله عليه وسلم أميطيه عنى فانه لا تزال تصاويره تعرض لى فى صلاتى » •

وبهذا يتبين أنه صلى الله عليه وسلم أقر فى بيته وجود ستر فيه

تمثال طائر ووجود قرام فيه تصاوير . ومن أجل هذه الأحاديث وأمثالها قال بعض السلف : انما ينهى عما كان له ظل ، ولا بأس بالصور التى ليس لها ظل » .

وقد اعترض النووى فى شرحه لمسلم على هذا قائلا انه مذهب باطل ، وتعقبه الحافظ فى الفتح بأنه مروى بسند صحيح عن القاسم ابن محمد أحد فقهاء المدينة ومن أفضل أهل زمانه .

ونقل الشيخ بخيت المطيعى عن الخطابى قوله : « الذى يصور أشكال الحيوان والنقاش الذى ينقش أشكال الشجر ونحوها فانى أرجو ألا يدخلا فى هذا الوعيد وان كان جملة هذا الباب مكروها وداخلا فيما يشغل القلب بمالا يحرم .

وقد علق الشيخ بخيت : على هذا بقوله : وما ذلك الا لأن مصور شكل الحيوان لا يوجد صورة الحيوان ، بل انما يرسم شكله وصورته ، والصورة التى على هذا الوجه قد فقدت أعضاء كثيرة لا تعيش بدونها ، بل هى فاقدة للجرم فليست هى صورة الحيوان التى يكلف مصورها يوم القيامة نفخ الروح فيها وليس بنافخ لأن الظاهر أن الصورة التى يقال فيها ما ذكر هى الصورة المجسمة ذات الظل التى لم تفقد عضوا لا تعيش بدونه ، حتى تكون قابلة بذاتها لنفخ الروح فيها فيكون عجز المصور عن النفخ راجعا اليه لا لعدم قابلية الصورة للحياة أ هـ .

ومما يؤيد هذا الرأى ما جاء فى الحديث عن الله تعالى : « ومن أظلم ممن ذهب يخلق كخلقى فليخلقوا ذرة فليخلقوا شعيرة » فان خلق الله تعالى ــ كما هو مشاهد ــ ليس رسما على سطح بل هو خلق صور مجسمة ذات جرم كما قال تعالى : « هو الذى يصوركم فى الأرحام كيف يشاء » ولا يعكر على هذا المذهب الا حديث عائشة فى احدى روايات الشيخين أنها اشترت غرفة فيها تصاوير فلما رآها رسول الله صلى الله عليه وسلم قام على الباب فلم يدخل فعرفت فى وجهه الكراهية فقالت :

يا رسول الله أتوب الى الله والى رسوله ماذا أذنبت ؟ فقال : ما بال هذه النمرقة ؟ فقالت : اشتريتها لك تقعد عليها وتتوسدها ، فقال صلى الله عليه وسلم ان أصحاب هذه الصور يعذبون ويقال لهم : أحيوا ما خلقتم ، ثم قال : ان البيت الذى فيه الصور لا تدخله الملائكة ، وزاد مسلم فى رواية عن عائشة قالت : فأخذته فجعلته مرفقتين ، فكان يرتفق بهما فى البيت » .

ولكن هذا الحديث يعارضه جملة أمور .

١ ــ أنه قد روى بروايات مختلفة ظاهرة التعارض ، بعضها يدل على أنه صلى الله عليه وسلم استعمل الستر الذى فيه الصورة بعد أن قطع وعملت منه الوسادة ، وبعضها يدل على أنه لم يستعمله أصلا .

٢ ــ أن بعض رواياته يدل على الكراهة فقط وان الكراهة انما كانت لستر الجدران بالصور وذلك نوع ترف لا يرضاه ولهذا قال فى رواية مسلم « ان الله لم يأمرنا أن نكسو الحجارة والطين » .

قلت : منطوق الحديث عام فى الكسوة سواء كانت مرقومة بصور أو غير مرقومة .

٣ ــ وحديث مسلم عن عائشة فى الستر الذى فيه تمثال طائر وقوله صلى الله عليه وسلم : « حولى هذا فانى كلما رأيته ذكرت الدنيا » لا يدل على الحرمة مطلقا .

٤ ــ أنه معارض بحديث القرام الذى كان فى بيت عائشة أيضا وأمر الرسول صلى الله عليه وسلم بإماطته عنه لأن تصاويره تعرض له فى صلاته قال الحافظ : وقد استشكل الجمع بين هذا الحديث وبين حديث عائشة فى النمرقة . فهذا يدل على أنه أقره وصلى وهو منصوب الى أن أمر بنزعه من أجل ما ذكر من رؤيته لصورته حالة الصلاة ولم يتعرض لخصوص كونها صورة ، وجمع الحافظ بينهما بأن الأول كانت تصاويره ذات أرواح وهذا كانت تصاويره من غير الحيوان .. ولكن يعكر على هذا الجمع حديث القرام الذى كان فيه تمثال طائر .

٥ ــ أنه معارض بحديث أبي طلحة الأنصاري الذي استثنى ما كان رقما فى ثوب وقد قال القرطبى : « يجمع بينهما بأن يحمل حديث عائشة على الكراهة ، وحديث أبى طلحة على مطلق الجواز ، وهو لا ينافى الكراهة » واستحسنه الحافظ ابن حجر .

٦ ــ أن راوى حديث النمرقة عن عائشة ــ وهو ابن أخيها القاسم ابن محمد بن أبى بكر ــ كان يجيز اتخاذ الصور التى لا ظل لها ، فعن ابن عون قال : دخلت على القاسم وهو بأعلى مكة وفى بيته حجلة فيها تصاوير الفندس والعنقاء قال فى الفتح : نقله ابن أبى شيبة عن القاسم ابن محمد بسند صحيح .

والقاسم بن محمد أحد الفقهاء السبعة فى المدينة وكان من أفضل أهل زمانه وهو راوى حديث النمرقة ، فلولا أنه فهم الرخصة فى مثل الحجلة ما استجاز استعمالها .

ونقل الشيخ بخيت فى الجواب الشافى فى اباحة التصوير الفوتوغرافى عن الطحاوى من أئمة الحنفية قوله : « انما نهى الشارع أولا عن الصور كلها وان كانت رقما لأنهم كانوا حديثى عهد بعبادة الصور ، فنهى عن ذلك جملة ، ثم لما تقرر نهيه عن ذلك أباح ما كان رقما فى ثوب للضرورة الى اتخاذ الثياب ، وأباح ما يمتهن لأنه يأمن على الجاهل تعظيم ما يمتهن وبقى النهى فيما لا يمتهن » .

قال محمد نجيب المطيعى : ان النهى عن التصاوير وعن اتخاذ آلات لضرب حفظ على المسلمين دينهم من اقتحام فن التصوير وفنون الطرب والغناء قدس الدين فى مساجده وعباداته ، فبقى الاسلام بعباداته وشعائره منزها عن مظاهر الوثنية ، وهذا يرجع أول ما يرجع الى هذه التحذيرات ، وهذه من حكم اللطيف الخبير والتصوير والنحت فانه يخرج عن بساطته وبراءته الى شتى مظاهر الوثنية .

وخلاصة البحث أن أخذ الصورة بالفوتوغرافيا الذى هو عبارة

عن حبس الظل بالوسائط المعلومة لأرباب هذه الصناعة ليس من التصوير المنهى عنه فى شىء . لأن التصوير المنهى عنه هو ايجاد صورة وصنع صورة لم تكن موجودة ولا مصنوعة من قبل يضاهى بها حيوانا خلقه الله تعالى وليس هذا المعنى موجودا فى أخذ الصورة بتلك الآلة ، وان من منافع التصوير مالا ينكره أحد كالاستدلال منها على الخطرين والمجرمين وكذلك حفظ صور المسافرين وأبناء السبيل ليستدل منها أهله وذووه على ما عساه يحدث من مفاجآت ، وان كان النظر فى المرآة مباحا ، وهو احداث صورة للمرء تتحرك بحركته وتسكن بسكونه ، فاذا أمكن اختراع آلة لتثبيت صورة المرء فى المرآة كان ذلك مباحا بناء على اباحة النظر فى المرآة لأن جواز انعكاس الصورة زمنا ما يعطينا حق حق الجواز فى انطباعها اذ لو حرم ذلك لحرم النظر فى المرآة ألبتة ولم يقل به أحد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(باب عدد الشهود)

فصل لا يقبل فى الشهادة على الزنا أقل من اربعة أنفس ذكور لقوله تعالى : « واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فان شهدوا فامسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا الآية » وروى أن سعد بن عبادة قال يا رسول الله أرأيت ان وجدت مع امرأتى رجلا أمهله حتى آتى بأربعة شهداء ؟ قال نعم وشهد على المغيرة بن شعبة ثلاثة أبو بكرة ونافع وشبل بن معبد . وقال زياد رأيت استا تنبور ونفسا يعلو ورجلان كأنهما أذنا حمار لا أدرى ما وراء ذلك ، فجلد عمر رضى الله عنه الثلاثة ولم يجلد المغيرة ولا يقبل فى اللواط الا أربعة لأنه كالزنا فى الحد فكان كالزنا فى الشهادة فأما اتيان البهيمة فانا ان قلنا انه يجب فيه الحد فهو كالزنا فى الشهادة لأنه كالزنا فى الحد فكان كالزنا فى الشهادة ، وان قلنا انه يجب فيه التعزير ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى على بن خيران واختيار المزنى رحمه الله انه يثبت بشاهدين لأنه لا يلحق بالزنا فى الحد فلم يلحق به فى الشهادة (والثانى) وهو الصحيح انه لا يثبت الا بأربعة لأنه فرج حيوان يجب بالايلاج فيه العقوبة فاعتبر فى الشهادة عليه أربعة كالزنا ونقصانه

عن الزنا فى العقوبة لا يوجب نقصانه عنه فى الشهادة كزنا الأمة ينقص عن زنا الحرة فى الحد ولا ينقص عنه فى الشهادة واختلف قوله فى الاقرار بالزنا فقال فى أحد القولين : يثبت بشاهدين لأنه اقرار فثبت بشاهدين كالاقرار فى غيره (والثانى) انه لا يثبت الا بأربعة لأنه سبب يثبت به فعل الزنا فاعتبر فيه أربعة كالشهادة على القتل . وان كان المقر أعجميا ففى الترجمة وجهان (أحدهما) أنه يثبت باثنين كالترجمة فى غيره (والثانى) أنه كالاقرار فيكون على قولين كالاقرار ﴾ .

الشرح الآية ١٥ من سورة النساء ومعها الآيتان الرابعة والخامسة من سورة النور سيأتى الكلام عليهما فى اللغات والأحكام .

أما حديث سعد بن عبادة فقد أخرجه مسلم وأبو داود ومالك فى موطئه وفى رواية مسلم وأبى داود « أرأيت الرجل يجد مع امرأته رجلا أيقتله ؟ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا قال سعد : بلى والذى أكرمك بالحق » وفى رواية لمسلم : « كلا والذى بالحق ان كنت لأعاجله بالسيف فقال صلى الله عليه وسلم اسمعوا الى ما يقول سيدكم» وعند أحمد فى مسنده من حديث طويل وفيه أبو معشر نجيح وهو قال : « فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم سعد غيور وأنا أغير منه والله أغير منى قال رجل : على أى شىء يغار الله تعالى ؟ قال : على رجل مجاهد فى سبيل الله يخالف الى أهله » .

أما خبر الشهادة على المغيرة فقد أخرجه الحاكم فى المستدرك والبيهقى وأبو نعيم فى المعرفة وأبو موسى فى الذيل من طرق وعلق البخارى طرفا منه وأفاد الواقدى أن ذلك كان سنة سبع عشرة وكان المغيرة أميرا يومئذ على البصرة فعزله عمر وولى أبا موسى الأشعرى وأفاد البلاذرى أن المرأة بها أم جميل بنت محجن بن الأفقم الهلالية » وقيل ان المغيرة تزوج بها سرا وكان عمر لا يجيز نكاح السر ويوجب الحد على فاعله ، وهذا لم أره منقولا باسناد ، وان صح كان عذرا لهذا الصحابى .

أما اللغات فقوله (واللاتى) جمع التى وهو اسم مبهم للمؤنث وهو معرفة ولا يجوز نزع الألف واللام منه للتنكير ، ولا يتم الا بصلته ، وفيه ثلاث لغات ، ويجمع أيضا (اللات) بحذف الياء وابقاء الكسرة

و (اللاتى) بالهمز واثبات الياء (اللاء) بكسر الهمزة وحذف الياء و (اللا) بحذف الهمزة فان جمعت الجمع قلت فى اللاتى • اللواتى • وفى اللائى : اللوائى • وقد روى عنهم (اللوات) بحذف الياء وابقاء الكسرة • حكاه ابن الشجرى وأفاده القرطبى فى الجامع • قال الجوهرى : أنشد أبو عبيد :

من اللواتى والتى واللات زعمن أن قد كبرت لدات

واللوا باسقاط التاء وتصغير التى اللتيا بالفتح والتشديد قال العجاج:

بعد اللتيا واللتيا والتى اذا علتها نفس تردت

وقوله : « رأيت استا » الأست العجز ، وقد يراد به حلقة الدبر ، وأصلها أسته على وزن فعل بالتحريك يدل على ذلك أن جمعه أستاه مثل جمل وأجمال • ولا يجوز أن يكون مثل جذع وقفل اللذين يجمعان على أفعال لأنك اذا زدت الهاء التى هى لام الفعل وحذفت العين قلت : سه بالفتح قال الشاعر :

شأنك قعين غثها وسمينها وأنت السه اذا ذكرت نصر

نقول : أنت فيهم بمنزلة الاست من الناس • قوله (تنبو) أى ترتفع أراد هنا العجز دون حلقة الدبر •

أما الأحكام فان الحقوق على ضربين حقوق لله تعالى وحقوق للآدمى ، فأما حقوق الله تعالى فعلى ثلاثة أضرب : ضرب لا يثبت الا بذربعة شهود وهو حد الزنا ، لقوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء • الآية » فأخبر أنه لا يسقط حد القذف عن القاذف الا بأن يأتى بأربعة شهداء على الزنا ، فدل على أن الزنا لا يثبت بأقل من أربعة شهداء ، ولقوله تعالى : « واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم » الآية • فذكر الله تعالى ثبوت الزنا بأربعة شهداء أوجب فيه حكما ثم نسخ ذلك الحكم ولم ينسخ الشهادة فيه ، فبقى عدد الشهود على مقتضى الآية • ولحديث أبى هريرة

وغيره « أن سعدا قال : يا رسول الله أرأيت لو وجدت مع امرأتى رجلا فأمهله حتى آتى بأربعة شهداء ؟ قال : نعم » فثبت أنه لا يثبت الا بأربعة شهداء ، ولأن الزنا لا يتم الا من نفسين فتصير كالشهادة على فعلين فاعتبر فيه أربعة أنفس ، ولا مدخل للنساء فى الشهادة بذلك . وحكى عن عطاء وحماد بن أبى سليمان أنهما قالا : يجوز ثلاثة رجال وامرأتان . دليلنا قوله تعالى : « ثم لم يأتوا بأربعة شهداء » والهاء بعد الثلاثة الى العشرة انما تدخل فى عدد المذكر دون المؤنث . وروى عن الزهرى أنه قال : مضت سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده رضى الله عنهما ألا تقبل شهادة النساء فى الحدود . وأما اللواط فلا يثبت الا بأربعة شهداء . وقال أبو حنيفة : يثبت بشاهدين ، وبنى ذلك على أصله أن اللواط لا يوجب الحد .

دليلنا أن الله تعالى سماه فاحشة لقوله تعالى : « أتأتون الفاحشة » وأثبت أن الفاحشة لا تثبت الا بأربعة شهداء بقوله تعالى : « واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم » ولا تأتين على أصلنا وأنه يوجب الزنا وأغلظ منه ، فلم يثبت الا بأربعة كالزنا . وأما اتيان البهيمة فان قلنا : ان الواجب فيه القتل أو حد الزنا لم يثبت الا بأربعة شهود كحد الزنا . وان قلنا : ان الواجب فيه التعزير ففيه وجهان (أحدهما) لا يثبت الا بأربعة لأنه فرج حيوان يجب بالايلاج فيه العقوبة ، فاعتبر فى الشهادة عليه أربعة كالزنا (والثانى) أنه يثبت بشاهدين لأنه لا يلحق بالزنا فى الحد فلم يلحق به الشهادة . والأول أصح .

(القسم الثانى) من حقوق الله تعالى هو حد الخمر والقتل فى المحاربة والردة فلا يثبت الا بشاهدين لأنه يتم به من فرد فجاز اثباته بشهادة رجلين بخلاف الزنا .

(القسم الثالث) هو الاقرار بالزنا وفيه قولان (أحدهما) يثبت بشاهدين لأنه اثبات اقرار فقبل من اثنين كالاقرار بسائر الحقوق (والثانى) لا يثبت الا بأربعة لأنه سبب يثبت به حد الزنا فاعتبر فيه أربعة شهود كالشهادة على الفعل ، وان كان المقر أعجميا ففى عدد

المترجمين عنه وجهان بناء على القول فى الاقرار فى الزنا ولا مدخل لشهادة النساء فى هذين لما ذكرناه من حديث الزهرى •

فرع تقبل الشهادة على حقوق الله مثل الزنا وشرب الخمر والقتل فى المحاربة والردة من غير دعوى لأن الحق لله تعالى وليس هناك مدع • واذا شهد أربعة على الزنا بعد تطاول الزمان من وقت الزنا الى وقت الشهادة قبلت شهادتهم • وقال أبو حنيفة : لا تقبل • دليلنا قوله تعالى : « ثم لم يأتوا بأربعة شهداء » الآية ولم يفرق ، ولأنه حق يثبت بالشهادة على القول فوجب أن يثبت مع تطاول الزمان كسائر الحقوق •

فرع واذا شهد أربعة على الزنا وجب الحد على المشهود عليه سواء شهدوا فى مجلس واحد أو فى مجالس • وقال أبو حنيفة : اذا شهدوا فى مجالس لم يثبت الزنا وكانوا قذفة ، وحد المجلس عنده ما دام الحاكم جالسا وان طال جلوسه • دليلنا قوله تعالى : « ثم لم يأتوا بأربعة شهداء » الآية ولم يفرق ، ولأن كل حق يثبت بالشهود اذا شهدوا به فى مجلس ثبت • وان شهدوا به فى مجالس كسائر الحقوق — فان شهد أربعة بالزنا ثم غابوا أو ماتوا قبل الحكم بشهادتهم — جاز للحاكم أن يحكم بشهادتهم • وقال أبو حنيفة : لا يجوز الحكم بشهادتهم •

دليلنا أن كل شهادة جاز للحاكم أن يحكم بها مع حضور الشهود جاز مع موتهم وغيبتهم كسائر الشهادات •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان شهد ثلاثة بالزنا ففيه قولان (أحدهما) أنهم قذفوه ويحدون وهو أشهر القولين ، لأن عمر رضى الله عنه جلد الثلاثة الذين شهدوا على المغيرة وروى ابن الوصى « أن ثلاثة شهدوا على رجل بالزنا وقال الرابع رأيتهما فى ثوب واحد فان كان هذا زنا فهو ذلك ، فجلد على بن أبى طالب رضى الله عنه الثلاثة وعزر الرجل والمرأة » ولأنا

لو لم نوجب الحد جعل القذف بلفظ الشهادة طريقا الى القذف (والقول الثانى) أنهم لا يحدون لأن الشهادة على الزنا أمر جائز فلا يوجب الحد كسائر الجائزات ولأن ايجاب الحد عليهم يؤدى الى أن لا يشهد أحد بالزنا خوفا من أن يقف الرابع عن الشهادة فيحدون فتبطل الشهادة على الزنا وان شهد أربعة على امرأة بالزنا وأحدهم الزوج ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى اسحق وظاهر النص أنه يحد الزوج قولا واحدا لانه لا تجوز شهادته عليها بالزنا فجعل قاذفا ، وفى الثلاثة قولان (والثانى) وهو قول أبى على بن أبى هريرة ان الزوج كالثلاثة لأنه أتى بلفظ الشهادة فيكون على القولين .

الشرح لم أعثر على خبر أو أثر ابن الوصى هذا .

أما الأحكام فاذا شهدوا على الزنا ولم يتم العدد فان شهد على الزنا ثلاثة أو أقل لم يجب حد الزنا على المشهود عليه ، وفى الشهود قولان (أحدهما) أنهم ليسوا بقذفه ، ولا يفسقون ولا ترد به شهاداتهم ولا يحدون لقوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء » الآية فذكر الله تعالى القاذف وبين حكمه ، واذا لم يأت بأربعة شهداء جلد ثمانين جلدة وكان فاسقا وردت شهادته ، وهذه الآية لا تتناول الشاهد فى الزنا لأنه قد لا يحد ولا يفسق ولا ترد شهادته وان لم يأت بأربعة شهداء ، وهو اذا أتى بثلاثة شهداء معه ، فدل على أنه ليس بقاذف اذ لو كان قاذفا لما خالف سائر القذفة ، ولأنه أضاف الزنا اليه بلفظ الشهادة عند الحاكم فلم يكن قاذفا كما لو تم عدد الأربعة ، ولأنا لو قلنا : يجب عليهم الحد اذا لم يتم العدد لأدى الى ألا تقام الشهادة على الزنا أصلا ، لأن الشهود لا يمكنهم التلفظ بالشهادة على الزنا دفعة واحدة ، وانما يشهد واحد بعد واحد وكل واحد منهم يتوقف عن الشهادة خوفا من ألا يتم العدد ، فيجب عليهم الحد واذا كان ذلك يفضى الى هذا لم يصح (والقول الثانى) أنهم قذفة ويجب عليهم حد القذف ويفسقون وترد شهادتهم وهو المشهور من المذهب وبه قال مالك وأبو حنيفة لما روى أن أربعة حضروا عند على رضى الله عنه ليشهدوا على رجل بالزنا فصرح ثلاثة منهم بالشهادة بالزنا عليه ولم يصرح الرابع بل قال : « رأيتها فى ثوب واحد ، فان كان

هـذا زنا فهو زان ، فجلد على رضى الله عنه الثلاثة الذين صرحوا بالشهادة بالزنا وعزر الرجـل والمرأة » ولم تصح عندى هذه الرواية وابن الوصى لعله ابن وهب فصحف •

ورواية « أن المغيرة بن شعبة استخلفه عمر على البصرة فكان نازلا فى سـفل دار وكان أبو بكرة ونافع ومعبـد وزياد فى علو الدار فهبت الريح وفتحت الأبواب ورفعت الستر فرأوا المغيرة بين رجلى امرأة ، فلمـا كان من الغـد تقدم المغيرة ليصلى بهم فأخره أبو بكرة وقال : تنح عن مصـلانا فكتب بذلك الى عمر فأشخص عمر رضى الله عنـه المغيرة اليـه والشهود فلما قدموا على عمر شهد أبو بكرة ونافع ومعبـد على المغيرة بالزنا ، وصرحوا ، فلمـا أراد زيادة أن يشهد قال عمر : هذا رجل شـاب ولا يشهد الا بحق ان شـاء الله فقال زياد : أما زنا فلا أشـهد به ، ولكنى رأيت أمرا منكرا قبيحا ، رأيت اسـتا تنبو ونفسـا يعلو ورجلين كأنهما أذنا حمـار ولا أدرى ما وراء ذلك • فقـال عمر : الله أكبر وجلد الثلاثة الذين صرحوا بالزنا » وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينكر عليـه أحـد •

ولأنهم أدخلوا المغيرة عليـه باضافة الزنا اليـه بسبب لم يسقطوا به احصانه فجاز أن يجب عليهم الحـد كما لو قذفوه صريحا • وقولنا : بسبب لم يسقطوا به احصـانه احترازا من العدد اذا تم ، ولأنا لو لم نوجب عليهم الحد لجعلت الشـهادة بالزنا طريقا الى القذف ، لأنه يؤدى الى أن الانسان يقذف انسـانا بالزنا ولا يجب عليه الحد حتى ولو شـهد عليه عنـد الحاكم ، ولا سبيل الى ذلك شرعا •

فان قيـل : فالصحابة كلهم عدول لا فاسـق فيهم ولا بد ها هنا من تفسـق المغيرة أو الشهود عليـه •

(الجواب) أنا لا نقطع بفسـق أحدهم لأنه يجوز أن يكون المغيرة — على ما ألمح اليـه الحافظ فى التلخيص — قـد تزوج هذه المرأة سرا فلما رآه قالوا : هـذه زوجتك ؟ قال : لا خوفا من عمر أن يجلده لأن عمـر

كان يجلد من تزوج سرا • والمغيرة أراد ما تزوجها ظاهرا وحمل الشهود الأمر على الظاهر أن الفعل بامرأة ليست بزوجة ، وهذا لا يكون الا زنا •

لعل له عـذرا وأنت تلوم

فـــرع وان شـهد أربعة على امرأة بالزنا وأحـدهم الزوج فان شـهادة الزوج لا تقبـل عليها • ولا يجب عليها الحد • وهل يجب حـد القذف على الشهود الثلاثة غير الزوج ؟ على القولين • وأما الزوج فاختلف أصحابنا فيـه فمنهم من قال : فيـه قولان ، لأنه أضـاف الزنا اليها بلفظ الشـهادة فهو كالثلاثة ، ومنهم من قال : يجب عليه الحد قولا واحـدا ، لأنه ممن لا تقبـل شهادته عليها ، فهو كما لو قذفها صريحا •

فـــرع وان شـهد أربعة على رجـل بالزنا فرد الحاكم شهادة أحـدهم فان الحد لا يجب على المشـهود عليه بالزنا لأن عـدم العدالة كعدم العدد ، وهل يجب الحد على الثلاثة العدول ؟ ينظر فى الرابع الذى ردت شـهادته فان ردت بسبب ظاهر كالصغر والرق والكفر والأنوثيـة ففى الحـد عليهم قولان ، لأنهم مفرطون فى الشـهادة معـه • قال الشيخ أبو حامد : وينبغى أن يجب الحـد على الرابع مع هـذه الأسـباب قولا واحـدا ، لأنه لمـا شـهد مع علمه أنه لا يقبـل فكأنه قصـد قـذفه صريحا ، فان ردت شهادته بأمر خفى بأن كان عـدلا فى الظاهر فلمـا بحث الحاكم حاله وجـده فاسـقا فى الباطن ففى وجـوب الحد على الثلاثة طريقان من أصحابنا من قال : فيهم قولان لأن العـدالة الباطنـة معتبرة كالعدالة الظاهرة ، ومنهم من قال : لا يجب عليهم الحـد قولا واحـدا ، لأنهم غير مفرطين فى الشـهادة ، لأن العدالة الباطنة لا يعلمها الا الحاكم عنـد البحث •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل فان شـهد أربعة على رجل بالزنا فرد الحاكم شهادة احدهم ، فان كان بسبب ظاهر بأن كان عبـدا أو كافرا أو مظاهرا بالفسق كان كما لو لم يتم العـدد ، لأن وجـوده كعدمه • وان كان بسبب خـفى

كالفسق الباطن ففيه وجهان (احدهما) أن حكمه حكم ما لو نقص بالعدد ، لأن عدم العدالة كعدم العدد (والثانى) أنهم لا يحدون قولا واحدا ، لأنه اذا كان الرد بسبب فى البطن لم يكن من جهتهم تفريط فى الشهادة ، لأنهم معذورون فلم يحدوا ، واذا كان بسبب ظاهر كانوا مفرطين فوجب عليهم الحد وان شهد أربعة بالزنا ورجع واحد منهم قبل أن يحكم بشهادتهم لزم الراجع حد القذف ، لأنه اعترف بالقذف . ومن أصحابنا من قال : فى حده قولان لأنه أضاف الزنا اليه بلفظ الشهادة ، وليس بشىء وأما الثلاثة فالمنصوص أنه لا حد عليهم قولا واحدا لأنه ليس من جهتهم تفريط ، لأنهم شهدوا والعدد تام ، ورجوع من رجع لا يمكنهم الاحتراز منه . ومن أصحابنا من قال : فى حدهم قولان ، وهو ضعيف ، فان رجعوا كلهم وقالوا : تعمدنا الشهادة وجب عليهم الحد . ومن أصحابنا من قال : فيه قولان ، وليس بشىء وان شهد أربعة على امرأة بالزنا وشهد أربع نسوة أنها بكر ، لم يجب عليها الحد ، لأنه يحتمل أن تكون البكارة أصلية لم تزل ، ويحتمل أن يكون عائدة لأن البكارة تعود اذا لم يبالغ فى الجماع ، فلا يجب الحد مع الاحتمال ، ولا يجب الحد على الشهود لأنا اذا درأنا الحد عنها لجواز أن تكون البكارة أصلية وهم كاذبون وجب أن ندرأ الحد عنهم لجواز أن تكون البكارة عائدة وهم صادقون .

فصل ويثبت المال وما يقصد به المال كالبيع والاجارة والهبة والوصية والرهن والضمان بشاهد وامرأتين لقوله تعالى : ((واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان)) فنص على ذلك فى السلم وقسنا عليه المال وكل ما يقصد به المال .

فصل وما ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال كالنكاح والرجعة والطلاق والعتاق والوكالة والوصية اليه وقتل العمد والحدود سوى حد الزنا ، لا يثبت الا بشاهدين ذكرين لقوله عز وجل فى الرجعة : ((وأشهدوا ذوى عدل منكم)) ولما روى ابن مسعود رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((لا نكاح الا بولى وشاهدى عدل)) وعن الزهرى أنه قال : ((جرت السنة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده أن لا تقبل شهادة النساء فى الحدود)) فدل النص على الرجعة والنكاح والحدود وقسنا عليها كل مالا يقصد به المال ويطلع عليه الرجال ، وان اتفق الزوجان على النكاح واختلفا فى الصداق ثبت الصداق بالشاهد والمرأتين ، لأنه اثبات مال . وان ادعت المرأة الخلع وأنكر الزوج لم يثبت الا بشهادة رجلين ، وان ادعى الزوج الخلع وأنكرت المرأة ثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، لأن

بينة المراة لاثبات الطلاق وبينة الرجل لاثبات المال . وان شهد رجل وامرأتان بالسرقة ثبت المال دون القطع . وان شهد رجل وامرأتان بقتل العمد لم يثبت القصاص ولا الدية ، والفرق بين القتل والسرقة أن قتل العمد فى أحد القولين يوجب القصاص ، والدية بدل عنه ، تجب بالعفو عن القصاص . واذا لم يثبت القصاص لم يثبت بدله وفى القول الثانى يوجب أحد البدلين لا بعينه ، وانما يتغير بالاختيار . فلو أوجبنا الدية دون القصاص أوجبنا معينا وهذا خلاف موجب القتل ، وليس كذلك السرقة ، فانها توجب القطع والمال على سبيل الجمع وليس أحدهما بدلا عن الآخر فجاز أن يوجب احدهما دون الآخر » .

الشرح قوله تعالى : « وأشهدوا ذوى عدل منكم » فى هذه الآية بحث واف فى كتاب الطلاق ، ومحل الشاهد هنا فى « ذوى عدل » قال الحسن البصرى : « من المسلمين » وعن قتادة « من أحراركم » وذلك يوجب اختصاص الشهادة على الرجعة بالذكور دون الاناث لأن « ذوى » مذكر ، ولذلك قال جمهور العلماء لا مدخل للنساء فيما عدا الأموال .

أما الأحكام فاذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجع واحد منهم قبل أن يحكم بشهادتهم ، لم يلزم المشهود عليه حد الزنا ، لأن البينة عليه بالزنا لم تتم وهل يجب حد القذف على الراجع ؟ اختلف أصحابنا فيه فقال القاضى أبو الطيب فيه قولان لأنه أضاف بالزنا اليه بلفظ الشهادة عند الحاكم . وقال أكثر أصحابنا يجب عليه الحد قولا واحدا وهو الأصح ، لأنه ان قال : عمدت الى الشهادة فقد اعترف بالقذف ، وان قال : أخطأت فهو مفرط كاذب .

وأما الثلاثة لم يرجعوا فالمنصوص أنهم لا يحدون . ومن أصحابنا من قال فى وجوب الحد عليهم قولان . قال الشيخ أبو حامد : وينبغى ألا يحكى هذا لأنه لا شىء . وان رجعوا كلهم وجب عليهم الحد قولا واحدا . ومن أصحابنا من قال : فيهم قولان والأول أصح . وان شهد أربعة على امرأة بالزنا وشهد أربع نسوة أنها بكر لم يجب الحد على المرأة وقال مالك رحمه الله : يجب عليه الحد . دليلنا أنه يحتمل أن البكارة أصلية ، وذلك شبهة فى سقوط الحد عنها ولا يجب

الحد على الشهود لجواز أن تكون البكارة عائدة ، وذلك شبهة فى درء الحد عنهم والله أعلم .

فرع تنقسم حقوق الآدميين الى ثلاثة أقسام (أحدها) ما هو مال والمقصود منه المال مثل البيع والرهن والضمان والغصب والشفعة والعارية والاجارة والوصية وما أشبهه ، فهذا يثبت بشاهدين أو شاهد وامرأتين لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه » الآية . والدين المؤجل لا يكون الا الثمن فى البيع ، والمسلم فيه ، والأجرة والصداق ، وعوض الخلع ، واذا ثبت ذلك فى الدين ثبت فى غيره من المال .

(القسم الثانى) ما ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال كالنكاح والرجعه والطلاق والعتاق والوكالة والوصية اليه وقتل العمد والحدود وما أشبه فلا يثبت الا بشاهدين ولا يثبت بشاهد وامرأتين ، وبه قال الزهرى والنخعى ومالك رحمهم الله تعالى ، وقال أبو حنيفة : النكاح يثبت بشاهد وامرأتين . وقد مضى الدليل عليه وقال الحسن البصرى : لا يثبت القصاص فى النفس ألا بأربعة . دليلنا أنه أحد نوعى القصاص حيث يثبت بالشاهدين كالقصاص فى الطرف .

فرع وان اتفق الزوجان على النكاح واختلفا فى الصداق فانه يثبت بالشاهد والمرأتين لأنه مال ، وان ادعت المرأة الخلع وأنكر الزوج لم يثبت الا بشاهدين لأنه ليس بمال وان ادعى الزوج الخلع وأنكرت المرأة ثبت ما ادعاه الزوج عليها بشاهد وامرأتين لأنه يدعى المال .

فرع وان ادعى العبد على سيده أنه كاتبه وأنكر السيد لم يحكم عليه بشاهد وامرأتين لأنه يتضمن العتق ، وان اتفقا على الكتابة واختلفا فى قدر المال أو ادعى المكاتب أنه قد ادعى النجم الأخير أو أبرأه منه وأنكر السيد ثبت ذلك بالشاهد والمرأتين لأنه شهادة على المال . وان ادعى المكاتب أنه أدى النجم الأخير أو أبرأه منه وأنكر

فأقام المكاتب على ذلك شاهدا وامرأتين ففيه وجهان (أحدهما) يحكم بذلك لأنها شهادة على المال (والثانى) لا يحكم بذلك لأنه فى الحقيقة شهادة على العتق •

فرع وان ادعى على رجل أنه سرق منه نصابا من حرز مثله ممن يقطع بسرقة ماله وأنكر السارق فأقام عليه شاهدا وامرأتين لم يجب على السارق قطع لأنه ليس بمال ، ويحكم على السارق بالمال المشهود به • وحكى المسعودى قولا آخر أنه يحكم عليه بالمال كما يحكم عليه بالقطع ، والمشهور هو الأول ، لأن هذه البينة ، تعلق بها حكمان : القطع والغرم ، وقد انفرد الغرم على القطع ، وهو اذا سرق من مال أبيه ، فان ادعى رجل على رجل أنه غصب منه مالا فأنكر وحلف المدعى عليه بطلاق امرأته أنه ما غصب منه ، وأقام المدعى شاهدا وامرأتين قال الشافعى : فانه يحكم للمدعى بالمال الذى شهد به الرجل والمرأتان ، ولا يحكم على المدعى عليه بالطلاق ، ولأنه ليس بمال قال أبو العباس ، هذا اذا حلف بطلاق امرأته قبل ثبوت الغصب ، فأما اذا أقام المدعى شاهدا وامرأتين أنه غصب منه ثم حلف المدعى عليه • مرأته أنه ما غصب منه فانه يحكم عليه بالطلاق ، ولأنا قد حكمنا عليه بالغصب قبل الطلاق فاذا حلف حكمنا عليه بالحنث •

فرع وان ادعى على رجل قتلا يقتضى القود فأنكر فأقام المدعى شاهدا وامرأتين لم يثبت القصاص ولا الدية ، فان قيل : فهلا أوجبتم الدية كما قلتم فيمن أقام شاهدا وامرأتين أنه سرق منه نصابا أنه لا يجب عليه القطع ويجب عليه الغرم ؟ قلنا : الفرق بينهما أن الشهادة بالسرقة توجب القطع والغرم على سبيل الجمع ، فاذا كانت البينة مما لا يثبت به القطع بقى الغرم والجناية التى يجب بها القود فى أحد القولين والأرش بدل عنه (والثانى) يجب أحدهما لا بعينه وانما يجب أحدهما بالاختيار فلو أوجبنا الدية أوجبنا فى العمد حقا معينا ، وهذا خلاف مقتضى الجناية التى يجب بها القود • واذا ادعى

عليه جناية لا يجب بها القصاص وانما يجب بها المال كقتل الخطأ وعمد الخطأ وقتل المسلم للكافر وما أشبه ذلك ، فان ذلك يثبت بالشاهد والمرأتين لأنه مال .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ولا يقبل فى موضحة العمد الا شاهدان ذكران لأنها جناية توجب القصاص وفى الهاشمة والمنقلة قولان أحدهما أنه لا يثبت الا بشاهدين ذكرين لأنها جناية تتضمن القصاص والثانى أنها تثبت بالشاهد والمرأتين لأن الهاشمة والمنقلة لاقصاص فيهما وانما القصاص فى ضمنهما فثبت بالشاهد والمرأتين فعلى هذا يجب أرش الهاشمة والمنقلة ولا يثبت القصاص فى الموضحة وان اختلف السيد والمكاتب فى قدر المال أو صفته أو أدائه قضى فيه بالشاهد والمرأتين لأن الشهادة على المال وان أفضى الى العتق الذى لا يثبت بشهادة الرجل والمرأتين كما تثبت الولادة بشهادة النساء . وان أفضى الى النسب الذى لا يثبت بشهادتهن » .**

الشرح الأحكام . قلنا : انه اذا ادعى عليه جناية لا يجب بها القصاص ، وانما يجب بها المال كقتل الخطأ وعمد الخطأ وقتل المسلم للكافر وما أشبه ذلك فان ذلك يثبت بالشاهد والمرأتين لأنه مال وهل تثبت فى الهاشمة والمنقلة بالشاهد والمرأتين ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يثبتان لأنها شهادة تتضمن اثبات الموضحة والموضحة يثبت فيها القصاص فانها لا تثبت بالشاهد والمرأتين (والثانى) يثبتان لأنه لا قصاص فيهما وانما القصاص فى ضمنهما .

فصل وان ادعى على رجل أنه جرحه جراحة يثبت بها القصاص أو قتل وليه قتلا يثبت به القصاص فأنكر المدعى عليه وقال المدعى : قد عفوت عن القصاص وأقام على الجناية شاهدا وامرأتين . قال فى الأم : فانه لا يحكم له بهذه الشهادة لأن عفوه عن القصاص كلا عفو ، لأنه عفا عنه قبل ثبوته ، واذا لم يصح عفوه فهو مدع جناية تقتضى القصاص فلم تثبت بالشاهد والمرأتين .

فرع اذا رمى رجل رجلا بسهم فأصابه ونفذ فيه السهم

فأصاب رجلا وقتله ، فادعى ولى الرجلين على الرامى أنه قتلهما وأقام عليه شاهدان وامرأتين فان كانت الدعوى عليه على الأول جناية لا تقتضى القود ، فان الجنايتين على المقتولين خطأ مثبتتان بالشاهد والمرأتين ، ولكن اذا شهد له الرجل والمرأتان كان ذلك لوثا فثبت به الايمان فى جنبة الولى . وأما الجناية على الثانى فالمنصوص فى الأم أنها جناية خطأ فيقضى فيها بالشاهد والمرأتين . وحكى ابن الصباغ قولا آخر أنها لا تثبت الا بعد ثبوت جنايته على الأول لأنها جناية واحدة ، فلا يثبت بعضها دون بعض ، والأول أصح لأن الجناية على الثانى خطأ محض فقضى فيها بالشاهد والمرأتين والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان كان فى يد رجل جارية لها ولد فادعى رجل أنها أم ولده وولدها منه وأقام على ذلك شاهدا وامرأتين قضى له بالجارية لأنها مملوكة فقضى فيها بشاهد وامرأتين واذا مات عتقت باقراره ، وهل يثبت نسب الولد وحريته ؟ فيه قولان (أحدهما) أنه لا يثبت لأن النسب والحرية لا تثبت بشاهد وامرأتين ، فيكون الولد باقيا على ملك المدعى عليه (والقول الثانى) أنه يثبت لأن الولد نماء الجارية ، وقد حكم له الجارية فحكم له بالولد ، فعلى هذا يحكم بنسب الولد وحريته لأنه أقر بذلك ، وان ادعى رجل أن العبد الذى فى يد فلان كان له وأنه أعتقه وشهد له شاهد وامرأتان فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال فيه قولان (أحدهما) أنه لا يحكم بهذه البينة لأنها تشهد له بملك متقدم فلم يحكم بها كما لو ادعى على رجل عبدا وشهد له شاهد وامرأتان أنه كان له (والثانى) أنه يحكم بها لأنه ادعى ملكا متقدما وشهدت له البينة فيما ادعاه ومن أصحابنا من قال : يحكم بها قولا واحدا والفرق بينه وبين المسئلة قبلها أن هناك لا يدعى ملك الولد وهو يقر أنه حر الأصل فلم يحكم ببينته فى أحد القولين وههنا ادعى ملك العبد وأنه أعتقه فحكم ببينته » .**

الشرح الأحكام : اذا كان فى يد رجل جارية لها ولد فادعى رجل أنها مملوكته استولدها فى ملكه هذا الولد فأنكر المدعى عليه وأقام المدعى شاهدا وامرأتين فانه يحكم له بالجارية لأن أم الولد فى حكم المملوكة ، بدليل أنه يجوز له وطؤها واستخدامها واجارتها وترد اليه ويحكم بأنها أم ولد له فتعتق بموته . وأما الولد فانه لا يدعى ملكه ،

وانما يدعى حريته وثبوت نسبه منه • وهل يحكم بذلك بالشاهد والمرأتين ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يحكم بذلك لأن الحرية والنسب لا يثبتان بالشاهد والمرأتين فعلى هذا يكون باقيا على ملك المدعى عليه (والثانى) يحكم بذلك وهو اختيار المزنى ، لأنه قد حكم بملك الجارية والولد من نمائها ، ومن ثبت له ملك عين حكم له بنمائها

وان ادعى رجل أن العبد الذى فى يد فلان كان له وأنه كان قد اعتق وأنكر من هو بيده فأقام المدعى بذلك شاهدا وامرأتين فاختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : فيه قولان (أحدهما) لا يحكم بهذه الشهادة لأنها شهادة بملك متقدم فلم يقبل كما لو ادعى ملك عين وأقام بينة أنها كانت له (والثانى) يحكم بها لأن البينة شهدت موافقة لدعواه فحكم بها ويفارق اذا ادعى ملك العين فى الحال وشهدت له البينة أنها كانت ملكا له فان البينة لم تشهد موافقة لدعواه •

ومنهم من قال : يحكم بها ها هنا قولا واحدا ، وهو المنصوص فى المختصر • واحتج بها المزنى على ما اختاره فى الأولى • والفرق بينهما وبين الأولى أنه ها هنا ادعى أن العبد كان ملكا له ، وانما قد اعتقه فحكم فيه بالشاهد والمرأتين وفى التى قبلها لم يدع ملك الولد وانما ادعى حريته ونسبه فلم يحكم بالشاهد والمرأتين •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ويقبل فيما لا يطلع عليه الرجال من الولادة والرضاع والعيوب التى تحت الثياب شهادة النساء منفردات لأن الرجال لا يطلعون عليها فى العادة فلو لم تقبل فيها شهادة النساء منفردات بطلت عند التجاحد ولا يثبت شىء من ذلك الا بتعدد لأنها شهادة فاعتبر فيها العدد ولا يقبل أقل من أربع نسوة لأن اقل الشهادات رجلان وشهادة امرأتين شهادة رجل والدليل عليه قوله تعالى : ((فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان)) فأقام المرأتين مقام الرجل وروى عبد الله بن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ((ما رأيت من ناقصات عقل ودين أغلب على ذى لب منكن قالت امرأة : يا رسول الله ما ناقصات العقل والدين ؟ قال أما نقصان العقل فشهادة امرأتين كشهادة رجل فهذا نقصان

العقل وأما نقصان الدين فان أحداكن تمكث الليالى لا تصلى وتفطر فى شهر رمضان فهذا من نقصان الدين » فقبل فيها شهادة الرجلين وشهادة الرجل والمرأتين لأنه اذا أجيز شهادة النساء منفردات لتعذر الرجال فلان تقبل شهادة الرجال والرجال والنساء أولى وتقبل فى الرضاع شهادة المرضعة لما روى عقبة بن الحارث أنه « تزوج أم يحيى بنت أبى اهاب فجاءت امرأة سوداء فقالت قد أرضعتكما فجئت الى النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال كيف وقد زعمت أنها أرضعتكما فنهاه عنها » ولأنها لا تجر بهذه الشهادة نفعا الى نفسها ولا تدفع عنها ضررا ولا تقبل شهادة المرأة على ولادتها لأنها تثبت لنفسها بذلك حقا وهو النفقة وتقبل شهادة النساء منفردات على استهلال الولد وانه بقى متألما الى أن مات وقال الربيع رحمه الله : فيه قول آخر أنه لا يقبل الا شهادة رجلين والصحيح هو الأول لأن الغالب أنه لا يحضرها الرجال »

الشرح قد ذكرنا أن حقوق الآدميين على ثلاثة أقسام ومضى الكلام على قسمين وبقى الكلام على القسم الثالث وهو ما ليس بمال ، ولا المقصود منه المال ، ولا يطلع عليه الرجال وهو مثل الرضاع والولادة واستهلال الولد وعيوب النساء تحت الثياب كالرتق والقرن . فهذا كله وما أشبهه يثبت بشاهدين أو بشاهد وامرأتين أو بأربع نسوة مفردات ، وبه قال أكثر أهل العلم . وقال أبو حنيفة وابن أبى ليلى : يثبت الرضاع بشهادة النساء منفردات دليلنا أن الرجال لا يطلعون على ذلك فى العادة ، فلو لم يقبل فيه شهادة النساء مفردات لبطل . والدليل على أن شهادة النساء مفردات تقبل فى الرضاع أنها شهادة على عورة يثبت بها تحريم ، فقبل فيها شهادة النساء مفردات كالولادة وفيه احتراز من الشهادة على الزنا ، وكل موضع تقبل به شهادة النساء مفردات فاختلف أهل العلم فى عددهن فمذهبنا أنه لا يقبل الا من أربع نسوة عدول وبه قال عطاء . وقال عثمان البتى : تقبل من ثلاث . وقال مالك رحمه الله والأوزاعى : تقبل شهادة الواحدة فى الرضاع لما روى عقبة بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت أبى اهاب فجاءت امرأة سوداء فذكرت أنها قد أرضعتهما فذكر ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « كيف شهدت السوداء أنها قد أرضعتكما » .

دليلنا قوله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » الآية قال صلى الله عليه وسلم ما رأيت من ناقصات عقل ودين أغلب لذى لب منكن فقالت امرأة : يا رسول الله ما ناقصات العقل والدين ؟ أما ناقصات العقل فشهادة امرأتين بشهادة رجل ، وأما نقصان الدين فانها تمكث نصف دهرها لا تصلى ، فأخبر الله ورسوله أن شهادة اثنتين بشهادة رجل ، وقد ثبت أن هذه الحقوق لا تقبل فيها من الرجال الا رجلا فثبت ألا يقبل فيها من النساء الا أربع . وأما الخبر الذى احتج به لابن عباس رضى الله عنهما فانما أمره النبى صلى الله عليه وسلم بترك المرأة استحبابا لا وجوبا بدليل قوله صلى الله عليه وسلم : « كيف وقد شهدت السوداء » أى اترك ذلك كيف وقد انضاف الى ما قلت ذلك من الترك شهادة السوداء ، أو لو أمره بتركها موجبا لقال : اتركها لأن السوداء قد شهدت بأنها أرضعتكما .

فرع فان شهدت المرضعة بأنها أرضعت طفلا مع ثلاث نسوة معها وهن عدول حكم بكونه أبنا لها ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : كيف وقد شهدت السوداء فسماها شهادة ولأنها لا تجر بهذه الشهادة الى نفسها نفعا ولا تدفع عنها ضررا فقبلت . هذا نقل أصحابنا العراقيين . وقال الخراسانيون : ان شهدت المرضعة على أنها أرضعته طفلا — فان ادعت أجرة — لم تقبل ، وان لم تدع أجرة نظرت — فان شهدت على فعل نفسها بأن قالت : أشهد أنى أرضعتكما — لم تقبل ، لأنها تشهد على فعل نفسها ، وان قالت : أشهد بأنهما ارتضعا منى قبلت شهادتها

فرع اذا تزوج الرجل امرأة واتفقا على أن بينهما رضاعا يحرم انفسخ النكاح ، فان كان قبل الدخول وجب لها نصف المسمى وان كان بعد الدخول وجب لها المسمى ، وان أقام عليها بينة بالرضاع — فان كان قبل الدخول — فلا شىء لها عليه ، وان كان بعد الدخول قال أصحابنا : حكم لها بمهر مثلها ، ويحتمل وجه آخر أنه يحكم لها بأقل الأمرين من المسمى أو مهر المثل ، لأن مهر المثل ان كان أقل لم يحكم بأكثر منه لأنا

قد حكمنا ببطلان النكاح • وان كان المسمى أقل لم يحكم لها بأكثر منه لأنها لا تدعيه ، وان أقام الزوج عليها ابنتها أو أمها قبلها لأنهما شهدان عليهما • وان ادعت الزوجة رضاعا يحرم وأنكر الزوج ولا بينة فالقول قوله مع يمينه ، فاذا حلف لم يحكم بانفساخ النكاح عليه •

قال المسعودى : ويحلف الزوج أنه لا يعلم أن بينهما رضاعا ، فان نكل ردت اليمين عليها وتحلف على البت والقطع

فرع كل حق يثبت بالشاهد والمرأتين فانه يثبت بالشاهد ويمين المدعى وبه قال أبو بكر وعمر وعثمان وعلى وأبى بن كعب وعمر بن عبد العزيز رضى الله عنهم وأبو سلمة بن عبد الرحمن والشعبى وشريح وفقهاء المدينة وربيعة ومالك وأحمد واسحق رحمهم الله وقال النخعى والزهرى وابن شبرمة والأوزاعى والثورى وأبو حنيفة وأصحابه لا يقضى بالشاهد واليمين بحال •

دليلنا ما روى عمرو بن دينار عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالشاهد مع اليمين قال عمرو بن دينار : وكان ذلك فى الأموال • وروى على كرم الله وجهه أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بشهادة الشاهد الواحد مع يمين صاحب الحق •

وروى جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أتانى جبريل عليه السلام فأمرنى أن أقضى باليمين مع الشاهد » • ولأنه أحد المتداعيين فجاز أن يثبت اليمين فى جنبته ابتداء كالمدعى عليه •

فرع وان ادعى مالا أو ما المقصود منه المال ، وأقام على ذلك أربع نسوة مفردات لم يحكم له بذلك بلا خلاف ، وان أقام امرأتين وأراد أن يحلف معهما لم يكن له ذلك • وقال مالك : له ذلك ، دليلنا أنها بينة لا تقبل فى النكاح فلم تقبل مع اليمين كالنساء مفردات

قال المسعودى فى الابانة كما نقل ذلك صاحب البيان عنه[1] : وكيفية اليمين مع الشاهد أن يحلف المدعى أن شاهده لصادق وانه لمحق .

فرع وان ادعى عليه أنه قطع يده من الساعد عمدا فأنكر وأقام عليه شاهدا وأراد أن يحلف معه فحكى ابن الصباغ فيها وجهين (أحدهما) وهو للشيخ أبى حامد أن له أن يحلف ويحكم له بما ادعاه لأنها جناية لا قصاص فيها فهى كالجائفة (والثانى) وهو للقاضى أبى الطيب

---

(١) قال الشيخ ابن الصلاح : كل ما يوجد فى كتاب البيان للعمرانى منسوبا الى المسعودى فانه غير صحيح النسبة اليه ، وانما المراد به صاحب الابانة ابو القاسم الفورانى قال : وذلك أن الابانة وقعت فى اليمن منسوبة الى المسعودى على جهة الغلط لتباعد الديار ونقل ابن السبكى فى الطبقات الكبرى عن أبى عبد الله الطبرى صاحب العدة : وما ذكره ابن الصلاح من أن كل ما يوجد عن المسعودى فى البيان فهو عن الابانة مشكل بمواضع ذكرها ابن السبكى هكذا :

منها أن صاحب البيان نقل أن المسعودى قال : اذا اشترى ما لا شفعة فيه أصلا لا بالأصالة ولا بالتبعية كالسيف ، وما فيه شفعة أنه لا تثبت الشفعة فى الشقص لتفرق الصفقة فى الشقص على المشترى وقد كشفت الابانة فلم أجد ذلك فيها .

ومنها نقل فى البيان عن المسعودى : (أنه اذا ابتاع بثمن مؤجل فله أن يبيع ولا يخبر بالأجل) وهذا يوافقه قول سليم فى المجرد : انه يكره له أن يبيعه ولا يذكر الأجل قال : وقد صرح الرويانى فى البحر بحكايته وجها عن الخراسانيين الا انى كشفت الابانة للفورانى فلم ار ذلك فيها .

ومنها قال فى البيان : قال المسعودى : فى الأب هل يزوج ابنه الصغير ؟ وجهان (الأصح) لا ، لأنه لا حاجة له اليه ، وهذا لم يوجد فى الابانة ثم قال مستدركا على ما يذكره النووى فى المجموع من كل ما يذكره فى الابانة منسوبا الى الفورانى قال :

قلت : ما أظن النووى انى الا من قبل ابن الصلاح ، فانه لما استقر فى نفسه ما ذكره من أن كل ما ينسب فى البيان الى المسعودى فهو الى الفورانى ووجد هذا منسوبا الى المسعودى نسبه الى الفورانى وهو مكان كيس ، قد ذكرناه مع نظائر له فى الكتاب الذى لقيناه (خادم الرافعى) فى باب (وهم على وهم) .

أنه ليس له أن يحلف لأن من قطعت يده من الساعد له أن يقتص من الكوع • وكل جناية وجب فيها القصاص فأنها لا تثبت بالشاهد واليمين ، ويشبه أن يكون هذان الوجهان مأخوذين من القولين فى الهاشمة والمنقلة هل يثبتان بالشاهد والمرأتين ؟

فرع اذا مات رجل وخلف جماعة ورثة فادعوا أن لأبيهم على رجل دينا فأنكر فأقاموا شاهدا فان حلفوا استحقوا الدين ، فان كان على الميت دين قضى منه دينه ، وان وصى بوصية نفذت عنه وصيته • وان حلف بعضهم دون البعض استحق الحالف قدر نصيبه من الدين ولا يشاركون من لم يحلف من الورثة • وحكى ابن الصباغ أن ابن القاص قال : وفيها قول آخر أنهم يشاركونه لأن الشافعى رحمه الله قال : اذا ادعى رجلان دارا ورثاها من أبيهما فى يد رجل فأقر لأحدهما بنصفها شاركه الآخر فيه وهذا وليس بصحيح لأن الذى لم يقر له بالدار لم يسقط حقه فكذلك شارك أخاه وها هنا الذى امتنع عن اليمين أسقط حقه فلم يستحق بيمين غيره ، فان امتنع جميع الورثة عن اليمين — فان كان على الميت دين ، وكان للميت دين — فان كان للميت مال غير هذا المال المدعى به يفى بالدين لم يكن لصاحب الدين أن يحلف مع الشاهد لأنه يمكنه استيفاء حقه من تركة الميت ، وان كان لا يمكنه استيفاء دينه الا من المال الذى شهد به الشاهد فهل له أن يحلف مع الشاهد ؟ فيه قولان • قال فى القديم : له أن يحلف معه لأن حقه متعلق به ، لأنه اذا ثبت استوفى منه دينه • وقال فى الجديد : ليس له أن يحلف مع الشاهد ، لأن المال اذا ثبت استحقه الورثة ، ولا يجوز أن يحلف لاثبات الملك لغيره •

قال ابن الصباغ : فاذا قلنا له أن يحلف فحلف ثم أبرأ الميت من دينه ، فان المال الذى حلف عليه يرد الى المدعى عليه ، ولا يرد الى ورثة الميت ، وان لم يكن على الميت دين ، ولكنه أوصى بوصايا تتعلق بالمال المشهود به فهل للموصى له أن يحلف مع الشاهد عند

امتناع الورثة عن اليمين ؟ فيه قولان كما قلنا فى الغريم ، وان حلف بعض الورثة وعلى الميت دين فهل يقضى جميع الدين مما يستحقه الحالف؟ قال ابن الصباغ : عندى أنه يبنى على يمين الغريم ، فان قلنا : انه يحلف اذا امتنع الورثة لم يلزم الحالف من الورثة الا قدر نصيبه من الدين وان قلنا : ان الغريم لا يحلف . فان قلنا : القول الذى حكاه ابن القاص أن الورثة يشاركونه قضاء جميع الدين منه ، لأنه تركه . وان قلنا : الورثة لا يشاركونه بنى على أن بعض الورثة اذا أقر بدين على مورثهم ، وجحد الباقون فهل يلزمه جميع الدين ؟ فيه قولان ، ويأتى بيانهما فى موضعهما ، وان كان فى الورثة صغير أو معتوه قال الشافعى رحمه الله : وقف حقه ، قال أبو اسحق : أراد وقفت يمينه حتى يبلغ الصغير ويعقل المعتوه لأن يمينه لا تصح ووليه لا ينوب عنه باليمين وقال أبو على فى الافصاح : يعنى أن يوقف حقه فى المال ، كما قال الشافعى رحمه الله فى أحد القولين اذا ادعى مالا وأقام شاهدا وطلب أن يحبس له الخصم أو الكفيل الى أن يقيم الآخر ، فان مات الصغير أو المعتوه فأقام وارثه مقامه فاذا حلف استحق نصيبه ، وان كان لجماعة حق على رجل فأقام بعضهم شاهدا وكان بعضهم صغيرا أو غائبا فهل يحتاج الصغير اذا بلغ ، أو الغائب اذا حضر الى اعادة الشاهد ؟

قال المسعودى : ان كان الحق من جهة واحدة كالارث عن شخص واحد لم يفتقر الى اعادة الشاهد والا فيعاد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وما يثبت بالشاهد والمرأتين يثبت بالشاهد واليمين لما روى عمرو بن دينار عن ابن عباس رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ((قضى بيمين وشاهد)) قال عمر : ذلك فى الأموال واختلف أصحابنا فى الوقف فقال أبو اسحاق وعامة أصحابنا يبنى على القولين فان قلنا ان الملك للموقوف عليه قضى فيه بالشاهد واليمين لأنه نقل مالك فقضى فيه بالشاهد واليمين كالبيع وان قلنا انه ينتقل الى الله عز وجل لم يقض فيه بالشاهد واليمين لأنه ازالة ملك الى غير الآدمى فلم يقض فيه**

بالشاهد واليمين كالعتق وقال أبو العباس رحمه الله يقضى فيه بالشاهد واليمين على القولين جميعا لأن القصد بالوقف تمليك المنفعة فقضى فيه بالشاهد واليمين كالاجارة » .

الشرح حديث عمرو بن دينار عن ابن عباس أخرجه مسلم وأبو داود والنسائى وابن ماجه والحاكم والشافعى وزيادة (وذلك فى الأموال) هى رواية الشافعى قال الشافعى : وهذا الحديث ثابت لا يرده أحد من أهل العلم ، لو لم يكن فيه مع أن معه غيره مما يشده . وقال النسائى : اسناده جيد ، وقال البزار : فى الباب أحاديث حسان أصحها حديث ابن عباس ، وقال ابن عبد البر : لا مطعن لأحد فى اسناده ، كذا قال ، وقد قال عباس الدورى فى تاريخ يحيى بن معين عنه : ليس بمحفوظ . وقال البيهقى : أعله الطحاوى بأنه لا يعلم قيسا يحدث عن عمرو بن دينار بشىء . قال : وليس ما لا يعلمه الطحاوى لا يعلمه غيره ، ثم روى باسناده حديثا من طريق وهب بن جرير عن أبيه عن قيس بن سعد عن عمرو بن دينار بحديثه عن الذى وقصته ناقته وهو محرم .

قال : وليس من شرط قبول الأخبار كثرة رواية الراوى عمن روى عنه ، بل اذا روى الثقة عمن لا ينكر سماعه منه حديثا واحدا وجب قبوله ، وان لم يروه عنه غيره ، على أن قيسا قد توبع عليه ، رواه عبد الرازق عن محمد بن مسلم الطائفى عن عمرو بن دينار ، أخرجه أبو داود وتابع عبد الرزاق أبو حذيفة وقال الترمذى فى العلل : سألت محمدا عن هذا الحديث فقال : لم يسمعه عمرو عندى من ابن عباس : قال الحاكم : قد سمع عمرو من ابن عباس عدة أحاديث ، وسمع من جماعة من أصحابه ، فلا ينكر أن يكون سمع منه حديثا وسمعه من بعض أصحابه عنه ، وأما رواية عصام البلخى وغيره ممن زاد فيه بين عمرو وابن عباس طاووسا فهم ضعفاء قال البيهقى ورواية الثقات لا تعلل برواية الضعفاء . حكاه الحافظ فى التلخيص .

أما الأحكام فانه اذا ادعى رجل وقف عين عليه وأقام شاهدا فأراد أن يحلف معه فهل له ذلك ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو اسحاق وأكثر أصحابنا يبنى على القولين فى الوقف هل ينتقل الى الله تعالى أو الى الموقوف عليه ـ فان قلنا : ينتقل الى الله تعالى ـ لم يكن له أن يحلف مع الشاهد كما قلنا فى العتق ، وان قلنا : ينتقل الى الموقوف عليه كان له أن يحلف مع الشاهد كالبيع ، وقال أبو العباس ابن سريج : له أن يحلف مع الشاهد قولا واحدا لأنا وان قلنا : انه ينتقل الى الله تعالى الا أن القصد بالوقف تمليك الموقوف عليه منفعة الوقف فهو كالاجارة بخلاف العتق ، فان المقصود منه تكميل أحكام العبد دون المال •

فرع قال الشافعى رحمه الله : ولو أقام شاهدا أن أباه تصدق عليه بهذه الدار صدقة لحرمة موقوفة وعلى أخوين له ، فان انقرضوا فعلى أولادهم ثم على المساكين فمن حلف منهم ثبت حقه وصار ما بقى ميراثا ، فان حلفوا معه خرجت الدار من ملك صاحبها •

واختلف أصحابنا فى صورتها فقال أبو اسحق وغيره من أصحابنا : صورتها أن يموت رجل يخلف دارا وثلاثة أولادهم ومعهم وارث غيرهم ، فاذا ادعى أحد الأولاد أن أباه وقف الدار عليه وعلى اخوته ثم على أولادهم بعدهم ثم على الفقراء والمساكين وصدقة أخواه على ذلك وأنكر الوارث الذى معهم فأقام المدعى شاهدا فهل للمدعى أن يحلف مع الشاهد ان قلنا : لا يقضى بالشاهد مع اليمين فى الوقف ، وان قلنا : يقضى بالشاهد مع اليمين فى الوقف نظرت ـ فان حلف الأولاد الثلاثة ـ صار جميع الدار وقفا عليهم ، فان لم يحلف واحد منهم لم يحكم بالوقف قبل القسمة بل تكون موروثة • فان كان على الميت دين قضى منها دينه ، وان كانت له وصية نفذت منها وصيته • وان لم يكن دين ولا وصية قسمت الدار على الورثة مما أصاب سائر الورثة الذين أنكروا الوقف يكون مطلقا يتصرفون فيه ما شاءوا ، وما أصاب الأولاد الذين ادعوا الوقف حكم بالوقف عليهم باقرارهم •

فأما اذا حلف واحد من الأولاد ولم يحلف الآخران فثلث الدار وقفا على الحالف ، والثلثان الباقيان من الدار موروثا يقضى منه دين الميت، وينفذ منه وصاياه ، وما بقى بعد ذلك يقسم بين الأولاد الثلاثة ، والوارث معهم المنكر للوقف ، فما أصاب المنكر للوقف من الدار يكون مطلقا يتصرف فيه كما يشاء ، وما أصاب الأولاد الثلاثة من الدار يكون وقفا على الولدين اللذين لم يحلفا لأن الحالف يعترف لهما بذلك ، لأنه لا يدعى الا ثلث الدار وقد حصل له ذلك بيمينه • قال أبو اسحق : فأما اذا خلف الميت ثلاثة أولاد وادعوا أن أباهم وقف عليهم دارا يملكها وقد صارت فى يد رجل فادعوا أنه غصبها وأقاموا شاهدا فان لهم أن يحلفوا مع الشاهد قولا واحدا لأنهم ادعوا الغصب ، والغصب يحكم فيه بالشاهد واليمين فاذا حلفوا مع شاهدهم نزعت الدار ممن هى بيده وصارت وقفا عليهم قولا واحد باقرارهم • وهذا كما لو أقر رجل أن أباه أعتق عبدا وأن فلانا غصبه وأقام عليه شاهدا وحلف معه فانه يحكم على الغاصب بالعبد ويحكم بعتق العبد • ومن أصحابنا من قال : صورتها أن يموت رجل ويخلف ثلاثة أولاد فادعى أحد الأولاد الثلاثة على رجل أجنبى فى يده دار أن أباه وقف عليه الدار وعلى اخوته ثم على أولادهم ثم على الفقراء وأنكر من بيده الدار فأقام المدعى شاهدا ــ فان قلنا : لا يحكم بالشاهد واليمين فى الوقف فلا كلام ، وان قلنا : يحكم بالشاهد واليمين فى الوقف نظرت فان حلف الأولاد الثلاثة حكم بجميع الدار وقفا عليهم ، وان لم يحلف واحد منهم كانت الدار ميراثا لمن هى بيده ، وان حلف أحد الأولاد وامتنع الآخران من اليمين حكم بثلث الدار وقفا على الحالف ، وكان ثلثاه ميراثا لمن هى بيده •

قال : والدليل على أن هذه سورتها قوله : فمن حلف منهم ثبت نصيبه وقفا وصار ما بقى ميراثا وهذا انما يتصور على هذه الطريقة ، فأما على الطريقة الأولى فمن لم يحلف من الأولاد صار نصيبه وقفا

باقراره ، وقال الشيخ أبو حامد وأكثر أصحابنا : الصحيح أن صورتها ما ذكره أبو اسحق والدليل عليه قوله : وأقام شاهدا أن أباه تصدق عليه . وهذا كناية ترجع الى المذكور ، وليس ها هنا مذكور الا المدعى ، فأما ما احتج به الأول وهو قوله : صار ما بقى ميراثا فله تأويلان (أحدهما) أنه أراد أن نصيب من حلف يحكم بأنه وقف من الواقف . ونصيب من لم يحلف لا يحكم بأنه وقف منه وانما يصير وقفا باقراره (والثانى) أنه أراد أن نصيب من أنكر الوقف من الورثة ، وأما نصيب الأولاد فلم يعرض له .

اذا ثبت هذا وحلف الأولاد الثلاثة مع الشاهد ثم ماتوا دفعة واحدة وخلفوا أولادا وقد كان الواقف شرط انتقال الوقف الى أولادهم بعدهم ، فهل يحتاج أولاد الأولاد أن يحلفوا ؟ فيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى اسحاق وأكثر أصحابنا أنهم لا يحتاجون أن يحلفوا وهو ظاهر المذهب لأن الوقف اذا ثبت للأصل بيمينه مع الشاهد لم يحتج فى انتقاله الى من هو دونه الى اليمين كما لو ادعى رجل حقا وأقام عليه شاهدا وحلف معه ثم مات وخلف ولدا ، فان ولده لا يحتاج الى اليمين بعده (والثانى) وهو قول أبى العباس أنه لابد أن يحلف ولد الولد لأنه يأخذ الوقف عن الواقف ، فاذا لم يستحق الولد الا باليمين فكذلك ولد الولد كما لو شرك بين الولد وولد الولد فى الوقف ، وهذان الوجهان مأخوذان من القولين فى البطن (الثانى) هل يتلقون الوقف من الواقف أو من البطن الأول ؟ وفيه قولان حكاهما المسعودى .

فرع فان مات الأولاد متفرقين بعد أن حلفوا فان الأول لما مات لا ينتقل نصيبه الى ولده لأن الواقف شرط ألا ينتقل الواقف الى أولاد الأولاد الا بعد انقراض الأولاد ، فيصرف نصيبه الى أخوته الباقين . وهل يحتاجان أن يحلفا ثانيا على نصيب الميت — ان قلنا : ان الأولاد اذا ماتوا كلهم وانتقل الوقف الى أولادهم ولا يحتاجون أن يحلفوا لم يحتج الأخوان أن يحلفا على نصيب أخيهما الذى مات قبلهما .

وان قلنا : ان أولاد الأولاد يحتاجون أن يحلفوا فهل يحلف الولدان الباقيان ها هنا ؟ فيه وجهان (أحدهما) يحلفان لأن نصيب أخيهما انتقل اليهما بموته كما ينتقل الوقف الى أولاد الأولاد (والثانى) لا يحتاجان أن يحلفا لأنهما قد حلفا وحكم بأنهما من أهل الوقف بأيمانهما بخلاف أولاد الأولاد ، فانه لم يحكم بأنهم من أهل الوقف .

فرع وان حلف الأولاد الثلاثة وماتوا رفعنا الوقف الى الفقراء والمساكين . فان مات أولاد الأولاد بعدهم أو لم يخلف الأولاد أولادا ـ فان قلنا بظاهر المذهب وأن أولاد الأولاد لا يحتاجون أن يحلفوا بعد موت الأولاد حكم بالوقف ها هنا على الفقراء والمساكين . وان قلنا بقول أبى العباس وأن أولاد الأولاد لابد أن يحلفوا فلا يمكن ايجاب اليمين ها هنا على الفقراء والمساكين . لانهم لا يتعينون ولا ينحصرون .

وما الحكم بالوقف ؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) يحكم ببطلان الوقف لانا قد قلنا : لا يمكن الحكم بالوقف الا بعد يمين المستحق له ، واليمين متعذرة من جهة الفقراء والمساكين فحكم ببطلان الوقف (والثانى) أنه يحكم بالوقف وللفقراء والمساكين لانه قد ثبت كونه وقفا وانما يحكم بابطاله بامتناع الموقوف عليه من اليمين اذا كان الموقوف عليه معينا . فأما اذا كان أهل الوقف غير معينين لم يكن ايجاب اليمين عليهم فسقط اعتبارها فى حقهم (والثالث) ذكره القاضى أبو الطيب أنها تكون وقفا وتصرف الى أقرب الناس بالواقف ، لأن اليمين شرط فى استحقاق الوقف ، واليمين متعذرة من جهة الفقراء والمساكين فخرجوا من الوقف ، وقد حكم بكونه وقفا فيصير كالمنقطع الانتهاء فيرجع الى أقرب الناس بالواقف .

والذى يقتضى المذهب أنه يعتبر يمين أقرب الناس بالواقف على هذا اذا حلف جميع الأولاد فأما اذا حلف واحد منهم وامتنع الأخران من اليمين فقد ذكرنا أن ثلث الدار يصير وقفا على الحالف ، وتقسم ثلثا الدار على الأولاد الثلاثة ومن معهم من الورثة . فما خص الأولاد الثلاثة

صار وقفا على الولدين الآخرين اللذين لم يحلفا ، فان مات الحالف نظرت ، فان مات بعد موت اخوته ، فان نصيبه ينقل الى ولد الولد ، وهل يحلف ؟ فيه وجهان مضى ذكرهما .

وان مات الحالف قبل موت اخوته فالى من ينقل ثلث الدار الذى حكم بوقفه عليه ؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدهما) ينتقل الى اخوته لأنه لا ينتقل الى ولد الولد الا بعد انقراض الأولاد ولم ينقرضوا فعلى هذا هل يفتقر الأخوان أن يحلفا على ذلك ؟ فيه وجهان كما قلنا فى الوجهين فى أولاد الأولاد والوجه الثانى أنه ينتقل الى أقرب الناس بالواقف لأنه لا يمكن نقله الى الولدين الباقيين ، لأنه قد أسقط حقهما فى الوقف بامتناعهما من اليمين فيصير كالوقف المنقطع الوسط ، فعلى هذا هل يحلف الأقرب ؟ قال ابن الصباغ : على الوجهين المذكورين فى أولاد الأولاد بعد ايمان الأولاد (والوجه الثالث) أنه ينتقل الى ولد الولد لان الولدين أسقطا حقهما من الوقف بامتناعهما عن اليمين فصارا كالمعدومين ولو عدما لنقل الوقف الى ولد الولد . فعلى هذا هل يحلف ولد الولد ؟ على الوجهين .

فرع فان امتنع جميع الأولاد عن اليمين فقد ذكرنا أن جميع الدار تقسم بين جميع الورثة وما خص الأولاد منها تكون وقفا ، وما خص الوارث معهم تكون طلقا ، فان خلف الأولاد أولادا فقالوا : نحن نحلف مع الشاهد ليكون جميع الدار وقفا علينا ففيه قولان (أحدهما) ليس لهم ذلك ، لأن الولد أصل ، وولد الولد تابع ، فاذا لم يحلف الأصل لم يثبت الوقف للأصل فلم يثبت البيع (والقول الثانى) لهم أن يحلفوا — وهو اختيار الشافعى رحمه الله — وهو الأصح ، لان الولد يأخذ الوقف من الواقف كما يأخذه من الولد ، فاذا امتنع الولد أسقط به حقه دون حق ولد الولد ، وكان له أن يحلف عليه فلأنا لو قلنا : لا يحلفون لكنا قد جعلنا للولد ابطال الوقف على من بعده ، وهذا لا سبيل اليه وهكذا لو حلف أحد الأولاد وامتنع

الآخران ثم ماتا وخلفا أولادا وأرادوا أن يحلفوا مع الشاهد فهل لهم ذلك ؟ على القولين ، وهذا انما يكون بعد موت الولد الحالف ، فأما قبل موت الحالف فليس لهم أن يحلفوا لان الوقف انما ينتقل الى ولد الولد بعد انقراض جميع الأولاد ، وهل لهذا الحالف أن يحلف على نصيب اخوته؟ يحتمل أن يكون على هذين القولين .

واختلف أصحابنا فى أصل هذين القولين فمنهم من قال : أصلهما الوقف اذا كان متصل الابتداء منقطع الانتهاء فهل يصح ؟ فيه قولان . اذا قلنا : انه صحيح كان لأولاد الأولاد أن يحلفوا . وان قلنا : انه باطل لم يكن لهم أن يحلفوا ، ومنهم من قال : القولان أصل فى أنفسهما غير مبنيين على غيرهما . هذا كله اذا رتب الواقف على الأولاد ثم أولادهم بعدهم . فأما اذا أشرك بينهم مثل أن ادعى الأولاد أنه قال : وقفت هذه الدار على أولادى وأولاد أولادى ما تناسلوا ، ثم على الفقراء والمساكين فجاء الأولاد الثلاثة وادعوا ذلك وأقاموا شاهدا ـ فان كان هناك ولد ولد معهم ـ فانه لا يستحق شيئا من غير يمين وجها واحدا ، لأنهم يستحقون الوقف من جهة الواقف من غير واسطة بخلاف الأولى . وان لم يكن هناك غير الأولاد الثلاثة فحلفوا استحقوا الوقف .

فرع اذا حدث ولد ولد عزل له ربع غلة الوقف من حين ولد ، لأن الأولاد قد أقروا أنه شريك لهم فوقف الى أن يبلغ ، فان حلف استحقه ولا يحتاج الى اعادة الشاهد ، وان لم يحلف رد على الأولاد الثلاثة . فان قيل : هلا قلتم : ان نصيب ولد الولد من الغلة يسلم الى وليه ، لأن الأولاد قد اعترفوا له به ؟

(فالجواب) أنهم انما أقروا بذلك اقرارا مضافا الى سبب وهو الوقف . وقد ثبت أن أهل الوقف لا يستحقون شيئا منه الا بعد اليمين . وان مات ولد الولد قبل بلوغه كان ما عزل من الغلة لورثته اذا حلفوا ، ويقسم غلة الوقف بعد موت ولد الولد بين الأولاد الثلاثة ،

لأنه ليس هنـاك من يشـاركهم . فان مات أحـد الأولاد الثلاثة قبـل بلوغ ولد الولد فانه يعزل لولد الولد قبـل موت الولد من غلة الوقف الربع ، ويعزل له من غلة الوقف بعـد موت الولد الثلث ، فان بلغ ولد الولد وحلف اسـتحق ما عزل له من غلة الوقف . وان مات قبـل أن يبلغ كان لوارثه أن يحلف ويسـتحقه ولا يستحق شـيئا من غلة الوقف بعـد موته ، بل يكون للولدين الباقيين ، وان بلغ ولد الولد وامتنع من اليمين فان الربع المعـزول من غلة الوقف قبـل موت الولد يقسـم بين الأولاد الثلاثة أثلاثا ، فما خص الولد الميت يكون لورثتـه ، والثلث المعزول من غلة الوقف بعد موت الولد يرد على الولدين الباقيين .

وان كان هنـاك حين الدعـوى ولد ولد صـغير فان الأولاد الثلاثة اذا حلفوا اسـتحقوا ثلاثة أرباع الوقف ، ويعزل ربع الموقوف الى أن يبلغ ولد الولد فان حلف استحقه ، وان لم يحلف فحكى ابن الصباغ أن الشيخ أبا حامد والقاضى أبا الطيب قالا : يرد ذلك على الأولاد الثلاثة كمـا قلنا فيما عزل لولد الولد الحادث . قال ابن الصـباغ : وهذا غير صحيح . لأن الواقف شرك فى الوقف بين الأولاد وأولاد الأولاد . وقـد ثبت أن الأولاد الثلاثة اذا كانوا بالغين فحلف اثنان منهم وامتنـع الثالث فان نصيبه يكون مقسـوما بين الورثة ولا فرق بين الممتنع والصغير ، ويفارق ولد الولد الحادث ، لأن بأيمان الأولاد الثلاثة مع شـاهدهم حكمنا بأن جميع الدار وقف ولا يبطل بامتناع من حـدث ، وفى حق الموجود لا يمكن الحكم بوقف جميعه بين بعض الموقوف عليهم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

((باب تحمل الشهادة وأدائها))

لا يجـوز تحمـل الشـهادة وأداؤهـا الا عن علم والدليـل عليـه قوله تعالى : ((ولا تقف ما ليس لك به علم ان السـمع والبصر والفـؤاد كل أولئـك كان عنه مسـئولا)) وقوله تعالى : ((الا من شهد بالحـق وهم يعلمون)) فأمر الله تعـالى أن يشـهد عن علم وقوله عز وجل : ((ستكتب شـهادتهم ويسـألون)) وهـذا الوعيـد يوجب التحفظ فى الشـهادة وأن لا يشـهد الا عن علم وروى طاوس عن ابن عباس رضى الله عنـه أنه قال :

« سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشهادة فقال هل ترى الشمس ؟ قال : نعم قال فعلى مثلها فاشهد أو دع » وان كانت الشهادة على فعل كالجناية والغصب والزنا والسرقة والرضاع والولادة وغيرها مما يدرك بالعين لم تجز الشهادة به الا عن مشاهدة لأنها لا تعلم الا بها ، وان كانت الشهادة على عورة ووقع بصره عليها من غير قصد جاز أن يشهد بما شاهد ، وان أراد أن يقصد النظر ليشهد فالمنصوص أنه يجوز وهو قول أبى اسحاق المروزى لأن أبا بكرة ونافعا وشبل بن معبد شهدوا على المغيرة بالزنا عند عمر رضى الله عنه فلم ينكر عمر ولا غيره نظرهم ، وقال أبو سعيد الاصطخرى : لا يجوز أن يقصد النظر لأنه فى الزنا مندوب الى الستر وفى الولادة والرضاع تقبل شهادة النساء فلا حاجة بالرجال الى النظر للشهادة ومن أصحابنا من قال : يجوز فى الزنا دون غيره لأن الزانى هتك حرمة الله تعالى بالزنا فجاز أن تهتك حرمته بالنظر الى عورته ، وفى غير الزنا يوجد من المشهود عليه هتك حرمة فلم يجز هتك حرمته ومنهم من قال : يجوز فى غير الزنا ولا يجوز فى الزنا لأن حد الزنا يبنى على الدرء والاسقاط فلا يجوز أن يتوصل الى اثباته بالنظر وغيره لم يبن على الدرء والاسقاط فجاز أن يتوصل الى اثباته بالنظر » .

الشرح قوله تعالى : « ولا تقف ما ليس لك به علم الآية » سنتكلم عليها فى الغات أما قوله تعالى : « أشهدوا خلقهم ستكتب شهادتهم الآية » قال القرطبى : قيل : ان النبى صلى الله عليه وسلم سألهم وقال : فما يدريكم أنهم اناث ؟ فقالوا : سمعنا بذلك من آبائنا ونحن نشهد أنهم لم يكذبوا فى أنهم اناث فقال الله تعالى : « ستكتب شهادتهم ويسألون » أى يسألون عنها فى الآخرة .

وأما قوله تعالى : « الا من شهد بالحق وهم يعلمون » قيل : انها نزلت بسبب أن النضر بن الحارث ونفرا من قريش قالوا : ان كان ما يقول محمد حقا فنحن نتولى الملائكة وهم أحق بالشفاعة لنا منه ، فأنزل الله « ولا يملك الذين يدعون من دونه الشفاعة الا من شهد بالحق » .

أما حديث ابن عباس « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشهادة » الحديث . قال الحافظ فى التلخيص : أخرجه العقيلى والحاكم وأبو نعيم فى الحلية وابن عدى والبيهقى من حديث طاوس

عن ابن عباس ، وصححه الحاكم ، وفى اسناده محمد بن سليمان بن مسمول ، وهو ضعيف ، وقال البيهقى : لم يرو من وجه يعتمد عليه .

أما خبر الشهادة على المغيرة فقد مضى فى الحدود فى غير موضع .

أما اللغات فقوله : « ولا تقف » أى لا تتبع ما لا تعلم ولا يعنيك . قال قتادة : لا تقل رأيت وأنت لم تر ، وسمعت وأنت لم تسمع ، وعلمت وأنت لم تعلم ، وبه قال ابن عباس أيضا وقال محمد بن الحنفية : هى شهادة الزور ، وقال القتبى : لا تتبع الحدس والظنون وكلها متقاربة ، وأصل القفو البهت والقذف بالباطل ، ومنه قوله عليه السلام : « نحن بنو النضر بن كنانة لا نقفو أمنا ولا ننتفى من أبينا » أى لا نسب أمنا . وقال الكميت :

فلا أرمى البرىء بغير ذنب ولا أقفو الحواصن ان قفينا

يقال : قفوته أقفوه وقفته أقفوه ، وقفيته اذا اتبعت أثره ، وقافية كل شىء آخره ، ومنه قافية الشعر لأنها تقفو البيت ومنه اسم النبى صلى الله عليه وسلم المقفى لأنه جاء آخر الأنبياء ومنه الباطل .

أما الأحكام فانه لا يجوز لأحد أن يتحمل الشهادة على شىء ولا يؤديها الا بعد حصول العلم له بذلك لقوله تعالى : « ولا تقف ما ليس لك به علم » الآية وعن قتادة فى تفسيرها أنه قال : لا تقل ما لم تسمع وما لم تر وما لم تعلم . وقوله تعالى : « الا من شهد بالحق وهم يعلمون » فمدح من شهد بالحق بما يعلم فثبت أن العلم شرط . وقوله تعالى : « ستكتب شهادتهم ويسألون » وهذا وعيد يوجب التحفظ فى الشهادة ، وروى « أن رجلا سأل النبى صلى الله عليه وسلم عن الشهادة فقال : هل ترى الشمس ؟ على مثلها فأشهد أو دع » .

اذا ثبت هذا فالأشياء التى يحصل من جهتها العلم بالشهادة ثلاثة أشياء (أحدهما) ما لا يحصل العلم به الا بالمشاهدة (والثانى) ما لا

يحصل العلم به الا بالمشاهدة والسماع (والثالث) ما لا يحصل العلم به الا بالسماع .

فأما الذى لا يحصل العلم به الا بالمشاهدة فهى الشهادة على الأفعال ، مثل القتل والغصب واتلاف المال والزنا والسرقة والولادة ، فهذه الأسباب وما أشبهها اذا شهدها الانسان حصل له العلم بالمشهود عليه قطعا ويقينا ، وجازت له الشهادة بذلك ، ولا يجوز تحمل الشهادة عليها بالسماع من طريق الاستفاضة ، لأنه يمكن مشاهدتها يقينا ، فلا يجوز الرجوع فيها الى الظن .

فرع اذا وقع بصر الرجل على فرج رجل وامرأة وهما يزنيان أو على فرج امرأة فى حالة الولادة أو على ثديها وهى ترضع ، أو على عيب فى بدنها تحت ثيابها من غير أن يقصد الى النظر الى ذلك جاز له أن يشهد بما شاهد من ذلك .

فرع وان أراد أن يقصد الى النظر فى ذلك الى العورة ليتحمل الشهادة على ذلك فهل يجوز له ذلك ؟ فيه أربعة أوجه . قال أبو اسحق : يجوز له أن يتعمد الى النظر فى ذلك ليتحمل الشهادة وهو المنصوص لما ثبت أن أبا بكرة ونافعا وشبل بن معبد رضى الله عنهم تعمدوا أن ينظروا الى فرج المغيرة بن شعبة والمرأة وشهدوا بذلك عند عمر رضى الله عنهم ولم ينكر عليهم عمر ولا غيره من الصحابة ذلك فدل على أنه اجماع ، وقال أبو سعيد الاصطخرى : لا يجوز له أن يتعمد النظر الى العورة فى جميع ذلك ، لأن الزنا مندوب الى ستره والولادة والرضاع والعيوب تحت الثياب يقبل فيه شهادة النساء منفردات ، فلا حاجة به الى تحمل الشهادة فى ذلك ومن أصحابنا من قال : يجوز له النظر الى فرج الزانى ليتحمل الشهادة عليه ، ولا يجوز له التعمد الى النظر الى الفرج عند الولادة ولا الى الثدى عند الرضاع ، ولا الى ما تحت الثياب من العيوب لأن الزنا لا يثبت بشهادة النساء ، فكان بالرجال حاجة الى النظر الى ذلك ليشهدوا .

وفى غير الزنا يجوز فيه شهادة النساء منفردات ، فلا حاجة بالرجال الى النظر فيها ، ولأن الزانى هتك حرمة الله تعالى فجاز أن يتعمد النظر الى فرجه ليهتك حرمته ، وغير الزانى لم يهتك حرمة الله تعالى ، فلم يجز التعمد الى النظر الى عورته ، ومن أصحابنا من قال : لا يجوز النظر بتعمد الى فرج الزانى ، ويجوز تعمد النظر الى عورة غيره ، لأن الحق فى الزنا لله تعالى ، وحقوق الله تعالى مبنية على المسامحة ومندوب الى سترها ، والحق فى تلك الأشياء للآدمى وهى مبنية على التأكيد ولا تقبل المسامحة ، وأما الذى لا يحصل العلم به الا بالمشاهدة والسماع فهى الشهادة على العقود مثل البيع والرهن والصلح والاجارة والنكاح ، فلا يحصل له العلم بالمشاهدة فى ذلك الا بمشاهدة الشاهد للعاقدين وسماعه لقولهما .

وكذلك الشهادة على الطلاق والقذف والاقرار وغير ذلك من الأقوال لا تحصل الا بمشاهدة القائل وسماعه لقوله ، ولا يجوز له أن يتحمل الشهادة على ذلك بالاستفاضة ، لأنه يمكنه أن يرجع فى ذلك الى اليقين والاحاطة ، فلا يجوز له الرجوع فيها الى الظن .

فرع وأما الذى يحصل العلم به بالسماع من غير أن يشاهد المشهود عليه فهى ثلاثة أشياء : النسب والموت والملك المطلق ، فأما النسب فانه اذا استفاض فى الناس أن فلان بن فلان وسمع رجل هذه الاستفاضة جاز له أن يشهد أن فلانا ابن فلان ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد رحمهما الله تعالى ، لأن الحاق النسب بالأب انما يكون من طريق الظاهر أيضا . وأما الموت فانه اذا استفاض فى الناس أن فلانا مات ، وسمع رجل هذه الاستفاضة جاز له أن يشهد أن فلانا مات ، لأنه قد يموت بالسفر والحضر ، فيشق أن يشهد على موته الشهود ، لأنه مأمور بتعجيل وقته ، ولا ينتظر به الشهود ، ولأنه يتعذر معرفة موته قطعا ، لأنه قد يموت بعلة معروفة وغير معروفة ، والموت يشبه السكتة ، فجاز تحمل الشهادة على ذلك من طريق الظن .

فـــرع وأما الملك المطلق فيجوز تحمل الشهادة على ذلك بالسماع ، لأنه شهادة بمال فلم يجز تحملها بالسماع من غير المشهود عليه كالدين .

دليلنا أن الملك يقع بأسباب مختلفة مثل البيع والهبة والارث والاحياء والاصطياد وغير ذلك ، وقد يتعذر معرفة سببه فجازت الشهادة عليه بالاستفاضة كالنسب والموت .

فـــرع قال ابن الصباغ فى الشامل : وأما الدين فان أصحابنا لا يسلمونه ويمكن أن يفرق بينهما بأن قدره لا يقع فيه استفاضة ، وانما يستفيض الدين فى الجملة من حيث المطالبة والملازمة بخلاف الأعيان. فان قيل : فقد يمكنه أن يعلم الملك بمشاهدة سببه فلا حاجة به الى الشهادة عليه بالاستفاضة .

(فالجواب) أن وجود السبب لا يثبت به الملك قطعا ويقينا لأنه يجوز أن يشترى من انسان شيئا لا يملكه ، أو يصطاد صيدا قد صاده غيره وانفلت عنه ، وانما يتصور ذلك نادرا ، مثل أن يشاهد رجل ماء نزل من السماء فأخذه انسان ولم يغب عن عين الشاهد من حين نزل الى أن أخذه من أخذه ، وكذلك اذا شاهد رجلا أخذ ماء من دجلة أو من البحر ــ وقد قال بعض أصحابنا : يجوز أن يكون هذا الماء أخذه غيره قبله ثم رده الى دجلة أو الى البحر بعد أن ملكه الأول . وهذا ضعيف .

ولا يجوز أن يشهد بملك مضاف الى سبب ، كالبيع والهبة وما أشبهها بالاستفاضة . فيقول : أشهد أنه ملكه بالبيع أو الهبة ، لأنه يمكنه مشاهدة العاقدين الا الميراث ، فانه يجوز له اذا سمع الناس يقولون : ورث فلان هذه الدار جاز أن يشهد أنها ملكه ميراثا ، لأن الموت يثبت بلاستفاضة ، وكل ما يتعلق بسببه بخلاف سائر أسباب

الملك ، مثل البيع والهبة وغيرهما من العقود فانه لا يجوز الشهادة عليها بالاستفاضة ، وكذلك ما يتعلق بسببها .

فرع وكل موضع قلنا : يجوز تحمل الشهادة فيه بالسماع فى الاستفاضة اختلف أصحابنا فى أقل عدد يجوز للشاهد الرجوع اليهم ، قال الشيخ أبو حامد : أقل ذلك أن يسمع الشاهد ذلك من رجلين عدلين ، قال ابن الصباغ : ويسكن قلبه الى خبرهما عن هذا ، فان الحقوق تثبت بشهادة اثنين .

وقال أقضى القضاة أبو الحسن الماوردى فى الحاوى : لا تقبل الا من عدد يقع العلم بخبرهم لأن ما دون ذلك من أخبار الآحاد ، فلا يقع من جهتهم .

فظاهر كلامه أنه ما يقع به خبر التواتر ، وهذا بعيد . وقال ابن الصباغ : ظاهر كلام الشافعى رحمه الله يقتضى أن يكثر به الأخبار ، لأن الشافعى رحمه الله قال : والعلم من ثلاثة أوجه منها ما عاينه فيشهد به وأراد به الشهادة على الأفعال ، ومنها ما تظاهرت به الأخبار وثبتت معرفته فى القلوب ، وأراد بذلك ما يعلم بالاستفاضة ، ومنها ما أثبته سمعا مع حضور من المشهود عليه وأراد به الشهادة على العقود . فشرط فى الاستفاضة بظاهر الأخبار ، وذلك يكون بانتشارها وكثرتها ، وظاهر قول ابن الصباغ أنه أراد أنه اذا سمع ذلك من عدد فوق الاثنين ووقع فى نفسه صدقهم جاز له أن يشهد بذلك ، وان كان دون العدد الذى يقع به خبر التواتر .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان كانت الشهادة على قول كالبيع والنكاح والطلاق والاقرار لم يجز التحمل فيها الا بسماع القول ومشاهدة القائل . لانه لا يحصل العلم بذلك الا بالسماع والمشاهدة . وان كانت الشهادة على ما لا يعلم الا بالخبر وهو ثلاثة : النسب والملك والموت جاز أن يشهد فيه بالاستفاضة ، فان استفاض فى الناس أن فلانا ابن فلان أو أن فلانا**

هاشمي أو أموى جاز أن يشهد به لأن سبب النسب لا يدرك بالمشاهدة ، وإن استفاض فى الناس أن هذه الدار وهذا العبد لفلان جاز أن يشهد به لأن أسباب الملك لا تضبط فجاز أن يشهد فيه بالاستفاضة . وان استفاض أن فلانا مات جاز أن يشهد به لأن أسباب الموت كثيرة منها خفية ومنها ظاهرة ويتعذر الوقوف عليها ، وفى عدد الاستفاضة وجهان (أحدهما) وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمه الله أن أقله أن يسمع من اثنين عدلين ، لأن ذلك بينة (والثانى) وهو قول أقضى القضاة أبى الحسن الماوردى رحمه الله أنه لا يثبت الا بعدد يقع العلم بخبرهم ، لأن ما دون ذلك من أخبار الآحاد فلا يقع العلم من جهتهم . فان سمع انسانا يقر بنسب أب أو ابن فان صدقه المقر له جاز له أن يشهد به لأنه شهادة على اقرار ، وان كذبه لم يجز أن يشهد به لأنه لم يثبت النسب وان سكت فله أن يشهد به لأن السكوت فى النسب رضى بدليل أنه اذا بشر بولد فسكت عن نفيه لحقه نسبه . ومن أصحابنا من قال : لا يشهد حتى يتكرر الاقرار به مع السكوت ، وان رأى شيئا فى يد انسان مدة يسيرة جاز أن يشهد له باليد ولا يشهد له بالملك ، وان رآه فى يده مدة طويلة يتصرف فيه جاز أن يشهد له باليد وهل يجوز أن يشهد له بالملك ؟ فيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى رحمه الله : أنه يجوز لأن اليد والتصرف يدلان على الملك (الثانى) وهو قول أبى اسحق رحمه الله أنه لا يجوز أن يشهد له بالملك لأنه قد تكون اليد والتصرف عن ملك وقد تكون عن اجارة أو وكالة أو غصب فلا يجوز أن يشهد له بالملك مع الاحتمال واختلف أصحابنا فى النكاح والعتق والوقف والولاء فقال أبو سعيد الاصطخرى رحمه الله : يجوز أن يشهد فيها بالاستفاضة لأنه يعرف بالاستفاضة أن عائشة رضى الله عنها زوجة النبى صلى الله عليه وسلم وأن نافعا مولى ابن عمر رضى الله عنه ، كما يعرف أن فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أبو اسحق رحمه الله لا يجوز لأنه عقد فلا يجوز أن يشهد فيه بالاستفاضة كالبيع » .

الشرح الأحكام : اذا سمع رجلا يقول لصبى مجهول النسب : هذا ابنى ، وكان الابن مما يجوز أن يكون ابنا له أو سمع رجلا مجهول النسب يقول لرجل : هذا أبى فسمعه الأب وسكت ، وهو مما يجوز أن يكون ابنا له جاز له أن يشهد بذلك النسب ، لأن سكوت الأب بمنزلة اقراره ، والاقرار جهة يثبت بها النسب . ومن أصحابنا من قال : لا يجوز أن يشهد بالسبب حتى يتكرر الدعوى من أحدهما

والسكوت من الآخر وليس بشيء • وان كذبه الأب لم يجز له أن يشهد لأن النسب لا يثبت مع التكذيب •

فرع اذا رأى رجل دارا فى يد رجل يتصرف فيها بالهدم والبناء والاعادة والاجارة جاز له أن يشهد له بها باليد ، وهل يجوز له أن يشهد له بملكها ؟ ينظر فى المدة التى رآها فى يده فان كانت قليلة قال الشيخ أبو حامد : كالشهر والشهرين فليس له أن يشهد له بملكها بلا خلاف على المذهب ، وان كانت مدة طويلة فهل يجوز له أن يشهد له بالملك ؟ فيه وجهان قال أبو سعيد الاصطخرى : يجوز لأن اليد تدل على الملك والتصرف ودعوى ذلك فجازت الشهادة بالملك لأجله • وقال أبو اسحاق المروزى : لا يجوز ، قال الشيخ أبو حامد : وهو الأشبه لأن اليد تكون بملك وبغير ملك ، فلا يجوز أن يشهد له بالملك لمجرد اليد ، وقال أبو حنيفة : يجوز له أن يشهد له بالملك فى المدة القليلة والطويلة ، ودليلنا عليه ما مضى •

فرع اختلف أصحابنا فى أربعة أشياء ، هل يجوز الشهادة عليها بالاستفاضة وهى النكاح والوقف والعتق والولاء ؟ فقال أبو اسحق : لا يجوز وهو اختيار الشيخ أبى حامد لأنها شهادة على عقد لم يجز بالاستفاضة كالشهادة على البيع • وقال أبو سعيد الاصطخرى: يجوز ، وبه قال أحمد رحمه الله وهو اختيار ابن الصباغ ، لأن الناس يقولون : عائشة أم المؤمنين عليها السلام زوج النبى صلى الله عليه وسلم ونافع مولى عبد الله بن عمر وان لم يعاينوا ذلك وانما حصل لهم معرفة ذلك بالسماع والاستفاضة ، كما حصل لهم العلم بأن فاطمة الزهراء عليها السلام بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنها أم الحسن والحسين السبطين الشريفين ، فدل على أن ذلك جائز ، ولأن الشهادة بهذه الأشياء ليست بشهادة بالعقود وانما هى شهادة بالملك الحاصل بتلك العقود ، فهو بمنزلة الشهادة بشهادة على الملك ، ولأن هذه الأشياء تتأبد وتموت شهودها • فلو لم يجز الشهادة فيها بالاستفاضة أدى الى ضياعها •

وقال أبو يوسف ومحمد : يجوز فى الولاء اذا اشتهر مثل عكرمة مولى ابن عباس •

وقال أبو حنيفة وأصحابه : يجوز فى النكاح والدخول لأن ذلك يستفيض فى الناس • دليلنا عليهم ما مضى •

فرع يجوز لمن ليس من أهل الشهادة أن يحملها كالصبى والعبد والفاسق والكافر ، لأن الاعتبار بالحكم بالشهادة حال الأداء لا حال التحمل ، فلم يعتبر حال الشاهد حال التحمل •

وان رأى الشاهد رجلا قتل انسانا أو أتلف عليه مالا ، أو تبايع رجلان عند رجل وسمعهما جاز أن يشهد عليهما وان لم يشهداه • وكذلك لو حضر شاهد عند رجلين فتبايعا أو تحاسبا عنده وقالا له : لا تشهد علينا فله أن يشهد عليهما ، لأن الاعتبار بحصول العلم للشاهد بالذى شهد به والعلم قد حصل له ، فجاز له أن يشهد • وان أقر رجل عند رجل بحلى ولم يشهد على نفسه فهل له أن يشهد عليه ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجوز له أن يشهد عليه كما لو سمعه يشهد بحق مطلق ، فلا يجوز له أن يشهد على شهادته من غير أن يستدعيه (والثانى) يجوز له أن يشهد عليه وهو المشهور ، لأن العلم قد حصل له بذلك بخلاف الشهادة على الشهادة فانه يجوز أن يكون شهد عليه بحق وعده به •

فرع ويجوز شهادة المختفى عندنا ، وهو أن يكون لرجل عند رجل حق يقر له به فى الباطن ويجحده فى الظاهر فأحضر من له الحق شاهدين وأخفاهما فى موضع وأحضر من عليه الحق وسأله أن يقر له بما عليه بينه وبينه ولم يعلم المقر بالشاهدين فأقر له بالحق والشاهدان ينظران الى المقر ويسمعان اقراره فيجوز لهما أن يشهدا عليه باقراره ، وبه قال ابن أبى ليلى وأبو حنيفة ، وقال شريح والشعبى والنخعى : لا تقبل شهادتهما • وقال مالك : ان كان المشهود عليه

حلدا باطشـا لا يمكن أن يخدع ليقر صـح تحمل الشهادة عليـه بذلك وان كان ضعيفا يمكن أن يخدع بالاقرار لم يصح تحمل الشهادة عليه .

هـذا نقل أصحابنا العراقيين ، وقال الخراسانيون وهو مذهب مالك رحمه الله أنه لا تقبـل شهادة المختفى بكل حال ، وهو قول الشافعى رحمه الله تعالى فى القديم والمشـهور من المذهب هو الأول ، لأن طريق تحمـل الشهادة حصـول العلم للشـاهد وقـد حصل له العلم بما شهد به فقبلت شـهادته كما لو شهد المختفى بالقتل والغصب فانه يقتل بلا خلاف .

اذا ثبت هذا فالمستحب للشاهدين المختفيين أن يظهرا للمقر ويخبراه بأنا قد شهدنا على اقرارك حتى لا يكذبهما فيعزر لأجل ذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ويجوز أن يكون الأعمى شـاهدا فيما يثبت بالاستفاضة لأن طريق العلم به السـماع والأعمى كالبصـير فى السماع ، ويجوز أن يكون شـاهدا فى الترجمة لأنه يفسر ما سمعه بحضرة الحاكم ، وسـماعه كسماع البصير ، ولا يجوز أن يكون شـاهدا على الافعال كالقتـل والغصب والزنا لأن طريق العلم بها البصر ولا يجـوز أن يكون شـاهدا على الأقوال كالبيع والاقرار والنكاح والطـلاق اذا كان المشـهود عليه خارجا عن يده ، وحكى عن المزنى رحمه الله أنه قال : يجوز أن يكون شـاهدا فيها اذا عرف الصوت ووجهه أنه اذا جاز أن يروى الحديث اذا عرف المحدث بالصوت ويسـتمتع بالزوجـة اذا عرفها بالصـوت جاز أن يشـهد اذا عرف المشـهود عليـه بالصـوت وهذا خطأ لأن من شرط الشـهادة العلم وبالصـوت لا يحصـل لـه العلم بالمتكلم لان الصـوت يشـبه الصـوت ويخالف رواية الحديث والاستمتاع بالزوجة لأن ذلك يجـوز بالظن وهو خبر الواحـد وأما اذا جاء رجـل وترك فمه على أذنه وطلق أو أوعتـق أو أقر ويد الأعمى على رأس الرجـل فضبطه الى أن حضر عنـد الحاكم فشـهد عليـه بما سـمعه منـه قبلت شـهادته لأنه شـهد عن علم وان تحمـل الشـهادة على فعـل أو قول وهـو يبصر ثم عمى نظرت فان كان لا يعرف المشـهود عليـه الا بالعين وهو خارج عن يده لم تقبـل شـهادته عليـه لأنه لا علم له بمن يشـهد عليه وان تحمـل الشـهادة ويده فى يده وهـو بصـير ثم عمى ولم تفارق يده يده

حتى حضر الى الحاكم وشهد عليه قبلت شهادته لانه يشهد عليه عن علم وان تحمل الشهادة على رجل يعرفه بالاسم والنسب وهو بصير ثم عمى قبلت شهادته لانه يشهد على من يعلمه » .

الشرح الأحكام : كل موضع قلنا : لا يصح تحمل الشهادة الا بمشاهدة المشهود عليه كالشهادة على القتل والغصب والزنا وما أشبه ذلك فلا يجوز أن يكون الأعمى شاهدا فى ذلك بلا خلاف ، لأن العلم بهذه الأشياء يحصل من طريق حاسة البصر ، والبصر معدوم منه .

وأما الأشياء التى يحصل العلم بها للشاهد من طريق الاستفاضة كالشهادة على النسب والموت والملك المطلق فهل يصح للأعمى أن يتحمل الشهادة فى ذلك فى حال العمى ويؤديها به ؟ فيه وجهان .

قال أكثر أصحابنا : يصح للأعمى أن يتحمل الشهادة فى ذلك فى حال العمى ويشهد به ، لأن العلم يحصل بذلك من طريق السماع ، والأعمى كالبصير فى السماع وقال الشيخ أبو حامد : لا يصح منه ذلك وهو اختيار ابن الصباغ وقول أبى حنيفة . لأنه لا يصح له تحمل الشهادة بالسماع الا ممن تعرف عدالته ، والأعمى لا يمكنه معرفة العدل بالمشاهدة ، فلم يجز أن يتحمل الشهادة عن قول من لا يعرفه . وأما ما لا يحصل العلم به للشاهد الا بمشاهد المشهود عليه وسماع قوله ، كالشهادة على البيع وغيره من العقود فلا يصح أن يكون الأعمى شاهدا فى شىء من ذلك ، وبه قال على بن أبى طالب رضى الله عنه والحسن البصرى وسعيد بن جبير والثورى وأبو حنيفة وأصحابه وسوار القاضى وعثمان البتى . وذهب طائفة الى أنه اذا عرف العاقد وميزه على غيره صح أن يكون شاهدا فى هذه الأشياء ، وهو قول ابن عباس وشريح وعطاء والزهرى وربيعة ومالك والليث والمزنى ، كما يجوز أن يستمتع بامرأته اذا عرف صوتها . قال ابن الصباغ . وينبغى أن يكون اذا ألف وعرف صوت العاقد أنه يجوز أن يشهد عليه بذلك كما قال أصحابنا فى شهادته بما يثبت بالاستفاضة ، والمشهور هو الأول ، لأنها

شهادة على عقد عدم فيه رؤية العاقد فلم يصح كما لو كانت الشهادة على العقد بالاستفاضة ، ويخالف وطء امرأته لأن أمر الواطىء يخالف الشهادة ، ولهذا قال الشافعى رحمه الله تعالى : اذا لمس امرأة فعرف أنها امرأته بعلامة فيها حل له وطؤها ، وان لم يعرف صوتها وتحمل الشهادة بمثل ذلك لا يصح .

قال أصحابنا : ولأن رجلا لو تزوج امرأة عرفتها اليه امرأة وقالت له : هذه زوجتك حل له وطؤها ، ومثل هذا فى الشهادة لا يجوز ، ويدل على أن الوطء أوسع من الحكم فى الشهادة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ومن شهد بالنكاح ذكر شروطه لأن الناس يختلفون فى شروطه فوجب ذكرها فى الشهادة . وان رهن رجل عبدا عند رجل بألف ثم زاده ألفا آخر وجعل العين رهنا بهما وأشهد الشهود على نفسه أن العين رهن بألفين ، وعلم الشهود حال الرهن فى الباطن . فان كانوا يعتقدون أنه لا يجوز الحاق الزيادة بالدين فى الرهن لم يجز أن يشهدوا الا بما جرى الأمر عليه فى الباطن ، وان كانوا يعتقدون أنه يجوز الحاق الزيادة بالدين فى الرهن ففيه وجهان لأحدهما يجوز أن يشهدوا بأن العين رهن ألفين لأنهم يعتقدون أنهم صادقون فى ذلك (والثانى) أنه لا يجوز أن يشهدوا الا بذكر ما جرى الأمر عليه فى الباطن لأن الاعتبار فى الحكم باجتهاد الحاكم دون الشهود » .**

الشرح الأحكام : اذا تحمل الشهادة على رجل بالفعل أو بالقول وهو مبصر ثم عمى وأراد أن يؤدى الشهادة ، فان كان يعرف المشهود عليه بعينه واسمه ونسبه جاز أن يشهد عليه عند الحاكم ، وان كان لا يعرفه الا بعينه وهو خارج عن يده حال الأداء لم يجز أن يشهد عليه . وقال أبو حنيفة : اذا تحمل الشهادة وهو يبصر ثم عمى بطلت شهادته سواء كان يعرف المشهود عليه بعينه أو باسمه أو نسبه . دليلنا أن البصر معنى لا يزول التكليف بزواله ، فلم يمنع زواله من أداء الشهادة على من يعرفه باسمه ونسبه كحاسة السمع . وأما شهادة

الأعمى على المضبوط ـ وهو أن يشهد رجل بصير لا يعرفه الا بعينه بفعل أو قول وأمسكه الشاهد بيده ـ ثم عمى الشاهد ، وجاء به الحاكم فشهد عليه بما فعل أو سمع أو وضع رجل فاه على أذن الأعمى فأقر لرجل بشيء معروف ، أو طلق امرأته ووضع الأعمى يده على رأسه وضبطه الى أن أتى به الى الحاكم فيشهد عليه بما سمع منه فيقبل شهادته بذلك ، ويحكم بها •

وحكى المسعودى فى ذلك وجها آخر أن شهادته فى ذلك لا تقبل ، وبه قال أبو حنيفة ، والمنصوص هو الأول لأنه شهد بذلك على علم • وتقبل شهادة الأعمى فى الترجمة ، لانه يعين ما سمعه عند الحاكم •

وان شهد بصير عند الحاكم شهادة فقبل أن يحكم بها الحاكم عمى الشاهد لم يبطل الحاكم شهادته وقال أبو حنيفة : يبطل • دليلنا أن ذهاب بصره لا يورث شبهة فى شهادته كما لو ذهب سمعه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ومن شهد بالرضاع وصف الرضاع وانه ارتضع الصبى من ثديها او من لبن حلب منها خمس رضعات متفرقات فى حولين، لاختلاف الناس فى شروط الرضاع ، فان شهد انه ابنها من الرضاع لم تقبل لان الناس يختلفوا فيما يصير به ابنا من الرضاع ، وان راى امرأة اخذت صبيا تحت ثيابها وأرضعته لم يجز أن يشهد بالرضاع لانه يجوز ان يكون قد اعدت شيئا فيه لبن من غيرها على هيئة الثدى فراى الصبى يمص فظنه ثديا ﴾ •**

الشرح قد مضى الكلام فى تحمل الشهادة ، وأما الكلام فى أدائها فينظر فى الشاهد فان شهد بالنكاح فلابد أن يقول : أشهد أنه نكحها من ولى مرشد بلفظ النكاح أو التزويج وقبل الزوج على الفور ينعقد به النكاح ، والنظرة فى ذلك الى الحاكم •

ومن شهد بالرضاع لم تقبل شهادته حتى يشهد أنه ارتضع من لبنها أو سقى من لبنها وله دون الحولين خمس رضعات متفرقات ، ووصل اللبن كل مرة الى جوفه لأن الناس مختلفون فى الرضاع الذى يثبت به التحريم فلم يكن بد من ذكر ذلك ليحكم الحاكم فيه باجتهاده فان قيل : كيف اعتبرتم فى الشهادة وصول اللبن الى الجوف والشاهد لا يعلم ذلك بشهادة ؟ قلنا : انما يعتبر علم الشاهد فيما يشهد به مشاهدة فيما يمكن مشاهدته واما ما لا يمكن مشاهدته به فانما يعتبر علم الشاهد فيه من طريق الظاهر ، فمتى علم الشاهد ان المرأة ذات لبن ، ورأى الصبى التقم ثديها وحرك شفتيه يمتصه وقتا يعلم من اللبن أنه يصل الى جوفه فقد حصل له العلم بذلك من طريق الظاهر .

فرع فان شهد أن هذه أمه أو أخته من الرضاع أو أن بينهما رضاعا يحرم له يحكم بهذه الشهادة لجواز أن يعتقد التحريم بما لا يقع به التحريم عند الحاكم ، وان رأى امرأة أدخلت صبيا تحت ثيابها وسمعه يمتص شيئا لم يجز له أن يشهد بالرضاع لجواز أن تكون قد أعدت له شيئا فيه لبن من غيرها على هيئة الثدى فسمع الصبى يمتص ذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ومن شهد بالجناية ذكر صفتها فان قال : ضربه بالسيف فمات أو قال : ضربته بالسيف فوجدته ميتا لم يثبت القتل بشهادته لجواز أن يكون مات من غير ضربه ، وان قال ضربه بالسيف فمات منه أو ضربه فقتله ثبت القتل بشهادته وان قال ضربه بالسيف فأنهر دمه فمات مكانه ثبت القتل بشهادته على النصوص ، لأنه اذا أنهر دمه فمات علم أنه مات من ضربه ، فان قال : ضربه فأنضح أو قال ضربه بالسيف فوجدته موضحا لم تثبت الموضحة بشهادته لما ذكرناه فى النفس ، وان قال : ضربه فأوضحه ثبتت الموضحة بشهادته لأنه أضاف الموضحة اليه ، وان قال : ضربه فسال دمه لم تثبت الدامية بالشهادة لجواز أن يكون سيلان الدم من غير الضرب وان قال : ضربه فأسال دمه ومات قبلت شهادته فى

الدامية : لأنه أضافها اليه ولا نقبل فى الموت لأنه يحتمل أن يكون الموت من غيره وان قال : ضربه بالسيف فأوضحه فوجدت فى رأسه موضحتين لم يجز القصاص ، لأنا لا نعلم على أى الموضحتين شهدوا يجب أرش موضحة لأن الجهل بعينها ليس بجهل لأنه قد أوضحه » .

الشرح وان قالا : ضربه بالسيف فأسال دمه ومات لم تقبل فى اثبات القصاص الا مع زوال الشبهة فى لفظهما ، فان كانت الشهادة بالقتل فقالا : نشهد أنه ضربه بالسيف فمات أو فوجدناه ميتا لم يثبت القتل بهذه الشهادة لجواز أن يكون ضربه فمات بسبب آخر .

وان قالا : ضربه بالسيف فمات منه أو ضربه بالسيف فقتله ثبت القتل بشهادتهما لأنهما قد صرحا باضافة القتل اليه .

وان قالا : ضربه بالسيف فأنهر دمه ومات مكانه قال الشافعى رحمه الله : يثبت القتل بشهادتهما لأن قوله : فأنهر دمه يبين أنه مات ، وان كانت الشهادة بالجراح ـ فان قالا : ضربه بالسيف ـ فاتضح رأسه ، أو فوجدناه موضحا لم تثبت الموضحة بشهادتهما لأنه قد يضربه بالسيف ولا يوضحه ، ثم يتضح رأسه بغير ضربه . وان قالا : ضربه بالسيف فأوضحه أو ضربه بالسيف فاتضح رأسه منه أو فوجدناه موضحا من ضربة تثبت الموضحة بشهادتهما ، لأنهما قد أضافا الايضاح اليه ، ولابد أن ينعتا الموضحة ليجب القصاص فيها ، فان كان فى رأسه موضحتان احتاج الشاهد الى بيان الموضحة التى شهد أنه أوضحه اياها فان قالا فى شهادتهما أوضحة موضحة فى موضع كذا من رأسه قدرها كذا وكذا قبلت شهادتهما ، وان قالا : أوضحه موضحه لا يعلم موضعها ولا قدرها لم يجب القصاص ، لأنه يتعذر مع الجهالة بها ويجب له أرش موضحة ، وان قالا : ضربه بالسيف فأسال دمه أو فسال دمه من ضربة تثبت الدامية بشهادتهما لأنهما أضافا اسالة الدم اليه .

فرع وان قالا : ضربه بالسيف فأسال دمه ومات لم تقبل شهادتهما بقتله لأنهما لم يضيفا القتل اليه . وان قالا : ضربه بالسيف

فأسال دمه فمات منه تثبت شهادتهما بالقتل لأنهما أضافا القتل اليه ، وان قالا : ضربه بالسيف فأسال دمه ومات مكانه • قال الشافعى رحمه الله : لم يثبت القتل بشهادتهما والفرق بين هذه وبين قوله فانهر ومات مكانه حيث قلنا : يثبت القتل بشهادتهما أن انهار الدم يكون منه الموت فى العادة ، وسيلان الدم لا يكون منه الموت فى العادة •

فرع وان قالا : ضربه فأسال دمه فوجد فى رأس المجروح موضحة لم يلزم المشهود عليه القصاص فى الموضحة ولا أرشها لأنهما لم يضيفا الايضاح اليه ، ويجوز أن يكون أوضحة غير الجائى •

فرع وان قالا : نشهد انه قطع يده ولم يعينا اليد ، وكان المشهود عليه مقطوع اليدين فان طلب المجنى عليه القصاص لم يكن له ذلك لان الشاهدين لم يعينا اليد ، وان طلب دية اليد كان له ، لان ديتها لا تختلف •

فرع وان شهد أنه ضربه ملففا فقده نصفين فان اثبتنا الحياة فقد ثبت القتل ولا يشترط أن يقولا : ضربه وهو حى ، بل يقولان تلفف وهو حى ثم ضربه ، فان تلفف ــ فان لم يشهدا بالحياة ــ فقد قال فى موضع : يثبت القتل ، وقال فى موضع : لا يثبت القتل • فاختلف أصحابنا الخراسانيون فمنهم من قال : فيه قولان (أحدهما) ثبت القتل لأن الأصل حياة المضروب (والثانى) لا يثبت ، لأن الأصل براءة ذمة الضارب ، ومنهم من قال : هى على اختلاف حالين ، فان تلفف فى ثياب الأموات فلا يثبت القتل ، وان كان ملففا فى ثياب الأحياء ثبت القتل ، والأول أصح ، لأن الشافعى رحمه الله نص على أنه لو هدم بيتا على جماعة فاختلفوا هل كانوا أحياء ؟ على قولين وأصل هذا اعتراض الأصل والظاهر •

فاذا قلنا : القول قول الولى حلف ويستحق الدية ، ولا يجب القصاص بيمينه • وقال القاضى أبو الطيب : ينبغى أن يكون فى القصاص قول آخر

كما قلنا فى القسامة . قال ابن الصباغ : ويمكن عندى أن يفرق بينهما بأن فى القسامة يتكرر فيها الايمان وفى مسألتنا يمين واحد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ومن شهد بالزنا ذكر الزانى ومن زنى به لأنه قد يراه على بهيمة فيعتقد أن ذلك زنا ، والحاكم لا يعتقد أن ذلك زنا ، أو يراه على زوجته أو جارية ابنه فيظن أنه زنى ، ويذكر صفة الزنا ، فان لم يذكر أنه أولج أو رأى ذكره فى فرجها لم يحكم به لأن زيادا لما شهد على المغيرة عند عمر رضى الله عنه ولم يذكر ذلك لم يقم الحد على المغيرة ، فان لم يذكر الشهود ذلك سألهم الامام عنه فان شهد ثلاثة بالزنا ووصفوا الزنا وشهد الرابع ولم يذكر الزنا لم يجب الحد على المشهود عليه ، لأن البينة لم تكمل ، ولم يحد الرابع عليه ، لأنه لم يشهد بالزنا وهل يجب الحد على الثلاثة ، فيه قولان وان شهد أربعة بالزنا وفسر ثلاثة منهم الزنا وفسر الرابع بما ليس بزنا لم يحد المشهود عليه ، لأنه لم تكمل البينة ويجب الحد على الرابع قولا واحدا لأنه قذفه بالزنا ثم ذكر ما ليس بزنا ، وهل يحد الثلاثة ؟ على القولين ، فان شهد أربعة بالزنا ومات واحد منهم قبل أن يفسر ، وفسر الباقون بالزنا ، لم يجب الحد على المشهود عليه لجواز أن يكون ما شهد به الرابع ليس بزنا ، ولا يجب على الشهود الباقين الحد ، لجواز أن يكون ما شهد به الرابع زنا فلا يجب الحد مع الاحتمال .

فصل ومن شهد بالسرقة ذكر السارق والمسروق منه والحرز والنصاب وصفة السرقة لأن الحكم يختلف باختلافها فوجب ذكرها ومن شهد بالردة بين ما سمع منه لاختلاف الناس فيما يصير به مرتدا فلم يجز الحكم قبل البيان كما لا يحكم بالشهادة على جرح الشهود قبل بيان الجرح . وهل يجوز للحاكم أن يعرض للشهود بالتوقف فى الشهادة فى حدود الله تعالى . فيه وجهان (أحدهما) أنه لا يجوز لأن فيه قدحا فى الشهود (والثانى) أنه يجوز لأن عمر رضى الله عنه « عرض لزياد فى شهادته على المغيرة » فروى أنه قال « أرجو أن لا يفضح الله تعالى على يديك أحدا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم » ولأنه يجوز أن يعرض للمقر بالتوقف فجاز أن يعرض للشاهد » .

الشـــرح الأحكام • وان شـــهد أربعة على رجـــل بالزنا سألهم الحاكم عن أربعة أشـــياء عمن زنا به وعن كيفية الزنا وعن المكان الذى زنى به ، وعن الزمان (فأما ســـؤاله) عمن زنى به فلانهم قد يرونه يطـــأ جارية ولده أو جارية مشتركة بينه وبين غيره فيعتقدون ذلك زنا وليس ذلك زنا ، أو قـــد يرونه على تهمـــة فتعتقدونه زنا ولا يعتقده الحاكم زنا ، فان ذكر أنه وطىء امرأة أجنبية ســـألهم عن (كيفية الزنا) لأنه قـــد يطؤهـــا فيما دون الفرج أو يقبلها أو يلمســـها وقـــد يقع عليـــه اسم الزنا ولا يجب به الحد • فان قالوا رأيناه أدخل ذكره فى فرجها فهذا هو التصريح بالزنا ، وان قالوا مع ذلك مثـــل المرود فى المكحلة والرشـــا فى البئر فهذا زنا • والدليـــل عليـــه ما روى أبو هريرة رضى الله عنـــه أن ماعز بن مالك الأسلمى شـــهد على نفسه عنـــد النبى صلى الله عليـــه وسلم أنه أصـــاب امرأة أجنبية حراما أربع مرات • والنبى صلى الله عليه وسلم يعرض عنه ، فلما كان فى الخامســـة قال له النبى صلى الله عليـــه وسلم أنكتها ؟ قال : نعم ، قال : حتى دخـــل ذاك منـــك فى ذاك منها مثـــل المرود فى المكحلة ، والرشـــا فى البئر ؟ قال : نعم فقـــال له : أتعرف الزنا ؟ قال : نعم ، فقال : ما هـــو ؟ قال : هـــو أن ينال الرجل من امرأة حراما ما ينال الرجـــل من امرأته حلالا ، فلمـــا ذكر ذلك قال له النبى صلى الله عليه وسلم ما تريد ؟ قال : طهرنى فأمر رســـول الله صلى الله عليه وسلم برجمـــه فاستفسره النبى صلى الله عليـــه وسلم فى الاقرار حتى أتى بالصريح الذى لا يحتمـــل غير الزنا ، واذا وجب ذلك فى الاقرار فلأن يجب فى الشـــهادة أولى • لمـــا روى أن أبا بكرة ونافعـــا وشـــبل بن معبـــد وزياد بن أبيه لمـــا شهدوا على المغيرة بن شـــعبة عند عمر رضى الله عنهم ، صرح أبو بكرة ونافـــع وشبل بالزنا عليـــه ، وأتى زياد ليشـــــهد فقـــال عمر : وأراك شـــابا وأرجـــو ألا يفضح الله على يدك رجـــلا من أصـــحاب النبى صلى الله عليـــه وسلم فقـــال زياد : رأيت اســـتا تنبو ونفسا يعلو ورأيت رجليها على كتفيـــه كأنهما أذنا حمـــار ولا أدرى ما وراء ذلك فقـــال عمر رضى الله عنـــه : الله أكبر • ودرأ الحـــد عن المغـــيرة ، وذلك لأن زيادا لم ير المرأة حتى يتحقق منها ولم ير ذكره يولج فى فرجهـــا ، وانما كل ما رآه هو نصـــفه

الأعلى ورجليها كأنهما أذنا حمار ، ولم يتحقق من هيئته هذه هيئة ملاعب أم هيئة زان ، لذلك أمر عمر رضى الله عنه بجلد الثلاثة ، وانما لم يجلد المغيرة لأن زيادا لم يصرح بالشهادة فى الزنا عليه .

(الشرط الثالث) أن يسألهم عن المكان الذى زنى به ، لأنهم قد يختلفون فيدرأ عنه الحد .

(الشرط الرابع) ذكره ابن الصباغ ولم يذكره الشيخ أبو حامد أن يسألهم عن الزمان لأنهم قد يختلفون فيدرأ عنه الحد .

اذا ثبت هذا فذكر الشافعى رحمه الله مسائل فى ذلك (احداهن) اذا جاء أربعة ليشهدوا على رجل بالزنا فصرح ثلاثة بالشهادة فى الزنا عليه فلا يحد المشهود عليه لأن البينة لم تكمل عليه ولا يحد الرابع الذى لم يصرح بالزنا لأنه لم يقذفه ، وهل يحد الثلاثة ؟ فيه قولان .

(الثانية) اذا شهد أربعة بالزنا على رجل فسألهم الحاكم عن تفسير الشهادة فصرح ثلاثة بالشهادة فى الزنا عليه وفسر الرابع ما ليس بزنا فلا يحد المشهود عليه ، لأن البينة بالزنا عليه لم تكمل ويحد الرابع قولا واحدا ، لأنه قاذف ، وهل يحد الثلاثة ؟ على القولين .

(الثالثة) اذا شهد أربعة على رجل بالزنا فلما سألهم الحاكم صرح ثلاثة بالشهادة عليه ومات الرابع قبل أن يفسر فلا يحد المشهود عليه ، لأن البينة لم تكمل ولم يحد الثلاثة قولا واحدا لجواز أن يكون ما شهد به الرابع زنا .

(الرابعة) اذا شهد أربعة بالزنا ثم استفسرهم الحاكم ففسروا ما ليس بزنا فلا يحد المشهود عليه لأنهم لم يصرحوا بالزنا عليه ، ويحد الشهود قولا واحدا لأنهم قذفة .

(الخامسة) اذا لم يشهدوا بالزنا عليه وانما عرضوا بالشهادة

به فلا يحد المشهود عليه ، لأن ما شهدوا به ليس بزنا ، ولا يحد الشهود لأنهم لم يقذفوه بزنا .

فـــرع ومن شهد بالسرقة فيشترط فى وجوب القطع على السارق أن يذكر الشاهدان السارق والمسروق منه ، والحرز والنصاب وصفة السرقة ، لأن الناس مختلفون فى ذلك وان شهد شاهدان على رجل بالسرقة اشترط أن يذكرا ما سمعا منه لاختلاف الناس فيما يصير به مرتدا .

فـــرع وهل يجوز للحاكم أن يعرض الشهود فى حدود الله تعالى بالتوقف عن الشهادة ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لأن فيه قدحا بالشهادة (والثانى) يجوز لأن عمر رضى الله عنه عرض لزياد فى التوقف عن الشهادة على المغيرة ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ، ولأنه يجوز للحاكم أن يعرض للمقر فى التوقف عن الاقرار بذلك فجاز له التعريض للشاهد بالتوقف . وان قيل : كيف ساغ لعمر رضى الله عنه أن يعرض لزياد فى التوقف عن الشهادة لدرء الحد عن المغيرة وفى ذلك ايجاب للحد على الثلاثة الشهود الذين صرحوا بالزنا قبله ؟ قيل : انما ساغ لعمر رضى الله عنه الثلاثة معان (أحدهما) أن الحد الذى كان يجب على المغيرة الرجم ، وفيه اتلاف النفس ، والذى يجب على الشهود هو حد القذف وليس فيه اتلاف النفس فجاز دفع أعظم الضررين بأخفهما (والثانى) أن الثلاثة الذين شهدوا على الزنا تركوا أمرا مندوبا اليه وهو الستر بدليل أن ماعزا رضى الله عنه لما ذكر لهزال أنه زنى فقال له : بادر الى النبى صلى الله عليه وسلم قبل أن ينزل الله عز وجل اليك قرآنا فلما أتى ماعز النبى صلى الله عليه وسلم وأخبره بقول هزال قال له النبى صلى الله عليه وسلم هلا سترته بثوبك يا هزال . فلما خالفوا المندوب غلظ عليهم (الثالثة) أن سكوت الرابع عن الشهادة لم يسقط به الحد عن المشهود عليه لأنه لم يجب بعد ، ولم يجب به الحد ، على الثلاثة ، لأن الحد انما وجب عليهم بقولهم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الشهادة على الشهادة

وتجوز الشهادة على الشهادة فى حقوق الآدميين وفيما لا يسقط بالشبهة من حقوق الله تعالى ، لأن الحاجة تدعو الى ذلك عند تعذر شهادة الأصل بالموت والمرض والغيبة وفى حدود الله تعالى ، وهو حد الزنا وحد السرقة وقطع الطريق وشرب الخمر قولان (أحدهما) أنه يجوز ، لأنه حق يثبت بالشهادة فجاز أن يثبت بالشهادة على الشهادة كحقوق الآدميين (والثانى) أنه لا يجوز لأن الشهادة على الشهادة تراد لتأكيد الوثيقة ليتوصل بها الى اثبات الحق ، وحدود الله تعالى مبنية على الدرء والاسقاط، فلم يجز تأكيدها وتوثيقها بالشهادة على الشهادة ، وما يثبت بالشهادة على الشهادة يثبت بكتاب القاضى الى القاضى ، وما لا يثبت بالشهادة على على الشهادة لا يثبت بكتاب القاضى الى القاضى ، لأن الكتاب لا يثبت الا بتحمل الشهادة من جهة القاضى الكاتب فكان حكمه حكم الشهادة على الشهادة » .

الشرح الشهادة على الشهادة جائزة لقوله تعالى : « وأشهدوا ذوى عدل منكم » ولم يفرق بين الا شهادة على أصل الحق أو على شهود الحق ، ولأن الشهادة فى الأصل انما جوزت الحاجة اليها وهو الاستيثاق بالحق لأن من عليه الحق قد يموت أو يغيب أو يجحد ، وكذلك شاهد الأصل قد يغيب أو يموت أو يمرض فدعت الحاجة الى الاشهاد عليه بالتوثيق .

اذا ثبت هذا فالحقوق على ضربين ، حقوق لله تعالى ، وحقوق للآدميين ، فتقبل الشهادة على الشهادة فى جميعها كالمال والنكاح والطلاق والرجعة وحد القذف والقصاص وغير ذلك .

وقال أبو حنيفة : لا تقبل الشهادة على الشهادة فى القصاص وتقبل فى غيره من الحقوق للآدميين .

وقال المسعودى : وهو قول مخرج لنا من الشهادة على الشهادة

فى حقوق الله تعالى وليس بمشهور والدليل على أن الشهادة على الشهادة فى ذلك تقبل أنه حق لآدمى فقبل فيه الشهادة على الشهادة كالمال ، ولأن الشهادة على الشهادة انما جوزت للاستيثاق ، وهذا المعنى موجود فى القصاص وغيره من حقوق الآدميين • وأما حقوق الله تعالى فذكر المصنف أن الشهادة على الشهادة يقبل منها فيما لا يسقط بالشبهة • ولعله أراد الشهادة على هلال رمضان وهلال ذى الحجة والشهادة على الزكاة فيما يتعلق من الأحكام بالشهادة فيها • وأما حقوق الله تعالى التى تسقط بالشبهة وهى حد الزنا وحد السرقة وحد قطع الطريق وحد الخمر ، فهل تقبل الشهادة على الشهادة ؟ فيه قولان •

(أحدهما) لا تقبل وبه قال أبو حنيفة ، لأنها مندوب الى سترها ، وفى الشهادة على الشهادة اثباتها فلم يصح •

(الثانى) يقبل وبه قال مالك رحمه الله واختاره الشيخ أبو حامد لأن كل ما ثبت بالشهادة على الشهادة كحقوق الآدميين ، وما قاله الأول يبطل بالشهادة فان لها مدخلا فى هذه الحقوق وان كانت تراد للاستيثاق •

قال ابن القاص : وفى الشهادة على الشهادة فى احصان من ثبت عليه الزنا قولان كالشهادة على الشهادة فى حد الزنا (قلته تخريجا) ويجوز الشهادة على الشهادة أن الحاكم حد فلانا قولا واحدا • لأن هذا حق لآدمى لأنه يسقط به عنه الحد وكل حق قبلت فيه الشهادة على الشهادة قبل فيه كتاب القاضى الى القاضى • وكل حق لا تقبل فيه الشهادة على الشهادة لا يقبل فيه كتاب القاضى الى القاضى ، لأن الكتاب لا يثبت الا بتحمل الشهادة من جهة القاضى الكاتب فكان كالشهادة على الشهادة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا يجوز الحكم بالشهادة على الشهادة الا عنـد تعـذر حضور شهود الأصل بالموت أو المرض أو الغيبة ، لأن شـهادة الأصل أقوى، لأنها تثبت نفس الحـق ، والشـهادة على الشهادة لا تثبت نفس الحق ، فلم تقبل مع القـدرة على شـهود الأصـل ، والغيبة التى يجـوز بها الحكم بالشـهادة على الشـهادة أن يكون شـاهد الأصل من موضع الحكم على مسـافة اذا حضر لم يقـدر أن يرجـع بالليل الى منزله ، فان تلحقه المشقة فى ذلك . وأما اذا كان فى موضـع اذا حضر أمكنه أن يرجع الى بيته بالليـل لم يجز الحكم بشـهادة شـهود الفرع ، لأنه يقـدر على شـهادة شـهود الأصـل من غير مشـقة » .

الشـرح الأحكام : اذا شـهد شاهدان على شهادة رجل بحـق فلا يجوز للحاكم أن يسمع شـهادة شـاهدى الفرع مع حضـور شاهدى الأصـل ، لأن على الحـاكم أن يبحث عن عدالة شـاهدى الفرع ، وان مات شـاهد الأصل أو غاب أو مرض مرضـا يشق عليـه معه الوصـول الى مجلس الحاكم أو كان محبوسـا فى موضـع لا يقدر على الوصـول الى مجلس الحاكم جاز للحاكم سماع شـهادة شـاهدى الفرع عليـه والحكم بها .

وقال الشعبى : لا تسمع شـهادة شاهدى الفرع الا اذا مات شـاهد الأصـل .

دليلنـا : أنه قد تعذر حضـور شـاهد الأصل فجاز سماع شـهادة شـاهدى الفرع والحكم بها كما لو مات شاهد الأصل . واختلف أصحابنا فى حـد عينه شـاهد الأصل التى يجـوز فيها سـماع شهادة شـاهدى الفرع والحكم بها .

وقال بعضهم : هو أن يكون شـاهد الأصل فى موضع من موضـع الحاكم لو حضر منـه الى مجلس الحكم ، وأقام الشهادة فيه لم يمكنـه أن يأوى فى الموضـع الذى خرج منـه . فأما بدون ذلك فلا يقبـل فيـه

شهادة شاهدى الفرع على شاهدى الأصل ، وبه قال أبو يوسف لقوله تعالى : « ولا يضار كاتب ولا شهيد » .

وفى تكليف الشاهد السفر يوما الى الليل أضرار به . وقال القاضى أبو الطيب : اذا كان بين الشاهد وموضع الحاكم مسافة القصر جاز سماع شهادة الفرع ، وان كان بينهما أقل من ذلك لم يجز سماع شهادة الفرع ، وبه قال أبو حنيفة الا أن مسافة القصر عنده ثلاثة أيام وعندنا يومان ، لأن ما دون مسافة القصر فى حكم الحضر . وقال الشيخ أبو حامد : لا يعتبر فى ذلك حد ، وانما يعتبر لخوف المشقة غالبا ، فان كان شاهد الأصل لا يلحقه مشقه غالبا فى الحضور لم تسمع شهادة شاهدى الفرع عليه ، وان كان يلحقه مشقة غالبا فى الحضور سمعت شهادة شاهدى الفرع عليه ، وقوله قريب من الوجه الأول ــ أعنى قول الشافعى ــ الا أنه غير محدود عنده .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ولا يقبل فى الشهادة على الشهادة وكتاب القاضى الى القاضى شهادة النساء لأنه ليس بمال ، ولا المقصود منه المال وهو مما يطلع عليه الرجال فلم يقبل فيه شهادة النساء كالنكاح » .**

الشرح الأحكام : ولا تقبل فى الشهادة على الشهادة ولا فى كتاب القاضى الى القاضى شهادة النساء فى جميع الحقوق . وقال أبو حنيفة رحمه الله : ان كان الحق مما تقبل فيه شهادة النساء على أصل الحق قبل فيه شهادة النساء ، لأن عندنا لا تقبل فيه شهادة النساء فيما ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال ، وعنده تقبل شهادتهم فى ذلك وقد مضى الدليل عليه ، والدليل على صحة قولنا ها هنا أن الشهادة على الشهادة ليست بمال ولا المقصود منها المال ، وانما هى اثبات قول الشاهد ، وذلك مما يطلع عليه الرجال فلم يكن للنساء فيه مدخل كالقصاص والحدود . وحكى

المسعودى وجها آخر ان كان المشهود به ما لا يثبت بشاهد وامرأتين وليس بشىء .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يقبل الا من عدد لأنه شهادة فاعتبر فيها العدد كسائر الشهادة وان كان شهود الأصل اثنين فشهد على أحدهما شاهدان وعلى الآخر شاهدان جاز ، لأنه يثبت قول كل واحد منهما بشاهدين ، وان شهد واحد على شهادة أحدهما وشهد الأخر على شهادة الثانى لم يجز لانه اثبات قول بشهادة واحد فان شهد اثنان على شهادة أحدهما ثم شهدا على شهادة الآخر ففيه قولان (أحدهما) انه يجوز لانه اثبات قول اثنين فجاز بشاهدين ، كالشهادة على اقرار نفسين (والثانى) انه لا يجوز وهو اختيار المزنى رحمه الله تعالى ، لانهما قاما فى التحمل مقام شاهد واحد فى حق واحد ، فاذا شهدا فيه على الشاهد الآخر صارا كالشاهد اذا شهد بالحق مرتين ، واذا كان شهود الأصل رجلا وامرأتين قبل فى أحد القولين شهادة اثنين على شهادة واحد منهم وان كان شهود الأصل أربع نسوة وهو فى الولادة والرضاع قبل فى أحد القولين شهادة رجلين على كل واحد منهن ولا يقبل فى الآخر الا شهادة ثمانية يشهد كل اثنين على شهادة واحدة منهن وان كان شهود الأصل أربعة من الرجال وهو فى الزنا وقلنا : انه تقبل الشهادة على الشهادة فى الحدود فان قلنا يقبل شاهدان على شاهدى الأصل فى غير الزنا ففى حد الزنا قولان (أحدهما) انه يكفى شاهدان فى اثبات شهادة الأربعة كما يكفى شاهدان فى اثبات شهادة اثنين (والثانى) انه يحتاج الى أربعة لأن فيما يثبت باثنين تحتاج شهادة كل واحد منهما الى العدد الذى يثبت به أصل الحق وهو اثنان ، وأصل الحق ههنا لا يثبت الا بأربعة فلم تثبت شهادتهم الا بأربعة .

فان قلنا : انه لا يقبل فيما يثبت بشاهدين الا أربعة ففى حد الزنا قولان (أحدهما) انه يحتاج الى ثمانية ليثبت بشهادة كل شاهدين شهادة واحد (والثانى) انه يحتاج الى ستة عشر لان ما يثبت بشاهدين لا تثبت كل شاهد الا بما يثبت به أصل الحق وأصل الحق لا يثبت الا بأربعة فلا تثبت شهادة كل واحد منهم الا بأربعة فيصير الجميع ستة عشر) .

الشـــرح الأحكام وهى تتعلق بعدد شهود الفرع • وذلك أنهم ان كان عـدد شـهود الأصـل شـاهدين فشهد شاهدان على شـهادة أحـد الشـاهدين ثم شهد شاهدان آخران على شهادة الشـاهد الآخـر ثبتت شـهادة شـاهدى الأصـل بالاجماع لأن كل قول منهما قد ثبت بشـاهدين • وان شـهد على شهادة كل واحد من شاهدى الأصل شاهد واحد لم تثبت شـهادة الأصل ولا أحدهما عندنا ، وبه قال شريح والشعبى والنخعى وربيعـة ومالك والثـورى وأبو حنيفة • وقال ابن أبى ليـلى وابن شبرمة وعثمان البتى وعبيد الله بن الحسن العتبرى واسـحاق بن راهوية : تثبت شهادة شـاهدى الأصل •

دليلنـا أن الشهادة على الشـهادة ليست بمال ، ولا المقصـود منها المـال ، وانما هى اثبـات قول الشـاهد ، فلا يثبت قول الشـاهد الا بشـاهدين كالشهادة على الطلاق •

فـــرع وان شـهد شاهدان على شهادة أحد شاهدى الأصـل ثم شـهد على شـهادة الأصل الثانى ففيـه قولان (أحدهما) لا يثبتـان شـهادة شـاهدى الأصـل وانما يثبتان شـهادة أحدهما وهو اختيـار المزنى ، لأن من ثبت به أحـد طرفى الشـهادة لم يجز أن يثبت به الطرف الآخر كمـا لو شـهد رجل بحق وكان أصـلا فى الشـهادة ثم شـهد مع آخر على شـهادة أصـل آخر فانه لا يقبل فهكذا هذا مثله (والثانى) يثبتان شـهادة شـاهدى الأصل ، وبه قال ربيعة ومالك وأبو حنيفة وهو الأصح ، لأنهما شـهدا على قول اثنين فقبـلا كما لو شـهدا على اقرار رجلين ، ويخالف اذا شـهد بشهادة وكان أصـلا فيها ثم شـهد مع آخر على شـهادة آخر فانها لا تقبـل ، لأنه يجر بشـهادته الثانية نفعـا الى نفسـه ، وهو تصديق شهادته الأولى •

اذا ثبت هذا فقال الشيخ أبو حامد : أصل هذين القولين هل شهود الفرع يقومون مقام شـهود الأصل أو لا يقومون مقام شـهود الأصل ؟ ويثبت الحق بشهادة شهود الفرع كما يثبت بشهادة الأصل ، أو لا يقومون

قيام شهود الأصل فلابد أن يقوم كل واحد من شهود الأصل شاهدان منفردان • ان قلنا : انهم لا يقومون مقام شهود الأصل ، وانما يثبتون شهادة شهود الأصل جاز أن يشهد على شهادة شهود الأصل شاهدان • قال ابن الصباغ : ولا معنى لقوله انهم يقومون مقام شهود الأصل ، وما يثبت الحق بشهادة شهود الفرع لأنهم لا يشهدون بالحق ، وانما يثبتون شهادة شهود الأصل •

ولو قاموا مقامهم لقام كل واحد منهم مقام واحد •

فرع اذا قلنا : ان شهود الأصل شاهد واحد وامرأتان — فان قلنا : ان قول كل واحد من الشاهدين لا يثبت الا بشاهدين — لم يثبت قول كل واحد من هذين الشاهدين ، فتفتقر الى ستة شهود • ان قول الشاهدين معا يثبت قول الرجل والمرأتين بشاهدين أيضا •

فرع وان كان شهود الأصل أربع نسوة فى الرضاع والولادة — فان قلنا : ان قول كل واحد من شاهدى الأصل لا يثبت الا بشاهدين لم يثبت قول كل واحد من النساء الا بشاهدين •

وان قلنا : يثبت قول الشاهدين بشاهدين ثبت قول الأربع بشاهدين•

فرع وان شهد شاهدان على شهادة رجل أن هذه الدار لزيد ثم شهدا على شهادة رجل آخر ان الدار بعينها لعمرو • قال الشيخ أبو حامد : قبل قولا واحدا ، فيكون قد ثبت لزيد فى الدار شاهد ، ولعمرو فيها شاهد لأنهما يثبتان قول كل واحد من الشاهدين لواحد ، ولا تناقض فى شهادتهما • وان شهد شاهدان أن هذه الدار لزيد ثم شهدا أن هذه الدار لعمرو كان ذلك تناقضا ورجوعا عن الشهادة الأولى •

فرع وان أراد اثبات شهادة الشهود فى الزنا بالشهادة — فان قلنا : ان الحدود لله تعالى لا تقبل فيها الشهادة على الشهادة —

فلا تفريع عليه • وان قلنا : تقبل فيها الشهادة على الشهادة • فان قلنا : ان قول شاهدى الأصل فى غير الزنا ثبت بشاهدين ففى القدر الذى يثبت به شهاد شهود الزنا قولان (أحدهما) يثبت قول الأربعة بشاهدين كما يثبت قول الشاهد فى غير الزنا بشاهدين ، فعلى هذا يكون عدد شهود الفرع أقل من عدد شهود الأصل (والثانى) أنه لا يثبت قول الأربعة الا بأربعة ، لأن أصل الحق ها هنا لا يثبت الا بأربعة ، فافتقر الى ذلك العدد فى اثبات قول الأربعة ، كما أن قول الشاهدين فى غير حد الزنا لا يثبت الا باثنين • فان قلنا : ان كل واحد من شاهدى الأصل فى غير الزنا لا يثبت الا بشاهدين فها هنا قولان (أحدهما) لا يثبت قول كل واحد من الأربعة الا بشاهدين كما قلنا فى الشاهدين فى غير الزنا ، فيكون عدد شهود الفرع على هذا ثمانية (والثانى) لا يثبت قول كل واحد من الأربعة الا بأربعة لأن الحق الذى ثبت بشاهدين لا يثبت قول كل واحد من الشاهدين الا بالعدد الذى يثبت به أصل الحق ، وأصل الحق ها هنا لا يثبت الا بأربعة ، فلم يثبت قول كل واحد من الأربعة الا بذلك العدد فيكون عدد شهود الفرع ها هنا ستة عشر ، فيحصل فى هذه الشهادة على الشهادة فى الزنا خمسة أقوال (أحدها) لا تقبل فيه الشهادة على الشهادة (والثانى) يقبل فيه الشاهدان على شهادة الأربعة (والثالث) لا تقبل الا أربعة على الأربعة (والرابع) لا تقبل الا ثمانية فى الشهادة على الأربعة (والخامس) لا تقبل الا ستة عشر على الأربعة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ولا تقبل الشهادة على الشهادة حتى يسمى شاهد الفرع شاهد الأصل بما يعرف به ، لأن عدالته شرط . فاذا لم تعرف لم عدالته فان سماهم شهود الفرع وعدلوهم حكم بشهادتهم لأنهم غير متهمين فى تعديلهم ، وان قالوا : نشهد على شهادة عدلين ولم يسموا لم يحكم بشهادتهم ، لأنه يجوز أن يكونوا عدولا عندهم غير عدول عند الحاكم » •**

الشـــرح الأحكام : اذا شـــهد شهود الفرع على شهود الأصل لم يجز الحكم بشـــهادتهم حتى يعرف الحاكم عدالة شهود الفرع والأصل ، لأن معرفة عـــدالة الشهود شرط فى الحكم بعـــدالة شـــهود الفرع قبـــل الحاكم شـــهادتهم فى ذلك كله بلا خـــلاف ، لأن شهود الفرع غير متهمين فى تعديلهم لشـــاهدى الأصل • وان قال شهود الفرع : يشـــهد على شهادة عدلين بكذا ولم يسموها لم يجز الحكم بهذه الشهادة حتى يسمعوا شاهدى الأصل ، وبه قال أكثر أهل العلم الا شريحا فانه قال يحكم بهذه الشهادة • وهذا خطأ لأن الناس يختلفون فى تعديل الشـــهود وقـــد يكون شـــاهدا الأصل عدلين عند شـــهود الفرع ، ولا يكونان عدلين عند الحاكم ، ولابد من تسميتهما ليعرفهما الحاكم ، ولأن الشهود عليه قد تجرح شهود الأصل• فاذا لم يعرفهما لم يمكنه جرحهما •

فـــــرع اذا سمى شـــهود الفرع شاهدى الأصل ولم يعدلوهما فان الحاكم يســـمع هذه الشهادة ويســـأله عن عدالة شـــاهدى الأصـــل وبه قال أكثر أهل العلم • وقال الثورى وأبو يوسف : اذا لم يعـــدلوهما لم يســـمع الحاكم شـــهادتهم • دليلنـــا أنها شـــهادة فجاز سماعها • وان لم يعرف عدالة الشـــهود كشهود الأصل •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل ولا يصح تحمل الشـــهادة على الشـــــهادة الا من ثلاثة أوجـــه (أحدها) أن يســـمع رجلا يقول : أشـــهد أن لفلان على فلان كذا مضـــافا الى سبب يوجب المـــال من ثمن مبيع أو مهر لأنه لا يحمل مع ذكر السبب الا الوجـــوب (والثانى) أن يســـمعه يشـــهد عند الحاكم على رجـــل بحق لأنه لا يشـــهد عند الحاكم الا بما يلزم الحكم به (والثالث) أن يسترعيه رجل بأن يقول : أشهد أن لفلان على فلان كذا فاشـــهدوا على شـــهادتى الا على واجب وأما اذا ســـمع رجلا فى دكانه أو طريقه يقول أشهد أن لفلان بذلك لأنه لا يسترعيه الا على واجب لأن الاسترعاء وثيقة والوثيقة لا تكون على فلان ألف درهم ولم يقل فاشـــهد على شـــهادتى لم يحكم به لأنه يحتمل أنه أراد أن له عليـــه ألفـــا من وعـــد وعده بها فلم يجز تحمـــل الشـــهادة عليه مع الاحتمال وان ســـمع رجلا يقول لفـــلان على ألف درهم فهل يجـــوز

أن يشـهد عليه بذلك فيـه وجهان (أحدهما) وهو قول ابى اسحاق أنه لا يجـوز أن يشـهد عليـه كما لا يجوز أن يتحمل الشهادة عليه (والثانى) وهو المنصوص أنه يجوز أن يشـهد عليه والفرق بينه وبين التحمل أن المقر يوجب الحق على نفسـه فجاز من غير استرعاء والشـاهد يوجب الحق على غيره فاعتبر فيـه الاسترعاء ولأن الشـهادة آكد لأنه يعتبر فيها العـدالة ولا يعتبر ذلك فى الاقرار •

الشـرح وتحمل الشـهادة على الشهادة يصح من أربعة وجـوه « ويحددها المصنف بثلاثة وما عداها لا يصح » (أحـدها) أن يسـمع رجلان ، رجل يشـهد لرجل بحق مضـاف الى سبب يقتضى وجوب الحق مثل أن يسـمعه يقول : ان لفلان على فلان كذا من ثمن مبيع أو أجرة ، لأن مع ذكر المسبب لا يقتضى غير الوجوب •

(الثانى) أن يسـمع رجلان رجلا يشـهد عند الحاكم لرجل بحق على آخر ، فيجـوز لهما أن يشـهدا على شـهادته ، وان لم يسـترعهما ولا أضـاف الحق الى سبب ، لأن الشهادة عند الحاكم لا تكون الا بحق واجب • قال المسعودى : وكذلك يجوز لهذا الحاكم أن يشهد على شهادته عنـد حاكم آخر اذا عزل • قال : وكذلك اذا سـمع رجلان رجلا يشهد لرجل بحق فحكم لهما سواء قلنا : ينفذ حكمه أو لا ينفذ •

(الثالث) اذا استرعاهما على الشهادة بأن يقول رجـل لرجلين : أنا أشـهد أن لفلان على فلان كذا فاشهدا على شـهادتى ، لأن الاسترعاء وثيقة ، والوثائق لا تكون الا على واجب • وحكى ابن الصـباغ أن من أصحابنا من قال : لابد أن تقـول فى الاسترعاء : أشـهدا على شـهادتى وعن شـهادتى لتكون أدنى فى التحمل والأداء • وهذا كاختلاف أصحابنا فى المزكى هل يحتـاج أن يقول : عـدل على ولى • أو يكفيه أن يقول : عـدل : وقـد حكى المسـعودى عن بعض العلماء ما يوافق هذا فقال : لابد أن يقول فى الاسترعاء : اشـهد على شـهادتى ، واذا استشهدت أنت فاشهد ، والأول أصح ، لأن الغرض زوال الشبهة •

واذا أذن له فى التحمل فقد زالت الشبهة لأن التحمل للأداء .

(والرابع) حكاه ابن القاص والمسعودى : أن يسمع رجل رجلا يسترعى غيره على شهادة فيجوز للسامع أن يشهد بها ، وان لم يسترعه عليها لأنه لما استرعى غيره دل على أنه ما استرعاه الا على واجب فجاز له الشهادة عليها كما سمع رجل رجلين تبايعا فله أن يشهد عليهما وان لم يشهداه ، فأما اذا سمع رجلان رجلا يقول : أشهد أن لفلان على فلان كذا غير مضاف الى سبب ، ولم يسترعهما ، وكان بغير حضور الحاكم فلا يجوز لهما أن يشهدا على شهادته بذلك وعلله الشافعى ، أنه يحتمل أنه يحتمل أنه أراد أن ذلك واجب عليه ويحتمل غير واجب عليه ، بل من وعد وعده به فلم يصح تحمل الشهادة عليه لذلك ، وعلله أصحابنا أن قولنا : أشهد ، يحتمل أنه أراد الشهادة عليه بالحق ، ويحتمل أن قوله : أشهدا علم ذلك بالسماع فلم يجز أن يتحمل الشهادة عليه بذلك . هذا مذهبنا . وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا يجوز أن يتحمل الشهادة على الشهادة الا أن يسترعيه على الشهادة ، وأما بغير ذلك فلا يصح . ودليلنا عليه ما مضى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **واذا أراد شاهد الفرع أن يؤدى الشهادة أداها على الصفة التى تحملها فان سمعه يشهد بحق مضاف الى سبب يوجب الحق ذكره وان سمعه يشهد عند الحاكم ذكره وان شهده شاهد الأصل على شهادته أو استرعاه قال أشهد أن لفلان على فلان كذا وأشهدنى على شهادته .**

فصل **وان رجع شهود الأصل قبل الحكم بشهادة الفرع بطلت شهادة الفرع ، لأنه بطل الأصل فبطل الفرع ، وان شهد شهود الفرع حضر شهود الأصل قبل الحكم لم يحكم بشهادتهم لأنه قدر على الأصل فلا يجوز الحكم بالبدل والله أعلم ﴾ .**

الشرح الأحكام : اذا قال شاهد الأصل لرجلين : أشهد

أني أشهد أن لفلان على فلان كذا نص فيه للشافعي رحمه الله الا أن أبا حنيفة قال : لا يشهدان على شهادته الا أن يقول : اشهدا على شهادتي أن لفلان على فلان كذا فقد أمرهما بالشهادة ولم يسترعهما • وقال أبو يوسف : يجوز لهما أن يشهدا على شهادته لأن معنى قوله ذلك اشهدا على شهادتي ، قال ابن الصباغ : وهذا أشبه •

فرع قال في الأم : اذا قال رجل لآخر : أشهد أن لفلان على فلان كذا فأشهد عليه بذلك لم يصر من الثاني تحمل الشهادة عليه ، لأنه لم يسترعه على الشهادة •

فرع في كيفية أداء شهود الفرع •

يؤدي شاهدا الفرع الشهادة ويضيفها الى الوجه الذي يحملها منه ، فان سمع شاهد الأصل يشهد بحق مضاف الى سبب فانه يقول : أشهد على شهادة فلان أن لفلان على فلان كذا من ثمن مبيع أو أجرة أو غير ذلك مما يسمعه يضيفه اليه •

وان سمعه يشهد عند الحاكم أو المحكم ذكر ذلك • وكذلك اذا استرعاه أو استرعى غيره ذكر ذلك في الأداء ليؤدي الشهادة كما يحملها •

فرع واذا شهد شاهدا الأصل على عين رجل وشاهد الفرع يعرف عينه ولا يعرف نسبه واسمه فانه لا يشهد الا على عينه فحسب ، وان كان يعرف اسمه ونسبه كان له أن يشهد على اسمه ونسبه ، وان أشهداه على الاسم والنسب وكان شاهد الفرع لا يعرف غير المشهود له والمشهود عليه فانه يشهد على الاسم والنسب وكان شاهد الفرع لا يعرف غير المشهود له والمشهود عليه • فإنه لا يعرف غير الاسم والنسب قال المسعودي : وكل من جاءه وادعى أنه فلان ابن فلان عليه أن يؤدي الشهادة له ثم ينظر القاضي فان أقر الخصم أنه هو فلا كلام، وان تناكرا فعلى المدعي اقامة البينة على اسمه ونسبه ، فاذا أقام البينة على ذلك حكم به •

فـــرع وان شهد شاهدان على شهادة رجل عند غيبته أو مرضه فقبل أن يحكم الحاكم بشهادة شاهدى الفرع حضر شاهد الأصل لم يجز الحكم بشهادة شاهدى الفرع حتى يسأل شاهد الأصل ، لأنه انما جاز الحكم بشهادة شاهدى الفرع لتعذر سماع الشهادة من شاهدى الأصل وقد قدر عليها كما يجوز التيمم لعدم الماء مع وجوده ، وان شهد رجلان على شهادة رجل فقبل أن يحكم الحاكم بشهادتهما رجع شاهد الأصل أو فسق فلا يجوز الحكم بشهادتهما ، لأن شاهد الأصل لو رجع أو فسق قبل الحكم بشهادته لم يجز بها وكذلك شاهد الفرع .

فـــرع وان خرس شاهد الأصل أو عمى قبل الحكم بشهادة شهود الفرع عليه جاز الحكم بشهادة شهود الفرع عليه ، لأن ذلك لا يؤثر فى شهادته والله تعالى أعلم بالصواب وله الحمد والمنة على كل حال .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب اختلاف الشهود فى الشهادة

اذا ادعى رجل على رجل الفين وشهد له شاهد انه اقر له بالف وشهد آخر أنه أقر بالفين ، ثبت له ألف بشهادتهما ، لأنهما اتفقا على اثباتها وله أن يحلف مع شاهد الألفين ويثبت له الألف الأخرى ، لانه شهد له بها شاهد . وان ادعى ألفا فشهد له شاهد بألف وشهد آخر بالفين ففيه وجهان (أحدهما) أنه يحلف مع الذى شهد له بالألف ويقضى له وتسقط شهادة من شهد له بالألفين لأنه صار مكذبا له فسقطت شهادته له فى الجميع (والثانى) أنه يثبت له الألف بشهادتهما ويحلف ويستحق الألف الأخرى ولا يصير مكذبا بالشهادة لأنه يجوز أن يكون له حق ويدعى بعضه ويجوز أنه لم يعلم أن له من يشهد له بالألفين » .

الشـــرح الأحكام : اذا ادعى رجل على رجل ألفين وأضاف كل ألف الى سبب فأنكر فأقام شاهدين فشهد احدهما له بألف مضاف الى سبب كما ادعى ، وشهد الثانى له بالألف الأخرى ، لم تتم الشهادة

على أحـد الألفين ، لأن كل واحد منهما شهد بغير الذى شهد به الآخر ، وكذلك اذا ادعى عليـه ألفين من سكتين (عملتين مختلفتين) فشهد بكل الألف شـاهد فانه يحلف مع كل واحد من الشـاهدين يمينا ويستحق الألفين لمـا ذكرناه .

فأما اذا ادعى عليـه ألفين بسبب واحـد وأطلق ، فشـهد له شاهد بألف وشـهد له شـاهد بألفين وأضـافا الى السبب الذى أضاف الدعوى اليـه أو أطلقـا أو أضـاف أحدهما الى ذلك السبب وأطلق الآخر ، فان البينة قد تمت على ألف ويحلف مع الشـاهد الثانى الذى شـهد بألفين ويسـتحق الألف الثانى وبه قال مالك رحمه الله وقال أبو حنيفة : لا تتم له البينة على الألف كما لو أضـافا الى سببين مختلفين .

دليلنـا أنهما مالان من نوع واحـد غير مضافين الى سببين مختلفين فاذا شـهد به اثنان ثبت الأقل منهما ، كمـا لو شـهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة فانه وافقنا على ذلك .

فـــرع وان ادعى على رجل ألفا فأنكره فأقام شـاهدين فشهد أحدهما له بألف وشهد الآخر بألفين فوجهان .

(أحدهما) يصح شهادة من يشـهد له بالألف ، لأنه شهد له بمـا ادعاه ، وتبطل شـهادة من شهد له بألفين ، لأنه مكذب له فعلى هذا يحلف من شـهد بالألف .

(والثـانى) يثبت له الألف التى ادعاها بشـهادتهما لأنهما اتفقـا عليها ، وله أن يحلف مع الذى شـهد بالألف الثانية لأنه غير مكذب له ، لأن من له حـق يجوز أن يدعى بعضه ويترك بعضه لعلمه أن من له عليه الحق يقر له به ، أو يجوز أنه لم يعلم أن هنـاك من يشـهد له به . قال المسعودى : وان ادعى على رجل ألفـا فأنكره فأقام شـاهدين فشهد أحدهما أنه أقر له بألف وشـهد آخر أنه أقر له بألف ولكن قضى منهما

خمسمائة ففيه وجهان (أحدهما) يثبت خمسمائة لأن شهادتهما اتفقت عليها (والثانى) لا يثبت لأنهما لم يتفقا على ما يدعيه المدعى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان شهد شاهد على رجل أنه زنى بامرأة فى زاوية من بيت وشهد آخر أنه زنى بها فى زاوية ثانية وشهد آخر أنه زنى بها فى زاوية ثالثة وشهد آخر أنه زنى بها فى زاوية رابعة ، لم يجب الحد على المشهود عليه ، لأنه لم تكمل البينة على فعل واحد ، وهل يجب حد القذف على الشهود ؟ على القولين وان شهد اثنان أنه زنى بها وهى مطاوعة وشهد اثنان أنه زنى بها وهى مكرهة لم يجب الحد عليها لأنه لم تكمل بينة الحد فى زناها ، وأما الرجل فالمذهب أنه لا يجب عليه الحد ، وخرج أبو العباس وجها آخر أنه يجب عليه الحد لأنهم اتفقوا على أنه زنى وهذا خطأ ، لأن زناه بها وهى مطاوعة غير زناه بها وهى مكرهة ، فصار كما لو شهد اثنان أنه زنى بها فى زاوية وشهد آخران أنه زنى بها فى زاوية أخرى » .**

الشرح اذا شهد أربعة على رجل أنه زنى بامرأة فى بيت فشهد كل واحد منهم أنه زنى بها فى زاوية غير الزاوية التى شهد الآخر أنه زنى بها ، أو شهد اثنان أنه زنى بها فى زاوية وشهد آخران أنه زنى بها فى زاوية أخرى فانه لا يجب الحد على المشهود عليه ، وهل يجب حد القذف على الشهود ؟ على قولين .

وقال أبو حنيفة : القياس أنه لا يجب الحد على المشهود عليه ، ولكن يجب عليه الحد استحسانا . دليلنا أن الشهادة لم تتم على فعل واحد . فلم يجب الحد على المشهود عليه كما لو شهد اثنان أنه زنى بها فى الغداة وشهد آخران أنه شهده زنى بها فى العشى .

فرع وان شهد اثنان أنه زنى بها فى البصرة وشهد آخران أنه زنى بها فى الكوفة لم يجب الحد على المشهود عليه ، وهل يجب الحد على الشهود ؟ على قولين .

وقال أبو حنيفة : لا يجب الحد على الشهود ، ومذهبه أن الشهود اذا نقص عددهم وجب عليهم الحد ، قال : لأن عددهم ها هنا قد كمل فلم يحدوا — وهذا غلط لأن عددهم لم يكمل على فعل واحد ، وانما كمل على فعلين ، فهو كما لو نقص عددهم .

فرع وان شهد اثنان على رجل أنه زنى بامرأة وهى مطاوعة ، وشهد آخران أنه زنى بها وهى مكرهة فلا خلاف أنه لا يجب الحد على المرأة ، لأن البينة لم تكمل فى حقها . وأما الرجل فنص الشافعى رحمه الله أنه لا يجب عليه الحد ، وبه قال أبو يوسف . وقال أبو العباس بن سريج : يجب عليه الحد ، وبه قال أبو حنيفة ، لأن حكمه اذا طاوعته أو أكرهها لا يختلف . ووجه المذهب أن البينة لم تكمل على فعل واحد ، لأن زناه بها وهى مطاوعة غير زناه بها وهى مكرهة ، فهو كما لو شهد اثنان أنه زنى بها فى بيت وشهد آخران أنه زنى بها فى بيت آخر . وأما الشهود فالذى يقتضى المذهب أن فى وجوب الحد عليهم للمرأة القولين ، وأما وجوب الحد عليهم للرجل — فان قلنا : لا يجب عليه الحد كان فى وجوب الحد له عليهم القولان . وان قلنا : يجب عليه الحد لم يجب عليهم له حد قولا واحدا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان شهد شاهد أنه قذف رجلا بالعربية وشهد آخر أنه قذفه بالعجمية أو شهد أحدهما أنه قذفه فى يوم الخميس وشهد آخر أنه قذفه يوم الجمعة لم يجب الحد ، لأنه لم تكمل البينة على قذف واحد ، وان شهد أحدهما أنه أقر بالعربية أنه قذفه وشهد آخر أنه أقر بالعجمية أنه قذفه أو شهد أحدهما أنه أقر بالقذف يوم الخميس ، وشهد الآخر أنه أقر بالقذف يوم الجمعة ، وجب الحد لأن المقر به واحد وان اختلفت العبارة فيه » .

الشـــرح الأحكام : اذا ادعى على رجـل أنه قذفه فأنكر وأقام المدعى شـاهدين فشهد أحدهما أنه قذفه بالعربية وشهد الآخر أنه قذفه بالعجمية ، أو شـهد أحدهما أنه أقر بقذفه يوم الخميس وشهد الآخر أنه أقر بقذفه يوم الجمعة لم يجب الحـد ، لأن البينة لم تكمل على قذف واحـد . وان شـهد أحدهما أنه أقر بالعربية أنه قذفه وشهد الآخر أنه أقر بالعجمية أنه قذفه أو شـهد أحدهما أنه أقر يوم الخميس أنه قذفه وشـهد الآخر أنه أقر يوم الجمعة أنه قذفه وجب الحـد ، لأن المقر به واحـد ، وان اختلفت العبارة عنه أو اختلف وقت الاقرار .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان شـهد شـاهد أنه سرق من رجل كبشـا أبيض غدوة وشـهد آخر أنه سرق ذلك الكبش بعينه عشـية لم يجب الحد ، لأنه لم تكمل بينة الحـد على سرقة واحـدة ، وللمسروق منـه أن يحلف ويقضى له بالغرم ، لان الغرم يثبت بشـاهد ويمين ، فان شـهد شاهدان أنه سرق كبشـا أبيض غدوة وشـهد آخران أنه سرق منه ذلك الكبش بعينه عشـية ، تعارضت البينتان ولم يحكم بواحـدة منهما ، وتخالف المسـئلة قبلها ، فان كل واحـد من الشـاهدين ليس ببينـة والتعارض لا يكون فى غير بينة ، وهنـا كل واحد منهما بينة فتعارضـا وسقطتا . وان شـهد شاهد أنه سرق منه كبشـا غدوة وشهد آخر أنه سرق منه كبشـا عشية ولم يعينا الكبش لم يجب الحد ، لأنه لم تكمل بينة الحـد وله أن يحلف مع أيهما شـاء ، ويحكم له ، فان ادعى الكبشين حلف مع كل واحـد منهما يمينا وحكم له بهما لأنه لا تعارض بينهما ، وان شـهد شـاهدان أنه سرق كبشـا غدوة وشـهد آخران أنه سرق منـه كبشا عشـية وجب القطع والغرم فيهما ، لانه كملت بينة الحـد والغرم وان شـهد شـاهد انه سرق ثوبا وقيمته ثمن دينار وشـهد آخر أنه سرق ذلك الثوب وقيمته ربع دينار ، لم يجب القطع ، لأنه لم تكمل بينة الحـد ووجب له الثمن ، لانه اتفـق عليـه الشـاهدان ، وله أن يحلف على الثمن الآخر ويحكم لـه لأنه انفرد به شـاهد فقضى به مع اليمين وان أتلف عليه ثوبا فشهد شاهدان أن قيمته عشرة وشـهد آخران أن قيمته عشرون قضى بالعشرة ، لأن البينتين اتفقتا على العشرة وتعارضتا فى الزيادة ، لأن احـداهما تثبتها والأخـرى تنفيها فسقطت » .

الشـــرح قال الشـافعى رحمه الله : « ولو شـهد أنه سرق من هذا البيت كبشا لفلان بكرة ، وقال الأخر عشية أو قال أحدهما : الكبش الأبيض وقال الآخر : الأسـود لم يقطع » وجملة ذلك أنه اذا شـهد رجل أن فلانا سرق من فلان كبشـا غدوة وشـهد الآخر أنه سرق منه ذلك الكبش عشـية أو شـهد أحدهما أنه سرق منـه كبشـا أبيض وقت الزوال وشـهد الآخر أنه سرق كبشـا أسـود ذلك الوقت ، فهما شـهادتان بسرقتين مختلفتين ، لأنه لا يمكن أن يسرق كبشـا واحـدا بالغداة وبالعشى ، ولا يمكن أن يكون أبيض أسـود ، فلا يجب القطع على المشـهود عليـه ، لأن البينة لم تتم على سرقة كبش ، ولكن يحلف المشـهود له مع أى الشـاهدين شـاء ، ويحكم له بالكبش •

فـــرع وان شـهد رجلان أنه سرق منه كبشا من صفته كذا وكذا بالغـداة وشـهد آخران أنه سرق منـه ذلك الكبش بعينه بالعشى فهما شـهادتان متعارضتان ، فلا يحكم للمشـهود بشىء • والفرق بينها وبين الأولى أن الشـاهدين حجة يثبت بها الحق ، وقد عارضـها مثلها فسـقطتا ، وفى الأولى الشـاهد الواحد ليس بحجة فلم يقع فيه تعارض•

فـــرع وان شـهد رجل أنه سرق منه كبشـا بالغـداة ولم يصف الكبش وشـهد آخر أنه سرق كبشا بالعشى ، ولم يصف الكبش • أو قال أحدهما : انه سرق منـه بالغداة كبشـا أبيض وشهد الآخر أنه سرق منه بالعشى كبشا أسـود فهما شـهادتان بكبشـين ، فلا يجب على المشـهود عليـه القطع ، لأن البينة لم تتم على كبش وللمشـهود له أن يحلف مع كل واحد من الشـاهدين ويستحق الكبش •

فـــرع اذا شـهد رجلان أنه سرق منه كبشا أبيض بالغـداة ولم يصـفا الكبش ، وشـهد شـاهدان أنه سرق منه كبشا بالعشى ولم يصفا الكبش أو شـهد رجلان أنه سرق منـه كبشا أبيض بالغـداة ، وشـهد آخران أنه سرق منه كبشـا أسـود بالعشى فقـد تمت البينتان

على سرقتين ، فيجب على السارق القطع ، ويجب عليه غرم الكبش قال الشيخ أبو حامد : وان شهد شاهد أنه سرق منه كبشا وشهد آخر أنه سرق منه كبشين فيجب القطع على السارق ، اذا كان قيمة كل واحد من الكبشين نصابا ، لأنه قد شهد بسرقة النصاب شاهدان ، وللمشهود له أن يحلف مع الشاهد الثانى ، وتجب له ضمان الكبش الثانى .

فرع اذا شهد له شاهدان أنه سرق منه كبشا وشهد آخر أنه سرق منه كبشين حكم له بالكبشين لأنه شهد بكل واحد منهما شاهدان ، ويجب القطع على المشهود عليه . ومن أصحابنا من صحف وقال : أراد الشافعى رحمه الله بذلك كبشا وهذا خطأ ، بل أراد كبشا بالشين المعجمة ، لأنه قال فى الأم كبشا أقرن ، والحكم لا يختلف بالكبش والكبشين الا أن الغالب من قيمة الكبش فى أزمانهم أنه لا يبلغ نصابا فيجب به القطع .

فرع وان شهد رجل أنه سرق من رجل ثوبا من صفته كذا وكذا وقيمته ربع دينار وشهد أنه سرق منه ذلك الثوب بعينه وقيمته ثمن دينار فان القطع لا يجب على المشهود عليه ، لأن البينة لم تتم على سرقة ما قيمته نصاب ، ويجب على المشهود عليه ثمن دينار ، لأن الشاهدين قد اتفقا عليه للمشهود له أن يحلف مع الشاهد الذى شهد أن قيمته ربع دينار ، ويجب له ثمن آخر ، وان شهد رجلان على رجل أنه سرق من رجل ثوبا من صفته كذا وقيمته ثمن دينار ، وشهد آخران أنه سرق ذلك الثوب بعينه وقيمته ربع دينار ، فان القطع لا يجب على المشهود عليه ، لأن البينة لم تكمل على سرقة ما قيمته ربع دينار ، ولا يجب على المشهود عليه الا ثمن دينار ، وبه قال أحمد رحمه الله . وقال أبو حنيفة رحمه الله . يجب عليه ربع دينار وكذلك الخلاف اذا أتلف عليه ثوبا فشهد رجلان أن قيمته ثمن دينار وشهد رجلان أن قيمته ربع دينار دليلنا أن الشاهدين اللذين شهدا أن قيمته ثمن دينار

نفيا أن تكون قيمته دينار فقد تعارضت البينتان فى الثمن الثانى فسقط وثبت ما اتفقا عليه . فأما اذا شهد رجل أنه سرق منه ثوبا أبيض نفيا أن تكون قيمته ربع دينار ، وأن الشاهدين اللذين شهدا بربع الدينار قيمته ثمن دينار وشهد آخر أنه سرق منه ثوبا أسود قيمته ربع دينار فهما شهادتان مختلفتان ولا يجب القطع على المشهود عليه ، لأن البينة لم تتم على سرقة ما فيه نصاب ، وللمشهود له أن يحلف مع الشاهدين ويحكم له بثمن دينار وربع دينار .

فرع اذا شهد رجلان أنه سرق منه ثوبا أبيض قيمته ثمن دينار ، وشهد آخران أنه سرق ثوبا أسود قيمته ربع دينار فهما بينتان تامتان على سرقتين مختلفتين فيجب له ثمن الدينار وربع الدينار ، ويجب القطع على المشهود عليه . فأما اذا شهد شاهد واحد أنه سرق منه ثوبا قيمته ثمن دينار وشهد شاهد أنه سرق منه ثوبا قيمته ربع دينار قال الشيخ أبو حامد : والذى يجىء على المذهب أن الحكم فى هذه كالحكم فيه اذا عينا الثوب واختلفا فى قيمته ، كان له الثمن بشهادتهما ويحلف مع الشاهد الآخر على ثمن دينار . ولا يجب القطع على المشهود عليه .

فرع اذا شهد رجلان أنه سرق منه ثوبا قيمته ثمن دينار ، ويشهد آخران أنه سرق منه ثوبا قيمته ربع دينار لزمه ثمن دينار لا غير ، ولا يجب القطع عليه لأنه يحتمل أنهما شهدا بثوبين مختلفين ويحتمل أنهما شهدا بثوب واحد ، وانما اختلفا فى قيمته فلم يحكم له الا بالمتيقن وهو ثمن دينار .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان شهد شاهدان على رجلين أنهما قتلا فلانا وشهد المشهود عليهما على الشاهدين أنهما قتلاه ، فان صدق الولى الأولين حكم بشهادتهما ، وقتل الآخران لأن الأولين غير متهمين فيما شهدا به . والآخران متهمان لأنهما يدفعان عن أنفسهما القتل ، وان كذب الولى الأولين وصدق الآخرين بطلت شهادة الجميع ، لان الأولين كذبهما الولى والآخران يدفعان عن أنفسهما القتل » .**

الشرح وان شهد رجلان على رجلين أنهما قتلا رجلا وشهد المشهود عليهما على الشاهدين أنهما قتلاه ، قال الشافعى رحمه الله : « سألت الولى فان صدق الأولين وكذب الآخرين وجب عليهما القتل ولا يسمع قولهما » لأن الولى يكذبهما ، ولأنهما يدفعان عن أنفسهما ضررا بشهادتهما وان صدق الآخرين وكذب الأولين لم يثبت القتل لأنه كذب الأولين فبطلت شهادتهما والآخرين يدفعان عن أنفسهما ضررا بشهادتهما فلم يقتلا ، وكذلك اذا صدق الأولين والآخرين بطلت شهادة الجميع ، لأنه كذب كل واحد منهما بتصديق الآخران فان قيل : هذا لا يتصور لأن الشهادة لا تسمع الا بعد الدعوى فكيف يسأل الولى بعد شهاتهم ؟

واختلف أصحابنا فى الجواب فقال أبو اسحق : انما يفتقر الى الدعوى أن يكون قبل الشهادة اذا كانت الدعوى ممن يعبر عن نفسه ، فأما اذا كانت الدعوى لميت أو صغير أو مجنون فيصح أن تكون الشهادة سابقة للدعوى ، والحق ها هنا للميت ، لأنه يقضى دينه من دينه وينفذ منها وصاياه ، ومن أصحابنا من قال : يحتمل أن يكون الولى لم يعلم من قبل وليه ، ولا يعرف من يشهد له بذلك فيصح أن تتقدم الشهادة على الدعوى ، ومنهم من قال : يحتمل أن يكون الولى لم يعلم من قبل وليه ، ولا يعرف من يشهد له بذلك فيصح أن تتقدم الشهادة على الدعوى ومنهم من قال : يحتمل أن يكون الولى ادعى على الآخرين القتل فيشهد له الأولان ، ثم شهد الآخران على الأولين فأورث ذلك شبهة تؤثر فى الدم ، فاحتاط الحاكم بسؤال ليسمع ما يقول . ومن أصحابنا من قال : انما يتصور ذلك فى وكيلين للولى ادعى أحدهما القتل على هذين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان ادعى رجل على رجل أنه قتل مورثه عمدا وقال المدعى عليه قتلته خطأ فأقام المدعى شاهدين فشهد أحدهما أنه أقر**

بقتله عمدا وشهد الآخر على اقراره بالقتل خطأ فالقول قول المدعى عليه مع يمينه ، لأن صفة القتل لا تثبت بشاهد واحد . فاذا حلف ثبتت دية الخطأ فان نكر حلف المدعى أنه قتله عمدا ويجب القصاص أو دية مغلظة » .

الشرح الأحكام : اذا شهد رجل على رجل أنه أقر بقتل رجل عمدا وشهد آخر أنه أقر بقتله خطأ فقد تمت البينة على القتل ، ولم تتم على صفة القتل . فيسأل المشهود عليه فان أنكر القتل لم يلتفت الى انكاره ، وان أقر بقتل العمد حكم عليه بموجب قتل العمد باقراره ، وان أقر بقتل الخطأ وصدقه الولى على ذلك وجبت الدية فى ماله ، وان كذبه الولى فالقول قول الجانى مع يمينه لأن الأصل عدم العمد . فان حلف ثبت قتل الخطأ وان نكر حلف المدعى ويثبت قتل العمد .

وان أقر المشهود عليه بالقتل العمد وكذبه الولى وقال : بل كان خطأ لم يجب القود لأن الولى لا يدعيه ، ويجب دية الخطأ . قال ابن الصباغ : وينبغى أن يكون فى مال الجانى لأنها لم تثبت بالبينة .

وان شهد أحدهما أنه قتله عمدا وشهد آخر أنه قتله خطأ ثبت القتل بشهادتهما ، ولم تتناف الشهادتان ، لأن الفعل الواحد قد يعتقده أحدهما عمدا والآخر خطأ ويسأل الجانى فان أقر بقتل العمد حكم عليه بموجبه ، وان أقر بقتل الخطأ صدقه الولى وجبت الدية ، وان كذبه الولى فللمولى أن يحلف لأنه أقام بما يدعيه شاهدا وذلك لوث ويخالف الأولى ، فان الشهادة هناك على الاقرار ولا لوث فى الاقرار ، فان لم يحلف الولى حلف الجانى ووجبت الدية فى ماله مؤجلة ، لأنها تثبت باقراره ، وان لم يحلف الجانى فهل ترد اليمين على الولى ؟ فيه قولان مضى ذكرهما .

فان قلنا : ترد عليه فحلف ثبت موجب قتل العمد ، وان قلنا : لا ترد عليه أو قلنا : ترد فامتنع من اليمين تثبت دية الخطأ مؤجلة فى مال الجانى لأنها متيقنة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان قتـل رجـل عمـدا وله وارثان ابنان او اخـوان فشـهد أحدهما على أخيه أنه عفـا عن القود والمـال سقط عن القاتل عدلا كان أو فاسـقا لأن شهادته على أخيـه تضمنت الاقرار بسـقوط القـود فاما الدية فان نصيب الشـاهد يثبت لأنه ما عفـا عنه وأما نصيب المشهود عليـه فانه ان كان الشـاهد ممن لا تقبـل شـهادته حلف المشهود عليـه انه ما عفـا ويسـتحق نصف الدية وان كان ممن تقبـل شـهادته حلف القاتل معـه ويسـقط عنـه حقـه من الدية لأن ما طريقـه المـال يثبت بالشـاهد واليمين وفى كيفية اليمين وجهان (احدهما) أن يحلف انه قـد عفـا عن المـال (والثانى) أنه قد عفـا عن القود والمـال وهو ظاهر النص لأنه قـد يعفو عن الدية ولا يسـقط حقه منها وهو اذا قلنـا : ان قتـل العمد لا يوجب غير القود فاذا عفـا عن الدية كان ذلك كلا عفـو فوجب أن يحلف أنه ما عفا عن القود والدية » .

الشـرح الأحكام : اذا قتـل رجل عمدا وله وارثان ابنـان وأخوان فشهد أحدهما أن أخاه عفـا عن القود والدية سقط القصاص ، سـواء كان الشـاهد عدلا أو فاسـقا لأن شهادته بعفو أخيـه تضمنت سـقوط حقه من القصاص ، ويكون نصيب الشاهد من الدية ثانيا . وأما نصيب المشـهود عليه من الدية ـ فان كان الشاهد غير مقبول الشهادة ـ فالقول قول المشـهود عليه مع يمينه .

وان كان الشـاهد عدلا حلف معه الجانى . قال الشـافعى رحمه الله : ويحلف : لقـد عفى عن القصاص والمـال . واختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال بظاهره : يجب أن يحلف أنه عفى عن القصاص والدية ، لأن العفو عن الدية لا يصح الا بعد العفو عن القصاص ، وهو اذا قلنا : ان قتل العمد لا يوجب غير القود ، ومنهم من قال : يكفيه أن يحلف : لقد عفى عن الدية ، لأن القصاص قد حكم بسقوطه بكل حال ، فلا معنى ليمينه عليـه .

قال فى الأم : اذا ادعى رجل عبدا فى يد آخر فأنكره فأقام شاهدين

فشهد أحدهما أنه ملكه ، وشهد آخر أنه أقر بغصبه لم يحكم بالشهادة لأنها شهادة بشيئين مختلفين ، يحلف المشهود له مع أيهما شاء ، ويقضى له به ، وهكذا ان شهد أحدهما أنه غصبه وشهد الآخر أنه أقر بغصبه لم يحكم له بالشهادة ، لأنها شهادة على فعلين مختلفين ، ويحلف المشهود له مع أيهما شاء ويحكم له بالعبد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان شهد شاهد أنه قال وكلتك شهد آخر أنه قال أديت لك أو أنت جزئى لم تثبت الوكالة لان شهادتهما لم تتفق على قول واحد وان شهد أحدهما أنه قال وكلتك وشهد الآخر أنه أذن له فى التصرف أو أنه سلطه على التصرف ثبتت الوكالة لأن أحدهما ذكر اللفظ والآخر ذكر المعنى ولم يخالفه الآخر الا فى اللفظ .

فصل وان شهد شاهدان على رجل أنه أعتق فى مرضه عبده سالما وقيمته ثلث ماله وشهد آخر أنه أعتق غانما وقيمته ثلث ماله فان علم السابق منهما عتق ورق الآخر وان لم يعلم ذلك ففيه قولان (أحدهما) أنه يقرع بينهما لأنه لا يمكن الجمع بينهما لأن الثلث لا يحتملهما وليس أحدهما بأولى من الآخر فأقرع بينهما كما لو أعتق عبدين وعجز الثالث عنهما (والقول الثانى) أنه يعتق من كل واحد منهما النصف لأن السابق حر والثانى عبد فاذا أقرع بينهما لم يؤمن أن يخرج سهم الرق على السابق وهو حر فيسترق وسهم العتق على الثانى فيعتق وهو عبد فوجب أن يعتق من كل واحد منهما النصف لتساويهما كما لو أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بالثلث ولم يجز الورثة ما زاد على الثلث فان الثلث يقسم عليهما ، وان شهد شاهدان على رجل أنه أوصى لرجل بثلث ماله وشهد آخران أنه رجع عن الوصية وأوصى لآخر بالثلث بطلت الوصية الأولى وصحت الوصية الثانى وان ادعى رجل على رجلين انهما رهنا عبدا لهما عنده بدين له عليهما فصدقه كل واحد منهما فى حق شريكه وكذبه فى حق نفسه ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا تقبل شهادتهما لأنه يدعى ان كل واحد منهما كاذب (والثانى) تقبل شهادتهما ويحلف مع كل واحد منهما ويصير العبد رهنا عنده لأنه يجوز ان يكون قد نسى فلا يكون كذبة معلوما » .

الشـــرح قال الشـــافعى رحمه الله تعالى : ولو شـــهد أجنبيان لعبد أن فلانا المتوفى أعتقه وهو الثلث فى وصية وشـــهد وارثان لعبـــد غيره أنه أعتقه وهو الثلث فى وصيته سرا ويعتق من كل واحـــد منهما نصفه قال المزنى : قياس قوله أن يقرع بينهما • واختلف أصحابنا فى صورة هـــذه المســـألة وحكمها فقال أبو العباس وأبو اسحق وأكثر أصحابنا : صورتها أن يشـــهد أجنبيان أن فلانا المتوفى أوصى بعتـــق عبده غانم وهو ثلث ماله وشـــهدوا وارثان أنه أوصى بعتـــق سالم وهو ثلث ماله فعبر الشـــافعى رحمه الله عن الوصية بالعتق ، لأن الوصية وقعت بالعتـــق • فاذا كان هـــذا صورتها فانه يقرع بينهما كما قال المزنى وقول الشـــافعى رحمه الله فسواه ، ويعتق من كل واحـــد منهما نصفه لم يرد به تبعيض العتق فيهما ، وانما أراد أن شـــهادة الأجنبيين كشهادة الوارثين الأمرين لأحدهما على الآخر • وأن العبدين ســـواء يجب أن يقسم الثالث بينهما كمـــا يقسم فى الوصايا غير العتق ، الا أن السنة منعت من قسم الثلث فى العتق ووردت فى الاقراع •

ومن أصحابنا من قال : صـــورتها كما قال أبو العباس وأبو اسحاق، ولكن الحكم ما ذكر الشـــافعى رحمه الله وهو أنه يعتـــق من كل واحد منهما نصـــفه ، ولكن لا يعتـــق من كل واحـــد منهما الا اذا كان فى كلام الموصى ما يدل على أنه قصـــد تبعيض الحرية فى العبـــدين بأن يشـــهد الأجنبيان أنه قال : اعتقوا هـــذا العبد ، وان لم يحتمل الثلث الا نصفه ، فأعتقوا نصفه وشـــهد الوارثان بمثل ذلك لعبـــد آخر ، لأنه قـــد علم من الموصى أنه أراد تبعيض الحرية فيهما ، فانه يقرع بينهما ومن أصحابنا من خالف أبا اسحاق فى صـــورتها وحكمها • وقال : صورتها أن الشهادتين وقعتا بالعتق المنجز لا بالوصية ، والحكم فى ذلك أنه ان عرف العتـــق منهما أولا عتـــق ورق الثانى ، وان لم يعرف الســـابق منهما فيه قولان (أحدهما) يقرع بينهما ، فأيما خرج له سهم العتـــق عتق ورق الآخر ، لأن كل واحـــد منهما يحتمل أن يكون هو الذى أعتقـــه أولا ، فيعتـــق ويرق الآخر ، وليس لأحدهما مزية على الآخر فأقرع بينهما كما لو أعتقهما

معـا (والثانى) يعتق من كل واحـد منهما نصفه لأنا نعلم أن الواحـد منهما حر والآخر رقيـق ، فاذا أقرع بينهما لم نأمن أن نخرج الحرية لمن هو رقيـق والرق لمن على من هو حر ولا مزية لأحدهما على الآخر فاعتق من كل واحـد منهما نصـفه لتساويهما ويخالف اذا أعتقهما لأن الحرية لم تقع لأحدهما • قال الشـيخ أبو حامد : وهذا الطريق أشبه بالمذهب وعليها يفرع هـذا اذا كانت البينتان عادلتين • فان كانت احداهما غير عادلة نظرت فان كان الأجنبيان فاسـقين ، والوارثان عدلين فلا تعارض شـهادة العدلين شهادة الفاسقين فيرق العبد الذى شهد الأجنبيان بعتقه ، ويعتق العبـد الذى شهد الوارثان بعتقه وان كان الأجنبيـان عدلين ، والوارثان فاسـقين فلا تعارض شهادة العدلين شهادة الفاسقين فان كان الوارثان لم ينفيـا ما شـهد به الأجنبيان عتق العبد الذى شهد بعتقـه الأجنبيـان • وأما الوارثان اللذان شـهد الوارثان بعتقـه قال الشـيخ أبو حامد : فانه يعتق بصـفة عليها ، لأنهما يقولان : لو قبلت شـهادتنا وشهادة الأجنبيين لعتق النصف من كل واحـد من العبدين لا غير على القول الذى يقول : يقسم العتـق بينهما ، والنصف الثانى من العبد الذى شـهد به الأجنبيان بعتقه مغصوبا علينـا وهو رقيـق لنا ، وانما نصف هـذا الذى عهدنا له حر ، فيلزمهما نصف عتـق العبد الذى شهدا لـه باقرارهما • قال ابن الصباغ : وهذا سـهو ، وينبغى كان اذا غصب منهما نصف العبد الذى شـهد به الأجنبيان أن لا يعتـق عليهما الا خمسـة أسداس عبـد ، لأن سدس التركة مغصوب عليهما يدخـل النقص على ما يسـتحقه الأول بالوصية فيحصـل ها هنـا دور ، ويقـال عتـق من الأول وهو ثلث التركة نصف شىء والباقى منه مغصوب ، وعتق من الثانى نصف شىء تمام الوصية ، وبقى بيد الورثة ثلثـا التركة الا نصف شىء يعدل بشيئين ، فاذا جبرت عدل ثلث التركة شيئين ونصف شىء الشىء الكامل أربعة أخماس عبد ، وهو ثلث التركة ، فيكون قد عتق من العبد الذى أقر له الوارثان خمسـاه ورق ثلاثة أخماس وعتق من العبـد الذى شـهد له الأجنبيان بأن شـهد أنه أعتق عبـده غانما وقيمتـه ثلث التركة ، وقال

الوارثان : لم يعتق غانما وانما أعتق سالما وقيمته ثلث التركة ، وكان الأجنبيان عدلين والوارثان فاسقين • فشهادة الوارثين أنه لم يعتق غانما لا تقبل لفسقهما ، ولأنها شهادة على نفى فيعتق غانم بشهادة الأجنبيين ، والوارثان يقران بأن المعتق هو سالم وغانم مغصوب عليهما • قال الشيخ أبو حامد : فيعتق عليهما سالم باقرارهما •

قال ابن الصباغ : وهذا سهو أيضا ويجب أن يقال : يعتق ثلثاه لأن غانما المغصوب فلا يجب عليهما كالتركة •

فرع وان اختلف قيمة العبدين فشهد أجنبيان أنه أعتق غانما فى مرض موته وقيمته ثلث ماله وشهد الوارثان أنه أعتق سالما وقيمته سدس ماله والبينتان عادلتين ــ فان قلنا : لا يقرع بينهما ــ عتق منهما من كل واحد ثلثاه ، وهو ثلث التركة • وان قلنا : يقرع بينهما ــ فان خرج سهم الحرية للعبد الذى شهد له الوارثان ــ عتق جميعه ونصف الآخر تمام الثلث •

فرع اذا شهد أجنبيان أن فلانا أوصى بعتق عبده غانم وقيمته ثلث ماله وشهد وارثان له أنه رجع عن وصيته بعتق غانم وأوصى بعتق سالم وقيمته ثلث ماله والبينتان عادلتان ، فان شهادة الوارثين تقبل بابطال عتق غانم واثبات العتق لسالم لأنهما لا يجران لنفسهما نفعا بذلك ولا يدفعان ضررا لأن قيمة العبدين متساوية ، وان كان الأجنبيان عدلين والوارثان فاسقين لم تقبل شهادة الوارثين بالرجوع عن عتق غانم ، ولكنهما يقولان : غانم لا يستحق العتق ، وانما يستحق العتق سالم ، فيكون غانم كالمغصوب عليهما ، قال الشافعى رحمه الله : فيعتق عليهما ثلثا سالم وهو ثلث التركة فما بقى من المال فى أيديهما وهذا يؤيد قول ابن الصباغ فى الأولة ، وان كان الأجنبيان فاسقين ، والوارثان عدلين فلا تعارض شهادة الأجنبيين الفاسقين شهادة العدلين فيعتق العبد الذى شهد به الوارثان بالوصية •

فـــــرع فان شـــهد أجنبيان أنه أوصى بعتق غانم وقيمته سدس التركة وشهد الوارثان أنه رجع عن عتـــق غانم وأوصى بعتق سالم وقيمته ثلث التركة وهم عـــدول عتق سالم ورق غانم • وان كان الوارثان فاسقين عتـــق غانم لأن الوارثين لا تقبل شـــهادتهما فى الرجوع عن وصيته وهما يقران أن غانما ملكهما وهو مغصـــوب عليهما ، ويقران أن الوصية انما هى لســـالم فيعتق منـــه ثلث التركة التى حصلت فى أيديهما وهى خمس أسداس سالم • وان كان قيمة غانم ثلث التركة وقيمة ســـالم سدس التركة والوارثان عـــدلان فان شهادتهما لا تقبل فى نصف ســـالم لأنهما يجران بها الى أنفسهما نفعا بالرجوع عن الوصية بالسدس • وهل تقبل شهادتهما فى نصفه الآخر ؟ فيه قولان ، لأنها شـــهادة اشتملت على شيئين فردت فى أحدهما للتهمة فان قلنـــا : ترد شهادتهما فى الجميع حكم بعتـــق العبد الذى شـــهد له الأجنبيان ، الا أن الوارثين يقولان : هو مغصوب علينا ، وانما الموصى بعتقه هو ســـالم فيعتق عليهما أيضـــا باقرار لأنه هما ثلث ما بقى فى أيديهما من التركة وان قلنـــا : انها ترد فى نصفه وتقبل فى نصفه عتق نصف غانم ورق نصفه وعتـــق جميع سالم لأن الثلث يحتمله ، وان كان الوارثان فاســـقين عتق غانم بشهادة الأجنبيين وعتق سالم باقرار الوارثين •

فـــــرع وان شـــهد أجنبيان أنه أوصى بعتق غانم وقيمته ثلث التركة وشـــهد الوارثان أنه أوصى بعتـــق سالم وقيمته ثلث التركة ولم يشـــهدا برجوعه عن عتـــق غانم وهم عدول أقرع بين العبدين ، فمن خرج له ســـهم الحرية عتـــق ورق الثانى ، وان كانت قيمـــة غانم ثلث التركة وقيمة ســـالم ســـدس التركة أقرع بينهما ، فان خرج سهم العتق على غانم عتـــق ورق سالم ، فان خرج سهم العتق على ســـالم عتق جميعة وعتق من غانم نصفه وهو تمام الثلث •

وان شـــهد أجنبيان أنه أوصى لزيد بثلث ماله وشـــهد الوارثان أنه

أوصى لعمرو ثبت له ولم يشـهد على رجوعه عن وصيته لزيد قسم الثلث بين زيد وعمرو نصفين •

وان شـهد أجنبيان أنه أوصى بثلث ماله لزيد وشـهد الوارثان أنه رجع عن وصيته لزيد وأوصى بثلث ماله لعمرو وهم عدول بطلت وصيته زيد وثبتت وصية عمرو • فان كانت بحالها وشـهد آخران أنه رجع عن وصية زيد وعمرو ووصى بثلثه لخالد بطلت وصية زيد وعمرو وثبتت وصية خـالد •

وان شـهد أجنبيان أنه أوصى بثلثه لزيد وشهد الوارثان أنه رجع عن وصيته لزيد ووصى بثلثه لعمرو ، وشهد آخران أنه رجـع عن احدى الوصيتين ولم يعينا بطلت شـهادة من شهد بالرجوع من غير تعيين وثبتت الوصية لعمرو •

فـــرع وان شهد رجـلان أنه وصى لزيد بثلث ماله وشـهد واحد أنه رجع عن وصيته لزيد ووصى بثلث ماله لعمرو فلعمرو أن يحلف مع شـاهده ويحكم ببطلان وصية زيد وثبوت وصية عمرو قولا واحدا ، لأن البينتين ها هنا لم يتعارضا ، وانما الشاهدان شهدا بالوصية ، والشاهد شـهد بالرجوع وهو يشهد بغير ما شهدا به والمقصود بالرجوع •

فـــرع وان ادعى رجل على رجلين أنهما رهنـا عندهما عبده بدين لـه عليهما فصدقه كل واحد منهما فى حـق شريكه وكذبه فى حق نفسـه ففيه وجهان (أحدهما) لا تقبل شهادتهما لأنه يدعى أن كل واحد منهما كاذب (والثانى) تقبل شـهادتهما ويحد كل واحد منهما ويصـير العبد رهنـا عنده لأن كذب كل واحد منهما غير معلوم لجواز أن يكون نسى رهنه ليصيبه •

فـــرع فى سقوط الشهادة عن أصحاب المهن اللهوية •

سبق الكلام فى شهادة الشعراء والحداة وجواز الشهادة منهم ما لم يقع منهم هجاء أو فحش أو اثارة للشهوات ويلتحق بمن لا تجوز شهادتهم الراقصات ومن فى حكمهن من الممثلين والممثلات ممن يجيدون خداع الأبصار بالحركات المصطنعة وتغيير الهيئات كذبا حتى ليخيل للرائى أنه يبكى وهو فى غير حاجة الى البكاء الا أنه يؤدى دوره كاذبا فيما يدعيه من مظاهر الحزن وأحسن التمثيل أقواه فى اجادة الكذب واتقانه ، حتى ان أحدهم ليمثل دور المعتوه أو الزمن أو القائد وما هو من ذلك فى شىء.

فرع وتسقط عدالة الحواة وأصحاب الألعاب السيماوية ولاعبى الورق المرقم (الكوتشينة) وملاعبى القردة والشحاذين والجوالين بالمباخر لأنها أعمال شائنة يلحق العار مرتكبها فلا تصح شهادته .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الرجوع عن الشهادة

اذا شهد الشهود بحق ثم رجعوا عن الشهادة لم يخل اما ان يكون قبل الحكم أو بعد الحكم وقبل الاستيفاء أو بعد الحكم وبعد الاستيفاء فان كان قبل الحكم لم يحكم بشهادتهم ، وحكى عن أبى ثور أنه قال يحكم وهذا خطأ لأنه يحتمل أن يكونوا صادقين فى الشهادة كاذبين فى الرجوع ويجوز أن يكونوا صادقين فى الرجوع كاذبين فى الشهادة ولم يحكم مع الشك كما لو جهل عدالة الشهود فان رجعوا بعد الحكم وقبل الاستيفاء ــ فان كان فى حد أو قصاص لم يجز الاستيفاء لأن هذه الحقوق تسقط بالشبهة والرجوع شبهة ظاهرة فلم يجز الاستيفاء بالشبهة معها وان كان مالا أو عقدا فالمنصوص أنه يجوز الاستيفاء ومن أصحابنا من قال : لا يجوز لأن الحكم غير مستقر قبل الاستيفاء وهذا خطأ لأن الحكم نفذ والشبهة لا تؤثر فيه فجاز الاستيفاء وان رجعوا بعد الحكم والاستيفاء لم ينقض الحكم ولا يجب على الشهود رد ما أخذه ، لأنه يجوز أن يكونوا صادقين ويجوز أن يكونوا كاذبين وقد اقترن بأحد الحائزين الحكم والاستيفاء فلا ينقض برجوع محتمل .

الشرح الأحكام : اذا شهد الشهود بحق عند الحاكم ثم رجعوا فى الشهادة لم يخل رجوعهم من ثلاثة أحوال ــ اما أن يكون قبل

الحكم بشهادتهم أو بعد الحكم وقبل استيفاء ما شهدوا به أو بعد الحكم وبعد استيفاء ما شهدوا به . فان كان قبل الحكم لم يجز للحاكم أن يحكم بشهادتهم .

قال الشيخ أبو حامد : وهو اجماع الا ما حكى عن أبى ثور أنه قال : يحكم بشهادتهم ، لأن الشهادة قد حصلت فلم تبطل بالرجوع كما لو رجعوا بعد الحكم ، وهذا خطأ ، لأن الحاكم انما يحكم بشهادتهم ، لأن الشهادة قد حصلت فلم يبطل بالرجوع كما لو رجعوا بعد الحكم ، وهذا خطأ لأن الحاكم انما يحكم بشهادتهم ، فاذا رجعوا لم يبق هناك شهادة يحكم بها ، ولأن الحاكم انما يجوز له أن يحكم بشهادة يغلب على ظنه صدق شهودها . فاذا رجعوا عن الشهادة احتمل أن يكونوا صادقين فى الشهادة كاذبين فى الرجوع ، واحتمل أن يكونوا كاذبين فى الشهادة صادقين فى الرجوع . وذلك يوقع شكا فى شهادتهم فلم يجز الحكم بشهادتهم كما لو فسقوا بعد الشهادة وقبل الحكم بها .

وان شهدوا بحق وقالوا للحاكم قبل الحكم : توقف فى الحكم حتى تثبت فى شهادتنا ثم عادوا وقالوا : قد أثبتنا شهادتنا فهل يجوز للحاكم أن يحكم بها ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجوز أن يحكم بها لأنهم لم يرجعوا عن الشهادة (والثانى) لا يجوز أن يحكم بها لأن قولهم هذا يورث ريبه فى شهادتهم . وان رجعوا بعد حكم الحاكم فى شهادتهم وقبل استيفاء ما شهدوا به ــ فان كان المشهود به مما يسقط بالشبهة كالحدود والقصاص ــ لم يجز استيفاؤه ، لأن هذه الحقوق تسقط بالشبهة ، ورجوع الشهود أقوى شبهة ، فلم يجز استيفاؤها . وحكى المسعودى وجها آخر فى القصاص أنه يستوفى لأنه حق لآدمى ، والمشهور هو الأول .

وان كان المشهود به حقا لآدمى لا يسقط بالشبهة كالمال والنكاح وما أشبه فالمنصوص أنه يجوز للمشهود له استيفاؤه ، ومن أصحابنا من قال : لا يجوز استيفاؤه لأن الحكم غير مستقر قبل استيفاء

المشهود به فرجوع الشهود فى هذه الحالة كرجوعهم قبل الحكم ، وليس بشىء ، لأن الحكم قد نفذ والشبهة لا تؤثر فيه ، فجاز استيفاؤه .

وان رجعوا بعد الحكم وبعد استيفاء المشهود به لم ينقض الحكم ولم يجب على المشهود له رد ما أخذه ، وهو قول العلماء كافة الا ابن المسيب والأوزاعى فانهما قالا : ينقض الحكم ويجب على المشهود له أن يرد ما أخذه . وهكذا ذكرا اذا رجع الشهود بعد الحكم وقبل الاستيفاء فانه ينقض الحكم ، ولا يستوفى الحق المشهود به .

دليلنا أن الشهود يجوز أن يكونوا صادقين فى الشهادة ، كاذبين فى الرجوع ، ويجوز أن يكونوا كاذبين فى الشهادة صادقين فى الرجوع ، وليس أحدهما بأولى من الآخر ، فلا يجوز نقض الحكم بأمر محتمل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان شهدوا بما يوجب القتل ثم رجعوا نظرت فان قالوا تعمدنا ليقتل بشهادتنا وجب عليهم القود لما روى الشعبى « أن رجلين شهدا عند على رضى الله عنه على رجل أنه سرق فقطعه ثم أتياه برجل آخر فقالا انا أخطأنا بالأول وهذا السارق فأبطل شهادتهما على الآخر وضمنهما دية يد الأول وقال : لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعتكما » ولأنهما ألجآه الى قتله بغير حق فلزمهما القود كما لو أكرهاه على قتله . وان قالوا : تعمدنا الشهادة ولم نعلم أنه يقتل وهم يجهلون قتله وجبت عليهم دية مغلظة فيه من العمد ، ومؤجلة لما فيه من الخطأ ، فان قالوا أخطأنا وجبت دية مخففة لأنه خطأ ولا تحمله العاقلة لأنها وجبت باعترافهم ، فان اتفقوا أن بعضهم تعمد وبعضهم أخطأ وجب على المخطىء قسطه من الدية المخففة وعلى المتعمد قسطه من الدية المغلظة ولا يجب عليه القود لمشاركة المخطىء وان اختلفوا فقال بعضهم تعمدنا كلنا وقال بعضهم : أخطأنا كلنا وجب على المقر بعمد الجميع القود وعلى المقر بخطأ الجميع قسطه من الدية المخففة وان كانوا أربعة شهدوا بالرجم فقال اثنان منهم ، تعمدنا وأخطأ هذان وقال الآخران : تعمدنا وأخطأ الأولان ففيه قولان (أحدهما) أنه يجب القود على الجميع لأن كل واحد منهم أقر بالعمد وأضاف الخطأ الى من أقر بالعمد فصاروا كما لو أقر جميعهم بالعمد (والقول**

الثانى) وهو الصحيح أنه لا قود على واحد منهم بل يجب على كل واحد منهم قسطه من الدية المغلظة لأنه لا يؤخذ كل أحد منهم الا باقراره وكل واحد منهم مقر بعمد شاركه فيه مخطىء ، فلا يجب عليه القود باقرار غيره بالعمد . وان قال اثنان : تعمدنا كلنا وقال الآخران : تعمدنا وأخطأ الأولان فعلى الأولين القود وفى الآخرين القولان (أحدهما) يجب عليهما القود (والثانى) وهو الصحيح أنه يجب عليهما قسطهما من الدية المغلظة وقد مضى توجيههما وان قال بعضهم : تعمدت ولا أعلم حال الباقين فان قال الباقون : تعمدنا وجب القود على الجميع وان قالوا : أخطأنا سقط القود عن الجميع » .

الشرح الأحكام : اذا شهد الشهود بحق ثم رجعوا بعد الحكم وبعد الاستيفاء فقد ذكرنا أنه لا ينقض الحكم ولا يجب على المشهود له رد ما حكم له به ولا ضمانه .

والكلام ها هنا فيما يجب على الشهود ــ فلا يخلو المشهود به اما أن يكون اتلافا أو فى معنى الاتلاف ، أو يكون مالا ــ فان كان اتلافا كالشهادة فيما يوجب القتل والقطع والرجم وجب على الشهود الضمان ، لأن المشهود عليه قتل أو قطع لسبب ملجىء من قبل الشهود فوجب عليهم ضمانه كما لو أتلفوا بأيديهم .

اذا ثبت هذا ففيه ثمان مسائل :

(احداهن) أن يشهد رجلان أو جماعة على رجل بما يوجب القتل فقتل ، أو بما يوجب القطع فقطع ــ فان قالوا : تعمدنا الشهادة عليه ليقتل أو ليقطع وجب عليهم القتل أو القطع ، وبه قال ابن شبرمة وأحمد واسحاق رحمهم الله وقال ربيعة الرأى والثورى وأبو حنيفة وأصحابه : لا يجب عليهم القتل ولا القطع وانما يجب عليهم الأرش .

دليلنا ما روى أن رجلين شهدا عند أبى بكر الصديق رضى الله عنه عنه على رجل بالسرقة فقطع يده ثم رجعا عن الشهادة وقالا : أخطأنا فى الأول . فرد شهادتهما على الثانى ، وغرمهما الدية لليد ، وقال : « لو أعلم

أنكما تعمدتما لقطعتكما » ولا مخالف له فى الصحابة رضى الله عنهم ، ولأنه نوع اتلاف يضمن بالفعل فضمن بالقول كالعتق ولأنهما ألجآ الحاكم الى اتلافه فصارا مكرهين على اتلافه شرعا والقود يجب عندنا وعنده على المكره الآمر فكذلك هذا مثله .

(المسألة الثانية) أن يقول الشهود تعمدنا الشهادة عليه بالقتل والقطع والزنا وما ظننا أنه يقتل أو يقطع بشهادتنا وانما ظننا أنه يجلد ويحبس وهم ممن يجوز أن يجهلوا ذلك فلا يجب عليهم القود ، لأنهم لم يعترفوا بما يوجب القود ، ويجب عليهم دية مغلظة فى أموالهم لأنها عمد خطأ ، ولا تحملها العاقلة لأنها وجبت باعترافهم ، وهل يجب الدية حالة أو مؤجلة ؟ قال المسعودى : نص الشافعى رحمه الله أنها تجب حالة ، وبه قال القفال ، لأنهم متعمدون من كل وجه .

قولهم : لم نعلم أنه يقتل كقول من يقول : رميته قصدا ولم أعلم أن السهم يبلغه .

وذكر الشيخ أبو اسحاق هنا وابن الصباغ أنها تجب مؤجلة لما فيها من الخطأ وبه قال صاحب التقريب وحمل النص عليها اذا مضى من وقت القتل الى وقت المطالبة ثلاث سنين .

(والمسألة الثالثة) أن يقول الشهود : أخطأنا فى الشهادة عليه وظننا أنه القاتل أو الزانى ، وانما القاتل أو الزانى غيره ، فلا يجب عليهم القود ، ويجب عليهم الدية فى أموالهم مؤجلة .

(المسألة الرابعة) اذا اتفقوا أن بعضهم تعمد الشهادة عليه ليقتل وأن بعضهم أخطأ فى الشهادة عليه ، فلا يجب على العامد قود لمشاركته المخطىء ، ويجب عليه قسطه من الدية المغلظة فى ماله ، ويجب على المخطىء قسطه من الدية المخففة فى ماله ، لأنها وجبت باعترافه .

(المسألة الخامسة) اذا اختلفوا فقال بعضهم : تعمدنا كلنا الشهادة

عليــه ليقتل وقال بعضهم : أخطأنا كلنا بالشهادة عليــه ، أو أخطأنا دونهم فان من أقر بعمــد الجميع يجب عليه القود ، لأنه أقر أنه عامد وشريكه ، ولا يجب القود على من أقر بالخطأ ، لانه لا يقبل عليه اقرار غيره ، ويلزمه قسطه من الدية المخففة .

(المسألة السادسة) : اذا شــهد أربعة على رجل بما يوجب القتــل فقتل ثم رجعوا عن الشــهادة فقال اثنان منهم : تعمــدنا كلنا الشــهادة عليــه ليقتل وقال الآخران عمدنا نحن الشــهادة عليه ليقتــل ، وأخطــأ الأولان ، فان الأولين اللذين أقرا بعمــد الجميــع ، يجب عليهما القــود لأنهما أقرا على أنفسهما بذلك ، وهــل يجب القود على الآخرين ؟ حكى الشــيخ أبو اســحق هنا فيها قولين ، وحكاهما الشــيخ أبو حامــد وابن الصباغ والمسعودى وجهين (أحدهما) يجب عليهما القــود لأنهما اعترفا على أنفسهما بالعمد وأضــافا الخطأ الى من اعترف على نفســه بالعمد ، فصار كما لو اعترفوا جميعا بالعمــد (والثانى) لا يجب عليهما القود وهو الأصح لأنهما أقرا بعمد شــاركهما فيه مخطىء ، ومقتضى هذا لا يجب عليهما القود بقول غيرهما فعلى هذا يجب عليهما نصف الدية مغلظة فى أموالهمــا .

(المسألة السابعة) اذا قال اثنان منهم : تعمدنا عليه ليقتل ، وأخطــأ هذان وقال الآخران : بل تعمدنا نحن الشــهادة عليه وأخطأ هذان ، فهل يجب على جميعهم القود أو لا يجب عليهم القود ، بل الدية المغلظة ؟ فيــه قولان حكاهما الشــيخ أبو اسحق هنا ، ووجههما ما ذكرناه فى المســألة قبلهــا .

(المسألة الثامنة) أن يقول بعضهم : عمدت الشهادة عليــه ليقتــل ولا أدرى هل عمد أصحابى أو أخطأوا ؟ فانه يرجع اليهم فان أقروا جميعا بالعمد وجب القود على جميعهم ، وان أقروا بالخطأ أو أقر أحــد منهم بالخطأ والباقى بالعمــد لم يجب على أحــد منهم القــود ، لأن العامــد شريك المخطىء ، ويجب على من أقر بالعمد قسط من الدية المغلظــة فى ماله ، وعلى من أقر بالخطأ قسطه من الدية المخففة مؤجلة فى ماله .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل فان رجع بعضهم نظرت فان لم يزد عددهم على عدد البينة بأن شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم ثم رجع واحد منهم وقال أخطأت ضمن ربع الدية ، وان رجع اثنان ضمنا نصف الدية ، وان زاد عددهم على عدد البينة بأن شهد خمسة على رجل بالزنا فرجم ورجع واحد منهم لم يجب القود على الراجع لبقاء وجوب القتل على المشهود عليه . وهل يجب عليه من الدية شيء ؟ فيه وجهان (أحدهما) وهو الصحيح أنه لا يجب لبقاء وجوب القتل (والثانى) أنه يجب عليه خمس الدية لأن الرجم حصل بشهادتهم فقسمت الدية على عددهم فان رجع اثنان وقالا : تعمدنا كلنا وجب عليهما القود وان قالا أخطأنا كلنا ففى الدية وجهان (أحدهما) أنهما يضمنان الخمس من الدية اعتبارا بعددهم (والثانى) يضمنان ربع الدية لأنه بقى ثلاثة أرباع البينة .

الشرح وان رجع بعض من شهد بالاتلاف بعد استيفاء المشهود به نظرت ــ فان لم يزد عدد الشهود على عدد البينة بأن شهد اثنان على رجل أنه قتل رجلا عمدا فقتل به ثم رجع أحد الشاهدين وقال : تعمدنا الشهادة عليه ليقتل وجب عليه القود ولم يجب على الآخر شيء .

فان قال الراجع : أخطأنا بالشهادة عليه أو أخطأت وتعمد صاحبى لم يجب على الراجع القود ويجب عليه نصف دية مخففة ، وكذلك اذا شهد أربعة على رجل بالزنا وهو محصن فرجم ثم رجع واحد منهم ــ فان قال : تعمدنا عليه الشهادة كلنا ليقتل ــ وجب عليه القود ، ولم يجب على الثلاثة شيء ، فان قال الراجع : أخطأنا كلنا أو أخطأ بعضنا وجب عليه ربع دية مخففة ، وان رجع اثنان وجب عليهما نصف الدية ، وان زاد عدد الشهود على عدد البينة نظر فى ذلك ــ فان كان الشهود فى غير الزنا ــ شهد ثلاثة رجال على رجل أنه قتل رجلا عمدا فقتله ولى الدم ثم رجع أحد الثلاثة فقال : شهدت بالزور وعمدت الى ذلك ليقتل ، وتعمد شريكاى ــ قال ابن الحداد : وجب على الراجع القود ، وان اختار الولى أن يعفو عنه على مال وجب له

ثلث الدية ، وان كان ذلك فى الشهادة على الزنا بأن شهد خمسة رجال على أنه زنى وهو محصن فرجم بشهادتهم ثم رجع واحد منهم وقال : شهدت بالزور وعمدت الى ذلك ليقتل ، وعمد أصحابى بالشهادة بالزور عليه ليقتل فانه لا يجب على الراجع قود ، والفرق بينهما وبين الأولى أن قيام البينة عليه يوجب القتل فى غير الزنا ، ولا يسقط ضمانه عن الأجنبى لأنه لا يكون مباح الدم ، بدليل أنه لو قتله غير ولى الدم وجب عليه القود ، فلم يكن مسقطا لضمان نفسه ، فاذا قامت البينة عليه بالزنا وهو محصن كان وجوب رجمه يوجب سقوط الضمان ، ويصير مباح الدم ، بدليل أنه لو قتله قاتل لم يجب عليه القود • وقال الشيخ أبو حامد : ولا يجب حد القذف على الراجع لأن حصانة المقذوف ساقطة ببقاء قيام الأربعة عليه بالزنا ، وهل يجب على الراجع شىء من الدية ؟ فيه قولان حكاهما المسعودى ، وحكاهما أصحابنا العراقيون وجهين (أحدهما) حكاه المزنى فى المنثور واختاره أبو اسحاق المروزى : أنه يجب عليه خمس الدية ، لأنه مقر أنه أتلف جزءا منه وهو مضمون فلزمه ضمانه بقدر ما أقر من اتلافه (والثانى) وهو قول ابن الحداد والقاضى أبى حامد المروزى أنه لا يجب عليه شىء وهو الصحيح ، لأن البينة قائمة على اباحة نفسه وسقوط ضمانه بالشهود الأربعة ، كما لو قتل رجل رجلا فقامت بينة على زنا المقتول وهو محصن فانه لا يجب على قاتله شىء فكذلك هذا مثله • وان رجع اثنان من الخمسة وقالا : شهدنا بالزور عليه وتعمدنا الشهادة عليه ليقتل ويعمد أصحابنا الشهادة عليه بالزور ليقتل وجب عليهما القود • وان قالا : أخطأنا فعلى قول أبى اسحاق : يجب عليهما خمسا الدية ، وعلى قول ابن الحداد : يجب عليهما ربع الدية بينهما نصفين ، لأن البينة لم ينخرم الا ربعها •

وان شهد عليه ثمانية بالزنا وهو محصن فرجم فرجع واحد منهم أو اثنان أو ثلاثة أو أربعة وقالوا : قد تعمدنا الشهادة عليه بالزور ليقتل فلا خلاف أنه لا يجب عليهما القود لما مضى ، وأما الدية فتجب

على قول أبى اسحاق على كل واحد منهم ثمن الدية ، وعلى قول ابن الحداد : لا يجب على الأربعة شيء .

فرع وان رجع خمسة منهم وقالوا : تعمدنا الشهادة عليه بالزور ليقتل وعمد أصحابنا وجب عليهم القود . وان قالوا : أخطأنا وجب عليهم ربع الدية بينهم أخماسا وان رجع ستة وجب عليهم نصف الدية ، وان رجع سبعة منهم وجب عليهم ثلاثة أرباع الدية ، وان رجعوا كلهم وجبت الدية عليهم على كل واحد منهم ثمنها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان شهد أربعة بالزنا على رجل وشهد اثنان بالاحصان فرجم ، ثم رجعوا كلهم عن الشهادة فهل يجب على شهود الاحصان ضمان ؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه لا يجب لأنهم لم يشهدوا بما يوجب القتل (والثانى) أنه يجب على الجميع لأن الرجم لم يستوف الا بهم (والثالث) أنهما ان شهدا بالاحصان قبل ثبوت الزنا لم يضمنا لأنهما لم يثبتا الا صفة ، وان شهدا بعد ثبوت الزنا ضمنا لأن الرجم لم يستوف الا بهما وفى قدر ما يضمنان من الدية وجهان (أحدهما) أنهما يضمنان نصف الدية لأنه رجم بنوعين من البينة الاحصان والزنا فقسمت الدية عليهما (والثانى) أنه يجب عليهما ثلث الدية لأنه رجم بشهادة ستة فوجب على الاثنين ثلث الدية ، وان شهد أربعة بالزنا وشهد اثنان منهم بالاحصان قبلت شهادتهما لأنهما لا يجران بهذه الشهادة الى أنفسهما نفعا ، ولا يدفعان عنهما ضررا ، فان شهدوا فرجم المشهود عليه ثم رجعوا عن الشهادة فان قلنا : لا يجب الضمان على شهود الاحصان وجبت الدية عليهم أرباعا على كل واحد منهم ربعها ، وان قلنا : انه يجب الضمان على شهود الاحصان ففى هذه المسألة وجهان (أحدهما) انه لا يجب لأجل الشهادة بالاحصان شيء بل يجب على من شهد بالاحصان نصف الدية وعلى الآخران نصفها ، لأن الرجوع عن الشهادة صار كالجناية فوجب على كل اثنين نصف الدية كأربعة أنفس جنى اثنان جنايتين وجنى اثنان أربع جنايات (والوجه الثانى) أنه يجب الضمان لأجل الشهادة بالاحصان فان قلنا : يجب على شاهدى الاحصان نصف الدية وعلى شهود الزنا النصف ، وجب ههنا على الشاهدين بشهادتهما بالاحصان نصف الدية ، وقسم النصف بينهم نصفين على شاهدى الاحصان النصف ،

وعلى الآخرين النصف ، فيصير على شاهدى الاحصان ثلاثة أرباع الدية ، وعلى الآخرين ربعها ، واذا قلنا : انه يجب على شاهدى الاحصان ثلث الدية وجب ههنا عليهما الثلث بشهادتهما بالاحصان ، ويبقى الثلثان بينهم النصف على من شهد بالاحصان والنصف على الآخرين ، فيصير على من شهد بالاحصان ثلثا الدية وعلى من انفرد بشهادة الزنا ثلثها .

الشرح الأحكام : اذا شهد أربعة على رجل بالزنا وشهد اثنان من غيرهم أنه محصن ، فرجم ثم رجعوا كلهم فقال شهود الزنا أخطأنا ما كان زنا . وقال شاهدا الاحصان : أخطأنا ما كان وطىء فى نكاح صحيح ، فهل يجب الضمان على شاهدى الاحصان ، فيه ثلاثة أوجه .

(أحدها) لا يجب عليهما الضمان ، وبه قال أبو حنيفة ، لأن شهود الزنا شهدوا بفعله ، وشاهدا الاحصان انما يشهدان بصفته .

(والثانى) يجب عليهما الضمان لأنه انما قتل بالزنا والاحصان ، بدليل أنه لو انفرد أحدهما عن الآخر لم يقتل .

(والثالث) ينظر فى شاهدى الاحصان ، فان شهدا باحصانه قبل قيام البينة عليه بالزنا ، لم يجب عليهما الضمان ، لأنهما انما شهدا عليه ليقتل ، فاذا قلنا : يجب الضمان على شاهدى الاحصان فكم يجب عليهما ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) يجب عليهما نصف الدية على كل واحد منهما ربع الدية ، ويجب على شهود الزنا نصفها على كل واحد منهم ثمنها لأنه قتل بنوعين من البينة .

(والثانى) يجب على شاهدى الاحصان ثلث الدية ، وعلى شهود الزنا ثلثاها ، لأنه قتل بشهادة ستة فكان على كل واحد منهم سدس الدية . وقال أبو ثور : لا يجب على شهود الزنا هاهنا شىء من الدية ،

ويجب جميع الدية على شاهدى الاحصان ، وهذا خطأ لأنه قتل بشهادة الجميع فكان ضمانه على الجميع • وان شهد أربعة رجال بالزنا وشهد اثنان منهم أنه محصن قبلت شهادتهما لأنهما لا يجران بذلك الى أنفسهما نفعا • فان رجم ثم رجعوا كلهم عن الشهادة ـ فان قلنا : لا يجب الضمان على شاهدى الاحصان فى التى قبلها فها هنا أولى • وان قلنا : يجب الضمان على شاهدى الاحصان فى التى قبلها فهاهنا وجهان (أحدهما) لا يجب عليهما الضمان ، لأن الشاهدين اللذين شهدا بالاحصان والزنا ثلاثة أرباع الدية وعلى الشاهدين اللذين شهدا بالزنا لا غير ربع الدية •

وان قلنا فى التى قبلها : يجب على شاهدى الاحصان ثلث الدية وجب هاهنا على الشاهدين اللذين شهدا بالزنا والاحصان ثلثا الدية ، وعلى الشاهدين اللذين شهدا بالزنا لا غير ثلث الدية •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان شهد على رجل اربعة بالزنا وشهد اثنان بتزكيتهم فرجم ، ثم بان ان الشهود كانوا عبيدا او كفارا وجب الضمان على المزكيين ، لأن المرجوم قتل بغير حق ، ولا شيء على شهود الزنا ، لأنهم يقولون : انا شهدنا بالحق ، ولولى الدم ان يطالب من شاء من الامام او المزكيين ، لأن الامام رجم والمزكيين الجآه فان طالب الامام رجع على المزكيين لأنه رجمه بشهادتهما ، وان طالب المزكيين لم يرجعا على الامام لأنه كالآلة لهما •**

الشرح قوله (بتزكيتهم على المزكيين) (طالب المزكيين • الزكاة الصلاح ورجل تقى زكى أى زاك من قوم أتقياء أزكياء ، وقد زكا زكاء وزكوا وزكى وتزكى وزكاه الله وزكى نفسه تزكية مدحها وزكى فلان فلانا مدحه وأثنى عليه وفى حديث زينب : « كان اسمها برة فغيره وقال : تزكى نفسها » وزكى الرجل نفسه اذا وصفها وأثنى عليها • قال تعالى : « وحنانا من لدنا وزكاة » معناه وفعلنا ذلك رحمة لأبويه وتزكية له • قال الأزهرى : أقام الاسم مقام المصدر الحقيقى•

وقال الزمخشرى فى الأساس : وزكى الشهود عدلهم ووصفهم بأنهم أزكياء ، وزكاه فتزكى ، وتزكى فلان طلب أن يعد فى الأزكياء أ هـ قلت : وزكا أى نما صلاحه من زكا المال • ويقال : تطهيرهم من قوله تعالى : « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها » وقوله تعالى : « غلاما زكيا » أى طاهرا وقوله تعالى : « ما زكى منكم من أحد أبدا » أى ما طهر •

أما الأحكام فانه اذا شهد أربعة على رجل بالزنا فجهل الحاكم عدالتهم فزكاهم رجلان فقبل الحاكم تزكيتهما ورجم المشهود عليه ثم بان أن الشهود كانوا عبيدا أو كفارا فانه يجب ضمان نفس المشهود عليه لأنه رجم بغير حق ، ووليه بالخيار ان شاء طالب الحاكم ، لأنه مكن من قتله ، وان شاء طالب المزكيين لأنهما ألجآ الحاكم الى قتله ، فان طالب الحاكم رجع على المزكيين لأنهما غراه ، وان طالب المزكيين لم يرجعا على الحاكم لأنه لم يلجئهما الى التزكية •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان شهد شاهدان على رجل أنه أعتق عبده ثم رجعا عن الشهادة وجب عليهما قيمة العبد ، لأنهما أتلفاه عليه فلزمهما ضمانه كما لو قتلاه وان شهدا على رجل أنه طلق امرأته ثم رجعا عن الشهادة فان كان بعد الدخول وجب عليهما مهر المثل ، لأنهما أتلفا عليه مقوما فلزمهما ضمانه ، كما لو أتلفا عليه ماله وان كان قبل الدخول ففيه طريقان ذكرناهما فى الرضاع •

الشرح الأحكام : اذا كان المحكوم به ليس باتلاف وانما هو بمعنى الاتلاف وهو اتلاف الحكم ، كالشهادة بالطلاق والعتاق وما أشبههما وجب على الشهود الضمان اذا رجعوا كما قلنا فى شهود القتل ، فاذا شهد شاهدان على رجل أنه اعتق عبدا له فقبل الحاكم شهادتهما وحكم بعتقه ثم رجعا عن الشهادة وجب عليهما قمة العبد لأنهما

أتلفا عليه رقه فوجب عليهما قيمته كما لو قتلاه وسواء قالا : تعمدنا الشهادة أو أخطأنا لأن المال يضمن بالعمد والخطأ .

فرع اذا شهد عليه أنه كاتب عبده فحكم الحاكم بالكتابة ثم رجعا عن الشهادة ففيه وجهان حكاهما ابن الصباغ (أحدهما) يرجع عليهما بمالين : قيمته وعوض الكتابة ، لأن مال الكتابة قد رجع اليه (والثانى) يرجع عليهما بجميع قيمته لأن مال الكتابة الذى أداه اما هو من كسبه والسيد يملكه . قال ابن الصباغ : وهذا ينبغى أن يكون اذا أدى وعتق ، فأما قبل ذلك فلا يضمن .

فرع وان شهدا لأمة باستيلاد سيدها ثم رجعا ، فاذا مات السيد عتقت ورجع ورثته عليها بقيمتها ، قال ابن الحداد : وان شهد شاهدان على رجل أنه أعتق عبده على ضمان مائة درهم وقيمة العبد مائتا درهم وضمن العبد المائة ، وحكم حاكم بعتق العبد ثم رجعا عن شهادتهما ، فان الحاكم لا ينقض حكمه ويرجع السيد عليهما بتمام القيمة وهى مائة درهم . لأن الشاهدين قد أقرا برجوعهما أنهما أتلفا عليه نصف العبد ، وهو ما يقابل المائة الثانية من قيمته فلزمهما ضمان ذلك .

وان شهد ثلاثة على رجل أنه أعتق عبده فحكم الحاكم بعتقه ثم رجع واحد واحد منهم لم يرجع عليه بشىء على قول ابن الحداد والقاضى أبى حامد المروذى وعلى ما حكاه المزنى فى المنثور . وقول أبى اسحاق المروزى : يرجع عليه بثلث القيمة ، وان رجعوا كلهم رجع عليهم بقيمة العبد على كل واحد ثلث قيمته بلا خلاف على المذهب .

فرع وان شهد رجلان على رجل أنه طلق امرأته طلاقا بائنا وحكم الحاكم عليه بالطلاق ثم رجعا عن الشهادة نظرت ، فان كان بعد الدخول رجع الزوج عليهما بمهر مثلها على كل واحد منهما مثل

نصف مهرها وبه قال ربيعة الرأى وعبد الله بن الحسن العنبرى ، وقال مالك وأبو حنيفة وأصحابه : لا يرجع عليهما بشىء .

دليلنا أنهما أتلفا عليه بضعها فوجب عليهما مهر مثلها كما لو كان قبل الدخول وان كان ذلك قبل الدخول وجب عليهما الضمان لأنهما أتلفا عليه بضعها ، وبكم يرجع عليهما ؟ روى المزنى أنه يرجع عليهما بجميع مهرها ، وروى الربيع أنه يرجع عليهما بنصف مهر مثلها واختلف أصحابنا فيه على طريقين فمنهم من قال : فيه قولان (أحدهما) يرجع عليهما بنصف مهر مثلها وهو اختيار القاضى أبى الطيب الطبرى لأن الفرقة اذا وقعت قبل الدخول فالزوج مالك لنصف البضع ، بدليل أنه لا يلزمه الا نصف المهر ، فكأنهما لم يتلفا عليه الا نصف البضع ، فلم يلزمهما أكثر من نصف بضعها (والثانى) يلزمهما جميع مهر مثلها وهو اختيار الشيخ أبى حامد لأن ملك الزوج على البضع بعد الدخول كملكه عليه قبل الدخول ، بدليل أنه يملك المعاوضة عليه قبل الدخول كما يملك ذلك بعد الدخول ، فلما ثبت أنهما اذا شهدا عليه بعد الدخول وجب عليهما مهر مثلها ، فكذلك قبل الدخول . ومن أصحابنا من قال : ليست على قولين وانما هى على اختلاف حالين فحيث قال : يرجع عليهما بجميع مهر مثلها أراد اذا كان قد سلم اليها جميع مهرها ثم شهدا عليه بالطلاق ، وحيث قال : يرجع عليهما بنصف المهر ، أراد اذا لم يسلم اليها شيئا من المهر ثم شهدا عليه بالطلاق قبل الدخول ، والفرق بينهما أنه اذا سلم اليها صداقها ثم شهدا عليه بالطلاق فهو يقول : هى زوجتى وقد سلمت اليها ما تستحقه ولا أستحق الرجوع عليها بشىء مما سلمته اليها فكذلك أستحق الرجوع على الشاهدين بجميع مهر مثلها ، واذا لم يسلم اليها صداقها فالزوجة تقول قد وقعت الفرقة بيننا قبل الدخول ولا أستحق عليه الا نصف المهر المسمى ولا يغرم الزوج غير ذلك فلا يرجع على الشاهدين الا بقدر ذلك من مهر المثل ، والصحيح هو الطريق الأول لأن الاعتبار بما أتلف الشاهدان على الزوج من البضع لا بما سلم الزوج بدليل أنه انما يرجع عليهما بمهر المثل أو بنصفه ولا اعتبار بالمسمى .

فـــرع وان ادعت امرأة على رجـل أنه نكحها ودخـل بها وطلقها ومهر مثلها ألفـان فأنكر الزوج والنكاح الاصـابة والطلاق فشهد عليـه شـاهدان بالنكاح وآخران باقراره بالاصابة وآخران بالطلاق فحكم الحاكم عليـه بذلك كله ثم رجـع الشـهود قال ابن الحداد : رجـع الزوج على شـاهدى الطلاق لأنهما حالا بشهادتهما بينه وبين بضعها وأتلفاه عليـه ـ فمن أصحابنا من خطأه فى ذلك وقال : لا يرجع عليهما بشىء لأنه منكر للنكاح والاصـابة فصار مقرا بأنه لم يملك بضعها واذا لم يملك بضعها لم يتلف عليها شـاهدا الطلاق شيئا فلم يرجع عليهما بشىء .

فـــرع وان شـهد عليه رجـلان أنه طلق امرأته قبل الدخول وكان قـد فرض لها صـداقا ففرق الحاكم بينهما وألزمه نصف المسمى ثم رجع شـاهدا الطلاق عن شهادتهما ثم قامت بينة أنها ابنته أو أختـه من الرضـاع قال ابن الحداد : فانه لا يجب على شـاهدى الطـلاق له شىء لأنا بينا أنه لم يكن بينهما نكاح ، ويجب عليها أن ترد على الزوج ما أخـذت منه لأنا تبينا أن ذلك غير واجب عليه .

وان شـهدا عليه بالطلاق قبل الدخول ولم يكن الزوج فرض لهـا مهرا فحكم الحاكم بالفرقة ، وألزم الزوج المتعة ، ثم رجـع الشـاهدان عن شـهادتها فان الزوج لا يرجع بما دفع من المتعة عليهما ، لأنه لا يرجع بما غرم ، وانما يرجـع عليهما بقيمة البضع ، وفى قدر ذلك طريقان مضى ذكرهما فاذا طلقها قبـل الدخول وكان مثلها قد فرض لها مهرا .

قال ابن الحداد : وان شـهدا عليه أنه انما طلق امرأته على ضمان ألف ومهر مثلها ألفان ثم رجعا عن الشهادة فانه يرجع عليهما بألف وهو تمام مهر المثـل .

فـــرع وان شـهد رجـلان على رجـل بطلاق رجعى فحكم بشهادتهما ثم رجعا عن شهادتهما فحكى ابن الصباغ فيها وجهين (أحدهما) يرجع عليهما بما يرجع عليهما بالطـلاق البائن لأن الطلاق يزيل ملكه عنها

بانقضاء العدة (والثانى) لا يرجع عليها بشىء لأنه يمكن تلافى ذلك بالرجعة وانما تبين باختياره .

فرع وان شهد رجلان على امرأة بنكاح لرجل فحكم الحاكم عليها بالنكاح ثم رجع الشاهدان فقد قال بعض أصحابنا ان كان قبل الدخول لم يرجع عليهما بشىء وان كان بعد الدخول غرما ما نقص المسمى عن مهر مثلها ، قال ابن الصباغ : وينبغى أن يقال : ان كان قبل الدخول ثم دخل بها رجعت على الشهود ان كان المهر المسمى دون مهر المثل بيقين .

فرع وان شهد رجل وعشر نسوة على رجل أن بينه وبين زوجته رضاعا يحرم فحكم الحاكم بالفرقة بينهما ثم رجع الرجل وسبع نسوة قال ابن الحداد . فان الزوج يرجع على الراجعين بربع مهر مثلها لأنه انجزم ربع البينة وتفى ثلاثة أرباعها ، وعلى قول المزنى فى المنشور وأبى اسحاق المروزى يرجع عليهم بثلثى مهر المثل ، وان رجع الرجل قال القاضى أبو الطيب : فعلى قول ابن الحداد لا يجب على الراجع شىء ، لأن البينة قائمة ، وعلى قول المزنى وأبى اسحاق يرجع عليه بسدس مهر مثلها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فرع وان شهدا عليه بمال وحكم عليه ثم رجعا عن الشهادة فالمنصوص أنه لا يرجع على الشهود ، وقال فيمن فى يده دار فأقر أنه غصبها من فلان ثم أقر أنه غصبها من آخر أنها تسلم الى الأول باقراره السابق ، وهل يجب عليه أن يغرم قيمتها للثانى ؟ فيه قولان ورجوع الشهود كرجوع المقر ، فمن أصحابنا من قال : هو على قولين وهو قول أبى العباس (أحدهما) أنه يرجع على الشهود بالغرم لأنهم حالوا بينه وبين ماله بعدوان وهو الشهادة فلزمهم الضمان (والثانى) أنه لا يرجع عليهم لأن العين لا تضمن الا باليد أو بالاتلاف ولم يوجد من الشهود واحد منهما ومن أصحابنا من قال : لا يرجع على الشهود قولا واحدا والفرق بينهم وبين الغاصب أن الغاصب ثبتت يده على المال بعدوان

والشهود لم تثبت أيديهم على المال (والصحيح) أن المسألة على قولين (والصحيح) من القولين انه يجب عليهم الضمان . فان شهد رجل وامرأتان بالمال ثم رجعوا وجب على الرجل النصف ، وعلى كل امرأة الربع لأن كل امرأتين كالرجال وان شهد ثلاثة رجال ثم رجعوا وجب على كل واحد منهم الثلث ، فان رجع واحد وبقى اثنان ففيه وجهان (أحدهما) انه يلزمه ضمان الثلث ، لأن المال يثبت بشهادة الجميع (والثانى) وهو المذهب انه لا شيء عليه لأنه بقيت بينة يثبت بها المال فان رجع آخر وجب عليه وعلى الأول ضمان النصف لأنه انحل نصف البينة وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجعوا عن الشهادة وجب على الرجل ضمان السدس وكل امرأة ضمان نصف السدس . وقال أبو العباس : يجب على الرجل ضمان النصف وعلى النسوة ضمان النصف لأن الرجل في المال بمنزلة نصف البينة فلزمه ضمان النصف والصحيح هو الأول في المال بمنزله امرأتين وكل امرأتين بمنزلة رجل فصاروا كستة رجال شهدوا ثم رجعوا فيكون حصة الرجل السدس ، وحصة كل امرأتين السدس . وان رجع ثمانى نسوة لم يجب على الصحيح من المذهب عليهن شيء لأنه بقيت بينة ثبت بها الحق فان رجعت أخرى وجب عليها وعلى الثمانى ضمان الربع ، وأن رجعت أخرى وجب عليها وعلى التسع النصف .

الشرح الأحكام : اذا كان المشهود به مالا بأن شهد عليه بمال الرجل وحكم الحاكم بالشهادة ثم رجع الشهود عن الشهادة ، فقد ذكرنا أن الحكم لا ينقض ، ولا يجب على المشهود له رد ما أخذ ، وهل يجب على الشهود الضمان ؟ نقل المزنى أنه لا ضمان عليهم وقال فيمن أقر بدار بيده لزيد ثم أقر بها لعمرو أنها تسلم الى زيد ، وهل يغرم لعمرو شيئا ؟ فيه قولان .

واختلف أصحابنا فى ذلك فمنهم من قال : لا يجب على الشهود فى المال اذا رجعوا بالضمان قولا واحدا ، لأن أيديهم لم تثبت على المال فلم يلزمهم غرم بخلاف المقر ، فان يده ثبتت على الدار ، وقال أكثرهم : فيه قولان (أحدهما) لا يجب عليهم الضمان لما ذكرناه (والثانى) يلزمهم الضمان ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وهو الأصح ، لأنهم حالوا بين المشهود عليه وبين ماله بغير حق فلزمهم الضمان كما لو

والاتلاف ، وهو اذا حفر بئرا فى طريق فوقع فيها بهيمة أو عبد لرجل فانه غصبوه منــه ، وما الأوزاعى غير صحيح لأن المــال قد يضمن بغير اليد يجب على الحافر ضمانه ، فاذا قلنــا بهذا فان شــهد عليه رجلان بمال فحكم الحاكم بشهادتهما عليــه ثم رجعا عن الشهادة وجب الضمان عليهما نصفين وان رجع أحدهما دون الآخر وجب على الراجع نصف المشهور به .

وان شــهد عليه ثلاثة رجال بمال وحكم الحاكم بشهادتهم ثم رجع واحد منهم وبقى اثنان لم يجب عليــه ضمان على قول ابن الحداد ، وعلى ما حكاه المزنى فى المشــهور ، وقول أبى اســحاق يجب عليه ضمان ثلث المشــهود به ، فان رجــع اثنان منهم وبقى الثالث رجــع عليهما على قول ابن الحداد بضمان نصف المشهود به ، وعلى ما حكاه المزنى وأبو اسحاق يرجع عليهما بضمان ثلثه ، وان رجع الشــهود كلهم رجع عليهم بالمشهود به بينهم ثلاثا .

فــــرع وان شــهد أربعة رجال على رجــل بأربعمائة دينار ، وحكم الحاكم بشهادتهم ثم رجــع واحد منهم عن مائة دينار ، ورجــع الثانى عن مائتين ورجع الثالث عن ثلاثمائة ورجع الرابع عن أربعمائة فعلى ما حكاه المزنى وأبو اســحاق . يلزم كل واحد منهم بحصته مما رجــع عنــه فيلزم الراجــع عن مائة خمســة وعشرون ، ويلزم الراجع عن مائتين خمســون ويلزم الراجع عن ثلاثمائة خمســة وسبعون ، وتمت على الراجع عن أربعمائة مائة .

وعلى قــول ابن الحــداد لا يرجع عليهم مما يبين لأن البينة قائمة فيهما ، فاذا رجع الأول والثانى لا يرجع عليهما بشىء بنفس رجوعهما ، فاذا رجــع الثالث والرابع فان البينة قائمة فى مائتين ، وقد رجع الأربعة عن مائة فيجب على الأربعة كل واحد منهم ربعها . وقــد رجــع الثانى والثالث والرابع عن المــائة الثانية وبقى فيها الأول شــاهدا فكم يجب على الثانى والثالث والرابع من المــائة التى رجعوا بها ؟ فيــه وجهان ، من أصــحابنا من قال : يرجــع عليهم بثلاثة أرباعهــا لأنها لزمتــه بشــهادة

أربعة وقد بقى منهم واحد ثابتا على الشهادة (والثانى) يجب عليهم نصفها • لأنه لم يتخرم الا نصف البينة التى يلزم بها الحق •

فرع وان شهد رجل وامرأتان على رجل بمال فحكم الحاكم بشهادتهم ثم رجعوا عن الشهادة وجب على الرجل ضمان النصف وعلى المرأتين ضمان النصف لأن شهادة الرجل كشهادة المرأتين ، وان شهد رجل وعشر نسوة بمال فحكم بشهادتهم ثم رجعوا عن شهادتهم ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى العباس ابن سريج وأبى يوسف صاحب أبى حنيفة أنه يجب على الرجل ضمان النصف وعلى النساء ضمان النصف • لأن النساء لا يحكم بشهادتهن بانفرادهن فى المال • وانما يحكم بشهادتهن فى ذلك مع الرجل • فدل على أنهن حزب والرجل حزب فوجب عليهن ضمان النصف وعلى الرجل ضمان النصف (والثانى) وهو قول أكثر أصحابنا وبه قال أبو حنيفة أنه يجب على الرجل ضمان السدس • وعلى النسوة ضمان خمسة أسداس وهو الأصح لأن شهادة كل امرأتين بشهادة رجل هو كما لو شهد بالمال ستة رجال ثم رجعوا • وان رجع ثمانى نسوة لم يجب عليهن شىء صح على قول ابن الحداد • وعلى قول المزنى وأبى اسحاق يجب عليهن ثلثا المال • وان رجع منهن تسع وجب على السبع على قول ابن الحداد ربع المال وعلى قول أبى اسحاق ثلاثة أرباع المال •

فرع وان شهد شاهدان على شهادة رجلين بحق فشهد شاهد الفرع بالحق وحكم الحاكم بشهادتهما فاعترف شاهد الأصل أنهما ادعياهما وأنهما رجعا عن الشهادة وانما ادعياهما بزور ، فان الضمان يجب على شاهدى الأصل عندنا وبه قال أبو حنيفة وقال محمد : يجب الضمان على شاهدى الفرع •

دليلنا أن الحق انما يثبت بشهادة شاهدا الأصل وشاهدا الفرع انما يثبتان شهادتهما فاذا رجعا لزمهما الضمان كما لو شهدا بها عند الحاكم فحكم بها ثم رجعا •

فـــرع واذا شـهد الشهود بحق ثم رجعوا فهـل يعزرون ؟ ينظر فيهم فان وجب عليهم عند رجوعهم قصاص فى نفس أو طرف لم يعزروا لأن التعزير للردع والذى يفعل بهم أبلغ من التعزيز بالردع ، وان لم يلزمهم قصـاص وانما لزمهم مال نظرت ، فان ذكروا أنهم أخطأوا فى الشـهادة لم يعزروا لأنهم معذورون فى الخطأ ، وان قالوا : تعمدنا عزروا لأنهم أقروا بارتكاب كبيرة مع العلم بها فاستحقوا التعزير وهل تقبل شـهادتهم بعد رجوعهم •

أما فى الذى رجعوا عنـه فلا تقبل شهادتهم فيه بحال ، لأنهم قـد رجعـوا عن الشـهادة فيـه • وأما فى غيره فينظر فيـه ، فان قالوا : تعمدنا الشـهادة بالزور ، لم تقبل شهادتهم الا بعد التوبة والاصلاح ، كما قلنـا فى شـاهد الزور • وان قالوا : أخطأنا قبلت شهادتهم فى غيره لأنهم معذورون فى الخطأ فلا تسقط به عدالتهم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان شـهد شاهد بحق ثم مات أو جن أو أغمى عليـه قبل الحكم لم تبطل شـهادته لأن ما حـدث لا يوقع شـبهه فى الشـهادة فلم يمنع الحكم بها ، وان شـهد ثم فسـق قبـل الحكم لم يجز الحكم بشهادته لأن الفسـق يوقع شـكا فى عدالته عند الشـهادة ، فمنع الحكم بها • وان شـهد على رجل صـار عدوا له بأن قذفه المشـهود عليـه لم تبطل شـهادته ، لأن هـذه عداوة حدثت بعد الشهادة فلم تمنـع من الحكم بها ، وان شـهد وحكم الحاكم بشـهادته ثم فسـق ـ فان كان فى مال أو عقـد ـ لم يؤثر فى الحكم لأنه يجوز ان يكون حادثا ويجـوز أن يكون موجودا عنـد الشـهادة فلا ينقض حكم نفذ بأمر محتمل ، وان كان فى حد أو قصـاص لم يجز الاسـتيفاء لأن ذلك يوقع شبهة فى الشـهادة والحـد والقصاص مما يسقطان بالشبهة فلم يجز استيفاؤه مع الشبهة •

الشـــرح اذا شـهد الشهود بحق ثم ماتوا قبل أن يعرف الحاكم عدالتهم ثم قامت البينة بعدالتهم بعـد موتهم أو ماتوا بعـد ثبوت عدالتهم وقبـل الحكم بشهادتهم وجبـوا قبـل عدالتهم ثم ثبتت عدالتهم بعـد

جنونهم أو جنوا بعد الحكم بعدالتهم وقبل الحكم بشهادتهم فللحاكم أن يحكم بشهادتهم فى جميع ذلك ، لأن الموت والجنون ليسا بفسق ، فلم يورث ذلك شكا فى شهادتهم فجاز الحكم بها ، كما لو كانوا أحياء عقلاء ، وكذلك اذا أغمى عليهم أو ارتدوا أو خرسوا أو عموا فانه يجوز الحكم بشهادتهم •

وقال أبو حنيفة : اذا عموا قبل الحكم بشهادتهم لم يجز الحكم بشهادتهم وقد مضى ذلك والدليل عليه • وأما اذا شهد الشهود بحق ثم فسقوا قبل الحكم بشهادتهم لم يجز الحكم بشهادتهم ، لأن الفسق اذا ظهر قبل الحكم أو قع شكا فى العدالة حال الشهادة ، لأن العادة فى الناس أنهم يستترون من المعاصى ويظهرون الطاعات ، فاذا ظهر الفسق دل على تقدم أمثاله فلم يجز الحكم بشهادته ، وان شهد الشهود بحق ، وحكم الحاكم بشهادتهم واستوفى ذلك الحق ثم فسق الشهود لم يؤثر الفسق سواء كان ذلك الحق لله تعالى أو للآدمى ، لأن الحق قد استوفى والفسق صار بعد استيفاء الحق ، ويجوز أن يكونوا فساقا حال الشهادة ويجوز أن يكونوا عدولا ، وقد استوفى الحق ونفذ فلا تنقض لأمر محتمل • وان فسق الشهود بعد الحكم وقبل استيفاء الحق — فان كان الحق لله تعالى كحد الزنا والسرقة والشرب — لم يستوف لأنها تسقط بالشبهة ، والفسق يرفع شكا فى حال الشهادة •

وان كان الحق الآدمى نظرت — فان كان حقا لا يسقط بالشبهة كالمال والنكاح فله استيفاؤه ، لأن الحكم قد نفذ ، فلا ينقض بأمر محتمل • وان كان مما يسقط بالشبهة كالحد والقصاص ففيه وجهان ، حكاهما ابن الصباغ (أحدهما) ولم يذكر المصنف غيره أنه لا يجوز استيفاؤه لأن ذلك مما يسقط الشبهة ، والقص شبهة فلم يجز استيفاؤه بعد فسق كحد الزنا (والثانى) لم يذكر الشيخ أبو حامد الاسفرايينى غيره أن له استيفاءه لأنه حق لآدمى فلم يمنع فسق الشهود بعد الحكم به من استيفائه كالديون •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان حكم بشهادة شاهد ثم بان أنه عبدا أو كافر نقض الحكم لأنه تيقن الخطأ فى حكمه فوجب نقضه كما لو حكم بالاجتهاد ثم وجد بخلافه . وان حكم بشهادة شاهد ثم قامت البينة أنه فاسق فان لم يسند الفسق الى حال الحكم لم ينقض الحكم لجواز أن يكون الفسق حدث بعد الحكم ، فلم ينقض الحكم مع الاحتمال . وان قامت البينة أنه كان فاسقا عند الحكم فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحق رحمه الله : ينقض الحكم قولا واحدا لأنه اذا نقض بشهادة العبد ولا نص فى رد شهادته ولا اجماع فلأن ينقض بشهادة الفاسق وقد ثبت رد شهادته بالنص والاجماع أولى . وقال أبو العباس رحمه الله : فيه قولان (أحدهما) أنه ينقض لما ذكرناه (والثانى) أنه لا ينقض لأن فسقه ثبت بالبينة من جهة الظاهر فلا ينقض حكم نفذ فى الظاهر (الصحيح) هو الأول لأن هذا يبطل به اذا حكم بالاجتهاد فيه ثم وجد النص بخلافه فان النص ثبت من جهة الظاهر وهو خبر الواحد ثم ينقض به الحكم .

فصل واذا نقض الحكم نظرت فان كان المحكوم به قطعا أو قتلا وجب على الحاكم ضمانه لأنه لا يمكن ايجابه على الشهود لأنهم يقولون شهدنا ولا يمكن ايجابه على المشهود له لأنه يقول استوفيت حقى فوجب على الحاكم الذى حكم بالاتلاف ولم يبحث عن الشهادة وفى الموضع الذى يضمن قولان (أحدهما) فى بيت المال (والثانى) على عاقلته وقد بيناه فى الديات وان كان المحكوم به مالا فان كان باقيا فى يد المحكوم له وجب عليه رده وان كان تالفا وجب عليه ضمانه لأنه حصل فى يده بغير حق ، ويخالف ضمان القطع والقتل حيث لم نوجب على المحكوم له لأن الجناية لا تضمن الا أن تكون محرمة وبحكم الحاكم خرج عن أن يكون محرما فوجب على الحاكم دونه .

الشرح اذا حكم الحاكم بشهادة رجلين ثم بان أنهما عبدان أو كافران فانه ينقض حكم نفسه وينقضه وغيره لأنه انما حكم بشهادة من يعتقدهما حرين مسلمين فاذا بانا عبدين أو كافرين فقد تحقق أنه حكم بشهادة من لا يجوز الحكم بشهادته فنقضه ، كما لو حكم بحكم ثم وجد النص بخلافه ، فان قيل : كيف ينقض حكم من حكم بشهادة

عبدين وقد ذهب الى جواز شهادة العبد بعض السلف • قلنا : عنه جوابان (أحدهما) أن الاجماع قد حصل بعد الاختلاف على رد شهادة العبد فيرتفع الخلاف ويصير اجماعا (والثانى) أن من قال بقبول شهادة العبد يخالف القياس الجلى ، لأنه لا يجوز أن يكون الرق مانعا من الميراث والولاية والرجم ، ولا يكون مانعا من قبول الشهادة ، وكل حكم خالف القياس الجلى فانه ينقض •

فرع فأما اذا حكم الحاكم بشهادة رجلين ظاهرهما العدالة ثم شهد شاهدان أنهما فاسقان فان شهدا بفسق مطلق غير مضاف الى حال الشهادة أو شهدا بفسق حادث بعد الحكم والاستيفاء ، لم ينقض الحكم بشهادتهما •

وان شهدا بفسقهما حال شهادتهما بالحق الذى شهدا به فقد قال الشافعى رحمه الله فى موضع : ينقض الحكم بشهادتهما ، وقال فى موضع : ان الحاكم ينظر المشهود عليه جرح الشهود ثلاثا ، فان آلى بالجرح بعده لم يقبل •

وهذا يدل على أنه اذا أقام البينة بفسقهما بعد الحكم لا يقبله ، واختلف أصحابنا فيها على طريقين فقال أبو العباس بن سريج : فيه قولان (أحدهما) لا ينقض الحكم بشهادتهما وبه قال أبو حنيفة ، لأن عدالتهما علمت من طريق الاجتهاد ، فلا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد (والثانى) ينقض الحكم بشهادتهما وهو الأصح ، لأنه لو بان رقهما لنقض الحكم بشهادتهما، ولا نص فى رد شهادة العبد ولا اجماع • فلأن ينقض الحكم بشهادتهما اذا بانا فاسقين أولى • وقد ثبت النص برد شهادة الفاسق والاجماع •

فأما النص فقوله تعالى :« وأشهدوا ذوى عدل منكم » وقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا » الآية • فأمر بالتبين فى نبأ الفاسق وهو خبره والشهادة خبر فوجب ردها •

وأما الاجماع فان أحـدا من الصحابة والتابعين ومن بعدهم من أهل العلم لم يجز شـهادة الفاسـق . وقال أبو اسـحاق : ينقض الحكم بشهادتهما قولا واحدا لما ذكرناه وحيث قال المشهود عليه بالجرح لم تقبل ، أراد اذا كان الفسـق حادثا أو كانت الشـهادة بفسقهما مطلقة غير مضـافة الى حال الشـهادة .

اذا ثبت هذا وقلنـا : ينقض الحكم بشهادة الفاسـق أو بانا عبدين أو كافرين فلا يخلو المحكوم به اما أن يكون اتلافا أو مالا ـ فان كان اتلافا مثل الشـهادة بما يوجب القتل فقتل أو بما يوجب القطع فقطع ـ فلا يجب الضمان على الشـاهدين ، لأنهما مقيمان على أنهما صـادقان ، وانما الشرع منع من قبول شهادتهما ، ويخالف اذا رجعا عن الشهادة لأنهما اعترفا بالكذب ، فلا يجب على المشـهود له ضـمان لأنه يقول استوفيت حقى ، ويجب الضمان على الحاكم لأنه حكم بذلك بشهادة من لا يجوز الحكم بشـهادته . وقال أبو سـعيد الاصطخرى : هذا اذا كان الحاكم تولى الاسـتيفاء بنفسـه أو أمر من يولى ذلك . فأما اذا كان الولى اسـتوفاه بأمر الحـاكم . فالضـمان على الولى ، والمذهب الأول ، لأن الحاكم سلطه على ذلك وأجازه له .

وقال أبو حنيفة : يجب الضـمان على المزكيين . دليلنا أن المزكيين يقولان : ما ثبت بشهادتنا شيء ، وانما شهدنا بصـفة ، والحكم انما وقع بشهادة الشـاهدين فلا يلزمه الضمان ، وانما وجب على الحاكم ، لأنه فرط حيث حكم بشهادة من لا تعرف عدالته ظاهرا وباطنا .

اذا ثبت هذا فان القصـاص لا يجب على الحـاكم لأنه مخطىء ، وتجب عليـه الدية وهل تجب على عاقلته أو فى بيت المـال ؟ على قولين مضى ذكرهمـا ، وان كان المحكوم به مالا ـ فان كان باقيـا فى يـد المشهود له ـ وجب عليه رده ، وان كان بالغا ـ فان كان المحكوم به موسرا ـ غرمه ـ وان كان كان معسرا ـ وجب ضمانه على الحاكم وهل يجب فى ماله أو فى بيت المـال ؟ على القولين ، ولا يجىء ايجـابه على

العاقلة لاتحمل المـال ، فاذا غرم الحاكم المـال ، كان المـال ثابتا فى ذمة المشـهود له . فاذا أيسر غرم للحـاكم أقل الأمرين مما دفع أو الحـق لمشهود به .

والفرق بين المـال واتلاف النفس والعضو أن المـال يضمن بالاتلاف واليد وقد حصـل المـال فى يد المشـهود له فلزمه ضمان المـال وضمان النفس . والعضو انما يجب اذا أتلف بغير حق ويمكن الحاكم المشـهود لـه من اتلاف ذلك أخرج اتلافه عن أن يكون اتلافا بغير حـق فلم يلزمه الضـمان .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ومن حكم له الحاكم بمال أو بضـع أو غيرهمـا بيمين فاجرة أو شـهادة زور لم يحل له ما حكم له به لمـا روت أم سلمة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « انكم تختصـمون الى وانما انا بشر ولعـل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فاقضى له بما أسمع وأظنـه صـادق فمن قضيت له بشىء من حـق أخيه فانما أقطع له قطعـة من النار ، فليأخذها أو ليدعها » ولأنه يقطع بتحريم ما حكم له به فلم يحل لـه بحكمه كما لو حكم له بما يخالف النص والاجماع .

الشـرح حديث أم سـلمة أخرجه البخارى بلفظ : « أن رسول الله صلى الله عليـه وسلم سـمع جلبة خصم بباب حجرته فخرج اليهم فقال : ألا انما أنا بشر وانما يأتينى الخصم فلعـل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض فأحسب أنه صـادق فأقضى له ، فمن قضيت له بحق مسلم فانما هى قطعة من نار فليحملها أو ليذرها » فى كتاب الخصومات وفى الأحكام وفى الشهادات وفى ترك الحيـل وأخرجه مسـلم فى القضـاء وأخرجه أبو داود مختصرا فى الأحكام ، وأخرجه الموطأ بلفظ : « انما أنا بشر مثلكم وانكم تختصمون الى » .

أما اللغات فقوله : « ألحن » أى أفطن وأقوم بها يقال : لحن يلحن لحنا بفتح الحاء اذا أصاب ، وفطن . قالوا : وأما اللحن باسـكان

الحاء فهو الخطأ واللحن أيضا اللغة ومنه قول عمر رضى الله عنه : « أبى أقرؤنا وانا لنرغب عن كثير من لحنه » أى لغته قال الشاعر :

وقوم لهم لحن سوى لحن قومنا وشكل وبيت لسنا نشا كله

واللحن أيضا التعويض والاشارة . قال أبو زيد : يقال : لحنت له بالفتح واللحن اذا قلت له قولا يفهمه عنك ويخفى عن غيره ، ومنه قوله تعالى : « ولتعرفنهم فى لحن القول » قال ابن الأنبارى : معناه ولتعرفنهم فى معنى القول وقال العزيزى : فحوى القول ومعناه . وقال الهروى فى نحوه قصده وأنشدوا للقتال الكلابى :

ولقد لحنت لكم لكيما تفهموا ووحيت وحيا ليس بالمرتاب

أما الأحكام فانه اذا حكم الحاكم بنفى خيار المجلس أو بنفى العرايا أو بشهادة فاسقين أو بيع أم الولد فقد رجح ابن الرفعة النقض فى الجميع ونقل الرافعى عدم النقض لأنها محل اجتهاد . وقال العمرانى : حكم الحاكم لا يحيل الأمور عما هى عليه . ومعنى هذا أنه اذا ادعى على رجل حقا فأنكر المدعى عليه وأقام المدعى شاهدين وحكم بشهادتهما فان كانا قد شهدا بحق صح الحكم ظاهرا وباطنا ، وحل للمشهود له ذلك وان شهدا بغير حق أو حكم له الحاكم بيمين فاجرة فان الحكم ينفذ فى الظاهر ولا ينفذ فى الباطن ، فلا يحل للمحكوم له ما حكم له به ، وبه قال شريح ومالك وأبو يوسف وأكثر أهل العلم وقال أبو حنيفة حكم يحول الشىء الشىء عما هو عليه فى الباطن ، فاذا ادعى رجل على امرأة أجنبية أنها زوجته فأنكرت فشهد له بذلك شاهدان أنها امرأته وهما شاهدا زور وحكم له الحاكم بشهادتهما فان الحكم ينفذ ظاهرا وباطنا وتحل له المرأة وهكذا اذا ادعت امرأة على زوجها أنه طلقها فأنكر وأقامت على طلاقها شاهدى زور وحكم الحاكم بشهادتهما بانت منه ، وحل لكل واحد من الشاهدين أن يتزوجها وان كان عالما أنه لم يطلقها ، وكذلك ما أشبهه .

دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « انكم تختصمون الى ، وانما أنا بشر ولعل بعضكم يكون ألحن بحجته من بعض فانما أقضى بما أسمع فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذه ، فإنما أقطع له قطعة من النار » فموضع الدليل منه قوله : « فمن قضيت له من حق أخيه بشيء فلا يأخذه » وحق أخيه قد يكون مالا ، وقد يكون طلاقا أو نكاحا فلو كان حكمه صلى الله عليه وسلم يغير الشيء عما هو عليه فى الباطن لم يمنع المحكوم له من أخذه .

فرع قال ابن دقيق العبد فى شرح عمدة الأحكام « فى هذا الحديث ــ أعنى حديث أم سلمة ــ دليل على اجراء الأحكام على الظاهر ، واعلام الناس بأن النبى صلى الله عليه وسلم فى ذلك كغيره ، وان كان يفترق مع الغير فى اطلاعه على ما يطلعه الله عز وجل عليه من الغيوب الباطنة ، ذلك فى أمور مخصوصة ، لا فى الأحكام العامة ، وعلى هذا يدل قوله عليه السلام « انما أنا بشر » .

وقد قدمنا فى أول الكتاب أن الحصر فى انما يكون عاما ويكون خاصا ، وهذا من الخاص ، وهو فيما يتعلق بالحكم بالنسبة الى الحجج الظاهرة .

ويستدل بهذا الحديث من يرى أن القضاء لا ينفذ فى الظاهر والباطن معا مطلقا ، وأن حكم القاضى لا يغير حكما شرعيا فى الباطن .

واتفق أصحاب الشافعى على أن القاضى الحنفى اذا قضى بشفعة الجار للشافع أخذها فى الظاهر . واختلفوا فى حل ذلك فى الباطن له على وجهين .

والحديث عام بالنسبة الى سائر الحقوق ، والذى يتفقون عليه ــ أعنى أصحاب الشافعى ــ أن الحجج اذا كانت باطلة فى نفس الأمر بحيث لو اطلع عليها القاضى لم يجز له الحكم بها : أن ذلك لا يؤثر ، وانما يوقع

التردد فى الأمور الاجتهادية اذا خالف اعتقاد القاضى اعتقاد المحكوم له ، كما قلنـا فى شفعة الجار أ هـ .

فـــرع مضى « أن سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه وعبد بن زمعـة رضى الله عنه ادعيـا على ابن وليدة زمعة فقال سعد : يا رسول الله ان أخى عتبـة عهـد الى أنه ألم بها فى الجاهلية وأن ولدها أبنه ، فقال عبـد بن زمعة أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه فقال النبى صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر ثم رأى به شـبها بعتبة فقال لسـودة بنت زمعة رضى الله عنها : احتجبى عنه يا سودة . وقد كان حكم بأنه أخوها فلمـا رأى به شبها بالزانى أمرها أن تحتجب عنـه فلو كان حكم الحاكم يغير الشىء عما هو عليـه فى الباطن لمـا أمرها بالاحتجاب عنه ، ولأنه حكم بسبب غير صحيح فى الباطن فوجب ألا ينفذ الحكم فى الباطن كالأموال .

ونسأل الله تبارك وتعالى أن يجعله خالصا لوجهه الكريم وأن يجعلنا قد وفقنا فى عرض كتاب الشهادات مستوفين مسائله وفروعه وصوره .

ولله الحمد والمنة سبحانه على ما أولى وأنعم ؟

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـاب الاقـرار

الحكم بالاقرار واجب لقـوله صلى الله عليـه وسـلم : « يا أنيس اغد على امراة هـذا فان اعترفت فارجمها » ولأن النبى صلى الله عليه وسلم : « رجم ماعزا والغامدية باقرارهما » ولأنه اذا وجب الحكم بالشهادة فلأن يجب بالاقرار وهو من الريبة أبعد أولى .

فصـــل وان كان المقر به حقا لآدمى أو حقا لله تعالى لا يسقط بالشـبهة كالزكاة والكفارة ودعت الحاجـة الى الاقرار به لزمه الاقرار به لقوله عز وجل : « كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ، ولو على انفسكم »

ولقوله تعالى : « فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل » والاملال هو الاقرار فان كان حقا لله تعالى يسقط بالشبهة فقد بيناه فى كتاب الشهادات .

الشرح مضى الكلام على هذه الآيات الشريفة فى غير موضع كالسلم والرهن والقرض وغيرها وحديث « واغديا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » مضى فى الحدود من الجزء الثامن عشر بطرقه وألفاظه وخبر « رجم صلى الله عليه وسلم ماعزا والغامدية باقرارهما » وهو حديث أصله فى الصحيحين من حديث أبى هريرة وابن عباس وجابر ولم يسم ورواه مسلم من حديث بريدة فسماه وقال الرافعى فى شرح الوجيز : والرجم مما اشتهر عن النبى صلى الله عليه وسلم فى قصة ماعز والغامدية واليهوديين وعلى ذلك جرى الخلفاء بعده فبلغ حد التواتر أ هـ .

أما اللغات فالاقرار اخبار عما قر وثبت ، ومعناه الاعتراف وترك الانكار ، من استقر بالمكان اذا وقف فيه ولم يرتحل عنه . وقرار الماء وقرارته حيث ينتهى جريانه ويستقر قال عنترة :

جادت علينا كل بكر حرة فتركن كل قرارة كالدرهم

وفى اللسان : والقرارة ما بقى فى القدر بعد الغرف منها ، وقر القدر يقر قرا فرغ ما فيها من الطبيخ وصب فيها ماء باردا كيلا تحترق ، الى قوله : والقوصب الماء دفعة واحدة ثم قال : وقر الكلام والحديث فى أذنه يقره قرا فرغه وصبه فيها وقيل : هو اذا ساره وقال ابن الأعرابى : القر ترديدك الكلام فى أذن الأبكم حتى يفهمه وقال شمر : فردت الكلام فى أذنه أقر قرا وهو أن تضع فاك على أذنه فتجهر بكلامك كما يفعل بالأصم ، والأمر قر ، ويقال أقررت الكلام لفلان اقرارا أى بينته حتى عرفه ، وفى حديث استراق السمع : « يأتى الشيطان فيستمع الكلمة فيأتى بها الى الكاهن فيقرها فى أذنه كما تقر القارورة اذا أفرغ فيها » .

وفى رواية « فيقذفها فى أذن وليه كقر الدجاجة » القر ترديدك الكلام فى أذن المخاطب حتى يفهمه ، وقر الدجاجة صوتها اذا قطعته •

وفى حديث أبى موسى « أقرت الصلاة بالبر والزكاة » وروى قرت أي استقرت معهما وقرنت بهما يعنى أن الصلاة مقرونة بالبر وهو الصدق وجماع الخير وأنها مقرونة بالزكاة فى القرآن معها ، وفى حديث أبى ذر : « فلم أتقار أن قمت » أى قمت أى لم ألبث وفى حديث نائل مولى عثمان : « قلنا لرباح بن المعترف : غننا غناء أهل القرارى أى أهل الحضر المستقرين فى منازلهم لا غناء أهل البدو الذين لا يزالون متنقلين » •

أما الأحكام فان الحكم يتعلق بالاقرار • والأصل فيه الكتاب والسنة والاجماع والقياس •

أما الكتاب فقوله تعالى : « واذ أخذ الله ميثاق النبيين لما آتيتكم من كتاب وحكمة ثم جاءكم رسول مصدق لما معكم لتؤمنن به ولتنصرنه ، قال أأقررتم وأخذتم على ذلكم اصرى قالوا : أقررنا قال فاشهدوا وأنا معكم من الشاهدين » وقوله تعالى : « وآخرون اعترفوا بذنوبهم » وقوله تعالى : « ألست بربكم قالوا : بلى » •

وأما السنة فان ماعزا والغامدية رضى الله عنهما أقرا عند النبى صلى الله عليه وسلم بالزنا فأمر برجمهما وقال : « اغديا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » •

وأما الاجماع فانه لا خلاف بين الأمة فى تعلق الحكم بالاقرار •

وأما القياس فان الاقرار آكد من الشهادة لأنه لا يتهم فيما يقر به ، فاذا تعلق الحكم بالشهادة فلأن يتعلق بالاقرار أولى •

اذا ثبت هذا فهل يجب الاقرار ؟ ينظر فى الحق المقر به ، فان كان

لآدمى أو حقا الله تعالى فلا يسقط بالشبهة كالزكاة والكفارة وان دعت الحاجة الى الاقرار به لزمه الاقرا به لقوله تعالى : « كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم » ولا يكون شهيدا على نفسه الا بالاقرار .

وان كان حقا لله تعالى فانه يسقط بالشبهة كحد الزنا والسرقة والشرب ، ولم يظهر عليه لم يجب عليه أن يقر به ، بل يستحب له أن يكتمه ، وقد مضى بين ذلك فى الحدود .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يصح الاقرار الا من بالغ عاقل مختار فاما الصبى والمجنون فلا يصح اقرارهما لقوله عليه السلام : « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » ولأنه التزام حق بالقول فلم يصح من الصبى والمجنون كالبيع فان أقر مراهق وادعى أنه غير بالغ فالقول قوله ، وعلى المقر له ان يقيم البينة على بلوغه ولا يحلف المقر لأنا حكمنا بأنه غير بالغ وأما السكران فان كان سكره بسبب مباح فهو كالمجنون وان كان بمعصية الله فعلى ما ذكرناه فى الطلاق وأما المكره فلا يصح اقراره لقوله عليه السلام : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولأنه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح كالبيع ويصح اقرار السفيه والمفلس بالحد والقصاص لأنه غير متهم وأما اقراره المال فقد بيناه فى الحجر والتفليس .

فصل ويصح اقرار العبد بالحد والقصاص لأن الحق عليه دون مولاه ولا يقبل اقرار المولى عليه فى ذلك لأن المولى لا يملك من العبد الا المال وان جنى رجل على عبد جناية توجب القصاص أو قذفه قذفا يوجب التعزير ثبت القصاص والتعزير له وله المطالبة به والعفو عنه وليس للمولى المطالبة به ولا العفو عنه لأنه حق غير مال فكان له دون المولى ، ولا يقبل اقرار العبد بجناية الخطأ لأنه ايجاب مال فى رقبته .

ويقبل اقرار المولى عليه لأنه ايجاب حق فى ماله ويقبل العبد المأذون فى دين المعاملة ، ويجب قضاؤه من المال الذى فى يده لأن المولى سلطه عليه . ولا يقبل اقرار غير المأذون فى دين معاملة فى الحال ، ويتبع

به اذا عتق لأنه لا يمكن أخذه من رقبته لأنه لزمه برضى من له الحق ، وان أقر بسرقة مال لا يجب فيه القطع كمال دون النصاب وما سرق من غير حرز وصدقه المولى وجب التسليم أن كان باقيا وتعلق برقبته ان كان تالفا لأنه لزمه بغير رضى صاحبه . وان كذبه المولى كان فى ذمته يتبع به اذا عتق وان وجب فيه القطع قطع لأنه غير متهم فى ايجاب القطع . وفى المال قولان ، واختلف أصحابنا فى موضع القولين على ثلاثة طرق (احدها) وهو قول أبى اسحاق : انه ان كان فى يده ففيه قولان (أحدهما) أنه يسلم اليه لأنه انتفت التهمة عنه فى ايجاب القطع على نفسه (والثانى) أنه لا يسلم لأن يده كيد المولى فلم يقبل اقراره فيه ، كما لو كان المال فى يد المولى . وان كان المال تالفا لم يقبل اقراره ولا يتعلق برقبته قولا واحدا لأن للغرم محلا يثبت فيه وهو ذمته (والطريق الثانى) وهو قول القاضى أبى حامد المروروذى رحمه الله أنه ان كان المال تالفا ففيه قولان (أحدهما) أنه يتعلق برقبته يباع فيه (والثانى) أنه لا يتعلق برقبته وان كان باقيا لم يقبل اقراره قولا واحدا لأن يده كيد المولى فلم يقبل اقراره فيه كما لو أقر بسرقة مال فى يد المولى (والطريق الثالث) وهو قول أبى على بن أبى هريرة أن القولين فى الحالين سواء كان المال باقيا أو تالفا لأن العبد وما فى يده فى حكم ما فى يد المولى ، فان قبل فى أحدهما قبل فى الآخر ، وان رد فى أحدهما رد فى الآخر ، فلا معنى للفرق بينهما .

الشرح حديث : « رفع القلم عن ثلاثة » أخرجه أحمد فى المسند وأبو داود والنسائى وابن ماجه والحاكم عن عائشة وأخرج مثله أحمد وأبو داود والحاكم عن على وعن عمر بلفظ : « رفع القلم عن ثلاثة عن المجنون المغلوب على عقله حتى يبرأ وعن النائم حتى يستيقظ وعن الصبى حتى يحتلم » أما حديث : « رفع الله عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » فقد رواه أبو القاسم الفضل بن جعفر عن ابن عباس هكذا أفاده فى الكنز الثمين .

أما اللغات فقوله : « أقر مراهق » يقال : راهق الغلام فهو مراهق اذا قارب الاحتلام ، والعامة تطلق على من احتلم مراهق وهو خطأ .

أما الأحكام فقد قال الشافعى رحمه الله تعالى : ولا يجوز الاقرار الا من بالغ رشيد . وجملة ذلك أن الناس على ضربين مكلف وغير

مكلف ، فأما غير المكلف فهو الصبى والمجنـــون فلا يصح اقرارهما بحق من الحقوق ، وقال أبو حنيفة : اذا كان الصبى مميزا صح اقراره اذا أذن الولى له بالبيع والشراء ، فيصح اقراره له .

ودليلنا أنه لا يصح منه ذلك حديث (رفع القلم) الذى مضى ذكره . فان أقر مراهق وادعى أنه غير بالغ ، وادعى المقر أنه بالغ يحكم بصـــحة اقراره حتى يقيم المقر له البينة على بلوغه ، لأن الأصـــل عدم بلوغه : فان ســـأله المقر له أن يحلف له لم يتوجه عليـــه اليمين ، لأنا حكمنا أنه غير بالغ ، فاذا ثبت بلوغه بعـــد ذلك وادعى المقر له أنه كان بالغـــا وقت اقراره له ، وســـأله أن يحلف بعـــد بلوغه توجهت عليه اليمين ، لأنه قد صـــار بالغـــا ، فلا يصح اقرار المكرة ، لقوله صلى الله عليـــه وسلم : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولأن المكره غير داخل فى التكليف .

ولا يصح اقرار المغمى عليه لأنه غير مكلف ، وأما المكلف فعـــلى ضربين : محجور عليـــه ، وغير محجور عليه . فأما غير المحجور عليـــه فاقراره صحيح ، قال ابن الصباغ فى الشامل : سواء كان عدلا أم فاسقا ، لأنه غير متهم فى حـــق نفســـه . فان أقر السكران فى حال ســـكره فهل يصح ؟ فيـــه وجهان (أحدهما) لا يصح لأنه زائل العقـــل ، فلم يصح اقراره كالمغمى عليـــه (والثانى) يصح ، وهو الصحيح ، لأن الشـــافعى رحمه الله قال : ولو شرب خمرا أو نبيذا فسكر فأقر فى حال سكره لزمه ما أقر به .

وان أكره رجل على شرب خمر فشربها حتى ذهب عقـــله ثم أقر ، لا يلزمه اقراره وجها واحدا ، لأنه معذور ، فى ذهاب عقله .

وأما المحجور عليه فعلى أربعة أضرب : محجـــور عليـــه للفلس ، ومحجور عليـــه للسفه ، ومحجور عليه للرق ، ومحجور عليه للمرض .

فاما المحجور عليه للفلس ــ فان أقر بحق يتعلق ببدنه أو بذمته ــ صح لأنه لا ضرر على الغرماء بذلك ، وهل يشارك الغرماء المقر له بالدين ؟ على قولين مضى بيانهما فى التفليس • وان أقر بعين فى يده فهل يقبل على الغرماء ؟ على القولين ، وأما المحجور عليه للسفه ، فيقبل اقراره بما يتعلق ببدنه » ولا يقبل اقراره بالمال فى حق سيده ، لكن اذا أعتق طولب به ، وقد مضى بيان ذلك فى الحدود •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان باع السيد عبده من نفسه فقد نص فى الأم أنه يجوز وقال الربيع رحمه الله فيه قول آخر أنه لا يجوز واختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحاق وأبو على ابن أبى هريرة : يجوز قولا واحدا • وذهب القاضى أبو حامد المروروذى والشيخ أبو حامد الاسفراينى رحمهما الله الى أنها على قولين :**

(أحدهما) أنه يجوز لأنه اذا جازت كتابته فلأن يجوز بيعه وهو أثبت والعتق فيه أسرع أولى •

(والثانى) أنه لا يجوز لأنه لا يجوز بيعه بما فى يده لأنه للمولى ولا يجوز بمال فى ذمته لان المولى لا يثبت له مال فى ذمة عبده فاذا قلنا أنه يجوز وهو الصحيح فأقر المولى أنه باعه من نفسه وأنكر العبد عتق باقراره وحلف العبد أنه لم يشتر نفسه ولا يجب عليه الثمن •

الشرح قال الشافعى ، ولو أقر أنه باع عبده من نفسه بألف فان صدقه العبد عتق والألف عليه • وان أنكر فهو حر ، والسيد مدع والعبد منكر • وجملة ذلك أن للسيد اذا قال لعبده بعتك نفسك بألف فقال العبد ، قبلت فقال المزنى ، انه يصح ويعتق ويجب عليه الألف • قال الربيع بن سليمان ، وفيه قول آخر ، انه لا يصح • واختلف أصحابنا فيه فذهب أكثرهم الى أنها على قولين :

(أحدهما) لا يصح البيع ، لأن البيع لابد أن يكون الثمن فيه عينا أو دينا والعبد لا يملك العين • والدين لا يثبت فى ذمته لسيده ، فيكون كالكتابة الفاسدة •

(والثانى) يصح البيع وهو الصحيح ، لأنه لو قال له ، ان ضمنت لى ألفا فأنت حر ، فقال العبد على الفور ، ضمنت ، صح ذلك وعتق ، ووجب عليه المال ، وكذلك اذا قال له : أنت حر على الف فقبل العبد على الفور عتق ، ووجب المال فى ذمته ، وشراؤه ذلك عبارة عن اسقاط حق الرق عنه ، فجرى مجرى عتقه على مال ، وقال أبو اسحاق وأبو على بن أبى هريرة : يصح البيع قولا واحدا لما ذكرناه .

اذا ثبت هذا فادعى السيد أنه باعه نفسه بألف وقلنا : يصح البيع فان صدقه العبد عتق ، ويثبت الألف فى ذمته ، وان أنكر العبد ولا بينه للسيد حلف العبد أنه ما اشترى نفسه ولم يجب عليه شىء ، وعتق باقرار سيده ، وهكذا الحكم اذا قال رجل لرجل : بعتك ولدك أو والدك فأنكر المدعى عليه فانه يحلف ، ويسقط عنه الثمن ويعتق العبد باقرار سيده .

قال المصنف رحمه الله تعالى

ويقبل اقرار المريض بالحد والقصاص لأنه غير متهم ويقبل اقراره بالمال لغير وارث لأنه غير متهم فى حقه وان أقر لرجل بدين فى الصحة وأقر لآخر بدين فى المرض وضاق المال عنهما قسم بينهما على قدر الدينين ، لأنهما حقان يجب قضاؤهما من رأس المال ولم يقدم أحدهما على الآخر كما لو أقر لهما فى حال الصحة واختلف أصحابنا فى اقراره للوارث فمنهم من قال : فيه قولان .

(أحدهما) أنه لا يقبل لأنه اثبات مال للوارث بقوله من غير رضى الورثة فلم يصح من غير رضى سائر الورثة كالوصية .

(والثانى) أنه يقبل وهو الصحيح لأن من صح اقراره له فى الصحة صح اقراره فى المرض كالأجنبى ، ومن أصحابنا من قال يقبل اقراره قولا واحدا (والقول الآخر) حكاه عن غيره وان كان وارثه أخا فأقر له بمال فلم يمت المقر حتى حدث له ابن صح اقراره للأخ قولا واحدا لأنه خرج عن أن يكون وارثا ، وان أقر لأخيه وله ابن فلم يمت حتى مات الابن صار الاقرار للوارث فيكون على ما ذكرناه من الطريقين فى الاقرار للوارث ، وان ملك رجل أخاه

ثم أقر فى مرضه أنه كان أعتقه فى صحته وهو أقرب عصبته بعد عتقه هل يرث أم لا ؟ ان قلنا : ان الاقرار للوارث لا يصح لم يرث ، لأن توريثه يوجب ابطال الاقرار بحريته ، واذا بطلت الحرية سقط الارث فثبتت الحرية وسقط الارث وان قلنا أن لا قرار للوارث يصح نفذ العتق باقراره وثبت الأرث بنسبه.

الشـــرح الأحكام : فأما المحجور عليه لمرض فان أقر بحق يتعلق ببدنه كالحد والقصاص قبـــل ، لأنه لا ضرر على الورثة بذلك • وان أقر بدين أو عين لغير الورثة قبل لأنه غير متهم • وان أقر بدين فى صحته ، وبدين فى مرضـــه واتسع ماله للجميع قسم بينهم • وان ضـــاق ماله فانه يقسم بينهم على قدر ديونهم ، وبه قال مالك • وقال أبو حنيفة : يقـــدم المقرية فى الصحة ، وحكى أبو زيد المروزى عن بعض أصحابنا أنه قـــول للشـــافعى رحمه الله ، وليس بمشهور ، لأنهما دينـــان ثبتا فى ذمته ، ولم يخص أحدهما برهن ، فاستويا فى حـــق من وجب عليـــه ، كما لو أقر بالجميع فى الصحة او فى المرض ، فان أقر فى مرض موته لوارثه فقـــد قال الشـــافعى : فمن أجاز الاقرار لوارث اجازه ، ومن أبى رده •

واختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : فيه قولان •

(أحدهما) لا يصح ، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد رحمهم الله تعالى ، لأنه محجور عليه فى حقه ، ومن كان محجورا عليه فى حـــق انسان لم يصح اقراره له ، كالصبى فى حق جميع الناس •

(والثانى) يصح اقراره له ، وبه قال الحســـن البصرى وعمر بن عبد العزيز وأبو عبيد وأبو ثور رحمهم الله تعالى • وقال المصنف هنا : وهو الأصح ، لأنه يصح اقراره لوارثه ، فصح اقراره للوارث كالصحيح ، لأنه يصح اقراره لغير الوارث فصـــح اقراره للوارث كالأجنبى • وقال أبو اســـحاق الاســـفراييني : يصـــح اقراره قولا واحـــدا كما ذكرنا ، والقول الآخر حكاه عن غيره ، فاذا قلنـــا : يصح اقراره للوارث فلا تفريع عليـــه ، واذا قلنـــا : لا يصح اقراره للوارث فالاعتبار كونه وارثا حال موت المقر ، دون حال الاقرار •

فان أقر لأخيه فى مرض موته ثم حدث له ابن قبل موته قبل اقراره لأخيه وان اقر لأخيه وله ابن فمات ابنه قبله وصار الأخ وارثا له لم يصح اقراره له •

هذا نقل أصحابنا العراقيين • وقال الخراسانيون : هل الاعتبار بكونه وارثا حال موت المقر أو حال اقراره ؟ فيه قولان (المشهور) ان الاعتبار بكونه وارثا حال الموت • لأن ما يرد لاجل الورثة انما هو حال الموت كالوصية • قال أبو اسحاق المروزى : ان ملك رجل أخاه ثم أقر فى مرض موته انه كان أعتقه فى صحته وهو أقرب عصبته بعد عتقه ، فهل يرث ؟ ان قلنا ، ان الاقرار للوارث لا يصح لم يرث لأن توريثه يوجب ابطال الاقرار بحريته ، فاذا بطلت الحرية سقط الارث فتثبت الحرية ويسقط الارث •

وان قلنا ، ان الاقرار للوارث يصح العتق باقراره وثبت الارث بنسبه فان المريض أنه أعتق عبدا فى صحته وكان عليه دين يستغرق تركته صح اقراره ، وحكم بعتقه ، لأن الاقرار ليس بايقاع للعتق وانما هو اخبار بما تقدم وقوعه •

فرع فى مذاهب العلماء فى مرض الموت •

قسم الشافعى رضى الله عنه المرض الى نوعين اذ قال : فكل مرض كان الأغلب منه أن الموت مخوف فعطية المريض فيه ان مات فى حكم الوصايا ، وكل مرض كان الأغلب منه أنه غير مخوف فعطية المريض فيه كعطية الصحيح وان مات منه فأما المرض الذى الاغلب منه أن الموت مخوف منه فكل حمى بدأت بصاحبها حتى جهدته ، أى حمى كانت ثم تطاولت فكلها مخوف الا الربع ، فانها اذا استمرت بصاحبها ربعا كان الأغلب فيها أنها غير مخوفة ، ثم ضرب مثلا بالوجع المخوف فقال :

مثل البرسام والرعاف الدائم وذات الجنب والخاصرة والقولنج وما أشبه هذا ، وكل واحد من هذا انفردت فهو مرض مخوف •

وأخرج السل والفالج من الأمراض المخوفة لانه يمكنه المكث بها فترة طويلة يتعالج منها فلم يكونا مخوفين ثم قال :

ولو أصابه طاعون فهذا مخوف عليه حتى يذهب عنه الطاعون ، ثم وضع قاعدة صحيحة لمعرفة المخوف من غير المخوف فقال .

ثم جميع الأوجاع التى لم تسم على ما وصفت يسئل عنها أهل العلم بها فان قالوا مخوفة فعطية المعطى عطية مريض ، وان قالوا : غير مخوفة فعطيته عطية صحيح ، وأقل ما يكون فى المسئلة عن ذلك والشهادة به شاهدان ذوا عدل .

وقال رحمه الله فى باب عطية الحامل وغيرها ممن يخاف :

وتجوز عطية الحامل حتى يضربها الطلق لولاد أو اسقاط ، فتكون تلك حال خوف على الا أن يكون بها مرض غير الحمل مما لو أصاب غير الحامل كانت عطيتها عطية مريض ، واذا ولدت الحامل فان كان بها وجع من جرح أو ورم أو بقية طلق أو أمر مخوف ــ فعطيتها عطية مريض وان لم يكن بها شىء من ذلك فعطيتها عطية صحيح وقد أجمل المصنف فى باب ما يعتبر من الثلث المرض المخوف فقال . كالطاعون والقولنج ــ وهو حبس الغائط فى المعى ــ وذلك الجنب والرعاف الدائم والاسهال المتواتر وقيام الدم والسل فى انتهائه والفالج الحادث ابتدائه والحمى المطبقة لأن هذه الأمراض لا يؤمن معها معالجة الموت فجعل كحال الموت ، وأما غير المخوف فهو كالجرب ووجع الضرس والصداع اليسير وحمى يوم أو يومين والسل قبل انتهائه ، والفالج اذا طال . لأن هذه الأمراض يؤمن معها معالجة الموت فاذا اتصل بها الموت علم أنه لم يكن موته من هذه الأمراض وان أشكل شىء فيرجع نفسين من أطباء المسلمين وقال السرخسى من أصحاب أبى حنيفة فى كتاب المبسوط فى تعريف المريض .

هو أن يكون صاحب فراش قد أضفناه المرض ، فأما الذى يجىء ويذهب فى حوائجه فلا يكون فارا ، وان كان يشتكى ويحم ، لأن الانسان

فى العادة قلما يخلو عن نوع مرض فى باطنـــة ولا يجمل بذلك فى حكم المريض بل المريض انما يفارق الصحيح فى أن الصحيح يكون فى السوق ويقوم بحوائجه ، والمريض يكون صـــاحب فراش بيته ، وهـــذا لأن ما لا يمكن الوقوف على حقيقته يعتبر فيه السبب الظاهر ، ويقام ذلك المعنى تيســـيرا •

قلت : والمذهب عند أصحاب أبى حنيفة المتأخرين أنه اذا كان الغالب من المرض الموت منه كان مرض الموت سواء كان صاحب فراش أو لم يكن وحاصله عندهم أنه ان صار قديما بأن تطاول سنة ولم يحصل فيه ازدياد فهو صحيح ، وأما لو مات حالة الازدياد الواقع قبل التطاول أو بعـــده فهو مريض •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل ويصح الاقرار لكل من يثبت له الحق المقر به فان اقر لعبد بالنكاح أو القصاص أو تعزير القـــذف صح الاقرار له صدقة السـيد او كذبه لان الحـــق له دون المولى ، فان اقر له بمال فان قلنـــا ، انه يملك المـــال صـــح الاقرار ، وان قلنـــا انه لا يملك كان الاقرار لمولاه يلزم بتصديقه ويبطل برده •

الشـــرح الأحكام يصح الاقرار لكل من ثبت له الحق المقر به فاذا أقر رجل لرجل بحق فى ذمته أو فى يده أو فى بدنه صـــح اقراره • ولا يعتبر فيه قبول المقر له • وانما يعتبر فيه تصديقه له أو سكوته • وان كذبه المقر له بطل اقراره •

فان كان المقر به دينا فى ذمتـــه أو حقا فى يديه وكذبه المقر له يلزم المقر شىء وان كان المقر به عينا ففيه وجهان •

(أحدهما) يأخذها الحاكم من المقر الى أن يأتى من يدعيها ويقيم

عليها البينة . لأن المقر والمقر له لا يدعيانها فكان على الحاكم حفظها كالمال الضائع .

(والثانى) يقر فى يد المقر لانه محكوم له بملكها باليد فاذا أقر بها لغيره وكذبه المقر له بقيت على ملكه بحكم اليد .

فان أقرت امرأة لعبد بالنكاح وأقر له رجل بالقصاص أو تعزيز القذف ثبت له ذلك بتصديقه . ولا يعتبر فيه تصديق السيد . لان الحق للعبد فى ذلك دون السيد . وان أقر له بمال فقد ذكر المصنف هنا قوله . (ان قلنا . انه يملك المال صح الاقرار له . وان قلنا . لا يملك كان الاقرار لمولاه يلزم بتصديقه ويبطل برده . وذكر ابن الصباغ ان الشافعى رحمة الله قال فى الاقرار بالحكم الظاهر . اذا قال لعبده فلان عندى له ألف درهم كان ذلك اقرارا صحيحا لسيده. سواء كان مأذونا له فى التجارة يثبت له المال بالوصية .

وان قال : لهذه الدار أو لهذه البهيمة ألف لم يصح اقراره وان قال لمالك هذه الدابة بسببها ألف كان اقراره صحيحا ويحمل أنه جنى عليها . وان قال : له ألف بسبب حملها لم يصح الاقرار لأن الحمل لا يجب بسببه شىء ما دام حملا ، فان قال بسبب ولدها لزمة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان اقر لحمل بمال عزاه الى ارث أو وصية صح الاقرار فان أطلق ففيه قولان .

(أحدهما) أنه لا يصح لأنه لا يثبت له الحق من جهة المعاملة ولا من جهة الجناية .

(والثانى) أنه يصح وهو الصحيح لأنه يجوز أن يملكه بوجه صحيح وهو الارث أو الوصية فصح الاقرار له مطلقا ، كالطفل ولا يصح الاقرار الا لحمل يتيقن وجوده عند الاقرار كما بيناه فى كتاب الوصية . وان أقر

لمسجد أو مصنع وعزاه الى سبب صحيح من غلة وقف عليه صح الاقرار ، فان أطلق ففيه وجهان بناء على القولين فى الاقرار للحمل .

الشرح الأحكام : اذا أقر لحمل آمرأة بمال فانه لا يخلو من ثلاثة أحوال اما أن يضيف ذلك الى جهة صحيحة ، أو يطلق ، أو يضيف الى جهة باطلة فان أضاف ذلك الى جهة صحيحة بأن قال . عندى كذا من ميراث أو وصية له صح الاقرار ، لأن الحمل يملك بالارث والوصية . وان أطلق بأن قال . له عندى كذا ففيه قولان .

(أحدهما) لا يصح الاقرار ، وبه قال أبو يوسف لأن الحمل لا يملك المال الا من جهة الارث والوصية ، فاذا لم يضف الاقرار الى ذلك جاز أن يريد من غيرهما فلم يصح .

(والثانى) يصح الاقرار وبه قال محمد بن الحسن وهو الأصح ، لأن من صح له الاقرار مضافا الى جهة صح الاقرار له مطلقا كالطفل .

وان أضاف تلك الى جهة باطلة بأن قال . له على كذا من معاملة بينى وبينه أو من جناية عليه فان قلنا . انه اذا أطلق الاقرار له لا يصح فهاهنا أولى أن لا يصح . وان قلنا ان الاقرار المطلق له يصح فهل يصح له الاقرار ها هنا ؟ فيه قولان كالتمولين فيمن وصل اقراره بما يسقط ، ويأتى توجيههما . فكل موضع قلنا . يصح الاقرار بالحمل ـ نظرت فان وضعته ميتا . لم يصح الاقرار لأن الميت لا يملك من جهة الارث والوصية . فان وضعته حيا فان تيقن أنه كان موجودا حال الوصية لزم الاقرار له . وان لم يتقين وجوده حال الاقرار لم يلزم الاقرار وقد مضى تيقن وجوده فى مواضع قبل هذا .

فان وضعت ولدا واحدا فجميع المقر به له سواء كان ذكرا أو أنثى . وان وضعت ولدين ـ فان كانا ذكرين أو أنثيين فهو بينهما نصفين. وان كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى فان أضاف المقر ذلك الى الوصية فهو بينهما بالسوية وان كان الى غيره من الميراث فقوله تعالى « فللذكر مثل حظ الأنثيين » .

وان أطلق الاقرار لهما فقلنا • يصح • فاختلف أصحابنا فيه فقال الشيخ أبو حامد • يكون بينهما بالسوية • وقال ابن الصباغ • يرجع الى بيان المقر • وان وضعت ولدين حيا وميتا بالاقرار للحى • لأن الميت كالمعدوم ويسلم الى ولى الحى •

فرع اذا أقر المصنع وعزا اقراره الى سبب صحيح بأن وقف له وقفا وجعل غلته ينفق منها على رعاية العاملين فيه ورعاية زوجاتهم وأبنائهم وعلاج مرضاهم واجراء الأرزاق عن عجزتهم ومشيختهم • والتوسعة عليهم فى أعيادهم وأحوالهم الخاصة • أو خصص جزءا من ريع المصنع لذلك صح الاقرار ويسلم الى صراف أمين أو قيم عدل — هذا توجيهنا للفظ المصنع كما قيده الاستعمال المعاصر وهو موافق لروح الشرع وحكمته • أما مضاه فى لغة العرب فهو كما أفاده ابن بطال المركبى بقوله (المصنع كالحوض يجمع فيه ماء المطر • وكذلك المصنعة بضم النون هكذا ذكره الجوهرى وحقيقته البركة • وحدث أبو الحسن اللؤلؤى وكان خيرا فاضلا قال • كنت ولعا بالحج فحججت فى بعض السنين وعطشت عطشا شديدا فأجلست عديلى فى وسط المحمل ونزلت أطلب الماء والناس قد عطشوا فلم أزل أسأل رجلا رجلا • ومحملا محملا • معكم ماء ؟ واذا الناس شرع واحد حتى صرت فى ساقة القافلة بميل أو ميلين فمررت بمصنع مصهرج فاذا رجل فقير جالس فى أرض المصنع وقد غرز عصاه فى أرض المصنع والماء ينبع من موضع العصا وهو يشرب • فنزلت اليه فشربت حتى رويت وجئت الى القافله والناس قد نزلوا • فأخرجت قربة ومضيت فملأتها ورآنى الناس فتبادروا بالقرب فرووا عن آخرهم روى الناس وسارت القافلة جئت لأنظر فاذا البركة ملأى تلتطم أمواجها) •

والمصانع أى الحصون وقد فسر قوله تعالى : « وتتخذون مصانع لعلكم تخلدون » قال مجاهد قصور مشيدة قال :

تركن ديارهم منهم قفارا وهد من المصانع والبروجا

وقال قتادة : هي برك الماء وقال لبيد :

بلينا وما تبلى النجوم الطوالع وتبقى جبال بعدنا ومصانع

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وأن أقر بحق لآدمي أو بحق لله تعالى لا يسقط بالشبهة ثم رجع في اقراره لم يقبل رجوعه لأنه حق ثبت لغيره فلم يملك اسقاطه بغير رضاه ، وان أقر بحق الله عز وجل يسقط بالشبهة نظرت فان كان حد الزنا أو حد الشرب قبل رجوعه ، وقال أبو ثور رحمه الله لا يقبل لأنه حق ثبت بالاقرار فلم يسقط بالرجوع كالقصاص وحد القذف ، وهذا خطأ ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال : ((أتى رجل من اسلم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله ان الآخر زنى فأعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فتنحى لشق وجهه الذى أعرض عنه ، فقال : يا رسول الله ان الآخر زنى فأعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فتنحى لشق وجهه الذى أعرض عنه فقال رسول الله ان الآخر زنى فأعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فتنحى له الرابعة فلما شهد على نفسه أربع مرات دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : هل بك جنون ؟ فقال : لا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذهبوا به فارجموه ، وكان قد أحصن)) فلو لم يسقط بالرجوع لما عرض له ويخالف القصاص وحد القذف ، فان ذلك يجب لحق الآدمي ، وهذا يجب لحق الآدمي ، وهذا يجب لحق الله تعالى ، وقد ندب فيه الى الستر . وان كان حد السرقة أو قطع الطريق ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه لا يقبل فيه الرجوع لأنه حق يجب لصيانة حق الآدمي ، فلم يقبل فيه الرجوع عن الاقرار كحد القذف .

(والثاني) وهو الصحيح أنه يقبل لما روى أبو أمية المخزومي ((أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بلص قد اعترف فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما اخالك سرقت فقال له مرتين أو ثلاثة ثم امر بقطعه)) فلو لم يقبل فيه رجوعه لما عرض له ، ولأنه حق لله تعالى يقبل فيه الرجوع عن الاقرار كحد الزنا والشرب .

فصـــل وما قبل فيـه الرجـوع عن الاقرار اذا اقر به فالمستحب للامام أن يعرضـه للرجوع . لما رويناه من حـديث أبى هريرة وحـديث أبى أميـة المخزومى ، فان اقر فاقيم عليـه بعض الحـد ثم رجع عن الاقرار قبـل ، لأنه اذا سـقط بالرجوع جميـع الحد سقط بعضه ، وان وجـد الم الحد فهرب فالأولى أن يخلى لأنه ربما رجـع عن الاقرار فيسـقط عنه الحـد ، وان اتبع وأقيم عليـه تمام الحـد جـاز لما روى الزهرى قال اخبرنى من سمع جابر بن عبد الله قال كنت فيمن رجم ما عزا فرجمناه فى المصلى بالمدينة ، فلما أذلقته الحجارة تجمز حتى أدركناه بالحرة فرجمناه حتى مات فلو لم يجز ذلك لأنكر عليهم النبى صلى الله عليه وسلم وضمنهم ولأن الهرب ليس بصريح فى الرجوع فلم يسقط به الحد .

الشـــرح حديث أبى هريرة متفق عليـه بلفظ « أتى رجـل رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو فى المسـجد فناداه فقال : يا رسـول الله انى زنيت ، فاعرض عنـه ، حتى ردد عليـه أربع مرات : فلما شـهد على نفسـه أربع شـهادات دعاه النبى صلى الله عليه وسلم فقال : أبك جنـون ؟ قال : لا قال : فهل أحصنت ؟ قال : نعم فقال النبى صلى الله عليـه وسلم أذهبوا به فارجموه . وقال ابن شـهاب : فأخبرنى من سمع جابر بن عبد الله قال : كنت فيمن رجمه ، فرجمناه بالمصـلى ، فلما أذلقته الحجارة هرب فأدركناه بالحرة فرجمناه » وفى لفظ أخرجه فى الحـدود ومسلم فى الحدود والنسائى فى الرجم . « أتى رجـل من المسلمين رسول الله صلى الله عليـه وسلم وهو فى المسـجد فنـاداه يا رسـول الله انى انى زنيت فأعرض عنه فتنحى تلقـاء وجهه فقال يا رسول الله انى زنيت فأعرض عنـه حتى ثنى ذلك عليـه أربع مرات ، فلمـا شـهد على نفسه أربع شـهادات دعاه رسـول الله صلى الله عليـه وسـلم فقـال : أبك جنـون ؟ قال : لا . قال : فهل أحصنت ؟ قال : نعم ، قال رسـول الله صلى الله عليـه وسلم أذهبـوا به فأرجمـوه الخ الحديث » ونقـل فى التلخيص عن الرافعى تواتر خبر الرجم عن الصحابة والتابعين .

أما حديث أبى أمية المخزومى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بلص فاعترف اعترافا ولم يوجـد معه المتـاع فقال له رسول الله صلى الله

عليــه وسلم ما اخالك سرقت قال : بلى مرتين أو ثلاثا قال : فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقطعوه ثم جيئــوا به قال : فقطعوه ثم جاءوا به فقال له رســول الله صلى الله عليه وسلم قل : استغفر الله وأتوب اليــه فقال : استغفر الله وأتوب اليــه ، فقال رســول الله صلى الله عليه وسلم اللهم تب عليه » رواه أحمــد وأبو داود وكذلك النســائى ولم يقل فيه مرتين أو ثلاثا وابن ماجه ، وذكر مرة ثانية فيــه ، قال : « ما اخالك سرقت قال : بلى » .

وقال الحافظ فى بلوغ المرام حــديث أبى أمية . رجاله ثقــات . وقال الخطابى . ان فى اســناده مقالا ، قال : والحديث رواه رجل مجهول لم يكن حجة ولم يجب الحكم به قال المنذرى . وكأنه يشير الى أبا المنذر مولى أبى ذر لم يرو عنه الا اسحاق بن عبد الله بن أبى طلحة من رواية حماد بن سلمة عنه ويشهد له حديث له أبى هريرة عند الدارقطنى ، وأخرجه موصولا أيضا الحاكم والبهيقى وصححه بن القطان ، وأخرجه أبو داود فى المراسيل من حديث محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان بدون ذكر أبى هريرة ورجح المرسل بن خزيمة وابن المدينى وغير واحد ولفظ حديث أبى هريرة « أن رســول الله صلى الله عليه وسلم أتى بســارق قد سرق شمة فقالوا : يا رســول الله ان هذا الرجل سرق فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما اخاله سرق فقال بلى يا رسول الله فقال . اذهبوا به فاقطعوه ثم اجسموه ثم ائتونى به فقطع فأتى به فقال . تب الى الله فقال . قــد ثبت الى الله فقال : تاب الله عليك » .

أما اللغات فقوله (ان الآخر) قال فى النهاية الآخر بوزن الكيد ، وهو الأبعد المتأخر عن الخير ، ورأيته هكذا فى اللســان وزاد عليه . وفى الحديث « المسألة أخر كسب المرء » أى أرذله وأدناه .

قوله (فتنحى لشق وجهه) أى أتاه من ناحيته الأخرى ، وقيل مال واعتمد ، وكذا الانتحاء . الاعتماد والميل . قول (ما اخالك سرقت) أى ما أظنك ، يقال . أخال واخال بكسرها والكسر أفصح والقياس الفتح .

(وأذلقته الحجارة) أى أصابته بحدها ، والحجارة المذلقة الحجارة) أى أى أصابته بحدها ، والحجارة المذلقة المحدودة ، وذلق كل شيء حده ، وفلان ذلق اللسان أى حديده • وقوله • تجمز أى عدا وأسرع والجمز ضرب من السير أشدمن العنق ، والناقة تعد والجمر (والحرة) أرض بركانية فى المدينة •

أما الأحكام فانه اذا أقر بحق لآدمى أو بحق الله تعالى لا يسقط بالشبهه كالزكاة والكفارة ثم رجع فانه لا يقبل رجوعه ، لأنه حق ثبت لغيره فلم يملك اسقاطه بغير رضاه ، فان أقر بحق لله تعالى يسقط بالشبهة ثم رجع فقد مضى بيانه فى الحدود •

فرع فى مذاهب العلماء فى اقرار الجانى •

الرجل هو ماعز بن مالك روى قصته جابر بن سمره وعبد الله بن عباس وأبو سعيد الخدرى وبريدة بن الحصيب الأسلمى •

ذهب الحنفية الى أن تكرار الاقرار بالزنا أربعا شرط لوجوب اقامة الحد • ورأو أن النبى صلى الله عليه وسلم فى هذا انما أخر الحد الى تمام الأربع ، لأنه لم يجب قبل ذلك • وقالوا • لو وجب بالاقرار مرة لما أخر الرسول صلى الله عليه وسلم » الواجب وفى قول الراوى : « قلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم » الخ أشعار بأن الشهادة أربعا هى العلة فى الحكم ثم قال :

ومذهب الشافعى ومالك ومن تبعهما أن الاقرار مرة واحدة بموجب للحد قياسا على سائر الحقوق ، فكأنهم لم يروا أن تأخير الحد الى اتمام الاقرار أربعا لما ذكره الحنفية وكأنه من باب الاستثبات والتحقيق لوجود السبب • لأن مبنى الحد على الاحتياط فى تركه ودرئه بالشبهات •

وفى الحديث دليل على سؤال الحاكم فى الواقعة عما يحتاج اليه فى الحكم وذلك من الواجبات • كسؤاله عليه السلام عن الجنون ليتبين العقل ، وعن الاحصان ليثبت الرجم ، ولم يكن بد من ذلك الحد متردد بين الجلد والرجم ، ولا يمكن الاقدام على أحدهما الا بعد تبين سببه •

وقوله صلى الله عليه وسلم « أبك جنون ؟ » ويمكن أن يسأل عنه فيقال. ان اقرار المجنون غير معتبر فلو كان مجنونا لم يفد قوله . انه ليس به جنون . فما وجه الحكمة فى سؤاله عن ذلك ؟ بل سؤال غيره ممن يعرفه هو المؤثر .

وجوابه أنه قد ورد أنه سأل غيره عن ذلك ، وعلى تقدير أن لا يكون وقع سؤال غيره فيمكن أن يكون سؤاله ليتبين بمخاطبته مراجعته تثبته وعقله فيبنى الأمر عليه لأعلى مجرد اقراره بعدم الجنون . وفى الحديث دليل على تفويض الامام الرجم الى غيره . ولفظه يشعر بأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يحضره فيؤخذ منه عدم حضور الامام الرجم ، وان كان الفقهاء قد استحبوا أن يبدأ الامام الرجم اذا ثبت الزنا بالاقرار ، ويبدأ الشهود به اذا ثبت بالبينة ، وكأن الامام لما كان عليه التثبت والاحتياط قيل له : أبدا ، ليكون ذلك زاجرا عن التساهل فى الحكم بالحدود ، وداعيا الى غاية التثبيت ، وأما فى الشهود فظاهر لأن قتله بقولهم وقوله. « فلما أذلقته الحجارة » أى بلغت منه الجهد وقيل عضته وأوجعته وأوهنته وقوله « هرب » فيه دليل على عدم الحفر له أو من عمدة الأحكام ومنه نقلته ويرجع الى كتاب الحدود .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ومن أقر لرجل بمال فى يده فكذبه المقر له بطل الاقرار لأنه رده ، وفى المال وجهان :

(أحدهما) أنه يؤخذ منه ، ويحفظ لأنه لا يدعيه والمقر له لا يدعيه ، فوجب على الامام حفظه كالمال الضائع .

(والثانى) أنه لا يؤخذ منه لأنه محكوم له بملكه فاذا رده المقر له بقى على ملكه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل فان أقر الزوج أن أمر أنه أخته من الرضـاع وكذبته المرأة قبـل قوله فى فسـخ النكاح ، لأنه اقرار فى حـق نفسه ، ولا يقبـل اقراره فى اسـقاط مهرها لأن قوله لا يقبل فى حـق غيره وان أقرت المرأة أن الزوج أخوها من الرضـاع وأنكر الزوج لم يقبل قولهـا فى فسخ النكاح ، لأنه اقرار فى حـق غيرهـا وقبـل قولها فى اسـقاط المهر ، لأنـه اقرار فى حـق نفسـها » .

الشـرح الأحكام اذا أقر الزوج أن زوجته أخته من الرضاعة قبل قوله وانفسخ نكاحه ويفرق بينهما وبهذا قال أحمد وأصحابه وقال أبو حنيفة، اذا قال : وهمت أو أخطأت قبل قوله لأن قوله ذلك يتضمن أنه لم يكن بينهما نكاح ، ولوجحد النكاح ثم أقربه قبل كذلك هاهنا .

ولنا أنه أقر بما يتضمن تحريمها عليه فلم يقبل رجوعه عنه كما لو أقر بالطلاق ثم رجع أو أقر أن أمتة أختة من النسب ، وما قاس عليه الحنفيون غير مسلم ، وهذا الكلام فى الحكم ، فأما فيما بينه وبين ربه فينبنى ذلك على علمه بصدقه ؛ فان علم أن الأمر كما قال فهى محرمة عليه ولا نكاح بينهما ، وان علم كذب نفسـه فالنكاح باق بحاله وقوله . كذب لا يحرمها عليه ، لأن المحرم حقيقة الرضاع لا القول ، وان شك فى ذلك لم تزل عن اليقين بالشك ، وقيل اذا كان كذبا لم يثبت التحريم قالو وهى أكبر منه . هى ابنتى فى الرضـاعة .

اذا ثبت هذا فانه ان كان قبل الدخول وصدقته المرأة فلا شىء لها ، لأنهما اتفقا على نكاح فأسـد من أصله لا يستحق فيـه مهر ، فأشـبه ما لو ثبت ذلك بينه ، وان أكذبته فالقول قولها لأن قوله غير مقبول عليها فى اسـقاط حقوقها فلزمه اقراره فيما هو حق له ، وهو تحريمها عليـه وفسخ نكاحه ، ولم يقبل قوله فيما عليه من المهر .

فـــــرع فان قـــال • هى عمتى أو خالتى أو ببنـــة أخى أو أختى أو أمى الرضاع وأمكن صدقه فالحكم فيه كما لو قال : هى أختى وان لم يمكن صدقه مثل أن يقول لأصغر منه أو لمثله • هى أمى • أو لأكبر منه أو لمثله • هذه ابنتى ولم تحرم عليه • وبهذا قال أحمد وقال أبو يوسف ومحمد • تحرم عليـــه لأنه اقرار بما يحرمها فوجب أن يقبل كما لو امكن دليلنا أنه أقر بما تحقق كذبه فيه فأشبه ما لو قالوا • أرضعتنى واياهـــا حواء • أو كما لو قال هـــذه حواء • وما ذكروه منتقض بهذه الصورة • ويفارق ما اذا أمكن فانه لا يتحقق كذبه • والحكم فى الاقرار بقرابة من النسب تحرمها عليه كالحكم فى الاقرار بالرضاع لأنه فى معناه •

فـــــرع اذا أدعى أن زوجتـــه أختـــه فى الرضـــاع فانكرتـــه فشهدت بذلك أمه أو ابنته لم تقبل شهادتهما ، لأن شهادة الوالدة لولدها والوالد لولده غير مقبولة وان شهدت بذلك أمها أو ابنتها قبلت • وعنـــه لا يقبل بناء على شـــهادة الوالد على ولده والولد على والده قولا واحدا وعن أحمد روايتان • وان أدعت ذلك المرأة وأنكره الزوج فشهدت لها أمها أو ابنتها لم تقبل • وان شهدت لها أم الزوج أو ابنته فهى عند الحنابلة على روايتين •

فـــــرع اذا أقرت المرأة أن زوجها أخوها من الرضاعة فأكذبها لم يقبل قولها فى فسخ النكاح لأنه حق عليها فان كان قبل الدخول فلا مهر لها لأنها تقر بأنها لا تستحقه • فان كانت قد قبضته لم يكن للزوج أخذه منها لأنه يقر بأنه حق لها • وان كان بعد الدخول فأقرت أنها كانت عالمـــة بأنها أخته وبتحريمها عليه ومطاوعة له فى الوطء فلا مهر لها أيضا لاقرارها بأنها زانيـــة مطاوعة • وان أنكرت شـــيئا من ذلك فلها المهر لأنـــه وطء بشبهة وهى زوجته فى ظاهر الحكم ، لأن قولها عليه غير مقبول • فأما فيما بينها وبين الله تعالى فان علمت صحة ما أقرت به لم يحل لها مساكنته وتمكينه من وطئها وعليها أن تفرقه • وأن كان اقرارها بأخوته قبل النكاح لم يجز لهـــا نكاحه ولا يقبل رجوعها عن اقرارهـــا فى ظاهر الحكم لأن

اقرارها لم يصادف زوجته عليها يبطلها فقبل اقرارها على نفسها بتحريمه عليها وكذلك لو أقر الرجل أن هذه أخته من الرضاع أو محرمة عليه برضاع أو غيره وأمكن صدقه لم يحل له تزوجها فيما بعد ذلك فى الظاهر ويدين بينه وبين الله تعالى فى حقيقة الحال .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ان قال لرجل لى عندك ألف فقال : لا انكر لم يكن اقرارا لأنه يحتمل أن يريد : أنى لا أنكر انه مبطل فى دعواه ، وان قال : أقر لم يكن اقرارا لأنه وعد بالاقرار . وان قال لا انكر ان تكون محقا لم يكن اقرارا لأنه يحتمل انه يريد : أنى لا انكر ان تكون محقا فى اعتقاده ، وان قال . لا انكر ان تكون محقا فى دعواك ((لم يكن(١))) اقرارا لأنه يحتمل غير الاقرار . وان قال : انا مقر ففيه وجهان .

(احدهما) وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمة الله انه لا يكون اقرارا لأنه يحتمل انه يريد . انى ببطلان دعواك .

(والوجه الثانى) ان يكون اقرارا لأنه جواب عن الدعوى فانصرف الاقرار الى ما ادعى عليه ، وان قال . لى عليك ألف فقال : نعم أو اجل أو صدق أو لعمرى ، كان مقرا ، لأن هذه الألفاظ وضعت للتصديق . وان قال : لعل أو عسى لم يكن اقرارا لأنها ألفاظ وضعت للشك والترجى. وان قال : أظن أو أحسب أو أقدر ، لم يكن اقرارا لأن هذه الألفاظ تستعمل فى الشك وان قال . له على فى علمى كان اقرارا لأن ما عليه فى علمه لا يحتمل الا الوجوب وان قال . اقض الألف التى لى عليك فقال : نعم . كان اقرارا لأنه تصديق لما ادعاه . وان قال . اشتر عبدى هذا فقال : نعم . أو اعطنى عبدى هذا فقال : نعم . كان اقرار بالعبد لما ذكرناه وان ادعى عليه ألفا فقال . خذ أو اتزن لم يكن اقرارا لأنه يحتمل انه أراد أخذ الجواب منى أو اتزن ان كان ذلك غيرى . وان قال . خذها أو اتزنها ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبى عبد الله الزبيرى رحمة الله انه يكون اقرارا لأن هاء الكناية ترجع الى ما تقدم من الدعوى .

---

(١) فى نسخة المهذب المطبوعة (كان اقرارا) وهو غير مستقيم كما ترى والصواب ما أثبتناه .

(والثانى) وهـو قول عامة أصحابنا انه لا يكون اقرارا لأن هاء الصفات ترجـع الى المدعى به . ولم يقر أنه واجب وان قال . وهى صحاح فقـد قال أبو عبد الله الزبيرى . انه اقرار لانها صـفة للمدعى . والاقرار بالصـفة اقرار بالموصـوف . وقال عامة أصحابنا لا يكون اقرار لأن الصفة ترجع الى المدعى ولا تقتضى الوجوب عليـه وان قال : له على ألف ان شـاء الله لم يلزمه شىء لأن ما علق على مشـيئة الله تعالى لا سـبيل الى معرفته . وان قال : لـه على ألف ان شـاء زيد أوله على ألف ان قـدم فلان ، لم يلزمه شىء لأن ما لا يلزمه لا يصـير واجبـا عليـه بوجود الشرط وان قال : ان شـهد لك فلان وفلان بدينار فهما صادقان ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه ليس باقرار لأنه اقرار معلق على شرط فلم يصـح كمـا لو قال ان شـهد فلان على صـدقته أو وزنت ، ولأن الشـافعى رحمه الله قال : اذا قال لفلان على ألف ان شـهد بها على فلان وفلان ، لم يكن اقرارا ، فان شـهد عليـه وهما عدلان يلزمه بالشهادة دون الاقرار .

(والثانى) وهو قول أبى العباس بن القاص أنه اقرار وان لم يشهدا بـه ، وهـو قول شيخنا القاضى أبى الطيب الطبرى رحمه الله ، لأنه أخبر أنه ان شـهدا به فهما صادقان ، ولا يجوز أن يكونا صـادقين الا والدينار واجب عليـه ، لأنه لو لم يكن واجبـا عليـه لكان الشـاهد به كاذبا فاذا قال يكون صـادقا دل على أن المشـهود به ثابت فصـار كما لو شـهد عليه رجـل بدينار فقال : صـدق الشـاهد ويخالف قوله : ان شـهد فلان صدقته أو وزنت لك لأنه قـد يصدق الانسان من ليس بصادق ، وقد يزن بقوله ما لا يلزمه ، ويخالف ما قال الشـافعى رحمه الله لفـلان على ألف ان شـهد به فلان وفلان لأن وجـوب الألف لا يجوز أن يتعلق بشـهادة من يشـهد عليه فاذا علق بشـهادة دل على أنه غير واجب ، وههنـا لم يعلق وجـوب الدينار بالشهادة ، وانما أخبر أن يكون صـادقا وهـذا تصريح بوجـوب الدينار عليه فى الحال وان كان قال : له على ألف ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه يلزمه لأنه أقر بالوجوب والأصل بقاؤه .

(والثانى) أنه لا يلزمه لأنه أقر به فى زمان مضى فلا يلزمه فى الحـال شىء وان أقر أعجمى عربى بالعجمية ثم ادعى أنه لم يعلم بما قال ، فالقول قوله مع يمينه لأن الظاهر ما يدعيه » .

الشـرح اللغات : قوله (وان قال : نعم أو أجل) قال الجوهرى قولهم : أجل ، انما هو جواب مثل نعم ، قال الأخفش : الا أنه أحسن من

نعم فى التصديق • ونعم أحسن منه فى الاستفهام ، فاذا قال : أنت سوف تذهب قلت : أجل ، فكان أحسن من نعم ، واذا قال : أتذهب ؟ قلت : نعم ، وكان أحسن من أجل • قوله (أو لعمرى) لعمرى ولعمرك قسم كأنه حلف ببقائه وحيـاته والعمرة والعمر واحد ، فاذا أدخلت اللام فتحت لاغير ، ومعناه فى الاقرار كأنه أقسم بثبوته ولزومه عليه •

أما الأحكام فاذا أدعى رجل على رجل ألف درهم فقال المدعى عليه : نعم أو أجل أو صدقت أو لعمرى ، كان ذلك له اقرارا ، لأن هذه الألفاظ وضعت للتصديق ، وان قال المدعى عليه : لا أنكر ما تدعيه ، أو أنا مقر بما تدعيه أولا أنكر أن يكون محقا فى دعواه كان ذلك اقرارا ، لأنه لا يحتمل غير التصديق ، فان قال المدعى عليه : بلى • كان اقرارا • قال فى الفروع : وقيل : ان هذا ليس يجوز لأنه يصح للنفى وان قال المدعى عليه : أنا مقر بما تدعيه أو أنا أقر لم يكن اقرارا ، لأنه يحتمل أنه أراد الوعد فى الاقرار فى المسـتقبل •

وان قال المدعى عليـه : لا أنكر لم يكن اقرارا ، لأنه لم يسـم ما لا ينكره ، ويحتمل أنه أراد لا أنكر فضلك أو لا أنكر وحدانية الله تعالى ، وكذلك اذا قال المدعى عليه : أقر ولا أنكر لم يكن اقرارا لمـا مضى •

وان قال المدعى عليه : انه مقر ، ففيه وجهان •

(أحدهما) لا يكون اقرارا ، لأنه يحتمل أنى مقر ببطلان دعواك •

(الثانى) يكون اقرارا لأنه جواب عن الدعـوى فانصرف الاقرار الى ما ادعى عليه ، وان قال المدعى عليه : لعل أو عسى أو أظن أو أحسب أو أقدر لم يكن اقرارا ، لأن هذه الألفاظ وضعت للشك •

فـــرع وان ادعى عليه ألف درهم فقال المدعى عليه : لفـلان على أكثر مما لك على ــ قال المسعودى : لم يكن اقرارا لواحد منهما ،

لاحتمال أنه قاله على سبيل السخرية وان قال المدعى عليه : لى مخرج من هذه الدعوى لم يكن اقرارا ، وقال ابن أبى ليلى : يكون اقرارا •

دليلنا أنه لم يقم له بالحق ، وانما حكى أن له مخرجا من هذه الدعوى ، فهو كما لو قال : لا حق على ذلك •

فرع وان ادعى عليه ألف درهم فقال المدعى عليه : ان كنت تدعى بها من ثمن متاع فلا يلزمنى ذلك ، وان كنت تدعى بها من جهة القرض فحتى أجيب وان كنت تدعى ألفا مطلقا فلا يلزمنى ، وان كنت تدعى ألفا برهن فحتى أجيب صح ، وينفعه هذا التفضيل بأنه لو أقر بألف ثم ادعى الرهن أخذ منه الألف ، ولا يصدق فى الرهن ، وكذلك لو ادعى على المرتهن عبدا فمن حقه أن يقول : ان كنت تدعى عبدا مطلقا فلا يلزمنى التسليم ، وان كنت تدعى عبدا مرهونا بألف درهم فحتى أجيب صح •

فرع وان ادعى عليه ألف درهم فقال المدعى عليه : خذ أو اتزن لم يكن اقرارا لانه يحتمل : خذ الجواب منى أن اتزن من غيرى ان كانت عليه ، وان قال المدعى عليه : خذها أو اتزنها ففيه وجهان •

(أحدهما) يكون اقرارا ، لأن هاء الكناية ترجع الى ما تقدم من الدعوى •

(والثانى) وهو قول أكثر أصحابنا لا يكون اقرارا ، لأن الصفة ترجع الى المدعى به ولم يقر أنه واجب •

فرع وان ادعى عليه ألف درهم فقال المدعى عليه : وهى صحاح • فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو عبد الله الزبيرى : يكون ذلك اقرارا منه ، لأنه اقرار منه بصفة المدعى عليه ، والاقرار بالصفة اقرار بالموصوف ، وقال أكثر أصحابنا : لا يكون اقرارا منه لأن الصفة ترجع الى المدعى به ولم يقر بوجوبه عليه ، وان ادعى عليه ألف درهم فقال المدعى عليه : ما أكثر ما يتقاضى أو لقد أهمتنى أو ليست بحاضرة اليوم أو والله

لأقضينك • قال الطبرى : لم يكن اقرار ، وقال أبو حنيفة : يكون اقرارا وبه قال بعض أصحاب الشافعى •

دليلنا أنه يقر بوجوبها عليه بشىء من هذه الألفاظ فلم يلزمه • وان قال : لفلان على ألف درهم فى على ، كان اقرارا ، لأن ما فى علمه لا يحتمل الا الوجوب •

فرع وان قال رجل لرجل : اقض الألف التى لى عليك ، أو أعطنى عبدى هذا أو تشترى منى عبدى هذا فقال : نعم فهل يكون ذلك اقرارا منه بالألف والعبد ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يكون اقرارا كما لو قال : عندك لى ألف ، أو هذا العبد لى فقال : نعم •

(والثانى) لا يكون اقرارا لأن الأموال ترجع الى القضاء والعطية والشراء ، وقد يقضى الانسان ما لا يجب عليه ، ويعطيه ويشترى منه ما لا يملكه والأول أصح •

وان قال : أعطنى الألف التى لى عليك فقال : غدا قال الطبرى : لم يكن اقرارا ، وقال أبو حنيفه : يكون اقرارا •

دليلنا أن قوله غدا موعد جواب الدعوى ، فصار كما لو قال : غدا أجيب •

فرع وان قال : لفلان على ألف درهم لم يكن اقرار لأنه يشك أن عليه الألف ، أو لا شىء عليه فلا يلزمه شىء بالشك • وان قال لرجل أخبر فلانا أن له عليك ألف درهم فقال المسئول : نعم • قال الطبرى : لا يكون اقرارا وقال أبو حنيفه : يكون اقرارا •

دليلنا : أنه أذن له فى الخبر المنقسم الى الصدق والكذب فلم يكن

اقرارا ، وكذلك اذا قال لرجل : لا نخبر فلانا وأن له على ألف درهم لم يكن اقرارا ، وقال أبو حنيفة : يكون اقرارا •

دليلنا أنه منعه عن أن يضيف اليه حقا ، والمنع من الاخبار ليس باقرار كما لو قال : ليس لفلان على شيء لا نخبره به ، وان قال : لى عليك ألف درهم وأقرضتكما فقال المدعى عليه : والله لا اقترضت منك غيرها ، أو لم يمر بها على قال الصيمرى : كان اقرارا • ولو قال : ما أعجب هـذا أو تتحاسب لم يكن اقرارا •

فـــرع لو كتب رجل : لزيد على ألف درهم ثم قال للشهود : اشهدوا على بما فيه لم يكن اقرارا • وقال أبو حنيفة : يكون اقـرارا • دليلنا أنه ساكت عن الاقرار بالمكتوب ولم يكن اقرار كما لو كتب عليه غيره فقال : اشهدوا بما كنت فيه أو كما لو كتب على الأرض فان أبا حنيفة وافقنا على ذلك •

فـــرع وان قال : له على ألف ان شاء الله لم يلزمه شيء لأن ما علق بمشيئة الله لا يعلم ، فهو كما لو قال : أمر أنه طالق أو عبده حر ان شاء الله • وان قال : له على ألف ان شاء زيد أو اذا قدم الحاج لم يكن اقرارا ، لأن الاقرار اخبار عن حق واجب فلا يصح تعلقه على الشرط • وان قال لرجل : لك على ألف ان شئت لم يكن اقرارا لأن ما يلزمه لا يصير واجبا عليه بوجوب الشرط ، فان قال : لك على ألف ان قبلت اقرارى • قال ابن الصباغ فعندى لا يكون اقرارا • وان قال : هذا لك بألف ان شئت أو ان قبلت فقال : قبلت أو شئت كان ذلك بيعا صحيحا والفرق بينهما أن الايجاب فى البيع يقع متعلقا بالقبول فاذا لم يصح فجاز تعليقه والاقرار لا يتعلق بالقبول ، وانما هو اخبار عن حق سابق فلم يصح تعليق وجوبه لشرط القبول •

فـــرع وان قال : لك على ألف ان شهد لك به شاهدان أو قال : ان شهد لك على شاهدان بألف فهى على لم يكن اقرارا لأنه اقرار معلق

على شرط مستقبل • وان قال : شهد لك على شاهدان أو فلان وفلان بألف فهما صادقان ففيه وجهان •

(أحدهما) لا يكـون اقرارا لأنه اقرار معلق على شرط فلم يكن اقرارا لأنهما كما لو قال : ان شهد على فلان بألف صدقته أو وزنته لك •

(والثانى) وهو قول ابن القاص واختيار القاضى أبى الطيب أنه يكون اقرار لأنه أخبر أنهما اذا شهد بذلك كانا صادقين ، ولا يكونا صادقين الا اذا كانت الألف واجبة عليه ، فوجبت عليه وان لم يشهدا ، ويخالف قوله : ان شهد لك فلان على بألف صدقته أو زنته لك لأنه قد يصدق من ليس بصـادق •

قال الشافعى رحمه الله : وان قال : لفلان على ألف ان شهد بها فلان وفلان فانهما بشهادتهما وهما عدلان لزمته الألف بالشهادة دون الاقرار •

فـــرع قال الطبرى : لو قال معسر : لفلان على ألف درهم ان رزقنى الله مالا ، كان اقرارا • وقال أبو حنيفة لا يكون اقرارا ، وبه قال بعض أصحابنا لأنه اقرار معلق على شرط ، والأول أصح لأن الايسـار ميقات لأداء ما على المعسر ، وبيان ميقات الأداء لا يبطله كما لو قال : على ألف الى رأس الشـهر •

فـــرع قال الشافعى رحمه الله : اذا قال : له على ألف درهم اذا جاء رأس الشهر كان اقرار واذا قال : اذا جاء رأس الشهر فله على ألف درهم لم يكن اقرارا • فقال أصحابنا : الفرق بينهما اذا قال له على ألف أقر بالألف ، فاذا قال بعد ذلك : اذا جاء رأس الشهر احتمل أن يكون أراد محلها فلم يبطل اقراره بذلك ، واذا بدأ بالشرط فقال : اذا جاء رأس الشـهر فله على ألف لم يقر ذلك بالحق ، وانما علقه بالشرط فلم يكن اقرارا • وقال القاضى أبو الطيب : وفى ذلك نظر ، ولا فرق بين تقديم الشرط وتأخـيره •

وان قال : له على ألف الا أن يبدو لى ففيه وجهان حكاهما الطبرى فى العدة • وان قال : له على ألف ان مت لم يكن اقرارا ، وقال أبو حنيفة يكون اقرارا •

دليلنا أن اقراره معلق بالموت فلم يكن اقرارا كما علقه بقدوم زيد•

فـــرع يصح الاقرار بالعجمية كما يصح بالعربية فان أقر عجمى بالعجمية أو عربى بالعجمية واعترف أنه عالم بما أقر به لزمه ما أقر به • وان قال : لم أعلم ما معناه فان صدقه المقر له على ذلك سقط الاقرار ، وان كذبه ولا بينه مع المقر له أن المقر يعلم ما أقر به فالقول قول المقر مع يمينه ، لأن الظاهر من حال الأعجمى أنه لا يعرف العربية ومن حال العربى أنه لا يعرف العجمية

فـــرع اذا مات رجل وخلف ابنا لا وارث له غيره وخلف سيارة قيمتها ألف دينار لا مال له غيرها فحضره رجلان فقال له أحدهما : لى على أبيك ألف دينار فصدقه ثم قال الثانى : أوصى لى أبوك بثلث ماله فصدقه ، قدم اقراره لصاحب الدين ، فتباع السيارة ويقضى صاحب الدين دينه ، فان رجعت رجعت السيارة الى الابن ببيع أو هبة أو ارث لم يلزمه شىء للموصى له ، لأن الدين اذا استغرق التركة لم تصح الوصية ، وان صدق الموصى له أولا ثم صاحب الدين قال القفال وبن الحداد فللموصى له الثلث من المال ولصاحب الدين الثلثان يتعلق به دينه ، لأنه أقر أولا للموصى له فلزمه اقراره بثلث السيارة فلا يقبل رجوعه عنه الى الاقرار لصاحب الدين ، وان صدقهما معا فعلى مذهب القفال وابن الحداد قسمت السيارة على أربعة أسهم سهم للموصى له وثلاثة تباع لصاحب الدين ، لأنه لا مزية لأحدهما فى التصديق فصار كما لو أوصى لأحدهما بالسيارة ولآخر بثلثها وأجاز لهما الابن •

وقال الشيخ الحسين الطبرى : عندى أنها لصاحب الدين اذ حكمهما ــ اذا صدقهما ــ حكم ما لو أقاما البينة ، ولو أقاما البينة لقدم صاحب الدين ،

فكذلك اذا صدقهما ، والمشهور هو الأول •

فاذا قلنا بالمشهور وسلم الى الموصى له فى الأولى ثلث السيارة وفى الثانية ربعها ثم رجعت الى ملك الابن ببيع أو هبة أو ارث لزمه تسليمها لتباع فيما بقى من الدين ، لأن الوصية لم تبطل الدين ، وانما قدمت الوصية لاقرار المدعى عليه • وان حضره رجلان فقال أحدهما أوصى لى أبوك بثلث ماله ، ثم قال الآخر : أوصى لى أبوك بثلث ماله فقال لهما : صدقتما ، قسم الثلث بينهما نصفين لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر ، وان صدق أحدهما قبل الآخر قال القاضى أبو الطيب : انفرد الأول بثلث جميع التركة باقرار الابن من غير مزاحمة له واقراره للثانى اذا لم يصادقه الأول لم يثبت حقه ولا ينقص ما ثبت له باقراره ، لأنه لا يقبل رجوعه منه ويكون للثانى سدس جميع المال يأخذه مما فى يد الابن ، لأنه يثبت له باقراره له فيبقى للابن نصف التركة •

وان صدق الابن الأول وكذب الثانى فأقام الثانى شاهدين ثبت للثانى ثلث جميع التركة بالبينة ، ولا يشـــاركه الأول فيه ، لان اقرار الوارث لا يعارض البينة ويثبت للأول ثلث ما بقى من التركة وهو سهمان من تسعة أسهم من جميع التركة لأنه باقراره مستحق لثلث جميع التركة الا أن الثلث الذى قبضه صاحب البينـــة كالمغصوب لأنه يكذب البينة فلزمه ثلث ما بقى فى يده من التركة •

وان صدق الابن الثانى وأراد الثانى أن يقيم البينة سمعت البينة لأنه يستنفد بذلك استحقاق ثلث جميع التركة ، واذا لم يقيم البينة لم يستحق الا سدسها • وأما الأول فلا يعارض الثانى لأن الاقرار لا يعارض البينة ويكون للأول نصف الثلث ، لأن البينة قد ثبتت عليـــه فى حـــق المدعى وفى حق الوارث فرجع حقه الى نصف الثلث •

فـــــرع وان مات رجل وخلف ابنا لا وارث له غيره وخلف ثلاثة أعبد قيمتهم ســـواء ، لا مال له غيرهم فقال أحدهم : قد أعتقنى أبوك فى مرض موته فلم يجبه وقالها آخـــر فقال الابن صدقتما قال ابن الحداد: أقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة عتق ورق الآخر ، وان صدق الأول ثم

صـــدق الثانى عتق الأول بغير قرعة ، لأنه يثبت له العتق باقراره من غير مزاحمة ، ولا يقبل رجوعه عنه بتصديقه للثانى •

وأما الثانى فانه أقر بالعتق مع المزاحمة فقرع بينه وبين الأول ، فان خرجت القرعة على الأول رق الثانى ، وان خرجت على الثانى عتق أيضا، ، وان مات رجل وخلف ابنا لا وارث له غيره ، وخلف عبدا قيمته ألف لا مال له غيره فادعى العبد على الابن أن أباه أعتقه فى حال صـــحته وادعى رجل أن له على أبيه ألف درهم دينا ، فقال الابن : صدقتما • قال ابن الحداد عتق نصف العبد وبيع نصفه فى الدين ، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر فى التصديق ، وان صدق العبد أولا ثم صدق صاحب الدين عتق العبد وبطل اقراره لصاحب الدين •

وان صدق صاحب الدين أولا ثم صدق العبد بيع العبد فى الدين ولا يصح اقراره بالعتق ، فان كانت بحالها الا أن العبد أدعى أن أباه أعتقه فى مرض موته ، فان صدق العبد أولا عتق ثلث العبد وبيع ثلثاه فى الدين وان صدقهما معا عتق ربع العبد وبيع ثلاثة أرباعه فى الدين وان صدق صاحب الدين أولا بيع العبد فى الدين وبطل العتق •

فـــــرع وان مات رجل خلف ابنا لا وارث له غيره وخلف ألف درهم لا مال غيرهما فادعى رجل على الابن أن ماله على أبيه ألف درهم دينا فصدقه ثم ادعى آخـــر على الابن أن له على أبيه ألف درهم دينـــا فكذبه ، وأقام الثانى بينة بدينه قال ابن الحداد : قدم صاحب البينة لأن البينة مقدمة على الاقرار •

فـــــرع قال الطبرى فى العدة : اذا أقرت المرأة بصداقها الذى الذى فى ذمة زوجها لغيرها أو أقر الزوج بالمـــال الذى يثبت له على الزوجة بالخلع لغيره أو أقر المجنى عليه بأرش الجناية على الجـــانى لغيره ، فقال صاحب التلخيص : لا يقبل اقراره فى جميع هذه المسائل لأنـــا قد علمنا ثبوته على من هو عليه لمـــالكه ، فلا يجوز أن يكون لغيره ، والاقرار لا ينقل

الملك ، ولهذا لو شهد رجلان أن فلانا أقر بدار لفلان يملكها يوم الاقرار لم تصح هذه الشهادة . قال أبو على السنجى : وقعت هذه المسألة فأثبت فيها هكذا ثم رأيتها لأصحابنا بنيسابور هكذا لأن الدار اذا كانت ملكا له فاقراره بها لغيره كذب الا أن يقولا وكانت فى يده وتعرفه بها تعرف المالك ولم يكن له منازع ، فحينئذ يقبل . قال أبو على السنجى : وهذه المسائل كلها اذا قلنا : لا يصح هبة الدين ولا بيعه من غير من هو عليه فى أحد الوجهين .

فرع قال الطبرى : وقد تعود الناس اليوم الاقرار للوارث بمال فى مرض الموت يقصدون به قطع الميراث عن غيره من غير عقد ولا سبب ، وذلك حرام ، ويكون موروثا .

ولو حدث مثل هذا وادعى سائر الورثة على المقر له : أن أبانا قد أقر لك بذلك وظن أنك تملكه باقراره فأحلف أنه أقر لك بحق لازم لزمه أن يحلف وكذا لو أقر البائع بقبض الثمن ، وأشهد على نفسه بذلك ثم قال : أقررت به على ما جرت العادة أن المشترى لا يدفع الثمن ما لم يكتب البائع الصك ، ويشهد عليه فحلفوه : أنى كنت قبضته منه حلف .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(باب جامع الاقرار)

فصل **اذا قال : لفلان على شىء طولب بالتفسير ، فان امتنع عن التفسير جعل ناكلا ورد اليمين على المدعى ، وقضى له لأنه كالساكت عن جواب المدعى ومن أصحابنا من حكى فيه قولين**

(احدهما) ما ذكرناه .

(والثانى) انه يحبس حتى يفسر لأنه قد اقر بالحق وامتنع من ادائه فحبس وان شهد شاهدان على رجل بمال مجهول ففيه وجهان .

(احدهما) انه يثبت بالحق كما يثبت بالاقرار ثم يطالب المشهود عليه كما يطالب المقر .

(والثانى) انه لا يثبت الحق لأن البينة ما أبانت عن الحق وهذه ما ابانت عن الحق وان أقر بشيء وفسره بما قل او كثر من المال قبل ، لأن اسم الشيء يقع عليه وان فسره بالخمر والخنزير أو الكلب أو السرجين او جلد الميتة قبل الدباغ ففيه ثلاثة أوجه .

(احدها) انه يقبل لأنه يقع عليه اسم الشيء .

(والثانى) انه لا يقبل لأن الاقرار اخبار عما يجب ضمانه وهذه الأشياء لا يجب ضمانها .

(والثالث) انه ان فسره بالخمر والخنزير لم يقبل ، لأنه لا يجب تسليمه ، وان فسره بالكلب والسرجين وجلد الميتة قبل الدباغ قبل . لأنه يجب تسليمه . وان قال غصبتك أو غصبتك ما تعلم لم يلزمه شيء ، لأنه قد يغصبه نفسه فيحبسه وان قال : غصبتك شيئا ، ثم قال غصبته نفسه لم يقبل لأن الاقرار يقتضى غصب شيء منه ويطالب بتفسير الشيء ﴾ .

الشرح اذا أقر بمجهول بأن قال : له على شيء وهو أنكر النكرات لأنه يجمع المعرفة والنكرة والمذكر والمؤنث والموجود والمفقود فهو أحد الكلام فى التفسير صح اقراره ويخالف الدعوى حيث قلنا : لا يصح بالمجهول بأن الاقرار حق عليه فلذلك صح مع الجهالة ، وفى الدعوى لا يمكن الحكم بالمجهول ثم يطالب المقر بتفسير ما أقر به لأنه لا يعلم الا من جهته ، فان امتنع من التفسير قلنا للمقر له : بين أنت ما أقر لك به ، قال : أقر لى بكذا قلنا للمقر:قد فسر المقر له اقرارك بكذا فان صدقه لزمه ، وان كذبه أو امتنع من الجواب قلنا : ان فسرت ما أقررت به وحلفت عليه والا جعلناك ناكلا وحلفنا المقر له على ما يدعيه ، وأوجبناه عليك ، وان فسر المقر اقراره فلا كلام ، وان لم يفسر حلفنا المقر له على ما فسر وأوجبناه عليه ، وان امتنع المقر له من اليمين قيل له : انصرف ، فلا حكم لك عندنا ، وهذا هو المشهور .

وحكى الشيخ أبو اسحاق أن من أصحابنا من قال : فيه قولان .

(أحدهما) هـذا •

(والثانى) يحبس المقر الى أن يفسر ولم يذكر المسعودى غير هذا ، وان فسر المقر الشىء الذى أقر به نظرت ، فان فسره بما يتمول فى العادة وان قل كالدرهم والفلس قبل تفسيره ، ورجع الى المقر له ، فان صدقه على ذلك ثبت ذلك ، وان كذبه فى القدر وادعى أكثر مما أقر به من جنس ما فسر به اقراره ، وأنه أراده باقراره ثبت القدر المقر به ، وحلف المقر على نفى الزيادة ، فيحلف أنه لا يستحق عليه ما ادعاه ، وأنه لم يرده باقرار يمينا واحـدة •

وان ادعى المقر له جنسـا غير الجنس الذى أقر به المقر سقط ما أقر به المقر ، لأنه كذبه : وكان القول قول المقر مع يمينـه فى نفى ما ادعاه عليه ، فاذا حلف سقط حكم الاقرار •

وان نكل المقر عن اليمين ردت على المقر له ، قال أصحابنا العراقيون : فيحلف أنه أراد بقوله ما ادعاه المقر له ، وأنه يستحق عليه • وقال المسعودى: يحلف بأن لى عليك كـذا ، ولا يحلف أنه أراده باقراره ، لأنه لا يمكن الاطلاع على مراده • وان فسره بما لا يتمول بأن فسره بقشر جوزة أو لوزة أو قمع باذنجان ، أو قشر رمانه لم يقبل تفسيره ، لأن اقراره يفيد ثبوت حق عليه ، وهـذا مما لا يثبت فى الذمة ، فيطالب بتفسير اقراره ، وان فسر اقراره بما ليس بمال فى الشرع كلحم الميتة والدم وجلد الكلب أو بكلب غير معلم لم يقبل تفسيره لأن ذلك لا ينتفع به •

وان فسره بالكلب المعلم ، أو الخنزير أو الخمر أو السرجين أو جلد الميتـة قبل الدباغ فهل يقبل تفسـيره ؟ فيه ثلاثة أوجه حكاها الشـيخ أبو اسـحاق •

(أحدها) يقبل لأنه يقطع اسم الشىء •

(والثانى) لا يقبل ، لأن الاقرار اخبار بما يجب ضمانه ، وهـذه الأشياء لا تثبت فى الذمة ، ولا يجب ضمنها •

(والثالث) ان فسر بالخمر أو الخنزير لم يقبل ، لأنه لا يجب تسليمه ، وان فسره بالكلب أو السرجين أو جلد الميتة قبل الدباغ ، لأن هذه الأشياء يجب تسليمها لنـا •

وان فسر اقراره بحق الشفعة قبل ، لأنه لاحق عليه مؤول الى المـال وان فسره برد السلام وجواب الكتاب ، لم يقبل ، لأن ذلك يثبت فى ذمته ، لأن رد السلام وان كان واجبا ، فانه يسقط بفواته • وان فسره بحـد القذف ففيه وجهان حكاهما ابن الصباغ •

(احداهما) يقبل لأنه حق لآدمى •

(والثانى) لا يقبل لأنه لا يؤول الى المـال بحال • وان فسره برد وديعة عنده له قال المسعودى : قبل ، لأن الرد شىء واجب عليه • هـذا مذهبنا ، وقال أبو حنيفة : اذ قال : له على شىء ، لم يقبل منه تفسيره من غير المكيل والموزون •

دليلنا أن غير المكيل والموزون مملوك يدخل تحت العقد فجاز أن يفسر به الاقرار المجهول ، كالمكيل والموزون •

وان قال : غصبتك شيئا ، ثم قال : غصبتك نفسـك لم يقبل ، لأن الاقرار نقيض غصب شىء منه ، ويطـالب بتفسيره • وان شهد شاهدان لرجل على رجل بمال فهل تقبل شهادتهما ؟ فيه وجهان •

(أحدهما) تصح شهادتهما ، وتعلق هذا القائل بأن الشافعى رحمه الله قال : ولو رهن عنده رهنا على مائة ، فادعى أن المرتهن أقر بقبض شىء من الحق أو قال : قد أقبضته بعض الحق أو قامت البينة بذلك ، فالقول فالقول قول المرتهن فى قدره • فان لم يحلف قام وارثه مقامه •

(والثانى) لا تصح هذه الشهادة لأن البينة سميت بينة لأنها تبين ما شهدت به ، وهذه ما بانت ، ومن قال بهذا أول ما قاله الشافعى رحمه الله على أنه أراد اذا شهدت البينة على اقرار المقر بشىء مجهول فان الشهادة مقبولة .

فـــــرع اذا ادعى على رجل ألف درهم فقال المدعى عليه : على له شىء ، فهو كمال لو أقر له بشىء ابتداء ، فيطالب بتفسيره على ما مضى ، فان امتنع من التفسير جعله الحاكم ناكلا . قال الشيخ أبو حامد : ويحلف الحاكم المدعى أنه أراد بقوله : له على شىء ألف درهم ، وأنه يستحق ما ادعاه عليه ، فان قال : أردت به درهما قيل المقر له ما يقول ، فان قال : نعم أراد هـــذا باقراره ، ولكن لى عليه ألف درهم قيل له : خذ هذا الدرهم وحلفه على الباقى ، وان قال المدعى : ما أراد باقراره بالشىء بالدرهم ، وانما أراد الألف التى أدعيت عليه فقد ادعى عليه شيئين أحدهما : الألف والثانى : أنه اعترف له به .

قال الشيخ أبو حامد : فله أن يحلفه على شيئين : أنه لم يرد بقوله : له على شىء ألفا ، وأنه لا يستحق من الألف الا درهما ، ويحلفه يمينا واحدة لأنهما حقان لشخص واحد . وان فسر اقراره بجنس غير الدراهم . بأن قال له : على ثوب أو عبد قيل للمدعى ما يقول فان قال : نعم أراد به هذا ولى عليه هذا والألف الدرهم أيضا ، ثبت له ما أقر له به ، وحلف المقر على الألف الدرهم المقر بها عليه .

وان قال المقر : صدق أنه أراد بقوله : له على شىء هذا الذى فسره ولكن مالى عليه هذا ، وانما لى عليه ألف درهم ، بطل اقراره بالثوب لأنه كذبه وحلف المقر أنه لا يستحق عليه ألف درهم ، وان قال المقر له : كذب فى التفسير بل أراد بقوله : له على شىء الألف الدرهم التى ادعيت فقد ادعى عليه شيئين ألف درهم والاعتراف بها فيحلف المقر يمينا واحدة أنه ما أراد بقوله : له على شىء ألف درهم ، وأنه لا يستحق عليه ألف درهم ، ويسأل

المقر له عما فسر به المقر اقراره ، فان قال : هو لى أخذه ، وان قال : ليس لى بطل الاقرار له

فـــــرع وان قال : له على مال ، طولب بتفسيره ، فاذا فسره بما يقع عليه اسم المـــال وان قل ، قبل منه • والكلام فى الرجوع الى المقر له على ماضى فى الاقرار بالشىء فان فسره بخمر أو خنزير أو كلب معلم أو جلد ميتة قبل الدباغ أو سرجين لم يقبل وجها واحدا ، لأن ذلك وان وقع عليه اسم الشىء فلا يقع عليه اسم المـــال • هذا مذهبنا •

وقال أبو حنيفة : اذ قال له على مال فلا يقبل فى تفسيره الا المـــال الذى يجب فيه الزكاه • واختلف أصحاب مالك رحمه الله فيه فمنهم من قال كقولنا ، ومنهم من قال : لا يقبل أقل من نصاب فى الزكاة من نوع أموالهم • ومنهم من قال : لا يقبل منـــه الا ما يستباح منه البضـــع أو ما تقطع به يد الســـارق •

دليلنا أن اسم المـــال يقع على القليل والكثير ، مما يتمول فى العادة ، فقبل تفسيره فيه كالذى سلموه •

فـــــرع وان قال : له على مال عظيم أو كثير أو جليل أو نفيس أو عظيم جدا أو عظيم عظيم ، فانه لا يتقدو بمقدار ، بل اذا فسره بما يقع عليه اسم المـــال قبل منه ، واختلف أصحاب أبى حنيفه فمنهم من قال : لا يقبل أقل من عشرة دراهم ، وقيل : انه مذهب أبى حنيفـــة : وقال أبو يوسف ومحمـــد : لا يقبل منـــه أقل من مائتى درهم ومنهم من قال : لا يقبـــل منه أقل من قدر الدية •

وقال الليث بن سعد : لا يقبل منه أقل من اثنين وسبعين درهما لقوله تعالى : « لقد نصركم الله من مواطن كثيره » وكانت غزواته صلى الله عليه وسلم اثنين وسبعين •

دليلنا أن ما من قدر من المـال الا وهو عظيم وكثير بالاضافة الى ما هو دونه ، فقبل تفسيره كالذى سلمه كل واحد منهم • وما احتج به الليث فلا حجة فيه ، لأن ذلك ليس بحد لأقل الكثير ، ولا يمتنع وقوع الكثير على أقل من ذلك •

فـــرع وان قال : له على أكثر من مال فلان ، أو أكثر من المـال الذى بيد فلان ، رجع فى تفسيره اليه ، فاذا فسره بأى قدر من المال قبـل منه ، سواء فسره بمثل حال فلان ، أو بأقل منه ، وسواء علم مبلغ ما لفلان أو لم يعلم ، لأنه يحتمل أن قوله أكثر ، أى أكثر من مال فلان نفعا لكونه حلالا ، أو لكونه فى الذمة •

وان قال : له على أكثر من مال فلان عددا أو على له مال عدده أكثر من عدد مال فلان فان أقر أنه يعرف قدر مال فلان لزمه قدر مال فلان ، ورجع فى الزيادة اليه ، فبأى قدر فسر الزيادة من المـال قبل منه ، لأنه يحتمل ما قاله •

وان قال : لا أعلم قدر مال فلان الا كذا ، لزمه قدر ما أقر أنه يعرف أنه مال فلان ، ورجع فى الزيادة عليه اليه ـ وان قال : لا أعلم قدر مال فلان قبل تفسيره ، وان كان بأقل من مال فلان • لأنه اذا لم يعلم قدر مال فلان فقد أقر بمجهول فرجع فى تفسيره اليه ، قال الشافعى رحمه الله : فان أقام المقر له بينة أن المقر يعلم قدر مال فلان وهو كذا ، لم أقبل هذه البينة ، بل لا يلزمه الا ما أقر به لأنه يجوز أن يكون قد عرف مال فلان ثم اعتقد بعـد ذلك أنه قد ذهب بعضه ، ولا ندرى كم ذلك البعض ، وكل من أقر بشىء فانه يلزمه ما يحقق اقراره فيه ، ويرجع فى المحتمل اليه ، وهذا محتمل فكان القول فيه قوله •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان قال له على مال ففسره بما قل او كثر قبـل لان اسم المـال يقع عليه وان قال له : على مال عظيم أو كثير قبل فى تفسـيره القليل والكثير لأن ما من مال الا وهـو عظيم وكثير بالاضـافة الى ما هـو

دونه ، ولأنه يحتمل أنه أراد به أنه عظيم أو كثير عنـده لقلة ماله أو لفقر نفسـه ، فان قال له على أكثر من مال فلان قبـل فى بيانه القليـل والكثير لأنه يحتمل أنه يريد أنه أكثر من مال فلان لكونه من الحلال أو أكثر بقـاء لكونه فى ذمتـه .

فصـــل وان قـال له على درهم لزمه درهم من دراهم الاسـلام وهو سـتة دوانق ، وزن كل عشرة سـبعة مثاقيل فان فسره بدرهم طبرية كطبرية الشـام وهو دوانق فان كان ذلك متصـلا بالاقراد قبـل منه كما الو قال : له على درهم الادانقين وان كان منفصلا نظرت فان كان الافرد فى غير الموضـوع الذى يعامل فيـه بالدراهم الطبرية لم يقبل ، كما لا يقبـل الاستثناء المنفصل عن الجملة وان كان فى الموضـع الذى يتعامل فيه بالدراهم الطبرية ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو المنصوص أنه يقبل لأن اطلاق الدراهم يحمل على دراهم البلد كما يحمل فى البيع على دراهم البيع .

(والثانى) أنه لا يقبل ويلزمه درهم من دراهم الاسـلام ، لأنه اخبـار عن وجـوب سـابق بخلاف البيع فانه ايجاب فى الحال ، فحمل على دراهم الموضـع الذى يجب فيـه . وان قال : على درهم كبير لزمه درهم من دراهم الاسـلام ، لأنه درهم كبير فى العرف فان فسره بما هو أكبر وهـو الدرهم البغلى قبـل منه لأنه يحتمل ذلك وهو غير متهم فيـه . وان قال : لـه على درهم صغير أو له على درهم لزمه درهم وازن ، لأنه هو المعروف فان كان فى البلد دراهم صـغار ففسره بها قبـل ، لأنه محتمـل اللفظ . وان قال : له على مائة درهم عـددا لزمه مائة وازنه عددها مائة . لأن الدراهم تقتضى الوازنة ، وذكر العدد لا ينافيها فوجب الجمع بينهما » .

الشـــرح قوله (كطبرية الشام) يعنى الدراهم المطابقة لدراهم طبرستان مضروبة فى الشام ، وقد جاء فى كتابنا (النقود الاسلامية) .
ما يأتى :

ان النقود كانت مضبوطة بقيمتها الحقيقية Mounaie Droite فكأنها سلعة دقيقة الوزن جميلة الشكل صغيرة الحجم كريمة المعدن ضمنت الدولة توافر أولئك العناصر فيها بتدخلها فى سكتها خالصة من كل زيف أو تطفيف .

ونزيد على ما أوردنا من أدلة ذلك أنهم كانوا يحكمون على من زيفها ـ بنقص فى وزنها أو تخليط فى نوع معدنها ـ بقطع اليد لأنه قد سرق الجزء الذى نقصه ، ثم طبع خاتم الدولة (المقلد) للتعمية على المتداولين الذين يعلمون أوزان النقود التى تضربها الدولة فى سائر أنواعها (أعنى الكسروية، والعمرية ، والسميرية ، والهبيرية ، والخالدية ، واليوسفية والمكروهة) الى آخر أنواعها التى ستأتى على بيانها منفصا بينا ان شاء الله .

قال البلاذرى فى كتاب (فتوح البلدان) :

حدثنى محمد بن سعيد الواحدى عن كثير بن زيد عن المطلب بن عبد الله ابن حنطب : أن عبد الملك بن مروان أخذ رجلا يضرب على غير سكة المسلمين فأراد قطع يده ، ثم ترك ذلك وعاقبه . (قال المطلب) فرأيت من بالمدينة من شيوخنا حسنوا ذلك من فعله وحمدوه . قال الواقدى : وأصحابنا يرون فيمن نقش على خاتم الخلافة المبالغة فى الأدب الشهرة . ولا يرون عليه قطعا ، وذلك رأى أبى حنيفة والثورى وقال مالك وابن أبى ذئب وأصحابهما : نكره قطع الدراهم اذا كانت على الوفاء[1] وننهى عنه لأنه من الفساد . وقال الثورى وأبو حنيفة وأصحابه : لا بأس بقطعها اذا لم يضر ذلك بالاسلام وأهله ، حدثنى عمر الناقد قال : حدثنا اسماعيل ابن ابراهيم عن ابن عوف عن ابن سيرين : أن مروان بن الحكم أخذ رجلا

---

(١) قال الأب انستاس الكرملى عضو المجمع الملكى للغة العربية :
المراد بقطع الدراهم نزع شىء منها انتفاعا به لنفس القاطع ، حتى أن بعض هؤلاء السراق يبردون الدراهم والدنانير لينتفعوا بتلك البرادة المسروقة . قال محمد نجيب المطيعى : وفى تعليق الكرملى نظر ، اذ المتبادر من مفهوم النص المروى لا يقتصر على أن القطع يعنى النزع ، ولكن العبارة تفيد بدلالتها ما هو أعم وأشمل وأعنى الضرب والسك ، فيكون القطع هو القطع من المعدن أو التبر وتحويله بالسك الى نقود فيكون قد نقص أو (قطع) جزءا من المقدر له يريد التطفيف ، ومن هنا يتوجه قول الثورى وأبى حنيفة : لا بأس بقطعها مع الوفاء أى بضربها ، لأن النقود متداولة بقيمتها الحقيقية فيكون ضربها مع الوفاء ولو قلد الضارب خاتم الدولة ونقشها به =

يقطع الدراهم فقطع يده فبلغ ذلك زيد بن ثابت[1] فقال : لقدعاقبه . قال اسماعيل : يغير دراهم فارس ، وقول ابن خلدون فى المقدمة يوضح هذا الذى بلغ حد البديهيات فى علم النميات Namismatipue من كون النقود كانت تتعاطى بقيمها الحقيقية قال : وهى الختم (أى السكة) على الدراهم والدنانير المتعامل بها بين الناس بطابع حديد تنقش فيه صور أو كلمات مقلوبة ويضرب بها على الدنانير أو الدراهم بوزن معين يصطلح

=

مبالغة فى الأدب مع الخليفة والشهرة لاسمه ـ أعنى الخليفة ـ مجرد عمل لا يقيد منه صانعه شيئا فان نهى عنه كان ذلك سدا لذريعة الفساد والسرقة والتطفيف والجراة على هيبة الخلافة بتقليد الخاتم مع النية ، وكل هذا فى اعتبارهم وفى زمانهم طبعا ، لأن النقود وان ارتبطت الدولة بضمان وزنها الا انها لم تكن محصورة فى بنك اصدار يتولى سكتها على طريقة ما وصلت اليه أساليب علم الاقتصاد فى العصر الحديث لاعتبارات سنأتى على بيانها وعلى الفرق بين طريق التعامل عندهم وطرق التعامل عندنا وأسباب ذلك ان شاء الله ، ومن ثم يتوجه كذلك قول مالك وابن ابى ذئب وأصحابهما : نكره قطع الدرهم اذا كان على الوفاء وننهى عنه لأنه من الفساد ، وتفسر ذلك رواية الواقدى « عن ابن أبى الزناد عن أبيه : أن عمر بن عبد العزيز أتى برجل يضرب على غير سكة السلطان فعاقبه وسجنه وأخذ حديده فطرحه فى النار » ويفسره أيضا قول الواقدى : « وأصحابنا يرون فيمن نقش على خاتم الخلافة لمبالغة فى الأدب والشهرة ولا يرون فى ذلك قطعا » . وهذا انما يفيد أن القطع نوعان : نوع بضرب النقود وهو اما على الوفاء ـ أعنى قطع اليد حسب اصطلاح الفقهاء فى اطلاق اللفظ ـ ونوع « بنزع شىء منها انتفاعا به لنفس القاطع » وبرد النقود للانتفاع بتلك البرادة المسروقة ، وهذا هو تحرير الموضوع فى نظرى لكى يزول الاشكال الوارد عليه من اباحة القطع عند الأئمة الأجلاء .

(١) زيد بن ثابت كاتب الوحى وجامع القرآن وعالم الفرائض ، وهو أحد الصحابة المتصدرين للدعوة والمبشرين بالدين الحنيف والعالمين بأدق أحكامه ، ويبدو أن عقليته كانت رياضية من النوع الممتاز ، ولذا فقد نبغ الفرائض يوم لم يكن لها مرجع من كتاب غير القرآن وترجمانه فى هذا الباب زيد ثابت (رضى الله عنه) .

عليه ، فيكون التعامل بها عددا ، وان لم تقدر أشخاصها يكون التعامل بها وزنا .

على أنه لا يفوتنى ثم أن أنوه بما يرى ابن خلدون فى النقود المضروبه، والتى عليها خاتم الدولة وصور وقائعها المشهوره أو رموزها ذات المعانى البالغة من دلالة على التقدم والمدنية التى أخذت الأمة بأسبابها .

ونعود الى موضوعنا الأول وهو أهم عنصر فى هذا المبحث ، عثرت فى كلام ابن خلدون على ما يفيد أن العرب اتخذوا النقود الرمزية (أحيانا) فكيف كان ذلك . لأجل أن نبسط كلام ابن خلدون يحسن أن نأتى على تحديد الرمزية فى النقود حتى لا يغيب عن هذا البحث شىء ينبغى أن يلم به من يريد علم النقود .

النقود هى الأشياء التى اصطلح الناس فيما بينهم على قبول التعامل بها لا لذاتها بل لضرورة قصد مبادلتها بدورها عند الحاجة الى شىء من السلع أو الأعيان التى تعد من مقومات الحياة الانسانية ، فهى وسيلة التبادل ، ومن هنا كان كل ما أحله المجتمع هذا المحل من الاعتبار نقودا بقطع النظر عن المعدن الذى أخذ منه أو تكييف السبب الذى من أجله صار النوع وسيلة للتعامل ومقياسا للقيم وواسطة للتبادل . وهى تنقسم الى قسمين نقود ورقية ، وهى لم تكن عند القدماء فى الاستعمال كما هو الشأن اليوم عندنا ، بل كانت تستعمل لتلافى المضار الناشئة عن تغيير زنة النقود ومثاقيلها ، وكانت فى حقيقتها شهادات تسلم من الصيارفة للمودعين نقودهم لاثبات حقهم فيما أودعوه من وزن المعادن ، وكانت هذه النقود الورقية أو على الأصح هذه الشهادات ذاتية فى أول الأمر ثم صارت لحاملها فغدت كالنقود فى تداول ملكيتها من يد الى يد . وقد عرف النقود الورقية صيارفة البابليين ، اذ استعملوا هذه الشهادات الى القرن السادس قبل الميلاد ، ثم كانت معروفة لدى سكان الصين الى القرن التاسع الميلادى وتكلم عنها الرحالة ابن بطوطة فى « تحفة النظار فى غرائب الأمصار وعجائب الأسفار »

ومن هنا يمكن فهم محاولة عمر بن الخطاب اخراج نقود من جلود الابل يمكن طبع خاتم الدولة عليها واحتساب قيمة لها اسمية أو كشهادة تعطى عن الأموال المودعة فى بيت المال • وقد روى هذه المحاولة ــ أعنى محاولة عمر صنع النقود من الجلود ــ البلاذرى بسنده عن الحسن[1] قال : قال عمر : هممت أن أجعل الدراهم من جلود الابل • فقيل له : اذن لا بعير ، فأمسك •

النوع الثانى : وهو النقود المعدنية ، وهى اما متداولة بقيمة اسمية فهى قريبة من النقود الرمزية كالورق واما متداولة بقيمة حقيقية كما هو الشأن عندهم والنقود المعدنية الأولى ثبت استعمالها فى صدر الاسلام ، الا أنهم كانوا يتبينون خطأ استعمالها فيتلافونه سريعا • قال العلامة ابن خلدون فى الفصل الخاص بـ (السكة) من المقدمة :

(تنبيه) ولنختم الكلام فى السكة بذكر حقيقة الدرهم والدينار الشرعيين وبيان مقدارهما ، وذلك أن الدرهم والدينار ، مختلفا السكة فى المقادير والموازين بالآفاق والأمصار وسائر الأعمال ، والشرع قد تعرض لذكرهما وعلق كثيرا من الأحكام بهما فى الزكاة والأنكحة والحدود وغيرها ، فلا بد لهما عنده من حقيقة ومقدار يتبين فى تقديره وارادته ، وتجرى عليهما أحكام دون غير الشرعى منهما ، فاعلم أن الاجماع منعقد منذ صدر الاسلام وعهد الصحابة والتابعين أن الدرهم الشرعى هو الذى يزن العشرة منه سبعة مثاقيل من الذهب والأوقية منه أربعين درهما • وهو على هذا سبعة أعشار الدينار ، ووزن المثقال من الذهب الخالص اثنتان وسبعون حبة من الشعير الوسط • فالدرهم الذى هو سبعة أعشار خمسون حبة وخمسا حبة ، وهذه المقادير كلها ثابتة

---

(١) الحسن البصرى الفقيه والواعظ والتابعى المشهور ، يدل على ذلك سند الرواية اذ سمعها البلاذرى من عمر الناقد قال : حدثنا يونس ابن عبيد عن الحسن . وهذه السلسلة بعض أسانيد الحسن البصرى وان كان فيها انقطاع .

بالاجماع ، فان الدرهم الجاهلى كان بينهم على أنواع أجودها : الطبرى وهو ثمانية دوانق ، والبغلى وهو أربعة دوانق ، فجعلوا الشرعى بينهما ستة دوانق ، وكانوا بها يوجبون الزكاة فى مائة درهم بغلية ، ومائة طبرية وخمسة دراهم وسطا .

وقد اختلف الناس : هل كان ذلك من وضع عبد الملك أو اجماع الناس بعد علية كما ذكرناه ، ذكر ذلك الامام أبو سليمان الخطابى فى كتاب (معالم السنن) ، وأبو الحسن الماوردى فى (الأحكام السلطانية) ، وأنكره المحققون من المتأخرين لما يلزم عليه أن يكون الدرهم والدينار الشرعيان مجهولين فى عهد الصحابة ومن بعدهم ، مع تعلق الحقوق الشرعية بهما فى الزكاة والأنكحة والحدود وغيرها كما ذكرناه ، والحق أنهما كانا معلومى المقدار فى ذلك العصر لجريان الأحكام يومئذ بما يتعلق بهما من الحقوق ، وكان مقدارهما غير مشخص[1] فى الخارج ، وان كان متعارفا بينهم بالحكم الشرعى المتقرر فى مقدارهما ووزنهما ، حتى استفحلت الدولة الاسلامية وعظمت أحوالها ، ودعا الحال الى تشخيصهما فى المقدار والوزن كما هو عند الشرع ليستريحوا من كلفة النقدين [2] وقارن ذلك أيام عبد الملك ، فشخص مقدارهما وعينهما فى الخارج كما (فى الذهن[3]) ونقش عليهما السكة باسمه وتاريخه اثر الشهادتين الايمانيتين ، وطرح النقود الجاهلية رأسا حتى خلصت ونقشت عليهما سكته ، وتلاشى وجودهما . وهذا هو الحق الذى لا محيد عنه ، ثم بعد ذلك وقع اختيار أهل السكة فى الدولة على مخالفة المقدار الشرعى فى الدينار والدرهم ، واختلفت فى ذلك الأقطار والآفاق ورجع الناس الى تصور مقاديرهما الشرعية ذهنا ،

---

(١) هذا ما فى طبعة باريس وطبعة بولاق للمقدمة ، أما طبعة بيروت فواردة « مستخص » والصحيح « مشخص » .

(٢) فى طبعة بيروت من كلفة التقدير .

(٣) وهو تعبيرهم فيما اصطلحنا على تسميته (بالقيمة الاسمية) أو الذهنية .

كما فى الصدر الأول ، وصار أهل كل أفق يستخرجون الحقوق الشرعية من سكتهم بمعرفة النسبة التى بينها وبين مقاديرها الشرعية • وأما وزن الدينار باثنتين وسبعين حبة من الشعير الوسط فهو الذى نقله المحققون ، وعليه الاجماع ، الا ابن حزم فانه خالف ذلك وزعم أنه أربع وثمانون حبة • نقل ذلك عنه القاضى عبد الحق ، ورده المحققون وعدوه وهما أو غلطا وهو الصحيح • الله يحق الحق بكلماته • وكذلك تعلم أن الأوقية الشرعية ليست هى المتعارفة بين الناس ، لأن المتعارفة مختلفة باختلاف الأقطار ، والشرعية متحدة ذهنا لا خلاف فيها • والله خلق كل شىء فقدره تقديرا » • انتهى •

مسألة قال ابن بطال الركبى فى شرح غريب المهذب : قوله (ستة دوانق) جمع دانق وهو سدس درهم ، ويقال : ودانق بفتح النون وكسرها ، وربما قالوا : داناق ، كما قالوا للدرهم : درهام • وقوله (الدرهم البغلى) وزنه ثمانية دوانق ، والدانق منه أربعة قراريط مشبه بالدرهم الذى يكون فى يد البغل • أ هـ والطبرية نسبة الى طبرستان وليس الى طبرية وانما النسبة اليها طبرانى فابن جرير الطبرى من طبرستان والحافظ الطبرانى صاحب المعاجم من طبرية والدرهم البغلى والشهليلى كبيران ، وقال بعض المشايخ : لعله أن يكون نسب الى بغلان بلد ببلخ كالنسب الى البحرين يقال فيه : بحرى على الصحيح •

أما الأحكام فانه ان قال : لفلان على درهم فان كان فى بلده يتعاملون فيه بالدراهم الوازنة ، وهى دراهم الاسلام ، التى فى كل درهم منها ستة دوانيق ، وكل عشرة منها فيها وزن سبعة مثاقيل ، فانه يلزمه درهم من دراهم الاسلام ، لأن اطلاق الدراهم ينصرف الى الدرهم الوازنة ، فان فسره بدرهم ناقص كدراهم طبرية التى وزن كل واحد أربعة دوانيق أو دراهم خوارزم أو ريالات السعودية أو دينارات اتحاد الامارات العربية التى يحسب كل واحد منها بحسب ثمنها فى أسواق

النقد ، لتبـاع بغير جنسـها ، فان كان ذلك منفصلا عن اقراره لم يقبـل منه الا ما يسـتباح به البضع أو ما تقطع به يد السـارق دليلنا أن اسـم المـال يقع على القليـل والكثير مما يتحول فى العادة فقبل تفسـيره فيه كالذى سـلموه .

فـــرع وان قال : له على مال عظيم أو كبير أو جليـل أو نفيس أو عظيم جـدا أو أعظم عظيم . فانه لا يتقدر بمقدار ، بل اذا فسره بمـا يقع عليـه اسم المـال قبـل منه . واختلف أصحاب أبى حنيفة ، فمنهم من قال : لا تقبـل منه أقل من عشرة دراهم وقيل : انه مذهب أبى حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : لا يقبل منه أقل من مائتى درهم ومنهم من قال : لا يقبل منه أقل من قدر الدية .

وقال الليث بن سـعد : لا يقبل منه أقل من اثنين وسبعين لقـوله تعالى : « لقد نصركم الله فى مواطن كثيرة » وكانت غزواته صلى الله عليه وسلم اثنتين وسبعين .

دليلنا أنه ما من قدر من المـال الا وهو عظيم وكبير بالاضـافة الى ما هو دونه فقبل تفسـيره كالذى سلمه كل واحد منهم ، وما احتـج به الليث بن سـعد فانه لا حجة فيـه لأن ذلك ليسن بحد لأقـل الكبير ، ولا يمتنع وقوع الكبير على أقل من ذلك .

فـــرع وان قال : له على أكثر من مال فلان أو أكثر من المـال الذى بيد فلان رجع فى تفسـيره اليـه ، فاذا فسره بأى قدر من المـال قبل منه سـواء فسره بمثل مال فلان أو بأقل منه ، وسـواء علم مبلغ مال فلان أو لم يعلم لأنه يحتمل أن قوله أكثر أى أكثر من مال فلان نفعا لكونه حلالا ، أو لكونه فى الذمة وان قال : لـه على أكثر من مال فلان عـددا أو على له مال أكثر من عـدد مال فلان ، فان أقر أنه يعرف قـدر مال فلان لزمه قـدر مال فلان ، ورجـع فى الزيادة اليـه ، فبأى قـدر فسر

الزيادة من المال قبل منه لأنه يحتمل ما قاله • كما قررنا فى شرح الفصل قبله • والله تعالى أعلم •

اذا ثبت هذا فانه لو قال : لفلان على درهم فان كان فى بلد يتعاملون فيه بالنقود العينية الوازنة وتسمى دراهم الاسلام لأنها على الوفاء فى وزنها وطيب معدنها لذا فانها وهى التى كانت فى أيام الدولة الاسلامية ستة دوانيق وكل عشرة فيها سبعة مثاقيل فانه يلزمه درهم من دراهم الاسلام ، لأن اطلاق الدراهم ينصرف الى الدراهم الوازنة • فان فسره بدرهم ناقص كدراهم الطبرية التى وزن كل واحد أربعة دوانيق أو دراهم خوارزم التى وزن كل درهم أربعة دوانق ونصف فان كان ذلك منفصلا عن اقراره لم يقبل منه لأن اطلاق الدراهم انما ينصرف فى البلد الذى يتعامل فيه بالدراهم الوازنة اليها ـ وان كان متصلا باقراره قبل منه ، كما لو قال : له على درهم الا دانقين • وحكى ابن الصباغ عن بعض أصحابنا أنه قال : هل يقبل فيه ذلك ؟ فيه قولان ، كما لو قال : على له ألف درهم قبضتها ، وليس بصحيح ، لأن الدراهم يعبر بها عن الوازنة والناقصة ، وانما حملت على الوازنة ، لأن عرف الاسلام قائم بها ، فاذا فسرها بأنقص منها متصلا بكلامه كان كالاستثناء فقبل منه •

وأما اذا كان المقر ببلد يتعاملون فيه بالدراهم الناقصة الوزن عن دراهم الاسلام فقد قال الشافعى رحمه الله فى كتاب الاقرار والمواهب: اذا قال : له على مائة درهم عددا فهى وازنة • قال ابن الصباغ ومعنى ذلك أنه اذا كان فى البلد يتعاملون بالوازنة فقال عددا اقتضى أن يكون عددا بحكم اللفظ وازنة بحكم الاسلام •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان قال له على دراهم ففسرها مزيفة لا فضة فيها لم يقبل لأن الدراهم لا تتناول مالا فضة فيه وان فسرها بدراهم مغشوشة فالحكم فيها كالحكم فيمن أقر بدراهم وفسرها بالدراهم الطبرية وقد بيناه ، وان قال : له على دراهم وفسرها بسكة دون سكة دراهم البلد الذى أقر**

فيـه ولا تنقص عنها فى الوزن فالمنصـوص انه يقبـل منه وقال المزنى : لا يقبل منه لأن اطلاق الدراهم يقتضى سـكة البلد كما يقتضى ذلك فى البيع وهـذا خطأ لأن البيع ايجاب فى الحال فاعتبر الموضـع الذى يجب فيـه ، والاقرار اخبار عن وجوب سابق وذلك يختلف فرجع اليه » .

الشـرح قال ابن القوطية : « زافت الدراهم تزيف زيفا بارت . ولعله لرداءتها ودرهم زيف وزائف مثل ناقص ونقص ، اذا لم تجز بأن تكون رصاصا أو نحاسـا مغشوشـا وزيفتها أنا » أ هـ . وقال فى اللسـان : الزيف من وصف الدراهم يقال : زافت عليـه دراهمه أى صـارت مردودة لغش فيها . وقال امرؤ القيس :

كأن صليل المروحين تشـده صليل سـيوف ينتقدن بعبقرا

وقال :

ترى القوم أشـباها اذا نزلوا معا وفى القوم زيف مثل زيف الدراهم

وقال ابن برى الشاعر : لا تعطه زيفا ولا تبهرجا .

واستشهد على الزائف بقول هدبة :

نرى ورق الفتيـان فيهـا كأنهم دراهم منهـا زاكيـات وزيف

وفى حديث ابن مسـعود « أنه باع نفاية بيت المـال وكانت زيوفا وقسـية » أى رديئة . وزاف الدراهم وزيفها جعلها زيوفا .

وروى عن عمر أنه قال « من زافت عليـه دراهمه فليأت بها السوق وليشتر بها سـحق ثوب ولا يحالف الناس عليها أنها جياد » :

والزيافة من النوق المختالة . ومن الحمام أنثاه تمشى مدلة بين يدى الذكر .

والزيف الافريز أى الطنف الذى يحيط بجدار البيت من أعلا قال عـدى بن زيد :

تركونى لدى قصـــور وأعرا ض قصـــور لزيفهـــن مراقى

قوله (بدراهم مغشوشـــة) مأخوذ من الغش بالكسر ، وهو ضـــد النصيحة ، وقيل : مأخوذ من الغشش وهو المشرب الكدر قال ابن الأعرابى منشـــدا :

ومنهل تروى به من غير غشش

وفى الحديث « من غش فليس منا » .

قوله (وفسرها بسكة) الســـكة هى آلة من الحـــديد أو النحاس منقوشـــة بتجاويف غائرة كالقالب يصب عليها أو يضرب بها وجمعها سكك.

أما الأحكام فانه اذا كان قد أقر بدراهم زيف نظرت ، فان فسرها بدراهم كلها نحاس أو رصـــاص لا فضة فيها ـــ لم يقبل منه ، سواء فصل ذلك باقراره أو وصله ، لأن النحاس والرصاص لا تسمى دراهم .

وان فسرها بدراهم فضة مشوشة برصاص أو نحاس فاختلف أصحابنا فيـــه فقال القاضى أبو الطيب : يقبـــل منه ســـواء وصـــل ذلك باقراره أو فصـــله ، لأن الشـــافعى رحمـــه الله قال : ولو كان من ســـكة كذا وكذا ، صـــدق مع يمينه كانت أرأ الدراهم أو أوسطها قال القاضى : وأرأ الدراهم أى المغشـــوشة .

وقال الشيخان أبو اســـحاق الشيرازى وأبو حامد الاســـفراينى : حكمه حكم النقص فان وصلها باقراره قبـــل ، وان لم يصلها لم يقبـــل ، لأن الشـــافعى رحمه الله قال : لو قال : له على درهم ثم قال : نقص أو زيف لم يصـــدق . وما احتج به القاضى فانها تعود الى أدنى الدراهم ســـكة ، ولأن الدراهم المغشوشـــة خارجـــة من ضرب الاســـلام كالنقص . قال ابن الصباغ : فان كان المقر فى بلد يتعاملون فيه بالدراهم المغشوشة فينبغى اذا أطلق ألا يلزمه الا منها كما قلنـــا فى النقص .

فـــرع وان قال : غصبته ألف درهم أو عندى له ألف درهم وديعة • ثم قال : هى نقص أو زيف • قال ابن الصباغ : فالذى يقتضى المذهب أنه لا يقبل منه كما لو قال : له على ألف درهم •

وقال أبو حنيفة : يقبل فى الغصب والوديعة •

دليلنا أن الاسم يقتضى الوازنة غير الزيف ، فلم يقبل ما يخالف الاسم • كما لو قال : له على ألف درهم •

فـــرع وان قال : : له على ألف درهم ثم فسرها بسكه دراهم البلد قبل منه ، وان فسرها بغير سكة البلد فالمنصوص أنه يقبل منه •

وقال المزنى : لا يقبل منه ، لأن اطلاق الدراهم منصرف الى سكة دراهم البلد كما قلنا فى البيع ، وليس بشىء ، لأن الاقرار اخبار • فاذا كان مطلقا قبل تفسيره بما يحتمله بخلاف البيع ، فانه ايجاب فى الحال ، فاعتبر فيه عرف البلد •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان أقر بدرهم فى وقت ثم أقر بدرهم فى وقت آخر لزمه درهم واحد لأنه أخبار فيجوز أن يكون ذلك خبرا عما أخبر به فى الأول ولهذا لو قال : رأيت زيدا ثم قال رأيت زيدا لم يقتض أن يكون الثانى اخبارا عن رؤية ثانية وان قال : له درهم من ثمن ثوب ثم قال : له على درهم من ثمن عبد لزمه درهمان ، لأنه لا يحتمل أن يكون الثانى هو الأول • وان قال له على درهم لزمه درهمان لأن الواو تقتضى أن يكون المعطوف غير المعطوف عليه • وان قال له على درهم ودرهمان لزمه ثلاثة دراهم لما ذكرناه • وان قال له على درهم لزمه درهم واحد • وان قال لأمرته أنت طالق فطالق وقعت طلقتان واختلف أصحابنا فى ذلك •

فقال أبو على بن خيران رحمه الله : لا فرق بين المسئلتين فجعلهما على قولين ومنهم من قال : يلزمه فى الاقرار درهم وفى الطلاق طلقتان والفرق بينهما أن الطلاق لا يدخله التفصيل والدراهم يدخلها التفصيل فيجوز أن يريد : له على درهم فدرهم خير منه وان قال : له على درهم ودرهم لزمه ثلاثة دراهم • وان قال أنت طالق وطالق وطالق ولم ينو شيئا ففيه قولان •

(أحدهما) أنه يقع طلقتـــان .

(والثانى) أنه يقع ثلاث طلقـــات فنقل أبو على بن خيران جوابه فى الطلاق الى الاقرار وجعلهما على قولين ، ومن أصحابنا من قال : يقع طلقتان فى أحد القولين .

وفى الاقرار يلزمه ثلاثة دراهم قولا واحد ، لأن الطلاق يدخله التأكيد فحمل التكرار على التأكيد ، والاقرار لا يدخله التأكيد فحمـــل التكرار على العـــدد . وان قال : له على درهم فوق درهم أو درهم تحت درهم واحـــد لأنه يحتمل أن يكون فوق درهم أو تحت درهم فى الجـــودة ، ويحتمل فوق درهم أو تحت درهم لى فلم يلزمه زيادة مع الاحتمال . وان قال : له على درهم مع درهم لزمه درهم لأنه يحتمل مع درهم لى ، فلم يلزمه ما زاد مع الاحتمال وان قال له على درهم قبله درهم أو بعـــده درهم لزمه درهمـــان لأن قبـــل وبعـــد تستعمل فى التقديم والتأخير فى الوجـــوب وان قال : لـــه درهم فى عشرة فان أراد الحســـاب لزمه عشرة لأن ضرب الواحـــد فى عشرة عشرة وان لم يرد الحســـاب لزمه درهم لأنه يحتمل أن له على درهما مختلط بعشرة لى ، وان قال : لـــه على درهم بل درهم لزمه درهم لأنه لم يقر بأكثر من درهم ، وان قال : له على درهم بل درهمـــان لزمه درهمان . وان قال : لـــه على درهم بل دينار لزمه الدرهم والدينار ، والفرق بينهما أن قوله ، بل درهمان ليس برجـــوع عن الدرهم لأن الدرهم داخل فى الدرهمين ، وانما قصـــد الحاق الزيادة به وقوله بل دينار رجـــوع عن الدرهم واقرار بالدينار فلم يقبل رجـــوعه عن الدرهم فلزمه وقبـــل اقراره بالدينار فلزمه ، وان قال لـــه على درهم أو دينار لزمه أحـــدهما وأخذ بتعيينه لأنه أقر بأحدهما. وان قال له على درهم فى دينار لزمه الدرهم ولا يلزمه الدينار لأنه يجوز أن يكون أراد . فى دينار لى » .

الشـــرح الأحكام : اذا أقر له يوم السبت بدرهم وأقر له يوم الأحـــد بدرهم وأطلق الاقرار به لم يلزمه الا درهم واحـــد الا أن يعترف أنه أراد بالثانى غير الأول ، وبه قال مالك رحمه الله وأبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة يلزمه درهمان .

واختلف الصحابة فيه فمنهم من قال : لا فرق بين المجلس والمجلسين ، ومنهم من فرق بين المجلس والمجلسين .

دليلنا أن الاقرار اخبار فاذا أقر ثم احتمل أن يكون الثانى هو الأول ، واحتمل أن يكون غيره ، فكان المرجع اليه ، فلم يلزمه ما زاد على الدرهم بالشك .

وان قال : له على دينار من ثمن سيارة ثم قال : له على دينار وأطلق لم يلزمه الا دينار واحد ، لأن الثانى يجوز أن يكون هو الأول ، ويجوز أن يكون غيره . فلا يلزمه غير الأول بالشك ، كما لو أطلق الاقرار فيهما .

فرع وان قال : له على درهم ودرهم لزمه درهمان . لأن الواو لا تحتمل غير العطف ، وحكم المعطوف حكم المعطوف عليه ، وان قال له على درهم ودرهمان لزمه ثلاثة دراهم لما ذكرناه .

وان قال : له على درهم ثم درهم لزمه درهمان لأن ثم للعطف وان قال : له على درهم فدرهم رجع اليه ، فان قال : أردت العطف لزمه درهمان ، وان قال : لم أرد العطف فقد قال الشافعى رحمه الله يقبل منه ، وقال : اذا قال لامرأته : أنت طالق فطالق يلزمه طلقتان .

فنقل أبو على بن خيران جواب كل واحدة منهما الى الأخرى ، وأخرجهما على قولين .

(أحدهما) يلزمه درهمان وطلقتان ، وبه قال أبو حنيفة ، لأن الفاء من حروف العطف فهو كما لو عطف بالواو .

(والثانى) لا يلزمه الا درهم وطلقة ، لأن قوله يحتمل الصفة والايجاب فلم يلزمه ما زاد على درهم وطلقة بالشك ، وقال سائر أصحابنا : يلزمه درهم وطلقتان قولا واحدا ، والفرق بينهما أن الدراهم يدخلها الصفة والتفضيل ، فيجوز أن يزيد بدرهم أصعب منه — أى يمت الى العملة النادرة — والطلاق ايقاع لا تدخله الصفة والتفضيل .

وقال أبو على بن خيران فى الافصاح : فوزان الاقرار من الطلاق أن يقول : أنت طالق فطلقة ويريد بذلك الصفة ، فيقبل منه كما قلنا فى الاقرار • وان قال : له على درهم ودرهم فالمنصوص أن يلزمه ثلاثة دراهم • وقال فى الطلاق : اذا قال : أنت طالق وطالق ، فانه يلزمه طلقتان ، ويرجع اليه بقوله وطالق الأخير • فان قال : أردت به تأكيد الثانية لم يلزمه الا طلقتان ، وان قال : لم أنو شيئا ففيه قولان •

(أحدهما) يلزمه ثلاث طلقات •

(والثانى) لا يلزمه الا طلقتان ، وقال أبو على بن خيران هنا فى الاقرار مثل الطلاق فان قال : أردت تأكيد الثانى بالثالث لم يلزمه الا درهمان ، وان لم يكن له نية فعلى قولين كالطلاق ، وقال سائر أصحابنا : تلزمه ثلاثة دراهم بكل حال قولا واحدا ، والفرق بينهما أن الطلاق يدخله التأكيد للتحريف والارهاب ويؤكد بالمصدر فيقول : أنت طالق طلاقا فقبل قوله أنه أراد تأكيده والاقرار لا يدخله التأكيد ، فلم يقبل قوله أنه أراده •

وان قال : له على درهم ثم درهم ثم درهم لزمه ثلاثة دراهم ، وان قال : أردت بالثالث تأكيد الثانى قبل قوله عند أبى على بن خيران ، ولا يقبل عند سائر أصحابنا لما مضى فى التى قبلها •

فرع وان قال : له على درهم فوق درهم أو تحت درهم أو تحته درهم أو معه درهم أو مع درهم أو قبل درهم أو قبله درهم أو بعده درهم أو بعد أو على درهم أو عليه درهم • فاختلف أصحابنا فى ذلك فمنهم من قال : فى الجميع قولان ،

(أحدهما) يلزمه درهمان لأن هذه الألفاظ تقتضى ضم درهم اليه ، فأفادت ما أفادت حروف العطف

(والثانى) لا يلزمه الا درهم • لأن قوله فوق درهم أو فوقه درهم أى فى الجودة • وقوله : تحت درهم أو تحته درهم أى فى الرداءة أو السهولة ، وقوله : مع درهم أو معه درهم لى •

واختلف قوله : على درهم أو عليه درهم ، وقوله قبل درهم أو قبله درهم ، أى قبل درهم أملكه ، وقوله : بعد درهم أو بعده درهم ، أى بعد درهم لى ملكته فاذا احتمل هذا لم يلزمه ما زاد على درهم بالشك ، ومنهم من قال : يلزمه فى قوله : قبل درهم أو قبله درهم أو بعد درهم أو بعده درهم درهمان قولا واحدا وفى باقيها لا يلزمه الا درهم ، لأن قبل وبعد لا يحتمل الا التاريخ فصار أحد الدرهمين مضموما الى الآخر •

وقال أبو حنيفة وأصحابه : اذا قال : فوق درهم لزمه درهمان ، واذا قال : تحت درهم لم يلزمه الا درهم واحد ، لأن قوله فوق درهم يقتضى الزيادة وتحت يقتضى الدون •

دليلنا عليهم ما مضى ، وان قال له على درهم فى عشرة ، فان أراد الحساب فى الضرب لزمه عشرة ، وان لم يرد ذلك لم يلزمه الا درهم • لأنه يحتمل أنه أراد فى عشرة لى •

فرع اذا قال : له على درهم لا بل درهم لم يلزمه الا درهم واحد ، وان قال : على درهم لا بل درهمان لم يلزمه الا درهمان ، وقال زفر وداود : يلزمه فى الأولى درهمان وفى الثانية ثلاثة •

دليلنا أن الأول من جنس الثانى ، وقد نفى الأول وأثبت الثانى فلم يلزمه الا ما أثبته كما لو قال : له على درهمان الا درهم • وان قال : له على هذا الدرهم وأشار الى درهم ، لا بل هذان الدرهمان وأشار الى درهمين آخرين لزمه الدراهم الثلاثة لأن الأول غير داخل فى الدرهمين

الأخرى فلزمه الجميع بخلاف قوله : له على درهم ، لا بل درهمان ، ولم يشر الى دراهم بأعيانها ، فان الدرهم الأول داخل فى الدرهمين الآخرين.

فرع وان قال : له على درهم بل دينار ، أو على درهم لا بل قفيز حنطة لزمه الدرهم والدينار والقفيز ، لأن الثانى غير الأول فصار راجعا عن الأول ، مقرا بالثانى ، فلم يقبل رجوعه ولزمه حكم اقراره الثانى ، وكذلك لو قال له على درهم ودينار أو درهم وقفيز حنطة لزمه الدرهم والقفيز ، لأنه عطف الثانى على الأول فلزمه الجميع ، وان قال له على دينار وقفيز وحنطة فوقه قال الشافعى رحمه الله : لم يلزمه الا دينار ، ووجهه أنه أراد له على دينار قفيز حنطة خير منه ، ويأتى فيه قول أبى على فى قوله : له على درهم فدرهم على ما مضى .

وان قال : له على درهم أو دينار ففيه وجهان حكاهما أبو الطيب الطبرى فى العدة .

(أحدهما) ولم يذكر المصنف غيره ، أنه لا يلزمه الا أحدهما . ويلزمه تعيينه لأنه لم يقر الا بأحدهما .

(والثانى) لا يلزمه شىء كما لو قال لزيد ولعمرو : على دينار ، وان قال : له على درهم فى دينار لم يلزمه الا درهم لأنه يحتمل أنه أراد فى دينار لى .

وان قال : له على عشرة دراهم لا بل تسعة قال ابن الصباغ : لزمته العشرة ، لأنه أقر بها ثم أضرب عنها فلم يقبل ، ويخالف اذا قال : له على درهم لا بل درهمان لأنه أضرب عن الاقرار بالدرهم الا أنه أدخله فى الثانى فلم يلزمه الزيادة وان قال : له على عشرة دراهم أو تسعة قال الطبرى : لم يلزمه الا الأقل لأنه يقين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان قال : له على دراهم لزمه ثلاثة دراهم لانه جمع واقل الجمع ثلاثة وان قال دراهم كثيرة لم يلزمه أكثر من ثلاثة لأنه يحتمل انـه أراد بها كثيرة بالاضافة الى ما دونها أو أراد أنها كثيرة فى نفسه وان قال : لـه على ما بين درهم الى عشرة لزمه ثمانية لأن ما بينهما ثمانية وان قال : لـه على من درهم الى عشرة ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه يلزمه ثمانية لأن الأول والعاشر حـدان فلم يدخلا فى الاقرار فلزمه ما بينهما .

(والثانى) انه يلزمه تسعة لأن الواحد أول العدد واذا قال من واحـد كان ذلك اقرارا بالواحد وما بعده فلزمه والعاشر حد فلم يدخل فيه .

الشـــرح الأحكام : اذا قال . لـه على دراهم لزمه أن يفسر ، فان فسر ذلك بثلاثة دراهم أو بأكثر منها قبـل منه ، فان فسرهـا بدون الثلاثة لم يقبل منه وحكى عن بعض الناس أنه قال : يقبل منـه التفسـير بالدرهمين .

دليلنا أن العرب وضعت للعدد صيغة فقالوا : رجـل للواحد ورجلان للاثنين ورجال لثلاثة فما زاد ، فدل على أن أقل الجمع ثلاثة ، وان قال : له على دراهم عظيمة أو كثيرة قبـل فى تفسـير ذلك من الثلاثة ، وقال أبو حنيفة لا يقبل منـه أقل من عشرة ، وقال أبو يوسف ومحمد : لا يقبل منه أقل من مائتى درهم .

دليلنا أن أقل الجمع ثلاثة ووصـفه لهاتين بالكثرة والعظم لا يقتضى زيادة فى العدد ، كما لو قال : على له حنطة كثيرة أو عظيمة .

فـــرع وان قـال : على لـه ما بين الدرهم والعشرة أو الى العشرة لزمه ثمانية لأن الواحـد والعاشر حدان فلا يدخلان فى المحدود . قال ابن الصـباغ : ومن أصحابنا من قال : يلزمه تسـعة وحكى ذلك عن

أبي حنيفة • لأن لأول ابتداء الغاية ، والعشر هو الحد فدخل الابتداء فيه ولم يدخل الحد • وقال محمد بن الحسن : يلزمه العاشرة ، قال ابن الصباغ : وهذا له وجه لنا قد ذكرناه فى المرافق ان الحد اذا كان من جنس المحدود دخل فيه •

فرع قال القاضى أبو الطيب الطبرى فى العدة : اذا قال • ما لزيد على أكثر من مائة درهم لم يكن مقرا بالمائة • وقال أبو حنيفة : يكون مقرا بالمائة •

دليلنا أن قوله (ما) نفى لا اثبات فيه ، فلا يكون اقرارا ، كما لو قال : ماله على قليل ولا كثير • قال الطبرى فى العدة : وان قال : له على ألف درهم فى هذا الكيس فحكى أبو ثور أن الشافعى رحمه الله قال : فان كان فى الكيس ألف درهم أو أكثر لزمه ألف درهم ، وان لم يكن فى الكيس ألف درهم لم يلزمه غير ما فى الكيس ، ألا ترى أنه لو اقتصر على الاقرار بالألف ولم يضف الى الكيس كان يلزمه الألف • ولو قال : له على الألف الذى فى هذا الكيس فهاهنا يخرج على قولين :

(أحدهما) يلزمه الألف اذا لم يكن فيه شىء •

(والثانى) لا شىء عليه الا أن يكون فيه شىء ، فيلزمه بناء على ما لو حلف ليشربن من هذا الكوز ولم يكن فيه شىء فهل يحنث ؟ على قولين ، قال أبو الطيب الطبرى : وان قال : له على ألف أو على هذا الجواب لم يلزمه الألف • وقال أبو حنيفة : يلزمه •

دليلنا أن اتصال الشك ممن عليه غير ملزم للاقرار فهو كما لو قال : له على أو على أخى أو شريكى ألف •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان قال له على كذا رجع فى التفسير اليه لأنه أقر بمبهم فصار كما لو قال على شىء وان قال له على كذا درهم لزمه درهم لأنه فسر المبهم بالدرهم وان قال له على كذا وكذا رجع فى التفسير اليه لأنه أقر بمبهم وأكده بالتكرار فرجع اليه كما لو قال له على كذا . وان قال له على كذا كذا درهما لزمه درهم لأنه فسر المبهم بـه وان قال له على كذا وكذا رجع فى التفسير اليه لانه أقر بمبهمين لأن العطف بالواو يقتضى أن يكون الثانى غير الأول فصار كما لو قال له على شىء وشىء وان قال له على كذا وكذا درهم فقد روى المزنى فيه قولين :

(أحدهما) أنه يلزمه درهم .

(والثانى) يلزمه درهمان فمن أصحابنا من قال فيه قولان

(أحدهما) أنه يلزمه درهمان ، لانه ذكر مبهمين ثم فسر بالدرهم فرجع الى كل واحد منهما .

(والثانى) أنه يلزمه درهم لانه يجوز أن يكون فسر المبهمين بالدرهم لكل واحد منهما نصف فلا يلزمه ما زاد مع الاحتمال .

وقال أبو اسحاق وعامة أصحابنا : اذا قال كذا وكذا درهما بالنصب لزمه درهمان ، لأنه جعل الدرهم تفسيرا ، فرجع الى كل واحد منها .

وان قال : كذا وكذا درهم ، لأنه يخبر عن المبهمين بأنهما درهم . وحمل القولين على هذين الحالين ، وقد نص الشافعى رحمة الله عليه فى الاقرار والمواهب .

الشـــرح الأحكام : اذا قال : له على كذا ولم يفسره كان كمـا لو قال : له على شىء فرجع فى تفسـيره اليه . وان قال : لـه على كذا درهم (برفع درهم) وتقديره : له على شىء هو درهم . وان قال : لـه على درهما قبضت الدرهم لزمه الدرهم ، ويكون الدرهم منصوبا على التفسير، وان قال : لـه على كذا درهم بخفض الدرهم ففيـه وجهان قال القاضى أبو الطيب : يلزمه بعض درهم ، ويرجـع فى بيان البعض اليه ، لأن كذا يكون كناية عن جزء من الدرهم مضـاف اليه . وقال الشيخ أبو حامد :

يلزمه درهم ، وان قال : له على كذا درهم ووقف ولم يعرف الدرهم ـ قال ابن الصباغ : فعندى أنها على وجهين فى خفض الدرهم ، لأن المجرور يوقف عليه ساكنا كما يوقف على المرفوع • فاذا احتمل ذلك لم يلزمه الا اليقين •

وان قال : له على كذا وكذا ولم يفسره رجع فى تفسيره اليه ، كما لو قال : له على شىء ولا يفيد تكراره وان قال : له على كذا كذا درهم أو درهما لزمه درهم • وان قال له على كذا وكذا درهم ، بخفض درهم أو بوقفه ، فعلى الوجهين فى التى قبلها فى خفض الدرهم ووقفه •

وان قال : له على كذا وكذا ولم يفسره بشىء رجع فى تفسيره اليه ، فاذا فسر ذلك بأى شىء كان قبل منه • كما لو قال : له على شىء وشىء • وان قال : له على كذا وكذا درهما فقد نقل المزنى فيه قولين•

(أحدهما) يلزمه درهمان •

(والثانى) لا يلزمه الا درهم •

واختلف أصحابنا فيه على طرق فمنهم من قال : فيه وجهان •

(أحدهما) يلزمه درهمان ، لأنه ذكر جملتين ، فاذا فسر ذلك بدرهم عاد التفسير الى كل واحد من الجملتين • كما لو قال : له على عشرون درهما • فان التفسير يعود الى العشرين •

(والثانى) لا يلزمه الا درهم لأن كذا يجوز تفسيره ولا يجوز تفسيره بأقل من درهم ، فاذا فسر كذا وكذا بدرهم جاز أن يريد لكل واحد منهم نصف درهم فلم يلزمه أكثر من درهم بالشك ، ومن أصحابنا من قال : ليست على قولين ، وانما هى على اختلاف حالين فحيث قال : يلزمه درهمان أراد اذا قال : كذا وكذا بنصب الدرهم لأنه جعل الدرهم مفسرا لكل واحدة من الدرهمين ، فرجع الى كل واحد منهما ، وحيث

قال : لا يلزمه الا درهم أراد اذا قال : كذا وكذا درهم برفع الدرهم لأنه خبر عن الدرهمين فيكون معنى ذلك هما درهم • وقد نص الشافعى رحمه الله على هذا الطريق فى (الاقرار والمواهب) ج ٦ ص ٢٣٣ من الأم حيث قال : واذا قال : له على كذا وكذا أقر بما شاء واحدا ، وان قال : كذا وكذا أقر بما شاء اثنين • وان قال : كذا وكذا درهما أعطاه درهمين ، لأن كذا يقع على درهم ، فان قال : كذا وكذا درهما قيل له : أعطه درهما أو أكثر من قبل أن كذا يقع على أقل من درهم • فان قال : كذا وكذا درهما قيل له : أعطه درهما أو أكثر من قبل أن كذا يقع على أقل من درهم ، فان كنت عنيت ان كذا وكذا التى بعدها أوفت عليك درهما فليس عليك أكثر منه أ هـ •

قلت : فمن أصحابنا من قال : هى على اختلاف حالين آخرين • فحيث قال : اذا فسره بالدرهم قال : نويت الدرهم ومنهم من قال : هى على اختلاف حالين آخرين فحيث قال : يلزمه درهمان أراد اذا قال : له على كذا وكذا درهما ، وحيث قال : لا يلزمه الا درهم أراد اذا قال : له على كذا وكذا درهم • كما لو قال : له على درهمان أو درهم • وقال محمد ابن الحسن : اذا قال له لك على كذا وكذا درهما لزمه أحد عشر درهما وان قال : كذا وكذا درهما لزمه أحد وعشرون درهما ، ووجهه أن أقل عددين لم يدخل فيهما حرف عطف يفسران بالواحد أحد عشر ، وأقل عددين يعطف أحدهما على الآخر يفسران بالواحد أحد وعشرين •

قال أبو اسحاق المروزى : يحتمل اذا كان المقر من أهل العربية أن يحمل اقراره على ما قاله محمد بن الحسن ، والطريق الثالث والرابع يبعدان عن كلام الشافعى رحمه الله ، وما قاله محمد بن الحسن خطأ لأنه لو كان كما قال لوجب عليه اذا قال : له على كذا درهم بخفض الدرهم مائة درهم ، لأن أقل عدد بخفض الدرهم مائة درهم لأن أقل عدد يخفض ما فسر به مائة • والله تعالى أعلم بالصواب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان قال : له على ألف رجع فى البيان اليه وبأى جنس من المـال فسره قبل منه ، وان فسره بأجناس قبل منه لأنه يحتمل الجميع وان قال له على ألف درهم لزمه درهم ورجع فى تفسير الألف اليه . وقال أبو ثور : يكون الجميع دراهم وهذا خطأ لان العطف لا يقتضى أن يكون المعطوف من جنس المعطوف عليه لأنه قد يعطف الشىء على غير جنسه كما يعطف على الا ترى أنه يجوز ان يقول : رأيت رجلا وحمارا كمـا يجوز ان يقول رأيت رجلا ورجلا وان قال : له على مائة وخمسون درهما أو له على ألف وعشرة دراهم ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه يلزمه خمسون درهما وعشرة دراهم ويرجع فى تفسـير المـائة والألف اليه كما قلنا فى قوله : ألف ودرهم .

(والثانى) أنه يلزمه مائة درهم وخمسون درهما أو ألف درهم وعشرة دراهم . والفرق بينها وبين قوله ألف ودرهم أن الدرهم المعطوف على الألف لم يذكره للتفسير وانما ذكره للايجاب . ولهذا يجب بـه زيادة على الألف والدراهم المذكورة بعد الخمسين . والألف ذكرها للتفسير وبهذا يجب به زيادة على الخمسين والألف يجعل تفسيرا لمـا تقدم .

الشـــرح الأحكام : اذا قال : له على ألف ولم يبين من أى شىء رجـع فى تفسـيره اليـه ، لأنه قـد أقر بمبهم ، فبأى جنس من المـال فسره قبـل منه . قال ابن الصباغ : حتى لو فسره بحبات القمح الحنطة قبل منه ، وان فسره بألف كلب فهل يقبل منه ؟ على وجهين مضى بيانهما[1].

قال أبو اسحاق الاسفراييني : وان فسره بأجناس قبـل منه . وان قال : له على ألف ودرهـم أو ثوب أو ثلاجـة أو تلغاز لزمه الدرهـم والثوب والثلاجة والتلفاز ورجـع فى تفسـير الألف اليـه . وبه قال مالك رحمه الله ، وقال أبو ثور : يكون المعطوف تفسـيرا للمعطوف عليه وهو الألف . وقال أبو حنيفـة : ان عطف على العدد المبهم مكيـلا أو موزونا

---

(١) راجع شرحنا فى أول جامع الاقرار ص ٢٥٢ والله المستعان .

كان تفسيرا له ، وان كان مذروعا أو معدودا كالثوب والحيوان لم يكن تفسيرا لـه .

دليلنا على أبى ثور أن المعطوف لا يقتضى أن يكون من جنس المعطوف عليه ، لأنه قد يعطف الشىء على غير جنسه ، فلم يكن تفسيرا له .

ودليلنا على أبى حنيفة أنه مفسر معطوف على مبهم ، فلم يكن تفسيرا للمبهم ، كما لو قال : على مائة وثوب .

فرع وان قال : على له ألف وثلاثة دراهم أو على له مائة وخمسون درهما أو على له خمسة وعشرون درهما أو خمسون وألف درهم أو مائة وألف درهم ففيه وجهان .

قال أبو على بن خيران وأبو سعيد الأصطخرى : يكون تفسيرا لما يليه من الجملتين ، وما قبل ذلك يرجع فى تفسيره اليه كما لو قال : له على ألف ودرهم . وقال سائر أصحابنا : يكون ذلك تفسيرا للجملتين لأنه ذكر الدرهم للتفسير ، ولهذا لا يجب به زيادة عدد فكان راجعا الى ما تقدم من الجملتين ، بخلاف قوله : ألف ودرهم ، فانه عطفه على الألف ، ولهذا يجب الدرهم مع الألف

فان باعه شيئا بمائة وخمسين درهما أو بخمسة وعشرين درهما وما أشبه ذلك لم يصح البيع ، على قول أبى على بن خيران وأبى سعيد الاصطخرى ، ويصلح البيع على قول سائر أصحابنا .

وان قال : له على خمسة عشر درهما لزمه خمسة عشر درهما بلا خلاف بين أصحابنا ، لأن هذين العددين ركبا عددا واحدا ليس أحدهما معطوفا على الآخر .

فرع اذا قال : له على ألف وكر حنطة قال الشيخ أبو حامد: فان الحنطة تكون تفسيرا للكر ، ويرجع فى تفسير الألف اليه ، وان قال : له على ألف حنطة لم يصح .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل واذا قـال لفـلان على عشرة دراهم لزمـه تسعة لان الاستثناء لغـة العرب وعادة أهل اللسان . وان قال : على عشرة الا تسعة لزمه ما بقى لأن استثناء الأكبر من الجملة لغـة العرب والدليل عليه قوله عز وجل (قال فبعزتك لأغوينهم أجمعين الا عبادك منهم المخلصين) ثم قـال عز وجل (ان عبادى ليس لك عليهم سـلطان الا من اتبعـك من الغاوين) فاستثنى الغاوين من العباد وان كانوا أكثر وان قال له على عشرة الا عشرة لزمه عشرة لأن ما يرفع الجملة لا يعرف فى الاستثناء فقط وبقى المستثنى منه وان قال : له على مائة درهم الا ثوبا وقيمة الثوب دون المـائة لزمه الباقى ، لأن الاستثناء من غير جنس المستثنى منـه لغـة العرب والدليل عليـه قوله تعالى (فسجد الملائكة كلهم أجمعون الا ابليس) فاستثنى ابليس من الملائكة وليس منهم . قال الشاعر :

وبلدة ليس بها أنيس الا اليعافير والا العيس

فاستثنى اليعافير والعيس من الأنيس وان لم يكن منهم .

وان قال : له على الألف الا درهما ثم فسر الألف بجنس قيمته أكثر من درهم سقط الدرهم ولزمه الباقى . وان فسره بجنس قيمته درهم أو أقل ففيـه وجهان :

(أحدهما) أنه يلزمه الجنس الذى فسر به الألف ويسـقط الاستثناء لأنه استثناء يرفع جميع ما أقر به فسقط وبقى به كما لو قال : له على عشرة دراهم الا عشرة دراهم .

(والثانى) انه يطالب بتفسير الألف بجنس قيمته أكثر من درهم ، لانه فسر اقرار المبهم بتفسير باطل فسقط التفسير لبطلانه ، وبقى الاقرار بالمبهم فلزمه تفسيره .

الشـــرح اللغة : قوله (لأن الاستثناء لغة العرب) والاسـتثناء مأخوذ من الثنى وهو الكف والرد قال فى اللسـان : ثنى ثنيا رد بعضـه على بعض ، وثنيت الشىء عطفته ، وثناه أى كفه أ هـ

قلت : وقال علقمة الفحل فى وصف ادراك المصيدة :

فأدركها ثانيـا من عنـانه يمر كمر الرائح المتحلب

وثنيته أى صرفته عن حاجته ، وكذلك اذا صرت له ثانيا . ويقـال :

حلف يمينا لاثنى فيها ولا مثنوية • قال ابن بطال الركبى : وقيل : انه مأخوذ من أثناء الجبل ، وهى أعطافه كأنه رجوع عن الشىء وانعطاف اليه •

وقوله : (وعادة أهل اللسان) أى أهل الفصاحة • واللسن بالتحريك الفصاحة وقد لسن بالكسر فهو لسن وألسن وقوله فى بيت الشعر (وبلدة) أى رب بلدة والواو بمعنى رب ، وقوله (اليعافير) جمع يعفور وهو ولد الظبية وولد البقرة الوحشية ، وقال بعضهم : اليعافير تيوس الظباء • ويعفور حمار النبى صلى الله عليه وسلم وفى حديث سعد بن عبادة أنه خرج على حماره يعفور ليعوده ، وقيل : سمى يعفورا لكونه من العفرة كما يقال فى أخضر يخضور ، وقيل : سمى به تشبيها فى عدوه باليعفور وهو الظبى ، وفى الحديث أن اسم حمار النبى صلى الله عليه وسلم وهو تصغير ترخيم لأغفر من الغفرة وهى الغبرة ولون التراب كما قالوا فى تصغير أسود سويد وتصغيره غير مرخم أعيفر كأسيود وحكى الأزهرى عن ابن الأعرابى يقال للحمار فلو ويعفور وهنبر وزهلق • وعفراء وعفيرة وعفارى من أسماء النساء وعفر وعفرى موضعان قال أبو ذؤيب :

لقد لاقى المطى بنجد عفر حديث ان عجبت له عجيب

وقوله (العيس) وهى الابل البيض وأحدها أعيس ، والأنثى عيساء بينة العيس وهو استثناء منقطع معناه الذى يقوم مقام الأنيس اليعافير والعيس ، وقال العيس الابل تضرب الى الصفرة رواه ابن الأعرابى وحده ، وفى حديث ظهفة ترتمى بنا العيس وهى الابل البيض مع شقرة يسيرة • ورجل أعيس الشعر أبيضه ورسم أعيس أبيض ، والعيساء الجرداء الأنثى •

أما الأحكام فانه يصح الاستثناء بالاقرار ، لأن الاقرار ورد بالاستثناء وهو لغة العرب • فالاستثناء من الاثبات نفى ، والاستثناء من النفى اثبات • فاذا قال : له على عشرة دراهم الا درهما لزمه تسعة ، وان قال : له على عشرة دراهم الا تسعة لزمة درهم • وحكى عن ابن درستويه النحوى أنه قال : لا يصح استثناء الأكثر واليه ذهب أحمد بن حنبل رحمه الله تعالى ، دليلنا قوله تعالى (ان عبادى ليس لك عليهم سلطان الا من

اتبعك من الغاوين) الآية ٤٢ من سورة الحجر ، وقال تعالى فى موضع آخر (فبعزتك لأغوينهم أجمعين الا عبادك منهم المخلصين) وهى الآية ٨٢ من سورة ص • فاستثنى الغاوين من العباد ، واستثنى العباد من الغاوين ، ولابد أن يكون أحدهما أكثر من الآخر •

وان قال : له على عشرة دراهم الا عشرة دراهم لزمه عشرة دراهم ، لأن الاستثناء اذا رفع جميع المستثنى منه لم يكن له حكم •

وان قال : له على عشرة دراهم الا ثلاثة دراهم الا درهمين كان المقر به تسعة لأنه لما استثنى ثلاثة من العشرة المثبتة كان ثافيا لثلاثة • فاذا استثنى الدرهمين من الثلاثة كان مثبتا لهما من السبعة الباقية فصار عليه تسعة •

وان قال : له على ثلاثة دراهم الا ثلاثة دراهم الا درهمين ففيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) يلزمه ثلاثة دراهم ، لأن الاستثناء الأول يرفع جميع المستثنى منه فبطل ، والثانى معلق به ، فبطل ببطلانه •

(والثانى) يلزمه درهم ، لأن الاستثناء الأول باطل فسقط وبقى الاستثناء الثانى فصح •

(والثالث) يلزمه درهمان ، قال ابن الصباغ : وهو الأقيس ، لأن الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عما بقى ، وذلك عبارة عن استثناء درهمين من ثلاثة •

وان قال : له على عشرة دراهم الا خمسة وخمسة ففيه وجهان •

(أحدهما) يبطل الاستثناء •

(والثانى) يصح الأول دون الثانى • قال الطبرى : وان قال له على ألف درهم أستغفر الله الا مائة درهم ، صح الاستثناء • وقال أبو حنيفة : لا يصح الاستثناء •

دليلنا أن الفصل اليسير بين الاستثناء والمستثنى منه اذا لم يكن حرف ابطال الاستثناء لا يبطله كما لو قال : له على ألف يا فلان الا مائة •

فرع يجوز أن يكون المستثنى من غير المستثنى منه بأن يقول : له على مائة درهم الا دينارا وبه قال مالك رحمه الله وقال أبو حنيفه : ان استثنى مكيلا أو موزونا جاز وان استثنى سيارة أو ثوبا من مكيل أو موزون لم يجز ، وقال زفر ومحمد بن الحسن : لا يجوز بحال وبه قال أحمد •

دليلنا قول الله (فسجد الملائكة كلهم أجمعين الا ابليس أبى) الآية ٣٠ من سورة الحجر وقال تعالى (فسجد الملائكة كلهم أجمعين الا ابليس استكبر) الآية ٧٣ من سورة ص وقوله تعالى (لا يسمعون فيها لغوا الا سلاما) الآية ٦٢ من سورة مريم وقال الشاعر :

وبلدة ليس بها أنيس الا اليعافير والا العيس

فاستثنى اليعافير وهى ذكور الظباء ، والعيس وهى الجمال البيض من الأنس •

اذا ثبت هذا فقال له على ألف الا درهما ، قيل له : قد أفرزت بألف مبهم وفسرت المستثنى منه ففسر الألف المقر به ، وان فسره بجنس قيمته درهم أو أقل ففيه وجهان •

(أحدهما) يبطل التفسير ، لأن الاستثناء قد صح ، فاذا فسر الاقرار المبهم بما يرفع الاستثناء لم يصح التفسير ، ويطالب بالتفسير على ما مضى •

(والثانى) يصح التفسير ويبطل الاستثناء ، لأنه فسره بما يقبل منه ، فاذا كان الاستثناء يرفعه حكم ببطلان الاستثناء • وان قال : له على ألف درهم الا ثوبا قلنا له : بين قيمة الثوب ، فان بين قيمته بقدر يبقى بعده من الألف شيء قبل منه •

قال ابن الصباغ : وعندى أنه ينبغى أن يكون ذلك قدر ما يجوز أن يكون قيمة الثوب • وإن فسره بما قيمته أعلى من الثياب وكانت قدر ألف ففيه الوجهان الأولان •

(أحدهما) يلزمه الألف ويبطل الاستثناء •

(والثانى) يبطل التفسير ويطالب بتفسير قيمة الثوب بقدر يكون أقل من ألف درهم •

وان قال : له على ألف الا ثوبا فقد أقر بمبهم واستثنى منه مبهما فيطالب بتفسيرهما • والكلام فيه اذا فسر على ما مضى •

فرع اذا قال : له ألف درهم الا مائة درهم وعشرة دنانير الا قيراطا ففيه وجهان •

(أحدهما) يلزمه تسعمائة درهم الا قيراطا ، لأن الظاهر أنه أقر بمالين وهما ألف درهم وعشرة دنانير ، وعقب كل واحد منهما استثناء •

(والثانى) وهو قول أبى حنيفة أنه يلزمه تسعمائة درهم وقيراط الا قيمة عشرة دنانير لأنه أقر له بألف درهم ، واستثنى منها مائة درهم وعطف على المائة عشرة دنانير فكانت قيمتها مستثناة مع المائة ، ثم استثنى من الدنانير قيراطا فكان باقيا عليه ، لأن الاستثناء من النفى اثبات •

فرع اذا قال : له على ألف درهم ومائة دينار الا مائة درهم وعشرة دنانير ففيه وجهان •

(أحدهما) يلزمه ألف درهم ويكون الاستثناء أن يرجعا الى مائة دينار ، لأنهما يعقبانه فرجعا اليـه .

(والثانى) وهو قول أبى حنيفة أن المـائة درهم تكون مستثناة من ألف درهم والعشرة الدنانير مستثناه من المـائة دينار ، لأن الظـاهر أنه استثنى كل جنس من جنسـه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان قال هؤلاء العبيد لفلان الا واحـدا طولب بالتعيين لأنه ثبت بقوله فرجـع فى بيانه اليـه ، فان ماتوا الا واحـدا منهم فقال الذى بقى هـو المستثنى ففيه وجهان

(أحدهما) أنه لا يقبـل لأنه يرفع به الاقرار فلم يقبل كما لو استثنى الجميع بقوله .

(والثانى) وهو المذهب أنه يقبل لأنه يحتمل أن يكون هو المستثنى فقبل قوله فيـه ويخالف اذا استثنى الجميع بقوله لأنه رفع المقر به بقوله وههنا لم يرجـع بالاستثناء الا واحـدا وانما سـقط فى الباقى بالموت فصار كما لو أعتـق واحـدا منهم ثم ماتوا الا واحدا وان قتـل الجميع الا واحدا فقـال الذى بقى : هو المستثنى قبـل وجها واحـدا الا انه لا يسقط حكم الاقرار لأن المقر له يستحق قيمة المقتولين . وان قال : غصبت من فلان هؤلاء العبيد الا واحدا منهم ثم ماتوا الا واحدا منهم وقال المستثنى هو الذى بقى قبـل وجها واحـدا لأنه لا يسـقط حكم الاقرار ، لأن المقر له بهم يستحق قيمتهم بالموت » .

الشـرح الأحكام : اذا كان فى يده عشرة أشـياء فقال : هؤلاء الأشـياء لزيد الا واحدا صح الاقرار ، ويطالب بتعيين الأشـياء التى للمقر له ، فان قال : له هذه التسعة صح ، وان قال : ليس له هذا كان الباقى منهم للمقر له ، وان كذبه المقر له فى التعيين كان القول قول المقر مع يمينه لأنه أعرف بما أقر ، فان تلف من الأشياء تسـعة وبقى واحد فقال المقر : هـذا الذى بقى ليس له فان كانت الأشـياء غير مضمونة على المقر فهل يقبل منه ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) لا يقبل لأن هذا تفسير يرفع جميع المقر به فلم يقبل كما لو قال : له على درهم الا درهم .

(والثانى) يقبل وهو الأصح ، لأن التفسير يرجع الى وقت الاقرار ، وقد كان التفسير لو لم يتلف التسعة صحيحا فكذلك اذا تلفت ، فصار كما لو قال : هؤلاء العبيد له الا غانما ثم ماتوا الا غانما ، ويخالف اذا استثنى الجميع ، لأن ذلك مضاد للاقرار فسقط

وان كانوا مضمونين على المقر بأن أقر أنه عصبهم قبل وجها واحدا ، لأنه يجب عليه ضمان التالفين ، وكذلك اذا قتلهم غيره ، فانه يقبل قوله وجها واحدا لما ذكرناه . وان كان فى يده سيارتان احداهما شيفروليه والأخرى فولكس فقال : احدى هاتين السيارتين لزيد صح اقراره ويطالب بالبيان ، فان قال : الفولكس له وصدقه المقر له سلمت اليه الفولكس ، فان قال المقر له : بل الشيفروليه لى دون الفولكس فالقول قول المقر مع يمينه فى الفولكس ، وأما الشيفروليه فقد أقر بها لمن كذبه فالحكم فيها على ثلاثة أوجه .

(أحدهما) تبقى على ملك المقر ، فانه على ملكه ، فاذا أقر به لمن لا يدعيه بقى على ملكه .

(والثانى) ينزعها الحاكم ويحفظها الى أن يجىء من يدعيها .

(والثالث) يحكم بضمها لممتلكات بيت المال .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان : قال : هذه الدار لفلان الا هذا البيت .

لم يدخل البيت فى الاقرار ، لأنه استثناه . وان قال : هذه الدار لفلان ، وهذا البيت لى ، قبل لأنه أخرج بعض ما دخل فى الاقرار بلفظ وصار كما لو استثناه بلفظ الاستثناء .

فصـــل وان قال له : هذه الدار هبـة سـكنى او هبـة عارية لم يكن اقرارا بالدار لأنه يقع بآخر كلامه بعض ما دخل فى أوله وبقى البعض فصـار كما لو اقر بجملة واستثنى بعضها وله أن يمنعه من سكناها لأنها هبـة منافع لم يتصـل بها القبض فجاز له الرجوع فيها » .

الشـرح الأحكام : اذا قال : هذا الدار لزيد الا هذا البيت أو هـذه العمارة لزيد وهذه الشقة لى ، فان الشقة تكون للمقر فانه بمنزلة الاستثناء أو أصرح منه فقبل .

وان قال : هـذه الدار لفلان هبة عارية أو هبة سكنى لم يكن اقرارا بالدار بل يكون اقرارا باعارة الدار ، فان رجع المعير فى العارية صح رجوعه فى المستقبل ، ولا يصح رجوعه فيما استوفى المستعير من المنفعة . فان قيل : قوله : هـذه الدار لفلان اقرارا بالدار فاذا قال : هبة عارية أو هبة سكنى كان ذلك رجوعا عن الاقرار بالدار فلم يقبل .

قلنا : انما يكون اقرارا لو اقتصر فى الاقرار على قوله : هذه الدار لفلان ، فأما اذا وصله بقوله : هبة عارية أو هبة سـكنى لم يكن اقرارا بالدار ، وانما هو اقرار بهبة منافعها ، ولأنه مقر بالعين والمنفعة ، فاذا استثنى العين وبقاء المنفعة صح كما لو قال : هذه الدار له الا هذه الشقة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان أقر لرجل بمال فى ظرف بأن قال لـه : عندى زيت فى جرة ، أو تبن فى غرارة ، أو سـيف فى غمد ، أو فص فى خاتم ، لزمـه المـال دون الظرف لأن الاقرار لم يتناول فى ظرف للمقر ، وان قال لـه : عنـدى جرة فيها زيت أو غرارة فيها تبن ، أو غمد فيـه سيف ، أو خاتم عليه فص ، لزمه الظرف دون ما فيـه لأنه لم يقر الا بالظرف ، ويجـوز أن يكون ما فيـه للمقر . وان قال له عنـدى خاتم لزمه الخاتم والفص لأن اسم الخاتم يجمعهما وان قال : له عنـدى ثوب مطرز لزمه الثوب بطرازه ومن أصحابنا من قال : ان كان الطراز مركبـا على الثوب بعد النسج ففيه وجهان (أحدهما) ما ذكرناه .

(والثانى) أنه لا يدخل فيه لأنه متميز عنه ، وان قال له فى يدى دار مفروشة لزمه الدار دون الفرش لأنه يجوز أن تكون مفروشة بفرش للمقر وان قال : له عندى فرس عليه سرج لزمه الفرس دون السرج وان قال : له عندى عبد وعليه ثوب لزمه تسليم العبد والثوب والفرق بينهما أن العبد له يد على الثوب وما فى يد العبد لمولاه والفرس لا يد له على السرج » .

الشرح ان قال : لفلان عندى ثوب فى منديل أو تمر فى جراب كان اقرارا بالثوب دون المنديل وبالتمر دون الجراب ، لأنه يحتمل فى منديل لى وفى جراب لى . وكذلك اذا قال : غصبت منه ثوبا فى منديل أو زيتا فى زق كان اقرارا بغصب الثوب دون المنديل ، والزيت دون الزق وكذلك اذا قال : غصبت زقافيه زيت أو جرة فيها خل كان مقرا بغصب الزق دون الزيت والجرة دون الخل ، وبه قال مالك : وقال أبو حنيفة اذا قال : غصبت منه ثوبا فى منديل أو زيتا فى زق كان مقرا بعضها . دليلنا أن يحتمل أن يكون المنديل له ، فقوله : غصبت ثوبا فى منديل أى فى منديل لى ، ولو قال : ذلك لم يكن غاصبا لهما ، فاذا أطلقه كان قوله محتملا له فلم يكن مقرا بغصبها كما لو قال : عندى له ثوب فى منديل وكما لو قال : غصبت دابة فى اصطبلها .

فرع وان قال ، عندى له خاتم لزمه خاتم بفصها ، لأن اسم الخاتم يجمعهما ، وان قال : عندى له ثوب مطرز لزمه الثوب بطرازه سواء كان الطراز منسوجا مع الثوب أو مركبا عليه ،ومن أصحابنا من قال : ان كان الطراز مركبا على الثوب بعد النسيج ففيه وجهان .

(أحدهما) يلزمه الثوب مع طرازه ، لأنه من أجزاء الثوب .

(والثانى) لا يلزمه الطراز لأنه متميز عن الثوب .

فرع وان قال : عندى له دار مفروشة كان مقرا بالدار دون الفرش ، لأنه يجوز أن تكون مفروشة بفرش للمقر له ، قال الطبرى : وان قال : عندى له دابة بسرجها أو سفينة بطعامها كان مقرا بالدابة والسرج والسفينة والطعام ، لأنه لا يحتمل الا الاقرار بالأمرين جميعا .

وقال ابن القاص فى التلخيص : وان قال : عندى له دابة عليها سرج كان مقرا بالدابة دون السرج ، وان قال : عندى له عبد عليه عمامة أو ثوب كان مقرا بالعبد والعمامة والثوب فوافقه على ذلك أكثر أصحابنا ، وفرقوا بينهما أن الدابة لا يد لها على السرج والعبد له يد على العمامة والثوب فكان مقرا بالعبد وبما فى يده .

قال أبو على السنجى : لا يكون مقرا بالسرج ولا بالعمامة والثوب ، لأن ابن القاص قد ذكر الفرس والعبد فى المفتاح ولم يفرق بأنهما ، لأنه يحتمل أن قوله : عليه عمامة أو ثوب لى ومتى احتمل قوله دخوله وعدم دخوله لم يدخل بالشك ولأن يده ثابتة على الجميع فلم يدخل فى الاقرار الا ما يتيقن .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان قال لفلان على ألف درهم ثم أحضر ألفا وقال هى التى أقررت بها وهى وديعة فقال المقر له هذه وديعة لى عنده والألف التى أقر بها دين لى عليه غير الوديعة ففيه قولان .

(أحدهما) أنه لا يقبل قوله لأن قوله : على ، اخبار عن حق واجب عليه فاذا فسر بالوديعة فقد فسر بما لا يجب عليه فلم يقبل .

(والثانى) أنه يقبل لأن الوديعة عليه ردها وقد يجب عليه ضمانها اذا تلفت وان قال له على ألف فى ذمتى ثم فسر ذلك بالألف التى هى وديعة عنده وقال المقر له بلى هى دين لى فى ذمتى غير الوديعة ، فان قلنا فى التى قبلها انه لا يقبل قوله فيها فههنا أولى ان لا يقبل وان قلنا يقبل هناك قوله ففى هذه وجهان .

(أحدهما) انه لا يقبل وهو الصحيح لأن الألف التى أقر بها فى الذمة . والعين لا تثبت فى الذمة .

(والثانى) أنه يقبل لأنه يحتمل أنها فى ذمتى لأنى تعديت فيها فيجب ضمانها فى ذمتى وان قال له على ألف ثم قال هى وديعة كانت عندى وظننت أنها باقية وقد هلكت لم يقبل قوله لأن الاقرار يقتضى وجوب ردها أو ضمانها والهالكة لا يجب ردها ولا ضمانها فلم يصح تفسير الاقرار بها » .

الشـــرح الأحكام : اذا قال له عندى ألف درهم وديعة قبل قوله، لأن الوديعة عليه ردها • فان قال بعد ذلك : كنت أظنها باقية وقد كانت تلفت قبل اقرارى لم يقبل قوله مع يمينه ، لأنه يحتمل ما يدعيه • وان قال : على لزيد ألف درهم ثم جاء بألف وقال : هـذه التى أقررت بها وكانت وديعة له عندى فان صـدقه زيد فلا كلام ، وان كذبه وقال : هذه وديعة لى عندك والتى أقررت بها لى غيرها ففيه قولان حكاهما المنصف الشيخ أبو اسـحاق هنا •

(أحدهما) لا يقبل قوله ، وحكى ابن الصباغ أنه قول أبى حنيفة ، لأن معنى قوله : على ، للايجاب ، وذلك يقتضى كونها فى ذمته ، ألا ترى أنه اذا قال : ما على فلان على ، كان ضامنا ، والوديعة ليست بواجبة عليه ، فلم يقبل بهـا •

(والثانى) يقبل قول المقر مع يمينه ولم يذكر ابن الصباغ والمسعودى غيره ، لأن الوديعة عليـه حفظها وردها ، فاذا فسر اقراره بقـوله : على بالوديعة ، قبل كما لو قال : عندى ألف درهم ، ثم قال : هى وديعـة فانه يقبل و (على) بمعنى عندى ، ولهذا قال الله تعـالى (ولهم على ذنب فأخاف أن يقتلون) •

وان قال : له على ألف فى ذمتى ، فجاء بألف ، وقال : الألف التى كنت أقررت لك بها كانت وديعة وتلفت وهذه بدلها قبل قوله ، لأنه يجوز أن تكون تلفت بتعديه أو تفريطه ، فيكون بدلها فى ذمته ، وأما ان جاء بألف وقال : التى أقررت بها هى هذه ، وهى وديعـة عندى ، فقال المقر له : هذه وديعة لى عندك ، ولك دين لى فى ذمتك فهل يقبل قول المقر ؟ ان قلنا فى التى قبلها : لا يقبل قوله ، فهاهنا أولى • وان قلنا : يقبل هناك ، فهاهنا وجهـان :

(أحدهما) لا يقبل لأن الوديعة لا تثبت فى الذمة بخلاف ما لو قال : على ألف ثم فسرها بالوديعة ، لأنه لم يصرح بكونها فى ذمته •

(والثانى) يقبل قوله مع يمينه لجواز أن تكون وديعة تعدى بها ، فكان ضمانها فى ذمته •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان قال : له على الف درهم وديعـة دينا لزمه الألف لأن الوديعة قـد يتعدى فيها فتصير دينا وان قال : لـه على ألف درهم عارية لزمه ضمانها ، لأن اعارة الدراهم تصـح فى أحـد الوجهين فيجب ضمانها وفى الوجـه الثانى لا تصح اعارتها فيجب ضمانها لأن ما وجب ضمانه فى العقد الصحيح وجب ضمانه فى العقد الفاسد ﴾ •

الشـــرح الأحكام : اذا قال : له على ألف درهم وديعة أو مضاربة دينـا قبـل قوله ، لأنه قـد يتعدى بالوديعـة ومال المضـاربة فيكون مضمونا عليـه وان قال : له على ألف أخذتها منه •

فقد اختلف أصحابنا الخراسـانيون فيـه ، فمنهم من قال : هو كما لو قال : دفعها الى وديعة ، فلو ادعى بعـد ذلك أنها تلفت قبـل قوله فيه مع يمينه ، لأنه قـد تضـاف الوديعة الى آخذها كما تضـاف الى دافعها، وقال القفال : لا يقبـل قوله : انها وديعة عنـده ، بل تكون مضـمونة عليـه ، وهو قول أبى حنيفة ، لأن الأخذ يقتضى الغصب فاذا فسره بالوديعة لم يقبـل •

فـــرع قال الشـافعى رحمـه الله : ولو قال : له على ألف درهم عارية كانت مضمونة • قال أصحابنا : هل تصـح عارية الدراهم ؟ فيـه وجهان :

(أحدهما) يصح لأنه يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها •

(والثانى) لا يصح لأنه لا ينتفع بها مع بقاء عينها انتفاعا مقصودا ، فاذا اسـتعادها كانت مضمونة عليه على الوجهين •

فاذا أقر بذلك كانت مضـمونة عليه سـواء قلنا : يصـح اعارتها أو لا يصح ، لأن ما ضمن بالعقد الصحيح ضمن بالفاسد كالبيع •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان قال له فى هـذا العبد ألف درهم أو له من هـذا العبد ألف درهم ثم قال أردت أنه وزن فى ثمنه ألف درهم ووزنت أنا ألف درهم فى صفقة واحـدة كان ذلك اقرارا بنصفه وان قال اشترى ثلثه أو ربعـه بألف فى عقد واشتريت أنا الباقى بألف فى عقد آخر قبـل قوله لأن اقراره مبهم وما فسر بـه محتمل والعبد فى يده فقبل قوله فيـه . وان قال : جنى عليه العبد جناية أرشها ألف درهم قبل قوله وله أن يبيع العبد ويدفع اليـه الأرش وله أن يفديه . وان قال وصى له من ثمنه بألف درهم بيع ودفع اليـه من ثمنه ألف درهم فان أراد أن يدفع اليه ألفـا من ماله لم يجز لأن بالوصية يتعين حقه فى ثمنه وان قال : العبد مرهون عنده بألف ففيه وجهان.

(أحدهما) أنه لا يقبل لأن حق المرتهن فى الذمة لا فى العين .

(والثانى) وهو الصحيح أنه يقبل لأن المرتهن متعلق حقه بالذمة والعين.

الشـــرح الأحكام : اذا قال : له فى هـذه السيارة ألف دينار أو من هـذه السيارة ألف دينار فقلنا له : بين لنـا ما أردت بهـذا ؟ فان قال : أردت أنه اقتطع من حسـابى الجارى ألف فى ثمنها ودفع من حسابه ألفا قرضـا ، كان مقرا بألف فى ذمته . وان قال : نقدت فى ثمنها ألف دينـار . قيـل له : بين كم ثمن السـيارة وكيف وقـع الشراء ؟ فان قال : اشتريتها أنا وهى صـفقة واحـدة ، قلنـا : فكم نقـدت أنت من الثمن ؟ فان قال : نقدت ألفـا كان مقرا له بنصف السـيارة ، وان قال : نقدت ألفين كان مقرا بثلث السـيارة ، وسواء كان ذلك قيمة السـيارة أو أكثر أو أقل .

وان قال : اشترى ربعها أو ثلثها بألف بعقد واشتريت الباقى أو أنهيته أو ورثته قبل قوله . وان كذبه المقر فى شىء من ذلك كان القول قـول المقر مع يمينه ، لأن ما قاله محتمل .

وان قال : دهمتنى السيارة بجناية أرشها ألف درهم قبل قـوله فى ذلك ، وان قال : وصيت من ثمن السيارة بألف لسـائقها استحق السـائق الألف من ثمنها . فان قال : هى مرهونة عنده بالألف فهـل يقبل قوله ؟ فيـه وجهان .

(أحدهما) لا يقبل ، لأن الدين فى الرهن يتعلق فى الذمة والرهن ، فيكون تفسيره مخالفا لظاهر اقراره .

(والثانى) يقبل ، لأن الدين يتعلق بالرهن والذمة .

اذا ثبت هذا فقال صاحب التلخيص : اذا قال : لفلان على ألف درهم فى هذه السلعة سئل فان قال : نقدنى ثمنها ألف درهم قيل له : وأنت كم نقدت فان قال ألفين كانت بينهما أثلاثا . قال أصحابنا : هذا غلط ، انما قال الشافعى رحمه الله هذا اذا قال : له فى هذا البعير ألف سئل عن قوله ، فأما اذا قال : له على ألف فى هذه السيارة فالألف لازمة له بكل حال ، لأن قوله له على ألف ، اقرار . فاضافته الى السيارة لا يغيره .

فرع وان قال : له فى هذه السيارة شرك صح اقراره ، ورجع اليه فى تفسيره ذلك الشرك منه ، فبأى قدر فسره قبل منه . وبه قال محمد بن الحسن وقال أبو يوسف : يكون له النصف .

دليلنا أن الشرك يقع على القليل والكثير ، فقبل فيه قوله ، كما لو قال : له فيه شىء .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان قال : له فى ميراث أبى ألف درهم لزمه تسليم ألف اليه وان قال : له فى ميراثى من أبى ألف درهم ثم قال : أردت هبة ، قبل منه لأنه أضاف الميراث الى نفسه فلا ينتقل ماله الى غيره الا من جهته ، وان قال : له فى هذا المال ألف درهم لزمه وان قال : له فى مالى هذا ألف درهم لم يلزمه لأن ماله لا يصير لغيره باقراره .

فصل واذا قال لفلان على ألف درهم من ثمن مبيع لم أقبضه لم يلزمه تسليم الألف ، لأن الأصل انه لم يقبض المبيع فلا يلزمه تسليم ما فى مقابلته ، وان قال : له على ألف درهم . ثم قال بعد ذلك : من ثمن مبيع لم أقبضه لم يقبل لأنه لزمه الألف باقراره فلم يقبل قوله فى اسقاطه .

الشـــرح الأحكام : اذا قال : له فى ميراث أبى أو ميراث أمى ألف كان مقرا على أبيه • وان قال : له فى ميراثى من أبى أو من ميراثى من أبى ألف رجـع فى تفسـيره اليه • فان قال : أردت الاقرار قبل منه ، وان قال : أردت الهبـة منى قبل قوله ويكون بالخيـار بين أن يسلم لـه ما وهب لـه وبين ألا يسـلم ، والفرق بينهما أنه اذا أطلق ولم يضـف الميراث الى نفسـه ثم جعـل له منها خيرا احتمل أن يكون ذلك هبـة منـه له ، والهبة لا تلزم عليه الا بالتسليم •

وكذلك اذا قال : له فى هـذه الدار نصفها أو له نصف هـذه الدار كان اقرارا بنصفها • وان قال : له فى دارى نصـفها لم يكن اقرارا لمـا ذكرناه •

فـــرع ان قال : لـه فى ميراثى أو من ميراثى ألف بحق أو فى دارى أو من دارى نصفها بحـق لزمه ذلك لأنه قـد اعترف أن المقر لـه يسـتحق ذلك فلزمه • وان قال له فى هـذا المـال ألف كان ذلك اقرارا • وان قال : لـه فى مالى أو من مالى ألف فنص الشـافعى رحمه فى موضع أنه لا يكون اقرارا بل يرجـع اليـه فى تفسـيره كما قال فى قوله : فى ميراثى من أبى أو من ميراثى من أبى ألف ، وقال فى الاقرار والمواهب : لو قال : له فى مالى ألف كان اقرارا • واختلف أصحابنا فيـه فمنهم من قال : فى قوله : له فى مالى ألف قولان •

(أحدهما) يكون اقرارا ، لأن الألف التى فى ماله وفاؤها عليه وماله ظرف لهـا ، كقوله تعالى : « وفى أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم » وأراد به حق الله تعالى ، وهو واجب عليهم •

(والثانى) لا يكون اقرارا وهو الصحيح لأنه أضـاف المـال الى نفسـه ثم جعل لغيره منـه ألفـا فلم يحمل على غير الهبة ، والهبة لا تلزم عليـه الا بالقبض ، ومنهم من قال : لا يكون اقرارا واحدا ، لأنه لا فرق بين قوله : له فى مالى ألف وبين قوله : لـه من مالى ألف • وكذلك له

فى دارى أو من دارى وفى ميراثى أو من ميراثى ، وما قاله فى الاقرار والمواهب يحتمل أن يكون سهوا من الكاتب أو متأولا على أنه قال : على له فى مالى ألف لأنه اذا قال : على له فقد صرح بوجوبه عليه فكان اقرارا .

مسألة اذا قال : له عندى ألف وسكت ثم قال بعد ذلك : من ثمن مبيع لم أبغضه لم يقبل قوله ، ويكون القول قول المقر له ، فاذا حلف انه ليس له عنده مبيع بالألف المقر بها استحق الألف لأنه فسر اقراره بما يسقط وجوب تسليمه منفصلا عنه فلم يقبل ، وان قال : له عندى ألف درهم من ثمن مبيع وسكت ثم قال بعد ذلك : لم أقبضه قبل قوله ، فان خالفه المقر له كان القول قول المقر مع يمينه ، لأن اقراره تعلق بالمبيع والأصل عدم القبض ، فقبل قوله فيه ، وان قال : له عندى ألف من ثمن مبيع لم أقبضه قبل قوله ، فان أنكر المقر له وقال : بل هى عنده دين من غير ثمن مبيع فالقول قول المقر مع يمينه ولا فرق بين أن يعين المبيع أولا يعينه ، وبه قال أبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة : ان عين المبيع قبل قوله ، وسواء وصل باقراره أو لم يصل ، وان أطلق لم يقبل منه .

دليلنا أنه أقر بحق عليه فى مقابلة حق له لا ينفك أحدهما عن الآخر ، فاذا لم يثبت ماله لم يثبت ما عليه ، كما لو عين المبيع .

فرع قال الشافعى رحمه الله فى الاقرار والمواهب : اذا قال : عندى خمسة دراهم فى ثوب اشتريته منه الى سنة ومعناه أنى أسلمت اليه فى ثوب خمسة دراهم الى سنة وصدقه المقر له نظرت — فان قال ذلك بعد التفرق من مجلس السلم — فقد بطل السلم . فان كان قبل التفرق فلكل واحد منهما الخيار فى فسخه ، وان كذبه المقر له وقال : بل عنده لى خمسة دراهم دين لا عن سلم فالقول قول المقر له مع يمينه لأن المقر وصل باقراره ما يرفعه ، فلم يقبل . وان قال : له عندى ثوب فى خمسة دراهم ومعنى ذلك دفع الى ثوبا بخمسة

دراهم كان مقرا بخمسة دراهم • وان قال : عندى له ثوب فيه خمسة دراهم كان مقرا بالثوب دون الدراهم • كما قلنا فى قوله : له عندى جراب فيه تمر •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان أقر بحق ووصله بما يسقطه بأن أقر بانه تكفل بنفس أو مال على أنه بالخيار أو أقر أن عليه لفلان الف درهم من ثمن خمر أو خنزير أو لفلان عليه الف درهم قضاها ففيه قولان •**

(أحدهما) أنه يلزمه ما أقر به ولا يقبل ما وصله به لأنه يسقط ما اقر به فلم يقبل كما لو قال له على عشرة الا عشرة •

(والثانى) أنه لا يلزمه الحق لأنه يحتمل ما قاله فصار كما لو قال : له على ألف الا خمسمائة وان قال : له على الف درهم مؤجلة ففيه طريقان من اصحابنا من قال : هى على القولين لأن التأجيل كالقضاء ومنهم من قال يقبل قولا واحدا لأن التأجيل لا يسقط الحق وانما يؤخره فهو كاستثناء بعض الجملة بخلاف القضاء فانه يسقطه •

الشرح اذا أقر له بحق ثم وصله بما يسقطه لا من الوجه الذى أثبته ، مثل أن يقول : تكفلت ببدن فلان على أنى بالخيار أو : له عندى ألف من ثمن خمر أو كلب أو من مبيع هلك قبل القبض ، أو على له ألف قبضته اياها ، فهل يقبل قوله فى ذلك ؟ فيه قولان :

(أحدهما) يقبل قوله وبه قال أبو حنيفة ، لأنه يحتمل ما قال كما لو قال : من ثمن مبيع لم أقبضه •

(والثانى) لا يقبل قوله : لأنه يرفعه من الوجه الذى أثبته بأن قال : له على درهم الا درهم ، فانه لا يقبل • وان قال : له على ألف درهم الى سنة ، فاختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال : هى على قولين كما لو قال : له على ألف درهم أقبضته اياها ومنهم من قال : يقبل منه قولا واحدا ، لأن ذلك لا يسقط الاقرار ، وانما يكون مؤخره •

وقال أبو حنيفة : يكون مدعيا للأجل ، والقول فيه قول المقر له مع يمينه . دليلنا أن الأجل أحد نوعى الدين فوجب أن يثبت بالاقرار كالحلول .

فرع فان ادعى على رجل مائة درهم فقال المدعى عليه قبضتك منها خمسين فقد صار مقرا له بهذه الخمسين ، ومدعيا لقضائها . وهل يقبل قوله فى القضاء ؟ على القولين .

وأما الخمسون الأخرى فالقول فيها قول المدعى عليه مع يمينه ، لأصل براءة ذمته منها .

فرع قال الشافعى فى الاقرار والمواهب : اذا قال : ملكت هذا العبد من فلان أو قبضته منه كان اعترافا بالملك واليد ، فان كذبه فلان فى انتقاله اليه كان القول قوله مع يمينه ، فاذا حلف رد اليه ، وان قال : ملكته على يد فلان أو أخذته أو قبضته أو وصل على يديه لم يكن اقرارا له بالملك باليد ، لأن قوله : على يديه يقتضى معاونته . وان قال : أودعنى ألفا فلم أقبضها أو أقرضنى وأعطانى أو نقدنى ألفا فلم أقبضها قبل قوله اذا كان متصلا ، ولا يقبل قوله اذا كان منفصلا . وقال أبو يوسف : لا يقبل قوله فى : نقدنى ألفا ودليلنا أنه لم يقر بالقبض فلم يلزمه كما لو قال : أقرضنى فلم أقبض .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان قال : هذه الدار لزيد بل لعمرو أو قال غصبتها من زيد لا بل من عمرو حكم بها لزيد لأنه اقر له بها ولا يقبل قوله لعمرو لأنه رجوع عن الاقرار لزيد وهل يلزمه ان يغرم قيمتها لعمرو ؟ فيه قولان :**

(احدهما) أنه لا يلزمه لأن العين قائمة فلا يستحق قيمتها .

(والثانى) أنه يلزمه وهو الصحيح لأنه حال بينه وبين ماله فلزمه ضمانه كما لو أخذ ماله ورمى به فى البحر فان قال غصبت هذا من احد هذين الرجلين طولب بالتعيين فان عين أحدهما فان قلنا انه اذا اقر به لاحدهما بعد

الآخر غرم للثانى حلف لأنه اذا نكل غرم له وان قلنا انه لا يغرم للثانى لم يحلف لأنه لا فائدة فى تحليفه لانه اذا نكل لم نقض عليه بشىء وان كان فى يده دار فقال غصبتها من زيد وملكها لعمرو حكم بها لزيد لأنها فى يده فقبل اقراره بها ولا يقبل قوله ان ملكها لعمرو لأنه اقرار فى حق غيره ولا يغرم لعمرو شيئا لأنه لم يكن منه تفريط لأنه يجوز أن يكون ملكها لعمرو وهى فى يد زيد باجارة أو رهن أو غصبها منه فأقربها على ما هى عليه فأما اذا قال هذه الدار ملكها لعمرو وغصبها من زيد ففيه وجهان :

(أحدهما) أنها كالمسألة قبلها اذ لا فرق بين أن يقدم ذكر الملك وبين أن يقدم ذكر الغصب .

(والثانى) أنها تسلم الى زيد وهل يغرم لعمرو ؟ على القولين كما لو قال : هذه الدار لزيد لا بل لعمرو .

الشرح الأحكام : اذا قال : هذه الدار لزيد لا بل لعمرو أو غصبت هذه الدار من زيد لا بل من عمرو أو غصبتها من زيد وغصبها زيد من عمرو فالحكم فى ذلك كله واحد ، ويلزمه تسليم الدار الى زيد ، لأنه أقر له بها ، وهل يلزم أن يغرم لعمرو قيمة الدار ؟ فيه قولان :

(أحدهما) لا يلزمه لأنه أقر للثانى بما عليه ، وانما منع الشرع من قبوله وذلك لا يوجب الضمان .

(والثانى) يجب عليه أن يغرم لعمرو قيمة الدار وهو الأصح ، لأنه حال بينه وبين الدار باقراره الأول فلزمه أن يغرم له كما لو شهد رجلان على رجل بعتق عبده فحكم الحاكم بشهادتهما ثم رجعا عن الشهادة .

وحكى المسعودى أن من أصحابنا من قال : اذا قال : هذه الدار لزيد، لا بل لعمرو ولم يقل : غصبتها أنه لا يغرم لعمرو شيئا قولا واحدا ، لأنه لم يقر بالجناية على نفسه .

والصحيح هو الأول ، ولا فرق بين أن يوالى الاقرار لهما أو يفصل بينهما بفصل طويل أو قصير ، واختلف أصحابنا فى موضع القولين فمنهم

من قال : القولان اذا سلمها الحاكم الى زيد أو حكم الحاكم بالتسليم وأجبره على تسليمها • وأما اذا سلمها المقر بنفسه الى زيد فانه يغرم لعمرو قيمتها قولا واحدا ، لأنه ضمنها بالتسليم ، ومنهم من قال : القولان فى الحالين، وهو الصحيح لأن الحاكم انما يسلمها أو يجبره باقراره •

وان باع من رجل عينا وأخذ ثمنها ثم أقر بها لعمرو لم يقبل اقراره بها للثانى لحق المشترى وهل يلزمه أن يغرم قيمتها للثانى ؟

اختلف أصحابنا فمنهم من قال : فيه قولان كالأولى ، ومنهم من قال : يلزمه أن يغرم له قيمتها قولا واحدا ، لأنه قد أخذ عوضها ، وان أقر رجل أن الدار التى فى تركة أبيه لزيد لا بل لعمرو سلمت الى زيد ، وهل يغرم لعمرو قيمتها ؟ قال ابن الصباغ : من أصحابنا من قال : فيه قولان كما لو قال : غصبتها من زيد لا بل من عمرو • ومنهم من قال : لا يغرم لعمرو شيئا قولا واحدا ، والفرق بينهما أن هاهنا أقر بما يغلب على ظنه ولا يؤخذ ذلك منه بالعلم والاحاطة • واذا أقر بمال نفسه حمل أمره على العلم والاحاطة فلم يعزر فى الرجوع •

فان كان فى يده دار فقال : غصبتها من زيد وملكتها لعمرو وجب عليه تسليمها الى زيد لأن قوله : غصبتها منه يقتضى أنها كانت فى يده بحق، وقوله : لعمرو لا ينافى ذلك ، لأنه قد يكون فى يد زيد باجارة أو موصى له بمنفعتها لعمرو وملكها ولا تقبل شهادته لعمرو لأنه قد أقر أنه غاصب ، وشهادة الغاصب غير مقبولة ولا يلزمه أن يغرم لعمرو قيمتها قولا واحدا ، لأنه لم يكن منه تفريط الا أن يعلم المقر أنها فى يد زيد بغير حق ، فلا يجوز له تسليمها اليه فيما بينه وبين الله عز وجل ، فان سلمها اليه ضمنها ، فأما اذا قال : هذه الدار ملكها لعمرو وغصبتها من زيد فاختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال : الحكم فيها كالتى قبلها ، لأنه لا فرق بين أن يقدم ذكر الغصب أو الملك ، لأنهما لا يتنافيان على ما مضى • ومنهم من قال : يلزمه ها هنا أن يسلمها الى زيد وهل يلزمه أن يغرم لعمرو ؟ فيه قولان •

كما قلنا فيه اذا قال : هذه الدار لزيد ، لا بل لعمرو ، وحكى ابن الصباغ أن من أصحابنا من قال : يلزمه أن يسلمها الى عمرو ، وهل يضمنها، لزيد ؟ على قولين ، لأنه أمر بالملك لعمرو فلم يقبل اقراره باليد لزيد .

فـــرع اذا قال : غصبت هذه السيارة من أحد هذين الرجلين فانه يطالب بتعيين المغصوب منه منهما . فان قال : لا أعرف عينه نظرت ــ فان صدقاه على ذلك انتزعت السيارة من يده ، وكانا خصمين فيها ؛ وان كذباه وادعى كل واحد منهما أنه يعلم أنه غصبها منه فالقول قوله مع يمينه ، لأنه أعلم بفعله ، فاذا حلف انتزعت منه السيارة وكانا خصمين فيها ، وان نكل حلف المدعى وكان كما لو أقر له .

وان قال المقر : هى لهذا فانها تكون له ولا يغرم للآخر شيئا قولا واحدا ، لأنه لم يقر له بشىء فان قال الآخر : أحلفوه انه لا يعلم أنهـا لى فهل يلزمه أن يحلف ؟ يبنى على القول اذا أقر له به بعد الأول ، فان قلنا : يلزمه أن يغرم له قيمتها لزمه أن يحلف له لجواز أن يخاف اليمين فيقر .

وان قلنـا : لا يلزمه أن يغرم لـه قيمتها لم يلزمه أن يحلف لأنـه لا فائدة فى عرض اليمين عليه .

فـــرع اذا كان فى يده عبد فادعى عليه أنه أعتقه فأنكر فأقام عليـه شاهدين بأنه اعتقه فان قبلت شهادتهما عتق ، وان ردت شهادتهما فالقول قول السيد مع يمينه ، فاذا حلف استقر ملكه عليه ، فان اشـتراه الشاهدان أو أحدهما حكم بصحة البيع فى جهة البائع لأنه محكوم لـه بملكه ، ويكون الشراء من جهة المشترى ابتداء كما وجد المسـلم مع المشرك أسـيرا مسلما فاشتراه المسلم فانه يكون استنقاذا ، فاذا نفـذ البيـع حكم بعتقه على المشـترى لتقدم اقراره بعتقـه ، ويثبت عليـه الولاء ، لأن العتـق لا ينفك من الولاء ، ويكون موقوفا لأن المشـترى لا يدعيـه والبائع لا يدعيه فان مات هذا العبد وخلف مالا ــ فان كان له وارث مناسب أو لـه فرض ــ ورث ميراثه ، وان لم يكن لـه وارث

نظرت ــ فان أقر البائع أنه قــد كان أعتقه قبل قوله ، ولزمه رد اليمين على المشــترى ، وكان مال المعتق أو ما بقى عن أهل الفرائض له ، كمــا اذا لاعن امرأته ونفى نسب ولدها ثم مات الولد • وخلف مالا ــ فان كان وارث مناسب أو من له فرض ورث ميراثه ، وان لم يكن له وارث نظرت، فان أقر البائع أنه قــد كان أعتقه قبــل قوله ولزمه رد اليمين على المشترى وكان مال المعتق أو ما بقى عن أهــل الفرائض لــه كما اذا لاعن امرأته ونفى نسب ولدها ثم مات الولد وخلف مالا فأكذب الرجــل نفســه • وان لم يقر البائع أنه قــد كان أعتقه لكن اعترف المشــترى أنه كان قد كذب فى الشــهادة فى العتــق لم يقبل قوله فى ابطال العتق ، ولكن يكون لــه أخذ المعتق بالولاء ، لأنه حكم بعتقه عليــه • وان أقر البائع أنه قــد كان أعتقه وأقر المشــترى أنه كان شــهد بالزور فالذى يقتضى المذهب أن ماله يوقف بينهما الى أن يصطلحا عليــه ، لأنه لا مزية لقول أحدهما على الآخر •

وان لم يقر البائع بعتقه ولا رجــع المشترى عن شهادته بالعتق فنقل المزنى : أن الشــافعى رحمه الله قال : أوقف المــال حتى يجىء من يدعى الولاء • قال المزنى : ينبــغى أن يكون للمشــترى أن يأخــذ من مال المعتق أقل الأمرين من ثمنه أو المــال ، لأنه ان كان صــادقا فالثمن لــه دين على البائع ، وما ترك المعتــق فهو للبائع فكان للمشترى أخذ ما دفع من الثمن من مال البائع ، كمن له على رجل حــق وامتنع من دفعه ووجد من له الحق مالا له •

وان كان المشترى كاذبا فى الشــهادة فقد عتق عليــه ، فكان لــه أخــذ ماله • فمن أصحابنا من غلط المزنى وقال : ليس للمشترى ذلك ، لأنه يقول : ان كنت صــادقا فى شهادتى فقد خلصته من الرق ، وتطوعت بدفع الثمن ، فلا أرجــع به ، وان كنت كاذبا فى الشــهادة فلا حــق لى على البائع • ومن أصحابنا من قال : بل ما قاله المزنى هو الصحيح •

وقد نص عليه الشافعى فى الاقرار بالحكم الظاهر كما ذكره المزنى ودفعه الثمن على وجه القربة لا يسقط رجوعه عنه • ألا ترى أن مسلما لو افتدى مسلما من أيدى المشركين بمال ثم غلب المسلمون المشركين ووجد ماله فان له أخذه ويختص به من بين سائر المسلمين • فان كانت بحالها فمات البائع وخلف ابنا ثم مات المعتق فالذى يقتضى المذهب أن ابن البائع اذا أقر أن أباه كان قد أعتق العبد فى حياته أن له أن يأخذ مال المعتق ويرد الى المشترى ما دفع من الثمن ان وجده بعينه أو بدله ان ترك أبوه معه تركة ، فان لم يترك أبوه معه تركه لم يلزمه أن يغرم • وان لم يقر ابن البائع بأن أباه أعتقه فى حياته لكن أقر المشترى أنه كذلك فى الشهادة بالعتق ، فان له أخذ مال المعتق بالولاء ، وان لم يقر ابن البائع بالعتق ولا رجع المشترى عن الشهادة فليس للمشترى أن يأخذ من مال المعتق شيئا لأنه يقر أنه مال لابن البائع ولا يستحق عليه شيئا ، وانما يدعى بالثمن على أبيه •

وان مال المشترى وخلف ابنا فالذى يقتضى المذهب أنه اذا أقر أن أباه كذب فى شهادته كان له مال المعتق لأنه قد يتوصل الى ذلك باخبار أبيه فى حياته فكان كما لو أقر الآن بذلك •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان أقر رجل على نفسه بنسب مجهول النسب يمكن أن يكون منه • فان كان المقر به صغيرا أو مجنونا ثبت نسبه لأنه أقر له بحق فثبت كما لو أقر له بمال ، فان بلغ الصبى أو أفاق وانكر النسب لم يسقط النسب لأنه نسب حكم بثبوته فلم يسقط برده وان كان المقر به بالغا عاقلا لم يثبت الا بتصديقه لأن له قولا صحيحا فاعتبر تصديقه فى الاقرار كما لو أقر له بمال وان كان المقر به ميتا فان كان صغيرا أو مجنونا ثبت نسبه لأنه يقبل اقراره به اذا كان حيا فقبل اذا كان ميتا وان كان عاقلا بالغا ففيه وجهان :**

(أحدهما) أنه لا يثبت لأن نسب البالغ لا يثبت الا بتصديقه وذلك معدوم بعد الموت •

(والثانى) أنه يثبت وهو الصحيح لأنه ليس له قول فثبت نسبه بالاقرار كالصبى والمجنون وان أقر بنسب بالغ عاقل ثم رجع عن الاقرار وصدقه المقر له فى الرجوع ففيه وجهان :

(أحدهما) انه يسقط النسب وهو قول أبى على الطبرى رحمه الله كما لو أقر له بمال ثم رجع فى الاقرار وصدقه المقر له فى الرجوع .

(والثانى) وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمه الله أنه لا يسقط لأن النسب اذا ثبت لا يسقط بالاتفاق على نفيه كالنسب الثابت بالفراش .

الشرح اذا مات رجل وخلف اثنين وتركه فادعى رجل أن له على أبيهما دينا فأنكره أحدهما وصدقه الآخر فان كان عدلا قبلت شهادته له وحلف معه واستحق دينه ، وان كان غير عدل فالمنصوص أنه لا يلزم المقر غير حصته من الدين .

قال أبو عبيد بن جربويه وأبو جعفر الاستراباذى : وفيها قول آخر أنه يلزمه جميع الدين فجعلاها على قولين . وهذا اختيار المصنف هنا :

(أحدهما) يلزمه جميع الدين وبه قال أبو حنيفة لقوله تعالى : « من بعد وصية يوصى بها أو دين » . فرتب الميراث على الوصية والدين ، فاقتضى الظاهر أنه لا يحصل للمقر شىء من التركة الا بعد قضاء جميع الدين ، ولأن المقر يقول : أخى ظالم بجحوده الدين وغاصب لما أخذه من التركة كما لو غصب بعض التركة غاصب لتعلق جميع الدين بالباقى ، فكذلك هذا مثله .

(والثانى) لا يلزم المقر الا حصته من الدين ، وهو الأصح أن اقرار المقر يضمن تعلق جميع الدين بجميع التركة كما لو قامت به بينة ، فاذا لم يقبل اقراره فى حق أخيه لم يلزمه أكثر ما يتعلق بنصيبه ، كما لو قال : على وعلى أخى كذا ، فانه لا يلزمه الا بحصته ، ولأنه لا خلاف أنه اذا أقر أحد الاثنين أن أباه أوصى لرجل بثلث ماله وكذبه أخوه فانه لا يلزم المقر الا ثلث ما بيده من التركة فكذلك هذا مثله ، ولأنه لا خلاف أن شهادته

مقبولة ، ولو كان جميع الذين يتعلق بنصيبه لم تقبل شهادته لأنه يدفع بها عن نفسه ضررا ، وقال أكثر أصحابنا لا يلزم المقر الا حقه من الدين قولا واحدا لما ذكرناه . قال الشيخ أبو حامد : وأظن أبا عبيد وأبا جعفر أخذا هذا القول من قول الشافعى رضى الله عنه : اذا قتل رجل وعليه دين وخلف اثنين وهناك لوث فحلف أحد الاثنين خمسين يمينا فانه يقضى له بنصف الدية ويقضى جميع الدين من ذلك النصف ، والفرق بينهما أن الميت هاهنا لم يثبت له تركة الا نصف الدية ، فكان جميع ديته فيها هاهنا كالمنكر نصف التركة فلم يتعلق جميع الدين بنصف التركة ، ولأن فى القسامة قد أقر الابنان بالدين وهاهنا أحد الاثنين منكر عن الدين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان مات رجل وخلف ابنا فأقر على أبيه بنسب فان كان لا يرثه بأن كان عبدا أو قاتلا أو كافرا والأب مسلم لم يقبل اقراره لأنه لا يقبل اقراره عليه بالمال فلا يقبل اقراره عليه فى النسب كالأجنبى وان كان يرثه فأقر عليه بنسب لو أقر به الأب لحقه فان كان قد نفاه الأب لم يثبت لأنه يحمل عليه نسبا حكم ببطلانه وان لم ينفه الأب ثبت النسب باقراره لما روت عائشة رضى الله عنها قالت : اختصم سعد بن أبى وقاص وعبد ابن زمعة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ابن أمة زمعة فقال سعد ابن أبى وقاص : أوصانى أخى عقبة اذا قدمت مكة أن أنظر الى ابن أمة زمعة وأقبضه فانه ابنه وقال عبد بن زمعة : أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه فقال النبى صلى الله عليه وسلم « الولد » للفراش وللعاهر « الحجر » وان مات وله ابنان فأقر أحدهما بنسب ابن وأنكر الآخر لم يثبت لأن النسب لا يتبعض فاذا لم يثبت فى حق أحدهما لم يثبت فى حق الآخر ولا يشاركهما فى الميراث فرع على النسب والنسب لم يثبت فلم يثبت الارث وان أقر أحد الابنين بزوجة لأبيه وأنكر الآخر ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه لا تشارك بحصتها من حق المقر كما لا يشترك الابن اذا اختلف الوارثان فى نسبه .

(والثانى) انها تشارك بحصتها من حق المقر لأن المقر به حقها من الارث لأن الزوجية زالت بالموت . وان مات وخلف بنتا فأقرت بنسب أخ لم يثبت النسب لأنها لا ترث جميع المال فان أقر معها الامام ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه يثبت لأن الامام نافذ الاقرار فى مال بيت المال .

(والثانى) انه لا يثبت لأنه لا يملك المال بالارث وانما يملكه المسلمون وهم لا يتعينون فلم يثبت النسب وان مات رجل وخلف ابنين عاقلا ومجنونا فاقر العاقل بنسب ابن آخر لم يثبت النسب لأنه لم يوجد الاقرار من جميع الورثة فان مات المجنون قبل الافاقة فان كان له وارث غير الأخ المقر قام وارثة مقامه فى الاقرار وان لم يكن له وارث غيره ثبت النسب لأنه صار جميع الورثة فان خلف الميت ابنين فاقر أحدهما بنسب صغير وانكر الآخر ثم مات المنكر فهل يثبت النسب ؟ فيه وجهان .

(احدهما) انه يثبت نسبه لأن المقر صار جميع الورثة .

(والثانى) انه لا يثبت نسبه لأن تكذيب شريكه يبطل الحكم بنسبه فلم يثبت النسب كما لو أنكر الأب نسبه فى حياته ثم اقر به الوارث وان مات رجل وخلف ابنا وارثا فاقر بابن آخر بالغ عاقل وصدقه المقر له . ثم اقرا معا بابن ثالث ثبت نسب الثالث فان قال الثالث ان الثانى ليس باخ لنا ففيه وجهان .

(أحدهما) انه لا يسقط نسب الثانى لأن الثالث ثبت نسبه باقرار الأول والثانى فلا يجوز أن يسقط نسب الأصل بالفرع .

(والثانى) انه يسقط نسبه وهو الاظهر لأن الثالث صار ابنا فاعتبر اقراره فى ثبوت نسب الثانى وان أقر الابن الوارث بأخوين فى وقت واحد فصدق كل واحد منهما صاحبه ثبت نسبهما وميراثهما وان كذب كل واحد منهما صاحبه لم يثبت نسب واحد منهما وان صدق أحدهما صاحبه وكذبه الآخر ثبت نسب المصدق دون المكذب وان أمر الابن الوارث بنسب أحد التوامين ثبت نسبهما وان أقر بهما وكذب أحدهما الآخر لم يؤثر التكذيب فى نسبهما لأنهما لا يفترقان فى النسب .

فصل وان كان بين المقر وبين المقر به واحد وهو حى لم يثبت النسب الا بتصديقه وان كان بينهما اثنان أو أكثر لم يثبت النسب الا بتصديقه من بينهما لأن النسب يتصل بالمقر من جهتهم فلا يثبت الا بتصديقهم .

الشرح حديث عائشة « اختصم سعد بن أبى وقاص وعبد بن زمعة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ابن أم زمعة » الحديث

أخرجه البخارى فى كتاب البيوع وفى كتاب الوصايا وفى الخصومات وفى الفرائض وفى العتق وفى المغازى وفى الأحكام وأخرجه أبو داود فى الطلاق والنسائى فيه أيضا وابن ماجه فى النكاح ومالك فى الموطأ فى الأقضية وأحمد فى مسنده جـ ٦ ص ٢٧ ، ١٢٩ ، ٢٢٦

أما اللغات ففى اللسان : قد تطلق الوليدة على الجارية والأمة وان كانت كبيرة ، وفى الحديث « تصدقت أمى على بوليدة » يعنى جارية، ومولد الرجل وقت ولادته ، ومولده للموضع الذى ولد فيه وولدته الأم تلده مولدا وميلاد الرجل اسم الوقت الذى ولد فيه • ثم قال : والوليدة الأمة والصبية بينة الولادة أ هـ • وقال ابن بطال الركبى : الوليدة الجارية وقال حسان :

وتغدو ولائدهم لنقف الحنظل

وقوله (الولد للفراش) أى لمالك الفراش وهو الزوج أو لمالك الأمة لأنه يفترشها بالحق ، وهذا من مختصر الكلام ، وهو على حذف مضاف كقوله تعالى : « واسأل القرية » أى أهل القرية والفراش الزوجة يقال : افترش فلان فلانة اذا تزوجها ويقال لامرأة الرجل هى فراشه وازاره ولحافه • قوله : « وللعاهر الحجر » العاهر الزانى يقال : عهر الرجل المرأة يعهر عهرا اذا أتاها بفجور ، والعهر الزنا • وفى الحديث « اللهم أبدله بالعهر العفة » •

ومعنى « وللعاهر الحجر » أى لا شىء له فى نسب الولد ، وانما يستحق الحجر الذى لا ينتفع به أو يرمى بالحجر ويطرد • وقول من قال : انه يرجم الحد بالحجر لبس بشىء ، لأنه ليس كل زان يجب رجمه • وهذا كما قالوا فى معنى (له التراب) أى لا شىء له أ هـ •

وروى أن أبا العيناء ولد له ولد وكان أعمى فأتاه الناس يهنئونه به فأتى الجمار فى جملتهم فوضع بين يديه حجرا ومضى ، فتكلم بذلك

فقال : أتدرون ما أراد لعنه الله ؟ قالوا : لا . قال : أراد قول النبى صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش وللعاهر الحجر » .

أما الأحكام فان الاقرار بالنسب جائز ، ويثبت النسب به ، وذهب بعض الناس الى أن النسب لا يثبت بالاقرار . دليلنا أن سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه وعبد بن زمعة رضى الله عنه اختصما فى ابن أمة زمعة فقال عبد بن زمعة أخى وابن وليدة أبى ، ولد على فراشه ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « الولد للفراش وللعاهر الحجر » فقضى النبى صلى الله عليه وسلم لعبد بالاقرار .

اذا ثبت هذا فلا يخلو المقر اما أن يقر بالنسب على نفسه أو على غيره فان أقر على نفسه بأن ادعى بنوة غيره — فان كان المقر به صغيرا أو مجنونا لم يثبت نسبه الا بثلاث شرائط (احداهن) أن يكون المقر به مجهول النسب ، فأما اذا كان معروف النسب من رجل لم يحكم بصحة اقرار المقر ، لأن فى ذلك ابطال نسبه الثابت .

(الشريطة الثانية) اذا كان لا ينازع المقر فيه أحد . فأما اذا كان هناك غيره يدعى بنوته حال الدعوى لم يحكم بثبوت نسبه من أحدهما الا بالاقرار ، لأنه ليس أحدهما بأول من الآخر

(الشريطة الثالثة) اذا كان المقر به يمكن أن يكون ابنا للمقر بأن يقرر من هو ابن خمس عشرة سنة ببنوة من هو ابن عشر سنين أو أقل . فأما اذا أقر ببنوة من هو ابن سبع عشرة سنة أو أكثر لم يحكم بصحة اقراره ، لأنا نقطع بكذبه .

اذا ثبت هذا وأقر رجل ببنوة صغير أو مجنون مجهول النسب مما يجوز أن يكون ابنا للمقر ثم بلغ الصغير أو عقل المجنون وأنكر نسبة من المقر ولم يصادقه المقر على انكاره لم يسمع انكاره ، لأن نسبة قد ثبت من المقر فلا يبطل بانكاره كما لو ادعى ملك صغير فى يده

مجهول الحرية ، ثم بلغ الصغير وأنكر الرق فانه لا يقبل انكاره ، فان صادقه المقر أنه ليس بابنه فهل يسقط نسبه ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) يسقط كما أقر له بمال فكذبه المقر له وصدقه المقر .

(والثانى) لا يسقط وهو الأصح ، لأن النسب اذا ثبت لم يسقط كالنسب الثابت بالفراش . وان كان المقر بالغا عاقلا لم يثبت نسبه الا بالشرائط المتقدمة ويشترط مع ذلك شريطة رابعة ، وهو أن يصادقه المقر به لأنه ممكن أن يصدقه ، فاعتبر ذلك بخلاف الصغير والمجنون .

فرع اذا أقر رجل لمن هو أكبر منه أنه ابنه وكان المقر به مملوكا للمقر فقد قلنا : انه لا يثبت نسبة منه ولا يعتق عليه عندنا . وقال أبو حنيفة : يعتق عليه .

دليلنا : أنه أقر بما يقطع بكذبه فلم يتعلق به حكم كما لو قال لامرأته انها ابنته وهى أكبر منه ، فان النكاح لا ينفسخ بينهما .

فرع وان أقره ببنوة صغير لم يكن اقرارا بزوجية أمه ، وقال أبو حنيفة : يكون اقرارا بزوجية أمه اذا كانت مشهورة الحرية ، دليلنا أنه أقر بولد فلم يكن اقرارا بزوجية أمه كما لو لم تكن مشهورة الحرية .

فرع وان أقر ببنوة ميت مجهول النسب يجوز أن يكون ابنا له فان كان المقر به صغيرا أو مجنونا ثبت نسبه من المقر ، وورثه ، وقال أبو حنيفة : لا يثبت نسبه لأنه متهم لأنه قصد أخذ ماله .

دليلنا : أنه سبب يثبت به نسبه لو كان حيا فثبت به نسبه اذا كان ميتا كالبينة وأما ثبوت التهمة فلا يمنع من صحة الاقرار . ألا ترى أنه يقبل اقراره بنسبه فى حياته وان كان متهما ويتصرف فى ماله . ويجب نفقته اذا كان معسرا . فأما اذا كان الميت المقر به بالغا عاقلا ففيه وجهان.

(أحدهما) لا يثبت نسبه ، لأنه يعتبر فى ثبوت نسبه تصديقه ، وذلك غير ممكن بعد موته .

(والثانى) يثبت وهو الأصح لأن تصديقه متعذر منه بعد موته ، فسقط اعتباره ــ كالصغير والمجنون .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان كان المقر به لا يحجب المقر عن الميراث ورث معه ما يرثه كما اذا أقر به الموروث وان كان يحجب المقر مثل أن يموت الرجل ويخلف أخا فيقر الأخ بابن للميت أو يخلف الميت أخا من اب فيقر باخ من الأب والأم ثبت له النسب ولم يرث لأنا لو أثبتنا له الارث أدى ذلك الى اسقاط ارثه لأن توريثه يخرج المقر عن أن يكون وارثا واذا خرج عن أن يكون وارثا بطل اقراره وسقط نسبه وميراثه فأثبتنا النسب وأسقطنا الارث وقال أبو العباس يرث المقر به ويحجب المقر لأنه لو كان حجبه يسقط اقراره لأنه اقرار من غير وارث لوجب الا يقبل اقرار ابن بابن آخر لأنه اقرار من بعض الورثة والنسب لا يثبت باقرار بعض الورثة وهذا خطأ لأنه انما يقبل اذا صدقه المقر به فيصير الاقرار من جميع الورثة .

فصل وان وصى للمريض بأبيه فقبله ومات عتق ولم يرث لأن توريثه يؤدى الى اسقاط ميراثه وعتقه لأن عتقه فى المرض وصية وتوريثه يمنع من الوصية والمنع من الوصية يوجب بطلان عتقه وارثه فثبت العتق وسقط الارث وان أعتق موسر جارية فى مرضه وتزوجها ومات من مرضه لم ترثه لأن توريثها يبطل عتقها وميراثها لأن العتق فى المرض وصية والوصية للوارث لا تصح ، واذا بطل العتق بطل النكاح ، واذا بطل النكاح سقط الارث فثبت العتق وسقط الارث وان أعتق عبدين وصارا عدلين وادعى رجل على المعتق أن العبدين له وشهد العبدان بذلك لم تقبل شهادتهما لأن قبول شهادتهما يؤدى الى ابطال الشهادة لأنه يبطل بها العتق فاذا بطل العتق بطلب الشهادة .

الشرح الأحكام : اذا كان المقر بالنسب يحمل نسب المقر به على غيره لم يثبت بذلك النسب بينه وبينه ، فان كان من بينه وبينه حيا لم يصح اقرار المقر لأنه فرع لغيره ، فلا يثبت النسب الا بعد ثبوته من

الأصل ، وان كان من بينه وبينه ميتا بأن يقر برجل أنه أخوه لأبيه أو لأمه والأب أو الأم ميتان ـ فان كان المقر لا يرث أباه أو أمه بأن كان عبدا أو كافرا أو قاتلا ـ لم يثبت اقراره بأخيه ، لأنه اذا لم يقبل اقراره على أبيه أو أمه بدين فلأن لا يقبل اقراره عليهما بابن لهما أولى • فان كان يجوز ميراثهما نظرت فى المقر به ، فان كان بحيث لو أقر به الأب أو الأم لم يثبت نسبه عن نفسه ، فذكر المصنف هنا أنه لم يقبل اقرار الأخ به ، لأنه يريد تحمل غيره بنسب قد نفاه عن نفسه •

وذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ أنه اذا نفى نسب ولده باللعان ثم مات الأب وأقر به وارثه ثبت نسبه لأن تركته قد صارت له فقبل اقراره • وان لم ينف الأب والأم نسب المقر به ثبت نسبه باقرار الوارث لهما • وقال مالك وأبو حنيفة رحمهما الله : لا يثبت •

دليلنا ما رواه الشيخان وغيرهما أن سعد بن أبى وقاص وعبد بن زمعة تنازعا فى ابن أمة زمعة فقال عبد : أخى وابن وليدة أبى فقضى به النبى صلى الله عليه وسلم لعبد بن زمعة •

فرع اذا مات رجل وخلف اثنين فأقر أحدهما بابن له من أبيه وأنكر الابن الثانى ذلك لم يثبت نسب المقر به ، لأن النسب لا يتبعض، فلا يمكن اثباته من حق المقر دون المنكر ، وهو اجماع • وهل يشارك المقر به المقر فيما بيده من التركة ؟ قال أصحابنا الخراسانيون : فيه قولان•

(أحدهما) لا يشاركه وهو المشهور •

(والثانى) يشاركه ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد رحمهم الله تعالى ـ وقال أصحابنا العراقيون : لا يشاركه فى الحكم قولا واحدا • لأنه أقر بنسب لم يثبت فلم يشارك فى الميراث كما لو أقر بنسب معروف النسب • وهل يلزم هذا المقر اذا كان صادقا فى اقراره فيما بينه وبين الله تعالى أن يدفع اليه ما يستحقه مما فى يده ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يلزمه لأنه انما يستحق ذلك بالنسب ولم يثبت نسبه .

(والثانى) يلزمه وهو الأصح لأن نسبه ثابت فيما بينه وبين الله تعالى .

فاذا قلنا بهذا فكم يلزمه أن يدفع اليه ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) نصف ما فى يده وهو قول أبى حنيفة ، لأنهما اتفقا على أن المنكر أخذ الذى أخذه وهو لا يستحقه فصار كالغاصب .

(والثانى) لا يلزمه أن يدفع اليه الا ثلث ما بيده وهو قول مالك رحمه الله لأن التركة بينهم أثلاثا ، ولا يستحق مما فى يده الا الثلث كما لو قامت بينة على نسبه ، وأصل هذين الوجهين القولان فى أحد الاثنين اذا أقر بدين على أبيه وكذبه أخوه . وحكى ابن اللبان وجها ثالثا أن يدفع له ثلث ما بيده ويضمن له سدس ما بيد أخيه ، لأن يده قد ثبتت على نصف جميع التركة ، وسلم الى أخيه ذلك .

فرع لو كان الحاكم حكم عليه بالقسمة وأقرع بينه وبين أخيه لم يلزمه ضمان ذلك فعلى هذا لو لم يعلم بالأخ المجهول حين قاسم أخاه فهل يضمن له ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) يضمن لأنه قاسمه وسلمه .

(والثانى) لا يضمن لأن القسمة وجبت فى الظاهر .

فرع وان مات رجل وخلف جماعة ورثة فأقر اثنان منهم بنسب من الميت وأنكر الباقون لم يثبت نسب المقر به سواء كان المقران عدلين أو فاسقين وقال أبو حنيفة : يثبت ، لأن قولهما بينة . دليلنا أنه اقرار من بعض الورثة فلم يثبت به النسب كما لو كانا فاسقين . ولأنه لو كانت بينة لاعتبر فيه لفظ الشهادة .

فـــــرع وان مات رجل وخلف أولادا معروفى النسب منه فادعى رجل مجهول النسب أنه أخوهم لأبيهم فأنكروه ، فان أقام بينة قضى له ، وان لم يكن معه بينة فالقول قولهم مع أيمانهم ، لأن الأصـــل عـــدم ثبوت نســـبه ، فان حلفوا لـــه فلا كلام ، وان ردوا عليـــه فحلف ثبت نســـبه ويشاركهم فى الميراث • وان حلف له البعض ونكل البعض عن اليمين فهل يحلف المدعى على الذى رد عليـــه اليمين ان قلنـــا : يشاركه فى الميراث أن لو أقر لـــه حلف • وان قلنا : لا يشاركه ، فهل يحلف له ؟ فيه وجهان •

(أحدهما) لا يحلف لأن يمينه لا تقبل لأجل من حلف •

(والثانى) يحلف لأن الحالفين قد يقرون فتثبت يمينه على الناكلين ، ولا يؤمن اذا لم يحلف ألا ينكلوا بعد ذلك •

فـــــرع وان مات رجل وخلف اثنين فأقر أحدهما بزوجة لأبيه وأنكر أخـــوه • فان قلنـــا : لو أقر بأخ ثالث وأنكر صاحبه ـــ شـــاركه فيما بيـــده ، فها هنا أولى • وان قلنا : لا يشـــاركه الأخ فهل تشـــاركه الزوجة ؟ فيه وجهان •

(أحدهما) لا تشاركه كما لو أقر بأخ ثالث •

(والثانى) تشاركه ، لأن المقر به حصتها من الميراث • فأما الزوجية فقـــد زالت بالموت • فان قلنـــا : تشاركه فبكم تشـــاركه ؟ على الأوجه الثلاثة فى الأخ •

فـــــرع وان مات رجل وخلف بنتا لا غير فأقرت بأخ لها من أبيها ولم يكن هنـــاك عصبة • فان كانت تحوز جميع الميراث بأن كانت مولاة بنت الابن المقر به ورث معـــه ، وان كانت لا تحوز جميع الميراث فان باقى الميراث للمسلمين ، فان لم يقر معها الامام ولم يثبت النسب ـــ فان قلنـــا : لا يشاركها فيما بيدهما فلا كلام • وان قلنـــا : يشاركها • فان

قلنـا : ان الأخ الذى أقر به الأخ مع انكار أخيـه ـ يأخذ منـه ثلث ما بيده • قال القاضى أبو الفتـوح : أخـذ الأخ هاهنا خمس ما بيدها ، والذى يقتضى المذهب أنه يأخـذ ثلث ما بيدها لا غير على هـذا • وان قلنـا : ان الأخ يأخـذ من أخيه نصف ما بيده أخذ الأخ ها هنـا ثلثى ما بيدها وان أقر معها الامام فهل يثبت نسب المقر به ؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو اسحاق هنا •

(أحدهما) لا يثبت ، لأن الامام لا يرث المـال ، وانما هو نائب عن المسلمين فى القبض فلم يثبت اقراره ، كالوكيل اذا أقر على موكله بغير اذنه

(والثانى) يثبت نسبه ، ولم يذكر ابن الصباغ فى الشامل غيره لأنه يؤكد الاقرار فى بيت المـال •

فـــرع وان أقرت المرأة بولد يمكن أن يكون منها ففيه ثلاثة أوجـــه :

(أحدها) يقبل •

(والثانى) لا يقبل •

(والثالث) ان كانت غير فراش لرجل قبـل ، وان كانت فراشـا لم يقبل • وقد مضت هذه الأوجه بعللها فى اللقيط •

قال ابن اللبـان : فمن قبل اقرار المرأة بالولد قبـل اقرار ورثتها بولدها ومن لم يقبل اقرارها لم يقبـل اقرار ورثتها الا أن يصـدقهم زوجها • قال : وكذلك من قبـل اقرار المرأة الاقرار بالأم ، ومن لم يقبل اقرار المرأة لم يقبـل الاقرار بالأم لامكان اقامة البينة ، وان أقر الخنثى بولد ـ فان بان رجـلا ـ فهو كالرجـل ، وان بان امرأة فقـد مضى بيان حكم اقرار المرأة ، وان كان باقيـا على الاشـكال فان قلنـا : للمرأة

دعوة فى النسب ثبت نسبه ، لأنه ان كان رجلا ثبت ، وان كان امرأة صح ، فعلى هذا اذا مات الولد المقر به قبل أن يبين حال الخنثى ورث منه ميراث أم • ووقف الباقى على البيان • وان قلنا : لا دعوة للمرأة قال القاضى : احتمل ألا يقبل اقرار الخنثى لاحتمال كونه امرأة ، ويحتمل أن يقبل وهو الصحيح ويثبت النسب بقوله ، لأن النسب يحتاط لاثباته ولا يحتاط لاسقاطه • فان مات الخنثى المقرة ثم مات الولد المقر به وللخنثى اخوة فهل يرثون الولد اذا خلف مالا ؟

قال القاضى أبو الطيب الطبرى : الذى يقتضى المذهب أنهم لا يرثون لأنهم يحتملون أن يكونوا أعماما فيرثون ، ويحتمل أن يكونوا أخوالا فلا يرثون مع الشك •

ولو مات هذا الخنثى وخلف أبويه ثم مات الولد المقر به فان الأب لا يرث من ولد الخنثى وترث أم الخنثى منه ، ولو قتل هذا الولد لم يكن لأخوة الخنثى ولا لأبيه القصاص ، فلو أبرأ أبو الخنثى القاتل احتمل أن يقال : سقط القصاص عن هذا القاتل ، لأن القصاص يسقط بالشبهة ويحتمل أن يكون جدا أبا أب ، ولسنا نقطع بكونه غير وارث • قال : ويحتمل ألا يسقط القصاص وهو الظاهر •

فرع وان مات رجل وخلف اثنين أحدهما بالغ عاقل والآخر مجنون أو صغير ، فأقر البالغ العاقل بأخ ثالث لم يثبت نسبه لأنه لايحوز جميع الميراث فان أفاق المجنون أو بلغ الصبى وأقر معه • بالأخ الذى أقر به ثبت نسب المقر به باقراره الأول ، لأنه قد صار جميع الورثة • وان مات رجل وخلف اثنين عاقلين بالغين فأقر أحدهما بأخ وأنكر أخوه ثم مات المنكر ولا وارث له غير المقر فهل يثبت نسب المقر به ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يثبت ، لأن النسب لا يثبت مع انكار الورثة ، وقد كان الأخ منكرا لنسبه •

(والثانى) ثبت نسبه وهو المذهب ، لأن المنكر سقط انكاره بموته وقد صار المقر جميع الورثة • فعلى هذا ان خلف المنكر ولدا اعتبر اقراره مع عمه لأنه يقوم مقام أبيه •

فـــرع وان مات رجل وخلف ابنا بالغـا عاقلا فأقر بأخ بالغ عاقل ثبت نسب الثالث • فان أنكر الثالث نسب الثانى ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو اسحاق هنا فى المهذب •

(أحدهما) لا يقبل انكاره •

(والثانى) ولم يذكر ابن الصباغ فى الشامل غيره أنه يسقط نسب الثانى ، لأن الثالث ابن وارث فاعتبر اقراره فى ثبوت نسب الثالث ، وهاهنا يقول الثالث : أدخلنى أخرجك •

فـــرع وان مات مسلم وخلف اثنين مسلما وكافرا • فأقر الابن المسلم بأخ ثالث ثبت نسبه لأنه هو الوارث • فان كان المقر به مسلما ورث معه ، وان كان كافرا لم يرث • وان مات كافرا وخلف اثنين مسلما وكافرا فأقر الكافر بأخ ثالث ثبت نسبه ــ فان كان المقر به كافرا ــ ورث وان كان مسلما لم يرث •

فـــرع وان مات رجل وخلف ابنا فأقر بأخوين فى وقت واحد فصدق كل واحد منهما صاحبه ثبت نسبهما ، وان كذب كل واحد منهما صاحبه لم يثبت نسبهما ، وان صدق أحدهما صاحبه وكذبه الآخر ثبت نسب المصدق دون المكذب • وان أقر بهما وكذب أحدهما الآخر لم يؤثر التكذيب فى نسبهما لأنهما لا يفترقان فى النسب •

فـــرع وان كان بين المقر والمقر به اثنان مثل أن يقر لعمر وفقد قال بعض أصحابنا يعتبر تصديق الأب والجد ، والذى يقتضى المذهب ألا يعتبر تصديق الأب هاهنا ، بل يكفى تصديق الجد لأنه

هو الأصل الذى يثبت النسب فيه ولو كذبه ابنه لم يؤثر بتكذيبه ، فلا معنى لاعتبار تصديقه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان مات رجل وخلف أخاه فقدم رجل مجهول النسب وقال انا ابن الميت فالقول قول الأخ مع يمينه لأن الأصل عدم النسب ، فان نكل وحلف المدعى . فان قلنا : ان يمين المدعى من نكول المدعى عليه كالاقرار لم يرث كما لا يرث اذا أقر به . وان قلنا : انه كالبينة ورث كما يرث اذا أقام البينة .**

الشرح الأحكام : اذا مات رجل وخلف أخا الأب فأقر بابن للميت ثبت نسب الابن ، وهل يرث ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو العباس : يرث . واختاره ابن الصباغ : لأنه اذا ثبت نسبه فالميراث مستحق بالنسب ، فلا يجوز أن يثبت النسب ولا يثبت الميراث .

وقال سائر أصحابنا : لا يرث وهو الأصح ، لأنا لو ورثنا الابن لخروج الأخ عن أن يكون وارثا ، واذا لم يكن وارثا لم يقبل اقراره بالنسب ولم يثبت نسب الابن ولا ميراثه ، فاثبات الميراث له يؤدى الى نفى نسبه وميراثه فأثبتنا النسب وأسقطنا الميراث ، ولنا مثل هذه المسألة ثمان مسائل :

(الأولى) اذا تزوجت الحرة بعبد بألف فى ذمته ، وضمن السيد عنه المهر ثم باعه منها بالألف التى ضمنها قبل الدخول فلا يصح البيع وقد مضى بيانها فى الصداق .

(الثانية) اذا أعتق فى مرض موته جارية وتزوجها ثم مات فانها لا ترثه ، وقد مضى ذكرها .

(الثالثة) اذا أعتق فى مرض موته جارية قيمتها مائة وتزوجها على مائة ومات وخلف مائتين لا غير فلا ميراث لها ولا صداق وقد مضت أيضا

(الرابعة) اذا كانت له جارية قيمتها مائة فزوجها من عبد على مائة وأعتقها قبل الدخول وخلف مائة لا غير فلا يثبت لها الفسخ وقد مضت أيضا .

(الخامسة) اذا أعتق عبدين ثم ادعى رجل أن المعتق كان غصبهما منه ، وقد صارا عدلين فشهدا للمدعى بذلك فلا يقبل شهادتهما لأنا لو قبلنا شهادتها بطل عتقهما ، واذا بطل عتقهما بطلت شهادتهما .

(السادسة) اذا أعتق عبدين فى مرض موته وخرجا من بيته فادعى رجل أن له على الميت دينا ينقص الثلث عن قيمتهما ويشهد له بذلك العبدان لم تقبل شهادتهما لما مضى فى التى قبلها .

(السابعة) اذا اشترى أباه أو ابنه فى مرض موته فانه لا يرثه وقد مضى بيانهما .

(الثامنة) اذا أوصى له بأبيه أو بابنه فقبل الوصية ، فى مرض موته فانه لا يرثه وقد مضت .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل واذا مات رجل ولا يعلم له وارث فجاء رجل وادعى أنه وارثه لم تسمع الدعوى حتى يبين سبب الارث لجواز أن يعتقد أنه وارث بسبب لا يورث به ولا يقبل قوله حتى يشهد له شاهدان من أهل الخبرة بحاله ويشهد أن أنه وارثه ولا نعلم له وارثا سواه ويبينان سبب الارث كما يبين المدعى . فاذا شهدا على ما ذكرناه حكم به لأن الظاهر مع هذه الشهادة أنه لا وارث له غيره ، وان لم يكونا من أهل الخبرة أوكانا من أهل الخبرة ولكنهما لم يقولا ، ولا تعلم له وارثا سواه نظرت فان كان المشهود له ممن له فرض لا ينقص أعطى اليقين فيعطى الزوج ربعا عائلا والزوجة ثمنا عائلا ويعطى الأبوان كل واحد منهما سدسا عائلا وان كان ممن ليس له فرض وهو من عدا الزوجين والأبوين بعث الحاكم الى البلاد التى دخلها الميت فان لم يجدوا وارثا توقف حتى تمضى مدة لو كان له وارث ظهر وان لم يظهر غيره فان كان الوارث ممن لا يحجب بحال

كالأب والابن دفعت التركة كلها اليه لأن البحث مع هذه الشهادة بمنزلة شهادة أهل الخبرة ويستحب أن يؤخذ منه كفيل بما يدفع اليه وان كان المشهود له ممن يحجب كالجد والأخ والعم ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى اسحاق انه لا يدفع اليه الا نصيبه لأنه يجوز أن يكون له وارث يحجبه فلم يدفع اليه أكثر منه .

(والثانى) وهو المذهب أنه يدفع اليه الجميع لأن البحث مع هذه البينة بمنزلة شهادة أهل الخبرة ، وهل يستحب أخذ الكفيل ؟ أو يجب ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) أنه يستحب .

(والثانى) انه واجب .

الشرح الأحكام : اذا مات رجل ولا وارث له معروف فجاء رجل وادعى أنه وارثه لم تسمع دعواه حتى يتبين نسب الميراث . لأنه قد يعتقد أنه وارثه بنسب ولا يورث فيه كالمخالعة أو يكون من ذوى الأرحام ، فان بين سببا يورث به لم يحكم له بالميراث حتى يقيم شاهدين ذكرين عدلين ويذكر نسبا أو سببا يورث به ، فان ذكرا ذلك وقالا : لا نعلم له وارثا سواه وهما من أهل الخبرة الباطنة بحاله ، حكم للمدعى للميراث . وحكى عن أبى على بن أبى هريرة أنه قال : لا يثبت الارث حتى يقولوا لا وارث له غيره على وجه القطع ، لأنهما اذا قالا : لا نعلم له وارثا سواه فلم ينفيا غيره ، ويجوز أن يكون هناك وارث غيره موجود لا يعلمانه ، وهذا خطأ اذا أنه يجوز أن يكون قد تزوج امرأة سرا أو وطىء امرأة بشبهة وأتت منه بولد . فان قالا : أردنا لا نعلم له وارثا غيره قال الشافعى رحمه الله : سألتهما عن ذلك فان قالا : أردنا لا نعلم له وارثا غيره كان كما لو صرحا به ، وان قالا : يريد به قطعا ويقينا قيل لهما : قد أخطأتما لأنه قد يجوز أن يكون له وارث لا تعلمانه ، ولا ترد شهادتهما بذلك ، وقال أبو حنيفة القياس أن ترد شهادتهما لأنهما كذبا ، ولكن لا نردها استحسانا .

دليلنا : انهما اذا صحباه الزمان الطوال وعرفا حاله جرى ذلك القطع فلم ينسبا الى الكذب ، وان لم يكونا من أهل الخبرة الباطنة بالميت أو كانا من أهل الخبرة الباطنة به الا أنهما لم يقولا لا نعلم له وارثا سواه ، فانه يثبت بذلك نسب المدعى ، ولا يثبت به نفى نسب غيره ، فان كان له فرض لا يحجب عنه كالأبوين والزوجين أعطى أقل فرض يستحقه بحال ، فيعطى كل واحد من الأبوين سدسا عائلا ، ويدفع الى الزوج ربعا عائلا • قال الشيخان أبو حامد والمصنف ويدفع الى الزوجة ثمنا عائلا • وقال أبو على السنجى فى الافصاح : يدفع اليها ربع ثمن عائلا ، وقد مضى مثل ذلك فى الدعاوى •

فرع وان كان المدعى ممن له تعصيب بعث الحاكم الى البلاد التى كان يسافر اليها الميت ويقيم بها ويسأل بها هل له وارث ؟ فان لم يوجد له وارث ومضت مدة لو كان له وارث لظهر نظر فى المدعى — فان كان ممن لا يحجب كالأب والابن — دفعت التركة اليه ، وان كان ممن يحجب كالأخ وابن الأخ ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يدفع اليه شىء لجواز أن يكون هناك وارث يحجبه •

(والثانى) يدفع اليه ، لأن الظاهر مع البحث أنه لا وارث له اذ لو كان له وارث لظهر ويؤخذ منه كفيل بما أخذه ، وهل يجب أخذ الكفيل منه ؟ أو يستحب ؟ فيه وجهان مضى ذكرهما فى الدعاوى •

فرع اذا مات رجل وخلف أخا لأب فجاء رجل مجهول النسب وادعى أنه ابن الميت وأنكر الأخ — فان كان مع الابن بينة — قضى له ، وان لم يكن معه بينة فالقول قول الأخ مع يمينه فان حلف الأخ انصرف المدعى ، وان نكل الأخ عن اليمين فحلف الابن ثبت نسبه ، وهل يرث ؟ ان قلنا : ان يمينه بمنزلة بينة يقيمها ورث ، وان قلنا : انها كاقرار الأخ لم يرث على قول أكثر أصحابنا ، ويرث على قول أبى العباس وابن الصباغ •

فـــرع اذا خرجت امرأة من أرض الروم الى دار الاسلام ومعها ولد صغير فأقر رجل فى دار الاسلام أنه ولده منها لحقه نسبه وان لم يعرف الرجل أنه خرج الى ديار الروم ولا عرفت المرأة أنها خرجت الى دار الاسلام ، لامكان أن يكون الرجل خرج الى ديار الروم من غير أن يعلم به ، فوطئها بنكاح أو شبهة ، أو خرجت الى دار الاسلام ولم يعلم بها فأصابها بنكاح أو شبهة ، ويجوز أن يكون تزوجها وهى فى دار الروم ، وبعث اليها بمائة فاستدخلته .

هذا نقل أصحابنا العراقيين . وقال القفال المروزى : انما يلحق به الولد اذا كان امكان الوطء بنكاح أو شبهة نكاح حاصلا ، بأن لا يعرف حاله ، فأما اذا عرف حاله ، بأن لم يغب عن أعيننا أو غاب مدة لا يتصور بلوغه الى تلك الأرض ، وعلم أيضا أن المرأة لم تغب طوال عمرها الى دار الاسلام الى الآن فلا يثبت النسب ، وقد قال الشافعى رحمه الله فى موضع : لا يلحقه نسبه ، وقال فى موضع : يلحقه نسبه ، وليست على قولين وانما هى على هذين الحالين وحيث قلنا : يثبت النسب فلا اعتبار بتصديق المرأة وتكذيبها ، لأن النسب حقه وحق الولد وقد أقر به قال المسعودى : اذا صارت المرأة فراشا لرجل ومعها ولد فأقرت أنه ولد لغيره لم يقبل قولها بل القول قول صاحب الفراش .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **وان كان لرجل أمتان ولكل واحدة منهما ولد ولا زوج لواحدة منهما ولا أقر المولى بوطء واحدة منهما فقال : أحد هذين الولدين : ابنى من أمتى طولب بالبيان فان عين أحدهما لحقه نسبه ، وحكم بحريته ، ثم يسأل عن الاستيلاد فان قال : استولدتها فى ملكى فالولد حر لا ولاء عليه، لأنه لم يمسه رق ، وأمه أم ولد ، وان قال : استولدتها فى نكاح ، عتق الولد بالملك وعليه الولاء ، لأنه مسه الرق ، وأمه مملوكة لأنها علقت مملوكة وترق الأمة الأخرى وولدها وان ادعت أنها هى التى استولدها فالقول المولى مع يمينه ، لأن الأصل عدم الاستيلاد . وان مات قبل البيان وله وارث يجوز ميراثه قام مقامه فى البيان ، لأنه يقوم مقامه فى الحاق النسب وغيره . فان لم يعلم الوارث جهة الاستيلاد ففيه وجهان :**

(أحدهما) أن الأمة لا تصير أم ولد لأن الأصل الرق ، فلا يزال بالاحتمال .

(والثانى) وهو المنصوص أنها تكون أم ولد لأن الظاهر من ولده منها أنه استولدها فى ملكه وان لم يكن له وارث أو كان له وارث ولكنه لم يعين الولد ، عرض الولدان على القافة ، فان ألحقت به أحد الولدين ثبت نسبه ويكون الحكم فيه كالحكم فيه اذا عينه الوارث ، وان لم تكن قافة أو كانت ولم تعرف أو الحقت الولدين به سقط حكم النسب ، لتعذر معرفته وأقرع بينهما ، لتمييز العتق ، لأن القرعة لها مدخل فى تمييز العتق . فان خرجت على أحدهما عتق ، ولا يحكم لواحد منهما بالارث لأنه لم يتعين ، وهل يوقف ميراث ابن ؟ وجهان .

(أحدهما) أنه يوقف وهو قول المزنى رحمه الله لأنا نتيقن أن أحدهما ابن وارث .

(والثانى) أنه لا يوقف لأن لا يوقف لأن الشىء انما يوقف اذا رجى انكشافه وههنا لا يرجى انكشافه .

الشرح الأحكام : اذا كان لرجل أمتان لكل واحدة منهما ولد فقال السيد : أحدهما ابنى لحقه نسب أحدهما لا بعينه وطولب بتعيينه ، وانما تصور هذا بشرطين .

(أحدهما) اذا لم يكن لاحداهما زوج .

(والثانى) اذا لم يقر السيد بوطء احداهما ، فأما اذا كان لكل واحد زوج أو لاحداهما زوج وأمكن أن يكون الولد يلحق به دون السيد . وان أقر السيد بوطئها أو بوطء احداهما فان التى أقر بوطئها تكون فراشا له ، واذا أتت بولد لأقل مدة الحمل لحقه من غير اقرار ، فاذا عدم الشرطان فانه يطالب ببيان ولده منهما . فان قال : هذا ولدى حكم بحريته ويسأل عن سبب استيلاده ـ فان قال : استولدتها فى ملكى ثبت لأمته حرمة الاستيلاد ولا ولاء على الولد وان قال : استولدتها فى نكاح كانت أمة قنا ويثبت له على ولده الولاء ، لأنه ملكه ثم عتق

عليه • وان قالت الأمة الأخرى : بل أنا التى أقررت بموت ولدى ان صدقها كان الحكم فيها وفى ولدها كالذى أقر به أولا ، ولا يبطل بذلك اقراره للأمة الأولة ولولدها ، وان كذب الثانية ، فالقول قوله مع يمينه • فان حلف سقطت دعوى الثانية ورقت ورق ولدها ، فان مات ورثه الابن المقر به ، فان كان أقر أنه استولد أمة فى ملكه عتقت بموته ، فان أقر أنه استولدها فى نكاح لم يعتق عليه بموته ، فان لم يكن له وارث غير أبيها عتقت على أبيها ، وان كان مع الابن وارث عتق على الابن نصيبه ولا يقوم عليه الباقى ، وان مات السيد قبل أن يبين قام وارثه مقامه فى البيان فان بين الولد منها وكيفية الاستيلاد كان الحكم فيه كما لو بين السيد • وان بين الوارث الولد وقال : لا أدرى كيف كان الاستيلاد ففيه وجهان •

(أحدهما) تكون الأم رقيقة • لأن الأصل فيها الرق •

(والثانى) تكون أم ولد لأن الظاهر ممن أقر بولد أمته أنه استولدها فى ملكه وان امتنع الورثة من التعيين ــ فان لم يدع الولد أن عليهم العلم ــ فلا كلام ، وان ادعيا عليهم العلم حلفوا أنهم لا يعلمون ، ويعرض الولدان على القافة ، فاذا ألحقت القافة به أحدهما لحقه ، وكان حرا • فان كان السيد قد أقر أن أحدهما ابنه استولدها أمة فى ملكه لم يكن على الولد الذى ألحقنه القافة به ولاء ، وعتقت أمه بموت السيد ، وان لم يتقدم منه اقرار بكيفية الاستيلاد فهل تكون أمه أم ولد ؟ على الوجهين اذا عين الوارث الولد ولم يبين كيفية الاستيلاد • ويحتمل أن يكون فى ثبوت الولاء على الولد الذى ألحقته القافة به هذان الوجهان • وان لم يكن هناك قافة أو كان هناك قافة ، وأشكل عليها الولد منهما أقرع بين الولدين للحرية ، لأن للقرعة مدخلا فى تمييز الحر من الرقيق ، فاذا خرجت القرعة لأحدهما عتق ، ويحتمل أن يكون فى ثبوت الولاء عليه الوجهان ، ولا يثبت نسبه من المقر لأن النسب لا يثبت بالقرعة ولا يحكم لأحدهما بالميراث لأنه لم يثبت نسب أحدهما وهل يوقف من ما له ميراث ابن ، فيه وجهان :

قال المزنى : يوقف لأنا تتيقن أن أحدهما ابن وارث ، ومن أصحابنا من قال : لا يوقف لأن الشيء انما يوقف اذا رجيء انكشافه ، وهذا لا يرجى انكشافه ، ويحتمل أن يكون الحكم فى أم ذلك الولد حكم أم من ألحقته به القافة منهما ، هذا مذهبنا .

وقال أبو حنيفة : يعتق من كل واحد منهما نصفه ويستبقى فى باقية ولا يرثان وقد مضى الدليل عليه فى العتق للمصنف .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان كان له أمة ثلاثة أولاد ولا زوج لها ولا أقر المولى بوطئها فقال احد هؤلاء ولدى أخذ بالبيان فان عين الأصغر ثبت نسبه وحريته ثم يسأل عن جهة الاستيلاد فان قال : استولدتها فى ملكى فالولد حر لا ولاء عليه والجارية أم ولد والولد الأكبر والأوسط مملوكان وان قال : استولدتها فى نكاح ثم ملكتها فقد عتق الولد بالملك وعليه الولاء لأنه مسه الرق وأمه أمه قن والأكبر والأوسط مملوكان وان عين الأوسط تعين نسبه وحريته ويسأل عن استيلاده فان قال : استولدتها فى ملكى فالولد حر الأصل وأمه أم ولد وأما الأصغر فهو ابن أم ولد وثبت لها حرمة الاستيلاد وهل يعتق بموته كأمه ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) أنه يعتق لأنه ولد أم ولده .

(والثانى) أنه عبد قن لا يعتق بعتق أمه لجواز أن يكون عبدا قنا بأن احبل أمه وهى مرهونة فثبت لها حرمة الاستيلاد فتباع على احد القولين واذا ملكها بعد ذلك صارت أم ولده وولده الذى اشتراه معها عبد قن فلا يعتق مع الاحتمال وان قال استولدتها فى نكاح عتق الولد بالملك وعليه الولاء لأنه مسه الرق وأمه أمة قن والولدان الآخران مملوكان وان عين الأكبر تعين نسبه وحريته ويسأل عن الاستيلاد فان قال استولدتها فى ملكى فهو حر الأصل وأمه أم ولد والأوسط والأصغر على الوجهين وان قال : استولدتها فى نكاح فالولد حر وعليه لولاء والأمة قن والأوسط والأصغر مملوكان وان مات قبل البيان وخلف ابنا يحوز الميراث قام مقامه فى التعيين فان عين كان الحكم فيه على ما ذكرناه فى الموروث اذا عين وان لم يكن له ابن أو كان له ولم يعين عرض على القافه فان عينت القافه كان الحكم على ما ذكرناه وان لم تكن قافه أو كانت وأشكل عليها اقرع بينهم

لتمييز الحرية لأنها تتميز بالقرعة فان خرجت على احدهما حكم بحريته ولا يثبت النسب لأن القرعة لا يتميز بها النسب وأما الأمة فانه يبحث عن جهة استيلادها فان كانت فى ملكه فهى أم ولده وان كان فى نكاح فهى أمة فن وان لم يعرف فعلى ما ذكرناه من الوجهين فلا يرث الابن الذى لم يتعين نسبه وهل يوقف له نصيب ابن أو يعطى الابن المعروف النسب حقه ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) يوقف له ميراث ابن وهو قول المزنى رحمه الله .

(والثانى) وهو المذهب أنه لا يوقف له شىء بل تدفع التركة الى المعروف النسب وقد بينا ذلك فيما تقدم » .

الشرح الأحكام : اذا كان لرجل أمة لها ثلاثة أولاد فقال سيدها : أحد هؤلاء ولدى ، فهو اقرار صحيح ويرجع اليه فى بيان الولد منهم ، وانما يتصور هذا بشرطين .

(أحدهما) ألا يكون للأمة زوج ، فان كان لها زوج وأتت بولد يمكن أن يكون منه لحق به ، ولا يقبل اقرار السيد به .

(الثانى) اذا لم يقر السيد بوطئها فى وقت ، فأما اذا أقر بوطئها فى وقت فما أتت به عن ولد لأقل مدة الحمل من ذلك الوقت لحق به من غير اقرار ، فاذا ثبت أنه يرجع اليه فى بيان الولد منهم نظرت ــ فان أقر أنه الأصغر منهم ولده حكم بحريته ، ويثبت نسبه منه ، ويطالب بكيفية الاستيلاد ، فان قال : استولدتها فى ملكى لم يثبت على الولد الولاء وكانت الجارية أم ولد له ، والولدان الآخران مملوكان . وان قال: استولدتها فى نكاح فالولد حر وعليه له الولاء ، والأمة مملوكة . وان قال : استولدتها بشبهة فالوالد حر وعليه له الولاء . وهل يثبت لأمة حرمة الاستيلاد ؟ على قولين ، فان لم يعين جهة الاستيلاد فهل يثبت للأمة حرمة الاستيلاد ؟ على وجهين مضى ذكرهما فى التى قبلها ، ويحتمل أن يكون فى ثبوت الولاء على الولد هذان الوجهان وأما اذا قال الولد الأوسط : ولدى ، حكم بحريته وثبوت نسبه منه ، فان قال :

استولدتها فى ملكى عتق الولد وثبت للأم حرمة الاستيلاد ، وهل يثبت للولد الأصغر ما يثبت لأمته من حرمة الاستيلاد ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) يثبت له ذلك ، لأنه ولد أم ولد .

(والثانى) لا يثبت له لأنه يجوز أن يكون استولدها وهى مرهونة ، فلم يثبت لها حرمة الاستيلاد فى الحال ثم بيعت فى الرهن ثم أبت بالولد الأصغر فى غير ملكه ثم ملكهما بعد ذلك ، يثبت لها حرمة الاستيلاد دون الولد الأصغر . وان قال : استولدتها فى نكاح ثبت على الأوسط الولاء ، ولا ثبت للأم حرمة الاستيلاد والأصغر مملوك .

وان قال : استولدتها بشبهة فعلى الأوسط الولاء . وهل يثبت للأم حرمة الاستيلاد ؟ على القولين ، فان قلنا : لا يثبت لها ، فالأصغر مملوك . وان قلنا : يثبت فهل يثبت للأصغر حرمة الاستيلاد ؟ على وجهين . أما الولد الأكبر فمملوك بكل حال ـ وان قال الأكبر : ابنى ، حكم بحريته وثبوت نسبه منه ، والحكم فى الأوسط والأصغر حكم الأصغر اذا عين الأوسط على ما مضى . فان مات السيد قبل أن يبين قام وارثه مقامه فى البيان ، فان بين الوارث الولد ، وكيفية الاستيلاد ، فهو كما لو بينه السيد ، وان بين الولد ولم يبين جهة الاستيلاد حكم بحرية الولد الذى بينه الوارث وثبوت نسبه من السيد . وهل يثبت للأمة حرمة الاستيلاد ؟ على الوجهين فى التى قبلها ، فان بين الأصغر فالولد الأكبر والأوسط مملوكان . وان بين الأكبر فهل يثبت للأصغر والأوسط حرمة الاستيلاد ؟ فان قلنا : لا يثبت لأمهما حرمة الاستيلاد لم يثبت لهما . وان قلنا يثبت لأمه حرمة الاستيلاد فهل يثبت لهما حرمة الاستيلاد ؟ على وجهين مضى بيانهما . وان لم يبين الوارث الولد منهم أو لا وارث له ، عرض الأولاد الثلاثة على القافة ، فاذا ألحقت به أحدهم لحقه نسبه وحكم بحريته ، فان كان قد تقدم من السيد اقرار أنه استولدها فى ملكه أو نكاح أو شبهة كان الحكم فيه كما لو عين السيد منهم ، وبين جهة الاستيلاد على ما مضى .

وان لم يتقدم من السيد اقرار بجهة الاستيلاد فهل يثبت للأمة حرمة الاستيلاد ؟ على وجهين مضى بيانهما ، فان ألحقت القافة به الأصغر فالولد الأكبر والأوسط مملوكان ـ وان ألحقت به الأكبر • فان قلنا : لا يثبت للأم حرمة الاستيلاد فالولد الأوسط والأصغر مملوكان • وان قلنا : يثبت للأمة حرمة الاستيلاد فهل تثبت حرمة الاستيلاد للأوسط والأصغر ؟ على وجهين : وان لم يكن قافة ، أو كانت وأشكل عليها الولد منهم أقرع بين الأولاد الثلاثة لأن للقرعة مدخلا فى تبيين الحر من الرقيق ، فاذا خرجت القرعة لأحدهم حكم بحريته ولا يثبت نسبه من السيد لأنه لا مدخل للقرعة فى اثبات النسب ، وهل يوقف من ماله ميراث ابن ؟ على وجهين مضى بيانهما فى التى قبلها •

فرع اذا كان فى يد رجل جارية فانتقلت منه الى رجل فوطئها ولم يحبلها فاختلفا فى جهة انتقالها اليه • فقال من انتقلت منه : بعتكها بألف لم أقبضها منك ، وقال من هى بيده بل زوجتنيها بألف ـ فان كل واحد منهما ـ يحلف على نفى ما ادعى عليه ، لأن الأصل عدمه فيحلف الذى انتقلت منه : انى ما زوجتكها ، ويحلف من هى بيده : انى ما اشتريتها فان حلفا معا حكمنا بزوال العقدين ولا يستحق من انتقلت منه على من هى بيده مهرا ، لأن من هى بيده يقر به لمن لا يدعيه ، وترد الأمة الى الذى انتقلت منه ، واختلف أصحابنا بأى معنى انتقلت اليه ؟ فقال بعضهم : رجعت اليه بمعنى اشترى جارية فأفلس المشترى ورجع البائع الى جاريته فعلى هذا يفسخ البيع وتعود اليه الجارية • ويملك وطأها ، ومنهم من قال : رجعت اليه بمعنى من كان له فى غيره حق ولم يقدر عليه ووجد له شيئا من ماله من غير جنس حقه فعلى هذا تباع الجارية ويستوفى البائع من ثمنها الثمن الذى حلف عليه • وهل يملك بيعها بنفسه ؟ أو لا يصح منه بيعها الا من الحاكم ؟ فيه وجهان مضى بيانهما ، فان فضل فضالة من ثمنها على ما يدعيه البائع ردت الى من انتقلت اليه ، وان نقص ثمنها عن ما يدعيه البائع من الثمن كان له أن يأخذ من مال المبتاع فأما اذا حلف من انتقلت

منه الجارية أنه ما زوجها ونكل من انتقلت اليه عن اليمين أنه ما اشتراها ردت اليمين على البائع فيحلف أنه لقد باعها منه بألف ولزم المبتاع الألف • وان حلف من هى بيده لقد تزوجها حكم له بزوجيتها وأقرت فى يده وعاد حكم الرق عليها للبائع ، فاذا زال النكاح بطلاق أو وفاة رجعت الى من انتقلت منه ، فان كان من انتقلت صادقا أنه باعها فهى ملك للمشترى لا يحل للبائع وطؤها ، وقد عادت اليه وكيف الحكم بعودها اليه ؟ على الوجهين اللذين مضيا ، وان كان من انتقلت منه كاذبا فى دعواه أنه باعها عادت الى ملكه وتصرفه بالوطء وغيره — فأما ان كان الذى انتقلت اليه قد استولدها فان من انتقلت منه يقر بحقين عليه ويدعى حقا له • فأما الحقان اللذان يقر بهما على نفسه فانه يقر أنها صارت أم ولد لمن انتقلت اليه — وأن ولدها حر ، وهذان يقرانه فثبت اقراره بهما على نفسه ، وأما الحق الذى يدعيه فانه يدعى أنه باعها بألف فى ذمة من هى بيده وهذا ينفعه فلا يقبل قوله فيه فيحلف من هى بيده أنه ما اشترى الجارية ليسقط عنه الثمن الذى يدعى عليه من انتقلت منه فان قال : أحلف ، حكمنا بزوال البيع وسقوط الثمن عنه ، وكانت الجارية أم ولد له ، وولدها حر ، ومن بيده الجارية يقر بالمهر لمن انتقلت منه ، وهو لا يدعيه ، ولكنه يدعى عليه الثمن • وهل يرجع عليه من انتقلت منه بالأقل من المهر الذى يقر به من انتقلت اليه الجارية ؟ أو الثمن الذى يدعيه من انتقلت منه ؟ فيه وجهان •

(أحدهما) يرجع عليه بأقلهما لأنهما متفقان على استحقاقه ؟
(والثانى) لا يرجع عليه بشىء لأن من بيده الجارية لما حلف زال عنه حكم الثمن •

وقول من انتقلت منه : ما زوجتكها يسقط استحقاقه المهر فلم يرجع عليه بشىء •

وعلى الوجهين معا لا ترد الجارية الى من انتقلت منه بل تقر فى يد

من انتقلت اليــه لأن من انتقلت منــه أقر بزوال ملكه عنها ، وأنها قــد تلفت فى يد من انتقلت اليــه بالاحبال فلم ترد اليه كما لو قال : بعت عندى من زيد وأعتقه .

اذا ثبت هذا فانه يقال لمن انتقلت اليه : ان علمت أنها زوجتك حل لك وطؤها فيما بينك وبين الله تعالى ، وهل يحل له وطؤها فى ظاهر الحكم؟ فيــه وجهان .

(أحدهما) يحل له لأنهما اتفقا على اباحة وطئها له ، وان اختلفا فى ســببه .

(والثانى) لا يحل له وطؤها لأن من هى بيده قد حلف أنه لا يملكها، فبطل أن تحل بالملك ويدعى أنها زوجتــه . ومن انتقلت منــه غير مســلم أنها تحل لــه بالزوجــة فما اتفقا على اباحتها له فمنع من وطئها . وان نكل من انتقلت اليــه عن اليمين حلف من انتقلت منــه أنه باعها ووجب على من انتقلت اليــه الثمن لمن انتقلت منه . هذا الكلام فى جنبة من انتقلت منه .

فــــرع وأما من انتقلت اليــه فانه يدعى على من انتقلت منــه وعلى من انتقلت اليــه المهر فيســقط قوله : ان الجارية والولد مملوكان لمن انتقلت منــه ، لأنه يقر أن الجارية أم ولد لمن هى بيده وأن ولدهــا حر ، ويكون القول قول من انتقلت منه أنه ما زوجهــا وهــل يحلف على ذلك ، فيه وجهان .

(أحدهما) لا يحلف لأنه لو رجــع وأقر أنه قد زوجهــا لم يقبــل فلا معنى لاستحلافه .

(والثانى) يحلف لأنه ربما ينكل فيحلف من هى بيــده أنه زوجها منــه ، ويحكم له بالزوجيــة ، فان حلف كل واحــد منهما لصاحبه حكمنا بزوال العقدين وأنها غير مبيعة ولا مزوجة ، والكلام فى النفقة والميراث .

فأما نفقة الولد فعلى الواطىء لأنه ابنه وقد حكمنا بحريته ، وأما نفقة الجارية ففيها قولان حكاهما الشيخ أبو اسحاق هنا .

(أحدهما) أنها على البائع لأنه أقر بأمرين .

(أحدهما) عليه وهو كونها أم ولد لغيره ، والآخر حق له وهو سقوط نفقتها عنه فقبل قوله فيما عليه ، ولا يقبل فيما له .

(والثانى) وهو الأصح أن نفقتها فى كسبها لأنه لا يمكن ايجابها على البائع لأنا قد حكمنا أنها ولد لغيره ، ولا على اشترى لأنه لا يدعى أنها أم ولد له ، فلم يبق الا ايجابها فى كسبها ، فان بقى من كسبها شىء كان موقوفا .

وأما الميراث — فان ماتت الجارية قبل الواطىء — فللبائع أن يأخذ من مالها قدر الثمن يدعى أنه باعها به ، لأن من انتقلت اليه يقر له بجميع مالها ، وهو يقر به لمن انتقلت اليه ويدعى عليه الثمن ، وما بقى من مالها يوقف حتى يصطلحا عليه ، وان ماتت بعد موت من هى بيده كان ارثها لولدها ، فان كان ولدها قد مات قبلها كان مالها لمناسبها فان لم يكن لها مناسب فميراثها موقوف لأن ولاءها موقوف لا يدعيه أحدهما ، وليس للبائع أن يأخذ منه شيئا لأنه يدعى بالثمن على الواطىء وقد مات قبلها .

وان رجع أحدهما عن اقراره — فان رجع البائع — لم يقبل قوله فى اسقاط حقها ولا حق ولدها من الحرية ، ويقبل قوله فى سقوط الثمن عن المشترى ورجع الولاء اليه ، فيأخذ مالها ، وان رجع الواطىء وجب عليه الثمن وكانت الجارية على ما ثبت لها من جرمة الاستيلاد ، والولد على ما ثبت له من الحرية .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان مات رجل وخلف ابنين فأقر أحدهما على أبيه بدين وأنكر الآخر نظرت فان كان المقر عدلا جاز أن يقضى بشهادته مع شاهد آخر أو مع امرأتين أو مع يمين المدعى وان لم يكون عدلا حلف المنكر ولم يلزمه شىء وأما المقر ففيه قولان .

(أحدهما) أنه يلزمه جميع الدين فى حصته لأن الدين قد يتعلق ببعض التركة اذا هلك بعضها كما يتعلق بجميعها فوجب قضاؤه من حصة المقر .

(والقول الثانى) وهو الصحيح أنه لا يلزمه من الدين الا بقدر حصته لأنه لو لزمه بالاقرار جميع الدين لم تقبل شهادته بالدين لأنه يدفع بهذه الشهادة عن نفسه ضررا والله أعلم) .

الشرح قال الشافعى رحمه الله فى الأم فى شهادة الوارث :

« واذا أقر الوارث بدين على أبيه ثم أقر عليه بدين بعده فسواء الاقرار الأول والاقرار الآخر ، لأن الوارث لا يعدو أن يكون اقراره على أبيه يلزمه فيما صار فى يده من ميراث أبيه كما يلزمه ما أقر به فى مال نفسه ، وهو لو أقر اليوم لرجل عليه بدين وغدا لآخر لزمه ذلك كله ، ويتحاصان فى ماله أو يكون اقراره ساقطا لأنه لم يقر على نفسه فلا يلزمه واحد منهما . وهذا مما لا يقوله أحد علمته ، بل هما لازمان معا ، ولو كان معه وارث وكان عدلا حلفا مع شاهدهما ولو لم يكن عدلا كانت كالمسألة الأولى ويلزمه ذلك فيما فى يديه دون ما فى يدى غيره . قال : واذا مات رجل وترك وارثا فأقر أحد الورثة فى عبد تركه الميت أنه لرجل بعينه ثم عاد بعد فقال : هو لهذا كان للأول منهما ، وذلك أنه حينئذ كالمقر فى مال غيره فلا يصدق على ابطال اقرار قد قطعه لآخر بأن يخرجه الى آخر ، وليس فى معنى الشاهد الذى شهد بمالا يملك لرجل ثم يرجع قبل الحكم فيشهد به لآخر قال : واذا مات الميت وترك ابنين فشهد أحدهما لرجل بدين — فان كان ممن تجوز شهادته — أخذ الدين من رأس المال مما فى يدى الوارثين جميعا اذا حلف المشهود له ، وان كان ممن لا تجوز شهادته أخذ من يدى الشاهد له من دينه بقدر ما كان يأخذ منه لو جازت شهادته لأن موجودا فى شهادته أنه انما له فى يدى المقر حق وفى يدى الجاحد حق فأعطيته من المقر ، ولم أعطه من الجاحد شيئا ، وليس هذا كما هلك من مال الميت ذاك كما لم يترك .

---

(١) هذا تعليل لنفى الضمان فتنبه هكذا أثبته مصحح الأم فى الحاشية .

وقال الشافعي رحمه الله أيضا : « ولو ترك الميت رجلا وارثا واحدا فأقر لرجل أن له هذا العبد بعينه ثم أقر به بعد هذا فهو للأول ولا يضمن للآخر شيئا وسواء دفع العبد الى المقر له الأول أو لم يدفعه لا فرق بينهما . ولو زعمت أنه اذا دفعه الى الأول ثم أقر به للآخر ضمن للآخر قيمة العبد لأنه قد استهلكه بدفعه الى الأول . قلت : كذلك لو لم يدفعه [1] من قبل أني اذا أجزت اقراره الأول ثم أردت أن أخرج ذلك من يدى الأول الى الآخر باقرار كنت أقررت في مال غيرى فلا أكون ضامنا لذلك أ هـ . وقد مضى كلامه في الوصية والشهادات والله تعالى أعلم .

يقول الفقير الى الله تعالى محمد نجيب بن ابراهيم بن عبد الرحمن ابن أحمد بن بخيت الطوابى الشهير بالمطيعى : هذا ما فتح الله به على من اكمال شرح المهذب واجبا منه عفوه عن الزلل وأن يجعله مما تثقل به موازينى مع صالح العمل ، وأن يجعله أنيسى فى قبرى ورفيقى فى وحشتى ويصلح به أمرى ويرفع به ذكرى ، واستجلابا لدعاء الصالحين ، واستكثارا من المحبين فى الله الصادقين ، وارتقابا لنصح الناصحين وتطفلا على الاندماج فى ركب المتبوعين ، متبرئا من كل خطل وخلل وميل ، منيبا الى الله ذى الحول والطول .

وتمت كلمة ربك صدقا وعدلا لا مبدل لكلماته وهو السميع العليم وسلام على المرسلين والحمد لله رب العالمين .

وكان ختام مراجعة هذا الشرح وتقديمه للطبع فى خمس خلون من صفر الخير سنة ١٣٩٧ المرافق الخامس والعشرين من يناير (تشرين الثانى) سنة ١٩٧٧

---

(١) هذا تعليل لنفى الضمان فتنبه هكذا أثبته مصحح الام فى الحاشية .